

## 和仏法律学校講義録

掛下, 重次郎 / ジュモラル / 若槻, 禮次郎 / 兩角, 彦六  
/ 小宮, 三保松

---

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(巻 / Volume)

1-15

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

43

(発行年 / Year)

1899-09-05

# 和佛法律學府

## 講義彙編

第拾五號

每月貳回

目次

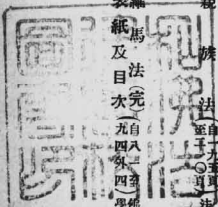
民法債權 (自一八五頁至二〇〇頁) 法學士兩角彦六

物權 (自一二一頁至一三四頁) 法學士小宮三保松

相続 (自八九頁至一〇四頁) 法學士若槻禮次郎

親族法 (自一〇五頁至一二〇頁) 法學士掛下重次郎

羅馬法及目次 (自八四頁至九四頁) 博士デューモラル



0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23



雇傭ノ規定ヲ準用スヘシト云ヒ或ハ雇傭ト代理ノ規定ヲ折衷シテ適用スヘシト説ケリ加之代理關係ナルモノハ必スシモ契約ノミニ因リテ生スル現象ニ非スシテ法律ノ規定ニ因リテモ亦生ス而シテ契約關係ナルモノハ當事者雙方間ニ限ラル、モノニシテ第三者トノ關係即チ代理關係トヲ混同シ得ヘキモノニアラス故ニ新民法ハ委任ニ付テハ從來ノ法律ト異リ代表主義ヲ採用セス所謂委任主義ヲ採用セリ

第二ニ從來ノ法律ト異ル點ハ委任契約ノ目的ナリ從來ノ法律ニ於テハ當事者ノ一方カ相手方ノ爲メニ或事ヲ行フコトヲ以テ委任契約ノ目的トセリ(取得編第二二九條然レトモ汎ク或事ヲ行フコトカ委任契約ノ目的ナリトスレハ委任ト雇傭ト全ク區別ナキニ至ルヘシ故ニ新民法ニ於テハ委任ノ目的ハ原則トシテ之ヲ法律行為ニ限レリ故ニ等シク他人ノ爲メニ勸ク場合ニ於テモ其行為カ債權債務ノ關係ヲ呼起スヘキ法律行為ナルト單純ノ勞務ナルトニ因リ委任ト雇傭ト相岐ル、ナリ尤モ舊法典ノ下ニ於テモボリソナード氏ハ雇傭ト委任トノ區別ノ標準ハ法律行為ナルト否トノ點ニ在ルコトヲ説明セリ然レトモ正

文上ニ於テハ此區別ノ標準ハ表ハレサリシ

委任ノ目的ハ原則トシテハ法律行為ニ限ルモ第六百五十六條ノ規定ヲ見レハ委任ノ規定ハ法律行為ニ非サル事務ノ委託ニ之ヲ準用ストセリ立法者ノ意ハ委任ノ目的法律行為ト見ル能ハサル者ニテ而モ單純ナル勞務ヲ目的トスル者ニモ非サルモノ例之他人ノ爲メニ慶事ノ祝辭ヲ述ヘ又凶事ノ吊詞ヲ致スカ如キハ法律行為ニアラス又他人ノ爲メニ勞務ニ服スル單純ナル勞務者トモ云フコト能ハス此等ノ事務ノ爲メニ第六百五十六條ヲ設ケタルナラン然レトモ此準則アルカ爲メ法律行為ヲ以テ雇傭ト委任トノ區別ノ標準トセシ立法者ノ注意モ却テ多少曖昧ニ亘ルノ嫌アリ余ヲ以テ立法上ノ企望ヲ述ヘシメンカ二者決シテ區別スヘキモノニアラス本來他人ノ爲メニ勸ク一事ハ其行為ノ種類ニ因リテ之ヲ區別スルコト困難ナリ雇傭ト云ヒ委任ト云フ其性質ニ於テハ少モ異ルコトナシ異ルナキモノヲ區別セントスルカ故ニ其區別ニ苦シムモノニ非サルナキヲ得ンヤ

## 第二款 委任ノ効力

委任

## 第一項 受任者ノ義務

受任者ノ義務トシテ説明スヘキモノ三アリ而シテ其第二第三ハ第一義務ヨリ生スル必然ノ結果トモ見ル可キモノナリ

第一 委任事務ヲ處理スルノ義務第六四四條 委任事務ヲ處理スルハ即チ契約ノ目的トスル所ニシテ若シ此義務ナクシテハ委任契約ニ非サルナリ受任者カ此義務ヲ履行スルニ付テハ第一ニ委任ノ本旨ニ從ハサルヘカラス委任ノ本旨ハ多クハ契約ニ明示スヘキナリ假令契約ニ之ヲ明示セサルモ委任者ノ意思ノ存スル處其他諸般ノ狀ヲ斟酌シテ委任ノ趣旨ノ存スル處ニ從ヒ事務ノ處理ヲ爲サ、ルヘカラス例之馬匹ノ買入ヲ委任セラレタルトキ其委任者カ軍人ナルトキハ契約上明示ナキモ騎乘ニ堪フ可キ馬匹ヲ買入レサルヘカラスカ如シ第二ニ委任事務ヲ處理スルニハ善良ナル管理者ノ注意ヲ加ヘサルヘカラス是レ債務ノ目的ニ關スル過失責任ノ通則ノ適用ナリ獨リ委任ノ有償ナル場合ノミナラス無償ノ場合ニ於テモ同一ノ注意ヲ加ヘサルヘカラス舊法典ハ代理人カ無償ニテ代理ヲ爲ストキハ代理人ノ過失ハ較ヤ寛大ニ之レヲ査定スヘシトセ

リ(取得編第二三九條然レトモ報酬ノ有無ニ因リ過失責任ニ輕重ノ差ヲ設クルハ毫モ其理由アルヲ見ス

若シ一ノ法律行為ヲ爲スニ付キ二名以上ノモノニ之ヲ委託シタルトキ即チ受任者數名アルトキハ過失責任ハ如何ニ之ヲ定ムヘキカ此場合ニハ目的ノ可分不可分ニ因リ又特約ノ有無ニ因リ其責任ノ連帶ナルカ連合ナルカヲ區別ス可キノミ

第二 委任事務ノ處理ニ付キ其狀況顛末ヲ報告スルノ義務(第六四五條) 受任者ハ委任者ノ請求アルトキハ何時ニテモ委任事務處理ノ狀況ヲ報告セサルヘカラス又委任終了ノ後ハ遲滞ナク其顛末ヲ報告セサルヘカラス若シ此義務ナシトスレハ果シテ受任者ハ委任ノ本旨ニ從ヒテ其事務ヲ處理シタルヤ否ヤ又善良ナル管理人ノ注意ヲ加ヘタルヤ否ヤ委任者ハ之ヲ知ルニ由ナカルヘシ故ニ第一義務ノ効果ヲ全ウスル爲メニモ受任者ヲシテ此義務ヲ負ハシメサルヘカラス

第三 受任者カ委任事務ヲ處理スルニ當リ受取リタル金錢其他ノ物ノ引渡又

ハ取得シタル權利移轉ノ義務第六四六條 受任者ノ收受シ又ハ取得シタル物又ハ權利ハ委任事務ヲ處理スルニ當リ委任者ノ利益ノ爲メニ取得セシモノナレハ之ヲ委任者ニ引渡シ又ハ移轉スヘキハ當然ノ義務ナリ受任者ハ此義務ヲ盡シテ始メテ委任事務ヲ處理シ終リタルモノニシテ第二第三ノ義務ハ相關連シテ第一義務ノ効用ヲ全ウスルモノト云フヘシ若シ受任者ニ於テ委任者ニ引渡スヘキ金額又ハ其利益ノ爲メニ用フヘキ金額ヲ自己ノ爲メニ消費シタルトキハ刑法上ノ制裁アルハ勿論民法上ノ責任モ亦生ス即チ消費シタル日以後ノ法定利息ヲ支拂ハサルヘカラサルノミナラス若シ損害アリタルトキハ併セテ之ヲ賠償セサルヘカラス(第六四七條)

## 第二項 委任者ノ義務

委任契約ハ本則トシテハ無償ノ契約ナリ無償契約ハ同時ニ片務契約ナリ故ニ通常委任者ハ契約上直接ニ義務ヲ負擔セス然レトモ受任者ニ於テ委任事務ヲ處理スルニ當リ必要ト認ムヘキ費用ヲ出シ或ハ之ヲ處理スル爲メ自己ニ過失ナクシテ損害ヲ被リ或ハ委任者ノ爲メニ必要ト認ムヘキ債務ヲ負擔シタル如

キ契約成立後ノ事實ニ因リ委任者モ亦各種ノ義務ヲ負擔スルコトアリ如此契約成立ノ當時委任者ハ何等ノ義務ヲ負ハスト雖モ契約成立後ノ事實ニ因リテ義務ヲ負擔スルモノ學說上之ヲ不完全ノ雙務契約ト稱ス今左ニ其義務ヲ列舉スヘシ

## 第一 費用前拂ノ義務第六四九條

受任者カ委任事務ヲ處理スルハ委任者ノ爲メニスル所ナレハ其費用ハ當然委任者ニ於テ負擔セサルヘカラス而モ多クノ場合ニ於テハ即時ニ費用ヲ支拂ハスルハ事務ヲ處理スル能ハサルコトアル可キカ故ニ委任者ハ受任者ノ請求ニ因リ其要スル費用ノ前拂ヲ爲サ、ルヘカラス但シ特約アレハ格別ナリ尤モ委任ハ各當事者ニ於テ何時ニテモ解除シ得ル者故委任者ニ於テ費用ノ前拂ヲ欲セサルトキハ委任ヲ解除シテ此義務ヲ免ル、コトヲ得可シ又受任者ト雖モ費用ノ前拂ヲ受ケスシテ委任義務ヲ履行スルヲ厭ハス委任ヲ解除シテ可ナリ而シテ之ヲ解除スルハ相手方ノ義務不履行ニ基クモノナレハ之カ爲メ受任者ニ賠償責任ヲ生スル虞ナシ

## 第二 立換費用并ニ其利息ノ償還義務(第六五〇條第一項)

委任事務ヲ處理スル爲メニ要スル費用カ當然委任者ノ負擔スルモノナル以上ハ之カ立換ヲ爲シタル受任者ハ委任者ニ對シ其償還ヲ求ムルヲ得ルコト論ナク而モ相手方ノ爲メニ自己ノ金錢ヲ以テ立換ヲ爲シタルモノナレハ其立換金ノミナラス猶法定利息ヲモ請求スルコトヲ得ルモノトス然レトモ特ニ注意スヘキハ立換費用トシテ委任者ヨリ償還セサルヘカラサルモノハ其委任事務ヲ處理スルニ必要ト認ムヘキ費用ニ限ル之ヲ處理スルニ必要ナルモノハ縱令何程ノ立換ヲ爲スモ委任者ニ償還義務ナシ而シテ其必要ナルヤ否ヤハ委任事務ヲ處理スル當時ノ狀況ニ因リ之ヲ査定セサルヘカラス故ニ其當時ノ狀況ニ照シ果シテ必要ノ費用ナリセハ縱令之カ爲メ後日ニ何等ノ結果ヲ遺サ、ルモ委任者ハ之ヲ償還セサルヘカラス又其反對ニ受任者ニ於テ其當時ニ不必要ナル費用ヲ支辨シタル爲メ後日委任者ニ利益ヲ與フルコトアルモ受任者ハ之ヲ契約上ノ債權トシテ即チ立換費用トシテ償還ヲ求ムルコトヲ得ス唯不當利得ノ原則ニ依リ委任者ノ利得シタル限度ニ於テ償還ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マ

ル可キナリ

## 第三 債務辨濟ノ義務(第六五〇條第二項)

受任者ニ於テ委任事務ヲ處理スルニ付必要ト認ムヘキ債務ヲ負擔シタルトキハ委任者代テ辨濟スルカ又ハ其債務カ辨濟期ニ在ラサルトキハ受任者ノ請求ニ因リ相當ノ擔保ヲ供セサルヘカラス委任契約ハ必シモ代理關係ヲ呼起スモノニ非サルヲ以テ如此受任者ノ名ヲ以テ債務ヲ負擔スルコト通常ナリ若シ代理關係ニ依リ委任者ノ名ヲ以テ債務ヲ負擔セハ其債務關係ハ直接ニ委任者ト第三者トノ間ニ成立スルヲ以テ此第三義務ノ如キ場合起ラス

## 第四 損害賠償ノ義務(第六五〇條第三項)

受任者委任事務ヲ處理スル爲メニ自己ニ過失ナクシテ損害ヲ受ケタルトキハ委任者之ヲ賠償セサルヘカラス

以上列舉セル四個ノ義務ハ何レモ契約成立後始メテ生スル義務ニシテ要スルニ法律ノ望ム所ハ他人ノ事務ヲ處理スル處ノ受任者ヲシテ毫末ノ損害ヲ被ムルコトナカラシメンコトヲ期スルナリ敢テ其契約ノ有價ナルト無價ナルトハ

委任

因リテ異ルヘキモノニアラス

### 第五 報酬支拂ノ義務第六四八條

此義務ハ特約アル場合ニ限ル此特約アリテ委任ハ雙務契約ト爲ル而シテ受任者カ報酬ヲ請求スルニハ委任事務履行ノ後ナラサルヘカラス是レ即チ雙務契約同時履行ノ通則ニ對シ例外ト爲ルモノニシテ雇傭ニ關スル第六百二十四條ノ規定ト同一趣旨ニ出ツルモノナリ隨テ又雇傭ト同シク期間ヲ以テ報酬ヲ定メタルトキハ委任者ハ各期間ノ經過スル毎ニ其期ノ報酬ヲ請求スルコトヲ得然レトモ若シ委任事務履行ノ中途ニ於テ委任終了セハ未タ委任事務ヲ履行シ終ラサルヲ以テ受任者ハ報酬ヲ請求シ得サルヤ否ヤ此點ハ一ノ區別ヲ要ス即チ委任終了ノ原因受任者ノ責ニ歸スヘキモノニ非サルトキハ受任者ハ既ニ爲シタル履行ノ割合ニ應ジテ報酬ヲ請求スルコトヲ得之ニ反シテ其終了ノ原因受任者ノ責ニ歸スヘキモノナルトキハ受任者ハ報酬ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス是レ自ラ招クノ損害ニシテ自業自得ト云フノ外ナシ(第六四八條第三項)

### 第三款 委任ノ終了

委任ハ當事者相互ノ信任ニ基ク人的契約ナリ此點ヨリシテ委任ニハ又特別ナル終了原因アリ左ノ如シ

#### 第一 任意ノ解除

委任ハ各當事者ニ於テ何時ニテモ隨意ニ之ヲ解除スルコトヲ得第六五一條第項是レ從來ノ立法例ノ等シク認ムル所ナリ蓋シ委任ハ相互ノ信任ニ基クモノナレハ一朝其信任ヲ缺カハ之ヲ解除セシムルハ當然ナリ故ニ獨リ契約ニ期間ノ定メナキ場合ノミナラス縱令期間ノ定メアル場合ト雖モ此解除權ヲ行使セサルコトニ付特約ナキ以上ハ各當事者ハ任意ニ解除スルコトヲ得然レトモ事實止ムコトヲ得サル事由ニ出ツル場合ノ外相手方ニ不利益ナル時期ニ於テ委任ヲ解除シタルトキハ其相手方ニ對シ賠償ノ責任セサルヘカラス故ニ法律ハ一面何時ニテモ契約ノ解除ヲ許シ一面間接ニ此權利行使ヲ制限セルモノト云フヘシ

第二 當事者一方ノ死亡又ハ破産  
人ノ信用ハ其人ノ一身ニ存スルモノニテ一身上ノ信用ハ相續人ニ移轉スヘキ

モノニアラス隨テ當事者一方ノ死亡ハ委任終了ノ當然ノ原因タラサルヘカラス又當事者一方ノ破産モ私法上ニ於テハ恰モ死亡ト同一視セラル、モノナルヲ以テ委任終了ノ原因ト爲ルナリ

### 第三 受任者ノ禁治産

禁治産者ハ無能力者ナルヲ以テ禁治産ノ宣告ヲ受ケタル受任者ハ事實上委任事務ヲ處理スルコト能ハサルナリ此場合ニ禁治産者ノ法定代理人ハアレトモ是レ受任者トハ別人ナルヲ以テ委任者ノ信用スル所ノモノニアラス以上ハ法律ノ規定セル委任終了ノ原因ナレトモ若シ夫レ契約ノ通則ニ從ヒ委任契約終了ノ原因ヲ舉クレハ委任事務ノ終了若クハ不能或ハ契約期間ノ満了若クハ解除條件ノ成就當事者一方ノ不履行ニ基ク契約ノ解除ノ如キ何レモ委任終了ノ原因ナラサルハナシ

委任終了原因ノ如何ヲ問ハス法律ノ特別規定トシテ特ニ注意スヘキモノ二アリ其一ハ第六百五十四條ノ規定ニシテ即チ委任終了ノ場合ニ於テ急迫ノ事情アルトキハ受任者其相續人又ハ法定代理人ハ委任者其相續人又ハ法定代理

人カ委任事務ヲ處理スルコトヲ得ルニ至ルニテ必要ナル處分ヲ爲サ、ルヘカラス既ニ成原因ニ因リ委任終了セル以上ハ當事者ハ最早契約上ノ關係ニ拘束セラルヘキモノニ非ス隨テ受任者ニ於テ引續キ委任事務ノ處理ヲ繼續セサルヘカラサルノ理ナシ然レトモ事情切迫セル場合ナルニ拘ハラス受任者ハ既ニ義務ノ履行スヘキナシトモテ抽手傍觀スルニ於テハ委任者ハ爲メニ往々不測ノ損害ヲ被ルニ至ルヘシ故ニ法律ハ縱令委任ハ終了スルモ急迫ナル事情アル場合ニハ受任者並ニ相續人又ハ法定代理人ニ於テ相手方カ委任事務ヲ處理スルコトヲ得ルニ至ルマテ其事務ノ必要處分ヲ爲サ、ルヘカラサル特別義務ヲ負擔セシメタリ即チ此義務タルヤ法律上ノ特別義務ニシテ決シテ契約上ノ義務ニアラス故ニ其結果トシテ例之委任契約ニ於テ報酬ノ約束アルモ受任者ハ必要處分ヲ爲シタルカ爲メ其報酬ヲ請求スルコト能ハス單ニ不當利得ノ原則ニ因リ相手方ノ受ケタル利得ヲ限度トシテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得ルノミ其ニハ第六百五十五條ノ規定ナリ既ニ前ニ示シタル如ク委任終了ノ原因ハ往々ニシテ相手方ノ不知不識ノ間ニ發生スルコトアリ故ニ其終了原因ノ發生シ

タル爲メ直チニ契約終了スルモノトセハ相手方ニ意外ノ不利益ヲ及ホス可シ  
 受任者ニ於テハ引續キ委任ノ繼續セルモノト信シテ委任事務處理ノ爲メ必要  
 ナル債務ヲ負擔シタルニ既ニ委任終了後ニ係ルトキハ自ラ其債務ヲ引受ケサ  
 ルヘカラス又委任者ハ受任者ニ於テ引續キ委任事務ヲ處理シテ、アルモノト  
 信セルニ拘ハラス何レノ時カ終了シテ其事務ヲ抛棄セラル、コトアリトセハ  
 受任者委任者共ニ不測ノ損害ヲ被ルハ現然ナリ是故ニ委任終了ノ原因ハ委任  
 者ニ出テタルト受任者ニ出テタルトヲ問ハス其事由ヲ相手方ニ通知シ又ハ相  
 手方カ之ヲ知リタルトキニ非サレハ之ヲ以テ相手方ニ對抗スルコトヲ得スト  
 メリ舊民取得第二五七條故ニ相手方カ其通知ヲ受ケス又ハ之ヲ知ラサル間ハ  
 委任關係ハ當事者間ニ繼續スルモノト看做サレ從ツテ受任者ニ於テ引續キ委  
 任事務ヲ處理スルコトキハ契約上ノ報酬立換金ヲ請求スルコトヲ得委任者ハ委  
 任事務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得可キナリ

### 第十一節 寄託

#### 第一款 寄託ノ性質及ヒ種類

##### 第一項 寄託ノ性質

寄託ノ性質ハ第六百五十七條ニ之ヲ言明セリ即チ

寄託トハ當事者ノ一方ヨリ交附スル或物ヲ相手方ニ於テ保管スルコトヲ諾  
 約スル契約ナリ

第一 寄託契約ハ目的物ノ交附アリテ成立スルカ故ニ要物契約ナリ隨テ未タ  
 其物ノ引渡ナキ以前當事者間ニ或物ノ保管ヲ爲スヘキコトヲ約束スルモ是レ  
 單ニ寄託ノ豫約タルニ過キス蓋シ寄託ハ受寄者ニ目的物ヲ保管シ且ツ之ヲ返  
 還スヘキ義務ヲ負擔セシムルモノナレハ未タ其物ヲ受取ラサルニ夙ク之ヲ保  
 管シ又之ヲ返還スヘキ義務ノアリ得ヘキ道理ナシ

第二 後ノ第六百五十九條ノ規定ヲ參照スルニ寄託ハ本則トシテハ無償ナレ  
 トモ特約アレハ有償ト爲ル是當然ノコトナレトモ從來ノ法律トハ異レリ佛民法  
 及ヒ舊民法取得編第二百六條ノ如キハ寄託ヲ以テ本來無償ノモノトセリ報  
 ノ下ニ物ヲ預ル者ハ委任、雇傭又ハ他ノ無名契約ヲ爲ス可シトセリ其理由ハ寄託  
 ヲ以テ全ク親族知友間ノ信誼上ニ成立スル契約ト認ムルヲ以テナリ然レトモ他

人ノ爲メニ或物ヲ保管スルニ報酬ヲ受クルト否トニ因リテ契約ノ性質ヲ異ニス  
 ヘキ理由ナク又他人ノ爲メニ或物ノ保管ヲ引受ケ而シテ報酬ヲ求ムルハ民事上ニ  
 於テモ今日實際ニ行ハル、事實ナレハ新民法ハ有償無償共ニ之ヲ寄託契約トセリ  
 第三 此ノ如ク寄託ニハ有償又ハ無償ノ場合アルヲ以テ無償ノ場合ニハ片務  
 契約ト爲リ有償ノ場合ニハ双務契約ト爲ルヘシ  
 終リニ契約ノ目的ニ付キ注意スヘキハ寄託ノ目的物ハ動産不動産ヲ問ハス有  
 體物ハ皆寄託ノ目的物ト爲ル現ニ第六百五十七條ノ法文ニ廣ク或物トアリテ  
 動産不動産ノ區別ナキニ見テ明ナリ蓋シ不動産ト雖モ亦動産ノ如ク他人ヲシ  
 テ之ヲ保管セシムルヲ得ヘクシテ其間區別スヘキ理由ナケレハナリ是レ又從  
 來ノ法律ト異ル所ニシテ佛法及ヒ舊民法ニ於テハ寄託ノ目的物ハ動産ニ限レ  
 リ然レトモ是レ全ク寄託ナル文字カ或物ヲ或場所ヨリ他ノ場所ニ移シテ貯存  
 スル意義ノ語ナルヲ以テ不動産ニ付キテ云フヘキ語ニアラス又不動産ヲ他人ニ  
 預クル如キ場合ハ預リ人ニ於テ多クハ法律行為ヲ爲サ、ルヘカラサルヲ以テ  
 他人ノ爲メニ法律行為ヲ爲セハ委任ナリトノ考ヨリ出ツルモノナリ然レトモ

#### ノトス(第二四七條第二項)

凡ソ添附取得ノ行ハル、トキハ一方ニ損失ヲ被ル者アルト同時ニ他方ニ利益  
 ヲ得ル者アルハ免ル、能ハサル所ナリ而シテ之ニ因リテ利益ヲ得タル者ハ法  
 律上亦其損失ヲ被ムリタル者ニ對シ價金ヲ支拂ハサルヘカラス換言セハ添附  
 ニ因リテ損失ヲ被ムリタル者ハ其利得者ノ善意ナルト惡意ナルトニ因リ不當  
 利得ニ關スル第七百三條若クハ第七百四條ニ從ヒ價金ヲ請求スル權利ヲ有ス  
 ルモノトス

#### 第四節 共有

共有權ハ之ヲ分チテ二種ト爲スコトヲ得可分共有權及ヒ不可分共有權即チ是  
 ナリ左ニ欸ヲ分テ之ヲ説明スヘシ

##### 第一款 不可分共有權

不可分共有權トハ二人以上ノ者カ動産又ハ不動産ノ全部ニ付キ同時ニ有スル  
 所有權ヲ云フ  
 不可分共有權ハ主トシテ數人ノ相續人カ同一ノ動産若クハ不動産ヲ共同ニテ

相續シタル場合又ハ數人カ共同ニテ一ノ動産若クハ不動産ヲ買受ケタル場合  
或ハ法人又ハ會社ノ解散シタル場合等ニ於テ生スルモノナリ又不可分共有權  
ニ關スル法典ノ規定ハ頗ル詳細ニ涉ルカ故ニ比較的多クノ議論ヲ費スヘキモ  
ノナシ左ニ之ヲ分説スヘシ

### 第一 共有者ノ持分

共有者ノ持分ハ必シモ各共有者均一ナルコトヲ要セス例ヘハ甲ハ十分ノ五、乙  
ハ十分ノ三、丙ハ十分ノ二ヲ持分ト爲スコトヲ得ヘシ然レトモ特別ノ證據アル  
ニアラサレハ法律ハ其各共有者ノ持分ヲ均一ナルモノト推定ス(第二五〇條)  
共有者ノ一人カ其持分ヲ拋棄シタルトキ又ハ相續人ナクシテ死亡シタルトキ  
ハ其持分ハ他ノ共有者ニ歸屬ス而シテ他ノ共有者ハ其持分ノ割合ニ應ジテ其  
利得ヲ爲スヘキナリ(第二五五條)又此場合ニ於テハ其持分ノ上ニ存在スル他ノ  
權利ハ消滅スルコトナシ又法律カ他ノ共有者ノ存在スル場合即チ右ノ如キ場  
合ニ於テ一共有者ノ持分ノ無主物トナルコトヲ避ケタルハ誠ニ事理ニ適シタ  
ルモノト云ハサルヘカラス

### 第二 共有物ノ使用収益

各共有者ハ其持分ノ割合ニ應ジテ共有物ノ全部ヲ使用シ及ヒ之ニ付キ収益ヲ  
爲スコトヲ得例ヘハ馬車ヲ共有スル甲乙丙三人ノ者ハ各其持分ノ割合ニ應ジ  
テ或ハ一日間或ハ二日間或ハ三日間之ヲ使用スルコトヲ得ヘタ又其馬車カ賃  
貸スヘキモノナルトキハ右ノ割合ニ應ジテ其賃金ヲ取得スルコトヲ得ヘシ然  
ルニ第二百四十九條ハ使用ニ付テハ之ヲ明言スト雖モ収益ニ付テハ一言ノ之  
ニ及フモノナシ然レトモ収益ニ付テモ亦使用ニ付テノ法則ヲ準用シ得ヘキハ  
殆ト爭ナキ所ナリ但使用収益ニ付キ共有者間ニ爭ノ生シタル場合ハ裁判官ノ  
判定ヲ仰カサルヘカサルコト勿論ナリトス

### 第三 共有物ノ處分

共有物ヲ變更シ讓渡シ債權ノ擔保ニ供シ及ヒ其他ノ處分ヲ爲スニ付テハ總共  
有者ノ同意ヲ要ス第二百五十一條ハ單ニ變更ニ付テノミ總共有者ノ同意ヲ要  
スルコトヲ規定スト雖モ他ノ凡テノ處分行爲ニ付キ亦之ヲ準用スヘキハ蓋シ  
言ヲ缺タサル所ナルノミナラス共有者ノ一人若クハ二人ノミカ他ノ共有者ノ

權利ヲ無視シテ自家隨意ノ處分ヲ爲スコトヲ得サルハ共有權ノ性質上自ラ明白ナル所ナリ但右ノ如キ場合ニハ共有權力經濟上便宜ナルモノトシテ法律ヨリ待遇セラル、カ如シ

#### 第四 共有物ノ管理

管理トハ例ヘハ共有物ヲ賃貸スルカ如キコトヲ云フ隨テ此管理行爲ヲ爲スニ付テハ總共有者ノ同意ヲ必要トセスシテ共有物ノ價格ノ半額以上ヲ代表スル共有者ノ同意ヲ以テ之ヲ行フコトヲ得但共有物ニ修繕ヲ加フルカ如キ物ノ保存ニ必要ナル行爲ハ各共有者單獨ニテ之ヲ行フコトヲ得ヘシ(第二五二條)而シテ其管理費用及ヒ共有物ニ關スル公租其他ノ負擔ハ各共有者其持分ニ應シテ之ヲ支辨セサルヘカラス(第二五三條第一項)然ルニ若シ共有者ノ或者カ一ケ年内ニ右ノ支辨ノ義務ヲ履行セルトキハ他ノ共有者ハ相當ノ償金ヲ支拂ヒテ其者ノ持分ヲ取得スルコトヲ得全上第二項此場合ニ爭ノ生シタルトキハ固ヨリ裁判官ノ判定ヲ仰カサルヘカラス而シテ共有ハ動モスレハ爭ヲ生シ國家經濟上不利益尠ナカラサルカ故ニ立法者ハ右ノ法則ヲ設ケ共有ノ不利益ヲシテ

幾分力減殺セントスルニ在ルモノ、如シ

#### 第五 共有者間ノ債權ノ効力

共有者ノ一人カ共有物ニ付キ他ノ共有者ニ對シテ有スル債權ハ債務者タル共有者ノ特定承繼人ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得第二五四條茲ニ債務者タル共有者ノ特定承繼人ト云フハ實際上債務者タル共有者ノ持分ヲ讓受ケタルモノヲ云フ換言セハ債務者タル共有者ヲ承繼シテ新ニ共有者ト爲リタルモノヲ云フ又共有物ニ付テノ債權トハ例ヘハ或共有者カ他ノ共有者ノ爲ニ立替ヘタル共有物管理費用若クハ共有物ニ付テノ租稅ノ類是ナリ

今夫レ純然タル法理上ヨリ觀察セシカ共有物ノ持分ヲ讓受ケタル者ハ債務關係ニ對シテハ本來第三者タリ故ニ共有者間ニ既ニ成立セル債務關係ハ其讓受人ニ對抗スルコトヲ得ヘキニアラス然レトモ共有物ニ關スル債權ハ當然債務者タル共有者ノ持分ニ依リテ擔保セラル、モノト看做スコトヲ得ヘシ尙ホ之ヲ詳言スレハ共有者甲カ共有者乙ニ對シ共有物ニ關スル債務ヲ負擔シツ、其持分ヲ第三者ニ讓渡シタルニ會甲カ無實力ナルノ故ヲ以テ現ニ其持分力完全

ニ新共有者ノ手ニ存在スルニモ拘ハラヌ乙ヲシテ損失ヲ被ムラシムルハ穩當ナリト云フコトヲ得ヌ是ニ於テカ法律ハ第二百五十四條ヲ設ケ共有物ニ關スル債權ニ付テハ債務者ノ持分ヲ讓受ケタル者ヲシテ彼ノ抵當不動産ノ讓受人等ト始ト同一ノ地位ニ置キ債權者ヲシテ其持分ノ讓受人ヲ訴追スルコトヲ得セシムルモノナリ故ニ持分ヲ讓受ケント欲スル者ハ讓渡人カ他ノ共有者ニ對シテ共有物ニ關スル債務ヲ負擔セルニアラサルヤ否ヤ確カムルコト其利益上甚タ必要ナリト云フヘシ唯茲ニ注意スヘキハ讓渡人ハ其讓渡ニ因リテ決シテ其債務ヲ免ル、モノニアラサルノミナラス讓受人ノ之ヲ辨濟シタル場合ハ其讓受人ヨリ求償セラル、コト是ナリ

共有物ノ分割行ハル、場合ニ債權者タル共有者ハ債務者タル共有者ニ歸スヘキ共有物ノ部分ヲ其債權ノ辨濟ニ充テシメ又ハ其部分ヲ賣却シ其代金ヲ以テ債權ノ辨濟ヲ爲サシムルコトヲ得第二五九條前ニ述ヘタル如ク共有物ニ關スル債權ニ付キ債務者タル共有者ノ持分ハ當然其債權ノ擔保タルヘキモノト看做スヘキモノナルカ故ニ本文ノ法則ハ固ヨリ至當ナリト云ハサルヘカラス尤

債權者タル共有者ノ有スル右ノ權利ハ固ヨリ物上權ニアラサルヲ以テ他ニ債權者アルトキハ或ハ平等分配ヲ行ハサルヲ得サルヘク或ハ優先權ノ實行ヲ甘セサルヘカラサルヘシ

(注意) 債權者タル共有者ハ債務者タル共有者ノ資產ニ對シテ債權ニ普通ナル強制執行ヲ爲スコトヲ得ヘキハ言ヲ待タス故ニ債權者ハ未タ分割ノ行ハレサル場合ニ於テモ債務者ノ持分ヲ差押ヘ之ヲ競賣ニ付スルコトヲ得ヘシ

#### 第六 共有物ノ分割

各共有者ハ何時ニテモ共有物ノ分割ヲ請求スルコトヲ得但五年ヲ超エサル期間内分割ヲ爲サルヘキコトヲ有効ニ契約スルコトヲ妨ケヌ又此契約ハ更新(所謂書替)スルコトヲ得ト雖モ其期間ハ亦更新ノ時ヨリ起算シ五年ヲ超ユルコトヲ得サルナリ(第二五六條)此共有物分割ニ關スル法則ハ一種特色ノモノニシテ公ノ秩序ニ關スルモノトス故ニ共有者ニ於テ之ニ違背スル契約ヲ爲スコトアルモ皆無効ナリト云ハサルヘカラス第九〇條參照然ラハ何故ニ法律カ此ノ如キ法則ヲ設クルヤ凡ソ共有ハ或ハ止ムコトヲ得シテ起リ或ハ當事者カ

或利益ヲ得シカ爲メニ極メテ便宜ナルコトアルカ故ニ起ルモノナリト雖モ然レトモ他ノ一方ニ於テハ共有ノ國家經濟上不利益ナルハ亦爭フヘカラサル所タリ蓋シ各共有者ハ完全ナル所有者ニ非サルカ故ニ動モスレハ其物ニ付キ充分ノ使用収益ヲ爲スコトヲ得ス又充分ノ使用収益ヲ爲スニ必要ナル資本ヲ投スルコトヲ欲セス加之物ノ處分ニ至テハ縱令公私ノ爲メニ利益ナルコト明ナルモ其總共有者ノ同意アルニ非サレハ之ヲ行フコトヲ得サル等不便尠ナカラサル所ニシテ要スルニ一物ニ付キ共有ナルモノ、存スルハ其物ノ改良進歩ヲ回ルコト極メテ困難ナルノミナラス共有ハ元來共有者間ノ爭ノ種子トナルモノナルカ故ニ法律ハ之ヲ認許スルノ必要アルト同時ニ亦可及的之ヲ息止セシマル方法ヲ講スルノ必要アリト云ハサルヘカカラス是レ法律ハ各共有者ヲシテ何時ニテモ其分割ヲ請求スルコトヲ得セシムル所以ナリ唯此請求權ヲシテ絕對的ナラシムルニ於テハ或ハ却テ益不利益ナル結果ヲ生スルノ虞アリ即チ共有者ヲシテ爲ニ大ニ不安心ヲ抱カシメ其共有物ニ付キ些少ノ投資タモ躊躇セシムルニ至ルノ虞ナキヲ得サルカ故ニ法律ハ亦共有者カ五年ヲ限リテ分割

ヲ爲サハルヘキコトヲ有効ニ契約スルコトヲ許セリ但此分割請求ニ關スル法則ハ建物ノ可分共有ニ付テハ適用セラル、コトナク又土地ノ疆界線上ニ存在スル界標、溝渠ノ類ノ互有ニ付テモ適用セラル、コトナシ是其物ノ性質上分割ヲ請求スルコトヲ得サルニ因ルモノトス(第二五七條)

共有物ノ分割ニ付キ當事者間ニ其協議調ハサルトキハ請求ニ因リ裁判所之ヲ決ス但分割ヲ爲スコトヲ得サル物又ハ分割ニ因リテ著シク其價格ヲ損スルノ虞アル物ニ在リテハ裁判所ハ其競賣ヲ命シ以テ其代價ヲ分割スルコトヲ得(第二五八條)例ヘハ家屋時計ノ如キハ之ヲ分割スルコトヲ得サルモノナリト雖モ之ニ反シテ土地ノ如キハ之ヲ分割スルコトヲ得ヘキナリ然レトモ若シ其土地ヲ分割シタルカ爲メ實用ニ適セサル地區ヲ生シ大ニ其地價ヲ損スヘキ場合ニ於テハ裁判所ハ之レカ分割ヲ命セスシテ競賣ヲ命スルコトヲ得ヘシ要スルニ裁判所ハ其斟酌權ニ依リ適宜ニ處分スルコトヲ得ヘキナリ

共有物ニ付キ權利ヲ有スルモノ例ヘハ地上權者永小作權者留置權者地役權者先取特權者質權者抵當權者賃借人ノ類及ヒ各共有者ノ債權者ハ自己ノ費用ヲ

以テ分割ニ参加スルコトヲ得而シテ参加ノ請求アリタルニ拘ラス其参加ヲ待  
 タスシテ爲セタル分割ハ其参加請求者ニ對抗スルコトヲ得ス(第二六〇條)其有  
 者全體ヨリ地上權抵當權ノ類ヲ取得シタル者ハ爾後其共有者ノ隨意ヲ以テ爲  
 シタル分割ノ爲メ何等ノ影響ヲ被ルコトナシ換言セバ此等ノ權利者ハ共有者  
 ノ爲ス分割ヲ尊敬スルノ義務ナキナリ然ルニ之ニ反シテ共有者ノ一人ニ對シ  
 テ其持分ノ上ニ先取特權ノ類ヲ取得シタル者ハ共有者ノ爲ス分割ニ付キ直接  
 ノ利害關係ヲ有スルナリ何トナレハ共有繼續中一共有者ノ持分ノ上ニ有レタ  
 ル先取特權ノ類ハ分割後其共有者ニ歸スル共有物ノ部分ニ續行セラル、モノ  
 ト看做サ、ルヲ得スシテ隨テ其共有者カ共有物ノ如何ナル部分ヲ受クヘキヤ  
 ハ右ノ權利者ノ利害ニ直接ニ影響ヲ及ボスヘケレハナリ猶ホ先取特權又ハ抵  
 當權ノ類ヲ有セサル各共有者ノ普通債權者モ其債務者カ分割ニ因リテ果シテ  
 如何ナル部分ヲ受クヘキヤニ付キ殆ント右ト同一ノ利害關係ヲ有ス故ニ是レ  
 亦同シク參加ヲ請求スルノ權利ヲ有スルモノトス  
 各共有者ハ他ノ共有者カ分割ニ因リテ得タル物ノ部分ニ付キ其持分ノ割合ニ

應シ賣主ト等シキ擔保ノ義務ヲ負擔ス(第二六一條)我新法典ニ於テハ分割ヲ以  
 テ權利取得ノ方法ト看做シ權利宣言ノ方法ト看做サス換言スルハ我法典ニ依  
 レハ分割ヲ行ヒタル各原共有者ハ分割以前ヨリ其分割ニ因リテ受ケタル部分  
 ノ所有權ヲ有スルモノト看做スコトヲ得スシテ分割ニ因リ始メテ其部分ノ所  
 有權ヲ取得シタルモノト看做サ、ルヘカラス(第二六一條)ニハ云々分割ニ因リ  
 テ得タル物……………トアリ)更ニ之ヲ詳言スレハ分割ヲ行フ各共有者ハ之ニ因リ  
 テ受ケル部分ノ所有權ヲ他ノ共有者ヨリ取得スルト同時ニ他ノ共有者ノ受ケ  
 ル部分ニ付テハ之レニ其部分ノ所有權ヲ移轉シタルモノト看做サル、ナリ故  
 ニ各共有者ハ相互ニ賣主ト同シク擔保ノ責任スルモノトセリ而シテ賣主ノ  
 擔保義務ハ之ヲ追奪擔保瑕疵擔保ノ二種ニ區別スルコトヲ得是レ第三編賣買  
 ノ部ニ於テ明ナル所ニシテ其追奪擔保トハ移轉スヘキ義務アル權利ノ全部又  
 ハ一部ヲ移轉スルコトヲ得サル場合ニ於ケル責任ニシテ瑕疵擔保トハ移轉シ  
 タル權利ノ目的物ニ隱レタル瑕疵アル場合ニ於テ賣主ノ負擔スル責任ヲ云フ  
 其詳細ハ賣買ノ部ニ於テ研究スヘキコトニ屬ス此ノ如ク分割ヲ行ヒタル各共

有者ハ賣主ニ等シキ擔保ノ責任ヲ負フト雖モ其受ケタル共有物ノ部分ニ付キ賣主ト同シク先取特權ノ如キ物權ヲ有スコトナシ  
共有權ノ証書ハ共有物分割ノ時及ヒ分割後ニ至ルマテ之ヲ保存スルコトヲ要ス然レトモ共有權ニ付テハ常ニ必スシモ証書アルモノニアラス例ヘハ動産ノ共有權ニ付テハ寧ロ証書ナキヲ以テ通例トス而シテ其証書ナキ場合ハ固ヨリ保存ノ問題ヲ生セス又分割ヲ行フニ當リテモ特ニ証書ヲ作成スルニ及ハサルナリ唯其証書ノ存在スル場合ニハ如何ニ之ヲ保存スヘキヤノ問題ヲ生ス第二百六十二條ハ即チ之ニ處スルノ規定ナリ同條ニ依レハ二個ノ場合ヲ規定セルヲ見ル

一、共有ノ目的物數個アリテ各共有者カ一個若クハ數個ノ物ヲ得タル場合此場合ハ各共有者ハ自己ノ受ケタル物ニ付テノ証書ヲ保存スルノ義務ヲ負フ而シテ他ノ原共有者ヨリ其証書ノ使用方ヲ請求セラレタルトキハ之レニ應スルノ義務アリ  
二、一個ノ共有物ヲ共有者一同又ハ數人ニテ有形的ニ分割セタル場合此場

合ハ分割ニ因リテ其物ノ大部分ヲ受ケタル者ニ証書保存ノ義務アリ又平等分配ヲ爲シタルカ爲メ大部分ヲ受ケタル者ナキトキハ分割者ノ協議ニ因リ証書ノ保存者ヲ定ム若シ其協議調ハサルトキハ裁判所之ヲ指定ス而シテ此場合ニ於ケル証書保存者モ亦前段ノ場合ト同シク其証書ノ使用方ヲ請求セラルトキハ之ニ應スルノ義務アリ故ニ其請求アルニ拘ラス使用ヲ爲サシメサルトキ若クハ紛失等ニ因リ使用セシムルコト能ハサリシトキハ一般ノ法則ニ從ヒ損害賠償ノ責ニ任セサルハカラス

#### 第七 入會權

入會權トハ我國ノ各地方ニ於テ行ハル、所ノ山林原野ニ付キ數個ノ人數個ノ團體ノ有スル使用収益ノ權ヲ云フ  
入會權ノ目的物タル不動産ノ使用収益處分ノ方法ニ付テハ各地方ニ於テ一定ノ慣習アルヲ常トス故ニ法律ニ於テモ亦其各地方ノ慣習ニ依據スヘキコトヲ命シタリ唯其慣習ナキ場合ニ於テ共有權ニ關スル規定ヲ適用スルノミ然レトモ入會權中共有權ニ類セスシテ却テ地役權ニ似タルモノアリ故ニ法律ハ其權

利ノ性質ニ因リ或ハ共有權ニ關スル規定ヲ準用シ或ハ地役權ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノト爲セリ(第二六三條第二九四條)

第八 所有權以外ノ財産權ノ共有

版權若クハ營業特許權等ノ類ハ亦數人ニテ之ヲ共有スルコトヲ得是レ普通ノ共有權ニアラスト雖モ其之ヲ支配スル法理ハ全然同一ナルヲ以テ法律ハ普通ノ共有權ニ關スル規定ヲ準用スキコトヲ命シタリ故ニ予モ亦茲ニ之ヲ一言スルコト、セリ而シテ右ニ述ヘタル所ハ他ノ法律命令ニ於テ別段ノ定ナキ場合ニ於ケル普通ノ法則タルニ過キサルモノトス

## 第二款 可分共有權

可分共有トハ數人ニテ一棟ノ建物ヲ區分シテ各其有形的一部分ヲ所有スルコトヲ云フ(第二〇八條)

此可分共有ノ行ハル、場合ハ建物及ヒ其附屬物ノ共用部分ハ各自ノ共有ニ屬スルモノト推定セラル例ヘハ平家ニ於テハ牆壁ノ如キ二階造ノ家屋ニ於テハ屋根土臺ノ如キハ其共用部分ト認メサルヘカラス隨テ亦共有ニ屬スルモノト推

財産ニ重キヲ置クニ至リテモ猶ホ家族ナル觀念ハ常ニ羅馬人ノ頭腦ヲ支配セシヲ以テ相續人ノ指定ハ慣習上常ニ行ハレ法律ニ於テモ亦之ヲ認メタリシナリ我國ニ於テハ實子ナキ場合ニハ多クハ養子縁組ナル方法ヲ以テ家督相續人ヲ得ルカ如シト雖モ亦養子縁組以外ニ於テ遺言ヲ以テ家督相續人ヲ定ムルコトナキニシモ非ス故ニ民法ニ於テハ其慣習ヲ認メ第九百七十九條以下ニ於テ之カ規定ヲ設ケタルモノナリ而シテ此等ノ規定タル實際ノ必要ニ適合セルモノニシテ相續ノ順位ハ被相續人カ相續セシメント欲セシ爲ルヘント想像セラル、者ヲシテ相續セシムルヲ可ナリトスル近世立法例ノ傾向ニ從ヒ之ヲ見レハ法定ノ推定家督相續人ナキ場合ニ於テ被相續人カ相續ヲ爲サシメントスル意思ヲ明示シタル者ヲシテ相續人タラシムルハ最モ此理想ニ適合スルモノト謂ハサルヘカラス學者或ハ相續人指定ナルモノヲ否認セ相續ノ順位ハ自然ノ定ムルモノニシテ人爲ヲ以テ成ルヘキモ非ス被相續人ハ受遺者ヲ作ルコトヲ得レトモ相續人ヲ作ルコト能ハスト云フ者アリ然レトモ相續人ノ指定ナルモノヲ認メサル法律ノ理由トシテ此ノ如キ議論ヲ唱フルハ或ハ可ナリ其之

ヲ理論上ノ議論トスルニ至テハ其論據頗ル薄弱ナリ相續ヲ以テ純然タル財産的關係ト爲ス理論ノ下ニ於テ論スルモ財産相續ニハ相續人ノ指定ヲ必要トセスト云フハ可ナリト雖モ相續人ノ指定ハ之ヲ認ムルコト能ハスト云フハ據ル處ナキカ如シ前ニ述ヘタル如ク相續ニ關スル規定ハ社會ノ狀態ニ適應スルコト最モ可ナルヲ以テ相續人ノ指定ナル慣習ナキ國ニ於テハ法律ニ於テ之ヲ認メスシテ可ナリト雖モ我國ノ如キ其慣習及ヒ實際ノ狀況ニ於テ之ヲ必要トスル社會ニ於テハ家督相續人ノ指定ナルモノヲ法律ニ於テ規定スルハ頗ル其當ヲ得タルモノナリト信ス

家督相續人ノ指定ニ付テハ指定ヲ爲シ得ル場合指定ノ効力指定又ハ其取消ノ手續ノ三段ニ分チテ説明セサルヘカラス

一、家督相續人ヲ指定シ得ル場合

イ、家督相續人ヲ指定スルハ法定ノ推定家督相續人ナキ場合タルコトヲ要ス、家督相續人ナルモノハ二人以上アルコトヲ許サ、ルモノナルカ故ニ法定ノ推定家督相續人アル場合ニ於テハ他ニ家督相續人ヲ指定スルコトヲ得サルハ勿

論ナリ而シテ第九百七十九條ノ所謂法定ノ推定家督相續人ナキト云フハ推定ノ効力ヲ有スル當時ニ於テ其者ノナキコトヲ云ヘルハ亦論ヲ待タサル所ナリ何トナレハ同條ハ同時ニ法定ノ推定家督相續人アルニ至リタルトキハ其効力ヲ失フヘキコトヲ定ムルヲ以テナリ

指定當時ニ於テハ法定ノ推定家督相續人アルモ家督相續開始ノ時ニ於テ此ノ如キ者ナキニ至ルトキハ其指定ハ有効ナリヤ否ヤ舊民法財産取得編第二百九十九條但書ハ之ヲ有効ナリトセリ民法修正案理由書ニ依レハ舊民法ノ規定ノ如キハ殆ト疑ヲ容レサル所ナルカ故ニ之ヲ削除セリト云ヘリ然レトモ予ハ此ノ如ク解セス法律カ家督相續人指定ノ條件トシテ其指定ノ効力ヲ有スル當時ニ於テ法定ノ推定家督相續人ナキコトヲ必要トセル以上ハ其當時ニ法定ノ推定家督相續人アルトキハ其指定タル法律上當然無効ノモノナリ法律上當然無効ノ法律行為ハ法律ノ明文ニ依リテ之ヲ有効トスルニ非サレハ効力ヲ有スルコト能ハサルカ故ニ新民法ニ於テハ此ノ如キ場合ノ家督相續人指定ハ其効力ヲ有セサルモノト謂ハサルヘカラス但遺言ヲ以テ家督相續人ヲ指定シタルト

キハ其指定ノ効力ハ死亡ノ時ニ發生スルカ故ニ遺言ヲ爲シタル當時ニ法定ノ推定家督相續人アルモ死亡ノ時ニ之ナキトキハ其指定ハ有効ナリト思考スルモ、家督相續人ヲ指定スルハ死亡又ハ隱居ニ因ル家督相續ノ場合ナルコトヲ要ス死亡及ヒ隱居以外ノ相續原因中女戸主ノ入夫婚姻ノ場合ニ於テハ入夫ヲシテ戸主タラシムル爲メ家督相續開始スルモノナルカ故ニ他人ヲ指定シテ家督相續人タラシムルヲ得サルハ言ヲ埃タス其他ノ相續原因ノ場合ニ在テハ家督相續開始カ自然ノ力又ハ被相續人ノ任意ニ因リテ生スルニ非ス時トシテハ被相續人ノ意ニ反シ家督相續ヲ開始セシムルモノナルヲ以テ被相續人ナルモノハ多クハ其家ノ利害ト共同ノ關係ヲ有セサルモノナリ故ニ此ノ如キ者ヲシテ家督相續人ノ指定ヲ爲サシムルトキハ一家ノ利害ハ爲メニ犧牲ニ供セラルハノ恐アルカ故ニ法律ハ是等ノ原因ニ因リテ家督相續開始スル場合ニハ其家督相續人ヲ指定スルコトヲ許サルコトト爲シタリ

## 二、家督相續人指定ノ効力

家督相續人指定ノ効力ハ被指定者ヲシテ家督相續人タラシムルニ在ルコト勿

論ナリ唯茲ニ論究セサルヘカラサルハ被指定者カ家督相續人ト爲ルニハ單ニ其指定アルヲ以テ足レタトスルヤ又ハ其指定ニ對シテ被指定者承諾ノ意思ヲ表示スルコトヲ要スルヤノ問題ナリ抑家長權ナルモノハ寧ロ權力ニシテ權利ニアラス權利ハ能ク合意ヲ以テ之ヲ處分スルコトヲ得レトモ權力ハ合意ノ力ヲ以テ之ヲ處分スルコトヲ得ス家督相續ハ家長權ナル權力ノ承繼ナルカ故ニ法律ニ依ルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス予ハ固ヨリ相續人ナルモノハ自然ノ定ムル所ニシテ人爲ヲ以テ作ルコト能ハサルモノトハ信セス然レトモ相續人ハ法律ノ作ルモノニシテ被相續人ノ作ルモノニアラスト信ス家督相續人ノ指定ハ被相續人カ家督相續人ヲ作ルニ非ス被相續人ノ指定ヲ認メテ法律之ニ効力ヲ與フルニ因リテ初テ家督相續人ト爲ルコトヲ得ルモノナリ果シテ然ラハ家督相續人ノ指定ハ契約ニ非スシテ法律ノ認ムル一種ノ單獨行為ナリト謂ハサルヘカラス既ニ然リトセハ被指定者ノ承諾ヲ要セサルハ言ヲ埃タスシテ明カナリ當ニ然ルノミナラス一步ヲ進メテ之ヲ言ハンカ家督相續人ノ指定ハ惟リ被指定者ノ承諾ヲ要セサルノミナラス寧ロ其意ニ反シテモ仍ホ之ヲ爲ス

コトヲ得ト謂フコトヲ得ヘシト信ス故ニ若シ相續人タル者其家督ヲ相續スル  
コトヲ欲セサルトキハ其開始ヲ待テ之ヲ拋棄スルノ外ナキナリ然レトモ其承  
家督相續人ノ指定ニハ承諾ヲ要セサルコト以上述ヘタルカ如シ然レトモ其承  
諾ヲ表シタル場合ト之ヲ表セサル場合トニ因リ其指定ノ効力異ナルコトナキ  
ヤ少クトモ承諾ヲ表シタル場合ニ於テハ家督相續ヲ拋棄スルコト能ハサルノ  
結果ヲ生スルモノニ非サルヤ家督相續ハ契約ヲ以テ之ヲ爲シ能ハサル以上ハ  
指定ニ對シテ承諾ノ意ヲ表シタルトキト雖モ爲メニ家督相續ノ豫約ヲ爲シタ  
ルモノナリト謂フコト能ハス家督相續人ト爲スト家督相續ヲ爲ストハ同一ノ  
コトニ非ス家督相續人ト爲スニハ被相續人ノ指定アルノミヲ以テ有効ニシテ  
被指定者ノ承諾ハ之ニ向テ何等ノ効ヲモ加フモノニ非ス之ニ反シテ家督相續  
ヲ爲スニハ家督相續人ノ承認ヲ必要トス家督相續ノ承認又ハ拋棄ハ家督相續  
人ノ單獨行爲ニシテ被相續人ノ與リ知ル所ニ非ス而シテ家督相續人ノ指定ニ  
對シテ爲シタル被指定者ノ承諾ナルモノハ之ヲ以テ豫メ爲シタル家督相續ノ  
承認ト看做スコトヲ得ス何トナレハ法律ハ家督相續開始前ニ豫メ相續ノ承認

又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ認メサレハカリ夫レ此ノ如ク被指定者ノ承諾ナルモノ  
ハ既ニ指定ノ効力ニ向テ何等ノ加フル所ノモノナク又承認ノ豫約ヲ爲シタル  
モノニ非ストモハ承諾ヲ爲シタル被指定者カ家督相續開始後ニ至リテ之カ拋  
棄ヲ爲スハ其自由ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ其被指定者ハ被相續  
指定ノ有効ナル爲メニハ被指定者ノ承諾ヲ要セスト雖モ其被指定者ハ被相續  
人ノ家督ヲ相續スルコトヲ得ル者ナルコト必要ナルヲ以テ法律上家督相續  
人タルコトヲ得サル者ヲ指定シタルトキハ其指定ノ無効ナルハ勿論他家ノ戸  
主又ハ他家ノ法定ノ推定家督相續人ヲ指定スルモ其指定ハ効力ヲ生セサルナ  
リ但分家ノ法定ノ推定家督相續人又ハ新ニ家ヲ立テタル者ノ如キ他家ニ入  
ルコトヲ得ル者ヲ指定シタルトキハ其指定ハ無効ニ非サルヘシ然ラハ裁判  
所ノ許可ヲ受クルニ非サレハ他家ニ入ルコトヲ得サル者ヲ指定シタルトキ  
ハ其指定ハ之ヲ無効トスヘキヤ此ノ如キ指定ハ裁判所ノ許可ヲ受クルヲ以テ  
條件トシタルモノト謂フコトヲ得ルヲ以テ條件附ノ指定トシテ其効力ヲ有ス  
ヘキモノナリト信ス次ニ指定當時ニ於テ他家ノ戸主タルカ又ハ他家ノ法定ノ

推定家督相續人タリシモノニシテ家督相續開始ノ時ニ於テハ戶主又ハ推定家督相續人タル資格ヲ有セサルニ至リタルトキハ如何ト云フニ此場合モ亦一ニ其指定カ効力ヲ有スル當時ノ狀態ニ從ヒ之カ有効無効ヲ決スヘキモノナリト信ス

家督相續人ノ指定ハ法定ノ推定家督相續人アルニ至レハ無効ト爲ルモノトス蓋シ相續ハ可成の法定ノ推定家督相續人ヲシテ之ヲ爲サシムルハ法律ノ望ム所ナルヲ以テ法律ハ法定ノ推定家督相續人ナキ場合ニ非サレハ相續人ヲ指定スルコトヲ許サス故ニ一旦指定ヲ爲セタル後ト雖モ法定ノ推定家督相續人アルニ至ルトキハ指定ノ効力ヲ消滅セシメ家督相續ハ可及の法定ノ推定家督相續人ヲシテ之ヲ爲サシムルノ趣旨ヲ一貫シタルモノナリ而シテ此ノ如キハ亦實ニ被相續人カ家督相續人ヲ指定シタル趣旨ニ適合スルモノト思考ス何トナレハ被相續人ハ法定ノ推定家督相續人ナキカ故ニ他ノ者ヲ指定シタルモノナレハ若シ此ノ如キ者アルニ至ラハ固ヨリ其者ヲシテ家督相續ヲ爲サシムルノ意ナリト認ムルコトヲ得ヘキヲ以テナリ

家督相續人ヲ指定シタル後ニ生シタル法定ノ推定家督相續人カ相續開始ノ時ニ存在セサルニ至リタルトキハ其指定ノ効力如何家督相續人ノ指定ハ法定ノ推定家督相續人ノ顯ハルコニ因リ効力ヲ失フ一旦効力ヲ失ヒタル指定ハ法律ノ規定アルニ非サレハ當然有効ト爲ルコト能ハサルヲ以テ總令家督相續開始ノ時ニ於テ其法定ノ推定家督相續人カ存在セサルニ至ルモ指定ノ効力ハ之ヲ回復スルコトヲ得サルナリ但遺言ヲ以テ家督相續人ヲ指定シタル場合ニ於テハ被相續人ノ死亡ノ時ニ於テ指定ノ効力ヲ有スルコト、爲ルヲ以テ此ノ如キ疑問ヲ生スルコトナキハ他ノ事項ニ付キ既ニ前ニ述ヘタル所ノ如シ

家督相續人ノ指定ハ被相續人之ヲ取消スコトヲ得舊民法ニ於テハ指定取消ニ關スル規定ヲ設ケス蓋シ舊民法ニ於テハ指定ハ必ス遺言ヲ以テ爲サハルヘカラスト而シテ遺言ハ何時ニテモ之ヲ解除スルコトヲ得ルカ故ニ指定ノ取消ニ關スル規定ヲ設ケルノ必要ナカリシヲ以テナリ新民法ニ於テハ相續人ノ指定ハ生前行為ヲ以テモ之ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ取消ニ關スル明文ナキトキハ一旦有効ト爲リタル家督相續人ノ指定ハ取消スコト能ハサルニ至ルヘカ然ル

ニ一度指定シタル家督相續人ハ之ヲ更フルコトヲ得ストセハ時トシテハ不適  
常ナル家督相續人ニ家督ヲ相續セシムルノ結果ヲ生スルコトナキヲ保セザル  
カ故ニ法律ハ第九百七十九條第二項ヲ設ケ指定ノ取消ヲ爲スコトヲ得トセリ  
而シテ指定ノ取消アルトキハ家督相續人タリシ者ハ當初ヨリ家督相續人タリ  
シコトナキト同一ノ状態ニ至ルモノトス家督相續人ノ指定又ハ其取消ハ遺言  
ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得此場合ハ常ニ其効力死亡ノ時ニ遡ルモノトス是レ法  
律ノ規定スル所ニシテ誠ニ明白復説明ヲ要セス

### 三、家督相續人指定又ハ其取消ノ手續

家督相續人ノ指定又ハ其取消ノ手續ハ生前行為ヲ以テ爲シタル場合ト遺言ヲ  
以テ爲シタル場合トニ因リ稍異ル所アリ生前行為ノ場合ニ於テハ指定又ハ其  
取消ハ被相續人ノ之ヲ戸籍吏ニ届出テ、之ヲ爲ス遺言ノ場合ニ於テハ遺言執行  
者ハ其遺言ノ効力ヲ生シタル後遲滞ナク之ヲ戸籍吏ニ届出ツルコト必要ナリ  
其詳細ハ戸籍法ニ就テ之ヲ知ルヘシ

### (三) 特別選定家督相續人

法定又ハ指定ノ家督相續人ナキトキハ特別選定家督相續人家督相續ヲ爲スモ  
ノトス民法ニ於テハ二種ノ選定家督相續人ヲ認ム一ハ即チ家督相續ノ順位カ  
直系尊屬ニ先ツモノニシテ他ノ一ハ即チ之ニ後ルモノナリ予ハ假リニ前者  
ヲ指シテ特別選定家督相續人ト名ケ後者ニ付スルニ單ニ選定家督相續人ナル  
名ヲ以テセリ予ノ所謂特別選定家督相續人トハ被相續人ノ一定ノ親族ニシテ  
其家族タル者ノ中ヨリ被相續人ノ父母又ハ親族會カ家督相續人トシテ選定セ  
タル者ヲ云フ即チ特別選定家督相續人ノ選定權ハ被相續人ノ家ニ在ル父之ヲ  
有ス父ナキトキ又ハ父カ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ選定權ハ母ニ  
屬ス父母共ニナキトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ選定權ハ親  
族會ニ移ルモノトス而シテ法律ハ被相續人ノ後見人ニ家督相續人選定ノ權利  
アルコトヲ謂ハス蓋シ死亡又ハ隱居ニ因ル家督相續開始ノ場合ヲ除クノ外ハ  
被相續人ト雖モ家督相續人ヲ指定スルコトヲ得サルモノナルカ故ニ其後見人  
カ之ヲ選定スルコトヲ得サルハ勿論ナリ而シテ被相續人ノ隱居ノ場合ニハ家  
督相續人選定ノ問題生セス死亡ノ場合ニ於テハ家督相續開始ト同時ニ後見人

ノ爲スヘキ任務ハ終了スルヲ以テ必要ノ外ハ後見人タルモノ其任務ヲ爲スコトヲ得サルモノナルカ故ニ後見人ハ選定ヲ爲スヲ得ヘキ場合ナキヲ以テナリ  
法律ハ父又ハ母カ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ家督相續人ヲ選定スルノ權利ハ他ニ移ルモノナルコトヲ定メタリ故ニ幼者心神喪失者又ハ失踪シテ生死不分明ナル者ノ如ク意思表示ヲ爲スコト能ハサル者ナル場合ニ於テハ其選定權ハ他ニ移ルモノナレトモ荷モ意思表示ヲ爲シ得ル以上ハ未成年者ト雖モ選定ヲ爲スコトヲ妨ケサルモノナリ但法定代理人ノ同意ヲ得ヘキハ無論ナリ

選定ノ時期ハ法律ニ於テ之ヲ定メス故ニ家督相續開始前ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリト信ス但選定ヲ爲シタル後法定又ハ指定ノ家督相續人アルニ至ルトキハ其選定ハ効力ヲ失フモノト謂ハサルヘカラス又家督相續開始ノ後ニ選定ヲ爲シタルトキハ其効力ハ家督相續開始ノ時ニ遡ルコト言フ埃タス父母又ハ親族會カ特別選定家督相續人ヲ選定スルニハ次ノ順位ニ從ハサルヘ

## カラス

第一 家女ナル配偶者

第二 兄弟

第三 姉妹

第四 家女ニ非サル配偶者

第五 兄弟姉妹ノ直系卑屬

是ナリ右ノ中ニ於テ第一第四ニ當ル者ハ一人ナルカ故ニ別ニ順位ノ問題ヲ生セスト雖モ其他ノ者ハ二人以上アルコトアルヘキ者ナルヲ以テ其間ニ於ケル順位ハ如何ニ之ヲ定ムヘキヤ舊民法ニ於テハ兄弟姉妹ノ直系卑屬ニ付テノミ相互ノ順位ヲ定メタリト雖モ兄弟又ハ姉妹ノ間ニ於テハ其順位ヲ定メス新民法ハ兄弟姉妹ノ直系卑屬ノ間ニ於テ亦其順位ヲ定メス故ニ法律ノ解釋トシテハ第一ヨリ第五ニ至ルマテ五段ノ順序ハ之ヲ守ラサルヘカラスト雖モ其各號ノ中ニ付テハ法律ノ定メタル順位ナキカ故ニ一ニ選定者ノ選定スル所ニ任スヘキナリ

右ノ順序ニハ一ノ例外アリテ正當ノ事由アルトキハ選定者ハ其順序ヲ變更シ又ハ全ク選定ヲ爲サ、ルコトヲ得ルモノナリ而シテ此例外アル爲メニ法律ハ右舉ケタル順位ノ中第一及ヒ第四ノ如ク之ニ該當スル者唯一人ナル場合ト雖モ之ヲ法定ノ家督相續人ト爲サスシテ尙ホ父母又ハ親族會ノ選定ヲ經ヘキモノト爲シタルモノナリ但順位ヲ變更シ又ハ選定ヲ爲サ、ルニハ必ス裁判所ノ許可ヲ受ケサルヘカラス是レ順位ヲ變更シ又ハ選定ヲ爲サ、ルノ結果ハ先順位ニ在ル者ヲ家督相續ヨリ除斥スルコト、爲ルヲ以テ人事ニ關スル重要ナル事件ニ屬スルノミナラス父又ハ母カ選定ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ選定者カ選定ヲ爲サ、ルトキハ自ラ家督相續人ト爲ルモノニシテ選定者ハ利害關係ヲ有スル者ナルヲ以テナリ唯此場合ハ推定家督相續人廢除ノ如ク既ニ家督相續人タル者ヲ止メ其地位ヲ失ハシムルニ非スシテ家督相續人ニ選定セラレ、コトヲ得ル者ヲ選定セサルニ過キサルモノナルカ故ニ推定家督相續人廢除ノ如ク訴ノ方法ヲ以テ裁判所ニ請求スルコトヲ要セス單ニ相續開始地ノ區裁判所ニ申請シテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

順位ヲ變更シ又ハ選定ヲ爲サ、ルニ付キ正當ノ事由アリト爲スヘキ場合ハ如何ナル場合ナルヘキヤ第九百八十二條各號ニ掲ケタル者ニシテ第九百七十五條第一項ノ各號ニ掲ケタル如キ事由アルトキハ固ヨリ之ヲ以テ正當ノ事由アル場合ナリト謂フコトヲ得ヘシ其他第九百八十二條各號ニ掲ケタル者ニシテ推定家督相續人ヲ廢除スルニ正當ナル事由ト看做サル、事由アルトキモ亦同一ナリト思考ス

#### (四) 直系尊屬

第九百八十二條ノ規定ニ依リ家督相續人タルヘキ者ナキトキハ其家ニ在ル被相續人ノ直系尊屬家督相續人ト爲ル(第九八四條)直系尊屬カ家直相續人ト爲ルニハ左ノ二個ノ條件ヲ要ス

一、第九百八十二條ノ規定ニ依リ家督相續人タル者ナキコトヲ要ス

第九百八十四條ニハ單ニ第九百八十二條ノ規定ニ依リテ家督相續人タル者ナキトキ云々ト云ヘリ而シテ其第九百八十二條ニハ或親族ノ中ヨリ父母又ハ親族會カ家督相續人タル者ヲ選定スヘキコトヲ規定セリ故ニ同條ノ規定ニ依リ

家督相續人タルヘキ者ナシト云フトキハ選定スヘキ親族ナキ場合ヲ指シタルモノト謂ハサルヘカラス隨テ選定スヘキ親族アルモ選定者カ裁判所ノ許可ヲ得テ選定ヲ爲サ、ルトキノ如キハ之ニ包含セラレサルカ如シ然レトモ此ノ如キ解釋ヲ採リタルトキニハ第九百八十二條ニ依リ選定者カ選定ヲ爲サ、ルトキニハ家督相續人タル者ナキニ至ルヘシ何トナレハ一般ノ選定家督相續人ニ關スル第九百八十五條ハ第九百八十四條ノ規定ニ依リ家督相續人ナキ場合ニ關スル規定ナルヲ以テ第九百八十四條ニ包含セラレサルモノハ亦第九百八十五條ニモ包含セラレサルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ思フニ立法者ノ意ハ決シテ此ノ如クナラサルヘシ故ニ之ヲ立法ノ精神ヨリ解釋スルトキハ選定スヘキ者アルモ選定者カ選定ヲ爲サ、ルトキニ於テモ尙ホ之ヲ第九百八十二條ノ規定ニ依リ家督相續人ナキトキト謂ハサルヘカラスト信ス

二、其家ニ在ル直系尊屬ナルコトヲ要ス

故ニ直系尊屬ト雖モ被相續人ノ家族ニ非サル者ハ家督相續人ト爲ルコトヲ得サルモノトス

# ニ入ルハ此限ニ在ラス(第八四五條)

本法ハ養子縁組又ハ婚姻ニ因リテ他家ニ入りタル者カ更ニ養子トシテ他家ニ入ラントスルニハ一タヒ其實家ニ復籍スルコトヲ要セスシテ養家又ハ婚家ヨリ直チニ養家ニ入ルコトヲ許スル第七四一條ヲ以テ此ノ如キ者カ更ニ他家ノ養子ト爲ル場合ニ於テ前條ノ規定ノミナルトキハ實家ノ父母ハ養子ト爲ル者ノ爲メニ其家ニ在ル父母ニ非サルヲ以テ其同意ハ之ヲ要セサルモノナリト雖モ此場合ニ於テモ前條ト同一ノ理由ニ依リ自己ノ子ヲ他人ノ養子ト爲スモノナルカ故ニ其同意ヲ得ルコトヲ要ストスルハ至當ナリ然レトモ夫婦養子ノ場合ニ於テハ妻ハ當然第八四一條夫ニ隨フヘキ者ナルカ故ニ此場合ニ於テ實家ノ父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルモノトスルトキハ夫婦ノ關係ヲモ絶タサル可カラサルニ至リ實際ノ不便尠ナラサルヲ以テ妻カ夫ニ隨ヒテ他家ノ養子ト爲ル場合ニハ其實家ノ父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要セサルモノトセリ

又本條ノ場合ニ於テモ第八百四十六條ニ依リ第七百七十二條第二項第三項及ヒ第七百七十三條ノ規定ヲ準用ス

以上ハ實質上ノ要件ニ關スルモノナルカ是ヨリ第二ノ要件ニ移ラン

形式上ノ要件(一)第七百七十四條及第七百七十五條ノ規定ハ養子縁組ニ之ヲ準用ス(第八四七條人事編第一一二條第一一二條第一二四條)

本條ハ婚姻ニ關スル二個ノ規定ヲ養子縁組ニ準用スルモノナルカ其第七百七十四條ハ禁治產者ノ縁組ノ能力ニ關スルモノニシテ事口實質上ノ要件ニ關セ

禁治產者ハ一時其心神ヲ回復セルトキニ於テハ後見人ノ同意ヲ得シテ婚姻ヲ爲スコトヲ得ルト同シク縁組ヲ爲スコトヲ許ルセリ是レ婚姻ニ關シテ說キタル所ト同趣旨ナレハ今復タ茲ニ述ヘサルナリ

縁組ノ方式ニ付テモ婚姻ニ於ケルト同シク之ヲ戶籍吏ニ届出タルニ因リテ其効力ヲ生ス其届出ノ方法及ヒ證人等モ婚姻ニ關スルト同一ナレハ是亦タ茲ニ復説セサルナリ

(二)養子ヲ爲サント欲スル者ハ遺言ヲ以テ其意思ヲ表示スルコトヲ得此場合ニ於テハ遺言執行者養子ト爲ルヘキ者又ハ第八百四十三條ノ規定ニ依リ之ニ代

ハリテ承諾ヲ爲シタル者及ヒ成年ノ證人二人以上ヨリ遺言カ効力ヲ生シタル後遲滯ナク縁組ノ届出ヲ爲スコトヲ要ス

前項ノ届出ハ養親ノ死亡ノ時ニ遡リテ其効力ヲ生ス(第八四八條人事編第一〇

六條第二項第一一二條第一二三條)

縁組ハ契約ヲ以テスルモノトシ遺言ヲ以テ養子ヲ爲スノ意思ヲ表示スルコトハ諸國多數ノ立法例ノ認メサル所ナリト雖モ家ヲ重ンスル我邦ニ於テハ遺言ヲ以テ養子ヲ爲スコトヲ許スハ實際ニ於テ其必要アルノミナラス從來ノ慣習ニモ存スル所ニシテ子ナキ者カ死ニ臨ミ嗣子ナキヲ憂ヒテ他人ノ子ヲ養子ト爲シ其家ヲ嗣カレメント欲スルハ人情ノ常ナリ此場合ニ於テ普通ノ手續ニ依リテ養子ヲ爲サント欲スルモ既ニ其暇ナク且ツ若シ子ナクシテ死亡セハ養子ヲ爲サント欲スルモ尙モ實子ノ生ル、ニ於テハ之ヲ欲セサルコト稀ナリトセス而シテ何人モ自己ノ死期ヲ確知スルコト能ハサルカ故ニ若シ子ナクシテ死シタルトキハ某ヲ養子トス可ク若シ生存中ニ子ヲ舉ゲタルトキハ之ヲ養子トセサル可キ意思ヲ有スルトキハ遺言ヲ以テ養子ヲ爲レ而シテ生前子ヲ舉ケタ

ルトキハ其遺言ヲ取消シ以テ其希望ヲ貫徹スルコトヲ得可シ此ノ如キ場合ニ於テ既ニ養子ノ届出ヲ爲シタリトセルカ其後實子ヲ與タルトモ之カ爲メ既ニ得タル養子ノ相續權ヲ害スルコト能ハス是以テ遺言養子ヲ認ムルハ實際上ノ必要ニ適セリ

法律ハ遺言養子ヲ認ムルト雖モ遺言其物カ直チニ養子縁組ノ効力ヲ生スルニ非ス遺言ハ單ニ養親ノ意思表示タルニ過キサレハ遺言養子ヲ爲シタル者死亡シタル後其養子ト爲ル可キ者又ハ第八百四十三條ノ規定ニ依ル其法定代理人カ之ニ承諾ヲ爲サハルトキハ其養子縁組ハ効力ヲ有スルモノニ非ス而シテ此等ノ者カ之ニ承諾ヲ爲シタルトキハ普通ノ縁組ト同一ノ方式ヲ以テ其届出ヲ爲スコトヲ要ス但シ此場合ニ於テハ養親タル可キ者存在セザルヲ以テ之ニ代リテ届出ヲ爲ス者アルコトヲ要ス即チ遺言執行者(第一一〇八條乃至第一一一二條是レナリ)

本條ニ所謂遺言カ効力ヲ生シタル後トハ遺言ハ遺言者ノ生存中ハ決シテ其効力ヲ生スルコトナク其死亡ノ時ニ於テ其効力ヲ生スルヲ常トスレトモ若シ遺

言カ條件附ナルトキハ其條件成就ノ時ニ於テ始メテ其効力ヲ生スヘキモノ(第一〇八七條トスルヲ以テ右ノ場合ヲ指シタルナリ)

遺言ニ因ル養子縁組モ亦届出ニ依リテ始メテ其効力ヲ發生スルコト普通ノ縁組ト同シト雖モ遺言ハ遺言者ノ死亡ノ時ヨリ其効力ヲ生ス可キモノナルヲ以テ此場合ニ於テハ縁組ハ遺言者死亡ノ時ニ遡リテ其効力ヲ生スルコトセリ隨テ遺言者ニ對スル相續權其他嫡出子タル身分ヨリ生スル權利義務ハ總ヘテ遺言者死亡ノ時ニ遡リテ發生ス可キナリ

養子縁組ノ届出ニ對スル戸籍吏ノ義務 戸籍吏ハ縁組カ第七百四十一條第一項第七百四十四條第一項第七百五十條第一項及ヒ前十二條ノ規定其他ノ法令ニ違反セザルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得ス

第七百七十六條但書ノ規定ハ前項ノ場合ニ於テ之ヲ準用ス第八四九條人事編第一一三條第三項第一一二條第二項

養子縁組ノ届出ニ對スル戸籍吏ノ義務ハ婚姻ノ届出ニ關スル規定第七七六條ト全ク其趣意ヲ同シウスルモノニシテ戸籍吏ハ養子縁組カ法令ニ違反セザル

コトヲ認メタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得サルナリ而シテ法令トハ第七百四十一條第七百四十四條第七百五十條第八百三十七條乃至第八百四十八條又他ノ法令トハ戸籍法及ヒ附屬命令華族令等ヲ謂フナリ

養子縁組ノ場合ニ於テモ婚姻ノ場合ニ於ケルト同シク戸籍吏ニ於テ養子縁組カ第七百四十一條第一項又ハ第七百五十條第一項ノ規定ニ違反スルトキ之レカ注意ヲ爲シタルニ拘ハラズ當事者カ其届出ヲ爲サントスルトキハ戸籍吏ハ敢テ之ヲ拒ムコトヲ得スシテ受理セサル可カラズ

外國ニ在ル日本人間ノ縁組 外國ニ在ル日本人間ニ於テ縁組ヲ爲サント欲スルトキハ其國ニ駐在スル日本ノ公使又ハ領事ニ其届出ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ第七百七十五條及ヒ前二條ノ規定ヲ準用ス第八五〇條人事編第一二五條法例第八條同第一九條

外國ニ於テ日本人間ニ養子縁組ヲ爲ス規定ハ日本人間ニ外國ニ於テスル婚姻ニ關スル規定第七七條ト全ク其趣意ヲ同シウスルモノニシテ外國ニ於テ日本人間ニ養子縁組ヲ爲サント欲スルトキト雖モ日本國ニ於テ其届出ヲ爲スコト

ハ原則ナレトモ斯クスルトキハ當事者ノ不便尠カラサルヲ以テ外國ニ於テ其手續ヲ爲スコトヲ得ル便法ヲ與ヘサル可カラス乃チ外國ニ在テハ戸籍吏ニ代フルニ其國ニ駐在スル日本ノ公使又ハ領事ヲ以テシ之ニ其届出ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ而シテ此場合ニ於テ日本ニ於ケルト同シク第七百七十五條第八百四十八條及ヒ第八百四十九條ノ規定ハ準用セラル、ナリ

## 第二款 縁組ノ無効及ヒ取消

養子縁組モ婚姻ノ如ク其法定ノ要件ヲ欠缺スルニ因リテ或ハ無効ト爲リ或ハ取消シ得可キ場合ヲ生ス而シテ養子縁組ノ無効ト爲リ又ハ取消シ得可キ場合ヲ生スルハ法律カ茲ニ規定セタル場合ニ限定セルカ故ニ本款ニ定ムル場合ノ外養子縁組カ無効ト爲リ又ハ取消サルコトアラサルナリ

縁組ノ無効

縁組ハ左ノ場合ニ限リ無効トス

- 一 人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ縁組ヲ爲ス意思ナキトキ
- 二 當事者カ縁組ノ届出ヲ爲サ、ルトキ但其届出力第七百七十五條第二項

及ヒ第八百四十八條第一項ニ掲ケタル條件ヲ缺クニ止マルトキハ縁組ハ之カ爲メニ其効力ヲ妨ケラル、コトナシ第八百五十一條人事編第二百二十七條同第二百二十九條明治八年十二月九日太政官達第二百九號同十年六月十九日司法省丁第四十六號達

縁組ノ無効ノ規定ハ全ク婚姻ノ無効ニ關スル第七百七十八條ノ規定ト殆ト異ナルコトナレ故ニ再ヒ茲ニ叙述セザルナリ

縁組ノ取消

縁組ハ後七條ノ規定ニ依ルニ非サレハ之ヲ取消スコトヲ得ス第八五二條

此規定ハ婚姻ノ取消ニ關スル第七百七十九條ト異ナルコトナクレハ今茲ニ詳説セズ

縁組ヲ取消スコトヲ得キ場合(一) 第八百三十七條ノ規定ニ違反シタル縁組ハ養親又ハ其法定代理人ヨリ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但養親カ成年ニ達シタル後六ヶ月ヲ經過シ又ハ追認ヲ爲シタルトキハ此限ニ在ラス第八五三條人事編第一二八條

成年ニ達シタル者ニ非サレハ養子ヲ爲スヲ得サルコトハ曩ニ説キタル第八百三十七條ニ規定スル所ナリ然ルニ此規定ニ背キテ未成年者カ養子ヲ爲シタルトキハ其利益ノ爲メ之レカ取消ヲ許ルサハル可カラス乃チ其養親自身又ハ其法定代理人ハ裁判所ニ其縁組ノ取消ヲ請求スルコトヲ得可シ而シテ此取消權ヲ有スル者ハ右兩者ニ限リテ他ノ者例之養親ノ親ノ如キニ之ヲ與ヘサルハ蓋シ第八百三十七條ノ規定ハ公益ノ爲メノ規定ニ非スシテ主トシテ養親ノ利益ヲ保護スルニ出テタルモノナレハ固ヨリ當然ナリ而シテ養親カ未成年中縁組ヲ取消サステ成年ニ達シタル後仍ホ之ヲ取消スルノ意思ナク反テ其縁組ヲ繼續スルノ意思アルトキハ養親ハ既ニ養子ヲ爲スノ能力ヲ有スルニ至リタル者ナルカ故ニ敢テ其縁組ヲ取消スコトヲ要セズ是ヲ以テ法律ハ養親カ成年ニ達シタル後六ヶ月ヲ經過シタルトキ又ハ追認ヲ爲シタルトキハ養子ヲ爲スノ意思繼續スルモノト認ム可キカ故ニ復タ其縁組ノ取消ヲ許サハルナリ

(二) 第八百三十八條又ハ第八百三十九條ノ規定ニ違反シタル縁組ハ各當事者其戸主又ハ親族ヨリ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得第八五四條人事編第

## 一二八條

何人ト雖モ尊屬又ハ年長者ヲ養子ト爲スヲ得サルコトハ第八百三十八條ニ規定スル所又法定ノ推定家督相續人タル男子アル者ハ男子ヲ養子ト爲スヲ得サルコトハ第八百三十九條ニ規定スル所ナリ然ルニ此等ノ規定アルニ拘ハラス之ニ背キテ養子ヲ爲シタルトキハ其制裁トシテ之ヲ取消ヲ許サル可カラス而シテ此場合ニ於テ法律ハ其取消權ヲ獨リ其養親ニ與フルノミナラス養子其戸主又ハ其親族ニ與ヘ前ノ場合ト異ナル所以ハ以上ノ規定ハ私益ノミノ保護ニ非スシテ公益ニ關スルヲ以テナリ但シ此場合ニ於テ法律ハ婚姻ニ關スル第七百八十條ノ規定ノ如ク檢事ニ之ヲ取消權ヲ與ヘサルハ當事者戸主及ヒ親族等ニ於テ此違法ノ養子縁組ヲ承認スルニ於テハ敢テ國家力之ニ干渉スルノ必要ナケレハナリ

以上ノ規定ハ公益ニ關スルモノナルカ故ニ普通ノ取消ノ場合ノ如ク期間ノ經過又ハ追認ニ依リテ消滅スルコトナシ故ニ縁組アリタル後幾多ノ年月ヲ經過スルモ又ハ當事者ノ一方又ハ雙方死亡シタル後ト雖モ仍ホ之レヲ取消ヲ請求

スルコトヲ得可シ

(四) 第八百四十條ノ規定ニ違反シタル縁組ハ養子又ハ其實方ノ親族ヨリ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但管理ノ計算カ終ハリタル後養子カ追認ヲ爲シ又ハ六ヶ月ヲ經過シタルトキハ此限ニ在ラス

追認ハ養子カ成年ニ達シ又ハ能力ヲ回復シタル後之ヲ爲スニ非サレハ其効ナシ

養子カ成年ニ達セス又ハ能力ヲ回復セサル間ニ管理ノ計算カ終ハリタル場合ニ於テハ第一項但書ノ期間ハ養子カ成年ニ達シ又ハ能力ヲ回復シタル時ヨリ之ヲ起算ス(第八五條人事編第一二八條第一項第一三〇條)

遺言ヲ以テ養子ヲ爲ス場合第八四八條ヲ除ク外後見人ハ其後見ノ繼續中又ハ任務終了後ト雖モ其管理ノ計算ヲ終ハラサル前ニ其被後見人ヲ養子ト爲スヲ得サルコトハ第八百四十條ニ規定スル所ナリ然ルニ此規定ニ反シテ縁組ヲ爲シタルトキハ其制裁トシテ之ヲ取消ヲ許サル可カラス而シテ其取消權ヲ有スル者ハ養子及ヒ其利益ヲ圖ル可キ實方ノ親族ニ限り其他ノ者ハ之ヲ有セサ

ルナリ是レ他ナシ此規定ハ曩キニモ説キタルカ如ク專ハ被後見者ノ財産上ノ利益ヲ保護スルニ出テタルヲ以テナリ  
 第八百四十條ノ規定ハ元來後見人カ未成年者ヲ養子ト爲シテ其財産ニ付キ私曲ヲ行フノ恐レアルヲ以テ之ヲ豫防スルカ爲メニ設ケタルモノナレトモ若シ後見終了シテ後見人カ其管理ノ計算ヲ終ハリタル後養子ニシテ依然養子タラシコトノ意思ヲ有スルトキハ此時ニ當リテハ養子縁組ヲ禁シタル原因既ニ消滅シテ養子ハ新ニ養子ト爲ルコトヲ得ルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ敢テ違法タリシ縁組ヲ取消ス可キ理アラサルナリ是ヲ以テ管理ノ計算力終ハリタル後養子カ追認ヲ爲シ又ハ六ヶ月ヲ經過シタルトキハ復タ其縁組ヲ取消スコトヲ得サルモノトセリ

後見人カ管理ノ計算ヲ爲スハ被後見人カ成年ニ達シ又ハ其禁治産者ナル場合ニ於テハ禁治産ノ宣告ヲ取消サレタル時ニ於テス可キカ養子カ未成年ニ達セス又ハ禁治産中ニ在リテハ縱令追認ヲ爲シタリト雖モ其追認ハ普通ノ場合ニ於ケルト同シク追認タル効力ヲ生セサルナリ(第一二四條第一項)

被後見人ノ未成年ニ達セス又ハ禁治産者ノ宣告ノ取消サレサル間換言スレハ被後見人カ無能力ナル間ニ於テ管理ノ計算ヲ爲スコトアリ例之後見人カ被後見人ヲ其養子ト爲ストキハ爾後後見人ニ非スシテ更ニ養子ノ親權者トシテ其財産ヲ管理スルモノナレハ原則トシテ此場合ニ於テハ養子カ成年ニ達シタル後ニ非サレハ其管理ノ計算ヲ爲スコトヲ要セサレトモ養親カ半途ニシテ親權ヲ失ヒテ他ノ者カ後見人ト爲ル可キトキハ養子ノ無能力者タル間ニ於テ管理ノ計算終ハル可ケレトモ此場合ニ於テハ養子ハ未タ自ラ其計算力正當ナルヤ否ヤヲ判斷スルコト能ハサルモノトナレハ第一項但書ノ期間ハ計算終了ノ時ヨリ起算セスシテ養子カ成年ニ達シ又ハ能力ヲ回復シタル時ヨリ起算スルコトトセリ

(五) 第八百四十一條ノ規定ニ違反シタル縁組ハ同意ヲ爲サリシ配偶者ヨリ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但其配偶者カ縁組アリタルコトヲ知リタル後六ヶ月ヲ經過シタルトキハ追認シタルモノト看做ス第八五六條人事編第一二八條

配偶者アル者ハ其配偶者ト其ニスルニ非サレハ縁組ヲ爲スヲ得ナルコトハ第八百四十一條ノ規定スル所ナリ然ルニ配偶者アル者其配偶者ト一致セシテ縁組ヲ爲シタルトキハ同意ヲ爲サ、リシ配偶者ヲシテ其縁組ヲ取消スコトヲ得セシメサル可カラス而シテ此場合ニ於テ爲シタル縁組ハ同意ヲ爲シタル配偶者ト其縁組ノ對手人トノ間ニ於テノミ効力ヲ有スルモノニシテ同意ヲ爲サ、ル配偶者ニ對シテハ固コリ無効ナレハ此場合ニ於テ取消ヲ請求スル配偶者ハ其配偶者ノ爲シタル縁組ヲ取消サシムルニ在ルナリ

同意ヲ爲サ、リシ配偶者カ其縁組ヲ明カニ追認シタルトキハ其縁組ハ最初ヨリ夫婦一致シテ爲シタルト同様ノ効力ヲ生ス又縁組アリタルコトヲ知リテヨリ六ヶ月ヲ經過スルモ依然其取消ヲ請求セサルトキハ是レ其縁組ニ同意シタルモノト看做スカ故ニ後日之ヲ取消スコトヲ許サ、ルナリ是ヲ以テ此場合ニ於ケル追認ハ二様ノ効力ヲ含有ス其一ハ其配偶者カ自己ノ同意ヲ得スシテ爲シタル縁組ヲ自己ノ爲メニ引受クル行爲ニシテ其縁組ハ追認ニ依リテ始メテ其効力ヲ生ス第一一三條第一項其二ハ配偶者ノ爲シタル縁組ノ取消權ノ拋棄

是レナリ

本條ノ規定ハ主トシテ同意ヲ爲サ、ル配偶者ノ利益ヲ保護スルニ在リテ公益ニ關スルモノニ非サレハ縁組ノ取消權ヲ有スルハ同意ヲ爲サ、リシ配偶者ノミニシテ其他ノ者ハ之ヲ有セサルナリ

(六) 第八百四十四條乃至第八百四十六條ノ規定ニ違反シタル縁組ハ同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者ヨリ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得同意カ詐欺又ハ強迫ニ因リタルトキ亦同シ

第七百八十四條ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス(第八五七條人事編第一三二條)

成年ノ子カ養子ヲ爲シ又ハ滿十五年以上ノ子カ養子ト爲ルニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルヲ要スルコトハ第八百四十四條ノ規定スル所縁組又ハ婚姻ニ因リテ他家ニ入リタル者カ更ニ養子トシテ他家ニ入ラント欲スルトキハ實家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルヲ要スルコトハ第八百四十五條ノ規定スル所又父母共ニ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコ

ト能ハサルトキハ未成年者ハ其後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ得ルヲ要スルコトハ第八百四十六條ノ規定スル所ナリ然ルニ同意ヲ要ス可キ者ノ同意ヲ得シテ縁組ヲ爲シ又縱令其同意アリトスルモ其同意力詐欺又ハ強迫ニ因リタル場合ニ於テ同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者ヨリ其取消ヲ請求スルコトヲ得可キハ固ヨリ當然ナリ而シテ此規定ヲ婚姻ノ取消ニ關スル第七百八十三條ト其趣意ヲ同シウスルカ故ニ法律ハ縁組ノ取消ノ場合ニモ亦婚姻ノ取消ニ關スル第七百八十四條ノ規定ヲ準用スルコトヲシタリ即チ(一)同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者カ縁組アリタルコトヲ知リタル後又ハ詐欺ヲ發見シ若クハ強迫ヲ免レタル後六ヶ月ヲ經過シタルトキ(二)同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者カ追認ヲ爲シタルトキ(三)縁組届出ノ日ヨリ二年ヲ經過シタルトキハ其取消權ノ消滅スルコト是レナリ茲ニ一ノ問題アリ第八百四十三條第二項ニ依レハ繼父母又ハ嫡母カ十五年未満ノ者ニ代リ養子ト爲ル可キ承諾ヲ爲スニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス然ルニ右ノ規定ニ反シ親族會ノ同意ヲ得スシテ右ノ承諾ヲ爲シタル場合ニ於テ戸籍吏カ過チテ其届出ヲ受ケタルトキハ其縁組ハ有効ナリヤ否ヤ

## 第二 時効ノ利益即チ或一定ノ時期ヲ經過スレハ其物ノ所有權ヲ取得スル

### コトヲ得

#### 丙 自然ノ占有 (Possession naturalis)

是レ真正ノ占有ニアラス此占有ハ容假ノ名義ニ於テ單純ニ物ヲ握有スルヲ謂フ即チ他人ノ爲メニ且其物ヲ返還スルノ條件ヲ以テ單ニ之ヲ握有スルモノナリ真正ナル占有ヲ有スル場合ハ其占有者ハ常ニ所有ノ意思ヲ以テ占有ス即チ體素及ヒ心素ヲ有ス然ルニ自然ノ占有ニ於テハ唯體素ノミヲ有スルニ過キス例ヘハ不動産賃借人受寄者動產ノ賃借人等ハ其所有者カ他ニ有ルトノ名義ニ於テ其物ヲ單ニ握有スルニ過キサルナリ此等ノ物ヲ占有者ト稱スルハ極メテ汎博ノ意義ニ於テ謂フモノニシテ單ニ占有ノ事實アルニ由リテ斯ク謂ヘルモノナリ是レ蓋シ自然ノ占有ト名クル所以ナリ

之ヲ要スルニ真正ノ占有ハ唯一種ニ過キス即チ甲ニ述ヘタル普通ノ占有是ナリ故ニ以下論スル所ハ總ラ此普通ノ占有ニ關スル説明ナリト知ルヘシ

占有ノ取得

占有ノ取得ヲ爲スニハ常ニ體素及ヒ心素ヲ要ス體素ニ付テ古ノ羅馬ニ於テハ常ニ其物ニ接觸スルコトヲ必要トセリ後世ニ至ルニ隨ヒ唯其物ヲ任意ニ處置シ得ルノ地位ニ在ルコトノミヲ要スルコトヲ爲レリ心素トハ占有者カ自己ノ所有ナリト自覺スル意思ヲ謂フカ故ニ彼ノ土地ノ所有者カ其地内ニ於テ自己ノ知ラサル寶玉ヲ發見シタル場合ニハ決シテ其物ノ占有者ト謂フコトヲ得ス又意思ヲ有セサル者ハ亦此占有ヲ獲得スルヲ得サルナリ

#### 占有權ノ消滅

占有ハ體素心素中其一ヲ缺クトキハ消滅スルモノナリ殊ニ其二者ヲ缺クニ於テハ其消滅スルコト言フ埃タサルナリ然レトモ或場合ニ於テハ唯其體素ヲ失ヒタルノミニテハ占有ヲ失フニ至ラサル場合アリ其場合下ノ如シ例ヘハ奴隸カ占有者ノ名義ニ於テ物ヲ握有セリ而シテ若シ其奴隸カ逃亡スルコトアルモ之カ爲メニ其占有カ全ク消滅シタリト謂フヘカラス然レトモ奴隸ノ逃亡シタル土地ヲ第三者カ所有ノ意思ヲ以テ之ヲ占有セハ原ノ占有ハ全ク消滅シタリト謂フコトヲ得ヘカリ然レトモ其後ニ至リテ斯ル場合ニ於テモ仍ホ占有ヲ

失ヒタリト謂フコトヲ得サルニ至レリ其適用ハ彼ノ牧場ニ於テ之ヲ見タリ蓋シ伊太利ノ氣候ニ由レハ牧畜ハ毎年各季節ニ隨ヒテ其場合ヲ變換セサルヲ得ス故ニ其結果トシテ牧場ハ一年ノ或時期ノミ占領セラレタルモノニシテ其翌年ニ至ルマテハ占領者ナキニ至ルコト稀ナリトセザリシナリ若シ此場合ニ於テ體素ヲ缺クトノ理由ヲ以テ占有ヲ失フコトトセハ牧場ノ持主ハ常ニ他人ノ篡奪ニ遇ハサルヲ得サルナリ故ニ占有ハ唯心素ノミニテ足ルコトヲ爲リ此原則ハ終ニ總テノ不動產ニ對シテ適用セラル、ニ至レリ

#### 委任ニ因ル占有ノ取得

羅馬ニ於テハ所有權ハ決シテ代理者ヲ以テ取得スルコトヲ得サルノ原則ニ反シテ占有ハ常ニ代理者ヲ以テ取得スルコトヲ得タリ其理由ハ占有ノ取得ハ所有權ノ取得ト異ナリテ嚴格ナル儀式ヲ要セザリシヲ以テナリ唯其占有ノ取得ニハ心素及ヒ體素ヲ要シタルノミニナリ之ニ反シテ所有權ノ取得ハ常ニ當事者ノ自ラ爲ス所ノ嚴格ナル儀式ヲ要シタルモノナリ然レトモ代理人ニ依リテ占有ヲ取得スルコトヲ得ルハ唯體素ニ關シテ然リシノミ然ルニ又或場合ニハ第

三者ノ意思ヲ以テ占有ヲ取得スルコトヲ得タリ但此場合ハ極メテ稀ナリ例ヘ  
ハ市カ行政者ノ意思ヲ藉リテ物ヲ取得スルカ如キ是ナリ  
占有ニ關スル學理ノ變遷即チ準占有ニ關シテハ  
占有ハ常ニ體素ヲ要スルカ故ニ羅馬人ハ有體物ニアラザレハ占有ノ適用ナキ  
モノト信セリ故ニ彼ノ地役權相續權債權等ニ關シテハ占有ナキモノト信セリ  
然レトモ此ノ如キ考ハ理論上當ヲ得タルモノニアラサルナリ何トナレハ地役  
權ノ如キモ亦所有權ニ於ケル如ク事實上占有ノ作用ヲ許スモノナリ例ヘハ余  
カ或土地ノ上ヲ通行セハ即チ其土地ニ對シテ通行ノ地役權ヲ行使シタルモノ  
ト謂フコトヲ得レハナリ是レ恰モ地役權ヲ有シタルモノ、如ク行動セルモノ  
ナリ故ニ其土地ニ對シテ地役權ノ占有ヲ爲シタリト謂フヘキナリ此ノ理論ハ  
又以テ相續權若クハ債權ニ適用スルコトヲ得ヘシ羅馬人モ遂ニ此理論ニ據リ  
テ地役權ノ占有ヲ認メ且羅馬ノ裁判官モ亦地役權ノ占有ヲ許シテ準占有ト云  
フ名ノ下ニ於テ禁令ニ依リテ保護ヲ與ヘタリ然ルニ羅馬人ハ仍ホ通常ノ相續  
權及ヒ債權ニ對シテハ占有シ得ルモノニアラストノ觀念ヲ有シタリキ

以上ヲ以テ占有權ニ關スル必要ナル點ヲ講了セリ

## 第二節 所有權ノ取得方法

所有權ノ取得方法トハ依テ以テ物ノ所有權ヲ取得スル法律上ノ事實ヲ謂フ羅馬  
馬法ニ在ル所ノ取得方法ハ之ヲ種々ニ分類スルコトヲ得

第一、包括的所有權ノ取得方法及ヒ特定の所有權ノ取得方法

此分類ハ理論上非常ニ重要視セラル、所ノ分類ナリ若シ人カ財産ノ全部又ハ  
其一部ヲ概括シテ所有權ヲ取得スルトキハ之ヲ包括的取得ト曰フ即チ財産中  
或特定シタル物ノ所有權ヲ取得スルニアラスシテ全部又ハ或部分ノ中ニ包含  
セラル、所ノ總テノ財産ヲ取得スルモノナリ此場合ニ於テハ其取得スル所ノ  
モノハ實ニ所有權ノミニアラスシテ其財産中ニ存スル物權ニテモ債權ニテモ  
悉ク之ヲ取得ス其代リニハ其場合ニ於テハ其取得者ハ同時ニ其財産中ニ在ル  
債務モ亦之ヲ負擔セサルヘカラス此包括的取得方法ハ實ニ所有權ニノミ適用  
セラル、ニアラスシテ總テノ物權債權ノ取得方法ニモ之ヲ適用セラル、モ  
タリ之ニ反シテ特定の取得方法ニ於テハ唯所有權ニノミ適用セラル、ニ過

キス此特定の取得方法ニ於テハ特定シタル一個或ハ數個ノ物ノ所有權ヲ取得スルモノニシテ其代リニ前者ノ如ク前所有者ノ債務ヲ負フコトナシ、以下述フル所ノ種々ノ取得方法ハ總テ特定の所有權取得ノ方法ト屬スルモノナリ

第二 市民法ニ依ルノ取得方法及ヒ萬民法ニ依ルノ取得方法

市民法ニ依ル取得方法トハ唯羅馬ノ市民又ハ羅馬ノ市民ニアラサルモ羅馬ニ於テ財產權ノ資格ヲ有スト認メラレタル者ノ取得スルコトヲ得ル方法ヲ謂フ之ニ反シテ萬民法ニ依ル取得方法ハ總テノ人ニ適用スルコトヲ得ルモノナリ此分類ハ羅馬ノ所有權ノ歷史上最重要ナルモノナリ然レトモ此分類ハ羅馬ノ本期ニ於テ市民法カ總テノ帝國人ニ適用セラル、ニ及ヒテ全ク其實用ヲ失フニ至レリ

第三 本原的取得方法及ヒ傳來的取得方法

本原的取得方法トハ其取得セラレタル所ノ物カ其以前ニ何人ニモ屬セザリシ物ニ就テ之ヲ取得スル場合ヲ謂フ故ニ此方法ニ因リテ物ヲ取得スル場合ニハ

其以前ニ所有權ヲ有シタル者ナキカ故ニ此取得ニハ代價等ノ債務ヲ生セス全ク無償ノモノナリ此本原的取得方法ハ唯彼ノ先占ノ一種ニ止マレリ傳來的取得方法トハ其以前ニ或所有者ニ其物ノ屬セル場合ニ其前所有者カ之ヲ後所有者ノ利益ノ爲メニ移轉スル場合ニ適用セラル、方法ナリ此方法ニ因レハ後ノ所有者ハ前ノ所有者ヨリ多クノ權利ヲ取得スルコトヲ得ス此場合ニハ前所有者ハ其物ノ上ニ或權利ヲ留保シテ其權利ヲ取得セシムルコトヲ得

#### 第四 任意ノ取得方法及ヒ不任意ノ取得方法

前ノ傳來的取得方法ハ之ヲ任意取得方法及ヒ不任意ノ取得方法ニ區別スルコトヲ得前所有者ト取得者トノ間ニ前以テ或契約アル場合ニハ其取得方法ハ任意的ノモノナリ故ニ任意の方法ニ於テハ其所有權ヲ取得スルニハ必ス意思ノ合致ヲ要ス之ニ反シテ不任意ノ取得方法ハ決シテ前所有者ノ意思ヲ要セス時効ニ因ル取得ノ場合即チ是ナリ

以上ノ四分類ハ悉ク理論上ノモノナリ以下羅馬ニ於ケル所有權ノ取得方法ヲ別々ニ講セントス

羅馬ニ於ケル取得方法ハ凡ソ左ノ如シ

- 一 先占
  - 二 添附
  - 三 引渡
  - 四 「マンシバシヨ」
  - 五 擬訴棄權セラシヨインジユレト
  - 六 競賣
  - 七 時効
  - 八 法律ニ依ル取得
- 初ノ二ツハ萬民法ヨリ來ル所ノ取得方法ニシテ其他ノ方法ハ市民法ヨリ出タルモノナリ就中引渡ハ萬民法市民法共通ノ方法ナリキ是ニ由テ之ヲ觀レハ羅馬ニ於ケル取得ノ方法ハ近世法律ニ於ケルカ如ク當事者ノ意思ノミニ因リテ取得スルコトヲ得ナリシヲ知ルヘシ即チ當事者ノ意思ノ外ニ所有權移轉ノ實際上ノ憑憑トシテ一ノ儀式ヲ必要トセリ此外形上ノ儀式ハ即チ所有權取得ノ

方法ニ必要ナリシモノナリ

#### 第一 先占

先占トハ何人ニモ屬セサル物ヲ自己ノ物トスルノ意思ヲ以テ取得スル方法ナリ故ニ先占モ亦占有ニ於ケルカ如ク體素及ヒ心素ヲ要ス唯二者ノ異ナル所ハ所有者ノ有無ニ關ス其結果トシテ先占ヲ以テ物ヲ取得シタル場合ニハ其物ハ別ニ所有者ナキカ故ニ直チニ所有權ヲ得ルモ之ニ反シテ占有ニ因リテ所有權ヲ得ルニハ一定ノ時日ヲ要ス

先占ハ野獸野禽河魚無主ノ鑽石海中ニ新ニ生スル島嶼戰爭ノ占領物ニ適用セラレタルモノナリ此等ハ總テ無主物ニ屬スレハナリ今若シ狩獵ニ因リテ野獸ヲ先占スルトキハ其所有權ハ其握有スル時間ノ外ニ繼續セス故ニ若シ其捕ヘタル野獸カ遁逃シテ他ノ者カ捕ヘタル時ハ前者ハ取戻ノ請求權ヲ有セス之ニ反シテ家禽ハ縱令其所有者カ占有ヲ失フモ其所有權ヲ失フコトナシ例ヘハ難カ庭ヨリ逃ケ出タル場合ニ他人カ之ヲ捕フルトキハ竊盜ヲ以テ論セラルヘシ此先占ノ方法ハ又之ヲ戰爭ノ分捕品ニ適用スルコトヲ得タリ之ヲ戰時先占ト

曰フ戰勝者カ其征服セテ得タル土地ノ一部ヲ賣却シ其代價ヲ國庫ニ納メ又ハ老兵ニ分配スルコトヲ得之ニ反シテ彼ノ俘虜ノ如キハ原則トシテ國家ニ屬シ時トシテ之ヲ兵隊ニ充ツルコトヲ得タリ

若シ地中ヨリ物例ヘハ寶玉ヲ發見シタル場合ニハ其土地カ自己ノ土地ナルカ又ハ神用地ナル場合ニハ其寶玉ハ發見者ノ所有ニ歸ス若シ其寶玉カ他人ノ所有地ニ於テ發見セラレタルトキハ其發見カ偶然ノ發見ナルトキハ其發見者ハ其土地ノ所有者ト平分ニ之ヲ取得ス

## 第二 添附

此方法ニ因ル所有權ノ取得ハ物ヨリ產生スル物及ヒ一物カ他物ニ結ヒ附ケラレ又ハ合併セラル、場合ニ於テ其所有權ヲ取得スル場合ヲ謂フ此添附ノ方法ヲ以テ所有權ノ取得方法トスヘキカ或ハ所有權ノ性質ヲ擴張シタル結果トスヘキカニ付テ疑問アリキ然レトモ今茲ニ此問題ヲ研究スル必要ナシ

添附ハ之ヲ三ツノ點ヨリ觀察スルコトヲ得

イ 物ヨリ產出スル物ニ關スル添附

## ロ 不動産ニ關スル添附

(一) 產出物ニ關スル添附 物ノ所有者ハ其物ヨリ生スル果實ヲ全部取得スル權利ヲ有ス例ヘハ土地ノ生産物又ハ動物ノ出產物等ニ付テ悉ク之ヲ取得スル權利ヲ有ス唯所有者以外ノ人カ果實ヲ取得シ得ヘキ例外ノ場合アリ例ヘハ使用權者カ果實ヲ取得スル如キ是ナリ

(二) 不動産ニ關スル添附 此添附ハ人ノ行爲或ハ自然ノ事變ニ因リテ生スルコトアリ第一種ノ場合ハ家屋ノ建築植物ノ栽植ニ關シ第二種ハ河ニ沿フタル土地ニ新地ノ附着スル場合ノ如シ

イ 建築物 例ヘハ甲カ自己ノ土地ノ上ニ乙ノ材木ヲ以テ家ヲ建築シタル場合ニハ甲ハ其建物ノ所有者タリ何トナレハ建築物ハ決シテ土地ヲ離レテ存在スルコトヲ得サレハナリ然レトモ乙モ亦其家ノ材木ニ對スル所有權ヲ失フモノニアラス但乙ノ權利ハ全ク消極的ノモノナリ何トナレハ其建物ノ存在スル間ハ乙ハ其材料ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス此場合ニ於テハ乙ハ甲ノ善意ナルト

惡意ナルトニ拘ハラス其材料ノ價ノ二倍ノ價ヲ請求スルコトヲ得タリ甲カ自  
己ノ材料ヲ以テ乙ノ地ノ上ニ家ヲ建築セリ此場合ニ於テモ家屋ハ土地ノ所有  
者ニ屬シ面シテ此原料ノ所有權ハ甲ニ屬ス此場合ニ建築者カ果シテ其材料ニ  
對シテ賠償ヲ要求シ得ルヤハ下ノ區別ニ依リテ分ル若シ甲即チ建築者カ惡意  
ナルトキハ其材料ノ賠償ヲ要求スルコトヲ得ス何トナレハ此場合ニハ乙ニ與  
ヘタルモノト看做サルレハナリ之ニ反シテ甲カ善意ナルトキハ其材料ノ賠償  
ヲ要求スルコトヲ得ルモノトセリ

ロ 植物ノ栽植 上ノ建築ニ關スル添附ノ原則ハ又之ヲ植物栽植ノ場合ニ適  
用スルコトヲ得唯下ノ如キ差異アリ

他人ノ土地ニ栽植セラレタル植物ハ其栽植セラレタル植物ノ根カ其土地ニ發  
生セサル間ハ前所有者ニ屬ス故ニ其根ノ發生スルマデハ其植物ノ取戻ヲ請求  
スルコトヲ得若シ其植物ハ新キ根ヲ其土地ニ發生シタルトキハ其植物ハ土地  
ノ所有者ニ屬スルモノト爲セリ

ハ 大河小河ニ新地ノ生シタル場合 此場合ノ一ハ寄洲ナリ寄洲トス河岸ノ

土地ニ自然ニ土地物カ何時何程ツ、増加シタルヲ知ルヘカラサル場合ノ増加  
シタル場合ヲ謂フ此寄洲ハ其河岸ノ土地ノ所有者ニ屬ス次ハ流地トス流地ト  
ハ土地ノ一部分カ洪水ノ爲メニ分離シテ漂流シタルヲ謂フ此場合ニ若シ其流  
地ニ樹木アリテ其根カ本地ニ附着シタルトキハ其樹木及ヒ土地ハ其附着シタ  
ル土地ノ所有者ニ屬ス

添附ノ場合ハ亦河ノ中ニ新洲ヲ生シタルトキニ適用ス新洲ハ下ノ割合ニ於テ  
岸ノ土地ノ所有者ニ屬ス即チ其河ニ中央線ヲ劃シ其線ノ内外ニ依リテ或ハ左  
岸ノ所有者ニ屬シ或ハ右岸ノ所有者ニ屬ス若シ其地カ中央線ニ跨ルトキハ其  
分割セラルル比例ニ依リテ兩岸ノ所有者ニ屬ス若シ又河床ヲ變シタルトキハ  
其舊河床ハ兩岸ノ土地ノ所有者ニ屬ス

(三) 動産ニ關スル添附 動産ニ關スル添附ハ其結合スル物ノ性質ニ因リテ下  
ノ如キ異ナレル名ヲ取ル

イ 加工 即チ他人ノ物ヲ以テ或他人ノ物ヲ作製シタル場合例ヘハ甲カ乙ノ  
葡萄酒ヲ以テ葡萄酒ヲ造リタル場合ノ如シ此場合ニ於テ其生産物ノ何人ニ屬ス

ルヤノ問題ハ羅馬ノ法律家中ニ議論ノ結着セサリシ所ナリ

ロ 附合 此場合ニ於テハ出生物ノ所有者ハ主タル物ノ所有者ニ屬ス例ヘ  
ハ甲カ乙ノ絹ニ畫ヲ描キタル場合ニハ其絹ハ畫工ノ所有ニ屬ス

ハ 混和 是レ種類ノ異ナリタル二ツノ液體ヲ混淆シタル場合ニシテ此場  
合ニハ其混和物ハ善意者ニ屬ス

ロ 混合 是レ液體ナラサル物ノ混合シタル場合ヲ云フ例ヘハ二俵ノ異ナ  
リタル米ノ混合シタル場合ノ如シ此場合ハ前ノ場合ト同一ノ原則ニ依レリ

羅馬法ノ講義ハ稍學期ノ終リニ迫リテ開始セラレタルニ由リ講師ハ初  
メ羅馬ノ司法制度及ヒ訴訟手續ヲ説明スルノ豫定ナリシカ尙ホ時間ヲ  
剩スアリシヲ以テ進テ實體法ノ説明ニ入ラレシモ僅ニ其端緒ニ止マリ  
時間ハ竟ニ吾人ヲシテ此有益ナル講義ニ割愛セサルヲ得サルニ會セリ  
諸君其レ焉ヲ諒セヨ

編輯者誌

(三十二年新講義錄)

佛國政治ニモラル講述

## 羅馬法講義

和佛法律學校發行

羅馬法學辭彙

羅馬法學辭彙

等對士  
對對士

三十二學點點點點

# 羅馬法目次

|              |    |
|--------------|----|
| 緒言           | 一  |
| 第一章 司法制度     | 九  |
| 第二章 訴訟手續     | 一七 |
| 民法           |    |
| 第一章 物權       | 四七 |
| 第一節 所有權      | 六六 |
| 第二節 所有權ノ取得方法 | 八五 |

# 羅馬法目次終

羅馬法目次

法典調査會起草委員補助志田鉦太郎君著  
大學院商法專攻法學士

# 志田氏商法要義

## 全五卷

用紙第一卷正菊版紙數凡二千五百頁  
全部正菊版紙數凡二千五百頁  
第一卷正菊版紙數凡二千五百頁  
第二卷正菊版紙數凡二千五百頁  
第三卷正菊版紙數凡二千五百頁  
第四卷正菊版紙數凡二千五百頁  
第五卷正菊版紙數凡二千五百頁  
次八月十五號發行以下順

新商法ノ攻究ハ職ニ司法行政ノ局ニ在リ又ハ身ヲ商業界ニ置ク者ノ最モ急務トスル所ナリ頃日  
本法ニ關スル著作書ノ發行幾十種ニ及ヒタリ然レトモ七百條ノ近キ大法典ニ對スル註釋豈ニ一年  
半ノ研究ヲ以テ其深意ヲ知シ得ハ新商法起草ノ當初或ハ本法典ニ對シテ其他東京專門學校ノ日本  
法律學校等ノ講師ト爲リテ專攻シ得ハ高等商業學校ノ教授ト爲リテ或ハ本校調査會起草委員補助ト爲  
リ且學院ニ於テ其深意ヲ知シ得ハ新商法起草ノ當初或ハ本法典ニ對シテ其他東京專門學校ノ日本  
法律學校等ノ講師ト爲リテ專攻シ得ハ高等商業學校ノ教授ト爲リテ或ハ本校調査會起草委員補助ト爲  
省ノ坂田等ノ講義ヲ爲リテ專攻シ得ハ高等商業學校ノ教授ト爲リテ或ハ本校調査會起草委員補助ト爲  
而シテ幾許ノ出色アルヤ否モハ姑ク之ヲ法學大家ノ高評ニ任セシメ以テ其職ヲ爲シテ下ハ文明ノ商界ニ立  
ニ比シテ幾許ノ出色アルヤ否モハ姑ク之ヲ法學大家ノ高評ニ任セシメ以テ其職ヲ爲シテ下ハ文明ノ商界ニ立  
事務ノ解釋ヲ爲シタルモナレハ上ハ法律適用ヲ以テ其職ヲ爲シテ下ハ文明ノ商界ニ立  
是レ即チ本校カ責任ヲ負フテ本書ヲ發行スル所以ナリ請フ速ニ愛顧ノ榮ヲ賜ヘ  
ラシメ

發行所  
東京麹町區富士見町六丁目十六番地  
電話一七四番  
和佛法律學校  
發賣所  
東京市神田區  
電話本局一四三番  
明法堂

送金券

本號ニ添附シタル送金券ハ校外生  
月謝拂込ノ際各欄内ヘ相當ノ記入  
ヲ爲シ送金ト共ニ必ス送付可相成  
候也  
若シ本券ノ添送ナキトキハ事務取  
扱上混雜ヲ來シ講義錄發送上遅延  
ノ恐レアリ  
尙ホ今後ハ各號發送ノ際又ハ同時  
ニ數葉送呈スヘキニ付キ爾後ハ必  
ス右ノ手數ヲ煩シ度候也

明治三十二年九月四日印刷  
明治三十二年九月五日發行

東京市四谷區四谷神町三丁目六番地  
編輯者 小田幹治郎  
東京市芝區西ノ久保明光町十一番地  
印刷者 金子鐵五郎  
東京市芝區西ノ久保明光町十一番地  
印刷所 金子活版所

發行所 司法省 和佛法律學校  
指定

所在 (東京市麴町區富士見)  
町六丁目十六番地  
電話 (番町百七十四番)

明治廿二年十二月九日內務省許可