

行爲を爲すものでないから軍使たる使命を有する間は之を不可侵と爲し之を保護すべきものである。軍使は白旗を以て標章とし其附隨の鼓手、喇叭手等も同様の保護を受くるものである。交戦國は軍使を受くると否とは其自由であるが既に之を應受するときは軍使不可侵の義務を負はねばならぬ但し軍使により軍の作戰其他機密を探知せらるゝ虞あるときは之に對し適宜の處置を採ることを得るは明である。

#### 四、間 諜

間諜とは交戦國の一方に通知する意思を以て他の一方の作戰地帯内に於て機密に行動し又は虚妄の口實を構へて各種の情報を蒐集する者を謂ふ、間諜は其性質上之を逮捕するも俘虜として取扱ふの必要なく裁判に依りて處罰するのである。

#### 第三款 陸 戰 物 法

敵の財産に對して交戦國は如何なる處置を採り得べきかは之を二種に分ちて説明するの要がある、即ち敵の財産の破壊又は鹵獲と占領とである。

#### 一、敵財破壊及鹵獲

敵の財産に國有財産、公有財産及私有財産の三種があるが其何れたるを問はず戰爭の必要に基

くときは之を破壊し又は押收することが出来る殊に戰闘の用に供し得べき物は悉く押收し得るのである、戰爭の必要に基かざるときは場合を分ちて説明するの要がある。

#### (イ) 國有財産

敵國の國有財産が不動産なるときは戰闘の用に供する物に限り之を破壊することを得べく戰闘の用に供せざる物は一時之を管理し使用収益することが出来る、動産は戰闘の用に供する物は勿論戰闘の用に供せざる物と雖も悉く之を押收することが出来る、但し公益財産は私財と同一に取扱ひ押收すること能はざるを原則とし場合に依り使用収益の用に供することが出来る。

#### (ロ) 公有財産

公有財産は戰爭の用に供したる物は總て之を破壊し沒收することが出来るが其他の物は破壊又は沒收を許さない、學校、病院、寺院等は大部分公有財産である。

#### (ハ) 私有財産

敵國人民の私有財産は戰闘員の携帯せる兵器、軍用書類、乘馬等に限りに沒收することを得るも其他の物は押收することが出来ない。



二、占領

占領とは交戦國の一方が兵力を以て敵國の領土に侵入し敵國をして事實上其地に主權を行ふこと能はざらしむることである。占領は占領地に於ける敵國の主權の行動を阻止するのみであつて決して占領地に於ける主權が失はるゝものではない。占領地に於ける主權は占領後と雖も依然敵國に存し占領國は軍事上の必要より軍隊をして一時占領地の上に本國の主權を行はしむるに過ぎないのである。故に戦争終止の後には兩國の條約に別段の合意なき限り占領地は敵國の主權に復歸すべきものである。

占領軍隊は占領地に於て其公安維持に必要な處置を講じ場合に依りては軍政を施き法律を發布施行することを得るのである。併し其地に於ける司法行政の作用は成るべく在來の機關をして行はしめ占領軍は單に之を監督するに止むるの方法を採らねばならぬ。又占領軍隊は占領地住民の生命財産其他の權利を侵害し或は占領地住民の宗教上の事項を制限するが如きことを爲してはならぬ。

占領地に於ける財産に付ては前項に於て述べたる如くであつて其人民の私有財産を侵すことは出來ないのである。唯軍隊の行動又は支持の必要より住民に對して物品の供給を命じ(之を徴

發と謂ふ)或は勞役の供給を命じ(之を課役と謂ふ)或は金錢の取立を命ずる(之を課金と謂ふ)ことが出来る。此場合に於ては總て其住民の負擔が過酷とならぬ様注意すべく且つ徵發課役の場合には代金及貨銀を支拂はねばならぬ。

第四款 陸戰に於ける不法手段

戦争の目的は國家が自己の主張を貫徹せんが爲め敵の戰鬥力を殺ぐに在るから戰鬥行爲は勉めて殘虐の行爲を避けねばならぬ。國際法上不法なる手段として禁ずる行爲は左の如くであつて之を犯すは即ち不法手段である。

- 一、毒又は毒を施したる兵器を使用すること。
- 二、敵の國民又は軍に屬する者を欺罔行爲を以て殺傷すること。
- 三、兵器を捨て又は自衛の手段盡きて降を乞ふ敵兵を殺傷すること。
- 四、助命せざることを宣言すること。
- 五、無益の苦痛を與ふべき兵器彈丸其他の物質を使用すること。
- 六、軍使旗、國旗其他の軍用の標章並に敵兵の制服及び「ジュネヴァ」條約の徽章を擅に使用すること。



七、輕氣球又は之に類似したるものに依り投射物及爆發物を投下すること。  
 八、人を窒息せしむべき瓦斯又は有毒質の瓦斯を撒布することを唯一の目的とする投射物を使用すること。

第五款 海 戰 法 規

海戰は軍艦に依る戰闘である、軍艦とは一國の海軍に隸屬し海軍士官の指揮する武装せる船舶である、平時普通商船と同様の事業に従事し戰爭に當りて之に武装を施し戰闘に加はる處の所謂義勇艦隊や普通商船を軍艦に變更したる船舶も共に戰時に在りては軍艦である。

海戰に於て俘虜となすことを得る者は敵國軍艦乗組員(艦長より水夫に至るまで)及び商船乗組員中の敵國人である、但し敵國人なるも戰爭中作戰動作に關係なき勤務に服する者で誓約を爲したる者は俘虜となすことが出来ない。俘虜及傷病死者並に難船者の取扱は陸戰に於けると略々同様であるから説明を省く。

海戰に於ては敵船は總て沒收せられ敵の貨物は中立船内に在る物で戰用に供せざる物の外悉く沒收することを得るを原則とするもので敵船にして拿捕を免るゝことを得るは沿岸漁業船、公益船(學術、慈善又は宗教の爲に航行する船舶)病院船、軍使船、俘虜交換船等である、敵船たる

中立船たるを問はず交戰國が拿捕したる船舶は總て之を捕獲審檢所の審檢を経ることを必要とする。

敵國港灣又は沿岸を兵力を以て遮斷し諸國船舶の出入を禁止するを封鎖と謂ふ、封鎖は軍事上の作戰即ち攻略の爲めに行ふ場合と敵國艦船の中立國と交通するを禁ずる爲めに行ふ場合とがある、封鎖を行ふには封鎖國の名に於て封鎖開始の時期、封鎖の區域及中立船舶に許容すべき出港猶豫の期間等を記載して之を宣言し且つ各國政府に通知を發すべきである。

第六款 局 外 中 立

局外中立とは第三國が戰爭に關して交戰國の何れにも積極的消極的の援助を與へず公平なる態度を持つるを謂ふ、戰爭開始に依り戰爭に加はらざる國家は中立を宣言するを例とするが中立の宣言を爲さざるも事實戰爭に参加せざる國家は中立國と看做さるのである、交戰國は中立國に對して左の如き義務を有する。

一、領土不可侵

- (イ) 交戰國は軍隊及軍需品の輻重をして中立國の領土を通過することを得ず。
- (ロ) 交戰國は無線電信局又は陸上、海上に於ける交戰國軍隊との通信の用に供すべき一切の設



備を中立國の領土内に設置することを得ず。

(ハ) 交戦國の軍隊が中立國の領土に進入したるときは他の交戦國の軍隊は之を追撃することを得ず。

以上列記したる事項を犯して交戦國の軍隊が中立國の領土に侵入したるときは中立國は其武器を差押へ其兵員を抑留することが出来る。

二、領海不可侵

中立國の領海に於ては交戦國は互に戦闘行為、追撃、拿捕することが出来ない。

交戦國の軍艦及軍用船が中立國の港灣に入りたるときは中立國は二十四時間内に退去す可き旨を命ずることが出来る、但し糧食薪炭の搭載に必要なときは猶豫時間を與ふことがある、又交戦國の軍艦、船舶と他の交戦國の軍艦とが同時に中立國の港灣に在るときは一方の艦船が出發後二十四時間を経過するにあらざれば他の一方の艦船は出發することが出来ない。

中立國は交戦國の何れに對しても不偏的態度を持すべきもので且つ物質的援助を爲さざる義務を負ふものである、故に軍資金の供給、軍用品の供給、兵員の供給等苟くも交戦國の戦闘力を直接支援することは國際法違反となるものである、併し戰爭に直接關係なきものは公平の義務

に背かざる範圍内に於ては之を許すべきである。

戰時に於て軍用に供すべき物を禁制品と謂ふ、禁制品に絶對的禁制品と條件附禁制品とあり前者は専ら戰爭の用にのみ供する物品であつて後者は戰爭の用にも平和の用にも供し得べき物品である、戰時禁制品は交戦國之を宣言して其輸送中に於ける沒收拿捕の責任を明にするを例とする、而して禁制品は敵國領土、敵國の占領地又は敵の陸海軍に仕向けられたるものは之を沒收することが出来る、尙戰時禁制品の搭載量多き場合には船舶をも拿捕することが出来るのである。

第六款 戰爭の終了

戰爭は交戦國の一方が全く征服せられたる場合及び媾和條約に因りて終了すること説明するまでもない。

第四章 刑法

第一節 刑法の概念

刑法は刑罰法である、刑罰法は犯罪と刑罰とを規定したる法律であつて如何なる行為が如何な



る條件に依り如何なる範圍に於て犯罪となるか又犯罪行為に對しては如何なる條件に依り如何なる範圍に於て刑罰を行ふかを規定するものである、刑罰法に普通法と特別法とがある、普通刑罰法は刑罰法中刑法と名付けられたる法律であつて犯罪と刑罰に關する一般的事項を規定し其適用範圍最も廣きものである、特別刑罰法は特定の犯罪と刑罰とを規定したる法律であつて其種類は頗る多く其重なるものは陸軍刑法、海軍刑法、警察犯處罰令、爆發物取締規則、印紙犯罪處罰法、銃砲火藥取締法、暴力行為處罰法等である。又直接に刑罰の規定を目的とせざる郵便法、電信法、煙草專賣法、所得税法等の中に規定する罰則の如きも特別刑罰法と稱することが出来る、刑法は之を廣義に解すれば叙上の刑罰法の總てを包含するのであるが狹義に於ては普通刑罰法即ち刑法章典のみを謂ふのである、本章に説明する處は専ら此の狹義の刑法に付て爲すものである。

刑法は公法である、公法は前に説明したる如く(第二編第四章第一節參照)法律關係の一方の主體が國家其他の公法人たる法律である刑法は犯罪に對する國家刑罰權の作用を規定したる法律であるから公法であることは明である。

### 第二節 犯罪の意義

犯罪は有責違法にして刑法に依り刑罰を科せらるゝ行為である、此の定義の内容を分析すれば

一、犯罪は行為である、行為とは外界に變動を惹起せしむる人の身體の任意的動靜を謂ふ、行為に付ては後に節を分ちて詳説する。(第三節第六款參照)

二、犯罪は違法行為である、違法とは國家の禁制命令に違反し法益を毀損し又は危険ならしむるを謂ふ。

三、犯罪は有責違法の行為である、有責とは責任能力を有する者の謂であつて即ち責任能力を有する者の任意的動靜に依りて外界に變動を惹起し之が國家の命令や禁制に反するものが犯罪である、責任能力に付ては後に詳説する。(第三節第四款參照)

四、犯罪は刑罰を科せらるゝ行為である、即ち國家が法益を毀損し又は危険ならしむるものと豫定して刑罰を科することを規定したる行為のみが犯罪である、縱令非社會性の行為であつても法律に依り刑罰を科すべきことを規定せざるものは犯罪とはならぬ。

以上は犯罪を構成する一般要素であつて其一を缺ぐときは犯罪は成立しないのである。

### 第三節 犯罪の要素

#### 第一款 一般要素と特別要素

犯罪の要素とは犯罪を構成するに缺くべからざる要件たる内容である、即ち或行為が犯罪たる



には各種の條件が相併び相集りて犯罪行爲となるものである。犯罪の要素には總ての犯罪に共通なる要素と或特定の犯罪に付てのみ存する要素とがある。前者を一般要素といひ後者を特別要素といふ。一般要素は總ての犯罪に缺くべからざるものであるから一般犯罪の成立するや否やを決する標準となるものであるが特別要素は或特定の犯罪に付てのみ存在を必要とするものであるから或特定の犯罪の成立するや否やを決するには先づ一般要素を具備するや否やを検し然る後特定の犯罪に必要な特別要素の存否を調査すべきである。例へば責任能力ある者の任意の行爲たることを必要とすと謂ふは如何なる種類の犯罪にも必要な要素であるから一般要素であるが他人を殺すことは殺人罪に於てのみ必要な要素であるから特別要素である。犯罪の一般要素と特別要素とは何れも犯罪の成立に缺くべからざるもので何れの犯罪も兩種の要素を併せ存すべきである。本節に述ぶる處の犯罪要素は一般犯罪に必要な要素即ち一般要素に付てのみ説明するものであつて各種の犯罪に付て其の特別要素を一々説明するは本書の克くする處でないから之を省くこととする故に特別要素を知らんとせば宜しく刑法専門の著書に付て研究すべきである。(刑法第七十五條以下参照)

## 第二款 犯罪の主体

犯罪は行爲であつて行爲は人の任意なる動靜である。即ち犯罪は人の行爲に付てのみ成立するものであるから犯罪の主体は人に限るのである。

犯罪の主体は人である。人に自然人と法人とあることは曩に一言したる如くであるが法人は國家、府縣、市町村等の公法人より社團財團の私法人に至るまで總て團體である。我刑法上法人は犯罪能力を有せず従つて法人を處罰するの規定も存在しないから結局犯罪の主体は自然人に限るものと謂はねばならぬ。又實際上より觀るも財産刑以外の生命刑、自由刑等は其性質上之を法人に科すること能はざるものである。(特別刑法中には法人を罰する規定あるも之れ一の例外である)斯の如く犯罪の主体は自然人に限るものであるが自然人と雖も其總てが犯罪主体たるものではない。即ち前に一言したる如く犯罪は責任能力者の行爲であるから責任能力なきものゝ行爲は犯罪を構成しない故に現行刑法上に於ては責任無能力者は犯罪主体たることを得ざるを原則とするものである。

## 第三款 犯罪の客體

犯罪の客體は犯罪行爲の對象たる法益である。法益とは法律の保護する利益であつて生命、身體、自由、名譽、財産等である。而して之等の法益は犯罪に因り直接侵害を受くるものであるか



ら之を犯罪の目的物と稱する、犯罪の目的物の権利者は犯罪に因りて権利を侵害せらるゝものであるから之を被害者と謂ふ、例へば竊盜罪に於ける客體は他人の財物であつて其財物の所有權者又は占有者は被害者である、又傷害罪に在りては犯罪の客體は他人の身體であつて傷害せられたる者が被害者である、之を要するに犯罪の客體は犯罪に因り侵害さるゝもの即ち被害體であつて被害者は被害主體である、二者を混同せざる様注意しなければならぬ、法人は犯罪主體たることを得ないことは前款に一言したる如くであるが犯罪の種類に依り被害能力を有することは明である。

## 第四款 責 任 能 力

責任能力とは犯罪行爲に付き犯罪者をして法律上の責任即ち刑罰制裁を受けしむるに必要なりとする適格を謂ふ、本來犯罪は人の非社會的行爲であるから非社會的行爲を爲したる者は何人も其責任を負ふべきものであるが行爲者の精神の發育狀態、智能、意思力等より觀て之に法律の制裁を加ふる必要な者又は法律の制裁を加ふるを不可とする者がある、故に斯る者に對して刑罰を科するときは却つて刑罰の目的に副はざるの結果を招來することが往々にしてあり得るのであるから刑法は刑罰負擔の能力に限界を定めて犯罪構成の主觀的要素と爲すのである、我刑法は責

任能力に付て積極的に規定することなく第三十九條乃至第四十一條に於て消極的に責任無能力者を限定してゐる、以下此の規定に従ひて責任無能力者を説明し因て以て責任能力の意義を明にし度いと思ふ。

我刑法上責任無能力者に三種ある、絶對的無能力者、減低能力者及相對的無能力者即之である、絶對的無能力者とは法律の規定に依りて絶對に責任能力を有せず其行爲は常に犯罪の成立を阻却する者である、心神喪失者及十四歳未滿の者は之に屬する、心神喪失者とは精神障害の最も程度の高きものである、即ち智、情、意の作用に大なる缺陷ありて是非を辨識する能力を喪ひ自己の行動を支配する意思の力を有せざる者を指稱する、而して心神喪失の原因は病氣なると非病的なるとを問はず又心神喪失の狀態が一時的なると繼續的なるとを問はず總て心神喪失者であつて其行爲は犯罪とならぬ、例へば精神病者は繼續的なる場合は勿論發作的の精神病者にても發病中に爲したる行爲は犯罪を構成せず又夢中の動作、飲酒銘酩に依る一時的の精神障害も責任能力を阻却するのである、十四歳未滿の者を責任無能力者としたるは精神狀態の發育未だ十分ならざるに因るものである、凡そ人の精神狀態は年齢を追ふて發達するものであつて其遲速は各人多少の相違はあるが大體に於て大差なきものである、我刑法が十四歳を標準として之に滿たざる者を總て



絶對無能力者と爲しそれ以上の者は未成年と雖も責任能力者とするは實際上の見地より幾多の批難點を存するが別に少年審判法の如き特別法ありて此間の調和を圖ることとなつてゐる。減低能力者とは精神状態に缺陷あるも尙心神喪失に至らざる程度の者を謂ふ、法律に心神耗弱者と謂ふは即ち之である、心神喪失者と心神耗弱者とは要するに精神障害の程度の差であつて之を區別するの標準に付ては何等の規定もないから畢竟個々の場合に於ける事實の認定に依るの外はないのである。

相對的無能力者とは一定の原因によつて一般に精神の發達不完全であると思惟さるゝも事實に於て普通の人と同一の精神状態なるときは之を能力者とし然らざるときは無能力者として刑罰制裁を受くる者を謂ふ、我刑法に於ては瘖啞者を以て相對的無能力者と爲し之に刑罰を科するや否やを一に裁判官の認定に一任するものである、蓋し瘖啞者は精神智能の發達に必要な聽能と語能とを缺くものであるから其結果普通の人よりも精神状態が鈍いものと認めらるゝからである、併し乍ら瘖啞者なるが故に必ずしも普通人よりも精神状態が劣るとは限らない、今日に於ては特殊の教育設備もあること故瘖啞者と雖も普通人と何等異らざる精神状態の者も多いから斯る者に對しては其犯罪行爲に付き刑罰を科しても差支ないのである、法律は瘖啞者の行爲は之を罰せず

又は其刑を減輕すと規定し其認定を裁判官の判斷に委するものである。

以上を以て犯罪に對する責任無能力者を説明したが前に一言したる如く刑法は責任能力に付て其限界を積極的に規定せずして無能力者に付てのみ規定してゐるから從つて叙上の各種無能力者を除けば其以外の者は總て責任能力者であると解しなければならぬ。

第五款 故意 過失

犯罪行爲は故意又は過失に基くことを必要とする、故意とは刑法第三十八條第一項に所謂「罪を犯すの意」であつて犯罪即ち犯罪事實の認識である、例へば殺人罪にありては人を殺すといふこと、放火罪にありては目的物を燒燬するといふことを知り而も之を實行せんとする意思が即ち故意である、犯意なければ犯罪なしとは刑法上の大原則であつて故意は犯罪の構成に缺くべからざる要素である、故意は其性質に依りて種々に分類することが出来る。

一、豫謀に依る故意と感激に依る故意

豫謀に依る故意とは犯罪を犯すに付て豫め計畫し熟思の結果に出でたる犯意であつて感激に依る故意とは一時的感情の激發に基く故意である、例へば豫て仇敵の如く思惟する者を殺すべく一定の計畫の下に犯罪を決意するは豫謀の故意であるが衆人の面前にて痛罵せられ憤激の餘り



前後の思慮もなく殺人を行ふべく決意するは感激の故意である。

二、確定の故意と不確定の故意

確定の故意とは行爲を爲すに當りて罪となるべき事實の存在又は罪となるべき結果の發生を確實なりと信ずる場合に於ける故意であつて不確定の故意は右の如き確信はないが事實の存在又は結果の發生を可能なりと思惟する場合に於ける故意である、不確定の故意は更に概括的故意と擇一的故意と未必的故意の三種に分つことが出来る。

(イ) 概括的故意

概括的故意とは罪となるべき事實の認識が特定せず概括的なる場合に於ける故意である、例へば向ふの道路を通行する人を傷害せんとする故意或は此の家に入り来る者を狙撃せんとする故意の如きである。

(ロ) 擇一的故意

擇一的故意とは多數の事實中に於て或る事實の存在又は發生を認識することである、例へば或一人を殺すことを認識して多數の者に向つて發砲するが如きは擇一的故意に基く行爲である。

(ハ) 未必的故意

未必的故意とは結果の發生を確知するにあらずして單に其發生の可能を豫知したる場合である、例へば水泳未熟なる者と游泳する時或は溺死するやも知れずと豫知しながら急流に連行するが如きは未必の故意に基く行爲である。

斯の如く故意には種々の態様があるが何れも法律上に於ては等しく故意の責任を負ふものであつて唯刑罰を科する場合に刑の量定に多少の關係あるのみである。

過失とは不注意に依りて罪となるべき事實又は結果を認識せざるを謂ふ、注意を爲したるにも拘らず事實が發生したる場合は所謂不可抗力であつて此場合に於ては事實を認識せざるも過失とはならぬ然らば如何なる程度程の注意を缺けば過失となるかといふに其注意の程度を定むる標準に付て三個の學說がある。

一、客觀說

此説は過失の程度を定むるには普通一般人の注意力を標準として抽象的に決定すべきであつて行爲者の注意力を標準とすべきものではないと主張するものである、此説に依るときは過失の有無を定むるに付て全然主觀方面即ち本人の個性、思考力等を度外視するものであるから刑事



の責任を定むる學說としては不適當である。

二、主觀說

此説は過失の有無は本人の智能を標準として定めなければならぬと爲すものである、併し乍ら本來過失を處罰するの目的は一般の注意を促すに在るが故に過失の有無を定むるに全然主觀的根據にのみ立脚するは當を得ないものである。

三、折衷説

此説は行爲に付き必要なる注意ありしや否やは之を客觀的に定め事實の發生を豫知し得べかりしや否やは之を主觀的に定むべきものと爲すのである、即ち認認の方面に付ては本人の智能を標準として注意の有無を定め行爲に付ては一般普通人を標準として注意の有無を定めんとするものである、犯人の主觀的責任を重んずる刑罰制裁の主旨並に一般犯罪豫防を目的とする刑事政策の方面より觀て此説が最も妥當であると信ずる。

過失犯の處罰は法律に特に規定ある場合に限る。

第六款 行爲

行爲は外界に變動を惹起せしむる人の身體の任意的動靜である、此の定義に依りて其意義を分

說すれば

一、行爲は人の身體の任意的動靜である、任意的動靜とは人の意思に基く舉動といふ意味であつて意思に基かざる舉動例へば睡眠中に於ける舉動或は外部の強制に依る舉動の如きは行爲でない。舉動には動態と靜態とがある、動態とは身體の任意的運動であつて靜態は身體の任意的靜止である、動態の行爲を法律上作爲と謂ひ靜態の行爲を不作爲と稱する。

二、行爲は外界に變動を惹起せしむる舉動である。外界とは自然界及行爲者以外の人の心理を謂ふ、燐寸を擦れば火を發し之を家に放てば家を焼燬する、之れ自然界に於ける物理的現象である、身體に危害を如ふべきことを告ぐるに因て畏怖の念を生ぜしむる之れ心界に於ける心理的現象である、斯の如く行爲は外界に變動を生ぜしむるを常とするものであつて此の外界の變動を結果と謂ふ、行爲は右の如く舉動と外界の變動との二個を條件とし此の二個の條件は互に原因結果の關係に立つものである、即ち人の身體の任意的動靜は外界の變動に對する原因であつて外界の變動は舉動の結果である、法律上此の關係を因果關係と謂ふ、或行爲が犯罪たるには因果關係の存在を必要とするものであつて因果關係は行爲者を罰する客觀的條件である。



## 第七款 違法阻却の行爲

犯罪は違法行爲であつて違法とは國家の命令禁制に違反し法益を毀損し又は危険ならしむるものであることは曩に述べたる如くである、故に國家の令禁に反する行爲は總て犯罪として刑罰を科すべきを本則とする、然るに法律は特殊の目的より例外を設けて一定の條件の下に侵害行爲を處罰せざることがある、即ち此の一定の條件を具備するときは縱令國家の令禁に違反し法律の保護する利益を毀損しても違法を阻却し犯罪とはならない、刑法が違法阻却の行爲として認むるものは左の各場合である。

## 一、正當防衛(緊急防衛)

正當防衛とは急迫不正の侵害に對し自己又は他人の權利を防衛する爲め己むを得ざるに出でたる行爲である、即ち正當防衛は他の侵害に對して行ふ處の行爲であつて侵害は急迫且つ不正のものでなければならぬ、故に急迫ならざる侵害(例へば將來の侵害又は既に侵害が終了したる場合)及適法なる侵害(例へば官吏の公務執行々爲)に對しては防衛權はない、又正當防衛は自己又は他人の權利を防衛する爲に行ふ處の行爲で且つ己むを得ざるに出でたる行爲でなければならぬ、己むを得ざるに出でたる行爲とは他に防衛の方途がない爲に採つた手段といふ意であ

る、正當防衛は違法を阻却するが故に犯罪とならぬ併し防衛の程度を超へたる行爲は本より犯罪であるが其情狀に因りて刑を減輕し又は免除される。

## 二、緊急避難

緊急避難とは自己又は他人の生命、身體、自由若くは財産に對する現在の危険を避くる爲め己むことを得ざるに出でたる行爲である、即ち自己又は他人の生命、身體、自由、財産に對する現在の危険に對して他人の法益を毀損するの外に救助の方法なき場合に於ける行爲であつて自己又は他人の權利を保護する爲めに他人の權利を犠牲とするものである、但し避難の行爲より生じたる害は避けんとしたる害の程度を超へざることを限度とするもので此の範圍を超脱したる行爲は犯罪となるのである但し此場合には情狀に因り其刑を減免せらる、尙避難行爲は業務上特別の義務ある者には許されない、業務上の義務ある者とは例へば汽船の船長の如きであつて船長は難船に方り乗客其他の船員を避難せしめたる後にあらざれば避難することを得ざる職責を有する者であるから斯の如き義務を負ふものは他を排して避難するを許さないのである。

## 三、法令又は正當業務に因る行爲

法令又は正當の業務に因る行爲は違法を阻却する、法令に因る行爲とは法令に因り權利として



認められたる行爲であつて其主なるものは官吏の職務行爲(検事の家宅搜索の如し)及懲戒行爲(親権者が其子を懲戒する行爲の如し)である。正當業務に因る行爲とは法規又は慣例上正當なりと認められたる業務に基く行爲である、例へば醫師が手術の爲に患者の身體を傷くるが如き或は理髮職が頭髮を刈除するが如きである。

#### 四、自害行爲

自害行爲とは自己に加害する行爲であつて例へば自己の生命を絶ち(自殺)自己の身體を傷害し或は自己の所有する物を毀棄するが如きである、斯る自己に對する加害は一般に法の放任する處であつて違法ではない。

#### 五、被害者の同意に因る行爲

行爲そのものは非社會的性質のものであつても被害者の承諾に基くときは一般に違法を阻却する、他人の權利を侵害するといふは多く權利者の意思に反する行爲である、然るに其權利者の同意を得て爲す場合に於て犯罪が成立しないことは當然である、例へば承諾を得て他人の物の占有を移すときは窃盜罪を構成せず、相手方の承諾に依るときは強姦罪は成立しない。

### 第四節 犯罪の態様

#### 第一款 犯罪の既遂と未遂

犯罪の既遂とは行爲により犯罪の實行を完了したるを謂ふ、凡そ犯罪行爲は豫備、着手、實行の三段階を経ることを通例とするものである、豫備とは犯罪の準備行爲であつて例へば殺人の目的を以て拳銃を買入るゝ如きである、着手とは犯罪行爲實行の開始であつて例へば窃盜罪に於て他人の物を自己の支配下に移轉すべく目的物に手を懸けたる時が即ち着手である、實行とは着手より犯罪行爲の終了に至る迄の行爲であつて犯罪行爲の本體を爲すものである、斯の如く犯罪が各種の段階を経て實行を完了したるときは茲に犯罪の既遂となるのである。

未遂とは犯罪の實行に着手して未だ遂げざるを謂ふ、犯罪の未遂は未遂の原因が外部の障礙に基くものと内部即ち犯人の意思に基くものとがある、外部の障礙の爲めに未遂となりたるものを**障礙未遂**又は**外由未遂**と謂ひ犯人の意思に基きて未遂となりたるものを**中止犯**又は**内由未遂**と稱する、例へば家を焼燬する目的にて火を放ちたるに家人に發見されて目的を達せざるときは**障礙未遂**であつて犯人が自己の意思によりて消火し以て既遂に至らしめざるときは**中止犯**である、**障礙未遂**と**中止犯**とは何れも犯罪の實行に着手したるも或る原因の爲に既遂に至らざる行爲であつて共に未遂罪であるが法律は其處罰に付て差異を付してゐる、即ち**障礙未遂**の場合には其刑を



減輕することを得るに止まるが中止犯の場合には其刑を減輕し又は免除すべきものと規定するのである、未遂犯は犯罪行爲を完了せざるものであるが危険性を存することは勿論であるから法律は未遂を罰するものである、唯未遂を罰する場合は刑法各本條に於て規定するもののみであつて刑法に未遂を罰する旨の規定なき場合は不問とするのである。

犯罪行爲には或原因の爲めに其結果を發生しない場合がある、例へば死者を殺さんとするが如き或は人を殺す目的にて發砲したるも其目的としたる人が其場に在らざる時、或は毒殺の目的にて毒藥を服せしめたるも其毒藥と信じたるものが砂糖なりし場合の如く結果の發生に不能なる行爲を可能なりと誤認したるものであつて之を法律上不能犯と稱する、不能犯は其目的物並に手段に關して絶對不能なる場合には危険性を存しないから之を罰せず其他の場合には未遂罪として罰す可きものである。

### 第二款 一 罪 數 罪

犯罪は法益の侵害である、各種の法益には犯罪行爲の目的物として互に相關聯するものありて同一人が一個の犯罪を犯すに當り他の法益を侵害するにあらざれば目的とする法益を侵すこと能はざる場合あり或は同一人が同時に數個の犯罪を犯す目的にて數個の法益を侵害する場合がある

斯る場合に於て其犯罪が一個の犯罪なりや數個の犯罪なりやを判定する爲めに一罪と數罪とを如何なる標準によりて區別すべきかの問題が生ずるのである、一罪と數罪とを區別する標準に付ては學說區々に歧れ學者間に於て常に論議せられてゐるもので未だ定説を見ない、今其主なる學說を列挙して其要旨を述べんに

#### 一、行爲標準説

行爲標準説は行爲の數を以て犯罪の數を判定せんとするものであつて其要旨は犯罪は行爲であるから犯罪の數は原則として行爲の數に依りて之を決定しなければならぬと謂ふに在る。

#### 二、結果標準説

結果標準説は行爲の數の如何を問はず犯罪の數を結果の數によりて定めんとするものである、其要旨に曰く犯罪に對して刑罰を科するは法律の保護する利益を侵害するに因るものであつて犯人が犯罪に因りて負ふ處の刑罰は行爲に依りて各個の法益を侵害したるに因るものである故に犯罪の數は侵害せられたる法益の數即ち結果の數に依りて決定すべきものであると。

#### 三、意思標準説

此説は犯人の意思の數を以て犯罪の數を定めんとするものである、其要旨は犯罪は法益を侵害



する行爲であるが其行爲は畢竟犯人の非社會的性格の發現である故に犯罪を犯す行爲は要するに此の非社會的性格を發現する爲め的手段たるに過ぎずして犯罪の根本は意思である故に犯罪の數は犯人の非社會的性格の發現の數即ち犯人の意思に依りて之を決定すべきものであると。推ふに右三説は何れも長短あり理論に於ては夫々首肯すべき根據を有するものである。之等の學說に付て比較論評を爲すは法律研究の專問的事項に屬するから之を省略するが我刑法に規定する犯罪は多くの場合行爲を基本とするものであるから特別の規定ある場合の外行爲標準説を採らねばならぬ。左に數罪の意義を述べ次に我刑法が一罪とする場合を説明しやう。

一、數罪

數罪とは數個の獨立なる行爲を以て數個の結果を生ぜしめたる場合であつて其内容は數個の行爲に因りて數個の同種類の結果が生じたる場合と數個の行爲に因りて數個の異種類の結果を生ぜしめたる場合とを包含する、例へば一人を毒殺し他の一人を銃殺したる場合は數個の行爲に數個の同種類の結果(殺人)を生ぜしめたるものである、火を放ちて家屋を焼燬し且つ他人を殺したる場合は數個の行爲に因りて數個の異種類の結果(放火と殺人)を生ぜしめたるものである共に數罪たること謂ふまでもない。

數罪は其取扱上之を併合罪と累犯とに分つ、併合罪は確定裁判を経ざる前に犯されたる數罪の關係であつて累犯は確定裁判前に犯したる犯罪と其後更に犯したる犯罪との關係である、例へば窃盜罪として起訴せられ其審理中に於て他に横領罪及文書偽造罪を犯したること發覺し何れも未だ確定裁判を経ざるものであれば之等の數罪を併合罪として取扱ふのである、又傷害罪を犯して確定裁判を受けたる者が其後累ねて傷害罪(或は他の犯罪)を犯したる場合は之を累犯と謂ふ、所謂再犯、三犯、四犯等と稱するは累犯である。

二、一罪

一罪に實體的一罪と取扱上の一罪とがある、實體的一罪とは單一なる行爲又は數個の行爲に因り單一なる結果を生ぜしめたる場合であつて取扱上の一罪は事實上數個の犯罪あるも法律上之を一罪として取扱はるゝものである。一發を以て人を殺したる場合、發砲して人を傷け更に刀を以て之を斬り因て死に致したる場合、無免許醫が繼續して醫療を施すが如きは何れも結果が單一であるから實體的一罪である、取扱上の一罪は其性質に従ひ之を連續犯、想像的競合犯及牽連犯の三種と爲す、連續犯とは連續したる數個の行爲が同一の罪名に觸るゝ場合であつて例へば倉庫内の米俵を毎夜一俵づゝ窃取するが如き、數回に涉りて姦通罪を犯すが如き場合であ



る。想像的競合犯とは單一なる行爲に因りて數個の結果を生じたる場合である。例へば一丸にて二人を殺したる如き(同種なる數個の結果俱發)或は一丸にて一人を殺し且つ他人の器物を破壊したるが如き(異種なる數個の結果俱發)である。牽連犯とは或犯罪を犯すに付て其手段又は結果たる行爲が他の罪名に觸るゝ場合に於て其牽連せる犯罪を犯人の目的としたる犯罪に連結せしめて一罪とするものである。例へば窃盜の目的にて他人の住居に侵入したるときは住居侵入の行爲は窃盜の手段たる行爲であるから別に家宅侵入罪の成立を認めない、又貨幣を偽造したる者が偽造貨幣を行使したるときは事實に於ては偽造罪と行使罪とが併立するのであるが取扱上之を一罪とするのである。

第三款 共 犯

犯罪には其性質上數人が共同するにあらざれば犯すことを得ざるものがある、又必要とするにあらざるも二人以上が共同して同一犯罪を犯すことがある、斯の如く二人以上の者の共同加功に依りて犯す犯罪を共犯と謂ふ、而して數人の共同加功を必要とする犯罪を必要的共犯と謂ひ然らざるものを任意的共犯と稱する、内亂罪、姦通罪等は一人のみの行爲にて成立するものでないから必要共犯に屬し數人共同して強盜を行ふが如きは其共同が必要なるにあらすして各人の任意に

共同するものであるから任意的共犯である、通常共犯と稱するは任意共犯を指すものである、共犯は之を正犯、教唆犯及從犯の三種に分つ。

一、正 犯

正犯とは犯罪を實行したる者であつて分れて單獨正犯と共同正犯の二と爲す、單獨正犯とは人の行爲のみに依りて犯罪を實行し或は他人其他(自然力、器械力等)のものを利用して犯罪を實行したるものを謂ふ、此の内他人を利用して犯罪を實行せしめたる者を間接正犯と稱する、例へば精神病者或は是非辨別力なき幼児を利用して放火せしめたる者は間接正犯として自ら犯罪を實行したると同一の罪責(放火罪)を負ふものである。共同正犯とは二人以上が共同意識に因りて同一犯罪を犯すものである、共同正犯の要素は犯罪に對する共同の認識である即ち共同正犯は犯人の各自が各々共同認識を以て犯罪を實行することを必要とするものであつて、若し各人に共同の認識なきときは各人の行爲は單獨であるから従つて數個の單獨正犯が存するのみである。

二、教唆犯

教唆犯とは他人をして犯意を生ぜしめ以て一定の犯罪を實行せしむるを謂ふ、即ち教唆は造意



行爲であつて犯罪の意思なき者に對して犯罪を實行せんとする決意を生ぜしむるものである。故に既に犯意ある者に對しては教唆の觀念を存しない、教唆の方法に付ては法律に別段の規定なきが故に贈與、請託、恐喝其他如何なる方法を以てするも苟くも被教唆者に犯罪實行の意思を生ぜしめたる以上は教唆罪となるのである、教唆犯の處分は正犯と同一である、教唆者を教唆したる者も亦同じ。

三、從犯

從犯とは正犯を幫助するを謂ふ、幫助とは正犯の犯罪實行を容易ならしむべき一切の援助行爲である、例へば殺人を行はんとする者に對し銃を貸與し或は窃盜犯人に對し合鍵を給與するが如き有形的援助は勿論窃盜犯人に對し他人の財物の所在を告知するが如き精神的援助を爲すも等しく幫助行爲である、從犯の刑は正犯の刑に照して減輕せらるゝから常に正犯よりも軽く處罰せらるゝものである。

第五節 刑罰

第一款 刑罰の意義

刑罰とは國家が犯罪に對する制裁として一人の生命、身體、自由若くは財産等法の保護する

利益を剝奪するを謂ふ、本來刑罰の目的は直接には犯人の改過遷善を促すに在り間接には國家が將來に於ける犯罪を豫防するに在る、此の兩個の目的を達する爲めに國家は刑罰を科するものであるから刑罰を「犯人に科する苦痛である」と解するは不適當である、勿論犯人の法益を奪ふときは苦痛を感じるを普通とするが此の苦痛なるものは刑罰の全目的ではない、要するに刑罰とは犯人の法益を奪ひて其の匡正を促し且つ將來に於ける犯罪を豫防する手段である。

刑罰は國家が一人に對して科するものである、換言すれば國家と私人との間に於ける權力關係に基く制裁である、故に國と國又は私人と私人との間に於ける制裁は刑法に謂ふ處の刑罰ではなす。

刑罰は犯罪に對する制裁である、故に民法其他多く私法關係に於て存する損害賠償、各種權利の無效宣言等は犯罪に對する制裁ではないから刑罰と謂ふことが出來ない。

第二款 刑罰の種類及其執行

刑罰に主刑と附加刑の二種がある、主刑とは獨立して科する刑罰であつて附加刑は主刑に附加して科する刑罰である、我刑法上主刑に屬するものは死刑(之を生命刑と謂ふ)懲役、禁錮、拘留(以上を自由刑と謂ふ)罰金、科料(以上を財産刑と謂ふ)の六種であつて附加刑に屬するものは



没収である。

死刑は犯人の生命を奪ふものであつて刑罰中最も重きものである。死刑の執行は検事及書記立會の上刑務所内に於て絞首して之を行ふ。死刑の言渡を受けたる者は刑の執行に至るまで刑務所に拘留し司法大臣の執行命令に依りて執行するのである。懲役、禁錮、拘留は犯人の自由を奪ひ又は制限するものである。懲役に無期と有期の二種あり、無期懲役は即ち終身であつて有期懲役は一月以上十五年以下である。懲役は刑務所に拘留し定役に服するものである。禁錮にも有期と無期とあり、有期は一月以上十五年以下たること及刑務所に拘留すること懲役と同じである。唯其異なる處は禁錮は定役に服せざるに在るのみ。拘留は懲役及禁錮と同じく犯人の自由の剝奪であつて其期間は一日以上三十日未満である。拘留の執行は留置場に拘留するのである。罰金は財産刑の一種であつて犯人の財産中より一定の金額を支拂はしむる刑罰である。其金額は二十四以上たるところを本則とするが減輕するときは二十四以下に降することが出来る。若し罰金を完納すること能はざるときは一日以上一年以下の期間勞役場に留置するものである。科料は罰金と同じく財産刑であつて犯人より一定の金額を徴収するものである。其罰金と異なる處は金額の點であつて科料の金額は十錢以上二十圓未満である。完納不能の者は一日以上三十日未満の期間内勞役場に留置

する。没収は唯一の附加刑であつて主刑に附従するにあらざれば科することが出来ない。没収は財産刑の一種であつて犯罪行爲を組成したる物、犯罪行爲に供し又は供せんとしたる物及び犯罪行爲より生じたる物を官に没収するのである。

### 第三款 刑罰の消滅

刑罰は種々の原因に依りて消滅する。

#### 一、刑の執行

刑の執行は確定判決に依りて之を行ふ即ち確定判決ありたるときは國家は刑罰執行權に基き犯人に對して刑罰を執行するのである。刑罰が其執行を終るに因りて消滅することは別に説明の要がない。

#### 二、犯罪者の死亡

刑罰は犯人の一身に對してのみ科する制裁である。往昔は犯人の親族故舊に對しても刑罰を及ぼしたることがあつたが現今に於ては何れの國に於ても犯人の一身に止まることを原則とするものである。犯人は犯罪主體である主體なくして刑罰を行ふことは不可能であるから犯人の死亡が刑罰を消滅せしむることは明である。



三、恩赦

恩赦は天皇の大権作用を以て刑罰の全部又は一部を消滅せしむるものであることは曩に憲法の章に於て説明したる如くである。(本編第一章第七節参照)

四、時効

時効とは時の経過に因りて刑罰の執行を免除せしむることを謂ふ、刑の時効は刑の言渡が確定したる後左の期間其執行を受けざるに因りて完成するのである。

- (イ) 死刑は三十年
- (ロ) 無期懲役、無期禁錮は二十年
- (ハ) 有期懲役、有期禁錮は刑期十年以上は十五年、刑期三年以上は十年、刑期三年未満は五年
- (ニ) 罰金は三年
- (ホ) 拘留、科料及没収は一年。

五、刑の執行猶豫期間の満了

刑の執行猶豫とは一定の犯罪に對し單に刑罰を宣告し一定の期間内其執行を猶豫して此の期間内に法定の條件が生ぜざるときは曩に言渡したる刑罰の效力を失はしむる制度である、我刑法の規定に依れば執行猶豫は裁判所に於て検事の請求に因り又は職權を以て刑の言渡と同時に判決を以て之を言渡す可きものである、而して執行猶豫の條件としては(イ) 現に言渡を爲す刑が

二年以下の懲役又は禁錮なるとき

(ロ)

犯人が過去七年内に禁錮以上の刑を受けたることなき

場合なることを要する、右二要件を具備するときは裁判所は情狀に因り執行猶豫を言渡すものである、執行猶豫の期間は一年以上五年以下の範圍内に於て相當と認むる期間を附して言渡すのである、執行猶豫の言渡を受けたる犯人は猶豫期間を経過するに因りて刑の言渡を爲さざると同一の状態となり従つて刑罰は消滅に歸するのである。

第五章 民法

第一節 民法總論

第一款 民法の意義

民法は一般私法の原則を規定したる法律である、即ち民法は個人としての生活を達する爲め私人と私人との法律關係を規定したものであるから私法に屬し又全國一般に且つ國民一般に適用せらるる法律であるから一般法である。但し民法の規定中公法に屬すべき性質のものもあるが之は私法の規定と密接の關係ありて之と分離し難きもの若くは民法に規定するを便宜とする事項である故に嚴密に謂ふときは民法の總てが私法であると謂ふことは出来ない。現行民法は總則、物



債權、債權、親族、相続の五編に分たれてゐる。總則編は民法全般に通ずる一般的規定であつて人、法人、物、私權の得喪等に關する事項を規定し、物權編は物に對する權利を規定し、債權編は各種債權の發生變更消滅に付て規定し、親族編に於て我國特有の家族制度に基く戸主權と家族との關係或は婚姻關係、親子關係其他親族に關する事項を規定し、相続編は家督相続、遺産相続等の包括的權利義務の承繼を規するものである。

### 第二款 私法上の權利と義務

權利は法律上の力である其力は法律上侵害することの出来ないものとしなければ之を全ふることが出来ないから法律は一般人に對して權利侵害の行爲を禁止する、此の禁止即ち消極義務は或特別の場合を除く外支配權たるを請求權たるを問はず存在するものである、私法上の關係に於て存する權利を私權といふ。又法律は一般人又は特定の人に對して行爲を命じ又は之を禁止するものである、其命令又は禁止によりて一般人又は特定人の受くる法律上の拘束を稱して義務といひ、其私法上に於て存するものを私義務と謂ふ。私法上に於ける權利と義務とは常に相對立するものではない其相對立するは請求權の場合に限るもので其他の場合に於ては權利と義務とは各獨立して存在するのである。

### 第三款 私權の分類

#### 一、支配權、請求權、形成權

私權は其性質に依りて分類するときは、支配權、請求權及形成權の三と爲すことが出来る、支配權とは特定の人又は物を支配する權利であつて所有權、占有權其他の物權及親族法上の權利等は多く之に屬する、支配權の作用は當然排他的性質を伴ふものであつて他人が支配權の客體即ち人又は物に對して干渉することを排斥するの作用を有するのである。請求權とは特定の人に對して特定の行爲(作爲、不作爲)を請求することを内容とする權利である、請求權は一定の權利に基きて發生するものであつて基本たる權利なくして存在することを得ないのを特質とする、請求權に物的請求權と人的請求權の二種がある、物的請求權とは權利の回復を目的とする請求權であつて物の所有權者が其物の占有を奪はれたる場合に其物の返還を請求する權利の如きは即ち之に屬する、人的請求權は權利の回復を目的とするにあらずして特定の人に對して或る給付を請求する權利である、所有權の侵害又は不法行爲より生ずる損害賠償請求權、私生兒が父に對して有する認知の請求權の如きは即ち人的請求權である。形成權は對向的に法律關係を生ずるものではなくして一方的行爲即ち單獨行爲に依りて法律關係を形成するの力を有する



權利である、法律行為の取消權、契約の解除權の如きは何人の交渉をも要せず單獨行為に依りて法律關係を生ずるものであるから形成權である。請求權の實行を妨ぐる抗辯權例へば保證債務に於ける保證人の催告の抗辯權及檢索の抗辯權、雙務契約に於ける同時履行の抗辯權等は單獨に於て法律關係を生ずるものであるから形成權に屬する。

## 二、人身權、財産權

私權は其客體に依りて分類すれば人身權と財産權の二に分つ、人身權とは權利の客體たるものが人である場合である、凡そ人は各々社會上特定の地位を有するものであつて人をして其地位を侵さしめざる爲め法律は之に力を付與してゐる、此の法律によりて與へられたる力は即ち權利であつて之を人身權と謂ふのである。人身權を分ちて人格權、親族權及相続權の三と爲す、人格權は人が人として有する地位を保持する爲め自己の人格を客體とする權利であつて生命、身體、自由、名譽に關する權利は之に屬する、親族權は親族關係に於て有する權利であつて親權、夫權、戸主權等は之に屬する、相続權は家督又は遺産を相続するの權利である、戸主權、家督相続權は我國の家族制度に基く民法の特徴であつて外國の法制には其類例が少い。財産權は人以外の事物を客體とする權利である、財産權は其多くは金銭的價値を有するものである

が全く金銭上の價値なき場合もある、財産權は特定の人に屬する財産上の權利義務の總稱であつて之を物權、債權及無體財産權の三種に分つのである、物權とは直接に物即ち有體物を支配するの權利である、物權は支配權であるから物權者は他人を排して支配を行ふことを得べく他人が其支配に干渉することを許さないものである、其詳細は第二節にて説明する。債權は特定の人の行為(作爲及不作爲)を請求する權利である故に債權の客體は常に特定の人即ち債務者の行為である、無體財産權は無形的產物に對する權利である、無形的產物とは精神的作用に基く結果を謂ふものであつて著作權、特許權、意匠權の類である。

## 三、絶對權、相對權

私權を效力に依りて分類すれば絶對權と相對權の二に分つ、絶對權とは一般人に對する權利であつて何人を問はず總て之を侵すことの出来ない義務を負ふものである、故に若し之を侵害するときは不法行為となるのである。相對權は特定の人に對する權利であつて特定の人のみ之を侵害すべからざる義務を負ふものである。人格權、親族權、物權等は絶對權であつて債權は相對權である。

## 第四款 私權の主體



私権の主體は人である。人に自然人と法人とあり、自然人は人類にして権利の主體たる者を謂ひ法人とは人類にあらずして法律に依り特に権利の主體たることを認められたるものを謂ふ。我民法上人といふときは多くは自然人を指稱するものであるが又法人をも併せて人といふ場合がある。總て権利は主體なくして存在することの出来ないものであるが主體を變更することは何等差支ない、私権は其一身に専屬するものを除く外皆譲渡し得るを原則とする。

## 第五款 人の 権利能力

人の権利能力は出生に始まる、権利能力とは私権の主體たる能力であつて権利義務を有するに必要な條件である、権利能力は法律の認むる資格であるから法律が権利能力を付與しないときは権利の主體となることが出来ない、現今に於ては人には總て権利能力を付與するものであるが往昔は所謂奴隸なる制度があつて全然権利能力を認めない時代があつた、我民法は出生といふ事實に依り何人にも権利能力を付與するものであるから人は當然権利能力を有するのである。出生は兒體が母體の生活と離れて獨立の生活を始めた時に完成するものであつて兒體が母體より全然分離したるや否やは問ふ處でない、例へば兒體が尙半身母體に在る場合でも兒體が獨立の呼吸を爲し獨立の血液循環を行ふときは既に人であつて権利能力の主體となるのである、我民法上權

利能力は人にあらざれば之を享有することは出来ないから將來人となるべき胎兒は権利能力を有しない、唯或場合に胎兒の未來即ち出生によりて人となるべきことを豫想して其利益を保護することがある即ち家督相續、遺産相續及不法行爲に基く損害賠償請求等に付きて胎兒を既に生れたるものと看做して其権利を行使し得るものと規定してゐるが之は胎兒そのもの、権利能力を認めたるものではなくして出生ありたるときは出生兒をして懷胎の時に遡りて権利を享有せしむるとの意である。

人の権利能力は死亡に依りて終止する、死亡は生活能力の終止であるから死亡後は死體であつて人ではない、要するに権利能力は人の出生より死亡に至るまで存続するものであつて其間に於て消滅するものではない、苟も人が生存してゐる以上は如何なる理由を以てしても決して権利能力を剝奪せらるゝことはないのである、失踪の宣告は不在者を死亡したるものと看做すものであるが此の規定は單に不在者の法律關係を處理する方法として設けられたものであつて不在者の権利能力を奪ふものではないのである。

権利能力は各人平等なるを原則とし例外として法令又は條約に禁止ある場合に限り外國人に對し差別を設けてゐる故に日本人たる以上宗教の別、年齢の別、男女の別、其他地位や身分等に依



りて權利能力に差別を生ずることはない。夫權、親權、戶主權等は特定の人のみが有する權利であるが之等は一定の事實に基きて有する權利であつて權利能力の等差を設けたものと謂ふことは出来ない何となれば何人と雖も一定の事實關係にあらば之等の權利を享有することを得るものであるからである。外國人は法令又は條約に別段の禁止ある場合を除く外皆私權を享有することは民法の規定する處である。目下條約を以て外國人の權利享有を禁止したものはないが法令に依り禁止したる場合は尠くない其主なるものを列舉すれば左の如くである。

- 一、外國人は日本銀行、横濱正金銀行、農工銀行の株主となることを得ず又中華民國人以外の外國人は滿洲鐵道株式會社の株主となることを得ず。
- 二、外國人は日本の船舶を所有することを得ず。
- 三、外國人は礦業權、砂礦權を有することを得ず。
- 四、外國人は取引所の會員又は仲買人となることを得ず。
- 五、外國人は土地所有權を有せず。

往昔は外國人を敵視して一切の權利享有を禁じてゐたが世の文明に趨くに從ひ漸次外國人にも各種の權利を付與する様になり現今に於ては各國皆平等主義を採り外國人も内國人と同一の權利

能力を有するものと爲すに至つた。

第六款 人の法律行爲能力

法律上の効果を完全に發生せしむる行爲を法律行爲と謂ひ法律行爲を爲すの適格を法律行爲能力と謂ふ。權利能力は平等であるから各人皆之を有するけれども法律行爲能力には種々の制限がある。我民法上此の制限を受くる者は未成年者、禁治産者、準禁治産者、及妻の四種である。之等の者は自己の行爲に依り完全に法律上の効果を發生せしむることの出来ないものであるから之を無能力者と稱する。未成年者、禁治産者及準禁治産者は共に精神能力に缺陷ありと認めて之を無能力者と爲したものであるが妻は夫に服従すべき性質のものであるから夫婦間の平和及幸福の爲めに妻たる身分の存続中は之を無能力者として一定の行爲は夫の許可なくしては完全に法律上の効果を發生しないものとしたのである以下之等の無能力者に付き説明しやう。

一、未成年者

我民法は滿二十年を以て成年とするから成年に達しない者即ち二十年未滿の者は總て未成年者である。凡そ人は一定の年齢に達するまでは其能力不完全であつて其不完全なる知能に基きて爲す處の行爲は不充分なる場合が多い故に法律は國民の一般的知能發育の状態を考察して一定



の年齢を定め其年齢に達したるときは完全に法律行為を爲すの能力ありと認むるのである、之れ一面に於ては未或年者保護の爲め他面に於ては取引の安全を維持する爲めであつて各國皆法律行為能力に關する年齢の限界を設けてゐるのである。

(註) 英國、獨逸、佛蘭西、伊太利の諸國は二十一年、瑞西は二十年、和蘭は二十三年。

民法が滿二十年を以て法律行為能力者とするのは一般的法律行為に適用する規定であつて或特殊の法律行為に就ては年齢の限界を異にする場合がある、例へば婚姻を爲すの能力は男は滿十七年女は滿十五年であつて遺言は滿十五年に達すれば之を爲すことが出来るが如きである。未成年者が法律行為を爲すには法定代理人の同意を得なければ完全に法律上の効果を生じない之れ知慮不充分なる未成年者の行為をして危険より救ふ保護規定である、法定代理人とは法律の規定により未成年者に代りて法律行為を爲すの権限を有する者で親權を行ふ父又は母若くは後見人を指稱する、未成年者の爲したる法律行為をして完全に效力あらしむるには法定代理人の同意を要するのであるが左の各場合には例外として未成年者單獨にて法律行為を爲し得る。

(イ) 單に權利を得又は義務を免るべき行為。單に權利を得る行為とは例へば贈與を受くることを承諾するが如く何等未成年者に危険を伴はざるものを謂ひ義務を免るべき行為とは未成年

者が單に勞務を提供するの債務を負擔する場合に於て其契約を解除して義務を免るゝが如きを謂ふ。

(ロ) 法定代理人が目的を定めて處分を許したる財産は其範圍内に於て未成年者は自由に處分することが出来る。例へば父が學資として送りたる金銭は未成年者たる子は學業修習の費用として隨意に處分し得るのである。

(ハ) 法定代理人が目的を定めずして處分を許したる財産は其目的の如何を問はず法定代理人の同意なくして之を處分することが出来る。

(ニ) 法定代理人より一種又は數種の營業を許されたる未成年者は其營業に關しては成年者と同一の能力を有する。營業とは所得の源泉とするの意思を以て繼續して爲す行為である其商業たると農工業たると將及其他學藝上の業務たるを問はず總て一定の計畫の下に繼續して所得の源泉とする行為は皆營業である、併し乍ら營業の許可を得たる未成年者にして未だ其營業に堪へざる事蹟あるときは之を放任すべきでないから此場合には法定代理人たる父又は母は將來に向つて其許可を取消し又は制限することが出来るのである、法定代理人が繼父母、嫡母又は後見人である場合には右の取消又は制限を爲すに付て親族會の同意を必要とする。



二、禁治産者

心神喪失の常況に在る者に對して裁判所は本人、配偶者、四親等内の親族、戸主、後見人、保佐人又は檢事の請求に因りて禁治産の宣告を爲すことが出来る。禁治産の宣告を受けたる者を禁治産者と謂ふ。心神喪失の常況に在るとは平常精神上の障碍ありて自己の事務を自己の判斷能力に依りて處理することの出来ない状態に在ることである故に一時的精神障碍例へば飲酒して酩酊したるが如き場合に於ては禁治産の宣告を爲すことは出来ないが平常心神喪失の状態にありて時々本心に復する者に對しては之を宣告することが出来る。禁治産の宣告は未成年者に對しても宣告することが出来る。未成年者は元來無能力者であるから之に對して禁治産の宣告を爲すは二重に能力を制限するもので無意義の様であるが若し未成年者が成年に達したる後にあらざれば禁治産の宣告を爲すことが出来ないものとすれば成年に達したる時より禁治産の宣告あるまでは一時能力者となることになるから心神喪失の常況に在る者を保護する立法主旨に鑑み未成年者に對しても禁治産の宣告を爲すことが出来るものと解すべきである。禁治産者は後見に付する後見人は禁治産者の資力に應じて其療養看護に努め其財産を管理し財産に關する法律行爲に付き禁治産者を代表するものである。後見人と爲るべき者は親族法に之を規定して

あるが便宜上茲に摘記する。

(イ) 親權を行ふ父又は母。

(ロ) 妻が禁治産の宣告を受けたる時は其夫。

若し夫が他の理由に依りて後見人となること能はざる場合には親權を行ふ父又は母が後見人となる。

(ハ) 夫が禁治産の宣告を受けたるときは妻。

若し妻が後見人となること能はざる時又は未成年者なるときは親權を行ふ父又は母。

(ニ) 以上列記の後見人となる者がないときは戸主。

(ホ) 戸主が後見人たること能はざるときは親族會に於て後見人を選任する。

禁治産者の爲したる行爲は之を取消することが出来る。禁治産の制度は元來禁治産者を保護するの目的に出でたものであるから若し禁治産者の行爲を有效として取消すること能はざるものとすれば此制度の立法主旨に反するから明文を以て取消し得るものと規定したのである。禁治産者が本心に復したる間に爲したる婚姻、養子縁組、私生子認知、隠居、遺言等財産に關せざる法律行爲は有效である、何となれば之等の行爲は後見人に於て代理することの出来ないものであ



るから禁治産者が本心に復したる時に爲したる場合は之を有効としなければ禁治産者は全く之等の利益を享けることが出来ないこととなるからである。禁治産者が精神障害を回復し禁治産の原因が止みたる時は請求に依りて裁判所は禁治産の宣告を取消すべきものである、此の取消が確定せば禁治産者は爾後能力者となること言ふまでもない。

三、準禁治産者

或原因の爲めに心神の状態が普通人より劣る者に對しては之を保護するの必要がある、心神喪失の常況に在る者は禁治産者となることが出来るが未だ心神喪失に至らざる程度の者に對しては別に制度を設けて之を保護せねばならぬ準禁治産の規定は即ち此必要に基きて設けられたものである、準禁治産の宣告を受く可き者は法律に之を限定してゐる心神耗弱者、聾者、啞者、盲者及浪費者即ち之である。心神耗弱者とは心神の状態普通人に劣り利害得失を判断するの能力不十分なるものを謂ひ浪費者とは無謀に財産を濫費するの性癖を有し自己及家族の生活を危くするの虞ある者である、聾者、啞者、盲者は共に生來又は幼時より精神知能の發育に必要な聽能、語能、視能を缺如せる者で之等の者は概して精神の發達不充分であつて普通人に劣る爲め往々にして不測の損害を蒙ることがあるから法律は準禁治産の制度を設けて其治産能力を制

限し以て之が保護を圖るのである、準禁治産の宣告を申請し得る者及其手續は禁治産の場合と同一である。準禁治産の宣告を受けたる者は準禁治産者として之を保佐人に付せねばならぬ、保佐人となるべき者は禁治産者の後見人に關する規定を準用されるから禁治産者の後見人となり得る者が準禁治産者の保佐人となるのである、保佐人は準禁治産者の心神の不備を補充し準禁治産者の爲したる法律行爲に同意を與ふるものであつて後見人の如く自ら代りて法律行爲を爲す権限を有しない、準禁治産者の能力を制限する事項は法律に之を列擧してゐるから其制限事項以外のことは獨斷にて有効に法律行爲を爲し得るものである、準禁治産者が法律行爲を爲すに付き保佐人の同意を要する事項は左の場合に限る

- (イ) 元本を領收し又は之を利用すること
- 元本とは果實を生ずることを得る物で例へば貸金の如きものである
- (ロ) 借財又は保證を爲すこと。
- (ハ) 不動産又は重要な動産に關する権利の得喪を目的とする行爲を爲すこと
- (ニ) 訴訟行爲を爲すこと
- (ホ) 贈與、和解又は仲裁契約を爲すこと



(イ) 贈與とは當事者の一方が自己の財産を無償にて相手方に與ふる契約を謂ひ、和解とは當事者が互に讓歩して其間に存する争を止むることを約する契約である、仲裁契約とは國家機關たる裁判所の判断を仰ぐことなくして當事者の一方又は雙方より選定したる仲裁人をして事案を判断せしめ以て争訟を完結せしむる契約である

(ヘ) 相続を承認し又は之を拋棄すること

相続の承認、拋棄に付ては相続法の説明に譲る

(ト) 贈與若くは遺贈を拒絶し又は負擔附贈與若くは遺贈を受諾すること。

遺贈とは財産の死後處分であつて遺言に依り自己の財産を贈與することである、贈與又は遺贈に義務を附加したものを負擔附贈與又は負擔附遺贈と謂ふ、例へば「家屋を贈與するから連帶保證に立つて呉れ」といふ場合は負擔附贈與であつて「自分が死亡したら甲に畑一段歩贈與するから葬式費用は甲に出さしめよ」と遺言する場合は負擔附遺贈である。

(チ) 新築、改築、増築又は大修繕を爲すこと

(リ) 左記期間を越ゆる賃貸借を爲すこと

樹木の栽植又は伐採を目的とする山林の賃貸借は十年。其他の土地の賃貸借は五年。建物の

賃貸借は三年。動産の賃貸借は六ヶ月。

以上列記したる法律行為は必ず保佐人の同意を得なければならぬが右の外裁判所が必要と認められた場合には其他の法律行為を爲すにも亦保佐人の同意を要する旨を宣告することが出来る、準禁治産者が保佐人の同意を要する法律行為を同意なくして爲したるときは其行為は取消すことが出来る、準禁治産の原因が止みて其宣告の取消を爲すは禁治産の場合と同じである。

#### 四、妻

妻は婚姻中の婦である、婚姻中にあらざる女は獨立の人であつて婚姻に因りて妻たる地位に立つのである、曩に一言したる如く妻を無能力者とする立法の理由は全く夫婦間の平和と幸福を目的とするものであつて未成年者、禁治産者、準禁治産者とは其理由を異にし知能の劣等なるに依るものではない、故に妻の能力を制限したる事項も主として夫婦間の平和維持を目標として規定し妻が獨斷にて爲すときは夫婦間の平和を破る虞ある行為に限り夫の許可を要することとしたのである而して夫の許可を要する事項は左の如くである。

(イ) 元本を領收し又は之を利用し借財又は保證を爲し不動産又は重要な動産に關する權利の得喪を目的とする行為を爲し訴訟行為、贈與、和解、仲裁契約、相続の承認又は拋棄を爲す



こと

- (ハ)(ロ) 贈與又は遺贈を受諾し又は之を拒絶すること  
 身體に羈絆を受くべき契約を爲すこと

妻は夫と同居すべき義務あるものであるから雇傭其他身體に羈絆を受くべき契約を爲すときは其義務の履行不能となる虞があるから夫の許可を要するものとしたのである。

右列記の諸事項に付ては夫の許可を受けねばならぬが夫が未成年者なるときは法定代理人の同意を得なければ妻の行爲を許可することが出来ない、妻が夫の許可を受けずして上記の行爲を爲したるときは妻又は夫は其行爲を取消することが出来る、夫が一種又は數種の營業を爲すことを許可したる時は妻は其營業に關しては獨立の能力を有すること未成年者の場合と同じである。又夫の生死不明ならざる時、夫が妻を遺棄したるとき、夫が禁治産者又は準禁治産者なるとき、夫が瘋癲の爲め病院又は私宅に監置せらるゝとき、夫が禁錮一年以上の刑に處せられ刑の執行中にあるとき、夫婦の利益相反するときは妻は夫の許可を要せずして法律行爲を爲すことが出来るのである。

第七款 失 踪

不在者の生死不明なる場合に於て其法律關係を不確定なる状態の儘永く繼續する時は各種の支障を來すものである故に生死不明なる状態が一定の期間を経過したる時は法律上の推定に依りて此の不確定なる状態を消滅せしめ以て財産上、親族上、相續上、其他各種の法律關係を確定する必要がある失踪の制度は即ち此必要に基きて規定せられたものである、我民法上失踪の宣告を爲すは左の場合である。

- (イ) 不在者の生死が七年間分明ならざる時。  
 (ロ) 戦地に臨みたる者、沈没したる船舶中に在りたる者其他死亡の原因たるべき危難に遭遇したる者の生死が戦争の止みたる後、船舶の沈没したる後又は其他の危難の去りたる後三年間分明ならざる時。

右の場合に於て裁判所は利害關係人の請求に依り失踪の宣告を爲すことが出来る、失踪の宣告を受けたる者は上述の期間満了の時に死亡したものと看做されるからそれまで不確定なりし諸種の法律關係が始めて確定するのである、例へば失踪者を被保險者とする生命保險契約に於ては失踪の宣告に依り保險金請求權が発生し又家督相續及遺産相續は失踪宣告に依りて開始するが如きである。失踪の宣告を受けたる者が生存し又は法律に定めたる時期と異りたる時に死亡したるこ



とが明かとなつた場合には相續其他法律關係に種々の差異を生ずるから此場合には失踪宣告を受けた者が生存する時は本人又は利害關係人の請求に依り又死亡の時期が法定の時期と異るときは利害關係人の請求に依りて裁判所は失踪宣告の取消を爲さねばならぬ、失踪宣告の取消ありたるときは失踪宣告なかりしと同一の状態に復することとなる、例へば失踪宣告によりて開始したる相續は開始せざることとなり解消したる婚姻は舊に復して解消せざることとなるのである。失踪宣告の取消は上述の如く遡及效を生ずるを原則とするが此の原則に對しては二個の例外がある。

(一) 失踪宣告後其取消前に善意を以て爲したる行爲は宣告の取消によりて其效力を變じない、善意を以て爲したる行爲とは失踪者の生存すること又は死亡の時期を知らずして爲したる行爲を謂ふ、例へば失踪宣告を受けた者の配偶者が失踪者の生存すること又は死亡の時期を知らずして他の者と婚姻したる時は失踪宣告の取消があつても其婚姻は有效であるが若し配偶者が失踪者の生存すること又は死亡の時期を知つてゐた場合は其婚姻は重婚として取消し得べきものとなるのである。

(二) 失踪宣告に因りて財産を得たる者は宣告の取消に因りて權利を失ふも現に利益を受くる限度

に於てのみ其財産を返還する義務を負ふのである、例へば失踪宣告に因りて財産を得たる者は宣告の取消に因りて其財産を失踪者又は其相續人に返還することとなるけれども失踪宣告取消の時に財産の一部が滅失してゐる場合は滅失した儘即ち現に存する財産だけを返還すればよいのであつて滅失部分を補充して返還する義務はないのである。

第八款 法人の本質

近世商工業の發達、公共事業其他各種社會事業の勃興に伴ひて法人の設立益々増加し法人の社會的活動が彌々盛んになつて來た今日法人の觀念を明確に知り置くことは誠に必要のことであるから茲に稍々詳細に説明したいと思ふ。

權利の主體は人であつて人格は人にあらざれば之を享有すること能はざるを原則とすること曩に一言したる如くである、併し乍ら人類の生活には多數の集合せる協力に依らねば達することの出來ない各種の事業があるから法律は人類の組織したる集合體に人格を付與して權利の主體たることを認める法人は即ち法律に依りて人格を付與せられたる團體である。法人の本質に關しては學說種々に岐れるが大別して擬制說と實在說との二とすることが出来る、擬制說は法人を法律の假定に因る權利主體であるとして其實在を否定するものである、其論據は權利は本來意思の力で



あるから意思なきものは権利を享有することが出来ない、従つて権利能力は人類に限りて有し得べきものであるが人類共同の目的を達する爲めに其手段として自然人の外に法人なる権利主體を認むるのである、畢竟法人は人工的に思考せられたる人に過ぎずとするのである、併し乍ら此説は人類に限りて権利能力を有し得べきものとする前提に於て既に誤つてゐる、何となれば権利能力は前に述べたる如く本來法律が認めて以て付與するものであるから人類にあらずと雖も法律に因り認むるときは之を享有することが出来るのである、人類が人類共同の目的を達する爲めに組織したる集合體に對して法律が権利能力を付與したる時は其権利主體は假定のものにあらずして實在するものと謂はねばならぬ。實在説は法人を法律の擬制にあらずして實在するものと主張するものである、其論旨は法人は自然的な意思を有せざるも實際の必要に應じて法人機關の意思を以て法人自體の意思として有機的に獨立の生活を営むものであるから架空的人にあらずして實在するものとなすのである、我民法上法人は権利能力と共に行爲能力をも有し機關によりて法人の意思を決定し又行爲を爲すものであるから機關の意思は法人の意思であり機關の行爲は即ち法人自體の行爲である、是に因て觀るときは我民法上の觀念としては法人は擬制にあらずして實在するものと解すべきであると思ふ。

第九款 法人の種類

法人は其組織や目的等に依りて種々に分類することが出来る。

(イ) 公法人と私法人

公の行政を執行する機關たる法人を公法人と謂ひ其以外の法人を私法人と謂ふ、公法人も私法上の法律關係の主體となり私法の適用を受くるものであるが其組織や設立の詳細は曩に行政法の章に説明したから茲に再説せず以下説明する處のものは總て私法人に付てである。

(ロ) 社團法人と財團法人

法人を其組織によりて分つときは社團法人と財團法人の二と爲す、社團法人とは主として人的基礎に立つものであつて社員を以て組織し各社員は自ら法人の目的たる事業の支配權を有し定款の變更、法人の解散等を爲し得るものである、財團法人は主として物的基礎に立つものであつて法人の目的たる事業に對して支配權を有する社員なく理事によりて行動するものである。

(ハ) 公益法人と營利法人

法人を其目的に依りて分つときは公益法人と營利法人の二となる、公益法人は専ら公益事業を營むを目的とし事業に依りて得たる利益は之を社員に分配することなく總て之を公益事業に投



するものである。營利法人は之に反して其目的とする處は營利に在りて其利益は社員に分配するものである。我民法上社團法人にあらざれば營利法人たることが出来なから財團法人は専ら公益法人としてのみ存立するものである。斯の如く公益法人と營利法人とは其目的を異にするものであるから其解散の場合に於ける法人財産の歸屬を異にし營利法人に在りては法人解散するときは其殘餘財産は社員に分配せらるゝが公益法人に在りては社員に分配することが出来ない。

(二) 内國法人と外國法人

内國法人と外國法人とは住所に依りて區別せらるゝものである。即ち日本の領土内に住所を有する法人は内國法人であつて日本の領土外に住所を有するものは外國法人である。我民法は原則として外國法人を認許しないが例外として國、國の行政區劃(地方團體)及商會社に限りて之を認許し條約に依りて特に認許せられたものは我國に於ても法人たることを得るのである。

第十款 法人の設立

法人の設立は權利能力を付與せらるゝ要件であつて恰も自然人の出生に該當するものである。我國に於ては法人は民法其他の法律に依るにあらざれば設立することを得ず、而して營利法人に

付ては商會社設立の規定が準用されることとなつてゐるので營利法人の設立に付ては商會社設立に關する商法の説明に譲り茲には公益法人たる社團及財團の法人設立に付て説明するに止める。

公益を目的とする社團法人の設立は二人以上の設立者ありて設立行爲を爲すことである。即ち社團は事業の支配權を有する社員より成るものであるから少くとも二人以上の者が共同目的の爲めに設立行爲を爲すことを要する。設立行爲は設立者が定款を作成するに依りて成る。定款は法人組織の大本であつて法人の準則を書面に記載したものである。設立者は其設立によりて社員となり事業に付き支配權を有するに至るものであるから設立行爲として定款を作成し其支配の準則を定むるのである。定款は設立者全員一致の意思に依りて作成せらるべきものであつて多數決に依りて作成することは出来ない。定款に記載すべき事項に必要事項と任意事項とある。必要事項は定款作成に缺くべからざる事項で若し其一を缺くときは定款の成立を妨ぐべきものを謂ひ任意事項は定款に記載すると否とは設立者の自由意思に屬し之を記載せざるも定款の成立を妨げざるものである。目的、名稱、事務所、資産に關する規定、理事の任免に關する規定、社員たる資格の得喪に關する規定は必要事項で解散、清算、決算方法、定款變更等に關する規定は任意事項で



ある。公益法人の設立は總て主務官廳の許可を要するから公益を目的とする社團法人の設立には定款作成の外に必ず主務官廳の許可を要するのである、主務官廳とは法人の目的たる事業を主管する行政官廳であつて例へば學術、宗教、技藝等を目的とする社團法人に付ては文務大臣、慈善事業を目的とする社團法人に付ては内務大臣である。

財團法人は設立者の寄附行爲と主務官廳の許可とに依りて成立する寄附行爲は一定の法式に従ひ書面に作成せられたる準則であつて社團法人の定款と同じく財團法人の大本である、寄附行爲は通常設立者の設立行爲と財産供與行爲との二個の構成部分より成るものであるが又設立行爲のみに依りても成立するものである、寄附行爲に記載すべき事項に必要事項と任意事項とあるは社團法人に於ける定款と同じく又主務官廳の許可に付ても社團法人の場合と同じである。

第十一款 法人の機關

法人は組織體であるから自然的意思を有しないが法律上に於ては機關に依りて法人の意思を決定し行爲を爲すものである、法人の機關は理事、監事及社團法人に於ける社員總會であつて其組織や權限は定款又は寄附行爲の定むる處である。

(イ) 理事

理事は對外關係に於ては法人を代表し對內關係に於ては法人の業務を執行する機關である、理事の代表權は裁判上及裁判外の一切の行爲に付き法人を代表するものであつて理事が數人ある場合に於ても各自法人を代表するの權限を有するものである、但し定款、寄附行爲、社員總會の決議又は理事と法人と利害相反するときは理事の代表權を制限することが出来る。理事の業務執行權は法人の機關としての權能であるから理事の業務執行々爲は法人自體の行爲となるものである、而して理事數人ある場合に於て定款又は寄附行爲に別段の定なきときは其過半數に依つて決する。

(ロ) 監事

監事は法人の監督機關であつて理事の業務執行並に法人の財産の狀況を監査するものである、而して理事の業務執行又は財産の狀況に付て不正の廉あることを發見したるときは之を總會又は主務官廳に報告し又必要あるときは總會を招集するの權限を有するのである。

(ハ) 社員總會

社團法人は法人の目的事業に付て支配權を有する社員を以て組織せらるゝものであるから其支配權を行ふ方法は社員の綜合意思でなければならぬ、社員總會は即ち社員の綜合意思を決定す



る機關であつて社團法人の最高意思機關である故に定款を以て理事其他の役員に業務執行を委任せるものを除く外總て法人の業務は社員總會の決議に依つて行ふものである、併し乍ら社員總會は意思機關であつて代表機關ではないから如何なる場合に於ても外部に對して法人を代表することは出来ない。

第十二款 法人の監督

法人は一定の目的を有し其目的の範圍内に於てのみ權利義務を有するものであるが之に對して監督を爲さず放任するときは公益の美名に隠れて却つて社會を毒するが如き事を爲すやも測られない、又法人は監督機關として監事を置くも監事は理事と慣合ひ易くして嚴格に監督の職能を發揮することが出来ないことがあるから法律は一定の機關をして法人を監督せしむるのである、法人の監督には其業務に對するものと解散、清算に對するものとがある、法人の業務に對しては主務官廳之を監督し主務官廳は何時にても職權を以て法人の業務及財産の狀況を檢查することを得べく、若し法人にして其目的以外の事業を爲し又は設立の許可を得たる條件に違反し其他公益に反する行爲を爲したるときは其許可を取消し法人の解散を命ずることが出来る。法人の解散、清算に對しては裁判所之を監督する、法人が解散の事由なくして解散し又は解散事由あるに拘はら

ず猶業務を繼續し或は清算人が不正行爲を爲すが如き場合に於ては利害關係人の利益を保護する爲め裁判所をして監督せしむるが最も適當である、此の場合に於て監督の任に當る裁判所は法人の主たる事務所所在地の區裁判所である、即ち裁判所は何時にても解散及清算の監督に必要なる検査を爲し又は特に選任したる者をして其監督に必要なる検査を爲さしむることが出来る。

第十三款 私權の客體

私權の客體とは人が私權の主體として私權を行使するに付て其私權の行使を受くる處の對象である、夫權の客體は妻であり親權の客體は子であるが如く人身權の客體は皆人である、債權は行爲を請求する權利であるから債權の客體は債務者の行爲である、又物權は直接物を支配する權利であるから物權の客體は物である、斯の如く權利の客體は權利の異なるに従ひて夫々異なるものであるが債權及人身權等の客體に付ては後に債權法及親族法を説明する處に譲り茲には權利の客體中最も重要な「物」に付てのみ説明する。

一、物の意義

物とは有體物を謂ふ、有體物とは空間を占めて人の支配し得べき外界の獨立したる事物である、外界の事物とは人類以外の事物の意であつて人類の身體の全部又は一部は物ではない、身體の



一部と雖も身體より全く分離したるものであれば物といふことが出来る、例へば切斷したる毛髮は所有權の目的となり之を讓渡することを得るから物である、死體は人が死亡によりて消滅したものであるから人にあらずして物である。物は有體物であるから空間に場所を占むるものでなければならぬ、空間に場所を占むるものであれば其固體たると液體たると將又氣體たるとを問はず總て物である、液體及氣體は一の容器に貯藏せらるゝによりて一體の物を爲すのである、電氣が物であるか否かは頗る議論のある處であるが現今の物理學上に於ては電流なる物體を認めず、電流は他の分子の動的状態に過ぎないものとせられてゐるから法律上に於ても之を物として取扱ふことは出来ない。光線、音響、熱等も有體物でないから物でないことは明である。物は人の支配し得べきものでなければならぬから太陽、星、月等の如く人の支配し得べからざるものは物理學上に於ては物であつても法律上に於ては物と謂ふことは出来ない。

二、物の種類

物は其性質によりて種々に分類することが出来る。

(イ) 動産と不動産

不動産とは土地及其定着物と謂ふ、土地とは限界せられたる地表であつて土地の定着物とは

土地の構成部分にあらずして土地に固著せる獨立の物である、土地の定着物は本來建物のみであるが一筆の土地に植栽せられたる樹木の集團たる立木も亦獨立の不動産と看做される、要するに我民法上不動産は土地、建物及立木の三であつて其他の物は總て動産である、動産は毀損せずして移動し得る性質の物であつて衣服、器具、金錢、船舶、動物等皆動産である。我國に於ける在來の木造建築物は事實上可動性を有し別段毀損することなくして移動せしめ得るものであるから實際上に於ては動産に屬せしめてもよいのであるが我民法は歐米の石造建築物を不動産とせし立法に倣ひ之を不動産としたのである。

(ロ) 主物と従物

物の所有者が其物の常用に供する爲め自己の所有に係る他の物を之に附屬せしめたるときは其附屬せしめたる物を従物と謂ひ他の物を主物と謂ふ、例へば時計の鎖は時計の従物であつて時計は主物である。従物は主物に従屬するものであるから従物は主物の處分に従ふことを本態とするが當事者が特に主物のみの處分を爲すべき旨を表示したるときは従物に其效力を及ぼさない。

(ハ) 元物と果實



元物とは果實を産出する基本たる物を謂ひ、果實とは物の用法に従ひ直接又は法律關係に基きて産出する物を謂ふ、其直接に産出する物は天然果實であつて法律關係に基きて生ずる物は法定果實である、例へば家畜の子、羊の毛、牛乳、木の果實、穀物等の如き有機的産出物、石炭、砂利、水晶等の如き無機的産出物等は天然果實であつて利息、借賃等は法定果實である。

(二) 消費物と不消費物

消費物とは物の用法に従ひ使用するに依つて消耗若くは譲渡せらるゝ物である例へば薪炭、米、鹽、酒、郵便切手、收入印紙等の如き使用に依りて消耗するもの及貨幣、兌換券、手形等の如き其使用が譲渡に在る物である。不消費物とは物の用法に従ふ使用に依りて滅失し又は本來の用途に堪へざるに至ることなき物であつて例へば書籍、建物の如きである、之等の物は一回の使用に依りて滅失することもなく又本來の用途に堪へざるに至ることもないから不消費物である。

第十四款 法律行為

一、法律行為の意義

法律行為とは法律上の効果を發生せしむることを目的とする行為であつて意思表示を内容とするものである、即ち法律行為は法律關係を形成する手段であるから意思表示を必要とし意思表示は法律行為に缺くべからざる構成要件である。法律行為は一個の意思表示より成ることあり或は數個の意思表示より構成せらるゝことがあり或は又意思表示と他のものとの合成なることがある、遺言、契約解除等は一個の意思表示より成る法律行為であつて契約は數個の意思表示より成る法律行為である又消費貸借、寄託等は意思表示と引渡なる事實行為とより成る法律行為で婚姻、養子縁組等は意思表示と官廳の行為(届出、受理)とに依りて成立する法律行為である、法律行為は法律上の効果が意思表示の内容に依りて定まるもので意思表示は法律上の効果の發生を目的とすることを必要とする。

二、法律行為の種類

法律行為は之を種々に分類することが出来る

(イ) 單獨行為、契約、合同行為

單獨行為とは當事者のみの意思表示によりて成立する法律行為であつて契約とは數當事者の意思が合致するに因りて法律關係を形成する法律行為である遺言、契約解除、追認等は一當



事者のみの意思表示に依りて法律關係を形成するものであるから單獨行為に屬し賣買、賃貸借、請負等は當事者一方の申込と相手方の承諾との二個の意思表示に因り法律關係を形成するものであるから之等の行為は契約である、合同行為とは社團法人設立行為、社員の決議等の如く數人が數當事者として爲す意思表示より成る法律行為である。

(ロ) 有償行為、無償行為

有償行為とは當事者の雙方が互に出捐し其出捐は對價的關係に在る法律行為である賣買、交換、賃貸借等は之に屬する、無償行為とは當事者の一方のみ出捐する法律行為であつて贈與、遺贈、無利息の消費貸借等の如きである。

(ハ) 主たる法律行為、従たる法律行為

主たる法律行為とは獨立して存在し得る法律行為であつて従たる法律行為とは他の法律關係の存在を前提とする法律行為である抵當權の設定、保證契約等は主たる債權の存在するに因つて成立するものであるから従たる法律行為であり賣買、贈與等は何等其他の法律關係の存在を必要とせず獨立して存在し得るものであるから主たる法律行為である。

(ニ) 生前行為、死後行為

生前行為とは生存中に於て法律關係を定むることを目的とする法律行為であつて死後行為とは當事者の死後に於て法律關係を定むる目的を以て爲す法律行為である遺言、遺贈等は當事者の死亡後法律上の効果を生ずることを目的とするものであるから死後行為であり賣買、交換、請負、雇傭其他法律行為の多數は生前行為である。

三、法律行為の成立

法律行為は一定の要件を具備するに因りて有効に成立するものである、其要件は大別して成立要件と有效要件との二となすことが出来る、法律行為の成立要件としては「意思表示が成立すること」であつて有效要件は(一) 當事者が法律行為能力及處分能力を有し(二) 法律行為の内容が適法にして且つ可能なること及び(三) 意思表示が有效なることを必要とする以下之等の要件に付て説明しやう。

意思表示は法律上の効果の發生を欲する意思の發表であつて法律行為に缺くべからざる要件である、即ち法律行為に因る法律上の効果は意思表示の内容に従つて定まるものであるから法律行為が成立するには意思表示の成立を必要とするのである。法律行為能力及有効に法律行為を爲し得るの適格であつて此の能力を有するにあらざれば有効に法律行為を爲すことが出来ない。



いことは曩に説明した如くである(本節第六) 處分能力とは自己又は他人の權利を處分し得るの能力である、凡そ自己の權利は自己が自由に之を處分することを得るものであるが種々の事由に依り處分能力を失ひ又は制限されることがある、例へば扶養を受くる權利は其性質上之を處分することが出来ない、又強制執行、假差押、假處分、破産宣告等を受けたるものは處分能力を奪はれ又は制限されるのであるから斯る處分能力なき者の爲したる法律行為は無効である、處分權は自己の權利に對してのみ之を有するを原則とするが他人の權利に對しても亦之を有する場合がある、即ち質權者、抵當權者、破産管財人等は他人の權利に付て處分權を有するものであるから之等の者は他人の權利に付て處分能力を有するのである。法律行為の内容は當事者が自由に之を定むることを得るを原則とする、之を法律行為自由の原則と稱する、併し乍ら此の原則は法規の認むる範圍内に於てのみ自由であつて法規に禁止又は制限ある場合には此の自由は認められないものである。法律行為が有効に成立するには其内容が不合法でないことを要する、内容の適法ならざる場合は法律行為の内容が強行法規に反する場合及公の秩序又は善良の風俗に反する場合である、強行法規とは國家一般の利益を基礎として定めたる法規であつて當事者をして之が適用を免るゝを許さざるものである、公の秩序とは國家一般の利益を謂ひ善

良の風俗とは國民間に一般に行はるゝ道德觀である、公の秩序善良の風俗に反する法律行為の適例を二三例示すれば(一) 惡業の實行又は獎勵を目的とする法律行為例へば殺人を目的とする契約、賭場として家屋を賃貸する契約等(二) 自由の拘束を目的とする法律行為例へば終生婚姻せざる旨の契約、終身日本國內に於て如何なる營業をも爲さざる旨の契約等である、即ち法律行為の内容は右に述べたる強行法規に反せざるもの及公序良俗に反せざるものたることを必要とするのである。婚姻の豫約は意思の自由を拘束するものとして從來無効説が多く判決例も無効説を採つてゐたが先年大審院は婚姻豫約の違約者は相手方が約束の履行を信じたるが爲に被むりたる有形無形の損害を賠償する責に任すべき旨の判決を爲したが今日の實際社會狀態より觀て當を得たものと思ふ。法律行為の内容は適法であるばかりでなく可能でなければならぬ、即ち不能なる事項を目的とする法律行為は法律上の効果を發生しないのである、不能に客觀的不能と主觀的不能とがある、客觀的不能とは法律行為の内容そのものより生ずる不能で例へば海底に沈める指輪を引上げるが如きを謂ひ、主觀的不能とは當事者の一身に存する事由より生ずる不能であつて例へば無資産者がダイヤモンドを買入れ又は文盲の者が著述を約するが如きであつて之等の不能の内容を有する法律行為は法律上の効果を生じないことは明である。意思表



示が有效なるには意思と表示とが一致することを要し若し意思と表示とが齟齬する場合には表示に重きを置きて之を判定するのである、相手方ある意思表示の效力を生ずる時期に付ては從來表示主義、發信主義、了知主義、受信主義等の立法主義があるが我民法は原則として受信主義を採り隔地者に對する意思表示は其通知が相手方に到達したる時に其效力を生ずるものと規定してゐる。

#### 四、代理

法律行為は本人自ら之を爲すことを常態とするが又其性質の許すものは代理を以て之を爲すことが出来る、代理とは一人の爲したる意思表示が直接に他の者に效力を生ずるもので其意思表示を爲したる者を代理人と謂ひ其法律上の効果を受くる者を本人と謂ふ、代理に法定代理と任意代理とがある法定代理とは法律の規定又は裁判所の命令に因りて直に代理關係を生ずるものであつて任意代理とは授權に因りて生ずる代理である、法定代理に於ける代理人の權限は其代理を定むる法律に依りて定まり任意代理に於ける代理人の權限は授權行為に依りて定まるのである。

#### 第十五款 時 效

時効とは時の経過に因る權利の取得又は消滅である、時効の制度は權利の不確定なる状態を救ふ爲めに設けられたものであつて一定期間内物を占有し又は權利を行使するに因りて權利を取得せしめ或は一定期間内權利を行使せざるに因りて之を喪失せしめ以て權利を確定せしむるものである、時効に因りて權利を取得せしむるを取得時効と謂ひ、時効に因りて權利を喪失するを消滅時効と謂ふ。

時効の適用を受くべき權利は財産權に限る、人格權は其性質上消滅時効に罹るとなく又他人が占有し得べきものでないから取得時効の問題が生ずることはない、時効は當事者が之を援用するにあらざれば裁判所は裁判を爲すことが出来ない、時効の利益は豫め之を拋棄することは出来ないが既に経過したる時日の利益を拋棄し又は既に完成したる時効の利益を拋棄するとは妨げない。時効は中斷及停止に因りて其進行を阻止せらるゝものである、時効の中斷とは時効が未だ完成せざる場合に一定の原因の爲に既に経過したる時日の利益を消滅せしむること、時効の停止とは或特定の事情の存在する間時効の進行を停むることである。時効中斷の場合には時効は中斷の時より新に進行を始むるも停止の場合には停止前の期間と停止後の時日とを併せて時効期間とするのである、時効の利益は總ての承繼人も亦之を享有する。



## 第二節 物 權

### 第一款 物權の意義

物權は特定の物を直接に支配する権利である、物とは有體物即ち動産、不動産を指し無體物は之を含まない、物を支配するとは物を人の意思に服従せしむるの謂であつて物權者は其權利の目的たる物に付き自己の意思に従ひ自由に其需要に供することを得るものである。

物權は財産權である財産權とは曩に一言したる如く人以外の事物を客體とする處の財産を組織する權利である、財産權は大別して物權と債權及無體財産權の三となるが物權は財産權中最も重要な物に關する權利である。

物權は絶對權である、物權は特定の相手人なく一般の人を對手人とし其一般の人をして權利者即ち物權者が物に對して有する支配權を侵害することを得ざらしむる強き力を有する權利であるから絶對權である。

### 第二款 物權の效力

物權は物の上に直接行はるゝ權利である結果として其效力に優先權及追及權の二を生ずる此の二個の效力は物權の絶對權たる作用であつて物權に附加したる特質ではない。

### 一、優先權

優先權とは同一物上に數個の權利が競合したる場合に於て他の權利よりも優強にして他の權利に先んじて行はるゝの效力である即ち物權は其目的に關して同種又は異種の權利を得たる者に對し優先する、例へば物權は一般の債權に先ちて之を行ふことを得べく又同一物に付き時期を異にして二個以上の物權が発生したるときは先に發生したる物權は後に發生したるものに優先するから後に發生したる物權は全く存立することを得ざるか又は先に發生したる物權の效力を害せざる限度に於てのみ存立するものである。

### 二、追及權

追及權とは目的物が何人の手に歸するも其所在に追隨して權利を主張することを得る權利である、例へば所有權者は其目的物を所持する者に對して取戻しを爲すことを得べく又抵當權者は抵當物の所有權を取得したる第三者(買主其他の取得者)に對して其權利を行ふことを得るのである。

### 第三款 物權の創設

物權の法制は國家の經濟又は人民の慣習に至大の關係があるから概ね強行規定であつて各國共



物權の種類及範圍を限定し當事者の意思に放任しないのを通例とする、我民法に於ても物權は本法其他の法律に定むるもの、外之を創設することを得ずと規定し嚴に其設定を制限してゐる、蓋し物權は強大なる效力を有するものであるから其創設を制限せざるに於ては爲に權利の紛亂を來し取引の安全を害すること多く殊に土地に關する物權の制度は一國産業の隆替其他經濟上の利害に至大の關係を有することが多いからである、斯の如く法律に依り物權の創設を限定するの主義を法定主義と謂ふ法定主義は左の如き結果を生ずる。

一、物權は法律に定めたる種類に屬するものにあらざれば之を設定することが出来ない。故に命令や慣習又は契約を以て異種の物權を創設することを許さない、若し當事者が物に關する權利を設定するも其權利が法律に認る物權の一に該當せざるときは其權利は物權として法律の保護を受くることが出来ないのである。

二、各種の物權は法律に定めたる以外の内容を有せしむることが出来ない。故に民法に於て認むる物權と雖も法律上定められる内容を變更して之を創設することは之を許さないのである。

#### 第四款 物權の種類

我民法に認むる所の物權は所有權、占有權、地上權、永小作權、地役權、留置權、先取特權、質

權、抵當權及入會權並に特別法に認むる物權とである、之を學理上分類すれば左の如くなる。

#### 一、主たる物權、従たる物權

主たる物權とは他の權利と關係なく獨立して存在することを得るもので所有權、地上權、永小作權、占有權等は之に屬する、従たる物權とは他の權利に附隨して存在する權利であつて所有權に附隨する處の地役權や債權の擔保として之に附隨する質權、抵當權、留置權、先取特權等は之に屬する。

#### 二、動產物權、不動產物權

動產物權は動產を目的とする物權で不動產物權は不動產を目的とする物權である、占有權、所有權、先取特權、質權が動產を目的物とするときは動產物權で不動產を目的物とするときは不動產物權である地上權、地役權、永小作權、入會權、抵當權は不動產に付てのみ存する權利であるから常に不動產物權である。

#### 三、用益物權、擔保物權

用益物權とは物の使用、收益を目的とする物權であつて地上權、永小作權、地役權及入會權は之に屬する、擔保物權は債權を擔保する爲めに存する權利であつて留置權、先取特權、質權及



び抵當權の四種である。

四、完全物權、他物權

完全物權とは物の上に全般的支配權を有し權利者は其意の欲するに従ひ權利の目的たる物を使用、收益、處分することを得る權利を謂ひ、他物權とは他人の所有に係る物又は權利の上に行はるゝ權利である、物權中所有權は總ての關係に於て又總ての方法を以て物を支配する權利であるから完全物權であるが其地の物權は皆他人の所有又は權利の上に行はるゝ權利であるから他物權である。

第五款 物權の得喪變更

一、物權の取得

物權の取得とは一の物權が其主體に歸屬する作用であつて其方法は法律の規定及法律行為の二に依るのである、法律の規定に依る物權の取得は其種類極めて多く占有、相續、時効、先占、遺失物拾得、埋藏物の發見等枚擧に追がない。法律行為に依る物權の取得は之を單獨行為に依る物權の取得と契約に依る物權の取得とに分つ、單獨行為は一方的意思表示に依りて法律上の効果を發生するものであるから従つて單獨行為に依る物權の取得は一方のみの意思表示に基き

て物權を取得するものである、遺言や先占到依る物權は即ち之に屬する。契約は二個以上の意思の合致に依りて法律上の効果を發生するものであるから契約に依る物權の取得には必ず二個以上の人格者の意思を必要とするのである、地上權、永小作權、抵當權等多くは契約に依るものである。

物權の取得原因に原始取得と承繼取得とがある、物權の原始取得とは新に自家固有の物權を取得するを謂ひ、承繼取得は他人に屬する權利の全部又は一部を繼受して物權を取得するものである、取得時効、先占、添附に因る物權の取得は原始取得であつて當事者の意思表示に基く物權の設定及移轉は承繼取得である。

二、物權の喪失

物權の喪失は一の物權が其主體より分離するの作用であつて相對的喪失と絶對的喪失とがある、相對的喪失とは物權が一の主體を離れて他の主體に歸するに止まり其存在を失ふことがないが絶對的喪失は物權が其主體を離るゝのみならず其存在をも失ふものである、物權の讓渡に依る喪失は相對的喪失であつて目的物の滅失に依る喪失は絶對的喪失である。物權喪失の原因は法律行為によるものと法律行為以外の事實によるものとの二がある、法律行為によりて物權を喪



失するは権利者の意思に基く場合であつて権利の拋棄及権利の譲渡の二場合である、物権は財産権であるから権利者は自由に其處分を爲し得べく第三者の権利を害せざる限り権利者は之を拋棄し及譲渡することを得る、即ち物権は拋棄及譲渡に依りて之を喪失するのである。法律行為以外の事實に依りて物権を喪失するは権利者の意思に基かざる場合である、権利者の意思に基かずして物権を喪失するは目的物の滅失、混同、消滅時効其他多數の場合がある。

三、物権の變更

物権の變更とは物権の存立の基本を失ふことなくして其内容を變更することである、有期物権（地上権、永小作權等）の存続期間を伸縮し又は質權、抵當權等に依りて擔保せらるゝ債權の範圍を増減し或は所有權其他の物権の處分を制限するが如きである。

第六款 占有權

占有權とは自己の爲めにする意思を以て物を所持する權利である、即ち占有權は（一）自己の爲めにする意思（之を占有の心素と謂ふ）と（二）物の所持（之を占有の體素と謂ふ）との二つの要素より成るものであつて此の二要素を具備するときは例令實體上に於て其物の眞の權利者でなくとも又自ら所有するの意思なくとも法律は占有に對して保護するのである、抑も占有權なるものは通

常本權の効果である、本權とは占有權に對する語であつて占有者をして其物を所持するに至らしめたる根本の權利を謂ふ、例へば所有者が物を占有するは所有權の効果である、地上權者が土地を占有するは地上權に基く効果である、即ち占有權は本權の効果として發生するを通例とするのである。

占有權は前記二要素の充實に依りて取得する即ち

- 一、自己の爲めにする意思を有すること
- 二、物を所持すること

の二要件を具備することを必要とする、物を所持するとは物の上に實力を加ふることを得且つ他人の干渉を排斥し得る状態である、換言すれば有體物を自己の實力範圍内に保持する場合に此の觀念がある、占有權として法律の保護を受くるには單純なる物の所持のみを以て足れりとせず更に其物の所持が自己の爲めにする意思に基くものでなければならぬ、故に他人より物の保管を委託せられて所持するものは他人の爲めに占有するものであるから其物に付て占有權を有しない、又意思能力なき者例へば幼者、白痴等の始めたる所持は意思の要件を缺くから法律上占有たる性質を認むることが出來ない。



占有権は代理人に依りても之を取得することが出来る、代理人の爲す占有は(一)本人と代理人との間に代理關係あること(二)代理人が物の所持を爲すこと(三)代理人が本人の爲めに占有を爲すの意思を有することを必要とする、代理人が代理人自身の爲めにする意思を以て物を占有するときは代理占有ではなくて代理人の占有である、即ち代理占有たるには代理人が本人の爲めにする意思を以て物を占有することを必要とする。

占有権は他の権利と同じく之を移轉し又は變更することが出来る、占有権の移轉は讓渡(法律行為に依る移轉)及相續(法律行為以外の原因に依る移轉)等である、占有権の讓渡は占有権を移轉するの意思と物の引渡を爲すに依りて成立するものである。

占有権の効力は(一)権利の推定(二)果實の取得(三)権利の取得(四)占有訴權等である。権利の推定とは占有者が占有物上に行使する権利は之を適法に有するものと推定さるゝの利益である、果實の取得とは占有したる物より生ずる果實は善意の占有者之を取得することを得ることであつて例令占有者が真正の権利者に對して占有物を返還する場合に於ても其收取したる果實は之を保有的ことを得るのである、果實の意義は曩に説明したから茲に再説しない、占有者は法律上の一定の要件を具備するときは其占有物上に實體上の権利を取得する、即ち不動産に付ては二十年

間所有の意思を以て平穩且公然に他人の不動産を占有したる者は其不動産の所有権を取得し、占有者が占有の始め善意にして過失なかりし場合には十年間占有するに因りて所有権を取得するのである、動産に付ては占有の始め善意にして過失なきときは占有者は其占有物の上に権利を取得する之を動産の即時取得と謂ふ、占有訴權とは占有を保護する爲めに法律が占有者に付與する處の訴權であつて占有に對して侵害ありたる時占有者をして訴權の方法に依り其救済を裁判所に求むることを得せしむるのである。

第七款 所有權

所有權は物を自由に使用、收益、處分するの權利である、總て權利は法律の規定に依り其範圍に限界あるものであつて所有權にも亦一定の制限がある(民法第二百八條乃至第二百三十八條參照)所有權は此の法律の制限内に於て總括的に物を支配することを得る權利である、所有權は永久に存續する權利である、地上權、永小作權等は所謂有期物權であつて一定の期間中存續するものであるが所有權は物の消滅、第三者の取得時効其他絶對的消滅の原因が生ぜざる限り永久に存續するものである、所有權者は目的物即ち所有物を占有することを得るは勿論之を使用し收益し且つ處分する權能を有するものである。



所有權の取得原因に原始取得と承継取得とがある。原始取得とは新に所有權を取得するを謂ひ承継取得とは前所有者の地位を承継して物の所有權を取得するものである。占有、時効、先占、遺失物の拾得、埋藏物の發見、添附等は原始取得であつて賣買、贈與、交換等所有權の移轉を目的とする法律行為は承継取得である。右各種の取得方法中先占、遺失物拾得、埋藏物の發見及添附の四種は所有權に特殊なる取得方法であるから以下之等の意義を簡單に説明して置く。

(イ) 先占とは自己の所有と爲すの意思を以て他人に先んじて無主の動産を占有することである。例へば自己の所有物と爲すの意思を以て海洋の魚類を漁獲し或は無主の鳥獸を捕獲するが如きである。先占に因りて所有權を取得するには目的物に對し他人に先んじて占有することを必要とする。又先占の目的物は動産に限るものであるから土地家屋等の不動産に付ては先占の觀念が存しない。

(ロ) 遺失物の拾得も所有權取得に特殊なる方法である。遺失物とは占有者が占有を拋棄する意思なくして偶然に占有を失ひたる動産である。遺失物を拾得したる者は一定の手續に依りて公告を爲したる後一ケ年を経過して所有者知れざるとき其所有權を取得する。

(ハ) 埋藏物とは動産又は不動産中に埋藏せられたる動産にして所有者の不明なる物を謂ひ之を發

見したる者は其所有權を取得する。埋藏物とは例へば地中に埋没せる古金銀其他の物或は屏風の中に埋藏せられたる紙幣の如きである。

(ニ) 添附とは一物が他物と合成するに因りて所有權を取得する方法であつて之を更に附合、混和、加工の三に分つ。附合とは一物が動産又は不動産の從として之に結合し一般取引觀念に於て動産又は不動産の一部となり附合物が獨立性を失ふことである。混和とは所有者を異にする同種の物が混合して何れが何れの所有者の所有物なるや識別すること能はざるに至ることである。又加工とは他人の所有物に工作を加へて新なる物を生ずることである。

所有權は以上の如き特殊の場合に於て夫々法律の規定に基き之を取得することが出来る。

所有權は數人が共同して權利の主體たることが出来る。一の所有權が數人に歸屬するを共有と謂ひ、其所有權に對して各共有者の有する權利の分前を持つと謂ふ。共有者は目的物に付き各自分割的に支配權を有するものではなく其物の全部に付て各持分に應じて總括的に支配權を有するのである。共有者は何時にても共有物の分割を請求することを得べく又其持分は之を讓渡することが出来る。

第八章 地 上 權



地上權とは他人の土地に於て工作物又は竹木を所有する爲めに其土地を使用する権利である。地上權は土地の上に存する権利であるから不動産物權に屬し、又他人の土地を使用する権利であるから一の制限物權である。地上權は他人の土地に於て工作物又は竹木を所有することを目的とするものであるから此目的以外に於てする土地使用權は地上權ではない。

地上權は直接法律の規定に依りて生ずる場合もあるが其多くは契約に依りて生ずる、即ち土地所有者と地上權を取得せんとする者との間に於て地上權を設定することを目的とする物權契約に依りて生ずるのである。地上權者は地上權の目的の範圍内に於て土地を使用することを得るは其權利の主要なるものであるが此外に一般物權に共通なる返還請求權及妨害排除請求權を有し又之を質權、抵當權の目的と爲すことが出来る。地上權の設定に付て地代を支拂ふことを約したる場合に於ては地上權者は地代支拂の義務を負ふこと勿論であるが尙民法は此場合に付て永小作權に關する規定を準用するの結果不可抗力に因りて其土地の使用を妨げられたる場合と雖も地代の免除又は減額を請求することが出来ない、地上權者は不可抗力に因りて引續き三年以上全く收益を得ず又は五年以上地代よりも少き收益を得たる場合に其權利を抛棄することを得るに過ぎない、又土地所有者は地上權者が二年以上地代の支拂を怠り又は破産の宣言を受けたるときは地上權の

消滅を請求することが出来る。

第九款 永小作權

永小作權は小作料を支拂ひて他人の土地に耕作又は牧畜を爲す權利である、他人の土地を使用する點は地上權と同じであるが永小作權、土地使用の目的が耕作又は牧畜に限定せられてゐるか、地上權と其目的を異にするのである、又永小作權は小作料の支拂を要件とし無償の永小作權の設定を許さない此點に於て地上權と異なるのである、即ち地上權にありては地代の支拂は其要件でなく有償たることも無償たることも其自由であるが永小作權は必ず有償たることを條件とし永小作權者は小作料支拂の義務を免るゝことの出来ないものである。小作料は金錢を以て之を支拂ふも或は其他の物例へば收穫物の一部を以て小作料と爲すも差支ないが小作料は定期に支拂はるゝことを必要とするから一時に小作料を支拂ひ耕作又は牧畜を爲すは永小作權ではない。

永小作權の存續期間は法律にて嚴に制限してゐる、即ち二十年以上五十年以下の期間たることを要件とする、故に當事者が二十年以下の期間を以て永小作權を設定したるときは永小作權としては無効である、又五十年以上の期間を以て設定したるときは五十年に短縮されるのである。永小作權の存續期間は之を更新することが出来るが其期間は更新の時より五十年を超ゆることは出



来ない。

永小作権者は其目的の範囲内に於て他人の土地を使用することを得るは勿論であるが其土地に永久の損害を生ずべき變更を加ふることを許さない之れ永小作権者は期間の満了に依りて結局土地を返還せねばならぬからである、永小作権は之を譲渡し又は第三者に賃貸することが出来る但し設定行為に依りて譲渡又は賃貸を禁止したる場合には之を許さない。

永小作権者は不可抗力に因り収益なかりし場合に於ても小作料の減額又は免除を請求することは出来ない唯永小作権者が不可抗力に因りて引續き三年以上全く収益なく或は五年以上小作料よりも少き収益を得たる場合には其権利を抛棄することが出来るのである、永小作権者が引續き二年以上小作料の支拂を怠り又は破産の宣告を受けたるときは地主は永小作権の消滅を請求することが出来る。

第十款 地 役 権

地役権は自己の土地の便益の爲めに他人の土地を使用する権利である、地役権は他人の土地の上に行はるゝものであるが其権利關係は土地と土地との關係より生ずるのであるから所有者を異にする二個の土地の存在することを前提要件とするものである、而して此の二個の土地中地役権

の附著する土地を要役地と稱し地役権を負擔する土地を承役地と謂ふ、即ち地役権は要役地の所有者が其土地の便益の爲めに承役地を使用するの権利である、地役権は権利の内容又は権利行使の方法等より觀察して之を種々に類別することが出来る。

(イ) 積極地役、消極地役

積極地役とは地役権の内容が他人の土地を積極的に使用し得るものであつて消極地役は承役地の所有者をして一定の行為を爲さしめざる地役である、例へば隣地を通行する地役、隣地に於て汲水する地役の如きは積極地役であつて隣地に於て眺望を妨ぐる高さの建築を爲さしめざる地役或は要役地に接近して竹木を栽植せしめざる地役の如きは消極地役である。

(ロ) 繼續地役、不繼續地役

繼續地役とは地役権を繼續的に行使し得べき性質のものであつて不繼續地役は地役権の行使が一時的のものである、例へば水道地役の如く一度水道を敷設したるときは爾後繼續して地役権の行はるゝものは繼續地役で汲水地役の如く一々地役権者の行為を必要とするものは不繼續地役である。

(ハ) 表現地役、不表現地役



表現地役とは地役権行使の状態が外形的標識に因りて表面に現出するものを謂ふ、例へば地上に水樋を設置して通水の便益に供する地役の如きである、不表現地役とは地役権行使の状態が表面に現はれざる地役であつて例へば地中に鐵管を敷設して通水する地役の如きである、消極地役は一般に不表現地役である。

地役権は設定行為に依りて之を取得すること他の一般物権と同じであるが更に時効に依りても取得するのである、即ち要役地の所有者は自己の爲にする意思を以て二十年間平穩且つ公然に承役地の上に地役権を行使したるときは其地役権を取得し又地役権行使の始に於て善意にして且つ過失なかりしときは十年の後権利を取得する但し時効に因りて取得する地役権は繼續且つ表現のものに限る。

第十一款 留置権

物権に主たる物権と従たる物権とあり、主たる物権は他の権利と關係なく獨立して存在することを得る物権であつて従たる物権は他の権利に附隨して存在する處の権利であることは曩に一言したる如くである、従たる物権の内地役権は土地所有權に從屬する權利であるが其他の留置権、先取特權、質權及抵當權の四種は皆債權の辨濟を擔保する爲めに設けられたる物権即ち債權に從

たる物権であるから之を物上擔保たる物権又は擔保物權と謂ふ、即ち本款以下に説明する物権は物上擔保に關するものである。

留置権は他人の物の占有者が其物に關して生じたる債權の辨濟を受くるまで其物を留置する權利である。留置物の占有者が留置権者として法律の保護を受くるは其占有者の有する債權が占有する物に關して生じたる債權たることを要する、換言すれば債權の目的物と留置権に因る占有物とは互に關聯するものでなければならぬ、例へば時計師が時計の修繕を委託されて之を修繕したる場合に其時計師は委託者に對して修繕料の債權を有する、此場合に於て時計師は其債權（修繕料）の辨濟あるまで該時計を留置することが出来る即ち時計師の有する債權と占有物とは相關聯するものである。

占有者が留置権を行ふには其債權が辨濟期に在ることを必要とする、占有者の債權が辨濟期に在らざるときは相互の債權債務は同時に履行せらるべきものでなく従つて留置権は發生しないのである。例へば前の設例に於て時計修繕終了と同時に修繕料を支拂ふべきことを約したるときは時計師は修繕を終ると同時に時計を返還するの義務あり註文者も亦之に對して修繕料を支拂ふ義務がある、然るに註文者が修繕料を支拂はざるとき即ち債務を履行せざるときは時計師は其支拂



あるまで該時計を留置することが出来るのである。尙此場合に於て修繕料支拂期日を修繕終了後或期間の後に定めたるときは時計師は留置権を行ふことが出来ない之れ即ち債権が辨済期に在らざるが故である。

留置権は不可分の権利である。即ち留置権者は債権全部の辨済を受くるまでは目的物の全部に付て権利を行ふことを得るもので債権の分割又は減縮に依りて留置権は分割し又は減縮するものではない。

留置権の效力として主要なるものは留置権者は債権の辨済あるまで占有物を留置するに在るが尙此外に留置権者は留置物より生じたる果實に付て優先辨済を受くるの権がある、即ち留置物より生じたる果實を以て債権の辨済に充當することが出来るのである。而して其果實を債権の辨済に充當するには先づ之を債権の利息に充當し尙餘剩あるときは之を其元本に充當するものである又留置権者が留置物に關して必要費、有益費を支出したるときは所有者即ち主たる債権の債務者に對して之を償還せしむる權を有する。

留置権者は右の如き權利を有するが其反面に於て左の如き義務を負ふものである。

一、留置権者は善良なる管理者の注意を以て留置物を保管する責に任ずる。

二、留置権者は債務者の承諾あるにあらざれば留置物を使用し貸借を爲し又は之を擔保に供することが出来ない。

三、留置権者は債権の辨済を受けたるときは留置物を返還するの義務がある。

第十二款 先取特權

先取特權とは特種の債権者が法律の規定に従ひて債務者の財産に付き他の債権者に先んじて自己の債権の辨済を受くる權利である、債務者の財産は總債権者の共同擔保であるから債務者が債務を辨済せざるときは其財産は各債権者の債権額に應じて平等に分配せらるゝものである、此の場合に於て法律上の一定の條件を有する債権者は法律の規定に依りて他の債権者に先んじて辨済を受くる事が出来るものであつて之れが先取特權の特質である、即ち先取特權は債権平等の原則を破る特例と謂はねばならぬ。

先取特權には債務者の總財産の上に存するものと債務者の特定の財産の上に存するものとの二種がある、前者を一般の先取特權と謂ひ後者を特別の先取特權と謂ふ、民法に規定する一般の先取特權は

一、共益費用の先取特權



- 一、葬式費用の先取特権
  - 二、雇人給料の先取特権
  - 三、日用品供給の先取特権
  - 四、四種であつて特別の先取特権は
  - 一、不動産賃貸借の先取特権
  - 二、旅店宿泊の先取特権
  - 三、旅客又は荷物の運輸に関する先取特権
  - 四、公吏の職務上の過失に基く先取特権
  - 五、動産の保存に関する先取特権
  - 六、動産の賣買に関する先取特権
  - 七、種苗又は肥料の供給に依る先取特権
  - 八、農工業の勞役に關する先取特権
- 等である、之等各種の先取特権の意義並に之等の先取特権が如何なる物の上に如何なる方法如何なる程度如何なる順位に於て實行さるべきか又他の擔保權と競合せし場合に於ける權利の優劣如何等に關する説明は之を略する。

第十三款 質 權

質權とは債權者が債權の擔保として債務者若くは第三者より受取りたる物に付き他の債權者に先んじて自己の債權の辨濟を受くるの權利である。質權の特質は目的物即ち債權の擔保として受取りたる物を賣却して其代金に付き債權の辨濟を受くるに在るから其擔保として受取りたる物は其債權の完全なる辨濟を受くるまで之を占有することを得るものである。

質權の目的物は之を讓渡することを得べき物でなければならぬ、之れ質物を賣却して其代金に付き優先辨濟を受くる質權の特質より生ずる當然の歸結である、讓渡し得ざる物は法律に依りて賣買讓渡を禁じたる一切の物例へば華族の世襲財産、亞片等の如き或は公有物、人の身體の如く性質上讓渡することの出来ない總ての物を謂ふのである。

質權者は其債權の完全なる辨濟あるまで質物を留置し質物より生ずる果實を收取して之を自己の債權の辨濟に充當し其質物に付きて債權の優先辨濟を受くることを得るものである。流質契約は民法の禁ずる處であるが質屋營業人と質入主との間の流質は質屋取締法に依て認許せられてゐるから有效である。即ち質屋營業人と質入主との間に於ける質契約は當然流質契約を伴ふもので



質物の受戻期間の満了に依りて質屋營業人は質物の所有権を取得するのである。

質権に動産を目的とするもの(動産質)と不動産を目的とするもの(不動産質)及所有権以外の財産権を目的とするもの(権利質)の三種がある。

第十四款 抵 當 權

抵當權は債務者又は第三者が占有を移さずして債務の擔保に供したる不動産に付き債権者が他の債権者に先んじて債権の辨済を受くる権利である、抵當權は不動産に付てのみ行はるゝ權利であつて動産の上に行はるゝことがない之れ抵當權の特質である、又抵當權は留置權、質權と異り目的物を占有することを必要としない即ち抵當權は不動産上の權利として之を第三者に對抗するには登記を爲すのみを以て足り別に占有を移轉することを要件としないのである、故に抵當權設定者は抵當權設定に拘らず目的物に付て其使用收益を繼續することが出来るのである。抵當權が目的物に付て優先辨済を受くること、不可分なること並に目的物が讓渡し得べき物たるべきことは他の擔保物權と異なる處がない。

上述の如く抵當權は不動産に付てのみ行はるゝ權利であるが此原則には左記三個の例外がある  
 一、地上權及永小作權は抵當權の目的となすことが出来る。

二、船舶、鐵道、工場等も特別法に依りて抵當權の目的となる。

三、目的物の賣却、質貸、滅失又は毀損に因て抵當權設定者の受くべき金錢其他の物に對しても抵當權を行ふことが出来る。

抵當權は設定行爲即ち債権者と不動産の所有者(債務者又は第三者)との間に於ける契約に依りて成立するものであるから抵當權に依て擔保せらるゝ債権の範圍も當事者の意思に依りて定まるのであるが一般に登記金額の範圍内に於て元本、利息、違約金、債務の不履行より生ずる損害賠償を擔保するものである。

抵當權者は抵當權に付て一定の處分行爲を爲すことが出来る、即ち抵當權者は其抵當權を以て他の債権の擔保と爲すことを得べく又同一の債務者に對する他の債権者の利益の爲めに其抵當權を讓渡し或は同一の債務者に對する他の債務者の利益の爲めに抵當權を拋棄することが出来るのである、其他抵當權者は同一債務者に對する他の抵當權者の利益の爲めに抵當權の順位のみを讓渡し或は拋棄することが出来る。

適法に登記したる抵當權は追及權の作用に依りて抵當物上に追及するものである、即ち登記後に於て第三者が抵當物上に所有權、地上權、永小作權等を取得したる場合に於ても抵當權者は之



等の者に對して抵當權を實行することが出来るのである、斯る場合に於て第三者は抵當權の實行に依りて權利を喪失することとなるので法律は第三取得者の利益の爲めに抵當權を消滅せしむる方法を規定してゐる、第三取得者の辨濟及び滌除即ち之である。第三取得者の辨濟とは抵當權設定者が抵當物を賣却し又は抵當物上に物權を設定した場合に於て抵當物の賣却代金又は物權の對價を第三取得者より取立て、之を債權の優先辨濟に充つることである。滌除とは抵當物の第三取得者が抵當權者に提供して其承諾を得たる金額を拂渡し又は之を供託して抵當權を消滅せしむることである、即ち第三取得者の辨濟及び滌除は共に第三取得者の行爲に依りて抵當權を實行せずして抵當權を消滅せしむるものである。

○抵當權の實行は抵當物の競賣である、即ち債務者が其債務を辨濟せざるときは抵當權者は抵當權の目的たる不動産を賣却して其代金を債權の辨濟に充つる爲め競賣法の規定に従ひ抵當不動産の競賣を管轄區裁判所に請求し以て抵當權の實行を爲すのである但し抵當不動産に付て所有權、地上權、永小作權を取得したる者あるときは抵當權者は直ちに抵當權を實行することを得ず先づ此等第三取得者に對して其旨を通知し通知後一ヶ月内は其權利實行に着手することが出来ないのである、之れ曩に述べたる如く第三取得者が辨濟又は滌除に依りて抵當權を實行せずして消滅せしむることあるべきに因るものである。抵當權者は抵當權の實行に依りて債權の辨濟を受くるのであるが抵當不動産に付て數人の抵當權者あるときは抵當權の順位は抵當權登記の前後に依りて定まるのである。

### 第三節 債 權

#### 第一款 債權の意義

債權とは特定の人が特定の人に對して特定の行爲不行爲を請求する權利である。

一、債權は特定の人に對する權利である。

即ち債權は權利者に對して行爲を爲し又は爲さざる羈絆に服する特定せる人に對してのみ主張することを得る權利であつて其以外の人に對しては權利を主張することを許さざるものである權利者に對して行爲不行爲の羈絆に服する義務は之を債務と謂ふ。

二、債權は行爲を請求する權利である。

債權は特定の人即ち債務者をして或行爲を爲し又は爲さしめざる權利であつて即ち請求權の一種である。



三、債権は人の行爲を目的とする権利である。

債権の目的は債務者の行爲不行爲であつて其行爲不行爲は法律上の利益である、法律上此利益を給付と稱する、即ち債権は債務者の給付を目的とする権利である。

四、債権は財産権である。

財産権とは身分権に對する権利であつて其内容は處分し得る利益である、而して其處分し得べき利益は資産を構成すべき性質のものたることを要する、債権は則ち物權、無體財産權と共に財産権に屬するものである。

第三款 債権の目的

債権の目的は債務者の行爲であつて之を給付と謂ふ、給付は(一) 適法なること(二) 可能なること(三) 確定し又は確定し得べきこと(四) 債権者に利益を與ふるものたることの四個の要件を具備することを必要とする、給付が適法なることとは給付の内容が法律に違背せず公の秩序又は善良の風俗に反せざることであつて適法ならざる行爲が法律の保護する處でないことは明である。債権の目的たる給付は可能のものでなければならぬ、如何なる行爲と雖も不能の事は債権の目的たることは出来ない、又不確定なる給付は債権の發生を妨ぐるものである、例へば債務者が「何物

かを給付すべし」と約するも債務者は給付が確定せざる爲め如何なるものを給付しても差支なく債務者は何等拘束力を受けざることとなるのである、之に反して「金一圓又は米二升を給付すべし」と約したる場合には給付に際して債務者の意思に依り何れかに確定すべきものであるから斯る給付は確定し得べきものであるから債権は成立するのである、即ち債権が成立するには給付が確定するもの又は確定し得べきものたることを必要とする。給付は必ずしも金銭的價值あることを要しないが少くとも債権者をして一定の利益を享受せしむべき性質のものでなければならぬ。法律が權利を與ふるは利益を保護する手段であるから法律の保護を受くるものは利益たることを必要とするのである。

給付が具體的に確定せるものを特定物の給付と謂ひ、給付の内容が種類のみ定まり選定に依りて其種類中より給付すべきものが確定するものを不特定給付又は種類債権と謂ふ、特定物の設定移轉を目的とする債権は當事者の意思表示のみに依りて成立するが債務者は其物を引渡すの義務がある、故に特定物の引渡を目的とする債権に在りては債務者は引渡を完了するまで善良なる管理者の注意を以て之を保管せねばならぬ。不特定物の給付は引渡に依りて確定する。金銭の給付を債権の目的とするときは之を金銭債権と謂ふ、金銭則ち貨幣は物の價格の標準と



なり且つ物の價格に代用せらるゝものであつて金銭債権は即ち貨幣を給付して之が辨済に充つるものである、貨幣の價格に名價、實價、市價の三種がある、名價とは貨幣の額面に表示せられたる價格であつて即ち額面價格である、實價とは貨幣中に含有する金屬の價格であつて即ち金屬價格である、市價とは貨幣の取引上に於ける價格であつて即ち流通價格である、金銭債権に在りては其辨済は内國の通貨を以て之を爲すべく又辨済すべき貨幣の種類は債務者任意に之を選定することが出来る、辨済は貨幣の名價を以て之を爲すことは謂ふまでもない、外國の通貨を以て債権額を表示したる場合に於ても其支拂は通貨を以てすることが出来る。

債権者が債務者より給付を受くべき元本を債務者に使用せしむる對價として元本の額と使用の時に比例して債務者より受取る同種類の物を利息と謂ふ、而して當事者の契約によりて定むる利息を約定利息と謂ひ利息制限法其他法律の規定に基く利息を法定利息と謂ふ。

債権の目的たる給付が數個の給付中より其一を選択するに依りて定まるものを選択債権と謂ふ、選擇債権は數個の給付中に於て其一を選択して給付を爲すものであるから債務の目的は選擇の作用に依りて歸一確定するのである、選擇權を有する者は債務者たるを原則とするが當事者が他の人をして選擇せしむることを特約したるときは其特約は有效である。

### 第三款 債権の效力

債権者は債務者に對して權利の本旨に従ひ債権の目的たる行爲不行爲を請求する所謂債権的請求權を有する、而して債務者が若し其請求に對して任意に其義務を履行せざるときは債権者は裁判所に出訴し公力に依りて強制的に履行せしむるの權利を有するもので之を直接履行の訴權と謂ふ、併し乍ら債権の性質が直接履行を許さず或は直接履行が不能なるとき或は債務者が履行を遅滞したるとき或は債務者が不完全なる履行を爲したる等種々の原因の爲めに債権者が損害を受くることがある、斯る場合に於て債権者の利益を保護する爲め法律は債権者をして債務者に對し履行の不能遅延又は不完全に因りて生じたる損害の賠償を請求することを得せしむるのであつて之を損害賠償の訴權と謂ふ、直接履行の訴權も損害賠償の訴權も共に債権の效力として生ずるものであるが損害賠償の訴權は直接履行を以て債権者の目的を達せざるときに於て行使することを得るものである。

債権の效力は當事者間のみならず特定の場合には第三者に對しても效力を及ぼすことがある、即ち債務者が第三者に對して有する權利を行はざるときは債権者は債務者の權利を保全する爲め債務者に代りて第三者に對し債務者の權利を行使することが出来る之を間接訴權と謂ふ、又債務



者が債権者の権利を害することを知りて第三者と法律行為を爲したるとき債権者は其権利を保全する爲めに債務者及び第三者に對して訴を以て其行為の取消を求むることが出来る、之を詐害行為廢罷訴權と謂ふ、以下之等の訴權に付て其概要を説明しやう。

一、直接履行の訴權

直接履行の訴權とは債務者が任意に債務を履行せざるとき債権者が訴を以て強制履行を求むる權利である債権者が強制履行を裁判所に請求するには左の要件を具備することを必要とする

(イ) 債務者が遅滞に在るとき

(ロ) 強制履行を爲すことが可能なるとき

債務の性質上強制履行を爲すこと能はざる場合は主として作爲の債務(例へば畫家が繪畫を描く債務)及び不行爲の債務(例へば琴を弾ぜざる債務)であつて斯る債務は債務者の自由を拘束するにあらざれば履行を強制することが出来ないものであつて債務の履行に人の身體を拘束することは不可能である、故に強制履行を許さざる場合には他に保護手段がなければならぬ、直接履行に代るべき救済方法は左の如くである。

(イ) 債務が作爲を目的とする場合には債権者は債務者の費用を以て第三者をして之を爲さしむ

ることを裁判所に請求することが出来る、例へば家屋明渡に付て執達吏が其家屋を取毀ち其費用を債務者より取立つるが如きである。

(ロ) 債務が法律行為を目的とするときは債権者は裁判所に訴し其履行を求むることが出来る例へば家屋の賣主が賣渡登記手續を爲さざるとき買主は裁判所に訴して賣渡登記を爲すべき旨の判決あらんことを求むるのである、此場合に於て裁判所が登記手續を爲すべしと裁判したるときは之に因りて債務者は登記手續を爲すべき意思表示を爲したるものと看做され債権者の申請のみに依りて登記を爲すことが出来る。

(ハ) 債務が不作爲を目的とするときは債権者は債務者の費用を以て其爲したるものを除却し且將來の爲め適當の處分を裁判所に請求することが出来る、例へば隣地に家屋の建築を爲さざる債務なるときは債権者は裁判所に訴を提起し既に着手したる部分を取拂ひ尙將來之を建築せざることを保證する爲め違約金を定むることが出来るのである。

二、損害賠償請求權

損害賠償請求權とは債権者が積極又は消極の事實に因りて有形無形の損害を被りたる場合に損害の填充を請求するの權利である、損害は各種の權利侵害の行為より生ずるものであるが債権



の效力としての損害賠償は債務の不履行に因る場合と履行不能に因る場合とである。債務の不履行は債務者が任意に債務を履行せざるか又は履行したるも不完全なる爲め損害を生ずることがある。斯の如き場合には直接履行を請求するも尙喪失したる利益の填充を得ざるとき履行と共に損害賠償を請求し又は全部賠償を請求することが出来る。履行不能は債務の履行が客観的に不能なる場合であつて此場合に於ては債権者は直接履行を請求することが出来ないから直接履行に代へて履行不能の爲めに被りたる損害の賠償を請求することが出来る。

損害賠償の方法に原状回復主義と金銭賠償主義とがある。原状回復主義は債務者が債務の不履行に因り債権者に損害を生ぜしめたる場合に債権者をして債権者の地位を原状に復するの義務を負はしめ原状を回復すること不能なるときは金銭を以て賠償せしむる主義であつて金銭賠償主義は原状回復の方法に依らずして常に金銭を以て賠償せしむるの主義である。我民法は金銭賠償主義に依るから損害を金銭に見積り其支拂を求むるのである。併し當事者間に豫め賠償方法の特約ありたるときは其特約に従ふものである。尙債務の不履行に付て債権者に過失ありたるときは損害賠償の責任及其金額を定むるに付き裁判所は斟酌して適當の裁判を爲すものである。之を法律上過失相殺と謂ふ。

### 三、間接訴権

間接訴権は債権保全の爲めに債権者をして債務者の権利を行使せしむる権利である。即ち債権者が債務者の第三者に對して有する権利を行使するもので債権者と第三者との間に債務者が介在し其關係が間接となるから間接訴権と謂ふのである。債権者が債務者の権利を行使するには

- (イ) 債務者が第三者に對して権利を有すること
- (ロ) 債務者の権利行使は債権保全に適すること
- (ハ) 債務者の権利行使は債権保全に必要なこと
- (ニ) 未だ期限の來らざる債権に付ては裁判上代位の手續に依り豫め裁判所の許可を受くること

以上四個の要件を具備することを必要とする。債権者が右の要件に基き債務者の権利を行使し尤るときは其権利行使より生じたる利益は總債権者に均霑するもので権利を行使したる債権者が之を獨占することは出来ない。

### 四、詐害行爲廢罷訴権

詐害行爲廢罷訴権とは債務者が債権者を害することを知りて爲したる法律行爲の取消を裁判所に請求する権利である。例へば家屋の賣主が家屋を買主に移さずして更に之を第三者に賣渡し



其第三者は其家屋が既に賣買せられたる事情を知らず之を買取りたる場合に買主(債権者)が賣主(債務者)と第三者との賣買契約の取消を請求するが如きである、債権者が詐害行為廢絶訴権を行使するには左の要件を具備することを必要とする

- (イ) 債権者が債務者の行為に因りて損害を被りたること
  - (ロ) 債務者及び第三者が債権者を害すべきことを知りて法律行為を爲したること
- 詐害行為廢絶の訴は受益者又は轉得者を被告として訴を提起すべく而して裁判所が訴に因り取消を裁判したるときは債務者と第三者間の法律行為は始めより行為なかりしと同一の状態に復するものである。

第四款 多數當事者の債権

債権關係には數人の債権者又は數人の債務者あることがある、一の債権關係に當事者が數人あるときは各債権者は平等に分割したる債権の一部に付て權利を有するに止まり其他の部分に付ては何等の權利をも有するものではない、債務者に於ても亦之と同じく債務を平等に分割したる一部に付て義務を負ふに止まり其他の部分に付ては何等の義務を負はざるを原則とする、併し乍ら當事者間に於て特別なる意思表示ありたるときは例外として債権債務の全部に付て權利を有し義務を負ふものである其主なるものは不可分債務、連帶債務、保證債務の三である。

一、不可分債務

債務の目的たる給付が其性質效用を害するにあらざれば分割することを得ざる場合を不可分債務と謂ふ、例へば一棟の家屋或は一頭の馬を給付すべき債務に在りては其性質效用を毀損するにあらざれば分割することが出来ないから不可分債務であつて斯の如く性質上分割すること能はざるものを性質上の不可分と謂ふ、之に反して其性質上可分の給付であつても當事者の意思に依りて分割を許さざるときは之を當事者の意思に因る不可分と謂ふ例へば金錢給付は性質上分割することを得るも甲なる債権者が金百圓を債務者たる乙丙に貸與し分割履行を許さざる特約を爲したるときは乙丙の債務は當事者の意思に因りて不可分となるものである。

- (イ) 各債権者は總債権者の爲めに債務者に對して履行を請求する權利を有し各債務者は總債務者の爲めに債権者に對して履行を爲すの義務を負ふ。
- (ロ) 各債権者及び各債務者は其相互間に於ては獨立の關係を有する故に債務者の一人に付て免除、更改ありたる場合にも他の債権者は債務者に對して全部の履行を請求することが出来る



其他相殺、混同、代物辨濟等債務者の一人に付きて生じたる事項は總て他の債権者及債務者に效力を及ぼさないものである。

二、連帯債務

連帯債務とは債務者が數人連帯して債務を負ひ各債務者は各別に債務の目的たる全給付を爲すの義務を負ふものである。連帯債務の效力は之を二個の場合に分ちて説明するの要がある。

(イ) 債権者と債務者間に於ける效力

債権者は同時又は順次に各債務者に對して債務の全部又は一部の履行を求むることが出来る。又各債務者は其相互間の關係に於ては各獨立して債務を負擔するから連帯債務者の一人に付きて生じたる事項は他の債務者に對して效力を生ぜざるを原則とするが次の場合は例外として他の債務者にも及ぶのである。

(一) 債権者が債務者の一人に對して履行の請求を爲したるときは其請求は他の債務者に付ても效力を生じ總債務者に請求したると同一の效力あるものである。

(二) 債務者の一人と債権者との間に更改あるときは其債務者の債務が消滅するは勿論他の債務者の債務も亦消滅する。

(三) 連帯債務者の一人が債権者に對して債権を有するとき其債務者が相殺を援用したるときは債権は總債務者の爲めに效力を生じ連帯債務は消滅する。

(四) 連帯債務者の一人と債権者との間に混同ありたるときは其債務者は辨濟を爲したるものと看做されるから連帯債務は消滅し他の債務者も其義務を免れる。

(五) 連帯債務者の一人の爲めに時効が完成したるときは其債務者の負擔部分に付ては他の債務者は義務を免るゝものである。

(ロ) 債務者相互間の效力

連帯債務に於ける各債務者は債権者に對しては各自債務の全部に付き義務を負ふものであるが各債務者相互間に在りては債務の負擔部分を分ち其一人のみが債務を負擔することがある。各債務者が債務を負擔する場合に於ても其分擔の割合が平等なることあり或は異なる場合があつて其相互間の關係は一定しないが要するに連帯債務に於ける各債務者の負擔部分は何れかに定まるものである故に債務者の一人が債権者に對して辨濟其他の出捐に依りて連帯債務を消滅せしめ各債務者共同の責任を免れしめたるときは其債務者は他の債務者に對して各負擔部分に付き償還を請求することが出来るもので此の權利を稱して連帯債務者の求償權と



謂ふのである、求償権は左の範圍に於て行はるゝ

(一) 求償権は他の債務者の負擔部分に付きて行はれる。

(二) 求償権を有する者は債権者に對して辨濟其他共同の免責ありたる日以後の法定利息、避くることを得ざりし費用其他の損害に付き求償することが出来る。

求償権を有する者に過失なかりしときは右の範圍内に於て求償権を行ふことが出来るが若し過失ありて他の債務者が現に全部又は一部の利益を受くること能はざるに至りしときは求償権は一定の制限を受くべきものである又連帶債務者中に無資力の爲めに償還すること能はざる者あるときは其債務者の償還すること能はざる部分は求償者及び他の資力ある者の間に各自の負擔部分に應じて之を分割するものである。

三、保證債務

保證債務は主たる債務者が債務を履行せざる場合に保證人が主たる債務者の債務を辨濟する債務である。

(イ) 保證債務は主たる債務の存在を前提とする債務である、即ち主たる債務が履行せられざる場合に始めて活動を開始する債務であるから主たる債務なくして保證債務のみ存しない。

(ロ) 保證債務は對人擔保である、保證は債権者の爲めに債務の履行を確保することを目的とするものであるから對人擔保の一種である。

(ハ) 保證債務は主たる債務と目的を同じうするものである、故に主たる債務と異りたる目的を有する債務は保證債務にあらずして他の獨立したる債務である。

(ニ) 保證債務は主たる債務と同一の内容を有するものである故に保證債務は主たる債務と運命を同じうし主たる債務が擴張され又は減縮したるときは保證債務も亦之に伴ふて其範圍に移動を生ずる、又主たる債務が其效力を失ひ又は效力を生ぜざるときは保證債務も亦效力を失ひ或は效力を生じないのである。

保證債務は保證契約によりて生ずるものであるが保證債務を負擔するには行爲能力を有することとを必要とするものである従つて未成年者、禁治産者、準禁治産者、妻は法定代理人、保佐人又は夫の同意あるにあらざれば保證人たることが出来ない而して保證人たることを得る者は行爲能力を有するの外辨濟資力あること及債務の履行地を管轄する控訴院の管轄内に住所を有し又は假住所を定めたる者たることを必要とする。

保證債務の効力は債権者と保證人との間に於ける効力と主たる債務者及保證人間に於ける効力



並に保證人相互間の效力の三個に分ちて説明するを便宜とする。

(イ) 債権者と保證人間の效力

債権者より履行の請求を受けたる保證人は債権者に對して先づ主たる債務者に催告を爲すべきことを請求することが出来る之を保證人の催告の抗辯と謂ふ、併し主たる債務者が破産の宣告を受けたるとき又は主たる債務者の行方不明なるときは催告の抗辯権がない。債権者が主たる債務者に催告を爲したる後と雖も保證人に於て主たる債務者に辨済の責力あり且つ執行の容易なることを證明したるときは先づ主たる債務者の財産につき執行を爲すべきである。斯く保證人が債権者に對して債務者の財産につきて執行すべきことを請求することを檢索の抗辯と謂ふ、保證人が主たる債務者と連帯して債務を負担したるとき即ち連帯保證の場合には右催告及檢索の抗辯権を行ふことが出来ない又同一の債務につき數名の保證人あるときは其債務は當然各保證人間に分割せらるゝものである。

(ロ) 保證人と主たる債務者間の效力

保證人が辨済其他自己の出捐を以て主たる債務者の債務を消滅せしめたるときは保證人は主たる債務者に對して償還の請求を爲すことが出来る、保證人が求償権を行ふことを得るは左

の場合である。

(一) 保證人が辨済其他自己の出捐を以て債務を消滅せしむべき行爲を爲したるとき

(二) 保證人が債権者に辨済すべき裁判言渡を受けたるとき

尙ほ主たる債務者が破産の宣告を受け且つ債権者が其財團の配當に加入せざる場合、債務が辨済期に在るとき及び債務の辨済期が不確定にして且つ最長期をも確定すること能はざる場合に於て保證契約の後十年を経たるときは事前求償を爲すことが出来る。保證人が主たる債務者の委託を受けず且つ其意思に反せずして保證を爲し其出捐に因りて主たる債務者の債務を免れしめたるときは主たる債務者は免責の當時利益を受けたる限度に於て賠償を爲すことが出来る又主たる債務者の委託を受けず且つ其意思に反して保證を爲したる者が其出捐に因りて主たる債務者の免責を爲さしめたるときは主たる債務者が現に利益を受くる限度に於てのみ求償権を行ふことが出来る。

(ハ) 保證人間の效力

保證人が一人なる場合には辨済其他の方法に依り主たる債務を消滅せしめたる損失は一人の負擔となるが保證人が數名ある場合に其一人の行爲に因りて主たる債務を消滅せしめたる



きは其損失は保證人全體に於て平等に之を分擔すべきものであるから其保證人は他の保證人に對して各負擔部分に應じて求償權を行ふことが出来る。

第五款 債 權 の 讓 渡

債權の讓渡とは債權者が法律行爲を以て其債權を讓受人に移轉するを謂ふ。債權の移轉は法律の規定より生ずることあり或は裁判所の命令に因りて生ずることあり或は當事者の意思表示によりて生ずることがある例へば相續の場合に於て被相續人の有せる債權が相續人に移轉するは法律の規定に基くものであつて裁判所の轉付命令によりて債務者の債權が其債權者に移轉するは裁判所の命令による移轉である而して債權の讓渡は即ち當事者の意思表示に因る移轉である。

債權は之を讓渡することを得るを原則とするが債權の性質上讓渡を許さざるもの及び當事者が讓渡を禁じたる債權は之を讓渡することが出来ない、性質上讓渡を許さざる債權は主として人の一身に專屬する債權であつて例へば生命、身體、名譽等に對する不法行爲より生ずる無形の損害賠償を目的とする債權の如く或は雇傭契約、委任契約、其他人の一身に着眼して締結する契約より生ずる債權の如きである但し之等の債權と雖も當事者間の契約に依りて金錢債權に變じ又は金錢賠償を命ずる判決が確定すれば讓渡することが出来るのである、性質上讓渡を許すべき債權と

雖も當事者が讓渡を許さざる旨特約したる債權は勿論讓渡することが出来ない從つて之に反して爲したる債權の讓渡は債權移轉の效果を生ずることがない併し第三者が此の特約を知らずして債權を讓受けたるときは其第三者即ち讓受人は有効に債權を取得することが出来る。

第六款 債 權 の 消 滅

我民法に規定する處の債權の消滅原因は辨濟、相殺、更改、免除及混同の五種である。

一、辨 濟

辨濟とは債權の目的たる給付を爲すに因りて債權を消滅せしむる法律行爲である、辨濟は債務者に於て之を爲すを原則とするが債務者以外の人が債務者に代りて爲すことを得る場合がある其一は代理人であつて他の一は第三者である代理人が辨濟を爲したるときは其辨濟は債務者自身を爲したると同一の效果を生ずる併し債務者自身の給付を要素とする債權又は當事者が代理人の辨濟を禁じたる債權は代理人の辨濟を許さない。第三者の辨濟も之を禁すべき理由がないから法律は之を認め第三者の爲したる辨濟を有効とするのであるが債務の性質が第三者の辨濟を許さざるとき及び債務者の意思に反するときは之を許さない、辨濟者は辨濟受領者に對して受取證書の交付を請求することを得べく又債權證書ある場合には其證書の返還を請求すること



が出来る、債務者が債権者の承諾を得て其負擔したる給付に代へて他の給付を爲し以て債権を消滅せしむるを代物辨濟と謂ふ例へば金時計壹個を引渡すべき債務の辨濟に銀時計貳個を引渡すが如きである、辨濟の場所に於て當事者が特に指定したる場合には其指定の場所に於て辨濟すべきであるが當事者が別段の意思表示を爲さざりしときは法律の規定によりて之を定むるのである即ち特定物の引渡に於ては債権發生當時目的物の存在せし場所に於て辨濟すべく寄託物の返還は其保管を爲すべき場所に於て之を爲すものである、其他の辨濟は債権者の住所を以て辨濟の場所とするのであるが債権證書の提示に對して辨濟を爲すべき債権は例外として債務者の住所に持參して辨濟を受けねばならぬ。

債権を消滅せしむる目的を以て辨濟の目的物を法律の規定又は裁判所の命令によりて指定せられたる供託所に寄託して其保管に付するを供託と謂ふ供託は債権者が辨濟の受領を拒みたるとき、債権者が辨濟を受領すること能はざるとき及び債務者の過失にあらずして債権者を確知すること能はざる場合に債務者が債権を消滅せしむる爲めに爲す法律行爲であるから債務者が一定の手續に依りて辨濟の目的物を供託したるときは之に依りて債務者は債務を免れ辨濟と同一の效力を生ずるのである。

第三者が債務者の爲めに債務の辨濟を爲し之に因りて債権者の有せし一切の権利を承継するを代位辨濟と謂ふ、第三者の辨濟ありたるときは債権は一旦消滅するものであるが辨濟を爲したる第三者は法律の擬制によりて債権者の有したる一切の権利を承継し債務者に對して代位するのであるから債権は依然として存在し辨濟者は債権者の権利を行ふことが出来る、代位辨濟に契約上の代位と法律上の代位とがある契約上の代位とは辨濟者が債権者の同意を得て之に代位するを謂ひ法律上の代位とは辨濟者が法律の規定に依りて當然債権者に代位するを謂ふのである。

## 二、相殺

相殺とは當事者が互に同種の債権を有し債務を負擔する場合に於て各自互に自己の債権を以て其債務の辨濟に充て同時に雙方の債権債務を消滅せしむる法律行爲である抑も債権者が債務者に對して自己の債権と同一なる種類の債務を負擔するとき一々雙方より債務を履行し債権の履行を請求するは徒らに手数を繁くするのみで迂遠も甚だしと謂はねばならぬ故に法律は斯の如き場合に於て二重の辨濟を節約して辨濟ありたると同一の効果あらしむる爲め相殺の制度を設けたのである相殺を行ふには左の要件を具備することを要する。



- (イ) 當事者が互に債務を負担し債権を有すること
- (ロ) 當事者雙方の負擔する債務は同一種類の目的を有すること
- (ハ) 雙方の債務が辨済期に在ること
- (ニ) 債務の性質が相殺を許すものなること
- (ホ) 當事者が反對の意思を表示せざること
- (ヘ) 法律が相殺を禁ぜざること

相殺は對當額に付き雙方の債務を消滅せしめ既往に遡りて效力を有する。

### 三、更改

更改とは債務の要素を変更することに因りて新債務を發生せしめ以て舊債務を消滅せしむる契約である、債務の要素とは債権關係に於ける當事者及目的物である、當事者と目的物とは債務の要素であるから其一を変更するときは其債務は消滅して別に新なる債務が發生するのである更改は即ち此の要素を変更するに因りて債務の消滅を來し同時に別に新なる債務を發生せしむるものである。更改に當事者の交替に因るものと目的の變更に因るものとの二種があり當事者の交替に因る更改は更に債権者の交替に因る更改と債務者の交替に因る更改の二場合がある。

例へば甲を債権者とし乙を債務者とする債権關係に於て甲債権者に代ふるに丙債権者を以てするときは甲乙間の債権關係は消滅して別に新に丙乙間の債権關係が發生するもので即ち債権者の交替に因る更改である之と同様に乙債務者に代ふるに丁債務者を以てするときは乙を債務者としたる舊債務は消滅して別に新に丁を債務者としたる債務が發生するのであつて即ち債務者の交替に因る更改である、目的の變更に因る更改とは債権者に爲すべき給付を変更するに因りて舊債務が消滅し別に新債務が發生するを謂ふ例へば債務者が金百圓の債務に代へて金時計壹個を給付することを約したるときは百圓を給付すべき舊金錢債務は消滅して別に金時計を給付すべき新債務が發生するのである債務の履行に代へて爲替手形を發行するは債務の要素を変更するものであるから更改となるが債務の履行に代へて小切手を振出すは當事者の變更を來すものではないから更改ではない。

### 四、免除

免除とは債権者が債務者に對して其債権を拋棄するを謂ふ債権は免除に因りて當然消滅する。

### 五、混同

混同とは債権者、債務者の兩資格が同一人に歸屬することであつて債権消滅の一原因である。



一の債権關係に付て債権者と債務者とは相對立するものであるから同一人にして同時に債権者たり債務者たることは之を許さない故に債権者及債務者の兩資格が同一人に歸したる場合に債権の消滅すること多言を要しなす。

第七款 契約

一、契約の意義

契約は私法上の効果を發生せしむることを目的とする二人以上の意思表示の合致である、契約は私法上の効果を發生せしむることを目的とする當事者間の法律行為であるから一般法律行為と同じく行為能力を有する者の意思表示なること、意思表示の内容は適法にして可能且つ確定し又は確定し得べきものでなければならぬ、意思表示は必ず二人以上なることを要し且つ表示せられたる意思は互に合致することを必要とする契約の當事者中契約の效力として給付することを約する者を諾約者と謂ひ其給付を受くべき者を要約者と謂ふ、契約は當事者の一方が申込を爲し相手方が之を承諾するによつて成立するものである。

二、契約の種類

(イ) 雙務契約、片務契約

雙務契約とは契約の効果として當事者雙方が債務を負担するものである例へば賣買、雇傭、賃貸借等の如し、片務契約とは契約の効果として當事者の一方のみ債務を負担するものである例へば贈與、無償消費貸借の如し。

(ロ) 有償契約、無償契約

有償契約とは當事者の雙方が互に相手方に財産上の利益を供與して出捐を爲す契約を謂ひ無償契約とは當事者の一方のみが相手方に財産上の利益を供與して出捐を爲す契約である、賣買、交換、寄託等は前者に屬し贈與、無利息の消費貸借等は後者に屬する。

(ハ) 要因契約、不要因契約

要因契約とは契約に定むる効果の發生に付き一定の原因の存在することを必要とする契約であつて不要因契約は右原因を必要とせざる契約である賣買、交換等は要因契約であつて物權契約は不要因契約である。

(ニ) 要式契約、不要式契約

要式契約は契約の成立に付て法律の定めたる方法に従ひて意思表示を爲すべき契約を謂ひ意思表示の方法に一定の方式なき契約を不要式契約と謂ふ婚姻、養子縁組等は要式契約であつ



て賣買、交換其他多數の契約は不要式契約である。

(ホ) 諾成契約、要物契約

諾成契約は當事者の意思表示のみにて成立する契約で要物契約は當事者の意思表示の外に物の授受を必要とする契約である賣買、賃貸借等は前者に屬し消費貸借、寄託等は後者に屬する。

(ヘ) 生前契約、死後契約

生前契約は當事者の生存中に其效力を生ずる契約であつて死後契約は當事者の死亡の時を期し其效力を生ずる契約である、賣買、賃貸借等多數の契約は生前契約で遺贈の如きは死後契約である。

三、契約の效力

契約は私法上の効果を發生することを目的とするものであるから契約が有効に成立したるときは契約の目的たる私權の得喪變更を生ずるのであつて之を一般契約の效力と謂ふ之に付ては別に説明の要はないが唯雙務契約及第三者の爲にする契約に付て特殊なる効果を生ずるから此點に付て少しく説明して置きたいと思ふ。

雙務契約に於ける當事者の一方は相手方が其債務の履行を提供するまでは自己の債務の履行を拒むことが出来る、雙務契約は各當事者が交換的に給付を爲すを通例とするものであるから相手方が完全なる履行を爲すまでは自己の義務たる給付を拒絶することが出来るのであつて此の權利を稱して同時履行の抗辯權と謂ふ。

特定物に關する物權の設定移轉を目的とする雙務契約に於て其物が債務者の責に歸すべからざる事由に因りて滅失し又は毀損したるときは其滅失又は毀損は債權者の負擔となる、此の滅失毀損を負擔することを危險負擔と稱する、危險負擔に付ては債務者をして負擔せしむるものは所有者をして負擔せしむるもの等各國立法例區々であるが我民法は前述の如く危險は債權者之を負擔するものと定めてゐる。

第三者の爲にする契約は當事者の一方が相手方に對して當事者以外の第三者に給付を爲すべきことを約する契約である、羅馬法に於ては第三者の爲にする契約を無効としたのであるが今日に於ては一般に其效力を認むるに至り我民法に於ても第三者の爲にする契約の效力を認めてゐる、即ち當事者が第三者の爲にする契約を爲したるときは當事者間に於ては一般契約と等しく契約の内容に従ひ當事者を羈束し第三者は債務者に對して直接に其給付を請求するの權を取得



するのである。

#### 四、契約の解除

契約の解除とは一旦有効に成立したる契約の効力を消滅せしむることである。契約は當事者の契約を以て之を解除することあり又當事者一方の意思を以て解除することがある、當事者が契約を以て契約解除を爲したるときは當然契約の効力を消滅せしむるものであつて之に付ては別に説明するの要もなく又法律にも之に付て別段の規定を設けない、民法第五百四十條以下に規定する處の契約の解除は即ち當事者一方のみの意思に依る契約の解除であつて茲に説明するものも即ち之である。

當事者が單獨行爲を以て契約を解除するの權利を解除權と謂ひ解除權は當事者の契約及び法律の規定に因りて發生する、各當事者が契約を締結するに當りて附帶の契約を以て契約を解除するの權利を留保したるときは其條件の發生に因りて解除權が生ずるのである故に解除權を有する當事者は之に依りて契約を解除することを得るは明である、法律の規定に因る解除權發生の原因は左の如くである

(イ) 當事者の一方が其債務を履行せざるとき

(ロ) 履行の全部又は一部が債務者の責に歸すべき事由に因りて不能となりたる時

契約の解除は解除權を有する當事者の一方が相手方に對する意思表示に依りて之を爲すものである、解除權を有する者が解除權に基きて契約を解除したるときは契約は効力を失ひ各當事者は相手方を原狀に復するの義務を負ひ尙損害あるときは賠償の請求を爲すことが出来る、解除權は左の事由に因りて消滅する

(イ) 解除權の拋棄

(ロ) 期限條件の到來

(ハ) 原狀回復の不能

(ニ) 解除權の行使

#### 五、典型的契約

契約は私法上の効果を發生せしむることを目的とする法律行爲であつて當事者は一定の限度に於て自由に如何なる契約をも締結することが出来るのである之を契約自由の原則と謂ふ併し乍ら契約は其内容に依りて各種の異りたる態様を生じ之が依據すべき規定を缺くときは一般取引上種々の不都合を生ずるので法律は一般社會狀態に於て通常生じ得べき契約の態様を擧げ之を



典型的契約として依據すべき規定を設けたのである以下民法に規定する各種契約を列記して之を解説しやう

(イ) 贈與

贈與とは當事者の一方が自己の財産を無償にて他の一方に與ふる契約であつて贈與を爲す者を贈與者と謂ひ贈與を受くる者を受贈者と謂ふ、當事者が財産の供與に關して債權關係を創設するを目的とする契約を贈與契約と謂ひ贈與契約が其目的たる權利の讓渡其他財産上利益の供與に因りて直ちに實現するものを實踐的贈與と謂ふ、贈與には條件又は期限を附したものがあつたり或は一定の負擔を條件とするものがあつたり或は何等條件期限其他の負擔の附隨しないものがある條件附贈與、期限附贈與、負擔附贈與又は單純贈與等の區別は即ち之に因りて生ずる、贈與は契約であるから當事者の一方即ち贈與者が自己の財産を無償にて相手方即ち受贈者に與ふる意思を表示し相手方が之を受諾するに因りて成立するものであつて別に證書公正證書其他證據となるべき證書の作成を必要としない、贈與が有効に成立したるときは贈與者は受贈者に對して契約の目的たる自己の財産を取得せしむる債務を負擔し受贈者は其財産を取得するのである、贈與者は目的たる物又は權利の瑕疵又は欠缺に付き其責に任じないの

であるが當事者間に特約あるとき又は贈與者が瑕疵又は欠缺あることを知りて受贈者に告げざりし時或は贈與が負擔附なるときは其責に任すべきである。

(ロ) 賣買

賣買とは當事者の一方が或財産權を相手方に移轉することを約し相手方が之に對して代金を支拂ふことを約する契約である、賣買は其代金支拂の時期によりて之を分つときは現金賣買、掛賣賣買、前掛賣買の三種とし賣買の方法によりて分てば隨意賣買、競争賣買の二種となる又權利移轉又は物の引渡の時期を以て分つときは定期賣買、即時賣買の二と爲し目的物の如何によりて分類すれば試験賣買、試験的賣買、見本賣買の三とすることが出来る、其他賣買は觀察の方面に依りて種々に分類せらるゝが茲には之を略する。

賣買契約に當りて買主が賣主に對して交付する金銭其他の有價物を手附と謂ふ手附は或は契約完結の證として授受せらるゝことあり或は代金支拂の猶豫を求むる爲めに授受せらるゝものがあり或は單に代金の内金として授受せられ或は契約解除の方法として授受せらるゝ等種々の目的を以て授受せらるゝものである、買主が賣主に手付を供與したるときは左の効果が生ずる。



- (一) 買主は其手附を抛棄して契約を解除することが出来る
  - (二) 賣主は手附の倍額を返還して契約を解除することが出来る
  - (三) 當時者は契約の解除ありても別に損害賠償を請求することが出来ない
- 賣買契約が有効に成立したるときは賣主は買主に對して完全に其目的たる財産権を移轉する義務及び目的物を買主に引渡し又は買主の爲めに登記其他の行爲を爲すべき義務を負ふものである。若し權利に欠缺があつて買主に財産権の全部又は一部を移轉すること能はざる場合には買主の被るべき損失の危険に對して之を防衛し又は其損害を賠償するの責を負ふものであつて之を追奪擔保義務と謂ふ、又賣買の目的たる物に瑕疵あるときは買主に對して責を負はねばならぬ之を瑕疵擔保の義務と謂ふ賣買契約に於ける買主の義務は代金支拂義務だけである。

不動産の賣主が賣買契約と同時に一定の期間内に於て買主が支拂ひたる代金及び契約費用を返還して其賣買の解除を爲し得べき旨を特約するを買戻の特約と謂ひ此特約に基きて賣主の取得する賣買解除権を買戻権と謂ふ、即ち買戻権は不動産の賣主が賣買契約を解除する權利である、買戻権を有する賣主は契約に定めたる一定の期間内に於て買主が支拂ひたる代金及

び契約費用を返還して前の賣買を解除し其所有権を取得して賣買なかりしと同一の状態に復することが出来るのである、買戻の特約は當事者間に於てのみ效力を有するものであるが賣買と同時に買戻の特約を登記したるときは其特約は第三者に對しても效力を生ずるものである。

(ハ) 交換

交換は當事者が互に金錢の所有権にあらざる財産権を移轉することを約する契約である、當事者が互に財産権を移轉する債務を負ふことは賣買と毫も異なる處がないが唯異なる點は賣買は財産権と金錢の所有権とを交換するに反し交換は金錢の所有権以外の財産権を互に交換するものである沿革上より謂へば賣買は交換より分派したものである。

(ニ) 消費貸借

消費貸借とは當事者の一方が金錢其他の代替物を相手方に交付し相手方が之と種類、品等、數量を同じうする物を返還することを約する契約である、消費貸借は借主が貸主より受取りたる物と種類、品等、數量の同一なる物を返還することを必要とするものであつて借受けたる物と異りたる物とを返還することを約するときは消費貸借ではない消費貸借に於ける貸主



は目的物を引渡すの義務を負ふこと明である。利息附の消費貸借なる場合には賣買に於けると同じく物の瑕疵に付て擔保義務を負ふべく無利息消費貸借の場合には借主は之と同種の瑕疵ある物を返還し得るものである。

(ホ) 使用貸借

使用貸借とは當事者の一方が相手方より物を受取り無償にて使用収益を爲したる後之を返還することを約する契約である。使用貸借は無償にて相手方より受取りたる物を使用し収益することを目的とするものであるから有償なる場合即ち物の使用収益に對して金錢其他の給付を爲すことを約したるときは其契約は使用貸借ではない、使用貸借は無償であるから貸主は權利又は目的物の欠缺又は瑕疵に付て擔保義務を負はない。

(ヘ) 質貸借

質貸借とは當事者の一方が相手方に或物の使用収益を爲さしむることを約し相手方が之に對して賃金を支拂ふことを約する契約である。質貸借は物の使用収益を目的とする契約で使用貸借と其目的を同じうするが使用貸借が無償なるに反して質貸借は有償なる點が異なるのである。

賃貸借契約の締結に關しては一般契約の締結に關する原則を適用すべきものであるが法律は特に賃貸借の存続期間に付て制限規定を設けてゐる即ち左の如くである。

(一) 賃貸借契約の存続期間は二十年を超ゆることが出來ない當事者が若し二十年以上の期間を以て契約を締結したるときは法律は之を二十年に短縮するものである期間經過の後更新することは妨げない。

(二) 處分能力又は權限を有せざる者が賃貸借を爲す場合は左の期間を超ゆることが出來ない。

樹木の栽植又は伐採を目的とする山林の賃貸借は十年

其他の土地の賃貸借は五年

建物の賃貸借は三年

動産の賃貸借は六ヶ月

處分能力又は權限なき者が右の制限規定に反して契約を締結したるときは處分能力なき者の爲したる契約は之を取消すことを得べく處分の權限なき者の爲したる契約は本人に對して其效力を生じない此場合に於て本人が追認したるときは既往に遡りて效力を生ずるのである。



賃貸借契約が有効に成立したるときは賃貸人は左の如き義務を負ふものである。

(一) 引渡義務

賃貸人は賃貸借の目的物を使用収益に適すべき状態を以て賃借人に引渡さねばならぬ。

(二) 修繕義務

目的物が毀損したるときは賃貸人は其債務の本旨に従ひ自己の費用を以て修繕し賃借人をして完全に使用収益を爲し得べき状態とする義務がある。

(三) 擔保義務

目的物に對して第三者が其使用収益を妨ぐべき權利を主張したるときは賃貸人は第三者の主張を排斥して賃借人をして完全に使用収益を爲さしむる義務がある又目的物に瑕疵あるときは賣買に關する規定に従ひ瑕疵擔保の義務がある。

(四) 費用償還義務

賃貸物の負擔に屬する公租公課の類は賃貸人に於て之を支拂ふ義務があるから賃借人が此種の必要費を立替支辨したるときは賃貸人は之を償還する義務があること勿論である又賃借人が賃貸物に付て有益費を支出したる場合には賃貸人は其價格の増加が現存する場合に

限り其費用を償還する義務を負ふものである。

賃借人の義務は左の如くである

(一) 借賃支拂義務

賃借人は賃貸人に對して借賃を支拂ふ義務を負ふことは當然であるが収益を目的とする土地の賃借人が不可抗力に因り借賃より少き収益を得たるときは其収益の額に至るまで借賃の減額を請求することが出来る又賃借人が不可抗力に因り引續き二年以上借賃より少き収益を得たるときは契約を解除することが出来るのである。

(二) 返還義務

賃借人は借用物を受取りたると同一の状態を以て之を賃貸人に返還する義務がある若し賃借人が賃借物に附屬せしめたる物あるときは之を收去して借用物を原狀に復せしめねばならぬ。

賃貸借契約より生ずる權利關係即ち賃借權は債權讓渡の方法に依りて之を讓渡することが出来る併し乍ら本來賃貸借契約は賃借人の一身に着眼して締結せられたる專屬的性質を有するものであるから法律は特に賃借權の讓渡に付ては賃貸人の承諾を得ることを要すと規定して



ある。  
賃借人が賃借権を譲渡したるときは譲受人は譲渡人の地位を繼承して賃借人となり賃貸借契約より生ずる権利関係は爾後賃貸人と譲受人との間に於て存続し譲渡人は全然契約関係を離脱する。

賃借人が借用物を更に他の者に賃貸するを轉貸と謂ふ、轉貸の場合に於ては賃借権の譲渡と異り賃借人と轉借人との間に別種なる賃貸借関係を生ずるのみで賃借人は依然として賃貸人に對しては賃借人たるものである故に轉貸の場合に於ては本來賃貸人と轉借人との間には直接に権利義務の關係を生ぜず從つて賃貸人は轉借人に對して借賃の支拂其他賃貸借契約より生ずる義務の履行を請求する権利がないのであるが法律は賃貸人保護の爲めに特別規定を設け賃貸人は轉借人に對して直接に権利を行使することを得るものと規定してゐる故に賃貸人は轉借人に對して借賃の支拂其他契約上の義務を請求することが出来るのである。

不動産を目的とする賃貸借を登記したるときは物權的效力を生じ爾後其不動産に付き物權を取得したる者に對しても其效を生ずる。勅令を以て定められたる都市に施行せらるゝ借地法（家屋の建築を目的とするものに限る）及借家法は不動産賃貸借契約及地上權等の民法の規

定に對する特別法であるから借地法、借家法の施行地區に於ける家屋の賃貸借並に家屋の建築を目的とする土地の賃貸借に付ては特別法たる借地法、借家法の適用を受くるものである。

(ト) 雇 傭

雇傭とは當事者の一方が相手方に對して勞務に服することを約し相手方が之に對して報酬を與ふることを約する契約である、勞務を契約の目的とするのは雇傭契約の特質であつて他の契約と異なる點である。勞務とは身體上、精神上の總ての勞力を包含するものであつて苟も人の行爲にして相手方に供給する勞力たる以上は公序良俗に反せざる限り總て雇傭契約の目的たることを得るのである、勞務に服する者を勞務者と謂ひ勞務の供給を受くる者を使用者と謂ふ即ち雇傭は勞務者が使用者に對して勞務に服する義務を負擔し使用者が之に對して報酬を與ふる義務を負擔するものである。

使用者は勞務者に對して報酬を與ふるの義務を負擔すると共に勞務者をして勞務に服せしむるの權利を有する、此の權利は普通の財産權と異り身體に纏絆を加ふるものであるから之を讓渡するには特に勞務者の承諾を得ることを必要とする、勞務者の使用者に對する義務は勞



務を供することである、雇傭契約は勞務者の一身に着眼して締結せらるゝ性質のものであるから勞務者は自ら勞務に服すべく第三者をして自己に代りて勞務に服せしむることは出來ない但し使用者の承諾ありたるときは有效なること勿論である。

(チ) 請負

請負とは當事者の一方が仕事を完成することを約し相手方が其仕事の結果に對して報酬を與ふることを約する契約である、仕事を完成することは請負契約の目的であつて仕事有形なると將又無形なるとは問ふ處でない故に請負契約の目的は家屋の建築、器具の製作修繕等の如き有形的の仕事を完成することばかりでなく奏樂、演藝等の如き無形的結果を生ずる仕事の完成も等しく請負の目的となるものである。

請負契約に於ける請負人の義務は仕事を完成することと擔保義務とである、請負人の擔保義務は左の場合に於て生ずる。

(一) 仕事の目的物に瑕疵あるときは注文者は請負人に對し相當の期間を定めて其瑕疵の補修を請求することが出来る瑕疵は仕事に使用したる材料の缺點は勿論仕事の設計、仕様の缺點をも包含するのである、又瑕疵が重要ならざるときは其瑕疵より生じたる損害の賠償を

請負人に請求することが出来る。

(二) 注文者は瑕疵補修に代へて損害の賠償を請求し或は瑕疵補修と共に損害の賠償を併せて請求することが出来る。

(三) 仕事の目的物に瑕疵ありて之が爲め契約の目的を達すること能はざるときは注文者は契約の解除を爲すことが出来る但し建物其他土地の工作物の場合は解除を許さない。

以上の如く請負人は目的物の瑕疵に付き責任を負ふものであるが其瑕疵が注文者より供したる材料の性質又は注文者の與へたる指圖に因りて生じたるときは請負人は之に對して責任を負はないのである。

(リ) 委任

委任とは當事者の一方が法律行為を爲すことを相手方に委託し相手方が之を承諾するによりて成立する契約である、委任の目的は相手方をして自己に代りて法律行為を爲さしむるに在る故に意思表示に依りて私法上の効果を發生するものは賣買、交換、贈與、賃貸借、辨濟、更改其他總て委任の目的となるものである。

委任契約が有効に成立したるときは受任者は委任の本旨に従ひ善良なる管理者の注意を以て



委任事務を處理するの義務を負ひ其委任事務を處理するに當りては自ら之を爲すべく特約ある場合の外他人をして代りて其事務を處理せしむることが出来ない、受任者は委任事務處理の状況を委任者に報告するは勿論其事務を處理するに付て受取りたる金銭其他の物は之より生ずる果實と共に委任者に引渡し且つ自己の名を以て取得したる権利も委任者に移轉するの義務がある又受任者が委任者に引渡すべき金額又は其利益の爲めに用ふべき金額を自己の爲に消費したるときは其消費したる日以後の利息を拂ふことを要し尙ほ損害ありたるときは其賠償の責に任ずるものである。

委任契約は無償にして片務なることを本質とし其有償にして雙務なること即ち受任者に報酬を支拂ふことは例外に屬する、委任契約に於て特に報酬を支拂ふべきことを約したるときは委任者は受任者に對して報酬支拂の義務を負ふものであるが尙委任事務處理の爲めに費用を要するときは委任者は受任者の請求によりて其前拂を爲す義務がある又受任者が委任事務を處理するに必要と認むべき費用を出したるときは委任者は受任者の請求により其費用及び支出の日以後の利息を償還する義務を負ふものである、其他受任者が委任事務を處理するに必要と認むべき債務を負擔したる場合には委任者代つて之を辨済すべく受任者が委任事務を處

理する爲め過失なくして損害を受けたるときは委任者は其損害を賠償せねばならぬ。

(又) 寄託

寄託とは當事者の一方が相手方に物の保管を委託し相手方が之を承諾して物を受取るによりて成立する契約である、寄託の目的物は有體物たることを要件とし其動産たると不動産たると又金銭其他の有價物たると證書其他の書類たるとを問はず總て寄託の目的物となる、寄託は要物契約であるから當事者の意思表示の外に物の引渡を必要とする。

寄託契約に於ける受寄者の義務は受寄物を保管する義務、受寄物の保管に當りて收取したる果實其他の金員を寄託者に引渡すの義務、受寄者が寄託者の爲に自己の名を以て取得したる権利を寄託者に移轉するの義務並に受寄物返還の義務等であつて寄託者の義務は報酬支拂の義務、保管費用前拂の義務、受寄者が寄託物の保管に必要な費用を支出したる場合の費用償還義務、及び寄託物の保管に付て過失に因り損害を生じたる場合に於ける損害賠償義務等である。

寄託の目的物が米、酒、金銭其他代替物であつて受寄者が之を費消したる上同種の物を返還することを得る場合は之を消費寄託と謂ひ消費貸借に關する規定が準用せられる。



(九) 組 合

組合とは各當事者が出資を爲して共同の事業を営むことを約する契約である、組合の目的は共同事業の經營であつて事業の種類は營利事業たると公益事業たるとを問ふことを要しない各當事者が出資して共同の事業を営むことに付て意思の合致あれば組合は成立するのである。

各組合員は組合契約に因り事業の經營に必要な出資を爲すの義務を負担する、出資とは組合の資本を譲出することであつて金銭其他の財産は皆出資の目的となる、出資は組合員の負擔であるが一面に於ては出資を請求するは組合員相互の権利である故に組合員にして出資を爲さざる場合には損害賠償を爲すの外利息を支拂はねばならぬ。

組合契約を以て組合の業務を執行する者を定めたるときは其者は有効に業務を執行することを得るのであるが若し業務執行者を定めざる時は各組合員は共同して業務の執行を爲すの権利義務を有する此場合に於ては各組合員の協力を以て執行すべく其執行は組合員の過半数を以て之を決する。

各組合員は組合の業務及び組合の財産の状況を検査するの權を有する又組合員は事業より生

ずる利益の分配に與り事業の損失を分擔するものである、組合員の損益分配の割合は各組合員の出資の額に應じて之を定むるものであるが當事者が特約を以て損益分配の割合を定めるときは勿論之に従ふべきものである、組合財産は總組合員の共有である。

組合は組合員の脱退と解散とに因りて終了する、組合員の脱退は總て組合の終了を來すものではなく組合員が一人残存するか又は總組合員の脱退ある場合に限り終了するものである何となれば組合員の脱退あるも尙二人以上残存するときは組合は繼續して存立することを得るからである。組合の解散は當然組合を終了せしむるものであつて解散原因は左の如くである。

- (一) 組合の目的たる事業の成功又は成功の不能
- (二) 已むことを得ざる事由あるとき
- (三) 組合契約に定むる解散事由の發生

解散は將來に向つてのみ其效力を生じ既往に於て生じたる當事者間の權利關係は解散の爲め影響を受けない。組合が解散したるときは清算を行ふ。

(十) 終身定期金

終身定期金契約は當事者の一方が自己、相手方又は第三者の死亡に至るまで定期に金銭其他



の物を相手方又は第三者に給付することを約する契約である、終身定期金は相手方又は第三者に對して金銭其他の物を給付するものであるが其給付は定期に爲さるべきことを特質とする而して其給付は自己、相手方又は第三者の死亡まで存続するものであるから一種の射倖契約である。

終身定期金契約が有効に成立したるときは終身定期金債務者は終身定期金債權者に對して契約の目的たる定期金を支拂ふ義務を負担するが其支拂は常に日割を以て計算すべきものである、終身定期金債務者が其債務を履行せざるときは債權者は民法第六百九十一條の規定に従ひて債務不履行に基く契約の解除、損害賠償の請求を爲すことが出来る。

(7) 和解

和解とは當事者が互に讓歩して其間に生じたる争を止むることを約する契約である、和解契約は當事者間に争あることを前提として生ずるものである争とは當事者間に於ける權利義務の存否及び其範圍等に付て雙方が反對の主張を爲すことを謂ひ和解は此の兩者の相反する主張を一致せしめて争を終局することを目的とするものである、和解は當事者雙方が互に其主張を讓歩することを必要とするから當事者の一方のみが讓歩するときは和解契約でない。

和解契約が成立したるときは當事者間の權利關係は確定して一般契約に於けると等しく當事者を羈束するものである故に當事者は爾後契約以前の權利關係を主張することを得ず和解契約に基きて權利關係を定めねばならぬ。

第八款 事務管理

事務管理とは義務なくして他人の事務を管理することである、他人の事務を管理するは本來委任に基くべきものであるが委任なき場合に於ても他人の事務に干渉するときは本人の爲に利益を與ふることがあるから法律は之を獨立したる債權發生の原因として規定するのである、事務管理は管理者が他人の爲めに事務を管理するに因りて成立するものであるから事實上に於て他人の事務を管理するのみならず管理者が他人の爲めにするこの意思を有することを必要とする。尙ほ管理者が他人の事務を管理するは管理の義務なき場合に限るものである、法律の規定に基き或は當事者の意思に因りて爲す場合は義務の履行であつて茲に謂ふ事務管理ではない。

義務なくして他人の事務の管理を始めたる者は本人、其相續人又は法定代理人が管理を爲す迄繼續して其事務の管理を爲さねばならぬ、管理者が他人の事務を管理するに付ては本人の意思が明なる場合又は本人の意思を推知し得べきときは其意思に従ひて事務の管理を爲すべく本人の意



思不明なるときは其事務の性質に従ひて管理しなければならぬ。管理者が本人の身體、名譽、財産に對する急迫の危険を免れしむる爲めに其事務の管理を爲したるときは惡意又は重大なる過失あるにあらざれば之に因りて生じたる損害を賠償するの責に任じない、又管理者が他人の事務の管理を始めたる時は遲滞なく之を本人に通知するの義務があり本人より請求ありたる時は何時にても事務管理の状況を報告し其管理終了したる際には遲滞なく其顛末を報告しなければならぬ、管理者に於て事務管理に付き本人の爲に有益費を支出したる場合に本人が其費用を返還する義務を負ふことは勿論であるが其外に管理者が本人の爲めに有益なる債務を負担したるときは本人は管理者に代りて之を辨済しなければならぬ。

第九款 不 當 利 得

不當利得とは法律上の原因なくして他人の財産又は勞務に因りて利益を受け之が爲め他人に損失を及ぼしたる事實を謂ふ、不當利得發生原因の主なるものは

- (イ) 非債辨済即ち存在せざる債務に對して辨済として給付を爲したるとき
- (ロ) 給付を爲したる法律上の原因が消滅したるとき
- (ハ) 或事實上又は法律上の効果が發生し又は發生せざることを豫期して給付を爲したる場合に其

効力が發生せず又は發生したるとき

- (一) 他人の物を自己の所有と爲し又は其使用收益處分を爲し又は他人の勞務に因りて利益を得たるとき

等である、斯の如き種々の原因に基きて不當利得を爲したる者は之が爲に損失を受けたる者に對して利得を返還すべき債務を負担するものである、此場合に於て受益者が善意なりしときは其利益の存する限度に於て返還すべく惡意なりしときは其受けたる利益に利息を付して返還し尙損害ありたる場合には之を賠償する義務がある斯の如く不當利得に依る受益者は其受けたる利益の返還を爲すの義務を負ふことを原則とするが左の場合には例外として被害者は返還請求權を有しない。

- (イ) 債務の辨済として給付を爲したる者が其債務の存在せざることを知りたる時
- (ロ) 債務者が辨済期に在らざる債務の辨済として給付を爲したるとき
- (ハ) 債務者にあらざる者が錯誤に因りて債務の辨済を爲したる場合に債權者が善意にて證書を毀滅し擔保を拋棄し又は時効に因りて其債權を失ひたる時
- (ニ) 不法の原因の爲め給付を爲したるとき



第十款 不法行為

不法行為は故意又は過失に因りて他人の権利を侵害し之が爲め他人に損害を生ぜしむる行為である。不法行為者即ち加害者は不法行為より生じたる損害を賠償するの義務を負担し被害者は加害者に對して損害賠償請求権を取得するから不法行為は即ち債權發生の原因である。

不法行為に因る損害賠償の請求権を有する者は被害者である、不法行為は權利の侵害であるから不法行為の被害者は權利能力を有する者でなければならぬ、權利能力は曩に説明したる如く(本第一節第五款参照)出生に因りて享有するものであるから人は總て被害者として損害賠償請求権を行ふことが出来るのである。胎兒は出生に因りて人となるべきものであるから胎兒そのものは固より權利能力を有せず従つて不法行為に因る損害賠償請求権を有する筈はないが法律は私權保護の爲めに損害賠償の請求に付て特に胎兒を既に生れたるものと看做し之に損害賠償請求権を取得せしむるのである。(本章第一節第五款参照)不法行為に因りて他人の生命權を侵害したる場合には直接の被害者は死亡に因りて既に存在しないから此場合は間接の被害者として被害者の兩親、配偶者及び子をして損害賠償の請求権を有せしむるものである。

不法行為に因る損害賠償の義務は不法行為者之を負ふことは當然であるが法律は一定の場合に

於ては加害者は全く責を負はず加害者以外の人をして賠償の責に任ぜしめ或は又加害者その他の者と共同して賠償の責に任ぜしむることがある即ち左の場合である

- (イ) 未成年者が他人に損害を加へたる場合に其行為の責任を辨識するに足るべき知能を具へざりしときは其行為に付きては賠償責任がない
- (ロ) 心神喪失の間に他人に損害を加へたる者は賠償の責任がない
- 右二場合に於ては之を監督すべき義務ある者(未成年者、心神喪失者の父母後見人、學生生徒を監督する教師、營造物管理者、入院患者を監督すべき醫師)等が賠償責任を負ふものである但し監督者が監督義務を怠らざりしときは其責任を免れる
- (ハ) 或事業の爲めに他人を使用する者又は之に代りて事業を監督する者は被用者が其事業の執行に付き第三者に加へたる損害を賠償するの責を負ふ。被用者とは車夫、僕婢、馬丁、職工、運轉手其他雇傭關係に因りて他人の指揮命令を受けて使役せらるる者である。
- (ニ) 注文者は請負人が其仕事に付き第三者に加へたる損害を賠償する責任を負ふ
- (ホ) 土地の工作物の設置又は保存に瑕疵あるに因りて他人に損害を生ぜしめたる時は其工作物の占有者は損害賠償の責に任ずる



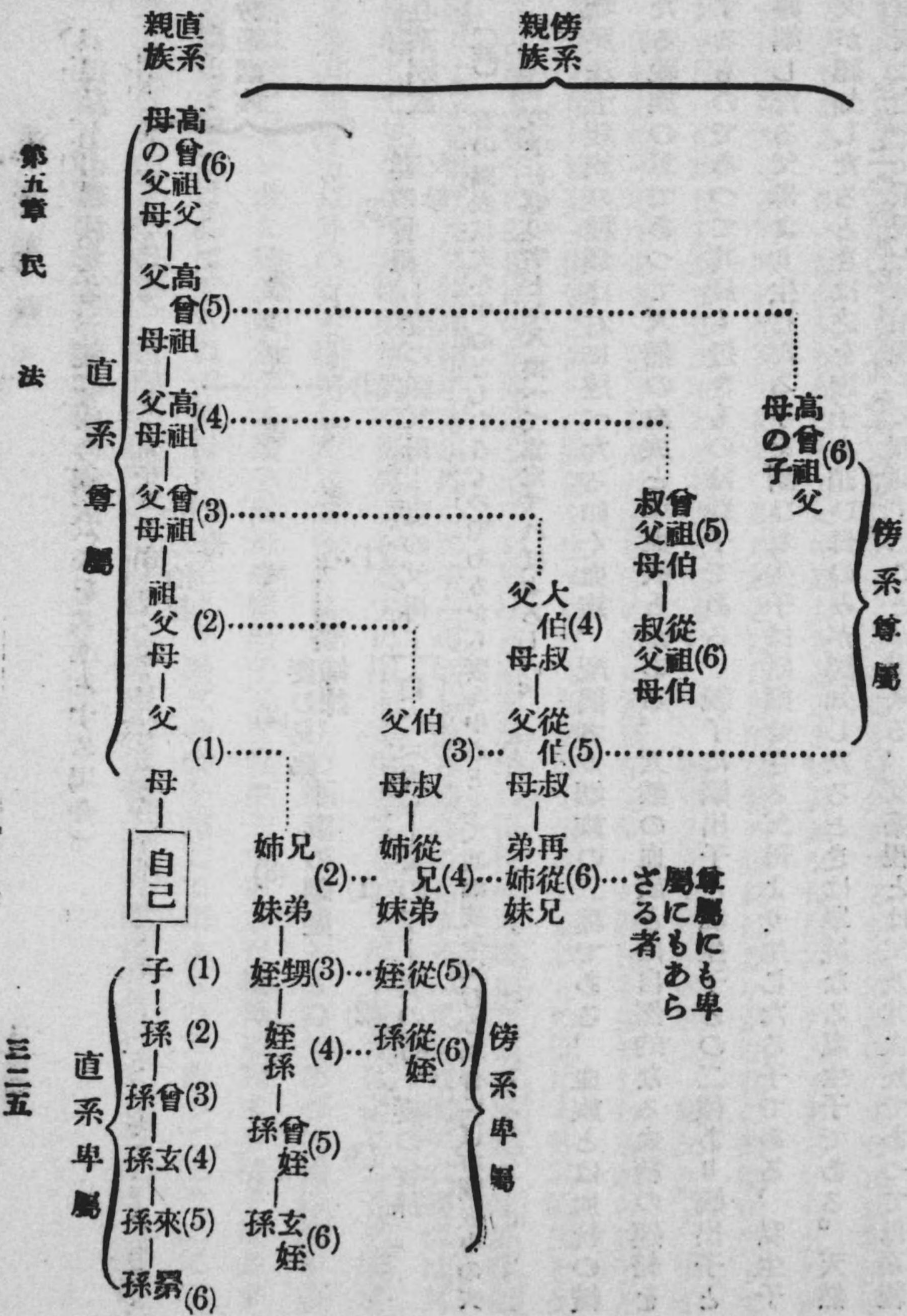
(ト)(ヘ) 竹木の栽植又は支持に瑕疵ある場合に於ても前同様である  
 動物の占有者及び之に代りて動物を保管する者は其動物が他人に加へたる損害に付き賠償の責任を負ふものである

第四節 親 族

第一款 親 族 の 範 圍

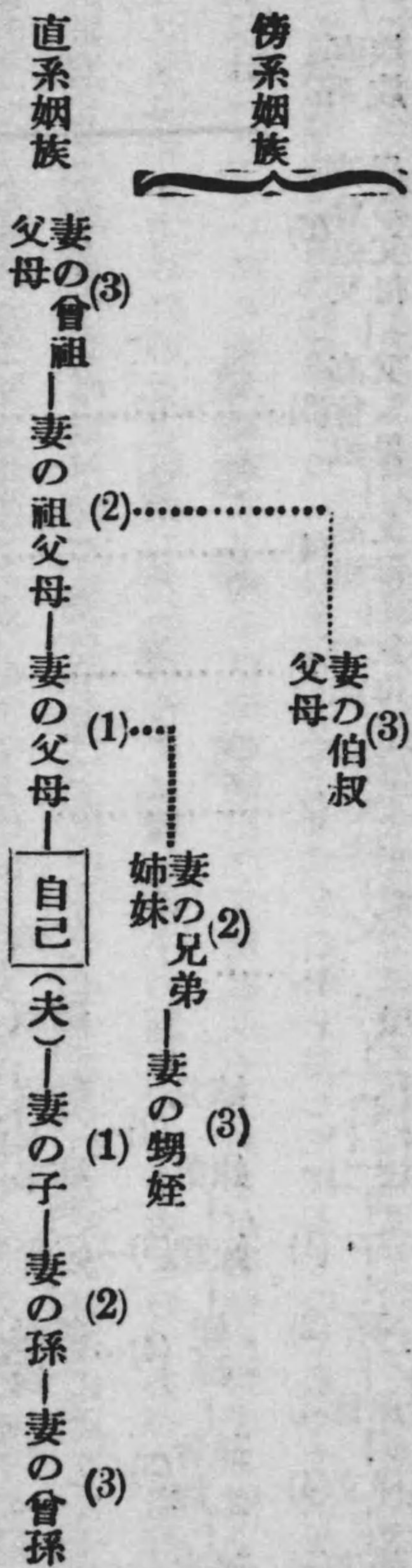
我民法は親族の範圍を定むるに親等主義を採り(一) 六親等内の血族(二) 配偶者(三) 三親等内の姻族を以て親族と爲す、血族を六親等とし姻族を三親等に限り其間に差等を設けたるは一に我民法の特例であつて我國固有の慣習に基くものである、説明に代へて之を圖示すれば左の如くである。

第一、民於上の親族たる六親等内の血族





第二、民法上の親族たる三親等内の姻族(夫を基準とする場合)



〔註〕 右の圖表は夫を中心としたものであるから妻を中心として其姻族を定むる場合には右圖表中の夫の字と妻の字とを交換して算定すればよろしい。

我民法上親族の種類は右に述べたる如く血族、配偶者及姻族の三種である、血族とは血統の續きたる親族の意であつて天然の血族と準血族とがある、天然の血族とは自然的なる血統の連絡を有するものであつて其最も近きものは親子である、親子に嫡出子と私生子との二種あり嫡出子とは婚姻したる父母より生じたる子を謂ひ私生子は婚姻せざる父母より生じたる子である、私生子を父が認知したるときは之を庶子と謂ひ母のみが認知したるときは單純なる私生子である。天然の血族は之を父系親と母系親とに區別することが出来る、父系親とは父及其血族であつて母系親

とは母及其血族である父系親と母系親とは全く相異なるを通例とするが血族相續の場合には相混することがある、例へば従兄弟姉妹が互に婚姻したるときは其祖父母は同一の人であるから此の祖父母は父系たると同時に母系である。準血族とは自然的血統の連絡はないが法律の擬制に依りて血族と同一の地位を有する者である其主なるものは一 養子と養親及其血族二 繼父母と繼子三 嫡母と庶子等である、養子縁組は養親子の間に實親子と同一の關係を生ぜしむるから養子と養親との間に實親子關係と同一の關係を生ずるは勿論養子と養親の血族との間にも亦其關係を生ずる、繼父繼子の關係は母が婚姻して子を挙げ其婚姻解消の後他に再婚したる場合又は母が野合に因りて子を挙げたる後其相手方以外の男子と婚姻したる場合に生ずる、又繼母繼子の關係は父が婚姻して子を挙げ其婚姻解消の後再婚を爲すに因りて生ずるもので父が野合によりて子を挙げたる後其相手方以外の女と婚姻したる場合には繼母庶子の關係が生ずるものであつて繼母繼子の關係は生じない故に繼父に對する繼子は母の嫡出子又は私生子であるが繼母に對する繼子は必ず父の嫡出子でなければならぬ。嫡母とは庶子より其父の妻を指して謂ふものであつて庶子は父の認知したる私生子である、嫡母と庶子との關係も亦繼父母繼子間の關係と同じく天然の親子間に於けると同一の親族關係を生ずる。



夫婦は互に親族である夫婦は同一體の兩片であつて親族よりも一層緊密なる關係を有すべきものであるから親族と目す可からずと主張する説があるが我民法は夫婦を親族の一種と爲すのである、姻族とは婚姻より生ずる親族であること説明するまでもない。

我民法上の親族の範圍は以上の如くであるが之等の親族關係は如何なる原因に依りて生じ又如何なる事由に因りて消滅するかに付て説明したいと思ふ、親族關係の發生原因は婚姻、血統、養子縁組の三である、婚姻に因りて生ずる親族關係は(一)配偶者(二)姻族(三)繼父母と繼子(四)嫡母と庶子の四種である、血統より生ずる親族關係は即ち血族である、血族は男女の會合に基き出生なる事實に表現し之が連續して血統を爲すものである、養子縁組より生ずる親族關係は養子と養親及其血族との關係である。

血族に於ける親族關係は一旦發生したる以上死亡に因るの外消滅することはないが人爲的の親族關係は種々の事山に因りて消滅するものである、即ち夫婦關係は夫婦一方の死亡の外離婚、婚姻の取消に因りて消滅し姻族關係は離婚、婚姻の取消に因りて消滅し養子の配偶者と養親及其血族との間に生じたる姻族關係は養子の離縁に因りて其配偶者が養子と共に其家を去りたるときは消滅する、繼親子並に嫡母庶子の關係は離婚に因りて消滅し夫婦の一方が死亡し其生存配偶者が

家を去りたる時に於ても亦消滅する、又養子縁組に於ける養子と養親及其血族との親族關係は離縁並に養子縁組の取消に因りて消滅するのである。

第二款 戸主及家族

戸主制度は我國古來の家族制度に基くものであつて民法に此の規定を設くることは他に其の例少く全く我民法の特質である、戸主とは一家の長であつて戸主權に基き家族を統轄する者である、戸主權は家督相續、廢絶家再興、分家及び一家創立の四種の原因に因りて取得するもので前二者を傳來取得と謂ひ後二者を原始取得と謂ふ、家督相續は次章に於て説明する如く其本質は戸主權の相續であるから最も普通なる戸主權取得の原因である。

廢絶家再興とは廢家(戸主が任意に消滅せしめたる家を謂ふ)及び絶家(戸主なきに至り自然に消滅したる家を謂ふ)を再興する法律行爲である、戸主及法定の推定家督相續人は廢絶家を再興することを許さないが其他の家族は何人も之を爲すことが出来る再興せんとする家は家族の屬する家と本家、分家、同家の關係あるか又は其家族の實家其他の親族關係ある家でなければならぬ、廢絶家の再興は再興せんとする家族が成年者なるときは戸主の同意、未成年者なるときは戸主の同意の外親權者の同意を得て戸籍吏に届出づるに依て成立する、而して再興者は再興したる



家の戸主権を取得し従て其家の氏を稱するのである。

分家とは家族が其戸主権を脱して別に一家を創立することである、分家は意思能力ある家族に於てのみ之を爲すことを得べく戸主及法定の推定家督相続人は分家することを許さない、分家を爲すには成年者なるときは戸主の同意、未成年者なるときは戸主の同意の外更に親権者の同意を得て之を戸籍吏に届出づること廢絶家再興の場合と同じである、分家したる者は分家の戸主権を取得し本家と同一の氏を稱する。

一家創立とは入る可き家あらざる者が新に一家を立て其戸主となるを謂ふ、一家を創立したる者 新に其戸主権を取得し創立者若くは戸籍吏は自由に其氏を定むることが出来る、一家を創立するは左の場合である

- 一、子の父母共に知れざるとき
- 二、家族の庶子及び私生子が父若くは母の家に入る能はざるとき
- 三、實家の廢絶に因り復籍する能はざるとき
- 四、家族が離籍せられ入る可き家なきとき
- 五、復籍を拒まれたる者が其後離婚又は離縁に因り婚家又は養家を去る場合於て實家に復籍すること能はざるとき

六、戸主を失ひたる家に家督相続人なくして絶家に至りたるとき

戸主が戸主権に基きて有する権利は左の如くである

一、同意權

戸主は家族が入籍、轉籍、他家相続、分家、廢家再興、婚姻、養子縁組等を爲すに付き同意を與ふる權利を有する。

二、居所指定權

戸主は明示又は默示に家族に對して一定の居所を指定するの權利を有する若し家族が戸主の指定したる居所に在らざるときは戸主は其間之に對して扶養義務を免るゝのみならず相當の期間内に其指定したる居所に就くことを催告し家族が之に應ぜざるときは戸主は其家族を離籍することが出来る、但し法定の推定家督相続人及未成年者に對しては單に扶養義務を免るゝのみで之を離籍することは出来ない。

三、氏名權

氏名權とは戸主が其家の氏名を稱するの權である。



四、財産所有の推定を受くる権  
財産が戸主、家族の何れに屬するや不明なるときは法律は戸主の財産と推定する、但し反證あるときは此の推定は取消さる。

五、其他の權利

右の外戸主に附隨する種々の權利があるが茲には之を省略する。

戸主は右の如く各種の權利を有するが又一面各種の義務を負ふものである、其主なるものは一、扶養義務

戸主は其身分資力に應じて家族を扶養するの義務がある、扶養とは飲食、衣服、住居、醫藥、義務教育其他家族の生活に必要な費用を供與することである。

二、廢家を爲さざる義務

家督相續に因りて戸主となりたる者は廢家を爲さざる義務がある、但し本家の相續、再興其他正當の事由ありて裁判所の許可を得たるときは例外として廢家を爲すことが出来る、分家又は一家創立に因りて戸主となりたる者は廢家することが出来る、分家又は戸主權は左の原因あるに因りて之を喪失する。

一、戸主死亡、隱居又は國籍喪失

二、戸主が婚姻又は養子縁組によりて其家を去りたる時

三、女戸主の入夫婚姻又は入夫の離婚

女戸主が入夫婚姻を爲したるときは原則として入夫が戸主となり女戸主は戸主權を喪失する、併し入夫婚姻の當時夫婦が戸主權を留保するの特約を爲したるときは女戸主は依然戸主たるものである、入夫婚姻に因りて戸主權を得たる入夫が離婚したるときは戸主權を喪失するは當然である。

四、廢家

五、絶家

家族は戸主の家に在りて戸主權の下に統轄せらるゝ人である、家族たる身分を取得するは左の場合である。

一、出生

子は出生によりて父の家に入るを則とし入夫又は養子縁組等によりて父母共に其家を去りたる時は出生の時に於ける父の家に入るべきものである家に入るとは即ち家族となるの意味である



る。

二、婚姻

通常の婚姻に在りては妻は夫の家に入りて其家族となり入夫婚姻の場合は入夫が妻の家に入り特約によりて戸主権を留保したるときは妻の家族となるものである。

三、養子縁組

養子は縁組に因りて其家に入り養家の家族となる。

四、復籍

婚姻又は縁組に因りて他家に入りたる者が離婚又は離縁となりたる場合に實家に復籍して實家の家族となる。

五、轉籍

轉籍とは戸籍を轉ずることを謂ふ、即ち家族の身分取得の原因である。

家族の權利義務は既して戸主の權利義務の反面を爲すものであつて其主なるものを列挙すれば凡そ左の如くである。

一、戸主の扶養を受くるの權

但し家族が其學力資力に依りて自活することを得る場合には戸主は之を扶養するの義務はな  
す。

二、特有財産を有するの權

家族が自己の名に於て得たる財産は其特有財産として所有することを得べく戸主其他家族より侵さるゝことがない。

三、氏名權

家族の義務は戸主権に服する義務である、即ち戸主の指定したる場所に居住する義務、戸主の同意を必要とする事項に付ては其同意を得るの義務等である、又法定の推定家督相続人は他家に入り若くは一家を創立することを得ざる義務を負ふのである。

第三款 婚姻

一、婚姻の意義

婚姻とは男女の終身的結合であつて法律の認めたるものである、法律の認めたるものとは所謂野合私通と區別するものであつて野合私通は法律上何等の形式なく又何等の効果をも生ぜざる法律外の事實である。



婚姻は之を行爲の方面より謂ふときは夫婦關係を生ずる要式の法律行爲である、即ち婚姻は戸籍吏に届出するに因つて始めて成立するものであつて此の形式を経ざる間は事實上私通にあらずとも法律上之を婚姻と認めない、法律が必要とする婚姻の形式は届出のみであつて所謂結婚式の有無等は之を問ふ處ではない。

二、婚姻の成立

婚姻の成立するには實質上及形式上の要件を具備することを必要とする。

實質的要件

(イ) 當事者が婚姻適齢に達したること

婚姻適齢とは婚姻を爲すことを得る最低年齢である、我民法上男子は滿十七歳女子は滿十五歳に達すれば婚姻を爲すことが出来る。

(ロ) 當事者が互に異性なること

當事者に意思の合致あること

(ニ)(ハ) 同意権者の同意あること

子が婚姻を爲すには其家に在る父母の同意を得ることを要する、但し男が滿三十歳、女が滿

二十五歳に達したる後は父母の同意なくして成立する、父母の一方が知れざるとき、死亡したるとき、家を去りたるるとき若しくは其意思を表示すること能はざるときは他の一方の同意のみを以て足る若しくは父母共に知れざるとき、死亡したるとき、家を去りたるるとき又は其意思を表示すること能はざるときは未成年者を除く外父母の同意なくして婚姻を爲すことが出来る、右の場合に於て未成年者なるときは後見人の同意あることを必要とする、又未成年者が後見人の同意を得て爲す婚姻に付ては親族會の同意を要し、繼母が子の婚姻に同意せざるときは子は親族會の同意を得て婚姻を爲すことが出来る、家族が婚姻を爲すには戸主の同意を得ることを必要とする、若し戸主の同意を得ずして婚姻したるときは戸主は離婚又は復籍拒絶の制裁を加ふることが出来る。

(ホ) 重婚ならざること

重婚とは配偶者ある者が重ねて婚姻を爲すことである、重婚は法律の禁ずる處であるから當事者が既に配偶者あるときは婚姻は取消されるのみならず刑法上處罰せらるゝものである。

(ヘ) 再婚の制限に反せざること

女は前婚の解消(夫の死亡又は離婚)又は取消の日より六ヶ月を経過するにあらざれば再婚を



爲すことが出来ない、但し女が前婚消滅の時に懐胎して六ヶ月を経過せざる中に分娩したるときは六ヶ月を経過せずと雖も再婚することが出来る。

(ト) 相姦者にあらざること

姦通に因りて離婚又は刑の宣告を受けたる者は相姦者と婚姻を爲すことが出来ない。

(チ) 近親者にあらざること

直系血族間、三親等内の傍系血族間、直系姻族間及び直系の準血族間に在りては婚姻することが出来ない。

形式的要件

婚姻の成立に必要な形式的要件は届出である、即ち當事者雙方及び成年以上の證人三人以上より書面又は口頭を以て戸籍吏に届出るに因つて效力を生ずるものである。

三、婚姻の解消

婚姻は離婚、夫婦一方の死亡及婚姻の取消の三原因に因りて解消するものである、夫婦一方の死亡に付ては別に説明の要はないから茲には離婚及婚姻の取消に付て述べることにする。

離婚とは夫婦の生存中に於て婚姻を解消する法律行爲である、離婚に協議上の離婚と裁判上の

離婚とがある。協議上の離婚は夫婦の協議即ち合意に依りて離婚するものであつて左の要件を具備することを要する。

(イ) 夫婦の承諾

協議上の離婚を爲すには夫婦雙方離婚を爲すことを承諾すること即ち合意がなければならぬ。

(ロ) 父母其他の者の同意

二十五歳未満の者が離婚を爲すには其婚姻に付て同意を與ふる者の同意を得ることを必要とする、繼父母又は嫡母が同意を與へざるときは子は親族會の同意を得て離婚することが出来る、父母なきときは未成年者は後見人及親族會の同意を得なければならぬ。

(ハ) 届出

戸籍吏へ届出るに因て效力を生ずること及び當事者雙方及び證人二人以上より口頭又は書面にて届出るとは婚姻の届出と同じである。

裁判上の離婚とは法律に定めたる原因ある場合に夫婦の一方が他の一方に對して裁判所へ訴へ其判決によりて離婚するを謂ふ、離婚の原因は左の如くである。



- (一) 配偶者が重婚を爲したるとき
  - (二) 妻が姦通を爲したるとき
  - (三) 夫が姦淫罪により刑に處せられたるとき
  - (四) 配偶者が偽造、賄賂、猥褻、窃盜、詐欺取財、受寄物消費、贓物に關する罪又は刑法第七十五條第二百六十條に掲げたる罪により輕罪以上の刑に處せられ又は他の罪により重禁錮三年以上の刑に處せられたるとき
  - (五) 配偶者より同居に堪へざる虐待又は重大なる侮辱を受けたるとき
  - (六) 配偶者より惡意を以て遺棄せられたるとき
  - (七) 配偶者の直系尊屬より虐待又は重大なる侮辱を受けたるとき
  - (八) 配偶者が自己の直系尊屬に對して虐待を爲し又は之に重大なる侮辱を加へたるとき
  - (九) 配偶者の生死が三年以上分明ならざるとき
  - (十) 婚養子縁組の場合に於て離縁ありたるとき又は養子が家女と婚姻したる場合に於て離縁又は縁組の取消ありたるとき
- 以上の原因存するときは夫婦の一方は裁判上の離婚を爲すことが出来る

協議上の離婚は其届出の時より效力を生じ裁判上の離婚は其判決確定の時より效力を生ずるものである。離婚の効力は即ち夫婦關係の消滅であつて夫婦は離婚に因り夫及び妻たる特殊の身分を離脱するのである。而して婚姻に因り他家に入りたる者は離婚に因りて實家に復籍し實家廢絶の場合是一家を創立し又は再興し得ること曩に述べたる如くである。

第四款 親 子

親子に實子と養子とあり實子は更に嫡出子、庶子、私生子に分つこと前に述べたる如くであるが更に詳説して其法律關係を明確にしたいと思ふ。

一、嫡出子

- (イ) 嫡出子とは婚姻したる男女間に婚姻の繼續中に儲けたる子を謂ふ故に嫡出子たるには
  - (ロ) 父母が適法に婚姻したること
  - (ハ) 母の分娩したる子なること
  - (ニ) 婚姻中に懐胎したること
  - (イ) 母の夫の子なること
- の四條件を必要とする右(ハ)及び(ニ)の要件は其證明甚だ困難であるから法律は左の如く二個の推



定を設けてゐる。

(一) 懐胎期間は出生の日より前に遡りて二百日以前三百日以後即ち百一日間にして此の懐胎期間の一日にても婚姻成立中に屬するときは子は婚姻中に懐胎したるものと推定する。

(二) 妻が婚姻中に懐胎したる子は夫の子と推定する。

嫡出子否認の場合に於ては右の法律の推定に對して夫は反證を擧げて嫡出子たる身分を否認することが出来るもので之を否認訴權と謂ひ夫に專屬する權利である。

## 二、庶子及私生子

庶子及私生子は共に婚姻せざる父母の間に生れたる子であつて庶子は父の認知したるもの私生子は母のみ認知したる子である、認知には任意の認知と裁判上の認知とがある、任意の認知とは本人が随意に己の子たることを承認するものであつて裁判上の認知とは任意の認知を爲さざる場合に一定の人が裁判所に請求して裁判の結果に基き認知するものである。

### (イ) 任意の認知

父又は母は任意に認知を爲すことが出来る、認知せらるゝ者は子であつて未成年者たる未成年者たるを問はず唯被認知者が未成年者なるときは父又は母は單獨にて認知することを得

るも成年者なるときは其承諾あるにあらざれば認知することが出来ない、父は胎内に在る子と雖も認知することが出来る、此場合に於ては母の承諾あることを必要とする、又死亡したる子に直系卑屬ある場合には死亡したる子の父又は母は之を認知することが出来る、但し其直系卑屬が成年者なるときは其承諾あることを必要とする。

私生子の認知は其子の身分を定むるものであるから之を戸籍吏に届出づるによりて之を爲すものであるが又遺言によりても之を爲すことが出来る、認知は其被認知者との間に未だ知らざる親子關係を宣明するものであつて認知ありたるときは被認知者の出生の時又は懐胎の時に遡りて其效力を生ずるものである、認知は之を取消し得ざるを原則とするが反對の事實ある場合には被認知者又は其利害關係人は裁判所に請求して認知の取消を爲すことが出来る。

### (ロ) 裁判上の認知

父又は母が任意の認知を爲さざるときは子、其直系卑屬又は其法定代理人は父又は母に對して裁判所に認知を請求することが出来る、裁判所に認知を請求することを得る者は總ての私生子であつて其者が未成年者なるときは其法定代理人が代つて請求するのである、此場合に於ける認知の効果は任意の認知の場合と異なる處はない。



庶子及私生子が父母の婚姻又は認知によりて嫡出子たる身分を取得することを得。嫡と謂ふ、私生子が父母の婚姻前に父母の雙方より認知せられたるときは父母の婚姻と同時に嫡出子たる身分を取得するが父母が婚姻したる後に認知したるときは認知の時より嫡出子となるのである。庶子及び私生子が死亡したる後に於ても父母が婚姻し又は認知したるときは嫡出子たる身分を取得する此場合に於ては死亡したる子の直系卑屬が嫡出親族たる身分及權利を取得する。

二、養子

養子縁組によりて養子と養親との間に嫡出親子と同一の關係を生ずることは曩に一言したる如くである。養子縁組が有効に成立するには左の要件を具備することを必要とする。

- (イ) 養親が成年者なること
  - (ロ) 養子は養親の尊屬又は年長者にあらざること
  - (ハ) 養子たる者は戸主にあらざること
  - (ニ) 養子は法定の推定家督相続人にあらざること
  - (ホ) 當事者の合意あること
- 但し十五歳以下の者が養子たるには其家に在る父母之に代つて承諾を與ふべきものである。

(ヘ) 養親たるべき夫婦の合意あること

但し此場合に於て夫婦の一方が意思を表示すること能はざるときは一方のみの意思を以て足る。

(ト) 其家に在る父母の同意あること

即ち成年の子が養子を爲し又は十五歳以上の子が養子となる場合に於ても其家に父母在るときは其同意を得なければならぬ、父母何れも在らざるときは未成年者が養子となる場合に限り親族會及後見人の同意を必要とする、繼父母又は嫡母が同意を與へざるときは子は親族會の同意を得て縁組を爲すことが出来る。

(チ) 戸主の同意あること

家族が養子縁組を爲す場合には戸主の同意を必要とする。

以上の要件を具備するときは養子縁組は有効に成立するが尙養親たる者に法定の推定家督相続人たる男子あるときは女婿と爲す場合の外男子を養子と爲すことが出来ない、又養親たる者が後見人たるときは遺言を以てするの外管理の計算前に被後見人を養子と爲すことを得ざる制限がある。



養子は遺言を以て之を爲すことが出来る此場合に於ては遺言執行者は養子となるべき者の承諾を得なければならぬ、若し其者が未成年者なるときは其家に在る父母の承諾あることを必要とする、養子縁組は戸籍吏に届出づるによりて成立すること婚姻及私生子の認知と同じである。養子縁組が人違其他の事由に因りて當事者に縁組を爲すの意思なきとき及び當事者が縁組の届出を爲さざるときは無効であるが左の場合に於ては之を取消することが出来る

(イ) 未成年者が養子を爲したる場合

此場合には養親が成年に達したる後六ヶ月を経過し又は追認を爲したるときは有効となる

(ロ) 尊屬又は年長者を養子と爲したる場合

法定家督相続人たる男子ある者が女婿と爲すことなく男子を養子としたる場合

(ハ) 後見人が管理の計算前に被後見人を養子と爲したる場合

配偶者ある者が其配偶者の同意なくして縁組したる場合

(ニ) 父母後見人親族會の同意を得ずして縁組を爲したる場合

詐欺又は強迫に因りて父母、後見人、親族會の同意を得たる場合

(ホ) 詐欺又は強迫によりて縁組を爲したる場合

(ヘ) 詐欺又は強迫によりて縁組を爲したる場合

(ト) 詐欺又は強迫によりて縁組を爲したる場合

(チ) 詐欺又は強迫によりて縁組を爲したる場合

(リ) 婿養子縁組の場合に婚姻が無効又は取消となりたる場合

右の各種原因に因りて養子縁組を取消したる場合には取消の時より將來に向つてのみ效力を有する、養子縁組が無効たらず又取消さることなくして有効に成立したるときは養子は養親の嫡出子たる身分を取得して實家より養家に轉籍するものである。

養子縁組の消滅原因は縁組の取消及び離縁である、縁組の取消事項に付ては既に述べたから以下離縁に付て述べやう。

離縁には協議上の離縁と裁判上の離縁とがある、協議上の離縁は當事者の承諾に依りて爲すものであつて此場合に於て當事者が二十五歳未満なるときは父母、戸主等の同意あることを必要とする、裁判上の離縁は法律上の原因ある場合に裁判所に請求して爲す離縁であつて其原因は左記の如くである。

(イ) 他の一方より虐待又は重大なる侮辱を受けたるとき

(ロ) 他の一方より悪意を以て遺棄せられたるとき

(ハ) 養親の直系尊屬より虐待又は重大なる侮辱を受けたるとき

(ニ) 他の一方が重禁錮一年以上の刑に處せられたるとき



- (ホ) 養子に家名を漬し又は家産を傾くべき重大なる過失ありたる時
- (ヘ) 養子が逃亡して三年以上復歸せざるとき
- (ト) 養子の生死が三年以上分明ならざるとき
- (チ) 他の一方が自己の直系尊屬に對して虐待を爲し又は之に重大なる侮辱を加へたる時
- (リ) 婿養子縁組の場合に於て離婚ありたる時又は養子が家女と婚姻を爲したる場合に於て離婚若くは婚姻の取消ありたる時

右列記の原因ある場合に於ては當事者は訴を以て離縁を請求することが出来る、養子が十五歳未滿なる時は實家に在る父母より訴を提起すべく繼父母又は嫡母なる時は親族會の同意を必要とする、又養親が禁治産者なる時は其後見人親族會の同意を得て訴を提起し養子が禁治産者なる時は實家の直系尊屬又は實家の戸主之を提起することが出来る。

養子が一旦養家の家督を相続して戸主となりたる時は協議上の離縁は勿論裁判上の離縁も亦之を爲すことが出来ない、但し戸主たる養子が自ら隠居を爲したる後は離縁することが出来る。養子は離縁によりて養親の嫡出子たる身分を喪失し實家に復籍する、此場合には實家に於て有せし身分を回復するのであるが第三者が既に取得したる權利を害することは出来ない、夫

婦養子は養子が養親の他の養子と婚姻を爲したる場合である此場合に妻のみが離縁に因りて養家を去るべきときは夫は離縁又は離婚の何れかを選択して其去就を決するの義務があるが夫が離縁に因りて養家を去る可きときは妻は當然夫に従ひて養家を去るものである。

第五款 親 權

親權とは家に在る父又は母が法律の規定によりて子の身體及び財産に對して有する權利である親權を有する者は先づ家に在る父であつて父が知れざるとき、死亡したるとき、家を去りたる時又は親權を行ふこと能はざるときは家に在る母が親權を行ふのである、但し繼父母及び嫡母が親權を行ふ場合には後見に關する規定の適用がある、親權者たる父又は母が未成年者なるときは其未成年者たる父又は母に對して親權を行ふ者代つて親權を行ふ。親權に服する者は親權者の家に在る子であつて通常未成年者であるが成年の子と雖も獨立の生計を立てざる者は親權者の懲戒權に服する。

親權の效力は之を身上權と財産權とに分つ

一、身上權

(イ) 監護權



- (ロ) 教育權
- (ハ) 居所指定權
- (ニ) 兵役出願許可權
- (ホ) 懲戒權
- (ヘ) 職業許可權

二、財産權

(イ) 管理權

親權を行ふ父又は母は未成年の子の財産を管理する権利義務を有し之を辭することは出来な  
い、財産管理とは子に屬する財産(物又は權利)の保存、利用及改良を目的とする行爲である、  
親權者が子の財産を管理するには自己の財産に關すると同一の注意を以てすべく又子に配偶者  
あるときは親權者は併せて配偶者の財産をも管理するものである。

親權は子が死亡したるとき、子が家を去りたるとき、親權者が家を去りたるとき、親權者が死  
亡したるとき、親權者が心神を喪失したるとき及び子が成年に達し且つ獨立の生計を立つると  
きは消滅するのであるが法律は此外に特に親權喪失の場合を規定してゐる即ち父又は母が親權

を濫用し又は著しく不行跡なるときは親權を喪失するのである、此の場合に於ては子の親族又  
は檢事が原告となりて親權者を被告として親權喪失の訴訟を提起する而して親權者が失權の宣  
告を受けたるときは親權全部を喪失し子の身體及財産に關する各種の權利を失ふのである、親  
權者が失權の宣告を受けたるとき子が未成年者なる場合には後見に附するものである。子の財  
産を管理する親權者たる父又は母が管理の失當に因りて子の財産を危くしたる場合は子の親族  
又は檢事の請求により裁判所は親權者に管理權の喪失を宣告するものである。

第六款 後見

後見とは未成年者又は禁治産者の身體の保護及び財産の管理を目的として付する職務である、  
未成年者、禁治産者に付する後見を後見人と謂ひ準禁治産者に付する者を保佐人と謂ふ。

一、未成年者の後見

未成年者に對して親權を行ふ者なきとき又は親權を行ふ者が管理權を有せざるときは後見開始  
し後見人は未成年者の身體及び財産に付て保護管理するものである。後見人に法定後見人と選  
定後見人及遺言後見人の三種がある。法定後見人とは法律の規定に依り當然後見人たる者であ  
つて未成年者に遺言後見人なきときは其未成年者が家族なる場合に於て戸主は當然後見人とな



るのである、選定後見人とは親族會に於て選任したる後見人を謂ひ未成年者に遺言後見人又は法定後見人なきとき親族會に於て選任するものである、遺言後見人とは親權者が遺言を以て指定したる後見人である、以上何れの種類の後見たるを問はず左記の者は後見人たることが出来

ない

(イ) 未成年者

(ロ) 禁治産者及準禁治産者

(ハ) 裁判所に於て免黜せられたる法定代理人又は保證人

(ニ) 破産者

(ホ) 被後見人に對して訴訟を爲し又は爲したる者及其配偶者並に直系血族

(ヘ) 行方知れざる者

(ト) 裁判所に於て後見の任務に堪へざる事跡、不正の行爲又は著しき不行跡の行爲ありと認めたる者

(チ) 後見人は被後見人の身體を保護し其財産を管理するの外被後見人を代表し各般の法律行爲を爲

し又被後見人が自ら之を爲すときは同意を與ふるの權限がある、後見人は斯の如く未成年者の財産を管理する重要な職責を有する者であるから法律は之に對して財産上各種の制限を附する、其主なる事項は左の如くである。

(イ) 後見人は被後見人の財産を讓受くることを得ず

(ロ) 後見人は被後見人に對する第三者の權利を讓受くることを得ず

(ハ) 後見人は親族會の同意を得るにあらざれば被後見人の財産を賃借することを得ず

後見人を監督せしむる爲めに後見監督人を置く、後見監督人に遺言後見監督人と選定後見監督人の二種がある、前者は最後の親權者の指定したる者であつて後者は親權者が此指定を爲さずして死亡したるとき後見人が裁判所に向て親族會の招集を請求し親族會をして選定せしめたる者である、後見監督人の職務は左の如くである。

(イ) 後見人を監督し被後見人の財産調査及財産目録の調製に立會すること

(ロ) 後見人缺けたるときは新なる後見人の就任することを促し若し後任者なきときは親族會を招集して其選任を爲さしむること

(ハ) 急迫の事情ある場合に必要なる處分を爲すこと



(ニ) 後見人又は其代表する者は被後見人との利益相反する行為に付き被後見人を代表すること  
二、禁治産者の後見

禁治産者の後見は禁治産の宣告によりて開始する、法定後見人あるときは直に其職に就くべく  
若し法定後見人なきときは一定の人より裁判所に親族會の招集を請求して後見人を選定せしむ  
るのである、禁治産者の後見人の任務は概ね未成年者の後見人の任務と同様であるが其異なる處  
は左の諸點である。

(イ) 禁治産者の生活、療養、看護及財産管理の爲めに要する年費額を編製すること  
(ロ) 禁治産者の心神を安定し疾患を癒すことを主眼とし禁治産者の資力に應じて其療養看護に  
力むべきこと

(ハ) 親族會の同意を得て禁治産者を病院若くは自宅に監置するか將又自由に放任するかを定む  
ること。而して病院又は私宅に監置するときは行政廳に其届出を爲すこと

(ニ) 禁治産者が戸主なるときは之に代りて戸主權を行ふこと

三、準禁治産者の後見  
準禁治産者に對する後見即ち保佐人に付ては後見人の規定が準用せらるゝものであるから茲に

再び説明せず。

第七款 親 族 會

親族會は後見其他法令に定められたる事項に關し決議を爲す爲めに會議を要する事件の本人の  
親族其他本人に縁故ある者を以て組織する會議である、其數は三人以上たることを必要とし會議  
を要する事件の本人、戸主、親族、後見人、後見監督人、保佐人、檢事又は利害關係人の請求に  
因り裁判所之を招集する、招集の時期及招集の場所に付ては何等制限がないから會議を必要とす  
るときは何時にても必要の場所に招集することが出来る、親族會の議事は會員の過半數を以て之  
を決すべく其決議に不服ある者は裁判所に訴へて其決議の取消を求むることが出来る又出席者が  
會員の過半數に満たざる場合其他決議を爲すこと能はざるときは會員は其決議に代るべき裁判を  
爲すことを裁判所に請求することが出来る、親族會の職務の重なる事項は左の如くである。

(イ) 戸主が其權利を行ふこと能はざるとき之を代理すること  
未成年者の婚姻、離婚、養子縁組及離縁に同意を與ふること  
(ロ) 親權を行ふ母、繼父母又は嫡母の行為に同意すること  
(ハ) 後見人を選任免黜し其行為に同意し其寄託すべき金額を定め其財産調査及び管理計算の期間



を伸長し後見の計算を認可すること

(ホ) 後見監督人、保佐人、特別代理人等を選任すること

(ヘ) 家督相続人の廢除に同意すること

第八款 扶 養 義 務

扶養義務とは法律の規定を以て特定の人が特定の人に對して扶養を爲すの義務である扶養を受くることを得る者を扶養権利者と謂ひ其義務を負ふ者を扶養義務者と謂ふ、扶養義務の順位は左の如くである。

一、配偶者

二、直系卑屬

三、直系尊屬

四、戸 主

五、家と同ふする直系姻族

六、兄弟姉妹

又扶養権利者數人ある場合に於て扶養義務者の資力其全員を扶養するに足らざるときは左の順位

によるのである。

一、直系尊屬

二、直系卑屬

三、配偶者

四、家と同じうする直系姻族

五、兄弟姉妹

六、前五號に掲げざる家族

總て扶養義務は扶養権利者の需要と扶養義務者の資力とによりて其程度を定むるものであつて其方法は扶養権利者を引取り生活資料を給付するに在る。

第五節 相 續

第一款 相 續 の 意 義

相続とは一定の原因によりて一定の身分を有する者が被相続人の法律上の地位を包括的に承継するを謂ひ身分に關する相続と財産に關する相続との二種がある、一定の身分を相続するの制度は全く我國古來の家族制度に基くものであつて他に其類例少く我民法に固有なる特質である。



相続は被相続人の有せし権利義務を包括的に承継する重要な地位を占むべきものであるから法律は相続人の資格に各種の制限を附し此の制限規定に反する者を缺格者として其相続権を剝奪するものである民法の規定せる缺格者は左の如くである。

- (イ) 故意に被相続人又は先順位にある者を死に致し又は死に致さんとしたる爲め刑に處せられたる者
  - (ロ) 被相続人の殺害せられたることを知りて之を告訴又は告發せざりし者但し其者に是非の辨別なきとき又は殺害者が自己の配偶者若しくは直系血族なりしときは此限りにあらず
  - (ハ) 詐欺又は強迫に因り被相続人が相続に關する遺言を爲し之を取消し又は之を變更することを妨げたる者
  - (ニ) 詐欺又は強迫に因り被相続人をして相続に關する遺言を爲さしめ、之を取消さしめ又は之を變更せしめたる者
  - (ホ) 相続に關する被相続人の遺言書を偽造、變造、毀滅又は藏匿したる者
- 被相続人の意思によりて法定の推定家督相続人又は遺留分を有する推定遺産相続人に一定の原因存する場合に判決に因りて其相続権を剝奪するを廢除と謂ふ(舊民法に於ては之を廢嫡と稱呼したが字義不適當なる爲現行民法に於ては之

を廢除と改めた併し今日一般には未だ廢嫡の言葉が用ひられてゐる 廢除は缺格と異り裁判所の判決によりて相続権を剝奪するものである廢除の原因として法律の規定する處は左の如くである。

- (イ) 被相続人に對して虐待を爲し又は之に重大なる侮辱を加へたること
- (ロ) 疾病其他身體又は精神の狀況に因り家政を執るに堪へざるべきこと
- (ハ) 家名に汚辱を及ぼすべき罪に因りて刑に處せられたること
- (ニ) 浪費者として準禁治産の宣告を受け改悛の望なきこと
- (ホ) 其他正當の理由あること

廢除されたる法定の推定家督相続人又は推定遺産相続人は之に因りて家督相続即ち戸主權を相続することを得ざるは勿論遺留分規定により遺産の相続を爲すの權利をも失ふのである但し相続の開始前に廢除の原因止みたるときは裁判所の宣告によりて之を取消すことが出来る廢除の取消ありたるときは被廢除者は舊地位に復し法定の推定家督相続人又は推定遺産相続人たるの身分を取得するのである。

第二款 家 督 相 続

家督相続は戸主の缺けたる場合に前戸主の有せし権利義務を承継するを謂ひ其相続原因は戸主



の死亡、戸主の隠居、戸主の國籍喪失、戸主が婚姻又は養子縁組の取消によりて其家を去りたる  
とき、女戸主が入夫婚姻したるとき、入夫の離婚等である。

第一、法定の推定家督相続人

法定の推定家督相続人とは法律の規定によりて當然家督相続を爲すべき者であつて被相続人の  
直系卑屬である。

第二、指定家督相続人

指定家督相続人とは法定の推定家督相続人なき場合に於て被相続人の指定によりて家督を相続  
する者である、指定相続は戸主の死亡又は隠居に因る相続に限る。

第三、第一種選定相続人

法定又は指定の相続人あらざるとき法律の規定に基きて選定権を有する者の選定に因り家督を  
相続する者である此場合に選定権を有する者は(一)被相続人の父(二)被相続人の母(三)親族會である  
而して選定せられ得べき者は(一)配偶者(但し家女なる)(二)兄弟(三)姉妹(四)家女にあらざる配偶者(五)  
兄弟姉妹の直系卑屬である。

第四、第二種法定家督相続人

被相続人の家にある直系尊屬にして第一種法定家督相続人、指定相続人、第一種選定家督相続人  
なき場合に法律の規定に依り當然家督相続を爲すべき者である、直系尊屬が數人ある場合には  
(一)親等の異なる者の間に於ては近き者(例へば祖父と父とある)(二)親等の同じき者の間に於ては男を  
先にする。

第五、第二種選定家督相続人

第二種選定家督相続人とは以上列記の各種相続人なき場合に親族會に於て選定する家督相続人  
である此の場合に於て選定せられ得る者は(一)被相続人の親族、家族、分家の戸主、本家又は分  
家の家族(二)他人である。

右説明したる如く家督相続人は種々に區別せらるゝものであるが相続の順位も右記載の順序に従  
ふのである。

家督相続の効力は之を一般効力と特種の効力とに分つ

(イ) 一般効力

(一) 前戸主の權利義務を承継すること



(三) 被相続人の家に有する系譜、祭具及び墳墓を承継すること  
 (ロ) 特種の效力

- (一) 隠居、入夫婚姻による相続の場合に於ては財産留保を爲すことが出来る
- (二) 入夫婚姻の取消又は入夫婚姻に因る家督相続の場合に於て入夫が戸主たりし場合に負擔したる債務に付ては入夫に對しても請求することが出来る
- (三) 國籍喪失による家督相続の場合には國籍喪失者の家督相続人は戸主權及び家督相続の特權のみを承継する

第三款 遺 産 相 続

遺産相続とは家族の死亡に因り其家族に屬したる財産を相続するを謂ふ、遺産相続は財産のみ  
 の相続であつて身分上に變動を生ずるものではない、遺産相続は家督相続と異りて數人の共同相  
 続の制度を認むるから同順位の相続人數人あるときは各相続人は共同して遺産を承継する、遺産  
 相続の順位は左の如くである。

第一、直系卑屬

第二、配偶者

第三、直系尊屬

第四、戸 主

各相続人が遺産を承継する割合を相続分と謂ひ相続財産は各相続人の相続分に應じて確定するの  
 である被相続人が相続分を定めざりしときは遺産は左の如く分配せらるゝ

- (イ) 同順位の遺産相続人數人あるときは其各自の相続分は相均し但し直系卑屬數人あるときは庶  
 子及私生子の相続分は嫡出子の相続分の二分の一である。
- (ロ) 代襲相続の場合（遺産相続人たるべき者が相続の開始前に死亡し又は其相続權を失ひたる場  
 合に其者の直系卑屬が相続すること）には直系卑屬は其者と同順位に於て其受くべかりし相続  
 分を得るのである。

被相続人が自ら相続分を定めたる場合は遺留分の規定に反せざる限度に於て之に従ふべきもので  
 ある遺留分とは相続人に必ず残さねばならぬ財産の一部である、共同相続人の一人が遺産分割前  
 に其相続分を第三者に譲渡したるときは他の共同相続人は其價格及費用を償還して其相続分を取  
 戻すことが出来る、遺産は分割によりて各相続人は相続開始の時より專有したるものとして效力  
 を生ずる。



第四款 相続の承認及び拋棄

相続の承認とは相続人が自己の爲めに開始したる相続を確認するを謂ひ相続の拋棄とは相続人が自己の爲めに開始したる相続を否認するを謂ふ、相続の承認は相続を確定するものであつて之に單純承認と限定承認とがある、單純承認は被相続人の權利義務の承繼に付て何等の條件を附せざるものであつて限定承認は相続に因りて得たる財産の限度に於てのみ被相続人の債務及び遺贈を辨済することを留保するものである、相続を拋棄したる者は相続より脱離し爾後相続とは關係なきものとなる。

相続の承認及び拋棄に付ては一の制限あり即ち第一種の法定家督相続人は相続の拋棄及限定承認を爲すことを得ず又隱居による家督相続人、第一種法定家督相続人、一旦相続の拋棄を爲したる者、一旦單純承認を爲したる者は限定承認を爲すことが出来ないものである。

第五款 相続財産の分離

相続財産の分離とは相続人の固有の財産と相続に因る財産とを分離して其限界を明白ならしむることを謂ふ即ち相続債權者又は受遺者は相続開始の時より三ヶ月内に相続人の財産中より相続財産を分離せんことを裁判所に請求することが出来るのである蓋し之等の利害關係人の權利を保

護する爲めに相続財産と相続人の固有の財産の混同を防ぐ手段として認められたる制度である。

財産分離の請求ありたるときは裁判所は相続財産の管理に付必要なる處分を命ずることが出来る例へば財産管理人の選任の如きである、財産分離ありたるときは財産分離の請求を爲したる者及び配當加入の申出を爲したる者は相続財産に付て相続人の債權者に優先して辨済を受くるものである。

第六款 相続人の贖缺

相続人の贖缺とは相続人のあることが分明ならざることである相続開始の時に當りて相続人あること不明なるとき永く其財産を放擲して置くことは經濟上當を得たるものでないから法律は相続人が分明するに至るか又は相続人なきこと分明なるに至るまで相続財産を法人として管理人を設け之をして相続財産を處理せしむるのである故に若し後日に至りて相続人あること分明なるに至りたるときは法人は存在せざるものと看做されるが一定の手續を履みて公告したる後尙ほ相続人なきときは相続財産は國庫に歸屬するものである。

第七款 遺言

遺言とは遺言者が其死後に於て效力を生ぜしむる目的を以て生前に於て爲す要式的意思表示で



ある。遺言は要式行爲であるから法律に定められたる方式に依りて爲すものでなければ成立しない。遺言を爲すことを得る者は意思能力を有する者でなければならぬ民法上満十五年に達したる者は遺言を爲すことが出来る。

遺言の方式には普通方式と特別方式の二がある普通方式は自書證書による遺言、公正證書に依る遺言及秘密證書に依る遺言の三種があり特別方式は特殊なる場合に於ける遺言方式であつて各場合に依りて異なる。

一、自書證書に依る遺言方式

(イ) 遺言者其全文を自書すること

(ロ) 日附及氏名を自書すること

(ハ) 捺印すること

(ニ) 自筆證書に文字の挿入削除又は欄外記入若くは其他の變更を爲す場合には變更したる旨を附記して之に署名し且つ變更の場所に捺印することを必要とする。

二、公正證書に依る遺言方式

(イ) 證人二人以上の立會あること

(ニ) 遺言者が遺言の趣旨を公證人に口授すること

(ハ) 公證人が遺言者の口述を筆記し之を遺言者及び證人に讀み聞すること

(ホ) 遺言者及び證人が筆記の正確なることを承認したる後各自之に署名捺印すること

(イ) 公證人が其證書は前四號に掲げたる方式に従ひて作りたるものなることを附記し之に署名捺印すること

三、秘密證書に依る遺言方式

(イ) 遺言者が其證書に署名捺印すること

(ロ) 遺言者が其證書を封じ證書に用ひたる印章を以て之を封印すること

(ハ) 遺言者が公證人一人及び證人二人以上の前に封書を提出して自己の遺言書なる旨及び其筆者の氏名住所を申述すること

(ニ) 公證人が其證書提出の日附及び遺言者の申述を封紙に記載したる後遺言者及び證人は共に之に署名捺印すること

禁治産者も前記各方式の遺言を爲すことが出来るが右記載の要件の外に尙ほ(一)本心に復したる時なること及び(二)醫師二人以上の立會あることを必要とする。特別方式は傳染病の爲め交通遮断



の場所に在る者の遺言、死亡の危急に迫りたる者の遺言、從軍中の軍人軍屬の爲す遺言及び艦船中に在る者の遺言の四種であつて夫々一定の方式を必要とするが之等の説明は茲に省く。

第八款 遺留分

遺留分とは被相続人が必ず相続人に残さねばならぬ相続財産の一部である相続人は遺留分を受ける権利を有するものであつて其家督相続人たると遺産相続人たるとは問ふ處でない遺留分の額は左の如くである。

(イ) 法定家督相続人たる直系卑屬は遺留分として被相続人の財産の半數を受け其他の家督相続人は被相続人の財産の三分の一を受くる

(ロ) 遺産相続人たる直系卑屬は遺留分として被相続人の財産の半額を受け、遺産相続人たる配偶者又は直系尊屬は三分の一である。

遺留分は被相続人が相続開始の時に有せし財産の價額に其贈與したる財産の價額を加へ其中より債務の金額を控除して之を算定するものである。

第六章 商法

第一節 商法總論

商法は商に關する私法である。私法的法規の原則は民法に規定する處であるが私法的法規の内商に關する事項を特に規定したるものが即ち商法である故に商法は私法的法規の一般法たる民法に對して特別法たるものである。

自己の名を以て商行爲を爲すを業とする者を商人と謂ふ商人に自然人たる商人と法人たる商人とがある國家、地方團體等が鐵道を經營するは商行爲たる運送營業に屬し又國家が煙草の專賣を爲し或は製鐵事業を營むが如きも等しく商行爲に屬するものである此意味に於て國家其他の公法人が商業を營むときは國家や公法人も亦商人であると謂ふことが出来る。商行爲を爲すを存立目的とする商事會社(私法人)が商人たることは言ふまでもない。

商業を營むことは自由であつて何人も商業を營むことを得るものであるが法律は特定の人に對して商業を營むことを禁止し或は條件を附することがある例へば判事、行政裁判所評定官等は在職中商業を營むことを得ず、一般官吏は本屬長官の許可なくして之を爲すことを得ず、辯護士は辯護士會の許可あるにあらざれば商業を營むことを得ず、市長、市助役は府縣知事の許可ある場合に限り商業を營むことを得るが如きである。國家は又特定の商業を一般人に禁ずることがある煙草製造、郵便、電信等の信書の運送の如きは政府事業に限るもので一般人に之を許さない其他



商業に關する制限は多數あるが茲には省略する。

商行爲を爲すを業とするに資本金額五百圓に満たざる者を小商人と謂ふ小商人は其營業の規模が小さいので商業登記、商號及び商業帳簿に關する規定の適用がない。商人は法律の規定に従ひ商業登記を爲すことが出来る商業登記は商業の生命とも謂ふべき商人の信用を公示する爲に設けられたる制度であつて裁判所の帳簿に一定の事項を記入するものである。商人は商號を用ふることが出来る商號とは商人が自己を表示する爲めに用ふる名稱である商人が商號を登記したるときは同一の市町村内に於て同一の營業を爲す他人をして同一又は類似の商號を用ふることを得ざらしむる效力を生ずる。商人は商業上の計算を記載する商業帳簿を備付くるの義務がある之れ商業の確實を保し取引の安全を計る爲めに必要であるからである。

商人が商業を營む爲めに使用する者を商業使用人と謂ふ商業使用人は一定の範圍内に於て主人を代理し商行爲を爲すの權限を付與せらるゝもので其代理權の最も廣汎なる者を支配人と謂ひ代理權の狭少なる者は番頭手代其他各種ある、支配人は主人に代りて其營業に關する一切の裁判上裁判外の行爲を爲す權限を有し其他の使用人は主人より委任されたる特定の事項に關してのみ權

限を有するものである又使用人にあらずして一定の商人の爲めに平常其營業の部類に屬する商行爲の代理又は媒介を爲す者を代理商と謂ふ。

## 第二節 會 社

### 第一款 總 說

會社は商行爲を爲すを業とする目的を以て設立したる社團である又商法の規定に依りて設立したる營利社團は商行爲を爲すを業とせざるも之を會社と看做すのである。會社制度の根本の目的は多數人の出資即ち資本の合同に依りて商工業の共同經營を爲すに在る資本の合同は個人的にて經營し難き大事業を爲すに適し多數人の出資に依ることは危険を分割し事業上の損失を分擔するの利がある故に會社制度は其運用宜しきを得るときは商工業の發達に資する處頗る多く現時の産業は會社制度を除斥しては其發達を望むこと到底不可能であると謂ふも過言ではない今後産業の勃興に伴ひ會社の設立益々増加するものと思惟せられるから會社に關する概念を知り置くことは將に國民一般に緊要のことと思ふ。

我商法の認むる會社は合名會社、合資會社、株式會社及び株式合資會社の四種である之等の會社設立に付ては我商法は準則主義を採用し法律の規定に反せざる限り特に官廳の許可を要せずし



て設立することが出来る併し乍ら會社設立を以て第三者に對抗するには本店の所在地に於て登記を爲すことを必要とする即ち會社の設立登記は會社の成立要件にあらずして對抗要件である。

會社は法人である社員が法人たる會社に對して有する權利は之を社員權と稱し共益權と自益權の二種より成る、社員の共益權とは社員が會社自體の目的を達する爲めに有する權利であつて業務執行權、議決權の如きは之に屬する、社員の自益權は社員が自己の利益の爲めに有する權利であつて利益配當を受くる權、殘餘財産の分配に與る權の如きは之に屬するものである。

會社は定款に依つて行動し會社の行動の範圍は定款に依つて定まるものである定款は不易不動のものではなく法律の規定に牴觸せざる範圍に於て一定の形式に従ひ之を變更することが出来る。會社の組織は之を變更することが出来ないのを原則とするが例外として左の場合に於てのみ其變更を許すものである。

- 一、合名會社が總社員の同意を以て其組織を變更して之を合資會社と爲す場合
- 二、合名會社が總社員の同意を以て有限責任社員を加入せしめ之を合資會社と爲す場合
- 三、合資會社が總社員の同意を以て其組織を變更して合名會社とする場合
- 四、合資會社の有限責任社員全員が退社したる場合に於て無限責任社員の一致を以て合名會社と

して會社を繼續する場合

五、株式合資會社が其組織を變更して株式會社とする場合

六、株式合資會社の無限責任社員が全員退社したる場合に於て株主總會の決議を以て株式會社として會社を繼續する場合

二個以上の會社が合同するを會社の合併と謂ふ會社の合併は一の會社が他の會社を併合する場合と合併會社が各々解散して別に新なる會社を設立する場合とがある前者を併合的合併と謂ひ後者を新設的合併と謂ふ併合的合併の場合には併合せらるゝ會社は消滅して併合する會社のみ存続するものであるが新設合併の場合には各會社は各々解散して新なる會社が設立せらるゝものである會社が合併したるときは併合的合併の場合には併合せらるゝ會社は解散登記、併合する會社は變更登記を爲すべく新設的合併の場合には各會社は解散及設立の登記を爲さねばならぬ。

第二款 合 名 會 社

合名會社は無限責任社員を以て組織する會社である無限責任とは社員が會社の債務に付きて從たる債務者として連帶無限の責任を負ふことである。合名會社の設立には定款の作成を必要とし定款作成の日より二週間以内に設立の登記を爲さねばならぬ定款には左の諸事項を記載すること