

和仏法律学校講義録

デュモラール / 梅, 謙次郎 / 荒井, 賢太郎 / 鶴, 丈一郎 /
棟居, 喜九馬 / 若槻, 禮次郎 / 塚田, 達二郎

(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)

53

(発行年 / Year)

1900-02-20

和佛法律學校

講義錄

第 壹 部

第 貳 號

民法總則	至自三章	(自一七)	法律學士 鶴 丈 一 郎
民法總則	至自六四章	(自一六)	法律學士 塚 田 達 二 郎
民法物權	至自六一章	(自二〇九)	法律學士 荒 井 賢 太 郎
民法原理	總論 則權	(自一六九)	法律學士 梅 謙 次 郎
民法債權	至自二章	(自二四九)	法律學士 棟 居 喜 九 馬
民法相續	至自一六	(自一六)	法律學士 若 槻 禮 次 郎
民事訴訟法	至自五三編	(自一八)	法律學士 岩 田 一 郎
羅 馬 法	(至自一八)	フランドロウ・デ・モラル	

0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3 4 5 6 7 8 9 20 1 2 3 4

090
1900
1-1-2

ト能ハサルナリ是レ未成年者ニ付テハ尙ホ後見人ヲシテ禁治産ノ宣告ヲ請求
セシムル必要アル所以ナリ
以上ハ禁治産ノ宣告ヲ請求スヘキ者ニ關ス然ルニ禁治産ヲ宣告セラルルハ即
チ無能力ヲ宣告セラルルモノナルカ故ニ自ラ法律行為ヲ爲スコトヲ得ス隨テ
之ニ代ハリテ法律行為ヲ爲ス者ナカルヘカラス是レ禁治産者ニハ後見人ヲ附
スヘキモノトスル所以ナリ第八條ニ曰ク「禁治産者ハ之ヲ後見ニ付スト即チ後
見人代ハリテ法律行為ヲ爲スモノトス
未成年者ノ無能力ト禁治産者ノ無能力トハ差異アリ未成年者ニ付テハ第四條
ニ未成年者カ法律行為ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス但單
ニ權利ヲ得又ハ義務ヲ免ルヘキ行為ハ此限ニ在ラス前項ノ規定ニ反スル行為
ハ之ヲ取消スコトヲ得トアリテ未成年者ハ自ラ法律行為ヲ爲シ能ハサルニ非
ス法定代理人ノ同意ヲ得トハ能ク之ヲ爲スコトヲ得ヘシ且ツ未成年者ハ單ニ
權利ヲ得又ハ義務ヲ免ルヘキ行為ニ付テハ同意ヲ要セス然ルニ禁治産者ニ付
テハ此ノ如キ規定ナク單ニ禁治産者ハ之ヲ後見ニ付スト云フニ止マルヲ以テ

自ラ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ス常ニ法定代理人之ニ代ハリテ爲ササルヘカラス是レ兩者ノ差異アル所ナリ而シテ禁治産ノ制度ハ心神喪失者ノ爲メニ設ケタルモノナレハ其心神ヲ回復シ通常人ニ異ナルコトナキニ至レハ固ヨリ之ヲ繼續スヘキ理由ナシ故ニ之ヲ取消ササルヘカラス第十條ニ曰ク「禁治産ノ原因止ミタルトキハ裁判所ハ第七條ニ掲ケタル者ノ請求ニ因リ其宣告ヲ取消スコトヲ要ス」ト蓋シ宣告シタル者ハ裁判所ナルカ故ニ之ヲ取消スモ亦裁判所ニ於テ爲スヘキハ相當ナリト云フヘシ

第三 準禁治産者

準禁治産者トハ心神喪失者ト異ナレリト雖モ是レ亦智識精神ノ不充分ナル者ナリ故ニ完全ナル行爲能力ヲ具ヘス是レ亦法律上相當ノ保護ヲ要スル所ナリ唯前ニ述ヘタル禁治産者ニ比スレハ未タ其程度甚シキニ至ラサル者ナルヲ以テ敢テ禁治産者ト爲スノ必要ナシ故ニ此ノ如キ者ニ付テハ法律行爲中ノ最モ重大ナルモノノミニ限リ獨立シテ之ヲ爲サシメサルニ止マリ其重大ナラサルモノハ之ヲ爲サシムルモ不可ナシ而シテ第十二條ハ其重大ナリト認メタルモ

ノヲ列記セリ其詳細ハ條文ヲ一讀シテ知ルコトヲ得ヘシ又準禁治産者トシテ宣告セララルル者ハ第十一條ニ規定スル所ニシテ即チ(第一)心神耗弱者(第二)雙者(第三)啞者(第四)盲者及ヒ(第五)浪費者ナリトス皆智識精神ノ不完全ナル者ニシテ別ニ詳説スルヲ要セス唯浪費者ニ付テハ或ハ奇異ノ感ヲ抱ク者アルヘシト雖モ是レ亦一ノ病者タルヲ免レス隨テ精神ノ完全ナルモノト云フヲ得サルナリ準禁治産者ト爲ス手續方法如何是レ亦禁治産者ト爲スノ手續ト同一ノ方法ニ依ル第十三條ニ曰ク「第七條及ヒ第十條ノ規定ハ準禁治産ニ之ヲ準用ス」ト別ニ説明ヲ要セサルヘシ唯第七條中ニハ保佐人アリト雖モ是レ此場合ニ適用セララルコトナシ蓋シ保佐人ナルモノハ準禁治産ノ宣告アリテ後ニ存スヘキモノナレハナリ是レ「準用」トアル所以ニシテ其儘直チニ適用セララルニ非ス性質上適用シ得ラルルモノハ之ヲ適用スト云フニ在リトス

第四 妻

妻ヲ以テ無能力者ナリトスルハ前三個ノ無能力者ト全ク其理由ヲ異ニス妻ハ女子トシテ無能力ナルニ非ス如何ニ智識ノ發達セル者モ一度人ノ妻ト爲ルト

キハ皆無能力者タルナリ其理由ハ他ニ在リ即チ妻ハ其夫ニ對シテ柔順ナラサルヘカラス夫權ニ服從セサルヘカラス其夫ニ柔順ナルカ爲メニ妻ニ獨立ノ地位ヲ許スコト能ハス即チ夫權ヲ保護センカ爲メニ妻ヲ無能力者ト爲ササルヘカラス是レ其理由ナリ此ノ如ク妻ハ夫權保護ノ理由ヨリシテ之ヲ無能力者ト爲スト雖モ其無能力タル第十四條ノ規定ニ依レハ單ニ或行爲ヲ爲スコトヲ得スト云フニ止マリ總テノ行爲ヲ爲シ得サルニ非サルナリ而シテ同條ヲ見ルニ第十二條第一項第一號乃至第六號ニ掲ケタル行爲ヲ爲スコト、贈與若クハ遺贈ヲ受諾シ又ハ之ヲ拒絕スルコト下略ハ夫ノ許可ヲ要スルモノトセリ其贈與若クハ遺贈ヲ受諾スルコトニ付キ夫ノ許可ヲ受クヘキモノトセルハ是レ準禁治產者ノ場合第一二條ト異ナル所ナリ即チ準禁治產ハ負擔。附ノ贈與若クハ遺贈ヲ受諾スルニ付テ保佐人ノ同意ヲ要スルモノナリト雖モ妻ニ在リテハ然ラス單純ナル贈與若クハ遺贈ト雖モ之ヲ受諾スルニ付テハ夫ノ許可ヲ要スレ蓋シ準禁治產者ニ付テハ一ニ財產上ノ不利益ヲ醸スコトナカラシムルニ在リト雖モ妻ニ在リテハ必スシモ財產上ノ利不利ヨリ觀察スヘキニ非ス夫

ノ之ヲ嫌厭シ又ハ其感情ヲ傷フカ如キ行爲ハ縱令千金ノ利アリトスルモ夫ノ許可ナクシテ妻ニ之ヲ爲サシムヘカラスルノ理由アルニ因ルナリ第十四條第一項第三號ハ妻ノ無能力ナル理由ニ付テ最モ特色ナルモノナリ同號ニハ身體ニ瑕疵ヲ受クヘキ契約ヲ爲スコトハ夫ノ許可ヲ爲ストセリ元來妻ハ夫ト同居スルノ義務アルノミナラス一ニ夫權ニ服從スヘキ者ナリ左レハ此等ノ行爲ニ付キ夫ノ許可ヲ要スルモノトスルハ當然ニシテ亦他ノ無能力者ト大ニ其理由ヨリ異ニスルヨリ生スル結果ナリ又第十二條第八號第九號等ノ行爲ハ妻ニハ之ヲ禁セス其理由ノ如キハ別ニ説明ヲ要セスシテ明ナリ而シテ妻カ若シ第十四條ニ掲ケタル行爲ヲ夫ノ許可ナクシテ爲シタルトキハ之ヲ取消スコトヲ得トセリ第十四條ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニ付テハ夫ノ許可ヲ要スト雖モ夫若シ未成年者ナルトキハ如何第十八條ハ之ニ答ヘテ未成年ノ夫ハ法定代理人ノ同意ヲ得サレハ妻ノ行爲ヲ許可スルコトヲ得ストセリ蓋シ夫ハ未成年者ナルカ故ニ自己ノ行爲ストラ尙ホ且ツ法定代理人ノ同意ヲ要ス况ヤ妻ノ行爲ヲ許可スル

コトニ於テ其同意ヲ要スルコト勿論ナリト云フヘシ又妻カ營業ヲ爲スコトヲ許サレタルトキハ其營業ニ關シテハ獨立人ト同一ノ能力ヲ有ストノ規定アリ第一五條是レ未成年者ノ場合ニ付テ述ヘタル所ト異ナルコトナシ而シテ何人カ妻ニ其營業ヲ許可スルヤト問ハハ即チ夫ナリ其取消若クハ制限ヲ加フル者亦同シ此取消若クハ制限ニ付テハ夫カ未成年者ナルトキト雖モ別ニ法定代理人ノ同意ヲ要セス是レ其許可ヲ與フル場合ト異ナル所ナリ蓋シ夫カ妻ヲシテ爲サシムルコトヲ欲セサル行爲ハ經令後見人ナリト雖モ強テ之ヲ爲サシムルハ條理ニ於テ能ハサル所ナレハナリ亦以テ夫權ヲ維持スル所以ノ途ナリト云フヘシ然リト雖モ其取消若クハ制限ハ之ヲ知ラスシテ取引ヲ爲セタル善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス即チ妻ハ其取消若クハ制限セラレタル行爲ヲ爲スモ之ヲ知ラサル第三者ニ對シテハ行爲ノ取消ヲ請求スルコト能ハサルナリ第一六條何故ニ未成年者ニ付テハ善意ノ第三者ニ對スルモ取消若クハ制限ヲ對抗セシメ妻ニ付テハ然ラサルヤ蓋シ未成年者ノ行爲ノ許可ヲ取消シ若クハ制限スルハ全ク其未成年者保護ノ理由ヨリ來ルカ故ニ經令善意ノ第三

者ト雖モ亦未成年者ト取引シタルニ外ナラサルヲ以テ其行爲ノ取消ヲ許ササルヘカラスト雖モ妻ノ行爲ノ許可ヲ取消シ若クハ制限スルハ敢テ妻ヲ保護セシカ爲メニ在ラスシテ夫權ヲ維持スルニ在レハ夫カ取消シ若クハ制限シタル場合ニ尙ホ之ヲ善意ノ第三者ニモ對抗セシメ其行爲ノ取消ノ效果ヲ及ボスハ失當ト云ハサルヲ得サレハナリ加之其行爲ヲ取消スコトヲ得ストスルモ別ニ夫ニ害ナク之ヲ取消スコトヲ得トセハ忽チ第三者ニ害ヲ及ボスニ至ルヘキヲ以テ此ノ如キ規定アルハ至當ト云フヘキナリ

妻ノ無能力ニ付テハ既ニ説明セシ如ク第十四條ニ掲クル行爲ニ付キ夫ノ許可ヲ受クルニ在リト雖モ場合ニ因リテハ之ヲ受クルヲ要セサルナリ第十七條ニ掲クルモノ即チ是ナリ同條第一號ニ夫ノ生死分明ナラサルトキニ夫ノ許可ヲ要セストシタル所以ハ此場合ニモ尙ホ妻ヲ無能力トセハ妻ハ竟ニ何事ヲモ爲スコト能ハスシテ其結果生活ニモ困難ヲ來スニ至ルヘケレハナリ第二號夫カ妻ヲ遺棄シタルトキハ是レ其夫ノ許可ヲ得ルコト不能ノ場合ナリ第三號夫カ禁治產者又ハ準禁治產者ナルトキノ如キハ妻ハ多クハ其後見人又ハ保佐人ナルヘ

キカ故ニ其夫ノ許可ヲ受クルコト能ハサルハ明ナリ若レ後見人又ハ保佐人タラストスルモ夫カ無能力ナルカ故ニ許可ヲ與フルコト能ハサルナリ(第四號夫カ癡癡ノ爲メ病院又ハ私宅ニ監置セラルトキニ夫ノ許可ヲ要セサルハ別ニ説明ヲ要セス第五號夫カ禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレ其刑ノ執行中ニ在ルトキハ是レ亦夫ノ許可ヲ受クルヲ要ストセハ妻ニ對シテ酷ナリト云ハサルヘカラサルニ由ル(第六號夫婦ノ利益相反スルトキ即チ例ヘハ妻カ夫ニ對シテ訴ヲ起スカ如キ場合ニ尙ホ夫ノ許可ヲ要ストセハ覺ニ之ヲ爲スコト能ハサルニ至リ妻ニ對シテ酷ニ失スルニ至レハナリ是レ其許可ヲ受クルコトヲ要セサル所以ナリトス要スルニ第十七條ノ規定ハ許可ヲ受クルノ不能ナルトキ又ハ甚シク困難ナルトキニ於テ例外トシテ許可ヲ要セスシテ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ト云フニ在リトス

以上四種ノ無能力者アリ此等ノ者ノ爲シタル行爲ハ其無能力者ヨリ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ而シテ何レノ時マテ之ヲ取消シ得ヘキヤト云フニ其期間頗ル長ク即チ取消權ノ時效ニ權ルハ其取消シ得ヘキ行爲ヲ追認スルコトヲ得ル時

ヨリ五年ナリ(第一二六條換言セハ取消權時效ニ權ラサル間ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ而シテ追認ハ何時ヨリ之ヲ爲スコトヲ得ルヤト云フニ取消ノ原因タル情況ノ止ミタル後之ヲ爲スニ非サレハ其效ナク第一二四條結局無能力者カ其能力ヲ回復シ又ハ成年ニ達シタル後ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス此ノ如クナルカ故ニ例ヘハ十五歳ノ未成年者カ爲シタル行爲ハ十年間ヲ經過セザレハ取消權消滅スルコトナク特ニ禁治產者ノ行爲ニ至リテハ幾十年ヲ要スルヤ知ルヘカラス然レトモ此ノ如キハ徒ニ其相手方ヲシテ何時マテモ不確定ノ地位ニ立タシムニ至リ頗ル穩當デラサルモノト云フヘシ是レ公益上宜シキヲ得タルモノニ非ス故ニ法律ハ此不確定ナル時期ヲ可成の短縮セサルヘカラス是レ第十九條ノ規定アル所以ナリ同條第一項ニ依レハ無能力者ノ相手方ハ其無能力者ト爲リタル後之ニ一個月以上ノ期間ヲ與ヘ其期間内ニ取消シ得ヘキ行爲ヲ追認スルヤ否ヤヲ催告シ其期間内ニ無能力者カ認否ノ確答ヲ發セハ可ナリ若シ之ヲ發セサルトキハ其行爲ヲ追認シタルモノト看做ストセリ蓋シ此場合ハ其催告ヲ受ケタル者ハ之ヲ取消スモ亦之ヲ追認スルモ隨意ナルニ拘ラス

何等ノ確答ナキモノナルヲ以テ元來成立シタル行爲ハ之ヲ追認セタルモノト看做スヲ至當トシタルナリ然レトモ第一項ノ規定ノミナルトキハ無能力者未タ能力者ト爲ラサルトキハ何等ノ效用ナキカ故ニ第二項ヲ以テ未タ能力者ト爲ラサル時ニ於テモ夫又ハ法定代理人ニ對シテ前述ノ催告ヲ爲スコトヲ得トセリ但シ法定代理人ニ對シテハ其權限内ノ行爲ニ付テノミ然ルモノトス尙ホ第三項ハ特別ノ方式ヲ要スル場合ニ付キ規定セリ是レ第二項ノ場合ニ付テノミ適用セラルルモノニシテ即チ無能力者カ其無能力者ナルカ爲メニ要スル方式ヲ指スモノナリ例ヘハ親族會ノ承認ヲ要スル場合ノ如キ是ナリ而シテ此場合ハ其方式ヲ踐ミタル通知ヲ發セサルトキハ之ヲ取消シタルモノト看做ストセリ斯ク前項ト異ナルハ方式ヲ要スル行爲ハ其方式ヲ踐ムニ非サレハ有效ナル能ハサルヲ以テ其之ヲ踐ミタル通知ナキニ於テハ則チ其方式ヲ踐ミ能ハサリシモノト看做スハ至當ナレハナリ又第四項ニ於テ準禁治產者及ヒ妻ニ付テ規定スト雖モ凡テ以上述ヘタル所ニ依リテ了解スルコトヲ得ヘレ故ニ別ニ説明ヲ加ヘス唯之ヲ取消シタルモノト看做スハ同項ノ所謂同意又ハ許可ヲ得

ル能ハサリシモノト看做スヲ至當ト認メタルニ由ルナリ

以上述ヘタル所ニ依リ無能力者ト爲シタル法律行爲ノ不確定ノ狀態ニ在ルノ弊ヲ除去スルコトヲ得ヘシ尙ホ茲ニ一言スヘキハ無能力者ノ爲シタル法律行爲ハ一般ニ取消シ得ヘキヲ原則トスト雖モ例外ドシテ若シ其無能力者カ能力者タルコトヲ信セシムル爲メ詐術ヲ用ヒタルトキハ其行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得サルナリ(第二〇條何トナレハ種種ノ手段ヲ構ヘ人ヲ欺キタル者ナレハナリ然リト雖モ之ニ對シテハ一ノ非難アルヲ免レス即チ縱令詐術ヲ用ヒタルニセヨ無能力者ハ決シテ能力者ト爲ルモノニ非ス然ラハ其行爲タル亦不完全ナルヘキカ故ニ之カ取消ヲ許スヘキモノニ非スヤト是レ議論トシテ眞ニ相當ナリト雖モ詐術ヲ用フルハ不法行爲タリ無能力者ト雖モ其不法行爲ニ付テハ責任ナキヲ得サルカ故ニ其法律行爲ヲ取消シタル爲メニ生スル損害ハ之ヲ賠償セサルヘカラス此ノ如キハ甚タ迂遠ノ方法タルノミナラス損害賠償ノコトタル實際上ニ於テ頗ル不確實ナル標準ニ依リテ其額ヲ定ムルモノナレハ被害者ハ之ニ依リテ實際上満足ヲ得ルコト難シ果シテ然ラハ詐術ヲ用ヒタルカ如キ場

合ニハ其行爲ヲ取消スコトヲ得サラシメ以テ損害ノ根ヲ絶ツニ如カス是レ便宜上第二十條ノ規定ヲ設ケタル所以ナリ

第三節 住所

人ハ生活スル者ナルカ故ニ一般ニ住所ヲ有スルコト通例ナリ然レトモ時トシテハ定マリタル住所ナキ者アリ或ハ到ル處皆住所ナルカ如ク不明ナルコトアリ故ニ住所ナル文字ヨリ之ヲ觀ルトキハ人ノ住ム所ト云フヘキカ如シト雖モ法律上人ノ住所ナルモノハ必ス一定ノ場所タラサルヘカヲサルナリ即チ住所トハ各人カ其權利及ヒ義務ノ關係ニ於テ常ニ現在セリト看做サル場所ナリフ縱令事實上現住セサルモ法律上常ニ其所ニ現在セリト看做サル場所ナリ之ヲ換言セハ住所ハ各人ノ法律上ノ居所ト云フコトヲ得ヘシ而シテ此住所ハ果シテ如何ナル所ナリヤト云フニ民法第二十一條ニハ各人ノ生活ノ本據ヲ以テ其住所トストアリ故ニ結局事實問題ニ屬シ一般ニ之ヲ云フトキハ概シテ本籍ノ在所即チ住所ナルコト多カラン然レトモ住所ト本籍トハ之ヲ區別セサ

ルヘカラス縱令多數ノ者カ本籍地ニ生活ノ本據ヲ置クトスルモ必ス之モ然ラサルナリ蓋シ本籍ナルモノハ届出ニ因リテ成リ即チ或法律上ノ形式ニ因リテ定マルト雖モ住所ハ事實ニ因リテ定マル所ノモノナレハナリ

住所ト所在トハ區別セサルヘカラス抑モ住所ハ人ノ住ム場所ナルヘキモ所在モ亦其住ム場所タルナリ故ニ此二者ハ混同シ易シ然レトモ所在ハ住所ノ如ク一定セタルモノニ非スシテ其人ノ居ルカ故ニ即チ所在タルモノナレハ若シ之ヲ轉スルトキハ復所在ニ非ス然ルニ住所ハ一時其人ノ不在ノ爲メニ住所タルコトヲ失フモノニ非ス故ニ劃然之ヲ區別セサルヘカヲサルナリ

住所ハ或ハ生レナカラニシテ之ヲ有スルコトアリ或ハ各人ノ意思ニ因リテ定マルコトアリ前者ハ出生ノ時ニ於ケル其父母ノ所有スル住所即チ其者ノ住所ナリ而シテ其子カ成長シ他ニ住所ヲ定ムルコトアリ此場合ハ即チ後者ニ屬ス是ヲ以テ凡ソ住所ハ出生ニ始マリ死亡ニ終ハルモノナルハ明ナリ此住所ハ一人ニテ數個ヲ有スルコトヲ得ルヤ法律ノ規定ニ依レハ生活ノ本據ヲ以テ住所トストアルカ故ニ生活ノ本據ハ數多アルヲ得サレハ住所モ亦數個アルヘカラ

ス斯ク住所ハ一人一個ナリト雖モ亦假住所ナルモノアリ(第二四條)是レ或行爲ノ爲メニ選定スルモノニシテ數個ヲ有スルコトヲ妨ケサル所ナリ然リ而シテ如何ナル所カ果シテ生活ノ本據ノ地ナリヤハ疑問ト爲ルコトアルヘシト雖モ是レ事實問題ニ屬シ裁判官ノ認定ニ任スルノ外ナシ然レトモ概テ其標準ト爲スヘキモノ自ラ之ナキニ非ス即チ例ヘハ其者カ家族ト共ニ住居スルトキハ其場所ヲ以テ之ヲ住所ナリト認ムルカ如キ是ナリ又住所ハ一度之ヲ定ムルモ後ニ之ヲ變更スルコトヲ得ヘシ即チ各人ノ意思表示ニ因リテ之ヲ變更スルコトヲ得ルナリ

以上述ヘタル住所ナルモノヲ法律上規定スルノ必要如何ト云フニ(一)裁判管轄ハ一般ニ人ノ住所ニ因リテ定マリ(民事訴訟法第一〇條)(二)裁判上書類ノ送達ハ本人又ハ代理人ノ住所ニ送達ス同上第一四四條第一四五條(三)相續ノ開始ハ被相續人ノ住所ノ地ニ於テス(第九六五條)(四)債務ノ辨濟ハ通常債權者ノ住所ニ於テス(第四八四條)(五)裁判上ノ期間ニ付キ住所ノ效力アリ(民事訴訟法第一六七條)(六)國際私法ニ於テ住所ハ場合ニ因リテ法律適用ノ標準ト爲ルコトアリ

(第二三條、法例第二七條)(七)外國人カ日本ニ歸化スルトキノ條件トシテ日本ニ住所ヲ有セサルヘカラス(國籍法第七條)又日本人ニシテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者カ之ヲ回復スルニハ日本ニ住所ヲ有スルコトヲ要ス(同第二六條)斯ク種種ノ點ニ於テ人ノ住所ハ法律上ノ效果ヲ生スルモノナリ然ルニ今若シ其住所ヲ有セサル者アルトキハ如何之ニ付テハ第二十二條ノ規定アリ曰ク住所ノ知レサル場合ニ於テハ居所ヲ以テ住所ト看做ス(ト)即チ所在地ヲ以テ住所ト看做スモノナリ又住所アルモ日本ニ之ヲ有セサルトキハ如何第二十三條ニ於テハ外國ニ於テ住所ヲ有スルモ我國ニ之ヲ有セサル者ハ我國ニ於ケル其者ノ居所ヲ以テ住所ト看做ストセリ唯此場合ハ法例ノ規定ニ依リ其者ノ住所地法ヲ適用セサルヘカラサルコトニ遭遇スルトキハ其外國ニ在ル住所ヲ以テ住所トスヘク居所ヲ以テ住所トスルノ假定ヲ認ムルコトヲ得サルモノトス

假住所ノコトニ付テハ前ニ一言セシト雖モ是レ假ニ定ムルモノニシテ或ハ當事者ノ任意ニ出ツルコトアリ或ハ法律上ノ必要ニ出ツルコトアリ例ヘハ賣買貸借ノ契約ヲ爲スニ當リ遠隔ノ地ニテハ不便尠カラサルカ爲メニ便宜ノ地ニ

假住所ヲ定メ又ハ民事訴訟法第一百四十三條ノ如キ規定ニ依リ法律上必要のニ
假住所ヲ定メサルヘカラサルカ如キ是ナリ又刑事訴訟法第一九條ニ於テモ同
様ノ規定アリ而シテ此等ノ場合ニ於テ其規定ニ從ハサルトキハ書類ノ送達ナ
キモ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルモノタリ

第四節 失 踪

本節ハ失踪ト題スト雖モ失踪者ノ外不在者ニ關スル規定ヲモ含ムモノナリ失
踪者トハ人ノ生死カ不分明ナルコト久シキニ當リ裁判所之ニ對シ失踪ノ宣告
ヲ爲シタル者ヲ云フ而シテ其宣告ヲ爲ササル以前ノ者ハ即チ不在者ト稱スル
者ナリ此不在者ナル者ノ中ニハ生存スルコト分明ナルモ其何レノ所ニ在ルヤ
分明ナラスシテ爲メニ法律上ノ保護ヲ要スル者アリ或ハ生死ノ全ク不分明ニ
シテ亦法律上ノ保護ヲ要スル者アリ予ハ先ツ不在者ノコトヨリ講述スヘシ
不在者ニ付キ法律上ノ保護ヲ要スルノ理由如何不在者カ自己ノ財産ヲ管理ス
ルノ方法ヲ設ケスシテ之ヲ放擲シ其損壞ニ委スルトキハ不在者其者ノ爲メニ

不利益ナルハ勿論其親族又ハ債權者ノ如キモ爲メニ鈔カラサル不利益ヲ被ル
ヘシ管ニ然ルノミナラス延テ國家ノ經濟上ニモ影響ヲ及ホスニ至ル蓋シ一國
ノ富ハ一個人ノ富ヨリ成ルモノナレハナリ故ニ不在者ノ爲メニ其財産ヲ管理
スルハ最も必要ナル所ナリトス是レ法律ノ規定ヲ以テ之ヲ保護スル所以ナリ
然ラハ其保護ノ途如何是レ裁判所ノ司ル所ニシテ其命令ニ依リテ之ヲ爲ス然
レトモ裁判所ナルモノハ自ラ進ミテ動作スルモノニ非サルヲ以テ裁判所ノ命
令ヲ得ンニハ之カ請求ヲ爲スコトヲ必要トス而シテ其之ヲ請求スル者ハ何人
ナリヤト云フニ利害關係人又ハ檢事ナリトス(第二五條)利害關係人トハ例ヘハ
不在者ノ相續人若クハ債權者ノ如キ者ニシテ其財産ヲ保存スルニ付キ利益ヲ
有スル者ヲ云フ又檢事ハ公益保護ノ任ニ在ル者ナレハ曾テ述ヘタル如ク此等
不在者ノ財産管理ニ付キ其處分ノ請求ヲ爲スハ亦其當然ノ職分ナリト云ハサ
ルヘカラス而シテ裁判所ハ如何ナル處分ヲ命スヘキヤト云フニ第二十五條ニ
ハ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得トアリ然ラハ如何ナル處分ハ果シテ必要ナ
ルヤヲ定ムルノ要アリ然レトモ是レ法律ニ規定ナキカ故ニ事實上ノ問題ニ屬

シ其財産ノ種類性質又ハ時ト場合トニ因リ所謂必要ナル處分ナルモノ定マルヘキモノニシテ千差萬別一一列記シ得ヘキニ非ス故ニ亦法律ニ於テモ之ヲ列記セサルナリ加之若シ之ヲ列記スルトキハ爲メニ却テ實際ニ適セサルニ至ラシ是レ法律ニ於テ必要ナル處分云々ト規定セ凡テ裁判所ノ職權ニ委キタル所以ナリ

然レトモ若シ其不在者カ後日ニ至リ管理人ヲ置キタルトキハ如何スヘキヤ此場合ハ裁判所ハ其管理人利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ其命令ヲ取消サタルヘカラス即チ必ス之ヲ取消スコトヲ要スルナリ是レ其處分ヲ命スル場合ト趣ヲ異ニスル所アレハナリ又不在者自ラ選任セタル管理人ニテモ或ハ相當ノ管理ヲ爲サス或ハ病氣等ノ事故ニ因リ之カ管理ヲ爲スコト能ハサルコトアリ此等ノ場合ニ當リ不在者ノ生死不分明ナルトキハ前ノ場合ト同ク即チ管理人ナキト同一ナルカ故ニ亦裁判所之ニ干渉シ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ管理人ヲ變更スルコトヲ得ヘシ蓋シ若シ不在者分明ナルトキハ此ノ如キ干渉ヲ要セスト雖モ其生死不分明ナルトキハ其管理人ニテハ何等ノ效能ナカル

ヘキカ故ニ之ヲ變更セサルヲ得サレハナリ(第二六條)

管理人ノ選任又ハ改任ニ付テハ以上述ヘタルカ如シ然ラハ其管理人ノ責任如何先ツ裁判所ニ於テ選任シタル管理人ハ其管理スヘキ財産ノ目錄ヲ作ラサルヘカラス是レ財産ノ亡失ヲ防クノ目的ニ出ツ又不在者自ラ選任シタル管理人ニ付テハ法律ハ之ヲ區別セリ即チ若シ不在者ノ生死不分明ナルトキニ利害關係人又ハ檢事ノ請求アルトキハ之ニ財産目錄ノ調製ヲ命シ生死分明ナルトキハ之ヲ命スルコトナシ而シテ其之ヲ調製セシムルノ理由ハ前ニ同シ又其目錄調製ノ費用ハ不在者ノ財産ヲ以テ支辨ストセリ(第二七條第一項但書蓋シ管理入ヲシテ之ヲ支出セシムルノ理由ナク全ク不在者ノ財産ノ保護ノ爲メタルニ過キサレハ其費用モ亦之ヲ其財産ヨリ支出セシムルハ當然ナリ是レ裁判所ノ選任シタル管理人ト不在者自ラ定メタル管理人トニ共通ノ理由ナリトス此他不在者ノ財産保存ニ必要ト認ムル處分ハ尙ホ之ヲ管理人ニ命スルコトヲ得而シテ其必要ト認ムヘキヤ否ヤハ之ヲ裁判所ノ認定ニ一任セリ

管理人ノ權限如何若シ管理人ニシテ不在者自ラ定メタルモノニ係ルトキハ其

管理人ハ不在者ニ許サレタル總テノ行爲ヲ爲スノ權限ヲ有スルコト勿論ニシテ別ニ法律ノ規定ヲ要セス唯裁判所ノ選任ニ係ル管理人ニ付テハ其權限ニ關シ法律ノ規定ヲ要ス而シテ管理人ハ不在者ニ代ハリテ其財産ヲ管理スル者ナルカ故ニ通常代理人ノ權限即チ所謂管理行爲ニ限リテ之ヲ爲スコトヲ得ヘク若シ之ヲ起ユル行爲ヲ必要トスルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ爲ササルヘカラス(第二八條然レトモ此規定ハ不在者自ラ定メタル管理人ニモ亦適用スルコトアリ即チ不在者ノ生死分明ナラサル場合ニ於テ不在者ノ定メタル權限ヲ起ユル行爲ヲ必要トスル場合ニ於テハ其管理人ハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得ルコト是ナリ

以上述ヘタル如ク管理人ハ不在者ニ代ハリテ其財産ヲ保管スル者ナリ隨テ後日之ヲ精算シ不在者ニ返還セサルヘカラス管理人ハ此ノ如キ義務ヲ負フカ故ニ其不在者トノ關係其他ノ事情如何ニ因リ之ニ報酬ヲ與ヘサルヘカラスル必要アリ例ヘハ不在者ノ相續人カ管理人タルカ如キ場合ハ報酬ヲ與フルヲ要セサルヘシト雖モ其無關係ノ者之カ管理人タルカ如キ場合ハ不在者ノ財産中ヨ

リ相當ノ報酬ヲ與ヘサルヘカラスルカ如キ是ナリ然レトモ其如何ナル關係事情ニ因リテ之ヲ與フヘキヤハ固ヨリ事實問題ニ屬シ裁判所ノ認定ニ一任セサルヘカラス(第二九條第一項又管理人ハ前述ヘタル如ク財産ノ管理ハ勿論又之ヲ返還セサルヘカラスルニ因リ裁判所ハ之ニ相當ノ擔當ヲ供セシムルコトヲ得(第二九條第一項蓋シ管理人ヲシテ其義務ヲ確實ニ履行セシメ不在者ノ損失ヲ防カシカ爲メニ外ナラサルナリ

失踪トハ不在者カ永年月間生死不分明ナル場合ニ裁判所カ失踪ノ宣告ヲ爲シタル狀態ヲ云フ抑モ失踪ハ死亡ノ推定ナリ然ルニ尙ホ之カ宣告ヲ爲ス所以ノモノハ何ソヤ蓋シ不在者カ幾十年ヲ經ルモ生死不分明ナルニ於テハ種種ノ關係上支障ヲ生スヘシ例ヘハ相續ノ如キモ之カ爲メニ開始セラルルコトナク離婚ノ如キモ亦之ヲ爲スコトヲ得ス其他總テノ權利關係ニ於テ不確不安ノ狀態ニ在ルヲ免ルヘカラス此ノ如キハ管ニ利害關係人ノ不利益ナルノミナラス延テ亦社會ノ不利益ナリト云ハサルヘカラス此等ノ不利益ヲ排除センカ爲メニ失踪ノ制度ヲ設ケサルヘカラスルナリ而シテ其宣告ヲ爲スヘキ年月如何ト云フニ

民法施行前ニ於テハ行術不明後三十六ヶ月ヲ經ルトキハ或點ニ於テ死亡者ノ如ク取扱ヒタリ即チ民事訴訟ニ付テハ明治八年第六號布告ヲ以テ債權者ノ行術不明ナルコト三十六ヶ月ニ及フトキハ債權者ハ債務者ノ相續人ニ對シテ訴訟ヲ提起スルコトヲ得トシ戸籍ニ付テハ明治六年太政官第百七十七號達ヲ以テ其不在者ヲ戸籍面ヨリ削除シ單ニ之ニ附記スルコトト爲シタリ此期間ニ付テハ固ヨリ一定ノ標準アルニ非ス立法者ノ相當ト認ムル所ヲ以テ定ムルノ外ナシ故ニ國ニ因リテ種種ノ差異アルヲ免レス例ヘハ獨逸ニ於テハ十年ニシテ失踪ノ宣告ヲ爲シ佛國ニ於テハ之ヲ三期ニ區別シ其失踪宣告ヲ爲スハ不在者カ管理人ヲ置キタル場合ハ十年トシ然ラサル場合ハ五年トセリ而シテ失踪ノ宣告アルトキハ假占有ナルモノ開始セラレ爾後三十年ニシテ確定占有ト爲ルモノトセリ我新民法ニ於テハ生死不明ナルコト七年ニシテ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得トシ特別ノ場合ハ之ヲ短縮シテ三年ト爲スコトヲ得トセリ(第三〇條)而シテ其特別ノ場合トハ死亡ヲ相當ニ推定シ得ヘキ事情アル場合ヲ云フモノニシテ例ヘハ戰地ニ臨ミタル場合若クハ沈沒シタル船舶中ニ在リタル場合等凡

テ死亡ノ原因タルヘキ危難ニ遭遇シタル場合ニシテ此場合ハ普通ノ七年ハ長キニ失スルヲ以テ戰爭ノ止ミタル後船舶ノ沈沒シタル後又ハ其他凡テ死亡ノ原因タルヘキ危難ノ去リタル後三年間其者ノ生死不明ナルトキハ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得トセリ蓋シ至當ノ規定ナルヘシ裁判所ニ於テ失踪ノ宣告ヲ爲スニハ之カ請求ヲ爲ス者ナカルヘカラス蓋シ裁判所ハ自ラ進ミテ動作スヘキモノニ非サレハナリ然ラハ其請求ヲ爲ス者ハ何人ナリヤト云フニ失踪ニ付キ利害關係ヲ有スル者はナリ例ヘハ不在者ノ相續人若クハ債權者ノ如シ

失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ死亡シタルモノト看做サルルカ故ニ其宣告アリタル後ハ死亡ニ因リテ生スヘキ總テノ法律上ノ結果ヲ認メサルヘカラス隨テ失踪宣告ノ效力ハ何時ヨリ生スルヤヲ明ニセサルヘカラス然ルニ失踪宣告ノコトタル第三十條ニ定メタル七年又ハ三年ノ後即チ期間滿了ノ時直チニ爲スコトヲ得ヘキ性質ノモノニ非ス必スヤ期間滿了ノ時ト宣告ノ時トニハ多少ノ時間ヲ存スルナリ故ニ其宣告ノ效力ハ果シテ何レノ時ニ生スヘキヤハ疑ナキ

能ハス第三十一條之ニ答ヘテ曰ク宣告ノ時期如何ニ拘ラス時間満了ノ時ヨリ其効力ヲ生スト即チ宣告以前ニ遡リテ其効力ヲ生スルモノトセリ蓋シ宣告ハ期間満了ノ日ニ於テ直チニ爲シ得ヘキニ非サルハ前述ノ如ク隨テ若シ宣告ノ日ニ効力ヲ生スルモノトセハ各事件ニ因リテ其宣告ノ時期ニ遲速ヲ生シ其結果トシテ死亡推定ノ時期一定セシテ權利ノ取得ニ大ナル利害ヲ生スルニ至ルヘシ特ニ宣告ハ利害關係人ノ任意ニ請求ヲ得ヘキモノナレハ往往永年ノ間之ヲ請求セサル場合アルヘク其間權利義務ノ關係ニ種種ナル變化ヲ來スラ免レサルヘシ故ニ其時期ヲ一定スルノ必要アリ是レ前述ノ規定アル所以ナリ失踪ノ宣告ヲ受ケタル者若シ生存セ又ハ死亡推定以前若クハ以後ニ死亡シタルコトノ明ナルニ至リタルトキハ如何ニスヘキヤ是レ第三十二條ノ規定スル所ナリ此場合ハ前ノ推定ハ實際上誤リアルカ故ニ其推定ノ成立スヘキニ非サルヤ勿論ナリ故ニ裁判所ハ本人又ハ利害關係人ノ請求ニ因リ前ノ宣告ヲ取消ササルヘカラス而シテ此場合ハ宣告以前ノ狀態ニ復スルコト當然ナリ然レトモ法律ハ之ニ付キ一ノ制限ヲ設ケタリ第三十二條第一項但書及ヒ第二項是ナ

民法總則 (自第四章至第六章)

法學士 塚田達二郎 講述

第一章 法律行爲

第一節 法律行爲ノ定義

法律行爲トハ私法上ノ權利關係ヲ惹起スコトヲ目的トスル一私人ノ意思表示ナリ蓋シ社會ヲ組織スル人類ノ行爲ノ大部分ハ法律上ノ關係ヲ有シ權利ヲ取得シ又ハ喪失シ若クハ變更スルヲ以テ目的トスルモノナリ而シテ此行爲ノ中ニテ日常頻繁ニ行ハルル賣買貸借ノ如キ又ハ生涯中屢々セサル相續ノ承認遺言ノ設定ノ如キモノアリ或ハ結婚又ハ養子縁組ノ如キ親族上ノ關係ヲ惹起スモ

ノアリ此等ノ行為ハ各異ナレル法律關係ナルヲ以テ各特別ノ規則ニ依リテ支配セラルルハ勿論ナレトモ皆均シク法律行為ナル名稱ノ下ニ網羅スルコトヲ得隨テ一切ノ法律行為ニ共通セル原則ヲ綜合セテ之ヲ總則中ニ規定スルハ法律ノ制定上必要ナル事項ナルハ論ヲ俟タサルナリ我舊法典ハ總テノ法律行為ニ共通スヘキ規定ヲ設ケスニテ僅ニ財產編第二部ニ於テ法律行為ノ一部分タル合意ニ關スル總則ヲ設ケタルハ佛國法系ノ法典ノ體裁ヲ採用シタルモノニシテ法典編纂ノ宜ヲ得タルモノト謂フヘカラス現行法ハ之ニ反シテ獨逸法系ノ編纂法ニ倣ヒ民法總則中ニ於テ法律行為ニ共通スル原則ヲ規定セシハ其當ヲ得タルモノナリト謂フヘシ左ニ法律行為ノ定義ヲ分析シテ説明セントス

第一 法律行為ハ「私人」ノ意思表示ナリ

法律行為ハ吾人ノ意思ノ外界ニ現ハレタルモノニシテ之ニ依リテ法律關係ヲ惹起スヘキモノナリ或法律上ノ效果ヲ生セシメントスル意思アルモ之ヲ表示セザレハ法律行為ト爲ルコトヲ得ス而シテ權力ノ主體タル國家ノ意思表示ハ法律上ノ關係ヲ生スルコトアレトモ法律行為ナリト云フコトヲ得サルナリ例

ヘハ裁判所ノ判決ノ如キ行政廳ノ命令ノ如キ是ナリ然レトモ國家其他ノ公法人ニテモ私法人タル資格ニ於テ發表スル意思表示ハ「私人」ノ意思表示ト見ルヘキハ勿論ナリ例ヘハ官廳ニ於テ其敷地ヲ買入ルルカ如キ土木請負契約ヲ締結スルカ如シ

第二 法律行為ハ「私法上」ノ法律關係ヲ生セシメントスル意思表示ナリ

公法ノ規定ニ從ヒ公權ニ關スル法律上ノ效果ヲ生セシメントスル意思表示ハ法律行為ニアラス例ヘハ恩給ヲ受タルノ權利ヲ拋棄スルカ如キ營業免許ヲ出願スルカ如シ而シテ法律行為其者ハ主トシテ權利ノ發生消滅變更移轉ノ效果ヲ生セシメントスル意思表示ナレトモ直接ニ此等ノ效果ヲ生セサル行為モ亦法律行為ナリト云ハサルヘカラス例ヘハ催告承認通知契約ノ成立ニ關係ナキア如キハ直接ニ權利ノ發生消滅移轉ノ效力ヲ生セサルモ法律ハ之ニ對シテ一定ノ效果ヲ附與スルカ故ニ法律行為タル性質ヲ失ハサルナリ

茲ニ注意スヘキハ或法律上ノ效果ヲ生セシメントラ目的トシテ爲シタル行為其者ハ法律行為ニアラスト云フコト是ナリ蓋シ法律行為ハ行為自身ニ於テ

法律上ノ效果ヲ生スルモノニシテ他ノ目的ヲ達スルカ爲メニ法律行為ヲ爲スモノニアラス若シ法律行為自身ノ外ニ他ノ目的アリトセハ其目的ハ法律行為ノ成立ニ關係ナキモノナリ例ヘハ或物ヲ賣ラントスル意思ヲ表示シテ相手方ニ於テ之ヲ承諾シタルトキハ賣買ナル法律行為ヲ生スレトモ賣買ヲ爲スノ目的ハ法律行為ノ要素ニアラス隨テ其目的ノ有無ハ賣買ナル法律行為ノ成立ニ毫モ關係セサルモノナリ若シ或一定ノ法律上ノ效果ヲ生セシムルコトヲ目的トスル行為モ亦法律行為ナリトセハ保險金ヲ取得スル目的ヲ以テ被保險人ヲ殺害スルノ行為モ處罰セラルヘキ目的ヲ以テ竊盜ヲ爲スノ行為モ法律行為ナリト云ハサルヘカラサル論結ヲ生スヘケレハナリ(ラヂニンドシヤイト氏民法論第一卷一六七頁)

法律行為モ意思表示ナル點ニ於テハ不法行為ト異ナル所ナシト雖モ不法行為ノ法律行為ニアラサル所以ハ何ソヤ曰ク不法行為ニ於テハ之ヲ實行スル當事者ニ於テ法律上ノ關係ヲ生セント欲スル意思ヲ有セスシテ寧ロ其關係ノ發セサランコトヲ希望スルモノナリ然ルニ法律ハ不法行為者ノ意思ニ反シ其行為

ニ伴フテ或法律上ノ效果ヲ生セシムルモノナレハナリ例ヘハ他人ノ身體財産名譽ヲ毀傷スルモノハ自ラ損害賠償ノ義務ヲ負擔センカ爲メニ其行為ヲ爲シタルニアラサルカ如キ是ナリ

第二節 法律行為ノ種類

第一 單獨行為及合意

單獨行為トハ一方ノ意思表示ノミニ因リテ法律上ノ效果ヲ生シ得ヘキモノニシテ或一定ノ人ニ對シテ發表スルモノト何人ニモ對セサルモノトノ別アリ前者ハ例ヘハ催告、追認、拒絕及ヒ契約ノ成立ニ關係ナキ通知ノ如キ是ナリ第一九條第六四條、第七九條第一一三條、第三六四條後者ハ例ヘハ財團法人ノ設立ヲ目的トスル寄附行為ノ如キ權利拋棄ノ如キ是ナリ(第三九條合意トハ二人以上ノ意思ノ合致ニ因リテ法律上ノ效果ヲ生スヘキモノニシテ双方ノ意思合致シテ始メテ締結セラルル法律行為ヲ云フ例ヘハ賣買、贈與ノ如シ)

第二 生前行為、死後行為

生前行為トハ法律行為ノ效力ノ發生カ當事者ノ死亡ニ關係ナキモノヲ云フ例
ヘハ贈與交換者クハ生前處分ニ於ケル寄附行為第四一條ノ如キ是ナリ之ニ反
シテ死後行為トハ法律行為ヲ爲セタル當事者ノ死亡ニ因リテ其行為ノ效力ヲ
生スルモノヲ云フ遺言遺贈ノ如キ即チ是ナリ

第三 有償行為無償行為

有償行為トハ當事者一方ノ義務ノ履行ハ相手方ヨリ對價ヲ得ヘキ法律行為ヲ
云フ例ヘハ賣買交換ノ如キ是ナリ無償行為トハ當事者一方ノ義務ノ履行ハ他
ノ一方ヨリ對價セラレサルモノナリ例ヘハ贈與使用貸借ノ如キ是ナリ

第四 要式行為無式行為

要式行為トハ法律ニ規定セル一定ノ方式ニ從ヒ意思ヲ表示セサレハ法律行為
ノ成立セサルモノヲ云フ例ヘハ遺言遺贈ノ如キ是ナリ第一〇六條第一〇六
七條第一〇七〇條以下無式行為トハ意思表示ノ方法如何ハ法律上ノ效力ヲ生
スル上ニ於テ何等ノ關係ヲ有セシメスシテ一ニ當事者ノ適宜ニ任スルモノヲ
云フ

第三節 法律行為ノ有效條件

法律行為ノ種類ハ前節ニ於テ略說シタレトモ其各法律行為ニ付テ之カ成立要
件ヲ述フルハ民法總則ノ範圍外ニ屬スルヲ以テ茲ニハ其大體ニ付テ説明スル
ニ止メントス

法律行為ノ根本的要件ヲ舉クレハ左ノ如シ

第一 當事者ノ意思

第二 適當ナル方法ニ於テ意思ヲ表示シタルコト

第三 當事者ノ行為能力

第四 法律ノ規定ニ違反セサルコト

是ナリ右ノ要件ヲ具備スル法律行為ハ有效ニシテ當事者ノ目的トスル法律關
係ヲ惹起スコトヲ得ヘシト雖モ若シ此要件中其一ヲ缺クトキハ或ハ無効ノ法
律行為トシテ法律上何等ノ效力ヲ生セサルモノト爲リ或ハ取消シ得ヘキ行為
トシテ僅ニ成立スルモノト爲ルナリ

凡ソ私法上ニ於テハ個人ノ意思ハ最大權力ナリトノ格言ハ或程度ニ於テ各國ノ立法例ノ確認スル所ナリ此格言ノ意義ハ私法上ノ法律關係ニ於ケル當事者ノ意思ヲ重シ其意思ニ從テ權利義務ノ範圍ヲ定ムヘク法律ノ規定ハ法律行為ノ當事者ノ意思ニ打勝ツコトヲ得スト云フニ在リ即チ或法律行為ニ付テ當事者間ニ特別ノ意思ヲ表示スルトキハ其間ノ權利義務ノ關係ハ當事者ノ意思ニ依リテ判斷スヘク特別ノ意思ヲ表示セサルトキニ限り法律ノ規定ニ從フヘキモノタリ蓋シ當事者間ニ於テ法律ノ規定ニ異ナリタル意思ヲ表示セサル所以ノモノハ法律ノ規定ニ從テ權利關係ヲ確定セントスル意思ヲ有スルモノニシテ法律ニ規定スル所ノ權利義務ノ關係ハ即チ當事者ノ豫期スル所ニ外ナラサルカ故ニ此場合モ亦法律ハ當事者ノ意思ヲ認メ之ヲ保護スルモノナリト云フコトヲ得ヘシ而シテ私法上ニ於テハ當事者ノ意思ニ依リテ遵奉ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ヘキ所謂任意の規定其多部分ヲ占ムルト雖モ當事者ノ意思ヲ以テ之カ服從ノ義務ヲ免ルルコトヲ許ササル強行の規定モ亦尠シトセス例ヘハ第四十五條第四十八條第五十一條第七十九條第八十二條第八十三條第九十條第

百三十一條、第三百三十二條、第三百三十三條、第四百十六條、第四百七十五條、第二百七十八條、第三百四十九條等ノ如キ是ナリ此等ノ規定ハ立法者カ公ノ秩序ヲ維持スルカ爲メニ公益上ノ必要ヨリ設ケタルモノナルカ故ニ個人ノ意思ヲ以テ其境界ヲ超越シテ或法律關係ヲ確定スルコトヲ許サス換言スレハ法律カ個人ノ意思ノ自由ヲ認メ其意思ニ依リテ法律關係ヲ確定セシムルハ公ノ秩序ニ關スル規定ニ反セサルコトヲ要件トスルモノナリ若シ此要件ニ於テ缺クルトキハ當事者ノ意思表示ハ法律上ノ保護ヲ受タルコトヲ得サルナリ(第九一條參照)

法律カ慣習ヲ認ムル程度及ヒ之ニ因リテ當事者間ニ於ケル權利義務ノ範圍ヲ確定セシムルノ趣旨ハ上ニ述ヘタル所ト同一ノ理由ニ因ルモノナリ且ツ當事者ニ於テ慣習ニ依ルヘキ意思アルコトヲ認メ得ヘキ場合ニ於テハ其慣習ニ從フヘキコトヲ規定シタルハ(第九二條)亦當事者ノ意思ヲ認メテ之ヲ保護スルニ外ナラサルナリ慣習トハ何ソヤ曰ク時ヲ異ニシテ發生シタル同一性質ノ事件ニ對シ同様ノ關係ヲ確定セシ規則ニシテ二人以上ノ間ニ遵奉セラルルモノナリ即チ慣習ノ要素ハ左ノ如シ

第一 二人以上ノ者ノ間ニ行ハルモノタルコト 自己單獨ニテ同一事件ニ對シ同様ノ方法ヲ繰返シタレハトテ相手方若クハ第三者ニ關係セサル以上ハ法律上ノ慣習ヲ生セサルナリ何トナレハ相手方ニ於テ認メサル慣行ハ嘗テ一度モ相手方ヲ拘束シタルコトナク隨テ或法律關係ヲ確定スル效力ヲ有セサレハナリ普通ニ慣習ト云フハ一地方若クハ一階級ニ行ハレ其地方ニ住シ又ハ其階級ニ屬スル人ハ之ヲ遵守スルコトヲ通例トス商慣習ノ如キ市街ニ於ケル特種ノ慣習ノ如キ是ナリ

第二 時ヲ異ニシテ發生シタル同一性質ノ事件ニ對シ同様ノ關係ニ於テ其順序ヲ定メタルモノナルコト 時ヲ異ニセサルトキハ慣習ヲ生セサルハ論ヲ埃タス且ツ異ナリタル事件ニ對シ同様ノ關係ニ於テ終局ヲ告ケタルコトアリトスルモ決シテ慣習ヲ生セサルナリ

法律行為ノ當事者カ法令中ノ公ノ秩序ニ關スル規定ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキ又ハ慣習ニ依ルヘキ意思ヲ有シタルトキハ其法律行為ノ效果如何之ニ付テハ法律行為ノ無効ナル場合ト法律行為ハ有效トシテ存在スルモ法令

ノ規定ニ依リテ其效果ヲ限定スル場合トアリ第一ノ場合ハ法令ニ規定スル禁止の條項ニ違反シテ意思ヲ表示シタルトキニ該當スヘキモノニシテ例ヘハ豫メ時効ノ利益ヲ拋棄スル契約ノ如キ共有物ヲ永久ニ分割セサル契約ノ如キ是ナリ第一四六條第二五六條第三四三條第三四九條參照第二ノ場合ハ當事者ノ意思表示ハ法令ノ規定ニ違反セルモ法令ノ力ニ依リテ其違反セル事項ヲ適法ノ範圍内ニ引直スコトヲ得ヘキモノニシテ例ヘハ五十年以上ノ存續期間ヲ以テ永小作權ヲ設定シタル契約ノ如キ十年以上ニ涉ル買戻期間ヲ定メタル契約ノ如キ二十年以上ノ存續期間ヲ以テ賃借權ヲ設定セシカ如キ是ナリ(第二七八條第五八〇條第六〇四條)

右ハ法律行為ノ當事者カ公ノ秩序ニ關スル規定ニ違反セル意思ヲ表示シタル場合ノミニシテ法律行為ノ目的ノ如何ハ毫モ論究セサルカ故ニ左ニ其目的ノ如何ニ依リテ法律行為ノ無効ト爲ル場合ヲ述ヘントス

茲ニ注意スヘキハ法律行為ノ目的ト法律行為ヲ爲スノ目的トヲ混同スヘカラサルコト是ナリ例ヘハ法律行為ノ一タル貸借ノ目的ハ貸主ノ目的ハ賃銀

ヲ得ルニ在リテ借主ノ目的ハ或物ヲ使用及ヒ收益スルニ在ルモノナレトモ貸借ヲ爲スノ目的ハ貸主借主ヲ異ニスルニ從ヒ各之ヲ異ニスルコトアリ即チ法律行為ノ目的トハ行為其モノノ要素ニシテ相互ニ分離スヘカラサルモノナリ而シテ不法ノ事項ヲ目的トスル意思表示ノ無効ナルハ勿論ナレトモ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為モ亦成立スルコトヲ許ササルヲ以テ法理トス公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項トハ何ソヤ公ノ秩序ニ反スル事項トハ國家カ公安維持ノ必要ヨリシテ規定シタル事項ニ違反シ又ハ社會ノ安寧ヲ害スルコトヲ云フモノニシテ例ヘハ阿片ノ賣買ノ如キ劇藥ヲ贈與スルカ如キ火藥ノ製造ヲ請負フカ如キ是ナリ善良ノ風俗ニ反スルトハ一般道德ノ上ヨリ觀察シテ判斷スヘキモノナルカ故ニ固ヨリ一ノ標準ナルモノナク且ツ社會道德ノ進歩ノ程度ニ因リテ適用ヲ異ニスヘキ性質ノモノナルヲ以テ實地問題ニ付テ其當否ヲ判定セサルヘカラサルモノナリ例ヘハ君ニ對シテ忠ニ親ニ對シテ孝ニ夫ニ對シテ貞ナルカ如キ事項ハ現今ニ於テハ善良ノ風俗ト云フヘキモノナリ故ニ君ニ對シテ忠義ヲ守ラス親ニ對シテ孝養ヲ盡

ササルカ如キコトヲ約シ若クハ貞操ヲ破フルコトヲ目的トスル契約ノ如キハ善良ノ風俗ニ反スルモノナルカ故ニ其效力ヲ生セサルモノトス(第九〇條)

第四節 意思表示

法律行為ノ因リテ起ル根本ハ吾人ノ意思ナリ然レトモ其意思ニシテ外部ニ發表セラレシムルハ法律上ノ效力ヲ生スルコトナキハ論ヲ瑛タス學者ノ間ニ於テハ意思ニ重ヲ置ク說ト表示ニ重ヲ置ク說トノ二様アリ前者ハ當事者ノ意思ニ重ヲ置キテ縱令表示アルモ眞意ニアラサル場合ニハ之ニ法律上ノ效力ヲ與ヘサルモノニシテ之ヲ名ケテ意思主義ト云フ後者ハ取引ノ安全當事者ノ便益ヲ主トシテ其眞意ニ反スルモ表示セラレタル形式ニ重ヲ置キ之ニ對シテ法律上ノ效力ヲ生セシムルモノニシテ之ヲ表示主義ト云フ而シテ各國ノ立法例ニ於テハ絕對ニ一方ノ主義ヲ採用セルモノナキカ故ニ其何レノ主義ナルヤヲ斷言スルコトハ甚タ困難ナリ然レトモ近世ノ立法例ハ主トシテ表示主義ヲ採用スルノ傾向アリ我民法ハ折衷主義ノ如シト雖モ寧ロ原則トシテハ表示主義ニ重

ヲ置ケルモノナリ余輩ハ意思表示ヲ説明スルニ當テ便宜ノ爲メ之ヲ左ノ數款ヲ分タントス

第一款 意思ヲ表示スル方法

羅馬ニ於テハ形式ヲ重シ單純ナル意思表示ノミニテハ法律上ノ效力ヲ生セシメタルヲ以テ原則トシ法定ノ方法儀式ヲ履テ表示シタル意思ニ對シ始メテ法律上ノ效力ヲ附與セリ不動產家畜奴隸等ノ重要物ハ單ニ引渡ノミヲ以テ所有權移轉ノ效力ヲ生セシテ種種鄭重ナル儀式ヲ履ムコトヲ必要トセリ又債權ヲ發生セシムル契約ニ關シテモ意思ノ合致ノミニテハ其效力ヲ生セシメスシテ一定ノ問答一定ノ書式要物契約等ノ種類アリテ其儀式非常ニ複雜ナリシカ中世ニ至リ交通ノ頻繁取引ノ發達ハ爲メニ此制度ハ漸次簡便ニ歸シ現今ニ於テハ全ク其跡ヲ絶ツニ至レリ即チ近世ノ立法例ニ於テハ原則トシテ單純ノ意思表示ノミヲ以テ法律上ノ效力ヲ生スルモノトシ一定ノ形式ニ依リテ意思ヲ表示スルコトヲ必要トスルモノハ甚タ稀ナリ會社契約ノ如キ遺言遺贈ノ如キ

即チ是ナリ

無式ノ法律行為ニ於ケル意思表示ノ方法ハ當事者ノ意思ヲ知ルコトヲ得ルヲ以テ足レリトスルモノナルカ故ニ表示方法ノ如何ハ法律上ノ效力ニ差異ヲ生セサルナリ即チ書面口頭符號若クハ行為ヲ以テスルモ可ナリ加之當事者ノ意思ヲ知ルコトヲ得ヘキ場合ニ於テハ默示ニテモ尙ホ法律上ノ效力ヲ生スルモノナリ他ノ行為ヲ以テ意思ヲ表示スル場合ニ之ヲ間接ノ意思表示ト名ケ此場合ハ更ニ之ヲ區別シテ論理上ノ結果トシテ當然他ノ意思表示ヲ知リ得ヘキモノト論理上ノ結果ニアラサルモ實驗上他ノ意思表示ヲ推定スヘキ場合トノ二様アリ前者ハ例ヘハ貸主カ借主ヨリ翌年度分ノ貸金ノ利子ヲ受取リタルトキハ貸主ハ之ニ依リテ間接ニ而モ論理上翌年ニ於テ貸借關係ノ繼續セルコトヲ承認シタリト云フコトヲ得ルカ如キ是ナリ後者ハ例ヘハ債權者ニ對シテ證書書替等ノ理由ニアラスシテ債務證書ヲ返還シタルトキハ債權者ヨリ債務ヲ免除セシムル意思ヲ表示シタルモノト看做スカ如キ是ナリ

默示ノ意思表示ノ有無ハ其當時ノ事情ニ依リテ認定スヘキモノニシテ豫メ原

則的之ヲ説明シ得ヘカラサルモノナリ然レトモ一般普通ノ人ハ同意セサルトキ反對ノ意思ヲ表示スヘキ場合ニ沈黙ヲ守ルモノアルトキハ同意シタルモノト看做スコトヲ得ルカ如キ又法律ハ或特種ノ場合ニ於ケル沈黙ハ意思ヲ表示シタルモノト看做シテ規定セルモノアリ例ヘハ無能力者カ能力者ト爲リシ時其相手方カ一个月ノ期間内ニ取消シ得ヘキ行爲ヲ追認スルヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ催告シタル場合ニ無能力者カ其期間内ニ確答セサルトキハ其行爲ヲ追認シタルモノト看做スカ如キ是ナリ(第一九條)

第二欸 意思表示カ有效ト爲ル要件

第一 表示セラレタル意思ハ眞ノ意思ナルコト
法律行爲ノ當事者ノ意思ハ表示セラレタル外形ノ言語若クハ行爲ト相一致セサルヘカラサルナリ若シ眞ノ意思ニ非サルコトヲ知リテ之ヲ表示シタルトキハ其表示ハ無効ナルヤ否ヤ是レ意思主義ト表示主義トヲ採用スルニ因リテ分岐スル所ナリ我民法ニ於テハ表示ニ重ラ置キテ眞意ニ非サルコトヲ知リテ之ヲ

小作權ノ上ニ抵當權ヲ有スル者カ永小作權ヲ取得スルトキハ抵當權ノ消滅ハ猶ホ前ノ理ト異ナルコトナシ然レトモ第三者ノ權利ニ影響スル場合ニ於テハ混同ニ因リ其權利ノ消滅セサルモノト爲スコトモ亦所有權ト他ノ物權トノ混同ノ場合ニ於ケルト異ナルコトナシ

以上混同ニ因リ權利ノ消滅スルコトハ占有權ニハ全ク之ヲ適用セサルモノトス(第一七九條第三項)是レ占有權ハ次章ニ説明スルカ如ク一種特別ノ性質ヲ有スル權利ニシテ同一人ノ手ニ於テモ他ノ物權ト並ヒ存シ互ニ相關係セサレハナリ

第二章 占有權

總論

占有ノコトハ古來諸國ノ立法例又ハ學說上ニ於テ種種ノ難問ヲ惹起シタルモノニシテ法律學中最モ有益ナル問題ナリトス占有權ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因リ之ヲ取得スルモノナリ故ニ羅馬法以來占有ハ二ツ

ノ要素ヨリ成立スルモノトセリ即チ體素(Corpus)及ヒ心素(Animus)是ナリ
占有ノ體素トハ人カ物ヲ所持スル事實上ノ關係ヲ云ヒ其心素トハ人カ物ヲ所
持スルニ付テ有スル意思ノ關係ヲ云フ故ニ體素即チ人カ現實ニ物ヲ所持スル
ト云フコトハ占有權ノ一要素ニシテ之ヲ缺クトキハ占有權ハ成立セス然レト
モ物ヲ所持スルコト云フコトハ唯之ヲ自己ノ權力内ニ置キ自由ニ處分スルノ位
置ニ在レハ十分ナルモノニシテ必スシモ物ヲ握持スルノ要ナキモノトス例ヘ
ハ倉庫中ノ物品ハ一一握持セスト雖モ其倉庫ノ開閉ノ權力ニシテ自己ニ存在
スル以上ハ庫中ノ物品ハ自己ノ占有内ニ在リト云ヒ得ヘキカ如シ占有ノ心素
即チ人カ物ヲ所持スルコトニ付キ有スル意思ノ關係ニ付テ羅馬法ニ於テハ所
有ノ意思ヲ以テ其物ヲ占有スルコトヲ必要トセリ故ニ其趣意ニ從ヘハ賃借人
又ハ賃權者ハ賃物又ハ賃借物ヲ所持スルニ相違ナキモ賃借人若クハ賃權者ト
シテ其物ヲ所持スルモノニシテ所有者トシテ所持スルモノニ非サルカ故ニ占
有ノ保護ヲ受ケサルモノトセリ我舊民法ハ財産編第百八十條ニ法定ノ占有ト
ハ占有者カ自己ノ爲メニ有スルノ意思ヲ以テスル有體物ノ所持又ハ權利ノ行

使ヲ謂フト規定シ有體物ニ關シテハ所有ノ意思ヲ以テ所持スルニ因リ始メテ
法定ノ占有ヲ生スルモノトセリ此點ハ羅馬法ノ主義ヲ繼承シタルモノノ如シ
然ルニ舊民法ハ同時ニ自己ノ爲メニ有スル意思ヲ以テスル權利ノ行使モ亦之
ヲ法定ノ占有ト認メタルカ故ニ賃物又ハ賃借物ノ占有ハ其物ノ上ヨリ云フト
キハ所有者トシテ之ヲ所持スルニ非サルヲ以テ法定ノ占有ヲ生セスト雖モ賃
權又ハ賃借權ハ之ヲ占有ノ目的ト爲スヲ得ルヲ以テ此點ヨリ云フトキハ賃權
者又ハ賃借人モ亦各其占有ノ保護ヲ受クルモノト云ハサルヘカラス
抑モ人カ物ヲ占有スル場合ハ之ヲ左ノ三様ニ區別スルコトヲ得

第一 自己ノ所有物トシテ占有スル場合

第二 他人ノ所有物ヲ單純ニ他人ノ爲メニ占有スル場合 例ヘハ雇人カ雇主
ノ物ヲ所持シ又ハ友人ノ物品ヲ偶然所持スルカ如キハ全ク事實上ノ占有ニ
過キサルカ故ニ之カ爲メニ何等法律上ノ保護ヲ受クルモノニ非ス舊民法ハ

此種ノ占有ヲ指シテ自然ノ占有ト稱セリ

第三 他人ノ所有物ヲ自己ノ爲メニ所有スル場合 即チ賃權者又ハ賃借人カ

質物又ハ質借物ヲ占有スル場合はナリ舊民法ハ此種ノ占有ヲ指シテ容假ノ占有ト稱セリ

新民法ハ羅馬法ノ主義ニ據ラスシテ占有ノ心素ハ占有者ニ所有ノ意思アルト否トヲ問ハス自己ノ爲メニスルノ意思アレハ即チ可ナルモノトセリ故ニ質權者又ハ質借人ノ如キモ敢テ所有ノ意思ヲ以テ質物又ハ質借物ヲ所持スルニ非スト雖モ其質物トシテ所持シ質借物トシテ所持スルハ即チ自己ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ所持スルニ外ナラサルカ故ニ此種ノ占有ニ對シテモ占有權ヲ生シ法律ノ保護ヲ受クルコトヲ得ルモノトセリ而シテ舊民法ノ如ク廣ク權利ノ行使ヲ以テ純然タル占有權ノ作用トセスシテ財產權ノ行使ハ之ヲ準占有トシテ保護スルコトトセリ(第二〇五條)

第一節 占有權ノ取得

民法第八十條ニ規定シテ曰ク「占有權ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルニ因リテ之ヲ取得ス」ト本條ハ占有權取得ノ原則ヲ掲クルト同時ニ占有

權ノ性質ヲ明カニシタルモノナリ本條ニ依レハ占有權ノ取得ニハ物ヲ所持スルコト及ヒ自己ノ爲メニスルノ意思即チ前段ニ述ヘタル體素心素ノ二要素ヲ必要トス自己ノ爲メニスル意思ナルヲ以テ舊民法ノ如ク必ス所有ノ意思ヲ必要トセス質權者質借人カ其實物質借物ヲ所持スルハ所有者トシテ所持スルニ非スト雖モ質權者質借人トシテ所持スルモノナルヲ以テ是レ亦自己ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ所持スルニ外ナラサルカ故ニ我民法ニ於テ占有權ヲ取得スルモノトセリ之ニ反シテ物ヲ所持スルト雖モ自己ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ所持スルニ非スシテ他人ノ爲メニスルモノナルトキハ占有權ヲ生スルコトナシ例ヘハ代理人カ本人ノ爲メニ或物ヲ所持スルカ如キハ自己ノ爲メニスル意思ナキヲ以テ占有權ヲ取得スルコトナシ

次ニ占有權ヲ取得スルニハ物ヲ所持スルコトヲ要ス故ニ其物ニシテ自己ノ權カ内ニ置カルルニ非サレハ縱令自己ノ爲メニスルノ意思アリト雖モ占有權ヲ生スルモノニ非ス

占有權ハ此ノ如ク物ノ所持ナル一ノ事實ト此事實ニ伴フ意思トニ因リ成立ス

ルモノニシテ他ノ普通ノ物權ノ如ク意思ノ表示ニ因リ設定セラルルモノト其趣ヲ異ニスルニ由リ或ハ占有ハ所得意思實行ノ事實ニシテ之ヲ權利ト云ハシヨリハ寧ロ一ノ事實ト稱スル方當ヲ得ントノ說アリ然レトモ既ニ法定ノ要素ヲ具備シタル占有ハ單獨ナル一ノ權利トシテ保護セラルル以上ハ我民法上ニ於テハ占有ハ一ノ權利ナルコト固ヨリ論ヲ俟タサル所ナリ

自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スル以上ハ茲ニ占有權ヲ生スルモノニシテ其意思ノ善惡又所持スルニ至リタル事實ニ關シ權原ノ有無ヲ問ハサルナリ例ヘハ占有者カ明カニ他人ノ所有ニ屬スル物ナルコトヲ知リナカラ自己ノ所有ト爲スノ意思ヲ以テ所持スルカ如キハ惡意ノ占有者ナリト雖モ猶ホ占有權ヲ取得スルモノナリ又他人ノ物ヲ盜ミ所持スルカ如キハ無權原ノ占有ニ外ナラスト雖モ是レ亦占有權ヲ取得スルモノナリ但シ惡意ノ占有者等ハ之ヲ善意ノ占有者等ニ比スルトキハ其有スル所ノ占有權ノ效力ニ差異アリ此事ハ後ニ占有權ノ效力ヲ述フルニ當リ説明スヘシ

占有權ノ目的物ニ關シテハ舊民法ニ於テハ有體物及ヒ權利ヲ以テ占有ノ目的

ト爲シタリ而シテ占有ノ意思ヲ以テ有體物ヲ所持スルコトハ即チ所有權ノ行使ニ外ナラサルカ故ニ概括シテ云フトキハ舊民法ハ權利ノ行使ヲ以テ占有權ノ目的ト爲シタルモノナリ然ルニ新民法ハ第八十條ニ物ヲ所持スル云云ト規定セリ而シテ新民法ニ所謂物ハ有體物ニ限ルヲ以テ第八五條新民法ニ於ケル占有ノ目的物ハ有體物ニ限ルコトト爲レリ而シテ財產權ノ行使ハ準占有トシテ規定セラレタリ

以上ニ述ヘタル如ク占有者ハ自己ノ爲メニスル意思ト物ヲ所持スルノ事實アリテ始メテ占有權ヲ取得ス而シテ凡ソ法律行爲ハ代理人ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ通則ト爲スカ故ニ占有權ノ取得モ亦代理人ヲ以テ之ヲ爲シ得ルハ論ヲ俟タス此事ニ關シテハ格別ノ規定ヲ要セスシテ明カナルモノトス然ルニ民法第八十一條ハ占有權ニ關シテニ代理取得ノコトヲ規定セリ是レ蓋シ占有權ハ自己ノ爲メニスル意思ノ外必ス其物ヲ所持スルヲ必要トスルヲ以テ或ハ物ノ所持ハ必ス占有者自身ニ爲スヘキコトニシテ所持ノ事實カ他人ニ存スル以上ハ占有權取得ノ要素ヲ缺クモノナリトノ見解ヲ採ル者アルニ由リ

法律ハ特ニ明文ヲ以テ占有權モ亦他人ニ依リテ取得スルコトヲ得ル旨ヲ規定シタルモノナリ蓋シ所持トハ前ニモ述ヘタル如ク必ス其物ヲ握持スルノ要ナク唯之ヲ自己ノ權力内ニ置ケハ可ナルモノニシテ代理人ハ本人ヲ代表シテ法律行為ヲ爲スモノナルカ故ニ代理人ノ所持スルト云フコトハ本人ノ權力内ニ在リト云フコトニ外ナラサルヲ以テ占有權ハ代理人ニ依リテ取得スルコトヲ得ルハ固ヨリ論ヲ俟タサルナリ舊民法財産編第九十條ニ物ノ所持又ハ權利ノ行使ハ之ヲ第三者ノ所爲ニ委スルコトヲ得但占有スルノ意思ハ占有ニ付キ利益ヲ得ント主張スル其人ニ存スルコトヲ要ストアリ占有ノ心素ハ本人ニ存スヘキコトヲ特ニ規定シタルカ故ニ一見スレハ新民法ト規定ノ間ニ效力ノ差異ヲ生スル感アリト雖モ所謂代理人ハ本人ヲ代表シテ法律行為ヲ爲スモノナルニ由リ代理人ノ意思ハ即チ本人ノ意思ヲ代表シタルモノニ過キサルカ故ニ代理人ニ依リテ取得スル場合ハ其取得セントスル意思ハ常ニ本人ニ存スト云フモ不可ナシ故ニ新舊民法トモ其規定ノ精神ニ於テ異ナル所アラサルナリ既ニ廣シ代理人ニ依リテ取得スルコトヲ得ト云フ以上ハ其法定代理人ト委任ニ因ル代理

人タルトヲ問ハス占有權ハ等シク代理人ニ依リテ取得スルヲ得ルモノタルヤ論ナク隨テ舊民法財産篇第九十條第二項ノ如キ明文ハ特ニ之ヲ要セサルナリ「占有權ノ讓渡ハ普通物權ノ讓渡ト趣ヲ異ニシ必ス其物ノ引渡ヲ待テテ始メテ讓渡ノ效力ヲ生ス（第一八二條第一項）既ニ總則ニ於テ述ヘタルカ如ク物權ノ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミヲ以テ效力ヲ生スルヲ原則トス然ルニ占有權ノ讓渡ハ當事者ノ意思表示ヲ要スル外尙ホ其物ノ引渡ヲ要スルモノトシ通則ノ例外ニ屬スルヲ以テ殊ニ第百八十二條ニ此點ヲ規定セリ蓋シ占有權ノ取得ニハ自己ノ爲メニスル意思及ヒ物ヲ所持スル事實ヲ要スルカ故ニ其權利ヲ移轉スルニ際シテモ其意思ヲ表示スル外尙ホ其所持ノ事實ヲ生セシメテ始メテ權利ヲ移轉ノ效力ヲ生スルハ占有權ノ性質ヨリ來ル當然ノ結果ニ外ナラス第百八十二條ノ占有物ノ引渡ハ占有權移轉ノ一要素ナルカ故ニ引渡ナキ間ハ占有權ノ移轉ナキモノニシテ之ヲ以テ總則第百七十八條ニ規定シタル動產ノ引渡ノ單ニ第三者ニ對抗力ヲ生スル條件ト混同スヘカラス

此ノ如ク占有權ノ讓渡ニハ引渡ヲ要スルコトヲ本則ト爲セトモ其占有物カ讓渡

ノ當時既に相手方ノ手ニ在ルトキハ引渡ノ手續ヲ爲シタルモ同様ナルモノナルヲ以テ更ニ引渡ヲ爲スノ要ナシ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ單ニ當事者ノ意思表示ノミヲ以テ讓渡ノ效力ヲ生スルモノトス(第一八二條第二項第一八三條)即チ相手方又ハ相手方ノ代理人カ現ニ其占有物ヲ所持スル場合ニシテ此場合ハ唯當事者ノ意思表示ノミヲ以テ占有權ノ效力ヲ生スルモノトセリ是レ舊民法ノ所謂簡易ノ引渡及ヒ占有ノ改定ニ相當スルモノナリ(舊民法財産編第一九一條)

第百八十三條ハ當事者ノ一方カ讓渡人タルト同時ニ讓受人ノ代理人タル場合ヲ規定シタルモノニシテ爾後本人ノ爲メニ占有スヘキ意思ヲ表示シタルトキハ其占有物ヲ本人ニ引渡サスト雖モ讓渡人自身ハ即チ本人ノ代理人ナルヲ以テ第百八十一條ノ本則ニ依リ本人ハ直チニ占有權ヲ取得スルモノトス但シ此場合ニ於ケル代理人ノ行爲ハ凡テ代理權限ノ範圍内タルコトヲ要スルハ勿論ナリ既ニ第百八十二條ニ於テ讓受人ノ代理人カ現ニ占有物ヲ所持スル以上ハ當事者ノ意思表示ノミヲ以テ占有權ノ讓渡ヲ爲シ得ルコトヲ規定シタル以上ハ第百八十三條ニ規定シタル場合ハ此中ニ包含セララルヘキモノナルヲ以テ別段ノ

規定ヲ要セスシテ明カナルカ如シ然ルニ第百八十三條ノ規定ヲ設ケタル所以ハ第百八條ニ依レハ何人ト雖モ同一ノ法律行爲ニ付キ其相手方ノ代理人ト爲ルヲ得サルニ因リ本條ニ於ケルカ如ク讓渡人ハ一方ノ當事者タルト同時ニ相手方ノ代理人タルタルコトヲ得サルヲ以テ殊ニ本條ノ規定ヲ設ケ占有權ニ關シ例外ヲ置キタル所以ナリ

第百八十四條ハ第百八十三條ノ變例ニ屬ス占有物カ代理人ノ手ニ存スル場合ニ於テ本人ト第三者トノ間ニ於テ占有權ノ移轉ヲ爲スニ際シ本人ハ其代理人ニ對シ爾後第三者ノ爲メニ占有スヘキ旨ヲ命シ第三者ニ於テ之ヲ承諾スルニ於テハ占有權ハ第三者ニ移リ前者ノ代理人ハ爾後後者ノ爲メニ占有スルコトト爲ルモノナリトス而シテ此場合ニ於ケル代理人ト第三者トノ關係ハ直接ノ關係ニ非スシテ複代理ノ關係ヲ生スルモノナリ

以上ニ於テ占有權ノ原則及ヒ占有權讓渡ニ關スル原則ヲ説明セリ以下更ニ普通ノ場合ニ於テ法律ノ認ムル占有ハ如何ナル性質ノ占有スルヤヲ研究スヘシ民法第百八十六條ハ規定シテ曰ク占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ善意平穩且公然

ニ占有ヲ爲スモノト推定ス。前後兩時ニ於テ占有ヲ爲シタル證據アルトキハ占有ハ其間繼續シタルモノト推定ス。ト本條ハ舊民法財産編第百八十六條乃至第百八十八條ニ相當スルモノニシテ普通ノ場合ニ於ケル占有ハ所有ノ意思ヲ以テスルコト善意ノ占有ナルコト平穩ノ占有ナルコト及ヒ公然ノ占有ナルコトヲ推定スルモノナリ。蓋シ權利者ハ其權利ヲ證明スヘキ責任ヲ有スルモノナルカ故ニ占有權ヲ主張スルモノハ之ヲ證明スヘキハ當然ナリト雖モ此證明ハ權利者ニ取リテハ極メテ困難ニシテ往往之ヲ證明スル能ハサルモノアルヲ以テ法律ハ人カ物ヲ所持スルニ當リ普通ニ有スル所ノ意思手段ヲモ想像シ以テ占有ノ性質ヲ推定セリ。即チ第一ニ占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ占有スルモノト推定セリ。是レ人カ物ヲ所持スルハ多クハ其所有者トシテ所持スルモノニシテ他人ノ所有物トシテ所持スルハ例外ニ屬スヘキモノナルヲ以テナリ。前ニ屬說明シタルカ如ク舊民法ニ於テハ有體物ニ關シ法定ノ占有タル效力ヲ生スルニハ所有ノ意思ヲ必要ト爲シタルカ故ニ所有ノ意思ナキ占有ハ容假ノ占有トシテ法律ノ保護ヲ受クルヲ得スト雖モ新民法ハ自己ノ爲メニスル意思アレハ可ナル

債權即チ舊民法ニ所謂人權ハ財産權ナリヤ否ヤ此點ニ付テハ多少議論ヲ免レス人ニ因リテハ債權ハ財産權以外ノモノヲモ包含スト主張スル者アリト雖モ予ハ此ノ如キ說ヲ採ラス又新民法モ此ノ如キ說ヲ採用セスト信ス新民法ハ事ロ債權ヲ以テ財産權ノ細別ト爲シ財産權ノ主タルモノハ物權及ヒ債權他ニ財産權アリト雖モ此二種ノ權利ハ財産權中ノ主タルモノナリ。ノ二種ナリトシ特ニ之カ爲メニ各一編ヲ置ケリ。即チ所謂債權ハ權利自體若クハ其權利ノ目的ノ處分シ得ヘキモノタラサルヘカラス此點ニ付テハ既ニ總則編ヲ講スルニ方リ之ヲ詳述シタリト雖モ此ニ一言スヘキハ立法者カ債權ナル語ヲ用ヒタル點ヨリ見ルモ之ヲ財産權ト視タルハ殆ト明カナリ。蓋シ支那ノ語ニ於テ債ト云フハ素ト借金ノ義ヲ有ス故ニ極メテ狹隘ナル意義ニ於テハ金錢ヲ借用シテ返還スヘキ者即チ金錢支拂ノ義務ヲ指スニ過キス而シテ此狹隘ナル意義ハ漸次擴張セラレタルカ如シト雖モ少クトモ之ヲ法律語トシテ使用スル場合ニ於テハ支那人ハ勿論日本人ト雖モ西洋ノ法律ヲ學ハサル者ハ財産權以外ノモノヲモ包含スヘシトハ思考セサルヘシ尤モ形容語トシテハ文債讀テ山ヲ成スト云ヒ即

テ文章ヲ草スヘキ約束ヲ果スコト能ハサル場合ニ於テ文債等ノ文字ヲ使用ス
レトモ是レ必スシモ債權ニアラス單ニ形容ノ文字タルニ過キヌシテ法律上ノ
名稱ニアラサルナリ當ニ支那ノミニアラス此ノ如キ用例ハ我邦ニ於テモ往往
聞ク所ニシテ例ヘハ俗ニ澤山借金ガアルト云フカ如キハ必スシモ債務ノ意ニ
アラスセテ多ク仕事ヲ約束セルノ意ナリ要スルニ形容語ト法律語トハ全然之
ヲ區別スルコトヲ要シ隨テ債權ハ法律上常ニ財產權ヲ意味スルモノナリト謂
ハサルヘカラス而シテ此ニ多少疑ハシキ場合ハ例ヘハ扶養ノ義務ヲ如シ即チ
扶養ノ義務ハ之ヲ裏面ヨリ觀察スレハ扶養ノ權利ニシテ此權利ハ果シテ債權
ナリヤ否ヤ前述ノ如ク債權ニシテ財產權タル以上ハ財產權ハ其權利又ハ其權
利ノ目的ノ處分シ得ヘキモノタルコトヲ要スルカ故ニ扶養ノ權利ハ其權利若
クハ其權利ノ目的カ處分シ得ヘキモノナリヤ否ヤヲ決セサルヘカラス然ルニ
此權利ハ處分スルコトヲ得サル權利ニシテ親ハ子ヲ養フ義務ヲ負ヒ子ハ親ニ
養ハル權利ヲ有セリト雖モ子ハ之ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得ヌ又親カ權利者
タル場合モ同一ナリ然レトモ此權利ノ目的ハ金錢ノ所有權又ハ米穀ノ所有權

其他生活ニ必要ナル物品ヲ給スルニ在リ故ニ之ヲ處分スルコトヲ得ヘシ隨テ
是レ又財產權ナリト謂ハサルヘカラス即チ債權ナリト謂ハサルヘカラス尤モ
此問題ハ理論上疑ヲ生シ得ヘキ問題タルニ過キヲシテ實際ニ於テハ未タ問題
ト爲レルヲ聞カス然レトモ予カ上ニ示セタル財產權ノ定義及ヒ債權ハ財產權
ニ限ルト斷言シタル點ニ對シ其範圍ト調和スルコトヲ得ルヤ否ヤハ一考ヲ直
スヘキカ故ニ此ニ一言セシノミ次ニ之ニ反シ作爲ノ義務ト雖モ債權ニ屬セザ
ルモノ掛シトセス例ヘハ夫婦同居スル權利義務ノ如シ此權利ハ等シク作爲ノ
權利之ヲ裏面ヨリ云ヘハ作爲ノ義務ニシテ其義務ノ間接ノ結果トシテ或ハ財
產上ニ影響スルコトアリ然ルニ是レ固ヨリ債權ニアラス即チ夫カ妻ト同居ス
ル權利妻カ夫ト同居スル權利ハ無論之ヲ處分スルコトヲ得ヌ例ヘハ今日別居
ヲ諾スルモ直チニ同居ヲ要ムルコトヲ得ヘク權利ノ目的モ亦之ヲ處分スルコ
トヲ得ヌ又家族ハ戸主ノ指定シタル場所ニ居住セサルヘカラス未成年者ハ親
權者又ハ後見人ノ指定シタル場所ヲ去ルコトヲ得ヌ此等モ亦間接ニ財產上ニ
關係ヲ生セサルニアラスト雖モ例ヘハ親權者カ今日小兒ノ居所ニ付テハ何等

ノ干涉ヲ爲サスト明言スルモ明日ニ至リ直チニ其居所ニ隣ヲ容ルルモ敢テ妨ケナレ何トナレハ其權利ヲ處分スルコトヲ得サレハナリ又其事柄自體ヲ處分スルコトヲ得サルハ更ニ言フヲ埃タサレハナリ故ニ此等ノモノハ總テ債權ニアラス隨テ財產權ニアラス他ハ之ヲ類推シテ知ルヘシ右ニ違フルカ如ク財產權ノ重ナルモノハ物權及ヒ債權ニシテ舊民法ノ如キハ財產權ヲ物權債權ノ二種ニ限レリト雖モ新民法ニ於テハ此ノ如キ主義ヲ採ラス隨テ物權債權ノ外特許權意匠權商標權著作權等ノ如キモ皆財產權ニ屬シ且ツ漸次文明ノ進步スルニ伴ヒ種種ナル財產權ヲ生スルハ勢ヒノ免レサル所ニシテ此等ノ權利ノ財產權タルコト論ヲ待タスト雖モ新民法ニ於テハ之ヲ以テ物權ニモアラス又債權ニモアラサル一種ノ財產權ナリトセリ是レ物權ノ規定ト債權ノ規定トヲ熟讀セハ自ラ明瞭ナル所ニシテ物權ハ物ノ上ノ權利ナリトノ主義ヲ採用セシ以上ハ到底右等ノ權利ヲ包含セシムルコトヲ得サルナリ舊民法ニ於テハ法文ハ稍々不明ナリト雖モ予ノ確信スル所ニ據リ又「ボアソナード」氏ノ說明ヲ咀嚼スルトキハ此ノ如キ權利ハ悉ク物權中ニ包含セララルカ

如シ尤モ「ボアソナード」氏ノ說明ハ判然此等ノ權利カ物權ニ屬スルコトヲ斷言セスト雖モ氏ハ之ヲ物權ニ屬セシムルノ意思ナリシコト爭フヘカラス殊ニ佛國一般ノ學說ニ於テモ亦之ヲ物權ト看做セリ而シテ新民法ニ於テハ財產權ヲ物權債權ノ二種ニ限ルノ主義ヲ採ラスト雖モ亦此二種ノ權利ヲ以テ財產權中ノ重ナルモノト爲セリ即チ民法中一般ノ財產權ニ關スル規定ナキニアラス例ヘハ總則編ノ如キハ一般ノ財產權ニ適用セララルモノナラス親族權ニモ亦適用セララル規定多シト雖モ物權并ニ債權ニ付キ特ニ各一編ヲ設ケテ詳細ノ規定ヲ爲シ所以ノモノハ畢竟他ノ財產權ハ物權債權ノ如ク重キヲ置クニ足ラス又純然タル私法上ノ問題トシテ之ヲ決スルコトヲ得サルモノアルヲ以テ先ツ私法上ノ財產權ハ物權債權ノ二種ナリト看做シタルニ外ナラサルナリ然ラハ物權ト債權トハ如何ナル點ニ於テ差異アルカ若シ漠然タル理論上ノ見解ヲ以テスレハ物權ハ物ノ上ニ直接ニ行ハル權利ニシテ債權ハ物ノ上ニ行ハル權利ニアラス唯或人ノ行爲ヲ要求スル權利ニ過キスト云フコトヲ得ヘシ物權ノ定義ニ付テハ頗ル議論アリト雖モ予ハ古來ヨリ行ハル物ノ上ニ直

接ニ行ハルル權利ナリトノ説ヲ以テ最モ正確ナリト信ス是レ既ニ物權編ノ歸義ニ於テ論シタル所ナルヲ以テ此ニ再説セス而シテ物ノ上ニ直接ニ行ハルル權利トハ物ヲ有スル者ハ其物ノ上ニ權利ヲ行フニ付キ更ニ他人ノ行為ヲ要セストノ意ニシテ其結果物ヲ有スル者ハ他ニ其物ニ付キ權利ヲ有スル者アルモ其權利ニシテ他人ノ行為ヲ經テ行ハルヘキ權利タル以上ハ之ヲ順スシテ自己ノ權利ヲ直接ニ行フコトヲ得ヘタ他ノ權利者ハ直接ニ其權利ヲ行フニアラスシテ間接ニ之ヲ行フモノナルカ故ニ直接ニ行ハルル權利ハ常ニ間接即チ他人ノ行為ヲ目的トスル權利ヨリモ強力ナリ而シテ他人ノ行為ヲ目的トスル權利トハ先ツ物ニ付テ之ヲ言ヘハ甲カ乙ニ對シテ一定ノ物ノ上ニ或權利ヲ設定セシムルノ權利ヲ有ストセンニ其權利ハ即チ債權ニシテ債權ハ時トシテ直チニ物權ヲ生スルコトアリト雖モ此ニハ物權ヲ生セサル場合ト假定シ其債權ノミヲ有スル甲ハ單ニ乙ニ對シテ其所有物ノ上ニ或權利ヲ設定セシムルノ權利ヲ有スルニ過キス此場合ニ於テハ甲ノ權利ハ直接ニハ唯乙ノ行為ヲ目的トスルノミニシテ乙カ其行為ヲ遂ケタル後甲ハ乙ノ所有物ノ上ニ直接ニ或權利ヲ行

フコトヲ得ルヤモ知ルヘカラスト雖モ今ハ物ノ上ニ直接ノ權利ヲ有セザルナリ然ルニ此ニ丙ナル者アリテ同シク乙ノ所有物ノ上ニ例ヘハ地上權若クハ賃權ノ如キ物權ヲ有ストセンニ此物權ハ物ノ上ニ直接ニ行ハルル權利ナルカ故ニ他人ハ斷シテ此權利ヲ侵スコトヲ得ス隨テ仮令甲カ乙ニ對シテ例ヘハ地上權ノ設定ヲ要求スル權利ヲ有スルモ又其權利カ如何ニ早ク發生シタリトスルモ丙カ既ニ地上權ヲ有スル以上ハ甲ハ丙ノ地上權ヲ侵スコトヲ得ス何トアレハ甲ハ直接ニ物ノ上ニ權利ヲ有セス唯乙ニ對シテ其物ノ上ニ權利ヲ要求スルコトヲ得ル間接ノ權利ヲ有スルニ過キサレハナリ即チ物權ニハ優[○]先[○]權[○]及[○]ヒ[○]追[○]及[○]權[○]ヲ包含セリ優先權トハ右ノ例ニ於テ乙ニ對シテ權利ヲ有スル者數多アリトセンニ其權利者ノ間ニ於テ何人ノ權利カ最モ先ニ行ハルルカヲ定ムルノ標準ニシテ物權ヲ有スル者ハ則チ此優先權ヲ有ス而シテ右地上權ノ如キモ等シク優先權ナリト云フコトヲ得ヘシト雖モ實際上優先權ノ問題ハ主トシテ債權者間ノ關係ニ於テ生スルモノナリ即チ此ニ甲ナル者アリ乙ナル者ニ對シ單ニ債權ノミヲ有セリトセンニ其債權ハ假令間接ニ物ノ上ニ權利ヲ有スルモノナリ

トスルモ直接ニハ唯乙ノ行為ヲ要求スルコトヲ得ルニ過キス然ルニ更ニ丙ナル債權者アリ其債權ノ擔保トシテ質權又ハ抵當權ヲ有セリトセシニ單ニ債權ノミヲ有スル甲ハ債權又ハ抵當權ヲ有スル丙ノ爲メニ一步ヲ先セラレザルコトヲ得ス例ヘハ乙カ一ノ不動產ヲ有シ而モ乙ノ財產ハ其不動產ノミニシテ其價額ハ一萬圓ニ過キス然ルニ甲モ一萬圓ヲ貸與シ丙モ亦一萬圓ヲ貸與シ而シテ丙ハ其不動產ニ付キ抵當權ヲ有スルニ拘ラス甲ハ之ニ對シテ何等ノ權利ヲ有セス此場合ニ於テ若シ乙カ任意ニ負債ノ辨濟ヲ爲サザルトキハ丙ハ其不動產ヲ賣却シテ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシト雖モ甲ハ毫モ辨濟ヲ受タルコトヲ得ス又假令其不動產ヲ一萬五千圓ニ賣却スルコトヲ得タリトスルモ乙ハ先ツ一萬圓ヲ受タルノ權利ヲ有スルカ故ニ甲ハ單ニ五千圓ヲ受タルコトヲ得ルニ過キス是レ即チ優先權ノ有無ニ因リテ生スル結果ナリトス次ニ追及權トハ右ノ例ニ於テ乙カ一ノ不動產ヲ有シ其價一萬圓以上ナリトセンニ甲ハ之ニ一萬圓ヲ貸與スルモ損害ヲ被ルコトナカルヘシト信シ之ニ一萬圓ヲ貸與シ更ニ質權又ハ抵當權ヲ設定セシメス然ルニ丙ハ等シク一萬圓ヲ貸與シタリト雖

模倣シタルハ誤謬ナリ故ニ日本法典ニ於テハ準契約ヲ改メテ之ヲ不當ノ利得ト爲シ犯罪及ヒ準犯罪ヲ改メテ之ヲ不正ノ損害ト爲シタル所以ナリ云々ト云ヘリ是レ蓋シ舊民法ノ羅馬法及ヒ佛國法ト異ナル主タル點ナリトス

第六 新法典

我新法典ハ各國ノ法制ニ鑑ミ債權ノ原因トシテ制限的ニ之ヲ列舉スルコトノ極メテ困難ナルコトヲ認メ單ニ第二章ニ契約第三章ニ事務管理第四章ニ不當利得第五章ニ不法行為ヲ規定シ其主要ナル原因ヲ掲グルニ止メタリ今新法典ト舊法典トノ異ナル點ヲ舉ゲンニ概テ左ノ如シ

(一) 舊法典ニ於テハ合意ナル文字ヲ用ヒテ當事者ノ意思ノ合致ニ基ク義務ノ原因ヲ示シタリト雖モ元來合意ナル文字ハ契約其者ヲ指示スルヨリハ寧ロ契約ノ要素タル當事者ノ意思ノ合致ヲ示スニ用フルヲ妥當トス且ツ歐洲各國ニ於テ合意ト契約トヲ區別セシハ種種ノ沿革アリテ然ルモノニシテ今日ニ於テハ理論上并ニ學說上之ヲ區別スルノ實益ナキコトハ既ニ學者ノ唱道スル所ナリ而シテ從來我國ニ於テハ債務ノ原因タル契約ト他ノ法律關係ヲ生セシムル

ヲ目的トスル合意トノ間ニ其用語ヲ異ニセス故ニ新法典ニ於テハ舊法典ノ合意ナル文字ヲ改メ契約ナル文字ヲ以テ之ニ代ヘタリ

(二) 舊法典ニ於テハ不當利得ノ中ニ事務管理ト純然タル不當利得トノ二者ヲ包含セリ思フニ學說上及ヒ理論上或ハ此主義ヲ正當ト爲スヘキカ如シ然レトモ元來事務管理ト純然タル不當利得トハ其性質及ヒ效果ニ於テ著シク異ナルカ故ニ新法典ニ於テハ獨逸民法第一草案ニ倣ヒ便宜上之ヲ分チテ獨立ノ一原因ト爲シ別ニ之ヲ規定セリ蓋シ事務管理ナルモノハ決シテ其利得シタルモノヲ償還スルノ債務ヲ生スルノミニ止マラス尙ホ其着手シタル管理ヲ繼續スルノ義務アリテ彼ノ純然タル不當利得ノ如ク現ニ受ケツアル利益ヲ償還スルノミニ止マラザレハナリ

(三) 舊法典ニ於テハ羅馬法及ヒ佛蘭西法等ニ於テ所謂犯罪及ヒ準犯罪ト稱セシモノヲ不正ノ損害ト改メテ之ヲ規定セシト雖モ元來不正ノ損害ヨリ生スル義務ハ犯罪又ハ準犯罪アリテ後生スルノ義務ニシテ所謂損害賠償ト云フ助出ノ義務ナリ之ヲ合意ヨリ生スル主出ノ義務ト同等ノ地位ニ置クハ穩當ナラス

又合意ヨリ生スル義務ハ始メヨリ其範圍明定セラレルト雖モ不正ノ損害ヨリ生スル義務ハ契約ヲ以テ豫メ之ヲ定メタル場合ノ外ハ裁判官ノ判定ニ一任セサルヘカラス斯ク性質ヲ異ニスルモノヲ同一原因中ニ排列セシハ舊法典ノ缺點ナリ是レ畢竟舊法典ニ於テハ行爲ノ結果タル損害ヲ以テ債權ノ原因ト爲シタルヨリ生スル非難ニシテ寧ロ初ヨリ其損害ノ原因タル行爲ヲ以テ債權ノ原因ト爲スニ於テハ他ノ債權ノ原因トノ權衡上決シテ不都合ナルコトナカリシナリ故ニ新法典ニ於テハ獨逸民法第一草案ニ倣ヒ之ヲ不法行爲ト爲シ債權ノ一原因ト認メタル所以ナリ

(四) 舊法典ニ於テハ法律ノ規定ナルモノヲ以テ別ニ債權ノ一原因ト爲シタリ蓋シ制限列舉法ノ主義ヲ採用スルニ於テハ此分類ハ免ルヘカザサルコトニシテ敢テ不都合ナルニアラスト雖モ前ニ述ヘタル如ク新法典ハ制限列舉法主義ヲ採用セスシテ單ニ其主要ナル債權ノ原因ヲ舉示スルノ主義ヲ採リタルカ故ニ彼ノ法律ノ直接ノ規定ニ因リテ債權ノ原因タルヘキモノハ凡テ之ヲ法典ノ各部ニ於テ規定スルコトト爲シ別ニ債權ノ一原因トシテ之ヲ列舉セサルコト

ト爲シタリ

以上述ヘタルカ如ク新法典ハ債權ノ原因ヲ制限のニ列舉セサルカ故ニ理論上法典ニ掲ケタル契約事務管理不當利得及ヒ不法行爲ノ外尙ホ債權ノ原因ノ存在スルコトヲ認メサルヘカラス今學理的ニ債權ノ原因ヲ列舉スルトキハ之ヲ大別シテ(一)法律行爲(二)無委任ノ事務管理(三)無原因ノ利得(四)不法行爲(五)法律ノ直接ノ規定ノ五種ニ分類スルヲ適當ナリト信ス

法律行爲ノ種類ハ一ニシテ足ラスト雖モ其最モ主要ナルモノヲ契約ト爲ス死後行爲即チ死亡ノ時ヲ期シテ效力ヲ生ゼシメントスル法律行爲例ヘハ遺言ノ如キハ相手方ノ受諾セサル一方ノ約束ナリト雖モ亦債權發生ノ一原因タルヲ失ハス其他契約ニ非サル法律行爲即チ片而行爲ニシテ債權ノ原因タルモノ雖モ單ニ事務管理ト云フトキハ委任ニ因ル事務管理ヲモ意味シ別段其利得シタルモノヲ返還スルノ債務ヲ生セサルモノヲモ包含スルノ嫌アリ故ニ其意味ヲ制限シ之ヲ無委任ノ事務管理ト云フヲ適當トス而シテ不當利得ナルモノハ其利益ヲ得

ルノ不當ナルニアラスシテ之ヲ返還セサルニ因リ始メテ不當ニ利得シタルモノト云フヘキモノナルカ故ニ單ニ其利得ヲ目シテ直チニ不當利得ト云フハ語弊アリト謂フヘシ學理上ヨリ之ヲ言ヘハ佛國法ノ「アンリツシツスマン、サン、コ」ト云ヘルニ倣ヒ寧ロ之ヲ無原因ノ利得ト爲スヲ以テ妥當ナリトス又不法行爲ハ前ニ述ヘタル羅馬法以來ノ犯罪準犯罪ヲ包含スルモノニシテ別ニ之ヲ喋喋スルノ必要ナシ而シテ法律ノ直接ノ規定ハ人爲ノ直接ノ作用ニアラスシテ法律ノ直接ノ作用ニ因リテ生スル債權ノ原因ニシテ法典ノ各部ニ散在シ散在之ヲ包括シテ規定スルコトヲ得ス例ヘハ親族編ニ於テ或親等ノ親族間ニ於ケル扶養ノ義務又ハ後見人ノ義務ノ如キ是ナリ

第二章 契約ノ定義

契約トハ私權ニ關シ法律上ノ效果ヲ生セシムルヲ目的トスル二人以上ノ間ニ於ケル意思表示ノ合致ナリ

左ニ之ヲ分説セン

第一 契約ハ二人以上ノ意思表示ノ合致ナリ

意思表示トハ獨逸語ノ「ウヴェルレンス」エルクレーレングラ云ヘルモノニシテ當事者ノ意思ノ外面ニ表ハレタルモノナリ而シテ契約トハ即チ二人以上カ互ニ其意思ヲ表示シ其表示セラレタル意思相合致セルモノヲ云フ既ニ二人以上ノ意思ノ合致ト云フ必スヤ何人カ之ヲ發議シ何人カ之ヲ受諾スルモノナラサルヘカラス其最初ニ發表セラレタル一方ノ意思表示ヲ申込ト云ヒ之ニ對スル他方ノ意思表示ヲ承諾トハ云フナリ而シテ其申込ト承諾トハ必スシモ書面口頭等明示ノ方法ニ依ルノミナラス又默示ノ方法ニ依ルコトアリ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ其商品ヲ送り之ヲ一定ノ代價ニテ賣却センコトヲ申込ミタルニ乙ハ之ニ對シ書面若クハ口頭ヲ以テ何等ノ回答ヲ爲サズ單ニ其商品ヲ留保シ之ヲ處分スルトキハ即チ一種ノ承諾アルモノニシテ尙ホ純然タル契約タルヲ失ハサルカ如キ是ナリ

第二 契約ハ二人以上ノ間ニ於ケル意思表示ノ合致ナリ
契約ハ必ス二人若クハ二人以上ノ當事者ヲ要ス蓋シ人ハ自己ニ對シ法律上ノ

義務ヲ受ケシムルコトヲ得ヘキ理ナク己カ己ニ對シ契約スルカ如キハ法理ニ於テ想像スル能ハサル所ナリ又其當事者ハ明定スルコトヲ要ス蓋シ社會一般ニ對シテ權利ヲ有シ或ハ社會一般カ義務ヲ負擔スト云フカ如キハ契約本來ノ目的ニ非サレハナリ而シテ契約ノ效果ハ其當事者間ニ止マリ當事者以外ノ者ニ效力ヲ及ボスモノニ非ス例ヘハ裁判所ニ於テ數人ノ判事カ合議シテ判決スルカ如キハ各其意思ヲ表示シ又一種ノ法律上ノ效果ヲ生スレトモ自己ノ權利義務ニ關スルニ非サルカ故ニ之ヲ契約ト稱スルコトヲ得サルモノトス此ノ如ク契約ノ當事者ハ二人以上ノ場合アリト雖モ其申込ト承諾トノ關係ニ付テハ當事者二人ナル場合ト異ナルコトナシ但シ當事者カ三人以上ナル場合ニ於テハ單ニ二人ノ意思合致アルモ若シ他ノ當事者カ承諾ヲ爲ササルトキハ契約成立セサルヲ原則トスレトモ其當事者ノ意思ニシテ他ノ者カ承諾セサルニ於テハ二人ノミニテ契約ヲ成立セシメント欲シタルコト明ナル場合ニ於テハ固ヨリ其意思ニ從ヒテ契約ヲ成立セシムヘキモノトス畢竟是等ハ當事者ノ意思如何ヲ順ルヲ要スルモノト知ルヘシ

第三 契約ハ私權ニ關シ、法律ノ效力ヲ生ゼシムルモノナリ

契約ノ效果ニ關シテハ古來各國ノ法制及ヒ學說ニ於テ種種ノ議論アリテ或ハ債務關係ヲ生ゼシメントスルモノニ限ルト爲ス者アリ獨逸ワングロー「サビニ」英アンソン「メイン」佛ボチエ「佛民法第一一〇一條」ルイジニヤ「民法第一七五四條和蘭民法第一三七九條參照或ハ債務關係ノ創設變更又ハ消滅ヲ生ゼシメントスルモノナリト説ク者アリ佛「ボードリー」ラカンチヌリ「伊國民法第一〇九八條參照或ハ債務關係ノ創設及ヒ物權ノ移轉ヲ生ゼシメントスルモノナリト論スル者アリ佛「オーブリー」「ロー」「ムーロン」參照或ハ債權ノ創設ヲ以テ主タル目的ト爲スモノナリト説ク者アリ舊民法財産編第二九六條第二項參照或ハ汎ク私法上ノ效果ヲ生ゼシメントスルモノナリト論スル者アリ獨「デルンブルヒ佛」アコラス參照蓋シ契約ノ原語ナル「コントラ」佛國語「ヘルトラ」獨國語等ノ文字ノ本來ノ意義ヲ尋ムレハ皆等シク主トシテ債務ヲ創設スル意思ノ合致ノミヲ指シタルモノナルヘシト雖モ元來斯ク契約ノ意義ヲ狹義ニ解釋セシハ其當時ニ於テ合意ト契約トヲ區別セシ沿革上ノ理由ニ基キタルモノニシテ今

日ニ在リテハ既ニ此區別ヲ爲スノ實益ナキコト前ニ述ヘタル如クニシテ近世ノ法律ニ於テモ其物權タルト債權タルトヲ問ハス當事者ノ意思ノミニ因リ之ヲ創設移轉變更若クハ消滅ヲモ爲シ得ルモノニシテ一般此等ノ意思表示ヲ稱スシテ法律行爲ト云ヒ其法律行爲中双面ノ行爲ニ屬スルモノヲ汎ク契約ト稱スルニ至レリ新法典ハ實ニ此主義ニ基キ別ニ契約ノ意義ヲ制限スルコトナク舊法典ニ於テ物權債權ヲ創設移轉變更若クハ消滅セシムルヲ目的トスル合意ト稱セシモノハ勿論其他總合物權債權ヲ創設移轉變更若クハ消滅セシムルコトナキモノト雖モ苟モ私權ニ關シ法律上ノ效果ヲ生ゼシメント欲スルモノナル以上ハ悉ク之ヲ契約ト爲ストセリ故ニ新法典ニ於ケル契約ハ獨リ債權發生ノ一原因ナルノミナラス亦債權ノ移轉變更若クハ消滅ノ原因タリ又物權ノ得喪變更及ヒ親族關係ノ創設消滅等ノ原因タルモノアリト云ハサルヘカラス第四 契約ハ法律上ノ效果ヲ生ゼシムルヲ目的トスルモノナリ當事者双方ノ者其意思ヲ表示スルト同時ニ其目的ヲ完了シ結果ヲ將來ニ生ゼサルモノハ之ヲ契約ト稱スルヲ得ス契約ニハ必ス將來ノ履行ナル思想ナクシ

ハアルヘカラス故ニ即時ニ行爲ヲ完了シ將來ノ效果ヲ生ゼサル法律行爲ハ契約ニ非サルナリ英國法ニ於テハ契約ヲ分チテ既行契約ト未行契約トニ區別シ之ヲ説明スルニ申込ト承諾トノ關係ヲ以テシテ(イ)申込承諾共ニ約束即チ當事者カ互ニ將來ノ履行ヲ約束スルニ存スルトキハ之ヲ未行契約ト云ヒ(ロ)申込カ所爲ニシテ承諾カ約束ナルトキハ(ハ)申込カ約束ニシテ承諾カ所爲ナルトキハ何レモ當事者一方カ契約ト同時ニ其義務ヲ履行セリ他ノ一方カ將來ニ義務ヲ負フモノニシテ共ニ之ヲ既行契約ト稱シ(ニ)申込承諾共ニ所爲ニシテ債權債務共ニ存在セス即時ニ其行爲ヲ完了スルモノハ之ヲ契約ニアラスト爲セリ此英國法ノ説明ハ探テ以テ契約ノ性質ヲ明ニスルニ足ルモノト云フヘシ要スル契約ハ法領即チ一方ヨリ他ノ一方ニ對シ又ハ双方ノ者相互間ニ或特定ノ行爲ヲ強要スル法律上ノ羈束力ヲ生スルコトヲ目的トスル法律行爲ヲ稱スルモノト知ルヘシ

第三章 契約ノ種類

契約ノ種類概チ八アリ然レトモ此八種ノ區別ハ各相容レサルモノニ非ス一契約ニシテ其八種中五種若クハ六種ヲ兼有スルモノアリ例ヘハ買賣契約ハ双務、有償諾成、不要式ノ契約ヲ兼有スルカ如シ

第一 雙務契約片務契約

雙務契約トハ當事者カ相互ニ債務ヲ負擔スル契約ヲ云フ例ヘハ量定物ノ買賣ニ於テ賣主ハ買主ヲシテ物件ノ所有者タラシムル義務アリ買主ハ賣主ニ對シ代價ヲ支拂フ義務アル場合ノ如シ其他交換、雇傭組合ノ如キ皆雙務契約ニ屬ス(舊民法財産編第二九七條第二項佛國民法第一一〇二條伊國民法第一〇九九條參照)片務契約トハ當事者ノ一方ノミカ他ノ一方ニ對シテ債務ヲ負擔スル契約ヲ云フ例ヘハ貸借ニ於テ借主ハ期限ニ至リ其借用物ヲ返還スルノ義務アル場合ノ如シ其他贈與、寄託ノ如キ皆之ニ屬ス(舊民法財産編第二九七條第三項佛國民法第一一〇三條伊國民法第一一〇〇條參照)而シテ契約ハ債權ヲ發生セシメント欲スルモノノミニ限ルノ主義ヲ採用スル時代ニ於テハ此雙務片務ノ區別ハ契約一般ニ通スル種別ナリト雖モ今日ノ法制ノ如ク契約ヲ以テ汎ク私法上ノ效果ヲ生

セシムルモノヲ包含スルニ於テハ契約ニシテ全ク債權ヲ發生セシメサルモノアルヲ以テ此種別ハ決シテ契約ノ全體ニ通スルモノニ非サルナリ佛國古法ニ於テ更ニ雙務契約ヲ分チテ完全ナル雙務契約ノ完全ナル雙務契約ノ二ニ細別シ契約ノ效果トシテ直チニ双方ニ債務ヲ生スルモノヲ完全ナル雙務契約ト云ヒ契約ノ效果トシテハ單ニ一方ニ債務ヲ生スルニ止マリ契約成立ノ後偶然ノ事故ニ因リテ他方ニモ亦債務ヲ生スルモノヲ不完全ノ雙務契約ト云ヘリ例ヘハ寄託ノ如キハ契約成立ノ當時ニ於テハ單ニ寄託ヲ受ケタル者カ其寄託物ヲ返還スルノ義務アルニ止マリ純然タル片務契約ナリト雖モ其寄託ヲ受ケタル者カ物件ノ保管中之ニ必要ナル支出ヲ爲シタルトキハ寄託者ニ對シテ之カ賠償ヲ請求シ其寄託者ハ亦之カ賠償ノ義務アリテ一見雙務契約ノ觀ヲ呈スレトモ其双方ノ義務ハ契約成立ノ當時ヨリ生シタルニ非スシテ契約成立後偶然ノ事故ニ因リテ生シタルモノナルヲ以テ之ヲ不完全ノ双務契約ト云フヘシト説ケリ然レトモ此場合ニ於テ補償ノ義務ナルモノハ必スシモ發生スルニ限ラス加之契約ノ雙務ナリヤ片務ナリヤハ契約成立ノ際ニ於テ決定スヘキコ

トニ屬シ契約成立後ニ至リ偶然ノ事故ノ爲メニ債務ヲ生スルヤ否ヤハ關係スル所ニ非ス補償ノ義務ノ如キハ不當利得等ノ關係ニ於テ生スルモノニシテ爲メニ其契約ノ性質ヲ變ジテ雙務契約ナリト爲スヘキモノニ非ス故ニ所謂不完全ナル雙務契約ハ其實片務契約ニ外ナラス其他代理動產質ノ如キ皆同シ契約ヲ雙務片務ニ區別スルノ效果ノ主要ナルモノハ即チ雙務契約ニ於テハ相手方カ辨濟期ニ達シタル時其債務ノ履行ヲ提供スルマテ自己ノ債務ノ履行ヲ拒絕スルコトヲ得ルモ片務契約ニハ此利益ナキコト是ナリ第五三三條蓋シ雙務契約ニ於テハ當事者カ互ニ義務ヲ負擔スルモノニシテ一方ノ義務ハ他ノ一方ノ義務ニ對シテ原因ト爲ルカ故ニ一方カ其債務ノ履行ヲ終ラサル間ハ相手方ハ之ヲ理由トシテ自己ノ債務ノ履行ヲ拒絕スルコトヲ得ルハ能ク當事者ノ意思ニ適ヒタルモノト云フヘシ

第二 有價契約、無價契約

有價契約トハ當事者双方互ニ出捐ヲ爲ス契約ヲ云フ例ヘハ賣買交換利息附貸借等ノ如シ舊民法財産編第二九八條第二項佛國民法第一一〇六條伊國民法第

- 一一〇一條和蘭民法第一三五〇條「ルイジアナ民法第一七六七條無償契約トハ當事者一方ノミ出捐ヲ爲ス契約ヲ云フ例ヘハ贈與報酬ヲ約セサル委任寄託使用貸借等ノ如シ舊民法財産編第二九八條第三項佛國民法一一〇五條伊國民法第一一〇一條和蘭民法第一三〇五條ルイジアナ民法第一七六六條而シテ其當事者一方ノ爲ス所ノ出捐ハ必スシモ其契約當事者ノ相手方ニ於テノミ之ヲ取得スルコトヲ要セス或ハ第三者ニ於テ之ヲ取得スルコトヲ得ヘシ故ニ利益ヲ得ルノ點ヨリ之ヲ觀察スレハ有償契約ニハ左ノ三種アリト云フヘシ
- (一) 當事者双方カ相互ニ利益ヲ給スル場合 例ヘハ甲ハ乙ニ金錢ヲ支拂フコトヲ約シ乙ハ甲ノ爲メニ或役務ヲ爲スヘキコトヲ約セタル場合ノ如シ
- (二) 當事者一方カ第三者ニ利益ヲ給シ他ノ當事者カ利益ヲ得サル場合 例ヘハ甲ハ乙ニ金錢ヲ支拂フコトヲ約シ乙ハ甲ニ約スルニ丙ノ爲メニ役務ヲ爲スコトヲ約スル場合ノ如シ
- (三) 當事者双方カ共ニ第三者ニ利益ヲ給スル場合 例ヘハ甲ト乙トカ互ニ約束シ甲ハ乙ニ約スルニ丙ニ金錢ヲ支拂フコトヲ以テシ乙ハ甲ニ約スルニ丁ノ

爲メニ役務ニ服スルコトヲ約スル場合ノ如シ
又無償契約ニモ左ノ二種アリ

- (一) 當事者一方カ利益ヲ得ル場合
(二) 第三者カ利益ヲ得ル場合

有償契約及ヒ無償契約ノ區別ハ雙務契約及ヒ片務契約ノ區別トハ極メテ相類似セルモノナルヲ以テ法制上及ヒ學說上屢之ヲ混同スルコトアリ現ニ佛國民法ニ於テモ雙務契約ノ定義中ニ「雙務契約トハ當事者ノ各一方ヲシテ或物ヲ與ヘ又ハ或事ヲ爲スコトニ服從セシムルモノナリ」トアリテ此服從ナル文字アルカ爲メニ佛國法學者中ニ或ハ雙務契約ハ常ニ有償契約ナリト云フカ如キ解釋ヲ下ス者アルニ至レリ然レトモ有償契約ハ必スシモ常ニ雙務契約ニ非ス或ハ片務契約ナルコトアリ例ヘハ利息附貸借ノ場合ニ於テ利息ヲ支拂ヒ期限ノ至リタルトキハ返還スルノ義務アリト雖モ貸主ノ責任ハ借主ノ所有權ニ對スルモノナルカ故ニ社會ノ一人トシテ之ヲ妨ケサルノ本分アルノミニシテ之ヲ義務ト

稱スルコト能ハス即チ此場合ニハ借主ノ一方ノミニ義務アリテ貸主ニ義務ナシ即チ一ノ有償契約ナレトモ雙務契約ニ非サルノ通例ナリ之ニ反シテ無償契約ハ常ニ片務契約ナレトモ如何ナル場合ニ於テモ決シテ雙務契約タルコトナシ例ヘハ贈與ノ如キハ單ニ一方ノミニ義務ヲ負ハシムルニ止マリ決シテ他方ニ義務ヲ生スルコトナキカ如シ而シテ契約ニハ其性質上必ス有償ナルモノアリ賣買(第五五條交換(第五八六條)貸借(第六〇一條)雇傭(第六二三條)請負(第六三二條)等ノ如キ是ナリ又其性質上必ス無償ナルモノアリ贈與(第五四九條)使用貸借(第五九三條)等ノ如キ是ナリ此ノ如キ契約ニ付テハ當事者ノ意思ヲ以テ其性質ヲ變スルコト能ハスト雖モ有償又ハ無償ヲ以テ其契約ノ特質ト爲ササルモノニ付テハ當事者ノ意思ヲ以テ契約ヲ有償ト定ムルコトヲ得ヘシ例ヘハ委任(第六四三條)寄託(第六五七條)等ノ場合ニ於テ報酬ヲ授受スルコトヲ約シ又ハ終身定期金(第六五七條)ニ付キ其元本ヲ授受スルコトヲ約スルカ如キ(第六九一條)ハ無償ヲ變シテ有償ト爲スモノナリ

契約ノ有償無償ヲ區別スルノ利益種種アリ(一)當事者ノ能力(二)方式(三)人ニ關ス

以テ二者殆ト同一ノ發生原因ヲ有スト云フコトヲ得且ツ遺言ノ結果ハ相續ノ效力ニ影響スルコト尠カラサルヲ以テ二者ヲ同一ノ編ニ規定スルハ便利ナリト認メテ相續編ニ遺言ノコトヲ規定シタルモノニシテ受遺者ヲ以テ相續人ト爲シタルニ非ス相續ニ關係ナキ遺言事項ニテモ亦此編中ノ遺言ニ關スル規定ヲ適用セラルヘキモノナルヲ見ルモ民法ハ必スシモ遺言ヲ以テ相續ノ一事項ト爲シタルニ非サルコトヲ知ルヘシ

以下民法規定ノ順序ニ從ヒ相續ノ開始ヨリ其結末ニ至ルマテノ大體ノ説明ヲ爲スヘシ

第一章 家督相續

此章ハ法文上第一節總則第二節家督相續人第三節家督相續ノ效力ノ三節ニ分ルルヲ以テ本講義モ之ニ從フ

第一節 總則

本節ニ於テハ家督相續ノ開始スル原因開始ノ時開始ノ場所回復請求權ノ時效及ヒ費用ニ關シテ規定セリ以下之ヲ説明セシ

第一 家督相續開始ノ原因

家ナルモノハ一ノ小ナル團體ナリ既ニ一ノ團體ヲ爲ス以上ハ内ニ於テハ之カ統轄ヲ爲ス者ナカルヘカラス外ニ向テハ又其家ヲ代表スル者アルヲ必要トスルカ故ニ家アレハ必ス戸主ナカルヘカラス是ヲ以テ一家ノ戸主タル地位ニ空缺ヲ生シタルトキハ必ス代リテ其地位ニ當ル者ナカルヘカラス家督相續ハ此必要ニ因リテ起ルモノナリ一言ニシテ之ヲ蔽ヘハ家督相續開始ノ原因ハ前戸主カ戸主タル身分ヲ喪失スルコトニ在リ但シ茲ニ注意スヘキハ前戸主カ戸主タル身分ヲ失フト同時ニ其家カ廢家又ハ絶家ニ歸スル場合ニ於テハ家督相續ノ起ラサルコトハ言フ俟タス何トナレハ家ナクシテ戸主ヲ要スルノ理ナケレハナリ

民法ハ家督相續開始ノ原因ヲ規定スルニ以上ニ述ヘタル如キ概括的ノ規定ヲ探ラズシテ列舉的ノ條文第九六四條ヲ設ケタルカ故ニ其規定ニ從ヒ其原因ヲ列

學説明スヘシ

(い) 戸主ノ死亡 死亡ハ人格其者ヲ消滅セシムルモノナルカ故ニ人格ニ伴フ身分ヲモ失ハシムルハ勿論ナリ隨テ戸主カ死亡シタルトキハ茲ニ家督相續ヲ開始ス此ニ死亡トハ獨リ事實上ノ死亡ノミヲ指スニ非スシテ法律ニ於テ死亡シタルモノト看做ス場合モ亦包含スルモノナリ故ニ戸主カ失踪ノ宣告ヲ受ケテ法律上死亡ト看做サル場合ニ於テ家督相續ノ起ルハ當然ノ結果ナリ

(ろ) 戸主ノ隱居 戸主ハ隱居ニ因リテ戸主タル身分ヲ脫スルコトヲ得ルハ親族編ノ規定スル所ナリ故ニ戸主ノ隱居ハ家督相續ノ原因ナリ(第七五二條)

(は) 戸主ノ國籍喪失 戶籍法ニ依レハ日本ノ國籍ヲ有セサル者ハ本籍ヲ定ムルコト能ハサルヲ以テ戸主ニシテ日本ノ國籍ヲ失ヒシトキハ依然トシテ其戸籍ニ居ルコトヲ得ス既ニ戸籍ヨリ排除セラタル者ハ其家ノ戸主タルヲ得サルヲ以テ日本ノ國籍ヲ失ヒシ戸主ハ之ト同時ニ其身分ヲモ失フ隨テ戸主ノ國籍喪失ハ家督相續開始ノ原因ト爲ラサルヘカラス舊民法ニ於テハ戸主カ國籍ヲ喪失シタルカ爲メニ家督相續ノ開始スルコトヲ認メス是レ舊民法ハ戸主カ國

籍ヲ失ヒシトキハ同時ニ其家ハ廢家ト爲リ推定家督相續人タル者ハ前戸主ノ家族ト共ニ別ニ一家ヲ創立ストノ規定ナルヲ以テ其間ニ空缺ト爲リシ戸主ノ地位ナカリシヲ以テナリ隨テ家督相續ノ問題起ルノ餘地ナシ新民法ハ其規定ヲ變テ戸主カ國籍ヲ失フモ爲メニ其家ノ廢家ト爲ルコトヲ認メスシテ唯國籍ヲ有セサル者ハ戸主ト爲ルコト能ハサルカ故ニ其結果トシテ戸主ナキニ至ルヲ以テ茲ニ家督相續ノ必要起ルナリ

(に) 戸主カ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因リテ其家ヲ去リタルトキ 法律行爲ノ取消ハ其效力ヲ既往ニ遡ラシムルハ我民法ノ認ムル原則ナリト雖モ婚姻及ヒ養子縁組ノ取消ニ付テハ其效力ヲ既往ニ及ホササルコト民法ノ明定スル所ナリ蓋シ此場合ニ於テモ猶ホ取消ノ效力ヲ既往ニ及ホサシメンカ第三者殊ニ子ノ利益ヲ害スルコト非常ニ大ナルヲ以テナリ而シテ入夫婦姻ニ因リテ戸主ト爲リシ者又ハ養子カ家督相續ヲ爲シ戸主ト爲リシ者ハ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ其家ニ入リタルモノナルカ故ニ或事故ノ爲メニ其婚姻又ハ養子縁組カ取消サレタルトキハ其家ニ在ルコト能ハスシテ自ラ戸主タル身分ヲ失フヘシト

雖モ其取消ハ效力ヲ既往ニ及ホササルヲ以テ入夫又ハ養子ハ取消ノ日マテハ其家ノ戸主ニシテ取消ノ日ヨリ始メテ戸主タル身分ヲ失フモノナリ故ニ戸主ノ職缺ヲ生スルヲ以テ家督相續開始ノ原因ト爲ルモノナリ

(は) 女戸主ノ入夫婦姻 舊民法ノ規定ニ依レハ入夫婦姻ノ場合ニ於テハ婚姻中其入夫ハ戸主ヲ代表シテ其權ヲ行フト雖モ入夫自身ニ戸主ト爲ルニ非ス故ニ入夫婦姻アルモ家督相續ハ起ラザリシナリ然ルニ新民法ハ第七百三十六條ニ於テ入夫ハ入夫婦姻ニ因リテ其家ノ戸主ト爲ルコトヲ定ムルカ故ニ茲ニ戸主ノ更替起リ隨テ家督相續ノ開始原因ヲ爲スモノナリ但シ茲ニ注意スヘキハ第九百六十四條ヲ一見スレハ入夫婦姻ハ何時ニテモ家督相續開始ノ原因ナルカノ如ク見ユルモ此條ハ普通ノ場合ニ付テ規定ヲ設ケタルモノニシテ第七百三十六條ノ但書ニ依リテ當事者ノ意思ヲ表示シテ入夫ヲ其家ノ戸主ト爲サザリシトキハ女戸主ハ依然トシテ其戸主タル身分ヲ保有スルヲ以テ家督相續ノ開始セサルコトハ詳シク論スルノ要ナシ

(へ) 入夫ノ離婚 養子ハ戸主ト爲リタル後ニ之ヲ離縁スルコトヲ得サルハ民

法ノ規定スル所ナレトモ入夫ハ戸主ト爲リタル後ニ於テ離婚ヲ爲スコトヲ禁セサルヲ以テ協議上離婚ヲ爲スコトヲ得ヘク又訴ニ依リテ離婚ヲ爲スコトヲモ得ルナリ而シテ婚姻ニ因リテ他家ニ入リタル者ハ離婚ニ因リテ實家ニ復籍スルコトハ又民法ノ規定スル所ナルヲ以テ入夫ニシテ戸主タル者カ離婚シタルトキハ茲ニ戸主ノ空位ヲ生シテ家督相續ノ必要起ルナリ但シ入夫ニシテ戸主ニ非サル者カ離婚シタル場合ニ家督相續ノ起ラサルコトハ女戸主ノ入夫婚姻ノ場合ニ付キ述ヘシト同一ナルヲ以テ更ニ論スルノ必要ナシ

第二 相續開始ノ時期

第九百六十四條ニ「家督相續ハ左ノ事由ニ因リテ開始スト明言シアリテ前述ノ家督相續開始ノ原因ヲ列舉シアルカ故ニ此條文ハ獨リ家督相續開始ノ原因ヲ定メタルノミニ非スシテ又其開始スル時期ヲ定メタルモノナリ即チ本條ニ列舉シタル事實ノ發生シタル時ニ於テ家督相續ハ開始セララルモノナリ此開始ノ時期ヲ確定スルコトハ相續ニ關スル問題ニ在リテハ重要ノコトニシテ殊ニ次ノ如キ點ニ於テ其必要アルモノナリ

一 相續人ノ資格ノ有無ハ相續開始ノ時期ニ於ケル現狀ニ依リテ定ムヘキモノナルカ故ニ其當時ニ於テ現ニ存在セシヤ否ヤ將タ其當時ニ於テ現ニ被相續人ノ家族ナリシヤ否ヤ若クハ其當時ニ於テ優先ノ家督相續人ナカリシヤ否ヤ等ハ直チニ相續人ト爲リ得ルヤ否ヤノ問題ノ決セラルヘキ基礎ト爲ル

二 家督相續ノ效力ハ相續開始ノ時期ヨリ發生スルモノナリ故ニ其時期ノ何時ナリシヤハ相續人カ取得シ又ハ負擔スヘキ權利義務ノ範圍ニ影響スルモノナリ

三 相續財産ノ分離ナルコトハ相續ノ開始シタル時ヨリ一定ノ期間内ニ請求セサルヘカラス故ニ其時期ノ確定ハ期間ヲ計算スル上ニ關係ヲ有スルモノナリ」相續開始ノ原因中戸主ノ隱居國籍ノ喪失等凡テ死亡ノ場合ヲ除クノ外ハ法律上一定ノ手續アリテ始メテ生スルモノナルヲ以テ其手續ノアリタル時カ即チ相續開始ノ時ナリト云フヲ得ルモ死亡ナル原因ニ付テハ他ノ原因ノ如ク其何レノ時ニ在リシカラ知ルハ容易ナラサルコトアリ若シ戸籍吏カ主管スル公ノ帳簿ニ記載ヒラレタル所ノ死亡ノ日附ヲ以テ死亡ノ時期ヲ確定スル證據力ヲ

有スルモノトセハ多クノ場合ニ於テ問題ハ容易ニ決シ得ルモ若シ公簿ニ記載
シアル死亡ノ日時カ其時期ヲ確定スル證據力ナシトセシナラハ普通ノ證據方
法ニ依リテ證明ヲ爲ササルヘカラス佛國民法ノ下ニ於テハ學者ノ議論一致セ
ス而シテ多數學者ノ論スル所ニ依レハ死亡證書ニ記載シタル死亡ノ年月日時
ハ死亡ノ時期ヲ確定スル力ヲ有セサルモノト云ヘリ蓋シ佛國民法ニ於テハ死
亡證書ニハ死亡ノ年月日時ヲ記載セサルヘカラサルノ規定ナキヲ以テ戸籍吏カ
法律ノ命セサル記載ヲ爲スモ之ニ因リテ法律上ノ推定ノ生スルコトナシト爲
シタルナリ然レトモ我國ニ於テハ死亡ノ届書ニハ死亡ノ年月日時ヲ記載スル
コト必要ナリトシ戸籍法第一二五條戸籍吏ハ其届書ニ依リ身分登記簿ニ登記
スルモノナルヲ以テ身分登記簿ニ登記シタル死亡ノ年月日時ハ法律ノ命スル
所ニ依リテ記載セラレタルモノナリ故ニ届書カ不正ナリト云フ反證ノ舉ラサ
ル限リハ其記載シアル死亡ノ時期カ相續開始ノ時期ヲ定ムル有力ナル證據ト
爲ルモノナリ

一時ニ多數ノ死亡者アリテ其死亡シタル前後明カナラサル場合ニ於テハ外國

民事訴訟法 (自第三編至第五編)

法學士 岩田 一 郎 講述

上 訴

緒 論

民事訴訟法ニ於テ上訴ト稱スルハ訴訟當事者カ上級裁判所ニ對シ一ノ裁判所
ノ裁判ニ付キ不服ヲ申立ツル方法ヲ云フ不服ヲ申立ツルトハ訴訟當事者カ一
ノ裁判所ノ裁判ニ付キ満足ヲ得サルカ爲メ其裁判ノ破毀若シハ變更ヲ求ムル
コトヲ云フモノナリ

民事訴訟法ニ於テ上訴ヲ設ケタル目的ハ一ハ公正ナル司法ノ目的ヲ達シ以テ

確實ニ訴訟當事者ノ利益ヲ保護セシムルカ爲メトハ裁判ノ統一ヲ計ルトニ在リ
蓋シ一ノ裁判所カ訴訟事件ヲ處理スルニ方リ其裁判所ノ裁判官ニ錯誤又ハ過
失ナシト云フコトヲ得サルヲ以テ一ノ裁判所ノ裁判ハ常ニ正當ナリト云フヲ
得ス是ヲ以テ上級裁判所ヲシテ其裁判ノ當否ヲ審査セシメ其裁判ノ不當ナル
場合ニハ之ヲ破毀變更スルコトハ公正ナル司法ノ目的ヲ達シ以テ確實ニ訴訟
當事者ノ私法上ノ利益ヲ保護スル點ニ於テ極メテ必要ナリトス然レトモ民事
訴訟ハ素ト一私人ノ私法上ノ利益保護ヲ以テ目的トスルモノナレハ縱令一ノ
裁判所ノ裁判カ不當ナル場合アルモ訴訟當事者カ之ニ満足スルトキハ國家ハ
求メテ之ニ干渉ヲ試ムルモノニアラス故ニ上訴ハ當事者ノ満足セサル裁判ニ
對シテノミ之ヲ許スモノナリ而シテ當事者ヲシテ満足セサル裁判ニ對シ何回
ニテモ無制限ニ上訴ヲ許ストキハ敗訴シタル訴訟當事者ハ常ニ上訴ヲ爲スニ
至ルヘク從テ其終局ナキニ至ルヲ以テ民事訴訟法ハ之ニ制限ヲ附シ一ノ訴訟
事件ニ付キ三個ノ裁判所ノ外裁判ヲ受クルコトヲ得サルモノトセリ
次ニ上訴ノ目的ハ裁判ノ統一ヲ計ルニ在リ一國ニ多數ノ裁判所アル以上ハ各

裁判所ハ場合ニ依リ法律ノ解釋又ハ法律ノ適用ヲ異ニスルコトアルハ免ルヘ
カラサル所ナルヲ以テ國家ハ司法ノ統一ヲ計ル爲メ一國ニ最高唯一ノ裁判所
ヲ設ケ訴訟當事者ヲシテ之ニ上訴スルコトヲ得セシメタリ
上訴ハ上級裁判所ニ對シテ爲ス不服申立ノ方法ナリ是故ニ故障再審ノ訴ハ上
訴ニアラス如何トナレハ故障再審ノ訴ハ裁判ヲ爲シタル裁判所ニ不服ヲ申立
ル方法ニシテ同一裁判所ヲシテ一ノ訴訟事件ニ付キ再度ノ審理ヲ爲サシム
ルモノナリ一ノ裁判所ノ裁判ニ付キ上級裁判所ニ對シテ不服ノ申立ヲ爲スモ
ノニアラサレハナリ

上訴ヲ分チテ三種トス控訴上告及ヒ抗告是ナリ控訴上告ハ一ノ裁判所ノ終局
判決ニ對スル不服申立ノ方法ニシテ抗告ハ一ノ裁判所ノ決定又ハ裁判長ノ命
令ニ對シテ爲ス不服申立ノ方法ヲ云フ今三種ノ上訴ニ付キ其性質ヲ畧言スレ
ハ左ノ如シ

一 控訴ハ第一審裁判所ノ終局判決ニ對シテ爲ス不服申立ノ方法ニシテ第一
審判決ノ事實ノ認定法律ノ適用ニ付キ審査セシムルヲ目的ト爲ス

二 上告ハ第二審裁判所ノ終局判決ニ對スル不服申立ノ方法ニシテ法律ノ適用ノミニ關シ審査セシムルヲ目的ト爲ス

三 抗告ハ訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經スシテ却下シタル裁判其他民事訴訟法ニ於テ特定シタル決定命令ニ對シテ爲ス不服申立ノ方法ニシテ控訴及ヒ上告ニ依ル不服申立ノ方法ヲ補充シ又ハ之ヲ簡易ナラシムルヲ目的ト爲ス

第一章 控訴

控訴トハ第一審裁判所ノ終局判決ニ満足セザル訴訟當事者カ上級裁判所ニ對シ其判決ヲ自己ノ利益ニ變更スルコトヲ求ムルヲ云フモノナリ訴訟當事者カ上級裁判所ニ對シ第一審判決ノ變更ヲ求ムル意思表示ヲ控訴申立ト云フ

控訴申立ヲ爲スコトヲ得ル裁判所ハ第一審裁判所カ從屬的關係ヲ有スル上級裁判所ニシテ事物ノ管轄ノ上ヨリスレハ地方裁判所カ第一審トシテ爲シタル判決ニ對シテハ控訴院區裁判所ノ判決ニ對シテハ地方裁判所ナリトス土地ノ管轄ノ上ヨリスレハ第一審ノ終局判決ヲ爲シタル裁判所ノ所在地ヲ管轄スル直

近上級裁判所ナリトス控訴ノ訴訟ニ付キ裁判ヲ爲スヘキ裁判所ハ第二審裁判所ニシテ其裁判所ヲ控訴裁判所ト稱ス

控訴ハ訴訟全體ヨリ觀察スルトキハ一個ノ訴訟ノ一部ナリト雖モ下級裁判所ノ裁判ノ一部ニアラス下級裁判所ニ於ケル訴訟手續ハ其裁判所ノ終局判決ニ依リテ完結スルモノニシテ控訴ニ於テ爲ス訴訟手續ハ一ノ新ナル訴訟手續ナリトス故ニ控訴審ニ於ケル訴訟手續ハ訴訟當事者ノ意思表示即チ控訴申立ニ依リテ開始セララルモノニシテ訴訟當事者ノ意思表示ナキニ拘ラス上級裁判所カ自ら進シテ控訴ニ於ケル訴訟手續ヲ開始スルヲ得ス訴訟當事者ノ意思表示ニ依リ始メテ不服申立アリタル判決ヲ審査シ其訴訟事件ニ付キ裁判ヲ爲スノ義務ヲ生スルモノトス

第一節 控訴提起ノ條件

控訴ハ第一審ノ終局判決ニ對シテ訴訟當事者ヨリ申立ツルコトヲ得ルモノナリ故ニ控訴ノ客觀的條件トシテ第一審ノ終局判決ニ對スルコトヲ要シ主觀的

條件トシテハ訴訟當事者ヨリ申立ツルコトヲ要ス左ニ之ヲ分説スヘシ
第一 第一審ノ終局判決ニ對スルコトヲ要ス
終局判決トハ審級ノ爲メ訴訟ノ全部又ハ一部ヲ完結スル判決ヲ云フ而シテ區
裁判所ノ爲シタル終局判決又ハ地方裁判所カ第一審トシテ爲シタル終局判決
ナルトキハ全部判決タルト一部判決タルト間ハス又通常訴訟手續ニ依リタ
ルト特別訴訟手續ニ依リタルモノト間ハス控訴申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ然
レトモ例外トシテ終局判決ニテ控訴ヲ許サレサルモノアリ即チ左ノ如シ
一 訴訟費用ノ點ニ限リタル裁判(第八二條) 訴訟費用ノ點ニ限リタル裁判ニ
對シテハ獨立シテ控訴ヲ申立ツルコトヲ得ス然レトモ本案ノ裁判ニ對シテ控訴
ヲ提起シタル場合ニ於テハ費用ノ點ニ限リタル裁判ニ對シテモ共ニ控訴ヲ申
立ツルコトヲ得ヘク又相手方カ本案ノ裁判ニ對シテ控訴申立ヲ爲シタルトキハ
其控訴ニ附帶シテ費用ノ點ニ限リタル裁判ニ對シテモ控訴ヲ申立ツルコトヲ
得ルモノトス

二 關席判決第二四六條以下ニ關席判決ニ對シテハ關席者ヨリ故障申立ヲ爲ス

コトヲ得ルヲ以テ控訴ヲ許ササルモノトス然レトモ特定ノ場合ニ限リ關席判
決ニ對シテ控訴ヲ申立ツルコトヲ得ルモノナリ即チ故障ヲ許ササル關席判決
ニ對シテ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキニ限リ控訴ヲ申立ツルコトヲ得
ヘシ第三九八條故ニ控訴申立ヲ爲スコトヲ得ル關席判決ノ要件ハ次ノ如シ
(イ) 故障ヲ許ササル關席判決ナルコト 故障ヲ許ササル關席判決トハ全ク
故障ノ申立ヲ爲スコトヲ得サル關席判決ヲ云フモノナリ故障期間經過ノ爲メ
又ハ故障ノ拋棄若クハ取下ニ因リ故障ノ申立ヲ爲スコトヲ得サルニ至リタ
ル關席判決ノ如キハ茲ニ所謂故障ヲ許ササル關席判決ニアラス茲ニ故障ヲ
許ササル關席判決ト云フハ關席判決ニ對シ故障ヲ申立テタル原告若クハ被
告カ口頭辯論期日ニ出頭セサルカ爲メ故障棄却ノ言渡ヲ爲シタル新關席判
決第二六三條及ヒ原狀回復ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テ其申立人カ期日ヲ
懈怠シタルカ爲メ言渡サレタル關席判決第一七七條第二項ヲ云フモノナリ
(ロ) 懈怠ナカリシコトヲ理由トスルコト 即チ下級裁判所カ事實上及ヒ法
律上ノ關係ニ於テ不當ニ懈怠アリトシテ關席判決ヲ言渡シタルコトヲ理由

トスルトキニ限ル例ハ出頭セサル當事者カ適當ニ呼出サレサルトキ(第一六一條事件ノ呼上ナクシテ期日カ開カレタルトキ第一六三條又ハ關席判決ノ申立ナキニ拘ラス關席判決ノ言渡アリタル場合ノ如キ是ナリ
右二ノ條件ヲ備ヘタル關席判決ニ對シテハ訴訟當事者ハ控訴ヲ申立ツルコトヲ得ルモノトス
以上述ヘタル二個ノ終局判決ヲ除キ其他ノ終局判決ニ對シテハ控訴申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ
控訴ハ終局判決ニ對スルモノナルカ故ニ中間判決決定命令等ニ對シテハ申立ツルコトヲ得ス唯法律ハ例外トシテ特種ノ中間判決ニ限リ控訴申立ヲ許セリ即チ左ノ如シ
一 妨訴抗辯ヲ棄却スル中間判決 妨訴抗辯ノ提出アリタル爲メ裁判所カ特ニ判決ヲ爲ス場合ニ於テ妨訴抗辯ヲ理由アリトスルトキハ訴却下ノ判決ヲ爲ササルヘカラス從テ其判決ハ終局判決ナルヲ以テ控訴申立ヲ爲スヲ得ルヤ論ヲ埃タス然レトモ妨訴抗辯ハ獨立セル防禦方法ナルヲ以テ其防禦方法ヲ理由

羅馬法

ドクトエール、
アンドロワ、
ザユモラール 講述

東京大學學生 五來欣造 口譯

緒言

予ハ本學年ニ於テ羅馬法ヲ講述スヘシ今本論ニ入ルニ先チテ羅馬法ノ研究ハ如何ナル點ニ於テ必要且ツ有益ナルカヲ一言セシ
羅馬法ノ研究ハ當ニ諸君ノ一般智識ノ上ニ於テ有益ナルノミナラス法學研究ノ上ニ於テ特ニ必要ナリトス蓋シ羅馬法ハ當ニ人類智識上ノ卓越シタル紀念物タルノミナラス近世法律ノ淵源ハ全ク茲ニ在ルアレハナリ故ニ近世ノ法律即チ日本其他文明國ノ法律ニ於テハ一トシテ羅馬法ノ原則ヲ含有セサルハナ

シ勿論羅馬法ヲ研究スルモ直接ニ之ヲ適用シテ裁判スルコト能ハスト雖モ間接ニハ訴訟ノ裁判ヲ爲スニ當リテ最モ適當ナル判斷ヲ下スノ材料ヲ得ルコト蓋シ疑ヲ容レサルナリ彼ノ佛國民法ノ編纂者タル「トレイヤ」氏曰ク「羅馬法ハ極メテ公正ニ又極メテ幽邃ナル原則ヲ含ムト同時ニ又極メテ明確ナル格言ヲ包含スルカ故ニ能ク羅馬法ノ原則ニ通スルトキハ法律ノ適用上極メテ好結果ヲ得ヘシ即チ羅馬法ヲ研究シテ其觀念ヲ有スルトキハ法律ヲ正用スルノ一大勢力ナルコトヲ斷言スルコトヲ得ヘシ」ト蓋シ羅馬法ヲ研究スルトキハ羅馬法ハ人類ノ實際的生活ニ關シテ人性ヲ最モ巧ニ映寫シタルモノナルコトヲ知リ得ヘシ故ニ羅馬法ノ研究ハ諸種ノ道理ノ眞偽ヲ判斷スル上ニ於テ極メテ必要ナリト謂フヘキナリ要スルニ裁判上極メテ疑ハシキ場合ニ論理的ニ且ツ公平ニ判斷スルノ力ヲ吾人ニ與フルモノナリ

羅馬法ノ制定セラレタルハ固ニ古シ然ルニ仍ホ之ヲ研究スルノ必要ナルハ恰モ日本ニ於ケル文學ヲ研究センニハ古代ノ支那文學ヲ知ラサルヘカラサルカ如ク又歐洲ニ於ケル文學ヲ研究センニハ古代ノ希臘羅甸ノ文學ヲ研究セサル

ヘカラサルカ如シ羅馬法ヲ知ラスシテ現今ノ法律ヲ究メント欲スルモ亦難イカナ

以上陳述スル所ニ依リテ羅馬法研究ノ有益且ツ必要ナルコトヲ知ラレタルナラン是ヨリ本題ニ入リテ講述セントス

第一編 司法制度

予ハ先ツ羅馬ノ司法制度及ヒ訴訟手續ヲ講述シ次ニ實體法ノ研究ニ移ルヘシ凡ソ司法制度ノ存在セシニハ必ス其前提トシテ司法權ノ存在ヲ認メサルヘカラス司法權トハ國家ヨリ私人間ノ爭訟ヲ裁斷スルカ爲メニ與ヘラレタル權力ナリ司法權ニ由リテ一私人間ノ爭ヲ決スルニハ復タ一ノ前提ヲ爲ササルヘカラス即チ社會ノ稍々進歩シテ一私人カ自己ノ權利ヲ侵害セラルルニ當リ國家ノ力ヲ藉ラスシテ自ラ其權利ノ主張ヲ爲スノ意思ヲ有スルニ至ラサレハ司法權ヲ生セサルコト是ナリ此事タルヤ社會學上私裁判制度ト稱シ社會ノ發達ニ伴ヒテ最モ夙ク制定セラルルモノナリ羅馬ニ於テモ亦此制度ハ最モ夙ク發達

シタリキ然ルニ漸次一私人ノ權利ノ發達スルト同時ニ此裁判制度ノ發達スルニ至リ此私裁判制度ノ不完全ナルコトヲ發見シ遂ニ各個人ノ權利ヲ保護スルカ爲メニ司法權ヲ認メタリ此司法制度ノ起ルニ當リテ如何ナル人カ裁判ヲ爲シタルカ其職權ハ如何ナリシヤ又如何ナル場所ニ於テ如何ナル時ニ裁判セシヤニ付テ少シク攻究スル所アラントス

司法權既ニ認メラレ司法制度既ニ生シタルモ其裁判制度ハ今日ノ裁判制度トハ大ニ異ナリシナリ蓋シ羅馬法ニ於テハ實際上未タ近世法律ニ於ケルカ如キ三權分立ト謂フヘキモノナク裁判官モ單ニ司法權ノミヲ與ヘラレタルニ非ス即チ純然タル裁判官ニ非サリシナリ

訴訟手續ニ於テモ亦近世法律トハ大ニ其原則ヲ異ニセリ即チ羅馬法ニ於テハ訴訟手續ハ法律ノ出發點タリキ近世法律ニ於テハ之ト異ナリテ訴訟手續ハ實體法ノ適用ニ過キス此點ハ羅馬法ヲ研究スル上ニ於テ最モ緊要ナル點ナリ其他此原則ノ結果トシテ種種近世法律ト異ナリタル所アリ逐次之ヲ述ヘン

近世法律ニ於テハ各個人カ權利ヲ蹂躪セラレタルトキハ其權利ヲ主張スルニ

付キ裁判所ニ向テ如何ナル訴訟ヲモ提起スルコトヲ得即チ一般的ニ訴訟ヲ爲シ得ルモノトス然ルニ羅馬法ニ於ケル訴訟手續ハ各個ノ權利ニ伴ヒテ各個特別ナル名稱ト特別ナル適用トヲ有シタリ又近世法律ニ於テハ若シ權利ノ蹂躪セラレタルトキハ原告ハ其權利ヲ主張スルニ始終一個ノ訴訟手續ニテ可ナリト雖モ之ニ反シテ羅馬法ニ於テハ一ノ權利ヲ主張スルニ付テモ數多ノ訴訟手續ヲ用ヒサルヲ得サリシナリ是レ第一ノ差異ナリ

次ニ近世法律ニ於テハ一定ノ訴訟手續ヲ要シ必ス之ニ依ラサルヘカラス然ルニ羅馬法ニ於テハ何レノ訴訟手續ニ依ルカニ付テ原告ニ選擇權アリシ是レ第二ノ差異ナリ

又羅馬法ニ於ケル訴訟手續ハ近世法律ニ見ルヘカラサル最モ注目スヘキ一ノ緊要ナル效用ヲ爲セリ何ンヤ曰ク近世法律ニ於テハ訴訟手續ハ唯權利ノ主張ニ要スル外形上ノ形式ニ過キスト雖モ羅馬法ニ於テハ權利ノ形式ニ非スシテ權利ノ實體ヲ爲シタルコト是ナリ即チ羅馬法ハ權利ト訴訟手續トヲ混淆セリ換言セハ訴訟手續ハ權利ノ一部分ヲ成セリト謂フコトヲ得ヘシ蓋シ訴訟手續

ト權利トノ混淆ハ何レノ國ニ於テモ開化ノ初期ニ於テハ有リ得ヘキコトニシテ羅馬法ニ於テモ亦此混淆ヲ免レサリシナリ而シテ羅馬法ニ於テハ前ニ一言シタル如ク各個ノ權利ハ又各個特別ノ訴訟手續ヲ有セリ其手續ハ其權利ヲ主張スルニ際リ訴訟人ハ必ス之ニ依ラサルヘカサリシナリ以テ訴訟手續ハ權利ニ從屬シテ離ルヘカラサルモノナリシコトヲ知リ得ヘシ

羅馬法ノ司法制度ハ實ニ古來羅馬ニ存在セル一ノ制度ニ基キタルモノナリ此古代ノ制度ニ依ルトキハ裁判ハ法官マジストラ^{Magistratus}及ヒ裁判人^{Judex}ジューデノ二人ニ依リテ爲サレタリ羅馬法ハ復タ此區別ニ隨ヒタルモノナルカ故ニ凡テ訴訟ハ大別シテ二種ト爲スコトヲ得

第一 法官ニ向テ爲ス所ノ訴

第二 裁判人ニ向テ爲ス所ノ訴

即チ是ナリ

近世法律ニ於テハ裁判權ハ總テ一機關ニ屬セシメ訴訟ノ全部ニ付テ裁斷スルノ權限ヲ與フレトモ羅馬ニ於テハ前述ノ如ク其機關二ナリキ此二機關ハ一ノ

訴訟ニ付テ各特別ナル職務ヲ充タセシナリ且ツ法官ハ公權ヲ有スル所ノ官吏ニシテ裁判上ノ事項ノ外ニ行政上ノ事項ヲモ取扱ヒタルモノナリ而シテ此法官ハ訴訟ノ終始及ヒ其進行ヲ監督シ訴訟ノ目的ヲ定メ或場合ニ於テハ自ラ其訴訟ヲ裁決セリ若シ裁判官自ラ其訴訟ヲ裁決セサルトキハ之ヲ裁判人ニ引渡セリ

裁判人ハ一私民ナリ此裁判人ハ訴訟事實ノ根本ニ付テ調査シ其訴訟ノ判決ヲ言渡セリ裁判人ハ現今英佛等ニ於ケル陪審官^{Jury}ニ稍類似セリ裁判人ハ各特別ナル事件ニ付テ權力ヲ與ヘラレタルモノニシテ其事件ノ審理ニ關與スル場合ニハ^二チニラ^スト^一謂フ一ノ宣誓ヲ爲スコトヲ要セリ然レトモ羅馬ニ於ケル裁判人ハ近世法律ニ於ケル陪審官ヨリ其權限頗ル廣大ナリシナリ近世法律ノ陪審官ハ何レモ裁判官ト同時ニ裁判スルモノナリ然ルニ羅馬ニ於ケル裁判人ハ其專行ヲ以テ裁判セリ又近世法律ノ陪審官ハ唯事實ノ判斷ヲ爲スニ過キサレトモ羅馬ノ裁判人ハ其實上ノ事項タルト法律上ノ事項タルトヲ問ハス總テ判決ヲ與ヘタルモノナリ又近世法律ニ於ケル陪審官ハ裁判ノ言渡ヲ爲スコ

羅馬ノ司法制度ニ依ル裁判官ハ左ノ如シ

第一法官　羅馬ノ法官ニハ數多ノ階級アリ而シテ近世ノ法官ト異ニシテ其實格ニ於テ政治上ノ權力行政上ノ權力及ヒ司法上ノ權力ヲ收攬セリ故ニ司法權

◎ 第 壹

[illegible]

校外生規則摘要

- 一 講義録ハ毎月二回發行シ滿一今年ヲ以テ卒業トス
- 一 講義録ハ之ヲ三部ニ分ツ其發行定日左ノ如シ
 - 第一部 毎月 五日 二十日
 - 第二部 毎月 十日 廿五日
 - 第三部 毎月 十五日 三十日
- 一 月謝金ハ全部壹圓、各一部四十錢トス但シ入學金ヲ要セス
- 一 校外生ハ本校講議會、討論會ニ出席傍聴スルコトヲ得及ヒ本校ノ出版ニ係ル書籍雜誌ハ特別ノ廉價ヲ以テ購求スルコトヲ得
- 一 校外生全部卒業證書ヲ有スル者ハ試験ノ上校內生三年級ニ編入セラルルコトヲ得
- 一 校外生ハ講義録中ノ疑義ニ付キ質問スルコトヲ得
- 一 但シ返信用郵券ヲ封入スルコトヲ要ス
- 一 三個月以上月謝不納ノ者ハ退學者ト看做ス
- 一 月謝ハ東京飯田町郵便支局佛和佛法律學校會計係トスヘシ

明治廿二年十二月九日內務省許可

明治三十三年二月十六日印刷

明治三十三年二月二十日發行

發行所 東京市四谷區四谷仲町三丁目六番地
小田 幹治 郎

印刷者 東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地
金子 銀五 郎

印刷所 東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地
金子 活版所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 和佛法律學校

(電話番町百七十四番)