

取大體ノ論トシテハ猶學說岐ルトモ漸次其ノ債權ノ絶對的即チ對世の効
カヲ認ムルノ傾向ヲ示セリ

第二、人格權

(4)、身體權

人ノ身體ナルモノハ權利ノ目的トナルヤ否ヤ、然リトモハ其權利ノ性質
如何ニハ生体ト死体トニ分ツテ研究セントス

甲、生体

(a) 自己ノ生体

或ハ說オナシテ曰ク今日ノ民法ニ於テハ自然人ハ權利ノ主体ナリ、
權利ノ主体タルモノハ如何ニシテ權利ノ客体トナリ得ルヤ、然シ作
ラ如何ナルモノナリ權利ノ客体トスルカハ民法ノ自由ナリ、故ニ權利
ノ主体ナルカ故ニ同時ニ客體タリ得ストノ理由ナシ、況ンヤ自然人
カ權利ノ主体ナリト云フハ人ト云フ生物ノ身體カ權利ノ主体ナリト
云フ趣旨ニハ非ス、唯人ト云フ動物ノ居ル所ニ權利ノ主体カ存ス也

ルナリトノ意ニ過キヤレナリ

論ヲモ財團ノ存スル所ニ財團法人ナルモノハ人格存立スルトモ其ノ人格ハ財
團ノモノニハ非スト云フカ如シ

カカ故ニ權利ノ主体カ今時ニ權利ノ客體ナリ得サルモノナリトスルモ
身體ノモノカ權利ノ主体ナラサルヲ以テ客體トナリ得ルコトニハ支障ナ
シ、唯ニ民法七〇九條七一〇條ニヨレハ各人ハ自己ノ身體ノ上ニ一ノ絶對
權ヲ有スルモノナルコトヲ規定セリト解セラル故民法ハニニ條一項ニ於テ
ハ前述ノ如キ理由ニヨリテ身體ノ上ニ權利ナルモノ、存立シ得ル議論ヲ
ルコトヲ參酌シテ身體ニ付イテハ特ニ身體權ナル言葉ヲ用ヒガリシナリ、
コトニ法ニ於テハ身體ノ侵害ノアル場合ニ一ノ訴權ヲ認メタルナルカコ
ノ訴權ヲリタルコトヲ理由トシテ、コトニ法カ充分ニ身體權ヲ認メタルヤ否
ヤハ断定難シ蓋シ民法ニ於テハ身體侵害カ原則トナリテ被害者カ財産上ノ
損害ヲ受ケタリ、例ハ八治療費ヲ支拂ハ或ハ賞金ヲ得タル為メニ收入ヲ
取得スルコトヲ得タルカ如キハ之等財産上ノ損害ハ之ノ訴權ニヨリテ賠償
ヲ請求シ得タルカ如斯財産上ノ損害ナキトモハ賠償請求權ハ認メテレガリ

新ルカ故ニ身体权ナル特別ノ权利ヲ完全ニ認ムタルコトハ云ハレズ
独法ニ於テモ昔ハコノ主義ニヨリタルナルガ漸次身体权ノ独立存在ヲ完全
ニ認メテ遂ニ民法法ハニ三條、八四七條、スイス債務法ノ四七條等ニハ完
全ニコノ权利ヲ認ムルニ至レリ

佛民法一三八ニ條ニ於テハ広ク他人ニ損害ヲ与ヘル行為ハ賠償請求ノ原因
ナリト規定スルコトアレトモ其ノ解釈トシテハ一般ニ身体权ノ存在ヲ認メ
居レリ

英美法ニ於テモ各人ハ自己ノ身体ノ上ニ完全ナル绝对权ヲ有スルコトハ學
說、裁判例ノ確證セル所ナリ

之ノ身体权ナルモノハ如何ナル权利ナルカハ一大問題タルヲ免レス、從來
法律ノ學說ニ於テハ至人極權ト稱スル权利ノ一種ナリ從テ所有權ノ他ノ
物權トハ全然別種ノ权利ナリトセシモノナリシナリ、我々民法モコノ通説
ニ從ヒテ規定セルモノナルカ故ニ之ヲ物權ノ種類ニ數ヘ居ラサルコトハ解
釈上止ムヲ得タル所ニハ非スヤト思考ス、蓋シ七一〇條ノ規定ニヨリテモ

身体ノ侵害ハ財產權ノ侵害ナラザルコトヲ前提トセルコトハ明カナルコト
ナリ乍然詳カニ权利ノ本質ヲ考究シテ見トハ身体权ハ擴張リ一ツノ所有權
ニ外ナラスト認ムルコトヲ得ルナルヘシ、コノ説ハ余カ始メテ論ズル説ニ
ハアテサルナリ

フノ説ハバンテロー氏ノ説ナリ、氏ノ説ニヨレハ人ハ常ニ所有權ノ客體ナ
リ、双親ハ他人ノ所有物ニシテ自然人ハ自己ノ所有物ナリト云ノ説ハ独
乙民法ノ解釈トシテ法律學者ノ排斥スル所ナリ、乍然余ノ信ズル所ニヨレハ
人ノ生體ハ擴張リ一種ノモノナリ、從ツテ之ノ上ニアル权利ハ物權ナリト
云ハサルベカラズ、然ラハ之ヲ所有權ト云フハ何故ナリヤト云フニ所有權
ハ民法ニ〇大條ニヨリハ法令ノ制限外ニ於テ自由ニ目的物ヲ取扱フコトヲ
得ルノ权利、換言スレハ皆モ法令ノ禁止ナキ範圍ニテハ所有者ハ其ノ所有
物ヲ如何様ニ配置ストモ自由ナリ、
乍然所有物ハ決シテ或一定ノ程度ノ配置ヲ為シ得ルコト其要件トハナシ居
ラサルナリ、學者多クハ人カ或ルモノヲ自由讓渡シタルコトノ出来サルニ
ニハ其物ノ上ニ於テ所有權ヲ有スルモノナリト言フ事ヲ得ナラナリ

即予讓渡可能カ所有權ノ讓渡ナリト云ヒ、又或學者ハ物ヲ自由ニ毀損滅却セシムルコトヲ得ルニ非サレハ其權利ハ所有權ト云フヲ得スト

乍然斯ノ如ク或特定ノ行為ヲナシ得ルコトが所有權ノ要素ナリト云フコトハ明カニ誤謬ナリ、現ニ讓渡シ得サル所有物、目的物ヲ毀滅スルコトヲ得サルモノノ存在セルコトハ多クアルナリ、我民法ノ解釋トシテハ法ノ業以セサル範圍内ニ於テ自由ニ物ヲ處置スルコトヲ得ル權利ナレハ其ノ權利ハ常ニ所有權ナリ、其ノ處置シ得ル行為ノ範圍カ如何ニ小ナリトモ所有權タルニ所ナシ、或ル物ノ處置ヲ甚ク制限シ權利者ノソノ物ノ上ニ加フルコトヲ得ル行為ノ範圍カ甚ク狭クナリテモ苟モ其權利ニシテ法ノ制限セサル範圍内ニ於テ絕對的ノモノ即チ一般的支配權ナルルハ其權利ハ所有權ナリト云ハサルヘカラス

如斯吾人カ自己ノ生体上ニ有スル權利ノ本能ハ所有權ナルカ故ニ吾人ノ身體ノ一部分カ自然的ニ又ハ人為的ニ離脱スルハ其ノモノハ無生物トハナラサルナリ、依然吾人ノ所有物ナリ、例ハハ髮爪ノ如キ之ナリ

若シ吾人ノ身體權ヲ所有權ナラストセハ如何離脱セル身體ノ一部ハ何人ノ

權利ノ目的ニシテ如何ナル權利ナルコトハ説明シ得サルモノナリ、身體權カ所有權ノ性質ヲ有スルモノトセハ法ノ禁セサル範圍ニ於テ自由ニ處置スルコトヲ得ルナリ乍然コノ權ニ付イテハ法ノ制限重クシテ其ノ知命ハ多クノ場合ニ於テハ民法九〇條ニヨリテ無効ノ行為トナレナリ

然シ乍然スシモ常ニ無効トナルモノニハ非サルナリ

例ハハ醫學研究ニ參考トナルヘキ痔瘻ノ病氣ニ罹リタルモノカ醫學研究ノ為メニ醫學者ヨリ報酬ヲ得テ自己ノ身體ヲ研究材料ニ供スルカ如キ契約ハ其ノ効カヲ認メサルヘカラス

又藝術家ノ為ニ「モデル」トナルカ如キハ普通ハ契約トシテ有効ナルモノナリ

然ラハコノコノ權利ノ讓渡ハ有効ナリヤ否ヤ?、多クノ場合ハ無効ナレトモ死後身體ノ全部若クハ一部ヲ解剖又ハ學問研究ノ為メニ參考トシテ讓渡セシト云フ契約ハ無効ニハ非サルヘシ

死後相手方ノ取得サル權利ハ死體ノ所有權ニシテ此ノ權利ハ被ハ自ラ有セ

ニ有スル権利ノ範圍ハ一般有權ト同様一切ノ不法干渉ヲ排斥シ得ルコトナリ
リ從ツテ生体ニ對シ物質的又ハ法律的ノ侵害ヲナストモニハ從テ生体ノ侵害トナルモノナリ

乍然先ツ第一ニ生命ノ侵害、第二ニ精神安全ノ侵害ニ付イテハ特別ノ研究ヲ要スル莫クニ付キ後段ニ於テ之等ノ利益侵害力不法行為トナルヤ否ヤ或モ七八生命權、精神安全權ハ存在スルヤ否ヤノ問題ヲ研究セント欲スルナリ茲ニハ特ニ省略ス

健康狀態ノ侵害ト莫練ノ侵害トニ付キ之ヲ研究セントス、先ツ前者ニツギテハ独民法ハニニ條才ニ項ノ生体ト相並ヒテ健康ヲ認メタリ民法ノ解釈トシテハ生体ノ中ニ健康ハ存在セズ我民法七一〇條ニ於ケル生体ハ健康ヲ包含セルモノナリ從テ生体ノ物質的侵害ナリトモ健康狀態ヲ害スルコトハ生体ノ侵害トナルナリ

負傷侵害ニ付テハ独民法ハニ五條ニ詭計、脅迫又ハ從屬關係ノ濫用ニヨリテ女子ノ貞操ヲ害セルモノハ之ニヨリテ生セル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ト明言ス、我カ民法ニテハカハル明文存セズ、乍然少クモ刑法法令

ニテ保護セル範圍及ニ於テハ其規定ノ反作用トシテ貞操權ノ存在セルコトハ之ヲ認メサルヘカラス

而シテ我民法七一〇條ノ所謂生体ハ健康ヲ含ム外ニ尚此ノ貞操ヲモ含ムモノヲ言ケルカ故ニ凡テ不法ニ他人ノ貞操ヲ害スル行為ハ全テ不法行為ナリト云フ解釋セント欲スルナリ

(乙) 他人ノ生体

普通ノ物ニ付テ他物權ナルモノカ存在スルト同様ニ他人ノ生体上ニ於テモ亦一種ノ他物權カ存在ス、七一〇條ニアル生体權ハ自己ノ生体上ニ有スル權利ナリ乍然コノ明以テ於テ他ノ規定ニヨリ又ハ慣習法ノ條理ニヨリ我カ民法ハ他人ノ生体ニ於テモ權利アルコトヲ認メタリト解セラルルナリ其民法ニ於テハ父母ハ其ノ子ノ生体上ニ一ツノ絕對權ヲ有ス、コノ生体カ侵害セラレタル時ニハ親ハ自己ノ名ニ於テ損害賠償ノ請求ヲナス事ヲ得又夫婦モ亦相互ニ相手方ノ生体上ニ同様ノ權利ヲ有セルナリ
更ニニ違フテ主人ハ *servant* ノ生体上ニ又同様ノ權利ヲ有セルモノナリトセラル、ナリ

我民法ノ解説トシテハ先ヅハニ親権者ハ或ル程度ニ於テ其親権ニ服スル
 子ニ付シテ懲戒権ヲ有スルコト明文ニ在リ。カ、ルカ故ニ親権者カ其ノ子
 ノ身体上ニ一ノ絶対権ヲ有スルコトハ疑ヒナカラシ
 然レコノ身体カ他人ヨリ侵害セラレタル時、例ハハ男兒カ他人ニ毆打サレ
 女ノ兒カ他人ニ姦通セラレタル時ニハ親ハ自己ノ名ニ於テ損害賠償ノ請求
 ヲナシ得ルヤ否ヤ、莫ニテハ可能我回ニ於テハ斯ノ如キ請求権ヲ認メサル
 モノト考ヘラル

第二ニ夫婦相互間ハ如何、夫カ才ニ者ヨリ身体ヲ侵害セラレタル時ニ要ニ
 賠償ノ請求権アリヤ、妻ノ身体カ才ニ者ヨリ侵セラレタルトキニ夫ニ請求権
 アリヤ否ヤ、民法ノ解説トシテハ多少議論ノ余地アリ、多數ノ説ハ如斯キ請
 求ヲ認メサルナリ

乍然夫婦相互ニ貞操維持ノ目的ノ義氣アルコトハ法律上ニ於テモ大概認メ
 ラレ居ル所ナリ、コノ相對關係ニ基キ絕對權タル貞操問題ノ存在ニ付イテ
 ハ之ヲ主張スルノ根據ナシトセズ、以テ今日ノ法律觀念ニ於テハ妻
 ノ貞操カ他ニヨリ侵害セラレタル場合、夫ノ權利侵害ト共ニ夫ハ損害ノ賠

償請求権アルコトヲ認メラルナリ蓋シ民法ノ規定ノ反作用トシテ認メラ
 レタル所ノ權利ノ侵害ナリト云フコトヲ得ルヲ以テナリ
 第三主人カ雇人ニ付シテ身體権ヲ有スルコトハ認ムルコトヲ得ナリ、
 英米法ニ於テカ、ル制度アルハ奴隸制度ニヨリテ起レルナルベシ、主人ノ
 使用人ニ付スル關係ハ今尚ホ奴隸的ナルモノ多シ、我々國ニ於テハカ、ル
 コトハ絕對ニナキナリ

乙・死体

大ノ死体ハ物ナルコトハ今日異論ナキ處ナリ
 故ニ其ノ上ニ權利ノアルモノトスレハ其ノ一ノ物權ナリ乍然死体ノ上ニ權
 利アリヤ否ヤ付イテハ三説アリ
 第一、死体ハ物ナレドモ之ハ所謂不融通物ナリ、私法上ノ權利ハ其ノ上ニ
 存在スルコトヲ許サズ、ローマ法ニ於テハ之ノ説行ハレタルカ如シ、蓋シ
 同法ニ於テハ墳墓ヲ以ツテ一ノ不融通物トセリ、從ツテ私權ノ目的トハナ
 ヲ得スト認メタリ、尤モ之ヲ侵害スル者(墳墓)ハ墳墓破壊ト云フ訴權ヲ
 墳墓ノ持主ニ与ヘ居タルカ之ハ私法上ノ訴權ニ過キス

故ニ之ヲ以ツテ墓ノ上ニ私法上ノ権利ヲ認メタリトハ云ヒ得ス、人ノ死体
 ニ付テハ末々學說法文ノ根柢アルコトヲ知ラサレトモ墳墓全體ヲ私法ノ目
 的ニナリ得ヌトモ墓下ニアル死体ノミカ私法ノ目的トナルコトヲ許サ、
 ルモノト解セラル、モノナリ
 故ニ於テモ一ニ、學省ハ私法ノ解釈トシテモ此說ヲトリ居タルナルカ
 今日ハ一徹ニ排斥セラレタル所ナリ
 第二人ノ死体ハ原則トシテ私法ノ目的トハナラス、然シテ若シ之ヲ取
 引ノ目的物トナリテ人教社会ノ経済的關係ノ中ニ入ルトキハ此所ニ從テ
 テ私法ノ目的トナルモノナリトナス說ナリコノ說ハ私法ノ解釈トシテソナ
 カラズ學者ノ賛同スル所ナリ
 即チ白ク死者ノ相続人又ハ親族ノ其ノ死^体ヲ解剖ノ為ニスハ學術研究ノ資料
 トシテ、学校、博物館等へ譲渡セルトキニ於テ其ノ讓受人カ其死^体ニハソノ
 私法ヲ取得スルモノナリ、ソノ以前ニハ何人モ死体ノ上ニハ権利ヲ有セヌ
 ト說コナリ
 然レコノ說ヲ唱ル學者トモ是^相親人又ハ親族ノ占有ヨリ死体ヲ奪ヒ去ルコ

トハ他人ノ自由ナリトスル所ハ認メザル所ナリ、解剖其他學術ノ用ニ供セ
 ルトセハ必ス親族相続人等一定ノ人ノ同意ヲ得テ始メテ死体ノ占有ヲ取得
 シ之ヲ処分スルコトガ出来ル様ニナルモノナリ、然ラハ之レ即チ相続人親
 族等カ死体ノ上ニソノ権利ヲ有スルモノナリト云ハザルヘオラス、其ノ裁
 例ニ於テモ遺族ニ在リテ其ノ権利ヲ認ムルモノニシテ即チ死者ヲ葬ムル場所
 方法ヲ定ムル、権利ハ財產權ニ非ヌトモ法律慣習ノ確認シテ設ハザル所ナ
 リト云フ

第三、人ノ死体ハ当然私法上ノ権利ノ客體ナリトノ說イルヘシ
 之ノ中ニモ其ノ権利ハ所有權ナリトナス說ト非所有權トノ說ノニテリ、
 前述ノ如ク生體ノ說明ヨリ推論セハ所有權アルコトハ疑ナキ所ナルヘシ
 即チ或ル人カ其ノ生前ニ於テハ其生體ノ上ニ所有權アルカ故ニ其ノ人カ死
 スル時ニハ其ノ者ノ有セル身體所有權ハ金銀其ノ他ノ動産所有權ノ如ク相
 續人ニ移転スルモノナリ、民法九八七條ニモ墳墓ノ所有權ハ家督相続ノ特
 權ニ屬ストナリ、之墳墓中ニアル死体遺骨モ所有物ナルコトヲ明認スルモ
 ノト云ハザルベカラズ

而シテ此ノ死体上ノ所有権ナルモノハ相続法ノ原則ニヨリテ相続人ノ有スルモノトナルカ故ニ相続人ハ財産法ノ一般規定ニヨリテ之ヲ処分スルコトヲ得ヘシト云ハサル可キラス、乍然カ、ル處分行為ハ生体ノ処分行為ト同概公秩序ニ反スル為ニ無効トナル場合アリ、或ル概ニ、学者ハ相続人カ死体ヲ処分スルハ常ニ善良ノ風俗ニ反スル行為ナリ、故ニ法律行為トシテハ無効ナリトセトモ前述、如ク現時ノ社会ハ學問ヲ社会的生流ノ基礎トセルヨリ學問ノ為ニ死体ヲ処分スルコトハ公秩序ニ反セサルモノト云ハサルヘカラス、民法七一〇條ニアル身体ノ營業ハ死体ヲ包含セザルモノナルハシ、乍然死体ノ性質カ前述ノ如キモノナリトセハ權利ナクシテ死体ヲ侵害スルモノハ所謂所有^{無効}侵害者ナレニヨリ不法行為上ノ責任ヲ免ル、コト能ハス

(二) 生命权

人ノ生命ヲ目的トスル權利ヲ生命权ト云フ、民七一一條ニ於テ他人ノ生命ヲ害セルモノハ被害者ノ父母、配偶者及子ニ対シテ財産的損害ナキ場合ニ

於テモ賠償セサルベカラスト規定ス
 父母ハ實親ト養親トヲ同ハス兩者ヲ包含ス、又子ハ何人ナルヲ問ハズ各人カコノ規定ノ保護ヲ受ケルナリ、コノ規定ハ即チ父母配偶者子ハ被害者ト生命上ニ一ノ絶対權ヲ有スルモノナルコトヲ規定セルモノト云ハサルヘカラスト余ハ信ス、或ハ説キテ曰クコノ規定ハ他人カ權利ヲ侵害セラレテ其ノ効果トシテ本人カ加害者ニ対シテ損害賠償ノ請求ヲナシシムル所ナリト説ク

下照自己ノ權利ノ侵害ナクシテ損害賠償ノ請求權ヲ取得スルノ理ナシ也ノ規定ハ明カニ他人ノ生命上ニ於ケル權利ヲ明認スルモノナリト云ハサルヘカラス、茲ニ同題トナルハ各人ハ自己ノ生命ノ上ニ權利ヲ有スルヤ否ヤニアリ、各人ハ自己ノ生命ニ対スル危害ヲ排スルノ權利アルコトハ議論ナシコノ意味ニ於テ各人ニ生命权アルハ明カナリ
 然シテ或ル人カ他人ヨリ殺サレリル場合ニ於テ被害者ハ其ノ生命权ノ侵害ヲ理由トスル損害賠償ノ請求權ヲ取得シテ而シテ之カ相続人ニ移転スルヤ否カ一大疑問トスル所ナリ

法理上ニ於テハ殺サレタル人(被害者)ハ自己ノ死亡ヲ原因トシテ損害賠償ナル権利ヲ得タルノ殺ヲ有セス、蓋シ此損害賠償ノ請求權ハ殺サレタルコトノ原因ニテ所カス殺サレタル後ハ之ヲ行使スルコト能ハサルモノナリ、唯被害者ハ死亡ノ瞬間ニ得タル損害ヲ賠償セシムルノ権利ヲ有スルノミハコノ権利ノミカ相続人ニ移転スルナリ

乍然死亡原因トスル損害賠償請求權ノ瞬間モ被害者ニ屬セサルニヨリ相続人モ亦殺人ノ原因トスル賠償請求權ヲ承継スルノ道理ナキナリ、英國ノ *Common Law* ニ於テハ即チ此ノ法理論ヲ採用シテ死セテ原因トスル所ノ賠償請求權ヲ認メザリシモノナリ、乍然死亡ノ實際ニ其ノ不都合ナル故ニ英國ニテハ有名ナル *Lord Campbell's Act* ナルモノ出来タリ、此米合衆國ニ於テモ之ニ倣ハル法律生シ前記ノ *Common Law* ノ原則ヲ改メタリ

之等法律中ニモ其ノ規定ニ二種アリ、其ノ一種ハ我々民法七一一条ト同様ニ殺サレタル所ノ人ニハ賠償ノ請求權發生セス、從ツテ之ハ相続人ニハ移トサル也唯被害者ノ一定ノ近親者ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ト定メタリ

ルモノニシテ即チ他人ノ生命上ノ権利ヲ認メル法則ナリ

其ノ才ニ種ハ他人ノ生命ノ上ニハ権利ヲ認メズ乍然人ノ殺サレタル時ニハ之ニヨリテ生セル損害賠償ノ請求權ハ一度ヒ其ノ被害者ニ歸屬セルモノト見做シテ相続人ノ之ヲ承継スト定メ居ル法則ナリ此ノ種ノ法則ノ下ニハ相続人カ左ノ請求權ヲ有スルコトナレルナリ

(ii) 精神安全權

他人又ハ其ノ親族ノ生命、身体、自由、名譽、財産、ニ對シ惡逆ナル害ヲ加フルコトニ以テ他人ヲ脅迫シ他人ヲ恐怖セシムルコトハ實際ソノ加害行為ヲナスヲ有スルト否トヲ問ハズ、又其ノ場合其加害ノ可能ナリヤ否ヤヲ不問有モ被害者ノ恐怖ヲ合理的ナル片ハ犯罪ト同時ニ民法上不法行為ニシテ精神安全權ヲ害スルモノト云ハサルヘカラス

乍然死亡者ノ不知ノ範圍内ニ於テ他人ヲ罵詈訾辱スルコトハ其ノ他人ヲシテ不快ノ念ヲ抱カシムルモノト云フテ広義ニ於テハ精神安全權ヲ害スルモノナリト云フコトヲ得トモ之レノミヲ以テハ不法行為トナルコトナシトナス

十一般、説ナリ(刑法ニニニ、三五一條)
脅迫ニヨリテ精神ノ自由ヲ拘束スルハ又精神安全權ノ侵害ナリト云フコト
ヲ得ルナリ。乍然之ハ寧ロ精神上ノ自由權ノ侵害ト見ル方可ナルヘシ。此
ノコトハ次ニ説明スヘシ

自由權

民七〇九、七一〇條ニヨリハ自由ハ身体ノ外ニ存シ身体ヲ主權ノ客體ト
ルト同様、自由モ亦主權ノ客體ナリ。之ヲ侵害ハ不法行為トナルナリ。然
ラハ自由トハ如何ナルモノナリヤト云フニ之ニハ種々ノ広義ナリ。乍然民
法別段ノ制限ナキ以上ハ一切ノ自由ヲ包含スルモノト辨セサルヘカラス
從テ意思ノ自由及ビ行為ノ自由ヲ合セ含ムモノナリ。從ツテ身体上ニ於テ
之精神上ニ於テモ皆クモ他人ノ為シ得ヘキコトヲナシノス。又ハ他人ノ
為スヲ要セサルコトヲナシタルノ拘束ヲ加フルハ總テ自由權ノ侵害ナリ
從ツテ自由ノ中ニハ單純ナル運動ノ自由、外業務ノ自由、居住ノ自由、言
論著作印行ノ自由宗教ノ自由迄モ含ハモノト解セラル

或ハ自由ヲ行為ノ自由即チ媒外自由即チ身体自由ニ限定シテ精神上ノ自由ヲ
包含セサルモノ、如ク論スルモノアリ、其ノ根柢トスル所ハ法ハ精神界ニ
ノミ關スル事項ヲ規定セズ、法律上ノ自由ハ媒外自由ナリト。乍然之ハ
明カニ独斷ナリ。宗教ノ自由ノ如キモノト虽モ尚ホ憲法力之ヲ保障シ法律
ニヨルニ非スハ之ヲ制限スルコトヲ許サザルナリ。何人ト虽モ法律ニヨラ
ズシテ信教ノ自由ヲ制限スルハ不法ナリト云ハサルヘカラス

自由ヲ制限スル即チ自由ヲ侵害スル方法ハ暴行、強迫、其他ノ種數ヲ論
セズ被害ノ身體ニ接觸スルコトハ固ヨリ其ノ要件ニハ非ス

自由權ノ侵害ハ被害者カ自由ノ拘束ヲサレタルコトヲ感知スルコトヲ要件
トスルヤ否又之ニ付キテハ多少ノ議論アリ

乍然自由トハ他ヨリ何等ノ拘束ヲ受ケサル所ノ狀態ニシテ皆モ不法ニ拘
束ヲ受ケル場合ニ於テハ被害者ノ認識ノ有無ヲ論セズ自由權ノ侵害ハ成立
スルモノト考ヘラル。從ツテ幼者、狂者ニ付シテモ自由權ノ侵害ハ成立ス
英美法ニ於テハ自由權ノ範圍ヲ狹義ニ於テ認メ他人ノ運動ヲ妨害シテモ其
ノ人ヲシテ或ル方向ヘノ運動ノ自由ヲ与フル時ニハ自由權ノ侵害即チ犯罪

トハナラヌトス。換言スレハ何レノ方向ヘモ運動出来サル^{ニ。或}成立ス。乍然
我カ民法ノ解釈トシテハ他人ノ運動ニ対スルハ切ノ妨害ハ常ニ自由権ノ侵
害ト云ハザルヘカラス

休) 肖像权

各人ハ自己ノ肖像ヲ他人ニ撮サシメサルノ権利ナリ。又自己ノ許可ニ基
キニ出来タル自己ノ肖像ヲ複製セシメサルノ権利ヲ有ス換言セハ吾人ハ吾
人ノ肖像ノ上ニ肖像権ヲ有スルヤ否ヤノ問題ナリ此ノ問題ハ近時写真術、
印刷術等ノ進歩ニヨリ漸次重要ナル問題トナリタリ
第一ニ考ヘヘキコトハ物ノ所有権ハコノ物ノ形状ヲ他人ニ複製セシメサル
ノ権利ヲ包含セザルモノナリ。他人カ自己ノ家屋ノ形状ヲ写ストモ其ハ所
有権ノ侵害ニハ非ス。從ツテ身体ハ各人ノ所有物ナリト云フ説カ正當ナリ
トスルトモ之カ爲メニ当然ニハ複製拒絶権ヲ各人カ所有スルナリト云フ説
論ハ生ゼス。故ニ肖像権ノ存否ハ新シキ問題ナリ独ニ於テハコノ権利ノ
存否ニ付テハ学说歧ル。積極論ノ代表者ハ *Verharmen* ナリ。被曰ク、人ハ

時トシテハ肖像ニ付テ多クナル財産止ノ利益ヲ收得スルコトナリナリ或ル
美人ノ繪葉書ハ高價ニ賣ルモノナリカ、ル場合ノ如キハ若シ他人カ自由ニ
肖像ヲ印刷複製スルコトヲ得ス其ノ美人ノ財産上ノ利益ハ侵害サル。元來
コノ利益ハ天賦ナリ。故ニ此ノ利益ハ美人ノ自己ニ与ヘサルヘカラスハ
トス人ハ時トシテ其ノ肖像ヲ公ニセラル、カ爲メニ甚々不利益、損害ヲ
蒙ルコトナリ。公ニスル場所方法ニヨリテハ大ナル侮辱トナルコトナ
ルナリ、斯ルカ故ニ各人ハ自己ノ肖像ノ上ニ権利ナキコトナシト被ハ説明
ス

乍然從來多數ノ説ハ之ニ反對スルモノニシテ即チ曰ク吾人ノ利益關係
ヲ有スル事項ハ常ニ権利ノ目的タルニハ非ス。立法論トシテ之ヲ権利ノ目
的トナスコトハ或ハ正當ナルヘシ
要スルニ積極論ハ立法論ニ過ギザルモノナリ。其例示スル所ノ肖像権ノ侵
害ハ衆シテ権利ノ侵害ナリトスレハ主ハ肖像権ナル独立ノ権利ノ侵害ニハ
非ス。名誉権又ハ財産状態権ト云フ如キ他ノ権利ノ侵害トナルモノナリ。
率ニ肖像権ノ独立存在ヲ否認スルノ例ト云ハザルヘカラストナス

此手帳に於てモ其他諸國に於てモ特ニ成文法ヲ以テ或ル範圍ニ於テ
ル肖像權ヲ認ムルニ至レリ、我カ國ニ於テハ未ダ成文法ノ規定ナケレトモ
或ル程度迄ハ人ノ肖像モ法律上保護スルモ事ハ將ニ條理トモ示スル所ナリ
我カ國ニ於テハ條理法上ニ於テ之ヲ認ムルモノナリト解セサルヘカラス

ハ) 名稱權

人ハ其氏名雅号其ノ他ノ名稱ノ上ニ權利ヲ有スルヤ否ヤ、若シ有ストセ
ハ其權利ノ性質範圍如何

(甲) 氏名、各人ハ戶籍簿ニ記載セラレタル氏名及名ヲ有スルヲ原則トス
人ノ出生スルヤ父母其他ノモノが一先ノ順序ニテ一先ノ期滿後ニ之ヲ届出
ツルノ義務ヲ有ス而シテ其届出ニハ其ノ子ノ氏ト名トヲ揚ケサルヘカラス
之ノ届出アレハ町村長ハ之ヲ戶籍簿ニ記入スルナリ、此ノ命名權ニ付イテ
ハ民法戶籍法ニ於テ特別ノ明文ナシ、依然出生届ヲナス義務者ハ命名權ヲ
有スルモノナリト解セサルヘカラス、之ニ關シテハ法律上制限アリテ届出
義務者ハ原則トシテハ選拔性ヲ有セサルナリ、蓋シテハ父ノ上ニアリ父ノ

知ラサルトキハ母ノ家ニ在ルモノナリ
而シテ家族ハ必ス、其ノ屬セル家ノ氏ヲ欲スヘキモノナリ (七三三、七四
三)

父母ノ共ニ知ラサルテハ一家ヲ創立スルナリ (七三三條第二項)
如斯キ場合ニハ固有ノ氏ナキヲ以テ届出義務者ハ其ノ氏迄モ依リテ之ヲ届出
スルノ權利及義務ヲ有ス

如斯クシテ定メラレタル氏名ハ先ツオヘニ本人カ何等ノ制限ナク自由ニ
之ヲ使用シ得ルナリ、之ノ意味ニ於テ氏名ヲ有スルコトハ幾ナキ所ナリ
然ラハ一ノ氏名ヲ有スルモノハ同一ノ氏若クハ名又ハ氏名共ニ他人カ使用
スル場合ニ之ヲ禁止スルノ權利ヲ有スルヤ否ヤ、或ル學者ハ凡ソ權利ノ禁
止權ヲ包含スルコトカ其存立ノ要件ナリ、カレカ故ニ右之如キ禁止權ナキ
ナラハ氏名權ノ存立ヲ否認セサルヘカラス、斯ク説明ス

乍然先ツ各人ハ自己ノ氏名ヲ自由ニ使用スルノ權利アルモノナルヲ以テ
他人カ之ヲ妨害セハ其ノ妨害行為ヲ禁止スルノ權利ハ其ノ氏名ノ所有權ニア
ルナリ、從ツテ或ル意味ニ於テハ禁止權ヲ有スルモノト云ハサルヘカラス

自然他人カ余ノ氏名ヲ禁止スルノ權利存スルヤ否ヤト云フニ吾人ハ出生ノ際名ヲ選擇スルコトハ自由ナリ、假令他人カ既ニ届出ヲ用ヒタル名トモトモ之ヲ採用スルコトハ自由ナリ
 氏ヨ同シクスルモノカ名マテモ同様ニストモ制限セズ、同一所存同宗地ニ同名ノモノアリトモ法律ハ之ニ制限ヲ加ヘズ、氏ニ付テハ前述ノ如キ制限アリ、^但然其制限ノ範圍ハ之於テ他ト同様ノ氏ヲ有スルコト多クナルナリ、此ノ莫ニ付テハ後述ノ商号等トハ大イニ性質ヲ異ニス
 然ラハ人ハ自己、有スル氏名ト異ナル名稱ニシテ他人ノ有スル氏名ト等シキカ又ハ類似シタルモノヲ用ニテヨキカク、^但私民法才十二條ニハ他人カ權利ナリシテ自己ノ氏名ヲ用ケル場合ニ於テ自己ノ利益カ侵害セラル、此ニハ氏名^{使用}禁止ヲ請求シ且ツ損害賠償ノ請求ヲ得トスルコトヲ得ト定メタリ、^但斯ルカ故ニ民法ニ於テハ氏名權ハ狹義ニ於ケル禁止權ヲ包含スルモノト云ハサルベカラズ、尤モ指令ノ為シ方ニヨリテ權利者ノ利益カ侵害セラルル場合ト云フハ甲カ乙ナリト称シテ乙ノ得意先ト取引ヲイシ之カ為メ乙ノ受クヘキ利益ヲ甲カ取りタル場合、又ハ甲カ乙ナリト称シテ一ノ著述

コナシ其著述ハ社權ニテ乙、名譽ヲ毀損セルガ如キ場合ノ如ク他人ノ氏名ノ採用ニヨリテ其ノ財産状態、名譽等ヲ侵害スル場合ノミヲ指スモノナリトモハ氏名權ナル独立ノ權利ハ存在セサルモノナリト云ハサルベカラズ
 然右之規定ニ於ケル利益ト云フハ財産状態、名譽權ニヨリテ特ニ保護セラレサル所ノ利益ヲ指スモノナルカ故ニ其ノ利益ヲ侵害スル独立ノ權利ヲ認ムルモノナリト解セサルベカラズ
 我カ民法ニハカ、ル明文ナケントモ苟モ民法及戸籍法カ氏名使用ノ法律關係ヲ規定セル以上ハ條理上依テ民法ト同様範圍ニ於テ氏名權ヲ認ムルモノナリト云ハサルベカラズ

(乙) 假號其他ノ名稱

人ハ其ノ職業其他ノ關係ニ於テ種々ノ名稱ヲ用ケルコトアルナリ、例ヘハ商人カ商号ヲ、文人墨客カ雅号ヲ有シ藝人カ変名ヲ用ケルカ如シ、之等、假号ハ其ノ所有者ニ於テ之ヲ選擇シ之ヲ使用シ得ルカ故ニコノ意味

ニ於テハ氏名ノ場合ト同様ニ一種ノ仮号アリト云ハサルヘカラス
然ラハ其ノ仮号ノ所有者ハ他人カ自己ト同様ノモノヲ使用セルニ付キ拒絶
スルコトヲ得ルヤ、私民法十二條ニ於テハ單ニ名林トアリ、故ニ氏名ノミ
ニ限ラズ仮号迄モ含ムモノナリト解スルコトカ通説ナリ、我カ民法ノ解
トシテモ是モ之ヘナキモノナレトモ亦同様ニ解スヘキモノナリト考ヘヨ
ク然先ツ

(A) 或ル種ノ營業ヲナス團體ノ時ニ契約ヲ締結シテ全一仮号ノ使用ヲ禁止ス
ルコトアリ

(B) 或ル地方ニ於テ又ハ或社会団体ニ於テ慣習上同一仮号ノ使用禁止ヲ認
ムコトアリ

(C) 又法令上(或文法ヲ以テ)同一仮号ノ使用禁止ヲ規定セルコトアリ

例ハハ商号ノ如シ

左ノ如ク契約・慣習又ハ法令ニヨリテ仮号ヲ認ムル場合以外ニ於テハ其
存否ニ付テハ議論ノ余地アルヘシ、要スルニ各民法ノ問題ナリ

ハ 名譽權

民法七一ノ条ニヨリハ各人ハ自己ノ名譽ノ上ニ権利ヲ有スルコトハ明カナ
ルコトナリ、然ラハ名譽ノ本体ハ何ゾヤ、

名譽トハ才三者カ其ノ人ニ付シテ有スル評價的意見ナリ(余ノ説)

然ラハ名譽ハ純チノ向然人及法人カ必ス自由ニ有スルモノナリヤ否ヤ、
學者或ハ或種類ノ人刑ハハ幼者、狂者、法人ノ如キハ名譽ヲ有セス、故ニ
之ニ付シテハ名譽權侵害ノ請求权成立セスト断定スルモノナリ、至等ノ特
定人ハ刑法上ニ於ケル名譽侵害即チ誹謗罪ノ被害者トナルコト能ハザレト
ナリ、例ハハ社会ノ毀譽喪失ノ上ニ因惹トナラサル意見ハ誹謗罪ノ被害者
トナルコトハナシ、然シモカコノ理由ハ誹謗罪成立要件トモ惡事隠行ノ摘
発ノ惡事隠行能力ヲ有セザル幼者ニ適用ナキカ故ナリ、
苟モ名譽ハ他人カ其人ニ付シテ有スル所ノ命令上ノ關係、財産上ノ關係其
他ノ關係ニ於ケル評價ナリトナス以上ハ幼者トモ名譽ヲ有ストセザルヘ
カラス、或ハ云ハン、名譽ハ他人ノ有スル評價的意見ナリトモ他人ニ未

ヲ知ラレサルハ何人モ之ニ對シテ意見ヲ有スルノ道理ナキカ故ニカ、此
人ハ名譽ヲ有セスト云フコト、ナルナリト云フ

乍然カクノ如キ人ノ存在ハ今日ノ社会ニ於テ想像スルコト困難ナリ、
若シカ、ル人カ實際ニ存在セリトセハ其人カ名譽ヲ有セサルナリ、或ル人
カ其ノ人ヲ認識スルニ當リテ始メテ名譽ヲ取得スルナリ、人ノ名譽毀壞ハ
其ノ人ニ對シテ第一等ノ評價ヲシテ下ケシムルコト又ハ下ケシムルノ危険ヲ生
ヲ加ヘルコトハ其ノ評價ヲシテ下ケシムルコト又ハ下ケシムルノ危険ヲ生
スルコトヲ云フナリ、七一ノ條ニヨリハ名譽ハ例外規定ナキ限り悉ク權利
ナルカ故ニ各人ハ常ニ自己ノ名譽ニ危害ヲ加ヘラレ、コトナシト云フ權利
ヲ有スルナリ

名譽ハ毀壞ハ明示的又ハ默示的ノ陳述ニヨリテ成立スルモノナリ
然ラハ如何ナル内容ノ陳述カ名譽毀壞トナルカ、先ツ其ノ陳述ハ名譽侵害
性ヲ有セサルヘカラス、故ニ甲カ乙ニ對シテ丙ニ關スル陳述ヲナセルトキ
其ノ陳述カ名譽侵害性ヲ有セザルトキニハ仮令其陳述ヲ聞キタル乙カ如何
ニ丙ニ對スル評價的意見ヲ下シテ乙丙ハ甲ニ向ヒテ名譽毀壞ヲ理由トスル

損害賠償ノ請求ヲナスコト能ハス

然ラハ如何ナル陳述カ名譽侵害性ヲ有スルヤト云フニ之ニ關シテハ學說又
々ナリ、民法法ハ二區ニハ他人ノ信用ヲ害シ其他其收入若クハ營業ニ損
害ヲ加フハ天性實ヲ有スル事項ノ陳述ハ不法行為ナリト規定セリ、英米法
ニ於テモ名譽侵害性ナルコトカ一要件ナリ此其性質如何ナルモノナルカニ
付イテハ種々ノ判例アリテ其ノ間ニ調和ナシ

乍然名譽侵害性ヲ有スル陳述ハ大別シテ二種トナス、才一種ハ陳述ニシ
シテ其ノ方法或カ書面其他ノ永続的方法ニヨルト稱ス口頭其他一時的方法
法ニヨルト稱ハス又之カ為ニ財產上ノ損害ヲ生シタルコトヲ証明スル
ヲ要セスシテ損害賠償ノ請求權トナルモノナリ
先ツ米國ニ於テハ破産罪ヲ起セルトノ陳述ハ名譽毀壞罪ナリ、英國ニテ
ハ生命、自由、身體利ヲ以テ罪スル犯罪ヲナセルトノ陳述ナリ
第二種ニ屬スルモノハ書面其他ノ永続的方法ヲ以テ為ストキハ常ニ損害賠
償ノ請求權原因トナレトモ口頭其他一時的方法ニヨル時ハ特ニ財產上
ノ損害ヲ生シタルコトヲ証明スルニ非ナレハ損害賠償ノ請求權ヲ生セザル

モノナリ。此ノ種類ノ陳述ハ如何ナルモノナルカニ付テハ種々ノ裁判例アリ。或ハ他人ノ人指又ハ信用ヲ害スル陳述ナリトシ或ハ他人ヲシテ侮辱謝罪ヲ受ケル陳述ナリトナス

我々民法ノ解説トシテハ苟モオシキ者ノ有スル評價ヲ下ケシムル陳述ハスヘテ名譽侵害性ヲ有スルモノト解セント欲スルナリ

陳述ハ虚偽ナルコトヲ要ス。眞実ナル陳述ハ如何ニ他人ノ名譽ヲ侵害スル不法行為トナルモノナルカ否カノ問題ナリ。人ノ名譽ハ眞ナリト虚偽ナルトコト問ハス其ノ陳述ニヨリテ評價ヲ下クルモノナリ

乍然英米法ニ於テハ陳述ヲ虚偽ナリト云フコトカ名譽権ノ侵害ノ一要素トセラレ居ルモノナリ。然我々現行法ハ二四條ニ於テモ虚偽ノ陳述タルコト一要素トナリ居ルナリ。任然我々現行法ノ解説トシテハ寧ロ陳述ノ虚偽ナルコトハ名譽権侵害ノ要素ニ非スト断定スルノ規定ヲ有ス。即チ各人ハ原則トシテハ自己ノ名譽ヲ侵害スルカ如キ名譽ハ其虚偽ヲ問ハス他人ヲシテモオシキ者ニ告知セシメサルノ権利ヲ有スルコトヲ原則トス。蓋シ我々民法ハ何等ノ制限ナクシテ他人ノ名譽ヲ毀損スルトキハ一定ノ方法ニヨリテ其事實ノ

有無ヲ問ハスシテ犯罪トナルモノナリ

又新聞紙法及出版法ニヨレハ他人ノ惡事醜行ヲ其ノ出版者又ハ新聞ニテ掲載ストモ事項ニシテ其ノ人ノ私行ニ至ラズ且ツ其事項ハ事實ニシテ而モ其ノ掲載カ公益ノ爲ニナシタルモノナルトキハ犯罪トナラザルノミナラス損害賠償ノ請求権モ成立セストナスナリ

如斯種々ノ要件ノ許セラレタル場合ニ限リテ賠償請求権發生セストスル例外ノ規定アル上ハ原則トシテハ之等ノ要件ノ定マラザルトキトモ原則トシテ眞ナル陳述ニテモ尚ホ損害賠償ノ請求権ノ發生原因ナリト解セサルヘカラス(刑法ニ三三條、新聞紙法四五條、出版法三一條)

名譽侵害性ヲ有スル眞實又ハ虚偽ノ陳述ハ之ヲ公表スルニ非サレハ名譽ノ侵害トナラズト云フ。公表トハ世間一般ニ告ケルコトヲ必要トセ又唯一人ノ第三者ニ告ケルモ尚之ヲ公表ト云フナリ。然レトモ何人ニモ告ケサルナレハ公表ニハ非ス(強ニ何ツテ語スカ如シ)

又當事者其ノモノニ云フモ公表ニハ非ス。公表ニハ種々ノ形式アルコトハ前述ノ如シ。其ノ書面其他存続的款式ニヨル場合ニハ其ノ不法行為ヲ禁法

ニテ *libel* ト云フコト頭其他一時的ノ形式ニヨルトキハ
其不法行為ヲ *Slander* ト云フ

第一種ノ例示 (一八八頁)

悪性ノ特種傳染病ニ罹レルト云フ陳述

其ニ付テハ貞操上ノ瑕疵アルコトヲ云フコト

其人カ業務ニ不適宜ナルコト

業務上ノ *mis-Conduct* アリタルコトノ陳述

次ニ陳述カ名誉权ノ侵害トナルニハ陳述者ニ如何ナル主観的要件アルコト
ヲ必要トスルカ 英米法ニ於テハ陳述者カ名誉侵害性ヲ有スルト云フコト
ニ付スルト云フコトニ付スル觀念ヲ有スル場合又ハ此ノ觀念ヲ有セサルモ
此ノ觀念ノナキトカ過失ニ基ケルニ非サル場合ナラザレバ不法行為トハ
ナラザルナリ、乍然陳述ノ虚偽ナルコトニ關シテハ何等ノ主観的要件ハナ
キモノナリ、假令被害ナリト信シ且ツ此ク信シタルコトニ何等過失ナリト
モ不法行為ハ成立スルモノナリ、
其陳述ノ
被害スレハ名誉侵害性アル所ノ陳述ヲナスモノハ虚偽ナルコトノ危險ヲ要

損セサルヘカラス

反之故ニ民法ニ於テハ陳述ノ虚偽ナルコトニ關シテハ主観的要件存在ス、
即チ陳述者ハ其ノ虚偽ニ付スル觀念ヲ有セルカスハ主観的觀念ヲ欠ク件ニ於
テハ其ノ觀念ノナキコトカ過失ニヨレル場合ニ於テハ不法行為トナルモ
ナリ、然レトモ名誉侵害性ヲ有セルコトニ付テハ主観的要件ナキナリ
(英法ト異ナル)

或ハ民法ニ於テハ前述ノ如ク陳述ノ虚偽ナルコトハ此ノ不法行為ノ客観的
要件ニハ非サルナリ、從フテ此ノ点ニ付テハ主観的要件ノ問題ヲ生セサルナ
リ、乍然陳述スルカ如ク不法行為成立ノ物权的要素ニ關シテハ故意又ハ過失
アルコトヲ必要トスルカ故ニ名誉侵害性ノ存在ニ付テハ主観的要件アルモ
ノト認メサルヘカラス

前記ノ諸要件ヨ異備スレハ此處ニ原則トシテハ名誉侵害ノ不法行為ハ成立
ス、乍然之ニ付シテハ一ツノ大ナル例外規定アリ

先ツ英米法ニ付テハ正当ナル告知(正当告知)ナリ 即チ或ル種類ノ陳述
ハ法律上特ニ正当ト認メラレ之ヲ為ストモ不法行為トハナラズト認メラレ

ソノ中ニハ絶対的の正当告知ト相対的の正当告知トアリ前者ハ他ニ何等ノ條件ナクシテ不法行為ノ成立ヲ妨クルモノナリ、例ハ夫婦間ノ陳述ノ如シ又議會ニ於ケル議員ノ陳述、議會若クハ裁判所ニ於ケル事務進行ノ公平ナル記事等、如シ、英米法ニ於テモ他人ヨリ傳聞スルコトニテハ正当告知トハナラス、乍然議會又ハ裁判所ニテ聞ケルコトヲ其儘公平ニ告知スルコトハ正当告知トナルナリ

後者即チ相対的の告知ト云フハ陳述カ虚偽ナルコトヲ知ラスシテ告知ヲセシル場合ニ於テ不法行為トナラヌト云フモノニシテ其ノ不知ハ固ヨリ被告即チ陳述者之レヲ証明セサルヘカラス

前述ノ如ク英米法ニ於テハ虚偽ニ對スル觀念ノアルコトハコノ不法行為ノ成立要件ニ非サルモノナルカ或種類ノ陳述ノニハ此觀念ノナキタメ(虚偽)ノ不法行為トハナラス、即チ陳述者カ自己ノ法律上徳上又ハ社交上ノ義務ヲ履行スルカ為メニナシタル陳述カ即チ是ナリ道徳上社交上ノ義務ナル觀念ハ甚タ広漠ナレトモ判例ニヨルハ單ニ友情ニ基クコトノ告知ヲ包含セズ、相手方ヨリ相当ノ理由アル場所ニ於テ陳述ヲ來メラレタル場合等ニ

限リ居ルナリ

又新聞紙ハ社會ニ對シテ種々ノ報導ヲナスノ義務アル為メニコノ義務履行ノ為メノ記事ハ相対的の告知ナリト認めテ居ラス(以上英米法)

他氏ハニ四條ニ一項ニ於テハ陳述者又ハ相手方カ陳述ニ関シテ正當ナル利益關係ヲ有スル場合ニ於テ陳述者カ陳述ノ虚偽ヲ知ラサル中ニ其ノ通知カ過失ニ基キ居ル件トモ不法行為トハナラヌト規定ス

(4) 秘密权

秘密ノ性質

- (1) 或ハ客観的の解釈ヲトリテ或ル人ノ秘密ハ其人カ他人ニ知ラレサルコトニ付キテ利益ヲ有スル事項ナリ
- (2) 主観的の見解ニヨリ人ノ秘密ハ其人カ他人ニ知ラレルコトヲ欲セサル事項ナリ
- (3) 秘密ニハ客観的ト主観的トノ二種アリ或ル人カ他人ニ知ラレサルコトニ付キテ利益ヲ有スル事項ハ其ノ意志如何ヲ問ハス其人ノ秘密ナリ

又如何ナル事項ト云モ其人カ他人ニ知ラル、コトヲ欲セザルモノハ又然テ
其ノ人ノ秘密ナリ

秘密ハ権利ノ目的ナリヤ否ヤノ問題ハ最モ云キ第三ノ説ニヨリテ研究スル
カカ便利ナリ、秘密ノ実質ニハ種々アリ例ハ住居ノ秘密、身体ノ秘密、
信書ノ秘密、營業ノ秘密等ノ如シ

第一 住居ノ秘密ハ私権ノ目的トナルヤ否ヤ

学説ハ一致セズ、我カ憲法才ニ五條、刑法一三〇乃至一三二條ノ規定ハ
権利ナクシテ他人ノ住居ニ侵入スルコトヲ禁止セルカ故ニ各人ハ侵入ニヨ
リテ其ノ住居ノ秘密ヲ侵害セラレサルノ権利ヲ有スルモノナリト認ムルコ
トヲ得ルナリ居ノ秘密ハ侵入ナクシテモ之ヲ侵害スルコトアリ得ルナリ、
斯ク、如キ秘密侵害ハ前記ノ明文ニヨリテハ不法行為トハ云ハサルナリ、
依テ之レ全ク慣習法ノ問題ナリ

第二 身体ノ秘密

嘗テ英國ニ於テ一美人カ其ノ寢室ニ於テ半ハ裸体ノ時ニ室外ヨリ人ニ見
ラレタル爲メニ身体ノ秘密ヲ侵害トシテ損害賠償ノ請求ノ訴訟ヲ起セルニ

裁判官ハ原告勝訴ノ判決ヲ下セリ、米國ニ於テモ此種科刑者カ物好キナ
ル友人ヲ捉シテ劫奪ナリトシテ寢室ニ入レタル時ニ秘密ヲ侵害ヲ以ツテ

賠償ノ請求ヲナセリ、而シテ裁判所ハ原告ニ請求正當ナリトセリ、
之等ノ事件ニ於テ注意スヘキコトハ加害者ノ行為ハ毫モ被害者ノ財産権ヲ

侵害スルコトナキコトナリ、詳言セハ被害者ノ家屋又ハ寢居ノ所有権、占
有権等ヲ侵害スルコトヲ認メルコトヲ得ズ

蓋シ之等ノ財産権ハ他人ニ在リテ被害者ニ属セザルモノナルヲ以テナリ、
之等ノ判例ハ今日ニ於テ尙ホ英米法學者ノ排斥ニスル所ナリ極メテ少数ノ
學者ハ此権利ノ存在ヲ認ムルモノ立等學者ト云モコノ権利ノ範圍ハ甚々狭
クシテ唯故意又ハ之ニ準スヘキ重大ナル過失ニヨリテノミ侵害サレ得ルモ
ノナリトナスナリ

我國ニ於テ果シテ斯ル権利ヲ認ムルヤ否ヤハ全ク不文法ノ問題ナリ

第三 信書ノ秘密

憲法才ニ十六條ハ信書ノ秘密ノ不可侵ノ原則ヲ立ツ、即チコノ侵害ハ通法

ナルカ爲メニハ常ニ法律ノ根柢ヲ要スナリ、而シテ刑法一三三條、郵便法
 四四條ニ信書ノ秘密ヲ侵害スレハ一種ノ犯罪ナリト規定ス
 右ノ如キ諸規定ノ存スル以上ハ我カ現行法ノ鮮鋭トシテコノ秘密ハ私法上
 ノ権利ノ目的トシテ法ノ保護スルモノナルコトハ疑ナキナリ
 尤モ刑法ニ於テ罰セルハ封書ノ開披ニ限ルモノナリ、
 郵便法ノ保護セルコトモ郵便官署ノ取扱中ニ於ケル信書ノ秘密ニ限ルナ
 リ、下照憲法カ一般的ニ信書ノ秘密ヲ保護セル以上ハ信書秘密ハ原則トシ
 テ私権ノ目的ナリト云ハサレヘカラス

信書ノ如何ナルモノナルカニ付ハテハ問題ノ岐ル、所也、余ノ信スル所
 ニヨレハ信書トハ特定ノ人ニ対スル通信文書ナリトス

從テ先ツオ一ニ文書ニ非ナレハ信書トハナラス、次ニ通信文書ケルモノ
 ナルコトハカノ業務用ノ文ハ信書ニ非ス

オニニ特定人ニ対スルモノナルコトヲ要ス故ニ天下一般又ハ不定人ニ対
 スル広皆ハ信書トハナラザルナリ
 第四ニ右ニ要件ヲ具備セル以上ハ其ノ印刷ニヨルト筆書ニヨルトヲ区別セ

ナルナリ

信書ノ秘密トハ如何ナル範圍ノモノナルカ、或ル説ニヨレハ信書ニ關スル
 一切ノ事項ヲ包含ストナス封書ナルト小開書ナルトヲ問ハサレナリ、

其ノ内容ニ關スルト其ノ形式(外刑)ニ關スルトヲ問ハス發信ノ事業ソ、
 モノモ信書ノ秘密トナルモノト広義ニ解ス

之ニ反シ最モ狭ク解スル説ニヨレハ開書ニ付キテハ秘密ハナキモノナリ
 封書ニ付キテモ其ノ文書ノ内容ノミカ秘密ナリトナスナリ、余ハ封書ノ内
 容ハ客觀的ノ秘密ニシテ其他ノ事項ハ主觀的ノ秘密ナルコトヲ得ルモノナ
 リト解スルナリ從ツテ何物モ秘密トナリ得ルナリ刑法、郵便法ニ規定セル

信書ノ秘密ト憲法上ノ信書ノ秘密トハ其ノ範圍ヲ異ニセルナリ、
 憲法上ノ秘密ハ嚴正ナル意ニ於テハ信書ノ外電信電話等ノ秘密ヲモ包含セ

ル通信ノ秘密ナルノ意義ナリ、從ツテ電信電話ノ秘密ノ制限モ亦憲法上ノ
 立法事項ナリ、而シテ電信電話ノ秘密ニ關シテハ電信法三十一條ニ於テ前

條ノ郵便法ノ規定ト同様ノ事項ヲ置ケルモノナリ、今此所ニ研究セル信書
 ノ秘密ハ広義ニ於ケルモノ即チ通信ノ秘密ヲ云フモノナリ

二二四
信書秘密ノ侵害ハ秘密ナル事項ヲ認識スル秘密ニヨリ成立スルカ又ハ才
三者ニ告クルコトニヨリテ成立スルカ、余ハ漏告説ヲ排シテ認識説ヲ贊ス
ルナリ

尤モ権利行為又ハ正当業務行為トシテ信書ノ秘密ヲ侵害スルハ不法ノ要件
ヲ欠クカ爲メニ不法行為トハナラス
信書秘密ノ主体ハ誰ナリヤ、差出人即チ受信人ノミニ限ラズ受信人ト雖
モ亦コノ権利ノ主体ナルモノト云ハサルヘカラス
尚更ニ進ミテ第三者モ亦其ノ信書ニ関シテ利害関係ヲ有スル場合ニハ之ノ
権利ノ主体ナリト云ハサルヘカラス

第四業務上ノ秘密

例ハ八營業上ノ秘密ニ付テハ場合ヲ命ヤテ考个サルヘカラス、其ノ秘密
ノ發明、著作等ノ結果ニシテ特許取、著作権法等ノ特別規定ニヨリテ保
護セラレ居ル場合ニ付イテハ其ノ侵害ハ不法行為トナルト云フコトハ疑
ニキ所ナリ、反之右ノ如キ特別ナル規定ナキ場合ニ於テハ其ノ侵害ヲ保

護スル所ノモノナリヤ否ヤ即チ主取ノ目的タリヤ否ヤハ全ク不文法ノ同義
ニ屬スルナリ、各種ノ秘密ヲ通シテ一般ノ保護規定存在ス、即チ医師、
弁護人、等特定ノ業務ニ従ルモノハ其ノ業務上知り得タル所ノ他人ノ秘
密ヲ他人ニ漏洩スルコトハ不法行為トナルト云フ規定アリ（刑法一三四条）

財産状態ノ侵害

財産状態ト云フモノモ私法上ノ権利ノ客體ナリ、詳言セハ各人ハ他人ヨ
リ悪意ヲ以テ不當ニ自己ノ財産状態ヲ害セラレサル権利即チ財産的損害ヲ
加ヘラレサル権利ヲ有セルナリ、反例ヨリ（義務者側ヨリ）主言セハ各
人ハ他人ニ対シテ悪意ヲ以テ不当ニ他人ノ一般の財産状態ヲ害スヘカラス
又、即チ財産的損害ヲ加フヘカラス義務ヲ負担シ居ルナリ、但チ民法ハ
二六條ニ於テハ善良ノ風俗ニ反スル方法ヲ以テ故意ニ他人ニ損害ヲ加ヘ
タルモノハ之ヲ賠償ヲナスノ義務アリト規定ス、即チ苟モ故意ヲ以テ他
人ニ損害ヲ加ヘテ且ツ其ノ被害ノ方法カ公序良俗ニ反スルモノナル以上ハ
常ニ損害ヲ賠償セシメサルヘカラスモノナリ、
反令権利ヲ行使スル場
二二五

合ニ於テモ事ニ他人ヲ害スル目的ノミヲ以テ之ヲナスハ权利濫用ニシテ故
民法第一二二条ノ業スル所ナリトハ如斯加害行爲ハ良俗ニ反スル方法ニヨ
ル一ノ場合ナリト云ハサルハカラズ

英米法ニ於テモ同様ノ法則ヲ認メタリ、即チ普通ノ故意ト異ナル故意ニ
テ他人ノ利益ヲ侵害スヘカラスト云フ原理ヲ認メ居ルナリ、下然权利ノ
普通ノ行使方法ニヨル行爲ハ善意ヲ以テスル場合ニテモ不法行爲トハナラ
サルナリ、之ハ独民法ニ所謂善良ナル風俗ニ反スル方法ニヨルニ非サレハ
此ノ種ノ不法行爲トナラズト云フト同様ノ趣旨ナリ、又米田ニ於テハ普通
ノ权利行使行爲ナリト云ヒテモ純粹善意ヲ以テ爲ス場合ニハ尚ホ不法行爲
ナラズトセルナリ之ハ独民法ニ二二条ト同一ノ精神ナリ、善意ヲ以ツテ
不当ニ財産ノ損害ヲ他人ニ加ヘル事ハ即チ他人ノ財産的利便ヲ奪フコトナ
リ下然其財産的利便ハ現ニ他人ノ利益ヲ包含スル所ノ利益ヲノミ指スモノナルカ
不他人ノ将来獲得セントスル利益ヲ包含スルモノナルカト云フニ英米ノ
裁判所ハ原則トシテハ将来ノ利益ハ权利ニ非ズ唯特別ナル法律關係ノ存在
セル中ニ依リテ保護ヲ受クルモノナリ、例ハ他人ノ山野ノ鳥獸ヲ捕ハシ

スル片ニ之ヲ妨害スルコトハ此ノ权利ノ侵害トハナラズルモノニシテ唯
鳥獸ヲ捕フル爲メニ資本力ヲ投シ相當ノ設備ヲナシテル場合ニ於テ其ノ
捕獲ヲ妨害スル時ニ始メテ不法行爲トナルモノナリ、ト裁判セシコトナレ
トモ今日ノ多數ノ裁判所ハ斯ル設備ナキ場合即チ特別ナル法律關係ノ存在
論セズシテ常ニ不法行爲ノ成立ヲ認メ居ルモノナリ、独ニ民法ノ解釈トシ
テモ現有利便ノ利便獲得スヘカリス利益ノ獲得ヲ妨テタル場合ノ如キ正判
ナキヲ通説トス

茲ニ注意スヘキコトハ財産状態ト財産トハ個々ノ觀念ヲ有スルコトナリ、
從ツテ個々ノ財産ノ外ニ財産状態ト云フ独立ノ权利存在セルナリ、
今其ノ相違ノ著シキモノヲ挙ケレハ

- 第一、財産ハ其目的ハ數多存在ス、反之財産状態ハ各自ニ一ツ有セ
ルモノナリ從テ之ハ單口人私權ノ一種ナリトセラレ居ルモノナリ
- 第二、財産ハ讓渡シスルコトヲ得レトモ財産状態ハ讓渡ハス
- 第三、財産ハ故意ニヨリテモ過失ニヨルモ侵害ノ成立シ得ル权利ナリ
之ニ反シ財産状態ハ故意ニヨリテモ過失ニヨリテモ成立スル权利ナリ

又財產權ノ加害ノ方法ヲ區別セシテ侵害ノ成立スルモノナルカ新
産狀態ハ良俗ニ反スル方法ニヨリテ換言セハ不当ノ加害行意ニヨリ
トキニ於テノミ不法行爲トナルモノナリ

或ハ民法ノ解新トシテ財產狀態ヲ認ムルヤ否ヤハ議アリ、乍然余ノ信ス
ル所ニヨリハ惡意ニテ不當ニ他人ニ損害ヲ加フルコトハ社会生活ノ所滿ヲ
害的トセル所ノ民法ノ又オ認案スルノ理實ハナキモノナリ從ツテ明文ナリ
トモ條理上之ノ明文アルモノト附セザレハカラス

又之ノ權利ノ存在ヲ認ムルニ非サレハ條理上不都合ナル種々ノ結果ヲ生ス
ルモノナリ

例ハハ詐欺ノ爲メニ債權ヲ買取セルトモ若クハ利益ノ侵蝕ヲ拒絶セシ場合
又ハ無主動産ノ先口ヲ妨害セラレタルカ如キ等ハ政府ヲ有セサルコトニナ
ルモノトス、學者或ハ如斯結果ハ止ムヲ得サル結果ナリト明言サレ居ルモノ
アルナリ又學者ハ之等ノ場合ニ於テハ自由權ノ侵害ナルモノナリヨリ失強
不法行爲トナルモノナリ特ニ財產狀態ノ權利ヲ認ムル要ナシトモ之又
自由權ノ範圍ヲ過大視スルモノナリト云フヲキナリ

第三、親族權ニ伴フ所ノ絶対權

債權ニハ帯ニハノ絶対要件ヲモノナルカ故ニ第三者ハ其權利ヲ侵害スル之
ニヨリテ不法行爲成立スルコトハ既ニ財產權ノ第一項ニテ説ケル所ナリ、
之ト同様ニ七四九条、七五〇条、七八九条、七九〇条、八七九条、八八〇条、
八八一一条、八八二条等ニ規定セル所ノ親族法上ノ相對權ニ付キテ第二者
ハ其權利關係ヲ攪亂スヘカヲサル義務ヲ負担スルモノニシテ其ノ相對權ヲ
有スル人ハ其權利ノ侵害ヲ許ス者ヨリ害ヲレサルノ絶対權ヲ有セルモノ
ナリト解セサルヘカラス、故ニ第三者ニ於テ其侵害行爲ヲナストモ之ハ不
法行爲ハ成立スルモノナリ、

第四、期待權

条件付法律行爲ノ場合ニ於テ条件ノ成就ニヨリテ權利ヲ得又ハ義務ヲ免
二二九

ルハ十箇中者ノ要件成否未定ノ間ニ於ケル地位、第三者ノ爲ニスル契約ノ
場合ニ於テ其第三者才受益ノ意思ヲ表スル前ニ於テ有セル地位受遺者ノ
遺言者又七前ニ於ケル地位ノ如キ期待权ハ其ノ宛極ノ目的タル既成权トハ
全然別意ノ权利ナリ、

然レトモ不一條ノ权利ト認ムルコトヲ得ルコト故ニ之ヲ不法ノ侵害ハ期待权
ニ又ハ不法行為タル得ルモノナリ、例ヘハ之等ノ場合ニ於テ其法律行為ノ
目的物ヲ不法ニ毀損シタリ又等ノ場合ニ於テ条件ノ成就ヲ不法ニ妨害スル
行為ノ如キモノナリ

权利ノ侵害トハ权利ノ内容タル利益ヲ侵スニトテ認ムルナリ、故ニ故
利行使ノ妨害ハ何論ノコト权利ノ放棄トシテ权利者ノ排外スルコトノ結果
ル一切ノ干渉ハ权利侵害ヲ構成スルモノナリ、然レ权利ノ全部又ハ一部
失スルコト又ハ权利者才侵害ノ認識ハ权利侵害ノ要件トハナラス、自己人
ハ不法行為ノ主体即チ不法行為者トナリ得ル所ハ議論ナクナリトスハ故
人ニ不法行為ノ能力アリヤ無キヤニ依リテ人説ノ波ル、所ナリ、實在説ヲ
唱フル者ハ多クハ曰ク「法人ハ擬人、總合體ノ機關ニヨリテ行動ス、機關

二二〇

ノ職務上ノ行為ハ即チ法人ノ行為ニ外ナラス、故ニ機關才職務上絶ス不法
行為ハ法人ノ不法行為ニシテ法人其ノ責任ニ在スヘキモノナリ、機關才
タル人ニ責任ハナキモノナリトナス、然レ行為ト云フコトハ自己ノ動靜ナ
リ 身体才キ法人ニ行為ノ能力アルヘキ道徳ナシ、然レ機關ノナシタル不
法行為ハ機關タル自然人ノ不法行為ニシテ法人ノ不法行為タルコト能ハサ
ルモノナリ

法人側面ノ目的ヲ達成スルカ爲ニ民法ハ特ニ規定ヲ設テ法人ヲシテ之
ニ對シテ責任ヲ負仕セシメ居ルナリ(民法四四條第一項)コノ場合ニ於テ
機關タル自然人ソノモノ人被害者ニ對シテ責任アリマ否ヤニ付テは該レ
氏余ハ積極説即チ責任アリトナス説ヲ正当ト認ム、蓋シ四四條一項ハ法人
ト被害者トノ關係ヲ定ムタルノミニシテ機關タル自然人ト被害者トノ關係
ヲ定ムタルモノナラザルヲ以テ之ノ後ノ關係ニ付テハ一般ノ規定ヲ適用
セサルヘキラス

機關ノ職務上ノ不法行為ノ何ナルカニ付テは復々ノ説アリ、不爲四十
四條第一項ヲ同条ニ項ト比較スレハ職務上ノ不法行為ハ法人ノ目的ノ範圍
二三一

内ニ於ケル不法行為ナリト云フコトヲ得ルモノナラン、然レ不法行為ヲナ
スニトハ法令、文牒ニヨリテ定マレル法人ノ目的ニ屬セザルモノナル故ニ
其目的範圍内ノ不法行為ハ其目的ト相當關係アル範圍内ニ於ケル行為ヲ意
味スルモノナリト信スルナリ

同様ニ法人ナリ、然レ官吏其他ノ機關ヲ職務上犯セル不法行為ニ付キ
テハ其職務ヲ私法上ノ事務タルトヤト公法上ノ事務タルトヤト一カテ考
究セサルヘカラス、

第一、私法上ノ事務タル場合

例ヘハ契約ノ締結、債權ノ取立、債務ノ弁済、物品ノ製造運送、建築并
ノ事務ヲトル場合ニ於テ官吏其他ノ機關カ不法行為ヲナスルトキニハ全
ク前述ノ法律ニヨリテ民法四十四条一項ヲ適用スルモノナリ、

第二、公法上ノ事務タル場合

走私、判決、租税賦課徴収、軍軍行動其他國家統治カノ行動タル事務ヲ
行フトキハ民法ノ適用カ無キモノナリ、然レ國家ニ不法行為上ノ責任ナ
シ、蓋シ民法ハ公共關係ノ場合ニハ適用ナキモノナルヲ以テナリ、然レ

此種範圍ニ於テ右ノ如キ場合ニ國家ノ賠償責任ヲ認ムル法制ヲ立テルノ
傾向ハ存ス、故ニ共和國憲法一三一一条、一九一〇年ノ國家責任法律ノ如
シ

右ノ場合ニ於テ國家ノ機關タル自然人ニ賠償ノ責任ヲリヤ否キニ付キ
ハ現行法律條文ニ四條、不動産登記法一三一条、戸籍法四一条等ノ如キ明
文ノ存スル場合ハ疑ナシ、然レ一般原則トシテハ種々ノ説アリ、

先ツ第一ニ官吏ノ不法行為ハ其職務ト認ムルニト能ハサル故ヲ以テ之ヲ
公法關係トスフニト能ハス、カレカ故ニ民法一般ノ規定ノ適用アルモノ
ナリトセサルヘカラス、第二ニ説ハ官吏カ其職務ヲ行フニ付テナシタル不
法行為ハ其職務ニ相當關係アル範圍内ニ於テハ私法上ノ責任ヲ公法關係ナリ
ト認メサルヘカラス、

然レ民法ノ適用ハナク其官吏ハ私法上ノ賠償責任ナリトナス、
以上ニ説ノ内從然タル理論ヨリ云ヘハ取テ第一説カ正シキヤ知レズ、
然レ今日ノ法律の觀念ニ於テハ第二説ヲ正シトセルモノナリ、尤モ職務
ニ相當關係アル範圍ナルモノハ何ソト云フニトニハ種々ノ説アリ、然レ

形式上何ナズニ爲ルハ一檢査ト肉體アルト認メラレ、相當範圍ノ行為ハ原則トシテ人全テ檢査上ノ不法行為トナシテ唯故意ヲ以テナス不法行為ノミヲ除外スルト云フコトヲ以テ通説トナス、

前記ノ後ニ於テ然レハ一係、一九一〇年聯邦法、一九〇九年八月ノ「プロシヤ」法律ニ於テハ聯邦各州並ニ地方団体ノ職内々公職上ノ職務執行ニ付ニ干渉セラル不法行為ニ付テハ被害者ニ對シテ國家其他ノ公法人ノミカ直接責任ヲ負擔シ得ルハ直接責任ヲ負ハス、唯其處スレ公法人ニ對スル權邊、
系ヲアル不法行為ト認メラレ、行為ト權利侵害トノ間ニハ、
或人ノ行為ニヨリテ他人ノ權利ノ侵害ヲ生セル場合ニ於テ其行為ハ國家
關係ノ存在ヲ必要トセシメ、乍然必以シテ其行為即チ權利侵害ト云フ
場合例ハ他人ノ所有ニ入りタルト云フ、カ、ルコトヲ要セズ行為アリ
リタル其行為ノ結果トシテ權利侵害ヲ生スルモノナリ、例ハ八等銃ヲ發
射セル中ノ如シ、又火火ノ場合ノ如シ、
行為ト權利侵害トノ因果關係ハ之ヲ權利侵害ト檢査發生トノ因果關係ト異
同スヘカラス、系然其原理ハ同一ナルカ故ニ檢査ノ所ニテ併マテ探

(B) 檢査ノ系本

權利侵害アリテマ檢査ノ發生ナキトキハ不法行為トナラス、即チ檢査發
生カ不法行為試テ之ノ發生ノ一要件ナリトスルヲ通説トス、蓋シ權利ナクシ
テ他人ノ身體又ハ所有物ニ干渉スルレ、カ右キハ他人ノ身體又ハ所有物
ヲ侵害セルコトハ明カナルコトナリ、
乍然被害者ハ中央上何者ノ痛痒ヲ感セズ、即チ檢査ノ發生ナシト認ムレバ
得、然テカ、ル場合證據斷定求テ生スルコトナシト云フナリ、ニハ歐洲大
陸ノ立法例ニヨレルモノナリ、乍然理論上ニ於テハ余程疑ハシ、權利侵害
アレハ之レ斷テ一應ノ檢査ナリ、權利檢査外氏ニ檢査不生ノ要件ヲ認ムル
コトカ無用ナルカク思ハル、蓋シ權利ノ本質カ利益ナリトセハ權利ノ侵害
ハ利益ノ喪失ナルヨリ一ツノ檢査トナル、又假令利益喪失ヲ辨シテ自由説、
意思説、努力説等ヲ採用シテマ苟マ權利侵害ヲル所ニ何者ノ檢査ナシト云
フコトハ老フレトト能ハス、前記ノ例ノ他人所有物ニ接スルコトハ必ハ
權利ノ侵害ナルカ否カハ問題ナリ、

然レハ行爲ヲ取利ノ便害ナル以上ハ之ヨリテ必ク附産的又ハ非附産的
 損害ヲ生ズリトスルハカラス、英米法ニ於テハ取利ノ便害ハ第一損害
 ノ取立ヲ包含セルモノナリトシ、取利便害ノ外ニ損害ノ取立ト云フ、故テ
 ノ取立ヲ包含セルナリ、然レ英米法ニ於テハ損害ノ取立ナキニ不許行爲成
 立スルニハ禁ス、唯取利便害アルハ損害ノ取立ハ必ズ之ニ伴フト認ムレナ
 リ、即チ前述ノ例ノ如ク一取利便害ニ於テハ損害ノ取立ナシト認ムラレ、損
 害ヲ取立アル取利便害ノ場合ニハ *Nominal damages* (名義上ノ取
 立)ト称スル取立額ノ賠償ヲナサレハレナリ、
 之レコノ場合ニ於テ損害取立マサルモ賠償ヲナサレハレズ、一人禁ス、損
 害ナキモ賠償マシムレナリト云フニハ禁ス、損害ナキ所ニ賠償ノ填補存セ
 ス *Nominal damages* ト云フハ本ナルモノナルヲ以テナリ、
 取立取立セ。尤テ是レニ之ヲ辨別スルハ何レニモ未ズ、即チ取利便害
 アルハ之ヨリテハ必ズ取立取立セ、不許行爲者即チ取利便害者ハ其
 ノ損害ヲ賠償スル責ニ任ス、尤モ行爲者ノ賠償又ハ取立取立セ、範圍ハ取利便
 害即チ損害ヲ賠償ノミニハ非スシテ首モ取利便害ヲ原因トスルスヘテノ

損害ヲ包含モノト解スル得レモノトス、

乍然其取立額算ノ沿革ヨリ考ヘルトキハ本邦人法律主義ヲ採用セルモノ一テ
 取利便害ノミニエテハ賠償請求取立セ、取立取立セ、取利便害一ヨリ損害ノ取立セ
 レ場合ニ限リ給メテ賠償ノ責ニ任スレナリト解スルガ我國ノ裁判例及學說
 ノ多數認ムル所ナリ、

損害取立セ以テ取立セノ一要件トナスノ通説ハ損害賠償請求取立セ取立取立
 トシテノ不許行爲ニヨリテハ取立セノナリ、首モ取利便害ノ行爲ハ之ノ禁止
 スル所ナリ、故テ取立行爲アルトキハ其取立セ止メテ取立セノ請求ヲナ
 スヲ得、故ハ損害取立セオクトモ取立セニ於テハ取利便害ハスヘテ不許行爲ナ
 リト云ハサルハカラス

損害トハ附産的ノ損害ナルトモ附産的損害タルトテ論セサルモノナリ、
 又附産的損害シタルトモ非附産的損害タルトモ別セズレテ之ニヨリ
 テ取立タル附産的及非附産的損害ヲ包含セルナリハ七一〇条一、二附産
 的損害タルニヨリテ附産的損害ヲ生ズルモ非附産的損害ヲ生ズル場
 合、例ハハ他人ノ財ヲ毀損シテ持立リテ返シ返却セリ、或レモ其爲メニ損

人オ若類ヲ境ヘスリトスフオ申シ、若クハ非財差取ヲ侵害シテ非財差取
害ハ生ケサリシク財差取侵害ノミヲ止セル場合フニ包含ス、例ヘハ他人ノ
既ヲタ、オア賣買品ヲ送シテ破壊スシメタルヲ如キ之レナリ、

水利ヲ侵害セラレタルモノト損害ヲ受ケタルモノトハ同一人タルコトヲ
要スルヤ否ヤニ付テハ多少ノ誤謬アリ然レテ水利ヲ侵害スルコトニ
リテニ損害ヲ生セルトキハ一般ニ如ク、之ノ水利侵害ト見レコトヲ得
ルヲ以テ等口不決行爲ノ成立ノ内題トシテハ水利ヲ侵害セラレタルモノト
損害ヲ受ケタルモノトハ同一人タルコトヲ要セスト解ストラズテ正シトス
ルナリ、

例ヘハ新設ノ鐵道線路ヲ設キヘテテ新設ノ所有者ヲ侵害シテ其ノ結果差取
ノ差取侵害トナリ其ノ結果ニ損害ヲ及ホセル場合、或ハ人ヲ殺セルヲ以テ
人ヲ殺セルヲ殺ケ居タル者ニ同義物ノ損害ヲ及ホタル場合ノ如シ、

之ニヨリテ之ヲ冠シテハ他人ハ自己又ハ他人ノ水利ノ侵害ニヨリテ損害ヲ
受ケタルノ一般物水利ヲ有スルモノト認ムルコトヲ得ルナリ、之ノ一般物
水利ヲ有スルモノト認ムルコトヲ得ルナリ、之ノ一般物水利ノ侵害ハ侵害

又ハ過失ヲ要件トセサルナリ、誰レノ水利ノ侵害ニヨルト云フコトヲ要件
トス、

被害者ト云フハ水利被侵害者タルト損害ヲ受ケタル人トテ同ハス然レテ法律
上ノ人格者タルコトヲ要ス、而シテ自認人ノ人格ハ出生ニヨリテ得ル、

胎児ハ一般ノ原則ニヨリテ被侵害者トナルコトヲ得ス、然レテ民法七一一条ハ
特別ヲ設ケテ不法行爲ニヨリテ損害賠償請求權ニ付テハ胎児ハ既ニ出生マ
レバノニシテハ人格者ト看做スト定メテリ、然レテ胎児中ニ他人ノ不法ナル行

爲ニヨリテ身体ヲ害セラレテ不具トシテ出生セル場合、又ハ胎児中ニ其ノ又
カ他人ヨリ侵害セラレタル場合ニ於テハ出生後ニ於テ被害者ニ対シ賠償ノ
請求ヲ為スニ得、

而シテ本條ニ於テハ胎児人及受遺者ニ同スルニテ八条ニ項、九条三項、及
一〇条三項ノ如キ特別ノ明文ナキヲ以テ胎児ヲ出生セル自認場合ニ
於テモ胎児中ノ人格者ナリト見做サル、ノ感アリ、然レテ未胎児ニオ、

ル保護ヲ与フルハ早晩生レタ人トナルハ其ノ管ノモノナリ、僅オノ相違ニテ
人格者タルノ保護ヲ受ケサルハ其ノ管ナリト見ルオ民法ノ立法ノ目的ナリ
二二九

故ニ發生（生キ止レルコト）ト云フコトノ成立ナリ、然テ一般規定ニヨ
ル人終極止ノ終キ場合ニハ七一一条ノ規定ハ適用ナレト解スヘキモノナリ

(C)、因果關係

損害亦其人ノ故意行為ノ結果タルコトヲ要ス、行為ニヨリ権利侵害ヲ
生レタル損害ニヨリ損害ヲ生ス、即チ行為ト損害トノ間ニハ権利侵害ヲ經
由シテ因果關係ヲ有スルナリ、

乍然因果關係ノ本體ニ付テハ如何ナル場合因果關係アルカト云フコト）自
然科學、精神科學、哲學ヲ通シテノ大問題ナリ、法律ニ於テハ刑法及債
權不履行若クハ不法行為ニヨリ損害ノ賠償請求ニ一要件トシテ學者ノ論
議セル所ナリ、法學者間ノ學說ハ大抵左ノ如シ、

(1)、條件說

原因ハ結果發生ノ條件ナリ、詳言セハ甲ト云フ事實ノ存在セル爲ニ始メ
テ乙事實發生シ、甲事實ナカリセハ乙事實生セザリナリト云フ場合ニ
シテ甲事實ニテ事實ノ原因ナリ、乙ハ甲ノ結果ナリ、甲乙間ニ因果關係
カ存スルナリト説クナリ、

此説ハ其意義最ク際限ナク發生スルモノト云ハサレヘカラス、然テ賠償
ヲナスヘキ行為者ノ責任ハ甚ク重クナレモノト云ハサレヘカラス、例ヘ
人其人カ他人ノ財産ヲ毀損セルトキニ被害者ハ之カ爲ニ賠償トナリ然
レテ式根ヒ或ハ其レノ爲ニ死シテ遺族カ自弱セル場合ニ等スヘテノ賠
償ノ責ニ任スルコトノナルモノナリ、

斯クノ如キコトハ今日ノ民法（法律）總ニ於テ認め得ザル所ナリ、刑
法論トシテハコノ条件說ニヨリテモ別ニ不都合ノ結果ヲ生セザルナリ、
蓋シ犯罪成立ノ要件ニ於テハ故意又ハ過失ナルモノアリテ之ハ民事不法
行為ノ要件タル故意過失トハ相違スルモノナリ、即チ行為ノ結果タル損
害ノ發生ニ付テハ故意又ハ過失ノ存在スルコトハ犯罪成立ノ要件トナ
ル、故ニ結果ノ發生ヲ如何ニ云ク見テハ行為者ニ於テ其結果ニ對シテ故
意過失ナキ以上ハ因果關係トハナラス、

又之民法ニ於テハ故意過失ハ同シク不法行為成立ノ一要件ナレドモ之ハ
水利債權ニ對スル故意又ハ過失ニシテ損害ノ發生ニ對シテハ故意過失ノ
アルコトヲ必要トセザルナリ、即チ若キ行動ニヨリテ生タル損害ハ和害

者ハヘテエレラ難儀セサルヘカラス、殊ニ近時ノ民法論ハ故意ヲ過失モ
ナキ場合ニ於テ凶賭債ノ責任ヲ認ムルトノ傾向ヲ生セルナリ、故ニ民法
論トシテハ因果關係ヲ相当ノ範圍ニ於テ備探スルノ要アリトナリトス
然レドモ條件違反ノ制裁ニ於テハ一級ニテ主張セラル、所ナレトモ氏
法學ニ於テハ空説セラレサル説ナリ、

(四) 人固有カ條件説、及決定カ條件説、及緊急條件説、

先ツ第一ノ説ハ行為カ損害ノ原因タルニ人其行為ハ其損害ノ條件中最者
カナルモノナラサルヘカラストナス説ナリ、
第二ノ其損害發生ノ種々ノ條件中決定ヲ與ヘタルモノ評首セハ蓋シ若果
ノ要件ヲ促ス所ノ原因ト其要件ヲ違キレ原因ト相争ヘレ場合ニ於テ之ニ
裁決ヲ與ヘ依テ其損害ヲ與ヘシムルニ至レルナリトナス説ナリ
第三ノ損害發生ノ諸原因中ニテ筆態ノ支配ニ交際ヲ與ヘタル所ノ原因ヲ
云フモノナリトナス説ナリ、
之等ノ説ハ前述ノ條件説ノ大體ナル處メ一何カ之ニ制限ヲ在ヘントス
レ弊アリヨリ余取タルモノナリ、余取之弊ノ説ハ或ハ余リニ從テニ失スル

カ或ハ尙文キニ過タルオ又ハ其ノ意義甚タ不明瞭ニシテ今日ハ一級ニ終
メテレク、

(五) 相当因果關係説、又ハ「相当原因説」トて云フ

二ノ説ハ結果發生ノ要件タルモノ、中唯相当ナル範圍ノモノ、ミカ其原
因ナリ、損害セハ或行為ヨリ生スル所ノ種々ノ結果ノ中相当範圍内ノモ
ノ、ミカ其行為ノ結果ナリト説ムルノ説ナリ、此ハ民法學ニ於テ今日最
モ大ク採用セラレタル説ナリ、而シテ之ノ説中ニテ亦種々ノ解釈アリト
ス多ク、一説ニコレハ「ツ」ノ行爲ヨリ生スル所ノ多ク、損害ノ中唯過半生スル
中損害ノミカ其行為ノ結果ナリトナスニテレナリ、

英國ノ「コンメン」ロー「ニ」於テハ自認的且蓋然的ナル結果ナル損害ノ

ノミカ賠償範圍ニ屬スルモノトス、
或ノ氏ニ於テハ債務不履行ニヨリ損害賠償ノ範圍ニ同シテ四一六條ノ
明文ナリ、不法行為ニヨリ於テ賠償範圍ニ付テハ則ニ明文ナク又右ノ規
定ヲ採用スルトノ条項ニ存セズ、乍然ニ兩者間ニ正則ヲ設テテ解散ス
ルト云フノ理由ヲ不見セサルナリ其ノ普通法ニテハ一ノ兩者間ニ差別

アリトスルヲ返還トス、然レ共氏其人故去主法ヲ蒙証セルモノナレヨリ
 故氏ト同族ニコノ兩者間ニ差別ナシト解スルヲ以テ今日ノ多数説トナス
 モノナリ然テ不決行爲者ハ其行爲ヨリテ止メタル損害ノ内通常法スヘ
 キモノ、ミ一付キテ賠償ノ責ニ任スルモノナリ、通常法スヘキ損害トハ
 常識ノ普通ノ進行一於テ生スル損害ノ意ナリ、而シテ其ノ損害一対シ
 テ故親又ハ遺失ノ存スルコトヲ要件トセラル、ナリ、通常法スヘキモノ
 ナラサル損害即チ特別事情ニヨリテ生セル損害ハ原則トシテハ賠償範圍
 ニ入ラザルナリ、不決行爲者ニ於テ其ノ特別ノ事情ニ対シテ故意又ハ
 過失アリタルトハ特別ノ事情ヲ知レル場合ニハ其ノ特別ノ事情
 ニヨリテ止セザル損害モ尚賠償ノ範圍ニ屬スルコト、ナル、コノ原則ノ
 實際ノ適用ニ於テハ概々ノ難向ニ逢着スルナリ、例ハ八武人カ他人ノ
 前庭ニ於テ石ヲ投メテ毆傷ナル損害ヲ與ヘタル場合ニ於テ其被害者ハ特ニ
 前庭ノ庭中人ナレバ亦其ハ又セテ業セル場合ニハ其此七八其私行
 爲ノ結果ニ非シテ指當因果關係ナシト考ヘラル、又傷害ヲ受ケタル者
 カ病院ニテ治療中他ノ入院患者ノ傳染病ニ感染セラレタル場合ニ於テモ

其此七八被害者ニ對シテ責任ナキモノナリ、被害者カ病院ニ運搬セラル
 レ共其途中其所持品ヲ盜マレタル場合ハ人非不有ノ事ナシトキハ一
 於テ其財産的損害ハ私害行爲ノ結果ニ非スト認メラレルモノナリ、
 又之被害者カ病院ニ於テ治療中其此七八其此七八其此七八其此七八
 七スレニ至レル場合ニ於テハ其此七八其此七八其此七八其此七八其此七八
 ト認メラル、尤モコノ場合ニ於テハ医師モ不決行爲者トナリテ責任ヲ
 ルナリ、其コト有ハ共同不決行爲者ナリト解セラル、ナリ、
 身体傷害ノ場合ニ於テ其被害者ノ使用人カ其責任ハカリレ所ノ管業ノ
 使用人カ得サルニト、ナル場合又ハ其被害者カ其傷害ノ結果死セ
 場合ニ於テ其被害者ヨリ賠償ヲ受クヘカリレモノガ不能トナル場合一付
 キアハ七其ノ損害ニ付キアハ一級一八相当因果關係ノ範圍内ト認メラル
 ル所ナリ、又之被害者ニ對シテハ其ノ遺族ニ對シテ給与セラルヘカヲサ
 ル概一ナリタル第三有ノ損害ニ付キアハ人異説アリ、然レ其禁ノ損害ニ
 通常法スヘキ損害ナリト考ヘオモノナリト思惟サル、
 止令保保ノ場合ニ於テ被保人カ殺サレテ保險者カ保費全受取人一金ヲ

夫如ハレ場合ニ於テハ和者ニ對シテ賠償ノ請求ヲナスヲ得ルヤ否ヤハ
議論アリ、乍然カクノ如キ損害ニ爲スルモノト考ヘラレ、
ナリ、尤モ保險金額ノ全額ハ保險会社ノ被保トハナラス、不意被害者
出所スヘカリシ中迄生存シ居ラハ会社ノ有スヘカリシ所ノ財產狀態ニ比
シテ被保人行爲ノ結果保險会社ノ受ケタル損害ハ和者行爲ノ結果ナリトナ
スニトテ得ヘシ、

要スルニ道帯出スヘキ損害トハ其ノ行爲アリシナラハ非ニ亦生スヘキ
損害ト云フコトニハ非ス、其ノ特定ノ場合ニ於テキ態ノ自然ノ進行ニ於
テ生スヘキ損害ノ義ニ他ナラサルナリ

因該内保ニ付テハ一重疊ナル問題ハ因果關係ノ中斷論ナリ、一行爲ニヨ
リ或損害ノ得ニ亦生セントシテ、アル際ニ他ノ有カナレ原目亦生シテ之
レニヨリテ其ノ結果ヲ生セル場合ニ於テハ左ノ行爲ト其結果トノ間ニ於
ケル因果關係ハ右ノ新原因ニヨリテ中斷サレタルモノニテ其結果ハ該行
爲ノ結果ト又フコトヲ得ストナスカ通説ナリ、
例ハハ洋上ニ在ル船舶ノ上ニ於テ甲ガテト喧嘩シテ致命傷ヲ与ヘタル場

合ニ其ノ末又死セザレバ船カ沈没シテ被害者ハ溺死セリ此場合ニハ
其死ハ海難ノ結果ニテ傷害行爲ノ結果ニハ非ストナス、乍然此説ハ果
シテ正当ナリヤ否ヤハ疑ラズ、余地アリ、蓋シ甲乙二人カ各各ニ致命
傷ヲ与ヘタル場合ニハ甲乙行爲ナクテ之ノ行爲ノミニテ丙ハ死セズ、
又乙ノ行爲ナクテ甲ノ行爲ノミニテ丙ハ死セズ、又乙ノ行爲ニテ其行
爲ナクテモ其結果ヲ生スレナリトノ理由ニヨリ因果關係ナシトセハ二ノ
場合甲乙でテ殺人一付オテノ責任ナシト云フコト、ナル、カクノ如キ理
アラン子、余ノ信スル所ニヨレハ一ノ行爲アル均メニ必ス或ル損害ノ生
スルコトノ確定セル場合ニ於テハ其結果ノ亦生ハ事ニ其行爲ノ結果ナリ
ト拘スヘキモノニシテ他ニ有カナレ原因ノ存否ハ之ヲ區別スヘキモノニ
非サルナリ、

最後ニ一因果關係ニ付テノ問題ハ不作為ナルモノニヨリテ損害ノ不
生セル場合ニ由スルモノナリ、不作為ニ原因カアリヤ否ヤハ内題ナ
リ、洋者ヲハ作爲一原因カアレトモ不作為ニ原因カナレハ人ヲ傷害
シテ致命傷ヲ与ヘタルトナシテハ其行爲ノ結果ナリ、及之人ヲ一病

レントスルトキムニテ助ナサル場合ニハ其傍観者ハニノ漏洩者ヲ殺セリトハ云フコトヲ得ス、乍然因果関係ナレモノ人前庭ノ如ク原則トシテ各件説ニヨリテ解決スヘキモノニシテ被テ被テ其ノ不作為ナカリヤハ前説ノ例トナフス、傍観セサレハ其損害を生セルモノナリト云フ上ハ因果関係ハアルモノナリト云フヘキナリ、唯行為者ハ相当範囲ニ於ケル責任ヲ負担スルモノナレバ故ニ其被害ヲ所謂通常生スヘキモノニ非サルハ氏法上ニテハ因果関係ナシト云フヘキナリ、
 學者或ハ不作為ニ人原則トシテ原因ナキカ噴不作為ヲ論スヘカヲサルノ誤弊所ヲ檢査ノ意味ヲ防止スヘキ法律上ノ義務ノ有スル場合ニ取リテ特ニ原因カアルモノナリ、前説ノ例ニ付テ云ヘハ漏洩者ヲ傍観セルモノハ契約ニヨリ又ハ法律規定ニヨリ直接ニ其漏洩セントスルモノヲ被テタルノ義務アルニ拘ラス之ヲ論サ、ルトキニ人不法行為トナルモノナリ如斯キ義務ナキ人一付テハ不法行為ハ成立セズ、カ、ル場合ニハ因果関係ナシト論スルナリ、乍然因果関係ノ有無ハ法律上ノ権利義務ノ内題ニ入キズ法律ヨリ商テ独立ニ總綱的ニ論レテ有スル関係ナリ、學者ノ前

述前説ノ結論ハ正當ナリ

乍然不法行為ノ成立要件タル所ノ行為ノ違法性ノ有無ニヨリテ不法行為ノ成否カ介岐スルモノナルコトヲ説クモノナリ、法律上ノ義務アルカ故ニ因果関係アリトスルハ紙意味ナリ

(D) 行為ノ違法性

行為ニ違法性ナケレハ不法行為トハナラズ、蓋シ公民ハニニ條一項ハ故意又ハ過失ニヨリ不法ニ他人ノ権利ヲ侵害スルコトヲ以テ不法行為ナリトナスヘシハ味フヘシハ公民法七。九条ニハ「不法」ノ文字ヲ記サス故ニ公民法ニ於テハコノ違法性ナル要素ヲ認メサルカ如ク見ユルナリ、乍然公民法ニ云フ所ノ権利ノ侵害ハ公民ノ所謂不法ノ権利侵害ニ由ルナリ、蓋シ公民法ニ於テ権利ト云フハ身命、生命、財産等ノ保護スル利益即チ法益ソノモノヲ指スナリ、故ニ之ニ對スレテ侵害行為ト云フモノハ或ハ道義ニ行ハル、コトモアルナリ、又不法ナル行為トナレトモアルモノナリ、

又之故カ其法ニ於テスル権利人利益ヲ他人ニ對シテ主張シ得ヘキ程度及
範圍ヲ包含シ居ル所ノ欲受ノ觀念ナルヲ以テ之ヲ侵害ハ非ニ不法行為
ナリ、適法ノ行為ナレバ以上ノ権利侵害トナルコト能ハス、乍ら管見便宜上
本邦ノ法律ノ中ニ單ニ法益ソノモノヲ意味スルモノトナリトセハ権利
侵害ハ違法ニ非サレハ不法行為ナラス、所ナ違法性ヲ以テ被告ノ一要素
トナスニトフ得レナリ、

行為ノ違法性ハ訴訟ノ何レノ当否者オナスヘテカノ問題、(一)行為ニヨ
リテ成立スル不法行為ノ場合ニハ原告セテ立証スルノ點ニ、原告ハ確
利侵害ヲ立証セハ足レ、コノ立証アレハ侵害行為ハ立証ナリ限リ違法性
アルモノト推定セラル、ナリ、故ニ被告ニ於テ其責ヲ負レントセハ自己
ノ行為ニ違法性ノナキコト、即チ違法性ヲ阻却スル事由アルコトヲ立証
セサルヘカラス、(二)及之不作爲ノ場合ニ於テハ原告ニ於テ行為ノ違法性
ヲ立証セサルヘカラス、即チ被告ニ損害發生ノ防止ノ作爲ノ義務ノアリ
タル事由ヲ立証セサルヘカラス、コノ義務ハ契約上ノモノタルト法律上
ノモノタルトヲ區別セス、

又其後ノ場合ニ於テハ成文法上ノ義務ト不法行為ノ義務トヲ論セス、而シ
テコノ立証ノアル場合ニ於テ被告カ違法性阻却ノ事由ノアルコトヲ立
証スルトキニハ不法行為ハ成立スルコト否認セサルヘカラス、
行為ノ違法性ヲ阻却スル事由ハ種々ナリ、今之ヲ順次説ク
第一、正当防衛

権利侵害行為ニテモ他人ノ不法行為ニ對スル正当防衛ナルトキニハ其
侵害行為ハ不法行為トナラサルモノナリ、正当防衛トハ他人ノ不法行為
ニ對シテ自己又ハ第三者ノ権利ヲ防衛スル意ニ止ヘコトヲ得スレテ意シ
タル行為ヲ云フヘキニ。第一項ニ、今之ヲ分林シテ觀レハ次ノ如シ、
一、他人ノ不法行為ニ對スルコト

他人ノ不法行為ヲナスニトアリトモ若シ其行為ハソノモノカ適法ノモ
ノナルトキニハソレニ對シテ正当防衛ハ成立セス、例ハ八幡ノ執行官、
愛知縣執行官ノ執行ノ意ニ對スル防衛行為、親友者ノ懲戒行為ニ對スル防
衛行為ハ正当防衛ニハ非サレナリ、
正当防衛ハ他人ノ不法行為ノ存在ニ前提トヤレモノナリ、乍然此意ニ

法行爲ト称スレトハ嚴格ナル意味ノ不法行爲ヲ意味スルモノニ非サルナリ。

二五二

先ツ威嚇的不法ノ要件ヲ具備スレバ以テ是レ故ニ有責ノ在否行爲タルヲ學セス、換言スレハ責任能力ノナキモノ、被害行爲又ハ故意過失ニヨラサル加害行爲ニ對シテマテ正当防衛ハ成立ス、蓋シ人ハ如此加害行爲ヲ甘受ス可キモノナルノ理由ナキヲ以テナリ、

又此ニ於テ不法行爲ハ既ニ成立後又ハ檢査禁止ナル結果ヲ生シタルモノナルコトヲ必要トセサルナリ、將ニコレヲ生シシメムトスルヲ以テ是レナリ、亦併テタテ新結果ヲ生シシメントスルノ状況ノ生シシル場合ニ於テハ其ノ禁止ヲ防止スル為ニ爲スノ行爲ハ正当防衛トハ成ラズ又既ニ威嚇的ナル意味ニ於テ不法行爲ノ成立シタル後ニ於テ其ノ過失ノ不法行爲ニ對シテ爲スノ被害行爲ハ正当防衛トハナラズ、衣然既ニ神聖ノ意ニ於ケル不法行爲ノ成立セル後ト雖モ尚モ不法行爲ノ存続セル間ハ其ノ現在ノ不法行爲ニ對シテハ正当防衛ハ成立スルナリ、或則法律ニ十次條ニ於テハ正当防衛ハ他人ノ急迫ナル不法行爲ニ對スルモノナリト

ナス、又強盜罪ニ百二十七條ニ規定出防衛ハ現在ノ不法行爲ニ對スレバノナリト明記セルナリ、或則法律第七百二十條ニ規定ニハ、ニノ急迫トカ視存ナル文字ヲ使用セズ、衣然其詳略ニ於テハ其ノ所ナキモノナリト成スレナリ、

此ニ於テ云フ不法行爲ハ絶対的ニ又ハ侵害セントスルモノトシテトテ要ス、相對的ノ侵害即チ相對的ニ對スル義務者ノ義務違反ニ對シテハ正当防衛ハ成立セサルナリ、依テ債務者ノ不履行ノアル場合ニ債務者又其ノ履行ヲ強制スル為ニ債務者ノ身体又ハ財産ニ對シテ被害行爲ヲナストナシハ債權防衛ノ爲ニ止マテ得カレ得ト云フハ例ハ債務者ニ對シテ送付セントスルモノト若クハ其ノ財産ヲ侵害シ又ハ懲罰セントスル場合ノ如ク不法行爲ノ成立シテ正当防衛トハナラズ、強盜罪ニ百二十九條ニ於テハカノ有名ナル自衛救済ナルモノヲ認メ居ルモノナリ、論者カヲ有スル人ハ其ノ権利保護ノ爲ニ他人ノモノヲ取リ去リ又ハ強奪シ若クハ毀損シ或ハ逃亡ノ疑ヲ生ずル者ヲ差押ヘ或ハ不依行ノ義務者又其ノ爲ハ可カラサル所ノ行爲ヲ爲スニトテ制限シ若クハ権利者ノ爲ス行爲ヲ改

二五三

託す可キ義務者カ其ノ行為ヲ妨害スルコトヲ排除セルトキニテ侵害ノ後
 即チ其ノ暇ナク又右ノ如キ如害行為ヲ為スニ非ズンハ請求權ノ履行ヲ
 容マラル、怖レアルトキニハ其ノ如害行為ハ自己救済トシテ其ノ認ムル
 所ニテ不法行為トハナラズト規定ス、後氏改ニテハ此目カ救済ヲ認メ
 サルヨリカ、ル行為ハ不法行為トナルモノナリトセサル可カラズ、
 總体取ノ実益ヲ侵害セントスルノ行為アル場合ニ於テハ其ノ行為カ他
 對取ソノモノハ侵害トナル可キモノナラサル限リハ此ニ對シテ正当防衛
 ハ成立セズ例ハ先取時取ノ目的タル物ヲ其ノ物ノ所有者カ他ニ持去ラン
 トスル場合ニ於テ一時コレヲ差押アルニ非ザレハ先取時取ハ無用ニ附ス
 レト云フ節アル場合ト云テ先取時取者ハ自己ヲ以テコレヲ差押フルニト
 正当防衛トハナラズ、蓋シ目的物ノ所有者ハ先取時取ヲ有スルニ拘ハラ
 ス自由ニ其ノ権利ヲ行使スル権利ヲ包含セルモノニテ先取時取ハ所有者
 ノ其ノ物ニ對スル行為ヲ制限スル権利ヲ包含セサルヲ以テナリ、
 四、自己又ハ他人ノ権利ヲ妨害スル行為タルニト
 他人ノ不法行為ヲナスニ當リテ適ニ不法行為者ニ對シテ如害行為ヲナス

必要スレテ正当防衛トハナラズ、正当防衛ハ他人ノ不法行為ニ對シ自己
 又ハ第三者ノ権利ヲ保護スレ為ニ其ノ不法行為ヲ防止スルノ行為タルニ
 トヲ要スレナリ、第三者ト云フハ自己ノ親族タルト云フハ又スズルニ
 ト云フハ森林取、屋敷取又ハ財産取タルト其ノ種類ヲ論マサレナリ、而レ
 テ防衛行為タルニハ防衛ノ実アルコトヲ公認トセサレナリ、換言スレハ
 其ノ行為ハ結果ナカリレ場合ニテテ正当防衛タルニハ妨ケナシ、防衛ノ
 目的ヲ以テナス行為タル以上ハコレヲ防衛行為ト認ムルヲ得レナリ、
 併又防衛ノ目的ナキ場合ニ於テ偶々其ノ行為カ防衛ノ效果ヲ生セル場合
 ニハコレヲ正当防衛ト認ム可キヤ否ヤニツキテハ説カ合レルモノナリ、
 民法ノ解釈トシテハ概メテ稀ナル場合ナレトモ實際カ、ル場合アルナラ
 ハ正当防衛タルヲ妨ケサルコトヲ信スルナリ、

正当防衛ハ不法行為者ニ對スレ如害行為タルト其ノ他ノモノニ對スル
 如害行為タルトテ向ハス中カコレヲ殺サントシテモ自己ノ生命ヲ防衛ス
 ル為ニ甲ヲ負傷セシメシメ又傷ニ至合マタリレ既ラツキ例レテ逃セセル
 既イワレモ等シク正当防衛ナリ、甲又丙ニ對シテハ賠償ノ請求權ヲ

有セザルナリ、

刑法上ニ於テハ通説ハ不法行為者其ノモノニ對スル行為ナラスハ正當防衛トハナラス、第三者ニ對スル行為ハ唯緊急避避行為トナリ得レトアルノミトナス、又或ハ法上ノ正當防衛ニワキテハ不法行為者其ノモノニ對スル行為タルトテ要件トセザルコトハ明白ナリ、不法行為者以外ノモノニ對シテ正當防衛タル亦管行為ヲナラズル場合ニハ救済者ハ正當防衛者ニ對シテハ賠償ノ請求アリ有セザレトモ其ノ被害ノ根本ヲナシタル不法行為者ニ對シテハ不法行為ノ一般原則ニヨリ賠償ノ請求ヲナスコトヲ得ルナリ、即チ其ノ行為カ有責ノナル場合ニハ賠償請求權ハ存セズルナリヘセニテ第一項但書)

(1) 水利ヲ防衛スルニ止ムコトヲ得ヌレテ起シタル行為タルニト、即チ客觀的ニ防衛止ムコトヲ得サル行為ナリト信シテ起シタル行為ハ悉ク正當防衛ニハ非ス客觀的ニ見テ止ムコトヲ得サル行為タルコトカ必要ナリ、故ニ客觀的ニ然ラザルモノヲ起リト確信シテナスノ行為ハ正當防衛トハナラザレナリ、又然如斯行為ニ一級ノ原則ニヨリテ過失アリト云ハル場合ニ

非ザレハ不法行為トナラス、

自衛止ムコトヲ得サルノ行為ハ権利ヲ保護シ不法行為ヲ防止スル為ニニ場合ニ必要ナル最少限度ノ如き行為ヲスフナリ、イカレカ故ニ僅ニ五才ノ少年カ雲々マヲ投フケントスルトヤニ、ステワキヲ手ニシテ打テ倒スカキヤ又隣家ノ家畜カ自己ノ庭ニ来レルトキニ追ヒ去ルニトヲ得ルニ拘ラスコレヲ打テ殺スコトハ正當防衛ニハ非ス、又併利ヲ防衛スル為ニテニ救済ノ道ナキ行為ナルコトヲ必要トセス、カレカ故ニ身体生命ヲ害セントスル場合ニ於テ逃セザルコトキニハ身体生命ヲ全クスルヲ得ルニ拘ラス自ラ防衛ニ當リテ不法行為者ヲ殺傷スルニ正當防衛タルニトヲ得ルモノナリ、又然其ノ行為ヲ為スニ非スハ権利侵害ヲ排除スルコトヲ得サル急迫ナル事情タルニトヲ要ス、

不法行為者カ侵害セントスル法益ト正當防衛行為ノ侵害スル法益トハ其ノ種類及重要ノ程度ニ如何ナル差異アリヤ否ヤヲ論セザルテ通説トナセルナリ、カレカ故ニ財產カ防衛スルニ必要ニ不法行為者カ殺傷スルニ可ナリ、又殺傷ナル財產ヲ防衛スル為ニ貴重ノ財産ヲ侵害スルニ...

可ナリト云フニト、ナル、然レニノ通則ニ依フトキニハ狂マレテテ
 一及ハレル結果ヲ求ムル以テ遂ク人ノ命ヲ聊カ救ヒテ復害セラレント
 スル法ニ対比シテ著シク小ナルトキニハ正當防衛トシテ認メスト云
 フ此ヲ認ムルニ至レリ。此ノ内閣ハ刑法ニ通ズル直覺ナル内閣ニシ
 テ今日ハ未ダ其ヲ賛成ラ得ラ居ラザル所ナリトス、
 等ニ、緊急避難行為

緊急状態ニ於テレ避避行為ニ本違法性ヲ有セザレナリ、第七百一十條
 第一項ハ即チ之ノ緊急避避行為ヲ規定セルモノナリ、ニレニヨレハ之ノ
 行為ノ範圍ハ甚ク狭シ即チ該避避行為タルニハ
 一、他人ノモノヨリ生ズル急迫ノ危険ヲ避クル為ニ止ムラ得スレバナシ
 タル行為タルニトシテ要ス、
 二、危難ノ生ズル物ニ対スル和害行為タルヲ要ス

例ハ他人ノニ依物ヲ損壞シテ自己又ハ第三者ヲ殺傷セントスル場合、
 他人ノ家屋ヨリ火ヲ生シテ燒失シテ將ニ焚燒セントスル場合、他人ノ動
 物ヲ自己又ハ第三者ヲ傷害セントスル場合其ノ危難ヲ避クニ止ムラ得

スレバ其ノ依物又ハ其ノ家屋ヲ損壞シ又ハ其ノ動物ヲ殺傷スルカ如キ類
 ナリ尤モ其ノ物ヨリ生ズル危難カ其所占者又ハ第三者ノ不法行為ニ基テ
 レ場合(第七一七條七(八)條参照)ニ於テハ右ノ如ク避避行為ハ即正當
 防衛トナルカ故ニ其ノ避避行為一内スル規定ハ其ノ不法行為トナフサル
 場合ノミニ限レズトスハサレ可カラス、オレオ故ニ先チ第一ニ他人
 ノ物以外ノ原因例ハハ飢饉ニセヌルメ止ムラ得スレテ他人ノ物ヲ奪フ
 者難ニ合レテ成ル人ニ僅ニ一人ノミヲ救フ本旨ヲ奪ヒテ他人ヲ排斥シテ
 一レヲ救ケル場合、オ、ル場合ニ於テハ急迫ノ難ヲサクル為ニ止ムラ得
 スレテ急スモノナレトモ氏法上緊急避避タル事能ハサル所ナリ、等ニ危
 難ノ原因タル物自体以外ノ法益、例ハハ危難原因タル以外ノ物又ハ人ニ
 対スル和害行為ト云フコトハスヘテ緊急避避タルコトヲ得ス、例ハハ東
 洋ヨリ火ヲ失シテ避避ノ為ニ西隣ノ庭ヲ焚ケル場合、如下該行為トハナラ
 ス、然ル數軒庭ヲ、起レルトキニ中因ニアル家屋ヲ焚ハ焚燒シテ焚イテ
 ハ吾家ニ及ハシトスル際ハ中因ノ家屋ヲ亦燒ケ余ノ家ニ対シテ危難ヲ如
 ハントスルノ状態ニ在レズノナリト認ムルコトヲ得ルマデコレヲ損壞

スルハ避難行為トナルモノナリ

刑法第三十七條一緊急避難行為ノ範圍ヲ危難ニ對スル法益ノ種類ヲ以テ限定スル旨危難ヨリ生ズル害トニシテ避クルカ爲ニ生ズル害トヲ比較シテ前者ヲ後者ノ程度ヲ超ヘサルコトヲ以テ限定セラルモノナリ、ハ人民ニ一八、九〇四系参照)、然民法ト其ノ範圍ニ於テ大イニ異ナレバ所ナレテノヲ注意セサル可カラズ、

第三、事務管理

他人ノ所有物ヲ占有シ若クハ管理シ其ノ他他人ノ事務ニ関與スルハ他人ノ権利ヲ侵害スルコト、ナルコト多シ、下級若シ其ノ行為ヲ事務管理ナルノ要件ヲ具備スル場合ニハ其ノ行為ノ違法性ノナクナルコトハ事務管理ノ所ナレバ認テナリ

第四、被害者ノ承諾

被害者ヲ予メ其ノ被害ニシテ承諾ノ意思ヲ表示セシ場合ニ於テ若シ其ノ意思表示ヲ法律上有效ナルトヤハ其ノ内面ニヨリ如前行為ハ或ハ既判行為トナリ或ハ少クトモ委任行為トナルモノナリ、コノ意ニ於テ既判行為トナリ或ハ少クトモ委任行為トナルモノナリ、

承諾ハ如前行為ノ違法性ヲ阻却スルモノト云ハル、然レ被害者ノ承諾者ノ承諾ハ如何ナル場合ニ於テ法律上有效ト認ム可キヤト云フコトハ別如ノ内面ナリ、財產上一對スル被害ノ承諾ハ多クハ有效ニシテ人爲的ニ對スル被害ノ承諾ハ多クハ無効ナリ、承諾ノ有效無効ハ要スルニ其ノ意思表示ノ内面カ公序良俗一及スルヤ否ヤニ依ルナリ、

第五、其ノ他法ノ趣ムレ行為
民法ニヨルト不文法ニヨルト向ハス有テ法ノ趣ムレ行為ハ違法性ヲ持タズ、其ノ裁判行爲タルト委任行為タルト區別セズ、例ハ八級行官ノ刑ノ執行行爲、民事裁判執行、甲人ノ裁判行爲、親権者ノ懲戒行爲、法ノ趣ムル義務一層スル行為等ノ如シ尚本利ノ侵害ト認テ得ハキ他人ノ利益ハノ干渉ト見て其ノ性質及程度カ甚ク輕微ニシテ且人英ノ公共共同生活上普通行ハル、モノニシテ被害者ニ於テ忍テ可キモノナリト認メテ、モノハ之レ即チ或ノ認服スル所ノ行為ナリト云ハサレ可カラズ、

第三款 不法行為ノ主觀的成立要件

(乙)、責任能力

責任能力ナキモノ、行為人不法行為トナラズ、責任無能力者ニテモ、
未成年者、心神喪失者ナリ、而シテ权利侵害者ヲ責任無能力者タルコトハ
权利侵害者種ヲ欲求自ラ立証セサル可カラス、被害者種ヲ原告ハ被害ノ文
利能力者タルニトシテ立証スルノ義務ナレ、

第一、未成年者

未成年者ハ法律行為ニワキテ其ノ智能ノ程度如何ヲ論セスレテ完全ナル
能力ヲ有セス、然レ不法行為ニワキテハ未成年者カ其ノ行為ノ責任ヲ承擔
スルニ足ル智能ヲ備スルヤ否ヤニヨリテ区別シテカ、レ智能ヲ備フル未成年
年者ハ責任能力ヲ有シ成年者ト同一ノ責任ヲ負担スルモノトナレ、及ヒ未
タカ、ル智能ヲ具備セサル者ハ責任能力ナクレテ絶対ニ無責任ナリトス、
七一ニ參ル

行為ノ責任ヲ承擔スルニ足ル智能トハ道徳上ノ責任ヲ云フニ非ス、法律
上ノ責任ヲ意味スルモノナリ、
法律上ノ責任ヲ承擔セラルコトヲ
必要トセス唯漢法法律上ノ責任ヲ認識スルニ足ル、又自己ノ行為ニワキハ

義務ニカ、ル身體智能ヲ有セルヲ必要トセス、唯肉體トナリタル权利侵害
行為ニワキテカ、ル智能アリヤナレヤヲ論ス可ナリ、

之ニ由リテカ、ル親レハ法定代理人ノ同意ヲ得テ法律行為ヲナスコトヲ得
ル未成年者ト云ヒ其ノ意思タル权利侵害行為ニワキテ責任ヲ有セサルコト
ナリト云ハサル可カラス、
民法第八百二十八条ニ於テハ七十才未満ハ絶対
ニ無責任者、七十才以上八十才未満ノモノハ裁量責任者、八十才以上ハ未成年
者ト云ヒ責任能力者ナリトナス、

第二、心神喪失者

心神喪失ノ間ニ不法行為ヲナラシムル者ハ其ノ責任能力者タルト云トテ向ハ
スズ心神喪失ノ常ニ在ルモノト一時のタルトテ同ハス又其ノ心神喪失者
前記タルト云トテ論セスレテスハテ責任能力ナキモノトナス、心神喪失者
ト云フハ权利侵害ノトキニ於テ其ノ行為ノ責任ヲ承擔ス得サル程度ノ精神
障害アルモノヲ云フナリ(七一ニ參ル)
ニノ原則ニ於テナ例外ナリ、
即チ心神喪失カ一時のノモノニシテ且行為者

ノ故意ハハ過失ニヨリテ出セルモノナルトナシハハ権利侵害者ニ責任カ有ル
モノナリ、心神喪失ノ常況ニ在ル者ニソキテハ其ノ原因カ行為者ノ故意過
失ニヨリアテ無責任ナリ(七一三條但書)

此等ニ向類トナルハ故意ハ過失ト云フハ権利侵害ニ対スルモノナルオ
心神喪失ニ対スルモノナルカト云フコトナリ、余ハ権利侵害其ノモノニソ
キテ故意過失ヲ要スルトノ義ナリト解ス故ニ例ハハ医者ノ治療ヲ行フ受
ル為ニ麻酔藥ヲ投ミテ心神喪失ニ陥リ其ノ由ニ必要行為ヲナスモ責任ナシ
ト、ナレナリ、

以上責任無能力者ヲ認ムルニ法上ノ由否ハ頗ル考究ノ価値ナリ、近來次
子ニ有カトナリ未レハ客観的責任論ヨリモフトキハ人ハ自己ニ原因スル
一切ノ損害ニアテテ責任ヲ負担スヘキモノナリ、假令自己ニ故意過失ナク
モ其モ自己ノ行為ニヨリテ他人ニ損害ヲ與ヘタルトナシハ之ヲ他人ノ又
トレテ見逃ス可キモノトスヘカラス寧ニ原因ヲ行爲ヲナシタル人ノ天災
ト見ルヘキモノナリ、司法上ノ議論トレテハ客観的責任論ノニヨリテ責任
ヲ所ス可キモノニ非クシテ主観的ノ状態ヲ考ヘワル可キナリ、下説以上

ノ議論トレテハ客観的責任ノ主義ヲ採ルハ正當ナリトノ説ヲ辨テ占ムルニ
及ヘリ、乍ら民法ハ諸国民法ト共ニ原則トレテハ主観的責任ノ主義ヲ採
用シ人ハ其ノ意思状態ニ基クテ所ノ損害ニ対シテノミ損害ノ責任ニ在リ其意思
状態ニヨラサル被害人被害者ノオノ天災ナリトナス、然レテナラ、ニノ原
則ニヨレハ在々ニシテ甚々不公平ナル結果ヲ生スルナリ然テ固ク外ノ立法例
例ハハ民法ノ六八ニ九条ノスイス債務法ノ(五四條)并ニ於テハ相当者向
ノ全額ノ状況ヲ考慮シテ公平上ノ要求アルトナシ無能力者ニ一定ノ範圍内
ニ於ケル賠償責任ヲ負担セシメ居ルナリ

ハ) 故意ハハ過失

他人ノ私利ヲ侵害スル行為ト爲テ其ノ行為カ行為者ノ天災ニ於ケル過失
即チ故意ハハ過失ニ依ラサルトキハ不該行為トハナラス、コレ民法ノ明
文上擬ナキ所ナリ、之ヲ過失責任ノ主義ト云フ然ルニ諸國ニ於テ或ル者ノ
行為ニヨリテ他人カ損害ヲ受ケシ場合ニハ其ノ行為者ニ故意過失マナシ
時ト爲テ其ノ損害ハ之ヲ受ケタル者ノ天災トハ認メスシテ原因タル行為ヲ
ナンタルモノハ賠償ノ責任ヲ負担セサル可カラストナスノ觀念ハ固ク一貫

セシモノナリ、其本法ニ於テハ原則トシテハ故意過失ナルコトヲ要件トセ
 レ所ナレトモ又故意過失ノナキ場合ニモ賠償責任ヲ課スル例外ノ場合ヲ認
 メタリ、而テ其ノ例外ハ次第ニ増加セリ其ノ最モ近ナルモノハ一八六八年
 ニ在リクニ *Ryburn v. Fletcher* 事件ナリ、危険ナル土地ニ作物ノ占有
 者ヲレ被セハ何等ノ過失ナカリレニ拘ラスニ作物ノ瑕疵ニヨリテ他人ニ及
 木セル損害ヲ賠償スルノ責アリトセシレタリ、カ、レニ蓋ハ之ヲ無過失責
 任主義ト然スルナリ、

英米ニ於テハ漸次ニノ主義ヲ尊重シテ民事上ノ責任ニツキテハ責任者ノ
 主観状態ヲ漸次顧ミサルニト、ナリ遂ニ心神致失者ト云モ然ル場合ニ於テ
 ハ不法行為上ノ責任ヲ負担スル旨ノ裁判例ヲ生スルニ至レリ、故及今ニ於
 テモ亦風ニ此ノ主義ノ思想が達シテ今日其ノ民法ニハ大イニ此ノ主義ヲ如
 味セシモノナリ、然レモ然若クモ無過失責任主義ヲ採用シテ人ハ故意モ過失モナ
 キ自モノ行爲ニヨリテ生セル結果ニツキテ責任ヲ負担セサル可カラサルニ
 ノトセハ極ンテテ過酷ヲナスニト能ハサルニ至リ日華ノ動議ハ亦ニ戦々
 驚タルナリ、カ、ルニトハ社会ノ活動力ヲ害シ國家経済上ノ不展ヲ妨グル

モノト云ハサル可カラス、寧ロ各人ハ相当ノ注意ヲ用ヒサハスレハ如何ナ
 ルコトモ為シ得ヘシトスルコトヲ至当ナリトス、故ニ我民法ニテ原則トシテ
 ハ過失責任ノ主義ヲ採リ居ルナリ

故意トハ不法行為ノ故意的成テ要件ノ一ナル故に故意ニ対スル過失
 認識ト行ハノ故意ヨリナレハ必然的ナリ、換言スレハ自己ノ行為モ他人ノ
 権利ヲ侵害スルモノナルニト知リテ、其ノ行為ヲ行セシトスル所ノ意
 思ヲ云フ、他ノ過失的成テ要件ハ不法行為ノ一即損害亦止因内縁及行爲
 ノ違法性ニ対スル觀念ノ欠缺ハ故意ノ成テ妨ケサルモノナリ、又故意ハ
 権利侵害ニ対スル認識ヲ以テ足ル其ノ権利侵害ヲ希望スルニトテ必要トセ
 ス、権利侵害ヲ認識ノミナラス之ヲ希望スル場合ニハ英米法ニテハ特ニ
malice トナレハ故意(專ニ他人ヲ害セント欲スル場合ニハ之ヲ純粋派
 意ト云フ) *(Pure malice)*

過失ト云フハ故意ノ欠缺即チ不注意意ヲ云フモノニシテ権利侵害ノ原因
 タル行為ヲ不注意ニ基クニトテ意味スレモノナリ、カ、ルカ故ニ過失ニテ故
 知侵害其ノモノニ對スルノミニシテ損害亦生シハ内縁ナキモノナリ

又過失ハ故意ノ欠缺トスル消極的故意ニ對スルモノニシテ其ノ行為者ノ積極的故意ナレサルハ故意ニ對シテ過失ハ了レ得ルモノナリト解セサル可カラス、如斯解セサレハ故意ト云フトノ外ニ一責任能力ヲ以テ故意ノ成立要件トナスノ理ヲ解スルコト能ハサルナリ、不法意ト云フハ抽象的ノ不法意ナルヲ或ハ具體的ノ不法意ナレカ辨認セハ通常人オ其ノ場合持テ得ヘキ注意ヲ欠クコトヲ云フナリ、或ハ曰ク民法ニ於テ自身オ日帯用ユル程度ノ注意ヲ欠クコトヲ云フナリ、或ハ曰ク民法ニ於テハ東洋行爲ノ成立スルコトハ行為者ノ故意過失ヲ要件トシテ三總的責任ノ主義ヲ採用セルコトニ徴スルハ過失ニ至る總的標準ニヨル可キモノニシテ其ノ行為者オ自ら日帯用フル程度ノ注意ヲ欠クコトヲ意味スルモノナリ、何故ナレハ自己日帯ノ注意ヲ標準トナラスレバ他人ノオスル注意ヲ以テ標準トセサル可カラサレトキハ何人モ容シテ完全ノ活動ヲナスコト不可能ナリト論スルモノアルナリ然レトモ若シコノ說ニ依ヒテ各人カ各人ノ日帯用フル注意ノ程度ヲ以テ標準トセハ先第一ニ注意標準モノハ扱フコト不法意ナレモノハ益ヲナスコト、ナレナリ、第二ニ裁判上ハ行為者ノ平常ノ注意

ノ程度ヲ以テ標準トスルコトハ容シト不可能ナレ、第三ニ不法行為ノ成立ニマキテ絶対的ノ客觀責任主義ヲ採用セハ各人ノ活動ヲ考慮スルコトハ存スルモ知レサレバ軍ニ普通人オ用フル程度ノ注意ヲ用フ可トナシタルノミニチハ右ノ如ク斷言フ可スルハ廣ナレ從テ民法モロク民法其ノ他諸國民法ト同様過失ト云フハ抽象的過失ナリ即抽象的注意ノ欠缺ナリトセリナリ、詳言セハ普通人オ其ノ場合ニ於テ何ノ程度ノ欠缺ヲ意味スルモノナリ、先ニ平常管理ニマシテハタル如ク社会ノ平均人物ナルモノノ如ク注意ヲ標準トナスナリ、而シテ民法ニ於テハ唯極メテ稀ナル例外ノ場合ニ於テ具體的ノ注意ノ欠缺ヲ意味スルコトナリ、即第六百三十九條ノ場合ナリ

「プロシヤ」ノ普通過失及英米ノ學說ニ於テハ過失ト云フモノヲ余テ三條トナス、第一ナル過失、普通ノ過失、輕少ナル過失是ナリ、普通ノ過失ハ英國ノ *Common Law Ordinary negligence* ハ普通人用フル注意ヲ欠クコトヲ云フ、(一) 普通注意 (二) 輕少ナル過失即チ *Slight negligence* ハ特別注意標準中人ヲ用フ可キ注意ヲ欠クコトヲ

云フ、重大ナル過失トハ *Grav Negligence* コトテ過失ノ不故意ナル
 ハノナリ可キ人ノ不注意即 *Slight Care* フテナリ、ルコトヲ云フナリ、
 此此過失及注意ヲニ後ニ介テレコトノ当否ニツテハ彼ノ國ニ於テ大
 イニ議論存ス、鬼テ自民法上ニ於テハ不行為ノ原則トシテハ前述ノ意
 味ニ於ケル極少ノ過失(極過失)ノミニテハ不行為トハナラス、法律ハ
 人ニ責ムルニ極細ナル注意ヲ要求セス又重大過失ノ存スル場合ニ限ツテ不
 行為ノ成立ヲ認ムルモ非ス、法律ハ普通注意ヲ念ルモノヲ看過セ
 ス、即民法一アハ普通ノ注意ヲ以テ原則トナレ法律上極少ナル極少過失
 ニツキテモ過責任ヲ問ハントスル場合ナキナリ、唯此等者ヲ特約ヲ以テ極
 少過失ニツキテモ責任アルコトヲ定メタルトキハ其ノ特約ニ従フ、不
 重大過失ノミニツキテモ責任ヲ問ヒテ普通ノ過失ニツキテハ責任ヲ問ハサル
 場合アリ、コノ場合ニハ特ニ明文ヲ設ケテ之ヲ明カニセルモノナリ、例ハ
 八民法第百九十八條、明治三十二民法第百四十号ノ舊民法第百四十條刑罰十二
 條、不動産登記法、十三條、公証人法七條等ナリ、
 明治二十一年法律第四十号ハ「民法第百九十八條ノ規定ハ失火ノ場合ニハ之

ヲ適用セス但失火者一重大ナル過失アル場合ハコノ限りニ非スレト規定ス
 柳々コノ規定ノ設ケラレタル所以ヲ案スルハ百刑法ノ附則第五十九條ノ刑
 文ニ犯罪ニヨリテ積習ヲ受ケタルモノハ其ノ積習積積ヲ犯人ニ於テテ
 スレニトテ得、不故意失火ノ場合ハニノ限ニ非スナレ居タリヤ、然ルニ
 ノ旧刑法前則ノ規定ハ現行民法第六十一條ヲ以テ廢止セラレタリコノ積習
 民法上ニ於テハ失火者ハ民法第七百九十八條ニヨリテ他人ニ如ヘ
 タレ積習ニツキテ責任ヲ負セザレ可マラスト云フコト、ナリタリ、然ル
 ニ失火ノ積習タル積習タリヤ在クニレテ重大ナルモノナルニ故ニ若し如斯不
 行為ノ一般規定ニヨルトキハ積習失火ヲナストキハ積習ト云フ積習ヲナ
 スニ至ルヤクノ如キハ人ノ社会的活動ヲ阻害スルニト少ナントセス、既ニ
 民法施行前ニ於テハ刑法前則ニ於テ失火ノ民事上ノ無責任ナルモノナリト
 規定セルニ拘ラス民法施行法ニコレヲ改テク廢止セルハ不當ナリトナレ既
 民法施行後ニ於テハ特別法ヲ作りタルナリ、不故意失火ニ於テハ考ヘ
 置ルトキハハニノ民法ハ民法ニ於テハ積習タルノ積習ナリ、蓋シ積習ニ自
 ノ結果カ如何ニ重大ナルヘルトモ積習ニ自ニ不行為ニヨリタル積習ニ

対してハ有起者其ノ責任ヲ必レニトテ得テハ理ノ出カナリ、火災ノ場合ニ依リテ有起者ノ責任ヲ輕減スルノ理ナレ、又タトヘカ、レ軍行法ナレトスルモ其責提出者ノ有スルカ否ヲ履テレモ、ニ非ス、何故ナレハ假令自認ヨリ起レシ火災ナリトモ若シ自巳ノ僥倖ノ過失ヨリ起レモノナルトモニハ必スレテ自巳ノ責任ヲ負担スルヲ要セズ其ノ僥倖ノ過失監督上自巳ノ責任アリトトハ氏其第百十五條ニ規定スル所ナリ、

ニノ軍行法ハ唯氏其第百九條ニ對スル例外規定ナリ、尤モ後述スルカ如ク第百十五條ノ場合ハ一ノ例ナリトスルカ後述ナレ可レ

然レ火災ニヨリ起ル僥倖ノ不履行ナレ場合ニハ適用ナキモノナリト解セサル可カラス、故ニ例ハ人違ハレ僥倖ノ責任人カ火災レテ其ノ建物ヲ燒失セル場合ニ於テハ僥倖人ノ普通ノ過失アル以上ハ賠償責任アルモノト云ハサル可カラス、然レニ火災警察人明治三十八年ニ於テコノ軍行法ノ文字ハ第七百九條ノミニ對スレ例外ナレ氏其ノ精神ハ又ソ火災者ノ責任ヲ一級ニ輕減スルコトニ存スルヲ以テ僥倖人ノ火災ニヨリ起ル燒失ニ對スレ責任ニ關シテハ軍用ス可キモノナリト判決セリ、余恐爾後四十五年ニ至リ其ノ判例

ヲ改メテ其ノ軍行法ハ不法行為ノミニ限スレモノナルコトヲ判決スルニ及ハリ

臣若、辨護者、其他一定ノ業務ニ従事スル者ノ業務上ノ行為ニ於テハソレソレ其ノ業務ノ業務ニ依テ行ハル者ノ普通ノ過失ノ程度ノ注意ヲセザルトナハ即第百九條ニ於テ所ノ過失トナルモノナリ、按テ此ノ場合ニハ普通ノ人即業人ト用ケル所ノ程度ノ注意ヲ以テハ足レリトセザルナリ、ハコト解法上其論ナキ所ナリ、故テ又ハ過失ハ原則トシテ被害者即原告人其被害又ハ過失ノナカリシ事ヲ立証スルニ非スハ證據ノ責任ニ負ル、ト能ハサルナリ、例ハハ第百十四條、第百十五條、第百十七條、第百十八條ト如シ、

改定過失ヲ以テ水利優待以外ノ一要件ナリト認ムルコトノ限シテ其當ナリヤ否ハ其細ニ考慮スレテ起ス、ニノ問題ハ不法行為成立ノ為メ水利優待トハ何ソヤ「裁判トハ何ソヤ」ト云フコトヲ先決問題トナス或ハ水利優待ノ有無ハ必ス改定過失ニヨリトテ起ス或ハ水利優待ノ外ニ成立ノ限ニ要件トシテ改定過失ヲ起ケルコトハ必要ナラナルノミナラス誤ナレ如ク

見ユルナリ、不誠此意ニスフ権利侵害ナレコノ権利ハ主ニ対スル義務者ノ
 心的状態ヲ其ノ内容トナスモノニハ非ス、尤モ極メテ嚴格ニ論スルトキニ
 ハ権利ノ侵害ニヨリ又ハ被害者ノ性質ニヨリテ又ハ加害ノ際ニ於ケル状況
 并ニ床リテ被害者ニ故意ヲレ場合ニ限リ又ハ故意若クハ重大ナル過失ヲ
 加害ニ限リテ責任ノ成立スルコトアルモノニシテ即チカ、レ場合ニハ其ノ
 権利ハ故意ノキニヨリテ侵害セシレテ過失ニヨリテハ侵害トナラサル科
 ナリ又ハ其ノ権利ハ故意若クハ重大過失ニヨリテ侵害マラル、モノニシテ
 者且ノ過失ニヨリテハ侵害トハナラザルモノナリ、所以此権利ハ義務者ノ
 心的状態ニ内レテ他ノ権利ニ比シテ效力弱チ権利ナリト認ムルコトヲ得レ
 ナリ換言セハコノ原理ニヨルトキハ一ツノ権利ニ対スレ義務者ノ心的状態
 主ニコトヲ以テ其ノ権利ノ内容ノ一ツナリトナスナリ、如斯ク一範圍ス
 レトキハハ権利侵害ナル概念中ニハ義務者所加害者ノ心的状態ハコレヲ包
 含シ得ルモノトナサ、ル可カラス、乍ラ彼コハ唯一種ノ見解ニ過キスレテ
 民法ノ如クニ権利侵害ト相並ヒテ故意過失ト云フコトヲ指テタル法例ニ於
 テハ其ノ所謂権利中ニハ義務者ノ心的状態ヲ含マサルモノト解マサル可キ

ラス侵害スレハ所謂権利侵害ノ権利ハ法ノ保護スレ可キ状態ヲ指スニ過キ
 サルナリ、例ハハ法カ法外ヲ保護スレハ生命即ち権利ナリ法カ名譽ヲ保護セ
 ハ名譽即ち権利ナリト解セサレ可キナリ、

第二節 特殊不法行為ノ成立

第一款 無能力者ノ加害行為ニ対スル監督義務者
ノ責任

無能力者カ時ニ者ニ対シテ加害行為ヲナセル場合ニ其ノ不法行為トナラ
 サルコトアルハ先ニ説明セシカ如シ、如此無能力者ニ責任ナキ場合ニ於テ
 ハ被害者ハ何人ニ對シテモ損害賠償ノ請求ヲナスコトヲ得サル事ト云フニ
 時トシテハコノ無能力者以外ニ責任ヲ負担スル者アリ即チ民法ノ監督義務者
 及契約上ノ監督義務者之ナリ、

第一、決定監督義務者

未成年者又は心神喪失者又は被害行爲を以て責任を負担せしむる場合
 一 孤獨して若し其ノ者ニ決定ノ監督義務者アルトキニハ其ノ義務者一若し檢
 査賠償ノ義務ヲ負担スルナリ（七一四條一項）決定ノ監督義務者トハ決定ノ
 規定ニ依リテ未成年者又は心神喪失者ヲ監督スルノ義務ヲ負つてノレテ
 未成年者ニツキテハ親権者ハニレテ監護スルノ義務アリ（八七九條）而シテ
 ア監護ノ中ニハ監督ヲ含ムルナリ又親権者無キトキハ被見人カ監督義務者
 ナリ（九一一條）感化院又ハ矯正院ノ在在者ニツキテハ其ノ院ノ管理若
 シ監督義務者ナリ、ニハ感化院ニテハ養育院ノ旁ニテ是等十一條ナリ
 又之ニ救育所ナリ、一ニニ在ル孤獨一ツキテハ其ノ救育所所長カ監督義務
 者ナリ（明治三十二年法律五十一号、同年勅令百四十一号）
 又孤獨ナリト云フ檢見、送見、其他父母カ親権ヲ行使シ難キ状態ニアル者
 成年者ニシテ救育所ニアルモノニツキテハ天張リ其ノ所長カ監督義務者ナ
 リ、

前記法律ノ第三條第四條及同年四月號勅令第十一号、

心神喪失ニツキテハ精神病者監督決定ヲ以テモ、ニヨリ監督義務者トシテハ
 即チ第一級見入、療養院者、第三級親権者、第四号主、四親等内ハ親族中ヨ
 リ親族外ノ選任シタルモノナリ、

之等カ此ノ地位ニヨリ監督義務者トナル（精神病者監護法第一條）、決
 定監督義務者ト既モ右ノ場合ニ絶対ニ賠償義務ヲ負担スルニハ非ス此ノ義
 務ノ下ルハ無能力者ノ被害行爲カ監督義務者、監督義務者ニ起因スル場
 合ニ限ルナリ、カレバ故ニ監督義務者ノ責任ハ無能力者ノ行爲ニ対スル責
 任ニ非スシテ又強ク監督義務者自身ノ行爲ニ対スル責任ナリ、其ノ責任
 アル場合ニハ監督義務者自身ヲ不法行爲者ナリト認メサル可カラズ、市民
 法八條四十四條ニ規定セル法人ノ場合ヲ除クノ外ハ他人ノ不法行爲ニ対ス
 ル責任ヲ認メサルナリ、乍然無能力者ニ責任ナキ場合ニ於テハ一先ツ監督
 義務者ハ其ノ監督義務ヲ怠リタルモノナリト推定セラル、ナリ、故ニ監督
 義務者ニシテ監督義務ノ怠慢ナカリシニトテ主張シテ其ノ免レント欲セハ
 自ら其ノ事實ヲ証明セサル可カラズ、而シテ民法八條ノ責任ヲ監督義務者
 ニ負担セシメ以テ被害者ヲ保護セルナリ（七一四條一項但書）此但書中ニ

八條七十五條一項但者ノ如ク相当ノ注意印相当ノ監督ヲナスモ損害カ止
 ス可カリシ時ニハ賠償ノ責任ナレドモ文字ハ存セザレナリ、
 七百十四條ノ規定ハ監督義務者自身ノ不法行為ノ規定タル以上ハ監督義務
 ノ怠慢ト損害發生トノ間ニハ因果關係ナレドモ存在セサル可カラズ、
 監督義務ノ怠慢ヲ了リトスルハ然レドモ損害ノ發生スハカリシ時ニハ監督義務
 者ニ責任無キモノトスル可ラス、
 然レモ因果關係ノ存在セザリレ
 ントハ矢張り監督義務者ニ於テ立証ノ責任アルモノト解セサル可カラス、
 條ニ、契約上ノ監督義務者

法定監督義務者ハ往々自ら監督ヲナサシメテ契約ニヨリテ其ノ監督ヲ他
 人ニ委託スルモノナリ、例ハ未成年者ヲ學校ノ寄宿舎ニ委託スルモノト、
 前述ノ感化院矯正院ニ委託スルモノト心神喪失者ヲ精神病院ニ收養スルカ如
 キモノナリ、而シテ此場合ニ於テハ監督力者カ其ノ監督行為ニ對シテ責任
 フ負担セザレトモハ此ノ契約上ノ監督義務者カ前述ノ法定監督義務者ノ
 場合ト全ク同一ノ責任ヲ負スルモノナリヘキ一四條ノ規定則チテハ賠償
 債ノ責任ニ在リ唯其ノ監督義務者カ怠ラザレトモ又ハ義務怠慢ト損害トノ間

一八四條關係ナキモノトテ立証レ得ル場合ニ限リテ責任ヲ免レ、モノナリ、
 法定監督者ト契約上ノ監督義務者ト並存スレ場合、其ノ兩者カ共ニ前記
 ノ免責立証ヲナレタル時ニハ兩者共ニ責任ナレ又一方ノミカ免責立証ヲ為
 シ得ルトモハ他ノ一方ノミカ賠償責任ヲ負担ス、而シテ何方何レモ免責
 立証ヲナレ得ザレ場合ニハ兩者共ニ責任アルナリ、
 如斯兩者共ニ責任ナラ
 ン場合ニ於テ此ノ兩者ノ被害者ニ對スル因果關係ノ關係ニツキテハ學說
 尠ナリ、
 通説ハ此ノ場合ノ賠償債務ハ一種特別ノ共同債務ニシテ或ハ二
 トテ全部債務トカズハ不完全ノ共同債務トシテ之ナリ、
 夫レテ此ハ連帶債務
 ナラストナスガ通則ナル可レ、然レトモ全額ノ債權ノ所ニヨリテハ後一詳説
 スルカ如ク共同不法行為ノ一債ニシテ第七百十九條ニヨリテ連帶債務トナ
 ルモノナリト信スル所ナリ、

或立法例ニ於テハ無能力者ニ責任ノ存スル場合ニ於テモ内監督義務者ニ
 テ賠償責任ヲ負担セシメテ之ノ下ナリ、例ハ八次四次ノ賠償法ノ第
 二百七十一條ヲ如シ、
 又被害者カ監督義務者ヨリ損害賠償ヲ受クルコトノ
 不可能ナル場合ニハ一定ノ條件ノモトニ無能力者ニ對シテ賠償ヲ請求スル

コトヲ得セシメテ用ルマデナリ、例ハ八條民ハ二九條ノ条シテ然此等ノ規定ハ條ヲ依テ決ノ條用セザル所ナリ、

二八〇

第二條

使用者ノ加害行為ニ對スル使用者ノ責任

甲ナルモノアリテ或ル事業ノ爲ニ用スルトキニハ甲ヲ使用者、乙ヲ被用者ト云フ、其ノ事業ノ進歩業肉規定ノ大小ヲ論セズ、又其ノ使用カ有價ナルト無價ナルト無價ナルト一時的使用ナルト永久使用ナルト、或民法第七百十五條ニハ事業ナル文字ヲ用ヒタリ、コレ用語トシテ不始出ニシテ一切ノ事項又ハ事務ヲ含ム、後ニ商店ニ使役セル巫頭、小僧、工場ノ職工、候婢等ハ皆被用者ニテ在リ、工場主、主ハ人即使用者ナリ、又一時或ニ使役ヲ他人ニ託スル場合ニモ亦ノ關係ヲ生スルコトアルナリ、故ニ使用者、被用者ノ關係ヲ生スル法律上ノ原因ハ雇傭契約、委任契約、準委任契約等々ナリ、要スルニ或ル事業ノ爲ニ他人ヲ指揮監督シテ使役スル

所ノ地位ニアルモノヲ使用者ト云ヒコレヲ指揮監督ヲ受ケテ其ノ事項ニ従事スルモノヲ被用者ト云フナリ、或テ此文書ト請買人トノ間ニハ被用者被用者ノ關係ナレ、蓋シ請買人ハ彼女シテ此文ノ仕事ヲ受給スヘキモノニシテ此文者ノ使役スルモノナラサレバ以テナリ、被用者カ第三者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ一級ノ原則ニ依ヒテ損害賠償ノ責任ス可キ人論ナリナレトモ其ノ使用有テ本右ノ如き行為ニシテ責任ヲ受給ス可キトアルナリ(七一五條)其ノ要件ハ左ノ如シ、第一、被用者カ其ノ事業ノ執行ニシテ第三者ニ損害ヲ加ヘタルトキ、其ノ事業トハ使用者カ被用者ヲ使ヘル事業ヲ指スナリ、其ノ事業ノ執行ニシテ人如何ナル無價ナルカニシテ被用者ノ責任アリ、余ハ民法第四十四條中ニ云フ所ノ其ノ職務ヲ行フニ就キト云フモノト同義義ナリト信スルナリ、或曰民法ノ財産編ノ第八百七十三條ニハ職務ヲ行フ者又ハ此ヲ行フニ際シテ八條民法第八百三十一條ニハ事業ノ執行ニ於テトアリ、民法第八百三十八條ニハ其ノ使用セラレ、職務ニ於テトアリ、其民法ニ於テハ其ノ判決例中ニ事業ノ範圍内ニ於テ或ハ事業中ニ於テトアリ、其ノ又云ハ

二八一

職此大イニ業ルカ其ノ趣旨ハ何レモ同一ニ解致スヘキモノナレド、コレ
ニツキテ注意スヘキ点ハ

(1) 使用者方自己ノ職務執行ノ為ニスル意思ヲ以テ行ヒタル所ノ打趣ハ必
ズシテ等ニ職務執行ニツキテ為シタル所ニツキテ得サルヘシ

(2) 業務上即チ其ノ事業上為サ、レ可カラサル所ノ職務執行ニツキテ為シ
タル行為ト云フコトヲ得スト云フモ亦誤ナリ、

(3) 職務執行ニツキテ為シタル行為ハ必ズシテ職務執行ニツキテ為シタル
行為トハナラサルナリ、

(4) 職務執行ニツキテ為シタル行為ハ過失ニヨルモノニ限ル所ニ限リテ故意ニヨル
モノヲ包含セストナスモ亦誤ナリナリ、企業ノ信スレ所ニヨレハ若クモ其ノ
事業即チ職務ニ相当與依テル範圍内ノ行為ハ總テ之ヲ其ノ事業ニツキテ為シ
タル行為ト解スルナリ、

使用者ノ為シタル加害行為ハ其レ自身即チ使用者ノ不法行為ナル場合即
チ使用者ノ不法行為トナレニ必要ナレ一切ノ要件ヲ具備セル場合ニ限リテ
本條ノ適用アルモノナルカ又ハ若クモ其ノ要件ヲ具備セル以上ハ若クモ本條ノ適用アル
タル行為ト解スルナリ、

ルナリト云フコトニツキテハ多少ノ議論アリ然レモ本條ノ文字ニ於テハ
或ク等ニ若クモ在ハタル被害トアリ、ノミナラス本條モ亦他人ノ不法行為ニ
對スル責任ノ規定スレモノニハ非スシテ使用者即チ主人自負ノ不法行為ニ
對スル規定ナレカ故ニ若クモ使用者ハ主人ノ行為ト被害トノ間ニ因果關係
ノ存スル以上ハ使用者ノ不法行為ノ存在スレバ或ヤニツキテハ之ヲ明白ニ
スト解スレトスレナリ、

第一、使用者カ被用者ノ送任及監督ニツキテ相当ノ注意ヲ欠キタルコト及
其ノ注意欠點カ損害發生ノ原因アルトキ、
使用者ノ責任ハ前述ノ如ク他人ノ行為ニ對スル責任ニ非スレテ自己ノ不
法行為ニ對スル責任ナリ即チ被用者ノ送任又ハ事業ノ監督ニツキテ相当ノ注
意ヲ怠リ依テ以テ被用者ハ第一者ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ主人ノ責任
ハ此スルモノナリ、然レテ第一要件即チ被用者カ事業ノ執行ニ
ツキテ第一者ニ損害ヲ加ヘタルコトカ明白トナリタル以上ハ第一者ニ損害
件ハ法律上当然コレヲ推定スルナリ、若シ使用者即チ人ニ於テ第一者ノ要件
ノ具備セサルコトヲ主張シテ其ノ責任ヲ免レント致セハ自ラ此ノ要件欠點

ノ事業ヲ立証セサル可カラス(七一五條一項但書)

使用者ニ代リテ事業ヲ監督スル者或ハ店主ニ代リテ小僧ヲ監督スル巫覡
或ハ工場ニ於ケル職工長ノ如キモノアルトモハ其監督者ハ被用人ノ監督
行爲ニ對シテ主人即使用者ト同一ノ賠償責任ヲ有スルナリ、即ち實ノ監督
ニ就キテ相当ノ注意ヲ爲シタルコト又ハ相当ノ注意ヲナスル其ノ損害力生
ス可カリシモノナルニトテ説明スルニ非サレハ賠償ノ責ヲ免レレトハ不
可能ナリ、又其ノ監督者ニシテ使用者ヲ選任スルノ不慮ヲ有スル場合ニ於
テハ其ノ選任ニツキテモ不相当ノ注意ヲナシタルコトヲ証明セサル可カラ
ス(七一五條一項)

賠償力者ノ場合ニ於テハ監督義務者カ損害ノ賠償ヲ爲シタルトモニハ無
能力者自身ニ對シテハ求償取ルナキモノナリ、又之被用人ノ場合ニ於テハ
使用者即主人又ハ監督義務者カ賠償ヲナセルトモハ被用人者ニ對シテ求償
取ル有スルコトアルナリ(七一五條三項)、此ノ場合ニ於テモ被害者ニ對
シテハ使用者ト監督義務者及時トシテハ被用人者トカ何レモ賠償責任ヲ負担
スルコトアリ、右斯ク場合ニ於テハ賠償力者ノ場合ト同様ニ之其ノ共同不

法行爲トナルモノナリト余ハ解致スルナリ

法人ノ不執行起ニ関スル責任ハツキ之ヲ説カントス、法人ハ其ノ賦因タ
レト社因タレト会社タルト公法法人タルト区別セズレテ余ノ信スル所ニ
コレハ自ら行爲ヲ爲スノ能力ナレ故ニ法人自身多クハ不執行起ノ能力ナレ、
然レ他人ノ不執行起即其ノ被用人者ノ如キ行爲ニ對シテハ責任ヲ負担スルニ
トアルナリ、蓋シ若シ法人ニ關シテ前條ノ規定ナレトモ法人ノ責任ニ關
シテモ唯第七百十五條ノ適用アルノミナリ、而シテコレノ適用ニツキテニ條
ノ解説ヲ下サレ、即チ

第一、同條(七一五條)ニヨレハ法人ハ常に責任ナシト論スル説、何故
ナレハ法人ハ意思能力ヲ有セサルヲ故ニ過失トスフカ否キ心的状態アル
甲ヲ要セス故ニ常に本條ノ但書ノ適用ヲ受クルナリ、
第二、法人ハ第七百十五條ニヨリテ常に責任ヲ負フコト、ナルト解スレ
被ナリ、

何故ナレハ過失トハ注意欠缺トスフ消極的平定ナリ、決シテ意思ノ積極
的動機ニ非サレバ故ニ法人ハ常に過失アリトスフコト、ナルヲ以テナリト

ナス、

如斯ク法人ニ帯ニ責任アリトナシ又ハ帯ニ責任ナレトナスハ甚タ不徳当
ニテ法人側ニ類悉セサルモノナルカ故ニ代氏法人第四十中条ニ於テ法人
ニツキテ特別ノ規定ヲ設ケテ、即決人ハ理事其ノ他ノ構成的機関ノ職務
上ノ加害行為ニツキテハ帯ニ賠償ノ責任スルモノナリトシタルナリ、同
条ニハ理事其ノ他ノ代理人ナル文字ヲ使用ス、然ル故ニ一オニ於テ法人ノ一
切ノ代理人ノ加害行為ニツキテ法人ニ責任アルカ如ク見ユルモノトハ然ラス
テテ前述ノ如ク理事其ノ他ノ構成的機関ニノミ限ル行為ナリ、又他方ニ於テ
代理人トアルカ或ニ法律行為ヲナス場合ニ於ケル加害行為ニ限ルカモモ見
ユルナリ、然レ之ハ又余リニ然キニ失ス法人ノ事業ニ属スル一切ノ職務上
ノ加害行為ヲ包含スルモノト解セサル可カラス、而レテ法人ノ構成的機関
以外ノ被用者ノ職務上ノ加害行為ニツキテハ即條七百十五條ノ適用アルマ
ノアリ、即ち若シ下級被用者カ職務上ニ於テ加害行為ヲ為スル場合
ニハ原則トシテハ七百十五條ニ依リテ法人ノ理事其ノ他ノ構成的機関ノ
不法行為トナリ其ノ結果四十四條ニ依リテ法人ニ賠償責任ヲ生スルナリ、

ニ入六

唯此ノ構成的機関ニ於テ免責主張ヲナレ得ル場合ニ於テハ責任ナキモノト
ナレモノナリ

第三款 諸員人ノ加害行為ニ対スレ注文者ノ 責任

諸員人ハ注文者ノ指揮監督ヲ受ケテ此ノ仕事ニ従事スルモノナラサルヲ
以テ注文者ノ被用者ニハ非ス、故ニ諸員人カ其ノ仕事ノ執行ニツキテ第三
者ニ損害ヲ加フレトシ注文者ハ七百十五條ニ依リテ責任ヲ負担スルノ道理
ナキナリ、然レモ注文者ノ内務其物ニ於テ又ハ仕事ノ進行中ニ於ケルモ
注文者ノ指図ニ於テ注文者ニ過失アリテ起ル右ノ損害ヲ生シタル場合ニ於テ
ハ注文者ハ之ヲ賠償スルノ責任スルモノナリ(七一六条)、此ノ注文者
ハ第一過失トアルモノトシテ即ち義ニ於ケル過失アリ故意ヲ含ムモノナリ、
故意又ハ過失ニヨリテ他人ノ本利ヲ侵害セルモノカ損害賠償ノ責任ス
ルハ七百九条ニヨリテ当然ノ事トナルカ故ニ七百十六條ノ規定ハ其ノ必要
ニ入

ナキヲモク現ニルモノナリ、又カク論スレ學者少ナレトモ、不備ハ不
可ナリ、此ノ規定ハ不法行為ノ一般原則ニ由ルル例外規定ヲナスモノナリ、
即チ(第一)ニ譲渡人ノ行為ハ中間ニハサマリタル場合ニ於テ是ノ法律ノ行
動ト推定トシテハ相當因果關係保存スレトク果メハ(第二)ニ法律ノ行
動便害ニ於テハ故意過失ナクテモ注文又ハ原因ニヨリテ故意過失存レハ可
ナルコトヲ想定ス、且前条ニ於テ譲渡人ハ譲渡者ニハアラスレテ前条ノ
適用ナキコトヲ明カニセルモノナリ、

二八八

第四款

土地ノニ作物又ハ竹木ヨリ生セル檢査
ニ對スル責任

建物、橋樑、輪船、電柱、溝渠其他土地ノ耕作物ニ於テ其ノ設置上又ハ
保存上ニ瑕疵アリテ之カ故ニ他人ニ損害ヲ生セルトシテハ其ノニ作物ノ占
有者ハ被害者ニ對シテ賠償ノ責ニ任スルナリ、
(第一) 其ノ占有者トシテハ地上权、永年耕作、賃借权、使用借权、其他

瑕疵ノ原因ニテ占有スルモノタルト不法ニ占有スルモノタルト區別セズ、
又其ノ占有者ニツテハ其ノ意思ノ善悪タルト向ハス一切ノ占有者ヲ包含
スルニ此所ニ所謂占有者ハ瑕疵ナル意味ニ於ケル占有者ノミナラズシテ代
理人若シテ瑕疵ナル所占有者トシテ包含スルモノナリト解スル余地ナシニ
ハ蓋シ法律ニ於テ占有者トシテハ其ノ責任ニシテ此ノ注文ニ用ヒタル、ヲ以テ
ナリ、乍然瑕疵ハ之ヲ瑕疵ナル意即瑕疵ニ解セルモノ、也シ、前シテ此
ニ所謂占有者中一ハ代理人ニヨリテ占有者トシテ包含セルモノナリ
カ故ニ占有者ノ数人ハ一人以上ニ居ルニトアレナリ、此ノ場合ニハ其ノ
占有者ハ共同不法行為トナルモノナリ、乍然所有権者才代理人ニ依リテ占
有者トナル場合ニ於テハ其ノ代理人才占有者ナル時ニハ所有権者ハ第一文
ノ責任者ナルカ故ニ此ニ所謂占有者トシテ包含スルモノナリ、
(第二) 設置保存ノ瑕疵トハニ作物ノ設置保存ノ瑕疵トシテ示スナリ、即チ其ノ
ニ作物ノ設置保存スル所ノ安全保護ニ欠点ノアル場所ノ場合ヲ包含スルナリ、
其ノ欠点ノ存在ニツテ何人カニ過失アリヤナレヤニツテハ同ハス
(第三) 古ノ瑕疵ヨリ生スル損害ハ此ノ四者ノ間ニ相當因果關係ノアルス

一八九

入アノ場合ト包含ス親族カ唯ハノ原因最有力ナル原因タルコトヲ必要トセス
自然カ即原因ノ如キマノコトル場合ト包含セラルスハ人力カ和ハリテ損害
ノ生ケル場合ト雖モ亦此ノ場合ノ規定ヲ適用ス、

(第四ノ此ノ規定ハ土地ノニ作物ニ限レテノナルカ故ニ土地ヨリ分取被
セル所ノ動産ヨリ生ズル損害ニハ適用ナキコト明カナリ、
然レ土地ノニ作物タルニハ必スレズ不動産タルノミニアラスハ例ハ動カレ得ルニ作物即
指セサルニ作物ハ只場假家ノ物シ)之并ニモ尚本条ノ規定ノ適用アリ、建
物ニ附着セルモノ例ハハ工場内ノ機械ニフキテハ誤入被ル、

占有者ノ責任ハ絶対責任ニアラス即占有者カ損害ノ發生ヲ防止スルニ必
要ナル注意ノ欠缺ニ依ル場合ニ限ル、
尤モ被損害被ニヨリテ損害カ発生ス
ル場合ニハ法律人当然占有者ノ過失ニヨリタルモノト推定スルナリ、故ニ
占有者カ其ノ責任ヲ免レント欲セハ相当ノ注意ヲ加ヘ居タルコト即過失ナ
カリレニトスハ相当ノ注意ヲナスニ損害ノ發生スヘカリレニト即過失ト損
害トノ間ニハ因果関係ナキコトヲ証明セサル可カラズ、
占有者カ此ノ証明
ヲ為レタル場合ニハ賠償責任ハ被レテ占有者ニ帰スレテノナリハ七一七条

一項)

注文ハ單ニ占有者ハ必要ナレモ注意ヲ為レタルコトヲ主張セル場合ニ於テ
ノミ免責トナレガ為テ規定ス、
然レ法理上ヨリ観察スレハ占有者ニ過失ア
リフリトスレモ之カ損益ノ原因ナラサルコトヲ主張セル場合ニ於テモ免
責トナラサル可カラサルニ至ル可レ、
又右ノ注意ハ損害ノ発生ヲ防止スル
ニ必要ナル注意トアレトモ之又損害ヲ防止スルニ一般ニハ普通ニ必要
ナリト認メラル、
相当ナル注意ナレトモ他ナラス、

占有者カ免責主張ヲナラタル場合ニ於テル占有者ノ第一次物ノ責任ニツ
キテハ他々ノ等説アリ凡ソ左ノ如ク、
(第一説)此ノ場合ニハ占有者ハ第一過失アルモノト云ハサル可カラズ故
一占有者ニハ第一責任アリトナス説ナリ、
然レ該責任係存ノ親族ハ前述ノ母
カ親族の親念ナリ必スレテ占有者ニ過失アルコトヲ包含セル親念ニハ非ズ
故ニ此ノ説ハ採ルニ足ラス、

(第二説)注文ニヨリ解散即又理解解散ヲ本条ニハ占有者ニ責任ナキトキ
ハ其ノ損害ハ占有者ニ賠償ノ責任ニ任ストアルヨリ此ノ場合占有者ノ責任

ハ絶対ナリ即ち過失責任ナリ、故ニ所有者カ自ラ所持者タル場合ニハ第一
 賠償ノ責任アルモノナリ換言セバハ第一ノ責任者タル所ノ占有者トシテ
 ハ相当注意ヲ如ヘタルノ理由ニテ責任ナレト云テ所持者トシテハ絶対責任
 アルヲ以テナリ、此ノ説ハ吾國ニ於テ觀ニ多數ノ學者ノ主張スル所ナリ、
 茲レトモ此ノ學說ハ甚々文字ニ凶ハレタルモノナリ然レ共ハ人ハ自己ノ故意過失ニ基
 主觀ニ基、相對主義、即過失主義ヲトレレナリ、人ハ自己ノ故意過失ニ基
 カサル所ノ損害ニ對シテ責任ヲ負担スレモノニ非ス又法文上明白ナル積極的
 根據アル法文アルノ外ハ無過失責任トナス可キモノニ非ルナリ、
 (第三説) 所有者人不法行為ノ一報原因ニコリテ賠償責任ヲ負担ス、即
 被害者ニ於テ所有者ノ方ニ過アルモノトシテ証明シテ以テ賠償ノ請求ヲ為スニ
 トフ得トナス説ナリ、然レ若レ此ノ説ノ如クナレハ本巻ニ於テ特ニ所有者
 ノ責任ニ關スレ文字ヲ堅クノ理由ナキナルヘシ、
 (第四説) 占有者ニ責任ナキ場合ハ占有者カ免責主張セル場合) 占有者
 ノ責任カ所有者ニ移転スルモノナリ、即所有者トシテ同一ノ責任ヲ有スル
 モノナリ、換言セバ占有者ハ相当ノ注意ヲ怠ラサリレトスハ過失人損害

ノ原因ニ非サルモノトシテ主觀ニ非サレ限リ人賠償ノ責任ニ在スルモノナリ、
 レ説ニ正當ナレ可シ、

此ノ問題ニ關シテハ英米法ニ於テハ前ニ說明セル如ク *Parrylan Fire*
Johnson 事件以來占有者又ハ所有者ノ責任ハ無過失責任ナリトセルモノ、
 而シ、民法ニ於テモ英千二百八十六條ニ於テ無過失責任ヲ規定ス、及之共
 氏ニ於テハ英ノ八百二十六條ニ於テ占有者ヲ含ム意ニ於ケル占
 有物一ノキテ規定ヲ設ケ相對責任ナリトナシ居ルナリ、民法法人此ノニテ
 ノ法例ヲ併合セル處ニ上記ノ如キ點向ヲ生セリ、所有者ノ責任人本條ニヨ
 レハニ次物ノ責任ナリ即占有者ニ責任ナキ場合ニ於テノミ責任アルナリ、
 然レ被害者ノ方ヨリ進ンテ所有者ニ過失ハ大義故意過失トルモノトテ主觀
 七ハ所有者ハ第一ノ責任ヲ有スルナリ(七七一七條七〇九條)
 此ノ土地ニ作物ニ關スレ規定人之ヲ竹木ノ植栽支持ニ限テレ場合ニニ
 レテ準用スレナリ(七七一七條二項) 左ノ規定ニヨリテニ作物又ハ竹木ノ占
 有者又ハ所有者カ賠償責任ヲ負担セル場合ニ於テ損害ノ原因ニワキテ唯一
 他ニ責任ヲ負担ス可キモノ、アル場合例ハハニ作物ノ建築ノ請受人又ハ英

ノ竹木ヲ植栽セル植木屋ノアルトキニハ占有者又ハ所有者ハ之等ノモノニ
対シテ求償権ヲ有セルハ紛ナレハ七一三條三項)

第五款 動物ノ如ヘタル損害ニ対スル責任

動物ノ占有者ハ其ノ動物カ他人ニ如ヘタル損害ヲ賠償スレノ責ニ任ヌレ
テ以テ原則トスヘ七一一条)、タトハ其ノ動物カ占有ヲ脱却セシ後即逃走
ノ虞ニ於テ損害ヲ如ヘタル場合ハ内此ノ適用アリ
茲レトモ常ニ動物ノ独自行爲ニヨル和害タレトモ要ス、動物カ人ノ和
害行爲ノ手段トナリタル場合ヲ包含セズ、例ハ人取者ノ逃走ニヨリ馬車
カ他人ニ加害セル場合、此ノ規定ニヨリ責任ハ民法ノ絶対責任ナリ、(ハ
ニ八五條)、牧民ニ於テモ最初ノ絶対的責任ナリレカ其ノ後民法ニ例外
規定ヲ設ケ家畜又ハ相對責任即注意責任トナレタリ、
於民法ニ於テハ此ノ責任ハ相對責任即注意責任ナリ、即占有者ハ動物ノ
性質又ハ性質ニ依ヒテ相當ノ注意ヲ以テ保管ヲナレタルキヲ証明スレトヤ

ハ其ノ責任ヲ受レ、コトヲ得ルナリ、損害又ハ損害ノ注意ヲ用ヒタルヤ
否ヤ即逃走アリタリヤ否ヤ不明ナルトキニハ占有者ニ責任アルモノトナ
スナリ、而シテ又然文中ニハ特別規定ナケレトモ若シ其ノ注意カ右ノ注意
ノ欠缺ノ結果ニホスト云フコト損害スレハ損害ノ注意ハナサ、リレテ又ハ
損害ノ注意ヲナシ居ルトモ尚其ノ損害カ止ス可カリレマノナルトモ損害
スルトキニハ又免責トナルモノナリト云ハサレ可キラス、民法ハ之ヲ動物
ノ親戚セルカ故ニ其ノ種類ヲ論セサレニト勿論ナレカ「バケルス」(バワテ
リヤ)ノ動物ナリヤ否ヤハ疑ニハ學說歧ル、「エルトマン、プワンク」ハ此ヲ
動物トナレ、「ゲルンブルヒ」エンネチエルヒレハ然ラストナヌ、
占有者ニ代リテ動物ヲ保管スル者ニホ占有者ト同一ノ責任ヲ負スルナリ
而シテ此ノ兩者共ニ責任アル場合ニハ余ノ能スレ所ニヨレハ其ノ責任ハ違
背ナル可シ、

第二節 不法行為ノ共犯

共同不法行為者ハ連帯シテ損害賠償ノ義務ヲ有スルコトハ「ローマ」由
 法以來ノ原則ナリ、故に民法施行前ノ不法法ハ之ヲトリ又民法ハ之ヲ承
 承テ之ヲ明文トナシタリ、其法一於テ同ノ原則ハ例ノ趣ハレ
 所ニシテ民法モ亦此ノ主義ヲ採用ナシ居ルナリ（七一九條一項）、然レ
 ハ共同不法行為即民事共犯ハ何ヲ意味スレト云フニ、學者尙種々ノ説ヲ
 リ
 余ノ信スル所ニヨレハ共同不法行為（民事共犯）ハ数人ノ不法行為ニヨ
 リテ他人ニ一箇ノ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ其ノ数人ノ不法行為ヲ指シ
 レドモナリトナスナリ、故ニ此レノ特別要件ハ二ツノミナリ（其ノ一）ハ
 数人ノ共同故意行為アルコト、（其ノ二）ハ其ノ数人ノ行為ニヨリ他人ニ

損害ヲ生セルコト、換言スレハ被害者ノ行為ノ及相ト其ノ損害トノ間ニ
 相当因果關係カアルコト要ナリ、故テ先ツ（第一）ニ要件數人ノ行為ハ必
 スレモ犯行ノ時ノ同一ニシテ要セス（第一）ニ共同不法行為者ノ故意狀
 態ニツキテハ何等ノ特別要件ハナキモノナリ、然レニ學者在セシテ刑法
 學上ノ議論ヲ起用シテ不法行為ノ共犯ニ於テ故意犯ノ場合ニ限リテ過失ニヨ
 ル共犯ナレト論スルナリ、而シテ之等ノ論者中ニモ亦共同行為者間ニ共同
 犯行ノ觀念ナカレ可カラス論スルナリ、而シテ此ノ説ヲナスモノ、ヤニモ
 ヤ或者ハ彼アノ共同行為者ニ共同犯行ノ觀念ナカレ可オラストナスモノト
 又一人若クハ数人ニツキテ共同犯行ノ觀念アルトハ其ノ者ノミ共同不法
 行為者トシテ責任ヲ負担スルモノナリト説ク者モアリナリ、乍然民法七
 百十九條ノ規定ハ何等如此規定ヲナサズ法人ニハ唯數人カ共同ノ不法行為
 ニヨリテノミト記載セル所ナリナ
 右ノ如キ特別ノ主觀的要件ヲ認ムルモノト解釈スルコトヲ得サルナリ、又
 如斯キ要件ヲ認ムルノ立法上ノ理由ヲ認ムルコトモ得サルナリ、
 若シ數人ノ不法行為ニ依リテ一ツノ損害ノ生セル場合ニ因シテ刑後ノ規

夫(七一)九条ノ如キナリト被定セハ不法行為者ハ及自全被害ニ対シテ責任ヲ負フコトナルハ一人ノ不法行為カ全被害ノ原因ナル以上人他ニ原因ノ存スレト否トヲ論セスレテ之ニ対シテ賠償責任ヲ負担セシム可キモノナリ、尤モ此ノ場合ニ於テ一人ノ不法行為者カ賠償ヲナセルトキハ他ノ不法行為者ハ賠償ノ責任ヲ免ル、コト、ナルモノナリ、然レ被害者ニ賠償セシム不法行為者ト他ノ不法行為者トノ間ノ法律關係ハ明瞭ヲ欠クモノトリト云ハザル可キラス、然レ此ハ七十九条ニ於テ此ノ場合ニ於テ人共同不法行為者ノ責任ハ連帶賠償ナリト明言セルヲ以テ内係者ノ法律關係ハ明カナルモノナリ、

共同不法行為ニツキテハ特別ノ意思要件ヲ必要トナスト云フ説ニ從フトキハ其ノ特別ノ意思状態ヲ具備セザレ場合ニ於テハ行為者内ノ求償权(四四)ニ一四四五条)及行為者ノ一人ニツキテ生セル事項ノ他ノ行為ニ対スル效力ハ四四三條一四四〇条参照)ハ如何ナル規定ニヨリテモノナルカ、田氏法政學論三七八条、竹取保論七三條ノ如キ特別ノ明文ナキ限りハ共同行為者連帶ノ規定ハスヘテノ共同不法行為ニ適用アルモノナリ、特別ノ

意思状態ノアル場合ニ限り可キハ其ノ解ス可キナリ、モ斯ク之ヲ解致スルノ結果七一四條七一五條七一七條七一八條并ニヨリテ人以外ノモノカ責任アル場合ハ又此ノ連帶ノ規定ノ適用アルモノナリト解セザルハオラス、

教唆者及幫助者ノ行為ハ実行者ノ行為ト同様ニ被害ニ対シテ因果關係ヲ有スルモノナリヤ否ヤ大イニ議論ナキ能ハス、然レ民法ノ明文ハ七一七條ニ項シハ特別ノ規定ヲ設ケテ教唆者幫助者ヲ以テ共同行為者ト見做ストナス故テ是等ノモノハ実行者ト共ニ連帶賠償責任ヲ有ス而シテ教唆中ニハ教唆者又ハ幫助者ノ教唆者ヲ包含ス(刑法六十一、六十二條参照)

此ノ規定ノ結果ノ結果トシテ教人オ通謀其ノ他共同ノ意思ヲ以テ別々ニ教唆ノ被害ヲ生シタル場合ニハ行為者ハ自己ノ行為ヲ原因トシテ被害即他ノ行為者ノ如ヘタル被害ニ対シテ又教唆者又ハ幫助者トシテ連帶ノ責任アルモノナリト云ハザルヘカラス、

七一七條一項ノ後段ニツキテ其ノ意義ハ専断一致ヤス或ハ共同行為者ハ前後ニ規定セル共同不法行為者ヲ指ストナス、文性上ヨリ見レハ或ハカク

解セラル、カ母ク見ユレトモ補救ノ共同不法行為者トモフハ今説明セレカ
キクニイツレモ皆被害ノ原因ヲナシタル行為者ヲ意味スルナリ、カレカ故
ハ原因テ被害ノ原因ヲ与ヘタリヤ否ヤ不明ナルモノハ共同不法行為者中
ニ人包含セラレズ、余ハ後段ノ規定ノ適用アル場合ニハ

(一)、殺人ノ水利便器行為アルコト
(二)、被害カ其ノ故人ノ行為ノ全部又ハ一部ニヨリテ生ズルニトハ明カナレ
カ其ノ原因ハ原因レテ全部ナリヤ又ハ一部ナリヤ知ルニト能ハス又ハ一部
ノ原因ナルニトハ明カナルモ何レノ一部ナリヤ知レト能ハスト又ハ場
合ハ以上ノ二要件ヲ具備セル場合ナリト解セント致ス、蓋シモ斯場合ニ
於テ若シ則段ノ規定ナキトキニハ被害者ハ被害者ヲ証明スルコトヲ得
ルカ蓋シニ何者ノ被害ヲ受ケルコトヲ得サルニ至ルモノナリ、依リ
テ氏共ハ被害ノ原因ヲナシタル事カ唯蓋然的(Probably)ニ確カナル
コトニト、又リ不法行為ナルヨリ呼ビ被害者ヲ保護シテ此ノ場合ニ共同
不法行為ノ規定ヲ準用セルモノナリト解セサル可カラズ、

第四節 不法行為ノ效果

第一項 救済救ノ発生

不法行為成立スルトキハ被害者ハ之ニヨリテ二種ノ救済救ヲ取得ス其一
ハ既成損害ノ填補ヲ請求スル権利ナリ、他ノ一ツハ現存不法行為ヲ排除ス
ル所ノ権利ナリ

既成損害ノ填補ヲ請求スル権利ハ損害賠償請求ト云フ、損害賠償ノ方
式ハ原則回復ナルヤ否ハ賠償額ナレヤト云フニ七百一十二条一項ニ依リテ四
百十七条ヲ不法行為ニ依ル損害賠償ニ準用シ居ル唯果金銭賠償ノ賠償方法
ノ原則トナス、故ニ例ハ他人ノ物ヲ毀損セルモノハ回復ノモノヲ買求メ
テ之ヲ被害者ニ給付スハヤニ非ス又給付シ得ハヤニ非ス唯其ノ損害ノ
価値ヲ金銭ニ見積リテ金銭ニテ賠償スルノ意取アルノミ、故ニ若シ被害者

ニテ千メコレニ異ナル賠償方法ニヨルノ契約アルトキハ其ノ賠償方法ニヨル可キト勿論ナリ、學者或ハ不法行為ノ場合ニハ所謂別後ノ意思表示ナシトナス、コレ當ラサルノ見解ナリ、

又金銭賠償ノ原則ニ對シテハ例外アリ即名譽権ニ對スル不法行為ノ場合ナリ此ノ場合ニハ被害者ハ金銭賠償ノ代リニ又ハ金銭賠償ト共ニ名譽ノ回復ニ適當ナル処置ヲ請求スルコトヲ得(七ニ三條)、蓋シ名譽ノ毀損ハ金銭ヲ以テ充分ニ補填スルコトハ困難ナリ、而シテ他ニ名譽回復ニ適當ナル方法存在スルヲ以テナリ、此ノ方法トハ例ハハ被害者ノ面前ニテ謝罪スルカスハ新聞紙ニ謝罪文ヲ載サシムルカ如シ、毋斯特別ノ方法ヲ請求スル場合ニ於テハ其ノ方法ヲ以テ損害ヲ補償レ得サルトキニ於テノミ金銭賠償ヲ合セテ請求スルコト得ルナリ、

財産的損害トハ金銭一見積ヲル、非財産的損害例ハ生命身體名譽等ノモノニ如ハタル損害ハ之ヲ金銭ニ見積レト得ルヤノ問題ナリ、然レテノ解決トシテハ之等ノ損害モ一般ノ社会冠解ニ依ヒテ金銭ニ見積ル可キニアス見積リ得ルモノト認メサル可カラズ、然レテハ権利ノモノハ

金銭一見積ヲ得ルモノニ如ハタル損害ハ見積ル得ルモノナリトモラル、此ノ等ハ債務不履行ニヨル損害賠償ニツキテモ同様ナリ、即金銭一見積レト得ルモノニ債権ノ目的トナスニト得ルハ三九九(一)而シテ如斯債権ニ於テモ債権不履行ニヨル損害賠償ハ金銭ヲ以テナスヘキモノトナス(四一七ニ三條)、不法行為ノ現存セル前ハ被害者ニ於テ之ヲ排除スルノ権利アリ被害者自ラ之ヲ排除スルハ即正当防衛ナリ、前ニ記ニ說明セル所ナリ、又被害者ハ被害者ニ對シテ其ノ不法行為ヲ停止ス可キコトヲ請求スルノ権利アリ茲ニ於テ特ニ述ヘントスルハ即此ノ請求権ノコトナリ、不法行為ニ依ル損害賠償ハ金銭賠償ナリト云フニトテ誤解シテ被害者ハ不法行為ヲ甘受シテ之ニ於テ既成ノ損害ヲ金銭一賠償セシムルヲ得ルモノト解スヘカラス被害者ニハ損害賠償ノ請求権ノ外ニ此ノ不法行為ノ排除ノ請求権ナル権利アリナリ而シテ被害者ニ於テ此ノ請求ニ依リテ之ヲ得ルモノトキハ一般ノ請求即チ四一四條、氏訴七三三條ニヨリ比テ強制力スルニトテ得ルナリ、又不法行為ヲ將ニ為サントスルモノニ對シテ之ヲ為スコトヲ禁止スヘキコトヲ請求スルノ権利存在ス、詳言セハ今モテ不法行為ヲ為サントスル者ニ對シテ又ハ

不執行行為の如レフ、アル者ニ對シテ將來特ニ爲サントスル不執行行為ヲヤメ
 ヲトスル請求權ハ被害者ニ專シスルナリ、而シテ此ノ權利ハ權利侵害、損
 害等此ノ不執行行為又ハ將來生ズルコトアル可キ損害ノ賠償ノ担保ヲ請求シ得ル
 ノ權利ヲ包含ス、學者或ハ如斯請求權ハ果シテ生ズルモノナリヤ否ヤニ於
 テ疑フ能ハスルモノナルコトヲ知リ、然ラハ此ノ場合ハ一八九八條一ニ〇〇條一
 條リテ之ヲ推知スルコトヲ得ルナリ蓋シ占有者ノ如キ場合に於テ權利行使
 者サヘマ如斯キ權利ヲ有セル以上ハ其ノ權利ノ效力トシテハ勿論之ヲ認メ
 サルコト得サルヲ以テナリ、

第二項 損害賠償請求權ノ性質

損害賠償ノ請求權ハ第二者ニ讓渡スルコトヲ得ルヤ否、此ノ權利ハ一種
 ノ債權ナリ、債權ハ讓渡スルコトヲ得ルコト取例ナリ、唯其ノ性質カ讓渡ヲ許サ
 、レトナシハ公法上(四六六條)、然ラハ此ノ場合ハ讓渡ヲ許スヤ否ヤ否、
 此ノ請求權ハ債權ノ侵害ニ基クモノナレトモ既ニ成立ノ金錢債權トシテ成

立セルモノナル以上ハ性質上ハ原則トシテ讓渡ヲ許サ、ルノ理由ナ
 レトナスニトテ得ス、乍然前述ノ七一三條一規定セシキを以テ同條ヲ求
 ムレ債權ノ如キハ何人トモ之ヲ讓渡シ得ル權利トハ認メス
 損害賠償ノ請求權ハ相續ノ目的トナシヤ否ヤの、此ノ權利ノ傳
 承スルコトハ被相續人ノ一身ニ專屬スルモノト認ムル能ハス故ニ此
 ノ權利ハ總テ即終極ノ回復ヲ請求スル權利トスヘテ相續人ニ移致ス
 ルモノト解スラレハ九八六條、一〇〇一條)

又損害賠償ノ請求權ハ債權者代位者ノ目的トナリ得ルモノナリヤ
 否ヤトスルニ非財産債權ノ侵害ニヨル場合ニハ此ノ權利ハ其ノ行使ニ
 於テ賠償請求權利者ノ一身ニ專屬スルモノナルコト故ニ此ノ債權ノ目
 的トハナラサルナリ、及之財產權侵害ニ依ル場合ニハ及テアリ(四
 三三條)、英米法ニ於テハ被侵害人ハ其ノ債權ナルトモ其ノ債權
 トノ關係カ甚カシキニシテ彼ノ債權ノ存スル限り之ト共ニスルニ非
 スハ讓渡シ得サルモノナルトモ被侵害人ハ其ノ債權ヲ得ストナス、又
 故氏ノ八四七條等ニ於テハ非財産債權ノ賠償請求權ハ契約ニヨリ

ア確定マラレタルトナスハ確定判決ヲ以テ認メザレタルトキ若クハ
少ナクトモ訴訟上権利拘束トナリタルトキニ限リテ讓渡又ハ相續ノ
目的ナリ得ルモノトセザルナリ、本條特別ノ規定ナキ後民法ノモト
ニ於テハセザトリテ以テ附随物トナスコトヲ得ザルヘシ、

第三項 損害賠償請求権ノ範圍

七百二十二条ニ於テ四百十七条ノ規定ヲ不実行ニコレ損害賠償ニ
準用シ居ルニ拘ラス特ニ其ノ前條即四百十六条ヲ準用シ居ラザルコ
トニ徴スレハ或ハ民法ノ注意ハ不実行ニヨリ損害賠償ノ範圍ニハ
債權不実行ニヨリ損害賠償ノ範圍ノ如ク制限ヲ置カザルモノナリト
解スルコトナク一見ニ見ルナリ、我々學說ニ大審判ノ判決ニ於テハ若
ク不実行態ヲ原因トスル損害賠償ナル以上ハスヘテ賠償スルハ範圍

ニ入ルキモノナリトモアルナリ、本條因襲關係ハ無限ニ設
定スルモノナリ、故ニ此ノ關係アル一切ノ損害賠償スルヘキモノト
セハ不実行態者ノ責任ハ無限ニ大ナルモノトナルナリ、今日ノ一般
ノ法律上ノ觀念ニ於テ到底承認シ得ザル所ナリ、專ズルニ相當因果
關係ノアル範圍ニ限定スルモノナレハ當然不実行ノ場合ト異ルニ
ニトナシ場合ト解セザル、ナリ、

不実行態ノ成立ニ關シテ損害賠償ノ義務ニ違反アリタルト
キニ人損害賠償ノ金額ハ相當ニ之ヲ減額スルヘキモノナリ、セニニ条
ニ項、被害者ノ過失トスルハ被害者ノ一切ノ不実行態ヲ包含スルシ
テ不実行態ノ成立ニ貢獻シタルモノニ限ルナリ、
七百二十一條ニ項ニハ四百十八條ト異ナリテ裁判所之ヲ參酌スル
コトヲ得トナリ、之ハ裁判所ニ於テ之ヲ考慮セザル事由アリトスル
一ハ非ス、有テ被害者ノ方ヨリ申立マレハ裁判所人ノ考慮セザル
可カラズ、此ノ考慮ノ結果或ハ賠償額ヲ減少スルコトアリ、減少セ
ザルニトアリ一ツハ被害者ノ過失ノ程度如何ニヨルモノナリト
三〇六

ノ法意一外ナラサルナリ、又四百十八条ニ於テハ損害賠償ノ責任ノ有様ニシテモ未ダテ參酌スルニ及シテ七百二十二条ノ場合ニ於テハ賠償額ニシテモミテ參酌スルカ故ニ我民法ニ於テハ英米法ノ如ク被害者ノ過失ヲ全然不執行者ノ責任ヲ阻却シテレマフ場合ヲ認メサルモノナリ、尤モ被害者ノ過失ヲ重大ニシテ損害ハ其ノ過失ノ結果ニテ加害者過失ノ結果ニ非スト認ムヘキ場合ニ於テハ不執行者ハ其メヨリ全然免ルセザレトハ勿論ナリ、

被害者自身ニハ過失ヲケレトモ被害者ノ決定又ハ契約上ノ管理者監視者等ニ過失アリレ場合ハ如何ク、余ハ我民法ニ特別ノ規定ナシテ以テ英米法ト同様ニ之辨ノ過失ヲ被害者ノ過失ト見做ス可キト解スルモノナリ、尤モ証憑者、管理者ヲ被害者ノ使用者ナル場合ハ七百十五条ノ準用ニヨリテ右ノ如クニ解スルハ今日一般ニ認メラレ居ル所ナリ、又然其ノ他ノ場合ニワキテハ被害者ノ損害賠償請求權ハ第一者ノ過失ニヨリテ如何ク受クルノ例取ナシト説クモノ多シ然リト莫ク監視者、管理者ノ過失重大ナル場合ニ於テハ不執行者ノ

既ニラ私許スル場合アルヲ以テ過失ノ程度幾分ヲ輕トシテハ損害賠償請求權ニ影響ヲ及ススコトハ相当ノ理由アルコト、信々ラレ、ナリ

第四項 損害賠償請求權ノ消滅

不執行者ニヨル損害賠償ノ請求權ハ被害者又ハ其ノ法定代理人ヲ損害及加害者ヲ以テタルトキヨリ三年間ニテ消滅スルコトハ其ノ時効ニヨリテ消滅ス債權ノ原則トシテハ十年ノ時効ニシテ、レモノナルコト不執行者ノ場合ニ於テハ証憑者ナルモノナリ、不執行者ノ証憑ハ第一者滅シテ数年ナラハシテ不明トナルノ虞アルモノナルコト改ニ法律ハ不執行者ニヨル損害賠償請求權一ツキテハ公法上特ニ短縮ノ時効ヲ設ケタリ、然然若シ此ノ三年ノ期間ヲ不執行者ノトキヨリ短縮ストセ

ハ被害者ノ為ニ甚ク酷トナルカ故ニコノ三年ノ期間ハ被害者又ハ其
 代理人才不法行為ノアリタルコト及ヒ何人ヲ不法行為者ナルカラ
 知りタルトキヨリ起算スヘオモノトナレ居レリ、併シ乍ラ又事ニ斯
 ノ如クナストキハ此ノ期間ハイツマテモ無限ニ長クナルヨリ此ノ請
 求權ハ不法行為ノトキヨリ起算セラニ十年ヲ経過スルトナハ時効ニ
 ヲリ消滅ストナス、債權ノ消滅、時効ノ家別期間ハ十年ナルニ本条
 ニ於テ二十年トアルハ此ノ項合ニハ債權者ハ債權者ヲ知ルコトヲ得
 サルカ為メニ其ノ債權ヲ行使スルコトヲ得サル故ナリト説クモノア
 レトモ實際ハ民法制定上ノ道義ナリシナリ、民法ノ家別ニテハ債權
 消滅時効ノ本則ハ二十年ナリシカ議會ニテ十年ト更メタルトキニ本
 条ノミ訂正ヲ漏シタルモノナリト云フ、
 不法行為カ犯罪ナル場合ニハ之レニヨリ損害賠償ノ請求權ノ時効
 期間ハ公訴ノ時効期間ニ同シトスフ、(刑訴九条)並シ斯ノ如キ規
 定ノ趣旨ハ公訴カオスアモ時効ニヨリ消滅セシ後ニハ民事訴訟ス
 トナハ裁判所ハ犯罪事實ノアルヲ認メフ、之レヲ起訴スルコトヲ得

ス、公訴ヲ容ムレト、ナルヲ以テナリ、故ニ公訴ノ時効完成以前
 ニ民法上ノ時効カ成ニ完成セル場合ニ於テハ之ニ依リ賠償ノ請求ヲナ
 スコトヲ得スト解セサレハオラス、換言スレハ右ノ刑訴ノ規定ハ公
 訴時効ノ完成以前ニ民法上ノ時効ノ完成スルコトマテモ排除スルノ
 注意一テラスト解セサレハオラス、但シ又對テアリ、新刑訴時効法
 ニハ右ノ如キ規定ナキヲ以テ損害賠償請求權ニツキテハ民法ノ時効
 フ律ニ適用ス

債權各論 下卷終

三一

大正十三年十月二十三日印刷 (非賣品)
大正十三年十月二十六日發行

東京市麹町区飯田町三丁目九番地

編輯兼 發行所 同
矢田長次郎 上

印刷所 北光社

(振替口座東京二五一五一)

14
700

終

