

法政大學講義録

田中, 遜 / 梅, 謙次郎 / 塚田, 達二郎 / 中村, 進午 / 谷
野, 格 / 山崎, 覺次郎 / 清水, 澄

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

1-20

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

55

(発行年 / Year)

1904-04-21

0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3 4 5 6 7 8 9 20 1 2 3

(明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可)
（昭和二年三月五日八月十一日十月十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行）

三十七年度

明治三十七年四月二十一日發行

第一學年ノ二十

法政大學講義錄

第六拾一號



法政大學發行

第一學年第二十號目次

法學通論	(自九五)	法學博士 中村進午
憲法	(自一四六)	法學士 清水澄
民法物權	自第一章(自九三)至第六章(自一〇四)	法學士 塚田達二
民法債權	自第一章第一節(自九七)至同第三節(自二八)	法學博士 梅謙次郎
刑法總論	(自二九)	法學士 谷野格
國際公法(平時)	(自三三)	法學博士 中村進午
經濟學	(自七六)	法學士 山崎覺次郎
羅馬法	(自二〇)	田中遜

雜報
○詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ノ效果ヲ甘受シタル善意ノ第三者ト損害要債權○二人以上ノ債務者ノ爲メニ保證ヲ爲シタル者ノ求償權○債權ノ讓渡ト廢罷訴權ノ移轉○五大法律學校聯合懸賞大討論會問題

090
1904
1-1-20

比較法學ヲ別チテ左ノ三種ト爲ス
(イ) 法系別比較法學 法系別比較法學トハ世界各國ノ法律ノ發生シタル源ニ遡リ其各系統ニ如何ナル法理上ノ差異アルヤヲ對照シテ研究スルモノヲ謂フ
(ロ) 國家別比較法學 國家別比較法學トハ各國特有ノ風俗慣習氣候等ノ差異ヨリ觀テ研究スルモノヲ謂フ
(ハ) 人種別比較法學 人種別比較法學ハ獨逸ノ學者ボスト(英吉利ノ學者メイシ等)ノ盛ニ唱道シタル所ナリ古ノ法律ハ多クハ屬地主義ニ非スシテ屬人主義ナリ所謂屬人トハ國人ニ屬スルモノニ非スシテ人種ニ屬スルモノナリシカ如シ然ルニ生存ノ必要上國家カ形作ラルルニ至リテメイシノ言フカ如ク法律ハ人種法ノ界ヲ脱シテ國家法ニ移リタルモノナリ故テ以テ法律ノ最も遠キ本源ヲ探ラント欲セハ須ラク法律ノ根本タル人種法ニ遡リテ之ヲ比較的ニ研究セサルヘカラス

第十三章 法律ト道德及宗教トノ關係

古ニ於テハ法律ト道德トノ間ニ區別ヲ設ケス兩者共ニ國家及ヒ其他ノ團體又ハ個人ノ存在ヲ安全ニシ國家ノ秩序ヲ維持センカ爲メニ必要ナルモノト認メラレタリ故ニ例ヘハ古ノ羅馬ニ於テ「プラト」シセロ「フ如キ哲學者ハ兩者ノ間ニ何等ノ區別ヲモ認メザリキ此區別カ漸ク學者間ニ認識セラルルニ至リタルハ「スピノザ」「プーフェンドルフ」以後ニ在リ今兩者ノ關係如何ニ付テ重ナル學說ヲ舉クレハ左ノ如シ

第一說 此說ニ依レハ法律ト道德トハ全ク別物ナリ法律ハ總テ主權者ノ意思ヨリ來ルモノナレトモ道德ハ則チ然ラス道德ニ適シタル法律モ道德ニ背キタル法律モ共ニ法律タルヲ失ハス法律カ道德ニ適合スルコトアルモ之ヲ以テ兩者カ同一ノモノナリト稱スルコト能ハスト云フニ在リ

第二說 此說ハ等シク兩者ノ發生シタル本源ヨリ觀察シテ以テ兩者ノ相異ナル所ヲ示スモノナリ即チ法律ハ人ノ作リタルモノニシテ隨テ人ノ意思ヲ以テ其存廢ヲ自由ニスルコトヲ得ヘシト雖モ道德ハ自然ニ存在スルモノナルカ故ニ人間ノ意思又ハ人間ノ力ヲ以テ之ヲ左右スルコトヲ得スト云フニ在リ

第三說 此說ニ依レハ道德ハ内部ノ強制ニシテ法律ハ外部ノ強制ナリト云フニ在リ蓋シ人ノ考ヲ抑制スルモノハ道德ニシテ行爲ヲ抑制スルモノハ法律ナリト云フノ意味ナリ故ニ此說ニ依レハ他人ノ物ヲ盜マサルヘシトノ考ヲ起サシムルモノハ道德ニシテ他人ノ物ヲ盜ムコトナカラシムルモノハ法律ノ力ナリ

第四說 此說モ亦兩者ノ目的ヨリ區別ヲ立ツヘシトシタルモノニシテ法律ハ消極的ノ目的ヲ有シ道德ハ積極的ノ目的ヲ有スルモノナリ即チ法律ハ人ヲ危害セサルコトヲ趣意トシ道德ハ人ヲ益スルコトヲ目的トスト云フナリ然レトモ法律ニモ積極的ノモノアリ道德ニモ消極的ノモノアルカ故ニ此說ハ必スシモ正確ニ非ス

第五說 此說ハ法律カ何人ニ對シテ效力ヲ有シ道德カ何人ニ對シテ效力ヲ有スルカノ點ヨリ區別シタルモノニシテ法律ハ神ヨリ一箇人ニ下シタル命令ニシテ道德ハ神ヨリ公衆ニ下シタル命令ナリト云フナリ然レトモ法律ニモ公衆ノ守ルヘキモノアリ道德ニモ一箇人ノ從フヘキモノアルカ故ニ此區別ノ標準

モ亦正鵠ヲ得タルモノニ非ス

第六說 法律ハ人ヲ國民トシテ支配シ道德ハ人ヲ箇人トシテ支配ストノ說ナリ此說ノ缺點ハ道德ニモ或國家ヲ限リ或社會ヲ限リタルモノアルコトヲ忘却シタルノ點ニ存ス道德ト雖モ箇人ニ對シ國民トシテ支配スルモノアリ又法律ト雖モ何レノ國ノ國民ナルヤヲ問ハス一般ニ支配スルモノアリ例ヘハ民法ノ如キハ人ヲ國民トシテ支配スト云フヨリハ人ヲ箇人トシテ支配スト云フノ優レルニ如カサルナリ

第七說 此說ハ法律ハ時場所トニ依リテ變更スルモノナレトモ道德ハ永久ニ又何レノ處ニ於テモ一定不易ナリト云フニ在リ

第八說 此說ハ法律及ヒ道德ノ行ハルル理由ヨリ區別ヲ立テタルモノニシテ法律ハ強制力ニ依リテ行ハルルモノナレトモ道德ハ強制力ニ依リテ行ハルルモノニ非スト云フナリ然レトモ人民カ法律ニ服従スルハ多クハ強制ヲ受クルカ爲メニ非スシテ其他ノ理由ニ由リテ然ルモノナリ加之法律ト雖モ時トシテ強制力ヲ加フルモ實際行ハルルコト能ハサル場合アルモノナリ是故ニイースリ

シテ如キハ法律ハ或場合ニ於テ強制シ得ヘキモノナリト曰ヘリ

卑見ヲ以テスレハ法律、道德共ニ其目的ハ同一ニシテ團體ノ秩序ヲ保タンカ爲メナリ然レトモ兩者ノ異ナル所ハ唯其發生スル所ノ形式ノ點ニ在リ再言スレハ國家カ法律ヲ發布スルニ必要ナル條件ヲ定メ此條件ヲ充タシテ法律トシテ發布シタルモノハ法律ナレトモ道德ニハ發布ノ形式ヲ履ムコトヲ要セス故ニ其實質ニ至リテハ法律カ道德ト相一致スル場合アリ又相一致セサル場合アリ隨テ道德トシテ定マリタルコトヲ國家カ法律タルノ形式ヲ備ヘテ制定シタルトキハ直チニ法律ト爲ルモノナリ

宗教ハ信仰ヲ基トスルモ法律ニハ信仰ノ分子ナシ是レ兩者ノ異ナル所ナリ古ニ於テハ祭政一致ナルコトアリテ宗教ト政治、法律トヲ混淆シタルコトアリシモ今日ニ於テハ宗教ハ政治及ヒ法律ト相離ルルニ至レリ又古ニ於テハ宗教モ法律モ共ニ神ヨリ出テタルモノト考ヘタレトモ今日ニ於テハ法律ハ神ノ作リタルモノニ非ストノ說一般ニ行ハル古ニ於テ法律ハ神ヨリ作ラレタルモノト云ヒシハ多クハ法律ヲ永久ニ遵奉セシメントスル立法者ノ政策ニ出テタルニ

過キス

第十四章 權利

權利ハ法律ノ製作物ナリ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ハ法律上ヨリ觀察シタル權利ニ非ス抑モ權利ト法律トハ全ク同時ニ生スルモノナリ何トナレハ法律カ或事ニ付テ或人ニ保護ヲ與フルトキニ於テ始メテ之ヲ或人ノ權利ト稱スルコトヲ得ルモノナレハナリ故ニ外國ノ語ニ於テハ多クハ權利ナル文字ト法律ナル文字ト同一ナリ而シテ權利ト義務トハ亦同一ナリ唯權利ハ主觀的ノ觀察ヨリ生シタルモノニシテ義務ハ客觀的ノ觀察ヨリ生シタルモノナルノミ

權利ノ實質ニ付テハ從來異ナリタル三箇ノ學說アリ

第一說 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 權利利益說

此說ハ英國ノ多數ノ學者ノ唱フル所ニシテ權利トハ法律カ保護スル所ノ利益ナリト云フナリ然レトモ利益トハ何ソヤト云フコトニ關シ疑ナキ能ハス是ニ於テ或ハ精神上ノ快樂ヲ得ルヲ以テ利益ナリト云ヒ或ハ物質上ノ快樂ヲ得ルヲ以テ利益ナリト云フモ利益ノ本質ヲ明カニスルコト能ハサルナリ

第三說 權利ハ力ナリトノ說

此說ニ依レハ法律ハ或團體中ノ強者ノ作リタルモノニシテ強者カ其力ニ由リテ與ヘタルモノ即チ權利ナリト云フナリ權利カ或人ノ力ヲ制限スルコトモ亦力ナリ事實上ノ暴力ヲ排斥スルコトモ亦力ニシテ其力自身カ一箇ノ權利ナリト云フナリ權利カ力ナリト云フ說ヲ更ニ小分シテ權利ハ神ノ與ヘタル力ナリト云フ說ト主權者ノ與ヘタル力ナリト云フ說ト人民ノ總意ヨリ出ラタル力ナリト云フ說トノ三箇ト爲ス

第一節 權利ノ意義

權利トハ法律ノ保護ニ因リテ生スル所ノ行為ノ不行爲ノ強制ノ本源ニシテ自己以外ノ人又ハ團體ニ對抗スルモノナリ今此定義ヲ分解シテ説明スレハ左ノ如シ

第一 權利ハ法律ノ保護ニ因リテ生スルモノナリ 法律以外ノ權利ハ茲ニ所謂權利ニ非ス

第二 權利ハ強制ナリ 是レ權利カ法律ノ保護ニ因リテ生スルノ結果ナリ

第三 權利ハ行為又ハ不行爲ノ強制ナリ 行為及ヒ不行爲ニハ多クハ意思アルコトヲ要スレトモ意思ノ附帶セサル行為又ハ不行爲ヲモ強制スルコトアリ

第四 權利ハ自己以外ノ人又ハ團體ニ對スルモノナリ 故ニ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關係ハ或特定ノ人ニ對スルモノト一般ノ人ニ對スルモノトヲ問フコトナシ古キ說ニ從ヘハ權利ニ人ニ對スルモノト物ニ對スルモノトノ二種アリテ之ヲ對人權對物權ト稱シタリ然レトモ人

敬其他ノ犯罪ヲ特ニ重ク罰スルモ攝政ニ對シテ不敬ヲ加ヘタル場合ハ之ト同一ニ罰セラルヘキモノニ非サルナリ既ニ攝政ニシテ君主タラサル以上ハ機關トシテ其職ヲ行フモノタルコト明カナリ故ニ攝政ハ君主ト共ニ統治權ノ主體ヲ構成スルモノナリ即チ君主一體ト爲リテ統治權ノ主體ヲ爲ストノ說ハ之ヲ認ムルコトヲ得ス若シ之ヲ認ムルトスルトキハ攝政ノ在任中ハ統治權ノ主體ハ二人ヲ以テ組織スルコトト爲リ最早君主國(君主國トハ一人統治權ノ主體タル國ヲ謂フ)タル能ハスシテ他ノ國體ニ變スルノ結果ニ陷ルモノナリ仍ホ又身分上ヨリ攝政ヲ見ルトキハ君主タラサルカ故ニ臣民タルコト明カナリ或ハ攝政ハ君主ニモ非ス又臣民ニモ非スト説ク者アリト雖モ此說ハ誤レリ何トナレハ一國ヲ組織スル要素トシテ君主ニモ非ス又臣民ニモ非ス即チ治者ニモ非ス被治者ニモ非サル者存スル理由ナケレハナリ

第二節 攝政ノ就職

右ニ述ベタル如ク攝政ハ君主ノ絕對ニ政ヲ爲ス能ハサル場合ニ置カルモノ

ニテ君主ノ委任ニ依ルコト能ハサルトキニ生スルモノナルニ由リ法ノ結果トシテ當然攝政ヲ置クヘキ事情ノ生シタルトキ其地位ニ就クモノト定メラレタリ是レ攝政ハ固有ノ權ヲ以テ其地位ニ就クモノナリト稱セラルル所以ナリ或ハ我皇室典範第十九條第二項ノ場合ノ如ク攝政ヲ置クヘキヤ否ヤヲ特定ノ機關ヲ以テ議決セシムルコトアリト雖モ此等ノ機關ハ唯攝政ヲ置クノ必要アルヤ否ヤヲ議スルニ止マリ其機關カ攝政ヲ任命スルモノニ非サルナリ之ニ關連シテ一言スヘキハ議會ノ立憲國ニ於テ國民ノ代表機關ナルコトノ説明ノ根據トシテ攝政ノ場合ヲ引キ攝政ト君主トノ間ニ委任ノ關係ヲ有セサルモ仍ホ君主ヲ代表スルモノナリ之ト等シク議會モ委任關係ニ依ラスシテ國民ヲ代表スルモノナリト論スルモ誤レルモノニ非スト説ク人アリト雖モ此兩者ノ間ニハ一ノ區別存スルコトヲ注意スヘキナリ攝政ノ行フ所ノモノハ君主ノ行ヒ得ル所ノモノニシテ代理ノ原則ニ副フト雖モ議會ノ行フモノハ君主國ニ於テハ國民ノ權限ニ屬スルモノニ非ス國民ハ一般ニ法律ヲ議決シ若クハ豫算ヲ議定スルノ權能ヲ有セサルニ拘ハラス議會ニ對シテ此等ノ權限付與セラルルモノナ

リ故ニ若シ議會ハ國民ヲ代表スルモノナリト爲ストキハ「本人ノ爲ス能ハサル所ノモノヲ代理人ハ爲ス能ハスト云フ代理ノ原則ニ抵觸スルモノナリ故ニ攝政ノ例ヲ引用シテ議會ノ國民ノ代表機關タルコトヲ説明スルハ其當ヲ得タルモノニ非スト信スルナリ

第三節 攝政ノ資格及ヒ順序

第一款 攝政ノ資格要件

第一 皇族タルコト

神功皇后及ヒ聖德太子等ノ攝政ト爲リタル時代ニハ攝政ハ皇族ニ限ラレタルモノナリト雖モ其後藤原氏ノ盛ナルニ至リテハ藤原氏ヨリ攝政ヲ出シ遂ニ五攝政ト名クル攝政ヲ出スノ家ヲ造ルニ至レリ然ルニ皇室典範ハ更ニ上古ノ制ヲ執リ皇族ニ非サレハ攝政ニ任セサルモノト定メタリ事由ハ第二十四條ニ第二條成年ニ達シタルコトニ「成年ニ達シタル皇太子又ハ皇太孫ト規定シ皇太子皇太

孫ニ付テハ成年ニ達シタルコトヲ必要トシテ定メタルモ其他ノ者ニ付テハ直接ニ成年ニ達シタルコトヲ必要トスルノ明文ヲ有セス然レトモ第二十四條ニ於テ最近親ノ皇族未タ成年ニ達セサルカ又ハ其ノ他ノ事由ニ依リ他ノ皇族攝政ニ任シタルトキハ云云ト規定シタルヲ以テ凡テ攝政ニ任スルノ要件トシテ成年ニ達シタルコトヲ必要ト爲スノ精神ナルコトヲ推定スルコトヲ得ルナリ又皇太子、皇太孫カ成年ニ達シタルコトヲ必要トスル以上ハ其他ノ者カ未成年ニシテ攝政ト爲リ得ヘキコトヲ想像スルコトヲ得サルヲ以テ皇室典範カ成年ニ達スルコトヲ以テ攝政ノ資格要件ト爲スノ精神タルコトハ疑ヲ容レサル所ナリ殊ニ君主ノ未成年ノ場合ニ於テモ攝政ヲ置クヘキモノトセルヲ以テ攝政ヲ置クノ必要ヨリ考フルモ攝政ノ成年者タルコトヲ要スルハ當然ノ事理ト謂フヘキナリ然ルニ天皇ハ滿十八歳ヲ以テ成年ト爲リ得ルニ拘ハラス皇太子、皇太孫以外ノ皇族ハ滿二十歳ニ達セサルトキハ成年ト爲ラサルモノナリ是ニ於テ天皇未成年ノ場合ニ攝政ヲ置ク場合ニ其攝政タル者ハ滿十八歳ニ達シタルヲ以テ足レリトスルモノナルヤ或ハ滿二十歳ニ達セサルトキハ成年ト認ムル

コトヲ得ス隨テ攝政ト爲ルコトヲ得サルヤトノ疑問ヲ生スルナリ君主ノ成年ニ達スルコトヲ以テ攝政タルノ第二ノ資格要件ヲ充スモノナリト主張スル者ハ曰ク君主ト爲リテ親ラ政務ヲ執ルニハ滿十八歳ニ達スルヲ以テ足レリトスルカ故ニ他ノ者カ君主ニ代リテ政務ヲ執ル場合ニ於テモ亦滿十八歳ニ達シタルヲ以テ足レリトスヘキナリト而シテ之ニ反對スル論者ハ曰ク君主ノ滿十八歳ニ達シタル時ヲ以テ之ヲ成年ト認ムルハ特ニ君主ニ對スル特權ニシテ他ノ者ニ對シテ濫ニ此特權ヲ及ホスコトヲ得ス皇太子、皇太孫ノ如キ特別ノ明文アルモノハ格別然ラサル者ハ滿二十歳ニ達シタル時ニ非サレハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ成年ト認ムルコトヲ得スト此兩説ヲ比較スルトキハ後説ヲ以テ當然得タルモノト謂ハサルヲ得ス何トナレハ君主及ヒ皇太子、皇太孫ノ成年ニ達スル年齢ヲ特ニ早ク爲シタルハ成ルヘク攝政ヲ設クルノ必要ヲ避ケシメ又攝政ヲ置クモ成ルヘク皇太子若クハ皇太孫ヲシテ之ニ當ラシメントスルノ趣意ニ出ツルモノナリ故ニ濫ニ之ヲ他ノ者ニ及ホシ總テノ皇族モ攝政ト爲ル場合ニ於テハ滿十八歳ニ達シタル時ヲ以テ成年ニ達シタルモノト認ムヘシト論ス

ルカ如キハ當ヲ得タルモノニ非サルナリ

第三 女子ニシテ攝政ト爲ルトキハ配偶者ヲ有セサルコト
是レ皇室典範第二十三條ノ定ムル所ナリ其理由ハ攝政ト爲リテ政務ヲ執ルコ
トト夫ニ事フルコトトハ兩立スルヲ得スト認メタルニ由ルモノナリ故ニ皇族
ニ嫁シタル後夫ヲ失ヒテ寡居スル者及ヒ異姓ニ嫁スルモ離婚シテ皇族ニ復歸
シタル者並ニ未亡人ト爲リタル後夫ノ家ヲ離レテ本族ニ復歸シタル者ハ攝政
タルコトヲ得ルナリ但之ニ例外ナルハ皇后ナリ蓋シ皇后ハ夫ノ攝政ト爲ルモ
ノナルニ由リ其配偶者ヲ有スルモ攝政ト爲ルニ妨ケナキナリ
又此配偶者ヲ有セサル女子ノ攝政ト爲ルコトヲ得ルハ皇位繼承ノ資格ノ要件
ト異ナルノ點ナリ女系ノ者及ヒ女子ハ絕對ニ皇位ヲ繼承シ得サルニ拘ハラズ
攝政ト爲ルコトヲ許サレタリ蓋シ成ルヘク攝政ノ資格ヲ有スル者ノ範圍ヲ廣
クシ必ス皇族ヨリ攝政ヲ出サントスルノ趣意ニ外ナラサルナリ

第四 精神上若クハ身體上重大ナル缺點ヲ有セサルコト

皇室典範第二十五條ニ依リ攝政若クハ攝政タルヘキ者ニシテ精神上若クハ身

體上重患アルカ又ハ重大ノ事故アルトキハ皇族會議若クハ樞密顧問ノ議決ヲ
以テ之ヲ變更シ若クハ其順序ヲ取換フルコトヲ得ルモノナリ故ニ此第四ノ資
格要件ノ有無ハ此兩機關ノ議決ニ依リ定マルモノナリ

第二款 攝政就任ノ順序

我國ニ於テハ攝政ハ必ス一人タルヘキモノナリ是ニ於テ攝政ニ任スヘキ者ノ
順序ヲ定ムルノ必要ヲ生ス皇室典範第十一條及ヒ第十二條ノ規定ニ依リ其
順序ヲ考フルトキハ即チ左ノ如シ

第一 皇太子若クハ皇太孫

第二 親王及ヒ王 此親王及ヒ王ノ間ニ於テ攝政ト爲ルヘキ順序ハ皇位繼
承ノ順序ニ從ヒテ之ヲ決定ス可キモノトス

第三 皇后

第四 皇太后

第五 太皇太后

第六 内親王及ヒ女王 内親王及ヒ女王ノ間ニ於ケル順序ハ皇位繼承ノ順序ニ準シテ之ヲ定ムルモノトス

然レトモ攝政タルモノニシテ精神上ノ缺點アルトキハ其順序ヲ取換フルコトヲ得ルモノナリ皇室典範第二十五條ニ曰ク攝政又ハ攝政タルヘキ者精神若ハ身體ノ重患アリ又ハ重大ノ事故アルトキハ皇族會議及樞密顧問ノ議ヲ經テ其順序ヲ換フルコトヲ得ト蓋シ此規定ノ精神ハ其任ニ堪ヘサル者ヲシテ攝政タラシムルコトヲ避クルノ趣意ニ出タルナリ本條ノ場合ト第九條ノ場合トヲ比較シテ其異ナル點ヲ舉クレハ即チ左ノ如シ

一 攝政ハ其職ニ就キタル後ト雖モ精神若クハ身體ノ重患アリ又ハ重大ノ事故アル場合ニハ之ヲ攝政ノ地位ヨリ斥クルコトヲ得ト雖モ君主ハ一旦其位ニ即キタル以上ハ精神上若クハ身體上ニ如何ナル缺點ヲ生スルモ之ヲシテ其位ヲ退カシムルコトヲ得サルナリ

二 皇室典範第九條ニハ精神上若クハ身體上不治ノ重患アル場合ニハ皇嗣ヲシテ繼承ノ順序ヲ變更シ之ヲシテ皇位ヲ嗣カシメサルコトヲ得ト雖モ不治

ナラサル重患ノ場合ニ於テハ皇位繼承ノ順序ヲ變更スルコトヲ得ス然ルニ第二十五條ニ於テハ「不治」文字ナキ故ニ不治ナラサル精神上若クハ身體上ノ重患ノ場合ニモ攝政若クハ攝政タルヘキ者ノ地位ヲ變更スルコトヲ得ルナリ蓋シ此兩者ノ間ニハ輕重ノ區別存スルカ故ナリ

三 皇位繼承ノ順序變更ノ場合ニ於テハ皇族會議及ヒ樞密顧問ニ諮詢スルニ止マルモ攝政ノ順序變更ノ場合ニハ攝政ヲ置クノ必要アルヤ否カラ決スル場合ト同シク皇族會議及ヒ樞密顧問ノ議決ニ依ルモノナリ蓋シ此場合ニ於テハ君主カ諮詢スルノ能力ヲ有セサル時ナレハナリ

第四節 攝政ヲ設置スル場合

憲法第十七條ニ攝政ヲ置クハ皇室典範ノ定ムル所ニ依ル「規定」皇室典範第十九條ニハ攝政ヲ置ク場合ヲ左ノ如ク規定セリ

第一 天皇未成年ナルトキ

天皇ハ滿十八年ヲ以テ成年ト爲スモノニシテ其十八年ニ達スルニ至ルマデノ

時日甚タ短少ナルトキニ於テモ攝政ヲ置カサルコトヲ得ス而シテ成年タルト否トハ明カナル事實ナルニ由リ新君主ニシテ成年ニ達セサルモノナルトキハ攝政ノ順序ニ當ル者直チニ攝政ト爲ルヘキモノナリ

或ハ胎中皇子ニ對シテモ此場合ニ準シ攝政ヲ置クヘシト論スル人アルモ胎中皇子ノ皇位繼承權ヲ有セサルコトハ既ニ述ヘタル如クナルニ由リ之ニ關シ攝政設置ノ問題起ラサルナリ

第二 天皇久シキニ亘ルノ故障ニ由リ政ヲ親ラスルコト能ハサルトキ久シキニ亘ルノ文字ヲ絕對ト解スル者アリト雖モ久シキニ亘ルトハ時ノ問題ニシテ絕對トハ程度ノ問題ナルニ由リ同一ノ主義トシテ解スヘキモノニ非ス然レトモ絕對ノ故障ニ非サル場合ニハ攝政ヲ置ク必要ナキニ由リ攝政ヲ置クハ勿論絕對故障ノ場合ナルヘク而シテ趣旨ハ故障ニ由リ大政ヲ親ラスルコト能ハサルトキノ文字ヨリ之ヲ推定シ得ルモノナリ故ニ久シキニ亘ルノ文字ハ絕對ニ必要ナル文字ニ非ス又此文字ニ重キヲ置クトキハ誤解ヲ生スルノ虞ナキニ非サルナリ抑モ久シキニ亘ルノ文字ハ歐洲ノ憲法ノ明文ヨリ來ルモノニ

シテ其因ハ絕對ノ故障ハ必ス久シキニ亘ルモノナリトノ斷定ヨリ來リシモノナルモ絕對ノ故障ニシテ久シキニ亘ラサルモノナキヲ斷定スルヲ得ス是ニ於テ絕對ノ故障ニシテ久シキニ亘ラサルトキハ攝政ヲ置クコト能ハサルモノニ非スヤトノ疑ヲ生スルコトアルヘシト雖モ絕對ノ故障ナルトキハ時ノ長短ヲ問ハス總テ攝政ヲ置クコトヲ得ルモノト解釋スヘキナリ

此第二ノ場合ハ前ノ未成年ノ場合ト異ナリ疑議ヲ生スヘキ事實問題ニ屬スルニ由リ攝政ヲシテ其故障ノ有無ヲ判斷セシメ以テ自ラ攝政ノ任ニ就クコトヲ許ストキハ危險少カラサルヲ以テ皇室典範第十九條第二項ニハ此第二ノ場合ニハ皇族會議及ヒ樞密顧問ノ議ヲ以テ攝政ヲ置クヘキモノト定メタリ尙ホ終ニ攝政ヲ置ク場合ヲ憲法ニ規定セシテ皇室典範ニ之ヲ規定シタルノ當否ヲ考フルニ憲法義解ハ之ヲ皇室典範ニ譲リタル理由ヲ説明シテ攝政ヲ置クハ皇室ノ家法ニ依ル攝政ニシテ大權ヲ總攬スルハ事國憲ニ係ル故ニ後者ハ之ヲ憲法ニ掲ケ前者ハ皇室典範ノ定ムル所ニ依ル蓋攝政ヲ置クノ當否ヲ定ムルハ專ラ皇室ニ屬スヘクシテ臣民ノ容議スル所ニ非ス彼ノ或國ニ於テ兩院

ヲ召集シ兩院合會シテ攝政ヲ設クルノ必要ヲ議決スルコトヲ憲法ニ掲タルカ
如キハ皇室ノ大事ヲ以テ民議ノ多數ニ委キ皇統ノ尊嚴ヲ干瀆スルノ漸ヲ開ク
モノニ近シ本條憲法第十七條攝政ヲ置クノ要件ヲ皇室典範ニ譲リ之ヲ憲法ニ
載セサルハ蓋シ專ラ國體ヲ重シ敬ヲ防キ漸ヲ慎ムナリト説ケリト雖モ攝政ヲ
置クノ規定ノ如キハ皇室ノ内事ト謂フヘキモノニ非ス之ヲ家法ニ規定スルコ
トヲ譲リタルハ當ヲ得サルモノニ非サルヤノ疑ナキヲ得ナルナリ攝政ヲ置ク
ノ必要アリヤ否ヤヲ議會ヲシテ議決セシムル如キハ自ラ別問題ニシテ之カ當
ヲ得サルカ爲メニ攝政ヲ置ク場合ノ規定ヲ全然家法ニ譲リタルハ其理ヲ得タ
ルモノト信スルヲ得サルナリ

第五節 攝政ノ權限及ヒ責任

第一款 攝政ノ權限

前ニ述ヘタル如ク攝政ハ一ノ機關ナルニ由リ其權限ノ範圍ヲ有スルコト勿論
ナリ而シテ其權限ハ憲法第十七條第二項ニ定メラレタリ同條ニ曰ク攝政ハ天

皇ノ名ニ於テ大權ヲ行フト故ニ大權ヲ行フコト攝政ノ權限ノ範圍ナリ然ルニ
此大權ノ文字ニ付キ疑義存スルカ故ニ之ヨリ其意義ヲ究メント欲スルハ
憲法中大權ナル文字ノ存スルハ第十七條ノ外第三十一條及ヒ第六十七條ニシ
テ共ニ天皇ノ自ラ行フヘキ政務ノ範圍ヲ指スモノト信ス或論者ハ此三條ノ大
權ノ文字ヲ各異ナリタル主義ニ解シ第十七條ノ大權ナル文字ハ統治權ヲ指ス
モノナリト論スト雖モ同一ノ文字ヲ同一ノ憲法中ニ於テ異ナリタル意義ヲ以
テ解釋セントスルハ穩當ニ非サルナリ之ヲ統治權ト解スルノ論據ハ憲法上ノ
大權作用ハ立法權司法權等ト相對立スルモノナルニ由リ第十七條ノ大權ナル
文字ハ此通常ノ意義ニ於テ解釋スルトキハ攝政ノ在任中法律ヲ制定スル能ハ
サルノ結果ヲ生スルカ故ニ第十七條ノ大權ナル文字ハ統治權ト解釋セサルヲ
得サルナリト云フニ在リ今攝政ノ權限ニ關スル他國ノ憲法ノ條文ヲ見ルトキ
ハ其大多數ハ國王ニ屬スル總テノ權ヲ行フト規定シ或ハ憲法上特ニ制限セラ
レサル君主ノ大權ヲ行フト規定シ以テ君主自ラ行フノ政務ノ範圍ヲ攝政ニ屬
セシムルコトト爲セルモノナリ即チ我憲法第十七條ノ明文ト大差ナキモノト

ス而モ此等ノ國ニ於テ攝政在任中法律ヲ制定スル能ハサルノ疑ヲ生シタルコトナキニ由リ攝政ノ行フモノヲ統治權ナリト斷言セサルモ差支ナキモノト考フヘキナリ尙ホ法律ナルモノノ成立ヲ考フルニ法律ハ裁可ニ依リテ成ルモノニテ其裁可ハ天皇ノ大權作用ニ屬スルカ故ニ攝政ハ法律ヲ裁可スルノ權ヲ有シ其在任中法律ヲ制定シ得ルモノト謂フヘキナリ以上ノ理由ニ依リテ憲法第十七條ノ大權ナル文字ハ通常ク大權ノ文字ノ如ク解釋スヘク強ヒテ統治權ト解釋スルノ必要ナシト信スルナリ尙ホ憲法上ノ大權ト立法權トノ關係ノ如キハ統治權ノ作用ノ部ニ於テ之ヲ述フル所アルヘシ

第二款 攝政ノ責任

攝政ノ責任ニ關スル學說ヲ舉クルトキハ左ノ如シ
第一說 君主ニ付テハ「神聖ニシテ侵スヘカラス」明文アルモ攝政ニ付テハ斯ル明文ナシ然レトモ攝政ハ君主ニ代リテ政ヲ行フモノナルニ由リ此侵スヘカラサルノ特權ハ攝政ニモ屬スルモノナリ故ニ攝政ハ政務上及ヒ刑事上全ク無

責任ノモノナリト此說ヲ唱フル者ヲヨンテ「シュルツニ」「ボルンハック」「デルバ」諸氏及ヒ其他ノ公法學者ニ少カラスト雖モ前ニ述ヘタル如ク不可侵權ハ自然人タル君主ノ特權ニシテ他人ニ之ヲ及ホスヘキモノニ非ス攝政ハ君主ニ代リテ政ヲ行フニ止マリ自然人タル君主ノ地位ニ代ルモノニ非サルニ由リ固ヨリ此特權ヲ明文ナキニ拘ハラズ享有シ得ルモノニ非サルナリ

第二說 攝政ハ君主ノ總テノ無責任ヲ受繼クモノニ非スト雖モ議會ニ對スル關係ニ於テノ君主ノ無責任ヲ攝政ニ於テ受繼クヘキモノナリ是レ「フオエブフル」ノ唱フル所ナルモ是レ亦誤レリ君主ノ政務上無責任ナルハ統治者タルカ爲メナリ然ルニ攝政ハ機關ニシテ統治者ニ非サルニ由リ單ニ君主ニ代リテ政務ヲ執ルノ故ヲ以テ無責任ナリト論スルヲ得サルナリ
第三說 君主ハ無責任ナリ攝政ハ君主ニ代リテ政務ヲ執ルモノナルカ故ニ其在任中ハ君主ト等シク無責任ナリ若シ一步ヲ譲リテ無責任ニ非ストスルモ攝政在任中ハ責任ヲ負ハシムルノ途ナキカ故ニ責任ナキモノナリ既ニ其行爲ヲ爲シタルノ當時ニ於テ責任ヲ負ハサルモノトスレハ其在任中ト退職後トヲ問

ハス其在任中ニ爲シタル行爲ニ付キ其行爲ヲ爲シタル在任ノ當時ニ遡リ其責任ヲ負フコトナキモノナリト然レトモ攝政在任中責任ヲ負ハシムル途ナキカ故ニ責任ヲ負フコトナシト論スルトキハ攝政ハ責任ヲ有スルモ責任ヲ負ハサルコトヲ認ムルモノナリ其責任ヲ負ハサルノ原因ハ攝政在任中責任ヲ負ハシムル途ナキニ由ルモノトスレハ其自己ノ行爲ニ對スル責任ハ攝政在任中一ノ停止條件ニ繋ルモノト考ヘサルヲ得サルナリ若シ此前提ニシテ誤ラストスレハ攝政ヲ止メタル後攝政在任中ノ行爲ニ對シ責任ヲ負ハシムルコトヲ得ト論定シテ何等ノ妨ナキモノト信スルナリ故ニ此第三說ハ採用スルコトヲ得ス

第四說 攝政在任中其行爲ニ對シ責任ナキニ非サルモ責任ヲ負ハシムル途ナキカ故ニ責任ヲ負擔セス但退職後ハ左ノ二ノ場合ヲ分チテ責任ヲ負フヘキモノナリ

(第一) 攝政在任中政務上ノ過失アリタルトキ 此場合ノ責任ハ官吏ノ懲戒上ノ責任ナルカ故ニ攝政退職後懲戒處分ヲ受クルコトヲ得ルノ身分即チ官職ヲ有スル以上ハ何時ニテモ其責任ヲ負フヘキモノナリ殊ニ懲戒上ノ責任

員ヲ變更スルコトヲ得ス(第二一九條)水路又ハ幅員ノ變更ハ對岸ノ土地ニ重大ナル影響ヲ與フルモノナルモ拘ハラズ自己ノ所有地ナルカ故ニ自由ニ之ヲ變更スルコトヲ得ルモノトモ對岸ノ所有者ハ測ラサル損害ヲ被ルコトアレハナリ然レトモ水流地ノ兩岸ノ土地カ同一ノ所有者ニ屬スルトキハ其水路及ヒ幅員ヲ變更スルモ相隣者ニ何等ノ影響ヲ與ヘサルカ故ニ自由ニ之ヲ變更スルコトヲ得ヘシ但其河口ニ於テハ自然ノ水路ニ復スル方法ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラス其間ニ責任ヲ負フモノトモ

七、相隣者ハ各自建物ノ間ニ空地アルトキハ相互ノ費用ヲ以テ其境ニ圍障ヲ設クル義務アリ

八、自由ニ之ヲ爲スルモノモ其間ニ責任ヲ負フモノトモ

九、圍障ノ設置ニ付テハ當事者ノ合意アルトキハ其合意ニ依リ如何ナル材料ヲ用ヒ如何ナル高サニ於テ築造スルモ第三者ノ利益ヲ害セサル限ハ法律ノ禁スル所ニ非ス而シテ當事者カ圍障トシテ設置セント欲スルモノニ付キ其意見一致セサルトキハ圍障ノ材料ハ板又ハ竹ヲ用ヒ六尺ノ高サヲ限度トシテ設置シ得ヘキモノナリ其設置及ヒ保存ノ費用ハ相隣者カ互ニ平分シテ之ヲ負擔スヘキ

モノナリ是レ普通ニ圍障ノ設置ハ板屏又ハ竹垣ヲ以テ築造スルコトヲ通例トスルカ故ナリ若シ相隣者ノ一人カ法定ノ圍障ノ設置及ヒ修繕スルコトヲ聽カサルトキハ相隣者ノ一人ハ獨斷ニテ之ヲ作り相隣者ヲシテ其費用ヲ負擔セシムルコトヲ得但相隣者ノ一方ニ於テ板又ハ竹ヨリ一層良好ナル材料例ヘハ煉瓦等ヲ用ヒ又ハ六尺以上ノ高サアル圍障ヲ設置セハ其設置ニ付テハ相隣者ノ承諾ヲ要セスシテ自由ニ之ヲ爲スコトヲ得サルモ此法定以外ノ圍障ヲ設置シタルコトニ付キ生シタル費用ノ増額ハ設置者自ラ之ヲ負擔スヘキモノニシテ他ノ相隣者ニ其増額ヲ負擔セシムルコト能ハス第二二五條乃至二二七條)

八 土地所有者ハ自己ノ土地ニ生スル竹木ノ枝又ハ根ヲ其隣地ニ侵入セシムルコトヲ得ス

隣地ノ竹木ノ枝又ハ根カ疆界線ノ上下ヲ踰エテ侵入シタルトキハ土地所有者ハ竹木所有者ニ對シ其枝ノ剪除ヲ請求スルコトヲ得又竹木ノ根カ疆界線ヲ踰エテ侵入セハ土地所有者ハ自由ニ之ヲ截リ取ルコトヲ得ヘシ法律ハ竹木ノ枝ニ付テハ疆界線ヲ踰エタル場合ニ於テモ竹木所有者ニ非サレハ之ヲ截取スル

コトヲ得サルモノトシ之ニ反シテ竹木ノ根ニ付テハ隣地所有者カ之ヲ截リ取ルコトヲ得ルモノトセリ獨逸民法ニ於テハ隣地所有者ニ侵入シタル竹木ノ根ヲ截取スルコトヲ迫リ又其疆界線ヲ踰エテ侵入セタル枝ニ付テハ土地所有者ハ竹木所有者ニ對シ相當ノ期間内ニ其踰越セル枝ヲ剪除センコトヲ請求シタルニ拘ハラス指定ノ期間經過後仍ホ之ヲ剪除セサルトキハ土地所有者ハ自ラ其枝ヲ剪除スルコトヲ得ヘキモノトシ竹木ノ根又ハ枝ノ侵入カ土地ノ使用ニ何等ノ障害ヲ與ヘサルトキハ之ヲ剪除スル權利ナキモノトセリ我民法ニ於テハ土地所有者ハ自己ノ土地ノ上ニ侵入セル枝ヲ剪除スル權ナク單ニ竹木所有者ニ對シテ之カ剪除ヲ請求スルノ權利ヲ有スルノミ隨テ竹木ノ所有者カ其要求ニ應セサルトキハ裁判所ニ請求シテ履行ヲ強制スルヨリ他ニ途ナシ立法論トシテハ此點ニ關シテハ獨逸民法ノ規定ヲ適當ナリト信ス

九 相隣者ハ疆界線ヲ距ルコト一尺五寸以內ノ所有地ニ建物ヲ設クルコトヲ得ス

舊民法ニ於テハ相隣者カ建物ヲ設クルニ付テ疆界線ト建物トノ間ニ幾何ノ距

離ヲ必要トスヘキカラ定メシテ寧ロ地方ノ慣習ニ一任スヘキモノトセリ現
行民法ニ於テモ地方ニ特別ノ慣習アラハ其慣習ニ從フヘキコトヲ規定セルモ
之ニ關スル慣習ナキ場合ニハ疆界線ヲ去ルコト一尺五寸以上ノ距離ニ於テ建
物ノ築造ヲ爲ササルヘカラス(第二三四條)

右ノ規定ニ依リ土地所有者ハ隣地ノ疆界線ヲ距ルコト一尺五寸以内ニ於テハ
建物ヲ築造スル權利ナシ若シ此規定ニ反シ建物ヲ築造セントスルトキハ隣
地所有者ハ建築ノ廢止又ハ變更ヲ請求スルコトヲ得然レトモ新建築着手ノ時
ヨリ一箇年ヲ經過シ又ハ其建築力出來上リタル後ハ之ニ伴フ損害賠償ノミヲ
請求スルコトヲ得ヘキノミ

十二ノ宅地ノ疆界線ヨリ少クトモ三尺ノ距離ヲ存スルニ非スシテ他人ノ宅
地ヲ傍觀スヘキ意又ハ椽側ヲ設ケタルトキハ之ニ目隠ヲ附セサルヘカラス
此規定ハ相隣者力成ルヘク善隣ノ好ヲ全ウシ相互ノ苦情ヲ防止スル爲メ土地
所有權ノ限界ヲ定メタルモノニシテ意又ハ椽側ノ設置ヲ禁スルニ非ス之ニ依
リテ他人ノ宅地ヲ傍觀セシメサルニ在リ故ニ相隣者ハ自己ノ家屋ノ構造ノ必

要ヨリ疆界線ヲ距ルコト三尺未満ノ距離ニ於テ意又ハ椽側ヲ設ケルハ何等ノ
妨ナキモ此場合ニ於テハ他人ノ宅地ヲ傍觀シ得サル爲メ目隠ヲ附スルノ義
務ヲ有ス此三尺ノ距離ハ意又ハ椽側ノ突出シテ隣地ニ最モ近キ點ヨリ直角ニ
疆界線ニ至ル距離ヲ云フモノナリ

十一 土地所有者ハ疆界線ヲ距ル六尺以内ニ於テ井用水溜下水溜又ハ肥料溜
ヲ三尺以内ニ於テ池地窖厠坑ヲ穿ツコトヲ得ス又水樋ヲ填メ渠溝ヲ掘ルニハ
疆界線ヨリ其深サノ半以上ノ距離ヲ存スルコトヲ必要トス但三尺ヲ踰ユルコ
トヲ要セス疆界線ノ近傍ニ於テ右ノ如キ工事ヲ爲ストキハ土沙ノ崩壞又ハ水
若クハ汚液ノ滲漏ヲ豫防スヘキ注意ヲ爲スヘキモノアリ而シテ井用水溜又ハ
水道等ニ依リ各其距離ヲ異ニスルハ概シテ危險ノ程度臭氣ノ多少等ニ據リ區
別シタルニ過キス厠坑ノ如キハ之ヲ穿ツ場所ノ距離ハ肥料溜ト同シク疆界線
ヨリ六尺以内ヲ要スルモノナレトモ我國從來ノ慣習トシテ隣地ニ接近シタル
場所ニ於テ設置セルヲ以テ今俄ニ之カ慣習ヲ改ムルハ鮮カラサル煩雜ヲ來ス
カ故ニ特ニ短距離ヲ認メタルモノト信ス

以上ハ地表ノ安全及ヒ一般公益ニ關スルモノナルヲ以テ之ニ反シタル慣習行ハルル地方アルモ其慣習ニ依リテ權利ヲ主張スルコトヲ許サス

第四節 所有權ノ取得

所有權ノ取得ハ之ヲ大別スレハ繼承取得原始取得ノ二ト爲スコトヲ得繼承取得トハ前主ノ所有權ノ存立ヲ條件トシテ法律行為又ハ法律ノ結果ニ因リテ取得スルコトヲ稱スルモノニシテ前主カ所有權ヲ有セサレハ後主カ又所有權ヲ取得スルヲ得ス即チ所有權ノ移轉ヲ云フモノニシテ例ヘハ動產不動產ノ讓渡相續等ノ原因ニ因リ權利主體ヲ異ニスルカ如キ是ナリ原始取得トハ之ニ反シ所有權ヲ取得スル者ハ或物體ニ付テ創設的ニ權利ヲ得ルモノニシテ前ノ所有權ト何等ノ關係ヲ有セサルモノナリ若シ其物體カ管テ所有權ノ目的ト爲リタル場合ニハ所有權消滅ノ結果新ニ其物ニ對シテ創設的ニ所有權ヲ取得シタルモノナラサルヘカラス例ヘハ先占發見添附製作時効等ノ原因ニ由リ所有權ヲ取得スルカ如キ是ナリ而シテ所有權ノ繼承取得ニ付テハ買賣贈與交換相續等

ノ原因ニ基クモノナルカ故ニ之カ研究ハ民法ノ他ノ編ニ於テ爲スヲ要當トス故ニ茲ニハ單ニ原始取得ニ付テノミ説明セント欲ス

第一款 先占

先占トハ所有スル意思ヲ以テ無主ノ動產ヲ占有スルコトヲ謂フ先占ノ適用セラルル重ナル場合ハ山野又ハ河海等ニ棲息スル禽獸魚介若クハ遺棄物ノ場合ナリ何トナレハ此等ノ物ハ反對ノ證據アラサル限ハ無主物ト看做サルルニ由ル羅馬法ニ於テハ野生ノ禽獸ノ如キハ自己所有ノ山林ニ在ルト又ハ他人ノ山林ニ在ルトヲ問ハス先占ニ因リテ所有權ヲ取得スルコトヲ得トセルモ獨逸普通法ニ於テハ野獸ノ棲ム土地ノ所有者ニ非サレハ之ヲ捕獲スルモ所有權ヲ得サルモノトセリ然ルニ獨逸民法施行以來ハ動物園ニ於ケル野獸及ヒ各箇人ノ所有スル池其他私有ノ水中ニ在ル魚類ノ如キハ無主物ト爲スコト能ハサレトモ野獸ハ自由ニ棲息セル間ハ無主物トシテ之ヲ先占スルコトヲ得ルモノトセリ又蜜蜂ノ如キハ飼主カ蜜蜂ノ巢ヲ去リタルトキ直チニ之ヲ搜索セス又ハ其

搜索ヲ拋棄セハ無主物トシテ之ヲ先占スルコトヲ得トセリ我國法ニ於テハ獵區設定地域内ニ於テハ他人ハ其獵區内ニ於ケル禽獸ヲ捕獲スルコトヲ許ササルモ獵區以外ノ土地ニ於テ捕獲シタルモノニ付テハ其捕獲セル物ノ所在セル土地所有權ト捕獲物ノ所有權取得トハ何等ノ關係ヲ有セス又家畜以外ノ動物ニ付テハ飼主ヨリ此等ノ物カ逸走スルモ直チニ之ヲ無主物トシテ先占ニ因リ所有權ノ取得ヲ認ムルコト能ハス又遺棄物トハ所有者カ所有權ヲ拋棄スル意思ヲ以テ占有ヲ失ヒタルモノヲ謂フ尤モ權利ノ拋棄ハ元來推定ヲ許ササルカ故ニ遺棄物ナルヤ否ヤニ付キ爭アルトキハ先占者ニ於テ之ヲ立證セサルヘカラス但物ノ性質ニ依リ當然遺棄物タルコトヲ推定シ得ヘキ物アリ例ヘハ路上ノ紙屑ノ如シ尤モ紙屑ノ中ヨリ寶石、金屬等ノ現ハレタルトキハ先占者ハ其遺棄物タルコトヲ證明セサルヘカラサルハ勿論ナリ今先占ニ因リテ所有權ヲ取得シ得ヘキ要件ヲ舉クレハ左ノ如シ

第一 先占ノ目的物ハ無主ノ動産タルコトヲ要ス

無主物トハ舊テ人ヲ所有ニ屬セシコトヲ妨ケス占有ヲ爲ス瞬間ニ所有權ノ目

的ト爲リ居ラサル物ヲ謂フ此點ハ遺失物埋藏物漂流物沈沒品等ト異ナル要點ナリ而シテ無主物ト謂フモ不動産ヲ包含スルモノニ非ス不動産ノ所有ニ付テハ私人ノ所有ニ屬セサル場合ニハ其不動産ハ直チニ國ノ所有ニ歸スルモノナルカ故ニ先占ニ因リテ所有權ヲ所得スルコトヲ許サス故ニ理論上ヨリ言ヘハ無主ノ不動産ナルモノナシ何トナレハ不動産ニ付テハ所有權消滅セハ其瞬間ニ國庫ハ其不動産ニ付テ所有權ヲ有スレハナリ獨逸ニ於テハ不動産モ動産ト同シク占有ノ目的ト爲ルコトヲ得ルモノナレトモ國庫カ他人ニ優レル先占權ヲ有シ其先占權ニ因リテ所有權ヲ取得スルモノナリト説明スルモノ多數ナリ我國ニ於テハ無主ノ不動産ナルコトヲ認ムルモ此物ハ法律ノ力ニ依リ當然ニ國庫ニ歸屬スルモノニシテ國庫カ特ニ先占權ヲ有スルト云フ法理ヲ以テ説明スヘキニ非ス

第二 所有權ノ目的ト爲ルコトヲ得サル物ハ先占ノ目的ト爲ルコトヲ得ス先占ハ無主物ニ對シテ所有權ヲ取得スル方法ナリ隨テ所有權ノ目的ト爲リ得タルモノニ付テハ之ヲ先占スルモ所有權ヲ得ルコト能ハサルハ論ヲ埃ダサル

ナリ。先古ヲ爲スニ必要ナル占有ハ所有スル意思ヲ以テセサルヘカラス。占有ニ關スル法理ハ近世ニ於テハ羅馬法ト大ニ其趣意ヲ異ニシ所有ノ意思ヲ必要トセスシテ唯自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持セハ法律ハ之ヲ占有トシテ保護セリ此主義ヲ採用セル法典ニ於テモ先古ヲ爲スニハ必ス所有ノ意思ヲ以テ占有セサルヘカラスモノトセリ獨逸民法ニ於テハ自主占有者ニ非テハ先古ニ因リテ所有權ヲ取得スルコト能ハストセリ而シテ占有者カ其物ノ無主物ナルコトヲ知ルト否トハ占有ニ因リテ所有權ヲ取得スルニ何等ノ關係ヲ有セス又之ヲ所有者アリト誤信スルモ事實無主物ナラハ當然所有權ヲ取得スルコトヲ得ルモノナリ。第四 先古スヘキ目的物及ヒ先古ノ方法ハ法律ニ於テ禁止セサルモノナラサルヘカラス。茲ニ法律ニ於テ禁止セサルコトヲ條件トセシハ公益ノ爲メニ行政法上種種ナル點ニ於テ先古ヲ禁止スルコトアルコトヲ想像シテ謂フモノナリ例ヘハ一定

ノ期間ニ於テ禽獸魚類ヲ捕獲スルコトヲ禁スル如キ又ハ特定ノ器具ヲ以テ捕獲スルコトヲ禁スルカ如シ此等ノ詳細ノ事項ハ行政法ノ研究ニ屬スルモノナルカ故ニ茲ニ之ヲ省クヘシ

第二款 遺失物及ヒ埋藏物ノ發見

遺失物トハ占有者カ物ノ占有ヲ失ヒ又ハ其物ノ所在ヲ見出スコトヲ得サル物ヲ謂フ隨テ遺失物ハ無主物ニ非ス唯所有者ト其物トノ事實上ノ關係カ一時中絶シタルノミ遺失物トシテ論シ得ヘキモノハ動産ニ限ルモノニシテ不動産又ハ權利ハ之ヲ遺失物ト爲スコトヲ得ス唯無記名債權ハ動産ト看做スカ故ニ遺失物トシテ之ヲ取扱フコトヲ得ヘシ而シテ遺失物ノ拾得者カ實際ニ遺失物ノ所有者ヲ知レル場合ニテモ其物ハ遺失物タル性質ヲ變セス羅馬法ニ於テハ遺失物ニ關シ所有者ノ知レサル場合ニテモ取得時効ニ因ルニ非サレハ之ニ關スル所有權ヲ得ルコト能ハストセリ然ルニ近世ノ立法例ニ於テハ一定ノ條件ヲ定メ此條件ヲ充タセハ所有權ヲ取得スルコトヲ得ヘキコトヲ認メ時効ニ因リ

ヲ所有權ヲ取得スルト全ク其觀念ヲ異ニセリ勿論何レノ立法例ニ於テモ遺失物ノ拾得者ハ直チニ其物ノ上ニ所有權ヲ取得スルコト能ハスシテ遺失物ノ返還ヲ受クヘキ者カ知レサル場合ニ一定ノ期間内之ヲ公告シテ仍ホ所有者ノ出テサルトキ始メテ其物ヲ拾得者ノ所有ニ歸セシム而シテ其期間ハ我國法ニ於テハ公告後一箇年ヲ經過シ仍ホ其所有者ノ知レサルトキニ於テ始メテ拾得者カ所有權ヲ取得スルモノトセリ又物件ノ返還ヲ受クヘキ各權利者カ其權利ヲ拋棄シタルトキニハ拾得者ハ直チニ其物件ノ所有權ヲ取得ス又犯罪者ノ置キ去リタル物件ニシテ法律ノ規定ニ依リテ沒收スル物ヲ除ク外ハ公訴消滅ノ日ヨリ一箇年間還付ヲ受クル者ナキトキニ限り拾得者カ其所有權ヲ取得スルモノナリ茲ニ遺失物ト異ナルモ仍ホ遺失物ニ準シテ同一ニ取扱フモノアリ

一 誤リテ占有シタル物件 他人ノ物ヲ自己ノ物ト信シテ占有シタル物件ノ如キ物

二 他人ノ置キ去リタル物件 船車、建築物其他公衆ノ通行ヲ禁シタル構内ニ非サル場所ニ置キ去リタル物

ノ御幣擔キナドニハ庭ニ荷物ヲ出シテ水天宮ノ御札ヲ張テ安心シテ居ルナドト云フノガアルガ、是ハ確ニ重過失デアル、ソレカラ夜戸締ヲシナイデ寢テ盜難ニ遇フナドト云フノハ重過失、成程昔ハ夜戸ヲ鎖サズト云フノヲ太平ノ象トシテ喜ンダケレドモ今日ハサウハイカヌ、今日ノ世ノ中ニ夜戸ヲ締メズニ寢ル者ガアルケレドモ、ソレデハカラ預メタ物ガ無クナツタナドト云フトキハ必ズ重過失ト謂ハキバナラヌ、ソレカラ輕過失ト云フノハ細別シテ二ツニナル、ソレハ抽象的過失ニ具體的過失、ソレハドウ云フコトデアルカト云フト、抽象的過失ト云フノハ善良ナル管理者ノ注意ヲ缺クコト、即チ管理ヲ能ク注意シテ爲ス人ノ注意ヲ爲サヌノデアル、管理者ト云フノハ是ハ法律語トシテ今日一般ニ行ハレテ居リマスケレドモ、イッモ物ノ管理ニ付テ謂フノデハナイ、兎ニ角物ノ保存ニ付テ餘程注意ヲ爲ス人、通常人ヨリハ層注意ノ深イ人ハ善良ナル管理者、ソレノ爲スベキ注意、是ハ場合デ適用ハ違フコトデスカラ具體的ニ言フト甚ダ不明ニ爲テ來マスケレドモ、先ヅ今日ノ火災ノ場合デモ餘程風模様ナドヲ見テドウモ此風デハ今日ハ遠イ處ガ燭ケテ居ルケレドモ忽チ此處マデ燒廣ガツテ來サウデアル

ト云フトキハ念ノ爲メニ荷物ヲ片付ケテ、サウシテ、大丈夫ノ場所ニ置クト云フ
ヤウナコトハ注意深イ人ノ爲スコトデアルカラ、今言フ善良ナル管理者ノ注意
ト言ヘルデアリマセウ、或ハ障リヤ三軒目マデ焼ケテ来ヌ中ニ防禦ニ手ヲ盡シ
テ火ヲ防クト云フノモ善良ナル管理者ノ注意ト云フモノデアリマス、ソレカラ
夜單ニ戸ヲ閉シテ寢ルト云フノナラハ是ハ通常人ノ注意デアルガ、尙ホ其上ニ
廣イ家ナドハ夜間、起キテ見廻ルト云フノハソレハ善良ナル管理者ノ注意稍
ヤ大キイ屋敷ナドハ自分ガ起キテ廻ラヌデモ確ナ者ヲ廻ラセナクレバナラス、
ケレドモソレヲセスカラト云フテ重過失トハ云ヘス、併シ善良ナル管理者ノ注意
ト云ヘバ其位マデシナクレバナラス、或ハ戸締モ日本ノ戸締ハ我我デモ泥坊根
性ガアタラ随分這入レサウナ處ガアルゾレヲ容易ナコトデハ這入レヌヤウニ
シテ置クノガ善良ナル管理者ノ注意適用ニ至ラハ不明ナルコトガ多イガ、抽象
的ニ善良ナル管理者ト云フモノヲ置イテ、ソレノ爲スベキ注意ヲ爲サナカッタ
ト云フノガ抽象的輕過失、具體的輕過失ト云フノハ保存ノ義務ノアル債務者ガ自
己ノ財産ノ保存ニ付テ爲ス丈ケノ注意ヲ爲スノガ具體的注意デ、ソレヲ爲サヌ

ト云フト具體的輕過失ニ爲ル例ハ私ガ自己ノ物ヲ保存スルニ甚ダ疎デアル、
自己ノ物ヲ矢張り戸締ノナイ處ニ置クトカ、或ハ火災ナドニ付テモ平素誠ニ無
顧著デアルト云フナラハ自分ノ物ノ注意丈ケノ注意ヲ人ノ物ニ付テモ爲セバ
宜イノデアリマスカラ上ノ場合ニ於テモ責任ハナイト云フコトニ爲ル併シ私
ガ平素非常ニ注意深イ者デアラフテ戸締モ自分ノ品物ノ這入ラ居ル處ノ戸締ヲ
大變良クスル、火災ニ付テモ自分ノ物ガ燒ケサウニナルト大變注意スルト云フ
ト他人ノ物ニ付テモソレ丈ケノ注意ヲシナクレバナラス、是ガ具體的注意ト云
フモノデアアル
此區別ハ羅馬法ニ於テモ採用セラレテ今日各國ノ法律ガ少クモ原則トシテハ
此區別ヲ採用シテ居ル、我民法ニ於テモ明カニ此區別ヲ採用シテ居ル、唯其適用
ノ場合、即チ如何ナル場合ニ重過失ノミニ付テ責任ヲ負フカ、如何ナル場合ニ抽
象的輕過失ニ付テ責任ヲ負フカ、如何ナル場合ニ具體的輕過失ニ付テ責任ヲ負
フカ其適用ニ至ラハ各國ノ法律一様デナイゾレハ羅馬法ト我民法ノ規定ト較
ベテ見タラ大變ナ相違ガアル、ケレドモ大體ノ分チ方ノ原則ト云フモノハ同ジ

コトデアルト謂ヘチバナラヌモノトモテ、民法ニ於テモ、善良ナル管理者ノ注意ト云フモノヲハ原則トシテ必要トスル
ト云フ主義ヲ取ツテ居ルコトハ民法ニ概括の規定ヲ存シテ居ルノデハアリマセ
ヌケレドモ、種種ノ規定ヨリ其原則ガ自ラ明カニナルヤウニナツテ居ルハ先づ物
ノ保存ニ關シテ民法第四百條ノ規定ガアル
第四百條 債權ハ目的カ特定物ノ引渡ナルトキハ債務者ハ其引渡ヲ爲スマ
テ、善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保存スルコトヲ要ス
物ノ保存ノ義務ト云フモノハ債務ノ目的物ガ定テ居ルトキデナケレバナイコ
トデアル、債務ノ目的物ガ定テ居ラスケレバ若シ甲ノ物ヲ以テ債務ノ辨濟ニ充
テヤウト思フテ居ツテモ之ヲ保存シナカッタ爲メ滅失シタナラバ代リニ乙ノ物ヲ
以テ辨濟ニ充テナケレバナラヌ、即チ債務者ニ於テ保存ノ義務ガアルト云フコ
トハナイノデ唯一定ノ條件ヲ具ヘタルモノヲ給付シナレバナラヌト云フコト
ニ歸著スル之ニ反シテ特定物デアレバ債務ノ目的物ガ如何ナル有様ニ在ルト
モ他ノ物ヲ以テ代フルコトガ出來ヌノデアルカラ必ズ其物ヲ給付シナケレバ

ナラス、故ニ債務者ハ之ヲ保存スル義務ガアル、其保存ハ善良ナル管理者ノ注意
ヲ以テ之ヲ爲サナレバナラヌト云フコトニナツテ居ルモノトモテ、民法ニ於
此規定ハ一見特別ナル規定ノ如ク見エマスケレドモ其適用ハ極メテ廣イノデ
アル、苟モ特定物ノ引渡ヲ目的トシテ居ル債權ニ付テハ皆適用ガアルノデア
ル、例ヘバ貸賃借使用貸借寄託ナドニ付テモ皆適用ガアル、貸賃借ニ付テ云ヘバ貸
借人ハ貸賃借契約ノ終了ノ場合ニ於テ賃借物ヲ賃貸人ニ返還シナケレバナラ
ヌ義務ガアル、即チ特定物ノ引渡ヲ目的トシテ居ル債務ヲ負ウテ居ル此賃借人
ハ矢張り第四百條ノ規定ニ依ツテ賃借物ノ返還ニ至ルマデ其物ヲ善良ナル管理
者ノ注意ヲ以テ保存スル義務ガアル、使用貸借ノ場合ニ於テモ亦其通りデア
ツテ借主ハ貸借契約終了ノ時ニ於テ賃借ノ目的物ヲ返還シナケレバナラヌ、即チ
特定物ノ引渡ヲ目的トシテ居ル債務ヲ負ウテ居ルノデアルカラ其引渡マデハ
善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ之ヲ保存シナケレバナラヌ、寄託ノ場合ニ於テモ
若シ其寄託ガ報酬ヲ以テ爲サレテ居ルナラバ矢張り第四百條ノ適用ヲ免ズ
ノデアツテ、即チ受寄者ハ寄託者ニ對シテ受寄物ノ返還ヲ爲ス義務ヲ負ウテ居

ル、ソレハ特定物ノ引渡ヲ目的トシテ居ル所ノ義務ヲ負擔シテ居ルノデアルカ
ラ本條ノ適用ニ依リテ其返還ニ至ルマデ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ之ヲ保存
シナケレバナラス、例ヘバ賣買ニ於テモ一旦所有權ガ賣主カラ買主ニ移轉シテ
後其賣主ハ引渡マデ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ賣買ノ目的物ノ保管ヲシテ
居ラナケレバナラス、交換ノ場合ニ於テモ通常契約成立ト同時ニ權利ハ相手方
ニ移轉スル併シ引渡マデハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ之ヲ保存シナレバナ
ラス、ソレ故ニ本條ノ適用ハ非常ニ廣イノデアル。然レモ其賣買ノ義務ハ買主
尙ホ特定物ノ引渡ヲ目的トシテ居ラナイ契約ニ付テハ委任ニ關シテ規定ガア
ル即チ委任ニ關スル第六百四十四條ノ規定ニ依レバ「受任者ハ委任ノ本旨ニ從
ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ處理スル義務ヲ負フ」トシテアツテ、
是モ矢張り善良ナル管理者ノ注意ト云フモノヲ以テ過失ノ程度トシテ居ル、此
規定ハ單ニ委任ニ關スル規定デアリマス、ケレドモ最も多クノ場合ニ準用シテ
アル所ノ規定デアル、例ヘバ組合ニ關シテモ明文ヲ以テ之ヲ準用シテアル、第六
百七十一條ニ組合ノ業務ヲ執行スル組合員ハ矢張り善良ナル管理者ノ注意ヲ

以テ組合ノ業務ヲ執行シナケレバナラスト云フコトニナツタ居ル、尙ホ例ヘバ後
見人ハ後見ノ事務ニ付テ矢張り善良ナル管理者ノ注意ヲ爲サナケレバナラス
ト云フコトガ規定セラレテ居ル、即チ第六百四十四條ノ規定ガ準用サレテ居ル、
ソレハ民法ノ第九百三十六條ノレカラ親族會員モ矢張り善良ナル管理者ノ注
意ヲ爲サナケレバナラス、即チ今ノ第六百四十四條ガ準用サレテ居ル、ソレハ民
法ノ第九百五十三條ノレカラ遺言執行者ト申シテ遺言ノ執行ノ任ニ當ル者モ
矢張り善良ナル管理者ノ注意ヲ爲サナケレバナラス、ソレハ民法ノ第一千十四
條第二項ニ今ノ第六百四十四條ガ準用サレテ居ル、其遺言執行者モ亦モ
斯様ナル次第第六百四十四條ノ規定ハ一見スレバ委任契約ノ場合ニ特別ナ
ル規定ノ如クデアレドモ最も多クノ場合ニ於テ是ガ準用サレテ居リマス
カラ其適用ノ範圍ハ極メテ廣イノデアル、此等ノ規定カラ綜合シテ考ヘテ見ル
ト、我民法ハ今日ノ歐羅巴ノ法律ノ一般ノ原則ヲ採用シタモノデアツテ、即チ本則
トシテハ債務者ハ其善良ナル管理者ノ注意ヲ爲サナケレバナラス、若シソレ
ヲ缺ケバ過失者トシテ相當ノ制裁ヲ受ケナケレバ成ラヌト、斯ウ云フコトニナツ

ヲ居ル、民法及ビ商法等ニ於テ或職務ヲ負フ者ガ如何ナル責任ヲ負フカ明カニ定メテナイ場合ガ許多アル例ハ法人ノ理事ト云フモノハ法人ノ代表權ヲ持ツヲ居ルノデアツテ、即チ法人ノ事務ヲ掌ルモノデアルガ、此者ハ如何ナル注意ヲ以テ法人ノ事務ヲ執ラナケレバナラスカト云フコトガ明文ヲ以テ定メテナイ、又民法中裁判所ニ於テ選任スル所ノ管理者ト云フモノガ種種ノ場合ニアル例ハ不在者ノ財産ノ管理者不在者ノ中ニハ畢竟失踪ノ宣告ヲ受クベキ者モアリ又然ラザル者モアルハ如何ナル程度ノ注意ヲ以テ其財産ノ管理ヲ爲サナケレバナラスカト云フコトハ明文ヲ以テ定メラレテハ居ラヌ尙ホ此不在者ノ財産ノ管理者ニ關スル規定ハ到處ニ準用サレテ居ル例ハ相續財産ノ管理人ト云フヤウナ者ニモ是ガ準用サレテ居ルソレ等ノ場合ニ於テモ總テ注意ノ程度ハ定ツテ居ラナイ、商法ニ於テモ彼ノ商社會社ノ代表者ノ義務ニ付テ如何ナル程度ノ注意ヲ爲サナケレバナラスカト云フコトハ定ツテ居ラヌ總テ此等ノ場合ニ於テ如何ナル注意ヲ爲スベキカト云フコトハ法律ニ明文ガナイカラ實ハ疑ハシキ問題デアラウト思フ之ヲ明文ヲ以テ定メナカッタノハ或ハ缺點カモ知

レマセヌケレドモ兎ニ角現行法ニ規定ツテ居ラヌモノアルカラ解釋ノ力ニ依ツテ之ヲ定メナケレバナラス、私思フニハ我民法商法等ノ原則トシテ他人ニ對シテ義務ヲ負擔スル者ハ常ニ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲サナケレバナラスト云フガ本則デアル、其本則デアルト云フコトハ今申上分テ所ニ依ツテ分ルデアラウト思フ、成程明カニ總テノ場合ニ於ケル注意ノ程度ハ原則トシテ善良ナル管理者ノ注意デアルト云フコトハ書イテナイケレドモ今申上分テ種種ノ場合ニ於テ皆善良ナル管理者ノ注意ヲ要スルトナツテ居ル以上ハ自ら我立法者ノ精神ハ明カデアル、即チ善良ナル管理者ノ注意ガ注意ノ原則デアルト云フコトハ蓋シ疑ヲ容レサル所デアル、若シ然リトセバ特ニ明文ノ存セザル場合ト雖モ矢張リ同様デアラウト思フ、而シテ此ノ如キ解釋ヲ取ルノ正當ナルコトハ私ハ疑ハズ、商社會社ノ代表者デナラウトモ相續財産ノ管理者デアラウトモ法律上一定ノ職務ヲ負ウタ居ルノデアル一定ノ職務ケル者ハ其職務ニ必要ナル式ケノ注意ヲ爲サナケレバナラスト云フコトハ明文ヲ缺タヌコトデアラウト思フ例ハ

民法ニ於テ官吏ガ如何ナル注意ヲ爲カレバナラヌカト云フコトハ別ニ明文ヲ以テ定メテハナイ併ナガラ其官吏ハ職務ニ必要ナル本クノ總テノ注意ヲ爲サナケレバナラヌト云フコトハ當然意味シテ居ルノデアアル故ニ其注意ヲ缺ケバ動モスレバ懲戒處分ヲ受ケナケレバナラヌ輕クモ隨責重キハ減俸最モ重キハ免官マデノ制裁ガアル是モ制裁ハ規定ニナラ居ルケレドモ注意ノ程度ト云フモノハ規定ニナラ居ラヌ併シソレハ矢張り職務上必要ナル注意ト云フコトニ歸著スル若シ然リトセバ職務ノ輕重ニ依テ自ラ注意ニモ亦深淺ガアラウト思フ而シテ一定ノ職務ヲ帶ビテ居ル者ハ職務ヲ帶ビザル所ノ普通人ヨリハ餘計ニ注意ヲシナケレバナラヌノハ言ハヌデモ分ラ居ルト思フサウスルト畢竟スルニ彼ノ善良ナル管理者ノ注意ト云フコトニ歸著スルト私ハ思フ一方ニ於テハ我民法及ビ商法ノ原則ガ善良ナル管理者ノ注意ト云フコトデアリ、他ノ一方ニ於テハ一定ノ職務ヲ帶ビタル者ハ自ラ其職務ニ必要ナル注意ヲ爲サナケレバナラヌト云フコトヲ含シテ居ルノデアアルカラ其結果ガ矢張り善良ナル管理者ノ注意ト云フコトニ歸著スル旁以テ只今申上グタ種種ノ場合即チ

法律ニ特別ノ明文ヲ存セザル場合ト雖モ矢張り善良ナル管理者ノ注意ヲ要スルト云フコトニナルデアラウト思フ若シ然リトセバ我民法ノ原則トシテハ或ハ公法上ノ原則モ同ジデアルト云ヘルカモ知レヌケレドモ少クモ私法ノ原則トシテハ注意ノ程度ハ善良ナル管理者ノ注意ト云フモノヲ標準トスル過失ノ程度ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ缺クト云フコトニアルノデアルト斯ウ云ハナケレバナラヌノデアアル

然ラバ如何ナルモノガ善良ナル管理者ノ注意ト云フモノデアアルカト云フト是ハ事實問題デ時トシテハ困難ナル問題ヲ生ジマスルケレドモ幸ニシテ多クノ場合ニハ常識ヲ以テ此問題ヲ決スルコトガ出來ル存外我我ガ心配スル程ニ是ガ疑ハシキ問題トハナラナイ併ナガラ爭起タトキハ畢竟裁判所ノ認定ニ一任スルノ外ハナイノデ法律ニハ特ニ定メテナシ又定ムルコトハ出來ヌ問題デアアル二ノ例ヲ申上グマスルト物ノ保存ニ付テ云ハバ先ヅ戸籍ハ嚴重ニシナケレバナラヌ其嚴重ト云フコトモ矢張り時ト場所ニ依テ決シナケレバナラヌ問題デ我邦ノ如キハ例ハ歐羅巴諸國ニ較ベテ見ルト戸籍ハ餘程緩カナ方デ

ス、デスカラ歐羅巴デハ戸籍ニ不注意ガアラフ即チ善良ナル管理者ヲ注意ヲ缺イ
タト認メラルル場合デモ我邦デハ矢張り善良ナル管理者ノ注意ヲ爲シタモノ
ト認メラルルカモ知レヌ又昔開ケナイ時代ニハ夜戸ヲ鎖サズテノヲ太平ノ象
トシテ居リタルデアルガ此ノ如キ時代ニハ至リテ粗末ナル戸籍ヲ爲シ居リタル
云ウテ、今日ノ進歩シタル世ノ中ニハ依ラハ僥倖ニナラズ世ノ中ト云フデ
アリマセウガ昔ノ通りナ戸籍ヲシテ居リタルハ決シテ善良ナル管理者ノ注
意ヲ爲シタト云ハレヌ、時ト所ニ依リテ其適用ハ固ヨリ異ナル、併シ其時ト所ニ
依リテ普通人ガ爲ス戸籍ハ固ヨリ普通人ヨリハ稍チ進ンデ一般ニ注意深イ人
ト認メラレテ居ル人ノ爲ス丈ケノ注意ヲ爲サナケレバナラス、廣イ家ナラ夜中
ニ一逼見廻ル、或ハ兩戸ナドニ付テモ所謂「サ」ラ差シテ置カナケレバナラス、サ
ウ云フモノガナケレバ心強棒ヲ支テ置カナケレバナラスト云フヤウニ慣習上
ノ注意ヲシナケレバナラス、而シテ極ク大切オモノデアルナラバ、特ニ倉ノ中ニ
入レルトカ又ハ其保管ノ責任シテ居ル人ガ粗末ナ家屋ニ住リ居ルナラバ
特ニソレヲ安全ナル人ニ寄託スルト云フヤウナコトガ即チ必要デアル例ハ

金銀ハ今日ノ世ノ中デハ稍チ多シノ金額ヲ自己ノ家屋内ニ保存シテ居ルト云
フコトハ決シテ善良ナル管理者ノ注意デハナイト思フ、ソレハ確ナル銀行ニ預
ケルト云フコトが必要デアルト思フ、デスカラ普通人ガ自己ノ家屋ノ内ニ多額
ノ金銀ヲ保存シテ居リタル竊盜ニ遭ウタト云フヤウナイハ私ハ善良ナル
管理者ノ注意ヲ爲シタモノトハ思ハヌ、ソレハ矢張り確ナル銀行ニ預ケナケレバ
ナラス、銀行ト云フテモ随分イカガハシイ銀行ガ世ノ中ニハ澤山アルダカラソレ
ハ信用アル銀行例ヲ云フテ見ルト日本銀行トカ三井銀行トカ三菱銀行トカ第一
銀行トカ、サウ云フヤウナ何人ガ見テモ大丈夫ノ銀行ト云ヘルモノニ預ケルナ
ラバソレハ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲シタト云ヘル、併シ能ク破産ヲスルヤウ
ナ銀行ガ幾ラモアル、サウ云フ銀行ニ預ケタナラバソレハ善良ナル管理者ノ注
意ヲ爲シタトハ云ヘヌ、此等ノ事ハ事實問題デスカラ一般ニ申スコトハ出來マ
セヌ
尙ホ事務ノ管理ニ付テハ如何ナルモノガ善良ナル管理者ノ注意ト云フコト
ガ最も困難デアラウト思フ、例ヘバ辯護士ハ依頼ノ事件ニ付テ矢張り善良ナル

管理者ノ注意ヲシナケレバナラヌ、然ルニ口頭辯論ノ期日ニツイテ裁判所ニ出頭シナカッタドト云フノハ是ハ無論過失デアル善良ナル管理者ノ注意ヲシナイドコロデハナイ、普通人ノ注意モ缺イテ居ルト云ヘルノデスカラ是ハ疑ナイ尙ホ進シテ訴訟上必要ナル總テノ準備ト云フモノヲシナケレバナラヌ、證據ニ付テモ、攻撃防禦ノ方法ニ付テモ辯護士トシテ爲スベキ注意ト云フモノガ深山アル、即チ總テ辯護士トシテ爲スベキ丈ケノ注意ハ一通リ皆シナケレバナラス、通常人ノ爲スベキ注意デハイカナイ、サウシナケレバ善良ナル管理者ノ注意トハ無論云ヘナイ、併シソレハ各事實ニ當テ論ズルノ外ナイノデ、一般ニドレ丈ケノ注意ヲ要スルカハ言スコトガ出來ナイ

此善良ナル管理者ノ注意ト云フコトハ羅馬法ノ「良家父」ノ注意ト云フノヲ始ト翻譯シタヤウナモノデアラ羅馬ノ「良家父」ト云フノハ羅馬ハ日本ノ如ク家族制ガ行ハレテ居ッタ處デアルカラ家長ハ家産ト云フモノヲ總テ管理シテ居ル、ソレデ其財産ノ管理者タル家長ガ良ケレバ十分ノ注意ヲ爲スシ、惡ケレバ其注意ヲ爲サヌト云フ所カラ「良家父」ノ注意ト云フコトヲ言フ、ソレヲ意譯ニ致シマシテ

「善良ナル管理者ノ注意」ト云フノデアアル、然ルニ近來例ヘバ獨逸ナドデドウモ良家父ノ注意トカ、善良ナル管理者ノ注意トカ云フ言葉ハ正確デアルト云フノデ、獨逸ノ新民法ナドハ略ボ我邦ノ言葉デ云ヘバ「忠實」ト云フヤウナ字ヲ遣ッテ居ルケレドモ、是ハ矢張り漠然タル字デ、私ノ見ル所ヲ以テスレバ「善良ナル管理者ノ注意」ト云フノト較ベテ見テ別段ニ意味ガ明確デアルトハ思ハレス、其位ナラ從來用ヒ來ッテ居ル善良ナル管理者ノ注意ノ語ヲ用ヒテ置イタ方が私ハ宜カラウト思フ、ソレデ新民法ニ於テモ多少ノ異論ハ出マシタケレドモ矢張り「善良ナル管理者ノ注意」ト云フコトニナッテ

此善良ナル管理者ノ注意ニ對シテハ別ニチヨット申上グタ具體的輕過失即チ注意ノ方カラ云ヒマスルト云フト自己ノ爲メニスルト同一ノ注意ト云フモノガアル或ハ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ト云フ、是ハ一定ノ人ヲ標準ト致シマシテ何ノ某ガ通常爲ス所ノ注意ト云フノデアアル、私ガ他人ノ所有物ヲ預ッテ居ル場合ニドウゾ之ヲ預ッテ呉レバナタノ所有物ニ對スルト同一ノ注意ヲシテ呉レバ宜イカラト、斯ウ云フノガ具體的注意デアアル之ヲ缺クバ具體的過失デア

ル、是ハ羅馬法ニ於テモ場合ニ依テ認ラレテ居リマシメタガ今日ノ法律デモ各國トモ之ヲ認メテ居ル、我民法ニ於テモ矢張り此具體的注意若クハ具體的過失ヲ標準トシテ居ル規定ガ許多アル、但是ハ固ヨリ例外デアッタ、先刻申シタ善良ナル管理者ノ注意ト云フガ本則例外トシテ具體的過失、具體的注意ヲ標準トシテ居ル、或ハ無報酬ノ寄託此場合ニ於テハ受寄者ハ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ受寄物ヲ保管スル義務ガアル、第六百五十九條ニ其規定ガアル、即チ無報酬ニテ寄託ヲ受ケタル者ハ受寄物ノ保管ニ付キ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲ス責ニ任ストアル、ソレカラ親權者ハ其未成年ノ子ノ財産ノ管理ニ付テ矢張り自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スベシト云フ規定ガアル、即チ第八百八十九條第一項ニ親權ヲ行フ父又ハ母ハ自己ノ爲メニスルト同一ノ注意ヲ以テ其管理權ヲ行フコトヲ要ストアル、ソレカラ相續人ガ相續財産ニ付テ矢張り同様ノ責任ヲ持ツ、即チ相續人ト云フモノハ相續ガ開始スルト同時ニ法律上ハ相續ヲ爲ス、即チ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スル、併ナガラ多クノ場合ニ拋棄ヲ爲スコトガ出来ル、又縱令拋棄ヲ爲スコトヲ得ザル場合ト雖モ限

定承認ト云フモノヲ爲スコトガ出来ル、限定承認ト云フノハ相續財産ノ範圍内ニ於テ被相續人ノ債務ヲ負擔スルト云フ條件ヲ以テ相續ヲ爲スノデアル、此等ノ意思ヲ表示スルニ付テハ一定ノ期間ヲ設ケテアル、故ニ其期間ノ經過スルマデハ相續人ハ法律上ハ相續財産ノ主體デアル、即チ所有權ニ付テハ其所有者デアル、債權ニ付テハ債權者デアル、併ナガラ或ハ權利者ジナクナルカモ知レス、即チ拋棄ノ場合ニハ他ノ者ガ相續ヲ爲シテ現在相續人ト定テ居ル者ハ相續ヲシナイカモ知レス、限定承認ノ場合ニハ相續ヲ爲スニハ相違ナイケレドモ、財産ノ範圍内ニ於テト申スカラ相續財産丈ケハ假ニ別ナモノト見テ取扱ハナケレバナラスノデ、一定ノ期間内ハ相續人トハ雖モ相續財産ヲ如何ニ處分スルモ差支ナイト云フ譯ニハイカス、尤モ單。純承認ト申シテ被相續人ノ負債ヲハ無限ニ負擔スルト云フ積リナラバソレハ勝手ニシテ宜シイ、併シ場合ニ依ッテハ拋棄ヲ爲サウ、若クハ限定承認ヲ爲サウト云フ積リナラバ相續財産ヲ勝手ニ處分シテハナラス、此場合ニ於テ相續人ハ相續財産ヲ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ保存シナケレバナラス、第一千二百一十一條第一項ニ其規定ガアル、即チ相續人ハ

其固有財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ相續財産ヲ管理スルコトヲ要ストアル、ソレカラ限定承認ノ場合ニハ既ニ承認ヲ爲シタルノデアルカラ最早相續人ト云フコトハ確定シタ、ケレドモ其財産ヲ以テ債權者ニ辨濟ヲシナケレバナラス、ソレデ足ラスケレバ其上ニハ辨濟ヲ爲サズデ宜シイト云フカラシテ是非此相續財産ト云フモノ丈ケ別ニシテ置カナケレバナラス、ソレニ對シテハ相續人ハ一定ノ責任ヲ持タナケレバナラス、其責任ハ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲サナケレバナラスト云フ責任デアル、其事ハ第一千二十八條第一項ニ規定シタル、即チ「限定承認者ハ其固有財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ相續財産ノ管理ヲ繼續スルコトヲ要ストアル、ソレカラ今度ハ相續人ガ拋棄ヲ爲シタ即チ相續人デナクナリ仕舞ヲサウスルト云フト相續財産ト云フモノハ最早自分ノ權利ニ屬スルモノデナイカラ法理上ハ無關係ノモノデアル、併ナガラ代リノ相續人ガ出テ來ルマデハ矢張り拋棄ヲ爲シタ者ニ於テ保管ヲ爲サナケレバナラス、其保管モ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ爲スノデアル即チ第一千四十條ニ「相續ノ拋棄ヲ爲シタル者ハ其拋棄ニ因リテ相續人ト爲リタル者カ相續

財産ノ管理ヲ始ムルコトヲ得ルマテ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ其財産ノ管理ヲ繼續スルコトヲ要ストアル、ソレカラ總令單純承認ヲ爲シタモ若シ債權者ノ方カラ財産分離ノ請求ト云フモノガアタナラバ相續財産ト相續人ノ固有財産ト別ニスル、之ヲ名ケテ「財産分離ト云フ、此場合ニ於テモ同ジク其相續財産ヲバ恰モ他人ノ財産ノ如クニ保管シナケレバナラス、其保管ハ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テスレバ宜シイ、即チ第一千四十四條第一項ニ「相續人ハ單純承認ヲ爲シタル後ト雖モ財産分離ノ請求アリタルトキハ爾後其固有財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ相續財産ノ管理ヲ爲スコトヲ要ストアル、ソレナヤウナ譯デ具體的注意ヲ必要トスル場合モ大分多クアルヤウデスケレドモ、ソレハ今申上グタ通り何レモ特別ノ場合デアル、是ハ例外的規定ト見ナケレバナラス、原則ハ他マデ抽象的注意ニアル

是ニ於テ一ツノ疑問ガ起ル、一體抽象的注意ト云フモノト具體的注意ト云フモノトドチラガ重イカト云フ問題デアル、私ハ之ニ答ヘテ言フノニ、必ズシモ孰レガ重イトハ言ハレナイ、場合ニ依ッテ抽象的ガ重イコトモアリ、具體的ガ重イコ

トモアル、ナゼカト云フト此具體的ト申スノハ一定ノ人例ヘバ受寄者私ガ受寄者ナラ私或ハ親權者ナレバ或何ノ某トカ云フ親權者相續人ナレバ何ノ某ト云フ相續人、ソレ等ノ者ガ自己ノ財産ニ付テ爲スト同一ノ注意ト云フコトニナル、故ニ其人ガ別段ニ注意深キ人デアラナラバ法律ニ謂フ所ノ善良ナル管理者ヨリモ今一層深イ注意ヲ爲スト云フコトガアルカモ知レス、併ナガラ其反對デ具體的注意ニ於テハ所謂善良ナル管理者ヨリハ少イ注意ヲ爲ス者モ多イ、甚シキニ至テハ普通人ノ爲ス丈ケノ注意サヘモ爲サス者ガアル、サウ云フ者ガ受寄者デアル、親權者デアル、相續人デアルト云フトキニハ其注意ノ程度ハ無論善良ナル管理者ノ注意ヨリハ低イ、デスカラ一概ニ孰レガ注意ノ程度ハ高イトカ低イトカ云フコトハ申サレマセヌ、併シ概シテ之ヲ言ヘバ抽象的注意ノ方ガ程度ガ高イト云フコトハソレハ爭ハレヌコトデアラウト思フ、何トナレバ特ニ善良ナル管理者ト云フ位デアアルカラ世ノ中ノ人ノ多數ニ付テ云フヲ見ルト所謂善良ナル管理者ノ注意丈ケノ注意ハ爲サスノデアラウ、即チ普通人ノ注意ト云フモノハ善良ナル管理者ノ注意ヨリハ程度ガ低イ、左レバコソ彼ノ重過失ナルモノハ普

通人ノ爲ス丈ケノ注意サヘモ爲サナカッタモノデアアルガ、ソレニ較ベレバ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲サナカッタト云フノハ矢張り輕過失ニ屬スル、即チ世ノ中ノ一般カラ言ヘバ注意ノ程度ガ高イノデアアル、之ニ較ベテ具體的過失即チ羅馬法デハ具體的輕過失ト通常言フモノハ、極端ナル場合ヲ云ヘバ所謂重過失ヨリハ注意ノ程度ノ低イコトガアル、受寄者親權者相續人等ガ普通人ノ爲スベキ注意サヘモ爲サスヤウナ人デアッタナラバ重過失ニ付テモ責任ヲ負ハヌコトガアル、從テ平均テ取テ云フタナラバ此具體的輕過失ト云フモノハ寧ロ重過失ト稍ヤ類スルモノデアツテ、抽象的輕過失ニ較ベテハ注意ノ程度ガ低イ、ソロカラ重過失、輕過失、最輕過失ナント云フヤウナ三段ノ區別ガアルガ、ソレハ誤テ居ルト云フコトヲ前ニ申上ゲタ

唯茲ニ一ツ稍ヤ疑ハシキ問題ト思フノハ只今申上ゲタ所ニ依レバ具體的注意ト云フモノガ時トシテハ抽象的注意ヨリモ程度ノ高イコトガアルト云フノデス、是ガ絶體ニ高イト認メラルルカ、ドウカト云フコトデアアル、詳シク言ヘバ自己ノ財産ニ付テ所謂善良ナル管理者ヨリモ今一層多クノ注意ヲ爲ス人ガ或債務ヲ負擔

シタル場合ニ於テ其債務ノ履行ニ付テハ普通ノ善良ナル管理者ノ爲ス丈ケノ注意ヲ爲シテ宜シイカ、ソレトモ自己ノ財産ニ於ケル丈ケノ注意ヲ爲サナケレバナラヌカ、若シモ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲サナケレバナラヌト云フナラバ普通ノ善良ナル管理者ノ注意ヨリハ程度が高クナルガ、ソレハドウデアルカト、斯ウ云フ問題デアル、デョット考ヘレバソレハ普通ノ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲セバ可ナリト、斯ウ答ヘラ然ルベキヤウニ思ヘルガ、私ハサウ思ハス、一體善良ナル管理者ト云フモノハドシナモノデア、ルカ、先ヅ以テ自己ノ注意ノ届ク丈ケノ事ヲシナケレバナラヌト云フコトデアラウト思フ、併ナガラ縱令自己ノ注意ノ届ク丈ケト申シテモ人ニ因テハ別段ニ粗漏ナル者モアリ、別段ニ不注意ナル者モアルカラサウ云フモノヲ標準トシテハナラヌト云フノデア、ル、デスカラサウ云フ人間ニ付テハ自己ノ注意ノ届ク丈ケト云フコトヨリモ一層進シテ別段ノ注意ヲ爲シテ普通謂フ所ノ善良ナル管理者ノ爲ス丈ケノ注意ヲ問題ニナラ居ル事柄ニ付テ爲サナケレバナラヌト云フノデア、ル、故ニ債務者ガ普通ノ善良ナル管理者ヨリモ一層深キ注意ヲ爲スヲ慣例トシテ居ル人デア、ル

ナラバ、他人ノ事務デア、ル、他人ノ財産デア、ルト云フガ爲メニ自己ノ事務、自己ノ財産ヨリハ特ニ不注意デア、ラテ宜シイト云フコトハ決シテナイ、ソレハ矢張り過失ト私ハ思フ、善良ナル管理者ト云フモノハ自己ノ注意ノ届ク丈ケノコトハシナケレバナラヌノデア、ル、從テ其人ガ特ニ注意深クシテ、即チ注意ガ届クナラバ其注意ヲシナケレバナラヌ、デョット假設ノ例ヲ申上ゲマスルト火災ノ場合ニ荷物ヲ片附ケル、是ニハナカナカ注意ガイルノデス、先ヅ以テドノ位ノ危険ガアッタラバ荷物ヲ出サナケレバナラヌカト云フコトモ一ツノ注意、僅テ者ハ姑ク措イテ、風上デ以テ二丁モ三丁モ離レテ居テモ荷物ヲ片附ケルヤウナ者ハ別トシテ荷モ精神ヲ自ラ持テ居ル人間ガ荷物ヲ片附ケルニ付テモ注意ノ多少ガ大變アル、非常ニ用意周到ナ人ハ風向其他ヲ見テ、大抵ハ大丈夫デアラウケレドモヒョットシタラバ此處マデ來ルカモ知レヌト云フノデ所謂「轉バヌ先ノ枕」デ荷造ヲシテ待構ヘテ居ル、サウシテ稍ヤ危険ガ近附イタラバソレヲ擔ギ出スト云フノハ極ク注意ノ深い人、ソレマデイカヌデモ風向ト距離トヲ考ヘテ危険ガアレバ荷造ヲスルト云フノガ是ガ善良ナル管理者ノ注意、所デ先ヅ通常ノ考ヲ以テ

スレバ危険ハ少シモナイ從テ先づ一般ノ管理者ト云フモノガ荷造ヲシナイ荷物ヲ片附ケナイ時ニ於テ或特ニ注意深イ人ハ自己ノ財産ヲ荷造シテサウシテ危険ガ近寄ルニ從テソレヲ運出シタ他ノ善良ナル管理者ト稱シ得ラルル人ハマダ荷造ヲシナイ勿論運出シハセスト云フトキニ他人カラ預テ居ル財産ガアルゾレ丈ケハ殘シテ自分ノ財産丈ケヲ荷造シテ且他ニ運出シタトスルナラバ而シテ遂ニソレガ飛火カ何カデ燒ケテ仕舞タトスルナラバ私ハ矢張り責任ガアルト思フ自己ノ財産ニ付テ危険アリト氣ノ附タ位ノ人ナラバ自分ノ荷物ヲ片附ケルト同時ニ他人ノ財産ヲ片附ケテ宜シイゾレヲ爲サヌナラバ矢張り私ハ責任ガアルト思フ

斯様ニ考ヘタナラバ愈以テ此抽象的注意ト云フモノハ具體的注意ヨリハ程度ガ高イト云フコトニ歸著スルデアラウト思フ或程一般ニ之ヲ言ヘバ抽象的注意ガ必ズシモ具體的注意ヨリモ高イトハ云ヘヌケレドモ各場合ニ付テ之ヲ言ヘバ具體的ノ方ガ抽象的ヨリハ注意ガ低イコトガ多カラウト思フ少クモ同一カ又ハ低イト云フタラ宜カラウ然ラバ概シテ低イト謂ハナケレバナラヌ

以上ニテ名高キ注意ノ問題若クハ過失ノ問題ヲ説了リマシタ而シテ其事ヲ論ジタノハ特定物ノ引渡ニ關スル債權ニ付テデアッタ即チ特定物ノ引渡ニ關スル問題ヲ説了リマシタ同時ニ特定物ニ關スル問題ハ了リマシタ是ヨリ第二、特定物ニ關スル問題ヲ論ジャウト思フ

不特定物ニ付テハ三段ニ分ケマシテ第一ハ通則、第二ハ金錢債務ニ關スル特別ノ原則、第三ハ利息ニ關スル事柄ト致シマス

先づ第一ノ通則ノ御話ヲ致シマス

不特定物ニ關スル通則ト稱スベキモノガ二ツアル其一ツハ不特定物デアアルカラシテ唯數量ガ定テ居ル種類ガ定テ居ルト云フ丈ケノコトガ多イ米何石或ハ酒何樽ト云フヤウナノガ多イ品質ヲ必ズ動かカスベカラザルヤウニ明カニ定メテ居ルコトハ寧ロ少イ是ニ於テ如何ナル品質ノ物ヲ給付シタラバ宜カラウカト云フコトガ問題ニナルゾレカラ第二ニハ不特定物モイツカ一遍ハ必ズ特定物ニ變ズルノデアアル少クモ給付ヲ實行スルトキニハ必ズ特定物ニナルノデアアル併シ給付ヲ終ルマデ不特定物デ居ルカドウカト云ヘバ必ズシモサウ云フ

モノデハナイ故ニイフカヲ特定物トナルカト云フノガ第二ノ問題デア
先づ第一ノ如何ナル品質ノ物ヲ給付スベキカト云フコトヲ論ジャウト思フ
此問題ヲ論ズル前ニ一言申上ゲテ置クコトハ外デモアリマセヌガ此不特定物
ニ關スル債務ト云フ場合ニハ特定物ノ如ク單ニ引渡ノミヲ目的トスルト云フ
コトハナイ、特定物デアレバコソ此本ヲ何ノ某ニ引渡スト云フコトガ債權ノ目
的ト爲リ得ルケレドモ不特定物デアレバ或酒ヲ引渡ス、之ニ關スル債權ハ與ヘ
ナイガ單ニ引渡スト、サウ云フコトハ殆ド想像ガ出來ス(彈ヒテ想像スレバ宴會
ノ裝飾品ナドヲ借リル場合ニ單ニ其種類及ビ數量ヲ定メテ之ヲ借リル約束ヲ
爲スコトハアルソレデスカラ不特定物ニ關スル問題ト云フモノハ常ニ其債權
ノ移轉ト云フコトヲ意味シテ居ル今ノ米、何石、酒幾樽ヲ與ヘント云フトキニ單
ニ引渡ノミト云フコトハナイ必ズ其所有權ヲ與フルト、斯ウ云フコトニナル、又
不動産モ時トシテハ不特定物トナリ得ル、併シ第一是ハ稀デス、文明國ニ於テハ
極メテ稀ナ事デス、單ニ土地ノ幾町歩、幾坪ト云フコトハ稀デアルガ、萬一アツタ
トシタナラバ矢張り是モ其幾町歩若クハ幾坪ノ所有權ヲ與フルト云フコトガ

普通デアアル、想像シテ見レバ其幾町歩幾坪ノ土地ノ上ニ地上權ヲ設定スル、永小
作權ヲ設定スルト云フコトモアルカモ知レスガソレニシテモ單ニ引渡ト云フ
債權債務ノ關係ハ先ヅナカラウト思フ、況ヤ動産ニ至ラハ所有權ノ外ニハ問題
トナルコトハ殆ドナカラウト思フ、成程動産ニモ「質權」ト云フ物權ヲ設定スルコ
トハアルケレドモ唯不特定ノ米、幾石、酒幾樽ノ上ニ質權ヲ設定スルト、サウ云フ
コトハ減多ニナカラウト思フ、アツタニシタ所ガ矢張り債權ノ設定デアツタ單ニ
引渡ト云フコトハナイ、ソレデスカラ法文ニ於テモ常ニ不特定物ニ付テハ給付
トアル、給付ト云フ文字ハ漠然タル意味ヲ持ツテ居ル字デ、非常ニ廣イ意味ヲ持
テ居ル、所有權ヲ與フルハモ給付デアリ、他ノ權利ヲ設定スルハモ亦給付デアリ、
理論カラ云ヘバ引渡ヲ爲スノモ亦給付又或行爲ヲ爲スノモ亦給付併シサウ云
フ意味ニ此給付ト云フ字ヲ通常ハ使テ居ラス、法文ニ於テハ大抵此給付ト云フ
字ハ所有權移轉ノ意味ニ使テ居ル、是ハ佛蘭西語ノ「プレスタシヨ」獨逸語ノ
「ライストンダ」ト云フ字デ其意味ハ極ク廣イノデアルガ、諸リ不特定物ニ關ス
ル實際ノ問題ハ皆所有權ノ移轉ニ在ルト云フヲ宜カラウト思フ、ソレデ法文モ通

當其意味ヲ「給付」ト云フ字ガ使フテアルト云フテ宜カラウト私ハ思ヒマス。ソコデ米穀石ヲ與フル、酒幾樽ヲ與フルト云フヤウナ債權債務ノ關係ノアル場合ニ如何ナル品質ノ米、酒ヲ給付シタラバ宜カラウカト云フコトガ問題トナル、是多クノ場合ニハ問題トナラヌト云フノハ當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ定メテ置タカ、又ハ若シ法律上ノ債務デアルナラバ法律ニ定メテ居ル場合ガ多イデアラウト思フカラデアル、當事者ノ意思ノ明カナル場合又ハ立法者ノ意思ノ明カナル場合ニハ固ヨリ問題ハ生ジマセヌカラ是ヨリ論ズベキ事柄ハ其意思ノ明カナラザルトキニ限ル、而シテ法律ガ不特定物ノ給付ニ付テ問題ノ起ルヤウナ規定ヲ設クルト云フコトハ先ヅ減多ニナカラウト思フカラ殆ド是ハ問題外ニ措イテ宜カラウト思フガ、當事者ノ意思ヲ以テ債權ヲ發生セシメタ場合ニ明カニ如何ナル品質ト云フコトハナクテモ其法律行為ノ性質ニ依テ分ルコトガ随分多イ例ヘバ建物ノ裝飾ニ必要ナルモノ、戎氈ノ如キ或ハ窓掛ノ類又ハ壁紙ナド、日本造ノ家ナラバ唐紙、サウ云フモノハ自ラ建物ノ狀態ニ依テ定マルコトガアル、極ク上等ノ建物ニ敷ク爲メノ敷物デアル、其建物ノ窓掛デアル、其襪ニナ

ルベキ唐紙デアルト云フガ如キ場合ニハ綜合品質ヲ明カニ定メナクテモ當事者ノ意思ハ其建物ニ應ズル品質ノ物ト云フコトヲ意味シテ居ルト謂ハナケレバナラス、ダカラ上等ノ建物ニ向テ下等ナル敷物其他ノ材料ヲ供シテモソレデハ債務ノ履行ニナラス、ソレカラ同ジ品物デモ用ヒ口ニ依テ品質ガ違ハナケレバナラスノデアル、下劑ニ苧麻子油ト云フモノガアル、私ドモ時時用フルガ此苧麻子油ト云フモノハ外ニ用ヒ口ノアルモノデ、印肉ノ油ハ皆苧麻子油デアル、ソレダカラ同ジ苧麻子油ト申シテモ藥用ノ苧麻子油ト印肉ノ苧麻子油ハ違フ、ソレダカラ藥用トシテ用フル爲メニ苧麻油ヲ幾ラ幾ラト云ヘバ單ニ苧麻子油ト云ツタカラト云フテ下等ノ苧麻子油ヲ給付シテハ債務ノ履行ニナラス、ナゼカト云フニ下等ノ苧麻子油デハ胃腸ヲ刺激スルカラ藥用ニナラス、サウ云フヤウニ契約ノ性質ニ依テ自ラ品質ノ定マルコトガアルカラ、サウ云フ場合ニハ是カラ申上グル所ノ問題ハ嵌マラス

是カラ申上グル所ハ當事者ノ何トモ言ハズ又契約ノ性質ニ依テ品質ガ分ラナイ、普通ノ場合ニ唯米ト云ヘバ人間ノ食料トナル米デスガ、上米デアルカ中米デ

アルカ下米デアアルカ分ラヌ、又酒ト云フモ單ニ酒ト云フタラバ上酒カ中酒カ下酒カ分ラヌ、サウ云フトキニ如何ナルモノヲ給付シタラ債務ノ履行ト云ヘルカト云フ問題デス

之ニ付テハ主義ガ三ツアル、第一ノ主義ハ隨分古クカラ廣ク行ハレテ居ル主義デス、先ヅ今日デハ佛蘭西法系ノ國國ニ行ハレテ居ル主義、我舊民法モ之ヲ採用シテ居ラタ、即チ舊民法、佛蘭西民法和蘭民法伊太利民法ナドハ皆此主義デス、債務ノ目的タル不特定物ノ品質ガ特定メテナイ場合ニハ債權者ハ最上等ノ品ヲ求ムルコトハ出來ヌ又債務者ハ最下等ノ物ヲ給付シタハナラヌト、斯ウ云フ主義デアアル、其説明ハチロツト尤モラシク聞エル、如何ニ品質ガ定メテナイカラト云フテ慾張ツテ債權者ガ最上等ノ物ヲ寄越セト云フノハソレハ無理、又債務者ノ方デモ最下等ノ物ヲ與ヘラソレデ債務ヲ履行シタト云フノハ餘リ因業ダト斯ウ云フノデアアル、併ナガラ此主義ハ隨分標準ガ不確定デス、大抵ノ物ガ最上等カラ最下等マデノ間ニハ數等アル、試ニ米ニ付ラ云ヘバ玄米ノ方ハ大變ニ面倒ナヤウデ、我我素人ニハ分リ難イ、白米ノ方ハ先ヅ五等ニ分ラアル、其五等又ケニ

付テ見テモ既ニ最上等ガ一等デ最下等ガ五等ナラ其間ニ三等アル、其中ノ何レヲ求メテモ宜シ、何レヲ給付シテモ宜イト云フコトニナル、ソレカラ近頃デハ同ジ五等デモ砂無ノ米ト砂混ノ米ト分ケラアル、サウスルト云フト砂混ノ米ハ砂無ノ米ヨリ安イノデスカラ之ヲ併セルト十等ニナル、サウスルト砂無一等ガ其中デ一番良イ、砂混ノ五等ガ一番惡イ、其間ガ八等アル、其上ニ外國米ト云フモノガアル、ソレニモ固ヨリ等級ガアル、ソレ等ヲ考ヘテ見タラバ最下等ト最上等ノ間ニハ非常ナ階級ガアル、法文ヲ機械的ニ讀ムト云フト債權者ハ第二等ノ米ヲ請求シテモ宜イ、債務者ハ終カラ二等目ノ米ヲ給付シテモ宜イト云フコトニナル、隨分分ラヌ話デ、債權者ガ先ニ請求スルト一等ノ直グ次ノ米ガ取レルシ、債務者ノ方カラ進ンデ履行スルト最下等ノ直グ上ノ米デ宜イト云フヤウニ見エル、舊民法財産編第四百六十條ノ第三項ニ「代替物ヲ目的トセル債務ニ於テハ債務者ハ最良品ヲ與ヘ債權者ハ最惡品ヲ受取ル責ニ任セス」トアル、是ハ「求ムル」ト云フ方デナク「與フル」ト云フ方カラ書イテアラ、私ガ申上ダタノト少シ違フテ居ルケレドモ「各國ノ法律ガ書キヤウハ少シ違フテ居マス」(適用ハ同ジコトニナル

ト思フ、併シ解釋ハ私ノ今申シタヤウナラカシナコトニハナラヌ、即チ畢竟ハ私ノ思フニハ爭トナフ場合ニハ債務者ハ最下等デナイ物サヘ與フレバソレデ済ム、詰リ最下等カラ一段デモ上ノ物ヲ給付シタナラバソレデ債務ノ履行ト云ヘル若シ爭トナフタラバ裁判所デ不履行者ト見ナイ、即チ履行者ト見ルト云フコトニナルト思フ、ソレナラバ斯シナ迂遠ナコトヲ言ハズシテ最下等ヨリモ一段良キ物ヲ與フレバ宜イト云フコトニシタ方ガ明カデアルト思フ

第二ノ主義ハ瑞西債務法ノ主義デアラ、即チ元ノ索逋民法ノ主義デアル、今ハ索逋民法ト云フモノハ效力ヲ失フテ、獨逸ノ一般民法ガ施行セラレテ居リマスケレドモ千八百九十九年マデ施行セラレテ居ラタノデス、ソレ等ニ依ツテ見ルト中等以上ノ物ヲ與ヘナケレバナラヌトアル、先ヅ此主義ノ一ツイケンイコトヲ言フテ見ルト中等以上ト云フコトガ分ラヌ、勿論品質ノ宜シイモノヲ債務者カラ債權者ニ與ヘマスレバ債權者ガソレニ付テ苦情ヲ言フ氣遣ハナイ、從テ問題ハ起ラヌガ、中等以上ト云ヘバ最上等デモ宜シ其次デモ宜シト云フコトニ爲テ甚ダ不確定ニナル、併シ適用上ハ詰リ中等デ宜シイト云フコトニナルダラウト思フ、債

行為ハ業務權ニ因リ其違法ヲ除却セラルモノト信ス然レトモ角力業者ニアラスシテ角力ヲ爲シタル者ノ傷害行為ノ責任如何蓋シ多少ノ異論ナキニ非サルヘシト雖モ予ハ其違法ヲ除却スヘキモノニ非スト信ス

第二段 懲戒權

所謂懲戒權トハ廣ク監督ノ作用タル權利ヲ謂フ故ニ懲戒權ニ因ル違法除却ノ場合ヲ列舉センニハ恰ク現時ノ行政法律ヲ通觀シテ其權利ヲ明確ニセサルハカラスト雖モ今法律ノ承認セル主要ノ懲戒權ヲ舉ケルハ例ハハ親權上級官吏ノ懲戒權司獄官吏ノ囚人懲戒權海員ニ對スル懲戒權ノ如シ

第三段 危急權

第一 總說

危急ノ際危險ヲ避クル爲メ爲シタル行為ハ縱令刑法規定セル罪目ニ觸ルル行為ナリトスルモ國法上其違法ヲ除却スルヲ常トス而シテ國法ハ二様ノ危

急權ヲ承認シ危急狀況行爲及ヒ急防衛行爲ハ常ニ違法ナラサルモノトス
 危急狀況行爲カ權利ナリヤ否ヤニ關シテハ大ニ異說アルトコロナリ
 一 民法上危急狀況行爲ト認メラレサル部分ニ付キテ云ハハ違法行爲ナリト
 爲ス見解

二 權利タルト同時ニ違法行爲ナリト爲ス見解

三 全部權利ナリト爲ス見解 此見解ハ或ハ民法ト共ニ刑法モ亦一種ノ權利
 創始スルコトヲ得ト爲スニ根據ス可ク或ハ民法カ損害賠償ノ責ニ任セ
 ト爲シタルハ權利創始シタルニアラサルヲ以テ單ニ刑法ノ規定ノミニ依
 リ權利ト爲スコトヲ得ト爲スニ根據ス可シ
 第一見解ハ通說ニシテ最モ有力ナリト雖モ予ハ左ノ疑問ヲ有スルヲ以テ寧
 第三見解ヲ正トセントス

1 通說ニ依レハ危急狀況行爲モ民法上ノ急防衛行爲タラサルトキハ尙ホ
 違法行爲ナリト云ハサル可カラサルコト
 2 論理上危急狀況行爲ヲ爲ス者ノ其犯ヲ罰セサル可カラサルコト

3 危急狀況行爲ヲ爲ス者ニ對シ更ニ急防衛權ヲ行使セシメサル可カラサ
 ルコト

4 民法ニ規定スル權利即チ私權ノミヲ權利ト爲ス如キ嫌アルコト

5 民法ノ施行後刑法ノ危急狀況權ニ關スル規定ハ其適用ノ大部分ヲ廢止セ
 ラレタルモノト爲ササル可カラサルコト
 急防衛行爲カ權利ナルコトハ何人モ疑ハサルトコロナリ然レトモ民法上危
 急狀況行爲ト認メラレサル部分ニ付キテ云ハハ危急狀況行爲ハ違法ナリト
 見解ヲ採ル者ハ其論理ノ當然ノ結果トシテ民法上急防衛行爲ト認メラレサ
 ル部分ニ付キテ云ハハ急防衛行爲モ亦違法ナリト斷定セサル可カラサル如
 シ或ハ此斷定ニ違シタルニ拘ラス吾國法ニ於テハ民法上ノ急防衛行爲ト刑
 法上ノ急防衛行爲トハ其範圍ニ於テ全然一致セリ故ニ事實上此斷定ノ如キ
 結果ヲ生セスト云フ者ナキニアラス然レトモ是レ疑問ナリ少クトモ盜賊ヲ取
 還スル行爲又ハ夜間ニ於ケル違法ノ侵入者ヲ防止スル行爲カ如何ナル權利ノ
 行使タルヤヲ解シ難キヲ以テ之ヲ權利ニアラストセム此種ノ目的ノ爲メ入

殺傷スルハ刑法上ノ危急防衛行為ナリト雖モ民法上ノ危急防衛行為トハ云ヒ難カル可シ予ハ危急狀況行為ニ付キ述ヘタル如ク刑法モ亦民法ノ如ク危急防衛權ヲ創始シタルモノト信ス

刑法カ危急狀況行為ヲ規定シタルヤ否ヤハ從來刑法上ノ一大爭點ニシテ積極說、消極說共ニ多少ノ根據ヲ有セサルニ非スト雖モ予ハ第七十五條第二項ハ危急狀況行為ヲ規定シタルモノト思斷ス刑法ハ殺傷ニ關スル不倫罪ノ事由トシテノミ危急防衛權ヲ認ムト雖モ其不當ノ立法タルコトハ既ニ一般學者ノ熟知スル所ナリ故ニ予ハ刑法第七十五條第二項、第三百十四條、第三百十五條ノ規定ヲ危急權ニ因ル違法除却ノ適用トシテ左ニ之ヲ説明セントス

民法第七百二十條ニ曰ク他人ノ不法行為ニ對シ自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得スシテ加害行為ヲ爲シタル者ハ損害賠償ノ責ニ任セス但被害者ヨリ不法行為ヲ爲シタル者ニ對スル損害賠償ノ請求ヲ妨ケス前項ノ規定ハ他人ノ物ヨリ生シタル急迫ノ危難ヲ避クル爲メ其物ヲ毀損シタル場合ニ之ヲ準用ス

此規定モ亦危急防衛行為又ハ危急狀況行為カ私權タルコトヲ

明定シタルモノト信ス而シテ私權ハ同時ニ罪タルコトヲ得サルヲ以テ刑法上危急權ヲ認ムヘカラサル場合ニ於テモ若シ民法上危急權ヲ認メ得ヘキトキハ間接ニ違法ヲ除却セラル可シ

第二 危急狀況權

危急狀況ニ於テ爲シタル行為ハ縱令刑法規定シタル罪目ニ觸ルル行為ナリト雖モ其違法ヲ除却セラル蓋シ危急狀況行為ノ違法ヲ除却セシムル理由ニ至リテハ異說百出スト雖モ要スルニ危急狀況ノ法律上ノ根據ハ各法物カ相對的價值ヲ有スルコトニ在リ即チ各法物ハアル場合ニ於テハ價值ヲ喪失スルコトニ在リト信ス

第一 危急狀況ノ意義 危急狀況トハ民法第七百二十條ニ依レハ他人ノ物ヨリ生シタル急迫ノ危難ニ遭遇シタル場合ヲ云ヒ刑法第七十五條第二項ニ依レハ自己若クハ親屬ノ身體ニ對シ避クヘカラサル危難ニ遭遇シタル場合ヲ謂フト雖モ爰ニ主トシテ刑法上ノ危急狀況ニ付キ説明ス可シ

一 避クヘカラサル危険 避クヘカラサル危険トハ危険ニ遭遇シタル者カ其
際爲シタル行爲以外ニ其狀況ヲ脫離スル手段ヲ有セザリシ程度ノ危険ヲ謂
フモノニシテ時ノ點ヨリ觀察シテハ現在ノ危険ヲ謂ヒ土地ノ點ヨリ觀察シ
テハ直接ノ危険ヲ謂フ然ラハ避クヘカラサル危険トハ現在且ツ直接ノ危険
ヲ謂フモノト解スヘシ刑法ハ明文ヲ以テ其危険ヲ生スル原因ヲ限定シテ天
災又ハ意外ノ變ト爲セリ蓋シ天災トハ人爲以外ノ事故ヲ謂ヒ意外ノ變トハ
豫知セザリシ人爲の事故ヲ謂フナルヘシト雖モ豫知セル人爲の事故ニ因リ
テハ多クノ場合ニ於テ危険ヲ生セサルヲ以テ危険ヲ生スル原因ハ事口之ヲ
問ハサルモノト解シテ不可ナキノミナラス立法論トシテハ之ヲ限定セサル
コトヲ可トス

二 自己若クハ親屬ノ身體ニ對スル危險 身體ニ對スル危險トハ身體ニ對シ
傷害ヲ生スヘキ危險ヲ謂フ故ニ固ヨリ生命ニ對スル危險ヲ包含ス而シテ親
屬トハ刑法第百十四條及ヒ第百十五條ノ規定スル所ナリ
要スルニ刑法ハ自己若クハ親屬ノ身體ニ對シ避クヘカラサル危険ヲ生シタル

場合ノミヲ危急狀況ト謂フト雖モ危急狀況ニ付キ危急權ヲ認ムル以上ハ單ニ
自己又ハ親屬ニ關シ危險アル場合ニ限リ又ハ生命身體ノミニ對シ危險アル場
合ニ限ル根據ナキナリ但他方ニ於テ民法上危急狀況タルトキハ違法ニアラサ
ルコト勿論ナリ故ニ荷モ他人ノ物ヨリ生シタル急迫ノ危險ニ遭遇シタル限リ
ハ其危難カ自己又ハ親屬ニ關スルト否トヲ問ハスシテ危急狀況タル可シ
刑法第七十五條第二項ハ絕對ノ規定ニシテ一ノ除外例ヲ認メス然レトモ業務
上生命及ヒ身體ニ對スル危險ヲ冒スヘキ特別義務ヲ有スル者モ亦危急狀況ニ
藉口シテ其違法ヲ除却セラルヘキモノナリトセハ國法カ刑法以外ニ於テ其業
務ノ性質上特別ノ義務ヲ負ハシメタル實益ハ消滅スルニ至ル可シ故ニ此種ノ
特別義務者ニ對シ危急狀況權ニ關スル規定ヲ適用セサルハ近時學者ノ異論ナ
キ所ナルヲ以テ刑法ニ於テモ軍人陸海軍刑法船長船員法等ノ如ク特別法上特
別義務ヲ命シタル者ハ當然第七十五條第二項ノ規定ノ適用ヲ受ケサル者ト斷
ス

得ヘク刑法上ノ危急狀況ニ於テハ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル行爲ヲ爲スコトヲ得ヘシ即チ刑法上ノ危急狀況行爲ハ民法上ノ危急狀況行爲ヲ包含シ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スル行爲ナルヤ否ヤニ依リテ定マルヘキモノトス換言スレハ危急狀況行爲トハ危急狀況ヲ脫離シ又ハ脫離セシムル總テノ行爲ヲ謂フナリ然ラハ行爲ノ客體カ危險ヲ生セシメタル者ナルト防衛的危急狀況其他ノ無關係者ナルト攻撃的危急狀況ヲ論セス行爲カ重罪ナルト輕罪ナルト將タ又違警罪ナルトヲ論セス又ハ行爲カ公權ヲ害スルト私權ヲ害スルトヲ論セス苟モ其行爲カ自己又ハ親屬ヲシテ危急狀況ヲ脫離セシムルモノナリシトスレハ其行爲ハ凡テ之ヲ危急狀況行爲トシテ違法ヲ除却セラレルモノトス故ニ刑法ハ危急狀況ニ付テハ所謂法物ノ考量ヲ爲スコトナシ換言スレハ刑法上危急狀況行爲ニ依リテ傷害スル法物ハ危險ヲ感シタル法物ニ比照シ同等又ハ同等以上ノモノタルコトヲ得ヘキナリ學者曰ク危急ノ際已ムコトヲ得スレテ危急狀況行爲ヲ爲ス何ソ論者ノ所謂法物ノ考量ヲ爲ス餘裕アラザル論者ノ言ハ危急狀況ニ付キ一箇ノ權利ヲ認メタルニ拘ハラヌ其權利ノ範

第六章 國家ノ義務

軍艦ト艦隊ト遭遇セハ軍艦ヨリ先ツ禮スヘキモノナリ
國家カ同等ナルノ結果一國ハ他ノ國家ヲ尊重セサルヘカラス而シテ此尊重ハ國家ハ外部ニ表彰スル形式ノ上ニモ及フモノナリ例ヘハ公使館ニ樹テタル旗其他徽章ヲ尊重セサルヘカラサルカ如シ若シ斯ル徽章ニ對シテ危害ヲ加フルカ如キコトアラハ單ニ物質上ノ損害ヲ加ヘタルコトニ關シテ責任ヲ負フニ止マラス併セテ其國家ヲ侮辱シタリトノ責ヲ負フヘキモノナリ
國家ハ前ニ述ベタルカ如キ權利ヲ有スルカ故ニ總テノ國家ハ此權利ヲ尊重スヘキ義務ヲ負フモノナリ故ニ權利ノ裏面ハ即チ義務ナリト看テ義務ニ關スル説明ヲ加ヘタル學者最多シ然レトモ國家カ如何ナル事項ニ關シ外國ニ對シテ責任ヲ負フヘキヤ又如何ナル方法ニ由リテ其責任ヲ解除セラルルヤヲ研究スルノ必要アリ或學者ハ「國家ノ責任」ト稱スル題目ノ下ニ之ヲ説明セリ其他學者ニシテ「國家ノ義務」ト稱スル題目ノ下ニ權利ニ對スル二三ノ事項ヲ取リテ之

ヲ説明スルニ止ムル者アリ例ハ或人ハ國家ノ義務ト云フ所ニ干渉スヘカヲタルコトヲ説キ又ハ罪人引渡ノ義務アリト説クカ如シ此ノ如キノ説明ハ寧ろ「權利」ノ標題ノ下ニ於テ論述スヘキコトナルカ故ニ故ラニ之ヲ義務トシテ論スルノ要ナシ是故ニ先ヅ國家ハ何人ノ爲シタル行爲ニ付キ責任ヲ負フヘキヤヲ説キ次ニ其責任ヲ免ルル方法ニ及フヘシ

國家ハ責任ヲ負フヘキモノナルカ故ニ其行爲ハ國家自身カ爲シタル行爲ナラサルヘカラス國家自身ハ機關ノ力ニ依ラスシテ行爲ヲ爲スコト能ハサルカ故ニ國家ノ行爲トハ即チ國家ノ命令ニ因リテ若クハ少クとも委任ヲ受ケテ或人ノ爲シタル行爲ナラサルヘカラス故ニ其行爲ハ國家ノ官吏ノ爲シタルモノナルト私人ノ爲シタルモノナルト内國人ノ爲シタルモノナルト外國人ノ爲シタルモノナルトニ依リテ差別ヲ生スヘキ理由ナシ何トナレハ總テ國家ノ行爲ヲ代表シタルモノナレハナリ國家ノ機關カ國家ノ命令ニ從ヒテ爲シタル行爲ニ付キ國家自身カ責任ヲ負フヘキハ論ヲ埃タスト雖モ國家ノ機關カ國家ノ命令ニ反シテ爲シタル行爲ニ付テハ國家タルモノ責任ヲ負フヘキヤニ付キ疑アリ

此ノ如キ場合ニハ其行爲自體ヲ國家ノ行爲ナリトシテ國家ハ責任ヲ負フコトヲ要セザレトモ其機關ヲ監督スルコトノ不行届ナリシノ責任ハ之ヲ負ハサルヘカラス又一箇人カ國家ノ命令ヲモ委任ヲモ受タルコトナクシテ爲シタル行爲ニ付テハ國家ノ行爲トシテノ責任ヲ負ハスシテ可ナルコト勿論ナリト雖モ國家カ人民ヲ取締ルコト不行届ナルカ爲メニ害ヲ外國ニ及ホシタルコト明カナル場合ニハ取締ノ不行届ナリシコトニ付キ責任ヲ負ハサルヘカラス而シテ國家ノ責任ハ外國ノ國家ニ對シテ爲シタル行爲ニ付テモ外國人ニ對シテ爲シタル行爲ニ付テモ等シク免ルルコト能ハサルモノナリ

次ニ責任ヲ解除スルノ方法ハ國際法ノ明カニ定ムル所ニ非ス唯從來ノ慣例ニ依リ行ハルル所ノ最も普通ノ方法ヲ舉クレハ原狀ノ回復損害ノ賠償將來ノ安全ノ保障謝罪加害者ノ處罰土地ノ割讓等ナリ此等種種ノ方法ニ依ルモ尙ホ被害國カ加害國ノ義務ヲ免レシムルコトヲ欲セサルトキハ爲メニ戰爭ヲ避クルコト能ハサル場合アルヘシ

第七章 外交機關及領事

第二節 外交官

第一款 總論

外交官トハ對外事件ニ與ル國家機關ノ總稱ナリ故ニ廣義ニ解スレハ外務大臣、陸海軍大臣ノ如キ者モ外交官ノ中ニ包含セラレルカ如シト雖モ普通外交官ノ名稱ハ軍口狹義ニシテ外國ニ赴キテ對外的國家政治上ノ職務ニ執掌スル者ヲ謂フ故ニ外交官ハ自己ノ本國トノ間ニハ國法上ノ關係ヲ有シ自己ノ駐在スル國家トノ間ニハ國際法上ノ關係ヲ有シ隨テ國際法上ノ權利義務ヲ生スルモノナリ領事ハ後ニ述フルカ如ク外交官ニ非ス蓋シ領事ハ商工業經濟事業等ノ發達ヲ圖ランカ爲メニ外國ニ駐在スル者ニシテ政治的ノ意味ヲ有セザル者ナレハナリ

或一國ニ於ケル凡ユル外交官ノ團結シタルモノヲ外交團ト謂フ領事ニ關シテハ外交團ナクシテ領事團アリ然レトモ歐米ニ於テハ實際ニ於テ領事團ナルモ

ノナシ外交團ノ首領ヲ外交團長ト謂フ外交團ノ組織ハ第十八世紀ノ中葉以降、奧太利首府維納ニ於テ發生セシモノニシテ各國公使ノ本國ノ權利義務ニ關スル一致ヲ圖ルモノニ非ス唯儀式的ノ交際ヲ簡易輕便ナラシメンカ爲メニ設ケラレタルモノニ過キス例ヘハ駐在國ノ元首ニ對シテ答禮ヲ述フルニ當リテ外交團長カ外交團ヲ代表スルカ如シ何人ヲ外交團長ト爲スヤハ「カトリック」敎國ト非「カトリック」敎國トノ間ニ差別アリ「カトリック」敎國ニ於ケル外交團ハ羅馬法王ヨリ派遣スル外交官ヲ以テ團長ト爲ス佛蘭西西班牙奧太利ニ於ケルカ如キ是ナリ非「カトリック」敎國ニ於テハ公使ノ階級中上位ニ在ル者ニシテ最モ古クヨリ其地ニ駐在スル者ヲ以テ外交團長ト爲ス

第二款 外交官ノ目的

今日ニ於テハ後ニ述フルカ如ク外交官ヲ派遣スルノ目的ハ外交官ノ本國ト駐在國トノ間ノ交際ヲ親密ニシ相互ノ利益ヲ増進シ平和的關係ヲ持續セントスルニ在リ常駐ノ外交官カ創置サレタルハ千四百五十五年伊太利ノミラノール

公使カ「ゼス」共和國ニ派セラレタルニ出ツト云フ其後第十七世紀ニ至リテハ公使ノ授受ハ歐羅巴一般ニ廣マリ千六百四十八年ノ「ウニーストフアリヤ條約」ノ如キハ公使ニ關スル制度ヲ議定スルニ至リタリ然レトモ最近ニ至ルマテハ外國ニ公使ヲ派遣スルノ目的ハ主トシテ政治上ノ關係ヲ爲サシメントスルニ在リタルカ如シ即チ機ノ乘スヘキアラハ外國ヲ害センカ爲メニ公使ヲ派遣シテ之ヲ觀察セシメタルモノナルカ如シ英國ノ女王エリザベスノ時ニ「サー、ヘンリー、ウオットン」ナル人ハ公使トハ國家ノ幸福ヲ圖ランカ爲メニ外國ニ赴キテ詐欺ヲ爲ス者ナリト言ヒタルコトサヘアリト云フ

第三款 公使ノ階級

古ニ於テハ公使ニ階級ヲ分ツコトナカリキ第十六世紀第十七世紀ノ交ニ於テハ公使ニ唯二箇ノ階級アルニ止マリ一ヲ「アンバサドル」ト謂ヒ他ヲ「アンヴァイニエー」ト稱セリ然ルニ千八百十五年ノ「グヰヤナ會議」ニ於テ之ヲ三級ニ別テ全權大使、全權公使、代理公使ト爲シタリ幾モナク千八百十八年ノ「エキストラシヤベル」

ハ會議ニ於テ全權公使ト代理公使トノ間ニ辦理公使ナルモノヲ加ヘ總計四箇ノ階級ト爲セリ

第一 全權大使

全權大使ニ國家ヨリ派遣スルモノト羅馬法王ヨリ派遣スルモノトアリ前者ヲ「アンバサドル」ト謂ヒ後者ヲ「ノンスト」ト謂フ兩者各、同一ノ地位同一ノ權利ヲ有スルカ故ニ茲ニハ之ヲ總括シテ所謂全權大使ナルモノカ如何ナル權利ヲ有スルヤヲ述フヘシ

全權大使ハ唯リ本國ノ國家ヲ代表スル所ノ全權的機關タルノミナラス併セテ又本國ノ元首ノ一身ヲ代表スルモノナリ是レ「グヰヤナ條約」附屬公使階級規則第二條ニ定ムル所ニシテ大使カ外國ニ駐在スルハ恰モ本國ノ元首カ外國ニ在ルカ如ク看做サルモノナリ此他全權大使ハ其駐在國ノ元首ヨリ直接ニ親任セラルルモノナリ此終ノ點ニ付テハ全權公使辦理公使モ亦全權大使ト同一ナリ

全權大使ハ前述ノ如ク本國ノ元首ノ代表的性質ヲ有スルカ故ニ其結果トシテ直接ニ駐在國ノ元首ト談判スルノ權利ヲ有シ此談判ニ依リテ全權大使ノ本國ト

駐在國トノ權利義務ノ關係ヲ作ルコトヲ得ヘシ尤モ駐在國ノ憲法カ此ノ如キ直接談判ヨリ權利義務ノ關係ヲ生スルコトヲ認メサル場合ニハ此限ニ在ラス此權利ハ全權大使ニ專屬スルモノニシテ全權公使辦理公使及ヒ代理公使ノ有セサル所ナリ

全權大使ハ形式上ノ權利トシテ閣下ナル尊稱ヲ受クルコトヲ得ヘシ此權利ハ獨リ全權大使ニ限ルモノニ非スシテ全權公使及ヒ辦理公使モ亦此權利ヲ有ス全權大使ハ駐在國ノ元首及ヒ配偶者ニ信認狀ノ捧呈ヲ爲スニ當リ他ノ公使ト異ナリタル特別ノ儀式ヲ受クルノ權利ヲ有ス又外交團ノ團員ヨリ先ツ訪問ヲ受クルノ權利ヲ有シ儀式ノ場合ニ六頭曳ノ馬車ヲ驅リ其馬ノ頭ヲ「フキ」以テ飾ルノ權利ヲ有ス

第二 全權公使(アンボアイユト、エキストララルジチール、エ、ミニストル、ブレニボタンチエール)

特命全權公使ハ全權大使ト同シク本國ヲ代表シ又駐在國ノ元首ヨリ信認セラレルモノナレトモ本國ノ元首ヲ代表スルノ性質ヲ有セス隨テ代表的性質ヨリ

支拂フコトヲ約スル證券ニシテ甲ヲ振出人乙ヲ受取人ト稱ス而シテ記名式無記名式ノ區別支拂期日ノ種類其他裏書償還請求等總テ爲替手形ト同一ナリ而シテ約束手形ノ成立モ亦賣買ニ原因スルコト多シ例ヘハ甲ハ乙ヨリ千圓ノ物品ヲ買入レタルモ直チニ其代金ヲ支拂ハスシテ乙ニ宛テ六十日後拂ノ約束手形ヲ振出スカ如キ是ナリ

小切手ハ當座勘定ノ契約アル者カ其取引銀行ヲシテ券面記載ノ金額ヲ呈示次第受取人又ハ其指圖人指圖式小切手)又ハ持參人持參人拂小切手)ニ支拂ハシムル手形ニシテ其性質ハ一覽拂ノ爲替手形ニ酷似スルモノナリ我商法ニ於テハ小切手ノ支拂人ハ必スシモ銀行タルヲ要セサレトモ銀行ナラサル支拂人ハ實際例外ニ屬スルモノトス又小切手ノ所持人カ之ヲ呈示シテ其支拂ヲ求ムヘキ期間ニ關シテハ諸國ノ法律規定ヲ一ニセサレトモ要スルニ其期間ハ皆短ク我國ニ於テハ日附ヨリ一週間以內トシ其間ニ呈示ヲ爲ササルトキハ償還請求ノ權利ヲ失フモノトス故ニ指圖式ノ小切手ハ裏書ニ依リ持參人拂ノ小切手ハ引渡ニ依リ他人ニ讓渡スコトヲ得レトモ他ノ手形ノ如ク永ク輾轉流通スルモノ

ニ非ナルナリ。小切手ノ表面ニ一條ノ平行線ヲ畫キ其線内ニ單ニ銀行ト記載シ又ハ特定銀行ノ稱號ヲ記載スルコトアリ前者ヲ普通線引後者ヲ特別線引ト稱ス普通線引ノ場合ニハ支拂銀行ハ銀行業ヲ營ムモノニ對シテハ爲シ特別線引ノ場合ニ於テハ其特定銀行以外ニ支拂ヲ爲ササルナリ蓋シ持參人拂ノ小切手ハ之ヲ竊取スル者ト雖モ銀行ニ於テ支拂ヲ受タルコトナシトモ然ルニ線引ト爲シ銀行ニノミ支拂ヲ爲ストキハ此ノ如キ危險ナキヲ得ルナリ。手形ハ所謂抽象的債務ヲ生スルモノニシテ一タビ之ヲ發行スルトキハ手形ヲ作成セル原因ノ性質又ハ存否如何ハ敢テ問フ所ニ非ス而シテ債務不履行ノ場合ニ於テハ手形ノ署名者ニ對シテ所謂手形訴訟ナルモノヲ提起スルコトヲ得セシムルカ故ニ手形ニ署名スル者ハ其責任ノ甚タ重大ナルヲ知ラサルヘカラス而シテ此ノ如ク手形上ノ債務ハ極メテ嚴格ナルモノナルカ故ニ諸國ノ法律ハ手形ノ形式ニ重キヲ置キ苟モ法定ノ形式ヲ具備セサルモノハ手形タルノ效力ヲ失ハシムルモノトス是ヲ以テ手形ヲ授受スル者ハ手形ノ形式ニ深ク注意

第三節 銀行

經濟ノ狀態進步スルニ隨ヒ一方ニ於テハ貨幣ヲ貸與セント欲スル者他方ニ於テハ之ヲ借用セントスル者増加シテ兩者直接ニ信用取引ヲ行フコト少カラサルナリ然レトモ數多ノ場合ニ於テ何人カ貸サント欲シ又何人カ借ラント欲スルヤ互ニ相知ルノ機會ナク且貸主カ借主ノ支拂能力ヲ鑑別スルコト容易ナラサルノミナラス貸與者タハ借用セントスル貨幣ノ數量辨濟ノ時期及ヒ利率ニ關シテ兩者ノ意思全然一致スルコト難シトス故ニ兩者ノ間ニ立テテ双方ノ冀望ヲ達セシムルモノアラハ其便益鮮少ナラサルナリ而シテ今日主トシテ此職務ヲ竭スモノハ銀行ナリトス。蓋シ近代ノ銀行業ハ貨幣ノ兩替又ハ貨幣ノ保管ニ淵源シ此種ノ業務ハ今日モ仍ホ銀行ノ行フ所ナレトモ現今銀行ナルモノノ主タル業務ハ信用ノ授受ニ在リトス即チ銀行ハ之カ辨償ヲ將來ニ約シテ他人ノ貨幣ヲ得ルト同時ニ之カ返

濟ヲ他日ニ期シテ其有スル貨幣ヲ他人ニ與フルモノニシテ前者ニ於テハ銀行債務者ト爲リ後者ニ於テハ銀行債權者ノ地位ニ立ツモノトス故ニ銀行ノ業務ハ之ヲ受信の業務即チ他人ヨリ信用ヲ受クル業務ト受信の業務即チ他人ニ信用ヲ與フル業務トニ區別シ得ルモノニシテ先ツ受信の業務ニ付テ説明セントス』

第一 銀行券ノ發行

銀行券ノ發行ハ現今諸國ニ於テ多クハ中央銀行ノ獨占ニ屬スルコト前章ニ於テ述ヘタル如シト雖モ其銀行業務ノ一タルヤ明カナリ而シテ其受信の業務タルハ他ナシ銀行券ノ所持人ニ對シ銀行ハ債務ヲ有スルモノニシテ其流通スル間ハ世人ヨリ信用ヲ受クルモノナレハナリ

第二 預金

「ツグチル」カ曰ヘル如ク預金ハ信用制度、銀行組織ノ大ニ發達セル國ニ於テハ受信の銀行業務ノ最モ重要ナルモノニシテ遂ニ銀行券發行ノ業務ヲ凌駕スルニ至レリ例ヘハ英國銀行ノ銀行券發行額ハ千八百七十年以來著シキ増加ヲ見サルニ反シ其預金ハ次第ニ増加シテ銀行券流通額ニ二倍スルニ至レリ其他倫敦

諸銀行ノ預金ハ非常ノ巨額ニ達シ隨テ此等諸銀行ノ利益配當額ハ少クモ一割以下ニ下ラス多キハ殆ト二割ニ達スト云フ

如何ナル目的ヲ以テ世人カ銀行ニ預金ヲ爲スカヲ見ルニ

(一) 手許金ヲ自ラ保管スルトキハ盜難火災ノ憂アルノミナラス授受ノ際多少ノ手數ヲ免レサルヲ以テ之ヲ銀行ニ預入レ銀行ヲシテ己ニ代リテ支拂ヲ爲サシムルモノ

(二) 自己業務ノ狀況世上一般ノ景氣等ニ依リ一時運用ノ途ナキ資金ヲ預入ルモノ

(三) 資本ノ金額小ニシテ單獨ニ使用スルノ方法ニ乏シキモノ又ハ其金額ハ甚タ小ナラサルモ所有者自ラ生産的ニ使用シ能ハサルヲ以テ之ヲ預入ルモノ

ニシテ第一ノ場合ニ於テハ其出入頻繁タルヘキカ故ニ其預金ハ何時ニテモ拂戻ヲ受クヘキヲ要シ第二、第三ノ場合ハ然ラズ是レ即チ拂戻ノ時期ニ關シ預金ニ當座預金ト定期預金トノ區別ヲ生スル所以ナリ

抑モ銀行カ預金ヲ爲スハ利益ヲ得ルカ爲メニシテ利益ヲ得ント欲セハ之ヲ運

用セサルヘカラサルナリ然ルニ當座預金ノ如キ請求次第何時ニテモ拂戻ノ義務ヲ負フトキハ其全部ヲ舉ケテ運用スルコト能ハス常ニ相當ノ準備金ヲ備ヘサルヘカラス之ニ反シテ定期預金ニ於テハ拂戻ノ時期定マレルヲ以テ之カ運用ノ期間大ニシテ準備金ノ必要モ亦少シトス是ヲ以テ預金ニ附スル利子ノ割合ハ定期預金ニ高クシテ當座預金ニ低カラサルヲ得サルナリ加之當座預金ハ其目的元來利殖ニ在ラサルヲ以テ無利息ナルモ不可ナク諸國ノ中央銀行カ當座預金ニ對シテ利子ヲ附セサルハ言フヲ埃ダス英吉利蘇格蘭等ニ於テハ普通ノ銀行ニ於テモ亦無利子ナルモノ少カラスト云フ而シテ定期預金ニ對シテハ銀行ハ預金證書ヲ交付シ満期ニ至リ證書引換ニ預金ノ元利ヲ支拂フヲ通則トシ當座預金ハ通常前節ニ述ヘタル小切手ヲ以テ引出スモノトス又當座預金ニ對シテ小切手ヲ振出し以テ現金支拂ニ代フルハ其利便少カラサルヘレト雖モ小切手ノ所持人カ銀行ト取引ナキトキハ却テ不便ナシトセス又經令小切手ノ所持人カ銀行ト取引アリト雖モ所謂振換制度及ヒ手形交換制度ナクシテ未ダ以テ其便益ヲ全ウスルコトヲ得サルナリ例ヘハ茲ニ一銀行アリ甲

乙丙丁等ハ皆此銀行ニ當座勘定ヲ有スルニ當リ甲乙ニ若干ノ金額ヲ支拂ハントスルトキハ甲ハ銀行ヨリ現金ヲ引出シテ乙ニ支拂フヲ要セス乙ニ與フルニ小切手ヲ以テスヘシ乙ハ之ヲ銀行ニ呈示スルモ多クハ現金ヲ受取ラス自己ノ當座勘定ニ記入セシムルモノトス故ニ銀行ハ毫モ現金ノ出入ヲ爲サス單ニ帳簿上ノ振替ヲ爲スノミ而シテ甲乙間ノ貸借ハ決算セラルルナリ其他丙丁間モ異ナルナク同一ノ銀行ニ當座勘定ヲ有スルモノハ皆然リトス是レ即チ振替制度ナルモノナリ現今振替制度ノ最モ發達セルハ獨逸ニシテ即チ獨逸帝國銀行營業所ノ數三百餘ニ上リ當座勘定ノ華客一萬五千ニ達シ其間ニ於ケル支拂ハ振替ヲ以テ之ヲ行ヒ其取扱高ハ非常ノ巨額ナリトス其範圍ニ依ラサルヘカラテ限ルカ故ニ他銀行ニ對スル貸借ノ決算ハ手形交換ノ制度ニ依ラサルヘカラテ小切手ヲ與フレハ乙ハ通例之ヲ己ノ取引スル第二銀行ニ持參シテ預金ト爲スヲ以テ第二銀行ハ第一銀行ニ對シテ之ヲ取付ケサルヲ得サルナリ丙丁更ニ第三

第四ノ銀行ト取引ヲ有スルトキハ又前記ノ如キ關係ヲ生スルヲ以テ銀行ノ數增加シ小切手ノ使用盛大ナルニ至リテハ銀行間ニ於ケル債權債務ノ關係縱橫ニ錯雜シ各銀行簡便別ニ其決算ヲ爲スニ於テハ勞費決シテ尠ナラサルナリ然ルニ毎日一定ノ時間ヲ以テ諸銀行ノ手代一所ニ會シ他銀行宛ノ小切手又他銀行支拂ノ手形ハ各其支拂銀行ノ出張員ニ交付シ同時ニ自行宛ノ小切手又ハ自行拂ノ手形ヲ他銀行ノ出張員ヨリ受取リ而シテ其差額ノミヲ支拂ヒ若クハ受取ルトキハ勞費ヲ省略スルコト大ナリトス殊ニ交換組合ノ諸銀行皆中央銀行ニ當座勘定ヲ有シ交換差額ノ受拂モ亦中央銀行ノ帳簿上ニ於テ振替フルトキハ更ニ便利ヲ加フルナリ此手形交換制度ハ英國ニ濫觴シテ現今諸國ニ行ハレ其交換高ノ大ナリシハ倫敦ナリシモ近時紐育ノ凌駕スル所ト爲レリ我國ニ於テモ東京大阪京都等ニハ此制度行ハルモノトス

第三 債券ノ發行

資金吸收ノ爲メニ債券ノ發行ヲ爲スモノハ所謂不動產抵當銀行ナリトス所謂不動產銀行モ亦此方法ヲ採ルモノアリト雖モ普通ノ銀行ニ至リテハ絶無ト謂フ

又ハ自由ヲ喪失スルトキハ目的タル人格ノ消失ニ因リ父權ハ實行ノ地ヲ失フコト論ヲ須タス其奴隸ト爲リタル場合ニ於ケル結局ハ父ノ奴隸ト爲リタルトキニ等シ

(二) 新ニ他人ノ權下ニ移リタル家子即チ養子及ヒ婦女ニ於ケル夫權ハ其他權者タル狀態ヲ繼續スルモ既ニ有スル所ノ父權ヲ破滅スルモノナリ

(三) 家子解放(Mancipatio) 是レニ特別ナル法律行爲ナリ此方法ニ依リ家父ハ自ラ其子ノ上ニ有セル父權ヲ消滅セシムルモノニシテ奴隸解放時ニ用フル視者Vindicta式ト賣買ニ用フルマンシメント(Mancipio)ノ式ヲ混交シタルモノ成リ古昔時代ニ於テハ十二銅版法ニ依リ子ハ三回ノ賣却ニ因リ女子及ヒ孫ハ一回ノ賣却ニ因リテ父權ヲ解除セラルル既ニ養子ノ項ニ於テ述ベタルカ如シユマシメント(Remancipio)ニ於テハ他規則ニ基キ若シ男子ナルトキハ家父ハ第三者ニ對シ三回ヲ賣買(Mancipio)式ヲ行フ若シ真正ナル賣買ナルトキハ子ハ第三者ノ「マンシビオーム」(Mancipium)ナル權下ニ屬スルモ此際ニハ其目的ヲ異ニスルヲ以テ雖モ第三者ト契約シ其都度直チニ視者ノ式ニ從ヒ之ヲ解放

セシムルモノトス第一回第二回ノ解放後子ハ再ヒ其父ノ權下ニ歸ル然レトモ第三回ノ「マンシビオ」ノ後父權消滅シ第三者カ得タル「マンシビオ」權ノミ存存シ重子ヲ子ヲ解放スルトキハ子ハ自權者ト爲リ第三者ハ恰モ奴隸ヲ解放セタル主保ノ如ク其子ノ上ニ後見相續ノ權ヲ取得スルモノトス故ニ家父ハ此結果ヲ避ケンカ爲メ豫メ第三者ト約シタル所ニ依リ第三回ノ賣買式後更ニ其「マンシビオ」權ヲ家父ニ讓與セシメ次子ヲ子ヲ解放シテ解放者カ被解放者ノ上ニ有スル主保ノ權ヲ得ルモノトス

此家子解放式ハ古昔ニ於テ應用サレタルモノニシテ期限條件等ヲ挿入スルヲ許ナス又此形式ヲ行フニハ必ズ子ノ列席シテ解放ニ承諾ヲ與ヘ或ハ少クトモ反對セサルコトヲ要セリ蓋シ人ノ欲セサルニ自己必然ノ相續者ヲ強フルコト能ハサルト等シク何人タリトモ己ノ意ニ反シ自己カ必然ノ相續者タル權利ヲ剝奪セラルルコト能ハサレハナリ

「アナスタシス」帝ハ子ニシテ不正ナルモ父ハ皇帝ノ裁決ヲ以テ其解放ヲ爲スヲ得ルコトヲ許セリ之ヲ「アナスタシス」帝家子解放法ト呼ビ初メ不在ナル子ノ爲

メニ創設セラレタルモ後一般ニ應用セララルヲ得タリ其後ジュスタニアン帝ニ至リ學理及ヒ實際ヲ合一ナラシメンカ爲メ當時廢棄ニ屬シタル古代ノ形ヲ去リ後來家子解放ハ法官ノ前ニ於テ明言スルヲ以テ足レリトセリ

家子解放ノ結果

家子解放ヨリ生スル結果ハ獨リ家子ニ固有ニシテ既ニ生レタル家子ノ子ハ依然家父ノ權下ニ遺留ス解放サレタル子ニ於テハ自ラ自權者ト爲リ從來存在セシ父權宗族等ノ關係ヲ破壞シ相續權ヲ失丁シ單ニ血族關係ヲ保フノミ又自己ノ貯金ハ父ノ特ニ自ラ之ヲ保有スルヲ示ササルトキハ家子ニ附隨スルモノトス新方式ヲ容レタル「アナスタシス」帝ハ又親族關係ノ破壞ニ拘ハラス家子ハ固有親族ニ對シ相續分ノ一部ヲ得ヘキコトヲ決セリ

第四節 他ノ家族權

第一 夫權(Manus) 上項婚姻ノ部ニ於テ正當結婚ヲ爲スノ際婦ヲ從屬セシムル夫權ナル特異ノ家族權アルヲ說キタリ是レ所謂婚姻原因ニ因ル夫權(Manus)

matrimonii causa) ナリ然レトモ此夫權ハ他ノ場合ニ於テ第三者ニ歸スルコトケリ之ヲ信託夫權 (Mansu fiduciae causa) ト稱ス即チ女子ニシテ宗族アル者ハ遺言ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ宗族關係ヲ破壞セントスルトキ又後見人ヲ變更セント欲スルトキハ又婦女カ相續シタル家ノ祭祀ヲ消滅セシメント欲スルトキ女子自ラ第三者ヲ選ビ名義上夫權ヲ歸スルモノナリ此等ノ場合ハ皆老朽ノ法律ヲ回避センカ爲メ發明シタルモノニシテ之ヲ生セシメタル理由ハ消失ト共ニ其用ヲ廢セリ

第二「マンシビオム」(Mancipium) 此家族權ハ家父ノ承諾ヲ以テ第三者タ家子ノ上ニ得ル所ノモノニシテ父權及ヒ夫權ノ如ク市民法ニ屬スルモノヨリ生ズル權利ハ通民法ニ屬スル奴隸ノ上ニ有スル主人權ニ類似ス「マンシビオム」權ハ家父ノ承諾ヲ以テ爲サレタル賣買ノ式ニ因リ發生スルモノニシテ家子解放ノ際ニ之ヲ用フルハ虛構ノ形式ニ過キサルモノ之ニ反シ賣買ヲ以テ真正ノ目的ト爲シタルトキハ輕カラサルノ結果ヲ生ス例ヘハ(1)家父ハ金錢ヲ得テ家子カ他人ノ爲メニ勞働使役セララルヲ承諾セシトキ(2)子カ他人ニ加ヘシ損害ヲ賠償セ

スシテ子ヲ以テ被害者ニ渡シタルトキ是ナリ此等ノ場合ハ教科時代ニ於テハ已ニ甚タ稀ニ其適用ヲ見タルノミ主トシテ父權ヲ消滅スルノ目的ニ於テノミ「マンシビオム」式ヲ採リタルカ「ジュスチニア」帝ニ至リ其理由ト共ニ消滅セリ此「マンシビオム」ノ下ニ立タル者ノ狀態ハ奴隸ノ地位ニ近ク此權ヲ有スル者ノ生命ニ服從シ勞働セサルヘカラス而シテ其得ル所ノ財產ハ總テ皆主人ニ歸セリ然レトモ又奴隸ト異ナル點ハ市權及ヒ自由ヲ失ハス隨テ一週「マンシビオム」權ヨリ解除セララルトキハ解放奴ニ非サルナリ又賣買セラレタル者ハ五年ニ至リ自然解除セラレ賠償ノ爲メ引渡サレタル者ハ其勞働ニ因リ損害ヲ補充シタルトキハ自由ト爲ルモノトス蓋シ十二銅版法ノ家父ニシテ三回ノ「マンシビオム」ヲ爲ストキハ父權ハ消滅シテ子ハ自體者ト爲ルコトヲ規定セシハ家父權ノ濫用ヲ制限セシ所以ナリ

第四章 後見及ヒ財產管理

一切ノ羈約ヲ脱シ他ノ權下ニ在ラスシテ資產ヲ享有スルハ唯リ自體者ノミナ

ルカ然レトモ或理由ニ因リテ自ラ資産ヲ治シ之ヲ支配スルコト能ハサル者ア
リ法律ハ此等ノ人ニ對シ後見及ヒ財産管理ノ制ヲ立テタリ元來應用ハ幼年者
婦女或ハ精神病ノ故ヲ以テ才智ノ効力不完全ナル者ニ在リトス然ラハ後見及
ヒ財産管理ノ制ハ不能力者ノ保護ヲ以テ其目的トスルカ如キモ當初ニ於ケル
羅馬法ノ精神ハ全ク之ニ異ナリ寧ロ不能力者ノ親族ノ利益ヲ保護センカ爲メ
不能力者ノ行爲ヲ制東シ其親族ニ損害ヲ與フヘキ行爲ヲ防遏センカ爲メ設ケ
ラレタルモノナリシカ此ノ如キ精神ハ漸ク世代ト共ニ變更シ遂ニ全然排斥セ
ラレテ法律ハ身體及ヒ精神ノ薄弱ナル者ヲ保護セサルヘカラストノ博愛ナル
思想ニ由リ代置セラレタリ而シテ新陳兩思想ノ代謝スルト共ニ後見及ヒ管財
規則ノ或モノハ放棄セラレ又或モノハ同時ニ新創セラレタリ
後見ニ付セラルヘキ者ハ(一)未成年者(二)成年ノ女子是ナリ又財産管理ニ付セラ
ルヘキ者ハ(一)狂者(二)浪費者(三)十五年以下ノ未丁年者是ナリ

第一節 後見 (Tutela)

第一 未成年者ノ後見

男女兩性ヲ分タス未成年者ニシテ自權者ト爲ルトキハ必ス後見ニ付セララル
モノトス被後見者ハ之ヲ「ピリウス」(Pilius)又ハ「パウル」(Paulus)ト呼ビ後
見者ハ之ヲ「テュトル」(Tutor)ト呼フ而シテ當初ニ於テハ後見ハ被後見者ノ爲メ
ニスルニ非スシテ市民法ノ所謂親族ノ爲メニ設ケラレタルモノナルヲ以テ幼
者ヲシテ親族ノ監督下ニ屬シ財産ヲ廢散シ能ハサラシメントシタルハ理ノ然
ラシムル所ナリ故ニ後見ハ宗族中ノ最近者即チ幼年者カ無遺言ニシテ死スル
トキハ其相續ヲ受タヘキ者ニ屬シ又古昔ニ在リテハ後見ハ恰モ一種ノ家族權
ノ如ク後見人ノ權力ハ法律上別ニ限界ナク又之ヲ監督スル者ナク後見者カ其
義務ヲ遵守スルハ單ニ嚴正ナル風俗ニ委セルノミニシテ法律ハ絶エテ後見任
務ノ遂行ヲ確保スルコトナカリシカ如シ
後世家父ハ遺言ヲ以テ幼者ノ後見人ヲ指定スルコトヲ得ルニ及ヒ市民法上ノ
親族外ニ後見者ヲ選ビ幼者ノ財産ニ對シ毫モ利害關係ヲ有セサル人ヲ取リ其

保護ヲ委シ後見ハ利潤ナキ一ノ負擔ト變シ又時トシテ法官ハ幼者ニシテ親族ナキカ又ハ父ノ遺言ナキトキハ自ラ後見者ヲ任シ或ハ後見者ノ義務ヲ定メ後見ヲシテ確實ナラシムルニ及ヒテ始メテ幼者ノ保護ヲ以テ後見ノ目的ト爲シタリ是レ教科時代以後ノ後見ニシテジュスチニアシ法典ニ引用セルセルウィユス(Berlioz)ノ定義ニ據リ明カナル所ナリ此定義ニ依レハ後見ハ市民法ニ基キ若年ノ故ヲ以テ自ラ保護スルコト能ハサル自權者ヲ保護スルカ爲メニ選任セラレタル人ニ附託セラレタル權能ナリ

本來後見ハ若年者ヲ保護スルカ爲メニ設ケタルモノナレハ自然ノ道理ニ基キ市民法ニ屬スヘキニ却テ市民法ニ屬シタルハ蓋シ其羅馬ノ公民ノ上ニ他ノ公民カ有スル權能ニシテ公共負擔トシテ思惟セラレ後見人トシテ指示セラレタル者ハ正當ナル理由ナクシテ之ヲ辭スルコト能ハサルニ由ル是ヲ以テ唯リ公共負擔ニ當ルヘキ者即チ男子ノミ後見人タルヲ得タリ唯羅馬法ノ末年ニ至リ母及ヒ祖母ハ或場合ニ於テノミ後見人タルコトヲ許セリ

後見人ハ或義務ヲ負擔スルト共ニ又同時ニ其任務ノ實行ヲ容易ナラシムルカ

雜 報

○詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ノ效果ヲ甘受シタル善意ノ第三者ト損害要債權ニ詐欺取財ノ目的ヲ以テ他人ノ財物ヲ騙取シタル場合ニ於テモ其行爲ハ民法上單ニ取消シ得ルニ止マルモノナルコトハ昨三十六年五月十二日大審院刑事聯合部ニ於テ判決シタル所ナルカ此場合ニ於テ第三者カ其取消ノ效果ヲ甘受シ其法律行爲ノ目的物ヲ返還シタルトキハ詐欺者ニ向ヒ其返還ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ要求スルコトヲ得ルヤ將タ第三者ハ法律上ノ必要ナクシテ自己ノ自由ニ返還シタルモノナルカ故ニ其權利ナシトスヘキカ此問題ハ詐欺ニ因ル法律行爲ノ效果ノ第三者ニ及フ他ノ場合ト共ニ大審院ノ判斷スル所ト爲レリ其判決理由ニ曰ク「原判決理由ニハ家屋地所動産等ハ被告カスエラ欺罔シ甚吉親權者スエ名義ヲ以テ賣渡證書ヲ交付セシメ以テ之ヲ騙取シタルニ在レハ民法ノ規定ニ依リ甚吉ヨリ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得サル旨判示シアリ是ニ由テ之ヲ觀レハ原院ハ被告カ右物件ヲ騙取シタル行爲ヲ以テ詐欺ニ因

ル意思表示ニ基キタル取消シ得ヘキモノトシ民法第九十六條第三項ノ規定ニ依リ其取消ハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト判定シタルモノノ如シ果シテ然ラハ先ヅ其行爲ノ取消アリタルヤ否ヤヲ確定セサル可カラス若シ未タ其取消アラストモシカ同法條ノ第三者對抗問題ヲ生スヘキ謂レナシ又若シ既ニ其取消アリタリトモシカ右法條ノ規定ニ依リ善意ノ第三者ニ對シテハ其取消アリタルコトヲ主張スルヲ得サルモ善意ノ第三者ニ於テハ其取消アリタルコトヲ主張スルヲ妨ケス原判決ノ認ムル所ニ依レハ上告人助三郎外三人ハ善意ヲ以テ右騙取ノ物件ヲ買受ケタル後甚吉ノ請求ニ因リ之ヲ返還シタリト云フニ在レハ若シ前示詐欺ニ因ル意思表示ニシテ既ニ取消サレ無効ニ歸シタリトモハ善意ノ第三者タル上告人等ニ於テハ該物件ノ原所有者タル甚吉ニ之ヲ返還スルト否トハ其權内ニ屬スルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ其返還ヲ拒マサリシコトヲ以テ上告人等ニ其責ヲ負ハシムルノ理由ト爲スコトヲ得サレハ既ニ取消ノアリタルコトヲ認メ物件ヲ甚吉ニ返還シタル以上ハ其損害ノ原因ヲ爲シタル詐欺者ニ對シ之レカ賠償ヲ求ムルコトヲ得サル可カラズ然ル

ニ原院ニ於テ其取消アリタルヤ否ヤヲ確定セスシテ如上ノ判定ヲ爲シタルハ違法タルヲ免レス但シ原判決ノ認ムル所ニ依レハ甚吉ノ親權者ニシテ其代表者タル資格ヲ以テ本件物件ヲ被告ニ賣渡シタルモノナレハ其賣買ハ假令被告ノ詐欺ニ起因シタルモ將タスエノ親權ノ濫用ニ出タリトスルモ荷モ其親權ノ權限内ニ屬スルモノナル以上ハ民法第九十九條ニ依リ直接ニ本人タル甚吉ニ其效力ヲ及ボスヘキモノナルヤ言フ埃タスト(大審院明治三十九年三月十九日第一刑部宣告三十七)

○二人以上ノ債務者ノ爲メニ保證ヲ爲シタル者ノ求償權 一人ノ保證人カ數人ノ共同債務ヲ保證シタル場合ニ於テ求償權ヲ行フトキハ一人ニ對シ全部ヲ請求スルコトヲ得ルカ又ハ各自ノ負擔部分ニ付キ求償スヘキカ將タ平等ノ割合ヲ以テスヘキカ大審院ハ曰ク數人ノ債務者アル場合ニ於テ別段ノ意思表示ナキトキハ各債務者ハ平等ノ割合ヲ以テ義務ヲ負フヘキコトハ民法第四百二十七條ニ於テ明ニ規定スル所ニシテ此原則ハ數人ノ主タル債務者ノ爲メニ保證ヲナシタル者カ債務ノ履行ヲ爲シタルニ因リ主タル債務者ニ對シテ求償

權ヲ行フ場合ニ於テモ亦適用アルヘキコトハ固ヨリ言フ俟タズト(大審院明
年三月三十一日第三十三號判例)債權ノ移轉ニ關シテ債權者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲
シタル法律行爲即チ所謂詐害行爲ノ取消請求權民法第四二四條ハ債權者カ其
債權ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テハ當然讓受人ニ移轉スルモノナルカ大審
院ハ曰ク債權讓渡ナルモノハ讓受人ハ讓渡人ノ特別承繼人ノ地位ニ於テ讓渡
人ノ有セシ權利ヲ其儘承繼スヘキモノニシテ讓渡人カ有セシ詐害行爲取消請
求權ノ如キモ債權ノ效力トシテ讓渡人ノ享有セシモノナレハ其債權ノ讓渡ト
共ニ當然讓受人ニ移轉スルモノト云ハサルヲ得スト(大審院明治三十七年
二月二十四日判決)民事部判決第
○五大法律學校聯合懸賞大討論會問題 來ル二十四日午後一時ヨリ本大學
ニ於テ開會スル五大法律學校聯合懸賞大討論會ノ問題左ノ如シハ其賣買ハ
賄賂トシテ官吏ニ贈ルヘキ旨ヲ表示シテ委託シタル金錢ヲ消費シタル者ハ
委寄金費消罪ヲ以テ論スルコトヲ得ルカ岡田博士出題ノ問題ハ從價ノ賣買ハ

法學志林

第五十五號 四月十五日 發行
每月一圓四角五分 發行
定價一冊拾貳錢
郵稅一冊拾貳錢
郵稅一冊拾貳錢
郵稅一冊拾貳錢

◎ 志林

●校友生徒校外生ニ限リ特價一冊拾錢郵稅壹錢十冊前金郵稅共壹圓
○最近判例批評 法學博士 梅松次郎
○先取特權ニ準用スヘキ抵當權ノ規定(承前) 法學博士 寺本謙次郎
○戰國會議召集ノ勸諭ト議院法第一條及 法學博士 清水次郎
○帝國議會選舉法第七十三條トノ關係 法學博士 梅松次郎
○家族タル女子ト入夫婚姻 法學博士 梅松次郎
○陸戰海戰ノ區別スル標準 法學博士 梅松次郎
○民法上ノ共有ト船舶共有トノ關係 法學博士 梅松次郎
○日露戰爭開始ノ時期 法學博士 梅松次郎

◎ 解疑

○大審院新判決例三十一件 法學博士 梅松次郎
○擬律擬判試驗答案二件 法學博士 梅松次郎

◎ 判例

○記名國債ノ質入ニ關スル法律 三山島砲臺問題 法律ノ公布 腐敗セル露國 非常
○特別說法ノ辯護士ノストライキ 秋山代議士ノ處決 檢察總長ノ辭表 高等司法官ノ
○交送 法政大學校友會春季大會 法政大學校友會東京支部春季總會 法政大學校友會
○死○寄贈書目 選定 實業懇話會 校友茶話會 懸賞討論會問題 校友異動 校友

◎ 記事

○法學志林(自第四十號)總目錄

發行所

法政大學

特別法講義錄

第十三號 (四月三日發行)

每月一回發行
謝金十五錢

現行租稅法論 法學士 若槻禮次郎

競賣法 法學士 吾孫子勝

著作權法 法學博士 永野鍊太郎

公證人規則 法學士 山脇貞夫

執達吏規則 法學士 岡八

○戶籍法(完結) 法學士 島田鐵吉

○人事訴訟手續法(完結) 法學士 松岡義正

○特許法(完結) 法學士 杉本貞治郎

●一號ヨリ缺本ナシ

四月 法政大學

明治三十七年四月十八日印刷
明治三十七年四月二十一日發行
(定價金貳拾錢)

編輯兼發行所 東京市牛込區牛込北町十番地 萩原敬之

印刷者 東京市牛込區矢來町三番地 小宮山信好

印刷所 東京市芝區四ノ久保町舟町十一番地 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 法政大學

(電話番町百七十四番)

(明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可)
每月十四日三十五日八日十一日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行