

和仏法律学校講義録

寺尾, 亨 / 梅, 謙次郎 / 掛下, 重次郎 / 穂積, 陳重 / 加
古, 貞太郎 / 小宮, 三保松 / 兩角, 彦六

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(巻 / Volume)

1-2

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

43

(発行年 / Year)

1899-02-20

和佛法律學

講義

第



第一卷

每月一回

目次

法	理	學	(自一頁至一二頁)	法學博士 穗積 陳重
債	權	賣	買 (自三二頁至三三頁)	法學士 兩角 彦六
親	族	法	(自二〇頁至二九頁)	法學士 掛下 重次郎
民	法	原	理 (自一三頁至一八頁)	法學博士 梅 謙次郎
債	權	總	則 (自一二頁至一二頁)	法學士 加古 貞太郎
物	權	法	(自二八頁至二七頁)	法學士 小宮 三保松
國	際	私	法 (自一頁至四頁)	法學博士 寺 尾 亨



法 理 學

法學博士 穗積陳重 講述
校 友 小田幹治郎 編輯

第一章 法律哲學

法律哲學トハ法律ノ最高原理ヲ攻究スル科學ナリ科學トハ何ソヤ原理トハ何
ソヤ豫メ此二個ノ觀念ヲ説明スルニアラサレハ法律哲學ノ何タルコトヲ説明
スル能ハサルナリ
抑モ宇宙間ニ於ケル現象ハ複雑ニシテ一々ニ之ヲ識別シ個々ニ之ヲ記憶セシ
コト吾人ノ限アル能力ヲ以テシテハ到底企及ハサル所ナリ故ニ吾人ハ止ムヲ
得ス數多ノ現象ニ通スヘキ原素ヲ探究シ之ニ依リテ各種ノ現象ヲ説明スルヲ

必要ヲ生スルニ至ル是レ恰モ吾人カ物體ノ輕重長短ヲ一々ニ識別スル能ハサルカ故ニ權衡尺度ナル普通ノ標準ヲ定メ之ニ依リテ各種ノ物體ヲ量定スルカ如キモノナリ蓋シ事物ヲ一々ニ識得スルハ單純ナル智識ニ過キス然レトモ若シ吾人カ智識ヲ重テ經驗ヲ積ミ殊種異樣ニ存スル現象ヲ其徹スル普通ノ原素即チ事物ノ通性ヲ發見セハ吾人ハ一ノ學識ヲ得タリト云フコトヲ得ヘシゼボシ「ハ科學ハ異中ニ同ヲ發見スルニ始マルルウイヌ」ハ科學ハ事物ノ彙類ナリ又ハタスレ「等」生物學者ハ科學トハ觀察經驗及ヒ推理ニ因リテ得タル自然ノ法則ノ智識ナリト又希臘ノ「プラト」ハ科學ハ數中ノ一ナリト言ヘルカ如キハ皆其語ヲ異ニスルモ其意義ヲ同シウセリ要スルニ科學トハ現象中ノ通性ヲ知ルヲ謂フ

之ヲ法律學ニ依リテ説明センカ法律ノ現象ハ千態萬狀ニシテ其粗密寬嚴ハ時ト所ニ因リテ其趣ヲ異ニス吾人若シ古代ニ行ハレタル一文切ノ法律ト現行ノ刑法トヲ比較スレハ其寬嚴ニ天地ノ懸隔アルコトヲ驚カサルヲ得ス又蕭何ノ三章ノ法ヲ取り羅馬ノ十二銅標ノ法文ヲ取りテ現今ノ開明國ニ行ハル、法典

ト比較セハ其粗密ニ霄壤ノ差アルヲ怪シマサルヲ得ス昔埃及ニ於テハ朱鷺ヲ殺ス者ハ死刑ニ處スルノ酷律アリ今歐米ニハ人ヲ殺スモ死刑ニ處セサルノ法アリ西藏ニハ數夫一妻ノ結婚行ハレ土耳其ニハ一夫多妻ノ俗アリ他ノ國ニハ一夫一妻ノ法行ハレ英國ニ長男相續ノ法アレハ一輩ノ海水ヲ隔ツル佛國ニハ平分相續法行ハル大ニシテハ各國立法ノ主義ヲ異ニシ小ニシテハ其手續ヲ異ニス人若シ古今各國ノ法律ヲ對照比較セハ彼「云スカル」カ「程度」三度ノ差ハ人定法ヲ顛倒ス「ト」言ヒシハ果シテ吾ヲ欺カサルコトヲ悟リ或ハ人事常ナシトノ嘆息ヲ發スルヤモ知ルヘカラス然レトモ此複雜極ナキ法律現象中ニ就キ詳細ニ之ヲ分析シ委シク之ヲ彙類スレハ其中自ラ整然タル理法ハ存スルヲ發見スルコトヲ得ヘシ然リ而シテ現象ノ複雜ナル獨リ法律ニ於テ然ルノミナラス百般ノ人事皆然ラサルハナシ人事皆悉ク然ルノミナラス覆載間ノ事物皆然ラサル「ナシ」然リト雖モ其複雜ニシテ變化極ナキ現象中自ラ普通ノ原素ヲ存ス此原素ヲ知ルハ即チ學問ノ目的ナリ法律ニ就テ言ヘハ法律學ナルモノハ法律的現象中ノ通性ヲ知ルヲ以テ其目的トス而シテ此通性ヲ法理ト謂フ此通性ヲ論理

的ニ表明シタルモノヲ法律ノ原則ト謂フナリ
凡ソ事物ノ現象ト吾人ノ觀念トノ符合セタルモノヲ眞理ト謂フ故ニ學問上ノ
眞理即チ學理トハ此普通性ト吾人ノ觀念トノ符合セルモノナリ而シテ此學理
ヲ論理的ニ表明シタルモノヲ原則ト謂フ又事物ノ原理ト原則トハ自ラ廣狹ア
リ廣キ原則又ハ廣キ原理トハ何ソヤ數多ノ現象ノ普通性ヲ表明セルモノヲ謂
フ狹キ原理原則トハ如何比較的少數ノ現象ノ普通性ヲ表明セルモノヲ謂
シテ吾人カ事物ヲ實驗シテ數多ノ現象中ヨリ得タル原理ハ復多數ノ現象ヲ説
明スルニ足ル例ヘハ法律ノ一般ニ通スル原則ハ民法ニ通スル原則ヨリモ廣ク
財產法ニ關スル原則ハ民法一般ノ原則ヨリ狹キカ如シ而シテ通常多數ノ現象
中ニ存スル學理ヲ發見スルハ甚タ困難ナリ故ニ吾人ハ之ヲ以テ深遠ノ理ナリ
或ハ高尚ノ理ナリト謂フ之ニ反シ少數ノ現象ニ通スル學理ヲ發見スルハ比較
的ニ容易ナルヲ以テ吾人ハ之ヲ卑近ノ理ト謂フ然レトモ彼ノ徒ニ玄妙ナルヲ
以テ高尚ナリトシ漠然タルヲ以テ深遠ナリトシ平易ニシテ解シ易キヲ以テ卑
近ナリトスルカ如キハ庸儒ノ偏見ナリト謂ハサルヘカラス

既ニ學理ニ深淺廣狹アリ是ニ於テカ科學ト哲學トノ別アリ前ニモ論セシ如ク
法律哲學トハ法律ノ最高原理ヲ攻究スル科學ナリ故ニ法律哲學ノ目的トスル
所ハ法律現象中ニ存スル通性ニシテ最も廣キモノヲ知ルニ在リ法律哲學ト法
律學トノ區別ハ其目的トスル法律現象中ノ普通性ノ廣狹ニ在リトセハ此二者
ノ間ノ區別ハ性質上ノ區別ニアラスシテ程度上ノ差別ナリト謂ハサルヲ得ス
故ニ或ハ通常法律學ノ原則トセルモノモ亦法律哲學ヲ論スルニ當リテハ之ヲ
法律哲學ノ原則トシテ論スルコトアルヘク通常法律哲學上ノ原則トセルモノ
ヲ法律學ノ原則トシテ説ク場合モ亦少ナカラス是レ恰モ勢力保存ノ原則ノ如
キハ屢哲學ノ原則トシテ説明セラルモ亦物理學ノ原則トシテ之ヲ論スルカ
如シ

哲學ハ通常之ヲ區別シテ一般哲學及ヒ特別哲學ト爲ス所謂一般哲學又ハ純正
哲學ナルモノハ萬象ニ通スル原理ヲ攻究スルモノニシテ特別哲學トハ萬有中
ノ一部ヲ限リテ其現象中ニ存スル最高原理ヲ攻究スルモノナリ故ニ特別哲學
ハ其目的タル現象ノ種類ニ因リテ名稱ヲ受クルヲ通常トス例ヘハ社會的現象

ニ關スル最高原理ヲ攻究スルヲ社會哲學ト謂ヒ德義ニ關スル最高原理ヲ攻究
スルヲ倫理哲學ト謂フカ如シ故ニ法律的現象ニ關スル最高原理ヲ攻究スルモ
ノヲ法律哲學ト稱ス隨テ法律哲學ハ特別哲學ノ一種ニシテ之ヲ一般哲學ニ比
スレハ其範圍ノ狭ナルコト固ヨリ論ヲ俟タス而シテ特別哲學中ニ於テモ亦
其範圍ノ狭キモノナリトス

法律哲學ト他ノ特別哲學トノ位置ニ關シテハ觀察點ニ因リテ學者ノ説ヲ異ニ
セリ余ノ考フル所ニ依レハ法律哲學ハ社會哲學ハ一部ナリ而シテ社會哲學ハ
人類哲學ノ一部ナリ然レトモ他ノ學者ハ他ノ立脚地ヨリ之ヲ論シテ法律哲學
ヲ心理哲學ハ一部分ト爲ス者アリ何故ニ或學者ハ之ヲ心理哲學ノ一部分トシ
或ハ之ヲ倫理哲學ハ一部分ト爲スカハ此講義ノ進行スルニ隨ヒ諸君ニ於テ自
ラ了解スル所アルヘシ

以上法律哲學ノ本領及ヒ範圍ヲ畧述シタルヲ以テ更ニ進ミテ從來斯學ニ關シ
テ行ハレ來リシ學者ノ主義ノ大體ヲ説明セントス
從來ノ法律哲學者ハ之ヲ二大派ニ區別スルコトヲ得ヘシ

(甲) 先天主義ノ學派
(乙) 後天主義ノ學派

是ナリ甲派ハ其採ル所ノ主義ニ因リテ或ハ之ヲ理想派ト名ケ又ハ其研究法ニ
因リテ之ヲ思辨派ト稱ス乙派ハ或ハ之ヲ唯物派ト稱シ又ハ實驗派ト稱ス甲派
即チ先天主義ノ法律哲學者ハ法律ノ主觀的存在ヲ認ム換言スレハ法ハ素ト人
類ノ理想ニ存スルモノナリ抑モ人類ハ理性動物即チ道理ヲ辨別スル能力ヲ先
天的ニ固有スルモノナリ此理性ニ因リテ法ハ如何ナルモノナルカ法ハ如何ナ
ルモノナルヘキカヲ理解スル能力ヲ有ス故ニ或學者ハ此理想ノ命スル所ノ法
ヲ名ケテ理想法ト稱セリ隨テ理想派ノ説ニ依レハ真正ノ法ト謂フヘキモノハ
獨リ此理想上ノ法アルハ現ニ諸國ニ行ハル、法ハ或事情ノ爲ニ時ト所ニ因
リテ理想法ノ不完全ニ現ハレ居ルモノナリト謂ヘリ故ニ法律家ノ職分ハ此理
想ノ命令タル真正ノ法ヲ知ルニ在リ立法者ノ職分ハ常ニ此標準タル理想ノ大
法ヲ基本トシ國法ヲシテ之ニ近ツカシムルヲ勉ムルニ在リト説ケリ乙派即チ
實驗派ノ唱フル所ニ依レハ法律ナルモノハ歷史上諸國ニ存スル所ノ法又ハ現

ニ諸國ニ存スル所ノ法即チ人定法ノ外ニ更ニ法ナルモノハ存スルコトナハトシ隨テ法律家ノ職分ハ此人定法ノ智識ヲ得ルニ在リ而シテ其智識ヲ得ルニハ實驗ニ依ラサルヘカラスト主張スルナリ

依是觀之以上二主義ノ異ナレル點三アリ

其一ハ理想派ハ吾ニ心アリ故ニ物アリト云フ主義ニ依リテ法ノ主觀的存在ヲ認メ而シテ實驗派ハ物アリ故ニ吾之ヲ知ルノ主義ニ依リテ法ノ客觀的存在ヲ認ム

其二ハ理想派ハ法ニ眞實ノ法ト假現ノ法ノ二種類アルコトヲ説キ實驗派ハ法ハ唯一ナルモノニシテ過去ニ行ハレ現在ニ行ハルモノ是レ即チ真正ノ法ナリトセリ

其三ハ理想派ハ法ノ絕對的存在ヲ認メ法ハ古今ニ亘リ東西ニ通シテ唯一ナルモノナリトシ即チ萬古不易ナルモノナリトスルモ實驗派ハ關係的存在ヲ有スルモノトシ時ト所ニ因リテ其形ヲ異ニスルモノナリトセリ

以上三點ハ法律哲學ニ關シテ學者ノ說ノ根本的ニ岐ル、所ナリ

理想派ハ更ニ細別スレハ之ヲ數派ニ分ツコトヲ得ヘシ即チ理想派ハ法ニ主觀的存在ヲ認メ實驗派ハ法ニ客觀的存在ヲ認ム

(甲) 自然法派

(乙) 心理法派

(丙) 人性法派

是ナリ此三派ニ屬スル學者中ニハ尙細別ナキニアラスト雖モ此ニ之ヲ詳述スルノ違ナキヲ以テ此三派ノ學說ノ梗概ヲ説明スヘシ

(甲) 自然法派ノ法律哲學者ハ自然法ナルモノハ存在ヲ認メ法律哲學ノ職分ハ此自然法ヲ知ルニ在リトセリ故ニ此學派ハ法律哲學ノ名ニ代フルニ自然法學ナル語ヲ以テセリ且ツ此學派ハ法律ニ二種アルコトヲ説ケリ即チ自然法及ヒ人定法是ナリ而シテ自然法ハ所謂法ノ法ニシテ眞ニ法ト稱スヘキハ唯自然法アルノミ現ニ諸國ニ行ハレ又ハ古來ヨリ行ハレ來リシ法ハ或事情ニ因リ一時或場所ニ行ハルモノニシテ之ヲ眞理ニ適シタル法ト謂フ能ハス自然法ハ何レノ時何レノ所ヲ問ハス古今東西ニ通スル萬古不易ノ法ナリ人定法ハ時ト所ニ因リテ生スル假現的ノ法ナリ故ニ自然法ハ常ニ人定法ノ標準ト爲リ自然法

ニ適セル人定法ハ善法ニシテ之ニ反スル法ハ惡法ナリ又自然法ハ何レ時何レノ所ニ於テモ行ハル、モノナルカ故ニ國法ニ明文ナキトキハ裁判官行政官等ハ此自然法ニ依ルヘキモノナリトセリ又自然法ト國法ノ條規ト抵觸シタル時ハ自然法ニ依ルヘキモノナリトセリ

然ラハ此學者ノ所謂自然法トハ如何ナルモノナルヤト云フニ自然法學者中ニ於テモ自然法學ノ説明必、スシ、モ一、轍、ニ、出、テ、ス、多、ク、ノ、學、者、ハ、自、然、法、ハ、人、類、自、然、ノ、狀、態、ニ、於、テ、行、ハ、ル、モノ、ナ、リ、換、言、ス、レ、ハ、人、類、カ、未、タ、國、家、ヲ、組、成、セ、ス、シ、テ、生、活、セ、ル、時、代、ニ、於、テ、行、ハ、レ、タ、ル、モ、ノ、ナ、リ、人、類、自、然、ノ、狀、態、ニ、於、テ、ハ、各、人、平、等、ニ、シ、テ、其、間、君、尊、臣、卑、等、ノ、區、別、ノ、存、ス、ル、コ、ト、ナ、シ、人、類、自、然、ノ、狀、態、ニ、於、テ、ハ、各、人、自、由、ニ、シ、テ、他、人、ノ、束、縛、ヲ、受、ク、ル、コ、ト、ナ、シ、故、ニ、自、由、平、等、ハ、人、類、自、然、ノ、狀、態、ニ、於、テ、行、ハ、ル、即、チ、人、類、ハ、平、等、ナ、リ、人、類、ハ、自、由、ナ、リ、ト、云、フ、ハ、自、然、法、ノ、原、則、ナ、リ、ト、說、キ、又、他、ノ、學、者、ハ、此、ノ、如、ク、自、然、法、ニ、客、觀、的、ノ、意、義、ヲ、附、セ、ス、レ、テ、單、ニ、所、謂、自、然、法、ナ、ル、モ、ノ、ハ、自、然、ニ、存、在、ス、ル、モ、ノ、ニ、シ、テ、吾、人、ノ、理、性、ニ、依、リ、テ、之、ヲ、知、ル、モ、ノ、ナ、リ、ト、セ、リ、然、レ、ト、モ、此、學、說、ハ、近、來、ニ、至、リ、テ、ハ、次、ニ、說、明、ス、ル、心、理、派、ノ、學、派、ニ、屬、ス、ル、ニ、至、

リ、後、ニ、至、リ、テ、ハ、自、然、法、學、派、ト、稱、セ、サ、ル、ニ、至、レ、リ、是、故、ニ、此、ニ、自、然、法、學、派、ト、稱、ス、ル、ハ、主、ト、シ、テ、自、然、法、ハ、人、類、自、然、ノ、狀、態、ニ、於、ケ、ル、法、ナ、リ、ト、謂、ヘ、ル、一、派、ヲ、指、ス、モ、ノ、ナ、リ、今、一、步、ヲ、進、メ、テ、自、然、法、學、說、ノ、根、據、ヲ、討、テ、シ、ン、カ、此、學、派、ノ、人、類、自、然、ノ、狀、態、ハ、人、類、ノ、最、モ、完、全、ナ、ル、狀、態、ニ、シ、テ、後、ニ、至、リ、テ、生、シ、タ、ル、國、家、生、活、ノ、狀、態、ハ、人、類、ノ、退、步、ニ、因、リ、テ、生、シ、タ、ル、モ、ノ、ナ、リ、人、類、ハ、古、代、ニ、於、テ、ハ、德、義、上、最、モ、完、全、ナ、ル、生、活、ヲ、爲、セ、ル、モ、ノ、ナ、レ、ト、モ、後、ニ、至、リ、テ、漸、ク、墮、落、シ、醇、朴、ナ、ル、美、俗、類、レ、テ、人、々、惡、ヲ、爲、ス、者、多、キ、ニ、至、リ、遂、ニ、國、家、ヲ、立、テ、法、ヲ、設、ク、ル、ノ、止、ム、ヲ、得、サ、ル、ニ、至、レ、ル、モ、ノ、ナ、リ、故、ニ、國、家、的、生、活、法、律、的、生、活、ナ、ル、モ、ノ、ハ、畢、竟、止、ム、ヲ、得、サ、ル、ニ、出、テ、タ、ル、生、活、ノ、狀、態、ニ、シ、テ、決、シ、テ、之、ヲ、以、テ、人、類、理、想、的、生、活、ノ、狀、態、ト、謂、フ、能、ハ、ス

此ノ如ク自然ノ狀態ヲ以テ理想的生活ノ狀態ナリトセルハ人類カ從來一般ニ有セル過去追慕ノ念ヨリ生シタルモノニシテ決シテ歷史上彼等ノ言フ如キ自然ノ狀態ナルモノ存セルニアラス抑モ人類ノ過去現在未來ニ對スル觀念ハ過去ニ對シテハ常ニ追慕ノ感ヲ有シ現在ノ狀態ニ對シテハ常ニ不滿ノ感ヲ抱キ將來ニ對シテハ希望ノ念ヲ抱ケルモノナリ所謂自然法ナル觀念ハ人類カ普通

三有スル過去追慕ノ念ノ一部ナリ古ヲ尙ヒ今ヲ賤ムハ古今東西ヲ通シテ有スル人間ノ情ナリ耶蘇教師ニ於テハ人類ノ墮落ヲ説キ支那ニ於テモ唐虞三代ノ世ヲ以テ理想的時代トセルハ即チ其一例ナリ古ハ人民醇朴ニシテ欺カス詐ラス後世ニ至リテ世ハ澆季ト爲リ遂ニ詐欺盜殺ノ事ヲ生シ德義ノ退歩スルモノナリトハ獨リ學者ノ説ケルノミナラス日常交際ノ談話ニ於テモ吾人カ常ニ聞ク所ナリ此觀念ノ誤レルコトハ現今ニ於テハ敢テ多言ヲ費シテ説明スルノ必要ナシ例ヘハ上古ノ民ハ醇朴ナレトモ後世ニ至リテ人智狡猾ニ流ル古ハ刑措ヲ用非ス後世ニ至リテハ罪人ヲ出スコト益多ク法モ亦益密ナルニ至ル以テ道德ノ下降ヲ徵スヘシトノ説ノ如キ其他之ニ類スル説ノ如キハ全ク歴史ノ觀察ヲ誤レルモノニシテ古代刑措ヲ用非テリシハ社會ノ德義ノ程度低カリシ爲犯罪ト認ムヘキ行爲少ナカリシナリ警察ノ機關具ハラテリシ爲罪ヲ犯カスモ逃カレ、者極メテ多カリシナリ後世ニ至リテ犯罪者ヲ出スコト多キハ固ヨリ社會ノ進歩ト共ニ生活上ノ競争激烈ナルニ基クコト多キモ又一方ニ於テハ道德ノ標準高マレルカ爲ニ昔時惡事ト爲サ、リシ事モ今ハ之ヲ罪トシ隨テ犯罪ノ

今ヨリ手附ノコトニ付キ説明セン手附トハ獨リ賣買ノミニ限ラス他ノ契約ニモ亦應用セラレ、ハ屢々見ル所ニシテ手附ナルモノハ一契約ヲ締結スル際當事者ノ一方ヨリ他ノ一方ニ交付スル所ノ金錢其他ノ有價物ナリト雖モ其性質ニ付テハ從來種々ノ意義ニ於テ種々ノ場合ニ應用セラレ第一ノ意義ニ依レハ契約ヲ確實ニ履行スルコトノ證據トシテ交付スルモノニシテ換言セハ其契約ニ付テノ保證トナルモノナリ此意義ニ於ケル手附ハ其契約ヲ完全ニ履行セタル後ニ非レハ之ヲ取戻スコトヲ得ス即チ契約履行ノ一ノ擔保トナルナリ又第二ノ意義ニ於テハ一旦取結ヒタル契約ヲ解除スルノ手段トシテ當事者ヨリ交付スル所ノ金錢其他ノ有價物ノ義ニ解セリ即チ他日違約シタル場合ニ於ケル損害ノ賠償トシテ豫メ之ヲ交付スルニ在ルカ故ニ當事者ノ一方又ハ双方共ニ其交付シタル手附ヲ損スル以上ハ隨意ニ契約ヲ解除スルコトヲ得可シ換言セハ當事者ハ手附ヲ交付シテ契約解除權ヲ自己ニ留保スルモノト云フ可シ此他尙ホ時トシテハ手付ノ交附ヲ以テ當事者ノ一方ヨリ給付スヘキ金錢其他ノモノ、内拂ト看做スコトナキニ非ス舊民取得第三〇條參照其果シテ如何ナル意

義ニ用弁ラレアルカハ各場合ニ於ケル當事者ノ意思ヲ審訊シテ決定スルノ外
 ナク當事者ハ此點ニ於テ毫モ法律上契約ノ自由ヲ制限セラルハモノニ非ス然
 レトモ若シ當事者ニ於テ單ニ手附ヲ交付シタルノミニテ其意思ノ何レニ存ス
 ルヤヲ知ルコト能ハサル時ハ如何第五百五十七條ハ即チ此場合ニ適用スヘキ
 一般ノ原則ニシテ法律ハ特約ナキ以上ハ手附ヲ以テ契約解除ノ方法ナリトシ
 前述スル第二ノ意義ニ之ヲ解釋セリ蓋シ又普通ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思
 ヲ推定セルモノナリ此故ニ買主ニ於テ手附ヲ交付スル以上ハ買主ハ其手附ヲ
 拋棄シテ契約ヲ解除スルコトヲ得可ク之レト同一理ニ依リ手附ヲ受取リタル
 賣主ハ亦手附ノ倍額ヲ買主ニ償還シテ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ是レ實ニ
 從來ノ慣例ニ於テ「手附流レ」又ハ「手金倍戻シ」ト稱スル所以ナリ
 然レトモ手附ヲ拋棄シ又ハ受取リタル手附ノ倍額ヲ償還シテ契約ヲ解除スル
 コトヲ得ルハ當事者ノ一方カ未タ契約ノ履行ニ着手セサル場合ニ限ル若シ一
 方ニ於テ既に其履行ニ着手シタル時ハ双方共ニ契約ヲ解除スルコトヲ得ス何
 トナレハ若シ一方ニ於テ履行ニ着手シタルニ拘ラス相手方ヨリ全然契約ヲ解

除スルコトヲ得ルトセハ着手シタル當事者ニ不測ノ損害ヲ蒙ラシム可キハ顯
 然タル事實ナルノミナラス契約ノ解除セラルハヲ恐レテ却テ契約ノ履行ニ着
 手セサル如キ不結果ヲ來スナキヲ期セザレハナリ果シテ然ラハ當事者ニ於テ
 契約ヲ履行スル以上ハ曩キニ交付シタル手附ハ之ヲ如何ニ處分スヘキ乎理論
 上之ヲ交付シタル買主ニ返戻ス可キコト當然ナリト雖モ實際ノ取引トシテハ
 其手附ヲ以テ代金ノ一部ニ算入スルコト普通ノ慣例ニシテ又最モ簡便方法ナ
 リトス契約ノ通則ニ從フ時ハ凡ソ解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケサル
 モノナリ(第五四五條三項)然レトモ既に説明シタル如ク手附ハ本來契約解除ノ
 場合ニ於ケル損害賠償ノ豫定額ニ外ナラサルカ故ニ手附ヲ拋棄シ又ハ其倍額
 ヲ償還スル以上ハ重キテ損害ヲ賠償スルノ責ニ任スヘキノ理由ナキヤ明カナ
 リトス(第五五七條第二項)

以上賣買ノ總則ニ規定セラル、重要事項ヲ説了セリト雖モ尙ホ終ニ臨ンテ一
 言説明ヲ附加スヘキモノアリ第五百五十八條ノ規定是ナリ本條ニ依レハ賣買
 ノ費用ハ當事者双方平分シテ負擔スヘキモノトセリ夫レ賣買ハ一ノ有價契約

ニシテ有價契約ニ於ケル當事者ハ双方平等ニ契約上ノ利益ヲ受クルモノト看做サル可キコト當然ナレハ特ニ此般法律ノ規定ヲ要セザル可シト雖モ間々之レニ反對セル立法例ナキニアラス佛蘭西民法第五百九十三條及伊太利民法ノ如キ是ナリ此等ノ法律ニ於テハ賣買契約ノ費用ヲ以テ一ニ買主ノ負擔ト爲セリ其理由トスル所ハ第一賣買ハ全ク買主ノ爲ニスル行爲ナリ既ニ買主ノミ其利益ヲ受タル以上ハ買主ニ於テ其費用ヲ負擔ス可キハ當然ナリト云フニ在リ然レトモ是レ賣買ノ有價且双務ノ契約ナルコトヲ全ク忘却セル觀念ニシテ俗論タルヲ免レス第二ノ理由ハ賣買ニ於ケル代金中ニハ常ニ契約ノ費用ヲ計算シアリ例ヘハ百圓ノ價格アル物ノ賣買ニシテ契約費用拾圓ヲ要スルモノトセハ買主ハ九拾圓ニ非レハ之ヲ買取ルコトヲ背セザルヘシ故ニ買主ニ於テ契約費用ヲ負擔スルハ相當ナリト云ヘリ然レトモ一般ニ此ノ如ク推定シ得可キニ非ス又第三ノ理由トシテハ買主カ其物ヲ賣渡スハ本來金銀ノ必要ニ迫ラルカ故ニ外ナラザレハ隨テ不利益ナル條件モ尙ホ忍ンテ之ヲ甘諾セザルヘカラサルコト多シ是レ買主ト損益ノ權衡ヲ保ツ所以ニアラス故ニ契約費用ハ之

ヲ買主ノ負擔ト爲スヘシト云ヘリト雖モ是レ亦決シテ一般ニ行ハル、事ニ實アラス賣買ハ需用供給ノ必要關係ヨリ來リ必シモ賣主ノミカ急迫ノ事情ニ原因スルモノニアラス去レハ之ヲ買主ノミノ負擔トスルハ其當ヲ得タルモノニアラス蓋シ法律ハ斯ノ如キ迷想ニ誤マラル、ナキヲ欲シテ成文ヲ置ケルナリ然レトモ法律ハ反對ノ特約ヲ禁シタルニアラザルカ故ニ當事者ノ合意ヲ以テセハ或ハ買主ノミノ負擔トスルコトヲ得ヘク或ハ又賣主ノミノ負擔ト定ムルコトヲモ得ヘク各當事者ノ負擔額ニ等差ヲ設クルコトモ亦敢テ妨ケアルナシ

第二款 賣買ノ効力

凡ソ契約ノ効力ハ概シテ當事者ニ義務ヲ負擔セシムルニ存ス賣買ハ双務契約ナルカ故ニ契約ノ成立スルト共ニ當事者双方ニ義務ヲ生スルヲ見ル可シ是レ本款ニ於テ説明スヘキ所ノモノナリ

第一節 賣主ノ義務

賣買ハ當事者ノ一方ヨリ他ノ一方ニ財產權ヲ移轉スルコトヲ約シ相手方ヨリ代金ヲ支拂フコトヲ約スル契約ナルカ故ニ賣主トシテ負擔スル義務ハ唯一財

產權移轉ノ義務ノミト概言シ去ルコトヲ得可シ然レトモ財產權移轉ノ義務アル以上ハ其目的物ヲ相手方ニ引渡サ、ルヘカラス又之ヲ引渡ス迄ハ適法ノ注意ヲ以テ其物ヲ保存セサルヘカラス加之若シ其財產權ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルカ若クハ買主ヲシテ完全ニ其權利ノ利益ヲ享受セシムルコト能ハツル時ハ或ハ其契約ヲ解除シ或ハ損害ヲ賠償シ若クハ代金ヲ減殺シテ以テ買主ニ對シ之カ擔保ノ責ニ任セサルヘカラス是レ從來ノ法律又ハ學說ニ於テ賣主ノ義務ヲ分チテ第一權利移轉ノ義務第二目的物引渡ノ義務第三保存ノ義務第四擔保ノ義務舊民取得第四六條ニ類別スル所以ナリト雖モ其第二以下ノ義務ハ要スルニ皆第一ノ義務ヨリ生スル當然ノ結果ニ外ナラス何トナレハ權利移轉ノ義務ナクシテ目的物ヲ引渡スヘキ義務アルノ理ナク又他人ノ爲ニ之ヲ保存スルノ責任アルコトナク又其權利ヲ移轉スルコト能ハサル場合ニ擔保ノ責任ヲ生スヘキ理由ナケレハナリ唯予ハ説明ノ便宜上右ノ分類ニ基キ四項ニ分説セントス

第一項 權利移轉ノ義務

上來屢説示セル如ク賣買ハ權利ヲ移轉スル義務ヲ生スル行爲ニシテ直接ニ權利ヲ移轉スル行爲ニアラス即チ賣買契約ニ依リテ賣主ハ買主ニ財產權ヲ移轉スヘキ義務ヲ負擔スルニ止マル可キカ故ニ其目的物タル財產權ハ必シモ賣主ニ屬スル權利ナルコトヲ要セス他人ニ屬スル權利ト雖モ亦能ク賣買ノ目的タルコトヲ得可シ唯此場合ニ於テハ賣主ニ於テ其權利ヲ取得シテ更ニ之ヲ買主ニ移轉セサルヘカラサルニ止マリ其權利移轉ノ義務ヲ生スルノ點ニ於テハ他ノ場合ト雖モ異ナルコトナシ蓋シ目的物特定セル場合ト雖モ其他人ノ權利ヲ取得スルハ必スシモ不能ノコトニアラサルノミナラス不特定物ノ賣買ニ至リテハ買主ニ於テ賣買ノ當時其物ヲ所有セスシテ後日他人ヨリ其物ヲ取得シ以テ買主ニ之ヲ給付スルコト實際頗ル行ハル、所ニシテ而モ此契約ヲ有効ナリトスルニ於テ何人モ疑ヲ容レサル所ナリ果シテ然ラハ目的物カ他人ニ屬スレハトテ賣主ハ常ニ賣買ノ要件タル權利移轉ノ義務ヲ負擔ス可キカ故ニ他人ノ物ノ賣買モ亦有効ナルコト勿論ナリト云ハサルヘカラス(第五六一條尤モ其人ノ物ヲ賣買スルトハ其物ヲ他人ノ物トシテ賣買スルニ在リテ故ラニ之ヲ

自己ノ物トシテ賣買スル如キハ所謂冒認罪トシテ刑法上ノ犯罪ヲ成スコク無効賣買タルハ論ヲ缺タス佛國民法及ヒ我舊民法取得第四十二條ハ他人ノ物ノ賣買ハ當事者双方ニ於テ無効ナリト規定セリ是レ畢竟特定物ノ賣買ヲ以テ直接ニ權利ヲ移轉スル行為ト看做スカ故ニ外ナラスト雖モ既ニ説明セル如ク特定物ノ賣買ノ場合ト雖モ賣主ハ買主ニ對シテ權利移轉ノ義務ヲ負擔ス可シ唯目的物特定セルカ故ニ其義務カ直チニ履行セラレテ殆ント義務ヲ生スルノ餘地ナキカ如キ觀ヲ呈スルニ過キス均シク賣買ニシテ一ハ不特定物ニ係ルカ故ニ賣主ハ權利移轉ノ義務ヲ負擔シ一ハ特定物ナルカ故ニ賣主ニ此義務ナシトシ其性質効用ヲ異ニスルハ頗ル了解ニ苦シム所タリ實ニ特定物ノ賣買ト雖モ當事者ニ於テ其物ノ所有權移轉ヲ後日ニ延期スルコトヲ約スルノ有効ナルハ殆ント疑ナキ所ニシテ此場合ニ於テハ其權利ヲ移付スル迄ハ賣主ハ權利移轉ノ義務ニ服スルコト明ナル可シ果シテ然ラハ特定物賣買ノ場合ト雖モ必スシモ常ニ契約ト同時ニ權利移轉ノ結果ヲ見ルモノニ非サルカ故ニ他人ニ屬スル特定物ナリトシテ其賣買ヲ無効ナリトスルノ理由ナカル可シ且ツ夫レ他人ノ物

ノ賣買ヲ無効ナリトセル舊法典ノ下ニ於テモ當事者双方カ其目的物ノ他人ニ屬スルコトヲ豫見シ當事者ノ一方ヨリ後日其物ヲ取得シテ以テ相手方ニ之ヲ移付セントスルノ契約ハ賣買トシテ無効ナルヤヲ知ラスト雖モ一種ノ無名契約トシテハ亦有効ノ契約ト云ハサル可カラサルカ故ニ適々他人ノ物ノ賣買ヲ無効ナリト規定スルモ其實用ヲ見ルコト殆ント之ナカル可キナリ故ニ新民法ニ於テハ賣買ノ性質ヲ一貫シテ賣買ハ常ニ權利移轉ノ義務ヲ生スルモノトシ隨テ他人ノ物ノ賣買モ亦有効ノ契約ニシテ賣主ニ於テ若シ其物ヲ取得シテ買主ニ移付スル能ハサルニ於テハ權利移轉ノ義務不履行ノ結果トシテ擔保ノ責任ス可キモノト爲セルナリ

第二項 目的物引渡ノ義務

第三項 目的物保存ノ義務

是レ權利移轉ノ義務ヨリ生スル當然ノ結果ナリト雖モ權利ヲ移轉スル行為ハ獨リ賣買ノミニ限ラス荷モ或物ヲ授與スル義務アルモノハ皆此二個ノ義務ヲ負擔スヘキカ故ニ法律ハ債權ノ總則ニ於テ之カ規定ヲ爲セリ第四〇〇條第四

○一條第四八四條等參看故ニ特ニ賣買ニ付キ茲ニ説明スルコトヲ爲サス

第四項 擔保ノ義務

此義務モ亦決シテ賣買ニ特有ナルモノニ非スト雖モ賣買ニ於テ適用最モ多キカ故ニ法律モ亦之ヲ賣買ノ都ニ於テ規定セリ
擔保ナル語ハ從來二個ノ意義ニ用ヒラル第一ノ意義ニ於テハ債務不履行ノ結果ヲ豫防スル保證手段ヲ指シテ擔保ト云ヘリ例ヘハ債務者ノ財産ハ債權者ノ一般ノ擔保ナリト云ヒ或ハ質抵當保證等ハ特別ノ擔保ナリト云フカ如シ第二ノ意義ニ於テハ權利ノ移付者ヨリ相手方ニ對シテ其相手方ノ蒙ルヘキ恐アル損害ヲ豫防シ又ハ既ニ蒙リタル損害ヲ賠償スルノ責任ヲ指シテ擔保ト云ヘリ茲ニ擔保ト云フハ第二ノ意義ニ於テスルモノナリ
凡ソ或ル權利ヲ移付シタル者ハ其讓受人ニ對シテ其權利ノ保有ヲ保證セタルヘカラス又完全ニ行使シ得可キ權利トシテ之ヲ移付シタルモノト看做スコト當然ナルカ故ニ若シ讓受人ニ於テ讓受以前ノ原因ニ依リ其權利ヲ失フカ或ハ其目的物ニ際レタル瑕疵アリタルカ爲メ當事者ノ豫期シタル希望ヲ達スル

能ナルカ如キ場合ニ於テハ讓渡人ハ之ニ對シテ相當ノ責任ナカルヘカラス賣買契約ニ於ケル賣主ノ擔保ノ義務トハ即チ此責任ヲ云フニ外ナラス隨テ擔保ノ義務ハ之ヲ分チテ第一追奪擔保ノ義務第二瑕疵擔保ノ義務ト爲スコトヲ得可ク苟モ當事者ニ於テ反對ノ特約ナキ限りハ當然賣主ニ於テ負擔セサルヘカラナルモノナリ此他尙ホ當事者ノ特約ニ依リ債權ノ讓渡ニ付キ債務者ノ賣力ヲ擔保スル場合アリ併テ本項ニ之ヲ説明スヘシ

第一 追奪擔保ノ義務

追奪擔保ノ義務トハ賣主ニ於テ買主カ買受タル權利ノ安全ナル保有ヲ保證スル義務ヲ云フ詳言スレハ買主ニ於テ或ハ其買受タル權利ノ全部若クハ一部ヲ失フノ恐レアル場合又ハ既ニ之ヲ失ヒタル場合ニ於テ或ハ第三者ノ主張ニ對シテ買主ヲ辯護シ或ハ買主既ニ追奪ヲ蒙リタル場合ニ於テ其損害ヲ賠償スルヲ以テ目的トス故ニ此ノ義務ノ目的ハ之ヲ二段ニ區別スルコトヲ得ヘシ即チ第一段ニ於テ第三者ノ主張ニ對シ賣主ヲ訴訟ニ參加セシメテ買主ヲ辯護セシムルコト第二段ニ於テ訴訟ノ結果敗訴シタル場合ニ買主ノ受ケタル損害ヲ賠

債セシムルコト是ナリ舊民法ニ於テハ財産編第三百九十五條第二項ニ於テ明カニ之ヲ規定セリ然ルニ新民法ニ於テハ第一段ノ目的タル訴訟參加ノコトハ須ラク民事訴訟法ニ於テ之ヲ規定スヘシト爲シ民法ニ於テハ單ニ第二ノ目的タル損害賠償ノ點ニ付テノミ規定セリ左ニ場合ヲ分テ之ヲ説明セシ

其一 全部追奪ヲ受ケタル場合
此場合亦タ二アリ

(一) 賣渡シタル權利カ他人ニ屬セルカ爲メ買主ニ之ヲ移轉スルコト能ハザリシ場合(第五六〇條第五六一條第五六二條)

既ニ述フル如ク他人ノ權利ノ賣買モ亦有効ノ賣買ニシテ此場合ニハ賣主ハ其權利ヲ自己ニ取得シテ買主ニ之ヲ移轉スルノ義務アリ然ルニ賣主ニ於テ其權利ヲ移轉スルコト能ハサル時ハ買主ハ契約ノ當時其權利ノ他人ニ屬スルコトヲ知リタルト否トニ拘ハラズ常ニ賣買ヲ解除スコトヲ得可シ是レ一般ノ通則ノ適用ナリ第五四一條然レトモ此場合ニ於テハ買主ヨリ契約ヲ解除スルニ付キ特ニ相當期間ヲ定メテ催告ヲ爲スコトヲ要セス(第五六一一條是レ權利ヲ移轉

族トノ間ハ毫モ親族關係ヲ生セス其間ハ全ク他人ノ關係ナリ是レ我國ノ慣習ニ結ヒタル規定ナリ佛國ノ如キハ之ト少シク其規定ヲ異ニス養子縁組ニ因リテ生スル關係ハ養子ト其養親トノ間ニ止マリ養親ノ血族ハ全ク他人ナリ吾邦從來ノ養子ナル用語ハ男子ニ限リ女子ノ場合ニハ養女ト稱セシカ民法ハ此區別ヲ爲サス養子ナル用語ノ中ニ廣ク男女兩性ヲ包含セシメタリ(第八三七條)

繼父母ト繼子及ヒ嫡母ト庶子 繼父母ト繼子トハ天然ノ血縁アラス亦嫡母ト庶子トノ間モ同一ナリ嫡母庶子トハ如何ナル親族關係ノ名稱ナルカヲ了解セシムル爲メ茲ニ一言セン婚姻ニ因リテ生シタルト否トニ因リ嫡出庶出ノ區別アリ私生子ハ父又ハ母ノ認知ニ因リテ庶子ト爲ル(第八二七條其認知アラザル前ハ私生子ノ名稱ナリ是ヲ以テ子ノ名稱ハ三種ナリ嫡出子又ハ嫡子庶出子又ハ庶子及ヒ私生子是レナリ又嫡母トハ正當ナル婚姻ニ因リタル者ヲ指シ私生ノ子ノ母ニ對スル者ナリ而シテ嫡母ト庶子トハ天然ノ血縁アル者ニ非ス然レトモ此等天然ノ血縁ナキ者モ亦法律ノ規定ニ依テ親子間ニ於ケルト同一ノ關

係ヲ生ス(第七二八條)此規定モ從來ノ慣習ニ從ヒテ設ケタルモノナリ
 繼父母繼子及ヒ嫡母庶子ノ關係ハ親子ノ關係ニ等シキカ故ニ法律カ特ニ例外
 ヲ設ケタル場合ノ外ハ親子ノ關係ニ關スル法律ノ規定ハ總ヘテ皆繼父母ト繼
 子嫡母ト庶子トノ間ニモ其適用ヲ受ク可キモノナリ(例外民法第七二九條第七
 七三條第八四三條第八七八條)

親族關係ハ消滅 親族關係カ天然ノ原因ニ依リテ生シタルトキハ如何ナル原
 因生スルモ消滅スルコトナレ例ヘハ夫婦ノ間ニ子アリ婦カ離婚ニ因リ夫ノ家
 ヲ去リタリト雖モ其母子ノ親族關係ハ依然タルモノニシテ之カ爲メ毫モ變更
 スルコトアラサルナリ然レトモ人爲ノ原因ニ因リテ生シタル親族關係ハ之ヲ
 生シタル原因ノ消滅シタルトキ亦タ消滅スルモノトス人爲ノ原因ニ依リテ生
 スル親族關係トハ夫婦姻族繼父母ト繼子嫡母ト庶子ノ關係養子ト養親及ヒ其
 血族トノ關係是ナリ而シテ夫婦間ノ親族關係ハ離婚ニ因リテ止ム是レ離婚ノ
 性質ヨリ來ル當然ノ結果ナレハ別ニ法ノ明文ヲ待タス之ニ反シテ姻族其他ノ
 關係ノ消滅原因ハ特ニ明文ヲ以テ之ヲ明ニシタリ即チ左ノ如シ

姻族關係及ヒ繼父母ト繼子ト又嫡母ト庶子トノ間ニ於ケル親族關係ハ離婚ニ
 因リテ止ム

夫婦ノ一方カ死亡シタル場合ニ於テ生存配偶者カ其家ヲ去リタルトキ亦同シ
 (第七二九條)

元來此等ノ親族關係ハ婚姻ニ因リテ生シタルモノナレハ其婚姻ニシテ解止セ
 タル以上ハ亦消滅スルハ普通ノ道理ナリ外國法律獨逸ノ中ニハ夫婦關係ノ消
 滅ニ因リテ姻族關係ノ消滅ヲ來サ、ルモノアリト雖モ吾法律ハ之ヲ認メサリ
 シナリ然レトモ以上ノ親族關係ハ離婚ニ因リテ消滅ス可シト雖モ之カ爲ニ全
 ク婚姻アラサリシ以前ト同一ナルモノニアラスシテ幾分カ其效果ヲ存スルモ
 ノアリ民法第七七十條ノ規定ニ從ヘハ直系姻族ノ間ニ於テハ姻族關係カ止
 ミタル後ト雖モ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス又民事訴訟法第二百九十七條ノ證書ヲ
 拒ムコトヲ得可キコトヲ規定シタル場合ニ於テ原告若クハ被告又ハ其配偶者
 ト親族ナルトキ姻族ニ付テハ婚姻ノ解除シタルトキト雖モ仍其解除セサル場
 合ト同ヤク證書ヲ拒ムコトヲ得ルモノトセリ又判事カ其職務ヲ執行ヨリ除斥セ

ラル可キ場合ヲ規定シタル全法第三十二條ニ姻族ニ付テハ婚姻ノ解除セタルトキト雖モ判事又ハ其婦カ當事者ノ一方若クハ雙方又ハ其配偶者ト親族ナリシトキハ同シク除斥セラレ又執達吏規則明治二十三年七月法律第五十一號第八條ニモ執達吏カ其職務ノ執行ヨリ除斥セラレ、ニ付キ右判事ニ於ケルト同シキ規定アリ

吾邦從來ノ慣習ニ依ルトキハ姻族關係ハ婚姻ノ解消ニ因リテ止息セリト雖モ夫婦ノ一方カ死亡シタル場合ニ於テ生存配偶者カ其家ニ殘存スルトキハ其關係依然トシテ變更スルコトナシ然レトモ若シ生存配偶者カ其家ヲ去リタルトキハ姻族關係ハ消滅スルモノトシタレハ本法モ此慣習ヲ採用シテ第二項ノ規定ヲ設ケタリ而シテ前條ノ親族關係即チ繼父母ト繼子ト又嫡母ト庶子トノ間ニ於ケル關係ハ親ノ婚姻ニ因リテ生スルモノナルカ故ニ其離婚ニ因リテ亦此關係ヲ消滅スルニ至ルモノトスルハ至當ナリト云フ可シ然レトモ本家相續分家及ヒ廢絶家再興ノ場合ハ其家ト親族關係ヲ絶ツモノトセサレハ此場合ニ於テ本條規定ノ適用ヲ受ケサルナリ

養子養親及ヒ其血族トノ親族關係ハ離縁ニ因リテ止ム(第七三〇條)

離婚ニ因リテ姻族關係カ消滅スルト同シク養子ト養親及ヒ其血族トノ親族關係カ離縁ニ因リテ消滅スルハ離縁其物ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリ何トナレハ離縁トハ養子縁組ノ効力ヲ解除スルモノナレハ最初縁組ニ因リテ生シタル効力即チ養子ハ縁組ノ口ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得シ從テ縁組ノ口ヨリ養子ト養親及ヒ其血族トノ間ニ生マタル血族間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ消滅ス可ケレハナリ

養親カ養家ヲ去リタルトキハ其者及ヒ其實家ノ血族ト養子トノ親族關係ハ之ニ因リテ止ム

養父又ハ養母カ本來養家ノ人ニ非スシテ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ヨリ入りタル場合ニ於テハ其者カ離婚又ハ離縁ニ因リテ養家ヲ去ルコトアリ此場合ニ於テハ其養親ハ全ク養家ト親族關係ヲ絶ツモノナレハ其養家ニ殘存スル養子トノ關係モ亦之ト同時ニ消滅セサル可カラズ而シテ養子ト養親ノ血族トノ關係ハ養子ト養親トノ親族關係アリシカ爲メニ生セシモノナレハ其親族關

係ニシテ消滅スル以上ハ之ト同時ニ養子ト養親ノ血族トノ關係モ消滅ス可キハ自然ノ道理ナリ

養子ノ配偶者直系卑屬又ハ其配偶者カ養子ノ離縁ニ因リテ之ト共ニ養家ヲ去リタルトキハ其者ト養親及ヒ其血族トノ親族關係ハ之ニ因リテ止ム
養子離縁ノ場合ニ於テ養子ノミ養家ヲ去リ其配偶者及ヒ其卑屬ハ養家ニ殘存スルコトアリ又ハ配偶者及ヒ其卑屬モ之ト共ニ其家ヲ去ルコトアリ(第七四五條第八七六條)而シテ養子ノ配偶者及ヒ其卑屬カ養子ト共ニ養子ノ離縁ニ因リテ家ヲ去ルトキハ此等ノ者ト養親及ヒ其血族トノ親族關係ノ消滅スルハ是亦自然ノ道理ナリ何トナレハ此等ノ者カ養子ノ養親及ヒ其血族ト親族關係ヲ有スルハ養子ト共ニ養家ニ在ルカ故ナルニ養子ト共ニ其家ヲ去リタル場合ニ於テ仍其關係ノ存ス可キ理アラサレハナリ然レトモ養子ノ配偶者カ養家ノ家女ニシテ養子ト共ニ家ヲ去リタルトスルモ養親ト血縁アルニ於テハ其血縁ハ之カ爲ニ消滅ス可キモノニアラス故ニ此場合ニハ右規定ノ適用ヲ受クルモノニアラス又養子ノ配偶者タル家女ト養子トノ間ニ子ヲ擧ケ養子離縁ノ際家女ハ

其家ニ留マリ其子ノミ養子ト共ニ養家ヲ去リタルトキハ此母子ノ血縁ハ之カ爲ニ消滅スルモノニアラス要スルニ一旦婚姻ニ因リテ生シタル血縁ハ養子離縁ト共ニ離婚ヲ爲シタリト雖モ之カ爲メ其血縁ノ關係ニ變更ヲ生スルモノニアラサルナリ

夫婦ハ一方カ死亡シタル場合ニ於テ其生存配偶者カ其家ヲ去リタル時及ヒ養親カ養家ヲ去リタル時ニ於ケル親族關係消滅ノ例外 夫婦ノ一方カ死亡シ其生存配偶者カ縱令其家ヲ去リタリト雖モ其去リタルヤ其實家又ハ生家ニ歸リタルニアラスシテ本家相續分家及ヒ廢絶家再興ノ爲ナルトキハ曩ニ説キタル第七百二十九條第二項第七百三十條第二項ノ原則ノ適用ヲ受ク可キモノニアラス此場合ニ於テハ依然親族關係ハ持續ス可キナリ抑モ婚姻又ハ養子離縁ニ因リテ他家ヨリ入リタル者カ其婚家又ハ養家ヲ去ルハ概シテ婚家又ハ養家トノ親族關係ヲ絶ツ意思ナルヲ通常トスレトモ本家相續分家又ハ廢絶家再興ノ爲ニ其家ヲ去ル場合ニ於テハ右ノ如キ普通ノ意思ヲ有スルモノト推測スルヲ得ス此ノ如キ場合ニ於テハ家族制度ノ廣キ意味ニ於テ同一家族トシ依然其家

ニ在ルト同一ニ視サル可カラサルヲ以テ第七百三十一條ニ此例外ヲ設ケタリ

第二章 戸主及ヒ家族

本章ニ於テハ戸主ト家族トノ關係ヲ示シ併セテ如何ナル人カ戸主ニシテ又如何ナル人カ家族ナルカヲ定ム面シテ本章ヲ分チテ三節ト爲ス第一節總則第二節戸主及ヒ家族ノ權利義務第三節戸主權ノ喪失是ナリ

第一節 總則

本節ニ於テハ戸主權取得ノ原因及ヒ家族ト爲ル事由ヲ掲ケ當然家族タル者及ヒ甲家ヨリ轉シテ乙家ニ入ル者ヲ規定シ且ツ家ヲ轉スルニ付キ必要ナル條件ヲ定メ併セテ女戸主ノ入夫婚姻新家ノ創立ノ如キ戸主權取得ノ特別原因ヲ掲ク但シ戸主權取得ノ普通原因ハ家督相續ニシテ相續編ノ目的ナレハ戸主權取得ノ原因ニ付テハ其特別ナルモノヲ掲ケルニ過キサルナリ

戸主トハ一家ニ長タル者ヲ謂フ此長タル者トハ年齢ヨリ之ヲ謂フニ非スシテ其家ノ主權ヲ有スル點ヨリ謂フモノナリ例ヘハ父カ隱居シ子カ其跡ヲ繼キタル場合ニ於テハ子カ家長即チ戸主ニシテ其家ニ付テハ主權ヲ有スルナ

リ
家族 戸主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者及ヒ其配偶者ハ之ヲ家族トス(第七三二條)

茲ニ所謂家トハ有形上ノモノヲ指スニ非ス換言スレハ居住ヲ同ウスルノ謂ヒニ非スシテ法律上ノ家即チ無形ノモノヲ指ス

法律上家族タルモノハ戸主ノ親族若クハ其配偶者タルコトヲ要ス而シテ此親族トハ第七百二十五條ニ在ル六等親内ノ者ヲ指スヲ以テ戸主ノ親族ナリト雖モ六等親以外ノ者ハ家族タラサルナリ又其親族ハ戸主ト家ヲ同ウスルニ非ラナレハ家族タラサルナリ是ヲ以テ六等親以外ノ親族又ハ從來戸主ノ附籍厄介籍等ニ在リシ者ノ如キハ右ノ條件ヲ具備セサルニ於テハ家族ト稱スルヲ得ス然レトモ新民法ノ規定ニ適セスシテ家族タラサル者ト雖モ民法施行ノ際家族タリシ者ハ民法施行法第六十二條ニ從ヒ家族タルコトヲ得

戸主ハ死亡隱居又ハ入夫婚姻等ニ因リ變更スルコトアリ其場合ニ於テハ舊戸主ノ家族タリシ者ハ新戸主ト何等ノ親族關係ヲ有セサルニ拘ラス新戸主ノ家

族タリ
當然家族ハル可キ者 子ハ父ノ家ニ入ル父ノ知レサル子ハ母ノ家ニ入ル(第七
三三條)

子ハ嫡出子タルト庶出子タルト養子タルトヲ問ハス常ニ其父ノ家ニ在ルヲ以
テ原則トス然レトモ此原則ヲ以テ子ハ常ニ父ニ附隨ス可キモノト解ス可カラ
ス若シ父カ入夫ニシテ離婚スルカ又ハ養子ニシテ離縁ヲ爲シ其家ヲ去ルトキ
ハ子ハ當然父ニ附隨セテ父ノ家ニ入ル可キモノニアラス故ニ此規定ハ子タル
身分ノ定マリタルトキニ適用セラルハナリ父ノ知レサル子ハ母ノ家ニ入ルハ
當然ナリ是レ専ラ私生子ノ場合ニ係ル然レトモ父母共ニ知レサルトキハ入ル
可キ家ナキヲ以テ其子ハ一家ヲ創立ス此規定ハ主トシテ迷子棄子等ニ適用セ
ラルハモノニシテ是レ戸主權取得ノ一ノ特別ノ原因タルナリ又長ク無籍者ニ
シテ其父母ノ知レサル者モ同シク此適用ヲ受ク可シ

子ハ父ノ家ニ入ルトノ原則ハ父カ子ノ出生前ニ在リテ離婚入夫又ハ離縁養子
ニ因リテ其家ヲ去リタル場合ニ於テ直チニ之ヲ適用スルトキハ子ハ出生スル

ヤ直チニ父カ屬スル家ニ入ル可キカ知シト雖モ是レ從來吾邦ノ慣習ニ反スル
ヲ以テ法律ハ此場合ニ於テハ子ハ懐胎ノ始メニ遡リ當時父カ屬セシ家即チ母ノ
家ニ入ル可キモノトセリ(第七三四條)是レ右原則ノ例外タリ然レトモ養子カ離
縁ニ因リテ養家ヲ去ルニ當リ若シ同時ニ離婚ナキトキハ妻モ亦隨フテ其家ヲ
去ル可シ(第七四五條)此ノ如キ場合ニ於テ子ヲ養家ニ入ルモノトスルトキハ父
母共ニ在ラスシテ子ノ爲メニ甚タ不利益ナルヲ以テ前原則ヲ適用シ子カ出生
ノ時父カ屬スル家即チ父ノ實家ニ入ル可キモノトセリ此規定モ或ル場合ニハ
適用ス可カラサルコトアリ即チ一旦父ト共ニ家ヲ去リタル母カ協議上ノ離婚
ヲ爲シテ生家ニ歸ルカ又ハ三ヶ月内ニ離縁ヲ理由トシテ離婚ノ訴ヲ提起第八
一三條第十號第八一八條第二項シテ子ノ出生前ニ復籍ヲ爲シタルトキハ右例
外ノ規定ニ從ヒ其子ヲ父ノ舊養家ニ屬セシムルヲ妥當ト爲シ第二項ノ規定ヲ
設ケタリ

(一) 家族ノ庶子及ヒ私生子ハ戸主ノ同意アルニ非サレハ其家ニ入ルコトヲ得ス(第七三五條)

子ハ父ノ家若クハ父知レサルトキハ母ノ家ニ入ルヲ常トシ又其父若クハ母ノ戸主タラサル場合ニ於テモ其子カ婚姻ニ因リテ生レタル者即チ嫡出子ナルトキハ戸主タル者之ヲ自家ノ家族ト爲スコトヲ拒ムノ權ナシト雖モ家族カ婚姻外ニ於テ庶子私生子ヲ擧ケタルトキハ是レ倫理ニ悖レルモノナルカ故ニ戸主タル者之ヲ自家ノ家族トシテ扶養シ教育スルノ義務ナシ是ヲ以テ家族ノ庶子私生子ヲ家族ト爲スニハ戸主ノ同意アルコトヲ要スト爲シタル所以ナリ

(二) 庶子カ父ノ家ニ入ルコトヲ得サルトキハ母ノ家ニ入ル又私生子カ母ノ家ニ入ルコトヲ得サルトキハ一家ヲ創立ス

家族ノ庶子其父ノ認知ヲ受ケタリトモ戸主ノ同意ヲ得サルトキハ母ノ家ニ入ル母ノ家ニ入ルコト能ハサルトキ又ハ父ノ認知ヲ受ケサル私生子カ母ノ戸主ノ同意ヲ得サルヨリ母ノ家ニ入ルコト能ハサルトキハ別ニ一家ヲ創立スルヨリ外途アラサルヲ以テ右ノ規定ヲ設ケタル所以ナリ

文書ニ作成セサルモノナリト誤解スヘカラス例ヘハ學者ノ著書ニ明記スルカ如キハ最モ普通ナリ又彼ノ佛國ノ如キハ民法ノ未ダ制定セラレサル以前ニ當リ特ニ國王ノ命令ヲ以テ文書ニ編成シタルコトアリ

成文法ト不文法ト二者ハ時トシテ相併存スルコトアリ例ヘハ成文法ヲ以テ原則トスル國ニ於テモ時ニ或ハ成文法ヲ採用スルコトアリ殊ニ二者併立シテ殆ト甲乙ナキ國ナシトセス此ノ如キハ唯其國ノ風俗習慣及ヒ文物ノ程度ニ因リテ其可否ヲ定ムヘキノミ一概ニ之ヲ是非スヘカラサルナリ然リ而シテ我帝國ハ民法其他ノ法律既ニ完備シテ成文法ノ國ナルコト固ヨリ言フヲ埃タスト雖モ法例第二條ニ規定セルカ如ク明文ナキ事項ニ付テハ仍ホ慣習法ヲ認ムルナリ

今其規定ニ依レハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限リ法律ト同一ノ効力ヲ有スルモノトセリ故ニ我邦ニ於テハ成文法ノ國ナルニモ拘ハラズ同時ニ慣習法即チ不文法ヲ採用セリ隨テ此ニ成文法ト不文法トノ關係ヲ定ムルノ

必要アリ例へハ或事實ニ關シ成文法ノ規定アルト同時ニ之ニ反對ノ慣習行ハル、トキハ裁判官ハ孰レニ依リテ決定スヘキカ此問題ニ關シテハ學說未タ一致セスト雖モ予ノ信スル所ニ依レハ原則トシテ成文法ノ規定ニ依ルヘキコト勿論ニシテ唯成文中認定的ノ規定ニ反スル慣習アル場合ニ於テハ寧ロ慣習ヲ採ルヘキモノトス蓋シ認定的ノ規定ハ一ニ當事者ノ意思ヲ推測シテ定メタルモノナルカ故ニ若シ當事者カ成文法ノ規定ニ依ラスシテ慣習ニ依リタリト認ムヘキ場合ハ其慣習ニ依リテ裁判ヲ與フヘキコト寧ロ其規定ノ精神ナレハナリ彼ノ佛國ニ於テ法律カ明文ヲ以テ認メタル場合ノ外慣習ニ依ルコトヲ許サスト言フカ如ク又英國ニ於テ成文法カ慣習ニ依リテ使用セラレサルトキハ成文法ハ其効力ヲ失フヘシト言フカ如キハ少クトモ我邦ノ如キニ於テハ適用スルコトヲ得サル原則ナリ而シテ法例及ヒ民法ハ粗此說ヲ採レルモノ、如シ先ツ右ノ法例ノ成文ニ據レハ法令ニ規定ナキ事項ニ關シテノミ慣習法ノ効力ヲ認メ唯民法第九十二條ニ於テ認定的規定ニ反スル慣習ノ効力ヲ認メタリ尙其詳細ニ至リテハ請フ第九十二條ヲ説明スルニ當リテ之ヲ論メン

成文法國ニ於テ認ムル慣習ハ當事者ノ證明ヲ要スルヤ否ヤ獨逸民事訴訟法二六五ニ據レハ裁判官ニ知レタル慣習ハ之ヲ證明スルコトヲ要セスト雖モ我民事訴訟法二一九ニ據レハ慣習ハ必ス當事者ニ於テ之ヲ證明スヘキモノトセリ是レ成文法國ニ於テハ當然ノ規定ナランカ
抑モ一國ノ法律カ成文法主義ヲ採ルヘキカ將タ不文法主義ヲ採ルヘキカニ付テハ學者間大ニ議論アリ唯方今歐洲ノ大陸諸國カ漸次成文法主義ヲ採ルノ傾アルハ拖フヘカラサルノ事實ニシテ彼ノ英國ノ如キモ近時成文法主義ヲ可トスル學者頗ル多キニ似タリ
不成文主義ノ學者ハ曰ク凡ソ慣習ハ其社會當時ノ必要ニ應シテ發生スルモノナリ故ニ慣習ハ常ニ時勢ト相伴ヘリ之ニ反シ成文法ナルモノハ唯主權者カ或時代ノ必要ニ應シテ制定シタルモノナルカ故ニ固ヨリ社會ノ變遷ニ伴ハス嘗テ甚タ必要ナリシ法律ト雖モ今日既ニ不用ニ屬シ之ヲ適用スルトキハ却テ時勢ノ必要ト相反スルカ如キ結果ヲ生スルコトナシトセス加之慣習ハ時勢ノ必要ニ因リテ自然ニ發生スルモノナリト雖モ成文法ノ如キハ主權者カ恣ニ制定

シタルモノナルヲ以テ果シテ其社會當時ノ事情ニ適合スルヤ否ヤモ猶未タ知
ルヘカラス况シヤ不適當ナル法律ヲ制定シ若クハ其法律ノ存在セル場合ニ於
テモ之ヲ改正スルコト甚タ困難ニシテ有害無益ノ法律ヲモ甘シテ適用セザ
ルヘカラサルノ弊アリト固ヨリ一理ナキニアラス然レトモ慣習ハ必スシモ時
代ノ必要ト相應スルモノニアラス既ニ不必要ナル慣習ニシテ永ク留存スルモ
ノナシトセス例ヘハ我戶主制度ノ如キハ全ク封建時代ノ餘習ニシテ今日ニ於
テハ最早其必要ヲ認メスト雖モ尙留存スルニアラスヤ而シテ慣習ト雖モ時ニ
社會ニ有害ナルモノナシトセス例ヘハ我離婚ニ關スル慣習ノ如シ而モ之ヲ改
ムルノ甚タ困難ナルモノアルニアラスヤ且ツ不文法ナルモノハ最モ不確實ナ
ルモノニシテ之ヲ求ムルノ標準殆ント一定セス彼ノ不文法ヲ以テ誇リ而モ良
判官ニ富メル英國ニ於テスラ其裁判實ニ區々ニシテ不文法ノ存否確實ナラサ
ルモノ太タ渺シトセス故ニ荷モ裁判ノ確實ヲ期シ權利ノ安全ヲ保タントセハ
斷シテ成文法ヲ採ラサルヘカラス反對論ノ如キハ殆ント理由ナキモノナリ
我日本ニ於テハ成文法ヲ可トスルノ理由尙一アリ他ニアラス明治維新ノ改革

ト共ニ在來ノ慣習ハ殆ント一變シ民事トナク商事トナク一ニ泰西ニ是レ做フ
ノ傾ヲ呈シ而シテ新慣習未タ熟セス裁判官ハ各其學ヲ所ニ依リテ判斷ヲ下シ
例規區々ニシテ毫モ一定セス人民ノ權利甚タ不安固ナリシヲ以テ一日モ疾ク
成文法ノ制定ヲ必要トシタレハナリ
成文法ノ可ナルコト右ノ如シ然ラハ法典主義ノ得失如何是レ亦各國ノ事情ニ
照シテ決定セサルヘカラス必スシモ理論ニミ拘泥スルコトヲ得サルナリ今
泰西諸國ノ實際ヲ見ルニ佛國ハ法典國ニシテ英國ハ非法典國ナリ而シテ獨逸
ハ其中間ニ位セシモ千九百九十六年帝國民法ノ制定アリシ以來純然タル法典國
ト爲レリ而シテ我日本ニ於テハ必ス法典ナカルヘカラス蓋シ我邦ハ近ク泰西
ノ文明ヲ輸入シ慣例未タ一定セス然ルニ此際區々ノ單行法ヲ制定スルコトア
ランカ彼此相抵觸シ或ハ首尾一貫セサルコトアルモ我邦固有ノ法理ナキヲ以
テ之ヲ解キ之ヲ決スルニ太タ困難ナリ之ニ反シ若シ法典ヲ編纂セハ精神一定
シ首尾相貫徹シテ毫モ抵觸ノ虞ナシ故ニ法典ノ編成ハ我邦ニ於テ最モ必要ア
ルモノトス

非法典論者ハ法典ハ改良スルニ困難ナリト言フト雖モ必スシモ然ラス若シ法典ニシテ改正ヲ要スル部分生セハ其部分ノミニ對シテ改正ヲ行ハハ可ナラ敢テ難事ニアラス論者又曰ク法典ハ法學ノ進歩ヲ妨クト是レ亦甚ク謂ナンシ學問ノ進不進ハ人ニ在リ「デムーラン」¹「ボチエー」²「サヅギニ」³「イヘリシグ」⁴如キ大家輩出セハ法典アルモ法學ハ進歩スヘク若シ此ノ如キ大家輩出セスンハ縱令法典ナキモ法學ノ進歩ハ得テ望ムヘカラサルノミ

法典ノ改正ニ關シテハ予ニ聊卑見アリ彼ノ露國ノ如キハ夙ニ其方法ヲ設ケタリト雖モ國情彼レノ如キヲ以テ未タ著シキ法律ノ進歩ヲ見ス其他西班牙葡萄牙等ニ於テ近時漸ク之ヲ設ケタルニ至リシト雖モ未タ批評ヲ下スノ時期ニ達セス而シテ佛國ニ於テハ嘗テ之ニ關スル方法ヲ設ケタルコトナシト雖モ其社會ノ進歩ニ伴ヒ漸次改正ヲ爲シタルモノ頗ル多シ例ヘハ登記借家離婚ニ關スル規定ノ如ク殊ニ刑法ニ至リテハ殆ト其面目ヲ一新セリ唯公平ニ批評スルトキハ其進歩ノ跡未タ遲緩ナルカ如シ然ラハ改正ノ方法トシテ最モ適當ナルモノ如何曰ク法典實施ノ後一定ノ常任調査委員ヲ置キ一方ニ於テハ裁判所辯護士

會又ハ一私人ヲシテ其缺點ヲ指摘シ之ヲ委員會ニ提出スルコトヲ得セシメ他ノ一方ニ於テハ委員會ヲシテ歐米各國ニ於ケル法學ノ變遷改善ヲ調査セシメ以テ其急ヲ要スルモノハ直ニ改正シ未タ急ヲ要セサルモノハ五年又ハ十年ノ後ヲ期シテ之ヲ改正セシムルノ方法ヲ探レハ恐ラク法典ヲシテ時勢ニ後レシムルノ患ナカラシムルニ必スシモ實行シ難キノ事ニアラス其費用モ亦甚タ多キヲ要セサルナリ

第二 國法國際法

國法ノ定義ハ其觀察ニ因リテ必スシモ同シカラス先ツ之ヲ法律ノ淵源ヨリ觀察スレハ一國ノ主權者カ定メタル法律ナリト謂フコトヲ得ヘシ次ニ性法ヲモ包含セシムルノ意ニ於テセハ一國內ニ於テ定マラタル法律ナリト謂フコトヲ得ヘク尙ホ之ヲ實體上ヨリ觀察スレハ一國內ニ生シタル事項ニシテ其國ノ施政機關及ヒ人民ニ關スル法律ヲ意味スルモノナリト謂ハンノミ

國際法モ亦之ヲ其淵源ヨリ觀察スレハ二以上ノ主權ノ作用ニ因リテ生シタル法律ニレテ其性法ヲモ包含セシムルノ意ニ於テハ二以上ノ國ノ間ニ定マラタ

ル法律ナリト謂フヲ得ヘク更ニ其實體上ヨリ觀察ヲ下セハ甲國ト乙國ト又ハ甲國ト乙國人民ト若クハ甲乙兩國人民ノ間ノ關係ヲ規定スル法律ナリト謂フコトヲ得ヘシ

此ノ如ク觀察點ノ如何ニ因リテ其範圍ニ廣狹ノ差アリ彼ノ國際私法ハ國法ナリヤ將タ國際法ナリヤノ問題ハ實ニ此觀察ノ如何ニ因リテ自ラ其決定ヲ異ニスヘシ即チ其淵源ヨリシテ之ヲ觀察スレハ固ヨリ國法ニ屬ス何トナレハ外國ニ在ル日本人又ハ日本ニ渡來セシ外國人カ日本ノ法律ニ從フヘキヤ否ヤハ一ニ日本ノ主權者ニ於テ之ヲ定ムヘキモノナレハナリ唯時トシテハ條約ヲ以テ之ヲ定ムルコトアリト雖モ條約ハ必スシモ直ニ法律タルノ効力ヲ有セス故ニ國法タルニ於テ毫モ妨ナシ然レトモ若シ之ヲ實體上ヨリ觀察スレハ華ロ之ヲ國際法ナリト謂ハサルヘカラス是レ他ナシ國際私法ハ甲乙兩國人民間ノ關係ヲ定ムルモノニシテ一國內ニ限ルモノニアラザレハナリ要スルニ其決定ノ如何ハ觀察點ニ因リテ異ナルヘシト雖モ予ハ華ロ之ヲ實體上ヨリ觀察シテ國際私法ハ國際法ナリト曰ハントス蓋シ國際私法ハ二國以上ノ人民間ノ關係ニ於

テ各國其法律ノ規定ヲ異ニスルカ爲メ實際其適用ニ苦シム場合ニ於テ其就レヲ適用スヘキカラ定メタルモノナリ而シテ其原則各國區々ニ涉ルトキハ實際ノ不便尠カラサルヲ以テ此原則ハ主トシテ各國共通ノ慣習ニ其本ヲ取リ各國共通ノ慣習ハ性法ヨリ出ラタルモノ多シ隨テ之ヲ補フニ性法ヲ以テセサルヘカラサル場合尠シトセス故ニ多數ノ國ニ就テ言ヘハ國際私法ノ大部分ハ性法ヲ以テ成レルモノナリト謂ハサルヘカラス然ルニ此性法ナルモノハ社會ノ狀態ニ依リテ異ナルヘキモ兎ニ角人類一般ノ法則ナルカ故ニ淵源上ノ區別ハ之ト殆ト相容レサルモノアリ是レ予カ右ノ如ク實體上ノ觀察ニ依リ國際私法ハ國際法ナリト謂フヲ以テ正鵠ヲ得タルモノト信スル所以ナリ世ニ或ハ國際法ヲ以テ法律ニアラスト爲スモノアリ其理由ニ曰ク第一主權者ノ命令ニアラス第二制裁ナシト然レトモ二以上ノ主權者カ各其主權ニ據リテ定メタル法則ナルノミナラス予等ノ如ク性法ヲ認ムル者ノ爲メニハ主權者ノ命令タルト否トヲ問フコトヲ要セス殊ニ其制裁ナシト曰フカ如キハ幼稚ナル社會ニ在リテハ國內ニ於テ仲裁戰爭ノ外法律ノ制裁ナカリシコトヲ知ラサル者ノ言ノミ

茲ニ國法ト曰スハ獨逸學者ノ所謂シタトツレヒト(Gesetz)ニ非スシタトツレ
 ヒトハ予ハ之ヲ國事法ト認セン
 第三章 公法私法
 公法私法ノ類別ハ法律ノ實體上ヨリ觀察シタルモノニツテ公法トハ國ニ關ス
 ル法律、詳言セハ國ノ組織國ト人民トノ關係又ハ國ト國トノ關係ヲ規定シタル
 法律ヲ謂ヒ私法トハ同國人又ハ國ヲ異ニセル人民トハ關係ヲ規定シタル
 ハ法律ヲ謂フ
 此類別ハ往古ヨリ行ハレタルモノナリト雖モ如何ナル法律カ公法ニ屬スルカ
 又如何ナル法律カ私法ニ屬スルカハ頗ル難問題ナリ然トモ此ノ如キ議論ハ攻
 學上甚タ必要ナキヲ以テ今ハ之ヲ省畧シ唯予ノ公法ナリト信スルモノヲ左ニ
 示サン
 第一國際公法 國際公法ノ法律ナリヤ否ヤハ一箇ノ疑問ニ屬スト雖モ予ハ之
 ヲ以テ法律ナリト斷定シタルカ故ニ直ニ公法私法ノ何レニ屬スルカヲ定メン
 トス抑モ國際公法ハ國ト國トハ關係又ハ一國ト他國ノ人民トハ關係ヲ規定シ

タルモノニシテ其公法ニ屬スルヤ疑ナシ而シテ一國ト他國ノ人民トノ關係ヲ
 規定スルモノハ所謂國際刑法ノ如キ即チ是ナリ
 第二憲法 此ニ憲法ト言ヘルハ必スシモ我帝國憲法ノミヲ指スニアラス廣ク
 性質上ノ憲法ヲモ包含セシムルノ意ナリ今學理上憲法ノ定義ヲ下セハ立法機
 關ノ構成ヲ規定シタルモノナリト謂フコトヲ得ヘシ而シテ所謂立法ナル語ハ
 極メテ廣キ意味ヲ有スルモノニシテ即チ司法、行政ノ上ニ立ツ所シモノト知ル
 ヘシ我邦ニ於テハ立法權ハ天皇ト帝國議會トニ存スルカ故ニ皇位繼承ノ如キ
 モ等シク憲法ノ問題ニ屬シ皇室典範ト雖モ學理上憲法ノ範圍ニ屬ス而シテ立
 法機關ノ一タル國會ノ規則即チ議院法選舉法ノ如キモ悉ク憲法ニ屬シ貴族院
 令ノ如キモ亦同シ然ルニ此等ノ諸法律ヲ帝國憲法中ニ一括セザリシハ唯便宜
 上ノ理由ヨリ出テタルニ外ナラス蓋シ憲法ナルモノハ法律、命令ト異ナリ苟モ
 改正變更スルコトヲ許ザルヲ以テ本旨トス是レ世俗ノ稱シテ千古不磨ノ大
 典ト爲ス所以ナリ然ルニ議院法選舉法ノ如キハ時勢ノ進運ニ伴ヒ屢改正ヲ要
 スヘキヲ以テ之ヲ憲法中ニ規定セシテ特ニ別箇ノ法律ト爲スノ必要アレハ

ナリ之ニ反シ憲法ニ規定セタルモノト雖モ臣民ノ權利義務及ヒ司法權ニ關スル規定ノ如キハ寧ロ民法又ハ行政法ニ屬スヘキモノニシテ學理上憲法ニ屬セザルナリ然ラハ何故ニ之ヲ憲法ニ掲ケタルカ是レ唯沿革上ノ理由ニ基クモノニシテ我憲法ハ一ニ泰西諸國ノ例ヲ模倣シタルニ過キス泰西諸國ニ於テハ君主ノ暴政ニ苦レミテ人民革命ヲ企テ君主ハ遂ニ憲法ヲ制定シテ人民ノ權利ヲ貴重スヘキ旨ヲ約スルノ止ムヘカラサルモノアリシヲ以テ自ラ此等ノ規定ヲ見ルニ至リシナリ

第三行政法 行政法ノ定義ニ關シテハ種々ノ說アリト雖モ予ハ國ノ施政ニ關スル法律ナリト曰フヲ可ナリトス而シテ其憲法ト異ナル所ハ命令ヲ命令ヲ與フル者ニ付テ規定シ行政法ハ命令ヲ施行スル者ニ付テ規定シタルノ點ニ存シ又私法ト異ナル所ハ私法ハ人民相互ノ關係ヲ規定シタルモノナリト雖モ行政法ハ國ノ施政ニ關スル法規ニシテ國ノ施政機關即チ内閣省府縣郡市町村裁判所等ニ關スル法規其他行政官ト人民トノ關係ヲ規定シタルモノ皆之ニ屬ス今現ニ成文ノ存スルモノヲ示セハ府縣制郡制市町村制内閣各省及ヒ地方官官制

裁判所構成法行政裁判法訴訟法土地收用法等ノ如シ

第四刑法 刑法トハ法律カ國ノ安寧ヲ維持スルニ必要ト認メテ懲罰スル所ノ所爲并ニ其懲罰ノ方法ヲ定メタルモノヲ謂フ刑事訴訟法ヲモ包含ス

以上四種ノモノカ公法ニ屬スルコトハ學者ノ等シク認ムル所ニシテ毫モ疑ナシト雖モ特リ民事訴訟法カ公法ニ屬スルヤ否ヤハ今日尙未決ノ問題ニ屬ス獨逸ノ學者ハ司法官司法權ヲ行フ手續ヲ定メタルモノナルカ故ニ裁判所構成法ト密接ノ關係ヲ有シ公法ニ屬スヘキモノナリト言ヘリ然レトモ是レ唯司法官ノ方面ヨリ觀察シタルノ論ニシテ若シ之ヲ當事者ノ方面ヨリ觀察セハ私法ナリト謂ハサルコトヲ得ス何トナレハ當事者ハ民法又ハ商法ニ依リテ種々ノ權利ヲ有シ其權利ノ實行ヲ妨害セラルハニ當リテ裁判所ニ訴フルノ權利アリ而シテ其訴ヲ爲スノ方法即チ權利行使ノ方法ヲ定メタルモノ即チ民事訴訟法ナルヲ以テ其純然タル私法ニ屬スルコト殆ト疑ヲ容レザレハナリ要スルニ民事訴訟法ハ其觀察ノ方面ニ因リテ或ハ公法たり或ハ私法たりト雖モ予ハ寧ロ人民ノ權利伸長ヲ主旨トセルノ規定ナルヲ以テ之ヲ私法ナリトスルヲ穩當ナ

リト信ス
右ハ公法ノ細別ニ關セリ次ニ私法ニ屬スルモノヲ列舉セシ左ノ如シ

第一民法 民法ハ人民相互ノ法律上ノ關係ヲ規定セルモノニシテ其手續ニ關

スルモノハ民事訴訟法ノ範圍ニ屬ス

第二商法 商法トハ商事ニ關スル人民相互ノ特別ナル法律關係ヲ規定シタル

法律ヲ謂フ而シテ商法ハ特別ノ規定ナルカ故ニ其規定ナキモノハ民法ニ依ラ

サルヘカラス

民法ト商法トヲ各別ニ規定スルハ歐洲ニ於ケル一般ノ慣例ナリ然レトモ是レ

唯沿革上ノ理由ヨリ出テタルモノニシテ決シテ學理上ノ見解ニ基キシモノニ

アラス人或ハ曰ク商業ニハ特別ノ事項多シ故ニ特別ノ商法ヲ設ケルノ必要アリ

ト是レ其一ヲ知テ其二ヲ知ラサルノ論ナリ蓋シ特別ノ事項アルハ皆ニ商業ノ

ミニ限ラス農業ニ於テモ工業ニ於テモ皆然ラサルハナシ況ンヤ商業ニ特別ナル

事項ノ如キハ例ヘハ商業帳簿商號登記等僅々數者アルニ過キス而シテ彼ノ手

形法海商法現行法ニ於テハ海主法ト名ケルヲ可トス保險法ノ如キハ必スシモ

商業ニ特別ナル事項トスミ謂フヘカラス殊ニ買賣ノ如キニ至リテハ民事上ノ

モノト始ト區別スヘキ理由ナシ唯商業ニ貴フヘキ迅速便宜等ノ點ヨリ或ハ特

別ノ規定ヲ必要トスルコトアリト雖モ農工業ニ於テモ敢テ緩慢不便ヲ貴フヘ

キ謂ナク漸次世ノ進歩スルニ俾ヒ取引ノ迅速便宜ハ民事ノ取引ニ於テモ太

必要ヲ感スルヲ以テ是レ亦商法ヲ區別スルノ理由ト爲スニ足ラス又或ハ世事

ハ混同ニ始マリ細別ニ移ルト云フヲ理由トシテ商法ノ必要ヲ説クモノアリト

雖モ必スシモ一概ニ言フコトヲ得ス例ヘハ保險ヲ會社ヨリ分テ手形ヲ契約ヨ

幼稚ナリト謂ハサルベカラズ唯羅馬法カ諸國ノ法律ニ比シテ著シキ進歩ヲ爲シテ以テ諸國ハ争ヒテ之ニ倣ヒ羅馬法ノ原則ハ一時到ル所ニ行ハレシト雖モ未タ之ヲ以テ商事ニ適用スヘクモアラズ然ルニ當時恰モ封建ノ餘習ヲ受ケテ專横ナル裁判ヲ下スコト多カリシヲ以テ非商人ハ強メテ裁判沙汰ヲ避ケルノ傾向アリト雖モ取引ノ頻繁ナル商人間ニ於テハ時々訴訟ノ止ムヘカラサルモノアルヲ以テ其不完全ナル法律ノ適用ト專横ナル裁判トヲ避ケンカ爲ニ賂ヲ請候ニ贈リテ特許ヲ乞ヒ別ニ商事裁判所ヲ設ケ専ラ商人間ノ慣習ニ依リテ裁判ヲ爲サシムルニ至リタリ是レ實ニ歐洲ニ於ケル商事裁判ノ濫觴ニシテ此ノ如キ事情ノ下ニ於テ此ノ如キ利益ニ浴シタル歐洲人カ商法ヲ望ミ商事裁判所ヲ望ムハ敢テ怪シムニ足ラスト雖モ毫モ此ノ如キ沿革ヲ有セサル我邦ニ於テ等シク商法又ハ商事裁判所ノ必要ヲ説クハ殆ト解スヘカラサルナリ要スルニ我邦ノ如キハ民法商法又ハ民事裁判所商事裁判所等ヲ區別スルノ必要ナク唯民事商事ニ共通ナル法律ヲ制定スレハ足レリ彼ノ瑞西債務法ノ如キハ實ニ此ノ如キ主旨ヲ以テ制定セラレ商事ニ特別ナル商業帳簿又ハ商號等ニ關スル

債權法總則

法學士 加古貞太郎 講述
校 友 上野政雄 編輯

第一章 總則

緒 論

本講義ハ民法第三編第一章債權總則ノ説明ヲ以テ其範圍トス而シテ講述ノ順序ハ法典規定ノ排列ニ從ヒ説明スヘシト雖モ先ツ緒論トシテ債權ノ定義及ヒ債權ノ發生原因ニ付キテ一言スヘシ

第一 債權ノ定義 債權トハ特定ノ人ニ對シ特定ノ行爲又ハ不行爲ヲ要求スル權利ナリ凡テ權利アレハ必ス之ニ對スル義務アリトノ原則ニヨリテ債權ニ對スル債務ヨリ觀察スレハ特定ノ人カ特定ノ人ニ對シテ特定ノ行爲ヲ爲サ

ルヲ得ス又ハ爲スヲ得サルヲ云フモノナリ即チ特定ノ行爲ヲ爲サ、ルヲ得スト云ヒ又ハ爲スヲ得スト云ヘハ何レモ皆一ノ強制力ノ存在スルコトヲ示スモノニシテ其強制力ハ即チ國法ノ威力ナリ

舊民法ニ於テハ或ハ人權ト云ヒ或ハ義務又ハ債務ト云ヒ其用語ヲ一ニセザリシハ畢竟法典草案ヲ直譯セシヨリ生セシ餘弊ナリト云ヒ得ヘシ抑モ同一物ニ數種ノ名稱ヲ付スルトキハ名稱ノ異ルニ從ヒ其間ニ何等ノ差違ナキヤノ疑惑ヲ惹起サシムルノ憂ナキヲ保セス加之人權ナル語ハ往々公法上臣民ノ權利ナル意義ニ使用セラレ又吾人ハ皆ニ法律上ノ義務ニ止ラス道德上ノ義務ヲモ負擔スル者ナレハ其名稱ヲ同一ニスルカ爲ニ其實質ヲモ混同スルノ恐ナキニアラス故ニ新民法ハ是ニ鑑ミ其用語ヲ債權債務ト一定セリ

抑モ人權義務ノ法理ハ遠ク羅馬法ニ發シテ歐米諸國ニ繼受セラレシモノニシテ此種ノ法規ハ最モ普通ニ行ハレ得ヘキ性質ヲ具備シ各國ノ風俗慣習ノ爲ニ變化ヲ受タルコト最モ少キ部分ナリ羅馬法ニ於テハ人權義務ノ關係ヲ指示スルカ爲ニ「オブリガチオ」ナル語ヲ用非タリ從來ノ學者多クハ此語ヲ翻譯スルニ

當リ義務ナル語ヲ慣用シ恰モ權利ニ對スル義務ノ一方ノミヲ指示スルカ如キ感ヲ一般ニ起サシメタリト雖モ本來ノ意義ハ人權及ヒ之ニ對スル義務トノ關係ヲ指稱シタルモノニシテ羅馬時代ノ學者カ唱導セシヨリ其不朽ノ定義トナリタル法律上ノ綱領即チ法鎖ナル語ハ蓋シ簡明ニ其性質ト効力トヲ表明シタルモノト云フヲ得ヘシ然ルニ此語ヲ義務ト譯スルハ少シシテ漠然ニ失シテ其當ヲ得サルモノ、如シ是レ慣習ノ然ラシムル所ナリト雖モ又一ハ義務ヲ本位トシテ法律ヲ説明セシ古來ノ學風ノ然ラシムル所ナルヤモ知ルヘカラサルナリ所謂人權ノ本義ヲ明ニセント欲セハ之ヲ物權ト對比研究スルノ最モ捷徑ナルヲ信ス然ルニ此兩種ノ權利ヲ區別スルノ標準如何ハ大ニ學說ノ分ル、所ナリト雖モ明ニ二者相異ルノ點ハ物權ハ一般ノ人ニ對スルノ權利ニシテ特定ノ人カ對抗セラル、モノニアラス其目的ハ特定ノ行爲ヲ要求スルニアラスシテ何人ヨリモ侵害ヲ受ケタルニアリ反之債權ハ特定ノ人ニ對スル權利ニシテ其目的ハ特定ノ行爲不行爲ノ要求ナリ此點ヨリ觀察スレハ物權人權ノ區別ヲ以テ財產權ノ區別ト見ル能ハス即チ一ハ一般ノ人ニ對スル權或ハ對世權ニシテ他

ハ特定ノ人ニ對スル權或ハ對人權ト稱スルヲ得ヘシ此思想ハ英吉利法ニ於ケル權利分類ノ標準ニシテ英美學者ノ多ク主張スル所ナリ然ルニ歐洲大陸諸國ニ於ケル立法例及ヒ學說ハ物權人權ノ區別ヲ以テ財產權ノ細別トナシ物權トハ直チニ物ノ上ニ行ハルハ權利ニシテ人權トハ或人ニ對シテ或事ヲ爲サシムル權利ナリ即チ物權ノ場合ニ於テハ權利ノ主體即チ其權利ヲ有スル者ト物權トノ間ニ介立スル者ナク直チニ物權ノ上ニ其權利ヲ行フヲ得ヘシト雖モ人權ノ場合ニ於テハ然ラス權利ヲ有スル者ト目的物ノ外ニ尙ホ一ノ特定人アリテ之ヲ經ルニアラサレハ物權ヲ利用シ權利ノ實効ヲ見ル能ハス故ニ其物權トノ關係ハ間接ニシテ直接ノ關係ハ權利ヲ有スル人ト其權利ヲ對抗セラルハ人トノ間ニ存ス換言スレハ權利ヲ實行スル者ハ物權ノ場合ト相異ルコトナシト雖モ物權ノ上ニ實行スルニアラスシテ人ニ對シテ之ヲ行フモノナリ斯ノ如ク大陸諸國ト英國トハ權利分類ノ標準ヲ異ニセリ抑モ羅馬ニ於テハ物權人權ナル名稱存在セシニアラスシテ只物ニ對スル訴人ニ對スル訴ナル名稱アリシ例ヘハ甲者ノ物權乙者ノ家ニアリトセハ甲者ハ乙者ニ對シテ其物權取戻ノ訴ヲ提起

スルコトヲ得然ルニ乙者既ニ其物權ヲ丙者ニ渡シタリトセハ甲者ハ丙者ニ對シテ返還ノ請求ヲナスコトヲ得即チ其物權ノ何處ニ在ルヲ問ハス甲者ハ其所ニ追隨シテ訴ヲ提起スルヲ得恰モ甲者ハ其物權ニ對シテ起訴スルト同一一般ナリ是レ物ニ對スル訴ナル名稱アル所以ナリ然ルニ乙者甲者ニ對シテ非行アレハ甲者ハ乙者ニ對シテ損害要償ノ訴ヲ提起スルコトヲ得是レ人ニ對スル訴ニシテ甲者ハ乙者以外ノ者ニ對シテ起訴スルコトヲ得サルナリ羅馬滅亡後羅馬法ヲ研究スルノ徒物權人權ナル語ヲ創作シ物權トハ物ニ對スル訴ノ基本タルヘキ權利ヲ指シ人權トハ人ニ對スル訴ノ基本タルヘキ權利ヲ指稱セリ歐洲大陸諸國ニ於ケル物權人權ノ區別ハ全ク茲ニ基因スルモノナリ然ルニ英法ニ於ケル對世權對人權ノ區別ハ之ト異ナリ一ハ一般ノ人ニ對抗スル權利ニシテ他ハ特定ノ人ニ對スル權利ナリ勿論大陸ニ於ケル物權モ一般ノ人ニ對スル權利ナリト雖モ一般ノ人ニ對スル權利ノ全體ヲ包含スルモノニアラスシテ唯其一部分ヲ指稱スルニ止ルモノナリ然ルニ英法ニ於テハ一般ノ人ニ對スル權利ハ悉ク之ヲ對世權ト稱ス蓋シ大陸ニ於ケル權利分類ノ標準ハ物

ニ對スルト人ニ對スルトニアリテ本來ノ原意ヲ傳フルモノナリ英法ニ於ケル權利分類ノ標準ハ一般ノ人ニ對スルト否トニアリテ其原意ヲ一轉シタルモノト云フヘシ

六

第二 債權ノ原因 事物自然ノ順序ヨリ論スレハ債權ノ發生原因ヲ債權編ノ首部ニ規定スルコト適當ナルヘシ舊民法ハ自然ノ順序ニ從ヒ財產編第二部第一章ヲ義務ノ原因ト題シ各種ノ發生原因ヲ排列規定セシト雖モ債權ノ發生原因中一大部分ヲ占ムル契約ニ關シテハ多數ノ規定ヲ要スルヲ以テ別ニ財產取得編ヲ設ケ以テ各種ノ契約ニ關スル規定ヲ排列セリ故ニ舊民法ハ財產編第二部ニ於テ採用セシ自然ノ順序ヲ一貫セサルモノト云フヘシ新民法ハ此自然ノ順序ヲ一貫スルノ難キヲ知リ先ツ債權ノ目的効力消滅等ヲ規定シ最後ニ債權ノ原因タル各種ノ契約事務管理不當利得不法行為ヲ規定セリ

羅馬古代ノ法典ニ於テハ債權ノ原因トレテ契約及ヒ犯罪ノ二種ヲ認メタルノミナリシト雖モ社會ノ發達進歩スルニ從ヒ各種ノ人事關係發生スルニ至リ事務管理不當利得ノ如キ當事者間ニ何等ノ契約ナキ場合ト雖モ一方ニ償還ノ義

務ヲ負擔セシメサルハ不正背理ノ甚シキモノナレハ是等ヲ總稱シテ准契約ナル名稱ヲ付シ債權ノ一原因ト認ムルニ至レリ又凡テ故意ニ他人ノ權利ヲ侵害セシ場合ハ犯罪ヲ構成スト雖モ故意ナキ加害行為即チ過失ニ由リテ他人ノ權利ヲ侵害セシ場合ト雖モ被害者カ損害ヲ蒙ルコトハ敢テ犯罪ノ場合ト異ルコトナシ從テ加害者ニ賠償ノ責任ヲ負擔セシメサルハ個人ノ權利ハ極メテ薄弱ナリト云ハサルヲ得ス故ニ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害セシ場合ニ准犯罪ナル名稱ヲ附シ債權ノ原因ヲ四種ニ分類スルニ至レリ

佛民法ハ主トシテボチニ一ノ學說ニ基キ債權ノ原因トシテ認メタルモノハ契約准契約犯罪准犯罪及ヒ法律ノ規定ノ五種トス而シテ其分類ヲ見ルニ債務ヲ其原因上ヨリ契約上ノ債務及ヒ契約ナクシテ生スル債務ニ二大別シ契約ニ原因セサル債務ヲ細別シテ法律ノ規定ヨリ生スル者ト一方ノ行為ヨリ生スル者トノ二ト爲セリ而シテ一方ノ行為ヨリ債務ノ生スル場合ニ二種アリ其一ハ適法行為ニシテ即チ准契約是ナリ其二ハ違法行為ニシテ犯罪及ヒ准犯罪是ナリ我舊民法ハ財產編第二百九十五條ニ於テ義務ハ左ノ諸件ヨリ生スト規定シ債

權ノ原因ヲ列舉シテ合意、不當ノ利得、不正ノ損害及ヒ法律ノ規定ノ四種ト爲セリ即チ其母法タル佛民法ト同一ノ原因ヲ認タルモノニシテ唯其名稱ヲ變更セシノミ即チ羅馬法以來慣用セラレタル准契約ノ語ニ代フルニ不當利得ナル名稱ヲ以テシ又犯罪准犯罪ヲ一括シテ之ヲ不正ノ損害ト改稱シタルモノナリ新民法ハ舊民法ノ如ク特ニ法文ヲ以テ債權ノ原因ヲ明示列舉セサルヲ以テ債權ノ原因ノ何タルヤハ之ヲ學理ノ探究ニ一任セサルヘカラス唯債權編第二章以下ニ規定セル契約事務管理、不當利得、不法行爲ノ債權ノ原因タルコトハ最も明白ナリ而シテ契約ニアラサル法律行爲中遺言ノ如キ又債權發生ノ一原因タルハ論ヲ俟タサル所ニシテ尙法律直接ノ規定ヨリ債權發生スル場合ハ法律ノ各部ニ於テ屢見ル所ナリ

第一節 債權ノ目的

第一款 總論

債權トハ特定ノ人ニ對シ特定ノ行爲又ハ不行爲ヲ要求スルノ權利ナリトノ定義ヲ分拆スレハ債權ニハ三個ノ要素アルコトヲ見ルヘシ即チ第一債權者第二

債務者及ヒ第三目的是ナリ債權者債務者ナル第一及ヒ第二ノ要素ニ關シテハ能力、代理等ノ問題ヲ生スヘシト雖モ是等ハ第一編總則ノ條下ニ於テ講究スヘキ問題ナレハ以下第三ノ要素ナル目的ニ付テ講述スヘシ
 債權ノ目的ニ關シテ注意スヘキハ債權ノ目的ト目物トヲ混同スヘカラサルコト是ナリ債權ノ目的ハ常ニ債務者ノ積極又ハ消極ノ行爲ナリト雖モ其行爲ニシテ物ニ關スル場合ニ於テハ直チニ其物ヲ以テ債權ノ目的ト云フコト往々民法ノ規定中ニ見ル所ナリ然レトモ是レ法文ノ用語上便宜ヲ計ルニ出テタルニ過キサルナリ

第一 債權ノ目的ノ要件 債權ノ目的ハ債務者ノ行爲ナリ而シテ其行爲ハ積極的ノ行爲即チ或事ヲ爲スノ行爲タルト消極的ノ行爲タルトヲ問ハサルナリ然リト雖モ百般ノ行爲皆悉ク債權ノ目的トナスコトヲ得ルニアラスシテ左ノ要件ヲ具備スルヲ要ス

一 適法ニシテ可能ノ事タルヲ要ス 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ノ無効ナルハ民法第九十條ノ規定スル所ニシテ是等ノ

行爲ヲ債權ノ目的トナスヲ得ザルハ説明ヲ要セザル所ナリ又不融通物ノ賣買ノ如キ或ハ既ニ滅盡シタル物ヲ他人ニ與ヘントナスカ如キ法律上又ハ事實上不能ノ事タルヘカラサルナリ

二 特定ノ行爲タルヘキコト 債權ニヨリテ要求セラルヘキ行爲ハ特定ノ行爲タルコトヲ要ス然レトモ行爲ノ目的タル物ハ債權發生ノ當時ニ於テ確定シ居ルコトヲ要スルニアラスシテ將來ニ於テ確定シ得ヘキ物タルヲ以テ充分ナリトス

終リニ債權ノ目的ノ要件ニ關シテ決定スヘキ一問題アリ即チ債權ノ目的ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキモノタルヲ要スルヤ否ヤ是ナリ羅馬法以來多數ノ學說及ヒ立法例ハ債權ノ目的ハ金錢ニ見積ルコトヲ要ストノ主義ヲ採用シ舊民法ノ如キ又然リト雖モ羅馬法ニ於テハ固ト債務ノ直接履行ヲ認メズ債務者カ債務ノ本旨ニ從テ任意ニ履行スレハ可ナリ否ラサレハ之レカ爲ニ生シタル損害賠償ヲ要求スルヲ得ルノミ面シテ賠償ノ方法ハ金錢支拂ニ限レリ故ニ債權ノ目的ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキモノナラサルヘカラス即チ債權ノ効力ハ

債務者任意ニ履行セザレハ強制履行ノ請求權ナク結局金錢ノ支拂ヲ要求スルノ外ナカリシナリ然ルニ近世諸國ノ多數ノ立法例ニ於テハ債權其物ノ効力ヲ直接ニ認メ債務ノ強制履行ヲ請求スルヲ以テ原則トナシ損害賠償ヲ例外トナスニ拘ハラス尙ホ此主義ヲ因襲スルハ殆ト其理由ヲ發見スルニ苦シマサルヲ得ナルナリ殊ニ現今ノ社會ニ於テハ人事關係ノ複雑ナル昔時ノ比ニアラサルヲ以テ有形的物質上ノ利益ノミヲ債權ノ目的トナスコトヲ得ト限定シ醫師辯護士學藝教師ノ勤勞ノ如キ之ヲ債權ノ目的トナスヲ得ストナシ或ハ第三者ノ利益ノ爲ニスル契約ノ如キ之ヲ保護セザレハ法律ハ社會ノ趨勢ニ伴フコト能ハスシテ個人取引ノ不便計ルヘカラサルナリ是レ新民法ハ斷然舊法典ノ主義ヲ改メ第三百九十九條ニ於テ債權ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノト雖モ之ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得ト規定セレ所以ナリ

第二 債權ノ目的ノ種類 羅馬法ニ於テハ債權ノ目的ヲ分類シテ第一「ダアレ」第二「ファレ」第三「プレスタレ」ノ三種ト爲セリ第一ハ所有權ヲ移轉スルコトヲ云ヒ第二ハ凡テ債務者ノ負擔スル行爲ヲ云フ第三「プレスタレ」ノ意義

ニ至リテハ或ハ債務者カ代理者ヲ用非スシテ自ラナスヘキ行爲ナリト云ヒ或ハ債務者カチユス、ホノラリアニ依リテ負擔スル行爲ヲ云フト其他學說區々ニシテ一定セス爾來羅馬法ヲ繼受セシ諸國ニ於テモ債權ノ目的ヲ授與行爲及ヒ不行爲ノ三者ニ分チ我舊民法モ又與フルノ義務爲スノ義務及ヒ爲サ、ルノ義務ノ三トナスト雖モ與フルコトハ爲スノ一種ニ過キスシテ行爲中ニ包含スヘキナリ然レトモ之ヲ區別セシハ古來ノ沿革ニ基ク又之ヲ區別スルノ便宜ナルニ出シモノナリト云フヘシ

債權ノ目的中單ニ行爲ヲ目的トスル債權ノ範圍ハ各場合ニ於テ解釋決定スルノ外ナシ如何トナレハ千種万様預メ法律ニ規定スルヲ得サレハナリ然リト雖モ或物ニ關スル行爲ヲ目的トナス債權ノ範圍ハ其物ノ區別ニヨリテ法律上之ヲ分類スルニ自ラ一定ノ方法アリ以下第二款ヲ特定物ノ給付及ヒ不特定物ノ給付ト題シ第三款ヲ金錢ノ給付ト題シ第四款ニ於テ選擇債務ヲ説明シ以テ本節ノ講述ヲ了ルヘシ

第二款 特定物ノ給付及ヒ不特定物ノ給付

第二章 占有權

占有トハ自己ノ爲ニスル意思ヲ以テ有體物ヲ所持スルヲ謂フ故ニ占有ニハ二個ノ要素アリ一ハ即チ自己ノ爲ニスル意思ニシテ二ハ即チ物ノ所持是ナリ此二個ノ要素ノ中其一ヲ缺クトキハ占有ハ成立セス(第一八〇條占有ハ「ラテン」語之ヲ「ボツシデレー」ト言フ自己ノ勢力ノ下ニ置クノ義ニシテ物ヲ占有スルト言フハ即チ物ヲ自己ノ勢力ノ下ニ置クコトヲ意味スルモノナリ

第一百八十條第二〇五條第一六三條等亦同シニ於テ自己ノ爲ニスル意思ヲ以テト言ヘルハ之ヲ廣義ニ解スルコトヲ要ス即チ自己ノ爲ニスル意思ト言ヘルハ他人ノ名ニ於テ若クハ他人ニ代リテト言フニ對スルノ語ニシテ占有者ノ占有、地上權者ノ占有、永小作權者ノ占有、留置權者ノ占有、質權者ノ占有、質借權者ノ占有、受寄者ノ占有、等荷モ自己ノ爲ニ有體物ヲ所持スルモノハ悉ク第一百八十條ノ占有ニ屬ス唯受寄者ノ占有ニ關シテハ或ハ其他人ノ爲ニスルニアラサルカノ疑ヲ挾ムモノアルヘシト雖モ受寄者カ受寄物ヲ所持スルハ他人ノ名ニ於テ若クハ他人ニ代リテ之ヲ所持スルニアラスモ其全ク自己ノ爲ニスルノ意思ヲ以テ

其物ヲ所持スルニ外ナラサルカ故ニ之ヲ民法上ノ占有ニ非スト云フコトヲ得
 ス要スルニ新民法ニ於テハ何等ノ名義ヲ以テスルヲ問ハス苟モ自己ノ爲ニス
 ル意思ヲ以テ物即チ有體物ヲ所持スル者ハ總ヘテ之ヲ占有者ト爲シ特ニ種々
 ナル權利ヲ付與シテ之ヲ保護セリ而シテ占有者カ他ノ資格例ヘハ質權者質借
 人等ノ資格ノ下ニ於テ有スル權利ハ此占有權ニ對シテ毫無相妨ケサルナリ
 占有ハ權利ナリヤ將タ事實ナリヤ是レ法律學上ノ一大難問ナリ羅馬ニ於テハ
 占有ヲ以テ事實ナリトシ爾來各國ノ立法例並ニ學者間ノ所說區々ニシテ一
 メス然ルニ我新民法ノ起草者ハ斷然權利說ヲ採用シ而モ物權ノ一種トシテ之
 ヲ規定セリ蓋シ物ヲ所持スルノ狀態ハ明ニ一ノ事實ニ外ナラスト雖モ法律カ
 其事實ニ付種々ノ規定ヲ下シ殊ニ種々之ヲ保護スル規定ヲ下スハ所持ノ事實
 ニ權利ノ資格ヲ附與スルモノトス換言スレハ法律ノ規定ニ因リ所持ノ事實カ
 權利ノ資格ヲ取得スルノミ
 占有カ有體物ノ所持勿論意思ノ條件ヲ具備シテヲ意味スルコトハ右ニ述ヘタ
 ルカ如シ而シテ此ニ準占有ガデ一ホツセツシヨシナルモノアリ準占有トハ自

己ノ爲ニスル意思ヲ以テ財產權ノ行使ヲ爲スヲ謂フ例ヘハ債權先取特權抵當
 權等ノ行使ノ如シ商標權意匠權特許權版權等ニ關スルモノ亦同シ(第二〇五條)
 佛民法及ヒ我舊法典ニ於テハ此區別ヲ認メス有體物ノ所持及ヒ權利ノ行使ヲ
 以テ等シク占有ト爲セリ新民法ハ此例ニ倣ハスシテ占有ハ物ノ所持ニ限ルト
 爲シ權利ノ行使ニ關シテハ唯占有ノ規定ヲ準用セシムルノミ然レトモ此主義
 ハ昔テ佛ノ舊法カ採用セシ所ニシテ必スシモ我民法ノ創設ニアラス
 占有者カ同時ニ權利者ナルコトハ通例ノ事實ナリ例ヘハ一定ノ土地又ハ家屋
 ヲ所有スル者ハ自ラ之ヲ使用スルト又他人ヲシテ之ヲ使用セシムルトヲ問ハ
 ス同時ニ之ヲ占有スルモノナリ然レトモ占有ト權利トハ常ニ必スシモ同一人
 ノ手ニ存スルモノニアラス其占有ハ甲者ニ屬シ而シテ眞ノ權利者ハ却テ占有
 ヲ爲サ、ル乙者ナルコト敢テ辯ナカラス此ニ一ノ例ヲ舉ケレハ甲ナル者隣
 人乙ナル者ノ所有地ヲ占領シテ自己ノ所有地ナリト稱シ己レ自ラ之ヲ使用シ
 又ハ他人ヲシテ之ヲ使用セシムル場合ノ如キ或ハ乙ナル者カ甲ナル者ノ所有
 地ヲ買受ケ既ニ登記ヲ經テ租稅ヲ納付シ來リシニ其土地ハ甲者ノ弟丙ナル者

カ其亡父ヨリ遺贈セラレタルモノナリシ場合ノ如キハ孰レモ占有權ト所有權トカ同一人ニ歸セザル場合ノ適例ナリトス

第一節 占有ノ取得

第一款 通常ノ取得

占有權ハ自ラ之ヲ取得スルコトヲ得ヘク又代理人ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得ヘシ自ラ占有ノ取得ヲ爲ス場合ハ之ヲ稱シテ通常ノ取得ト謂フ此占有ノ取得ハ占有者カ自己ノ爲ニスルノ意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因リテ行ハルヘシ(第一八〇條)蓋シ占有ハ有形的ノ所持體素及ヒ無形的ノ意思(心素)ヲ以テ其要素ト爲スカ故ニ占有者カ自己ノ爲ニスル無形ノ意思ヲ以テ物ノ所持ナル有形的ノ所爲ヲ爲スニ於テハ此ニ占有權ヲ取得スルナリ

第二款 代理人ニ依ル取得

占有ノ取得ハ他ノ法律行爲ト同シク他人ヲシテ之ヲ代理セシムルコトヲ得第一八一條)而シテ普通ノ場合ニ於テハ代理ハ唯其所持ノ行爲ノミニ存シ占有ノ意思ハ本人ニ於テ之ヲ有スルモノトス換言セハ自己ニ占有ノ意思ナクシテ代

理占有ヲ爲サシムルコトハ通例不能ノ事ナレトモ無能力者又ハ法人ノ類ニ關シテハ其法定代理人ハ所持ヲ代理スルト同時ニ意思ヲモ代理スルモノナリ而シテ總代理人ノ如キモ等シク意思ト行爲トヲ代理スルコトヲ得ヘク又事務管理ノ場合ニ於テモ之ニ同シ唯事務管理ノ場合ハ本人ノ事後承諾ヲ要スルノミ

第三款 簡易ノ引渡及ヒ占有ノ改正

物權ノ讓渡ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其効力ヲ生スルヲ原則トス第七六條)然レトモ特リ占有權ノ讓渡ニ關シテハ此原則ヲ適用スルコトヲ得ス即チ占有權ヲ讓渡セシムルハ當事者間ニ於テ意思表示ヲ爲スノ外現ニ占有物ノ引渡ヲ爲スコトヲ要ス(第一八二條)第一項)故ニ例ヘハ甲ナル者カ其所有ノ土地ヲ乙ナル者ニ賣却シタリトセンニ其所有權ハ賣買契約ト同時ニ移轉スヘシト雖モ其土地ノ占有權ハ未タ移轉セズ更ニ現實ノ引渡ヲ了ラテ後始メテ移轉スルノミ是レ占有權ナルモノカ事實ヲ基礎トスル權利ナルヨリ生スルノ結果ニシテ占有權ノ要素ニ心素即チ意思ノ外體素即チ所持ナル事實ヲ必要トスルコトヲ知ラハ毫モ怪シムニ足ラサルナリ

受寄者又ハ使用借人ノ如ク現ニ他人ノ物ヲ占有スル者カ所有者ヨリ其物ヲ讓受ケタルトキハ其物ニ關スル占有權ノ讓渡ハ單ニ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其効力ヲ生スヘシ此場合ヲ稱シテ簡易ノ引渡ト言フ第一八二條第二項是レ宛モ實物ノ引渡ヲ要スルノ規定ニ對シテ例外ヲ爲スカ如キモ決シテ然ラス此場合ニ於テハ其占有物ハ既ニ讓受人ノ手ニ存スルカ故ニ更ニ之ヲ引渡スノ要ナキノミナラス寧ロ之ヲ引渡スノ途ナキモノトス故ニ例ヘハ使用貸借ノ場合ニ於テ使用借人ト所有者トカ賣買ノ意思表示ヲ爲セハ其意思表示ト同時ニ所有權ノ移轉ハ勿論占有權モ亦共ニ移轉スヘシ唯是等ノ占有者即チ權原ノ性質上所有ノ意思ナキモノトスル占有者カ其占有ヲ變更シテ所有ノ意思ヲ以テスル占有ト爲サントスルニハ自己一人ノ意思ヲ變更スルノミヲ以テ足レリトセス必ス裁判上又ハ裁判外ノ行爲例ヘハ訴訟又ハ通知等ニ依リテ自己ニ所有ノ意思アルコトヲ從來ノ所有者ニ知ラシムルカ若クハ從來ノ所有者又ハ第三者ト自己トノ間ニ權原ノ變更例ヘハ賣買契約ノ如キ行爲ヲ爲シタルコトヲ要ス是レ第百八十五條ノ規定スル所ナリ

占有者カ其占有權ヲ他人ニ讓渡シ爾後其代理人トシテ引續キ其物ヲ所持スルトキハ讓受人ハ實際物ノ引渡ヲ受ケスト雖モ占有權ノ讓渡ハ有効ニ行ハレタルモノトス之ヲ占有ノ改定ト云ス第一八三條此場合ニ於テハ一先ツ占有物ヲ讓受人ニ引渡シ然ル後更ニ之ヲ使用借人又ハ賃借人タル讓渡人ニ引渡スコトヲ順序トスレトモ是レ甚タ無用ノ手數ナルヲ以テ法律ハ單ニ意思表示ノミニ因リ占有名義ノ變更ヲ認ムルナリ

占有者ガ代理人ニ依リテ占有ヲ爲ス場合ニ於テモ亦同様ナリ即チ占有者本人カ其占有ヲ讓渡スト同時ニ代理人ニ對シ爾後第三者ノ爲ニ占有ヲ爲スヘキ旨ヲ命ジ且ツ第三者ノ承諾ヲ得タルトキハ現實ノ引渡ナシト雖モ其讓渡ハ有効ナリトス蓋シ此場合ニ於テハ占有ノ目的物ハ代理人ノ手ニ存スルカ故ニ本人ハ自ら之ヲ引渡スコトヲ得ス通例代理人ヲシテ代リテ引渡ヲ爲サシムルモノナリト雖モ若シ第三者ニシテ引續キ其代理人ヲシテ占有ヲ爲サシムルノ意思ナルトキハ極メテ無用ノ手數ナルヲ以テ法律ハ此ノ如ク便宜ノ方法ヲ認メタルニ外ナラス(第一八四條)

第四款 占有ノ繼續及ヒ占有ノ接合

一 占有ノ繼續

占有ハ前主ノ占有ニ於ケル性質及ヒ瑕疵ヲ以テ相續人又ハ包括權原ノ承繼人ニ移轉ス(舊法典財産編第一九二條一項)相續人又ハ包括權原ノ承繼人ハ前主ノ權利義務ヲ併セテ承繼スルモノニシテ法律上殆ト前主ト同一體ニ看做スモノナリ故ニ占有ノ權ニ關シテモ前主ノ占有ヲ其儘承繼セサルヘカラス例ヘハ前主ノ占有カ賃借人トシテノ占有ナリシトキハ相續人又ハ包括權原ノ承繼人ノ占有モ賃借人トシテノ占有ナリ若シ又前主ノ占有カ無權原ノ占有ナリシトキハ其相續人ノ占有モ無權原タルカ如シ然レトモ強暴隱密等ノ瑕疵ハ必スシモ前主ノ儘ヲ承繼スルモノニ非ス相續人ニ於テ何時ニテモ平穩又ハ公然ノ占有ニ改ムルコトヲ得ヘシ又前主カ惡意ノ占有者ニシテ相續人カ善意ノ占有者ナル場合又ハ前主カ善意ノ占有者ニシテ相續人カ惡意ノ占有者ナル場合ニ於テハ其相續人ノ善意又ハ惡意ハ前主ノ一身ニ於テ善意ト爲リ又ハ惡意ト爲リシ場合ニ同シ語ヲ換ヘテ言ヘハ相續人ハ前主カ占有取得ノ當初善意ナリシトキハ繼

令自己カ惡意ナルモ短期ノ時効ニ因リテ其占有物ノ權利ヲ取得スヘク又前主カ惡意ナリシトキハ縱令自己カ善意ナルモ長期ノ時効ニ依ラサルヘカラサルカ如シ

二 占有ノ接合

特定權原ノ承繼人ハ法律上前主ノ占有ヲ繼續セスレテ自己ノ名ニ於テ新ニ占有ヲ始ムルモノナリ故ニ前主ノ占有カ例ヘハ賃借人トシテノ占有ナリシトキト雖モ特定權原ノ承繼人ハ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ爲スコトヲ得ヘシ又前主ノ占有カ無權原ノ占有ナリシトキト雖モ承繼人ノ占有ハ正權原ノ占有タルヲ妨クス又前主ノ占有カ惡意ノ占有ナリシトキト雖モ承繼人カ其瑕疵ヲ知ラザリシトキハ善意ノ占有ヲ爲スコトヲ得ヘシ又前主ノ占有カ善意ナリシトキト雖モ承繼人ノ占有カ惡意ノ占有タルコトアルヲ得ヘシ要スルニ特定權原ノ承繼人ハ前主ノ占有ノ性質又ハ瑕疵ニ拘ラス全ク獨立ノ占有ヲ爲スモノトス羅馬法以來占有ノ接合ナルコトアリ(第一八七條)占有權ハ民法上ノ物權ニシテ讓渡スルコトヲ得ルモノナリ而シテ其讓渡ヲ受ケタル者ハ自己ノ利益ニ隨ヒ

讓渡人ノ占有ヲ主張スルコトヲ妨ケス例ハ讓渡人ノ占有カ正權權ニシテ且
 ヲ善意ナル場合ニ於テハ讓渡人ト同一資格ノ占有ヲ爲セル讓受人ハ自己ノ占
 有ニ讓渡人ノ占有ヲ併セテ之ヲ主張シ短期ノ時効ヲ以テ其物ノ所有權ヲ取得
 スルコトヲ得ヘク又讓渡人カ不動産ヲ惡意ニテ占有シ其占有カ十箇年以上ヲ
 經過シタルモノナルトキハ讓受人ハ自己ノ善意ナルト惡意ナルトヲ問ハス自
 己ノ占有ニ讓渡人ノ占有ヲ併セテ主張シ二十箇年ノ時効ヲ以テ其不動産ノ所
 有權ヲ取得スルカ如シ而シテ此等ノ場合ニ於テ所有權ヲ失フ者ハ異議ヲ唱フ
 ルコトヲ得ス何トナレハ縱令占有ノ移轉ナキ場合ト雖モ同シク所有權ヲ喪失
 シ而シテ異議ヲ述フルコトヲ得サレハナリ又例ハ讓渡人ノ占有カ善意ノ占
 有ニシテ且ツ九年ヲ經過シタル場合ニ於テ讓受人ノ占有カ惡意ナルトキハ
 讓受人ハ自己ノ占有十一ヶ年ニ讓渡人ノ占有九ヶ年ヲ接合シ二十箇年ノ時効
 ヲ以テ其所有權ヲ取得スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テモ所有者ハ損害ヲ主張
 スルコトヲ得ス但シ此場合ニ於テ讓受人カ自己ノ占有ノミヲ主張スルコトハ
 固ヨリ妨ケサルナリ要スルニ占有接合ノ場合ハ讓受人ニ於テ前主ノ占有ヲ併

セテ主張スルノ利害ヲ考ヘ然ル後利益ニ隨ヒテ取捨ヲ決スヘキモノナリ故ニ
 前主ノ占有ノ瑕疵アル爲之ヲ併セテ主張スルトキハ却テ自己ノ瑕疵ナキ占有
 ノミヲ主張スルニ比シテ不利ナルトキハ寧ロ自己ノ占有ノミヲ主張スヘキナリ

第二節 占有ノ効力

- 第一 占有者ハ法律上當然其行使スル權利ヲ適法ニ有スル者トノ推定ヲ受
 クルコト
 - 第二 占有者ハ占有者トシテ果實ヲ收取スルノ權利アルコト
 - 第三 占有者ハ占有ニ因リテ取得時効ノ利益ヲ享タルコト
 - 第四 占有者ハ物ノ保存ノ爲又ハ物ノ増價ノ爲ニ消費シタル金額ヲ回復者
 (例ヘハ眞ノ所有者)ヨリ償還セシムルノ權利アルコト且ツ回復者カ其費用ヲ
 完済スルマテ物ヲ留置スルヲ得ルコト
 - 第五 占有者ハ占有訴權ヲ有スルコト
- 第一 占有者ハ當然其行使スル權利ヲ適法ニ有スルモノトノ推定ヲ受テ例ヘ

ハ一定ノ物ノ上ニ所有權ヲ事實上行使スル者ハ反對ノ證據ナキ限りハ眞ニ所有權ヲ有スルモノト推定セラル故ニ此法律上ノ推定ヲ攻撃セント企ツル者ハ原告ノ地位ニ立チテ反對ノ證據ヲ提出セザルヘカラス隨テ本權ノ訴ニ於テハ占有者ハ常ニ被告タルノ利益アリ蓋シ此推定ハ事實上其權利ヲ行使スル者ハ通常異ノ權利者タリトノ理由ニ出テシモノナリ

第二ニ占有者ハ占有者トシテ果實ヲ收取ス占有者ノ果實ヲ收取スル權利ハ其占有ノ資格ニ因リテ同シカラス

一 善意ノ占有者ハ天然ノ果實ニ付テハ土地ヨリ分離シタルトキニ於テ之ヲ取得ス法定ノ果實ニ付テハ日割ヲ以テ之ヲ取得ス善意ノ占有者ニ此ノ如キ權利ヲ與ヘタルハ要スルニ善意ナリト云フノ故ヲ以テ之ヲ保護スルニ外ナラス

二 占有者カ其占有セル物ノ自己ニ屬セサルコトヲ覺知シタルトキハ爾後果實ヲ返還スル義務ヲ負フ而シテ占有者カ本權ノ訴ニ於テ敗訴シタルトキハ其起訴ノ日以後ノ果實ヲ返還スル義務ヲ負フ此場合ニ於テハ占有者ハ果實ニ付テハ惡意ノ占有者ト看做サル、カ故ナリ(第一八九條)

國際私法

法學博士 寺尾 亨 講述

校 友 小田幹治郎 編輯

總論

第一章 國際私法ノ概念

國際私法ニ關シテハ今日猶種々ノ點ニ於テ議論アリ或ハ國際私法ハ如何ナル事ヲ規定スルヤニ付キテ議論アリ或ハ國際私法ノ定義ニ付キテ議論アリ其他國際私法ナル名稱ハ適當ナリヤ國際私法ハ果シテ存在スルヤ等ノ點ニ付キテ議論アリ此ノ如ク種々ノ點ニ付キテ議論アルカ故ニ之ヲ研究セントスルニ當リテモ如何ナルモノヲ以テ國際私法ト爲スヘキヤ語ヲ換ヘテ言ヘハ國際私法研究ノ目的物ハ何ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキカ是レ頗ル困難ナル問題ニ屬ス

然レトモ或極端論者ノ如ク根底ヨリ國際私法ノ存在ヲ認メザルトキハ之ヲ研究スルニ由ナキヲ以テ予ハ姑ラタ多數學者ノ認メテ國際私法ト爲スモノヲ取リ其中ニ存スル原則ヲ研究セントス而シテ其原則ハ意義又ハ範圍ニ關シテ議論アルモノ多ク又適用ニ關シテモ所說區々ニシテ更ニ一定セスト雖モ予ハ唯自ラ信スル所ニ依リテ取捨シ努メテ其最モ斬新ナル所說ヲ講述セシムト期ス

國際私法ハ國際法ノ一種ナリ國際法ノ如何ナルモノナルカハ此ニ詳説スルノ違ナシト雖モ予ハ法律ヲ廣義ニ解シテ人類社會ニ於ケル一切ノ權利關係ヲ支配スルモノナリト爲スカ故ニ法律ハ獨リ個人相互ノ關係ヲ規定スルノミナラス其集合體タル國家相互ノ關係ヲモ亦規定セザルヘカラス語ヲ換ヘテ言ヘハ法律ハ嘗ニ個人相互ノ關係ヲモ亦規定セザルヘカラス語ヲ換ヘテ言ヘハ此種ノ法律ヲ名ケテ國際法ト謂フ而シテ國際法中國ト國トノ直接ノ利害ニ付キ權利關係ヲ規定スルモノ之ヲ國際公法ト稱シ國ト國トノ間接ノ關係即チ一個人ノ利益ニ關シテ起ルヘキ國ト國トノ關係ヲ規定スルモノ之ヲ國際私法ト稱ス

一國ノ人民カ其國境内ニ在リテ互ニ權利義務ノ關係ヲ生スル場合ニ於テハ常ニ同一法律ノ下ニ支配セラレ更ニ國際私法上ノ問題ヲ惹起サスト雖モ若シ外國ニ於テ同國人間ニ權利義務ノ關係ヲ生シタルトキハ何レノ國ノ法律ニ依リテ支配セララルヘキカ或ハ其所在國法ナリヤ若クハ本國法ナリヤ又ハ法律行為ノ結果ヲ生スヘキ國ノ法律ナリヤ或ハ當事者ニ於テ自由ニ其支配セララルヘキ法律ヲ選擇スルコトヲ得ルヤ又ハ其支配スヘキ法律ハ行為ノ種類ニ因リテ異ナル所ナキカ此他内地ニ在ル内外人間ノ法律行為又ハ國內ニ住スル外人間ノ法律行為ニ付テハ如何而シテ外人ハ同國人ナルコトアリ異國人ナルコトアリ此等ノ場合ヲ支配スヘキ法律ハ何レノ法律ナリヤ是レ國際私法ノ問題ナリトス

加之右ノ如キ涉外的法律關係ノ問題ヲ決スルニ當リ多クハ所屬國法ニ從フヘキ原則アルヲ以テ先テ當事者ノ國籍ヲ定ムルノ必要アリ故ニ國籍ニ關スル問題モ亦國際私法中ニ於テ研究セザルヘカラス之ト同時ニ他ノ一方ニ於テハ更ニ當事者ノ住所地理法ニ從フヘキ規定アルヲ以テ國際上外人ノ住所ヲ定ムルノ

問題モ亦國際私法中ニ包含セラル然リ而シテ個人ノ法律關係ハ實ニ際限ナク一般ノ私法即チ民法商法ノ規定スル所ハ悉ク之ニ屬スルヲ以テ國際私法ノ研究モ亦此等ノ點ニ及ハサルヘカラス故ニ國際私法ノ原則ヲ定メテ之ヲ各場合ニ適用セントスルニハ非常ノ時日ヲ要ス今ヤ我邦ニ於テハ法例ヲ始メ民法商法既ニ成リ一般ノ私法ハ完ク整頓セルヲ以テ此等ノ諸法律ニ就キテ國際私法ノ原則ヲ研究セサルヘカラス

國際私法ハ國家相互ノ關係ヲ規定スルモノナルコト上來説述スル所ノ如シ然ルニ動モスレハ國際私法ハ個人ノ關係即チ外國ニ在ル内國人間若クハ内外人間ノ關係ニ付キ國法ノ適用ヲ爲スニ過キス語ヲ換ヘテ言ヘハ國際上ニ於ケル個人ノ行為ニ付キ一般ノ私法ヲ適用スルニ過キスト主張スル者アリ此説ニ依レハ國際私法ナル名稱既ニ不當ナリ而シテ國際私法ハ國際法ノ一部ニアラスシテ一般ノ私法適用ノ範圍ナリ然レトモ此説ハ今日一般ニ行ハレス予ハ國際私法ノ國際法タルコトヲ信シテ疑ハサルナリ何トナレハ國際私法ハ一ノ法律行為アルニ當リ如何ナル國ノ法律ヲ適用スヘキカヲ決定スヘキ規則ノ集合ニ

明治三十二年二月十九日印刷
明治三十二年二月二十日發行
明治三十二年七月十一日再版

東京市四谷區四谷軒町三丁目六番地
發行所 小田 幹治 郎

東京市北區西ノ久保町第十一番地
印刷者 金子 鐵五 郎

東京市芝區西ノ久保町第十一番地
印刷所 金子 活版 所

發行所 **和佛法律學校**

所在 (東京市麴町區富士見
町六丁目十六番地)

電話 (本局千二百七十四番)

●附錄ニ就テ

本號初版ノ分ニ掲載セシ附錄ハ當
時其必要アリシト雖モ再版ノ今日
太々緊要ナラサルヲ以テ總テ之ヲ
省ケリ讀者之ヲ諒セヨ

明治廿二年十二月九日內務省許可