

## 法政大學講義録

横田, 秀雄 / 秋山, 雅之介 / 牧野, 英一 / 梅, 謙次郎

---

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

13

(号 / Number)

1学年の5

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

119

(発行年 / Year)

1914-02-10

法政大學講義錄

大正三年度 第一學年 第五號

(大正三年度 第十三號)



0250



大正三年度第一學年 第五號目次

法學通論 (頁一六八) 故法學博士 梅謙次郎 講述  
 法學士 牧野英一 補述

民法總則 (頁一七七) 故法學博士 梅謙次郎

民法物權 (頁二〇一) 法學博士 横田秀雄

民法債權 (頁二四七) 法學博士 横田秀雄

刑法總論 (頁二七三) 法學士 牧野英一

國際公法(平時) (頁二八九) 法學博士 秋山雅之介

090  
1914  
1-1-5

等ノモノ即チ隱居モ公法ニ屬シ、養子縁組モ公法ニ屬シ、離婚、離縁モ亦公法ニ屬スルト謂ハ  
 ナケレバナラス、加之債權債務ニ關スル事柄、或ハ物權ニ關スル事柄デモ公正證書ニ依ル場合  
 ハ随分多イ、我邦ニハ公正證書ニ依ラナケレバナラストナラ居ル場合ハ遺言ヲ除イテハ殆ド  
 アリマセケレドモ併シ實際公正證書ニ依レバ利益ガアル、例ヘバ確定日附ヲ得ルト云フヤウ  
 ナ利益ガアル、其事ハ民法ニハ規定ニナラ居マセケレドモ、民法施行法ニ規定ニナラ居  
 ル、サウスルト公正證書ヲ作ラシムルト云フ場合ニハ皆公法的ノモノニナラ仕舞フ、何トナ  
 レバ公正證書ハ公證人ヲシテ作ラシムルモノデアル、公證人ハ公法上ノ機關デアル、是ハ疑ナ  
 イ、サウスルト云フト契約書ヲ公證人ニ作ラシメテ即チ公正證書ヲ作ルト云フト、ソレハ公法  
 的行爲ニナラ仕舞フ、ソレカラ今日デモ随分行ハレテ居ルコトデ是カラ法律思想ガ發達スル  
 ト益々行ハルルデラウト思フコトハ執達吏ヲ以テ催告、通知ナドヲ爲スト云フコトデアル、  
 執達吏ハ是モ公吏デアルト云フコトハ疑ハナイ、ドチラニシテモ公法上ノ機關デアル、ソレニ  
 取ラナイ者モ公吏デアルト云フコトハ疑ハナイ、ドチラニシテモ公法上ノ機關デアル、ソレニ  
 依ラテ催告ヲ爲ス、通知ヲ爲スト云フコトハ公法的行爲ニナル、サウスルト催告、通知ト云フ  
 コトガ公法ニ屬スル、然ルニ之ニ民法ニ「法律行爲」トシテ規定シタル事柄ガ皆嵌ラスデハ  
 民法ノ規定ハマルデ駄目ニナラ仕舞フ、ソレハ我民法ニ於ケルノミナラズ獨逸民法ニ於テモ  
 サウデアル、法律行爲ニ關スル規定ガ此場合ニ嵌ラナカタラ非常ニ困ル、然レドモ執達吏ニ

法學通論 法律ノ類別 公法、私法

依フテ或行爲ヲ爲ス場合ニハソレハ公法デアライ、裁判所ニ依テ或行爲ヲ爲ス場合ニハ公法  
 だト云フコトハドウシテモ分ラヌソレハ「ロジック」ニ合ハヌ、斯様ニ論ジテ見ルト公法說ニ  
 據リ所ガアルト云フコトハ認メテモ、併ナガラ寧ロ私法說ノ方ガ其當ヲ得テ居ルト謂ハナケ  
 レバナラス、以上ノ理由ニ因テ私ハ民事訴訟法ト云フモノハ矢張り私法ノ中ニ入レテ置ク、  
 之ヲ公法トスルト云フ說ハ新シイ、併シ新シイ說デモ正シイトハ極メテ居ラヌ、  
 第四〇國際私法  
 是ハ「二國以上ノ間ニ於ケル人民相互ノ關係ヲ定メタル法律」デアアル、成文ト致シテハ法例ノ  
 第三條以下ニ規定シテアル、「法例」ト云フモノノ第一條ト第二條ハ外ノ事ヲ規定シテ居ルケレ  
 ドモ第三條以下ハ總テ國際私法ノ規定デアアル、是モ公法デアアルト云フ說ガアル、即チ國際私法  
 ト云フノハ例ヘバ私ガ外國ニ參テ居ルナラバ其外國ニ於テ私ハ其國ノ法律ノ支配ヲ受ケルカ、  
 ソレトモ日本ノ法律ノ支配ヲ受ケルカ、或ハ外國人ガ日本ニ來テ居ル場合ニ其外國人ハ本國ノ  
 法律ノ支配ヲ受ケルカ、又ハ日本ノ法律ノ支配ヲ受ケルカ、或ハ日本ニ居ル者ト英吉利ニ居ル  
 者トノ間ニ契約ヲ結ブト云フ場合ニハ其契約ニ關シテハ英吉利ノ法律ヲ適用スルカ將タ日本ノ  
 法律ヲ適用スルカト云フヤウナコトガ皆國際私法ノ問題デアアル、ソコデ公法說ノ者ハ曰ク或場  
 合ニ如何ナル法律ヲ適用スベキカト云フコトハソレハ公法的ノモノデアアル、即チ其場合ニハ國  
 ハ如何ナル法律ニ依テテ支配ヲ爲スカト云フコトデアラフテ全ク國ト人民トノ關係ヲ定メタモノ

デアアル、或ハ又見様ニ依テテハ詰リ主權ノ作用ノ原則ヲ定メタモノデアアルト云フコトモ云  
 ヘナイコトハナイ、要スルニ是ハ公法ニ屬スル即チ或ハ憲法的ノモノデアアルト言ヘルカモ知レ  
 又  
 此說モ近來隨分盛ニ行ハレテ居ル、私ハ矢張り是ハ誤ラテ居ルトハ言ハヌ、併ナガラ私ガ外國  
 ニ行ッテ居ル場合ニ日本ノ法律ニ依テテ支配セラルルカ其在留國ノ法律ニ依テテ支配セラルル  
 カ、外國人ガ日本ニ來テ居ルトキニ日本ノ法律ニ依テテ支配セラルルカ、本國法ニ依テテ支配  
 セラルルカ、日本ト英國トノ間ニ於テ取結ンタル契約ハ孰レノ國ノ法律ニ依テテ支配セラルル  
 カト云フコトハ取モ直サズ私ノ私法上ノ關係、外國人ノ私法上ノ關係若クハ契約ニ關スル法律  
 關係ハ如何ニ定メラルルカト云フ問題デアアルカラ矢張り私ハ二國以上ノ間ニ於ケル人民相互ノ  
 關係ヲ定ムルモノデアアルト斯ウ云ハナケレバナラヌト思フ、若シサウ見レバ矢張り私法デアアル  
 ト謂ハナケレバナラス、如何ナル法律ヲ適用スルカト云フコトハ或事實ノ生ジタル場合ニ民法  
 ノ規定ヲ適用スルカ、商法ノ規定ヲ適用スルカト云フコトモ同ジコトデアルト思フ、民法モ私  
 法デアリ商法モ私法デアアル以上ハ其問題モ矢張り私法ノ問題ト云ハナケレバナラス、即チ日本  
 ノ民法ヲ適用スルカ、英吉利ノ民法ヲ適用スルカト云フナラバドナラデアラフテモ私法デアアルカ  
 ラ國際私法ト云フモノモ私法デアアルト云フ方ガ穩デアアルト思フ、勿論公法說ヲ取ル人ハ國際私  
 法ト云フ名稱ヲ大變嫌フノデアアルガ、私ハ此名稱ヲ左マデ嫌フベキ理由ハナイト信ズル

### 第四節 實體法、形式法

實體法、形式法ノ區別ハ法律ノ内容カラ爲ス所ノ區別デアアル  
第一 實體法

一名之ヲ原則ト云ヒマス、定義ヲ下スナラバ「實體法」トハ「權利義務ノ主體、客體及ビ其發生、消滅ヲ規定スル法律」デアアルト云フテ宜カラウト思フ、如何ナル人ガ所有者デアアルカ、又所有權ノ目的ナルモノハ如何ナルモノデアアルカ、ソレハ如何ナル原因ニ因リテ發生スルカ、如何ナル原因ニ因リテ消滅スルカト云フヤウナコトハソレハ實體法ノ規定デアアル、是マデ御話ヲ致シタ法律ノ中デ例ヘバ憲法、刑法、民法、商法ナドト云フモノハ概シテ是ハ實體法ノ規定デアアル、中ニ多少ノ手續法若ハ形式的規定ハアリマスケレドモソレハ例外デ、概シテ皆實體法デアアルト云ヘル

#### 第二 形式法

形式法ハ或ハ手續法ト稱スルノデアアル、定義ヲ下セバ「權利行使、義務履行ノ手續ヲ規定スル法律」デアアルト謂ヘネバナラス、例ヘバ議院法、各種ノ選舉法、行政裁判法、訴訟法、刑事訴訟法、民事訴訟法、人事訴訟手續法、非訟事件手續法、破産法、競賣法、供託法、戶籍法、不動産登記法、船舶登記規則ナドト云フモノハ全部手續法デアアルトハ申シマスケレドモ、主ト

シテ手續法デアアル

此實體法、形式法ノ區別ノ實用ガ二ツアル  
第一ハ立法ノ方針トシテ成ルベク實體法ト形式法トヲ區別スル方ガ便利デアアル、是ハ幼稚ナル法律ニ於テハ大抵一緒ニ爲ラ居ル、羅馬ノ「ジュスチニヤン」法典ニ於テハ固ヨリ實體法ト形式法トノ區別ハナイ、佛蘭西ノ法典ハ之ニ較ベルト稍々進歩シテ居テ、大體民法ハ實體法デアアル、民事訴訟法ハ形式法デアアル又刑法ハ實體法デアアル、刑事訴訟法ハ形式法デアアルト云フ風ニ實體法ト形式法トヲ明カニ分タノハ蓋シ佛蘭西法典ガ初デアアルダラウト私ハ思フ、ソレヨリシテ歐米各國ニ於テ法典ヲ編纂スル場合ニハ常ニ實體法ト形式法トヲ區別スルノヲ普通トシテ居ル、是ハ理論上其當ヲ得テ居ルノミナラズ實際ニ於テモ便利ガ多イノデアアル、併ナガラ法典其他一國ノ法律ハ必ズシモ學理ニノミ由ル譯デナイカラ此實體法、形式法ノ區別モ絕對的標準ニハナラス、即チ民法ト云ヘバ先ヅ實體法デアアルト謂ハナクレバナラスケレドモ中ニ多少ノ形式法ヲ包含シテ居ル、佛蘭西民法ヲ首ト致シテ歐米諸國ノ法典、皆サウデアリマスガ、我邦ニ於テモ舊民法ノ如キハ餘程形式法ヲ含ンデ居タ、新民法ハ之ニ較ベルト形式法ニ屬スル規定ガ少イ、併シ全クナイト云フ譯ニハイカヌ、幾分カハ含ンデ居ル、是ハ實際上ノ必要ヨリ已ムコトヲ得ナイノデアアル、併ナガラ大體ニ於テ立法ノ方針トシテ實體法ト形式法トヲ區別スル必要ガアルノデアアル

0253

第二ニ於テハ法律ノ解釋ノ上ニ於テ、形式ニ關スル問題ニ付テハ若シ主トシテ實體法ニ屬スル法律ト主トシテ形式法ニ屬スル法律ト合ハナイコトガアラハタラバ、言葉ヲ換ヘテ言ヘバ、解釋上疑ハシイ場合ガアラハタナラバ、寧ロ主トシテ形式法タル法律ニ從ハナケレバナラス、例ハハ訴訟上ノ問題ニ付テ民法ノ規定ト民事訴訟法ノ規定ト多少抵觸スルモノガアレバソレハ寧ロ民事訴訟法ノ規定ニ依ラナケレバナラス、是ハ新法典ニ於テハ殆ド必要ノナイコトノヤウデアリマスケレドモ舊法典ニ付テハ最も必要デアッタ、民法ノ規定ト民事訴訟法ノ規定ト抵觸シテ居ルコトガ甚ダ多クッタノデアアルカラ、其場合ニハ苟モ形式ニ關スル問題デアル以上ハ常ニ民事訴訟法ノ規定ニ依ラナケレバナラナカッタノデアアル

### 第五節 普通法、特別法

此普通法、特別法ノ區別ハ二様ニ觀察シナケレバナラス、第一ハ法律ノ内容ヨリシテ爲ス區別デアアルシ、第二ハ法律ノ效力ヨリシテ爲ス所ノ區別デアアル  
 第一 法律ノ内容ヨリスル區別  
 此意味ニ於ケル普通法ハ又一般法トモ申シマスルガ、學者ニ依リテハ本則法トモ云フ、其定義ヲ示スナラバ「一般ノ事物ヲ規定スル法律」デアルト、斯ウ云ハナケレバナラス、非常ニ漠然タルモノデアッタテ其意味ガ頗ル不明デアルヤウデスガ、元來此種類ノ法律ソレ自身ガ漠然タル

モノデアアルカラ已ムコトヲ得ナイ、尤モ絶對ノ普通法ト云フモノハ殆ド無イト云フヲ宜イ位デス、法律ハ大抵或目的ヲ有テ居ル、其目的ガ必ズ一定ノ範圍ヲ有テ居ル、マルキリ限ラレタル範圍ガナイト云フ法律ハ殆ド想像スルコトガ出來ヌ、ソレデ寧ロ是ハ相對的ノモノデアアル、例ハバ商法ニ對シテ民法ハ普通法デアルト云フ、即チ私法ニ於テハ特別ノ規定ナキ限りハ民法ガ適用セラルル、併ナガラ商事ニ關シテハ民法ヨリモ寧ロ商法ヲ適用シナケレバナラヌト云フコトガアル、故ニ民法ハ絶對ノ普通法デアルト云フコトハ申サレマセスケレドモ商法ノ適用ノナイ範圍ニ於テハ大抵民法ガ適用セラレマスカラ此點ニ於テハ民法ハ普通法デアアル、或ハ又民法中ノ契約各論ニ對スル特別法ト云フモノハ普通法デアアル、即チ契約各論、例ハバ贈與、賣買、貸貸借等ニ關スル特別法ノ適用セラルル場合ヲ除イテハ總テノ契約ニ總論ノ規定ガ在ル、ソレ故ニ契約ノ總論、總則ハ則チ「普通法」ト云ヘル  
 次ニ特別法、是ハ場合ニ依リテ單行法トモ云ヒ又例外法トモ云フ、定義ハ「限定セル事物ノミヲ規定スル法律」デアアル、今申上ゲタ如ク「特別法」ト云フ名モアリ「單行法」ト云フ名モアリ、又「例外法」ト云フ名モアルガ、是ハ全ク同ジモノデハナイ「單行法」ト云フノハ普通法ニ對シテ謂フ、法典ガ普通法、一般法デアッタ、ソレニ對シテ單行法ト云ヒマスカラ、或狹キ範圍ノ事項ヲ規定シタル法律デアッタ、法典ノ如ク廣キ範圍ノモノデナイ、而シテ單行法ノ名ハ一部ノ事柄ヲ獨立ニ行フト云フ方カラ來テ居ル、隨テ特別法トハ少シ範圍ガ違フ、例



ハバ民法ニ對シテ商法ヲ「特別法」ト云フ、併ナガラ商法ハ所謂「單行法」デハナイ、明治二十六年ニ施行セラレタ商法ノ規定ノ前ニ爲替手形、約束手形條例ト云フモノガアッタ、此等ハ疑モナキ所ノ單行法デアアル、手形丈ケノコトヲ特ニ規定シタノデスカラ、併ナガラ商法ハ今申シタ通り特別法デハアルケレドモ單行法デハナイ

扱テ又「例外法」ハ一般ノ規定ニ反スル事ヲ規定シタルモノデアアルガ、ソレノミヲ規定シタル法律ハ減多ニナイ、例ヘバ刑法ニ對シテ決闘ニ關スル法律ナドハ「例外法」ト云ヘルカモ知レマセスケレドモ、ソレモ疑問デアアル、「例外法」ト云フテモ例外ノ規定ノミヲ包含シテ居ル法律ト云フモノハ減多ニナカラウト思フ、唯或規定ガ例外法ニ屬スルト云フコトハ幾ラデモアル、

「特別法」ト云フノハ必ズシモ例外法デハナイ、例ヘバ契約ノ總則ニ對スル各論ハ特別法デアアルコトハ疑ナイデスケレドモ必ズシモ例外法デアアルト云ヘナイ、何トナレバ其中ニ契約ノ總則ノ適用ニ過ギナイコトモ幾ラモアル、デスカラ悉ク例外法デアアルト云ヘナイ、隨テ特別法、單行法及ビ例外法ト云フモノハ多ク、場合ニ於テ同一デアアルケレドモ全ク同一デハナイ

以上ハ法律ノ内容ヨリスル所ノ普通法、特別法ノ區別デアアル

第二 法律ノ效力ヨリスル區別

此意味ニ於ケル普通法ハ「一國ノ如何ナル土地及ビ如何ナル人ニモ一般ニ適用スベキ所ノ法律」デアアル、例ヘバ憲法ノ如キハ是デアアル、我邦ニ於テハ我邦ノ如何ナル領土ト雖モ又如何ナル臣

民ト雖モ皆憲法ニハ服從シナケレバナラヌ、故ニ憲法ハ此意味ニ於ケル普通法デアアル、尤モ臺灣ニ憲法ガ行ハルルヤ否ヤト云フコトハ疑問ト爲テ居ル、併ナガラ私ハ臺灣ニモ憲法ガ行ハレテ居ルト思フ、ソレハ理論ニ於テ然ラザルコトヲ得ナイト思フ、臺灣ガ我領土デアアルト云フコトガ疑ナイ以上ハ日本國ノ憲法ガ日本國ノ領土ニ及バヌト云フ爲メニハ何か明カナル規定ガナケレバナラヌ、サウ云フモノハナイ、成程反對論者ハ憲法制定當時ニ在ッテハ臺灣ハ我領土デナカッタ、隨テ憲法ノ制定セラレタル當時ニハ臺灣ハ眼中ニナカッタノデアアル、故ニ其適用ガナイト云フコトヲ申シマスケレドモソレハ誤テ居ルト思フ、凡ソ法律ト云フモノハ其制定當時ニ存シテ居ッタ車輛ノミ適用セラルベキモノデハナイ、先ヅ人ニ付テ云フテモ法律制定ノ當時ニ國民デナカッタ者ガ段階國民ト爲ル、管ニ出生ニ因テ新シイ國民ガ出來ルノミナラズ歸化其他ノ原因ニ因テ國民ハ増加スル、ソレニ前ニ制定セラレタル法律ガ適用セラレヌト云フ說ハ會テ唱ヘラレタコトハナイ、又法律ノ適用セラルベキ目的物ニ付テモ其通りデアアル、試ニ茲ニ車ニ關スル規定ガアルト致シマス、其車ハ法律制定ノ當時ニハ人力車、馬車、荷車等デアッタト致シテ、自動車ト自動車ガ新ニ出來レバ矢張り之ニ適用セラレナケレバナラヌ、建物ニ關スルハ、自轉車、自動車ナドガ新ニ出來レバ矢張り之ニ適用セラレナケレバナラヌ、建物ニ關スル法律ガ假ニ木造ノ建物シカナイ時ニ出來タ所ノ法律デアッタ所ガ後ニ石造、煉瓦造ナドノ建物ガ出來テモ、單ニ「建物」ト云ヘバ矢張り之ニ適用セラレナケレバナラヌ、ソレ計同ジコトデ

アル、成程日本ノ版圖ハ當時臺灣ト云フモノヲ含シテ居ラナカッタ、併シ日本全體ノ法律タル憲法デアル以上ハ、臺灣ガ日本ノ領土ト爲ッタ以上ハ矢張り是ニモ適用セララルト云フコトハ當然デアル、尤モ我邦ハ欽定憲法ノ國デアッタ、即チ帝室ガ任意ニ御定メニ爲ッタ所ノ憲法デアルカラ臺灣ガ日本ノ領土ト爲ル際ニ其臺灣ニハ憲法ヲ施行セスト云フ詔勅デモ出タラバ或ハ憲法ガ臺灣ニ及バヌト云フコトガ出來ルカモ知レヌガサウ云フコトモ實際ナカッタ、然ラバ學者ハ何ト云ハウトモ政治家ハ何ト云ハウトモ自ら憲法ハ臺灣ガ我版圖ニ歸シタ時カラ行ハレテ居ルモノト云ハナケレバナラヌト私ハ思フ、況ヤ明治二十九年法律第六三號ヲ以テ臺灣ニ關スル法制ノ例外規定ガ出來タ、其重モナル規定ハ臺灣ニ於テハ臺灣總督ガ或條件ノ下ニ法律ニ均シキ效力ヲ有スル命令ヲ發スルコトヲ得ルト云フ規定ガアル、次ニハ内地ノ法律ニシテ臺灣ニ施行スベキモノハ特ニ勅令ヲ以テ之ヲ定ムル、其他ハ臺灣ニハ施行セラレスト云フコトヲ定メタモノデアアル、此法律ハ矢張り他ノ法律ト同シヤウニ帝國議會ノ協贊ヲ經テ天皇ガ御裁可ニ爲リ、且公布セラレタル所ノモノデアアル、若シモ憲法ガ臺灣ニ行ハレナイナラバ斯様ナル手續ハ全ク不用デアアル、法律ハ帝國議會ノ協贊ヲ經ベシト云フノハ内地ダケノコトデアアル、故ニ臺灣ニ於テハ總督府ガ勝手ニ法律ヲ制定シヤウトモ其以下ノ官吏ガ勝手ニ法律ヲ定メヤウトモ、苟モ天皇ノ意思ニ反セザル限りハ差支ナイト云ハナケレバナラヌノデアアル、又憲法ヲモ行ハレヌ位ナラバ内地ノ爲メニ制定シタル所ノ法律ガ臺灣ニ行ハルベキ筈ハナイカラ應廉法律ヲ以テ

内地ニ於ケル法律ガ勅令ヲ以テ臺灣ニ施行セザル限りハ臺灣ニ於テハ適用ガナイト云フコトヲ定ムル必要モナイノデアアル、又其必要アリトシラモンレテ帝國議會ノ協贊ヲ經タル法律ヲ以テ定ムルト云フコトハ實ニ謂レノナイコトデアアル、然ルニ明治二十九年ニ此ノ如キ法律ハ出來テ居ル、是ハ取りモ直サズ此法律ガナケレバ憲法ノ當然ノ結果トシテ臺灣ニ施行スベキ法律モ帝國議會ノ協贊ヲ經ナケレバナラヌ、又一般ニ制定セラレタル所ノ法律ハ自ら臺灣ニモ施行セラるベキデアアルト云フコトヲ前提シテ居ルカラデアアル、要スルニ此二十九年法律第六三號ト云フモノハ若シモ憲法ガ臺灣ニ行ハレテ居ラヌト云フナラバ實ニ意味ノナイ法律デアアル、是ニ由テ之ヲ觀レバ當時ノ立法者モ矢張り我我ト同シヤウニ憲法ガ臺灣ニ行ハレテ居ルト云フコトヲ認メテ居ッタニ違ヒナイト私ハ思フ、而シテ此明治二十九年法律第六三號ハ明治三十九年法律第三二號ヲ以テ改メタケレドモ其規定ハ同様デアアル(尙ホ他ニ會計、銀行、恩給、陸軍軍法會議等ニ關スル法律アリ)、之ヲ要スルニ憲法ハ我邦ノ如何ナル土地又如何ナル人ニ對シテモ行ハルル所ノ法律ニシテ、是ハ絶對ノ普通法デアアルト云フテ宜シイ、併シ絶對ノ普通法ト云フモノハ極メテ稀デアアル、憲法サヘモ議論ノアル位デスカラ外ニハ殆ド其例ハナイ、成程法例ト云フモノハ之ヲ臺灣ニ施行スルト云フコトニ勅令デ爲ツテ居ル、ダカラ此等ハ實際ニ於テ絶對ノ普通法デアアルト云ヘヌケレドモ、サウ云フコトハ少イ、多クハ普通法ト云フテモ相對的デアアル、例ヘバ臺灣ノ諸法令ニ對シテ内地ノ法令ト云フモノハ即チ相對的普通法デアアル、民法デモ

商法デモ皆サウデアアル、ソレカラ地方制度ニ於テ北海道區制、北海道一級町村制、北海道二級町村制ナドト云フモノガアル、ソレカラ沖繩縣區制、ソレカラ矢張り沖繩縣ニ間切規程ト云フモノガアル、サウ云フモノニ對シテ一般ノ市制、町村制ガアル、ソレハ即チ相對ノ普通法デアアル、ソレカラ皇室典範ニ對シテ民法ハ普通法デアアル、即チ民法ハ皇族ニハ適用ガナイ、是ハ多少疑問デアッタケレドモ、併シ今日ハ皇室典範增補第七條ニ依ツテ明カデアアル、サウスト民法ハ絕對ノ普通法デハナクシテ相對ノ普通法デアアル

特別法ノ定義ハ「一國內ノ或地方又ハ或人ニノミ適用スベキ法律」デアアル、即チ臺灣ノ總テノ法令ハ皆特別法デアアル、ソレカラ彙ニ申シタ北海道區制、北海道一級町村制、二級町村制ハ皆サウデアアル、沖繩縣ノ區制、間切規程モサウデアアル、是ハ土地ニ關スル特別法デアアル、人ニ關スル特別法ヲ言ヘバ皇室典範、華族令等ノ如キデアアル、其外ニモ幾ラモアル

此普通法、特別法ノ區別ニハ一ノ大ナル實用ガアル、ソレハドウデアアルカト言ヘバ右ノ孰レノ點ヨリ觀察スルモ、即チ法律ノ内容ヨリ觀察スルモ、效力ヨリ觀察スルモ常ニ特別法ハ普通法ニ先ツテ適用セラルル、即チ特別法ト普通法ト異ナツテ居ル場合ニハイツモ特別法ガ先ニ適用セラルル、例ヘバ商事ニ關シテハ商法ノ規定ト民法ノ規定ト異ナツテ居ル場合ニハ商法ノ規定ヲ先ツ適用スル、商法ニ規定ノナイコトハ民法ニ依ル、又契約ニ付ラモ各論ニ規定ノアル事ハ先ヅ各論ノ規定ニ依リ、ソレニ規定ノナイ事々ケハ總論ニ依ル、或ハ臺灣ニ關スル特別ノ法令

ガアレバ必ズソレニ依ラナケレバナラス、北海道ニ付テハ北海道ノ區、町村制、沖繩縣ニ付テハ沖繩縣ノ區制、間切規程、皇族ニ付テハ皇室典範、華族ニ付テハ華族令ト云フモノガ先ヅ行ハルルノデアアル、サウ云フ風ニ特別法ハ普通法ニ先ツテ適用セラルルト云フ點ニ於テ此區別ハ頗ル大切デアアル(但憲法ト他ノ法律トノ關係ニ於テハ我邦ニテハ常ニ先ヅ憲法ニ依ラネバナラス)

第六節 命令法、隨意法

命令法、隨意法ノ區別ハ法律ノ效力ヨリシテ爲ス所ノ區別デアアル

第一 命令法

「命令法」ト云フノハ或ハ強行法ト云フ、ソレカラ或場合ニハ之ヲ禁止ト名ケル、即チ消極的命令法デアアル、或事ヲ爲サザルコトヲ命ズルノガ禁止法デス、人ヲ殺シテハナラス、人ノ物ヲ奪フテハナラヌト云ヘバ禁止法デアアル、併シソレハ矢張り命令法デアアル、何トナレバ人ヲ殺サザルコトヲ命ズル、人ノ物ヲ盜マザルコトヲ命ズルト云フノデアアルカラデス、是ハ定義ヲ下シマスト「利害關係人ガ其意思ヲ以テ法律ノ規定ト異ナリタル事項ヲ定ムルコトヲ得ザルトキハ其法律ハ命令法デアアル」ト謂ハナケレバナラス、例ヘバ刑法、是ハ大抵皆命令法デス、見ヤウニ依ラテハ刑法ト云フモノハ人ヲ殺スコトヲ禁ジテ居ルトカ、人ノ物ヲ盜ムコトヲ禁ジテ居ルトモ見ラレヌコトハナイ、併シ形ノ上ニ於テハサウ云フ風ニ爲ツテ居ラス、人ヲ殺シタ者ハ死刑ニ

處スルトカ或ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ處スルトカ人ノ物ヲ盜ンダ者ハ同年ノ懲役ニ處スルトカ云フヤウニ爲ラテ居マスカラ形ノ上カラ言ハバ禁止法デハナイ、人ヲ殺シタ者ハ死刑ニ處スルトカ或ハ無期若クハ三年以上ノ懲役ニ處スルトカ、又竊盜、強盜、ソレソレ或期間ノ懲役ニ處スルト云フヤウナ規定ハ命令規定デアルカラ特ニ汝ト吾トノ間デハ縱令互ニ殺シテモ死刑ニ處セラルルコトノナイヤウニシヤウデハナイカ、互ニ物ヲ盜ンデモ懲役ノ刑ニ處セラルルコトハナイヤウニシヤウデハナイカト云フモ駄目デアル、況ヤ裁判官トソナナ約束ラシテモ固ヨリ無効デアル、即チ利害關係人ガ其意思ヲ以テ刑法ノ規定ト異ナラサル事項ヲ定ムルコトハ出來ナイ、憲法モ亦ラウデス、法律ハ帝國議會ノ協賛ヲ經テ之ヲ定ムルト云フコトニ爲ラテ居ルノラ天皇ガ此法律ニ付テハ帝國議會ノ協賛ヲ經ナイデモヨイト仰シヤル譯ニモイカズ、帝國議會ガ法律ハ我我ノ協賛ヲ經テモ宜シト云フコトヲ極メルコトモ出來ヌ、尤モ是ハ例ノ委任命令ト云フモノト法律トノ關係ニ於テハ色々議論モアルケレドモ、一般ニ憲法ノ規定ニ依ラズシテ法律ヲ制定スルコトヲ得ルト定メルコトハ出來ナイ、又租稅ハ法律ニ依ラテ徵收スルト云フコトニ定メテアル、ソレヲ政府ガ法律ニ依ラズシテ租稅ヲ徵收スルコトニスルト云フコトハ一切出來ナイ、即チ憲法ハ概シテ言ハバ命令規定ヲ以テ滿タサレテ居ル所ノ法律デアル、即チ命令法デアル、尙ホ私法ニ於テモ民法中ノ或規定ハ矢張り命令法デアル、例ハバ物權ニ關スル規定ハ多ク命令法デアル

第二 隨意法

「隨意法」トハ如何ナルモノデアルカ、尙ホ其名稱ニ付テモ或ハ任意法トモ云ヒマスケレドモ「任意法」ノ名ハ私ハ面白クナイト思フテ餘リ用ヒヌ、ソレカラ規定法ト云フ、ナゼ「規定法」ト云フカト云ハバ必ズシモ命令スルノデハナイ、一般ノ規則トシテ定メテ居ルニ止マルカラデア、ソレカラ許容法ト云フ、法律ガ必ズ命令シテ居ルノデナイ、許シテ居ルノデアカラデア、ソレカラ解釋法トモ云フ、ソレハナゼカト云フト、單ニ當事者ノ意思ヲ解釋シテ定メタル所ノ法律デアルノデ、若シ當事者ガ之ニ異ナラサル意思ヲ持ッテ居ルナラバ其意思ニ從フカラデア、其定義ハ「利害關係人ガ其意思ヲ以テ法律ノ規定ト異ナラサル事項ヲ定ムルコトヲ得ルトキハ其法律ハ隨意法デアル」ト、斯ウ云フタラ宜カラウト思フ、例ハバ各種ノ準則、法律ガ利害關係人ノ依ルベキ原則ヲ定メテ置イテ、詰リ依ッテモ依ラナクテモ宜イケレドモ、若シ依ルナラバ斯ウ云フ風ニシテ然ルベキデアルト云フ標準ヲ定メテ居ル法律、此種類ノモノハ幾ラデモアル、ソレハ皆隨意法デアル、尙ホ民法ノ規定ハ大部分ニ於テ隨意法デアル、就中債權、契約ナドニ關スル規定ハ大抵皆隨意法デアル、即チ利害關係人ガ其意思ヲ以テ法律ニ異ナラサル事項ヲ定ムルコトガ出來ル、例ハバ債權ニ期限ノ附シテアル場合ニハ其期限ガ來ラテ尙ホ履行シナケレバ所謂「遲滯ニ在ル」ト云フテ、其結果少クモ損害賠償ノ責任ガアルト云フコトニ爲ラテ居ル、併シ當事者ノ間ノ約束デ期限ハ定メテアラ、テモ尙ホ期限ガ過ギテカラ債權者ガ債務



者ニ對シテ特ニ請求ヲ爲スルマデハ所謂「運滞」ニ在ラス、隨テ損害賠償ノ義務モ於テ其契約  
 ナウニ定メテ置イテモ差支ナイ、或ハ又契約ヲ約束通リニ履行シナケレバ相手方ニ於テ其契約  
 ヲ解除スルコトガ出來ルト云フ規定ガアルケレドモ併シテ特約ヲ以テ解除ハ出來ナイト云フコト  
 ニ極メテ置イテモ差支ナイ、サウ云フ風ニ民法ノ大部分ノ規定ハ皆隨意法デアアル、寧ロ  
 此「命令法」「隨意法」ト云フノハ學者ニ依テハ命令規定、隨意規定ト云フノデアアルガ、寧ロ  
 其方ガ正確デアアル、何トナレバ或法典トカ或法律トカノ全體ガ命令法ニ屬スルカ隨意法ニ屬  
 スルトカ云フコトハ滅多ニナイノデ、其規定ガ命令の規定デアアル、隨意の規定デアアルト云フコ  
 トニ爲ル、甚シキハ一箇條ノ中デハ部分ハ命令の規定デアアル、他ノ部分ハ隨意の規定デアアル  
 ト云フコトモ珍シクハナイ、尤モ之ヲ言ヘバ他ノ法律ノ區別デモ矢張りサウデアアル、例ヘバ公  
 法、私法ト云ヘマシガ、詳シク言ヘバ民法中ニモ多少ノ公法ヲ含ンデ居ル、即チ或場合ニ行政  
 官廳ガ法人ノ解散ヲ爲スコトガ出來ルトアル、此等ハ公法ニ屬シテ居ル、其類ノ事ハ民法ノ  
 ナラズ商法ニモアル、例ヘバ會社ガ或場合ニ裁判所ノ命令ニ依テ解散セラルルト云フコトガア  
 ル是モ公法ニ屬シテ居ル、其他多少疑ノアル場合モアルケレドモ要スルニ民法デモ商法デモ多  
 少ノ公法の規定ヲ含ンデ居ラナイコトハナイ、其代リ所謂「行政法」ト稱スル所ノ法令デモ多  
 少ノ私法の規定ヲ含ンデ居ルモノガ少クナイ、又前ニモ申シタヤウニ實體法、形式法ニ付テモ  
 民、商法ハ概シテ實體法ニ屬スルモノデアアルト云ヒマシガ矢張り手續規定モアル、例ヘバ遺

言ト云フモノハドウ云フ形式ヲ特ニテ居ラナケレバナラヌカト云ヘバ、是レ則チ形式法ニ屬ス  
 ル、又商法ニ於テ會社ノ設立ニ當テハ定款ヲ作ラナケレバナラヌ、其定款ニハドウ云フコト  
 ヲ記載シナケレバナラヌト云フヤウナコトハ矢張り形式法デアアル、ソレ故ニ此實體法、形式法  
 ノ區別モ或ハ「實體規定」、「形式規定」ト云フ方ガ穩當デアアルカモ知レヌ、ソレト同ジコトデ  
 「命令規定」、「隨意規定」ト云フ方ガ或ハ正確デアアルカモ知レヌガ、併シ法律ト云フノハ固ヨリ  
 無形ノ意味ニ於テ我我ハ言フテ居ルノデ、必ズシモ或法典或ハ「ウ」ノ形式ヲ具ヘタ法律ト云フ  
 意味デハナイカラ矢張り私ハ「命令法」、「隨意法」ト言フテ宜シト思フ、又學者ノ多クハサウ  
 云フ風ニ言フテ居ル、  
 サテ此命令法、隨意法ノ實用ハ既ニ定義ニ依テ明カデアアル通り實際ニ最モ必要ナル區別デア  
 ル、即チ命令法ニ反スル意思表示ハ無効デアアル、之ニ反シテ隨意法ニ反スル意思表示ハ有效デ  
 アル、例ヘバ民法デ云フテ見テモ遺言ハ一定ノ方式ニ依ラナケレバナラヌト云フコトガ規定シ  
 テアル、是ハ命令規定デアアル、隨テ或者ガ或他ノ者ト契約ヲシテ我我ノ間ニ於テハ遺言ハ何  
 等ノ形式ヲ履マズトモ有效デアアルト云フコトニシヤウデハナイカト云フテモ其契約ハ無効デア  
 ル、之ニ反シテ賣買ノ場合ニ於テ買主ガ直チニ代價ヲ拂ハヌケレバ或時期カラシテ之ニ利息ヲ  
 附セナケレバナラヌト云フ規定ガアル、併シソレハ契約ヲ以テ初ヨリ利息ヲ附スルト云フコト  
 ニシテモ宜シ、或ハ利息ヲ附セヌト云フコトニシテモ宜シイ、ソレ等ハ所謂隨意法ニ屬スルモ

ノデアルカラ當事者間ニ於テ勝手ニ極メラルコトガ出來ル  
 此事ハ民法ニモ明文ガアツテ、民法ノ第九〇條乃至第九二條ガソレデアアル、今私ノ言フ通り  
 ニハ書イテナイケレドモ其趣意ガ明カニ爲テ居ル、唯實際ニ於テムヅカシイ問題ハ如何ナル  
 モノガ命令法デアツテ、如何ナルモノガ隨意法デアアルコトデアアル、是ハ各國ニ於テム  
 ズカシイ問題ト爲ツテ居ル、何トナレバ第一ニ立法者ガ命令ノ規定ト隨意ノ規定トヲ區別シテ  
 書カウト思フテモ先ツ今日マデ實際ニ行ハレタル所ニ依ツテ見レバ到底言葉ヲ以テ此二者ノ區  
 別ヲ明カニスルコトハ出來ヌ、例ヘバ「要ス」或ハ「得ズ」ト云ヘバ何カ命令ノ規定ノヤウデ  
 アルケレドモ是ノミニ依ツテ命令ノ規定デアルヤ否ヤヲ判斷スルコトハ到底出來ヌ、ソレハ我  
 邦ニ於テ出來ナイノミナラズ歐米諸國ニ於テモ皆出來ナイ、何トナレバ法律ノ規定スル場合ハ  
 千差萬別デアツテナカナカ此ノ如キ單純ナル標準ニ據ツテ規定ヲ設ケルト云フコトハ實際出來  
 ス、成程手續規定ナドニ付テハ或ハ多少用語ニ付テ區別スルコトガ出來ルカモ知レヌ、現ニ獨逸  
 ノ民事訴訟法ハソレヲ試ミテ居ル、我民事訴訟法モ獨逸ノ民事訴訟法ニ倣ウタノデアアルガ、是  
 ハ獨逸ノ民事訴訟法ヨリモ不正確デアツテ全ク成功シテ居ラヌ、併シ元來民事訴訟法ノ規定ハ  
 殆ド皆命令ノ規定デスカラ實ハ民事訴訟法ニ於テ命令ノ規定ト隨意ノ規定トヲ區別スルト云フ  
 ヨリモ同じ命令規定ノ中デ其制裁如何ト云フコトヲ區別スル爲メニ獨逸ノ立法者ハ苦心シタノ  
 デアル、ソレ故ニ同じ獨逸デモ民法ノ規定ヲ執レガ命令規定デアツテ、孰レガ隨意規定デア

カト云フコトハ矢張り單ニ用語ノミニ依ツテハ全ク分ラヌノデアアル、即チ是ハ規定ノ性質ニ依ツ  
 テ區別スルノ外ハナイ、幸ニ多クノ場合ニハ其性質ガ自ラ明瞭デアアル、例ヘバ先刻申シタ遺言  
 ノ形式ニ關スル規定ノ如キハ其命令ノ規定デアルト云フコトハ何人モ之ヲ疑ハヌ、又契約ノ不  
 履行ノ場合ニ於テ相手方ヨリ其解除ヲ爲スコトガ出來ルト云フコトモ是ハ命令規定ニ非ズシテ  
 隨意ノ規定デアルト云フコトハ何人モ疑ハヌノデアアル、サウ云フ規定ガ幸ニ多イ、併シ時トシ  
 テハ疑ハシイ問題ガ起ル、現ニ委任契約ニ於テ我民法ノ規定ニ依レバ(而シテ各國ノ法律大抵  
 皆サウデス)當事者雙方カラシテ何時ニテモ契約ノ解除ヲ爲スコトガ出來ルトアル、委任者カ  
 ラデモ受任者カラデモテラカラデモ契約ヲ解除シテ、即チ委任ヲ爲ス者ハ相手方ノ解任ヲ爲  
 スコトガ出來ル、受任者ハ辭任ヲ爲スコトガ出來ルト云フコトニ爲ツテ居ル、此規定ハ果シテ  
 命令ノ規定デアアルカ、隨意ノ規定デアアルカト云フコトハ今日多少ノ疑問ト爲ツテ居ル、裁判例  
 ハ幾分カ命令ノ規定デアアルガ如ク解シテ居リマスケレドモ私共ハソレハ誤ツテ居ルト思フ、左  
 様ナ事ハ各種ノ法律ニ於テ免レヌ、ドウモ是ハ各國皆已ムコトヲ得スコトト爲ツテ居ル、各場  
 合ニ付テ論ズルノ外ハナイ

尙ホ命令ノ規定ノ中デ制裁ノ一様デナイト云フコトヲ注意シナケレバナラヌ、命令ノ規定ニ反  
 シタル行爲ハ必ず無効デアアルカト云ヘバサウデハナイ、無効ノ制裁ノアルモノモアリ、或ハ損  
 害賠償ノ制裁アルモノモアリ、又ハ例ヘバ取消其他ノ制裁アルモノモアル、單ニ命令ノ規定

デアルカラト云フテ直ニ其制裁ガ無効デアルト思フト大變ナ間違ヒ、此事ハ追追諸君ガ民法  
 其他ノ法律ヲ御研究ニ爲レバ分ルコトデアルケレドモ除程大切ナ事デアル、例ハ民事訴訟法  
 ニ於テ其規定ノ殆ド全部ガ命令の規定デアルニ拘ハラズ或規定ニ背イタル行為ハ無効デアル、  
 例ハ或規定ニ背イタ訴ハ無効ト爲ラテ、折角訴ヲ起シテモソレハ何ニモナラヌ、法律上ハ訴  
 ヲ起サナイト同ジト云フコトモアルシ、サウカト思フトソレ程ノ制裁ガカイ、唯或不利ヲ被  
 ムルト云フ丈ノコトヲ直接ノ制裁ハナイコトモアル、又裁判官ノ守ルべき規定ヲ守ラナイガ爲  
 メニ其行為ガ無効ニ爲ル場合ト、サウデナク唯ソレガ懲戒ノ原因ト爲ルニ過ギナイノデ、爲シ  
 タル事柄ソレ自身ハ矢張り有効デアルト云フコトモアル、ソレ等ハ各規定ニ付テ論ズルノ外ハ  
 ナイガ先刻申シタ法典ノ用語ニ付テ區別シヤウトシタノハ主トシテ其點デアル、即チ編逸ニ於  
 テハ動詞ヲ分チテ「ムス」ト云フ動詞ヲ使フタトキハ其制裁ハ無効ニ爲ル、ソレカラ「ゾル」  
 ト云フ動詞ヲ使フタトキハ此ノ如キ制裁ガナイト云フヤウナ區別ヲシテ居リマス、我民事訴訟  
 法デ幾分カソレヲ真似テ「要ス」ト「可シ」ト區別シテ居ル、併シソレハ絕對ニ其標準ニ據ル  
 コトハ出来ス、詰リ我現行ノ民事訴訟法ハ此點ニ於テハ缺點ガ多イ

第八章 權利及義務附法律關係

第一節 權利

第一款 權利ノ定義

權利ノ定義ニ付テハ色色意見ガアリマスガ、最モ妥當ナリト考ヘタ所ノ定義ガ「法律ニ據リ他  
 人ニ自己ノ行動ヲ正當ト認メシムルコトヲ得ル力」デアルト言ハウト思フ、此定義ニ對シテ  
 ハ「内外論叢」ト云フ雜誌ノ第二卷第四號第二一頁ノ次ニ京都大學ノ仁保氏ガ批評ヲシテ居ル  
 ガ、二ツノ點ニ於テ批難ヲ試ミテ居ル、第一ノ批難ハカト云フノハ果シテ權利者ノ固有ノ力デ  
 アルカ、又ハ法律上ノ力デアアルカト云フ疑デアル、此意味ニ付テハ多少不明ノ點モアリマス、  
 固有ノ力トハドウ云フ意味デアアルカ、能ク分ラヌ、併シ本論ノ中（内外論叢ノ今引イタ號ノ初  
 ニ論ジテアル處デアル）ニ「心意上ノ力」又ハ「意力」ト云フ字ヲ遺ラテ居リマスガ、其意味  
 デアルカト思ハレル、即チ分リ易ク言ヘバ「意思ノ力」ト云フコト、若シサウデアルトスレバ  
 私ノ言フ「力」トハ少シ違フ、私ノ言フ力ハ固ヨリ法律上ノ力デアアル、唯法律上ノ力ト云フコ  
 トハ頗ル漠然タル言葉デアラテ、ソレヨリハ自分ノ考デハ法律ニ據ラテ或專ラ爲シ得ルカト云  
 フ方ガ正確デアラウカト思フ、尤モ此力ハ法律ガ付與シタル所ノ力デアアルカ、又ハ認メタル力  
 デアルカト云フヤウナコトニ付テ多少議論ヲスル人モアル、富井君ナドモ法律ガ付與シタル力  
 デアルト云フコトニ付テ特ニ民法原論ノ第三六頁以下ニ論ジテ居ル

ウトモ同ジコトデアルト思フ、其譯ハ法律アヲ始メテ權利ガアルノダカラ法律ガナケレバ權利ト云フモノハナイ、ソレダカラ法律ガ與ヘタル力デアルト云フヲモ認メタル力デアルト云フヲモ同ジコトデアルト思フ、唯自分ハ「付與シタル」ト云フヨリハ「認メタル」ト云フ方ガ穩デアルト思フ、其譯ハ法律ガ自由自在ニ或權利ヲ認メ、若クハ認メザルコトヲ得ルト云フノハ實ハ理論デアリテ自ら認メナケレバナラヌモノ、認メルコトノ出來ナイモノガアルノデスカラ付與スルト申シタ所デ法律ノ恩惠的ニ與ヘタモノデハ固ヨリナイ、殊ニ我我ノ如ク性法若クハ理想法ヲ認ムル者ニアリテハ法律ガ付與スルト云フ言葉ハ如何ニモ穩デナイ、寧ロ認ムルト云フ方ガ穩デアルト思フ、ソレデ若シ人ガ此力ハ法律ガ付與スル力デアルカ、單ニ認ムル力デアアルカト斯ウ言ヘバソレハ同ジコトデアアルケレドモ言葉トシテハ「認ムル力」ト云フ方ガ穩デアルト答ヘヤウト思フ

仁保氏ガ今一ツ此定義ヲ批難スル所ハ「權利者ト他人トノ關係上ニ於ケル權利ノ一效果ヲ探リテ直チニ權利ノ本質タル全力ナリト認メ」テ居ルノガ間違ヲテ居ルト云フテ居ル、併シ此批難モ私ハ餘リ價値ノアル批難トハ思ハヌ、仁保氏ガ「權利」ノ定義ヲ如何ニ下シテ居ルカト云ヘバ「適法行為ノ基礎ヲ成ス法律上ノ可能力」デアルト云フ、此定義ハ果シテ明瞭ナルヤ否ヤト云フコトハ隨分疑問デスガ、先ヅ此「適法行為」ト云フコトハ如何ナル事デアアルカト云フコトガ分ラス、ケレドモ畢竟ソレハ私ノ定義ト同ジ意味デアラウト思フ、何ヲ「適法」ト云フカト云ヘバ

矢張り法律ニ從フタル行為ト云フコトニ違ヒナイ、「法律ニ從ヒタル力」ト云ヘバソレデモ濟ム

ヤウデアアルガ、ソレデハ殆ド意味ヲ成サヌ、然ラバ法律ニ據リ基イテ他人ヲシテ自己ノ行動ヲ正當ト認メシムルト云フノガ即チ此適法行為ト云フノト同ジコトデアラウト思フ、抑モ「權利」ト云フモノニハ必ズ二人以上ノ人格ヲ必要トスル、權利ハ固ヨリ人格者ニ屬スルノデアリヤスガ、一人デハ決シテ權利ト云フモノハ想像シ得ラレス、試ニ世界ニ人ガ一人シカ居ラヌトスレバ權利ノ問題ハ起ラヌ、サレバコソ後ニ論ズル通り或學者ハ「人ノ行為ノ範圍」デアルト云フ、私モサウ云フ説ヲ唱ヘタコトガアル、ソレハドウ云フ意味カト云ヘバ是ハ「カント」ノ説カラ來テ居ルノデ、即チ「カント」ノ考デハ法律ト云フモノハ各人ノ自由ガ並ビ行ハルルヤウニスル爲メノモノデアアル、從テテ權利ト云フモノハ其各人ノ自由ノ範圍デアルト云フコトニ歸著スル、ソレハ後ニ論ズル理由ニ因リテ私ハ今日ハ採用致シマセケレドモ「カント」ガ各人ノ自由ヲ制限スル爲メニ法律ガ存シテ居ル、其範圍ニ於テ權利ト云フモノガ存スルト云フ觀念ハ決シテ誤リテ居ラス、ソレハ正シイ、權利ノ中デモ例ヘバ債權ナドト云フモノハ二人以上ナケレバ存セスト云フコトハ敢テ疑ノナイ所デアリテ、詰リ債權者ト云フモノト債務者ト云フ者トナケレバ債權ト云フモノハ存スルコトハ出來ヌ、併シ例ヘバ物權ノ如キデアリテモ矢張り權利者一人シカナイモノトシテハ到底存スルコトノ出來ヌモノデアアル、ナゼカト言ヘバ所有權ト云フノハドウ云フモノデアアル、試ニ私ガ此時計ノ所有者デアルト云ヘバ私ガ一人デ此時計ヲ自由





自在ニ處置スル所ノ權利デアル、然ルニ私ハ人シヨナケレバ何人モ私ノ行為ヲ妨ゲル者ハナイ  
 ノダカラ態態私ガ此時計ニ付テ自由ニ處分スル權利ヲ有スルト云フコトヲ言フ必要ハナイ總テ  
 ノ物ニ付テ皆自由デアル、成程事實ノ妨害ト云フモノハアルケレドモ法律上ノ妨害ト云フモノ  
 ハ有リ得ナイ、然ルニ愛ニ二人アレバ此時計ヲ私ガ自由ニ使フカ、他ノ者ガ自由ニ使フカト云  
 フコトガ起ル、私ガ所有權ヲ持ツテ居ルト云ヘバ私ガ自由ニ使フコト云フコトガ出來ル、ソレデ  
 スカラドウシテモ「權利」ト云フ觀念ハ二人以上ノ人格者ヲ豫想シナケレバ出テ來ヌ、然ルニ  
 例ヘバ仁保氏ノ定義デハ「サウ云フコトハチヨットモ見ユナイ、併シ仁保氏モソレハ固ヨリ認メ  
 テ居ルデアラウト思フ、併シ「適法行為ノ基礎ヲ成ス法律上ノ可能力」デハ少シモ此意味ヲ言  
 表ハシテ居ラス、少クモ私ノ定義ハ之ヲ言表ハシテ居ル積リデアル、法律ニ據リ他人ニ自己ノ  
 行動ヲ正當ナリト認メシムル力」デアルト云フカラ少クモ他人ト自己ト二ツノ人格ガナケレバ  
 「權利」ト云フ觀念ハ起ラヌ、尙ホ其上ニ私ノ定義ノ方ガ明瞭デアルカ、仁保氏ノ定義ノ方ガ明  
 瞭デアルカト云フコトハ是ハ諸君ノ判斷ニ任セルノ外ナイ

尙ホ進ンデ富井君ノ定義ヲ見ルト、富井君ハ斯様ニ定義ヲ下シテ居ル、民法原論ノ四三頁ニア  
 ル、「人格相互ノ關係ニ於テ其一方カ他ノ一方ニ對シテ一定ノ利益ヲ享受スル法律上ノ能力」  
 トアル、私ハ此定義ヲ今批評スル積リデハナイ、各學者ノ定義ヲ批評致シテハ日モ亦足ラズデ  
 アリマスカラ「一批評ハセヌ、唯其中デ二ツノ點ニ於テ私ガ之ヲ採用スルコトヲ得ヌト云ラコ

ト云ケテ一言致シテ置キマス、第一「利益ヲ享受スル云云」ト云フコトガ後ニ論ズベキ理由ニ  
 因テ採用シ難イ、第二「能力」ト云フ言葉ハ今日一般ニ用ヒラレテ居ル所ニ據レバ權利能力  
 若ハ行為能力ト云フテソレハ權利ノ主體トナル力トカ、又ハ法律行為ヲ爲スカト云フ意味ニ使  
 ヒマスカラ權利其モノヲ「能力」ト云フノハ穩デナイト思フ

是ヨリ進ンデ從來ノ學者ガ唱ヘル所ノ定義ノ中デ大別シテ之ヲ三ツニ分ケテ其孰レモ採用シ難  
 イト云フコトヲ簡單ニ説明シヤウト思フ

即チ第一ニハ意思說ト稱スルモノ、第二ニハ範圍說ト稱スルモノ、第三ニハ利益說ト稱スルモノ  
 ノ、此等ノ事ハ仁保氏ノ論文ノ中ニ説明シテアル、此三者ハ各有力ナル首唱者ガアツテ又見  
 様ニ依ツテハ決シテ誤ヲ居ルトハ言ヒ難イノデスケレドモ定義トシテハ私ハ採用シナイ、其  
 理由ヲ申上ゲル

第一 意思說  
 是ハ例ヘバ「グンデシヤイド」ノ說デ、此說ニ據レバ「權利トハ法律ニ由リテ與ヘラレタル  
 意思ノ勢力又ハ主宰力デアル」ト云フ、私ガ此說ヲ採用セザル理由ハ此「意思ノ力」ト云フコ  
 トガドウモ穩當ヲ缺イテ居ルト思フ、例ヘバ幼者或ハ白痴、瘋癲ノ者或ハ法人(法人ニ意思ア  
 ルトノ說アレドモ私ハ之ヲ採ラヌ)斯様ナル者ト雖モ矢張り權利ノ主體ト爲ルニ得ル、然  
 ルニ之ニ付テ意思ノ力ガ權利デアルト云ヘバ此等ノ者ハ意思ノ無イ者デアルカラ隨テ其力ハ



アルト云フコトハドウシテモ認ムルコトガ出来ナイ、勿論此説ヲ唱ヘル者ハ種種ノ辯解ヲ致シ  
マスケレドモ少クモ言葉ヲ穩當デナイト云フコトハ認メナゲレバナラズ、ソレデ此説ハ私ノ取  
ラズ、  
第二 範圍説  
是ハ嘗テ私ガ採用シタルコトガアル説ヲ先申シテカント、以來ノ説ニ基イテ居ル、随分西洋デ  
モ此説ヲ唱ヘル者ハ少クナイ、其説ニ據レバ權利ハ「法律ニ由リテ許サレタル人ノ行為ノ範圍」  
デアル、現ニ此定義ハ私ガ民法要義ニ唱ヘタ所ノ説デアル、但近頃改メタル版ニハ之ヲ改正シ  
テ居リマス、此説ハ一時私ガ採用シタアルケレドモ、能ク考ヘテ見ルト、ソノ缺點ガアル、  
ソレハドウカト云フニ「權利」ト云フモノハ成程一定ノ範圍ヲ有スルモノニ違ヒナイ、是ハ疑  
ハナイ點デアル、併ナガラ一定ノ範圍ヲ有スル所ノ力デアルト云フテコソ權利ニナルノデ、範  
圍其物ガ直ニ權利ニナルト云フノハ少シク正確ヲ缺イテ居ル、試ニ此「範圍」ト云フ言葉ヲ  
「權利」ト云フ言葉ニ換ヘテ使フテ見ルト云フド忽チ其缺點ガ分ル、私ハ斯ク斯クノ事ヲ爲ス權  
利ヲ有スルト云フノヲ「範圍」ト云フ字ニ換ヘテ考ヘテ見ルト、私ハ斯ク斯クノ事ヲ爲ス權  
利ヲ有スルトナル、是デハ意味ヲ成サズ、ダガラ其範圍ヲ有スル所ノ力ヲ持ツト云ヘバソレデ始  
メテ權利ヲ持ツト云フコトニ當ル、ソレヲ覺リヤシタカラ私ハ此定義ヲ棄テタ、唯仁保氏ナド  
ノ如ク此説ヲ批難スル者ノ從來言フ所ヲ聞クトソレハ多少無理デアラウカト思フバデアルト例

ハ仁保氏ナドノ言フ所ヲ聞クト「人ノ行為ノ範圍」ト云ヘバ詰リ意思説ト同ジヤウナ批難ヲ  
免レヌ、行為ハ固ヨリ意思ヲ前提トスル、故ニ意思能力ノ無イ者、今申シタ幼者、白痴、癡癡、  
法人等ニ付テハ其行為ノ範圍ト云フモノハナイ筈デアル、ソレダカラ矢張りイカナイト云フコ  
トヲ申シマス、併ナガラ此批難ハ格別適切デアルハ思ハヌ、成程意思能力ノ無イ者ハ法律上  
行為ヲ爲スコトハ出来ヌ、併シ「代理」ト云フ制度ニ依リテ法律ハ「フククシヨシ」即チ  
「假定」若クハ「擬制」ヲ認メテ居ル、意思能力無キ者ノ爲メニハ法律ガ所謂「法定代理人」  
ト云フモノヲ認メテ、其者ノ行為ハ恰モ本人ノ行為デアアル如クニ認ムル、ソレデスカラ「人ノ  
行為ノ範圍」ト云フテモ實際ハ其法定代理人ノ行為ノ範圍ガ即チ本人ノ行為ノ範圍ト爲ラテ、  
其點ニ於テハ格別批難ヲ容ルル餘地ハナイト私ハ思フ、唯法律行為以外ニ於テ意思無能力者ガ  
其權利ニ基イテ行動ヲ爲スコトガアルカラ、行為ノ文字ヨリ行動ノ文字ノ方ガ宜シイ、尙ホ行  
爲ノ範圍ト云ハンヨリハ先程申シタヤウニ「行動ヲ正當ト認メシムルコトヲ得ル力」ト申シタ  
方ガ一層穩デアラウト思フ、仁保氏ノ云フヤウナコトヲ正シイトスレバ仁保氏ノ定義モ矢張り  
イカヌ、適法行為ノ基礎ヲ成ヌ法律上ノ可能力」デハ矢張り行為ヲ要スル、行為ニハ意思ヲ要  
スル、意思能力ノ無イ者ニハ適法行為ト云フモノガ有り得ナイカラ矢張り同ジ批難ハ免レヌ、  
是ハ代理ニ關スル「フククシヨシ」ト云フモノヲ認メナイ以上ハ説明ハ出来ナイ、  
第三 利益説  
法學通論 權利及義務附、法律關係 權利  
一六三

是ニ依レバ「權利トハ法律ニ由テ保護セラレタル利益デアアル」ト云フ、現ニ名高キ「イニエリ  
 シング」ノ説ガ是デアアル、今日デハ獨逸デモ此説ガ類ル勢力ガアル、獨逸デハ第一ノ意思説ニ此  
 利益説ガ最も勢力ガアル、佛蘭西デハ第二ノ範圍説ガ勢力ガアル、私モ矢張り利益説ガ餘程奇  
 抜ナ説デアアルト思フヲ、初ニハ此説ヲ採リ居ラタ、ケレドモ退イテ考メテ見ルト、此説ハ二ツ  
 ノ點ニ於テ批難ヲ免レヌ、第一ニハ權利ノ結果ト、權利其モノトヲ混シテ居ル嫌ガアル、權利  
 ノ多クハ利益ヲ生ズルニ違ヒナイガ、權利ソレ自身ガ利益デアアルト云フノハ少シク本末ヲ顛倒  
 シタ話デアアル、私ガ法律上或事ヲ爲ス權利ヲ有スルト云ヘバソレガ爲メニ利益ヲ有スルト云フ  
 コトハアル、此時計ノ所有者デアアル、ソレガ爲メニ私ハ此時計ヲ自由自在ニ使フコトガ出來ル、  
 又恰モ之ヲ自由自在ニ使フコトガ出來ルカラ若シ此權利ト他ノ權利ト換ヘヤウト思フナラバ隨  
 分他ノ權利ト換ヘ得ラルル、即チ俗ナ言葉デ言ヘバ之ヲ買フテ金ニシテ、サウシテ又ソレデ他  
 ノ物ヲ買フコトガ出來ル、是ハ確ニ利益デアアルガ、ソレハ權利ノ結果ニ過ギヌ、權利其モノガ  
 利益デアアルト云フノハ誤リテ居ル、第二ニ誤リテ居ルハ權利ガ悉ク利益ヲ與ラルトハ限リテ  
 居ラス、成程財産權ハ概シテ利益ヲ與フル、併シ財産權以外ノモノハ利益ヲ與フルト云フコト  
 ハ寧ロ少イノデアアル、縱令私權デアラテモ親族權ス如キハ利益トハ云ヒ難イ、例ヘバ親權、是  
 ハ利益ト云フヨリハ寧ロ義務デアアル、負擔デアアル、親ガ親權ヲ有スル爲メニ子ノ財産ヲ自由  
 ニ處分スルト云フノハ子ノ利益ノ爲メニ處分スルノデアラテ自己ノ利益ノ爲メニ處分スルノデ

ハナイ、子ノ監護、教育ヲ爲スト云フノハ自己ノ利益デハナイ、ソレハ子ノ利益ノ爲メニ之ヲ  
 監護シ之ニ教育ヲ授クルノデアアル、自己ノ利益ノ爲メニ其權利ヲ行フナラバソレハ寧ロ權利ノ  
 濫越デアラテ權利其モノガ與フル利益デハナイ、例ヘバ子ノ財産ノ爲メニ己ガ利益ヲ受ケヤウト  
 云フナラバソレハ間違リテ居ル、法律上ハサウ云フコトハ許サヌ、子ノ財産ハ一定ノ注意ヲ以  
 テ之ヲ保存シテサウシテ子ガ成年ニ達シタ時ニ之ヲ返シテヤラナケレバナラス、ソレヲ自己ノ  
 用ニ供シタラバ法律ノ上カラ言ヘバソレハ義務違反デアアル、後見モ亦然リ、後見人ガ被後見人  
 ノ財産ヲ少シニテモ自己ノ利益ニ供シタラバソレハ義務違反デ權利以外ノ事ヲ爲スノデアアル、  
 民法施行前ニハ此ノ如キ不埒千萬ナル後見人ガ餘リニ多キ爲メニ民法ニテハ之ヲ制裁スル規定  
 ラ設ケタ位デアアル、ソレ故ニ民法上ノ權利デアラテサヘモ權利者ノ利益トナラナイモノハ少ク  
 ナイ、況ヤ公法上ノ權利ニ至リテハ殆ド自己ノ利益トナルモノハナイ、例ヘバ選舉權ハ公權デ  
 アルガ、選舉權ト云フモノハ決シテ本人ノ利益ノ爲メニ與ヘラレナ居ルモノデハナイ、不幸ニシ  
 テ我邦ニ於テハ選舉人ガ動モスレバ選舉權ニ由テ利益ヲ受クルサウデスガ、是ハ言語道斷ノ  
 事デ、多クノ場合ニハ刑法ノ罪人デアアル、是ハ決シテ利益ト云フコトハ出來ナイ、然ラバ權利  
 ガ利益デアアルト云フノハ徹頭徹尾誤リテ居ル、私共ガ初ニ之ヲ面白イ説デアアルト思フタノハ全  
 ク誤リテ居ラタト云フコトヲ悟ラタノデアアル、此説ハ私共ハ一番先ニ捨テタ、然ルニ富井君ナ  
 ドガ今以テ此利益説ヲ唱ヘラルルノハ頗ル遺憾ニ思フ(富井君ハ利益説ノ一半ヲ取ラザルニ拘

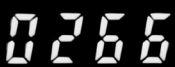
ハラズ他ノ一半ヲ採用セルヲ遺憾トス)

### 第二款 權利ノ種類

權利ハ大別シテ公權ト私權トニ分ツ  
第一公權

公權ノ定義ハ「國又ハ其一部ノ其資格ニ於ケル權利及ビ國ノ構成分タル資格ニ於ケル人民ノ權利」デアル、例ヘバ官吏ノ行フ所ノ權利ハ大抵皆國ノ權利デアル、併ナガラ中ニハ國ノ權利ニ非ズシテ自治團體ノ權利若クハ或公法人ノ權利ト云フモノガアル、サウ云フモノハ「國ノ一部ノ權利」ト謂ハナケレバナラス、但國又ハ其一部ト雖モ人民ト同一ノ資格ニ於ケル權利ヲ持ツコトガアル、ソレハ所有權、債權、國ガ或土地ノ所有權ヲ持ツコトガアル、例ヘバ或土地ヲ買入レル、此場合ニハ矢張り一ノ所有權ヲ取得スル、即チ一ノ賣買契約ヲ爲ス、多少國有財産ニ關スル特別ノ規定アリトハ云ヒナガラソレハ矢張り民法ニ規定シテ居ル所ノ所有權デアル、不動産登記法ニ規定シテ居ル所ノ登記手續ヲシナケレバナラス、人民ノ權利ト少シモ違フコトハナイ、此ニ「公權」ト云フノハ此等ノモノヲ除イタモノ、即チ國又ハ其一部ノ資格ニ於ケル權利デアル、例ヘバ國ガ公用徵收ヲ爲ス、公用徵收ノ權利ト云フモノハ是ハ私人ハ持タナイ、成程國ガ場合ニ依ッテソレヲ私人ニ與フルコトモアル、少クモ會社ナドニ與フルコトハアルガ、

法理的ニ之ヲ言ヘバ國ノ權利ニ依ッテ之ヲ爲スルデアル、左レバソソ縦令私立ノ鐵道會社ヲ爲メニ公用徵收ヲ爲ス場合デモ内閣カラ之ニ關スル公告ヲ爲ス、況ヤ國家ノ政務ニ直接ニ關シテ居ル總ラノ事項ニ付テハ人民ノ資格ニ於テハ決シテ爲シ得ベカラザル事ヲ總テ爲ス、又人民ガ國ノ構成分タル資格ニ於ケル權利ト云ヘバ例ヘバ帝國議會ノ議員ヲ首ト致シ府縣會、郡、市、町村會ノ議員ノ選舉權及ビ被選舉權ト云フモノハ皆我謂フ所ノ「公權」デアル、又官吏タル權利、是モ固ヨリ公權デアル、軍人タル權利、是モ公權デアル、辯護士若ハ公吏(我邦デハ疑ナク公吏ト云フコトヲ得ルモノハ先ヅ公證人、尤モ地方團體ノ吏員モ公吏ト云ヒマスケレドモ其公吏ト公證人トハ性質ガ違フ)ト爲ル權利、其外公ノ機關ニ參與スル權利、一例ヲ言ヘバ商業會議所ノ議員ノ選舉權及ビ被選舉權、總テ此等ノモノハ公權デアル、此公權ハ一名政權トモ謂ヒ又ハ參政權トモ謂フ、ソレカラ學者ニ依ッテハ之ヲ擔保權ト謂フ、ソレハ近頃流行致ス所ノ獨逸ノ學說ナドカラ見ルト大變ニ誤ッテ居ルヤウニ見エルケレドモ大ニ據ノアル說デア、本來公權ナルモノハ私權ヲ擔保スル爲メニ設ケテアル權利デアッタ、公權ガナケレバ私權ガ保障セラレナイト云フコトヲ考ヘル、主トシテ是ハ人民ノ側ノ公權ヲ云フノデス、參政權ト云フノモ多クソレヲ謂フノデス、就中選舉權、被選舉權ノ如キノレデス、ソレハ私權ヲ擔保スル爲メニ與ヘラレテ居ル所ノ權利デアルト云フ、我我ノ考デハ國ト云フモノハ各人ノ安寧、幸福ノ爲メニ存シテ居ルモノト思フ、其觀念カラ言ヘバ擔保權ト云フ名モ決シテ當ラヌトハ云ヘナ





イ、併シ近來流行スル、獨逸多ク行ハレテ居ル主義ニ依ルト國家ハ國家トシテ生存スベキ理  
 由ヲ持テ居ルト云ヒマスカラ、隨テ公權モ必ズシモ私權ヲ擔保スル爲メニ認メラレテ居ル  
 モノデアルト云フコトハ獨逸學者ハ通常認メナイノデアアル、併シ私ハ却テ其考ガ誤コト居ル  
 ト思フ

此公權ナルモノハ外國人ハ通常之ヲ有セズ、何處ニ於テモサウデアアル、其譯ハ荷モ國ノ區別ガ  
 アル以上ハ、即チ萬國ガ一國ト爲テ仕舞ハナイ以上ハ各國利益ヲ異ニスル、丁度各人ガ利益  
 ヲ異ニスル如クデアアル、ソレ故ニ甲ノ國ノ利益ハ必ズシモ乙ノ國ノ利益デハナイ、然ルニ公權ナ  
 ルモノハ國ノ利益ノ爲メニ與ヘラレテ居ルモノデアアルカラ甲ノ國ニ於ケル公權ハ甲ノ國ノ爲メ  
 ノ權利デアアル、ソレヲ乙ノ國ノ人民ガ當然有スルト云フコトニ爲テハ此權利ノ目的ニ反スル、  
 ソレデ外國人ニハ此權利ヲ與ヘスト云フノガ一般ノ原則、如何ナル文明國ニ於テモ此點ハ同シ  
 事デアアル、唯多少ノ例外ヲ認メテ居ルノデアアル、國ニ依テハ一定ノ條件ヲ以テ各種ノ議員ノ  
 選舉權、被選舉權ヲ認メテ居ル例アリマスガ、是ハ今日デハ少クモ文明國ニ於テハ、極メテ  
 少イ、官吏タル權利ニ付テハ例外トシテ外交官若クハ領事官——俗ニハ領事官モ外交官ノヤウ  
 ニ考ヘマスガ、本來ハサウデナイ——此等ノ者ニ付テハ往外國人ヲ用フル、成程是ハ行政法  
 上ニ謂フ所ノ「官吏」デハナイ、併ナガラ學理的ニ言ヘバ矢張り官吏デアアルガ、ソレニハ外國  
 人ヲ用ヒテ居ル、國ニ依テハ公使ニサヘモ外國人ヲ用ヒテ居ル例ハ少クナイ、ソレヲ我邦ノ

タル位ノ者ナラ相當ニ世上ノ智識モ發達シテ居ルモノト見テ宜カラウト思フ、ソレガ許可スル、  
 シナイト云フノ禁治產者、準禁治產者ガ許可スル、シナイト云フノトハ霄壤ノ差ガアル、此  
 等ノ理由カラシテ民法ハ夫ノ未成年者ノ場合ニハ矢張り夫ガ許可シナケレバナラス、唯法定代  
 理人ノ同意ヲ要スルト云フコトニシ、ソレカラ禁治產者、準禁治產者ニ付テハ妻ハ自由ニ法律  
 行爲ヲ爲スコトガ出來ルト云フコトニシタノデアアル

此夫ガ法定代理人ノ同意ヲ得ナケレバナラヌト云フコトハ第四條ノ規定ニ依ルト云フコトニ  
 ナリテ居ルノデスカラ若シ其法定代理人ノ同意ヲ得ナカッタナラバ之ヲ取消スコトガ出來ル、唯  
 是ニ於テ聊カ一般ノ場合ト異ナルデアラウト私ノ思フコトハ普通ノ場合デアレバ取消ト云フ法  
 律行爲ヲ爲スノニモ矢張り法定代理人ノ同意ヲ得ナケレバナラス、ソレデナケレバ其取消ト云  
 フ行爲ヲ又取消スコトモ出來ルノデアアル、ソコデ夫ガ妻ノ行爲ヲ許可シタ場合ニモ矢張り此規  
 定ヲ當嵌メテ見ルト夫ガ此許可ヲ取消スニモ矢張り法定代理人ノ同意ヲ得ナケレバナラヌカト  
 云フ疑ガ起ル、是ハサウデハナイ、許可ヲ取消スト云フ方ハ夫トシテ自由ニ出來ルノデ是ハ第  
 十六條ニ於テ初ニ少シモ缺點ナク與ヘタル所ノ許可デヌラ之ヲ自由ニ取消スコトガ出來ルト  
 ナリテ居ル位デアアル、妻ノ行爲ヲ許可スルニハ第四條ノ規定ニ依テ法定代理人ノ同意ヲ得ナ  
 ケレバナラヌト云フ規定ガ此處ニアルケレドモ其取消ニ付テハ何等ノ規定モナイニ依テ是ハ  
 自由ニ出來ルノデアアル、而シテ此場合ニ於テハ第十六條ノ場合トハ結果ガ大變違フ、第十六條



ノ場合ナラ是ハ完全ニ與ヘタル許可、ソレヲアトカラ取消スノデアルカラ善意ノ第三者ニハ對抗出來ヌケレドモ妻ノ行爲ヲ許可スルニハ法定代理人ノ同意ヲ要スル、其同意ヲ得テ爲シタラバ、完全ナ行爲ダカラ第十六條ガ全然當嵌ルケレドモ法律ニ反シテ法定代理人ノ同意ナク其許可ヲ與ヘタ場合ニ之ヲ取消スト云フノハ、不完全デアアルカラ取消スト云フノデアアルニ依リテ是ハ無能力ノ取消ノ一般ノ效力ニ於ケル如ク第三者ニ對シテモ效ガアル、此事ハ取消ニ關スル規定ト相對照シテ御覽ニナリタラバ殆ド疑ガナイカト思ヒマス、尙ホ第四條ノ適用ノ結果ト致シマシテ但書ニ單ニ權利ヲ得又ハ義務ヲ免ルヘキ行爲ハ此限ニ在ラスト云フコトガアリマスカラ妻ガ單純ノ贈與ヲ受クル場合ノ如キハ例外トシテ法定代理人ノ同意ヲ要セヌト云フコトニナルノハ疑ノナイコトデアラウト思フ

次ニ妻ノ能力ニ關シ注意スベキ第三點——是ハ他ノ無能力者ニ付テ屢、申上ゲタ第十九條デア  
ルガ、併シ妻ニ特別ナルコトガアルカラモウ一遍申上ゲナクテハナラス  
第十九條 無能力者ノ相手方ハ其無能力者カ能力者ト爲リタル後(妻ニ付テ言フテ見ルト婚  
姻解消ノ後)之ニ對シテ一个月以上ノ期間内ニ其取消シ得ヘキ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若シ無能力者カ其期間内ニ確答ヲ發セサルトキハ其行爲ヲ  
追認シタルモノト看做ス

此場合ハ他ノ無能力者ト變ルコトハナイ、ソレカラ次ハ

無能力者カ未タ能力者トナラサル時ニ於テ夫又ハ法定代理人ニ對シ前項ノ催告ヲ爲スモ其期  
間内ニ確答ヲ發セサルトキ亦同シ但法定代理人ニ對シテハ其權限内ノ行爲ニ付テハ此催告  
ヲ爲スコトヲ得

是ハ夫ガ追認シタルモノト看做スノデアアル、夫ハ追認權ヲ持ツテ居ルト云フコトガ後ニアリマ  
スカラソレデ法律行爲ト云フモノガ完全ニナル、ソレカラ

特別ノ方式ヲ要スル行爲ニ付テハ右ノ期間内ニ其方式ヲ踐ミタル通知ヲ發セサルトキハ之ヲ  
取消シタルモノト看做ス

之ニ付テハ妻ニ關スルコトガ一ツアル、ソレハ何カト云フト未成年ノ夫ガ許可ヲ與フル場合デ  
アル、此場合ニハ法定代理人ノ同意ヲ得テ此許可ヲ與ヘナケレバナラス、即チ特別ノ方式ヲ要  
スル場合デアアル、此場合ニ於テ夫ガ右ノ期間内ニ法定代理人ノ許可ヲ得タト云フコトノ通知ヲ  
發シナカラタナラバ此場合ニハ之ヲ取消シタルモノト看做ス、是ハサウナクテハナラス、是ニ  
依リテ見テモ取消ヲ爲スニ付テハ夫ハ特ニ法定代理人ノ同意ヲ要セヌト云フコトガ分ル、ナゼ  
カト云ヒマスト此規定ヲバ今ノ場合ニ當嵌メテ見ルト特別ノ方式ト云フノガ單ニ法定代理人ノ  
許可デアアル、ソレヲ必要トスルガ爲メニ期間内ニ返答ヲシナイカラト云フテ追認シタルモノト  
ハ看做サレヌ、ナゼカト云ヘバ夫ガ一存テ追認ガ出來ヌカラデアアル、ソレカラ

準禁治產者及ヒ妻ニ對シテハ第一項ノ期間内ニ保佐人ノ同意又ハ夫ノ許可ヲ得テ其行爲ヲ追

認スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得若シ準禁治産者又ハ妻カ其期間内ニ右ノ同意又ハ許可ヲ得タル通知ヲ發セザルトキハ之ヲ取消シタルモノト看做ス

此場合ニ於テモ妻ハ夫ノ許可ヲ得ナクテハ完全ナル行爲ハ出来ヌ、從テ追認モ爲スコトハ出来ヌ、此場合ニ夫ノ許可ヲ得ナイナラバ之ヲ取消シタルモノト看做スト云フコトニナリテ居ル

### 第三款 特別身分

法律ノ幼稚ナル間ニハ身分ニ依テ適用スベキ法規ノ變ハルト云フコトガ寧ロ普通デアアル、遠ク例ヲ外國ニ求ムルコトヲ俟タズ我邦ニ於テモ維新前ニハ正ニサウデアッタ、宮廷ノ法律、ソレカラ公家ノ法律、武家ノ法律ト云ツテ、徳川ノ大名ニ對スル法律、ソレカラ初ハ諸士ニ對スル法律ト云ツテ旗下ニ對スル法律ガアッタ是ハ後ニ一緒ニナッタ、ソレカラ各藩デ(藩毎ニ法律ノ違フノハ別ナ現象デアリマスカラ此ニ論ゼヌ)士族ノ法律、ソレカラ平民ノ法律、平民モ往往ニシテ農工商遠テ居ル、其下ニ非人ノ法律、色色ナモノガアル、羅馬ナドガアノ位開ケテ居ッタノニ身分ニ依ツテ法律ノ違フコトハ夥シカッタノデ、完全ニ羅馬ノ身分ニ關スル法律ヲ研究スルコトハ羅馬法學者ノ苦ム所デアアル、今日ハ身分ノ爲メニ法律ノ違フト云フコトハ我邦デハ原則トシテハ決シテナイ、併シ極ク少シアル、其多クハ實ニ巴ムコトヲ得ザルモノデアアル、先ヅ第一ハ皇族、是ハ我邦ノ國體ト致シマシテハドウシテモ特別ノ法律ノアルコトハ當然

ノ事ト云ハナケレバナラヌ、先ヅ皇族ノ範圍如何、皇室典範第三十條ニ依レバ「皇族ト稱フルハ太皇太后皇太后皇后皇太子皇太子妃皇太孫皇太孫妃親王妃親王妃内親王妃王妃女ヲ謂フ」トアル、是ハ總テノ皇族ガ網羅シテアル譯デアリマスガ此中ニ天皇ハ含まレテ居ナイ、故ニ多少議論ハアルケレドモ皇室典範ノ解釋トシテハ皇族ノ中ニ天皇ハ含まレテ居ラヌ、學理上カラ申スト固ヨリ天皇ハ我邦ノ主權者デアアル、之ニ付テハ議論ガアルガ、主權者若クハ主權ヲ代表スル機關デアアルカラ假令之ヲ皇族ト云ハウガ何ト云ハウガ天皇ニ特別ナルコトガ法律上アルト云フコトハ認メナケレバナラヌカラソレハ別ニシテモ宜イガ、マア學理上カラ言ヘバ廣イ意味ニ於テハ天皇モ皇族デアラウト思フ、ソレデスカラ學者ハ大抵皇族ノ中ニ天皇ヲ入レテ説クニ存シテ居ルト云ヒナガラ特別ノ規定ナキコトハ矢張り普通ノ法律ニ依ルノデ、矢張り民法等ニ依ルコトニナリテ居ル、併シ此等ノ事ハ國體ノ異ナルニ從テ同一ナルコトヲ得マセヌガ、我邦デハ民法等ノ規定ハ原則トシテハ適用シナイト云フコトガ皇室典範増補七ニ規定シテアル、然ラバ如何ナル法律ヲ適用スベキカト云フコトニ付テハ現在ハ「皇室典範」ノ外ニハ「皇室婚嫁令」位ノモノデハ皇室誕生令ト云フモノモアリマスガ是ニハ民法中ニ規定シテアル事柄ハ殆ドナイ、此ノ如ク餘リ皇族ニ特別ナル法律ト云フモノハ(廣イ意味ニ於ケル法律)成文ニ於テハ出来テ居ナイガ、現在特別ノ明文ノ存スルモノダケヲチョト拾フテ申スト第一ガ成年ニ

付テ特例ガアル、皇室典範第十三條ニ「天皇及皇太子皇太孫ハ滿十八年ヲ以テ成年トス」ト云フコトニナラ居ル、他ノ皇族ハ矢張り二十年、皇室典範ノ成年ト云フノハ主トシテ公法上ノ意味ヲ持ツテ居ルコトハ疑アリマセムガ民法上ノ意味モ持ツテ居ル、ソレデアルカラ矢張り民法ノ成年ニ對スル一ツノ特例デアルト云ツテ差支ナイト思フ

第二ニハ後見ノ專デアル、先ヅ天皇ニ付テハ名カラシテ後見ト云ハナイ太傅ト云フ、皇室典範第二十六條乃至第二十九條、第二十六條「天皇未タ成年ニ達セサルトキハ太傅ヲ置キ保育ヲ掌ラシム」、第二十七條「先帝遺命ヲ以テ太傅ヲ任セサリシトキハ攝政ヨリ皇族會議及樞密顧問ニ諮詢シ之ヲ選任ス」、第二十八條「太傅ハ攝政及其ノ子孫之ニ任スルコトヲ得ス」、第二十九條「攝政ハ皇族會議及樞密顧問ニ諮詢シタル後ニ非サレハ太傅ヲ退職セシムルコトヲ得ス」、此太傅ハ民法ノ後見人トハ多少違フ、併ナガラ後見人ノ職務モ無論此者ガ行フノデアアル、少クモ一部ハ行フノデアアル、ソレカラ他ノ皇族ニ付テハ幼年ノ場合ニハ後見ヲ置クト云フコトガアル、皇室典範第三十七條及ビ第三十八條、第三十七條「皇族男女幼年ニシテ父ナキ者ハ宮内ノ官僚ニ命シ保育ヲ掌ラシム事宜ニ依リ天皇ハ其父母ノ選舉セル後見人ヲ認可シ又ハ之ヲ勅選スヘシ」、第三十八條「皇族ノ後見人ハ成年以上ノ皇族ニ限ル」

第三ニハ婚姻ノ事デアアル、是モ制限セラレテ居ル、皇室典範第三十九條乃至第四十一條ニ規定ガアル、第三十九條「皇族ノ婚嫁ハ同族又ハ勅旨ニ由リ特ニ認許セラレタル華族ニ限ル」、第四

十條「皇族ノ婚嫁ハ勅許ニ由ル」、第四十一條「皇族ノ婚嫁ヲ許可スルノ勅書ハ宮内大臣之ニ副署ス、尙ホ之ニ付テハ皇室婚嫁令ト云フモノガ出テ居リマス、是ハ長クナルカラ略シマス

特例ノ第四ハ養子ノ事デアアル、皇室典範第四十二條「皇族ハ養子ヲ爲スコトヲ得ス」、是ハ養子ヲ爲ス方ダケニ限ル嫌ガアリマスケレドモ無論兩方ヲ意味シテ居ラタヤウデアアル、然ルニ養子ト爲ルト云フ方ハ許スコトニナラタ(皇室典範增補二、五)

特例ノ第五ハ國疆外ノ旅行デアアル、普通人民ガ外國ニ行クニハ別ニ條件ハイラスノデスケレドモ皇族ハサウ云フ譯ニイカス、皇室典範ノ第四十三條「皇族國疆ノ外ニ旅行セムトスルトキハ勅許ヲ請フヘシ」

特例ノ第六ハ世傳御料ノ事デアアル、是ハ皇族ト云ヒナガラ天皇ニ關スル事デアアル、即チ皇室ノ財產ノ事ニ關シテ居ル、皇室典範第四十五條及ビ第四十六條ニ規定ガアル、第四十五條「土地物件ノ世傳御料ト定メタルモノハ分割讓與スルコトヲ得ス」、第四十六條「世傳御料ニ編入スル土地物件ハ樞密顧問ニ諮詢シ勅書ヲ以テ之ヲ定メ宮内大臣之ヲ公告ス」

ソレカラ特例ノ第七ハ訴訟ニ關スル事デアアル、皇室典範第四十九條乃至第五十一條、第四十九條「皇族相互ノ民事ノ訴訟ハ勅旨ニ依リ宮内省ニ於テ裁判員ヲ命シ裁判セシメ勅裁ヲ經テ之ヲ執行ス」、第五十條「人民ヨリ皇族ニ對スル民事ノ訴訟ハ東京控訴院ニ於テ之ヲ裁判ス但シ皇族ハ代人ヲ以テ訴訟ニ當ラシメ自ラ訴訟ニ出ルヲ要セス」、第五十一條「皇族ハ勅許ヲ得ルニ非サ



レハ勾引シ又ハ裁判所ニ召喚スルコトヲ得ス」  
 特例ノ第八ハ懲戒ノ事デアル、民法デハ親權者又ハ後見人ガ懲戒ヲシマスケレドモ皇族ハナウ  
 云フ譯ニイカス、尤モ些細ナ懲戒ハ出來ルカモ知レマセズガ、特ニ皇室典範ニ定メテアル懲戒  
 ハ出來ヌ、皇室典範第五十二條「皇族其品位ヲ辱ムルノ所行アリ又ハ皇室ニ對シ忠順ヲ缺ト  
 キハ勅旨ヲ以テ之ヲ懲戒シ其ノ重キ者ハ皇族特權ノ一部又ハ全部ヲ停止シ若ハ剝奪スヘシ」  
 終ニ特例ノ第九ハ禁治産ノ事デアル、民法ニ謂フ「禁治産」ノ制ハ皇室典範ニハ別ニ規定シテ  
 ナイ、皇室典範ニ「禁治産」ト稱シテ居ルノハ民法ニ謂フ所ノ「準禁治産」ニ相當スル、皇室  
 典範第五十三條「皇族蕩産ノ所行アルトキハ勅旨ヲ以テ治産ノ禁ヲ宣告シ其ノ管財者ヲ任スヘ  
 シ」

第二ニハ華族——華族ハ原則トシテハ總テ民法ニ依ルノデアル、民法制定ノ際ニ特ニ宮内省ニ  
 照會シテ何か特例ヲ設クル必要ガアルナラバ設ケテモ宜イガ、ドウカト云フコトヲ申シマシタ  
 ガ、必要ナシト云フコトデアッタカラ初ノ案ニハ特別ノ規定ガアッタガ取ツテ仕舞ッタ、ソレ  
 デアルカラ華族ハ原則トシテハ總テ民法ニ依ラナケレバナラヌ、唯併ナガラ例外ガアル、其例  
 外ハ一ツハ婚姻、養子縁組等ヲ爲スニハ宮内大臣ノ許可ヲ得ナケレバナラヌト云フコトデア  
 ル、ソレハ明治四十年皇室令ニ號華族令ノ第十四條乃至第十八條ニアル、華族ノ君主及ビ家族  
 ガ婚姻、養子縁組等ヲ爲サントスルトキハ先ヅ宮内大臣ノ認許ヲ受ケネバナラヌ、此認許ガナイ

カラト云フテ婚姻、養子縁組等ガ無効デアルトハ云ハヌ、唯此許可書ヲ持ツテ行カナイト戸籍  
 吏ガ届書ヲ受理シテハナラヌト云フコトガ戸籍法ノ明文ニアル、戸籍法ノ第五十七條「本法ニ  
 別段ノ規定アル場合ノ外法令ノ規定ニ依リ届出事件ニ付キ官廳ノ許可（此「官廳」ノ中ニ宮内  
 省モ含ムト云フコトニナツテ居ル）ヲ要スルトキハ届出人ハ届書ニ許可書ノ謄本ヲ添ケレバナ  
 ヲ要ス」是ガナイト戸籍吏ハ受理シナイ、ダカラドウシテモ宮内大臣ノ許可ヲ受ケナケレバナ  
 ラヌコトニナル、ケレドモ誤テテ受理シタラバソレハ有效、ソレカラ此外ニ華族令第二十條ノ  
 制裁ガアル、總テ華族令ノ規定ニ依ラナイト云フト符ヲ製グコトガ出來ヌト云フヤウナコトガ  
 アル、又華族ノ禮遇ヲ享クルコトガ出來ヌト云フトモアル、デスカラ民法上カラ云フテハ假  
 令有效ナル行爲ヲ爲シテ居ラテモ符ニ關スル特權ハ無クナルカモ知レヌト云フヤウナコトガア  
 ル、此手續ヲ經ナイ婚姻若クハ養子縁組ニ依リテ妻トナッタ者、養子トナッタ者ハ華族ノ族稱  
 ヲ享クルコトガ出來ヌト云フヤウナコトガアル、即チソレハ符ニ伴フ所ノ特權デアル、又相續  
 ハ民法ノ規定ニ依ツテ出來ル、但女子ハ符ヲ繼グコトガ出來ナイト云フ規定ガアルカラ其時ハ  
 自ら符ヲ失フ、民法施行以前ハ戸籍ガ都合好ク出來テ居マシタカラ死シテカラ養子ヲスルコト  
 ガ出來タリ何カシタノデアラウト思フガ、法律ハ華族ノ相續人ト雖モ死亡ノ時ニ定マルト云フ  
 ノガ本則デアッタ、尤モ宮内省デハ或ハ取扱ヲ異ニシテ居ッタカ知ラヌガ、從來ハ明文ガアリ  
 マセスカラ多少不明デアッタ、ソレカラ第二ハ世襲財産法（明治十九年勅令第三十四號華族世

雙財產法ト云フモノガアル、是非非常ナ例外デアラツテ、此規定ニ依ツテ世襲財產トシタモノハ例ヘバ之ヲ讓渡スルコトガ出來ストカ差押ヘルコトガ出來ストカ云フヤウナ譯テハ民法上大ナル例外デアリマス

第三ハ官吏ノ事——「官吏」ト云フ身分ニ特別ナルモノハ利益ノ方ハナク不利益ノ方バカリデアル、其第一ハ商業ヲ禁ズルコト、明治二十年勅令第三十九號官吏服務規律第七條ニアル、是ハ會社ノ役員トナルコトハ出來スト云フ規定デスガ「官吏ハ本屬長官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ營業會社ノ社長又ハ役員トナルコトヲ得ス」、第十一條ニ「官吏竝ニ其家族ハ本屬長官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ直接ト間接トヲ問ハス商業ヲ營ムコトヲ得ス」、第十二條ニ「官吏ハ取引相場會社ノ社員タルコトヲ得ス及間接ニ相場商業ニ關係スルコトヲ得ス」、尙ホ此商業ノ範圍ニ付テハ明治八年太政官第六十五號達ト云フモノガアル、「官吏商賈ノ營業不相成ハ勿論ニ候處其區分判然タラサルニ付自今左ノ通被定候條此旨相違候事」但從前ノ指令之ニ抵觸スルモノハ廢止ト可心得事、第一條「凡ソ官吏タルモノ竝ニ其家族トモ他ノ物品ヲ買入レ之ヲ餘人ニ賣以テ利ヲ獲ルモノ或ハ他ノ生産ヲ買入レ製作ヲ加ヘ之ヲ販賣シテ利ヲ獲ル等ノ業一切禁止ノ事」但神官教導職區長郵便取扱人學區取締役及ヒ等外吏ノ分ハ此限ニアラス、第二條「官吏ノ家族自己ノ財ヲ以テ商賈ノ業ヲ營マント欲スル者ハ分籍別居ノ上相營ムヘキ事」、第三條「左ノ數件ハ商賈ノ業ニアラサルニ付官吏タル者ト雖モ禁制ニアラサル事」但商賈同様ノ店ヲ開クハ不相成候

事、一、鑛山借區營業及ヒ田地ヲ所有シ其利ヲ獲ル事、一、田地家屋ヲ貸シテ地代宿賃ヲ獲ル事、一、金銀ヲ貸シテ利息ヲ獲ル事、一、所有地ヨリ生スル物産ニ製作ヲ加ヘ賣拂事、此中ニハ後ノ達デ多少變更サレタ部分ヲ改マツタ通リニ直シタ處ガアル、ソレカラ尙ホ明治十四年太政官第三十七號ノ達ト云フモノガアル「官吏商業區分ノ儀ニ付テハ兼テ相違候趣モ有之候處自今道路河港ノ修築海陸ノ運輸土地ノ開墾及ヒ殖産ノ事業ヲ以テ目的ト爲シ設立スル會社ノ株主トナルハ不苦候條此旨相違候事、今日ハ株主ト云フモノハ自ラ商業ヲ爲スノデハアリマセスカラ、此達ハイラナイ譯デアルガ、當時ハ法律ガ不完全デ株式會社ニ付テ何等ノ規定モナカタカラソレデ是ガ必要デアラツタ

第二ノ點ハ居住ノ制限、ソレハ官吏服務規律ノ第六條ニ明文ガアル「官吏ハ本屬長官ノ許可ナクシテ擅ニ職務ヲ離レ及職務上居住ノ地ヲ離ルルコトヲ得ス」嚴重ニハ行ハレテ居ナイヤウデスケレドモ法律上ハサウデアアル

ソレカラ第四ガ軍人——第一、結婚ニ付テ制限ガアル、是モ近頃改メラレタ、先ヅ第一、陸軍ノ方カラ申上ゲマス、陸軍ノ方ハ明治三十七年勅令第四十五號陸軍現役軍人婚姻條例ノ第一條ニ依レバ將官及ビ相當官ハ陸軍大臣ノ上奏ニ依ツテ勅許ヲ以テスルニ非ザレハ婚姻ヲスルコトガ出來スト云フコトニナツテ居ル、次ニ第二ニハ上長官及ビ士官ハ陸軍大臣ノ許可ヲ要スル、第三ニ準士官以下ハ所屬長官ノ許可ヲ要スル、第四ニ現役下士、兵卒及ビ諸生徒ハ結婚ヲ許サ

ナイト云フコトニナリテ居ル、(第二條) 次ニ第二ニ海軍ノ方ハ明治四十一年勅令第百八十號海軍現役軍人結婚條例ノ第一條ニ依ルト、第一、矢張り將官ハ勅許、次ニ第二ニ上長官、士官、準士官ハ海軍大臣ノ許可、第三、下士卒ハ鎮守府司令長官ノ許可、第四、候補生、二等卒以下ハ婚姻ヲ禁ズルト云フコトニナリテ居ル、(第二條) ソレカラ次ニ、第五ニ品行端正ノ婦人デナケレバナラヌト云フコトニナリテ居ル(第三條)

第二ニハ裁判籍ニ付テ特例ガアル、民事訴訟法ノ第十一條ニ依レバ、「軍人、軍屬ハ裁判籍ニ付テハ兵營地若クハ軍艦定繫所ヲ以テ住所トス但此規定ハ豫備、後備ノ軍籍ニ在ル者及ヒ兵役義務履行ノ爲メノミニ服役スル軍人、軍屬ニ之ヲ適用セス」、ソレカラ第十五條第二項ニ「兵役義務履行ノ爲メノミニ服役スル軍人、軍屬ニ對シテハ其兵營地若クハ軍艦定繫所ノ裁判所ニ前項ノ訴ヲ起スコトヲ得、其「前項ノ訴」ト云フノハ「財産權上ノ請求ニ付テノ訴」ヲ云フノデア

ル  
第五ニハ商人ニ特別ナル事ハ少イ、第一ニハ商人ノ定義デアル、是ハ商法ノ第四條ニ規定ガアル「本法ニ於テ商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂フ」、本法「トアリマスカラ外ノ法律ニハ當然之ガ及ブ譯デハナイケレドモ商法ハ商業ニ關スル特別ノ法律デアリマスカラ、他ノ法律ニ何等ノ規定ガナクシテ「商人」ト云フテアレバ一應ハ此規定ニ依ルモノト推測シナケレバナラヌト思フ、之ニ適用スベキ法律ハ外國デ今日之ニ關シテ特別ナルコトガ甚ダ

多ク存シテ居ル、例ヘバ特別ノ裁判所ヲ持テ居ル、商人ノ裁判所ヲ特ニ設ケテ居ル國ト云フモノモ隨分アル、我邦ニハサウ云フコトハナイ、ソレカラ或ハ商法ト云フモノハ全部商人ニ限リテ適用スベキモノデアルト云フ主義ヲ取、テ居ル國モアル、ソレハ獨逸商法ノ如キデアル、ケレドモ我邦ニ於テハ此等ノ主義ハ一切取ラス、裁判所モ商人ノ裁判所ナドト云フモノハ決シテ認メナイ、ソレカラ商法ノ規定ハ實際商人ニ最モ適用ガ多イコトハ固ヨリデスケレドモ決シテ商人法デハナイ、唯其中カラ商人ニ特別ナルコトヲ拾ヒ上ゲテ見ルト是ダケアル、第一ノ特別ハ商業登記ノ事デアル、「商業登記」ト云フノハ或ハ會社ノ登記トカ或ハ商號ノ登記トカ色々ナコトガアル、其外ニ全ク他ノ問題ト關係ノ無イコトデ言フテ見ルト未成年者ガ商業ヲ爲ストキ「登記、後見人ガ商業ヲ爲ストキノ登記、サウ云フヤウナコトガアル、ソレカラ第二ニハ商號、抑、此「商號」ト云フモノハ商人シカ持タヌ、昔ハ多クハ屋號デシタガ、今デハ屋號ヲ用フル者ガアリ堂號ヲ用フル者ガアリ、若クハ姓名ヲ用フル者ガアル、第三ニハ商業帳簿、是モ商人ニ限ル、第四ハ商業使用人——主トシテ支配人デスガ兎ニ角商業使用人トシテ規定シテアルコトハ商人ト云フモノニシカ悞ラス、第五ニハ代理商、他人ニ代ハテ商業ヲ爲ス者、第六ニハ商人ノ法律行爲ニ特別ナル規定ガ商法中ニ數多クアル、是ハ一ニ説明ハシマセヌガ、商法第二百六十五條、第二百七十一條、第二百七十二條、第二百七十四條、第二百七十五條、第二百八十四條、第二百八十六條、第二百八十八條乃至第二百九十條、第三百五十三條、此等ガ商人ノ

法律行為ニ特別ナル規定デアル、ソレカラ第七ニハ交互計算ノ事デアル、第八ガ匿名組合ノ事デアル、終ニ第九ニハ現行法デハ破産ト云フモノハ商人ニ限ルモノデアル、是ハ多分近イ内改マルデセウ

### 第四款 住所

先ヅ第一ニ住所ノ定義——住所ノ定義ハ民法第二十一條ニ規定シテアツテ即チ「生活ノ本據」デアル

第二十一條 各人ノ生活ノ本據ヲ以テ住所トス

此住所ノ定義ニ付テハ色色學說モアリ、立法ノ主義モアル、先ヅ之ヲ大別致シマスト形式主義ト事實主義トアル、形式主義トハ重モニ届出ニ依ル、本人ガ自己ノ住所ナリトシテ届出デタルモノヲ住所ト云フノヲ本則トシテ取ルノガ形式主義、事實主義トハ届出ノ如何ニ依ラス、從テ届出ト云フモノヲ法律上命ジナイ、サウシテ唯事實ニ依ツテ何處ニ住所ガアルカト云フコトヲ極メル、此「住所」ト云フコトハ法律上人ガ常ニ住ンデ居ル處ト看做シテ居ル場所デアル、民法施行以前ニハ先ヅ形式主義ニ依ツテ居ヲタト云フヲ宜カラウト思フガ、民法ハ全然事實主義ヲ取ツタ、此「生活ノ本據」トハ如何ナルモノデアルカト云フコトハ事實問題デ、一言ニ之ヲ説明スルト云フコトハ出來ヌ本人ガ或場所ヲ自己ノ生活ノ本據トシテ居ルト云フダケノ事實ガ

ナケレバナラヌ、併シ之ヲ學理的ニ言フト事實主義トハ云ヒマスキレドモ矢張り事實ニ意思ガ伴ハナケレバナラヌ、「本據」トハ何カト云フト、本人ガ其處ヲ根據トシテ居ルト云フコトデアル、ソレニハ意思ガイル、デスカラ意思ト事實ト相伴ハナケレバ生活ノ本據トハ云ヘナイ、一ニノ例ヲ申上ゲマス、多數ノ人ニ就テ言フテ見ルト住所ハ直キ分ル、殆ド年中住フテ居ル處ガアルカラソレハ疑ハシクナイ、併シ書生ノヤウナモノハ能ク住居ガ變ハル、サウシテ隨分其内ニハ學問ヲスルタメニ前ニ居ル處ノ外ニ行クコトガ多イ、サウスルト何處ガ住所カ何處ガ生活ノ本據カト云フコトガ甚ダ分リ惡クナル、又例ヘバ茲ニ商人ガアル、其商人ハ大阪ニモ家ガアル、東京ニモ家ガアル、サウ云フ人ハ幾ラモアル、サウシテ東京ニモ隨分長テ居ルコトガアル、又大阪ニモ行ツテ居ルコトガアルドツチガ住所カ、是ハナカクムヅカシイ、必ズシモ時ノ長短ヲ以テ定ムル譯ニハイカヌ、其確カナ證據ハ家ハ大阪ニアル人ガ營業ノ都合デ東京ニ來テ宿屋ニ居ル、サウシテ一年ノ内八九ヶ月モ居ルト云フ人ガアル、ソレハ如何ニ東京ニ居ル方ガ長クテモ大阪ノ方が本據デアルコトハ疑ナイ、家ヲ持ツテ居ル者モ同ジコトデアル、宿屋ニ居ル方ハ不經濟デアルカラ家ヲ借りテ住フト云フコトガアル、サウスルト必ズシモ時ノ長短デ東京ガ住所デアル、又大阪ガ住所デアルト定ムル譯ニハイカヌ、總テノ事情ヲ斟酌シナケレバナラヌガ、先ヅ私ナドガ主トシテ斟酌シタイト思フノハ家族ハ何處ニ居ルカト云フコトデアル、家族ガ全部大阪ニ居ルト是ガ一ツノ推定ノ材料デアラウト思フ、人間ハ獨身デ生活スベキ者デナイ、家族



ト其ニ生活スベキ者デアルカラ其人ハ元來大阪ニ住ム人デアルト推定シナケレバナラス、ケレドモ是モ絶對ノ標準ニハナラス、營業ノ都合ナド妻子女田舎ノ親類ナドニ預ケテ自分ハ東京デ營業シテ居ルト云フ者ガアルカラ絶對ノ標準ニハナラス、第二ノ標準トナルモノハ財産ノ大部分ガ何處ニ在ルカト云フコトデアル、ソレ等ノ事ヲ總テ考ヘテ本人ノ意思ヲ推測シ又其事實ヲ認定スルノ外ナイ、實際ムヅカシイコトデス、ソレ故ニ形式主義ガ動モスルト行ハルルノデアル、ケレドモ絶對ノ形式主義ハイカスト云フコトハ殆ド今日皆認めラレテ居ル、幾ラ届出ヲシテモ何カ都合デ事實ニ違フタ届出ヲスルカモ知レヌシ、實際多イコトヲ言フト初ニハ正シイ届出ヲ爲シテ後ニ住所ヲ轉ジタトキニ轉ジタト云フ届出ヲシナイコトデアル、例ヘバ佛蘭西デハ原則ハ事實主義デスガ矢張り届出ヲスルコトニナツテ居ル、然ルニ其届出ヲシナイ者ガ什ニ七八デアルト云フコトデアル、今ノハ東京ト大阪ノ例デスガ、モウ一ツノ例ヲ申上グルト同ジ東京ノ内デモ營業所ト本宅ト別ニ持ツテ居ル人ガ幾ラモアル、サウナルトトテラガ住所カト云フコトガ問題トナル、通常ハ本宅ノ方デアラウト思フ、併シ是モ矢張り事實問題デアツテ、本宅デアルニモ拘ハラズ其處ハ都合ニ依ツテ留守居ヲ置イテ營業所ニ家族ト共ニ居ルト云フ者ガ稀ニハアルカラサウ云フ場合ニハ營業所ノ方ガ住所デアルト謂ハナケレバナラス、ソレカラ學生ナドノ生活ヲ考ヘテ見マスト地方ノ人ガ學問ヲスル爲メニ東京ニ來テ居ル、此場合ニ何處ヲ生活ノ本據トスルカト云フコトハ餘程ムヅカシイ問題デアル、西洋デハ多クハ田舎ノ方ニ住所

ガアルト云フ説ガ行ハルルヤウデスガ、私ハ必ズシモサウハ言ヘヌト思フ、東京ニ出テカラ數年國ニ歸ツタコトモナイ、學問ハ終ハツタケレドモ國ニ歸ラウト云フ意思モナイ人ガアル、サウ云フノハ東京ガ住所、唯イツカラ住所ガ轉ズルカト云フコトハソレハ其人ニ就テ論ズル外ハナイ、一般ニ言ヘバ東京ナラ東京ニ長ク住ム積リデヤツテ來タ、サウシテ下宿屋ニ居ル人ハ下宿屋ヲ以テ住所トスルトハ云ヘマスマイガ、小サナ家デモ借リテ自炊デモ何デモシテ東京ニ長ク生活シヤウト云フノナラ其人ノ住所ハ確ニ其時カラ東京デアル、此事實主義ハ誠ニ漠然トシテ居ルカラソレデ實際困ルト云フノデ反對ガアリマスケレドモ抑、住所ト云フモノガサウ云フモノデアルカラ仕方ガナイト思フ

住所ノ定義ニ關シテ説明スベキコトガ幾ツモアル、第一ハ住所ト本籍トノ區別デアアル、本籍ハ戶籍法ニ規定シテアル、戶籍法ノ第七條ニ「身分登記簿ハ本籍人自身登記簿及ヒ非本籍人自身登記簿ノ二種トシ云云」、「本籍」ト云フモノヲ認メタコトハ是デ分ル、ソレカラ第百七十條ニモ「戶籍ハ戶籍吏ノ管轄地内ニ本籍ヲ定メタル者ニ付キ之ヲ編製ス」日本ノ國籍ヲ有セサル者ハ本籍ヲ定ムルコトヲ得ス」ト云フヤウナコトデアル、是ト住所トド違フカト云フニ、本籍ト云フモノハ純然タル形式的ノモノデアアル、届出ニ依ツテ定マルモノデアアル、原則トシテハ何人モ既ニ本籍ヲ持ツテ居ルコトヲ前提トシテ居ル、ソコデ第百九十五條ノ規定ガ出來タ「戶籍吏ノ管轄地外ニ本籍ヲ轉セント欲スルトキハ戶主ヨリ左ノ諸件ヲ具シ戶籍ノ謄本ヲ添ヘテ之ヲ轉籍地ノ戶籍

吏ニ届出ツルコトヲ要ス云云、ソレカラ第九十七條ニ新ニ本籍ヲ作ル場合ノ規定ガアル、届出ノ闕漏其他ノ事由ニ因リ本籍ヲ有セス又ハ複本籍ヲ有スル者ハ就籍又ハ除籍ノ届出ヲ爲サントスル戸籍役場ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所ノ許可ヲ得テ其届出ヲ爲スコトヲ要ス、ソレダカラ本籍ト云フモノハ何人ト雖モ持テ居ルコトニテ居ルハ、是ハ形式ニ依ッタモノデアアル、所ガ住所ハ全ク事實的ノモノデアアルカラ固ヨリ本籍ト合ハザルコトノ多イハ説明ヲ要セス、而シテ本籍ハ本人ガ之ヲ知ラナイコトガアル、サウシテ段階調ベテ見ルト殆ド縁モユカリモナイ處ニ本籍ガアル、例ヘバ田舎ニ行クトキニ面倒ダッタカラ知ラナイ人ノ處ニ本籍ヲ置イテ行ッタノガ其儘ニナリテ居ルト云フヤウナコトガアル、私ナドモ國ヲ出テカラ丁度十數年ノ間、國ニハ行カナイ、ソレデモ矢張り本籍ハ國ノ親戚ノ處ニ在ッタ、ソシテヤウナコトガ東京ナドノ人ニハ随分多イ、舊民法ニハ原則トシテ本籍ニ住所ガアルモノトシテ、生計ノ主要地ト本籍地ト異ナリテ居ルトキニハ生計ノ主要地ニ住所ガアルトイフコトニナリテ居ッタ(舊民法人事編第二百六十二條第二百六十六條)結果ハ殆ド同ジコトデアアルガ唯證據問題トシテ少シ違フ、新民法ノ如キデアアルト云フト住所ガ何處ニ在ルト云フコトヲ主張スル必要ノアル者ガ證據ヲ提出スル、ソレデスカラ本籍ガ何處ニ在ルト云フコトヲモ住所ガ其處ニ在ルト云フ證據ニハナラス、之ニ反シテ舊民法ハソレガ出來タ、住所ガ何處ニ在ルト云フコトヲ證據立テル義務ノアル者ガ住所ハ何處何處ニアル、何トナレバ其處ニ本籍ガアルカラト云フ、サウスルト反證ガ舉ガルマデハソレデ

十分デアッタ、

第二ニ混ズ可カラザルノハ住所ト居所トノ區別デアアル、是等ノ言葉ハ漸ク近頃法律語トシテ定々デアアル、居所ト云フモノハ住所ヨリ輕イ、現在「居ル場所」ト云フ意味デアアル、法律ニ依リテハ現住所ト云フ言葉ガ使ワテアル、ソレト同ジコトデス、此分ハ生活ノ本據ト云フ程デナクテモ現在居ル所ト云フノデアアルカラ丁度先ノ例デ言フテ見ルト大阪ノ人が東京ニ來テ暫ク滞在シテ居ルト云ヘバ其東京ガ居所デアアル、又例ヘバ轉地療養ノ爲メニ東海道ノ何處其處ニ行クト云フ人ニ就テ見ルト住所ガ東京ニ在ルトハ疑ナイガ、居所ハ大磯、鎌倉ナドニアアル、居所ノ意味ハソレデ略ボ明カデアアルダラウト思フガ、併ナガラ現在地ト云フノト居所ト云フノト時トシテ多少異ナルコトガアリ得ル、尤モ「現在地」ト云フ字ガ必ズ一定ノ意味ヲ持ツテ居ルノデアアリマセスカラ法律ニ依リテハ「現住所」ト云フ意味デ現在地ト云フ言葉ヲ使フコトガアリマセガ、文字カラ言フト現住所トハ意味ガ違フ、現在地ト云フト極端ヲ言ヘバ私ノ現在地ハ今講義ヲシテ居ル富士見町六丁目十六番地法政大學ニ在ルガ居所ハ小石川ニ在ル、故ニ居所ト現在地トハ全然違フ、ソレカラ或人ガ用事ノ爲メニ地方カラ東京ニ出テ麹町區ニ宿ヲ取ツテ數日居ル、而シテ一日大宮ニ行ッタ、サウスルト現ニ身置ハ大宮ニ在ルガ大宮ガ居所デハナイ、居所ハ矢張り東京ニ在ル、居所ト現在地ノ區別ガ疑ハシイコトノアルコトハ免レナイガ、何レモ事實問題デアアル

第三ニ問題トスベキコトハ我民法ニ於テ住所ハ一ツシカ認メナイノデアルカ、數多アルコトヲ認ムルノデアアルカト云フコトデアアル、外國ニ於テハ學者ノ議論ガアツテサウシテ立法例ガ區區ニナツテ居ル、例ヘバ獨逸民法ノ如キハ明カニ二個以上ノ住所ヲ認メテ居ル、ソレデ動モスルト我民法サヘモ住所ノ數多アルコトヲ認メタモノデアアルガ如ク解スル者モ稀ニハアルヤウデスガ、ソレハ確ニ誤リテ居ルト思フ、我民法ハ「各人ノ生活ノ本據ヲ以テ其住所トス」ト書イテアルカラ是ハドウシテモ各人一ツシカナイト云フコトハ殆ド疑ナイ、「本據」ト云フモノガ幾ツモアル等ガ無イ、若シ數多アルコトヲ認ムレバ必ズ獨逸民法ニ於ケル如ク特別ノ規定ヲ要スル、其規定ガ無イノガ一ツデアアルト云フ證據デアラウト思フ、獨逸デハ本據ト云フヤウナ字ハ決シテ使フテ居ラス、住所ノ定義トモ見ルベキ箇條ハ第七條デスガ、第七條ノ第一項ニ「或場所ニ定住スル者」ト云ツテ居ル、詰リ或繼續シタル時ノ間住ハウト云フ意思ヲ持ツテ居レバソレデ住所ト見ル、ソレハ二個以上アリ得ルト云フ所カラ第二項ニ明文ガアル、「住所ハ同時ニ數多ノ場所ニ存シ得ル」トアル、我邦ニテハマルデ定義ガ違ヒマスカラ我邦ノ民法ノ解釋トシテハ必ズ一ツト云フコトヲ意味スル、サウシテ立法論トシテハ其方ガ宜イト思フ、住所ハ法律上許多ノ效力ヲ持ツテ居ルノデアアルガ其住所ガ幾ツモアルト云フコトニナルト何レノ場所ニ於テ其法律上ノ效力ヲ生ズルカト云フコトガ分ラス、例ヘバ債務ノ履行ハ債權者ノ住所ニ於テ之ヲ爲スト云フコトガアル、一ツシカナイモノダカラ債權者ノ方デモ何處デ履行ヲ受ケルト云フコ

トヲ初カラ知ツテ居ル、債務者ノ方ニ於テモ何處デ履行ヲシナケレバナラスト云フコトヲ初カラ知ツテ居ル、然ルニ二個以上アルト第一、其悉クヲ知ラスコトガアリ得ル、知ツテ居ツテモ其内ノ何處ニ於テ履行スルカ債權者ハ甲ノ方デ履行シテ貰イタイト云ツテ乙ノ場所ニ持ツテ行クカモ知レス、債務者ハ乙ノ方ニシヤウト云ツテモ甲ノ方デ請求セラルルカモ知レス、ソレデハ折角住所設ケタ效用ガナクナツテ仕舞フ、訴訟デモ其通りデ一ツナラ訴ヘル方デモ其處デ訴ヘサヘスレバ宜イト云フコトガ分ル、苟モ住所ト云フモノヲ法律ガ認ムル以上ハ一ツト云フコトデナケレバナラス、併ナガラ時トシテハ或事柄ハ住所ニ於テモ居所ニ於テスレバ宜イト云フコトニシテ置ケバ宜イ、ソコデ我法律ハサウ云フ主義ヲ取ツタノデアアルソレカラ第四ノ問題ハ法定住所ノ事デアアル、外國ニハ多クハ法定住所ヲ認メテ居ル、例ヘバ未成年者ハ親權者又ハ後見人ノ住所ニ其住所ヲ持ツテ居ルモノト看做ス、妻ハ夫ト共ニ住所ヲ持ツテ居ルモノト看做ス、軍人ハ何處ト、現ニ獨逸ノ民法ナドニモ其規定ガアル、是ハ一見便利ナヤウデアアルケレドモ一旦住所ニ付テ事實主義ヲ取ツタ以上ハ餘程奇妙ナコトデアアルト私ハ思フ、如何ニ夫婦ト雖モ都合ニ依ツテ同居シナイコトガアル、況ヤ親子ニ於テヤヤ、軍人ナドノ如キハ紀律ト云フモノガ正シイカラ實際兵營地ニ居ラスト云フコトハナイカモ知レスケレドモ、ソレナラ能法定住所トシテ置カヌデモ事實上其處ニ住所ガアルノ深山デアラウ、要スルニ「法定住所」ト云フモノハ外國ニハ其例ガ多イケレドモドウモ理由ガ乏シイ、ソレデ我新

民法ニハ之ヲ採用シナカッタ、  
茲ニ居所ガ例外トシテ住所ト看做アル場合ヲ申上ゲマス、ソレハニツアル、一ツハ住所ノ知  
レナイ場合

第二十二條 住所ノ知レサル場合ニ於テハ居所ヲ以テ住所ト看做ス

浮浪ノ徒ナドニナツテ來ルト事實ニ住所ノ知レナイコトガアル、サウ云フノハ法律上住所ガ知レヌ  
ト云フモノデアル、ソレカラサウデナイ立派ニ住所ガアツテモソレガ分ラヌト云フコトガアリ得  
ル、其時ニハ何カ住所ニ代ハルモノガナクテハ法律上住所ノ適用ノアルベキ場合ガ總テ如何  
トモスルコトガ出來ナクナルカラ餘義ナク居所ヲ以テ住所ト看做ス、第二ニハ日本ニ住所ヲ有  
セザル者ハ日本ニ於ケル居所ヲ以テ住所ト看做ス、是ハ理窟カラ言フトラカシイケレドモ便宜  
上必要ナコトデアル

第二十三條 日本ニ住所ヲ有セサル者ハ其日本人タルト外國人タルトヲ問ハス日本ニ於ケル  
居所ヲ以テ其住所ト看做ス但法例ノ定ムル所ニ從ヒ其住所ノ法律ニ依ルベキ場合ハ此限ニ  
在ラス

此但書ハナクトモ本來分ルベキ管デスケレドモ文字カラ言フト分ラヌカラ書イテアルガ、法例  
ニハ當事者ノ住所地ノ法律ヲ適用スルト云フコトガ屢々アル、此場合ニ於テハ國ガ違フテ居レ  
バコソ國際私法ノ問題ガ起ルノデ法例ハ國際私法ニ關スル問題ヲ決シテ居ルノデアアルカラ、法

例ニ謂フ所ノ「住所」ハ真ノ住所デアアルコトハ疑ガナイコトデアアル、唯詰リ文字ノ上デ疑ハシ  
イカラ但書ガ加ヘテアル、斯様ナコトハ法例ガ最モ著シイ例デアアルカラ此處ニ法例ノ事ガ書イ  
テアルガ、外ニモアリマス、ソレハ規定ノ性質ニ依テ解釋スル外ハナイ、例ハ民事訴訟法  
第十三條第二項ノ「住所」ハ真ノ住所デアアルコト疑ナイガ、同ジク第百六十七條ノ第二項ナド  
モ真ノ住所ト解スルノガ穩當デアラウト私ハ思フ「裁判所ハ外國又ハ島嶼ニ於テ住所ヲ有スル  
原告若クハ被告ノ爲メ特ニ附加期間ヲ定ムルコトヲ得」

以上ガ居所ヲ以テ住所ト看做ス場合、終ニ假住所ノ事ヲ一言致シマス  
「假住所」ト云フノハ或事件ニ關シテ住所ナラザル場合ヲ假ニ住所ト看做スノデアアル、是ハ居所  
デアラウトモ居所デナカラウトモ宜シイ——居所デナイコトガ多イ、例ハ辯護士ノ事務所ニ  
假住所ヲ置クト云フヤウナコトガアル、此假住所ノ事ハ民法第二十四條ニアル

第二十四條 或行爲ニ付キ假住所ヲ選定シタルトキハ其行爲ニ關シテハ之ヲ住所ト看做ス  
此規定ハ廣イノデスカラ訴訟ニモ關スルシ、ソレカラ訴訟外ノ法律行爲ニモ關スル、適用ノ稍、  
多イモノヲ申上ゲマスルト組合ナドデ組合員ガ皆一ツノ土地ニ假住所ヲ定メテ置クト云フコ  
トガアル、即チ組合ニ關スル事件ニ付テ問題ガ起ッタナラバイツモ例ハ東京ノ誰某ノ處ヲ私  
ノ住所ト見テ吳レト云フコトヲ極メテ置ク、是ハ便宜ナコトデ、何カ各組合員ニ通知ヲ爲ス場  
合又ハ不幸ニシテ訴訟ノ起ル場合ニ組合員ノ中デ甲ハ長崎ニ居ル、乙ハ北海道ニ居ルト云フヤ



ウデハ困ルカラチヤント一ツノ土地ニ皆假住所ヲ持ツテ居ルコトニスル、是ハ外國デハ隨分  
 例ノ多イコトト聞イテ居ル、或ハ賣買ニ付テ、——是ハ例ノ少イ方デセウケレドモ、——賣主  
 ガ何處其處ニ假住所ヲ定メテ置クトシタトスレバ、賣主ニ對シテ物ノ引渡ヲ請求スルトキハソ  
 レニ向ッテ督促ヲスル、或ハ不幸ニシテ訴訟ノ起ル場合ニハ其處デ訴訟ヲ起スト云フコトニテ  
 ル、尙ホ民事訴訟法及ビ刑事訴訟法ニ特ニ假住所ニ關スル規定ガアル、民事訴訟法ノ第四百十  
 三條「受訴裁判所ノ所在地ニ住居ヲモ事務所ヲモ有セサル原告若クハ被告ハ其所在地ニ假住所  
 ヲ選定シ之ヲ届出ツ可シ、ソレカラ刑事訴訟法第十八條ニ「訴訟關係人ハ裁判所所在ノ地ニ住  
 セサルトキハ其地ニ假住所ヲ定メ裁判所ニ届出ツ可シ否ラサルトキハ書類ノ送達ナシト雖モ異  
 議ヲ申立ツルコトヲ得ス」トアル

以上ニテ住所ノ定義ヲ終ハリマシタ

次ニ第二、住所ノ實用ハ法律上種種ノ場合ニ於テ必要デアアル、先ヅ重モナルモノヲ申スト云  
 フト第一ガ裁判管轄ノ標準トナル、是ハ民事訴訟法第十條及ビ非訟事件手續法ノ到ル處ニア  
 ル、訴訟ニ於テハ被告デアリマスガ、非訟事件ニ於テモ主タル關係人ノ住所ガ管轄ヲ定ムル  
 コトニナツテ居リマス 第二ニハ裁判上ノ期間ニ付テ民事訴訟法第六十七條第二項ニ明文ガ  
 アル「裁判所ハ外國又ハ島嶼ニ於テ住所ヲ有スル原告若クハ被告ノ爲メ特ニ附加期間ヲ定ム  
 ルコトヲ得、第三ニハ債務ノ辨濟ノ場所ハ原則トシテ債權者ノ住所ト云フコトニナツテ居ル、

民法第四百八十四條、商法ニモ類似ノ規定ガアル、第二百七十八條、第四ニハ手形關係ニ於テ  
 ハ住所ガ常ニ重要ナル問題デアアル、是ハ枚擧ニ遑アラズデアラツテ、商法ノ手形ニ關スル規定ニ  
 ハ住所ノ必要ガ認めラレテ居ルモノガ枚擧ニ遑アラズデアアル、第五ニハ被相續人ノ住所ガ相續  
 ノ開始地トナル、民法第九百六十五條、サウシテ此相續ノ開始地ハ種種ノ點ニ於テ必要デアアル、  
 矢張り裁判ノ管轄ニモ關係ガアル、第六ニ後見人ガ被後見人ノ住所ノ市又ハ郡以外ニ於テ公務  
 ニ從事スルトキハ是ガ後見辭任ノ理由トナル、民法第九百七條、第七ニハ國際私法ニ於  
 テ適用スベキ法律ノ標準ハ當事者ノ住所ニ依ツテ定マル場合ガ頗ル多イ、是モ枚擧ニ遑アラズ  
 ト云ツテモ宜イノデ、一一箇條ハ申シマセヌ、第八ニハ國籍法ニ於テ歸化ニ依ツテ日本ノ國籍  
 ヲ取得スルニハ必ズ日本ニ住所ヲ有セネバナラヌト云フコトガ原則ニナツテ居ル、其外國籍喪  
 失者ガ日本ノ國籍ヲ回復スルニモ矢張り日本ニ住所ヲ有セネバナラヌコトニナツテ居ル、ソレ  
 カラ明治六年第百三號布告、是ガ明治三十一年法律第二十一號ヲ以テ改正ニナツテ居ル、ソレノ  
 第二條第一號ニ外國人ガ日本人ノ養子又ハ入夫ト爲ルニハ一年以上日本ニ住所又ハ居所ヲ持  
 テ居ラネバナラヌトアル、此方ハ必ズ住所デナケレバナラヌトハナイケレドモ住所又ハ居所ト  
 云フコトニナツテ居ル、此等ガ重モナル場合デアアルガ、此外ニ公ノ書類ニ利害關係人ノ表示ヲ  
 爲ス場合、即チ利害關係人ガドウ云フ人デアアルカト云フコトヲ示スニ付テ大抵住所ヲ記載セシ  
 ムルコトニナツテ居ル

第二節 法人

法人ニ關スル定義ハ色アルガ、私ノ信ズル所ニ據レバ法人トハ「自然人ニ非ズシテ權利義務ノ主體タルモノ」デアアル、先ヅ法人ヲ分テ公法上ノ法人及ビ私法上ノ法人ト致シマヌ  
 「公法上ノ法人」ト云フノハ公權ノ主體トナルモノデ、國、府縣、郡、市、町村等ガ其重モナルモノデアアル、而シテ公法上ノ法人ガ同時ニ私法上ノ法人トナルコトガアル  
 「私法上ノ法人」是ハ「自然人ニ非ズシテ私法上ノ權利義務ノ主體タルモノ」デアアル、私法上ノ權利義務ノ主體トナル結果トシテ一切ノ法律行爲ヲ爲スコトモ出來ル、中ニ就テ訴訟ヲ爲スコトモ出來ル、尙ホ此法人ガ如何ナルコトヲ爲シ得ルカト云フコトハ後ニ申シマヌ  
 私法上ノ法人ヲ細別シテ公法人及ビ私法人トスル、公法人ハ同時ニ公法上ノ法人デアアルケレドモ併シ今ハ民法上カラ觀察シタノデアアル「公法人」トハ「公ノ職務ヲ有スル法人」デアアル、ソレハ今申シタ國、府縣、郡、市、町村、其他例ヘバ商業會議所ト云フモノガアル、是ハ明カニ法人トナツテ居ル、尙ホ市町村内ノ區ト云フモノガ法人ナルヤ否ヤト云フコトハ一ノ疑問デアアル、大審院ノ判決例デハ法人ト見ルト云フコトニナツテ居ルヤウデス、併シ内務省アタリデハ法人ト見テ居ラス、ソレカラ「私法人」ト云フノハ「公ノ職務ヲ有セザル法人」民法デハ重モニ私法人ニ付テ論ズルノデアアル

私法人ハ種種ニ區別スルコトガ出來ル、先ヅ少クモ二通りニ區別スルコトガ出來ル、第一ノ區別ハ社團法人ニ財團法人「社團法人」ト云フノハ「二人以上ノ共同行爲ニ因リテ設立シ且設立者其他ノ人格者ガ法人ノ構成分子ヲ成スモノ」デアアル、詰リ法人ガ人ヲ以テ組織セラレテ居ル場合デ、其人ト云フノハ個人デモ又法人デモ宜イ、法人ガ集ツテ法人ヲ形造ルト云フコトハ固ヨリ出來ル「財團法人」ト云フノハ「一定ノ目的ニ供シタル財産ノ主體トシテ設立スルモノニシテ且構成分子タル人格者ナキモノ」デアアル、此場合ニ於テハ一旦法人ガ成立スル以上ハ設立者ハ法人ト法律上何等ノ關係ノナイモノデアアル、此點ハ社團法人ト財團法人ト全然異ナル所デアアル

第二ノ區別ハ公益法人ト營利法人デアアル「公益法人」トハ「公益ノミヲ目的トスルモノ」デアアル「營利法人」トハ「公益ニ關スルト否トヲ問ハズ社員ノ財産上ノ利益ヲ目的トスルモノ」デアアル、故ニ單ニ教育ノミヲ目的トシテ居ル法人ナドハ公益法人、併シ假令教育ノ目的ヲ以テシテモ營利ヲ目的トスル者ガ稀ニハアルヤウデス、ソシテモノハ營利法人、況ヤ鐵道會社、運送會社ナドハ其會社ノ目的ハ公益的ノモノデアアラモ社員ハ金錢上ノ利益ヲ圖ルモノデアアルニ因ツテ矢張り營利法人、茲ニ一言諸君ノ注意ヲ促ス必要ノアルノハ公益法人ノ中ニハ社團法人ト財團法人ノ二種アル、之ニ反シテ營利法人ニハ社團法人シカナイ、ソレデ私ハ「社員ノ財産上ノ利益」ト云フコトヲ前キニ申シマシタ、ナゼデアアルカト云フニ、財團法人ニ於テハ設立者ガ一定ノ財

産ヲ一定ノ目的ニ供シテ法人ヲ設立シテ後ハ最早法人ト共通ノ利益ヲ持ツ所ノ自然人ガナイ、故ニ私益ヲ圖ルト云フコトハアリ得ナイ、法人ノ目的ハ公益ノミヲ圖ルニ在ル、之ニ反シテ社團法人ニアリテハ法人ト其社團ヲ形造ツテ居ル所ノ社員トハ人格ガ全ク別デハアルケレドモ而モ社團法人ノ利益ハ各社員即チ法人ヲ構成シテ居ル所ノ分子タル者ニ共通ノ利益トナルコトガアル、法人ガ金ヲ儲ケルト云フコトガアル、ソレ故ニ社團法人ニハ營利法人ト云フモノガアル、現ニ獨逸ノ如キハ此公益法人ト營利法人ノ區別ハ單ニ社團法人ニ付テノミ認メテ居ル、實際ハ其通りニ相違ナイ、我邦デモ法律ノ解釋上自ラサウ云フコトニナツテ居ル

是ヨリ法人ニ關スル三個ノ問題ヲ研究シヤウト思フ、第一ガ法人ノ設立、第二ガ法人ノ管理、第三ガ法人ノ解散

### 第一款 法人ノ設立

之ヲ分テ二段トスル、第一ハ法人設立ノ條件、第二ハ法人設立ノ效力

先ヅ法人設立ノ條件ヲ申上ゲマス、之ニ付テ二ツノ大ナル主義ガアル、ソレガ今日學說ヲ二分シテ居ル、尤モ細カク云フト第三主義モアルケレドモ餘リ是ニハ贊成者ガナイカラ特ニ論ジマセス、其二大主義ト云フノハ假定說ニ實在說、法人ハ本來存在シナイモノデアル、全ク無形ノモノデアル、之ヲ法律ガ便宜上假定ヲ設ケテ、恰モ其處ニ一ツノ人格ガ存スルガ如ク看做シテ

法人ト云フモノヲ認ムルノデアルト云フノガ假定說、ソレカラ實在說ト云フノハ法人ト云フモノハ決シテ法律ガ假定ニ依リテ認ムルノデハナイ、實際サウ云フモノガ存在シテ居ルノデアル、ソレニ法律ガ人格ヲ認ムルノデアルト云フノデアル、此外ニ法人ト云フモノハナイ、ソナ名ヲ用フルノガ間違ツテ居ルト云フ說ガアルケレドモ、ソレハ餘リ贊成者モナシ確ニ誤ツタ說デアルト思フカラ別ニ論ゼス、從來假定說ガ廣ク行ハレテ居リテ殆ド疑ノナイモノトナツテ居リタ、其主義ハ根據ヲ羅馬法ニ取リテ居ル、ソレデ獨逸デモ羅馬法學者ハ通常此假定說ヲ取ル、然ルニ近來獨逸ノ日耳曼法學者(一種ノ國粹保存論者)——獨逸ニハ限リマセス今日ノ歐羅巴ノ大部分ハ昔日耳曼法ノ支配ヲ受ケテ居ッタ土地デアル、佛蘭西デモ白耳義デモ瑞西デモ皆サウデス、ケレドモ矢張り獨逸或ハ日耳曼ト云フ名ヲ襲ウテ居ルモノガ今日ノ獨逸帝國デアル、自然獨逸ニ於テハ此日耳曼法ト云フモノガ宛モ國粹ノ如ク見ラレテ居ル、羅馬法ガ這入リテ以來羅馬法ト日耳曼法ハ其進歩ノ程度ニ於テ非常ニ懸隔ガアツタ、マア殆ド我邦ノ維新前ノ法律ト歐羅巴ノ法律位違ツテ居ッタト云テモ宜カラウト思フ、ソレ故ニ丁度我邦ニ於テ歐羅巴ノ法律ガ勢力ヲ占メタヤウナモノデ、歐羅巴諸國ニ於テ皆羅馬法ガ非常ニ勢力ヲ占メタ、動モスルト佛蘭西ナドヨリモ(即チ是ハ羅甸人種ト通常言ハレテ羅馬人ト同人種デアルトサレテ居ルモノデアルガ)日耳曼法ノ本國獨逸ニ於テ羅馬法ガ餘計ニ行ハレテ居ッタ事實ガアル位、所ガ近來之ニ對スル反動ガ起ツテ先ヅ國粹保存論者トモ謂フベキヤウナモノガ、獨逸ハ獨逸デ日耳曼法



ト云フ固有ノ法律ガアル、ソレヲ全ク度外ニ措イテ漫ニ羅馬法ニ心醉スルト云フノハ團體ヲ害  
フモノデアルト云フヤウナ説ヲ唱ヘ、ソレガ殊ノ外勢力ヲ持ツ今日デハ概シテサウ云フヤウ  
ナ説ガ勢力ヲ占メテ居ル、ソコデ法人ニ付テモ日耳曼法學者ハ法律ノ假定ト云フヤウナ複雜シ  
タ事ハ無論認メテ居ラス、ソレガ巧ニ唱ヘラレタモノダカラ今デハ却テ其方ガ勢力ガアルケレ  
ドモ其説ヲ讀ンデ見ルト實ニ牽強附會デ心服スルコトガ出來ス、細カク論ズルト同ジ實在説ノ  
中ニモ多少論據ハ違フテ居ルガ先ヅ普通唱ヘル實在説ハ、一體人格即チ權利義務ノ主體ト云フ  
資格ハ法律ガ認ムルモノデアアル、法律ハ單獨ノ自然人ニ人格ヲ認メヤウトモ又ハ或團體ニ人格  
ヲ認メヤウトモ其他ノモノニ人格ヲ認メヤウトモ自由デアアル、苟モ實際ノ必要ヲ認メタナラバ  
其人格ヲ認ムルノデアアル、自然人ト雖モ法律上カラ言ヘバ當然人格ガアルトハ云ヘナイト云フ  
ノガ此實在説ノ重モナル論據ノヤウデス、ソコカラシテ先ヅ一ツノ玆ニ團體ガアル、國家ハ最  
モ大ナル法人デスガ、一村落デアアツテモ又ハ僅力數人ノ團體デアアツテモ一定ノ目的ヲ以テ集  
メテノガ權利義務ノ主體ト爲ルコトガ必要デアアルナラバ法律ハソレニ人格ヲ認ムル、團體夫レ自身  
ハ法律ガ造ルノデハナイ、自然ニ存シテ居ルノデアアル、國ハ法律ト云フモノガ存在スルト殆ド  
同時ニ存在スル、他ノ法人ト雖モ皆同ジコトデアアル、階段法律ガ進歩スルニ從テ或ハ會社ナ  
ドニ人格ヲ認ムルト云フコトニナル、即チ數多ノ人ガ集ツテソレガ一定ノ目的ヲ持ツテ居ル、  
其一定ノ目的ノ爲メニ集ツタ人ニ一人ノ人格ヲ與フルノデアアルト云フノガ實在説ノ普通ノ説明ノ

ヤウデス、ケレドモ私共カラ見ルトソレハ頗ル分ラナイ話デ、一體權利義務ト云フモノハドウ  
云フモノデアアルカト云フコトヲ論ズレバ此問題ハ決スルコトガ出來ル、權利ノ定義ハ色色アル  
ガ、私ノ取ル所ノ定義ハ法律ニ據リ他人ニ自己ノ行動ヲ正當ト認メシムルコトヲ得ルカトイフ  
デアリマス、行動ニ關スル力デアアル「行動」ト云ヘバ必ズ生物デナケレバナラス、或ハ「可能  
力」能力トドト色色ナ字ヲ使ヒマスガ、併シ何レニシテモ暗ニ行動ト云フモノヲ認メテ居ル  
ノデアラウト思フ、或事ヲ爲シ能フト云フノデ能力トカ可能力トカ云フ言葉モ出ルニ爲ストト  
云フコトヲ考ヘテ居ル、爲スト云ヘバ生物デナケレバ爲スト云フコトハナイ、而シテ植物ハ勿  
論人間以外ノ動物ヲ權利ノ主體トシテ認ムルコトハ文明國ニハナイ、シテ見ルト人ト云フ動物  
ノ行動ニ關シテ始メテ權利ト云フ問題ガ起ル、義務モ私ハ或行動ヲ強要セラルベキ法律上ノ位  
置ト定義スル、矢張り行動ニ關係シテ居ル、況ヤ訴訟ノ如キハ無論行動デアアル、賦テ居テ訴  
ガ起ルモノデナイ、デスカラ詰リ人格ト云フモノハ權利義務ノ主體タル資格デ、主體ト云フモ  
ノハ行動ヲ爲スコトノ出來ルモノデナケレバナラス、ソレハ苟モ動物、植物ト云フモノヲ除イ  
タナラニ限ル、是ハ疑ノナイコトデアラウト思フ、例ヘバ所有權ハドンナ定義ニ據ラテモ皆  
行動ニ關シテ居ル、我民法ニハ「使用、收益及ヒ處分」ト云フ言葉ヲ使ツテ居ル、獨逸ニハ之ヲ  
概括シタ言葉ヲ使フテ居ル、所有權ノ定義ハ詰リ物ニ付テ思フ儘ニ行動スル權利ト云フノデア  
ル、ドウシテモ人ヲ前提トシテ居ル、然ルニ所謂法人ナルモノハドンナモノデアアルカ、先ヅ國



ハドンナモノデアルカ、國ハ有機體ナドト云フ突飛ナ説ガアツテ、是ガ一時獨逸デ勢力ヲ占メテ居ツタ、是ハ私共カラ見ルト淺薄ナ議論デ國ハ何カラ成立ツカ、是ハ疑ナイ、詰リ國民ト土地カラ成立ツ、所ガ土地ニハ動ク力ナドハアリマセヌ、國民ガ動クコトガ出來ルダケデア、然ルニ國民ト云フモノハ各、獨立ノ人格ヲ持ツテ居ル、國民ノ行動ト云フモノノ外ニ又國ノ行動ト云フモノハ事實ニ於テアリ得ベカラザルモノデア、成程國民ガ我邦ノ如ク天子ヲ戴イテ、天子ノ行動ハ取りモ直サズ國ノ行動ト視ルト云フコトニナツテ居ル國モアル、併ナガラ天子ガ國デハナイ、天子ハ國ノ主權者デハアルケレドモ天子夫レ自身ガ國デハナイ、ソレカラ所謂立憲國ニ於テハ議會ト云フモノガアル、又共和國ニハ大統領ガアルガ、是ハ内閣總理大臣ノ少シ地位ノ高イヤウナモノデ、是ハ別段ニ論ズル必要ガナイトスルト議會ト云フモノハナカナカ大事ノ機關ニナツテ居ル、其議會ハ國民ガ法律ニ依ツテ選舉シテ、サウシテ國政ヲ議セシムルモノデア、其性質ニ付テハ公法學者ノ間ニ議論ガアルガ、要スルニ議會ノ働ト云フモノガ直チニ國家ノ働デハナイ、極ク正直ニ考ヘテ見ルト所謂國家ノ働ト云フノハ國家ノ機關ノ働デア、其機關ト云フモノハ己ノ資格ニ於テ働クモノデハナイ、即チ自己ノ人格ニ於テ働クモノデハナイ、ソレガ國家ト云フ人格ヲ代表シテ働ク、考ヘテ見ルト國家ト云フモノハ詰リ空ナモノ、無形ナモノ、唯想像デ考ヘタモノデア、國家夫レ自身ガドウシテモ働クベキ管ハナイ、働クモノハ國家デナクシテ國家ノ機關デア、其機關ハ自己ノ人格ヲ以テ働クノデナクシテ國家ヲ代

表シテ居ルモノデアルト云ヘバドウシテモ「フキクシヨシ」即チ假定ト云フモノヲ爰ニ認メナケレバナラス、所謂人格ト云フモノハ權利義務ノ主體、サウスレバ權利義務ハ常ニ行動ニ關シテ居ル、其行動ト云フモノハ生物デナケレバ出來ヌ、就中人類デナクテハ出來ヌ、國ト云フモノハ人類デハナイ、ソレハ人類ノ集リト土地ト併セテ之ヲ國ト云フ、而シテ或ハ國民ノ集リタ働ガ國ノ働デアルト云フカモ知レヌガ、是ハ國體ニ依ツテハ誤ツテ居ルト謂ハナケレバナラス、日本ノ如キハ正ニ誤ツテ居ル、假ニ共和國ノ如キ國柄デ國民ノ働ガ即チ國ノ働デアルト言ヒ得ラルル場合デモ國民ハ各、獨立ノ人格ヲ持ツテ居ル、ソレガ其外ニ國ノ人格ノ一部分ヲ代表シテ居ルト云フコトハドウシテモ言ヘナイ、サウスルトドウシテモ是ハ全ク別ナモノデアルト見ナケレバナラス、ソレデ國家有機體説モ下火ニナツタヤウデア、サウスルト國家ニ付テハ法人實在説ガ當嵌ラナクナツテ來ル、サウスルト外ノ法人ニ付テハ益、當嵌ラナクナツテ來ル、先ヅ會社ニ付テ言ツテ見ルト社員ガ十人アリトシマス、是ガ一ツノ會社ヲ形造ル、之ヲ法人トスル、成程社員ト云フ人格ハアル、其外ニ會社ト云フ人格ハ自然ニハナイ、自然ニハ十ノ社員ノ各自ノ人格ガアルト云フダケデア、ソレガ集ツテ或事業ヲ目的トシテ會社ヲ立テ、サウスルト法律ハ是ニ人格ヲ認メル、其人格ト社員各自ノ人格トハ全ク別デア、各社員ハ單ニ社員トシ又ハ株主トシテハアル、ソレト會社トハ全ク別デア、ソレデ株主ガ會社ニ向ツテ訴ヲ起シタリ會社ガ株主ニ向ツテ訴ヲ起シタリヌル、人格ヲ別ニ見テ居ルカラデア、其十人

ノ社員ガ一般ノ人格ノ外ニ又一ツノ人格ノ十分ノ一ダケヲ持ツテ居ルト云フノハ如何ニモ牽強附會ノ説デアル、成程行動ハ違フ、會社ノ行動即チ社員トシテノ行動トソレカラ他ノ行動トハ違フ、各人ガ澤山ノ種類ノ違フタ行動ヲ爲スノデアル、私デモ法政大學ノ講師トシテノ行動ト唯一個ノ梅謙次郎トシテノ行動トハ違フ、就中官吏ガ官吏トシテノ行動ト私人トシテノ行動トハ違フ、ソレカラ商人ガ營業ヲ二ツ以上持ツテ居ルト、魚屋トシテノ行動ト油屋トシテノ行動トハ違フ、行動ノ種類ガ違フ度ニ人格ガ別デアルト云フナラバ會社ニ限ルコトデハナイ、魚屋ト油屋ト二ツ持ツテ居ル、其外ニ家庭ノ一員タル人格ヲ持ツテ居ルト人格ガ三ツニナル、ソレカラ又他ノ會社ノ株ヲ買フト四ツニナル、ソシテハ獨逸學者ト雖モ認メナイ、然ラバ社員ガ十人デ一ツノ會社ヲ組ンデ居ルモソレガ爲メニ十分ノ一ノ人格ガ生ズルト云フコトハ認メラレヌ、ソレデスカラ法人實在説ハ頓ト據リ所ガナイ、如何ニシテ是ガ獨逸デ勢力ヲ占メ又我邦ニ於テモ勢力ヲ占メントスルカラ疑フ、就中財團法人ニ至ルハ殆ド了解ニ苦ム、設立者ハ設立ト同時ニ最早法人ト無關係ニナリ仕舞フ、サウスルト一定ノ目的ヲ有スル財產ガ其處ニ在ルダケデアル、是ニ何ヲ標準トシテ人格ヲ認メルカ、何ガ行動スルカ、マタ財團法人ニ在テハ社員ガ集ルテ或行動ヲ爲スコトガアル、ケレドモ財團法人ニ至ルハソレモナイ、全ク法人ノ代表者タル機關ノ行動ヨリ外何ニモナイ、其機關ヲシテ行動セシムル所ノ基礎タル人格モナイ、之ニ人格ヲ認メル、其人格ガ自然ニ存在スルノデアルト云フコトハ殆ド牽強附會ノ甚シキモノ

デアル、ソレデスカラ財團法人ニ付テハ實在説ハ詳シク辯ジテ居ルガ、財團法人ノ事ハチヨロト一言極ク簡單ニ論ジテアルノミニ過ギナイ、國家有機體説ガ近頃下火ニナリタヤウニ法人實在説モ亦下火ニナルダラウト思フ

然ラバ假定説ト云フノハドンナモノデアルカ、假定説ハ私ノ思フニハ餘程理ニ合ナリテ居ル、權利義務ハ今言フ通り人ノ行動ト云フコトガ主眼トナリテ居ル、サウスルト人デナケレバ本來權利義務ノ主體トナルコトハ出來ヌ等デアル、所ガ實際ソレデハ不便ガ多イ、ソレデ段段法人ト云フモノヲ認ムルニ至リタ、法人ト云フモノハ人デハナイ、從テ本來ハ權利義務ノ主體トナルコトハ出來ヌ等ノモノデアル、寧ろ空ノモノデアルガ或目的ノ爲メニ假ニ人格者ト認メテ之ニ權利ヲ持タセ義務ヲ負ハスノデアル、或學者ノ「法人ト云フモノハナイノデアル、所謂法人ト云フモノハ詰リ一定ノ目的ヲ有スル財產ノ塊ヲ云フノデアル」ト云フモノハ事實在合フテ居ルケレドモ、サウスルテ仕舞フト無主物ニナル、其無主物ニシナイ爲メニ法人ト云フモノヲ法律ノ假定ニ依リテ認メル、今國ニ付テ云フテ見ルト國ト云フモノハ人民ト土地ト塊デアル、是全ク人爲的ノモノデアル、其證據ニハモトハ樺太ガ露領デアッタガ今ハ其南半ハ日本領デアール、サウスルト樺太ハ日本ノ國ノ一部ヲ成ス、其處ニ住シテ居ル人類モ日本國民トナルト云フ譯デアル、是人爲的ノモノ、サウスルト唯一定ノ土地ト一定ノ人民ヲ一ツノ國ト云フコトニ人ガ極メル、併ナガラ土地ハ行動ヲ爲サヌ、從テ權利義務ノ主體トナラス、人ハト云フハ無論

各人ハ權利義務ノ主體トナリ得ルガ、所謂國ノ行動ト云フモノハ各人ノ行動デハナイ、本來ハ國ノ機關ノ行動デアル、我邦ノ如キ君主國ニ於テハ君主ノ行動ガ常ニ國ノ行動ト看做サル、而モ「憲法」ト云フモノガ出來テ以來ハ其君主ノ行動ハ憲法ニ依テ多少ノ條件ヲ定メラレテ居ル、其條件ノ一ツトシテ帝國議會ノ協賛ト云フモノガアル、サウスルト例ハ法律ニ付テハ帝國議會ノ協賛ヲ經ナケレバナラヌト云フカラ帝國議會ノ意思ト云フモノガ君主ノ意思ニ伴ハナケレバナラス、ソレガ合致シタトキニ始メテ國家ノ意思ト云フモノガ定マル、併ナガラ此君主ノ意思及ビ帝國議會ノ意思ト云フモノト國民ノ意思ト云フモノガ同ジカト云フト決シテ同ジデハナイ、國民各自ノ意思ハ多クハ別別デアル、甲ハ其法律ニ規定シタル事ヲ望ム、乙ハサウ云フ事ヲ望マス、丙ハ何ニモ分ラヌ、時トシテハ極端ナ場合ヲ云フト國民各自ノ意思ヲ問フテ見タレバ皆反對カモ知レヌ、ソレデモ君主ノ意思ト帝國議會ノ意思ト合致スルト法律ト云フモノガ出來ル、サウ考ヘテ見ルト所謂國家ノ意思ハ國家ノ機關ノ意思デアル、其機關ト云フモノハ國自身デハナイ、國ノ爲メニ政治ヲ爲ス職務ヲ持ッテ居ル機關ニ過ギヌ、サウスレバ法律ガ國家ノ意思トシテ見ル所ノモノハ國家ノ機關ノ意思デアラテ、而シテ國家ト云フモノハ意思モ何ニモナイ、唯ソレニ意思ガアルモノノ如ク法律ガ認メル、是ハ公法上ノ話デスガ、ソレヲ私法上カラ言ッテ見テモ其通デアル、國家ガ所有權ヲ持ツト云フコトハ無論出來ル、國有財産ト云フモノガアル、中ニハ家賃ヲ取ッテ貸シテ置クモノモアル、所ガ此所有權ヲ行フト云フノハ誰ガ行フゾデア

ルカ、國家ニハ手モナケレバ足モナイ、國家夫レ自身ガ使用、收益、處分ヲ爲スト云フコトハ決シテアリ得ナイ、唯ガ爲スカ、ソレハ國家ノ機關ガ爲スノデアル、機關ハ自己ノ資格ヲ以テ爲スノデハナイ、唯國家ト云フモノノ代ハリニサウ云フコトヲスルノデアル、丁度後見人ガ被後見人ノ代ハリニ或行動ヲ爲サウナモノ、被後見人ニ人格ガナカッタラ其後見人ノ行動ト云フモノハ全ク人格ノナイ者ノ行動ニナル、ソレト同ジ事デ國家ニ人格ト云フモノヲ認メヌト所有權ト云フモノハアリ得ナイ、ソレデ國家ニ人格ト云フモノヲ認メル、其國家ハ何處ニ在ルカト云フト、アリハシナイ無形ノモノデアル、況ヤ其他ノ法人、例ヘバ人ガ十人寄ッテ會社ヲ立テタ、本來ハ十人ノ人格ノ集リ、昔ハ大抵之ヲ法人ト見ナカッタ、我邦デモ舊商法ノ施行セララルマデハ之ヲ法人ト認メテ居ラス、唯十人ノ集リト見テ居ル、併ナガラ法律ハ便宜上十人ニ共通ノ一ツノ利益（即チ鐵道事業ヲヤルトカ、學校ヲ興ストカ、其十人ニ共通ノ目的ヲ持ッテ居ル）、即チ事業其物ニ人格ヲ認メル、社員ニ人格ヲ認メルノデハナイ、社員ハ自ラ人格ヲ持ッテ居ル、ソコデ十人集ッテ會社ヲ立テルト忽チ十人ノ人格ガ出來ル、十人ノ社員ハ各自ノ人格ニ加フルニ無形ナル一ツノ人格、ソレガ會社デアル、ソレハ唯法律ノ「フククション」デ何モ無いモノヲ有ルガ如ク見テ、是ハ會社ト云フ一ツノ人格者デアルト法律ガ云フカラ皆ソレニ從フ、ソレガ所有權ヲ持ッテ居リ、債權ヲ持ッテ居ルノデアル、況ヤ財團法人ニ至ッテハ本來財産シカナイ、自然ノ有様カラ言ヘバ實ハ無生物、ソレヲ法律ガ例ヘバ教育ト云フ一定ノ目的ノ爲メニ供スル

ナラバ此ニ一ツ人格ヲ認メテヤル、無イノダケレドモ在ルト假定シテヤル、サウストソレガ  
人格者トナル

此二ツノ主義ハ今日學者間ニ非常ニ説ガアルガ少クモ我民法ニ於テハ假定説ヲ取ツテ居ル證據  
ガ私ハアルト思フ、其第一ノ證據トモ謂フベキハ法律ノ規定ガナケレバ法人ト云フモノハ成立  
シナイト云ツテ居ルコトデアル

第三十三條 法人ハ本法其他ノ法律ノ規定ニ依ルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス

自然人ニ付テハ斯ノナ規定ハナイ、自然人ニ付テハ第一條ニ「私權ノ享有ハ出生ニ始マル」トア  
ル、自然人ガ權利ヲ享有スルニハ法律上ノ人格ヲ有スルコトヲ前提トシテ居ル、所謂法人實在  
説ヲ取レバ法人モ自然人モ同ジコトデナケレバナラス、此處ガ明カニ我立法者ノ假定説ヲ取ツタ  
ト云フ證據デアルト云ツテ宜カラウト思フ、獨逸ニハ此ノ如キ明文ナシ、此第三十三條ニ依レ  
バ法律ガナケレバ法人ハアリ得ナイト云フコトヲ認メテ居ル、サテ民法施行前疑ノアツタノハ  
社寺デアアルガコレハ慣習法上ノ法人デアルト云ツテ宜カラウト思フ、維新後ニ色色ノ法令ガ出  
マシテ暗ニ社寺ヲ法人ト見テ居ル規定ガアルケレドモ、ソレガ社寺ヲ法人ト見タノダト云フヨ  
リモ寧ロ社寺ハ固ヨリ法人ナリト前提シテ居ッタモノト云フ方ガ正シデアラウト思フ、ソレ  
デ是ハ本來ナレバ民法ノ法人ノ規定ニ從ハナケレバナラスガ、是ニハ種種沿革モアツテ舊ニ民法  
ノ規定ヲ以テ律スルコトガ出來ヌカラ特ニ民法施行法第二十八條ヲ以テ「民法中法人ニ關スル

規定ハ當分ノ内神社、寺院、祠堂及ヒ佛堂ニハ之ヲ適用セス」ト云フ規定ヲ置イタ、當時ハ社寺  
法(名稱ハ鬼ニ角)ト云フモノガ出來ル積リデアツテ、案モ屢、出來タ、議院マデ出タ案アルケ  
レドモソレハ行ハレナカッタ、今日マデ矢張り其儘ニナツテ居ル、此外ノ法人ニ付テハ民法施行  
前ハ一層不明デアツタガコレハ民法施行法ノ第十九條ヲ以テ決シタ、「民法施行前ヨリ獨立ノ財  
產ヲ有スル社團又ハ財團ニシテ民法第三十四條ニ掲ケタル目的ヲ有スルモノハ之ヲ法人トス云  
云」是デ確ニ法人ニナツタ、是ノ結果デソレソレ法人ニ關スル手續ヲ履ンダ團體ハ深山アル、  
本條ニ特ニ「本法其他」ト云フ字ヲ入レタノハ外デハナイ、是ヨリ論ズル所ノ第三十三條以下  
ノ規定ハ法人ニ關スル原則デアアル、特別規定ナキモノハ皆是ニ依ル、併シ特殊ノ法人ニハ又特  
殊ノ法令ガアル、國ノ私法上ノ勸ニ付テハ、例ハ官有財産管理規則トカ其他種種ノ法令ガア  
ル、況ヤ國ノ組織ニ至ツテハ公法ニ依ツテ定ツテ居ル、其他府縣、郡、市町村ノ如キモ同様デ  
アル、ソレカラ純然タル私法上ノモノト雖モ先ヅ最モ廣イモノハ商會社デアアル、商會社ニ  
付テハ商法ニ特別ノ規定ガアル、ソレカラ尙ホ特別ノ法人ヲ云ヘバ商業會議所ノ如キ公法的ノ  
モノハ姑ク措イテ、取引所、産業組合、重要物產同業組合ト云フヤウナモノモアル、サウ云フ  
ヤウニ各種ノ法人ニ各特別ノ規定ガアルノデ此等ガ玆ニ謂フ所ノ「其他ノ法律」デアアル、是ヨリ  
論ズル所ハ單ニ民法ニ規定シテアル所ダケデアアル、コレガ法人ハ假定デアルトイフ第一ノ點  
第二ハ官許又ハ準則ニ依ラナケレバ法人ノ設立ヲ爲スコトハ出來ヌ、是ニモナカレバ「主義ガア



テ、大別スルトニ主義トナル、第一ハ特許主義、此ハ細別スルトニ三ツニ分レル、其一ツハ國長特許主義、是ハ十八世紀位マテ盛ニ行ハレタ主義デ君主ガ特ニ許サナケレバナラスト云フノデア  
 ル次ハ法律特許主義、一ツノ法人ヲ設立スル毎ニ一ツノ法律ヲ出シテ是ニ依ツテ特ニ其法人タルコトヲ認メルト云フ主義、我邦デモ此主義ヲ取ツテ居ル例ハアル、例ヘバ日本銀行、橫濱正金  
 銀行ナドハ法律特許主義ニ依ツテ設ケテアルト云フテ差支ナイ、ソレカラ第三ガ官廳特許主義、  
 是ハ最モ廣ク行ハレテ居ルモノデ、十九世紀ニ於テモ非常ニ廣ク行ハレテ居ツタシ、今日仍ホ  
 少クモ或種類ノ法人ニ付テハ是ガ行ハレテ居ル、國長特許主義ハ最モ幼稚ナル主義デ、其考ハ  
 法人ト云フモノハ非常ニ異例デアアル、法律ノ原則ニ合ハナイモノデアアル、國長ガ其國長タル資  
 格ニ於テ特ニ認メレバ宜イガ、左モナケレバ成立ガ出來スト云フ所カラ起テ居ル、尙ホ附加  
 ヘテ法人ハ随分危險ナモノダカラ其危險ヲ防グ爲メ即チ危險アリト認メレバ國長ガ許サス危險  
 ナシト認ムレバ國長ガ許ストスル方ガヨイト云フコトモ理由ニ加ハツテ居ル、法律特許主義ハ  
 是ニ較ベルト沿革上ハ新シイケレドモ基ク所ノ思想ハ同ジトデアアル、之ニ反シテ官廳特許主  
 義ハ單ニ取締上必要デアアル、取締ノ上ニ於テ濫ニ法人ヲ設立スルコトハ許サスト云フノデア  
 ヲ、此方ハ今日仍ホ實際ノ適用ヲ見テ居ル、併シ是ハ皆特許主義「特許」ト云フノハ「各法人  
 ニ付テ特ニ許ス」ト云フノデアアル、ダカラ取引所ハ法人デアアル、商業會議所ハ法人デアアルト云  
 フノハ特許主義デハナイ、日本銀行ト云フ一ツノ銀行ガ出來ル、是ハ許ス、何何保險會社ト云

轉スルヲ以テ代理人ノ占有スル物件ハ讓受人ノ占有ニ歸シタルモノト謂ハサルヲ得ス何トナ  
 二レハ代理人ハ占有物ノ處分ニ關シテハ爾後讓受人ノ命令ニ服從セサルヘカラルニ依リ讓受  
 人ハ其物ノ上ニ實力ヲ施シ得ヘキ地位ニ在ルヲ以テナリ是レ民法第一八四條ニ規定スル所ナ  
 リ例ヘハ甲カ乙ヲシテ其所有ノ時計ヲ保管セシムル場合ニ之ヲ丙ニ賣渡シ丙ノ承諾ヲ得タル  
 上乙ニ對シテ爾後其時計ヲ丙ノ爲メニ保管スヘキ旨ヲ命シタルトキハ時計ノ占有權ハ丙ニ移  
 轉スヘキモノトス之ヲ稱シテ指圖ニ依ル引渡ト謂フ

### 第二 占有權移轉ノ效果

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



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

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

二 占有者ハ前主ノ占有ヲ自己ノ占有ニ併セテ主張スルコトヲ得 是レ權利承繼ノ關係ヨリ生スル結果ニシテ占有者カ前主ノ占有權ヲ承繼シタル場合ニ於テハ其占有ハ即チ前主ノ占有ノ

繼續シタルモノト見ルコトヲ得ヘケレハ占有者ハ前主ノ占有ト自己ノ占有トヲ包括シ之ニ隨伴スル法律上ノ利益ヲ要求スルコトヲ得ヘシ是レ民法第一八七條後段ノ規定アル所以ナリ

### 第三 占有併合ノ要件

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

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

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

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

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

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

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

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

第六項 占有權ノ變更

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

民法物權 各論 占有權

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

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

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

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

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

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

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

一、容假ノ占有ハ左ノ場合ニ於テ自主占有ニ變ス

甲 占有者カ本人ニ對シテ所有ノ意思アルコトヲ表示スルコト 本人ニ對スル意思表示ヲ必要素トスルハ本人ノ利益ヲ保護スルカ爲メニシテ斯クセサルニ於テハ容假ノ占有者ハ單ニ其意思ノ變更ノミヲ以テ何時ニテモ其容假ノ占有ヲ變シテ自主占有ト爲スコトヲ得ヘク本人

乙 其知ラサル間ニ容易ニ占有權ヲ失フノ危険アルヲ以テナリ

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

從來行ハレタル定説ニシテ新民法ノ解釋上ニ於テモ亦此説ニ從フヘキモノトス  
 容假ノ占有者ハ單純ノ意思ノ變更ニ因リ其占有ヲ變シテ自主占有ト爲スコトヲ得スト雖モ占  
 有者カ其意思ヲ變更スルニ付キ正當ノ原因ヲ有スル以上ハ之ニ自主占有ノ恩典ヲ與フルモ不  
 可ナシトス故ニ此場合ニ於テハ意思ノ變更ハ本人ニ對シテ之ヲ表示スルヲ必要トセス  
 反對ニ於テ自主占有ハ占有者カ自己ノ爲メニ所有スルノ意思ヲ拋棄シ他人ノ爲メニ所有スル  
 ノ意思ヲ表示スルニ因リテ容假ノ占有ニ變ス  
 二 隱蔽ノ瑕疵ハ占有物ニ關スル實力ノ行使カ公然ト爲ルニ因リテ消滅ス詳言スレハ隱蔽ノ占  
 有ハ物ニ關スル實力ノ行使カ外形上ノ行爲ニ現ハレ利害關係人ニ於テ之ヲ認知シ得ヘキトキ  
 ハ公然ノ占有ニ變スルモノトス例ヘハ贖物ヲ隱匿シタル後更ニ公然之ヲ販賣スルカ如シ公然  
 ノ占有ハ實力ノ行使ヲ蔽シテ外形上ノ行爲ニ現ハササルニ因リテ隱蔽ノ占有ニ變ス例ヘハ占  
 有者カ公然一ノ時計ヲ携帶シタル後故ラニ之ヲ筐底ニ藏スルカ如シ  
 三 強暴ノ瑕疵ハ占有者カ暴行又ハ強迫ヲ用ヒスシテ占有物ノ上ニ實力ヲ行使シ得ルニ至リタ  
 ルトキハ消滅スルモノトス例ヘハ甲、暴行、強迫ヲ以テ乙ノ地所ヲ占有セル場合ニ甲カ暴行  
 強迫ヲ以テ其占有ヲ保持スル間ハ其占有ハ強暴ノ瑕疵アル占有タルヲ免レス之ニ反シテ乙  
 カ何等ノ要求ヲモ爲サス又之カ要求ヲ爲スモ甲ニ於テ暴行、強迫ヲ用ヒス地所ノ占有ヲ保持  
 シ得タルトキハ平穩ノ占有ニ變スルモノトス然レトモ其根原ニ於テ平穩ナル占有ハ之ヲ維持

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

四 善意ノ占有ハ左ノ場合ニ於テ惡意ノ占有ニ變ス

甲 占有者カ物ヲ占有スルノ權利ナキコトヲ知リタルトキハ惡意ノ占有者ト爲ル例ヘハ甲カ  
 乙ノ所有スル時計ヲ丙ノ時計ナリト信シテ丙ヨリ買受ケ之ヲ所持スル場合ニ後ニ至リ其時  
 計ハ乙ノ所有ナルヲ知リタルカ如シ

乙 占有者カ本權ノ訴ニ於テ敗訴シタルトキハ其起訴ノ當時ヨリ惡意ノ占有者ト爲ル前例ニ  
 於テ乙カ甲ニ對シ時計取戻ノ訴ヲ起シ甲、敗訴シタルトキハ甲カ其當時丙ノ所有ナルコト  
 ヲ確信シ居タルトキト雖モ起訴ノ當時ニ遡リテ惡意ノ占有者ト爲ルモノトス此場合ニ於テ  
 何故ニ占有者カ實際善意ナルモ尙ホ惡意ノ占有者ト看做サルルヤト云フニ占有物ニ關シテ  
 本權ノ訴カ提起セラレタルトキハ占有者ハ其訴ニ於テ敗訴スルコトアルヘキコトヲ豫期セ  
 サルヘカラス且若シ此場合ニ於テ占有者ハ尙ホ善意ナリトシテ法律ノ保護ヲ受クルモノト  
 セハ占有者ハ訴訟終結ノ遅延ニ因リテ利益ヲ受ケ真正ノ權利者ハ却テ之カ爲メ損害ヲ受ケ  
 ヘキ不公平ナル結果ヲ生スヘケレハナリ

惡意ノ占有モ亦占有者カ後ニ至リ其占有ノ正當ノ權利ニ基クコトヲ信スルニ因リ善意ノ占  
 有ニ變ス前例ニ於テ甲カ初メ乙ノ時計ナルコトヲ知リ丙ヨリ之ヲ買取リタル後ニ至リ丙ヨ



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

第五款 占有ニ關スル事實ノ推定

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

占有ヨリ生スル利益ヲ享受スルコトヲ得サルノ結果ヲ生シ法律カ占有權ヲ認メ之ヲ保護スル所以ノ目的ヲ十分ニ達スルコト能ハサルニ至ルヘシ是ニ於テ法律ハ事實上ノ生活ニ於ケル普通ノ經驗ニ基キ占有者ノ爲メニ諸般ノ推定ヲ設ケ占有者ヲシテ容易ニ其目的ヲ達スルコトヲ得セシム民法第一八六條ノ規定是ナリ此規定ヨリ生スル結果左ノ如シ

第一 占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ占有スルモノト推定ス

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

第二 占有者ハ善意ニ占有ヲ爲スモノト推定ス

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

第三 占有者ハ平穩、公然ニ占有ヲ爲スモノト推定ス

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





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

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

例ヘハ占有者カ一月一日ニ物ノ占有ヲ爲シタル事實ト十二月三十一日ニ於テ其物ノ占有ヲ爲シタル事實トヲ證明スルトキハ占有者ハ一个年内間斷ナク其物ヲ占有シタルモノト推定セララルモノトス此推定モ亦普通ノ經驗ニ基クモノニシテ前後兩時ニ於テ物ヲ占有スル事ハ多クハ繼續シテ其物ヲ占有スルモノナレハナリ

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

### 第六款 占有權ノ效力

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

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

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

### 第一 權利ノ推定

民法物權 各論 占有權

占有者カ占有物上ニ行使スル權利ハ之ヲ適法ニ有スルモノト推定ス (一八八條)

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

第二 果實ノ取得

善意ノ占有者ハ占有物ヨリ生スル果實ヲ取得ス

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

之ヲ諸般ノ用途ニ供スヘキハ自然ノ勢ニシテ占有者ハ此等ノ處分ヲ爲スニ付キ毫モ顧慮スヘキ理由ナシト然ルニ一朝所有者ヨリ回復ノ請求ヲ受ケ其收取シタル果實ヲモ併セテ返還セザル

ヘカラサルモノトセハ占有者ハ爲メニ不測ノ損害ヲ被ムルニ至ルヘシ是レ占有者カ善意ナルトキハ其取得シタル果實ハ之ヲ返還スルヲ要セザルモノトスル所以ナリ

惡意ノ占有者ハ之ト異ナリ自己ニ權利ナキコトヲ知ルモノナレハ正當ノ權利者ヨリ返還ノ請求ニ對シ物ト果實トヲ併セテ返還スヘキコトハ其當ニ豫期スヘキ所ナルヲ以テ其現ニ收取シタル

果實ハ勿論既ニ費消シ過失ニ因リ毀損シ又ハ收取ヲ怠リタル果實ノ代價ヲモ辨償セザルヘカラス何トナレハ惡意ノ占有者ハ其不正ノ占有ニ因リ真正ノ權利者ヲシテ果實ヲ收取スルコト能ハ

サラシメタルモノニシテ既ニ占有ノ權利ナキコトヲ知ル以上ハ一般ノ原則ニ從ヒ真正ノ權利者ニ對シテ責任ヲ負フヘキハ理ノ當然ニシテ之ニ對シテ恩典ヲ與フヘキ理由ナキヲ以テナリ強暴

又ハ穩秘ニ依ル占有者モ亦然リ蓋シ此等ノ占有者モ亦其不正ノ占有ニ因リ真正ノ權利者ヲシテ其權利ヲ行使スルコト能ハサラシメタルモノナレハ法律上之ヲ保護スルノ必要ナシトス

善意ノ占有者ハ民法第八九條ニ依リ占有物ノ果實ヲ取得ス即チ天然果實ハ占有物ヨリ分離スルニ因リテ之ヲ取得シ其果實ノ現存スルト否トハ之ヲ問ハサルモノトス又法定果實ハ之ヲ收取スル權利ノ存續期間ノ日割ヲ以テ之ヲ取得ス

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

モ其後ニ至リ惡意ト爲ルトキハ其以後果實取得ノ權利ヲ失フモノトス

第三 權利ノ取得

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

甲 不動産ノ占有者カ二十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ物ヲ占有シタルトキハ其所有權ヲ取得ス(一六二條一項) 占有者カ其占有ノ始善意ニシテ過失ナキトキハ其期間ハ十年ニ短縮ス(一六二條二項) 地上權、永小作權其他ノ權利行使トシテ不動産ヲ占有スル場合亦同シ(一六三條)

乙 動産ニ付テモ亦民法第一六二條第一項ノ規定ヲ適用スヘキモノトス即チ其占有者カ占有ノ始ニ於テ惡意又ハ過失アルトキハ二十年ヲ以テ其所有權ヲ取得スルモノトス

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

テ丙ハ善意、無過失ニテ其引渡ヲ受ケ之ヲ占有シタルト假定センニ純理ヨリ言フトキハ時計

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



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

占有者カ占有物上ニ權利ヲ取得スルト同時ニ所有者ハ其權利ヲ喪失シ占有物ノ回復ヲ請求スルコト能ハサルハ前述ノ如シ然レトモ此原則ニハ例外アリ即チ左ノ如シ

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

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

右ノ如ク盜品及ヒ遺失品ニ對シテハ所有者ハ二年間占有者ニ對シテ回復ヲ請求シ得ヘシト雖モ占有者カ競賣又ハ公ノ市場ニ於テ又ハ其物ト同種ノ物ヲ販賣スル商人ヨリ善意ニテ之ヲ買受ケタルトキハ占有者ハ其物品ノ性質ニ付キ疑ヲ容ルヘキ理由ナキヲ以テ占有者ニ過失ノ責ナルトキハ占有者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ムラシメ取引ノ安全ヲ害スルノ恐アリ故ニ所有者カ其物品ノ回復ヲ請求スルトキハ占有者ニ對シテ其支拂ヒタル代價ヲ辨償セサルヘカラス是レ民法第一九四條ニ規定スル所ナリ

二 占有物カ他人ノ飼養セシ家畜外ノ動物ナルトキ 他人ノ使用セシ家畜外ノ動物ヲ占有シタル者ハ其動物ノ逃走シタル時ヨリ一个月ノ後ニアラサレハ動物ノ上ニ權利ヲ取得セズ(一五五條)是レ家畜外ノ動物ハ逃走シ易キ性質ヲ有スルヲ以テ占有者カ逃走シタル動物ノ上ニ直チニ權利ヲ取得スルニ於テハ動物ノ所有者ハ容易ニ其權利ヲ失フニ至ルヘキヲ以テ所有者ニ與フルニ一个月ノ猶豫期間ヲ以テシ其間ニ動物ヲ搜索シテ之ヲ回復スルコトヲ得セシメタルナリ故ニ占有者ハ一个月内ニ所有者ノ請求アルトキハ之ヲ返還スルノ義務アリ此期間ノ經過



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

第四 占有訴權

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

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

二 占有訴權ノ種類 占有ノ訴ハ之ヲ三種ニ區別スルコトヲ得占有保持ノ訴、占有保全ノ訴及ヒ占有回收ノ訴即チ是ナリ

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



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

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

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

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

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

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

丙 占有回收ノ訴 占有回收ノ訴ハ占有者カ占有ヲ奪ハレタル場合ニ提起スル所ノ訴ニシテ占有物ノ返還及ヒ損害ノ賠償ヲ目的トス

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

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

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

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

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

(一) 占有保持ノ訴 占有保持ノ訴ノ提起ハ左ノ期間ニ從フヘキモノトス

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

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

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

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

占有ノ妨害カ工事ニ基因スルトキハ占有訴權ノ行使ハ左ノ期間ニ從フヘキモノトス

(一) 占有者ハ工事著手ノ時ヨリ一箇年內ニ占有保持ノ訴ヲ提起スルコトヲ要ス 民法

ハ工事著手ノ時ヲ以テ一年ノ期間ノ起算點ト爲シタルヲ以テ妨害ノ事實カ工事著手ノ時ニ生シタルト其後ニ生シタルトハ訴權行使ノ期間ニ影響スル所ナシ是レ舊民法ト其規定ヲ異ニスル所ニシテ舊民法ハ妨害ノ生シタル時ヲ以テ期間ノ起算點ト爲シタリ而シテ實際ニ於テハ妨害ノ事實カ工事著手後ニ於テ生スルコトアルハ往々ニシテアリ然ルニ此場合ニ於テモ尙ホ占有訴權行使ノ期間ヲ工事著手ノ時ヨリ起算スルハ穩當ヲ失スルノ感ナキ能ハス

(ロ) 工事竣成シタルトキハ占有者ハ占有保持ノ訴權ヲ行フコトヲ得ス 占有者カ新工事ノ爲メニ其占有ヲ妨害セラレタルトキハ占有者ハ妨害排除ノ目的ヲ達スル爲メニ工事ノ取拂若クハ其變更ヲ求ムルコトヲ得ヘシ然レトモ工事落成シタル後若クハ工事カ著シク進歩シタル後ニ於テ其取拂又ハ變更ヲ爲スニ於テハ經濟上不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ占有者アリテ此權利ヲ行使セシムルハ公益ニ害アリト認メタルモノナリ 第二〇一條第一項但書ノ規定ハ新工事ヲ保護スルヲ目的トスルモノナルコトハ其文意ニ徴シテ明カナリ故ニ此規定ハ其工事ノ不完全ナルカ爲メニ占有ヲ妨害シタル場合ニ適用スルコト能ハサルモノト論スルコトヲ得ヘシ例ヘハ家屋カ腐朽シ若クハ其構造ノ不完全ナルカ爲メニ傾斜シ又ハ崩壞シタルトキ或ハ堤防カ破壞シテ隣地ノ占有ヲ妨害シタル場合ニ於テハ占有者ハ常ニ占有訴權ノ方法ヲ以テ妨害ノ排除ト損害ノ賠償ヲ求

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

(二) 占有保全ノ訴 占有保全ノ訴ハ妨害ノ危險存スル間ハ之ヲ提起スルコトヲ得但新工事ニ因リ占有物ニ損害ヲ生スルノ虞アルトキハ占有者ハ工事著手ノ時ヨリ一年ヲ經過シ又ハ其工事竣成セルトキハ之ヲ提起スルコトヲ得ス(二〇一條二項)然レトモ妨害ノ危險ハ家屋、堤防其他ノ建築物カ傾斜若クハ崩壞セントスル場合ニ於テモ亦生スルモノナルヲ以テ此等ノ場合ニ於テハ家屋、堤防其他ノ建築物カ新ニ築造セラレタルト否トニ拘ハラズ損害ヲ豫防スルカ爲メ常ニ占有訴權ヲ行使シ得ヘキモノナリトスルヲ正當ナリトス

(三) 占有回收ノ訴 占有回收ノ訴ハ占有侵奪ノ時ヨリ一年ノ期間内ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス(二〇一條三項)故ニ占有者カ第三者ノ爲メニ占有ヲ侵奪セラレタル場合ニ侵奪ノ時ヨリ一年内ニ占有回收ノ訴ヲ提起シテ占有物ヲ取戻ササルトキハ占有者ハ最早占有物ヲ回收スルコト能ハサルヲ以テ確定的ニ其占有ヲ失フト同時ニ其占有權ハ玆ニ全ク消滅スルモノトス

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



必要ヲ生ス故ニ占有者カ其占有ニ付キ法律ノ保護ヲ受クル所以ノ理由ハ又占有者ヲシテ此保護ヲ失ハシムルノ理由ト爲ルモノナリ是レ何レノ國ニ於テモ占有權行使ノ期間ヲ制限シ此期間經過後ハ新占有ヲ保護シ舊占有者ヲシテ占有訴權ヲ行使スルコトヲ得セシメサル所以ナリ我民法モ亦同一ノ理由ニ基キ回收訴權ノ行使ヲ一箇年ニ制限シタリ蓋シ此期間ノ經過ト共ニ新ナル狀態確定スルモノニシテ侵奪者ハ其以前純然タル占有權者トシテ法律ノ保護ヲ受クルモノトス

四

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

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

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

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

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





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

第五 所有者ト占有者間ノ權利關係

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

ハ善意ノ占有者ト惡意ノ占有者トニ區別シテ此點ニ付キ説明セントス

(一) 善意ノ占有者ハ回復ノ請求ヲ受ケタル當時ノ狀態ヲ以テ所有物ヲ占有者ニ返還スルノ義務ヲ負フ 此原則ヨリ生スル結果トシテ占有物カ占有者ノ占有中滅失又ハ毀損シタルトキハ其滅失又ハ毀損カ占有者ノ故意、過失ニ因ルト否トヲ問ハス占有者ハ之ニ對シ賠償ヲ爲スノ責ナシ是レ他ナシ善意ノ占有者ハ正當ノ權利アリト信シテ物ヲ占有スルモノナレハ占有物ニ關スル故意又ハ過失ニ付キ他人ニ對シテ責任ヲ負フニ至ルヘキコトヲ豫期スルノ理由ナク隨テ善意ノ占有者ヲシテ故意、過失ノ責ニ任セシムルハ苛酷ニ失スルヲ以テナリ然レトモ容假ノ占有者ハ之ニ異ナリ占有物カ其實ニ歸スヘカラサル事由ニ因テ滅失又ハ毀損シタルトキハ「物ハ所有者ニ死ス」トノ原則ニ從ヒ之ニ對シテ何等ノ責任ヲ負ハスト雖モ其故意、過失ヨリ生シタル占有物ノ滅失又ハ毀損ニ對シテハ賠償ノ責ヲ免レサルモノトス何トナレハ容假ノ占有者ハ他人ノ所有トシテ物ヲ占有スル者ナレハ物ノ所有者ニ對シテ故意、過失ノ責ニ任スヘキコトハ其當ニ豫期スヘキ所ニシテ其所有者ノ甲ナルト乙ナルトハ占有者ノ責任ニ何等ノ影響ヲ及ボササルヲ以テナリ

善意ノ占有者ハ其所爲ヨリ生シタル占有物ノ滅失又ハ毀損ニ對シテ責任ナシト雖モ占有物ニ關シテ受ケタル利益ハ不當利得ノ原則ニ從ヒ之ヲ所有者ニ償還スルコトヲ要ス例ヘハ占有物カ家屋ナルトキ占有者カ之ヲ賣却シテ其代價ヲ領收シ又ハ家屋カ第三者ノ所爲ニ因リ

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

(11) 惡意ノ占有者ハ其故意、過失ヨリ生シタル占有物ノ毀損、滅失ニ對シテ其實ニ任スヘキモノトス占有物カ占有者ノ故意、過失ニ因リ滅失又ハ毀損シタルトキハ占有者ハ其滅失、毀損ニ對シ全部ノ賠償ヲ爲スノ義務アリ是レ惡意ノ占有者ハ自己ニ權利ナキコトヲ知ルヲ以テ真正ノ所有者ニ對シ故意、過失ノ責ニ任スヘキコトハ其當ニ豫期スヘキ所ナルヲ以テナリ而シテ占有者ニ過失アリタルヤ否ヤハ一般ノ原則ニ從ヒ占有者カ占有物ノ保管ニ付キ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲シタルヤ否ヤヲ以テ標準ト爲スヘキモノトス

占有物ノ滅失、毀損カ占有者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ヨリ生シタルトキハ占有者ハ「物ハ所有者ニ死ス」トノ原則ニ從ヒ責任ヲ免ル然レトモ占有物ノ滅失、毀損カ所有者ノ請求後ニ生シタルトキ即チ占有者カ遲滞ニ在ルトキハ占有者ヲシテ其實ニ任セシムルヲ相當トス然

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

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

乙 所有者ノ義務

所有者ハ占有者ニ對シ占有物ニ關シテ占有者ノ支出シタル費用ヲ賠償スルノ義務アリ是レ第一九六條ニ規定スル所ナリ同條ハ費用償還ノ義務ニ付キ占有者ノ意思ノ善惡ヲ區別セス唯必要費ト有益費トヲ區別シテ其範圍ヲ定メタリ即チ左ノ如シ

- (一) 所有者ハ占有物保存ノ爲メニ費シタル金額（即チ保存費）其他ノ必要費ヲ償還スルコトヲ要ス 保存費トハ占有物ヲ其本來ノ狀態ニ於テ維持スルカ爲メ即チ占有物ノ毀損、滅失ヲ豫防スルカ爲メ必要シタル費用ヲ謂フ例ヘハ占有物ノ修繕費ノ如シ其他ノ必要費トハ占有物ノ管理上缺クヘカラサル費用ヲ謂フ例ヘハ占有物ノ保管費、租稅其他占有物ノ負擔ニ屬スル費用ノ如シ此二種ノ費用ハ單ニ必要費ト稱ス蓋シ第一種ノ費用ハ占有物ヲ保存ス

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

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

占有者カ占有物ノ爲メニ多額ノ費用ヲ支出スルモ其費用カ占有物ノ價額ヲ増加セザルトキハ其費用ハ所謂冗費ニシテ有益費ニ非サルヲ以テ所有者ニ對シテ其償還ヲ求ムルコト能ハ

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

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

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

惡意ノ占有者モ亦一般ノ原則ニ從ヒ占有物上ニ留置權ヲ有スルモ他日所有者ヨリ返還ノ請求ヲ受クヘキコトハ其應ニ豫期スヘキ所ナルヲ以テ法律ハ大ニ其權利ヲ制限シタリ第一九六條末段ノ規定即チ是ナリ本條ニ依レハ占有者カ惡意ナルトキハ所有者ハ費用ノ償還ニ付キ相當ノ猶豫期限ヲ裁判所ニ求ムルコトヲ得ヘク裁判所カ其請求ヲ相當ト認メ猶豫ヲ與ヘタルトキハ占有者ハ占有物ヲ留置スルコトヲ得ズ唯裁判所ノ定メタル期限ノ滿了ヲ俟テ費用ノ償還ヲ所有者ニ請求シ得ルニ止マルモノトス蓋シ所有者ニ費用償還ノ猶豫ヲ與フルハ費用ノ支出ハ所有者ノ關知セサル所ニシテ直チニ之ヲ償還スヘキモノトスルトキハ所有者ハ即時ニ之ヲ支拂フノ資力ナキカ爲メ非常ナル困難ニ陥ルコトアルヘキヲ以テナリ

### 第七款 準占有

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

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

準占有ヲ組織スヘキ權利ノ行使ハ財産權ノ行使タルコトヲ必要トシ財産權以外ノ權利ハ準占有ノ目的タルコトヲ得ズ故ニ物ノ所持ヲ必要トセサル物權即チ地役權、抵當權ノ行使及ヒ一般ニ債權ノ行使ハ準占有ナリト雖モ親族權即チ親權、戶主權、夫權等ノ行使ハ準占有ニ非ス

占有權ノ取得ニハ純然タル占有ノ場合ト等シク自己ノ爲メニ權利ヲ行使スルノ意思アルコトト權利ノ行使即チ權利ノ目的タル事物ニ關シテ實權ヲ掌握シタルコトヲ必要トス而シテ如何ナル場合ニ於テ權利ノ行使アリト云フコトヲ得ヘキハ準占有者ノ行ハントスル權利ノ性質ト各場合ニ於ケル準占有者ノ行爲トニ基キ之ヲ定ムルコトヲ要ス例ヘハ貸金ノ債權ニ在リテハ貸主トシテ借主ヨリ利子ヲ受取り通行權ニ在リテハ通行權者トシテ隣地ヲ通行スルカ如シ要スルニ準占有ノ場合ニ於テモ占有權ノ取得ニハ意思ノ要件ト實力ヲ具備スルコトヲ必要トシ

實力ノ要件ハ準占有者カ其權利行使ヲ組成スル所ノ行爲ヲ爲スニ依リテ充テサルモノトス占有權ノ喪失ニ關シテモ亦占有ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス但準占有者カ一旦其權利ヲ行使シタル以上ハ其以後之ヲ行使セサルノミヲ以テ占有權ヲ喪失スルコトナシ準占有者カ其權利ヲ行ヒ得ヘキ地位ニ在ル間ハ之ヲ行使スルト否トヲ問ハズ占有權ハ依然トシテ存續シ準占有者カ其權利ヲ行使スルコト能ハサルニ至リ始メテ消滅スヘキモノトス例ヘハ借主カ利子ノ支拂





ヲ拒ミ又ハ隣地ノ所有者カ通行ヲ拒ミ違占者カ其拒絕ニ對シテ何等ノ策ヲモ施サシテ其狀態ヲ確定セシメタル場合ノ如シ  
占有ニ關スル規定中動産ニ固有ナル第一九二條乃至第一九五條ノ規定ノ如キハ之ヲ準占有ニ適用スルコトヲ得スト雖モ其他ノ規定ハ事物ノ性質ノ許スル限ハ之ヲ準占有ニ適用スルコトヲ要ス此關係上占有訴權ハ地役權行使ノ場合ニ於テ最多ク適用セラレ得ヘク其他ノ權利ノ行使ニ付テハ殆ト其適用ヲ見サルモノトス

### 第二節 所有權

#### 第一款 所有權ノ性質

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

シテ所有權ヲ構成スルモノニ非スシテ物ニ關スル一般ノ支配權タル所有權ノ表彰タルニ過キザルモノトス

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



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

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

者カ履行ヲ爲シ得ヘキ時期及ヒ債務者カ履行ヲ爲ササルヘカラサル時期即チ是ナリ此三ノ個ノ時  
 期ハ相一致スル場合ナキニアラサルモ其間多少ノ差異アリ即チ債務ノ辨濟期トハ債權者カ債務  
 ノ履行ヲ要求スルコトヲ得ヘキ時期ニ該當シ債權者ハ辨濟期ノ到來ト共ニ其履行ヲ債務者ニ要  
 求スルコトヲ得ヘク其以前ニ於テ履行ヲ要求スルコトヲ得ス之ニ反シテ債務者ハ辨濟期ノ如何  
 ニ拘ハラズ債務關係ノ成立後ハ何時ニテモ進ンテ履行ヲ爲シ得ルヲ原則トシ只タ辨濟期カ債權  
 者ノ利益ノ爲メニ設ケラルル場合ニ限り其期限ノ到來前履行ノ受取ヲ債權者ニ強フルコトヲ得  
 サルモノトス債務者カ債務ノ履行ヲ爲ササルヘカラサル時期トハ債務ノ履行ニ付キ債務者ノ徒  
 過スヘカラサル時期ニシテ之ヲ徒過スルニ於テハ債務者ハ債務ノ履行ヲ遲滯シタルモノトシテ  
 其責ニ任セサルヘカラサルモノヲ謂フ民法第四百十二條ニ規定スルモノ即チ是ナリ余ハ同條ノ  
 區別ニ從ヒ此時期ニ付キ説明スヘシ

イ 確定期限アル債務 是レ所謂期限ノ定メアル債務即チ有期ノ債務ニシテ其期限ノ豫シメ確  
 定スルモノ即チ曆ニ依リテ算出シ得ヘキモノヲ謂フ例ヘハ甲乙ニ對シ明治三十六年十二月三  
 十一日ニ金百圓ヲ支拂フヘシト約シタルトキハ債務ノ返濟期限ハ契約時確定スルモノニシ  
 テ乙ノ債務ハ確定期限ヲ有スルモノナリ

民法第四百十二條第一項ノ規定ニ曰ク「債務ノ履行ニ付確定期限アルトキハ債務者ハ其期限  
 ノ到來シタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス」ト是レ「時ハ人ニ代リテ催告ス」ト云ヘル原則ニ依リ

民法債權 債權總論 債權ノ内容 債權ノ效力



タルモノナリ蓋シ債務ノ履行ニ付キ確定期限アルトキハ當事者ハ其時ヲ以テ履行ヲ爲スノ意  
思ナルコトハ明カナルノミナラス其期限ハ始メヨリ確定シ債務者ハ其期限ヲ熟知スルニ依リ  
其期限内ニ履行ヲ爲ササルニ於テハ之ヨリ生スル結果ニ付キ責任ヲ負フヘキコトハ其當サニ  
豫期スヘキ所ナリトス故ニ債務者カ此時期ヲ徒過シタルトキハ是ヨリ以後債務者ハ法律上債  
務ノ履行ヲ遲滞シタルモノトシテ其責ニ任セサルヘカラス

ロ 不確定期限アル債務 是レ亦有期債務ノ一種ニシテ債務履行ノ期限カ早晚到來スヘキコト  
ハ確定スト雖モ其期限カ何時到達スヘキカ確定セサルモノ即チ曆ニ依テ之ヲ算出スルコトヲ  
得サルモノヲ云フ例之ハ甲カ乙ヨリ金百圓ヲ借用シ丙ノ死亡ト同時ニ返済スヘキコトヲ約ス  
ルカ如シ此場合ニ於テ丙カ早晩死亡スヘキコトハ確定ノ事ニ屬スレトモ丙カ何時死亡スルヤ  
ハ不確定ナルカ故ニ甲乙間ノ債務ニハ不確定期限アルモノナリ而シテ若シ後ニ至リ丙カ死亡  
シタルトキハ之ト同時ニ甲ノ債務ハ辨濟期ニ在ルヲ以テ是ヨリ以後乙ハ甲ニ對シ何時ニテモ  
其支拂ヲ請求シ得ヘキハ勿論ナリトス然レトモ甲ハ丙ノ死亡ト同時ニ當然遲滞ノ責ニ任スヘ  
キヤ否ヤ民法第四百十二條第二項ハ即チ此問題ニ答フルモノニシテ不確定期限アル債務ニ付  
キテハ債務者ハ其期限ノ到來ヲ知りタル時ヨリ遲滞ノ責ニ任スヘキモノトス是レ他ナシ債務  
履行ノ期限カ不確定ナルトキハ債務者ハ往々ニシテ其期限ノ到來ヲ知ラス又事實上直チニ知  
リ得ヘカラサル場合アルヲ以テ債務者ヲシテ其期限ノ到來ト同時ニ當然遲滞ノ責ニ任セシム

ルハ苛酷ニ失スルヲ以テナリ然レトモ債務者カ其期限ノ到來ヲ知りタル以上ハ直チニ其義務  
ヲ履行スヘキハ勿論ニシテ是ヨリ生スル結果ハ債務者ノ豫期スヘキ所ナルヲ以テ是ヨリ以後  
債務者ハ何等ノ手續ヲモ要セスシテ當然遲滞ノ責ニ任セサルヘカラサルナリ

ハ 履行ニ付キ期限ノ定メナキ債務 是レ單純債務又ハ無期限債務ト稱スル者ナリ單純債務ト  
ハ期限條件等ノ體様ヲ有スル債務ニ對スルノ名稱ニシテ無期限債務トハ單ニ有期ノ債務ニ對  
スルノ名稱ナリ例之ハ甲乙ニ對シ米百俵ヲ引渡スヘキコトヲ約シ何レノ時期ニ引渡ヲ爲スヘ  
キヤニ付キ別段ノ意思ヲ表示セザリシ場合又ハ甲、乙ニ對シ何時ニテモ金百圓ヲ支拂フヘキ  
コトヲ約シタル場合ニ於テ甲ノ債務ハ何等ノ條件ナク又一定ノ期限ナキヲ以テ其債務ハ單純  
債務ニシテ又無期限債務ナリトス

或債務ニ付キ條件又ハ期限ノ定メナキトキハ債務者ハ何時ニテモ履行ヲ請求スルコトヲ得ル  
ト同時ニ債務者ハ何時ニテモ債權者ノ請求ニ應ジ辨濟ヲ爲スノ準備ヲ爲スヲ以テ足ルモノニ  
シテ直チニ辨濟ヲ爲スコトヲ必要トセス是レ民法第四百十二條第三項ノ規定アル所以ニシテ  
此規定ニ依レハ債務者ハ債權者ヨリ履行ノ請求ヲ俟テ始メテ遲滞ノ責ニ任スヘキモノトス但  
シ履行ノ請求ハ裁判外ニ於テ口頭又ハ書面ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘク又出訴其他ノ裁判上  
ノ手續ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ヘク舊民法ノ如ク必スシモ此後段ノ手續ヲ爲スコトヲ要セ

三 履行ノ遅延カ債務者ノ責ニ歸スヘキコト

債務者カ遅滞ノ責ニ任スルニハ履行ノ遅延カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ基ツクコトヲ必要トス換言スレバ履行遅延ノ場合ニ於テ法律カ債務者ヲシテ遅滞ノ責ニ任セシムル所以ノモノハ他ナシ債務ノ履行ニ關シテ債務者ニ故意又ハ過失アルカ爲メニシテ債務者ヲシテ其故意過失ヨリ生シタル債務ノ不履行ニ付キ責ヲ負ハシムルモノニ外ナラズ果シテ然ラハ履行ノ遅延カ不可抗力其他債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因テ生シタルトキハ債務者ヲシテ其責任セシムルノ理由ナシトス然レトモ此原則ニハ例外アリ金錢債務ノ不履行ヨリ生スル損害賠償ニ關スル第四百十九條ノ規定即チ是ナリ此規定ニ依ルトキハ金錢ヲ目的トスル債務不履行ノ場合ニ於テハ其不履行カ不可抗力ニ基因スルトキト雖モ債務者ハ尙ホ法定利率又ハ約定利率ニ相當スル賠償ヲ爲ササル可カラズ加之普通金錢ニ代ヘテ求メ得ヘキ事物ノ給付ヲ目的トスル債務例之不特定物ノ給付ヲ目的トスル債務又ハ或工事ノ爲メニ建築材料人夫等ヲ供給スルノ債務等ニ在テハ債務者カ無資力ナリテ爲ニ債務履行ヲ遅延シ債務者ニ何等過失ノ責ムヘキモノナキ場合ト雖モ債務者ハ債務不履行ノ責任セサルヘカラス債務者カ其一身ニ關スルノ事由ニ依リ給付ヲ妨ケラレタル場合亦同シ要スルニ此種ノ債務ニ關シテハ債務者ハ履行不能ノ場合ト等シク客觀的ノ事由ヨリ生スル履行ノ遅延ニ對シテハ一般ノ原則ニ從ヒ故意過失アル場合ニ限リ其責任主觀的ノ事由ヨリ生スル履行ノ遅延ニ對シテハ故意又ハ過失ノ

有無ニ拘ハラズ常ニ責任ヲ負フヘキモノトス

債務者カ自己ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ履行ヲ妨ケラレタルトキハ債務者ハ履行ノ障礙トナルヘキ事由ノ存スル間ハ遅滞ノ責任ト雖モ其障礙ノ除去セラルルト同時ニ遅滞ノ責任ニ任スヘキモノトス

第二項 遅滞ノ效力

遅滞ハ債務者ノ義務ヲ擴張シ其責任ヲ加重スルノ效果ヲ生ス換言スレバ債務者ノ義務ハ其範圍ヲ擴張シ債務者ハ債務ノ本旨ニ從ヒ其本來爲スヘキ給付ヨリモ一層大ナル給付ヲ爲スコトヲ強要セラルルノミナラス其會テ負擔セザリシ責任ヲモ負擔セサルヘカラサルニ至リ債務者ニ頗ル不利ナル結果ヲ生スルモノナリ今其效果ノ最も重要ナルモノヲ擧クルトキハ左ノ如シ

一 債務者ハ債權者ニ對シ給付ト遅延ヨリ生シタル損害ヲ賠償スルコトヲ要ス

二 債務者カ遅滞ニ在ル場合ニ債權ノ目的タル給付カ不能トナリタルトキハ給付ノ不能カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサルトキト雖モ債務者ハ其義務ヲ免脱スルコトヲ得ス

蓋シ此場合ニ於ケル損害ハ結局遅滞ノ爲メニ生シタルモノナレバナリ然レトモ債務者カ假令正常ナル時期ニ給付ヲ爲スモ給付スヘキ目的物カ債權者ノ手ニ在テ等シク滅失スヘカリシコトヲ證明スルニ於テハ債權者ハ遅滞ノ爲メニ損害ヲ受ケタルモノト謂フコト能ハサルヲ以テ



債務者ヲシテ賠償ノ責任ヲ負ハシムルコトヲ得ス例、甲、乙ニ一ノ家屋ヲ賣渡シ其引渡ヲ遲滞シタル場合ニ火災ニ罹リ目的物タル家屋燒失シタルトキハ乙甲ニ對シ家屋ノ引渡ニ代ヘテ損害賠償ヲ求ムルヲ得ヘシ然レトモ甲若シ其以前ニ家屋ノ引渡ヲ爲スモ其家屋ハ到底燒失ノ難ヲ免カル能ハサリシコトヲ證明スルトキハ甲ハ賠償ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ヘシ

三 債權者ハ契約ヲ解除スルコトヲ得  
一 即チ債權者ハ第五百四十一條ニ從ヒ相當ノ期限ヲ定メテ其履行ヲ債務者ニ催告シ債務者カ其期限内ニ尙ホ履行ヲ爲ササルトキハ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘク債務ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ期日ニ履行ヲ爲スコトヲ必要トスル場合ニ於テハ債權者ハ第五百四十二條ノ規定ニ從ヒ直チニ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ

### 第三項 遲滞ノ除去

債務者ノ遲滞ハ左ノ場合ニ於テ除去セラルルモノトス  
一 債務者カ完全ナル履行ヲ提供シタルトキ即チ債權者カ更ニ遲滞ニ付セラレタルトキ  
二 債權者カ其後ニ至リ更ニ履行ノ延期ヲ承諾シタルトキ  
三 主タル債權カ消滅シタルトキ例之ハ債權者カ現ニ給付ヲ受ケ又ハ當事者間ニ於テ更改ヲ爲シタルトキハ債權者ノ遲滞ハ之ト同時ニ除去セラルルモノトス

右何レノ場合ニ於テモ債務者ノ遲滞ハ除却セラルルモノニシテ是ヨリ以後債務者ハ遲滞ヨリ生スル一切ノ責任ヲ免ルルモノトス然レトモ遲滞ヨリ既ニ生シタル債權者ノ既得權即チ果實利息又ハ履行遲延ノ爲メニ既ニ生シタル損害賠償ノ請求權ハ遲滞ノ除去ニ拘ハラズ依然トシテ存在スルモノトス

### 第二款 債權者ノ遲滞

債務者カ自己ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リ債務ノ履行ヲ遲延シタルトキハ之カ爲メニ生シタル損害ヲ債權者ニ賠償スルノ義務ヲ負フヘキハ理ノ當然ナリト雖モ履行ノ遲延カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ基因スルトキハ債務者ヲシテ不履行ノ責ニ任セシメ其責任ヲ加重スヘキノ理由ナシトス是ヲ以テ債務者カ債務ノ本旨ニ從ヒ履行ヲ爲サントスルニ當リ債權者カ故意ニ其履行ヲ拒ミ又ハ債權者カ其過失若クハ其他ノ事由ニ依リ履行ヲ受クル能ハサルトキハ之ヨリ生スル結果ハ債權者ニ於テ負擔スヘク債務者ヲシテ其實ニ任セシムルコトヲ得是レ民法第四百十三條ニ規定スル所ニシテ之ヲ稱シテ債權者ノ遲滞ト云フ

債權者ノ遲滞ニ關シテハ古來ノ立法例學說區區ニシテ一定セシムル大別スルトキハ債權者ノ遲滞ニ在ルニハ給付ノ受取カ債權者ノ故意過失若クハ少ナクモ債權者ノ身上ニ關スル事由ニ因リテ妨ケラレタルコトヲ必要トスルノ主義ト債權者カ給付ヲ受取ラサルトキハ其事由ノ如何ニ



拘ハラス債權者ハ常ニ遲滯ニ在リトスルノ主義トナスコトヲ得我民法第四百十三條ハ債權者カ履行ヲ受クルコトヲ拒ミ又ハ履行ヲ受クルコト能ハサルトキレト規定シ後段ノ場合ニ付キ別ニ例外ヲ設ケサルヲ以テ前掲第三ノ主義ニ則リ債權者カ債務者ノ提供シタル給付ヲ受取ラサルトキハ其故意又ハ過失ニ出ツルト天災其他債權者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因ルトニ論ナク債權者ハ常ニ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトナシタルモノナリ蓋シ債權者カ債務者ノ提供ヲ受取ラサル場合ニ債權者ヲシテ遲滯ノ責ニ任セシムルハ債務者ノ遲滯ニ於ケルカ如ク債權者カ其義務ヲ履行セサルカ爲メニ非ス何トナレハ債權者ハ履行ヲ受取ルノ權利ヲ有スルモ之ヲ受取ルノ義務ヲ負フモノニアラサルヲ以テナリ故ニ債務者ノ遲滯ト債權者ノ遲滯トハ全ク其性質ヲ異ニシ其效力ヲ異ニスルモノナリ抑債務者カ債務ノ履行ヲ提供シタルトキハ債務者ハ自己ノ義務ニ屬スル一切ノ行爲ヲ爲シ了リタルモノナレハ其以上ニ於テ責任ヲ負フコトナカルヘキハ債務ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリトス然ルニ債權者カ其提供ヲ受取ラサルカ爲メ債務者ハ繼續シテ義務ヲ負擔シ依然トシテ同一ノ責任ニ服従スヘキモノトスルトキハ債務者ハ其本來負擔スル所ノ義務以上ノ義務ヲ負擔シ債權者ハ其本來要求シ得ヘキモノヨリモ多クノモノヲ債務者ニ要求スルコトヲ得ルノ不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ是レ法律カ債務者ニ於テ履行ノ提供ヲ爲シ債權者カ之ヲ受取ラサルトキハ其事由ノ如何ニ拘ハラス債權者ニ遲滯アリトシ債務者ノ責任ヲ輕減シ債務ノ繼續スルヨリ生スル負擔ノ加重ヲ免レシムル所以ナリ以下遲滯ノ要件遲滯ノ効

力遲滯ノ除去ニ付キ説明スヘシ

第一項 遲滯ノ要件

債權者カ遲滯ニ在ルニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ必要トス  
 一 直接ニ履行ヲ爲シ得ヘキ債權アルコトヲ要ス  
 債權ノ發生カ條件ニ係ル場合ニ債務者ヨリ履行ノ提供ヲ爲スニハ其條件ノ既ニ到來シタルコトヲ必要トシ債務者カ條件ノ到來前ニ給付ヲ爲サントスルトキハ債權者ハ其給付ヲ受クルコトヲ拒ムコトヲ得ルハ勿論ナリ期限ニ關シテハ普通債務者ノ利益ノ爲メニ設ケラルルヲ以テ反證ナキ限りハ債務者ハ期限ノ利益ヲ拋棄シ何時ニテモ履行ヲ爲シ得ヘキニ依リ期限到來前ト雖モ債權者ハ履行ノ提供ヲ拒ムコトヲ得ス然レトモ履行期限カ債權者ノ利益ノ爲メニ設ケラレタルモノナルニ於テハ債務者ハ期限到來前ニ履行ノ提供ヲ爲スコトヲ得又履行ニ付キ期限ノ定メナキ債權ニ關シテハ債權者ハ債權發生後何時ニテモ債務者ニ對シテ履行ヲ請求スルコトヲ得ルト同時ニ債務者モ亦何時ニテモ進シテ履行ヲ爲スコトヲ得ヘシ  
 二 債務者ハ債權者又ハ其正當ノ代理人ニ對シ適當ノ場所ニ於テ完全ナル履行ノ提供ヲ爲スコトヲ要ス  
 提供トハ債務者カ債權ノ目的タル給付ヲ爲スニ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲シテ給付ヲ受タヘキ

コトヲ債權者ニ求ムルヲ謂フ例之ハ甲乙ヨリ金百圓ヲ借用シタル場合ニ百圓ノ金員ヲ携帶シテ乙ノ住所ニ至リ乙ニ對シテ其受取ヲ求メタルトキハ甲ハ其義務ニ屬スル給付ヲ爲スニ必要ナル一切ノ行爲ヲ完了シタルモノニシテ即チ履行ノ提供ヲ爲シタルモノナリ但シ提供ニ付キテハ民法第四百九十二條以下ニ規定アルヲ以テ後ニ至リ詳細ニ説明スヘシ

三 債權者カ履行ヲ受ケサリシコトヲ要ス  
此要件ハ説明ヲ要セスシテ明ナリ何トナレハ債權者カ履行ヲ受クルニ於テハ債權關係ハ根本ヨリ消滅ニ歸スヘケレハナリ但シ債權者カ履行ヲ受ケサルハ其故意又ハ過失ニ因ルト若クハ其責ニ歸ス可ラサル事由ニ基ツクトハ之ヲ問フノ必要ナキコトハ既ニ説ケル所ナリ

### 第二項 遲滞ノ效力

債權者ノ遲滞ハ債權者ノ故意過失ヲ豫想セス唯タモ債權者ノ責任ヲ輕減シ債務ノ繼續ヨリ生スル負擔ノ加重ヲ豫防スルヲ以テ目的トスルモノナルコトハ前既ニ説明スル所ノ如シ故ニ其效力モ亦債務者ノ遲滞ノ場合ニ異ナラサルヲ得ス即チ債權者ノ遲滞ハ債務者ヲシテ債務ノ不履行ヨリ生スル責任ヲ免レシメ且ツ債務ノ繼續ニ伴フ費用ノ賠償等ヲ債權者ニ求ムルコトヲ得セシムルヲ以テ主要ノ效力トナスモノニシテ債務者カ他ニ損害ヲ受ケタルトキハ不法行為ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ其賠償ヲ債權者ニ求ムルコトヲ得ルハ特別遲滞ノ一事ノミヲ以テ此請求權ヲ行使

スルコトヲ得ス(第四百九今其ノ效力ノ最重要ナルモノヲ擧ケタルトキハ左ノ如シ) 一 債務者ハ爾後自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スノ責任ス 是レ民法第六百五十九條ノ類推解釋ヨリ生スル結果ナリ故ニ債務者ハ故意又ハ重過失ニ付キテハ常ニ其責任スヘキモ不可抗力ハ勿論其日常ノ性行如何ニ依リ單純ナル注意ノ不足ニ對シテ責ヲ負ハサルコトトナルヘシ隨テ債務者ノ故意又ハ重過失以外ノ事由ニ依リテ目的物カ滅失シタルトキハ債務者ハ其義務ヲ免脱スルモノトス債務者ノ故意又ハ重過失ニ因ラスシテ目的物ヲ毀損シタル場合亦同シ

二 債務ノ履行カ債權者ニ對スル債務者ノ請求權行使ノ條件タル場合ニ於テハ債務者ハ直チニ其請求權ヲ行フコトヲ得 例之ハ甲、乙ニ對シテ代金百圓ヲ以テ其家屋ヲ賣渡シ登記済ノ上代金ノ受授ヲ爲スヘキコトヲ約シタル場合ニ甲ハ登記ヲ爲スニアラサレハ代金ヲ受取ルコトヲ得サルモノナリ然ルニ乙若シ遲滞ニ在ルトキハ甲ハ登記手續ノ完了シタルト否トニ拘ハラズ乙ニ對シテ代金ヲ請求スルコトヲ得ヘシ蓋シ甲ハ乙ノ遲滞ニ基因スル不履行ノ爲メ其權利ノ行使ヲ妨ケラルノ理ナケレハナリ

三 債務者ハ其債務ノ繼續スルカ爲メニ支出シタル費用ノ賠償ヲ債權者ニ求ムルコトヲ得 例之ハ遲滞以後ニ於ケル目的物ノ保管目的物ノ送還并ニ再度ノ運搬ニ要シタル費用ノ賠償ヲ

債權者ニ求ムルコトヲ得ルカ如シ  
四 債權者ハ利益ヲ意リタル結果ニ付キ賠償ノ責任ヲ負フヘキ又給付スヘキ原本ニ對シ利息ヲ支拂フノ義務ナシ

五 債權者ハ目的物ヲ供託スルコトヲ得

債權者カ遲滞ニアルトキハ債權者ハ目的物ヲ供託スルノ權利ヲ有シ供託ヲ爲スト同時ニ其義務ヲ免脱ス蓋シ債權者ハ債權者ノ遲滞ニ依リ其實ヲ輕減セラルルニ止マリ未ダ全ク其義務ヲ免脱セサルモノナリ何トナレハ其債務ハ未タ履行セラレサルヲ以テ債權者ハ其履行ヲ爲スニアラサレハ其義務ヲ免カルルコト能ハサルヲ以テナリ而シテ供託ハ法律上履行ト同視セララルモノナレハ債權者ヲシテ一切ノ義務ヲ免レシムルノ效力ヲ生スルニ至ルモノナリ

### 第一項 遲滞ノ除去

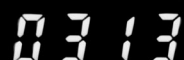
債權者ノ遲滞ハ左ノ場合ニ於テ除去セラルルモノトス  
一 債權者カ給付ヲ受取ルヘキ準備ヲ爲シ之ヲ債務者ニ通知シタルトキ  
二 債權者債務者間ニ新タニ履行期限ヲ約定シタルトキ  
三 債權者カ辨濟更改其他ノ事由ニ依リ消滅シタルトキ  
右何レノ場合ニ於テモ債權者ノ遲滞ハ除去セラルルト雖モ債權者ノ爲メニ既ニ生シタル權利ハ

債務者ニ於テ之ヲ拋棄シタル場合ノ外ハ是カ爲メ消滅スルコトナク遲滞除去ノ後ニ於テモ依然トシテ存立ス而シテ債務者カ其權利ヲ拋棄シタルヤ否ヤハ事實上ノ問題ニ屬スルモノトス

### 第四款 過失

如何ナル場合ニ於テ債務者ハ履行ノ不能履行ノ遲延若クハ不完全ニ對シテ過失ノ責任ヲ負ヘキヤ曰ク履行ノ不能遲延又ハ不完全カ債務ノ履行ニ付キテ債務者カ當サニ用フヘキ注意ヲ怠リタルノ結果ナルトキハ債務者ニ過失ノ責アリトス但シ履行ニ關シテ債務者ノ用フヘキ注意ノ程度ハ債務ノ種類ニ依リテ異ナルヲ以テ債務者ニ過失アリヤ否ヤノ問題ニ付キ總テノ場合ニ共通ナル唯一ノ解説ヲ與フルコト能ハサルモノトス余ハ今ヨリ民法ノ規定ト學理トヲ參照シ債務者ノ責任ニ關スル原則ニ付キ説明セントス

注意ノ程度ニ關シテハ當事者ハ一般ノ原則ニ從ヒ其自由意思ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシト雖モ如何ナル場合ニ於テモ當事者ハ故意ヨリ生シタル債務ノ不履行ニ對シ責任ヲ免脱スヘキコトヲ豫約スルコトヲ得ス是レ他ナシ債務即チ或給付ヲ爲スノ義務ハ故意ヲ以テ此給付ヲ妨グザルノ義務ヲ必然的ニ包含スルモノニシテ之ヲ免脱スルノ約束ハ債務關係ヲ毀滅スルノ結果ヲ生シ債務ノ本質ト相容レサルヲ以テナリ故ニ當事者カ假令斯ノ如キ約束ヲ爲スモ其約束ハ何等ノ效力ヲ生セサルモノトス然レトモ債權者カ債務者ノ故意ヨリ出テタル不履行ニ付キ既ニ生シタル





債務者ノ責任ヲ免除スルハ妨ゲナシトス獨逸民法ハ其第二百七十六條第二項ニ於テ特ニ規定ヲ設ケタリト雖モ我民法ニハ何等ノ規定ナシ蓋シ故意ヨリ生スル責任ハ豫メ之ヲ免除スルコトヲ得サルハ債務ノ本質ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ特ニ之ヲ規定スルノ必要ナキヲ以テナリ  
當事者カ債務者ノ負フヘキ責任ニ付キ別段ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ其意思表示ニ依ルヘシト雖モ此點ニ付キ當事者間ニ何等ノ意思表示ナカリシトキハ債務者ノ責任ニ付キテハ左ノ原則ニ依ルヘキモノトス

第一 債務者ハ其故意ヨリ生シタル不履行ニ付キ常ニ其責任ス

故意トハ債務者ノ不履行カ債務者ノ行爲又ハ不行爲ニ基因スル場合ニ於テ債務者カ其結果ヲ知リテ其行爲不行爲ヲ爲スヲ謂フ而シテ如何ナル場合ニ於テモ債務者ハ此責任ヲ辭スルコトヲ得サルハ前説明ノ如シ

第二 債務者ハ債務ノ履行ニ付キ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スノ責任ス

過失ナル文字ハ民法中各處ニ散見スル所ニシテ例之ハ第六百一十一條ニ賃借物ノ一部カ賃借人ノ過失ニ因ラスシテ滅失シタルトキハ賃借人ハ其滅失シタル部分ノ賃借ノ減額ヲ請求スルコトヲ得トアリ又第六百二十八條ニ「當事者カ雇傭ノ期間ヲ定メタル時ト雖モ已ムコトヲ得サル事由アルトキハ各當事者ハ直チニ契約ヲ解除ヲ爲スコトヲ得但シ其事由カ當事者一方ノ過失ニ因リ生シタルトキハ相手方ニ對シテ損害賠償ノ責任ス」トアリ第六百九十八條ニ管理

人カ本人ノ身體名譽又ハ財産ニ對スル急迫ノ危害ヲ免レシムル爲メニ其事務ノ管理ヲ爲シタルトキハ惡意又ハ重大ノ過失アルニアラサレハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償セストアリ故ニ民法ハ過失ニ單純ノ過失ト重過失トアルコトヲ認メタルヤ明ナリ然レトモ如何ナル場合ニ於テ過失アリ又如何ナル場合ニ於テ重過失アリヤニ付キ別ニ標準ヲ設ケス又民法ハ或種類ノ債務ニ關シテハ債務者ノ爲スヘキ注意ニ付キ特ニ規定スル所アルモ債務ノ履行ニ關シテ用フヘキ注意ニ付キ一般ノ原則ヲ掲ケス又各種ノ債務ニ付キ一一之ヲ規定セサルヲ以テ法文ノ解釋上民法中特別規定ナキ場合ニ於テ債務者ノ用フヘキ注意ノ程度并ニ此注意ノ不足ヨリ生スル過失ノ有無輕重ハ一一ニ裁判官ノ判斷ニ一任シタリシモノト論スルヲ得ヘシト雖モ此解釋ハ正當ナリト信スルヲ得ス抑モ民法第四百條ノ規定ハ其明文ノ示ス如ク單ニ特定物ノ給付ノミニ關スルモノニシテ債權ノ目的カ特定物ノ給付ニアラサル場合ニ之ヲ適用スルコト能ハサルカ如シ然レトモ此規定タル佛民法第三百二十七條ノ規定ヨリ來リ舊民法ニ於テ之ヲ採用シ新民法モ亦其儘之ヲ存置シタルモノニシテ佛國民法ノ下ニ於テ此規定ハ單ニ特定物ノ給付ニ關スル原則タルニ止マラス一般ニ債務ノ履行ニ關スル原則タルヘシトハ學者間ニ解釋一致スル所ナリ而シテ我民法ハ佛國民法ノ規定ヲ其儘ニ採用シタルモノニシテ債務者ノ責任ニ關スル原則ヲ變改シ特定物ノ給付ニ限り善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ債務者ノ責任ノ限度トシ其他ノ場合ニ於テハ法律ノ特別規定アレハ格別然ラサレハ之ヲ裁判官ノ認定ニ一任スルトノ新

主義ヲ採用シタルノ形跡ナキノミナラス善良ナル管理者ノ注意ハ各人カ財産ノ管理上ニ於テ用フヘキ注意ノ標準トナルヘキモノナレバ我民法モ亦原則トシテ債務者ハ債務ノ履行ニ付キ善良ナル管理者ノ注意ヲ用フルノ責アリトシ特定物ノ引渡ヲ目的トスル債務關係ニ付キ此原則ノ適用ヲ示シタルモノト解釋スルヲ相當トス果シテ然ラハ我民法ニ在テモ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ債務ノ履行ニ付キ用フヘキ注意ノ一般ノ標準トナスヘク債務者カ此注意ヲ怠リタルトキハ債務者ニ過失アリト云ヒ債務者ニ著シキ怠慢アリタルトキハ債務者ニ重過失アリト云フコトヲ得ヘシ故ニ債務者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ怠リタルヨリ生スル過失并ニ重過失ニ對シテハ當然其責ニ任セサル可ラス但シ債務者カ此注意ヲ怠リタルヤ否ヤ又債務者ノ怠慢カ輕微ナリヤ又ハ重大ナルヤ語ヲ換ヘテ言フトキハ債務者ニ過失又ハ重過失アリタルヤ否ヤハ各場合ニ於テ裁判官ノ判斷ヲ受クヘキモノニシテ是等ノ問題ニ關シテハ裁判官ノ認定ニ廣キ餘地ヲ存スルモノトス

第三

債務者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ怠リタルヨリ生スル過失重過失ニ付キ責任ヲ負フハ前述ノ如シ然レトモ民法ハ特別ノ場合ニ於テ債務者ニ負ハシムルニ單ニ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スノ責任ヲ以テセリ例ヘバ寄託ニ關スル第六百五十九條ノ規定ノ如シ是等ノ場合ニ於テ債務者ノ責任ハ債務者カ其財産ノ管理ニ付キ日常用フル所ノ注意如何ニ依リテ定マル

ヘク債務者カ平常用意周到ナラサルトキハ其責任モ亦隨テ輕キノ結果ヲ生スヘシ茲ニ於テ債務者カ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲ス義務ヲ負フ場合ニ於テ債務者カ其事務ヲ等閑ニ付スルノ常習アルトキハ重過失ニ對シテモ其責ニ任セサル場合アルヘシ反對ニ於テ債務者カ極メテ謹嚴ナル性質ヲ有シ些少ノ不注意ヲ爲ササルノ常習アル場合ト雖モ債務ノ履行ニ關シテハ善良ナル管理者ノ注意以上ノ注意ヲ爲スノ義務ナシトス蓋シ債務者ヲシテ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スノ責ニ任セシムルハ要スルニ債務者ノ責任ヲ輕減スルノ主旨ニ出テタルモノニシテ法律ハ各人カ自己ノ財産ニ關シテ用フル所ノ注意ハ善良ナル管理者ノ注意ヨリ低下スルコトアルモ之レヲ超過スルコトハ極メテ稀ナリト豫想シタルモノニ外ナラス然ルニ右ノ場合ニ於テ債務者ヲシテ善良ナル管理者ノ注意以上ノ注意ヲ爲スノ義務ヲ得ハシメ却テ普通ノ場合ヨリモ其責任ヲ加重スルハ決シテ正鵠ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ハ故ニ債務者ノ責任カ其日常ノ性行ニ依リ定マルヘキ場合ト雖モ債務者ハ善良ナル管理者ノ注意ニ超過スル所ノ注意ヲ爲スノ義務ナキモノトナスヲ正當ナリトス

第四

債務者ハ自己ノ過失ニ付キテ其責ニ任スヘキモノニシテ又自己ノ過失ニ非サレバ其責任セサル原則トス然レトモ債務者カ他人ノ爲シタル行為ニ付キテモ責任ヲ負フ場合アリ即チ左ノ如シ

- 一 債務者カ債務ノ履行ニ關シテ特ニ代理人ヲ設ケ又ハ他人ヲ使用シタルトキハ債務者ハ是等ノ人ノ爲シタル過失ニ付キ其責ニ任スヘキモノトス詳言スレバ代理人使用人ノ過失ハ恰

モ債務者カ自身ニ爲シタルト同一ノ效果ヲ生シ債務者ハ自己ノ過失ニ於ケルト同一ノ制限條件ニ從ヒ其實ニ任スヘキモノトス債務者ハ債權者ニ對シテ履行ノ責ニ任スルモノニシテ苟モ履行ヲ爲ササル限リハ其責任ヲ免ルルヲ得サルモノトス左スレハ此責任ハ他人ヲシテ履行ノ任ニ當ラシムルニ依リテ輕減セラルヘキ理由ナク又他人ヲシテ履行ノ任ニ當ラシメタルカ爲メニ加重セラルルノ理由ナシトス故ニ債務者ハ其代理人使用人ノ行爲ニ付キ自己ノ行爲ニ於ケルト同一ノ責ニ任スルヲ相當トス

二 債務者カ或業務ノ爲メ他人ヲ使用スル場合ニ被用者カ業務ノ執行上ニ於テ爲シタル過失ニ因リテ債務カ不履行トナリタルトキハ債務者ハ其過失ニ付キ責ニ任スヘキモノトス

此場合ニ於ケル債務者ノ責任ハ第七百十五條ノ規定ニ從ヒ使用者タル債務者ニ於テ被用者ノ選任又ハ其事業ノ監督ニ關シテ不注意ノ責ヲ負フヘキ場合ニ限ルモノトス此點ニ關シテハ不法行爲ニ付キ詳細ニ研究セラルヘシト信スルヲ以テ茲ニ詳論セス

第五

過失ニ關スル證明ノ責任ニ付キテハ左ノ原則ニ從フヘキモノトス

一 債權者カ債務カ不履行ノ理由トシテ損害ノ賠償ヲ求ムル場合ニ於テハ債權者ハ債權ノ成立ノ例ヘハ債權ヲ發生セシムル所以ノ契約締結ノ事實ヲ證明スルヲ以テ足ル而シテ債務ノ履行ヲ爲ササル債務者カ債權者ノ請求ニ對シテ其義務ヲ免レシトスルニハ債務カ不履行ノ責ニ歸スベカラサル事由ヨリ生シタルコト即チ債務者ノ過失ニ基因セザルコトヲ證明

スルコトヲ要スルモノトス債務者ハ債務ノ本旨ニ從ヒ完全ニ債務ヲ履行スルノ責アルヲ以テ債務者カ完全ニ債務ヲ履行セザルトキハ其不履行ニ付キ責ヲ負ハサル所以ノ理由ヲ證明スルニアラサレハ其義務ヲ免ルルコト能ハサルヘキハ事理ノ當然ナリ茲ニ於テ債務ノ目的タル特定物カ滅失シタルトキハ債務者ハ其目的物カ天災又ハ不可抗力ニ因テ滅失シ目的物ノ保管ニ付キ其義務ニ屬スル注意ヲ爲シタルモ滅失ヲ免レザリシ事情ヲ證明スルコトヲ要ス債務者カ是等ノ事情ヲ證明セザルトキハ債務者ハ目的物ノ滅失ニ付キ其責任ニ任セザルヘカラス換言スレハ債務カ不履行ハ常ニ債務者ニ過失アリタルコトヲ推定セシムルモノナリ但シ債務者カ責任免脱ノ理由トシテ證明シタル事情ニ基ツキ目的物ノ滅失ニ對シ債務者ニ過失ノ責ナキヤ否ヤヲ判斷スルハ裁判所ノ職權ニ屬スルモノトス

二 債務者カ其故意又ハ重過失ヨリ生スル不履行ノ責ノミニ任スヘキ場合ニ於テハ債務者其義務ヲ履行セザルノミニテハ債務者ニ故意又ハ重過失アリタルモノト推定スルコトヲ得ス債務者ニ故意又ハ重過失アリト主張スル債權者ニ於テ之ヲ證明スルノ責任アリ

故意重過失ハ極メテ例外ナル事實ニ屬スルヲ以テ債務カ不履行ハ別段ノ憑據アルニアラサレハ債務者ノ故意又ハ重過失ニ出テタルモノト推定スルコトヲ得ス

第五款 天災及ヒ不可抗力



債務ノ不履行カ天災又ハ不可抗力ニ基因スルトキハ債務者ハ不履行ニ付キ其責ニ任セストハ一般學者ノ唱道スル所ナリ所謂天災トハ異常ノ出來事ヲ謂フ例ハ火災ノ如シ不可抗力トハ異常ノ出來事ニシテ適當ノ注意ニ依リテ之ヲ豫防スルコト能ハサルモノヲ謂フ暴風、震災、洪水、雷火、海嘯、戰亂等ノ如シ然レトモ債務者ハ如何ナル場合ニ不履行ヨリ生ズル責ヲ免カルヘキヤノ問題ニ對シテハ債務ノ不履行カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ基因スルトキハ債務者ハ其不履行ニ對シテ責任ヲ免カルト答フルヲ以テ最モ精確ナリトス

第一 債務ノ不履行カ天災又ハ不可抗力ニ基因スル場合ト雖モ其發生ノ前後ニ於テ債務者ニ過失アリテ此過失ナキニ於テハ債務ハ完全ニ履行セラレ得ヘカリシトキハ債務者ハ不履行ノ責ヲ免カルルコトヲ得ス

第二 債務ノ不履行カ天災不可抗力以外ノ事由ニ基因スルトキ即チ債務者以外ノ人ノ行為ニ因リテ債務者ハ不履行トナリタル場合ニ於テモ不履行ノ因ヲ生シタル事實發生ノ前後ニ於テ債務者ニ過失ナカリシトキハ債務者ハ不履行ノ責ヲ免カル

債務ノ不履行ニ付キ債務者ニ何等過失ノ責ムヘキモノナカリシトキハ債務者ハ不履行ノ責ヲ免ルルモノト然レトモ此原則ニハ例外アリテ債務者カ過失ナクシテ生シタル債務ノ不履行ニ對シ其責ヲ負フコトアリ即チ左ノ如シ

一 債務者カ特約ヲ以テ危險ヲ負擔シタルトキ

二 債務ノ性質上債務者ニ於テ當然危險ヲ負擔スルトキ

民法第四百十九條ニ依レハ金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付キテハ其不履行カ不可抗力ニ基因スル場合ト雖モ債務者ハ不履行ニ對スル損害賠償トシテ法定利率又ハ約定利率ニ相當スル金額ヲ支拂フヘキモノトス不特定物ノ債務其他同種ノ債務ニ付キテモ亦然リ

第六款 履行ノ不能

債權ノ目的タル給付カ債權ノ發生當時客觀的ニ不能ナルトキハ債權成立セス之ニ反シテ債權ノ目的タル給付ノ主觀的不能ハ債權ノ成立ヲ妨ケサルコトハ前既ニ説明セル所ニシテ之ヲ稱シテ當初ノ不能ト云フ債權ノ目的タル給付カ債權發生後ニ不能トナリタルトキハ其不能ハ所謂事後ノ不能ニシテ余カ今ヨリ論セントスル所ノモノハ即チ此種ノ不能ニ關スルモノトス而シテ事後ノ不能モ亦客觀的不能ト主觀的不能ニ區別スルコトヲ要ス何トナレハ給付ノ不能カ債權關係ニ及ホス影響ハ客觀的タルト主觀的タルトニ依リテ異ナルヲ以テナリ

客觀的不能ノ場合ニ於テハ債務ノ本旨ニ從フ履行ハ不能トナルヲ以テ債權者ハ債務者ニ對シテ其直接履行ヲ請求スルコトヲ得ス但シ給付ノ不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生シタルトキ即チ債務者ニ故意過失ノ責アルトキ又ハ債務者ニ於テ危險ヲ負擔スヘキトキハ債權關係



ハ存續シ債權者ハ直接履行ニ代ヘテ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ其他ノ場合ニ於テハ債權關係ハ消滅ニ歸スヘキモノトス

債權ノ目的タル給付ノ不能ハ永久ナルコトアリ一時ナルコトアリ永久の不能ニ付キテハ右ノ原則ニ依ルヘク一時の不能ハ必スシモ前記ノ結果ヲ生セサルモノトス即チ給付ノ不能カ單ニ一時ノモノニ過キサルトキハ債權者ハ不能ノ除去ヲ待テ直接履行ヲ求ムルコトヲ得ヘク其不能カ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リタルトキハ之ニ對シテ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ然レトモ履行ノ時カ債權關係ノ要素ナルトキハ即チ債權者カ一定ノ時期ニ履行ヲ爲スコトヲ要シ其時期ニ後レテ履行ヲ爲スコトヲ得サル場合ニ其時期ニ履行ヲ爲スコト能ハサリシトキハ其給付ハ絕對的ニ不能トナル何トナレハ過キ去リタル時期ハ歸來スルコトナキヲ以テ其時期ニ給付ヲ爲ササルトキハ絕對ニ不能トナルヲ以テナリ例之一定ノ日時ニ於テ賓客ヲ饗應スルタメニ注文シタル料理カ其日時ニ送付シ來ラザリシ爲メ不明トナリタル場合ノ如シ

給付カ一部不能トナリタル場合ニ債權者カ其責ニ任セザルトキハ債權ハ爾後殘部ノ給付ヲ目的トスヘク債權者カ給付ノ不能ニ對シテ責任ヲ負フヘキ場合ニ殘部ノ給付カ債權者ニ利益トナラザルトキハ債權者ハ殘部ノ給付ヲ拒絕シ全部ニ對スル賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク殘部ノ給付カ尙ホ債權者ニ利益ナルトキハ債權者ハ其給付ト共ニ不能トナリタル部分ニ對スル賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

主觀的不能ノ場合ニ付キテハ一ノ區別ヲ爲スコトヲ要ス即チ特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ニ在テハ給付ノ事後ノ不能カ債權者ノ責ニ歸スヘカラザル事由ニ基因スルトキハ債權關係ハ消滅シ債務者ハ義務ヲ免カル然レトモ給付ノ不能ニ付キ債務者ニ過失アリタルトキハ債權者ハ其選擇ニ從ヒ債務ノ直接履行ヲ債務者ニ請求シ又ハ直接履行ニ代ヘテ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ

之ニ反シテ不特定物ノ給付其他金錢ニ代ヘテ求メ得ヘキ給付ニ付キテ生ジタル主觀的不能ハ債權者ノ過失ニ基因スルト否トニ拘ラス債務者ニ於テ其責ニ任スヘキモノトス例ハ債權者カ米百俵ヲ引渡スノ義務ヲ負フ場合ニ其米ヲ準備シ引渡ヲ爲サントスルニ臨ミ盜難ニ罹リ給付ヲ爲スコト能ハサルニ至リタル場合又請負師カ人夫ヲ供給スルノ義務ヲ負フ場合ニ過失ナクシテ無資力トナリ其義務ヲ履行スルコト能ハサルニ至リタル場合ノ如シ總テ是等ノ場合ニ於テハ債務者ハ給付カ客觀的ニ不能トナラサル限りハ其義務ヲ免カルコト能ハサルモノニシテ給付ニ關シテ生ジタル一切ノ危險ヲ負擔スルモノナリ

第七款 直接履行ノ訴權

直接履行トハ債務ノ本旨ニ從ヒ給付ヲ爲スヲ謂フ例之甲乙ニ對シ米百俵ヲ引渡スコトヲ約シタ場合ニ甲乙ニ對シ米百俵ヲ現實ニ引渡シタルトキハ甲ハ契約ノ趣旨ニ依リ其當ニ爲スヘキ給

民法債權 債權總論 債權ノ内容 債權ノ效力

付ヲ爲シタルモノニシテ即チ債務ノ本旨ニ從ヒ債務ヲ履行シタルモノナリ之ヲ稱シテ直接履行ト云フ債務者カ任意ニ債務ヲ履行セサルトキ即チ債務者カ債權ノ目的タル給付ヲ爲ササルトキハ債權者ハ債務者ニ對シ訴ヲ提起シ強制履行ヲ裁判ニ求ムルノ權利ヲ有ス是レ民法第四百十四條ニ規定スル所ナリ而シテ債權者カ此權利ヲ行使スルニ付キテハ二個ノ要件ヲ具備スルコトヲ必要トス即チ左ノ如シ

第一 債務者カ債務ノ履行ヲ遲滯シタルコト

債務者カ辨濟期ニ至リ任意ニ債務ヲ履行スルニ於テハ債權者ハ裁判所ニ請求シテ其履行ヲ強制スルノ必要ナク此必要ハ債務者カ債務ノ履行期限ヲ徒過シテ債務不履行ノ責任ヲ負フ場合ニ於テ生スルモノナリ故ニ有期ノ債權又ハ條件附債權ニ在テハ債權者ハ其期限又ハ條件ノ到來以前ニ於テ強制履行ヲ請求スルコトヲ得サルヤ明カナリ

第二 強制履行カ可能ナルコト

債權者カ強制履行ヲ裁判所ニ求ムルコトヲ得ルニハ債權ノ目的タル給付カ事實上可能ナルコトヲ要スルノミナラス尙ホ其給付ハ強制セラレ得ヘキ性質ノモノタルコトヲ要ス故ニ事實上不能ナル給付及ヒ事實上可能ナルモ強制履行ヲ許ササル給付ニ關シテハ直接履行ヲ請求スルコトヲ得ス

甲 本來不能ナル給付

債權ノ目的タル給付カ債權成立後客觀的ニ不能トナリタルトキハ債權者ハ其強制履行ヲ請求スルコトヲ得ス例之甲乙ニ對シテ家屋ヲ讓渡スコトヲ約シタルニ其家屋カ燒失シタルトキハ家屋ノ引渡ハ事實上不能ナルヲ以テ乙ハ最早其履行ヲ請求スルコトヲ得ス繪畫ヲ描クコトヲ約シタル畫工カ疾病ノ爲メ雙手ノ自由ヲ失ヒタル場合亦同シ但シ債權者カ本來ノ給付ニ代ヘテ更ニ損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキヤ否ヤ又目的物ニ關スル危險ハ何人カ負擔スヘキヤハ全ク別問題ニ屬スルモノトス

乙 性質上強制履行ヲ許ササル給付

民法第四百十四條ニ曰ク「債務者カ任意ニ債務ノ履行ヲ許ササルトキハ債權者ハ其強制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニアラスト」故ニ我民法ハ原則シテ債務ハ強制履行ノ目的タルコトヲ得ヘキモノトシ債務ノ性質カ之ヲ許ササル場合ニ限リ例外トシテ強制履行ヲ許ササルコトヲ示シタルモノナルコトヲ知り得ヘシ但シ其所謂性質上強制履行ヲ許ササル債務トハ如何ナル種類ノ債務ヲ指シヤニ付キテハ別段ニ規定スル所ナシト雖モ債務者自身ニ履行ヲ爲スコトヲ必要トスル債務ハ即チ其性質ヲ有スル者ト謂フコトヲ得ヘシ何トナレハ其債務カ作爲ノ債務ナルトキハ履行ヲ欲セザル債務者ヲ強制シテ債務ノ目的タル作爲ヲ爲サシムルコトヲ得ス又其債務カ不作爲ヲ目的トスルトキハ債務者ノ身體ヲ拘束スルノ外其履行ヲ強制スルノ途ナク第一ノ場合ニ於テハ強制

履行ハ事實上不能ニシテ第二ノ場合ニ於テハ強制履行ハ債務者ノ自由ヲ過度ニ制限スルノ結果ヲ生スヘケレハナリ是レ強制履行ノ手續ヲ規定セル民事訴訟法中ニ此種ノ債務ノ執行手續ニ關スル規定ノ全然缺如セル所以ナリ故ニ我民法第四百十四條ノ規定ハ一見舊民法ノ規定ト異ナルカ如シト雖モ其實債務者ノ身體ヲ拘束セスシテ爲シ得ヘキ場合ニ限り強制履行ヲ認許セル舊民法ノ規定ト略ホ其主旨ヲ同ウスルモノニシテ唯タ其異ナル點ハ債務ハ強制履行ヲ許スル原則トシ之ヲ許ササルハ例外ナルコトヲ明示シタルノ一事ニアルノミ即チ我民法ニ依ルトキハ債務者自身ニ爲スコトヲ要スル債務ハ後ニ説明スル第四百十四條第二項第三項ニ規定セル救濟法ニ依ルコトヲ得ル場合ノ外ハ不履行ト共ニ當然損害賠償ノ債務ニ變シ其直接履行ヲ強制スヘキ手段方法ハ一モ之アルナシ即チ此點ニ關シテハ新民法ハ舊民法ト等シク大體ニ於テ佛國民法ノ制度ヲ承踏シタルモノナリ

之ヲ要スルニ我民法ニ依レハ債務者ノ性質上債務者ノ行爲ニ因ラスシテ履行セラレ得ヘキトキハ債權者ハ債務者ニ拘ラス其履行ヲ強制スルノ權利ヲ有シ且ツ此關係ニ於テハ法律ハ種種ノ執行方法ヲ定メ債權者ヲシテ債權ノ創設ニ因テ企圖シタル目的ヲ達スルコトヲ得セシムルモノナリ然レトモ債務者ノ性質上債務者ノ意思ノミヲ以テ履行セラレ得ヘキトキ即チ債務ノ履行ニ付キ債務者ノ行爲ヲ必要トスルトキハ債權者ハ強制履行ヲ求ムルコトヲ得ス唯タ債務ノ不履行ヨリ生シタル損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ルニ過キサルモノトス余ハ今ヨリ各種ノ債務ニ關スル

強制履行ノ方法並ニ民法第四百十四條ニ規定セル救濟法ニ付キ説明スヘシ  
 第一 左ノ債務ニ付キテハ債權者ハ強制履行ヲ求ムルコトヲ得  
 甲 金錢債務

金錢債務ニ關スル執行方法ハ最モ完全ニシテ債權者ハ民事訴訟法第六編第二章ニ定ムル手續ニ從ヒ債務者ノ所有ニ係ル不動産船舶ヲ差押ヘテ之ヲ變賣シ其代金ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得ヘク金錢ヲ差押ヘタルトキハ其儘之ヲ辨濟ニ供スルコトヲ得ヘク債務者カ第三者ニ對シテ有スル債權モ亦之ヲ差押ヘタル上裁判所ヨリ轉付命令又ハ取立命令ヲ得テ之ヲ債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得ヘシ總テ是等ノ手續ハ直接ニ物又ハ權利ヲ目的トスルヲ以テ裁判所又ハ執達吏ニ於テ之ヲ爲シ敢テ債務者ノ行爲ヲ必要トセス只タ債務者カ差押ヲ拒ミタル場合ニ限り腕力ヲ以テ其抵抗ヲ排斥スルノ必要ヲ生スルノミ

乙 特定物又ハ不特定物ノ給付ヲ目的トスル債務  
 執達吏ハ債權者ノ委任ニ因リテ民事訴訟法第七百三十條第七百三十一條ノ規定ニ從ヒ不動産ニ關シテハ債務者ヨリ取上ケテ之ヲ債權者ニ引渡シ不動産船舶ニ付キテハ債務者ノ占有ヲ解キテ之ヲ債權者ノ占有ニ歸セシムヘク引渡スヘキ物カ第三者ノ手中ニ存スルトキハ裁判所ハ同第七百三十二條ノ規定ニ從ヒ第三者ニ對スル債務者ノ請求權ヲ直接ニ債權者ニ轉付スルモノトス右何レノ場合ニ於テモ執行ハ物又ハ第三者ニ對スル請求權ヲ目的トシ債務者

ノ行為ヲ必要トセス然レトモ右三條ノ規定ハ引渡スヘキ物カ債務者又ハ第三債務者ノ手裡ニ存スル場合ニノミ適用セラルヘキモノニシテ債務者カ引渡スヘキ物件ヲ所持セザルトキ又ハ其物カ第三者ノ有ニ歸シタルトキハ此方法ニ依ルコトヲ得サルヲ以テ債務者カ任意ニ債務ヲ履行スレハ格別然ラサレハ強制執行ハ爲シ得ヘカラサルコトトナルヘシ然レトモ債權者ハ尙ホ民法第四百十四條第二項前段ニ規定スル救済方法ニ依リ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ

丙 不動産船舶ノ明渡シテ目的トスル債務。

執達吏ハ民事訴訟法第七百三十一條ノ規定ニ從ヒ債務ノ占有ヲ解キ之ヲ債權者ノ占有ニ歸セシムルコト引渡ノ場合ニ同シ而シテ何レノ場合ニ於テモ債務者カ其不動産又ハ船舶ヲ明渡ササルトキハ腕力ヲ用ヒテ其立退ヲ強要スルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タス

第二 左ノ債務ニ付キテハ債權者ハ強制履行ヲ請求スルコトヲ得ス

甲 作爲ノ債務

作爲ノ債務ニ廣狹ニ様ノ意義アリ廣義ニ於ケル作爲ノ債務ハ其債務カ物ノ給付ヲ目的トスルト其以外ノ給付ヲ目的トスルトニ論ナク一般ニ債務者ノ積極ノ行為ヨリ成立スルモノヲ

謂ヒ狹義ニ於ケル作爲ノ債務トハ債務者ノ義務カ物ノ給付以外ノ行為ヲ目的トスルモノヲ謂フ換言スレハ廣義ノ作爲ノ債務ヨリ物ノ給付ヲ目的トスル債務ヲ控除シテ殘存スルモノ

ハ則チ狹義ノ作爲ノ債務ナリト委任契約ニ於ケル受任者ノ債務、雇傭契約ニ於ケル勞務、供給者ノ債務、事務管理人ノ債務ノ如キハ總テ此種ノ債務ニ屬ス

純然タル作爲ノ債務ニ在リテハ債務者カ故意ニ履行ヲ拒ムトキハ其意思ヲ制御シテ強制的ニ履行ヲ爲サシムルコト能ハサルヲ以テ債務ノ性質上強制履行ヲ許ササルモノトス何トナレハ物ノ給付ヲ目的トスル債務ニ在テハ債務者ノ意思如何ニ拘ハラズ差押ノ方法ニ依リ其

物ヲ債務者ヨリ取上ケテ之ヲ債權者ニ交付スルコトヲ得ヘシト雖モ作爲ノ債務ハ單純ニ債務者ノ所爲ヲ目的トシ而シテ其所爲ハ常ニ必ス債務者ノ意思ニ伴フヘキモノナルカ故ニ意

思ナキ債務者ヲシテ其所爲ヲ爲サシムルコト能ハサルヲ以テナリ是ニ於テ法律ハ作爲ノ債務ニ固有ナル前述ノ缺點ヲ補フカ爲メ直接履行ニ代フルニ他ノ救済方法ヲ以テシ債權者ヲ

シテ其目的ヲ達スルコトヲ得セシム即チ左ノ如シ(民法四二四條第二項)

1 債務カ法律行為ヲ目的トスルトキ 債務者カ債權者ニ對シテ或法律行為ヲ爲スノ義務ヲ負フ場合ニ債務者カ任意ニ其義務ヲ履行セザルトキハ債權者ハ債務者ヲ相手取リ裁判所ニ出訴シ其履行ヲ求めルコトヲ得ヘシ而シテ裁判所カ債權者ノ請求ヲ容レ債務者ニ對シ其法律行為ニ要スル意思ヲ表示ヲ爲スヘキ旨ノ裁判ヲ爲シタルトキハ債權者ハ其裁判





ヲ以テ債務者ノ意思表示ニ代フルコトヲ得此規定ハ頗ル有益ナリ何トナレハ債權者法律行為ヲ目的トスル場合ニ債務者カ意思ノ表示ヲ爲ササルトキハ之ヲ強制スルノ途ナキヲ以テ此規定ナキニ於テハ債權者ハ常ニ直接履行ノ權利ヲ拋棄セサルヘカラス然ルニ此規定アルカ爲メ債權者ハ容易ニ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘケレハナリ

第三者カ債務ノ目的タル行為ヲ爲シ得ヘキトキ 債務者カ債權者ニ對シテ作爲ノ義務ヲ負フ場合ニ債權ノ目的タル作爲カ債務者以外ノ人ニ於テ爲シ得ヘキ性質ノモノナルトキハ債務者ハ第三者ヲシテ之ヲナシメ債務者ヲシテ之カ爲メ必要シタル費用ヲ支拂ハシムルコトヲ得是レ民法第四百十四條第二項前段ニ規定スル所ナリ例之債務者カ不特定物ヲ讓渡シ又ハ家屋ノ建築、人夫ノ供給ヲ爲スノ義務ヲ負フ場合ニ於テハ是等ノ給付ハ普通債務者以外ノ人ニ於テ爲シ得ヘキモノナルカ故ニ裁判所ハ債權者ノ請求ニ基キ他人ヲシテ代リテ之ヲ爲サシメ是カ爲メ必要シタル費用ノ支拂ヲ債務者ニ命スルコトヲ得ヘシ

第四百十四條第二項前段ノ規定ヲ適用スルカ爲メニハ債務ノ目的タル作爲カ債務者以外ノ人ニ於テ爲シ得ヘキモノナルコトヲ必要トス換言セバ他人ニ於テ之ヲ爲スモ債權者ノ企圖シタル目的ヲ達シ得ヘキ場合ニ限ルモノトス故ニ債務ノ目的タル作爲カ債務者其人ノ特殊ノ技能ヲ必要トスルトキハ此方法ニ依ルコトヲ得ザルヤ明カナリ

乙 不作爲ノ債務

不作爲ノ債務ノ不履行ハ債務者ニ於テ禁セラレタル行為ヲ行フモノニ外ナラス故ニ債務ノ目的タル給付カ一時的ノモノナルトキハ債權侵害ノ後ニ至リ始メテ救済ヲ求ムル所ノ債權者ハ損害ノ賠償ヲ求ムルノ外救済ノ途ナク直接履行ヲ請求シ得ヘカラザルハ明白ナリトス又給付カ繼續ノ性質ヲ有スル場合ニ於テモ債務者カ禁セラレタル行為ヲ爲スト同時ニ直接履行ハ不能トナルヲ以テ債權者カ債務者ヲシテ債務ノ完全ナル直接履行ヲ爲サシムルニハ絶エス債務者ノ動作ヲ監視シテ其豫防手段ヲ施ササル可カラス而シテ債務者ハ何時ニテモ義務違背ノ行為ヲ爲シ得ヘキヲ以テ其身體ヲ拘束スルノ外債務ノ完全ナル履行ヲ確保スルノ途ナシ故ニ債務者カ不作爲ノ債務ヲ履行セザルトキハ債權者ハ債務者ニ對シテ直接履行ヲ求ムルコトヲ得ス唯債務者ニ對シテ債務ノ不履行ヨリ生スル損害ノ賠償ヲ請求スルノ權利ヲ有スルニ止マル

不作爲ノ債務ノ強制履行ハ法律上爲シ得ヘカラザルヲ以テ法律ハ債權者ノ權利ヲ保護スルカ爲メ直接履行ニ代ヘテ種種ノ救済法ヲ設ケ債權者ヲシテ債務者カ直接履行ヲ爲シタルト略ホ同一ノ目的ヲ達スルコトヲ得セシム民法第一百四條第三項ノ規定即チ是ナリ此規定ニ依ルトキハ債務者カ任意ニ不作爲ノ債務ヲ履行セザル場合ニ於テ債權者ノ取ルヘキ手段ニ

1

債權者ハ債務者ノ費用ヲ以テ其爲シタルモノヲ除却スルコトヲ請求スルコトヲ得  
例之甲地ノ所有者カ隣接セル乙地ノ居住者ニ對シ其所有地内ニ竹木其他ノ植物ヲ植付ク  
又ハ家屋其他ノ建物ヲ建設セザルコトヲ約シタルニ其約ニ背キ植物ヲ植付ケ建築ヲ爲シ  
タルトキハ乙地ノ居住者ハ其植物又ハ建築物ノ取拂ヲ請求スルノ權利ヲ有スルハ勿論之  
カ爲ニ要シタル費用ハ總テ債務者ヲシテ負擔セシムルコトヲ得ルカ如シ是レ第四百十四  
條第三項前段ニ規定スル所ニシテ此規定ハ前例ノ如ク工事建築其他除却スヘキ有形物ア  
ル場合ニ限リ適用セラレヘキモノトス  
○ 債權者ハ將來ノ爲ニ適當ノ處分ヲ請求スルコトヲ得 是レ民法第四百十四條第三項後  
段ニ規定スル所ニシテ債務者カ不作爲ノ債務ニ違反シタルトキハ民法ハ債權者ニ許スニ  
將來ノ爲メニ適當ノ豫防手段ヲ施スコトヲ請求スルノ權利ヲ以テセリ此規定タル不作爲  
ノ債務カ多少繼續ノ性質ヲ有スル場合ニ債務者カ既往ニ於テ其義務ニ違反シタルノミ  
ナラス尙ホ將來ニ於テ義務違反ノ行爲ヲ繼續スルノ處アル場合ニ適用セラレルモノトス  
而シテ民法第四百十四條第三項後段ニハ「將來ノ爲メ適當ノ處分ヲ請求スルコトヲ得」ト  
規定シ其方法ヲ限定セザルヲ以テ此處分ニ關シテハ裁判所ハ極メテ廣キ權限ヲ有シ債務  
者ヲ拘禁スル等其身體ニ過度ナル拘束ヲ加ヘザル限リハ自由ナル心證ヲ以テ債務者ノ義  
務違背ノ行爲ニ對スル救済方法ヲ定ムルコトヲ得ヘシ但シ債務者ノ身體ニ對スル拘束ノ

過度ナルヤ否ヤハ要スルニ程度ノ問題ニシテ豫メ一定ノ標準ヲ設クルコトヲ得ス各場合  
ニ於ケル實際ノ事實關係ニ基ツキ之ヲ決定スルノ外ナシ而シテ此區別ノ極メテ困難ナル  
場合ヲ生スヘキハ此種ノ問題ニ於テハ常ニ避クルコト能ハサルモノトス

第八款 損害賠償ノ權利

第一項 損害賠償ノ性質

損害賠償ノ權利トハ賠償權利者カ或事由ニ因リ其ノ適法ニ享有スル有形無形ノ利益ヲ喪失シタ  
ル場合ニ其利益ノ喪失ヨリ生シタル缺陷(即チ損害)ノ填充ヲ賠償義務者ニ要求スルノ權利ヲ  
謂フ  
損害賠償ノ基本タル利益喪失ノ原因ハ積極的事實ナルコトアリ例ヘハ賣買ノ目的物カ債務者ノ  
所爲ニ因リテ滅失毀損シ又ハ第三者ノ爲メニ目的物ヲ追奪セラレ買主カ損害ヲ被リタルカ如シ  
又利益ノ喪失ハ消極的ノ事實ニ基因スルコトアリ例ヘハ借主カ正當ノ時期ニ借用金ヲ返済セザ  
リシカ爲メ貸主カ損害ヲ受ク又ハ第三者ノ承諾ヲ必要トスル法律行爲ニ付キ第三者カ同意ヲ與  
ヘザリシ爲メニ當事者ノ一方カ損害ヲ被ムリタルカ如シ  
民法第四百十五條ニ曰ク「債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲サザルトキハ債權者ハ其  
損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ

至リタルトキ亦同シト故ニ債務者カ債務ヲ履行セサル場合ニ債權者カ其不履行ノ因ヲ生スル積極消極ノ事實ノ爲メ利益ヲ喪失シタルトキハ債權者ハ其利益ノ喪失ニ因テ生シタル缺陷ノ填充ヲ債務者ニ要求スルノ權利ヲ有スルモノナリ詳言スレバ債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ハ債權者カ債務ノ不履行ニ因リテ利益ヲ喪失シタル場合ニ債權者ヲシテ其債權カ完全ニ履行セラルルニ於テハ其ノ當然享受シ得ヘカリシ一切ノ利益ヲ回復スルコトヲ得セシムルヲ以テ目的トスルモノトス

債權ノ目的タル給付ハ金錢ニ見積リ得ヘキモノ大部分ヲ占メ此種ノ債權ニ關シテハ債權者ハ不履行ニ因ル損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘキハ毫モ疑ナシ然レトモ債權ノ目的ハ必スシモ金錢ニ見積リ得ヘキモノタルコトヲ要セサルヲ以テ債權中ニハ金錢的價格ナキ給付ヲ目的トスルモノアルコトハ既ニ説明スル所ナリ而シテ我民法ニ依レバ損害賠償ハ金錢ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ要スルヲ以テ此種ノ債權ニ關シテハ債權者ハ不履行ニ因ル損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ルヤ否ヤニ付キ疑ヲ生スヘシ然レトモ債權ノ目的カ單ニ債權者ノ精神上ノ利益ヲ目的トスル場合ト雖モ債務ノ不履行ニ因リ債權者カ其利益ヲ害セラレタル以上ハ債權者ハ債務不履行ノ結果損害ヲ受ケタルモノト謂ハサルヲ得ス而シテ民法第四百十五條ハ一般ニ債務ノ不履行ニ付キ債務者ニ損害賠償ノ權利ヲ認メ其間ニ區別ヲ爲ササルヲ以テ我民法ノ下ニ在テハ金錢的價格ナキ給付ヲ目的トスル債權ニ付キテモ債權者ハ債務ノ不履行ニ對スル救済トシテ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ

得ヘク裁判所ハ債權者ノ損害ヲ金錢ニ見積リ債務者ニ對シテ賠償ヲ命スルコトヲ要スルモノト解釋セサルヲ得ス獨逸民法ハ我民法ノ如ク金錢的價格ヲ有セサル給付ト雖モ尙ホ債權ノ目的タルコトヲ得ヘシトセルモ此種ノ債權ニ關シテハ法律ニ特別規定アル場合ノ外ハ金錢賠償ヲ許ササルコトヲ特ニ規定セリ我民法ニハ前述ノ如ク何等特別ノ規定ナキヲ以テ右ノ如ク解釋スルヲ以テ法文ノ主旨ニ適シタルモノト信ス

損害賠償ノ權利ハ種種ナル原因ヨリ生ス其最重要ナルモノヲ權利侵害ノ行爲トス債務ノ不履行ハ不法行爲ト共ニ此種ノ原因ニ屬ス然レトモ權利侵害ハ損害賠償ノ唯一ノ原因ニアラスシテ此權利ハ又契約ヨリ生スルコトアリ保險契約ノ如シ又法律ノ規定ヨリ生スルコトアリ土地收用ヨリ生スル損害ノ補償ノ如シ而シテ損害賠償ノ請求權ハ獨立ノ權利ナルコトアリ從タル權利ナルコトアリ不法行爲保險契約、土地收用ヨリ生スルモノハ前者ニ屬シ債務ノ不履行ヨリ生スルモノハ後者ニ屬ス何トナレバ債權者ハ債務者ニ對シテ債務ノ本旨ニ從ヒ履行ヲ請求スルノ權利ヲ有シ債務者カ履行ヲ爲ササル場合ニ損害賠償ノ權利ヲ行フコトヲ得ルニ過キササルヲ以テナリ而シテ債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ハ主タル給付ニ代ルヘキ全部ノ賠償ヲ目的トスルコトアリ或ハ主タル給付ニ附隨シ單ニ遲滯又ハ履行ノ不完全ナルカ爲メニ生シタル補充的ノ賠償ヲ目的トスルコトアリ然レトモ何レノ場合ニ於テモ債務ノ不履行ニ因リ損害賠償ノ債權新ニ發生スルニアラスシテ主タル債權ハ依然トシテ存續シ唯タ其内容ヲ變更シ又ハ擴張スルニ過キササルモノ

### 第二項 損害賠償ノ方法

賠償ノ方法ニ關シテハ、二ケノ主義アリ。原狀回復主義、金錢賠償主義ニテリ。原狀回復主義ハ債務者カ債務ノ不履行ニ因リ債權者ニ損害ヲ生セシメタル場合ニ債務者ヲシテ債權者ノ地位ヲ原狀ニ復スルノ義務ヲ負ハシメ原狀回復カ不能ナルトキハ金錢ヲ以テ賠償セシムルヲ原則トシ金錢賠償主義ハ原狀回復ノ方法ニ依ラスシテ常ニ金錢ヲ以テ賠償ヲ爲サシムルヲ原則トスルモノナリ。

損害ノ賠償ハ原狀回復ト金錢賠償ノ二ケノ方法ニ依リテ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ而シテ此二箇ノ方法中何レカ最モ事物ノ性質ニ適スルヤト言ハハ原狀回復ナリト答ヘサルヲ得ス且此方法ハ取引上一般ニ行ハルル所ノ觀念ニモ適合スルモノニシテ實際的生活ニ於ケル幾多ノ損害賠償ハ現ニ此方法ニ依リテ實行セラレツツアルモノナリ然レトモ若シ原狀回復主義ニ則リ賠償ハ原則トシテ原狀回復ノ方法ニ依ルヘキモノトシ原狀回復ノ不能ナル場合ニ金錢賠償ヲ許スヘシトスルトキハ原狀回復ノ能否カ明確ナル場合ニハ何等ノ困難ヲ感スルコトナシト雖モ其能否ノ疑ハシキ場合ニ於テハ債權者ハ大ニ其處置ニ苦ムコトアルヘク且ツ原狀回復カ不能ナルトキ又ハ債權者カ一旦原狀回復ヲ求メタルノ曉ニ於テ債務者カ之ヲ爲ササルトキハ結局金錢ノ賠償ヲ

求メサルヲ得ス斯ノ如キ場合ニ於テハ寧ロ初メヨリ金錢賠償ヲ求ムルノ勝レルニ若カサルナリ要スルニ原狀回復ハ實際上繁雜迂遠ノ手續ヲ要スルノミナラス其結果モ亦比較的ニ不確實ナリ是レ原狀回復主義ノ缺點ナリ

金錢賠償ハ其本來ノ性質ヨリ言ヘハ原狀回復ニ代ルヘキモノニシテ原狀回復ノ不能ナル場合ニ於テ初メテ此方法ニ依ルヘキモノトス且ツ此方法ニ依ル賠償ハ原狀回復ノ如ク適切ナラス何トナレハ其賠償額ハ往往不精確ナル標準ニ基ツキ算出セララルニ依リ時トシテハ損害ノ實額ヨリ多ク時トシテハ之ヨリ少ナク甚シキニ至リテハ賠償額ト損害ノ實額トニ非常ノ差異ヲ生スルコトハ吾人ノ熟知スル所ナレハナリ然レトモ此方法ハ實際上頗ル便利ニシテ且比較的ニ確實ナリ何トナレハ此方法ニ依ルハ債權者ノ請求權ハ金錢ノ給付ヲ目的トスルヲ以テ債權者ハ其權利ノ實行上ニ於テ大ニ便利ヲ感スルノミナラス權利實行ノ結果モ亦比較的確實ニシテ容易ニ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘク而シテ其得タル金錢ハ之ヲ原狀回復其他各種ノ用途ニ供スルコトヲ得ヘケレハナリ是レ金錢賠償法ノ長所トスル所ニシテ羅馬法以來何レノ國ニ於テモ損害ノ賠償ハ金錢ヲ以テスルヲ原則トナセルハ全ク之カ爲メナリ我民法モ亦第四百十七條ニ於テ損害ノ賠償ハ別段ノ意思表示ナキトキハ金錢ヲ以テ其額ヲ定ムト規定シテ此主義ヲ採用セリ故ニ我民法ノ下ニ在テハ債權者ハ特約アル場合ノ外ハ債務ノ不履行ヨリ生シタル損害トシテ債務者ニ對シ原狀回復ヲ要求スルノ權ナク常ニ必ス損害ヲ金錢ニ見積リ其支拂ヲ求ムルコトヲ要ス債務



者モ亦損害賠償ヲ目的トスル所ノ債權者ノ金錢支拂ノ請求ニ對シ原狀回復ノ方法ニ依リ其債務ヲ免ルルコト能ハサルモノトス

民法ハ損害賠償ハ金錢ヲ以テ爲スヘキモノトシタルモ金錢以外ノ賠償ヲ絕對ニ禁シタルモノニアラス當事者間ニ於テ豫メ賠償方法ニ付キ特約アリタルトキハ其約束ニ從フヘキモノトス故ニ當事者ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル限りハ其ノ自由意思ニ基ツキ賠償方法ヲ定ムルコトヲ得ヘク方法ノ何タルハ之ヲ問フノ必要ナシ即チ當事者ハ債務不履行ノ爲メニ生シタル損害ニ關シ原狀回復ヲ約スルモ可ナリ金錢以外ノ給付ヲ約スルモ可ナリ總テ是等ノ場合ニ於テ裁判所ハ債權者ノ請求ニ因リ當事者ノ特約シタル方法ニ基ツキ債務者ニ對シテ賠償ヲ命スヘキモノトス

### 第三項 損害賠償ヲ請求シ得ヘキ場合

民法第四百十五條ニ曰ク「債權者カ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲ス能ハサルニ至リタルトキ亦同シ」ト此規定ニ依ルトキハ債務關係ヨリ生スル損害賠償ノ原因ハ之ヲ二ケニ大別スルコトヲ得ヘシ履行ノ不能及ヒ不履行即チ是ナリ余ハ今ヨリ此二ケノ原因ニ付キ各別ニ説明スヘシ

#### 一 履行ノ不能

民法第四百十五條ニ所謂履行ノ不能ハ履行ノ客觀的不能ヲ意味スルモノニシテ主觀的不能ハ其内ニ包含セス而シテ債務ノ履行カ客觀的不能トナリタルトキハ債權者ハ最早直接履行ヲ請求スルコトヲ得ス此場合ニ於テハ債權者ハ直接履行ニ代ヘテ履行ノ不能トナリタルカ爲メ被ムリタル一切ノ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ但シ債權者カ債務者ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルニハ履行ノ不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ基因スルコトヲ要スルハ勿論ナリ此點ニ付キテハ履行ノ不能ヲ論スルニ當リ既ニ説明セルヲ以テ茲ニ再論セス

#### 二 不履行

債務者カ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得其場合ニ二アリ即チ左ノ如シ

甲 債務者カ不完全ニ債務ヲ履行シタルトキ

債務者カ其債務ヲ免脱スルニハ總テノ點ニ於テ債務ノ本旨ニ適シタル完全ナル給付ヲ爲スコトヲ要シ債務者ノ現ニ爲シタル給付カ債務ノ本旨ニ適セサルトキハ債務者ハ不完全ニ債務ヲ履行シタルモノトシテ之カ爲メニ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務ヲ負フモノトス

乙 債權者カ遲滞ニ在ルトキ

債務者カ債務ノ履行ヲ遲滞シタルトキハ債權者ハ遲滞ノ爲メニ生シタル損害ノ賠償ヲ求ム

ルコトヲ得ヘシ但其遲滞ハ債務ノ故意過失其他債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ基因スルコトヲ必要トスルハ既ニ説明スル所ナリ

債務者カ債務ノ履行ヲ遲滞シタルトキハ債權者ハ債務者ニ對シテ債務ノ履行ヲ求ムルト同時ニ遲滞ノ爲メニ生シタル損害ノ補充的賠償ヲ求ムルノ權利ヲ有スルヤ論ナシ然レトモ債權者ハ債務ノ履行ヲ拒絶シ之ニ代ヘテ全部ニ對スル損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤ此問題ニ關シテハ二ケノ說アリ即チ或學者ハ債務ノ履行カ客觀的ニ不能トナラサル限リハ債權者ハ其履行ヲ債務者ニ請求スルコトヲ要シ履行ノ遲滞ヲ理由トシテ履行ニ代ルヘキ全部ノ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ストシ他ノ學者ハ債務者カ遲滞ニ在ルトキハ債權者ハ其選擇ニ從ヒ遲滞ノ爲メニ生シタル補充的賠償ヲ求ムルコトヲ得ルハ勿論全部ノ損害賠償ヲモ請求スルコトヲ得ヘシトセリ

履行ノ時カ債務關係ノ要素ナルトキ即チ債務カ其性質上一定ノ時ニ履行セラルルニアラザレバ債權者ノ利益トナラサル場合或ハ當事者間ノ特約又法律ノ規定ニ依リ債務者カ一定ノ時ニ履行ヲ爲スコトヲ要シ後レテ履行ヲ爲スコトヲ許ササル場合ニ於テ債務者カ其時間ヲ徒過シタルトキハ債權者ノ履行ハ客觀的ニ不能トナルヲ以テ債權者ハ直チニ全部ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘテ債務者ハ其後ニ至リ債務ノ履行ヲ提供シテ不履行ノ責ヲ免カルコトヲ得サルハ毫モ疑ヲ容レズ

履行ノ時カ債務關係ノ要素ニアラザル場合ト雖モ強制履行ヲ許ササル債務ニ付キテハ債權者ノ爲メニ全部賠償ノ權利ヲ認メサルハカラス何トナレハ此種ノ債務ニ付キ債權者カ裁判外ニ於テ債務ノ直接履行ト共ニ遲滞ヨリ生スル補充的賠償ヲ債務者ニ要求スルハ妨ナシト雖モ債務者カ其要求ニ應セザルトキハ之ヲ強制スルコト能ハサルヲ以テ債務者ニ對シ履行ニ代ヘテ全部ノ賠償ヲ請求スルノ外他ニ救済ノ途ナキヲ以テナリ加之債務カ其性質上強制履行ヲ許スト否トニ拘ラス債權者カ直接履行ニ代ヘテ損害賠償ヲ請求スルノ必要ヲ感スルコトアリ何トナレハ後レテ爲シタル債務ノ履行カ債權者ノ利益トナラサル場合往々ニシテ之アルヲ以テナリ例之甲乙ヨリ一ノ書籍ヲ借用シ返済期限ヲ徒過シタル場合ニ乙其書籍ヲ閱讀スルノ必要ニ迫ラレ止ムヲ得ス新ニ之ヲ購求シテ其用ニ供シタリト假定スルトキハ甲其後ニ至リ乙ニ書籍ヲ返還スルモ乙ノ利益トナラサルコト明カナリ此場合ニ於テハ乙ハ書籍ヲ返還セントスル甲ノ提供ヲ拒絶シ損害ノ賠償トシテ新ニ購求シタル書籍ノ代價ヲ要求スルノ權利ヲ有スルモノトナスヲ正當ナリトス然レトモ甲カ一旦遲滞ニ付セラレタル後乙カ未ダ書籍ヲ購求セザルノ前ニ於テ借用書籍ノ返還ヲ提供シタル場合ニ乙ハ甲ノ遲滞ヲ理由トシテ其提供ヲ拒絶シ履行ニ代ヘテ新ニ購求スヘキ書籍ノ代價ヲ請求スルコトヲ得ヘキヤ余ハ此場合ニ於テハ甲ノ提供ヲ有效ナリトシテ全部賠償ノ責任ヲ免カレシムルヲ可ナリト信ス何トナレハ此場合ニ於ケル書籍ノ返還ハ乙ノ利益トナルモノナレハ乙ヲシテ其提供



ヲ拒絕シテ全部ノ賠償ヲ要求スルコトヲ得セシムヘキ必要ハ一モ之ナキヲ以テナリ故ニ乙カ書籍返還ノ遲滯ノ爲メニ生シタル損害ノ補充的賠償ヲ求ムルコトヲ得ルハ格別全部賠償ヲ要求スルノ權ナキモノト斷定セサルヘカラス

之ヲ要スルニ債務者カ債務ノ履行ヲ遲滯シタルトキハ債務者ハ其選擇ニ從ヒ直接履行ト運滯ヨリ生スル補充的賠償ヲ請求シ又ハ直接履行ニ代ヘテ全部賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシト雖モ債務者カ有效ナル時期ニ於テ直接履行ヲ提供シタルトキハ債務者ハ運滯ノ爲メニ生シタル賠償ノ責ノミニ任シ全部賠償ノ責任ヲ免カレ得ヘキモノト解釋スルヲ相當トス

#### 第四項 損害賠償ノ範圍

純理ヨリ云フトキハ損害賠償ハ債務不履行ノ結果トシテ形成セラレタル債權者ノ財産上ノ地位ヲ債務カ履行セラルルニ於テハ其有スヘカリシ本全ノ狀態ニ復スルヲ以テ目的トスルカ故ニ苟クモ此二箇ノ狀態ノ間ノ差異ヨリ生スル損害カ債務ノ不履行ニ基因スルトキ即チ債務ノ不履行ト損害トノ間ニ原因結果ノ連絡アルニ於テハ其損害カ單ニ債務ノ不履行ノミニ基因スルト他ノ事情ノ之ニ伴フニ因リテ生スルトヲ問ハズ債務者ハ之ヲ賠償スルノ責任ヲ負フヘキモノトス然レトモ凡ソ損害ナルモノハ漸次ニ増進シテ其範圍ヲ擴張スルノ性質ヲ有スルモノニシテ吾人カ一損失ヲ被ルニ因リ之ト牽連シテ他ノ損失ヲ受ケ其損失ハ更ニ他ノ損失ノ因ヲ爲スコト往往之

アリ又吾人カ一ノ利益ヲ得ルニ因リ他人ノ利益隨チ生スルヲ以テ或利益ヲ喪失セシムヘキ原因ハ又其利益ヨリ生スル所ノ他ノ利益ヲ併セテ喪失セシムルノ結果ヲ生スルモノトス茲ニ於テ債權者カ債務不履行ノ爲メニ被リタル損害ノ範圍ヲ確定スルニ當リ廣義ノ因果關係アルヤ否キヲ以テ唯一ノ標準トナストキハ債務ノ不履行カ債權者ノ財産ニ及ホス影響ハ殆ト底止スル所ナキヲ以テ債務者ハ實際ナク責任ヲ負ハサルヘカラサルニ至ルヘシ而シテ債務者ハ豫メ債務ノ不履行カ此ノ如キ重大ノ結果ヲ生スルコトヲ豫見セス又之ヲ豫見シ得ヘカラサルコト屢屢之アリ又假令其損害カ債務者ノ過失ニ基因スルニモセヨ債務者ヲシテ無限ノ責任ヲ負ハシムルニ於テハ頗ル苛酷ナル結果ヲ生スルヲ以テ何レノ國ニ於テモ債務ノ不履行ヨリ生スル債務ノ賠償責任ヲ多少制限スルノ主義ヲ採レリ今損害賠償ノ範圍ニ關シ從來行ハレタル二三ノ標準ヲ擧クレハ則チ左ノ如シ

第一 直接ノ損害ト間接ノ損害トヲ區別シ債務者ヲシテ單ニ直接ノ損害ヲ賠償スルノ責ニ任セシム

佛國民法及ヒ伊太利民法ニ依レハ債務者ハ唯タ債務ノ不履行ヨリ生シタル直接ノ損害ニ對シテ賠償ノ責任ヲ負フニ止マリ間接ノ損害ニ對シテハ賠償ノ義務ナシトス所謂直接ノ損害トハ其名稱ノ示ス如ク債務不履行ノ結果トシテ生スル損害ヲ謂フ例之持定物ノ引渡ヲ目的トスル債務ニ在テ目的物カ債務者ノ過失ニ因リテ滅失シタルトキハ債權者ハ目的物ノ價格ニ

民法債權 債權總論 債權ノ内容 債權ノ效力

相當スル損害ヲ被ムルヘキモノナルヤ明カナリ而シテ其損害ハ債務者ノ過失ニ基因スル給付不能ヨリ生スル直接ノ結果ナルヲ以テ所謂直接ノ損害ニ屬ス間接ノ損害トハ其損害ヲ直接ニ債務ノ不履行ニ基因セスシテ他ノ事實ヨリ生スルモノヲ謂フ故ニ間接損害ニ在テハ債務ノ不履行ハ損害ノ遠因ニ屬シ此遠因ノ外ニ直接ニ損害ヲ生セシムル所以ノ他ノ事實即チ遠因アルモノトス前例ニ於テ債權者カ目的物ヲ第三者ニ賣渡スコトヲ約シタルニ債務者カ其物ヲ引渡ササルカ爲メ第三者ヨリ損害賠償ノ請求ヲ受ケ之ヲ支拂ヒ損害ヲ受ケタリト假定センニ其損害ハ等シク債務不履行ニ基因スルハ明カナリト雖モ債務不履行ヨリ直接ニ生シタルモノニアラスシテ債權者カ第三者ニ對シテ自己ノ債務ヲ履行セザリシヨリ生シタルモノナルヲ以テ所謂間接ノ損害ニ屬スルモノトス

**第二 債務ノ不履行カ債務者ノ故意ニ基因スルト其過失ニ基因スルトニヨリテ賠償ノ範圍ヲ異ニス**

佛伊民法及我舊民法ニ依ルトキハ債務ノ不履行カ債務者ノ過失ニ基因スル場合ニ於テハ債務者ハ其現ニ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシ損害ニ對シテ賠償ノ責任ヲ負フニ止マリ其現ニ豫見セズ且ツ豫見シ得ヘカラザリシ損害ニ對シテ賠償ノ責任ヲ負フニ止マリ其現ニ豫見セズ故意ニ出タルトキハ債權者ハ之レカ爲メニ生シル一切ノ損害ヲ賠償スルノ責アリテ債務者カ其損害ヲ豫見シタルヤ否ヤ又其損害ハ豫見シ得ヘキモノナリヤ否ヤヲ區別セズ故ニ此主義ニ

依ルトキハ債務ノ不履行カ債務者ノ過失ニ基因スルト其故意ニ基因スルトニヨリ債務者ノ責任ニ屬スル賠償ノ範圍ヲ異ニスルモノナリ蓋シ此區別ハ專ラ道德上ノ觀念ニ基ツキタルモノナルコトハ爭フ可カラズ然レトモ債務ノ不履行ヨリ生スル民事上ノ效果ヲ定ムルニ當テハ此種ノ觀念ヲ離脱スルコトヲ要ス何トナレハ損害賠償ハ唯タ債務ノ不履行ヨリ生シタル損害ヲ賠償スルヲ目的トスルモノニシテ一ノ刑罰ニハアラサルヲ以テ債務者ノ意思如何ニ因リテ其責任ニ差等ヲ設クルノ理由ナケレハナリ

**第三 債務者ノ過失ノ輕重ヲ參酌シテ賠償ノ範圍ヲ定ムルコトヲ裁判所ニ任スル**

是レ瑞西國ニ於テ行ハルル所ノ制度ナリ蓋シ賠償ノ範圍ニ關シテハ古來適切ナル標準ナキヲ以テ寧ロ之ヲ裁判官ノ判定ニ一任シ各個ノ場合ニ付キ諸般ノ事情ヲ參酌シテ適切ナル裁判ヲ下サシムルヲ便利ナリト認メタルモノニ外ナラス故ニ裁判官其人ヲ得ルニ於テハ此制度ハ頗ル實際上ノ便益ニ適スヘント雖モ此制度ニ依ルトキハ裁判官ハ賠償ノ範圍ヲ定ムルノ全權ヲ有シ之ヲ羈束スヘキ標準ナキヲ以テ其認定往任ニシテ專斷ニ流ルルコトアルヘク又裁判官其人ニ因リテ意見ヲ異ニスヘキハ免カルヘカラサルノ數ナレハ判例一途ニ出サルノ弊ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ此制度ハ未ダ以テ完全ノ制度ナリト云フコトヲ得ス

**第四 債務者ハ債務不履行ノ結果トシテ生シタル一切ノ損害ヲ賠償スルノ責ニ任ス**

此主義ニ依ルトキハ尙モ債務ノ不履行ト損害トノ間ニ原因結果ノ關係アルニ於テハ債務者ハ



當ニ之ヲ賠償スルノ義務アリ其損害ノ直接ナルト間接ナルト豫見シ得ヘキト否トヲ區別スルコトヲ要セス又債務者ノ過失ノ輕重ニ因リテ賠償ノ責任ニ差等ヲ設タルコトナシ蓋シ此主義ハ最モ能ク損害賠償ノ本旨ニ適スルモノナリ

獨逸民法ハ全然此主義ヲ採用シ債務者ノ賠償責任ニ付キ何等ノ制限ヲ設ケス然レトモ賠償スヘキ損害ノ額ニ關シテハ獨逸ノ民事訴訟法ニ特別規定アリテ其確定ハ之ヲ事實裁判官ノ自由ナル心證ニ一任スルコトトセリ蓋シ損害額ハ實際ニ於テ之ヲ證明スルコト難キヲ以テ審判官ノ裁判官ノ常識經驗ニ一任スルヲ以テ利アリト認メタルモノナリ

第一目 賠償ノ範圍ニ關スル民法ノ標準

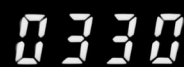
損害賠償ノ範圍ニ付キ從來採用セラレタル標準ハ前述ノ如シ我民法ハ第四百十六條ニ於テ此標準ヲ示セリ即チ民法ハ同條第一項ニ於テ「損害賠償ノ請求ハ債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ以テ目的トス」ト規定シ第二項ニ於テ「特別ノ事情ヨリ生シタル損害ト雖モ當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ債權者ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得」ト規定セリ故ニ我民法ハ從來行ハレタル直接間接ノ區別並ニ債務者ノ故意ト過失トニ依リ損害ノ責任ニ差等ヲ設クルノ制ヲ廢スルト同時ニ損害ヲ通常生スヘキ損害ヲ特別ノ事情ヨリ生スル損害トニ區別シ第一種ノ損害ニ對シテハ債務者ハ全部賠償ノ責任ニ付スヘキモ

ノトシ第二種ノ損害ニ對シテハ損害ノ原因タル特別ノ事情ヲ豫見シタルト否トニ依リテ債務者ノ責任ノ有無ヲ定ムル從來ノ制度ヲ採用シタルコト明カナリ故ニ我民法ニ依ルトキハ債務不履行ノ場合ニ於テ債務者ノ責任ニ屬スル損害賠償ハ左ノ標準ニ從ヒ其範圍ヲ定ムヘキモノトス

甲 賠償スヘキ損害ハ現實ノ損害ト得ヘキ利益ノ喪失ヲ包含ス

債務者ハ債務ノ不履行ヨリ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務アルコト及ヒ損害賠償ハ債務不履行ノ結果トシテ形成セラレタル債權者ノ財産上ノ狀態ト債務ノ不履行ナカリシニ於テハ即チ債務者カ完全ニ債務ヲ履行スルニ於テハ債權者ノ財産カ當然有スヘカリシ本全ノ狀態トノ間ノ差異ヲ填充スルヲ以テ目的トスルコトハ既ニ説明スル所ナリ故ニ債權者ノ財産カ債務不履行ノ爲ニ直接ニ減縮シタルトキハ之ヲ補充シ又債務カ完全ニ履行セラレタルニ於テハ債權者ノ財産カ増殖スヘカリシニ債務不履行ノ爲メ此増殖ヲ妨ケラレタルトキハ此部分ニ對シテモ亦補償ヲ爲スコトヲ必要トスルハ視易キ道理ナリトス何トナレハ此二種ノ賠償ヲ爲スニアラザレハ債權者ノ財産ハ其本全ノ狀態ニ復スルコト能ハサルヲ以テナリ之ヲ要スルニ賠償スヘキ損害ハ債務ノ不履行ニ基因スル現實ノ損害ト得ヘキ利益ノ喪失トヲ包含スルハ損害賠償ノ性質ニ適シ羅馬法以來何レノ國ノ立法ニ於テモ確認セラレル所ニテ我民法ヲ解釋スルニ當リテモ亦此原則ニ依ルヘキモノトス

債務ノ不履行ニ關シテ債權者カ一面ニ於テ得タル利益ハ他ノ方面ニ於テ債權者ノ被リタル損害



失ニ對スル債務者ノ賠償責任ヲ輕減スルノ作用ヲ爲スヤ否ヤ、換言スレバ、賠償スヘキ損害價格ノ算定上ニ於テ債權者ノ利益ト損失トハ相殺スヘキモノナルヤ否ヤノ問題ニ付キテハ、其利益ト損失トハ互ニ相牽連シテ分離スヘカラサル關係ヲ有スルヤ又ハ各個獨立ノ關係ヲ有スルヤヲ以テ相殺ヲ爲シ得ヘキヤ否ヤノ普通ノ標準トナスコトヲ得ヘシ而シテ是等ノ事實ノ存在スルヤ否ヤハ實際上ノ問題ノ生スル毎ニ債權者ノ受ケタル損失及ヒ其得タル利益ノ性質其他一般ニ此利益及ヒ損失ノ因テ生スル所以ノ諸般ノ情況ヲ參酌シテ決スヘキモノニシテ豫メ總テノ場合ニ共通スヘキ精確ナル標準ヲ設ケタルコトヲ得ス蓋シ此種ノ問題ニ關シテハ吾人ノ普通ノ觀念ニ依賴スル所最モ多シトス

乙

賠償スヘキ損害ハ債務不履行ニ基因スルコトヲ要ス  
債務者カ損害賠償ノ責ヲ負フニハ債務ノ不履行ト損害トノ間ニ原因結果ノ關係アルコトヲ必要トシ不履行ト損害トノ間ニ此關係ナキニ於テハ債務者ハ其損害ニ對シテ何等ノ責任ヲ負ハサルモノトス  
債權者カ債務不履行ノ結果トシテ損害ヲ受ケタリヤ否ヤヲ確定スルニ當リ其損害カ現實ノ損失ナルトキハ此關係ノ有無ヲ認ムルコトハ通常容易ナリト雖モ損害カ得ヘキ利益ノ喪失ナルトキハ之ヲ認識スルコトハ頗ル困難ナリ何トナレバ債務者カ其債務ヲ履行スルニ於テハ債權者カ果シテ其主張スル所ノ利益ヲ收取シ得タルヤハ全ク未必ノ事ニ屬スルヲ以テナリ若シ夫

以前ニ於テ飲酒其他ノ手段ニ因リ自ラ心神喪失ヲ招キタル者ナルトキ之ヲ如何ニ處分スヘキカノ問題ナリ此行為ヲ稱シテ學問上「アクチオ、リベラ、イン、カウザ」原因カ自由ナル行為ト謂フ此問題ハ飲酒ニ基ク不作爲犯及ヒ過失犯ニ付テ多ク實際ニ現ハル所ナリトス其學說三アリ無罪說、有罪說及ヒ折衷說是ナリ  
無罪說ノ根據トスル所ハ罪ト爲ルヘキ行為カ心神喪失中ニ爲サレタルモノナル以上ハ之ヲ犯罪トスルニ由ラナシト云フニ在リ之ニ反シ有罪說ノ根據トスル所ハ犯人ハ精神ニ障礙アル自己ノ行為ヲ機械トシテ利用シタル者ナルカ故ニ其心神喪失中ノ行為ハ之ヲ犯罪ト爲スコトヲ得サルモ心神喪失ヲ招キタル行為ハ其結果ニ對シ因果關係アルヲ以テ犯罪ト爲スヘシト云フニ在リ(民七二三條參照)

折衷說トシテ或立法例ノ如キ有意犯ハ成立スルモ過失犯ハ成立セストスルモノアリ或學說ハ有意犯ハ成立スルコトナキモ過失犯ハ成立ストスルモノアリ即チ前說ハ犯意アル場合ニ於テハ其犯意ノ及フ限り因果關係ノ聯絡アルモ過失ノ場合ニ於テハ然ラスト爲スナリ後說ハ犯意ハ心神ノ喪失ニ因テ消滅スルモ其心神喪失ヲ招キタル點ニ付テ過失アリトスルナリ予輩ハ因果關係ノ有無ニ依リテ之ヲ斷セントス因果關係ノ有無ハ場合ニ從テ之ヲ判斷セザルヘカラス即チ其行為カ心神喪失ニ原因スルモノナルトキハ因果關係アリト謂フコトヲ得ヘシ然ラアルトキハ因果關係アリト謂フヲ得サルナリ如上ノ意味ニ於テ予輩ノ見解ハ一ノ

折衷説ナリ

此問題ハ獨リ心神喪失中ノ行爲ニ限ルモノニ非ス一般ニ意識ナキ行爲又ハ責任無能力中ノ行爲ヲ利用スル場合ノ行爲ニモ同様ノ問題ヲ生スルナリ而シテ其問題ノ解決ハ必スシモ概括的ニ一定スルコトヲ得ス宜シク因果關係ノ有無ヲ論シテ之ヲ判定スヘキナリ自ラ心神喪失ヲ招クカ如キ場合ニハ多クハ因果關係アルヘシ自ラ瘡腫ヲ招クカ如キ場合ニ於テハ因果關係ヲ認ムルコト困難ナルヘシ  
飲酒ニ因ル酩酊ニ付テハ特別ナル規定ヲ爲スノ立法例アリ我刑法ハ心神喪失ニ關スル一般的规定ヲ以テ足ルモノトシタリ  
「アクチオ、リベラ、イン、カウザ」ニ付テハ獨逸刑法論第二九七頁以下ヲ見ヨ酩酊ニ付テハ最近刑法論第三〇五頁以下ヲ見ヨ

第四 瘡腫者

瘡腫者ハ其瘡腫タルノ事實ノミニ因リテ舊刑法上無責任ナリ(舊八二條)新刑法ハ裁判所ヲシテ無責任トスルヤ否ヤヲ判定セシメ責任アリトスル場合ニ於テハ其刑ヲ減輕スルモノトス(新四〇條)

外國ノ立法例或ハ瘡腫者ニ付テモ尙ホ常ニ能力ノ有無ヲ檢定セシムヘシト爲スモノアリ(獨五八條、伊五八條、佛刑法ニハ瘡腫ニ關スル明文ナシ)

瘡腫ハ生來又ハ幼時ヨリ然ルモノニ限ルヤ否ヤノ問題アリ解釋論トシテ消極ニ決セサルヘカラス

第五 懲治及ヒ監置

責任無能力者ノ行爲ハ單ニ刑法上ノ問題ヲ生セスト云フニ止マル其社會的危險性ハ之ヲ否認スヘカラス即チ舊刑法ハ幼者及ヒ瘡腫者ニ對シテ懲治ノ制度ヲ認ム(舊七九條、八〇條、八二條)精神病者ニ付テモ監置ノ制度ヲ設クル必要アリ但此等ノ規定ヲ刑法中ニ加フヘキヤ否ヤハ一ノ問題ナルカ故ニ新刑法ハ總テ之ヲ除外スルコトトシタリ

感化法及ヒ精神病者監護法ナルモノアルモ甚タ不完全ナリ懲治感化及ヒ監置ニ關スル事項ハ特別ノ規定ト設備トヲ要スルモノナルカ故ニ新刑法ハ之ヲ特別法ニ讓ルコトトシタルナリ

第二節 犯意及ヒ過失

第一 觀念

犯罪ノ成立ニハ法益ノ侵害ニ對シ犯意若クハ過失ノ存在スルコトヲ必要トス但特別刑法殊ニ刑法ニ於テハ例外トシテ刑法不論罪ノ規定ヲ適用セサルノ明文ヲ設クルコト多シ  
刑法不論罪ノ規定ヲ適用セサル結果舊刑法第七七條ノ例ニ據ラサルコトト爲ルカ故ニ犯意

ナキ所爲ト雖モ尙ホ之ヲ罰スルコト爲ルナリ其結果多數ノ税法ハ單ニ法益侵害ヲ生セシメタル行爲ヲ以テ直チニ犯罪ト爲シ犯意及ヒ過失ヲ必要トセザルナリ(例ヘハ酒造税法三一條)

犯意及ヒ過失ハ悪性ノ表現ナリ一派ノ學說ニ依レハ行爲(及ヒ結果)ハ犯意若クハ過失ヲ伴フコトニ因リテ其人格トノ間ニ一定ノ關係(聯絡)ヲ具有スルニ至リ茲ニ所謂有責行爲ト爲ルトセラルルモ他ノ一派ノ學說ハ犯意若クハ過失カ更ニ表現シテ行爲ト爲ルニ及ヒ茲ニ悪性ノ表現アリトシテ刑事責任ヲ生スト爲ス前者ハ行爲ヲ以テ責任ノ基本ナリト解シ行爲カ一定ノ要件ヲ具有スルニ至リテ責任ヲ生スト爲スカ故ニ犯意及ヒ過失ヲ寧ロ行爲ノ屬性トシテ觀スルノ傾アリ後說ハ寧ロ犯意若クハ過失ヲ以テ責任ノ基本ナリト解シ犯意若クハ過失カ責任ヲ生スルニハ只外界ニ向テ一定ノ表現ヲ爲スヲ要スルニ過キスト論スルナリ前說ヲ通說トスルモ後說ハ主觀主義ニ基ケル刑法新理論ノ當然ノ論結ナリトス予輩ハ後說ヲ採ル

第二 犯意

一 犯意ノ觀念

犯意ハ行爲ノ反社會性即チ行爲ノ危險性、違法性ヲ認識シテ而モ其行爲ヲ敢テスルノ決意ナリ故ニ犯意ハ認識及ヒ決意ヨリ成立ス

犯意ニ付テハ豊島法學士「犯意ニ就テ」(法曹記事明治四〇年一七卷二號)及ヒ拙稿「犯意ニ就テ」(法學志林明治四〇年九卷七號、八號、九號参照)

犯意ヲ以テ犯罪事實ノ希望ナリトスル說アリ(意思主義、希望主義)單ニ犯罪事實ノ認識ナリトスル說アリ(觀念主義、認識主義)蓋シ決意ハ常ニ一定ノ理由ヲ必要トス而シテ犯罪事實ノ認識カ其理由ト爲ルコトヲ要スルヤ否ヤヲ學說ノ爭點トスルカ如シ予輩ハ犯罪事實ヲ知テ而モ其行爲ヲ敢テスルノ點ニ於テ犯罪ノ本質アリト解シ認識主義ニ左袒セントス

行爲ハ決意ニ由來ス故ニ決意ハ犯意ノ要件ナリ唯決意ト犯罪事實ノ認識トノ間ニ存スルコトヲ必要トスル關係如何ニ依リテ學說ノ相違ヲ生スルナリ

決意ニハ必スヤ其決意ヲ生シタルノ理由ナカルヘカラス此理由ハ或ハ犯罪事實ナルコトアリ或ハ犯罪事實ナラサルコトアリ犯罪事實ヲ以テ決意ノ理由ト爲ス場合トハ犯罪事實(殊ニ結果)ノ發生アルカ故ニ始メテ其舉動ノ決意ヲ爲シタリト謂フ場合ナリ學者或ハ之ヲ稱シテ決意ト犯罪事實ノ認識トノ間ニ因果關係アリト爲ス是レ希望主義論者ノ所謂「犯罪事實ニ對スル希望」アル場合ニ外ナラサルナリ之ニ反シテ犯罪事實カ決意ノ理由ナラサル場合トハ自己ノ行爲ヨリシテ犯罪事實ノ發生スルコトヲ豫見スルモ自己カ其決意ヲ爲スハ其犯罪事實アルカ爲メニ基クト云フニ非サル場合ナリ換言スレハ決意ト犯罪事實ノ認識トノ間ニ因果關係ニキ場合ナリ是レ即チ犯罪事實ニ對スル認識アルモ希望ナキ場合ナリ希望主義



義論者ハ前者ノ場合ヲ以テ犯意ナリトシ認識主義論者ハ後者ノ場合ヲモ尙モ犯意ナリトス  
惟フニ犯人カ假令犯罪事實 發生ヲ希望スル所ナキモ其發生ヲ豫見スルニ拘ハラス尙ホ其  
行爲ヲ敢テスルハ明カニ反社會的ノ意思ニシテ以テ犯意ト稱スルヲ得ヘシ予輩ハ此意味ニ  
於テ認識主義ニ左袒スル者ナリ

認識主義ハ我邦ニ於ケル通説ナリ舊刑法第七七條第二項及ヒ第三項カ「罪ト爲ルヘキ事實  
ヲ知ル」又ハ「罪本重カルヘキ事實ヲ知ル」等ノ語ヲ用フルハ犯意ニ必スシモ希望ヲ要セス  
單純ナル認識モ亦罪トナルモノト爲スノ趣意ト解スルコトヲ得ヘシ但法律ハ時トシテ希望  
主義ヲ採用スルカ如キ語ヲ用フルコトアリ例ヘハ舊刑法第一六五條ニ曰ク「汽車ノ往來  
ヲ妨害スル爲メ鐵道及ヒ其標識ヲ損壞シ其他危險ナル障礙ヲ爲シタル者ハ重懲役ニ處ス」  
ト而シテ本條ノ用語ハ明カニ犯人ニ於テ汽車妨害ノ希望アルヲ要スルカ如キモノアルニ拘  
ハラス判例ハ汽車妨害ノ豫見ヲ以テ足り必スシモ其目的アルコトヲ要セストシタリ（明治  
三十五年判決録四卷三三頁）又例ヘハ舊刑法第二一八條ニ曰ク「刑事ニ關スル證人トシテ  
裁判所ニ呼出サレシメル者被告人ヲ曲庇スル爲メ事實ヲ掩蔽シテ偽證ヲ爲シタル時ハ左ノ例  
ニ照シテ處斷ス」ト而シテ本條ノ用語モ亦明カニ犯人ニ於テ犯罪曲庇ノ希望アルヲ要スル  
カ如キモノアルニ拘ハラス近時東京地方裁判所ハ曲庇ノ豫見ヲ以テ足り其希望ヲ要セスト  
ノ主旨ノ判決ヲ下シタルコトアリ要スルニ法文ハ時トシテ希望ヲ要スルカ如キ用語ヲ採用

スルコトアルモ裁判所ハ總テノ場合ニ認識主義ニ依リテ解釋セントスルヲ近時ノ趨勢トス

認識主義、希望主義ノ差ハ犯罪事實ノ發生ニ對スル快感ノ有無ニ在リト爲ス説アリ（岡田  
博士和法講義一一一頁參照）蓋シ認識ハ知的作用ナリ決意ハ意的作用ナリ快感ハ情的作用

ナリ情的作用ハ犯意ノ成立上之ヲ必要トラストスルコト通説ニシテ予輩亦之ニ贊ス  
決意即チ意的作用カ犯意ノ成立上必要ナルコトハ論ナシ議論ノ要ハ犯罪事實ノ認識ヲ以テ  
足ルヤ否ヤニ在ルヲ以テ一般ニ犯意ノ定義ヲ説ク者決意ハ之ヲ除外シ或ハ單ニ犯罪事實ノ  
認識ナリト解シ或ハ犯罪事實ノ希望ナリト説ク

予輩ハ認識主義ヲ採ルカ故ニ犯罪事實ノ認識ト行爲トノ間ニ因果關係ヲ必要トセス故ニ犯  
罪ノ定義ヲ定ムルニ方リテハ犯意ニ因ルノ行爲ト説カスシテ犯意ヲ伴フノ行爲ナリト爲ス  
ナリ而シテ此點ハ又過失ニ就テモ同様ニ論定スルコトヲ得ヘシ

犯意ハ行爲ノ反社會性ノ認識ナリ即チ犯罪ノ客觀的條件ノ認識ナリ罪ト爲ルヘキ事實（舊七七  
條二項）及ヒ罪本重カルヘキ事實ヲ包含ス（舊七七條三項、新三八條二項）但其體の如何ナ  
ル範圍ノ事實ヲ認識スルコトヲ要スルヤ否ヤハ各種ノ犯罪ニ付各別ニ之ヲ定メサルヘカラス  
唯茲ニ注意スヘキモノ數點アリ次ノ如シ

罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラサル場合トハ他人ノ所有物ヲ自己ノ所有物ト誤リテ之ヲ持去リタ  
ルカ如キ場合ナリ竊盜罪ニ於テハ其物件カ他人ノ所有物ナルコトヲ必要トス而モ之ヲ以テ

刑法總論 犯罪論 犯罪ノ主観的要件 犯意及ヒ過失

自己ノ所有物ト誤信スルトキハ罪ト爲ルヘキ事實即チ犯罪構成要件タル事實ヲ知ラサルモノナリ

罪本重カルヘキ事實トハ自己ノ親ナルコトヲ知ラスシテ人ヲ殺シタルカ如キ場合ナリ殺親罪ハ普通ノ殺人罪ニ比シテ其刑重シ而モ其自己ノ親タルコトヲ知ラサル場合ニ於テハ罪本重カルヘキ事實ヲ知ラサルモノナリ

舊刑法第七七條ハ其第一項ニ於テ「罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セス」トシ其第二項ニ「罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其罪ヲ論セス」トシタリ此兩個ノ規定ノ差異如何ニ付テハ諸説アリ第一説ハ第一項ヲ以テ行爲ノ意識ヲ規定シタルモノトシ第二項ヲ以テ犯意ヲ規定シタルモノトスル説ナリ第二説ハ第一項ヲ以テ決意ヲ規定シタルモノトシ第二項ヲ以テ認識ヲ規定シタルモノトスル説ナリ第三説ハ重複的規定ナリトスル説ナリ予輩ハ第三説ヲ採ル而シテ新刑法ハ第三八條ニ於テ舊刑法第七七條第二項ニ該當スルモノヲ削除シタリ

(甲) 責任能力ハ之ヲ認識スルコトヲ要セス

故ニ例ヘハ精神病者ナリト自信シテ犯罪行爲ヲ爲シタル者アルモ以テ犯意ナシト謂フヘカラス能力ハ法律上ノ效果ヲ受クヘキ適格ニシテ之ヲ知ルト否トハ其認識ノ反社會的ナリヤ否ヤニ毫モ關係スル所ナクハナリ

(乙) 犯意ハ結果ノ認識ヲ含ム原則トス然レトモ特殊ノ犯罪ニ在リテハ結果ノ認識ハ犯意ノ要件ニ非ス(結果犯)

結果ヲ必要トスル犯罪即チ實質犯ニ於テハ其結果ノ認識アルコトヲ必要トス例ヘハ殺人犯、竊盜犯ノ如シ然レトモ結果犯ト稱セラルル特殊ノ犯罪ニ在リテハ其結果ノ認識ヲ必要トセス例ヘハ毆打致死(舊二九九條、新二〇五條)シ如シ即チ毆打致死ノ犯人ハ「死」ナル結果ヲ豫見セサルモ尙ホ其結果ニ付テ責任ヲ負擔スルナリ如何ナルモノヲ結果犯トスルヤハ法文ノ趣旨ヲ探究シテ之ヲ論定スルノ外ナシ

(丙) 犯意ハ違法ノ認識ニ非ス即チ行爲カ法規ノ禁令ニ違反スルコトヲ認識スルコトヲ要セス(舊七七條四項、新三八條三項)但情狀ニ因テ刑ヲ減輕ス(新三八條三項但書)

學者或ハ犯意ヲ解シテ違法ノ認識ナリトシ自己ノ行爲ハ法規ノ禁令ニ違反スルコトヲ知ルトキ茲ニ始メテ犯意アリト爲スモ我刑法及ヒ多數ノ立法例ノ許ササル所ナリ尙ホ後段ノ誤

(丁) 行爲ノ違法性ヲ阻却スル事由ハ犯意ノ成立ヲ阻却スルヤ否ヤニ關シテ爭アリ例ヘハ正當防衛ナリト信シテ防衛ナラサル殺傷ヲ爲スカ如シ蓋シ違法阻却ノ事由ヲ認識スルハ行爲ノ違法性ヲ認識セサルコトヲ意味ス隨テ行爲ノ反社會性ヲ認識セサルモノナリ予輩ハ積極説ヲ採ル例ヘハ甲ヨリ乙ニ對シテ攻撃ヲ爲シツツアルヲ誤解シテ乙ヨリ甲ニ向テ攻撃ヲ爲シツツア

刑法總論 犯罪論 犯罪ノ主観的要件 犯意及ヒ過失

ルモノト爲シ甲ノ爲メニ正當防衛ヲ爲ス意思ヲ以テ乙ヲ殺傷シタルトモ論者或ハ正當防衛ヲ以テ客觀的理由ニ因ル犯罪不成立ノ原因ナリト論シ客觀的ニ防衛行爲ヲサレサル場合ヲ論ニ於テハ之ヲ無罪ト爲スヘカラスト説ク者アリ固ヨリ主觀的ニ正當防衛ナリト信シタルノミヲ以テ之ヲ正當防衛ナリト謂フコトヲ得スト雖正當防衛ナリト信スルコトハ反社會的ノ行爲ヲ爲スノ意思ヲ缺クモノナルカ故ニ犯罪ナキモノトシテ之ヲ無罪トスルヲ妥當ナリト信スニ當リ

(戊) 犯意ハ行爲ノ認識及ヒ決意ヲ必要トス然レトモ行爲ノ意識ト區別スルコトヲ要ス故ニ犯意ヲ以テ第一意思(犯罪意思)ト爲シ意識ヲ以テ第二意思(行爲意思)ト稱スルコトヲ得ヘシ但犯意ノ語ニ意識ヲ包含セシムヘキヤ否ヤハ用語ノ便宜ニ屬ス

意識ト犯意トノ差ハ既ニ屢ニ述ヘタリ唯犯意ノ語ヲ用フル者往往ニシテ之ニ意識ヲ包含セシムルヲ以テ時トシテ思想ノ混雜アルヲ免レス予輩ハ舊第七七條及ヒ新第三八條ノ所謂「罪ヲ犯ス意」ナル語ヲ解シ之ヲ以テ意識ヲ包含セサルモノト爲ス

二 犯意ノ態様

犯意ニ確定ナルモノト不確定ナルモノトアリ本人カ具體的ニ確定セル事實(殊ニ結果)ニ對スル觀念ヲ有スルトキ之ヲ確定ノ犯意ト稱シ事實ニ對スル觀念カ不確定ナルトキ之ヲ不確定ノ犯意ト稱ス不確定ノ犯意ヲ別チテ三種トス

(甲) 概括的犯意 概括的ニノミ確定スヘキ事實ヲ認識シタルトキ例ハ一群集ニ向ヒ何人カニ命中スルノ意思ヲ以テ發砲スルカ如シ

(乙) 擇一的犯意 數個ノ事實中何レカ實在スルヲ認識シタルトキ例ハ甲ニ命中セシムルニ命中スヘシ乙ニ命中セシムルハ甲ニ命中スヘシトノ意思ヲ以テ發砲スルカ如シ

(丙) 未必的犯意 事實ノ必在ヲ期セサルモ存シ得ヘキモノト認識シタルトキ例ハ或ハ甲ニ命中スルコトアルヘシトノ意思ヲ以テ發砲スルカ如シ

三 動機及ヒ豫謀

動機(緣由)ハ犯意ヲ生シタル觀念ナリ動機ノ如何ハ原則トシテ犯罪ノ成立ニ影響ナキモ特殊ノ場合ニ於テハ或ハ犯罪成立ノ要件タリ或ハ加重ノ要件タリ

例ハ兇徒聚衆罪(舊一三七條)即チ騷擾罪(新二〇六條)ハ暴動罪ナリ而シテ之ニ朝憲紊亂ナル目的(即チ動機)ヲ加フルトキハ内亂罪ト爲ル(舊一一二條、新七七條)殺人ノ所爲(舊二九四條)カ重罪、輕罪ヲ犯スニ便利ナル爲メ又ハ己ニ犯シテ其罪ヲ免ルル爲メニ爲サレタルトキハ其刑ヲ加重ス(舊二九六條)

又例ハ通貨若クハ文書ノ偽造ハ行使ノ目的(動機)ヲ以テ爲サレタルトキ罪ト爲ル(新二二六條二項)他人ノ爲メ事務ヲ處理スル者カ自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人

ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行為ヲ爲シタルトキ罪ト爲ル(新二四七條)  
豫謀トハ深思熟慮ヲ經テ決意ヲ構成シ又ハ決意後深思熟慮ヲ經テ犯罪ニ著手スルヲ謂フ豫謀ノ  
有無ハ原則トシテ犯罪ノ成立ニ影響ナキモ特殊ノ場合ニ於テハ加重ノ要件ト爲ル(舊二四七條)

豫謀ニ因リテ刑ヲ加重セラルル場合ハ謀殺(舊二九二條)及ヒ豫謀毆打(舊三〇二條)ナ  
リ蓋シ豫謀ニ出ツルノ行為ハ其犯意カ一時ノ感情ト激發ニ出テタルモノニ非サルコトヲ證  
スルモノナルカ故ニ之ヲ加重スヘシトスルコト理ナキニ非スト雖モ著手前ノ深思熟慮ハ必  
スシモ惡性ノ執拗ナルコトヲ表明スルモノト謂フヘカラス犯罪ノ情狀カ之カ爲メニ却テ酌  
量セラルヘキモノトセラルル場合ナキニ非サルナリ故ニ新刑法ハ豫謀ヲ以テ加重情狀トス  
ルノ規定ヲ削除シタリ

四 事前犯意、事後犯意

事前犯意トハ或犯罪ヲ既ニ遂ケタリト誤認シ其發覺ヲ妨クル爲メカ又ハ其他ノ目的ヲ以テ更ニ  
他ノ行為ヲ行フコトニ因リテ始メテ豫見シタル犯罪事實ノ發生シタル場合ヲ謂フ(甲ニ  
管テ裁判所ノ實際問題ト爲リ又法學協會ニ於テ討論問題トセラレタルモノアリ其要領ハ甲  
アリ乙ヲ殺サント欲シテ之ヲ殺リタル後既ニ死亡シタルモノト誤認シ犯迹ヲ蔽ハシカ爲メ  
ニ乙ノ家ニ火ヲ放テタルニ乙ハ其火ノ爲メニ死亡シタリト云フニ在リ)法學協會雜誌明治  
四〇年二五卷四號以下)

事後犯意トハ犯意ナクシテ一定ノ結果ヲ生スヘキ行為ヲ爲シタル後ニ至リテ犯意ヲ生シ以後不  
作爲ヲ爲スヲ謂フ

例ヘハ醫師カ手術ノ中途ニ於テ殺人ノ意思ヲ生シ爾後其手術ヲ中止シタル爲メ其患者カ死  
亡スルニ至レリト云フカ如キ場合ナリ

此兩個ノ場合ハ其ニ犯意ノ問題ニ非ス前者ハ因果關係ノ問題ニシテ後者ハ不作爲ノ問題ナリ  
前者ハ絞首ト死亡トノ間ニ放火ニ因ル因果關係ノ中斷アリヤ否ヤノ問題ニ歸著ス後段因果  
關係論ニ讓ル後者ハ手術中止後ノ不作爲カ殺人行爲ト認メラルヘキモノナリヤ否ヤニ依リ  
テ決セラルヘキ問題ナリ

第三 過失

一 過失ノ觀念

過失トハ注意ノ欠缺ニ因リテ事實ヲ認識セザルコトヲ謂フ(本論ハ一次ノ事實ヲ賦ク面テハ  
過失ニ關シテハ菱谷法學士「刑事過失」民事過失(法學志林明治四〇年九卷一號)及ヒ

拙稿「過失犯ノ根據及ヒ其分類」(法學新報明治四〇年一七卷九號)參照)

過失ハ事實ノ不知ヲ其本質トス然レトモ過失ヲ構成スヘキ一定ノ行為及ヒ其他ノ事實ヲ認識セ  
サルヘカラス換言スレハ一定ノ事實ノ一部ヲ知り而モ他ノ一部ヲ知ラサルノ點ニ於テ犯意ト區  
別ス



過失ハ事實ノ不知ナリ然レトモ又一ノ行為ナルコトヲ遺忘スヘカラス固ヨリ不知其者ハ行為ト稱スヘカラスト雖モ一定ノ行為カ事實ノ不知ヲ伴フコトニ依リテ犯罪ト爲ルナリ故ニ一方ニ於テ事實ノ不知アルト同時ニ其一定ノ行為ニ就テハ認識ナカルヘカラス實ニ認識ヲ獨リ行為ニ付テハ認識ノミナラス其行為カ如何ナル狀況ノ下ニ爲サルモノナルカヲ知ラサルヘカラス一定ノ狀況ニ於テ爲サルル一定ノ行為カ必スヤ一定ノ結果ヲ惹起スヘキニ拘限スハラス其結果ヲ認識セサルモノ即チ過失ナリ故ニ過失ノ本義ハ一定ノ事實ヲ知り而モ之ニ隨伴スヘキ他ノ一定ノ事實ヲ知ラサルコトニ存ス

故ニ過失ハ不注意ヲ以テ其骨子トス此點ニ於テ不可抗力ト區別スルコトヲ要ス而シテ不注意ノ有無ヲ定ムルノ標準ニ關シテ三說アリ

- (甲) 客觀說 抽象的ニ注意深キ普通人ヲ標準トシ其注意(善良ナル管理者ノ注意)ヲ缺ク場合ニ不注意アリトスル說
- (乙) 主觀說 具體的ニ本人ヲ標準トシ本人ノ通常爲ス所ノ注意ヲ缺ク場合ニ不注意アリトスル說
- (丙) 折衷說 普通人ヨリ高キ注意方ヲ有スル者ニ付テハ客觀的ノ標準ニ從ヒ普通人ヨリ低キ注意方ヲ有スル者ニ付テハ主觀的ノ標準ニ從フトスル說

存立ハ各自ニ一定ノ注意ヲ必要トスルカ故ニ不注意ニ因ル責任ノ基本ハ注意能力ニ非シテ注意ノ義務ニ在リト謂ハサルヘカラス而シテ注意ノ義務ハ原則トシテ客觀的ナルヲ要シ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スニ在ルモ(民四〇〇條)場合ニ依リテハ減輕モラレテ主觀的標準ニ依リ單ニ自己ノ通常爲ス所ノ注意ヲ以テ足ルコトアリ(民六五九條)唯刑法ニ於テ過失ヲ犯罪トスル範圍内ニ於テハ客觀說ヲ以テ其當ヲ得タルモノト解ス、蓋シテ客觀的標準ニ依リテ過失ハ認識シ得ルニ拘ハラス認識セサルヲ其本質トス唯此認識可能ノ標準ヲ客觀的ニ求メテ注意義務ニ在リトスルカ或ハ主觀的ニ求メテ本人ノ注意力ニ在リトスルカヲ爭點トス主觀說ヲ主張スル者ハ客觀說ヲ以テ不能ヲ強ユルモノナリト爲シモ注意ノ義務ハ不能ノ事ヲ命スルモノト謂フヘカラス即チ普通人ノ注意力ヲ基礎トスルモノナルコトヲ忘ルヘカラス

普通人ノ注意深キ注意ハ普通人ニ可能ナルモノナルト同時ニ又社會存立ニ必要ナルモノナリ尙モ普通人トシテ社會ヨリ待遇ヲ受クル者ハ此可能ニシテ且必要ナル注意ヲ怠ルヘカラス若シ此注意ヲ爲スノ能力ナキ者ナランカ低能者トシテ社會ヨリ一定ノ待遇ヲ受ケサルヘカラス而シテ此低能者ニ對スル刑事上ノ待遇ハ即チ刑罰ニ外ナラサルナリ換言スレバ社會ハ責任能力アル低能者即チ懈怠者ニ向テハ刑罰ナル方法ヲ以テ其注意力ヲ喚起スルナリ

普通人ノ注意深キ注意即チ善良ナル管理者ノ注意ハ其注意スヘキ事項ノ如何ニ依テ其程度

別注總論 犯罪論 犯罪ノ主觀的條件 犯意及過失



ヲ異ニス故ニ危險ガル事項ニハ多大ノ注意ヲ要シ安全ガル事項ニハ少量ナル注意ヲ以テ足ル獨逸民法ハ此觀念ヲ表示スル爲メ「取引上必要ナル注意」ト規定シタリ即チ其趣意ハ所謂善良ナル管理者ノ注意トハ常ニ「様ナル注意ヲ指示スルモノ」ニ非スシテ注意ニ「キ事項ニ對スル社會一般ノ思想ニ依テ差異アルモノ」ナラトテ明カニスルニ在リナリ

新刑法ニ「業務上必要ナル注意」ノ語アリ（新二二一條）獨逸民法使用スル所ノ語ニ酷似ス但新刑法ハ此用語ハ特ニ高度ノ注意ヲ必要トスル業務ノ常事者カ其注意ヲ怠リタル場合ノ規定ニシテ即チ一般ノ過失殺傷ハ罰金刑ヲ以テ之ヲ律スルモ特ニ死傷ノ危險アル業務ノ常事者ニ對シテハ其刑ヲ加重スルノ法意ナリ

善良ナル管理者ノ注意ハ注意義務ノ原則ナリ（民四〇〇條）然レトモ法律ハ時トシテ此義務ヲ輕減シ單ニ自己ノ通常爲ス所ノ注意ヲ以テ足レリトスルコトアリ（民六五九條）刑法ニ於テハ固ヨリ注意義務ノ標準ヲ明カニセサルト同時ニ又注意義務ノ階段ヲ規定セズ然レトモ特別ナル明文オキ限リハ他ノ法規ニ依リテ刑法ノ趣旨ヲ解スヘク而シテ過失ニ關シ最モ詳密ナル規定ヲ爲セル民法ニ基キテ刑法ニ於ケル過失ノ觀念ヲ解スルハ最モ妥當ナル措置ナリト謂ハサルヘカラス隨テ刑法ニ於テモ注意義務ノ原則ニ關シ民法ノ規定ニ從フト同義時ニ注意義務ノ階段ニ關シテモ亦民法ノ規定ニ從フコトヲ得ヘシト雖モ舊刑法及ヒ新刑法ニ於テ過失ヲ犯罪トスル範圍内ニ於テハ注意義務ノ階段論ヲ適用スル餘地オシ故ニ實際ノ

適用トシテハ刑法上ノ注意義務ハ客觀說ニ依リテ決セラルルモノトス

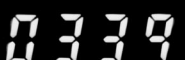
過失ナル觀念ヲ表示スルニ方リ舊刑法ハ疎虞懈怠、規則慣習ノ不遵守等ノ諸語ノ一個若クハ數個ヲ採用スルモ新刑法ハ單ニ之ヲ過失ト爲スニ止メタリ意義ニ於テ差異ナシ用語ニ於テ簡約ナルヲ致シタリ

二 過失ノ態樣

過失ニ認識アル過失ト認識ナキ過失トアリ認識アル過失トハ犯罪事實（殊ニ結果）ニ付テ未必的ノ豫見アル場合ヲ謂フ未必的犯意ト認識アル過失トノ區別ハ犯罪事實ニ對スル認識ノ有無ヲ以テ其標準トスルヲ通說トス然レトモ犯意ハ認識ニシテ認識ニ非サルカ故ニ予輩ハ通說ヲ採ラス

「認識アル過失」トノ語ハ甚タ妥當ヲ缺ク何トナレハ認識アラハ最早犯意ニシテ過失ニ非ザレハナリ唯語ヲ假用シテ觀念ヲ説明スルノミ

認識トハ其犯罪事實ノ發生カ必然的ナリト假定スルモ尙ホ其行為ヲ敢テスルノ意思ヲ謂フ例ヘハ群集ノ中ニ馬車ヲ驅ル者アリ自己ノ技術ヲ信シテ人ヲ殺傷スルコトナキヲ期シ唯未必的ニ結果發生ノ危險アルコトヲ認識シタル場合ニ縱令人ヲ殺傷スルコトアリトスルモ尙ホ馬車ヲ驅ルノ意思ナリシナランニハ犯罪事實ニ付テ認識アルモノニシテ即チ犯意アルモノナリ若シ人ヲ殺傷スルコト必然ナリシナランニハ馬車ヲ驅ルノ意思ナカリシト認ムヘキ



場合ニハ認諾ヲ缺ク者ニシテ過失ニ止マルモノナリ此ノ如ク認諾ヲ以テ區別ノ標準トスル  
 事ト通説ナリト雖モ犯意ハ認識ナリ認識ハ現實ノ知覺ニシテ認諾ハ假定ノ事實ニ對スル承  
 認ナリ既ニ犯意ヲ以テ認識ナリトシ而モ犯意ト過失トノ區別ヲ認諾ノ有無ニ歸スルハ論理  
 上貫セテ蓋シテ認識アル過失ハノ語ハ意義ヲ成サズ過失ハ其本質ニ於テ全然認識ヲ缺クモ  
 ノナルカ故ニ犯意ト過失トノ區別ハ常ニ認識ノ有無ニ歸セサルヘカラス、  
 希望主義ヲ採ル者ハ希望ノ有無ヲ以テ此問題ヲ解決セントス結果ニ就テ希望アラハ犯意ナ  
 リ希望ナクハ則チ過失ナリ

三 過失犯

原則トシテ過失ハ刑事責任ヲ生スルコトナシ(舊七七條一項、新三八條一項)刑法上特別ノ明  
 文アル場合ハ例ヘハ過失殺傷(舊三一七條乃至三一九條、新二〇九條乃至二一一條)、失火(舊  
 四〇九條、新一一六條)、過失ニ因ル洪水(舊四一四條、新二一二條)、過失ニ因ル鐵道船舶妨害  
 (新二一九條)ノ如シ

過失カ犯罪ヲ構成スル場合ニ於テハ其犯罪事實ノ不認識ニ付テ不注意アリタルコトヲ要スルヤ  
 或ハ單ニ不注意タルヘキ行為ヨリ其事實ノ發生シタルコトヲ以テ足ルヤ前説ヲ通説トス

例ヘハ一定ノ行為カ不注意タルノミナラス若シ注意ノ義務ヲ盡シタリシナラシニハ其犯罪  
 事實ヲ豫見シ得ヘカリシナルヘシト認ララルル場合ニ於テハ本人ハ犯罪事實ノ不認識ニ付

テ過失アリシ者ナリト謂フコトヲ得ヘシ之ニ反シ一定ノ行為カ不注意タルヲ免レシトスル  
 モ其犯罪事實カ其行為ノ當時善良ナル管理者ニ依リテ豫見セラレ得サルモノナルトキハ其  
 犯罪事實ニ付テハ過失ナキモノナリ何トナレハ其犯罪事實ハ豫見スルヲ得サルモノナレハ  
 ナリ換言スレハ刑法上ノ過失ハ單ニ注意ヲ缺クノ謂ニ止マラスシテ不注意ニ因リ一定ノ犯  
 罪事實ヲ認識セサルヲ謂フナリ曰クハ「犯罪事實ノ認識ニ付テハ其犯罪事實ノ發生シタルコトヲ豫見スルヲ得サルモノナルトキハ其犯罪事實ニ付テハ過失ナキモノナリ何トナレハ其犯罪事實ハ豫見スルヲ得サルモノナレハナリ換言スレハ刑法上ノ過失ハ單ニ注意ヲ缺クノ謂ニ止マラスシテ不注意ニ因リ一定ノ犯罪事實ヲ認識セサルヲ謂フナリ」  
 一定ノ業務ニ従事スル者ハ其業務上ノ過失ニ付テ特別ナル刑事責任ヲ負擔ス而シテ其身分ハ或  
 ハ加重ノ要件タリ(新二一一條)或ハ成立ノ要件タリ(舊一五〇條)過失ノ豫見ハ其身分ハ或  
 四 過失ト犯意トノ競合  
 過失ト犯意トハ競合スルコトアリ

問題ト爲ルハ法律カ有意の行為ヨリ生シタル豫期以外ノ結果ヲ犯罪ノ要件トスル場合(結果犯)  
 ニ於テ其結果ニ就テ過失アルコトヲ要スルヤ否ヤノ點ナリ過失ヲ要セストスルヲ多數トス

例ヘハ毆打致死罪ニ於テ其死ナル結果ニ就テハ過失アルコトヲ要スルヤ否ヤ多數說ハ苟モ  
 毆打行為ヨリ「死」ノ結果ノ發生アラハ足レリトシ過失アルコトヲ必要トセサルナリ但此  
 ノ如キ場合ニ於テ苟モ因果關係アル事實ニ就テハ悉ク責任ヲ負擔セサルヘカラサルヤニ關  
 シ爭アリ後段因果關係ノ限界ニ關スル說明ヲ見ヨ

結果犯ノ外ニ犯意ト過失トカ競合スルノ例トセラルルモノハ甲カ乙ニ向テ發砲シタル結果

「犯行態」 犯罪論 犯罪ノ客觀的要件 行爲ノ危險性

乙ヲ殺シ更ニ丙ヲ殺シタリト謂フ場合ナリ乙ニ向テバ犯意アリ丙ニ向テハ過失アリトスルヲ通説トス但異論アリ後段錯誤ノ條下ヲ見ヨ

### 第四章 犯罪ノ客觀的要件

#### 第一節 行爲ノ危險性

##### 第一 行爲ノ階段

一 犯意ノ表示 單ニ罪ヲ犯サントノ意思ヲ口頭、書面、舉動等ニ依リテ表示スルモ法律ハ之ヲ罰スルコトナシ

但實質的ニハ犯意ノ表示ト見ルヘキモノヲ獨立罪トシテ罰スルコトアリ例ヘハ新聞紙條例第三二條及ヒ出版法第二六條ノ如シ即チ朝憲紊亂ニ涉ルノ記事論說ヲ新聞紙其他ノ出版物ニ於テ公ニシタルトキハ之ヲ一個ノ特別罪トシテ處罰スルナリ此犯罪ハ內亂罪ノ方面ヨリ觀察スルトキハ單ニ其意思ヲ表白シタルニ過キナル場合ト雖モ此ノ如キ記事論說カ新聞紙其他ノ方法ヲ以テ公ニセラルルコトハ社會ノ秩序ヲ擾亂スル虞アルモノナルカ故ニ之ヲ罰スルナリ

之ヲ犯意ノ表示トシテ觀察スルト獨立罪トシテ觀察スルトハ法律上大ニ趣ヲ異ニス獨立罪トシテ觀察スルトキハ其表示行爲ノ豫備、著手ナル階段アルモ犯意ノ表示トシテ觀察スル

トキハ豫備、著手以前ノ行爲ニ屬スルモノナルヲ以テ其豫備又ハ著手ナルモノヲ認ムル餘地ナシ

二人以上ノ間ニ一定ノ罪ヲ犯スノ協議ノ成立シタル場合ヲ陰謀ト稱ス陰謀ハ或場合ニ於テハ之ヲ犯意ノ表示ト認メ得ヘシ法律ハ例外トシテ陰謀ヲ處罰スルコトアリ(舊一一六條、一一八條、一二五條、新七三條、七五條、七八條)

陰謀ハ或ハ犯意ノ表示ナリ或ハ犯意ノ表示ニ一步ヲ進メ其實質ニ於テ豫備ナルコトアリ然レトモ法律ハ之ヲ包括シテ一ノ陰謀ナル觀念ヲ認ムルナリ舊刑法第一一一條カ「罪ヲ犯サシコトヲ謀リ云云」ト規定スルハ陰謀ヲ指稱シタルモノナリト解スルヲ通説トス

二 豫備 豫備トハ犯意(又ハ過失)ヲ實現センカ爲メニ爲ス行爲ニシテ著手ニ至ラサルモノヲ謂フ

陰謀ハ場合ニ依リテ之ヲ單純ナル犯意ノ表示ト認ムル能ハサルコトアリ然レトモ法律ハ常ニ陰謀ヲ豫備ト區別スルヲ見ル(舊一一一條、一二六條、新七八條)

陰謀ハ單ニ犯意ヲ表示スルニ止マラサルコトアリ例ヘハ犯罪ノ結果ヲ舉クルタメ同志ヲ糾合スルノ手段トシテ誘引ヲ爲シ其誘引ノ結果陰謀成立シタルトキハ少クモ誘引者ノ方面ヨリ觀察スルニ其陰謀ハ單純ナル犯意ノ表示ニ非サルナリ或立法例ノ如キハ內亂罪ニ於ケル此誘引ヲ犯罪トスルモノアルナリ然レトモ法律カ陰謀ヲ以テ特別ナル觀念トシ之ヲ豫備

判決総論 犯罪論 犯罪ノ客觀的要件 行爲ノ危險性



ト區別スルコトハ種種ノ法文カ陰謀、豫備ト列擧スルコトニ依リテ之ヲ知ルコトヲ得ハ

豫備ハ原則トシテ罪ト爲ラス之ヲ罰スル場合次ノ如シ

(甲) 豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シタル場合(舊)〇九條、新六二條)ニ於テハ從犯トシテ責任ヲ負フ

(乙) 特ニ豫備ヲ罰スル旨ヲ明言スル場合(舊)一一六條、一一八條、一二五條、一八六條、新七三條、七五條、七八條、一一三條、一五三條、二〇一條、二三七條)

新刑法ハ放火罪、殺人罪及ヒ強盜罪ノ豫備ヲ罰スレ舊刑法ニ對スル一ノ特色ナリ豫備行為カ如何ナル態様ヲ有スルカハ原則トシテ犯罪ノ成立ニ影響ナキモ但或場合ニ於テハ犯罪ハ一定ノ豫備行為ヲ必要トスルコトアリ

問題ハ所謂鎖鑰竊盜ニ於テ之ヲ見ルコトヲ得ヘシ舊刑法第三六八條ニ曰ク「門戶鑰鑰ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キ邸宅倉庫ニ入り竊盜ヲ犯シタル者ハ亦前條ニ同シ」ト此犯罪ニ於テ門戶、鑰鑰ノ踰越、損壞若クハ鎖鑰ヲ開キ竊盜ノ著手ト見ルヘキ場合アルヘク又或ハ豫備ニ過キスト認メラルヘキ場合アルヘシテ此後者ノ場合ニ於テハ犯罪ハ一定ノ豫備行為アルカ爲メニ特ニ其刑ヲ加重セラルルコトトナルナリ

三 實行 實行トハ犯罪ノ内容タル行為ナリ

實行ト豫備トノ境界ヲ著手ト爲ス著手即チ實行ノ開始ナル觀念ニ關シテハ二說アリ

(甲) 客觀說 犯罪構成要件ノ一ヲ行スカ又ハ之ニ近接タル行為ヲ著手ナリトスル說

(乙) 主觀說 犯意(若クハ過失)カ其遂行ノ行為ニ因テ識別セラレ得ルトキハ之ヲ著手トスル說

著手ナル觀念ヲ以テ實行ト豫備トノ間ニ位スル行為ナリトスル說ナリ此說ハ犯罪ハ構成要件ヲ以テ實行行為ナリトシ之ニ近接スル行為ヲ以テ著手ナリト解スルナリ予輩ハ之ニ反シテ實行行為ト豫備トノ境界ヲ以テ著手ナリトスル觀念ニ於テ差異アリト雖モ諸種ノ問題ニ對スル解決ニ當リテハ何レヲ採ルモ論結ニ影響ナシ

蓋シ客觀說ノ本旨ハ犯罪ノ内容タルヘキ行為(即チ犯罪構成要件)ヲ以テ客觀的ニ確定シ得ヘキモノナリトシ其一部ヲ行フトキ又ハ其一部ニ近接スルトキハ即チ著手ナリトスルモノナリ是レ犯罪ノ本質ヲ行爲ナリト解スルニ由來スル觀念ナリトス故ニ又或ハ犯罪ノ完成ニ對シ必要の關係ニ立ツモノヲ以テ著手ナリトスル說アリ或ハ行為ノ完成カ切迫セルヲ著手ナリトスル說アリ

客觀說ヲ通說トス岡田博士刑法講義三〇九頁以下、小崎學士「強盜竊盜ノ爲メニ見張ヲ爲ス行為ハ同罪ノ共同正犯ナリヤ將タ從犯ナリヤ」法學新報明治三九年一六卷二號ヲ参照子輩ハ通說カ犯罪ノ構成要件タル行為ヲ以テ客觀的ニ確定シ得ルモノナリト爲スノ點ニ於テ

ヲ疑テ抱ク者ナリ茲ニ例ハ刀ヲ振テ人ヲ殺ス者アリトセヨ其行爲ノ如何ナル狀況ヨリシテ客觀的ニ之ヲ「殺ス」ノ行爲ナリト爲スヲ得ルカ予輩ハ行爲ノ連續中ニ於テ一方「殺ス」ノ行爲トシ他方ヲ然ラストスルノ境界ヲ客觀的ニ發見スルニ苦シマシムルハアラス隨テ著手ヲ解シテ犯罪ノ構成要件タル此行爲ニ近接スルモノト爲スノ説明ニ左袒スル能ハサルナリ

然レトモ犯罪ノ觀念ヲ寧ロ主觀的方面ニ求メ犯罪(若クハ過失)ニ重ヲ置キテ論スルトキハ犯罪ハ犯意(若クハ過失)ノ表現ニシテ著手ハ犯人カ犯意(若クハ過失)ヲ遂行スルノ狀態ニ在ルモノト謂ハサルヘカラス此點ヨリ見ルトキハ犯意(若クハ過失)ノ存在カ其遂行的行爲ニ因リテ確定的ニ識別セラルルヤ否ヤノ程度ヲ以テ著手ノ標準點ト爲ササルヘカラス

主觀說ニ就テ注意ヲ要スルハ遂行ナル觀念ナリ行爲ハ固ヨリ單獨ニテ犯意ノ存在ヲ表明スルモノニ非ス隨テ裁判所ハ犯意ノ有無ヲ斷スルニ方リテハ行爲以外ニ種種ノ證據ヲ調査セサルヘカラス然レトモ犯意ハ他ノ種種ノ證據ト共ニ犯罪ノ行爲其者ニ依リテ證明セラルルコトヲ要スルナリ換言スレバ犯人ノ意思ト行爲トヲ對照シテ犯人カ其犯罪ヲ實際ニ遂行スルモノト認メラルルトキハ茲ニ著手アリトスルナリ予輩ハ此說ヲ採ル

著手ハ法律上ノ觀念ニシテ事實上ノ觀念ニ非ス然レトモ如何ナル行爲カ著手ナリヤハ各犯罪行爲ニ就テ具體的ニ論究スヘキ問題ナリトス

著手ヲ以テ事實問題ナリトスル說アリ予輩ハ之ヲ採ラス即チ一定ノ行爲ヲ以テ犯意ノ遂行タルヘキ行爲ト認ムルヤ否ヤハ最高裁判所ノ判定ニ訴フルコトヲ得ル問題ナリ然レトモ著

手行爲ハ犯罪ノ種類ニ從テ常ニ一定ノ態樣ヲ有スルモノト爲スヘカラス同種ノ犯罪ニ於ケル同種ノ行爲ト雖モ其場合ニ依リテ或ハ著手ト認メラルルコトアルヘシ或ハ然ラサルコトアルヘシ

問題ト爲ルハ結合犯即チ犯罪カ數種ノ行爲ヨリ成立スル場合ニ於テ其一種ノ行爲ニ對スル著手ハ犯罪其者ノ著手ト解スヘキヤ否ヤノ點ナリ客觀說ハ之ヲ肯定ス主觀說ハ場合ニ依リテ或ハ肯定シ或ハ否定ス

例ヘハ舊刑法第二〇九條及ヒ第二一〇條ハ私書偽造ニ關シテ規定ヲ爲シ偽造シ且行使シタルコトヲ以テ犯罪ノ要件トス然ラハ犯人カ其偽造ニ著手シタルトキハ之ヲ偽造行使罪ノ著手ト稱スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ナリ

大審院ハ私書偽造罪ニ關シテ其行使ノ著手ヲ以テ犯罪ノ著手ナリトス但其主旨ハ文書偽造罪ヲ以テ偽造行使罪ナリト爲サス寧ロ偽造文書ノ行使罪ナリト解スルニ在ルカ如シ予輩ハ文書偽造罪ヲ以テ偽造行使罪ナリト解スルモ尙ホ其著手ハ必スシモ偽造ノ著手ニ非サルコトヲ信セントス何トナレハ單ニ偽造ノ行爲ノ成立ヲ以テハ行使ノ意思ノ遂行ヲモ明カニスルモノトスル能ハサレハナリ唯時トシテハ偽造其者ヲ以テ行使ノ意思ノ遂行ヲモ明カニス

ルモノト認メ得ヘキ場合アリ此ノ如キ場合ニ於テハ偽造ノ行為ヲ以テ偽造行使ノ著手ト認  
ムルコトヲ得ヘキナリハ單ニ觀念ニ就テハ成立ノ要件ニ於テハ其ノ結果ノ發生ニ至ラズニテモ  
拙稿「著手ノ觀念ニ就テ」法學新報明治三十九年一六卷五號

行為終了スルトキ實行終了ス實行終了シテ自然界ニ於ケル因果關係ノ進行アリ其進行ヲ追ウテ  
茲ニ結果ノ發生ニ到達ス

第二 犯罪ト結果

結果トハ行為ヨリ生スル外界ノ變動ナリ行為ハ結果ヲ生セザルコトナシ然レトモ行為カ一定ノ  
結果ヲ生スルコトヲ以テ犯罪ノ成立要件トスル場合ト然ラサル場合トアリ前者ヲ實質犯ト稱シ  
後者ヲ形式犯ト稱ス前者ニ在リテハ犯罪ハ結果ノ發生ヲ俟テ既遂トナリ後者ニ在リテハ實行ノ  
終了ニ因リテ既遂ト爲ル

人ノ一舉一動ハ必スヤ空氣ニ觸レテ其振動ヲ起シ「エーテル」ニ觸レテ其振動ヲ起シ以テ  
音響ト爲リ光ト爲リ熱ト爲ル故ニ若シ嚴正ニ且極端ニ論スルトキハ人ノ行為ニシテ外界ニ  
變動ヲ與ヘサルモノナシト謂フコトヲ得ヘシ故ニ此意味ニ於テハ行為ニハ常ニ結果アリト  
謂フコトヲ得ヘシ然レトモ例ヘハ殺人罪ニ在リテハ人ノ「死」ナル結果ヲ必要トスルニ反  
シ偽證罪ニ在リテハ單ニ偽證ナル行為アルヲ以テ足り犯罪ノ成立ニ對シテハ別ニ一定ノ結  
果ヲ發生スルノ必要ナシ此意味ヨリ言フトキハ殺人罪ニハ結果アリ偽證罪ニハ結果ナシト

謂フコトヲ得ヘシ此ノ如クニシテ犯罪ニ實質犯及ヒ形式犯ノ區別ヲ生スルナリ

形式犯ニ於テハ常ニ其結果ノ如何ヲ問フコトナリ新刑法ノ偽證罪ノ如シ(新一六九條)  
犯罪ノ成立ニ對シテハ結果ノ如何ヲ問フコトナキモ特別ノ結果ヲ生スルトキハ刑ヲ加重ス

ナルコトアリ舊刑法ノ偽證罪ノ如シ(舊二二八條以下)ニ於テハ「  
結果ハ行為ノ要素ナリヤ否ヤニ關シテ爭アリ然レトモ結果ヲ以テ行為ノ觀念ニ包含セシムヘキ」  
ヤ否ヤハ用語ノ爭ニ過キス法文或ハ單ニ犯罪ト稱シ或ハ行為ト稱ス其結果ヲ包含スルノ意ナリ  
ヤ否ヤハ場合ニ就テ之ヲ論スヘシ必スシモ一定セズ

例ヘハ舊刑法カ「罪ヲ犯ス時知覺精神ノ喪失云云」ト規定シ(舊七八條)或ハ「罪ヲ犯ス  
時十二歳ニ滿タサル者云云」ト規定スルハ行為ヲ意味シテ結果ヲ除外スルモノナリ新刑法  
カ「心神喪失者ノ行為云云」(新三九條)「十四歳ニ滿タサル者ノ行為云云」(新四一條)ト謂  
フモ亦然リ故ニ結果ハ常ニ犯罪者クハ行為ナル語ニ包含セララルモノナリト謂フ能ハサル

ナリ之ニ反シテ犯罪地ナル觀念ヲ定メ裁判所ノ管轄ヲ決スル場合ニ於テハ其所謂犯罪ナル  
語ニ結果ヲ包含セシムルヲ穩當トスヘシ(刑訴二六條)

第三 因果關係

一 因果關係ノ觀念

法律ハ一定ノ犯罪ノ成立ニ付キ一定ノ結果ノ發生ヲ必要トス此場合ニ於テハ行為ト結果トノ間ニ

刑法總論 犯罪論 犯罪ノ客觀的要件 行為ノ危險性

成立スルコトヲ必要トスル關係ヲ稱シテ因果關係トス故ニ因果關係ハ法律上ノ觀念ニシテ事實上ノ觀念ニ非ス

法律ハ單ニ「人ヲ殺シタル者」「人ノ財物ヲ竊取シタル者」ト規定スルニ止マリ行為ト「死」又ハ「竊取」ナル事實トノ間ニ存スル關係ノ如何ヲ明言セス予輩ハ法律犯犯罪ノ成立上必要トスル所ノ此關係ヲ稱シテ因果關係ト謂フナリ故ニ因果關係ナル觀念ハ法律上ノ觀念ナリトス

然レトモ一派ノ學者ハ法律ヲ離レテ別ニ事實上ノ因果關係ナル觀念ヲ定メ刑法カ一定ノ所爲ト一定ノ結果トノ間ニ存スルヲ必要トスル關係ハ其因果關係ニ限ルモノナリヤ或ハ又其因果關係ナキモ尙ホ刑法上一定ノ行為ヨリ一定ノ結果ノ發生アリタリト認ムヘキ場合アリヤ否ヤヲ問題トス(後段不作爲ト因果關係ノ條下ヲ見ヨ)予輩ハ因果關係ヲ以テ法律上ノ觀念ナリトナシ事實上ノ因果關係ナル觀念ヲ排ス

一般的ニ論スレハ因果關係ナル觀念ハ甲前々事實ト乙後々事實トノ間ニ於テ其甲ナカリセハ其乙ナカリシナルヘシトノ場合ニ於ケル甲乙兩者ノ關係ヲ謂フ然レトモ一定ノ事實ニ對スル前々事實ハ其數ニ於テ甚タ廣ク其關係ニ於テ甚タ遠キニ涉ルカ故ニ刑法ニ於ケル因果關係ノ觀念トシテハ此等ノ前々事實中ニ一定ノ限界ヲ定メ其限界内ニ於ケル前々事實ヲ原因ト稱シ其限界外ニ於ケルモノヲ條件トスヘシトスル說アリ而シテ此限界ノ標準如何ニ關シテ種種ノ學說アリ

原因ナル觀念ニ三種アリ第一ノ意味ニ於テハ一定ノ結果ヲ惹起スヘキ前々事實ノ總計ヲ原因トシ其各個ヲ條件トス故ニ此意味ニ於テハ原因ハ條件ノ總計ナリ第二ノ意味ニ於テハ其

前々事實ノ各個ヲ其結果ニ對シテ原因ナリト稱ス而シテ第三ノ意味ニ於テハ此第二ノ意味ニ於ケル原因ヲ兩分シテ其一ヲ原因トシ其他ヲ條件ナリト爲スナリ

二 因果關係ノ限界 結果ニ對スル遠近ヲ以テ區別スル說 此說ハ結果ニ對シ直接ノ關係ヲ有スルモノヲ原因ナリトシ間接ノ關係ヲ有スルモノヲ條件ナリト爲スナリ一派ノ學者ハ最後條件ヲ以テ原因ナリト爲ス即チ結果ノ發生ニ對シ最後ニ加ヘラレタル條件ヲ以テ原因ナリト爲スナリ

(甲) 結果ニ對スル遠近ヲ以テ區別スル說 此說ハ結果ニ對シ直接ノ關係ヲ有スルモノヲ原因ナリトシ間接ノ關係ヲ有スルモノヲ條件ナリト爲スナリ一派ノ學者ハ最後條件ヲ以テ原因ナリト爲ス即チ結果ノ發生ニ對シ最後ニ加ヘラレタル條件ヲ以テ原因ナリト爲スナリ  
何カ故ニ間接ナルモノハ原因タルコトヲ得サルカ試ニ其間接ナル關係ヲ利用シ其關係ヲ認識シテ犯罪事實ヲ發生セシメタル者アリト假定セヨ之ヲ既遂トスル能ハサルノ理由ハ得テ解スヘカラサルナリ換言スレハ關係ノ直接、間接ハ因果關係ノ限界ヲ定ムルニ足ラサルナリ

(乙) 結果ニ對スル關係ノ性質ニ依リテ區別スル說 此說ハ結果ノ發生ニ對シテ力ヲ與ヘタルモノト狀況ヲ與ヘタルモノトヲ區別シ力ヲ與ヘタルモノハ原因ナルモ其力ヲシテ活動セシムルノ狀況ヲ與ヘタルモノハ條件ナリト爲スナリ  
此說ハ物理學上ノ勢力不滅說ヨリ來ルモノナリ即チ勢力ナルモノハ不滅ニシテ宇宙ノ現象

刑法總論 犯罪論 犯罪ノ客観的要件 行為ノ危險性



ハ結局勢力カ一ノ形態ヨリ他ノ形態ニ移轉スルニ過キストノ觀念ヲ基礎トシ勢力ヲ與ヘタルモノノミヲ原因ト爲サントスルナリ然レトモ此觀念ヲ以テスルトキハ人ヲ毆打スルニ當リテ其被害者ニ對シ鐵拳ヲ與ヘタル甲者ハ創傷ノ結果ニ對シ原因タルモ甲者ヲ助ケテ其被害者ヲ取押ヘ居リタル乙者ハ原因ヲ與ヘタルモノニ非ナルコトナル故ニ刑法上ノ觀念トシテハ此說ハ採用スルコト難シ

(丙) 結果ニ對スル效力ノ程度ニ依リテ區別スル說 結果ノ發生ニ對シテ最も有力ナル作用ヲ與ヘタルモノハ原因ナルモ他ハ條件ナリトスル說ナリ

各原因ハ相共同シテ其結果ヲ惹起スルモノナルニ拘ハラヌ其有力ナルモノノミニ原因力ヲ認ムルハ論理上穩當ナラス

(丁) 行為カ生活上ノ常態ナリヤ否ヤニ依リテ區別スル說 行為カ生活上ノ常態ニ在ルトキハ條件タルニ過キサルモ其常態ニ反シタルモノナルトキハ之ヲ原因ナリト爲スナリ

生活上ノ常態ヲ離レサルノ行為ハ或ハ正當ノ行為トシテ違法性ヲ缺クモノト謂フコトヲ得ヘキ場合アリ或ハ過失ナカリシトノ點ニ於テ犯罪ノ成立ヲ阻却スルコトアルヘシ即チ社會一般カ認メテ普通ノ行為ナリトスル場合ニ於テハ因果關係以外ノ事由ニ因リテ無罪トナルヘク之ヲ以テ因果關係ナシトスルハ穩當ナラス

(戊) 結果ニ對スル可能性ノ有無ニ依リテ區別スル說 此說ハ其行為ヨリ通常生スヘキ結果キ

對シテハ其行為ハ原因ナルモ然ラサルモノニ對シテハ條件ナリトスルナリ(相當因果關係)

例(ハ) 甲アリ乙ヲ毆打シテ輕微ナル創傷ヲ與ヘタリ然ルニ其乙ノ甚シキ不攝生ノ爲メ其創傷ヨリ餘病ヲ發生シ終ニ乙ノ死ヲ生シタリト云フ場合ニ於テハ乙ノ死ハ甲ノ毆打行為ヨリ通常生スヘキ關係ニ非サルヲ以テ甲ノ毆打ハ乙ノ死ノ原因ニ非スト謂フナリ

然レトモ一定ノ結果カ一定ノ行為ヨリ通常生スヘキヤ否ヤハ單ニ其行為ノミヨリ判定シ得ヘキニ非ス必スヤ其行為及ヒ其他ノ狀況ヲ參酌セサルヘカラス故ニ此點ニ關シテ二說アリ

(イ) 犯人カ主觀的ニ認識シタル事實ヨリ通常生スヘキ結果ニ限ルトスル說 即チ犯人カ其行為ノ當時認識シタル四圍ノ事情ト其行為トヲ參照シ其狀況ニ於ケル其行為ヨリ其結果カ通常發生スヘキヤ否ヤニ依リテ判定セントスル說ナリ

(ロ) 通常人カ其犯人ト同地位ニ在リタリトセハ認識シタリシナルヘキ事實ヨリ通常生スヘキ結果ニ限ルトスル說

此說ハ犯人ノ主觀ヲ全然度外視シ専ラ通常人ノ認識ヲ基礎トナサントスルナリ

(ハ) 行為ノ當時存在シタル事實ヨリ通常生スヘキ結果ナリヤ否ヤニ依リテ判定セントスル說 此說ハ犯人ノ主觀及ヒ通常人ノ認識ヲ全然排斥シ苟モ其當時成立シタル事實ハ總テ之ヲ參酌シテ論定セントスルナリ

何レノ說ニ從フモ行為及ヒ前提タルヘキ狀況ト結果トノ間ニハ通常人ノ觀念上相當ナリト

認めラルルヘキ關係アルヲ要ストスルヲ此說ノ主眼トス而シテ予輩カ此說ニ對シテハ疑ト  
スル所ハ茲ニ犯人カ行為後ニ到來スヘキ事情ヲモ之ヲ豫期シ此特別ナル事情ヲ利用スルノ  
意思ヲ以テ手ヲ下シ以テ豫期ノ結果ヲ發生セシメタリト假定セシム此ノ如キ場合ニ尙ホ之  
ヲ既遂ト爲ス能ハサルノ理由那邊ニ在リヤノ點ナリ換言スレハ予輩ハ行為後ニ到來シタル  
事情カ行為ニ競合スル場合ニ於テモ尙ホ行為ニ原因力ヲ認めナルヲ得スト思惟スルナリ

(二) 因果關係ニ限界ナシトスル說 此說ハ因果關係ニ限界ヲ認ムルコトヲ否認シ苟モ一定ノ  
事實無カリセハ他ノ一定ノ事實無カリシト認めラルルヘキ場合ニ於テハ其前行事實ハ常ニ其後  
行事實ニ對シテ原因力アリト爲ス說ナリ論者或ハ之ヲ論理的因果關係ト稱ス蓋シ前後兩個ノ  
事實間ニ論理上必然ノ關係アルヲ以テ足ルト爲セハナリ

予輩ハ因果關係ノ限界ニ關スル從來ノ諸說ニ贊同スル能ハスト雖モ之ヲ以テ直チニ因果關  
係ニ限界ナシト信スル能ハス乞フ予輩ノ私見ヲ述ヘン

惟フニ宇宙ノ萬象ハ相ニ相連繫スルモノニシテ其一方無クシテ他方アルコトヲ想像スルコト  
ヲ得ス即チ最モ嚴格ニ且最モ廣義ニ解スルトキハ總テノ前行事實ハ總テノ後行事實ノ原因ナリ  
ト謂フコトヲ得ヘシ故ニ因果關係ノ觀念ハ此普遍的ノ連鎖中ニ一定ノ限界ヲ認メ其限界内ニ於  
テ一定ノ前行事實ト一定ノ後行事實トノ間ニ存スル特別ナル關係ヲ指稱スルモノナリ謂ハサ  
ルヘカラス

艦船ノ出發後二十四時間ノ間隔ヲ以テ出發スルコト并運河ノ開設維持及運用ニ必要ナル營造物  
及事業ハ運河ノ一部ト看做シ戰時平時ニ於テ交戰國ノ攻撃若ハ加害ヲ免レ運河ノ一部トシテ其  
使用ヲ害スヘキ舉動ヲ行フヘカサルコトヲ規定セリ

然ルニ米國元老院ハ「バナマ」運河ヲ選擇シ一九〇三年「バナマ」州ハ「ロンドンビヤ」州ニ對  
シテ反亂ノ後獨立シ共和國ト爲リタルニ依リ米國政府ハ直ニ其獨立ヲ承認シテ同國ト條約ヲ結  
ビ運河ノ開設ニ要スル土地ノ永久使用權及之ニ主權ヲ行使スルノ權利ヲ取得シ其運河ノ通行ニ  
關スル取締權ヲ掌握シ運河及船舶ノ保護ニ必要ナル警察力及兵力ヲ使用スルノ權利ヲ取得シ運  
河ニ對スル國防ノ設備ヲ爲スノ權ヲ得、海軍根據地及石炭貯藏地ヲ買入レ又ハ借入ルル權ヲ取  
得セリ從テ「バナマ」運河竣工後ハ兩大洋ヲ連結スルカ故ニ「スエズ」運河ト同ク列國條約ヲ  
以テ其通行ヲ自由トシ之ヲ中立ト爲スヲ適當トスト雖モ現今ニ於テハ列國未タ運河ノ地位ヲ協  
定スルニ至ラス

### 第三 領海ノ使用

領海中沿海ハ國家ノ領有ナリヤ否ヤニ付テハ議論アレトモ寧ろ海洋ノ一部ニシテ國家ハ之ニ管  
轄權ヲ及ホスヘキ水面ト看做スヲ正當トス從テ其通行ニ付テハ海洋自由ノ原則ニ基キ他諸國ノ  
軍艦又ハ商船ノ無害ナル通行ヲ禁スル能ハス其通行ニ對シテ課稅ヲ許サス又假令沿岸國ハ燈臺  
ノ建設維持其他航海安全ノ爲メ多大ノ費用ヲ投スルモ之カ爲メ沿海ヲ通行スル船舶ニ對シテ其

費用ノ一部ヲ負擔セシムル能ハス單ニ自國港内ニ在ル船舶ニ對シテ課税シ得ルニ過キス  
領海ニ屬スル海峽ニシテ一箇ノ公海ヲ扼スル場合モ同一ニシテ諸國船舶ノ之ヲ通行スルハ世界  
ノ交通通商上必要ナルモノアリ他ノ航路ニ依リ得ヘキ場合ニモ其通過ハ航程上非常ノ便益アル  
カ故ニ斯ル海峽ハ國家ノ安寧幸福ヲ維持スル爲メ必要上已ムヲ得サル場合ノ外ハ他國艦船ノ通  
行ヲ妨害スルコト能ハス實例ニ於テモ丁抹國ハ昔時那威國ト同一國タリシ時代ヨリ其領土ヲ以  
テ「バルチック」海ノ咽喉ヲ扼シ「ザウンド」「ベルト」海峽ヲ通行スル船舶ニ課税シタリシカ  
一八四八年米國政府ハ之ニ反對シ歐洲諸國モ之ニ加ハリタル結果一八五七年歐洲ノ諸國ハ條約  
ヲ以テ丁抹國ニ代價金ヲ與ヘ將來ニ向ヒ通行税ヲ廢止スルコトトシテ事件ヲ結了シ其以來斯ル  
海峽ノ通行ニ課税スルコトナキニ至レリ

公海間ノ海峽ノ自由通行ニ對シ現行法上唯一ノ例外ハ「ボスボラス」及「ダルダネルス」海峽トス  
此例外ハ昔時黑海全體カ土國ノ領海タリシ時代ヨリ土國ハ外國船ノ之カ通商ヲ禁シタリシカ第  
十八世紀ニ於テ露國カ黑海ノ沿岸ニ領土ヲ有スルニ至リシヨリ他國商船ニ對シ海峽ノ自由通航  
ヲ許スニ至リシモ軍艦ニ對シテハ其通行禁止ヲ繼續シ一八四一年歐洲六大陸國ノ倫敦條約ニ依リ  
古來ノ法則ヲ是認シ一八五六年巴里條約及一八七一年倫敦條約ニ於テ右法則ヲ認メ同條約以外  
ノ諸國モ之ヲ遵守シ來リタルト同時ニ一八七一年ノ條約ニ依リ土國政府ハ國防上必要アル場合  
ニ於テ友誼者ハ同盟國ノ軍艦ニ限リ其通行ヲ許スノ權利ヲ保留セリ但シ諸國ノ外交官其他國家

代表者ノ送迎ニ使用スル小軍艦及「ダニエトプ」河ノ警備ニ使用スル小軍艦ノミハ其後之ヲ通  
行スルヲ得ルコトト爲リ一九〇二年土國ハ露國水雷艦艇四隻ニ對シ其武裝ヲ解除シ商船旗ヲ  
掲ケテ海峽ノ通過ヲ許シタル故英國ハ之ニ抗議シ必要ノ場合ハ英國モ同一特權ヲ要求スルコト  
ヲ保留シタリシカ日露戰役中露國義勇艦隊ノ船舶二隻カ商船旗ヲ掲ケテ之ヲ通過シタル後武裝  
ヲ爲シ海上捕獲ヲ行ヒタルニ際シテハ英國ノ抗議ニ依リ露國モ其軍艦タル資格ヲ取消シタリ  
港灣、内海等ニ付テモ海洋自由ノ原則ニ基キ若シ國家カ特別ノ理由ニ依リ入港ヲ禁セサル限リ  
ハ他國ノ艦船ハ之ニ入港又ハ碇泊シ得ヘシ然レトモ内海及港灣ニ付テハ關稅、國防、衛生、警  
察等ニ關スル自國領土ノ安全及幸福ヲ維持スルニ必要ナル設備ヲ爲スノ都合ニ依リ國家ハ一定  
ノ港灣ヲ限リ他國艦船ノ出入ヲ爲サシメ又ハ之ニ一定ノ條件ヲ附シ得ヘシ但シ一切ノ港灣ニ出  
入ヲ禁シ能ハサルハ勿論一定ノ場所ヲ限リ其出入ヲ禁止シ又ハ制限ヲ爲スニ付テハ相當ノ理由  
アルコトヲ必要トシ一般交通ノ利益ヲ減却シ能ハサルノミナラス軍艦ト商船ト間ハス海上難船  
ノトキ避難ノ場合ハ假令入港禁止ノ場所ニ入ルモ之ヲ保護セサルヘカラス

沿海ノ使用ハ自由ナレトモ沿岸貿易ノ權利ハ沿海ヲ有スル國家ニ於テ之ヲ獨占シ一國ノ領土タ  
ル諸港間ニ他國ノ船舶又ハ人民カ其船舶ヲ以テ船客又ハ貨物ノ運搬ヲ行フコトハ古來ノ慣例ニ  
依ルカ條約ニ依ルカ又ハ自國ノ法令ニテ特ニ許可スルニ非サレハ之ヲ行フ能ハス日英新條約第  
二二條ニモ兩締約國ノ沿岸貿易ハ本條約ノ規定スル限ニ在ラス日本國及英國各自ノ國法ノ定ム

ル所ニ依ルト規定シ多數文明國ニ於テハ我國ト同ク之ヲ他國船舶又ハ人民ニ許可スル國法ナク米國ノ如キハ布哇島ト本國間ノ通商航海ヲモ沿岸貿易ノ名稱ノ下ニ外國船舶ニ禁止セリ此故ニ日韓併合ノ際列國ニ對スル我國ノ宣言ヲ以テ併合後十年間我國ト條約國ノ船舶ニ對シ朝鮮國港間及其開港ト内地開港間ノ沿岸貿易ニ從事スルヲ許シタルハ我國ノ任意ヲ以テ沿岸貿易ヲ他國船舶ニ與ヘタルニ外ナラス

本國ト殖民地及殖民地相互間ノ貿易ハ殖民地貿易ト稱シ第十九世紀以前ニハ清國ハ自國船舶ノ獨占ト爲シタリシカ其後各國ハ國法ヲ以テ外國船舶ニ之ヲ許スニ至レリ又領海ノ產物タル動植物ハ自國人民ニ取り重要ナル生活ノ資料及富源ナルカ故ニ特別ノ條約ニテ外國人ニ其漁業ヲ許可セサル限リハ正當ニ他國人民ノ之ヲ採取スルコトヲ排斥シ得ヘシ日露媾和條約第一一條ニ於テ露國ハ日本海ニオコツク「海ニベリリング」海ニ瀕スル其領土ノ沿岸ニ於ケル漁業權ヲ日本臣民ニ許與スルコトトシ明治四十年七月日露漁業條約ヲ以テ其細部ノ規定ヲ爲シタルハ條約ヲ以テ一國カ其固有ノ漁業權ヲ他國人民ニ與ヘタル實例ナリ

### 第三節 公海

領海以外ナル地球上ノ海面ヲ公海ト稱シ公海ハ何國ノ版圖ニモ屬セザルカ故ニ如何ナル國モ之ニ對シテハ領有權中權乃至管轄權ヲ有セザルト同時ニ諸國ハ其海面ニ對シテ共同ノ利益ヲ有シ

共通ナル使用收益ヲ爲シ得ルモノトス換言スレバ公海ハ諸國民ノ公路ニシテ其產物ハ無主物ナルカ故ニ諸國民ハ自由ニ之ヲ使用シ其產物ヲ採集シ得ヘク之カ使用收益ニ付テハ完全ナル平等ノ地位ニ在ルモノトス

公海ハ海洋自由ノ原則ニ依リ何レノ國民モ之ニ對シテ航海漁獵及海底電線敷設等ノ自由ヲ有スルモノ國際法上其海面ハ無法律ノ狀態ニ在ルヲ許サス其通行中ナル軍艦其他ノ船舶ハ本國ノ管轄ニ屬シ國家カ自國船舶及國民ニ對シテハ公海中ニ於テモ漁業其他ノ行爲ニ關シ自國ノ法令ヲ以テ其ノ規定ヲ爲シ得ルト同時ニ國際條約ヲ以テ締約國ノ船舶及人民ニ對シ其海面ニ於ケル行爲ヲ互ニ規律シ得ヘシ例ヘハ船舶衝突ニ關スル列國條約ヲ一八八〇年九月一日以來歐米諸國間ニ實行シ我國モ明治二十五年之ニ加入シ一八七九年海上船舶相互間ノ信號ヲ定メテ十九箇國間ニ實行シ又一八八二年北海ニ於ケル漁業條約ヲ關係六箇國間ニ締結シテ其諸國ハ締約國ノ船舶ニ之ヲ實行シ一八九三年以來英米條約ヲ以テ兩國ハ其人民ニ對シ「ベリリング」海中「ブリビロフ」島海岸ヨリ六十哩以内ニ獵虎ノ漁獵ヲ禁シ「ベリリング」海全部ノ獵期ヲ定メ其漁獵方法ヲ指定シテ人民ニ強行セシメタル如キハ公海ノ使用收益ヲ締約國人民ニ對シテ規定シタル實例ナリ

公海ニ海底電線ノ敷設ハ諸國ノ自由ナレトモ航海者カ故意又ハ怠慢ニ依リ之ヲ破損スルコトアルカ故ニ其保護ニ付テハ條約ヲ以テ締約國人民ヲ取締ルノ外ナキカ故ニ佛國ノ主唱ニ基キ一八



八四年二十六箇國間ノ巴里條約ヲ締結シ公海ニ於ケル海底電線ヲ其共同保護ノ下ニ置キ各國ハ條約ノ規定ニ依リテ其實行ヲ保障シ違反者ヲ罰スルニ必要ナル規定ヲ設ケ此條約ハ一八八六年及一八八七年之ヲ更新シ我國モ之ニ加盟セリ

海賊ハ公海上人類ノ敵ト看做サレ公海ニ於テハ何國ノ艦船ニ依リテモ之ヲ逮捕シ其國ノ法廷ニ引致シテ國法ニ依リ處刑シ得ヘシ國際法上海賊ト稱スルハ公海ニ於テスルカ又ハ海上ヨリ文明國版圖外ナル陸地ニ上陸シ暴力ヲ用ヒ若ハ暴力使用ノ脅迫ヲ以テ奪掠ヲ行フ所爲ニシテ如何ナル國際法ノ主體モ其行爲ニ付責任ヲ有セサルモノナリト定義シ得ヘシ例ヘハ國籍ノ分明ナラサル船舶又ハ人民カ公海ニ於テ諸國ノ船舶又ハ貨物ヲ奪掠スルハ海賊ナルコト勿論文明國ニ船籍ヲ有スル船舶カ他ノ船舶ニ對シテ奪掠ヲ行フカ又ハ其船舶ノ乗組員カ船長及船員ヲ殺戮又ハ幽閉シテ其船舶ヲ奪掠スルカ如キハ其所爲アルト同時ニ本國ハ之ニ對シテ責任ヲ有セス其船舶人民ハ本國ノ保護ヲ脫シテ無籍船及無籍人ノ位置ニ立チ何レノ國ノ軍艦又ハ船舶ニ於テモ之ヲ逮捕シ其國法廷ニ於テ處刑シ得ルモノトス

軍艦又ハ官船カ公海ニ於テ暴力ヲ用ヒ奪掠スルモ海賊ニ非スシテ本國政府ニ於テ之カ責任ヲ有スルニ過キス之ニ反シテ軍艦乗組員カ共謀シテ軍艦ヲ奪ヒ公海ニ於テ船舶ニ奪掠ヲ加フルハ海賊トス又一國ニ屬スル商船内ニ於テ船長及船員ヲ殺傷又ハ幽閉スルモ其暴行ヲ行ヒタル乗組員カ船舶ヲ自己ノ使用ニ供セサル限リハ刑法上普通ノ犯罪ニシテ海賊ニ非ス從テ國際法ニ所謂海

賊トハ第一其行爲カ公海ニ於テスルカ又ハ文明國版圖外ノ場所ニ上陸シテ奪掠ヲ行ヒ又ハ之ヲ行ハントスル行爲ナルコト第二其行爲ニ付テハ國家又ハ交戰團體ニ於テ責任ヲ有スルモノナキコトヲ必要トス又海賊ハ普通殘忍ナル強盜殺人ノ如キ惡ムヘキ所爲ナリト雖モ必スシモ盜賊ノ意思ニ出ツルヲ要件トセス例ヘハ戰爭ニ依リ亡命シタル人民ノ團體カ戰勝者ニ對シテ復讐ヲ爲スノ目的ヲ以テ本國ノ船舶又ハ人民ニ對シ公海ニ於テ奪掠ヲ行フトキハ本國ハ之ヲ海賊ト看做シ得ヘク其團體カ他國ノ船舶ヲ臨檢シ搜索シ又ハ戰時禁制品ニ屬スヘキ物品ヲ奪掠スルトキハ之ヲ國際法上ノ海賊ト看做シ得ヘシ

### 第三章 獨立權

#### 第一節 獨立權ノ意義

獨立權トハ國際關係上國家カ其版圖内ノ事項ヲ自由ニ處理シ他國トノ國交ニ付ラモ外部ヨリ何等ノ拘束ヲ受クルコトナク任意ニ處理スルノ權利ヲ謂ヒ他國ノ有スル同一權利ヲ侵害セザル範圍ニ於テ國家ハ之ヲ行使スルモノトス換言セハ獨立權トハ内政外交ニ關シ自國ノ有スル主權ノ行使ニ付他國ノ拘束ヲ受ケサルノ權利ニ外ナラス

獨立權中國内事項ニ關シテ有スルノ權利ハ管轄權ト稱シ外國交涉ノ事項ニ關シテ有スルモノヲ外交權ト謂ヒ外國ニ對シテハ國際法ニ違反セザル限リ如何ナル程度又ハ如何ナル種類ノ條約ヲ

モ締結シ得ヘク自國ノ權利及利益ヲ擁護シ他國ノ不法ナル行爲ニ反對シ之カ爲メ損害又ハ權利ノ侵害ヲ受ケタルトキハ其賠償又ハ救済ヲ求メ得ヘク時宜ニ依リテハ戰爭ヲ爲シ又ハ任意ニ講和ヲ行ヒ得ルモノトス更ニ又管轄權ハ之ヲ領土主權及屬人主權ニ基ク權利義務ニ分説シ得ヘク領土主權ト稱スル版圖内ノ管轄權ハ絕對的ニシテ國家ハ任意ニ國內ヲ統治シ其立法司法及行政ヲ自由ニ行ヒ其國體又ハ政體ヲ如何ニ組織シ如何ニ變更スルモ國際法ノ見地ヨリスレハ全ク其國ノ自由ニ屬シ版圖内ノ人民ハ悉ク自國法令ノ下ニ在ルヲ原則トス又屬人主權ノ關係ニ於テハ一國ノ人民ハ國家ニ對シテ絕對的ナル服從關係ヲ有シ其國民タル資格アル間ハ本國ノ版圖内ニ在ルトキハ勿論其版圖外ニ在ル場合ト雖モ本國ノ主權ニ服從シ其命令ヲ遵守スル義務ヲ有スルト共ニ國家ハ其國民カ何レノ地ニ在ルヲ問ハス之ヲ保護シ之ヲ監督スル權利ヲ有シ他國ノ版圖内ニ在ル場合ニハ其所在國ノ領土主權ヲ侵害セサル範圍ニ於テ屬人主權ヲ行使シ得ルモノトス

### 第二節 版圖内ノ管轄

#### 第一項 版圖内ノ外國人

國內ニ對スル主權ノ行使ハ絕對ナルカ故ニ國內ノ人民又ハ財産ニ關シテハ自國人タルト外國人タルトヲ問ハス其財産ノ所有者ハ内外人ノ別ナク自國ノ任意ニ制定スル法令ヲ之ニ強行シ得ヘシ總テ國民ノ資格ハ出生、選擇、歸化、婚姻等ノ事由ニ依リ各國國法ヲ以テ之ヲ定ムルカ故ニ

同一人民ニシテ同時ニ二箇以上ノ國民タルコトアルト共ニ何レノ國ニモ屬セサル結果ヲ生スルコトアルトモ國際法ニ於テハ單ニ國家カ其國法ニ於テ自國民ト看做ス者ノ外ハ之ヲ外國人トスルノ外ナシ現行法ニ於テ自國版圖内ニ在ル外國人ハ自國ノ法令ノ下ニ在リテ居住交通其他平和ノ生活ヲ營ミ得ヘク國家モ之ニ對シテ保護ヲ與ヘ法令又ハ條約ニ禁止セサル限りハ自國人ト同シク私權ヲ共有セシムルト同時ニ公權ハ本國人民ニ限り外國人ニ之ヲ與ヘサルヲ普通トス外國人ニハ國家ノ利害關係ニ基キ官公吏ト爲ルノ權選舉權等ノ公權ハ勿論礦業權、漁業權、土地所有權等一定ノ私權ヲモ之ニ享有セシメサルコトアルト共ニ苟モ自國人ノ固有ト爲スヘキ權利ヲ外國人ニ享有セシメサル以上ハ其權利ニ隨伴スヘキ義務ヲモ之ニ負擔セシメサルヲ列國ノ慣例トス例ヘハ國家ハ外國人ニ兵役ヲ強制シ能ハサルト同時ニ兵役ニ代ルヘキ税金其他ノ義務ヲモ之ニ賦課スルヲ許サス日英新條約第二條ニ締約國一方ノ臣民ハ他ノ一方ノ版圖内ニ於テ陸軍海軍護國軍又ハ民兵ノ何タルヲ問ハス總テノ強制兵役ヲ免レ且服役ノ代トシテ課セラルル一切ノ貢賦ヲ免レ又強募公債及軍用徵發又ハ取立金ニ付テハ動産ノ所有者、賃借者又ハ使用者トシテ内國臣民ト等シク課セラルルモノヲ除クノ外ハ一切之ヲ免ルヘシトアルハ其一例ナリ併シ外國人ニ兵役ヲ強制スルトキハ本國ニ對スル犯罪ヲモ強行スルニ至ルヘキノミナラス國家ハ外國人ニ何等政治的ノ權利ヲ與ヘサルカ故ニ政治的ナル戰爭又ハ戰爭準備ニ其身體上ノ勞役ヲ強制スルノ不當ナルヲ以テナリ此故ニ外國人カ任意ニ在留國ノ兵役ニ就クヲ欲スルカ又ハ政治的

戰爭ニ非ス單ニ地方警察ヲ維持スル必要ニ出ツル場合ニハ外國人ヲモ強制シテ兵力防禦ニ從事セシムルハ妨ナシ

### 第二項 外國人ノ入國及追放

國家ハ外國人ノ入國ヲ絕對ニ拒絶シ能ハサレトモ政治上經濟上又ハ公安ノ維持ニ必要ナル法律ニ依リ其入國ニ一定ノ制限若ハ條件ヲ附シ得ヘシ移民其他ノ上陸者ニシテ自國公費ノ負擔ト爲ル者社會ノ健康上ニ害アル者、公安秩序ニ危險ヲ來スヘキ者又ハ政事上其入國ハ自國人民若ハ其本國乃至他國トノ國交ニ有害ナル者ハ入國ヲ拒絶シ或ハ斯ル居住者ニ退去ヲ命シ得ヘシ近世ニ於テハ戰時ニ於テ軍事上必要アル場合ノ外ハ多數ノ外國人ヲ總括的ニ退去セシメタル實例殆ント無シト雖モ英國ヲ除クノ外歐米諸國ニ於テハ法令又ハ行政上ノ處分ヲ以テ外國人箇箇ニ付其入國ヲ禁シ之ニ條件ヲ附シ又ハ其退去ヲ命シタルコト少カラス例ヘハ露國ハ今日尙ホ外國人ノ入國ニ付本國政府ノ發シタル旅行券ニ在外自國公使又ハ領事ノ裏書シタルモノヲ携帶スルニ非サレハ國內ノ旅行ヲ禁止シ外國人タル猶太人ノ國內居住ニ付制限ヲ加ヘ又米國ハ一八七五年ノ法律ヲ以テ淫賣婦及政事犯以外ナル重罪犯人ノ入國ヲ禁シ一八八〇年ノ條約及一八八八年ノ法律ヲ以テ清國人ノ移民ヲ制限シ一八九一年ノ法律ニ依リ公費ノ負擔ト爲ルヘキ貧民、危險ナル傳染病者、重罪犯人及德義上惡ムヘキ犯罪者、多妻者、契約移民ノ入國ヲ禁シ一八九三年ノ

法律ニテ三十弗以上ヲ携帶セサル勞働者ノ入國ヲ禁シ一九〇三年ノ法律ニ依リ無政府主義者ノ入國ヲ禁止シ及勞働者ノ上陸ニ必要ナル携帶金ヲ五十弗以上ニ増加シタルハ其實例ナリ

### 第三項 犯罪人ノ引渡

他國ノ版圖内ニ在ル自國ノ犯罪者ハ其引渡ヲ受クルニ非サレハ國家ハ之ヲ審理處刑スルコト能ハス犯罪人引渡トハ甲國ノ犯罪者カ其國ヲ逃亡シテ乙國管轄内ニ在ル場合ニ乙國カ之ヲ逮捕シテ甲國官憲ニ引渡ヲ爲スノ行爲ヲ謂ヒ國家間ノ條約ニ依リ之ヲ行フヲ普通トス第十九世紀以前ニ於テハ列國間ノ交通容易ニ且迅速ナラサリシカ故ニ犯罪人引渡ノ必要殆トナカリシニ拘ラス第十九世紀中頃ヨリ海陸交通ノ頻繁ト爲リタル結果犯罪者ノ他國ニ逃亡スルコト容易ト爲リ文明國相互ノ間ニ於テ他國犯罪者ノ自國ニ逃亡シタル者ヲ當該國ニ引渡シテ處罰セシムルノ必要ヲ生シ箇箇ノ條約ヲ以テ其規定ヲ爲スモノ年ヲ追フテ其數ヲ増加スルニ至レリ

引渡條約ノ存在セサル場合ニ於テ他國ヨリ其犯罪人ノ引渡ヲ請求シ又ハ條約ニ規定スル犯罪以外ナル犯罪者ノ引渡ヲ依頼シ來リタルトキハ國家カ任意ニ之ニ應スルハ妨ナシト雖モ其請求又ハ依頼ニ應スルノ義務アリヤ否ヤニ付テハ學者中其義務ノ存在スルコトヲ説ク者アレトモ是全ク學說ニ止リ斯法ノ法則ト看做スコト能ハス故ニ各國ハ獨立權ノ作用ニ依リ自國ノ任意ニテ之ニ應セントスル場合ノ外ハ何等理由ヲ示スコトナク其請求又ハ依頼ヲ拒絶シ得ルト同時ニ國家

カ犯罪者ノ引渡ヲ他國ニ請求若ハ依頼スルハ妨ナク又他國カ條約若ハ任意ニ依リ之ニ應シ得ヘキ犯罪ノ種類ハ普通重大ナル犯罪ニ限リ輕微ナル犯罪者ハ其引渡ヲ爲ササルヲ普通トス但シ海軍ノ水兵及商船ノ船員ノ逃亡者ハ通商條約中ニ其引渡ノ規定ヲ設クルヲ普通トス日英新條約第二條ニモ之ヲ規定セリ是全ク軍艦又ハ商船ニ對シ一般航海上ノ便益ヲ相互間ニ保護スルノ必要ニ依ルニ外ナラス

犯罪人引渡ノ趣旨ハ犯罪者カ國境ヲ超エタル場合ニ如何ナル重大ノ犯罪ト雖モ之ヲ處刑シ能ハサルトキハ列國ニ於テ國法ノ威信ヲ損シ人類一般ノ利益ナルカ故ニ國家相互ノ便宜ニ出タルモノニシテ各國ノ刑法ニ於テハ自國人ノ他國ニ於ケル犯罪ヲ罰シ又犯罪ノ種類ニ依リテハ他國人ノ自國ニ對スル犯罪ヲモ處罰スル規定アレトモ其犯人カ他國ノ版圖内ニ在ル間ハ之ヲ逮捕處刑シ得サルハ勿論トス總テ犯罪ハ犯罪行為地所屬國ノ安寧秩序ヲ害シタル者ト見ルヘキノミナラス其犯罪ヲ審判スルニ必要ナル證據蒐集ノ便宜上同國法廷ニ於テ之ヲ審理セシムルヲ適當トスルカ故ニ同一犯人ニ對シテ犯罪行為地ナル國ヨリ引渡ノ請求ヲ爲スト同時ニ犯罪者所屬本國ヨリ引渡ノ請求アリタルトキハ何レニ引渡スヘキヤニ付テハ議論アレトモ寧ロ犯罪行為地ナル國ニ其引渡ノ優先ヲ與フルヲ至當トス又犯罪者カ自國人ナルトキハ他國ノ請求ニ對シテ其引渡ヲ爲スヘキカ否ヤニ付テハ歐洲大陸諸國ハ一般ニ其犯罪者ハ自國ニ於テモ處刑シ得ルノ理由ノ下ニ他國ニ引渡ヲ爲ササル主義ヲ取ルニ反シ英米兩國ハ條約ニ於テ犯罪者ノ國籍如何ヲ區別セ

ス自國人ト雖モ他國ニ於テ重大ナル犯罪アルトキハ其請求ニ應シ引渡ヲ爲スコトトシ我國ハ明治二十年勅令四十二號逃亡犯人引渡條例第一條ニ條約ヲ以テ互ニ其人民ノ引渡ヲ爲スヘキ條約ヲ設ケタルトキハ帝國臣民ノ引渡ヲ爲スコトヲ規定シ日米犯罪人引渡條約第七條ニモ締約國ハ本條約ノ條款ニ依リ互ニ其臣民ヲ引渡スノ義務ナキモノトス但シ其引渡ヲ至當ト認ムルトキハ之ヲ引渡スコトヲ得ヘシト規定セリ

引渡ヲ爲スヘキ犯罪ハ當事國雙方ニ於テ等シク重大ノ犯罪ト看做スモノナルヲ要ス明治十九年日米條約ニ於テモ其種類ヲ殺人罪貨幣及公衆ノ信用ニ關スル證券文書ノ偽造、看守盜、強盜、放火、強姦、偽證等ノ十四種ト爲シ近來列國ハ互ニ他國ノ司法制度ヲ尊重スルニ至リタルト共ニ犯罪者ノ刑罰ヲ免ルルヨリ生スル弊害ヲ防止スル爲メ列國間ニ引渡條約ノ數ヲ加ヘ其引渡スヘキ犯罪ノ種類モ漸次ニ之ヲ増加スルノ傾向アリ但シ政事上ノ犯罪ハ一般ニ引渡ササルコトトナシ又條約若ハ任意ニ依リ引渡ヲ爲ス場合ニ於テモ其引渡ノ理由ト爲シタル犯罪以外ナル他ノ犯罪ノ審理裁判ハ其引渡ヲ受ケタル國ニ於テ同一犯人ニ付之ヲ行フノ權ナキモノトス

日米條約第四條ニ政事上ノ犯罪者ノ引渡ヲ禁シ我逃亡犯罪人引渡條例第三條ニモ引渡請求ニ係ル者ノ所犯政事上ノ犯罪ナルトキ又ハ引渡ノ請求ハ實際政事上ノ犯罪ニ付審問シ若ハ處刑セんとスルノ目的ニ出テタル旨ヲ本人カ證明シタルトキハ其犯罪者ヲ引渡スコトヲ得スト規定シタル如ク現今文明國一般ニ條約ニ依ルト否ト問ハス政事上ノ犯罪者ヲ引渡ササルヲ通則トス其



理由ハ内亂罪ノ如キ政事犯ハ主權ノ爭奪ニ關スルモノニシテ普通ノ犯罪ノ如ク人類社會ニ對スル惡ムヘキ行爲ニ非サルノミナラス時トシテハ其國民ニ取リテモ有益ニ且尊敬スヘキ行爲ナルコトアリ加之國家ハ他國ノ内亂其他政府ノ改革等ニ關シ之カ是非ヲ判定スヘキ地位ニ在ラサルノミナラス政事犯ヲ普通犯ト同一視スルトキハ其國民一部ノ激昂ヲ招キ國交上不利ヲ來スコトアルヲ以テナリ

政事犯ト常事犯ノ區別ハ佛國革命ヨリ生シ第十九世紀以前ニハ此區別ナカリシノミナラス一般犯罪者ノ引渡ハ當時殆ト稀ニシテ却テ國家間ニ屢屢政事犯人ノ引渡ヲ爲シタルコトナレトモ佛國革命以來歐洲諸國ニ自由主義ノ革命運動續續發生シ其結果トシテ自國ニ逃亡シタル他國政事犯人ノ引渡ニ付テハ自國人民若ハ他國人民ノ激昂ヲ惹起シタルコト多ク之カ爲メ白耳義國ハ一八三三年始メテ國法ヲ以テ他國政事犯人ノ引渡ヲ爲ササルコトヲ規定シ之ニ反シテ神聖同盟ニ屬スル普奧露三國間ニハ内亂罪其他帝位又ハ政府ノ安固ニ對スル犯罪人ハ相互間ニ引渡ヲ爲スヘキ條約ヲ結ヒタリシカ一八三四年佛國及白耳義國間ノ條約ヲ始メ英、佛、米並白耳義、瑞西ノ五國ハ常ニ他國トノ條約ニ於テ政事犯人ノ引渡ヲ爲ササル主義ヲ固執シタル結果終ニ露國其他ノ諸國モ一般ニ政事犯人ノ引渡ヲ爲ササルコトノ原則ヲ承認スルニ至レリ

然レトモ政事犯ト常事犯トヲ甄別スヘキ標準一定セサルカ故ニ此區別ハ困難ノ場合アリ政事犯ノ目的ヲ以テ殺人強盜ノ行爲ヲ爲シタル場合ノ如シ一八五四年佛國政府ハ白耳義政府ニ對シ

「ナポレオン」三世ノ虐殺ヲ企テタル「ジュール、ジャクミン」ヲ引渡ヲ請求シタリシカ白耳義控訴院ハ政事犯タルノ故ヲ以テ其引渡ヲ爲シ能ハスト判決シタルカ故ニ一八五六年白耳義國ハ引渡ニ關スル法律ヲ改正シ外國政府ノ首長又ハ其一族ニ對スル虐殺ヲ政事犯ト看做ササル條項ヲ置キ此例外ヲ白耳義犯罪條款ト云ヒ斯ル例外ハ英、伊、瑞ヲ除クノ外歐洲諸國ニ於テ漸次ニ採用シ更ニ一八八一年露國政府ハ「アレキサンドル」二世ノ暗殺ニ依リ列國ニ對シテ殺人又ハ其未遂ハ政事犯ト爲ササルコトト爲スヘキ列國會議ノ開催ヲ照會シタルニ英佛兩國ノ之ニ加ハルコトヲ拒絕シタル爲メ成立セス一八九二年瑞西政府ハ犯罪人引渡法ヲ修正シテ政事犯人ハ引渡ヲ爲ササルモ大審院ノ決定ニ依リ政事犯ヨリモ寧ロ常事犯ニ屬スヘキモノト爲シタル場合ハ此ノ限ニ在ラストノ例外ヲ設ケ政事犯人ノ引渡ニ付テハ大審院ニ於テ各事件ニ付其事情ヲ審理シテ引渡ト否ヲ決定スルコトトセリ蓋シ近來歐米諸國ニ於テ無政府主義者ノ行ヒタル悲惨ナル虐殺ニ基キ政事犯人ノ引渡ヲ爲ササル原則ノ基礎ニ動搖ヲ來シタルコト疑ナク此反動ハ露國政府ニ依リ代表セラレ同國政府ハ一八八五年普國及「バウアリア」國トノ條約ヲ以テ君主又ハ皇族ノ生命身體若ハ名譽ニ對スル犯罪者ヲ引渡スコトヲ規定シ一八八八年西班牙國トノ條約ニハ政事犯人ノ引渡ヲモ爲スヘキコトヲ規定スルニ至レリ然レトモ一八八六年英露條約ニハ何等ノ制限ナク政事犯者ヲ引渡ノ除外トスル主義ヲ尙ホ露國ハ一八八七年葡國トノ條約一八九二年「ルキサンブルヒ」國トノ條約、一八九三年米國及蘭國トノ條約ニハ白耳義犯罪條款ノ例外

ヲ以テ政事犯人引渡ノ原則ヲ襲奪セリ

第二 領水内ノ外國船舶

軍艦其他官船以外ノ船舶カ他國領海ニ入ルトキハ其管轄權ニ服從スヘキカ故ニ外國船舶カ自國港灣内ニ碇泊シ又領海ニ在ル間ハ之ニ對スル本國主權ノ行使ハ領土主權ノ爲メニ中止セラレ乗組員其他船内貨物ハ其地方法令ノ下ニ立テ其裁判管轄ニ屬スヘキモノトス然ルニ佛國ニ於テハ自國港灣又ハ領海内ニ在ル外國船舶内ノ民事及刑事事件カ第一、船内ニ生シタルトキ第二、其事カ船舶乗組員間ノ關係ニ止ルトキ第三、其事件ノ爲メ港内若ハ陸上ノ安寧秩序ニ何等ノ妨害ヲ生セサルトキハ其船舶ヨリ地方官憲ノ干渉ヲ請求スルニ非サレハ自國ニ於テ之ニ管轄權ヲ及ササルコトトセリ其理由トスル所ハ總テ船舶ハ本國領土ノ一部又ハ延長若ハ繼續トスヘキカ故ニ地方ノ安寧秩序ヲ害セサル限リハ當然本國主權ノ下ニ立ツヘキモノトスルニ在リ然レトモ此說ハ理由ナク且誤解ヲ來スヘキ危險ナル見解ト言ハサルヲ得何トナレハ公海ニ於ケル船舶カ本國ノ管轄ニ屬スルハ其海面ノ性質上何國モ之ニ管轄權ヲ及ホササルト同時ニ國家ハ他國ノ領土權ト接觸セサル限リ自國ノ財産ニ對シテ主權ヲ行使スルカ故ニ其船舶ハ本國主權ノ下ニ立テ其保護ニ依リテ航海シ船内ノ秩序ハ船長ノ支配ヲ受ケ船長ハ本國法ニ依リ公海ニ於テハ一切ノ事件ヲ處理スルノ外他ニ途ナキニ職由シ決シテ船舶カ本國領土ノ一部又ハ延長或ハ繼續ナルカ故ニ非ス此擬制ヲ正當トセハ甲國商船カ乙國領海内ニ於テ關稅法ノ違反又ハ債權者ノ爲メ差押

ヲ受ケ賣却セラレタルトキハ乙國ハ甲國ノ領土ヲ取得又ハ賣却シタルノ疑ヲ生スヘク戰時ニ於テ同船舶カ交戰國軍艦ノ爲メ臨檢搜索セラレ中立法違反ノ故ヲ以テ沒收セララルトキハ本國領土ノ一部ヲ沒收シ又ハ其領土ニ對スル侵害ヲ爲シタルモノトノ論結ヲ來スコトアルヘキヲ以テナリ

佛國ノ慣行ハ其理由ニ於テ是ラサル所アルニ拘ラス近世諸國ハ之ニ準據スルモノ多キヲ加ヘタリ何トナレハ此慣行ハ實際諸種ノ便宜ヲ有シ國家ハ領水内ニ在ル外國船ニ對スル管轄權ヲ地方ノ公安ニ必要ナル範圍ニ止メ自國人民又ハ自國ニ關係ナキ外國船内ノ事件ヲ本國ノ管轄ニ一任スルハ自國ニ益ナキ事項ヲ處理スルノ煩ヲ避ケタルト同時ニ船舶ニ取リテモ其寄航地毎ニ其地方ノ法令ニ依リ船内ノ事件ヲ審理裁判セラルノ不便ナキヲ以テナリ從テ近年諸國ハ國法又ハ他國トノ條約ニ於テ此主義ヲ取ルモノ多ク我國モ獨自兩國ト領事職務條約ヲ締結シ締結國ノ領事官ハ總テ本國商船内ノ秩序ヲ保持スルコトニ任シ船員間ニ海上又ハ灣内ニ於テ起ル一切ノ紛議ヲ單獨ニ處理スヘク其紛争カ陸上又ハ港内ノ安寧秩序ヲ妨害スヘキ性質ナルカ若ハ其國人又ハ乗組員ニ非サル者ノ關係シタル場合ヲ除クノ外地方官憲ハ之ニ關係スルコトヲ得ス規定セ

一八九四年巴里ニ開會セル國際法學會ノ議決中第六條ニ領海ヲ通行スル外國船内ニ於テ其船内ノ個人カ他ノ個人若ハ物件ニ行ヒタル權利又ハ利益ノ侵害ハ其船員ナルト乘客ノ行爲タルノ區

國際公法(平時) 本論 平和關係ノ法則 獨立權 版圖内ノ管轄

別ナク沿岸國ノ裁判管轄外ニ在リテハ之ニ訴ヘラルルコトナシト規定シ第八條ニ領海内ニ在ル船舶ニ付テハ單ニ通行ノ場合ニ非サル限りハ國家カ領海内ニ於テ始メタル追跡ハ之ヲ公海ニ繼續スルノ權利ヲ有シ公海ニ於テ逮捕シタル場合ハ其實質ヲ猶豫ナク其船舶ノ揚務スル國旗ノ本國ニ通知スヘク其追跡ハ同船カ本國若ハ第三國ノ領海ニ入ルトキニ中斷セラレ其船舶カ本國若ハ第三國ノ港内ニ入ルトキニ終了スト規定セルハ全ク學說ニ止リテ現今法ニ非ス現行法トシテハ領海内ノ犯罪者ヲ無制限ニ公海ニ於テ逮捕スルコト能ハスシテ自國ノ犯罪者ヲ公海ニ於テ逮捕シ得ル最大限ハ其追跡ヲ領海内ニ於テ始メタルカ又ハ領海ヲ出ツルヤ否ヤ之ヲ追跡シ領海附近ノ公海ニ於テ逮捕スル場合ニ限り其逮捕ヲ是認スル所以ハ自國管轄權ノ繼續トシ其行使ヲ確實ニスルノ必要ニ出タル一般法則ノ例外ニシテ此場合ニ於テハ船舶ノ犯罪カ明確ナルヲ要ス明治二十九年八重山艦カ臺灣叛徒ノ主領劉永福ヲ搭載シタル嫌疑ヲ以テ英國商船ヲ公海ニ於テ臨檢シ之カ爲メ英國ノ抗議ヲ來シタルハ其實例ナリ又第六條ニ付テモ國家カ任意ニ管轄權ヲ行使セサルハ妨ナシト雖モ其主權ヲ領海通行ノ外國船ニ及ホシ能ハストスルハ現行法ニ非ス

### 第三節 治外法權

國際法上ノ慣例トシテ國家ノ主權者其代表者及ヒ軍艦軍隊ノ他國領内ニ入ルニ當リテハ身體及ヒ財產ハ在留國ノ法律規則ニ支配セラレナルノ特權ヲ有シ本國法律ノ下ニ在ルモノトス此特權

ヲ稱シテ治外法權ト云フ而シテ何故ニ斯ル特權ヲ與フルヤト云ハハ凡テ主權者ハ資格上自國君主ト同一ノ地位ニ在ルヲ以テ之ニ對スル禮儀上并ニ國家相互ノ便利上ヨリシテ自國管轄權之ニ及ホナサルニ外ナラス外交官及ヒ軍艦軍隊モ亦本國主權ヲ代表スルモノナルヲ以テ國際上他國ノ主權ニ對シテ尊敬ヲ表スルト同時ニ若シ在留國ノ主權ノ爲ニ拘束セラルルニ於テハ行爲ノ自由ヲ失ヒ隨テ其職務ヲ盡スコト能ハサルニ至ルヲ以テナリ左ニ之ヲ分説スヘシ

#### 第一 主權者

國家ノ君主大統領等ノ主權者カ他國ニ在留若クハ通行スルトキハ其身體財產ハ全ク地方ノ法律規則ニ支配セララルルコトナク民事刑事ノ事件ニ付キ司法廳ニ訴ヘラルルコトナク凡テノ國稅其他諸稅ノ徵收ヲ免レ警察其他行政上ノ處分ヲ之ニ及ホス能ハサルノミナラス其住所ハ在留國ノ公吏ニ侵サルルコトナク其從者モ亦身體上ノ特權ヲ有ス若シ又主權者ニシテ自ラ在留國ノ安寧秩序ヲ亂シ或ハ從者ヲシテ之ヲ亂サシムルコトアルトキハ在留國ハ之ヲ國外ニ出スニ必要ナル手段ヲ取り得ヘキニ過キスシテ其國外放逐ヲ爲スニ當リテモ自國ハ恰モ自衛上友誼國ノ權利ヲ侵害スル場合ト同一ノ方法ヲ採リ相當ノ保護ヲ與ヘ決シテ主權者又ハ其從者ヲ裁判刑罰スルカ如キ自國主權ヲ以テ之ヲ壓スルコト能ハス之ト同時ニ主權者モ在留國ニ於テ自己ノ主權ヲ行使シ領土主權ヲ侵害スルコトヲ許サス隨テ中世ニ於テ英王「リチャード」一世ノ十字軍ニ進行中伊太利國「メシナ」ニ於テ自國人外國人ノ別ナク盜賊ヲ處罰シ一六五七年瑞典女王「グリスナ

ヤナ)ノ巴里住居ニ於テ其從者タル「モナデスキ」侯ヲ殺害シタルカ如キ行爲今日國際法上決シテ許ササル所ニシテ在留國ニ於テハ自國人及ヒ從者ト雖モ處罰スルコト能ハス又從者間ニ於ケル事件ハ主權者ノ裁判シ能ハサルニアラサルモ在留國ニ於テ其判決ハ之ヲ執行スルコト能ハスシテ普通從者ノ犯罪及ヒ從者間若クハ從者ノ他人ニ對スル訴訟ハ歸國ノ後本國裁判所ニ於テ之ヲ審判セシメ大ナル犯罪アルトキハ其從者ヲ直ニ本國ニ送還スヘキモノトス又主權者ノ住所ハ治外法權ノ下ニ在ルモ從者以外ノ犯罪者若クハ訴訟人ヲ隱匿保庇スルノ權ナク若シ之ヲ爲スニ於テハ地方官ハ其引渡ヲ要求シ得ヘク之ヲ拒ムトキハ其主權者ヲ立去ラシメ隱匿者ヲ捕フルノ權アリ然レトモ主權者ノ任意ニ因リテ從者ニ關スル訴訟若クハ犯罪ヲ在留國ノ法廷ニ於テ裁判セシメ得ヘキハ論ナク而シテ斯ク任意ニ引渡シタルトキハ其裁判ノ結果ヲモ承認スヘキモノナリ

主權者ハ時トシテ他國ニ微行スルコトアリ此場合ニ於テハ一人ノ資格ニテ旅行在留ヲ爲スモノナルニ因リ普通人民ト同シク治外法權ヲ有セス然レトモ此場合ニ於テハ主權者自ラ私人ノ資格ヲ主張スル間ニ止マリ主權者タルノ資格ヲ失ヒタルニアラサルヲ以テ何時ニテモ其任意ニテ公然主權者ノ資格ニ改メ得ヘキモノトス玆ニ微行ト云フハ必スシモ主權者ノ私ニ他國ニ旅行在留シ在留國ニ於テ其他國主權者ナリヤ否ヤヲ知ラサルヲ云フニ非スシテ普通主權者ノ他國ニ至ルハ其身分ノ知レサルコトナク又知レタリトテ微行タルコトヲ害セサルノミナラス一般ニ主權

者ノ他國ニ至ルハ兩國政府間ニ通牒アルモノトス然レトモ其旅行ニシテ微行トシテ爲スコトヲ政府ニ通牒セルトキハ私人ノ待遇ニテ治外法權ヲ有セサルモノナリ又英國ニ於ケル「エヂンバ」大公ノ如ク獨逸聯邦「サクス、コーバーク、ゴタ」ノ君主ニシテ同時ニ英國ノ臣民ナルカ如キ場合ニハ英國ニ在留ノ間ハ獨逸聯邦君主ノ故ヲ以テ治外法權ヲ有シ英國人民ニ對スル權利義務ヲ免ルル能ハサルカ如シ其外方今列國ノ實例ニ於テハ他國ノ皇族ニ對シ國際上ノ便宜ト其身分ニ對スル敬意トニ由リ普通人民ト同視セサルモ國際法上ニテハ其特典ハ權利トシテ主張シ得ヘキモノニアラス又君主ノ他國ニ在留中其所屬品ニ關シテモ法律規則ヲ及ホスコト能ハサルモノナレトモ一國主權者ハ他國ニ於テ有スル財産ノ如キハ固ヨリ私人トシテ所有スルモノト看做スヘク隨テ之ニ對シテハ治外法權ノ存スルコトナシ

第二 外交官

外國ニ駐劄シ若ハ派遣セラレタル外交官其他ノ國家代表者ハ本國ノ主權ヲ代表スルヲ以テ駐劄國若ハ派遣國ヲ通行シ若ハ之ニ在留スルトキハ主權者ト同一ナル治外法權ヲ有シ其任地ニ往來ノ途ニ當ル友誼國ヲ通行スルニ際シテモ一定ノ特典ヲ有ス何トナレハ其特典ナキトキハ獨立國ハ代表者ヲ他國ニ出シタルカ爲メ自國ノ威嚴ヲ損スルノミナラス外交官モ亦職務ヲ盡ス能ハサルニ至ルヲ以テナリ隨テ其身體及携帶品其他ノ所有品ハ地方ノ法律規則ニ支配セラルルコトナク大使館若ハ公使館又ハ大使公使ノ居所住宅ハ不可侵ノ取扱ヲ受ケ大使館公使館ニ屬スル參事



官書記官外交官補并ニ大使館公使館附武官ハ少クモ其ノ身體ニ同シク治外法權ヲ有ス更ニ又外交官ノ有スル治外法權ハ其妻子從僕ニ及ヒ等シク在留國ノ管轄ニ屬セス蓋シ妻子從僕ハ外交官ノ性質ヲ有スルニアラサルモ大使公使一身ノ便宜ヲ與フルカ爲メ國際上ノ禮儀并ニ相互ノ便利ヨリシテ之ニ特權ヲ與ヘタルニ過キス又國際上ノ儀式ニ參列ノ爲メ若ハ列國會議ニ派遣スル全權委員ノ如キモ本國ヲ代表スルトキハ外交官ト同一ノ特權ヲ有シ外交以外ノ事項例ヘハ電信郵便貨幣等ニ關スル列國會議ニ參會スル委員ハ之ヲ受ケタル國ニ於テ特別ノ保護ヲ與ヘ格段ノ禮遇ヲ加フレトモ其特權ノ程度ニ付テハ未タ一定シタルコトナシ

### 第三 軍隊

戰爭ノ際軍隊カ敵國ニ進入スル場合ハ戰時公法ニ於テ論スル所タリ然ラスシテ一國軍隊ノ友誼國若ハ同盟國等ノ版圖ヲ通過シ又ハ之ニ屯在スル場合ニ於テハ治外法權ヲ有ス例ヘハ文久三年ヨリ明治初年迄英佛兩國ノ軍隊カ其國民保護ノ爲メ我橫濱或ハ品川ニ屯在シ一八二四年ノ締和條約ノ擔保トシテ佛國軍隊カ西班牙ニ屯シ馬關條約ノ保證トシテ明治三十一年四月マテ我軍隊ノ威海衛ニ屯シ現今我兵士ノ京城ニ屯在シ一八七七年露國軍隊ノ「ルーマニヤ」ヲ通過シ一八一六年普國及「ハノーバー」國間ノ條約及一八三五年普國及「フランスウキツク」國間ノ條約ヲ以テ普國軍隊ノ通過ヲ約定シタル如キ或ハ條約ヲ以テシ若ハ單純ナル許可ニ依リ時トシテハ其通過屯在ノ權利ヲ永續的ニ許スコトアリ時トシテハ一時許可スル場合アリ何レノ場合ニ於テモ軍隊

ハ他國ノ明ニ許可スルニ非サレハ決シテ其版圖内ヲ通行シ又ハ之ニ屯在スルコト能ハスシテ其通行若ハ屯在ヲ許サレタル軍隊ハ在留國ニ於テ全ク其司令官ノ管轄ノ下ニ在ルモノトス何トナレハ軍隊ハ他國ニ在ルモ其組織上ニ途ノ主權ノ下ニ立ツコトヲ許ササルカ故ニ此特權ヲキトキハ其職務ヲ盡ス能ハサルヲ以テナリ隨テ其將校兵士ニシテ犯罪アルトキハ國家ハ軍隊ノ本國ニ對シテ之カ處分ヲ要求シ得ルニ過キス此故ニ條約其他ニ依リ國家カ他國軍隊ノ通行若ハ屯在ヲ許ス場合ニハ其軍隊通行ノ途筋及屯在ノ場所ヲ明ニスルハ其地方ノ秩序安寧ヲ維持スルノ必要アルニ由リ之ヲ約定スルヲ普通トシ其約定中ニ於テ假令ヒ治外法權ヲ明言セサルトキト雖モ既ニ通行又ハ屯在ヲ許シタルノ事實ハ其許可ト共ニ治外法權ヲ與ヘタルモノトス尤モ軍隊ノ有スヘキ此特權ハ軍隊トシテ之ヲ有スルモノニシテ陸海軍將士ノ資格ニ伴ヒ居ルモノニ非サルカ故ニ其將士カ軍隊ノ組織ヲ有セスシテ他國ニ在ル場合ニハ固ヨリ在留國ノ法令ニ服從シ民刑ノ事項モ凡テ其國ノ管轄ニ屬スルモノトス

### 第四 軍艦其他ノ官船

軍艦其他國家ヲ代表スル官船カ治外法權ヲ有スルニ至リタルハ近世ノ事實ニシテ一七九四年米國「ロードアイランド」ニ於テ英國軍艦ヨリ六名ノ米人ヲ地方官カ拘引シタルニ際シ米國法廷ハ軍艦ハ國際法上在留國管轄ノ下ニ在リト爲シ一八二〇年有名ナル英國軍艦「ダイン」號事件ニ於テ英國ノ「ストウエル」判事モ西班牙政府カ同艦ヨリ犯罪者ヲ逮捕スルニ付キ相當ノ強力ヲ軍

艦ニ用ヒタルハ咎ムヘカラスト爲セリ然ルニ一八一二年「エキステエンチ」號事件ニ於テ米國判事「マーシャル」ハ判決ヲ下シテ軍艦ハ總テ主權國ノ管轄權ノ下ニ在ラサルコトヲ唱ヘ若シ在留國主權ニ拘束セラルルニ於テハ本國ニ對スル職務ヲ行フ能ハサル理由ニ依リ苟クモ白國港灣ニ他國軍艦ノ入ルコトヲ拒マサルトキハ自ラ之ニ其國ノ管轄ヲ及ホササル暗黙ノ許可ヲ與ヘタルモノナルコトヲ說キ此道理ハ現今軍艦其他官船ノ國際公法上治外法權ヲ有スルニ至リタル基礎ト爲リ歐米諸國ノ學者モ之ヲ認ムルニ至リ殊ニ佛國法學者「ラルトラン」ハ海軍將校タリシ經歷ニ因リ最モ熱心ニ軍艦ノ特權ヲ主張セリ

今日ニ於テハ軍艦其他國家代表ノ船舶ハ相當ノ理由ヲ示シテ國家カ特ニ其入港ヲ禁シタル場合ノ外ハ自由ニ友誼國ニ入港シ得ヘク又戰爭ニ於テモ中立國ハ交戰國雙方ノ軍艦ニ對シテ同一ノ待遇ヲ爲シ雙方ノ軍艦ニ對シテ同一ノ條件ヲ附スルモ其入港ヲ禁セサルヲ普通トシ平時戰時ノ間ハ他國軍艦ニ對シテ入港ヲ禁セサル以上ハ其入港ニ付多少ノ制限ヲ以テ治外法權ヲ拒ムコト能ハサルヲ今日ノ法則ト爲ス茲ニ多少ノ制限ト云フハ軍艦ノ有スル治外法權ハ主權者又ハ外交官ノ有スル如キ絕對的ノモノニ非ス即チ軍艦カ若シ他國ノ港則又ハ檢疫規則等ニ服從セサルノ特權ヲ有ストセハ非常ノ害毒ヲ其地方ニ來スヘキカ故ニ在留國ハ之ニ對シ衛生上、警察上并ニ港則等ノ內國法ヲ執行シ得ヘク中立國ノ場合ニ於テハ交戰國軍艦ヲシテ中立ニ關スル規則ヲ遵奉セシメ其法規ニ違反シテ拿捕物ヲ引率シテ入港スルトキノ如キハ其拿捕物ヲ留置シテ審判

シ得ヘキモノトス隨テ此點ニ付テ見ルモ軍艦ハ本國領土ノ一部ト看做スノ學說ハ正當ナラサルコトヲ知ルニ足ルヘシ

前述ノ如キ制限ヲ以テ軍艦ハ治外法權ヲ有シ其進退ハ在留國ノ爲メニ拘束セラルルコトナク艦内ニ於ケル事項ハ勿論其乘組員ノ在留國ニ對スル犯罪ノ如キハ本國ノ管轄ニシテ在留國ハ外交機關ヲ經テ本國政府ニ之カ處分ヲ求ムルノ外ナク軍艦カ在留國ヲ脅迫シ其他領土主權ヲ侵害スルノ行爲アルトキハ在留國ハ其軍艦ノ立退ヲ命シ必要アルトキハ之ヲ追放シ其賠償ヲ國際問題トシテ要求シ得ヘキモ決シテ裁判權、警察權ヲ直接ニ艦内ニ及ホスコト能ハス然レトモ其特權ハ船舶及ヒ乘組員ヨリ成立スル船舶全體ニ對シテノミ有スル權利ニシテ船體及船員ノ個個ニ付テハ何等ノ特權ナキニ因リ乘組員ノ之ヲ去ルトキハ船體ハ直ニ國內ニ在ル他國ノ財産ト同一ノ取扱ヲ受ケ乘組員ノ陸上ニ在ルトキハ在留國ノ法律規則ヲ之ニ及ホスコト普通人民ト異ルコトナク單ニ艦内并ニ之ニ屬スル短艇中ニ於テ治外法權ヲ有スルニ過キス

軍艦其他官船ノ職務ハ派遣セラレタル國ニ於テ自國ノ利益ヲ保護スルニ止マルカ故ニ地方ノ逃亡犯罪者ヲ庇護スルノ權利ナシ斯ル行爲ハ其職務ノ濫用ニシテ在留國主權ニ對シ大ナル侮辱トス隨テ犯罪者ノ軍艦ニ入ルトキハ政事犯ヲ除クノ他在留國ノ請求ニ因リ引渡ヲ拒ムコト能ハス然レトモ其引渡請求ハ直接ニ艦長ニ爲スコト能ハスシテ外交官ヲ經由スヘク斯ル場合ニ於テ便宜上普通ニ行ハルル方法ハ軍艦ヨリシテ犯罪者ヲ艦外ニ出シ地方官ヲシテ之ヲ逮捕セシムルヲ



常トス然レトモ政事上ノ犯罪者ニ關シテハ軍艦ヨリシテ之ヲ招キ又ハ其逃亡ヲ補助スルコト能ハサレトモ犯罪者カ軍艦又ハ官船ニ逃レ來ルトキハ之ヲ保護シ地方官ノ逮捕ヲ行ハサラシムヘキモノトス其他屢問題ト爲リタルハ軍艦其他官船ハ在留國ニ於ケル奴隸ノ逃亡者ヲ保護シ得ルヤ否ヤノ疑問ニシテ此點ニ付キ最モ議論ノ生シタルハ英國ニシテ一八七五年同國海軍省ニ於テハ斯ル場合ニ於テ其奴隸ヲ地方官ニ引渡スヘキコトト爲シタレトモ其後其訓令ヲ改メ奴隸ノ生命危險ナルトキニアラサレハ之ヲ艦中ニ入ルルコトヲ拒絶シ其危險去リタルトキハ艦中ニ置クヘカラスト爲セリ。

#### 第四節 領事裁判權

一國ノ法律規則及ヒ司法權ノ他國版圖内ニ行ハルルハ國際公法ノ原則トシテ存スヘカラサルモノニシテ國家ノ主權者又ハ公使ト雖モ他國ニ在留スル間ハ在留國ノ法令ニ拘束セラルルコトナシト雖モ本國ノ法律又ハ司法權ヲ在留國ニ於テ行フ能ハサルハ前述ノ如シ然ルニ之ニ例外タルハ支那、暹羅、土耳其「ベルシヤ」、「ルーマニヤ」、「セルビヤ」等ニ行ハルル領事裁判權ニシテ我國ニ於テハ舊條約ニ因リ此制度ノ實施セラレタルコトアリシモ新條約實行ト共ニ其廢止ヲ見ルニ至レリ隨テ我國ニ於ケル領事裁判ノ制度ハ最早詳細ニ説明スルノ必要ナシト雖モ我國ハ支那并ニ暹羅ニ對シテ尙ホ此制度ヲ有スルヲ以テ茲ニ領事裁判權ノ大要ヲ講述スヘシ

凡テ領事官ハ文明國間ニ於テハ單ニ商業事務ヲ取扱フ官吏ニ過キサレトモ歐米諸國ハ東洋ニ對シテハ條約ヲ以テ本國領事ニ大ナル特權ヲ有スルコトヲ規定シ在留地ニ於テ本國法律ニ依リ自國民ヲ保護シ裁判スルノ特權ヲ有スルコトトシ普通之ヲ名テ治外法權ト云ヘリ然レトモ領事裁判權ノ性質ハ治外法權トハ其趣ヲ異ニシ治外法權ハ國際公法上ノ法則トシテ諸國一般ニ行ハレ在留國ニ本國法律又ハ司法權ヲ行フモノニアラス之ニ反シ領事裁判權ハ條約ニ因リ領事官在留國ニ本國法律及ヒ司法權ヲ行フモノタリ而シテ斯ル例外ヲ歐米諸國ハ東洋ニ對シ條約上設ケタルノ理由ハ東洋諸國ノ慣習并ニ法律ハ泰西諸國ト大差アルカ故ニ其法律裁判ニ信據セサルカ爲メ斯ル規定ヲ爲シタルニ外ナラスシテ此制度ヲ有スル諸國ハ版圖内ニ於テ當然有スヘキ主權ノ行使ノ一部ヲ外國トノ契約上之ニ與ヘタルヨリ生スル國際公法上ノ例外ニ過キス而シテ例外ハ凡テ其意味ヲ可成の狹隘ニ解釋スヘキニ因リ領事裁判ノ制度ハ各條約ノ正條ト其實行ニ關スル先例ニ依リ諸國同一ナルコト能ハスシテ一國ノ領事裁判ニ於ケル慣例ヲ他國ノ同制度ニ採用スルコト能ハサルハ論ヲ竣タス

我國ニ行ハレタル領事裁判制度ハ安政年間ヨリ明治初年ニ至ルマテ諸外國トノ條約ニ於ケル明文上ノ規定ニ基キタルモノニシテ舊條約中朝鮮、墨西哥及ヒ布哇ノ三國ヲ除キ他ノ十五個國ノ條約ニハ盡ク此規定アリ而シテ其條文ハ各國同一ナラスト雖モ最モ正確ナル規定ハ明治二年埃甸國トノ條約ニシテ他ノ諸國ハ我國トノ條約中最惠國條款アリテ我國ヨリ締盟國ノ一ニ向テ特

權ヲ與フルトキハ他ノ締盟國モ之ト同一ノ特權ヲ享有スヘキコトヲ規定シアルニ因リ埃國條約ノ規定ト同一ノ權利ヲ享有セルモノトス而シテ埃國條約ノ規定ニ依レハ其第五條ニ於テ埃國人間并ニ同國人ト他ノ締盟國人間ノ訴訟ハ同國領事ニ於テ裁判シ同國人ト日本人間ノ訴訟ニ於テハ日本人被告ト爲ルトキニ於テハ我裁判所ノ管轄ニ屬シ埃國人被告ト爲ルトキハ同國領事ニ於テ裁判シ刑事ニ關シテハ第六條ニ埃國國人ノ日本人又ハ他國人ニ對スル犯罪ハ領事ノ裁判ニ一任シ日本人ノ埃國國人ニ對スル犯罪ハ我裁判所ニテ審判處刑スルコトト爲シ第七條ニハ條約又ハ之ニ附屬スル貿易規律又ハ稅則違犯ニ付キ埃國國人ヨリ取り立ツヘキ罰金又ハ貨物取上ケハ領事ニ於テシ其罰金及ヒ取立金ハ日本政府ノ屬スト規定セリ隨テ帝國版圖内ニ於テ領事ノ裁判ニ一任シ日本政府ノ屬與スヘカラサル場合ヲ舉クレハ民事訴訟ニ於テハ

(第一) 締盟國人ト同一人間ノ訴訟

(第二) 締盟國人ト他ノ締盟國人間ノ訴訟

(第三) 締盟國人ト日本人間ノ訴訟ニシテ外國人被告タル場合

及ヒ刑事裁判權ニ關シ日本人又ハ他國人ニ對スル締盟國人ノ犯罪及ヒ條約ニ附隨スル貿易規則又ハ稅則ヲ締盟國人ノ犯シタル場合トス而シテ領事ノ裁判ヲ爲スニ當テハ本國ノ法律ニ依リテ裁判シ締盟國人間ノ訴訟ニ於テハ其被告ト爲リタル者ノ本國領事ニ於テ裁判スルコトト爲リ居

前述ノ如キ領事裁判ニ關シ我國ト歐米諸國トノ條約ニテ規定スル所ハ方今歐米諸國ノ清國朝鮮土耳其等ト締結セル條約ニ於テモ大同小異ノ規定存在シ普通領事ノ裁判シ得ヘキモノハ民事ニ於テハ第一審ニシテ控訴及ヒ終審ノ裁判ハ本國法廷ニ於テ與ヘ刑事ニ於テハ罰金科料等輕罪ニ限リ重罪ノ裁判并ニ上告ハ本國裁判所ニ於テシ其裁判ニ關スル詳細ノ規定ハ本國內國法ニ依リテ定メアルモノトス

而シテ我國ノ清國及ヒ暹羅ニ對シテ有スル領事裁判權ニ關シ清國ニ對シテハ日清戰爭前ニ於テハ明治四年七月兩國條約第八條第九條第一一條第一三條等ノ規定ニ因リ清國ハ我國ニ對シ領事裁判權ヲ有シ我國モ亦清國ニ對シテ之ヲ有シタリシカ戰爭後ニ於テハ獨リ我國ノミ清國ニ對シ此制度ヲ有スルコトト爲リ明治二十九年七月改正條約

第三條ニ於テ日本領事官ハ裁判管轄ノ權アルコトヲ規定シアルニ拘ラス清國領事官ニ付テハ其規定ナク

第二十條ニ於テ清國在留日本人ノ身躰財產ニ關スル裁判管轄ハ領事其他當該日本國官吏ニ屬シ日本人間并ニ日本人ト他國人間トノ訴訟モ亦同一トス

第二十一條 日清兩國人間ノ訴訟ニシテ日本人被告ノ場合ハ日本官吏ニ於テ裁判シ清國人被告ノ場合ハ同國官吏ニ於テシ

第二十二條 日本人ノ犯罪ハ日本官吏ニ於テ裁判シ而シテ此等日本官吏ノ裁判ヲ爲スニ付テ



ハ日本國ノ法律ニ依ルヘキコトヲ各條ニ於テ規定セリ。其後日本國ノ法律ニ依リテ又暹羅國ニ對スル裁判管轄ハ明治三十一年二月兩國通商條約議定書中暹羅國政府ハ暹羅國ノ司法改革ノ完了セラルルマテ即チ刑法、刑事訴訟法、民法(但婚姻及ヒ相続法ヲ除ク)民事訴訟法及ヒ裁判所構成法ノ實施ニ至ルマテ日本國領事官ニ於テ在暹羅國日本國民ニ對シ裁判ヲ執行スルコトヲ承認ストノ規定アルニ因ルモノトス。

茲ニ附言スヘキハ合同裁判ニシテ埃及國ニ於テハ歐米諸國カ領事裁判制度ヲ有シタリシカハ一七六六年之ニ代フルニ合同裁判ノ制ヲ以テシ其裁判所ノ權力并ニ管轄ニ付テハ浩瀚ナル規定アリテ其裁判所ニ於ケル判事ノ一部ハ土人ヲ以テシ他ノ一部ハ外國人ヲ採用シ外國判事ハ其多數ヲ占メ凡テ判事ノ任命ハ埃及行政權ニ屬スルモ外國判事ニ關シテハ其外國人本國政府ノ勸告ニ因ルコトトシ歐米十四個國ハ此協定ニ同意シ合同裁判所ノ制度ハ埃及ノ如キ國ニテハ良結果ヲ示シタルニ因リ繼續期限モ屢屢延期セラレ一八九四年一月ニ延期セラレタルハ最後ノ延期ニシテ此裁判所ニ於ケル内外人民判ノ事件ヲ審理裁判セリ。

#### 第四章 自衛權

##### 第一節 自衛權ノ意義

國家カ重大ナル危險ニ遭遇スル場合ニハ其生存ヲ維持スル爲メ他國ノ權利ヲ侵害スルヲ顧ミス

其危險ヲ避クルノ手段ヲ講スルコトヲ得ヘシ之ヲ名テ自衛權ト云フ此權利ハ平時戰時ヲ問ハス國家ノ有スルモノニシテ總テ個人カ社會ニ於テ生活ヲ營ミ身體財產ヲ安全保護スルハ他人ノ侵害ヲ許ササルモノニシテ此權利ヲ保護スルノ必要ニ迫リ其危害ヲ避クルノ範圍内ニ於テハ如何ナル行爲ヲ爲シ得ヘキカ如ク國家モ亦其生活ヲ保護スル爲メ危害ヲ避クルノ行爲ヲ爲スノ權利ヲ有スルモノナリ學者中國家ニ必要ナル權利ヲ總稱シテ自存權ト稱スル者多シ隨テ國家ヲ存續發達セシムル爲メ自ラ選擇スル方法ニ隨ヒ内政外交ヲ爲シ得ヘキ權利ヲモ自存權中ニ入ル者アレトモ斯ク論スルトキハ自存權ノ範圍甚タ廣漠ニシテ殆ト國家ノ權利ヲ悉ク含ミ主權ノ行使全體ヲ指スニ至ルヘキヲ以テ本編ニ於テハ國家ノ權利ヲ細別シテ財產權以下ノ五種トシ他國ノ權利ヲ侵害セサル限リ任意ニ其内政外交ヲ爲シ得ヘキヲ獨立權ノ部類ニ入ルコトトセリ隨テ國家カ海陸ノ兵備ヲ設ケ國家防衛ノ準備ヲ爲シ他國ト攻守同盟ノ條約ヲ結フカ如キ其目的トスル所ハ國家ノ自衛ニ在リト雖モ是亦獨立權ノ作用ニシテ茲ニ所謂自衛權ニアラス茲ニ自衛權トハ恰モ個人ノ危難ヲ避クル爲メ他人ニ加害スルモ正當防衛ト爲ルト其性質ヲ同シウスル國家ノ權利ヲ云フモノニシテ之ヲ行フニ當リテハ其手段ヲ採ルノ外到底自國ノ危難ヲ避クルノ途ナキコトヲ要シ又其他國ニ對シテ敵意ヲ有スルコトナク自衛ノ目的ノ爲ニ必要ナル行爲ノ外ハ之ヲ爲ササルモノタルヘキモノトス自衛權ノ行使ニ因リ國家カ他國ノ權利ヲ侵害シ咎ムヘカラザリシ實例ヲ舉ケレハ一八一五年「セント・マークス」事件ニシテ米國大統領「モンロー」氏ハ西

班牙領地「ベンナコロ」ニ於テ暴徒ノ集合シ米國領内ニ掠奪ヲ行ヒタルニ因リ西班牙守ニ其暴徒ヲ處罰鎮定センコトヲ請求シタルニ之ヲ拒ミタルヲ以テ米國ハ軍隊ヲ派シテ暴徒ノ根據地ヲ擊破シタリ又有名ナル「カロリン」號事件モ其一例ニシテ一八三七年加奈太叛亂ニ於テ「ナイヤガラ」河ニ於ケル米國領土「ネービー」島ニ叛徒ノ根據地ヲ占メ義勇兵ヲ召集シタルニ「ニユーヨーク」及ヒ「バーモント」州ハ自國民ノ之ニ關與スルヲ禁シタルモ米國民ハ叛徒ニ同情ヲ表シ其所有ノ「カロリン」號ヲ使用シテ同島ニ武器糧食ヲ貯ヘ又同船ヲ以テ加奈太ニ叛徒侵入ノ用ニ供セントシタルニ因リ英國軍隊ハ「ネービー」島ニ侵入シ米國海岸ニ於テ「カロリン」號ヲ攻撃シ之ヲ「ナイヤガラ」瀑布中ニ墮シ入レタルニ因リ米國政府ハ領土侵犯ノ故ヲ以テ英國ニ抗議シテ曰ク

英國ハ此抗議ニ對シ自衛ノ必要ニ迫リ其危險ノ急劇且ツ重大ニシテ他ノ手段ヲ擇フノ違ナク又其手段ヲ熟考スルノ時間ナキコトヲ證明スルニアラサレハ責任ヲ免ルル能ハス加フルニ縱令其行爲ハ自衛上必要トスルモ斯ル行爲ハ素ト必要ノ範圍ニ於ラシ之ヲ超過スヘカラサルモノナルニ因リ過度ノ行爲ノ毫モ之レナキコトヲ證明スルニアラサレハ其責任ヲ免ルヘカラスト然レトモ英國ノ行爲ハ固ヨリ其範圍内ニアリタルニ因リ米國モ之ヲ認メ其局ヲ結ヘリ以上二個ノ實例ニ就キ之ヲ見ルトキハ其國家カ他國ニ於ケル人民ニ對シ強力ヲ用ヒタルモノニシテ其人民ノ行爲ハ兩國共ニ否認スルモノナレトモ國家カ中立國又ハ友誼國ニ對シテ其領土又ハ物

件ヲ敵軍ニ利用セラルルコト明白ニシテ其實行ノ期ニ迫リ而シテ中立國友誼國ハ國力ノ微弱ナルカ爲メ若クハ敵國ニ左袒スルヨリシテ之ヲ防カサル場合ニ於テハ自衛ノ爲メ進ムテ其領土ヲ占領シ又ハ物件ヲ差押フルコトナキニアラス然レトモ此場合ハ直接ニ國家ニ對シ強力ヲ加フルモノナルニ因リ斯ル行爲ハ敵意アルモノト認メラレ得ヘキニ因リ最モ慎重ヲ要シ充分自衛ノ必要ニ迫リタルニ出テタルノ外他意ナキコトヲ證明シ且ツ之カ爲メ損害ヲ受ケタル國ニ對シテハ賠償ヲ要スルモノトス一八〇七年英國カ丁抹艦隊ヲ差押ヘタルハ其通例ニシテ丁抹國ハ強大ナル艦隊ト海軍用材料ヲ多ク蓄ヘタリシカ陸軍ノ微弱ナル爲メ獨國北部ニ滞在スル佛軍ニ抗スル能ハス然ルニ佛國ハ丁抹國ト「チルシット」秘密條約ヲ結ビ其艦隊ヲ占有シテ英國攻撃ノ用ニ供スルコトヲ定メタリ若シ佛國ニシテ之ヲ實行セハ英國ノ地位ニ非常ノ危險ニ陥ルコト明ナリシヲ以テ英國政府ハ丁抹ニ對シ一時其艦隊ヲ英國海軍保管ノ下ニ置クコトヲ請求シ平和ノ後ハ各軍艦ヲ引取ノ時ト同一ノ情態ニ於テ返還スヘク又丁抹國ニ對シ佛軍ノ攻撃ヲ禦クヘキ擔保ヲ與ヘタルニ丁抹ハ之ヲ敵意ノ行爲ト爲シ英國ニ向テ開戦セリ此丁抹ノ承諾セサリシハ固ヨリ非難スヘキニアラスト雖モ英國ノ請求モ亦自衛權ノ行爲ニシテ咎ムヘキ行爲ニアラス是等ノ事實ニ因リ自衛權ノ性質并ニ之ヲ行使シ得ヘキ場合ハ自ラ明カニシテ唯如何ナル場合ニ果シテ此非常ノ權利ヲ行ヒ得ヘキカ換言セハ國家カ非常ノ危險ニ迫リ之ヲ避クルニ他ノ手段ヲ採ルノ違ナク又其手段ヲ熟考スルノ餘地ナキ場合トハ如何ナルモノナリヤハ全ク事實論ニ屬スルモノトス

### 第二節 干涉

#### 第一項 干涉ノ性質

國家カ他國ノ獨立權ヲ侵スヘカラサルハ國際公法ノ原則タリ然レトモ其他國任意ノ行為ニ任シ置クトキハ自國ハ危險ニ迫リ生存ヲ害スル虞アル場合ニ於テハ其內政外交ノ行為ニ容喙シ得ヘク隨テ一國又ハ數國ノ團體ニシテ他國ノ獨立權ノ行為ニ強制的關與ヲ爲スヲ干涉ト云フ故ニ干涉ハ

(第一) 他國ノ行為ニ容喙シ其獨立權ノ行使ヲ左右セントスル行為ナラサルヘカラス

(第二) 被干涉國ノ意思如何ニ拘ラス之ヲ行フモノナルコトヲ要ス隨テ條約其他被干涉國ノ承諾ニ因リ其內政外交ニ關與スルハ干涉ニアラス又二個國以上ノ間ニ於ケル交渉事件ニシテ

其一方又ハ雙方ノ承諾ナクシテ容喙スルモ干涉ニシテ一方ノミニ承諾アリテ其事件ニ關與スルハ他ノ一方ニ對シテ干涉タルヲ免レス

(第三) 干涉ハ性質上強制的ナルコトヲ要シ強力又ハ強力ノ脅迫ヲ以テ爲スニアラサレハ干涉ニアラス從テ強制的ナラサル容喙ハ單ニ友誼的勸告ニ止マルニ過キス

是ニ依リテ見レハ國家カ他國ノ請求ニ因ラスシテ其行為ニ干與スルモ強制的ナラサル勸告又ハ助力ハ干涉ニアラス又當事者ノ請求ニ因リテ他國ノ容喙シ其意見ヲ必シモ實行セシムルノ意思

ナク當事者ニ於テモ之ヲ實行スル義務ナキ調停若クハ當事者雙方ノ爭點ヲ第三者ノ判定ニ一任シ之ニ因リテ決スル仲裁ノ如キハ其ニ他ノ獨立國ノ內政外交ニ對スル容喙ナレトモ自ラ干渉ト異ナルモノトス之ニ反シテ當事者ノ一方ノミニ承諾ニ因レル容喙モ他方ノ之ヲ承諾スルトキハ干涉ノ性質ヲ變シテ調停ト爲リ調停ノ場合ニ於テモ當事者ノ其意見ヲ用キサルニ際シ之ヲ強行セシメントスルトキハ干涉ト爲ルモノタリ

干涉ハ性質上他國權利ノ侵害ニシテ其獨立權ヲ尊敬スヘキ國家ノ義務ノ違反ナルヲ免レス隨テ被干涉國ニ於テ之ヲ承諾スルトキハ何タル議論ノ生スルコトナシト雖モ若シ然ラサルニ於テハ干渉ハ自ラ敵意ノ行為ナルヲ以テ其結果ハ戰爭ト爲ルコト多シ然レトモ干渉ハ必シモ戰爭ヲ開クノ目的ニ出ツルコトヲ要セスシテ他國ヲシテ戰爭ヲ避ケシムルノ目的ニ出テ或ハ戰爭ヲ豫防スルノ必要ニ出ツルコトアリ又被干涉國ノ利益ノ爲メニ之ヲ爲スコトナキニアラサレトモ其意思如何ヲ問ハス被干涉國ニ於テ敵意ノ行為ト見做シ得ヘキモノニシテ國際公法ニ於テハ國家ハ他國ニ對シ干渉ヲ爲スヘカラサルヲ通則トス然レトモ此干渉ヲ非トスル原則ニ付テハ其解釋ヲ頓着スルコトナク他國ノ間ニ於ケルコトハ注意スルノ責ナシトセハ國際公法社會ニ於ケル國家ノ觀念ニ背馳シ國際社會ニ於ケル國家ハ國際公法ノ實行ニ付テハ其ニ之ヲ擁護スルノ責任アルニ係ハラス他國ノ之ヲ破壞スルモ一切無頓着タルヘキコトヲ國際公法ハ唱道スルコト能ハス之

ニ反シテ若シ此原則ヲ解釋シテ國家ハ他國ニ關スル事項ニ付キ容喙スルモ單ニ德義上ノ勸告ノ範圍内ヲ超過スヘカラストセハ常ニ自國ニ關係セザル他國ノ事項ニ注意スルモ多クハ徒勞ニ屬スルヲ免カレス然レハ之ヲ如何ニシテ可ナルヤト云ハハ國家ハ他國ニ干涉スルヲ絕對的ニ非トスルコト能ハスシテ必要ノ場合ニ於テハ干涉ヲ爲スモ咎ムヘキニ非ス然レハトテ外國ニ對シ抗議批難ヲ續續提出スルモ被干涉國ヲシテ其抗議批難ハ兵力ヲ以テ掃トシ之ニ繼クニ武力ヲキコトヲ認メシムルニ於テハ却テ國家ノ威嚴ヲ損シ他國ノ怒ト賤ミヲ招クノ確ナル方法タルハ「ローレンス」ノ詳説スル所ナリ故ニ一般ニ云ハハ干涉ヲシテ咎ムヘカラサル場合ハ他國ノ獨立權ヲ尊重スルノ原則ト自國安全ヲ保護スルノ權利ト相抵觸スル場合ニ於テハ固ヨリ自國ノ生存ニ重キヲ置クモノナレハ自衛ノ爲ニ他國ニ干涉スルハ決シテ咎ムヘカラサルモノニシテ嚴格ニ言ハハ此場合ニ於テノミ干涉ヲ適法ト爲スヘク而シテ既ニ干涉ト言ハハ常ニ強制的タルヘキモノトス

## 第二項 干涉ノ種類

自衛ニ出テタル干涉ヲ正當トスヘキコト固ヨリ論ナシ然レトモ其自衛ノ程度ニ付テハ前述ノ如ク事實ノ問題ニシテ從來學者ノ論述シ來リタル干涉ノ正當ト爲スヘキ種類モ一定セス又其立論モ最モ曖昧ヲ極メ或ハ大體ノ道理ニ付テ論シ或ハ特別ナル事實ニ因リテ辯論シ之ヲ統一スルニ足ルヘキ一定ノ種類ナク又實際ニ於テモ諸國ノ干涉ヲ爲スニ當リテハ其理由トスル所數種ニシテ又時ニ應ジテ互ニ矛盾スルモノナキニアラス隨テ如何ナル種類ノ干涉ヲ如何ナル程度ニ於テ國際公法上許シ得ヘキモノナリヤハ今日未ダ容易ニ決スル能ハス今學者間ニ於テ咎ムヘカラサル干涉トシテ記載セラレタル重要ナルモノヲ左ニ略説セン

### 第一 非常ノ危險ヲ避クル爲ノ干涉

干涉ハ自國ノ安寧又ハ秩序ニ危險ヲ受クルヲ避クルニ出ツルコトアリ例ヘハ隣國ノ力薄弱ニシテ其人民ノ自國ニ加害スルヲ制スルコト能ハサルカ又ハ隣國政府ニシテ自國ノ内亂ヲ煽動スルノ行爲其他敵意ノ行爲アルカ如キ場合ニ於テハ自國ノ危險ヲ避クル爲メ之ニ干涉シ得ヘク換言セハ他國カ自國ニ對シ國際法上ノ義務ヲ怠リ又ハ故意ニ之ヲ破ルトキハ之ニ對シテ干涉シ戰爭ヲモ爲シ得ヘク而シテ其内政ノ整理ヲ以テ構和ノ一條件トモ爲シ得ヘキモノタリ然レトモ自國ノ危險ニシテ他國ノ行爲又ハ不行爲ヨリ結果スルモノニアラサルトキ例ヘハ佛國革命ニ際シ其政治主義ノ影響シタルカ如ク其危險ノ他國ヨリ間接ノ影響ニ出テタルモノニ對シテハ内國ニ於テ之ヲ防クノ準備ヲ爲スノ外ナク一八二一年「レイボック」會議ニ於テ歐洲神聖同盟國ノ宣言ヲ爲シ歐洲諸國ニ於ケル自由民權主義ノ内亂ヲ壓抑セントシタルカ如キ自國又ハ自國主權者ノ抱持スル意見ニ反對ノ政治主義ノ他國ニ行ハルル故ヲ以テ其内政ニ干涉スルカ如キハ決



シテ其當ヲ得タルモノニアラス何トナレハ國家ハ其抱持スル主義ノ自國管轄ニ屬セザル他國ノ民心ニ及ホシタル影響ニ付テハ責任ヲ負フモノニアラサルヲ以テナリ

### 第一 他國ノ干渉ヲ防止スルノ干渉

一國カ不法ニ他國ノ内治外交ニ干渉シタル場合ニ於テ其干渉ヲ止メシムル爲メ第三國ヨリ之ニ干渉ヲ爲スコトアリ其理由トスル所ハ凡ソ國家ハ公法上不法ナル行爲ヲ他國ノ爲スニ當リテ之ニ反對スルノ自由ヲ有ストノ論據ニ出テタルモノニシテ一八二六年英國政府ノ葡國ニ出兵シタルハ其一例ナリ當時葡國女王「マリア」ハ幼年ニシテ其叔父ナル「ミギエ」ト確執アリシカ西班牙王ハ「ミギエ」ニ加擔シテ西班牙領土ヲ其軍備ニ使用セシメタルニ因リ英國ハ西班牙ノ干渉ヲ防ク爲メ葡國ニ兵士ヲ送レリ而シテ英國政府ハ其派遣ノ兵士ニ命令シテ葡國ノ内政ニ干與スルヲ禁シ其憲法ヲ保護スルノ行爲スラモ自ラ之ヲ爲スヘカラサルト同時ニ他國ヨリ葡國ニ對シテ爲シタル干渉ヲ防止スヘキコトヲ以テセリ此英國ノ遠征ハ學者ノ非難ナキ所ニシテ國際公法上ヨリ論スレハ一國カ他國ニ干渉スルノ故ヲ以テ必シモ其國ニ干渉ヲ爲スノ理由ト爲スコト能ハスト雖モ若シ干渉ノ國際公法ノ法則ニ違犯甚キ場合ニ於テハ諸國ハ互ニ國際公法ノ存立ヲ擁護スヘキモノニ因リ之ニ干渉シテ他國ノ不法干渉ヲ止メ以テ被干渉國ノ秩序ヲ回復スルハ決シテ不法ニアラスシテ其干渉ヲ防クノ干渉ヲ爲ストハ固ヨリ其任意ナリトス

### 第三 條約ニ基キタル干渉

國家カ他國トノ保證其他ノ條約ニ因リ其國政ニ干與スルハ固ヨリ條約ノ規定ニ基クモノナルヲ以テ不法ノ行爲ト爲スコトヲ得ス隨テ縱令其干與ハ當時被干渉國ニ於テ之ヲ欲セザル場合ニ於テモ素ト國際契約ニ出テ其承諾ニ係ルモノナルヲ以テ嚴正ニ云ハハ之ヲ干渉ト名クヘカラサルモノトス斯ク一定ノ事項ニ付キ他國ト保證條約ヲ結フノ行爲ハ方今ニ於テハ其例甚タ稀ナルコトナレトモ百年前迄ハ歐洲諸國ニ普通ニ行ハレタルモノナリ而シテ國王ノ系統若クハ政體ノ維持ニ關スル保證條約ハ之ニ因リ干渉ノ權利義務ヲ生ジ得ヘキヤ否ヤニ付キ學者中議論アル所ニシテ畢竟スルニ其論タル國家ハ王統又ハ政體ニ付キ自由行爲ヲ禁スルノ條約ヲ他國ト結ビ得ヘキヤ否ヤノ論ニ歸着セサルヲ得ス然レトモ今日ニ於テハ斯ル條約ヲ締結スルモノナク保證條約モ單ニ被保證國ニ對スル他國ノ行爲ニ關シテ其國家ヲ保護スルノ保證ニ過キササルコトト爲レリ而シテ斯ル保證條約ノ實行ニ付テハ契約當事者ノ之ニ關スル權利義務甚タ明確ナラス例ヘハ一八四六年北米合衆國ハ「コロンビヤ」共和國ニ對シ「バナマ」地峽ノ完全ナル中立及ヒ其領土ヲ保證シタルニ内亂者ノ鐵道ヲ攻撃スルヲ鎮壓セントコトヲ米國政府ニ請求シ米國ハ之ニ兵士ヲ送リタルモ「コロンビヤ」ニ對スル保證ハ單ニ外國ヨリノ攻撃ニ關スル保證ニシテ地方ノ叛亂者ニ對スル保證ニアルヘカラサルコトヲ唱導セリ又一八五六年英、佛、澳、三國ハ連帶且ツ單

獨ニ土耳其ノ獨立ヲ保證セルニ拘ラス一八七七年露土戰爭ニ際シテハ英國ハ進シテ土國保護ノ爲メ之ニ干渉スルノ義務ナキコトヲ唱へ佛、埃兩國ノ同シク干渉ヲ爲シ英國ヲ勸誘スルニテラナレハ之ニ干渉スルノ義務ナシト爲シタルカ如キ既ニ一八五六年ノ條約ニ於テ連帶且ツ單獨ト爲シタルニ係ラス當時英國外務大臣「ラフセル」ハ其實行ノ責任ニ付テハ全然連帶ナルカ如キ見解ヲ爲セリ近年ニ於テ保證條約ノ迅速ニ實行セラレタル唯一ノ實例ハ一八七〇年戰爭ニ於テ英國カ白耳義ノ永世中立ノ保證條約ヲ單獨ニ實行スル爲メ白耳義ト共ニ佛國及ヒ普國ト別列ノ條約ヲ締結シ交戰國互ニ其領土ヲ侵ササルコトヲ確メタルコト是ナリ

永世中立國又ハ蘇土運河若クハ「ボスボラス」ダルダネル「海峽」如ク歐洲諸國ノ公法ト認メラレタル保證ヲ其諸國カ實行スル爲メ其事項ニ干渉シ得ヘキハ論ナシト雖モ一國ノ政體若クハ王統ヲ維持スルカ如キ保證條約ノ規定ニ基ケル干渉ヲ正當トスルヤ否ヤニ付テハ學者中議論ヲ異ニシ「バラル」「トゥキス」「ハレック」及ヒ「ネール」ノ如キハ之ヲ不法トシ「メルテンス」「クリューバー」「ヘフター」及ヒ「ローレンス」ノ如キハ之ヲ正當トセリ其不法トスル者ハ斯ル條約ハ一王朝又ハ或時代ニ於ケル執權者タル政府ノ條約ニ過キスシテ之ヲ以テ國家其物ノ意思ヲ發表シタルノ契約ト爲スヘカラスト云フニ在リ然レトモ斯ル條約ノ非難アルニ拘ハラズ國家ニシテ同一ノ條約ヲ他國ト締結シ得ヘカラルノ理由ナク又其國家主權者ノ之ヲ締結シタル場合ニ於テハ其條約ヲ目シテ國家ノ意思ヲ發表シタルモノト看做スノ外國國際法上他ニ解釋ヲ下シ得

# 法學志林

第十六卷 每月一回廿日發行  
 第一號 一月廿日 定價一冊金拾五錢  
 第七十三號 發行 郵 稅 金 壹 錢

## ◎ 志 林

著作權法ト著音器  
 國旗ノ凌辱ヲ論ス  
 試堀ノ就願  
 無體物ニ對スル竊盜罪ノ成立  
 領得ノ罪

## ◎ 法 質 疑 錄 典

民法第百三十條ノ類推適用  
 物ノ一部ト物權  
 刑法第五十二條ニ依リテ定メラレタル刑ノ  
 起算點  
 土地ニ定着セル立木ノ強制執行

## ◎ 散 錄

非理法權錄 (六)

## 發行所 一手販賣所

東京市麴町區富士見町  
 六丁目十六番地  
 東京市神田一ツ橋通町

法政大學  
 有法政大閣

法學士泉 二 新 熊  
 法學博士 立 作 太 郎  
 法學士 鹽 田 環  
 法學士 牧 野 英 一  
 法學士 宮 本 英 脩  
 法學士 乾 政 彦  
 法學士 三 浦 信 三  
 法學士 牧 野 英 一  
 法學士 板 倉 松 太 郎

法政大學講義錄 大正三年 (第三十號)

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除ス
- 一 講義錄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
  - 各學年 金四拾錢 全學年 金壹圓
  - 一 各學年 金貳圓壹拾錢 全學年 金五圓五拾錢
  - 二 各學年 金四圓五拾錢 全學年 金拾壹圓
- 一 月謝ヲ納付シタルトキハ講義錄ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收證ヲ交付モス若シ相當ノ日時ヲ過キテ講義錄ノ到達セザルトキハ其旨本大學ニ通知スヘシ
- 一 校外生ハ講義錄中ニ疑義アルトキハ講義錄ノ番號、科目、頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ文意解シ難キモノ主旨明瞭ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付モス
- 一 官疑中有益ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義錄ニ登載スヘシ

◎注意

送金ハ可成振替貯金ヲ以テセラレタシ振替貯金ニ依ルトキハ送金費少ナク安全ニシテ且便利ナリ又送金ノ節ハ修業ノ學年ヲ記載アリタシ

振替口座東京『三三九四番』

大正三年二月九日印刷  
大正三年二月十日發行

(定價金五拾錢)

編輯兼 發行所  
東京市小石川區林町十六番地  
鹽野彦太郎

印刷者  
東京市赤坂區新町五丁目四十二番地  
金子鐵五郎

印刷所  
東京市赤坂區新町五丁目四十二番地  
金子活版所  
(電話新橋三四九三番)

東京市麴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)  
(四六二番)