法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-05-13

和仏法律学校講義録

中山，成太郎 / 秋山，雅之介 / 谷野，格 / 中村，進午 / 竹井，耕一郎 / 鈴木，英太郎

(出版者 / Publisher)
和佛法律學校
(巻 / Volume)
1-12
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
61
(発行年 / Year)
1903-04-21

（明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可　毎月廿一回一日三日五日六日八日十日十一日十二日十三日十五日十六日十八日廿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）

明治三十六年四月二十一日發行

三十六年度　第一學年ノ十二

和佛法律學校講義錄

第九拾七號

和佛法律學校

第一學年第十二號目次

法學通論（自七七至八四）　法學博士　中村進午

憲法（自一〇一至一六）　法學士　竹井耕一郎

民法總則（自第一章至第三章）（自一六五至一八八）　法學士　鈴木英太郎

民法物權（自第一章至第六章）（自一〇九至二〇四）　法學士　中山成太郎

刑法總論（自一一一至一四四）　法學士　谷野格

國際公法（平時）（自九三至一〇八）　法學博士　中村進午

國際公法（戰時）（自一二五至一三二）　法學士　秋山雅之介

雜報

○委任ノ解除ニ關スル特約ノ效力○控訴審ニ於ケル新ナル請求

○假差押命令ト財產使用權○石氏送別會

（正誤）刑法總論一二〇頁末行然ラハノ次「誠ケ得ヘキ結果ナリヤ」ハ「進タヘキ結果ナリヤ否ヤ」ノ誤、一二九頁四行「論餘」ハ「餘論」ノ誤

090
1903
1-1-12

ニ於テハ外國法ノ長所ヲ採リテ自國法ノ短所ヲ補フコト何レノ國ニ於テモ見ル所ナリ是レ外國法カ內國法ノ淵源ナリト謂フ所以ナリ

第十章　權利及ヒ義務

權利ハ法律ノ製造物ナリ權利ナキ所ニ法律ナシ又法律ナキ所ニ權利ナシ自然ノ權利ト云フカ如キ天賦人權ト云フカ如キ男女同權ト云フカ如キ權利ハ決シテ法律上ヨリ觀察シタル權利ニ非ス又權利ト法律トハ全ク同一物ナリ何トナレハ法律ハ或人ニ對シテ保護ヲ與フルトキハ或人ノ權利ト爲ルモノナリ故ニ外國ノ語ニ於テハ多ク權利ナル文字ト法律ナル文字トヲ全ク同一ニセリ法律ト權利ト同一ナルカ如ク權利ト義務トハ又同一ナリ權利ハ主觀的ニ觀察シタルモノニシテ義務ハ客觀的ニ觀察シタルモノナリ權利カ先ニ生シタリヤ法律カ先ニ生シタリヤノ問題ハ君主制ニハ君主カ先ニ生シタリヤ人民カ先ニ生シタリヤト云フ問題ト同一ナリ權利ニ關シテハ由來異ナリタル三個ノ說アリ

第一說　權利ハ自由ナリトノ說即チ權利自由說　此說ニ依レハ權利トハ法律

カ人ノ自由ニ行動スル所ノ限界ヲ定メタルモノナリトシ人カ與ヘラレタル自由ノ範圍内ニ於テ行動ヲ爲スハ即チ權利ニシテ此範圍ヲ超エテ行動ヲ爲スハ即チ非權利ナリトスルニ在リ

第二說　權利ハ利益ナリトノ說即チ權利利益說　此說ハ英國ノ實利主義ヲ唱フル學者ノ多數ノ唱道スル所ニシテ獨逸學者ニモ亦之ヲ唱フル者多シ例ヘハ「イエリング」氏モ權利トハ法律ノ保護セル利益ナリトセルカ如シ「メルケル」氏及ヒ英國ノ「ベンザム」氏モ亦此說ヲ採レリ

第三說　權利ハ力ナリトノ說即チ權利力說　此說ニ依レハ法律ハ或團體中ノ强者ノ作レルモノニシテ强者カ其力ニ依リテ與ヘタルモノ即チ權利ナリト云フモノナリ權利カ或人ノ力ヲ制限スルコトモ亦力ノ作用ナリ事實上ノ暴力ト云フ力ヲ排斥スルコトモ亦力ニシテ其レ自身カ一箇ノ權利ナリト

權利カ力ナリト云フ說ニハ神ノ與ヘタル力ナリト云フ說ト主權利者ノ與ヘタル力ナリト云フ說ト權利ハ人民總體ノ與ヘタル力ナリト云フノ說トアリ此三箇ノ說ハ唯或時代ニ依リテ考ヲ異ニスルノミニシテ其何レカ是ニシテ何レカ非ナルカヲ斷言スルコト能ハス

左ニ權利ノ定義ヲ示スヘシ

權利トハ法律ノ保護ニ依リテ生スル所ノ意思附帶ノ行爲、不行爲又ハ意思ノ附帶セサル行爲、不行爲ノ强制ノ根本ニシテ自己以外ノ人又ハ團體ニ對スルモノナリ

今此定義ヲ分析スレハ

第一　權利ハ法律ノ保護スルモノナリ

第二　權利ハ强制ナリ

第三　權利ハ行爲、不行爲ノ强制ナリ

第四　權利ハ自己以外ノ人又ハ團體ニ對スルモノナリ

即チ權利ハ物自身ニ對スルモノニ非ス而シテ權利カ人ニ對スルトニ云フハ或ハ或特定ノ人ニ對スルモノアリ或ハ一般ノ人ニ對スルモノアリ其何レナルヤヲ問ハス又古キ說ニ從ヘハ人ニ對スル權利ト物ニ對スル權利トアリテ之ヲ對人權對物權ノ二ニ分チタルコトアレトモ人ト物トノ關係ハ權利ノ關係ニ非ス或

人カ物ニ對シテ所有權ヲ有スルト云フハ其物自身ニ對スル權利ニ非スシテ他ノ人ニ對スル權利ヲ謂フモノナリ

權利保護ノ手段ハ訴訟ナリ訴訟トハ權利ノ侵害ニ對シ裁判所ノ力ニ依リテ權利ノ力ヲ喚起スルコトヲ謂フモノナリ權利ヲ保護スルニハ法律ノ力ヲ籍ルモ時トシテ自助ノ力ヲ用フルコトヲ許スコトアリ最モ自助ノ力ヲ用フルモ亦法律ノ力ニ依リタルノ結果ニ非スンハアラス

權利ノ種類ノ重ナルモノヲ擧クレハ左ノ如シ

第一　主タル權利從タル權利　主タル權利トハ獨立ニ存在スル權利ニシテ從タル權利トハ他ノ權利ニ附帶スル權利ナリ此區別ハ權利カ如何ナル效力ヲ有スルヤヲ見ルノ點ニ於テ必要ナリ例ヘハ債權ハ主タル權利ニシテ質權ハ從タル權利ナリ官吏ト爲ル權利ハ主タル權利ニシテ俸給ヲ受クル權利ハ從タル權利ナリ

第二　公權、私權　公權私權ノ區別ハ何人カ公權ヲ有シ又私權ヲ有スルコトヲ得ルヤノ實益ノ必要ヨリ出テタルモノトス

公權、私權ヲ區別スル標準ニ關シテハ數多ノ學說アリ今其最モ重ナルモノヲ擧クレハ左ノ如シ

(一)　公法ニ於テ規定シタル權利ハ公權ニシテ私法ニ於テ規定シタル權利ハ私權ナリ例ヘハ刑法上ノ權利ハ公權ニシテ民法上ノ權利ハ私權ナリト云フ說ナリ然レトモ此標準ハ必スシモ當ヲ得タルモノニ非ス何トナレハ憲法ノ如キ公法ニ於テ人カ所有權ヲ侵サレサルノ權利其居宅ヲ侵サレサルノ權利ノ如キ私權ニ關スルコトヲモ定ムルコトアリ又破產法ノ如キモノニ於テ詐欺破產ヲ爲シタル者ニ公權ヲ停止若クハ剝奪スルコトヲ規定スルコトアレハナリ

(二)　公權トハ國家ト人民トノ間ノ權利ニシテ私權トハ人民相互間ノ權利ナリト然レトモ人民ト國家トノ間ノ關係ニシテ私權ニ關スルコトアリ人民相互間ノ關係ニシテ公權ニ關スルコトモアレハ未タ完全ナル區別ノ標準ト爲スコトヲ得ス

予輩ノ標準ニ依レハ公權トハ國家カ人民ニ對シ國家ノ一員トシテ生活スルコトニ關シテ與ヘタル權利ニシテ私權トハ等シク國家カ人民ニ對シテ與ヘタル

權利ナリト雖モ何國ノ人民ナリト云フコトヲ特別ノ條件トシテ與ヘタルニ非スシテ其人カ如何ナル國ノ人タルニ拘ハラス平等ニ與ヘタル權利ヲ謂フ

第三　特定人ニ對スル權利(一般人ニ對スル權利或ハ之ヲ名ケテ對人權對世權ト謂フ)　例ヘハ賣主カ代價ヲ買主ヨリ受クルノ權利ノ如キハ特定ノ人ニ對スル權利ナリ之ニ反シテ自己ノ所有權ヲ侵サシメサルノ權利自己ヲ侮辱セシメサルノ權利ノ如キハ總テノ人ヲシテ侵サシメス又侮辱セシメサルノ權利ナルカ故ニ之ヲ對世權ト謂フ尤モ特定ノ人ニ對スル權利ニ付テモ第三者ハ之ヲ尊重スルノ義務アルモノナリ故ニ特定ノ人ニ對スル權利ハ同時ニ一般ノ人ニ對スル權利ト爲ルモノナリ

第四　普通權、特別權　普通權トハ一般ノ法律ニ依リテ總テノ人ニ與ヘラレタル權利ニシテ特別權トハ特別ノ法律ニ依リ或人ニ限リテ與ヘラレタル權利ナリ例ヘハ何人モ自己ノ生命ヲ害セラレサル權利ヲ有スルカ如キハ普通權ニシテ學生ハ徵兵猶豫ノ權利ヲ有スト云フカ如キ爵位アル者ハ一定ノ手續ヲ履ミタル後ニ非サレハ拘引セラルルコトナシト云フカ如キハ皆特別權ナリ

第五　箇別權、共同權　箇別權トハ單獨ナル人ニ屬スル權利ニシテ共同權トハ同一ニシテ唯一ナル目的物ニ對シテ多數ノ人ノ有スル權利ナリ例ヘハ或人カ鉛筆ヲ有スルカ如キ權利ハ箇別權ナリ甲ト乙トカ一箇ノ家屋ノ上ニ共通ニ權利ヲ有スルカ如キ著者ト書店トカ共通ニ或書籍ノ版權ヲ有スルカ如キハ共同權ナリ此區別ハ或權利ハ如何ニ行使シ處分スヘキヤノ實用上ヨリ必要ナルモノナリ

第一節　權利ノ主體

權利ノ主體ハ人ナリ一般ニ權利ノ主體ナリト云フト雖モ如何ナル者ニ權利ヲ享有セシムルヤハ國家ノ任意ナリ故ニ人トハ國家カ認メタ權利ノ主體ト爲シタルモノナリト云フヲ至當トス人ニ關シテハ第一、人トハ何ソ第二、何時ヨリ人ナリヤ第三、何處ニ於テ人ナリヤノ三箇ノ問題ヲ研究スルコトヲ要ス人トハ何ソヤト云フコトハ分チテ自然人トハ何ソ法人トハ何ソノ二ニ區別セサルヘカラス自然人未タ必スシモ法律上ノ人ニ非ス故ニ自然人ニテ國家カ之

ヲ法律上ノ人ト爲サヽル者アリ古ニ於テ認メラレタル奴隷ノ如キハ即チ是ナリ又外國人ハ其自然人ナルニモ拘ハラス內國ニ於テ之ヲ人ト視サリシカ如キコトアリキ尤モ今日ノ法律ニ於テハ自然人ヲ權利ノ主體ナリトセサルコトナシ奴隷ヲ認ムルコトハ萬國ノ禁スル所ナリ而シテ自然人トハ何ソヤト云フコトハ法律ノ問題トシテ決定スヘキニ非スシテ寧ロ生理學上若クハ其他ノ學科ニ於テ決スヘキナリ生理學人類學ニ於テ人ナリト認メタル者ハ即チ法律上ノ人ナリ羅馬ノ古ノ法律ニ於テハ母體ヨリ分離セラレタルコト換言スレハ出生シタルコト、出生後生存シタルコト、畸形兒ニ非サルコトヲ以テ人タルノ要件ト爲シタリ出生シタルニ非サレハ之ヲ人ト謂ハスト云フコトハ何ヲ人ト謂フカノ問題ニ非スシテ何時ヨリ人ナルヤノ問題ニ歸ス胎兒カ人ニ非サルハ胎內ヲ出ツル時マテ人ニ非サルナリ尤モ各國ノ法律ニ於テ胎內ノ子ヲ既ニ生レタルモノト看做シテ之ニ人タルノ權利ヲ與フルコトアリ(民法第七二一條第九六八條)

出生シタル後生存シタルコトヲ要ストハ獨リ羅馬ノ古ニ於テノミナラス又普

終ニ繼承ノ順序ニ關シ重大ノ問題ト爲ルハ天皇崩御ノ際皇子カ御胎內ニ在ラセラルルト推定サルル場合ハ何人カ皇位ヲ繼承スヘキヤノ點是ナリ

胎中皇子ニ繼承ノ資格アリトスルニハ三ノ推測ヲ必要トス(一)御懷胎ヲ推測シ(二)御胎兒ハ生活力ヲ具ヘラルルコトヲ推測シ(三)御胎兒ハ女子ニ非サルコトヲ推測セサルヘカラス若シ然ラサレハ繼承ノ資格アリト論スルコト能ハサルヘシ然ルニ此推定ハ何レモ分明ナリ難キ事ニ屬ス然ラハ胎中皇子ニ繼承ノ資格ナシトセンカ前天皇崩御ト共ニ胎中皇子ヲ超エテ次ノ順位ニ當ラセラルル皇族カ即位シ給フコトト爲ルヘシ然ルニ胎中皇子御誕生而モ皇男子ナラハ如何先ノ即位者ハ之ニ對シテ位ヲ讓ルヘキカ然レトモ讓位ハ我國法之ヲ認メス是ニ於テカ學說種々岐ル今之ヲ大別シテ二種ニ概括スルコトヲ得ヘシ

第一說ハ民法上ノ例ヲ援シ胎中皇子ノ利益ノ爲メニ既ニ生レタルモノト看做シ繼承ノ資格アリト論定シ以テ出生後ニ於ケル皇位ニ對スル紛爭ヲ避ケントスルモノナリ然レトモ此說ニ對シテハ左ノ批難アリ(一)此說ハ全ク推定假想ヲ基礎トス何トナレハ先ヲ胎中皇子ノ存在ヲ推定シ次ニ生活力ヲ具有セラルル

コトヲ推定シ又次ニ男子ナルコトヲ推定セザルベカラザレハナリ(二)胎兒ノ利益ノ爲メニ既ニ生レタルモノト看ルハ民法上ノ變例ニシテ法ノ特別ノ規定ヲ待チテ然リトス此民法ノ規定ヲ以テ直チニ皇位繼承ニ適用スベカラザルハ亦明カナリトス(三)若シ胎子出生シ給ヒテ男子ニ非サルカ又ハ既ニ生活力ヲ具ヘラレサリシ場合ハ出生マデノ間ハ皇位ヲ空シクシテアルコトト爲ルベシ或ハ曰ク此場合ハ次順位ノ皇族位ニ即キ其即位ノ效力カ前ニ遡ルモノトスレハ差支ナシト或ハ曰ク出生マデハ男子ト云フ推定ヲ確定ナリトシ出生後次順位ノ皇族カ即位スレハ理論上皇位ハ空シカラサルベシト然リト雖モ此等ノ說ハ兎ニ角出生マデノ間ノ皇位ハ洵ニ曖昧ニシテ其間ニ不測ノ禍害ヲ醸スノ恐ナキニ非ス(四)此說ハ胎中皇子ノ資格ヲ認ムルカ故ニ即位ニ對スル紛擾ヲ避クルヲ得(ト曰フ其理由ハ資格ナシトセハ次順位ノ者カ先ツ即位スルコトト爲リ後ニ至リ男子出生セハ順位ノ爭ヲ生スル恐アリト云フニ在リ然レトモ此點ハ第二說ノ末ニ述フル所ニ依レハ之ヲ避クルコトヲ得ヘキナリ)

終ニ此說ニ依レハ胎兒ニ繼承ノ資格アリトスルカ故ニ天皇未成年ノ場合ニ相當シ攝政ヲ置クノ必要アルヘシ然レトモ元來此說ハ推定ヲ基礎トスルモノナルヲ以テ其推定ニシテ誤レルトキハ攝政ヲ置クコトモ亦誤レルコトト爲ルヲ免レス

第二說ハ胎中皇子ニ繼承ノ資格ナシト爲ス此說ハ更ニ二分セラル

(一) 出生マデノ間ニ限リ資格ナシトスル說　之ニ依レハ男子出生スレハ當然繼承スルコトト爲ルナリ而シテ出生マデノ間ハ如何ニスベキヤニ付キ更ニ其說岐ル甲說ハ其間ハ攝政ヲ置ケハ足レリト爲ス然レトモ攝政ハ天皇アリテ其天皇ニ故障アルトキニ置カルルコトハ國法上確定セリ此說ニテハ胎兒ニ資格ナキカ故ニ隨テ天皇ナク攝政モ亦開始セサル道理ナリ且此說ハ出生マデノ皇位ハ曖昧タリ乙說ハ先帝崩御ト共ニ胎兒ヲ超エテ次順位ノ者即位シ後皇男子出生セハ之ニ位ヲ讓ルヘシト爲ス然レトモ讓位ハ我國法上之ヲ認メサルナリ右ノ如ク此種ノ說ハ種種ノ差支ヲ生スルヲ免レス

(二) 出生前ノ胎兒ニ繼承ノ資格ヲ認メサルノミナラス出生後モ其資格ナシトスル說　即チ先帝崩御ト共ニ胎中皇子ノ有無ヲ論セス次順位者位ニ即キ後ニ

皇男子出生スルコトアルモ之ニ位ヲ讓ラサルコトトスルノ說ナリ

此說ハ理論トシテハ最モ明白ニシテ先ヲ推定假想ヲ排斥シ次ニ皇位ノ曖昧ヲモ避ケ尙ホ讓位等ノ疑義ヲモ防キ得ヘキカ如シ

第三編　臣民論

凡ソ一國統治ノ組織ニ缺クヘカラサル要素ハ三種アリ第一、治者即チ統治ノ主體第二、統治ノ手段第三、被治者即チ統治ノ客體是ナリ第一ニ關シテハ前編ニ於テ之ヲ說述セリ第二即チ統治ノ手段ト爲ルモノニ二種アリ一ハ自然人若クハ法人ニシテ主體カ之ニ依リテ統治權ヲ行使スルモノ即チ統治ノ機關是ナリ二ハ人ニ非ス物ニシテ統治ノ目的ニ用ヒラルルヲ謂フ領土ノ如キモ其一例ナリ第三、被治者即チ統治ノ客體ハ一國ノ臣民是ナリ

前ニ述ヘタル如ク或學者ハ領土ヲ以テ統治ノ客體ナリトス然レトモ客體ヲ以テ被治者ト同意義ニ解スルトキハ臣民ノミヲ客體ト稱スルヲ適當トスルコトハ既ニ說明セリ次ニ又或學者ハ客體ヲ以テ臣民及ヒ領土內ニ在ル外人ヲ包含スルモノトス然レトモ理論的ニ言ヘハ外人ハ素ト統治ノ組織ニ必要ナルニ非ス領土內ニ於ケル外人ニ國權ヲ及ホスハ之ヲ以テ統治ノ客體ト看做スニ非スシテ臣民統治ノ目的ニ出ツル作用ニ外ナラスト說明スヘシ若シ此ノ如クニ觀察セサレハ臣民ノ身分ト外人ノ身分トノ間ニ理論上ノ混同ヲ來スノ恐アリトス以下主トシテ臣民ノミニ就テ說明スヘシ

第一章　臣民ノ本質

臣民ノ本質トハ臣民カ臣民タル所以ノ根本的性質是ナリ之ニ關スル學說種種アリ第一種ノ說ハ之ヲ住居說ト稱ス此說ニ二種アリ

(甲)　臣民トハ其國ニ確定ノ住居ヲ有スル者ナリトノ說　此說ハ往時行ハレタル屬地主義ニ基キタルモノニシテ平易ニ言ヘハ甲國ニ居住スル者ハ甲國人ニシテ乙國ニ居住スルハ乙國人ナリト云フノ主義ナリ此ノ如キ制度ハ往時ニ在テハ行ハレシコトナキニ非サレトモ今日ニ於テハ此極端ナル住居主義ハ行ハレス諸國ノ國法ニ於テ臣民ノ居住移轉ノ自由ヲ認メ其本國ヲ離レ他國ニ居

住ヲ定ムルモ當然臣民分限ノ得喪ト爲ルモノニ非ス隨テ此學說ハ採ルニ足ラス

(乙)臣民トハ永久ノ居住者ナリトノ說、此說ハ前說ノ如ク極端ニ走ラス永久ニ住居ヲ定ムル者ノミヲ其國ノ臣民ト看做スノ主義ナリ例ヘハ佛國法ノ法制ニ於テ外人カ十年間其國ニ居住スレハ其國ノ國民ト看做スカ如シ然レトモ此主義モ一般ニハ行ハレス現ニ我國法ニ於テモ外人カ長ク帝國ニ住居スル場合モ又臣民カ永ク外國ニ住居スル場合モ臣民分限得喪ノ理由ト爲ルモノニ非ス隨テ永久ノ居住ヲ以テ臣民ノ本質ト爲スノ學說ハ不可ナリ

第二種ノ說ハ權利若クハ義務ノ方面ヨリ觀察シテ臣民ノ本質ヲ定メントスルモノナリ

(甲)臣民トハ外人ノ有スルコト能ハサル權利ヲ有スル者及ヒ此ノ如キ權利ヲ有スルヲ得ヘキ者ヲ謂フ例ヘハ參政ノ權利ノ如キ是ナリト此說ニ對スル批難トシテハ第一ニ如何ナル權利ノ享有カ果シテ臣民ノ特質トスルヲ得ヘキカ未タ明瞭ナラス蓋シ今日諸國ノ法制ニ於テハ外人ニモ成ルヘク多クノ權利ヲ與

フルノ趨勢ニシテ先ツ私權ニ關シテハ現ニ我民法ニモ規定スル如ク特ニ法令若クハ條約ニ於テ禁セラレタル外ハ一切ノ權利ヲ外人ニモ享有セシム次ニ公權ニ關シテモ絕對ニ外人ニ禁スルニ非ス例ヘハ參政權ノ如キモ外人カ之ヲ享有スル場合アリ此ノ如ク外人モ權利享有ノ範圍ヲ廣ムルニ拘ハラス一方ニ於テハ臣民ト雖モ種種ノ權利ヨリ除外セラルル者アリ例ヘハ女子ノ如キハ私法上ハ無能力者ノ一ニシテ公法上ニ於テモ多クノ權利ヲ享有スルコト能ハサルナリ

右述フルカ如クナルカ故ニ權利ノ種類及ヒ其廣狹ヲ以テ外人ト臣民トヲ區別シ以テ臣民ノ本質ヲ顯ハサントスルハ抑モ難シト謂ハサルヘカラス

(乙)此說ハ義務ノ方面ヨリ議論ヲ立ツルモノニシテ分チテ二ト爲スコトヲ得

(一)臣民トハ外人ノ負フコト能ハサル義務ヲ負擔スル者ヲ謂フ例ヘハ兵役ノ義務ノ如キ是ナリト論ス此說ニ對シテモ第一ニ如何ナル義務ノ負擔カ果シテ臣民ノ特質トスヘキヤ未タ明瞭ナラス蓋シ臣民ト雖モ其本國ヲ離レテ外國ニ在ル場合ニハ本國國家ニ義務ノ負擔ヲ停止シ又ハ免除スルコトアリ此ノ如キ

トキニ當リテハ義務ノ程度ハ殆ト一國ニ在住スル外人ト異ナラサル場合アリ且本國ニ在ル臣民ト雖モ外人ノ如ク種種ノ義務ヲ負擔セサル者アリ例ヘハ幼者老者及ヒ女子ノ如キ是ナリトス故ニ論者カ著シキ一例トシテ示セル兵役ノ義務ノ如キ未タ臣民ノ特質ト稱スルニ足ラス畢竟義務ノ種類若クハ程度ヲ以テ臣民ノ本質ヲ定メントスルハ抑モ難シ

(二)ハ義務ノ種類ニ依ラス義務繼續ノ期間ヲ以テ臣民ノ特質ヲ示サントシ曰ク臣民トハ永續的ノ義務者ナリ詳シク言ヘハ外人ハ其國ニ在住スル間ノ一時的ノ義務者タルニ過キス之ニ反シテ臣民ハ永久ノ義務者ナリト然レトモ此說モ尙ホ不十分ナリ何トナレハ臣民ト雖モ外國ニ居住スルトキハ義務ノ負擔カ斷絕スル場合アリ即チ永續的ノ義務者ト謂フコト能ハス又外人ト雖モ永續シテ他國ニ居住スルトキハ其負擔スル義務モ亦永續的ナリ故ニ此點ヲ以テ臣民ノ本質ヲ定メントスルハ同シク不完全ナリトス

右ニ述ヘタルカ如ク臣民ノ本質ヲ定ムルハ住居說ニ依ルコト能ハサルハ勿論其權利若クハ義務ヨリ觀察スルモ十分ナラス是ニ於テカ更ニ根本ニ遡リテ論スレハ蓋シ臣民ノ臣民タル所以ハ身分其モノニ在リテ存ス權利若クハ義務ノ如キハ國法ノ規定ニ從ヒ其種類及ヒ程度ハ必スシモ一樣ナラス隨テ之ヲ標準トシテ臣民ノ本質ヲ定ムルハ不十分ナリ身分ニ至リテハ固ヨリ一定不受ノモノタリ畢竟身分ハ本ニシテ之ニ基キテ種種ノ權利若クハ義務カ發生シ來ルト觀察スヘシ果シテ然ラハ身分トハ何ソ即チ統治者ニ對スル絕對服從者タル分限是ナリトス此身分ハ臣民ヲ通シテ總テ一樣ナリ但此身分ニ因ル服從ノ方法ニ至リテハ法令ノ定ムル所ニ從ヒ必スシモ一樣ナラス法令ハ時ト處ト人トニ依リ適宜種種ノ規定ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

右ノ如ク臣民ノ服從ハ其身分ヨリスル根本的ノモノナリ外人ノ服從ハ之ト異ナリ一國ノ領土內ニ在ル間ニ於テ自己ノ本國ニ對スル絕對服從ノ身分ト牴觸セサル範圍ニ於ケル服從ニ過キサルナリ

第二章　臣民ノ義務

臣民ノ義務ハ法令ノ定ムル所ニ依リ種種アリ學者ハ此等ノ義務ヲ概括シテ理

論的ノ種別ヲ爲ス今其一二ヲ擧クレハ

(一)　行爲ノ義務及ヒ不行爲ノ義務　即チ或事ヲ爲スヘキ積極的義務ト或事ヲ爲サザルヘキ消極的ノ義務トノ別ナリ此種別ハ誤ラスト雖モ憲法ニ於テ一一此等ノ義務ヲ說明スルコト固ヨリ爲シ能ハス

(二)　勞力提供ノ義務及ヒ物品提供ノ義務　此區別ハ主トシテ行爲ノ義務ヲ類別セルモノナリ勞力提供トハ即チ精神上及ヒ身體上ノ働ヲ供給スルヲ謂フ例ヘハ官吏カ職務ヲ行フ義務又ハ兵役ノ義務ノ如シ次ニ物品供給ノ義務トハ例ヘハ納稅ノ義務ノ如シ此區別モ亦誤レリト云ハスト雖モ今一一之ヲ說明シ難シ

(三)　服從義務及ヒ忠誠義務　此種別ニ關シテハ學者間ニ議論ノ存スル所タリ例ヘハ「ラバンド」ノ如キ論シテ曰ク臣民ハ國家ニ對スル服從ノ義務ノ外ニ其國ノ不利益ヲ避ケ利益ヲ增進スルコトヲ企圖スヘキ忠誠ノ義務ヲ有ス此二義務ヲ兼ヌルノ點カ臣民ノ特色タリ外人ハ服從ノ義務ヲ負フコトアレトモ忠誠ノ義務ニ至リテハ之ヲ負擔セシムルコト能ハスト然ルニ「ボルンハック」等ハ論シテ曰ク服從ノ義務ヲ認ムルハ固ヨリ可ナリト雖モ忠誠ノ義務ト云フカ如キハ法律上ノモノニ非ス寧ロ道德上ノ義務ニ屬スト

予ハ右ノ二說ノ孰レニモ傾カサル者ナリ先ツ「ラバンド」等ノ說ニ對シテハ服從ト云フハ之ヲ義務ノ一種トシテ說明スルヨリモ前ニ述ヘタル如ク臣民ノ身分其モノトシテ說明シ此身分ニ依リテ各種ノ義務ヲ負擔スルモノトスルカ適當ナラント考フ既ニ統治ノ主體ニ關シテ統治權ハ權能ニシテ之ニ依リテ各種ノ權利ヲ生スト論セリ統治ノ客體ニ付テモ被治者即チ治者ニ對スル絕對服從者ト云フハ臣民當然ノ身分トシテ觀察スルヲ可トスヘキニ似タリ次ニ「ボルンハック」等ノ說ニ對シテハ忠誠ノ義務ナルモノハ一概ニ之ヲ道德上ノ義務トシテ國法ヨリ排除スル必要ナシト考フ何トナレハ若シ或場合ニ國法ヲ以テ國民ノ忠誠ヲ要求シタリトセンカ即チ明カニ國法上ノ義務ト爲レハナリ」以上述ヘタル理由ニ據リ予ハ右(三)ノ種別ヲ以テ完全ナリト考ヘサルナリ

右參照トシテ二者ノ學說ヲ述ヘタリ予ハ此處ニ於テ特ニ概括的ノ種別ヲ試ミス蓋シ此處ニ說明スヘキハ單ニ憲法第二章ニ規定セル兵役及ヒ納稅ノ二義務ニ過キサルカ故ニ一一次ニ列擧スレハ足レリ

(甲)　兵役ノ義務　憲法第二十條ニ曰ク「日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ兵役ノ義務ヲ有ス」ト兵役トハ帝國戰鬪力ノ一部ニ當リ戰時ニ於テ一身ヲ抛チテ國ニ盡スノ役務是ナリ而シテ本條ニ規定スルハ此兵役ニ就クベキ義務ニシテ既ニ兵役ニ就キテ後役務ヲ行フ方法ニ至リテハ別ニ軍ノ統率權ニ依リ定メラルヘキモノニシテ必スシモ法律ヲ以テ規定スルノ限ニ在ラサルナリ

此義務ハ絶對服從ノ身分ヲ有スル臣民ニ非サレハ負擔シ得サルヲ原則トス往時ニ在リテハ或ハ外人ヲ强制シテ兵役ニ使用シタルコトナキニ非サレトモ此ノ如キハ適當ノ處置ニ非ス何トナレハ外人ヲ兵役ニ使用スルハ不便ナリ危險ナリトノ便宜上ノ理由ノ外ニ法律上ノ理論トシテモ外人ノ身分ト抵觸スルノ恐アルヘケレハナリ

(乙)　納稅ノ義務　憲法第二十一條ニ曰ク「日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ納稅ノ義務ヲ有ス」ト所謂稅トハ財政上ノ收入ヲ計ルカ爲メニ無償無條件ニ人ノ資產ヲ徵收スルヲ謂フ之ニ依レハ稅ハ先ツ財政上ノ收入ヲ計ルカ爲メニスルモノナラサルヘカラス故ニ例ヘハ戰時ニ當リテ物品ヲ徵收スルカ如キハ直接

ニ需要ヲ充ス所以ニシテ財政ヲ豐ナラシムル目的ニ非サルカ故ニ稅ト謂フヘカラス次ニ稅ハ無償ニシテ無條件ナルヲ要ス故ニ例ヘハ手數料ノ如キハ其性質手數ニ對スル報償ナルカ故ニ之ヲ稅ト稱スルコト能ハサルカ如シ此義務ハ兵役ノ義務ノ如ク廣ク國民ノ間ニ負擔セラレ且成ルヘク平均ニ賦課スルヲ原則トス

納稅ノ義務ハ外人ノ身分ト抵觸セサルカ故ニ原則トシテ外人モ之ヲ負擔ス蓋シ今日ノ法制ニ於テハ國家ハ外人ニ對シテ各種ノ利益ヲ與ヘ保護ヲ行フカ故ニ縱令其國民ニ非サルモ國家統治ノ費用ヲ分擔スルハ至當ノコトナリトス但斯ク言フモ租稅ヲ以テ國家ノ保護ニ對スル報酬ナリト考フヘカラス何トナレハ若シ租稅カ報酬ナレハ各人保護ノ程度ト比例シテ之ヲ徵收セサルヘカラス然ルニ租稅ハ必スシモ常ニ此比例ヲ保ツモノニ非ス國家ハ適宜ノ方法ヲ以テ必要ナル國費ヲ取立ツルコトヲ得ルモノナレハナリ現ニ憲法第六十二條ニ於テモ租稅ト報償ニ屬スル手數料トハ明カニ區別セリ
右ノ如ク外人ハ納稅ノ義務アルヲ原則トスレトモ然レトモ或特別ノ場合ニハ

疑問ヲ生ス例ヘハ外人ノ本國ト戰端ヲ開キ之ニ要スル軍費ヲ租稅トシテ外人ヨリ取立ツルコトヲ得ヘキヤ否ヤ一說ニ曰ク外國人ハ原則トシテ納稅ノ義務アリ而シテ其稅額ハ如何ナル目的ニ之ヲ費消スルモ已ムヲ得サルコトニ屬スルカ故ニ總テノ場合ニ納稅義務アリト論スヘシト此說一理アリ然レトモ更ニ一歩ヲ進メテ論スルトキハ外人カ他國ノ國籍ニ服從スルハ本國ニ對スル臣民ノ身分ト抵觸セサル範圍內ニ於テスルモノニシテ此範圍ヲ超エテハ他國モ義務ヲ强制スルコト能ハサルト共ニ外人モ之ニ服從スヘキニ非ス故ニ普通ノ課稅ノ如キハ固ヨリ差支ナシト雖モ若シ明カニ其目的カ本國トノ戰費ニ限ラルルトセハ之ヲ負擔スルハ理論上身分ト抵觸スルコトト爲ルヘキナリ

次ニ尙ホ問題ト爲ルハ憲法ニハ日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ依リ納稅ノ義務ヲ有ストノミアルカ故ニ外人ニ對スル課稅ハ法律ヲ必要トセサルモノナリヤ否ヤノ點是ナリ先ツ法律ヲ要ストスル論者ハ左ノ二點ヨリ論斷シ來ル(一)憲法ノ規定ハ其性質外人ニ及ホシ得ヘクンハ之ヲ適用スルカ穩當ナリ納稅ノ義務ノ如キ其著シキ一例ナリ(二)加之憲法第六十二條ニ於テ新ニ租稅ヲ課シ及ヒ稅率ヲ變更スルハ法律ヲ以テ之ヲ定ムヘシトアリ此規定ハ廣ク課稅ノ方法ヲ定メタルモノニシテ臣民ト外人トヲ區別シタルニ非ス隨テ外人ノ課稅モ此規定ニ依リ法律ヲ以テスヘキモノナリト

此說一理アリ然レトモ之ニ對スル批難トシテハ右第一ノ點ニ於テ憲法ハ其性質日本國民ノミニ對スル法規ナルコトハ憲法發布ノ勅語ニ據ルモ明カナルノミナラス憲法第二十一條ハ明カニ「日本臣民」ト規定スルカ故ニ漫ニ之ヲ外人ニ適用スルヲ許サス又次ニ第二ノ點ニ於テ憲法第六十二條ハ右第二十一條ト規定ノ範圍ヲ異ニスルニ非ス一ハ臣民ノ義務ノ方面ヨリ規定シ一ハ會計ノ手續ヨリ規定シタルモノニ過キスト看ルヘシ蓋シ實際ニ於テハ外人ノ課稅モ臣民ノ課稅ト同時ニ法律ニ依ルコトト爲ルヘシト雖モ理論トシテハ右ノ如ク述ヘサルヘカラス

第三章　臣民ノ權利

國家ハ一方ニ於テ義務ヲ以テ臣民ヲ拘束スル反面ニ於テ一方ニ於テハ直接又ハ間

接ニ其保護ヲ行フ直接保護トハ各人ノ意思主張ヲ認メス國家カ自ラ進ミテ臣民ノ利益ヲ增進スルヲ圖ルナリ間接保護トハ其利益ノ爲メニ各人ニ意思ノ主張ヲ許ス場合ニシテ臣民ハ權利トシテ之ヲ行フコトヲ得

權利ノ觀念ニ付テハ學說紛紛タリ今一一之ヲ述フルコト能ハスト雖モ大略分チテ三種ト爲スコトヲ得

(一)　利益說　此說ハ「イエリング」ヲ以テ其代表者ト爲ス曰ク權利トハ法ノ保護スル利益ナリト然レトモ反對論ノ要點ヲ擧クレハ(一)利益ハ權利ノ目的ニシテ權利其レ自身ニ非ス論者ハ目的ト手段トヲ混同ス(二)利益ヲ有スルハ必スシモ人ニ限ラス例ヘハ動物保護ノ命令ニ依リテ動物カ利益ヲ得ルカ如シ故ニ若シ利益ト權利トヲ同一ナリトスルトキハ權利ノ主體ハ必スシモ人ニ限ラストノ奇怪ナル論決ト爲ルヘシ(三)若シ利益ハ總テ權利ナリトセハ例ヘハ國家カ臣民ノ利益ノ爲メニ行フ作用ハ臣民ハ總テ自己ノ權利トシテ之ヲ主張シ之ヲ要求スルコトヲ得換言スレハ國家政務ノ大部分ハ臣民ニ要求ノ權アリトノ論決ト爲ル是レ明カニ不當ノ見解ナリ

合ヲモ包含スルモノナリト信ス

右ニ述ヘタル住所ノ知レサル場合ノ外尚ホ居所ヲ以テ住所ニ代用スル場合アリ即チ日本ニ於テ住所ヲ有セサル場合ナリ日本ニ於テ住所ヲ有セサル者ハ其日本人タルト外國人タルトヲ問ハス日本ニ於ケル居所ヲ以テ其住所ト看做シ之ニ代用スヘキモノナリ其理由ハ外國ニ於テ住所ヲ有スル者ニ對シテ日本ニ於テモ其住所ニ付スルニ日本ニ於ケル住所ト同一ノ效果ヲ以テセハ實際上其不便少カラサルカ爲メナリ但法例ニ於テ住所ノ法律ニ依ルヘキ旨ヲ規定セル場合ハ居所ヲ以テ住所ニ代用スルコト能ハス何トナレハ法例ニ於テ此ノ如キ規定アル場合ニ於テモ仍ホ日本ニ於ケル居所ヲ以テ住所ニ代用スルトキハ外國ニ住所ヲ有スル者モ常ニ日本ノ法律ニ依ラサルヘカラサル結果ト爲リ特ニ法例ニ於テ住所ノ法律ニ依ルヘキ旨ヲ規定シタル趣旨ヲ貫クコト能ハサル結果ニ至ルヲ以テナリ

(五)　假住所　我民法ノ規定ニ依レハ當事者ハ或法律行爲ニ付テ假住所ヲ選定スルコトヲ得

蓋シ此假住所ノ制度ノ目的ハ前ニモ述ベタルカ如ク例ヘハ債務ヲ辨濟スル場所ハ原則トシテ債權者ノ住所ナリ又例ヘハ人ノ普通裁判籍ハ其住所ニ依リテ定マルモノナリ故ニ若シ當事者ノ住所カ互ニ隔リタル場合ニ於テハ東京ノ債務者ハ長崎ノ債權者ノ住所ニ至リテ債務ノ辨濟ヲ爲サヽルヘカラス又大阪ノ債權者ハ函館ノ債務者ノ住所地ノ裁判所ニ起訴セサルヘカラサル結果ト爲リ實際上不便少カラサルヲ以テ此不便ヲ救ハンカ爲メニ設ケタル制度ナリ而シテ或法律行爲ニ付テ假住所ヲ選定シタルトキハ其行爲ニ關シテハ全ク本住所ト同一ノ效力ヲ有スルモノナリ(第二四條)故ニ本住所ト假住所ト異ナル所ハ本住所ハ一般ノ法律行爲ニ關シテ住所タルノ效力ヲ有スルニ拘ハラス假住所ハ單ニ其選定セラレタル行爲ニ關シテノミ住所タルノ效力ヲ有スルニ在リト謂フコトヲ得ヘシ

我民法ノ假住所ノ規定ハ佛蘭西民法ノ例ニ倣ヒタルモノナリ獨逸民法ニ於テハ此假住所ノ制度ヲ認メス獨逸民法編纂者ハ其理由書中ニ論シテ曰ク「佛民法法系ニ特有ナル假住所ノ制度ハ之ヲ採用スルノ必要ナシ何トナレハ此假住所ノ目的ハ主トシテ權利ノ實行ヲ容易ナラシムルノ目的ニ出テタルモノナルモ獨逸民事訴訟法第三十八條ニ依レハ當事者ハ自由ニ裁判所ノ管轄ニ付テ合意ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ特ニ假住所ノ如キ規定ヲ設クルノ必要ナシ」ト我國ニ於テハ民事訴訟法第二十九條ニ於テ獨逸民事訴訟法第三十八條ト同一ノ規定ヲ設ケタルニ拘ハラス民法ニ於テモ亦佛蘭西民法ノ例ニ倣ヒ假住所ノ制度ヲ採用セリ

第六款　失踪

第一項　總論

從來ノ住所又ハ居所ヲ去リタル者ハ其生死分明ナラサルトキハ其者ノ親族上並ニ財產上ノ法律關係ハ總テ不確定ノ狀態ニ在ルモノト謂ハサルヘカラス此ノ如ク不在者ノ法律關係ヲシテ不確定ナラシムルハ相續其他ノ關係ヨリスルモ又ハ一般ニ國家ノ經濟ノ點ヨリスルモ決シテ希望スヘカラサル事ニ屬ス故ニ其不確定ナル法律關係ヲ何時マテモ無制限ニ繼續セシメスト定ノ時期ヲ定

メ之ヲ確定セシムルノ方法ヲ攻究セサルヘカラス諸國ノ立法者ハ大概此點ニ注意シ古來多少ノ規定ヲ設ケタリ是レ即チ所謂失踪ノ制度ノ起ル所以ナリ然レトモ各國ノ立法者ノ思想又ハ法律制定當時ノ時勢ノ狀況ニ從ヒ其規定スル所各國一樣ナルコト能ハス予ハ此點ニ關シ參考ニ資センカ爲メ少シク比較的研究ヲ試ミントス

羅馬ニ於テハ不在者ニシテ其生死分明ナラサル場合ニ關スル特別ノ規定ナキカ如シ「デルンブルグ」ノ說ニ依レハ羅馬ニ於テハ不在者カ其生死分明ナラサル場合ニ於テハ各場合ニ依リ其狀況ニ從ヒ果シテ不在者カ死者ナルヤ否ヤヲ判斷シ然ル後實際上ノ問題ヲ解釋シタルモノノ如シ故ニ現今諸國ニ行ハルルカ如キ失踪ノ制度ハ羅馬ニ於テハ未タ之ヲ見ルコト能ハサリシ

獨逸普通法ニ於テハ不在者ニシテ久シク生死分明ナラサルトキハ之ヲ失踪者トシテ其年齡七十歲ニ達スルトキハ法律上死亡者ト推定ス然レトモ其失踪者トハ如何ナル者ヲ謂フカ尙ホ詳ク言ヘハ不在者カ幾年間生死不分明ナレハ之ヲ失踪者ト稱スルカ此點ニ付テハ一定ノ標準ナク各場合ニ依リテ之ヲ決シタルカ如シ而シテ失踪者ト爲ルニハ別ニ失踪ノ宣告アリテ始メテ失踪者ト爲ルニ非ス然レトモ失踪者カ法律上死亡ノ推定ヲ受クルハ法律上當然其推定ヲ受クルニ非スシテ裁判所カ失踪者ニ對シテ所謂公示催告ノ手續ヲ爲シ其催告期間內ニ生存ノ屆出ナキカ爲メ死亡ノ宣告ヲ爲スニ因リテ始メテ失踪者ノ死亡ノ推定確定スルニ至ル此ノ如ク獨逸普通法ニ於テハ其年齡ニ重キヲ置キ不在者ノ生死分明ナラサルコト如何ニ久シキニ亘ルモ其年齡七十歲ニ達セサルトキハ之ニ對シテ死亡ノ推定ヲ與フルコトナカリキ

獨逸新民法モ亦獨逸普通法ノ如ク不在者ニ對シテ其生死不分明ナルトキハ死亡ノ宣告ヲ爲シ以テ死亡ノ推定ヲ與フ然レトモ獨逸民法ハ獨逸普通法ト異ナリ失踪者ノ年齡ヲ以テ其死亡宣告ノ第一要件ト爲サス獨逸民法ニ於テ死亡宣告ノ要件トハ通常ノ場合ニ於テハ不在者ノ生死分明ナラサルコト十年ニテ足レリトセリ又不在者カ死亡ノ宣告ヲ受クルニハ少クトモ三十一歲ニ達セサルヘカラストセリ即チ獨逸民法ニ依リ成年ニ達シタル後十年ヲ經過セサルヘカラスト爲セリ是レ獨逸民法ノ通常ノ場合ニ關スル規定ナリ其他獨逸民法ニ於

ヲハ戰爭其他死亡ノ原因タルヘキ危難ニ遭遇シタル場合ノ特別ナル規定アリ即チ此場合ニ於テハ一年若クハ三年間不在者ノ生死分明ナラサルトキハ直チニ死亡ノ宣告ヲ爲ス故ニ獨逸民法ニ於テハ死亡ノ宣告ヲ爲スニ付キ第一ノ要件トスルモノハ不在者ノ生死不分明ナル期間ナリ唯其期間ヲ定ムルニ付キ不在者ノ年齡ニ依リテ多少差異アルニ過キス隨テ年齡ヲ死亡宣告ノ第一ノ要件ト爲セル獨逸普通法ノ規定トハ其精神ヲ異ニス然レトモ不在者ニ對シテ死亡ノ推定ヲ與フルハ別ニ失踪ノ宣告ヲ爲サスシテ直チニ死亡ノ宣告ヲ爲シ以テ死亡ノ推定ヲ與フル點ハ獨逸普通法ト異ナルコトナシ

佛蘭西民法ハ獨逸民法ト異ナリ不在者ノ生死不分明ナル者ニ對シ或要件ノ下ニ失踪ノ宣告ヲ爲スモ之ニ對シテ死亡ノ宣告ヲ爲サス即チ佛蘭西民法ハ單ニ相續人其他ノ利害關係人ノ利益ノミヲ保護スルニ非スシテ不在者ノ利益ヲモ永久ニ保護シ二者ノ利益ヲ能フ丈ケ調和セントセリ又佛蘭西民法ハ獨逸民法ト異ナリ不在者ヲ絕對ニ死亡シタル者ト推定セス不在者ヲ以テ生存者トモ若クハ死亡者トモセス生死不確定ノ者ト爲セリ故ニ佛蘭西民法上不在者ノ生死

就レカ事實ニ近キカノ推定ノ程度ニ依リ其規定ヲ異ニス即チ不在者ノ生存スルコト仍ホ確實ナリト推定セラルル時期ニ於テハ專ラ不在者ノ權利ヲ保護セリ然レトモ其生存ノ推定ハ漸次薄弱ト爲リ不在者ノ死亡ノ推定反對ニ漸次ニ嵩ムニ從ヒ次第ニ相續人其利害關係人ノ權利ヲ保護セリ此趣旨ニ基キ佛蘭西民法ハ不在者ノ法律關係ヲ規定スルニ當リ三箇ノ時期ヲ區別セリ其第一期ニ於テハ不在者ヲ仍ホ生存スルモノト看做シ專ラ不在者ノ權利ノ保護ヲ目的トス然レトモ不在者ノ生死四年若クハ七年間分明ナラサルトキハ不在者ニ對シテ失踪ノ宣告ヲ爲ス之ヲ第二期トス此第二期ニ於テハ失踪者ノ亡失又ハ最後ノ音信アリタル當時ノ推定相續人ヲシテ假ニ失踪者ノ財產ヲ占有セシム然レトモ此財產ノ假占有ハ唯財產管理人ノ地位ニ立ツニ過キス而シテ此財產假占有ノ時ヨリ三十年ヲ經過スレハ第三期ト爲ル此第三期ニ於テハ失踪者ハ略ホ死亡者ト同一ノ取扱ヲ受ケ專ラ相續人等ノ權利ヲ保護ス即チ相續人等ヲシテ失踪者ノ財產ノ本占有ヲ爲サシム然レトモ相續人ハ未タ絕對ニ財產ノ所有者ト謂フコト能ハス伊蘭國等ノ民法ハ大體ニ於テ佛蘭西民法ノ規定ト同一ナリ」

以上述ヘタル所ハ失踪ノ制度ニ關スル諸國ノ立法例ノ大體ナリ今右ニ述ヘタル立法例ノ利害得失ニ付テ攻究スルニ羅馬法ノ如ク不在者ニ關シテ何等ノ規定ヲ爲サザルハ固ヨリ今日ノ時勢ニ適當セルモノト謂フコト能ハス然レトモ亦獨逸普通法ノ如ク不在者カ年齢七十歲ニ達セサレハ之ヲ死亡者ト看做サスシテ其間法律關係ヲ不確定ノ狀態ニ置クハ是レ亦今日ノ時勢ニ適當ナルモノト謂フコト能ハス又佛蘭西民法ノ如ク不在者ニ對シテ單ニ失踪ノ宣告ヲ爲スニ止マリ之ヲシテ何時マテモ生死不確定ノ間ニ在ラシムルハ是レ亦適當ナル制度ト謂フコト能ハス失踪ニ關スル制度ニ付テハ獨逸新民法ノ如ク或短期間ノ時期ヲ限リ其間ハ不在者ヲ生存者トシテ專ラ之ヲ保存シ其後ハ斷然不在者ヲ死亡者ト看做シ相續人其他ノ利害關係人ヲ十分ニ保護スルヲ以テ最モ適當ナリト信ス

我國ニ於テハ舊民法ハ專ラ佛蘭西民法ノ例ニ倣ヒ失踪ノ規定ヲ設ケタレトモ新民法ノ規定ハ之ト異ナリ外形ハ兎ニ角其實質ハ獨逸民法ノ規定ニ甚タ近シ我新民法ニ於テハ從來ノ住所又ハ居所ヲ去リタル者カ其生死分明ナラサル場合ニ於テ或一定ノ時期ヲ定メ其間ハ之ヲ不在者ト稱シ專ラ其利益ヲ保護セリ而シテ其期間經過ノ後ハ申立ニ因リテ其不在者ニ對シ失踪ノ宣告ヲ爲シ之ヲ失踪者ト稱ヘ絕對ニ死亡者ト看做シ相續人其他ノ利害關係人ヲ保護ス尙ホ我民法ノ規定ノ詳細ハ項ヲ改メテ說明スヘシ

第二項　不在者

既ニ前項總論ニ於テ述ヘタルカ如ク我民法ノ失踪ニ關スル規定ハ之ヲ不在者ノ利益保護ニ關スル規定ト失踪ノ宣告ニ關スル規定トノ二箇ニ大別スルコトヲ得予ハ先ツ本項ニ於テ其不在者ノ利益保護ニ關スル規定ヲ說明セン

第一　管理人ノ選任

(イ)　本人カ管理人ヲ置カサリシ場合　從來ノ住所又ハ居所ヲ去リタル者カ其財產ノ管理人ヲ置カサル場合ニ於テハ不在者ノ住所地ノ區裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ其財產ノ管理ニ付テ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得(第二五條第一項非訟事件手續法第三八條)而シテ茲ニ必要ナル處分ト云フハ或

ハ不在者ノ財産ヲ封印シ又ハ其腐敗シ易キ財産ヲ賣却スルカ如キ種種ナル方法ヲ包含ス(非訟事件手續法第四六條第五四條第五八條然レトモ其必要ナル處分中最モ重大ナルモノハ管理人ノ選任ナリ即チ裁判所ハ適當ナル管理人ヲ選任シテ不在者ノ財産ヲ管理セシメ以テ不在者ノ利益ヲ保護シ間接ニハ又國家ノ利益ヲモ保護スルモノナリ

(ロ)　本人カ管理人ヲ置キタル場合　本人カ其財産ノ管理人ヲ置キタルトキハ其管理人カ財産ヲ管理スルコトハ固ヨリ當然ノ事ニシテ此ノ如キ場合ニ於テハ前ニ述ヘタルカ如ク裁判所ハ不在者ノ財産管理ニ付キ干渉スヘキモノニ非ス然レトモ本人一旦管理人ヲ置キタルモ其不在中ニ管理人ノ權限消滅シタル場合ニ於テハ前ニ述ヘタル管理人ヲ置カサリシ場合ト毫モ異ナル所ナキヲ以テ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ管理人ノ選任其他財産ノ管理ニ付テ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得(第二五條第一項末段)其他不在者カ管理人ヲ置キタル場合ニ於テ其生死分明ナラサルトキハ裁判所ハ又利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ管理人ヲ改任スルコトヲ得ルモノナリ(第二六條)其理由ハ本人ノ生死不分明ナルトキハ縱令管理人ヲ置キタリト雖モ本人カ之ヲ指揮スルコト能ハサルヲ以テ裁判所ヲシテ其監督ヲ爲サシムルコト相當ナリトスルニ基ク

右ノ如ク本人カ管理人ヲ置カサルカ爲メニ又ハ本人ノ不在中ニ管理人ノ權限消滅シタルカ爲メニ裁判所カ管理人ノ選任其他財産ノ管理ニ付テ必要ナル處分ヲ命シタル場合ニ於テモ後日ニ至リ本人カ管理人ヲ置キタルトキハ最早裁判所ハ其財産ノ管理ニ付テハ干渉ヲ爲スノ必要ナキヲ以テ其管理人、利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ既ニ發シタル所ノ命令ヲ取消スヘキモノナリ(第二五條第二項)

第二　管理人ノ義務

管理人ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ不在者ノ財産ヲ保護シ之ヲ其管理終了ノ後ニ本人又ハ相續人ニ返還スルコトヲ要スルモノナリ(非訟事件手續法第四三條民法第六四四條第六四六條)故ニ裁判所ニ於テ選任シタル管理人ハ先ツ管理スヘキ財産ノ目錄ヲ調製セサルヘカラス然レトモ不在者ノ置キタル管理人

ハ本人ノ指揮ニ從フヘキモノナルヲ以テ必スシモ法律上當然ニ財産目錄ヲ調製スルノ必要ナキモノナリ然レトモ不在者ノ生死不分明ナル場合ニ於テ本人ハ事實上管理人ヲ指揮スルコト能ハサルヲ以テ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ之ニ對シテモ亦財産目錄ノ調製ヲ命スルコトヲ得ルモノナリ而シテ此財産目錄ヲ調製スルハ專ラ不在者ノ利益ノ爲メニ之ヲ爲スモノナルヲ以テ其調製ノ費用ハ不在者ノ財産ヨリ之ヲ支辨スヘキモノナリ(第二七條第一項、第二項)尙ホ此財産目錄ノ調製ニ關シ其手續ノ詳細ハ非訟事件手續法第五十五條、第五十六條ニ明カナリ

財産目錄ノ調製ハ財産ノ返還ヲ確保シテ其保存ヲ爲ス爲メニ最モ必要ナル行爲ナリト雖モ尙ホ此他財産ノ保存ニ必要ナル行爲ナキニ非ス例ヘハ或場合ニ於テ腐敗シ易キ物ヲ賣却スルカ如シ而シテ此等ノ財産保存ニ付テ裁判所カ必要ナリト認メタル處分ハ如何ナル事項ニテモ之ヲ管理人ニ命スルコトヲ得(第二七條第三項)

右ノ如ク裁判所ハ十分ニ管理人ヲ監督シ財産ノ保存ヲ爲シ其返還ヲ確保セシムルモ時トシテハ或ハ管理人カ不在者ノ財産ヲ消費シ又ハ毀損滅失シ不在者ヲシテ損害ヲ被ラシムルコトナキニ非ス故ニ裁判所ハ財産ノ管理及ヒ返還ニ付キ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得ルモノナリ(第二九條第一項)尙ホ裁判所ハ管理人ヲシテ擔保ヲ供セシメタル後其增減變更又ハ免除ヲ命スルコトヲ得ルモノナリ(非訟事件手續法第四四條)

第三　管理人ノ權利

(イ)　管理人ノ權限　管理人ハ不在者ノ代理人ノ性質ヲ有ス不在者カ自ラ管理人ヲ置キシトキハ委任ニ因ル代理人ナリ裁判所カ管理人ヲ選任シタルトキハ法定代理人ト謂フヘシ不在者カ管理人ヲ置キ且其代理權ヲ定メタルトキハ管理人ノ權限ハ其不在者ノ意思ニ因リテ定マルモノナリ然レトモ之ニ反シテ不在者カ管理人ヲ置キタル場合ト雖モ明カニ其代理權ヲ定メサル場合及ヒ管理人カ裁判所ニテ選任セラレタル場合ニ於テハ其權限ハ民法第二十八條ノ規定ニ依リテ定マルモノナリ故ニ同條ノ規定ニ依レハ此ノ如キ場合ニ於ケル管理人ノ權限ハ左ノ如シ

(一)　保存行爲　保存行爲トハ例ヘハ權利カ消滅時效ニ罹ラントスル場合ニ於テ請求其他ノ行爲ニ依リテ其時效ヲ中斷シ又ハ權利ヲ他人ニ對抗セシムルカ爲メニ登記ヲ爲シ或ハ腐敗シ易キ物ヲ賣却スルカ如キ行爲ヲ謂フ

(二)　代理ノ目的タル物又ハ其權利ノ性質ヲ變更セサル範圍内ニ於テ其利用又ハ改良ヲ目的トスル行爲　物又ハ權利ノ利用ヲ目的トスル行爲トハ例ヘハ金錢ヲ銀行ニ預ケ或ハ家屋ヲ他人ニ賃貸シ或ハ又賃借人カ其賃借物ヲ轉貸スルカ如キ行爲ヲ謂ヒ物又ハ權利ノ改良ヲ目的トスル行爲トハ例ヘハ土地ニ肥料ヲ施シ其價格ヲ高ムルカ爲メニ其肥料ヲ買入レ又ハ抵當權ノ目的ト爲シタル所有權ヲ完全ナル所有權トシ又ハ期限附ノ債權ヲ無期限トスルカ如キ行爲ヲ謂フ但此利用又ハ改良ヲ爲スニハ代理ノ目的タル物又ハ權利ノ性質ヲ變更セサル範圍内ニテ之ヲ爲スヲ要ス

以上述ヘタル行爲ハ管理人カ獨斷ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ然レトモ前掲二箇ノ場合以外ノ行爲ト雖モ不在者ノ財産ヲ管理スルニ付キ必要ナル場合ニ於テハ管理人ハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(第二八條第一〇三條非訟事件手續法第八三條)

前ニ述ヘタルカ如ク不在者カ管理人ヲ置キ且其代理權ヲ定メタルトキハ管理人ノ權限ハ之ニ由リテ定マルモノナレトモ此權限ヲ超ユル行爲ハ爲シ能ハサルモノナリ而シテ若シ實際上財産ノ管理ニ付キ不在者ノ定メタル權限ニ屬セサル行爲ヲ爲スヲ必要トスルトキハ管理人ハ本人ト交渉シテ相當ノ代理權ノ授與ヲ求メサルヘカラス然レトモ不在者ノ生死不分明ナル場合ニ於テハ之ト異ナリ管理人カ本人ト交渉スルコト能ハサルヲ以テ此場合ニ於テハ前項ニ於テ陳述セルカ如ク管理人ハ不在者ノ定メサル權限ニ付キ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得(第二八條)

(ロ)　報酬請求權　管理人ハ不在者ノ財産ヲ管理スル爲メ種種ノ義務ヲ負擔シ多少ノ時間ト勞働トヲ要スルヲ以テ裁判所ハ不在者ノ財産中ヨリ相當ノ報酬ヲ與フルヲ得ルモノナリ而シテ其額ハ豫メ一定セス裁判所カ管理人ト不在者トノ關係其他ノ事情ニ依リ之ヲ定ムルモノナリ(第二九條第二項)茲ニ不在者ト管理人トノ關係ト云フハ例ヘハ管理人ト不在者トカ妻子又ハ親族ノ關係ヲ有

スルカ又ハ全ク緣故ナキ地位ニ在ル如キヲ謂ヒ又其他ノ事情トハ例ヘハ不在者ノ財產ノ多少又ハ管理ノ難易等ノ如キヲ謂フ

第三項　失踪者

我民法ニテ失踪者トハ固ヨリ不在者ト同一ナラス舊民法ニ於テハ從來ノ住所又ハ居所ヲ去リ又ハ音信絕エテ生死分明ナラサル者ヲ失踪者ト謂フ(人事編第二六九條)外國ノ法律ニ於テモ之ト同樣ノ用例アリ例ヘハ獨逸民法ニ於テ失踪者(der Verschollene)トハ不在者ニシテ其生死不分明ナル者ヲ謂フカ如シ然レトモ我民法ニ於テハ之ト異ナリ從來ノ住所又ハ居所ヲ去リタル者カ其生死分明ナルトキハ勿論其生死分明ナラサルトキニ於テモ總テ之ヲ不在者ト稱シ失踪者ト稱セス其失踪者ト爲ルニハ一定ノ期間生死不分明ナル爲メニ所謂失踪宣告ヲ受ケタル者ヲ謂フ

第一　失踪ノ宣告

(イ)　失踪宣告ノ申立ヲ爲スコトヲ得ル者　失踪宣告ノ請求權ヲ有スル者ハ利害關係人ナリ(第三〇條)利害關係人トハ一一之ヲ列擧スルコト能ハサルモ例ヘハ管理人、相續人、配偶者又ハ債權者ノ如キ者ハ其一例ナリ而シテ既ニ前ニ述ヘタルカ如ク失踪ノ制度トハ啻ニ不在者利害關係人ノ利益ニ關スルノミナラス國家ノ利害ニモ關係ヲ及ホスモノナレトモ啻ニ述ヘタル禁治產、準禁治產ノ場合ニ於ケルカ如ク檢事ハ之ヲ請求スルコトヲ得ス其理由ハ民法ニテハ失踪ノ宣告ノ場合ニ於テハ禁治產又ハ準禁治產ノ宣告ノ場合ト異ナリ國家カ之ニ干涉セスシテ專ラ之ヲ利害關係人ニ一任スルヲ相當ト認ムルニ依ルナリ

(ロ)　失踪宣告ヲ受クヘキ者　失踪ノ宣告ヲ受クヘキ者ハ不在者ニシテ七年又ハ三年間其生死分明ナラサルモノナリ失踪宣告ノ要件トシテ不在者カ生死分明ナラサル期間ハ幾年ナルヲ要スルヤニ付テハ既ニ總論ニ於テ述ヘタル如ク種種ノ立法例アリ獨逸普通法ニ於テハ不在者カ生死分明ナラサルコト如何ニ久キニ亘ルモ其年齡必ス七十歲ニ達セサルヘカラス又獨逸民法ハ不在者ノ生死分明ナラサルコト通常ノ場合ニハ十年、戰爭其他死亡ノ原因タル危難ニ遭遇セシ場合ニ於テハ三年又ハ一年ニテ足ルモノトシタルカ如シ我民法ニ於テハ

通常ノ場合ニハ不在者ノ生死七年間不分明ナルヲ要ス然レトモ戰地ニ臨ミタル者沈沒シタル船舶中ニ在リシ者其他死亡ノ原因タル事實ニ遭遇シタル者ニシテ生死分明ナラサル場合ニ於テハ通常ノ場合ヨリモ死亡セシモノト推定セラルルノ程度多キヲ以テ其戰爭ノ止ミタル後船舶ノ沈沒シタル後又ハ其他ノ危難ノ去リタル後三年ヲ以テ足ルモノトス(第二〇條)

失踪ノ宣告ヲ受クル者ハ日本人タルヲ原則トス然レトモ外國人ト雖モ其生死不分明ノ場合ニハ裁判所ハ日本ニ在ル財產及ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキ法律關係ニ付テノミ日本ノ法律ニ依リ失踪ノ宣告ヲ爲シ得ルモノナリ(法例第六條)

(ハ)　失踪宣告ノ手續　失踪宣告ノ申立ハ不在者ノ住所地ノ區裁判所ニ專屬スルモノナリ而シテ失踪宣告ノ申立ハ書面又ハ口頭ヲ以テ爲スコトヲ得レトモ其申立ニハ原因タル事實及ヒ證據方法ヲ示ササルヘカラス此ノ如ク失踪宣告ノ申立アリタルトキハ裁判所ハ公示催告ノ手續ニ依リテ不在者又ハ不在者ノ生死ヲ知ル者ニ對シテ六箇月又ハ二箇月以上ノ公示催告期間ヲ定メ其期間內ニ生存ノ屆出ヲ爲スヘキ旨ヲ催告スヘキモノナリ然ルニ其屆出ヲ爲ササルトキハ裁判所ハ申立ニ因リテ判決ヲ以テ失踪ノ宣告ヲ爲スモノナリ但此失踪宣告トハ公益ニ關係スルモノナルヲ以テ裁判所ハ其判決前ニ職權ヲ以テ必要トスル證據調ヲ爲スヘシ又檢事ハ審問ニ立會ヒ意見ヲ述ヘ得ルモノナリ尙ホ失踪ノ手續ニ關シ詳細ナルコトハ人事訴訟手續法第七十條乃至第八十條、民事訴訟法第七百六十四條乃至第七百七十四條ヲ參照スヘシ

(ニ)　失踪宣告ノ效力　失踪宣告ノ效力ニ關スル諸國ノ立法例ヲ見ルニ之ヲ二ニ大別スルコトヲ得其一ハ失踪者ヲ死亡者ト看做ス效力ヲ生スルモノ其二ハ相續人等ヲシテ失踪者ノ財產ヲ占有セシムル效力ヲ生スルモノナリ前ニ述ヘタルカ如ク獨逸民法ノ如キハ前者ヲ採用シ佛蘭西民法及ヒ同法系ニ屬スル伊太利、和蘭等ノ民法ハ後ノ立法例ニ屬ス我舊民法ハ佛蘭西民法ニ倣ヒ後ノ立法例ヲ採用セシモ新民法ハ獨逸民法ノ如ク前ノ立法例ヲ採用セリ即チ我新民法上失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ死亡シタル者ト看做サル(第三一條)

右ノ如ク我民法上失踪ノ宣告ハ失踪者ヲ死亡シタル者ト看做ス效力ヲ有ス然ルニ失踪宣告ノ效力ハ何時ヨリ發生スルカノ點ニ付テモ亦種種ノ立法例アリ

其主ナルモノ左ノ如シ

(イ) 失踪ヲ宣告スル判決ヲ言渡シタル時又ハ其判決確定シタル時ニ發生ストセルモノ　此主義ヲ採ル者ハ曰ク若シ失踪宣告ノ效力ヲ例ヘハ不在者ノ生死分明ナラサルコト七年又ハ三年ノ期間滿了ノ時ニ生スルモノトセハ失踪ノ宣告ト其效力ノ發生時期トニ於テ既ニ長日月ヲ經過シ其甚シキニ至リテハ數十年ヲ隔ツル場合ナシトセス此ノ如キ場合ニ於テ一旦失踪ノ宣告ヲ爲シ失踪者ヲ死亡シタル者ト看做シタル爲メニ其數十年ノ往時ニ遡リテ相續其他諸般ノ法律關係ヲ定ムルコトハ極メテ困難ナルヲ以テ到底明瞭ナル判定ヲ望ムヘカラス是レ實際上甚タ不便ナル所ニシテ此不便ヲ避クルカ爲メニ失踪宣告ノ效力ハ其失踪ヲ判決スル言渡又ハ確定ノ時ニ生スルモノト爲スヲ適當ナリトスト獨逸民法第一讀會草案ノ如キハ此主義ヲ採用セルモノナリシナリ

(ロ) 失踪宣告ノ效力ハ法定ノ期間滿了ノ時ニ發生ストセルモノ　此主義ヲ採ル者ハ曰ク第一主義者ノ主張スル所ハ一應ノ理由ナキニ非サレトモ若シ此主義ニ從フトキハ狡猾ナル利害關係人ハ自己ノ便益ノミヲ圖リテ自己ノ爲メニ不利益ナルトキハ失踪宣告ノ申立ヲ遲延シ利益ナルトキハ迅速ニ爲スカ如キコト多キノミナラス裁判所ノ怠慢等ニ因リテ當事者ノ利益ニ影響ヲ及ホスコト少カラス故ニ縱令第一主義者ノ主張スルカ如ク不便ノ點アリト雖モ失踪宣告ノ效力ヲシテ不在者ノ生死不明ナルコト七年又ハ三年ト云フカ如キ法定ノ期間滿了ノ時ニ生セシムルモノト定ムルハ比較的其害少キモノトスト

(ハ) 失踪宣告ノ效力ハ公示催告期間滿了ノ時ニ發生ストセルモノ　此主義ハ第一主義ト第二主義トノ中間ニ在ルモノニシテ第一主義ノ長所ヲ採ルコトヲ得サルト同時ニ第二主義ノ長所ヲモ採ルコトヲ得サルモノナリ

(ニ) 失踪ヲ宣告スル判決中ニ效力發生ノ時日ヲ定ムルヲ原則トスルモノ　此主義ハ獨逸民法ノ採ル所ニシテ獨逸民法ハ第一讀會草案ノ際ニハ前述セルカ如ク第一ノ主義ヲ採リタルモ確定議ト爲ルニ際シ第四ノ主義ヲ採用セリ此主義ニ依レハ裁判所カ失踪ノ宣告ヲ爲スニ當リ證據調ノ結果失踪者ノ死亡シタリト推定サルヘキ日ヲ發見シタルトキハ判決中ニ死亡ノ推定ノ日ヲ明カニ掲クルモノナリ然レトモ其日時ヲ發見スルコト能ハサルトキハ通常ノ場合ニ於

テハ十年ノ法定期間滿了ノ時ニ死亡シタルモノトス戰爭ノ場合ニ於テハ媾和條約締結ノ時又ハ戰爭ノ終局ノ年ノ終リタル時ニ死亡シタルモノトシ船舶ノ沈沒其他ノ場合ニ於テハ其事件ノ發生セシ時ニ死亡セシモノト看ル主義ナリ』右四主義中各其得失アルモ予ハ第四主義ヲ最モ適當ナリト信スルモ我民法ハ第二ノ主義ヲ採用セリ故ニ我民法上失踪者ハ通常ノ場合ニ於テハ七年戰爭ノ場合ニ於テハ三年ノ法定期間滿了スル時ニ死亡シタルモノト看做サルルモノナリ(第三一條)

失踪ノ宣告ハ曾ニ其判決ヲ受ケタル當事者ノミナラス何人ニ對シテモ其效力ヲ有スルモノナリ(第三一條)故ニ一旦宣告ヲ受ケタル者ハ何人ト雖モ之ヲ死亡シタル者ト看做スコトヲ得而シテ此宣告ノ效力ハ失踪者ノ財產上ノ關係ノミナラス親族上ノ關係ニモ及ヲモノナリ

右ノ如ク失踪ノ宣告ハ失踪者ノ一般法律關係上之ヲ死亡シタル者ト推定スルノ效力ヲ生スルモノナリ然レトモ法律上所謂推定ニ二種類アリ一ハ單純ナル推定(Praesumtio juris)ニシテ他ノ一ハ完全ナル推定(Praesumtio juris et de jure)是ナリ

完全ナル推定トハ反證ヲ許サヽル推定ニシテ單純ナル推定トハ反證ヲ許ス推定ナリ而シテ此失踪ノ場合ニ於テ死亡ノ推定ハ所謂單純ナルモノナルカ或ハ完全ナルモノナルカ立法論トシテハ一ノ問題ナリ予ノ知ル所ニ據レハ外國ノ立法例ニ於テハ失踪者ノ死亡ノ推定ヲ以テ單純ナル推定ト爲スヲ通常トス然レトモ我民法ニ於テハ單純ナル推定ノ場合ト完全ナル推定ノ場合トニ依リテ用語ヲ異ニス前者ノ場合ニ於テハ「推定ナル文字ヲ用ヒ後者ノ場合ニ於テハ常ニ「看做」ナル文字ヲ用フ而シテ第三十一條ニハ明カニ死亡シタル者ト看做ストアルヲ以テ我民法上失踪者ノ死亡ノ推定ハ所謂完全ナル推定ナルコト少シモ疑ナシ故ニ一旦失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ縱令生存スルコト明瞭ト爲ルモ其失踪ノ宣告ヲ取消サヽル限ハ死亡ノ推定ハ覆ヘサルモノナリ是ニ於テカ一箇ノ難問ヲ生ス即チ失踪ノ宣告ヲ受ケタル者カ其宣告未タ取消サレサルニ拘ハラス生存スルトキハ法律行爲ヲ爲シ又ハ權利ヲ享有スル能力ヲ有セサルヤ否ヤ若シ其能力ヲ有スルモノトセハ第三十一條ニ所謂死亡シタル者ト看做スト云フハ果シテ如何ナル意味ヲ有スルヤノ問題ナリ

或論者ハ曰ク第三十一條ニハ(失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ前條ノ期間滿了ノ時ニ死亡シタルモノト看做ス)トアリ我民法ハ失踪ノ宣告ノ效力ヲシテ失踪者ヲ法定ノ期間滿了ノ時ニ死亡シタル者ト推定シ而シテ其推定ハ所謂完全ナル推定ナルカ故ニ縱令失踪者カ事實上尙ホ生存スルコトアルモ法律上死亡シタル者ト同一ナリ隨テ一般ノ人格者ノ如ク權利能力又ハ行爲能力ヲ有スルモノニ非スト我民法カ失踪者ヲ死亡シタル者ト推定スルハ所謂完全ナル推定ナルトハ既ニ前ニ述ヘタルカ如ク予モ亦論者ト同一ノ見解ヲ有スルモ失踪者カ未タ生存スルニ拘ハラス法律上死亡者ト同一ノ取扱ヲ受クヘキモノナリト云フカ如キハ予ノ採ラサル所ナリ本問題ヲ解決スルニハ先ツ失踪ノ制度ヲ設ケタル立法ノ趣旨ヲ研究スルノ必要アリ既ニ總論ニ於テ述ヘタルカ如ク抑モ民法カ失踪ナル制度ヲ設ケタル趣旨ハ不在者カ其生死分明ナラサルトキハ其親族上及ヒ財產上ノ法律關係ハ總テ不確定ノ狀態ニ在リ然ルニ此ノ如ク不在者ノ法律關係ヲシテ永ク不確定ノ狀態ニ在ラシムルハ相續其他ノ關係ヨリ觀ルモ又國家經濟ノ上ヨリ觀ルモ決シテ望マシキコトニ非サルヲ以テ其不確定ノ狀權ノ第三ノ效力ニ付テ少シタ制限ヲ設ケサルヘカラス是レ此場合ニ占有ノ第三ノ效力ニ例外ヲ設クル所以ナリ然ラハ其例外ハ如何ト云フニ即チ占有カ所有者ノ意思ニ反シテ他ニ移サレタル場合ニハ所有者ハ其占有移轉ノ事實アリタル時ヨリ二箇年間ハ占有者ニ對シテ其物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得ルコト是ナリ(第一九三條所謂所有者ノ意思ニ反シテ占有ヲ失フ場合ハ之ヲ分チテ二ト爲ス一ハ物ヲ遺失シタル場合ニシテ一ハ物カ盜難ニ罹リタル場合是ナリ

(一)　遺失シタル場合　遺失シタル場合トハ所有者ノ意思ニ反シテ偶然ニ占有ヲ失ヒタル場合ヲ謂フ此場合ハ細別スレハ左ノ四箇ノ條件ヲ必要トス

(イ)　所有者ノ意思ニ反シテ占有ヲ失ヒタルコト

(ロ)　偶然ニ占有ヲ失ヒタルコト　偶然ニ占有ヲ失ヒタルトハ他人ノ故意アル行爲ニ因リテ占有ヲ失ヒタルモノニ非サルヲ謂フ

(ハ)　物ノ所在不明ナルコト

(ニ)　所有權ヲ拋棄セサルコト

以上ノ四條件ヲ具備シタルトキハ即チ遺失シタル場合トスルノ此場合ニ所

有者ハ遺失ノ時ヨリ二箇年間ハ仍ホ占有者モ對シテ物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得

(二)盜難ニ罹リタル場合　此場合ハ竊取セラレタル場合ト强奪セラレタル場合トノ二アリ要スルニ他人ノ故意スル行爲ニ因リテ占有ヲ其所有者ノ意思ニ反シテ奪ハレタル場合ヲ謂フ其占有ヲ奪フニ當リテ暴行强迫ヲ用フルト否トニ由リ或ハ竊取ト爲リ或ハ强奪ト爲ル此場合ニ所有者ハ盜難ニ罹リタル時ヨリ二箇年間ハ占有者ニ對シテ其物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得

以上ノ二者ハ所有權ヲ保護スルカ爲メニ占有ノ第三ノ效力ニ加ヘタル制限ナリ

此制限ハ所有者ヲ保護スル爲メ已ムコトヲ得サルモノナリト雖モ亦或場合ニハ第三者ノ利益ヲ保護スルカ爲メ之ニ對シテ多少ノ例外ヲ設クルノ必要ヲ見ルコトアリ是レ即チ民法第百九十四條及ヒ第百九十五條ノ場合ナリ

第一　公ノ市場ニ於テ若クハ競賣ノ方法ニ依リ又ハ其目的物ト同種ノ物ヲ販賣スル商人ヨリ善意ニテ買受ケタル場合ニハ其物ノ遺失物ナルト盜品ナルトヲ問ハス所有者ハ占有者ニ對シテ其代價ヲ辨償スルニ非サレハ其物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス(第一九四條)此場合ニハ所有者ハ其物ノ回復ヲ請求スルヲ得ルモ其代價ヲ辨償スルノ必要アリトスルモノナリ蓋シ此場合ハ第三者カ物ノ賣買ヲ正當ナル場所正當ナル方法ニ依リテ爲シタルモノナレハ此例外ヲ認メサルトキハ第三者ニ不測ノ損害ヲ被ラシメ遂ニ其取引ノ安全ヲ害スルニ至ルヲ以テナリ

第二　占有ヲ失ヒタルモノカ動物ニシテ而モ家畜ニ屬セサルモノナルトキハ所有者ハ其占有ヲ失ヒタル時ヨリ一箇月ノ間ハ其回復ヲ請求スルコトヲ得ルモ此期間經過後ニ於テハ其物ノ所有權ハ直チニ其善意ノ占有者ニ移轉スルモノトス(第一九五條)是レ一ハ家畜ニ屬セサル動物ハ之ヲ無主物ト認ムルハ當然ノ推定ニシテ隨テ之ヲ善意ニテ占有シタル者ハ當然其所有者トスヘキ理由アリ又一ハ家畜外ノ動物ハ家畜ニ屬スル動物ト異ニシテ動モスレハ逃走シ易キヲ以テ其占有ヲ失フヤ直チニ所有權ヲ失フトスレハ所有權ノ保護甚タ薄キニ失スルヲ以テ一箇月間ハ所有者ニ於テ之ヲ回復スルコトヲ得トスルノ必要ア

レハナリ

占有ノ第三ノ效力ニ牽連シテ注意スヘキハ本人カ占有者ヨリ占有物ヲ回復シタル場合ニ其物ニ付テ占有者カ費シタル費用ハ回復者ニ於テ之ヲ償フノ義務ナルヤ否ヤノ問題是ナリ之ニ關シテハ其費用ノ性質ニ依リ其責任ヲ異ニス占有者カ占有物ニ付テ支出スル費用ハ種種アルモ大別スレハ之ヲ三種ト爲スコトヲ得(一)必要費(二)有益費(三)奢侈費是ナリ

第一　必要費　必要費トハ其物ノ保存ニ必要ナル費用ヲ謂フ此費用ハ最モ必要ナル費用ニシテ其物ノ維持上之ヲ缺クヘカラサルモノナルヲ以テ固ヨリ本人ハ之ヲ負擔スルノ義務アリトス但必要費中通常費ト臨時費トノ區別アリ通常費トハ物ノ使用上當然生スル些細ノ費用ヲ謂フモノニシテ若シ物ヨリ果實ヲ生スルトキハ其中ヨリ之ヲ支辨スルヲ通例トス故ニ占有者カ其物ヲ使用シテ果實ヲ取得シタル場合ニ於テハ通常費ハ占有者ノ負擔ニ屬スルモノトス(第一九六條第一項)

第二　有益費　有益費トハ物ノ保存ニハ必要ナラサルモ此費用ニ依リテ其物ノ價額ヲ增加シタルモノヲ謂フ例ヘハ改良費ノ如キ是ナリ此費用ハ必スシモ本人カ負擔スヘキモノナラサルモ本人カ此費用ヲ負擔セスシテ其物ノ回復ヲ得タルトキハ其價額ノ增加シタル分ハ不當ノ利得ヲ爲スヲ以テ不當利得ノ原則ニ基キ有益費ニ依リテ增加シタル價額ハ本人ニ於テ之ヲ占有者ニ返還スルヲ當然トス然レトモ或場合ニハ消費シタル費用ハ之カ爲メニ生シタル價額ノ增加ヨリ小ナルコトアリ此場合ニハ本人ハ其費用ノミヲ辨償スルモ第三者ニ損害ナキヲ以テ此場合ニハ其費用ヲ辨償スルカ又ハ其增價額ヲ辨償スルカハ本人ノ選擇ニ任セタリ(第一九六條第二項)而シテ右增價額ハ現存スルコトヲ要ス何トナレハ其價額ニシテ現存セサレハ本人ニハ何等ノ利得ヲモ生セサルヲ以テ之ヲ辨償スルノ義務ナケレハナリ但有益費ハ時トシテ多額ナルコトアリ此場合ニハ本人ハ物ヲ回復スルモ其費用ノ支拂ノ爲メニ甚タ迷惑ヲ感スルコトアリ又惡意ノ占有者ハ之ヲ利用シテ本人ヲシテ物ノ回復ヲ困難ナラシメントスルカ爲メニ故ラニ多額ノ有益費ヲ支出スルコトナシトセス是ヲ以テ裁判所ハ本人ノ利益ノ爲メニ惡意ノ占有者ニ對スル有益費ノ辨償ニ付テハ相當ノ

期限ヲ與フルノ途ヲ開ケリ(第一九六條)

第三　奢侈費　奢侈費トハ全ク占有者カ自己ノ嗜好ノ爲メニ費シタル無益ノ費用ナルヲ以テ本人ハ之ヲ辨償スルノ責ナキモノトス

以上述ヘタル三種ノ費用ノ區別ニ從ヒ本人ハ占有者カ其物ニ關シテ費シタル費用ヲ辨償スヘキモノトス

第四節　占有者ハ果實ノ所有權ヲ取得ス

占有者ハ左ノ條件ヲ具備スルトキハ其占有ノ目的物ヨリ生シタル果實ニ付キ所有權ヲ取得ス是レ占有權ノ第四ノ效力ナリ(第一八九條第一九〇條)

第一　善意ノ占有タルコト

第二　平穩ノ占有タルコト

第三　公然ノ占有タルコト

右ノ條件ヲ具備スル占有者ハ概シテ無過失ノ占有者ニシテ或ハ多少ノ過失アリトスルモ深ク咎ムルニ足ラサル占有者ナリ然ルニ其占有者ニ對シ其果實ヲ返還スヘシトセハ占有者ハ占有ノ結果費消シタル果實マテ之ヲ賠償セサルヘカラサルニ至リ不測ノ損失ヲ受クルニ至ラン是レ善意ノ占有者ニ對シ酷ニ失スルモノナリ故ニ善意ノ占有者ヲ保護シテ果實ニ付テハ當然所有權ヲ取得スルモノトセルナリ之ニ反シ此等ノ條件ヲ具備セサル占有者ハ當然其目的物ヨリ生シタル果實ヲ一切本人ニ返還スルノ義務ヲ負フモノトス即チ既ニ生シタル果實及ヒ生スルコトヲ得ヘカリシ果實ノ全部ヲ本人ニ返還スルモノトス(第一九〇條)

茲ニ注意スヘキハ善意ノ占有者ト雖モ本人ヨリ訴ヲ提起セラレテ被告ト爲リ且敗訴シタルトキハ其起訴ノ時ヨリ惡意ノ占有者ト看做サルルコト是ナリ何トナレハ自己ヲ權利者ナリト確信セシモ相手方ヨリ權利ヲ主張セラレタル場合ニハ其權利ノ存在ニ付テ多少疑ヲ起シ其權利ノ行使ニ關シ特ニ注意ヲ用フルヲ當然トスルヲ以テ其訴ニ於テ敗訴シタルトキハ起訴ノ時ヨリ惡意ノ占有者ト看做シ其果實ヲ本人ニ返還セシムヘシトスルモ占有者ニ對シ過重ノ義務ヲ負擔セシムルコトナクシテ本人ノ利益ヲ正當ニ保護スルヲ得レハナリ

終ニ注意スヘキ問題ハ占有者カ其責任ニ歸スヘキ事由ニ因リ占有物ヲ消滅セシメ若クハ毀損セシメタルトキハ占有者ハ如何ナル責任ヲ負フカノ問題是ナリ之ニ關シテハ(一)善意公然平穩ニシテ且所有ノ意思ヲ以テスル占有者ハ何等ノ責ヲモ負ハサルヲ原則トス何トナレハ此場合ニハ占有者ハ自己ノ權利ト確信スルモノニシテ而モ其占有者ニハ過失ナキヲトヲ通常トスルカ故ニ之ニ賠償ノ義務ヲ負ハシムルハ甚タ酷ニ失スレハナリ然レトモ占有者ヲシテ不當ノ利得ヲ爲サシムルノ必要ナキニ由リ若シ此場合ニ現存スル物アレハ之ヲ本人ニ返還スヘキモノトス(二)其他ノ場合ニハ(イ)惡意ノ占有者ニ在リテハ當然其行爲ニ付キ責ヲ負ヒ損害ノ全部ヲ賠償スヘキモノトス(第一九一條)(ロ)善意ノ占有者ナルモ所有ノ意思ナキ占有者ハ既ニ他人ノ所有ニ屬スルヲ認ムルカ故ニ其占有物ノ滅失若クハ損失ニ付テハ亦之ヲ賠償スルノ義務アリトス(第一九一條但書)

第六章　準占有

第一節　準占有ノ意義

準占有ハ占有權ノ研究ト同時ニ率聯シテ攻究スヘキモノナリ準占有ノ意義及ヒ性質ニ付テハ學說區區ニシテ占有權ト同シク法學者間ノ一問題ナリ今準占有ニ關スル各國ノ制例ヲ見ルニ羅馬法ニ於テハ準占有ナルモノハ殆ト之ヲ認メス帝政時代ニ至リ始メテ一種ノ準占有ヲ認メタルモ是レ極メテ狹小ナル範圍ニ屬シ僅ニ役權ニ付テ之ヲ認メタルニ過キス故ニ羅馬法ニ於ケル準占有ハ役權ノ占有ナリトノ稱アリ蓋シ羅馬法ニ於テモ共和政ノ時代ニハ役權ノ占有モ亦一種ノ占有ナリト看做セシト雖モ役權ノ占有中ニハ其物ニ付テハ一部ノ支配ヲ有スルモノニ過キスシテ占有ヲ以テ論シ難キモノアルヲ以テ帝政時代ニ至リ之ヲ占有外ノモノナリトシ遂ニ占有ニ準シテ之ヲ認メタルモノナリ要スルニ羅馬法ハ準占有ヲ認ムルニ當リ亦有體的ヲ目的トスルモノニ限ルトシ隨テ役權ノ如キモ有體物ノ上ニ存スル權利關係トシテ之ヲ認メタルモノニシテ當時ハ純然タル權利ヲ占有スルノ觀念ハ全タ之ヲ存セサリキ中古ニ至リテ

〔カノン〕法ハ準占有ヲ認ムルノ範圍極メテ廣タ私法上ノ權利公法上ノ權利宗教法上ノ權利ニ付テモ之ヲ認メタリ例ヘハ親族法上ノ權利(夫權、親權、家長權)ノ如キ或ハ宗教上ノ爵位ニ關スル權利ノ如キ或ハ公法上租稅ヲ徵收スル權利ノ如キニモ準占有ヲ認メタリ唯準占有ノ目的ト爲ル權利ハ必ス一回ノ使用ニ因リ消滅セサル狀態ノ權利ニ限ルトセリ蓋シ此種ノ權利ニハ準占有ヲ認ムルノ利益ナケレハナリ獨逸法ハ準占有ヲ認ムルノ範圍概ネ〔カノン〕法ニ依レリト雖モ一面ニハ此ノ如キ廣キ範圍ニ於テ準占有ヲ認ムルノ必要ナキカ爲メ一面ニハ羅馬法繼受ノ結果彼ニ倣ヒ其範圍ヲ狹メントスルカ爲メ漸タ其範圍ヲ制限シ(一)親族上ノ權利ニハ一切準占有ヲ認メス(二)公法上ノ權利ニハ亦準占有ヲ認メサルヲ原則トシ(三)財產權ニ付テハ一回ノ使用ニ因リテ消滅スヘキ狀態ノ權利ニ付テハ〔カノン〕法ト同シク準占有ヲ認メストセリ以上ハ準占有ニ關スル沿革ノ要領ナリ此ノ如ク各國ノ法律カ準占有ヲ認ムル理由ハ何レニ在ルヤ蓋シ占有ヲ保護スルハ社會ノ秩序ヲ維持スルカ爲メ現在事實ヲ保護スルノ已ムコトヲ得サルニ出ツルモノナリ然ルニ事實上ノ支配ハ之ヲ分析スレハ二アリ一ハ即チ物ノ上ノ支配ニシテ一ハ即チ權利ノ支配ナリ例ヘハ家屋ヲ支配スルハ第一ノ場合ニシテ債權者ニ非サル者カ債權者ノ地位ニ立チテ債務者ヨリ利息ヲ收メツツアル狀態ハ第二ノ場合ナリ此二者ハ共ニ一ノ事實上ノ支配タリ而シテ法律ハ社會ノ秩序ヲ維持スルカ爲メニ現在事實ヲ保護スルノ必要アリトシテ第一ノ場合ヲ保護シテ占有權ヲ認ムル以上ハ又第二ノ場合モ一箇ノ現在事實タレハ當然之ヲ保護スヘキモノナリ是レ法律カ其保護ヲ廣メテ物ノ支配ノ外ニ尙ホ權利ノ支配ヲモ保護スル所以ナリ之ヲ要スルニ占有權ヲ認ムルノ理由ハ遂ニ準占有ヲ認メサルヲ得サルニ至レルモノナリ即チ法律ハ物ノ支配ヲ保護シテ占有ト謂ヒ權利ノ支配ヲ保護シテ準占有ト謂フモノナリ今準占有ト占有トニ付キ其差異ヲ擧クレハ即チ左ノ如シ

第一　準占有ト占有トハ其本體ヲ異ニス即チ占有ハ物ノ上ノ支配關係ニシテ準占有ハ之ニ反シテ權利ノ上ノ支配關係ナリ換言セハ準占有ト占有トハ其支配關係タルニ於テハ同一ナルモ其目的全ク異ナレリ

第二　占有權ハ其權利ノ性質物權ニ屬ス何トナレハ直接ニ物ノ上ニ行ハルル

支配關係ナレハナリ準占有ハ之ニ反シテ財産權ニ屬スルモ其性質物權ニ非ス何トナレハ權利ノ上ニ行ハルル支配關係ニシテ物ノ上ニ行ハルルモノニ非サレハナリ準占有ノ規定カ我民法物權中ニ在ルノ故ヲ以テ物權ナリトスルハ非常ノ誤謬ナリ

是ニ由リテ之ヲ觀レハ準占有ハ權利ノ支配ヲ謂フモノニシテ其本體ハ即チ權利ノ支配ノ事實ナリ法律カ占有ヲ保護スルト同一ノ理由ニ依リ此事實ヲ保護シタル爲メニ此事實ハ偶〻一種ノ權利ト稱セラルルト雖モ此權利ハ決シテ物權ニ屬セサルナリ

準占有ニ關シテハ從來種種ノ說アリ是レ占有ニ關スル觀念ニ誤謬アルカ爲メナリ即チ第一說ハ準占有ハ占有ノ一種ナリトセリ是レ占有ハ物及ヒ權利ヲ目的物トスルモノニシテ即チ占有ノ目的物ハ物及ヒ權利ノ二種ナリトスルカ爲メナリ此觀念ハ全ク一箇ノ理想ニ過キス固ヨリ我民法ノ採用スル所ニ非サルナリ何トナレハ(一)占有權ノ目的物ハ物及ヒ權利ノ二ナリトセハ所謂準占有ハ當然占有ノ中ニ入ルモノニシテ占有ノ外別ニ準占有ヲ認ムルノ必要ナケレハナリ(二)占有ノ沿革ヨリ觀ルモ此觀念ハ全ク事實ニ反ス羅馬法ハ其適例ヲ示スモノナリ又第二說ハ占有ハ總テ準占有ナリトス是レ占有ノ目的物ハ總テ權利ナリトスルモノニシテ此說ニ依レハ占有ノ目的物ハ常ニ權利ニシテ所謂物ヲ目的トスル占有ハ即チ所有權若クハ其他ノ物權ヲ目的トスルニ過キストスルニ在リ此觀念ハ亦一箇ノ理想ニ止マルモノナリ何トナレハ(一)此說ハ占有ノ觀念ニ反ス占有ノ觀念ハ前ニ說明セル如ク有體物ノ支配ニ關スル觀念タルハ其沿革ニ徵シテ明白ノ事實ナリ(二)占有ノ目的物ヲ權利ナリトセハ占有權モ亦一ノ權利ナルヲ以テ占有權ノ占有ヲモ認メサルヘカラサルノ結果ヲ生シ却テ占有ノ性質ヲ混亂セシムルノ虞アレハナリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ準占有ヲ以テ占有ノ一種ナリトシ又ハ占有ハ總テ準占有ナリトスルノ見解ハ皆占有ノ觀念ニ反スルモノナリト謂ハサルヘカラス

第二節　準占有ノ範圍

法律カ準占有ヲ認ムルノ範圍ハ如何是レ本節ニ於テ研究セントスル問題ナリ

羅馬法ハ準占有ヲ認ムルノ範圍ヲ役權ノミニ限レリ中古ニ於テハ「カノン」法ハ一回ノ使用ニ因リ消滅セサル權利ハ準占有ノ目的タルコトヲ得ルトシ其公法上ノ權利ナルト宗教法上ノ權利ナルト親族法上ノ權利タルトヲ問ハス極メテ廣キ範圍ニ於テ之ヲ認メリ獨逸法ハ公法上ノ權利及ヒ親族法上ノ權利ニ付テハ準占有ヲ認ムルノ必要ナシトシ唯財產權ニ付テノミ之ヲ認メタリ我民法ノ認ムル準占有ノ範圍ハ即チ左ノ如シ

第一　財產權ニ限ル　我民法カ準占有ヲ認ムルハ財產權ニ限ルトセリ是レ親族法上ノ權利及ヒ公法上ノ權利ニ付テハ準占有ヲ認ムルノ必要ナシトセルカ爲メナリ

第二　一回ノ使用ニ因リ消滅セサル繼續的ノ性質ヲ有スル權利ニ限ル　此制限ハ「カノン」法以來認ムル所ニシテ準占有ノ性質ニ伴フ當然ノ結果ナリ何トナレハ一回ノ使用ニ因リテ消滅スル權利ニ付テハ復タ準占有ヲ認ムル必要ナケレハナリ

第三　物ノ上ニ行ハレ物ヲ所持スル權利ニ非サルモノニ限ル　此制限モ亦準占有ノ性質ニ伴フモノナリ何トナレハ物ノ上ニ行ハレ物ヲ所持スル權利ノ支配ハ當然有體物ノ支配即チ占有ノ中ニ包含セラルレハナリ

第三節　準占有ノ取得及ヒ喪失

準占有ハ如何ナル原因ニ因リテ之ヲ取得シ如何ナル原因ニ因リテ之ヲ喪失スルヤ是ニ付テハ占有ノ取得及ヒ喪失ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノナリ

第一　準占有取得ノ原因

準占有取得ノ原因ハ占有ノ取得ト等シク體素ト心素トノ二要素ヲ具備スルヲ要ス何ヲカ準占有ノ心素ト謂フカ是レ占有ニ於ケル心素ト等シク自己ノ爲メニスルノ意思ヲ有スルコトヲ謂フ何ヲカ準占有ノ體素ト謂フカ是レ占有ノ場合ニ於テ物ノ上ノ支配ノ事實ヲ體素トスル如ク準占有ニ於テハ權利ヲ支配スルノ事實換言スレハ權利ヲ行使スルノ事實ヲ以テ體素トス以上ノ二要素具備スレハ則チ準占有茲ニ成立スルモノナリ右二要素中心素ニ付テハ別ニ説明ヲ要セサルモ體素タル權利ヲ支配スル事實ニ付テハ二三説明スヘキモノアリ即

チ權利ヲ支配スルノ事實トハ權利ヲ行使スルコトヲ謂フ然ラハ如何ナル場合ニ權利ノ行使即チ權利ヲ支配スルノ事實アルヤトニフニ權利ノ種類ニ依リ多少其狀態ヲ異ニセリ左ニ之ヲ分類説明キン

(一)　積極的ノ權利　積極的ノ權利ニ付テハ他人ヲシテ自己ノ義務ヲ履行スルノ意思ヲ以テ或作爲ヲ爲サシムルトキ始メテ其權利行使ノ事實アリト謂フコトヲ得所謂積極的ノ權利トハ義務者ニ於テ積極的行爲ヲ爲スコトヲ必要トスル權利ヲ謂フ例ヘハ金錢ヲ貸付ケタル場合ニハ積極的ノ權利發生ス何トナレハ義務者ヲシテ貸付ケタル金錢ヲ辨濟セシムルノ積極的行爲アルコトヲ要スレハナリ

(二)　消極的ノ權利　所謂消極的ノ權利トハ義務者ニ於テ作爲ヲ爲ササルノ義務ヲ負フ所ノ權利ヲ謂フ換言スレハ不作爲ノ義務ヲ負フモノナリ例ヘハ隣地ニ惡臭アル瓦斯ヲ放散スルノ權ヲ得ルカ如キハ之ニ屬ス此權利ニ在リテハ權利者タリトスル者ノ行爲ニ付テ相手方カ異議ヲ申立テサルトキニ權利ノ行使アルモノト認ムルモノナリ

否ヤハ如何ナル標準ニ依リテ決定スヘキヤ或ハ之ヲ客觀的ニ判斷スヘシト曰ヒ或ハ主觀的ニ判斷スヘシト論シ又或ハ或場合ニハ客觀的ニ或場合ニハ必要ナル注意ノ程度ハ之ヲ客觀的ニ判斷シ當該者カ結果ヲ豫見シ得ヘカリシヤ否ヤハ之ヲ主觀的ニ判斷スヘシト解スト雖モ予ハ大體ニ於テ第三説ヲ可トス故ニ避クヘキ結果ヲ避ケサリシヤ否ヤハ客觀的ニ之ヲ規定シタル法令等ニ依リテ之ヲ決シ避ケ得ヘキ結果ヲ避ケサリシヤ否ヤハ主觀的ニ犯人ノ性質其他ニ依リテ之ヲ決スヘキモノトス而シテ其結果カ避ケ得ヘキモノナリシヤ否ヤハ主觀的ニ決定スヘキモノトスルヲ以テ隨テ行爲者カ同時ニ又ハ異時ニ罪タル行爲又ハ違法行爲ヲ爲シタリトスルモ之ヲ以テ直チニ特定ノ行爲ハ過失アル行爲ナリト謂フコトヲ得ス殊ニ或學者ノ論スルカ如ク警察規則ノ不遵守自體ヲ以テ當然過失ニ對スル責任ヲ生スト爲スハ最モ失當ナリト謂ハサルヲ得ス

此ノ如ク過失トハ間接ノ結果ノ發生セルトキニ於テ存在スルモノニシテ間接ノ結果ナクンハ過失アリト謂フコトヲ得スト雖モ所謂間接ノ結果トハ發

生セル總テノ結果ヲ包含スルモノニ非ス故ニ過失ニ因リ他人カ過失アル行爲ヲ爲ス動機ヲ作リタル場合例ヘハ過失ニ因リ鍛藥セル鐵砲ヲ家屋内ニ置キタル者アル場合ニ於テ他人カ過失ニ因リ之ヲ發射セシメテ罪ヲ犯シタルトキ又ハ過失ニ因リ他人ヲシテ自ラ傷害ヲ加フルニ至ラシメタル場合例ヘハ過失ニ因リテ毒藥ヲ放置セシニ他人カ過失ニ因リ清水ナリト信シテ之ヲ飲ミタル場合ノ如キハ其過失カ發生セル結果ニ對シ共同原因タラサル限ハ過失トシテ之ヲ處罰スルコトヲ得サルナリ

二、過失ノ種類　過失ニハ左ノ區別アリ

(1) 重過失及ヒ輕過失　羅馬法以來過失ヲ其程度ノ大小ニ因リテ或ハ重輕ノ二ニ區別シ或ハ重輕及ヒ最輕ノ三ニ區別シタリト雖モ我刑法ハ過失ニ對スル此等ノ區別ヲ認メス其斟酌ハ全然之ヲ刑ノ裁量ニ一任シタリ

(2) 認識アル過失及ヒ認識ナキ過失　認識ナキ過失トハ全然結果ノ發生ヲ自覺セサル過失ヲ謂ヒ認識アル過失トハ結果ノ發生スル虞アルコトヲ認識セリト雖モ同時ニ結果ノ發生ノ虞ナシト認識シタル過失ヲ謂フ而シテ認識アル過失及ヒ不特定ノ犯意間ノ區別如何ハ爾來刑法學者ノ爭フ所ニシテ確乎タル斷定ヲ下スコトヲ得ス然レトモ「ブランク」ノ曰フ所ニ依レハ所謂同意ノ有無ハ以テ犯意ト過失トヲ區別スルニ足ルヘシト爲スカ如シ所謂同意トハ一定ノ結果ノ發生スル虞アルコトヲ認識スルニ拘ハラス其結果ヲ生スヘキ行爲ヲ爲ス心理關係ヲ謂フナリ換言スレハ一定ノ行爲ヲ爲スニ因リ一定ノ結果ヲ發生スヘキコトヲ認識シテ之ヲ爲シタルトキハ不特定ノ犯意アリト謂ハサルヘカラスシテ一定ノ行爲ヲ爲スニ因リ一定ノ結果ヲ發生スル虞アルコトヲ認識スト雖モ一定ノ結果ヲ發生セシメサルヘキコトヲ認識シテ一定ノ行爲ヲ爲シタルトキハ認識セル過失ナリト謂ハサルヘカラサル如シ我刑法ハ過失ニ付キ疎虞又ハ懈怠ノ區別ヲ認ム學者或ハ認識アル過失ハ所謂疎虞ナリ認識ナキ過失ハ所謂懈怠ナリト論スル者アリ多少ノ根據ナキニ非スト雖モ刑法ハ第百五十條ノ罪等ニ付キ成文上僅ニ疎虞ト懈怠トヲ區別スル如シト雖モ立法上精確ニ二者ヲ區別シテ懈怠ナル語ヲ用ヒタリトハ謂フヘカラサルヲ以テ一般ニ疎虞ト懈怠トノ區別ハ唯刑ノ裁量ノ標準タルニ

止マル蓋シ疎虞ト云ヒ懈怠ト云フ其間多少性質上ノ差異ナキニ非サルヘシト雖モ皆是レ過失ノ程度ニ關スル區別ニ過キスシテ刑法上重要ナル區別ニ非サルナリ

(3) 業務上ノ特別義務ニ違背スル過失及ヒ然ラサル過失! 玆ニ業務トハ廣ク職務及ヒ業務ヲ謂ヒ一定ノ罪ニ付テハ此種類ノ特別義務ヲ有スル者ノ過失ハ之ヲ通常人ノ過失ト區別シテ或ハ罪ヲ構成スルモノトシ或ハ罪ノ責任ヲ加重スルモノトス立法論ヨリ言ヘハ此種ノ特別義務アル者カ過失ニ因リ其義務ニ違背シテ人ヲ死ニ致シ又ハ人ヲ傷害シタル場合ニ於テハ之ニ通常ノ刑以上ノ重キ刑ヲ科スルヲ至當トスヘシト雖モ(獨逸刑法第二二二條、第二三〇條及ヒ我刑法改正案第二四八條我刑法ハ之ヲ認メスシテ僅ニ囚徒ノ逃走ヲ覺ラサル行爲等ニ付テハ其行爲者ハ之ヲ看守スヘキ特別義務ナル場合ニ於テ罪ト爲ルモノトセリ

三　過失罪　過失ハ此ノ如ク惡報ヲ科セラルヘキ行爲ニ付テハ勿論惡報ヲ科セラレタル行爲ニ付テモ亦之ヲ豫想スルコトヲ得ヘクシテ總テ公ノ秩序維持ニ關スル諸法規ハ事實上錯誤アル意思ヲ以テ之ニ違背スルコトヲ得ヘキノミナラス一罪ニモ種種ノ罪態アリテ所謂犯意トハ廣ク罪態ヲ知了スルコトヲ謂ヒ過失アル意思トハ罪態ヲ知ルコト不完全ナル意思ノ狀態ヲ謂フニ過キサルヲ以テ一法規ノ罪態ノ一ヲ知ラスシテ之ニ違背シタルトキハ即チ一ノ過失罪ヲ生スルナリ例ヘハ刑法第二百九十四條ノ故殺ノ罪ニハ(一)人ニ關スルコト(二)殺スコトノ罪態アリ今行爲者カ殺害行爲ヲ爲シタリトスルモ其行爲ノ目的物カ人ナリシコトヲ知ラサリシ場合ニ於テハ過失アリト謂フヘシ又人ニ對シテ或行爲ヲ爲シタリトスルモ其行爲カ殺害行爲ナリシコトヲ知ラサリシ場合ニ於テモ亦過失アリト謂フヘシ然ラハ總テノ法規及ヒ總テノ罪態ニ付キ性質上敢テ過失ニ原因スル違背ナシト謂フヘカラサルヲ以テ立法論トシテハ如何ナル法規ニモ又如何ナル罪態ニモ過失ニ因ル違背ニ對スル效果ヲ規定スルコトヲ得ヘシト雖モ立法者ハ民法第七百九條ニ依リ凡テ他人ノ權利ヲ侵害シタル過失ニ對シ民事上ノ損害賠償義務ヲ規定スルニ拘ハラス刑法第七十七條第一項但書ニ於テハ特別ノ場合ノミニ限リ之ヲ

罪ト爲スヘキモノト規定シタリ故ニ過失ニ因ル違背ハ刑法ニ規定スル各罪目ニ付キ事實上發生スルコトヲ得ルニ拘ハラス其違背ニ對シテ科刑スルハ特ニ刑法上ノ例外ト爲シ隨テ刑法ニ明文アル場合ニ限リテノミ過失ニ因ル違背ヲ處罰スルモノトス

刑法ハ(1)公益ヲ害スル行爲(2)身體生命ニ對スル行爲(3)業務上特別義務ニ違背スル行爲及ヒ(4)警察規則ヲ傷害スル行爲ヲ爲ス意思ニ過失アル場合ニ於テノミ刑法上ノ制裁ヲ附シタリ然レトモ近時一般ノ傾向ハ過失ヲ罰スル場合ヲ增加シ來リ獨逸ノ如キハ過失ニ因ル重婚罪及ヒ過失ニ因ル官吏抗拒罪ヲモ處罰スヘキモノト爲シ其明文ナキニ拘ハラス法規ノ解理論トシテ之ヲ處罰スト云フ

第二　結果罪

所謂結果罪トハ罪タル行爲ヲ爲スニ依リ法律カ明文ヲ以テ定メタル間接ノ結果ヲ生シタル行爲ヲ謂フ例ヘハ刑法第二百九十九條ノ場合ニ於テ人ヲ毆打スル行爲ノ如キ是ナリ夫レ人ヲ毆打スルノ意思ヲ以テ一行爲ヲ爲シ人ヲ毆打シタリトセンニ毆打ハ即チ其行爲ノ直接ノ結果ニシテ其責任ハ之ヲ行爲者ニ負擔セシムヘキヤ論ナシ之ニ反シテ人ヲ毆打スルノ意思ヲ以テ一行爲ヲ爲シ人ヲ毆打セルニ其人ハ毆打ニ因ル傷害ノ爲メ死去シタル如キ場合ニ於テハ其死去ハ行爲ノ間接ノ結果ニシテ或ハ之ヲ以テ一種ノ事變ト看ルコトヲ得ヘク隨テ其責任ヲ行爲者ニ嫁スヘキニ非サル如シ然レトモ刑法ノ目的ハ公ノ秩序ヲ維持スルニ在ルヲ以テ縱令理論上ニ於テハ斯ル間接ノ結果ヲ罪トスルヲ妥當ニ非ストスルモ其間接ノ結果ニシテ重大ナルモノナランニハ其結果ヲ惹起シタル行爲ニ科刑シテ以テ斯ル行爲ノ續出ヲ防止セサルヘカラス是レ現時各國ノ刑法ニ於テ所謂結果罪ヲ規定シ一種ノ事變即チ間接ノ結果ノ發生ヲ以テ刑ヲ加重スル原因ト爲ス所以ナリ既ニ所謂結果罪ヲ以テ間接ノ結果ノ發生ノ爲メニ責任ヲ加重シタル行爲ナリトセハ所謂結果罪ヲ犯ス意思ノ狀態モ自ラ明瞭ナルヘシ

前述ノ如ク所謂結果罪トハ間接ノ結果ノ發生即チ一種ノ事變ノ爲メ責任ヲ加重セラレタル行爲ニシテ所謂結果罪タルヤ又ハ通常罪タルヤハ行爲ノ完了後

ニ於テ始メテ決定セラルヘキ問題ナリ果シテ然ラハ所謂結果罪ニ於ケル意思ト謂フモ其意思ノ内容ニ於テハ敢テ通常ノ罪ニ於ケル意思即チ犯意ト異ナルコトナキナリ再説スレハ所謂結果罪ニ於ケル意思トハ法定セル間接ノ結果ヲ惹起スルニ至リタル通常罪ニ於ケル意思ニ外ナラス所謂結果罪モ亦過失罪ト同シク法定ノ間接ノ結果ノ發生ニ因リテ成立スル罪タルノミナラス時ニ罪タル行爲ヲ爲ス際發生シタル過失ナルコトアリ然レトモ兩者大ニ其性質ヲ異ニスルヲ以テ其意思ニ付テモ亦概ネ左ノ如キ區別アリ

一　結果罪ニ於ケル意思ハ法定ノ間接ノ結果ヲ惹起スルニ至リタル罪タル行爲ヲ爲ス意思ニシテ過失罪ニ於ケル意思トハ法定ノ間接ノ結果ヲ惹起スルニ至リタル權利行爲又ハ惡報ヲ科セラルヘキ行爲ヲ爲ス意思ナリ

二　結果罪ニ於ケル意思ハ一定ノ罪タル行爲ヲ爲ス意思ノミヲ以テ成立シ此意思ニ因リテ爲セル行爲カ法定ノ間接ノ結果ヲ惹起シタルトキハ其過失アルト然ラサルトヲ區別セス絶對ニ其間接ノ結果ニ付キ責任ヲ負擔スヘキモノナリ之ニ反シテ過失罪ヲ犯ス意思ハ一定ノ行爲ヲ爲ス意思ニ過失アルモノナルカ故ニ縱令法定ノ間接ノ結果ヲ惹起セルトキト雖モ行爲者カ其結果ヲ生セサラシムルコトヲ得ヘカリシ場合ニ非サレハ其結果ニ付キ責任ヲ負擔セシムルコトヲ得ス

第五段　論餘

罪ノ積極的罪態ノ主觀的觀察ノ説明ヲ終ルニ臨ミ尙ホ犯意又ハ過失ニ關シ二三困難ナル適用例ヲ掲ケントス

第一　行爲失效(目的物ニ關スル有形ノ齟齬)ノ場合　行爲失效ノ場合トハ一定ノ目的物ニ對シ傷害ヲ加ヘントセシニ拘ハラス其行爲カ外界ノ事情即チ技能ノ拙劣其他ノ事由ニ因リ過失ニ因リ又ハ過失ナクシテ他ノ目的物ヲ傷害シタル場合ノ如シ此種ノ場合ニ於テ過失アルトキハ罪ト爲ルヘキ事實ヲ觀念シテ罪ト爲ルヘキ行爲ヲ爲セシモノナルヲ以テ未遂罪ト過失罪若クハ未遂罪ト罪ト爲ラサル事實ノ併發ト看ルヘクシテ之ヲ犯意アル一罪ナリト謂フコトヲ得ス今甲ヲ殺サントスル犯意ヲ以テ刀ヲ揮ヒテ甲ヲ殺サントセシニ拘ハラス其操

刀ノ拙ナル爲メ過チテ乙ヲ殺シタリトセンニ此行爲者ハ甲ニ對スル殺人未遂罪ト乙ニ對スル過失殺人罪ヲ犯シタルモノナリ今甲ヲ殺サントスル犯意ヲ以テ刀ヲ揮ヒテ甲ヲ殺サントセシモ其操刀ノ拙ナル爲メ過チテ犬ヲ殺シタリトス然ラハ行爲者ハ甲ニ對スル殺人未遂罪ヲ犯シタルモノニシテ犬ヲ殺シタル事實ハ特別ノ明文ナキ限リ罪ト爲ラサル一事實タルニ過キサルナリ而シテ其錯誤ニ付キ過失ナキトキハ單ニ未遂罪ノミニ依リ處斷セラルヘキコト勿論ナリ

第二　目物ノ錯誤ト行爲ノ失效ト併發スル場合　甲ヲ殺サントシ錯誤ニ因リ乙ヲ甲ト觀念シテ乙ニ對シ殺害行爲ヲ爲シタルニ其技能ノ拙劣ナリシカ爲メ過チテ甲ヲ殺セシ者アリ此場合ニ於テハ行爲者ハ先ツ其目的物ヲ誤リ次ニ其行爲ノ失效ヲ爲シタルモノナリ行爲者ハ事實上其目的物ノ誤レリト雖モ法律上ヨリ觀レハ上述ノ如ク之ヲ誤ラサルトキト同一視スヘク即チ上述ノ場合ニ於テハ乙ヲ殺サントシテ乙ニ對シテ殺人行爲ヲ行ヒタルニ其技能ノ拙劣ナルニ因リ過チテ甲ヲ殺シタルト何等ノ區別ナキヲ以テ單純ナル行爲失效ノ場合ト同一ノ斷案ヲ得ヘシ

第三　想像上ノ終了ノ場合　例ヘハ行爲者ハ自己ノ觀念セル結果ヲ惹起シタリト思料セルニ拘ハラス其結果ハ其後ニ他ノ目的ヲ以テ爲シタル行爲ニ因リ始メテ發生セル場合即チ行爲者カ既ニ甲ヲ殺シタリト思料シ之ヲ水中ニ投シタルニ精査ノ結果甲ハ溺死セルモノニシテ行爲者カ既ニ死亡セリト思料セシ際ニハ尚ホ生存セシコト判明セル場合ノ如シ此場合ニ於テハ行爲者ノ第一ノ行爲ハ罪タル事實ヲ觀念シテ爲シタルモノナルヲ以テ之ヲ犯意アル殺人ノ未遂罪ト爲スヘク第二ノ行爲ハ單純ナル過失殺人罪ト爲スヘキ如シ

第二目　客觀的觀察

第一段　總說

不作爲ハ動作ニ非サルヤ否ヤ又ハ不作爲ト事實トノ間ニハ因果關係ヲ認ムヘカラサルヤ否ヤ等ノ問題ニ對スル見解如何ニ依リ客觀的ニ觀察シタルモノノ說明法モ亦異ナラサルヲ得サルコトハ勿論ナリ予ハ予ノ信スル所ノ斷案ニ依

リテ客觀的觀察ヲ爲シ左ニ動作事實動作及ヒ事實間ニ於ケル因果關係ニ區別シテ之ヲ說明セントス而シテ刑法上罪ニハ上述シタル通常罪目的ヲ特定シタル罪及ヒ間接ノ結果ヲ特定シタル罪ノ區別アリト雖モ其何ノ罪タルヲ問ハス之ヲ客觀的ニ觀察スルトキハ唯動作事實動作及ヒ事實間ニ於ケル因果關係ノ三アルヲ見ルノミ

第二段　動作

動作トハ上述シタル如ク決心ニ依ル擧動ノ謂ニシテ決心ハ動作ノ主觀的部面ナリ擧動ハ動作ノ客觀的部面ナルヲ以テ客觀的觀察ニ於テハ或ハ之ヲ擧動ト稱スヘクシテ動作ト謂フヘカラサル如シ然レトモ單ニ擧動ト謂フモ決心ニ依據セサルモノハ罪トハ謂フヘカラサルヲ以テ寧ロ動作ト題シ擧動ハ決心ニ依據シタルモノナルコトヲ表示セシムルニ若カス

決心ニ依據セル擧動即チ動作トハ所謂意思ノ實現ナルヲ以テ當然意思ニ因リテ生シタル擧動ナルコトヲ必要トス故ニ左ニ揭クルモノハ之ヲ擧動ト謂ヒ得

ヘシト雖モ之ヲ動作トハ謂フコトヲ得ス

第一　有形的ニ强制セラレタル擧動　有形的ニ强制セラレタル擧動トハ外界ヨリ身體ノ部面ニ及ホス强制ニ因リ生シタル擧動ヲ謂フモノニシテ其意思ヲ活動セシムル餘地ナキ狀態ニ在ルモノヲ謂フ即チ他人ノ體力ノ爲メ例ヘハ他人ニ其手ヲ捉ヘラレ又ハ他物ノ勢力ノ爲メ例ヘハ他物ノ落下シタル爲メ直接其筋力ニ作用シテ第三者又ハ他物ヲ毆打又ハ突仆シタル場合ノ如シ故ニ有形的ノ强制トハ要スルニ器械的ニ强制セラルルコトヲ謂フナリ此場合ニ於テハ其擧動ハ決心ニ依據セサルモノナルヲ以テ之ヲ動作トハ謂フヘカラス隨テ如何ナル場合ト雖モ之ヲ行爲トハ謂フヘカラス

第二　無形的ニ强制セラレタル擧動ニシテ意思ノ仲介ヲ認ムヘカラサル狀態ニ在ルモノ　無形的强制トハ外界及ヒ內界ヨリ精神ノ部面ニ及ホス强制即チ生理的ニ意思ノ作用ヲ惹起又ハ制抑スル强制運動ヲ謂ヒ而シテ此種ノ强制ヲ受ケタル擧動カ動作ト爲ラサルニハ意思ノ仲介ヲ認ムヘカラサル程度ニ在ルコトヲ要ス夫ノ所謂反射運動ノ如キハ即チ無形的ニ强制セラレタル擧動ニシ

ヲ或ハ有形的ニ强制セラレタル擧動ナリト謂フモノアリト雖モ之ヲ採ラス刑法ハ第七十五條第一項ニ於テ「抗拒ス可カラサル强制ニ過ヒ其意ニ非サルノ所爲ハ其罪ヲ論セス」ト規定ス學者ノ本項ヲ解スル者

(1) 或ハ本項ハ强制ニ對スル防衞即チ危急狀況權ヲ規定シタルモノナリト曰ヒ

(2) 或ハ本項ハ無形ノ自由喪失ノ場合ヲ規定シタルモノナリト曰ヒ

(3) 或ハ本項ハ有形ノ自由及ヒ無形ノ自由ノ喪失ノ場合ヲ規定シタルモノナリト曰フ

異說紛紛トシテ歸一スル所ナシ立法ノ趣意ヲ按スルニ寧ロ無形ノ自由喪失ノ場合ヲ規定シタル如シト雖モ理論上無形ノ自由ヲ喪失シタリトスルモ常ニ必スシモ全然意思ノ作用ヲ認ムヘカラサルモノトハ謂フヘカラサルヲ以テ少クトモ現時ニ於テハ此見解ニ從フコトヲ得スシテ意思ノ仲介ヲ認ムヘカラサル程度ニ達シタル無形ノ强制ヲ謂フト解セサルヘカラサル如シ然レトモ若シ如上ノ見解ニ從フトスレハ同項ハ唯動作タラサルモノナルニ拘ハラス特ニ之ヲ罪ト爲ラスト規定シタルニ過キスシテ畢竟無用ノ規定タルニ歸スヘシト雖モ事固ヨリ已ムナキナリ

動作トハ必スシモ決心ニ依據シタル動態ノミヲ謂フニ非ス又決心ニ依據シタル靜態ヲモ謂フモノトス所謂動態ノ動作トハ身體ノ活動スル動作ヲ謂ヒ活動スル動作ハ其結果トシテ一定ノ事實ヲ惹起スルコトヲ常トス所謂靜態ノ動作トハ身體ノ活動セサル動作ヲ謂ヒ活動セサル動作ハ多クハ一定ノ事實ノ發生ヲ防止セサル結果ヲ生ス而シテ刑法ノ部面ニ於テモ動作ニ付キ前述ノ區別ヲ認メサルヘカラスシテ學者動態ノ動作ハ之ヲ作爲ト稱シ靜態ノ動作ハ之ヲ不作爲ト稱ス

第一　作爲又ハ行　刑法上罪ト規定シタル事實ヲ惹起スル活動ハ之ヲ作爲又ハ行ト謂フ而シテ刑法ノ規定スル罪ハ主トシテ一定ノ事實ヲ惹起スル罪即チ所謂作爲罪ニシテ作爲又ハ行ハ此種ノ罪ヲ成立セシムル主要ノ動作ナリトス予ハ特ニ主要ノ動作ナリト謂フ是レ後述スル如ク作爲ハ作爲罪ヲ成立セシムル唯一ノ動作ナリトハ謂フヘカラサレハナリ

第二　不作爲又ハ不行　不作爲又ハ不行トハ刑法上罪ト規定シタル事實ノ發生ヲ防止セサル動作ヲ謂フ不作爲ノ動作ハ左ノ二樣ノ罪ニ付テ罪タル動作ト爲ルコトヲ得

一　不作爲罪　刑法ハ例外トシテ一定ノ事實ノ發生ヲ防止セサリシ行爲ヲ罪ト規定スルコトアリ此種ノ罪ハ學者ノ所謂固有不作爲犯又ハ純不作爲犯ト稱スルモノニシテ予ノ不作爲罪ト稱スルモノナリ不作爲罪ハ羅馬法ニ於テ認メラレタル罪種ナルカ時運ノ進捗スルト共ニ漸次其罪種ヲ增加セシムル傾向ヲ呈シタリ而シテ不作爲カ不作爲罪ノ動作タルヲ得ヘキコトハ固ヨリ論ヲ俟タス

二　作爲罪　作爲ハ作爲罪ノ唯一ノ動作ニ非スシテ作爲罪ハ時ニ不作爲ニ依リテモ亦之ヲ犯スコトヲ得ヘシ然レトモ作爲ト雖モ違法ナルモノニ非スンハ作爲罪ノ動作タルコトヲ得サルヲ以テ不作爲モ亦違法ナルモノニ限リ作爲罪ノ動作タルコトヲ得而シテ左ノ場合ニ於テハ不作爲ハ違法ナリトス

(1)　法律上ノ特別義務アル場合　法律上ノ特別義務ハ或ハ法定ノ命令例ヘハ扶養ノ義務、一般官吏ノ職務、囚人看守者ノ職務、鐵道吏員ノ職務等ナルコトアリ或ハ契約上ノ義務例ヘハ看護人ノ看護義務等ナルコトアリ此種ノ義務者カ其義務ニ違背シ結果タル事實ノ發生ヲ防止セサリシ場合ニ於テハ其結果カ不作爲ニ原因スル限リ犯意又ハ過失アル意思ニ因リ其結果ヲ惹起セルモノトシテ處刑セラルヘシ(サルテンブルヒ刑法第二三六條バーデン刑法第二〇三條ニ明文アリ)

(2)　行爲者カ其前或作爲即チ補綴スル作爲ヲ爲スコトヲ至當トスヘキ作爲ヲ爲シタル場合　此場合モ亦上述ノ法律上ノ特別義務アル場合ノ一タルニ外ナラスト雖モ上述セル特別義務ハ法律ノ特別ノ命令ニ基キ此場合ニ於ケル特別義務ハ特別ノ命令ニ根據セス蓋シ法律ハ作爲罪ニ付テハ單純ナル不作爲ニ因ル犯行ヲ不問ニ付スト雖モ一度或作爲ヲ爲シタル後ノ不作爲ニ因ル犯行ハ或場合ニ於テ罰スヘキモノト爲ス如シ然レトモ其所謂或場合トハ抑モ如何ナル場合ヲ意味スルヤト云フニ精確ナル說明ヲ與ヘ難シト雖モ思フニ他人カ一定ノ作爲ヲ期待シタル場合ニ限ルカ其斷定稍ヤ狹隘ニ失スル

或ナキニ非ス又總テ行爲者カ事實上其結果ノ發生ヲ防止シ得ヘカリシ場合ナリトスルハ其斷定稍ヤ廣キニ失スル嫌ナキニ非ス要スルニ此種ノ義務ハ絶對ニ之ヲ履行セサルヘカラサルニ非スシテ此種ノ義務ノ履行カ行爲者ノ利益ト重大ノ牴觸アル場合ノ如キハ所謂危急狀況ノ觀念ヲ適用シテ其義務ノ履行ヲ免除スヘキコトヲ通則トスルナリ

第三段　事實

事實トハ凡テ存在又ハ發生スル事物ヲ謂フ即チ未來ニ屬スル狀況又ハ事變ニ相對シテ過去又ハ現在ニ屬スル狀況又ハ事變ヲ謂ヒ思考力ニ依リテ始メテ認識セラルル事物即チ見解等ニ相對シテ觀察シ得ヘカリシ事物ヲ謂フナリ然レトモ上述セシ所ハ唯理論上事實ノ何ナリヤヲ說明セシニ止マル所謂罪ノ客觀的部面タル事實ハ必スヤ刑法上明文ヲ以テ罪ト規定セラレタル事實ナルコトヲ要ス而シテ刑法上罪ト規定シタル事實ハ多種多樣ナリト雖モ其重要ナル種樣ヲ擧タレハ概チ左ノ三ト爲スコトヲ得

第一　外界ニ變更ヲ生シタル事實及ヒ外界ニ變更ヲ生セサル事實(?)人ノ殺サレタルコトハ一ノ事實ナリ然レトモ遺棄セラレタル死者アルコトヲ申告セサルコトモ亦一ノ事實タルコトヲ失ハス而シテ人ノ殺サレタル事實ノ如キハ固ヨリ外界ニ變更ヲ生スルモノト謂フヘク申告セサル事實ノ如キハ之ヲ外界ニ變更ヲ生セサルモノト謂フコトヲ得ヘシ刑法ハ外界ニ變更ヲ生シタル事實ヲ罪ト規定スルコトヲ通常トスト雖モ尙ホ例外トシテ外界ニ變更ヲ生セサリシ事實ヲ罪ト規定ス即チ彼ノ不作爲罪ハ凡テ外界ノ變更ヲ生セサリシ事實ニ關スルモノニシテ上述ノ如ク罪ト規定シタル事實ノ發生ヲ防止セサル動作ニ因リテ生スルコトヲ常トス

第二　觀念セラレタル事實及ヒ觀念セラレサル事實　人ノ殺サレタル事實ハ殺人罪ニ付テハ觀念セラレタル事實ナリト雖モ過失又ハ結果罪ニ付テハ觀念セラレサル事實ナリ刑法ハ觀念セラレタル事實ヲ罪ト規定スルコトヲ原則トスト雖モ比較的僅少ノ場合即チ過失罪又ハ所謂結果罪ニ付テハ觀念セラレサル事實ヲモ罪ト規定シタリ

第三　實害ヲ生シタル事實及ヒ危險ヲ生シタル事實　危險トハ吾人ノ常用スル語句ニシテ其意義モ亦極メテ明確ナル如シト雖モ精確ニ立言スレハ極メテ難解ノ語句ナリト謂ハサルヲ得ス蓋シ危險トハ傷害ノ發生及ヒ傷害ノ不發生間ニ存スル一種ノ狀態ニシテ未タ傷害ヲ發生セサル狀態ナルハ固ヨリ一點ノ疑似ナシト雖モ全然傷害ヲ發生セシメ能ハサル狀態ニ非ス是ヲ以テ危險ノ觀念ニハ如何ナル程度ニ於テ傷害ヲ發生セシムル力ヲ包含スルヤハ學者間ノ問題タルナリ或ハ危險ニ客觀的危險ト主觀的危險トノ區別アリ客觀的危險トハ傷害ノ發生シ得ル可能性ヲ謂ヒ主觀的危險トハ傷害ノ發生スル虞ヲ謂フト爲ス者アリ(ヘルナウ)極メテ適切ナル見解ト謂フヘシ此種ノ見解ニ從ヘハ危險トハ主觀的及ヒ客觀的ノ觀察ニ依リテ傷害ヲ生セシムヘキ狀態ナラサルヘカラス(リスト)曰ク危險トハ箇箇ノ場合ニ於テ動作ノ當時現存シタル事情若クハ然ラスト雖モ行爲者ノ知了シタル事情ヨリ公平ニ判斷シテ傷害ノ發生カ可能ニシテ且正當ニ之ニ配慮シタル狀況ヲ謂フト、正當ニ之ニ配慮シタル狀況トハ所謂主觀的ノ危險ニシテ可能ノ狀況トハ所謂客觀的ノ危險ニ外ナラス刑法ハ實害ヲ生スル事實ヲ罪ト規定スルコトヲ通常トスト雖モ時ニ危險ヲ生シタル事實ヲ罪ト規定スルコトナキニ非ス而シテ學者實害ヲ生スル罪ヲ實害罪ト謂ヒ危險ヲ生スル罪ヲ危險罪ト謂フ

第四段　因果關係

第一　總說

罪ノ積極的罪態ヲ客觀的ニ觀察スルトキハ動作及ヒ事實アルヲ以テ足レリトセス尙ホ其動作及ヒ事實間ニハ因果關係ノ存在スルコトヲ必要ナリトス所謂因果關係トハ其動作ナクハ其事實ヲ生セサルヘシト判斷シ得ヘキ關係ヲ謂フモノトス蓋シ事實ハ必スシモ人ノ動作ノミニ依リ發生スルモノニ非スシテ常ニ他物ノ勢力ト相俟チテ發生スルモノトス而シテ事實ノ發生ニ缺クヘカラサル動作又ハ事情ハ學者ノ所謂條件ト稱スルモノナリト雖モ人ノ動作カ其事實ノ發生ニ付キ如何ナル條件タリシ場合ニ於テ之ヲ其原因ナリト爲シ隨テ事實ニ對シ因果關係アリト謂フコトヲ得ヘキヤニ付テハ異說アル所ナリトス

一　最終ノ條件ヲ以テ原因ト謂フヘシト爲ス說　此說ニ依レハ人ノ動作ニ依リテ一定ノ事實ヲ發生セシメタル場合ト雖モ其動作アリタル後他ノ條件カ生シタル場合ニ於テハ因果關係アリト謂フコトヲ得ス

二　最モ有力ナル條件ヲ以テ原因ト曰フヘシト爲ス說　此說ニ依レハ無數ノ條件中事實ヲ發生セシムルニ付キ最モ有力ナリシモノヲ以テ原因ト爲スヘキヲ以テ人ノ動作ニ依リ一定ノ事實ヲ發生セシメタル場合ト雖モ他ニ比較的有力ノ條件アリタル場合ニ於テハ因果關係アリト謂フコトヲ得ス

三　凡テノ條件ヲ以テ原因ト謂フヘシト爲ス說

予ハ第三說ヲ可トシ動作カ事實ヲ發生セシムル條件タリシトキハ其如何ナル條件ナルヤヲ區別セスシテ其動作及ヒ事實間ニハ因果關係アリト言ハントス故ニ動作カ他ノ事由ト共ニ事實ヲ發生セシムル條件タリシ場合ニ於テモ尙ホ之ヲ事實ヲ發生セシメタル原因ト謂フコトヲ得ヘシ所謂他ノ事由トハ事情又ハ他ノ動作ニ外ナラス動作カ事情ト共ニ事實ヲ發生セシムル條件タリシ場合トハ例ヘハ被害者ノ天質虛弱ナリシ事情ト毆打ノ動作トカ共通條件トシテ死去ナル事實ヲ發生セシメタル場合又ハ觀客ノ來集ナル事情ト放火ノ動作トカ共通條件トシテ觀客ノ死去ナル事實ヲ發生セシメタル場合ノ如シ動作カ他ノ動作ト共ニ事實ヲ發生セシムル條件タリシ場合トハ例ヘハ一動作カ他人ノ動作ト共ニ又ハ同一人ノ他ノ動作ト共ニ一定ノ事實ヲ發生セシムル共通條件タリシ場合ノ如シ然レトモ動作カ他人ノ動作ト共ニ共通條件タル場合ニ於テハ後述スル如ク法律上概チ因果關係ナシトスヘキ場合ニ屬スト雖モ理論上ハ尙ホ因果關係アリト謂ハサルヘカラス故ニ學者ノ所謂間接行爲者ノ場合ニ於テハ尙ホ因果關係ヲ認ムルコトヲ得ヘシ

因果關係ハ之ヲ犯意又ハ過失ノ問題ト嚴ニ區別スルコトヲ要ス因果關係ハ積極的罪態ノ客觀的觀察ニ於テ存在スルモノニシテ犯意又ハ過失ハ其主觀的觀察ニ於テ存在スルモノナリ故ニ罪ニ因果關係アリト判斷シタルトキト雖モ犯意又ハ過失ナキトキハ罪ハ成立セサルナリ例ヘハ瀧車ヲ進行セシムル動作ト人ノ轢死ナル事實トノ間ニ因果關係アルコトヲ判定シタリト雖モ其動作ヲ爲シタル者カ其轢死ナル事實ノ發生ヲ避ケ得ヘカリシ場合ニ非スンハ過失殺人

罪ハ成立セス又其轢死ナル事實ヲ觀念シタルニ非スンハ犯意ニ出テタル殺人罪ハ成立セサルナリ

第二　刑法上ノ因果關係

純然タル理論上ヨリ推斷シタル因果關係ノ何タルヤハ既ニ之ヲ上述シタリ然レトモ此理論上ヨリ推斷シタル因果關係ヲ以テ直チニ之ヲ刑法上ノ因果關係ト爲スコトヲ得ス是レ刑法ハ暗默ノ中ニ理論上ノ因果關係ヲ限定又ハ擴張シテ一種特別ナル因果關係ヲ認メタルコト疑似ノ餘地ナケレハナリ刑法上ノ因果關係ノ何タルヤヲ說明スルニ付テハ其理論上ノ因果關係ト相違スル點即チ或ハ制限セラレタル部分又ハ或ハ擴張セラレタル部分ノミヲ說明スルヲ以テ足レリトス

第一　理論上因果關係ヲ認ムヘクシテ刑法上之ヲ認ムヘカラサル場合

一　責任能力者カ任意ニ犯意アル動作ヲ爲シタルトキハ縱令其動作カ第三者ノ教唆又ハ幫助ニ因リテ其原因ヲ爲シタリトスルモ更ニ新ナル因果關係ヲ

第一款　實質的權利

實質的權利ヲ分チテ立法權司法權及ヒ行政權ノ三種トス

第一項　立法權

國家ノ立法權トハ國內ニ於テ自由任意ナル法律ヲ制定スル權利ヲ指稱ス然レトモ國際法ノ觀念ヨリ觀レハ立法權ハ其レ自身ニ於テ制限ヲ受ク何トナレハ國家ノ立法權ハ萬能無限ナリトノ理由ヲ以テ外國ヲ統治スル法律ヲ制定スルコトヲ得ス又外國ノ生存ヲ危害スル法律ヲ制定スルコト能ハサレハナリ此ノ如ク當然立法權ニ制限ヲ受クルノミナラス尙ホ特別ノ條約ヲ以テ國家ノ立法權ニ制限ヲ受クルモノ比比トシテ之アリ例ヘハ嘗テ普漏西カ其憲法ノ變更及ヒ廢止ヲ爲スニハ佛國及ヒ墺國ノ承諾ヲ得サルヘカラサル旨ヲ約シタルカ如シ又第十九世紀ノ初ニ於テ墺、普ノ二國間ニ神聖同盟ノ條約ヲ締結シタルカ如キモ亦內國立法權ノ一種ノ制限ト看ルコトヲ得ヘシ

第二項　司法權

司法權中說明ス(一)領事裁判權(二)沿外法權(三)犯罪人引渡(四)混合裁判ノ四種トス以下順次之ヲ說明スヘシ

第一　領事裁判權

領事裁判權トハ甲國人ノ乙國ニ在ル場合ニ於テ民事及ヒ刑事ニ付キ乙國ノ裁判權ニ服從セスシテ甲國ヨリ乙國ニ派遣セラルル領事ノ裁判ノ下ニ立ツノ權利ヲ謂フ凡ソ如何ナル國家ト雖モ自國內ニ在ル總テノ人及ヒ物ノ上ニ裁判權ヲ有スルヲ以テ原則トス領事裁判權ハ此原則ニ對シ例外ヲ爲スモノナリ此ノ如キ例外ヲ認ムルハ乙國ノ法律制度カ極メテ不完全ニシテ諸外國ノ乙國ニ在ル人及ヒ物カ乙國ノ裁判權ニ服從スルコトヲ屑シトセサルニ基因ス然レトモ歷史上ヨリ領事裁判權ノ起源ヲ繹スルニ現今ノ領事裁判權ヲ認ムル理由ト反對ニシテ乙國カ自國ノ法律制度完全ニシテ且自國ノ裁判官ハ聰明ナルカ故ニ異國人ノ如キ野蠻人ヲ此聰明ナル裁判官ノ裁判權ノ下ニ立タシメ此完美セル法律ヲ以テ支配スルヲ欲セストノ理由ニ出テタリ斯ル場合ニ於テハ外國人ハ其滯在國タル乙國ノ裁判權ノ下ニ服從スルコトヲ得ス而モ本國ノ裁判所ニ對シテ訴訟ヲ起スハ遠隔ニシテ不便ナルカ故ニ滯在人民中ヨリ地位名望アル者ヲ選ヒ以テ之ニ裁判權ヲ行ハシメ又ハ本國ヨリ裁判官ノ派遣ヲ請ヒ之ヲシテ裁判ヲ爲サシメタルモノナリ要スルニ今日ノ領事裁判權ト古ノ領事裁判權トハ全ク其理由ヲ異ニスルモノナリト雖モ文明ノ程度ヲ異ニスル國家ニ對シ或國家カ斯ル權利ヲ有スルモノナリトノ考ニ至リテハ二者相同シ

領事裁判權ハ前述シタル如ク一國屬地主權ノ例外ナルカ故ニ特別ノ條約ニ因リテ始メテ行ハルルモノナリ何等ノ條約ナキニ拘ハラス外國ニ對シテ領事裁判權ヲ有スルコトヲ得ヘシトハ今日ニ於テ主張スルコトヲ許サス土耳其ニ對シ條約ニ因リテ領事裁判權ヲ取得シタル最モ古キ國ハ佛蘭西ナリ即チ佛蘭西ハ千五百二十八年ノ條約ヲ以テ領事裁判權ヲ得タリ土耳其ニ對シ英吉利ハ千五百八十年、普魯西ハ千七百六十一年、露西亞ハ千七百八十三年ニ各條約ヲ以テ領事裁判權ヲ取得シタリ其他諸國ノ之ヲ有スルニ至リタルハ悉ク第十九世紀

以後ニ屬ス支那ニ對シテ領事裁判權ヲ取得シタル濠觀ハ千八百四十三年ノ條約ニ因ル英吉利是ナリ日本ハ明治四年ノ條約ニ因リ支那ニ對シテ領事裁判權ヲ取得シタリ而シテ多クノ諸外國ハ明治三十二年八月ニ至ルマテ日本ニ對シテ領事裁判權ヲ有シタリキ此條約ノ最モ初ニ締結セラレタルモノハ安政元年ノ日英條約即チ是ナリ同條約第四條ノ規定スル所ニ依レハ明カニ領事裁判權ヲ認メタルモノナリト謂フコトヲ得サルモ日本ノ裁判權ヲ及ホサヽサルコトヲ規定シタル點ヨリ觀レハ領事裁判權ノ萌芽ナリト謂フモ敢テ不可ナカルヘシ即チ同條ニ曰ク「日本ノ港ニ入津スル英船ハ日本ノ法律ニ從フヘシ船中ノ高官或ハ指揮官ニシテ法律ヲ犯ストキハ其港ヲ閉鎖シ其以下ノ人人之ヲ犯ストキハ其船ノ指揮官ニ引渡シ罰ヲ加フヘシ」ト此明文ヲ見ルニ領事カ裁判ヲ爲ストノ規定ナシト雖モ船舶ノ指揮官ヲシテ裁判ヲ爲サシメ日本ノ裁判權ノ下ニ立タサリシモノナルカ故ニ一種ノ領事裁判權ナリト謂ハサルヘカラス同年十二月ノ日露條約第八條ニハ「露西亞人ノ日本ニ在ル、日本人ノ露西亞ニ在ル、之ヲ待ツコト寛優ニシテ禁錮スルコトナシ然レトモ若シ法ヲ犯ス者アラハ之ヲ取押

ヘ處置スルニ各〻本國ノ法度ヲ以テスヘシ」ト規定セリ然レトモ是レ本國ノ法律ニ依ルコトヲ規定シタルニ過キスシテ裁判權ノ所屬ヲ決シタルモノニ非ス墨安政二年ノ日蘭條約第二條ニハ「和蘭人日本ノ法度ヲ犯シ候ヘハ出島在留高等官ノ者ヘ知ラセ可申候左候ヘハ之ヲシテ和蘭政府ヨリ其國法通リ戒メ申スヘキコト」ト此條約ハ純然タル領事裁判權ヲ規定シタルモノナリト謂フコトヲ得ヘシ其後安政五年ノ五箇國(英佛露米蘭)條約ハ更ニ領事裁判權ニ關シテ比較的精密ナル規定ヲ設ケタリ今其一二ヲ說明スヘシ安政五年六月十九日ノ日米條約第六條第一項ニハ次ノ如キ規定アリ然レトモ民事ト刑事トニ關スル裁判管轄ノ何レニ屬スルヤハ極メテ不分明ナリ而シテ其曖昧ナルハ唯リ日米條約ニ於テ然ルノミナラス日蘭、日英、日佛、日露條約皆然リトス同條ニ規定シテ曰ク「日本人ニ對シ法ヲ犯セル米國人ハ米國(コンシュール)裁判所ニ於テ之ヲ裁判シ米國ノ法度ヲ以テ罰スヘシ米國人ニ對シテ日本人カ法ヲ犯シタルトキハ日本役人調ノ上日本法度ヲ以テ罰スヘシ」ト此ノ如ク此條約ヲ以テシテハ民事及ヒ刑事ノ事項ニ關シ其管轄權ノ何レニ屬セシヤ總テ不明ナリシカ漸ク明治二年九月

十四日日墺條約ニ於テ始メテ之ニ關スル詳細ナル規定ヲ設ケ以テ之ヲ明瞭ニシ爾餘ノ外國ハ皆之ニ均霑セリ而シテ同條約第五條ニ於テ民事ニ關スル事項ヲ規定シ其第六條ニ於テ刑事ニ關スル事項ヲ規定シタリ即チ第五條ニ曰ク「日本ニ在留スル墺太利及ヒ匈牙利人ノ間ニ身上或ハ其所持ノ品物ニ付テ爭論起ルコトアラハ墺太利兼匈牙利官吏ノ裁判ニ任スヘシ日本長官ハ墺太利及ヒ匈牙利人民ト他ノ條約濟外國人トノ間ニ起ル爭論ニ付テモ亦關係スルコトナカルヘシ(墺太利人及ヒ匈牙利人ト外國人トノ間ノ訴訟ニ關シテハ唯日本カ裁判權ヲ有セサルコトヲ消極的ニ約定シタルノミニシテ墺太利又ハ匈牙利カ裁判權ヲ有スルカ相手方ノ本國タル外國カ裁判權ヲ有スルカニ付テハ規定スル所ナシ若シ墺太利及ヒ匈牙利人ヨリ日本人民ニ對シ訴訟スルコトアラハ日本長官此事件ヲ裁判スヘシ若シ日本人ヨリ墺太利及ヒ匈牙利人ニ對シ訴訟スルコトアラハ墺太利兼匈牙利長官之ヲ裁斷スヘシ又若シ日本人カ墺太利及ヒ匈牙利人ニ逋債アリテ之ヲ償フコトヲ怠リ或ハ欺僞ヲ以テ逃走セントスルトキハ相當ノ日本ノ長官之ヲ裁斷シテ其逋債ヲ償ハシムル爲メ諸事ニ力ヲ盡スヘシ

又墺太利及ヒ匈牙利人カ欺僞ヲ以テ逃走セントシ或ハ日本人ニ逋債ヲ償フコトヲ怠リタルトキハ墺太利兼匈牙利長官之ヲ裁斷シ逋債ヲ償ハシムル爲メ諸事ニ力ヲ盡スヘシ」ト民事ニ關シテ此ノ如ク詳細ナル規定ヲ設ケタリト雖モ日本ノ政府ヨリ墺太利ノ人民ニ對スル訴訟ニ關シテハ墺太利カ裁判權ヲ有スルヤ將タ日本カ裁判權ヲ有スルヤニ付テハ何等ノ規定ヲ爲サザリシハ此條約ノ缺點ナリト謂ハサルヘカラス實例ニ付テ見ルニ明治二十六年ニ日本ノ軍艦千島艦カ英吉利ノ商船「ラベンナ」號ニ衝突シテ沈沒シタル後日本政府ヨリ英吉利ノ會社ニ損害賠償請求ノ訴ヲ起シタルニ爭議紛出シテ遂ニ其何レカ裁判權ヲ有スルヤヲ決スルコトヲ得サリシハ蓋シ此條約ニ何等ノ規定ナカリシニ職由セスンハ非ス次ニ第六條ニハ左ノ如キ規定アリ「日本人民或ハ他國ノ人民ニ對シ惡事ヲ爲セル墺太利及ヒ匈牙利人ハ墺太利兼匈牙利「コンシュール」裁判所ニ訴ヘ同國ノ法度ヲ以テ罰スヘシ又墺太利及ヒ匈牙利人民ニ對シテ惡事ヲ爲セル日本人ハ日本長官ニ訴ヘ日本ノ法度ヲ以テ罰スヘシ」ト領事裁判權ノ撤去ヲ始メテ規定シタル條約ハ明治二十七年七月ノ日英條約第

二十條ナリ即チ之ニ因リテ日本カ從來ノ領事裁判權ヲ撤去シ且其裁判權ヲ日本ニ於テ取得スルコトヲ定メタリ尤モ萬國工業財產保護同盟及ヒ萬國版權保護同盟ニ加盟スルヲ以テ領事裁判權撤去ノ條件トセリ而シテ此條約ハ明治三十二年八月以降ニ於テ實施セラルルニ至リタリ是レ唯リ英國ニ對シテノミナラス諸外國ニ對シテモ亦然リ要スルニ同年ニ至ルマテ諸外國カ日本ニ於テ片面的ニ領事裁判權ヲ有シタリシモ同年後ニ至リ全ク之ヲ有セサルニ至リタリ此ノ如ク今ヤ諸外國ハ日本ニ對シ領事裁判權ヲ有セサルニ至リタルモ日本ハ尙ホ未タ朝鮮、支那、暹羅ニ對シテ領事裁判權ヲ有ス即チ此三國ニ駐在スル日本ノ領事ハ日本臣民ニ關スル刑事上及ヒ民事上ノ事件ニ付キ裁判權ヲ有ス而シテ朝鮮ニ對シテハ明治九年二月二十六日ノ日韓條約第十款及ヒ明治十六年七月二十五日ノ日韓貿易規則第四十二款ニ之ヲ規定シ支那ニ對シテハ明治二十九年十月二十日ノ日清通商航海條約第三條殊ニ其第二項及ヒ第三項ニ之ヲ規定セリ左ニ第二項、第三項ヲ摘示ス

第二項　右領事官ハ清國官吏ヨリ相當ノ禮遇ヲ受ケ且最惠國ノ領事官ニ現ニ付與シ若ハ將來付與スヘキ總テノ資格、職權、裁判管轄權、特權及免除ヲ享有スヘキモノトス

第三項　大清國皇帝陛下モ亦同シク日本國內ニ於テ他國ノ領事官カ現ニ駐在シ若ハ將來駐在スヘキ場所ニ總領事、領事、副領事及代辨領事ヲ駐在セシムルコトヲ得而シテ右領事官ハ日本國ニ在ル清國臣民及財產ニ對スル日本帝國裁判所ノ裁判管轄權ニ屬スル事項ヲ除クノ外通常領事官ニ附與スル權利及特典ヲ享有スヘシ

抑モ日本ト支那トハ明治四年ノ條約ニ因リテ相互的ニ領事裁判權ヲ有シタルモノナレトモ日清戰爭ノ終了後日本ノミ領事裁判權ヲ有シ支那ハ日本ニ對シテ之ヲ有セサルコトト爲リ尙ホ右ニ述ヘタル條約ニ因リ益、此權利ヲ確メタリ暹羅ニ對シテハ明治三十一年二月二十五日ノ日暹通商航海條約ニ附帶セル議定書第一號ニ於テ之ヲ規定セリ曰ク「暹羅國政府ハ暹羅國ノ司法改革ノ完了セラルル迄即チ刑法、刑事訴訟法、民法(但シ婚姻法及相續法ヲ除ク)民事訴訟法及裁判所構成法ノ實施ニ至ル迄日本國領事官ニ於テ在暹羅國日本國臣民ニ對シ裁

判權ヲ執行スルコトヲ承認スト即チ此規定ニ徵スルニ日本ノ有スル領事裁判權ハ絶對的ノモノニ非スシテ條件附ノモノナリ裁判權ヲ有スル日本領事カ外國ニ於テ如何ナル權利ヲ有スルカ又如何ニシテ其職務ヲ行フヘキヤハ明治三十二年三月法律第七十號領事官ノ職務ニ關スル件ニ於テ規定スル所ナリ今其大要ヲ擧クレハ次ノ如シ領事官ハ地方裁判所及ヒ區裁判所ノ職務ヲ行フモノニシテ控訴院並ニ大審院ノ職務ヲ行フコトヲ得ス領事官ハ又輕罪ノ判決ヲ下スコトヲ得ルノミニシテ重罪ニ關シテ判決スルコトヲ得ス輕罪ノ判決ヲ與フルニハ豫審ヲ用フルヲ要セス重罪ニ對シテハ唯豫審ヲ爲スコトヲ得ルノミニシテ其公判ハ總テ之ヲ長崎地方裁判所ニ於テ爲スヘキモノナリ又刑事事件ニシテ領事ノ管轄スヘキモノト雖モ國交上必要アルトキハ外務大臣ハ領事官ニ對シ其事件ヲ管轄スヘカラサルコトヲ命令シ而シテ當該事件ニシテ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルモノナルトキハ如何ナル裁判所之ヲ管轄スヘキヤヲ長崎控訴院ニ於テ指定シ其事件區裁判所ノ權限ニ屬スルモノナルトキハ長崎地方裁判所ヲシテ其管轄裁判所ヲ指定セシム領事カ地方裁判所ノ裁判官トシテ爲シタル事件ニ付テ之ニ對スル控訴若クハ抗告アリタルトキハ長崎控訴院之ヲ管轄シ領事カ區裁判所ノ判事トシテ爲シタル事件ニ付テ控訴若クハ抗告アリタルトキハ長崎地方裁判所之ヲ管轄ス領事カ裁判ヲ爲スニ當リ檢事又ハ書記ノ職務ヲ行フモノハ領事館員又ハ警察官ナリトス裁判所書記ノ職務ヲ行フヘキ領事館員若クハ警察官ナキトキハ領事ハ其管轄區域内ニ在留スル日本臣民ヲシテ右ノ職務ヲ行ハシムルコトヲ得執達吏ノ職務モ亦領事館員又ハ警察官ニ於テ之ヲ行フ訴訟代理人又ハ辯護人タラント欲スル者ハ辯護士ノ資格ナキ者ト雖モ領事ノ許可ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得

第二　治外法權

治外法權トハ文字ノ示ススカ如ク其滯在地ノ統治ノ外ニ在ルコトヲ謂フ中古以前ニ於テハ法律ハ總テ屬人主義ナリキ斯ル時代ニ於テハ或國ノ人カ外國ニ赴クモ毫モ外國ノ法律ニ服從スルコトナク總テ本國ノ法律ニノミ服從シタリ然ルニ近世ニ至リ屬地主義ナルモノ生シ苟モ國内ニ在ル者ニ對シテハ其内國人タルト外國人タルト又内國人ニ屬スル物タルト外國人ニ屬スル物タルトヲ問

ハス悉ク內國主權ニ服從スヘキモノト爲セリ故ニ若シ屬地主義ヲ絕對ニ行ハントスルトキハ實際上極メテ大ナル不都合ヲ來スコトアリ是ニ於テカ第十七世紀以後國家間ノ平和的關係ヲ維持センカ爲メ外國ノ或人及ヒ或物ハ內國ニ在ルモ苟モ內國主權ニ大ナル妨害ヲ與ヘサル限ハ內國主權ニ服從スルコトヲ免レシムルコトト爲シタリ此種ノ特權ヲ享クル者ハ本國ヲ代表スル責任アルモノトス若シ斯ル者ニシテ內國ノ法律ニ服從スルコトヲ免レシメサルトキハ該外國人ハ內國ニ在リテ十分ニ本國ヨリ命セラレタル職務ヲ行フコトヲ得サルノ虞アリ是ヲ以テ特別ナル人及ヒ物ニ對シテ內國主權ニ服從スルコトヲ免レシメタリ之ヲ稱シテ治外法權ト謂フ是故ニ最モ初ニ治外法權ヲ享ケタル者ハ公使ナリ蓋シ公使ハ本國ヲ代表シテ外國ニ駐在スル者ナレハ若シ外國法律ニ服從セサルヘカラストセハ本國ノ職務ヲ行フニ極メテ大ナル妨害ヲ受クルノ虞アレハナリ約言セハ治外法權ハ今日ニ於ケル法律ノ原則タル屬地主義ニ對スル一箇ノ例外ニシテ屬人主義ニ從ヒタルモノナリ

治外法權ヲ有スル者ハ左ノ如シ

(一)　國家　國家ハ平時ニ於テ他ノ國家ニ對シテ治外法權ヲ享有ス所謂國家カ治外法權ヲ享クルトハ國家ノ外國ニ在ル財產カ治外法權ヲ享クルノ意ナリ人或ハ國家ノ財產ヲ分チ私法上ノ性質ヲ有スルモノト公法上ノ性質ヲ有スルモノトノ二種トシ前者ハ直接ニ收入ヲ目的トスルモノニシテ後者ハ國家ノ公ノ目的ノ爲メニ用フルモノトス而シテ治外法權ハ後者ニ對シテノミ之ヲ與フヘシト論スル者アリ然レトモ此二者ノ間ニ嚴然タル區別ヲ立ツルコト極メテ困難ナリ例ヘハ國家カ外國ニ於テ購買シタル戰爭要品ハ何レノ時ヨリ公ノ爲メニ用ヒラルルヤ甚タ不明ナリ又國家カ直接ニ收入ヲ目的トスルモノナリト雖モ此收入ニ因リテ國家ヲ維持スルモノナルトキハ公ノ用ニ供シタルモノト謂ハサルヘカラス故ニ苟モ國家ノ財產タル以上ハ其公ノ爲メニ用ヒラルルト私ノ爲メニ用ヒラルルトヲ問ハス悉ク之ニ治外法權ヲ與フルヲ穩當トス

(二)　君主　君主ハ國家ノ最高機關ナルカ故ニ平時ニ於テ外國ノ領地內ニ在ルトキハ治外法權ヲ享有ス君主カ國家ノ要務ヲ以テ外國ニ在ル場合ト私用ヲ以テ外國ニ在ル場合トノ區別ハ君主ニ治外法權ヲ與フヘキ否ヤノ標準ト爲ラス

最モ君主カ君主タルコトヲ外部ニ表彰セサル以上ハ治外法權ヲ享クルコト能ハサルコトアルヘシ然レトモ君主タルコト明白ト爲リタル後ハ直チニ治外法權ヲ享クルモノナリ一國ノ君主カ外國ノ軍籍ニ在ルトキ又ハ外國ノ軍務ニ服スルトキト雖モ之カ爲メニ治外法權ヲ享クルコトヲ妨クルモノニ非ス君主ニ攝政アル場合ニ於テ君主カ單獨ニ又ハ攝政カ單獨ニ或ハ兩者共ニ外國ニ在ルトキ此等ノ者ハ總テ治外法權ヲ享クルモノナリ

君主ノ家族及ヒ從者ハ治外法權ヲ享クヘキモノニ非ストノ說ト享クヘキモノナリトノ說トノ兩說アリ學問上ノ議論トシテハ國家ヲ代表スルモノニ非サルカ故ニ治外法權ヲ有セスト論スルヲ至當トス然レトモ之ヲ實際ニ徵スルニ如何ナル國家ト雖モ外國君主ノ家族及ヒ從者ニ治外法權ヲ與ヘサルモノナシ其他君主ノ用ニ供スル物件及ヒ君主ノ家族及ヒ從者ノ用ニ供シタル物件ニ付テモ亦同シ

大統領ハ治外法權ヲ享クヘキモノナリヤ否ヤニ付テハ學者間ニ頗ル議論ノ存スル所ナリ其理由ハ大統領ハ人民ニシテ君主ノ如ク當然國家ノ元首タルモノニ非サレハナリト云フニ在リ然レトモ大統領ト雖モ國家ヨリ觀レハ君主ト同シク國家ノ最高機關ナリ其國家ノ爲メニ必要ナルノ點ニ至リテハ兩者ノ間ニ何等ノ區別アルコトナシ隨テ國家ノ元首カ君主ナルト大統領ナルトヲ論セス又其大統領カ一人ナル場合ト同時ニ數人ナル場合トヲ問ハス悉ク之ニ治外法權ヲ與フヘキモノナリ

(三) 公使　公使カ治外法權ヲ享クルノ理由ハ曩ニ之ヲ說明シタリ公使ニ附屬スル公使館ノ館員ハ悉ク治外法權ヲ享ク例ヘハ公使館書記官外交官補譯官顧問官公使館附武官公使館附醫師其他技術官等ノ如シ公使ノ配偶者親族ノ如キハ禮義トシテ治外法權ヲ享クルニ過キスシテ之ヲ享クルノ權利アルモノニ非ス公使ノ住居及ヒ動產モ亦治外法權ヲ享ク何トナレハ此等ノ者ハ皆公使ノ職務ヲ遂行スルニ必要ナレハナリ

(四) 職務領事(非名譽領事)　領事ハ本國ノ經濟上ノ代表者タルニ過キサルカ故ニ原則トシテ治外法權ヲ有スヘキモノニ非ス然レトモ今日ノ歐羅巴大陸主義ニ依レハ外國トノ條約ニ於テ領事ニモ亦治外法權ヲ與フヘキモノト爲セリ領

事ノ家族及ヒ從者住居動產等ニ付テモ特別ノ條約ノ存スル限ハ治外法權ヲ與フルコトヲ妨ケス

(五) 軍艦　一國ノ軍艦カ平時ニ於テ他國ノ領海內又ハ海岸內ヲ航行スルトキ又ハ碇泊スルトキハ治外法權ヲ受ク軍艦ト同一視セラルヘキモノハ國家ノ命令ヲ受ケタル拿捕船或ハ御用船君主又ハ公使ヲ搭載シタルモノニシテ其專用ニ供セラルル船舶是ナリ郵便船ハ特別ノ條約アルニ非サレハ治外法權ヲ享ケス如上ノモノニ附帶シテ治外法權ヲ享クルモノハ船中ニ在ル總テノ人及ヒ船中ニ在ル總テノ貨物即チ是ナリ

(六) 商船旅客船其他國家ヲ代表セサル船舶　此等ノ船舶ニシテ平時ニ於テ外國ノ沿岸海ヲ單ニ通過スルノミナルトキハ治外法權ヲ有ス船中ノ總テノ人及ヒ船中ノ總テノ貨物亦然リ

(七) 陸海軍ノ軍隊　陸海軍ノ軍隊カ平時ニ於テ他國ノ許可ヲ得テ其他國ニ在ルトキハ軍隊ニ附屬セル人及ヒ物ハ共ニ治外法權ヲ享ク但軍隊カ戰時ニ於テ中立國ニ入ルトキハ治外法權ヲ有セス中立國ト交戰國ノ一方又ハ他方トノ關ハ貸與シテ收益シ得ヘシト雖モ之ヲ處分スルコト能ハス是レ陸戰ノ法規慣例條約第五十五條ニ占領者タル國ハ敵國ノ國有ニ屬シ其占領內ニ存在スル公有ノ建物不動產森林及ヒ農作地ノ管理者タリ且其用役權者タルニ過キサルモノト心得其財產ノ基本ヲ保護シ用役權ノ規則ニ依リテ管理スヘキコトヲ規定シタル所以ナリ然レトモ國有ノ不動產中砲臺造兵廠兵器製造所等ノ如キ軍事上ノ建築物ハ戰鬪ノ必要上之ヲ破壞シ得ヘク又作戰動作ノ必要アルニ於テハ鐵道橋梁ヲ破壞シ道路運河ヲ塡塞スルコトハ常ニ行ハルルモノトス之ニ反シテ寺院學校病院博物館美術館等ノ如キ宗教慈善學術技藝及ヒ教育ニ關スル建築物ハ其性質上戰爭ニ關係ナク社會文明ノ進步上ニ必要ナルモノナルカ故ニ軍隊ニ於テモ特ニ之ヲ保護スヘク陸戰ノ法規慣例條約第二十七條ニ於テハ此等ノ建物ハ其現ニ軍事上ノ目的ニ供セラレサルニ於テハ成ルヘク之ヲ加害セサル爲メ必要ノ手段ヲ施スヘシト規定シ殊ニ戰鬪中交戰者カ斯ル建築物ヲ識別スルノ必要アルカ故ニ攻圍砲擊ノ場合ニ於テ被圍者ハ豫メ敵ニ通知シ置キタル看易キ特別ノ徽章ヲ以テ其建築物及ヒ其場所ヲ表示スヘキコトトセリ

動産ハ不動産ト其物自體ノ性質ヲ異ニシ軍隊カ之ヲ使用消費シ又ハ運搬シテ戰爭ノ資料ニ供シ得ヘキモノナルカ故ニ國有ノ動産中軍艦兵器彈藥車馬船舶等戰爭ニ直接使用ノ物品ハ勿論糧食金錢其他一切ノ國有動産ハ國際公法ノ慣例ニ基ク特別保護アルモノヲ除クノ外ハ悉ク押收シ得ヘク陸戰ノ法規慣例條約第五十三條第一項ニ一地方ヲ占領シタル軍ハ本來國有ニ屬スル現金基金有價證券兵器廠輸送材料倉庫儲蓄其他總テ作戰動作ニ供スルコトヲ得ヘキ國有財産ノ外之ヲ押收スルコトヲ得スト規定シ之ヲ裏面ヨリ言ヘハ國有ノ金錢有價證券兵器彈藥船舶車馬及ヒ運送用ノ物件倉庫ノ貯藏品其他戰爭ニ使用アル物ハ悉ク沒收シ得ヘキモノトス

陸上ノ國有動産中戰利品ト爲スヘカラサルモノヲ擧クレハ左ノ如シ

(一) 裁判所ノ記錄其他官廳ノ公文書ヲ押收スルハ戰爭ノ目的ニ直接必要ナキノミナラス之カ爲メ地方人民ノ權利義務ノ關係ヲ紊ルカ故ニ戰利品ト爲スコト能ハス

(二) 圖畫彫刻物等ノ美術品及ヒ歷史上ノ價値ヲ有スル物品ハ專ロ人類社會ノ

寶物ト看做サレ其地方ヨリ他所ニ移轉スルトキハ其價値ヲ損スルカ故ニ沒收スルコト能ハス

(三) 學術技藝教育宗教慈善ヲ目的トスル建設物ニ附屬スル物品ハ國有ト雖モ人類一般ノ公益上戰利品ト爲スコト能ハス此故ニ陸戰ノ法規慣例ニ關スル條約第五十六條第一項ニ市町村ノ財産竝宗教慈善教育技藝及學術ノ爲設ケラレタル營造物所屬ノ財産ハ國有ニ屬スルモノト雖私有財産同樣之ヲ取扱フヘシト規定セリ

(四) 市町村ノ財産ヲ押收セサルハ戰爭ノ爲メ成ルヘク一地方ノ組織ヲ紊亂キサルノ趣旨ニ出テタルモノトス

第二　私有財産

敵國ノ會社組合若クハ箇人ニ屬スル私有財産中不動産ハ國有ト雖モ沒收スヘカラサルカ故ニ私有ノ物ハ固ヨリ押收スルコト能ハス又動産ニ關シテハ交戰者ハ之ヲ尊重シ不可侵ヲ原則トスト雖モ之ニ例外アルコトハ前ニ述ヘタルカ如ク戰鬪ニ伴フノ損害作戰動作ノ必要ニ出テタル損害ニ付テハ所有者ハ其救

濟賠償ヲ受クルノ途ナク戰爭後ニ於テモ敵國政府ハ固ヨリ之ヲ賠償セス本國政府ハ時トシテ其補償ヲ爲スコトアリト雖モ之ヲ爲スト否トハ其任意ニ屬シ敢テ義務アルニ非ス又戰鬪ノ必要上私有財產ヲ損害セラルルハ破損ノ場合ニ限ラス軍隊カ敵地ニ入ルニ當リテハ糧秣其他ノ日用品ヲ其地ヨリ取得シ時トシテハ代償ヲ與ヘサルコトアリ又住民ノ其命令ニ應セサルトキハ兵力ヲ以テ强制的ニ取得シ得ヘク加之私有財產中直接ニ戰鬪ノ用ニ供セラルヘキモノハ軍隊ニ於テ之ヲ押收シ私有ノ鐵道列車車馬船舶等ノ輸送材料ノ如キハ之ヲ軍事上ニ專用シ得ヘシ就中鐵道材料陸上電信及ヒ海上法ノ支配ヲ受ケサル船舶ハ平和回復ノ際之ヲ所有者ニ返還シ其損害ハ之ヲ補償スヘク陸戰ノ法規慣例ニ關スル條約第五十三條ニ於テモ「鐵道材料陸上電信電話海上法ノ規定外ニ在ル潮船其ノ他ノ船舶兵器廠其ノ他一切ノ軍需品ハ會社若ハ個人ニ屬スルモノタリトモ均ク作戰動作ニ供スヘキ性質ヲ有スルモノニ屬ス然レトモ平和回復ノ際ニハ之ヲ返還シ及之カ補償ヲ爲スヘキモノトス」ト規定セリ

但此規定中兵器廠即チ私有ノ兵器、彈藥ハ從來ノ實例及ヒ「ブルッセル」宣言ノ規定ニ於テモ戰利品ト爲シ得ヘキモノト爲リ居レルカ故ニ平和會議ノ條約ニ於テモ其物件ヲ現所有者ニ返還及ヒ補償スヘキコトト爲シタルハ直チニ之ヲ現行法ト爲スコト能ハスシテ單ニ締盟國ハ條約上ノ義務トシテ之ヲ遵守スヘキニ過キサルカ如シ

第三節　軍隊占領

第一款　軍隊占領ノ性質

古代ニ於テハ戰爭ノ進行上敵國領土ニ對スル一時的ノ占領ト完然ナル征服トヲ區別セス占領ト同時ニ其土地ニ對スル主權ヲ取得スルモノトシ自國ノ領土ト看做シタルモノニテ其實例ハ第十八世紀ノ中葉ニ至ルマテ少カラス然ルニ「ヴァテル」ハ軍隊占領ハ所有權ノ取得ニ非ストシ其取得ヲ確實ニスルニハ媾和條約ニ因ルカ又ハ本國ノ全然服從若クハ亡滅ニ因ラサルヘカラストシ其後占領ト征服トノ區別ハ明確ト爲リ現行法上軍隊占領トハ敵國領土ニ對シ戰爭ノ必要ニ基キタル一時的權力ノ實行ニシテ其地方ニ對シテ主權ヲ取得スルニ非

ス又所屬國ノ主權關係ヲ毫モ之カ爲メ變更スルニ非ス單ニ兵力ヲ以テ其地方ヲ占領スル間ニ限リ占領者ハ其地ニ對スル本國主權ノ實行ヲ中斷シ之ト同時ニ自國ニ取リ戰爭ノ目的ヲ達スルニ必要ナル行爲ヲ爲シ得ヘキ權利ヲ有スルニ過キス此故ニ陸戰ノ法規慣例ニ關スル條約第四十四條及ヒ第四十五條ニ占領地ノ人民ヲ强迫シテ其本國ニ敵對スヘキ作戰動作ニ加ハラシムルコトヲ禁シ又其人民ヲ强迫シテ占領者ニ臣從ノ誓ヲ爲サシムルコトヲ禁ストシタル所以ニシテ占領中其土地ハ依然本國ノ領土ニシテ人民ハ本國ノ臣民タルヲ失ハスト雖モ占領中本國主權ノ行使ハ占領者カ兵力ニ因リ其地ニ行使スル權力ト兩立スヘカラサルノミナラス事實上兵力ノ爲メ排斥セラレ居ルカ故ニ本國主權ノ行使ハ自ラ中止セラルルモノトス

第二款　軍隊占領地ノ範圍

占領地ノ範圍ニ付テハ（ブルッセル會議ニ於テ議論岐レ驚獨ノ如キ大ナル陸軍ヲ有スル諸國ハ占領ノ權利ヲ成ルヘク容易ニ取得シ又其區域モ大ナルコトヲ欲シ之ニ反シ陸軍ノ小ナル諸國ハ戰爭ニ際シテ成ルヘク一般人民カ愛國心ヨリシテ敵軍ノ進入ニ反抗スルコトヲ欲シタルカ故ニ一定ノ地方ヲ占領ノ名稱ノ下ニ置クコトヲ困難ナラシメ又占領ノ場合ニモ其區域ヲ減少セントシ瑞西國代表者ハ軍隊占領ヲ海上ノ封鎖ト比照シ其ニ之ヲ有效ナラシムルニハ十分ナル兵力ヲ以テスルヲ條件ト主張シタル結果トシテ同宣言第一條ニ「一地方ニシテ事實上敵軍ノ權力ノ下ニ歸シタルトキハ之ヲ占領シタルモノト看做ス」占領ハ右權力ノ成立シテ且行使セラルヘキ地域ヲ以テ限トス」ト規定シ陸戰ノ法規慣例ニ關スル條約第四十二條ニモ同一ノ規定アリ此規定ニ依リ占領ノ範圍ハ軍隊ノ兵力支配カ事實上行ハルル地方ニ限リ其兵力ノ行ハルル間ニ限リテノミ占領地タルコトヲ得ヘク軍隊ノ偵察斥候等ノ出沒又ハ通過シタルノミノ地方及ヒ軍隊カ其兵力ヲ及ホシ得ヘキノミノ地方ニテハ占領地ト爲スニ足ラス然レトモ必スシモ占領地ノ各場所ニ兵士ヲ屯在セシムルコトヲ要セス軍隊カ敵軍ニ對抗シ居ル背面又ハ側面ニテモ實際兵權ヲ以テ之

ヲ支配シ權力ヲ行使スル間ハ占領地タルニ妨ナシ

第三款　占領者ノ權利義務

占領ト同時ニ其地方所屬國ノ主權ハ其地ニ行使セラレサルニ至ルカ故ニ占領者ハ其地方ノ公ノ秩序ヲ維持スヘキ義務ヲ有シ其秩序ノ維持ニ必要ナル政務ヲ自ラ講セサルヘカラス此故ニ占領者ハ占領ト共ニ當然其地ニ軍政(Martial law)ヲ布キ軍隊ノ安全ト作戰上ノ便宜ヲ圖ルト同時ニ地方人民ノ安寧秩序ヲ回復シ其行政上ノ費用ハ在來ノ諸稅ヲ徵收シテ之ヲ支辨シ又其地方ニ於ケル人民ハ國籍ノ如何ニ拘ハラス總テ同一ノ待遇及ヒ負擔ヲ受クヘキモノトス殊ニ占領者ハ自己ノ安全ト作戰ノ必要アル以上ハ如何ナル行爲ヲモ爲シ得ヘキ權利ヲ有スルカ故ニ其必要ニ依リテハ占領地ノ司法行政ノ機關ヲ中止シ法律ヲモ變更シ得ヘシ然レトモ軍隊占領ハ素ト戰爭ノ進行上一時的ノ性質ナルカ故ニ軍事上ニ關係ナキ人民ノ私權關係ヲ支配スル法律規則ニ不必要ナル變更又ハ廢止ヲ爲スコト能ハスシテ斯ル法律規則ノ改廢ヲ爲スコトアルトキハ占領者ノ

雜報

○委任ノ解除ニ關スル特約ノ效力　委任ハ各當事者ニ於テ何時ニテモ之ヲ解除スルコトヲ得ルヲ原則トス(民法第六五一條第一項)此規定ハ强行的法則ナルカ曰ク外國ニ於テハ即チ然リト認ムルモノアリト雖モ我民法ノ解釋トシテハ之ニ反スル特約ヲ爲スモ無效トスヘカラサルカ如シ然ラハ其特約即チ一定ノ期間委任ヲ解除セサルノ約束ハ當事者雙方ニ於テ遵守スヘキカ將タ其特約ハ單ニ受任者ヲ羈束スルニ止マルカ換言スレハ委任契約解除權ノ抛棄ハ各當事者雙方ニ於テ公ノ秩序ニ反セサルカ此點ニ關シ大審院ハ判決シテ曰ク「民法上委任ノ規定ハ公ノ秩序ニ關スルモノト認ムヘカラサルヲ以テ委任契約ニ付テハ民法ノ規定ニ異リタル特約ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ原裁判所カ委任契約ハ各當事者ニ於テ何時ニテモ解除スルヲ得ヘキ規定アルヲ以テ反對ノ契約ヲ爲スコトハ許スヘカラサルモノナリト說明シタルハ不法ナリト雖モ原判決ニ認定シタル事實ニ據レハ本件ハ被上告人ノ扶助料受取者タル上告人ニ委任シ

タル契約ナレハ被上告人ニ於テ其委任ノ解除ヲ來ス以上委任ハ其性質上假令或ル期間委任ヲ解除セスト云フカ如キ特約アルモ受任者タル上告人ニ於テ其特約ヲ强要スルヲ得サルモノナルヲ以テ原判決ニ被上告人カ委任解除ヲ意思表示ヲ爲シタル事實ヲ認メテ被上告人ノ證書返還ノ請求ヲ其理由アリト判斷シタルハ結局相當ノ裁判ニシテ云云ト（大審院明治三十五年（オ）第五百三十號拔助料下附認書返還請求事件明治三十六年一月二十三日第二民事部判決）此判決ニ依レハ委任契約解除權ノ拋棄ハ委任ノ性質上受任者ノミニ於テ有效ニシテ委任者ハ解除權ヲ拋棄スルコト能ハスト認メタルモノニシテ前顯第六百五十一條第一項ノ規定ハ片面的强行規定ト爲リ同條ニ所謂「各當事者」ナル文字ハ甚タ了解シ難キ結果ヲ生スルヲ以テ其物保証ヲ一部

○控訴審ニ於ケル新ナル請求

民事訴訟法第四百十六條ニ所謂新ナル請求トハ同法第百九十六條第二號及ヒ第三號ノ請求即チ本案又ハ附帶請求ニ付キ訴ヲ申立ヲ擴張又ハ減縮スルコト及ヒ請求ノ目的物ノ減盡又ハ變更ヲ因リ賠償ヲ求ムルコトヲモ包含スルヤ例ヘハ第一審ニ於ケル最後ノ口頭辯論前新ニ發見シタル證據ニ據リ訴ノ申立ヲ擴張スヘキコトヲ知リナカラ其擴張ヲ爲スコトヲ怠リタル如キ又例ヘハ同時期ニ於テ最初求メタル物ノ滅盡シタルコトヲ知リナカラ之カ代償ヲ求ムルコトヲ爲ササリシ如キ場合ニ於テハ控訴審ハ原告若クハ被告ニ過失アリトシテ之ヲ棄却スヘキモノナルカ將タ當然之ヲ審理判決セサルヘカラサルカ右第四百十六條ヲ一讀スルトキハ同文字中ニハ第百九十六條第二號第三號ノ場合ヲモ含ムカ如ク見エサルニ非ス之ニ對スル大審院ノ判決ニ依レハ右第百九十六條第二號及ヒ第三號ノ場合ハ當然第二審ニ於テ主張スルコトヲ得ルモノト解スヘキカ如シ其判決要旨ニ曰ク「民事訴訟法第四百十六條ニ當事者カ過失ニ非スシテ第一審ニ提出シ能ハサリシコトヲ疎明スルヲ要スル旨ヲ規定セルハ相殺スルコトヲ得ヘキ新ナル請求ニ關スルモノニシテ該法第百九十六條第二號及ヒ第三號ノ場合ニ關スルモノニ非ス」（大審院明治三十五年（オ）第六百十七號詐害行爲ニ因リ不動產賣買登記抹消手續請求事件明治三十六年一月十九日第二民事部判決）

○假差押命令ト財產使用權

裁判所カ或特定物ニ對シ假差押ノ命令ヲ發シタルトキハ其所有者ハ其財產ヲ自由ニ使用スルコト能ハサルヤ否ヤ大審院ハ曰ク「云云本件ハ上告人所有ノ船舶ニ對シ單ニ假差押ノ命令ヲ發シタルノミニ

止リ未タ其執行ナカリシニ付キ上告人ハ自由ニ之ヲ使用スルコトヲ得可ク此場合ニ當リ假差押ノ執行アランコトヲ慮リ傭船契約ヲ爲サザリシカ如キハ法律上上告人ノ爲ス可キ當然ノ責務ニアラスサレハ之カ爲メ損害ヲ生スルモ是自カラ招キタルモノト云フノ外ナク此損害ヲ指シテ假差押ノ命令ヲ發セシメタル被上告人ノ不法行爲ヨリ生シタルモノト云フヲ得サルコトハ云云ト（大審院明治三十五年（オ）第六百二十六號損害賠償請求事件明治三十六年十一月二十六日第二民事部判決）

○石氏送別會　昨年七月本校ヲ卒業セラレタル韓國人石鎭衡氏其國命ニ依リ將ニ本邦ヲ去ラントス蓋シ本校カ外國人タル卒業生ヲ出シタルハ實ニ氏ヲ以テ嚆矢トス今ヤ氏ハ本國政府ノ召還ニ依リ已ムコトヲ得ス本邦ヲ去ラサルヘカラサルニ會セリ是ニ於テカ本校校友會ハ去ル十二日午後氏ノ爲メニ送別ノ宴ヲ本校内ニ開キタリ會スル者數十名秋山學士先ツ立チテ氏ヲ送ルノ詞ヲ述ヘラレ次ニ石氏ノ答詞並ニ本校ニ在學スルニ至リタル經歷並ニ苦學ノ狀況、將來ノ方針及ヒ佛國遊學ノ企圖アル旨ヲ述ヘラレ尋テ田中博士外數氏ノ慷慨且多趣ナル演說アリテ七時過キ散會シタリ

○高等科校外生募集廣告

高等科講義錄第七號目次（四月十二日發行）

憲法

○憲法ノ效力ニ關スル推問……法學士　竹井耕一郎

○憲法ト條約トノ關係及ヒ憲法ノ變更廢止ニ付テノ推問……法學士　竹井耕一郎

民法

○再婚姻、再緣組、家族ノ離籍及ヒ戶主權ノ喪失等ニ關スル質疑應答並ニ推問……法律學士　鶴丈一郎

行政法

○主權ノ所在ニ關スル講演並ニ處分ニ付テノ推問……法學士　松浦鎭次郎

刑事訴訟法

○公訴權及ヒ私訴權ノ發生原因並ニ公訴權及ヒ私訴權ノ行使ニ關スル講演……法律學士　鶴見守義

國際公法

○海上捕獲ニ關スル推問及ヒ講演……法學士　秋山雅之介

○羅馬法（自六一頁至九二頁）……アクトエール　アンペロワール　田中遜

雜報　○最近例例要旨業報

◎高等科講義錄　毎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ルヲ可トス

三十六年四月　和佛法律學校

法學志林

毎月一回十五日發行
校友、在徒、校外生ニ限リ一冊特價郵税共金九錢
十冊前金郵税共金八十錢

第四十二號　（四月十五日發行）

志林

○陸戰ノ法規慣例條約ニ付キ占領地ニ於ケル私有兵器彈藥ノ規定ヲ論ス　法學士　秋山雅之介

○國法學ト財政學トノ關係　法學士　岡實

纂論

○取引所（續）　海山獵夫

○竊盜ノ贓物ナリト信シテ詐欺取財ノ贓物ヲ故買シタル者ノ處分　法學士　谷野格

○租税、公用徴收及ヒ徴發ノ異同　法學士　松浦鐵次郎

○無記名株式ノ讓渡及ヒ其第三者ニ對抗スヘキ條件　法學士　杉本貞治郎

○立木ニ關スル物權ノ得喪、變更ヲ公示スル方法　法學士　中山成太郎

解疑

其他　判例、雜報、記事　數十件

發行所　和佛法律學校

（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　毎月廿一回一日三日五日六日八日十日十一日十二日十三日十五日十六日十八日廿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）

明治三十六年四月二十日印刷
明治三十六年四月廿一日發行
（定價金貳拾五錢）

東京市牛込區牛込北町十番地
編輯兼發行者　荻原敬之

東京市牛込區矢來町三番地
印刷者　小宮山信好

東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地
印刷所　金子活版所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地
發行所　司法省指定　和佛法律學校
（電話番町百七十四番）