

法政大學講義録

牧野, 英一 / 山崎, 覺次郎 / 秋山, 雅之介 / 中村, 進午 /
美濃部, 達吉 / 二上, 兵治 / 横田, 秀雄

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

19

(号 / Number)

1学年の7

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

104

(発行年 / Year)

1908-04-10

明治四十一年四月十日發行

第壹學年ノ一

四十一年度

法政大學講義錄

第十號

法政大學發行

0091

明治四十一年四月十日發行

・第壹學年ノ

四十一年度

法政大學講義錄

第十號

法政大學發行



0092

四十一年度第十九號目次

憲	法 (自二三八)	法學博士 美濃部 達吉
民法	總則 (自二三八)	法學士 二上 兵治
民法	物權 自第一章 (自二四五) 至第六章 (自二四八)	法學士 横田 秀雄
刑法	總論 (自一四八)	法學士 牧野 英一
國際公法	平時 (自二七)	法學博士 中村 進午
國際公法	戰時 (自一五八)	法學博士 秋山 雅之介
經濟	學 (自一四〇)	法學博士 山崎 覺次郎

雜錄 ○大審院判例要旨

090
1908
1-1-7

- 三 法律中自ラ有効期限ヲ定メタルトキハ其期限ノ到來、法律中ニ解除條件ヲ定メタル場合ニ於テ其條件ノ成就シタルトキ亦同シ
 - 四 法律カ命令ニ其廢止ヲ委任シタル場合ニ於テ命令ニ依リテ之ヲ廢止セラレタルトキ
 - 五 法律ノ規定セル目的物ノ消滅シタルトキ
 - 六 反對ノ慣習法ノ成立シタルトキ
- 以上ノ外尙ホ緊急命令及ヒ條約ノ法律ヲ廢止變更シ得ヘキノ力ニ付テハ後ノ章ヲ見ルヘシ

第二章 司法

第一節 司法ノ觀念

一 性質上ノ司法ノ觀念
國家ノ作用ハ立法司法及ヒ行政ノ三種ニ區別スルコト通常ナリ
本來ノ性質ヨリ云ヘハ立法トハ法規ヲ定ムルノ作用ヲ云ヒ司法ハ個個ノ事件ニ付キ何カ法規ノ定ムル所ナルカラ宣言スルノ作用ヲ云ヒ行政トハ法規ノ範圍内ニ於テ國家ノ目的ヲ達スルノ作用ヲ云フ

行政ト司法トハ共ニ法規ノ下ニ於テ實在ノ個個ノ事件ヲ處置スルノ作用ナルノ點ニ於テ一致ス
此點ニ於テ司法及ヒ行政ハ共ニ一般抽象的ノ法則ヲ定ムルノ作用タル立法ト相對スルモノナリ

憲法 國家ノ作用 司法 司法ノ觀念

行政ト司法トノ異ナル所ハ司法ハ法規ノ適用ヲ以テ其ノ最終ノ目的ト爲スニ反シテ行政ハ特定ノ結果ヲ得ルコトヲ目的トスルニ在リ行政ニ在リテモ個個ノ事件ヲ處理スルニ當リテハ先ツ其事件ニ付テ法規ノ定ムル所如何ヲ決定スルノ必要アルヲ常トス例ヘハ租稅ヲ徵收スルニ當リテハ行政官廳ハ先ツ租稅法ニ依リテ租稅金額納稅時期等ヲ決定スルヲ要ス此點ニ於テハ行政モ司法ト異ナル所ナキカ如シ然レトモ行政ニ在リテハ法規ノ定ムル所ヲ決定スルハ特定ノ結果ヲ得ルカ爲メノ手段ニシテ其目的ニ非ス行政官廳カ租稅法規ヲ解釋決定スルハ唯租稅金額ヲ徵收スルカ爲メノ手段ナリ其目的トスル所ハ一金錢收納ノ結果ヲ得ントスルニ在リ法規ノ適用ハ唯之カ手段タルノミ司法ニ在リテハ之ニ反シ唯法ヲ宣言スルノミ法規ノ定ムル所ニ從テ判決ヲ下スコトカ其唯一ノ目的ナリ之ニ依リテ如何ナル結果ヲ生スルカハ其關スル所ニ非ス法規ハ司法ニ在リテハ其最終ノ目的タルナリ

司法ノ目的カ單ニ法規ヲ宣言シ法規ノ適用ヲ確定スルニ在ルコトハ民事裁判ニ於テ最モ明瞭ニ之ヲ認ムルコトヲ得民事裁判ハ個人相互ノ間ノ權利ノ爭ヲ決定シ法規ノ定ムル所ニ隨ヒテ權利ノ所在ヲ確定宣言スルモノナリ民事裁判ニ於テ之ヲ決定スルノ目的ハ決シテ甲ノ權利ヲ奪ヒ乙ノ權利ヲ承認スルニ非ス其權利ノ甲乙何レニ屬スルカハ民事裁判ノ關スル所ニ非ス民事裁判ハ唯法規ニ照ラシテ權利ノ所在ヲ確定スルコトヲ目的トスルノミ其結果ニ依リテ何人カ權利ヲ得ヘキカハ問フ所ニ非サルナリ

公法ノ區域ニ於テハ司法ノ目的ハ此ノ如ク明瞭ナル能ハスト雖モ其關係ハ全ク之ニ同シ刑事裁判ニ於テ刑罰ヲ宣告スルハ犯罪者ヲ處罰スルコトヲ目的トスルニ非スシテ唯其行為カ刑法ノ規定ニ照ラシテ幾何ノ罰ニ處セラルヘキカラ確定宣言スルヲ目的トスルノミ國家カ刑罰制度ヲ設クル究竟ノ目的ハ犯罪者ヲ處罰スルコトニ在ルコトハ言フ俟タスト雖モ單ニ此目的ヲ達スルカ爲メナラハ犯罪者アル毎ニ國家ハ之ヲ逮捕シ直チニ刑罰ヲ執行スルノミヲ以テ足レリト爲スヘシ其之ヲ以テ満足スルコトナク其刑罰ヲ執行スルノ前ニ裁判手續ヲ行ヒ之ニ由リテ其犯罪カ法規ノ定ムル所ニ依リ何程ノ刑罰ニ相當スヘキカラ宣告セシムル所以ノモノハ唯刑罰ノ執行力嚴重ニ法規ニ準據スヘキコトヲ保障スルカ爲メニシテ裁判ハ唯此目的ノ爲メニノミ備ハルモノナリ

民事及ヒ刑事ノ裁判ハ司法ノ中何レノ國ニ於テモ最早ク發達シタルモノナリ然レトモ近世ノ國家ニ於テハ管ニ民法及ヒ刑法ノ區域ニ於テノミナラス刑罰以外ノ他ノ國家ノ行為ニ付テモ其嚴重ニ法規ニ適合スルコトヲ保障スルカ爲メニ其行為ニ付テ法規ノ適用ヲ確定シ宣言スヘキ特別ノ手續ヲ設クルモノアリ行政裁判及ヒ權限裁判ハ何レモ此目的ノ爲メニ備フルモノニシテ性質上ハ又司法ノ中ニ屬スヘキモノナリ

二 憲法ノ用語ニ於ケル司法ノ意義

以上述べタル如ク本來ノ性質ヨリ云ヘバ司法ハ管ニ民事刑事ノ裁判ノミナラス行政裁判權限裁判

ヲモ包含スルモノナレトモ民事及ヒ刑事ノ裁判ハ何レノ國ニ於テモ特ニ早ク發達シタルノミナ
ラス今日ニ於テモ行政裁判權限裁判ノ如キ他ノ種類ノ司法行爲ヲ行フノ機關ハ民事刑事ノ裁判
ヲ掌レル機關トハ相同シカラサルヲ常トスルカ故ニ用語ノ慣例ハ今日ニ於テモ司法トイヘハ常
ニ民事刑事ノ裁判ノミヲ限リ他ノ區域ニ於ケル裁判ハ行政ノ中ニ屬セシムルヲ例トス
我憲法第五七條ニ「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」トイヘル司法權トイ
ヘル意義モ亦專ラ民事刑事ノ區域ニノミ限レルモノニシテ行政裁判ヲ包含セサルモノナルコト
ハ憲法第六一條ニ行政裁判ヲ行フノ機關ヲ行政裁判所ト稱シ以テ司法裁判所ニ對セシメタルニ
依リテモ明瞭ナリ

第二節 司法ノ機關

一 通常裁判所

司法權ハ天皇ノ名ニ於テ裁判所之ヲ行フ即チ民事及ヒ刑事ノ裁判ハ裁判所ニ非サレハ之ヲ行フ
ヲ得サルヲ原則トスルナリ民事刑事ノ裁判ヲ行フカ爲メニ備ヘラルル機關ヲ以テ通常裁判所ト
爲ス

通常裁判所ハ大審院、控訴院、地方裁判所及ヒ區裁判所ノ四段ニ分タル此等ノ裁判所ノ構成ハ
法律ニ依リテ定マル其構成ヲ定ムルニ法律ヲ以テスルコトヲ要スルハ憲法上ノ要件ニシテ勅命

ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ス即チ官制權カ君主ノ大權ニ屬スル原則ニ對スル一ノ例外ナリ
裁判所ハ裁判官ヲ以テ組織ス通常裁判所ヲ組織スル裁判官ハ法律ニ定メタル資格ヲ具フル者ニ
非サレハ之ニ任スルコトヲ得ス又刑法ノ宣告又ハ法律ニ依リ懲戒處分ニ由ルノ外其職ヲ免セラ
ルルコトナキノ保障ヲ有ス

裁判官ハ管ニ此ノ如キ地位ノ保障ヲ有スルノミナラス又其職權ノ行使ニ於テ完全ナル獨立ヲ有
シ法律ノ權力ニ服従スルノ外何人ノ指揮命令ノ下ニモ立ツコトナシ憲法カ「法律ニ依リ」之ヲ
行フトイヘル此意味ヲ表ハスモノニシテ地位ノ保障ト相待チテ裁判ノ獨立ト公平トヲ確保セシ
ムル所以ナリ

凡テ民事及ヒ刑事裁判ハ裁判所ニ非サレハ之ヲ行フヲ得サルヲ原則トスレトモ民事刑事ノ裁判
以外ニハ裁判所ハ如何ナル權限ヲモ有スルコト能ハストイフニ非ス此以外ニ於テ裁判所ヲシテ
他ノ權限ヲ行ハシムルモ毫モ憲法ニ違反スル所ナシ

二 特別裁判所

司法權ハ通常裁判所ニ於テ之ヲ行フヲ原則トスルモノナレトモ法律ヲ以テ別ニ特別裁判所ヲ置
キ民事刑事ノ裁判中特別ノ事項ヲ管掌セシムルコトヲ得

特別裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ範圍ハ必ス法律ヲ以テ之ヲ定ムルヲ要ス法律ノ定ムル所ニ依ラス
シテ通常裁判所以外ノ機關カ民事又ハ刑事ノ裁判ヲ行フハ違憲ナリ

現行法ニ於ケル特別裁判所ノ重ナルモノハ陸海軍軍法會議、領事裁判、臺灣ニ於ケル法院ナリ
憲法第五七條以下第五九條ニ至ル規定ハ専ラ通常裁判所ニ適用セラルヘキ規定ニシテ特別裁判
所ニ適用セラルモノニ非ス

三 司法裁判所ト行政裁判所トノ關係

通常裁判所ト特別裁判所トハ共ニ司法裁判所ナリ即チ民事刑事ノ裁判ヲ掌ルコトヲ以テ其本來
ノ權限ト爲ス然レトモ性質上司法ノ範圍ニ屬スヘキモノニハ民事刑事ノ裁判ノ外ニ尙ホ行政裁
判アリ行政裁判ハ民事及ヒ刑事裁判カ民法及ヒ刑法ノ適用ヲ確定スルコトヲ目的トスルニ對シ
テ行政法ノ適用ヲ確定スルヲ目的トスルノ行爲ヲ云フ

行政裁判ハ原則トシテ司法裁判所ノ管掌スル所ニ非ス之ヲ管掌スルカ爲メニハ別ニ行政裁判所
ヲ置ク行政裁判所ノ構成モ亦法律ヲ以テ定ムルヲ要ス

行政裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ事項ニ付テハ司法裁判所ハ之ヲ管轄スルコトヲ得ス(憲六一條)
以テ權限ノ衝突ナカラシメンコトヲ期スルナリ然レトモ憲法ノ趣意ハ決シテ一切ノ行政裁判ハ
司法裁判所ノ權限ニ屬セシムルコトヲ許ササルノ趣意ニ非ス憲法ハ唯行政裁判所ト司法裁判所
トノ共通ノ權限アルコトヲ禁スルニ止マリ性質上行政裁判タルヘキ事項ト雖モ法律ニ依リ之ヲ
司法裁判所ノ權限ニ屬セシムルモ必スシモ妨ケサルナリ

第三節 司法權ノ行使

一 司法權ト法規トノ關係

司法ハ法規ヲ實在ノ事件ニ適用スルノ行爲ナリ故ニ司法權ノ行使ハ常ニ法規ヲ以テ其準繩トス
ルモノニシテ裁判官ハ法規ノ定ムル所以外ニ毫モ自己ノ意見ニ依リテ自由ニ裁量スルノ餘地ヲ
有セスニ唯法規ノ精神如何ヲ論理的ニ解釋スルノミ

固ヨリ法規ノ定ムル所ハ必スシモ細目ニ至ルマテ之ヲ一定セルモノニ非ス刑法ニ於テスラモ法
律ハ唯刑罰ノ最高限度ニ最少限度トヲ定ムルニ止マリ其範圍内ニ於テハ裁判官ノ認定ニ依リテ
之ヲ決セシムルヲ常トス然レトモ此場合ニ於テモ裁判官ハ自己ノ意見ニ依リ實際ノ便宜ニ應ジ
テ自由ニ之ヲ決定スルモノニ非ス唯此特定ノ犯罪カ法律ノ精神ニ於テ幾何ノ刑罰ニ相當スヘキ
カラ論理ノ力ニ依リテ判斷スルノミ行政權カ多クノ場合ニ於テ法規ノ範圍内ニ於テ自己ノ意見
ニ依リテ自由ノ決定ヲ爲スモノトハ全ク異ナル

法規ノ淵源ハ或ハ法律タリ或ハ命令タリ或ハ條約タリ或ハ慣習法タリ何レノ場合ニ於テモ裁判
官ハ等シク之ヲ適用スルコトヲ要ス然レトモ裁判官ノ法律ニ對スル關係ハ其命令ニ對スル關係
トハ同シカラス

二 司法權ト法律トノ關係

憲法 國家ノ作用 司法 司法權ノ行使

司法權ノ法律ニ對スル關係ハ絶對服從ノ地位ニ在リ苟モ法律ニシテ有效ニ存在スル以上ハ裁判所ハ必ス之ヲ適用スルコトヲ要ス

故ニ裁判所ノシテ假令法律ノ内容カ憲法ニ違反スト認ムル場合ニ於テモ裁判所ハ之カ適用ヲ拒ムコトヲ得ス法律カ憲法ニ違反スルコトナキカ否ヤヲ決スヘキ最高ノ解釋權ハ立法權自身ニ存ス裁判所ハ自己ノ解釋ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得サレハナリ

然レトモ裁判所ノ法律ヲ適用スルハ唯有效ニ成立シタル法律ノ存在スル場合ニ限ル法律ノ有效ニ存在スルニハ（イ）議會ノ協賛ヲ經タルコト（ロ）適法ノ形式ヲ以テ公布セラレタルコトノ二要件ヲ要ス此二ノ要件ノ備ハルニ非サレハ有效ノ法律ナリトイフヲ得ス裁判所カ法律ヲ適用スルニハ先ツ此等ノ要件ノ果シテ備ハレルヤ否ヤヲ審査スルノ權ヲ有シ又義務ヲ負フ

然レトモ裁判所法律ノ果シテ議會ノ協賛ヲ經タルヤ否ヤヲ審査スルノ權ハ唯外部ニ現ハレタ
ル事實ヲ審査ニ止マリ議會内部ノ事項ニ及フモノニ非ス議會ノ内部ニ於テ果シテ其議事ヲ開ク
ニ必要ナル定員數ノ出席アリタルヤ否ヤ其議決ハ果シテ必要ナル多數ヲ備ヘタルヤ否ヤノ如キ
ハ議會自身カ最高ノ認定權ヲ有スルモノニシテ裁判所ノ審査シ得ヘキ範圍ニ非ス

三 司法權ト命令トノ關係

命令ニ對シテハ之ニ反シテ法律ニ對スルカ如ク絶對服從ノ地位ニアルモノニ非ス

命令ニ對シテハ裁判所ハ管ニ其果シテ有效ニ成立セルヤ否ヤヲ審査スルノ權アルニ止マラス又

明瞭ナル觀念ニ非ス(第一)心神喪失トハ絕對的ニ心神ナシト謂ナラサルコト及ヒ意思能力ナキ總テノ場合ヲ包含セサルコトハ明カナリ死者ニ非サレハ必ス或程度ノ心神ヲ有シ又極メテ幼年者ハ意思能力ヲ絕對ニ有セサルコト勿論ナリト雖モ之ヲ禁治產者ト爲ス能ハス要スルニ心神喪失者トハ精神ノ障礙ニ因リ意思能力ヲ有セサル者即チ意思能力ナキ程度ノ精神病者ヲ意味スルニ外ナラス心神喪失トハ絕對的ニ心神ヲ欠缺スルコトノ如ク觀セラルルヲ以テ法醫學者ハ一般ニ此語ヲ非ナリトセリ(第二)心神喪失ノ常況ニ在ルヲ要ス精神ノ障害アリチ意思能力ヲ有セスト雖モ其繼續ニシテ極メテ短期ナルトキハ之ヲ禁治產者ト爲スヲ得ス禁治產者タルニハ須ク精神障礙ノ爲メ意思能力ナキコトカ常況ナラサルヘカラス然レトモ意思無能力カ長期間ニ亘リ間斷ナル繼續スルコトヲ要スルモノニ非スシテ一時本心ニ回復スルコト(Mind interval)アルモ精神喪失ノ常況ニ在ル者ト云フヲ妨ケス

此ノ如ク心神喪失ノ常況ニ在ル者ハ何人カ之ヲ禁治産者ナリト宣言スルコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ヘキカ第七條ハ即チ之ヲ規定ス左ニ之ヲ列舉スヘシ

(イ) 本人 心神喪失ノ常況ニ在ル者ハ一時本心ニ回復シタル場合ニ於テ自ラ禁治産宣告ノ請求ヲ爲スコトヲ得若シ其申立カ心神喪失ノ時ナルニ於テハ是レ法律上申立ニ非サルヲ以テ裁判所ハ之ニ基キテ禁治産ヲ宣告スルコト能ハス

(ロ) 配偶者

(ハ) 四親等内ノ親族 民法(七二五條)ハ三親等内ノ姻族、配偶者及ヒ六親等内ノ血族ヲ以テ親族ト爲スト雖モ親族中配偶者ノ外四親等内ノ血族及ヒ三親等内ノ姻族ニ非サレハ宣告ノ申立權ヲ有セス

(ニ) 戸主

(ホ) 後見人 未成年者ニ對シテ親權ヲ行フ者ナキトキ又ハ親權ヲ行フ者カ管理權ヲ有セサルトキニ於テハ其未成年者ノ爲メニハ既ニ後見人ノ在ルアリテ之カ爲メニ身分上及ヒ財産上ノ保護ヲ與フ(九〇〇條)此場合ニ於テ其未成年者カ心神喪失ノ常況ニ在ルニ至リタルトキハ後見人ハ即チ禁治產ノ宣告ヲ請求スルコトヲ得或ハ曰ク禁治產ノ制度ハ禁治產者ニ後見人ヲ付シテ之ヲシテ身分上及ヒ財産上ニ保護ヲ與ヘシムルノ趣旨ニ外ナラス然ルニ今其未成年者ニハ既ニ後見人ノアルアリテ充分ノ保護ヲ與フ何ソ後見ヲ重スルノ必要アラシヤト曰ク然ラス(第一)未成年者ノ能力ト禁治產者ノ能力トハ其間ニ多少差異アリ(四條乃至六條、九條)未成年者ヲ禁治產者ト爲スノ必要既ニ明カナリ(第二)未成年者ニ對シテハ禁治產ヲ宣告スルコトヲ得ストセハ未成年者ニシテ心神喪失ノ常況ニ在ル者ハ滿二十歳ニ達シタル後ニ非サレハ之ニ付テ禁治產宣告ノ請求ヲ爲スヲ得サルヘク少クモ成年者ト爲リシ時ヨリ宣告アルマテハ法定代理人ヲ欠缺シテ其者ノ保護ハ十分ナラスト云ハサルヘ

カラス未成年者ト雖モ之ニ付テ禁治產ヲ宣告スルノ必要多大ナリト謂フヘシ

(ヘ) 保佐人 保佐人ハ準禁治產者ニ付シタル保護者ナリ準禁治產者ハ心神喪失ノ常況ニ在ル者ニ非スト雖モ心神ニ障害アリテ總テノ法律行為ヲ獨立ニ爲スハ其者ニ不利ナルカ故ニ法律ハ之ニ保佐人ヲ付シ或重要ナル法律行為ヲ爲スニハ其同意ヲ要スト爲スモノナリ然ルニ準禁治產者ハ後日ニ至リ心神喪失ノ常況ニ在ルニ至ル場合ナシトセス此場合ニハ更ニ禁治產ヲ宣告スル必要アルヲ以テ保佐人ニ之カ申立權ヲ與ヘタルナリ

(ト) 檢事 檢事ハ公益ノ代表者トシテ此請求權ヲ有ス蓋シ心神喪失ノ常況ニ在ル者カ無効ノ法律行為ヲ爲スニ放任セハ其者並ニ利害關係人ノ損害ヲ被ルハ勿論延テ國家經濟ノ上ニモ大不利益ヲ及ボスヲ以テナリ

法律ハ以上ノ者ニ之ヲ制限スルヲ以テ失踪宣告ノ如ク單ニ利害關係者ナルノ故ヲ以テ請求權ナシ例ヘハ心神喪失者ノ相續人又ハ其債權者ハ之ヲ禁治產者ト爲スニ於テ利益ヲ有スト雖モ此權利ナシ

請求權者ハ禁治產ノ原因タル事實及ヒ證據方法ヲ開示シ書面又ハ口頭ヲ以テ本人ノ普通裁判籍アル區域判所ニ此申立ヲ爲スコトヲ得(人訴四〇條四二條)而シテ裁判所ハ心神喪失ノ常況ニ在ル者ト認メタルトキハ必ス其宣告ヲ爲スヘキヤ否ヤ民法第一〇條ニ於テハ宣告ノ取消ヲ爲スヲ要スト規定スルニ對シ第七條ニハ宣告ヲ爲スコトヲ得ト規定シ文字上既ニ

宣告ノ場合ニハ裁判所ニ自由裁量ノ餘地ヲ與フルヲ以テ解釋ハ消極說ヲ以テ當然得タルモノトナス然レトモ此規定ノ當否ニ關シテハ固ヨリ議論ノ餘地多シト信ス

禁治產ノ宣告ヲ爲シタルトキハ其決定ハ職權ヲ以テ申立人、檢察及ヒ本人ノ法定代理人又ハ法律ニ依リ後見人ト爲ルヘキ者ニ之ヲ送達スルヲ要ス（人訴五一條）而シテ禁治產ノ宣告ハ其決定カ本人ノ法定代理人又ハ法律ニ依リ後見人ト爲ルヘキ者ニ送達セラレル日ヨリ其效力ヲ生シ前通ノ法定代理人又ハ後見人ト爲ルヘキ者ナキトキハ檢察ニ送達セラレル日ヨリ其效力ヲ生ス（人訴五二條）此ノ如ク決定ヲ送達シタルトキハ裁判所ハ直チニ之ヲ公告セサルヘカラス（人訴五三條）而シテ公告ニ關スル手續ハ司法大臣之ヲ定ム（人訴六九條明治三十一年司法省令九號）

乙 禁治產ノ效力

（イ）禁治產者ハ之ヲ後見ニ付ス（八條九〇條二號）後見人ハ禁治產者ノ實力ニ應シ其療養看護ヲ爲スノ義務ヲ有シ又親族會ノ同意ヲ得テ病院ニ入ルルカ又ハ自宅ニ監置スルカヲ定メ又禁治產者ノ財產ヲ管理シ其財產ニ關スル法律行為ニ付キ禁治產者ヲ代表ス即チ禁治產者ノ法定代理人タリ（九二條、九三條）

（ロ）禁治產者ハ獨立シテ完全ナル法律行為ヲ爲スコトヲ得ス 禁治產者カ心神喪失ノ狀態ニ於テ爲セル法律行為ハ勿論絕對ニ無効ナリ一時本心ニ回復シタル間ニ於テ爲シタル法

律行為ト雖モ禁治產者及ヒ其法定代理人ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得（九條一二〇條）第九條ニ於テハ一般ニ法律行為ト規定シ其種類ヲ限定セサルヲ以テ財產上ノ行為ハ勿論身分上ノ行為ニ付テモ亦同一ノ原則ノ適用アリト謂ハサルヘカラス但法律ハ或場合ニ於テ禁治產者ニ身分上ノ行為ヲ爲スノ能力アリト爲ス例外規定ヲ設クルコトアリ又時トシテ身分上ノ行為ヲ取消シ得ヘキ場合ヲ限定シ禁治產者カ之ヲ爲シタル場合ヲ除外スルコトアリ

茲ニ問題ト爲ルハ禁治產者カ一時本心ニ回復シタル場合ニ於テ後見人ノ同意ヲ得テ法律行為ヲ爲シタルトキハ尙ホ本條ニ依リテ取消シ得ヘキモノナリヤ否ヤ是ナリ予輩ノ信スル所ニ依レハ此ノ如キ法律行為ハ無能力ノ故ヲ以テ之ヲ取消スコト能ハスト解ス蓋シ後見人ハ禁治產者ノ法定代理人ナリ而シテ其代理權ノ範圍即チ財產上ノ行為ニ付テハ自ラ禁治產者ニ代リテ法律行為ヲ爲シ又ハ復代理人ヲ選任シテ之ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ（一〇六條）而モ復代理人ハ敢テ能力者タルヲ要セス（一〇二條）意思能力ヲ有スル者タル以上ハ禁治產者ト雖モ之ニ當リ得ヘキナリ隨テ後見人カ其被後見人ニ對シ或財產上ノ行為ヲ爲スコトヲ許シタルトキハ其被後見人ヲ復代理人トシテ之ヲ爲サシメタルモノト解スルコトヲ得予輩ハ此等ノ理由ニ據リ右ノ範圍ニ於テ消極說ニ左祖ス

丙 禁治產ノ取消 心神喪失ノ常況ニ在ルカ爲メニ禁治產ノ宣告ヲ受ケタルモ既ニ其原因消滅シタルトキハ長ク之ヲ禁治產者タラシムルノ要ナキノミナラス又速ニ其能力ヲ回復セシ

ムルノ必要アリ斯ル場合ニハ取消請求權利者ノ請求ニ因リ裁判所ハ其宣告ヲ取消スコトヲ要ス(一〇條)

取消ヲ請求シ得ル者ハ禁治產ノ宣告ヲ請求シ得ヘキ者ト其範圍ヲ同シス但前ニ宣告ノ申立ヲ爲シタル者ニ限ラス(一一條)而シテ此申立モ亦其原因タル事實及ヒ證據方法ヲ表示シテ管轄區裁判所ニ之ヲ爲スコトヲ要ス(人訴六三條、四二條)宣告ヲ取消シタル決定モ裁判所ハ職權ヲ以テ申立人、檢事及ヒ禁治產者ニ送達シ及ヒ之ヲ公告セサルヘカラス(人訴六五條)

新民法施行前ハ我國ニ於テモ前述ノ如キ禁治產ノ外尙ホ刑事禁治產ナルモノヲ認メタリ即チ犯罪ノ附加刑トシテ囚徒ノ行為能力ヲ制限スルナリ(刑一〇條、三五條)然レトモ此制度ハ有害無益ノモノナリトシテ夙ニ學者ノ觀敬シタリシ所ナリシヲ以テ遂ニ民法施行法第一四條ヲ以テ此制度ヲ廢止セリ

第三 準禁治產者

心神喪失ノ常況ニ在ラサルモ尙ホ心神ニ障礙アリテ其精神作用不完全ナルトキハ之ヲ禁治產者トシテ凡テ法律行為ヲ爲スニハ必スヤ法定代理人ノ同意ヲ要スト爲ス必要ナキモ或重要ナル法律行為ニ關シテハ或保護者ノ許可ヲ受ケシムルノ要アリ此ノ如キ精神作用ノ不完全ナル者ニ付テハ請求權利者ノ請求ニ因リ裁判所準禁治產ノ宣告ヲ爲シ之ニ保佐人ヲ付シ重要ナル

行為ハ之カ同意ヲ要スト爲ス是レ即チ準禁治產ノ制度ナリ

甲 準禁治產ノ宣告 裁判所ハ左記ノ五種ノ人ニ付テ準禁治產ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルナリ

(一) 一條

(イ) 心神耗弱者 心神耗弱者トハ其精神ニ先天的若クハ後天的障礙アリテ完全ノ意思作用ナキモノナリト雖モ尙ホ心神喪失ノ常況ニ在ル者ナリト云ヒ能ハサル程度ノモノヲ謂フ然レトモ心神耗弱ト心神喪失トノ區別ハ元來程度ノ區別ニ過キスシテ法醫學上未タ明瞭ナル區別ノ標準アルヲ知ラサルナリ

(ロ) 聾者 聾者トハ聽能ヲ欠缺スル者ヲ謂フ先天的タルト後天的タルトヲ論セスト雖モ雙耳ノ聽能ナキ者ヲ意味ス

(ハ) 啞者 啞者トハ言語ヲ以テ思想ヲ表示スル能力ナキ者ヲ謂フ其先天的ナルト後天的ナルトヲ問ハス

(ニ) 盲者 盲者トハ視能ナキ者ヲ謂フ先天的タルト後天的タルトヲ問ハスト雖モ雙眼ノ視能ナキ者ヲ謂フ

(ホ) 浪費者 浪費者トハ奢侈的慾望ノ爲メニ財產ヲ消費スルヲ常態トスル者ヲ謂フ故ニ單ニ多額ノ財產ヲ消費スルノ故ヲ以テ浪費者タラサルハ勿論又浪費的即チ奢侈的慾望ヲ満足セシムルカ爲メニ消費シタル場合ト雖モ單ニ一回若クハ數回ニ止マリ之ヲ常習ト爲サザ

ルトキハ未ダ以テ之ヲ浪費者ナリト謂フヲ得ス

以上述ヘタル各種ノ人ニ付テ準禁治産ノ宣告ヲ請求スルコトヲ得ル者ハ第一三條ニ於テ第七條ノ規定ヲ準用スルノ結果(一)本人(二)配偶者(三)四親等内ノ親族(四)戸主(五)後見人(六)檢事ナリトス第七條ニハ保佐人ヲ列舉スト雖モ保佐人カ此申立ヲ爲ス場合ナキハ明カナリ又此場合ノ後見人ニハ二種アリ即チ未成年者ノ爲メニ存スルモノト禁治産者ノ爲メニ存スルモノト是ナリ(第一)未成年者ナルニ拘ハラス之ヲ準禁治産者ト爲スノ要アリヤ否ヤハ前ニ禁治産ニ付テ述ヘタル同一ノ理由ニ據リテ之ヲ積極ニ解ス(第二)然レトモ禁治産ノ故ヲ以テ後見人アル場合ニ於テ尙ホ準禁治産ノ宣告ヲ爲ス必要アリヤ否ヤ心神喪失ノ常況止ミタル後ト雖モ直チニ之ヲ完全ナル能力者ト爲スコトハ本人ノ爲メニ危險ナル場合アリ此ノ如キ場合ニ於テハ尙ホ心神耗弱者トシテ準禁治産者ト爲スノ必要アリ後見人ハ一方ニ於テ禁治産ノ取消ヲ請求シ他方ニ於テハ準禁治産ノ宣告ヲ請求シ得サルヘカラス此等ノ理由ニ依リ予輩ハ本問モ亦之ヲ積極ニ解ス

準禁治産ノ宣告ノ手續ニハ禁治産ニ關スル規定ヲ準用ス(人訴六七條)

請求權利者ノ請求アルトキハ裁判所ハ第一一條ニ定ムル原因ヲ認メナカラ尙ホ準禁治産ノ宣告ヲ爲サルノ自由アリヤ否ヤ心神耗弱者ト雖モ其耗弱ノ程度ニ依リ覺者、啞者又ハ盲者ト雖モ其精神狀態如何ニ依リ浪費者ト雖モ浪費ノ程度ニ依リ裁判所ハ之ヲ準禁治産者ト

爲サルコトヲ得

乙 準禁治産ノ效力 保佐人ヲ附スルニ在リ第一一條ニ於テハ云云ノ者ハ「準禁治産者トシテ之ニ保佐人ヲ附スルコトヲ得」トアルヲ以テ之ニ保佐人ヲ附セサルコトヲ得ル如ク見ユレトモ後見人ノ規定カ保佐人ニ準用セラレ(九〇九條)準禁治産ノ宣告アルトキハ一定ノ人ハ當然保佐人ト爲ルヘク若シ此ノ如クニシテ保佐人ヲ生セサルトキハ親族會之ヲ選任ス蓋シ第一一條ニ定ムル原因アル場合ニ於テ準禁治産ノ宣告ヲ爲スト否トハ裁判所ノ自由ナリト雖モ一度其宣告ヲ下シタル以上ハ必ス之ニ保佐人ヲ附セサルヘカラサルコト解釋上止ムヲ得サルナリ

準禁治産者ハ前述ノ無能力者ト異ナリ總テノ法律行爲ヲ獨立ニ爲シ得サルニアラス否原則トシテハ獨立ニ總テノ法律行爲ヲ爲シ得ルモノナレトモ唯重要ナル法律行爲ニ付テハ保佐人ノ同意ヲ要ス而シテ若シ保佐人ノ同意ヲ得シテ其法律行爲ヲ爲シタルトキハ此行爲ハ取消スコトヲ得而シテ保佐人ノ同意ヲ要スヘキ法律行爲ハ民法第一二條ニ於テ之ヲ列舉ス以下之ヲ詳説スヘシ

(イ) 元本ヲ領收シ又ハ利用スルコト 元本トハ果實ヲ生シ得ル物ヲ謂フ之カ領收又ハ利用ヲ目的トスル法律行爲ハ即チ本號ニ屬ス

(ロ) 借財又ハ保證ヲ爲スコト 借財ノ意義ニ關シテモ異説アリ然レトモ借財以外ニ保證

ヲ同號中ニ列舉スルヨリ之ヲ觀レハ債務ヲ負擔スルノ總テノ場合ヲ包含セサルヤ明カナリ而シテ最モ有力ナル學說ニ依レハ金錢ノ消費貸借ニ因リテ借主ト爲ルコトヲ意味ス隨テ夫ノ所謂不規則寄託ニ於ケル受寄者ト爲ルコトヲ包含セス又金錢以外ノ消費貸借ヲ除外ス此說ハ借財ナル普通ノ意義ニ最モ適合セル解釋ナラン保證ヲ爲スコトモ保證債務ヲ負擔スルコトニ止リ物上保證人ト爲ルコトヲ包含セス

(ハ) 不動産又ハ重要ナル動産ニ關スル權利ノ得喪ヲ目的トスル法律行爲 不動産ニ關スル權利ヲ取得シ又ハ喪失スルコトヲ目的トスル法律行爲ハ其不動産カ重要ナルト否トヲ問ハス又其取得或ハ喪失カ全部タルト一部タルトヲ論セス動産ニ關スル權利ノ得喪ヲ目的トスル行爲ニ至リテハ其動産カ重要ナルヲ要ス而シテ重要ナルヤ否ヤハ客觀的ニ之ヲ定ムヘキヤ又ハ主觀的ニ之ヲ定ムヘキヤ學說一致セス

不動産又ハ動産ニ關スル權利ナルカ故ニ物ニ關スルモノナル以上ハ必ス物權ナルヲ要セス賃借權ノ如キハ我民法上債權ニ過キスト雖モ尙ホ物ニ關スル權利ナル以上ハ之ヲ包含ス(ニ) 訴訟行爲 訴訟行爲ハ常ニ法律行爲タルヤ否ヤハ一ノ問題タリ然レトモ本號ニ由テ之ヲ觀レハ訴訟行爲中少クトモ其一部ハ法律行爲タルナリ

(ホ) 贈與、和解又ハ仲裁契約ヲ爲スコト 贈與トハ無償ニテ財產權ヲ讓渡スル契約ニシテ本號ハ其契約ニ於テ受贈者タルコトハ包含セサルモ贈與者タルコトヲ意味ス和解トハ當

事者カ互ニ讓歩シテ其間ニ存スル爭ヲ止ムルコトヲ目的トスル契約ヲ謂フ是レ亦主張ノ拋棄ナルヲ以テ重要ナル法律行爲トシテ單獨ニ爲スヲ許ササルナリ仲裁契約トハ一人又ハ數人ノ仲裁人ヲシテ當事者間ノ爭ヲ決定セシムルコトヲ目的トスル契約ナリ是レ亦和解ト同一ノ理由ニ因リ單獨ニ之ヲ爲サシメス

(ニ) 相續ヲ承認シ又ハ拋棄スルコト 相續ノ承認ハ單純承認タルト限定承認タルトヲ問ハス當事者ノ權利義務ニ多大ノ關係ヲ有スル法律行爲ナリ相續ノ拋棄亦然リ(一〇一七條一〇四〇條)

(ト) 贈與若クハ遺贈ヲ拒絕シ又ハ負擔附ノ贈與若クハ遺贈ヲ受諾スルコト 贈與ノ拒絕及ヒ承諾ハ贈與者タラントノ申込ニ對スル拒絕及ヒ承諾ナリ遺贈ノ拒絕ハ遺贈ノ拋棄ニシテ其受諾ハ其承認ナリ(一〇八八條一〇九一條)

贈與若クハ遺贈ノ拒絕ハ拒絕者ニ不利ナルコト多ク又負擔附ノ贈與又ハ遺贈ノ受諾ハ受諾者ニ不利益ヲ來スコトアルヘキヲ以テ單獨ニ之ヲ爲スヲ許サス(チ) 新築、改築、増築又ハ大修繕ヲ爲スコト 是等ヲ爲スカ爲メノ法律行爲ヲ意味ス事實上ノ行爲ヲ包含セス

(リ) 第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ユル貸貸借 第六〇二條ハ處分ノ能力又ハ權限ヲ有セサル者カ爲シ得ル貸貸借ノ期間ヲ定メタルモノナリ即チ比較的長期ノ貸貸借ハ單獨ニテ

之ヲ爲スコトヲ得ス

準禁治産者カ以上ノ行爲ヲ爲スニハ必ス保佐人ノ同意ヲ得サルヘカラス若シ同意ヲ得スシテ之ヲ爲シタルトキハ其行爲ハ取消シ得ヘキモノタリ(一二條三項)而シテ前記各種ノ行爲ノ外尙ホ裁判所ハ保佐人ノ同意ヲ要スヘキ行爲ノ種類ヲ定ムルコトヲ得ヘシ此ノ如ク定メラレタル行爲ヲ爲スニモ若シ保佐人ノ同意ヲ得サリシトキハ其行爲ハ取消シ得ヘキモノナリ

丙 準禁治産ノ取消 準禁治産ノ原因止ミシ場合ニ於テ準禁治産宣告ノ申立ヲ爲シ得ル者ノ請求アルトキハ裁判所ハ必ス其宣告ヲ取消ササルヘカラス宣告ハ法定ノ原因アルモ必ス之ヲ爲スヲ要セサルモ取消ハ其原因止ミタル場合ニ於テ權利者ノ請求アル以上ハ必ス之ヲ爲ササルヘカラス(一〇條一三條)

第四 妻

人ニハ男女ノ別アリ而シテ女ハ女タルノ故ヲ以テ其行爲能力ニ制限ヲ附スル法制ナキニアラサリシト雖モ近世ノ法制ニ於テハ概ネ女ハ女トシテ當然其行爲能力ニ制限ヲ受クルコトナシ然レトモ妻タルノ女ハ妻タルカ故ニ完全ノ行爲能力ヲ有セサル者ト爲スコト近世諸國ノ普通ニ採用スル所ニシテ我民法モ亦此主義ヲ採用セリ

抑、男女婚姻シタル場合ニ於テ夫婦ノ一方ノ法律行爲ヲ爲スコトカ夫婦間ノ平和ヲ害スルコ

トナカラシムルニハ其方法三種アルヘシ即チ其一ハ夫婦ノ一方ノ行爲ハ常ニ他方ノ同意ヲ要スヘキモノトスルナリ其二ハ妻ハ單獨ニ法律行爲ヲ爲シ得ヘキモ夫ノ行爲ハ妻ノ同意ヲ要スルモノト爲スナリ其三ハ夫ハ單獨ニ法律行爲ヲ爲シ得ヘキモ妻ノ行爲ハ夫ノ同意ヲ要スト爲スコト是ナリ第一ノ主義ハ家庭ノ行動ノ敏活ヲ害スルヲ以テ固ヨリ採ルニ足ラス而シテ夫ハ優者ニシテ妻ハ劣者ナリトスル原則ノ下ニ於テハ第三ノ主義ハ最モ宜シキヲ得タルモノニシテ近世諸國ノ採用スル所ナリ而シテ是等ノ諸國ノ民法ニ於テモ妻ハ完全ノ行爲能力ヲ有セサルヲ原則トシ唯制限的ニ單獨ニ爲シ得ル行爲ヲ掲クルモノアリ又完全ノ行爲能力ヲ有スルヲ原則トシ唯制限的ニ夫ノ同意ヲ得ヘキ行爲ヲ列舉スルモノアリ我民法ハ即チ後者ニ從フ左ニ夫ノ許可ヲ要スル行爲ヲ説明スヘシ

一 第十二條第一項第一號乃至第六號ニ掲ケタル行爲 是等ノ行爲ハ重大ナル法律行爲トシテ準禁治産者ノ單獨ニ之ヲ爲スヲ許サス妻ニ對シテモ同一ノ理由ニ依リ同意ヲ要スヘキ行爲ト爲セリ

二 贈與又ハ遺贈ヲ受諾シ又ハ之ヲ拒絕スルコト 準禁治産者ノ場合(一二條一項七號)ニ於テハ負擔附ノ贈與若クハ遺贈ヲ受諾スルニハ保佐人ノ同意ヲ要スルモ單純ナル贈與若クハ遺贈ヲ受諾スルニハ敢テ其同意ヲ要セス然ルニ妻ノ場合ニハ負擔附ナルト否トヲ問ハス贈與若クハ遺贈ヲ受諾スルハ常ニ夫ノ許可ヲ要ス蓋シ單純ナル場合ハ一層夫ヲシテ妻ヲ疑ハ

シムル正當ノ事由アルモノト見ルヲ得ヘタ夫婦間ノ平和ヲ害スルノ虞アルヘキヲ以テナリ」
三 身體ニ羈絆ヲ受クヘキ契約ヲ爲スコト 契約ノ目的ノ全部又ハ一部カ妻ノ身體ニ拘束ヲ加フヘキモノナルトキハ其契約ノ締結ニ夫ノ許可ヲ要ス蓋シ婚姻ノ効力トシテ妻ハ夫ニ對シテ同居ノ義務ヲ負フ(七八九條)今若シ妻ノ身體ニ拘束ヲ受クヘキ契約ヲ單獨ニ爲シ得ヘキモノトセハ此義務ノ履行ヲ奈何セン夫婦間ノ平和ヲ害スルコト多大ナリト云フヘシ是レ此ノ如キ契約ニ夫ノ許可ヲ要スヘキモノトナシタル所以ナリ而シテ妻ヲ勞務者トスル雇傭契約ノ如キハ即チ此種ノ契約ニ屬ス

以上三種ノ法律行為ハ必ス夫ノ許可ヲ要シ若シ許可ナクシテ之ヲ爲シタルトキハ其行為ハ取消シ得ヘキモノトナル(一四條)其他妻ノ行為中妻カ夫ト爲シタル契約ハ婚姻中何時ニテモ之ヲ取消シ得ヘキヲ原則トス(七九二條)茲ニ夫ノ許可トハ同意ト同シク妻カ行為ヲ爲シ得トノ夫ノ意思表示ニ過キス許可ノ文字ニ拘泥シテ必ス妻ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノト解スル勿レ

許可ハ特定ノ行為ニ付テ之ヲ爲シ又ハ概括的ニ之ヲ與フルコトヲ得營業ノ許可ハ概括的許可ノ一例ニ過キス妻カ一種又ハ數種ノ營業ヲ許サレタルトキハ其營業ニ關スル法律行為ニ付テハ獨立人ト看做サル而シテ營業許可ノ法條ハ未成年者ノ場合ト均シク注意的條文ニ過キサルナリ敢テ概括的許可ヲ與ヘ得ル場合ヲ制限シタルモノト解スヘカラス

許可ハ特定のタルト概括的タルト間ハ一旦之ヲ與ヘタル後之ヲ取消シ又ハ制限スルハ全然夫ノ自由ナリ例ヘハ夫カ妻ノ有スル不動產ノ全部ヲ賣却スルコトニ許可ヲ與ヘタル場合ニ於テ其許可ノ全部ヲ取消シタルトキハ妻ハ最早之ヲ他ニ賣却スルヲ得ス又其許可ニ制限ヲ加ヘタルトキハ其制限セラレタル範圍ニ於テノミ賣却スルヲ得ヘキカ如シ

許可ノ取消又ハ制限ノ效力ニ付テ一言センニ取消ハ未成年者ノ場合ト均シク法律行為ノ取消ニ關スル原則即チ民法第一二一條ノ規定ヲ之ニ適用スヘキニアラサルヤ勿論ナリ即チ其取消ハ將來ニ於テノミ其效力ヲ生シ妻カ取消前其許可ニ基キ爲シタル法律行為ハ其效力ヲ變セス制限ニ付テモ亦然リトス

唯取消又ハ制限ノ場合ニ於テ未成年者ノ場合ト其效力ヲ異ニスルハ未成年者ニ在リテハ法定代理人ノ同意ノ取消又ハ制限ハ絕對ニ其效力ヲ生シ善意ノ第三者ニ對シテモ之ヲ主張スルヲ得ルニ反シ妻ノ場合ニ在リテハ行為ノ當時ニ於テ相手方カ許可ノ取消又ハ制限ヲ知ラサルトキ即チ善意ナリシトキハ之ニ對シテ其許可ノ取消又ハ制限ヲ對抗シ得サルニ在リ換言スレハ相手方ハ其法律行為カ夫ノ許可ニ基キモノト看做シ得ヘキナリ

妻ハ同時ニ禁治產者、準禁治產者又ハ未成年者タルコトアルヘク又妻ハ未成年者ニシテ且準禁治產者或ハ禁治產者タルコトアリ得ヘシ而シテ是等ノ場合ニ於テ親權者、後見人、保佐人及ヒ夫カ無能力者ニ對スル關係及ヒ其相互ノ關係ニ付テハ種種ノ問題ヲ生スヘシト雖モ總テ

親族法ノ講義ニ譲ル

唯茲ニ規定シアルハ夫カ未成年者タル場合ナリ即チ夫カ未成年者タルトキハ第四條ニ則リ法定代理人ノ同意ヲ得ルニアラサレハ妻ノ行為ニ許可ヲ與フルヲ得ス(一八條抑、夫ノ許可ハ法律行為ナルヲ以テ特ニ明文ナシト雖モ第四條ニ依リ其許可ニハ法定代理人ノ同意ヲ要スルヤ勿論ナリ第十八條ハ注意的條文ニ過キスト云ハサルヘカラス從テ許可ヲ取消シ又制限スル場合ニ於テモ未成年ノ夫ハ第四條ニ依リ法定代理人ノ同意ヲ要スヘキモノト解スヘキナリ第一八條ヲ解シテ許可ヲ與フル場合ニノミ法定代理人ノ同意ヲ要シ許可ヲ取消シ又ハ制限スル場合ニハ之ヲ要セサル例外規定ナリトナスヘカラス

第一四條ニ列舉セル行為ト雖モ左ノ場合ニ於テハ夫ノ許可ヲ受クルヲ要セス

- 一 夫ノ生死不分明ナルトキ 夫ノ生死カ三年以上不明ナルトキハ妻ハ裁判上ノ離婚ヲ請求スルコトヲ得(八一三條九號)又夫カ七年間又ハ三年間生死不分明ナルトキハ失踪ノ宣告ヲ請求シ以テ其婚姻ヲ解消スルヲ得ヘシ(三〇條、三一條)又未タ此ノ如キ期間ニ至ラスト雖モ生死不分明ナル以上ハ許可ヲ要スヘキ法律行為ニ付テモ許可ヲ要セサルモノトセリ若シ此ノ如キ場合ニモ尙ホ許可ヲ要ストセハ一身一家ニ必要ナル行為ヲ爲シ得ザル不便アルヘタ此ノ如キ場合ニ於テハ單獨ニ之ヲ爲スモ夫婦間ノ平和ヲ害スルコトナケレハナリ
- 二 夫カ妻ヲ遺棄シタルコト 夫カ惡意ヲ以テ妻ヲ遺棄シタルトキハ妻ハ離婚ヲ請求スルヲ

得ヘク從テ獨立人タルヲ得ヘシ(八一三條六號)又惡意ノ有無ヲ問ハス遺棄中ハ夫ノ許可ヲ必要トセス蓋シ此場合ニ於テ尙ホ許可ヲ要ストセハ前述ノ如キ不便アルノミナラス此場合ニ於テハ夫ハ其許可權ヲ拋棄シタルモノト看做スコトヲ得レハナリ

三 夫カ禁治產者又ハ準禁治產者ナルトキ 是等ノ者ハ其意思作用不完全ナル故ヲ以テ自己ノ爲メニスラ單獨ニ法律行為ヲ爲シ得ザルモノナルヲ以テナリ縱令此場合ニ於テモ夫ノ許可ヲ要ストスルモ夫カ禁治產者若クハ準禁治產者タルトキハ妻ハ後見人又ハ保佐人タルヲ原則トスル故ニ夫ノ許可ハ妻ニ於テ之ニ同意スルヲ必要トスル場合多シ此ノ如ク夫カ禁治產者若クハ準禁治產者タルトキハ其許可ヲ要セサルモ未成年者ナルトキハ之ヲ要スルモノナリ蓋シ夫カ未成年ナル期間ハ短キノミナラス(七六五條)他ニ夫ノ許可ニ同意スヘキ法定代理人アレハナリ

四 夫カ瘋癲ノ爲メニ病院又ハ私宅ニ監置セララルトキ 未タ禁治產ノ宣告ヲ受ケサルモ精神ニ障礙アリテ病院又ハ私宅ニ監置セララルニ至リシトキハ其意思能力不完全ニシテ許可ヲ與フルノ能力ナシ此場合ニ於テモ許可ヲ必要トセハ妻ハ必要ノ行為ヲ爲シ得ザルヘシ是レ此場合ヲ例外トスル所以ナリ

五 夫カ禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレ其刑ノ執行中ニ在ルトキ 此場合ニ於テ尙ホ常ニ相當ノ手續ヲ經テ監獄中ヨリ其許可ヲ得ヘキモノト爲スハ却テ家庭ノ平和ヲ害スル虞アルヲ以

テナリ

六 夫婦ノ利益相反スルトキ 妻ノ行爲ニシテ夫婦ノ利害相反スルモノニモ尙ホ夫ノ許可ヲ必要トスルトキハ尙ホ妻ニ其行爲ヲ禁止スルカ如シ此ノ如キ行爲ハ即チ夫ノ許可ヲ要セサルナリ例ヘハ妻カ夫ニ對シテ訴訟ヲ提起シ又夫ニ對セル債權ヲ取立ツルカ如シ

第五 無能力者ト相手方トノ關係

A 相手方ノ催告權

無能力者ノ行爲ハ之ヲ取消シ又ハ追認スルニ因リテ當事者ノ權利關係確定ス縱令然ラストスルモ其行爲ノ時ヨリ二十年ヲ經過シタルトキ又ハ追認シ得ヘキ時ヨリ五年ヲ經過シタルトキハ取消權ハ時効ニ因リテ消滅シ(二二六條)當事者ノ權利關係ハ又茲ニ確定ス然レトモ此以前ニ於テモ當事者ノ利益ヲ害スルコトナク其權利關係ヲ確定スル方法アラハ是レ單ニ當事者ノ利益ナルノミナラス亦社會全般ノ利益タリ例ヘハ其法律行爲ニ因リ相手方ハ無能力者ヨリ一定ノ財産ヲ讓受ケタリト假定セヨ若シ其行爲カ取消サルルヤ否ヤ未定ノ間ニ於テハ讓受人タル相手方ハ其財産ヲ自由ニ處分シ得サルヲ以テ其利益ヲ害スルハ勿論又其結果財産ヲ最モ有利ナル方法ニ依リ處分シ得サルヲ以テ國家經濟上ヨリスルモ甚タ不利ナリ故ニ速ニ其法律行爲ヲ取消シ又ハ追認セシメ當事者ノ權利關係ヲ絕對ニ確定スルノ要アリ是ニ於テ法律ハ相手方ニ一定ノ效果ヲ生スル催告權ヲ認ム即チ無能力者ト法律行爲ヲ爲シタル者ハ無能力者其他

追認權ヲ有スル者ニ對シテ其法律行爲ヲ取消スカ又ハ追認スルカヲ催告スルヲ得ヘシ固ヨリ此催告タル法律ニ於テ之ヲ禁止セサル以上ハ爲シ得ヘキヤ勿論ナリト雖モ其效果トシテ相手方ノ地位ヲ明確ナラシムル爲メ民法ハ特ニ左ノ規定ヲ設ケタリ

(一) 無能力者カ能力者トナリタル後ニ爲ス催告(一九條一項) 無能力者カ能力者トナリタル後ハ其相手方ハ無能力者トナリシモノニ對シテ一定ノ期間内ニ其法律行爲ヲ追認スルヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得蓋シ此催告タルヤ明文ナシト雖モ爲シ得ヘキ所ナリ何トナレハ法令ニ禁止ナクハ人ノ行爲ハ自由ナレハナリ又之ニ應ジテ無能力者タリシ者カ之ヲ追認センカ其法律行爲ハ取消シ得サルニ至ルヘタ若シ之ヲ取消サンカ其法律行爲ハ始ヨリナカリシモノト看做サレ玆ニ權利關係ハ確定スルニ至ルヘシ之ニ反シ其者カ何等ノ確答ヲ爲ササルトキハ特別ノ明文ナクンハ其催告ハ何等ノ效力ヲモ發生セスシテ法律行爲ハ依然トシテ取消スコトヲ得ヘキモノニ過キスシテ權利關係ハ取消權カ時効ニ因リテ消滅セサル限ハ不確定タルヲ免レス然ルニ法律ハ特別ノ規定ヲ設ケテ以テ權利關係ヲ確定スルノ效果ヲ其催告ニ附著セシメタリ即チ此場合ニ於テ無能力者タリシ者カ何等ノ確答ヲ爲ササルトキハ其法律行爲ヲ追認シタルモノト看做ス尤モ此場合ニ於テ追認シタルモノト看做スヘキカ又取消シタルモノト看做スヘキカニ付テハ諸國ノ立法例主義ヲ一ニセス併ナカラ元來其行爲ハ無効ナルモノニアラスシテ取消サレサル限ハ完全ノ效力ヲ有ス而シテ相手方カ

無能力者タリシ者ニ取消シ得ヘキ機會ヲ與ヘタルニ拘ハラズ無能力者タリシ者ハ取消スコトヲ敢テセサリシモノナルカ故ニ寧ロ其取消權ヲ拋棄シタルモノト看做スヲ事理ニ適スルモノトシ我民法ハ追認主義ヲ採用セリ

此ノ如ク其行為ノ追認セラレタルモノト看做サルルニハ左記ノ要件ヲ必要トスルコトヲ注意スヘシ

(イ) 相手方ヨリ其行為ヲ追認スルヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ノ催告ヲ無能力者タリシ者ニ對シテ爲ササルヘカラス 其催告ニハ必ス追認スルヤ否ヤヲ確答スヘシト明示セサルヘカラスルヤ否ヤ默示ニテモ可ナリト雖モ追認スルヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ハ之ヲ催告セサルヘカラス單ニ追認スヘシト催告シ又ハ取消スヘシト催告スルモ何ノ效果ナシ

催告ノ意思表示ハ無能力者タリシ者ニ到達セサレハ其效ナシ(九七條)故ニ相手方カ催告ヲ爲スモ其催告ニシテ無能力者タリシ者ニ到達セサルカ爲メ何等ノ確答ナキトキハ前述ノ效果ヲ發生セズ

(ロ) 其催告ハ一ヶ月以上ノ期間内ニ確答ヲ爲スヘキ旨ノ催告ナラサルヘカラス 此期間ハ一ヶ月以上催告者ニ於テ自由ニ之ヲ定ムルヲ得ヘシ而シテ其期間ハ勿論其催告ノ到達ヨリ始ル(一四〇條乃至一四三條)

(ハ) 其期間内ニ確答ノ發セラレサルコトヲ要ス 確答カ期間内ニ發セラレタルトキハ縱

令到達セサルモ此法定效果ノ發生ヲ妨ク法文ニ發セサルトキハ云云ト規定シテ特ニ發スルノ文字ヲ用ヒシハ實ニ之カ爲メナリ蓋シ民法ハ意思表示ニ付キ到達主義ヲ採用セシヲ以テ特別ノ規定ナキトキハ意思表示ハ到達スルニ因リ始テ其效力ヲ生スルモノト云フヘク唯法文ニ特ニ發スト規定スル場合ニ於テハ到達スルト否トヲ問ハスト解スヘシ

茲ニ注意スヘキハ無能力者カ能力者トナリタル後ノ意義是ナリ無能力者カ能力者トナリタル後ハ最早無能力者タラサルヤ論ナン故ニ第一九條第一項末段ニ於テ若シ無能力者カ云云トアルハ無能力者タリシ者カ云云ノ意義ニ解スヘキモノナルヤ敢テ多言ヲ要セス然レトモ無能力者カ能力者トナリタルトハ絕對ニ能力者タルニ至リシコトノミヲ意味セス無能力者カ能力者トナリタルトキトハ或法律行為ヲ爲シタルトキハ其法律行為ニ付キ無能力者タリシモ其能力ニ變更アリテ其法律行為ハ現在何人ノ同意ヲモ要セスシテ單獨ニ之ヲ爲シ得ル場合ヲモ包含ス故ニ禁治產者タリシ者カ準禁治產者トナリシトキハ禁治產者タリシ時代ニ於テ其者カ爲シタル民法第一二條所定以外ノ行為ニ付テハ此原則ヲ適用スルコトヲ妨ケス未成年者タリシ者カ成年者トナリシモ尙ホ妻タル身分ヲ有スルトキ亦之ニ同シ

(二) 無能力者カ尙ホ無能力者タル場合ニ於テ爲ス催告 無能力者カ未タ能力者タラサル場合ニ於テモ相手方ハ催告權ヲ有ス之ヲ細別シニトナス

甲 無能力者ノ夫又ハ法定代理人ニ對シテ爲ス催告 此催告モ第一ノ場合ト同一ノ要件ヲ

具備スル催告ナラサルヘカラス而シテ此場合ニ於テ期間内ニ夫又ハ法定代理人カ確答ヲ發セサルトキハ法律行爲ハ之ヲ追認シタルモノト看做スナリ固ヨリ催告ニ應シテ夫又ハ法定代理人カ之ヲ追認シタルトキハ其法律行爲ハ初ヨリ有效ナリシモノト看做サレ夫又ハ法定代理人カ之ヲ取消シタルトキハ其行爲ハ初ヨリ無効ナリシモノト看做サルヤ勿論ナリ
催告ハ夫ニ對スルモノハ妻ノ行爲ニ關スルモノナラサルヘカラス又法定代理人ニ對スルモノハ本人タル未成年者又ハ禁治產者ノ行爲ニ關スルモノナルヲ要スルハ勿論ナルモ尙ホ其同意ナクシテ爲シタル爲メ取消シ得ヘキ總テノ法律行爲ニ付キ此催告ヲ爲シ得ヘキアラスシテ其法律行爲ハ法定代理人ノ代理權ノ範圍ニ屬スルモノナラサルヘカラス其代理權ハ親族法ニ於テ其範圍ヲ定ム(八八四條、九二三條)即チ財産上ノ行爲ナラサルヘカラス此ノ如ク夫若クハ法定代理人ノ確答ヲ得タル場合ニ於テ當該法律行爲カ追認サレタルモノト看做スヘキカ將タ又取消サレタルモノト看做スヘキカニ付テハ二主義アリ然レトモ前述シタル所ト同一ノ理由ニ因リ我民法ハ追認主義ヲ採用セリ

無能力者ノ法律行爲中夫又ハ法定代理人カ追認スルニ或一定ノ方式即チ一定ノ要件ヲ必要トスル場合アリ民法第一九條第三項ニ於テ特別ノ方式ヲ要スル行爲トアルハ即チ此謂ナリ例ヘハ妻カ夫ノ許可ヲ得スシテ第一四條ニ掲タル行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ夫ノ追認モノノ法律行爲ナルカ故ニ夫カ未成年者ナルトキハ此行爲ヲ追認スルニハ其法定代理人ノ同意

ヲ必要トス故ニ此場合ニ於テ妻ノ爲シタル行爲ハ特別ノ方式ヲ要スル行爲ナリ又親權者、後見人ノ如キ法定代理人ト雖モ未成年者又ハ禁治產者ノ行爲ヲ追認スルニハ親族會ノ決議ヲ要スルコトアリ(八八六條、九二九條)此場合モ未成年者又ハ禁治產者ノ行爲ハ特別ノ方式ヲ要スル行爲タリ

右ノ場合ニ於テ催告ヲ受ケタル夫又ハ法定代理人カ法定ノ方式ヲ履踐シテ其法律行爲ヲ追認シタル場合又ハ之ヲ取消シタル場合ニ於テハ別ニ問題ヲ生セス然レトモ若シ指定期間内ニ於テ確答ヲ發セサルトキ又ハ確答ヲ發スルモ其確答カ必要ナル方式ヲ履踐セサルトキハ其法律行爲ハ之ヲ追認シタルモノト看做スヘキカ又取消シタルモノト看做スヘキカ當事者ノ權利關係ヲ確定スルニハ二者其一ニ出テサルヘカラス而シテ此場合ニモ追認主義ヲ取消主義ノ二主義アリ我民法ハ取消主義ヲ採用シ法律行爲ハ之ヲ取消シタルモノト看做セリ蓋シ期間内ニ確答ナキヲ以テ之ヲ追認シタルモノト看做ストキハ法律カ夫又ハ法定代理人ノ追認ニ一定ノ方式ヲ必要ナリト規定シ以テ其追認ノ自由ヲ制限シ因テ無能力者ヲ保護スルノ趣旨ハ貫徹セサルニ至レハナリ(未成年ノ夫ノ取消ノ如ク取消ニモ方式ヲ要スル場合ハ如何)

乙 無能力者其モノニ對シテ爲ス催告 無能力ノ繼續中ニ於テ相手方ノ之ニ對シテ爲ス催告ニモ民法ハ同一ノ效果ヲ認ム然レトモ此催告ハ妻及ヒ準禁治產者ノ限定シテ未成年者及

ヒ禁治產者ニ及ハス而シテ妻ニ在リテハ夫ノ許可ヲ得テ追認スヘキ旨又準禁治產者ニ在リテハ保佐人ノ同意ヲ得テ追認スヘキ旨ヲ催告スルナリ其他ノ要件ハ第一ノ催告ト異ナル所ナシ

妻又ハ準禁治產者カ期間内ニ何等ノ確答ヲ發セス又ハ追認スル旨ノ確答アルモ其確答ニシテ保佐人ノ同意又ハ夫ノ許可ヲ得タルモノニアラサルトキハ法律行爲ハ之ヲ追認セシモノト看做スヘキヤ取消シタルモノト看做スヘキヤニ付テハ又二主義アリ我民法ハ法律行爲ヲ取消シタルモノト看做スノ主義ヲ採用ス其理由モ亦第一九條第三項ノ催告ニ付テ述ヘタル所ニ同シ

無能力ノ繼續中無能力者ニ對シテ爲ス催告ハ之ヲ妻、準禁治產者ニ限定シ之ヲ未成年者及ヒ禁治產者ニ及ホサス蓋シ此二者ハ妻又ハ準禁治產者ト異ナリ其意思作用一般ニ不完全ニシテ爲ス意思表示カ完全ナル效力ヲ有セサルノミナラス之ニ對スル意思表示モ亦之ヲ以テ其者ニ對抗スルコト能ハサルヲ原則トス(九八條)從テ之ニ對スル催告ニ確答ヲ爲ササルノ效果トシテ其法律行爲ヲ追認又ハ取消シタルモノト看做スハ甚タ酷ニ失スト認ムヘケレハナリ

B 無能力者ノ詐術

無能力者カ自己ヲ能力者タリト信セシムル爲メ詐術ヲ用ヒタルトキハ其行爲ヲ取消スコトヲ得ス(二〇條)無能力者ノミ之ヲ取消シ得サルニアラス何人ト雖モ無能力ヲ理由トシテ之ヲ取消スコトヲ得サルナリ

詐術ハ詐欺ノ一種ナルカ故ニ先ツ詐欺ノ觀念ヲ説明セン詐欺トハ故意ヲ以テ他人ヲシテ錯誤ニ陷ルルノ行爲ヲ謂フ詐欺ナル觀念ハ刑法ニ於テハ甚タ重要ナルモノトシテ學者ノ研究甚タ至レルカ如シ民法其他私法上ニ於テモ此觀念甚タ重要ニシテ忽諸ニ附スヘカラサルモノナリト雖モ私法上ノ詐欺ニ付テハ其研究比較的幼稚ナルカ如キ觀ナクンハアラス而シテ子輩ノ所信ニ依レハ詐欺ナル觀念ハ刑法上及ヒ民法上ニ於テ異ナル所アルヲ見サルナリ今前定義ヲ分析スレハ

(イ) 詐欺ハ人ヲシテ錯誤ニ陷ルル行爲ナリ 錯誤ニ陷ルトハ他人ヲシテ對象ニ一致セサル認識ヲ作成セシムル行爲ヲ謂フ而シテ其行爲ノ形式ト手段ト間フコトナシ從テ其行爲ハ必スシモ虛偽ノ事實ノ陳述タルコトヲ要セス

(ロ) 以上ノ行爲ニ付キ行爲者カ認識ヲ有シ且其行爲ヲ斷行スルノ決意アルヲ要ス以上ヲ以テ詐欺ノ觀念ノ大體ヲ説明セリ今無能力者カ法律行爲ヲ爲スニ方リ詐欺ヲ以テ自己カ能力者タルコトヲ相手方ニ信セシメタルトキハ相手方ハ一般ノ原則ニ依リ左ノ二箇ノ救済ヲ有ス能力者タルコトトハ無能力者ナレトモ法定代理人若クハ保佐人ノ同意又ハ夫ノ許可ヲ得タルコトヲモ包含ス

(一) 詐欺ハ一ノ不法行為タルヲ以テ被欺罔者ハ欺罔者ニ對シテ之ニ因テ生シタル一切ノ損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキモノナリ故ニ前述ノ場合ニ於テハ其行為ノ取消サルト否トヲ問ハス相手方ハ無能力者ニ對シ其詐欺ニ因リテ生シタル總テノ損害ノ賠償ヲ請求スルヲ得ヘシ例ヘハ其法律行為カ一定ノ財產ヲ買受クル行為ニシテ而モ相手方カ既ニ之ヲ第三者ニ轉賣シタル場合ニ於テ取消ノ爲メニ轉賣者ニ違約金ヲ支拂ヒタリトセハ其金額ノ損害トシテ請求スルコトヲ得ヘク其他其詐欺ノ爲メ受ケタル一切ノ損害ハ悉ク之ヲ賠償セシムルヲ得

(二) 又無能力者カ相手方ヲシテ自己ヲ能力者ナリト信セシメ由テ以テ法律行為ヲ爲シタルトキハ相手方ハ詐欺ニ基ク意思表示ナルコトヲ理由トシテ其行為ヲ取消スコトヲ得ヘシ(九六條)固ヨリ詐欺ノ結果法律行為ノ要素ニ錯誤ヲ生シタルトキハ其行為ハ無効ナリ(九五條)

夫レ此ノ如ク相手方ハ既ニ二箇ノ救済手段ヲ有スト雖モ民法ハ此外尙ホ第二〇條ノ救済權ヲ相手方ニ與ヘタリ即チ其行為ハ無能力ヲ理由トシテ取消スコトヲ得サルナリ蓋シ一般ノ原則ニ依レハ無能力者ハ無能力ヲ理由トシテ其行為ヲ取消スコトヲ得ヘク相手方ハ此場合ニ於テハ唯損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ然レトモ其損害額ハ相手方自ラ之ヲ證明スルヲ要シ而モ其證明ハ多クノ場合ニ於テ困難ニシテ證明シ得ル損害額ハ實際ノ損害額ニ及ハサルヲ常例トス故ニ我民法ハ一ノ便法ヲ認メ其行為ハ寧ロ無能力ノ故ヲ以テ之ヲ取消ス

コトヲ得スト規定セリ夫レ相手方ノ受ケル損害ハ多ク其行為ノ取消サルヨリ生スルモノナルカ故ニ取消ニ因リテ生スル損害ヲ賠償セシムルヨリモ寧ロ原因ニ遡リ始ヨリ無能力ヲ理由トシテ取消スコトヲ得スト規定スルハ相手方ヲ充分ニ保護スルモノト云ヒ得ヘケレハナリ尤モ無能力者カ詐欺ヲ以テ相手方ヲシテ自己ヲ能力者タルコトヲ信セシメタル總テノ場合ニ此原則ノ適用アルニアラス無能力者カ詐術ヲ用ヒタル場合ニ於テノミ此原則ノ適用アリ詐術トハ策略ヲ以テスル詐欺ヲ意味ス從テ無能力者カ單ニ自己ノ能力者タルコトヲ陳述シテ相手方ヲ錯誤ニ陷レタル場合ニハ本條ノ適用ナシ偽證人ヲ使用シタル場合又ハ出生證書ヲ偽造シタル場合ニハ本條ノ適用アリ

第三節 住所

一 住所ノ效力

住所トハ如何ナルモノナリヤノ問題ハ法律上之ヲ決定スルニ付キ重大ノ實益アリ今其二三ノ例示スレハ

- (1) 民事訴訟ハ被告タルヘキ者ノ住所ヲ管轄スル裁判所ニ提起スルヲ原則トス(民訴一〇條)
- (2) 債務ノ履行ハ債權者ノ住所ニ於テ爲スヲ原則トス(四八四條商二七八條)
- (3) 或涉外法律關係ニ適用スヘキ法律ハ或當事者ノ住所地法トス(法例一二條二七條)

其他特定人ノ住所ヲ知ルノ必要法令上甚タ多シ(二五條四六條一項八號九〇七第二項、九六五條商五〇條三號五一條一項一號、一一〇條八號、一四一條一項八號四五二條、四五三條國籍七條二項一號人訴一條二七條四〇條參照)

二 住所ノ意義

住所 (domicil, Wohnort) ノ觀念ニ付テハ左ノ二主義アリ

第一 形式主義 此主義ハ人ノ住所ハ届出テタル地ニ存スルモノトナスニ在リ特定人カ或場所ヲ自己ノ住所ナリトシ以テ相當官廳ニ届出テシトキハ其場所ト其人トノ關係如何ヲ問ハス其人ノ住所ハ其場所ナリト看做スモノナリ從テ其住所ニハ其人ノ現ニ住居セサルコトアルハ勿論其住所ハ其人ノ未タ嘗テ足ヲ蹈マサル場所タルコトアルヘク又其人ハ其場所ニ住居セサルノ決心ヲ有スルコトモアリ得ヘシ然レトモ是レ法律カ住所ニ諸種ノ效果ヲ連結セシメタル精神ニ背馳スルモノト云ハサルヘカラス故ニ此主義ヲ以テ住所ヲ定ムルハ近世諸國ノ採ラサル所ナリ我舊民法ハ原則トシテ形式主義ヲ採用シ人ノ住所ハ其本籍地ニ在ルモノトセリ(舊民人二六二條) 蓋シ本籍ハ届出ニ依リテ定マルモノニシテ各人ハ自由ニ一片ノ届出ヲ以テ之ヲ變更シ得ヘキナリ然リト雖モ之ニハ前述ノ缺點アルヲ以テ同民法ニ於テハ本籍地カ生計ノ主要タル地ト異ナルトキハ主要地ヲ以テ住所トナスト云フ一大例外ヲ認メ(同上二六六條) 歸著スル所第二ノ實質主義タリシナリ

第二 實質主義 實質主義ハ人ノ住所ハ其人ト或場所トノ關係ノ實質ニ依リテ定マルトナス主義ナリ近世立法ノ趨勢ハ前述ノ理由ニ因リ此主義ヲ採用スルニ在ルカ如シ我現行民法第二一條ニ於テモ人ノ住所ハ其人ノ生活ノ本據ナリト規定セリ是レ即チ所謂實質主義ヲ採用シタルモノナリ

生活ノ本據トハ社會關係ノ中心點 (Mittelpunkt seiner Verhältnisse und seiner Thätigkeit, Wohnort, Panktion § 36) ヲ謂フ是ヲ以テ或人ノ住所トハ單ニ其人ノ身體ノ活動ノ中心點ヲ指スモノニアラス其人ノ身體ノ活動、財産ニ對スル關係、親族ニ對スル關係其他一切ノ社會關係ノ中心カ住所ナリ例ヘハ故郷ヲ去テ東京ニ遊學スル者ノ住所ハ東京ニ在ラスシテ其故郷ニ在ルカ如シ蓋シ其人ハ永ク東京ニ滞在シ從テ其身體ノ活動ノ中心點ハ東京ニ在リト雖モ其親族ニ對スル關係、其財産ニ對スル關係其他一切ノ社會關係ノ中心點ハ寧ロ故郷ニ在スレハナリ兵營ニ居住スル者及ヒ自由刑ノ執行ニ因リ獄舎ニ繋カル者亦斯ノ如シ

茲ニ注意スヘキハ住所ハ人ノ意思ト身體ノ活動トニ依リ定マル即チ住所ハ心素 (anima) ト體素 (corpus) トニ依リテ決定スルモノナリトナスノ説是ナリ此説ニ從ヘハ一ノ場所カ特定人ノ住所タルニハ其人カ其場所ニ定住スルノ意思ヲ有スルヲ要シ縱令其場所ニ客觀的ニ居住スルノ事實アリト雖モ之ニ定住スルノ意思ナクシハ之ヲ以テ住所トナス又其場所ニ事實上定住スルヲ要シ縱令或人カ之ニ定住スルノ意思アルモ事實定住セサルトキハ其場所ハ其人ノ住所タラズ換

言スレハ住所ノ觀念ニハ主觀的及ヒ客觀的ノ二要素ナカルヘカラスト云フニ在リ然レトモ若シ此說ニシテ正當ナランカ極テ幼少ナル未成年者又ハ癡癲者ノ如キ意思能力ヲ有セサル者ハ何等ノ住所ヲ有セサルニ至ルヘシ何トナレハ是等ノ者ハ意思能力ナク從テ要素ノ一タル主觀的方面ヲ缺クヲ以テナリ然ルニ現行法制ニ於テハ何人モ住所ヲ有スルコトヲ前提トス民法第二二條ニ於テモ住所ノ知レサル場合ヲ豫想スレトモ住所ナキ場合ヲ豫想セス若シ民法ニ於テ住所ノ存セサルコトヲ認メタルモノナリトセハ此場合ニ處スル規定ヲ設ケサルヘカラスルノ理ナリ住所ノ決定ニ主觀的成分ヲ加味スルハ正當ナレトモ予輩ハ住所ノ觀念ニ主觀的要素ヲ認ムルノ說ニ左組セス

尙ホ住所ノ觀念ニ關シ注意スヘキハ人ハ唯一ノ住所ヲ有スルコト是ナリ何人ト雖モ二箇以上ノ住所ヲ有スルコトヲ得ス舊住所ヲ喪失スルニアラサレハ新住所ヲ取得スルコトナシ蓋シ前述ノ如ク住所ハ人ノ一切ノ社會關係ノ中心點ニシテ中心點ノ二箇以上存スル謂レナケレハナリ又人ハ住所ヲ有セサルコトナク新ニ住所ヲ取得セサルニ於テハ舊住所ヲ喪失スルコトナシ或ハ說ヲ爲シテ曰ク天下ニ流浪ノ民アリ日日月月ヨリ乙地ニ移リ一定ノ地ニ定住スル者ハ何等住所ヲ有スルニアラスヤト然レトモ是レ誤謬ノ論タリ論著ノ所謂流浪ノ民ハ住所ヲ有セサルニアラスシテ住所カ時時刻刻移轉スルニ過キス蓋シ人ノ生活アリテ而モ其中心點ナキノ謂レナケレハナリ住所ハ點ノ觀念ナルカ將タ大サアル場所ノ觀念ナルカ之ヲ大サアル場所ノ觀念ナリトセハ面積

ノ觀念ナルカ又容積ノ觀念ナルカ此點ニ付テハ從來論議アルヲ聞カス然レトモ前述住所ニ關スル諸規定ヲ見ルトキハ住所ニ於テ或活動ヲ豫想スルヲ以テ現行法制ノ下ニ於テハ大サアル場所ノ觀念ナリト云フコトヲ得ンカ

住所ノ觀念ハ以上述ヘタル所ノ如シト雖モ或場合ニ於テ特定人ノ住所ハ何地ニ存スルヤ之ヲ知リ得サルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テハ我民法ハ諸國ノ民法ト同シク其人ノ居所ヲ以テ住所ト看做ス(二二條)

人ノ居所トハ其人ノ一切ノ社會關係ノ中心點ニアラスシテ唯其人ノ社會關係ノ一部分ノ中心點ヲ意味ス例ヘハ東京ニ遊學スル學生ノ下宿ハ其居所ナリ都會ノ紳士カ一時田舎ノ別墅ニ居住スルトキハ其別莊ハ其居所ナルカ如シ

人ノ現在所トハ或時間ニ於テ其人ノ身體ノ在ル場所ヲ謂フ若シ或人ニシテ其住所又ハ居所ニ現在セハ是レ住所又ハ居所タルト同時ニ現在所タリ然レトモ若シ其人カ一定ノ場所ニ現在セサルモ其地カ其人ノ社會關係ノ中心點タリセハ其地ハ即チ其住所又ハ居所タルナリ

或人ノ住所カ我國ニ存セスシテ外國ニ在ルトキハ其人カ我國ニ居所ヲ有スル場合ト然ラサル場合トニ區別スルヲ要ス若シ居所ヲ我國ニ有スルトキハ其居所ヲ以テ住所ト看做ス從テ住所ニ關スル規定ハ其住所ニ之ヲ適用セスシテ我國ニ於ケル居所ニ適用ス之ニ反シテ我國ニ居所ヲ有セサルトキハ此擬制の例外ヲ適用セスシテ外國ニ於ケル其住所ハ依然其住所ト認メラル(二三條)】

右ノ例外ニ對シテハ更ニ大ナル例外アリ第二三條但書ノ規定是ナリ即チ法例ノ規定ニ依レハ外國ニ關係アル私法關係ニハ當事者ノ住所地法ヲ適用スル場合アリ此場合ニ於テ若シ其住所外國ニ在リ而モ其當事者カ我國ニ居所ヲ有スルトキ之ニ一般ノ例外ヲ適用スレハ居所カ住所ト看做サル結果我國法ヲ其私法關係ニ適用スルニ至ルヘシ然レトモ第二三條但書ニ依リテ此場合ニハ一般例外ヲ適用セス實際ノ住所地法ヲ住所地法トシテ適用ス(法例一二條二七條二八條)

住所ニハ任意住所ト法定住所トノ別アリト主張スル學說アリ此區別ハ我法令ノ採用スル所ニアラサルヲ以テ學者ハ隨意ニ之カ區別ノ標準ヲ與フルカ如シ或ハ任意住所トハ自己ノ自由意思ヲ以テ定メタル住所ニシテ法定住所トハ他人ノ意思又ハ法令ノ規定ニ因リ定メラレタル住所ナリト云ヒ或ハ任意住所トハ實際生活ノ本據タル場所ヲ謂ヒ法定住所トハ事實上生活ノ本據ニアラサル地ヲ法律カ住所ナリト看做シタルモノ例ヘハ第二二條、第二三條ノ住所ヲ謂フト解ス夫ト同居スヘキ法律上ノ義務ニ因リ妻ノ有スル住所又ハ戶主ノ指定シタル場所ニ居住スヘキ法律上ノ義務ニ基キ家族ノ有スル住所ハ前ノ標準ニ依レハ法定住所ニシテ後ノ標準ニ依レハ任意住所ナリ

住所ノ語ニ付テハ他ノ法令カ之ニ特別ノ意義ヲ附スルコトアリ例ヘハ憲法第二八條ニ所謂住所トハ茲ニ所謂住所ト同意義ナラス即チ生活ノ本據ハ法律ヲ以テスルニアラサレハ侵シ得ザレトモ居所又ハ現在在所ハ命令ヲ以テモ之ヲ侵シ得トノ意味ニアラス其所謂住所トハ人ノ居住スル場所ヲ謂フニ過キササルナリ又刑法第三編第三章靜謐ヲ害スル罪ノ中人ノ住所ヲ侵ス罪ニ於ケル住所ノ意義亦同シ

法律行為ヲ爲ス者ハ其行為ニ關シテ當事者ノ全部又ハ一部ノ住所ニアラサル他ノ特定ノ場所ヲ當事者ノ住所ト定ムルコトヲ得換言スレハ實際住所ニアラサル場所ヲ或法律行為ニ關スル住所ト看做スヘキコトヲ約束スルヲ得ヘシ例ヘハ樺太ニ住所ヲ有スル者カ臺灣ニ住所ヲ有スル者ヨリ一定ノ金額ヲ借り受クルニ方リ此法律行為ニ付テハ東京ヲ以テ債權者ノ住所ト看做スト合意スルコトヲ得此ノ如キ場合ニ於テハ其行為ニ關シテハ常ニ其場所ヲ以テ其當事者ノ住所ト看做ス前例ニ於テ其貸借ニ關シテハ東京ハ貸主ノ住所地ト看タル從テ借主カ辨濟期ニ至リ其債務ヲ履行スルニハ債權者ノ住所ニ於テセスシテ東京ニ於テ之ヲ爲スヘキナリ(二四條)

此ノ如ク法律行為ノ當事者カ其行為ニ付キ選定シタル住所ヲ假住所ト稱シ之ニ對シテ法律上本然ノ住所ヲ本住所ト稱ス尙ホ民事訴訟法ニ於テハ專屬管轄等ノ場合ヲ除キ第一審ノ管轄ハ當事者カ之ヲ變更スルノ合意ニ其效力ヲ認ム(民訴二九條三一條)

第三章 法人

第一節 總說

第一 法人ノ意義

民法總則 本論 權利義務ノ主體 法人 總說

法人トハ自然人ニアラスシテ權利能力ヲ有スルモノヲ謂フ權利能力ヲ有スルモノトハ權利義務ノ主體即チ法律上ノ人ヲ意味シ自然人ハ動物學上ノ人ニシテ權利義務ノ主體タルモノヲ謂フ即チ知ル法人トハ動物學上ノ人以外ノモノニシテ權利義務ノ主體タルモノニ外ナラサルナリ而シテ法人モ自然人ト等シク法律ノ規定ニ依リテ始テ法律上ノ人即チ權利義務ノ主體トナリシモノニシテ或事實の現象ノ存在スル處ニ一ノ人格アリト法律ヲ定ムルニ依リ茲ニ始メテ法人ヲ發生ス然レトモ又何モナキ所ニ法人アルニ非ス人ト稱スル動物ハ非ストモ或事實の現象ノ存在スル所ニ法律カ人格ヲ認ムルナリ法人ハ唯認識セラルルノミニシテ事實上存在セス(Eine juristische Person ist eine nicht wirklich existierende nur vorgestellte Person Windscheid § 49, 57) ナリハ動物學上ノ人ノ存在セサルコトヲ意味スルノミ

第二 法人ノ必要

羅馬法ヲ始トシテ近世諸國ノ法律皆此制度ヲ認メサルナシ此ノ如ク自然人以外ニ權利義務ノ主格ヲ認ムルハ何ノ必要ニ基クモノナリヤ是レ固ヨリ社會ノ秩序ヲ維持シ其公益ヲ増進スルニ缺クヘカサルカ故ニ外ナラサルナリ先ヅ人類以外ノモノニ權利ヲ有セシムルノ必要アルコトヲ説キ次テ人類以外ノモノニ義務ヲ有セシムルノ必要ニ及フヘシ

一人若クハ數人カ一ノ事業ヲ起スニ當リ若シ法人ナル制度ナカリセハ自然人以外ニ權利ノ主格ト爲リ得ルモノナキカ故ニ其事業ノ資財ハ必ス經營者即チ其經營ヲ委託セラレタル者其他一定

ノ自然人ノ有タラシメサルヘカラス此ノ如クシテハ其自然人ハ自己ノ財産ナルヲ以テ該資財ヲ私ニ費消スルノ虞アルヘク縱令其自然人カ其資財ヲ私ニ消費スヘカラサル義務ヲ負フ場合ニ於テモ其義務ニ違反シテ之ヲ私消スルコトナキヲ期セス(登記制度アル權利ニ付テハ此憂少ケレトモ)又其自然人ニシテ此ノ如キ惡意ナシトスルモ其經濟狀態ノ變更ニ因リ其資財ハ其自然人ノ債權者間ニ分配セラルルニ至ルナキヲ保セス此ノ如クシテハ其事業ハ遂ニ不成立ニ終ルヘシ是レ人類以外ニ於テ其事業ニ關シ權利ノ主格ヲ認ムルノ必要アル所以ナリ

又社會經濟ノ發展ニ伴フテ種種ノ事業ノ必要アリ而シテ其事業中頗ル冒險性ノモノナキニ非ス然レトモ危險性ヲ帶フルノ故ヲ以テ敢テ之ヲ排斥スヘキニアラス若シ自然人以外ニ義務ノ主格ヲ認ムルコトナカリセハ此ノ如キ事業ヨリ生スル債務ハ一切經營者ニ於テ自ラ之ヲ負擔セサルヘカラサルカ故ニ何人モ危險ナルヲ思ヒテ敢テ之ヲ經營セサルコトアルヘク此ノ如キ現象ハ往往有利事業ノ發展ヲ妨クルモノト云ハサルヲ得是レ其事業ニ關シ人類以外ニ義務ノ主體ヲ認ムル必要アル所以ナリ

又二人以上ノ人カ共同シテ事業ヲ營ム場合ニ若シ其事業ニ關シテ特別ノ人格ヲ認メサルトキハ其事業ニ關スル百般ノ行為ハ其當事者ノ總テノ名ニ於テ之ヲ爲スヲ要ス煩モ亦極レリト云フヘシ是レ各國ノ國法カ一様ニ法人ナル制度ヲ採用シ以テ人類以外ニ人格者ヲ認ムルニ至リシ所以ノ一ナリ其他法人制度ノ實益少カラス(一〇五一條參照)

第三 法人ノ本質(Wesen der juristischen Personen)

法人ノ本質ニ關シ學者ノ説ク所必スシモノナラス今之ニ關スル學說ノ重ナルモノヲ舉ケレハ二アリ(一)擬制説(théorie de la fiction)(二)實在説(théorie de la réalité)即チ是ナリ此兩説ハ各其主張スル所ヲ正シトシテ互ニ譲ラス而シテ實在説ノ要旨ハ法人ナルモノハ存在セサルモノナルニモ拘ハラス存在スト假定セラレタルモノニアラスシテ事實トシテ存在スルコト自然人ト異ナルコトナシト云フニ在リ法人ハ自然人ト同シク意思ヲ有スルモノナリト主張スル説(Gierke, Ziehm, Haun)ト法人ハ自然人ト異ナリ意思ヲ有スルコトナシトスル説(Comenius)トノ別アリ擬制説ノ大要ハ法人ナルモノハ自然人ト異ナリ事實トシテ現存スルモノニアラス唯法律カ便宜ノ爲メニ存在スト假定スルモノニ過キスト云フニ在リ佛國ノ學者ハ一般ニ此學說ヲ主張シ(Tenant, Droit civil 2e éd. t. I p. 367 et suiv.)獨國ノ學者中ニモ此説ニ左袒スルモノナキニアラス(Savigny, Windscheid, Puchta, Arndts)今此二説ノ主張スル所ヲ觀ルニ兩説ハ一見氷炭相容レサルモノノ如シト雖モ其ニ解釋ニ依リ決シテ互ニ矛盾スルモノニ非ス寧ロ相調和スルモノナルコトヲ見ル即チ其論議ノ形式ノ一致セサルノミニシテ其内容ニ至リテハ二者毫モ異ナルコトナキニアラスカ蓋シ若シ實在説ニシテ法人ナルモノハ法律ノ規定ヲ俟タス權利義務ノ主格トシテ存在スルモノナリト論スルモノナランカソハ法ノ根本觀念ヲ誤レルノ議論ナリ自然人ト雖モ法律ニ依ルコトナクシテ先天的ニ法律上ノ人即チ權利義務ノ主格タルモノニ非

ス法律カ明示又ハ默示ニ權利義務ノ主格ナリト定ムルニ因リ始テ動物學上ノ人カ法律上ノ人ト爲リ得ルナリ之ト同シク法人モ亦法律ニ依リ發生ス法律ニ依ラスシテ存在スト云フハ甚タシキ誤解ナリ然レトモ此實在説ニシテ法人モ自然人ト同シク或事實ノ存在スル所ニ始テ法律ノ人格ヲ認ムルモノナリト論スルモノナリトセンカ其云フ所ハ即チ正當ナリ詳言スレハ自然人ナル動物ノ存スル所ニ法律カ一ノ人格ヲ認ムルト等シク一定ノ要件ヲ備フル團體又ハ財團アル所ニ法律カ人格ヲ認ムルナリト主張スルモノナランカ實在説ハ非難ノ餘地ナキ正論ナリ

又擬制説ニシテ自然人ハ先天的ニ法律上ノ人ナリ併ナカラ法人ナルモノハ之ト異ナリ先天的ニ法律上ノ人ニ非ス法律ノ規定アリテ始テ人格トシテ存在ヲ認メラレ權利義務ノ主格タルモノナルコトヲ意味スルモノナリセハソハ甚タシキ誤説ナリ前ニ論セシカ如ク自然人モ法人モ一樣ニ法律ノ規定ニ因リ權義ノ主格トシテ存在スルモノニ法律ヲ俟タス尙ホ且權利義務ノ主格ナリト云フハ意味ヲ爲ササル言辭ナリ然レトモ今若シ擬制説ニシテ自然人ハ人ナル動物ニシテ法律カ人格ヲ認ムルモノナルニ反シ法人ハ人ナル動物ハナケレトモ唯或事實ノ存在スル所ニ恰モ人ナル動物ノ存在スルカ如ク法律カ人格ヲ認メタルモノナリト論スルナラハ甚タ正當ノ議論ナリ』上ニ述フル如ク二ノ學說其主張スル所各前段ノ解釋ノ如クナランカ二説ハ其ニ誤謬ノモノニシテ固ヨリ探ルニ足ラス又若シ二說何レモ後段ノ解釋ノ如キモノナランカ二說等シク正當ナルノミナラス其相主張スル所遂ニ一致シテ矛盾ノ點ヲ見ント欲スルモ得ヘカラス而モ世ノ學者カ二

說ノ一ヲ提ケテ互ニ相對峙スルノ奇觀ヲ呈スルハ果シテ何事ソヤ

第四 法人ノ種類

法人ハ又種種ノ標準ニ依リテ之ヲ分類スルコトヲ得ヘシ

一 公法人、私法人 (Personnes juridiques du droit public, personnes juridiques du droit privé)
近世ノ學者ハ法人ニ公法人ト私法人ト區別アリト主張ス然レトモ此區別ノ標準ニ關シテハ未
タ學說ノ一致スルモノアルヲ知ラス予輩ノ信スル所ニ依レハ公法人ハ公法ニ依リテ認メラレ
タル法人ニシテ私法人トハ私法ノミニ依リテ認メラレタル法人ナリ換言セハ公法人ハ國家ニ
代リテ國家ノ權力ヲ行使スル法人ニシテ其他ノ法人ハ私法人ナリ從テ此區別ハ私法上ノ權利
義務ヲ有シ得ルヤ否ヤヲ標準トスルモノニ非ス公法上ノ法人ト雖モ亦私法上ノ權利義務ヲ有
スルコトヲ得國府縣都市町村等ハ公法人ノ重ナルモノナリ

二 財團法人、社團法人 (Korporation, Stiftung) 是レ法人ノ組織ヲ標準トスル分類ナリ財團法
人トハ其本質カ財産ノ團體即チ財團ナル法人ナリ又社團法人トハ其本質カ人ノ團體即チ社團
ナル法人ナリ換言スレハ法律カ或要件ヲ備フル財産ノ存在スル所ニ一ノ法人アリト規定セハ
是レ財團法人ナリ又法律カ或要件ヲ備フル人ノ團體アル所ニ一ノ法人アリト規定セハ是レ社
團法人ナリ然レトモ社團法人モ財産ヲ有スルコトヲ得ヘタ財團法人ニ對シテモ社員ノ社團法
人ニ對スルカ如キ關係ヲ有スル人アリ得ルモノトス

社團法人ハ社團即チ人ノ團體ヲ其本質トスルコト前述ノ如クニシテ團體トハ共同ノ目的ヲ有
スル人ノ集合體ナリ其人ノ自然タルコトヲ必要トセス而モ團體ニハ(一)時ヲ同シウスル人
ノ集合體ト(二)時ヲ異ニスル人ノ集合體ト(三)此二種ノ人ヲ包含スル集合體トアリ英米法ニ
於テ國王、寺院ノ住職等ハ時ヲ異ニシテ累代其職ニ就ク人ノ團體ナリト觀念シ普通ノ社團法
人 (corporation aggregate) ニ對シテ之ヲ單獨社團 (corporation sole) ト稱ス是レ即チ第二種
ノ社團法人ナリ社團法人ハ獨逸ニ於テ一般ニ之ヲ Korporation ト稱スレトモ此名稱ハ第二種
ノ社團法人ニ對シテハ穩當ナラスト云フ者アリ (Windscheid § 57) 普通社團ト稱スル觀念ハ
第三ノモノニ該當ス然レトモ此觀念ニモ亦細別アリ即チ二人以上ノ社員ナキトキハ社團ハ消
滅ストナスモノ、經令一時社員唯一人トナリ又ハ社員ノ全ク欠缺スルコトアルモ社團ハ存立
ストナスモノ及ヒ社員カ唯一人トナルモ社團ハ存立ス社員ノ全ク欠缺スルニ因リテ社團ハ其
存立ヲ失フトナスモノト是ナリ

社團法人ニ公法人ト私法人トアルコトハ異議ナキ所ナリ財團法人中ニ於テ我現行法ハ公法人
ヲ認メストスルモ財團公法人ハ絕對ニ成立ノ不可能ナルモノニ非ス

私法人ヲ社團法人ト財團法人トニ分類スルノ實益ハ之ニ適用スヘキ法規ヲ異ニスルニ在リ後
節ニ於テ明瞭ナルヘシ

此分類ハ完全區分ナルヤ否ヤ換言スレハ法人ハ二者其一ニシテ其孰レニモ屬セザル法人ナキ

ニアラサルヤ此二種ノ法人以外ノ法人ハ我民法之ヲ認メス然レトモ法ハ萬能ナリ外國ニ於テハ此外尙ホ他種ノ法人ヲ認メサルヲ必スヘカラス現ニ英米法ニ於テハ前述ノ如ク單獨社團ナルモノヲ認ム

三 公益法人、營利法人 法人ハ其目的ヲ標準トシテ此二種ニ分類スレトモ公益法人及ヒ營利法人ノ觀念ニ關シ未タ明白ナル學說アルヲ聞カス我民法ニ於テハ公益法人ナルモノハ公益ヲ目的トスル法人ニシテ營利ヲ目的トセサルモノヲ謂フ(三四條)祭祀、宗教、慈善、學術、技藝ハ公益ノ例示ニシテ公益トハ公共ノ利益ナリ而シテ其範圍如何ヲ問フコトナシ或ハ一國ナルコトアリ或ハ一地方ナルコトアリ或ハ一定ノ範圍ノ人ナルコトアリ然レトモ公益ヲ目的トスル法人ヲ指シテ常ニ公益法人ナリト云フハ誤ナリ公益ヲ目的トスル法人ニ在リテモ尙ホ營利ヲ目的トスルモノト然ラサルモノトアリ例ヘハ私設鐵道會社ノ如キハ公共ノ交通ヲ計ルモノナルカ故ニ公益ヲ目的トスル法人ナリト雖モ又營利ヲモ目的トスルコト爭フヘカラス之ニ反シテ宗教、學術等ノ發展ヲ目的トスル法人ハ其唯一ノ目的ハ公益ニシテ營利ヲ目的トセス而シテ我民法上所謂公益法人ハ公益ヲ目的トシテ營利ヲ目的トセサル法人ナリ

營利ノ觀念ニ關シテハ學者ノ論スル所少カラス思フニ營利ナルコトハ財産上ノ利益ヲ取得スルコトニシテ營業ト異ナル營業トハ或同種ノ行爲ヲ數回反覆スルコトヲ意味ス況ハ營利ハ商業ニアラス商業トハ營業ノ一種ニシテ商行爲ト稱スル特種ノ法律行爲ヲ爲スコトヲ業トスル

ヲ意味ス商業、農業、工業其他ノ營業ハ勿論營利ナレトモ營業以外ニモ營利ニ屬スルコトアリ所謂營利法人トハ此意義ニ於ケル營利ヲ目的トスル法人ニシテ併セテ公益ヲモ目的トスルト否トヲ問ハサルナリ然ラハ所謂財産上ノ利益取得ナルコトハ果シテ何人ノ利益取得ヲ意味スルヤ予ハ法人自身ノ利益取得ヲ意味スルモノナリト解ス或ハ曰ク若シ果シテ然リトセハ法人ハ殆ト悉ク營利法人ナリト云ハサルヘカラス法人ハ公益ヲ目的トスルコトアルモ其目的ヲ達スルカ爲メニ財産上ノ利益ヲ取得セサルヘスラサルヲ以テナリ又或場合ニ於テハ公益法人カ其目的ヲ達スル手段トシテ利益取得ヲモ目的トスルコトアリ例ヘハ茲ニ一ノ法人タル學會アリト假定スヘシ其公益法人ナルコト固ヨリ論ナシ然ルニ該學會ハ其目的ヲ達スル手段トシテ出版ヲ爲シ之ニ因リテ利益ヲ得ントセハ是レ亦營利法人ナリト云ハサルヘカラサルニ至ルト然レトモ是等ノ場合ニ於テ法人ノ主タル目的又ハ直接ノ目的ハ公益ニシテ營利ハ從タル目的又ハ間接ノ目的即チ目的ニアラスシテ寧ロ目的ヲ達スルノ手段ニ過キサルナリ反對論者ハ營利ヲ目的トスル法人トハ社員ノ營利ヲ目的トスル法人ナリト解スルモノノ如シ然レトモ法人其モノノ營利ヲ目的トスルニアラサレハ營利ヲ目的トスルモノナリト云フコトヲ得ス此分類ハ法人ノ完全ナル區分ナリヤ即チ法人ハ公益法人ナルカ又營利法人ナルカ常ニ二者其一ナラサルヘカラサルモノナリヤ或ハ公益法人ニモ營利法人ニモアラサル法人ナルモノアリヤ此分類ハ完全ナル區分ニアラス蓋シ營利ヲ目的トスルコトト公益ヲ目的トシテ營利ヲ目的

トセサルコトハ互ニ矛盾觀念ニアラサレハナリ産業組合、相互保險會社、相續人アルコト分明ナラサル場合ノ相續財產ノ如キ二者ノ何レニモ屬シ得サルモノナリ又俱樂部ノ如キハ公益目的トスルニモアラス又營利目的トスルモノニモアラサルカ故ニ特別ノ法律ヲ制定スルニアラサレハ之ヲ法人トナスコトヲ得ス

社團法人ニ公益法人及ヒ營利法人ノ二種アレトモ財團法人ニハ公益法人ノミアリテ營利法人ナシ是レ民法第三六條ノ明文ニ依リテ明瞭ナリ或ハ曰ク營利法人トハ法人其モノノ營利目的トスル法人ニアラスシテ其法人ノ分子タル社員ノ營利目的トスル法人ナリ從テ社員ヲ有セサル財團法人ニ營利目的トスルモノアリ得ヘカラサル理ナリト然レトモ此前提ノ正當ナラサルコトハ既ニ説明セルカ如シ從テ財團法人ハ營利目的トナシ得サル絕對ノ理由ナシ唯現行民法ハ此ノ如キ法人ノ必要ヲ認メサルカ故ニ之ヲ規定セサルノミ現行民法上營利目的トスル財團法人ナシト云フノミ

公益法人及ヒ營利法人ノ區別ノ必要ハ之ニ適用スル法規ヲ異ニスルコトアルニ在リ民法中ノ法人ニ關スル規定ハ法人ノ一般原則ナルカ故ニ特別ノ規定ナキ以上ハ法人ハ常ニ之ニ依ルヘキモノナレトモ營利法人ニハ商法中會社ニ關スル規定ヲ適用若クハ準用スヘキモノナルカ故ニ之ニ關シ民法上ノ法人ニ關スル規定ハ其適用ヲ見サルコト多シ

營利法人ハ前述ノ如ク其範圍廣ク商業目的トスル法人即チ商會社(又ハ會社)ハ其一種

ニ過キス此外農業及ヒ工業其他ノ營利目的トスル法人亦此範圍ニ入ル而シテ會社ニ關スル商法ノ規定ハ民法中ノ法人ニ關スル規定ニ對シ特別法ナルカ故ニ會社ニ關シテハ商法ノ規定ハ民法ノ規定ニ先テ適用セラル然レトモ會社以外ノ營利法人即チ民事會社ニハ會社ニ關スル規定當然ニハ適用ナシ唯民法第三五條ニ於テ會社ノ規定ハ總テ之ヲ營利法人ニ準用スヘキヲ規定スルヲ以テ之カ設立ハ會社ト設立ニ關スル規定ニ依ルヘク其管理、解散等ニ關シテモ亦然ルノミ同條ニハ商會社トアリテ會社ト云ハス從テ二者ノ間ニ差異アルカ如ク見ユレトモ是レ法典編纂ノ歴史ニ徴シテ同一ノモノヲ意味スルコト明カナリ民法第一編公布ノ當時ニハ新商法第二編ノ題號案ハ商會社トアリシカ其後商法各編ノ題號ヲ簡單ニスルノ議出テ遂ニ之ヲ會社ト改メシニ過キス

準用ハ適用ト其意義ヲ同シウセサルコト疑ナキ所ナリ準用トハ規定全部ヲ其儘ニ適用スルニアラスシテ目的ノ本質ノ差異ニ基キ相當ノ變更ヲ加ヘテ適用スルコトヲ指ス英米法ニ所謂必要ナル變更ヲ加ヘテ適用スル (apply with necessary modifications) ノ意味ニ外ナラス是ニ於テカ會社規定ノ準用上種種ノ疑問ヲ生ス

商法ノ規定ニ依レハ會社ハ必ス一ノ商號ヲ有シ其商號中ニハ會社ノ種類ニ從ヒ合名會社、合資會社、株式會社、株式合資會社ナル文字ヲ附加スルヲ要ス(商一七條)而シテ此規定カ民事會社ニモ尚ホ適用アルヘキヤ否ヤ

商法ハ一方ニ於テ右ノ如キ規定ヲ爲スト同時ニ他方ニ於テ會社ニアラサル者カ會社ナル文字ヲ其商號中ニ用フヘカラスト規定シ若シ之ニ違反セハ過料ニ處ス(商一八條)今民事會社カ會社ニアラストセハ從テ會社ナル文字ヲ其名稱中ニ入ルコト能ハサルカ如シ(商一六條)民事會社モ固ヨリ一ノ名稱ヲ有セサルヘカラスト(三七條三九條)然レトモ民事會社カ商人ニアラサル以上ハ其名稱ハ商號ニアラス會社ナル文字ヲ其名稱中ニ用フルモ商法第一八條ノ違反ニアラサルナリ寧ロ商法第一七條ノ準用ニ依リ民事會社モ其組織ニ從ヒ合名會社、合資會社、株式會社、株式合資會社ナル文字ヲ其名稱中ニ用フルヲ要スト解セサルヘカラスト從テ或ハ民事會社ハ商人ニアラサルカ故ニ商號ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノニアラス其名稱ハ絕對ニ自由ナリト説キ又ハ會社ノ商號ノ規定ヲ適用スヘク且商法第一八條ニ違反スヘカラストカ爲メ其名稱ニハ其組織ニ從ヒ合名營利法人、合資營利法人、株式營利法人、株式合資營利法人ナル文字ヲ用ヒサルヘカラスト論スルハ固ヨリ不當ナリ

非訟事件手續法(三章)ノ規定ニ依レハ會社ノ登記ハ其種類ニ從ヒ合名會社登記簿、合資會社登記簿、株式會社登記簿及ヒ株式合資會社登記簿ニ之ヲ爲ササルヘカラスト而シテ營利法人ニ付キ特別ノ規定ナキトキハ其登記ハ其組織ニ從ヒ又前記諸登記簿ニ之ヲ爲ササルヘカラスト四 內國法人、外國法人 此分類ノ標準ニ關シテモ亦未タ定説ナシ(一)或ハ法人ノ設定行爲ノ地カ內國ナリヤ將タ外國ナリヤヲ以テ標準トナシ(設立行爲地説)(二)或ハ事務所ノ所在地

(二箇以上ノ事務所アルトキハ主タル事務所ノ所在地)カ內國ナリヤ外國ナリヤヲ以テ標準トナシ(住所説)(三)或ハ法人ノ目的タル事業ノ中心點カ內國ナリヤ外國ナリヤヲ以テ標準トナス(事業中心點説)是等ノ諸説ハ近來國際私法學者盛ニ唱道スル所ナリ予ノ信スル所ニ依レハ法人カ內國法人ナルヤ外國法人ナルヤハ其法人ヲ認メタル國法ノ內國法ナリヤ外國法ナリヤニ依リテ定マルモノナリ日本ノ法律カ法人ナリト認メタルモノハ內國法人ニシテ外國法カ認メタルモノハ外國法人ナリ之ヲ準據法説ト稱ス併ナカラ此準據法説ニ對シテハ下ノ如キ非難アリ(一)我民法ノ規定(三六條)ニ依レハ外國法人ハ或場合ニハ我國法ノ下ニ於テモ法人ナルコトアリ即チ外國法カ法人ナリト認メタルモノニシテ同時ニ內國法ニ於テモ之ヲ法人ト認ムルモノアリ此ノ如キ法人ハ內國法人ナリヤ外國法人ナリヤ不明ナルニアラスヤト併ナカラ此非難ハ自ラ誤解ニ陷レルモノナリ何トナレハ民法第三六條其他類似ノ規定ハ外國法人ノ存在ヲ前提トシテノ規定ニシテ此ノ如キ規定ハ標準トナラサルナリ(二)此區別ノ實益ハ或法人ニ內國ノ法律ヲ適用スヘキカ外國ノ法律ヲ適用スヘキカヲ決定スルニ在リ然レモ內國法人ハ內國法ノ規定スルモノニシテ外國法人ハ外國法ニ依リテ認メラレタルモノナリト云ハハ是レ問ヲ以テ問ニ答フルモノナラスヤト然レトモ法人ノ內國法人ナルヤ否ヤハ法人ノ存在スルトキニ於テ起ル問題タリ果シテ然ラハ法人ナル爲メニハ必ス何レカノ國ノ法律ニ於テ之ヲ法人ナリト認メサルヘカラスト而シテ予輩ハ其認メタル法律ノ内外ニ據リテ法人ノ内外ヲ區別スルモ

ノナリ論者ノ説ハ是レ法人ノ内外ノ區別ニ關スルモノニアラスシテ實ニ法人ノ設立ニ關スル法律行爲其他法人ニ關スルモノノ行爲ノ何レノ國ノ支配ヲ受クヘキカニ在リ然レトモ此點ニ關シテハ前ニ法ノ空間ニ關スル效力ニ付テ述ヘタル所ヲ參照スヘシ即チ一國ノ法ハ其國ノ領土内ニ絶對ニ行ハルルヲ原則トス然レトモ領土外ニ於テモ之ヲ以テ人ノ權利義務ノ準則トナシ得サルノ理ナシ唯外國ニ於テハ之ヲ強行シ得サルノミ是ニ由テ之ヲ觀レハ法人ノ設立其他法人ニ關スルモノノ行爲カ何レノ國法ノ支配ヲ受クルモノナリヤハ各國法律ノ規定スル所如何ニ依リテ定ルモノト云ハサルヘカラス或國法カ自國內ニ於ケルモノノ行爲ノミヲ支配シテ國外ニ於ケル行爲ヲ關知セサルコトアルヘク又或國法ハ外國ニ於テ爲サル行爲ヲモ支配スルコトアルヘシ一ノ法人ヲ設立セント欲スル者ハ先ツ如何ナル國法ノ下ニ於テ之ヲ設立スルヤヲ定メサルヘカラス今或國法ノ下ニ於テ法人ヲ設立セントスルニ方リ其國法ノ規定スル所或ハ法人ノ住所カ自國領土内ニ存セサルヘカラストシ或ハ其法人ノ事業ノ中心カ自國領土内ニアラサルヘカラストシ又或ハ此二者ヲ必要トナスコトアラン又或ハ設立セラルヘキ法人ノ住所並ニ事業ノ中心點如何ヲ問ハス常ニ設立ヲ許スト規定スルコトアルヘシ是ヲ以テ法人ヲ設立セント欲スル者ハ此要件ヲ完備スルヲ要スルノミ夫ノ所謂設立行爲地主義、住所地主義或ハ事業中心點主義ハ是レ法人ノ内外ヲ區別スルモノニアラスシテ法ノ空間の效力ニ關スル各國法ノ規定ヲ論議スルモノナルニ過キス之ヲ要スルニ論者ハ法人ノ内外ニ關スル區別ノ問題ト法

ノ空間の效力ノ問題トヲ混同スルモノナリ既存ノ法人カ外國法人タルヤ否ヤハ全ク其準據法如何ニ因リテ定マルヘキモノナリ此點ニ關スル國際私法學者ノ所説ハ多ク誤謬ニ陷レルモノ如シ

外國法人ハ前述ノ如ク外國ノ國法ニ於テ人格ヲ附與セラレタルモノナルヲ以テ我國法ノ下ニ於テハ當然人格ヲ有スルモノト云フヘカラス然レトモ近世諸國ニ於テハ或場合ニ外國法人ノ人格ヲ國內ニ於テモ認ムルヲ通常トス我民法モ原則トシテハ其人格ヲ否認スレトモ例外トシテ左ノ四者ニ付テハ之ヲ認ム(三六條)

(イ) 國 國家カ必ス法人タルヤ否ヤ是レ又一ノ問題タリ國家ハ其國法ノ淵源ナリト雖モ法ハ萬能ナリ諸國ノ國法ニ於テ其國家カ權利義務ヲ有シ自ラ法人ナリト規定スルハ勿論其自由ナリ換言スレハ各國ハ自ラ法人タルコトヲ認ムルコトヲ得然リト雖モ若シ外國ニシテ法人タラサルモノアラハ之ハ固ヨリ我國ニ於テモ法人ニアラス何トナレハ第三六條ハ外國法人ハ云云ト規定シ外國法人タル國ノミニ付テ規定スレハナリ

(ロ) 行政區劃 各國ノ行政區劃ハ總テ法人ナリト云フヲ得ス唯法人タルモノハ我國法之ヲ法人ト認ムルノミ行政區劃ハ總テ國家ノ行政ノ機關ニシテ國家ノ公益ヲ其目的トナス其組織如何ヲ問ハス之カ人格ヲ他國ニ於テ認ムルモ何等ノ弊害ナシ

(ハ) 會社 外國法ニ於ケル商會社ハ常ニ其國ニ於テ法人タルコトヲ必スヘカラス而シテ

其國法カ法人ト認ムルモノノミ我國ニ於テモ之ヲ法人ト認ム蓋シ現今國際間ノ商業ハ益々發達シ諸國間ノ商業關係ハ彌々密接ナルニ當リ一國ノ商事法人カ他國ニ於テ其人格ヲ認メラレサルトキハ其不便頗ル多大ナルモノアルカ故ナリ商業以外ノ營利ヲ目的トスル法人及ヒ公益法人ハ他國ニ於テ之カ人格ヲ認メサルモ不便比較的少ナシ

(ニ) 法律又ハ條約ニ依リテ認許セラレタルモノ 法文ニ法律ト云ヒ法令ト云ハサルヲ以テ命令ヲ以テ認許スルコトヲ得ス(二三條)前記三種以外ニ於テ外國法人ノ人格ヲ認ムル必要アルトキハ國家ハ法律又ハ條約ヲ以テ之ヲ爲ス外國法人ノ特種ノモノニ限テ人格ヲ認許シ其以外ノモノニ付キ之ヲ否認シタルハ單ニ法人ハ法ノ擬制ニシテ法ノ效力ハ國內ニ限ルト云フハ理論ニ拘泥シタルノミニアラスシテ政策上ノ理由ニ基ク蓋シ外國法カ法人ト認メタルモノハ其目的及ヒ組織ノ如何ヲ問ハス常ニ我國ニ於テ人格ヲ有ストセハ種種ノ弊害ヲ生スルニ至ラン我國ニ於テモ法人ノ成立ハ各人ノ自由ニ放任セスシテ一定ノ條件ヲ履行セシム然ルニ外國法ニ於テ認メラレタルモノハ其性質如何ヲ論セス當然我國ニ於テモ人格ヲ有ストセハ我國法カ法人ノ成立ニ付キ一定ノ條件ヲ定メタル趣旨ハ遂ニ没却セラルヘシ是レ前記ノ制限ヲ設ケタル所以ナリトス

第二節 法人ノ成立

法人ハ一國ノ國法カ或要件ノ具備スル所ニ一ノ人格ヲ認ムルニ因リテ發生スルモノナルヲ以テ國法ノ基礎ナクシテ法人ノ存スヘキ理ナシ唯各國ノ國法ニハ其承認ノ形式ニ關シテ種種ノ主義アリ然レトモ若シ一國憲法ニシテ法人ノ成立ヲ立法事項ト爲サハ固ヨリ法人ノ基礎タル法ノ形式ハ法律ニシテ命令ナルヲ許サス而シテ我憲法ハ之ヲ立法事項ト爲サスト雖モ民法ハ之ヲ人格創設ニ關スル重大事項トシ其第三一條ヲ以テ法人ノ設立ハ常ニ法律ヲ以テスヘキコトヲ定メタリ故ニ此規定ニシテ改正セラレサル以上ハ法人ハ命令ニ依リテ成立スルコトナシ

法人ノ設立ニ付テハ古來四主義アリ即チ立法主義、特許主義、準則主義及ヒ放任主義是ナリ

(一) 立法主義 各法人ノ成立ニハ特別ナル法律ヲ要ストナスモノナリ今日尙ホ之ヲ採用スル國ナキニアラスト雖モ他ノ主義ヲ排斥スル立法上ノ理由ナシト信ス蓋シ法人ハ法ノ擬制ナルヲ以テ必ス法ノ基礎ヲ要スト雖モ之ヲ以テ特別ノ法ノ存在ヲ必要トスヘキニアラス此主義ノ如キハ法ノ擬制ナル命題ニ重ヲ置キ過キタルモノナラン

(二) 放任主義 何等要件ヲ要セスシテ法人ヲ設立スルコトヲ得トナスモノナリ此主義モ敢テ法人ノ性質ヲ破壞スルモノト云フヘカラス何トナレハ自由ニ法人ヲ設立シ得ヘキコトハ既ニ法律ノ認ムル所ナルヲ以テナリ或ハ之ヲ非難シテ曰ク是レ法ノ基礎ナクシテ法人ノ成立ヲ認ムルモノナリト此非難ハ敢テ傾聽スルニ足ラサルナリ

法人ノ設立ヲ無條件ニ許ストキハ第三者ハ往往不測ノ損害ヲ被ルコトアルヘク社會ノ公益亦

大ニ危害ヲ受クヘシ從テ法人ノ設立ヲ私人ノ自由意思ニ放任セシムル此主義ハ如何ニ迅速ヲ尊フ近世ノ社會ニ於テモ採用スヘキニアラサルナリ

(三) 特許主義及ヒ(四) 準則主義 此二主義ハ諸國法制ノ採用スル所ニシテ我現行法モ亦之ニ從フ

特許主義ハ設立者ノ私法法律行為ノ外ニ官廳ノ許可ヲ其成立ノ一要件ト爲ス主義ニシテ準則主義ハ法規ノ命スル一定ノ要件ヲ履行スル私法法律行為ノ完成ニ因リテ法人ノ成立ヲ來ス主義ナリ我現行法ノ規定ハ營利法人ニ付テハ準則主義ヲ採リ公益法人ニ付テハ特許主義ヲ採ル而シテ茲ニハ公益法人ノ設立ニ關スル説明ノミニ止メ會社其他ノ營利法人ニ關スル講義ハ之ヲ商法ノ講義ニ讓ル

公益法人ニ付テハ前述ノ如ク特許主義ヲ採用スルヲ以テ其成立ニハ設立ヲ目的トスル法律行為及ヒ官廳ノ特許ヲ要ス此二箇ノ要件ヲ具備スルニ因リ公益法人ハ始テ成立ス

第一 設立行為

設立行為ハ法人ノ種類ニ依リ同一ナラス社團法人ナルトキハ其設立行為ハ定款ニシテ財團法人ナルトキハ寄附行為ナリ

定款トハ社團法人ノ設立ヲ目的トスル契約ナリ契約トハ後ニ之ヲ詳論スヘキモ要スルニ私法上ノ效果ヲ發セシムルコトヲ目的トスル合致セル二人以上ノ意思表示ナリ元來法律行為ハ法律上ノ效果ヲ發生ヲ目的トスル意思表示ニシテ之ヲ更ニ二種ニ分ツコトヲ得即チ一ヲ單獨行為ト云ヒ一ヲ契約ト云フ前者ハ唯一人ノ意思表示ニシテ後者ハ二人以上ノ合致セル意思表示ナリ而シテ定款ハ此意義ニ於ケル契約ノ一種ナリトス從テ定款ノ成立ニハ二人以上ノ當事者ヲ必要トス或ハ契約ハ其當事者相互間ニ權利義務ノ關係ヲ發生セシムルモノナラサルヘカラス定款ノ如キハ其法律行為ノ當事者間ニハ何等ノ權利關係ヲ發生セシメスシテ唯是レ其當事者カ共同シテ一ノ目的ヲ達セントスル意思ノ表示ナルニ過キス故ニ所謂契約ニアラスシテ「クンツェノ」所謂 Gemeinschaft (共同行為) ナリト然レトモ定款ハ社團法人ノ設立ナル法律上ノ效果ヲ目的トスル二人以上ノ合致セル意思表示ナルヲ以テ前示契約ノ定義ニ適當シテ亦些ノ衝突アルヲ見ス反對論者ハ定款ヲ以テ當事者間ニ權利關係ヲ惹起セシムルコトナシト論スルモ是レ既ニ誤レリ何トナレハ之カ爲メ當事者ハ相互ニ法人ノ設立ニ必要ナル行為其他ノ行為ヲ爲スノ義務ヲ負擔シ又之ヲ爲サシムルノ權利ヲ有スルヲ以テナリ

然ラハ社團ノ設立ヲ目的トスル定款ニハ如何ナル事項ヲ定ムヘキヤ之ヲ以テ必ス定ムヘキ事項即チ定款ノ必要事項左ノ如シ

一 目的 法人ハ必ス一ノ目的ヲ有セサルヘカラス法ハ此目的ヲ達スル手段トシテ人格ヲ附與ス然レトモ法ハ萬能ナルヲ以テ何等ノ目的ナキニ人格ヲ附與スル敢テ不可能事ニアラサルナリ

二 名稱 法人ハ必ス名稱ヲ有セサルヘカラス特別ノ規定ナキトキハ二箇以上ノ名稱ヲ有スルコトヲ得ス

三 事務所 事務所ハ其所在ヲ明カニスルヲ以テ足り敢テ事務所ノ廣狹及ヒ構造ヲ定ムルノ要ナシ

四 資産ニ關スル規定 公益法人ハ一定ノ目的ヲ以テ事業ヲ經營スル爲メ設立スルモノナルヲ以テ之カ爲メ資産ヲ要ス而シテ其資産ハ何人カ如何ナル時期ニ於テ如何ナル方法ニテ離出スルヤヲ確定スルニアラサレハ其法人ハ鞏固ナル基礎ヲ有スルモノト云フヲ得ス是レ資産ニ關スル規定ヲ要スル所以ナリ

五 理事ノ任免ニ關スル規定 理事ハ法人ノ事務ノ執行機關竝ニ代表機關タリ法人ノ事務ハ之ニ因リテ執行サレ其目的ハ之ニ因リテ遂行サル此ノ如キ重要機關ノ任免ノ原則ハ法人ノ根本則ニ於テ之ヲ決定スルノ要アリ

六 社員タル資格ノ得喪ニ關スル規定 社團法人ハ前述ノ如ク人ノ團體即チ社團ヲ其基礎ト爲ス故ニ之ヲ組織スル團體分子即チ社員存セサルヘカラス若シ此社員ナクンハ法人ハ其存在ヲ失フ從テ社員ノ資格ノ得喪ニ關スル規定ハ必ス之ヲ確定シ置クノ要アリ

以上ハ定款ニ缺クヘカサル事項ナリ若シ其一ヲ缺ンカ定款ハ定款トシテ其效力ヲ發生セス從テ主務官廳ハ此ノ如キ定款ニ對シ特許ヲ與フルヲ得ス若シ之ヲ與フルコトアルモ其許可ハ無效

ニシテ法人ノ成立ヲ來スコトナシ何トナレハ法人ノ成立ニハ定款ノ作成及ヒ主務官廳ノ許可ノ二要件ヲ具備スルヲ要シ其定款ハ無效ナル結果法律上存在セサルト同一ナレハナリ

以上六箇ノ事項ノ外設立者ハ自由意思ヲ以テ種種ノ事項ヲ定ムルコトヲ得ヘシ然レトモ其記載事項ノ必要ナルト否トヲ問ハス法令ニ違反シ又ハ公益ヲ害スルモノタルヲ許サス蓋シ法令又ハ公ノ秩序ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効ナレハナリ(九〇條)然ラハ定款記載事項ノ一部カ法令又ハ公序ニ反スルトキハ其事項ノミ無効タルニ止マルヤ將タ又定款全部ノ無効ヲ來スヘキモノナリヤ是レ學者カ至難ノ問題トシテ攻究スル所ナリ

定款ハ前述ノ如ク一ノ契約ニシテ必ス書面ヲ以テ之ヲ作成スルヲ要ス我民法第三七條ニハ「云云記載スルヲ要ス」ト規定スルヲ以テ此記載ナル文字ヨリ推論シテ公益法人ノ定款ハ之ヲ書面ニ記載セサルヘカラスト論定スルカ通説ナリ

定款ノ成立ハ未タ以テ當然法人ノ成立ヲ來タサス營利法人ニ在テハ定款ノ作成ニ因リテ法人ノ成立ヲ來スヲ原則トスト雖モ公益法人ハ尙ホ主務官廳ノ許可ニ因リテ成立ス而シテ法人カ主務官廳ノ特許ニ因リテ成立シタル後定款ヲ變更シ得ヘキヤ否ヤハ別ニ講究スヘキ問題ナリト雖モ定款ハ法人ノ成立前ニ於テ之ヲ取消シ得ヘキヤ否ヤモ亦一言スルノ要アリ此點ニ付テハ變更シ得ヘキモノト云ハサルヘカラス然レトモ定款ハ一ノ契約ナルヲ以テ之ヲ變更スルニハ全員一致ノ合意アルヲ要ス從テ第三八條ヲ適用又ハ準用シテ多數決ヲ以テ之ヲ變更シ得ヘキモノト解スヘ

カラス何トナレハ同條ニハ社員トアリテ其適用ハ法人ノ成立ヲ前提トスレハナリ
法人ノ設立後ニ於テハ定款ヲ變更スルニハ一定ノ要件アリ元來法人ノ事務ハ總會カ多數決ヲ以
テ之ヲ決議シ得ルモノナリト雖モ定款ノ變更ニ至リテハ普通ノ多數決ニ依ルヲ得シテ總社員
ノ四分ノ三以上ノ同意ヲ要ス總社員ナルヲ以テ出席社員又ハ表決社員ノ四分ノ三以上ニアラサ
ルヤ明カナリ然レトモ是レ原則ナリ若シ定款ニ之ト異ナリタル規定ヲ設ケタルトキハ其規定ハ
固ヨリ有效ニシテ決議ハ其定メニ從ハサルヘカラス故ニ例ヘハ二分ノ一以上若クハ五分ノ四以
上或ハ十分ノ九以上ト定メタルトキハ之ニ從フヘク又總社員ノ同意ヲ要スト規定セハ亦之ニ從
フヘキナリ或ハ說ヲ爲シテ曰ク總社員ノ同意ヲ要ストスル定款規定ハ是レ既ニ一ノ定款事項ナ
ルヲ以テ定款變更ノ一般規定ニ依リ變更スルコトヲ得ヘシト又定款ハ之ヲ變更セスト規定スル
モ予限ノ說ニ依レハ有效ニシテ從テ定款ハ變更シ得サルニ至ラン之ニ付テモ其禁止規定カ一ノ
定款事項ナルノ故ヲ以テ定款變更ノ一般規定ニ基キ之ヲ變更シ得ヘシト論スル者アリ然レト
モ是レ皆誤謬ノ說ナリ前說ハ社員ニ不在者、幼者、白痴瘋癲者等アリテ表決權ヲ行使スルコト
ヲ得ス從テ總社員ノ同意ヲ缺如シ定款ヲ變更シ得サルカ如キ不便ヲ救済セントスルヨリ出テタ
ル便宜解釋ナリト雖モ是等ノ社員ニハ管理人又ハ法定代理人存シ表決權ヲ行使スヘキヲ以テ定
款ヲ變更シ得サルカ如キ不都合アルコトナシ又後說モ立論ノ根據ニ乏シ何トナレハ法定以ヒノ
多數決ヲ必要ト規定セシトキハ其多數ヲ要スト云フニ拘ハラス絕對ニ之ヲ許サスト定メタル場

合ニ法定ノ四分ノ三以上ノ同意ヲ以テスルヲ得ヘシトハ二者均衡ヲ得サレハナリ

法人ハ主務官廳カ定款ヲ認可シ設立ヲ許可スルニ由リテ成立ス故ニ其定款ノ變更亦主務官廳ノ
認可アルニアラサレハ其效力ヲ發生セストナスハ理由アル規定ナリ(三八條二項)

財團法人ニ付テハ寄附行為ヲ設立行爲ト爲ス寄附行為ハ財團法人ノ設立ヲ目的トスル法律行爲
タリ然レトモ寄附行為ハ多數學者ノ論スルカ如ク必ス單獨行爲タルヲ必要トセス契約ニ依ルト
雖モ尙ホ之ヲ寄附行為ナリト云フヲ妨ケス例ヘハ二人以上カ財團法人ノ設立ヲ目的トシテ合致
シタル意思ヲ表示シタルトキハ契約ニシテ而モ寄附行為タルヲ失ハサルカ如シ「クンツェ」一
派ノ論者ヲ以テセハ是レ亦契約ニアラスト論スヘシ然レトモ予限ハ前述ト同一ノ理由ヲ以テ之
ヲ契約ナリト解ス

寄附行為ハ書面ヲ以テ作成スルヲ要セス寄附行為ニハ如何ナル事項ヲ定ムヘキヤ我民法ニ依レ
ハ其必要事項ハ定款ノ必要事項ニ同シ(三九條)唯第三七條第六號ノ事項即チ社員タル資格ノ
得喪ニ關スル規定ハ之ヲ要セス何トナレハ社員ハ社團法人ニ特有ノモノニシテ財團法人ニハ之
ナケレハナリ

要スルニ寄附行為ニハ第一、目的第二、名稱第三、事務所第四、資産ニ關スル規定第五、理事ノ任
免ニ關スル規定ヲ定メサルヘカラス是レ所謂必要事項ナルヲ以テ若シ其一ヲ缺カンカ寄附行為
ハ成立セサルナリ然レトモ寄附行為者カ前述ノ必要事項中目的及ビ資産ニ關スル規定ヲ定メタ

ル以上ハ名稱、事務所又ハ理事ノ任免ニ關スル規定ヲ定メシテ死亡シタルトキト雖モ尙ホ之ヲ寄附行爲トシテ有效タラシムルノ途アリトナセリ

抑、寄附行爲ハ生前處分ヲ以テ爲スヲ得ヘク又死後處分タル遺言ヲ以テ爲スヲ得ヘシ而シテ生前處分ヲ以テスルトキハ單獨行爲ニ依リ或ハ契約ニ依ルコト前述シタル所ノ如シ今生前處分ヲ以テ寄附行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ前述ノ如キ缺點アリテ當事者尙ホ生存スルトキハ主務官廳ハ之ニ許可ヲ與ヘス寄附行爲者ヲシテ之ヲ補充セシメタル後ニ於テスヘシ若シ之ヲ看過シテ許可ヲ與ヘンカ其許可ハ無効ニシテ法人ノ成立ヲ來スコトナシ然レトモ寄附行爲者ニシテ其缺點ヲ遺シテ死亡シタルトセハ生前處分ニ依リタルト遺言ニ依リタルトヲ問ハス事實上補充ハ不能ナリ故ニ單純ノ理論ヨリスレハ是レ寄附行爲ニアラスシテ財團法人ハ成立セスト云ハサルヘカラスト雖モ若シ此理論ヲ一貫セハ管ニ寄附行爲者ノ意思ニ反スルノミナラス亦公益ヲ増進スルノ途ニアラサルナリ是ヲ以テ法人ノ基礎ヲ成ササル比較的輕微ノ事項ニ付テ缺漏アルモ法人ノ成立ヲ妨ケサルモノトセリ然レトモ此理由ヲ以テ直チニ其寄附行爲ハ有效ニシテ主務官廳カ之ニ許可ヲ與フレハ法人成立スルモノト解スヘカラス主務官廳ノ許可ヲ與フル前ニハ其寄附行爲カ前述ノ必要事項ヲ具備スルヲ要ス而シテ第四〇條ハ此補充權ヲ裁判所ニ附與シタル裁判所ハ利害關係人トハ其法人ノ設立ニ因リテ利益ヲ受クル者又ハ寄附者ノ相續人、遺產管理人若クハ

遺言執行者ノ如キ之ニ屬ス檢事ハ公益ノ代表者ナルヲ以テ本條ハ之ヲ列舉セリ(非訟三四條)其裁判所ハ設立者カ死亡ノ時ニ有セシ住所ヲ管轄スル區裁判所ニシテ若シ日本ニ住所ヲ有セス又ハ其住所カ知レサルトキハ死亡當時ノ居所又ハ法人ノ設立地ヲ管轄スル區裁判所ナリ

寄附行爲ハ法人ノ設立ヲ目的トシ之ニ財産ヲ讓渡スル法律行爲ナルヲ以テ生前處分ニ依ル場合ハ其性質贈與ニ酷似シ遺言ニ依ル場合ハ遺贈ニ酷似セリ固ヨリ之ヲ以テ贈與又ハ遺贈ナリト觀念スヘカラス何トナレハ寄附行爲ノ單獨行爲ナルトキハ贈與ニアラサルハ勿論契約ノ場合ト雖モ是レ寄附行爲者間ノ契約ニシテ而モ寄附行爲ノ當時ニハ其相手方タルヘキ法人未タ成立セサルハナリ然レトモ無償ニテ財産權ヲ移轉スルノ點ニ於テ贈與又ハ遺贈ト甚タ相類スルヲ以テ民法ハ之ニ贈與若クハ遺贈ノ規定ヲ準用スルモノトナセリ(四一條)其結果トシテ例ヘハ遺留分權利者ノ減殺權ハ寄附行爲ニモ亦行ハルベシ(一一三〇條乃至一一四六條)

寄附行爲ノ性質ニ付テ起ル問題ハ寄附行爲ノ目的物カ法人ノ財産トシテ之ニ歸屬スヘキ時期是ナリ特別ノ定ナキトキハ法人設立ノ時即チ許可アリタル時ニ之ニ歸屬スト云ハサルヘカラス蓋シ設立者ノ意思ハ法人ノ設立ト同時ニ之ヲ其財産ト爲スニ在リト看做シ得ヘキヲ以テナリ第四二條第一項ハ注意的明文ニ過キス然レトモ遺言ニ依ル寄附行爲ナルトキハ法人設立ノ時ヨリニアラスシテ遺言カ效力ヲ生シタル時ヨリ法人ニ歸屬シタルモノト看做サル蓋シ此場合ニ於テ法人ハ遺言カ效力ヲ生シタル後遺言執行者カ之ニ基キテ主務官廳ノ許可ヲ受クルニ因リ成立ス

故ニ遺言發効ノ時ヨリ法人ノ成立スルマテニハ多少ノ時間ヲ要シ遺言發効ノ時ニ其財産ノ法人
ニ歸屬ストハ不可能ノ事ニ屬スト云ハサルヘカラス然レトモ民法ハ特別ノ理由ニ基キ發効ノ時
ニ歸屬スルモノト規定セリ蓋シ理論ニ依リ法人設立ノ時ニ歸屬スルモノトセハ遺言發効ノ時ヨ
リ設立ニ至ルマテハ其財産ハ相續人ニ歸屬スヘク從テ相續人ハ其間ニ之ヨリ生スル天然果實及
ヒ法定果實ヲ取得スルニ至リ寄附者ノ意思ニ反スルノミナラス其間相續人ハ法人ニ移轉スヘキ
財産ヲ自由ニ處分シ得ヘク設立ノ時ニハ遂ニ法人ニ移轉スヘキ財産存セサルニ至ルヘキヲ以テ
ナリ

民法ハ以上ノ如ク宣言發効ノ時ヨリ寄附財産ハ法人ニ歸屬スト規定スルヲ以テ相續人ノ處分行爲ハ法人ニ對シテ效力ナシ然レトモ此主義ニ依レハ第三者ハ意外ノ損失ヲ被ルコトアリ之カ公示方法ヲ設ケ第三者ヲ寄附財産タルコトヲ知ラシムルノ要アリトス

第二 主務官廳ノ許可

主務官廳ノ許可ヲハ法人ノ設立ヲ目的トスル行政處分ニシテ其處分ヲ爲スヘキ國家機關ニ付テハ民法上何等之ヲ規定セス唯單ニ主務官廳ト云ヘルノミ主務官廳トハ將ニ設立サレントスル法人ノ設立ヲ許可スルノ權限ヲ有スル國家機關ノ謂ニ外ナラス是ヲ以テ法人ノ設立ハ或特定ノ國家機關ノ職權ニ屬ストノ規定アラハ此許可ハ其機關之ヲ爲スノ職權ヲ有スヘキナリ然レトモ我々現行法ノ下ニ於テハ此ノ如ク法人設立ノ許可權ヲ以テ特別ナル官廳ニ屬セシムルノ法文ナク從

テ當該法人ノ目的ノ如何ニ依リテ其主務官廳ヲ定ムルノ外ナキナリ例ヘハ法人ノ目的ニシテ祭祀、宗教ニ在リトセハ祭祀、宗教ニ關スル公益行政ヲ掌ル國家機關即チ内務大臣ハ之カ主務官廳タルヘク若シ亦學術、技藝ニ在リトセハ學術、技藝ニ關スル公益行政ヲ職權トスル國家機關即チ文部大臣ニ於テ之カ許可權ヲ有セキカ如シ法文ニ主務官廳ト云ヘルハ全タ右ニ述ヘタルカ如キ意味ニシテ當該行政事務ヲ掌ル最高ノ機關ト云フノ意味ニハアラサルナリ故ニ官制ヲ以テ之カ職權ヲ與フル以上ハ各省ノ管理ニ屬スル下級機關ノ處分ヲ以テ足ルヘキナリ

茲ニ此許可ニ付テ注意スヘキハ許可ノ發生スヘキ時點ナリ前ニモ述ヘタルカ如ク公法法人ハ設立者ノ設立行爲アリタル後主務官廳ノ許可アリタル時ニ於テ成立ス故ニ許可カ何時ニ成立スルカノ問題ハ法人ノ設立ノ何時ナルカノ問題ヲ確定スル上ニ於テ必ス解決セサルヘカヲサアル問題ナリ尤モ法人ノ設立ハ之ヲ登記スルニアラサレハ他人ニ對抗スルコトヲ得ス(四五條ニ項)トノ規定アレトモ法人設立ノ時點ノ問題ニハ何等ノ關係アルコトナシ又私法上ノ法律行爲ハ何時ニ成立スヘキカノ問題ニ付テハ昔ヨリ諸國ノ法制並ニ學說ニ於テ種種ナル主張アリ而シテ此事ニ付テハ後ニ詳述スル所アルヘキモ我民法ニ於テハ私法上ノ法律行爲ハ前ニ述ヘタルカ如ク一種ノ意思表示ニシテ其意思表示カ成立スル以上ハ其表示カ他人ニ到達シタルト否トノ問題ハ其表示ノ成立シタル時點ニ於テ法律行爲カ成立シタルモノトナスヲ原則トシ唯隔地者ニ對シテ爲ス法律行爲ハ一ノ例外ニシテ其意思表示カ相手方ニ到達シタル時點ニ於テ其法律行爲カ

成立シタルモノトナス然ルニ公法上ノ法律行為例ハ設定許可其他ノ行政處分ノ如キハ何時ヨリ其效力ヲ發生スヘキモノナルカ此問題ハ實ニ行政法上ノ一大問題タルナリ民法第四七條ハ登記スヘキ事項ニシテ官廳ノ許可ヲ要スルモノハ其許可書ノ到達シタル時ヨリ登記ノ期間ヲ起算スト規定スレトモ是レ唯單ニ登記期間ノ起算點ヲ規定シタルノミニシテ之ヲ以テ直チニ許可ノ效力ハ到達ノ時ヨリ發生スルモノナリト主張シ第九七條第一項アルニ拘ハラス尙ホ第四七條ノ規定アル所以ハ官廳ノ許可ハ私法上ノ法律行為ニアラサルカ故ニ第九七條ノ支配ヲ受ケサルヲ以テナリト説明スルハ容易ニ贊成シ難キノ論ナリ

法人ノ設立ハ以上ノ二要素ヲ以テ足リ此以外ニ於テハ設立者ノ方面ニ於テモ又國家機關ノ方面ニ於テモ何事ヲモ爲スノ必要ナシ而モ以上ノ二要素ハ前ニモ述ヘタルカ如ク公益法人ニ付テ之ヲ謂フモノニシテ商會社其他營利法人ニ在リテハ商法ノ規定カ適用若クハ準用セラルルノ結果トシテ第二ノ要素タル主務官廳ノ許可ハ之ヲ必要トセス唯設立者ノ設立行為ノミニ因リテ法人ハ直チニ設立セラルルモノナリ

第三節 法人ノ登記及ヒ公告

第三者ハ法人ノ存否並ニ其組織狀態ノ如何ニ依リテ種種ナル利害關係ヲ有スルモノナレハ其法人ノ設立セラレタルコト並ニ其法人ニ關スル重要ナル事項例ヘハ其法人ノ目的、財産狀態及ヒ

代表者等ノ如キハ世間一般ノ人ヲシテ之ヲ知ラシムルノ必要アルヲ以テ之ヲ知得セシムルノ方法ヲ採ラサルヘカラス今若シ之カ公示方法ヲ採ラザランカ第三者ハ之ヲ知ルニ由ナク爲メニ意外ノ損失ヲ被ムルコトアルヘク惡意ノ者ハ之ニ乘シテ容易ニ詐欺ヲ行フノ好機ヲ得ルノ結果ヲ生スヘシ公示制度ハ實ニ法人制度ニ缺クヘカラサル一要素ナリ

第一款 登記

第一 設立登記

法人カ設立セラレタルトキハ一定ノ期間内ニ其登記ヲ爲ササルヘカラス(四五條一項)之ヲ稱シテ法人設立ノ登記ト云フ登記トハ要スルニ一定ノ事項ヲ公簿ニ記入スルコトナリ(非訟一七條乃至一二五條)

一 登記事項 登記スヘキ事項ハ左ノ如シ(四六條一項)

- (イ) 目的
- (ロ) 名稱
- (ハ) 事務所
- (ニ) 設立許可ノ年月日 是レ設立行為ノ内容タルコトヲ得サルハ勿論ニシテ而モ其許可ノ年月日ハ豫メ之ヲ知ルコトヲ得ス然レトモ公益法人ハ許可ナクシテ成立スルコト能ハサル

ヲ以テ法人成立セハ必キヤ設立許可ナカルヘカラス而シテ法文年月日ト云ヘルヲ以テ年月日ノミノ登記ヲ以テ足リ時ヲ登記スルノ必要アラサルナリ

(ホ) 存立期間ヲ定メタルトキハ其時期 存立時期トハ法人ノ存續スル期間ヲ意味ス例ヘハ何年間或ハ何年何月何日マテ或ハ或一定ノ事項ノ發生スル時マテト云フカ如シ而シテ其期間ヲ定ムルノ方法如何ハ毫モ問フ所ニアサルナリ此存立時期ハ設立行為即チ定款又ハ寄附行為ノ必要ノ内容ヲ構成セスト雖モ若シ其存立時期ヲ定メタルトキハ必キ之ヲ登記セサルヘカラス

(ニ) 資産ノ總額 資産ニ關スル規定ハ定款若クハ寄附行為ニ於テ定ムヘキ必要事項ナルコトヲ明カニシテ資産ノ總額ノ何程ナルヤハ其必要事項ノ一部ナラン蓋シ資産ノ總額ハ登記事項ノ一ナレハナリ茲ニ資産トハ會社其他營利法人ノ資本ト云フカ如シ法人ノ目的タル事業ノ基礎タルヘキ理想上ノ金額ニシテ法人ノ現ニ有スル財產權ノ總額ヲ稱スルモノニハラス

(ト) 出資ノ方法ヲ定メタルトキハ其方法 出資ノ方法ハ定款又ハ寄附行為ニ於テ定ムヘキ必要事項ニハアラス固ヨリ資産ニ關スル規定ハ必要事項ナリト雖モ前ニ述ヘタルカ如ク資産ニ關スル規定ナル語ハ其意義甚タ廣汎ニシテ資産ニ關スル事項ノ全體ヲ規定セサルヘカラストノ意ニハアラスシテ唯資産ニ關スル根本ノ規定ヲ必要トスルノ意ニ過キス是故ニ出

資ノ方法ノ如キハ固ヨリ必要事項ニハアラスレトモ唯之ヲ定メタル場合ニ於テハ之ヲ登記スヘキモノト定メタルナリ

(チ) 理事ノ氏名、住所 理事ノ任免ニ關スル規定ハ定款又ハ寄附行為ノ必要事項ナレトモ理事ノ具體的指定ハ其必要事項ニアラス然レトモ是レ登記事項ノ一タルナリ

二 登記所 以上述ヘタル各事項ハ何レノ場所ニ於テ之ヲ登記スヘキヤト云フニ法人ノ各事務所ノ所在地ヲ管轄スル登記所ナリトス全國ニハ數多ノ登記所アリ區裁判所及ヒ其出張所即チ是ナリ此登記所ニハ一定ノ管轄區域アリ或特定ノ法人設立ノ登記ハ其法人ノ各事務所ノ所在地ヲ管轄スル登記所ニ於テ登記セサルヘカラス(非訟一一七條)各登記所ニハ法人登記簿ト稱スル公簿ヲ備ヘ之ニ前掲ノ事項ヲ登記ス(非訟一一九條)

三 登記申請者 登記ハ法人ノ理事全員ノ申請ニ依リテ登記所之ヲ爲スナリ其申請書ニハ定款、理事ノ資格ヲ證スル書面及ヒ主務官廳ノ許可書又ハ其認證原本ヲ添付スルヲ要ス(非訟一二〇條)

四 登記期間 登記ハ設立ノ日ヨリ二週間内ニ之ヲ爲ササルヘカラス幾日ヲ以テ二週間トナスヘキハ民法ノ期間ノ計算ニ關スル規定(一四〇條一四三條)ニ依リテ之ヲ算定スヘキハ勿論ナリト雖モ設立ノ日ト云フハ何日ヲ指スモノナルカハ亦研究スルノ必要アリ法人ハ主務官廳ノ許可行為ノ完了シタル時點ニ於テ成立スルヲ以テ從テ此問題ハ許可ナル行為ハ

何時ニ成立スルカノ問題ヲ前提トス此問題ニ關シテハ前ニ述ヘタルカ如ク議論ノ存スル所ナ
レトモ我民法ハ其第四七條ニ於テ此期間ハ許可書ノ到達シタル時ヨリ之ヲ起算スト規定シタ
ルヲ以テ此期間ノ計算ニ付テハ問題ヲ生スルノ餘地ナキナリ

第二 變更登記

既ニ登記シタル事項ニ變更ヲ生シタル場合ニ於テハ其變更ハ又之ヲ各事務所ノ所在地ニ於テ登
記セサルヘカラス其登記所ハ設立登記ノ場合ト異ナルコトナシ登記ヲ申請セントスルニ當リ理
事ニ缺員アル場合ニハ假理事之ヲ申請ス其申請書ニハ理事又ハ假理事ノ資格ヲ證明スル書面及
ヒ登記事項ノ變更ヲ證明スル書面ヲ添ヘ尙ホ主務官廳ノ許可ヲ要スル事項ニ付テハ其許可書又
ハ許可書ノ認證原本ヲ添付セサルヘカラス但前既ニ登記ノ申請ヲ爲シタル理事又ハ假理事カ同
一ノ登記所ニ對シテ此申請ヲ爲ス場合ニハ其資本ヲ證明スヘキ書類ノ添付ヲ要セサルナリ(非
訟二二一條)登記ノ期間ニ關シテハ設立登記ノ場合ト異ナリ一週内ナリトス而シテ其一週間
ナル期間ハ登記事項ノ變更アリタル時ヨリ起算スルヲ原則トナセトモ其變更ニシテ官廳ノ許可
ヲ要スルモノナルニ於テハ是レ亦設立登記ノ場合ト同シク其許可書ノ到達シタル時ヨリ之ヲ起
算スヘキナリ(四五條三項四六條二項四八條)

登記事項ノ變更トハ例ヘハ其法人ノ目的ニ或ハ名稱ニ或ハ資産ノ總額ニ或ハ理事ノ氏名、住所
ニ變更ヲ生スルカ如キ既ニ登記シタル事項ニ變更アリタル總テノ場合ヲ包含ス然レトモ茲ニ一

ノ注意スヘキハ事務所ニ變更ヲ生シタル場合はナリ抑、事務所ノ變更トハ其新設、廢止移轉ヲ
包含スルモノニシテ事務所ノ變更ハ即チ登記事項ノ變更ナレハ各事務所ノ所在地ニ於テ之カ登
記ヲ爲ササルヘカサルハ明瞭ナリ然レトモ(一)ノ事務所カ新ニ設ケラレタル場合ニハ既ニ
存在セル事務所ノ各所在地ニ於テ新ニ事務所ヲ設ケタルコトヲ登記スルノミヲ以テハ足レリト
セス其新ニ事務所ヲ設ケタル地ニ於テハ法人設立ノトキト同シク民法第四六條第一項ニ列舉セ
ル事項ヲ悉ク登記セサルヘカラス(四五條三項)(二)既ニ存在セル一ノ事務所ヲ廢止セルトキハ
是レ亦登記事項ノ變更ナルカ故ニ各事務所ノ所在地ニ於テ其廢止ノ登記ヲ爲ササルヘカラス此
點ニ付テハ特別ノ規定ナシト雖モ其廢止シタル事務所ノ所在地ニ於テモ廢止ノ登記ヲ爲ササル
ヘカラス(三)事務所ヲ移轉シタルトキハ是レ亦登記事項ノ變更ナルカ故ニ各事務所ノ所在地ニ
於テ之カ登記ヲ爲ササルヘカサルハ明カナレトモ其事務所カ移轉サレタル新所在地ニ於テハ
單ニ移轉ノ登記ノミヲ以テハ足レリトセス民法第四六條一項ニ列舉セル事項ヲ悉ク登記セサル
ヘカサルナリ然レトモ舊所在地ニ於テハ唯移轉シタル事實ノ登記ヲ爲スヲ以テ足リ其他ノ事
務所ノ所在地ニ於ケルト同一ナリ(四八條一項)但其移轉ニシテ一ノ登記所ノ管轄區域ヨリ他ノ
登記所ノ管轄區域ニ移轉シタルニアラスシテ同一ノ登記所ノ管轄區域内ニ於テ移轉シタルニ過
キサルトキハ各事務所ノ所在地ニ於テ其移轉ノ登記ノミヲ爲セハ可ナリ(四八條二項)

第三 外國法人登記

外國法人ハ前ニ述ヘタルカ如ク外國法人ナルカ故ニ當然我國法ノ上ニ於テモ法人タルモノニアラス唯或種ノ法人ニ限リ我法律ハ其人格ヲ認許セルノミ此ノ如ク我國法ニ於テ法人ト認メタル外國法人ニ付テハ內國法人ニ於ケルト同一ノ理由ニ基キ之ニ登記ノ制度ヲ認ムルノ必要アリ然レトモ外國法人ニシテ縱令我國法上人格ヲ認メラレタルモノト雖モ未タ我國ニ於テ一ノ事務所ヲモ有スルニ至ラサル場合ニハ其外國法人カ我國ニ於テ有スル所ノ關係ハ比較的單純ナルカ故ニ我國内ニ於テ事務所ヲ有スル法人ノ如ク之ニ關シテ登記ノ制度ヲ必要トセサルノミナラス我國ニ事務所ヲ有セサル法人ニ對シ登記ノ制度ヲ適用セントスルハ甚ダシク困難ヲ感スヘシ何トナレハ其登記ヲ爲スヘキ場所ヲ定ムルノ標準スラ立チ難クレハナリ然レトモ斯ノ如キ外國法人ニシテ一度我國ニ事務所ヲ設クルニ至ラハ我國ニ於テ種種ナル行爲ヲ爲スヘク從テ我國ニ於テ有スル所ノ關係ハ甚タ複雑ナルヘキカ故ニ其法人ノ組織其他ノ狀況ヲ公示シ以テ第三者ノ利益ヲ保護スルノ必要ヲ生スヘシ是ニ於テカ我民法ハ外國法人カ我國ニ事務所ヲ設クルトキハ之ニ對シテ登記ヲ爲スヘキコトヲ命ジ內國法人ニ關スル登記ノ規定ヲ之ニ準用スルコトナセリ(四九條四五條三項、四六條四八條)但登記期間ハ常ニ一週間ナレトモ外國ニ於テ發生シタル事項ノ登記期間ノ起算點ニ付テハ一ノ特別規定ヲ設ケ其事項ノ通知ノ到達シタル時ヨリ起算スヘキモノトセリ然レトモ我國ニ於テ發生シタル事項ニ付テハ此特別規定ノ適用ナキハ勿論ナリ(四九條一項但書)

第四 登記ノ效力

一 登記スヘキ事項ハ法人ノ理事若クハ假理事ニ於テ之ヲ登記スヘキ義務アリ登記義務者ニ於テ之ヲ登記セサルトキハ一ノ犯罪ヲ構成スルモノニシテ其犯罪者ハ五圓以上二百圓以下ノ過料ニ處セラルナリ(八四條一號)此登記ヲ爲ササル不作爲カ一ノ犯罪ナルトキハ刑法總則ノ規定カカ一ノ刑罰ナリヤ否ヤハ一ノ問題ナリ若シ此不作爲カ一ノ犯罪ナルトキハ刑法總則ノ規定カ當然之ニ適用セラルノ結果トシテ故意ナキ以上ハ罰金ヘキ行爲ハ成立セサルヘク其不作爲者ノ責任能力ノ有無モ亦罰金ヘキ行爲ノ成立ニ重大ナル關係ヲ有スヘシ予輩ハ此不作爲ノ犯罪タルヲ信スルト同時ニ過料ニ付テモ特ニ過料トアルカ故ニ罰金、科料ニ非サルハ勿論ナルヘキモ又刑罰ニ關スル一般ノ規定ノ之ニ適用セラルヘキモノナルヲ信ス故ニ其違犯者カ死亡セハ其相續人ハ之ヲ支拂フノ義務ヲ繼承スルコトナカルヘキナリ

二 次ニ説明スヘキハ登記ヨリ生スル直接ノ效力ナリ登記ハ法人ノ存立ヲ他人ニ對抗シ得ルノ效力ヲ生ス即チ內國法人ハ其主たる事務所ノ所在地ニ於テ設立登記ヲ爲スニアラサレハ其設立ヲ以テ他人ニ對抗スルコトヲ得ス(四五條二項)又外國法人カ日本ニ於テ始テ事務所ヲ設ケタル場合ニ於テハ其事務所ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲ササル以上ハ亦同シク其法人ノ人格ヲ他人ニ對抗スルコトヲ得サルナリ(四九條二項)

抑、法人ハ設立者ノ設立行爲アリタル後主務官廳ノ許可アルニ因リテ直ニ其人格ヲ獲得スル

モノナレハ法人其モノノ成立スルニハ登記ヲ必要トセス又外國法人モ其人格ヲ認許セラルル以上ハ登記ヲ俟タスシテ法人ナリ然レトモ其人格ヲ他人ニ對抗スルカ爲メニハ登記ハ缺クヘカラサル要件ニシテ此登記アリテ始テ其人格ヲ他人ニ對抗スルコトヲ得ルモノナリ人格ヲ他人ニ對抗スルコトヲ得ストハ其人格ヲ認メサル相手方ニ對シ強テ之ヲ認メシムルコトヲ得ス換言セハ相手方ノ意思ニ反シテ其人格ヲ主張スルコトヲ得ストノ意ニ外ナラス例ヘハ法人カ他人ニ對シテ自己ノ權利ヲ行使シ又ハ義務ヲ履行セント欲セハ必ズ其法人自己ノ人格ヲ他人ニ對シテ主張セサルヘカラス此場合ニ其他カ法人ノ人格ヲ認メサレハ如何トモスルコト能ハサルモ若シ之ヲ認ムルニ於テハ法人ハ其權利ヲ行使シ其義務ヲ履行スルコトヲ得ヘシ是故ニ其人格ヲ他人ニ對抗スルコトヲ得ストハ他人ニ對シテ權利ヲ行使シ又ハ義務ヲ履行スルコトヲ得スト云フノ意ニハアラスシテ他人ノ意思ニ反シ之ニ對シテ權利ヲ行使シ又ハ義務ヲ履行スルコトヲ得スト云フノ意ナルコト明白ナルヘシ他人カ法人ノ成立ヲ前提トスル權利義務ヲ主張スルトキ亦同シ

茲ニ一ノ注意スヘキハ內國法人ニ付テハ第四五條第二項ニ於テ登記ヲ爲スニアラサレハ法人ノ人格ヲ他人ニ對抗スルコトヲ得サル旨ヲ規定シ外國法人ニ付テハ第四九條第二項ニ於テ登記ヲ爲サルコトキハ他人ハ其法人ノ人格ヲ否認スルコトヲ得ル旨ヲ規定シ一ハ對抗ト云ヒ一ハ否認ト云ヒテ其用語ヲ異ニセルコト是ナリ或ハ此文字ニ拘泥シ內國法人ノ場合ト外國法人ノ場合トニ於テ登記ヲ爲サルノ結果カ相同シカラスト極論スルノ餘地ナキニアラサルカ如シ即チ或ハ曰ハン否認スルコトヲ得トハ他人カ否認ノ意思表示ヲ爲ストキハ其否認者ニ對シテハ法人ノ人格ヲ主張スルコトヲ得サルモ他人カ否認ヲ爲サル以上ハ其人格ヲ對抗シテハ尙ホ法人ノ人格ハ之ヲ對抗スルコトヲ得ルノ意ナリ之ニ反シテ對抗スルコトヲ得ストハ他人ニ於テ其人格ヲ否認スルコトヲ得トハ其人格ハ他人ニ對シテ主張スルコトヲ得スト云フハ是レ即チ他人カ其人格ヲ否認スルコトヲ得ト云フト同シク他人カ法人ノ人格ヲ否認スルコトヲ得トハ他人ニ對シテ其人格ヲ主張スルコトヲ得スト云フト同一ニシテ是レ全ク同一ノ法律關係ヲ兩側ヨリ觀察シタルニ過キス今若シ此論者ノ主張ノ如クセハ內國法人カ未タ設立ノ登記ヲ爲サル場合ニ於テハ他人ニ對シ權利ヲ有シ義務ヲ負フコト能ハサルノ結果ヲ生スヘシ豈此ノ如キノ理アラシヤ之ヲ要スルニ外國法人ト內國法人トニ付キ登記ヲ爲サルノ效果ニ於テ差異ヲ設クヘキ立法上ノ理由毫モ存在セサレハ單ニ文字ノ差異ニ拘泥シテ斯ル主張ヲ爲スハ曲解ト云ハサルヘカラス

登記事項ノ變更ハ前ニ述ヘタル如ク亦一ノ登記事項タリ而シテ此登記事項ヲ登記セサルノ效果モ亦他ノ登記事項ヲ登記セサルノ效果即チ第四五條第二項ノ場合ト異ナル所ナク其變更ハ之ヲ以テ他人ニ對抗スルコトヲ得サルナリ(四六條二項)縱令登記事項ハ事實上既ニ變更サレ

タリト雖モ登記前ニ於テハ他人ハ其變更ヲ認メサルコトヲ得
次ニ他人ニ對抗スルコトヲ得ヌ又ハ他人カ否認スルコトヲ得ト云ヘル他人トハ如何ナル意義
ヲ有スルカラ説述スヘシ茲ニ所謂他人トハ當該法人ヲ除ク一切ノ人格ヲ包含ス即チ法人ノ設
立者社員若クハ機關タルト將タ純粹ノ第三者タルトヲ問ハス法人以外ノ總テノ人格者ヲ謂フ
モノニシテ而モ善意惡意ヲ問ハサルナリ終ニ對抗スルコトヲ得サル者ハ何人ナリヤト云フニ
登記前ニ於テハ法人自身カ他人ニ對抗スルコトヲ得サルハ勿論ナルモ法人以外ノ者ト雖モ他
ノ第三者ニ對シテ登記事項ヲ主張スルニハ其事項ノ登記アルコトヲ必要前提トス然レトモ法
人其モノニ對シテ登記事項ヲ主張スルニハ其登記ハ必要前提ニアラス法人以外ノ者ハ何人ト
雖モ登記ナクシテ法人ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ルモノナリ

第二款 公告

法人ニ關シテ民法ノ規定ニ依リ登記シタル事項ハ裁判所ニ於テ遲滯ナク之ヲ公告スルコトヲ要
ス(民施二四條)然レトモ此公告ハ登記裁判所ノ爲スヘキ行爲ニシテ法人ノ機關ノ爲スヘキ義
務ニハアラス從テ之ヲ爲ササルノ效果ハ裁判所ノ職務上ノ義務違反タルニ過キスシテ登記ヲ爲
ササル場合ノ如ク法人ノ機關カ之ニ因リテ責任ヲ負フコトナキハ勿論此公告ハ法人ノ人格其モ
ノ其他法人ニ關スル登記事項ノ第三者ニ對スル對抗力ノ發生要件ニモアラサルナリ

第四節 法人ノ住所

住所ハ人ノ生活ノ中心點ナリトノ定義ハ自然人タルト法人タルトヲ問ハス我現行法上正當ナル
コトハ前既ニ之ヲ述ヘタリ然ラハ法人ノ生活ノ中心點ハ何處ナルカ即チ法人ノ住所ハ何處ナル
カ抑ハ人ノ住所ナルモノハ其人ノ權利關係ニ重大ナル關係ヲ有スルモノナルヲ以テ法人ノ住所
モ亦之ヲ明確ニスルノ必要アリ民法ハ第五〇條ニ於テ法人ノ住所ハ其主たる事務所ノ所在地ニ
在ルモノトスト規定シタリ故ニ其主たる事務所ハ即チ法人ノ生活ノ中心點ナリト云フニ歸著ス
民法第一編第一章第三節ニ於テ住所ノ定義ヲ掲ケ同第二章中ニ於テ法人ノ住所ニ關シテ斯ル規
定ヲ設ケタルハ聊カ重複ノ感ナキニアラス何トナレハ法人ノ生活ノ本據即チ中心點ハ疑モナク
其主たる事務所ナレハナリ然レトモ民法第一編第一章ニ於テ人ト云ヘルハ自然人ノ意味ナリ從
テ同章第三節ニ於ケル住所ノ規定ハ自然人ノミニ關スル規定ナレハ法人ノ章ニ於テ更ニ法人ノ
住所ニ關シテ規定セルハ決シテ重複ニハアラサルナリ今假ニ數步ヲ譲リ前ノ規定カ住所ニ關ス
ル一般ノ規定ナリトスルモ法人ノ生活ノ中心點カ果シテ何處ナリヤハ問題トナルノ餘地アルヲ
以テ法人ノ章ニ於テ之ヲ明瞭ナラシメタルモノト解シ得ヘキナリ

第五節 法人ノ帳簿

一 財産目録

法人ハ其社團タルト財團タルトヲ問ハス財産目録ヲ作成セサルヘカラス財産目録トハ其法人ノ有スル積極的消極的財産ノ種類及ヒ分量ノ目録ナリ然レトモ商業帳簿ト異ナリ其各財産ノ時價ヲ記載スルノ必要ナシ然ラハ此財産目録ハ如何ナル時點ニ於ケル法人ノ財産ノ目録ニシテ如何ナル時ニ於テ之ヲ作成セサルヘカラスヤノ問題ヲ生ス民法第五一條第一項ニ依レハ財産目録ハ法人設立ノ時及ヒ毎年最初ノ三個月内ニ於テ之ヲ作成セサルヘカラス但其法人ニシテ特ニ曆年ト異ナル事業年度ヲ設クルトキハ設立ノ時及ヒ其各事業年度ノ終ニ於テ之ヲ作成セサルヘカラス本條ハ財産目録ニ記載スヘキ法人ノ財産ノ時點ヲ規定シタルモノナリ又ハ唯之ヲ作成スヘキ時點ヲ規定シタルモノナリヤト云フニ其規定セントシタル所蓋シ前者ニ在ラン從テ毎年初ノ三個月内ト云フモ必ス三個月内ニ於テ財産目録ヲ作成セサルヘカラスニアラス三個月内ノ或時點ニ於ケル法人ノ財産ヲ記載セハ可ナリ又事業年度ノ終ト云フモ其終點ノ瞬間ニ之ヲ作成セサルヘカラスニアラスシテ其瞬間ニ於ケル法人ノ財産ヲ記載スヘシト云フニ在リ其財産目録ヲ作成スヘキ時期ニ付テハ何等規定スル所ナシト雖モ特別ノ規定ナキ以上ハ遲滞ナク之ヲ作成セサルヘカラスルヘシ而シテ是等ノ財産目録ハ單ニ之ヲ作成スルノミナラス其作成シタル目録ハ常ニ之ヲ事務所ニ備ヘ置タコトヲ要スルナリ(五一條一項)

二 社員名簿

前ニ述ヘタル財産目録ハ財團法人タルト社團法人タルトヲ問ハス之ヲ作成スヘキモノナリト雖モ社員名簿ニ在リテハ財團法人ノミ之ヲ作成スヘキ義務アルモノナリ何トナレハ財團法人ニハ社員ナルモノ存在セサレハナリ社員名簿トハ社員ノ氏名ヲ列記シタル帳簿ニシテ是レ亦常ニ事務所ニ備ヘ置タコトヲ要シ若シ其社員ニ變更アルトキハ其變更毎ニ之ヲ訂正セサルヘカラスナリ(五一條二項)而シテ此帳簿ノ作成時期ニ付テハ何等規定スル所ナケレトモ遲滞ナク作成スヘキモノナリト斷定スルヲ正當トス

以上二種ノ帳簿ノ作成義務違反モ亦一種ノ犯罪ニシテ若シ法人ノ理事是等ノ帳簿ヲ作成セス若クハ之ヲ備ヘ置カス又ハ之ニ不正ノ記載ヲ爲シタルトキハ五圓以上二百圓以下ノ過料ニ處セラルルナリ(八四條二號)

第六節 法人ノ能力

第一 權利能力 法人ニ權利能力アリヤ否ヤ權利能力アリトセハ其範圍如何法人ニハ固ヨリ權利能力ナカルヘカラス抑、人格トハ權利能力ノ主體ヲ意味ス法人ハ自然人以外ノ人格者ナレハ之ニ權利能力ノ存スルコトハ明カナリ此ノ如ク法人ハ人格者ナル以上ハ權利能力ヲ有シ權利及ヒ義務ヲ有シ得ルコトハ論ヲ俟タサル所ナレトモ如何ナル範圍ニ於テ之ヲ有シ得ルヤ即チ如何ナル種類ノ權利義務ヲ如何ナル程度ニ於テ有シ得ルヤハ研究スヘキ問題ナリ

民法第四三條ハ「法人ハ法令ノ規定ニ從ヒ定款又ハ寄附行爲ニ因リテ定マリタル目的ノ範圍内ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フ」ト規定セリ此規定ハ實ニ我現行法上法人ノ權利能力ヲ定メタル原則ナリ元來法人ハ人ニアラサルモノナルモ法律力或目的ヲ現實ニスルカ爲メニ假ニ之ヲ人ナリト看做シタルモノナリ故ニ法人ニ權利又ハ義務ヲ有セシムルハ唯其目的ヲ達スルカ爲メニ必要ナル範圍内ニ止ムレハ可ナリ故ニ法人ハ其目的ノ範圍内ニ於テハ權利ヲ有シ義務ヲ負フコトヲ得レトモ其目的ノ範圍外ニ於テハ何等ノ權利義務ヲモ有スルコト能ハス宗教ノ傳播ヲ目的トスル法人ハ商業ニ基ク權利義務ヲ有スルコトヲ得ス然ラハ目的ノ範圍内ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フトハ其目的ヲ達スルカ爲メニ必要ナル權利義務ハ之ヲ有スルコト能ハストノ意味ナルカ若シ此ノ如キ意味ナリトモハ其法人ノ代理人カ爲シタル法律行爲ニ因リテ法人カ負フ所ノ義務ニシテ法人ニ不利益ナルモノ即チ法人ノ事業ノ爲メニ有害ナル義務ナルトキハ其法律行爲ハ無効ニシテ法人ハ之ニ因リテ何等ノ義務ヲモ負擔スルコトナカルヘシ豈此ノ如キ理アラシキヤ是故ニ目的ノ範圍ノ内外ハ權利義務カ法人ノ目的ヲ達スルカ爲メニ必要ナリヤ否ヤヲ客觀的ニ觀察シテ之ヲ決スルコト能ハサルハ明カナリ然ラハ目的ノ範圍ノ内外ハ法人ニ代リテ法人ノ行爲ヲ爲シ法人ヲシテ權利ヲ取得セシメ又ハ義務ヲ負擔セシムル法人ノ機關ノ主觀ニ因リテ定マルヘキモノナルカ即チ法人ノ代表者カ或權利義務ハ法人ノ目的ヲ達スルカ爲メニ必要ナル權利義務ナリト認メテ之ヲ

負擔セハ其權利義務ハ即チ法人ノ目的ノ範圍内ノモノトナルカ若シ此ノ如クシハ其權利能力ノ制限ハ殆ト無意味トナリ法人ノ代表者ノ意思ノミニ因リテ法人ハ如何ナル權利義務ヲモ之ヲ有スルコトヲ得ルニ至ルヘシ故ニ此目的ノ範圍ノ内外ヲ決スルハ主觀的觀察ノミニ依ルコト能ハサルナリ之ヲ要スルニ目的ノ範圍内トハ其意義極メテ不明瞭ニシテ從テ特定ノ權利義務カ特定ノ法人ノ目的ノ範圍内ナリヤ範圍外ナリヤ確答シ難キ場合多シ予輩ハ寧ロ此ノ如キ制限ヲ設クル心要ヲ認メサルナリ蓋シ法人カ其目的ノ外ノ事業ヲ爲シ又ハ設立ノ許可ヲ得タル條件ニ違反シ其他公益ヲ害スル行爲ヲ爲シタルトキハ主務官廳ハ其設立ノ許可ヲ取消シ法人ヲシテ解散セシムルコトヲモ得レハナリ(七一條民法二三條)却テ斯ル制限ノ爲メ第三者ハ意外ノ損失ヲ受クルコトアルヘキナリ

本條ニハ「定款又ハ寄附行爲ニ因リテ定マリタル目的」トアリ法人ノ目的ハ定款又ハ寄附行爲ヲ以テ定メサルヘカラサルコトハ他ノ法條ニ於テ既ニ規定シアル所ナレハ殊更ニ之ヲ謂フノ必要ナカルヘシ尙ホ本條ニハ「法令ノ規定ニ從ヒ」トアレトモ是レ又其必要ヲ認メヌ先ツ此法令ノ規定ニ從ヒト云ヘル語ハ本條中ノ「定款又ハ寄附行爲ニ因リテ定マリタル」ト云フコトヲ形容スルモノナルカ又ハ「權利ヲ有シ義務ヲ負フ」ト云フコトヲ形容スルモノナルカ明瞭ナラザレトモ今此二者ノ中何レヲ形容スルストスルモ是レ亦贅文タルヲ免レス何トナレハ法人ノ目的カ定款又ハ寄附行爲ニ因リテ定マルヤ必ス法令ノ規定ニ準據セサルヘカラス若シ定款又ハ寄附行

爲ヲ以テ其目的ヲ定ムルニ當リ法令ノ規定ニ違反セハ其設立行爲ハ無効ニシテ法人ノ目的ハ未
タ定マラサルモノナリ又權利ヲ有シ義務ヲ負フコトヲ形容シタルモノトスルモノノ權利ヲ有シ
義務ヲ負フヤ常ニ法令ノ規定ニ基クモノニシテ權利義務夫レ自身カ既ニ法令ノ規定スル所ノモ
ノタレハ特ニ之ヲ謂フノ必要ナケレハナリ

法人ハ又其性質ノ當然ノ結果トシテ自然人ニアラサレハ享有スルコトヲ得サル權利例ヘハ親族
權ハ之ヲ享有スルヲ得サルナリ然レトモ法人ノ權利ハ財產權ニ限ルト云フ(Windscheid § 59)ハ
誤ナリ名譽權ノ如キ法人亦之ヲ有ス次ニ攻究スヘキハ我國ニ於テ認許セラレタル外國法人ノ權
利能力ナリ此ノ如キ外國法人ハ同種ノ內國法人ト同一ノ權利能力ヲ有ス其法人ノ本國ニ於テ有
スル權利能力如何ヲ問ハサルナリ然レトモ(一)外國人カ我國ニ於テ有シ得サル權利ハ勿論外國
法人亦之ヲ有スルコトヲ得ス(二)法律又ハ條約ハ自由ニ外國法人ノ權利能力ヲ規定スルコトヲ
得ルナリ(三六條二項)

第二 行爲能力 行爲能力中ニハ法律行爲ヲ爲スノ能力即チ法律行爲能力ト不法行爲ヲ爲スノ
能力即チ不法行爲能力トヲ包含ス以下順次之ヲ説明スヘシ

一 法律行爲能力 法人ハ法律行爲能力ヲ有スルヤ既ニ述ヘタルカ如ク法律行爲ハ法律上ノ效
果ヲ發生セシムルコトヲ目的トスル意思ノ表示ナリ故ニ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ル者即チ法
律行爲能力ヲ有スル者ハ必ス意思能力ヲ有スル者ナラサルヘカラス意思作用ヲ有セサル者ハ

法律行爲ヲ爲スコトヲ得サルナリ今法人ハ此意思能力ヲ有セス從テ當然ノ結論トシテ法人ハ
自ラ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ス即チ法人ハ法律行爲能力ヲ有セサルナリ

法人ハ意思能力ナシトハ如何ニシテ之ヲ謂ヒ得ルカ意思ノ本質ノ問題ハ措テ論セス然レトモ
或論者ハ曰ク法人ハ一ノ團體ナリ團體ニハ其團體ヲ組織スル所ノ各員ノ意思ノ外ニ團體意思
存在スルモノナリ即チ社會ニハ社會心意アリ此社會心意ハ其社會ノ各員ノ意思ニアラス又其
意思ノ結合ニモアラス法人ト稱スル社會ニモ其團體ノ各員ノ意思ヨリ獨立シタル一ノ社會心
意ナルモノアリ此社會心意ハ即チ其法人ノ意思タルニアラサルヤト社會心意ナルモノハ勿論
其存在ヲ否定スルコト能ハサルヘシト雖モ其社會心意ナルモノカ自然人ノ意思ヨリ獨立シテ
存在スルモノトハ肯定シ難シ要スルニ論者ノ所謂社會心意トハ其社會各員ノ意思ノ結合ニ外
ナラス又其社員ノ多數決ニ過キサルナリ此ノ如キ論鋒ヲ以テ法人ニ意思アリト云フハ誤謬ナ
リ今縱令此社會心意ナルモノカ其社會ノ固有ノ意思ナリト假定スルモ我民法ニ於テハ社團法
人ノ外ニ財團法人即チ或財產ノ一團ヲ本質トスル法人ヲ認ムルヲ以テ此議論ハ社團法人即チ
社團ヲ本質トスル法人ニノミ適用セラルニ止マリ財團法人ニハ之ヲ適用スルコト能ハス蓋
シ財團法人ハ固ヨリ自然人ノ團體ニアラサレハ社會心意ナルモノノ存在スヘキ謂レナケレハ
ナリ從テ論者ノ所説ヲ正確ナリトスルモ財團法人ハ尙ホ意思ナシト云ハサルヘカサルナリ
法人ハ自ラ法律行爲ヲ爲スノ能力ナシト雖モ之ヲ以テ法人ハ法律行爲ニ基キ權利ヲ取得シ

又ハ義務ヲ負擔スルコトヲ得スト云フヘカラス他日代理ノ説明ヲ爲スニ當リ詳述スヘキモ代理人ノ爲シタル法律行為ハ本人ニ對シテ直接ニ其效力ヲ生スルモノニシテ其行為ニ基テ權利又ハ義務ハ即チ本人ノ權利義務トナルナリ故ニ法人ハ自ラ法律行為ヲ爲シ得サルモ次節ニ述フルカ如ク法人ハ代理人ヲ有スルヲ以テ其代理人ノ法律行為ニ基テ種種ノ權利義務ヲ有スルコトヲ得ルモノタルナリ(Capitant p. 187-189)

二 不法行為能力 不法行為ナル語ニハ廣狹二様ノ意義アルコトハ尙ホ後ニ之ヲ述フヘシ廣義ニ於テハ一切ノ權利侵害行為ヲ總稱シ狹義ニ於テハ債務ノ不履行ヲ除外シタル一切ノ權利侵害行為ヲ謂フ先ヅ法人ハ債務ノ不履行ヲ爲シ得ルヤ否ヤヲ攻究センニ債務ノ不履行ナル行為ハ作爲ナルコトアリ又不作爲ナルコトアリ而シテ意思能力ヲ有セサル者ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ一ノ問題ナリ(四一五條)或說ニテハ債務ノ不履行ハ債務者ニ於テ故意若クハ過失ナル意思作用ヲ爲スニアラサレハ成立セスト云ヘリ此說ヲ正當ナリトセハ意思能力ナキ法人ハ債務ノ不履行ヲ爲スコト能ハサルヘシ然レトモ予輩ハ我民法ノ解釋トシテハ此說ノ當ラサルヲ信ス我民法ハ債務ノ不履行ニハ債務者ノ一定ノ意思作用ヲ必要トセサレハナリ故ニ意思能力ナキ法人ト雖モ尙ホ債務ノ不履行ヲ爲シ得ルモノトス然ラハ債務不履行以外ノ權利侵害行為ニ付テハ如何我民法ハ是等ノ權利侵害行為ノ成立ニ關シテハ主觀主義ヲ原則トシ侵害者即チ不法行為者ニ於テ故意又ハ過失ナル一定ノ意思作用ヲ有スルコトヲ要件トセリ

(七〇九條)果シテ然ラハ意思能力ナキ法人ハ其當然ノ結果トシテ不法行為能力ヲ有セサルヲ原則トナササルヘカラス然レトモ若シ客觀主義ニ依リ不法行為ノ成立ニ故意若クハ過失ヲ要素トセザル場合アリトセハ此ノ如キ不法行為ハ意思能力ナキ者ニ於テモ之ヲ犯スコトヲ得ト云ハサルヘカラス然ラハ此ノ如キ不法行為ハ法人モ尙ホ之ヲ犯スコトヲ得ルヤ客觀主義ニ依ル不法行為即チ何等ノ意思作用ヲモ要素トセザル不法行為ニテモ一種ノ行為即チ動靜ナルコトハ不法行為ノ要素ナリ法人ハ無形ニシテ其自體ハ何等ノ活動ヲモ爲スコト能ハサルモノナレハ此ノ如キ不法行為ハ心神喪失ノ狀況ニ在ル自然人ハ之ヲ爲スコトヲ得ル場合アルニ拘ハラス法人ハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ

此ノ如ク法人ハ自ラ不法行為ヲ爲スノ能力ナシト雖モ不法行為ニ基キ責任ヲ負擔スル場合アリ民法第四條第一項ニ曰ク「法人ハ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」ト本條ニ所謂他人ニ加ヘタル損害トハ他人ニ損害ヲ加ヘタル一切ノ場合ヲ包含スルニハアラスシテ他人ノ權利ヲ侵害シタル場合即チ他人ニ對シテ不法行為ヲ爲シタル場合ノ謂ナリ

或ハ曰ク民法第七一五條ニ依ルトキハ或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ對シテ爲シタル不法行為ニ因ル損害ヲ賠償スル義務アル旨ヲ規定セリ法人ノ理事其他ノ代理人ハ即チ法人ノ事業ノ爲メニ法人ニ使用セラル者ナルカ故ニ特ニ第四

四條第一項ノ明文ナクモ本條ニ依テ法人ニ賠償ノ責任アルコト明カナリ第四條第一項ノ規定ハ贅文ナリト曰ク然ラス第七一五條ニ依ルトキハ事業者ハ其事業ノ爲メ使用スル者ノ不法行為ニ付キ自ラ責任ヲ負擔スレトモ是レ固ヨリ原則ニシテ之ニ對シテ大ナル例外アリ即チ同條第一項但書ノ規定是ナリ曰ク「使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ此限ニ在ラス」ト是ニ依テ之ヲ觀レハ縱令被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ノ權利ヲ侵害スルモ使用者カ其加害者ヲ選任採用スル上ニ於テ何等ノ過失ナク即チ相當ノ注意ヲ用ヒ且其加害者カ事業ヲ執行スルニ當リテ之カ監督上ニモ相當ノ注意ヲ施シタルトキ即チ過失ナキトキハ使用者ハ第七一五條第一項前段ニ定メタルカ如キ責任ヲ負フコトナシ然ルニ法人ニハ意思能力ナク從テ何等ノ意思作用ヲ爲スコトヲ得ス換言スレハ法人ニハ何等ノ心的狀態ナシ過失ナル心的狀態アリ得サルナリ從テ第七一五條ニ依リテ法人ノ責任ヲ問フコトヲ得サルハ言ヲ俟タス

然リト雖モ法人ヲシテ被用者ノ不法行為ニ付キ或範圍内ニ於テ責任ヲ負擔セシムルノ必要アリ即チ若シ一般ノ原則ニ依リテ法人ハ其被用者カ他人ニ對シテ如何ナル不法行為ヲ爲スモ毫モ自ラ責任ヲ負擔セストセハ法人ト或法律關係ニ立テ又ハ立タントスル者ハ意外ノ損失ヲ被ムルコトアルヘシ固ヨリ其被害者ハ加害者タル法人ノ被用人ニ對シテハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシト雖モ法人ノ被用者ハ其法人ニ比シテ實力少キヲ常トスルヲ以テ被害者ノ

カ他人ノ所有物ノ使用收益ヲ爲スノ物權ヲ謂ヒ地的役權ハ土地ノ爲メニ存スル役權ニシテ土地ノ所有者カ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル物權ヲ謂フ民法ニ認ムル所ノ地的役權ハ後者ニ屬シ第二〇八條ニ於テ此意義ヲ明カニシタリ而シテ用益權、使用權、住居權等特定ノ人ノ爲メニ設ケラレタル役權即チ人的地的役權ナルモノハ我民法ニ於テ之ヲ認メス是レ歐洲諸國ノ立法ト其趣ヲ異ニスル所ニシテ民法カ此點ニ付キ歐洲諸國ノ立法ニ倣ハサリシハ畢竟此種ノ權利ハ全ク我國情ニ適セサルカ爲メニシテ舊民法ニ於テ之ヲ認メタルニ反シ現行民法ニ於テ全然之ヲ排斥シタルハ其當ヲ得タルモノト謂ハサルヲ得ス而シテ民法ノ規定ニ從ヒ地的役權ノ性質ヲ舉クレハ則チ左ノ如シ

第一 地的役權ハ他人ノ土地ノ上ニ行ハル物權ナリ

地的役權ノ目的ハ土地ナルコトヲ要シ且其土地ハ他人ノ所有ニ屬スルコトヲ必要トスルヲ以テ地的役權ハ土地以外ノ物ノ上ニ行ハルコトナク又自己ノ所有地ノ上ニ行ハルコトナシ又地的役權ハ一ノ物權ナルヲ以テ直接ニ物ノ上ニ行ハレ地的役權者ハ其權利ノ範圍内ニ於テ直接ニ土地ヲ支配スルノ權利ヲ有スルト同時ニ土地ノ所有者ハ地的役權者ニ對シテ積極的ニ或行為ヲ爲スノ義務ヲ負擔セサルヲ原則トス詳言スレハ地的役權者カ權利ノ目的タル土地ノ上ニ或行為ヲ爲スノ權利ヲ有スルトキハ土地ノ所有者ハ地的役權者ノ行為ヲ認容スルノ義務ヲ負ヒ地的役權者カ土地所有者ノ權利行使ヲ制限スルノ權利ヲ有スルトキハ土地ノ所有者ハ禁セラルル行為ヲ爲ササルノ義

務即チ不行爲ノ義務ヲ負フニ止マリ地役權者ニ對シテ積極的ニ或給付ヲ爲スノ義務ヲ負フコトナシ故ニ土地ノ所有者相互ノ間ニ於テ其中ノ一人カ相手方ニ對シテ或行爲ヲ爲スヘキコトヲ契約シタルトキハ此契約ハ當事者間ニ於テ債權關係ヲ創設シ得ヘキモ地役權ヲ發生セシムルコトナシ例ヘハ甲地ノ所有者カ乙地ノ所有者ニ對シテ其所有地内ノ飲用水ヲ供給スルコトヲ約シタリト假定センニ乙地ノ所有者ハ甲地ノ所有者ニ對シテ水ヲ供給セシムルノ債權ヲ取得スルニ止マリ甲地ノ上ニ地役權ヲ取得セス又甲地ノ所有者カ乙地ノ所有者ニ對シテ飲用ノ爲メニ其所有地内ノ水ヲ汲取ルノ權利ヲ讓與シ且之ト同時ニ其水ハ甲地ノ所有者ニ於テ乙地ニ運搬スヘキコトヲモ併セテ約シタリト假定スルトキハ乙地ノ所有者ハ甲地ノ上ニ汲水地役權ヲ取得スルハ明カナリト雖モ甲地ノ所有者ヲシテ飲用水ヲ運搬セシムルノ權利ハ純然タル債權ニシテ汲水地役權ノ一部ニ屬セサルモノトス

地役權ハ他人ノ土地ノ上ニ行ハル權利ナルヲ以テ他物權ノ一種ニ屬シ此點ニ付テハ地上權、永小作權、抵當權等ト其性質ヲ同シウスト雖モ他ノ點ニ於テ差異アリ但其差異ノ點ハ後ニ説明スヘシ

第二 地役權ハ土地ノ所有者カ他人ノ土地ノ上ニ有スル權利ナリ

地役權ハ土地ト土地トノ關係ヨリ生シ此權利ノ存立スルカ爲メニハ所有者ヲ異ニスル二箇ノ土地ノ存立スルコトヲ要スルハ明白ナリトス而シテ此二箇ノ土地中地役權ノ附著セル土地ヲ稱シ

テ要役地ト謂ヒ地役權ヲ負擔スルモノヲ稱シテ承役地ト謂フ蓋シ此名稱タル直接ニ土地ヲ以テ權利義務ノ主體トシ其相互ノ間ニ恰モ服從ノ關係アルカ如ク看做シ之ヲ設ケタルモノナリ地役權ハ要役地ノ所有者カ要役地ノ便益ノ爲メニ有スル權利ナルヲ以テ獨立シテ存在スルコトヲ得ス常ニ必ス要役地ニ從屬シ要役地ノ所有權ト分離スヘカラサル關係ヲ有スルモノナリ地役權ト地上權及ヒ其他ノ物權トハ此點ニ於テ差異アリ

要役地ノ所有權ト地役權トノ間ニ前記ノ如キ從屬ノ關係アルヲ以テ種種ノ效果ヲ生ス予ハ以下其效果ヲ説明スルニ當リ便宜上之ヲ二箇ニ區別シ説明スヘシ即チ左ノ如シ

甲 地役權カ要役地ノ所有權ニ從屬スルヨリ左ノ效果ヲ生ス(二八一條一項)

(イ) 地役權ハ要役地ノ所有權ト共ニ移轉ス 例ヘハ甲一ノ地所ヲ所有シ乙地ノ上ニ通行地役權ヲ有スルモノト假定センニ甲其地所ヲ丙ニ讓渡シタルトキハ丙ハ地所ノ所有權ヲ取得スルト同時ニ乙地ニ對スル通行權ヲモ併セテ取得スルモノトス

(ロ) 地役權ハ要役地ノ上ニ存スル權利ノ目的タルモノトス 例ヘハ前例ニ於テ甲、丙ノ爲メニ其地所ノ上ニ地上權ヲ設定シタルトキハ丙ハ地上權ノ目的タル土地ニ附隨スル所ノ權利トシテ當然通行權ヲ行使スルコトヲ得ヘシ甲カ其土地ノ上ニ永小作權ヲ設定シ又ハ其土地ヲ他人ニ賃貸シタル場合ニ於テモ亦然リトス

右二箇ノ場合ニ於テハ地役權ハ要役地ノ所有權ニ附隨シ之ト其運命ヲ共ニスレ皆此兩者間

ニ存スル主從ノ關係ヨリ生スル效果ナリトス蓋シ地役權ナルモノハ要役地ノ便益ヲ増加スル權利ニシテ土地ノ所有者ハ此權利ノ取得ニ依リ其支配權ヲ自己ノ所有地ノ境界外ニ及ボスコトヲ得ルヲ以テ此點ヨリ觀察スルトキハ地役權ハ土地所有權ノ擴張ナリト云フコトヲ得ヘシ」地役權ハ要役地ノ所有權ト其運命ヲ共ニスルヲ原則トスト雖モ此原則ニハ例外アリ第二八一條第一項但書ノ規定即チ是ナリ此規定ニ依レハ設定行為ヲ以テ地役權ノ行使ヲ當事者以外ノ人ニ禁シタルトキハ前記ノ效果ヲ生セサルモノトス此場合ニ於テハ地役權ハ所有權ノ讓渡ト共ニ當然消滅スヘク又要役地ノ上ニ地上權又ハ其他ノ權利ヲ取得シタル者ハ地役權ヲ行使スルコトヲ得サルヘシ蓋シ地役權ハ所有權ノ如ク物ニ關スル絕對無限ノ權利ニ非サルヲ以テ其讓渡ヲ禁シ又ハ當事者以外ノ人ニ此權利ノ行使ヲ禁スルモ其本質ヲ傷クルノ虞ナキノミナラス其禁止ハ毫モ公益ヲ害セサルヲ以テ法律ハ此點ニ關スル當事者ノ意思表示ニ其效力ヲ與フルモノナリ

乙 地役權カ要役地ノ所有權ヲ離レテ獨立ノ存在ヲ有スルコト能ハサルヨリ左ノ效果ヲ生ス

(二八一條二項)

(イ) 要役地ノ所有者ハ土地ノ所有權ト地役權トヲ分離シ土地ノ所有權ヲ他人ニ讓渡シテ自己ノ爲メニ地役權ノミヲ留保シ或ハ土地ノ所有權ヲ留保シテ地役權ノミヲ他人ニ讓渡シ若クハ或人ニ所有權ヲ讓渡シ他ノ人ニ地役權ヲ讓渡スルコトヲ得ス

(ロ) 土地ノ所有者ハ土地ノ所有權ト地役權トヲ分離シテ地役權ノミヲ他ノ權利ノ目的トナスコトヲ得ス例ヘハ地役權ノミヲ抵當ニ供シ又ハ之ヲ他人ニ賃貸スルコトヲ得サルカ如シ」

第三 地役權ハ土地ノ所有者カ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スルノ權利ナリ

地役權ハ承役地ヲ要役地ノ便益ニ供スルヲ以テ其目的ト爲ス換言スレハ地役權ハ承役地ニ依リテ供セラルル要役地ノ便益ヲ以テ其内容ト爲スモノトス以下地役權ノ内容タルヘキ便益ノ性質及ヒ其種類ヲ區別シテ説明スヘシ

甲 便益ノ性質 地役權ノ目的タル土地ノ便益ハ左ノ性質ヲ具備スルコトヲ要ス

(イ) 地役權ノ目的タル要役地ノ便益ハ要役地其モノノ便益ヲ主眼トスルモノナルコトヲ要シ所有者其人ノ便益ヲ主眼トスルモノハ地役權ノ目的タルコトヲ得ス 例ヘハ隣地ヲ通行シ又ハ隣地ヲ通シテ水道ヲ設クルカ如キハ要役地ト利用上ニ於テ一定不變ノ便益ヲ與フルモノニシテ此便益ハ土地其モノニ附着シ所有者ノ變更ニ拘ハラス常ニ存在スヘキモノトス故ニ此種ノ便益ハ地役權ノ内容タルコトヲ得ヘシ之ニ反シ隣地ニ於テ狩獵、漁獵ヲ爲シ若クハ隣地ノ庭園内ニ於テ自由ニ散步ヲ爲スノ權利ノ如キハ要役地其モノノ便益ヲ目的トスル所ノ權利ニ非スシテ寧ろ所有者其人ノ便益ヲ目的トスル所ノ權利ナリトス何トナレハ此權利ノ目的タル便益ハ所有者其人ニ依リテ異ナリ土地ノ利用上ニ於テ一定不變ノ便益ヲ與フルモノニ非サルヲ以テナリ但當事者ノ設定シタル權利ハ土地其モノノ便益ヲ主眼トスル

モノナルヤ否ヤニ付キ疑ヲ生スルコト往往ニシテ是アリ是等ノ場合ニ於テハ國民實際ノ生活ニ基テ普通觀念ニ依リ疑問ヲ解決セサルヘカラス

(ロ) 要役地ノ爲メニ承役地ノ供スル便益ハ承役地其モノニ存スルコトヲ必要トシ承役地ノ所有者ノ勞役ニ存スルコトヲ得ス 例ヘハ要役地ノ所有者カ他人ノ土地ヲ通行スルノ權利ヲ有スル場合ニ通行ノ便益ヲ要役地ノ所有者ニ供スルモノハ土地ニシテ人ニ非ス故ニ其權利ハ地役權ナリ然レトモ土地ノ所有者ノ爲メニ或工事ヲ爲シ又ハ草木ノ栽植ヲ爲スカ如キハ人ノ勞役ニ依リテ供セラルル便益ニシテ土地ノ供スル便益ニ非サルヲ以テ地役權ノ目的タルコトヲ得ス蓋シ土地ノ所有者カ他人ノ土地所有者ヲシテ此種ノ便益ヲ供セシムルノ權利ヲ取得スルハ固ヨリ有益ナリト雖モ其權利ハ一ノ債權トシテ法律ノ保護ヲ受クルニ止マリ地役權トシテ法律ノ保護ヲ受クルコト能ハサルモノトス

(ハ) 地役權ノ目的タル便益ハ公ノ秩序ニ反セサルコトヲ要ス 所有者ヲ異ニスル二箇ノ土地アル場合ニ其所有者ハ任意ニ其所有地相互ノ關係ヲ定ムルノ全權ヲ有シ之カ爲メ一ノ土地ノ便益ノ爲メニ他ノ土地ノ上ニ負擔ヲ加フルコトハ固ヨリ隨意ナリトス蓋シ是等ノ事項ニ關スル當事者ノ意思表示ハ素ト私益ヲ目的トスルモノナレハ法律ノ一般ノ原則ニ從ヒ其意思表示ニ效力ヲ與フルモノナリ然レトモ土地所有者ハ其支配スル土地相互ノ關係ヲ定ムルニ當リ公ノ秩序ニ反スル便益ヲ以テ地役權ノ目的ト爲スコト能ハサルハ勿論ニシテ民法

第九〇條ノ原則ハ地役權ノ設定ヲ目的トスル法律行為ニ全然適用セラルヘキモノトス而シテ地役權ハ土地ノ所有者相互ノ間ニ於テ民法第一章第三節ニ掲グル所有權ノ界限ニ關スル規定ニ異ナリタル意思表示ヲ爲スニ因リテ成立スルモノニシテ此場合ニ於テ當事者カ専ラ相隣者ノ利害ニノミ關スル規定ニ異ナリタル意思ヲ表示セルトキハ其意思表示ハ固ヨリ有效ニシテ地役權ヲ發生セシムルコトヲ得ヘシ例ヘハ第二一四條、第二二〇條ニ該當セサル場合ニ於テハ雨水又ハ其他ノ水ヲ隣地ニ流通セシムルノ契約第二三四條以下ノ場合ニ於テ法定ノ制限ニ反シテ工作物ヲ所有スルコトヲ得ルノ契約ノ如シ之ニ反シ第二〇九條ノ隣地ノ使用權ヲ禁スルノ契約、第二二〇條ノ通行權ノ行使ヲ禁スルノ契約、第二一四條ノ承水義務ヲ免除スルノ契約、第二二〇條ノ疏水權ノ行使ヲ禁スルノ契約、第二二三條ノ界標權ノ行使ヲ禁スルノ契約ノ如キハ何レモ公ノ秩序ニ反スルヲ以テ其契約ハ全然無効ニシテ地役權ヲ發生スルコトナシ第二一五條、第二一六條ノ權利行使ヲ禁スルノ契約ニ付テモ亦然リトス

乙 便益ノ種類 土地ノ所有者カ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スルノ方法ハ區區ニシテ一定セス或ハ自己ノ土地ノ爲メニ他人ノ土地ノ使用ヲ爲スヲ目的トシ或ハ自己ノ土地ノ爲メニ他人ノ土地ノ收益ヲ爲スヲ目的トシ或ハ自己ノ土地ノ爲メニ他人ノ土地ニ於ケル權利ノ行使ヲ制限スルヲ目的トシ或ハ自己ノ土地ノ爲メニ相隣者ノ關係ヨリ生スル所有權ノ限界ヲ脱

スルヲ目的トス例ハ通行地役權、水道地役權ノ如キハ承役權ノ使用ヲ目的トシ薪材柴草ヲ採取スルノ地役權、荒蕪地ニ於テ牛馬ヲ飼養スルノ地役權ハ承役地ノ收益ヲ目的トシ隣地ノ所有者ヲシテ一定ノ高サヲ超エテ若クハ境界ヨリ一定ノ距離内ニ於テ竹木工作物等ヲ所有セシメサルノ地役權ハ隣地ニ於ケル所有權ノ行使ヲ制限スルヲ目的トシ雨水ヲ隣地ニ注射セシムヘキ工作物ヲ設ケルノ地役權、建物又ハ工作物ヲ築造スルニ付キ法定ノ距離ヲ存セサルノ地役權ハ相隣者ノ關係ヨリ生スル法定ノ制限ヲ脱スルヲ目的トスルモノナリ要スルニ地役權ノ目的タル土地ノ便益ハ要役地ノ需要ニ應ジ千差萬別ニシテ一之ヲ指摘スルコト能ハスト雖モ結局前記四種ノ外ニ出テサルモノトス而シテ土地ノ關係ヨリ生スル便益ニシテ甲號ニ說明シタル要件ヲ具備スルニ於テハ當事者ハ取テ以テ之ヲ地役權ノ目的ト爲スコトヲ得ヘタ其便益ノ種類如何ハ之ヲ問フノ必要ナシ故ニ地役權ノ目的ノ便益ノ何タルヤハ一ニ此權利ヲ發生スル所以ノ設定行為ニ依リテ定マルヘキモノトス是レ民法第二八〇條ニ於テ「設定行為ヲ以テ定メタル目的ニ從ヒ」ト概括的ニ規定シタル所以ナリ

地役權ハ一ノ土地ヲ他ノ土地ノ便益ニ供スルノ權利ナルコトハ上來説明スル所ニ依リテ明カナリ而シテ地役權ハ隣接セル二箇ノ土地ノ間ニ設定セラルルヲ通常トスレトモ此點ハ地役權成立ノ要件ニ非ス又地役權ハ他人ノ土地ニ付キ使用收益ヲ爲スノ權利ナルヲ以テ地上權、永小作權ニ類似スルモ其使用收益ノ範圍ハ頗ル狹隘ナルモノニシテ前者ノ如ク強大ナル權利ニ非ス又地

役權ハ所有權ヲ制限スルノ點ニ於テ抵當權ト其性質ヲ同シスルモ單純ニ所有者ノ權利行使ヲ制限スルニ止マリ抵當權ノ如ク所有者ヨリ物ノ所有權ヲ剝奪スルノ權能ヲ包含セサルモノトス」
第四 地役權ハ不可分ノ權利ナリ

地役權者ハ地役權ノ全部ヲ所有スルコトヲ要シ之ヲ分割シテ其一部ヲ所有スルコトヲ得ス例ヘハ地役權者カ隣地ヲ通行スルノ權利ヲ有シ若クハ隣地ノ所有者ヲシテ境界ヨリ一定ノ距離内ニ於テ竹木又ハ工作物ヲ所有セシメサルノ權利ヲ有スルモノト假定セン第一ノ場合ニ於テ地役權者ハ全ク隣地ヲ通行スルコトヲ得ルニアラサレハ其目的ヲ達スルコト能ハサルヤ明カナリ何トナレハ隣地ノ二分ノ一若クハ其三分ノ一ヲ通行スルコトヲ得ルハ毫モ通行權ヲ有セサルニ等シク地役權ハ何等ノ效用ヲ爲ササルヲ以テナリ又第二ノ場合ニ於テハ地役權ノ目的タル便益ハ有形上及ヒ理想上分割ノ觀念ヲ容レサルハ多辯ヲ要セスシテ明カナリ又地役權カ隣地ノ收益ヲ目的トスルトキハ一見可分ナルカ如シト雖モ其收益ハ不可分の必要役地其モノノ便益ニ供セラルルモノナレハ此種ノ地役權モ亦分割ヲ許ササルモノトス

地役權ハ唯一不可分ノ權利ニシテ分割セラレタル地役權即チ所謂一部ノ地役權ナルモノハ法律上存在セサルヲ以テ此權利ノ取得ハ常ニ全部タルコトヲ要スルト同時ニ其喪失モ亦全部タルコトヲ必要トス換言スレハ吾人ハ地役權ヲ分割シテ其一部ヲ取得シ又ハ其一部ヲ喪失スルコトヲ得サルモノトス是ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

甲 土地ノ共有者ノ一人ハ其持分ニ付キ地役權ヲ設定スルコトヲ得ス又其持分ニ付キ地役權ヲ取得スルコトヲ得ス是レ他ナシ地役權ハ不可分のニ要役地其モノノ便益ノ爲メニ存スル權利ニシテ又不可分のニ承役地其モノノ上ニ存スル負擔ナレハ要役地ノ所有權ノ持分ニ應ジテ此權利ノ一部ヲ取得シ又ハ承役地ノ所有權ノ持分ニ應ジテ一部分之ヲ設定スルコトハ到底爲シ得ヘカラサルヲ以テナリ

乙 土地ノ共有者ノ一人ハ其持分ニ付キ土地ノ爲メニ存スル地役權ヲ消滅セシメ又ハ土地ノ上ニ存スル地役權ヲ消滅セシムルコトヲ得ス例ヘハ甲乙丙ノ三人カ其共有地ノ爲メニ丁地ノ上ニ通行地役權ヲ有スルモノト假定セシムルニ付キ此權利ヲ拋棄スルコトヲ得ス從テ丙ノ爲シタル拋棄ハ全然無効ニシテ通行權ノ存在ニ何等ノ影響ヲ及ボササルモノトス又反對ニ丁地ノ所有者カ其共有地ノ上ニ通行權ヲ有スルモノトシ共有者ノ一人タル丙者カ丁者ヲシテ其持分ニ付キ地役權ヲ拋棄セシメタリト假定セシムル此場合ニ於テモ丁者ノ拋棄ハ法律上何等ノ效力ヲモ生スルコトナク通行權ハ依然トシテ存續スルモノトス是レ皆地役權ノ不可分ニシテ一部之ヲ喪失スルコト能ハサルヨリ生スル效果ナリ

丙 土地ノ分割又ハ其一部ノ讓渡ノ場合ニ於テハ地役權ハ其各部ノ爲メニ又ハ其各部ノ上ニ存ス是レ地役權ハ不可分のニ要役地其モノノ爲メニ存スル權利ニシテ又不可分のニ承役地其モノノ上ニ存スル負擔ナルヲ以テナリ例ヘハ甲乙ノ二人カ其共有地ノ爲メニ丙地ノ上ニ通行ノ

地役權ヲ有スルモノト假定セシムルニ付キ其共有地ヲ分割シテ其一部ヲ所有スルトキハ通行權ハ分割シタル各部ノ爲メニ存續シ甲乙ハ舊ニ依リテ完全ニ通行權ヲ行使スルノ權利ヲ有シ要役地分割ノ爲メニ通行權分割ノ結果ヲ生スルコトナシ又前例ニ於テ丙地ノ所有者カ其土地ノ一部ヲ他人ニ賣却シタル結果丙地カ分割セラレタル場合ニ於テモ甲乙ノ通行權ハ依然トシテ存續シ甲乙ハ其各部ノ上ニ通行權ヲ行フコトヲ得ヘシ然レトモ此原則ニハ例外アリ地役權カ其性質ニ由リ土地ノ一部ノミニ關スル場合即チ是ナリ此場合ニ於テ地役權ハ其部分ノ爲メニ又ハ其負擔ニ於テ存續シ其他ノ部分ハ地役權ノ關係ヲ離脱スルモノトス即チ左ノ如シ

一 地役權カ要役地ノ一部ニ關スルトキ 例ヘハ境界ヨリ一定ノ距離内ニ於テ竹木又ハ工作物ヲ所有セシメサル地役權ハ要役地ノ隣地ニ接近シタル部分ノ利益ノ爲メ設ケラルモノナリ故ニ要役地カ隣地ノ經界線ト平行シテ二分セラレタルモノト假定セラルトキハ地役權ハ經界ニ接近シタル部分ノ爲メノミニ存シ經界ニ遠カリタル部分ニ付テハ全ク此權利ヲ有セス

二 地役權カ承役地ノ一部ニ關スルトキ 例ヘハ疏水及ヒ通行ノ爲メニ必要ナル通路ハ一定ノ方向ヲ有シ承役地ノ一小部分ノ上ニ存スルヲ常トス而シテ承役地分割ノ結果此通路ノ經過スル土地ト然ラサルモノトヲ生スルトキハ通路ノ經過スル部分ノミ地役權ヲ負擔シ其他ノ部分ハ之ヲ負擔スルコトナシ又前ニ掲ケタル例ニ於テ承役地カ經界線ト平行シテ分割セ

ラレタルトキハ經界線ニ接シタル部分ニノミ地役權ヲ負擔シ其他ノ部分ハ地役權ノ關係ヲ離脱スルモノトス

第二款 地役權ノ種類

地役權ハ發生原因、權利ノ内容、權利ノ行ハルル方法其他種種ノ觀察點ヨリ數箇ニ類別スルコトヲ得今地役權ノ種類ニ付キ從來行ハレタル區別ヲ舉クレハ左ノ如シ

第一 屬人地役、屬地地役 屬人地役トハ人ノ便宜ノ爲メニ設定セララルル地役ヲ謂ヒ屬地地役トハ土地ノ便宜ノ爲メニ設定セララルルモノヲ謂フ我民法ノ下ニ在リテハ此區別ノ行ハレサルハ前ニ説明セル所ニ由リテ明カナリ

第二 法定ノ地役、人爲ニ依リテ設定セララルル地役 法定ノ地役トハ法律ノ直接規定ヲ以テ設定シタル地役ヲ謂フ相隣者ノ關係ヨリ生スルモノ即チ是ナリ人爲ニ依リテ設定セララルル地役トハ當事者ノ法律行為即チ設定行為ヲ以テ設定セララルルモノヲ謂フ舊民法ニ於テハ此區別ヲ認メタリト雖モ新民法ハ相隣者間ノ權利關係ハ所有權ノ限界トシテ第三章第一節ニ於テ之ヲ規定シ之ヲ地役ト認メス故ニ民法ニ認ムル地役ハ設定行為ヲ以テ設定セララルルモノニ限定セララルルカ故ニ此區別モ亦行ハレサルモノトス

第三 田野地役、市街地役 此區別ハ羅馬法ニ於テ採用セララルルモノニシテ田野地役トハ土

地ニ關スルモノヲ謂ヒ市街地役トハ建物ニ關スルモノヲ謂フ此名稱アル所以ハ土地ハ田野ニ多ク建物ハ市街ニ多キニ由ル通行權、用水權、水道權、牧畜權等ハ田野地役ニ屬シ觀望權及ヒ工作物、竹木ニ所有セシメサル權ノ如キハ市街地役ニ屬ス然レトモ此區別モ亦民法ノ下ニ在リテハ毫モ實用ナキモノトス

第四 積極的地役、消極的地役 積極的地役トハ地役權ノ行使カ地役權者ノ積極的行爲ヨリ成立スルモノヲ謂フ例ヘハ通行權、汲水權等ノ如シ何トナレハ地役權者カ他人ノ土地ヲ通行シ又ハ他人ノ土地ニ於テ水ヲ汲ミ取ルハ其積極的行爲ニ外ナラサルヲ以テナリ而シテ此場合ニ於テハ承役地ノ所有者ハ地役權者ノ積極的行爲ニ對シ何等ノ妨害ヲモ加フルコトナク其行為ヲ認容スルノ義務ヲ負フモノナルコトハ前ニ説明セル所ナリ消極的地役トハ承役地ノ所有者ニ對シ或行為ヲ爲スコトヲ禁スル地役ナリ換言スレハ承役地ノ所有者ヲシテ單純ニ不行爲ノ義務ヲ負ハシムルノ地役ハ消極的地役ナリトス例ヘハ窓又ハ樑側ヲ設ケシメサル地役、竹木又ハ工作物ヲ所有セシメサル地役ノ如シ總テ是等ノ場合ニ於テハ承役地ノ所有者ハ禁セラレタル行為ヲ爲ササル義務即チ不行爲ノ義務ヲ負フモノトス

第五 繼續的地役、不繼續的地役 繼續的地役トハ間斷ナク承役地ノ上ニ行ハルル地役ヲ謂フ詳言スレハ承役地カ一旦地役權ノ行使ヲ受クヘキ適當ノ狀態ニ在ルニ於テハ爾後人ノ所爲ヲ要セスシテ自然ニ且間斷ナク承役地ノ上ニ行ハルル地役ヲ謂フ例ヘハ水道地役ノ如キハ一度

水道ヲ敷設シタル後ハ水ハ其水道ニ依リ間斷ナク要役地ヨリ承役地ニ流下シ之カ爲メ特ニ人ノ行爲ヲ必要トスルコトナシ故ニ水道地役ハ繼續地役ナリトス無制限ニ窓又ハ梯側ヲ設クル地役、法定ノ制限ニ反シテ竹木又ハ工作物ヲ所有スル地役及ヒ一般ニ消極的地役ハ繼續地役ニ屬ス不繼續的地役トハ地役權ノ行使ニ付キ其都度地役權者ノ行爲ヲ必要トスルモノヲ謂フ汲水權、通行權等ハ不繼續地役ニ屬ス何トナレハ地役權者カ汲水、通行等ノ爲メニ通路ヲ開設スルモ地役權ハ當然行ハルルモノニ非ス之ヲ行使スルニ付テハ特ニ地役權者ノ行爲ヲ要スヘケレハナリ

第六 表現的地役、不表現的地役 表現的地役トハ地役權ノ行使カ外形の標識ニ依リテ表面ニ現ハルルモノヲ謂フ例ヘハ無制限ニ窓又ハ梯側ヲ設クルノ地役、建物ノ屋根ヲ境界外ニ突出セシムルノ地役、地面上ニ露出スル水道ニ據リテ水ヲ通スルノ地役ノ如シ不表現的地役トハ地役權ノ行使カ外形の標識ニ依リテ表面ニ現ハレサルモノヲ謂フ即チ地下ノ水道ヲ以テ水ヲ通スルノ地役其他一般ニ消極的地役ハ不表現地役ニ屬ス

第三款 地役權ノ取得

地役權取得ノ原因ハ之ヲ二種ニ大別スルコトヲ得設定行爲及ヒ時效即チ是ナリ

第一 設定行爲 設定行爲トハ地役權ノ設定ヲ目的トスル法律行爲ノ義ナリ而シテ地役權ノ設

定ヲ目的トスル法律行爲モ亦之ヲ細別スレハ二ト爲ル即チ契約及ヒ遺言ナリ

甲 契約 土地ノ所有者ハ其相互ノ間ニ於テ任意ニ土地ノ關係ヲ定ムルコトヲ得ヘク兩者間ニ於テ一ノ土地ヲ他ノ土地ノ便益ニ供スルノ契約成立シタルトキハ此契約ハ直チニ地役權ヲ發生スルモノトス蓋シ民法第一七六條ノ規定ハ地役權ノ設定ヲ目的トスル當事者間ノ意思表示ニ全然適用セラるルモノトス

乙 遺言 土地ノ所有者ハ遺言ヲ以テ他人ニ屬スル土地ノ便益ノ爲メ自己ノ土地ノ上ニ地役權ヲ設定スルコトヲ得此場合ニ於テハ土地所有者ノ遺言ハ其死亡ト共ニ其效ヲ生シ要役地ノ所有者ハ遺言ノ效力ニ依リ承役地ノ上ニ地役權ヲ取得ス

第二 時效 地役權ハ時效ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得詳言スレハ要役地ノ所有者カ自己ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ二十年間平穩且公然ニ承役地ノ上ニ地役權ヲ行使シタルトキハ其地役權ヲ取得シ地役權行使ノ始メ善意ニシテ過失ナカリシトキハ十年ノ後此權利ヲ取得スルモノトス要スルニ時效ノ總則ニ關スル民法第一四四條以下ノ規定及ヒ取得時效ニ關スル第一六二條以下ノ規定ハ地役權ノ取得時效ニ適用セラるヘキモノトス然レトモ民法ハ地役權ノ取得時效ニ關シ第二八三條及ヒ第二八四條ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

甲 取得時效ノ目的ト爲ルコトヲ得ヘキ地役權 民法第二八三條ニ曰ク「地役權ハ繼續且表現ノモノニ限り時效ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得」ト故ニ取得時效ノ目的ト爲ルヘキ地役

ハ繼續ノモノニシテ且表現ノモノタルコトヲ要シ不繼續且不表現ノモノハ取得時効ノ目的ト爲ル能ハサルノミナラス繼續ナルモ不表現ナル地役權及ヒ表現ナルモ不繼續ナル地役權ハ時効ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得ス例ヘハ地上ニ露出スル水道ヲ以テ水ヲ疏通スルノ地役權無制限ニ窓又ハ縁側ヲ設クルコトヲ得ル觀望ノ地役權ハ何レモ繼續地役權ニシテ又表現地役權ナルヲ以テ時効ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得ヘシト雖モ通行地役權ノ如キハ表現ナルモ不繼續地役ニ屬シ地下ノ水道ニ依リテ水ヲ通スルノ地役權ハ繼續地役權ナルモ不表現地役權ニ屬スルヲ以テ時効ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得ヌ又消極的地役ハ當ニ繼續地役ナルモ亦常ニ不表現地役ナルヲ以テ取得時効ノ目的タルコトヲ得サルハ多辯ヲ要セスシテ明カナリ民法力取得時効ノ目的ト爲ルヘキ地役權ヲ繼續且表現ノモノニ限定シタルハ如何ナル理由ニ基クヤ蓋シ不繼續地役權ハ之ヲ行使スルカ爲メニハ其都度地役權者ノ行爲ヲ必要トシ間斷ナク承役地ノ上ニ行ハルヘキモノニ非サルヲ以テ他人カ來リテ此種ノ地役權ニ固有ナル行爲ヲ爲スモ土地ノ所有者ハ之カ爲メニ非常ナル煩累ヲ感スルコトナシ從テ土地ノ所有者ハ隣人ニ對スル交誼上ヨリ一片ノ好意ヲ以テ之ヲ認許スルカ如キコトハ往往ニシテ之アリ然ルニ此種ノ地役權モ亦時効ニ因リテ之ヲ取得シ得ヘキモノトスルコトキハ土地ノ所有者ハ好意上隣人ニ便益ヲ與フルコトナカルヘク爲メニ相隣者ノ交際ハ圓滿ヲ缺クノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ又不表現ノ地役權ニ在リテハ地役權ノ行使ハ外形の標識ニ依リ表面ニ現ハレサルヲ以テ承役地

ノ所有者ニ於テ之ヲ知ラサルコト往往ニシテ是アリ故ニ不表現地役權モ亦時効ニ因リテ之ヲ取得シ得ヘキモノトセハ土地ノ所有者ニ對シテ頗ル苛酷ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ何トナレハ取得時効ハ土地所有者ノ知ラサル間ニ成就シ土地ノ所有者ハ其成就ヲ妨クコト能ハサルヘケレハナリ之ニ反シテ地役權繼續且表現ナルトキハ土地ノ所有者ニ於テ一片ノ好意ヲ以テ之ヲ他人ニ認許スヘキ理由ナク又他人ノ權利行使ヲ認知スヘキハ勿論ナルヲ以テ十年乃至二十年間他人ヲシテ其土地ノ上ニ公然且平穩ニ地役權ヲ行使セシメテ之ヲ妨ケサルハ謂レナクシテ其權利ノ行使ヲ怠リタルモノナレハ之ヲ保護スルノ必要ナキモノトス是レ民法力繼續且表現ノ地役ニ限リ時効ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得ヘキモノトナセル所以ナリ

乙 共有者ノ取得時効 共有者ノ取得時効ニ關シテハ民法ハ第二八四條ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

イ 共有者ノ一人カ時効ニ因リテ地役權ヲ取得シタルトキハ他ノ共有者モ亦之ヲ取得ス

是レ地役權ノ不可分のナルヨリ生スル效果ニシテ各共有者ハ其持分ニ付キ一部地役權ヲ取得スルコトヲ得サルヲ以テ共有者ノ一人カ地役權ヲ取得スルニ必要ナル條件ヲ充シタルトキハ其一人ノ行爲ニ因リ他ノ共有者モ亦均シク之ヲ取得スルモノトスルカ若クハ他ノ共有者モ皆均シク取得時効ニ必要ナル條件ヲ充スニ非サレハ其中ノ一人ノ行爲ハ何等ノ效果ヲ生セサルモノトスルカ二者必ス其一二出ツルコトヲ必要トス然ルニ地役權ハ土地ノ便益ヲ

増加スル權利ニシテ土地所有權ノ擴張トモ看做スコトヲ得ヘキヲ以テ此權利ノ取得ハ共有者全員ヲ利スヘキハ論ヲ俟タサルヲ以テ民法ハ共有者ノ利益ヲ保護スルノ精神ヨリ各共有者ハ他ノ共有者ノ爲メニ地役權ヲ行使スルモノト看做シ共有者ノ一人ノ爲シタル行爲ハ他ノ共有者ノ利益ニ於テ其效力ヲ生スルモノナリ

共有者ニ對スル時効ノ中斷ハ地役權ヲ行使スル各共有者ニ對シテ之ヲ爲スニ非サレハ其效力ヲ生セス(二八四條二項)

此規定モ亦地役權ノ不可分ナルヨリ生スル效果ニシテ前述ノ如ク民法ハ地役權ノ性質及ヒ共有者相互ノ關係ニ基キ各共有者ハ他ノ共有者ノ爲メニ地役權ヲ行使スルモノトシ共有者ノ一人ノ爲シタル行爲ハ他ノ共有者ノ利益ニ於テ其效力ヲ生スルモノトスル以上ハ假令承役地ノ所有者カ共有者ノ或者ニ對シテ時効ヲ中斷スヘキ行爲ヲ爲スモ他ノ共有者ニシテ依然トシテ地役權ノ行使ヲ繼續シ時効ノ中斷ヲ受ケサル限ハ其共有者ハ自己ノ爲メ並ニ他ノ共有者ノ爲メニ地役權ノ取得時効ヲ成就シ得ヘク其共有者ノ地役權取得ハ共有者全員ヲ利スヘキモノト爲スラ正當ナリトス故ニ承役地ノ所有者カ共有者ニ對シテ地役權ノ取得時効ノ成就ヲ妨ケンストスルニハ地役權ヲ行使スル總テノ共有者ニ對シ時効ノ中斷ヲ爲スコトヲ必要トス例ヘハ甲乙丙ノ共有者カ各自乙地ノ上ニ觀望地役權ヲ行使スルモノト假定センニ此場合ニ於テ乙地ノ所有者カ共有者ノ一人タル甲ニ對シ密又ハ據側ニ目隠ヲ附スヘキコトヲ請

求シタルトキハ甲ノ取得時効ハ此請求ニ依リ中斷セラルヘキハ論ヲ俟タス然レトモ乙丙ノ時効ハ之カ爲メ毫モ影響ヲ受ケルコトナキヲ以テ乙丙ハ全共有者ノ爲メニ觀望權ノ取得時効ヲ成就シ得ヘク取得時効ハ甲ニ對スル中斷ニ拘ハラス共有者全員ノ爲メニ進行スルモノナリ而シテ共有者ニ對スル時効ノ中斷ハ乙地ノ所有者カ甲乙丙ノ各自ニ對シ前記ノ要求ヲ爲スニ依リ始メテ其效力ヲ生スルモノトス(二八四條二項)

民法第二八四條ハ「各共有者ニ對シテ之ヲ爲スニ非サレハ」云云ト規定シ專ラ時効ヲ中斷スヘキ承役地ノ所有者ノ行爲ニ著眼シタルモノノ如シト雖モ同條ノ規定ハ亦共有者カ任意ニ地役權ノ行使ヲ中止シ又ハ第三者ノ爲メニ之ヲ妨ケラレタル場合ニ適用スルコトヲ要ス何トナレハ是等ノ事由ハ等シク時効中斷ノ效力ヲ生スルノミナラス其間ニ區別ヲ設クヘキ理由ナケレハナリ

時効中斷ノ效力ニ付キ上來説明セル理由ハ亦之ヲ時効停止ノ效力ニ適用スルコトヲ得ヘシ民法第二八四條第三項ニ於テ地役權ヲ行使スル共有者數人アル場合ニ於テ其一人ニ對シテ時効停止ノ原因アルモ時効ハ各共有者ノ爲メニ進行スト規定セルハ之カ爲メナリ故ニ地役權ヲ行使スル數名ノ共有者中ニ民法第一五九條ノ身分關係ヲ有スル者アリテ地役權ノ取得時効ハ其共有者トノ關係ニ於テ承役地ノ所有者ノ爲メニ停止セラルモ之カ爲メ他ノ共有者カ共有者全員ノ爲メニ其取得時効ヲ成就スルヲ妨ケサルモノトス

第四款 地役權ノ效力

地役權ノ效力ヲ述フルニハ地役權者ト承役地ノ所有者トニ區別シテ説明スヘシ

第一 地役權者ノ權利

一 地役權者ハ其權利ノ範圍内ニ於テ地役權ヲ行使シ直接ニ承役地ノ上ニ其支配權ヲ及ボスコトヲ得ヘシ而シテ設定行爲ハ地役權者ノ權利ノ範圍ヲ定ムヘキ最重要ナル材料ナリトス例ヘハ水道地役權又ハ通行地役權ニ在リテハ水道又ハ通路ノ通過スヘキ土地ノ部分、其水道通路ノ長短幅員ノ如キハ專ラ設定行爲ノ定ムル所ニ從フヘキモノトス設定行爲ニ此定ナキトキハ地役權者ノ權利ノ範圍ハ要役地ノ爲メニ存スル地役權ノ性質ニ基キ之ヲ定ムルコトヲ要ス就中民法第二一條第二三〇條但書ノ原則ニ設定行爲ニ依リ地役權ヲ取得シタル場合ニ之ヲ準用スルコトヲ得ヘシ即チ地役權行使ノ場所及ヒ方法ハ要役地ノ爲メニ必要ニシテ且承役地ノ爲メニ損害最モ少キモノヲ擇フコトヲ要ス亦時効ニ因リ地役權ヲ取得シタル場合ニ於テハ要役地ノ所有者ノ權利ノ範圍ハ要役地ノ所有者カ地役權取得ノ爲メニ現實ニ爲シ來リタル權利行使ノ範圍ニ從フヘキモノトス

二 地役權者ハ地役權ノ行使ニ必要ナル附隨ノ地役權ヲ行使スル權能ヲ有ス
例ヘハ汲水地役權ニ在リテハ地役權者ハ當然通行權ヲ行使スルコトヲ得何トナレハ通行權ハ

汲水權ノ行使ニ必要ニシテ缺クヘカサルヲ以テナリ然レトモ地役權者カ附隨ノ地役權ヲ行使スルコトヲ得ルニハ其地役權ハ主タル地役權ノ行使ニ必要ニシテ缺クヘカサルモノタルコトヲ必要トシ單ニ地役權ノ行使ニ便利ヲ與フルモノニ付テハ此效果ヲ生セス例ヘハ通行地役權ハ水道地役權ノ行使ニ便利ヲ與フルハ勿論ナレトモ水道地役權ノ爲メニ必要ナラサルヲ以テ水道地役權ハ當然通行地役權ヲ包含セサルモノトス

附隨ノ地役權ハ主タル地役權ニ從屬シ獨立シテ存在スルコト能ハサルヲ以テ主タル地役權ノ消滅ハ當然附隨ノ地役權ヲ消滅セシムルノミナラス附隨ノ地役權ノミヲ行使シ主タル地役權ヲ保存スルコト能ハサルヘキハ説明ヲ要セスシテ明カナリ

三 地役權者ハ承役地ニ於テ地役權ノ行使ニ必要ナル工作物ヲ設クルノ權利ヲ有ス然レトモ工作物ノ設置又ハ修繕ノ爲メニ必要ナル費用ハ自ラ之ヲ負擔スルコトヲ要ス例ヘハ地役權者カ承役地ニ於テ自己ノ費用ヲ以テ道路若クハ水道ヲ設クルカ如シ是レ地役權ハ直接ニ承役地ノ上ニ行ヘレ承役地ノ所有者ヲシテ積極的行爲ヲ爲スノ義務ヲ負擔セシメサルヨリ生スル結果ナリ然レトモ此原則ニハ例外アリ設定行爲又ハ其後ノ特別契約ヲ以テ承役地ノ所有者ニ於テ工作物ノ設置又ハ修繕ヲ爲スヘキコトヲ約シタル場合ニ於テハ特約ノ當事者タル承役地ノ所有者ハ工作物ノ設置、修繕及ヒ其費用ヲ負擔スルノミナラス此義務ハ承役地ノ所有者ノ特定承繼人ニ移轉シ地役權者ハ何人ヲ問ハス承役地ノ所有權ヲ取得シタルニ對シ其履行ヲ求ムルコ

トヲ得ヘシ蓋シ工作物ノ設置、修繕ヲ要求スル權利ハ其性質ハ一ノ債權關係ニ過キサルモ此債權ハ地役權ニ牽聯シテ密接ノ關係ヲ有スルヲ以テ民法ハ之ヲ地役權ノ一部トシ地役權其モノト等シク何人ヲ問ハス承役地ノ所有者ト爲リタル者ニ之ヲ對抗シ得ヘキモノト爲シタルナリ然レドモ地役權ノ行使ハ其性質上ニ於テ其負擔ニ付キ義務ヲ負擔スルハ一ノ例外タルニ過キサルノミナラス此義務ハ承役地ノ所有者タルカ爲メニ負擔スル義務タルニ外ナラサルヲ以テ承役地ノ所有者ニシテ其土地ノ所有權ヲ拋棄スルニ於テハ其義務ヲ免脱スヘキモノト爲ス正當ナリトス是レ第二八七條ノ規定アル所以ナリ蓋シ工作物ノ設置修繕ノ義務ヲ以テ承役地ノ負擔ナリトスル以上ハ此義務ハ土地所有權ノ喪失ト共ニ消滅ニ歸スヘキモノトスルハ理ノ當然ナルヲ以テナリ而シテ承役地ノ所有者カ前記ノ義務ヲ免脱スルニハ必スシモ土地全部ノ所有權ヲ拋棄スルコトヲ要セス唯地役權ノ行使ニ必要ナル部分ノ所有權ヲ拋棄スルノミヲ以テ足ル例ヘハ通行地役權ニ在リテハ承役地ノ内其道路ニ供セラレタル部分ノ所有權ヲ拋棄スルカ如シ但其拋棄ハ單純ノ拋棄ニ非スシテ地役權者ノ爲メニスル拋棄

タルヲ要ス第二八七條ニ「地役權者ニ委棄シラ」ト規定セルハ之カ爲メナリ而シテ地役權者ハ承役地ノ所有者ノ權利拋棄ニ因リ當然其部分ノ所有權ヲ取得シ爾後所有者トシテ其部分ノ上ニ權利ヲ行使シ得ヘキヲ以テ之カ爲メ其權利ヲ害セラルルノ虞ナシトス

四 地役權ノ行使ハ要役地其モノノ需用ニ超過スルコトヲ得ス何トナレハ地役權ハ要役地其モノヲ主眼トシテ設定セララルモノナレハナリ故ニ地役權者ハ其地役權ノ附著スル土地以外ノ土地ノ便益ノ爲メニ地役權ヲ行使スルヲ得ス例ヘハ要役地ノ所有者カ甲地ノ爲メニ用水地役權ヲ取得シタル後更ニ甲地ト乙地トヲ連結シテ甲乙兩地ノ爲メニ其權利ヲ利用シ承役地ノ所有者ニ對シテ兩地ノ需用ニ應スヘキ水量ヲ要求スルコトヲ得ス然レトモ要役地ノ所有者ハ甲地ノ除水ヲ乙地ニ流用スルハ毫モ妨ナシトス何トナレハ要役地ノ所有者カ甲地ノ需用ニ應スヘキ水ノ分量ヲ引キ來リテ甲地ノ爲メニ之ヲ使用スルヲ得ルハ勿論正當ノ權利ニ基キテ引キ來リタル水ハ要役地ノ所有者ニ於テ任意ニ處分シ得ヘク承役地ノ所有者ノ毫モ關知スヘキ所ニ非サルヲ以テナリ

五 地役權ハ之ヲ設定シタル所以ノ目的以外ニ之ヲ行使スルコトヲ得ス是レ地役權其モノノ性質ヨリ生スル結果ナリ何トナレハ地役權ハ設定行爲ニ定ムル目的ニ從ヒ一ノ土地ヲ他ノ土地ノ便益ニ供スル權利ニ外ナラサレハナリ例ヘハ田畑ニ灌漑スルカ爲メニ設定セラレタル用水權ハ之ヲ家用又ハ工業用ニ供スルヲ得ス故ニ用途ヲ限定シテ地役權ヲ設定シタル場合ニ於テ

ハ地役權者カ其用途以外ノ事項ニ付キ其權利ヲ行使セントスルニハ更ニ承役地ノ所有者ノ承諾ヲ經ルヲ必要トス

用途ヲ特定セスシテ地役權ヲ設定シタル場合ニ於テハ要役地ノ所有者ハ之ヲ其土地ノ總テノ用途ニ供スルコトヲ得故ニ用水ノ目的ヲ定メスシテ用水地役權ヲ設定シタルトキハ要役地ノ所有者ハ承役地ヨリ引き來リタル水ヲ家用タルト農工業用タルトニ論ナク各種ノ需用ニ供スルコトヲ得ヘシ此場合ニ用水カ承役地ト要役地ノ需要ヲ満足スルニ足ラサルトキハ如何ニスヘキヤ第二八四條ハ此場合ニ關スル規定ヲ包含ス今用水地役權ノ性質及ヒ第二八五條ノ規定ニ基キ用水權ニ關スル要役地ノ所有者ト承役地ノ所有者トノ關係及ヒ要役地ノ所有者相互ノ關係ヲ定ムルトキハ左ノ如シ

甲 要役地ノ所有者ト承役地ノ所有者トノ關係

(イ) 承役地ノ所有者ハ用水ノ缺乏ニ對シテ其實ニ任セス是レ他ナシ承役地ノ所有者ハ貸人ノ如ク要役地ノ所有者ニ對シテ水ヲ使用セシムルノ債務ヲ負擔スルモノニ非サルヲ以テナリ故ニ用水カ承役地ノ所有者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ缺乏シタルトキハ要役地ノ所有者ニ對シテ其不足ヲ補ヒ完全ニ之ヲ使用セシムルノ責任ヲ負フコトナシ但承役地ノ所有者ノ行為ニ因リ其用水ヲ缺乏セシメタルトキハ要役地ノ所有者ニ對シテ其缺乏ヲ補フノ責任スヘキハ論ヲ俟タス

ノ關係ノミヲ以テ未ダ刑法上原因力アリト謂フヘカラス此關係カ更ニ危險アリト認メラル場合ナルコトヲ必要トス而シテ予輩ハ他ノ原因ノ進行ヲ遮斷シ得ル者カ遮斷セザリシ場合ニ於テ此危險ナル關係アリト信スルナリ

然レトモ予輩ハ結果ヲ防止シ得ヘカリシ者悉ク其結果ノ發生ニ關シ責任アリトハ謂ハス行為ハ危險性ノ外更ニ違法性ヲ具有スルコトヲ要ス故ニ予輩ハ不作爲カ罪トナルヘキ要件ニ關シ更ニ行為ノ違法性ノ條下ニ於テ研究スル所アラントス

四 因果關係ノ競合

原因ノ競合ハ其態様ヲ別チテ三トス

甲 數個ノ原因カ相競合スルコトニ依リテ始メテ結果ヲ生シタルトキ 此場合ニ於テ各原因ハ其結果ニ對シテ相對的原因ナリ

例ヘハ甲ノ與ヘタル創傷ト乙ノ與ヘタル創傷トハ相獨立シテ丙ヲ殺スコト能ハサルモ相競合シタル爲メ丙ハ終ニ死亡シタルト謂フカ如キ場合ナリ

乙 數個ノ原因カ相獨立シテ同一ノ結果ヲ生シ得ルモ相競合シテ又同一ノ結果ヲ生シタルトキ 此場合ニ於テハ其原因ノ一ナクトモ他ノ原因ノ存在ニ依リテ同一ノ結果ヲ生シ得タルモノナリ只其各原因ハ絕對的原因ナルヲ以テ各其結果ニ對シ原因力アリト謂ハサルヘカラス

例ヘハ甲ハ頭部ニ創傷ヲ與ヘ乙ハ胸部ニ創傷ヲ與ヘ共ニ致命傷ナルモ同時ニ起リタル爲メ

丙ハ其競合ニ因テ死亡シタリト謂フカ如キ場合ナリ。此場合ハ前兩者ノ混合の場合タルニ過キサル。絕對の原因カ相對的原因ト競合シタルトキ。

原因ハ單獨ニテ結果ヲ發生セシメタル場合ト他ノ原因ト共同シテ結果ヲ發生セシメタル場合トニ依リテ區別セラルルコトナシ又被害者ノ行為カ其結果ノ發生ニ共同原因タルコトアルモ此事實ハ犯人ノ行為ノ原因力ヲ相殺スルモノニ非ス。

五 因果關係ノ終點。因果關係ニシテ責任ノ基本トナルヘキモノノ範圍ハ

刑事責任ハ因果關係ノ外ニ出ツルコトナシ因果關係ニシテ責任ノ基本トナルヘキモノノ範圍ハ原則トシテ犯意若クハ過失ニ依テ定ムル。

犯意アルモ結果ナクシテハ既遂ノ責任ヲ生スルコトナシ故ニ刑事責任ハ因果關係ヲ限度トスルモノト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ又結果ノ發生アルモ犯意又ハ過失ナキトキハ刑事責任ヲ生スルコトナシ故ニ刑事責任ハ犯意(又ハ過失)ヲ限度トスルモノト謂フコトヲ得ヘシ換言スレバ犯意(又ハ過失)ト因果關係ト相並行スル範圍内ニ於テ初メテ刑事責任ヲ生スルナリ。

問題トナルハ結果犯ノ場合即チ犯意又ハ過失ナキ結果ニ對シ本人ニ責任ヲ生スル場合ニ於テ犯人ハ因果關係ノ如何ナル限度マテ其責任ヲ負フヤノ點ナリ二說アリ第一說ハ因果關係ノ連續ス

ヘキ最後ノ限度ニ及フトシ第二說ハ相當因果關係ノ範圍ニ限ルトス惟フニ法律カ結果犯ヲ認ムルハ犯人ヲシテ行為ヨリ生スル結果ヲ負擔セシムルノ趣旨ニ出ツルモノニ非スシテ結果ヲ惹起シタル行為自體ニ基テ犯人ノ惡性ヲ檢定シ以テ其責任ヲ定ムルモノナルカ故ニ意外ニシテ且偶然ナル事情ニ基クノ結果ヲ以テ其責任ノ要件ト爲スヘカラス故ニ犯人ノ認識シタルカ又ハ認識スヘカリシ事情ヨリ通常生スヘキ結果ニ限ラサルヘカラス。

毆打致死ハ結果犯ナリ玆ニ甲者アリ乙者ヲ毆打シテ輕微ナル創傷ヲ與ヘタルニ乙者ハ自己ノ甚シキ不攝生ノ爲メ其創傷ヨリ終ニ死亡スルニ至レリト假定セヨ其「死」ナル結果ハ甲者ノ與ヘタル創傷ト乙者ノ不攝生トノ競合ニ由來スルモノナルカ故ニ甲者ノ行為ハ乙者ノ死ニ對シテ原因ヲ與ヘタルモノナリト謂ハサルヘカラス然レトモ乙者ノ不攝生ハ甲者ノ豫見セザリシ所ナルノミナラス又豫見シ能ハサリシ所ニシテ換言スレバ甲者ノ意外ニシテ且偶然ナル事情ナリ玆ニ於テ甲者ニ毆打致死ノ責任アリヤ否ヤノ問題ヲ生スルナリ或學說ハ之ヲ以テ毆打致死ノ責任アリト爲ス然レトモ予輩ハ結果犯ヲ以テ全然責任ノ基本ヲ客觀ノ因果關係ニ置タモノト解セス法律上面ヨリ犯意若クハ過失ヲ犯罪ノ要件トスルコトナキモ法律ノ趣旨トスル所ハ犯意若クハ過失ヲ豫定シテ其責任ヲ負擔セシムルニ在リト解スルカ故ニ意外ニシテ且偶然ナル事情ニ基クノ結果ハ結果犯ノ責任ヲ定ムル能ハスト解スルナリ。民法ハ債務不履行ニ由ル損害賠償ノ責任ヲ定ムルニ方リ同様ノ原則ヲ認メタリ民法第四一

六條ニ曰ク「損害賠償ノ請求ハ債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ爲サルムルヲ以テ其目的トス特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ト雖モ當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ債權者ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得」ト
因果關係ハ客觀的ノモノナルヲ以テ豫見ノ有無又ハ其能不能ヲ以テ限界ヲ定ムルニハ論理ニ反スルモノナリトスル學說アリ然レトモ如何ナルモノヲ因果關係ト爲スカノ問題ト因果關係ノ如何ナル限度ヲ責任ヲ負フカノ問題トハ之ヲ區別スルコトヲ得ヘシ
法律カ犯意及ヒ過失ヲ必要トセサル犯罪ニ付ラモ同様ノ問題アリ予輩ハ又同様ニ解スヘキモノト信ス

例ヘハ税法ノ多數ハ刑法不論罪ノ規定ヲ適用セサル結果トシテ犯意過失ヲ犯罪ノ要件トセサルコト既ニ述ヘタル所ノ如シ此ノ如キ場合ニ於テモ犯人ノ意外ニシテ且偶然ナル事情ニ基クテ結果ハ以テ責任ノ基本ト爲スヘカラス

六、因果關係ノ中斷

因果關係ハ人ノ行為ノ介入ニ因テ中斷セラルトスルヲ多數ノ說トス

甲 先ハ介入ナル觀念ニ付テ疑アリ多數ハ行為ノ時ノ前後ヲ以テ之ヲ論シ甲行為ト乙行為トカ共ニ丙結果ニ對シテ原因力アルモ乙行為カ甲行為ニ後レテ成立スルトキハ甲丙間ノ因果關係ハ乙行為ニ因テ中斷セラルト謂フナリ然レトモ介入ト競合トハ之ヲ區別セサルヘカラス因果關係

カ共同シテ結果ヲ生スル場合ニ於テハ是レ競合ナリ一ノ因果關係カ他ノ因果關係ニ合一スルトキ初メテ後行為ハ前行爲ト結果トノ間ニ介入スルモノト謂フコトヲ得ヘシ而シテ介入ト競合トハ各獨立シテ存在スルコトヲ得ヘシ共同シテ存在スルコトヲ得ヘシ

(イ) 甲行為ニ因リテ初メテ乙行為ヲ生シ乙行為カ甲行為ト離レテ丙結果ヲ生シタルトキハ乙ハ甲丙間ニ介入スルモノナリ

例ヘハ教唆ハ其最モ著シキモノナリ甲アリ乙ヲ教唆シ乙其教唆ニ因リテ丙ヲ害セリト謂フカ如キ場合ニ於テハ乙ハ甲丙間ニ介入スルモノナリ又甲者アリ丙者ヲ毆打シテ創傷ヲ負ハシム乙者アリ丙者ヲ病院ニ運搬中丙者ヲ車上ヨリ墜落セシメ以テ死ニ至ラシメタリト謂フカ如キ場合ニ於テハ乙者ハ甲丙間ニ介入スルモノナリト謂フコトヲ得ヘシ

(ロ) 甲者ノ行為ニ因リテ乙者ハ其行為ヲ爲シ甲者ノ行為ト乙者ノ行為ト相俟テ初メテ丙ナル結果ヲ生シタル場合ニ於テハ乙ハ甲丙間ニ介入スルト同時ニ又甲乙相競合スルモノナリ

例ヘハ甲者丙家ニ火ヲ放ツ火未タ熾ナラス乙者之ヲ見更ニ油澁キテ終ニ丙家ヲ燒燬シタリトセヨ此場合ニ於テ乙カ油ヲ澁キタルハ甲カ火ヲ放チタルニ因ル然レトモ丙家ノ燒失シタルハ單ニ乙カ油ヲ澁キタルニモ因ルモノニ非スシテ甲ノ放火モ亦之ト相俟テ其原因ヲ爲シタルモノト謂ハサルヘカラス

(ハ) 甲者乙者各別ニ丙者ニ向ヒテ手下シ乙行為ハ甲行為ノ後ニ在リシトスルモ甲乙兩者相

(俟テ丙結果ヲ生シタルモノナルトキハ競合アルモ介入ナシ
甲者アリ丙者ニ向テ一刀ヲ加ヘタルモ未タ致命傷タルニ至ラス乙者アリ其後丙者ニ向テ一
刀ヲ加ヘタル乙ノ與ヘタル創傷ハ獨立シテ致命傷タル能ハサルモ甲者ノ與ヘタルモノト乙
者ノ與ヘタルモノト相同シタル爲メ丙者ハ終ニ死亡スルニ至レリ此場合ニ於テ乙者カ手
ヲ下シタルハ甲者カ手ヲ下シタル後ニ在リシトスルモ甲者ノ與ヘタル創傷ハ乙者カ手ヲ下
スニ至リタルノ原因タルモノニ非サルカ故ニ介入ノ問題ヲ生スルノ餘地ナク純乎タル競合
ナリ通説ハ之ヲ以テ尙ホ介入ナリト爲スト雖モ予輩ハ之ヲ解スル能ハス
乙 介入行為カ因果關係ヲ中斷スルニ必要ナル要件ニ付テ二說アリ第一說ハ責任能力者ノ犯意
アル行為ナルヲ要ストシ第二說ハ責任能力者ノ行為ナルヲ以テ足レリトス從テ其中斷ノ理由ニ
付キ亦二說アリ第一說ニ曰ク因果關係ハ本來介入ニ依テ中斷セラルモノニ非サルモ法律ハ特
ニ中斷アルモノト明言スルカ故ニ(現一〇五條一〇九條新六一條六二條)中斷アリト爲ササル
ヘカラスト第二說ニ曰ク責任能力者ノ行為ノ介入アルトキハ因果關係ノ連續中ニ任意即チ自由
意思ニ基テ行為ノ介入アルモノナルヲ以テ實質的ニ中斷アルモノト認メサルヘカラスト
第一說ノ要領ハ因果關係ノ中斷ヲ以テ其實質ニ付テ説明セス寧ロ因果關係ハ介入ニ依テ實
質上中斷セラルモノニ非サルモ法律カ教唆及ヒ從犯ニ關シテ特ニ明文ヲ置クノ趣旨ヨリ
論スルトキハ因果關係ハ常ニ責任能力者ノ犯意アル行為ニ初マルモノニシテ法律上ハ介入

ニ依リ其中斷アルモノト解セサルヘカラスト謂フニ在リ然レトモ教唆及ヒ從犯ノ規定ハ因
果關係ノ中斷ヲ認ムルニ非ナレハ解スル能ハサルモノナリヤ大ニ疑ナキ能ハス例ハ甲ア
リ乙ヲ教唆シ乙終ニ丙ニ向テ手ヲ下シタリトセシニ甲ノ教唆ヨリ乙ノ決意ヲ生シ乙ノ決意
ヨリ丙果ヲ生シ甲丙間ニ因果關係アルカ故ニ初メテ甲者ハ教唆者トシテ其責任ヲ負フモノ
ニ非スヤ故ニ予輩ハ教唆ノ規定ヲ以テ因果關係ノ中斷ヲ豫定シタルモノト解スル能ハサル
ナリ加之教唆及ヒ從犯ノ場合ニ於テ正犯ハ犯意アル責任能力者ナラサルヘカラスト論スルモ教唆
因果關係ヲ中斷スヘキ介入行為者ハ犯意アル責任能力者ナラサルヘカラスト論スルモ教唆
及ヒ從犯ノ場合ニ於ケル正犯ハ必スシモ犯意アル責任能力者タルヲ要セストノ學說アリ且
予輩ハ其學說ニ左祖スルモノナルヲ以テ此點ニ於テモ亦論者ノ説明ヲ是認スル能ハス但此
點ニ付テハ後段共犯論ノ條下ヲ參照セヨ

第二說ノ要領ハ自由意思ナル觀念ヲ基礎トシ自由意思ナル觀念ハ論理上當然介入ニ依ル因
果關係ノ中斷ナル論結ヲ生スルモノナリト爲スニ在リ然レトモ予輩ハ甲行為ヨリ乙行為ヲ
生シ乙行為ヨリ丙結果ヲ生シタリト場合ニ於テ甲丙ノ兩者カ全然無關係ノ地位ニ立ツモ
ノナルコトヲ認ムル能ハス其間ニ一定ノ關係即チ因果關係アルカ故ニ例ヘハ教唆ノ場合ニ
於テ甲者ハ乙者ノ教唆者トシテ丙結果ニ對シ責任ヲ生スルモノナリト解ス故ニ予輩ハ又此
說ヲ採ラス

丙 異説アリ曰ク介入ノ場合ニハ因果關係ニ中斷ナシ然レトモ結果ト介入者トノ間ニ責任關係ヲ生スルカ故ニ其責任關係ハ更ニ介入者以上ニ進ム能ハス從テ甲者ト丙果トノ關係ハ責任ノ更新ヲ受ケ甲者ハ丙果ニ對シテ責任ナシト(責任更新説)此説ニ依ルトキハ介入行為ハ犯意者クハ過失ヲ必要トス

責任更新説ハ岡田博士ノ唱導セララル所ナリ同博士ハ犯罪ヲ以テ有責行為ナリト論シ其所謂有責行為即チ責任アル行為トハ舉動カ責任能力者ノ決意ニ基クノミナラス行為ノ結果カ行為者ノ犯意ヲ伴フ場合ノ謂ニシテ此ノ如キ場合ニ於テハ其行為及ヒ結果ト行為者トノ間ニ所謂責任關係即チ物心兩界ノ連絡ヲ生シ其行為及ヒ結果ハ法律上其行為者ノ行為及ヒ結果トナルト論セラル而シテ此理論ヲ前提トシテ博士ハ曰ク「殺意ニ因リ傷ヲ負ハセタルモ新ニ他人ノ責任行為加ハリテ死ニ致セハ死ニ對シテハ新介入者其責任ニ任スヘク第一原因者ハ傷ノ責任ノミニ任スヘキモノタリ(中略)責任アルカ爲メニ行為ヲ分立セシメ責任ヲ新タニスルモノナリ云云」ト(刑法講義六七頁)然レトモ一ノ結果カ介入者ニ責任ヲ生ストノ事實ハ何故ニ他ノ行為者ニ責任ヲ阻却ストノ事由トナルモノナリヤ甲者丙者共ニ犯意ヲ有シ共ニ結果ニ對シテ原因力ヲ與ヘタル者ナル以上ハ共ニ其結果ニ付テ責任ヲ生スヘク介入者ニノミ責任ヲ生ストノ理論ハ予輩之ヲ理解スル能ハス

責任更新論ハ因果關係中斷論ト説明ノ方法ヲ異ニスト雖モ其解釋上ノ實際ノ結果ハ同一ニ

歸著ス只介入行為カ其結果ヲ生スルノ要件ニ於テ中斷論ト趣ヲ異ニスルヲ注意スルヲ要ス即チ介入行為ハ責任能力者ノ犯意又ハ過失ヲ伴フノ行為タルコトヲ要スルナリ

丁 惟フニ介入ナル觀念ヲ認メ之ヲ競合ト區別スルコト必スシモ不當ナリト爲サス然レトモ苟モ甲者ト丙果トノ間ニ因果關係アラシカ乙者カ其間ニ介入スルト否トハ法律上何等ノ影響ヲモ及ホスヘキ理由ナシ丙果ニ對シテ原因ヲ與ヘタル者ハ甲者然リ乙者然リ甲乙兩者カ競合ニ因リテ丙果ヲ生シタル場合ト區別スヘキ理由ナシ故ニ予輩ハ因果關係中斷論及ヒ責任更新論ヲ採ラス

因果關係論ニ關スル參考書次ノ如シ

一 岡田博士「責任更新論」(法學協會雜誌明治三十八年第二三卷第三號及ヒ法學志林全年第七卷第一號)

二 勝本博士「岡田博士ノ因果連續中斷カ責任更新カラ讀ム」(法學新報明治三十八年第一

五卷第一〇號第一二號)

三 勝本博士「因果關係ト不作爲」(法學協會雜誌明治三十九年第二四卷第二卷第三號)

四 小嶋學士「共同原因ニ就テ」(日本法政新誌明治三十九年第一〇卷第二號)

五 泉二學士「現行刑法ト因果關係」(日本法政新誌明治三十九年第一〇卷第四號以下)

六 泉二學士「共同原因ニ付テ」(法學新報明治四十年第一七卷第六號)

七 事前犯意ニ關スル討論(法學協會雜誌明治四十年第二五卷第四號乃至第一一號)

第四 犯罪ノ不完了

犯罪ノ不完了ニ三三ノ態様アリ未遂犯中止犯及ヒ不能犯是ナリ
一 未遂犯

一 未遂犯

未遂トハ犯罪ノ實行ニ着手シ又ハ實行ヲ終結スルモ意外ノ障礙アリテ結果ヲ惹起スルニ至ラザリシ場合ナリ二個ノ種別アリ

甲 着手未遂 トハ實行ヲ終了シ能ハサル場合ヲ謂フ

乙 實行未遂（缺致犯）トハ實行ヲ終結シタルモ結果ヲ發生スル能ハサリシ場合ヲ謂フ
意外ノ障礙ナル觀念ニ三說アリ第一說ハ之ヲ物質的ノ障礙ナリト爲ス說ナリ第二說ハ之ヲ後悔
以外ノ總テノ事情ナリト爲ス說ナリ第三說ハ犯罪ノ成立ニ對シ通常妨害ヲ與ヘ得ル性質ノモノ
タルヲ以テ足ルト爲ス說ナリ第三說ヲ採ル

例へハ巡查來ルヲ見テ犯人カ逃走シタリト假定セヨ「巡查來ル」トノ事實ハ未タ以テ物
質のニ犯罪遂行ヲ妨害シタルモノト謂フコトヲ得ス然レトモ巡查ヲ見テ犯罪ノ遂行ヲ止
ムルハ一般ノ現象ナルカ故ニ之ヲ以テ未遂犯ナリト爲スコトヲ得ヘシ又例へハ甲者アリ乙
者ニ向テ手下下シタルモ事ヲ遂行スルニ適當ノ時期ニ非スト認メ後日ヲ期シテ事ヲ止メタ
リト假定セヨ適當ノ時期ニ非スト認メタルノ事實ハ犯意ヲ放擲シタルモノニ非サルカ故ニ
後悔ニ基クモノト謂フヘカラス然レトモ犯人自身カ適當ノ時期ニ非スト認メタルニ止マリ

一般ニ然リト認メラルヘキ事情ナキトキハ以テ中止犯ト爲スヘシ未遂犯ニ非ス

泉二學士「中止犯未遂犯區別ノ標準」(法學新報第一五卷第二號)

未遂ノ處罰ニ關シテ三說アリ第一說ハ之ヲ當然減輕スヘシトスル說ナリ第二說ハ實行未遂ヲ以テ既遂ト同視シ着手未遂ヲ以テ減輕スヘシトスル說ナリ第三說ハ未遂ヲ以テ既遂ト同視スヘシトスル說ナリ

未達ハ結果ノ欠缺ヲ意味ス此點ヨリ論シテ舊派ノ學者ハ未達ヲ以テ當然減輕スヘキモノナ
リト爲スナリ然レモ未達カ結果ヲ生セサリシハ意外ノ事情ニ基クモノニシテ懸性ノ發現
トシテ之ヲ觀察スルトキハ之ヲ既達ト區別スヘキ理由ナシ故ニ新派ノ學者ハ之ヲ既達ト同
視スヘシト爲ス

現行法ハ重罪ノ未遂ヲ常ニ罰シ輕罪ノ未遂ハ特別ノ明文アル場合ニ限り之ヲ罰シ違背罪ノ未遂ハ之ヲ罰セス而シテ之ヲ處罰スル場合ニ於テハ常ニ一等又ハ二等ヲ減ス現一二一條一一三條新刑法ハ特別ノ明文アル場合ニ限り未遂ヲ罰スルモ之ヲ處罰スル場合ニ於テハ單ニ刑ヲ減輕シ得ルモノトスルニ止ム（新四三條四四條）

過失犯ニ未遂アリヤ否ヤノ問題アリ過失犯モ亦行爲ナリ論理上之カ未遂ヲ想像スルコトヲ得ルモ過失犯ノ未遂ハ之ヲ罰スルノ明文ナシ

不作爲犯ニ未遂アリヤ否ヤノ問題アリ不作爲モ亦行爲ナルカ故ニ論理上之カ未遂ヲ想像ス

ルコトヲ得ヘク而シテ純正不作爲犯ト不純正不作爲犯トヲ問フコトナシ即チ作爲ヲ爲スヘキ時期ニ於テ作爲ヲ爲ササルハ犯罪ノ着手ナリ中途ニシテ作爲ニ出ツルモ以テ着手未遂タルニ妨ナシ又不作爲ヲ持續スルモ結果ノ發生ナカリシトキハ以テ實行未遂ト爲スコトヲ得ヘシ』結果犯ニ未遂犯アリヤ否ヤノ問題アリ結果犯ハ結果ノ如何ニ依テ罪責ヲ定ムルモノナルカ故ニ常ニ生シタル結果ヲ犯罪ノ要件トシ生スヘカリシ結果ヲ其要件トスルコトナシ故ニ未遂即チ結果ヲ生スヘクシテ生セザリシトノ關係ハ結果犯ニ於テ之ヲ認ムル餘地ナシ

二 中止犯

犯罪ノ中止ニ二種ノ態樣アリ一ハ一旦實行ニ着手スルモ自ラ其實行ヲ終結セサルモノニシテ他ハ一旦實行ヲ終結スルモ自ラ其結果ノ發生ヲ防止シタルモノナリ何レノ場合ニ於テモ犯罪ノ完了ハ犯人自己ノ意思ニ原因スルモノナルコトヲ中止犯ノ特色トス

中止犯ハ結果ノ發生ヲ防止シタルコトヲ必要トスルカ或ハ結果ノ發生ヲ防止スルニ足ルノ行為ヲ爲シタルヲ以テ足ルカ前説ヲ採ル

例ヘハ甲者アリ乙者ヲ殺サント欲シテ毒藥ヲ與ヘタルカ其後ニ至リテ意ヲ變シ解毒劑ヲ與ヘタリ若シ解毒劑其效ヲ奏スルトキハ中止犯ナリ茲ニ疑トナルハ其解毒劑カ意外ノ障礙ニ因リテ其效ヲ奏セザリシ場合ナリ中止ノ意思ノ方面ヨリ見ルトキハ此兩個ノ場合ニ差異ナシト雖モ結果ノ方面ヨリ見ルトキハ一ハ結果ノ發生ナク一ハ結果ノ發生アルノ差異アリ而

シテ法律ハ其未遂ニ關シテ常ニ結果ノ發生ナキコトヲ豫想スルカ故ニ解釋トシテハ中止犯ハ常ニ結果ノ欠缺ヲ要ストスヘキカ如シ

現行法ニハ中止犯ヲ罰スルノ規定ナシ(現一二條參照)新刑法ニハ其刑ヲ減輕又ハ免除スルモノトス(新四三條但書)問題トナルハ既ニ生シタル結果ニ付テ責任ヲ負フヤ否ヤニ在リ新刑法ノ解釋トシテハ消極説ヲ採ル

例ヘハ人ヲ殺サント欲シテ一撃ヲ加ヘ之ニ創傷ヲ與ヘタル後中止シタリ之ヲ以テ殺人未遂ト爲ス能ハサルハ論ナシ然レトモ之ヲ以テ直チニ無罪ト爲スヘキヤ否ヤ疑アリ一派ノ論者ハ曰ク其創傷ノ結果ニ付テハ固ヨリ犯意ナキ者ニ非サルヲ以テ毆打創傷ヲ以テ論スヘシト(岡田博士「刑法講義」三二三頁以下)予輩ハ現行法ノ下ニ於テハ此説ニ左袒セントス然レトモ新刑法カ特ニ中止犯ニ關スル規定ヲ設ケタル趣旨ヨリ論スルトキハ新刑法ノ解釋トシテハ反對ノ論結ヲ採ルヘキカ如シ

三 不能犯

行為ノ性質上結果ヲ發生セシムルニ不能ナル場合ハ障礙ノ爲メニ遂ケザリシ場合ト區別セザルヘカラストスルヲ通説トス但能犯ナリヤ否ヤヲ定ムルノ標準ニ關シテ諸説アリ

甲 客觀説ノ一 絕對不能ト相對不能トヲ區別シ一ヲ不能犯ナリトシ他ヲ未遂犯ナリトスル説ナリ但不能ニ目的ニ關スル不能ト手段ニ關スル不能トヲ區別シ手段ニ關スル相對的不能ヲ以テ

ノミ未遂犯ナリトスル說アリ

不能ヲ別チテ絕對不能及ヒ相對不能トシ又別チテ手段ニ關スル不能ト目的ニ關スル不能ト

目的ニ關スル絕對不能トハ本人ノ豫期シタル目的ノ全ク存在セサル場合ニシテ例ヘハ死者ヲ以テ生命アル人ナリト信シ之ヲ殺サントシタル場合ノ如シ
目的ニ關スル相對的不能トハ目的の物カ只豫期シタル場所ニ存在セザリシ場合ニシテ例ヘハ或人ノ在在セル場所ニ向テ發炮シタルニ偶々其人ハ他ノ室内ニ在リタリト謂フカ如キ場合ナリ

手段ニ關スル絕對的不能トハ手段ノ性質上豫期シタル結果ヲ生スルコト能ハサル場合ニシテ例ヘハ毒殺セント欲シテ砂糖ヲ施用スルカ如シ

手段ニ關スル相對的不能トハ手段ノ運用拙キカ又ハ不充分ナル爲メ偶々當然ノ結果ヲ生セサル場合ニシテ例ヘハ銃ヲ以テ人ヲ狙撃シタルモ狙撃ノ不完全ナリシ爲メ命中セザリシト謂フカ如キ場合ナリ

乙 客觀說ノ二 一 派ノ學者ハ不能ニ事實上ノ不能ト法律上ノ不能トアリト論シ法律カ各種ノ犯罪ニ付テ必要ナリトスル要件例ヘハ一定ノ目的又ハ手段ヲ欠ク場合ニ於テハ法定要素ヲ欠クモノニシテ法律上不能ナルモノナルカ故ニ之ヲ不能犯ナリト爲スヘシト爲ス(法の不能說)

例ヘハ墮胎罪ニ於テ胎兒ハ犯罪ノ法定要素ナリ故ニ懷妊セサル婦女ニ對シテ墮胎ノ方法ヲ施用スルモノ不能犯ナリ毒殺罪ニ於テ毒物ハ犯罪ノ法定要素ナリ故ニ毒物ナリト信スルモ砂糖ヲ與ヘタルニ過キサルトキハ不能犯ナリ

丙 主觀說 曰ク未遂犯ヲ罰スルハ結果ノ發生ヲ俟タサルモ其行為自體ニ依リテ犯意ノ存在ヲ認知スルコトヲ得ルニ因ル果シテ然ラハ不能犯ノ觀念ハ犯人ノ主觀ニ付テ之ヲ論シ苟モ犯意ヲ遂行セント欲シテ行為ニ出テタル以上ハ總テ之ヲ未遂犯ナリト爲ササルヘカラスト此說ハ不能犯ノ存在ヲ否認スルモノナリ

丁 折衷說 危險ナル行為アリテ初メテ危險ナル性格ヲ證スヘシ故ニ犯罪事實完了ノ危險(可能性)アル場合ニ之ヲ未遂犯トスヘシ其危險ナキ場合ニ於テハ之ヲ不能犯ト爲ササルヘカラスト但危險ノ有無ヲ斷スルノ前提トナルヘキ事實ハ主觀的ニ定ムヘキ客觀的ニ定ムヘキヤ將タ一般人ノ見解ヲ基礎トスヘキヤニ關シテ三說アリ予輩ハ主觀說ヲ採ル

犯意ハ犯罪事實ニ依テ證明セラレサルヘカラスト故ニ單ニ犯意ノミヲ基礎トシテ論スルハ極端ナリ故ニ予輩ハ此點ニ於テ主觀說ヲ排ス然レトモ不能ニ絕對相對ノ區別ヲ爲スコト果シテ論理上適當ナル觀念ナリヤ所謂相對的不能ト雖モ其時日其場合ニ付テ考フルトキハ到底結果ヲ惹起スルモノ不能ナルモノナルヲ以テ予輩ハ不能ノ此區別ヲ排斥セント欲スルナリ若シ夫レ法の不能說ニ至リテハ抽象的ニ法律カ犯罪ノ要件トスル所ノモノニ重テ置キ具體的

ニ必要ナル犯罪事實完成ノ要件ヲ輕ンスルノ理由明カナラス若シ法律定ムル所ノ要件ハ法律上必要ナル要件ナルカ故ニ之ヲ欠クハ不能犯ナリトノ簡單ナル説明ヲ以テ足レリト爲サシカ不能未遂ノ區別ニ關スル議論ハ如何ナルモノヲ以テ犯罪ノ要件ト爲スヤヲ定ムルニ在ルモノナルカ故ニ畢竟問題ヲ以テ問題ヲ解決スルニ終ルヘシ

予輩ハ危險說即チ折衷說ヲ採ル夫レ危險ナル觀念ハ一定ノ事實ニ對スル主觀的感想ナリ而シテ予輩ハ一定ノ事實ニ對スル社會ノ此感想ヲ基礎トシテ不能未遂ノ區別ヲ爲サントスルナリ但感想ノ有無ヲ斷スルノ基礎トナルヘキ事實ハ之ヲ何ニ依テ定ムルヤハ自ラ別問題ナリ此點ニ付テハ相當因果關係論ニ於テ諸說ノ分ルルカ如ク亦種種ノ説明ヲ想像スルコトヲ得ヘシ而シテ予輩ハ主觀說ヲ採ルカ故ニ例ヘハ「モルヒネ」ナリト信シテ砂糖ヲ施用シタル場合ハ不能犯ニ非スシテ未遂犯ナリ砂糖ナルコトヲ知テ砂糖ヲ施用シ以テ人ヲ殺サントシタルトキ茲ニ初メテ不能犯アリト解スルナリ蓋シ砂糖ヲ施用スルニ止マルトキハ客觀的ニハ何等ノ危險ナシト雖モ「モルヒネ」ナリト信シテ之ヲ施用スルトキハ「モルヒネ」ヲ施用スル意思即チ危險ナル行為ヲ爲スノ意思アルモノナレハナリ

不能犯ハ之ヲ罰スルノ規定ナシ立法論トシテハ之ヲ罰スヘシトスル說アリ

不能犯論ニ關シテハ次ノ論文ヲ參照スヘシ

泉二學士「不能犯ヲ論ス」(法學協會雜誌第二二卷第七號)

勝本博士「不能犯ニ就テ」(内外論叢第二卷第五節第七號)

第二節 行為ノ違法性

第一 觀念

犯罪ハ違法行為ナリ違法トハ法益ノ侵害カ社會ノ常規ヲ逸脱スルコトヲ意味ス社會ノ常規ヲ逸脱シテ法益ヲ侵害スルニ至リ茲ニ行為ハ反社會性ヲ帶フコトヲ得ヘシ

生存競争ハ如何ナル時ニ於テモ又如何ナル場合ニ於テモ常ニ行ハルモノナリ其結果ハ時トシテ頗ル慘酷ナルモノアリト雖モ之ニ因テ各人ハ又其生存ヲ全ウシ社會ハ其發展ヲ爲スモノナリ生存競争ハ自然界ノ大事實ニシテ人力ニ依リ排除スルコト能ハサル宇宙ノ大則ナリ只法ハ此生存競争ニ秩序ヲ與ヘ人ノ行為ニ一定ノ限界ヲ定メ安寧ノ間和樂ノ中ニ宇宙ノ此大則ヲシテ運行セシメントスルナリ茲ニ於テ或種ノ行為ハ其結果トシテ他人ノ利益ヲ害スルモ尙ホ之ヲ正當トシテ保護セサルヘカラス又或種ノ他ノ行為ハ之ヲ禁シテ他人ノ利益ヲ尊重スル所アラシメサルヘカラス此ノ如クシテ社會上ノ常規ナル觀念ヲ生シ行為ノ正不正ヲ定ムルノ標準ト爲ルナリ

社會ノ常規ハ善良ノ風俗及ヒ公ノ秩序ニ準據スルニ在リ但法律ハ積極的ニ違法性ノ何タルカヲ規定セシテ消極的ニ違法ヲ沮却スル事由ヲ列舉ス

善良ノ風俗公ノ秩序ナル觀念ハ民法カ特ニ採用シテ其制度ノ基礎の規定ト爲ス所ナリ例ヘハ民法第九〇條ニ曰ク「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス」ト即チ民法ハ法律行為ニ關シテ積極的ニ「違法」ナル觀念ヲ規定シ人ノ自由活動ハ常ニ公序良俗ヲ以テ最後ノ限界トスルコトヲ明カニスルモノナリ刑法ノ規定ハ之ニ反對ナル方法ヲ採リ違法阻却ノ事由ヲ列舉スルナリ

違法阻却ノ事由ハ消極的ニ一ノ犯罪事實ナリ之ヲ認識スルトキハ犯意ノ成立ヲ阻却ス又此事由ハ客觀的ニ犯罪ノ成立ヲ阻却スルモノナリ故ニ之ヲ認識セサルモ此事由アルトキハ犯罪ハ成立ナリ

違法阻却ノ事由アルトキハ犯罪ハ成立セス故ニ此事由ハ之ヲ消極的犯罪事實ナリト謂フコトヲ得ヘシ

此事由ヲ認識スルトキ例ヘハ正當防衛ナリト信シテ防衛ナラナル殺傷行為ヲ爲シタル場合ニ於テハ客觀的ニハ犯罪ノ要件ヲ具備スルモ犯意ヲ欠クモノトシテ無罪トスヘキコトハ既ニ犯意ノ條下ニ於テ述ヘタル所ナルヲ以テ再言セシ

違法性ハ犯罪ノ客觀的の要件ナリ故ニ違法阻却ノ事由アルトキハ客觀的ニ犯罪ノ要件ヲ欠クモノナリ從テ犯意アルモ其行為カ違法ナラサルトキ例ヘハ偶然ニ正當防衛若クハ緊急避難ノ要件ヲ具備スルトキハ犯罪ハ成立ナリト謂ハサルヘカラス

行為カ社會ノ常規ニ違反スルコトニ依テ罪トナルコトハ作爲ト不作爲トノ間ニ差別ナシ但不作爲カ犯罪トナルノ要件トシテ犯罪事實ノ發生ヲ遮斷スヘキ作爲ノ義務ヲ必要トスル說アリ或ハ單ニ不作爲カ善良ノ風俗又ハ公ノ秩序ニ違反スルコトヲ以テ足ルトスル說アリ又此要件ヲ以テ危險性ノ要件ナリトスル說アリ違法性ノ要件ナリトスル說アリ予輩ハ犯罪事實ノ發生ヲ遮斷シ得ヘクシテ而モ遮斷セサルトキ危險性アリトシ其不作爲カ公序良俗ニ反スルトキ違法性アリト解ス

不作爲カ犯罪トナルハ犯罪事實ノ發生ヲ遮斷スヘキ作爲ノ義務アル者ノ行為ニ係ルコトヲ要ストスルヲ通説トス而シテ作爲ノ義務アル者ノ不作爲ハ其犯罪事實ノ發生ニ對シテ因果關係(學說ニ依リテハ之ヲ因果關係ト同視スヘキ關係ナリトスルコト既ニ述ヘタルカ如シ)アリトスルヲ通説トス然レトモ予輩ハ犯罪事實ノ發生ヲ遮斷シ得ヘクシテ而モ遮斷セサル者ハ總テ其犯罪事實ノ發生ニ對シ原因力ヲ與ヘタル者ナリト解スルカ故ニ不作爲カ犯罪ニ作爲ノ義務ヲ要スルヤ否ヤハ行為ノ違法性ニ關スル理論トシテ論定セサルヘカラスト信ス而シテ論者或ハ作爲ノ義務アル者カ不作爲ヲ爲ストキハ其義務違反ハ即チ違法性ヲ有スルニ至ルモノナリト爲ス者アルモ一定ノ義務ニ違反シタルコトカ何故ニ其犯罪事實ニ付テモ亦違法トナルヤ甚ダ疑ナキ能ハス加之問題ノ要點ハ不作爲カ如何ナル場合ニ違法ナリキヲ定ムルニ在ルニ拘ハラス違法ナルカ故ニ違法ナリト解スルハ問題ヲ以テ問題ヲ解決スルモノナリ

リト謂ハサルヘカラス故ニ千輩ハ直チニ不作爲カ公序良俗ニ違反スルヤ否ヤヲ論定シテ此問題ヲ解決スヘク他ニ存立スル義務ニ違反スルヤ否ヤニ依テ解決セラルヘキモノニ非スト信スルナリ

違法阻却ノ事由ヲ別チテ二ト爲ス一ハ行為ヲシテ權利ナラシムルモノナリ他ハ行為ヲシテ放任的ナラシムルモノナリ

行為ヲ別チテ法律上三種ト爲ス其一ハ權利行為ナリ甲者ノ行為ヨリ乙者ニ損害ヲ生スルコトアルモ乙者ニ於テ其損害ヲ甘受スルノ法律上ノ義務アル場合之ヲ權利行為ト爲ス其二ハ不法行為ナリ甲者ノ行為ヨリ乙者ニ損害ヲ生スルトキ乙者ニ於テ其行為ヲ法律上許ササルモノトシテ攻撃スルコトヲ得ルモノナリ其三ハ放任行為ナリ甲者ハ乙者ニ向テ一定ノ損害ヲ與フルノ權利ヲ有スルニ非サルモ甲者カ乙者ニ其損害ヲ與ヘタル場合ニ於テ乙者ニ其行為ヲ許サレサルモノトシテ攻撃スル能ハサル場合ナリ

行為ヲ以テ法律上許サレタル行為ト許サレサル行為トニ別ツトキハ放任行為ハ許サレタル行為ナリトシテ正當ナル行為ナリト爲スコトヲ得ヘシ此意味ニ於テ放任行為ハ違法行為ニ非サルナリ然レトモ相手方ニ於テ其行為ノ結果ヲ甘受スルノ義務アリヤ否ヤノ點ヨリ見ルトキハ放任行為ハ相手方ニ其義務ナキ行為トシテ不正ノ行為ナリト爲スコトヲ得ヘシ

第二 緊急行為

一 觀念

法益ノ保全カ緊急ノ必要アル場合ニ於テ他人ノ法益ヲ侵害スルヲ緊急行為ノ特色ナリトス換言スレハ他人ノ法益ノ侵害カ自己(又ハ自己ノ保護セントスル人)ノ法益ヲ保全スルニ緊急必要ナル場合ナリ

緊急行為ハ之ヲ別チテ二トス現行法ハ之ヲ正當防衛及ヒ緊急避難ノ二ト爲ス一ハ自己ノ法益ニ對スル侵害カ緊急行為ニ因テ侵サレントスル法益ノ主體ヨリ來ル場合ナリ他ハ緊急行為ニ因テ侵サレントスル法益ノ主體以外ヨリ來ル場合ナリ新刑法ハ之ヲ防衛行為及ヒ避難行為ノ二ト爲ス一ハ人ノ行為ニ對スル場合ニシテ即チ自己ノ法益ニ對スル侵害カ人ノ行為ニ由來スル場合ナリ他ハ物ノ危險ニ對スル場合ニシテ即チ自己ノ法益ニ對スル侵害カ物ノ狀態ニ由來スル場合ナリ

正當防衛トハ例ヘハ暴行ヲ受クルコトニ依テ暴行人ヲ殺傷スル場合ノ如シ其特色ハ反撥的ナルニ在リ緊急避難トハ例ヘハ暴行ヨリ生スル損害ヲ避クルカ爲メ第三者ヲ侵害スル場合ノ如シ防衛ヲ其本質トスル所ハ正當防衛ニ同シト雖モ反撥的ニ非サルヲ正當防衛ニ異ナル所ノ要點ト爲ス新刑法ハ人ノ行為ニ由來スルノ危險ヲ避クル場合ニ在リテハ其反撥的ナルト否トヲ區別セシテ之ヲ防衛行為ナリトシ人ノ行為以外ノ原因ヨリ來ル危險ヲ避クル場合ヲ以テ別ニ避難行為トシタリ但新刑法ヲ解スル者往往ニシテ千輩ノ所謂防衛行為ヲ以テ

正當防衛ト説キ予輩ノ所謂避難行為ヲ以テ緊急避難ト説ク者アリ之ヲ用語上ノ便宜トシテハ必スシモ論者ノ言ヲ非理ナリト爲スヘカラス唯同一ノ制度カ現行法ト新刑法トニ於テ其要件ヲ異ニスト謂フヲ以テ足ルヘシ然レトモ之ヲ概念上ノ議論トシテハ予輩ハ行為カ反撥的ナルト否トニ依テ正當防衛ト緊急避難トヲ區別スルカ故ニ現行法ト新刑法トハ緊急行為類別ノ標準ヲ異ニスルモノト謂ハサルヘカラス

緊急行為ニ關シ法律ノ認ムルカ如キ類別ヲ非難シ緊急行為ハ常ニ同一ノ要件ノ下ニ同一ノ取扱ヲ受クヘシト論スル者アリ

緊急行為ハ其緊急行為タルノ點ニ於テ常ニ同一ノ性質ヲ有スルモノト爲シ法律上之ヲ類別シテ觀察スルヲ不可ナリト爲スナリ即チ苟モ一定ノ法益ヲ保全スルニ付テ緊急必要ナルトキハ正當防衛タルト緊急避難タルトヲ問ハス法律上之ヲ同様に取扱フヘシト謂フナリ一理アル説ナリト信ス

緊急行為ノ性質ヲ解スルニ二説アリ次ノ如シ

甲 客觀説 緊急行為ハ一ノ法益カ他ノ法益ト相兩立スル能ハサル場合ナリ即チ場合カ急迫ニシテ國家ノ干渉ヲ容ルル餘地ナキカ故ニ之ヲ當事者ノ行為ニ放任シ自然ノ成行ヲ維持スルノミ(必要行為説)但正當防衛ニ關シテハ不正ノ侵害ニ對シ其侵害者ニ反撥スルハ其性質上正當ナルカ故ニ之ヲ權利ナリト爲ス説アリ客觀説ノ一ノ能様ト見ルコトヲ得ヘシ

予輩ハ必要行為説ヲ採ル從テ緊急行為ハ一ノ放任行為ナリト解ス

學者或ハ正當防衛ヲ以テ權利ナリト解ス若シ之ヲ以テ不正ノ侵害ニ對スル反撥ナルカ故ニ權利ナリト爲サハ是レ正義若クハ純理ヲ基礎トシテ權利ノ觀念ヲ定メントスル説ニシテ予輩ノ理解スル能ハサル所ノモノナリ若シ之ヲ以テ法律カ許容スル所ノ行為ナルカ故ニ權利ナリト爲サハ緊急避難モ亦權利行為ト謂フヘク若シ緊急避難ヲ以テ之ニ對當スルノ義務者ナキカ故ニ放任行為ナリト爲ストキハ正當防衛ニ於テモ之ニ對當スル義務者ナキカ故ニ亦放任行為ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ正當防衛ノ場合ニ於テ暴行者カ防衛者ノ行為ヲ甘受スヘキ義務アリト假定シ其義務ヲ履行スル爲メニ其暴行ヲ停止シタリトモシカ其停止ノ瞬間ヨリ防衛者ハ其所謂正當防衛權ヲ失フニ至ルヘケレハナリ若シ暴行者ハ正當防衛者ノ行為ノ結果ニ對シテ自己ノ權利ヲ主張スル能ハサルカ故ニ正當防衛ハ權利ナリト爲サハ緊急避難ノ場合ニ於テモ其被害者ハ其緊急避難者ノ行為ノ結果ニ對シテ自己ノ權利ヲ主張スル能ハサルモノナルカ故ニ緊急避難モ亦權利行為ナリト謂ハサルヘカラス至ルヘシ

乙 主觀説 緊急行為ハ行為者カ事情ノ急迫ナルカ爲メニ意思ノ自由ヲ喪失セル結果ナルヲ以テ之ヲ無罪ナリト爲スヘシト(自由意思喪失説)

佛國ノ學者ハ犯罪ノ主觀的要件ヲ算ヘテ三トス其一ハ責任能力ナリ其二ハ犯意又ハ過失ナ

リ而シテ其三ハ自由意思ナリ換言スレハ佛國學者ハ犯意カ自由ナル意思ヲ以テ決定セラレタル場合ニ非サレハ以テ本人ニ刑事責任アリト爲スヘカラストシ強制ニ因ル行爲即チ緊急行爲ハ此點ヨリシテ無罪ト爲スヘシト爲ス主トシテ緊急避難行爲ニ付テ爲サル説明ナリ此點ヨリ見ルトキハ緊急行爲カ無罪トナルハ犯罪ノ客觀的要件即チ違法性ヲ欠クニ依ルモノニ非シテ犯罪ノ主觀的要件ヲ欠クニ依ルモノナリ但學說ノ趨勢ハ漸次主觀說ヲ捨テテ客觀說ヲ採ルニ在リ而シテ其理由トスル所ハ一定ノ法益ノ衝突アル場合ニ於テハ本人カ自由意思ヲ喪失スルニ至ラサル程度ノ場合ニ於テモ尙ホ行爲ヲ放任スルヲ可トスヘシト謂フニ在リ

緊急行爲ニ關スル刑法ノ規定ハ民法ノ規定ト一致セス茲ニ於テ此點ニ關スル刑法ト民法トノ關係ニ付キ二個ノ學說アリ

甲 民法ハ民事責任ヲ規定シ刑法ハ刑事責任ヲ規定スルカ故ニ兩者固ヨリ相關スル所ナシ從テ民法上賠償ノ責任ナクシテ刑法上責任アル場合ヲ生スルモ理論上矛盾スル所ナシトスル說予輩ハ此說ヲ採ル

乙 民法ニ於テ無責任ト定メタル行爲ハ刑法ニ於テモ之ヲ犯罪ナリト認ムヘカラスト刑法ニ於テ無責任ト定メタル行爲ハ民法ニ於テモ之ヲ不法行爲ナリト認ムヘカラスト而シテ現行民法法典ハ現行ノ刑法法典ヨリ後ニ出テタル法律ナルヲ以テ民法ハ民事責任ノ規定ヲ爲スト同時ニ緊急行

爲ニ關スル刑法ノ規定ヲ改正シタルモノト謂ハサルヘカラスト同様ニ新刑法ノ規定ハ又民法ノ規定ヲ改正シタルモノナリト謂ハサルヘカラストスル說

泉二學士「民法ト刑法トノ關係」(法學協會雜誌第二三卷第一〇號及ヒ之ニ關スル法理研究會討論同雜誌同卷第一一號)

參考論文次ノ如シ

勝本博士「正當防衛ニ就テ」(明治法學第六八號)

勝本博士「緊急狀態ニ就テ」(明治法學第八三號第八九號第九三號)

勝本博士「刑法改正案第四五條(正當防衛ノ規定)ニ就テ」(法曹記事第一六〇號内外論叢第四卷第一號)

岡田博士「緊急狀態及ヒ意思自由」(法學志林第一二號乃至第一四號)

泉二學士「緊急狀態」(法學新報第一四卷第九號及ヒ第一一號)

泉二學士「英米法ニ於ケル正當防衛ト緊急避難」(法學新報第一八卷第二號)

泉二學士「緊急行爲ヨリ生シタル害ト避ケンシタル害ト輕重ヲ定ムル標準」(法學志林第一二卷第二號)

第二〇卷第二號

二 現行法ニ於ケル緊急行爲ニ就テ(法學志林第六卷第九號)

刑法總論 犯罪ノ客觀的要件 行爲ノ違法性

二 甲 正當防衛（現三二四條三一五條）

正當防衛要件次ノ如シ（一）急迫不正ノ侵害ニ對スルコトヲ要ス

（イ）正當防衛ハ急迫不正ノ侵害ニ對スルコトヲ要ス 之ニ關シテ種種ノ問題ヲ生ス次ノ如シ
（一）正當防衛ハ人ノ侵害ニ對スルコトヲ要スルヤ否ヤニ關シテ爭アリ人ノ侵害ニ對スル場合
ニ限ルモノト解ス（二）不正トハ客觀的ニ不正ナルコトヲ以テ足ル或ハ主觀的ニ其要件ヲ
具備スルコトヲ要スルヲ予備ハ前説ヲ採ル故ニ無責任者ノ行為ニ對シテモ尚ホ正當防衛アリ
（三）不正トハ權利ヲ非ナルヲ謂ハル或ハ更ニ放任的ナラサルコトヲ要スルヤ予備ハ前説
ヲ採ル故ニ緊急避難ニ對シテモ尚ホ正當防衛アリ（四）要スルニ正當トハ侵害ヲ受クル者ニ
於テ其侵害ヲ受クルヲ義務ナキ場合ヲ謂フ（五）急迫ハ急迫ニ限ラズ（六）急迫ハ前説

現行刑法第三二四條ハ解釋トシテハ正當防衛ハ常ニ人ノ暴行ニ對スルコトヲ要スルモノト
解釋スルヲ妥當トスヘシ但理論上ノ見解トシテハ例ヘハ動物ノ侵害ニ對シ其動物ヲ殺害スル
モ亦正當防衛アリト爲ス説アリ

現行刑法第三二四條ハ正當防衛ヲ以テ「正當ニ防衛」スル行為ナルコトヲ必要トセリ所謂正
當ニ防衛ス者トハ其防衛行為カ自己ノ正當ナル權利ヲ保全スル場合ナルコトヲ意味スルナ
ラズ故ニ予備ハ苟モ他人ヨリ自己ノ法益ノ侵害ヲ受クヘキ義務ナキ以上ハ其防衛ハ總テ正當
ナルコトト解シ從テ責任無能力者ノ行為ニ對スル場合又ハ他人ノ緊急避難ニ對スル場合ニ於テ

書モ尚ホ正當防衛アリト解スルカ學者或ハ緊急避難行為ニ對シテハ緊急避難行為ヲ成立スル
要件ハ正當防衛ノ成立ナシト説ク予備ハ採ルモノト解ス（現三二四條）

（ロ）正當防衛ハ侵害者ニ對スルコトヲ要ス侵害者以外ニ對スルコトハ緊急避難トナル

現行刑法第三二四條ハ之ヲ明言スルモ第三二五條ハ之ヲ明言セズ然レトモ同様に解スヘキ
モノト信ス

（ハ）正當防衛ハ權利ノ保全ニ必要ナル限度ニ止マルコトヲ要ス之ニ關シテ注意スヘキ要點
次ノ如シ（一）正當防衛ニ因テ保全セラルヘキ權利ノ種目ハ法律ニ於テ限定ス（現三一四條
三一五條）但自己ニ屬スルコトヲ問フコトナシ（二）防衛スヘキ法益ハ防衛的法益ト防

衛行為ニ依テ侵害セラル法益（侵害的法益）トノ間ニ輕重ノ權衡ヲ得ルコトヲ要セス（三）
防衛ニ必要ナル限度ナリキ否ヤハ主觀的ニ定ムヘキモタナリヤ將タ客觀的ニ定ムヘキモノナ
リヤニ關シ疑アリ客觀説ヲ採ル（四）自ら逃避シ又ハ官憲ノ救援ヲ求メ得ルニ拘ハラズ逃避
セス又ハ其救援ヲ求メ得スレバ防衛行為ヲ爲シタルトキハ正當防衛ト稱スルコトヲ得ルヤ否
ヤ積極説ヲ採ル（五）急迫ハ前説ニ依テ急迫ニ限ラズ（六）急迫ハ前説

正當防衛ニ於テ防衛セラルヘキ法益ハ第一ハ身體生命ヲ（現三一四條）第二ハ特種ノ場
合ニ於ケル財産ナリ（現三一五條）曰ク財産ニ關シ放火其他暴行ヲ爲ス者ヲ防止スルニ出
テタルトキ曰ク盜犯ヲ防止スルニ出テタルトキ曰ク夜間放火人ノ住居シタル邸宅ニ入り

若クハ門戸施錠ヲ除却損壞スル者ヲ防止スルニ出ラサルトキハ、
防衛の法益ト侵害の法益トノ間ニ輕重ノ權衡ヲ保ツ必要ナキカ故ニ苟モ防衛ニ必要ナル以
上ハ如何ナル侵害ヲモ加フルモ可ナリ現行法カ正當防衛ヲ以テ殺傷ニ關スル不論罪ナリト
規定シタルハ侵害の法益ノ最モ大ナル場合ニ付テ其規定ヲ爲シタルニ過キス殺傷ニ至ラザ
ル侵害ト雖モ尙ホ不論罪ト解スヘシ
然レトモ防衛ニ必要ナリシヤ否ヤハ客觀的ニ定メラルヘカラス本人カ防衛ニ必要ナリト信
シテ爲シタル行為ト雖モ一般人ノ見解上防衛ノ限度ヲ越エタルモノト認メラルヘキ場合ニ
於テハ正當防衛ニ非ス

逃避シ得ヘク又ハ官憲ノ救護ヲ求メ得ヘキ場合ニ於テモ防衛者ニハ逃避シ又ハ救護ヲ求ム
ヘキ義務ナシ故ニ此場合ニ於テ自ラ防衛行為ヲ爲スモ亦正當防衛ナリ但防衛ノ爲メ止ムヲ
得ナル行為ナルコトヲ必要トスルカ故ニ必スヤ現在ノ侵害ニ對スルコトヲ必要トス未來ニ
起ルヘキ危害ニ對シテハ正當防衛ナシ

侵害ノ終了後ニハ正當防衛ナシ盜賊ヲ取還スルニ出ツル場合（現三一五條二號）ノ外ハ唯
宥恕減輕ヲ受タルニ過キス（現三一六條）

正當防衛ニ除外例ニアリ第一ハ不正ノ行為ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル場合ナリ（現三一四條但
書）但二說アリ第一說ニ曰ク此規定ハ正當防衛ニ對シテ正當防衛ナキ旨ヲ規定シタルニ過キス

ト第二說ニ曰ク此規定ハ一般不正行為ニ對シテ正當防衛ナシトノ趣旨ニ解セサルヘカラス上後
說ヲ採ル第二ニ尊屬親ニ對スル場合ナリ尊屬親ニ對シテハ正當防衛ナシ（現三六五條）

正當防衛ニ對シテ正當防衛ナキハ理論上當然ノコトナリ蓋シ正當防衛ハ防衛行為ニシテ其
性質上積極的ニ他ヲ侵害スルモノニ非ナルカ故ニ防衛行為ニ對シテ防衛行為ノ成立スヘキ
コトハ想像シ得ヘカラサルナリ從テ現行刑法第三一四條但書ノ規定ニ所謂不正トハ一般不
正ノ行為ヲ指稱スルモノト解スルヲ穩當トスヘシ但廣ク總テノ不正ヲ指稱スルモノナリヤ
否ヤニ關シテハ疑アリ予輩ハ犯罪トナルヘキ不正行為ニシテ過失ニ出ツル場合ヲ除外スル
モノト解ス

現行刑法第三一五條ニハ此ノ如キ制限ナシ解釋上同一ノ制限アルモノト思科ス

乙 緊急避難（現七五條）

現行法上緊急避難ノ要件ヲ舉クルコト次ノ如シ

（イ）緊急避難ハ急迫ノ強制ニ對スルコトヲ要ス 注意スヘキ要點次ノ如シ（一）強制ハ人ニ

由來スル物ニ由來スルコトヲ區別スルコトナシ（二）人ニ由來スル場合ニ於テハ其不正ナル

コトヲ要スルヤ否ヤニ關シテ疑アリ積極說ヲ採ル

現行刑法第七五條ニハ強制カ不正ナルコトヲ必要トスル旨ノ明文ナシ茲ニ於テ正當ナル強
制ニ對シテモ尙ホ緊急避難ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ疑問ヲ生スルナリ消極說ノ要領ニ曰

刑法總論 犯罪論 犯罪の客觀的要件 行為の違法性

ク苟モ急迫ナル強制ニ對シテ防衛行為ヲ爲シ其行為カ自由意思ヲ喪失セルニ基タトキハ單ニ其自由意思喪失ノ點ニ於テ不論罪トナルヘキモノナルカ故ニ強制ノ正不正ハ之ヲ區別スルノ要ナシト之ニ對シ積極說ノ要領ニ曰ク正當ノ侵害ニ對シテハ正當防衛ヲ認メサルカ故ニ此趣旨ヨリ推論スルトキハ緊急避難モ亦不正ノ行為ニ對スル場合ナラサルヘカラスト予輩ハ後說ヲ採ル

(ロ) 緊急避難ハ法益ノ保全ニ必要ナル限度ニ止マルコトヲ要ス保全スヘキ權利ノ何人ニ屬スルカラ問ハス又其種目ヲ限ラス

正當防衛ニ在リテハ防衛スヘキ權利ノ種目ヲ制限スルモ緊急避難ニハ其制限ナシ然レトモ緊急避難ノ場合ニ於テハ他ノ點即チ本人ノ意思狀態ニ付テ制限ヲ設クルカ故ニ此點ニ付テハ制限ヲ必要ナラスト認メタルモノナルヘシ

(ハ) 緊急避難ハ緊急狀態ニ依テ避難者カ其意ニ非サルニ出タルコトヲ要ス但天災又ハ意外ノ變ニ於テ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出タルトキハ此限ニ在ラス
現行刑法第七五條ハ「其意ニ非サルノ所爲」ナルコトヲ必要トシタリ故ニ自由意思ヲ喪失スルニ至ラサル程度ノ危難ハ緊急避難ノ事由タルニ足ラサルナリ但同様ハ其第二項ニ於テ其例外ヲ認メ天災又ハ天災ニ準スヘキ意外ノ事變ニ於テ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出タルトキハ自由意思ヲ喪失セルコトヲ證明ヲ俟タスシテ無罪タルモノトシタリ蓋シ此

如ク顯著ナル事變ニ於テ此ノ如ク重大ナル法益ヲ防衛スルニ出ツル場合ハ常ニ自由意思ヲ喪失ナルモノト看做スル趣意ナリト解ス

現行刑法第七五條第一項ニ所謂「其意ニ非サルノ所爲」ナル規定ニ付テハ之ヲ解スルニ二點說アリ第一說ハ之ヲ以テ犯罪カ其主觀的要素トシテ自由意思ヲ必要トスルノ意ナリト解ス

ルモノナリ第二說ハ之ヲ以テ緊急避難ハ自由意思ヲ喪失スルニ至ルカ如キ重大ナル法益ノ防衛ニ係ルコトヲ要スト解スルモノナリ前者ハ主觀說ニシテ後者ハ客觀說ナリ主觀說ニ依

ルハ正當防衛ト緊急避難トハ互ニ別異ナル觀念ニ非スシテ正當防衛ノ爲メ防衛者カ自由意思ヲ喪失スルニ至ル場合ハ同時ニ亦緊急避難タルコトナルヘシ之ニ反シ客觀說ニ依

ルハ正當防衛ハ侵害者ニ反接スル行為ニシテ緊急避難ハ防衛ノ爲メ第三者ヲ侵害スル場合ナリト謂スル適當ナリトスヘシ予輩ハ客觀說ヲ採ル

現行刑法第七五條ヲ解スルニ異說アリ或ハ第一項ヲ以テ生理的及ヒ器械的強制ヲ規定シ第二項ヲ以テ緊急避難ヲ規定シタルモノトスル說其ナリ第一項ヲ以テ向ホ客觀的見解ヲ以テシ所謂

自由意思ノ喪失ナル要件ヲ贅文ナリト解シ第二項ヲ以テ當然ノ注意の規定ナリトスル說其ニナリ第一說ニ從フトキハ緊急避難ノ範圍ハ非常ニ狭小セラレ第二說ニ從フトキハ非常ニ擴大セ

ラル予輩ハ此兩說ヲ採ラス

例へハ船長ハ船舶ニ急迫ノ危険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非サレハ其指揮スル船舶ヲ去ルコトヲ得サルモノニシテ現ニ自己ノ生命ニ危険アルモ是等ノ義務ヲ盡サスシテ船舶ヲ去ルトキハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處セラル（船員法五二條）其他軍人警察官吏消防夫等ハ一定ノ場合ニ於テ緊急状態ニ趣クヘキ義務ヲ有スルモノトス

三 新刑法ニ於ケル緊急行為

甲 防衛行為（新三六條）防衛行為トハ人ノ行為ヨリ生スル危難ニ對シ權利ヲ防衛スル場合ナリ其要件次ノ如シ

（イ）急迫不正ノ侵害ニ對スルコトヲ要ス

（ロ）自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スルニ出テタルコトヲ要ス法律ハ防衛スヘキ權利ノ種目ヲ限ルコトナシ

（ハ）己ムヲ得サルニ出テタルコトヲ要ス而シテ防衛の法益ト侵害の法益トノ間ニ輕重大小ノ權衡ヲ保ツコトヲ必要トセス

業務上特別ナル義務アル者ニ對シテハ防衛行為ノ適用ナキモノト解ス但明文ナシ

乙 避難行為（新三七條）避難行為トハ物ノ狀態ヨリ生スル危險ニ對シ法益ヲ保全スル場合ナリ故ニ緊急避難ノ一ノ場合ナリ要件次ノ如シ

（イ）現在ノ危難ニ對スルコトヲ要ス

（ロ）特定ノ法益ヲ保全スル場合ナルコトヲ要ス而シテ法律ハ其法益ノ種目ヲ擧ケテ生命身體自由及ヒ財産トシタリ

（ハ）己ムヲ得サルコトヲ要ス但法律ハ此點ニ付テ一ノ重大ナル制限ヲ設ケ侵害の法益カ防衛の法益ヲ超過セサルコトヲ必要トシタリ然ラハ法益ノ大小ヲ測定スル標準如何惟フニ法益ノ大小ハ之ヲ侵害シタル場合ニ於テ成立スヘキ犯罪ノ輕重ニ依リテ論スルコトヲ得ヘシ而シテ犯罪ノ輕重ハ其刑罰ノ輕重ニ依リテ定ムルコトヲ得ヘシ新刑法ハ其第一〇條ニ於テ刑罰ノ輕重ヲ定ムヘキ標準ヲ示スヲ以テ此標準ニ基キ各本條ヲ比較シテ犯罪ノ輕重ヲ知リ以テ法益ノ大小ヲ推知スルコトヲ得ヘシ故ニ例ヘハ人命ハ常ニ身體ヨリ重キコトヲ知ルヲ得ヘタ身體ハ常ニ財産ヨリ重キコトヲ知ルヲ得ヘシ然レトモ法律ハ殺人犯ニ付テハ其大臣ヲ殺スト平民ヲ殺スト區別セス又竊盜犯ニ付テハ數萬ヲ值スルノ寶石ト半錢ニ過キサルノ器物トヲ區別スルナキハ故ニ其人命又ハ財産タルノ範圍內ニ於テハ相輕重ナキモノト解スヘシ

業務上特別ノ義務アル者ハ避難行為ヲ以テ無責任ノ理由ト爲スコトヲ得ス（新三七條二項）

第三 權利行為（現七六條新三五條）

一 法令ニ基ク行為
法令ニ於テ一定ノ行為ヲ權利若クハ義務トスル場合ニ於テハ其行為ハ罪トナルコトナシ例ヘハ

次ノ如シ「一、公務執行ノ場合ニハ官吏公吏カ上官ノ命令ニ依リテ爲ス場合ト自己ノ權

甲 公務ノ職務ノ執行 公務ノ職務ノ執行ニハ官吏公吏カ上官ノ命令ニ依リテ爲ス場合ト自己ノ權

限トシテ爲ス場合トアリ何レノ場合タルト問ハス共ニ罪トナルコトナシ

公ノ職務ニ關シテハ一定ノ權限ト一定ノ形式トアリ其權限ヲ越ス其形式ヲ守ラサル行為ハ

職務ノ執行トシテ無効ナリ然レトモ此原則ニ付テハ二個ノ注意スヘキ點アリ（一）權限及

形式ニ關スル法規ノ解釋權ハ何人ニ存スルカ例ヘハ本局長官ノ命令ニ基ク場合ニ於テ上

官カ適法ノ命令ト認メタル所ニ對シテハ下官ハ自己ノ見解ヲ理由トシテ服從ヲ拒絕スルコ

トヲ得ルカ又ハ拒絕スルノ義務アルカ換言スレハ下官ハ如何ナル範圍ニ於テ上官ノ命令ニ

服從セサルヘカサルカ而シテ若シ服從スルノ義務ナキ命令ニ服從シタルトキハ其行為ハ

職務ノ執行ト稱スルコトヲ得サルコトナル（二）又權限形式ニ違反シタル行為カ無効ナ

ル場合ニ於テ其行為ハ法律上初メヨリ行為ナキモノト同視セラルルモノナルカ或ハ他ノ有

効ナル行為ニ依リテ無効ノ宣言セラルルコトニ依リテ其效力ノ失却アルモノナルカハ之ヲ

區別セサルヘカラス第二ノ場合ニ於テハ無効ノ行為ト雖モ他ノ行為ニ依リテ無効ノ宣言ヲ

受クルマデハ有效ノ行為タルヲ失ハサルカ故ニ又職務ノ執行ト看做ササルヘカラス但如上

二個ノ問題ハ刑法ノ問題ニ非シテ法律ノ他ノ分科殊ニ行政法ノ領域ニ屬スルモノナリ

現行刑法第七六條カ本局長官ノ命令ニ基ク行為ヲ無罪トスルニ止マルハ其規定甚タ狹シ

乙 親權者ノ懲戒行為 民法第八八二條ニ曰ク「親權ヲ行フ父又ハ母ハ必要ナル範圍内ニ於テ

其子ヲ懲戒シ又ハ裁判所ノ許可ヲ經テ之ヲ懲戒場ニ入ルルコトヲ得」ト即チ右規定ノ範圍内ニ

屬スル懲戒權ノ作用ハ又權利行為トシテ無罪ナリ

丙 精神病者ニ對スル監護行為 精神病者監護法第一條ハ精神病者ノ監護義務者ヲ定メ第二條

ハ監護義務者ニ非サレハ精神病者ヲ監置スルコトヲ得サル旨ヲ規定ス右規定ノ結果トシテ許容

セラルル監置行為ハ監禁罪トナラサルナリ

丁 現行犯人ニ對スル逮捕行為 刑事訴訟法第六〇條ニ曰ク「何人ニ限ラス重罪又ハ禁錮ノ刑

ニ該ル可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コトヲ得」ト故ニ司法警察

ノ職務ニ從事セサル者ト雖モ尙ホ右規定セラルル場合ニ於テハ現行犯人ヲ逮捕スルコトヲ得ル

ナリ

二 正當行為

法令ニ權利若クハ義務トシテ規定セラレサルモ法令ノ定ムル所又ハ慣習ノ認ムル所ニ從ヒ正當

ナル業務ノ執行（新三五條）其他正當ナル行為ト認メラルルモノハ罪トナルコトナシ法律ハ時ト

シテ犯罪カ故ナク爲サレタルコトヲ必要トシ（現一七一條乃至一七三條、一七七條、一七九條

乃至一八一條、二八三條、新一一三〇條、一一三一條、一一三四條）此趣旨ヲ明カニス

正當ナル行為ハ又法律ニ依リテ認メラレタル權利行為ナリ此點ヨリ見ルトキハ之ヲ法令ニ

基ク行爲ト區別スヘキ理由ナシ只所謂法令ニ基クノ行爲トハ法令ニ於テ具體的ニ許容セラレタルモノヲ指稱シ正當ナル行爲トハ法律ノ特別ノ明文ヲ俟タズシテ權利ト認メラルヘキモノヲ指稱スルナリ

醫師ノ手術相撲取ノ角力ハ此種類ニ屬スルモノトシテ無罪ナリ但新刑法第三五條ヲ法令ニ基ク行爲ノ外正當ノ業務行爲ヲノミ無罪ナリト規定シタルハ狹キニ過ク苟モ正當ナル行爲ナランニハ業務行爲タルト否トヲ區別セス常ニ犯罪ノ成立ヲ阻却スルモノナリト謂ハサルヘカラス例ヘハ自己ノ土地ニ對スル所有權ノ正當ナル行使ニ依リテ隣地ノ家屋ニ影響ヲ及ホスコトアルヲ以テ建造物毀壞罪ヲ構成スルモノト爲ス能ハサルヘシ

二三ノ犯罪ニ付テハ法律ハ特ニ「故ナク」(家宅侵入ニ關スル規定)「損ニ」又ハ「不法ニ」(逮捕監禁罪ニ關スル規定)等ノ語ヲ用キタリ其趣旨ハ此等二三ノ犯罪ニ限テ業務行爲ナラサル一般正當行爲ヲモ無罪ト爲ストノ意ニ非スシテ只犯罪ノ一般要件タル行爲ノ違法性ヲ明言シタリト謂フニ過キス而シテ特ニ之ヲ明言スルハ只修辭上ノ理由ニ基クニ外ナラサルナリ

三 自救行爲

我國法ハ自救行爲ヲ一般のニ規定スル所ナシ唯現行法ハ盜賊ノ取還ニ關シテ之ヲ認ム(現三二五條三號)

自救行爲トハ權利カ侵害セラレタル場合ニ於テ官憲ノ救護ヲ俟ツナリ自ラ直チニ其原狀恢復ヲ爲スヲ謂フ適用ハ多ク占有回收ノ場合ニ於テ見ル所ナリ我國法ハ正當防衛ヲ認メ權利カ侵害セラレントスル場合ニ於ケル防禦方法ヲ許容スルモ權利カ侵害セラレタル後ニ於ケル恢復行爲即チ自救行爲ヲ一般のニ認ムルコトナシ獨逸法ニ於テハ廣キ範圍内ニ於テ自救行爲ヲ認ム此點ニ付テハ吾孫子及ヒ乾南學士譯獨逸刑法論二七四頁以下參照唯現行法第三一五條第三號カ盜賊ヲ取還スル爲メ已ムヲ得サルニ出テタル行爲ヲ無罪トスルハ自救行爲ヲ認ムル唯一ノ場合ナリトス

菱谷學士「民事上ノ自救行爲」(法政新誌明治三十七年第八卷第一一號)

四 注意

權利行爲ハ權利ノ正當ナル行使ノ範圍内ニ於テ適法ナリ權利ハ其社會的趣旨ヲ守ル範圍内ニ於テ正當ナル行使ナリ權利ノ濫用即チ公序良俗ヲ超エテ權利ヲ行使スルノ行爲ハ犯罪ナリトス權利ノ行使ハ犯罪トナラスト雖モ權利ノ行使ニ託シテ他人ヲ害スルハ犯罪ナリト謂ハサルヘカラス茲ニ於テ權利ノ行使ハ如何ナル條件ノ下ニ適法ナリト認ムヘキヤノ問題ヲ生スルナリ

予輩ハ概括的ノ説明トシテ權利ノ社會的趣旨ニ違反シタル行爲ヲ權利ノ濫用ナリト解スルノ說ニ賛ス蓋シ法律カ一定ノ權利ヲ認ムルハ其權利カ社會上有益ナルヲ以タナリ即チ權利

ハ社會上一定ノ目的ヲ有スルモノニシテ決シテ絕對ナルモノニ非サルカ故ニ權利ハ社會ハ其權利ヲ認メタル趣旨ニ從テ行使セラルル場合ニ限り適法ナルモノト謂ハサルヘカラス、拙稿「權利ノ濫用」(法學協會雜誌第二卷第六號)

第四(承諾)

被害者ノ承諾ハ犯罪ノ成立ヲ阻却スルコトアリ而シテソハ行為ノ危險性ヲ阻却スルカ故ナルコトアリ或ハ行為ノ違法性ヲ阻却スルカ故ナルコトアリ被害者カ承諾スル場合ニ於テ竊盜ハ成立セス蓋シ竊盜トハ人ノ意思ニ反シテ財物ノ所持ヲ侵スルヲ謂フ故ニ承諾アルトキハ危險性ヲ欠クカ故ニ罪トナラサルナリ然レトモ承諾ニ基ク傷害ハ罪トナルヘキヤ否ヤノ問題アリ苟モ身體ノ損傷アルトキハ承諾ノ有無ニ拘ハラス行為ノ危險性ハ即チ成立スルカ故ニ承諾ニ基ク傷害カ罪トナルヤ否ヤノ問題ハ犯罪ノ危險性ニ關スルモノニ非スシテ違法性ニ關スルモノナリ

一般ノ原則トシテハ三說アリ第一說ハ承諾ハ如何ナル場合ニ於テモ犯罪ノ成立ヲ阻却ストスル說ナリ第二說ハ承諾ハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ阻却セストスル說ナリ第三說ハ場合ヲ別テテ論スヘシトスル說アリ但第三說ニ二派アリ其一ハ法益カ被害者ノ處分シ得ヘキモノニ係ルトキハ犯罪ハ不成立トナリ然ラサルトキハ犯罪ハ承諾ニ拘ハラス成立スト爲ス其二ハ法益カ個人的ノモノナルトキハ犯罪ハ承諾ニ依リテ不成立トナルモ法益カ公共的ノモノナルトキハ反對ニ解

セサルヘカラスト爲ス後說ヲ採ル

予輩ハ折衷說ヲ採ル而シテ折衷說ニ二種アリト雖モ要スル所同一ニ歸著スヘキモノト解スルナリ蓋シ何カ故ニ個人の法益ニ關シテハ承諾ハ犯罪ノ成立ヲ阻却スルヤトイヘハ個人ハ之ヲ任意ニ處分スルコトヲ得ルカ故ナラスンハアラス而シテ又個人カ任意ニ處分シ能ハサル場合ニ於テハ其法益ハ之ヲ公共的法益ト認メサルヘカラサレハナリ

承諾ハ承諾ノ何タルカラ辨識スルノ能力アル者カ瑕疵ナクシテ其表示ヲ爲シタルコトヲ要ス故ニ小兒精神病者等ノ爲シタル承諾ハ之ヲ承諾ト認ムヘカラス被害者カ承諾ノ真意ナクシテ錯誤ニ依リ承諾ノ表示ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦然リトス

問題トナルハ被害者ノ承諾ニ基ク傷害カ罪トナルヤ否ヤノ點ナリ予輩ハ無罪ト解ス自殺及ヒ決闘ニ關シテハ特別ノ明文アリ

承諾ニ基ク傷害ヲ以テ有罪ナリトスル說アリ是レ人ノ身體ヲ以テ公共的法益ナリト認ムルニ由來ス人ノ身體カ個人の法益ナリヤ公共的法益ナリヤハ一ノ問題ナルヘシ然レトモ法律カ自殺ニ關スル犯罪即チ承諾ニ基ク殺人罪ヲ以テ傷害罪ヨリ輕シトスルノ規定アルニ徴スルトキハ規定ノ權衡上承諾ニ基ク傷害罪ヲ無罪トスルコト穩當ナルニ似タリ

決闘ハ承諾ニ基ク傷害又ハ殺人ナリ但特別法ヲ以テ之ヲ處罰ス(明治二十二年法律第三四號)

小嶋學士「被害者ノ承諾」(法政新誌明治三十六年第七卷第一一號)

泉二學士「被害者ノ承諾ニ付テ」(法曹記事第一七卷第七號)

第五章 錯誤

第一 觀念

錯誤トハ主觀(認識)ト客觀(事實)トノ齟齬ナリ別チテ二ト爲ス事實ノ錯誤及ヒ法律ノ錯誤是ナリ

錯誤ハ一方ヨリ見ルトキハ事實ノ不知ナリ他方ヨリ見ルトキハ認識ニ對スル事實ノ不存在ナリ事實ノ不認識ト謂フ點ヨリ見ルトキハ過失ハ錯誤ノ一ノ場合ナリ認識ニ對スル事實ノ不存在ト謂フ點ヨリ見ルトキハ未遂ハ錯誤ノ一ノ場合ナリ

故ニ錯誤ハ畢竟犯罪ノ主觀の要件ト客觀の要件トノ兩者ニ關係スルモノナリ是レ予輩カ錯誤ヲ特別ノ一章トシテ説明セシトスル所以ナリ

一般ニ錯誤ハ犯意ノ條下ニ於テ説明セラルルヲ例トス是レ錯誤ニ關スル刑法ノ規定(現七條二項三項四項新三八條二項三項)カ犯意ニ關聯シテ設ケラルルヲ以テナリ

第二 事實ノ錯誤

事實ノ錯誤ハ之ヲ別チテ二ト爲ス

勿論ナリト雖モ當然ニ其國民ヲ拘束スルコト能ハス

第二款 條約ノ客體ニ關スル要素

條約ノ目的物ハ其國ノ國家權力ノ下ニ於テ法律上竝ニ事實上左右シ得ヘキモノナラサルヘカラス條約ノ客體ニ關スル要素ヲ舉グレハ左ノ如シ

第一 適法ノ目的ヲ有スルコトヲ要ス

茲ニ適法トハ國際法上ノ適法ヲ謂フ條約ノ目的ニシテ國際法ニ違背スルトキハ其條約ハ無効又ハ取消シ得ヘキモノナリ例ヘハ甲國ト乙國トカ同盟條約ヲ結ビ世界ノ各國ヲ亡ホスヲ以テ目的トナスカ如キ、大洋ヲ占領スルヲ以テ目的トナスカ如キ、奴隸賣買ヲ以テ目的トナスカ如キ條約ハ悉ク國際法ニ違背シタル條約ナリ從テ無効又ハ取消シ得ヘキモノタルヲ免カレス「スリビユル」「ブルンチエリー」等ハ道德ニ違反スルノ目的ナルコトヲ以テ條約ヲ無効又ハ取消シ得ヘキモノトナセトモ予ハ偶、此等ノ學者ト其論決ヲ同シウスルニモ拘ヘラス其理由ヲ異ニス抑、國際法ハ法律ナリ道德トハ劃然之ヲ區別セサルヘカラス例ヘハ奴隸賣買、大洋航海ノ妨害、宗教ノ撲滅ヲ以テ條約ノ目的トナスカ如キハ固ヨリ道德ニ反スルノ行爲タルコト勿論ナレトモ予ハ此等ノ條約ハ國際法ノ原則及ヒ慣例ヲ破ルカ故ニ無効ナリトシ決シテ道德ニ反スルノ故ヲ以テ無効トスルニハアラスト信ス

第二 目的物ノ存在スルコトヲ要ス

條約ニ目的物ノ存在セサルヘカラサルコトハ當然ナリ別ニ説明ノ要ナシ
以上條約ノ客體ニ關スル要素ヲ講述セリ尙ホ條約ニ因リテ第三國ニ義務ヲ負ハシムヘカラスト
云フヲ以テ客體ノ要素中ニ加フルコトナキニアラスト雖モ是レ條約ノ效力ニ關スル問題ナリ故
ニ今之ヲ省キ以上第一第二ノ要件即チ適法ノ目的及ヒ目的物ノ存在ノミヲ以テ條約ノ客體ニ關
スル要素ナリトス

第五節 條約ノ強制手段

往昔ニ於テハ條約ヲ施行スル方法ハ宣誓及ヒ人質ヲ以テ其主要ナルモノトナセシカ今日ニ於テ
ハ此等ノ方法ハ殆ト其例ヲ見サルニ至レリ今日條約施行ノ方法トシテ行ハルモノハ物上擔保
及ヒ保證ナリトス以下此等ノ方法ヲ説キ併セテ其變遷ノ次第ヲ略述セン

第一 宣誓

宣誓トハ必ス條約ヲ履行スヘキコトヲ誓言スルモノナリ宣誓ハ國際法上ニ於テ認メラルモノミ
ナラス國法上ニ於テハ夙ニ認メラレタル所ナレトモ其實效ヲ奏スルコト甚タ稀ナリ況ヤ施行機
關ノ具備セサル國際法上ノ宣誓ニ於テオヤ蓋シ宣誓ハ道德心ト宗教心ト基礎トスルモノナレ
ハ國家ノ代表者ハ必ス宗教、道德ニ厚キヤ否ヤヲ測ルヘカラサルノミナラス其代表者ハ如何ニ

宗教、道德ノ心ニ富ミ條約ヲ履行セント欲スルノ心切ナルモ代表者ハ時ニ死亡又ハ國籍喪失等
ノ事實ニ因リテ其志ヲ達スルコト能ハサルコトアルヘク而シテ其繼承者ハ果シテ其條約ニ同情
ヲ表スヘキヤ否ヤモ亦豫メ測ルヘカラス從テ宣誓ニ依リテ條約ヲ施行スルノ難キコト知ルヘキ
ナリ是レ即チ千七百七十七年「ソロツルン」(瑞西)ニ於テ佛蘭西ト瑞西トノ間ニ結ビタル條約
ニ於テ宣誓ヲ爲シタル以來今日ニ至ルマテ全ク其例ヲ見サル所以ナリ

尙ホ宣誓ニ付テ一ノ實例ヲ舉ゲンニ宣誓ノ最モ古キ例ハ千五百二十六年ニ於ケル「フランツ」
第一世ト「カル」第五世トノ「マドリット」條約ニシテ其後千五百二十九年「カムブレ」條
約、千六百四十八年西班牙和蘭間媾和條約、千六百五十九年「ビレネン」媾和條約、千六百
七十八年「アーヘン」媾和條約ニ於テ採用セラレタリト雖モ今日ニ於テハ全ク消滅ニ歸セリ蓋
シ宣誓カ條約施行ノ方法タル所以ハ道德上ノ勢力ニ基クト云ハンヨリハ事ロ宗教上ノ勢力ニ因
リシモノナリ即チ昔テ羅馬法王ノ勢力ヲ有シタル時代ニアリテハ此方法ハ屢々行ハレタリト雖
モ法王カ其勢力ヲ失フト同時ニ此方法ハ愈々其效用ヲ減スルニ至リシハ以テ其關係ノ存スルヲ
證スヘキナリ

第二 人質

人質ニハ片務のノモノト雙務のノモノトノ二アリ片務のノ人質トハ單ニ當事國ノ一方ヨリ他方
ニ引渡スニ止マリ對手國ハ之ニ對シテ人質ヲ引渡スコトナキヲ謂ヒ雙務のノ人質トハ當事國ノ

雙方ヨリ互ニ人質ヲ出シテ之ヲ交換スルヲ謂フナリ古昔ニ於テハ人質ハ盛ニ行ハレタリト雖モ近時ニ至リテハ條約施行ノ方法トシテ全ク其價值ナキニ至レリ蓋シ其理由ニアリ(一)一個人ノ自由ヲ拘束シテ條約ノ履行ニ代ヘ其不履行ノ場合ニ於テ之ヲ殺戮スルモ國家ハ條約ノ履行ヲ得タル程ノ利益ヲ得ルニ難シ(二)一個人ノ生命ヲ棄テテ以テ國家ノ安康ヲ保維スルヲ得ハ愛國者ハ進ミテ身ヲ捨テテ國家ノ爲メニ盡スヘク從テ之ヲ履行ニ代フルノ實益ナシト云フニアリ

人質ノ衣食住ノ費用ハ其人質ヲ出シタル國家之ヲ負擔スヘキモノトス但之ニハ反對ノ議論アレトモ予ハ之ヲ採ラス

人質ノ最新ノ實例ハ千七百四十七年佛英兩國間ノ「エキスラシャベル」條約ナリ是ヨリ以後ハ全ク其跡ヲ絶テリ人質ハ何レノ所ニ置クヘキカ又逃亡シタルトキハ如何ニ之ヲ處スヘキカ等ノコトハ必要ナキヲ以テ之ヲ省ク

第三 物上擔保

擔保ニ二種アリ動產ノ擔保及ヒ不動產ノ擔保是ナリ然レトモ動產ヲ以テ條約履行ノ擔保トナスハ其例甚少ナシ「ギンテル」ノ國際法(千七百七十六年出版)ニ依レハ波蘭カ其王冠ノ寶玉ヲ普漏西ニ質トナシタルコトヲ記載セリ恐クハ動產ヲ以テ擔保トナシタル例ハ之ヲ外ニシテ亦他ニ求ムヘカラサラン不動產ノ占領ハ戰爭中ニ行ハルヘキハ戰時法ノ講筵ニ讓リ茲ニハ唯條約ノ履行ニ關シテ不動產ヲ以テ擔保トナシタル場合ニ付テ一言スヘシ不動產ノ擔保ノ場合ニ於テハ之ニ對スル主權ハ依然義務國ニ存在シ權利國ハ唯一時之ヲ占領スルニ止マルモノナリ然レトモ履行期限到來スルモ尙ホ履行セサルトキハ其不動產上ノ主權ハ義務國ヲ離レテ權利國ニ移轉スルモノナリトノコトヲ約定スルヲ妨ケス從テ權利國ハ爾後之ヲ處分スルノ權能ヲ得ヘシト雖モ若シ其占領中ノ損壞シタルトキハ義務國ハ義務履行ノ後損害賠償ヲ要求スルノ權利ヲ有スルモノトス不動產擔保ノ實例ハ古來極メテ多シト雖モ今之ヲ省略シ唯最近ノ一例タル明治二十八年日清媾和條約ノ一箇條ヲ摘記シテ參考ニ資スヘシ即チ同條約第八條ニ曰ク

清國ハ本約ノ規定ヲ誠實ニ施行スヘキ擔保トシテ日本國軍隊ノ一時山東省威海衛ヲ占領スルコトヲ承認ス而シテ本約ニ規定シタル軍費賠償金ノ初回次回ノ拂込ヲ了リ通商航海條約ノ批准交換ヲ了リタル時ニ當リテ清國政府ニテ右賠償ノ殘額ノ元利ニ對シ充分適當ナル取極ヲ立テ清國海關稅ヲ以テ抵當トナスコトヲ承諾スルニ於テハ日本國ハ其軍隊ヲ前記ノ場所ヨリ撤回スヘシ若シ之ニ關シ充分適當ナル取極立タル場合ニハ該賠償金ノ最終回ノ拂込ヲ了リタル時ニ非サレハ撤回セサルヘシ尤モ通商航海條約ノ批准交換ヲ了リタル後ニ非サレハ軍隊ノ撤回ヲ行ハサルモノト承知スヘシ

之ニ依リテ土地占領即チ不動產擔保ノ何タルヤヲ知ルヘク併セテ又如何ナルコトヲ約定スルヲ

得ヘキヤヲ知ルニ足ルヘシ

第四 保證

條約ノ履行ヲ最モ安全ナラシムルモノヲ保證トナス條約ノ保證ハ其條約文中ニ於テスルモノト別約ヲ以テスルモノトアリ而シテ前者ノ場合ニハ單純ナル保證ニ止マル場合ト連帶ノ場合トアリ後者ノ場合ニハ所謂別約ハ主タル條約ニ對スル從タル條約ナリ然レトモ保證條約ニシテ同時ニ又主タル條約タルコトナキニアラス例ヘハ同盟、獨立等ヲ保證スル條約ノ如シ
保證ニハ種種ノ種類アリ或ハ形式上ヨリ之ヲ區別スルヲ得ヘク或ハ實質上ヨリ之ヲ區別スルコトヲ得ヘシ今「リスト」ノ區別ニ依レハ即チ左ノ如シ

- 一 一國ノ憲法ニ關スル保證 例ヘハ千六百四十八年「ウエストファリア」ノ締和條約ニ於テ佛蘭西及ヒ瑞典ノ二國カ獨逸憲法ニ保證ヲ與ヘタルカ如キ又千八百十五年維納會議ニ加ハリタル諸國カ獨逸同盟ニ保證ヲ與ヘタルカ如キ是ナリ
- 二 領土保全ニ對スル保證 例ヘハ千八百五十六年巴里會議ニ於テ此會議ニ加ハリタル諸國カ土耳其ノ獨立ヲ保證シタルカ如キ是ナリ
- 三 永久局外中立ニ對スル保證 此種ノ條約ノ最近ノ例ハ千八百六十七年倫敦條約ニ於テ「ルクセスブルグ」ノ永久局外中立ヲ保證シタルモノ是ナリ
此種ノ保證條約ノ效果ニ付テハ「マルタンス」及ヒ「ブルンチュリー」等ノ説ニ依レハ保證

國數多ナルトキ共同一致ノ保證ヲ與フルコト能ハサルトキハ各國ハ單獨ノ運動ヲ爲スコトヲ得共同保證ノ場合ニ於テハ其保證國ハ共同シテ保證ヲ實行セサルヘカラス然レトモ意見相合セサルトキハ各國ハ各別ニ保證ヲ與フルコトヲ得ヘシト然ルニ「ルクセンブルグ」永久ノ局外中立ノ保證ニ關シテ英國ノ政治家ハ主張シテ謂ラク英國ハ獨リ自ラ之ヲ保證シタルモノニアラサレハ他ノ保證國ト共同シテ運動スヘク自國ノ單獨ニ其保證ヲ實行スルノ責任ナシト「ホール」ハ之ニ反對シテ曰ク此場合ニ於テハ保證國ハ單獨ニ其保證ヲ實行スヘシ若シ然ラサレハ事實上共同シテ保護ヲ與フルコト能ハスト而シテ獨逸多數ノ學者ハ此説ヲ是認セリ然レトモ予ハ此ノ如キ場合ニ於テハ一條約ノ明文ニ依リテ決スヘキモノト信ス即チ保證國カ相一致スルニアラサレハ其保證ヲ實行セストノコトヲ定メサル限りハ各國ハ單獨ニ其保證ヲ實行スルヲ得ヘキモノナリ

四 他國ノ攻撃ニ對スル保證 例ヘハ千八百七十八年六月六日英國カ土耳其ニ對シテ保證ヲ與ヘ若シ露國カ亞細亞ニ在ル土耳其領ヲ掠奪セントスルトキハ英國ハ土耳其ヲ保護スヘシト定メタルカ如キ是ナリ

五 一切ノ權利ニ對スル保證 例ヘハ千八百五十六年四月十五日ノ條約ニ於テ英、佛、奧ノ三國カ同年三月三十日ノ巴里締和條約ヲ保證シタルカ如キ是ナリ即チ特別ノ條約ヲ以テ保證ヲ與ヘタルモノニシテ從タル條約ナリ故ニ此ノ如キ條約ハ主タル條約ノ消滅ト其運命ヲ同シシ

スヘキヤ勿論ナリ

六 國債ニ對スル保證 例ヘハ千八百八十五年三月十八日ノ條約ニ於テ英、佛、奧、露、伊、土ノ六國カ埃及ノ公債ニ關シテ保證ヲ與ヘタルカ如キ是ナリ此條約ハ此等諸國カ埃及ノ公債ニ對シテ三十一萬五千磅ノ歲入ヲ共同且連帶ニテ保證ノ義務ヲ負ヒタルモノナリ
上述スル所ニ由テ觀レハ保證ノ内容ハ或ハ一般ニ涉ルモノアリ或ハ特別ノ事項ヲ限ルモノアリ或ハ條件附ノモノアリ或ハ無條件ノモノアリ或ハ永久ニ亘ルモノアリ或ハ一時ヲ限ルモノアリ或ハ片務的ノモノアリ或ハ雙務的ノモノアリ而シテ此等ノ體裁ハ其條約ノ内容ニ依リテ之ヲ判斷スヘキモノトス

第六節 條約ノ解釋

條約ノ解釋ハ其締結國家ノ爲ス所ニシテ若シ其條約文中ニ特別ノ合意アルトキハ其規約ニ從フヘキコト勿論ナリ

條約ヲ解釋スルニ付キ民法上ノ契約ト同一原則ニ從フヘキモノナリヤ否ヤニ付テハ二箇ノ反對ナル學說アリ

第一說 此說ニ依レハ二者同一ノ原則ニ從テ決スルコトヲ得ルモノナリト解ス其理由トスル所ハ契約ハ一私人間ニ結ハレ條約ハ國家間ニ於テ定メラルルモノナルカ故ニ其當事者ノ性質ヲ

異ニスト雖モ其合意タル點ニ於テハ同一ナルヲ以テ同一原則ニ從テ解釋スヘキモノナリト云フニアリ

第二說 此說ニ依レハ二者ノ解釋ハ同一原則ニ從フコトヲ得ストナス即チ其當事者ハ全然性質ヲ異ニスルモノナルカ故ニ縱令合意タル點ニ於テ一致スト雖モ同一原則ニ據テ解釋スルコトヲ得ルモノニアラスト解スルナリ
予輩ハ第一說ヲ以テ其當ヲ得タルモノナリト信ス然レトモ其當事者ノ性質ノ異ナルヨリ生スル差異ニ從テ其解釋ニモ差異ヲ生スヘキコトハ勿論ナリ
條約ノ解釋ハ私法上ノ契約ト同一原則ニ從フヘキモノナルコト前述ノ如クナルカ故ニ特ニ茲ニ條約ノ解釋ニ付テ説明スルノ要ナルカヘシト雖モ學者往往大幹ヲ認メテ枝葉ヲ爭フモノアルヲ以テ左ニ其一二ニ付テ附記スル所アルヘシ
條約ニ於テモ亦契約ト同シク其使用セラレタル文字ハ之ヲ活カシテ解釋セサルヘカラス條約文句ヲ死文徒法ニ終ラシムルコトアルヘカラサルナリ然ルニ學者往往條約文ニ付テ爭アルトキハ權利國ノ利益ニ解釋スヘシト唱フル者アリ是レ私法上ノ契約ノ解釋ニ付テ疑ハシキトキハ債務者ノ利益ニ解釋スヘシトノ說ヲ唱フル者アルト同シク今日一般ニ批難セラルル所ニシテ平等ナル當事者カ自由ニ締約シタル事項ニ付テ其一方ノ利益ニ解釋スヘシト云フカ如キハ不通ノ議論ニシテ採用スルコト能ハサル所ナリ故ニ其解釋ニシテ抵觸ヲ調和スルコト能ハサルトキハ仲裁裁

判ニ付シ又ハ戰爭其他ノ實力ニ訴ヘテ可ナリ又或ハ條約文字ニ付テ爭ヲ生シタルトキハ其規定ノ適用ヲ受タル國ノ國籍ノ意義ニ依ルベシトナス者アリ例ヘハ埃太利ヨリ伊太利ニ割讓シタル土地ノ上ニアル住民ナル語ニ關シ二者各其本國ニ於ケル文字上ノ意義ヲ異ニセルモ其適用ヲ受タル國家ハ埃太利國ナルヲ以テ其國語ノ意義ニ解釋セシカ如キ是ナリ而シテ此議論モ亦前述ノ理由ニ依リテ採用スルコト能ハサルナリ

條約ハ契約ト同シク同一事項ニ付テ新舊二箇ノ約定アルトキハ新條約ヲ以テ有效ナルモノトナスヘタ又甲乙兩國カ條約ヲ以テ其國土ノ一部ヲ割讓シ其後同一目的物ニ付テ丙國ニ其割讓ヲ約スルコトアルモ後ノ條約ハ無効ナリ
條約事項ニハ一般の性質ヲ有スルモノト特別の性質ヲ有スルモノトアリ而シテ特別の事項ノ條約ハ其禁止のナルト許容のナリト問ハス一般の事項ヨリモ重ク解釋スヘキモノナルコトハ契約ト同シク一般法理ノ認ムル所ナリ「ホル」カ條約中ノ或條項ハ制裁ヲ含ミ他ノ條約ハ之ヲ認メサルトキハ其制裁アルモノヲ重シトナスト論シタルハ前示特別のモノハ一般のモノニ優ルトノ原則ノ適用ナリ同氏ハ尙ホ一般ノ禁止ト一般ノ許容トアルトキハ一般ノ禁止ヲ以テ重シトス是レ禁止ハ許容ヨリモ鄭重ニ取扱フヘキカ爲メナリト云ヘリス

第七節 條約ノ消滅

條約ノ消滅ニ付キ學理的系統ニ依リテ説明スル者殆ト之アルナシ一般ノ學者ハ大抵其消滅原因ヲ列舉スルニ過キス或學者ハ事實上ノ原因ニ由ル消滅ト法律上ノ原因ニ由ル消滅トノ二大區別ニ依リテ之ヲ説明シ「イェリネック」ノ如キハ八種ノ原因ヲ掲ケテ之ヲ説明セリ氏ノ舉ケタル消滅原因ハ左ノ如シ

第一 履行

第二 時ノ經過

第三 告知

第四 解除條件ノ到來

第五 合意

第六 目的ノ消滅

第七 主體ノ消滅

第八 條約ヲ締結シタル時ノ狀態ニ根本的ノ變化ヲ來セルトキ

以上列舉シタル所ハ克ク其原因ヲ盡セリト云フヲ得ヘシト雖モ尙ホ條約カ片務のナルトキハ其權利國カ權利ヲ拋棄シタルトキモ亦條約ハ消滅スヘキヲ以テ更ニ此一項ヲ増補セハ即チ完全ナルヲ得ヘキカ

「グスネル」ハ條約ノ消滅原因ヲ分チテ左ノ五トナセリ

- 第一 繼續ノ行爲ヲ目的トスル條約ハ其約束ヲ履行シタルトキハ消滅ス
 - 第二 解除條件ノ條約ナルトキハ其條件ノ成就ニ因リテ消滅ス
 - 第三 期間ノ定メアルモノハ其期間ノ到來ニ因リテ消滅ス
 - 第四 片務ノ條約ナルトキハ權利國カ其權利ヲ拋棄シタルトキハ消滅ス
 - 第五 合意
- 尙ホ「マルテンス」ノ說ノ如キモ右ト同一ナルヲ以テ之ヲ略ス
次ニ予ハ上述シタル諸學者ノ說ヲ所ト異ナリ條約ノ消滅原因ヲ分チテ左ノ三トナス

第一 合意ニ因ル消滅

第二 片意ニ因ル消滅

第三 無意ニ因ル消滅

以下順次之ヲ略説スヘシ

第一 合意ノ消滅原因

條約ハ素ト國家ト國家トノ合意ニ因リテ成立スルモノナレハ亦合意ニ因リテ消滅スヘキヤ言ヲ俟タス

第二 片意ノ消滅原因
片意ニ因ル消滅ハ更ニ之ヲ分チテ左ノ二トナス

一 絶對的片意ニ因ル消滅

二 相對的片意ニ因ル消滅

是ナリ

一 絶對的片意ニ因ル消滅 條約締結國ノ一方ノミカ權利ヲ有スル場合ニ於テ其權利國カ義務ノ免除ヲ爲シタルカ如キ是ナリ

二 相對的片意ニ因ル消滅 相對的片意ニ因ル消滅ハ更ニ分チテ(イ)有効期間ヲ定メタル

モノ(ロ)有効期間ヲ定メサルモノノ二ノ方面ヨリ觀察スルヲ要ス而シテ右(イ)ノ場合

ニ於テハ期間ノ經過ニ因リテ條約ハ當然消滅スヘキヤ否ヤ「ブルンチュリ」ノ說ニ依レ

ハ有効期間ヲ經過スト雖モ條約ノ當時國雙方カ之ニ付テ何等ノ通知ヲモ發セザルトキハ暗

黙ニ其條約ヲ繼續スルノ合意アリタルモノト看做ササルヘカラスト多數ノ學者ハ此說ヲ採

用セリ多クノ場合ニ於テハ有効期間ノ滿了ニ因リテ其條約ヲ消滅セシメントスルトキハ對

手國ノ利益ヲ害セザランカ爲メニ條約ノ明文ヲ以テ一定ノ期間内ニ之カ豫告ヲ爲スヘキ

モノトセリ例ヘハ明治二十七年ノ日英條約第二一條第二項ニ「兩締盟國ノ一方ハ本條約實

施ノ日ヨリ十一個年ヲ經過シタル後ハ何時タリトモ本條約ヲ終了セムト欲スル旨ヲ他ノ一

方ヘ通知スルノ權利ヲ有スヘシ而シテ此通知ヲ爲シタル後十二個月ヲ經過シタルトキハ本

條約ハ消滅ニ歸スヘキモノトス」トアルカ如キ是ナリ故ニ當事國ノ雙方ニ於テ何等ノ通知

ヲモ爲ササルトキハ其條約ハ當然有效ニ存續スルモノト云ハサルヲ得ス此條約ハ少ナクトモ十一年間ハ有效ニ繼續スヘク此期間ヲ經過スルモ雙方ヨリ何等ノ通知ヲ爲ササルトキハ條約ハ尙ホ有效ニ存續スヘキ精神ナリト信ス此類ノ規定ハ獨リ日英條約ニ於テ見ルノミナラス他ノ條約ニ於テモ亦屢々見ル所ナリ是レ蓋シ社會ノ進步ハ一日モ停マルモノニアラサレハ同一ノ條約ヲ永遠ニ維持スルトキハ種種ノ不都合ヲ生スヘキヲ以テ之ヲ避ケントシタルモノナリ

又相對的片意ニ因ル消滅ニシテ性質上條約ノ有期ナルコト能ハサルモノアリ即チ上述(ロ)ノ場合はナリ例ヘハ婦和條約ノ如キハ永久ニ平和ヲ維持センコトヲ目的トスルモノナレハ之ニ有期ノモノアリ得ヘカラサルヤ明カナリ若シ或一定ノ期間ヲ限テ婦和ヲ爲サントスル條約アリトセハ是レ婦和條約ニアラスシテ休戰條約ナリ又例ヘハ土地割讓條約ノ如キモ期限附割讓ナルモノアルコトナシ蓋シ主權ハ絕對ニシテ無限ナリ期限附ノ主權ナルモノアルヘカラス從テ割讓ヲ受ケタル國ハ無限ニ其主權ヲ行フカ又ハ全然之ヲ行ハサルカニアリ或土地ノ上ニ期限附ニテ主權ヲ行フコトハ到底アリ得ヘカラサレハナリ上述ノ如ク條約ニハ其性質上期限ヲ附スルコト能ハサルモノアリ此種ノ條約ハ一定シタル期限ノ經過ニ因リテ消滅スルコトナシ唯他ノ理由ニ因リテ消滅スルコトアルノミ

條約ハ神聖ナリト云ヒ或ハ條約ハ不可分ナリト云フコトアレトモ國際法上ニ於テハ何等ノ

トシタリシカ其兩國間ノ葛藤ハ伯林會議ニ於テ無事ニ終局シタルカ故ニ巡洋行爲ハ實行ヲ見ルニ至ラスシテ止ミ當時ノ組織ニ保ル義勇艦隊ハ今日仍ホ存在シ露國政府ハ其船舶ノ種類ニ應シテ年年補助金ヲ與ヘ船長及ヒ少クモ他ノ船員一名ハ政府ヨリ任命シ平時ハ商船旗ヲ掲ケテ黑海及ヒ浦鹽斯德港間ノ航海ヲ爲シ兵士及ヒ罪人ヲ政府ノ爲メニ運搬スルノ外商業ニ從事シ戰時ニ於テハ巡洋其他戰爭用ノ船舶ト爲サント企テ居レリ日露戰爭中ニ於テハ露國義勇艦隊ノ船舶ハ我近海ニ於テ海上捕獲ノ巡洋ヲ爲シ能ハサリシニ拘ハラヌ同艦隊會社ニ屬スル「スモレンスク」「ベテルブルグ」及ヒ「アリユール」ノ三船ハ商船旗ヲ掲ケテ「ダグネル」及ヒ「ボスボラス」海峽ヲ通過シ地中海ニ出テタル後武裝ヲ爲シ獨逸郵船「ハインリヒ」及ヒ英國商船ニ臨檢搜索ヲ行ヒタルカ爲メ英國兩國政府ハ露國政府ニ對シテ之ヲ抗議シ又義勇艦隊ノ船舶數隻ハ浦鹽港及ヒ旅順港ニ於テ武裝シテ戰闘巡洋ノ艦船ト爲シ若クハ病院船トシテ使用セラレタリ

英國ニ於テハ千八百八十七年以來大西洋及ヒ太平洋航路ニ當リ居ル船舶ヲ所有スル郵船會社ト特約シテ之ニ一定ノ補助金ヲ與ヘ政府ノ通知アルヤ否ヤ何時ニテモ其船舶ヲ政府ニ賣却又ハ貸與スルコトトシ船舶ノ構造ニ付テモ戰時ニ於テ武裝ノ必要上豫メ海軍省ノ指揮ヲ受ケシメ其特約アル船舶ニ乗組ノ船員中其半数ハ海軍ノ豫備士官ヲ以テ之ニ充テ米國モ千八百九十二年以來同國商船會社ト同一ナル契約ヲ締結シ米西戰爭ニ於テハ其會社ノ迅速ナル船舶ヲ徵用シテ運送船及ヒ斥候船ニ用ヒ佛國及ヒ獨國モ各、自國郵船會社ト斯ル特約ヲ爲シ居レリ

第三節 海上捕獲

交戦國カ戰鬪、巡洋ノ艦船ヲ以テ公海及ヒ交戦國雙方ノ領海ニ於テ捕獲沒收シ得ヘキモノハ敵國ノ船舶及ヒ載貨ニ止マラス一定ノ場合ニハ中立國人民ニ屬スル船舶及ヒ載貨ヲモ捕獲シ得ヘキモノナレトモ中立國ノ財産ニ關スルモノハ局外中立ノ法則ニ於テ説明スヘキカ故ニ本節ニ於テハ海上捕獲ノ法則中敵國財産ニ關スルモノニ止ムヘシ

中世ニ行ハレタル「コンソラトール、デル、マール」法典ノ規定ニ據レハ海上ニ於テハ船舶ト載貨トヲ問ハス敵國政府若クハ其人民ノ所有ニ係ルモノハ悉ク捕獲シ得ルコトシ其結果トシテ海上ニ於テ敵國ノ艦船ハ悉ク之ヲ捕獲シ得ヘタ載貨ニ付テハ其所有者カ敵國人民ナル以上ハ其貨物カ敵國內ニ在ル場合ハ勿論中立國ノ船舶(軍艦、其他ノ官船ハ例外)内ニ在ル場合ト雖モ之ヲ捕獲沒收セリ之ニ反シテ中立國ノ船舶ハ捕獲セラルコトナク又中立國政府又ハ人民ノ所有ニ屬スル載貨ナル以上ハ中立國船舶内ニ在ルトキハ勿論假令敵國內ニ在ル場合ト雖モ捕獲セラレザリシカ此法則ニ異ナリタル法規ヲ甫メテ設定シタルハ佛國ニシテ千五百四十三年同國王「フランシス」一世ノ發シタル法令ニ於テ敵性感染主義ト稱スル規定ヲ設ケ敵國ノ載貨ヲ有スル船舶ヲ悉ク敵船ト看做シ敵國內ニ在ル載貨ハ其所有者ノ何人ナルヲ問ハス悉ク敵物トシテ沒收セリ同一疑旨ノ法令ハ千五百八十四年佛國ニ於テ發布セラレ此新規定ヲ設ケタル理由ハ中立國

人ノ詐欺ヲ防クニ在リテ其法則ノ一部ハ「ルイ」十四世ノ海上勅令ノ一部ト爲レリ然レトモ第十六、七世紀ニ於テ諸國一般ノ海上商業カ漸ク發達シタルニ從ヒ戰爭中交戦國ハ成ルヘタ第三國ノ海上ノ商業ニ妨害ヲ與フルコトヲ避ケントスルノ趣旨ヨリシテ各交戦國ニ捕獲審檢所ヲ設置シ海上ノ拿捕物ハ拿捕者ヲシテ必ス之ヲ同法廷ニ引致セシメ其審判ニ由リ沒收ト否トヲ決スルコトト爲リ又同一ノ趣旨ニ基キ和蘭國ハ千六百五十年間、西南國間ノ通商條約ヲ以テ自由船自由物及ヒ敵船敵物ノ二主義ヲ包含スル法則ヲ約定セリ此法則ニテハ船舶ノ捕獲ト否トハ固ヨリ其所有者ノ敵人ナルト中立國人民ナルトニ依リテ之ヲ區別スルト同時ニ載貨ノ沒收ト否トヲ決スル標準ニ付テハ其物品ノ所有者如何ニ拘ハラス之ヲ搭載スル船舶ノ國性如何ニ因ルコトシ其所有者カ敵人ト否トヲ問ハス敵船中ニ在ル載貨ハ總テ敵物トシ中立國船舶内ニ在ル一切ノ載貨ハ悉ク自由物即チ捕獲スヘカラサルコトト爲シ荷モ船舶カ敵國ニ所屬スルトキハ載貨ト共ニ其船舶ヲ沒收シ中立國船舶ナルトキハ其船舶ハ勿論同船舶内ニ在ル敵國人民ノ載貨ヲモ捕獲セサルコトト爲シタルモノトス斯ル條約ハ第十八世紀ニ亘リ多數ノ國家間ニ締結セラレタリ隨テ學者中此和蘭主義ノ法則ヲ當時國際公法ト爲リタルモノト説述シタルモノアリト雖モ實際ニ於テハ此法則ハ一般ニ國際公法ト認メラルモノニ至リタルニ非ス單ニ締約諸國間ニ限リ條約上ノ義務トシテ行ハレタルニ過キササルモノトス加之當時ノ條約ニ於テスラ明文ヲ以テ自由船自由物ノ主義ヲ斥ケナカラ單ニ敵船敵物ノ主義ヲ採リタルモノアルノミナラス英國ノ如キハ中世以來ノ法則ヲ墨

守シタルカ故ニ此點ニ付キ諸國ノ行爲ハ久シク一致ヲ缺キタルモノトス。然ルニ千八百五十四年「クリミア」戰爭中此點ニ付キ英佛兩國カ同一主義ノ行動ヲ爲シタル結果トシテ歐洲七國ハ千八百五十六年巴里宣言ニ於テ此問題ヲ一定シ同宣言第二條ニ

局外中立國ノ旗章ヲ掲クル船舶ニ搭載スル敵國ノ貨物ハ戰時禁制品ヲ除クノ外之ヲ拿捕スヘカラサルコト

又第三條ニ

敵國ノ旗章ヲ掲クル船舶ニ搭載スル中立國ノ貨物ハ戰時禁制品ヲ除ク外之ヲ拿捕スヘカラサルコト

ト規定シ第二條ノ規定ノ如ク一面ニ於テ自由船自由物ノ主義ヲ採リタルト同時ニ他ノ一面ニ於テ第三條ノ規定ノ如ク敵船敵物ノ主義ヲ採ラスシテ中世以來ノ法則即チ物品ノ所有者如何ニ依リ捕獲スルト否トヲ決スル主義ヲ採レリ此有名ナル巴里宣言ニハ其後文明諸國殆ント全體ノ加盟アリ我國モ明治十九年之ニ加盟シ諸國ノ實行スル所ト爲リタルカ故ニ其規定ハ現行國際法ト看做シ得ヘク今日ニ於テハ敵國船舶ハ官船ト私船トヲ問ハス悉ク捕獲ノ目的物ト爲リ敵國ノ載貨ニ付テハ中立國ノ船舶内ニ在ルトキハ之ヲ沒收セス單ニ其物品カ敵國船舶内ニ在ル場合ニ於テノミ捕獲沒收セラルルニ過キス尙ホ海上捕獲ノ目的物及ヒ捕獲審檢所ニ關スル法則ヲ審ニスルカ爲メ左ニ分説セン

第一款 捕獲免除ノ船舶

交戰國カ海上ニ於テ捕獲シタル船舶又ハ載貨ヲ拿捕物 (Prize) ト稱シ拿捕ヲ行ヒ得ヘキ海上ハ中立國領海以外ニ限リ交戰國軍艦カ敵國艦船ヲ公海ヨリ追躡シタル場合ニ於テモ其艦船カ中立國領海ニ入ルトキハ之ヲ攻撃若クハ拿捕シ能ハサルノミナラス臨檢、搜索ヲモ行フコト能ハスシテ斯ル行爲ヲ同領海ニ於テ爲スハ中立國主權ノ侵害ナルカ故ニ其軍艦ノ所屬スル交戰國ハ同中立國ニ對シ之カ責任ヲ免ルルコト能ハス而シテ拿捕ノ目的物タル敵國財產中ニ付キ其船舶ハ軍艦其他ノ官船ナルト私船ナルトヲ問ハス之ヲ捕獲シ得ヘシト雖モ文明諸國ノ慣例上人類一般ノ幸福ニ基キ一定ノ船舶ハ官船ト私船トノ別ナク捕獲スヘカラサルコトシ我海軍捕獲規程第三五條ニ於テモ

左ニ掲クル船舶ニシテ專ラ其目的トスル事業又ハ任務ノミニ用ウルコト明カナルトキハ拿捕ヲ免除スヘシ

- 一 沿岸漁獵船
- 二 學術、慈善又ハ救法ノ爲メニ航行スル船舶
- 三 燈臺用船
- 四 俘虜交換船

國際公法(戰時)

交戰關係ノ法則 海戰ニ於ケル敵國財產ニ關スル權利 海上捕獲

ト規定セリ就中漁業船ハ私有船舶ニ限リ其他ハ官船並ニ私船ヲ包含スルモノニシテ現行法上捕獲免除ノ敵船ヲ列舉セハ

第一 土地ノ探檢其他學術上ノ發見ヲ目的トスル船舶ノ捕獲免除ハ近世ニ生シタル慣例法ニシテ千七百七十六年米國獨立戰爭中英國探檢船二艘カ土地探檢ノ爲メ船長「クック」ノ率ユル所ト爲リ亞米利加洲ニ向ケ出發シタルニ佛國海軍省ハ其海軍及ヒ殖民地官憲ニ訓令スルニ同船ノ航海ヲ妨ケス之ヲ友誼國船舶ト同一ニ待遇スヘキコトヲ以テシ其後文明諸國ハ之ニ倣ヒ第十九世紀ニ入りテモ斯ル實例多ク千八百五十九年伊埃戰爭中埃國官船「ノバラ」號カ伊國ノ妨害ヲ受ケスシテ「メシナ」海峽其他同國沿海ニ於テ學術上ノ探檢ヲ爲シタルハ其一例ナリ

第二 病者、傷者ヲ救護スル船舶ニ付テハ千八百六十八年赤十字條約追加條款ニ於テ其規定ヲ爲シ同條約ハ批准ニ至ラザリシカ普佛戰爭中ニ於テ實行シ其後ノ戰爭ニ於テモ諸國ハ之ニ準據シ更ニ千八百九十九年平和會議ノ條約中「赤十字條約」原則ヲ海戰ニ應用スル條約」ニテ確定スルニ至リタルモノニシテ同條約ニ於テ交戰國政府ノ軍用病院船及ヒ交戰國又ハ中立國ノ商人若クハ救恤協會ノ鑲裝シタル病院船ヲ捕獲スヘカラサルコトト爲シタルノ外中立國ノ商船、遊船又ハ端舟ニシテ交戰國ノ病者、傷者若クハ難船者ヲ搭載シ又ハ收容スルモノハ其輸送ノ爲メ捕獲セラルルコトナシト規定セリ就中軍用病院船ハ官船ナレトモ交戰國雙方ノ病者、傷者ヲ等シク救護スルノ義務アリテ其義務ノ性質上局外者ノ地位ニ在ルヘキカ故ニ同條約ノ規定ニ依リ交戰

國雙方ハ他ノ船舶ト同シク之ニ臨檢シ其行動ヲ監督シ得ヘキモノト爲シタルニ拘ハラズ其職務ノ範圍ヲ超過シタル違反ノ所爲ナキ以上ハ之カ捕獲ヲ免除シタル所以ニシテ我海軍捕獲規程第三條ニ於テ拿捕スヘキ船舶中ニ病者傷者ヲ輸送スル船舶ヲ記載シタルトモ新捕獲規程ニ於テ之ヲ削除シタルハ右千八百九十九年ノ海牙條約ニ依リ條約上ノ義務トシテ病院船ヲ捕獲スヘカラサルコトト爲リタルカ故ニ別ニ之ヲ明記スルノ必要ナキニ至リタルヲ以テナリ

第三 燈臺用船ハ官船ノ場合ニ於テモ一般航海者ノ安全ヲ圖ルニ必要ナルカ故ニ同船ニシテ軍事上ノ目的ニ使用セラレサル限ハ捕獲セラルルコトナシ

第四 俘虜交換船及ヒ軍使ヲ運搬スル船舶ノ如キハ戰爭ノ法則上不可侵ノ待遇ヲ有シ其船舶ハ捕獲ヲ免カルモノトス就中俘虜交換船ハ交戰者間ノ約定ニ基キ其互ニ交換セントスル俘虜ヲ運搬ノ爲メ使用セラレ普通敵國政府ヨリモ通航券ヲ受クルモノナレトモ其通航券ヲ有セサル場合ニ於テモ其任務ノ明白ナルモノハ捕獲セラルルコトナキノミナラス俘虜ヲ搭載シ居ル場合ニ於テノミ捕獲セラレサルニ限ラスシテ同船舶カ俘虜ヲ送付シタル歸途又ハ引渡ヲ受クルカ爲メ航海中ノ如キ空船ナル場合ニ於テモ捕獲セラルルコトナシ

第五 古來沿岸漁獵船ヲ捕獲セサルハ主トシテ佛國ノ主張ニ出テ此慣行ハ千四百三年英佛戰爭中ニ於テモ其形跡ヲ止メ佛、蘭兩國間ニハ千五百三十六年鯨漁ノ船舶ヲ捕獲セサルノ協定ヲ爲シ第十六世紀中ニ於テ佛國ハ法令ヲ以テ其捕獲ヲ免除セリ然ルニ千六百八十一年ノ有名ナル海

上勅令ニ於テハ敵國ノ漁業船ニ此特權ヲ認メナリ理由ハ當時英國ニ於テ佛國ノ漁船ヲ捕獲シタルカ故ニ其規定ヲ置カサリシ止マルモノトス其後米國獨立戰爭マテハ英佛兩國共ニ其捕獲ヲ行ヒタリシカ千七百七十九年佛國王「ルイ」十六世ノ勅令ヲ以テ再ヒ其免除ヲ規定シ英國ト交渉ノ末英國モ亦之ニ同意シ米國獨立戰爭及ヒ佛國革命戰爭中ニ於テ兩國共ニ其捕獲ヲ免除セリ然レトモ英國ノ見解ニ於テハ漁船ノ捕獲ヲ免除スルハ國家ノ好意ニ基ク處置トシ佛國ハ之ヲ國際公法上國家ノ絶對的義務ト爲シタルコトナレトモ畢竟スルニ沿海漁業船ヲ捕獲スルコトナク戰爭中ト雖モ其漁業者ヲシテ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其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海岸細民ノ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、鰵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程ニ於テモ捕獲ノ免除ヲ大洋ノ漁船ニ及ボササルノ趣旨ヨリシテ單ニ沿岸漁獵船ニ限リタル所以ナリ

第六 官船ト私船トヲ問ハス難破ヲ避ケ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リ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「バヴァナ」港ニ入リ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カ「ホンダラス」港ニ入リタルニ佛國ハ同船カ開戦ノ事實ヲ知ラナ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「ヂヤナ」號カ「ダンカルク」港ニ入リ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來リタル所ニシテ國際公法上斯ル難破船ヲ捕獲スヘカラサルコトヲ現行法ト爲スヤ否ニ付テハ實例及ヒ學說共ニ互ニ一定セズ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少ク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サルカ故ニ我捕獲規程ニ於テハ此免除ノ規定ナキ所以ナリ

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サ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サルコトヲ約シ又千八百四十三年及ヒ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ヲ規定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捕獲ヲ免除スヘキコトヲ國家ノ義務トスルコト能ハサルカ故ニ特別ノ條約ヲ以テスル場合ハ條約上ノ義務トシテ其捕獲ヲ行フヘカラスト雖モ一般ノ法則トシテ我捕獲規程ニ其免除ヲ規定セサリシ所以ナリ

第二款 私有船舶及ヒ載貨

交戰國カ敵國人民ノ所有スル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ス千七百八十五年普米兩國間ノ通商條約ニ於テハ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捕獲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トナレリ今其理由トスル所ヲ見ルニ海上ニ於テ敵國人民ノ船舶及ヒ載貨ヲ捕獲沒收スルハ(第一)戰爭ハ國家間ノ爭鬭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鬭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鬭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ス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般ヨリ公平ニ徵收スルモノナルニ反シ海上捕獲ハ物品ノ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ス海上捕獲ハ戰鬭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戰爭中交戰國人民ノ船舶カ海上ノ危險ヲ冒シテ航海スル隻數ヲ減シ隨テ海上捕獲ノ實用ハ減縮シ來リタルノミナラス其捕獲ヲ爲シ得ヘキ法則ヲ存續スルハ實際交戰國ノ不利益ニシテ中立國ノ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ヲ運搬ヲ依頼シ又ハ中立國ニ船舶ヲ移シテ捕獲ヲ免ルヘキヲ以テナリ(第七)英、佛、米、獨ノ諸國ニ於ケルカ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コトハ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自國商船ヲ廣大ナル各方面ノ海上ニ於テ防禦スルノ必要ナク自國海軍ノ全力ヲ以テ戰鬭又ハ封鎖ノ用ニ供シ得ヘシト云フニ在リ

之ニ反シ海上捕獲ノ制度ヲ辯護スル者ハ(第一)戰爭ハ國家間ノ公爭ナレトモ私人ニ全ク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鬭力ヲ助ク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敵國ニ於テ戰爭ヲ繼續シ得ヘキ資料ヲ減却シテ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上缺クヘカサル使用ニ供セラルルヘキヲ以テ之ヲ押收スルハ敵國ノ戰鬭力ヲ減殺スル上ニ於テ直接上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行動上ノ便宜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闘ノ資料及ヒ財源ヲ涸渇シテ速ニ戰爭ノ目的ヲ達スルニ至ラシム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為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個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)海上捕獲ハ陸上ニ於ケル軍隊ノ行動ノ如ク之カ爲メ直接ニ個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ボサス單ニ捕獲セシムヘキコト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レバ近世海上保險ノ發達ニ依リ其損害ハ必スシモ其捕獲セラレタル船舶ヲハ載貨ノ所有者一人ニテ全額ノ負擔ニ終ラサルモノアリ(第六)國家ニ因リテハ多大ノ海軍力ヲ有シナカラ陸軍ノ力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利益ニシテ對敵タル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制度カ存在スル爲メ敵國ノ船舶カ蝦ニ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舶ニ依頼スルノ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人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テ大ナル財源タル商業ノ攻撃ハ戰爭ノ目的ヲ達シ速ニ之ヲ終了セシム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メ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ニ其進航ヲ停止スル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其停船ヲ爲スニ當リテハ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

國籍證書、海員名簿、海員雇傭契約書、通航券、航海券、備船契約書、船内日誌、造船者ノ契約書、賣渡證書、船荷證券、送狀、載貨目録、出港證書、健康證書等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ヲ調査シ尙ホ其點ニ疑アルトキハ訊問シテ之ヲ確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サル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被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ト認ムヘキ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覺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所有者カ敵國人民ナルトキハ之ヲ敵船トシ戰爭中

ニ於テ敵國人民ヨリ中立國人民ニ船舶ノ讓渡ヲ爲シタル場合又ハ開戰前ニ當リ戰爭ヲ豫期シテ捕獲ヲ免レンカ爲メ其所有權ノ讓渡ヲ爲シタル場合ニハ其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總テ其國性如何ヲ決スルニ付キ所有者ノ國籍ニ依ラシテ定住地如何ニ依リ敵物ト否トヲ決定セリ其理由トスル處ハ船舶又ハ載貨ヲ何レノ國民力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管轄ノ下ニ立チ之ニ對スル税金等ニ依リ其之ヨリ生スル收益ハ敵國ノ收入ノ一部トシテ戰爭ノ資料ト爲リ必要ノ場合ニハ其物件ヲ戰爭ニ徵用シ得ヘキヲ以テ自ラ敵物ト爲スニ在リ又英國主義ニ依ルトキハ戰爭中ニ於テモ敵國人民カ其船舶ヲ中立國人民ニ賣却シ得ルコトヲ認ムト雖モ其賣却ハ最モ嚴格ニ審判セラレ單ニ捕獲ヲ免ルルノ意思又ハ手段ニ出ツルコトナク善意ニ且完全ニ所有ノ移轉アリタルコトヲ必要トスルノミナラス所有者ニ於テ其所有物ノ讓渡ハ善意ニ出ラ且讓渡ノ完全ナルコト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例ヘハ戰爭後賣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賣主カ權利ヲ保留シ居ルカ如キハ其ノ賣買ヲ善意ト認ムルカ故ニ之ヲ敵船トシ日露戰爭ノ際制定サレタル我捕獲規程ニ於テハ全然此英國主義ヲ採用シ第三條及ヒ第六條ニ之ヲ明定セリ但敵國ニ船籍ヲ有シ又ハ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船舶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

敵船内ニ在ル戰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戰貨ハ其移轉ヲ認メス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雖モ當事者間ノ契約又ハ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偽ニ出テ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戰貨ニ付テモ定住地主義ヲ取ルカ故ニ

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如何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的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シ (Shannins Rescend) 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ス是レ其財産ハ敵國ノ財産

達ハ之ヲ自由貿易ニ歸センヨリ事口鐵道ノ效ト爲ササルヘカラスト蓋シ鐵道ハ千八百三十年始メテ英國ニ布設セラレ爾來諸國ニ傳播シテ陸上ニ於ケル重要ナル運輸機關ト爲レリ鐵道ノ長所ハ左ノ如シ

第一 運輸速力ノ大ナルコト

第二 規則正シク運輸ヲ爲スコト

第三 多量ノ運輸ヲ爲スハ水路ニ劣レトモ通常ノ陸路ニ優リ隨テ廉價ノ運輸ヲ爲シ得ルコト

第四 鐵道ノ運輸ハ安全ナルコト

此等ノ運輸機關ニ對シテ國家ハ如何ナル態度ヲ採ルヘキカラ一言セント欲ス

第一 通常ノ道路ハ前述シタル如ク今日ト雖モ必要ナルモノナルカ故ニ本道ハ國家專ラ之カ築造及ヒ維持ヲ負擔シ他ノ支道ニ至リテハ府縣郡若クハ町村ヲシテ築造修繕ノ任ニ當ラシメ而シテ道路ノ使用ハ何人ニ對シテモ無料タルヲ要スルナリ

第二 水路ニ付テ之ヲ觀ルニ必要ナル場合ニハ運河ヲ開キ築港ヲ爲シテ燈臺ヲ設クル等國家自ラ之ヲ爲ササルヘカラスト又之ニ使用スル船舶ハ私人ヲシテ隨意ニ製造シテ自由ニ航行セシムルヲ以テ通則ト爲スト雖モ必要ナル場合ニ於テハ保護、獎勵ヲ加フルヲ要ス例ヘハ航海獎勵法、造船獎勵法ノ如キ是ナリ

第三 鐵道ニ至リテハ諸國其制度ヲ異ニシテ全國ノ鐵道ヲ私人ノ敷設經營ニ放任スルモノアリ

國家自ラ敷設シテ之ヲ經營スルモノアリ半ハ國有ニ屬シ半ハ私設ニ保ルモノアリ或ハ國有ニシテ之ヲ私人ノ經營ニ委スルモノト私人ノ所有ニシテ國家之ヲ經營スルモノトアリ此ノ如ク種種ナル制度ノ行ハルハ各國ニ於ケル歷史上ノ原因、國民ノ性質等ニ基クモノニシテ一概ニ之カ利害ヲ斷言スルコトヲ得スト雖モ鐵道ナルモノハ全ク之ヲ私人ノ利己心ニノミ放任スヘキニ非ス少クトモ國家ノ監督ヲ要ス何トナレハ鐵道ノ敷設ハ土地ノ強制的收用ヲ要シ隨テ土地ノ所有權ヲ侵スコトヲ免レス又鐵道ハ實際自由競争ヲ許ササルモノニシテ所謂自然的獨占ノ性質ヲ有スルモノナレハナリ例ヘハ甲乙二部ノ間ニ二會社ヲシテ鐵道ヲ併行セシメンニハ是レ即チ二倍ノ資本ヲ要シ一國ノ資本ヲ浪費スル所以ニシテ此ノ如ク二會社間ニ於テハ他ノ事業ニ於ケルカ如ク適度ノ競争ヲ爲スコトヲ得ス其競争タルヤ一方全ク倒レテ而シテ始メテ止ムニ非サレハ中途ニシテ二會社合併スルニ至ルハ英、米等ノ實例ニ徴シテ明カナリ

是ヲ以テ鐵道ノ國有ヲ主張スル論者少カラス其論點ヲ舉ケンニ

第一 鐵道ハ自然的獨占ノ性質ヲ具フルモノナルカ故ニ初ヨリ國家之ヲ獨占スヘキナリ

第二 鐵道ノ敷設ヲ全然私人ノ企業ニ放任スルトキハ乘客荷物ノ多キ地ニハ早ク之カ敷設ヲ見ルモ其少キ地ハ棄テテ顧ミス然ルニ國家自ラ鐵道ヲ敷設スルトキハ此ノ如キ不權衡ヲ來スコト少シ

第三 國有ノ鐵道ハ社會ノ公益ヲ主眼トシ必スシモ收益ノ多キヲ欲セサルカ故ニ資金モ自ラ低

廉ナルヲ得ヘシ

第四 鐵道ノ敷設ヲ私人ノ企業ニ委スルトキハ其敷設ニ緩急アルコトヲ免レス即チ金利低落シテ企業熱ノ盛ナル時ニ當リテハ鐵道ハ大ニ延長スルモ世上ノ景氣不良ナルニ當リテハ中絶スルカ如キコトアルハ諸國ノ例ニ徴シテ明カナリ

國有論者ノ言フ所ハ以上ノ如シト雖モ其豫期スル利益ヲ得ント欲セハ

第一 忠實ニシテ有爲ナル多數ノ官吏ヲ要シ殊ニ長ク其職ニ止マリ十分經驗ヲ積メル人ナカルヘカラス

第二 政府ノ財政鞏固ナルコトヲ要ス鐵道ヲ國有ト爲スモ社會ノ公益ヲ犠牲トシテ財政補足ノ用ニ供セラルルニ至リテハ却テ害アルモノト謂ハサルヘカラス

第三 政府鞏固ニシテ議會ノ爲メニ容易ニ動かサルコトナキヲ要ス、何トナレハ種種ノ利益ヲ代表スル議員ノ爲メニ左右セラルルカ如キコトアランニハ統一的ノ計畫ヲ行フコト能ハサレハナリ

若シ夫レ此等ノ條件ヲ具備セサルニ於テハ鐵道ノ國有モ果シテ其利益ヲ收ムルヤ否ヤ疑ナキ能ハス且私設鐵道ト雖モ政府ノ監督十分ニ行ハレ許可スヘキ線路ヲ豫定シテ以テ競争ヲ豫防シ賃金ノ如キモ政府ノ認可ヲ要スルモノト爲シテ之ヲ制限シ又初ヨリ收益ノ多キ地ト其少キ地トヲ連結シテ以テ敷設ヲ許可セハ鐵道ノ一地方ニノミ偏スルノ弊ハ自ラ減スヘキナリ

第二節 通信機關

通信機關トハ通信ヲ傳達スル設備ニシテ、其重ナルモノハ郵便、電信、電話是ナリ

第一 郵便ニ就テ之ヲ觀ルニ往時ニ在リテハ何レノ國ヲ問ハス驛傳ノ制度アリタルモ主トシテ政府ノ爲メニ書信ヲ傳達スルニ止マレリ次テ官用ノ傍ラ私人ノ書信ヲモ取扱ヒ更ニ進シテ社會公衆ノ書信傳達ヲ以テ郵便ノ本務ト爲スニ至レルナリ而シテ郵便ナルモノハ今日孰レノ國ニ於テモ政府ノ經營スル所ニ係リ英米ノ如ク諸種ノ事業カ私人ノ企業ニ放任セラルル國ニ於テモ郵便ハ實ニ政府ノ管掌スル所タリ若シ郵便ヲ以テ私人ノ事業ト爲サンカ鐵道ト同シク有利ナル地ニハ十分ナル設置ヲ爲スモ人口稀薄、交通不便ノ地ハ棄テテ顧ミラレサルコトアルヘシ又數多ノ私人ヲシテ競争セシメントスルモ其結果ハ必スヤ合併ニ終リテ自然的獨占ノ事業ト爲ラン然ルニ國家之ヲ行フニ於テハ統一セル制度ヲ設ケ遠近ノ區別ナク全國同一ノ郵便稅ヲ以テ信書ヲ傳達スルカ如キ便利ヲ生ス又信書ノ秘密ハ之ヲ政府ニ委任スルヲ以テ一層安全ナリト爲スナリ又郵便事業ハ其組織甚タ簡單ニシテ單純畫一ノ方法ヲ以テ之ヲ經營スルコトヲ得ルカ故ニ敢テ私人ニ委スルノ必要ナシ此等ノ理由ニ依リ郵便事業ハ何レノ國ニ於テモ政府之ヲ行フモノトス

第二 電信事業ヲ官設ト爲スヘキ所以ハ郵便事業ト相同シ即チ政府自ラ之ヲ經營シテ始メテ能

ク公衆ノ要求ニ應ジ私設會社獨占ノ弊ヲ避ケ自由競争ノ短ヲ免ルルコトヲ得ヘシ且電信事務ハ郵便事務ト結合スルコト容易ニシテ既ニ郵便ヲ以テ官業ト爲スニ於テハ電信ヲ之ニ附屬セシムルノ甚タ便利ナルヲ見ル是ヲ以テ電信モ亦諸國殆ト皆政府ノ事業ト爲ス即チ英國ノ如キ初メ私立會社ニ許可セシモ後之ヲ政府ニ買上ケテ郵便事業ニ合併セリ唯リ米國ニ於テハ私設ノ制度行ハルモ實際一大會社ノ獨占ニ歸シ之ニ對スル批難少カラサレトモ之ヲ矯正スルコトヲ得サルナリ海底電線ニ至リテハ今日モ仍ホ主トシテ私立會社ニ屬スルモノトス

第三 電話ハ其發明日向ホ淺シト雖モ今ヤ諸國ニ行ハレ重要ナル一ノ通信機關ト爲リ殊ニ遠距離ノ電話行ハルニ及ビ電信ト競争スルニ至レリ而シテ此事業モ亦獨占ノ性質ヲ有スルモノナルカ故ニ電信ト同シク國家ノ經營ニ委スルヲ以テ適當ト爲スナリ

第四編 財貨ノ分配

第一章 分配ノ意義及ヒ所得ノ種類

第一節 分配ノ意義

財貨ノ分配トハ生産セラレタル財貨ヲ生産ニ關係セル人々ニ分配スルノ謂ナリ經濟事情ノ極メテ幼稚ナル時代ニ於テハ財貨ノ交易ノ行ハルコト稀ナルカ如ク財貨ノ分配モ亦之ヲ行フ場合少シトス何トナレハ生産ハ多クハ一家ノ内ニ行ハルルカ故ニ生産物ヲ他人ニ分與スルノ必要ヲ

見サレハナリ然レトモ進歩セル社會ニ於テハ單獨的經濟ヲ行フ者極メテ少ク勞働分配ノ行ハルルニ隨ヒ一物ノ微ト雖モ其原料ノ獲得ヨリシテ全ク生産ヲ告グルニ至ル間數多ノ人之ニ關係シ或ハ土地ヲ以テ或ハ資本ヲ以テ或ハ勞働ヲ以テ生産ノ進行ヲ助ク故ニ此等ノ土地、資本又ハ勞働ニ對スル報酬ハ結局生産ノ結果ヨリ之ヲ得サルヘカラス是レ即チ財貨ノ分配ノ起ル所以ナリ然レトモ多クノ場合ニ於テ其生産物ヲ直接ニ分配スルニ非ス例ヘハ企業者カ勞働者ニ與フル賃銀ハ生産ノ半途ニ於テシ而モ多クハ貨幣ヲ以テ支拂ヘトモ是レ企業者カ一時立替ヲ爲スニ外ナラス企業者ハ生産ノ終了ヲ待テ其立替ノ返償ヲ受クルモノトス

財貨ノ分配ハ社會上極メテ重要ナル事項ニシテ財貨ノ分配宜キヲ得サルニ於テハ種種ナル弊害ノ起ルヲ免レサルナリ然ラハ財貨ハ如何ニ分配セラルルヲ以テ最モ一國ノ進歩ニ適スルモノト爲スカ即チ財貨分配ノ結果トシテ人人ノ間ニ生スル貧富ノ差ハ如何ナル程度ヲ以テ最モ可ナリシテ中産者ノ數多キヲ以テ最モ宜シトス中産者トハ多少ノ資産ヲ有スレトモ勞働ニ從事スルニ非サレハ相當ノ生活ヲ爲スコト能ハス而シテ勤勉業ヲ行ヘハ益ハ境遇ヲ改良シ得ル者ヲ謂フ各人ノ所得財產全ク相平均スルハ甚タ可ナルカ如シト雖モ是レ決シテ一國ノ進歩ヲ速ナラシムル所以ニ非ス之ヲ從來ノ經驗ト現時ノ狀態トニ徴スルニ一國ノ文化ハ少數者カ他ニ先ンシテ進ミ衆人カ漸次其後ニ從フニ依リテ進歩スルモノトス若シ各人ノ地位全ク同等ニシテ毫モ頭角ヲ

顯ハス者ナキニ於テハ社會ハ必ス沈滞ノ狀態ニ陥ルヘク近時社會ノ進歩ハ才能人ニ秀テ資産衆ニ抽ンスル少數者ノ力ニ負フ所大ナリ然レトモ所得及ヒ財產ハ全ク少數者ノ掌裡ニ集注シテ國民ノ多數ハ極メテ貧困ナル境遇ニ在ルハ又決シテ喜フヘキ現象ニ非ス何トナレハ少數ノ富豪ハ必ス嬌奢恠情ニ流レ財貨ヲ浪費スルニ至リ多數ノ人民ハ日日ノ糊口ニ汲汲トシテ毫モ其境遇ヲ進ムルノ餘裕ナケレハナリ現今ノ社會ニ於テ財貨ノ分配ハ決シテ理想的ニ行ハレサルハ明カナリト雖モ社會主義ノ論者ノ唱フルカ如ク國家ノ權力ヲ以テ非常ノ制限ヲ加ヘテ之カ平均ヲ圖ラントスルハ蓋シ不可能ノ事タリトス故ニ財貨ノ分配ハ財貨ノ交易ノ場合ト同シク主トシテ之ヲ自由競争ニ放任シ唯間接ナル方法ヲ以テ曩ニ述ヘタルカ如キ中産者ノ増加ヲ促スヘキナリ而シテ其方法ハ相續法ノ制定、租稅賦課法、勞働者保護法、勞働者保險制度等是ナリ要スルニ勞働スル者ハ必ス之ニ對シテ十分ナル報酬ヲ受ケ勤勉ト忍耐トニ由リ其地位ヲ進ムルコト容易ナルハ最モ希望スヘキ狀態ニシテ米國ノ如キ新開國ハ此點ニ於テ歐洲ノ舊國ニ勝ルモノトス

第二節 所得ノ種類

前節ニ述ヘタルカ如ク生産セラレタル財貨ハ結局其生産ニ要素ヲ供シタル土地ノ所有者、勞働者及ヒ資本主ノ三要素ヲ結合シテ生産ヲ實行セル企業者ノ間ニ分配セラルルモノニシテ土地ノ所有者ノ所得ヲ地代、勞働者ノ所得ヲ賃銀、資本主ノ所得ヲ利息、企業者ノ所得ヲ利潤ト稱ス

ルナリ而シテ實際ニ於テハ其間ノ分界必スシモ判然タラス且一人ニシテ數種ノ所得ヲ收ムル者アリト雖モ右ニ列舉セル四種ノ所得ハ其性質相同シカラサルカ故ニ次ヲ追フテ之ヲ説明セン

第二章 地代

第二節 地代之意義及其原理

地代トハ土地天賦ノ性質ヲ使用スルヨリ生スル所得ナリ天賦ノ性質トハ毫モ人力ヲ籍ラスシテ全ク原始的ニ存在スル性質ノ謂ニシテ要スルニ地味、位置及ヒ合著物ニ外ナラサルナリ而シテ地代ノ成立スル原因ハ土地力此等ノ性質ヲ具備スルコト不同ニシテ其優等ナルモノニ限アルコト及ヒ報酬漸減ノ法則ノ行ハルルコト是ナリ

先ツ農業ニ使用スル土地ノ地代ニ付テ之ヲ述ヘン例ヘハ一隊ノ人民未開ノ地ニ移住シタル場合ニ於テハ地味及ヒ位置ノ比較上最優等ナル土地ヲ擇ヒテ之ヲ耕作スヘシ而シテ此ノ如ク第一等ノ土地力必要以上ニ存在スルトキハ人ノ使用スル土地ニ優劣ノ差異ナキヲ以テ地代ハ未タ成立セサルナリ然レトモ人口繁殖シ第一等ノ土地ノ收穫ノミヲ以テ其欲望ヲ満足スルコト能ハス隨テ穀物ノ價格騰貴スルニ於テハ第二等ノ土地モ亦用ヒラルルニ至ラン何トナレハ第二等地ハ第一等地ニ比シテ收穫少キモ穀物ノ價格ノ騰貴ニ因リ其收穫ハ以テ其生産費ヲ償フニ至リ且報酬漸減ノ法則ニ由リ第一等地ニ對シテ資本、勞働ヲ増加スルヨリモ之ヲ第二等地ニ投下スルト

キハ收穫却テ大ナレハナリ而シテ第一等地ハ一反歩ヨリ米二石ヲ産シ第二等地ハ一石五斗ヲ産スルモノト假定セハ其差五斗ハ即チ第一等地ノ地代ニシテ第一等地ノ所有者カ第二等地ノ所有者ニ對シテ有スル利益ナリ此時ニ當リ新ニ移住シ來レル者アリトセンニ此等ノ移住民ハ第二等地ヲ使用シテ收穫ノ全部ヲ得ルモ第一等地ヲ借受ケテ五斗ノ地代ヲ拂フモ其得ル所ハ同一即チ一石五斗ナリトス人口尙ホ増加シテ米ノ供給不足ヲ告ケレハ米ノ價格ハ益々騰貴シ一反歩ヨリ一石ヲ產出スル第三等地ヲ耕スモ亦其生産費ヲ償フニ至レハ第一等地ノ地代ハ一石ト爲リ第二等地モ亦五斗ノ地代ヲ生スルニ至ルナリ

地代ノ成立スルハ右ニ述ヘタルカ如シ而シテ此成立セル地代ハ何人ノ所得ニ歸スヘキヤ所有者自ラ其土地ヲ使用スルニ於テハ地代ハ他ノ所得ト共ニ當然所有者ニ歸シ之ヲ他人ニ貸與シタル場合ニハ需要供給ノ關係ニ依リテ定マリ土地ニ對スル需要大ナルトキハ地代ノ全部ヲ舉ケテ土地ノ所有者之ヲ收受スヘキナリ何トナレハ借受人ハ己カ下シタル勞働、資本ニ對シテ相當ノ報酬ヲ得レハ損失ヲ被ラサルカ故ニ地代ノ全部ヲ拂フニ至ルヘケレハナリ

地代ナルモノハ人口ノ繁殖ト共ニ次第ニ増加スルノ傾向アルモノトス即チ農産物ヲ要スルコト益々多キニ及ヒテハ遠隔ノ土地又ハ劣等ノ土地ヲ用フルノ必要ヲ生シ隨テ近傍ノ土地又ハ豐饒ナル土地ノ地代ハ益々騰貴スヘキモノトス地代騰貴スルトキハ農産物ノ價格モ隨テ騰貴スヘキカ如シト雖モ是レ原因ト結果トヲ顛倒スルモノニシテ地代ハ農産物ノ價格ノ一部ヲ成ササルモ

ノトス何トナレハ、曩ニ論シタルカ如ク農産物ノ價格ハ、最も不利シタル條件ノ下ニ生産セラレタル部分ノ生産費ニ依ルモノナレハナリ即チ地代ハ農産物ノ價格ノ騰貴ニ依リテ始メテ成立シ又ハ増加スルモノニシテ地代成立シ若クハ増加シタル故ニ農産物ノ價格騰貴スルモノニ非ス故ニ土地ノ所有者カ借地人ヲシテ地代ヲ支拂ハシメサルモ農産物ノ價格ハ低劣スルコトナク唯借地人ヲシテ利益ヲ得セシムルニ過キサリナリ即チ地代ナルモノハ土地ノ所有者カ實際之ヲ獲得スルト否トニ拘ハラズ社會ノ需要ニ應ジテ使用セル土地ニ肥瘠、近遠ノ差異アルトキハ決シテ消滅セサルモノトス

鑛山ノ地代モ其原理ニ於テハ農産物ノ地代ニ同シク各鑛山カ其生産費ヲ異ニスルニ基クモノトス即チ其含著スル鑛物ノ多少、其品質ノ善惡之ヲ探掘スルノ難易、市場ヨリノ距離等ニ依リテ地代ノ有無、高低ヲ生スルナリ又家屋ノ敷地等ニ供スル土地ノ地代ハ主トシテ其位置ニ依リテ定マリ此種ノ地代ハ特ニ都會ニ於テ著シトス

第二節 地代ノ原理ニ關スル反對ノ學說及ヒ事實

前節ニ述ヘタルカ如ク地代ノ成立シ地代カ土地ノ所有者ニ歸シ地代カ次第ニ昇騰シ而シテ地代カ生産物ノ價格ノ一部ヲ構成セサル所以ノ原理ヲ一括シテ「リカルド」ノ地代ト名ク蓋シ「リカルド」ニ先チ既ニ地代ヲ論シタル者アレトモ最も明白ニ之ヲ説明シタルハ「リカルド」

ナリ此「リカルド」ノ學說ニ關シテハ反對論ナキニ非ス又實際上原理十分ニ行ハレサル場合アルヲ以テ少シク之ヲ述ヘン

米國ノ經濟學者「ケレー」ノ如キハ地代ヲ以テ土地天賦ノ性質ニ歸セス土地使用ノ準備ノ爲メニ投下セル資本及ヒ勞働ニ對スル報償ニ過キストセリ實際土地ヲ使用スルニ多少ノ資本、勞働ヲ要スルモノニシテ土地ノ賣買、貸借セラルルヤ其價格又ハ借地料ハ人力ヲ以テ土地ニ施シタル改良ノ報償ヲ含著スルモノトス然レトモ土地天賦ノ性質ニ差異アリテ地代カ此原因ニ基ク所以ハ前節ニ述ヘタルカ如シ地主カ毫モ資本、勞働ヲ加ヘサルニモ拘ハラズ都會ニ於ケル地代ノ急激ニ上騰スルカ如キ事實ハ明カニ「ケレー」ノ說ノ誤レルヲ證ス「ケレー」ハ又米國ノ如キ新開國ノ實際ニ徴シテ曰ク人ノ始メテ耕作ヲ爲スヤ「リカルド」ノ言ヘルカ如ク最も豐饒ノ土地ヲ選フモノニ非スト夫レ或ハ然ラン然レトモ資本未タ豐富ナラス人力尙ホ缺乏セル當時ニ於テ生産ヲ要スルコト比較的少クシテ收益比較的多キ土地ヲ耕作スルハ明白ニシテ「リカルド」ノ最も豐饒ナル土地ト云フハ此意ニ外ナラスト解釋セハ地代成立ノ原理ハ毫モ變更スル所ナキナリ

社會主義ノ論者ハ曰ク地代ノ成立シ且其土騰スルハ土地所有者ノ功ニ非ス全ク外國ノ狀況ノ變移ニ依ルモノナレハ土地所有者カ唯リ之ヲ取得スルハ不當ナリ故ニ土地ハ之ヲ社會ノ共有ト爲ササルヘカラスト此說タルヤ多少ノ真理ヲ含著スルモノナレトモ土地共有ノ制度ハ今日之ヲ行

ヲ得ス課税等ノ方法ニ依リ此所謂不當所得ヲ國家ニ納メシメントスルモ之カ見積極メテ困難ナリトス且土地ノ所有者ハ屢々變更スルモノナルカ故ニ其利益ハ必スシモ一人ニ歸スルモノニ非ス又或場合ニハ地代減少ノ爲メ地主ハ損失ヲ被ルコトアリトス
前節ニ述ヘタルカ如ク地代ハ漸次ニ上騰スル傾向ヲ有スレトモ地代ノ騰貴ヲ制限スル原因モ亦存在ス例ヘハ農業ノ進歩ニ因リ收穫増加スルトキハ劣等又ハ遠方ノ土地ヲ用フルノ必要減スルナリ又運搬機關發達シテ運搬費減少スルトキハ遠方ノ土地ヲシテ近傍ノ土地ト競争スルコトヲ得セシメ隨テ近傍ノ土地ノ有スル便益ヲ減少スルカ故ニ其地代ハ下轄スヘシ近年歐洲ニ於テ耕作地ノ地代下落ノ傾向アルハ米國等ヨリ廉價ノ穀物輸入セラルルニ因ルモノトス又實際借地人カ地主ニ支拂フ地代ナルモノハ古來ノ習慣等ニ依リテ定メラルル場合多キカ故ニ理論上地主ニ歸スヘキ利益モ借地人ノ所得ト爲ルコト少カラス其實例ハ英國又ハ歐洲大陸ニ於テ之ヲ見ル之ニ反シ愛蘭ニ於テハ地主ノ收歛甚シク借地人間ノ競争激烈ナルカ故ニ借地人ノ支拂フヘキ地代ハ往往一年ノ全收穫ヲ超ユルコトアリト云フ

第三章 賃銀

第一節 賃銀ノ意義

人ハ其有スル勞働力ヲ發揮スルニ當リ或ハ企業者トシテ自ラ之ヲ用ヒ或ハ之ヲ他人ノ使用ニ供

スルコトアリ第一ノ場合ニ於テハ勞働ニ對スル報償ハ他ノ所得ト混同スト雖モ第二ノ場合ニ於テハ其勞働ニ對シテ特定メタル報酬ヲ得ルモノトス是レ即チ賃銀ナリ

今日ノ社會ニ於テハ他人ノ爲メニ勞働スル者少カラス官吏ノ如キモ其一タリ然レトモ官吏ノ俸給ハ自由競争ノ爲メニ絶エス變動スルモノニ非ス又醫師、辯護士等モ亦他人ノ依頼ニ應ジテ勤勞ヲ供シ其收受スル報酬ハ一種ノ賃銀ニ外ナラスト雖モ此等ノ職業ハ多少獨占的ノ性質ヲ有シ且風習、慣行ニ制セラレ經濟上ノ原則ノミニ依リテ定マルモノニ非ス之ニ反シ狹義ノ賃銀即チ所謂勞働者ノ取得スル賃銀ハ其高低スル所以主トシテ經濟上ノ原則ニ基キ而シテ一國ノ經濟上ヨリ之ヲ觀ルニ殊ニ重要ナルモノトス何トナレハ此賃銀ナルモノハ多數人民ノ唯一ノ所得ナレハナリ之ヲ換言スレハ社會ニ於ケル多數ノ人民ハ此賃銀ニ依リテ衣食スルモノナレハナリ

現今ノ經濟社會殊ニ歐米諸國ニ於テ製造其他ノ產業ニ從事スル勞働者ハ其生産ニ使用スル原料、器具、機械等ヲ自ラ所有スルモノニ非ス此等ハ皆雇主ニ屬スルモノトス故ニ勞働者ハ單ニ勞働ヲ供スルニ止マリ勞働ノ結果タル生産物ニ對シテハ直接ノ利害關係ヲ有セサルナリ然レトモ今日ノ勞働者ハ往時ノ奴隸ノ如ク外部ノ強制ニ因リテ勞働スルニ非ス全ク自己ノ自由意思ニ依リテ勞働ス故ニ之ヲ譬フレハ勞働者ノ勞働ハ一種ノ商品ニシテ賃銀ハ其價格ニ外ナラサルナリ然レトモ勞働ハ勞働者ノ身體ト分離スヘカラサルカ故ニ此勞働ノ賣買ハ普通ノ商品ノ如ク全く雙方ノ利己心ニノミ放任スルコトヲ得サルナリ

第二節 貨銀ノ分類

第一 貨銀ニ實物ヲ以テ支拂フモノト、貨幣ヲ以テ支拂フモノトアリ前者ハ飲食、住居、衣服等ヲ以テ勞働ノ報酬ニ充ツルモノニシテ經濟事情ノ幼稚ナル時代ニ於テハ此種ノ貨銀支拂法大ニ行ハレ而シテ授受者雙方ニ便利ナリシナリ然レトモ貨幣ノ使用行ハレ交通ノ便開ケ而シテ勞働者ノ欲望増加シ其獨立心盛ナルニ及ヒテハ貨幣ノ支拂法ニ依ラサルヲ得ス而シテ貨幣ヲ以テ貨銀ヲ受取ルトキハ甚タ便利ナリト雖モ物價ノ變動ヨリ生スル影響ハ全ク之ヲ負擔セサルヲ得ス實物支拂ノ貨銀モ亦全ク其跡ヲ絶タスト雖モ現今ニ於テハ貨幣支拂ノ貨銀主トシテ行ハレ彼ノ「トラックシステム」ノ弊害ヲ豫防スルカ爲メニ貨銀ハ貨幣ヲ以テ支拂フヘキコトヲ規定スル邦國少カラス

第二 貨銀ハ時間ニ應シテ支拂フモノト、仕事、高ニ應シテ支拂フモノトアリ前者ニ於テハ契約ノ條件單純ナルカ故ニ雇主ト勞働者トノ間ニ誤解ヲ生スルコト少ク勞働者ハ豫メ其所得ヲ計算スルコトヲ得然レトモ勞働者ハ成ルヘク少ク勞働ヲ爲サント欲シ雇主ハ成ルヘク多ク勞働ヲ爲サシメントスルノ傾向ヲ有シ利害相反スルモノトス仕事高ニ應シテ貨銀ヲ支拂フ場合ニハ雇主ハ生産物ノ多キヲ欲シ勞働者ハ所得ノ多キヲ望ミ雙方ノ意思調和スルモノトス且貨銀ハ勞働者ノ勤惰ニ應シテ増減スルモノナルカ故ニ公平ト謂フヘキナリ然レトモ此支拂法ハ之ヲ應用スル範

圍ニ自ラ限アリ即チ生産物ノ數量明カニ計算シ得ヘク其品質容易ニ識別シ得ヘキモノナラサルヘカラス又勞働者ハ過度ノ勞働ヲ爲スノ傾向ヲ有シ而シテ一人ノ勞働從前ヨリモ多額ノ生産ヲ爲シ得ルカ故ニ勞働者ノ數ノ増加シタルト同一ノ結果ヲ生シ爲メニ貨銀ノ低落ヲ來スノ恐ナキニ非サルナリ

第三 普通ノ貨銀以外ニ賞與、金ヲ與ヘ又ハ利潤ノ一部ヲ分配スル方法アリ前者ニ於テハ或ハ勞働者ノ精勤又ハ生産物品質ノ優等又ハ原料品ノ節約ヲ獎勵スル爲メ一定ノ規則ニ依リ普通貨銀以外ニ賞與ヲ與フルナリ後者ニ於テハ企業ヨリ生スル利潤ノ一部ヲ勞働者ニ分與スルモノニシテ此方法タルヤ常ニ軋轢反目ノ傾向ヲ有スル雇主ト勞働者トノ關係ヲ調和スルノ效能アルカ如シト雖モ實際其功ヲ收ムルコト難シトス何トナレハ企業ヨリ生スル利潤ハ勞働者ノ勤勞如何ニ基クヨリモ寧ロ世上ノ景氣又ハ之ヲ利用スル企業計畫者ノ手腕ニ依ルコト多ク勞働者非常ニ勤勉ナルモ之ニ應シテ所得必スシモ増加スルモノニ非ス隨テ此方法ハ好結果ヲ收メタル實例ナキニ非サルモ之ヲ應用スル範圍ハ廣カラス

第四 貨銀ヲ支拂フニ標準法ナルモノヲ用フルモノアリ即チ雇主ト勞働者トノ合意ヲ以テ生産物ノ標準價格ト標準貨銀トヲ定メ生産物ノ價格カ標準價格ヨリ上レハ貨銀モ亦之ニ應シテ標準貨銀ヨリ上リ之ニ反シテ生産物ノ價格標準價格ヨリ下レハ貨銀モ亦低落スルモノトス此方法ハ專ラ英、米ノ製鐵所、石炭坑等ニ用ヒラルモノニシテ他ノ事業ニハ未タ之カ應用ヲ見サルナリ

第三節 賃銀ノ高低ノ理由

最ニ述ヘタルカ如ク賃銀ハ労働ノ價格ニ外ナラサルヲ以テ其高低ハ需要供給ノ關係ニ依リテ定マルモノトス而シテ需要者タル雇主ハ成ルヘク賃銀ノ低カラシムコトヲ欲シ供給者タル労働者ハ成ルヘク其高カラシムコトヲ望ムハ當然ノ理ニシテ労働者ト雇主ト對立スルノミナラス雇主及ヒ労働者各自ノ間ニ於テモ競争行ハルナリ然レトモ賃銀ノ高低ニハ自ラ一定ノ制限アリテ其最低ヲ定ムル原因ハ労働者ニ在リテ最高度ヲ定ムル原因ハ雇主ニ在リトス

賃銀ノ最低度ヲ定ムル原因ハ労働者ノ生活ノ程度ニ依リテ文明ノ程度、氣候ノ寒暖、生活上ノ習慣、教育ノ高低、職業ノ種類等ニ依リテ同一ナラスト雖モ一國ノ労働者ニシテ同一ノ階級ニ屬シ同一ノ労働ニ従事スル者ハ自ラ生活ノ程度ヲ等シウスルモノトス而シテ賃銀下落シ從來ノ生活程度ヲ維持スルコト能ハサントスルトキハ労働者ハ全力ヲ盡シテ之ニ抵抗シ以テ其低落ヲ防クナリ生活ノ程度ナルモノハ固ヨリ一定不動ノモノニ非ス能フ限リ抵抗ヲ試ムルモ尙ホ賃銀下落スルトキハ最下等ノ程度ニ下ルコトアルモ賃銀上騰スルトキハ生活ノ程度モ亦上ルモノトス然レトモ一定ノ時、一定ノ地ニ於テハ同種類ノ労働者間ニ於テハ自ラ生活程度ノ最低限アルヲ見ルナリ

「リカルド」ハ労働者ノ生活程度ト賃銀ノ關係トニ付キ極端ナル學說ヲ唱ヘタリ曰ク労働ノ自

雜 錄

○大審院判例要旨

○代位訴權ノ行使 民法第四百二十三條ニ於テ債權者ニ付與セラレタル權利即チ所謂代位訴

權ハ債務者カ其權利ヲ行ハサル場合ニ限リ債權者カ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ之ヲ行フヲ得ルニ過キササルヲ以テ尙モ債務者ニシテ業ニ既ニ其權利ヲ行使シタリトセハ其結果ノ良否如何ニ拘ラス債權者カ更ニ之ヲ行フコトヲ得サルハ自明ナリ本件ニ於テ原判決ノ確定シタル事實ニ依レハ債務者折目高藏ハ被上告人ニ對シテ所有權移轉登記手續請求ノ訴ヲ提起シ其訴訟繫屬中上告人ハ主參加訴訟ト稱シテ本訴ヲ提起シ而シテ高藏ト被上告人トノ間ノ訴訟ハ既ニ判決確定シタルコト明ナレハ上告人ハ債務者高藏ニ屬スル權利ヲ重複シテ行ハント欲スルニ外ナラスシテ民法第四百二十三條ノ規定ニ適セサルコト固ヨリ論ヲ待タス(明治四十二年三月十四日第一民事部判決)

○連帶保證人ノ地位、連帶保證債務ノ消滅 保證人ハ主タル債務者其債務ヲ履行セサル場合

ニ於テ其履行ヲ爲ス責ニ任スル者ニ過キササルコトハ民法第四百四十六條ノ規定スル所ナリ而シテ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔シタル保證人ト雖モ亦一ノ保證人タルコトヲ失ハサ

ルカ故ニ連帶債務者ト同一視スルコトヲ得サルハ多言ヲ要セサル所ナリ然リ而シテ債權者カ主タル債務者ニ對シ履行期間中ニ在リテ任意ニ契約ヲ解除スルニ於テハ主タル債務者カ契約ニ依リ負擔シタル債務ヲ消滅セシムルカ故ニ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔シタル保證人ノ債務モ亦當然消滅スルハ言ヲ待タサル所ナリ(明治四十二年(即第六十八號)判決)

○實行行為ニ下手セサル共謀者ノ刑責 凡ソ二人以上ノ者共謀シテ罪ヲ犯サンコトヲ企テ一團トナリテ犯罪ヲ遂行シタル場合ニ共謀者ノ一人ニ於テ實行ノ所爲ニ手ヲ下サスシテ惟其犯罪ノ遂行ニ必要ナル所爲ノミヲ分擔シタルトモ雖モ犯罪實行ノ所爲ヲ擔任シタル者ト同シク實行正犯タル責罰ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス(明治四十二年(即第六十八號)判決)

○大審院判例要旨

梅法學博士主筆

法學志林

第十卷 第三號
三月二十日發行
定價一冊金拾貳錢
郵 稅金壹錢
十冊前金郵稅共
金壹圓貳拾錢

代位ノ性質

永久無限ナル地上權ノ設定

法人ノ刑事責任ト其代表者ノ刑事責任

最近判例批評

民法三題(梅法學博士、岡松法學博士、橫田法學博士)

商法三題(和仁法學博士、加藤法學博士)

刑法二題(牧野法學博士、泉二法學士)

行政二題(島村法學士)

獨逸國ノ司法官採用試験

大審院判決例 二十五件

○補闕選舉ニ關スル一問題○未成年者飲酒禁止法案○商科大學設置ノ建議○徵兵事務條例中改正ノ請願○舊藤中佐ノ問島談○新法學博士○法官送迎會○在監囚徒及刑事被告人○縣區司法官及法典調查局職員

○校友會滿洲支部奉令會○校友會滿洲支部役員○討論會○民法擔任講師ノ交替○鈴木講師ノ歸朝○校友會君ノ渡米○法政大學校友茶話會○十日會○十日會選舉會○校友獎勵○寄贈書目○校友住所異動

發行所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

法政大學

◎法質疑典錄

◎散判例報

◎雜記

◎志

校外生規則摘要

- 一 十个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觀ス
- 一 講義録ノ講習ヲ終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 一个月分 各學年 金四拾錢 全學年 金壹圓
 - 一 六個月分 各學年 金貳圓三拾錢 全學年 金五圓五拾錢
 - 一 一學年分 各學年 金四圓五拾錢 全學年 金拾壹圓
- 一 月謝ヲ納付セタルトキハ講義録ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收証ヲ交付セス若シ相當ノ日時ヲ過キテ講義録ノ到達セザ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題義アルトキハ講義録ノ番號、科目、頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學圖書館ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ文意解シ難キモノ主官明瞭ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セス
- 一 質疑中有簽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トキハ其都度振替貯金規則ニ依ル登記料金二錢ヲ要スルノ外失費ナク安全ニシテ便利ナリ

振替貯金口座『三三九四番』

明治四十一年四月九日印刷
明治四十一年四月十日發行

(定價金五十錢)

編輯者 萩原敬之
東京市牛込區牛込北町十番地

印刷者 重利俊夫
東京市四谷區四谷左門町五十八番地

印刷所 金子活版所
東京市赤坂區新町五丁目四十二番地

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

發行所

私立法政大學

(電話番町一七四番)