

法政大学講義録

横田, 秀雄 / 秋山, 雅之介 / 中村, 進午 / 泉二, 新熊 / 梅, 謙次郎

(出版者 / Publisher)

法政大学

(巻 / Volume)

10

(号 / Number)

1学年の4

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

123

(発行年 / Year)

1907-01-12

四十年度

法政大學講義錄

第十號

法政大學發行

（明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可）
（每月三四、十日、二十日、三十日發行）

明治四十年一月十日發行

（第壹學年ノ四）



四十年年度第十號目次

民法總則 (至六二五) 法學博士 梅謙次郎

民法物權(第一部) (至五三三) 法學士 橫田秀雄

刑法汎論 (至九七〇) 法學士 泉二新熊

國際公法(平時) (至一九六) 法學博士 中村進午

國際公法(戰時) (至一七四九) 法學博士 秋山雅之介

雜錄 ○大審院判例要旨

ソレニ付テハ、財産ノ目録ヲ調製シテ置カナケレバ初メドレシケノ財産ガアツタカト云フコトガ分ラヌ、初ニ是丈ケノ財産ガアツテ、ソレノ管理ノ仕方ガ宜カッタカラ今ニ是丈ケノ財産ガアル、管理ノ仕方ガ悪カッタカラ是丈ケニ減ッテ居ルト云フコトガ後日分ラヌケレバ管理人ノ責任ヲ明カニスルコトハ出来ヌ、ソレデ此財産目録ノ調製ト云フコトハ最モ必要デアアル

ソレカラ不在者ガ自ラ定メテ置イタ管理人ニ付テモ本人ガ生死不分明ノ場合ニハ矢張り同様ノ必要ガアル、何トナレバ此場合ニハ本人ガ自ラ管理人ヲ監督スルコトガ出来ナイ、或ハ死ンデ居ルカモ知レヌ、ソレ故ニ利害關係人ハ矢張り目録ノ調製ヲ命ジテ後日管理ノ不當ガアルカ、ドウカト云フコトヲ確メテ手立ヲ拵ヘテ置カナケレバナラヌ、ソレデ第二十七條第二項ノ規定ガアル

不在者ハ、生死分明ナラサル場合ニ於テ利害關係人又ハ檢事ノ請求アルトキハ、裁判所ハ不在者カ置キタル管理人ニモ前項ノ手續ヲ命スルコトヲ得

是ハ目録調製ノ事デアアルガ、此他ニモ矢張り必要ナル行為ハアル、例ヘバ其財産ノ中ニ或會社ノ株ガアル、其會社ハ世ノ中ノ信用ヲ失フテ、日ニ日ニ其價ガ下ルト云フトキニハ速ニソレヲ賣却シテ仕舞フガ利益デアアル、寧ロサウシナケレバ其株式ト云フモノハ全ク價ヲ失フテ仕舞フカモ知レヌ、又財産ノ種類ニ依ッテハ長ク保存スルコトガ出来ナイ、飲食物ハ勿論其他ノ商品デモ保存ノ困難ナルモノガアル、サウ云フモノハ速ニ賣却シテサウシテ寧ロ代價ヲ銀行等ニ

預ケテ置イタ方ガ安全デアル、サウナケレバ寧ロ財産ガ實際無クナルト云フコトガアル、總テソレ等ノ事ハ管理人トシテシナケレバナラヌコトデアルガ、若シ管理人ガ其注意ヲ怠タツテ居ル場合ニハ裁判所ヨリシテ之ヲ命ジナケレバナラヌ、ソレデ第二十七條第三項ノ規定ガアル

右ノ外總テ裁判所ガ不在者ノ財産ノ保存ニ必要ト認ムル處分ハ之ヲ管理人ニ命スルコトヲ得

第三ニハ管理人ノ權限ノ問題デアルガ、管理人ハ如何ナル權限ヲ持ツテ居ルカ、不在者ガ定メテ置イタ所ノ管理人デアレバ自ラ其權限モ定メテ居ル筈デアル是ハ總テノ委任ノ場合ニ於ケルト同ジコトデアル、唯本人ガ特ニ其權限ヲ定メテ置カヌケレバ民法第百三條ノ規定ニ依ツテソレハ所謂管理行爲ノミヲ爲ス權限ガアルト云フコトニナル裁判所ニ於テ選ンダル管理人ハドウカト云フニ是モ矢張り原則トシテハ第百三條ニ定メタル權限ガアル、併シ實際ニ於テハ往往其權限ヨリモ外ノ行爲ヲ爲ス必要ノアルコトガアル例ヘバ不在者ノ財産ノ中ニ或會社ノ株式ガアル、ドウモ其會社ノ株式ハ利益デアル、ソレヨリハ他ノ會社ノ株式ヲ買ツタ方ガ利益デアルト思フ、是ハ所謂管理行爲デハナイ併ナガラ時トシテソレガ甚ダ必要デアル、ソレカラ又不在者ノ財産ニ屬スル所ノ不動産ガアル、其不動産ヲ隨分高價ヲ以テ買ヒタイト云フ者ガアル、ソレデ賣ツタ方ガ確ニ利益デアルト云フヤウナ場合、是ハ固ヨリ所謂管理行爲デアリマセヌカラ通常ハサウ云フコトハ出來ナイ、併シ本人ノ利益デアルト云フコトハ疑ガナイト云フコトガアル、凡ソ此等ノ場合ニ於テハ特ニ裁判所ノ許可ヲ得テ爲スコトガ出來ル

第二十八條 管理人ガ第百三條ニ定メタル權限ヲ超ユル行爲ヲ必要トスルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得

是ハ裁判所ニ於テ選任シタル管理人ニ付テハ最モ當然ノ事デアアルガ、尙ホ不在者ガ自ラ定メテ置イタ管理人デアツテ而モ其權限ガ定メテ居ル場合、ソレハ特ニ契約ヲ定メテ居ル場合モアリ、又ハ法律ノ規定ニ依ツテ管理行爲ヲ爲ス權限ヲ有スルコト云フ場合モアル、總テソレ等ノ場合ニ於テ原則トシテハ本人ノ承諾ヲ得ナケレバ權限外ノ行爲ヲ爲スコトノ出來ヌノハ勿論デア

ルガ、併シ本人ガ生死不分明デアルト云フトキニハ本人ノ承諾ヲ得ルコトハ出來ナイカラ、此場合ニハ矢張り裁判所ノ許可ヲ得テ權限外ノ行爲ヲ爲スコトガ出來ル

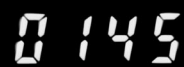
不在者ノ生死不分明ナラサル場合ニ於テ其管理人カ不在者ノ定メ置キタル權限ヲ超ユル行爲ヲ必要トスルトキ亦同シ

終ニ第四ニハ管理人ノ權利義務ノ事ガ規定シテアル

第二十九條 裁判所ハ管理人ヲシテ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

裁判所ハ管理人ト不在者トノ關係其他ノ事情ニ依リ不在者ノ財産中ヨリ相當ノ報酬ヲ管理人ニ與フルコトヲ得

不在者ノ財産ノ管理人ハ頗ル責任ノ重イモノデアアルト云フコトハ以上論ズル所ニ依ツテ御分リ



デアラウト思フ、不在者ノ財産ノ全部ヲ管理シテ居ル者デアルカラ、管理ガ其當ヲ得ナケレバ財産ガ損害ヲ受ケル、甚シキハ管理人ガ横領スル虞ガアル、ソレ故ニ裁判所ニ於テ必要ト認メル場合ニ於テハ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトガ出來ル、危險デアルト思ウタラバ管理人カラ供託ヲ爲サシムルコトモ出來ルシ、質權ヲ設定セシムルト云フコトモ出來ルシ、抵當權ヲ設定セシムルト云フコトモ出來ル、或ハ保證人ヲ立テシムルト云フコトモ出來ル、其代リニ管理人モ此ノ如キ重責任ヲ負フコトデアルカラ場合ニ依ッテ報酬ヲ求ムルコトガ出來ナケレバナラス、是ハ必ズ報酬ヲ與ヘルト云フコトニハナツテ居ラス其譯ハ此管理人ニハ多ク親族ナドガ選バルル、近イ親類ナドナラバ、報酬ヲ貰フト云フコトハナイコトデアアル、殊ニ推定相續人ナドハ畢竟自己ノ利益ノ爲メニ管理人トナツテ居ルノデアルカラ無論報酬ナドヲ受クルコトハ出來ナイ、ソコハ裁判所ガ管理人ト不在者トノ關係其他ノ事情ニ依ッテ之ヲ與フルト與ヘナイト極メル——其他ノ事情ト云フノハ例ヘバ管理人ガ貧乏人デアアル、之ニ反シテ不在者ハ資產家デアルト云フヤウナコトモ矢張り「其他ノ事情」ノ中ニ這入ル

以上ハ失踪ノ宣告前ノ規定デアアル次ニ論ズベキハ失踪ノ宣告ニ關スル規定デアアル、之ニ付テハ第一、失踪ノ要件ト云フモノヲ論ジナケレバナラス、ソレハ民法第三十條ニアル

第三十條、不在者ノ生死カ七年間分明ナラサルトキハ裁判所ハ利害關係人ノ請求ニ因リ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

戰地ニ臨ミタル者沈没シタル船舶中ニ在リタル者其他死亡ノ原因タル、ヘキ危難ニ遭遇シタル者ノ生死カ戰爭ノ止ミタル後船舶ノ沈没シタル後又ハ其他ノ危難ノ去リタル後三年間分明ナラサルトキ亦同シ

此期間ハ國國デ違フノデス、尤モ纏テ論ズベキ失踪ノ效力如何ニ因ツテ自ラ年限ニモ長短ガアル、民法施行前ニ在リテハ三十六箇月ト云フノガ原則トナツテ居ッタ、即チ滿三年ソレハ永尋ト申シテ今日ノ失踪トハ效力ガ大變遷フケレドモ先ヅ廣イ意味ニ於ケル失踪デアアル、併ナガラ此ノ如キ短キ期間ヲ原則トシテ採用シテ居ル國ハ私ハ知ラス、多分ナカラウト思フ、殊ニ失踪ノ效力ヲ纏テ論ズルガ如ク死亡ノ推定ト云フコトニスルト期間ガ餘リ短クツテハ甚ダ不當ナル結果ヲ生ズルカラ勢ヒ期間ヲ長クシナケレバナラス——無論民法施行前ノ失踪ハ死亡ノ推定ヲ效力トシテ居ルモノデハナカッタ、ソレデ獨逸ナドノ例ニ依ッテ我民法ノ草案即チ政府案ニハ「十年」ト云フコトニナツテ居ッタソレヲ衆議院ニ於テ「七年」ニ短縮致シタノデアアル、併シ私共ノ思フニハドウモ七年ハ短イ、失踪ノ效力ガ、從來ノ永尋同様ノモノデアルナラバ十年ハ長イカモ知レヌケレドモ、死亡ノ推定ト云フ效力ヲ生ズルモノデアルナラバ十年デモ或ハ短クハナイカト云フ虞ガアル、殊ニ我邦ニ於テハ從來モ隨分海外ニ出ヅル者ガアッタガ近來益々海外ニ出ヅル者ガ多クナツテ、今後ハ愈々是ガ多クナラナケレバナラス、サウスレバ隨分危險ヲ冒シテ遠隔ノ土地ニ旅行スル者モ出來テ參ルカラ長キ間音信ヲ絶ワテ居ッタ者ガ再ビ現ハレ出ヅル

ト云フコトガ頻繁デアラウト思フソレドモ七年ハ短イト私ハ思フ、此期間ガ短キニ失シテ居リハセスカト思フ證據ハ我邦ニハ失踪ノ宣告ヲ取消ト云フモノガ非常ニ頻繁デ、殆ド毎日ノヤウニ官報ニ出テ居ル、所ガ難テ論ズル如ク失踪ノ宣告ヲ取消ト云フモノハ一旦死亡ト云フコトニナラテ法律上ノ人格ヲ失フタ者ガ復タ人格ヲ得ルト云フノデスカラ容易ナラヌコト、ソレガ毎日ノ官報ニ出ルヤウデハ甚ダ困ラタコトデアラウト思フ、是ニハ失踪ノ宣告ヲ輕率ニ爲スト云フコトモアラウケレドモ、或ハ期間ガ短キニ失シテ居ルカト思フ、

例外ト致シテ戰地ニ臨ミタル者、沈没シタル船舶中ニ在リタル者其他死亡ノ原因タルベキ危難ニ遭遇シタル者ハ三年ト爲テ居ル、是ハ多クノ場合ニ於テ直チニ死亡シタデモアラウト推測スルコトガ出來ル、戰地及ヒ船舶沈没ノ場合ノ外死亡ノ原因タルベキ危難ト云フノハ例ヘバ先年ノ美濃、尾張ノ大地震ノ場合ノ如キデ人ガ澤山死シタ、サウ云フトキニ見エナクナッタ人ハ多分其時ニ死シタデアラウ、或ハ又大火デアラウテ多クノ人ガ燒死シタト云フトキニ見エナクナッタト云フ者デアラナラバ多分其者モ燒死シタデアラウト推測ガ出來ル、併シ其當時見エナイ者デモ暫クシテ還ラテ來ルコトモアルカラ三年ハ待ツ、三年待ラテ還ラヌケレバ最早死シタ者ト見ル尙ホ此「生死不分明」ト云フコトハ事實問題デアラウテ畢竟裁判官ノ認定ニ任ズル外ハアリマセヌガ、何人モ生キテ居ルト云フ消息ヲ聞カナイノガ詰リ生死不分明ト云フコトニナラ

第二ニハ失踪ノ效力——之ニ付テハ死亡ヲ推定スル主義ト然ラザル主義トアルケレドモ我民法

ハ之ヲ推定スルト云フ主義ヲ取ツタ、即チ失踪ノ效力ハ死亡ノ推定デアアル、ソレ故ニ獨逸ナドデハ死亡ノ宣告ト云フ詞ヲ使ヒマスガ、我民法ニハ矢張り舊民法ノ言葉ヲ用ヒテ「失踪ノ宣告」ト云フテ居ル

第三十一條 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

唯何レノ時ニ死亡シタルノデアアルカト云フコトニ付テ非常ニ主義ガ分レテ居ル、外國ニ行ハレテ居ル主義ニハ四ツアル、此主義ハ必ズシモ死亡ノ推定ヲ爲スト否トニハ拘ハラヌ、佛法系ノ國國ニ於ケルガ如ク、縱令死亡ノ推定ヲ爲サズトモ一定ノ時期ニ於テ死亡ニ準ズベキ效力ヲ生ゼシムル、例ヘバ假ニ相續ヲ爲サシムルト云フヤウナコトガアルノデスカラドウシテモ時期ヲ

定メナケレバナラス從テ此時期ニ付テ四ツノ主義ガアル
第一ノ主義ハ最後ノ音信ノ時ト云フノデアアル、最後ノ生キテ居ッタト云フコトノ證據ノアルトキ「音信」ト云フ字ハ正確デスケレドモ「音信」ト云フ字ガ使ッテアル例ヘバ或人ガ最後ニ手紙ヲ出シタノハイッデアアル、其後ハ生キテ居ルカ死ンデ居ルカ分ラヌ、或ハ又最後ニ他ノ人ガ面會シタノハイッデアアルガ、ソレカラ後ハ誰モ面會シタ人ハナイト云フヤウナノデアアル、此主義ヲ採用シテ居ルノハ多ク佛法系ノ國國デ、即チ舊民法ニモ採用シテ居リマス、佛蘭西、伊太利、和蘭、白耳義民法草案ナドガ之ヲ採用シテ居ル、此主義ハ私ハ確ニ採用ノ出來ナイ主義デアルト思フ、殊ニ死亡ノ推定ト云フ主義ヲ取ツタ以上ハ到底是ニ依ルコトハ出來ナイ、ナゼト

云フニ最後ノ音信ノ日ト云フノハ確ニ生キテ居ッタト云フ證據ノアル日、確ニ生キテ居ッタト云フ證據ノアッタ日ヲ以テ死亡シタル日ト看做スト云フコトハ事實ニ反シ又理論ニモ反シテ居ル、稀ニハソレカラ直グニ頓死スルト云フコトモアルケレドモサウ云フコトハ滅多ニナイノデアル

第二ニハ失蹤ノ宣告ノ日又ハ其宣告ノ裁判ガ確定シタ日、是ハ細カク言フト二ツニ分レル、宣告ノ日ト云フトソレカラ愈々確定シタ時、ソレニ付テ上訴ノ出來ナクナッタ時ト云フトデアアル、此第二ノ主義ヲ採用シテ居ルノハ例ヘバ奧地利、西班牙、瑞西ノ中デ「グラウブンデン」ソレカラ獨逸民法ノ出來ナイ中ニハ普瀟西「バイエルン」其他多數ノ獨逸聯邦ノ法律ハ皆此主義ヲ取ツテ居ッタ、ソレデ獨逸民法モ第一ノ草案ニハ矢張り此主義ヲ取ツタ、此主義ハチヨット考ヘルト最モ理論ニ適シテ居ルヤウニ思ヘル、抑、失蹤ノ宣告ナルモノハ必ズ裁判所ノ裁判ヲ要スルノデ裁判ノアルマデハ縱令如何程年數ガ立ツテモ失蹤ト云フモノハナイ、然ラバ裁判所ノ裁判ニ依ツテ失蹤ト云フトハ定マル、故ニ其カラ死亡ノ推定其他失蹤ノ效力ガ生ズルト云フノガ至當デアルト云フノデ、理論上ノ議論ト致シマシテハ最モ強力ノヤウニ見エル(唯宣告ノ時カラ效力ヲ生ゼシムルカ或ハ上訴ガ出來ナクナツテカラ效力ヲ生ゼシムルカト云フトハ是ハ枝葉ノ論デアアル)、去ナガラ實際ニ於テハ頗ル不公平ナル結果ヲ生ズル、失蹤ハ多ク利害關係人ノ請求ニ依ツテ爲スノデアアル、我民法デハ明カニ「利害關係人ノ請求ニ因リ」ト爲

テ居ル、其利害關係人ト云フモノハ場合ニ依ツテ早ク失蹤ノ宣告ノアルコトヲ利トスルコトモアリ又ハ遲ク其宣告ノアルコトヲ利トスルコトモアル、是ハ外ノ事ニ付テモ利害ガアルケレドモ相續ニ付テ考ヘテ見テ最モ著シイコトデアアル、相續權ハ相續開始ノ時ニ確定スル、ソレマデハ確定ノ權利ト云フモノハナイ、從テ相續開始ノ時ガ早イノト遅イノトデハ相續人ガ違フコトガ多イ、即チ失蹤ノ效力ハ死亡ノ宣告ニ類似スル、若クハ之ニ均シイ結果ヲ生ズルト云ヘバ、其效力ノ生ズル時ノ早イノト遅イノトデハ相續人ガ違ヒ得ル、例ヘバ私ニ甲乙二人ノ子ガアル、ドチラモ男子ト假定シマセウ、兩人共生存シテ居ル中ニ私ガ死ネバ無論其長男ノ子ガ相續スル、併シ若シ長男ガ死亡シテ後ニ私ガ死スレバ次男乙ガ相續スルカラ此失蹤ノ場合デモ失蹤ノ效力ガ長男ノ生存中ニ生ズレバ長男ガ相續スル、ソレカラ死亡シテカラ生ズレバ次男ガ相續スル一旦長男ガ相續シテカラ後ニ次男ガ相續スルト云ヘバ長男ノ債權者ガ相續財產ニ付テ權利ヲ行フ、デスカラ次長ガ相續スルトキニハ財產ガ無クナツテ居ルカ、又ハ大ニ減ジテ居ルカモ知レス、之ニ反シテ直チニ次男ガ相續スレバ長男ノ債權者ハ相續財產ニ付テ權利ヲ行フコトハ出來ナイ、故ニソレハ效力ニ於テ大變ナ違ヒガアル、ソコデ失蹤宣告ノ日若クハ宣告確定ノ日ト云フコトニナルト隨分弊害ガ行ハレル、今ノ場合ニ長男ハ失蹤ノ條件ガ滿チテ居ルト云フコトヲ氣ガ附カヌデ居ル、次男ハ氣ガ附イテ居ル、此場合ニ長男ガ病氣デ死ニ掛ツテ居ルト云フト、次男ハ失蹤ノ條件ノ滿チテ居ルコトヲ秘シテ置イテ、長男ガ死ンデカラ失蹤ノ宣告ヲ請求スル、サ

ウスルト云フト次男ガ相續スル、逆マニ長男ガソレヲ知ツテ居ルト自分ガ死ナナイ中ニ早ク失踪ノ宣告ヲシテ置イテ貰ハウト斯ウ云フコトニナル、詰リ悪言ヘバ狡猾ノ者ガ得ヲスルト云フ譯ニナル、其他ノ場合ヲ想像シテモサウデスガ、今ノ場合一ツヲ想像シテモ大變ナ利害ガアル、加フルニ裁判所ノ仕事ハ随分裁判官ノ勤怠ニ依ツテ早ク宣告ガアツタリ運ク宣告ガアツタリスル、尤モ裁判官ノミニハ依ラス、辯護士ノ勤怠ニ因ルコトモ多イ、兎ニ角當事者以外ノ者ノ勤怠ニ因ツテ宣告ノ時期ガ早カツタリ遅ツカタリスル、サウ云フコトハ甚ダ不公平デアル、ソコデ此第二ノ主義ハ我民法ニ於テ採用シナツカタ

第三ノ主義ハ是ハ公示催告期間満了ノ日、失踪ノ宣告ヲ爲ス手續ハ人事訴訟手續ニ極ツテ居ル、從テ此處デハ論ジマセスケレドモ、其手續ハ主トシテ「公示催告」ノ方法ニ依ルト云フコトニナツテ居ル、人事訴訟手續法第七十條ニ「失踪ノ宣告及ヒ其宣告ノ取消ニハ以下數條ニ定メタルモノノ外民事訴訟法第七百六十五條乃至第七百七十五條ノ規定ヲ準用ス」トアル其第七百六十五條以下ノ規定ト云フモノハ詰リ公示催告ノ規定デス、第七百六十五條ニハ「公示催告ノ申立ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得云云」トアル、ソレデ第三ノ主義ハ「公示催告ノ期間満了ノ日」ト云フノデアル、公示催告」ト云フノハ一定ノ期間ノ中ニ其人ガ生キテ居ルコト其他ノ消息ヲ申出デロト云フ催告ヲ爲スノデアツテ、其期間ガ満了シテモ誰モ何トモ言フテ來ナケレバ、ソコデ失踪ノ宣告ヲ爲スコトニナル、其満了ノ日ヲ以テ死亡ノ日ト看做スト云フ

ノデアル、是ハ獨逸ノ民法施行前ニ獨逸聯邦中ノ少數ノ國ニ於テ行ハレテ居ツタ、多數ハ今申シタ通り第二ノ主義ヲ取ツテ居ツタ、此主義ハ幾分カ前ノ主義ヨリモ實際ニ於テハ宜シイ、即チ期間ガ満了シテカラ後失踪ノ宣告ヲ爲スマデノ時期ニ付テハ裁判所ノ勤怠其他ノ理由ニ因ツテ或ハ後レルコトガアルケレドモ期間満了ノ日ハ幾分カ裁判所ノ勤怠等ノ結果ヲ受タルコトガ少イト云フコトカラ第二ノ主義ヨリハ幾分カ弊ガ少イ、併ナガラ失踪ノ宣告ノ請求ト云フモノヲシナケレバ公示催告ト云フモノハナイカラ其請求ヲ爲スニ付テ不公平ト云フコトハツキキ申上ゲタ通りデアル、其上ニ理論カラ言フト是ガ最モ據リ所ガ少イデアラウト思フ、失踪ノ宣告即チ死亡ノ推定ト云フモノハ裁判所ノ裁判ニ依ツテ定マルト云フ理論カラ言ヘバ第二ノ論ハ洵ニ間然スル所ノナイヤウニ思ヘルケレドモ公示催告期間満了ノ日ト云フノニソレ程ノ據リ所ハナイ、成程其期間ガ満了シタト云フ以上ハ裁判所ハ失踪ノ宣告ヲシナイト云フ譯ニハイカヌ、裁判所ハ是ニ因ツテ羈束セラルルト云フコトハアルケレドモ、併シソレヲ言ヘバ寧ろ法律ニ定メタル條件ガ具ハリ即チ原則トシテ七年、例外トシテ三年ト云フヤウナ其期間ガ満了スレハ當然失踪ノ宣告ヲシナケレバナラス、公示催告ハ唯一ノ手續ニ過ギス、詰リ生死ガ不分明デアルト云フケレドモ公示催告ヲ爲シテ見スト云フト果シテ生死ガ不分明デアルカ、ドウカ分ラヌト云フガ爲メニ此公示催告ヲ爲スノデアル、成程第三十條ニハ「失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得」トアルカラ、裁判所ハ期間ガ満了シテモ失踪ノ宣告ヲシナクテモ宜イカト云フ疑ヲ起ス者

ガアルカモ知レヌガ、法律ニ裁判所ガ「何ヲ爲スコトヲ得ル」ト書イテアルノハ詰リ裁判所ノ職務ヲ定メタモノデ、ソレガ必要ガアレバソレヲシナケレバナラスノデアアル、事柄ノ性質ニ依ツテ（後ニ論ズベキ能力ニ關スル規定ナドニ於テモ矢張り同様デスガ）「得」ト書イテアツテモ職務上ソレヲシナケレバナラス場合ガアルシ、又裁判所ノ見込ニ因ツテ選擇シナケレバナラス場合ガアル、所ガ失踪ノ場合ノ如キハチャント生死不分明七年以上トカ三年以上トカ定メテアツテ其條件ガ具ハツテ居レバ裁判官ガ斟酌ヲ爲ス餘地ハナイ、斯ウ云フ場合ニハ苟モ利害關係人ノ請求ガアル以上ハ而シテ法律上ノ條件ガ總テ具備シテ居ルト云フコトヲ認メタ以上ハ是非宣告ヲシナケレバナラス、コト羈束セラルルト云フ方カラ云ヘバ寧ロ法律上ノ條件ノ具備シタルトキト謂ハナケレバナラス、此「公示催告期間満了ノ日」ト云フノハ理論カラ言ツテ見テモ、實際カラ言ツテ見テモ最モ據リ所ガ少イ

終ニ第四ノ主義ハ即チ期間満了ノ日——七年トカ三年トカ生死不分明ノ期間満了ノ日ト云フノデアアル、此主義ヲ採用シテ居ルノハ獨逸民法施行前ニ於テハ「サクセン」民法、ソレカラ瑞西「ツューリヒ」ノ民法、ソレカラ現行ノ獨逸民法、第一草案ニハ第二ノ主義ガ取ツテアツタケレドモ、第二草案以後ニ於テハ矢張り此主義ヲ取タ、尤モ獨逸ハソレガ原則デアツテ、其外ニ例ヘバ裁判所ガ特ニ死亡ノ日ヲ定メタル場合ニハ其日トカ其他種種ノ例外ガアリマスケレドモ詰リ原則ハ「期間満了ノ日」ト云フコトニナツテ居ル、我民法ニ於テモ此主義ヲ取ツタ其理由ハ

ドウデアアルカト云フト、理論ニ於テモ是ハ説明ガ出來ル、詰リ法律ガ此期間満了スルマデハ死亡シタモノト看做サヌ、裏面カラ言ヘバソレマデハ生キテ居ルモノト看做スト云フノデアアル、サウスレバ期間ガ満了シタトキニ死亡シタモノト看做スト云フノハ理論ニ於テモ十分説明ノ出來ルコトデアアル、實際ニ於テモ民法ハ七年又ハ三年ノ法定ノ期間ヲ過グレバモ一死シタモノト看ルト云フノデスカラ、即チイツ死シタト云フコトハ明カデナイガ其期間ヲ過ギタ者ハ總テ死シタモノト看ル、サウスレバ彼ノ最後ノ音信ノ日ト云フガ如ク確ニ生キタ時ヲ死シタ時ト看做スド云フト違フテ稍、事實ニモ近クナツテ來ルノデアアル、況ヤ實際ノ弊害ノ方カラ言フト是ニハ實際アリヤウガナイ、如何ニ早ク失踪ノ宣告ヲシテモ如何ニ遅ク失踪ノ宣告ヲシテモ同ジコトデアアル、詰リ生死不分明ノ期間ガ七年以上デアアルカ又ハ三年以上デアアルカト云フト止マル、故ニ我民法ハ此主義ヲ採用シタ是ヨリ失踪ニ關スル第三ノ點、失踪ノ取消ノ御話ヲ致シマス失跡ハ死亡ノ推定デアルト云フトハ既ニ申上ゲマシタガ、併シ是ハ一ノ推定ニ過ギスノデアアルカラ實際生存シテ居ル者ヲ失踪者トシテ宣告スルコトモアリ、又ハ失踪ノ宣告前風ニ本人ガ死亡シテ居ッタト云フ證據ガ後日ニ於テ現ハルコトモアル、此等ノ場合ニ於テハ唯事實問題デアアルハ如何相成ルモノデアアルカト云フトガ問題デアアル、多數ノ立法例ニ於テハ唯事實問題デアアル即チ法律ノ推定ニ反對ノ事實ガ現ハルレバ失踪ノ宣告ハ自ラ效力ヲ失フノデアアルト云フト居ナツテ居ル、ケレドモ之ニ對シテハ隨分反對論ガアツテ、第一、失踪ノ宣告ガ事實ニ違フテ居



ルト云フコトハ法律上イツ明カニナルノデアルカ、當事者間ニ争ノアル場合ニ於テハ勢ヒ裁判所ヲ煩ハサナケレバナラス、併ナガラ普通ノ裁判ニ於テハ其效力ハ當事者間ニ止マルノデアアルカ、甲ナル者ガ失踪ノ宣告ヲ受ケテ、ソレニ對シテ乙ナル者ガ其宣告ガ誤ツテ居ルト云フコトヲ主張スル、或ハ甲自身ガ其事ヲ主張スル、併ナガラ現ニ失踪者ノ財産ヲ占有シテ居ル所ノ丙ニ向ッテ之ヲ主張スルト云フトキニハソレハ甲又ハ乙ト丙トノ間ニ於テノミ定マルノデアアル、若シ丁ガ出テ來ルト矢張り失踪ノ宣告ト云フモノガ效力ヲ持ッテ居ルコトニナル、ソレ故ニ寧ロ失踪ノ宣告ノ取消ト云フモノヲ形式的ニ裁判所ニ於テ爲スト云フコトガ必要デアアル、就中理論ニ於テモ一旦國家ガ或人ヲ死亡者ト認ムルト云フ宣告ヲシタ以上ハ、而シテソレハ或時期ニ於テ死亡シタル者ト認ムト云フコトニ定ッタノデアアルガ、其裁判ガ事實ト違ウテ居ルト云フナラバ矢張り同一ノ形式ヲ以テ前ノ裁判ヲ取消シテ事實ヲ明カニスルト云フ方が宜シイ、サウスレバ此取消ナルモノハ丁度失踪ノ宣告ガ一切ノ人ニ對シテ效力ヲ有スルガ如ク取消モ亦一切ノ人ニ對シテ效力ヲ生スルカラ是ニ因ッテ前ノ宣告ガ誤ツテ居ルト云フナラバ此宣告ガ全ク無効ニ歸シテ仕舞フノデアアル、此理論カラ我民法ニ於テハ失踪ノ宣告ハ其取消ガナケレバ效力ヲ失ハナイト云フコトニナツテ居ル立法論トシテハ私ハ大ニ疑ヲ持ッテ居ルケレドモ兎ニ角サウ云フ理論デ我民法ハ規定シテ居ル

第三十二條 失踪者ノ生存スルコト又ハ前條ニ定メタル時ト異ナリタル時ニ死亡シタルコト

ハ證明アルトキハ裁判所ハ本人又ハ利害關係人ノ請求ニ因リ失踪ノ宣告ヲ取消スコトヲ要ス

此取消ハ果シテ如何ナル效力ヲ有スルカ、就中此取消ガ既往ニ遡ラテ效力ヲ持ツカ又ハ將來ニ向ッテノミ其效力ヲ有スルカト云フコトガ問題デアアル、將來ニ於テ失踪ノ宣告ガ取消ニ因ッテ全ク其效力ヲ失フコトハ是ハ疑ガナイガ、單ニ將來ノミ止マルカ、又ハ既往ニ遡ルカト云フト之ニ付テハ法律ニ何等ノ規定モアリマセヌカラ從テ多少ノ疑ヲ生ズルノデスガ、私願フニ是ハ原則トシテ既往ニ遡ルノデアアル、取消ト云フモノハ時トシテ既往ニ遡リ、時トシテ將來ニ向ッテノミ效力ヲ生ズルノデアアル、例ヘバ法律行為ノ取消ノ如キハ原則トシテ既往ニ遡ルト云フコトガ規定シテアル(一一一條)、其他ノ場合ニ於テハ取消ガ如何ナル效力ヲ有スルカト云フコトハ特ニ定メテハナイ、例ヘバ夫ガ妻ノ法律行為ニ關スル許可シテ後ニ其許可ヲ取消スト云ハ未成年者ノ法定代理人ガ其未成年者ノ或營業ヲ爲スコトヲ許可シテ後ニ其許可ヲ取消スト云フコトガアル、即チ民法第六條及ビ第十六條、ソレカラ法人ノ許可ノ取消ト云フモノガアル、是ハ第六十八條第一項ノ第四號及ビ第七十一條、此等ノ取消ハ疑モナク將來ニ向ッテノミ其效力ヲ生ズル、是ハ多分議論ノ起ルマイト思フ、ソレ故ニ取消ト申セバ必ズ既往ニ遡ルトカ又ハ既往ニ遡ラヌトカ云フコトハ申サレナイ、其場合ニ依ッテ違フ、失踪ノ取消ニ付テモ何等ノ特別規定ハナイ、サウシテ見ルト是ハ其場合ノ性質ヲ考ヘナケレバナラス、失踪ノ取消ガ效力ヲ既

往ニ遡ラシメナイト云ヘバ、非常ニ結果ヲ生ズル、先ヅ現ニ生キテ居ル者が誤テ失踪ノ宣告ヲ受ケタトキニハ、假令後日其取消ヲ爲シテモソレマデハ死亡シタル者ト法律上看做サルト云ヘバ、假ニ民法上ノミカラ觀察シテモ其者ノ爲シタル一切ノ法律行爲ハ無効デアルト謂ハナケレバナラナイ、即チ法律上人格ノ無イ者、既ニ死亡シタ者デアルカラ、ソレガ或法律行爲ヲ爲スト云フコトハ出来ヌ管デアアル、併シ生キテ居ルノデスカラ盛ニ法律行爲ヲ爲スデアラウト思フ、ソレガ皆無効ニ爲ルト云フコトデアアルナラバ非常ナコトデ、ソナコトガアルナラバ特ニ規定ガナケレバナラス、規定ガナケレバサウ云フ結果ヲ惹起スベキ管ハナイ、尙ホ民法ノ明文ニ依テモ略ホ立法者ノ意思ヲ推測スルコトガ出来ル、ソレハ雖チ説明スベキ所ノ第三十二條第一項ノ但書及ビ第二項ノ規定デアアル、ソレデ兎ニ角私ハ此失踪ノ取消ハ原則トシテ既往ニ遡ルノデアツテ、一旦ハ死亡ノ推定ヲ生ジテ居ッタケレドモ此推定ハ取消ニ因テ消滅スルノデアルト、斯ウ考ヘルノデアリマス、其結果ハドウデアアルカト云フニ先ヅ失踪者ガ失踪宣告ノ後爲シタル一切ノ法律行爲ハ有効デアルト云フコトデアアル、尙ホ他人ガ失踪者ヲ既ニ死亡シタル者ト看做シテ爲シタル所ノ法律行爲又ハ其原因ニ因テ得タル所ノ財産等ハ本來云ヘバ總テ元ニ復セナケレバナラス、即チ失踪者ガ現ニ生キテ居ルナラバ他ノ者ガ失踪者ノ財産等ニ付テ爲シタル法律行爲ハ效力ヲ生ズルコトハ出来ヌ、ソレカラ失踪ノ宣告ノ結果ニ因テ他人ガ失踪者ノ財産ヲ取得シタナラバ其財産ハ全部失踪者ニ還サナケレバナラス、否當然其財産ハ失踪者ノモノデ

アルト、斯ウ謂ハネバナラス、私ハ矢張り原則ハサウデアアルト云ツテ宜カラウト思フ、唯法律ニ於テハ善意者ヲ保護スル爲メニ種種ノ規定ヲ設ケテ居ル

先ツ第一ニハ善意者が爲シタル法律行爲ハ有効デアルト云フコトニナツテ居ル、即チ第三十二條第一項ノ但書ニ

但失踪ノ宣告後其取消前善意ヲ以テ爲シタル行爲ハ其效力ヲ變セズ

此結果ト致シマシテ例ヘバ失踪者ノ相續人が正當ニ相續ラシタト思テ相續財産ヲ他人ニ讓ル、其上ニ地上權抵當權ノ如キ物權ヲ設定スル、又ハ之ニ付テ賃貸借契約ノ如キ契約ヲ結ブト云フヤウナ行爲ヲ爲ス、此等ノ行爲ハ理論カラ言フト相續人ニ非ザル者ガ爲シタル行爲デスカラソレハ失踪者ニハ對抗ガ出来ナイ管デアアルガ、ソレデハ實際困ルカラ善意ニシテ爲シタモノナラバソレハ矢張り法律上有效トスルト云フコトデアアル、矢張り此規定ノ結果ト致シマシテ是ハ明文ノアツタ方が猶ホ宜イカモ知レマセヌガ、我邦ニハ明文ガアリマセヌガ多分疑ハナカラウト思フ、失踪者ノ配偶者——夫デアラウトモ妻デアラウトモ其配偶者ガ歸テ來ルト云フヤウナルカラ懸念ニナツタ積リデ他ノ者ト再婚スルソレカラ後ニ前ノ配偶者ガ歸テ來ルト云フヤウナル場合ニ於テモ苟モ善意ニテ第二ノ結婚ヲ爲シタナラバ其婚姻ハ有效デアアル、法律上重婚ト看做サルルト云フコトモナシ、詰リ絕對ニ有效デアルト謂ハナケレバナラスト思ヒマス、唯此「善意ヲ以テ爲シタル行爲」ト云フノハ當事者ガ二人以上アル場合ニ於テ一方ガ善意デ他ノ一方ガ

惡意デアルトキニハドウナルデアラウカト云フ疑ガアル、法文ニハ單ニ「善意ヲ以テ爲シタル行爲」トノミアル、私ハ此解釋トシテハ苟モ當事者ノ一方ガ善意デアレバ此但書ガ厥ル、即チ「其效力ヲ變セス」デ、是ニ對シテハ失踪ノ取消ガ其效力ヲ及ボサヌト思フ、ソウナケレバ善意者ガ意外ノ損害ヲ被ムル、恰モソレヲ避タルガ爲メニ此但書ノ規定ガアル

第二ニハ失踪ノ宣告ニ因リテ財産ヲ得タル者、ソレハ重モニ相続人、ソレカラ又若シ失踪者ガ失踪前ニ既ニ遺言ヲ爲シテ置イタナラバ其遺言ニ因リテ財産ヲ得タル者、即チ受遺者、其他或人ノ死亡ニ因リテ財産ヲ得ベキ者ガアレバソレヲ含ムガ、要スルニサウ云フモノハ如何ニスベキカト云フト、第三十二條第二項ニ之ヲ規定シテ居ル

失踪ノ宣告ニ因リテ財産ヲ得タル者ハ其取消ニ因リテ權利ヲ失フ、モ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ其財産ヲ返還スル義務ヲ負フ

一旦相続人ト爲リ、受遺者ト爲リ其他失踪ノ宣告ノ結果デ失踪者ガ死亡者ト看做サレタルガ故ニ財産ヲ得タル者ハ其宣告ガ取消サルト云フト多クハ其財産ヲ返サナケレバナラス、即チ眞ノ相続人デナカッタト云フコトニナル、又ハ遺贈ガ未ダ效力ヲ生ゼヌト云フコトニナル、併ナガラ此失踪ノ宣告ト云フモノハ裁判所ニ於テ鄭重ナル手續ヲ履ンデ爲シタルモノデアラフテ法律上ハ一旦之ヲ死亡者ト看做シタノデスカラ後日ニナツテカテ其消費シタルモノマデ返還シナケレバナラスト云フト、詰リ法律ガ何ノ某ハ既ニ死亡シタルモノデアルト云ッタニ拘ハラズ、實

際其法律ノ認定ガ誤ラテ居ッタ爲メニ意外ノ損失ヲ被ムル者ガ出來ルト云フコトニナル、故ニ此場合ニ於テハ「現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ其財産ヲ返還スル」コトヲ要スルト云フコトニナツテ居ル、即チ相続人ガ相続ヲシテカラ後其財産ヲ浪費シタ又ハ意外ノ事實ニ因リテ損失ヲ被ッタト云フ場合ニハ殘リテ居ル財産ダケ返セバ宜イ、況ヤ相続ノ後天災ニ因リテ消滅シタルモノハ無論返スニハ及バヌ、是ガ即チ第三十二條第二項ノ規定ノ意味デアル

第二段 外國人ノ權利能力

之ニ付テハ第一ニ何人カ外國人デアアルカト云フコトト、第二ニ外國人ノ權利如何ト云フコトヲ論ジナケレバナラスノデアル

第一 何人カ外國人デアアルカ

此問題ハ餘程ムヅカシイ問題デアアル、國法問題トシテモムヅカシイ問題デアアルガ就中國際法問題トシテムヅカシイ問題デアアル、ナゼデアアルカト云フニ、各國各、自國ノ人民ノ分限ト云フモノヲ定メテ居ル日本ハ日本デ定メテ居ル、英吉利ハ英吉利デ定メテ居ル、而シテ其規定ガ全ク同一デナイ、故ニ往住ニシテ衝突ガアル、例ヘバ日本ノ法律デハ日本人ト看テ居ルモノガ英吉利ノ法律デハ英吉利人デアアル又ハ日本ノ法律デハ日本人デナイ即チ其精神ハ寧ロ英吉利人デアアルト云フ積リデ、日本人デナイト極ツテ居ルケレドモ英吉利ノ法律デハ矢張り英吉利人デナイ其精神ハ寧ロ日本人デアアルト云フコトガアル、是ハ二ツ以上ノ主權ノ衝突デ此問題ヲ決スルニ

トハ空ニ困難デアル、而シテ此國際問題、何人ガ内國人デアるか外國人デアるかト云フ問題ハ
 種種ノ場合ニ於テ必要デアル、就中國際私法ニ付テ最モ必要デアル、國際私法ニ於テハ例ヘバ
 身分、能力ノ問題ノ如ク本人ノ本國法ニ據ルベキ場合ガ數多アル、然ルニ若シ本國ガ明カデナ
 カッタナラバ餘程困ル譯デアアル、是ニ於テ或ハ其問題ハ矢張り國際私法ノ問題デアるか國際
 私法ノ原則ニ依ッタラ宜カラウ、即チ或人ガ何レノ國籍ニ屬スルカト云フコトハ身分ノ問題デ
 アル、ソレデアるか身分法ノ一般ノ規定ニ依ッタラ宜カラウト、斯フ云フカモ知レヌ、所ガ
 ソレガ出來ナイ、人ノ身分ニ關スル法律ハ本國法ニ依ルトアル、其本國法ハト云フト其本國法
 ハ人ノ身分ダカラ其身分ヲ定ムベキ法律ニ依ルト云フノデアるか、之ハ所謂「輪回論法」ニ
 ナル、甲ノコトガ分ラヌカラソレヲ決スルニハ乙ニ依ルト云フ、乙ノ方デハ此乙ノ問題ヲ決ス
 ルニハ甲ニ依ルト云フタラ際限ガナイ、私其ノ信ズル所ニ據レバ此問題ハ畢竟事件ノ起ッタ國
 ノ裁判所ガ自國ノ法律ニ依テ決スルノ外ハナイ、日本ニ於テ問題ガ起ッタ日本ノ法律ニ依
 テ決スルノ外ナイ、英吉利ニ於テ問題ガ起ッタラバ英吉利ノ法律ニ依テ決スルノ外ナイ、尙
 ホ理窟ヲ附ケテ見ルト此ノ如キコトハ國ノ基礎ヲ成スベキ問題デアッタ最モ公安ニ關スル問題
 デアルカラ所謂公安法ハ裁判所所在地ノ法律ニ依ルトシテモ是非サウナケレバナラヌ、何トナ
 レバ國ト云フモノハ土地ト人民トヨリ成立ツモノデアッタ、其人民ハ誰デアるかト云フコトハ
 詰リ國ノ基礎タル問題デアルト謂ハナケレバナラヌ、此原則ハ大抵一般ニ認マラレテ居ル、即

チ我邦ニ於テハ總テ明治三十二年法律第六十六號國籍法ニ依ラナケレバナラヌ、唯併ナガラ其
 法律ノ結果トシテ、否各國ノ類似ノ法律ノ結果トシテ本國ノ明カナラザルモノガ必ズ出來ル、
 ソレハ第一ニハ重國籍ヲ持ツ者、第二ニハ無國籍ノ者デアアル

重國籍ハドウシテ出來ルカト云フト日本ノ法律デハ日本人ト見、ソレカラ英吉利ノ法律デハ英
 吉利人ト見ルト云フ場合ガ先ヅ一ツノ場合、此場合ニハ今ノ裁判所所在地ノ法律ニ依ルト云フ
 方カラ言ヘバ若シ問題ガ日本デ起レバ日本人ト見ル、英吉利デ起レバ英吉利人ト見ルト云フコ
 トニナラナケレバナラヌノデスケレドモ、時トシテハ第三國ニ於テ問題ガ起ル、即チ英吉利ノ
 法律ニ依レバ英吉利人デアリ佛蘭西ノ法律デアレバ佛蘭西人デアルト云フ問題ガアル、而シテ
 日本ニ於テ問題ガ起ッタラドウスル、日本ノ法律ハ單ニ日本人タル資格ダケヲ定メテ居ル、ソ
 コデ甚ダ困ル問題ニナル、我邦ニ於テハ國際私法ノ問題ニ付テダケデハアルケレドモ、法例ニ
 規定ガアル、唯其規定ガ不完全デアアル、ソレガ爲メ此問題ヲ總テ決スルコトハ出來ヌ、其規定
 ハ法例ノ第二十七條第一項ニアル

當事者ノ本國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其當事者カ二個以上ノ國籍ヲ有スルトキハ最後ニ取得
 シタル國籍ニ依リテ其本國法ヲ定ム但其一カ日本ノ國籍ナルトキハ日本ノ法律ニ依ル
 即チ其國籍ガ日本ノ法律ニ依レバ日本人デアアル、ソレカラ英吉利ノ法律ニ依レバ英人デアアルト
 云フ場合ニハ日本人トシテ取扱フ、併ナガラ日本ニハ關係ガナイ、英吉利人デアるか、佛蘭西

人デアアルカ分ラヌト云フトキニハ最後ニ取得シタル國籍ヲ以テ本國トスルト云フノデアアル、此カ規定ハ私ハ明カニ不完全デアアルト云フコトヲ認メ、先ヅ第一ニ同時ニ取得シタル國籍デアアルタラドウデアアル、即チ出生ノ際取得スル國籍ノ異ナルコトガアル、其方が寧ろ多クデアアラウカト思フ、今日ノ國籍法ノ主義ハ尠クモ二ツアル、一ツハ出生地主義、二ツハ國主義ト云フテモ宜イ、今一ツハ血統主義——生國主義ト云フ方ハ極端ヲ言ヘバ親ハ何處ノ人デアアラウトモ苟モ日本デ生マレタ者ハ日本人デアアルト云フ主義、ソレカラ血統主義ト云フノハ假令日本デ生マレタモ親ガ英吉利人ナラバ其子モ英吉利人デアアルト云フノデス、是ハ全ク正反對ノ主義デアアル、此場合ニ於テハ即チ甲ノ國ノ法律ニ依レバ生國主義デ、其國ニ生マレタ者ハ總テ甲國人デアアルトシテアル、然ルニ乙ノ國ニ於テハ血統主義デ假令外國ニ於テ生マレタ者デモ乙ノ國ノ人デアアルナラバ乙ノ國ノ國籍ヲ持ツトナツテ居ルト忽チ衝突ヲスル、生レルト直グ重國籍ヲ持ツコトニナルソレハ法例ノ第二十七條ニ規定シラナイ、ソレ故ニ此場合ニ付テハ如何ニスベキカト云フコトヲ必ズ決シナケレバナラス、私ノ信ズル所ニ據レバ此場合ニハ詰リ我國籍法ノ原則ヲ適用スルノ外ナイ、成程我國籍法ハ直接ニハ我國人デアアルカ外國人デアアルカト云フコトダケシカ極メテ居ラスケレドモ、ソレガ最モ正當ナル主義デアアルト認メテ居ルニ相違ナイ、ダカラ今ノヤウナ場合ニハ矢張り此主義ニ依ツテ詰リ我國籍法ハ血統主義ヲ採用シテ居リマスカラ今ノヤウナトキニハ血統主義ヲ取ツテ、問題ノ人ハ乙國人デアアルト見ナケレバナラスト思フ、之ニ付テハ或ハ

住所ノ人ト見ナケレバナラスト云フ說モアルケレドモ私ハソレヲ取ラス、ソレハ何等ノ據リ所モナイ、法例ニ於テモ國籍法ニ於テモ何等ノ據リ所モナイ說デアアルカラ私ハ取ラスソレカラ今一ツ此規定ガ不完全デアアル若クハ不穩當デアアルト思フノハ一最後ニ取得シタル國籍ニ依ル」ト云フコトハ何ノ理由ヲツテウデアアルカ、是ハ蓋シ國籍ナルモノハ各自ノ意見ニ因ツテ取得スルノデアアル、故ニ始メニ取得シタル國籍ハ後ニ他國籍ヲ取得スルニ因ツテ自ラ之ヲ拋棄シタルモノデアアル、ソレデ最後ノ國籍ヲ取ルノデアアルト、斯ウ云フ趣意ニ相違ナイケレドモ私ノ思フニハソレガ誤ツテ居ル、國籍ハ必ズシモ本人ノ意思ニ因ツテ取得スルトハ限ツテ居ラス、成程或條件ノ下ニ本人ノ意思ニ因ツテ國籍ヲ轉ズルコトハ認メテ居ルケレドモ、國籍ノ變更ノ場合ニハ常ニ本人ノ意思ニ因ルト云フコトデハ決シテナイ、我邦デモサウデアアルガ、外國デモサウデアアル、然ラバ本人ノ意思ニ因ラズシテ取得シタル國籍ニ付テ云ツテ見レバ其前後ニ依テ優劣ノアルベキ筈ハナイ、甲ノ國ノ法律デハ矢張り甲國人ト見テ居ル、然ルニ或事實ガ生ジタル爲メ乙ノ國ノ法律デハソレヲ乙國人ト見ルト、斯ウ云フコトガアルトスル、此場合ニ我邦ニ於テ何故ニ乙國ノ法律ヲ目安トシナケレバナラスカ、我邦ノ法律カラ見レバ甲ノ國ノ法律モ外國ノ法律デアアル、乙ノ國ノ法律モ外國ノ法律デアアル、其法律ノ效力ニ優劣ノアルベキ筈ハナイ、然ルニ甲ノ國デハ其國人ト見テ居ル、乙ノ國デハ乙ノ國人ト見テ居ルト云フトキニナゼ日本ハ乙ノ國人ト見ナケレバナラスカ、何等ノ理由モナイ、併シ是ハ立法論デアアツテ、

サツキ申シタヤウニ同時ニ甲乙二國ノ國籍ヲ取得シタ場合ハ是ハ法例ニ規定ガナイカラ自由ニ意見ヲ立テルコトガ出來マスガ、甲ノ國ノ國籍ヲ先ニ取得シテ後乙ノ國ノ國籍ヲ取得シタ場合ニハ此第二十七條ガアルガ爲メ少クモ國際私法ノ問題ニ付テハ此規定ニ依ラナケレバナラス、尙ホ是ハ舊法例ノ規定ト同ジコトデス、舊法例ノ第八條第二項ニ詰リ此通り規定ガアル第二ニハ無國籍ト云フコトガアル、是ハ何レノ國籍ノ人カ分ラヌト云フ場合モアルケレドモ、矢張り法律ノ抵觸ノ爲メ無國籍ノ結果ニナルコトガアル、我邦ノ法律デモ外國人ト見テ居ル、而シテ其精神ハ詰リ英國人ト爲ルベキ者デアアルカラト云フノデ外國人ト見テ居ル、英吉利ノ法律デハ之ニ反シテ、日本人デアアルベキモノト云フ精神カラシテ之ヲ外國人ト見テ居ル、サウスルト詰リ日本カラモ外國人ト見テ居ル、英吉利カラモ外國人ト見ララル、他ニ關係ノ國ガナイトスレバ畢竟其者ハ無國籍ト云フコトニナル、ソコデ法例ノ第二十七條第二項ニ規定ガアル國籍ヲ有セサル者ニ付テハ其住所地法ヲ以テ本國法ト看做ス其住所カ知レサルトキハ其住所地法ニ依ル

是ハ舊法例ノ第八條第一項ニ矢張り同様ニナツテ居ル、是ハ私モ外ニ仕樣ガナイ、是ガ穩當デアラウト思フ、以上ハ國際私法ダケニ付テ規定ニナツテ居ル所デアアル、他ノ問題ニ付テハ滅多ニ是ガ面倒ナル關係ヲ起サヌシ、國際私法ニ於テ最モ是ガ困難ナル問題デアアルカラ規定シテア

兎モ角モ重國籍トカ無國籍トカ云フコトヲ實際ニ生ズルノハ甚ダ不得策デアアルカラ立法者トシテハ必ズ重國籍者若クハ無國籍者ヲ生ジナイヤウニ勉メナケレバナラス、其事ハ近來ノ立法者ガ常ニ注意シテ居ル所デアアル、併ナガラ今日ニ於テハ尙ホ此重國籍、無國籍ノ場合ハ常ニ生ズルコトニナツテ居ル、ソレハ各國ガ同一ノ主義ヲ取ツテ居ラスカラデアアル先ヅ細カイ點ハ各國殆ド皆違ヒマスケレドモ、主義トシテ三ツアル

第一ノ主義ハ生國主義或ハ出生地主義デス、此主義ヲ採用シテ居ルノハ現今英吉利、亞米利加、亞米利加ハ北亞米利加、南亞米利加トモ多數ノ國ニ於テ此主義ヲ取ツテ居ル、ソレカラ和蘭、葡萄牙、丁抹ナドガ此主義ヲ取ツテ居ル、佛蘭西モ民法ガ出來ル前ニハ矢張り此主義ヲ取ツテ居ッタ

第二ノ主義ガ血統主義是ハ獨逸、奧地利、匈牙利、瑞典、諾威、瑞西「ルーマニヤ」ナドデアアル、羅馬法ノ主義ガ矢張り此血統主義デアアル

ソレカラ第三ノ主義ハ折衷主義デ、原則トシテハ矢張り血統主義ヲ取ル、併ナガラ例外トシテ本人ノ選擇ニ因ツテ容易ク生國ノ國籍ヲ取得スルコトガ出來ル、外國人ノ子デモ若シ其生マレタ土地ノ國籍ヲ取得シタイト云ヘバ直チニ取得スルコトガ出來ルト云フノデス、此主義ヲ取ツテ居ルノハ佛蘭西、白耳義、西班牙、伊太利「ルニクサンプール」、露西亞、土耳其「ブルガリヤ」、希臘ナドデアアル、重モニ佛蘭西法系ノ國デアアル

我現行法ハ第二ノ主義ヲ取ツテ居ル、舊民法ニ於テハ第三ノ主義ヲ取ツテ居タ、此ノ如ク主義ガ分レテ居ルガ故ニ絶エズ國籍ノ衝突ト云フモノガアル、是ハ寔ニ不便ナコトデアルカラドウカ各國成ルベク同一ノ主義ヲ取ルヤウニシタイト思フ、唯併ナガラ第三ノ主義ハ折衷主義デ大變良イヤウデアアルケレドモ是ハ一番イカナイ、各國ガ此主義ヲ取ルト云フト却テ衝突ガ多イ、血統主義ヲ取ルニシテモ生國主義ヲ取ルニシテモ第三ノ主義トハドウシテモ衝突シナケレバナラヌヤウニナル、最モ甚シイノハ同ジ第三ノ主義ヲ取ツテモソレデ矢張り互ニ衝突スルコトニナル、到底第三ノ主義ハ採用スル譯ニイカスト私ハ思フ、尤モソレヲ成ルベク衝突シナイヤウニ、詰リ原則ニ對シテ例外ヲ設ケテ衝突ヲ避ケルト云フコトハ全ク出来スコトデナシ、現ニ我國籍法ニ於テモ頻ニソレヲ努メテ居ルケレドモ極端ニ外國ノ法律ト衝突シナイヤウニト云フト自國ノ主權ヲ拋棄スルコトニナル、國籍問題ハ詰リ外國ノ法律ニ依ルト云フコトニナル、サウ云フコトハ採用ガ出来ヌ、サウスルト必ズ衝突スルト云フコトニナル

我邦ニ於テハ國籍法ト云フモノガ三十二年ノ法律第六十六號デ出来テ居ル、此國籍法ハ主トシテ公法ニ關スルモノデアアル、或ハ國籍法全體ガ公法デアアルト云テモ宜カラウト思ヒマスガ、少クモ國籍問題ト云フモノハ主トシテ公法問題デアアル、故ニ、私法ニ於テモ非常ニ必要ノアル問題デ、國際私法ヲ始トシ尙ホ民法ノ權利能力ノ問題トシテモ矢張り國籍如何ト云フコトガ問題ニナルノデアアルケレドモ我民法ニハ是ヲ規定セズシテ國籍法ト云フ特別法ニ讓ツテアル、舊民法

ニ於テハ之ニ反シテ民法ノ中ニ規定シテアル、國民分限ト稱シテ人事編ノ第七條乃至第十八條ニ規定シテアル、是ハ外國ニモ例ノアルコトデアリマスガ併シ特別法ニスル方ガ穩デアルト信ジテ新法典ニハ遺入ツテ居ラス、獨逸ニ於テモ矢張り是ハ民法ノ中ニ規定シテ居ラス、唯併ナガラ外國人ノ權利能力ト云フコトヲ論ズルニハ必ズ如何ナルモノガ外國人デアアルカト云フコトヲ知ラナケレバナラヌカラ簡單ニ國籍法ノ規定ノ御話ヲ致シマス

第一ニハ國籍ノ取得、第二ニハ國籍ノ喪失ト二段ニ分ケテ論ジマス

先ヅ國籍ノ取得ノコトヲ申上ゲマス、尙ホ是ガ二ツニ分レマス、即チ國籍取得ノ原因、ソレカラ國籍取得ノ效力

先ヅ第一ニ國籍取得ノ原因ヲ申上ゲマス

此原因ノ第一ハ出生デアアル、而シテ我國籍法ハ血統主義ヲ取ツテ居ル、國籍法ノ第一條乃至第四條ニ之ヲ規定シテ居ル、第一條、子ハ出生ノ時其父カ日本人ナルトキハ之ヲ日本人トス……、尤モ父母孰レニ依ルカト云フコトハ血統問題トシテモ矢張り攻究スヘキ事柄デアアルケレドモ、多クノ國ニ於テ其父ノ國籍ヲ取得スルトナツテ居ル、就中我國ニ於テハ斯クアルベキコトハ殆ド説明ヲ要スマイト思フ、其出生前ニ死亡シタル父カ死亡ノ時日本人ナリシトキ亦同シ、

「第二條、父カ子ノ出生前ニ離婚又ハ離縁ニ因リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタルトキハ前條ノ規定ハ懷胎ノ始ニ遡リテ之ヲ適用ス」前項ノ規定ハ父母カ共ニ其家ヲ去リタル場合ニハ之ヲ適用セヌ

但母カ子ノ出生前ニ復籍ヲ爲シタルトキハ此限ニ在ラス、大變此規定ハ錯雜シテ居ルガ要スルニ是ハ民法ノ親族編ノ規定ト相埃ッテ居ル所ノモノデア、即チ民法ノ第七百三十四條ニ是ト同一ノ精神ニ出デタル規定ガアル、ソレト相埃ッテ居ルノデア、第三條、父カ知レサル場合又ハ國籍ヲ有セサル場合ニ於テ母カ日本人ナルトキハ其子ハ之ヲ日本人トス、子ハ父ノ國籍ヲ取得スベキダケレドモ父ガ分ラヌ、父ガ分ッテ居テモ國籍ヲ有セスト云フトキハ母ガ日本人ナラ日本人トス、第四條、日本ニ於テ生マレタル子ノ父母カ共ニ知レサルトキ又ハ國籍ヲ有セサルトキハ其子ハ之ヲ日本人トス、是ハチッヨト見ルト生國主義ヲ取ッタヤウニ見エ、併シ立法ノ精神カラ考ヘテ見ルトサウデハナイ、是ハ寧ロ血統主義ノ推定、日本人ノ子ハ日本人デアルト云フノデア、此子ハ誰ノ子カ分ラヌ、或ハ誰ノ子カト云フトハ分ッテ居ルケレドモ父母ハ國籍ヲ有セヌ、或ハ國籍ガ分ラヌト云フノデア、サウスト云フト詰リ無籍者ニスト何デモナイケレドモ、無籍者ト云フノハ總テノ點ニ於テ困ル、ソレデ成ルベク無籍者ハ皆ヘタクナイノデア、アルカラ已ムヲ得ズ日本人トスル、殊ニ父母ノ知レザル子ハ日本生マレタ子ナラバ十ノ八九ハ日本人ト思ハナケレバナラス、是ハ事實ガ共通リデアラウト思フ、成程日本ニ外國人モ來テ居ル、併ナガラソレハ極メテ少數デア、日本人ガ大多數デア、ダカラ誰ノ子カ分ラヌト云フノハ日本人ノ子ト見ナケレバナラス、ソレデ之ヲ日本人トスルノデア、日本生マレタカラ假令親ハ外國人デア、モ日本人トスルト云フノデナクシテ日本

生マレタノハ多分日本人ノ子デアラウト云フ血統主義カラ來テ居ル、是ガ第一ノ原因ノ出生

第二ハ婚姻ニ因ッテ國籍ヲ取得スル、ソレハ國籍法第五條ノ第一號及ビ第二號ニ規定シテ居ル、第五條、外國人ハ左ノ場合ニ於テ日本ノ國籍ヲ取得ス、一、日本人ノ妻ト爲リタルトキ、二、日本人ノ入夫ト爲リタルトキ、是ハ日本ノ國法カラ見ルト當然デア、即チ民法ノ規定ニ於テ原則トシテハ「妻ハ夫ノ家ニ入ル」トアル、サウスト此家ナルモノハ詰リ國籍ノ中ノ小分ケデ、日本ノ國籍ニ在ル者ガ外國ノ家ニ入ルト云フトモナシ、尤モ歐米諸國ニハ「家」ト云フモノハ今日ハアリマセケレドモ、又外國人デアリナガラ日本ノ家ニ入ルト云フトハドウシテモ有リ得ナイ、詰リ家籍ハ國籍ノ小分ケニ過ギヌ、然ラバ妻ガ必ズ夫ノ家ニ入ルト云フノガ本則デア、外ノ國ノ婦人ガ日本人ノ妻ト爲ラバ必ズ日本人ト爲ラナケレバナラス、是ハ民法入夫ハ之ニ反シテ妻ノ家ニ入ル、是モ同様ノ理窟デ、日本人ト爲ラナケレバナラス、是ハ民法施行前カラ實際サウナッテ居ル、尙ホ外國人ガ日本人ノ入夫ト爲ルト云フトニ付テハ特別ノ法律ガアッテ内務大臣ノ許可ヲ得ナケレバナラス、ソレハ明治六年第百三號布告ヲ明治三十二年法律第二十一號ヲ以テ改メマシテ是ニ規定シテ居ル、ソレニ斯ウ云フトガアル、第一條、日本人カ外國人ヲ入夫ト爲スニハ内務大臣ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス、第二條、内務大臣ハ外國人カ左ノ條件ヲ具備スルニ非サレハ前條ノ許可ヲ與フルコトヲ得ス、一、引續キ一年以上日本

民法總則 總則 私權ノ主體 自然入

ニ住所又ハ居所ヲ有スルコト、二、品行端正ナルコトトアル、即チ之ニ依ラナケレバナラス」
 第三、認知、是ハ國籍法ノ第五條第三號ニ規定ガアル、三、日本人タル父又ハ母ニ依リテ認知セラレタルトキ、是ハ私生子デアルカラ親ガ認知シナケレバ誰ノ子デアルト云フコトガ法律上確定シナイ、ソレデ今マデハ誰ノ子カ分ラヌト云フ者ガ父ガ認知スレバ其父ノ子ト爲ル、母ガ認知スレバ母ノ子ト爲ル、ソコデ其父又ハ母ガ日本人デアルナラバ認知ニ因ッテ其子ガ日本人ト爲ル、是ハ當然ノ事デアアル、尙ホ民法ノ規定ト相對照シテ斯クナケレバナラスト云フ譯ハ民法第八百三十二條ニ「認知ハ出生ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス」ト云フコトニナツテ居ルノデスカラ父子ノ關係ト云フモノハ生マレタ時カラ此ノ如キモノト云フコトニナル、ソレカラ今一ツハ民法第七百三十三條ニ「子ハ父ノ家ニ入ル」父ノ知レサル子ハ母ノ家ニ入ルト斯ウ云フコトニナツテ居ル、此二箇條ヲ相對照シテ見ルト民法ノ方デハ生マレタトキニハ父ガ知レナクテモ後日父ガ認知ヲスレバ其子ハ當然父ノ家ニ入ル家ガ國ノ一部デアルト云フ以上ハドウシテモ外國籍ニ在ッタ者デモ日本籍ニ這入ラナケレバナラス、ソレカラ父ノ知レナイ者デアッテモ母ガ知レレバ母ノ家ニ入ル、即チ母ガ認知スレバ母ノ家ニ入ル、從テ母ガ日本ノ國籍ヲ持ッテ居ルナラバ其子モ日本ノ國籍ヲ持タナケレバナラスト云フコトニナル、唯外國關係ニ於テハ、民法ノ規定ノ一般ノ原則ニ依ッテ是ガ既往ニ遡ルトシテ置イテハ種種ナ不便ガアルカラ既往ニ遡ルト云フコトハ民法ノ規定ト合ハヌコトガアリマヌケレドモ少クモ認知ノ時カラ日本ノ國籍ヲ

取得スル、尙ホ之ニ付テハ第六條ノ明文ガアッテ認知ニ付テ詳シイコトガ定メテアル、第六條、外國人カ認知ニ因リテ日本ノ國籍ヲ取得スルニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス、一、本國法ニ依リテ未成年者タルコト、二、外國人ノ妻ニ非サルコト、三、父母ノ中先ツ認知ヲ爲シタル者カ日本人ナルコト、四、父母カ同時ニ認知ヲ爲シタルトキハ父カ日本人ナルコト、是ガ國籍取得ノ原因ノ第三デアアル

第四、養子デアアル、日本人ノ養子ト爲ッタ者ハ當然日本ノ國籍ヲ取得スル、是ハ國籍法ノ第五條第四號ニアル、四、日本人ノ養子ト爲リタルトキ、養子ガ縁組ニ因リテ養親ノ家ニ入ルト云フコトハ民法ニ明文ノアルコトデ、即チ民法ノ第八百六十一條ニ「養子ハ縁組ニ因リテ養親ノ家ニ入ル」トアル、養親ガ日本人デアレバ其家ニ入ッタ者モ亦日本人デナケレバナラス、日本ノ家、中ニ外國人ガ入ルコトハ出來ヌ（法律上ノ家デ、建物ハ何處ニアッテモ宜イ）、唯此養子ノ場合ニハ養子ト爲レバ當然日本ノ國籍ヲ取得スルガ其養子ト爲ルニハ條件ガアル、ソレハ前ニ入夫婚姻ニ付テ申上ゲタト同ジ明治三十一年法律第二十一號ヲ以テ改正シタル明治六年第三號布告ニ定メテアル、即チ内務大臣ノ許可ヲ得ナケレバナラス、内務大臣ハ引續キテ一年以上日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル者ニシテ且品行端正ナル者ニ非ズンバ養子ヲ許可スルコトハ出來ナイ

第五ノ原因ハ歸化——歸化ハ國籍法ノ第五條第五號ニ規定シテアル「五、歸化ヲ爲シタルトキ、

此歸化ニモソレノ條件ガアリマシテ、先ヅ原則トシテハ第一ニ内務大臣ノ許可ヲ受ケナケレバナラス、國籍法第七條ノ第一項ニ「外國人ハ内務大臣ノ許可ヲ得テ歸化ヲ爲スコトヲ得ト」アル、第二ニハ引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有スル者デナケレバナラス、第七條第二項第一號、「内務大臣ハ左ノ條件ヲ具備スル者ニ非サレハ其歸化ヲ許可スルコトヲ得ス」一、引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有スルコト、第三ノ條件ハ同第三號ニアル、「二、滿二十年以上ニシテ本國法ニ依リ能力ヲ有スルコト」、第四ノ條件ハ同第三號ニアル、「三、品行端正ナルコト」、是ハ破落戸ノ來ラレヌヤウニスル爲メ、第五ニハ同第四號、「四、獨立ノ生計ヲ營ムニ足ルヘキ資産又ハ技能アルコト」、是ハ今ノ品行端正ト一ツノ精神ニ基イテ居ル條件、第六ガ同第五號ニ規定スルモノ、五、國籍ヲ有セス又ハ日本ノ國籍ノ取得ニ因リテ其國籍ヲ失フヘキコト、現ニ無國籍者デアルト云フノナラバ日本ノ國籍ヲ取得致シマシラモ國籍ノ抵觸ヲ來サスカラ宜シイ、又ハ日本ノ國籍ヲ取得スルニ因リテ本國ノ國籍ヲ失フノデナケレバナラス、是ハ何レノ國ニ於テモサウナツテ居ルト云フ譯デハナイ、我邦ニハ第二十條ノ規定ガアル、「自己ノ志望ニ依リテ外國ノ國籍ヲ取得シタル者ハ日本ノ國籍ヲ失フ」、故ニ外國人ノ本國ニ之ト同ジ規定ガ採用サレテ居レバ日本ノ國籍ヲ取得シタル爲メ本國ノ國籍ヲ失フ、其時デナケレバ歸化ヲ許サヌ、清國人ハ澤山近頃歸化致シマスガ、蓋シ清國ノ法律デハ日本ニ歸化シタル者ハ當然清國人デナイト視テ居ルニ違ヒナイ、ソレダカラ日本デ許ス、是ガ第六ノ條件デアリマシタ、第七ノ條件ハ國籍法ノ第八條ニ

規定スル所デアル、「外國人ノ妻ハ其夫ト共ニスルニ非サレハ歸化ヲ爲スコトヲ得ス」、人ノ妻ガ自分ノミ歸化ヲシタイト言フテモソレハ許サヌ

以上ハ歸化ニ關スル原則デアリマス、是ニ對シテ例外ガアル、詰リ以上ノ條件ヲ具備セズトモ歸化ノ出來ル場合、第一ハ第九條ニ規定スル所ノモノデアアル、左ニ掲ケタル外國人カ現ニ日本ニ住所ヲ有スルトキハ第七條第二項第一號ノ條件ヲ具備セザルトキト雖モ歸化ヲ爲スコトヲ得、「引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有スルト云フノガ此條件ニ當ル、一、父又ハ母ノ日本人タリシ者、二、妻ノ日本人タリシ者、三、日本ニ於テ生マレタル者、四、引續キ十年以上日本ニ居所ヲ有スル者」前項第一號乃至第三號ニ掲ケタル者ハ引續キ三年以上日本ニ居所ヲ有スルニ非サレハ歸化ヲ爲スコトヲ得ス但第三號ニ掲ケタル者ノ父又ハ母カ日本ニ於テ生マレタル者ナルトキハ此限ニ在ラス、例外ノ又例外ガ出來テ居ル、氣ヲ附ケテ讀ムバ極ク明瞭デアルカラ別ニ説明ヲ致シマセヌ

第二ノ例外ハ國籍法第十條ニ規定スルモノデアアル、「外國人ノ父又ハ母カ日本人ナル場合ニ於テ其外國人カ現ニ日本ニ住所ヲ有スルトキハ第七條第二項第一號、第二號及ヒ第四號ノ條件ヲ具備セザルトキト雖モ歸化ヲ爲スコトヲ得」、第七條ノ住所ノ條件、能力ノ條件、獨立ノ生計ノ條件ガナクテモ此等ノ者ハ歸化ガ出來ル

第三ノ例外ハ國籍法第十一條ニ規定シテアル、日本ニ特別ノ功勞アル外國人デアアル、「日本ニ特

別ノ功勞アル外國人ハ第七條第二項ノ規定ニ拘ハラス内務大臣勅裁ヲ經テ其歸化ヲ許可スルコトヲ得」是ハマダ適用ガナカラウト思ヒマスケレドモ、一ツノ例ヲ言フテ見マスト今日外務省デ使ハレテ居ル「デニソン」ナドト云フ人ハ日本ニ特別ノ功勞アル人ダカラ歸化ヲシヤウト言フタラバ此規定ニ依ッテ多分歸化ヲ許サルデアラウト思フ、ソレカラ今ハ佛蘭西ニ歸リマシタケレドモ「ボワツソナード」氏ナドガ歸化ヲシタイト言フタラ矢張り此箇條ニ該當スル者デアラウト思フ、是ガ例外ノ第三

例外ノ第四ハ國籍法第十四條ニ規定シテアル「日本ノ國籍ヲ取得シタル者ノ妻カ前條ノ規定ニ依リテ日本ノ國籍ヲ取得セザリシトキハ第七條第二項ニ掲ケタル條件ヲ具備セザルトキト雖モ歸化ヲ爲スコトヲ得」雖テ御話ヲ致シマスケレドモ國籍取得者ノ妻ハ原則トシテハ其ニ日本ノ國籍ヲ取得スルコトニナツテ居ル、ケレドモ例外トシテ日本人ト爲ラスコトガアル、其場合ニ歸化ヲシヤウト云フナラバソレハ詰リ第七條ノ第二項ノ五ツノ條件ヲ總テ具備シテ居ラヌデモ歸化ガ出來ル、即チ住所ノ條件、能力ノ條件、品行ノ條件、獨立ノ生計ノ條件等ガ皆缺ケテ居ルテモ歸化ヲ許ス

以上ハ歸化ノ條件デアリマシタガ、是ヨリ手續ノ御話ヲ致シマス

歸化ノ手續ハ極ク簡單ニナツテ居ルノデス、國籍法ニハ歸化其モノノ手續、特ニ定メテナイ、唯明治三十二年内務省令第五十一號第二項ニ「本年法律第六十六號ニ依リ歸化ヲ爲シ又ハ國籍ヲ

回復セントスル者ハ其住所ノ地方廳ヲ經由シテ内務大臣ニ願出ツヘシトアル此手續デ歸化ヲ願出ヅル、ソウシテ條件ガ具備シテ居レバ内務大臣ガ許可スル、ソレデ歸化ソレ自身ガ成立スル併ナガラ尙ホソレヲ官報ニ告示シナケレバナラヌト云フコトニナツテ居ル、國籍法第十二條第一項ニ「歸化ハ之ヲ官報ニ告示スルコトヲ要ス」ダカラ能ク官報ニ此告示ヲ見ル、而シテ此告示ノアルマデハ歸化ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトガ出來ストナツテ居ル、第十二條第二項、歸化ハ其告示アリタル後ニ非サレハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス、當事者ノ國籍ト云フモノハ重要ナル關係ヲ持チマスカラ善意ノ第三者ガ欺カルルコトガナイヤウニ

斯ウ云フ規定ガ出來テ居ル
以上ハ歸化ノ御話デ、ソレカ國籍取得ノ第五ノ原因デアリマシタガ、今度ハ第六ノ原因——夫ノ國籍取得、夫ガ日本ノ國籍ヲ取得スルト云フト其妻ハ矢張り日本人ト爲ル國籍法第十三條ニ之ヲ規定シテ居ル「日本ノ國籍ヲ取得スル者ノ妻ハ夫ト共ニ日本ノ國籍ヲ取得ス」、例外トシテ第二項「前項ノ規定ハ妻ノ本國法ニ反對ノ規定アルトキハ之ヲ適用セス」、當然重國籍ヲ生ズルヤウナ規定ハ設ケス、唯先ニ申シタヤウニ此場合ニハ容易ク歸化ヲ許シマスカラ歸化ノ結果デ重國籍ニ爲ルコトガアルカモ知レス、ケレドモソレハ仕方ガナイ、特ニ本人ガ望ムバ許ス、ケレドモ法律ノ結果トシテ當然重國籍ヲ生ゼシムルト云フコトハシナイ
第七ノ原因ハ父母ノ國籍取得デアル、父母ガ國籍ヲ取得スルト其子ハ當然日本ノ國籍ヲ取得ス

ル「第十五條、日本ノ國籍ヲ取得スル者ノ子カ其本國法ニ依リテ未成年者ナルトキハ父又ハ母ト共ニ日本ノ國籍ヲ取得ス」前項ノ規定ハ子ノ本國法ニ反對ノ規定アルトキハ之ヲ適用セス

第八ノ原因ハ國籍回復ノ場合、素ト日本人デアッタ者ガ一時外國ノ國籍ヲ取得シテ居ッタ、ソレガ又更ニ日本人ト爲リタイト云フトキノコトデ、此場合ニハ容易ク日本人ト爲ルコトガ出來ル、之ヲ名ケテ「國籍回復」ト云フ、此事ハ後ニ國籍ノ喪失ニ牽連シテ御話ヲ致シマス、此處デハ唯原因ノ一ツトシテ數ヘテ置ク

以上ハ國籍取得ノ原因デアリマシタ、是ヨリ第二國籍取得ノ效力ノ御話ニ移リマス

原則ハ國籍取得者ハ日本人ト爲ルト云フコトデアアル、其結果トシテ日本人ト同一ノ權利能力ヲ有スル、外國人デアレバ土地所有權ヲ有スルコトハ出來ヌガ、歸化ヲシタリ、其他以上述ベタル原因ノ一ツニ因ツテ國籍ヲ取得スレバ即日カラ不動産ノ所有者ト爲レル、唯全ク日本人ト同一デナイト云フ例外ガアル、ソレハ第十六條ニ規定シテアル、「歸化人、歸化人ノ子ニシテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者及ヒ日本人ノ養子又ハ入夫ト爲リタル者ハ左ニ掲ケタル權利ヲ有セス」、一、國務大臣ト爲ルコト、二、樞密院ノ議長、副議長又ハ顧問官ト爲ルコト、三、宮内勅任官ト爲ルコト、四、特命全權公使ト爲ルコト、五、陸海軍ノ將官ト爲ルコト、六、大審院長、會計検査院長又ハ行政裁判所長官ト爲ルコト、七、帝國議會ノ議員ト爲ルコト、斯ウ云フコトニナツテ居ル、併シ此無能力ハ免除セラルルコトガアル、第十七條ニ之ヲ規定シテ居ル、「前條ニ

定メタル制限ハ第十一條ノ規定ニ依リテ歸化ヲ許可シタル者ニ付テハ國籍取得ノ時ヨリ五年ノ後其他ノ者ニ付テハ十年ノ後内務大臣勅裁ヲ經テ之ヲ解除スルコトヲ得、是ガ國籍取得ノ效力

カ
今マデハ國籍ノ取得ノ事デアッタガ、今度ハ國籍ノ喪失ノ事デアリマス、是ニ付テモ喪失ノ原因ト喪失ノ效力トヲ論シヤウト思フ、先ツ國籍喪失ノ原因

其第一ハ婚姻デアアル、日本人ガ外國人ノ妻トナツタラバ當然日本ノ國籍ヲ失フ、即チ外國人ト爲ツテ仕舞フ、第十八條、日本ノ女カ外國人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ、「何處ノ人ニ爲ルカト云フコトハ日本ノ法律デハ極メル譯ニイカス、ソレハ餘所ノ法律デ極マルカ又ハ無國籍者ニナツタラバ前ニソレニ付テ申シタコトガ依ル

第二ノ原因ハ離婚及ビ離縁デアアル、第十九條、婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者ハ離婚又ハ離縁ノ場合ニ於テ其外國ノ國籍ヲ有スヘキトキニ限り日本ノ國籍ヲ失フ、是ハ重國籍ヲ避ケル爲メニ一ノ條件ガ附シテアル、詰リ離婚、離縁ノ性質上其者ハ日本ノ國籍ヲ失フベキ等デアアル

第三ノ原因ハ外國籍取得、外國籍ヲ取得シタル者ハ其結果トシテ日本ノ國籍ヲ失フ、其場合ハ第二十條ニ規定シテアル、「自己ノ志望ニ依リテ外國ノ國籍ヲ取得シタル者ハ日本ノ國籍ヲ失フ」、是ハ重モニ歸化デス、ソレカラ外國ノ法律ニハ往來國籍ノ選擇ト云フコトガアル是ハ、國

國で規定ガ一樣デナン又場合ニ依ッテ條件ガ違ヒマスケレドモ要スルニ日本人ガ外國ニ於テ子ヲ生ンダ場合ニ其子ガ成年ニ達シタラバ日本ノ國籍ト現在居ル所ノ外國ノ國籍ト孰レカヲ選擇スルコトガ出來ルト云フヤウナ規定ガ能ク外國ニハアル、斯様ナル場合ニ於テハ自己ノ希望ニ依ッテ外國ノ國籍ヲ取得シタノデアル、サウ云フ自分ガ望ンデ外國人ニ爲リタイト云フ者ハ日本デハ引止メナイト云フコトニナッテ居ル、

第四ノ原因ハ父又ハ夫ノ國籍喪失デアル、第二十一條及ビ第二十二條ニ之ヲ規定シテ居ル、第二十一條、日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻及ヒ子カ其者ノ國籍ヲ取得シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ、是モ矢張り無國籍ヲ避ケル爲メニ斯ク規定シテアル、第二十二條前條ノ規定ハ離婚又ハ離縁ニ因リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻及ヒ子ニハ之ヲ適用セス但妻カ夫ノ離縁ノ場合ニ於テ離婚ヲ爲サズ又ハ子カ父ニ隨ヒテ其家ヲ去リタルトキハ此限ニ在ラス、此規定ハ入夫婚姻或ハ養子縁組ノ場合ニ關スルモノデアル、外國人ガ日本人ノ入夫ト爲リ日本人ノ養子ト爲ルト云フト日本ノ家ニ這入ル所ガソレガ離婚離縁ニ因ッテ歸ルト云フト復タ外國人ト爲ル然ルニ其人夫トソレカラ日本人タル妻トノ間ニ出來タ子ガ父ト共ニ外國人ト爲ルコトデハ日本ノ家族制カラ言フト不都合デアル、其者ハ或ハ家ノ相續人デアルカモ知レス、ソレガ當然外國人ニ爲ッテ仕舞ッテハ困ル、養子ニ付テモ同様デアル、其養子ト日本人ト娶ハシテ、サウシテ子ガ出來タ、不幸ニシテ離縁ニナッタケレドモ其子ヲ父ガ連レテ歸ルト云フト或ハ跡取ガ無クナッテ仕舞フト云

定ニ依リ侵奪ノ時ヨリ一箇年内ハ占有回收ノ訴ニ依リ其占有ヲ回復スルコトヲ得ヘシ故ニ第三者ノ侵奪ニ因リテ實力ヲ失ヒタル占有者ハ侵奪ノ時ヨリ一箇年内ニ占有回收ノ訴ヲ提起セサルニ因リテ確定的ニ占有權ヲ失フモノトス(二〇三條)

占有權ハ占有者ノ死亡ニ因リテ喪失スルコトナシ蓋シ占有者死亡スルトキハ其死亡ト同時ニ物ニ關スル實力上ノ關係並ニ占有ノ意思モ亦消滅ニ歸スルモノト論スルコトヲ得ヘシ故ニ羅馬法ニ於テハ占有ハ占有者ノ死亡ト共ニ消滅スルモノト爲セリ然レトモ近世ニ於テハ占有ハ占有者ノ死亡ニ拘ハラズ相續人ノ利益ノ爲メ依然トシテ存續スルモノトシ相續人ヲシテ占有ノ利益ヲ享受スルコトヲ得セシムルカ故ニ占有ニ因ル取得時効ハ占有者ノ死亡後相續人カ現ニ相續スル前ニ於テ有效ニ成就スルコトヲ得ヘシ蓋シ相續人ハ占有者ノ死亡當時ノ狀態ヲ以テ占有者ノ法律上ノ地位ヲ繼承スルモノナレハ占有物ハ占有者ノ死亡ト同時ニ其相續人ノ實力範圍ニ入ルモノナレハナリ

第二 占有ノ意思ヲ喪失スルコト 占有權ノ發生ニ必要ナル意思ノ要素ハ占有者ニ時己ノ爲メニ所持スル意思ノ存在セサルニ因リテ喪失セラルコトナシ此要素ハ占有ノ意思ヲ拋棄スルコト即チ占有者カ爾後其物ヲ自己ノ爲メニ占有セサルノ意思ヲ表示スルニ因リテ喪失セラルモノトス蓋シ占有者カ一度占有ノ意思ヲ表示シテ占有權ヲ取得シタル以上ハ之ヲ保有スル爲メ間斷ナク此意思ヲ表示スルヲ必要トセス占有者カ苟モ拋棄ノ意思ヲ表示セサル限ハ

占有權ハ依然トシテ存續スルモノナリ故ニ占有者ハ睡眠中一時其意思ノ作用ヲ中止スルモ占有權ヲ失ハサルハ勿論心神喪失ノ状態ニ陥リテ全ク其意思ヲ喪フモ之カ爲メニ占有權ヲ失フコトナシ

上述ノ如ク占有者カ占有權ヲ失フニハ特別ノ意思表示ヲ必要トスルヲ以テ意思能力アル者ニ非ラレハ意思ニ關スル要素ノ欠缺ノ爲メ占有權ヲ失フコトナシ但意思能力ナキ者ノ占有權ニ關シテハ其法定代理人ニ於テ無能力者ニ代リ拋棄ノ意思ヲ表示シ得ヘキハ勿論ナリトス

第四項 代理占有ニ於ケル占有權ノ喪失

占有者カ代理人ニ依リテ占有ヲ爲ス場合ニ其占有權ハ左ノ事由ニ因リテ消滅ス

第一 占有者カ代理人ヲシテ占有ヲ爲サシムルノ意思ヲ拋棄シタルトキ 占有者カ自己ノ爲メニ所持スルノ意思ヲ拋棄スルト同時ニ占有權ノ成立ニ必要ナル意思ノ要素ヲ缺クニ至リ占有權ハ消滅ニ歸スヘキコトハ前既ニ説明セシ所ナリ而シテ代理占有ノ場合ニ於テハ占有權ノ主體ハ本人ニシテ代理人ハ本人ニ代リテ占有ヲ爲スニ過キサルヲ以テ占有權ノ存立ニ要スル意思ノ要件モ亦本人ニ就キテ之ヲ定ムルコトヲ要ス故ニ本人カ代理人ヲシテ自己ノ爲メニ占有ヲ爲サシムルノ意思ヲ拋棄スルト同時ニ其占有權ハ意思ニ關スル要件ヲ缺クニ至ルヘキヲ以テ直チニ消滅スルヘキモノトス但法定代理ノ場合ニ於テハ常ニ代理人ノ意思ヲ以テ本人ノ意

思、爲、ス、ヲ、以、テ、意、思、ノ、要、件、ノ、有、無、ハ、常、ニ、代、理、人、ニ、付、キ、テ、之、ヲ、定、ム、ル、コ、ト、ヲ、要、シ、本、人、ノ、意、思、ハ、占、有、權、ノ、得、喪、ニ、何、等、ノ、影、響、ヲ、及、ホ、ス、コ、ト、ナ、シ

第二 代理人カ物ノ上ニ實力即チ所持ヲ失ヒタルトキ 代理人ハ本人ニ代リテ占有權ノ在立ニ必要ナル實力ノ條件ヲ充タスモノナレハ代理人カ物ノ所持ヲ失フト同時ニ占有權ハ其存立ニ必要ナル條件ヲ缺クニ至ルヲ以テ本人ノ占有權ハ玆ニ全ク消滅スヘキハ論ヲ俟タス但代理人

カ物ノ上ニ實力ヲ失フモ本人カ尙ホ物ノ上ニ實力ヲ施シ得ルノ地位ニ在ルトキハ占有權ハ依然トシテ存續スヘキハ論ヲ俟タヌ例ヘハ代理人カ占有物ヲ奪ハレタル場合ニ本人直チニ之ヲ取戻シタルトキハ占有權消滅ノ結果ヲ生スルコトナシ

第三 代理人カ本人ニ對シ爾後自己又ハ第三者ノ爲メニ占有ヲ爲スヘキ旨ノ意思ヲ表示シタルトキ 代理人カ本人ニ代リテ物ノ占有ヲ爲ス場合ニ於テハ代理人ノ實力範圍内ニ在ル物ハ即チ本人ノ實力範圍内ニ在ルモノナリ何トナレハ代理人ハ本人ニ代リ本人ノ爲メニ之ヲ占有スルモノナレハ物ノ處分ニ關シテハ代理人ハ常ニ本人ノ意思ニ服従スヘキ隨テ本人ハ其欲スル所ニ從ヒ物ノ上ニ實力ヲ施スコトヲ得ルノ地位ニ在ルヲ以テナリ然レトモ代理人カ本人ノ爲メニスルノ意思ヲ拋棄シ自己又ハ第三者ノ爲メニ占有ヲ爲スノ決意ヲ爲スト同時ニ本人ハ最早物ノ上ニ實力ヲ施スコト能ハサルノ地位ニ陥ルヲ以テ此點ヨリ觀察スルトキハ本人ハ代理人ノ意思ノ變更ト共ニ占有權ヲ失フモノト云フコトヲ得ヘシ然レトモ代理占有ノ場合ニ於テ

代理人ノ單純ナル意思ノ變更カ直チニ本人ヲシテ占有權ヲ失ハシムルノ結果ヲ生スルモノト
 スルトキハ本人ハ不知ノ間ニ容易ニ占有權ヲ喪失シ遂ニ防衛ノ策ヲ施スノ途ナキニ至リ頗ル
 不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ其利益ヲ保護スルカ爲メ代理人カ其意思ヲ變更シタル總テノ場
 合ニ於テ本人ヲシテ占有權ヲ失ハシムルニハ其意思ノ變更ヲ本人ニ表示スルコトヲ必要トス
 是レ民法第二〇四條第二號ニ於テ代理人カ爾後自己又ハ第三者ノ爲メニ所持スル旨ノ意思ヲ
 本人ニ對シテ表示シタル場合ニ限リ本人ハ其占有權ヲ失フヘシト規定セル所以ナリ然レトモ
 此規定ハ代理人カ本人ニ代リテ拋棄ノ意思ヲ表示スルノ權限ナキ場合ニ適用セラルヘキ原則
 ヲ示シタルモノニシテ法定代理人其他本人ニ代リテ占有權ヲ處分スルノ權限ヲ有スル代理人
 カ其權限内ニ於テ本人ノ爲メニスルノ意思ヲ拋棄シ第三者ノ爲メニ所持スルノ意思ヲ表示ス
 ルトキハ之ト同時ニ本人ノ占有權ハ當然消滅ニ歸シ本人ニ對シテ特ニ此意思ヲ表示スルノ必
 要ナシトス

右ノ外代理人ノ意思ノ變更カ占有權ヲ消滅セシムル他ノ場合アリ民法第一八五條末段ニ規定
 スルモノ即チ是ナリ此規定ニ依レハ代理人カ新權限ニ基キ自己ノ爲メニ所有スルノ意思ヲ以
 テ占有ヲ始ムルトキハ代理人ノ容假ノ占有ハ自主ノ占有ニ變スルト同時ニ本人ノ占有權消滅
 ニ歸スヘキモノトス
 代理人カ其代理ノ權限内ニ於テ占有權ヲ取得ニ必要ナル行爲ヲ爲シ本人ノ機關ト爲リテ一旦

占有權ヲ取得シタル以上ハ占有權ノ存立ニハ代理人カ本人ノ爲メニ目的物ヲ占有スル事實關
 係ノ繼續スルノミヲ以テ足り代理關係ノ存續スルコトヲ必要トセス何トナレハ假令本人ト代
 理人トノ間ノ代理關係カ消滅シ代理人ハ最早法律上占有ニ關スル本人ノ機關ニ非サルモ代理
 人カ事實上本人ニ代リテ目的物ヲ占有スル間ハ本人ハ物ノ上ニ實力ヲ行フコトヲ得ルノ地位
 ニ在リテ其物ハ本人ノ實力範圍ヲ脱セサルヲ以テナリ是レ民法第二〇四條第二項ニ於テ占
 有權ハ代理權ノ消滅ノミニ因リテ消滅セスト規定セル所以ニシテ代理人カ本人ニ對シテ自己
 又ハ第三者ノ爲メニ占有ヲ爲スノ意思ヲ表示シタル場合ハ格別然ラサレハ本人ハ代理關係ノ
 消滅シタル一事ノミヲ以テ占有權ヲ失フコトナシトス

第五項 占有權ノ移轉

我民法ニ依レハ占有權ハ物ノ上ニ行ハルル物權トシテ財產權ノ一種ニ屬スルヲ以テ財產權本來
 ノ性質ニ從ヒ他人ニ於テ之ヲ繼承スルコトヲ得ヘシ民法第一八二條ニ「占有權ノ讓渡ハ占有物
 ハ引渡ニ依リテ之ヲ爲ス」トアルハ即チ此意義ヲ明カニシタルモノナリ以下占有權移轉ノ要件
 占有權移轉ノ效果及ヒ占有併合ノ要件ニ區別シテ説明スヘシ

第一 占有權移轉ノ要件

0165

我民法ニ依ルトキハ當事者ノ意思表示ニ基ク占有權ノ移轉即チ占有權ノ讓渡ハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ必要トス

第一 當事者ノ意思表示 占有權ノ移轉ニハ讓渡人タル舊占有者ニ於テ其占有權ヲ讓受人ニ移轉スルノ意思ヲ表示シ讓受人ニ於テ舊占有者ノ占有權ヲ讓受ケテ占有權者ト爲ルノ意思ヲ表示スルコトヲ必要トシ此意思表示ナキトキハ假令占有物カ舊占有者ノ實力範圍ヲ脱シテ直チ

ニ新占有者ノ實力範圍内ニ入ルモ占有權移轉ノ效果ヲ生セサルモノトス

第二 占有物ノ引渡 占有權ノ移轉ニハ占有權ノ移轉ニ關スル當事者ノ意思表示アル外ニ占有物ノ引渡即チ舊占有者ノ實力範圍内ニ在ル物ヲ新占有者ノ實力範圍内ニ移スル事實アルヲ必要トス民法ニ所謂占有物ノ引渡即チ是ナリ而シテ占有權ノ移轉ニ付キ引渡ヲ必要トスルハ占有權ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリトス何トナレハ占有權ハ常ニ必ス占有ノ事實ニ伴フコトヲ要シ占有ヲ離レテ此權利ノ存在ヲ認ムルコト能ハサルヲ以テ占有權ヲ移轉スルニハ常ニ必ス物ノ占有ヲ移轉スルコトヲ要スルハ理ノ當然ナルヲ以テナリ但如何ナル場合ニ於テ占有物ノ引渡アリタルモノト云フコトヲ得ヘキヤハ事實上ノ問題ニ屬スルヲ以テ各場合ニ於ケル實際ノ事實關係ニ基キ判斷ヲ下スコトヲ要スト雖モ何レノ場合ニ於テモ舊占有者カ事實上占有物ヲ新占有者ノ實力範圍ニ移シタルトキハ占有物ノ引渡アリタルモノトス例ヘハ舊占有者カ自己ノ占有スル動産ヲ新占有者ニ手渡シ又ハ倉庫内ノ物品ヲ引渡スルノ目的ヲ以テ其倉庫ノ鍵

ヲ新占有者ニ交付シ又ハ自己ノ占領スル邸宅ヲ明渡シテ新占有者ノ占領ニ委シ又ハ監守者ナキ物品ノ引渡ヲ爲ス場合ニ占有ノ移轉ヲ知ラシムヘキ外形の標識即チ或符號ヲ其物品ニ施シ又ハ引渡スヘキ動産、不動産ノ所在ニ於テ受渡ノ意思ヲ表示シ又ハ第三者カ占有物ヲ保管シ保管證ト引換ニ證書ノ所持人ニ其物品ヲ交付スヘキ場合ニ其證書ヲ新占有者ニ交付スルカ如シ總テ是等ノ場合ニ於テ占有物ハ舊占有者ノ實力範圍ヲ脱シテ新占有者ノ實力範圍ニ入りタルモノニシテ所謂占有物ノ引渡アリタルモノトス要スルニ此點ニ關シテハ占有權取得ノ要件タル實力ノ占領ニ付キ前ニ説明セル原則ヲ適用スルコトヲ要ス

右ノ如ク占有權ノ讓渡ニハ目的物ノ引渡ヲ必要トスルモ此原則ニハ例外アリ即チ左ノ如ク
甲 讓受人又ハ其代理人カ既ニ目的物ヲ占有スルトキ 此場合ニ於テハ占有權ノ讓渡ハ當事者ノ意思表示ノミヲ以テ其效力ヲ生シ占有權ハ引渡ノ手續ヲ要セスシテ當然讓受人ニ移轉スル(一八二條二項)蓋シ占有權ノ移轉ニ付キ引渡ヲ必要トスルハ讓渡人ノ占有ニ係ル目的物ヲ讓受人ノ占有ニ歸セシムルカ爲メニ外ナラス然ルニ讓受人ニ於テ既ニ目的物ヲ占有スル以上ハ當事者ノ意思表示ト共ニ占有權移轉ノ要件具備スルニ依リ特ニ引渡ノ手續ヲ爲スノ必要ナシ例ヘハ甲カ乙ヨリ時計ノ保管ヲ委託セラレ之ヲ占有スル場合ニ乙、甲ニ其時計ヲ賣渡シタルトキハ甲ハ賣買ノ意思表示ト共ニ當然時計ノ占有權ヲ取得スルカ如シ之ヲ稱シテ簡易ノ引渡ト謂フ

乙 讓渡人カ繼續シテ目的物ヲ占有スルトキ、此場合ニ於テハ讓渡人カ爾後讓受人ノ代理人トシテ目的物ヲ占有スル旨ノ意思ヲ表示シタルトキハ、讓受人ハ之ニ因リテ占有權ヲ取得ス（一八三條）是レ他ナシ讓渡人カ占有權ノ讓渡後繼續シテ目的物ヲ占有スルハ占有權ノ主體トシテ自己ノ爲メニスルニ非ス占有權ノ主體タル讓受人ノ機關トシテ讓受人ノ爲メニ占有權ノ成立ニ必要ナル所持ノ要件ヲ充タスモノニ外ナラサルヲ以テナリ例ヘハ甲、其所持ノ時計ヲ乙ニ賣渡シタル後其引渡ヲ爲サスシテ乙ニ代リテ之ヲ保管スルモノト假定セシニ甲カ爾後乙ノ爲メニ其時計ヲ保管スル旨ノ意思ヲ表示スルト同時ニ乙ハ其時計ノ占有權ヲ取得ス之ヲ稱シテ占有ノ改定ト謂フ

丙 讓渡人カ代理人ヲシテ目的物ヲ占有セシムルトキ、此場合ニ於テハ本人カ其代理人ニ對シ爾後讓受人ノ爲メニ其物ヲ占有スヘキ旨ヲ命シ讓受人之ヲ承諾シタルトキハ讓受人ハ之ニ因リテ占有權ヲ取得ス（一八四條）蓋シ代理占有ノ場合ニ於テハ代理人ハ本人ノ爲メニ占有ヲ爲スモノニ外ナラサルヲ以テ代理人ハ占有ニ關スル本人ノ機關トシテ其命令ニ服從セサルヘカラス而シテ占有權ノ主體タル本人カ其占有權ヲ第三者ニ讓渡シ一方ニ於テ代理人ニ對シテ爾後第三者ノ爲メニ其物ヲ占有スヘキ旨ヲ命スルト同時ニ他方ニ於テハ占有物ノ現實ノ引渡ヲ爲サスシテ代理人占有ノ儘占有權ヲ移轉スルノ契約當事者間ニ於テ成立シタルトキハ讓受人ハ爾後讓渡人ノ地位ヲ承繼シ本人ト爲リ讓渡人カ代理人ニ對シテ有セシ權利ハ讓受人ニ移

轉スルヲ以テ代理人ノ占有スル物件ハ讓受人ノ占有ニ歸シタルモノト謂ハサルヲ得ス何トナレハ代理人ハ占有物ノ處分ニ關シテハ爾後讓受人ノ命令ニ服從セサルヘカサルニ依リ讓受人ハ其物ノ上ニ實力ヲ施シ得ヘキ地位ニ在ルヲ以テナリ是レ民法第一八四條ニ規定スル所ナリ例ヘハ甲カ乙ヲシテ其所有ノ時計ヲ保管セシムル場合ニ之ヲ丙ニ賣渡シ丙ノ承諾ヲ得タル上乙ニ對シテ爾後其時計ヲ丙ノ爲メニ保管スヘキ旨ヲ命シタルトキハ時計ノ占有權ハ丙ニ移轉スヘキモノトス之ヲ稱シテ指圖ニ依ル引渡ト謂フ

第二 占有權移轉ノ效果

我民法カ占有權ノ移轉即チ繼承取得ヲ認メタルコトハ前述ノ如シ蓋シ占有ヲ以テ單純ナル事實トシ之ヲ保護スルノ法制ニ於テハ一物カ轉讓シテ數人ノ占有ニ歸シタルトキハ占有ノ移轉カ當事者ノ意思表示ニ基因スルト否トニ拘ハラズ其占有ハ箇箇別別ノモノニシテ各占有者ハ其固有ノ占有ニ對シテ法律ノ保護ヲ受クルヲ原則トシ其前者ノ占有ニ伴フ利益ハ法律ノ特別規定ヲ待テテ始メテ享受シ得ヘキモノト爲ササルヲ得ス之ニ反シ我民法ハ讓渡ニ因ル占有權ノ移轉ヲ認メタルヲ以テ此場合ニ於テハ舊占有者ノ占有權ニ伴フ一切ノ利益ハ新占有者ニ於テ當然享受シ得ヘキモノト解釋スルヲ得ヘシ何トナレハ新占有者ハ舊占有者ノ占有權ヲ承繼スルモノニシテ新占有者カ舊占有者ノ占有權ニ伴フ利益ヲ享受スルコトヲ得ルハ占有權ノ承繼ヨリ生スル當然

ノ結果ナルヲ以テナリ然レトモ他ノ一面ニ於テ占有權ハ自己ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得ルヲ以テ新占有者カ舊占有者ヨリ物ノ引渡ヲ受ケ自己ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ占有ヲ始メタル以上ハ其固有ノ占有ニ對シ別ニ新ニ占有權ヲ取得シタルモノトシ之ヲ保護スルハ占有權其モノノ性質ニ於テ敢テ不可ナシトス是レ民法第一八七條ノ規定アル所以ナリ此規定ニ依リ左ノ效果ヲ生ス

一 占有者ハ自己ノ占有ノミヲ主張スルコトヲ得
占有權ハ自己ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得ルヲ以テ占有者カ苟モ此要件ヲ充タスニ於テハ其占有ニ對シテ法律ノ保護ヲ仰クコトヲ得ヘク其占有權取得ノ原始取得ナルト繼承取得ナルトハ之ヲ問フノ必要ナシ是故ニ占有者ハ權利繼承ノ結果占有權ヲ取得シタル場合ト雖モ前主ノ占有如何ニ拘ハラズ自己ノ占有ノミヲ主張スルコトヲ妨ケサルモノトス是レ民法第一八七條第一項前段ノ規定アル所以ナリ例ヘハ前主ハ惡意若クハ過失アル占有者ナル場合ニ繼承人カ善意無過失ニテ占有ヲ始メタルトキハ繼承人ハ前主ノ占有ニ伴フ惡意又ハ過失ノ瑕疵ハ必スシモ之ヲ承繼スルコトヲ要セス善意無過失ノ占有者トシテ其占有ヨリ生スル利益ヲ享受スルコトヲ得ヘシ

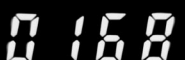
二 占有者ハ前主ノ占有ヲ自己ノ占有ニ併セテ主張スルコトヲ得
是レ權利繼承ノ關係ヨリ生スル結果ニシテ占有者カ前主ノ占有權ヲ承繼シタル場合ニ於テハ其占有ハ即チ前主ノ占有ノ繼續シタルモノト見ルコトヲ得ヘケレハ占有者ハ前主ノ占有ト自己ノ占有トヲ包括シ之ニ隨伴スル法律上ノ利益ヲ要求スルコトヲ得ヘシ是レ民法第一八七條後段ノ規定アル所以ナリ

第三 占有併合ノ要件

物ノ占有者ニ更迭ヲ生シタル場合ニ新占有者カ舊占有者ノ占有ヲ自己ノ占有ニ併合スルコトヲ得ルニハ左ノ條件ノ具ハルコトヲ必要トス

甲 新占有者ハ舊占有者ノ繼承人タルコト
第一八七條ハ單ニ繼承人ナル語ヲ用ヒタルヲ以テ其繼承人トハ一般繼承人及ヒ特定繼承人ヲ指セルモノト解セサルヘカラス故ニ舊占有者ノ相續人、包括名義ノ受遺者ハ勿論賣買、交換、贈與其他ノ法律行為ニ基キ舊占有者ヨリ物ノ占有權ヲ讓受ケタル者ハ總テ其中ニ包含スルモノトス新占有者カ或法律行為ニ因リ物ノ占有權ヲ舊占有者ニ移轉シタル後其法律行為ノ取消解除ノ結果トシテ舊占有者ヲシテ占有物ヲ返還セシメタル場合亦同シ

本條ノ規定ニ依レハ特定繼承人ハ勿論一般繼承人モ亦其選擇ニ從ヒ自己ノ占有ヲ主張シ又ハ自己ノ占有ニ前主ノ占有ヲ併セテ主張スルコトヲ得ヘシ是レ舊民法ト其規定ヲ異ニスル所ナリ舊民法及ヒ佛國民法ニ依レハ一般繼承人ハ先人ノ人格ヲ繼續シ法律上同一人ト看做サルヲ以テ一般繼承人ハ一方ニ於テ特ニ占有ヲ爲スヲ要セスシテ其先人ノ占有權ヲ承繼スルト同



時ニ他方ニ於テ其固有ノ新占有ヲ始ムルコト能ハサルモノトセリ是レ主トシテ一般承繼人ト其先人トノ身分上ノ關係ニ著眼シタルモノナリ而シテ我民法ニ於テ一般承繼人ト特定承繼人トヲ區別セザリシハ占有ノ性質ニ重キヲ措キ一般承繼人ト雖モ其固有ノ占有ヲ始メタル以上ハ之ヨリ生スル利益ヲ享受スルヲ適當ナリト認メタルカ故ナリ

乙 新占有者ハ舊占有ヲ全然援用スルコトヲ要ス 法律カ新占有者ニ舊占有有ノ併合ヲ許スハ新占有ハ舊占有ノ繼續スルモノト推定スルニ外ナラサルヲ以テ新占有者カ自己ノ占有ニ舊占有ヲ併合セントスルニハ舊占有ヲ其儘ニ援用セサルヘカラス從テ其援用セントスル舊占有ニ惡意過失容假強暴隱秘等ノ瑕疵アルトキハ是等ノ瑕疵ヲ併セテ承繼セザルヘカラス舊占有ニ於テ自己ニ利益ナル部分ノミヲ援用シ其不利益ナル部分ヲ棄ツルコトヲ得ス是レ第一八七條末項ニ規定スル所ナリ

丙 舊占有ト新占有ハ互ニ相繼續スルコトヲ要ス 舊占有ト新占有トノ併合ヲ許スハ新占有ハ舊占有ノ繼續スルモノトノ推定ニ外ナラサルコトハ前述ノ如クナルヲ以テ舊占有ト新占有トノ中間ニ於テ占有喪失ノ事實アルカ又ハ他ノ占有カ介在スルニ於テハ新占有ハ舊占有ノ繼續ト見ル能ハサルヲ以テ之ヲ併合スルコト能ハサルハ明カナリ

終ニ占有併合ノ利害ニ付テ一言スルノ必要アリ占有ノ併合ニ關スル利害ノ問題ハ占有權ノ效力ヨリ生スル取得時効ニ關シテ生スルモノニシテ舊占有ニ容假強暴又ハ隱秘ノ瑕疵アルトキハ七條末項ニ規定スル所ナリ

新占有者ハ之ヲ自己ノ占有ニ併合スルニ付キ何等ノ利益ヲモ享クルコトヲ得ス何トナレハ此種ノ占有ハ取得時効ノ基本ト爲ルコト能ハサルヲ以テナリ之ニ反シ舊占有ニ容假強暴又ハ隱秘ノ瑕疵ナク且舊占有カ善意ニシテ過失ナキ占有ナルニ於テハ新占有者ハ之ヲ援用スルニ於テ常ニ利益ヲ有スヘシ又舊占有カ惡意又ハ過失ノ占有ナル場合ト雖モ新占有者ハ之ヲ援用スルニ於テ利益ヲ有スルコトハ之アルヘシ例ヘハ舊占有者ハ惡意又ハ過失アル占有者ニシテ十五年間所存ノ意思ヲ以テ占有ヲ爲シタル後新占有者カ善意無過失ニテ其物ヲ讓受ケ五年間之ヲ占有シタリト假定センニ新占有者ハ舊占有ヲ主張スルニ於テ利益ヲ有スヘシ何トナレハ新占有者カ自己ノ占有ノミヲ主張スルトキハ五個年ノ後ニ非サレハ取得時効ニ因リ所有權ヲ取得スルコトヲ得サルモ舊占有ヲ主張スルニ於テハ直チニ其物ノ所有權ヲ取得シ得ヘケレハナリ

第六項 占有權ノ變更

占有權ハ其喪失ヲ來スヘキ原因ノ生セサル限ハ永久ニ存續スルモノトス然レトモ占有權ハ依然トシテ存續スルニ拘ハラス其性質ニ變更ヲ來スコトアリ此點ニ付キ説明ヲ爲スニ當リ占有ノ瑕疵ニ付テ一言スルノ必要アリ何トナレハ占有權ノ變更トハ要スルニ其基本タル瑕疵ナキ占有カ瑕疵アル占有ニ變シ又ハ瑕疵アル占有カ瑕疵ナキ占有ニ變スルノ謂ニ外ナラサルヲ以テナリ占有ノ瑕疵トハ其本來ノ意義ニ依レハ物ヲ所持スル所以ノ意思又ハ實力ノ占領及ヒ行使ノ方法

存スル缺點ニシテ時効ニ因ル權利ノ取得ヲ妨クルモノヲ謂フ瑕疵ヲ分チテ容假、隱秘、強暴ノ三種トス

一 容假 容假ハ占有ノ意思ニ關スル瑕疵ニシテ自主ニ對スル名稱ナリ占有者カ自己ノ爲メニ所有スルノ意思ナクシテ物ヲ所持スルトキハ其占有ハ容假ノ瑕疵アルモノトス代理人、事務管理人、受託者等他人ノ爲メニ物ヲ占有スル者ノ占有ハ勿論自己ノ爲メニ物ヲ占有スル賃借人ノ占有モ亦容假ノ瑕疵アリトス

二 隱秘 隱秘ハ實力ノ占領及ヒ行使ノ方法ニ關スル瑕疵ニシテ公然ニ對スル名稱ナリ即チ物ニ關スル實力ノ取得又ハ行爲ヲ秘シテ外形上ノ行爲ニ顯ハササルヲ謂フ例ヘハ犯罪ニ關スル物件ヲ買取リ之ヲ隱匿スルカ如シ

三 強暴 強暴ハ平穩ニ對シ隱秘ト等シク實力ノ取得及ヒ行使ニ關スル占有ノ瑕疵ニシテ占有者カ暴行又ハ強迫ニ因リテ物ノ上ニ實力ヲ占取シ之ヲ維持シタルトキハ其占有ハ強暴ノ瑕疵アルモノトス例ヘハ占有者ノ承諾ナキニ拘ハラヌ腕力ヲ以テ占有物ヲ奪ヒ去リ占有者之ヲ回復セントスルニ當リ腕力ヲ以テ之ヲ拒ムカ如シ

占有ニ關スル前掲三箇ノ瑕疵ハ占有者ヲシテ時効ニ因リ占有物上ニ權利ヲ取得スルコト能ハサラシムルモノナリ何トナレハ時効ニ因リ所有權ヲ取得スルニハ常ニ所有ノ意思ト平穩且公然ノ占有ヲ必要トスルヲ以テナリ

占有ノ瑕疵ハ廣キ意義ニ於テハ前三箇ノ瑕疵ノ外惡意、過失等占有ヲ完全ナル效力ヲ生スルコト能ハサラシムル一切ノ缺點ヲ總稱スルモノニシテ民法第一八七條ニ謂フ所ノ占有ノ瑕疵ハ此意義ヲ有スルモノナリ

以上説明スル所ニ依リ占有ノ瑕疵ノ何タルヤヲ知り得ヘシ之ヨリ進ンテ本項ノ目的タル占有權ノ變更ニ付キ説明スヘシ

一、容假ノ占有ハ左ノ場合ニ於テ自主占有ニ變ス

甲 占有者カ本人ニ對シテ所有ノ意思アルコトヲ表示スルコト 本人ニ對スル意思表示ヲ必要トスルハ本人ノ利益ヲ保護スルカ爲メニシテ斯クセサルニ於テハ容假ノ占有者ハ單ニ其意思ノ變更ノミヲ以テ何時ニテモ其容假ノ占有ヲ變シテ自主占有ト爲スコトヲ得ヘク本人ハ其知ラサル間ニ容易ニ占有權ヲ失フノ危險アルヲ以ナリ

乙 占有者カ新權原ニ基キ新ニ自主占有ヲ始ムルコト 所謂新權原トハ賣買、贈與、交換、遺贈等所有權移轉ノ原因ヲ意味ス容假ノ占有者カ此種ノ原因ニ基キ自己ノ所有トシテ物ノ占有ヲ始メタルトキハ其原因カ本人トノ關係ニ於テ生シタル第三者トノ關係ニ於テ生シタルトニ論ナク容假ノ瑕疵消滅シ其占有ハ自主占有ニ變スルモノトス但相續ハ一見所有權移轉ノ原因タルカ如シト雖モ相續人ハ被相續人ノ人格ヲ承繼スルモノニシテ被相續人ト相續人トハ法律上同一人ト看做サルルニ因リ相續ヲ所有權移轉ニ關スル權原中ニ加ヘサルハ



從來行ハレタル定説ニシテ新民法ノ解釋上ニ於テモ亦此説ニ從フヘキモノトス

容假ノ占有者ハ單純ノ意思ノ變更ニ依リ其占有ヲ變シテ自主占有ト爲スコトヲ得スト雖モ占有者カ其意思ヲ變更スルニ付キ正當ノ原因ヲ有スル以上ハ之ニ自主占有ノ恩典ヲ與フルモ不可ナシトス故ニ此場合ニ於テハ意思ノ變更ハ本人ニ對シテ之ヲ表示スルヲ必要トセス

反對ニ於テ自主占有ハ占有者カ自己ノ爲メニ所有スルノ意思ヲ拋棄シ他人ノ爲メニ所有スルノ意思ヲ表示スルニ因リテ容假ノ占有ニ變ス

二

隱秘ノ瑕疵ハ占有物ニ關スル實力ノ行使カ公然ト爲ルニ因リテ消滅ス詳言スレハ隱秘ノ占有ハ物ニ關スル實力ノ行使カ外形上ノ行爲ニ現ハレ利害關係人ニ於テ之ヲ認知シ得ヘキトキハ公然ノ占有ニ變スルモノトス例ヘハ贖物ヲ隱匿シタル後更ニ公然之ヲ販賣スルカ如シ公然ノ占有ハ實力ノ行使ヲ秘シテ外形上ノ行爲ニ現ハササルニ因リテ隱秘ノ占有ニ變ス例ヘハ占有者カ公然一ノ時計ヲ携帶シタル後故ラニ之ヲ篋底ニ藏スルカ如シ

三

強暴ノ瑕疵ハ占有者カ暴行又ハ強迫ヲ用ヒスシテ占有物ノ上ニ實力ヲ行使シ得ルニ至リタルトキハ消滅スルモノトス例ヘハ甲、暴行強迫ヲ以テ乙ノ地所ヲ占有シタル場合ニ甲カ暴行強迫ヲ以テ其占有ヲ保持スル間ハ其占有ハ強暴ノ瑕疵アル占有タルヲ免レス之ニ反シ乙カ何等ノ要求ヲモ爲サス又之カ要求ヲ爲スモ甲ニ於テ暴行強迫ヲ用ヒスシテ地所ノ占有ヲ保持シ得タルトキハ平穩ノ占有ニ變スルモノトス然レトモ其根原ニ於テ平穩ナル占有ハ之ヲ維持

四

善意ノ占有ハ左ノ場合ニ於テ善意ノ占有ニ變ス
スルニ腕力ヲ以テスルモ之カ爲メニ強暴ノ占有ニ變スルコトナシト雖モ腕力ノ行使カ法律ニ許サレタル自衛權ノ範圍外ニ逸出スルトキハ強暴ノ占有ニ變スルモノトス

甲 占有者カ物ヲ占有スルノ權利ナキコトヲ知リタルトキハ善意ノ占有者ト爲ル例ヘハ甲カ

乙ノ所有スル時計ヲ丙ノ時計ナリト信シテ丙ヨリ買受ケ之ヲ所持スル場合ニ後ニ至リ其時

計ハ乙ノ所有ナルヲ知リタルカ如シ

乙 占有者カ本權ノ訴ニ於テ敗訴シタルトキハ其起訴ノ當時ヨリ善意ノ占有者ト爲ル例ヘハ甲カ

於テ乙カ甲ニ對シ時計取戻ノ訴ヲ起シ甲、敗訴シタルトキハ甲カ其當時丙ノ所有ナルコト

ヲ確信シ居タルトキト雖モ起訴ノ當時ニ廻リテ善意ノ占有者ト爲ルモノトス此場合ニ於テ

何故ニ占有者カ實際善意ナルモ尙ホ善意ノ占有者ト看做サルヤト云フニ占有物ニ關シテ

本權ノ訴カ提起セラレタルトキハ占有者ハ其訴ニ於テ敗訴スルコトアルヘキコトヲ豫期セ

サルヘカラス且若シ此場合ニ於テ占有者ハ尙ホ善意ナリトシテ法律ノ保護ヲ受クルモノト

セハ占有者ハ訴訟終結ノ遅延ニ因リテ利益ヲ受ケ真正ノ權利者ハ却テ之カ爲メ損害ヲ受タ

ヘキ不公平ナル結果ヲ生スヘケレハナリ

善意ノ占有モ亦占有者カ後ニ至リ其占有ノ正當ノ權利ニ基クコトヲ信スルニ因リ善意ノ占

有ニ變ス前例ニ於テ甲カ初メ乙ノ時計ナルコトヲ知リ丙ヨリ之ヲ買受ケタル後ニ至リ丙ヨ

五 過失アル占有者カ新權原ニ基キ過失ナクシテ新ニ占有ヲ始ムルト同時ニ過失ナキ占有ニ變ス例ヘハ甲カ乙ニ其所有ノ時計ヲ賣渡シ乙、之カ引渡ヲ受ク丙ヲシテ保管ヲ爲サシメタル場合ニ丁、善意ニテ其時計ヲ丙ヨリ買取り之ヲ所持スルモノト假定センニ丁、相當ノ注意ヲ爲スニ於テハ其時計ハ乙ノ所有タルコトヲ知り得ヘカリシトキハ丁ハ過失アル占有者ナリ然レトモ此場合ニ於テ丁、更ニ新ニ乙ヨリ其時計ヲ買受ケタリトスルトキハ例ヘハ甲乙間ノ賣買カ後ニ至リ取消サルコトアリトスルモ丁カ買受當時其時計取消ノ原因ヲ知ルコト能ハサリシトキハ丁ハ過失ナキ占有トシテ法律ノ保護ヲ受クヘキモノトス故ニ丁ノ過失アル占有ハ乙ヨリ其時計ヲ買受クル時ヲ以テ過失ナキ占有ニ變スルモノトス

第五款 占有ニ關スル事實ノ推定

何人ト雖モ自己ノ利益ニ於テ或事實ノ存在ヲ主張スル者ハ其事實ヲ立證スルノ責アルハ證據法ノ原則ナリ故ニ法律カ或要件ヲ具備スルト占有ニ對シテ多少重要ナル結果ヲ付スル場合ニ占有者カ自己ノ占有ニ其要件ノ具ハルコトヲ主張シ之ニ伴フ利益ヲ享受セントスルトキハ其要件ヲ構成スル事實關係ノ存在スルコトヲ證明セサルヘカラス是ニ於テ證據法ノ原則ヲ絕對的ニ占有ニ適用スルニ於テハ占有權者ハ多クノ場合ニ於テ其主張スル事實ノ證明ヲ爲ス能ハサルカ爲メ其

占有ヨリ生スル利益ヲ享受スルコトヲ得サルノ結果ヲ生シ法律カ占有權ヲ認メ之ヲ保護スル所以ノ目的ヲ充分ニ達スルコト能ハサルニ至ルヘシ是ニ於テ法律ハ實際上ノ生活ニ於ケル普通ノ經驗ニ基キ占有者ノ爲メニ諸般ノ推定ヲ設ケ占有者ヲシテ容易ニ其目的ヲ達スルコトヲ得セシム民法第一八六條ノ規定是ナリ此規定ヨリ生スル結果左ノ如シ

第一 占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ占有スルモノト推定ス

占有者カ自己ノ爲メニ所有スルノ意思ヲ以テ所持スルコトヲ主張スルトキハ此意思ハ占有者ニ於テ證明スルコトヲ必要トセス其占有ヲ以テ容假ノ占有ナリト主張スル者ニ於テ容假ノ事實ヲ證明セサルヘカラス是レ他ナシ普通ノ經驗ニ依ルトキハ物ヲ占有スル人ハ多クハ自己ノ所有トシテ占有スルモノニシテ他人ノ爲メニ占有スルハ例外ニ屬スルヲ以テナリ

第二 占有者ハ善意ニ占有ヲ爲スモノト推定ス

善意ハ人類普通ノ狀態ニシテ善意ハ例外ニ屬ス故ニ法律ハ普通ノ狀態ニ基キ占有者ハ善意ニ占有ヲ爲スモノト推定シ普通ノ狀態ニ反シテ占有者ヲ惡意ナリト主張スル者ヲシテ其事實ヲ立證スルノ責ヲ負ハシムルモノナリ

第三 占有者ハ平穩、公然ニ占有ヲ爲スモノト推定ス

占有者カ平穩、公然ニ占有ヲ爲スハ普通ノ狀態ニシテ強暴又ハ隱秘ニ依リテ占有ヲ爲スハ例外ノ事實ナリ舊民法ニ於テハ公然ハ推定セスト規定シ占有者ヲシテ之ヲ證明スルノ責ニ任セ

シメタリ其理由ハ公然ハ積極的事實ナルヲ以テ之ヲ證明スルコト容易ナリト云フニ在リ然レトモ事實ノ推定ハ必スシモ證明ノ難易ノミニ依ルヘキモノニ非サルヲ以テ此推定ヲ設ケタルニ付キ前記ノ如キ正當ナル理由ノ存スル以上ハ之ヲ設ケタル現行民法ノ規定ヲ以テ其當ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス

第四 前後兩時ニ於テ占有ヲ爲シタル證據アルトキハ占有ハ其間繼續シタルモノト推定ス

例ヘハ占有者カ一月一日ニ物ノ占有ヲ爲シタル事實ト十二月三十一日ニ於テ其物ノ占有ヲ爲シタル事實トヲ證明スルトキハ占有者ハ一今年内間斷ナク其物ヲ占有シタルモノト推定セララルモノトス此推定モ亦普通ノ經驗ニ基クモノニシテ前後兩時ニ於テ物ヲ占有スル事ハ多クハ繼續シテ其物ヲ占有スルモノナレハナリ

之ヲ要スルニ民法第一八六條ノ規定ニ依レハ占有者カ物ヲ所持スルノ事實即チ自然ノ占有ヲ舉證シ得タルトキハ完全無缺ノ占有者ナリト推定セララルモノナリ然レトモ此推定ハ所謂一應ノ推定ニ過キサルヲ以テ反對ノ事實ヲ主張スル者ハ各種ノ證據方法ニ依リ此推定ヲ覆スコトヲ得ヘキハ勿論ナリ

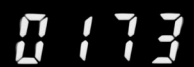
第六款 占有權ノ效力

法律ハ占有ニ付スルニ重要ナル法律上ノ效果ヲ以テシ且占有權ニ依リ之ヲ保護スルハ如何ナ

ル理由ニ基クヤ此問題ニ關シテハ學者間議論ノ一致セサル所ニシテ或者ハ占有ヲ保護スルハ占有者ノ意思ヲ保護スルニ在リト云ヒ或者ハ占有ヲ侵害スルハ一ノ不法行為ニシテ占有ノ保護ハ即チ不法行為ニ對シテ占有者ヲ保護スルニ外ナラスト云ヒ又或者ハ占有ハ常ニ所有權又ハ實體上ノ權利ニ伴フモノナレハ占有ヲ保護スルハ即チ所有權其他實體上ノ權利ヲ保護スル所以ナリト云ヒ其他種種ノ學說アリ然レトモ占有ヲ保護スル所以ノ理由ハ他ノ權利保護ト均シク人類社會ノ必要ニ存スルモノナリ蓋シ吾人人類ハ吾人カ事實上支配スル所ノ財産ヲ安全ニ且間斷斷ク使用收益スルコトヲ得ルニ依リテ生活ノ目的ヲ遂行スルコトヲ得ルモノニシテ他人カ來リテ吾人ト財産トノ間ニ存スル事實上ノ關係ヲ猥ニ攪擾スルニ於テハ吾人ノ生活ニ關スル計畫上ニ齟齬ヲ來シ吾人ヲシテ不測ノ損害ヲ被ムラシムルニ至ルヘシ故ニ吾人ノ事實上ノ財産關係ヲ侵害セサルハ吾人人類ノ共同生活ノ必要條件ナリト謂ハサルヘカラス是レ法律カ占有ヲ保護シ猥ニ之ヲ侵害スルコトヲ禁スル所以ナリ

占有ノ效力ニ關シテハ民法第一八八條乃至第二〇二條ニ於テ之カ規定ヲ設ケタリ而シテ其效力ノ最重要ナルモノヲ(第一)權利ノ推定(第二)果實ノ取得(第三)權利ノ取得(第四)占有訴權(占有ノ保護)トス今順次ニ是等ノ效力ニ付キ説明シ最後ニ(第五)所有者ト占有者トノ權利關係ニ付キ一言スヘシ

第一 權利ノ推定



占有者カ占有物上ニ行使スル權利ハ之ヲ適法ニ有スルモノト推定ス(一八八條)

占有權者ハ或權利ノ行使トシテ物ヲ占有スルモノナルコトハ占有權ノ性質ヲ説明スルニ當リ既ニ一言セル所ニシテ占有者ノ行使スル權利ハ適法ノ原因アリテ正當ニ之ヲ有スルモノト推定セラルルモノナリ例ヘハ占有者カ自己ノ所有トシテ物ヲ占有スルトキハ占有者ハ反證ナキ限ハ正當ニ其所有權ヲ有スルモノト推定セラレ質物トシテ物ヲ占有スルトキハ正當ニ質權ヲ有スルモノト推定セララルルモノトス此推定モ亦普通ノ經驗ニ基クモノニシテ權利ト事實ト相伴フハ普通ノ狀態ニシテ權利ナクシテ其權利ヲ行フハ例外ノ事實ナルヲ以テナリ此規定ヨリ生スル結果トシテ占有者ハ本權ノ訴ニ於テ原告ノ地位ニ立ツト被告ノ地位ニ立ツトニ論ナク正當ナル權利者ナリト推定セラレ其權利ヲ證明スルコトヲ要セス占有者ニ權利ナシト主張スル相手方ニ於テ其事實ヲ立證スルノ責アルモノナリ而シテ相手方ノ立證ス其效ヲ奏セザルトキハ其訴訟ハ當然占有者ノ勝利ニ歸スヘキハ勿論ナリ是レ占有者ノ爲メニ一大利益ナリトス

第二 果實ノ取得

善意ノ占有者ハ占有物ヨリ生スル果實ヲ取得ス

是レ民法第一八九條ニ規定スル所ニシテ占有者カ善意ナルトキハ真正ノ所有者ニ對シテ占有物ヲ返還スル場合ト雖モ其取得シタル果實ハ之ヲ保有スルヲ得ヘシ蓋シ善意ノ占有者ハ正當ノ權利アリト信シテ物ヲ占有スルモノナレハ物ノ果實ヲ收取シ任意ニ之ヲ費消シ或ハ之ヲ賣却シ或ハ

之ヲ諸般ノ用途ニ供スヘキハ自然ノ勢ニシテ占有者ハ是等ノ處分ヲ爲スニ付キ毫モ顧慮スヘキ理山ナシトス然レニ一朝所有者ヨリ回復ノ請求ヲ受ケ其收取シタル果實ヲ併セテ返還セザルヘカラサルモノトセハ占有者ハ爲メニ不測ノ損害ヲ被ムルニ至ルヘシ是レ占有者カ善意ナルトキハ其取得シタル果實ハ之ヲ返還スルヲ要セザルモノトス所以ナリ

惡意ノ占有者ハ之ト異ナリ自己ニ權利ナキコトヲ知ルモノナレハ正當ノ權利者ヨリ返還ノ請求ニ對シテ物ト果實トヲ併セテ返還スヘキコトハ其當ニ豫期スヘキ所ナルヲ以テ其現ニ收取シタル果實ハ勿論既ニ費消シ過失ニ因リ毀損シ又ハ收取ヲ怠リタル果實ノ代價ヲモ辨償セザルヘカラス何トナレハ惡意ノ占有者ハ其不正ノ占有ニ因リ真正ノ權利者ヲシテ果實ヲ收取スルコト能ハサラシメタルモノニシテ既ニ占有ノ權利ナキコトヲ知ル以上ハ一般ノ原則ニ從ヒ真正ノ權利者ニ對シテ責任ヲ負フヘキハ理ノ當然ニシテ之ニ對シテ恩典ヲ與フヘキ理由ナキヲ以テナリ強暴又ハ隱秘ニ依ル占有者モ亦然リ蓋シ是等ノ占有者モ亦其不正ノ占有ニ因リ真正ノ權利者ヲシテ其權利ヲ行使スルコト能ハサラシメタルモノナレハ法律上之ヲ保護スルノ必要ナシトス善意ノ占有者ハ民法第八九條ニ依リ占有物ノ果實ヲ取得ス即チ天然果實ハ占有物ヨリ分離スルニ因リテ之ヲ取得シ其果實ノ現存スルト否トハ之ヲ問ハサルモノトス又法定果實ハ之ヲ收取スル權利ノ存續期間ノ日割ヲ以テ之ヲ取得ス

占有者カ果實ヲ取得スルニハ占有ノ始メニ於テ善意ナルヲ以テ足レリトセス占有ノ當時善意ナ

ルモ其後ニ至リ惡意トナルトキハ其以後果實取得ノ權利ヲ失フモノトス

第三 權利ノ取得

或權利ノ行使トシテ有體物ヲ占有スル者ハ法定ノ要件ヲ具備スルト其ニ占有物上ニ其權利ヲ取得ス而シテ權利取得ノ要件ハ占有物カ不動産タルト動産タルトニ因リ異ナルモノトス

甲 不動産ノ占有者カ二十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ物ヲ占有シタルトキハ其所有權ヲ取得ス(一六二條一項)占有者カ其占有ノ始メ善意ニシテ過失ナキトキハ其期間ハ十年ニ短縮ス(一六二條二項)地上權、永小作權其他ノ權利行使トシテ不動産ヲ占有スル場合

亦同シ(一六三條)

乙 動産ニ付テモ亦民法第一六二條第一項ノ規定ヲ適用スヘキモノトス即チ其占有者カ占有ノ

始メニ於テ惡意又ハ過失アルトキハ二十年ヲ以テ其所有權ヲ取得スルモノトス
動産ノ占有者カ占有ノ始メ善意ニシテ過失ナキトキハ其占有ハ重要ナル效力ヲ生ス民法第一九二條ノ規定即チ是ナリ此場合ニ於テハ占有者ハ即時ニ其動産ノ上ニ行使スル權利ヲ取得ス是レ動産ニ關シテハ「占有ハ權原ニ等シ」ト云ヘル格言アル所以ナリ故ニ所有ノ意思ヲ以テ公然且平穩ニ動産ヲ占有シタル者カ占有ノ始メ善意無過失ナルトキハ直チニ其所有權ヲ取得シ質物トシテ占有ヲ爲シタルトキハ直チニ其物ノ上ニ質權ヲ取得スルモノトス例ヘハ甲、其所有ニ係ル時計ノ保管ヲ乙ニ委託シタルニ乙、甲ノ信用ニ背キ其時計ヲ自己ノ所有ナリトシテ

0175

丙ハ善意、無過失ニテ其引渡ヲ受ケ之ヲ占有シタリト假定センニ純理ヨリ言フトキハ時計ノ賣主タル乙ハ自己ノ有セサル時計ノ所有權ヲ丙ニ讓渡スルコトヲ得サルヲ以テ丙ハ此賣買ニ因リ直チニ時計ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得サルヤ明カナリ然レトモ丙ハ民法第一九二條ノ規定ニ依リ其本來取得スルコトヲ得サル時計ノ所有權ヲ取得シ乙、丙間ノ賣買ハ完全ニ其效力ヲ生スルコト爲ル蓋シ動産ノ取引ニ關シテハ其占有者ヲ以テ正當ノ權利者ト見ルノ外ナク隨テ其取引ハ通常占有ノ移轉即チ引渡ニ因リテ行ハルモノナレハ善意ノ占有者カ過失ナクシテ物ノ引渡ヲ受ケ之ヲ占有シタル以上ハ之ヲ保護シ占有者ヲシテ其正當ニ豫期シタル權利ヲ取得セシムルヲ必要トス何トナレハ斯クセサルニ於テハ動産ニ關スル取引ノ安全ハ到底期スヘカラサルヲ以テナリ又他方ニ於テ物カ善意ノ占有者ノ占有ニ歸スルニ付テハ所有權ニ過失アリト謂ハサルヲ得ス何トナレハ所有者ニシテ其所有物カ第三者ノ有ニ歸スルコトヲ豫防セントスルニハ自ラ其物ヲ占有セサルヘカラス又既ニ他人ヲ信シテ物ヲ占有セシムル以上ハ其人ヲ信シタルカ爲メニ生シタル結果ハ之ヲ甘受セサルヘカラサルヲ以テナリ
占有者カ第一九二條ノ利益ヲ享受スルニハ其占有ノ當時平穩且公然ナルコト及ヒ占有者カ善意無過失ナリシコトヲ必要トス然レトモ此要件ヲ具備スルニ於テハ占有者ハ直チニ物ノ上ニ權利ヲ取得スルヲ以テ其以後ニ生シタル占有ノ性質ノ變更ハ毫モ其權利ニ消長ヲ來ササルモノトス

第一九二條ノ規定ヨリ生スル當然ノ結果トシテ物ノ所有者ハ占有者ニ對シテ其回復ヲ請求シ得サルコトト爲ルヘシ何トナレハ占有者カ新ニ其物ノ上ニ權利ヲ取得スルト同時ニ舊所有者ハ其權利ヲ失フヘケレハナリ但占有者カ質權又ハ其他ノ權利ヲ取得シタルトキハ所有者ハ是等ノ權利ノ爲メニ其所有權ヲ制限セラルルモ全ク之ヲ失フコトナキハ勿論ナリトス又占有者カ物ノ所有權ヲ取得シタルトキハ舊所有者トノ關係上物ノ上ニ存在セル第三者ノ權利モ亦同時ニ消滅ニ歸スルモノトス是レ他ナシ占有者ハ新ニ物ノ上ニ所有權ヲ取得スルモノニシテ舊所有者ノ權利ヲ承繼スルモノニ非サルヲ以テナリ

占有者カ占有物上ニ權利ヲ取得スルト同時ニ所有者ハ其權利ヲ喪失シ占有物ノ回復ヲ請求スルコト能ハサルハ前述ノ如シ然レトモ此原則ニハ例外アリ即チ左ノ如シ
 一 占有物カ盜品又ハ遺失物ナルトキ 是レ民法第一九三條ニ規定スル所ニシテ所有者ハ盜難又ハ遺失ノ時ヨリ二年間ハ其物ノ回復ヲ請求スルコトヲ得ヘシ是レ他ナシ盜難及ヒ遺失ノ場合ニハ物ノ所有者ハ意思ナクシテ其占有ヲ失ヒタルモノニシテ所有者ハ時ニ或ハ盜難ニ罹リ又ハ其物ヲ遺失スルコトヲ免ルル能ハサルヲ以テ此種ノ物品ニ付テモ亦所有者ヲシテ直チニ其權利ヲ喪失セシムルハ苛酷ニ失スルヲ以テ之ヲ保護スルノ精神ニ出テタルモノナリ所謂盜品中ニハ單ニ強竊盜ノ贓物ノミヲ包含スルモノニシテ委託物費消 詐欺取財等其他ノ犯罪ニ關スル物件ハ其中ニ含蓄セス蓋シ是等ノ場合ニ於テハ所有者ハ任意ニ其所有物ノ占有

ヲ移轉シタルモノニシテ盜難遺失ニ於ケルカ如ク意思ナクシテ占有ヲ失ヒタルモノニ非サルヲ以テナリ又遺失品中ニハ所有者カ其遺失ニ因リテ占有ヲ失ヒタル物品ハ勿論天災地變ニ因リ意思ナクシテ占有ヲ失ヒタル物品ヲ包含スルモノトス

右ノ如ク盜品及ヒ遺失品ニ對シテハ所有者ハ二年間占有者ニ對シテ回復ヲ請求シ得ヘシト雖モ占有者カ競賣又ハ公ノ市場ニ於テ又ハ其物ト同種ノ物ヲ販賣スル商人ヨリ善意ニテ之ヲ買受ケタルトキハ占有者ハ其物品ノ性質ニ付キ疑ヲ容ルヘキ理由ナキヲ以テ占有者ニ過失ノ責ナキモノト謂ハサルヲ得ス然ルニ此場合ニ於テ所有者カ無條件ニテ其物品ヲ回復シ得ヘシトスルトキハ占有者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ムラシメ取引ノ安全ヲ害スルノ恐アリ故ニ所有者カ其物品ノ回復ヲ請求スルトキハ占有者ニ對シテ其支拂ヒタル代價ヲ賠償セサルヘカラス是レ

民法第一九四條ニ規定スル所ナリ
 二 占有物カ他人ノ飼養セシ家畜外ノ動物ナルトキ 他人ノ使用セシ家畜外ノ動物ヲ占有シタル者ハ其動物ノ逃走シタル時ヨリ一个月ノ後ニアラサレハ動物ノ上ニ權利ヲ取得セス(一九五條)是レ家畜外ノ動物ハ逃走シ易キ性質ヲ有スルヲ以テ占有者カ逃走シタル動物ノ上ニ直チニ權利ヲ取得スルニ於テハ動物ノ所有者ハ容易ニ其權利ヲ失フニ至ルヘキヲ以テ所有者ニ與フルニ一个月ノ猶豫期間ヲ以テシ其間ニ動物ヲ搜索シテ之ヲ回復スルコトヲ得セシメタルナリ故ニ占有者ハ一个月内ニ所有者ノ請求アルトキハ之ヲ返還スルノ義務アリ此期間ノ經過



ヲ俟チテ始メテ動物ノ上ニ權利ヲ取得スルモノトス民法第一九五條ニハ「其占有ノ始善意ニシテ」ト規定シ占有者ニ過失アリタルヤ否ヤヲ區別セシ是レ家畜外ノ動物ハ通常所有者ナキモノト認メ得ヘク且其動物ニ所有者アリヤ否ヤヲ探究スルコト頗ル難キヲ以テ此種ノ占有ニ關シテハ占有者ノ善意ナリシコトノミヲ以テ足レリトシ其過失ノ有無ハ強テ問ハサルモノナリ

第四 占有訴權

占有訴權トハ法律カ占有ヲ保護スル爲メニ占有者ニ付與スル所ノ訴權ナリ抑、占有ハ本來一ノ事實ニ過キスト雖モ法律ハ之ニ付スルニ重要ナル效果ヲ以テシ且之ヲ侵害スル者アルニ於テハ他ノ權利侵害ノ場合ト等シク占有者ヲシテ訴權ノ方法ニ依リ其救済ヲ裁判所ニ求ムルコトヲ得セシム我民法カ占有ヲ以テ單純ナル事實上ノ狀態ト爲サスシテ占有權ナル名稱ノ下ニ之ヲ一ノ權利トシタル所以ノ主タル理由ハ實ニ此點ニ在リテ存スルモノナリ然レトモ占有ハ物ニ關スル現實ノ支配ニシテ實體上ノ權利ノ行使ニ外ナラス占有權ハ即チ占有ノ事實ニ伴フ權利ニシテ其根源ニ於テ物ヲ支配スルノ能力タル實體上ノ權利ト其性質ヲ異ニスルコトハ既ニ一言セル所ナリ是ヲ以テ占有權ト實體上ノ權利トハ其效力ヲ異ニシ占有訴權ト本權ノ訴權トハ其效用ヲ異ニスルノ結果ヲ生スルモノトス予ハ今ヨリ第一、占有訴權ヲ行使シ得ヘキ人第二、占有訴權ノ種類第三、占有訴權行使ノ要件第四、占有訴權ト本權訴權トノ關係ニ區別シテ論セントス

一 占有訴權ヲ行使シ得ヘキ人 占有訴權ハ占有ノ保護ヲ目的トスルヲ以テ自己ノ爲メニ物ヲ占有スル法律上ノ占有者カ此權利ヲ行使シ得ヘキハ論ヲ俟タス何トナレハ占有訴權ハ正ニ是等ノ占有者ノ爲メニ設ケラレタルモノナレハナリ之ニ反シ他人ノ爲メニ占有ヲ爲ス者ハ純然タル占有者ニ非サルヲ以テ此權利ヲ行使スルコト能ハサルカ如シ然レトモ占有訴權ノ行使ハ極メテ迅速ヲ要スルヲ以テ純然タル占有者ノ外ハ此權利ヲ行使スルコトヲ得サルモノトスルトキハ占有保護ノ目的ヲ充分ニ達スル能ハサルニ至ルヘシ而シテ他人ノ爲メニ現ニ占有ヲ爲ス者ハ速ニ占有ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルノ地位ニ在ルノミナラス物ノ占有ニ關シテハ本人タル占有者ニ對シ責任ヲ負フヲ以テ是等ノ人モ亦占有訴權ヲ行使シ得ヘキモノト爲スヲ正當ナリトス是レ第一九七條末段ノ規定アル所以ナリ然レトモ是等ノ人ハ自己ノ爲メニ占有訴權ヲ行使スルニ非スシテ本人タル占有者ニ代リテ此權利ヲ行フニ過キサルモノトス

二 占有訴權ノ種類 占有ノ訴ハ之ヲ三種ニ區別スルコトヲ得占有保持ノ訴、占有保全ノ訴及

- ヒ占有回收ノ訴即チ是ナリ
- 甲 占有保持ノ訴 占有保持ノ訴ハ占有者カ其占有ヲ妨害セラレタル場合ニ起スル所ノ訴ニシテ妨害ノ停止及ヒ妨害ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ目的トスルモノナリ
- 乙 妨害トハ占有者ヲシテ物ノ上ニ實力ヲ施スコトヲ得ラシムヘキ有形的ノ障害ヲ謂フ例ヘ



ハ占有者ノ承認ナクシテ其邸宅内ニ立入り占有者ノ地面ニ建物ヲ突出セシメ又ハ液體ヲ流下セシムルカ如シ

占有者カ第三者ノ所爲ニ因リ占有ヲ妨害セラレタルトキハ妨害者ニ對シテ將來ニ向ヒテ其妨害ヲ止ムヘキコトヲ請求スルト同時ニ既往ニ於テ其妨害ヨリ生シタル損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ面シテ此二箇ノ請求權中要價ノ請求權ハ妨害者ニ對シテノミ行テ得ルヲ原則トスト雖モ妨害停止ノ請求權ハ妨害者以外ノ人ニ對シテモ之ヲ行使スルコトヲ得ヘシ例ヘハ甲、乙ノ所有地内ニ其家屋ノ屋根ヲ突出セシメ乙ノ占有ヲ妨害シタリト假定センニ甲、其家屋ヲ丙ニ賣渡シタルトキハ屋根ノ突出ニ因リテ既ニ生シタル損害ハ甲ニ對シテノミ請求シ得ヘク讓受人タル丙ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ得ス之ニ反シ屋根ノ突出ヨリ生スル妨害ノ排除ハ丙ニ對シテモ亦之ヲ要求スルコトヲ得ヘシ故ニ第一ノ請求ニ對シテハ占有權ハ對人的ニシテ第二ノ請求ニ對シテハ物上のナリトス

乙 占有保全ノ訴 占有保全ノ訴トハ占有者カ其占有ヲ妨害セラルル虞アル場合ニ提起スル所ノ訴ニシテ妨害ノ豫防又ハ損害賠償ノ擔保ヲ求ムルヲ以テ目的トス

所謂妨害ノ虞アル場合トハ例ヘハ占有者カ土地又ハ家屋ヲ所有スル場合ニ於テ隣地ノ建物カ將ニ崩壊セントシ又ハ隣地ノ大木カ將ニ倒レントシテ占有者ノ土地家屋ニ危害ヲ及ホス虞アル類ヲ謂フ此場合ニ於テハ占有ハ未タ妨害セラレズ且損害ハ未タ生セザルモ其妨害並

ニ損害ハ將來ニ於テ生スヘキ虞アリ故ニ占有者ハ其選擇ニ從ヒ相當ノ豫防方法ヲ設ケルカ然ラサレバ他日生スヘキ損害ニ對シ相當ノ擔保ヲ供スヘキコトヲ隣地ノ所有者ニ請求スルコトヲ得例ヘハ建物ヲ修繕シ若クハ崩壊ニ先チ之ヲ毀チテ危險ヲ豫防シ又ハ損害ノ賠償ヲ保證スルカ爲メ特ニ保證人ヲ設ケ或ハ擔保物ヲ供セシムルカ如シ

占有保全ノ訴ハ物上の性質ヲ有シ占有物ニ對シテ危害ヲ生セシメタル者ハ勿論此危害ノ存スル限ハ其承繼人ニ對シテモ之ヲ行使スルコトヲ得

丙 占有回收ノ訴 占有回收ノ訴ハ占有者カ占有ヲ奪ハレタル場合ニ提起スル所ノ訴ニシテ

占有物ノ返還及ヒ損害ノ賠償ヲ目的トス
占有回收ノ訴ハ占有者カ占有ヲ拋棄スルノ意思ナクシテ第三者ノ所爲ニ因リテ物ノ上ニ實力ヲ喪失シタル總テノ場合ニ於テ之ヲ提起スルコトヲ得故ニ此訴ニ關シテハ占有者カ意思ナクシテ占有物ノ所持ヲ失ヒタルコトト其所持ノ喪失ハ第三者ノ侵奪行爲ニ基因スルコトヲ必要トス占有ノ侵奪ト稱スルモノ即チ是ナリ例ヘハ強盜又ハ竊盜ノ爲メニ占有物ヲ奪ハレタル場合ノ如シ面シテ其占有ノ妨害ト異ナル要點ハ占有ノ妨害ニ在リテハ占有者ハ物ノ所持ヲ失ハサルモ占有ノ侵奪ニ在リテハ占有者ハ全ク之ヲ失フニ在リ

占有者カ第三者ノ侵奪行爲ニ因リ占有ヲ失ヒタルトキハ侵奪者及ヒ其一般承繼人ニ對シテ占有物ノ返還及ヒ損害ノ賠償ヲ求ムルヲ得ヘシ侵害者ノ特定承繼人ニ付テハ一ノ區別ヲ爲



スヲ要ス即チ承繼人カ侵奪ノ事實ヲ知レルトキハ占有者ハ之ニ對シ回收ノ訴ヲ提起スルヲ得ヘシ之ニ反シ承繼人カ侵奪ノ事實ヲ知ラサルトキハ占有者ハ之ニ對シテ回收ノ訴ヲ行使スルコトヲ得ス蓋シ回收ノ訴ハ侵奪者ノ不法行為ニ基因スルヲ以テ不法行為ヲ爲シタル侵奪者及ヒ其一般承繼人ニ對シテノミ之ヲ提起シ得ヘキヲ原則トス然レトモ侵奪者ヨリ占有物ヲ讓受ケタル特定承繼人カ侵奪ノ事實ヲ知レルトキハ占有者ヨリ回收ノ請求ヲ受クヘキコトハ其應ニ豫期スヘキ所ナルヲ以テ之ヲ保護スルノ必要ナシトス

承繼人ノ善意ナリシヤ惡意ナリシヤノ問題ハ承繼人カ占有ヲ爲シタル當時ニ遡リテ之ヲ定ムルコトヲ要ス故ニ承繼人カ占有ノ當時善意ナリシトキハ其後ニ至リ侵奪ノ事實ヲ知ルモ占有者ニ對シテ義務ヲ負フコトナシ

三 占有訴權行使ノ要件 從來ノ立法例及ヒ舊民法ニ依レハ占有者カ占有訴權ヲ行フニハ數多ノ要件ヲ必要トシタリ例ヘハ占有者カ此訴權ヲ行使スルニハ其占有カ平穩且公然ナルコトヲ必要トシ或ハ又其占有ニハ回收訴權ノ原因ト爲ルヘキ瑕疵ナキコトヲ必要トスルカ如シ然レトモ新民法ハ總テ是等ノ條件ヲ廢シ占有者ニシテ占有權ヲ有スルニ於テハ常ニ占有訴權ヲ行使シ得ヘキモノトシ唯此權利ノ行使ニ付キ期間ノ條件ヲ設ケ一定ノ期間ヲ經過スルトキハ占有者ハ最早占有訴權ヲ行使スルコトヲ得サルモノト爲セリ以下此點ニ付キ説明スヘシ

(一) 占有保持ノ訴 占有保持ノ訴ノ提起ハ左ノ期間ニ從フヘキモノトス

甲 占有者ハ妨害ノ存スル期間ハ常ニ占有保持ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘシ而シテ其妨害カ何時ニ始マリ又幾許ノ期間ヲ經過シタルキハ之ヲ問フコトヲ要セス

乙 妨害止ミタルトキハ占有保持ノ訴ハ妨害ノ止ミタル時ヨリ一箇年內ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス故ニ此期間ヲ經過シタルトキハ占有者ハ最早占有訴權ヲ行フコトヲ得ス蓋シ妨害者カ一年ノ久シキ間妨害ヲ爲ササルトキハ最早妨害ヲ爲スノ意思ナキモノト見ルヲ得ヘク從テ占有物ハ其本然ノ狀態ニ復シタルモノナレハ之ニ對シテ救濟ヲ求ムルノ必要ナキヲ以テナリ

以上甲乙ニ掲クル所ノモノハ占有保持ノ訴ノ提起ニ付キ遵守スヘキ普通ノ期間ナリトス然レトモ此原則ニハ例外アリ次ニ掲クルモノ是ナリ

丙 占有ノ妨害カ工事ニ基因スルトキハ保持訴權ノ行使ハ特別ノ期間ニ從フモノトス所謂工事トハ家屋其他ノ建物ノ建築堤防溝渠ノ築造等ヲ謂フ占有妨害ノ問題ハ主トシテ此工事カ隣接セル二箇ノ不動產ノ境界ニ接近シテ起工セラルル場合ニ於テ生スルモノトス例ヘハ家屋ノ屋根ヲ隣地內ニ突出セシメ又ハ建物ノ建築ニ付キ法定ノ距離ヲ存セサルカ

如シ

占有ノ妨害カ工事ニ基因スルトキハ占有訴權ノ行使ハ左ノ期間ニ從フヘキモノトス
(イ) 占有者ハ工事著手ノ時ヨリ一箇年內ニ占有保持ノ訴ヲ提起スルコトヲ要ス 民法

ハ、工事著手ノ時ヲ以テ一、年ノ期間ノ起算點ト爲シタルヲ以テ妨害ノ事實カ工事著手ノ時ニ生シタルト其後ニ生シタルトハ、訴權行使ノ期間ニ影響スル所ナシ是レ舊民法ト其規定ヲ異ニスル所ニシテ舊民法ハ妨害ノ生シタル時ヲ以テ期間ノ起算點ト爲シタリ而シテ實際ニ於テハ妨害ノ事實カ工事著手後ニ於テ生スルコトアルハ往々ニシテアリ然ルニ此場合ニ於テモ尙ホ占有訴權行使ノ期間ヲ工事著手ノ時ヨリ起算スルハ穩當ヲ失スルノ感ナキ能ハス

(ロ) 工事竣成シタルトキハ占有者ハ占有保持ノ訴權ヲ行フコトヲ得ス 占有者カ新工事ノ爲メニ其占有ヲ妨害セラレタルトキハ占有者ハ妨害排除ノ目的ヲ達スル爲メニ工事ノ取拂若クハ其變更ヲ求ムルコトヲ得ヘシ然レトモ工事落成シタル後若クハ工事カ著シク進歩シタル後ニ於テ其取拂又ハ變更ヲ爲スニ於テハ經濟上不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ占有者ヲシテ此權利ヲ行使セシムルハ公益ニ害アリト認メタルモノナリ

第二〇一條第一項但書ノ規定ハ新工事ヲ保護スルヲ目的トスルモノナルコトハ其文意ニ徴シテ明カナリ故ニ此規定ハ其工事ノ不完全ナルカ爲メニ占有ヲ妨害シタル場合ニ適用スルコト能ハサルモノト論スルコトヲ得ヘシ例ヘハ家屋カ腐朽シ若クハ其構造ノ不完全ナルカ爲メニ傾斜シ又ハ崩壞シタルトキ或ハ堤防カ破壊シテ隣地ノ占有ヲ妨害シタル場合ニ於テハ占有者ハ常ニ占有訴權ノ方法ヲ以テ妨害ノ排除ノ損害ノ賠償ヲ求

ムルノ權利アリト信ス何トナレハ是等ノ場合ニ於テ占有訴權ノ行使ヲ許スモ毫モ經濟上不利ナル結果ヲ生セサルヲ以テナリ

(二) 占有保全ノ訴 占有保全ノ訴ハ妨害ノ危險存スル間ハ之ヲ提起スルコトヲ得但新工事ニ因リ占有物ニ損害ヲ生スルハ虞アルトキハ占有者ハ工事著手ノ時ヨリ一、年ヲ經過シ又ハ其工事竣成セルトキハ之ヲ提起スルコトヲ得ス(二〇一條二項)然レトモ妨害ノ危險ハ家屋、堤防其他ノ建築物カ傾斜若クハ崩壞セントスル場合ニ於テモ亦生スルモノナルヲ以テ是等ノ場合ニ於テハ家屋、堤防其他ノ建築物カ新ニ築造セラレタルト否トニ拘ハラズ損害ヲ豫防スルカ爲メ常ニ占有訴權ヲ行使シ得ヘキモノナリトスルヲ正當ナリトス

(三) 占有回收ノ訴 占有回收ノ訴ハ占有侵奪ノ時ヨリ一、年ノ期間内ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス(二〇一條三項)故ニ占有者カ第三者ノ爲メニ占有ヲ侵奪セラレタル場合ニ侵奪ノ時ヨリ一、年内ニ占有回收ノ訴ヲ提起シテ占有物ヲ取戻ササルトキハ占有者ハ最早占有物ヲ回收スルコト能ハサルヲ以テ確定的ニ其占有ヲ失フト同時ニ其占有權ハ茲ニ全ク消滅スルモノトス

占有訴權ハ實際上ノ必要ヨリ現在ノ狀態ヲ維持シ社會ノ平和ヲ保ツヲ以テ目的トスルコトハ前既ニ一言セル所ナリ而シテ占有者カ其占有ヲ侵奪セラレタル後直チニ回復ヲ爲サスシテ其狀態ヲ確定セシメタルトキハ社會ノ平和ヲ保ツカ爲メ新ニ生シタル狀態ヲ維持スルノ

必要ヲ生ス故ニ占有者カ其占有ニ付キ法律ノ保護ヲ受クル所以ノ理由ハ又占有者ヲシテ此保護ヲ失ハシムルノ理由ト爲ルモノナリ是レ何レノ國ニ於テモ占有權行使ノ期間ヲ制限シ此期間經過後ハ新占有ヲ保護シ舊占有者ヲシテ占有權ヲ行使スルコトヲ得セシメサル所以ナリ我民法モ亦同一ノ理由ニ基キ回收訴權ノ行使ヲ一年ニ制限シタリ蓋シ此期間ノ經過ト共ニ新ナル狀態確定スルモノニシテ侵害者ハ其以前純然タル占有權者トシテ法律ノ保護ヲ受クルモノトス

四 占有訴權ト本權訴權トノ關係

占有訴權ハ占有ニ基キ物ニ關スル實力關係ヲ保護スル目的トシ本權訴權ハ實體上ノ權利ニ基キ物ニ關スル實體上ノ權利關係ヲ定ムル目的トス今此二訴權相互ノ關係ヲ略述スルトキハ左ノ如シ

(一) 占有ノ訴ト本權ノ訴ハ訴訟手續ヲ異ニス 占有ノ訴ハ單ニ現在ノ狀態ヲ維持スルヲ目的トシ且迅速ニ結了スルコトヲ望ムモノナルカ故ニ訴訟物ノ價額如何ニ拘ハラズ常ニ區裁判所ノ管轄ニ屬シ訴訟手續ハ簡易ナリ之ニ反シ本權ノ訴ハ目的物ノ價額ニ從ヒ時トシテハ區裁判所ノ管轄ニ屬シ時トシテハ地方裁判所ノ管轄ニ屬シ其訴訟手續ハ比較的鄭重ナリトス且占有ノ訴ニ在リテハ當事者ハ單ニ占有ノ事實ヲ證明スルノミヲ以テ足ルト雖モ本權ノ訴ニ於テハ實體上ノ權利ヲ證明スルノ必要アリ而シテ占有ノ事實ハ之ヲ證明スルコト容易ナルモ實體上ノ權利ハ之ヲ證明スルコト難キヲ以テ訴訟ノ目的ヲ達スルノ點ニ於テ其難

易ヲ異ニスルノ結果ヲ生ス是ヲ以テ物ノ占有者カ同時ニ其所有者ナルトキハ占有ノ侵害ニ對シ速ニ救済ヲ得ントセハ占有訴權ヲ行使スルヲ利アリトシ占有ノ侵害カ物ニ關スル實體上ノ權利ノ主張ニ基キ因シ此權利關係ヲ確定スルノ必要アルトキハ本權ノ訴訟ニ依ラ可ナリトス

(二) 本權ノ訴ト占有ノ訴ハ兩立シ得ヘキモノトス

是レ民法第二〇二條ニ規定スル所ナリ蓋シ占有權ト實體上ノ權利トハ兩立シ得ヘキモノニシテ物ノ所有者カ同時ニ物ノ占有者ナルトキハ所有者ハ所有權ト占有權トヲ併セテ有スルモノトス其他物ノ占有ヲ必要トスル物權ニ付テモ亦然リトス而シテ本權ノ訴ト占有ノ訴ハ其目的ヲ異ニスルヲ以テ權利者ハ此二箇ノ訴權ヲ併セテ行使シ得ヘク其一ヲ行フニ因リテ他ノ一ヲ失フコトナシ故ニ占有者カ其占有ニ基キ占有回收ノ訴ヲ提起シ其訴ニ於テ敗訴シタルトキト雖モ更ニ所有權ヲ基本トシテ所有物回復ノ訴即チ本權ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク又本權ノ訴ニ於テ敗訴スルモノモ占有ノ訴ニ於テ勝訴者ト爲ルコトヲ妨ケサルモノトス

(三) 占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得ス

占有訴權ハ占有ノ保護ヲ目的トスルモノニシテ占有カ正當ノ權利ニ基キ否ヤハ占有訴權ノ行使ニ毫モ影響スルコトナキハ上來説明スル所ニ依リテ明カナリ故ニ占有ノ訴ヲ提起セラルルニ當リ被告ハ物ニ關スル實體上ノ權利カ自己ニ屬スルヲ理由トシテ原告ノ請求ヲ拒ムヲ得ス何トナレハ

占有訴權ハ實體上ノ權利ノ所在如何ヲ問ハス物ニ關スル現狀ヲ維持スルコトヲ目的トスル
 ハ前逃ノ如クナルヲ以テナリ是ヲ以テ被告カ實體上ノ權利ヲ以テ抗辯トシタル場合ニ被告
 カ直チニ其權利ヲ證明シ得ヘキト雖モ其抗辯ハ占有ノ訴ニ於テ許スヘカラサルモノト
 シテ之ヲ排斥スルコトヲ要ス是レ占有ノ訴ト本權ノ訴トハ之ヲ併合スルコトヲ得スト云ヘ
 ル格言アル所以ナリ故ニ占有ノ訴ト本權ノ訴トハ併合審理ヲ爲スコト能ハサルハ勿論本權
 ノ訴ノ著著マテ占有ノ訴ヲ中止スルヲ得ス本權ノ訴カ前ニ提起セラレタル場合ト雖モ尙ホ
 然リトス蓋シ占有ノ訴ハ迅速ニ終了スルコトヲ必要トスルモノニシテ其終結カ遲延スル
 キハ占有權ノ效用ハ大ニ減殺セラルルモノナリ故ニ舊民法ハ占有ヲ保護スルノ精神ヨリ本
 權ノ訴ハ占有ノ訴ノ終結マテ中止スヘキモノト規定セリ然レトモ新民法ハ此規定ヲ削除シ
 タルヲ以テ占有ノ訴ト本權ノ訴カ同時ニ裁判所ニ繫屬スルトキハ此二箇ノ訴ハ各、獨立シ
 テ進行スルコトヲ得ヘク本權ノ訴カ占有ノ訴ニ先テ終結スルコトヲ妨ケサルモノトス

第五 所有者ト占有者間ノ權利關係

甲 占有者ノ義務(所有者ノ權利) 所有者ハ所有權ニ固有ナル權能ノ一トシテ物ヲ占有スルノ
 權利ヲ有スルヲ以テ占有者ニ對シテ其回復ヲ求ムルノ權利ヲ有シ所有者ヨリ回復ノ請求ヲ受
 ケタル占有者ハ占有物ヲ返還スルノ義務アルコトハ説明ヲ要セスシテ明カナリ然レトモ所有
 者ニ對スル占有者ノ義務ハ占有者カ善意ナルト惡意ナルトニ從ヒ其範圍ヲ異ニスルヲ以テ予

ハ善意ノ占有者ト惡意ノ占有者トニ區別シテ此點ニ付キ説明セントス
 (一) 善意ノ占有者ハ回復ノ請求ヲ受ケタル當時ノ狀態ヲ以テ所有物ヲ占有者ニ返還スルノ
 義務ヲ負フ 此原則ヨリ生スル結果トシテ占有物カ占有者ハ中滅失又ハ毀損シタルト
 キハ其滅失又ハ毀損カ占有者ノ故意過失ニ因ルト否トヲ問ハス占有者ハ之ニ對シ賠償ヲ爲
 スノ責ナシ是レ他ナシ善意ノ占有者ハ正當ノ權利アリト信シテ物ヲ占有スルモノナレハ占
 有物ニ關スル故意又ハ過失ニ付キ他人ニ對シテ責任ヲ負フニ至ルヘキコトヲ豫期スルノ理
 由ナク從テ善意ノ占有者ヲシテ故意過失ノ責任ニ免スルハ苛酷ニ失スルヲ以テナリ然レ
 トモ容假ノ占有者ハ之ニ異ナリ占有物カ其責ニ歸スヘカラサル事由ニ因テ滅失又ハ毀損シ
 タルトキハ「物ハ所有者ニ死ス」トノ原則ニ從ヒ之ニ對シテ何等ノ責任ヲ負ハスト雖モ其
 故意過失ヨリ生シタル占有物ノ滅失又ハ毀損ニ對シテハ賠償ノ責ヲ免レサルモノトス何ト
 ナレハ容假ノ占有者ハ他人ノ所有トシテ物ヲ占有スル者ナレハ物ノ所有者ニ對シテ故意過
 失ノ責任ニ任スヘキコトハ其當ニ豫期スヘキ所ニシテ其所有者ノ甲ナルト乙ナルトハ占有者
 ノ責任ニ何等ノ影響ヲ及ボササルヲ以テナリ
 善意ノ占有者ハ其所爲ヨリ生シタル占有物ノ滅失又ハ毀損ニ對シテ責任ナシト雖モ占有物
 ニ關シテ受ケタル利益ハ不當利得ノ原則ニ從ヒ之ヲ所有者ニ償還スルコトヲ要ス例ハハ占
 有物カ家屋ナルトキ占有者カ之ヲ賣却シテ其代價ヲ領收シ又ハ家屋カ第三者ノ所爲ニ因リ

ヲ毀損又ハ滅失シタル場合ニ其賠償金ヲ受取り又ハ暴風、震災ノ爲メニ家屋カ破壊シタル場合ニ其木材ヲ賣却シテ其代金ヲ領收シタルトキハ其領收セシ金額ヲ所有者ニ賠償スルコトヲ要ス但占有者カ利得返還ノ義務ヲ負フニハ所有者ヨリ請求ヲ受ケタル當時ニ於テ其利得カ尙ホ現在スルコトヲ必要トシ其既ニ費消シタル部分ニ付テハ返還ノ義務ナキモノトス何トナレハ善意ノ占有者ハ其占有物ヨリ生スル利益ヲ任意ニ處分スヘキハ當然ニシテ既ニ消滅シタル利益ヲモ返還セシムルニ於テハ占有者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヘケレハナリ

(二) 惡意ノ占有者ハ其故意過失ヨリ生シタル占有物ノ毀損滅失ニ對シテ其責ニ任スヘキモノトス占有物カ占有者ノ故意過失ニ因リ滅失又ハ毀損シタルトキハ占有者ハ其滅失毀損ニ對シ全部ノ賠償ヲ爲スノ義務アリ是レ惡意ノ占有者ハ自己ニ權利ナキコトヲ知ルヲ以テ眞正ノ所有者ニ對シ故意過失ノ責ニ任スヘキコトハ其當ニ豫期スヘキ所ナルヲ以テナリ而シテ占有者ニ過失アリタルヤ否ヤヲ以テ標準トナスヘキモノトス
 管理者ノ注意ヲ爲シタルヤ否ヤヲ以テ標準トナスヘキモノトス
 占有物ノ滅失毀損カ占有者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ヨリ生シタルトキハ占有者ハ「物」ノ所有者ニ死スルトノ原則ニ從ヒ責任ヲ免ル然レトモ占有物ノ滅失毀損カ所有者ノ請求後ニ生シタルトキ即チ占有者カ遲滞ニ在ルトキハ占有者ヲシテ其責ニ任セシムルヲ相當トス然

レトモ占有者ハ占有物カ所有者ノ手ニ在ルモ等シク滅失スヘカリシコトヲ證明シテ其義務ヲ免ルルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タス

同一ノ理由ニ依リ惡意ノ占有者ハ占有物ヨリ受ケタル一切ノ利益ヲ所有者ニ返還スルノ義務ヲ負フ者ニシテ其利益ノ現存スルヤ否ヤハ之ヲ問ハサルナリ蓋シ惡意ノ占有者ニ對シテハ民法第七〇四條ノ規定ヲ適用スヘキモノニシテ占有者ハ其得タル利益ニ利息ヲ附シテ之ヲ所有者ニ返付スルコトヲ要スルノミナラス尙ホ他ニ所有者ニ對シテ損害ヲ與ヘタルトキハ其損害ヲモ併セテ賠償スルノ義務ヲ負フモノトス

乙 所有者ノ義務

所有者ハ占有者ニ對シ占有物ニ關シテ占有者ノ支出シタル費用ヲ賠償スルノ義務アリ是レ第一九六條ニ規定スル所ナリ同條ハ費用償還ノ義務ニ付キ占有者ノ意思ノ善惡ヲ區別セス唯必要

要費ト有益費トヲ區別シテ其範圍ヲ定メタリ即チ左ノ如シ
 (一) 所有者ハ占有物保存ノ爲メニ費シタル金額(即チ保存費)其他ノ必要費ヲ償還スルコトヲ要ス 保存費トハ占有物ヲ其本來ノ狀態ニ於テ維持スルカ爲メ即チ占有物ノ毀損滅失ヲ預防スルカ爲メニ要シタル費用ヲ謂フ例ヘハ占有物ノ修繕ノ如シ其他ノ必要費トハ占有物ノ管理上缺クヘカラサル費用ヲ謂フ例ヘハ占有物ノ保管費租稅其他占有物ノ負擔ニ屬スル費用ノ如シ此二種ノ費用ハ單ニ必要費ト稱ス蓋シ第一種ノ費用ハ占有物ヲ保存スルカ爲

メニ必要ニシテ第二種ノ費用モ亦物ノ性質上之ヲ節約スルコト能ハサルモノナレハ占有者ニシテ之ヲ支出シタル以上ハ所有者ハ之ヲ償還スルノ義務アリトス(一九六條一項前段) 必要費ハ又之ヲ非常費ト通常費(又ハ臨時費)トニ區別スルコトヲ得非常費ト非常ノ出來事ヨリ生スル費用ヲ謂フ例ヘハ家屋カ腐朽シ又ハ水火震災ノ爲メニ大破シタル場合ニ其大修繕ヲ爲スカ爲メニ出費スルカ如シ通常費ハ物ノ保存管理上日常必要ナル費用ヲ謂フ例ヘハ家屋ノ小修繕、占有物ノ保管ノ爲メニ要スル費用及ヒ租稅等ノ如シ而シテ第二種ノ費用ハ通常占有物ヨリ生スル收益ヲ之ニ充ツルヲ以テ占有者カ果實ヲ取得シタルトキハ費用ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得サルモノトス(一九六條一項後段)

(二) 占有者カ占有物ノ改良ノ爲メニ費シタル金額其他ノ有益費ニ付キテハ其價額ノ增加カ現存スル場合ニ限リ所有者ハ其選擇ニ從ヒ其費シタル金額又ハ増加額ヲ償還スルノ義務アリ(一九六條二項) 改良トハ物ノ用方ニ從ヒ其收益又ハ便益ヲ増加スヘキ状態ニ物ヲ變更スルヲ謂ヒ之カ爲メニ要シタル費用ヲ改良費ト云フ例ヘハ沼澤ヲ變シテ畑地又ハ田地トナスカ如シ其他ノ有益費トハ一般ニ物ノ價格ヲ増加スヘキ費用ヲ謂フ此二種ノ費用ハ通常單ニ有益費ト稱ス

占有者カ占有物ノ爲メニ多額ノ費用ヲ支出スルモ其費用カ占有物ノ價額ヲ増加セザルトキハ其費用ハ所謂允費ニシテ有益費ニ非サルヲ以テ所有者ニ對シテ其償還ヲ求ムルコト能ハサルハ勿論ナリ加之有益費ハ物ノ價額ヲ増加スルノ效用ヲ爲スモ價額ノ增加カ時ノ經過ト共ニ消滅スルコトアリ故ニ増加額カ占有物返還ノ當時現存セザルトキハ所有者ハ其費用ヲ償還スヘキ理由ナシ何トナレハ有益費ハ必要費ト異ナリ必スシモ之ヲ投スルコトヲ要セザルヲ以テ費用ノ爲メニ生シタル増加額カ現存セザルトキハ所有者ハ其費用ニ付キ何等ノ利益ヲ享受セザレハナリ之ニ反シ有益費ノ爲メニ生シタル價額ノ增加カ尙ホ現存スルトキハ其増加ハ所有者ヲ利スルヲ以テ所有者ハ之ヲ償還スルノ義務アリ何トナレハ所有者カ無償ニテ此價額ヲ保有シ得ヘシトセハ所有者ハ占有者ノ損害ニ於テ不當利得ヲ爲スモノトナルヲ以テナリ然レトモ若シ占有者ノ支出シタル金額カ増加額ヨリモ少キトキハ所有者ハ其金額ヲ支拂フノミヲ以テ足ル是レ他ナシ占有者ニシテ其支出シタル金額ノ拂戻ヲ受クルニ於テハ何等ノ損害ナキノミナラス占有者ハ所有者トノ關係上恰モ事務管理者ノ地位ニ立ツモノナレハ價額ノ増加ハ物ニ附著スル利益トシテ物ノ所有者ノ利得ニ歸セザルヘカラサルヲ以テナリ

(三) 占有者ハ償還ヲ受クヘキ費用ノ請求權ニ付キ第二九五條ニ從ヒ占有物上ニ留置權ヲ有ス 換言スレハ所有者カ所有物ノ回復ヲ爲ス場合ニハ費用ト引替ニ目的物ノ引渡ヲ受クルコトヲ要シ所有者カ費用ノ償還ヲ爲ササル限ハ占有者ハ目的物ノ占有ヲ繼續スルノ權利ヲ有スル者ナリ但占有カ詐欺、強暴其他ノ不法行爲ニ依リテ始マリタルトキハ占有者ハ同條

第二項ニ從ヒ此權利ヲ有セサルヲ以テ所有者ハ此種ノ占有者ニ對シテ費用ヲ償還スルト否
トニ拘ハラズ占有物ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ヘシ

惡意ノ占有者モ亦一般ノ原則ニ從ヒ占有物上ニ留置權ヲ有スルモ他日所有者ヨリ返還ノ請
求ヲ受クヘキコトハ其應ニ豫期スヘキ所ナルヲ以テ法律ハ大ニ其權利ヲ制限シタリ第一九
六條末段ノ規定即チ是ナリ本條ニ依レハ占有者カ惡意ナルトキハ所有者ハ費用ノ償還ニ付
キ相當ノ猶豫期限ヲ裁判所ニ求ムルコトヲ得ヘク裁判所カ其請求ヲ相當ト認メ猶豫ヲ與ヘ
タルトキハ占有者ハ占有物ヲ留置スルコトヲ得ス唯裁判所ノ定メタル期限ノ滿了ヲ俟テ費
用ノ償還ヲ所有者ニ請求シ得ルニ止マルモノトス蓋シ所有者ニ費用償還ノ猶豫ヲ與フルハ
費用ノ支出ハ所有者ノ關知セサル所ニシテ直チニ之ヲ償還スヘキモノトスルトキハ所有者
ハ即時ニ之ヲ支拂フノ實力ナキカ爲メ非常ナル困難ニ陥ルコトアルヘキヲ以テナリ

第七款 準占有

占有ノ目的物ハ有體物タルコトヲ必要トシ且占有ハ物ノ所持ヲ必要トスルヲ以テ占有ニ關スル
規定ハ吾人カ或權利ノ行使トシテ物ヲ現實ニ支配スル場合ニ適用セラルヘキモノトス而シテ吾
人カ物ヲ所持スルコトナクシテ單ニ或權利ヲ行使スルニ過キサルトキハ此權利ノ行使ハ占有ニ
非ス然レトモ吾人カ權利ヲ現實ニ行使スルハ點ニ於テハ二者全ク同一ナルヲ以テ民法ハ占有ヲ

保護スルト同一ノ理由ニ基キ之ヲ保護スル必要アリト認メ之ニ附スルニ準占有ノ名稱ヲ以テシ
占有ニ關スル規定ヲ準用スルコトトセリ(二〇五條)

準占有ヲ組織スヘキ權利ノ行使ハ財產權ノ行使タルコトヲ必要トシ財產權以外ノ權利ハ準占有
ノ目的タルコトヲ得ス故ニ物ノ所持ヲ必要トセサル物權即チ地役權 抵當權ノ行使及ヒ一般ニ
債權ノ行使ハ準占有ナリト雖モ親族權即チ親權、戶主權、夫權等ノ行使ハ準占有ニ非ス
占有權ノ取得ニハ純然タル占有ノ場合ト等シク自己ノ爲メニ權利ヲ行使スルノ意思アルコトト
權利ノ行使即チ權利ノ目的タル事物ニ關シテ實權ヲ掌握シタルコトトヲ必要トス而シテ如何
ナル場合ニ於テ權利ノ行使アリト云フコトヲ得ヘキハ準占有者ノ行ハントスル權利ノ性質ト
各場合ニ於ケル準占有者ノ行爲トニ基キ之ヲ定ムルコトヲ要ス例ヘハ貸金ノ債權ニ在リテハ貸
主トシテ借主ヨリ利子ヲ受取リ通行權ニ在リテハ通行權者トシテ隣地ヲ通行スルカ如シ要スル
ニ準占有ノ場合ニ於テモ占有權ノ取得ニハ意思ノ要件ト實力ノ要件ヲ具備スルコトヲ必要トシ
實力ノ要件ハ準占有者カ其權利行使ヲ組成スル所ノ行爲ヲ爲スニ依リテ充テサルモノトス
占有權ノ喪失ニ關シテモ亦占有ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス但準占有者カ一旦其權利ヲ
行使シタル以上ハ其以後之ヲ行使セサルノミヲ以テ占有權ヲ喪失スルコトナシ準占有者カ其權
利ヲ行ヒ得ヘキ地位ニ在ル間ハ之ヲ行使スルト否トヲ問ハズ占有權ハ依然トシテ存續シ準占有
者カ其權利ヲ行使スルコト能ハサルニ至リ始メテ消滅スヘキモノトス例ヘハ借主カ利子ノ支拂

ヲ拒ミ又ハ隣地ノ所有者カ通行ヲ拒ミ準占有者カ其拒絶ニ對シテ何等ノ策ヲモ施サスシテ其狀態ヲ確定セシメタル場合ノ如シ
占○有○ニ○關○ス○ル○規○定○中○動○產○ニ○固○有○ナ○ル○第○一○九○二○條○乃○至○第○一○九○五○條○ノ○規○定○ノ○如○キ○ハ○之○ヲ○準○占○有○ニ○適○用○ス○ル○コ○ト○ヲ○得○ス○ト○雖○モ○其○他○ノ○規○定○ハ○事○物○ノ○性○質○ノ○許○限○ハ○之○ヲ○準○占○有○ニ○適○用○ス○ル○コ○ト○ヲ○要○ス○此○關○係○上○占○有○訴○權○ハ○地○役○權○行○使○ノ○場○合○ニ○於○テ○最○モ○多○ク○適○用○セ○ラ○レ○得○ヘ○ク○其○他○ノ○權○利○ノ○行○使○ニ○付○テ○ハ○殆○ト○其○適○用○ヲ○見○サ○ル○モ○ト○ス

第二節 所有權

第一款 所有權ノ性質

所有權ハ物ニ關スル總括的支配權ナリ所謂總括的支配權トハ特定ノ關係ニ於テ又ハ特定ノ方法ヲ以テ物ヲ支配スルコトヲ得ルノ權利ニ非スシテ總括的ノ關係ニ於テ且總括的ノ方法ヲ以テ包括的ニ物ヲ支配スルコトヲ得ルノ權利ヲ謂フ故ニ此權利ヲ有スル者ハ其意ノ欲スル所ニ從ヒ他人ヲ排斥シテ權利ノ目的タル物ヲ處置スルコトヲ得ルト同時ニ何人ト雖モ其承諾ナクンハ物ノ上ニ何等ノ行爲ヲモ施スコトヲ得サルモノトス而シテ右所有權ノ觀念ニ基キ所有者ノ重ナル權能ヲ列擧スルトキハ物ヲ占有スルノ權能、物ヲ使用スルノ權能、物ノ收益ヲ爲スノ權能、物ヲ處分スルノ權能及ヒ物ニ付キ第三者ノ干渉ヲ拒絶スルノ權能ト爲ルヘシ然レトモ是等ノ權能ハ相合シテ所有權ヲ構成スルモノニ非スシテ物ニ關スル一般ノ支配權タル所有權ノ表彰タルニ過キサ
ルモノトス

右ノ如ク所有權ハ其權利ノ行ハルル關係並ニ方法ニ於テ完全無缺ノ性質ヲ有シ所有者ハ苟モ他人ノ權利ヲ侵害セザル限ハ其所有物ヲ任意ニ支配スルノ權利ヲ有スト雖モ此權利ノ行使ハ公益ヲ害スルコト能ハサルヲ以テ所有權ニ固有ナル權能ハ公益ノ爲メニ設ケタル法律上ノ制限ニ服從スヘキモノトス且所有權ノ行使ハ他人ノ所有權行使ニ影響ヲ及ボスヲ以テ此權利ノ行使ハ所有權相互ノ利害ヲ調和スルカ爲メニ設ケタル法律上ノ制限ニ從フヘキモノトス是レ民法力第二〇六條ニ「法令ノ制限内ニ於テ」ト規定セル所以ニシテ所有者ハ常ニ法令ニ定ムル制限内ニ於テスルニ非サレハ其權能ヲ行使スルコトヲ得ズ然レトモ法令ヲ以テ特ニ制限ヲ爲ササル限ハ所有者ハ其所有物ノ上ニ完全ナル支配權ヲ有スヘキハ論ヲ俟タス
他ノ一方ニ於テ所有權ハ制限セラレ得ヘキ性質ヲ有スルヲ以テ其本性上完全無缺ナル所有者ノ權能ハ又第三者ノ既得權ニ依リテ制限セラルルコトアリ即チ所有者ハ總テノ關係ニ於テ物ヲ支配スルノ權利ヲ有スルモ一若クハ二以上ノ關係ニ於テ物ヲ支配スルノ權利カ所有者ノ手ヲ離レテ他人ニ屬スルコトアリ例ヘハ所有者カ其所有物ニ付キ地上權其他ノ物權ヲ設定シタルトキハ所有者ハ第三者ノ權利ノ目的タル關係ニ付テハ物ヲ支配スルノ權能ヲ失ヒ其絕對無限ノ權能ハ他人ノ權利ニ依リテ制限セラルト雖モ爲メニ所有者タルコトヲ失ハサルモノトス何トナレハ所

有者ハ總テノ關係ニ於テ物ヲ支配スルノ權能ヲ有シ制限ヲ受タル場合ニ於テモ權利ノ本體即チ所有權其モノハ所有者ノ手ニ存スルニ依リテ之ヲ制限スル第三者ノ權利ヲ消滅スル同時ニ當然完全ナル支配權ヲ回復スヘケレハナリ之ヲ稱シテ所有權ノ反歸力ト謂フ

所有權ハ又永久ニ存續スヘキモノニシテ存續期間ノ無限ナルヲ以テ其本質トス換言スレバ所有權ハ目的物ノ消滅、第三者ノ取得時效其他絕對的消滅ノ事由ノ生ゼサル限ハ永久ニ存續スヘク地上權、永小作權等ニ於ケルカ如ク時ノ經過ノミニ因リテ消滅スルコトナシ故ニ有期ノ所有權ハ法律上存在スルコトヲ得サルモノトス但一ノ所有權カ甲ヨリ乙ニ移轉スルコトハ之アリト雖モ是レ唯所有者ニ更迭ヲ生シタルニ止マリ所有權其モノハ所有者ノ更迭ニ拘ハラズ依然トシテ存續スルモノナリ例ヘハ甲、乙ニ其家屋ヲ賣渡シ一定ノ期限後ニ其所有權ヲ移轉スヘキ旨ヲ約シタリト假定センニ其期限ハ所有權其モノニ附シタルモノニ非スシテ其移轉ニ附シタルニ過キス從テ此場合ニ於テハ甲ノ所有權ハ期限ノ滿了ニ因リテ消滅シ乙ノ所有權ハ期限ノ到來ト共ニ發生スルニ非スシテ甲ノ所有權カ期限ノ到來ト共ニ乙ニ移轉スルニ過キサルモノトス所有權ノ移轉ニ付キ停止條件又ハ解除條件ヲ附シタル場合ニ於テモ亦同一ニシテ條件ノ到來ニ因リ舊所有權消滅シ新所有權發生スルニ非スシテ既存ノ所有權ニ付キ權利者ニ更迭ヲ生スルニ過キサルモノトス

第二款 所有權ノ内容

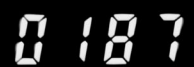
所有者ノ權能ハ前既ニ一言セリ今其大要ヲ示スコト左ノ如シ

第一 所有者ハ所有物ヲ占有スルノ權能ヲ有ス 所有者ハ所有物ヲ支配スルノ權利ヲ有シ而シテ所有物ヲ支配スルカ爲メニハ之ヲ占有スルコトヲ必要トスルヲ以テ所有者カ此權能ヲ有スルハ多言ヲ要セスシテ明カナリ

第二 所有者ハ所有物ヲ使用スル權能ヲ有ス 例ヘハ家屋ノ所有者カ其家屋ニ住居シ車馬ノ所有者カ之ヲ乗用スルカ如シ

第三 所有者ハ所有物ノ收益ヲ爲スノ權能ヲ有ス 所有者ハ其所有物ヨリ生スル天然ノ果實及ヒ法定ノ果實ヲ收取スルノ權利ヲ有スルハ勿論其所有地内ニ於テ狩獵及ヒ漁獵ヲ爲シ井泉ヲ穿チテ其水ヲ使用スルノ權利ヲ有スルモノトス

第四 所有者ハ所有物ヲ處分スルノ權能ヲ有ス 所有物ニ關スル所有者ノ處分行為ハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得有形の處分行為及ヒ法律上ノ處分行為即チ是ナリ有形の處分行為トハ物ヲ有形のニ變更シ毀損シ若クハ滅却スルヲ謂フ例ヘハ畑地ヲ變シテ山林ト爲シ田地ヲ變シテ荒地ト爲シ若クハ器物ヲ毀損シ家屋ヲ破壊スルカ如シ民法第二〇六條ニ所謂「處分」ハ專ラ此意義ニ用ヒラレタルモノナリ法律上ノ處分行為トハ物ニ關スル權利ヲ變更シ制限シ又ハ消



減セシムヘキ法律行為ヲ爲スヲ謂フ例ハ有償又ハ無償ニテ物ヲ他人ニ讓渡シ物ノ上ニ地役

權其他ノ物權ヲ設定シ又ハ單純ニ所有權ヲ拋棄スルカ如シ

第五 所有者ハ其權能ノ行使ニ付キ第三者ノ干渉ヲ拒絶スルノ權能ヲ有ス 所有者以外ノ人ハ

所有者ノ承諾アルニ非サレハ物ノ上ニ何等ノ行為ヲモ爲スコトヲ得ス換言スレハ物ノ所有權ハ所有者以外ノ人ヲシテ物ニ關シテ積極的ニ或行為ヲ爲スコトヲ禁止スヘキ消極的ノ義務ヲ負ハシムルモノナリ故ニ第三者カ此義務ニ違背シ所有物ニ關スル所有者ノ行為ヲ妨害シ所有物ヲ侵奪シ又ハ之ヲ毀損滅失セシメタルトキハ所有者ハ所有權ヲ基本トシテ侵害行為ニ對スル救済ヲ求ムルノ權利ヲ有ス即チ所有者ハ場合ニ從ヒ第三者ニ對シテ妨害ノ排除、原狀回復、所有物ノ返還又ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ所有權ヨリ生スル請求權ト稱スルモノ即チ是ナリ且所有者ハ物ニ付キ第三者ノ干渉ヲ防クカ爲メニ必要ナル設備ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ其所有地ノ周圍ニ溝渠又ハ牆壁ヲ設クルカ如シ

第三款 所有權ノ目的物

第一項 目的物ノ性質

第一 所有權ノ目的物ハ有體物タルコトヲ要ス 所謂有體物トハ空間ニ於テ場所ヲ填充スル所ノ形體ヲ具フル物質ニシテ理學上固形體、液體、氣體ノ分類中ニ入ルヘキモノナラサルヘカ

ラス故ニ智能權ノ如キ單ニ理想上ニ於テ認識シ得ヘキ無形物ハ勿論光線、溫熱、電氣ノ如キ五官ノ作用ニ依リテ認識スルコトヲ得ヘキ形而下ノモノト雖モ形體ヲ具フル物質ニ屬セザル以上所有權ノ目的物タルコトヲ得サルモノトス

第二 私權ノ目的タルコトヲ得ヘキ物ノミ所有權ノ目的タルコトヲ得 所有權ハ一ノ私權ナルヲ以テ其目的物ハ法律ニ私有ヲ許スモノナラサルヘカラス故ニ公有物其他一般ニ私人ノ所有ヲ禁スル物件ハ所有權ノ目的物タルコトヲ得ス

第二項 目的物ニ關スル所有權ノ範圍

所有權ハ一定ノ限界アル場所ノ上ニ行ハルルモノトス換言スレハ所有權ハ其目的物トノ關係上

一定ノ範圍ヲ有スルモノトス即チ左ノ如シ

第一 動産ハ自體ニ於テ一定ノ限界アルヲ常トス故ニ各箇ノ動産ハ特別ナル所有權ノ目的物ト爲ルコトヲ得但空氣、海水ノ如キモノハ一定ノ限界ナク人力ヲ以テ之ヲ支配スルコト能ハサルヲ以テ其自然ノ狀態ニ於テハ所有權ノ目的タルコトヲ得ス其一部ヲ分離シ之ヲ一定ノ容器ニ收メタル場合ニ於テ始メテ特別ナル所有權ノ目的ト爲ルコトヲ得ヘシ 動産カ不可分物ナルトキハ所有權ハ其全部ヲ目的トスルコトヲ要シ其一部ノ上ニ存スルコトヲ得ス之ニ反シ動産カ可分物ナルトキハ分割前ト雖モ所有權ハ其一部分ノ上ニ存スルコトヲ

得例ハ、車體ト車輪ノ如シ此點ニ付キテハ占有權ノ目的物ニ關スル說明ヲ參照スヘシ

第二 不動產中地所ハ自體ニ於テ一定ノ境界ヲ有セサルモ人爲ヲ以テ其境界ヲ定ムルコトヲ得
ハシ故ニ地所ノ所有權ハ其表面ニ關シテ人爲ノ境界ヲ以テ境界トス然レトモ地所ノ所有權
ハ單ニ其表面ノミニ限定セラルルモノニ非スシテ地所ノ上下ニ及ブモノトス民法第二〇七條
ノ規定即チ是ナリ同條ノ規定ニ曰ク土地ノ所有權ハ法令ノ範圍内ニ於テ其上下ニ及ブト是レ
土地ノ所有權ハ上、天ニ達シ下、地球ノ中心ニ及ブト云ヘル格言アル所以ナリ此規定ノ結果
トシテ土地ノ所有者ハ地表ノ支配權ヲ有スルニ止マラス人カノ及フ限ハ其地表ノ上位ニ在ル
空間ヲ支配スルノ權利ヲ有シ其空間ヲ利用シテ家屋其他ノ建物ヲ築造スルノ權利ヲ有スルハ
勿論第三者カ其承諾ナクシテ地面上ノ空間ニ突出セシメタル建物又ハ樹木ハ其高低ノ如何ニ
拘ハラス之ヲ取毀チ又ハ切取ラシムルノ權利ヲ有ス又他方ニ於テ土地ノ所有者ハ地下ノ支配
權ヲ有シ人カノ及フ限ハ其深淺ノ如何ニ拘ハラズ地底ヲ利用スルコトヲ得ヘク其地面内ニ侵
入セル他人ノ工作物又ハ植物ハ之ヲ取拂ハシムルノ權利ヲ有スルモノナリ且原則トシテ土地
ノ所有者ハ其所有地ノ上ヲ通過スル所ノ鳥類ヲ捕獲スルノ權利ヲ有シ又砂石其他地下ニ存在
スル土地ノ產出物ヲ採取スルノ權利ヲ有スルモノトス然レトモ總テ此等ノ權利ニ關シテハ
所有者ハ常ニ法令ニ定ムル制限ニ服從セサルヘカラス例ハ鎖鑿法、狩獵法、土地收用法ノ
如シ

家屋其他ノ建物ハ自體ニ於テ一定ノ境界アルヲ以テ一種ノ建物カ同一ノ所有ニ屬スルトキ
ハ其所有權ハ家屋建物ノ全部ニ及ブコト勿論ナリ然レトモ數人ニテ一種ノ建物ヲ區分シ各
其一部ヲ所有スルトキハ各所有者ノ權利ノ境界ヲ明瞭アラシムルノ必要アリ第二〇八條ノ規
定即チ是ナリ此規定ニ依レハ建物及ヒ其附屬物ノ共用部分ハ反證ナキ限ハ其共有ニ屬スルモ
ノト推定セラル何トナレハ事實ト權利ト相伴フハ普通ノ狀態ニシテ共用ノ事實アル以上ハ共
有權アリト推定スヘキハ理ノ當然ナルヲ以テナリ然レトモ實際ニ於テハ一種ノ建物ハ同一ノ
所有者ニ歸スルカ然ラサレハ數人ニテ之ヲ共有スルヲ常トシ之ヲ分有スルカ如キハ殆ト稀ナ
リ故ニ現今我國ニ於テハ第二〇八條ノ規定ハ實際上其適用ヲ見ルコト極メテ少シ

前記推定ヨリ生スル結果トシテ建物ノ分有者ハ其共用部分ノ修繕費及ヒ其共用部分ノ負擔ニ屬
スル諸稅等ヲ分擔スルコトヲ要ス而シテ其割合ハ各自ノ所有部分ノ價格ニ應ジテ之ヲ定ムル
ヲ公平ナリトス是レ同條第二項ノ規定アル所以ナリ

第三 主物ノ所有權ハ其從物ヲ包含ス換言スレバ物ノ所有權ハ其物ニ附屬スル物及ヒ其物ヨリ
生スル總テノ產出物ヲ包含ス故ニ主物ノ所有者ハ反證ナキ限ハ從物ノ所有者ト推定セラ
ルモノナリ但從物ハ主物ヲ構成スルモノニ非スシテ主物以外ニ一物ヲ成スモノナレトモ獨立
シテ所有權ノ目的ト爲リ得ヘキヤ否ヤハ從物ノ性質及ヒ主物ト從物トノ關係如何ニ因リテ定
マルモノトス而シテ從物カ主物ニ合體セザルトキ即チ從物ヲ主物ヨリ分離スルニ付キ何等ノ

困難ヲ感セサルトキハ從物ハ主物ト分離シテ所有權ノ目的ト爲ルコトヲ得ヘシ天然果實ニ付テハ民法第八九條ノ規定ニ從ヒ原物ニ附著スル間ハ原物ノ所有者ノ所有ニ屬シ原物ヨリ分離スルトキニ非サレハ他人ノ所有ニ歸スルコトヲ得ス家屋ハ我法制ト獨立ノ不動產ヲ組成シ其定著スル土地ノ從物ニ非サルヲ以テ土地ト分離シテ單獨ニ所有權ノ目的ト爲ルコトヲ得樹木ハ土地ニ附著シテ之ト一體ヲ成スヲ以テ土地ト共ニ土地ノ所有者ニ屬スルヲ原則トスレトモ獨立シテ他人ノ所有ニ屬スルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ議論アリ蓋シ理論上ヨリ云フトキハ樹木ハ土地ニ合體シテ其一部ヲ成スノミナラス果實ハ原物ヨリ分離シタルトキヲ以テ他人ノ權利者ノ所有ニ歸スルモノトスル以上ハ樹木ニ付テモ亦同一ノ原則ヲ適用シ土地ヨリ分離シタルトキニ非サレハ他人ノ所有ニ屬スルコトヲ得サルモノト論セサルヲ得然レトモ我國從來ノ慣例ハ之ニ反スルヲ以テ反對ノ解釋ヲ採ルヲ可ナリトス尙ホ此問題ニ關シテハ添附ヲ論スルニ當リ説明スヘシ

第四款 所有權ノ限界

所有權ハ一般ニ公益ニ關スル理由及ヒ所有者相互ノ利益ニ關スル理由ニ基キ二重ニ制限セララルコトハ既ニ之ヲ一言セリ而シテ公益ニ基ク制限ハ特別ノ法令ヲ以テ定メラルル所ニシテ所有者相互ノ利益ニ基ク制限ハ民法中ニ規定セララル所ナリ

第一項 公益ニ基ク所有權ノ制限

公益ニ基ク所有權ノ制限ハ要スルニ公安、風俗、衛生、國家經濟、國防、軍備等ノ必要ニ基クモノニシテ其數極メテ多シ今其一二ノ例ヲ舉クレハ毒藥劑藥、銃器彈藥ノ取締ニ關スル規則、公安又ハ風俗ヲ害スヘキ圖書出版物ノ取締ニ關スル規則、鑛業法、土地收用法、徵發令、要藥地帶法等ノ如シ而シテ其制限ハ或ハ物ノ使用ニ關スルコトアリ物ノ收益ニ關スルコトアリ物ノ處分ニ關スルコトアリ又其制限ハ法律ヨリ來ルコトアリ或ハ行政命令ヨリ來ルコトアリ何レノ場合ニ於テモ所有者ハ其權利ノ行使ニ付キ法令ニ定メタル制限ニ服從スヘキモノトス

第二項 所有者相互ノ利益ニ基ク制限

所有者ヲ異ニスルニ箇ノ土地隣接スルトキハ各所有者ノ權利行使ハ他ノ所有者ノ權利行使ニ影響スヘキヲ以テ所有權ノ行使ニ關シテ相隣者間ニ抵觸ヲ生スルノ結果ヲ生スヘシ是ヲ以テ相隣者間ノ權利ノ抵觸ヲ調和スルカ爲メ所有權ニ固有ナル權能ノ行使ニ一定ノ制限ヲ設クルノ必要ヲ生ス而シテ相隣者ノ權利行使ニ對スル第一ノ制限ハ所有權ノ行使ハ相隣者ノ所有權ヲ侵害セサルコトヲ必要トスルコト是ナリ

右ノ原則ヨリ生スル結果トシテ土地ノ所有者ハ其所有地内ニ於テ工事ヲ爲スハ固ヨリ妨ナシト

雖モ有形的ノ損害ヲ隣地ニ及ホスヘキ行爲ハ之ヲ防止セサルヘカラス例ヘハ其所有地ヲ發掘シ爲メニ隣地ノ一部ヲ陷落セシメ若クハ其家屋ヲ傾斜セシムルカ如シ土地ノ所有者ハ又隣ニ隣地内ニ固形物ヲ投棄シ又ハ水其他ノ液體ヲ隣地ニ注瀉スルコトヲ得ス蒸氣、塵埃又ハ煤煙ノ如キモノト雖モ多量ニ之ヲ輸送シ相隣者ノ健康ヲ害シ又ハ隣地ノ使用ニ重大ナル困難ヲ生セシムルコトナキヲ要ス就中工場ノ持主ハ隣人ノ健康ヲ害シ又ハ隣地ノ植物ヲ變質若クハ枯死セシムルキ有毒ナル蒸氣其他ノ氣體ヲ隣地ニ侵入セシムルコトヲ得ス工場ノ設置カ當該官廳ノ許可ヲ受ケタル場合ト雖モ尙ホ然リトス何トナレハ此許可ハ權利侵犯ノ責任ヲ免除スルモノニ非ス從テ工場ノ所有者ハ常ニ第三者ノ權利ヲ害セサルノ範圍内ニ於テ動作スルコトヲ必要トスルヲ以テナリ又以上ト同一ノ理由ニ因リ工場ノ持主ハ其工場ヨリ間斷ナク激烈ナル音響ヲ發セシメ爲メニ隣人ヲシテ隣地ノ住居ニ堪フルコト能ハサルニ至ラシメサルコトヲ要ス之ニ反シテ其所有地内ニ於テ所有者ノ爲シタル工事カ積極的ノ損害ヲ隣地ニ及ホスコトナクシテ單ニ隣地所有者ノ享受セル利益ヲ奪フニ過キサルトキハ權利ノ侵害ナキモノトス例ヘハ高樓ヲ建築シテ隣地ノ觀望ヲ妨ケ又ハ其所有地内ニ於テ井ヲ穿テ爲メニ隣地ノ井水ヲ枯渴セシムルカ如シ

之ヲ要スルニ土地ノ所有者ハ隣人ノ權利ヲ侵害スルコトヲ得サルト同時ニ隣人ノ權利ヲ侵害セサル限ハ任意ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘシト雖モ此原則ヲ絕對ニ適用スルニ於テハ土地ノ所有權ハ大ニ其效用ヲ減殺セラルルニ至ルヘキヲ以テ法律ハ更ニ一步ヲ進メ相隣者相互ノ便益

ノ爲メ土地ノ所有權ニ幾多ノ制限ヲ設ケ一方ニ於テ相隣者ノ權利ヲ擴張スルト同時ニ他方ニ於テ其權利ヲ制限シタリ相隣者ノ權利ト稱スルモノ即チ是ナリ

第五款 相隣者ノ權利

相隣者間ノ關係ハ民法第二〇九條乃至第三八條ニ規定セラル是等ノ規定ニ基キ相隣者間ノ權利義務ヲ略述スレハ左ノ如シ

第一 隣地ノ使用權

土地ノ所有者カ境界又ハ之ニ接近セル場所ニ於テ牆壁若クハ建物ヲ建築シ又ハ之ヲ修繕スルニ當リ隣地ニ立入ルニ非サレハ到底爲シ得ヘカラサル場合往之アリ然ルニ隣地所有者ノ承諾アルニ非サレハ隣地ニ立入ルコト能ハサルモノトセハ土地ノ所有者ハ境界ニ接シテ此種ノ工作物ヲ所有スルコトヲ得サルニ因リ充分ニ其土地ヲ利用スルコト能ハサルノ結果ヲ生シ土地ノ所有者ハ著シク其效用ヲ減殺セラルルニ至ルヘシ故ニ法律ハ隣地ヲ使用スルノ權利ヲ所有者ニ許シ隣人ヲシテ其土地ノ使用ヲ拒ムコトヲ得サラシメタリ第二〇九條ノ規定即チ是ナリ然レトモ之カ爲メニ土地ノ所有者ハ隨意ニ隣地ニ立入ルコトヲ得ス必スヤ隣人ニ請求シテ其承諾ヲ得ルカ然ラサレハ裁判所ニ出訴シテ其命令ヲ受クルコトヲ要ス又隣地ノ使用ハ工事ノ爲メニ必要ナル範圍内ニ制限スルコトヲ要スルハ勿論之カ爲メ隣人ニ損害ヲ被ラシメタルトキハ其損害ヲ賠

償スルノ義務アリ且如何ナル場合ニ於テモ隣人ノ承諾アルニ非サレハ其住家ニ立入ルコトヲ得
ス是レ他ナシ其住家ニ立入ルコトハ重大ナル權利侵害ナルヲ以テナリ又所有者ハ第二〇九條ニ
豫定シタル場合ノ外ハ如何ナル必要アルモ隣地ヲ使用スルコト能ハサルハ勿論ナリ

第二 隣地通行權

甲 土地ノ所有者ハ左ノ場合ニ於テ他人ノ土地ヲ通行スルノ權利ヲ有ス(二一〇條)

- 一 土地カ他ノ土地ニ圍繞セラレテ公路ニ通セサルトキ
- 二 土地カ池沼、河渠若クハ海洋ニ依ルニアラサレハ他ニ通スルコト能ハス又ハ崖岸アリテ
土地ト公路ト著シキ高低ヲ成ストキ

是レ所謂袋地ト稱スルモノニシテ(一)ノ場合ニ於テハ所有者ハ全ク其土地ヲ利用スルコト能
ハサルニ至ルヘク(二)ノ場合ニ於テハ所有者ハ假令其土地ヲ利用シ得ヘシトスルモ之カ爲メ
非常ナル不便ヲ感スヘク何レノ場合ニ於テモ經濟上頗ル不利ナル結果ヲ生スルモノトス是レ
法律カ袋地ノ所有者ヲシテ公路ニ達スルマテ其圍繞セル土地ヲ通行スルコトヲ得セシムル所
以ニシテ隣地カ公路ニ接スルトキハ所有者ハ隣地ヲ通過シテ直チニ公路ニ達スルコトヲ得ヘ
ク隣地カ公路ニ接セサルトキハ所有者ハ其所有地ト公路トノ間ニ介在スル總テノ土地ヲ通行
スルノ權利ヲ有スルモノトス

袋地ハ共有者カ其共有ノ土地ヲ分割シ又ハ土地ノ所有者カ其土地ノ一部ヲ他人ニ讓渡スニ因
リテ生スルコトアリ此種ノ袋地ニ關シテハ所有者ハ分割者又ハ讓渡ノ當事者ノ地所ノミヲ通
行シテ公路ニ達スルコトヲ得ヘク他ノ地所ニ對シテ通行權ヲ主張スルコトヲ得ス是レ他ナシ
此場合ニ於テ袋地ヲ生シタルハ分割及ヒ讓渡ニ基因スルモノニシテ之カ爲メニ必要トナリタ
ル通路ハ其所爲ヲ以テ袋地ヲ生セシメタル當事者ニ於テ之ヲ供スヘク他人ヲシテ之ヲ供セシ
ムヘカラサルハ理ノ當然ナルヲ以テナリ(二一二條)

乙 通行權ノ行使ハ左ノ條件ニ從フコトヲ要ス

- 一 通行ノ場所及ヒ方法ハ通行權ヲ有スル者ノ爲メニ必要ニシテ且圍繞地ノ爲メニ損害少キ
モノヲ擇フコトヲ要ス(二一二條)
- 袋地ノ所有者ハ隨意ニ隣地ヲ通行スルコトヲ得ス通行
ノ場所及ヒ方法ハ必ス袋地ノ需要ニ適應スルコトヲ要シ此需要ヲ超過スルコトヲ得ス例ヘ
ハ袋地カ田畑ニシテ耕作ノ爲メ之ニ往來スルノ必要アル場合ニハ徒步シテ隣地ヲ通行シ之
ニ相當スル通路ヲ有スルヲ以テ足レリトス又他方ニ於テ通行權ハ圍繞地ノ所有者ノ權利ヲ
害スルモノナルカ故ニ通行權ノ行使ハ成ルヘク圍繞地ノ所有者ニ損害ヲ及ボササルコトヲ
必要トス例ヘハ圍繞地ニ通路又ハ空地アレハ之ヲ利用シ畑地ヲ先ニシテ庭園ヲ後ニシ萬已
ムヲ得サル場合ニ非サレハ家屋其他ノ建物ヲ變更シテ通路ヲ供セシムルコトヲ得ス
通行權ノ行使ハ袋地ノ需要ヲ以テ程度トスルコト前述ノ如シ故ニ袋地ノ所有者カ其一家ノ
需要ノ爲メ又ハ其土地ノ利用ノ爲メ特別ニ通路ヲ有スルノ必要アルトキハ之ヲ開設スルコ

トヲ得、收穫物又ハ荷物運搬ノ爲メ若クハ住居人ノ出入ノ爲メニ人馬車輛ノ往來ヲ必要トスル場合ノ如シ

二 通行權者ハ其選擇ニ從ヒ通行地ノ損害ニ對シ一時ニ賠償金ノ全額ヲ支拂ヒ若クハ一定ノ年金ヲ支拂フコトヲ要ス(一一二條) 圍繞地ノ所有者ハ通行權ノ行使ニ因リ多少ノ損害ヲ受クヘキハ當然ナルヲ以テ其損害ハ通行權者ニ於テ之ヲ賠償スルノ義務アルハ勿論ナリトス而シテ賠償金ハ他人ノ土地ヲ使用スルノ對價ナリト見ルコトヲ得ヘキニ因リ通行權者ハ其選擇ニ從ヒ一時ニ其全額ヲ支拂ヒ若クハ年一定ノ金額ヲ支拂フコトヲ得然レトモ通路開設ノ爲メニ生シタル損害ハ一時ニ生スルモノニシテ其價金ハ土地使用ノ對價ニ非サルヲ以テ通行權者ハ直チニ其全部ヲ支拂フコトヲ得ス

此原則ニハ例外アリ袋地カ土地ノ分割、又ハ讓渡ヨリ生シタルトキハ通行權者ハ價金ヲ支拂フコトヲ要セス、シテ圍繞地ヲ通行スルコトヲ得ヘシ(一一三條)蓋シ此等ノ場合ニ於テハ袋地ノ發生ハ當事者ノ行爲ニ基因スルモノニシテ當事者カ既ニ其行爲ニ依リ袋地ヲ生セシメタル以上ハ之カ爲メニ通路ヲ供スルハ其當然ノ義務ニ屬スルモノナレハナリ但當事者間ニ反對ノ特約アリシトキハ通行權者ハ其特約ニ基キ價金ヲ支拂フヘキハ論ヲ俟タス

之ヲ要スルニ通行ノ場所、方法及ヒ價金額ニ付キ當事者間ニ協議調ヒタルトキハ之ニ依ルヘク協議調ヒサルトキハ當事者間ノ爭ハ受訴裁判所ニ於テ前記ノ標準ニ基キ之ヲ決定スヘキモ

ノトス

第三 承水ノ義務

甲 土地ノ所有者ハ隣地ヨリ水ノ自然ニ流レ來ルヲ拒ムコトヲ得ス 蓋シ水ハ自然ノ法則ニ從ヒ其通路ヲ求ムルモノナレハ若シ土地ノ所有者カ隣地ヨリ自然ニ流レ來ル水ヲ拒ムコトヲ得ルニ於テハ隣地ハ之カ爲メ侵水ノ害ヲ被リ衛生上及ヒ經濟上有害ノ結果ヲ生スルヲ以テナリ

(一一四條)

右ノ原則ヨリ生スル結果トシテ隣地ノ所有者ハ雨水其他自然ノ水流ヲ其地内ニ承クルノ義務ヲ負フト雖モ其水ハ常ニ自然ニ流レ來ルモノタルコトヲ要シ土地ノ所有者ニ於テ其水ヲ隣地ニ流下セシムヘキ人工ヲ施スコトヲ得ス例ヘハ雨水又ハ井泉ノ水ヲ疏通スル爲メ特ニ溝渠ヲ設ケテ之ヲ隣地ニ流下セシムルカ如シ從テ土地ノ所有者カ此種ノ工事ヲ爲シタルトキハ隣地

ノ所有者ハ之ニ對シテ異議ヲ主張スルノ權利ヲ有ス 土地ノ所有者ハ自然ニ流レ來ル水流ニ關シテハ不作爲ノ義務ヲ負フニ止マリ其水ヲ疏通セシムヘキ作爲ノ義務ヲ負フモノニ非ス故ニ隣地ノ所有者カ其所爲ニ依リ水ノ自然ニ流下スルコトヲ妨害シタルトキハ高地ノ所有者ハ低地ノ所有者ニ對シ妨害ノ排除ヲ求ムルノ權利ヲ有スルハ勿論ナリト雖モ若シ水流カ地震、洪水、其他低地ノ所有者ノ責ニ歸スヘカラサル事變ニ因リテ停滯シタルトキハ低地ノ所有者ハ之ニ對シテ何等ノ責任ヲ負ハサルモノトス故ニ此場合

ニ於ケル高地所有者ノ權利ハ、自費ヲ以テ其疏通ニ必要ナル工事ヲ爲シ得ルニ止マリ、低地所有者ニ對シテ障害ノ除去ヲ求ムルノ權ナシ(二一五條)但費用ノ負擔ニ付キ反對ノ慣習アルトキハ其慣習ニ基キ低地所有者ニ於テ疏通ノ爲メニ要シタル費用ヲ負擔スヘキモノトス

乙 土地ノ所有者ハ其所爲ヲ以テ隣地ニ水ヲ浸入セシムルコトヲ得ス。是レ他ナシ土地ノ所有者カ其所爲ヲ以テ隣地ニ水ヲ浸入セシムルハ隣地ノ所有者ヲ侵害スルモノナレハナリ故ニ隣地ノ所有者ハ其所有地内ニ於テ水ノ浸入ヲ防クヘキ工事ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論侵害者ニ對シテ侵害行為ノ停止又ハ損害賠償ヲ求ムルノ權利ヲ有ス此原則ヨリ左ノ結果ヲ生ス

一 甲地ニ於テ貯水、排水又ハ引水ノ爲メニ設ケタル工作物ノ破壊又ハ沮塞ニ因リテ乙地ニ損害ヲ及ボシ又ハホス虞アルトキハ乙地ノ所有者ハ甲地ノ所有者ヲシテ之カ條繕若クハ疏通ヲ爲サシメ又必要アルトキハ豫防工事ヲ爲サシムルコトヲ得(二一六條)土地ノ所有者ハ其權利ノ行使トシテ自己ノ所有地内ニ於テ隨意ニ工事ヲ爲スノ權利ヲ有スト雖モ之カ爲メ隣地所有者ノ權利ヲ害スルコトヲ得サルヤ明カナリ故ニ土地ノ所有者ハ其所有地内ニ於テ貯水、排水又ハ引水ノ爲メニ工作物ヲ設ケタルニ當リテハ其工作物ヲ完全ナル狀態ニ維持シ破壊又ハ閉塞ノ爲メ隣地ニ浸水ノ害ヲ被ムラシムルコトナギラ必要トス是レ法律カ土地ノ所有者ニ許スニ隣地ニ設ケタル工作物ノ破損又ハ閉塞ノ爲メニ現ニ浸水ノ害ヲ受ケ又ハ之ヲ受クルノ危險アル場合ニ隣地ノ所有者ニ對シテ其條繕疏通ヲ爲シ又ハ豫防工事ヲ施

スヘキコトヲ要求スルノ權利ヲ以テスル所以ナリ而シテ此場合ニ於ケル土地所有者ノ權利ハ占有ノ保護ヲ目的トスル占有保持ノ訴權及ヒ占有保全ノ訴權ニ對スルモノニシテ土地ノ所有者ヲシテ其所有權ヲ基本トシテ之ニ對スル妨害ヲ排除シ又ハ妨害ノ危險ヲ豫防スルコトヲ得セシム

二 土地ノ所有者ハ其家用又ハ農工業用ノ餘水ヲ隣地ニ流下セシムルコトヲ得ス。蓋シ此種ノ水ヲ隣地ニ流下セシムルハ隣地ノ所有權ヲ害スルモノナルヲ以テナリ故ニ土地ノ所有者ハ之ヲ公路、公流又ハ下水道ニ流下セシムルカ然ラザレハ其地面内ニ吸收セシムルコトヲ要ス但高地ノ所有者カ第二二〇條ノ規定ニ從ヒ低地ニ水ヲ通過セシムルハ格別ナリトス

三 土地ノ所有者ハ直チニ雨水ヲ隣地ニ注瀉セシムヘキ家根其他ノ工作物ヲ設ケルコトヲ得ス(二一八條)土地ノ所有者ハ隣地ノ境界ニ接シテ家屋其他ノ工作物ヲ設ケタルトキハ其家屋及ヒ工作物ハ自己ノ所有地内ニ雨水ヲ落下セシムヘキ構造ト爲スコトヲ必要トス若シ家屋又ハ工作物カ直チニ乙地ニ雨水ヲ落下セシムヘキ構造ヲ有スルトキハ雨水ノ隣地ニ直瀉スルヲ防クカ爲メ相當ノ設備ヲ爲ササルヘカラス蓋シ家屋、工作物カ隣地ニ雨水ヲ直瀉セシムヘキ構造ヲ有スルトキハ雨水ノ直瀉ニ因リ隣地ヲ毀損スルノ恐アルヲ以テナリ

第四

用水權

民法物權第二部 各論 所有權

舊民法ハ水流ニ關スル土地所有者ノ權利ニ付キ數多ノ規定ヲ設ケタリト雖モ現行民法ハ此等規定中單ニ第二一九條ノ規定ノミヲ存シ他ハ悉ク之ヲ削除シタリ是レ水ノ使用ニ關スル一般ノ原則ヲ設ケルハ頗ル困難ナルノミナラス用水權ニ關スル我國ノ舊慣モ亦頗ル區區ナルヲ以テ此點ハ總テ之ヲ學理上ノ解釋ニ一任スルヲ適當ト認メタルカ爲メナリ然レトモ第二一九條ノ規定ヲ解釋スルニ臨ミ水流ノ性質ニ付キ一言スルノ必要アリ學理上ヨリ云フトキハ土地ノ所有者ハ其土地ヨリ湧出スル水流ノ所有權ヲ有スルモノニシテ水源地ノ所有者ハ其意ノ欲スル所ニ從ヒ其所有地内ニ於テ水流ヲ使用、收益、處分スルノ權能ヲ有スルハ論ヲ俟タス然レトモ水流カ一旦其土地ノ境域ヨリ流出スルトキハ水源地ノ所有者ハ其水流ノ上ニ何等ノ權利ヲモ有セザルモノニシテ其水流カ源ヲ自己ノ境域内ニ發シタルヲ理由トシ其水流ニ追隨シテ自己ノ權利ヲ主張シ他人ノ之ヲ使用スルヲ禁スルコトヲ得サルモノトス而シテ一水源地ヲ發シタル水流ハ自然ノ法則ニ從テ漸次ニ低地ニ流下シ他ノ水源地ヨリ發シタル水流ト合シ所有者ヲ異ニセル數箇ノ土地ヲ通過シテ遂ニ河海ニ投スルモノナリ是ニ於テ水源地ヲ離ルルト同時ニ恰モ無主ノ狀態トナリタル水流ニ關シ水流ノ通過スル土地ノ所有者ノ權利ヲ定ムルノ必要アリ蓋シ水流カ自然ノ法則ニ從ヒ其通路ヲ求メ其流域カ確定スルト同時ニ其流域ニ位スル土地ノ所有者ハ何レモ皆其水流ヲ利用スルノ權利ヲ有ス換言スレバ土地ノ所有者ハ其土地所有權ニ附隨スル權能ノ一トシテ其土地ニ沿ヒ又ハ其土地ヲ通過シテ流ルル所ノ自然ノ水流ヲ使用スルノ權利ヲ有シ上流ニ位スル

土地ノ所有權ハ地勢上、下流ノ土地所有者ニ先シテ其水流ヲ利用スルノ權利ヲ有スルモノナリ然レトモ水流地ノ所有者ハ水流ヲ利用スルニ當リ地勢上其水流ヲ利用シ得ヘキ下流所有者ノ利益ヲ害スルコトヲ得サルモノトス民法第二一九條ノ規定ハ即チ此原則ヨリ生スル結果ニシテ同條ハ水流ノ兩岸カ同一ノ所有者ニ屬スルト否トヲ區別シ水流ニ關スル水流地所有者ノ權利ヲ定メタリ

一 水流ノ兩岸カ所有者ヲ異ニスル場合 兩岸ノ所有者ハ各水路又ハ幅員ヲ變更スルコトヲ得ス何トナレハ兩岸ノ所有者ハ水流ノ使用ニ付キ同等ノ權利ヲ有スルモノニシテ一方ノ所有者カ水路又ハ幅員ヲ變更スルトキハ他ノ所有者ハ水流ノ利用ヲ妨ケラルルノ結果ヲ生スヘケレハナリ(第二一九條一項)

二 水流ノ兩岸カ同一人ニ屬スル場合 水流地ノ所有者ハ其所有地内ニ於テ水流ヲ任意ニ利用スルコトヲ得ヘク之カ爲メ其水路及ヒ幅員ヲ變更スルコトヲ得ヘシ然レトモ其水流カ土地ノ境界ヲ離ルル際ニハ之ヲ自然ノ水路ニ復スルコトヲ要ス是レ他ナシ斯クセサルニ於テハ低地ノ所有者ハ其水ヲ利用スルコト能ハサルニ至ルコトアルヘク若クハ其水ヲ利用スルカ爲メ自ラ水路ヲ變更スルノ已ムヲ得サルニ至ルコトアルヘク何レノ場合ニ於テモ低地ノ所有者ハ其地勢上享有スル水流使用權ヲ害セラルルノ結果ヲ生スヘケレハナリ(第二一九條二項)

民法第二一九條ハ水流地所有者ノ權利ニ付キ規定セルモノナルヲ以テ同條ノ規定ハ沿岸ノ所有

者カ其水流地ヲモ併セテ所有スル場合ニ適用セラルヘキモノトス故ニ國有ノ河川、市町村ノ有ニ屬スル水流ハ同條ノ規定外ニ屬ス何トナレハ此種ノ水流地ハ國家市町村ニ屬シ一人ノ所有ニ屬セサルヲ以テナリ同條ノ規定ハ又水流カ他人ノ私人ノ專用ニ屬スル場合ニ適用スルコトヲ得タルモノトス例ヘハ土地ノ所有者カ他人ノ所有地内ヲ通シ又ハ之ニ沿フテ專用ノ水道ヲ設ケタル場合ニ於テハ其水流ヲ使用スル權利ノ用水權者ニ專屬スヘキヲ以テ沿岸ノ所有者ハ其水流ヲ使用スルノ權利ナク從テ其水路又ハ幅員ヲ變更スルノ權利ヲモ有セサルヤ明カナリ故ニ民法第二九條ハ水流國有又ハ公有ニ屬セス又何人ノ專用ニモ屬セサル場合ニ適用セラルヘキモノトス又他ノ一方ニ於テ我邦ニ於ケル土地所有者ノ水流ニ關スル權利ハ多クハ數十年來ノ慣行ニ依リテ定マリ且其慣習ハ地方ニ依リテ異ナリ總テノ地方ニ共通スヘキ一定ノ原則ナシ而シテ本條ノ規定ハ要スルニ特別ノ慣習ナキ場合ニ適用セラルヘキ一般ノ原則タルニ過キスシテ水流ニ關スル土地所有者ノ權利カ慣習ニ依リテ定マレル場合ニ於テハ其慣習ニ從フヘキモノトス是レ同條第三項ノ規定アル所以ナリ

第五 堰ニ關スル權利

一 水流地ノ所有者ハ堰ヲ設ケルノ必要アルトキハ之ヲ對岸ニ附著セシムルコトヲ得 水流地ノ所有者ハ其水流ヲ利用スルカ爲メ之ヲ堰キテ自己ノ所有地内ニ導クノ必要ヲ感スルコトアリ然ルニ對岸カ他人ニ屬スルトキハ對岸所有者ノ承諾アル場合ハ格別然ラサレハ其堰ヲ對岸

ニ附著セシムルコトヲ得サルニ因リ水流地所有者ハ充分ニ水流ヲ利用スルコト能ハサルニ至リ經濟上頗ル不利ナル結果ヲ生スヘシ是レ法律カ對岸所有者ノ權利ヲ制限シ水流地所有者ニ與フルニ堰ヲ對岸ニ附著スルノ權利ヲ以テスル所以ナリ然レトモ之カ爲メ對岸所有者ニ損害ヲ生シタルトキハ之ヲ賠償スルノ義務アルヤ勿論ナリ

二 對岸ノ所有者ハ水流地ノ一部ヲ所有スルトキハ其堰ヲ使用スルコトヲ得 對岸ノ所有者カ水流地ノ一部ヲ所有スルトキハ其水流ヲ利用スルノ權利アルヲ以テ其水ヲ堰止メテ之ヲ自己ノ所有地内ニ導クコトヲ得ヘシ然ルニ既ニ堰ノ設アルニ拘ハラス尙ホ其特有ノ堰ヲ設ケタルコトヲ必要トスルトキハ適當ノ場所ナキカ爲メ新ニ堰ヲ設ケルコト能ハサルコトアルノミナラス同時ニ二箇ノ堰ヲ設ケルハ經濟上頗ル不利ナルヲ以テ法律ハ水流地ノ所有者ニ許スニ對岸所有者ノ設ケタル堰ヲ利用スルノ權利ヲ以テシ無用ノ努力ト費用トヲ省略スルヲ得セシメタリ但水流地ノ所有者カ他人ノ設ケタル堰ヲ利用スル以上ハ其費用ヲ分擔スルコトヲ要スルハ說明ヲ要セシメテ明カナリ(二二二條二項)

第六 疏水權

土地ノ所有者ハ其所有地内ノ水ヲ疏通スル爲メ左ノ條件ニ從ヒ他人ノ所有地内ニ水道ヲ設ケルコトヲ得

一 其所有地カ公路公流又ハ下水道ニ接セサルコトヲ要ス 茲ニ所謂公路トハ舟楫ノ通スル國

有、河川ヲ謂ヒ、公。流。ト、ハ、一。般。ニ、公。共。ノ、用。ニ、供。セ、ラ、レ、タ、ル、水。流。ヲ、謂、フ、土。地。カ、公。路。、公。流。又、ハ、下
 水道ニ接スルトキハ所有権ハ直チニ其所有地内ノ水ヲ排泄スルコトヲ得ヘキヲ以テ他人ノ土
 地ヲ利用シテ水ヲ疏通スルノ必要ナク此必要ハ土地カ公路、公流又ハ下水道ニ接セサル場合
 ニ於テ生スルモノトス又土地ノ所有権カ疏水ノ爲メ他人ノ所有地内ニ水道ヲ設ケル場合ニ於
 テ隣地カ直チニ公路、公流又ハ下水道ニ接スルトキハ單ニ隣地ヲ通シテ水ヲ疏通セシムルヲ
 以テ足ルモ隣地カ公路、公流、下水道ニ接セサルトキハ其所有地ト公路又ハ公流等ノ間ニ介
 在スル總テノ所有地ヲ通シテ其水ヲ疏通セシムルコトヲ得ヘシ

二 其所有地ト他人ノ所有地トノ間ニ高低ノ關係アルコトヲ要ス 是レ水ハ高キヨリ低キニ流
 ルル自然ノ法則アルヲ以テ疏水ニ關シテモ亦此法則ニ從ヒタルモノナリ故ニ低地ノ所有権ハ
 高地ニ對シテ此權利ヲ行フコトヲ得ス

三 浸水地ヲ乾シ又ハ家用者クハ農工業用ノ餘水ヲ排泄スル爲メ必要アルコトヲ要ス 土
 地カ浸水ノ害ヲ被リタル場合ニ之ヲ乾燥セシメ又ハ家用、農工業用ノ餘水ヲ排泄スルハ土地ノ
 利用上ニ於テ缺クヘカラサルコトナリ然ルニ土地カ公路、公流又ハ下水道ニ接セサル爲メ所
 有者カ是等所有地内ノ水ヲ他ニ導クコト能ハサルニ於テハ土地ノ利用上ニ於テ至大ノ不便ヲ
 感スルノミナラス經濟上及ヒ衛生上頗ル有害ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ是レ法律カ土地所
 有者ヲシテ低地ニ水道ヲ設ケ其水ヲ疏通スルコトヲ得セシムル所以ナリ然レトモ高地ノ所有

者ハ排水ノ爲メニ水道ヲ設ケルノ權ヲ有スルニ止マリ隣人ノ承諾アルニ非サレハ家用又ハ農
 工業用ノ水ヲ引ク爲メニ隣地ヲ使用スルノ權利ヲ有セサルモノトス(二一〇條)

四 水道ノ施設ハ低地ノ爲メニ損害ノ最少キ場所及ヒ方法ヲ擇フコトヲ要ス 高地ノ排水ノ
 爲メ低地ニ水道ヲ設ケルハ低地所有権ノ權利ヲ侵害スルモノニシテ衛生上及ヒ經濟上ノ必要
 上已ムヲ得ス此權利ヲ高地所有権ニ付與スルモノニ過キサルヲ以テ此權利ノ行使ハ成ルヘク
 低地ノ爲メニ有害ナル結果ヲ生セサルコトヲ必要トス是レ排水ノ方法及ヒ排水ノ爲メニ使用
 スヘキ場所ニ付テハ低地所有権ノ爲メニ損害最少キモノヲ擇フコトヲ要スル所以ナリ例ヘ

ハ成ルヘク地下ヲ利用シテ暗渠ヲ設ケルカ如シ
 五 疏水ノ爲メニ必要ナル工作物ノ設置及ヒ保存ノ費用ハ高地所有権ノ負擔ニ屬ス 疏水ノ爲
 メニ必要ナル工作物ハ高地所有権ノ利益ノ爲メニ設ケラルルモノナレハ高地所有権ニ於テ其
 設置保存ノ費用ヲ負擔スヘキハ勿論ナリ但高地所有権ハ排水ノ爲メ低地所有権ノ設ケタル工
 作物ヲ利用スルコトヲ得ヘク低地所有権モ亦其所有地内ノ水ヲ排泄スル爲メ高地所有権ノ設
 ケタル工作物ヲ利用シ得ヘシ唯此場合ニ於テハ工作物ノ設置及ヒ保存ノ費用ハ各所有権ニ於
 テ之ヲ分擔スルコトヲ要スルノミ而シテ其負擔額ハ工作物ノ使用ニ付キ各所有権ノ受クル利
 益ノ割合ニ應ジテ之ヲ定ムルモノトス例ヘハ各所有権ノ排水ノ分量及ヒ其使用ニ係ル水道ノ
 長短等ハ此割合ヲ定ムル重要ナル材料ト爲ルヘシ又疏水ノ爲メニ設ケタル工作物ノ共用ヲ許

スハ無用ノ勞力ト費用トヲ節減スルカ爲メニシテ各所有者カ其受クル利益ノ割合ニ應ジテ費用ヲ負擔スル以上ハ工作物ノ共用ノ毫モ他ノ所有者ニ不利ナル結果ヲ生スルコトナキヲ以テナリ(二二一條)

第七 境界權

所有者ヲ異ニスル土地カ隣接スルトキハ各所有者ハ土地ノ境界ニ關シテ紛議ノ生スルヲ豫防スルカ爲メ豫メ其境界ヲ明確ナラシムルノ必要アリ故ニ相隣者ハ各、其土地ノ境界ヲ標示スルニ付キ緊切ノ利害ヲ感スルモノニシテ境界ノ標示ハ相隣者相互ノ權利タルト同時ニ又相互ノ義務ナリト云フコトヲ得ヘシ此原則ヨリ左ノ結果ヲ生ス

一 土地ノ所有者ハ隣地ノ所有者ト共同ニテ境界ヲ標示スヘキ物ヲ設クルコトヲ得(二三一條) 茲ニ所謂境界ヲ標示スヘキ物即チ界標トハ石、杭、牆壁又ハ溝渠ノ類ニシテ人ヲシテ兩地ノ境界ヲ認知スルコトヲ得セシムヘキ外形的標識ヲ謂フ但民法ハ界標ノ種類ヲ限定セサルヲ以テ當事者ハ地方ノ慣習及ヒ相互ノ便益ニ基キ隨意ニ其界標トスヘキ物ヲ定ムルコトヲ得ヘシ

二 界標ノ設置及ヒ保存ノ費用ハ相隣者半分シテ之ヲ負擔スルコトヲ要ス(二四條) 蓋シ界標ハ相隣者相互ノ利益ヲ爲メニ設ケラルルヲ以テナリ然レトモ界標ヲ設クルニ當リ兩地ノ境界ヲ確定スル爲メ其形式及ヒ坪數等ヲ測量スルノ必要ヲ生スルコトアリテ之カ爲メ必要ス

ル費用ハ土地ノ大小廣狹ニ從テ其額ヲ異ニスヘキヲ以テ相隣者ヲシテ平等ニ之ヲ分擔セシムルコトヲ得ス其負擔額ハ土地ノ廣狹ニ應ジテ之ヲ定ムルコトヲ要ス(二四條但書)

三 境界權ハ單ニ境界ノ標示ヲ目的トシ之ニ關スル訴訟ハ區裁判所ノ管轄ニ屬ス 境界ニ關スル訴訟ハ土地ノ所有權如何ニ拘ハラス境界ヲ査定シテ之ヲ標示スルヲ目的トス然レトモ土地ノ境界ニ付キ當事者間ニ爭ヲ生シタル場合ニ其爭カ土地ノ所有權ニ基因スルトキハ土地ノ境界ハ訴訟物ノ價格ニ從ヒ管轄裁判所ニ於テ之ヲ確定スルコトヲ要ス故ニ土地ノ所有者ハ土地ノ境界ヲ標示スルカ爲メノミニ境界權ヲ行使スルコトヲ得ヘキモノニシテ土地ノ所有權ニ付キ爭アル場合ニハ先ヅ其爭ヲ決スルニ非サレハ兩地ノ境界ヲ確定スルコトヲ得ス

第八 圍障權

一 土地ノ所有者ハ所有權ヨリ生スル權能ノ一トシテ其土地ノ周圍ニ圍障ヲ設クルノ權利ヲ有ス何トナレハ土地ノ所有者カ其土地ノ周圍ニ圍障ヲ設クルコトハ第三者ノ干渉ニ對シ其土地ヲ保護スルカ爲メ必要ナルヲ以テナリ然レトモ之カ爲メ隣人ノ有スル通行權又ハ地役權ノ行使ヲ妨クルコトヲ得サルハ勿論ナリ

相隣者間ニ於テハ圍障ノ設置ハ相隣者相互ノ利益タルヤ疑ナキモ相隣者ノ一方ハ單ニ其土地ノ爲メニ圍障ヲ設クルノ權利ヲ有スルニ止マリ他ノ一方ヲシテ共同ニテ之ヲ設置セシムルノ權利ヲ有スルモノニ非ス故ニ土地ノ所有者ハ圍障ヲ設クルモ隣人ヲシテ其費用ノ一部ヲ負擔

セシムルコトヲ得ス然レトモ此原則ニハ例外アリ次ニ掲グルモノ即チ是ナリ

二 二棟ノ建物カ其所有者ヲ異ニシテ且其間ニ空地アルトキハ各所有者ハ他ノ所有者ト共同シテ其境界ニ圍障ヲ設置スルノ權ヲ有ス(二二五條)

第二二五條ノ規定ハ相隣地ニ存スル二箇ノ建物カ境界ヲ中心トシテ多少接近スル場合ニ適用セラルヘキモノニシテ其建物カ全然接著スルカ若クハ甚シク離隔スルトキハ之ヲ適用スルコトヲ得ス蓋シ相隣地ノ建物カ接近スル場合ニ兩地ノ境界ニ圍障ヲ設クルハ相隣地ヨリスル人畜ノ侵入ニ對シテ土地、建物ヲ保護シ又ハ相隣者ヲシテ狼ニ家宅内ヲ觀望スルコト能ハサラシメ以テ住居ノ安寧ヲ保ツカ爲メ極メテ必要ナルヲ以テナリ而シテ圍障ノ設置ハ左ノ條件ニ從フヘキモノトス

(イ) 圍障ノ設置及ヒ保存ノ費用ハ相隣者平分シテ之ヲ負擔スヘキモノトス何トナレハ圍障ハ建物ノ所有者相互ノ利益ノ爲メニ設ケラルモノナレハナリ

(ロ) 圍障ノ材料及ヒ其高サニ付キ當事者間ニ協議調ヒタルトキハ其協議ニ依ル然レトモ若シ協議調ハサルトキハ板塼又ハ竹垣ニシテ其高サハ六尺タルコトヲ要ス(二二五條二項)然レトモ之カ爲メ相隣者ノ一方カ之ヨリモ良好ナル材料ヲ用ヒ又ハ其高サヲ増シテ圍障ヲ設クルノ權利ヲ妨グルコトナシ但此場合ニ於テハ費用ノ増額ヲ他ノ一方ニ負擔セシムルコトヲ得ス(二二七條)故ニ相隣者ノ一人カ前記ノ權利ヲ行使シタルトキハ法定ノ圍障ニ要スル費用ヲ他ノ一方ニ要求スルコトヲ得ルニ止マリ之ニ超過スル費用ハ自ラ之ヲ負擔スルコト

ヲ要ス

右ノ如ク民法ハ圍障ノ設置及ヒ費用ノ負擔ニ付キ一般ノ原則ヲ設ケ更ニ第二二八條ニ於テ反對ノ慣習アルトキハ之ニ從フヘキコトヲ規定セリ是レ圍障ノ設置及ヒ費用負擔ニ關スル前記ノ原則ハ單ニ相隣者ノ利益ヲ目的トスルモノナレハ反對ノ慣習ヲ認ムルモ爲メニ公益ヲ害スルノ結果ヲ生セサレハナリ

第九 互有權

一 境界線上ニ設ケタル界標、圍障、牆壁及ヒ溝渠、相隣者ノ共有ニ屬スルモノト推定ス(二二九條)

境界線上ニ在ル界標、圍障等ハ相隣者相互ノ利益ト爲ルモノナレハ反證ナキ限ハ其設置ニ付キ利益ヲ有スル相隣者カ共同シテ之ヲ設置シタルモノト推定セラルヘカラス相隣者ノ互有權ト稱スルモノ即チ是ナリ而シテ相隣者カ界標、圍障、牆壁、溝渠ニ付キ互有權ヲ有スルニハ其界標、圍障等カ境界線上ニ在ルコトヲ必要トシ相隣地一方ノ地内ニ存在スル所ノ界標及ヒ圍障ハ其土地ノ所有者ニ屬スルモノト推定セラルヘカラス且互有權ノ推定ハ界標、圍障、壁牆及ヒ溝渠ノ四者ニ限定セラルルモノニシテ境界線上ニ在ル其以外ノ物件ニ及ハサルモノトス

前記ノ推定ニハ例外アリ即チ左ノ如シ

(甲) 牆壁カ一棟ノ建物ノ一部分ナルトキ 此場合ニ於テハ牆壁ハ主タル建物ノ所有者ニ屬

スルモノト推定セザルヘカラス故ニ牆壁ニ關スル互有權ノ推定ハ牆壁カ二箇ノ建物ニ共通ナル場合ニ限ルモノトス

(乙) 牆壁カ高サノ不同ナル二箇ノ建物ニ共通ナルトキ 此場合ニ於テハ牆壁中低キ建物ニ相當スル部分ハ二箇ノ建物ニ共通ナルヲ以テ當然雙方ノ互有ニ屬スルモノト推定セラレ得ヘキモ低キ建物ニ超過スル部分ハ高キ建物ノ用ヲ爲スニ止マリ低キ建物ノ爲メニ何等ノ效用ヲ爲ササルヲ以テ此部分ハ高キ建物ノ所有者ノ專有ニ屬スルヲ當然トシ雙方ノ互有ニ屬スルモノト推定スルコトヲ得ス(二三〇條然レトモ防火牆壁ハ建物ヨリモ高ク築造スルノ必要アルヲ以テ建物ノ高サヨリ高キモ尙モ雙方ノ利益ノ爲メニ設ケラレタルモノト推定スルコトヲ得ヘキヲ以テ一般ノ原則ニ戻リ雙方ノ共有ニ屬スルモノト推定スルヲ至當トス(二三〇條二項)

二 相隣者ハ互有物ヲ使用スルノ權ヲ有ス 是レ互有物ハ相隣者ノ共有タルヨリ生スル當然ノ結果ナリ然レトモ之カ爲メ相隣者ハ互有物ヲ毀損シ又ハ其耐力ニ危害ヲ加フルコトヲ得サルハ勿論ナリ故ニ其耐力ヲ害セス又ハ之ヲ毀損セザル限度ニ於テ互有ノ圍障、牆壁ヲ利用シ建物ノ一部又ハ其他ノ物件ヲ支持シ若クハ沮塞其他ノ害ヲ生セサル限度ニ於テ互有ノ溝渠ヲ利用シ其所有地内ノ水ヲ疏通スルコトヲ得且互有牆壁ノ耐力カ之ヲ許ストキハ其高サヲ増スコトヲ得若シ其耐力カ之ヲ許ササルトキハ自己ノ費用ヲ以テ之ヲ強固ナラシムルカ爲メニ相當

ハ工事ヲ施シ必要ナル場合ニ於テハ之ヲ改築スルコトヲ要ス且其工事又ハ修繕ノ爲メ他ノ相隣者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ之ヲ賠償スルノ義務アリ而シテ修繕又ハ改築シタル牆壁ハ依然トシテ其互有ニ屬スト雖モ高サヲ増シタル部分ハ増築シタル相隣者ノ利益ノ爲メニ其費用ヲ以テ造リタルモノナレハ其相隣者ノ專有ニ屬スヘキモノトス(二三一條)

第一〇 境界ノ近傍ニ於ケル相隣者ノ關係

二箇ノ土地相隣接セル場合ニ土地ノ内部ニ於ケル相互ノ權利行使ハ概シテ他ノ相隣者ノ權利行使ニ影響ヲ及ボスコトナシト雖モ其權利行使カ境界ニ接近スルニ從ヒ他ノ相隣者ノ權利ト牴觸スルノ結果ヲ生スルモノトス故ニ相隣者相互ノ利益ノ爲メニ境界ノ近傍ニ於ケル所有權ノ行使ニ一定ノ制限ヲ置クノ必要アリ(二三三條乃至二三八條)以下是等ノ制限ニ付キ説明セントス

一 竹木ニ關スル制限 土地ノ所有者ハ其權利ノ行使トシテ境界ニ接近シテ竹木ヲ所有スルコトヲ妨ケス而シテ竹木カ其所有地内ニ在ルニ於テハ其高サ及ヒ境界ヨリノ距離如何ハ之ヲ問ハサルナリ然レトモ土地ノ所有者ハ境界ヲ越エテ竹木ヲ所有スル能ハサルノミナラス其枝根ハ隣地ニ侵入セシムルコトヲ得ス何トナレハ土地ノ所有權ハ其上上下下及フモノナレハ竹木ノ枝ヲ隣地ノ空間ニ突出セシメ又ハ其根ヲ隣地ノ地下ニ侵入セシムルハ隣地ノ所有權ヲ害スルモノナレハナリ而シテ此場合ニ於ケル相隣者ノ權利ニ付テハ立法例區區ニシテ一定セス或ハ相隣者ハ自ら枝根ヲ截取ルノ權アリトシ或ハ相隣者ハ單ニ竹木ノ所有者ニ對シテ截取ヲ請求



スルノ權アリトシ、或ハ竹木ノ所有者カ截取ノ請求ヲ受ケタル後之ニ應セザルトキハ、相隣者自
 ラ之ヲ截取ルコトヲ得トシ、或ハ竹木ノ枝ニ付テハ其所有者ニ截取ヲ請求スルコトヲ要シ、其
 根ハ相隣者自ラ之ヲ剪除スルコトヲ得ヘキモノトセリ、我民法ハ即チ第四ノ主義ヲ採リタルモ
 ハナリ、而シテ根ト枝トヲ區別シタルハ根ハ枝ニ比シテ價低廉ナルヲ常トスルノミナラス根ハ
 隣地内ニ於テスルニ非サレハ之ヲ截取ルコト能ハサル場合多ク從テ隣地ノ所有者ヲシテ自ラ
 之ヲ截取ラシムルハ相隣者相互ノ爲メニ却テ便利ナルヲ以テナリ又枝ニ付テハ相隣者ハ其剪
 除ヲ請求スルノ權ヲ有スルニ止マルヲ以テ竹木ノ所有者カ其請求ニ應セザルトキハ裁判所ニ
 出訴スルノ必要ヲ生スヘシ然レトモ此ノ如キ些事ノ爲メニ訴訟ノ手續ヲ煩ハスハ實際上頗ル
 不便ナルヲ以テ相隣者ハ相當ノ期間ヲ定メ催告ヲ爲シタル後其效ナカリシトキハ自ラ之ヲ截
 取ルコトヲ得ヘシト爲スヲ適當ナリト信ス

二 建物ニ關スル制限 建物ヲ築造スルニハ境界線ヨリ一尺五寸以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要
 ス(三四條一項)此制限ハ相隣者相互ノ利益ニ基クモノトス蓋シ相隣者ノ一人カ境界ニ接シ
 テ建物ヲ築造スルトキハ他ノ一人カ其方面ニ於テ建物ヲ築造セントスル場合ニ境界線ト築造
 セントスル建物トノ間ニ多少ノ距離ヲ存スルニ非サレハ之ヲ築造スルコト能ハサルニ至ルヘ
 シ從テ相隣者ノ一人ハ他ノ一人ノ築造シタル建物ノ爲メニ其土地ヲ充分ニ利用スルコト能ハ
 サルノ結果ヲ生スルモノトス故ニ此不公平ナル結果ヲ豫防スルカ爲メ民法ハ土地ノ所有者カ

境界ニ接シテ建物ヲ築造スル場合ニハ境界ヨリ一定ノ距離ヲ存スヘキモノト爲シタルモノナ
 リ然レトモ之カ爲メ境界ノ兩側ニ相隣者ノ利用シ得ヘカラサル空地ヲ存セシムルハ經濟上頗
 ル不利ナルヲ以テ其距離ハ成ルヘク之ヲ縮少スルコトヲ要ス是レ民法カ一尺五寸ヲ以テ其限
 度ト爲シタル所以ナリ

前記ノ原則ヨリ生スル結果トシテ相隣者ノ一人カ法定ノ距離ヲ遵守セシメテ建築ヲ爲サント
 シタルトキハ他ノ一人ハ其變更ヲ求ムルコトヲ得ヘク必要ナル場合ニハ其廢止ヲモ求ムルコ
 トヲ得ヘシ然レトモ其建築著シク進歩シタルトキハ之ヲ廢止又ハ變更スルハ經濟上不利甚シ
 キヲ以テ第二〇一條ノ占有保持ノ訴ニ於ケルカ如ク相隣者ノ權利行使ニ一定ノ期限ヲ設ケ其
 期限經過後ハ此權利ヲ行使スルコトヲ得サルモノトセリ而シテ其期間ハ第二〇一條ニ掲ケタ
 ルモノト同一ニシテ建築著手ノ時ヨリ滿一年若クハ建物落成ノ時マデトス而シテ此期限後
 ハ相隣者ハ單ニ建築ノ爲メニ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マリ建築ノ變更
 廢止ヲ請求スルコトヲ得ス(三四條二項)建物ノ築造ニ關スル制限ハ市街地ニ在リテハ却テ
 相隣者相互ノ不利益ト爲ルコトアリ何トナレハ所有者ハ成ルヘク其土地ノ全部ヲ利用スルノ
 必要ヲ感スルヲ以テ不要ノ空地ヲ存スルヲ欲セザレハナリ故ニ民法ハ反對ノ慣習アルトキハ
 建物ニ關スル相隣者ノ關係ハ其慣習ニ從フモノトセリ(三六條)

三 觀望權ニ關スル制限 民法第二三五條ハ土地所有者ノ觀望權ニ關スル制限ヲ規定セリ蓋シ



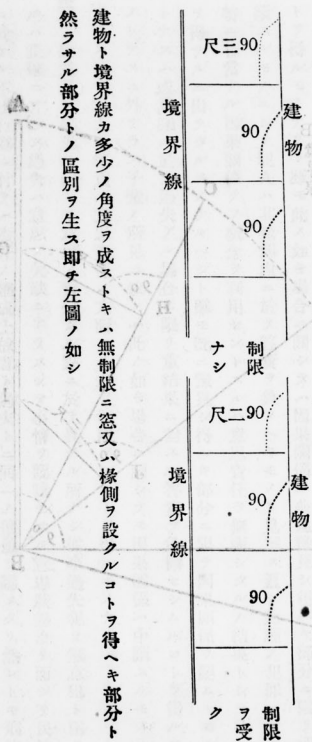
土地ノ所有者ハ其所有地内ニ家屋其他ノ建物ヲ築造スルニ當リ其觀望ニ便スル爲メ任意ニ窓又ハ椽側ヲ設クルノ權アリト雖モ其所有地カ他人ノ所有地ニ隣接スルトキハ此權利ノ行使ハ隣地所有者ノ安寧ヲ害スルノ結果ヲ生スルヲ以テ所有者相互ノ利益ノ爲メ此權利行使ヲ制限スルノ必要アリ而シテ相隣者間ニ於テ觀望カ相隣者ノ安寧ヲ害スルハ相隣地カ宅地ナルトキ相隣者ノ一人カ境界ニ接近セル場所ニ於テ他ノ相隣者ノ宅地ヲ觀望スヘキ窓又ハ椽側ヲ設クル場合ニ於テ最モ甚シトス何トナレハ相隣者ノ一人ハ其窓又ハ椽側ヨリ絶ヘス隣地内ノ狀況ヲ明カニ觀察シ得ヘク之カ爲メ他ノ相隣者ヲシテ常ニ不安ノ念慮ト不快ノ感覺トヲ懷カシメ其住居ノ安寧ヲ害スルニ至ルヘケレハナリ第二三五條ハ即チ此理由ニ基キ規定セルモノニシテ同條ノ規定ニ依ルトキハ窓及ヒ椽側ハ左ノ制限ニ從フヘシ

(甲) 制限ノ目的タル窓及ヒ椽側ハ、隣地ヲ觀望スヘキモノタルコトヲ要ス、窓又ハ椽側ニシテ隣地ヲ觀望シ得ヘキモノニ非サルトキハ制限ヲ設クルノ要ナキヤ明カナリ

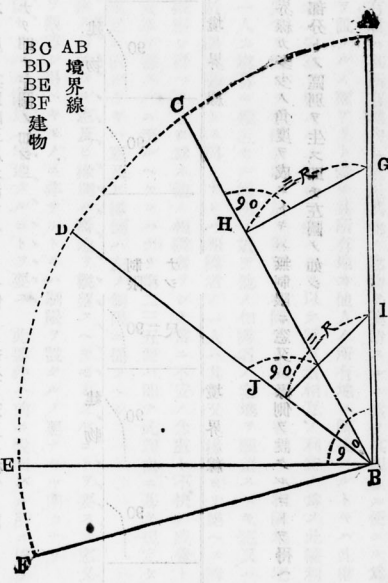
(乙) 觀望セラルル隣地ハ、宅地タルコトヲ要ス、此要件ハ前ニ説明スル所ニ依リテ明カナリ故ニ隣地カ田畑山林ナルトキハ此制限ナシ

(丙) 制限ノ目的タル窓及ヒ椽側ハ、境界線ヨリ三尺未満ノ距離ニ於テ設ケラルルコトヲ要ス、此距離ハ窓又ハ椽側ノ最モ隣地ニ近キ點ヨリ直角線ニテ境界ニ至ルマテヲ測算スルモノトス、換言スレバ、窓又ハ椽側ノ隣地ニ最モ近キ點ヲ基點トシテ之ト直角ヲ成ス所ノ線ヲ畫シ、此

三尺ヲ測算スヘキモノトス而シテ其距離三尺以上ナルトキハ其窓又ハ椽側ハ何等ノ制限ヲ受ケサルモ其距離三尺未満ナルトキハ茲ニ制限ヲ受ケ故ニ境界線ト建物トカ併行スル場合ニ其距離三尺以上ナルトキハ建物ノ何レノ部分ニ於テモ無制限ニ窓又ハ椽側ヲ設クルコトヲ得ヘク之ニ反シ其距離三尺未満ナルトキハ何レノ部分ニ窓又ハ椽側ヲ設クルモ制限ヲ受ケタルモノナリ即チ左圖ノ如シ



建物ト境界線カ多少ノ角度ヲ成ストキハ無制限ニ窓又ハ椽側ヲ設クルコトヲ得ヘキ部分ト然ラサル部分トノ區別ヲ生ス即チ左圖ノ如シ



BCノ建物ニ付キHGノ距離三尺ナリト假定スルトキハHGノ各点ニ於テ無制限ニ窓又ハ
 操側ヲ設クルコトヲ得ヘクHBノ線ニ於テ設ケラレタルモノハ總テ制限ヲ受クヘキモノト
 ス又BDノ建物ニ付キIJノ距離三尺ナリトスルトキハJノ點ヲ以テ區別ノ限界ト爲スコ

第二 現行普通刑法上ニ於テハ意思責任ハ犯罪ノ成立上及ヒ刑罰ノ加重上等シク缺クヘカラザ

ル條件タリ故意ノ行爲ニ因リテ犯人ノ最初目的トシタルヨリ重キ結果ヲ生シタルカ爲メ重ク
 處分スヘキ場合(例ヘハ毆打致死、強姦致死、刑法第一六八條、第一六九條、第二四五條等
 ノ罪)ニ付テモ亦同シ一般普通ノ見解ニ從フトキハ此場合ニ於テハ犯人カ之ヲ豫見シ得ヘカ
 リシコトヲ必要トセス即チ本人カ其結果ヲ豫見セザルコトニ付テ過失アルコトヲ必要トセス
 換言スレハ此種ノ犯罪ニ於ケル重結果ニ付テハ過失ノ有無ヲ問ハスシテ之ヲ重ク處分スルコ
 トヲ得ルモノナリト雖モ此ノ如キ場合ニ關シテハ因果關係ハ普通豫見シ得キ部分ニ限り連
 續スルモノニシテ犯人ハ其範圍内ニ於テ答責ヲ負フヘキモノト見解ス蓋シ此種ノ犯罪ニ付テ
 特ニ相當ナル因果關係ヲ概念ヲ利用セントスルハ意思責任ヲ無視シタルノ結果トシテ已ム
 ラ得ザルニ出テタルモノナルヘシト雖モ既ニ豫見シ得ヘキ部分ニ限テ因果關係ヲ認ムルモノ
 トナスハ或意味ニ於テ過失アル場合ニ限り重結果ニ對スル答責ヲ負擔セシムルコトヲ得ルモ
 ノトナスニ外ナラス子輩ノ所見ニ依レハ此ノ如キ場合ニ關シテモ因果關係ハ中斷スルモノニ
 アラスシテ本人ノ答責ハ意思責任ノ方面ヨリ之ヲ制限スルコトヲ得ルモノナリ

第三 故意及ヒ過失ハ何レモ意思ノ責任タル點ニ於テ異ナル所ナシ從來過失犯ヲ無意犯ト稱ス
 ルハ正確ニアラス過失ハ意思ノ欠缺ニアラスシテ事情ヲ認識セザル意思狀態タリ而シテ民法
 ニ於ケル不法行爲ニ付テハ責任ノ構成上故意ト過失トニ同一ノ價值ヲ認メタリ然レトモ刑法

刑法汎論 犯罪 犯罪ノ要領 精神的要素(責任) 意思責任

ノ原則トシテハ故意ハ過失ニ比シテ頗ル重キ意思責任ナリ刑法第七七條ニ依レハ特別ノ規定アル場合ニアラサレハ故意ナキ行爲ハ罪トナラサルモノトシ又各條中特ニ過失ニ因リテ犯罪ノ成立スル場合ニ於テモ故意ニ因ル犯罪ニ比シテ著シク輕キ刑罰ヲ定メタリ

第四 意思責任ハ犯罪ノ客觀的方面ヲ構成スル事情ノミニ關係スルモノニシテ行爲ノ法律上ノ效果又ハ刑法ノ效力範圍、犯人ノ責任能力ニ關スル認識ノ有無ハ意思責任ノ問題ニ影響ナシ而シテ犯罪ノ客觀的方面ヲ構成スル事情(犯罪外素)ヲ認識豫見スルトキハ故意ヲ存シ認識豫見シ得ヘキニ拘ハラズ認識豫見ヲ缺クトキハ過失ヲ存ス

犯罪ノ外素ニ屬スルモノハ意思活動、意思活動ノ對象トナルヘキ一定ノ法益、意思活動ト法益トノ間ニ於ケル一定ノ外部關係(因果關係)及ヒ或場合ニ於テハ特定ノ手段並ニ犯人自身ノ資格等ナリトス而シテ是等ノ事實ハ總テ各別ニ意思責任ト關係ヲ有ス此等犯罪ノ構成ニ必要ナル處罰條件及ヒ消極的構成要件ト意思責任トノ關係ハ次章ニ於テ説明スヘシ

既ニ説明セシカ如ク行爲ヨリ生ジタル影響ト因果ノ關係アル偶然ナル事實ノ協働ニ因リテ一定ノ結果ヲ生ジタルトキハ其行爲ト結果トノ間ニ因果ノ關係ヲ認ムルコト至當ナリト雖モ因果關係ニ付テモ意思責任ノ伴フコトヲ要シ意思責任ノ伴ハサル因果關係ハ單獨ニ犯罪ヲ構成スルコト能ハサル結果トシテ因果連鎖中ニ介入シタル事實カ偶然ニシテ豫見スヘカラサルモノナリトシトキハ行爲者ハ結果ニ付テ答責ヲ負フヘキモノニアラス是ニ於テカ際限ナキ因果關

係ニ對スル行爲者ノ答責カ意思責任ノ範圍内ニ制限セラルルヲ知ル

第十八章 故意

第一 故意ハ一般ニ事實ノ認識豫見ニシテ刑法上ニ於ケル故意ハ犯罪構成要件若クハ刑罰加重條件タル事實ノ認識ナリ此ノ如キ事實ヲ認識セサル豫見セサルトキハ故意ノ概念ヲ存セス又刑罰加重ノ原因タルヘキ事實ヲ知ラサルトキハ刑罰ヲ加重セサルヲ以テ原則トス故ニ例ヘハ他人ノ物タルコトヲ知ラスシテ之ヲ持去ルカ如キハ竊盜ノ罪ヲ構成セス自己ノ意思活動ニ因リテ他人カ死亡スルニ至ルヘキコトヲ豫見セサルトキハ謀殺罪ヲ以テ論セス人ヲ殺ス意思アルモ被害者カ親タルコトヲ知ラサルトキハ普通殺人罪ニシテ尊屬殺害タルヲ得ズ加之犯罪ヲ構成スル客觀的の事情ハ所謂處罰條件ヲ除クノ外全部之ヲ認識豫見スルコトヲ要スルモノニシテ假令一部ニ關シテモ認識豫見ヲ缺クトキハ故意ヲ存スルコトヲ得ス

第二 所謂消極的構成要件ヲ知ルコトモ亦故意ノ成立要件ナリヤ否ヤニ付テハ學說一致セス一說ニ依レハ消極的構成要件ニ關シテハ其存在セザルコトヲ知ルコトカ故意ノ要素ナリ例ヘハ違法ナル侵害ヲ受ケツツアリト信スルトキハ自己ノ行爲カ人ニ對シテ行ハルルコトヲ知ラサルト同様ナリ何トナレハ消極的構成要件存在スト誤認スルコトハ積極的構成要件ノ存在セスト誤認スルニ同様ナレハナリ故ニ事實上存在セザル事情ヲ存在セリト誤認シタル場合ニ於テ

其誤認サレタル事情ニシテ實檢上存在シタルモノトセハ違法ヲ阻却スヘキモノナルトキハ故意ヲ阻却ス例ヘハ正當防衛ヲ行ヒ得ヘキ事情アリト誤認シテ加害行為ヲ爲シタル場合ニハ故意ナシ然レトモ此ノ如キ錯誤ハ事實ニ關スルモノナラサルヘカラス將來ノ侵害者クハ既往ノ侵害ニ對シテ正當防衛權アリト信スルカ如キハ故意ヲ阻却スルコトヲ得スト云フニ在リ他ノ一説ニ依ルトキハ犯罪ノ構成要件ハ常ニ積極的ニシテ所謂消極的構成要件ナルモノヲ認ムヘキモノニアラス所謂消極的構成要件トハ違法ヲ阻却スヘキ原因例ヘハ正當防衛ノ狀態若クハ緊急狀態ノ如キモノニシテ此ノ如キ原因ノ存在セサルコトカ犯罪ノ成立要件タルコトヲ意味スルモノナリト雖モ是等ノ原因ハ犯罪ノ構成要件ニアラスシテ犯罪ノ成立要件タルコトヲ意味ナリ故ニ消極的構成要件ナルモノヲ知ルコトハ故意ノ成立要件ニアラス從テ例ヘハ正當防衛ノ狀態アリト誤信シテ加害行為ヲ爲シタル場合ニ於テ實際上正當防衛ノ狀態ナカリシモノナルトキハ故意ヲ阻却スルモノトナスコトヲ得スト云フニ在リ前説ヲ以テ普通トス

第三 所謂狭意ノ處罰條件ハ故意ノ成立上之ヲ認識シ若クハ豫見スルコトヲ要スルヤ狭意ノ處罰條件(廣意ニ於ケル處罰條件ハ客觀的及ヒ主觀的犯罪要素ノ全體ナリ)トハ行為及ヒ不行爲ヲ違法ナラシムル事情ニ屬セスト雖モ其行為ヲ處罰スルカ爲メニ必要ナル外部ノ事情ナリ此概念ハ獨逸法曹ノ主トシテ説明スル所ニ係リ同國刑法ニ於テ犯罪不申告ヲ處罰スルニハ重罪(若クハ其未遂)ノ行ハレタルコト、破産ニ於ケル處罰ニハ支拂停止、姦通若クハ詐欺婚姻ノ

處罰ニハ何レモ婚姻ノ解消ヲ條件トスル等ノ規定アルニ基クモノナリ而シテ此條件ハ犯罪ノ成立上必要ナルモノニシテ其到來セサル限ハ犯罪ノ存在ヲ前提トスル諸種ノ關係モ亦之ヲ認ムルコト能ハサルノ價值アリト雖モ行為若クハ不行爲ヲ違法ナラシムル事情ニ屬セサルカ故ニ意思責任ハ毫モ此條件ニ關係ナキモノナリトセラル我刑法ニ於テハ現今ノ解釋ヲ正當ナリトスレハ第二六一條ノ賭博罪ニ付テ現行中發覺スルコトカ處罰條件タリ又特別刑法ニ屬スル詐欺破産罪ニ付テ破産ノ宣告アルコトカ處罰條件タルヘク何レモ之ニ關スル認識アルコトヲ必要トセサルヘシ教唆及ヒ從犯ノ處罰ハ正犯ノ行為カ行ハレタルコトニ係レルカ故ニ正犯ノ行為ヲ以テ處罰條件ナリト云フヲ妨ケスト雖モ正犯若クハ從犯ハ正犯ノ行為及ヒ結果ヲ豫見スルコトヲ要スル點ニ於テ純然タル處罰條件ト異ナル(註一)

(註一) 處罰條件到來セサル限ハ犯罪成立セサルカ效ニ告訴、起訴等ノ效力ナキハ勿論其犯ノ成立ヲ認ムルヲ得ス然レトモ此條件到來シタル以上ハ既遂未遂、犯罪ノ時及ヒ場所、時、效ノ起算等ニ關シテハ皆行為其モノヲ標準トセサルベカラズ

第四 故意ハ事實ノ認識ヲ以テ成立シ企望ヲ包含セス行為者カ結果ノ發生ニ努メ若クハ之ヲ企望スルトキハ常ニ故意ヲ存スルモノナリト雖モ此ノ如キ盡力若クハ企望ハ故意ノ要素ニアラス故ニ例ヘハ船舶ノ沈没ニ因リテ保險金額ヲ得ルノ目的ニテ船舶ヲ覆没セシメ乗組員ノ死亡ヲ惹起シタルトキハ假令其行為者カ其死亡ヲ企望セザリシ場合ト雖モ苟クモ乗組員ノ死亡ヲ

豫見シタルニ於テハ其結果ニ付テ故意ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ス此ノ如ク結果ニ對スル企望ヲ以テ故意ノ要素トナササル主義ヲ觀念主義ト稱シ之ニ反シ結果ニ對スル企望ヲ以テ故意ノ要素ナリトスル學說ヲ意欲主義若クハ企望主義ト稱ス企望主義ハ正當ナル見解ニアラス

第五 故意ハ事實ノ認識ヲ以テ成立スルモノニシテ行為ヲ爲スニ至リタル動機ノ如何ハ故意ノ要素ニ屬セサルヲ以テ原則トナス動機トハ行為ノ決意ヲ促シタル觀念ニシテ行為ノ遠因ナリ其動機ノ甲ナルト乙ナルトハ犯罪ノ成立又ハ刑罰ノ法律上ノ加重減輕ト關係スル所ナシ例ヘハ貧窮ノ爲メニ竊盜ヲ爲スモ又ハ好テ竊盜ヲ爲スモ或ハ色情ノ爲メニ他人ヲ殺スモ又ハ財物ヲ奪取センカ爲メニ殺害ヲ行フモ竊盜若クハ殺人ノ故意ヲ存スル點ニ於テ異ナル所ナシ然レトモ法律カ或犯罪ノ成立上特ニ一定ノ事項ヲ目的トスルコトヲ必要トスル場合アリ此ノ如キ場合ニ於テハ法律ハ何何ノ目的ヲ以テ何何センコトヲ圖リ又ハ何何スル爲メ等ノ語句ヲ用キルヲ通例ナリトス例ヘハ政府ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ借竊シ其他朝憲ヲ紊亂スルノ目的ハ内亂罪ノ要素タリ又例ヘハ被告人ヲ陷害スルノ目的若クハ曲庇スルノ目的ハ刑事偽證罪ノ成立要素タリ然レトモ法律カ此ノ如キ語句ヲ用キサル場合ニ於テモ亦一定ノ目的ヲ以テ成立要素トスル犯罪アルコトヲ注意スヘシ例ヘハ誣告罪ノ如シ本罪ハ他人ヲ罪ニ陷ルルノ目的ヲ以テ權限アル官署ニ對シテ虛偽ノ犯罪事實ヲ申告スルコトヲ以テ成立ス而シテ此ノ如ク一定ノ目的カ犯罪成立要素タル場合ニ於テハ其目的カ行為ノ動機トナリタルコトヲ要ス朝憲紊亂ノ目的ニ

アラシシテ多衆ヲ囂聚シ暴動ヲ行フ者カ或ハ朝憲紊亂ノ結果ヲ生スルニ至ランコトヲ豫見スルモノ内亂罪トナルコトナシ然レトモ此ノ如キ場合ニ於テモ此種ノ目的ハ故意ノ一要素ヲ成スモノニアラスシテ故意ノ外ニ存スル特別ノ犯罪要素ナリ

第六 事實ヲ認識シツツ行為ノ決意ヲ爲スニハ豫謀ニ出ツル場合ト然ラサル場合トアリ豫謀ニ出ツル決意トハ熟慮ノ後ニ於テ生スルモノニシテ再考ノ邊ナク一時的ノ奮激及ヒ短慮ヨリ生スル決意ニ對立スルモノナリ決意カ豫謀ニ基クト否トハ犯罪ノ成立若クハ法律上ノ刑罰加重減輕ニ影響ヲ及ボササルヲ原則トス現行法ニ於テハ殺人罪及ヒ毆打創傷罪ニ付テノミ豫謀ノ存スル場合ヲ以テ重キ犯罪トナス

然レトモ所謂豫謀ノ故意ト即成ノ故意トノ區別ハ決意ヲ以テ故意ノ要素トスルヨリ生スルモノニシテ單ニ認識ノミヲ以テ故意ノ意義ヲ定ムルトキハ此ノ如キ區別ヲ認ムルコトヲ得スト第七 行為者ハ行為ヲ爲スニ當リテ罪ト爲ルヘキ事情ノ存在若クハ發生ヲ確實ナリト信スルコトアリ或ハ此ノ如キ確信ナクシテ單ニ事實ノ存在若クハ發生カ可能ナリト判斷スル場合アリ事實ノ認識カ確定ナルトキハ學說上之ヲ確定ノ故意若クハ直接ノ故意ト云ヒ事實ノ認識カ不確定ナルトキハ之ヲ不確定ノ故意若クハ間接ノ故意ト稱ス

第八 不確定ノ故意ハ更ニ概括ノ故意、擇一ノ故意及ヒ未必ノ故意ニ細別スルコトヲ得概括ノ故意トハ本人カ特定シタル事實ノ認識ヲ有セスシテ概括ノニノミ確定スヘキ事實ノ認識ヲ有

スル場合ニ存ス例ハ本人カ總テ此道路ヲ通行スル人若クハ總テ此井水ヲ飲用スル者ノ死亡ヲ豫見スル場合ノ如シ然レトモ概括的ノ故意ハ(イ)犯人カ既ニ其目的トシタル結果ヲ得タリト誤認シ其犯罪ノ跡ヲ蔽ハシカ爲メ第二ノ行爲ヲ爲シタルニ實際上ニ於テハ結果カ第一ノ行爲ニ因ラスシテ第二ノ行爲ニ基キタル場合ニ於テ其第二ノ行爲ニ付テモ存在スルコトヲ認ムル者アリ(ロ)或結果ヲ包含スヘキ性質ノモノナルトキニ於テ其或結果ニ付テ故意ノ存スルトキハ他ノ結果ニ付テモ亦概括的ノ故意アリト爲ス者アリ例ヘハ甲カ乙ヲ殺スノ意思ニテ毆打ヲ加ヘ其一時氣絶スルヲ見テ既ニ死亡シタルモノト誤信シテ之ヲ水中ニ投入シタルニ乙ハ實際上毆打ニ因リテ死亡シタルニアラスシテ溺死ヲ遂ケタル場合ノ如キハ(イ)ノ場合ニ關スル一例ナリ然レトモ此ノ如キ場合ニ於テ概括的ノ故意アリト認ムルコトニ付テハ反對說アリ

擇一故意トハ本人カ一定ノ事實ニ對シテ確定ノ認識ヲ有セス多數ノ事實中何レカハ實在シ若クハ發生スルコトヲ觀念シタル場合ニ存スルモノナリ例ヘハ甲カ自己ノ發砲ニ因リテ乙、丙孰レカノ死亡ヲ惹起スヘキコトヲ豫見シタルトキハ擇一ノ故意アリ

未必ノ故意ハ本人カ犯罪事實ノ存在若クハ發生ヲ確認セスシテ其存在若クハ發生ヲ可能ナリトスル場合殊ニ多數ノ犯罪事實中一ハ必ス存在シ他ハ存在シ得ヘシトナス場合ニ於テ存在ス未必ノ故意ハ之ヲ偶發ノ故意トモ稱ス

第九 不確定ノ故意ノ存スルニハ本人カ事實ノ存在若クハ發生ヲ以テ可能ナリト判斷シタルコ

トヲ要ス若シ本人カ自己ノ熟練又ハ僥倖等ヲ恃ミ事實ノ發生セザルコトヲ豫期シタルトキ若クハ其發生スルト否トニ付テ疑ヲ懷キタルモ畢竟發生セザルヘシト判斷シタルトキハ過失ヲ存シ得ルモ故意ヲ存スルコトナシ此ノ如ク不確定ノ故意殊ニ未必ノ故意ハ本人ノ判斷カ事實ノ存在若クハ發生ヲ可能ナリトスルニ傾ク場合ニ於テ存スルモノナルカ故ニ過失トノ境界ヲ爲スコト頗ル困難ナリ而シテ企業主義ノ學者ハ結果ノ企望ヲ以テ故意ノ要素ナリトナスカ故ニ所謂未必ノ故意ヲ認メス未必ノ故意ハ即チ過失ニ外ナラストナス然レトモ此見解ハ不適當ナリ

第一〇 前段ニ説明シタルカ如ク故意ハ特定ノ行爲ヲ爲スニ付キ或事實ノ存在若クハ發生ヲ確認シ或ハ少ナクトモ之ヲ可能ナリト判斷スル場合ニ存スルモノニテ格段ノ場合ニ關スルコトヲ必要トスルモノナルカ故ニ例ヘハ或者カ旅行中ニ於テ何等カノ不幸ニ遭遇スヘキコトヲ豫期シ之ヲ勸誘シテ旅行ノ途ニ就カシムルカ如キハ其旅行中ニ生シタル不幸ニ關シテ犯罪ノ故意アリト云フコトヲ得ス

第十九章 違法ノ覺知

第一 犯罪ノ故意ノ成立スルニハ本人カ犯罪ノ構成要件タル總テノ事情ヲ認識スルヲ必要トスルコト既ニ述ヘタルカ如シ而シテ此點ニ付テハ學者ノ見解悉ク一致セリ然レトモ其他尙ホ行

爲者カ自己ノ行爲ノ違法ナルコトヲ認識スルコトモ亦故意ノ要素ニ屬スルヤ否ヤニ付テハ學說ノ一致セサル所ナリ之ヲ大別シテ積極、消極ノ兩說トシ積極說ヲ更ニ分チテ一般の要素說及ヒ特別の要素說トナス

第二 積極說中違法ノ認識ヲ以テ故意ノ一般の要素ナリトスル見解ハ「オルスハウゼン」及ヒ「メルケル」等ノ採用スル所タリ其要旨ニ曰ク近世ノ刑法ニ於テハ處罰ニ關シテ意思ノ責任ヲ必要トスルコトヲ原則トスルモノニシテ其責任ハ行爲カ故意若クハ過失ニ基クノミニテハ未タ全カラス更ニ進テ行爲者カ故意ノ場合ニハ責任ヲ認識スルコトヲ要シ過失犯ノ場合ニハ少ナクモ責任ヲ認識シ得ル智能ヲ有スルコトヲ必要トス加之行爲カ違法ナルコトハ各犯罪ノ一般の要素ナルカ故ニ故意犯ニ在リテハ行爲者ノ違法ヲ認識スルコト即チ自己ノ行爲カ法規ニ違反スルコトノ認識ヲ有スルコトヲ必要トシ過失犯ニ在リテハ其認識ヲ爲シ得ル智能アルコトヲ要ス然レトモ義務違反ノ認識アルノミニテハ不充分ナリ何トナレハ義務ハ單純ナル道德上ノモノアリ得ヘク從テ義務違反ヲ認識スルノミニテハ刑法上ノ責任ノ意義ヲ充スモノニアラサレハナリ又他ノ一面ニ於テ自己ノ行爲カ處罰セラレヘキ行爲ナルコトヲ知ルノ必要ナシ何トナレハ違法ナル行爲カ刑罰ヲ科セラルルヤ否ヤハ單ニ現行法律上ノ問題タレハナリ加之處罰ノ有無ハ行爲ノ違法性ヲ客觀的ニ決定スルノ要素ニアラサルカ故ニ主觀的ニモ亦處罰ノ認識ハ責任概念ノ要素ヲ成スモノニアラス從テ處罰ノ種類及ヒ分量ニ關スル錯誤ノ如キハ責

任ノ問題ニ何等ノ影響ヲ及ホスモノニアラスト

「ペンディング」モ亦一般の要素說ヲ主張ス而シテ氏ノ説明スル所ハ頗ル精密ニ亘レリ其要旨ヲ示サン曰ク責任トハ違法ナル事實ヲ目的トスル行爲能力者ノ意思ナリ責任ノ種類ハ此意義ニ依ルニアラサレハ之ヲ知ルコトヲ得サルモノトス然ルニ從來此定義ノ誤解セララルルニ至リタル二箇ノ理由アリ一ハ違法ノ認識ヲ必要トスルトキハ犯人ヲシテ處罰ヲ免レシムル虞アリト云フ點ニ在リ然レトモ是レ法律ノ錯誤ヲ誤解シタルニ基クモノナリ違法ノ認識ヲ必要トスルコトヲ以テ新ナル學說ノ如ク思考スルカ如キハ刑法史ヲ知ラサル結果ナリ蓋シ責任ノ種類ニ故意ト過失トノ區別アルコトハ古來一般ニ認メラル所ニシテ其區別ノ標準ハ一ハ法律違反ヲ認識シ他ハ此認識ナシト云フ點ニ存ス誤解ヲ招キタル第二ノ理由ハ犯罪ニ責任ナクシテ成立シ得ルモノアリトナスノ傾向ヲ生シタルコト是ナリ然レトモ責任ヲ否認スルトキハ甚タシキ不都合ナル結果ヲ生スヘシ故意ハ法律違反ノ認識アルコトヲ以テ特色トスル意思ナリ此ノ如ク解スルニアラサレハ單ニ故意ト云フノミニテハ不精密ナリ違法ヲ認識セル意思ニアラスシテ單ニ行爲及ヒ其結果ヲ知ルノミニテ足レリトセハ司獄官カ刑期満了シタリト誤認シテ囚徒ヲ滿期前ニ出獄セシムルモ故意ノ行爲ナリ又詩人カ作詩ヲ爲ス場合ニモ亦故意アリト云ハサルヘカラサルニ至ラン故意ノ意義此ノ如ク漠然タルコトヲ得ンヤ抑、故意ハ現行法ニ於テモ羅馬法及ヒ古代ノ獨逸法ニ於ケルト均シク違法ノ認識ヲ以テ一要素トナスヘキモノニ

シテ唯處罰アルコトノ認識ヲ必要トセザルノミナリト

第三 積極說中特別ノ場合ニ限テ違法ノ認識アルコトヲ必要ナリトスル見解ハ「リスト、フランク」等ノ主張スル所ナリ「リスト」ノ見解ニ依レハ違法ノ認識ヲ以テ刑法上ニ於ケル故意ノ一般要素ナリトスルハ誤ナリト雖モ或種ノ犯罪即チ權利若クハ法律ノ侵犯ヲ以テ其特質セル犯罪ニ於テハ違法ノ認識モ亦故意ノ一要素タリ例ヘハ多數ノ財産罪ニ於ケルカ如ク權利侵犯ヲ處罰シ婚姻ニ對スル罪及ヒ國事犯ニ於ケルカ如ク法制ノ侵犯ヲ處罰シ或ハ多數ノ警察犯ニ於ケルカ如ク特定ノ法律規則ニ違反スル働作ヲ處罰スル場合ノ如キ是レナリ此種ノ故意犯ハ犯人カ何等カノ錯誤ニ因リ自己ニ其行爲ヲ爲スノ權利アリト信シタル場合ニハ成立セザルモノナリト云ヘリ「フランク」ノ說明ニ依レハ違法カ特ニ犯罪ノ構成要素トシテ明文ニ示サレタル場合ニハ違法テフ文字ノ意義ヲ穿鑿セザルヘカラス違法ハ主觀的ニハ權利ノ侵犯ヲ意味スルコトアリ此場合ニハ犯人カ其違法ヲ認識スルコトヲ要ス次ニ違法ハ法律ニ對スル違反ヲ意味スルコトアリ而シテ刑法以外ニ存スル命令、禁令ニ對スル違反ナルトキハ其違法ノ認識ハ一般ノ原則ニ從テ故意ノ要素ニ屬セス終ニ此文字カ特別ノ權能ナクシテ行爲ヲ爲スコトヲ意味スルモノナルトキハ本人カ法律ノ錯誤ニ基キテ自己ニ其特別ノ權能アリト認ムルニ因リテ故意ヲ阻却スルモノナリトナセリ

第四 消極說ハ何レノ場合ニ於テモ違法ノ認識ヲ以テ故意ノ要素ニ屬セストナスモノナリ予輩

ハ消極說ニ從ハン蓋シ行爲ノ違法ナルコトヲ認識スルニアラサレハ故意ナシト云フコトヲ得ルモノトセハ行爲者カ自己ノ行爲カ法規ニ違反スルコトヲ知ルニアラサレハ犯罪ノ成立ヲ認ムルコト能ハス然レトモ行爲者カ法規ヲ知ルコトハ一般ノ場合ニ於テハ事實ニ反スルカ故ニ多數ノ場合ニ於テ犯罪行爲ノ處罰ヲ爲スコト能ハサルニ至ルヘシ或ハ曰ク故意ハ必スシモ確定ナルコトヲ要セス所謂不確定ノ故意ニテモ充分ニシテ行爲者カ或ハ違法ナルニアラスヤト思考スレハ即チ違法ノ認識アリト云フコトヲ得ヘク且其行爲ニ付テ特定ノ法規アルコトヲ知ルノ必要ナク一般ノ知ルノミニテ足レルカ故ニ積極說ヲ採ルモ容易ニ處罰ヲ免カレシムルカ如キ弊ナシト然レトモ此辯解ハ採用スルニ足ラス例ヘハ殺人罪又ハ竊盜罪ノ如キ普通一般ノ智能アル者ニ於テハ其違法ナルコトヲ知り得ヘシト雖モ寧ロ多數ノ犯罪ニ付テハ普通一般ノ智能ヲ以テ法規違反ヲ認識スルコトヲ得サル場合アルヘシ加之例ヘハ行爲者カ被害者ノ大逆不道ナルコトヲ憤リ之ヲ殺スハ正當ニシテ毫モ違法ニアラスト思考シタル場合(即チ所謂犯罪狂ノ場合)ニ付テハ行爲者ヲ處罰スルコト能ハサルニ至ルヘシ「ヤンカ」氏ノ如キハ此ノ如ク行爲者カ一般ニ殺人行爲ノ違法ナルコトヲ知りツツ單ニ其特定ノ場合ニ於テ一種ノ空想ニ驅ラレタル場合ハ即チ例外ナリト辯解セルモ蓋シ此ノ如キ區別ヲ爲スヘキ標準ナキニ似タリ若シ夫レ特別要素說ノ正當ナラサルコトハ一般の要素說ヲ主張スル學者カ駁撃シテ餘ス所ナシ「オルスハウゼン」曰ク違法カ特別ノ構成要件トシテ明示セラレタル場合ニ限テ違法ノ認

識ヲ必要ナリトスルハ機械的ナリ蓋シ此ノ如キ場合ニハ其必要カ總則ノ規定ニ基クノミニシテ實質上ニ於テハ何等ノ區別アルコトナシト「ペンディング」曰ク犯罪ノ違法行為ナルコトヲ要スルハ當然ニシテ特ニ之ヲ明示スルノ必要ナク此不必要ナルコトヲ或場合ニ於テハ法文ニ明示シ或場合ニ於テハ之ヲ明示セザルハ用語ノ專恣ニ基クモノニシテ理性アル解釋者ハ此ノ如ク違法ノ認識ヲ必要トスル故意ト然ラサル故意トノ二種類アルコトヲ信スルヲ得サルナリト二氏ハ一般の要素説ヲ辯護センカ爲メニ特別要素説ニ對シテ此ノ如キ駁撃ヲ與ヘタルモノニシテ其目的自ラ異ナレリト雖モ特別要素説ニ對スル此駁撃ハ消極説ノ立脚地ヨリ觀察スルモ正當ナリ特別ノ場合ニ於テ違法ノ認識カ必要ナリトセハ寧ロ一般の要素説ヲ採ルノ優レルニ如カス我現行刑法ニ於テモ或ハ「擅ニ」或ハ「故ナク」或ハ「規則ニ違背シテ」等ノ文句ヲ用キタル場合アリト雖モ不必要ナル語句タリ違法ニアラサル行為カ犯罪タルコトヲ得サルハ一般ノ前提ニシテ特ニ之ヲ明示スルノ必要ナクレハナリ又現行刑法第七條ニハ「罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セス」ト規定シ恰モ行為者カ罪ヲ犯スコトヲ知ルコト即チ自己ノ行為カ處罰セラルヘキモノナルコトヲ知ルコトヲ必要トシタルカ如キ觀アリト雖モ犯人ノ認識、豫見シタル事情カ客觀的ニ犯罪要素タル以上ハ犯人カ其行為ノ罪トナルヤ否ヤヲ知ルノ必要ナシト解セサルヘカラス

第二十章 錯誤

第一 錯誤ハ事實ト認識トノ齟齬ナリ犯罪ノ構成要件ニ屬スル事實ノ認識ハ故意ノ要素ナルカ故ニ此ノ如キ事實ニ付テ錯誤アルトキハ犯罪ノ故意ヲ阻却ス然レトモ錯誤ハ必スシモ犯罪ノ構成要素ニ屬スル事實ノミニ關係スルモノニアラス從テ錯誤アリト雖モ尙ホ犯罪ノ故意ヲ阻却セザル場合アリト本章ニ於テハ故意ヲ阻却スヘキ錯誤ト然ラサル錯誤トヲ研究シテ故意ノ概念ヲ明白ナラシメントス

第二 犯罪ノ故意ヲ阻却スル錯誤ハ行為者カ實在スル犯罪ノ構成要素タル事實ヲ誤テ實在セスト觀念シ若クハ意思活動ヨリ生スヘキ結果ヲ生スルコトナシト誤認シタル場合ニ存在ス而シテ此ノ如キ誤認ヲ爲スコトニ付テ過失ヲ存スルト否トハ故意ヲ阻却スルコトニ關シテ何等ノ差別ナシ

第三 錯誤ハ之ヲ事實ノ錯誤ト法律ノ錯誤トニ區別スルコトヲ得事實ノ錯誤トハ實在スル事實若クハ發生スヘキ影響ヲ實在セス若クハ發生セスト觀念シ又ハ實在セス若クハ發生セザル事實ヲ幻覺スルコトヲ謂ヒ法律ノ錯誤トハ實在スル法則ヲ認識セス又ハ實在セザル法則ヲ幻覺スルコトヲ謂フ事實ノ錯誤及ヒ法律ノ錯誤ハ何レモ故意ヲ阻却スルモノト然ラサルモノトアリ以下其場合ヲ分チテ説明セン學者往往ニシテ事實ノ錯誤ハ故意ヲ阻却シ法律殊ニ刑法ノ錯誤

誤ハ常ニ故意ヲ阻却セスト説明スル者アリト雖モ此ノ如ク一般的ノ論決ヲ採用スルコトヲ得

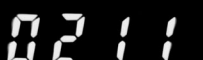
第四 事實ノ錯誤ニ關シテハ實在ノ事實ト本人ノ觀念シタル事實トカ法律上ノ價值ヲ異ニスル場合ト其價值ヲ同シウスル場合トヲ區別シテ觀察スルコトヲ要ス

甲 實在ノ事實ト本人ノ觀念シタル事實トカ其法律上ノ價值ヲ異ニスル場合トハ例ヘハ實在ノ客體ハ人ニシテ本人ノ觀念シタル客體ハ他ノ動物ナルカ如キ又ハ本人カ他人ノ物ヲ誤ラ自己ノ物ト信シタルカ如キ場合ヲ謂フモノニシテ法定ノ犯罪事實トシテ二者其價值ヲ異ニスルモノナリ此場合ニ於テハ觀念シタル事情ニ付テ故意ヲ存スルコトヲ得ルモ實在ノ事情ニ付テハ常ニ故意ヲ存セス

乙 實在スル事實ト本人ノ觀念シタル事實トカ法律上其價值ヲ同シウスル場合トハ例ヘハ殺人ノ場合ニ關シテ甲者ヲ乙者ナリト誤認シ又ハ竊盜ニ關シテ銀例ノ懷中時計ヲ金例懷中時計ナリト誤信シタルカ如キ類ヲ謂フモノナリ此場合ニ關シテハ故意ヲ阻却スルヤ否ヤニ付テ學者ノ見解一致セス第一說ニ從フトキハ此場合ニ於ケル錯誤ハ全然故意ヲ阻却セス例ヘハ左ノ人ヲ殺スノ觀念ヲ以テ發砲シ右ノ人ヲ殺シタル場合又ハ或者ヲ銃殺セントシテ發砲シタルモ命中セス却テ被害者カ其銃聲ニ驚キ其位置ヲ變セントシタルカ爲メニ深淵ニ墜リテ死亡シタルカ如キ場合ニ於テモ常ニ故意ノ既遂罪ヲ構成スルモノトナス第二說ニ從ヘハ

此種ノ錯誤カ要點ニ關スルトキハ故意ヲ阻却シ然ラサルトキハ故意ヲ阻却セス要點ニ關スルトハ本人カ事實ヲ誤認スルコトナカリセハ其行爲ヲ爲サザリシト明カナリト看做スヘキ關係アルコトヲ謂フ例ヘハ甲者カ不俱戴天ノ讐敵タル乙者ヲ殺サントシテ暗夜ニ之ヲ途ニ要シタルニ自己ノ愛子丙者偶、此場所ヲ通過シタル爲メ之ヲ乙者ナリト誤認シテ殺害シタルカ如キ場合ニ於テハ甲者カ被害者ノ乙者ニアラスシテ丙者ナルコトヲ正當ニ認識シタルリセハ此殺人行爲ヲ行フコトナカリシモノト確認シ得ル場合ナルヲ以テ要點ニ關スル錯誤アリトシテ故意ノ阻却ヲ認ムヘキモノトナス

第五 前段乙ノ場合ニ於ケル錯誤ニ關スル第一及ヒ第二ノ學說ハ何レモ之ヲ正當ナリトスルコトヲ得ス抑、故意ハ罪トナルヘキ總テノ事情ヲ認識スルニ因リテ成立スルモノニシテ其一ヲ缺クトキハ即チ故意ノ存在ヲ認ムルコトヲ得ス而シテ罪トナルヘキ事情中ニハ因果關係ヲモ包含スルモノナルカ故ニ因果關係ニ付テ錯誤アルトキハ意思活動其モノ意思活動ノ結果若クハ其他ノ犯罪事實ニ關シテ錯誤アル場合ト均シク故意ノ阻却ヲ認メサルヘカラス例ヘハ甲乙ノ二人ヲ目撃シ甲者ヲ以テ意思活動ノ對象トシテ發砲シタルニ意思活動ノ對象ト爲サザリシ乙者ノ死亡ヲ惹起シタルカ如ク客觀的因果關係ノ發展ニ付テ錯誤ヲ存スル場合又ハ人ヲ銃殺スルノ故意アルトキ即チ自己ノ發砲ニ因リテ被害者ノ死ヲ生セシムルノ意思アルトキニ於テ因果關係カ此ノ如クニ發展セスシテ却テ發砲後ニ被害者ヲ水中ニ投棄シタルカ爲メ被害者カ



溺死ヲ遂ケタルカ如ク因果關係カ全然豫見外ニ發展シタル場合ニ於テハ故意ノ既遂罪ヲ存スルコトヲ得サルモノニシテ故意ノ未遂罪ト過失ノ既遂罪トヲ認メ得ルニ過キス若シ夫レ錯誤ヲ要點ニ關スルモノト然ラサルモノトニ分ツカ如キハ固ヨリ採用スヘキニアラス何トナレハ前掲ノ例ニ付テ之ヲ觀ルニ被害者カ乙ナルト丙ナルトハ殺人罪ト成立上何等ノ區別ナク且客觀的因果關係ニ付テハ何等ノ錯誤ナケレハナリ

第六 前段ニ說明シタル見地ヨリシテ從來學者ノ通例トシテ說明シタル所謂客體ニ關スル錯誤(Erreur in objecto)及ヒ打擊ノ齟齬(Adversio ictus)ヲ解釋スルコトヲ得ヘシ客體ニ關スル錯誤トハ結果カ犯人ノ觀念セル客體ニ付テ生セザリシト雖モ犯人ノ意思活動ノ對象ト爲リタル客體ニ付テ發生シタル場合ヲ謂フ(尙ホ第四段要點ニ關スル錯誤ノ例示ヲ參照スヘシ)モノニシテ打擊ノ齟齬ハ結果カ意思活動ノ對象ト爲ラス且犯人ノ觀念セザリシ客體ニ付テ發生シタル場合ヲ謂フ(前段例示參照)

現行刑法第二九八條及ヒ第三〇四條ニ於ケル錯誤及ヒ誤毆ハ所謂客體ニ關スル錯誤ノ場合ヲ規定セルヤ或ハ打擊ノ齟齬ノ場合ヲ規定セルモノナリヤニ關シテ學者ノ見解一樣ナラス或ハ前者ノミニ關スルモノトシ或ハ後者ノミニ關スルモノトシ或ハ二者ヲ包含スルモノト爲ス

第七 以上說明シタル所ハ錯誤カ故意ノ全部ヲ阻却スル場合ニ關セリト雖モ錯誤カ刑罰加重ノ原因タル事實ニ關スル場合ニ於テモ同様ノ見地ヨリシテ解釋スルコトヲ得ヘシ即チ重キ部分

ニ付テ其事實ヲ知ラサルトキハ故意ヲ阻却スヘク從テ其部分ニ付テハ責任ヲ負フコトナシ例ヘハ自己ノ尊屬親ナルコトヲ知ラスシテ之ヲ殺シタルトキハ故意ノ殺親罪トナラスシテ普通ノ殺人罪ニ問ハルルモノトス然レトモコハ刑罰ヲ加重サルヘキ點ニ付テ故意ヲ必要トスル犯罪ノ場合ニ限ルモノニシテ例ヘハ強盜殺人若クハ強姦殺人罪等ニ於ケルカ如ク重キ結果ニ付テ最初ヨリ故意ノ存在ヲ必要トセサル場合ニ於テハ錯誤ハ犯人ヲ利スルコトナシ

第八 法律ノ錯誤ハ實在スル法則ヲ認識セス又ハ實在セサル法則ヲ實在スルモノト誤解スル場合ニ存スルモノニシテ實在スル法則ヲ認識セサル場合ハ更ニ之ヲ分チテ自己ノ行為ニ對スル制裁ヲ附シ若クハ自己ノ行為ノ違法ヲ阻却スル法律ニ關スルモノト自己ノ行為ヲ違法ナラシムヘキ條件タル法律關係ヲ定ムル法則ニ關スルモノトニ區別シテ觀察スルコトヲ要ス

甲 自己ノ行為ヲ違法ナラシメ之ニ刑罰ヲ附スル法則ニ付テノ錯誤ハ此種ノ法則カ實在スル場合ニ於テ本人カ之ヲ認識セサルモ故意ヲ阻却セス之ニ反シ此種ノ法則ノ實在セサル場合ニ誤テ之ヲ幻覺スルモ又故意ヲ有スルコトナシ之ヲ要スルニ自己ノ行為ニ對スル制裁ヲ定ムル法則ヲ知ルコトハ故意ノ要素ニアラサルカ故ニ此法則ノ存否ニ付テ錯誤アルモ亦故意ノ存否ヲ決スルニ足ラス

乙 自己ノ行為ノ違法ヲ阻却スヘキ原因ヲ定ムル法則ニ付テモ亦同シ即チ違法ヲ阻却スヘキ法律ノ存在スルニ拘ハラス之ヲ認識セス又ハ之ト反對ニ此種ノ法則カ存在セサル場合ニ於

テ之ヲ幻覺スルモ故意ノ存否ニ影響ヲ及ホスヘキモノニハアララス然レトモ唯茲ニ注意スヘキハ違法ヲ阻却スヘキ事情ノ存在ニ關スル錯誤ハ故意ニ影響ヲ及ホスヘキコト是ナリ例ヘハ行為者カ既ニ逮捕セラレタル竊盜犯人ニ對シテモ之ヲ懲戒スルカ爲メ多少ノ毆打ヲ爲スハ自己ノ權利ニシテ違法ニアラスト誤信スルハ違法ヲ阻却スヘキ原因ヲ規定スル法則ノ有無若クハ其解釋ニ關スル錯誤ナルカ故ニ故意ヲ阻却スルコトナシト雖モ之ニ反シ行為者カ自己ノ子女ヲ懲戒スルノ必要アリテ他人ノ子女ヲ暗中自己ノ子女ト誤認シテ之ヲ監禁シタルカ如キ場合ニ於テハ懲戒ノ有無ニ關スル誤解ニアラスシテ事實上自己ノ子女ニ對シテ有スル懲戒權ヲ行使スルニ當リテ其懲戒權ノ目的トナルヘキ人ニ關スル錯誤ヲ成スモノニシテ此ノ如キ場合ニ於テハ監禁罪ノ故意アリト云フコトヲ得ス正當防衛ニ關シテモ亦同様なリ(第十九章第二段參照)

第九 犯罪ノ構成要素タル法律關係ノ標準トナルヘキ法律ニ關スル錯誤ハ罪トナルヘキ事實ニ關スル錯誤ニ同シ

刑法第七七條第二項ニ所謂「罪トナルヘキ事實」中ニハ犯罪ノ構成要素タル總テノ事實從テ單純ナル事實及ヒ法律關係タル事實ヲ包含スルモノナルカ故ニ苟モ犯罪ノ構成要素タル法律關係ノ標準トナル法則ニ關スル錯誤ハ即チ間接ニ其法律ニ依リ規定セラレタル而モ犯罪ノ構成要素ニ屬スル事實タル法律關係ニ關スル錯誤ヲ生シ從テ故意ノ存否ニ影響ヲ及ホスコト明カナリ果シテ然ラハ同條ノ第四項ニ所謂法律規則ハ犯罪ノ構成要素ニ屬スル法律關係ノ標準タルヘキ法則ヲ包含スルモノニアラスシテ單ニ刑罰制裁ヲ附スル法則ノミニ關スルモノト解釋セサルヘカラス例ヘハ姦通罪若クハ重婚罪ノ成立スルニハ犯人カ婚姻ノ存在ヲ知ルヲ要ス此關係ヲ知ラサルトキハ故意ナキ無罪タリ而シテ其不知カ婚姻關係ヲ規定スル法則即チ民法ノ誤解ニ因リテ生スルモ均シク故意ヲ阻却ス即チ姦通若クハ重婚ノ當事者タル婦女カ他ノ男子ト民法上正當ナル夫婦關係ヲ有スルニ拘ハラズ犯人カ民法ノ解釋上其夫婦關係ハ未ダ法律上效力ナシト誤信シタルトキハ故意ヲ認ムルコトヲ得ス(其他犯罪ノ構成要素タル事實ニ關スル錯誤ノ説明ヲ參照スヘシ)

第二十一章 過失

第一 過失トハ認識シ若クハ豫見スルコトヲ得ヘカリシ犯罪ノ構成要件ヲ認識セス若クハ豫見セサルコトヲ謂フ故ニ過失ノ成立要件ハ犯人ニ於テ認識シ豫見スルコトヲ要シ且認識シ豫見スルコトヲ得ヘカリシ事情ノ存スルコト及ヒ犯人カ不意注ニ因リ此ノ如キ事情ニ關シ認識豫見ヲ缺キタルコトノ二條件ヲ必要トス而シテ此二條件ハ過失ノ概念ヲ構成スル爲メ充分ニシテ此以外ニ於テ例ヘハ犯人カ事情ヲ欲シタリヤ否ヤト云フカ如キハ問フ所ニアラサルナリ(註一)

(註一) 過失ハ認識シ豫見スルコトヲ要スル事情ヲ認識シ豫見セサル場合ニ於テ存スルモ
刑法汎論 犯罪ノ要素 精神の要素(責任) 過失

ノシテ必要ナラサル事情ニ付テハ過失ノ概念ヲ存セス刑法上ニ於テ認識シ豫見スルコトヲ要スル事情ハ畢竟犯罪ノ構成要件タル事實ナリ故ニ犯罪ノ構成要件ニ屬セサル事實ニ付テハ刑法上過失ノ問題ヲ生セス而シテ過失ハ認識シ豫見スルコトヲ得ル事情ニ關スルモノナルカ故ニ認識シ豫見スルコトヲ要スル事實カ認識シ豫見スルコトヲ得ヘカラザリシ場合ナルトキハ又過失ノ概念ヲ存スルコトナシ(現存ノ事實ニ付テハ認識ト云ヒ意思活動ノ結果ニ付テハ豫見ト云フヲ正當トスルモ煩ヲ避クルカ爲メ二者ヲ併セテ或ハ認識ト云ヒ或ハ豫見ト云フ)

第二 過失ノ存スルニハ豫見スルコトヲ必要トスル事情ニ關シ豫見シ得ヘカリシ場合ニ於テ本人カ不注意ノ爲メニ其事情ヲ豫見セザリシコトヲ要スルモノニシテ此事情ヲ豫見シタルトキハ故意ヲ存スヘク過失ノ問題ヲ生セス故ニ故意ノ概念ト過失ノ概念トハ互ニ相容ルルヲ得ス而シテ豫見ノ欠缺ハ事情ニ付テ何等ノ觀念ヲ存セサル場合若クハ多少ノ觀念ヲ有シタルモ其觀念カ錯誤ニ基キテ實在スル事情ヲ認識セサル場合ニ於テ存在ス前ノ場合ヲ懈怠ニ基ク過失トシ後ノ場合ヲ疎虞ニ基ク過失トナス例ヘハ茲ニ短銃アリ行爲者カ之ニ付テ銃彈ヲ裝填アリキ否ヤニ注意セス單ニ其品質ヲ觀察センカ爲メニ引金ヲ引キタルニ偶、彈丸ノ裝置アリシカ爲メ人ヲ殺スニ至リタル場合ノ如キハ懈怠ニ基ク過失アルモノニシテ獵師カ山鳥ヲ射獲セントスルニ際シ其傍ニ人アルヲ知ルモ自己ノ熟練ハ能ク害ヲ生スルコトナカルヘシト信シ發砲

シタルニ偶、之ヲ傷ケタル場合ノ如キハ疎虞ノ過失ナリ然レトモ懈怠ノ過失モ疎虞ノ過失モ共ニ意思責任ニシテ其間ニ於テ價值ヲ異ニスヘキモノニアラス獨逸ニ於ケル一派ノ學者カ懈怠ノ場合ヲ意識ナキ過失ト稱シ疎虞ノ場合ヲ意識アル過失ト名ケ前者ハ輕クシテ後者ハ重キモノナリト認ムルコトアルハ正當ニアラス

第三 疎虞ニ基ク過失ハ所謂未必ノ故意ト相距ルコト遠カラス然レトモ決シテ之ヲ混同スヘキニアラス未必ノ故意ニ在リテハ犯人カ事情ノ存在シ若クハ發生シ得ルコトヲ承認スルモノニシテ疎虞ノ過失ノ場合ニ於テハ事情ノ存在若クハ發生シ得ルコトヲ否認スルモノナリ故ニ故意ト過失トノ本質上ノ差異ハ認識ノ有無ニ在リ所謂企望主義ニ依ルトキハ事情ノ存在若クハ發生ヲ可能ナリト信スル場合ニ於テモ本人カ結果ノ發生ヲ欲セザルトキハ故意ヲ存セス從テ所謂未必ノ故意ナル概念ヲ認ムルコトヲ得ス認識主義ニ於テ故意ノ一種ナリトスル未必ノ故意ハ企望主義ヨリ謂フトキハ故意ニアラスシテ過失ナリ然レトモ企望主義ハ子輩ノ採ラサル所ナルカ故ニ又此論決モ採用セス

第四 或事情カ豫見スルコトヲ得ルモノナリヤ否ヤハ智慮經驗ノ如何ニ依リテ其判斷ヲ異ニスヘキ問題ナリ例ヘハ或事情ハ智慮經驗ノ豐富ナル者ニ於テハ容易ニ豫見スルコトヲ得ルモ普通一般ノ人ニ於テハ之ヲ豫見シ得サルコトアリ又普通一般ノ人ハ豫見シ得ヘキ事情ナル智慮經驗ノ普通人ニ劣レル者ニ在リテハ之ヲ豫見スルコト能ハサル場合アリ是ニ於テカ豫見セラ

レナリシ事情カ如何ナル程度ノ智慮經驗ヲ以テスルトキニ於テ過失アリト云フコトヲ得ルカ
換言スレハ過失ノ有無ハ如何ナル智慮經驗ヲ標準トシテ決スヘキモノナリヤノ問題ヲ生ス

第五 本問ニ關スル學說ヲ大別シテ三種トナス甲說ニ依レハ本問ハ普通一般人ノ注意ヲ標準トシテ判斷ス
シテ過失ノ有無ヲ判斷スヘキモノニシテ苟モ抽象的ニ普通一般人ノ注意ヲ標準トシテ判斷ス
ルトキハ豫見シ得ヘカリシコトナルトキハ假令本人カ愚昧ナルカ爲メニ之ヲ豫見セザリシ場
合ナリト雖モ本人ニ過失アルモノトス之ニ反シ此標準ヨリ判斷シテ豫見シ得ヘカラザリシ事
情ナルトキハ其事情ヲ豫見セザリシ本人カ此標準以上ノ注意ヲ有スル場合ニ於テモ過失ノ存
在ヲ認ムヘキモノニアラスト見解ス乙說ニ依レハ此問題ハ具體的ニ解決スヘキモノナリ即チ
抽象的ニ普通一般人ノ注意ヲ標準トナスコトナク各本人ノ注意ノミヲ標準トナスヘキモノナ
リトス故ニ此見地ヨリスレハ本人ノ注意ノ範圍内ニ於テ豫見シ得ヘカリシ事情ナリヤ否ヤヲ
審査スルコト肝要ニシテ本人ノ平常ニ於ケル注意ノ程度ヲ斟酌スルニアラサレハ此問題ヲ決
スルコトヲ得ス丙說ニ依レハ行為ノ際ニ必要トスル注意ノ程度ハ一般のニ行為ノ客觀的性質
ニ基キテ定マリ行為者ノ智識ニ關係スルモノニアラスト雖モ行為者カ結果ヲ其行為ノ效果ト
シテ豫見スルコトヲ得ヘカリシヤ否ヤヲ判斷スルニハ一般ニ行為者ノ精神上ノ能力並ニ行為
ノ瞬間ニ於ケル精神狀態ヲ基礎トシ又行為者ノ賢愚ヲ斟酌シテ主觀的ニ且具體的ニ之ヲ定ム
ルコトヲ要スルモノトス

第六 以上三說中甲說ハ民事上ノ責任問題ニ關シテハ多數ノ立法例ニ於テ認容セラルル所ニシ
テ我民法モ亦此見解ヲ採ルカ如シト雖モ全然本人ノ主觀的方面ヲ離レテ刑事上ノ責任ヲ定メ
ントスルハ根本的ノ誤謬タリ丙說ハ注意ト豫見トヲ區別セリト雖モ元來豫見シ得ヘキコトヲ
豫見セサルコトハ即チ不注意タル所以ニシテ豫見トハ獨立シテ過失ノ要素トナスコト
ヲ得サルニ似タリ乙說ハ刑事責任ノ性質ヲ根據トシテ獨リ本人ノ主觀的方面ノミヲ以テ本問
ヲ決定セントスルモノニシテ刑法學上ニ於テハ正當ナル見解ト云ハサルヘカラス或ハ此見解
ヲ非難シテ曰ク乙說ニ從フトキハ平常智慮經驗等ニ當メル者ハ普通一般人ヨリモ屢々多ク
ノ責任ヲ負擔セサルヘカラサルカ如キ不於平ナル結果ヲ生スルカ故ニ採用スヘキニアラスト
然レトモ之ヲ故意ノ場合ニ徵スルニ本人カ事實ヲ認識シタルトキハ假令一般人ニ於テハ認
識スヘカラザリシ場合ニ於テモ尙ホ故意アリトシテ其責任ヲ問フヘキ點ハ何人モ爭ハサル所
既ニ故意ノ場合ニ於テ本人カ之ヲ認識シタリヤ否ヤノ點ノミヲ標準トスル以上ハ過失ノ場合
ニ於テ亦本人ノ主觀的方面ノミヲ以テ標準トナスコト必スシモ不當ナリト云フコトヲ得サル
ヘシ之ヲ要スルニ刑事責任ノ標準ハ一ニ本人カ事情ヲ認識シタリヤ否ヤ又ハ認識シ得ヘカリ
シヤ否ヤニ因リテ之ヲ決スルヲ以テ至當トナス

第七 以上説明シタルカ如ク過失ハ罪ト爲ルヘキ總テノ事情ニ關係スルモノナリ而シテ過失カ
問題トナレル結果ニ關係スルトキハ其意思活動カ自體ニ於テ犯罪タルト否トハ之ヲ區別スル

ノ必要ナシ例ヘハ人家稠密ナル場所ニ於テ煙火ヲ弄スルコトハ其自體ニ於テ犯罪タリ而シテ之ニ因リテ火災ノ生スルコトヲ豫見セシテ火災ヲ起シタルトキハ其火災ニ關シテ前ノ煙火ヲ弄スル意思活動カ原因タル過失行爲ナリ之ニ反シ天井ニ接シテ「ランブ」ヲ釣スコトハ其自體ニ於テ犯罪タルコトナシ而モ之ニ因リテ豫見セサル火災ヲ起シタルトキハ失火罪タルコトヲ得ヘシ又民法ニ於テハ重過失ト輕過失トヲ區別スルコトアリト雖モ刑法ニ於テハ此ノ如キ區別ナシ

第八 過失ハ各種ノ犯罪ニ付テ之ヲ想像スルコトヲ得ヘシ而シテ理論上ニ於テハ各種ノ故意犯ハ過失ニ基キテモ亦之ヲ犯スコトヲ得ルモノト認ムルコトヲ得ヘシ然レトモ現今ノ立法例ニ於テハ社會的秩序ノ維持上必要ナル範圍ニ於テノミ過失ヲ罰スヘキモノトシ刑罰ヲ正當ナラシムル程度ニ於テ重大ナル場合ニ制限ス我現行刑法ニ於テハ懈怠ニ因リ囚徒ノ逃走ヲ覺ラサル場合、過失殺傷、失水、及ヒ違警罪ノ或部分ニ付キ過失犯ヲ認メタリ特別刑法ニ於テハ獨リ多クノ過失犯ヲ認メタルノミナラス又故意若クハ過失ナクシテ犯サレ得ル犯罪アルコトヲ認メタリ普通刑法ノ原則ニ對スル例外ナリトス

第九 法律カ故意ヲ必要トスルカ又過失ヲ以テ足レリトスルカヲ明言セサル場合ニ於テハ故意ノ行爲ノミヲ罰スルカ將タ又過失ニ基クモノヲ罰スヘキカノ疑問アリ我刑法ノ解釋トシテハ此ノ如キ場合ニ於テ故意ノ行爲ノミヲ罰スヘキモノトナスコト正當ナリ(七七條一項)然レ

トモ違警罪ニ付テハ常ニ過失犯ヲ罰スルコトヲ得ヘシト論スル者アリ茲ニ「ビンディング」氏ノ說明ヲ引用シテ此反對說ノ非ナルコトヲ明カニセン氏ノ說明ニ曰ク

一 法律カ特ニ明言シタル以外ノ過失犯罪ヲ認メント欲シタルモノナリト假定スレハ過失殺傷、失火、失水等ノ如ク其處罰ニ付テ沿革上何等ノ疑ナキ場合ニ於テ特ニ過失犯ヲ處罰スルヲ明カニスルノ必要ナク却テ一般ニ過失ノ場合ヲ處罰スヘカラスト認メラルル場合ニ付テ過失ノ處罰ヲ特ニ明示スルコトヲ要セシモノト云フヘシ然ルニ法律ハ全ク之ト反對ノ方法ヲ採レルカ故ニ此假定ハ正當ナラス

二 法律ハ處罰スヘキコトヲ特ニ明言シタル總テノ過失犯ニ輕キ刑罰ヲ科シタルカ故ニ特ニ明言セサル場合ニ於テ故意ノ場合ト過失ノ場合ト同一ノ刑ヲ以テ處罰スルコトヲ得ルモノト解スルハ其權衡ヲ失スルモノナリ

三 總テノ警察犯或ハ尠ナクモ刑法ノ違警罪ニ付テハ故意ト過失トヲ區別セストノ見解ハ何等ノ根據ナキモノナリ獨逸刑法典ハ警察犯ニ在リテハ意思責任ヲ要素トセストノ佛派ノ學說ヲ薄弱ナラシメタリ其第三六〇條以下(違警罪ノ規定)ヲ些細ニ觀察スレハ法律ハ多數ノ場合ニ於テ專ラ故意ノミヲ罰セント欲シタルコト疑ナキヲ發見スヘシ而シテ其過失ヲモ罰スヘキ場合ニ付テハ寧ロ之ヲ明示的ニ規定シタルヲ以テ之ヲ觀ルモ反對說ノ採用セラレナリシコト明カナリ

之ニ由テ是ヲ觀レハ現行法ニ於テハ過失犯罪ハ法律カ明示ノニ規定ヲ爲シタル場合ニ限テ之ヲ處罰スヘク又或條文ニ於テ全ク主觀責任ヲ示ササルカ若クハ解釋上疑ヲ容ルヘキ場合ニハ重罪タルト違警罪タルト問ハス常ニ故意ノ行為ニ限テ處罰セラルヘシトノ結論ヲ生スルモノナリト

第一〇 過失犯ハ所謂實害罪ニ付テノミ存スルヤ否ヤノ問題ニ積極的ノ斷案ヲ下ス者アリト雖モ正當ナラス所謂危害罪ノ場合ニモ過失犯ノ認メラレタルコトハ刑法第四二六條第七號、第八號ノ規定ニ付テ之ヲ觀ルモ疑ナカルヘシ發狂者ノ監護ヲ怠リ路上ニ徘徊スルコト若クハ狂犬、猛獸ノ繫鎖ヲ怠リ路上ニ放ツコトハ其自體ニ於テ實害アルニアラスシテ實害ヲ生スル虞アルカ爲メ禁止セラレタル行為ナリ而シテ是等ノ行為カ過失ノ場合ニ於テモ處罰セラルヘキコトハ此規定ノ解釋上疑ナキ所ナルヘシ

丙 法律的要素其一(違法)

第二十二章 違法ノ通論

第一 犯罪ハ違法ナル行為ナリ違法ナル行為トハ形式上ニ於テハ法令命令禁令ニ違背スル行為ナリ換言スレハ法規ノ禁止スルコトヲ行ヒ命令スルコトヲ爲ササルノ謂ナリ實質上ニ於テハ法規ニ依リテ保護セラレタル而モ共同生活上刑罰制裁ヲ以テ保護スルノ必要アル利益ヲ侵害

スル行為ナリ法ニ於テ保護セララルル共通利益ニ抵觸スル非社會的行為ナリ (註一、二)

(註一) 犯罪ハ直接ニ共通利益ヲ侵犯スルノミニシテ個人ノ權利ニ關係ナキモノアリ(例ヘハ風俗ヲ害スル罪)之ニ反シ直接ニ個人ノ權利ヲ侵犯スル場合アリ(例ヘハ殺傷、竊盜、詐欺ノ類)然レトモ個人ノ權利ニ對スル侵害ハ此種ノ侵害カ共通利益ニ關係アル場合ニ限テ犯罪タルモノナリ故ニ直接ニ侵害ノ目的トナル個人ノ利益ヲ標準トスルトキハ實害罪(Verletzungsdelict) 危害罪(Gefährdungsdelict) 及カ危險罪(Gefährkungsdelict)ノ三種トナスコトヲ得ヘシト雖モ間接ニ保護セララルル社會共通ノ利益ヲ標準トシテ觀察スルトキハ何レノ犯罪ト雖モ利益ニ對スル侵害ナラサルモノナシ

(註二) 法律ハ共通利益保護ノ機關タルカ故ニ如何ナル範圍如何ナル形式ニ於テ各個人ノ利益ヲ保護スヘキカ如何ナル範圍如何ナル方法ニ於テ個人ノ自由ニ對スル法律上ノ限界ヲ定メ而シテ此限界ヲ超越スル行為殊ニ犯罪ヲ如何ニ抑壓スヘキカノ方策上常ニ共通利益ヲ以テ標準トナスヘキモノニシテ此種ノ利益カ犯罪ニ因リテ如何ニ侵犯セラルルカノ關係ハ犯罪ニ對スル制裁ノ輕重ヲ定ムヘキ主要ナル標準ナリ(緒論參照)

第二 違法テフ概念ハ客觀的ノモノナリヤ將タ主體的ノモノナリヤニ付テハ學者ノ見解一致セズ客觀主義ニ依レハ客觀的ニ法ノ令禁ニ順合セル行為ハ責任無能力者ノ行為タリト雖モ尙ホ違法タルコトヲ妨ケズ換言スレハ責任能力ノ有無及ヒ意思責任ハ行為ノ違法性ト毫無關係ス

ルモノニアラストオシ主觀主義ニ依レハ法規ハ木石禽獸等ニ對シテ命令セズ禁止セズ之ト均シク法律上意思能力ナシト看做サレタル責任無能力者ノ行為若クハ意思責任ナキ者ノ行為ハ法ノ令禁ノ範圍外ニ存スルモノニシテ從テ之ニ違反スルコトヲ得ス換言スレバ此種ノ行為ハ違法タルコトヲ得スト云フニ在リ「リスト」「フィンゲル」「レツフレル」等ハ前説ヲ採リ「ヤンカ」「ランマン」等ハ後説ヲ主張セリ予輩ハ暫ク客觀的ノ解釋ニ從ハシ

第三 犯罪ノ特別構成要件ヲ具備スル行為ハ違法ナルコトヲ通則トス然レトモ此種ノ行為カ刑法又ハ其他ノ法令ニ於テ一定ノ條件ノ下ニ要求セラレ若クハ許容セラルトキハ其行為ヲ以テ違法ナリトナスコトヲ得ス故ニ犯罪ヲ違法行為トシテ研究スルニハ行為カ如何ナル場合ニ違法ナルカヲ積極的ニ論定スルヨリモ寧ロ一般ノ場合ニハ違法タルヘキ行為カ如何ナル條件ニ依リテ違法タラサルコトヲ得ルカノ消極的觀察ヲ爲スノ必要アリ而シテ此種ノ條件ヲ總稱シテ客觀的不論罪原因若クハ違法阻却ノ原因ト云フ(此種ノ原因ノ存在スル場合ニハ犯罪ノ成立ヲ妨クルモノニシテ犯罪カ成立スルニハ斯ル原因ノ存在セザルコトヲ必要トスル點ヨリ觀察シテ之ヲ犯罪ノ消極的構成要件ト稱スルコトアリ)予輩ハ以下三章ニ於テ客觀的不論罪原因ヲ説明セントス

第四 客觀的不論罪原因ハ之ヲ主觀的不論罪原因ト區別セザルヘカラス主觀的不論罪原因ハ責任無能力、意思無責任等ニシテ主觀的責任原因ヲ缺カカ爲メニ犯罪ノ成立ヲ妨ク客觀的不論

罪原因ハ行為ノ違法性ヲ阻却スルニ因リテ犯罪ヲ不成立タラシム其結果トシテ客觀的不論罪原因ノ存在ハ總テノ加擔者ノ行為ノ違法性ヲ阻却シ主觀的不論罪原因ノ存在ハ共犯ヲ不能ナラシムルモ斯ル原因アル者ノ行為ヲ利用スル第三者ヲシテ間接正犯タルコトヲ得セシム換言スレハ主觀的不論罪原因ハ一身のニ犯罪ヲ不成立ナラシメ客觀的不論罪原因ハ一般的ニ行為其モノノ犯罪性ヲ消滅セシム

第五 客觀的不論罪原因ハ之ヲ除刑原因ト區別セザルヘカラス除刑原因トハ犯罪ノ特徵ヲ有スル行為ノ存在スルニ拘ハラズ犯罪者ニ對スル國家刑罰權ヲ除外スヘキ事情ヲ謂フモノニシテ(例ヘハ君主タル資格)此事情ハ個人ニ專屬スルモノナルカ故ニ此者ノ行為ニ加擔シタル者ノ處罰ヲ妨ケス又客觀的不論罪原因ハ犯罪者クハ刑ノ消滅原因又ハ訴訟條件等ト混同スヘカラス犯罪者クハ刑ノ消滅原因トハ大赦、特赦ノ如ク既ニ成立シタル國家ノ刑罰權若クハ其執行權ヲ消滅セシムルモノニシテ訴訟條件トハ例ヘハ親告罪ニ於ケル告訴ノ如ク訴追ヲ條件ニ繋ラシムルニ過キスト雖モ客觀的不論罪原因ハ始ヨリ犯罪ヲ不成立タラシム

第六 客觀的不論罪原因ハ一定ノ範圍内ニ於テノミ犯罪ヲ不成立タラシムルカ故ニ其範圍ヲ逸出シタル行為ニ對シテハ普通ノ場合ト同シク之ヲ處罰セザルヘカラス例ヘハ正當防衛者カ危害既ニ去リタルニ拘ハラズ尙ホ勢ニ乘シテ暴行者ニ害ヲ加ヘタルカ如キ又ハ懲戒權者カ懲戒權ノ範圍ニ屬セザル行為ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テハ何レモ其逸出シタル部分ニ付テ制裁

ヲ免ルルコトヲ得ス但事情ニ依リ刑ヲ減輕スルコトヲ妨ケス

第二十三章 正當防衛

第一 正當防衛ハ急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムヲ得サルニ出
 タタル行爲ニシテ其性質上適法ナル爲メニ一般ノ場合ニ於テハ犯罪タルヘキ行爲ノ違法性ヲ
 阻却スルモノナリ而シテ此行爲カ適法ナリトセラルル法律上ノ根據如何ニ付テハ或ハ之ヲ自
 然法ニ基クモノトナシ我ハ不法ノ侵害者ハ自ラ法律保護ノ範圍ヲ脱スルカ爲メナリトナシ其
 他諸種ノ見解アリト雖モ其説明十分ナラス蓋シ正當防衛ハ權利ノ本能ニ直接ノ根據ヲ有スル
 モノナリ抑、權利ヲ有スル者ハ法律ノ範圍内ニ於テ其不可侵ヲ主張シ侵害ヲ受クルニ當リテ
 ハ救済ノ手段ヲ有セサルヘカラス保護スルコトヲ得ヘキハ權利ノ本質タリ而シテ法律ハ一般
 ノ場合ニ於テハ公力ニ訴ヘテ其保護ヲ全ウスルコトヲ得ルモノトナシ一私人ノ腕力ニ依リテ
 自ラ保護スルコトハ絶對ニ之ヲ禁止スルモノナリト雖モ危害急迫ニシテ公力ノ保護ヲ待ツノ
 迫ナキ場合ニ於テハ徒ニ手ヲ拱テ害ノ至ルヲ待ツコトナク違法ナル侵害ニ對シテ權利自體ノ
 反發的活動ヲ爲スコトヲ正當ナリト認ムルモノニシテ法律カ此ノ如ク正當ナリト認メタル行
 爲ノ適法ナルハ當然ナリト云ハサルヘカラス (註一)

(註二) 正當防衛ハ此ノ如ク權利ノ本能トシテ急迫不正ノ侵害ヲ排斥スルモノナルカ故ニ一

般ノ條理ヨリ觀察スルモ正當ナルヲ以テ古來多クノ學者ニ依リテ正當防衛ヲ以テ正文法ニ
 アラスシテ自然法ナリト説明セラレ古今ヲ通シテ諸國ノ立法例ニ於テ均シク採用セラレタ
 ル制度ナリ唯其範圍ニ付テハ立法例ニ依リテ同シカラス獨逸古法ニ於テハ正當防衛ハ復讐
 的殺人權ナリト認メラレ我現行刑法等ニ於テハ僅ニ身體、生命ニ對スル侵害アル場合ニ限
 テ正當防衛權ヲ認メ和蘭、伊太利及ヒ獨逸等ノ現行刑法ニ於テハ各種ノ法益ニ對スル侵害
 ヲ以テ正當防衛ノ原因ナリトナス而シテ是等ノ立法例ニ於テハ正當防衛ヲ以テ權利ナリト
 明認シタルモノナシト雖モ印度刑法典ニ於テ個人防衛權 (The right of private defence) ナ
 ル字句ヲ用キタリ

第二 正當防衛ハ急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムヲ得サルニ出
 タタル行爲ナルカ故ニ其成立上ニ於テ次ノ條件アルコトヲ要ス

- 一 急迫不正ノ侵害アルコト
 - 二 防衛ハ權利ヲ全ウスル爲メ侵害者ニ對シテ行ハルルコト
 - 三 防衛ハ已ムヲ得サルノ範圍内ニ於テ行ハルルコト
- 現行刑法ニ於テハ以上三條件ノ外防衛者カ自ラ不正ノ所爲ニ因リテ不正ノ侵害ヲ招キタルモ
 ノニアラサルコトヲ要ス(三二四條)

第三 正當防衛ノ成立スルニハ侵害ノ存在ヲ必要トス蓋シ侵害ナケレハ防衛ヲ爲スヘキ状態ヲ

想像スルコト能ハサレハナリ而シテ此侵害ハ急迫且違法ナルコトヲ要ス

一 侵害ハ急迫ナルコトヲ要ス 急迫ナル侵害トハ過去又ハ未來ノ侵害ニアラスシテ現在ノ侵害タルコトヲ意味ス換言スレバ侵害ハ直接ニ開始セラレントスル状態ニ切迫シ若シ既ニ開始セラレタルトキハ尙ホ繼續中ナルコトヲ要ス而シテ既ニ開始シタル侵害ノ何時ニ至ルマテ繼續スルカハ各場合ニ付テ之ヲ判斷セサルヘカラス (註二)

(註二) 故ニ次ノ場合ニ於テハ正當防衛ヲ存セズ

(イ) 直接ニ切迫セザル將來ノ侵害アランコトヲ想像シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得ス例ヘハ平素怨恨アル者ニ邂逅シ或ハ侵害ヲ受ケンコトヲ想像シテ先ツ之ヲ殺傷スル如キハ犯罪タルコトヲ免レス然レトモ將來ノ侵害ヲ慮リ之ニ對スル豫防方法ヲ講シ侵害ノ發生スルニ當リテ其效果ヲ生セシムルカ如キハ固ヨリ不當ニアラス例ヘハ盜賊ノ侵入ヲ慮リ牆上ニ硝子片ヲ植ウルカ如キ又ハ自發銃ヲ裝置スルカ如キ是ナリ

(ロ) 侵害カ既ニ中止セラレ、防止セラレ、又ハ既ニ遂ケラレタル後ハ正當防衛ヲ行フヲ得ス侵害ノ既ニ去リタル後ニ於テ加害行為ヲ爲スハ正當防衛ニアラスシテ復讐ナリ然レトモ侵害ノ終了スル時期ハ犯罪既遂ノ時期ヲ標準トスヘキモノニアラスシテ實害ノ完成スル時期ヲ以テ標準トナササルヘカラス例ヘハ竊盜カ既遂ト爲リタル後ニ於テモ直接ノ追及ニ依リテ賊物ヲ取還シ得ヘキ状態ノ繼續スル間ハ之ヲ取還スルカ爲メニ正當防衛

ヲ爲スコトヲ得ルカ如シ

二 侵害ハ不正ナルコトヲ要ス 不正トハ違法ナルコトヲ意味ス違法ナラザル行為ニ對シテハ正當防衛ヲ行フコトヲ得ス故ニ正當防衛ニ對シテ正當防衛ナク又子女若クハ學校生徒ハ父母又ハ教師ノ懲戒行為ニ對シテ正當防衛行為ヲ行フコトヲ得ス (註三、四、五)

(註三) 不正ノ侵害ハ故意若クハ過失ニ出ツルコトヲ必要トセス例ヘハ甲者カ故意若クハ過失ナクシテ乙者ヲ射撃セントスルニ當リ乙者ハ甲者ヲ忤スニアラサレハ甲者ヨリ受クヘキ害ヲ避クルコト能ハストセハ正當防衛トシテ甲者ニ加害スルコトヲ得ヘシ

(註四) 正當防衛ハ違法ナル急迫ノ侵害ニ對シテ行フコトヲ得ルモノナルカ故ニ正當防衛ニ對シテハ同時ニ正當防衛ノ存スルコトヲ得ス然レトモ侵害ヲ行フ者カ其侵害ヲ止メタルトキハ既ニ之ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得サルカ故ニ進テ害ヲ加ヘントスルトキハ先ノ侵害者ハ之ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得ヘク即チ正當防衛ニ對シテ正當防衛ナシト雖モ正當防衛ノ超越ニ對シテ正當防衛ノ成立ノ認ムルコトヲ得ヘキ條理ナリ然レトモ現行刑法ニ於テハ第三一四條但書ノ結果トシテ正當防衛ノ超越ニ對シテ正當防衛ヲ認ムルコトヲ得ス

(註五) 正當防衛ノ條件トシテ急迫不正ノ侵害ヲ以テ十分ナリトス故ニ急迫不正ノ侵害カ刑法ノ適用ヲ受クヘキ行為タルコトヲ必要トセス例ヘハ外國ノ君主若クハ公使等ノ如

刑法論 犯罪ノ要素 法律的要素其(違法) 正當防衛

キ其一身ノ理由ニ基キテ内國刑法ノ適用ヲ受ケタル者ノ行為ニ對シテモ正當防衛ヲ行フコトヲ得然レトモ現行法ニ於テハ直系尊屬ニ對スル殺傷ニ付テハ特別ノ論罪ノ例ヲ用キルコトヲ得タルカ故ニ之ニ對シ正當防衛ヲ行フヲ得ス

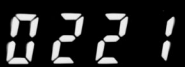
第四 防衛行為ハ自己又ハ他人ノ權利ヲ全ウスルカ爲メニ侵害者ニ對シテ行ハルルコトヲ要ス故ニ保護ノ目的タル權利カ侵害ノ爲メニ滅失シ(例ハ死亡)若クハ害ヲ被リ終リタルトキ(例ハ強姦終了)ハ正當防衛ヲ行フコトヲ得ス又第三者ニ對シテハ正當防衛ナシ不法ノ侵害ヲ受ケタルカ爲メニ第三者ニ對シテ加害行為ヲ爲スハ正當防衛ニアラスシテ緊急狀態ノ觀念ニ屬ス然レトモ正當防衛ハ他人ノ權利ヲ防衛スルカ爲メニモ亦之ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ其他人カ親族タルト否トヲ區別セズ

第五 防衛行為ハ已ムヲ得サルニ出テタルコトヲ要ス一説ニ依レハ已ムヲ得サルニ出テタル行為トハ法益ニ對スル急迫不法ノ侵害ハ腕力ヲ以テ即時ニ之ヲ排斥スルニアラサレハ遠ニ其法益ヲ恢復スルノ方法ナク唯腕力ニ依リテ之ヲ排斥スルノ一手段アルニ過キサルコト及ヒ其加害カ必要ナル程度内ニ行ハレタルコトヲ意味ス故ニ例ハ甲者カ不法ニ乙者ヲ毆打セントスルニ當リテ乙者ハ逃避スルコトヲ得ルニ拘ハラス甲者ニ反撃ヲ加ヘタルカ如キ場合若クハ官廳ノ保護ヲ求メテ此危難ヲ避クルコトヲ得ルニ拘ハラス事茲ニ出テスシテ侵害者ニ反撃ヲ與ヘタルカ如キ場合ニ於テハ正當防衛タルコトヲ得ト爲シ又他ノ一説(殊ニ獨逸法曹ノ見解)

ニ從フトキハ侵害ヲ受ケタル者カ逃避シ得ルト官廳ノ保護ヲ求ムルコトヲ得ルト將タ又侵害ヲ豫見シタルト否トニ關係ナク唯防衛行為ニ因ル加害行為カ現在ノ侵害ヲ排斥スル爲メ必要ナル程度内ニ止マルトキハ之ヲ以テ已ムヲ得サルニ出テタル行為ト爲スコトヲ得ルモノトセリ (註六)

(註六) 紐育刑法ハ正當防衛ニ付テ頗ル精密ナル條件ヲ付シタリ曰ク他ノ場合ニ於テハ罪ト爲ルヘキ行為カ避クヘカラサル且回復スヘカラサル身體上ノ害惡ニ對シ自己若クハ自己ノ保護スヘキ義務アル他人ヲ保護スルカ爲メ此行為ヲ爲スヨリ他ニ方法ナク且侵害ヲ排斥スルニ必要ナル程度ヲ越エサルトキハ正當ナリト蓋シ人的法益ニ對スル侵害ニ付テノミ正當防衛ヲ認メタルハ狭キニ失スルモノナリト雖モ私人腕力行使ノ範圍廣大ナルハ國權ノ發達ト伴ハサル所ナルヲ以テ近來獨逸法曹ノ說明スル所ト反對ニ紐育刑法ノ如ク正當防衛ニ付テモ精細ナル條件ヲ付スルコト寧ロ至當ナルニ似タリ

第六 防衛行為カ已ムヲ得サルニ出テタルモノナルヤ否ヤヲ決スヘキ標準如何ニ付テハ主觀主義ト客觀主義トノ區別アリ主觀主義ニ依ルトキハ防衛行為カ已ムコトヲ得サルニ出テタルモノナリヤ否ヤノ問題ヲ決定スヘキ標準ヲ被害者ノ主觀の方面ヨリ定ムヘキモノトナス即チ防衛者カ已ムヲ得サルノ狀態アリト信スル範圍内ニ於テハ即チ正當防衛ヲ認ムルコトヲ得ルモノトナス客觀主義ニ依ルトキハ此問題ハ嚴格ニ客觀の方面ヨリ判斷スヘキモノトナス即チ已



ムヲ得サルコトノ程度ハ本人ノ意見ニ關係ナク客觀的ニ此ノ如キ狀態アリシヤ否ヤヲ定メタルヘカラス而シテ客觀的ニ此ノ如キ狀態ナキニ拘ハラス犯人カ是アリト信シタルカ爲メニ防衛行爲ヲ爲シタルトキハ正當防衛タルコトヲ得スト云フニ在リ蓋シテ正當防衛狀態ハ客觀的ニ違法ヲ阻却スル事情ニ屬スルカ故ニ客觀主義ヲ以テ正當ナル見解トナササルヘカラス然レトモ裁判官カ此ノ如キ客觀的ノ事情アリシヤ否ヤヲ判斷スルニハ防衛者及ヒ攻撃者ノ力量及ヒ攻撃ノ緩急ノ程度等ヲ斟酌セサルヘカラス

第七 現行法第三一四條但書ノ規定ニ依ルトキハ不正ノ侵害即チ暴行カ防衛者ノ不正ナル行爲ニ依リテ挑發セラレタル場合ニ於テモ之ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得ス然レトモ理論上ヨリ觀察スルトキハ例ヘハ甲カ故意又ハ過失ニ因リ乙ヲ毆打シテ逃走シタルカ爲メ乙之ヲ憤リ甲ヲ追及シテ殺傷セントスルカ如キ場合ニ於テモ甲ハ乙ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得ルモノトナスヲ至當トス何トナレハ乙ノ攻撃ハ甲ノ毆打ニ對スル復讐行爲ニシテ不法ノ侵害タルヲ免レラレハナリ現行法ノ規定ニ依ルトキハ此細ナル違法ノ行爲ヲ爲シタルカ爲メ被害者ノ怒ニ觸レ殺傷セラレントスル場合ニモ甘シテ其犠牲ニ供セラルルカ然ラザレハ之ヲ防衛スルニ付テ刑責ヲ負擔セサルヲ得ス此規定ニ不當ナルヤ明白ナリ然レトモ本條但書ハ正當防衛ニ對シテ正當防衛ナキコトヲ規定シタルモノナリト爲スハ誤マレリ何トナレハ但書ハ不正ノ所爲ニ依リ正當防衛ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラスト言ハスシテ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ

在ラスト規定スレハナリ

第八 責任無能力者若クハ動物ノ侵害ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得ヘキヤ否ヤニ付テハ學說區區ニ岐レタリ第一說ニ依レハ侵害ノ違法ナルヤ否ヤハ客觀的ニ判斷スヘキモノナルカ故ニ引責無能力者ハ勿論動物ニ對シテモ亦正當防衛アリトナス第二說ニ依レハ動物ニ對シテハ正當防衛ナシト雖モ荷モ人タル以上ハ責任能力ノ有無如何ニ拘ハラス其違法行爲ニ對シテハ正當防衛ノ成立シ得ヘキモノニシテ唯無意ノ身體ノ運動ハ行爲ニアラサルカ故ニ之ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得サルモノトス第三說ニ依レハ不法ノ侵害カ客觀的ニ違法ナルノミニテハ正當防衛ノ原因トナラス主觀的ニ違法ナル行爲ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得ルニ過キサルカ故ニ責任無能力者若クハ動物ヨリ生スル侵害ニ對シテハ正當防衛ヲ認ムヘキモノニアラスシテ緊急狀態ヲ認メ得ルニ過キスト爲ス(註七)

(註七) 此點ニ付テ外國ノ立法例中ニハ明文ヲ設ケタルモノアリ例ヘハ印度刑法第九八條ニ於テ犯罪タルヘキ行爲カ行爲者ノ年少ナルコト、理解力ノ不熟ナルコト、精神ニ障礙アルコト若クハ酩酊セルコトノ爲メ又ハ或誤解ノ爲メ其犯罪ヲ構成セサル場合ニモ亦此行爲ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得ト規定シ其立法の解釋例ニ於テ甲カ發狂ノ爲メ乙ヲ殺サントスルトキハ甲ニ犯罪ノ責任ナシト雖モ乙ハ甲カ發狂中ニアラサル場合ニ於ケルト同一ノ防衛權ヲ有スルコトヲ明カニセリ蓋シ我刑法ノ解釋トシテモ之ト同一ノ論決ニ歸著スルヲ

以テ正當トナス第一説ハ廣キニ失シ第三説ハ狹キニ失ス

第九 豫見セラレタル暴行ニ對シテモ亦正當防衛ヲ行フコトヲ得ルヤ例ハハ甲者ハ乙者ヲ殺害
セシカ爲メニ路ニ之ヲ要セリ而シテ乙者ハ此コトアルヲ探知シタリ乙者ハ其場所ヲ避クルコ
トヲ得ルニモ拘ハラス尙ホ其場所ヲ通過シ甲者ノ暴行ニ遇フテ正當防衛ヲ行フコトヲ得ルカ
是レ亦已ムヲ得サルモノト云フコトノ解釋如何ニ關係スル問題ナリ已ムヲ得スト云フハ防衛
ヲ爲スコトカ已ムヲ得サル意味ナリトナサハ此ノ如キ場合ニ於テ正當防衛權アリト云フコト
ヲ得ス之ニ反シ已ムヲ得スト云フハ防衛行爲其モノカ必要ナリト云フ意味ニアラスシテ防衛
行爲カ侵害ニ對シテ必要ナル程度ヲ超エサルノ意味ナリトセハ此ノ如キ場合ニ於テモ正當防
衛ヲ行フコトヲ得ヘシ (註八)

(註八) 獨逸ノ學說ハ多クハ後段ノ見解ニ從フ殊ニ「リスト」ノ如キハ頗ル廣キ解釋ヲ爲
ス例ハハ狂者ヲ殺害スルノ意思ヲ以テ之ヲ挑發シ其侵害ヲ受クルニ及テ之ヲ防衛スルカ爲
メ狂者ヲ殺害シタルトキハ尙ホ正當防衛タルコトヲ得ヘシト説明シタリ我刑法ノ解釋トシ
テハ此ノ如キ廣キ見解ヲ容ルヘカラサルニ似タリ

第一〇 暴行ヨリ生セントスル害ト防衛行爲ヨリ生スル害トハ均等ナルコトヲ要スルカ一説ニ
依レハ防衛ノ程度ハ侵害サレタル法益ノ大小ニ依リテ定マルモノニアラス暴行カ急激ナリヤ
否ヤニ依リテ定マルモノナルカ故ニ暴行ノ目的タル法益ト防衛行爲ニ依リテ害セラレタル法

益トハ均等ナルコトヲ必要トセス例ハハ小價格ノ財産ニ對スル盜犯ヲ防止スルカ爲メ賊ヲ殺
傷スルモ尙ホ正當防衛タルヲ得ヘシト他ノ一説ニ依レハ二箇ノ法益カ全然對等ナルコトヲ要
セサルモ或範圍ニ於テ比例ヲ失セサルコトヲ要ス例ハハ富豪家カ僅ニ數錢ノ價格アル財産ヲ
盜賊ヨリ取還スカ爲メ其生命ヲ害スルカ如キハ已ムヲ得サルニ出テタルモノト云フヘカラサ
ルカ故ニ正當防衛タルコトヲ得スト爲ス (註九、一〇)

(註九) 立法例中ニハ二箇ノ法益カ均等ナルコトヲ正當防衛ノ一條件トスルモノアリ例ハ
ハ印度刑法典ハ暴行カ生命ニ危險ヲ來シ其他重大ナル傷害ヲ生スヘキモノナルトキ不自然
ナル獸慾ヲ充シ若クハ誘拐、略取、監禁ヲ爲スノ目的ニ出ヅルトキハ暴行人ヲ殺シ若クハ
其他ノ害ヲ加フルコトヲ得ルモ其他ノ場合ニ於テハ暴行人ヲ殺スコトヲ得ス又財産防衛權
ヲ行フ者ハ暴行カ強盜、夜間家宅侵入、放火其他ノ重大ナル害ヲ生スヘキ竊盜等ノ犯罪タ
ルヘキ場合ニ限り暴行人ヲ殺スコトヲ得ルモ其他ノ場合ニ於テハ之ヲ殺害スルコトヲ得ス
ト規定セリ然レトモ此種ノ規定ハ害ノ直接切迫セルニ當リテ防衛者ヲシテ適當ナル注意ノ
責任ヲ負ハシムルモノニシテ正當ナリト云フコトヲ得ス此點ニ付テハ現行法ノ解釋トシテ
モ前説ヲ採用スルコトヲ得ヘシ

(註、一〇) 此平均問題ハ防衛行爲ヨリ生シタル害カ暴行ニ因リテ生セントシタル害ノ程度
ヲ超越シテ可ナルヤ否ヤニ關係スルモノニシテ防衛行爲ヨリ生スル害ノ種類如何ハ素ヨリ

問フヘキ所ニアラス現行刑法ハ殺傷ニ關スル不論罪中ニ正當防衛ヲ規定シ暴行者ヲ殺害シ若クハ之ヲ創傷シタル場合ニ限り正當防衛ヲ認ムルカ如キ觀アレトモ是レ最モ重ナルモノヲ例示シタルニ止マリ之ヲ限定シタル趣旨ニアラス故ニ單純毆打ヲ加ヘ若クハ暴行ノ用ニ供シツアル器具ヲ破毀スルカ如キモ亦正當防衛行爲タルヲ得ヘシ要ハ防衛行爲其モノカ必要ニシテ又防衛ニ必要ナル程度ヲ超エサルヲ條件トスルノミ

第一 正當防衛狀態ハ客觀的ニ存在スルコトヲ要スルモノナルカ故ニ客觀的ニ此狀態ナキトキハ本人カ之アリト誤信スルモ其誤信ニ基ク行爲ハ正當防衛タルコトヲ得ス然レトモ此ノ如キ事情ニ關スル錯誤ハ故意ヲ阻却スルカ故ニ過失アルトキハ過失犯タルヲ得ヘク然ラサルトキハ無罪ト爲ルヘシ

本人カ急迫違法ナル侵害ヲ受クルモノト誤信シ恐怖ノ結果是非ノ辨識力ヲ喪ヒタルニ基ク行爲ハ第七八條ニ依ル無罪タルコトヲ得實際上正當防衛ヲ行フニ當リ恐怖ノ結果辨識力ヲ喪失シタルニ基ク防衛ノ超越ニ付ラモ亦同シ獨逸刑法ノ如キハ此趣意ヲ明文ニ規定シタルモ特ニ明文ヲ待タスシテ生スヘキ解釋ナリ

第二 或立法例ニ於テハ暴行者ヲ殺傷シタルトキハ正當防衛者ニ於テ之カ届出ヲ爲スノ義務アリトナシ其違反ニ對シテハ處罰アルヘキコトヲ規定ス我法律ハ此ノ如キ規定ヲ爲ササルカ故ニ防衛者ニ此ノ如キ義務アリト云フコトヲ得スト雖モ之ヲ官署ニ申告セザルトキハ防衛者

自身若クハ無辜ノ他人カ殺人罪ノ嫌疑ヲ被ルコトアルヘキニ依リ防衛者ハ速ニ其旨ヲ申告スルコトヲ利益ナリトス

第一三 我現行民法第七二〇條第一項ハ正當防衛行爲カ違法行爲ノ責任ナキコトヲ規定ス此規定ハ刑法第三一四條及ヒ第三一五條ニ對シテ如何ナル影響ヲ及ホスカ一説ニ依レハ民法ハ概括的ニ不法行爲ニ對シテ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得スシテ加害行爲ヲ爲シタル者ハ損害賠償ノ責任セスト規定シ以テ其行爲カ權利ノ實行ナルコトヲ示スモノナルカ故ニ此規定ニ該當スヘキ一切ノ行爲ハ犯罪タルコトヲ得ス即チ刑法第三一四條及ヒ第三一五條ハ今日ニ於テ其必要ヲ失スルニ至レリト云フニ在リ他ノ一説ニ依レハ民法ノ規定ハ不法行爲ヨリ生スル損害賠償ノ責任ニ關スルモノナルカ故ニ此規定ハ不法行爲ノ存在セザルコトヲ明カニスルニ過キス而シテ民法ノ不法行爲ハ必スシモ犯罪ニアラス又犯罪ハ必スシモ民法ノ不法行爲ニアラサルカ故ニ此民法ノ規定ヨリシテ直チニ犯罪ノ不成立ヲ判斷スルハ失當ナリ要スルニ此規定ハ刑法第三一四條及ヒ第三一五條ニ何等ノ影響ヲ及ホスモノニアラスト爲ス蓋シ犯罪ハ總テ違法タルコトヲ前提トスルモノニシテ或行爲カ他ノ法規ニ於テ違法ニアラスト認メラレタル以上バ犯罪ヲ構成スルコト能ハサルカ故ニ例ヘハ獨逸民法ニ於ケルカ如ク正當防衛ノ爲メニ必要ナル行爲ハ違法ニアラスト規定スルトキハ其行爲カ犯罪タルコトヲ得サルハ當然ノ結果タリ我民法第七二〇條第一項ハ單ニ損害賠償ノ責任ナキコトヲ規定スルノミニシテ其行

爲カ權利ナルコトヲ明カニセス又違法ニアラサルコトヲ明言セス故ニ權利ナルカ爲メニ賠償ノ責任ナシトスルカ或ハ違法ナラサルカ爲メニ責任ナシトスルカ或ハ又權利ニアラス適法ニアラスシテ違法ナル行爲ナリト雖モ特ニ賠償ノ責任ヲ免除スルノ趣旨ナルカ規定ノ形式ノミニ依リテハ之ヲ察知スルコトヲ得スト雖モ元來正當防衛ハ既ニ説明シタルカ如ク其本質上ヨリ觀察シテ適法ナルカ故ニ民法第七二〇條第一項ノ規定ハ此觀念ヲ以テ説明スルコトヲ得ヘク從テ同條ノ範圍内ニ於ケル行爲ハ權利行爲トシテ違法ヲ阻却スルモノト云ハサルヘカラス

第一四 前段ニ説明シタルカ如ク民法第七二〇條ハ正當防衛行爲カ適法ナルコトヲ前提トスルモノナリトセハ此範圍ニ於ケル總テノ行爲ハ刑法第三一四條及ヒ第三一五條ニ屬セサルモノト雖モ尙ホ正當防衛タルコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス而シテ民法ノ規定ニ從フトキハ正當防衛ニ付テ刑法第三一四條但書ノ如キ制限ナキ點ニ於テ其範圍ノノ廣キコト明カナリ然レトモ此規定ニ所謂不法行爲ハ第七〇九條ニ依リテ故意又ハ過失ヲ必要トスルモノナリトセハ故意若クハ過失ナキ行爲ニ對シテハ正當防衛ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルヘク此範圍ニ於テハ刑法第三一四條若クハ第三一五條ノ規定ヨリモ狭キモノト云ハサルヘカラスルカ故ニ此二條ノ規定ハ未ダ全ク效用ヲ失シタルモノニアラス

第二十四章 緊急状態行爲

第一 緊急状態ハ自己若クハ親族ノ身體ニ對スル偶然ナル危難ニ遭遇シ之ヲ避クル爲メ暴行人以外ノモノニ對シ加害行爲ヲ爲スノ已ムヲ得サル状態ニシテ緊急状態行爲ハ斯ル状態ノ下ニ行ハルル加害行爲ナリ現行刑法第七五條第二項ニ於テ此種ノ行爲カ罪ト爲ラサルコトヲ規定ス而シテ此定義ニ依ルトキハ緊急状態行爲ノ成立スルニハ左ノ條件アリコトヲ要ス

- 一 偶然ナル危難ノ存スルコト
- 二 危難カ自己若クハ親族ノ身體ニ對スルコト
- 三 加害行爲カ危難ヲ避クル爲メ已ムヲ得サルコト
- 四 加害行爲ハ暴行人以外ノモノニ對シテ行ハルルコト是ナリ

第二 偶然ナル危難ハ天災又ハ意外ノ變ニ因リテ實害ヲ生スル虞アル状態ナリ天災トハ風水雷震ノ類ヲ謂ヒ意外ノ變ハ自己若クハ保護セントスル親族ノ責ニ歸スヘカラサル他人ノ行爲及ヒ其他ノ事實(例ヘハ火災又ハ動物ノ襲撃)ヲ包含ス而シテ人ノ行爲ハ違法ナルト正當ナルトヲ問ハス緊急状態ノ原因タルコトヲ得例ヘハ正當ナル緊急状態行爲ニ對シテ更ニ緊急状態行爲ヲ生シ或ハ他人ヨリ違法ノ侵害ヲ受ケ第三者ニ對シ緊急状態行爲ヲ行フコトヲ得ルカ如キ是ナリ然レトモ危難遭遇者ノ責ニ歸スヘキ他人ノ正當行爲ハ緊急状態ヲ生セス例ヘハ犯罪ニ因リ死刑ノ執行ヲ受クヘキ者ハ死刑執行者ニ對シテ緊急状態行爲ヲ行フコトヲ得ス或ハ違法ナル攻撃ヲ行ヒ被攻撃者カ正當防衛ヲ爲スニ當リ之ニ對シテ緊急状態行爲ヲ行フコト能ハ

ナルカ如シ又一定ノ行為ヲ強要スル他人ノ違法行為ハ意思自由ノ喪失原因トシテ第七五條第一項ニ該當スルモノニシテ第二項ノ緊急状態行為ノ原因タルヲ得ス(註一)

(註一) 理論上ヨリ觀察スルトキハ脅迫ヲ以テ強要セラレタル行為モ緊急状態行為タルコトヲ得ルハ當然ナリ刑法改正案ハ脅迫ノ下ニ強制セラレタル行為ト危難ニ基ク行為トヲ區別セサルカ如シ然レトモ獨逸刑法ト等シク二者ヲ區別シ前者ハ第七五條第一項ニ規定シ後者ハ第二項ニ規定ス即チ第一項ニ於テハ行為者カ抗拒スヘカラサル程度ニ於テ爾脅迫ヲ以テ當該行為ヲ強要セラレタル場合(例ハ甲者、乙者ニ對シ丙者ヲ殺ササレハ汝ヲ殺傷スヘシト脅迫シタル爲メ乙者カ丙者ヲ殺シタルカ如キ場合)ヲ規定シ第二項ニ於テハ身體ニ對スル危難ニ遇ヒタル者カ問題ト爲レル其行為ヲ自ラ案出シタル場合(例ハ甲乙二人海難ニ遭遇シ何レモ生命ノ危険ナルヲ恐レ僅ニ一人ヲ救フニ足ル板片ヲ爭ヒ一方カ他ヲ溺死セシメ或ハ甲ノ爲メニ殺害セラレントスル乙者カ逃避スル爲メ已ムヲ得ス丙者ヲ撞クシテ死亡セシメタルカ如キ場合)ヲ規定ス而シテ第一項ハ責任能力阻却ニ關シ第二項ハ行為ノ違法性ヲ阻却スヘキ客觀的ノ事由ニ關スルモノナリ第一項ト第二項トノ關係ニ付テハ從來或ハ第一項ハ有形ノ強制ヲ規定シ第二項ハ無形ノ強制ヲ規定スト云ヒ或ハ第二項ハ第一項ノ特例ニシテ第二項ノ事由アルトキハ別ニ證明ヲ要セスシテ自由意思ノ喪失ヲ認ムル趣意ナリト云ヒ其他種種ノ解釋アリタリト雖モ皆ナ誤ナリ

第三 危難ハ自己若クハ親族ノ身體ニ對スルコトヲ現行法ニ於ケル要件トス親族ノ範圍ハ刑法

所定ノ親族例ニ依リテ定マルヘキモノニシテ民法ノ規定ニ左右セラルルモノニアラス身體ニハ生命、體操、自由、貞操ヲ包含ス刑法改正案ハ廣ク自己若クハ他人ノ法益ニ對スル現在ノ危難ヲ以テ緊急状態ノ原因トス現行刑法ノ規定ニ依ルトキハ財產ニ對スル危難又ハ自己若クハ親族以外ノ者ニ對スル危難ハ何レモ緊急状態ヲ發生セス然レトモ民法第七二〇條第一項ハ不法行為ニ對スル正當防衛ト緊急状態行為トヲ含ミ更ニ第二項ニ物ヨリ生スル危難ヲ規定シ第一項ニ於テハ不法行為ヨリ生スル危難ノ種類ヲ限定セサルカ故ニ同條ノ範圍ニ屬スル緊急状態行為ハ罪ト爲ラス(前章第一二段參照)但第二項ノ場合ハ危難ノ原因ト爲リタル物自體ニ對シテ加フヘキ反撃ノミヲ包含シ之ニ關係ナキ人又ハ物ニ對スル加害ヲ含マス此點ニ於テハ刑法ノ規定ハ民法ノ規定ヨリ廣キコトヲ注意スヘシ

第四 加害行為ハ已ムヲ得サルニ出テタルコトヲ要ス換言セハ危難ヲ避クルカ爲メニハ加害行為ヲ爲スノ外ニ何等ノ手段ナカリシコト及ヒ其加害力必要ノ程度ヲ超エサルコトヲ要ス故ニ

危難ノ原因タル人ニ對シ正當防衛ヲ行ヒ若クハ物ニ對シテ反撃ヲ加ヘテ其危難ヲ排斥スルコトヲ得ルカ又ハ逃避其他ノ手段アルトキハ第三者ニ對スル緊急状態行為ヲ存スルコトヲ得ス換言スレハ他ノ手段ヲ以テ危難ヲ避ケ得ル場合ニ於テハ第三者ニ對スル加害行為ヲ以テ無罪ト爲スコトヲ得ス故ニ豫メ避ケ得ヘキ將來ノ危難若クハ過去ノ危難ヲ原因トシテ緊急状態行為

爲ヲ認ムルコトヲ得ス又其加害行爲カ必要ナル程度ヲ超エタルトキハ超越シタル部分ニ付テ刑責ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス然レトモ其行爲ヲ爲スコトカ必要ニシテ且避難ノ爲メニ必要ナル程度ヲ超エサル範圍内ニ於テハ保護ヲレタル法益ヨリ價值ノ大ナル法益ヲ害スルモ現行刑法ニ於テハ尙ホ緊急状態進行爲タルコトヲ妨ケス刑法改正案ハ緊急状態進行爲ニ依リテ保護セラルヘキ法益ノ種類ヲ廣クシタル結果トシテ保護セラレタル法益ト害セラレタル法益トノ價值ニ差等ナキコトヲ要求ス(註二)

(註三) 緊急状態ノ場合ニ於テハ同種ノ法益互ニ抵觸スルコトアリ例ヘハ生命ト生命、財産ト財産トカ一ヲ犠牲ニセサルハ他ヲ救済スルコト能ハサル状態ニ立ツ場合ノ如キ是ナリ之ニ反シ異種ノ法益カ互ニ抵觸スルコトアリ例ヘハ生命ト財産、生命ト自由トカ兩立スヘカラサル状態ニ在ルカ如シ而シテ何レノ場合ニ於テモ其相抵觸スルニ法益カ互ニ其分量及ヒ價值ヲ均ウスル場合ト然ラサル場合トヲ想像スルコトヲ得同種ノ法益カ其分量ニ於テモ同等ナル價值ニ於テ衝突シタル場合ニ於テハ別ニ問題ヲ生セスト雖モ避ケンシタル害カ行爲ヨリ生シタル害ニ比シテ重要ナラサルトキ例ヘハ僅少ナル所持品ヲ保護センカ爲メニ他人ノ生命ヲ害シタル場合ニ於テハ尙ホ之ヲ緊急状態進行爲ナリト云フコトヲ得ルヤノ問題ヲ生スルハ蓋シ當然ナリ此問題ニ對シテハ保護セラレタル法益ノ種類ヲ法律カ制限シタルト制限セザルトニ因リテ法律ノ規定ヲ異ニス現行刑法ハ保護セラルヘキ法益ヲ自己若クハ

親族ノ身體ニ限レルカ故ニ害セラレタル法益ノ種類及ヒ價值ニ付テ何等ノ制限ヲ設ケス故ニ甲者カ其一指ヲ保護スルカ爲メニ乙者ノ生命ヲ奪フ場合ニ於テモ亦緊急状態進行爲タルコトヲ得ヘシ蓋シ身體ニ專屬スル法益ハ其重大ナルト比較的ニ輕少ナルトヲ問ハスシテ他人ノ權利ヲ害セザルカ爲メ之ヲ犠牲ニスルコトハ普通ノ人情トシテ爲シ得サル所ナルカ故ニ立法者ハ此點ヲ斟酌シタルモノナルヘシ之ニ反シ刑法改正案ノ如ク保護セラルヘキ法益ニ付テ別段ノ制限ヲ設ケザルトキハ些少ナル財産權ニ對スル危難ヲ免ルルカ爲メニ他ノ重大ナル法益ヲ害スルモ尙ホ之ヲ不問ニ附スルハ廣キニ過クルモノナルカ故ニ害セラレタル法益ノ種類及ヒ分量カ保護セラレタル法益ニ比シテ著シク重大ナラサルコトヲ要スルモノトセザルヘカラス是レ刑法改正案第四六條ニ於テ行爲ヨリ生シタル害其避ケンシタル害ノ程度ヲ超エサル場合ニ限リ之ヲ罰セストナシタル所以ナリ

第五 加害行爲ハ危難ノ原因タル暴行脅迫者以外ノモノニ對シテ行ハルルコトヲ要ス暴行脅迫者自身ニ對スル反撃ハ正當防衛ニシテ緊急状態進行爲ニアラス故ニ緊急状態進行爲ハ危難ノ原因タル物自體若クハ危難ノ原因タラサル第三者ニ對シテ存スルヲ通例トシ尙ホ危難ノ原因タル攻撃行爲カ正當ナルトキハ之ニ對スル反撃モ亦緊急危難タルコトヲ得例ヘハ緊急状態進行爲若クハ自己ノ招キタルニアラサル正當防衛ニ對シテ緊急状態進行爲アルカ如キ是ナリ(然レトモ自己ノ違法行爲ニ對スル法律上ノ制裁ヲ實行スル者ニ對シテ緊急状態進行爲ヲ認ムルコトヲ得

サルハ前ニ説明シタルカ如シ)

是ニ由テ之ヲ觀レハ正當防衛ト緊急状態トヲ區別スヘキ本質上ノ標準ハ彼ニ在リテハ違法ナル攻撃行爲ノ排斥ヲ以テ實質トシ此ニ在リテハ此ノ如キ要素ヲ有スヘカラサル點ニ在リ此外現行刑法ノ規定ニ依ルトキハ正當防衛ハ自己若クハ他人ノ爲メニモ存シ緊急状態ハ自己若クハ親族以外ノ者ノ爲メニ存スルヲ得ヌ又前者ハ身體及ヒ財産ヲ保護スルカ爲メニ存スルコトヲ得ルニ反シ後者ハ身體ノ保護ノミニ關スル點ニ於テ差異アリ

第六 緊急状態ノ誤認ニ基ク行爲及ヒ必要ナル程度ヲ超エタル行爲ニ付テハ前章第一一段ノ説明ヲ準用ス

第七 以上説明シタル所ハ主トシテ積極的、加害行爲ニ關係セリト雖モ義務不履行ノ犯罪ニ付テモ均シク緊急状態ヲ認ムルコトヲ得ルハ勿論ナリ即チ法令ノ要求スル作爲ヲ爲ササルノ外自己若クハ親族ノ身體ニ對スル危難ヲ避クルノ手段ナキ場合ニ於テハ其不作爲ヲ違法ナリト云フコトヲ得ヌ故ニ作爲、不作爲ヲ包括セシメテ定義スルトキハ緊急状態行爲ハ自己若クハ親族ノ身體ニ對スル偶然ナル危難ヲ避クルカ爲メニ已ムヲ得サルニ出ラタル行爲ナリ

第八 緊急状態ニ因リテ犯罪ノ不成立ヲ來スハ本人カ特別ノ義務ヲ有セサル場合ニ限ル本人カ緊急状態ニ際シテ一定ノ行爲ヲ爲スヘキ職務上ノ義務ヲ有スルトキハ其義務ニ違反スル行爲

ハ違法タルヲ免レス例ヘハ船長ハ船舶ニ急迫ノ危險アルトキハ人命、船舶及ヒ積荷ノ保護ニ必要ナル手段ヲ盡シ且旅客、海員其他船中ニ在ル者ヲ去ラシメタル後ニアラサレハ其指揮スル船舶ヲ去ルコトヲ得サルモノニシテ之ニ違反スルトキハ假令自己ノ生命ニ對シテ避クヘカラサル危難ノ存スル場合ニ於テモ緊急状態ヲ援引シテ義務違反ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ヌ船員法第五二條ニハ此ノ如キ違反行爲ヲ二月以上五年以下ノ重禁錮ニ處スルモノトナス其他軍人カ敵前ニ於テ生命ニ危險アルノ故ヲ以テ逃避スルカ如キ又醫師、看護婦等カ傳染ノ虞アルコトヲ理由トシテ患者ヲ遺棄シタルカ如キ何レモ緊急状態ヲ以テ無責任ヲ主張スルコトヲ得ヌ或ハ敵前逃亡罪ヲ構成シ或ハ遺棄罪ヲ構成スルニ至ルヘシ

第九 緊急状態行爲ノ無罪タル理由如何ニ關シテハ學說頗ル區別タリ大別シテ主觀說及ヒ客觀說ノ二トナス主觀說ニ依レハ緊急状態ニ在ル者ハ意思ノ自由若クハ選擇ノ自由ヲ喪失スルカ故ニ責任能力ヲ阻却セラルルモノニシテ緊急状態行爲ノ無罪ナルハ責任能力ノ阻却ニ基ク犯罪ノ不成立ナリト云フニ在リ主觀說ハ更ニ之ヲ分テ四種トナスコトヲ得第一說ニ依レハ緊急状態ハ權利ヲ發生セシムルモノニシテ緊急状態ニ於テ權利ヲ保護スルカ爲メニ第三者ニ害ヲ加フルハ其者ノ緊急權利ナリト云フニ在リ第二說ニ依レハ緊急状態行爲ハ權利行爲ニアラスシテ其性質ニ於テハ違法行爲ナリ唯法律ハ違法行爲カ此ノ如キ特別ノ状態ニ基キタルコトヲ理由トシテ特ニ處罰セサルニ過キスト云フニ在リ第三說ハ前二說ヲ折衷シタルモノニシテ或

種ノ緊急行爲ヲ權利行爲トシ其他ノモノヲ特ニ處罰ヲ免セラレタル無罪ナリトナス(ベル
 ネル)氏之ヲ主張ス)其要旨ニ曰ク危難ニ遭遇セル者カ他人ノ權利ヲ犧牲ニシテ己ノ權利ヲ
 救済スルコトナク寧ロ自己ノ權利ヲ拋棄スルコト最高ノ德義ニ適合スル場合アリ例ハ自己
 ノ生命ヲ犧牲ニ供シテ他人ノ生命、身體ヲ救済スルカ如キ是ナリ此ノ如キ場合ニハ他人ノ權
 利ヲ犧牲ニスルハ不正ナリ唯國家ハ勇者ノ德義ヲ以テ刑罰ノ基礎トナスコトヲ得サルカ故ニ
 之ニ對シテ刑罰ヲ免除スルニ過キス之ニ反シ危難ニ遭遇シタル者カ他人ノ權利ヲ犧牲ニシテ
 自己ノ權利ヲ救済セサルハ寧ロ愚鈍タルヲ免レスト認メ得ヘキ場合アリ例ハ他人ノ些少
 ノ財産ヲ害セサルカ爲メニ自己ノ生命ヲ失フカ如キ場合はナリ此ノ如キ場合ニ於テハ自己ノ
 生命ヲ救済スルカ爲メニ他人ノ些少ナル財産ヲ侵害スルハ緊急權利ニ基クモノナリト云フニ
 在リ第四說ニ依レハ緊急状態行爲ハ適法ニアラス又單ニ處罰ヲ免セラレタル違法ニモアラス
 法ノ放任ニ依リテ適法行爲ト違法行爲トノ中間ニ位スルモノナリ例ハ未婚ノ男女カ私通ヲ
 爲スカ如キハ權利ニアラス違法ニアラス法ノ放任スル行爲ニシテ恰モ緊急状態行爲ノ性質之
 ニ類スト云フニ在リ(註三)

(註三) 主觀說ハ心理學上ヨリ之ヲ觀察スルトキハ其正當ナラサルコト明カナリ何トナレ
 ハ緊急状態ニ在ル者ハ自己若クハ他人ノ法益ヲ侵害セラルルカ若クハ第三者ノ法益ヲ犧牲
 ニシテ自己若クハ他人ノ法益ヲ救済スルカ自己ノ意思ニ因リテ之ヲ決定スルコトヲ得ル地

位ニ在リ故ニ此ノ如キ場合ニ於テ之ヲ心理學上ヨリ觀察シテ意思ノ自由ナク又ハ選擇ノ自
 由ナシト云フコトヲ得サルハ言テ俟タサル所ナリ而シテ元來人ノ意思ハ外界ノ事情ニ因リ
 テ支配セラルルモノニシテ寧ロ絕對ニ自由ナラサルヲ以テ原則トナスヘキモノナルヘシ故
 ニ之ヲ哲學上ヨリ論スルトキハ人ノ意思ハ不由ナリト云フコトヲ妨ケス然レトモ通俗ノ
 人情ヲ基礎トシテ之ヲ觀察スルトキハ自己ノ法益ヲ犧牲ニシテ他人ノ法益ヲ尊重スルハ寧
 ロ非凡ノコトニ屬スルカ故ニ自己ノ生命、身體ヲ失フカ然ラズンハ他人ヲ害セサルヲ得ス
 ト云フカ如キ状態ニ於ケル行爲ハ意思ノ自由ニ基カサル行爲若クハ任意ナラサル行爲ニシ
 テ即チ責任能力ノ阻却ニ基ク無罪行爲ナリト云フヲ得ヘク現行刑法起草者ノ見解亦茲ニ在
 リタルカ如シ然レトモ此說明ニ從フトキハ刑法改正案ノ如ク自己ノ權利ノミナラス又他人
 ノ權利ヲ救済スルカ爲メニモ第三者ヲ害スルコトヲ得ルモノトスル理由ヲ發見スルコトヲ
 得ス且強テ法律ニ於テ哲學上ノ原則ニ反スル觀念ヲ採用スルノ必要ナキカ故ニ緊急状態行
 爲ノ性質ハ寧ロ之ヲ客觀的ニ說明スルコト適當ナルヘシ

客觀說中放任說ハ正當ニアラス私通ノ如キハ元來法律ノ放任スル行爲ナリト雖モ緊急状態
 行爲ハ元來罰セラルヘキ行爲カ緊急状態ニ基ク理由ニ因リテ罰セラルヘキ性質ヲ失フモノ
 ナルカ故ニ兩者ヲ混同スヘキモノニアラス折衷說ハ吾人ノ感情ヲ標準トシテ權利タル場合
 ト違法ナル場合トヲ區別セントスルモノニシテ寧ロ專擅ナリ之ニ反シ處罰免除說ト權利說

トハ何レヲ以テ正當トナスヘキカニ付キテハ頗ル研究ヲ要スヘキ問題ナリ民法第七二〇條
 第一項ハ正當防衛ノ規定タルト同時ニ緊急状態行爲ニ關スル規定ニシテ此規定カ權利ヲ認
 ムルモノトセハ緊急状態行爲モ亦權利ナリト云フコトヲ得ヘシ之ニ反シ單ニ責任ヲ免除ス
 ルニ過キスシテ違法ヲ阻却スル規定ニ過キストセハ緊急状態行爲ハ單ニ處罰ヲ免除サレタ
 ル違法行爲ナリト云フコトヲ得ヘシ予輩ハ前章ニ於テ説明シタルカ如ク同條ノ規定ハ其行
 爲カ權利ナルコトヲ前提トシテ損害賠償ノ責任ナキモノト規定シタルコトヲ信ス然レトモ
 同條ノ規定ニ屬セスシテ刑法第七五條第二項ニ屬スル緊急状態行爲ハ尙ホ違法ナリトナス
 ノ趣旨ニアラス元來正當防衛ト緊急状態トハ其觀念ヲ異ニスルモノナルカ故ニ其範圍及ヒ
 條件モ亦異ニスヘキ理由アリト雖モ而モ權利ヲ直接急迫ナル危害ヨリシテ保護セントスル
 ノ點ニ於テハ二者其觀念ヲ一ニス權利ノ保護ハ法カ一箇人ニ許シタル範圍内ニ於テハ又權
 利ナリ法カ國家機關ニ依リテ保護スルコトヲ必要トシタル場合ニ於テハ之ニ背キテ權利ヲ
 救済スルハ寧ロ犯罪タル場合アリト雖モ特ニ緊急ナル場合ニ於テ法カ箇人自ラ權利ヲ保護
 スルカ爲メニ他人ノ權利ヲ侵害スルモ之ヲ處罰セストキハ當然權利ノ本能ノ發
 動トシテ之ヲ適法トセサルヘカラス而シテ此觀念ハ刑法第七五條第二項ノ緊急状態ニ付テ
 モ民法第七二〇條ニ付テモ均シク通用スヘキモノナルカ故ニ後者ノ範圍ニ屬セザルモノハ
 違法ナリト云フコトヲ得ス

第二十五章 違法ヲ阻却スル其他ノ原因

第一 違法ヲ阻却スル主タル原因ハ正當防衛及ヒ緊急状態ニシテ何レモ適法ナルカ爲メニ犯罪
 ヲ不成立ニ至ラシムルモノニシテ其觀念ハ既ニ説明シタル所ニ依リテ明カナリ其他自己ニ對
 スル加害、承諾者ニ對スル加害、職務ノ執行、懲戒權ノ行使及ヒ現行犯人ノ逮捕等ハ其外形
 上ニ於テ刑法ノ犯罪ヲ構成スルカ如キ觀アリト雖モ或範圍ニ於テ違法ヲ阻却セザルルカ爲メ
 ニ犯罪ヲ不成立ニ至ラシムルモノナリ本章ニ於テハ是等ノ原因ヲ一括シテ其概要ヲ説明セン
 ト欲ス

第二 自己ニ對スル加害ハ一般ニ法ノ放任スル所ニシテ違法ナラサルカ爲メニ罪ト爲ラサルモ
 ノナリ蓋シ人ハ自己ニ屬スル法益ヲ處分スルノ自由ヲ有スルモノナルヲ以テ例ヘハ自己ノ物
 件ヲ毀棄スルモ犯罪ヲ構成セス又自己ノ生命ヲ絶チ若クハ自己ノ身體ヲ創傷スルカ如キハ罪
 トナラサルヲ原則トス刑法ニ於テ人ヲ殺シタル者ハ人ヲ毆打創傷シタル者ハト云ヒ又ハ人ノ
 所有物ヲ竊取シタル者ハト云フカ如キ皆他人ノ法益ヲ侵害スル場合ニ關係スルモノニシテ自己
 ニ對スル傷害ヲ含マス然レトモ自己法益ヲ毀損スルト同時ニ他ノ法益ヲ侵害スル結果ヲ生ス
 ルカ如キ場合ニ於テハ法律ハ特ニ之ヲ禁止シ其禁止ニ違反シタル行爲ハ犯罪タルコトヲ得ル
 モノトス例ヘハ徵兵令第三一條ハ陸海軍ノ徵兵ニ編入セラルヘキ者カ免役ヲ圖ル爲メニ身體

ヲ毀傷スルコトヲ處罰シ刑法第四〇四條ハ火ヲ放チテ自己ノ家屋ヲ燒滅スルコトヲ罪ト爲スカ如キ其他法律カ身體ニ懸ク爲スコトヲ禁止シ又淫賣ヲ爲スコトヲ禁止スルカ如キ何レモ特ニ自己ノ法益ノ自由處分ヲ犯罪ト爲シタルモノナリ此他自己ノ所有ニ屬スル物件ヲ使用スルハ一般ニ其權能ニ屬スルコトナリト雖モ之ヲ使用シテ他人ノ文書ヲ偽造スルカ如キ又ハ人ヲ殺スカ如キ犯罪行爲ヲ爲スコトヲ得サルハ明カナリ要スルニ自己ニ屬スル法益ヲ處分シテ犯罪ヲ犯スカ如キハ固ヨリ法ノ認メサル所ナリト雖モ法律ノ禁止セザル範圍ニ於テハ自己ニ屬スル法益ノ處分ハ自由ナルヲ以テ原則トナスカ故ニ此處分ノ自由ナル範圍ニ於テ自己ニ對シテ爲シタル行爲ハ犯罪ヲ構成セザルモノトス或ハ曰ク人ハ社會ノ一員ニシテ其生死及ヒ自由ハ常ニ社會ノ存在ニ大ナル影響ヲ及ホスモノナルカ故ニ自己ノ身體、生命ハ社會ノ一員トシテ之ヲ自ラ處分スルコトヲ得ス即チ人格的權利ハ公益上ノ權利ナルカ故ニ自ラ處分スルコトヲ得ルモノニアラス唯自己ニ對スル加害行爲カ罪トナラサルハ法律カ他人ニ對スル加害行爲ヲ犯罪ノ構成要件ト爲シタルニ基クモノナリト然レトモ子輩ノ所見ヲ以テスレハ法律カ財產關係ヲ規定スルモ亦社會公益ノ爲メニシテ法律ハ單ニ一箇人ノ利害ノミニ關シテ規定ヲ設クルモノニアラス一箇人ノ利害カ延テ社會ノ利害ニ影響ヲ及ホスヘキ範圍内ニ於テ之ヲ其保護ノ目的トナスモノナルカ故ニ法律ノ規定ニ違反スル行爲ハ皆公益ニ反スルモ法律カ禁止セザル行爲ハ皆違法ニアラスト云ハサルヘカラス果シテ然ラハ吾人カ法律ノ保護ヲ享受セル利益

ハ如何ナル範圍ニ於テ處分ノ自由ヲ存スルカノ問題ハ其利益カ人身ニ關スルヤ將ク財產ニ關スルヤノ問題ニアラスシテ法律ノ規定カ其處分ヲ禁シタルヤ否ヤニ依リテ之ヲ區別スルノ外ナキモノト云ハサルヘカラス財產ヲ處分スルハ權利者ノ自由ナリト云フハ其處分カ法律ニ違反セザル場合ニ於テノミ自由ニシテ法律ノ禁止スルニ於テハ此ノ如キ自由ナキコト固ヨリ明瞭ナリ例ヘハ賣藥店ハ買主カ醫師ノ證明書ヲ有スルニアラザレハ之ニ毒藥又ハ劇藥ヲ買却スルコトヲ得ス凡ソ此ノ如キ類ノ制限ハ算フルニ違アラサルヘシ之ヲ要スルニ財產ノ處分ハ自由ナリ人身ニ關スル法益ノ處分ハ吾人ノ自由ニアラスト云フカ如キ漠然タル理由ヲ以テ自己ニ對スル害ヲ違法ナリト云フハ承認スルコトヲ得ス法益ハ其種類ノ何タルヲ問ハス法律ノ特ニ禁止セザル範圍内ニ於テ自由處分ノ目的タルヲ得ルモノト云ハサルヘカラス而シテ自己ニ對スル加害行爲ノ罪ト爲ラサル理由モ亦當ニ此ニ求ムルヲ可ナリトス

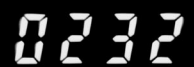
第三 被害者ノ承諾ハ一定ノ範圍内ニ於テ行爲ノ違法ヲ阻却スル效果ヲ生ス而シテ其範圍ヲ定ムヘキ標準ノ如何ニ付テハ學者ノ見解一致セヌ一説ニ依レハ被害者ノ承諾ハ行爲カ被害者ノ意思ニ反スルニ因リテ違法ト爲ルヘキ場合ニ限テ違法阻却ノ原因タルコトヲ得ルモノニシテ其他ノ場合ニ於テハ犯罪ノ成立上何等ノ影響ヲ及ホスヘキモノニハアラス例ヘハ被害者ノ承諾アルトキハ強姦、詐欺取財、家宅侵入、強姦等ノ犯罪ヲ構成セスト雖モ殺人、毆打創傷等ノ行爲ハ被害者ノ承諾アルモ犯罪ヲ構成スヘキモノトシ他ノ一説ニ依ルトキハ被害者ノ承諾

ノ效果ハ被害者ノ意思ニ反スルコトヲ以テ構成要件トスル罪ナリヤ否ヤヲ問フコトナク被害者ヲ處分權ヲ有スル法益ナリヤ否ヤヲ以テ標準トシ被害者カ一定ノ方法ニ於テ處分權ヲ有スル法益ニ對スル加害カ被害者ニ禁止セラレザル處分方法ノ範圍内ニ於テ被害者ノ與ハタル承諾ニ基キタルトキハ違法ニアラス處分權内ニ屬セザル法益ニ付テハ承諾アルモ之ニ對スル加害ハ違法タルヲ免レテ如何ナル法益カ其保有者ノ自由處分ノ目的タルコトヲ得ルヤニ付テハ總テ法令ニ依リテ之ヲ研究セザルヘカラスト爲ス此兩說ハ其說明方法ヲ異ニスト雖モ結果ニ於テハ大差ヲ生スルモノニアラス例ヘハ承諾ニ基キ毆打創傷ハ有罪ナリヤ否ヤト云ハハ前說ニ於テハ毆打傷創傷ハ被害者ノ意思ニ反スルコトヲ特別ノ要素トナサザルカ故ニ被害者ノ承諾ハ犯罪ノ成立ニ影響ヲ及ホスモノニアラスト解シ後說ニ於テハ生命、身體カ處分權ノ目的タルコト能ハサルヲ理由トシテ承諾ノ效ナキコトヲ認ムルカ如シ但何レノ說ニ從フモ違法阻却ノ原因タルコトヲ得ル被害者ノ承諾ハ無瑕疵ナル(詐欺若クハ脅迫ニ因ラサル)意思表示ニ依ルコトヲ要シ尙ホ其被害者ハ責任無能力者タラサルコトヲ要スルモノト爲ス(註一)

(註二) 被害者ノ承諾カ如何ナル影響ヲ有スルヤヲ根本的ニ研究スルニ處分權ノ範圍ヲ觀察スルヲ至當トス然レトモ處分權ト云フハ嚴格ナル意義ノ權利ノミニ關係スルモノト爲スヘカラス廣ク處分ノ自由ヲ意味シ處分行爲カ權利ノ行使タル場合ト處分行爲カ權利ノ行使ニアラス又法ノ禁止セル所ニモアラス放任セラレタル自由ニ屬スル場合トヲ包含スルモノト

解セザルヘカラス前場合ニ於テ法益ノ保有者カ法ノ禁止セザル處分方法ノ範圍内ニテ與ヘタル承諾ハ承諾ヲ得タル者ニ其行爲ヲ爲スノ權利ヲ生シ後ノ場合ニ於テハ承諾ニ基キ行爲ハ放任行爲タルコトアリ或ハ尙ホ犯罪ヲ構成スルコトアリ各場合ニ付テ研究セザルヘカラス

第四 職務執行ノ爲メニスル行爲ハ法令ノ命スル所ニシテ適法ナルカ爲メニ犯罪ヲ構成セザルモノナリ而シテ職務ノ執行ハ直接ニ法令ニ基ク場合ト法令及ヒ本屬長官ノ命令ニ基ク場合トノ別アリト雖モ其行爲ノ違法ナラサル點ニ於テハ即チ同一ナリ現行刑法ハ第七六條ニ於テ「本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル者ハ其罪ヲ論セス」ト規定シ直接ニ法令ニ基ク職務ノ執行ヲ規定セスト雖モ後者カ罪ト爲ラサルハ法理上當然ナリト云ハサルヘカラス例ヘハ巡查カ現行犯人ヲ令狀ナクシテ逮捕スルモ令狀ニ依リテ非現行犯人ヲ逮捕スルモ均シク犯罪行爲ニアラス然レトモ執行上本屬長官ノ命令ヲ俟ツヘキ場合ニ於テ其命令ナクシテ執行シタルトキハ違法タルコトヲ免レテ例ヘハ指揮命令ナクシテ死刑ヲ執行シ或ハ令狀ナクシテ非現行犯人ヲ逮捕スルカ如キハ違法タルヲ免レス之ニ反シ命令アリタルトキハ其命令カ形式上若クハ實質上違法ナル場合ニ於テモ下級官吏カ其命令ニ基キテ爲シタル行爲ハ適法ナルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ハ行政法學上ノ問題トシテ學者ノ見解頗ル區區タリ第一說ニ依レハ屬官ハ長官ノ命令ノ形式若クハ實質ヲ調査スルコトナク絕對ニ其命令ニ服從スヘキ義務アリトシ



第二説ニ依レハ之ト正反對ニ屬官ハ長官ノ命令ノ形式及ヒ實質ヲ審査スルコトヲ得ルモノト
 ナシ第三説ニ依レハ屬官ハ長官ノ命令アル場合ニ於テ其形式ヲ審査スルコトヲ得ルモ實質ニ
 付テハ此ノ如キ權能ナシトナス而シテ第三説ヲ以テ最モ普通トス其要旨ニ曰ク屬官ハ長官ノ
 命令カ長官ノ職權ノ範圍内ニ於テ發セラレタルモノナリヤ其命令ノ形式ハ法令ノ規定ニ適合
 スルモノナリヤ其命令セラレタル事項ハ自己ノ職權ノ範圍内ニ屬スルヤノ點ヲ審査シ總テ積
 極的斷定ヲ下スヘキ場合ニ在リテハ命令カ實質上違法ナルモ之ヲ理由トシテ其執行ヲ拒ムコ
 トヲ得ス之ニ反シ其一條件ニシテ欠缺セル場合ニ於テハ之ニ服従スヘキモノニアラスト故ニ
 例ヘハ豫審判事カ或被告人ヲ裁判所ニ勾引スヘキ旨ノ命令ヲ發スルコトハ其職權ニ屬シ勾引
 狀ト稱スル一定ノ要件ヲ具備シクル書面ヲ以テ其命令ヲ爲シタルトキハ形式ヲ具備スルモノ
 ニシテ巡查ハ勾引狀ヲ執行スルノ職務ヲ有スルカ故ニ此場合ニ於テハ其巡查ハ假令被執行者
 カ犯罪人ニアラサルコトヲ知ルモ亦其命令執行セサルヘカラス之ニ反シ豫審判事カ口頭ニ
 テ或者ヲ勾引スヘキ旨ヲ巡查ニ命スルモ命令ノ形式ヲ具備セサルカ故ニ巡查ハ其命令ニ服従
 スルノ義務ナシ又長官ノ命令ナリト雖モ自己ノ職務内ニ屬セサル事項ニ付テハ命令ヲ遵奉ス
 ルノ義務ナシ而シテ命令事項カ自己ノ職務内ニ屬スルヤ否ヤニ付テ長官ト其見解ヲ異ニスル
 場合ニ於テハ固ヨリ長官ノ解釋ニ從ハサルヘカラスト雖モ何人モ犯罪ヲ犯スノ職務アリト云
 フコトヲ得ス又如何ナル長官ト雖モ犯罪行為ヲ命スルノ職權アリト云フコトヲ得サルカ故ニ

屬官ハ其命令事項カ明カニ犯罪行為ナルコトヲ認識スル場合ニ於テハ之ヲ拒絕セサルヘカ
 ス例ヘハ絕對的服従ヲ要素トスル軍隊紀律ニ於テモ上官ノ命令ニ從ヒ反亂ヲ爲シタル者ハ上
 官ノ命令ニ從ヒタルノ故ヲ以テ反亂罪ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ス之ヲ解釋スルニ本屬長官ノ命
 令ニ從ヒ自己ノ職務ヲ以テ爲シタル行為ニアラサレハ之ヲ以テ適法ナリト云フコトヲ得ス刑
 法第七六條ハ此事ヲ明カニシタルモノニシテ第三説ノ主意ヲ以テ之ヲ解釋スルヲ至當トス
 職務執行ノ行為ハ其性質適法ナルカ爲メニ客觀的ニ違法ヲ阻却スル原因ナリ此場合ニ付テ無
 形ノ強制ニ基クテ不論罪ヲ主張セル佛派ノ學說ハ正當ニアラス

第五 正當ナル業務行為即チ法令若クハ慣習上認許サレタル業務行為ハ違法ニアラス例ヘハ醫
 師ノ手術ノ如キ若クハ角力ノ如キ何レモ他人ノ身體ニ毆打若クハ傷創ヲ加フルモノナリト雖
 モ之ヲ以テ犯罪ナリト爲スコトヲ得ス而シテ此種ノ加害ヲ以テ犯罪ニアラスト爲スノ理由ニ
 付テハ或ハ故意ナキカ爲メナリト云ヒ或ハ重大ナル利益ヲ保護スル目的ニ出ツルカ爲メナリ
 ト云ヒ或ハ醫師ノ手術ヲ以テ緊急狀態行為ナリトシ其他種種ノ見解アリト雖モ要スルニ法令
 上若クハ慣習上認許サレタル業務行為ハ職權、職務ニ基クテ同様にシテ之ヲ以テ違法ナ
 リト爲スコトヲ得サルカ爲メニ犯罪ヲ構成セサルニ外ナラス而シテ是等ノ業務行為カ正當ナ
 ルニハ其行為ニ必要ナル學術及ヒ慣習ノ認許スル範圍ヲ超脱セサルコトヲ必要トス故ニ醫師
 カ治療上必要ナル範圍ヲ超エテ患者ニ害ヲ加ヘタルトキハ通常ノ場合ト均シク之ヲ處罰セツ

刑法汎論 犯罪ノ要素 法律的要素其(一) (違法) 違法ヲ阻却スル其他ノ原因



ルヘカラス力士カ角力慣習ノ範圍ヲ超エテ對手ニ害ヲ加ヘタルカ如キ場合モ亦同シ此外針灸、按摩ノ業務等何レモ法令ノ認許スル所ニシテ其技術ノ範圍ヲ脱セザル行為ハ適法ナリ

第六 懲戒權ノ行使モ亦適法ナルカ故ニ犯罪ヲ構成セス例ヘハ親子ニ對シ、教師カ生徒ニ對シ、精神病者監護者カ患者ニ對シテ法令若クハ慣習ノ認ムル範圍ニ於テ被監督者ノ自由ヲ束縛シ若クハ多少ノ毆打ヲ加フルカ如キハ何レモ犯罪ニアラス然レトモ此ノ如キ行為ハ何レモ其被監督者ヲ懲戒スル目的ニ出ツルコトヲ必要トスルモノニシテ懲戒ノ必要ナキニ拘ハラス此ノ如キ行為ヲ爲ストキハ懲戒權ノ行使ニアラサルハ勿論ナルカ故ニ其犯罪ヲ構成スヘキハ明カナリ而シテ懲戒權ノ範圍如何即チ如何ナル程度ノ加害ハ懲戒ノ爲メニ之ヲ適法ナラシムルヤノ問題ハ概ネ慣習ニ依リテ之ヲ定ムルノ外ナシ例ヘハ親ハ子ヲ懲戒スルカ爲メニ子ニ對シテ單純ノ毆打ヲ加ヘ若クハ短キ時間中子ヲ密室ニ監禁スルカ如キハ懲戒行為トシテ現今ノ慣習ノ認ムル所ナルヘシト雖モ重キ創傷ヲ加ヘ若クハ數日間ニ亘リテ食ヲ斷シ監禁ヲ行フカ如キハ既ニ懲戒權ノ範圍ヲ脱シタルモノナルヘシ之ヲ要スルニ懲戒權ノ範圍ハ其時代及ヒ其國ニ於ケル慣習ニ依リテ之ヲ定ムルノ外ナカルヘシ

第七 現行犯人ノ逮捕ハ一ノ權利行為ナリ即チ何人ニ限ラス重罪又ハ禁錮ノ刑ニ當ルヘキ輕罪ノ現行犯アル場合ニ於テハ直チニ被告人ヲ逮捕スルノ權能アリ(刑訴六〇條)故ニ犯罪人ハ此權利ヲ行使スル者ニ對シテ正當防衛若クハ緊急狀態行為ヲ爲スコトヲ得ス

第八 之ヲ要スルニ凡ソ法令若クハ慣習上一定ノ權能ヲ認許セラレタル者カ其權能ノ範圍内ニ於テ爲シタル行為ハ適法ニシテ犯罪ヲ構成スルモノニアラス然レトモ行為者カ故意ニ其範圍ヲ超脱シテ爲シタル行為ハ犯罪ヲ構成シ過失ニ因リテ其範圍ヲ超脱シタル行為ハ或ハ過失犯罪ヲ構成シ或ハ然ラサルモ客觀的ニ違法タルコトヲ免レス故ニ過失ニ因リテ其範圍ヲ超脱シタル者ハ故意ナカキ爲メニ無罪タルヘキコトアルヘシト雖モ此行為ニ因リテ直接ニ害ヲ被ル者ハ之ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得ヘシ

丁 法律的要素其二(制裁)

第二十六章 說明

第一 犯罪ハ有責ニシテ違法ナル行為ノ一種ナリ然レトモ有責違法ナル行為ハ皆犯罪ナリト云フコトヲ得ス有責違法ノ行為ニシテ何等法律上ノ制裁ヲ受ケザルモノアリ犯罪ハ有責違法ニシテ制裁ヲ科セラレタル行為ナリ

第二 有責違法ノ行為ニ科スヘキ制裁ハ之ヲ公法上ノモノト私法上ノモノトニ區別シ公法上ノ制裁ハ法律ニ於テ刑ト稱セラルルモノト然ラサルモノト二分スコトヲ得而シテ是等ノ制裁ハ同一ノ行為ニ對シテ併科セラルヘキ場合ト然ラサル場合トアリ犯罪ハ他ノ制裁ノ併科セラルルト否トヲ問ハス法令上刑ノ制裁ヲ受クヘキ有責違法ノ行為ナリ

第三 行為ニ刑罰ヲ科スルニハ法令ニ明文ノ存スルコトヲ要ス故ニ犯罪ハ刑罰法令ニ列舉セラレタル行為ナリト云フコトヲ得ヘシ而シテ我刑罰法ニ所謂罪ナル語ハ此ノ如ク解スルニアラザレハ意味ヲ爲ササル條文少ナカラス又特別刑罰法ニ於ケル犯罪ハ此要素ノミニテ完成スルモノ多シ然レトモ普通刑法上ニ於テ所謂罪スヘキ罪(一)即チ各本條ニ列舉セラレタル行為ニシテ眞ニ處罰スヘキモノハ有責違法ナルコトヲ要ス故ニ主觀的ニ責任ヲ阻却シ若クハ客觀的ニ違法ヲ阻却スル原因ノ一ヲ存スルトキハ各本條ニ列舉サレタル行為ト雖モ犯罪タラサルヲ原則トス之ニ反シ刑罰法令ニ列舉サレタル行為カ有責違法ナルトキハ常ニ犯罪ヲ構成スルモノニシテ法定ノ刑罰カ裁判所ヨリ現實ニ宣告セラルルコトヲ必要トセス故ニ所謂親告罪ノ場合ニ告訴ナキカ爲メ訴追スルコトヲ得サルモ其行為ハ犯罪ナリ又外國公使ノ如ク内國ノ裁判所ニ於テ訴追スルコトヲ得サル者ノ行為ト雖モ尙ホ犯罪タルノ性質ヲ失ハス又自首其他ノ原因ニ因リテ免刑セラルヘキ行為モ亦犯罪タル性質ヲ失ハス況ヤ言渡サレタル刑ノ執行セララルヤ否ヤハ犯罪ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ボササルコト明カナリ

第四 刑罰法令カ一定ノ違法行為ヲ處罰スル條件トシテ更ニ特定ノ事實ノ附加スルコトヲ必要トスルトキハ其實事ヲ狹義ノ處罰條件トス(第十九章第三段參照)此場合ニ於テハ刑罰法令ニ列舉サレタル有責違法ノ行為ト雖モ此條件カ附加スルニアラザレハ處罰スヘキ行為即チ犯罪トナラス

(neutralité) モノナリ(ロ)他ノ國家ノ保證アリ(ハ)平時戰時ヲ問ハス中立國タリ(ニ)積極的ニ攻撃戰爭ヲ爲スコトヲ得ス又他ノ國家間ノ戰爭ニ加入スルヲ得ス之ニ背反スルトキハ其保護ヲ廢セラルヘシ又(ホ)他國ハ之ニ對シテ攻撃戰爭ヲ爲スコトヲ得ス而シテ或ハ永久局外中立國ハ永久外國ニ對スル戰爭權ヲ有スルコトヲ得スト論スル學者アリト雖モ此種ノ國家ハ本來宣戰ノ權利ヲ有スルニ非ス唯條約ノ結果トシテ之ヲ行使セサルニ過キササルモノナルカ故ニ學者ノ所謂「永久」ナル意味ハ其條約ヲ改正スルマテノ意味ニ解スヘキナリ若シ然ラザレハ國家タルノ性質ニ反スル結果ヲ生スルニ至ルヘケレハナリ

永久局外中立國ト普通ノ局外中立國トノ差異ハ下ノ如シ(イ)前者ハ永久ニ中立ナリト雖モ後者ハ戰時ニノミ中立タリ(ロ)前者ハ條約ニ依リテ生スルモ後者ハ中立國家ノ單獨ノ意思ニ因ル(ハ)前者ハ中立ノ地位ヲ守ルノ義務アルモ後者ハ寧ロ之ヲ以テ權利トスルカ故ニ何時ニテモ中立ノ地位ヲ脫スルコトヲ得ヘシ而シテ永久局外中立國ト爲ルハ小弱國ニシテ外國ヨリ攻撃セララルモノ之ヲ防禦スルノ實力ナキ國家ニ多シトス其權利義務ニ至リテハ二者異ナル所ナシ現今永久局外中立國ノ國力微弱ナル一ノ實例ヲ述ブレハ千八百三十一年九月二十五日波蘭カ露國ニ對シテ一揆ヲ起シタルニ當リ其一揆軍ノ大約五千人ハ「ロジツキ」將軍ノ指揮ノ下ニ在リテ「クラコー」ニ赴キタルヲ以テ露國ハ「クラコー」ニ請求スルニ其一揆ノ軍隊ヲ組織スル波

蘭人及ヒ其武器ヲ引渡ラ爲スヘキコトヲ以テセリ然ルニ「クラコー」ハ波蘭人ヲシテ奧地利ニ逃レシメタルヲ以テ露國ハ是レ中立國ノ義務違反ナリト爲シ遂ニ「クラコー」ヲ占領セリ然ルニ「クラコー」ハ實際實力ナキ爲メ「ロジツキ」將軍ノ逃亡ヲ防止スルコト能ハサリシノミナラス又武器ヲ劍奪スルコトヲ得サリシナリ然レトモ永久局外中立國ノ義務違反ナリヤ否ヤヲ決定スルニハ單ニ微力ニシテ中立國タルノ義務ヲ盡ス能ハストノ理由ノミヲ以テ足レリトセス故ニ唯實力ナシトノ理由ノミヲ以テ漫然之ヲ看過シタル場合ニ於テハ義務違反タルヲ免レスシテ假令其義務ヲ盡スヲ得サリシコト明カナリトスルモ一應相當ノ手段ヲ施シ到底其實力ノ及ハサリシ場合ニ始メテ其義務違反ニ非サルコトヲ決定スルヲ得ヘキナリ又「メッツ」攻撃ノ後佛國ノ軍隊二千人以上「ルクセンブルヒ」ニ逃レタリ然ルニ「ルクセンブルヒ」ハ其佛兵ノ本國ニ歸ルヲ防止セス又之カ留置ヲ爲ササリキ是ニ於テカ「ピスマルク」ハ「ルクセンブルヒ」ニ對シテ何故ニ之ヲ防止セサリシヤノ談判ヲ開始シタルニ「ルクセンブルヒ」ノ宰相ハ之ニ應フルニ次ノ二抗辯ヲ以テセリ其一ハ佛國兵ハ本國ニ歸リタルニ非スシテ白耳義ニ赴キタルモノナリ白耳義モ亦中立國ナルカ故ニ妨ナシ其二ハ千八百六十七年五月十一日ノ倫敦條約第三條ハ「ルクセンブルヒ」ヲシテ單ニ内部ノ秩序ヲ維持スルニ足ルノミノ軍隊ヲ有セシムルニ過キサルコトヲ定メタルモノナレハ其以外ノ場合ニ處スル實力ナキヲ以テ「ルクセンブルヒ」政府ハ佛國兵ノ通過ヲ防止スルノ義務アルモノニ非スト然レトモ此理由ハ其ニ

正當ナル抗辯ニ非ス何トナレハ第一ニ永久局外中立國ハ自國ニ入りタル交戰國軍隊ノ他國ニ赴クコトヲ防止スルノ義務ヲ有シ又第二ニ永久局外中立國カ自國ノ秩序ヲ維持スルノ義務トハ永久局外中立國タルノ秩序ヲ維持スルノ義務ナレハ交戰國軍隊カ自國ニ入り而シテ他國ニ赴カントスルトキハ該他國カ如何ナル國家ナルラ問ハス之ヲ防止セサレハ永久局外中立國タルノ秩序ヲ維持シタルモノト云フコトヲ得サレハナリ加之「ルクセンブルヒ」ハ此佛國兵カ自國ニ入りタル場合ニ於テ之ニ對シ毫モ抵抗ヲ爲ササリシノミナラス之ヲ看過セリ故ニ此「ルクセンブルヒ」國ノ爲シタル以上二箇ノ抗辯ハ其ニ正當ノモノニ非ス

以上説述シタル如ク永久局外中立國ハ國力ノ微弱ナル國家ニ多シ即チ他國ヨリノ攻撃ニ對シ之ヲ防禦スルノ實力ナキ爲メ永久局外中立國ト爲リ自ラ防禦ヲ爲サス又攻撃ヲ受ケサル地位ニ立つモノナリ然レトモ是レ實際上ノ議論ニシテ法律上ヨリ之ヲ見ルトキハ弱國タルト否トハ之ヲ問フノ必要ナキモノトス「コンゴ」ノ如キハ其商業ヲ妨害セラレサル爲メ之ヲ永久局外中立國カ危険ニ陥リタルトキハ義務トシテ其危險ヲ防禦スヘキ責任ヲ有スルモノナリ又永久局外中立國ハ其中立ヲ危クセラレタルトキハ保護ヲ條約國ニ請求スルノ權利ヲ有スルモノトス以上ハ國家カ永久局外中立ノ地位ニ在ル場合ナリ然レトモ國家以外ノモノニシテ其地位ニ立つモノアリ例ヘバ「ダニューブ」河委員會ノ如キ亦十字條約ヲ以テ定メタル醫員、看護人ノ如キ

又「スエズ」運河委員會ノ如キ是ナリ「ダニューブ」河委員會ハ千八百五十六年巴黎條約第一六條ニ依リ永久局外中立ト爲リタルモノニシテ千八百七十八年柏林條約第五三條ニ依リ不罷獨立ト爲リ殆ト國家ト同一ノ状態ト爲リタリ此委員會ハ刑罰權、行政權、警察權等其他種種ノ權ヲ有スト雖モ國家ニ非ス何トナレハ此委員會ハ唯主權ニ類似スル權力ヲ有シ又其機關ヲ有スルモ人民及ヒ土地ヲ有セサルヲ以テ國家タルノ要素ヲ缺如スレハナリ又此委員會内ニ軍隊ノ侵入シザル場合ニ於テモ之ヲ禁止スルノ義務ナシ是レ此委員會ハ之カ實力ヲ有セス軍隊ノ侵入スルコトアルモ之ヲ抑留スル能ハサルヲ以テナリ之ヲ要スルニ同委員會ハ永久局外中立ヲ侵害セラレサル權利ヲ有スルモ之ヲ禁止スヘキ義務ナキモノトス

第三 組織ヲ標準トスル國家ノ分類 此見地ヨリ國家ヲ分類スルトキハ單獨國及ヒ複雜國ノ二ト爲スコトヲ得

單獨國トハ一個ノ國家ニシテ他ノ國家ト聯結スルコトナク其對外主權ヲ行使スルモノヲ謂フ故ニ其國家ノ意思ハ唯一獨立ノモノニシテ他國ノ意思ト何等ノ關係ヲ有スルコトナシ而シテ現今單獨國タル國家ハ其例最モ多シ日本、英吉利、佛蘭西、露西亞等皆之ニ屬ス單獨國タルニハ其國家カ多クノ部分ヨリ成立シ又法律、制度等ヲ異ニスル部分アルモ何等ノ妨ナキモノトス例ハ日本帝國ハ日本内地ト臺灣トノ二部分ヨリ成立スルカ如シ又政治機關、風土ヲ異ニスルモ國家ノ意思ハ唯一ニシテ二アルコトナシ而シテ殖民地ヲ有スル國家ハ單獨國ニ非サルヤト云フニ

殖民地ハ本國主權ノ下ニ立ツモノニシテ其殖民地ニシテ特別ナル議會、特別ナル法律ヲ有スルコトアルモ本國ノ意思如何ニ因リ之ヲ存廢スルコトヲ得ルモノナリ故ニ殖民地ヲ有スルハ單獨國ナルコトヲ妨ケサルノミナラス又殖民地ヲ有スト云フ理由ノミヲ以テシテハ實ニ單獨國タラサルヲ得サルナリ例ハ英國ノ如キ其殖民地全世界ニ散在シ英國ノ締結シタル條約ハ英本國ヲ拘束スルハ勿論ナリト雖モ當然其殖民地ニ及フモノニ非ス英國ノ君主ハ其本國ニ對シテハ王(King)ト稱スルモ印度ニ對シテハ帝(Emperor)ト稱ス其他印度ニ在ル總督(Governor)ハ他ノ國內機關ニ比シテ強大ナル權力ヲ有スト雖モ此等ノ組織ハ英國隨意ニ改廢シ得ルノミナラス其對外主權ハ他ノ國家ト聯結シテ行使スルコトナキカ故ニ單獨國タルモノトス其他露國ノ如キモ廣大ナル屬地ヲ全世界ノ各地ニ有シ極東ニ總督ヲ置キ君主ハ其本國ニ對シテハ帝ト稱シ芬蘭士ニ對シテハ太公(Grand Duke)ト稱スト雖モ前者ト同シク單獨國タリ

單獨國中稍、疑ハシキモノハ君合國、政合國及ヒ合衆國ナリ然レトモ予ハ之ヲ以テ複雜國ナリトセス左ニ其理由ヲ説明スヘシ

一 君合國(Personal union) 君合國トハ二箇以上ノ國家カ君主ノ身體ヲ以テ結合スルモノニシテ國際法上各自單獨國ナリ即チ單一君主ヲ同一ニスルニ過キスシテ其他ノ事項ニ付テハ全ク關聯スル所ナキモノナリ白耳義王カ亞弗利加ノ「コンゴール」國王ヲ兼スルハ唯一ノ例ナリトス而シテ君合國ハ其君主ヲ同一ニスルモ國際法上其人格ヲ喪失スルモノニ非ス

君合國ニ於テ君主カ其各國ニ對スル稱號ヲ異ニシ又ハ各國家其政體ヲ異ニスルコトアルモ何等ノ妨ナシ然レトモ各自其國體ヲ異ニシ甲ハ君主國體ナルニ乙ハ共和國體タルコトヲ得ス何トナレハ共和國ニ在リテハ主權在民ヲ主義トシ其大統領ハ臣民ナルヲ以テ甲國ノ君主カ乙國ニ於テ臣民タルコト能ハサルハ嘗テ詳説セシカ如クナルヲ以テナリ而シテ君合國成立ノ原因ハ之ヲ問ハス例ヘハ一國家ノ君主カ或國家ヲ作成シ其國家ノ國王ト爲ル場合ノ如キ即チ君合國ノ生スル一原因ナリ

數國カ君主ヲ同一ニスルモ其數國ハ依然人格ヲ有スルモノナルコト前述ノ如シ故ニ其君合國ノ一國ト他國トカ條約ヲ締結スルモ其條約ハ單ニ締結シタル君合國ノ一國ノミヲ羈束スルニ過キスシテ君合國ノ他ノ國家ニ何等ノ影響ヲモ及ホスヘキモノニ非ス例ヘハ白耳義王トシテ日本國ト條約ヲ締結スレハ其條約ハ白耳義國ノミヲ拘束スルモノニシテ其條約ノ效果ヲ「ロンドン」國ニ及ホスヘキモノニ非サルカ如シ

君合國ハ其君主ノ死亡ヲ以テ直チニ消滅スルヤ否ヤ此問題ハ區別シテ説明セサルヘカラス即チ君合國カ或君主ノ系統ノ連續スル間トノ條件ヲ以テ結合スル場合ハ苟モ其系統ノ繼續スル限リ其君合國モ亦繼續スヘシ之ニ反シ其君主一人ノ一身ヲ以テ君合國ヲ結合シタル場合ニ於テハ其君主ノ存否ト共ニ君合關係ハ其運命ヲ決スルモノナリ

君合國ノ間ニ於テ戰爭ノ開始アリタルトキハ當然其關係ヲ消滅セシムルモノナリヤ此點ニ付テハ未ダ實例ノ徵スヘキモノナシト雖モ予ハ特別ノ條約ナキ限ハ必スシモ其關係ヲ消滅セシムルモノニ非スト解ス

君合物ノ實例タリシモノハ千七百十四年ヨリ千八百三十七年ニ至ル英國ト「ハノーバー」千八百五十七年以前ニ於ケル普魯西ト「ニュージャール」間ノ君合ノ如シ

二 政合國 (Real union) 政合國トハ或事項ヲ以テ結合スルモノニシテ即チ二箇以上ノ國家カ政事上ノ事項ニ關シ合同シテ以テ外國ニ對スルヲ謂フ而シテ此種ノ國家ハ同一君主ヲ載キ唯國際法上ニ於テノミ政合國タルモノニシテ國內法上ニ於テハ何等ノ關係ヲモ有セサルモノトス

政合國ノ著名ナルモノハ奧地利、匈牙利ノ兩國ナリ此兩國ハ外務ト軍務トヲ共同ニシ併セテ又之ニ關スル財政ヲモ共同ニスト雖モ此以外ノ事項ニ關シテハ兩國ノ間ニ結合關係ナクシテ各別ニ行動スルモノトス又瑞典、諾威モ政合國ナリ此兩國ハ單ニ外務省ノミヲ共同ニシ其他ハ各別ニ行動ス

政合國ト君合國トヲ區別スル實益ハ政合國ヲ組成スル一國カ他國ト交戦スル場合ニ於テハ其他ノ政合國モ亦交戦國ト爲ルノ點ニ在リ之ニ反シ君合國ニ於テハ其一國カ他國ト交戦スル場合ニ於テモ其君合國ノ他ノ國ハ毫モ其戰爭ニ關係スル所ナク中立國タルコトヲ得ヘキナリ

三 合衆國 (Bundesstaat; United state) 合衆國ハ元來數多ノ國家ヲ結合スルモノニ非スシテ

合衆國ヲ組成セル國家ハ國際法上ノ所謂國家ニ非ス單ニ國內法上ニ於テノミ國家タルモノトス故ニ合衆國ヲ組成セル各國家ハ外國ニ對シテ何等ノ權利ヲ有スルコトナシ例ヘハ北米合衆國ノ如キ各洲(States)其法律ヲ異ニシ外國人ノ待遇ノ如キモ同一ナラスト雖モ對外主權ハ合衆國ナル單獨國家之ヲ行使シ各洲ニハ條約締結權アルコトナシ其他英國ノ如キ瑞西ノ如キ何レモ單獨國タリ瑞西ニ於テモ其各洲(Canton)法律ヲ異ニシ死刑ノ如キモ或洲ハ既ニ之ヲ全廢セシニ拘ハラス他ノ洲ハ今尙ホ之ヲ實行ス然レトモ外國ニ對スル關係ハ瑞西國之ニ當リ各洲ハ之ニ與ラス

之ヲ要スルニ君合國、政合國及ヒ合衆國ハ國內法上ニ於テ其政治法律等ヲ異ニスト雖モ國際法上ニ於テハ單獨ナル一國ニシテ聯邦ト其性質ヲ異ニス國內法的ノ思想ヲ以テ此關係ヲ混同スルハ大ナル誤解ナリ

複雜國トハ所謂聯邦(Staatenbund; Confederation of States)ヲ指ス即チ多數ノ國家相集合シテ一ノ國家ヲ成シ其國家カ國際法上ノ主體タルト同時ニ之ヲ組織スル各國家モ亦其主體タリ例ヘハ甲、乙、丙ノ三國合成シテ丁ナル國家ヲ成シ外國ニ對スル官戰媾和ハ丁國之ヲ爲スノ權利ヲ有スルモ通商條約ハ甲、乙、丙自由ニ之ヲ締結スルコトヲ得テ甲國ト外國トノ間ノ通商條約ノ爲メニ乙、丙國ハ毫モ束縛セラルルコトナキナリ約言スレハ丁ナル聯邦カ外國ニ對シテ爲スコトヲ得ル事項以外ノモノハ之ヲ組織スル各國家ニ於テ自由ニ爲スコトヲ得ル性質ノ國家ナリ千

十五年ヨリ千八百六十六年即チ普墮戰爭ノ時マテ繼續セシ獨逸聯邦、千八百九十六年ニ中央亞米利加大共和國ヲ成立セシ以前ニ於ケル「ホンデユラス」(Honduras)「ニカラガ」(Nicaragua)及ヒ「サンサルハドル」(S. Salvador)ノ三國カ組織セシ聯邦ノ如キ其例ナリ

現今ニ於ケル獨逸帝國カ此意味ニ於ケル聯邦ナリヤ否ヤハ疑ノ存スル所ナリ今日獨逸國ヲ代表スル者ハ獨逸帝ニシテ帝ハ亦同時ニ普滿西王タリ外國ニ對シテ公使ヲ差遣シ又之ヲ接受ス而シテ他方ニ於テハ獨逸ヲ組成スル各國家モ亦同シク外國ニ對シテ公使ヲ授受スルノ權利ヲ有セリ但領事ヲ派遣スルノ權ハ獨逸帝ニ限ル(領事ヲ受シルノ權利ハ獨逸各國皆之ヲ有ス)其各國家ハ獨逸帝ノ權利トシテ有セザル事項ハ自由ニ之ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス又獨逸國ト獨逸國ヲ組成スル各國トノ關係ヲ規定スルモノハ獨逸憲法ニシテ此兩者ノ關係ハ亦關稅同盟條約ヲ以テ之ヲ定メタリ故ニ獨逸國ト獨逸國ヲ組成スル各國家トノ關係ハ憲法ノ方面ヨリ觀察スルトキハ合衆國ナリト雖モ關稅同盟條約ノ方面ヨリ之ヲ觀察スルトキハ聯邦國ナリ又千八百七十年ノ獨逸國中ノ「ババリア」國ト獨逸帝國トノ條約ニ依レハ「ババリア」國ハ廣大ナル權ヲ有シ又「ババリア」國ノ國王ハ平時ニ於テハ「ババリア」國ノ大元帥ナリト雖モ戰時ニ於テハ獨逸帝之カ大元帥ト爲ルモノトス次ニ獨逸國カ其各國ト戰爭ヲ爲スモ又ハ其各國間ニ戰爭ヲ爲スモ是レ内亂ニシテ國際法上ノ戰爭ニ非ス要スルニ現今ニ於ケル獨逸國ノ性質ハ實ニ曖昧ナルモノナリ或學者ハ之ヲ聯邦國ナリトシ又或學者ハ之ヲ合衆國ナリトシ或ハ又聯邦國ニモ非ス又合衆國ニ

モ非サル特種ノ國家ナリト主張スル學者アリ予ハ最後ノ説ヲ以テ最モ正當ナリト信ス

第四節 國家ノ成立及ヒ滅亡

第一 國家ノ成立

國家ハ其要素ヲ具備スルニ依リテ成立スルモノナルコト深ク説明スルヲ要セス即チ一定ノ領土ト一定ノ人民トヲ有シ主權其上ニ臨ムニ及ンテ茲ニ其成立ヲ見ルニ至ルモノトス

「アルンテュリー」ハ國家ノ成立ヲ分類シテ之ヲ三ト爲シ(一)本原的成立(二)關係的成立及ヒ(三)傳來的成立アリトセリ即チ本原的ノ成立トハ他國家ニ關係ナク成立シタルモノニシテ關係的成立トハ他國家ノ一部分分離シテ獨立セシモノヲ謂フ又傳來的成立トハ一國家滅亡シテ他ノ新ナル國家ノ與ル場合ヲ指ス

又或學者ハ國家ノ成立ヲ分類シテ次ノ三トセリ

一 自然的ノ成立 是レ其名稱ノ語ルカ如ク國家タルノ要素ヲ自然ニ具備スルニ依リテ其成立ヲ見ルニ至リシモノニシテ亞非利加ニ「コンゴ」ヲ生シタルカ如キ其適例ナリ

二 平和的ノ成立 是レ他ノ國家ヨリ平和的ニ分離シテ成立シタルモノナリ例ヘハ千八百三十一年希臘カ土耳其ヨリ獨立シ千八百七十八年「モンテネグロ」「セルビア」カ同シク土耳其ヨリ分離セシカ如キ是ナリ

三 強制的成立 是レ本國ニ對シ暴力ヲ以テ獨立成立セシモノニシテ北米合衆國カ英國ニ反抗シテ分離セシカ如キ是ナリ

之ヲ要スルニ國家ノ成立モ亦其見地ヲ異ニスルトキハ種種ニ之ヲ分類スルコトヲ得ヘシト雖モ是レ唯事實上其成立原因ヲ異ニスト云フノミ法律上ニ於テハ其原因ノ如何ニ依リテ法ノ適用ヲ二ニスルコトナク結局無用ノ分類ノミ要ハ唯其三要素ヲ充タセハ即チ足ル而シテ或國家カ果シテ何時ニ於テ其三要素ヲ具備スルニ至リシヤモ亦問フ所ニ非ス現ニ之ヲ具ブレハ足リ建國ノ舊史ニ遡ルコトハ國際法ノ研究範圍ヲ逸ス

第二 國家ノ滅亡

國家ノ滅亡ハ其成立ノ反面ナリ其三要素ノ一以上ヲ失フトキニ生ス然レトモ滅亡ノ態様ハ種種アリ(イ)其要素ヲ缺キ滅亡シテ承繼國ナキ場合アリ(ロ)一國家滅亡シテ數國ニ分割セララルコトアリ(ハ)數國家滅亡シテ一國家成立スルコトアリ(ニ)一國家カ他國ニ合併セララルコトアリ(ホ)數國家滅亡シテ他ノ數國家成立スルコトアリ或ハ又(一)一國家滅亡シテ新ナル數國家ヲ生スルコトアリ而シテ新國家ノ成立ハ茲ニ舊國家ノ權利義務ノ承繼問題ヲ生スル事ハ後ニ論述スヘシ

國家滅亡ノ原因ハ任意的ナルト強制的ナルトアリ布哇ノ合衆國ニ合併セシカ如キ「ポーヘンツ・アルン」(Ehonzeln)ノ普漏西ニ合併セシカ如キハ前者ニ屬シ「ポーランド」ノ分割ハ後者

ニ屬ス

國家ノ滅亡ハ其三要素ヲ欠缺スルニ至ルニ在リ要素ノ欠缺ハ其薄弱又ハ變更ト異ナル故ニ後ノ場合ニ於テハ國家ハ滅亡ヲ以テ目スルコトヲ得ス

(イ) 領土ノ縮小、人民ノ稀少貧弱ハ國家ノ滅亡ニ非ス故ニ千八百五十三年露國ハ同國駐劄英國公使「シーモア」(Seymour)ニ對シ土耳其ハ貧弱ニシテ自ラ其國ヲ支持スルニ苦ム今ニ於テ宜シク之ヲ處分スヘキナリト提議セシニ英公使之ヲ排シテ肯セサリシハ至當ノコトト謂フヘシ

(ロ) 主權者ノ死亡、欠缺ハ主權其モノノ欠缺ニ非ス普佛戰爭ノ結果佛帝那翁三世ハ「ロゼダン」ニ圍マレテ遂ニ普軍ノ捕虜ト爲リ佛蘭西ハ一時其主權者ヲ失セタリト雖モ同國ハ滅亡セサリキ政體ノ變更モ亦主權ノ欠缺ニ非ス從テ國家ノ滅亡ヲ來スコトナシ千八百四十八年所謂二月革命ナルモノ佛國ニ起リ「オルレアン」統ヲ顛覆シテ新共和政府ヲ設立セシトキ時ノ外務大臣「ラマルタン」(Lamarlin)ハ暴君政治ノ時代ニ於テ締結セラレタル條約ハ當共和政府ヲ拘束スルモノニ非スト主張セシモ遂ニ其目的ヲ達セサリキ蓋シ二月革命ニ因リテ佛國ハ滅亡セシモノニ非サレハナリ

第三 國家ノ承認

國家ハ其要素ヲ具備スルニ因リテ成立スルモ國際法ノ主體トシテ活動シ得ルニハ他國ノ承認ナ

カルヘカラス承認トハ或國家カ國際法ノ主體トシテ活動スルヲ他國ノ適視スルヲ云フ而シテ何時ニ於テ承認アリタルヤハ政治上ノ問題ニシテ國際法ニ於テハ承認アリタル國家ヲ以テ其主體ト爲スモノナリ然レトモ此點ニ關スル國際法規ハ今尙ホ曖昧ノ嫌アリ事實上各國家カ或國家ヲ承認スルノ時ヲ異ニシ甲國家ニ對シテハ國際法ノ主體タルコトヲ主張シ得ルニ拘ハラズ乙國家ハ尙ホ其國際法上ノ活動ヲ是認セサルカ如キ奇ナル結果ヲ生ス之ヲ實例ニ徵スルニ平和的成立ハ承認ヲ得ルコト容易ナルニ反シ強制的成立ハ其承認ヲ得ルノ時期遲クシテ且區區タルヲ見ル例ヘハ北米合衆國ノ英國ヨリ獨立分離スルヤ千七百七十八年佛國先ツ之ヲ承認シ本國タル英國ノ承認ハ實ニ千七百八十三年ナリキ又白耳義カ其本國タル和蘭ヨリ獨立セシトキ各國ハ千八百三十一年「ロンドン」ニ會合シテ之ヲ承認セシモ其本國ハ千八百三十九年ニ至リテ漸ク之ヲ承認セリ其他葡萄牙ノ西班牙ヨリ分離セシハ千六百四十年ナリシカ本國之ヲ承認セシハ千六百六十八年ナリキ故ニ予ハ苟モ或國家カ其三要素ヲ具備シテ成立シタルトキハ各國ハ之ヲ承認スルノ義務アリトノ國際法規ノ確立ヲ切望スル者ナリ然レトモ今日ノ實際及ヒ多數ノ學說ハ承認ヲ以テ一種ノ德義上ノ行爲ト爲スモノノ如シ

承認ヲ受タルモノハ原則トシテ國家ナリ然レトモ之ニ例外ヲ成スモノアリ交戰團體ノ承認即チ是ナリ是レ交戰團體ハ戰爭ノ範圍内ニ於テ國際法ノ主體タル權利アルヲ以テナリ例ヘハ南北戰爭ノ時南部諸州ハ聯邦ヲ作り大統領ヲ戴キ政府ヲ建テ北部ノ大統領ハ叛徒ノ占領スル海岸ヲ封

鎖ニヘキコトヲ命シタルヲ以テ英國ハ南部ヲ以テ交戦團體ナリト承認セシカ如キ是ナリ而シテ交戦團體ノ承認ヲ爲スノ理由ハ次ノ三點ニ於テ實益アレハナリ

(イ) 叛亂者ノ本國ヨリ見ルニ凡ソ國家ハ自國民カ外國又ハ外國ノ臣民ニ對シテ爲シタル不法行爲ニ付キ監督ヲ缺キタル場合ニ於テ其責ニ任セサルヘカラス故ニ若シ叛亂者ノ團體ヲ以テ自國民ト爲シ内亂者トシテ之ヲ取扱ハントセハ其叛徒カ外國又ハ外國臣民ニ對シテ爲シタル行爲ノ責任ヲ負ハサルヘカラスト雖モ之ヲ交戦團體ナリト承認スルトキハ其責ニ任スルヲ要セサルノ利益アリ

(ロ) 承認ヲ受クヘキ團體ヨリ見ルニ若シ其團體ニシテ承認ヲ受クルコトナク單ニ内亂者ナリト看做サルルトキハ諸外國ハ其本國ニ協力シテ之ヲ鎮壓スルコトアルヘク又本國ハ之ヲ内亂者トシテ其刑法ヲ以テ之ヲ處斷シ有爲ノ人物ヲ犯罪者トシテ取扱フニ至ルヘシ然レトモ若シ交戦團體タル承認ヲ受クルトキハ第三國ハ局外中立ヲ守リテ何レニモ加擔セサルヘク本國モ亦其團體ヲ以テ國內法上ノ犯罪者ト爲ササルヲ以テ逮捕セラレタル者ハ俘虜トシテ待遇セラレヘク他日團體其目的ヲ達セスシテ鎮壓セラレタル場合ニ於テモ安ニ有爲ノ人物ヲ處刑セス之ヲ喪ハサルヘキヲ以テ本國ニ取リテモ亦利益アリト謂フヘシ

(ハ) 第三國ヨリ見ルモ若シ之ヲ以テ交戦團體ナリト承認セサルトキハ叛徒ハ第三國ノ國家及ヒ國民ニ對シ如何ニ暴動ヲ加フルヤモ測ルヘカラス而シテ暴動ヲ受ケタル第三國ハ唯母國ニ

對シテ其責任ヲ問フノ外ナシト雖モ母國モ既ニ叛徒ヲ懲罰スルノ權力ナキヲ奈何セン況ヤ叛徒ハ其本國ヲ窘ムル間接ノ手段トシテ第三國ニ對シテ暴行掠奪ヲ敢行シ其危險云フヘカラスルモノアルヘシ若シ此場合ニ於テ之ヲ交戦團體ナリト承認スルトキハ第三國ハ即チ中立國ニシテ交戦團體若シ不法ノ暴力ヲ向ケンカ第三國ハ之ニ向テ直接ニ責任ヲ負ハシムルコトヲ得ヘシ

交戦團體ヲ承認スルニハ其團體カ如何ナル條件ヲ具備スルコトヲ要スルヤ曰ク本國ニ反抗スルニ足ルヘキ實力ヲ具ヘサルヘカラス如何ナル程度ノ實力ヲ以テ此要件ニ適合スト云フヤ曰ク是レ事實問題ナリ交戦團體ノ承認尙早ナルニ進シテ之ヲ承認スルトキハ母國ニ干渉スルノ結果ト爲リ團體ノ實力充實スルニ之ヲ承認スルコト遲キニ過タルトキハ他日其團體母國ノ羈絆ヲ脱シテ獨立シ國家トシテ活動スルノ日ニ於テ之ト外交關係圓滑ヲ缺クノ恐アルヘシ而シテ交戦團體ノ承認ハ其承認ヲ爲シタル國家ニ對シテノミ效力ヲ生スルモノニシテ母國ノ承認アルトキハ第三國ハ總テ之ヲ承認セサルヘカラスト論スル學說ハ國際法ノ解釋論ニ非ス尙ホ交戦團體ノ承認ニ關スル詳細ナル研究ハ戰時國際法ノ講述ニ讓ル

國家ノ承認ノ方式ニ二種アリ明示ノ承認及ヒ默示ノ承認是ナリ明示ノ承認トハ條約又ハ宣言ニ依リテ之ヲ爲スカ如キヲ云ヒ默示ノ承認トハ承認ヲ受クル國家ヨリ派遣スル公使ヲ受クルカ如キ又領事ノ授受ヲ爲スカ如キ條約ヲ締結スルカ如キ國家ニ對スルニ非サレハ爲スコトヲ得サル

0242

行爲ヲ爲スヲ謂フ

國家ノ承認ノ種類ニハ單ニ國家タルノ承認ト國際團體トシテノ國家タルノ承認トノ別アリ前者ハ唯單ニ國家タル要素ヲ具備シタルコトヲ承認スルニ過キサルヲ謂フ故ニ此承認アルモ之ヲ以テ未タ國際團體中ニ入ルコトヲ得サルモノニシテ唯承認ヲ爲シタル國家トノ間ニ交通關係ヲ生スルノ效力アルモノトス後者ハ國際團體中ニ入ルニ足ルヘキ能力アル旨ノ承認ヲ爲スコトヲ謂フ此承認ニ因リテ其國家ハ始メテ國際團體ノ一員トシテ對外行爲ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトス

又承認ニハ條件附承認ト單純ナル承認トアリ條件附承認トハ或事項ニ條件ヲ附シテ承認スルヲ謂フ例ヘハ其國家カ外國人ノ宗教ノ自由ヲ認ムルニ至レハ之ヲ承認スト云フカ如シ故ニ承認セラレタル國家ニシテ其條件ヲ充タサルトキハ即チ承認ハ條件ノ成就セサル爲メ成立セサルモノトス然レトモ一旦其條件ヲ成就セシメタル後即チ完全ニ承認セラレタル後再ヒ其條件ニ違反スル場合ニ於テハ尙ホ前ノ承認ハ其效力ヲ存スルキ否ヤ此事ニ關シテハ學說區區タリ第一說ニ曰ク一旦其條件ヲ成就セシメタル以上ハ既ニ承認ハ完成スルモ其後ニ於テ條件ニ違反スルトキハ全然承認セサルモノト爲ササルヲ得スト第二說ニ曰ク一旦承認ヲ與ヘタル以上ハ國際團體ノ國家ト爲リタルモノナリ而シテ其承認ハ後ニ至リ之ヲ取消スコトヲ得ストノ原則アルヲ以テ常ニ之ヲ繼續セサルヘカラスト又第三說ハ一旦承認ヲ與ヘタル以上ハ第二說ノ云フ如ク其承認ヲ

取消スコトヲ得スト雖モ承認セラレタル國ニ對シテハ其條件ヲ充タスヘキ旨ノ干渉ヲ爲スノ權アリト爲シ第四說ハ一旦承認ヲ與ヘタル以上ハ國際團體ノ國家タルヘシト雖モ條件ニ違反スルノ點ヲ以テ其承認ヲ取消スコトヲ得ヘシト云フニ在リ以上四說中何レカ正鵠ヲ得タルモノナルカハ容易ニ決定スルコトヲ得サルモ予ハ第四說ヲ以テ正當ナリト信ス

承認ノ效果ニ付テハ前各所ニ説明セシモノノ外次ニ二點ヲ忘ルヘカラス

(イ) 承認ハ遡及效ヲ有ス 承認ハ遡及效ヲ有スルモノニシテ承認ヲ爲シタル時ヨリ其成立マテノ間ニ爲サレタル行爲ハ總テ國家ノ行爲トシテ取扱ハルルモノトス然レトモ理論上然ラサルヘカラスト云フニ非ス唯便宜上此效力ヲ認ムルノミ

(ロ) 承認ハ之ヲ取消スコトヲ得ス 是レ一旦承認ヲ與ヘタル以上ハ自國ニ不利益ナリトノ理由ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得サラシムルニ在リ然レトモ是レ單純ナル承認ニ付テ云フノミ一定ノ條件ノ完成ヲ期シテ承認シタルニ其條件成就セサルカ爲メ始ヨリ承認ヲ無効ナラシムルコトアルハ前ニ説明セシカ如シ

第二章 國家ノ權利義務

多數ノ學者ハ國家ノ權利義務ナル題目ヲ設ケ其下ニ於テ權利ノミヲ説明スルヲ通常トス蓋シ權利ノ半面ハ即チ義務ナレハナリ又或學者ハ犯罪人引渡及ヒ干渉ノ二者ヲ義務ノ方面ヨリ觀察シ

國家ハ犯罪人ヲ引渡シ又ハ他國ニ干渉スヘカラサル義務アリト爲ス然レトモ國際法上權利ノミヲ認メテ之ニ相對スル所ノ義務ヲ認メサル場合ナキニ非ス故ニ前ノ見解ハ其當ヲ失ス又犯罪人引渡ノ如キハ條約ニ因リテ生スル義務ニシテ當然ノ義務ニ非ス之ヲ國際法上ノ義務トシテ其權利ト對立セシムルハ不可ナリ又「リスト」ノ如キハ國家ノ犯罪(Crime)ナル題目ノ下ニ義務ヲ論スト雖モ犯罪ナル語ハ刑法上ノ概念ト混スルノ惧アルカ故ニ之ヲ採用スルコトヲ得ス故ニ予ハ權利以外ニ於テ特ニ義務ノ一節ヲ設ケ之ヲ説明セント欲ス

第一節 國家ノ義務

國家ノ義務トハ國際法ニ違反スヘカラス條約ヲ履行セサルヘカラサルヲ謂フ故ニ各個ノ場合ニ於テ如何ナル義務アリヤハ之ヲ論スルノ要ナク茲ニハ國家ハ何人ノ爲シタル行爲ニ付テ義務ヲ負フヘキヤ及ヒ其義務違反ノ結果如何ニ付テ説明スレハ足ル

第一款 國家ハ如何ナル人ノ行爲ニ付テ責任ヲ負フヤ

國家ハ如何ナル人ノ行爲ニ付テ責任ヲ負フヤノ問題ハ其行爲者ノ如何ニ依リテ解答ヲ異ニスルカ故ニ左ニ分説スル所アルヘシ
第一 自國代表者ノ爲シタル行爲

國家ノ代表者カ其權限内ニ於テ他ノ國家ニ對シテ爲シタル行爲ハ即チ國家自身ノ行爲ナリ國家ハ其代表者ノ行爲ニ依リテ羈束セラレ

國家ノ代表者ト爲ル者ハ必スシモ自國人タルコトヲ要セス外國人ト雖モ其代表者タルコトヲ得ヘシ例ヘハ亞米利加發見ノ當時ニ於テハ外國人ヲ使用シテ其國家ノ代表者トシテ發見ニ從事セシメタルカ如キ又現時暹羅國軍艦ノ艦長ハ丁抹人ナルモ尙ホ暹羅國ヲ代表スルカ如キ是ナリ國家ノ代表者カ其權限ヲ超越シテ爲シタル行爲ニ付テ國家ハ其責任ヲ負フモノナリヤ否ヤ此點ニ付テハ全ク國家ヲ代表セサル一私人ノ行爲ト擇フ所ナキカ如シト雖モ國際法上二者ハ區別シテ考フヘク國家ハ此種ノ代表者ノ行爲ニ付テ責任ヲ免ルルコトヲ得サルナリ千八百七十八年ニ於テ露西亞ト支那トノ間ニ境界ニ關スル爭議ヲ醸シ支那ヨリ全權公使トシテ崇厚ヲ派遣シ「リフシヤ」條約ヲ締結セリ是ニ於テ露國ハ其條約ノ案文ニ付テ支那皇帝ノ批准ヲ求メタルニ同國ハ崇厚ノ所爲ヲ以テ越權ナリトシ之ヲ拒絕セリ此問題ニ於テハ支那ノ主張ヲ以テ正當ト爲ス國家ハ代表者ノ權限外ノ行爲ニ付テ羈束セラルルモノニ非サレハナリ然レトモ同國ハ斯ル越權ノ行爲ヲ敢テスルカ如キ使臣ヲ派遣シタルコトニ付テハ不注意ニ根基スル責任ヲ免ルルコトヲ得ス是レ一私人ノ行爲ト其結果ニ付テ差異アル所ナリ

以上一國代表者カ他ノ國家ニ對シテ爲シタル行爲ノ責任ニ付テ述ヘタリ其一私人ニ對シテ爲シタル行爲ニ付テモ亦國家ハ責任ヲ免ルル能ハサルモノトス

第二 自國私人ノ爲シタル行爲

本問題ハ其私人カ外國ノ國家ニ對シテ爲シタル行爲、外國人ニ對シテ爲シタル行爲、及ヒ自國人ニ對シテ爲シタル行爲ノ三者ニ分チ考ルヲ便トス

(第一) 外國國家ニ對シテ爲シタル行爲 此場合ニ於テハ其外國ニ於テ爲シタルト自國ニ於テ爲シタルト將タ第三國ニ於テ爲シタルトト問ハス同一ニ論スルコトヲ得ヘシ例ヘハ日本臣民カ朝鮮政府ヲ顛覆スルコトヲ圖ルニ付キ日本國內ニ於テ又ハ朝鮮其他露國ニ於テ兵隊ヲ召集シ又ハ兵器金穀ヲ準備シタルトキハ我國ハ之ニ付キ朝鮮國ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラス然レトモ其理由ハ直接的ニ非ス自國臣民ノ取締ニ付テ不完全ノ廉アリシトノ間接的ノ理由ニ付テ責任ヲ負フモノナリ

(第二) 外國人ニ對シテ爲シタル行爲 此場合ニハ其他國人ノ所在地カ自國ニ在リシト外國ニ在リシトニ依リテ解決ニ差異ヲ生スヘシ

(一) 外國人カ外國ニ在リシ場合 例ヘハ日本人カ朝鮮國ニ在ル朝鮮人又ハ清國ニ在ル墨西哥國人ヲ殺害シタル場合ノ如シ此場合ニ於テハ國家ハ之ニ對シテ責任ヲ負ハサルモノトス何トナレハ一國ハ其國民カ外國ニ在ル場合ニ於テ此種ノ取締ヲ及ホスコトハ不能ナレハナリ

(二) 外國人カ自國ニ在リシ場合 例ヘハ日本人カ日本在留ノ英國人ノ家屋ニ放火シテ數十萬ノ財産ヲ島有ニ歸セシメタル場合ニ於テ日本政府ハ之ニ付テ責任アリヤ否ヤ文久三年生麥

村ニ於テ英國人カ島津久光ノ列ヲ橫斷シテ通過セシトキ其臣下之ヲ憤リテ其英人ヲ殺傷セリ所謂生麥事件即チ是ナリ此事件ニ於テ我國ハ之カ賠償トシテ巨額ノ金額ヲ支拂ヒタリ此ノ如ク國家カ其國內ニ在留スル外國人ニ加ヘタル自國人ノ非行ニ付テ責任シタル實例ハ其數少

カラスト雖モ今日ニ於テハ外國人カ或國ニ於テ保護セラルルコトハ其國人カ其國法ニ依リテ保護セラルト同一限度ヲ有スルコトト爲セルヲ以テ苟モ其國家カ爲スヘキ監督ヲ怠リタル場合ニ於テモ賠償責任ハ被害者ノ國家ニ對シテ之ヲ負フヘキモノニシテ私人ニ對スルモノニ非ス

(第三) 自國人ニ對シテ爲シタル行爲 自國人カ自國人ニ對シテ或非行ヲ爲シタル場合ニハ其行爲地カ自國ナルト外國ナルトト問ハス國際法上ノ問題ヲ生スルコトナク全ク國內法ヲ以テ解決スヘキモノトス然レトモ或事項ニ付テ外國トノ間ニ條約ノ締結アルカ爲メニ國際上ノ問題ト爲ルコト之ナキニ非ス例ヘハ千八百七十八年ノ伯林條約ニ依リテ「バルガン」半島ノ各國家ハ其自國人ノ信教ノ自由ヲ許容スルコトヲ定メタリ若シ其國家内ノ私人カ其國ノ他ノ私人ノ信教ノ自由ヲ害スル場合ニ於テハ茲ニ國際問題ヲ生スルニ至ルヘシ

第三 外國人ノ爲シタル行爲

今日ニ於テハ各國家ハ其國內ニ在ル人民ノ内國人タルト外國人タルトト問ハス皆之ヲ取締ルヘキ義務アルカ故ニ外國人ノ非行ニ付キ監督ヲ怠リタルトキハ其限度ニ於テ責任ヲ負フヘキモノ

ニシテ前號ニ說明シタル所ト異ナルコトナシ

第二款 責任解除ノ方法

前款ニ述ヘタル所ニ依リテ國家カ責任ヲ負フニ至リタルトキハ如何ニシテ之ヲ解除スルヤ換言スレハ國家ノ義務違反ニ對シテハ如何ナル制裁アリヤノ問題ハ國內法ニ於ケルカ如ク確然タルモノニ非ス今實際行ハルル所ノ方法ヲ列舉スレハ左ノ數種ト爲ル

- 一 謝罪 謝罪ノ方法ハ必スシモ一定セス或ハ書面ヲ以テシ或ハ駐在公使カ口頭ヲ以テスルコトアリ其他特別ニ謝罪ノ爲メニ使者ヲ派遣スルコトアリ
- 二 將來ニ對スル保證 爾後決シテ從前ノ如キ失行ナカルヘク若シ之アランコトヲ恐レテ一定ノ保證ヲ供スルコトアリ
- 三 原狀回復 例ヘハ條約ニ於テ輸入税ハ二割ヲ課スヘキコトヲ定メタルニ三割ヲ徵シタルカ如キ場合ニ於テハ爾後之ヲ原狀ニ回復シ條約ニ準據シテ二割ノミノ輸入税ヲ課スルカ如キ是ナリ

四 第三國ノ保證

五 償金ノ支拂 償金ノ支拂ハ其義務違反ノ結果カ金銀ニ見積ルコト能ハサル場合ニ於テモ尙ホ行ハルルモノナリ

六 土地ノ割讓 如何ナル程度ノ損害アルトキハ土地ヲ割讓シテ責任ヲ解除スヘキモノナリヤニ付テハ一定ノ規則ナシ

以上ノ責任解除ノ方法ハ必スシモ一箇ノミ行ハルルモノニ非ス特ニ或ハ一箇以上ヲ併用スルコトアリ例ヘハ償金ヲ支拂ハシメ且土地ヲ割讓セシムルカ如キ是ナリ

第二節 國家ノ權利

國家ノ權利ヲ論スルニ付テモ亦學說區區トシテ一定セス然レトモ之ヲ大別スルトキハ二ト爲スコトヲ得ヘシ即チ一ハ國家ノ權利ヲ分テ根本權ト專來權トノ二ト爲スモノニシテ他ハ此區別ヲ認メサルモノナリ而シテ後ノ見解ヲ採ル學者中或ハ他ノ標準ニ從テ國家ノ權利ニ實質上ノ權利ト形式上ノ權利トノ二アリト爲ス予モ亦嘗テ此分類法ニ據リタルコトアリト雖モ今ハ之ヲ改メタリ

前ノ見解ニ從フトキハ國家ノ根本權トハ國家カ國家トシテ當然享有スル權利ニシテ國家ノ自存權及ヒ自衛權ヲ包含ス又其專來權トハ國家固有ノ權利ニ非スシテ條約其他ノ原因ニ因リテ獲得スル權利ナリト解ス然レトモ予ハ此分類ニ從フコトヲ肯セス今左ニ其理由ヲ說明セン
學者ノ說明スル所ヲ聽クニ國家ハ自存獨立ノ權利ヲ有ス即チ他國ヨリ危害ヲ受クルコトナク獨立ノ國家トシテ活動シ得ル絕對ノ權利ヲ有スト然レトモ是レ不可ナリ凡ソ交通ハ關係のナリ

國際關係ニ於テモ若シ各國ニ絕對的ニ獨立活動ノ權利アリトスレハ其平和交通ハ之ヲ望ムヘカラス又學者ハ所謂自存獨立ノ權利トシテ或ハ憲法制定ノ權利アルコト或ハ宣戰媾和ノ權利アルコト等ヲ數フト雖モ此種ノ權利ハ無限ニシテ列舉シ得ルモノニ非ス加之或國家ハ條約ヲ以テ此種ノ權利ノ全部又ハ一部ヲ制限セラルルモ尙ホ國家タルコトヲ失ハサルモノナリ又學者ハ國家ノ自衛權ヲ説明シテ外國ヨリ危害ヲ加ヘラレントスルニ當リ其外國ノ權利ヲ侵害シテ自國ノ權利ヲ保全スルノ權利ナリト爲シ自存權以外ニ特立スル權利ナリト解ス而シテ英國ノ丁抹艦隊差押事件及ヒ「カロリン」號事件ハ國家ノ自衛權行使ノ適例トシテ屢々引用セラルル所ナリ今其事件ノ大要ヲ摘録センニ(イ)千八百七年英佛交戰中丁抹ハ勢力アル海軍ヲ有シ佛國陸軍ハ同國ニ侵入シテ其海軍ヲ利用シ英國ニ對抗シ得ルノ地位ニ在リ又「チルデット」ノ祕密約款ニ依リテ佛國ハ此海軍ヲ利用センコトヲ約セシナリ而シテ英國ニ於テハ此約款ノ實行セラルヘキヲ思料シ而モ佛國軍ハ容易ニ英國軍ニ攻撃ヲ開始シ得ヘキ距離ニ在リテ自國ノ之ヲ防禦スルノ軍勢乏シカリシヲ以テ所謂自衛權行使トシテ那翁不知ノ間ニ丁抹國ニ侵入シ其海軍ヲ英國ノ保管ノ下ニ置クヘキコトヲ要求シ其要求ノ行ハレンカ爲メニ多數ノ軍勢ヲ玆ニ派遣セリ之ヲ同事件ノ大要トス(ロ)「カロリン」號事件ハ千八百三十八年英領加奈太ノ叛徒カ北米合衆國トノ間ニ貫流セル「ナイアガラ」河ノ一島ニ占據シ合衆國ノ領域ヲ根據トシテ本國ニ敵對セシカ英軍ハ叛徒ノ渡河ヲ防止センカ爲メニ「カロリン」號カ米國ノ領水中ニ碇泊セル内ニ之ニ乘込ミ直

チニ同船ヲ漂布ニ落セシ事件ナリ而シテ英國學者ハ此等ノ事件ニ於テ同國ノ行爲ヲ以テ正當ナリトシ自衛權ノ正當ナル行使ナリト爲ス然レトモ佛國ノ學者ハ之ニ反シ英國ノ行爲ヲ以テ不當ナリトシ國際法違反ナリト論決スル者アルヲ見ル予ハ此種ノ事件ニ對シテ劃一ノ斷案ヲ下スニ躊躇スル者ナリ論者ノ所謂自衛權ノ行使ヲシテ正當ナラシムル危害ノ程度ハ事實問題ニシテ場合ニ依リテ同シカラサレハナリ若シ夫レ「ホルツェンドルフ」ノ設例ニ見ユルカ如ク佛國カ世界統一ノ事業ヲ遂行センカ爲メニ劍戟ヲ執テ立タントスルトキ歐洲各國之ヲ防禦センカ爲メニ佛國ノ權利ヲ侵害スル場合ハ自衛權ノ行使トシテ最も明白ニシテ且正當ナルモノナルヘシト雖モ此程度ヲ精査セスシテ漠然國家ニ自衛權アリト爲スハ學理ノ研究上粗漫ノ譏ヲ免レス予ト雖モ國家ニ正當防衛權アルコトヲ否認セス然レトモ論者ノ說ノ如ク漠然此權利ノ行使ヲ認ムル者ニアラスシテ必スヤ重大ナル(essential, weighty)權利ノ侵害アルヘキコトヲ前提ト爲スモノナリト信ス然ルニ「リスト」「ウルマン」ノ如キ學者ハ絕對的ニ自衛權ヲ否認シ前示ノ場合ト雖モ之ヲ以テ權利行使ト爲スコトナク緊急危難ニ基ク行爲(Vorstandhandlung)ナルカ故ニ賠償ノ義務ヲ生スルモノナリト解ス之ヲ要スルニ此點ニ關シテハ未タ國際法上ノ論議一定セザルモノニシテ益々研究スヘキ好個ノ問題タリ

予ハ國家ノ權利ヲ分テ自衛權同等權及ヒ獨立權ノ三ト爲スヲ可ナリト信ス而シテ其自衛權ニ付テハ普通學者ノ所說ノ如ク廣汎ナル範圍ヲ有セザルコト前述セシカ如シ故ニ重ネテ之ヲ説明ス

ルコトナク以下同等權及ヒ獨立權ニ付キ講説スル所アルヘシ又國家ノ干渉ナルモノニ付テハ種種ノ學說アリ或ハ之ヲ以テ國家ノ權利中ニ加フル者アリト雖モ予ハ之ヲ採用セズ便宜ノ爲メニ後章國際紛争ノ處理ヲ論スル下ニ併論スヘシ

第一款 國家ノ同等權

國家ハ其大小強弱ニ拘ハラズ何レモ同等ナリ若シ事實上強大ナル國家ニシテ貧弱ナル國家ノ上位ニ置カルヘキモノトセンカ國際關係ノ平和ハ之ヲ保ツコトヲ得サルヘシ是レ國際法上國家ノ平等權ヲ認ムル所以ナリ然レトモ之ヲ以テ政治論ト混同スルコトナカレ政治上ニ於テハ國家ハ不平等ニシテ歐洲共議ニ加入シテ重大ナル事件ヲ議スルコトヲ得ル國家ハ強國ノミニ限ラレ小國ハ之ニ與ラス英、佛、獨、露、奧、ハ之ニ加入シテ事ヲ議シ伊太利又時ニ加ハルコトアリ然レトモ白、丁、蘭、瑞ヲ始トシテ「バルカン」半島諸國等之ニ加入ヲ許サレス事實ニ於テ勢力アル國家ト然ラサル國家トノ區別アリト雖モ是レ政治上然ルノミ法律論トシテハ國家ハ平等ナリ何レモ同等權ヲ有ス是レ恰モ國內法上凡人ハ平等ナリト爲スモ實際上強弱優劣アルカ如シ然ルニ學者中國家ノ平等權ヲ疑フ物アリ「ローレンス」「コリマー」ノ如キハ前示ノ事實ヲ見テ法律狀態ナリト速斷シ國家ハ不對等ナルカ如ク解スト雖モ予ハ之ヲ採用セズ

國家ハ同等ナリトハ其實質ニ付テハ云フモノニ非ス形式上ノ觀念タリ予ハ嘗テ之ヲ以テ國家ノ

形式上ノ權利ナリト説明セシコトアリキ而シテ此種ノ權利ハ國家、其元首等ノ尊稱、國家ノ禮式等ヲ以テ其内容ト爲ス

第一 國家ノ名稱及ヒ尊稱

國家ハ國際法上同等ナルカ故ニ如何ナル名稱ヲ用フルモ自由ナリ然レトモ之ニ二箇ノ制限アルヲ見ル即チ一ハ各國ハ自國ノ名稱ヲ佛蘭西語ヲ以テ稱呼セラルルコトヲ拒ムヲ得ス其二ハ國家ハ相互ニ尊重セサルヘカラサルカ故ニ既ニ外國カ採テ以テ自國ノ名稱ト爲シタル所ノモノヲ僞スコトヲ得サルコト是ナリ例ヘハ我國ノ名稱ヲ改メテ大英國ト稱スルヲ得サルカ如シ

又國家カ自國ノ政體及ヒ地位ヲ外部ニ表彰スルカ爲メニ其意味ヲ有スル稱號ヲ用フルコトモ自由ナリ例ヘハ帝國、王國、共和國、大公國、公國、侯國ト云フカ如キ是ナリ然レトモ之ニ關シテハ一ノ制限の慣習ノ存スルヲ見ル即チ世界ノ國家ヲ分テ二階級ト爲シ上位ニ王の榮譽ヲ有スナル國 (Royal honour) ヲ置キ下位ニ之ヲ有セサル國ヲ置ク前者ニ屬スル國ハ王國、帝國及ヒ大ナル共和國ニシテ大公國、公國、大侯國、侯國及ヒ小ナル共和國等前者ニ屬セサル總テハ王の榮譽ヲ有セサル國ナリ其如何ナル共和國ヲ以テ所謂大ナルモノト爲スヤニ付テハ一定ノ標準ナシ而シテ王の榮譽ヲ有スル國家ハ大使ヲ派遣シ及ヒ接受スルコトヲ得ヘシト雖モ之ヲ有セサル國家ハ大使ヲ派遣シ又ハ接受スルコトヲ得ズ唯公使以下ノ代表機關ヲ接受差遣スルコトヲ得ル

國家ハ自由ニ其名稱ヲ變更スルコトヲ得ヘシ然レトモ外國ハ改名セラレタル稱號ヲ承認セザルヘカラサル義務ヲ負フコトナシ朝鮮國ノ如キハ明治二十八年マテハ王國ナリシモ以後之ヲ改メテ帝國ト稱セリ當時諸外國ハ之ヲ承認セリト雖モ必スシモ承認スルノ義務アルニ非ス

一國ハ他國ノ名稱、尊稱ヲ尊敬シ之ヲ侮蔑スヘカラス明治ノ初期ニ於テ我國ハ「ロシア」國ニ對スル外交文書ニ於テ常ニ魯西亞ト書キシカ同國ハ魯ハ魯鈍ヲ意味シ侮蔑ノ意味ヲ有スルカ故ニ書キ改ムヘキコトヲ申出テ來リ以後改メテ露西亞トスルニ至レリ

第二 元首ノ名稱及ヒ尊稱

各國ノ元首ハ自由ニ自己ノ名ヲ定ムルコトヲ得ヘシ他國家ノ元首ノ名ヲ採用スルモ可ナリ歐洲ニ於テハ各國元首ノ間ニ血統上ノ關係アリ從テ其名モ亦相互ニ同一ノモノヲ用フルコト多シ又元首ハ自由ニ其名ヲ變更スルコトヲ得ヘシト雖モ前號ニ說明シタルト同シク外國ハ之ヲ認メザルヘカラサルノ義務ヲ負フコトナシ而シテ元首ハ國家ノ全體ニ對シテ有スル稱號以外ニ於テ他ノ一部ニ對シ異ナル稱號ヲ採用スルコトヲ妨ケス例ヘハ英王ハ印度ニ對シテハ皇帝ト稱シ露帝ハ芬蘭土ニ對シテハ大侯(Granduke)ト稱シ埃國皇帝ハ匈牙利ニ對シテハ國王ト稱スルカ如キ是ナリ

一ハ他國ノ帝及ヒ王ニ對シテハ陛下(陛下)ナル尊號ヲ用ヒ大統領ニ對シテハ閣下(Kaiser-Heey)ナル尊稱ヲ使用ス又外國ヨリ尊稱ニ關スル求アルトキハ之ニ從ハサルヘカラス例ヘハ英絶對的義務ト爲シタルコトアレトモ畢竟スルニ沿海漁業ヲシテ戰爭中其職業ニ從事セシムルハ該細民ハ戰爭ニ關係ナキ糧食即チ魚類ヲ交戰國人民ニ供給スルニ止マリ且海上ノ危險ヲ冒シテ小ナル生計ヲ營ムモノナルニ拘ハラズ戰爭ニ依リ其無害ナル職業ニ妨害ヲ與ヘ船舶及ヒ漁具ヲ沒收スルハ戰爭ノ目的ニ影響ナクシテ甚シキ困難ヲ其生活ニ與フルモノナルカ故ニ人情之ヲ爲スニ忍ヒサルニ出テタルニ過キス此故ニ英、米兩國ニ於テハ條約上ノ義務ナルカ又ハ交戰國ノ好意ニ出ツルモノト看做ス所以ナリ殊ニ鯨漁、鰐虎漁ノ如キ大洋ノ漁業ニ從事スル船舶ハ此特點ヲ有セサルコト一部少數ノ學者ヲ除クノ外一般ニ異論ナク我捕獲規定ニ於テモ捕獲ノ免除ヲ大洋ノ漁船ニ及ホササルノ趣旨ヨリシテ單ニ沿海漁船ニ限リタル所以ナリ

第六 官船ト私船トヲ問ハズ難破ヲ避ケ若クハ糧食缺乏等航海ニ堪ヘサル必要ニ迫リ又ハ戰爭ノ事實ヲ知ラスシテ敵國ニ入りタル船舶ハ時トシテ捕獲ヲ免除セラレタルコトアリ千八百四十六年英國軍艦「エリザベス」號カ「ハヴァナ」港ニ入りタルニ西國ハ之ヲ修繕セシメ保護ノ免狀ヲ與ヘテ退去ヲ命シ千七百八十年英國商船「ホンダラス」港ニ入りタルニ佛國ハ同船カ開戦ノ事實ヲ知ラサリシ事由ニ基キ之ニ糧食ヲ與ヘテ退去ヲ許シ千七百九十九年普國船「ヂヤナ」號カ「ダンカルク」港ニ入りタルニ佛國ハ之ヲ退去セシメタルカ如キ是ナリ然レトモ英國ハ古來斯ル場合ニ於テ敵船ヲ沒收シ此點ニ付テハ實例及ヒ學說一定セス正義、人情ノ點ヨリ其不幸ニ乘シテ利ヲ貪リ其船舶ヲ沒收セルハ不正ナリト説ク者アレトモ敵國軍艦ノ如キハ其捕獲ト否

トハ戰爭ニ大關係アルカ故ニ無條件ニテ退去セシムルコトヲ以テ交戰國ノ義務ナリト云フコト能ハス

第七 郵便船モ亦官船ト私船トノ別ナク時トシテ捕獲セラレザリシコトアリ千七百九十三年英佛兩國ハ郵便局ニ使用シタル郵船ヲ戰爭中互ニ捕獲セス千八百四十三年及千八百五十六年英佛條約ニ於テモ戰爭中互ニ之ヲ捕獲セサルコトトシ近年郵便船ニ關シテハ一般ニ寛大ナル待遇ヲ爲スニ至リタレトモ條約ヲ以テスルニ非サレハ未タ其免除ヲ國家ノ義務トスルコト能ハサルカ如シ

第二款 私有船舶及ヒ載貨

交戰國カ敵國ノ私有船舶及ヒ載貨ヲ捕獲シ得ヘキコトハ中世以來爭フヘカラサル法則ナルニ拘ハラヌ千七百八十五年普米兩國間ノ通商條約ニテ其免除ヲ規定シ其後米國大統領「モンロー」及ヒ千八百五十六年「アダムス」モ英、米、露三國ニ交渉シテ其免除ノ條約ヲ設ケントシテヨリ以來近世海上ニ於ケル敵國私有財産ノ捕獲ニ反對ノ議論盛ニシテ其理由トスル所ハ(第一)戰爭ハ國家間ノ爭鬪ニシテ國際公法上私有財産ヲ不可侵トスル原則ニ適合セス(第二)戰爭ニ於テ敵國ノ戰鬪力ヲ奪フノ行爲ハ正當ナレトモ私人ノ船舶、載貨ヲ掠奪スルハ戰鬪力ヲ減スルモノニ非ス隨テ私有財産ノ海上捕獲ハ戰爭ノ目的ヲ達スルニ必要且直接ニ非ス(第三)陸上ニ

於テ私有財産ノ尊重ヲ原則トスル以上ハ海上ニ於テモ同一ナルヘキニ拘ハラヌ海上捕獲ニ於テ此原則ヲ認メサルハ不當ナリ(第四)陸上ニ於ケル徵發、取立金ハ一定ノ方法ヲ以テ占領地一敷ヨリ公平ニ徵收スルモノナルニ反シ海上捕獲ハ物品所有者タル個人ニ悲惨ノ損害ヲ生スルカ故ニ其性質上掠奪ト同一ナリ(第五)徵發、取立金ハ軍隊ニ直接且必要ノ物品ノミヲ徵用スルニ拘ハラヌ海上捕獲ハ戰鬪員ノ日常品ヲ取得スルニ非ス隨テ其捕獲セラルヘキ物品ノ種類及ヒ程度ニ制限ナキハ不當ナリ(第六)近世開戰ニ當リ交戰國ノ港内ニ在ル敵國船舶ニ退去ヲ許シ又商業社會ノ交通敏活ト爲リタルカ爲メ海上ノ危險ヲ冒シテ航海スル者ノ數ヲ減シ隨テ海上捕獲ノ實用ハ減縮シ來リタルカ故ニ之ヲ存續スルハ交戰國ノ不利益ニテ中立國ヲ利益スルモノトス何トナレハ敵國商人ハ中立國船舶ニ貨物ノ運搬ヲ依頼シ又ハ中立國ニ船籍ヲ移シテ捕獲ヲ免ルヘキヲ以テナリ(第七)英、佛、米、獨ノ諸國ニ於ケル如キハ其商業ノ大部分ハ海上ニ依ルカ故ニ捕獲ヲ廢止スルハ其各國ノ利益ナリ何トナレハ軍艦ヲ以テ多數ノ商船ヲ防禦スルノ困難ナルニ反シ巡洋艦一艘ハ多數ノ商船ヲ攻撃シ得ルカ故ニ捕獲ヲ廢止スルトキハ商船防禦ノ必要ナクシテ海軍ノ全力ヲ以テ戰鬪又ハ封鎖ノ用ニ供シ得ヘシト云フニ在リ

之ニ反シ海上捕獲ヲ辯護スル者ハ(第一)戰爭ハ國家間ノ公爭ナレトモ私人ニ關係ナシトスルハ法理ニ背キ事實ニ反ス私有財産ハ敵國ノ戰鬪力ヲ助ケルノミナラス海上ノ商業ハ敵國ニ取リ最モ大ナル財源ナルカ故ニ之ヲ攻撃シテ其財源ヲ涸竭スルハ速ニ戰爭ノ目的ヲ達スルノ有力

ナル手段ナリ又私人ノ利益ヲ害スルノ故ヲ以テ此重要ノ權利ヲ行フヘカラストスルハ私人ノ利益ノ爲メ國家ノ利益ヲ犧牲ニ供スヘシト云フニ外ナラス(第二)商船ハ運送船其他戰爭缺クニヘカラサル使用ニ供セラルルカ故ニ之ヲ押收スルハ敵國ノ戰鬥力ヲ減殺スル上ニ於テ大ナル效力アルカ故ニ其行爲ノ性質上決シテ不法ニ非ス(第三)海上捕獲ハ陸戰ニ於ケル徵發、取立金ト同一ナルノミナラス陸上ニ於ケル私有財産ノ尊重ハ事實上占領者ノ利益ニ基キ軍隊ノ成功ヲ圖ルノ利害關係上其尊重ノ必要アリト雖モ海上ニ於テハ全ク之ニ反シ敵國戰鬥ノ資料及ヒ財源ヲ涸竭シテ戰爭ノ目的ヲ達スルハ自己ノ利益ナリ(第四)私有財産ノ海上捕獲ハ其結果ニ於テ掠奪ノ行爲ニ近シト雖モ陸上ニ於ケル私有財産不可侵モ亦事實上其實行ノ範圍カ明確ナラサルニ依リ軍隊カ苛酷ノ徵發、取立金ヲ命スルトキハ多數ノ箇人ニ對スル掠奪ト其結果ヲ同一ニ爲スカ故ニ既ニ徵發、取立金ヲ正當ト爲ス以上ハ獨リ海上捕獲ヲ不當ト爲スコト能ハス(第五)海上捕獲ハ陸上ノ如ク之カ爲メ直接ニ箇人ノ生活及ヒ家族ノ平穩ヲ紊ルコトナク其生命、身體ニ危害ヲ及ホサス單ニ捕獲ヲ知リナカラ其危險ヲ冒シテ航海スル者ノ財産ヲ押收スルニ過キサルノミナラス近世海上保險ノ發達ニ依リ其損害ハ必スシモ所有者一人ニテ金額ノ負擔ニ終ラサルモノアリ(第六)國家ニ依リテハ多クノ海軍ヲ有シナカラ陸軍ノ大ナルモノアリ又大ナル海軍ヲ有スルノ必要ナクシテ優勢ナル陸軍ヲ有スルモノアリ此等兩國間ニ戰爭アルニ際シ捕獲ノ廢止ハ海軍國ノ不利益ニシテ陸軍國ハ自由ニ徵發、取立金ヲ占領地ニ行ヒ得ヘシ加之海上捕獲

ノ爲メ敵國ノ船舶カ海上ニ出ツルコト能ハス中立國ニ船籍ヲ移スカ又ハ商品ノ運搬ヲ中立國船ニ依頼スルノ不利益ハ其商業ニ對スル打擊ナルノミナラス實際敵國ニ於テ其商業ノ材料アル間ハ商品ヲ悉ク中立國船舶ニ依頼シ得ヘキモノニ非ス又船籍ヲ中立國ニ移スモ必スシモ捕獲ヲ免ルヘキモノニ非ス(第七)海上捕獲ノ存在ハ戰爭ヲシテ私人ノ利害ニ直接關係ヲ有セシメ之カ爲メ一般ニ戰爭ヲ不入望ト爲シ之ヲ未萌ニ防クノ利アルカ故ニ政策上ニ於テモ之ヲ廢止スヘカラストセリ

之ヲ要スルニ戰爭ノ遂行上陸軍ト海軍トハ其方法ヲ異ニシテ陸軍ハ敵地ヲ侵略、占領シ得ヘク其侵略及ヒ占領ハ戰爭ノ目的ヲ達スルノ捷徑ナルニ反シ海軍ニ於テハ敵國軍艦其他ノ敵船ヲ攻撃シ及ヒ敵國ノ商業ヲ零落スルノ外其使用ノ途ナキノミナラス敵國ニ取リ大ナル財源タル商業ノ攻撃ハ戰爭ノ目的ヲ達スルニ付キ最も大ナル效力ヲ有スルカ故ニ私有財産ノ海上捕獲ハ今日ニ至ルマテ主トシテ英、佛兩國ノ反對ニ依リ廢止ニ至ラサル所以ナリ

第一項 拿捕ノ方法及ヒ船舶、載貨ノ國性

交戰國軍艦ハ中立國ノ軍艦其他ノ官船ヲ除キ海上ニ於テ遭遇スル一切ノ船舶ニ實彈ヲ込メスシテ發スル空砲又ハ彈丸ヲ込ムルモ其的ヲ外ツシテ發射スル虛砲ヲ以テ其進行ノ停止ヲ命スルノ權利アリテ之ヲ停航權ト稱ス交戰國軍艦ヨリ停航ヲ命セラレタルトキハ假令中立國ノ船舶ト雖

モ直チニ其進航ヲ停止スルノ義務ヲ有シ其命令アリタルニ拘ハラス尙ホ進航ヲ繼續スルトキハ交戰國軍艦ハ之ヲ窮追シ兵力ヲ以テ停止シ得ヘク軍艦ヨリ士官一名ニ相當ノ水兵ヲ端舟ニテ停航船舶ニ派遣シ其士官ノ外二名又ハ三名ノ水兵ヲ其船舶ニ乗移ラシメ船舶證明書、乘組員名簿、通航券、航海日誌、船積證書、送狀、積荷目録、船舶備附ノ書類ヲ船長ヨリ提出セシメ之ニ依リ其船舶ノ國籍、航海ノ目的、積荷ノ種類及ヒ到達地等ヲ調査シ尙ホ其點ニ疑アルトキハ訊問シテ之ヲ儘ムルヲ臨檢權ト稱シ其臨檢ノ結果ニシテ拿捕スヘキ船舶又ハ載貨ニ非ラコト疑ナキトキハ臨檢員ハ其旨ヲ航海日誌ニ記載シテ同船ヲシテ進航ヲ繼續セシメ之ニ反シ臨檢ニ際シ船舶ニ備附アルヘキ書類ノ整頓ヲ缺キ又ハ不明ノ點アルカ若クハ偽造、變造又ハ秘密ノ書類アルトキ若クハ其他ニ付キ拿捕スヘキ嫌疑アルトキハ臨檢員ハ船長又ハ其代理者ノ立會ヲ以テ船内ヲ點檢シ其閉鎖ノ場所若クハ貨物ヲ開披セシメテ檢査シ得ヘク此權利ヲ搜索權ト稱ス而シテ臨檢、搜索ヲ行使シタル結果ニシテ何等捕獲スヘキ船舶又ハ載貨ノ疑ナキモノハ直チニ放免シ若シ捕獲スヘキモノナルコト明白ナルカ又ハ其嫌疑アルモノハ軍艦ニ於テ之ヲ自國ノ捕獲審檢所ニ廻送シ其裁判ニ依リテ沒收ト否トヲ決スルモノトス

臨檢、搜索ニ依リテ船舶ノ國性ヲ憶メ敵船ナルトキハ捕獲審檢所ニ於テ裁判ノ上之ヲ沒收シ又其載貨ニ付キ敵物ナルモノハ船舶ト共ニ之ヲ沒收スルモノナルカ故ニ果シテ如何ナルモノカ敵船ニシテ如何ナル載貨ヲ敵物ト爲スヤヲ明カニセサルヘカラス此點ニ付キ佛國ト英國トハ其見

解ヲ異ニシ佛國主義ニ依ルトキハ船舶ト載貨トヲ問ハス其所有者ノ國籍如何ニ依リテ敵物ト否トヲ決シ若シ船舶カ敵國ニ船籍ヲ有スルカ又ハ其所有者カ敵國人民ナルトキハ之ヲ敵船トシ戰爭中敵國人民ヨリ中立國人民ニ船舶ノ讓渡又ハ開戰前戰爭ヲ豫期シテ捕獲ヲ免レントスル讓渡ヲ無効トス之ニ反シ英米主義ニテハ船舶ト載貨トヲ問ハス其國性如何ヲ決スルニ付キ所有者ノ國籍ニ依ラスシテ定住地如何ニ依レリ其理由トスル所ハ船舶又ハ載貨ヲ何レノ國民カ之ヲ所有スルニ拘ハラス苟モ所有者カ敵國ニ定住スルトキハ其物品ハ敵國ノ財源ト爲リ敵國政府ノ保護若クハ管轄ノ下ニ立テ同國收入ノ一部トシテ戰爭ノ資料ト爲リ必要ノ場合ニハ之ヲ戰爭ニ徵用シ得ヘキヲ以テ自ラ敵物ト爲スニ在リ加之戰爭中ニ於テモ敵國人民カ船舶ヲ中立國人民ニ賣却スルヲ認ムト雖モ其賣却ハ最モ嚴格ニ審查セラレ善意ニ且完全ニ所有ノ移轉アリタルコトヲ必要トシ且所有者ニ於テ其所有權ノ讓渡ハ善意ニシテ完全ナルコトノ事實ヲ證明スヘク若シ賣主ニ於テ其利益ノ一部ヲ保留スル契約、條件、默約等ノ存在スルトキハ賣却ヲ無効トシ戰爭後買戻ノ條件アルカ又ハ代金ノ全部若クハ一部ノ支拂ニ關シテ權利ヲ保留シアルトキハ之ヲ敵船トス但敵國ニ船籍ヲ有シ其商業ノ免許若クハ通航券ニ依リテ航海スル者ハ英、佛兩國ニ於テ等シク敵船トシ敵國船ノ嫌疑アルモノハ其所有者又ハ船長ニ於テ敵船ナラサルコトヲ立證スヘキ責任ヲ有シ敵船内ノ載貨ハ總テ敵物ト推測スルカ故ニ其反證ハ所有者ニ於テ立證スヘキコトモ兩國主義ニ於テ同一トス此故ニ我捕獲規程第七條第五號ニ於テモ嫌疑アリトシテ拿捕セラレ該

疑ヲ終ニ證明シ得サル船舶ヲ適法ノ捕獲ト規定セリ

敵船内ニ在ル載貨ニ付キ佛國主義ニ於テハ所有者ノ國籍ニ依リ敵物ト否トヲ決シ航海中ナル載貨ハ其移轉ヲ認メヌ又商業上海上ノ貨物ハ一般ノ慣例上其受取人ニ於テ航海ノ危險ヲ負擔スルカ故ニ之ヲ受取人ノ物品ト看做ストモ當事者間ノ契約又ハ諸國ノ慣例ニ依リ特別ノ約定若クハ慣例アルトキハ佛國ニ於テハ之ヲ尊重シ捕獲ヲ避クルカ爲メ詐僞ニ出タル場合ノ外ハ其反對ノ沒收ヲ爲サスト雖モ英米主義ニ於テハ載貨ニ付テモ定住地ニ依ルカ故ニ

第一 所有者ノ定住地ヲ敵國ニ有スル者ハ自國人又ハ中立國人ト雖モ其財産ハ敵物ト看做シ定住地ノ意義ハ本人ニ於テ其地ニ永住ノ意思(Animus Manendi) 及ヒ其地ニ存在ノ年月ヲ考量シ各場合ニ就キ本人カ同所ヲ其住所ト爲シタルト否トニ依リ之ヲ決スヘク加之定住地ハ事實上ノ住所ヲ意味シ法律上ノ住所ニ非サルカ故ニ假令其本國法ニ於テ他國ニ定住地ヲ置クコトヲ禁シタル場合ト雖モ本人ニ於テ其永住ヲ爲シ居ル事實アル以上ハ其場所ヲ定住地ト看做シ又一旦永久ノ住所ヲ定メタルトキハ一時其地ヲ去リタル爲メ財産ノ國性ニ影響ナシト雖モ居住ニ依リテ國性ヲ取得シタルモノハ本人カ其永住ヲ抛テ歸來ノ意思ナク(Sine Anim. Revertendi) 其地ヲ退去スルト同時ニ終了シ又交戰國人民ハ戰爭中他國ニ移住スルニ依リテ定住地ノ變更ヲ認ムルコトナシ

第二 交戰國ニ商店ヲ有スル者ハ其商店ニ直接所屬ノ財産ヲ敵物トシ之ニ反シ敵人ニシテ中立

國ニ商店ヲ有スル場合ニハ其商店ニ附屬ノ財産モ亦敵物トス

第三 敵國ノ領土若クハ其占領地ノ產物又ハ製造品ニシテ土地又ハ製造所所有者ノ手ニ在ル間ハ所有者ノ國性如何ニ拘ハラズ之ヲ敵物トス

第四 拿捕物ノ國性如何ハ其拿捕アリタル當時ノ國性ニ依リテ決スヘク其拿捕アリタル後ニ於テハ假令捕獲審檢所ノ判決前ニ於テ所有者カ國性ヲ變更スルモ之カ爲メ同物品ノ捕獲ト否トニ影響ヲ及ボスコトナシ

第五 航海中ナル貨物ハ佛國ニ於ケル如ク其移轉ノ例外ヲ認メヌシテ中立國人民ヨリ敵國人民ニ運搬中ノ物品ハ絶對的ニ買主ノ財産ト看做シ敵國人民ヨリ中立國人民ニ宛テタル物品ハ其賣買ノ善意ニシテ且完了シタル場合ニ限り之ヲ買主ノ物品トシ其取引善意ニシテ所有權移轉ヲ完全ニ行ヒタルコトハ船長又ハ物品所有者ニ於テ立證ノ責任ヲ有ス

我國捕獲規程ニ於テハ載貨ノ敵性ニ付テ孰レノ主義ヲ採リタルヤ其明文ナシト雖モ船舶ニ付テ

ハ第二條ニ

左記ノ船舶ハ敵船トシテ拿捕スルコトヲ得

- 一 運送船トシテ敵國政府ノ傭入レタル船舶其ノ傭入ハ敵國政府ノ脅迫ニ依レル時亦同シ
- 二 敵國ノ旗章及通航券ヲ有スル船舶

三 敵國政府ノ免狀ニ依リ航海スル船舶

四 何レノ國籍ニ屬スルヲ問ハス敵國軍艦ノ保護ノ下ニ航海スル船舶

五 假令船舶書類面ハ帝國臣民若クハ同盟國若クハ中立國ノ船舶モ一部若クハ全部敵ノ

所有ニ係ル船舶

六 外見ハ帝國、同盟國若クハ中立國ニ住所ヲ有スル人ノ所有船舶ナルモ其ノ船舶ハ出港

後ニ敵ヨリ買受ケタルモノニシテ尙ホ進航中ニアリテ未タ其人ノ所有ニ歸セサルモノ

七 外見ハ帝國、同盟國若クハ中立國ニ住所ヲ有スル人ノ所有船舶ナルモ若シ其ノ所有者

開戦後若クハ開戦前豫メ開戦ヲ慮リテ該船舶ノ所有權ヲ敵ヨリ得タルモノナルトキハ

取引ノ善意ニシテ且ツ既ニ完了セル證明充分ナラサルモノ

ト規定シ就中第一號ハ官船ニシテ第二號乃至第四號ハ英佛兩國主義ニ於テモ敵國財産ト看做ス
コト疑ナク第五號ノ規定中帝國臣民ナル用語ヨリセハ佛國主義ニ依リタルヤノ疑アレトモ第六
號乃至第七號ニ於テハ敵船トシテ捕獲スル船舶ハ悉ク定住地主義ニ依リ佛國ノ如ク國籍ニ依ラ
サルコト明カナルカ故ニ第五號ノ帝國臣民ナル文字ハ蓋シ誤ナルヘク臣民ノ二字ヲ削除スヘキ
モノノ如シ加之第七號ニ於テ開戦後ニ於ケル船舶所有權ノ移轉ハ佛國主義ニ於テ全然認メサル
ニ拘ハラス此規定ニ依レハ取引ノ善意ニシテ完了ノ場合ヲ認メタルハ英國主義ニ依リタルモノ
ナルコト明白ナルカ故ニ我國ノ捕獲規程ハ不完全ナカラ船舶ノミニ付テハ荷モ英米主義ヲ取リ
タルモノト謂ハサルヲ得ス

第二項 拿捕物ノ處分竝ニ共同拿捕及ヒ再拿捕

交戰國ノ軍艦カ拿捕シタル船舶ハ總テ本國ニ於ケル捕獲審檢所ノ審判ニ付スルカ爲メ捕獲審檢
所ノ所在地若クハ其最近港ニ引致スヘキコトヲ原則トス然レトモ軍艦カ巡洋中拿捕ノ船數ヲ加
フルニ從ヒ軍艦自ラ之ヲ本國ニ引致スルコト能ハサルコトアリ斯ル場合ニハ船長ハ士官及ヒ水
兵ヲ被捕船舶ニ乗組マシメテ捕獲審檢所ノ所在地又ハ其最近港マテ之ヲ廻送スルヲ常トスト雖
モ時トシテハ其乗組ヲ爲サシムヘキ人員ニ缺乏スルコトアリ或ハ又被捕船ノ速力其他載貨ノ事
情若クハ天候、風浪乃至戰鬪ノ情況ニ依リテハ軍艦カ到底其被捕船ヲ無事ニ本國ニ廻送スルコ
ト能ハサルコトアリ昔時ニ於テハ斯ル場合ニ際シテ屢、中立國ノ港内ニ交戰國カ捕獲審檢所ヲ
開キテ拿捕物ヲ審判シタルコトナレトモ現今ニ於テハ斯ル行爲ヲ斯法上中立國主權ノ侵害ト爲
スノミナラス中立國モ屢、交戰國軍艦ニ對シテ拿捕物ヲ率キテ入港スルコトヲ禁スルカ故ニ斯
ル事情ノ下ニ於テハ拿捕者ハ其船舶及ヒ載貨ニ付キ已ムヲ得ス非常處分ヲ爲シ本國ノ捕獲審檢
所ニ提出スルコト先チテ載貨ヲ消費シ船舶ト共ニ之ヲ賣却、破壊シ若クハ古來ノ慣例上船舶所有
者ニ被捕船舶及ヒ載貨ヲ賠償セシメテ解放シ得ヘキモノトス此故ニ我捕獲規程第二〇條ニ於テ

拿捕船舶若シ船體ニ破損等アリテ第十八條ノ港(捕獲審檢所所在地又ハ其最近港ヲ意味ス)

マテ進行ニ堪ヘサルトキ若クハ艦長該船舶ヲ進行セシムルニ充分ナル下士卒ヲ乗込マシメ能ハサルトキ若クハ其積荷カ第十八條ノ港ニ到達スル前腐敗等ノ虞アルトキハ艦長ハ該船舶ヲ最近ノ港ニ引致シ適宜ノ處分ヲ爲スコトヲ得此ノ場合ニ於テ艦長ハ軍艦乗組員ノ中ヨリ最モ適任ナル鑑定員ヲ選ミ事實ヲ鑑定セシメ調書ヲ製シ並ニ一切ノ手續ヲ詳記シ之ヲ捕獲審檢所ニ提起スヘシ

前項ノ場合ニ於テ艦長ハ該船舶ノ敵ニ屬セサルコト明瞭ナルトキハ戰時禁制品沒收ノ後之ヲ放免スヘシ
ト規定セリ

又第二二條ニハ

敵國政府ノ船舶ニシテ第十八條ノ港ニ引致スルコト能ハサル事由アルトキハ艦長ハ水夫書類及若シ得ヘクンハ積荷ヲ移シタル後其船舶ヲ破壊スヘシ但水夫書類及ヒ積荷ハ第十八條ノ港ニ廻送スヘキモノトス

ト規定シ我國捕獲規程ニ於テハ敵國政府ニ屬セサル敵國ノ船舶ニ付キ之ヲ破壊シ得ヘキ規定ナシト雖モ此第二二條ニ於ケル敵國政府ナル文字ハ單ニ「敵國」ト改メ政府ノ二字ハ削除スルヲ穩當ト思考ス何トナレハ國際公法上敵國私有船舶ト雖モ敵國政府ノ艦船ト同シク

一 其船體ノ破損海上ノ風浪又ハ速力ノ遲緩等ノ爲メ捕獲審檢所所在ノ港又ハ其最近港ニ廻

送シ能ハサルトキ

二 作戰上其廻送ヲ爲スノ暇ナキトキ

三 優勢ナル敵國海軍ノ襲來ニ因リ取戻サルル恐アルトキ

四 本國ノ諸港敵軍ノ爲メ封鎖セラレ廻送スルコト能ハサルトキ

五 其載貨ニ危険ノ虞アルカ如キトキ

ニ於テハ拿捕ノ場所ヨリ最モ近キ本國又ハ他國ノ港内ニ引致シテ適宜ノ處分ヲ爲シ得ヘク若シ中立國ニ於テ其入港ヲ禁スルカ又ハ其他ノ事情ヨリシテ軍艦カスル引致スラ爲スコト能ハサルトキハ拿捕者ハ敵國政府ノ船舶ト同シク私船ノ敵國船舶若クハ載貨ヲ破壊シ得ヘク國際法協會ノ捕獲規程第五〇條ニ於テモ

左ノ場合ニ於テ拿捕ノ船舶ヲ破壊シ又ハ沈没セシムルコトヲ得但其前ニ船内ノ人員ヲ軍艦ニ乗移ラシメ載貨ヲ成ルヘク充分ニ荷卸シ且拿捕ヲ行ヒタル指揮官ニ於テ船舶書類並ニ審判ノ爲メ要スル物件ヲ保存スヘキモノトス

一 船舶ノ状態不良ニシテ海上ノ險惡ナルカ爲メ同船ヲ航海セシメ能ハサルトキ

二 船舶ノ速力遲緩ニシテ軍艦ニ隨伴スルコト能ハス且容易ニ敵ノ回復スル恐アルトキ

三 優勢ナル敵國兵力ノ襲來シ拿捕ノ船舶ノ取戻サルル恐アルトキ

四 軍艦ニ於テ拿捕シタル船舶ニ充分ノ海員ヲ乗込マシメントスルトキハ軍艦ノ完全ニ必

要ナル人員ヲ缺クトキ

五 拿捕シタル船舶ヲ廻送セシムルコトヲ得ヘキ港ノ遠隔シタルトキ

ト規定セリ此故ニ拿捕者ハ捕獲審檢所ニ引致シ能ハサル事情アルトキハ拿捕物ヲ賣却、破壊又ハ燒却シ得ヘク又ハ被捕船ノ船長ヨリ一定ノ金銭ヲ支拂ハシメ若クハ其支拂ヲ約定セシメテ捕獲ヲ免除シ得ヘク此場合ニハ賠償證書二通ヲ作り其一通ヲ拿捕者ニ與ヘ他ノ一通ハ船長カ自ら所持シテ通航券ノ代用トシ其證書ニ指定ニ係ル航路ニ依リ指定ノ時日間ニ於テハ敵ノ攻撃ヲ受クルコトナクシテ歸航シ得ヘク其約定ノ航路及ヒ期限ヲ故意又ハ怠慢ニ因リ誤マルトキハ重テテ拿捕セラルルモノトス但拿捕物ノ賠償ハ拿捕者本國ニ取リテモ利益ニ非サルカ故ニ歐洲諸國ハ一般ニ國法ヲ以テ現今之ヲ禁止セリ然レトモ苟モ軍艦本國ノ國法ニ於テ斯ル禁止ナキ以上ハ國際公法ノ見地ヨリセハ之ヲ行ヒ得ヘキモノトス

海上ニ於テ二艘以上ノ軍艦カ共同ニ同一船舶ヲ拿捕シ若クハ陸軍ト軍艦トカ共同シテ同一ノ拿捕ヲ爲スヲ共同拿捕ト稱ス此問題タル歐米諸國ニ於テハ軍艦ノ艦員カ拿捕物ノ分配ヲ受クルコトナルカ故ニ其拿捕ニ手ヲ下シタル者竝ニ拿捕ヲ助ケタル者ハ分配金又ハ救助料シテ拿捕物ノ價格ノ幾分ヲ取得スルヲ以テ最重要ナルコトナレトモ我國ニ於テハ軍艦カ拿捕ヲ爲シタル場合ニ艦員ハ拿捕物ノ分配金ヲ受クルコトナク拿捕ニ係ル船舶又ハ載貨ハ全然政府ノ財産ト爲ルカ故ニ我國ニ屬スル一軍艦ト他ノ軍艦トノ間ニ於テハ共同拿捕ノ問題ハ重大ナルモノニ非ス

然レトモ例ヘハ我國軍艦ト英國軍艦トカ共同ニ敵國ノ商船ヲ拿捕スルトキハ其分配ノ問題ヲ生スヘク英國及ヒ佛國ニ於テハ其雙方乘組員ノ人数ニ應ジ均一ニ分配スルコトシ米國ニ於テハ軍艦間ノ共同拿捕ハ大砲及ヒ艦員ノ數ヲ其分配ノ標準トセリ

更ニ又再拿捕トハ交戰國一方ノ軍艦カ敵國ノ船舶若クハ一定ノ場合ニ於ケル中立國ノ船舶、載貨ヲ拿捕シタル後其拿捕物ヲ對敵國又ハ其同盟國ノ艦船ニ於テ取戻スコトヲ意味シ再拿捕ノ場合ニハ其船舶又ハ載貨ノ原所有者カ其所有權ヲ回復シ得ヘキヤ又ハ再拿捕者ノ所有ニ歸スヘキヤノ問題ヲ生ス現今一般ノ慣例ニ於テハ所有者カ再拿捕者ニ對シ其取戻ノ努力ニ對スル救助料ヲ與ヘテ物品ヲ回復シ得ルモノトス但其復權ハ同一戰爭中ニ再拿捕アル場合ニ限リ又敵國ニ所有權ノ移轉シテ其國家ノ使用ニ供セラレ居ル場合ニハ原所有者ニ復權スルコトナキノミナラス敵國ニ於テ正當ニ沒收シ其物件カ第三國人ノ所有ト爲リタルトキハ再拿捕ニ依リ原所有者ニ復權セス

拿捕物カ如何ナル時期ニ於テ捕獲者ニ所有權ノ移轉スルヤハ再拿捕ニ於テ最重要ノ關係ヲ有シ第十七世紀ニ於テハ拿捕者カ二十四時間平穩ニ其物件ヲ占有シタルトキニ所有權ノ移轉スルモノト爲シタルコト殆ト一般ニ行ハレ此場合ニハ復權ヲ許サザリシカ佛國ニ於テハ千七百七十九年ノ勅令ニテ官船カ再拿捕ヲ爲シタル場合ニ二十四時間内ナルトキハ拿捕物ノ價額三十分ノ一ヲ救助料トシ其以後ナルトキハ十分ノ一ヲ救助料トシテ原所有者ニ返還スルコトト定メ英

國ニ於テハ假令敵國ノ捕獲審檢所ニ於テ沒收サレタル場合ト雖モ第三國人ノ手ニ渡ラサル間ハ再拿捕ニ依リ復權ヲ許シ千八百六十四年ノ法律ニテ軍艦カ再拿捕ヲ爲シタルトキハ其物件ノ價格八分ノ一ヲ救助料トシ米國モ同一ニシテ其他諸國ニ於ケル救助料ノ割合ハ一定シタルコトナシ

第四節 捕獲審檢所

捕獲審檢所ノ性質ニ付キ英國法廷ノ見解ニテハ其法廷ヲ國際的ノモノトシ國際公法ヲ適用執行スヘキモノト爲スカ故ニ同法廷ハ敵國ニ在ルト自國ニ在ルトヲ問ハス共ニ國際公法ノ法則及ヒ慣例ニ依ルヘク自國ノ法律規則カ國際公法ニ矛盾スルトキハ法廷ハ決シテ國法ニ拘束セララルコトナシトシ之ニ反シ大陸諸國ニ於テハ捕獲審檢所ノ裁判ハ國法ニ準據シ國法ニ規定ナキ場合ニ於テノミ國際公法上ノ慣例及ヒ法則ニ依ルヘキモノトセリ然レトモ何レノ國ニ於テモ交戰國ノ義務トシテ戰爭中此裁判所ヲ開設スヘク自國ノ艦船カ海上捕獲ヲ爲シタル毎ニ必ス其法廷ニ提出シテ其捕獲ノ正當ト否トヲ裁判スヘキコトハ國際公法ノ原則ニ屬シ總テ拿捕物ノ裁判ハ拿捕本國ノ法廷ニ限テノミ之ヲ行ヒ中立國ノ法廷又ハ同盟國ニ於テ之ヲ爲スコトヲ許サス又交戰國ヨリ他國ノ法廷ニ其裁判ヲ委任シ能ハサルモノトス

現行法上文明國ハ戰爭中ニ限リ必ス捕獲審檢所ヲ開設スヘク其法廷ノ組織ハ各國ニ於テ任意ニ之ヲ規定シ中立國又ハ敵國ニ於テハ其裁判ノ結果カ國際公法ニ違反スル場合ニ於テノミ之ニ抗議シ得ヘキニ過キス然レトモ一般ノ法則トシテ同法廷ハ戰爭ノ繼續中ニ非サレハ審判ヲ行フコト能ハス又他國ノ法廷ニ其裁判ヲ委任シ能ハサルト同時ニ中立國ノ版圖内ニ開設スルカ若クハ同國ニ駐在スル領事官其他ノ官吏ヲシテ拿捕物ヲ裁判セシムルコト能ハサルノミナラス中立國ニ滞在スル軍艦内ニ於テモ之ヲ開廷スルコトハ決シテ許ササルモノトス此故ニ同法廷ハ必ス交戰國ノ版圖内ニ開設スヘク其國ノ殖民地又ハ征服ニ係ル敵地ニ開クモ妨ナシ又捕獲審檢所ハ之ヲ始審及ヒ終審ノ二種ニ分ツテ普通トシ佛國ニ於テ其始審廷ノ裁判官ニハ司法省、海軍省及ヒ陸軍省ノ官吏ヲ以テシ終審ヲ元老院トシ英國ニ於テハ高等海軍裁判所カ戰爭中勅命ニ依リテ捕獲審檢所ノ職務ヲ行ヒ終審ハ樞密院ニ於テシ米國ニ於テハ地方裁判所及ヒ控訴院カ始審ヲ爲シ再審ハ高等法院ニ於テシ我國ハ明治二十七年八月二十日勅令第一七九號捕獲審檢令ニ依リ始審及ヒ再審ノ二種ヲ置キ其審判官ニハ英米兩國ノ如ク純然タル司法官ノミヲ以テセス歐洲大陸諸國ト同シク文官及ヒ武官ヲモ之ニ加ヘテ樞密顧問官、裁判官、海軍士官並ニ法制局及ヒ外務省ノ官吏ヲ以テ其評定官ニ充テタリ

捕獲審檢所ノ裁判管轄ハ戰爭中自國ニ屬スル戰團、巡洋ノ艦船カ行ヒタル拿捕物ヲ悉ク審理裁判シ其拿捕ハ軍艦カ單獨ニ海上ニ於テ行ヒタルト沿岸ノ陸上ニ於テ取得シタルト又陸軍ト共同ニ爲シタルトヲ問ハス戰爭中公海又ハ敵國若クハ自國ノ領海、港灣、河流ニ於テ拿捕シ又ハ降

服ニ依リテ取得シタル船舶、載貨並ニ戰爭前ニ當リ報仇、船舶抑留ニ依ル拿捕物ヲ審判シ再拿捕、共同拿捕、賠償證書其他之ニ附帶スル救助料及ヒ巡洋行爲ニ關スル箇人ノ損害等總テ交戰國カ海上ニ於ケル戰爭關係ノ事項ヲ悉ク裁判スルト同時ニ斯ル事項ハ他國ニ於テ之ヲ裁判スルノ權ナシ但其唯一ノ例外ハ交戰國ノ艦船カ中立國ノ領海内ニ於テ拿捕ヲ行ヒ又ハ中立國版圖内ニ於テ鐵裝シタル交戰國ノ艦船カ公海其他ニ於テ敵船ヲ拿捕シタルトキハ其國權ヲ侵サレタル中立國ニ於テ自國ノ版圖内ノ同拿捕物ノ入り來リタルトキ直接ニ之ヲ差押ヘテ裁判シ得ヘキモノトス

捕獲審檢所ノ判決ハ拿捕ニ關スル最終裁判ニシテ拿捕者ト拿捕物所有者間ニ在リテハ其判決ノ效力カ絶對的ノモノトス隨テ其裁判ニ係ル事件ニ付キ拿捕者ハ其後拿捕物ノ原所有者ニ對シ他國ニ於テモ何等ノ責任ヲ有スルコトナク他國モ亦同一事件ヲ再審又ハ覆審スルコト能ハス然レトモ其判決カ國際公法上不當ナルトキハ責任ハ裁判所本國ニ屬シ被害人民ノ本國政府ニ對シテ其實ニ任スヘク此場合ニ於テ國際公法ニ背反スルカ又ハ寬嚴ニ失シタル内國法アルモ其規定ハ國際裁判上抗辯ノ理由ト爲ルコトナシ又捕獲審檢所ノ裁判手續ハ各國ノ法令ヲ以テ任意ニ規定シ得ル所ナレトモ拿捕者ハ其拿捕物ノ提供ト共ニ拿捕ノ事由及ヒ其正當ヲ證スヘキ一切ノ事項ヲ記載シタル供述書ヲ證據書類ト共ニ法廷ニ出シ法廷ハ被捕船ノ艦長及ヒ海員ノ口述ヲ聽取リテ調査書ヲ作り其審判ニ於テハ拿捕行爲ハ正當ト推測セラレ拿捕物ノ所有者又ハ關係者ニ於テ其反證ヲ舉クヘク捕獲審檢所ニ於ケル審判ノ結果ニシテ若シ罰金ヘキモノトスルトキハ船舶又ハ載貨ヲ沒收シ之ニ反シ相當ノ嫌疑アリテ拿捕セラレタルモ沒收スヘカラサルモノト決定スルトキハ之ヲ放免シテ其附帶ノ費用ハ船舶所有者ニ於テ負擔スヘク若シ又何等拿捕ノ理由ナクシテ引致セラレタルモノナルトキハ拿捕者本國ニ於テ航海ノ遲延其他ノ費用ヲ負擔スヘク苟モ捕獲審檢所ノ審判ニ於テ其捕獲ノ不當ヲ示シ足ルヘキ立證ヲ拿捕者ノ所有者若クハ其關係者ニ於テ充分ニ爲シ能ハサルモノハ悉ク沒收シ又拿捕ノ理由アル場合ニ於テハ拿捕者ノ怠慢又ハ過失ニ出テサル損害ヲ拿捕船舶又ハ載貨カ受クルコトアルモ拿捕者ハ其賠償ノ義務アルコトナシ

第五章 戰鬪方法ニ關スル法則

第一節 總則

交戰國ハ海陸ノ戰鬪ニ於テ敵國ニ加ヘ得ヘキ暴力ノ程度ニ付キ戰爭ノ目的ヲ達スルニ不必要ナル慘酷ヲ制限シ其兵力抵抗ヲ滅殺スルニ不必要又ハ不適當ナル苦痛ヲ與フル行爲ヲ禁セラレ戰鬪ノ目的ニ反シ若クハ之ニ比例セサル暴力ノ濫用ヲ許ササルモノトス加ニ交戰國ハ互ニ全然敵對ノ地位ニ立ツモノナレトモ素ト人類相互間ノ戰爭ナルカ故ニ其間ニ於テ幾分か好箇上ノ行爲カ自ラ行ハルヘキコトハ人類社會ニ伴ヒタルノ現象ニ屬シ古來戰爭ニ於テ必ス斯ル行爲ノ形跡

カ存在シ來リタルモノトス然レトモ其好誼的ノ關係タル固ヨリ國家間ノ平和關係ト同一ノモノニ非ス單ニ交戰者間ニ於テ戰爭關係ノ存續スルニ拘ハラヌ一時的ニ暴力ノ行使ヲ中止スルニ止マルモノニシテ斯ル好誼ノ交通ヲ實行セントスルノ時期ハ交戰者雙方ノ希望ニ出テ其雙方ノ便宜ニ基クヘキモノナルカ故ニ戰爭中ニ於テ之ヲ實行スルト否トハ交戰者各方ノ任意ニ屬シ其各場合ノ事情如何ニ基クヘキモノトス然レトモ苟モ一定ノ好誼的關係ヲ行ハントスルニ際シテハ其實行ニ當リ國際公法上一定ノ慣例カ存在スルカ故ニ交戰國ハ誠實ニ其慣例ノ實行ヲ努ムヘク違反アルニ於テハ對敵國ニ於テ報仇ノ手段ニ出テ得ヘキモノトス此慣例ヲ名ケテ交戰國間ノ平和的的交通又ハ非敵意ノ關係ト謂フ

第二節 敵人ニ對スル加害ノ程度

平和會議ノ陸戰ノ法規慣例條約第二二條ニ於テモ交戰者ハ害敵手段ノ選擇上無限ノ權力ヲ有スルコトナシト規定シ敵國非戰闘員ニ對シテハ勿論戰闘者ニ對シテモ之ニ加害ノ程度ハ國際公法上一定セラレ居ルモノトス今戰闘ノ方法中ニ付キ不法トシテ斯法上嚴禁セラレ居ルモノヲ列舉セハ

第一 暗殺 戰爭ノ勝敗ハ往々敵國ノ君主又ハ重要ナル文武官若クハ敵軍ノ將帥ノ在否ニ關スルコト多キヲ以テ昔時ノ戰爭ニ於テハ暗殺カ行ハレ羅馬ニ於テモ暗殺ノ種類ニ由リテハ其舉ヲ賞發シ「グロシエース」モ暗殺ニ付キ德義ヲ害スルモノト然ラサルモノトヲ區別シテ暗殺ノ正當ナル場合ト否トヲ論シタレトモ今日ニ於テハ暗殺ハ全ク之ヲ嚴禁セラレ「ブルヂセル」宣言ニモ敵國又ハ軍隊ニ屬スル個人ヲ詐術ヲ以テ殺害スルヲ禁ストノ規定アリ茲ニ暗殺ト云ヘルハ兵士又ハ個人ノ服裝形狀ヲ變シ斯罔ノ口實ヲ構ヘテ敵人ヲ詐リ若クハ其營中ニ忍ヒ入り將帥其他ヲ殺害スルモノニテ斯ル行為ヲ爲ス者ハ固ヨリ文明諸國ノ慣例ニ背キ其德義ヲ破壞スルノ行為ニシテ戰爭ノ不必要ナル慘狀ヲ減却セントスル近世ノ趨勢ニ戾ルカ故ニ之ヲ卑ムヘキ戰爭法ノ犯則ト爲スノミナラス斯ル刺客ヲ使用シ獎勵シ又ハ補助スルハ文明國ノ不名譽ニシテ憎ムヘキ行為ナルカ故ニ決シテ國際公法上之ヲ行フコト能ハス隨テ日清戰役ノ當時清國政府ハ我國ノ將帥若クハ兵士ノ首級ヲ懸賞シテ求メタルカ如キハ皆不法トス然レトモ暗殺ト襲撃トハ之ヲ混同スヘカラスシテ例ヘハ軍服ヲ著シタル兵士カ單獨ニ敵陣中ニ入り若クハ軍人ノ一團カ暗殺ニ乘シ竊ニ敵營ニ入りテ將帥ヲ殺害スルカ如キハ決シテ暗殺ニ非スシテ却テ勇敢ノ行為ナリトス」

第二 毒藥 毒藥ヲ使用スルハ古來戰爭ニ於テ行ハレタルモ文明ノ進歩ト共ニ戰爭ニ於テ不人情ナル手段ヲ不法ト看做スニ至リ「グロシエース」ヲ始メ諸學者ハ毒藥ノ使用ヲ非難シテ文明國人ノ行為ニ背反スルモノトシ諸國ノ國法ニ於テモ之ヲ禁スルコトト爲リ「ブルヂセル」宣言「オックスフォード」陸戰法規ニモ其禁止ノ明文アリ方今ニ於テハ陸戰ノ法規慣例條約第二三條ニ於テ

毒又ハ毒ヲ施シタル兵器ヲ使用スルコト

ヲ嚴禁シタル如ク凡テ敵國人ノ生命及ヒ財産ニ對シ有力ナル加害ノ武器其他ノ物件ヲ發明シテ之ヲ使用スルハ適法ナレトモ毒藥ノ武器ヲ用フルハ戰争ノ慘酷ヲ加フルニ止マリ其彈丸又ハ刀劍ニ依リテ既ニ負傷シ戰闘ニ堪ヘサルニ至リタル者ニ對シテ無益ナル苦痛ヲ生スルニ止マリ其傷痕ヲシテ全治ノ途ナカラシムルニ過キサルヲ以テ戰闘ノ方法トシテ之ヲ禁止スル所以ナリトス此故ニ兵器、彈藥中ニ毒藥ヲ使用ヲ禁スルハ一般ニ毒ヲ使用スルコトヲ不法トシ殊ニ飲用水又ハ食物、飲料ニ毒藥ヲ使用スルハ一層嚴禁スル所トス何トナレハ前述ノ理由ニ因リ是レ管ニ敵國ノ戰闘力ヲ減却スルニ不必要ナル陰險的行爲ナルノミナラス糧食、飲料ニ之ヲ使用スルコトヲ許スニ於テハ無害ナル人民即チ敵國戰闘者以外ノ者モ之ニ依リテ悲慘ナル毒殺ヲ被ルヘキ危險アルヲ以テナリ又之ト同一ノ理由ニ因リ平和會議ニ於ケル宣言ヲ以テ締盟國ハ窒息セシムヘキ瓦斯又ハ有毒質ノ瓦斯ヲ撤布スルヲ唯一ノ目的トスル投射物ノ使用ヲ禁止スルコトト爲セリ

第三 無益ノ苦痛ヲ與フル彈丸 戰争ハ敵ノ兵力抵抗ヲ殺クコトヲ其目的ト爲スカ故ニ千八百六十八年十二月西班牙ヲ除クノ外歐洲強國ハ露國「ベラルブルグ」ニ代表者ヲ送リ交戰國ノ陸軍又ハ海軍ニ於テ四百瓦以下ノ重量ナル彈丸ニシテ爆裂ナルモノ若クハ爆發又ハ燃燒シ易キ物質ヲ包含スルモノヲ戰闘ニ使用スルコトヲ禁止スル宣言ヲ爲セリ此宣言ハ諸國ノ批准ヲ了ス

ルニ至ラス又之ニ贊同ヲ明言セサルモノアレトモ現行文明國ノ慣例上同一ノ彈丸ヲ用ヒ敵國戰闘者ニ對シテ不必要ノ苦痛ヲ與ヘ治療スヘカラサルノ負傷ヲ蒙ラシムルコトハ到底爲スヘカラサルニ至リタルカ故ニ同宣言ニ規定シタル事項ハ自ラ國際公法ノ一部ト爲リ「ブルッセル」宣言ニ於テモ之ヲ援用シ又兵器、彈藥其他戰争用ノ物件ニシテ右宣言以外ノモノト雖モ苟モ不必要ノ苦痛ヲ與フルモノハ凡テ其使用ヲ禁セラルルニ至レリ此故ニ陸戰ノ法規慣例條約第二三條ニ於テモ

無益ノ苦痛ヲ與フヘキ兵器、彈丸其ノ他ノ物質ヲ使用スルコト

ヲ嚴禁スルノ明文アリ此故ニ今日ニ於テ四百瓦以下ノ爆裂彈ヲ使用スヘカラサルノミナラス鐵片其他ノ金屬又ハ硝子等ヲ大砲、小銃ニテ發射スル如キコトハ一般ニ許ササル所トス又普通ノ彈丸ト雖モ不規則ナル形狀ヲ爲シタルモノヲ發射スルハ負傷者ニ無益ナル苦痛ヲ與フルノ理由ヲ以テ不法トシ先年平和會議ノ議場ニ於テモ英國ノ埃及遠征ニ用ヒタル「ダムダム」丸ト稱シテ人體ニ入り其ノ膨脹スル彈丸ヲ非難シ英國代表者ハ同爆發ノ性質ハ斯ル非難ヲ來スヘキモノニ非ス又野蠻人ニ對シテハ一層有效ナル彈丸ヲ使用セサルニ於テハ其戰闘力ヲ失ハサルカ故ニ文明國間ノ戰争ヨリモ稍、殘酷ナル彈丸ヲ使用スルノ止ムヲ得サルコトヲ辯シタルトモ遂ニ同會議ハ宣言ヲ以テ

締盟國ハ外包硬固ナル彈丸ニシテ其外包中心ノ全部ヲ外包セス若クハ其ノ外包ニ截刻ヲ施シ

タルモノノ如キ人體内ニ入りテ容易ニ開展シ又ハ扁平ト爲ルヘキ彈丸ノ使用ヲ各自ニ禁止スル
ト規定シ更ニ他ノ宣言ヲ以テ

締盟國ハ輕氣球上ヨリ又ハ之ニ類似シタル新ナル方法ニ依リ投射物及爆裂物ヲ投下スルコト
ヲ五箇年間禁止スルコトヲ約ス

ト規定アリ此等ノ宣言ハ單ニ締盟國二十六箇國間ノ條約ニ止マルノミナラス其締盟國間ノ戰爭
ニ於テノミ之ヲ遵守スヘキコトト爲シタルニ過キスシテ野蠻人ニ對スルカ又ハ締盟國以外ノ國
ニ對スル戰爭ニ於テハ締盟國ト雖モ之ヲ遵守スヘキ義務ナシト雖モ其規定ハ學理上間然スヘキ
所ナキヲ以テ遠カラスシテ國際公法上ノ法則ト爲ルニ至ルヘキカ如シ要スルニ現今兵器、彈丸
ノ使用ニ付キ適法ト否トノ岐ルルハ其破壞力ノ大小ニ非スシテ國敵ノ抵抗力ヲ滅殺スル程度ニ
比シ其與フル苦痛ノ多小ニ由ルモノナルカ故ニ例ヘハ水雷ノ如キハ一撃ノ下ニ軍艦全體ヲ沈没
セシムヘキ有力ノ兵器ナリト雖モ其使用ハ正當ナルニ反シ彈丸ニ硫酸ヲ附著スルカ如キハ斯法
上大ナル犯則ナリトス

第四 掠奪及ヒ荒壞 昔時ノ戰爭ニ於テハ敵國領土及ヒ人民ニ對シテ無制限ナル掠奪ヲ行ヒ其
土地ヲ荒壞ニ歸セシメタリシコトアリシカ現今ハ全ク之ニ反シ交戰者ハ敵地ニ侵入スルニ當リ
テモ其他ニ在ル住民ノ財産及ヒ其商工業等ヲ却テ保護スヘキ責任ヲ有スルコトト爲レリ然レト
モ荒壞ハ今日ト雖モ戰爭ニ於テ絕對的ニ禁止セラレタルニ非スシテ戰爭ノ進行中場合ニ依リ已

ムヲ得サルトキハ之ヲ行ヒ得ヘク「グロッシュ」ハ交戰者ニ於テ敵國ヲシテ其要求ヲ容ルル
ニ至ラシムヘキ小時間ノ荒壞ハ之ヲ行ヒ得ヘシトシ「ヴァテル」ハ敵軍ヲ防衛シ若クハ野蠻人
ヲ懲戒スル爲メニ荒壞ヲ行フハ禁スル所ニ非スト論セリ然レトモ今日ニ於テハ戰爭ニ於テ敵國
ノ財産ノ破壞ヲ行ヒ得ヘキ場合ト決シテ之ヲ行フヘカラサル場合並ニ事情ニ因リテハ之ヲ行ヒ得
ヘキモノトノ三者ヲ區別スルノ必要アリテ敵國私有財産ニ對シテ破壞ヲ行ヒ得ヘキ場合ハ例ヘ
ハ交戰者ニ於テ自己防禦ノ場所ヲ堅固ニシ若クハ敵軍ヲ攻撃又ハ自國軍ノ防禦ヲ容易ニスルカ
爲メ軍隊ノ進退ヲ自由ト爲スカ如キ作戦上ニ必要アルトキニ限り常ニ破壞ヲ行フヘカラサルモ
ノトス例ヘハ寺院又ハ公ノ建築物ニシテ敵軍ニ使用セラレ居ラサルモノ若クハ使用セラルヘキ
地位ニ在ラサル場合ノ如キ作戦上ニ何タル關係ナキ破壞トス而シテ軍隊ノ生存ニ必要ニシテ其
亡滅又ハ降服ヲ避クルニ已ムヲ得サル破壞ハ其財産ノ種類如何ヲ問ハス之ヲ行ヒテ妨ナクシテ
陸戰ノ法規條約第二三條ニ於テモ

戰爭ノ必要上萬已ムヲ得サルノ外ハ敵ノ財産ヲ破壞シ又ハ押收スルコト
ヲ禁スルノ規定アリ

茲ニ注意スヘキハ千八百十三年佛國軍ノ進撃ニ際シテ露國カ莫斯科府ヲ燒燬シ和蘭國モ屢、第
十七世紀、第十八世紀ニ於テ佛國軍又ハ西班牙軍ヲ防禦スル爲メ自ラ水門ヲ開キテ海水ヲ國內
ニ横溢セシメタルカ如キ交戰者カ其自國財産ニ對スル破壞ハ各國ノ自由行為ニ屬シテ國際

公法ニ於テ之ヲ禁スルモノニ非ス隨テ敵國財産ニ對スル破壊ト自國財産ニ對スル破壊トノ間ニハ大ナル區別カ斯法上ニ存在シ敵國財産ニ對シテハ「ブルツセル」宣言第一五條乃至第一八條ニ之ヲ規定シ陸戰ノ法規例條約第二五條ニ於テ

防守セサル市府村落居宅又ハ建物ヲ攻撃又ハ砲撃スルヲ禁ス

ト規定シ又第二六條ニ

攻撃軍隊ノ指揮官ハ強襲ノ場合ノ外砲撃ヲ始ムル前ニ其ノ旨ヲ官廳ニ通告スル爲凡ソ其ノ權内ニ屬スル總テノ手段ヲ盡スヘキモノトス

ト規定シ第二七條ニ於テハ

攻圍及砲撃ニ於テハ宗教、技藝、學術及慈善ノ爲設ケラレタル建物病院並病者傷者收容所ハ其ノ軍事上ノ目的ニ供セラレサルニ於テハ成ルヘク之ニ害ヲ加ヘサル爲必要ノ手段ヲ施スヘシ

被圍者ハ敵ノ攻圍者ニ通知シタル看易キ特別ノ徽章ヲ以テ此等ノ建物又ハ收容所ヲ表示スルノ義務アリ

トシ第二八條ニ於テハ

突撃ヲ以テ攻撃シタル市府又ハ其ノ他ノ地域ト雖掠奪ヲ行フコトヲ禁スト規定セリ

第五 防守セサル場所ノ攻撃又ハ砲撃 戰闘ノ目的ハ敵國ノ戰闘力ヲ減殺スルニ在ルカ故ニ自

國軍隊ニ敵抗スルノ能力ナキカ又ハ兵器ヲ採リテ抵抗ヲ爲ササル市町村居宅又ハ建物ヲ攻撃又ハ砲撃スルノ必要ナキニ依リ斯ル攻撃又ハ砲撃ヲ現行法上禁止スルコトハ前記ノ如ク陸戰ノ法規例條約第二五條ニ規定スル所ナリ殊ニ近世ノ大砲ハ非常ノ損害ヲ惹起スルモノナルカ故ニ其砲撃ハ最モ慎ムヘク敵國軍艦又ハ戰闘員ニ對シテ激烈ナル砲撃ヲ加フルハ其戰闘力ヲ削ク所以ニシテ正當ナレトモ兵力防禦ナキ場所ヲ合圍シ又ハ兵力ヲ以テ攻撃シ或ハ砲撃スルニ於テハ戰争ノ目的ニ必要ナキ殺傷ヲ非戰闘員タル住民ニ加ヘ不必要ナル財産ノ大ナル破壊ヲ其私有財産ニ蒙ラシムルニ過キス

然レトモ兵力上ノ防備アル市府例ヘハ現今旅順ノ如キ地點ハ之ヲ正當ニ攻撃又ハ砲撃シ得ヘク之ヲ攻陷スルハ敵國ノ戰闘力ヲ削キテ戰争ノ目的ヲ達スルニ必要ナルヲ以テナリ又斯ル場所ヲ攻陷セントスルニ付テハ必スシモ軍隊ヲ之ニ侵入セシムルカ又ハ之ヲ砲撃スルニ限ラスシテ軍略上ノ必要アルニ於テハ單ニ合圍シテ其糧食ヲ絶テ若クハ領水ヲ涸渇シ飢餓ニ依リテ之ヲ攻撃シ得ヘク普佛戰爭中獨逸軍隊カ巴里城ヲ合圍シタルハ主トシテ此方法ニ依リタルモノトス茲ニ所謂防守セル場所等ヲ攻撃砲撃シ得ヘシト云フニ付キ防守ノ有無ハ必スシモ旅順ノ如キ砲臺アル場所ヲ意味スルニ限ラス假令城壁ナク砲臺ナキ場所ト雖モ戰闘又ハ巡洋ノ艦船カ入泊シ居ル港内若クハ陸軍兵士其他戰闘員ノ兵力抵抗ヲ爲シ居ルカ又ハ斯ル抵抗ヲ爲シ得ル場所ハ之ヲ攻撃若クハ砲撃シテ妨ナク之ニ反シ假令城壁アリ砲臺ノ設備アル場所ト雖モ其場所ノ戰闘員若ク

ハ非戦闘員カ兵力抵抗ヲ爲ササルトキハ殊更ニ之ニ攻撃若クハ砲撃ノ必要ナキカ故ニ艦ニ其攻撃砲撃ヲ加フルコト能ハス
加之前述ノ區別ニ依リ交戦者カ砲撃ヲ加ヘ得ヘキ場所ニ對シテモ其地域内ニ在ル宗教、技藝、學術及ヒ慈善ノ爲メ設備セラレタル建物、病院及ヒ病者、傷者ノ收容所ノ如キ人類ノ文明ヲ補助スルノ用ヲ爲ス建物ハ成ルヘク之ニ加害ヲ爲スコトヲ避クヘキ義務ヲ有シ又被圍者ニ於テモ斯ル建物ニ付キ其被害ヲ免ルルノ必要及ヒ攻撃軍隊ヲシテ其義務ヲ盡サシムルコトヲ助クルカ爲メ豫メ攻撃軍ニ通知シ置キタル看易キ一定ノ徽章ヲ其建物ニ表示スヘク旗章其他ヲ以テ斯ル表示ヲ爲シ置クニ非サレハ之ニ對スル敵軍ノ加害ヲ咎ムルコト能ハス但一般ニ攻撃又ハ砲撃ヲ免ルヘキ建物ニ於テモ之ニ軍隊ノ屯在スルカ又ハ赤十字條約ニ基キタル中立事業ヲ除クノ外軍隊ノ兵力ヲ補給ノ場所トシテ之ヲ使用シ居ルトキハ假令中立的ノ徽章ヲ表示スルモ欺罔ノ行爲ナルカ故ニ不法ニ屬シ其表示ノ爲メ砲撃又ハ攻撃ヲ免ルヘキモノニ非ス

防守セサル海岸ヲ海軍ノ砲撃ニ付テモ陸戰ト其法理ヲ同一ニスルカ故ニ管テ浦鹽ニ在ル露國艦隊カ羽後國酒田港ヲ砲撃ノ噂アリタレトモ事實無根ナリシハ戰爭法上固ヨリ然ルヘキ所ニシテ決シテ其砲撃ヲ許スヘカラサルモノトス然レトモ交戦者ハ敵國ノ防守セサル港ニ對シテ徵發、取立金ヲ賦課シ得ヘキヤ否ヤハ問題ナリト雖モ陸戰ニ於テ防守セサル場所ヲ占領シテ徵發、取立金ヲ賦課シ得ルト同シク海軍ニ於テモ若シ爲シ得ヘクハ敵國ノ防守ナキ港ニ對シテ徵發、取

雜 錄

○大審院判例要旨

○準禁治産宣告ノ發効時期、準禁治産宣告ノ被送達者 人事訴訟手續法ヲ閱スルニ其第三章(第四十條乃至第六十九條)ニ禁治産及ヒ準禁治産ニ關スル手續ヲ規定シ其第六十七條ニ準禁治産ニ關スル手續ニハ本章ノ規定ヲ準用ストアリ所謂準用トハ禁治産ト準禁治産トハ其性質素ヨリ同一ナラサルモ相類スル所アルニ依リ準禁治産ノ性質ト相悖ラサル限リハ準禁治産ヲ禁治産ニ比擬シテ後者ニ關スル手續ヲ前者ニ使用スル謂ナリ乃チ禁治産ニ關スル手續ヲ規定シタル同第五十二條ヲ查閱スルニ「禁治産ヲ宣告シタル日ヨリ効力ヲ生ス」トアリ此規定ハ之ヲ準律ニ依リ後見人トナルヘキ者カ其送達ヲ受ケタル日ヨリ効力ヲ生ス」トアリ此規定ハ之ヲ準禁治産ニ準用スヘキモノナルヤ否ヲ審按スルニ準禁治産ノ宣告モ禁治産ノ宣告モノノ行爲能力ニ制限ヲ加フル點ニ於テハ同一ニシテ唯其制限ノ程度ヲ異ニスルノミナルヲ以テ前者ヲ後者ニ比擬シ前者ノ宣告ハ後者ノ宣告ト均シク之ヲ送達シタル日ヨリ効力ヲ生スルモノトセサルヘカラサルハ同第六十七條ノ精神ニ徴シテ毫モ疑ヲ容レズ然レトモ準禁治産ノ宣告ヲシテ其効力ヲ生セシムルニハ之ヲ何人ニ送達スルヲ要スルカハ別問題ナリ今此問題ヲ解決スルニ

當り毫モ疑ノ存セサル場合アリ即チ準禁治産ノ宣告ヲ受ケタル者カ未成年ニシテ法定代理人アル場合はナリ此場合ニ於テハ同第六十七條ノ所謂準用ニ依リ準禁治産ノ宣告ハ之ヲ法定代理人ニ送達シ其送達ノ日ヨリ效力ヲ生スルモノトス而シテ禁治産者ハ法律上之ヲ後見ニ付スルハ民法第八條ノ規定スル所ニシテ準禁治産者ニ對シテハ法律上保佐人ヲ付スルコトハ是亦同第十一條ノ規定スル所ナリ故ニ準禁治産者ノ保佐人ヲ禁治産者ノ後見人ニ比擬シ準禁治産ノ宣告ハ之ヲ保佐人ト爲ルヘキ者(民法第九百九條同第九百二條同第九百三條參照)ニ送達シタル日ヨリ效力ヲ生スルモノトスヘキカ上告人主張ノ如ク之ヲ檢事ニ送達シタル日ヨリ效力ヲ生スルモノトスヘキカ將タ原判決ニ判示シタル如ク之ヲ準禁治産者其人ニ送達シタル日ヨリ效力ヲ生スルモノトスヘキカハ大ニ勘考ヲ要スル問題ナリ依テ按ズルニ保佐人ハ其性質トシテ準禁治産者其人ヲ補助シ準禁治産者カ民法第十二條ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニ當リ之カ是非得失ヲ考ヘ之ニ同意又ハ不同意ヲ表スヘキニ止リ後見人ノ如ク禁治産者ヲ代表シ之ニ代リ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ヘキ者ニ非ス故ニ準禁治産ノ宣告ヲシテ其效力ヲ生シシムルニハ之ヲ保佐人ト爲ルヘキ者ニ送達スルモ禁治産ノ宣告ヲシテ其效力ヲ生シシムルニハシタルト同一ノ效力ヲ生スルモノトスルヲ得ス是實ニ禁治産者及ヒ其後見人ノ性質ト準禁治産者及ヒ其保佐人ノ性質ト相異ナル所アルカ爲メナリ(以下次號)

法學志林

第八卷 每月一回廿日發行
 第十三號 定價一冊拾貳錢
 十二月廿日 郵稅壹錢
 發行 壹圓貳拾錢 (第八十九號)

◎ 志 林
 刑法改正ニ關スル獨乙社會民主黨ノ決議ニ付テ
 保險契約ノ單一觀念ヲ論ス
 轉婚又ハ轉縁組ヲ爲シタル者ノ復籍ニ就テ
 民法上ノ疑義
 國際法ト國內法トノ關係
 法學士 泉 三新
 法學士 佐 竹 吾
 法學士 三 瀨 信
 法學士 池 田 寅 二
 法學士 山 田 三 良

◎ 實 疑 典 錄
 民法三題(橫田法學士、牧野法學士)
 刑事法一題(牧野法學士)
 民事訴訟法二題(板倉法學士)
 ◎ 判 例
 大審院判決例十一件

次號即チ第九卷 美濃部博士、加藤博士、乾學士、牧野學士及ヒ梅博士ノ
 鈞玄關論說ヲ揭 其他法典質疑錄纂論等フヘシ讀者割目シテテテ!

發行所

法政大學

(電話番町 一七四番)

校外生規則摘要

- 一 一ヶ月以上本大學ノ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義録ノ講習ヲ修リタル者ハ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得但手數料金貳拾錢ヲ納ムヘシ
- 一 校外生月謝ハ左ノ如シ
 - 一 一ヶ月分 各學年 金四拾錢 全學年 金壹圓
 - 一 六ヶ月分 各學年 金貳圓三拾錢 全學年 金五圓五拾錢
 - 一 一ヶ年分 各學年 金四圓五拾錢 全學年 金拾壹圓
- 一 月謝ヲ納付シタルトキハ講義録ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收書ヲ交付セズ若シ發信ノ日ヨリ二十日ヲ過キテ講義録ノ到着セサルトキハ其旨本大學ニ通知スヘシ
- 一 校外生ハ講義録中ニ疑義アルトキハ講義録ノ番號ヲ科目頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ文意解シ難キモノ主旨明確ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セズ
- 一 質疑中有益ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義録ニ登載スヘシ

◎注意

振替貯金ヲ以テ月謝ヲ納付セラルル向ハ納付ノ都度定額ノ外ニ振替貯金規則ニ依ル登記料金二錢ヲ添ヘ振込マルヘシ

振替貯金口座『三二九四番』

明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可

明治四十年一月十一日印刷
明治四十年一月十二日發行

(定價金五拾錢)

編輯兼 發行所 萩原敬之

重利俊夫

金子活版所

發行所

私立法政大學

電話番町二七四番

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地