

和仏法律学校講義録

中山, 成太郎 / 竹井, 耕一郎 / 若槻, 禮次郎 / 中島, 玉吉

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

1-4

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

45

(発行年 / Year)

1901-12-20

（明治三十四年十一月四日第三種郵便物認可 每月二回）
明治三十四年十二月二十日發行

三十五年度 第一學年



和佛法律學校講義錄

和佛法律學校發行

第四號



第一學年第四號目次

法學通論(頁五二) 法學士 中島 玉吉

憲法(頁五三) 法學士 竹井耕一 郎

民法總則自第四章(頁四七)至第六章(頁六八) 法學士 若槻禮次郎

民法物權自第一章(頁二五)至第六章(頁五八) 法學士 中山成太郎

雜報 ○帝國議會開院式○外國貿易前年對照概表

090
1902
1-1-4

治ヲ行フ手段タルニ過キサレハナリ予ハ國家ノ目的ヲ定ムルニハ國家發生ノ起源ニ遡ラサルヘカラスト信ス國家發生ノ源ハ一面ニ於テハ人類ノ相愛スルノ性ニ基因スルモノナリト雖モ他ノ一面ニ於テハ生存競爭ナリ生存競爭トハ自己ノ存在即チ自存ノ謂ニ外ナラス然リ而シテ國家ノ發生ハ自存ニ在リト謂フコトヲ得ヘクンハ其目的モ亦自存ニ在リト謂フヲ得ヘキナリ多數ノ學者ハ國家ノ目的ニアリ即チ一ハ國家自身ノ存在ニシテ一ハ直接間接ニ個人ノ利益ヲ保護シ幸福ヲ増進スルニ在リト論セリ此說ハ予輩ノ上來說述セル所ノモノト敢テ相容レサルモノニ非ス何トナレハ國家ハ如何ニ獨立ノ人格ヲ有スルモノナリトスルモ其基礎ハ私人ノ集合ナリ故ニ私人ノ幸福ヲ保護シ之ヲ教育シ之ヲ開發スルハ國家自身ノ存在ニ缺タヘカラサルモノナレハナリ但國家カ一個人ノ幸福ヲ圖ルハ國家ノ目的夫レ自身ニ非スシテ其目的ヲ達スル手段ナリ例ヘハ良將カ士卒ヲ愛撫シ或ハ之ヲ訓練スルハ其訓練又ハ愛撫其モノヲ目的トスルニ非スシテ他日事アルノ時ニ敵ノ侮ヲ防クヲ目的ト爲スカ如シ

第七 國家ノ定義

法學通論 本論 法律 國家

國家トハ機關ヲ有スル人ノ集合體ニシテ人格ヲ有シ一定ノ目的ノ爲メニ一定ノ領土内ニ於テ命令強制ヲ行フモノナリ

第二節 法律ノ觀念

法律ノ觀念ニ關シテモ學說極メテ多ク今一之ヲ舉示スルコト能ハス故ニ其重ナルモノヲ掲ケ終ニ予ノ單見ヲ述ヘントス

第一 神意說

神意說トハ宇宙間ノ總テノ法ハ皆神ノ意思ニ出ツルモノニシテ法律ハ其一部ナリト説明スルモノナリ此說ハ較レテ二ト爲ル

(一)ハ直接啓示說ニシテ神カ直接ニ法ヲ作り人類ニ與ヘタルモノナリトノ思想ニ基ケリ之ヲ法律ノ歴史ニ案スルニ印度ノ「メヌ」法典ハ「ブラーマー」ト稱スル上帝ヨリ授カリ「モーセス」ノ十戒ハ「イホバ」ト稱スル神ノ直接ニ與ヘタルモノニシテ「コーラン」ハ「モハメド」カ「カナリユル」ト稱スル神ヨリ受ケ波斯ノ「プロアスタ」ト「アウラマスタ」法典ハ「アウラマスタ」ト稱スル神ヨリ授ケラレタルモノナ

リト傳フ夫レ此ノ如ク神カ法典ヲ作りテ人類ニ與ヘタリトノ思想ハ法律歴史上ニ極メテ多ク散見スル所ナリ然リト雖モ此等ノ觀念ハ惟フニ或ハ英雄起リ國家ヲ統一シテ法ヲ立ツルニ當リ名ヲ神意ニ籍リ人民ノ服従心ヲ強ウセントシ或ハ未開ノ人民社會的ノ德義ニ乏シキカ故ニ生前ノ制裁ヲ恐ルルヨリハ神明ノ冥罰即チ死後ノ制裁ヲ恐ルルコト大ナルヲ以テ一ニハ法ノ制裁力ヲ強固ナラシメンカ爲メ法源ヲ神意ニ歸シタルモノナラン

(二)ハ間接啓示說ニシテ此說ニ依レハ法ハ神意ニ基クモノナリト雖モ神ハ直接ニ法ヲ作ラヌシテ人ヲシテ之ヲ制定セシムルモノナリ是ヲ以テ法ヲ制定スルニ至ル原因法ヲ行フノ力及ヒ人カ之ニ服從セサルヘカラサル理由ハ皆神ニ基クモノナリト云テニ在リ而シテ此觀念ハ既ニ希臘時代ニ存シ羅馬法ニモ亦存在セシ所ニシテ就中世羅馬教ノ盛ナル時代ニ在リテハ一般ニ歐洲ニ唱道セラレタリ「セントオーガスタン」ト「マスアクイナス」ノ二人ハ此學說ノ普及ニ與リテ大ニ力アリタリ近世ニ至リテモ「スピノサ」(スター)等ハ猶ホ此說ヲ維持セリ吾人ハ此說ノ當否ヲ判斷スルコト能ハス抑モ事物ハ原因結果ノ法ニ由リ

ヲ支配セラル萬有ハ一定不變ノ法則ニ從フト雖モ其一定不變ノ萬有法則ハ果シテ神意ニ出テタルモノナリヤ又原因ノ原因ニ廻リテ事物ノ第一原因ハ他ノ原因ナクシテ存在スルモノナリヤ否ヤ此第一原因カ果シテ神ナルモノナリヤ否ヤ等ノ問題ニ至リテハ之ヲ吾人ノ立脚地ヨリ實驗的ニ證明スルコトヲ得サルナリ唯予輩ハ此問題ハ既ニ智界ヲ離レテ信界ニ屬スルモノナリト評センノ

第二 自然存在説

法ハ外力ノ作用ニ據リテ存在スルモノニ非ス法其レ自身自然ニ存在スルモノナリトノ説ニシテ此説ヲ細分スレハ法ハ萬有法ノ一部ナリトノ説法ハ物ノ性質ニ存スト爲スノ説法ハ自然カ動物一般ニ與ヘタル規則ナリトノ説等アリト雖モ外力ノ作用ニ據ラサルノ點ニ於テハ同一ナルヲ以テ兩者ヲ併セテ茲ニ説明セントス

此學說ニ屬スル重ナルモノニストアー哲學派ニシテ此學派ヲ奉スルワルビーヤヌスノ定義ニ依レハ自然法トハ自然カ動物一般ニ與ヘタル法ナリト曰ヘリ

然レトモ果シテ人類ハ他ノ動物ト同一ノ法ニ依リテ支配セラルルモノナリヤ否ヤ人類ニハ他ノ動物ト異ナル點ナキヤノ問題ハ未タ解決セラレサルナリ而シテ此説ハ一時人類ヲ他ノ動物ト同視スルカ故ニ人類ヲ侮辱スルモノナリトシテ甚シク批難セラレタリト雖モ近世生物學ノ發達ニ依リテ唯人類ハ他ノ動物ニ比スレハ組織極メテ複雑ニシテ細胞ノ分化最モ多キ高尙ノ動物タルニ過キストシテ近來ハ人類ト他ノ動物トノ間ニ或超ユヘカラサル境界ナリト認メラレタルモ今日ハ唯其程度ノ差ニ過キササルモノトスルニ至レリ隨テ人類ノ法モ亦自然界ヲ支配スル法則ノ一ナリトスル説カ稍ヤ熾ナラントスル傾向ヲ呈セリ然リト雖モ予ノ所見ニ依レハ人類カ或點ニ於テ他ノ動物ト同一規則ヲ支配ヲ受タルコトハ疑ナキ所ナリト雖モ法律ノ淵源ハ蓋シ人類其モノニ非スシテ人類ノ作成スル社會其モノナリト信ス是ヲ以テ人類其モノト動物其モノトハ異ナル點アリヤ否ヤヲ論スルノ要ナシ若レ夫レ社會ハ人類ノ作成物ナルカ故ニ人類其モノヲ論スルノ必要アリト云ハハ何スレノ更ニ一步ヲ進メテ人類カ組織スル細胞其モノヲ論セサルヤ推及シテ茲ニ至レハ竟ニ原因ノ原因タル

第一原因ニ歸著スルニ非ラレハ已マオランニテ蓋シテ此ノ原因ニ歸著スルニ非ラレハ自由意思ノ合致ナリ換言スレバ法ハ人民ノ約定定款ナリト云フモノナリ此說ハ希臘ニ始マリ中世時代ニ盛ニ唱道セラレ近世ニ於テ最モ有名ナルハ彼ノ佛國ニルン上ナリ此說ハ根據ハ原始社會ノ假想ニ在リ而シテ、オーガスタン皇帝カ羅馬共和政體ヲ變シテ皇帝ト爲リタルトキ人民ヨリ主權ヲ讓受クルノ式ヲ舉行シタルカ如キ其後中世ノ君主カ即位式ヲ舉クルニハ帝權法ナルモノヲ發シタルカ如キ皆主權在人民說法律民約論ノ結果ニ非サルナシ尙ホ此民約說ハ封建時代ニ於テ領主ト領民トノ關係カ契約ニ基キタルカ如キ外觀アルニ由リテ大ニ其觀念ヲ強メタリ更ニ又政治上ノ原因トシテハ其當時君主ノ壓制甚シカリシヲ以テ人民ハ之ニ堪ヘスシテ主權ハ人民ニ在リ法律ハ人民ノ契約ナリ君主ハ人民ノ主權ヲ行フニ過キス故ニ人民ノ意思ニ反スルコトヲ得ストノ論ヲ高メタリ要スルニ學者ノ民約論ヲ唱フル者ハ必スシモ其趣ヲ同シクセスト雖モ主權ハ人民ニ在リ法律ハ人民相互ノ契約ニ因ル

意思ノ合致ニ基クテ云フノ點ニ至リテハ同一ナリトス蓋シテ此ノ原因ニ歸著スルニ非ラレハ自由意思ノ合致ナリ換言スレバ法ハ人民ノ約定定款ナリト云フモノナリ此說ハ希臘ニ始マリ中世時代ニ盛ニ唱道セラレ近世ニ於テ最モ有名ナルハ彼ノ佛國ニルン上ナリ此說ハ根據ハ原始社會ノ假想ニ在リ而シテ、オーガスタン皇帝カ羅馬共和政體ヲ變シテ皇帝ト爲リタルトキ人民ヨリ主權ヲ讓受クルノ式ヲ舉行シタルカ如キ其後中世ノ君主カ即位式ヲ舉クルニハ帝權法ナルモノヲ發シタルカ如キ皆主權在人民說法律民約論ノ結果ニ非サルナシ尙ホ此民約說ハ封建時代ニ於テ領主ト領民トノ關係カ契約ニ基キタルカ如キ外觀アルニ由リテ大ニ其觀念ヲ強メタリ更ニ又政治上ノ原因トシテハ其當時君主ノ壓制甚シカリシヲ以テ人民ハ之ニ堪ヘスシテ主權ハ人民ニ在リ法律ハ人民ノ契約ナリ君主ハ人民ノ主權ヲ行フニ過キス故ニ人民ノ意思ニ反スルコトヲ得ストノ論ヲ高メタリ要スルニ學者ノ民約論ヲ唱フル者ハ必スシモ其趣ヲ同シクセスト雖モ主權ハ人民ニ在リ法律ハ人民相互ノ契約ニ因ル

意思ノ合致ニ基クテ云フノ點ニ至リテハ同一ナリトス蓋シテ此ノ原因ニ歸著スルニ非ラレハ自由意思ノ合致ナリ換言スレバ法ハ人民ノ約定定款ナリト云フモノナリ此說ハ希臘ニ始マリ中世時代ニ盛ニ唱道セラレ近世ニ於テ最モ有名ナルハ彼ノ佛國ニルン上ナリ此說ハ根據ハ原始社會ノ假想ニ在リ而シテ、オーガスタン皇帝カ羅馬共和政體ヲ變シテ皇帝ト爲リタルトキ人民ヨリ主權ヲ讓受クルノ式ヲ舉行シタルカ如キ其後中世ノ君主カ即位式ヲ舉クルニハ帝權法ナルモノヲ發シタルカ如キ皆主權在人民說法律民約論ノ結果ニ非サルナシ尙ホ此民約說ハ封建時代ニ於テ領主ト領民トノ關係カ契約ニ基キタルカ如キ外觀アルニ由リテ大ニ其觀念ヲ強メタリ更ニ又政治上ノ原因トシテハ其當時君主ノ壓制甚シカリシヲ以テ人民ハ之ニ堪ヘスシテ主權ハ人民ニ在リ法律ハ人民ノ契約ナリ君主ハ人民ノ主權ヲ行フニ過キス故ニ人民ノ意思ニ反スルコトヲ得ストノ論ヲ高メタリ要スルニ學者ノ民約論ヲ唱フル者ハ必スシモ其趣ヲ同シクセスト雖モ主權ハ人民ニ在リ法律ハ人民相互ノ契約ニ因ル

第四 總意說 第一 國ニ於テ其國ノ第一ニモテ其國ヲ治メル者ハ其國ノ人民ニ在リ法律ハ人民ノ契約ナリ君主ハ人民ノ主權ヲ行フニ過キス故ニ人民ノ意思ニ反スルコトヲ得ストノ論ヲ高メタリ要スルニ學者ノ民約論ヲ唱フル者ハ必スシモ其趣ヲ同シクセスト雖モ主權ハ人民ニ在リ法律ハ人民相互ノ契約ニ因ル

此說ハ法律ハ人民一般ノ意思ノ表示ナリトスルモノニシテ「サビニ」其他近世獨逸歴史派ノ唱道スル所ナリ此等學者ノ所論ヲ按スルニ箇人ノ意思ノ集合ニ即チ法律ナリト云フニ非スシテ國民ニハ國民ノ精神アリ其精神ノ發表セラレタルモノ即チ法律ナリ其直接ニ發表セラレタルモノハ慣習法ト爲リ間接ニ表示セラレタルモノハ成文法ト爲ル而シテ法律ハ人民中ノ一箇人又ハ數人ノ意思ト常ニ合致スルモノナリト觀念セルハ大ナル誤謬ニシテ人民各箇人ノ意思ハ或ハ總意ト合致スルコトアリ或ハ合致セサルコトアリト云フヲ以テ予輩ハ敢テ此說ヲ排斥スル者ニハ非サルナリ何トナレハ國民中ニ總意ナルモノ即チ國民ノ精神ナルモノアリト云レバ是レ國民ノ各箇人ヲ離レテ別ニ人格ノ存在ヲ是認スルモノナラズナリ又意思ノ表示ハ合致ニ關シテハ必ずしも合致スルモノニ限ラズナリ

法律ハ國家ノ意思ナリ法律ハ主權者ノ命令ナリトハ「オースチン」二派ノ唱フル所ニシテ此說ニ依レハ國家即チ獨立政治社會ニハ優者即チ統治者ト劣者即チ

被統治者トノ別アリテ法律ハ其優者カ劣者ニ下シタル命令ナリト曰ヘリ予ハ其精神ヲ採リ而シテ其詞ヲ改メテ法律ハ國家ノ意思ナリト説明セント欲ス然リ而シテ國家ハ人格ヲ有シ又意思ヲ有シ以テ命令強制ノ權ヲ行フモノナルコトハ既ニ前節ニ説キタル所ニ據リテ審カナリ故ニ之ヲ略シ更ニ二三ノ點ニ付キ説明スル所アラントス

第一 法律ハ國家ノ意思ナリ 國家ノ意思ハ個人ノ意思ノ集合ニ非スシテ國家其モノノ意思ナルコトモ亦前節ニ之ヲ述ヘタリ而シテ法律ハ國家ノ意思ナルヲ以テ必スシモ個人ノ意思ト合致スルコトヲ必要トセス法律ノ直接ノ源ハ個人ニ非スシテ社會ナリ個人ヲ離レテ社會ナキハ固ヨリナリト雖モ個人アレハ即チ法律アリトハ謂フコト能ハス個人カ社會ヲ作り社會的ノ生活ヲ爲ス其社會的ノ生活アリテ始メテ法律ナルモノ成立スルナリ是ヲ以テ法律ノ源ハ社會ナリト云フハ至當ノ言ナリト謂フヘシ蓋ニ予ハ國家ノ主權ハ一アリテ二ナキコトヲ説ケリ故ニ一國ニ於テ法源ハ唯一ニシテ唯國家アルノミ換言スレハ法ノ二重存在ハ之ヲ認メサルナリ往往ニシテ下級ノ團體カ立法スルコトアル

モ是レ總テ國家ノ委任ニ基クモノニシテ其實質ハ即チ國家ノ意思ナリト言ハスニハ非サルナリ

第二 法律ハ人ト人トノ間ノ意思ノ限界ヲ定ムルモノナリ 凡ソ總テノ關係ヲ分チテ自然界ノ事物相互ノ關係人ト自然界ノ事物トノ關係人ト人トノ關係ノ三ト爲スコトヲ得而シテ法律ノ支配スル關係ハ人ト人トノ關係ニシテ人物即チ自然界トノ關係ハ即チ法律ノ與リ知ル所ニ非ス而シテ茲ニ人ト云フハ必スシモ肉體ヲ備ヘタル自然人ノミヲ指スニ非スシテ法律上權利義務ノ主體ト看做サルル人格即チ法人ヲ含ムヤ勿論ナリトス然レトモ人ト人トノ關係ヲ支配スルモノハ獨リ法律ニ限ラス道德及ヒ宗教ノ如キモ亦然リ故ニ此點ニ於テハ法律ト宗教道德トヲ區別スルコト能ハサルナリ

第三 法律ハ國家ノ力ニ依リテ強行セラルルモノナリ 法律カ國家ノ力ニ依リテ強行セラルルコト是レ即チ法律ト宗教道德ノ分科スル要點ナリトス彼ノ法律ハ萬有法ノ一部ナリト説キ或ハ法律ハ人ノ本性ヲ全ウスルモノナリト論スル學者ハ此點ニ重キヲ置カサルカ故ニ法律ト宗教道德トヲ混淆スルニ至ル

ナリ國家カ法律ヲ強行スル手段ハ之ヲ法律ノ制裁ト稱ス制裁ノ説明ハ他日ニ譲ラン

終ニ臨ミ法律ノ定義ヲ擧ケンニ

法律トハ人ト人トノ間ニ於テ意思ノ範圍限界ヲ定ムル國家ノ意思ニシテ國家ノ力ニ依リテ強行セラルルモノナリ

第三節 法律ノ淵源

法律ハ國家ノ意思ナルコトハ前ニ屢述ヘタル所ノ如シ然ラハ法律ノ淵源ハ唯國家アルノミト謂フヘシ換言スレハ法律ハ皆國家ヨリ流出スルモノナラサルヘカラス然リト雖モ法ノ存在ヲ認識スル原因ニ至リテハ必スシモ一ナラサルナリ「ホルランド」ノ如キハ之ヲ慣習、宗教裁判所ノ慣習學說條理及ヒ成文法等ニ分テリ然レトモ成文法、慣習法及ヒ條理ノ三ヲ除クノ外ハ間接ニ法源ヲ成スモノナリト雖モ直接ニ法源タラサルカ故ニ茲ニハ此三者ニ付キ説明スヘシ

第一 成文法 成文法トハ文書ニ依リテ存在スル法律ヲ謂フ然レトモ文書ニ

録セラレタルモノハ皆成文法ナリトノ意味ニ非ス例ヘハ慣習法トシテ行ハレ學者ノ著書或ハ裁判所ノ記録等ニ收メラレタルモノハ之ヲ成文法ト謂フコトヲ得ス文書ノ形ニ於テ制定セラレタル法律ナリトノ義ニ解スルコトヲ要ス

第二 慣習法 法律歴史ヲ按スルニ古文字ノ使用ノ未タ起ラザリシ時代ニハ法ハ主トシテ慣習トシテ存セリ漸ク近來ニ至リテ文書トシテ制定セラレタルモノ多キヲ加ヘリ沿革上ハ慣習法古クシテ成文法ハ新ナリト謂フコトヲ得而シテ程度ハ多少ノ差アリト雖モ何レノ國ニ於テモ慣習法ヲ認メサルハナシ惟ブニ社會ハ活物ニシテ其變化止ムトキナシ如何ニ綿密ナル法典ヲ制定スルモ限アルノ法條ヲ以テ限ナキノ事物ニ應スルコト能ハサルナリ此ニ於テ成文法ニ缺タル所アルトキハ慣習ニ依リテ生シタル法ヲ認メサルヲ得ス慣習法ニ付テ緊要ナル問題ハ第一、慣習トハ何ソヤ第二、慣習法ハ如何ニシテ法律タルノ效力ヲ有スルヤ第三、如何ナル時期ニ於テ法律タルノ效力ヲ生スルヤ第四、慣習法ト成文法トノ關係如何ノ問題はナリ今左ニ順次之ヲ説カントス

(一) 慣習トハ同一行為ノ繰返サルルコトヲ謂フ慣習ハ其初ニ於テハ單ニ箇箇

ノ行爲タルニ過キスト雖モ數回繰返サルルニ由リテ其存在ヲ明カニスルモノナリ「ホルランド」ハ慣習ノ發生ヲ例シテ公園ニ道路ノ生スルカ如シト曰ヘリ蓋シ最初一人カ通行シタルトキハ僅ニ足跡點點タルノミ漸次數人カ同一ノ場所ヲ通行スルトキハ終ニハ道路ト爲ルナリ慣習ノ發生モ亦之ニ類スルモノアリ何時發生スルヤ又何回繰返サルレハ足ルヤノ問題ハ之ニ答フルコト能ハス唯事實上ノ問題トシテ簡簡ノ場合ニ付テ決定スルノ外ナキナリ

(二) 慣習法ハ何故ニ效力アリヤ此點ニ付テハ古來學說區區ニ岐レ未タ一定スル所ナシ或ハ慣習カ法タルノ效力アルハ神意ニ出ツルカ故ナリト説キ或ハ廣ク且久シク行ハレタル慣習ハ人性ニ合スルカ故ニ法タルノ力アリト論シ或ハ人民カ消極的暗黙ニ同意ヲ表セルカ故ニ法ト爲ルモノナリト曰ヒ或ハ時効ニ依リテ法タルノ力ヲ得ルモノナリト唱ヘ更ニ或ハ慣習ニ依リテ權利ヲ獲得ストノ確信ヲ得ルカ故ニ法タルノ效力アリト論セリ此等ノ學說ニ對シテハ茲ニ之ヲ批評スルノ違ナシト雖モ何レモ一面ノ真理ヲ包含セルモノノ如シ敢テ絕對的ニ之ヲ排斥スルコトヲ得サルナリ然リト雖モ近世法律ノ觀念ニ於テハ法

於テ其實例ヲ見ルヘシヤ

元來國體ノ區別ハ皮相ノ見解ヲ以テ之ヲ爲スヘカラス各國ノ歴史ニ基キ依リテ以テ法制ノ精神ヲ解釋シ其何レノ國體ニ屬スルカヲ定メサルヘカラス若シ然ラス單ニ現行ノ法制ノミニ就テ外形上ノ觀察ヲ下ストキハ屢々眞相ヲ誤ルニ至ルヘシ例ヘハ我日本帝國モ獨逸帝國モ外形ヨリスレハ同シク帝國タリ然レトモ其眞相ハ全ク異ナレリ「ゲルマン」種族ノ歴史ヲ察スルニ君主又ハ皇帝ト稱スルハ昔時國民ノ選舉ニ由リ委任ヲ受ケテ政務ヲ施行セル官吏ニ外ナラス爾來制度ノ外形ハ種種ノ變化ヲ爲シタルニ拘ハラズ此精神ハ今日ニ至ルモ變セサルナリ故ニ彼ノ皇帝ハ我ノ天皇ト同一ノ論ニ非サルヲ知ルヘシ

第六章 統治權

憲法第一條ニ曰ク「大日本帝國ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治スト同第四條ニ曰ク「天皇ハ國ノ元首ニシテ統治權ヲ總攬シ云云」ト本章ニ論スル所ハ此統治權ノ性質ナリ外國ニ於テハ Sovereignty, Herrschaftrecht, Hoherecht 等ノ語ヲ以テ類似ノ觀

念ヲ言表ハス今之ニ關スル學說ヲ擧ケンニ
 第一說 統治權ハ事實上ノ力ナリト爲ス 此說ニ依レハ統治權ハ法ノ上ニ立
 ツ實力ニシテ法ニ由リテ與ヘラルル權利ニ非ス權利ハ臣民相互間及ヒ臣民カ
 國家ニ對シテ有シ得ル意思主張ノ力ヲ謂ヒ國家カ臣民ニ對スル場合ハ實力ニ
 シテ法ニ由リテ與ヘラレタル權利ニ非スト云フニ在リ獨逸ノ「オットー・マイエル」
 氏等ハ此派ニ屬ス此說ノ缺點ヲ擧レハ(第一)統治權ヲ事實上ノ力ナリト云フト
 雖モ事實上ノ力モ法學ノ範圍ニ於テ論スルトキハ權利若クハ權能ト爲ルモノ
 タリ第二統治權ハ法ノ上ニ在リ法ニ由リテ與ヘラレスト云フト雖モ統治權ト
 ハ國家統治ノ實力ヲ國法上認メテ以テ權能若クハ權利ト爲スニ外ナラス畢竟
 此處ニ於テハ法學上ノ統治權ヲ論スルモノニシテ其成立カ法ノ上ニ在リヤ又
 ハ下ニ在リヤト云フハ論スル所ニ非ス
 第二說 統治權ヲ以テ命令ノ權利ナリト爲ス「ポルシヤ」氏等ハ此派ニ屬ス此
 說ハ第一說ト異ナリ統治權ヲ事實上ノ力ト爲サスシテ法律上ノ權利ナリト爲
 ス即チ命令ノ權利ト云フハ權力ヲ以テ人ヲ強制スル權利ナリト爲ス此說ニ依

レハ統治權ト其他ノ權利トヲ區別ハ其權利カ權力ノ性質ヲ有スルヤ否ヤニ據
 ル是ニ於テカカ權力ノ性質ヲ明カニスルコトヲ要ス
 或學者ハ權力ノ性質ヲ有スル權利ト普通ノ權利トヲ別テ説明シテ曰ク前者ハ
 自ラ其意思ヲ強行スルヲ得ルモ後者ハ之ニ反シテ自ラ直接ニ強行スルコト能
 ハス權利者ノ意思ノ主張カ行ハレ難キトキハ國家ニ請求シ其力ヲ籍リテ強行
 スルノ外ナシ要スルニ普通ノ權利ハ請求ニ止マル之ニ反シテ權力ハ自ラ進
 テ強行スルヲ得而シテ此作用ハ國家ノ外爲スコト能ハスト此論ニ對シテ疑フ
 ヘキ點ヲ擧レハ(第一)國家カ普通ノ權利ヲ行フ場合ニハ如何ニシテ之ヲ強制ス
 ルカ他ニ請求スヘキ處ナキカ故ニ國家自身カ之ヲ強行スルコトト爲ルベシ然
 ラハ國家カ權力ヲ行フモ普通ノ權利ヲ行フモ同シク自ラ強行スルカ故ニ畢竟
 權力ト權利トヲ區別ハ爲シ能ハサルニ丁ルヘキナリ或ハ曰ハシテ此場合ニハ國
 家カ自ラ強行スルニ非ス裁判所其他ノ機關ニ請求シテ強行スト然レトモ此等
 ノ機關ハ皆國家ノ機關ニシテ其發表スル意思ハ國家ノ意思ナリ結局自ラ強行
 スルニ外ナラス若シ前說ヲ辯護セントセハ彼ノ一般獨逸學者ノ如ク國家ニ二

ノ主體アリ(一)統治權ノ主體ニ普通權利ノ主體是ナリ國家ハ普通權利ノ主體トシテハ請求權ニ止マリ統治權ノ主體トシテ強行力ヲ有スト看サルヘカラス

第二ノ疑ハ自ラ強行スルコトハ權力ヲ有スル國家ノ外爲シ能ハスト云フト雖モ一私人ト雖モ此ノ如キ力ヲ有スルコトアリ例ヘハ親族法上ノ親權ノ如キ刑法上ノ正當防衛權ノ如キ是ナリ

以上述ヘタル所ニ據レハ國家ノ統治權ハ權力ナリトシ而シテ權力トハ自ラ強行スル力ナリト云フノ論ハ完全ナリト云ヒ難キニ似タリ是ニ於テカ或一派ノ學者ハ更ニ權力ノ性質ヲ説明シ權力トハ國家固有ノ威力ナリ固有トハ他ヨリ與ヘラレシモノニ非ス又他ノ爲メニ動サレサルモノヲ謂フト曰ヘリ一國ノ内ニ於テ國家ノ外ニ威力ヲ有スル者尠カラスト雖モ此等ハ固有ノ權力ニ非ス國家カ附與シ若クハ認許シテ始メテ之ヲ有スルヲ得而シテ又國家ハ何時ニテモ之ヲ動スコトヲ得之ニ反シテ國家ノ威力ハ他ヨリ繼承セルモノニ非ス又他ヨリ動サルモノニモ非ス此點カ權力ト普通權利トノ區別アル點ニシテ統治權ト其他ノ權利トノ區別モ亦此ニ存スト此說洵ニ一理アリ然レトモ國家カ一國

ヲ統治スルニハ必スシモ常ニ命令強制ノ作用ヲ具ス非ス時ニ或ハ一私人ノ自由意思ヲ容ルルノ便利ナルコトアルヘシ然ルニ此論ニ依レハ此ノ如キハ權力ノ性質ヲ有セサルカ故ニ統治權ノ作用ニ非スト謂ハサルヘカラス是ニ於テカ此觀察ハ餘リ狹キニ過クルコトナキヤノ疑アリ

第三說 統治權ハ最高權(Hoheit)ノ内面ナリ 此說ニ依レハ最高權トハ内外ニ於テ完全無缺ナル國權ヲ謂フ今日ニ在リテハ此ノ如ク圓滿ナル權利ヲ具備セサル國尠カラス而モ國家ノ國家タルニ害ナシ何トナレハ國家ハ此最高權ノ内面タケテ有スレハ足ルヲ以テナリ内面トハ何ソ一國ノ内部ヨリ毫モ制限セラズルコトナクシテ意思ヲ行フコトヲ得ルノ權是ナリ統治權ノ要素ハ即チ此内面ノ權ナリ換言スレハ外部ヨリ受タル制限ハ統治權ニ害ナシ之ニ反シテ内部ヨリ制限セラズルニ至リテハ完全ナル統治權ト謂フコト能ハスト云フニ在リ

此議論ヲ推ストキハ國家ノ作用ハ外部ヨリ如何ニ制限セラズルモ差支ナシ例ヘハ國家ハ殆ト其作用ノ大部分ヲ失フモ内部ヨリスル制限ニ非サレハ可ナリト云フコトナルヘシ是ハ結果シテ統治權ノ統治權タルニ害ナキカ元來統治權ト

ハ文字ノ示スカ如ク一國統治ノ全權ニシテ其觀念ニ於テ圓滿不可分ノモノナ
 リ然ルニ此說ノ如ク國家ハ唯一國政務ノ一部ヲ行フノニテ尙ホ圓滿不可分
 ト稱スルコトヲ得ルヤ甚タ疑フヘシ且論者ノ所謂内閣外部トハ如何ナル意義
 ヲ有スルカ内部トハ其國ノ臣民ヲ謂ヒ外部トハ外國若クハ外人ヲ謂フカ或ハ
 内部トハ領土ノ内ヲ謂ヒ外部トハ領土ノ外ヲ指スカ明白ナラス何レニシテモ
 前ニ述ヘタル缺點ヲ免ルルコト能ハス

第四說 統治權ハ深サニ於テ圓滿ナル權ニシテ必スシモ廣サニ於テ無限ナル
 ヲ要セスト論ス 此說ハ「ボルンハック」氏等ノ唱フル所ニシテ畢竟第三說ト類似
 ノ論結ト爲ルモノナリ即チ廣サニ於テハ如何ニ制限ヲ受タルモ可ナリ深サニ
 於テ完全ナル力ヲ有スレハ可ナリ言ヲ換フレハ範圍ハ如何ニ縮小セラルモ
 其内ニ在リテ十分ノ權ヲ有スレハ統治權タルニ害ナシト云フニ在リ此說ハ獨
 逸等ノ團體ヲ説明スルカ爲メニ學者カ苦心唱道セタル所タリ既ニ述ヘタル如
 ク彼國ニ於テハ帝國ト之ヲ組立ツル各聯邦トハ各獨立帝國ノ政務ハ帝國ト聯
 邦トニ於テ分有スル如キ形アリ故ニ統治權ハ其範圍ハ廣狹ヲ問ハスト論セザ

レハ帝國モ聯邦モ學理上國家ノ資格ナシト謂ハサルヘカラサルノ恐アリ是ニ
 於テカ前述セル如キ議論ヲ爲スニ至リジナリ

然レドモ第三說ニ對シテ既ニ述ヘタル如ク此觀念ハ統治權ノ圓滿不可分ナル
 性質ト相容ルルコト能ハストノ批難ヲ蒙ルヲ免レス且獨逸國ノ如キハ此論法
 ヲ用ヒスシテ説明スルコト難キニ非ス何トナレハ帝國及ヒ各聯邦ハ相互ニ一
 方ハ他方ノ委任ニ因リテ事務ヲ行フニ過キス完全ナル統治權ハ依然トシテ委
 任者ノ手ニ存ス即チ代理委任ノ關係ニ由リ説明スルコトヲ得ヘキナリ

統治權ニ關スル學說ハ以上述ヘタル所ニ止マラスト雖モ他ハ總テ之ヲ略シ予
 ノ信スル所ヲ述ブレハ統治權ノ性質ハ左ノ如シ

第一 統治權ハ權能ナリ 權能トハ何ノ法律上ノ能力ナリ統治權トハ一國統
 治ノ能力是ナリ權能ト權利トノ區別及ヒ其關係ヲ論スレハ權能ハ法律上ノ人
 格ヲ組立ツル要素ニシテ權能ナケレハ人格ナキナリ權利ハ之ニ反シ權能ニ基
 キテ享有スルヲ得ル力ニシテ權利ノ消長ハ直接ニ人格ニ影響ヲ及ホサス畢竟
 スルニ權能ハ根ナリ權利ハ枝葉ナリ此ノ如ク權能ハ直接ニ人格ヲ組立ズルモ

ノナルカ故ニ之ヲ他ニ移シ又ハ自ラ拋棄スルコト能ハサルハ無論ナリ然ルニ
 權利ハ之ニ反シ原則トシテ他ニ移シ或ハ他ヨリ受ケ或ハ自ラ拋棄スルコトヲ
 得ルモノナリ但法カ特ニ之ヲ禁スル場合ハ別ニ法ニ由リ其權利ヲ自由ニ處分
 スルコトヲ得サルノ義務ヲ負フモノト解スヘキナリ
 右述ヘタル所ニ據レハ統治權ハ統治ノ主體ヲ組立ツル權能ナリ故ニ之ヲ他ニ
 移スコト能ハス然ルニ國際法學者ハ統治權ノ割譲ヲ論スルコト古來比比皆然
 リ其誤謬ノ由リヲ來ル所以ハ統治權ヲ以テ普通ノ權利ト同一視スルニ在リ例
 ヘハ近頃ニ至ルマテ多クハ統治權ヲ以テ所有權ト同一視シ人民及ヒ領土ヲ所
 有スルノ權ナリト考ヘ土地人民ハ他國ニ讓與スルハ統治權ノ分割ナリト論シ
 タリ最近ノ學理ニ依レハ人民ハ所有權ノ目的ト爲ルモノニ非ストスレトモ尙
 ホ領土ニ關シテハ所有權ノ觀念ト統治權ノ觀念トヲ混同シ土地ノ讓與ハ統治
 權ノ讓渡ナリトスルコト一般ナリ
 然レトモ前述セル如ク統治權ハ權能ナリトスルトキハ其割譲ハ固ヨリ爲シ能
 ハサルコトニ屬ス

第二 統治權ハ固有ノ權能ナリ 固有トハ他ヨリ導カサルノ意ナリ蓋シ其發
 生ノ原因如何ヲ問ハス其性質カ固有ナリト云フニ在リ例ヘハ自ラ成立スルト
 又ハ他ノ助ヲ籍リテ成立スルトヲ問ハス其成立セル統治權ハ固有ナリ

第三 統治權ハ圓滿ナリ 統治權ハ一國ヲ統治スル勳ヲ圓滿ニ具有セサルヘ
 カラス曩ニ述ヘタル或學者ノ說ニ於テ外部ヨリ受タル制限ナレハ如何ニ大ナ
 ル制限ニテモ差支ナシ唯内部ヨリ制限セラレサレハ統治權ニ害ナシト云フカ
 如キ又ハ廣サニ於テ如何ニ制限セラレルモ深サニ於テ圓滿ナレハ可ナリト云
 フカ如キハ皆不完全ナル說ト謂ハサルヘカラス統治權ハ一國統治ノ權能ニシ
 テ苟モ統治ニ必要ナルタケノ勳ヲ具有セサレハ完全ナル權能ト謂フコト能ハ
 サルヤ明カナリ但茲ニ注意スヘキハ統治者カ自己ノ意思ヲ以テ統治ノ作用ヲ
 一定ノ方法ニ限リ或ハ任意ニ統治權能ニ基テ權利ヲ他ニ委任シテ行ハシムル
 カ如キハ他ヨリ受タル制限ニ非ス自ラ自由ニ統治權行使ノ方法ヲ定メタルニ
 外ナラス故ニ理論上統治權ノ圓滿ニ害ナキナリ畢竟自己ノ意思ニ反シテ他ヨ
 リ強制ヲ受ケ之カ爲メニ自ラ圓滿ニ統治ノ作用ヲ爲ス能ハサル如キハ統治權

ノ性質ト相容レナルモノト考フ一例ヲ舉クレハ條約若クハ約束ヲ以テ一國カ其統治ノ作用ノ一部ヲ他國ニ委任スルカ如キハ一國ハ任意ニ他國ヲシテ代理セシムルニ外ナラサルカ故ニ恰モ私法上ニ於テ本人カ代理人ヲシテ權利ヲ行ハシムルモ其權利ニ毫モ影響ナキト同シク統治權ノ圓滿ニ害ナキモノトス

第四 統治權ハ人ヲ統治スル權能ナリ 一般學者ハ統治權ヲ以テ土地及ヒ人民ニ對スルモノトス或學者ハ特ニ土地ニ對スル統治權ヲ名ケテ領土權ト稱ス元來權能及ヒ權利ハ人ト人トノ間ニ生スルモノニシテ彼ノ物權ノ如キハ物ヲ目的トスル權利ナレトモ同シク人ニ對シテ主張スルコトヲ得ルカニ外ナラス學者カ權利ヲ分チテ對人權及ヒ對世權ト爲シ物權ハ對世權即チ一般ノ人ニ對スル權ナリト云フモ此趣意ニ外ナラス物權ヌラ猶ホ此ノ如ク況テヤ統治權ナルモノハ其文字ノ示ス如ク人民ヲ統治スルノ權ニシテ土地ハ唯統治權ノ目的ニ供セラルルニ過キス立憲國ニ於テ其獨立カテ對世權ト稱スルモノハ上ニ述ヘタル性質ニ依リ更ニ左リ觀念ヲ敷衍スルコトヲ得

(甲) 三權分立主義ハ統治權ノ性質ト相容レズ 三權分立主義ハ立法司法行政

ノ三權カ相對立シ國權ハ三ニ分割セララルト云フノ觀念ナリ此觀念ニモンテスキュー氏以來甚ク勢力ヲ有シ來リシニ拘ハラズ近世ニ至リ學者ハ多ク此說カ國權ノ性質ト相容レサルコトヲ論ス何トナレハ國權ハ圓滿ナル權能ニシテ之ヲ分割スルコト能ハサルモノナレハナリ

(乙) 公ノ自治團體例ヘハ市町村等ハ統治權能ヲ有セス 自治團體ハ公法人トシテ國家ト同シク統治權ヲ行フト雖モ此權ハ素ト固有ノモノニ非ス國家カ之ヲ付與スルニ因リテ始メテ之ヲ有ス隨テ國家ハ何時ニテモ之ヲ奪フコトヲ得故ニ自治體ハ決シテ統治權能ヲ有スト謂フヘカラス若シ自治體ニモ統治權能アリト云ハハ統治ノ主體ハ數箇ニ分割セララルルノ不都合ナル論結ニ至ルヘシ

第七章 領土

第一節 領土ノ本質

領土ノ本質ニ關スル學說ヲ分チテ數種ト爲スコトヲ得ヘシ 一ハ領土ニ統治權第一 領土ハ統治主體ノ一部ナリトスル說 此說ハ土地人民ノ集合ヲ以テ統

治ノ主體ナリト爲ス即チ集合シテ觀察スレハ治者ト爲リ別別ニ觀察スレハ被治者タリト云フ觀念ナリ然レトモ既ニ述ヘタル如ク主體ハ一人ノ君主ニ非サレハ人ノ集合體ナルヘク土地ヲ以テ主體ノ一部ト看ルハ決シテ適當ナル考ニ非ス

第二 領土ハ統治ノ客體ナリトスル說 此說ハ領土ヲ以テ臣民ト同様ニ統治權ノ行ハルル相手方トシテ考ヘタルナリ然レトモ既ニ述ヘタル如ク權利ノ相手方ハ常ニ人ニシテ物ニ非ス唯直チニ人ニ對スル物ヲ媒介トシテ人ニ對スルトノ差アルノミ統治權ハ寧ロ直接ニ人民ニ對スルモノニシテ領土ハ其相手方ニ非サルナリ

第三 領土ハ統治權ノ目的物ナリトスル說 此說ハ古ニ行レタル統治權ヲ以テ所有權ト混合スルノ觀念ヨリ來リ予等カ普通或物ヲ所有スルトキニ當リ之ヲ稱シテ所有權ノ目的物ト云フト同一ノ觀念ナリ統治權ノ所有權ト異ナル所以ハ既ニ屢之ヲ述ヘタリ蓋シ國家ト雖モ私法上ニ於テハ土地ノ所有權ヲ有スルヲ得ルコト勿論ナリト雖モ公法ノ範圍ニ於テ國家カ領土ニ對スル關係ハ決

シテ所有ノ觀念ニ非ス臣民統治ノ爲メニ之ヲ要スル所以ニシテ其目的ハ公ナリ私ノ所有ノ目的ニ非ス

第四 領土ハ領土權ノ基礎ナリトスル說 此說ハ統治權ヲ分チテ臣民權及ヒ領土權トス其理由ヲ聞クニ曰ク若シ領土權ヲ認メサレハ外國人及ヒ無籍人ニシテ領土ノ内ニ在ル者並ニ此限界内ニ於ケル一切ノ物ニ對シテ國權ノ及フ所以ヲ了解スルコト能ハス此等カ總テ國權ノ下ニ立ツハ領土權ノ存在ヲ證明スルニ足ルト然レトモ統治權ハ全ク人ニ對スル權能ナルコトハ既ニ述ヘタリ故ニ臣民權及ヒ領土權ノ二箇ヨリ成立スト考フルハ不可ナリ論者ハ外國人等ニ國權ノ及フ所以ハ即チ領土權存在ノ證據ナリトシタレトモ此等ハ領土權ノ效力ナリト論セストモ統治權其モノノ效力トシテ説明スルヲ得ヘキナリ先ツ外人ノ場合ヨリ説明センニ元來統治權ハ其本質臣民ニ對スルモノニシテ臣民以外ノ者ニ向ヒテ當然ニ統治權ヲ行フヘキニ非ス然レトモ統治ノ目的ヲ達スルカ爲メニハ領土ノ内ニ於テ完全ニ國權ヲ行フコトヲ得サルヘカラス故ニ臣民以外ノ者ト雖モ此地域内ニ入來レハ統治權ノ效果トシテ之ニ對シ種種ノ權ヲ

生スル所以ニシテ之ヲ以テ特別ナル領土權ノ結果ト看ルヘカラスナルナリ
序ニ一言スヘキハ外人カ國權ノ下ニ立ツハ其臣民カ統治權ニ服従スルト異ナ
レリ臣民ハ其臣民タル身分ヨリ當然服従ノ關係ヲ生スレトモ外人ハ然ラス其
理由ヲ考フルニ一方ニ於テハ國家ハ其領土内ニ於テ完全ニ統治權ヲ行フ必要
アルト共ニ外人モ自ラ進ミテ他國ノ領土ニ入ル以上ハ初ヨリ其國權ノ下ニ立
ツコトヲ承諾スルモノト謂フヲ得ヘシ故ニ外人ノ服従ハ當然ノ服従ニ非スシ
テ其承諾ニ基キ領土内ニ在ル間ノ一時的服従ナリ但外國人ハ自己ノ本國ニ對
シテ當然服従ノ地位ニ立ツモノナルカ故ニ其他國ノ國權ニ服スルハ本國國民
タル身分ト軋觸セサル限ニ於テ爲スコトヲ得ヘシ而シテ其在住國ト雖モ外國
人ノ身分ト軋觸スルマテ其國權ヲ推及ホスハ不當ナリト謂ハサルヘカラス但
若シ外人ノ其領土ニ在ルコトカ統治ニ妨アリト考フレハ國權ノ作用トシテ之
ヲ國外ニ排斥スルコトヲ得今一例ヲ舉ケテ說明センニ一國ハ其國ニ在ル外國
人ノ本國トノ戰爭ニ際シテ外國人ヲ兵役ニ使用スルカ如キハ其者ノ身分ト軋
觸スルカ故ニ不當ナリ但此ノ如キ際ニハ往往外人カ國內ニ在ルハ甚タ危險ナ

ルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テハ其者ヲ國外ニ放ツコトヲ得サルヘカラス
以上領土内ニ於ケル外人カ國權ノ下ニ立ツ所以ハ統治權ノ效果ニ外ナラサル
ヲ說明セリ次ニ領土内ニ於ケル物カ國權ノ用ニ供セラルルモ領土權ト云フ特
別ノ觀念ニ據リ說明スルノ必要ナシ畢竟物ハ統治權行使ノ目的ニ使用セラレ
統治手段ノ一部ヲ形成スルニ外ナラスシテ臣民權ニ對スル領土權ノ作用ト看
ルヘカラス
第五 領土ト統治權トハ全ク無關係ナリトスル說 此說ハ原始社會ノ狀態ニ
基キ統治權ハ人ニ對スルモノナリトノ觀念ニ據リ領土ハ毫モ統治權ノ觀念ニ
必要ナシト斷定セルナリ蓋シ原始社會ニ在リテハ未タ確定ノ領土ト稱スヘキ
モノナク便宜水草ヲ追フテ移轉シツツアリタリ此時ニ在リテ既ニ治者被治者
ノ關係ヲ生シ統治ノ組織ヲ爲シタル社會アリタリトセンカ是レ亦一ノ國家タ
リ即チ領土ナクモ國家統治權ハ存在シ得ヘシト論スルナリ然レトモ原始社
會ノ狀態ハ始ク措キ稍ヤ發達セル社會ニ於テハ人ト土地トノ間ニ自ラ永續定
著ノ關係ヲ生スルノミナラス他ノ社會ニ對スル關係ヨリシテ一定ノ領地ヲ確

立シ其内ニ於テハ自己ノ權ヲ完全ニ行ヒ得ルト共ニ他國ノ干渉ヲ許ササルコトトスルノ必要アリ故ニ今日ノ世界ニ於テハ領土ハ國家ニ缺クヘカラサルモノト爲ルニ至レリ隨テ今日ノ國法ヲ研究スルニハ全ク領土ヲ度外ニシテ統治ノ關係ヲ論スルコト能ハサルナリ

以上述ヘタル各種ノ學說ハ何レモ領土ノ適當ナル觀念ヲ示サズ予ノ考フル所ニ據レハ領土ハ統治權行使ニ缺クヘカラサル手段ナルト共ニ統治權カ完全ニ行ハルル地域ナリ

領土ノ外ニハ(一)外國ニ屬スル土地(二)何レノ國ニモ屬セサル土地ノ二種アリ

(一) 外國ニ屬スル土地ニ於テハ其外國カ完全ニ統治權ヲ行フカ故ニ他國カ漫ニ其内ニ統治權ヲ行フ能ハサルヤ明カナリ唯例外トモ謂フヘキハ甲國臣民カ乙國ニ在任スル間ニ於テモ甲國ニ對シテ絕對服從者タル地位ニ立ツハ依然タリト雖モ一方ニ於テハ乙國ノ領土内ニ在ル以上ハ其國權ノ下ニ立タサルヘカラサルカ故ニ畢竟甲國ノ統治權ハ乙國ノ統治權ヲ害セサル限ニ於テ行ハルルモノニシテ完全ニ行フコト能ハサルナリ

右第一説ハ表意者カ義務ヲ履行スルノ難易ニ依リテ區別ヲ設ケントスルモノニシテ表意者ニ在リテハ其最モ便宜トスル所ナルヲシテ而シテ表意者ノ意思ノ解釋トシテハ其最モ便宜トスル所ニ從フコトニ見極メテ適當ナルカ如シト雖モ顯テ熟考スルニ他人ニ對シテ或事項ヲ表示シタル場合ニ於テ其表示ハ法律上ノ效力ヲ有スルヤ否ヤヲ決スルニハ表示ヲ爲シタル者及ヒ之ヲ受ケタル者ノ兩側面ヨリ觀察シ場合ト事情トニ依リ雙方ノ其ニ思考シタルハシト推想セラルル所ニ依リテ其意義ヲ求フサルヘカラス何トアレハ法律上ノ效力トハ人ノ外部ニ對スル關係ノ確定ナルカ故ニ人カ外部ニ對シテ表示シタル事項ニ付キ法律上ノ效力ヲ判斷スル必要アルトキハ他ニ特別ノ事由ナキ限り其表示セラルタル事項ノ外見の意義ニ依リテ之カ決定ヲ與ヘサルヘカラサルヲ以テナリ而シテ表意者ノ表示カ其主タル着眼點ヲ具備スルトキハ之ヲ受ケタル者ハ表意者カ契約ノ成立ヲ希望スル者ニシテ其表示ニ依リテ契約ヲ申込テ提供シタルモノナリト信スルコト當然ニシテ他ニ之ヲ以テ申込ニ非スト爲スヘキ事情アルニ非サレハ何人ト雖モ之ヲ以テ單ニ申込ノ誘因ナリト信スル者ハ非テ

ルヘシ果シテ然ラバ表意者ノ主タル著眼點ヲ具備スル揭示廣告等ハ之ヲ申込
即チ意思表示ト看ルヘント爲ス第二説ハ實ニ其當ヲ得タルモノト謂ハサルハ
カラス特ニ表意者ニシテ履行困難ニシテ多數ノ希望ニ應スル能ハサルコトヲ
豫想スルナラハ場合ニ依リテハ希望ニ應スルコト能ハサルコトアル旨ヲ附記
シテ契約ノ條件ト爲スコトヲ得ヘキニ表意者カ此ノ如キ附記ヲ爲サザルハ
履行ニ付テ其成算ヲ有シタルモノト看サルヘカラス果シテ然ラハ履行ノ難易
ヲ以テ或表示ノ意義ヲ論定セントスルハ表意者ノ本意ニモ反スルモノナリ或
ハ曰ハン此ノ如キ附記ハ特ニ之ヲ明記セザルモ契約ノ性質トシテ當然之ヲ隨
伴スルモノト推定セザルヘカラスト然レトモ履行ノ難易ハ表意者ノ準備如何
ニ在ルモノニシテ準備ニシテ十分ナルトキハ多量ノ辨別アル餘裕アルコト決
シテ想像スヘカラサルノ事ニ非ス故ニ之ヲ以テ契約ノ性質上當然附隨スル條
件ナリト爲スハ當ラサルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ其準備如何ノ點
之ヲ要スルニ意思ハ法律行為ノ要素ニシテ之ト相離ルヘカラサルモノナリト
雖モ其法律上ノ效力ヲ有スルハ一ニ表示ヲ待ツモノナルカ故ニ原則トシテハ

意思アリテ表示ナキトキハ其效力ヲ生セザルト同シク表示アリテ意思ナキト
キモ亦何等ノ效力ヲ生スルコト能ハサルモノナリ是ニ於テカ法律學ノ研究ニ
於テハ意思表示ニ關シ左ノ四場合ニ付キ其效力ノ如何ヲ論定スルコト最モ必
要ノ事ト爲スナリ

- 一 意思ト表示ト一致セザルトキ
- 二 意思表示ニ瑕疵アルトキ
- 三 隔地者ニ對シテ意思ヲ表示スルトキ
- 四 未成年者又ハ禁治産者ニ對シテ意思ヲ表示スルトキ

第一款 意思ト表示ト一致セザル場合

意思ト表示ト一致セザル場合ニ於ケル效力ヲ定ムルニハ意思主義表示主義折
衷主義ノ三主義アルカ如シ

(イ) 意思主義トハ意思ヲ主トスルノ主義ニシテ意思ト表示ト一致セザル場合
ニ於テハ其表示ハ意思ヲ現ハスモノニ非サルカ故ニ之ヲ意思表示ト爲スコト

能ハス隨テ此ノ如キ表示ハ無効ナリト爲スモノナリ此主義ハ理論上相當ナリト雖モ元來人ノ心裡ノ意思ハ外部ヨリ之ヲ知ルニト能ハサルカ故ニ他人ハ其表示シタル所ヲ以テ其意思ナリト信スルノ外ナキモノナリ然ルニ今或人ノ表示シタル所ヲ以テ其人ノ意思ナリト信シテ法律行為ノ相手方ト爲リタル者アル場合ニ於テ表意者ノ真意カ其表示シタル所ト異ナリントノ故ヲ以テ其法律行為ハ無効ト爲ルモノトセハ人ハ容易ニ他人ノ意思表示ヲ信シテ之ト取引スルコト能ハサルコトト爲リ取引ノ圓滑ハ大ニ阻礙ヲ受タルニ至ルヘシ

(一) 表示主義トハ表示ニ重キヲ置ク主義ニシテ意思ト表示ト一致セザル場合ト雖モ法律上ハ其表示シタル所ヲ以テ其人ノ意思ナリトシテ之ニ效力ヲ付セサルヘカラスト爲スモノナリ其說ニ曰ク意思ハ表示ニ依リテ始メテ他人ニ對スル關係ヲ生スルモノナルヲ以テ法律上ニ於テハ或人ノ意思ハ常ニ其表示スル所ニ在ルモノト爲シ其表示カ果シテ其人ノ真意ト一致スルヤ否ヤハ之ヲ問ハサルコトト爲ササルヘカラスト然ラザレハ人ハ安シテ他人ノ意思表示ヲ信スルコト能ハサルニ至リ經濟上ノ發達ヲ害スルコト尠カラサルヘシト此主義ハ

實際ノ便宜ニ適スルモノナリト雖モ之ヲ極端ニ適用スルトキハ真ニ意思ナキコト明カナル場合ニ於テモ誤リテ發シタル表示ノ爲メニ羈束ヲ受ケサルヘカラサルコトト爲リ法律ハ人ヲシテ各其處ヲ得セシメントスルモノナルノ趣旨ニ適合セザルヘシト

(二) 折衷主義トハ意思表示ハ意思ト表示ト一致スルコトヲ要スルモノナルカ故ニ其間ニ一致ヲ缺クトキハ何等ノ效力ヲ生スヘキニ非スト雖モ此理論ヲ適用スルカ爲メ社會ノ公益ヲ害スルニ至ルヘキ場合ニ於テハ特ニ法律ヲ以テ意思ト一致セザル表示ヲ有效トシテ公益ノ保護ヲ爲スヘシト云フニ在リ此主義ハ前二主義ヲ調和セルモノニシテ前二主義ノ如ク一貫スル所アルモノニ非スト雖モ然レトモ亦其缺點ヲ補フ所アリテ能ク社會ノ實情ニ適スルモノナリ故ニ新民法モ亦此主義ヲ採用シタリ

茲ニ意思ト表示ト一致セザル場合ニ付テ其效力ヲ説明スルニ先チ注意セザルヘカラサルモノアリ他チ意思ト表示ト一致ヲ缺ク場合ト意思ハ表示ナキ場合トヲ混同スヘカラサルコト是ナリ意思ト表示ト一致セザル場合トハ真意ニ

非ナルモ何等カ意思トシテ表示シタルモノアル場合ヲ謂フ故ニ意思トシテ何
 等表示シタルモノナキ場合カ意思ト表示ト一致セザル場合ニ非ス例ハ人或人
 カ暴力ヲ以テ他人ノ手ヲ取り強ヒテ證書ニ署名捺印セシムルカ如キ場合ニ於
 テハ署名捺印ハ手ヲ取ル者ノ意思ニ依リテ爲サルモノニシテ手ヲ取ラレタ
 ル者ノ意思ニ依リテ爲サルモノニ非ス即チ手ヲ取ラレタル者ハ何等ノ意思
 トシテ表示シタル所アルモノニ非ス此ノ如キ場合ニ於テハ手ヲ取ラレタル者
 ハ其證書記載ノ事項ニ付キ法律上拘束ヲ受クヘキモノニ非スト雖モ是レ意思
 表示ナキカ故ニ然ルモノニシテ意思ト表示ト一致セザルカ故ニ然ルニ非ス故
 ニ以下本款ニ於テ説明スル所ノモノハ前例ニ示スカ如キ意思表示ナキ場合ト
 ハ全ク關係ナキモノナリ

一 表意者カ意思ト表示ト一致セザルコトヲ知ルトキニ於テハ其意思ト表示
 二 表意者カ意思ト表示ト一致セザルコトヲ知ラザルトキニ於テハ其意思ト表示
 第一 表意者カ意思ト表示ト一致セザルコトヲ知ル場合

(甲) 真意ニ非ナル意思表示ニ真意ニ非ナル意思表示トハ學者ノ稱シテ心裡ノ
 留保ト爲ス所ノモノナリ表意者カ其真意ニ非ナル意思表示ヲ爲シタルトキハ
 其表示ハ表意者ノ意思ヲ現ハスモノニ非ナルカ故ニ理論トシテハ意思表示タ
 ル效力ヲ有スヘキモノニ非ス然レトモ人ノ心裡ノ意思ハ他ヨリ知ルヘカラザ
 ルモノナルカ故ニ他人ハ一應其外部ニ表示セラレタル所ヲ以テ其意思ト信ス
 ルモノナリ而シテ若シ表示カ真意ニ非サリシノ故ヲ以テ意思表示ハ常ニ無効
 ト爲ルモノトセハ表意者カ何時意思表示ノ真意ニ非サリシコトヲ主張シテ法
 律行為ノ無効ヲ對抗シ來ルモ測リ難キヲ以テ相手方ハ常ニ不安ノ念ヲ懷シコ
 トト爲リ爲メニ取引ノ阻礙ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ第九十三條ハ公益保護ノ
 必要上表意者カ其真意ニ非ナルコトヲ知リナカテ意思表示ヲ爲シタルトキハ
 其表示ヲ以テ有效ナル意思表示ト爲シ以テ過失ナキ者ヲシテ表意者ノ故意ノ
 爲メニ損害ヲ受タルカ如キコトナカラシムルコトヲ圖リタリ而シテ此規定ハ
 表意者ニ對シテモ亦取テ苛酷ナルモノト爲スヘカラス何トナレハ表意者ハ故
 意ニ其真意ニ非ナルコトヲ表示シタルモノナルカ故ニ其表示シタル所ニ依リ

拘束ヲ受クルニ至ルヘキコトハ其覺悟スル所ナリト謂ハサルヘカヲサルヲ以
 ナリ況ヤ假ニ本條ノ如キ規定ナシトスルモ錯誤ナクシテ或意思表示ヲ爲シ
 タル者カ後日其真意ニ非ザリシコトヲ主張セントスルモ之カ證明ハ甚タ困難
 ニシテ結局其意思表示ヲ以テ真意ト看ラルルノ外ナキ場合ヲ多シトスヘキカ
 故ニ事實ニ於テハ表意者ハ第九十三條ノ規定ノ爲メ甚シク其責任ヲ増加セラ
 レタルモノニ非サルニ於テヤ
 表意者カ其真意ニ非サルコトヲ知リテ爲シタル意思表示ニ關シテハ相手方ハ
 其無効ヲ主張スルコト能ハサルモノナルヤ勿論表意者カ意思ヲ表示スル時ニ
 於テ相手方カ其真意ニ非サルコトヲ知リタルトキハ後ニ述フヘキカ如ク其意
 思表示ハ無効ナリト雖モ表意者カ意思ヲ表示スル時ニ於テハ相手方ハ其真意
 ニ非サルコトヲ知ラザリシモ後ニ其真意ニ非ザリシコトヲ知リタルトキハ之
 カ無効ヲ主張スルコトヲ得ルモノナルヤ否ヤ第九十三條ノ規定カ公益保護ノ
 必要上善意者ヲ保護スルノ趣旨ニ出テタルモノナルノ點ヨリ觀察スルトキハ
 同條ハ表意者ハ自ら其真意ニ非サル意思表示ノ無効ヲ主張スルコト能ハサル

モノナルコトヲ規定スルモノニシテ相手方ヨリ之カ無効ヲ主張スルコトハ同
 條ノ妨タル所ニ非サルカ如シ然レトモ第九十三條ハ意思表示ハ表意者カ其真
 意ニ非サルコトヲ知リテ之ヲ爲シタル爲メ其效力ヲ妨ケラルルコトナシト規
 定シタルヲ以テ之ヲ換言スレバ「表意者カ其真意ニ非サルコトヲ知リテ爲シタ
 ル意思表示ハ有效ナリ」ト爲シタルト異ナルコトナシ此ノ如キ積極的斷定ニ對
 シテハ復タ相手方カ其無効ヲ主張スルコトヲ得ルモノト爲スヘキ餘地ヲ發見
 スルコトヲ得ス特ニ表意者自ら其意思表示ノ無効ヲ主張スルコト能ハサルモ
 相手方カ之ヲ主張スルコトヲ妨ケサル場合ニ於テハ第九十五條但書ノ如キ文
 例アルニモ拘ハラヌ第九十三條カ故ラニ之ト異ナリタル法文規定ヲ爲シタル
 ハ法律ノ意ハ彼ニ在リテハ相手方ヨリ無効ヲ主張スルハ則チ之ヲ許スモ此ニ
 在リテハ相手方ヨリ無効ヲ主張スルコトモ亦之ヲ許ササルニ在ルモノト謂ハ
 サルヘカラス元來此場合ニ於テ相手方タル者ハ表意者ノ爲シタル意思表示ヲ
 以テ有效ナルモノト信シテ法律行為ヲ爲スコトニ同意シタルモノナルカ故ニ
 其意思表示ノ有效トナルハ其豫期スル所ニ合致スルモノニシテ之ニ對シテハ

反對ヲ唱フヘキ何等ノ理由ヲモ有セサルモノナリ第九十三條ノ規定ハ善意者ヲ保護スルノ趣旨ヨリ出テタルモノナルヲ以テ善意者カ其豫期シタル效果ヲ收ムルヲ得ハ同條規定ノ趣旨ハ則チ之ヲ違シタルナリ若シ相手方ヨリ意思表示ノ無効ナルコトヲ主張スルコトヲ得セシムルトキハ善意者保護ノ規定ハ一變シテ相手方ニ其豫期セサル一種ノ特權ヲ與アルモノト爲ルヘシ是レ豈ニ法律ノ精神ニ適スルモノナランヤ故ニ予ハ法文ノ比較ニ依リ且實際ノ利害ニ顧ミ表意者カ其真意ニ非サルコトヲ知リテ爲シタル意思表示ニ對シテハ相手方ト雖モ之カ無効ヲ主張スルコト能ハスト爲スモノナリ

表意者カ其真意ニ非サルコトヲ知リテ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テ其表示ヲ以テ有效ナル意思表示ト爲スハ此ノ如クスルニ非サレハ其表示ヲ以テ真意ノ表示セラレタルモノト信シテ法律行為ノ相手方ト爲リタル者ヲシテ何等ノ過失ナキニモ拘ハラス行為ノ無効ナルヨリ生スル損害ヲ受ケシムルニ至ルヘク而シテ損害ヲ受ケタル者ハ損害賠償ヲ求ムルノ權利ヲ有スヘシト雖モ損害賠償價ナル救済法ハ時ニ救済ノ實效ヲ奏セサルコトアルモノナルカ故ニ寧ロ法律

ヲ以テ理論上無効ナルヘキ意思表示ヲ特ニ有效トシ之ニ依リテ相手方カ成算スヘキモノト信シタル法律行為ヲシテ成立セシムルトキハ初ヨリ損害ナル事實ヲ生スルコトナキヲ以テ最モ實際ノ便宜ニ適スト爲シタルニ由ルモノナリ然ルニ若シ相手方ニシテ表意者ノ表示シタル所ハ其真意ニ非サルコトヲ知リタルトキハ意思表示カ無効ナルノ結果法律行為カ無効ト爲ルモ是レ固ヨリ相手方ノ豫期スル所ニシテ相手方ハ之ニ依リテ不當ニ損害ヲ受ケタリト主張スルノ資格ナキモノナリ故ニ此場合ニ於テハ原則ニ對シテ特ニ例外ヲ設ケサルヘカラサル實際ノ必要アルヲ見ス是レ第九十三條但書カ例外規定ニ更ニ例外ヲ設ケ相手方カ表意者ノ意思表示ハ其真意ニ非サルコトヲ知リタルトキハ原則ニ復歸シテ之ヲ無効トスヘキモノト爲シタル所以ナリ第九十三條但書ハ更ニ一步ヲ進メ唯リ相手方カ意思表示ノ表意者ノ真意ニ出テサルコトヲ知リタル場合ニ於テ之ヲ無効トスヘキモノナルノミナラス相手方ハ表意者ノ真意ニ非サルコトヲ知ルコトヲ得ヘカリシ場合ニ於テモ亦之ヲ無効トスヘキモノト爲シタリ故ニ相互ノ關係又ハ時ノ事情ニ依リ相手方カ表意者ノ意思表示ハ其

眞意ニ非サルコトヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ總合事實之ヲ知ラサルモ其表示ハ何等ノ效力ヲ有スルコトナシ蓋シ知ルコトヲ得ヘクシテ之ヲ知ラサルハ知ラサル者ノ過失ナリ過失アル者ニ付テハ法律ニ於テ保護ノ規定ヲ設タルノ必要ナシ故ニ相手方保護ノ爲メニ設ケタル眞意ニ非サル意思表示ヲ有效トスルノ規定ノ利益ハ過失アル相手方ニハ及ハサルナリ

第九十三條但書ノ規定ニ依リ其意思表示ハ無効ナリ若シ此場合ニ於テ相手方カ表意者ノ眞意ヲ知リシトキハ其眞意ニ基キタル法律行為カ有效ニ成立スルモノナルヤ否ヤ例ヘハ表意者カ一万圓ノ價格アル甲家屋及ヒ五千圓ノ價格アル乙家屋ノ二家屋ヲ所有シ乙家屋ヲ五千圓ニテ賣却スルノ意ナルニ拘ハラヌ或事情ノ爲メ故ラニ甲家屋ヲ五千圓ニテ賣却セント言ヒタル場合ニ於テ相手方ハ表意者ハ乙家屋ヲ五千圓ニテ賣却スルノ意思ナルコトヲ知リ之ヲ承諾シタルトキハ乙家屋ノ賣買契約ハ之ニ依リテ成立スルモノナルヤ否ヤ表意者ニハ乙家屋ヲ賣却スル意思アリト雖モ之ヲ表示シタルニ非サルヲ以テ其意思ハ未タ法律

上ノ效力ヲ有スル程度ニ達セス雖モ之ニ對テ承諾ナルモノノ存スヘキ理ナシ故ニ乙家屋ノ賣買契約ハ成立セス然レトモ相手方カ表意者ニ乙家屋賣却ノ意アルコトヲ知リタルハ何等據ル所アルモノナルヘシ而シテ若シ其據ル所ニシテ表意者ノ暗黙ノ意思表示ニ在リシナラハ表意者ハ乙家屋賣却ノ意思ヲ默示シ相手方ハ之ヲ承諾シタルモノナルカ故ニ契約ハ成立スルナリ但此ノ如キハ事實ノ問題ニ屬スルカ故ニ時ト場合トニ依リ裁判所ハ之カ事實ノ如何ヲ認定スヘキモノナリ

第九十三條但書ニ依リ意思表示無効ナル場合ニ於テ其無効ハ之ヲ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノナルヤ表意者カ其眞意ニ非サル意思表示ヲ爲シ相手方モ亦其眞意ニ非サルコトヲ知リタルトキハ表意者カ相手方ト通シテ虛偽ノ意思表示ヲ爲シタルモノナルカ故ニ次條即チ第九十四條第二項ニ依リ其無効ハ之ヲ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト論定スル者アリト雖モ予ハ此場合ヲ以テ當然第九十四條第二項ニ該當スルモノト信スルコト能ハス相手方ト通スルトハ後ニモ説明スヘキカ如ク之ト通謀スルモノニシテ少クトモ表

意者カ其真意ニ非タル意思表示ヲ爲スコトニ付キ相手方カ之ニ同意シタルニ
 トナカルヘカラス相手方カ單ニ其真意ニ非サルコトヲ知リタルノミニテ以未
 タ之ヲ以テ相手方ト通シタルモノト謂フコト能ハズ特ニ第九十三條但書ニ相
 手方カ表意者ノ真意ヲ知リタルトキニミナラス之ヲ知ルコトヲ得ヘカヲシト
 キモ亦之ヲ包含ス單ニ表意者ノ真意ヲ知ルコトヲ得ヘカリシニミテ以テ之ト
 通スルモノト爲スハ事實ニ反ス故ニ第九十四條第二項ノ規定ヲ以テ直チニ本
 問ニ適用スルコト能ハス然レトモ相手方ト通シテ爲シタル虚偽ノ意思表示ハ
 法律カ定メテ以テ無効トシ何等ノ例外ヲモ認メサル所ナリ而モ尙ホ之ヲ以テ
 善意ノ第三者ニ對抗スルコト能ハスト爲スニモ拘ハラズ真意ニ非サル意思表
 示ノ如ク法律ノ一應有效ト爲ス所ノモノニシテ唯或場合ニ限リテ無効ト爲ス
 モノニ在リテ其無効ハ之ヲ善意ノ第三者ニ對シテモ主張スルコトヲ許シタル
 モノト看ルハ法律ノ精神ヲ無視スルモノナルノミナラス元來第九十三條ノ規
 定ハ故意ニ真意ニ非サル意思表示ヲ爲シタル者ニ對シ其意思表示ヲ以テ真意
 ニ出テタルモノト信シタル者ヲ保護スルノ趣旨ニ廣リタルモノナルカ故ニ苟

モ其意思表示ヲ真意ナリト信スル者ハ其相手方タルトモ第三者タルトモ問ハズ
 共ニ之ヲ保護スルニ非サレハ同條規定ノ趣旨ハ之ヲ完ウスルコト能ハス故ニ
 予ハ法律ノ精神ニ考ヘ第九十三條但書ノ規定ハ自ラ善意ノ第三者ニ對抗スル
 コト能ハサルノ制限ヲ有スルモノナリト信スルコト能ハサルノ真意ニ非サル
 表意者カ其真意ニ非サルコトヲ知リナカラ意思表示ヲ爲スハ或ハ欺詐ニ出ツ
 ルコトアリ又或ハ或事情ノ爲メ他人ヲ欺カントスルニ由ルコトアリ而シテ其他
 人ヲ欺カントスル場合ニ於テモ他人ノ強迫ニ遇ヒ之ヲ免ルル爲メニ其人ヲ欺
 カントスルト然ラサルトノ二ノ場合アルナルヘシ他人ノ強迫ニ遇ヒ之ヲ免ル
 ル爲メ一時真意ニ非サル意思表示ヲ爲シタル場合例ヘハ百圓ヲ與フルニ非サ
 レハ一刀ノ下ニ殺害スベシトノ強迫ヲ受ケタル者カ之ヲ與フルノ意ナキニモ
 拘ハラズ一時其危難ヲ免ルル爲メ百圓ヲ與フルコトヲ承諾シタルカ如キ場合
 ニ於テモ尙ホ第九十三條ヲ適用スヘキモノナルヤ否ヤ此問題ニ對シテハ學者
 ノ議論ニ説ニ岐ルルモノニ似タリ甲說ハ強迫ニ因ル意思表示ニ付テハ第九十
 六條ハ別ニ規定ヲ設ケ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノト爲シタルヲ以テ強迫ニ

困リテ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テハ表意者カ其表示シタル所ニ決意シタルト否トヲ問ハス常ニ第九十六條ヲ適用セザルヘカラス隨テ其第九十三條ハ此場合ト關係ナキモノナリト爲スモノニシテ乙説ハ之ニ反シ第九十六條ノ規定ハ表意者カ強迫ノ爲メ已ムヲ得シヲ終ニ強迫者ノ言フ所ニ決心シ其意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得ヘキコトヲ定メタルモノニシテ表意者カ強迫者ノ言フ所ニ決心シタルニ非ス唯一時危難ヲ免ルル爲メ其意ニ非サル意思表示ヲ爲シタル場合ハ之ヲ包含セス故ニ此ノ如キ場合ハ第九十三條ニ依リテ之ヲ解決セザルヘカラスト爲スモノナリ予ハ乙説ヲ以テ理論ニ適シタルモノト爲ス者ナリ凡ソ或行爲ヲ取消ストハ其行爲カ有效ニ成立シタルカ故ニ之ヲ取消シテ效力ナキニ至ラシムルヲ謂フ故ニ法律行爲ノ取消ニ關スル規定ハ其前提トシテ常ニ有效ニ成立スルコトヲ得ヘキ要素ヲ具備スル法律行爲ヲ想像スルモノナリ果シテ然ラハ第九十六條ノ規定モ亦有效ニ成立スルコトヲ得ヘキ要素ヲ具備スル法律行爲ヲ想像シテ設ケラレタルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ強迫ニ因リテ真意ニ非サル意思表示ヲ爲シタル場合ニ於

テハ其意思表示ハ成立スルコトヲ得ヘキ要素ヲ具備セズ何トナレバ其真意意思ノ表示ニ非サルヲ以テナリ隨テ此場合ニ於テハ其意思表示ハ有效無効ニ關スル問題ハ則チ之ヲ起スコトヲ得ヘキモノ之カ取消ニ關スル問題ハ則チ之ヲ想像スルコト能ハス故ニ強迫ニ因リ真意ニ非サル意思表示ヲ爲シタル場合ハ第九十六條ニ依ルコトヲ得ス第九十三條ニ依リテ其效力ヲ定メザルヘカラス強迫ニ因リ真意ニ非サル意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テ其意思表示ノ效力ハ第九十三條ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノトセハ此ノ如キ意思表示ハ之ヲ有效トスヘキヤ將タ之ヲ無効トスヘキヤ或人ヲ強迫セラ或意思表示ヲ爲シタル者ハ其表示カ真意ニ非サルコトハ多ク場合ニ於テ之ヲ知ルコトヲ得ヘカシシモノナルヲ以テ之ヲ無効トセザルヘカラス然レトモ如何ナル場合ニ於テモ強迫者ハ意思表示ノ真意ニ非サルコトヲ知ルコトヲ得ヘカシシモノナリト謂フコト能ハス例ヘハ數百萬圓ノ資産ヲ有スル者カ強迫ニ因リ二三圓ノ寄附ヲ爲スコトヲ承諾シタルカ如キ場合ニ於テハ強迫者ハ其口ノ以テ強迫ニ因リ終ニ寄附ヲ爲スコトニ同意シタルモノト信スルキモノナルカ故ニ此ノ如キ場

ノ爲メニ其目的物ヲ留置スル權利ニシテ其他ノ先取特權質權抵當權ノ三者ハ主タル債權ノ爲メニ其目的物ヲ處分シ之ヲ以テ其債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得ル權利ナリ就中先取特權ハ法律ノ規定ニ依リテ特種ノ債權ニ付與セラレタル效力ニシテ廣ク動産不動産ノ上ニ存在ス又質權及ヒ抵當權ハ法律行爲ニ基キテ或債權ヲ擔保センカ爲メ設定セラレタル物權ニシテ質權ハ動産又ハ不動産ノ上ニ存シ抵當權ハ不動産ノ上ニノミ存在スルモノナリ此等ノ權利ニ關スル詳細ノ説明ハ各其權利ヲ述フル場合ニ譲ラン

第五章 物權ノ效力

物權ノ效力ハ如何其重ナルモノヲ舉クレハ則チ左ノ如シ

(一) 物權ハ其目的物ヲ直接ニ支配スル力アリ 是レ物權ノ當然ノ結果ナリ何トナレハ物權ハ物ノ直接ノ支配ナレハナリ

(二) 物權ハ追及權ヲ有ス 追及權トハ物ノ存在スル限り其目的物カ何人ノ手ニ存スルモ之ヲ追及スルコトヲ得ル權利ヲ謂フ畢竟物權ハ物ノ直接ノ支配ナ

ルカ故ニ縱令其物カ一時其支配ヲ脱スルコトアルモ其物ノ存スル限ハ何人ノ手ニ在ルモ之ヲ取戻スコトヲ得ルナリ故ニ追及權ハ物權ノ第三者ニ對スル對抗力ナリト謂フコトヲ得ヘシ

債權ハ之ニ反シテ單ニ一定ノ人ニ對シテ存スル所ノ權利ナルカ故ニ其目的物カ義務者ノ手ヲ離ルルトキハ之ヲ追及スルノ力ナキヲ原則トス而シテ追及權ハ一定ノ制限ヲ有シ其制限ヲ超越スルコトヲ得ス蓋シ物權ノ性質ハ一般ニ對抗スルノ力ヲ有スト雖モ之ヲ無制限ニ行フコトヲ得ルトセハ一般ノ取引ヲシテ不安固ナラシムレハナリ故ニ追及權ニ存スル制限ハ實ニ第三者ノ利益ヲ保持スル爲メニ存スルモノト謂フヘシ而シテ追及權ノ制限ハ之ヲ分チテ動産ニ對スル制限及ヒ不動産ニ對スル制限ノ二種ト爲スコトヲ得即チ(一)物權ノ目的物カ不動産ナルトキハ其不動産ニ關スル物權ヲ登記シタル場合ニハ其權利ハ無制限ニ追及スルコトヲ得第一七七條ト雖モ登記ヲ缺クトキハ第三者ニ追及スルノ效力ナキモノトス例ヘハ自己ノ所有ノ家屋ヲ登記シタルトキハ旅行等ニ由リテ多年其家屋ヲ放擲シ置キタル場合ニモ仍ホ其家屋ヲ占有セル他人ニ

對シテ其所有權ヲ主張スルコトヲ得ルカ如シ(一)動産ヲ目的トスルトキハ通常其物ヲ占有スル間ニ限リ何人ニモ對抗スルコトヲ得第一七八條アルト雖モ其占有ヲ失ヒタルトキハ左ノ場合ニ限リ追及權ヲ有ス

(イ)民法第九十二條ノ規定ニ依リテ第三者カ權利ヲ取得スルマテハ追及スルコトヲ得而シテ此場合モ亦二箇ノ例外アリ即チ(一)ハ第九十三條ノ場合ナリ即チ其占有ヲ失ヒタル原因カ盜難又ハ遺失ニ在ルトキハ其實事アリタル時ヨリ二年間ハ占有ヲ回復スルコトヲ得(二)ハ第九十五條ノ場合ニシテ家畜以外ノ動物ノ占有ヲ喪失シタルトキ是ナリ此場合ニハ其占有喪失ノ事實アリタル時ヨリ一箇月間ハ占有ヲ回復スルコトヲ得ルモノトス

(ロ)民法第六十七條第二項ノ規定ニ依リテ權利カ消滅時効ニ因リテ消滅スルマテハ追及スルコトヲ得

(ハ)民法第六十二條第一項及ヒ第六十三條ノ規定ニ依リテ取得時効ニ因リ第三者カ新ニ權利ヲ取得スルマテハ追及スルコトヲ得

(三)物權ハ優先權ヲ有ス 債權ハ其ニ同等ノ權利ニシテ其權利發生ノ前後ニ

因リテ權利ニ輕重ノ區別ヲ生スルコトナシ之ニ反シテ物權ハ物ノ直接ノ支配ナルカ故ニ一ノ權利カ發生シタルトキハ其權利ノ範圍ニ限リ其目的物ハ支配ヲ差引カレタルモノナルカ故ニ後ニ發生シタル權利ハ其目的物ニ付キ其差引カレタル部分ニ對シテ效力ヲ有ス之ヲ以テ物權ニ於テハ前發ノ權利ハ後發ノ權利ヨリモ其效力甚タ強シ此效力ヲ稱シテ優先權ト謂フナリ

(四)物權ハ何人ニモ對抗スルコトヲ得 是レ物權ノ效力トシテ最も重要ナル所ニシテ物權カ債權ト異ナル所モ亦實ニ此ニ存ス即チ債權ハ單ニ義務者ニ對シテノミ對抗スルニ過キサルモ物權ハ之ニ反シテ一般人ニ對抗スルノ效力アルナリ

以上ノ四者ヲ以テ物權ノ效力ノ大要トス

第六章 物權ノ淵源

物權ノ淵源ハ何ニ在ルヤノ間ニ對シテハ私權ノ淵源ニ關スル原則ヲ適用スルコトヲ得隨テ物權ノ淵源ハ私權ト同シク其間接ノ淵源ハ人生共同生活ノ必要

ニ在リ其直接ノ淵源ハ立法判決例及ヒ慣習ノ三者ニ在リト謂フコトヲ得ヘシ然ルニ物權ノ如キ重大ナル權利ヲ一般私權ト同シテ此等ノ淵源ニ因リテ成立スルコトヲ許シ法律ヲ以テ一其種類及ヒ範圍ヲ明定セシテ法律ノ外向ハ慣習又ハ判決例ニ由リテ自然ニ發生セシムルコトヲ許ストキハ物權ノ範圍及ヒ效力等ニ付テ往往混亂ヲ生シ其極公益ヲ害スルニ至ラン是ヲ以テ近世ノ立法例ハ物權ハ必ス之ヲ法律ニ明定スルノ主義ヲ採ルモノ多シ例ヘハ獨逸民法草案第一讀會第七百九十六條ノ如キ是ナリ我法典モ亦民法第七十五條ヲ以テ物權ノ直接ノ淵源ニ付テハ限定主義ヲ採用シ物權ハ必ス法律ノ規定ニ由リテノミ之ヲ設クルコトヲ得ルモノト定メ即チ物權ノ直接淵源ハ必ス立法ニ在ルトスルノ主義ヲ探レリ此結果トシテ下ノ原則ヲ生ス(一)物權ハ慣習ニ由リテ之ヲ設クルコトヲ得ス(二)物權ハ判決例ニ由リテ之ヲ設クルコトヲ許サス(三)物權ハ人ノ意思ニ因リテ新設スルコトヲ得ス(四)物權ハ必ス法律ノ規定ニ由リテ之ヲ設クルコトヲ要ス是ナリ此四者ハ我法典ノ下ニ於ケル物權ノ淵源ニ關スル四大原則ナリトス之ヲ要スルニ物權ハ法律ニ依ルニ非サレハ之ヲ創設スルコト

ヲ得サルモノナリ而シテ所謂法律トハ帝國議會ノ協贊ヲ經テ法律ノ名ヲ以テ發セラレタル天皇ノ命令ヲ指スモノニシテ必スシモ其民法タルコトヲ要セス民法以外ノ特別法ニ由リテ之ヲ創設スルコトヲ妨ケサルモノトス

第七章 物權ノ取得及ヒ喪失ニ關スル原則

物權ハ如何ナル事實ニ因リテ之ヲ取得シ如何ナル事實ニ因リテ之ヲ喪失スルヤ此問題ヲ研究スルニ當リテハ先ツ私權ノ取得及ヒ喪失ハ如何ナル事實ニ因ルカノ原則ヲ研究スルノ要アリ

凡ソ私權ノ取得又ハ喪失ノ原因ト爲ルモノヲ總稱シテ法律的事實ト謂フ而シテ此事實ヲニニ分チテ一ヲ得權事實或ハ得權の原因ト謂ヒ一ヲ喪權事實或ハ喪權の原因ト謂フ得權事實トハ權利ヲ取得スル原因ト爲ルモノヲ謂ヒ喪權事實トハ權利ヲ喪失スル原因ト爲ルモノヲ謂フ又法律的事實ヲ他ノ側ヨリ觀察シテ二大別スルコトヲ得(一)行為(二)事件是ナリ行為トハ人ノ意思ニ基キテ外界ニ發生スル現象ナリ例ヘハ婚姻ヲ爲シ契約ヲ結ヒ取引ヲ爲スト云フカ如シ事

件トハ意思ニ基カサル外界ノ現象ヲ謂フ例ハ死亡、出生、時間ノ経過、天候等ノ如キ是ナリ又行爲ヲ分チテ(一)單純ナル意思表示例ハ遺言ヲ爲スカ如シト(二)他ノ事實ニ連結スル意思表示例ハ占有物ノ引渡等ノ如シト或ハ(一)積極的行爲(二)消極的行爲トス積極的行爲トハ新ニ外界ニ變動ヲ生スル行動ヲ謂フ例ハ叛逆、一揆、放火等ノ如シ消極的行爲トハ外界ニ變動ヲ起ササル行爲ヲ謂フ例ハ睡眠又ハ靜坐スルカ如シ

以上ニ依リ法律的事實ノ種類ノ大要ヲ知ルコトヲ得ヘシ是ヨリ進ミテ得權事實ト爲ルヘキモノハ如何ナルモノナルヤヲ研究セン
得權事實ハ之ヲ大別シテ二トス即チ(一)原始的得權事實ニシテ(二)承繼的得權事實ナリ原始的得權事實トハ單獨ノ行爲ニ因リ他人ノ共助ヲ要セス獨立シテ權利ヲ取得スル原因ト爲ルモノヲ謂フ例ハ時効ニ因リテ權利ヲ取得スル如キ是ナリ又承繼的得權事實トハ必ス前人ノ權利ヲ承繼シ若クハ分別スルニ因リ權利ヲ取得スルコトヲ謂フ例ハ買賣ニ因リテ權利ヲ取得スル如シ故ニ承繼的得權事實ハ必ス前人カ權利ヲ有セシコトヲ要件トス若シ前人ニシテ權

利ヲ有セサルトキハ承繼的得權事實ハ決シテ發生セサルモノトス又承繼的得權事實ヲ分チテ二トス(一)讓渡的方法ニシテ是レ前人ノ權利ノ全部ヲ讓受ケタルモノヲ謂フ例ハ家屋ノ所有權ヲ讓受タルカ如シ即チ前人カ有シタル權利ノ全部ヲ其儘承繼スルヲ指稱スルモノナリ(二)創設的方法ニシテ是レ前者ノ權利ノ全部ヲ承繼スルニ非ス前者ノ權利ニ基キ其權利ノ上ニ新ナル負擔ト爲ルヘキ權利ヲ設定スルヲ謂フ例ハ隣地ノ所有者ヨリ其土地ノ上ニ存スル地役權地上權、水小作權等ヲ取得スル如シ此場合ニハ隣地所有者ノ權利ノ全部ヲ承繼スルニ非スシテ却テ隣地所有者ノ權利ノ一部ヲ承繼シタルカ如キ觀アルモノニシテ其實隣地所有者ニ對シテ新ナル負擔ト爲ルヘキ權利ヲ設定シタルモノナリ又承繼的得權事實ヲ分チテ之ヲ一般承繼、特別承繼ノ二トス一般承繼トハ例ハ相続ノ場合ノ如シ此場合ニ權利ヲ取得スルハ死亡者ノ法律上ノ地位ヲ其儘承繼スルモノニシテ死者ノ權利義務ノ全部ヲ承繼スルモノナリ特別承繼トハ例ハ買賣ニ因リテ權利ヲ取得スルカ如シ或財產ノ特定シタル部分ニ付テ其權利ヲ承繼スルヲ謂フ更ニ進ミテ喪權的事實ニ付テ説明セン

喪權の事實モ亦種種アリト雖モ其主要ノモノヲ舉ケレハ三アリ即チ

(一) 權利ノ性質ニ基クモノ 或權利ハ永久ニ存続スル性質ヲ有ス例ヘハ所有權ノ如シ之ニ反シテ或權利ハ其性質上一時的ノモノアリ例ヘハ永小作權質權抵當權又ハ債權ノ如シ質權抵當權ハ其主タル債權消滅スレハ當然消滅ス債權ハ辨濟ヲ了レハ直チニ消滅ス永小作權ノ如キハ一定ノ時期ノ俾フモノニシテ其時期到來スレハ消滅スルカ如シ

(二) 權利ノ目的物ノ性質ニ因リテ消滅スルモノ 例ヘハ權利ノ目的物消滅シタル場合ノ如シ即チ家ノ所有權ハ其目的タル家ノ燒失スルトキハ直チニ消滅スル如シ

(三) 法律上ノ原因ニ因リテ權利消滅スルモノ 此場合ニ屬スルモノ亦甚タ多シト雖モ其最モ重ナルモノヲ舉ケレハ權利者ノ意思是ナリ即チ權利者ニシテ或ハ之ヲ拋棄スルノ意思ヲ表示シ或ハ之ヲ讓渡スノ意思ヲ表示シタルトキハ其權利ハ權利者ノ手ヲ離レテ消滅スルモノトス然ラハ拋棄トハ如何是レ權利者カ其權利ノ消滅ヲ目的トスルノ意思表示ナリ此意思表示ハ通常權利者一方

ノ意思表示ヲ以テ其效力ヲ生スルモノナリト雖モ或場合ニハ拋棄モ亦相手方ノ承諾アルコトヲ要ス例ヘハ債權ノ拋棄ノ如シ然リ而シテ拋棄ハ明カニ之ヲ爲スヲ要セス間接ニ作爲若クハ不作爲ニ因リテ拋棄アリタルモノト看做サルルコトアルナリ又拋棄ハ必スシモ現在ノ權利ニ限ラス將來ノ權利ニ付テモ亦拋棄スルコトヲ得ヘシ次ニ讓渡トハ如何是レ權利者ノ意思表示ニ因リテ其權利ヲ他ノ人ニ移轉スルコトヲ謂フ而シテ讓渡ノ行爲ハ必ス積極的ノ行爲タルコトヲ要ス故ニ時効ノ經過ヲ中斷セスシテ爲メニ權利ノ喪失ヲ來シタルカ如キハ即チ消極的行爲ニシテ隨テ讓渡ニ非ツルナリ

是ヨリ進ミテ物權ハ如何ナル事實ニ因リテ權利ヲ取得又ハ喪失スルカヲ説明センニ物權ノ種類ニ依リ其實質往往異ナレリ故ニ其詳細ハ之ヲ物權ノ各種類ノ權利ヲ述ブル場合ニ讓ルヘシ唯茲ニ一言スヘキハ物權ノ取得喪失ニ付テハ特ニ一定ノ形式ヲ必要トスルコト是ナリ即チ物權ヲ取得シ又ハ之ヲ喪失スルハ其取得原因喪失原因ニ由リテ直チニ其效力ヲ生セス必ス或特別ナル形式ヲ埃テテ始メテ其效力ヲ生セリ然ラハ其形式如何曰ク二アリ(一)不動産ヲ目的ト

スル場合ニハ登記ヲ要スルコト是ナリ(第一七七條參照)(二)動產ヲ目的トセル場合ニハ占有ヲ要スルコト是ナリ(第一七七條第一八〇條第一九二條第二三九條、第三三三條、第三四〇條、第三四四條參照)何故ニ物權ノ取得喪失ニ付テハ此等ノ形式ヲ要スルヤト云フニ一言以テ之ヲ蔽ヘハ第三者ヲ保護スル爲メニ之ヲ必要トスルモノナリ蓋シ物權ハ私權中最強ノ權利タルヲ以テ其權利ノ存在ハ之ヲ明確ニスルノ必要アリ若シ其存在ヲシテ不明確ナラシムルトキハ吾人ノ日常生活間ノ取引ハ決シテ安全且圓滑ニ行ハルコトヲ得ス必ス其取引ヲ停滯セシメ財産ノ不安固ヲ來セハナリ是ニ於テ不動產ニ付テハ登記ノ制度ヲ施キ總テ不動產ニ關スル物權ハ登記スヘキコトヲ原則トシ若シ登記ノ形式ヲ缺クトキハ其效力ハ第三者ニ對抗スル所ノ力ナキモノトシ之ニ依リ不動產上ノ物權ノ所在ハ極メテ之ヲ明確ニスルコトヲ得タリ第一七七條參照亦不動產ニ付テハ不動產ノ如ク之ニ登記ノ制ヲ施クコトヲ得サルヲ以テ動產ニ付テハ占有ヲ移スコトヲ以テ其形式ト定メ之ニ依リ動產ノ權利ノ所在ヲシテ第三者ニ明カナラシムルノ一方法トセリ(第一七八條參照)

以上二箇ノ形式ハ各國ノ法律ニ於テモ存在スルモノナリト雖モ唯此形式ノ性質ニ付テハ國ニ依リ種種ノ見解ヲ探レリ即チ(一)ハ此形式ハ公示方法ナリトスルモノナリ佛蘭西法ハ此主義ヲ探レリ(二)ハ此形式ヲ以テ權利ノ得喪ニ關スル實質的要件ナリトスルモノナリ獨逸法ハ此主義ヲ探レリ今此二說ニ付テ研究スルニ第一說ニ依レハ此形式ハ其權利ノ得喪ヲ他人ニ知ラシムル爲メノ手段トシ單ニ第三者ニ其實實ヲ知ラシムルカ爲メニ設ケタルモノトスルヲ以テ此形式ヲ缺ク場合ニハ善意ノ第三者ニハ當然對抗スルコトヲ得サルハ勿論ナルモ惡意ノ第三者ニ對シテハ固ヨリ之ヲ對抗スルコトヲ得ルモノトセザルヘカラス是レ此說ノ當然ノ結論ナリ又第二說ヲ探レハ此形式ヲ以テ權利ノ得喪ニ關スル實質的要件トスルカ故ニ此形式ヲ踐マサルトキハ其權利ノ得喪ハ未タ成立セザルモノト爲ササルヘカラス隨テ此形式ヲ缺ク場合ニハ之ヲ第三者ニ對抗スルヲ得サルハ勿論當事者間ニ於テモ尙ホ其效力ナキモノトセザルヘカラス是レ亦第二說ノ當然ノ結論ナリ然ルニ實際ニ於テハ二說共ニ固ク其主義ヲ維持セス各、多少其主義ニ制限ヲ加ヘ事實ニ於テハ殆ト同一ノ現象ヲ呈セリ

即チ第一說ヲ探ル國ニ於テモ其形式ヲ缺クトキハ絕對的ニ善意惡意ヲ問ハス
第三者ニ對シテ效力ナシトセリ蓋シ善意惡意ヲ區別スルハ實際上頗ル困難ナ
レハナリ又第二說ヲ探ル國ニ於テモ其形式ヲ缺クトキハ第三者ニ對シテハ常
然ニ效力ナシト雖モ當事者間ニハ事實上效力アリトセリ此ノ如ク實際ニ於テ
ハ何レノ見解ニ依ルモ同一ノ結果ヲ生セリ唯其主義ニ於テ彼ハ公示方法トス
ルノ主義ヲ採リ此ハ實質の要件トスルノ主義ヲ探ルノ差アルノミナリ
我民法ハ其觀念ニ於テ佛蘭西法ニ依リ公示方法トスルノ主義ヲ採レリ(第一七
六條第一七七條第一七八條參照然レトモ我民法ハ尙ホ或場合ニ於テハ實質的
要件トスルノ主義ヲ採レリ例ヘハ占有權留置權質權ノ場合はナリ(第一八〇條
第一八二條第一八三條第三〇二條第二九五條第三四四條參照即チ占有權ニ付テ
ハ占有ナル形式ハ占有權ノ發生スル實質的の要件トシ留置權ニ付テハ占有ナル
形式ハ留置權ノ發生スル實質的の要件トシ質權ニ付テモ占有ノ形式ヲ以テ其
權利ノ發生ノ實質的の要件トセリ此ノ如ク特ニ此等權利ニ付テ占有ナル形式ヲ
以テ實質的の要件トシタルハ特ニ其權利ノ性質上ヨリ之ヲ必要トスルモノアル

カ爲メナリ其詳細ナル理由ニ付テハ此等ノ權利ヲ論スル場合ニ説明スヘシ
之ヲ要スルニ我民法ハ物權ノ取得及ヒ喪失ニ關スル形式ニ付テハ原則トシテ
ハ公示方法トスルノ主義ヲ採リタルモ例外トシテ亦之ヲ實質的の要件トセルハ
明確ノ事實ナリトス
終ニ我民法カ物權ノ取得及ヒ喪失ニ關スル形式ヲ以テ公示方法トスルノ主義
ヲ採リタルハ何レノ場合ナルヤト云フニ大別シテ之ヲ二トスルコトヲ得(一)ハ
物權ノ承繼的取得是ナリ承繼的取得トハ簡單ニ言ヘハ讓渡ノ意義ナリ一ノ物
權ヲ其物權ノ權利者ノ意思ニ因リテ他ノ人ニ移轉スル場合ヲ謂フ此場合ニハ
其目的物ノ動産タルト不動産タルトヲ問ハス之ニ要スル特別ノ形式ハ公示方
法ナリトセリ何ヲカ特別ナル形式ト云フヤ不動産ヲ目的トスル場合ニハ則チ
登記ニシテ動産ヲ目的トセル場合ニハ則チ占有ナリ故ニ物權ノ讓渡ニ於テ不
動産ニ付テハ必ス登記ヲ要シ動産ニ付テハ必ス占有ヲ要ス若シ此形式ヲ缺ク
トキハ未タ其公示方法ヲ盡ササルモノナルカ故ニ其讓渡ハ當事者ノ間ニハ效
力アリト雖モ第三者ニハ全ク效力ナシトス唯茲ニ注意スヘキハ留置權ト占有

權ニ付テハ特ニ登記ナル形式ヲ必要トセザルコト是ナリ(不動産登記法第一條參照何トナレハ此二種ノ權利ニ付テハ先ニ述ヘシ如ク其權利ノ得喪ニ關シテハ實質的要件トシテ別ニ他ノ形式ヲ存スレハナリ)(二)ハ不動産ヲ目的トセル物權ヲ取得シ若クハ喪失シ變更スル場合はナリ此場合ニ於テハ登記ノ形式ヲ必要トス而シテ此形式ハ公示方法ナルヲ以テ若シ此形式ヲ缺クトキハ當事者間ニハ效力アレトモ第三者ニハ全ク其效力ナシトスヘキノミ

第二編 占有權

第一章 占有權ノ意義

第一編ニ於テハ物權ノ重ナル觀念ヲ說明セリ之ヨリ進ミテ物權ニ屬スル各種ノ權利ニ付テ研究セン而シテ本編ニ於テハ占有權ニ付テ說明スヘシ占有權トハ何ソヤ是レ占有權ヲ論スルニ當リ第一ニ起ル問題ナリ此問題ヲ解釋セントセハ先ツ占有ノ何タルヤヲ研究スルノ要アリ予ハ先ツ此點ヨリ解釋ヲ試ミント欲ス

物ノ直接ノ支配ニハ二箇ノ種類アリ(一)ハ物ノ法律上ノ支配關係ニシテ之ヲ狹義ノ物權ト稱ス(二)ハ物ノ事實上ノ支配關係ニシテ之ヲ稱シテ占有ト謂フ故ニ占有トハ何ソヤノ問ニ對シテ一言ヲ以テ之ニ答フルトキハ占有トハ物ヲ支配スルノ事實ヲ指スト謂フヘキノミ然レトモ尙ホ一步ヲ進メテ之ヲ分析説明スルトキハ占有ハ實ニ左ノ要件ヲ具備スルコトヲ必要トス

第一 占有ハ現實ノ事實關係ナリ 占有ハ理想上ノ關係ニ非ス實際ニ存スル所ノ事實的關係ナリ例ヘハ書籍ヲ持ツ杖ヲ持ツト云フカ如シ

第二 占有ハ瞬間的ノ關係ニ非スシテ將來ニ持續スル關係ナリ 占有ハ一ノ現實的關係ナルカ其關係タルヤ瞬間的ノモノヲ指スニ非ス例ヘハ鳥カ家ノ内ヲ飛過スルトキノ如キ或瞬間ニ於テハ家ノ内ニ實在シタルモノナルモ此ノ如キ瞬間的ノ關係ハ決シテ占有ト稱セザルモノナリ)必ス其關係カ將來ニ持續スルコトヲ必要トス但將來ニ持續スル關係ナリト云フモ其絶對的ニ將來永遠ニ繼續スルノ力アルコトヲ必要トセザルナリ例ヘハ大金ヲ懐ニセル老婆カ單身深山ノ中ヲ通過スルニ際シ數人ノ強賊之ヲ奪ハントスル場合ノ如シ此場合ニ

ハ老婆ノ有セル大金ハ必スヤ其盜賊ノ爲メニ奪取セラルルハ明カナリト雖モ尙ホ老婆ハ其金圓ヲ占有スト言ヒ得ルナリ
 第三ノ占有ハ事實上ノ支配關係ナリ
 事實上ノ支配關係トハ換言スレバ支配ノ事實ノ謂ナリ然ラハ支配ノ事實トハ何ヲ謂フカ之ニ關シテハ學說頗ル多シ
 第一說ハ「ラベラ」ノ主唱スル所ニシテ支配ノ事實換言セハ事實上ノ支配關係トハ物ヲ五體ノ中ニ確實ニ所持スルノ謂ナリ是レ支配ノ事實ヲ解スルニ當リ極メテ其範圍ヲ狭小ニシタルモノニシテ此說ハ今日ニ所謂支配ノ事實ヲ正當ニ言明シタリト謂フコトヲ得ス物ヲ五體ノ内ニ現實ニ所持スルハ事實上ノ支配關係タルコト疑ナシト雖モ物ヲ必ス五體ノ内ニ所持セサレハ支配關係ナシト云フハ事實ニ反スル說明ナリ第二說ハ「クライン」ノ唱フル所ニシテ事實上ノ支配關係トハ「ラベラ」ノ唱フル如ク必スシモ之ヲ五體ノ内ニ所持スルコトヲ必要トセサルモ必ス之ヲ自己ノ近傍ニ置クヲ要スト此說ハ「ラベラ」ノ說ニ比スレハ事實上ノ支配關係ヲ認スルノ範圍ニ付キ確ニ一步ヲ進メタルモノニシテ所謂支配ノ事實ヲ極メテ通俗ニ説明シ得タルモノ觀アルモ此說ハ今日ノ所

謂事實上ノ支配關係ノ一部ヲ解クモノニ過キス未タ其全般ニ涉リテ言明スルコトヲ得タリト謂フコトヲ得ス例ハ船荷證書ヲ有スル者ハ船舶ノ積荷ニ付キ事實上ノ支配關係ヲ有ストスルハ今日ノ通說ナリ然ルニ此場合ニ付テ考フルニ其積荷ヲ運送スルノ船舶ハ千里ノ遠キ大洋ニ在ルコトアリ而モ占有アリト云フニ非スヤ是レ「クライン」ノ說カ所謂事實上ノ支配關係ヲ其全局ニ涉リ説明スルモノニ非ストスル所以ナリ第三說ハ「サビニー」ノ唱フル所ニシテ事實上ノ支配關係トハ物ノ上ニ直接ニ之ヲ處分シ及ヒ他ヲ排斥スルノ實力ヲ有スル關係ナリト云フニ在リ此說ハ前二說ニ比スレハ一層進歩シタル見解ナルモ此說ニ依ルトキハ實ニ二箇ノ要件ヲ具備スルヲ要ス即チ(一)ハ直接ニ物ヲ處分スル實力(二)ハ他ヲ排斥スルニ十分ナル實力是ナリ故ニ氏ノ說ハ餘リニ嚴格ニ失シテ爲メニ事實上ノ支配關係ヲ認ムルノ範圍ヲ狭ムルノ虞アリ例ハ往來ニ網ヲ張り鳥ヲ捕ヘントスルニ當リ鳥カ一旦網ニ繫リタルトキハ其鳥ハ網ヲ張リタルモノノ占有ニ在ルヤ否ヤト問フニ此場合ニハ其鳥ニ付テハ之ヲ處分スルノ實力アリ(何トナレハ鳥ハ網ニ繫リタルハナリ)ト雖モ他ヲ排斥スルノ實力ナシ

(何トナレハ此網ノ傍ヲ通過セル人カ其鳥ヲ捕ヘントセハ直チニ何等ノ故障ナク奪ヒ去ルヲ得レハナリ)故ニ「サビニー」ノ説ニ依レハ此場合ニハ未ダ占有ヲ生セスト謂ハサルヘカラス然ルニ今日ノ法學者ハ此場合ニハ既ニ事實上ノ支配關係アリト主張スルヲ通例トス又以テ「サビニー」ノ見解カ嚴格ニ失セルコトヲ知ルコトヲ得ヘシ第四説ハ「デルンブルヒ」カ唱フル所ニシテ事實上ノ支配關係トハ物ノ通常ノ有様ニ從フトキハ當然ニ其物ヲ處分シ得ルノ實力ヲ有スルタ場合ナリトスルニ在リ此説ハ畢竟「サビニー」ノ見解ヨリ其第二ノ要件ヲ削除シルモノニシテ蓋シ「サビニー」ノ説ノ長ヲ取リ短ヲ捨テタルモノニシテ支配ノ事實ノ意義ハ「デルンブルヒ」ヲ待チテ始メテ其本義ヲ明カニスルコトヲ得タリ以上三箇ノ條件ヲ具備スルトキハ占有ハ即チ存在スルモノナリ故ニ占有ハ其本體全ク一ノ事實ニシテ古來法律學者間ニ爭ハレタル占有ハ權利ナリヤ事實ナリヤトノ問題ハ殆ト謂レナキノ議論ニシテ占有ハ固ヨリ明白ナル事實ニ屬シテ決シテ權利ニ非スト斷言スヘキノミ唯占有ハ純然タル一ノ事實ナリト雖モ法律ハ特ニ之ニ對シテ種種ノ保護ヲ與フルコトアリ例ヘハ占有ニ對シ占有

訴權ヲ與フル如キ是ナリ此ノ如ク占有ハ本來一ノ事實ナリト雖モ往往法律ノ保護スル所ノ事實ト爲ルコト尠カラス此法律カ保護スル占有ヲ稱シテ我民法ハ占有權ト稱セリ故ニ占有權ハ何ナルヤノ問ニ對シ占有權ハ法律ノ保護スル占有ナリト答フルヲ以テ極メテ適當トス

然ラハ法律ノ保護スル占有トハ何ヲ謂フカ此問題ハ占有ノ種類ヲ攻究スルトキハ自ラ其範圍ヲ明カニスルコトヲ得ン占有トハ一言以テ之ヲ蔽ヘハ支配ノ事實ノ謂ナリ然レトモ是レ唯占有ノ客觀的狀態ヲ説明シタルノミ進ミテ占有ニ付キ其主觀的狀態ヲ觀察スレハ占有ハ更ニ分チテ之ヲ種種ニ分類スルコトヲ得所謂主觀的狀態ヲ觀察スルトハ占有者ノ意思ニ付テ觀察スルノ謂ナリ今此點ヨリ觀ルトキハ占有ヲ大別シテ二ト爲スコトヲ得一意思ナキノ占有ニ二意思アルノ占有是ナリ意思ナキノ占有トハ支配スルノ事實ハ存スルモ其人ニ於テ支配スルノ意思ヲ有セサルモノヲ謂フ此種ノ占有ヲ稱シテ法律ハ單ニ之ヲ所持ト謂フ例ヘハ赤兒カ握ル所ノ金時計ハ一ノ所持ニシテ即チ意思ナキノ占有ナリ意思アルノ占有トハ支配スルノ意思ヲ有スル者カ支配スルノ事實アルヲ謂

フ此種ノ占有ヲ稱シテ狹義ノ占有ト謂フ故ニ狹義ノ占有ニハ二箇ノ要件ノ具備スルヲ要ス即チ(一)ハ支配ノ事實(二)ハ支配スルノ意思是ナリ以上二箇ノ種類中第一種ノ占有即チ所持ハ單ニ支配ノ事實ノ發生ヲ見ルノミニシテ此事實ハ之ヲ主張スル者ナシ故ニ此ノ如キ占有ニ付テハ法律ハ保護スルノ要ナキナリ之ニ反シ狹義ノ占有ニ在リテハ單ニ支配ノ事實ヲ存スルノミニナラス其事實ハ之ヲ主張スル者アルヲ以テ法律ノ保護スヘキ占有ハ寧ロ此範圍ニ在リ而シテ狹義ノ占有ハ細別スレハ又之ヲ三種ニ分類スルコトヲ得即チ第一ハ自己ノ爲メニ所有スルノ意思ヲ以テスルモノ例ヘハ盜賊カ盜取シタル物ニ於ケル占有ニ如シ此種ノ占有ヲ稱シテ所有的占有ト謂フ此種類ノ占有ハ狹義ノ占有中其支配スル意思カ最モ確實ナルモノナリ何トナレハ所有スルノ意思ハ支配スルノ意思中最モ強大ナルモノニ屬スレハナリ故ニ法律カ占有ヲ保護スルニ當リテハ先ツ此種ノ占有ヲ保護スルハ當然ノコトナリ羅馬法及ヒ近世各國ノ法律亦皆然リ第二ハ他人ノ爲メニスル意思ヲ以テスルノ占有ナリ例ヘハ番頭カ主人ノ代理入トシテ主人ノ爲メニ占有スル如シ此種ノ占有ヲ稱シテ代理占有ト謂フ此占

有ノ場合ニハ代理セララルル所ノ本人ニハ當然占有ノ事實ヲ發生スルヲ以テ其本人ノ占有ヲ保護スルトセハ亦代理占有ヲ保護スルノ必要ナシ之ヲ以テ代理占有ニ付テハ法律カ保護ヲ與ヘサルヲ以テ原則トセリ而シテ代理占有ハ亦二箇ノ種類ヲ有ス(一)ハ占有者ノ意思ニ付テ觀察シテ其人カ明カニ他人ノ爲メニスル意思ヲ有スル場合ニ始メテ代理占有ト認ムルモノナリ此種類ハ代理占有ノ常態ナリ(二)ハ法律上當然代理占有ト推定スルモノナリ是レ占有者ノ意思ヲ研究セズ占有者ノ資格ニ依リ判斷スルモノナリ即チ占有者カ他ノ機關ナルトキハ當然代理占有ト推定スル場合ヲ謂フ例ヘハ逡巡カ公務ヲ行フ際發見シテ占有シタルモノハ當然ニ國家ノ爲メニ代理占有スルモノト推定スル如シ之ヲ要スルニ代理占有ハ法律カ保護スルモノニ非サルコトヲ原則トス第三ハ自己ノ利益ノ爲メニスル意思ヲ以テスル占有ナリ此占有ヲ稱シテ法律上ノ占有者クハ自己占有ト謂フ此占有ニハ如何ナル要素ヲ要スルヤト云フニ三箇ノ要素アリ即チ(一)支配事實(二)支配スルノ意思(三)自己ノ利益ノ爲メニスル意思是ナリ此三要件ヲ具備シタル占有ヲ法律上ノ占有ト謂フ例ヘハ所有物又ハ質取物ニ

付テノ占有若クハ他ヨリ借リタル物ニ付テノ占有ハ皆之ニ屬ス要スルニ此占有ハ狹義ノ占有中其範圍最モ廣キモノニシテ所有ノ占有ハ此占有ノ一ノ場合タルニ過キス而シテ狹義ノ占有中代理占有ヲ除クノ外ハ總テ此占有ノ範圍ニ屬ス羅馬法ヲ首メ獨逸法及ヒ近世各國ノ法律ハ皆此種ノ占有ヲ以テ法律カ保護スヘキモノト認メリ何トナレハ苟モ占有ヲ保護スル以上ハ之ヲ所有ノ占有ニ止ムルハ其保護ノ範圍極メテ狹キニ失スルヲ以テ占有ヲ保護スルノ意思ヲ實カントセハ當然此種ノ占有マヲ推シ及ホスヘキモノナリト認メタルニ依ル尙ホ其理由ニ付テハ更ニ次章ニ於テ説明スル所アルヘシ

以上述ヘタル所ニ據リテ之ヲ觀レハ狹義ノ占有中第一ノ種類及ヒ第三ノ種類ハ共ニ法律ノ保護スヘキ占有ニ屬ス而シテ第三ノ種類ノ占有ハ第一ノ種類ノ占有ヲ包含スルハ既ニ説明シタル所ニ依リ明カナリ隨テ法律ノ保護スル占有トハ何ソヤト云ヘル間ニ對シテハ狹義ノ占有中第三ノ種類ニ屬スル占有即チ法律上ノ占有ナリト謂フコトヲ得隨テ占有權ハ何ソヤノ間ニ對シテハ法律上ノ占有即チ占有權ナリト答フルコトヲ得之ヲ要スルニ占有ハ全ク一箇ノ事實

ニシテ權利ニ非ス其事實ノ一タル占有ノ中特ニ法律カ保護ヲ與ヘタルモノヲ稱シテ我民法ハ之ヲ占有權ト謂フモノナリ

占有權ノ意義ハ以上ヲ以テ大略之ヲ盡セリ終ニ一言スヘキモノアリ占有權ト混雜シテ動モスレハ之ト混視セラルルノ虞アル權利是ナリ之ヲ稱シテ占有スヘキ權ト云フ占有スヘキ權ト占有權トハ全ク別異ノ權利ニシテ此二者ハ其根底ニ於テ確然分畫スヘキモノナリ即チ占有スヘキ權トハ法律上占有ナル事實ヲ得ヘキ權能ヲ指スモノニシテ全ク事實ニ關係ナキ法律上ノ觀念ナリ例ヘハ所有權地上權永小作權質權留置權等ノ如シ占有權ハ之ニ反シテ法律上占有スヘキ權能ノ有無ヲ論セスシテ占有ノ事實アルモノニ付テ法律カ保護ヲ與フル部分ヲ稱シテ即チ占有權ト謂フナリ故ニ占有權ト占有スヘキ權トハ其根底ニ於テ全ク相異ナリ決シテ混視スルコトヲ許ササルモノナリ

第二章 占有保護ノ理由

占有ハ一ノ事實ナリ法律ハ何ノ故ヲ以テ此事實ヲ保護スルヤ是レ本章ニ於テ

研究セントスル事項ナリ今法律カ保護スル占有ニ付テ研究スルニ頗ル奇怪ノ現象ヲ存ス即チ法律ハ一面ニ於テ他人ノ物ヲ盜取スルノ行爲ヲ禁シ而モ之ニ制裁ヲ付セリ然ルニ他面ニ於テハ盜賊カ盜取セル物ニ付テ占有ヲ保護シテ之ニ訴權ヲ付與スルノ事實アリ是レ實ニ不可思議ノ現象ニ非スヤ是ニ於テカ占有ヲ保護スルノ理由ハ何ニ在ルカハ學者間ノ一大問題ニシテ從來之ニ關スル學說頗ル多シ今其最モ重ナルモノヲ舉タレハ大別シテ二ト爲スコトヲ得(一)ハ絕對主義ノ學說ニシテ(二)ハ相對主義ノ學說ナリ絕對主義ノ學說ハ占有ノ保護スヘキ理由ヲ占有權其モノノ性質ニ付テ研究セントスルモノナリ相對主義ノ學說トハ占有其モノノ性質ヨリハ之ヲ論セスシテ占有ノ周圍ノ情況ヨリ之ヲ觀察シテ其理由ヲ説明セントスルモノナリ此二ノ主義中尙ホ種種ノ學說アリ先ツ相對主義ニ付テ言ヘハ第一說ハ暴力防衛說ナリ此說ハ「サビニ」ヲ唱フル所ニシテ其說ニ依レハ占有ヲ保護スル理由ハ暴力ノ侵害ヲ防衛スルニ出ツルモノナリ占有ヲ爭フ場合ニハ必ス其相手方ニ於テ不法ノ暴力ヲ用ヒントスル者アルヲ以テ此不法ノ暴力ヲ防衛センカ爲メ占有ヲ保護スルモノナリトスル

ニ在リ「ヒヒタ」ハ占有ヲ保護スルノ理由ハ人格ヲ保護スル爲メナリト曰ヘリ其說ハ亦暴力防衛說ノ一派タルニ過キス此等ノ學說ニ依レハ占有ヲ保護スル場合ニハ必ス相手方ニ於テ不法ノ暴力ヲ用フルコトヲ要ストセザルヘカラス然ルニ占有ヲ保護スルハ唯リ其相手方ニ不法ノ暴力ノ存在スルトキニ限ラス却テ不法ノ暴力ヲ認メザル場合ニモ仍ホ占有ヲ保護スルコトアリ故ニ此說ハ此點ニ於テ批難アルコトヲ免レス第二ノ學說ハ所有權說ナリ所有權說ハ「主トシテイニング」カ唱道ニ係ル此說ニ依レハ占有ハ概シテ所有權ヲ有スル場合ニ伴フ事實ナリ故ニ所有權ヲ保護スルノ精神ヨリシテ占有ヲ保護スルモノナラ占有ヲ保護スルハ占有ノ事實カ多ク伴ハルル所ノ所有權ヲ保護スルニ外ナラス或場合ニハ所有權ナキ占有ヲ保護スルコトアルモ是レ法律ノ眞意ニ非スシテ其弊ナリ蓋シ所有權ノ保護ヲ完全ニセントスレハ占有ナル事實ヲ保護スルヲ以テ極メテ便利ナリトス即チ占有權ニ付テ十分ノ保護ヲ與フルトキハ其大多數ノ場合ニ於テハ所有權ヲ保護スル結果ヲ生スレハナリ是レ「イニング」カ所有權說ノ要領ナリ此說ハ極メテ巧ニシテ其勢力モ亦甚タ盛ナリト雖モ冷淡ニ

法理ノ上ヨリ之ヲ考フルトキハ此說ハ占有保護ノ理由ヲ完全ニ説明シ得タリトスルコトヲ得ス何トナレハ若シ占有保護ノ理由ヲシテ所有權ヲ保護スルニ過キサルモノトセハ(一)占有權ヲ保護スル範圍ハ單ニ所有の占有ニ止ムヘク(二)占有者カ所有權ヲ有セサルコト明白ナル場合ニハ其占有ヲ保護スルノ必要ナシトセサルヘカラス然ルニ今日ノ法律カ占有ヲ保護スル場合ハ(一)所有の占有ノ範圍ヲ超ユ廣ク自己占有ニ及ヘルハ既ニ說キタル所ニ據リテ明白ナリ(二)其占有者カ所有權ヲ有セサルコト明白ナル場合ニモ亦占有ヲ保護セリ例ヘハ他人ノ所有物ヲ賃借セル者ノ占有ヲ保護スル如シ是レ「イェリング」ノ所有權說カ學說トシテ批難ヲ免レサル所以ナリ

以上ハ相對主義ノ學說ニ關スル要領ナリ絕對主義ノ學說トシテ最モ廣ク行ハルルモノハ意思說ナリ此說ハ「ブルンス」カ唱フル所ニシテ此說ニ依レハ占有ヲ保護スルハ意思ヲ保護スルニ過キス占有ハ一ノ意思ヲ表ハスモノニシテ即チ現實ニ表ハサレタルノ意思ナリ故ニ法律ハ此意思ヲ保護センカ爲メニ占有ヲ保護スルモノナリ蓋シ意思ハ其性質ニ於テ自由ナルコトヲ欲スルモノニシテ此

意思ノ自由ヲ主張セシムルハ實ニ法律ノ目的ナレハナリト此說ハ一見稍ヤ理由ヲ有スルカ如シト雖モ何故ニ法律ハ意思自由ヲ主張スルコトヲ以テ其目的トスルヤヲ説明セス隨テ説明トシテハ甚タ不完全ナリ又假ニ此說ノ主張スル如ク法律ハ意思ヲ保護スヘキモノナリトスルモ占有ノ場合ニ於テハ占有者モ一ノ意思ヲ有スルモノナリト雖モ占有ヲ爭フ者モ亦一ノ意思ヲ有スルモノナレハ其實意思ト意思ノ衝突ニシテ何ノ故ニ特ニ占有者ノ意思ノミヲ保護シ占有ヲ爭フ者ノ意思ヲ保護セサルヤ其理由極メテ不明ナリ此點ニ於テ意思說ハ未タ十分ナル解答ヲ與ヘサルモノト斷定セサルヘカラス

以上述ヘタル所ノ學說ハ皆其根底ニ於テ多少ノ缺點ヲ存セリ然ラハ占有保護ノ理由ハ何レニ在リトスヘキカ今日ノ法學上ノ進歩ノ上ニ於テハ最モ其當ヲ得タリト認ムヘキハ社會秩序說ナリト是レ獨逸民法大家デルンブルヒノ唱フル所ニシテ此說ニ依レハ占有ヲ保護スルハ畢竟社會ノ秩序ヲ維持セントスルニ外ナラストスルモノニシテ蓋シ吾人ノ生活狀態ヲ仔細ニ觀察スレハ或ハ權利或ハ義務等ノ法律上ノ種種ノ關係アルモ實際吾人カ之ニ依リテ生存シ

之ニ依リテ衣食シ之ニ依リテ住居スルモノハ皆現在ノ事實ナリ即チ現在ノ事實ニ依リ衣食シ住居シ及ヒ生活スルモノナリ故ニ現在ノ事實ハ吾人ノ生活ノ基礎ニシテ此事實ヲ攪亂セシムルトキハ吾人ハ爲メニ其共同生活即チ社會的生活ノ生存ヲ害セラルルノ虞アリ故ニ社會ノ秩序ヲ維持シ吾人ノ共同生活ヲ安全ナラシメントセハ現在ノ事實ハ之ヲ確保シテ漫ニ攪亂スルコトナカラシムルノ要アリ是ヲ以テ現在ノ事實ヲ動スハ必ス法律上ノ理由ノアルコトヲ要スルモノトシ法律上ノ理由ナキ限ハ現在ノ事實ヲ保護スヘキモノトス是レ「デ」ルンブルヒ「方」社會秩序說ノ要領ナリ惟フニ此說ハ占有保護ノ理由ヲ殆ト言盡シテ餘蘊ナシ民法カ占有ヲ保護スルハ法律カ時効ノ制度ヲ認ムト同シタ全ク事實ノ力カ表ハレタルモノニシテ事實ノ勢力カ遂ニ法律ヲシテ保護セシメサルヘカラサラシメタルモノナリ

以上述ヘタル所ニ依リ法律ハ占有ヲ保護スルノ理由ハ之ヲ明カニセリ占有保護ノ理由果シテ此ニ在リトセハ法律カ保護スヘキ占有ノ範圍ハ何レノ程度ニ止ムヘキカ是レ次ヲ起ルヘキ重要ノ問題ナリ

占有ハ大別シテ二トス即チ(一)ハ意思アル占有ニシテ(二)ハ意思ナキノ占有ナリ意思ナキノ占有トハ單ニ一時ノ事實ニ過キス其事實タルヤ之ヲ主張シ之ヲ維持セントスル者ナシ故ニ法律ハ之ヲ保護セサルモ亦爲メニ社會ノ秩序ヲ攪亂セラルノ虞アルナシ故ニ此種類ノ占有ハ法律ノ保護スル所ニ非サルナリ意思アル占有ハ之ニ反シテ之ヲ主張スルノ意思確實ナリ故ニ法律ハ之ヲ保護スルノ必要アリ唯意思アル占有ノ中ニ付テ代理占有ハ其本人ノ占有ヲ保護スルトキハ亦別ニ代理占有ヲ保護スル必要ナキヲ以テ代理占有ニハ法律カ保護ヲ與ヘサルヲ原則トス而シテ意思アル占有ノ中ヨリ代理占有ヲ省クトキハ其餘ハ即チ自己占有ニシテ是レ皆自己ノ利益ノ爲メニ支配スルノ意思ヲ有シ自己ノ利益ノ爲メニ之ヲ主張スルモノナレハ法律ハ之ヲ保護スルニ非サレハ竟ニ社會ノ秩序ヲ亂スニ至ラン是ヲ以テ今日ノ法律ハ其保護スヘキ占有ノ範圍ヲ以テ自己占有ニ止ムヘキモノトス我民法亦之ニ依ルモノナリ

終ニ一言スヘキハ所有の占有ノミヲ法律カ保護スヘキモノナリト論スル學說アリ是レ「イ」エラシダ「フ」所有權說ニ心酔セル學說ニシテ強ヒテ其主張ヲ實カシ

カ爲メニ法律カ保護スル占有ノ範圍ヲ特ニ之ニ制限セントスルモノナリ此說ハ近世ノ法律ノ上ニ於テノミナラス迦リテ羅馬法ニ於テモ成立スルコトヲ許ササルモノナリ蓋シ羅馬法ニ於テスラ法律ノ保護スル占有ハ尙ホ廣キ範圍ニ於テ之ヲ認メリ即チ羅馬法ニ於テ占有ヲ保護スル最モ重ナルハ國有ノ土地ニ對シテ羅馬ノ人民カ取得スル占有是ナリ此場合ニハ其土地ノ所有ハ國家ニ在ルコト明白ナレハ其土地ヲ占有スル者ハ皆所有ノ意思ヲ有スルヲ得ス隨テ自己ノ爲メニスル意思ヲ有スルニ過キサルナリ是ニ由リテ觀ルモ法律ノ保護スル占有ハ所有ノ占有ノミニ在リトスルハ已ニ法律ノ沿革ノ上ニ於テ其誤謬タル明カナリ

第三章 占有ノ種類

本章ニ於テハ占有ノ種類ト云フモ廣義ノ占有ノ範圍ハ前前章ニ於テ大略之ヲ述ヘタリ故ニ本章ニ於テハ狹義ノ占有ノ中法律カ保護スル占有ニ付テ其種類ヲ説明セントスルモノナリ

第一 正權原ノ占有及ヒ無權原ノ占有 正權原ノ占有トハ占有スヘキ相當

ノ權原ヲ有シテ占有スルモノヲ謂フ例ヘハ所有者カ占有セルハ此場合ニ屬ス無權原ノ占有トハ占有スヘキ權原ナクシテ占有スルモノヲ謂フ例ヘハ盜取シテ占有シ拾取シテ占有スル如キ皆之ニ屬ス

第二 善意ノ占有及ヒ惡意ノ占有 此區別ハ主トシテ無權原ノ占有ニ付キ存スル分類ナリ占有者カ占有ノ權原ナキコトヲ知ラスシテ却テ正當ノ權原アルモノト確信シテ占有スルモノヲ善意ノ占有ト謂フ例ヘハ他人ノ物カ誤リテ自己ノ家屋中ニ在リタル場合ニ之ヲ自己ノ所有物ト確信シテ占有スル如シ所謂善意ノ何タルヤニ付テハ學者ノ見解多少異ナル所アリ或學者例ヘハ「ستنچند」如キハ善意トハ單ニ其無權原ナルヲ知ラサルノ消極的狀態ヲ以テ足ルトセリ法律ハ多クノ場合ニ於テ善意ノ文字ヲ單ニ知ラサルト云フ消極的ノ狀態ニ適用スルノ例尠シトセス故ニ此說ノ起ル亦理由ナキニ非ス然レトモ占有ノ場合ニ於テハ善意ノ意義ハ普通ト異ナリ其效果ニ於テ重キ區別ヲ存シ隨テ普通ノ場合ヨリハ嚴格ナル意義ニ於テ用ヒラレ單ニ知ラサルノ消極的的狀態ヲ指サス其權原ナキコトヲ權原アリト確信スル事實アルコトヲ必要トシタルモ

ナリ此點ハ近世ノ學者ノ概シテ是認スル所ナリ唯稀ニ善意ノ意義ヲ一層嚴格ニ用ヒ其確信ニ付テ何等ノ過失ヲ認メサルヲ必要トスル者アリ例ヘバ「ブルンブルヒ」如シ此說ハ極メテ確實ナル意義ニ善意ナル文字ヲ解釋シタルモノニシテ一ノ有力ナル學說ナルモ我新民法ニ所謂善意ノ占有ハ此說ヲ採用セズ單ニ權原ナキコトヲ權原アリト確信アリタル事實アレハ之ヲ善意ノ占有ト稱スルモノナリ惡意ノ占有トハ之ニ反シテ以上ノ確信ナキモノヲ謂フ例ヘハ机上ニ友人カ忘置キタル書籍ヲ自己ノ所有ノ書籍ナリト確信セズシテ漠然之ヲ占有セル場合ノ如シ

第三 過失アル占有及ヒ過失ナキ占有 此區別ハ主トシテ善意ノ占有ニ付テ存スル區別ニシテ過失アル占有トハ善意ノ占有ニ於テ權原アリト確信シタルコトカ過失ニ出アタルヲ謂フ此場合ニ過失アリト云フニハ主觀的ニ其人ニ付テ判斷スルニ非スシテ客觀的ニ之ヲ判斷スルモノナリ例ヘハ此ニ人アリ街路ニ於テ物ヲ拾ヒ直チニ自己ノ物ト確信シタル如キハ即チ過失アル占有ナリ何トナレハ其確信ハ相當ノ注意ヲ用ヒタルモノニ非サレハナリ其相當ノ注意ヲ

雜 報

○帝國議會開院式 本月十日聖駕貴族院ニ親臨シテ第十六議會開院ノ式ヲ舉行シ給ヘリ其勅語ニ曰ク

朕茲ニ帝國議會開院ノ式ヲ行ヒ貴族院及衆議院ノ各員ニ告ク
朕ハ帝國ト締盟列國トノ交際益々親厚ヲ加フルヲ喜ブ

北清ノ事變ニ就キテハ列國ト協同シテ當初ノ冀望ヲ達シ善後ノ計亦將サニ成ヲ告ケムトス朕ハ文武臣僚ノ勵精及各員ノ協贊ニ依リ帝國ノ光輝ヲ宣揚シタルヲ嘉ミス

朕ハ國務大臣ニ命シテ明治三十五年度ノ豫算及各般ノ法律案ヲ提出セシム
卿等國家ノ要務ニ對シ和衷審議以テ協贊ノ任ヲ竭シ朕カ望ム所ニ副ヘヨ

○外國貿易前年對照概表 本年一月ヨリ十一月ニ至ル外國貿易額ハ輸出入概算全計四億六千七百五萬二千二百九十七圓ニシテ輸入超過額千八十七萬七

十一圓ナリ之ヲ前年ニ比較スルトキハ左表ノ如シト云フ(大藏省調査本月九日官報抄録)

輸出價額總テ圓單位トス

三十四年 三十二年

精製品

六一,八三一,六四五 五〇,一一六,二四三

粗製品

一一,四四七,〇一八 八五,〇〇八,四三〇

未製品

五一,七八四,四五〇 四二,〇七二,二五八

計

二二八,〇九一,一一三 一七七,一九六,九三一

輸入價額

三十四年

三十三年

第一類(生産ノ原料若クハ其基礎ト爲ルモノ)

一二七,七五七,九七四 一四七,二一一,八七九

第二類(奢侈品若クハ生計ノ程度上進スルニ隨ヒ需用ノ増加スルモノ)

五八,九五〇,六五六 七〇,八六七,〇七一

第三類(以上二類ニ屬セサルモノ、米、豆、石油等)

五二,二五二,五五四 四八,八四二,一五二

計

二二八,〇九一,一一三 二六六,九二二,一〇二

輸出全計

四六七,〇五二,二九七 四四四,一一八,〇三三

輸入超過

一〇,八七〇,〇七一 八九七,二四二,七一

金貨及ヒ金地金輸出

一三,一七五,八五二 三,五五八,六三

總算

三

銀貨及ヒ銀地金輸出

計 一〇、四四六、一五八

金貨及ヒ金地金輸入

計 一〇、七三五、八八九

銀貨及ヒ銀地金輸入

計 二、四九四、九六七

輸出超過

計 一〇、四四六、一五八

第一回 三、一九六、二二五

第二回 三、一九六、二二五

第三回 三、一九六、二二五

第四回 三、一九六、二二五

第五回 三、一九六、二二五

第六回 三、一九六、二二五

第七回 三、一九六、二二五

第八回 三、一九六、二二五

第九回 三、一九六、二二五

第十回 三、一九六、二二五

第十一回 三、一九六、二二五

第十二回 三、一九六、二二五

第十三回 三、一九六、二二五

第十四回 三、一九六、二二五

第十五回 三、一九六、二二五

第十六回 三、一九六、二二五

第十七回 三、一九六、二二五

第十八回 三、一九六、二二五

第十九回 三、一九六、二二五

第二十回 三、一九六、二二五

第二十一回 三、一九六、二二五

第二十二回 三、一九六、二二五

第二十三回 三、一九六、二二五

第二十四回 三、一九六、二二五

第二十五回 三、一九六、二二五

第二十六回 三、一九六、二二五

第二十七回 三、一九六、二二五

第二十八回 三、一九六、二二五

第二十九回 三、一九六、二二五

第三十回 三、一九六、二二五

第三十一回 三、一九六、二二五

第三十二回 三、一九六、二二五

第三十三回 三、一九六、二二五

(注 意)

校外生月謝納付ノ際ハ必ず本紙ヲ切抜キ居所、氏名及爲替番號、金額、並ニ學年別、月謝ノ月別若クハ何月分ヨリ何月分迄ト記入シ爲替券ニ添附スルモノトス

納付書

爲替番號 ()

一金

但第 學年 月分月謝

右納付候也

居所

明治三十年 年

月 日

和佛法律學校會計局御中

納付書

爲替番號 ()

一金

但第 學年 月分月謝

右納付候也

居所

明治三十年 年

月 日

和佛法律學校會計局御中

○ 稟告

○本校事務取扱ハ本月二十八日ヨリ
來ル一月五日マテ休業致候ニ付本校
外生諸君ヨリ本校ニ宛テテ發送セラ
ルル諸通信ニテ至急回答ヲ要スルモ
ノ及ヒ月謝等ハ本月二十七日マテニ
到著致候様御發送相成度此度御注意
マテニ稟告致候也

明治三十四年十二月

和佛法律學校

明治二十二年十二月九日內務省許可
明治三十四年十一月四日第三種郵便物認可

明治三十四年十二月十九日印刷
明治三十四年十二月二十日發行

(定價金貳拾錢)

東京市牛込區早稻田南町三十九番地

編輯者

松田久次郎

東京市牛込區矢來町三番地

印刷者

小宮山信好

東京市芝區西ノ久保町舟町十一番地

印刷所

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
指定

和佛法律學校

(電話番町百七十四番)