

大臣の職權を外にして別に内閣の職權なるものあるに非ず、之を大臣の上に位する監督官府なりと見るは不可なり。隨て内閣總理大臣も亦國務大臣の一にして唯他の大臣の如く特別の行政を爲さざるのみ。乃ち大臣會議の長にして敢て他の大臣の監督を爲すものに非ず。

中央官府の行政は之を分ちて内務、外務、軍務、司法及び財務と爲すことを得。内務行政は民籍、警察、教育、衛生、交通及び農工、商業等に關する事務を主とし。外務行政は國際條約の締結、公使、領事の派遣及び應接等に關する事務を主とし。軍務行政は陸海軍に關する事務を掌り。司法行政は訴訟手續に依らざる裁判所の事務及び恩赦、復權に關する事項を掌り。財務行政は歳出入の整理、貨幣の鑄造、紙幣の發行、租税の徵收、公債の募集及び償還等の事務を掌る。就中内務行政は其管轄する所極めて廣く隨て其事務の煩雜なること他の行政の比に非ず。故に實際に於ては之を數箇の特別なる官府に分掌せしむるを常とす。現今の官制に於て教育の事務は文部大臣之に任し、農商工業に關する事務は農商務大臣之に任し、逓信に關する事務は逓信大臣之に任するなり。

中央行政の官制上國務大臣と對立して最高顧問の職務に任するものは樞密顧問なり。樞密顧問は國務大臣の如く外部に對して政務を行ふものに非ずして、天皇の諮詢に應へ重要な國務を審議し可否獻替の職務に任するものとす。其諮詢に對する審議は帝國議會の議決と異にして唯意見を奏するに止まる。故に樞密院は天皇の諮詢ありて始めて、會議を爲すことを得、自ら提案し發議することを得ず、而して其意見の取捨は皆一に天皇の親裁に依る。

會計検査院は中央官府の一として國務大臣に對して獨立の地位を有し、天皇に直隸して會計の監督を爲すの職權を有す。而して政府は憲法の命する所に從ひて検査院の検査報告を添へて、決算を議會に提出せざるへからず。蓋し國家の會計は豫算を以て定むるとも、政府が豫算を執行するに際しては、必ずしも豫算に適合せず、又法律勅令に違反することなきを保せされは、議會の立法監督の外に會計検査院をして行政上の監督を爲さしむるものなり。又會計検査院は其職權として出納官吏の責任を判決す。出納官吏とは現金又は物品の出納に任する會計官吏にして支拂命令官(國務大臣之を任す)の命令を受けて其出納を爲すに當りて、故意

又は過失に依りて國庫に損害を與ふるときは、検査院の判決に従ひて之を辨償せざるべからず。

#### 第四節 特別行政組織

特別行政組織とは即ち公共組合の組織なり。其特別行政と稱する所以は普通行政又は地方行政の外に特別の性質を有すればなり。公共組合か公法上の人格を有して、命令權の一部分を行ふことを得るは國家若くは地方團體と異なる所なけれども、其事務の特定せると其組織の元素か唯組合員のみにして、土地區劃を有せざるとの二點に於て、國家若くは地方團體と同じからず。抑も社會百般の事業に對しては一個人の創意力を發達せしむると同時に、共同事業の伸達をも獎勵せむは以て事業の結果遠大なることを期すべからず。故に近世文明諸國は個人的勞力の自由を保護すると同時に、共同組合の設立を保護することを努む。其共同組合を保護する方法に二あり。曰く私法上の作用を付するもの、曰く公法上の作用を付するもの是なり。私法上の作用を付するは會社法の由りて設けらるゝ所以なり。公法上の作用を付するは特別行政組織法に由りて設けらるゝ所以なり。

本邦に於ては特別行政の組織は未だ十分に發達せずと雖も、現行法に依りて致ふるに公共組合には二種ありて存す。國家か強制的に設立するもの及び關係人民の申立に依りて設立するもの是なり。例之、水害豫防組合の如きは國家か強制的に設立するものにして、普通水利組合又は商業會議所の如きは關係人民の申立に依りて設立するものなり。而して此等の組合は固有の財産能力の外に其組合員に對して強制權を行使することを得るものにして、國家は其自己の利害に對する關係を忽にせざるか爲めに適當の方法を以て其行爲を監督すること、地方團體に於けると其趣を同じくす。

### 第三章 行政訴訟及訴願

#### 第一節 行政訴訟

行政裁判の歐洲大陸に起りたるは實に歴史上の原因に本づくものにして、行政權をして司法權の下に屈服せしめざるの旨趣に出でたり。學理上の理由は蓋し後の學者か附會したる所たるに過ぎず。然れども凡そ方今の立憲國に於ては一として行政訴訟を認めざるはなし、唯各國制度の異なる所は行政訴訟の本質に在ら

すして、其之を審理する機關の組織如何に在り。其組織は専ら各國固有の歴史と其政治の實際とに因りて成るものにして精密に之を分類し難しと雖も、要するに行政官をして行政訴訟の審理に任せしむるものと、司法裁判所をして兼掌せしむるものと、特に獨立裁判所を設置するものとの三種の外に出でず。

我邦現今の行政裁判所は帝國憲法の條規に基づき、明治二十三年創めて設置せられたるものにして憲法以前には行政訴訟は専ら之を司法官に委ね、太政官に申稟して後に裁判したるものに過ぎず。現今の行政裁判所法は、獨立機關の組織を探り、其裁判權限を司法裁判より全然分離せるものなり。且つ行政裁判所は全國唯一の裁判機關として數級の機關を設くる普佛諸國の制度と異なれり。蓋し埃國の制度を参考したるものならむ。

行政訴訟とは行政官廳の違法處分に因りて權利を傷害せられたる者の提起する訴訟を謂ふ。然れども一切の違法處分か訴訟の原因と爲るに非ず、訴訟を提起すべき場合は法律勅令に特定の規定あるもの、外は、明治二十三年法律第百六號に列擧せられたる所に依る。故に行政裁判所の權限は法律を以て積極的に定めたる

範圍の外に出づること能はず、彼の通常裁判所の如く法律の不明不備又は欠缺の場合に於ても裁判を爲すことを得るものに非ず。

行政訴訟を起すに必要な條件は(一)行政官廳の處分たること(二)其處分の違法なること(三)權利の傷害あること是なり。行政官廳の處分と云ふか故に訴訟の原因は必ず行政處分ならざるべからず。命令に對しては行政訴訟を起すことを得ず。又違法と云ふか故に其行政處分は必ず法律又は命令に違背せるものならざるべからず。然れども違法處分は必ずしも臣民の權利を傷害する者に非ず行政官か法律又は命令に違背する行爲を爲すも臣民の權利に毫も關係なきとあり。此場合に於ては縱令違法の處分ありと雖も行政訴訟を提起することを得ず。權利の傷害とは一個人か啻に其利益を害せらるゝのみならず、其享有する既得の權利を毀損せらるゝを謂ふ。故に單に利害の關係ある者か行政官廳に異議を申立つるは行政訴訟の範圍に屬す。

通常裁判所と行政裁判所とは各獨立の地位に設けられたる裁判權限を有す。通常裁判所の通常たるは行政裁判所に對して云ふにあらず、他の特別裁判例之軍法

會議、領事裁判等に對して云ふのみ。故に通常裁判所と行政裁判所との關係は全く相異なるものにして、通常裁判所は民事及び刑事の訴訟を審判するを以て其權限とし、行政の訴訟に關しては特に法律を以て其管轄に屬せしめたるもの、例之衆議院議員の當選訴訟の如きもの、外は之を審判することを得ず。故に現行法に於て行政官廳の違法處分に因りて權利を傷害せられたる場合に於ても、行政裁判所に訴ふることを得ず、又司法裁判所にも訴ふることを得ざるものありと知るべし。

## 第二節 訴願

訴願は行政訴訟と同じく行政監督の爲めにする一種の制度たるも、其目的とする所は權利の傷害を回復するに非ず、行政處分に因りて、一個人か利益を害せられたるとき、又は其處分に付きて利害の關係あるときに提出するものにして、其處分をなしたる官廳の直接上級官廳に之を提出するものとす。而して訴願も其法律勅令に特別の規定ある外は、法律に列擧せられたる場合に限りて提出すべきものなることは行政訴訟と同じ。又此に直接上級官廳と云ふは即ち監督官廳を指す。

但國務大臣の處分に關しては上級官廳あるに非されは其處分を爲したる大臣に訴願することゝなれり。

訴願の外に又請願と稱するものありて訴願と並ひ行はる。訴願は唯行政處分に關し一個人の利害を本として之を起すものなれども、請願は必ずしも行政の事項のみに限らず、立法、司法の事項に關して呈出するを妨げず又一個人の利害關係あるを要せず、一般の利害に關しても請願は尙ほ之を呈出することを得。而して其呈出の自由なる代はりには、請願を受けたる者は法律上一定の裁決を與ふるの義務なきなり。

現行法に於ては行政訴訟と訴願とは其性質並ひ立たざるを原則とす。故に訴願を爲すものは其事件に付て行政訴訟を爲すとを得ず、又訴願に於て最終裁決即ち國務大臣の裁決を経たる事件は其裁決に對して、行政裁判所に出訴することを得ず。訴訟は權利傷害の場合に於て獨立の裁判所に提起し、訴願は利害關係の場合に於て處分を爲したる行政官廳を經由して直接上級官廳に提起すべく。又訴訟に於ては行政官廳を相手取りて原被告の關係を生ずれども、訴願に於ては此の如

き關係を生ずるものに非ず。而して地方行政に關しては地方上級廳に訴願したる後に行政裁判所に出訴することと定まれりと雖も、之を以て地方上級廳が行政裁判の始審を爲すと謂ふことを得ず。唯地方行政に關する訴訟は地方上級廳に訴願して後に提起するを條件とするのみ。

#### 第四章 權限爭議

權限とは法律又は勅令に依りて委託せられたる職務の範圍を謂ふ。一切の機關は皆其職務の範圍内に於て運動すべきものにして、若し其範圍を踰ゆるときは之を越權の行爲と謂ふ。越權の行爲は法律上一定の責任ありて之に伴ふことは論なし。然るに獨立の權限を有する官廳が惡意又は過失あるにあらすして、各自其權限の解釋を異にすることありて其間に權限の衝突を求たす場合あり、之を稱して權限爭議と云ふ。或は二箇の官廳が同一の事件を各自の權限に屬せすと主張することあり、之を積極的爭議とし、或は二箇の官廳が同一の事件を各自の權限に屬せすと主張することあり、之を消極的爭議とす。歐洲諸國に於ては特別の機關を組織して其爭議を裁判せしむ、權限爭議裁判所と云ふもの是なり。我邦に於て

は未だ特別に權限爭議の裁判所を設けず、唯行政裁判所と司法裁判所との權限爭議は權限裁判所の設置あるまでは樞密院をして之を裁定せしむることとせり。故に現行法の解釋として權限爭議の裁判に關する一定の手續を示すこと能はず。

廣く權限爭議と云ふときは職權爭議と權限爭議とを包含す。職權爭議とは同一種類の官廳の間相互に其職務上の權限を争ふものを謂ひ。權限爭議とは異種類の官廳の間相互に其職權を争ふものを謂ふ。

職權爭議を分ちて二と爲す。(第一)同一の監督の下に在る二箇以上の官廳の間に起るもの(第二)監督を異にする官廳の間に起るもの是なり。第一の場合に於ては上級官廳は其監督權を以て職權爭議の裁決を爲す。第二の場合に於ては其監督權の出づる所一ならざるか故に、現行法は行政の統一を保つ職分ある内閣に於て之を裁決することとなれり。

權限爭議の場合分ちて三と爲す。(第一)司法裁判所と行政裁判所との間の爭議(第二)司法裁判所と行政官廳との間の爭議(第三)行政裁判所と行政官廳との間の爭議

議是なり。此等の場合に於ては特別の権限争議裁判所を設け以て之を審理せしむること當然なりとす。

### 第三編 刑法

刑法とは立法者が認めて以て國家の安寧秩序を害すといたる所爲即ち犯罪に科すべき刑罰を定むる法律にして換言すれば犯罪と刑罰との條目を定めたる法律なり。國家の安寧秩序を維持するは一國の最大急務にして苟も一定の人類相集まりて一定の政權の下に服従するに於ては必ず刑罰の法を設けて其團結の鞏固を計らざるへからず。而して刑法の目的は専ら其急務に應ずるに在り。故に刑法は各種の法律中最も前に發達するものにして古代の法律は悉く刑法なりと云ふも敢て過言に非ざるへし。

刑法は制裁法なりとの學說ありて一時頗る世に行はれたり。抑も一切の法律は制裁の點より云へば刑法に歸着することは勿論なり。然れども刑法には刑法の制裁あり民法には民法の制裁あり行政法には行政法の制裁あること既に總論に於て述へたるか如し。故に刑法の制裁と其他の法律の制裁とは自ら別物にして、

刑法の制裁行はるべき場合は一々刑法の各條項に規定あり。故に一箇の行爲にして或は刑法の制裁を受けて民法又は行政法の制裁を受けざるものあり。或は民法又は行政法の制裁を受けて刑法の制裁を受けざるものあり。或は同時に刑法民法行政法の制裁を受くるものあり。刑法を制裁法なりとするの說の誤まれることは蓋し又明ならん。

刑罰權の基礎は從來の學者か嘖々として論ずる所なれども今茲に一々之を論評するの必要なし。蓋し古今學說の沿革を看るに一切の學說は常に其時代の風俗人情と相關係したるを見る。故に刑罰は祭政一致の時代に於ては神罰と認められ人智の尙ほ淺くして直接の利害の外を洞見する能はざる時代に於ては被害者の怨讎を報するものと認められ後に及ひては或は社會の利益に基くとし或は正當の防衛に因るとし或は道德の理想に出つとすれども余輩は此等の主義は皆各其一方に於てのみ正當にして且つ諸說必すしも相容れざるものに非すと信す。

故は余輩は刑罰は國家の安寧秩序を保持するの條件にして常に國家の利益に適し必要に由り正義に合ふものと思惟せらるるものなりと云ふを以て甘んずへ

## 第一章 犯罪の定義及種類

犯罪の定義を下たすこと正確ならんと欲するは頗る難し。其形式に付きて云ふときは犯罪とは立法者が刑法に設けたる罰條に該當する所の所爲なりと云ふを以て足る。故に如何なる所爲か犯罪を構成するやは一々法律の條文に依りて之を決せざるへからず。犯罪の實質に付きて論ずるときは學者の説區々にして、一定せざること刑罰權の基礎を論ずるものと同し。余輩此點に於ても國家の安寧秩序を害する所爲は犯罪なりと云ふを以て甘んずべし。

尙ほ形式上及實質上の定義を併せ用ゐることを得。此意に於て云へば犯罪とは立法者か國家の安寧秩序を害すと認め、て刑罰なる制裁を付し命令又は禁止する所の所爲なりとす。

犯罪の種類は種々の點より觀察して之を左の如く區別することを得。

## 第一 行犯及び不行犯

法律の禁ずる所を行ふときは之を行犯と謂ひ。其命令する所を行はざるときは

之を不行犯と謂ふ。凡そ犯罪は大抵行犯にして不行犯たるものは罕なり。其不行犯たる場合は刑法第一百七十九條第二百八十三條の犯罪の如し。

## 第二 有意犯及び無意犯

有意犯とは犯罪の意思ありて始めて犯罪と爲るものを謂ひ。無意犯とは犯罪の意思なくとも犯罪と爲るものを謂ふ。例之強竊盜詐欺取財其他犯罪の大部分は皆有意犯にして過失殺傷及び違警罪の各種は無意犯なり。

## 第三 即成犯繼續犯及び接續犯

即成犯とは一たび犯罪の所爲ありて直ちに其局を結ぶものを謂ふ。大抵の犯罪は皆即成犯なり。繼續犯とは若干の日時の間其所爲の間斷なく行はるゝ犯罪を謂ふ。例之監禁罪の如き軍用の銃砲彈藥を使用するか如き阿片烟を私有するか如き犯罪は皆繼續犯なり。此の二種の犯罪を區別する實用は時効の起算點を異にするを以て其重なるものとす。即ち繼續犯は犯罪の所爲を終りたる時より時効の期間を起算するなり。又繼續犯は其繼續時間の長短に因りて刑に輕重を來たすことあり。例之監禁罪の如し。接續犯とは繼續犯の如く若干の日時の間間

断なく行はるゝに非ずして時を隔て、數同一の所爲を行ふものを謂ふ。即ち其外形より見れば即成犯の度數を重ねるものにして、一たび其所爲を行ふも犯罪と爲るものなれども、其性質は一の目的を數度の所爲を以て達したるものにして、立法者は之を一罪と看做せり。故に時効の起算點は繼續犯と同じく最後の所爲ありたる日よりす。例之倉廩の中に貯藏せる米穀を毎夜一俵づゝ盜取するか如きは之を接續犯とす。

#### 第四 單行犯及び慣行犯

單行犯とは一たび其事を行ひて犯罪と爲るものを謂ひ。慣行犯とは數回其所爲を重ね常慣と爲れりとの認定を受けて犯罪と爲るものを謂ふ。大抵の犯罪は單行犯にして私に營業を營む罪(刑法第二百五十六條)の如きは慣行犯なり。而して此區別の實用は亦時効の起算點を異にするに在り。即ち慣行犯は其慣行なりと認定せられたる時より時効を起算す。何となれば犯罪は此時に於て始めて成立するものなればなり

#### 第五 現行犯及び非現行犯

現行犯とは現に行ひ又は現に行ひ終りたる際に發覺したる罪を謂ひ。非現行犯とは犯罪の事實ありたる後に發覺するものを謂ふ。此區別の實用は主として訴訟の手續を異にするに在り(刑事訴訟法第五十六條以下及び第四百四十二條以下)。又刑法中現行犯に非されば罰せざるものあり。例之賭博罪の如し(刑法第二百六十一條)。

#### 第六 常事犯及び國事犯

國事犯とは直接に政治上の秩序を害する犯罪にして常事犯とは其以外の犯罪を謂ふ。内亂外患に關する罪の如きは國事犯の著しきものなり。其他特別法例之出版法、集會法等に國事に關する犯罪あり。而して此區別の實用は(第一)刑罰を異にす(國事犯の刑は定役に服せず)(第二)裁判管轄を異にす(裁判所構成法第五十條第一)(第三)逃亡犯罪人の處分を異にす(明治十九年十月日米條約第四條同二十年勅令第四十二號逃亡犯罪人引渡條例第三條)。

#### 第七 通常犯及び特別犯

刑法に載する所の犯罪を通常犯と謂ひ。特別の法律に定むる所の犯罪を特別犯



と謂ふ。又通常犯は一般の國民之を犯し得べく特別犯は或は特別の人のみ犯し得べきものなり。故に特別犯に二様あり(一)特別の身分職務を有する者の爲めに設けたるもの例之軍人軍屬の爲めに設けたる犯罪。(二)特別法に於て定めたるもの例之保安條例、出版法、集會法、新聞紙法等に載する犯罪即ち是なり。而して此區別の實用は刑罰の適用を異にし及び裁判所の管轄の異にするに在り。例之特別法の刑罰は特別法に規定し又通常犯は通常裁判所に於て審判すれども、軍事犯は軍法會議に於て判決するか如し。

#### 第八 附帶犯及び非附帶犯

附帶犯とは密接の關係ある二以上の犯罪を謂ひ。非附帶犯とは孤立して存在する犯罪を謂ふ。此區別の實用は附帶犯は別に公訴を起すとを要せず、本訴を裁判する裁判所に於て審理するとを得(刑事訴訟法第百八十四條及び第百八十五條)。又附帶犯は或る場合に刑罰を加重する原因となるとあり、例之強盜婦女を強姦する罪の如し(刑法第三百八十一條)。

#### 第九 重罪、輕罪及び違警罪

此犯罪の區別は刑法中最も緊要なるものにして其要用も亦極めて多し。然れども如何なる性質の犯罪か重罪たり輕罪たり又違警罪たるやは豫め之を指定すると能はず。故に形式上の定義を以て立法者か科する所の刑罰の種類に従ひ其重罪の刑罰に該當する所爲を重罪とし。輕罪又は違警罪の刑罰に該當する所爲を輕罪又は違警罪なりと云ふの外他に適當なる定義を求むると能はず。要するに犯罪に基きて刑罰を見るに非ずして却て刑罰に由りて其犯罪の何たることを知るべきなり。而して此區別の實用は裁判管轄、再犯加重、數罪俱發、共犯、未遂犯、宥恕、減輕等刑法の各部に於て殆んど見ざるはなし。

#### 第十 既遂犯及び未遂犯

凡そ犯罪は一の所爲より成る。所爲は意思の作用の事實に顯はるものにして其事實に顯はるゝに至るまでは數段の階級あり先づ意思の發動に起り、後に決意となり以て之を事實に顯はすに及びて犯罪の構成せらるゝを見る。然れども意思の作用は専ら内部の事に屬し刑法の間ふ所に非ず、但犯罪の意思にして未だ事實に顯れずと雖も國家の職分は固より之を拋棄することを得ず。其危害を未だ

に防くものは一に行政警察の任する所にして、裁判所の職分に非ざるなり。犯罪の意思の作用事實に顯はれて外部の要素始めて備はる。其外部の要素備はると雖も刑法の原則としては、尙ほ豫備の所爲と實行の所爲とを區別せざるべからず。何となれば豫備の所爲は刑法の罰せざる所にして、實行の端緒あるに及て始めて刑法の犯罪を構成するものなればなり。故に此區別は最も緊要にして且つ最も困難なるものなり。豫備の所爲とは例之犯罪の意思を以て凶器又は毒藥等を購求する所爲の如きものを謂ふ。刑法の之を罰せざるは亦未だ一定の危害を生せざるのみならず、漫に此の如き所爲を罰するは犯罪者をして自止の道を杜絶せしむるものなればなり。然れども豫備の所爲と雖も豫備の所爲として罰するに非ずして他の犯罪の從犯とし又は特別の犯罪として之を罰するとあり(刑法第百九條)。又其事の重大なるものは豫備の所爲と雖も尙ほ國家の公安上之を罰することあり、例之皇室に對する罪、内亂外患に關する罪、貨幣偽造の罪等の如し。豫備の所爲と實行の所爲とを區別するは常に二の標準に由る、犯罪の意思及び其事實即ち是なり。例之竊盜の意思を以て門戶牆壁を踰越したるや否や、又其所爲

は犯罪の實行に着手せるものなるや否や、是れ豫備と未遂犯との因りて別るゝ所なり。故に或る事實が犯罪と直接にして不可分なる關係を有するや否やの點を明かにして、若し直接不可分の關係あれば其目的を遂げずとも未遂犯と爲り、若し其關係なくんば豫備の所爲として通常刑法の罰せざる所なり。尙ほ未遂犯を構成する元素を説明せん(刑法第百二條)。

(一) 或る犯罪を爲すの意思ありたること。故に其當然の結果として無意犯の未遂犯あるとなし。例之過失殺傷又は失火等に付ては未遂犯なく又有るべきの理なし。

(二) 犯意を以て行ひたる所爲が實行の端緒たること。例之人を銃殺するの目的を以て彈藥を裝ひ、又は人を毒殺するの意思を以て毒藥を飲食物に混和するは未だ豫備の所爲たるに過ぎず。然れども既に銃の照尺を定めて其人の來るを待ち又は其飲食物を其人の前に置き若くは之を取り易からしむるか如きは既に實行の端緒なりと云はざるを得ず。

(三) 未遂の原因か意外の障礙若くは舛錯に出づること。意外の障礙に因る未遂

とは既に犯罪の實行に着手したれども、外來の故障に因りて之を遂ぐることを得ざるものにして、例之人を途に要して之を殺さんとし既に刀を擧げたるとき偶、他人に遮らるゝか如し。刑法の學理に於ては之を着手未遂と謂ふ。意外の舛錯に因る未遂とは既に着手の度を越えて犯罪の所爲は十分に之を盡したりと雖も、内發の故障に因りて其結果を生ぜざるものにして、例之銃を人に擬して發射したれども其彈丸外れて其人に中らざりしか如き場合なり、學理上之を缺効犯と謂ふ。其何れにするも未遂犯は犯人か意外の原因に由りて犯罪の目的を達せざりしときに犯罪と爲るものなり。故に犯人自ら其所爲を中止したるときは未遂犯に非ず。其自止の原因は真心の悔悟に出つると畏懼の念より出つるとを問はず、刑法は等しく之を罰せざるなり。

既遂犯とは犯罪の意思を以て行ひたる所爲か其目的を達したる場合に於て謂ふものなり。之を未遂犯と區別するには刑法の各條に就て犯罪の性質を明かにし、其要素を求めて各犯罪の要素全備すれば既遂犯と爲り、其要素全備せずども其所爲か實行の端緒に至るときは未遂犯と爲すを以て通常適當の方法なりとす。未

遂犯と既遂犯とを區別する實用は(一)刑罰の異なること、(二)未遂犯は或る場合に於て例之輕罪の未遂の場合には通常之を罰せず、違警罪の未遂は悉く之を罰せざることと是なり。

缺効犯と相似たる一の犯罪あり學者之を稱して不能犯と云ふ。不能犯とは物理上犯罪の結果か生し得へからざるものにして、即ち人力を以て到底犯罪の目的を達すること能はざるものなり。故に通常不能犯は之を罰せず。尙ほ不能犯を區別すれば左の如し。

(一) 犯罪の物體に關する絶對的不能 犯罪の目的物か全く存在せず又は犯罪を成すに必要なる性質を備へざる場合を謂ふ。例之人影を誤認して人とし之を狙撃するか如き又は自己の所有物たることを知らずして之を竊取するか如し

(二) 犯罪の物體に關する相對的不能 犯罪の目的物存在せざるに非されども犯罪者か存在せりと思ひし場所に存在せざりし場合を謂ふ。例之犯罪者か其殺さんと欲せし人の住居する室に向ひて射撃したるに、偶、其人の室内にあらざりし場合の如し。此種の犯罪は學者の論說又は裁判の實例に於ても缺効犯とするもの

少なからず。

(三) 犯罪の所爲に關する絶對的不能 犯罪者か欲せる所爲を以てしては何人とも到底犯罪の事實を生せしむること能はざる場合を謂ふ。例之空砲を實丸ありと誤認して之を發射し、其藥を毒藥と誤認して之を人に服せしめたる場合の如し。

(四) 犯罪の所爲に關する絶對的不能 犯罪者か欲せる所爲は犯罪の目的を達するに必要なる性質を備ふれども其使用を過まりたるに因りて犯罪を生せざる場合を謂ふ。例之銃器の使用に熟練せず又は距離の稍遠きに過ぎたるか爲めに其殺さんとしたる人を殺し得ざりし場合の如し。此種の不能犯は通常之を缺効犯として罰すべしとする議論多しとす。

以上は現行刑法の規定を基とし舊來の學說に依りて犯罪の種類を區別し刑罰の輕重を論じたるに過ぎず。近來に及びて刑法の學理は大に變遷し犯罪を客觀的に觀察したる舊來の學說に反して主觀的に觀察するもの多し。即ち舊說は所爲の點に重きを置き新說は犯罪者の意思に重きを置く故に其理論か刑罰の實際に

及ぼす影響も亦甚大なり。若し此學說にして諸國の立法上に採用せらるゝに至らば所謂不能犯もなく未遂犯缺効犯の區別も亦無用に屬し唯立法者か罪を定むる標準は犯罪者か社會生活に適するや否やの點に於て存するに至るなるべし。

## 第一章 犯罪の責任

犯罪の責任論に於ても實驗派の學說と理想派の學說とに於て大に其趣を異にす。理想派は人類の自由意思を以て責任の根據を説き。實驗派は人類の動作は唯外來の動機に因りて生ずるものにして善惡正邪の識別力なきを主張し責任の基礎を人類其者に取らすして社會の危害に取れり。余輩は此點に付きても未だ容易に斷定を下たすことを得ず、姑く二派の學說は各、其一方に於て多少の眞理を含むものと認めむ。

現行法の法理に於て犯罪を構成するには識別力自由及び犯意の三原素あるを必要とし若し此原素を欠けは其所爲は犯罪と爲らず。不論罪とは即ち是なり所謂不論罪は罪を論せざるに非ずして罪として論せざるものなり。以下順を逐ひて略説せん。

第一 識別力を欠くに原因する不<sup>〇</sup>論<sup>〇</sup>罪<sup>〇</sup>

識別力とは善惡正邪を辨識判別する各人の能力にして此能力を喪失せる者の所爲は犯罪を構成せず。而して其喪失の原因には普通なるものあり幼者はなり。

又特別なるものあり智覺精神を喪失せる者はなり。

(一) 幼者の不<sup>〇</sup>論<sup>〇</sup>罪<sup>〇</sup> 凡そ人の識別力は之を大別して三時期と爲すことを得。(一) 識別力の全く欠缺せる時(二) 識別力の有無未定なる時(三) 識別力の存在確定なる時はなり。然れども此時期は各地各人必ずしも一定せず故に絶對的に其分界を立つること甚だ難し。立法上の方法として其時期を定めず或は裁判官の專斷に任ずることを得或は法律か豫め之を認定して裁判官の專斷を容さるることを得或は法律か一定の推測を求めて裁判官に多少事實上の酌量を爲さしむることを得。現行刑法は近世各國と共に最後の折衷法を取るものなり。

瘖啞者の犯罪に付きては各國の刑法其制裁を定むること一ならず。或は通常人と等しく識別力を備ふる者と推定するものあり獨佛二國の如きは然り。或は反證なき限りは識別力を備へずと推定するものあり伊白二國の如きは然り。或は

全く其罪を論せざるものあり。我刑法は此第三の主義を取りて十二歳未滿の幼者と同一の地位に置けり。

(二) 智覺精神を喪失したる者の不<sup>〇</sup>論<sup>〇</sup>罪<sup>〇</sup> 智覺精神を喪失する原因は一ならず故に法律は何れの種類をも區別せず唯之を事實問題として一般の規定を設けたり。而して不<sup>〇</sup>論<sup>〇</sup>罪<sup>〇</sup>の條件として罪を犯す時に其智覺精神なきことを要するものとす。

醉狂も亦智覺精神喪失の内に算入せらるるを常とす。然れども犯罪を爲すか爲めに故らに酒に酔ひて勇氣を鼓舞するか如き場合には智覺精神を喪失せる者として其罪を免ずることなし。

第二 自由を欠くに原因する不<sup>〇</sup>論<sup>〇</sup>罪<sup>〇</sup>

法律は尋常普通の人情を本として仁人君子の行を強ふるものに非ず故に抗拒す可からざる強制に遇ひ其意に非ざる所爲は犯罪を構成せず。抗拒すへからざる強制に二種あり。一は身体上の暴行に因るものにして一は精神上の脅迫に因るものなり。此二種の強制に出でたる所爲は共に其罪を論せずと雖も學理上より見れば其間に區別を設けざるへからず。身体上の暴行に因るもの例之人の手を

取りて他人を傷くる如き其所爲は暴行者の所爲にして。傷つけたる者は唯其器械たるに過ぎず。然れども精神上の脅迫に因るもの、例之彼を毆たすんは汝を殺さんと脅迫せられて畏懼の念を生し其人を毆打したる如きは、脅迫を受くる者に於て多少選擇の自由あるものなり。故に法律は等しく之を不論罪とすれども、理論上に於ては第一種のもの自ら其趣を異にす。

本屬長官の命令に従ひ職權を行ふか爲めに爲したる所爲も亦自由を欠くものにして其罪を論ぜず是れ専ら政治上の實際に於て此の如くならざるへからざるを以てなり。但し此不論罪は命令が毫も法律に反せざる場合には適用せず。命令を受けたる者に於て其命令が事實に反すと認めて之を行ひたる場合に適用するものなり。

### 第三 犯意を欠くに原因する不論罪

犯意とは刑法上に罪として規定したる事實を行ふ意思を謂ふ。犯罪の意思と犯罪を決心せしめたる原因とは之を混同すへからず。例之謀殺の場合に於て其人を殺すの意思は即ち犯意なり。然れども其殺意を起すに至る原因は千種萬別

にして或は君父の爲めに讐を報し、或は國家の爲めに奸臣を誅すとするか如き道徳上或は賞揚すべき所なきに非すと雖も、其原因は毫も犯罪の有無と關係する所なし。

凡そ犯罪を構成するには犯意あることを要す、故に犯意なき所爲は犯罪として之を論ずることなし。唯過失罪又は違警罪は此原則の例外なり。例之過失殺傷又は失火の場合に於て縱令其人に犯罪の意思なかりしとするも法律は其不注意を責めて之を罪とするものなり。故に若し疎虞懈怠のなかりし事實明白なる時に於ては固より過失罪を構成せざるものとす。又違警罪も固より犯罪の一種なりと雖も、其性質より考ふるときは寧ろ警察處分に屬して、其所爲の罪となるには別に犯意を要せざることは通常學者の皆説く所なり。

犯意外の結果を生したるときは、縱令犯罪の意思なきも尙ほ其責を免かれざることあり。其以外の結果は一種の過失罪を爲すものと見て可なり。例之毆打致死の罪の如し。

罪と爲るべき事實を知らずして行ひたる所爲は、犯意なき一種の場合として之を

論す。例之有夫の婦たることを知らずして之と結婚し、又は毒藥たることを知らずして之を人に服せしめたる場合の如きは、重婚又は毒殺の罪に問はれざるか如し。罪本重きことを知らずして行ひたる所爲も、亦其重に従ひ論するを得ず。即ち其一部分は犯意なきものなればなり。例之暗夜に他人と認めて自己の祖父母父母を殺傷したるときは、其殺傷の罪は免れされども祖父母又は父母を殺傷したる爲め其罪を重くせず。若し立法上より論するときは此二種の場合に關する現行刑法の規定は或は寛に失するの非難を免かれざるべし。蓋し此犯意外の所爲は過失罪と認めて罰するも敢て不可なきか如くなればなり。法律を犯すの意思と犯罪の意思とは本と同一ならず。苟も法律に罪として罰する所爲を行ふときは其之を行ふ者に於て法律を知ると知らざるを問はず等しく刑罰を免るゝこと能はず。何となれば法律は國家の安寧秩序を本として人の之を知ると否とを問ふものに非されはなり。故に一定の施行期間を経て法律を知らざる者は唯之を知らざる者の不注意と爲すのみ。

### 第三章 特別の不論罪

特別の不論罪は一に之を正當防衛と云ふ。現行刑法は特に之を殺傷に關する不論罪として第三編に規定せりと雖も、學理上は之を一般の不論罪として論せざるべからず。正當防衛の何たることは既に總論を講ずるに當りて之を述べたり故に贅せず。唯茲に注意すべきは一般の不論罪と特別の不論罪とは共に犯罪を構成せずと雖も、其性質に於て大に異なる所あるの一事是なり。正當防衛は權利の實行なれども、一般の不論罪は唯責任を欠くに止まりて之を權利の實行とするとを得ず。故に正當防衛は刑法上の責任なきと同時に民法上の責任をも生せず、又數人共犯の場合に於ても正當防衛は其數人に向て犯罪を構成せず。正當防衛に必要な條件は左の如し。

第一、加へられたる暴行が不法の所爲に出づると。例之官吏の職務を行ふ場合の如きは假令腕力を用ひて強制せらるゝども、其所爲は適法の所爲なるか故に之に對して正當防衛あることなし。然れども其不法の所爲は之を爲す人の何者たるを區別せず、故に犯罪の無責任者か不法の暴行を加ふるときに於ても、之を加へられたる者に於て正當防衛の權あることは論を待たず。唯卑屬親か尊屬親に對

しては假令不法の所爲と雖も之に對して正當防衛の權ありと云ふことは我邦從來の風俗として之を許さざるなり。

第二、暴行は目前に迫り且つ危害の重大なると、故に暴行既に過ぎ去りたる後に於て行ふ所爲は復讐にして正當防衛にあらず。又面に唾せられたるが如き瑣細なる所爲に對し憤懣の情に堪へずして即時に其人を殺すか如きは正當防衛ならず。

第三、腕力を以てするに非されは其危害を避くる能はざると、故に救助を呼び逃走することを得る場合の如きは多くは正當防衛を構成せず。

第四、不正の所爲に因りて自ら暴行を招かざりしと、此條件は我刑法に於て特に見る所にして學理上甚だ解釋に苦しむ所なきに非ず。何となれば不正の程度を定むること能はされはなり。若し僅に他人を誹りたるに其人怒りて將に己を殺さんとするが如き場合に當りても、尙ほ正當防衛の權なしとするは頗る苛酷に過くるものと謂はざるへからず。故に現行法の解釋としては人の常情に基づきて、一般に他人の暴行を招くに足るべきものを不正なりと認むるの外なきか如し。

#### 第四章 數人共犯

數人共犯とは二人以上相連結して一罪を犯すを謂ふ。別ちて正犯及び從犯の二と爲す。正犯とは犯罪を遂ぐるに必要なる働を爲したるものを謂ひ。從犯とは罪を犯すとを知りて法律に定むる手段を以て之を幫助し又は容易ならしむるに止まるものを謂ふ。故に犯罪の實行以前には唯教唆を以て正犯とし其他豫備の所爲は之を從犯とす。犯罪の實行と同時に所爲には或は正犯あり或は從犯あり。犯罪の實行以後の所爲には固より正犯の存す可き理なく隨て從犯あるべき理もあることなし。要するに正犯と從犯との區別は其所爲なきときは犯罪を遂ぐるとを得ざりしや否やの點を以て標準とすへし。

共犯者は各自に其刑を科し犯人數多の場合には刑を加重す。是れ被害者をして其防衛に難からしむればなり。

人を教唆して重輕罪を犯さしめたる者は之を正犯とす。然れども其教唆に因りて始めて犯罪を生せしに非されは之を正犯と云ふことを得ず。又教唆罪は其教唆したる所爲の實行ありて始めて成立す、故に犯罪か教唆したる犯罪より重きと



きは其指定したる犯罪に従ひ輕きときは現に行ひし所の程度に従ひて教唆者の罪を定む。

正犯の刑を加重減輕すべきときに共犯の刑も亦加重減輕すべきや、專ら法律上の加重減輕に關する問題なり。此問題を決するには先づ犯罪の事實の形狀に本づく加重減輕と共犯者の身分に本づく加重減輕とを區別すべし。其犯罪事實の形狀に本づくものは共犯者をして悉く其責に任せしめ、身分に本づくものは他の正犯從犯に之を及ぼすことを得ず。

### 第五章 刑罰の處分及び假出獄

刑罰の何たることは總論に於て既に之を述べたり。現行刑法に於ては刑罰を三種に別ちて主刑及附加刑と爲す。主刑は犯罪と對立する刑罰にして附加刑は主刑の實行を確むる爲めの刑罰なり。主刑は必ず之を宣告し附加刑は宣告するものと宣告せざるものとあり。

#### 第一 主刑處分

一、死刑 死刑は絞首す。身首處を異にするの慘狀なからむとを欲すればなり。

獄内に於て之を密行す。公行の懲戒と爲らして却て害惡を來たすの虞あればなり。司法大臣の命令を待つ。生者一たび死すれば復た活くべからず故に之を始に慎むなり。祭日に執行せず。億兆昇平を謳歌するの日に犯人の遺族に流涕せしむればなり。懷胎中に執行せず又分娩後一百日を経過して執行す。公刑は一人に止まるものなればなり又其子を乳養せしむるを欲すればなり。

二、徒刑及び流刑 徒刑に有期無期の二あり島地に派遣して定役に服せしむ。流刑にも亦有期と無期とありて同じく島地に派遣すれども定役に服せしめず。定役の有無は常事犯と國事犯とを別つ所以なり。

三、懲役及び禁獄 懲役は内地の獄に入れて定役に服せしむ輕重の二ありて其服役の期限を異にす。共に常事犯に科する所の刑なり。國事犯には禁獄の刑を科す。禁獄は内地の獄に入れて定役に服せしめ懲役と同じく輕重の二ありて其期限に長短あり。

四、禁錮 禁錮は輕罪の主刑なり期限の長短に因りて其輕重を異にせず、唯服役の有無に因りて重禁錮と輕禁錮とを分つ。常事犯と國事犯との刑を異にするの

意に出つ。

五、罰金 罰金は大抵附加刑として之を科す其主刑として科せらるゝは過失罪の場合に於てす。若し罰金を納めざる者あるときは一圓を一日に折算して之を禁錮に換ふ。

六、拘留及び科料 拘留及び科料は共に違警罪の刑罰なり。拘留は拘留所に留置し定役なし。科料は財産刑の一にして裁判確定の日より十日内に完納せしむ。

### 第二 附加刑處分

一、剝奪公權 剝奪公權は其性質より之を云ふときは名譽刑の一にして其結果の財産に及ぶものは唯間接の効力たるに過ぎず。重罪の刑には終身之を附加し宣告を要せず。

二、停止公權 禁錮に附加して宣告を要せず。故に刑期間の剝奪公權と云ふことを得へし又監視の期間内も公權を停止す。

三、禁治産 禁治産とは財産に關する私權行使の能力を剝奪するの刑にして重罪の刑に處せられたる者は別に宣告を用ゐず其刑期間自ら財産を處分すること

を禁す。

四、監視 監視は性質より云へは刑罰に非ず寧ろ行政處分の一にして其目的は再犯を未發に防ぐに在り。

五、罰金 附加刑としての罰金は之を宣告し禁錮に附加す。

六、沒收 沒收も亦罰金と同じく財産刑の一種にして犯罪に直接の關係ある物の上に之を行ふ。其種類を舉ぐれば(第一)公禁物例之軍用の銃砲、彈藥、健康を害する飲食物、猥褻の圖書の如き、(第二)犯罪の用に供したる物件例之殺人の用に供したる刀劍、銃獵の用に供したる小銃等の如き、(第三)犯罪によりて得たる物件例之官吏の收めたる賄賂、官許を得ざる興行物の收入金の如き是なり。此三種の物件中第一は第二及第三と性質を異にし其沒收は全く行政の處分に屬して刑罰に非ず、故に何人の所有を問はずして之を沒收し又何年を経過すと雖も、期滿免除を得ること能はず。

### 第三 假出獄

假出獄とは重罪輕罪の刑に處せられたる者か、獄則を遵守し、悛改の狀あるとき之

をして假に獄を出て尋常生活を爲さしむる行政處分を謂ふ。専ら悛惡遷善を目的とする所の制度なり。又無期流刑の四五年を經過し有期流刑の四三年を經過すれば島地に於て地を限りて住居せしむ。之を免幽閉と謂ひ。其目的は假出獄と同じく悛改を奨勵する政略に出づるものなり。

### 第六章 刑罰の加重減輕

刑罰の輕重は犯罪の輕重と比例せざるべからすと云ふことは、從來各國の刑法に於て刑罰の目的とせし所なり。而して此目的を達するには或は法律か全く刑罰を一定して裁判官の專斷に任せざるものあり、或は裁判官をして實際に臨みて伸縮を自由にせしむるものあり。一を定刑主義と謂ひ一を專斷主義と謂ふ。現行刑法は其中間を取りて法律は抽象的に刑罰を定め、實際に付ては裁判官をして法律の定むる所の範圍内に於て加重減輕せしむるものなり。此方法を名けて折衷主義と謂ふ。

刑罰の加重減輕に二種あり。法律上の加重減輕及び裁判上の加重減輕是なり。此二者の相異なる點は法律上の加重減輕は刑名を變し裁判上の加重減輕は刑名

を變するの力なきに在り。

#### 第一 法律上の加重減輕

法律上の加重減輕は事實の狀態に基つくものと犯人の身分に基つくものとあり。例之凶器を携帶して竊盜を爲したる罪の加重は事實の狀態に基つくものにして、再犯者の罪又は卑屬親か尊屬親に對する罪の加重は犯人の身分に基つくものなり。

法律上の加重は又特別の加重と一般の加重とに別つとを得。特別の加重は法律の各本條に記載し一般の加重は再犯加重の場合とす。再犯とは一回罪を犯して有罪の判決を経其裁判確定したる後に累ねて罪を犯すを謂ふ。而して現行刑法の原則としては再犯を加重するには再犯か同種の罪たるを要せず、是れ羅馬古法及び近世獨逸等の國に行はるゝ刑法と其規定を異にする所なり。但軍事犯と非軍事犯とを犯したる場合には再犯加重の原因と爲らざるものとす。再犯加重の場合に三あり。(一)重罪の刑に處せられたる者再び重罪を犯したる場合(二)重罪輕罪の刑に處せられたる者再び輕罪を犯したる場合(三)違警罪の刑に處せられたる

者、再、ひ、違、警、罪、を、犯、し、た、る、場、合、是、な、り。但、違、警、罪、の、再、犯、加、重、に、付、て、は、處、と、時、と、を、斟酌、す、る、こ、と、を、要、す。即、ち、一、年、内、に、同、一、の、違、警、罪、裁、判、所、の、管、轄、内、に、於、て、再、ひ、違、警、罪、を、犯、し、た、る、こ、と、を、必、要、と、す。

法律上の減輕は即ち宥恕減輕なり。又之を別ちて一般の宥恕減輕と特別の宥恕減輕との二とす。一般の宥恕減輕は未成年者の犯罪に關するものにして其他は皆特別の宥恕減輕に屬す。自首減輕は一般の宥恕減輕の一種にして政略に基く特例なり。而して自首減輕を得るには二个の條件を必要とす。

(一)官に自首すること(二)自首は事未だ發覺せざる場合に於てすること、是なり。謀故殺には自首減輕を與へず。其理由は復讐又は國事犯の目的を達せんか爲めに謀故殺を行ひて自首するか如きは、始より自首するの覺悟を以て其罪を行ふもの往々之あるを以てなり。

## 第二 裁判上の加重減輕

法律は勉めて寛大を旨とし裁判上の加重を設けず、唯其減輕を設くるのみ。裁判上の減輕とは即ち酌量減輕なり。之を設けたる理由は罪犯の輕重を來たす原因

千態万狀にして逐一法律を以て之を定むること能はざるに出づ。刑罰を加重減輕するに常事犯と國事犯とに因りて其等級を異にす。又刑罰の加重に制限あり加へて死刑に入ることを得ず、輕罪の刑は加へて重罪に入ることを得ず、違警罪の刑は加へて輕罪に入るとを得ず。輕罪にも亦制限あり輕懲役又は輕禁獄に該る者の減輕せらるべき場合是なり。輕罪の刑は唯禁錮と罰金との二に過ぎざるものなるか故に加減して其刑名を變ずること能はず、刑期金額の四分の一を加減するを以て一等とす。而して其計算法は常に本刑を原數として遞加遞減するに在り。法律上此等の加重減輕の規則を稱して加減例と謂ふ。

加重減輕の原因同時に起るときは從犯及び未遂犯の減等其他特別の加重減輕あるときは其加減したるものを以て本刑とし、次に再犯加重、宥恕減輕、自首減輕、酌量減輕の順序に従ひて刑罰を加重減輕するものなり。之を名けて加減順序と謂ふ。

## 第七章 數罪俱發

數罪俱發とは一人か二以上の罪を犯して未だ確定裁判あらざる場合を謂ふ。其再犯と相異なる所は確定裁判を経ざるの一點に在り。數罪俱發は一の重きに從

て處断すと雖も數罪の處分なり。再犯加重は之に異なりて再犯のみの處分なり。何となれば初犯は既に判決を経たるものなればなり。數罪俱發の處分に付ては三種の方法あり。(一)併科主義(二)吸收主義(三)折衷主義是なり。

併科主義は各罪に其刑を科するものにして、現今未だ實際に之を行ふ處あるを見ず。吸收主義は現行刑法の採る所にして數罪中唯一の重きものに從て處断するものなり。折衷主義は國に依りて其方法を異にし、或は最重刑の最長期を分界とし、或は或る程度を制限として各罪の刑を併科するものなり。獨逸、白耳義、魯西亞等の主義是なり。

## 第八章 刑罰の消滅

刑罰は裁判確定の後に非されは之を執行することを得ず。故に裁判確定せざる間は公訴權の消滅あるか、若くは裁判宣告の消滅あるのみにして刑罰は其結果として消滅するに過ぎず。今茲に消滅原因を擧ぐれば

- (一) 刑罰執行の終了 是れ通常の原因にして此他は特別の原因なり。
- (二) 犯人の死去

(三) 大赦及び特赦 大赦とは或る種類の犯罪者に對して過去及び未來に犯罪者たるの名を消滅するものを謂ひ。特赦は刑罰の執行を免するものを謂ふ。

共に天皇の大權に出づる行爲なり。大赦は罪を目的とし特赦は人を目的とす。大赦は何時と雖も之を下すことを得。特赦は裁判確定の後に限る。大赦は再犯加重の原因と爲らす。特赦は其原因と爲ることを妨げず。

(四) 復権 復権とは剝奪せられたる公權を未來に回復するを謂ふ。亦天皇の大權に因りて之を與ふることを得るものなり。

(五) 期滿免除 期滿免除は一定の時日の經過するに因りて公訴權又は刑罰の執行權を消滅せしむるものを謂ふ。公訴權の消滅するは之を公訴の期滿免除と謂ひ、刑罰の執行權の消滅するは之を刑罰の期滿免除と謂ふ。主刑の期滿免除は其年限に長短あり、附加刑は期滿免除を得る者と得ざる者とあり。而して期滿免除の期限は本刑に依りて定むるに非ず、加減して宣告したる刑に從ふ。其起算は執行を遁れたる日を以てす。通常は確定裁判の日よりし、死刑は司法大臣の命令ありたる日よりし。再逃走は其逃走の日より新たに

起算し。欠席裁判は其宣告の日より起算す。

## 第四編 民法

民法には廣狹の二義あり。廣義を以て民法と謂ふときは國民の私法的關係を規定したる法規の全體を指す。私法的關係とは法律か一人としての存在及び生活を保護するより生ずる種々の關係にして、即ち婚姻其他一切の親屬上又は財産上の關係なり。然れども通常民法と稱するものは狹義の民法にして私法的普通法の性質を帶ふるものを謂ふ。故に特定せる行爲を支配する商法又は特定せる階級に行はるゝ貴族法の如きは通常之を民法の中に入れざるものとす。

民法の編成方法は一にして足らず其最も世に著しきものは論理的編成法にして、別ちて羅馬式編成法及び獨逸式編成法の二とす。羅馬式編成法は儒帝の教科書法典に起り、弗烈克法典及び奈翁法典之に亞き、伊、埃、蘭、魯等諸國の民法は多少の差異あれども皆其順序に倣ひて編纂せり。獨逸式編成法は一千八百六十五年の索遜民法に起り、獨逸聯邦國の民法は大抵其編纂法を取る。我民法は羅馬式編成法に依り佛、伊二國の民法を參考して成りたるものにして、其順序は大に從來の法典

と其趣を異にするものなきに非ず。乃ち全部を別ちて人事編、財産編、財産取得編、債權擔保編、證據編の五編となし。三編類別(人事編、財産編、財産取得編)の常例を改めたるは是なり。然れども其理由は唯専ら便宜に出で理論上の必要より來れるものに非ず。近世の學者が法典編纂の最も論理に適し、且つ最も進歩せる法律思想を表せりとするものは獨逸帝國の民法草案とす。今其順序を擧ぐれば(第一)總則(第二)人權法(第三)物權法(第四)親屬法(第五)相續法とす。法典調査會は此順序に従ひて既成の民法を修正すと云ふ。故に余輩も亦之に従てて民法の要領を示さんと欲す。

## 第一部 人權法

### 第一章 人權及び義務

人權は財産權の一部分にして直接に物の上に行はるゝに非ず、物と權利の主體たる人との間に他の特定の人の介立するありて、其權利は直接に其人の行爲の上に行はるゝものなり。法律上其關係を名けて義務と云ふ。乃ち義務とは特定の一人又は數人をして他の特定の一人又は數人に對し、特定の行爲又は不行爲を爲す

とに服従せしむる法律上の羈絆なり。尙ほ左に此定義を分拆すれば

第一 義務は法律上の羈絆なり。法律上の羈絆とは特定の人か他の特定の人に對する法律上の關係にして、其義務を負擔する者は恰も羈絆を以て其自由を束縛せられたると同じく、國家の公力を以て其履行を強制せらる。故に義務即ち法律上の羈絆には或は働方なる者あり或は受方なる者あり。働方義務は之を債權と稱し受方義務は之を債務と稱し、働方義務の主體を債權者と云ひ、受方義務の主體を債務者と云ふ。我民法も亦羅馬法以來の原則に従ひ義務を以て法律上の羈絆なりとせしは可なれども、其定義を見るに人定法又は自然法の羈絆なりとあり。人定法の羈絆とは法律上の訴權を生ずる者を云ひ。自然法の羈絆とは法律上の訴權を生ぜざる者を云ふ。羅馬法か沿革上の必要より自然義務を規定したるの當否は姑らく措き、近世の法理に於ては訴權を生ぜざる義務は法律上の義務とするとを得ざる者とす。思ふに我民法には義務は其効力の強弱に依り人定法の義務と自然義務との差異ありとし、訴權の存在を以て義務の要素とせさりしか故に、財産編第二部の終に自然義務の事を規定し、又義務の定義にも自然法の羈絆と云

ふ語を用ゐたるなるへしと雖も、理論上恐くは正當なりと謂ふとを得ざるへし。

第二 義務は特定の行爲又は不行爲を爲すことに服従せしむるものなり。民法の定義には或る物を與へ又は或る事を爲し若くは爲さざるとに服従せしむる云々とあり。或る物を與ふるは豈或る事を爲すの外に在るへけんや。蓋し羅馬法の定義に用ゐたる文字は所有權を移轉し、勞力を供し、又は供せざることに服従せしむと云ふの意なりしを、歐洲中世の學者が誤りて之を廣義に解釋せしより、遂に今日に馴致し延て其誤りを我國に傳へたるなり。故に吾輩は單に特定の行爲、不行爲を爲すことに服従せしむるものとすを以て十分なりと信す。

第三 義務は必ず特定の一人又は數人に對して生ずるものなり。故に人は世上一般に對して義務を負ふとなく、又世上一般か一人に對して義務を負ふことなし。義務の原因と云ひ、義務の目的物と云ひ、義務の働方主體たる債權者と云ひ、皆一も特定ならざるはなし。從て茲に義務と稱するものと前に述べたる絶對的權利に對するの義務、又は公法上に所謂納税の義務、兵役の義務等とは之を混同すべからず。

## 第二章 人權の原因

人權の原因を分ちて四種とす。契約、不當の利得、不正の損害、法律の規定是なり。以下順次に此四種の原因を説明すへし。

## 第一節 契約

歐洲諸國の學說及び法制に於て契約の定義を下すこと一様ならず。然れども其最も普通に行はれ且つ最も完全なる定義を擧ぐれば、應さに左の如くなるへし。  
 契約は人權を生ずる合意なり。  
 今此定義を分拆すれば

第一 契約は合意なり。 汎く合意と云ふときは二人以上の意思相合致するを謂ふ。故に例之明日上野公園に散歩すへしと約束するも、亦一の合意なれども法律上の効力を生ずるものに非ず。法律上に合意と云ふときは凡そ物權又は人權を問はず、必ず或る權利を創生し又は變更、消滅せしむるの目的を以てする二人以上の意思の合致を指して云ふものなり。

第二 契約は人權を生ずる合意なり。 故に契約は合意の一種にして合意と義務と相聯關し、法律に依りて其履行を求め又其違背に對して法律の制裁を求め得べきものなり。而して單に人權を生ずる合意なりと云ふか故に、物權を移轉して人權を遺存せざる合意例之物の讓渡の如き。又は人權を變更若くは消滅せしむる合意例之義務の更改の如き。又は義務の免除の如きは通常之を契約と謂はざるなり。

契約の完成條件に二種あり。一を成立條件と云ひ、一を有効條件と云ふ。此二種の條件の異なる所は成立條件を欠く契約は、通常裁判所に訴へて銷除することを得たすして自ら不成立となり。又如何なる方法を以てするも効力を生ぜしむること能はず。有効條件を欠く契約は之を鎖除する代はり、一定の手續を以て之を認諾することを得。又一定の年限を経て相手方が其鎖除訴權を行はざるときは時効に依りて有効となることを得。

## (甲) 契約の成立條件

契約の成立條件は之を左の數種に分つことを得

## 第一 承諾



契約は相手方なくして成るものにあらず、必ず一方の言、込と他の一方の承諾とに依りて成る。承諾とは即ち當事者の一方の言、込と之に對する他の一方の承諾とのありたる場合を謂ふ。故に一方の言、込のみありて他の一方の承諾なき間は、言、込人に於て未だ法律上の義務を生ぜざるか故に、言、込人は其言、込を取消すとを得。又承諾人の承諾は言、込の趣意を少しにても變更するときは、承諾を爲すに非ずして一の新なる言、込を爲すに外ならず。故に前の言、込人が之を承諾するまでは承諾ありと謂ふとを得ず。而して言、込及び承諾は書、面、口、頭若くは容、態を以て之を爲し、又事情に依りては默、示にて之を爲すことを得るものなり。

承諾の有無に關しては、契約の當事者か互に遠隔の地に在る場合には法律上頗る困難なる問題を惹起す、我民法の之に關する規定は曖昧にして其旨を得るに苦めども、一般に考察するときは、此問題に關しては表示主義、發信主義、受信主義及び認知主義の四種の學說あり。表示主義に従へば意思を外形に表示したる時即ち承諾の報を認めたる時に於て承諾成立し。發信主義に従へば承諾の報を發したる時を以て承諾成立し。受信主義に従へば承諾の報か言、込人に到達したる時を以て承諾成立し。認知主義に従へば言、込人が受諾の意思を知りたる時に至りて承諾成立す。

## 第二 目的物

契約の目的物には物及び行為の二あり。其契約の目的物と爲るには一定の條件を具へざるべからず。物に關する條件は左の如し。

(一) 物か契約の當時に存在すること。故に例之牛馬を賣買するには其牛馬既に死せるときは、賣買の契約は目的物を欠くか爲めに成立せざるか如し。

(二) 當事者か其物の處分權を有すること。故に空氣、光線其他一切の不融通物は賣買讓與の目的と爲すこと能はず。

(三) 物の種類又は分量の定まり又は定め得べきこと。故に單に獸類を賣買すと云ふか如き契約を爲すこと能はず。

行為に關する條件は左の如し。

(一) 行為が人力を以て爲し得べきこと。例之泰山を挟みて北海を踰ゆるが如き行為は、何人も爲し得ざるが故に契約の目的とならず。

(二) 行為が不法ならざること。例之公の安寧秩序を害するか如き行為は、契約の目的となること能はず。

第三 原因

原因とは當事者をして契約を爲すことに決心せしめたる法律上の事由にして、即ち當事者か達せんとする直接の目的なり。例之利益、恩惠、慈善等は皆契約の原因なり。而して其契約の原因として成立するには、亦一定の條件を具へざるべからず。

(一) 原因は眞實なることを要す。故に虚偽なる原因は契約の効力を生ぜず。

例之遺囑人の既に取消したる遺囑相續なることを知らずして、其相續人か之を實行したる場合の如し。

(三) 原因は合法なることを要す。故に不法の行為例之或る人を暗殺する契約、爆裂彈の賣買其他公安を害し風俗を亂たすか如き契約は、總て契約の原因を欠くものなり。

原因は之を遠因と混すべからず。此二者は同しく當事者をして契約に決心せし

めたる理由なりと雖も自ら直接と間接との差異あり。例へは土地の賣買に於て買主の契約の原因は、其土地の所有者たらんと欲するに在り、賣主の契約の原因は、其土地の代價を得んと欲するに在り。然れども遠因は千差萬別にして之を一定することを得ず、買主は或は其土地を耕作するの意を以てすることあるべく。或は之に家屋を建築するの意を以てすることあるべく。或は之を轉賣するの意を以てすることあるべく。又賣主は或は其代金を以て旅行するの意あるべく。或は商業を營むの意あるべく。一々其意思を區別するに由なきを以て、法律は全く之に干渉せざるものとす。故に此等の遠因か實際に行はれたると否とを問はず、其土地賣買の契約は依然として成立するものなり

第四 方式

要式契約及び要物契約は以上三條件の外、尙ほ契約成立の條件として一定の方式を要す。例へは不動産の賣買贈與の如きは公正證書を以て契約を表するを要し。質入又は貸借の如きは其目的物を交付するを要するか如し

(乙) 契約の有効條件

契約の有効條件は當事者の能力及ひ任意の承諾の二とす  
 第一 當事者の能力

契約を爲すものは法律上の能力を有するにあらざれば其契約を十分に有効ならしむることを得ず。然れども凡そ人は能力を有するを通過とし、能力を有せざるを例外とす。故に例外は一々法律に明示することを要す。一般の無能力者は未成年者、禁治産者及び有夫の婦にして、特別の無能力者は心神耗弱者、浪費者其他特別の理由に依り法律が特別の場合に特別の行爲を制限したる者なり

第二 任意の承諾

契約の有効なるか爲めには當事者間の承諾が瑕疵なきことを要す。承諾の瑕疵を成すものは錯誤、強暴、詐欺及び欠損とす。今左に之を略説せん

(一) 錯誤 錯誤とは眞實の考に反するものにして、或は契約の成立を妨くるものあり或は單に其瑕疵を成すものあり。契約の成立を妨くるものは契約の性質、目的物、原因及び其相手方に關する錯誤にして。例へば甲は或る物を賣買するの意を以て契約を爲し乙は其物を贈與せられたりと信したるか如き。又甲は石造

の家屋を買ふの意なるに、乙は木造の家屋を引渡したるか如き。又合法の原因なりと信せしに、其原因は違法なりしが如き。又甲と契約するの意なりしに、其相手方乙なりしか如き場合は、皆始めより契約成立の條件を具へざるものにして、其契約は効力を生ぜざること論を待たす。然れども錯誤が唯承諾の瑕疵を成す場合には、一定の制限なかるべからず。蓋し人間日常の取引は多少の錯誤あるを免れざるものなるに、些の錯誤あるも尙ほ其取引を取消することを許さば、有効の契約は極めて稀れなるに至るべければなり。茲に承諾の瑕疵を成す錯誤を擧ぐれば

(イ) 目的物の品質又は品格が契約の決心を助成したる場合に於ける物上の錯誤 物の品質又は品格が契約の單一の目的なるときは、取消の問題を生ぜずして契約は全く成立せず、唯其品質又は品格が當事者をして契約の決心を爲さしむるに與りて力ありたる場合に於ては、其錯誤は承諾の瑕疵を成す。物の品質とは例へば金とか銀とか絹とか木綿とか云ふか如し。故に例へば金時計を買はんとし、て鍍金時計を買ひたる如き場合には、承諾の瑕疵あるものとして通常之を取消することを得。物の品格には物質上のものと思上のものであり。例へば物の品等

の上中下は物質上の品格にして、物の新古、出處又は用方等は思想上の品格なり。而して此等の品格が當事者をして、契約を爲すに決心せしむるに與りて力ありしや否やは、大抵事實の問題に屬し、豫め之を論定するを得ず。

(ロ) 身上の着眼か、契約の附隨の原因たるべきに於ける身上の錯誤。例へば賣買、貸借等の場合に債權者か債務者の或は無資力ならんとを恐れて、其債務者の甲たり乙たることか契約の決心を爲すに於て單一の原因たらずとも、附隨の原因たることあり。此場合に於ては、其人の錯誤は承諾の瑕疵を成すものとして其契約を取消すことを得若し身上の着眼が當事者の單一なる決意の原因なりしときは、其錯誤は承諾を阻却するものにして、即ち成立條件を欠くものとなるか故に、契約は當然無効と爲りて敢て取消すことを要せず。

(二) 強暴。強暴には形骸上のものと精神上のものあり。形骸上のものは啗に承諾の瑕疵を成すのみならず、之に係る契約は全く不成立なり。精神上の強暴に至りては其強暴を受けたるものに幾分か撰擇の自由あるか故に、其承諾か任意なりしや否やを見て取消の問題を決するものとす。而して強暴か契約取消の原因

となるには一定の條件を必要とす。即ち強暴に依て受けんとする危害か、契約を爲すよりは一層大なること、及び其危害か目前に切迫すること、是なり。故に例へば汝ち若し契約せされは目前に汝を殺すべしと云ふか如き場合には、其強暴は契約取消の原因と爲れども、汝若し契約せされは汝の面に唾すべしと云ふか如き、或は一年又は二年の後に於て汝を殺すべしと云ふか如き場合には、其強暴は大抵契約取消の原因と爲らず。然れども危害の大小恐怖の程度等は人々之を異にするか故に、此等は皆事實問題に屬し、豫め法律を以て定むることを得ず。

(三) 詐偽。詐偽とは言語其他の方法を以て虚妄の事を眞實なりと信せしむるものにして、原則としては承諾の瑕疵を成すものに非ず。何となれば日常の賣買の如きは賣主は粗品を良品と云ひ、買主は良品を粗品と云ふか如きは毫も怪むに足らざるか故に、若し此等の事を以て詐偽は承諾の瑕疵を成す者として、其契約を取消すことを許さば或は天下に完全なる契約なきに至るべし。故に詐偽か承諾の瑕疵を成すには、其詐偽か當事者をして契約を爲すに決心せしめたるに及ひ、其詐偽か相手の所爲に出でたることを要す。故に當事者か決心をなしたる後に詐偽

の事實あるか又は第三者が詐偽をなしたるか如き場合には其契約は有効なるものとす

(四) 欠損 欠損とは有償契約に於て當事者の一方が其授くる所の利益に比較して其受くる所の利益が甚だ少なきを謂ふ。然れども欠損は通常契約取消の原因となるに非ず、唯特定の場合に之を理由として契約の取消を許すものとす。而して未成年者は其爲したる契約を取消す場合には、通常無能力の理由の外欠損の事實をも證明すべきことゝ爲れり

### 第五款 契約の種類

#### 第一 双務契約及び片務契約

双務契約とは當事者双方が義務を負担する契約を謂ふ。例へは賣買の契約に於て賣主は物品引渡の義務を負ひ、買主は代金支拂の義務を負ふか如し。片務契約とは當事者の一方のみ他の一方に對して義務を負担する契約を謂ふ。例へは贈與の契約の如し

#### 第二 有償契約及び無償契約

有償契約とは當事者相互に利益を得る契約を謂ふ。例へは賣買、交換、貸借等の如し。無償契約とは當事者の一方のみ利益を得る契約を謂ふ。例へは無利息貸借、無償代理等の如し

#### 第三 諾成契約及び要物契約

諾成契約とは當事者の承諾のみを以て成立する契約を謂ひ。要物契約とは當事者の承諾の外尙ほ目的物の引渡を要する契約を謂ふ。例へは代理は諾成契約にして貸借等は要物契約なり

#### 第四 要式契約及び不要式契約

要式契約とは契約に格段なる方式を要するものを謂ふ。民法は其方式を定めて公正證書を以てすべき者とせり。例へは土地、家屋、船舶等の賣買又は贈與は要式契約に屬す。不要式契約とは格段の方式に依らずして爲すとを得る契約を謂ふ。例へは通常の賣買又は貸借等の如きは是なり

#### 第五 實定契約及び射伴契約

實定契約とは當事者の利益が契約の初めに確定するものを謂ひ。射伴契約とは

當事者の利益初より確定せず、未必事件の成否に依りて、或は一方の利益と爲り、或は他の一方の損失と爲る契約を謂ふ。例へは通常賣買は實定契約にして生命火災其他一切の保險は射倖契約なり。

#### 第六 主たる契約及び従たる契約

他の契約の成否に關せず、獨立して効力を生ずる契約を主たる契約とし。他の契約の成立を待ちて始めて効力を生ずる契約を従たる契約とす。例へは賣買、貸借の如きは主たる契約にして受戻、保證、質等の如きは従たる契約なり。

#### 第七 有名契約及び無名契約

法律上特別の名稱を有する契約を有名契約と謂ひ。特別の名稱なき契約を無名契約と謂ふ。賣買、交換、代理、貸借、會社等の諸契約は總て有名契約なり。

### 第四款 契約の効力

契約の効力は之を二様の點より觀察することを得。當事者間に於ける効力及び第三者に對する効力はなり。

#### 第一 當事者間に於ける効力

凡そ法律に従て成立せる契約は當事者の間に於て法律に等しき効力を有すとは法律上の一大原則なり。故に當事者は必ず其契約を履行すべくして之に違反することを得ず。又之を解除するには一方の意思のみを以てすることを得ず。必ず双方の承諾を要す。

當事者間に於ける効力の最も緊要なる者は所有權の移轉なり。古代は所有權の移轉に關して多くは形式主義を取り物の引渡を爲さざる間は所有權移轉するとなかりしか近世に於ては法律上の行爲益々繁雜を加ふるに従ひて虛式を履むの不便なるを感じ又一方に於ては學者か連りに形式主義の法理に悖る所以を説きたる故に當事者の意思相合ふときは直に所有權を移轉すと云ふ原則を設くるに至れり。故にたとへば賣買に於て双方の意思相合ふときは賣主は未だ物を引渡さず買主は未だ代金を拂はずと雖も其所有權を移轉するに於ては毫も妨げあることなく。買主は合意に因りて所有權を得唯契約の結果として賣主は其物を引渡し又其引渡を爲す迄は之を保存するの義務を負ひ、買主は其物の代金を拂ふの義務を負ふものとす。然れども合意に依て所有權の移轉するには其目的物は特

定物ならざるへからず。代替物に關しては當事者は同質同量の物を以て其所有權を移轉するの義務あるのみにして、所有權は引渡に依り又は當事者か立合の上にて爲したる指定に依りて始めて移轉するものなり。又特定物に關しても動産と不動産とを區別せざるへからず。動産の所有權は合意と共に移轉すれども、不動産の所有權は財産所在地の登記所に具へたる登記簿に之を登記して始めて移轉するものなり。

意外の原因に依りて特定物の滅失したるときは其損失は何人か之を負擔すへきや、法律學上此問題を名けて危險の問題と云ふ。羅馬法に據れば物は所有者の爲めに死すと云ふ原則あり。損失は所有者に歸すといふの意なり。此原則に據て危險は所有權と共に移轉すと説くものあり英國法學者の多數は是なり。之に反して危險は所有權と伴はずして債權と伴ふと説く者あり。佛法學者の多數は是れなり。我民法に於て要約者の損失に歸すと定めたるも亦此意なり。蓋し所有權は双方の合意を以て直ちに移轉するを原則とするか故に、普通の場合には兩説の何れに決するも其結果を異にするとなしと雖も、有期賣買即ち所有權は未だ移

轉せずして債權のみを生ずる賣買に於ては大に其結果を異にす。此兩説の當否を論述するは仔細の攷察を要し通論の範圍を超ゆるか故に此に之を省く

## 第二 第三者に對する効力

契約は當事者間に當事者の承諾に依て成れるものなり。故に、當事者間に効力を有するのみにして、第三者を利せず又之を害せず。第三者は只其契約より生ずる當事者の權利を侵害せざる義務を負ふのみ。然るに契約の當事者に非ずして法律に承繼人と稱して當事者と同一の地位を占むる者あり。即ち當事者の權利を繼受したる者にして之を一般の承繼人及び特別の承繼人の二種に區別す。一般の承繼人とは或る人の有する一般の權利義務を包括して讓受くる者にして遺産相續人の如きは是なり。特別の承繼人とは特立の權利を讓受くる者にして買主及び受遺者の如きは是なり。特別の擔保を有せざる債權者は債務者に對しては、一般の承繼人にして、第三者に非ず。何となれば債務者の資産の増減は其債權者の利益となり又損失となりとならず。然れども法律は此原則と相反せずして一般債

權者に二種の特權を與ふ。之を間接訴訟權及び廢罷訴訟權とす。間接訴訟權とは債權者か債務者の有する債權を債務者に代はりて行ふ訴訟權にして此訴訟權の債權者に屬するは全く債務者の財産は又債權者の共同擔保なりと云ふ原則の適用に外ならず。廢罷訴訟權とは債務者の詐害行為即ち債務者か故意を以て債權者を害するとき其行為を取消すか爲めに行ふ訴訟權にして此場合には債權者か一般の承繼人たる資格を以てせず全く第三者として其債權の擔保を回復するものなり。債權の讓渡即ち記名證券の讓渡に就ては契約か第三者に對して効力を生せずと云ふ原則は其適用を變し、不動産の讓渡と同じく第三者に對する公示の手續を盡すとを要す。其公示の手續は讓受人か債務者に對する告知及び債務者の承諾是なり

## 第二節 不當の利得

不當の利得は合意に基つかざる人權の原因の一にして羅馬法及び從來の民法には之を準契約と稱せり。然れども合意に基つかずして單獨の所爲より生ずる關係を契約と名くるは妥當ならず。我民法に於て不當の利得なる文字を用ゐたる

は蓋し其當を得たるものとす。其不當の利得と稱する場合左の如し

第一 事務管理を爲したる場合即ち他人の委任なく自ら好意を以て他人の財産に患害ありと見ゆる時に其財産を管理し其損失を防止したる場合には其財産所有者は管理者に對して管理の費用を辨濟するの義務を負ふ

第二 不當の辨濟を爲したる場合即ち債權者に非ずして債務辨濟の名を以て金錢又は物を受取りたる場合には利得者は其返還の義務を免かれず

第三 添附に依りて物の價格を増加したる場合には其物の所有者は増價額を利得するを得ず

第四 占有者か法律に違反して果實を收取したる場合には占有者は不當の利得を返還するの義務を負ひ。占有者か自己の費用を以て占有物に改良を加へたる場合には所有者は不當の利得を返還するの義務を負ふ

## 第三節 不正の損害

不正の損害とは不法の行為又は過失に因て他人の權利を侵害するを謂ふ。又契約に基つかざる人權の原因の一なり。不正の損害は又之を犯罪又は准犯罪と稱



す。故意を以て損害を加へたるを犯罪と云ひ。故意なく疎虞又は懈怠に依りたるを准犯罪と云ふ。故に民事上の犯罪に依りて賠償の責任を生ずるには其犯罪の必すしも加害者の意思に因るを要せず又其犯罪は必すしも自己の所爲より生ずるを要せず直接に其所爲を爲さざる者と雖も自己の権利の下に在る者の爲したる所爲に就ては其監督を怠りたるを不注意として自ら損害賠償の責を負はざるへからず。例へば父母後見人又は雇主が其子未成年者雇人の所爲に就きて責任を負ふが如し。

#### 第四節 法律の規定

法律の規定に依て人權の生ずるは人の所爲を俟たず法律に依りて當然に存立するものなり。今其主要なるものを擧ぐれば親族間の養料の義務後見人の義務共有者間の義務地役義務以外の相隣者の義務等にして其他特別法中に法律の規定に依れる許多の義務を見る

### 第三章 人權の効力

人權の効力は法律が義務の不履行に對して與へたる制裁にして債務者か其債務

を履行せざる場合に於て始めて其實用を見る。人權の効力に二あり。直接履行及び損害賠償是なり。

#### 第一 直接履行

直接履行とは債務者か其義務を行ふとを遅延したる時に債權者か裁判所をして強制して之を行はしむるを謂ふ。蓋し義務の不履行ある時は債權者は損害賠償の訴權を行ふと多しと雖も原則としては必すしも其損害を賠償せしむるを以て満足するを要せず。若し債務者の身體を拘束せしめて其義務を履行せしむるとを得るときは勿論直接に其履行を請求するを得る者なり。故に人權か物を目的とせずして行爲又は不行爲を目的とする場合には債權者は其債務者の身體を拘束せざれば其義務を履行せしむると能はず又拘束するも到底之を履行せしむると能はざるとなきに非ず。此の如きは人身の自由を害するは勿論又其實効なきが故に法律は債權者に與ふるに直接履行の訴權を以てせず。語を換へて言へば債權者は損害賠償の訴權を行ふに非ずんば債務者をして義務不履行の制裁を蒙らしむると能はざるものとす。例へば余が或る畫師に一定の期日間に山

水の畫一幅を畫かせしめたるに其畫師が期日に至りて執筆を拒みたる場合には、余は假令裁判所の公力を借るも純然たる義務履行を得ざるべし。又之に反して其畫師が一定の期日間は筆を取らざるを約しなから其約束に背きて他人の爲に畫きたる場合にも、其義務の不履行は到底之を回復する道なし。故に此二の場合に於ては債權者たる余は損害賠償を請求するの外、直接履行の訴權を用ゆることを得ず。又之に反して義務不履行の制裁が必ず直接履行に依らざるを得ざるとあり。例へば甲者か乙者に對して米穀賣渡の契約を爲して之に違背したる場合には通常損害賠償を以て救済方法とすれども、若し乙者が絶海の孤島に在りて其期日迄に米穀を得るに非ざれば生活する能はずと云ふ情狀なる場合には、裁判所は甲者をして賠償を爲さしめずして其米穀の引渡を命ずるものなり。

## 第二 損害賠償

損害賠償とは裁判所の判決に從て加害者より被害者に對して其損害を償ふ爲に一定の金額を收むるものにして其條件に三あり。(第一)債權者に損害を加へたる(第二)其損害は債務者の故意又は過失に原因する(第三)債權者は其損害の爲め債務者を遲滞に付するとは是なり。

第一の條件たる損害の性質に就ては疑議あり。佛民法及び我民法に於ては實際の損失あるを要し英國法に於ては權利の侵害あれば足る。故に英國には實際賠償の外尙ほ名義賠償と云ふ者あり。名義賠償とは被害者が實際の損失を蒙らざると雖も唯其權利を侵害せられたる場合に於て請求し得べきものなり。例へば甲者が乙者に對して一定の期日迄に生糸若干捆を賣渡さんと約し、其期日に至りて甲者は其契約を履行すると能はざりしかども、當時糸價大に下落して甲者の契約は乙者の爲に毫も損害なきのみならず反て利得と爲りたるが如き場合にも、甲者は乙者の權利を侵害したるものとして些少の金額例へば一錢若くは一厘を拂はしむるが如し。

第二の條件として損害が債務者の故意又は過失に原つくとを要するとは即ち其損害が不可抗力に依らざるものなるを要するの意なり。不可抗力とは天災其他意外の事變にして之が爲めに義務の履行せられざるは債務者が其義務を履行せざるに非ずして履行すること能はざるなり。法律は之を履行の不能と名づく。

羅馬法以來の原則として法律は人に難きを強ひず故に履行の不能は寧ろ債務消滅の原因となり債務者は之に依りて義務を負ふとなし。

第三の條件付たる遲滞とは債權者より債務者に催告書を送達し又殊に金錢を目的とする債務に於ては債權者が裁判所に起訴するの手續きを謂ふ。此れ佛民法及び我民法に於て規定する所にして専ら債務者を保護するの趣意に出るものなり。故に明示又は黙示の約束を以て必しも此條件に依らざることを得。

賠償の金額を定むるには二の標準に依る債權者の受けたる損失及び其得ることを妨げられたる利益是なり。然れども此標準を適用して賠償金額を定むるには債務が物を目的とする場合と金錢を目的とする場合とを區別せざる可からず。又義務不履行が悪意に出たる場合と悪意に出ざる場合とを區別せざる可からず。債務が物を目的とする場合には填補賠償と遅延賠償との二種あり。填補賠償とは物の損失を補ふが爲にして、遅延賠償とは其債務の遲滞より生じたる損害を償ふが爲にす。然れども金錢を目的とする債務に就ては其目的が始めより金錢なるが故に唯遅延賠償あるのみにして填補賠償を求むるの必要なきものなり。債

務が物を目的とする場合には又義務の不履行が悪意に出たる場合と否とを區別せざる可からず。義務の不履行が悪意に出でざるときは債務者は契約の當時に豫見し得べかりし損害を賠償すれば足る、其豫見し得べからざる損害を賠償するの義務なし。之に反して若し義務の不履行が悪意に出たるときは其豫見したる損害のみならず不履行より生ずる一切の損害を賠償せざる可からず。然れ共其損害は當に直接の損害に止まる間接の損害は悪意の場合と雖も賠償するの義務なし。蓋し間接に受けたる損害は殆んど定限なきものなればなり。金錢を目的とする債務に於ては悪意の有無に依りて其賠償の額を異にすることなし。蓋し此場合には豫見し得べかりし損害と豫見し得べからざりし損害との區別を爲すこと難く、且つ其損害は物の損害と異りて通常損害の多少に拘はらず法律に於て其賠償額を一定するものとす。此を法定利息と云ふ。法定利息は即ち債務遲延の賠償にして之を元金の使用料として收めしむる貸金の利息と混同す可からず。損害賠償は裁判所に於て其額を定むるを原則とす。然れども當事者が契約の始めに豫め之を定むることあり之を過○怠○約○款○と謂ふ。此場合には裁判官は其金額

を増減するの職権を有せず  
 人権の効力を説くに當り終りに擔保の性質を一言せざるべからず。擔保とは廣義を以すれば義務の履行を安全ならしむる者にして二様の場合に其適用あり。一は債權者の爲めに義務不履行の損害を防ぐ目的を以てするものにして保證質抵當の如き皆然り。一は物權又は人権の讓渡人が其權利の追奪又は妨礙に對して其讓受人をして安全に其權利を享有行使せしむる目的を以てするものにして、此場合の擔保を稱して特に擔保の義務と云ふ。追奪とは裁判に依りて讓受人が其讓受けたる權利を失ふを謂ふ。妨礙とは其追奪を惹起す訴を謂ふ。事實上の妨礙に非ずして權利上の妨礙なり。而して讓渡人が讓受人に對する擔保の義務は追奪ありし場合は勿論妨礙ありし場合に於ても又之を盡さざる可らず。例へば賣主が自己の所有に非ざる物を賣渡し後真正の所有者が買主に對して回収訴權を行ひたるときは賣主は擔保義務者の資格を以て訴訟に参加し又は自ら被告人と爲りて買主の爲めに抗辯せざるを得ず。若し其抗辯立たずして敗訴し係争物が真正の所有者に復歸するときは賣主は買主の爲めに其損害を賠償せざるべからず

#### 第四章 義務の體様

前章に述べたる人権の効力は義務の種々の體様に從て變更することを免かれず。茲に其體様の種類を擧ぐれば義務の期間及び存立に關するものと義務の目的物に關するものと當事者の員數に關するものとの三あり

##### 第一 義務の期間及存立に關するもの

義務は即時に履行せられ又其存立は始より確定なるを常とす。之を稱して單純義務と云ふ。有期義務及び條件附の義務は其變態なり。有期義務とは債權者が或る時期の前又は其時期確定せざるも必ず到來すべき或る事件の到來以前に履行を求むるを得ざる義務を謂ふ。例へば何月何日迄に或る物を引渡すべしと約するが如きは勿論又某汽船が横濱に到着するときに辨濟を爲すべしと約するが如き假令其時期は確定せざるも其汽船が必然着港すべきものなる時は其義務に期間を附したるものとす。故に期間には確定期間及不確定期間あり。而して期間は通常當事者の契約に依て定まれども或は時として

裁判所が債務者の情状を酌量し恩恵を以て之を定むることあり。故に期間には又権利上の期間と恩恵上の期間とあり。有期義務は何れの場合に於ても始めより権利義務の発生を止むるものに非ず、唯其期間内は義務の履行を止むるのみ。故に債務者は自ら期間に先て其義務を履行せんと欲せば之を履行するも敢て妨げなし。

条件附義務とは義務の発生又は消滅が未定事件の成否に係るものを謂ふ。条件に種々あり(一)偶成条件(二)随意条件(三)混同条件(四)有目的条件(五)無目的条件(六)不能条件(七)不法条件(八)停止条件(九)解除条件是なり。

偶成条件とは其条件の成否専ら偶然に係り當事者の意思を以て如何ともするを得ざる者を謂ふ。例へば明日の天氣を以て条件とするが如し。随意条件とは當事者一方の意思に係る者を謂ふ。例へば我若し北海道に移住せば云々せむと云ふが如し。此随意条件の契約は原則として有効なれ共唯債務者の純粹なる随意条件は法律上其効力を與へざる者とす。例へば吾若し與へんと欲せば與ふべしと云ふが如きは之に依りて義務の生ずる理なければなり。混同条件とは条件が

同時に當事者の意思と第三者の意思とに係る者を謂ふ。例へば汝若し某女と結婚せば云々と云ふが如し。有目的条件とは或る事件の成熟に係る者にして例へば明日某漁船が米國より着港せば云々と云ふが如く。無目的条件とは之に反するものなり。不能条件とは条件が物理上成るべからざる事實に係る者を謂ひ。不法条件とは条件が法律の命令禁止に反する所爲に係る者を謂ふ。例へば汝若し天に昇らばと云ふが如きは不能条件にして又汝若し某の家に火を放たばと云ふが如きは不法条件なり。不能条件の契約は其条件が有目的なる時は其契約成立せざれども其条件無目的なる時は契約成立し債務者は單に恩恵契約を爲したるものと見做さる。例へば天に昇るとを条件としたるときは成立せざれ共天に昇らざることを条件としたる場合は成立す、停止条件とは条件が権利の発生を止むる者を謂ふ。例へば何日迄に歐洲より便船到着する時は或る品物を賣渡すべしと約するが如きは停止条件附の契約にして其便船到着する迄は賣買は成立せざるものなり。解除条件とは之に反して事實の成否に依り合意の成立を解くものにして、例へば前例と同じく若し何日迄に便船到着せば賣買を解くべしと約するが如し。

而して停止條件の成就は契約の始めに遡りて其効力を生じ。解除條件の効力は當事者をして契約以前の各自の位置に復せしむ。即ち共に既往に遡る効力を有するものなり。

### 第二 義務の目的物に關するもの

義務の目的物は單一なるを通常とす。多數物を目的物とする場合にも債務者は唯一又は牽連の契約を以て其物の供與を負擔したる時は其多數を供せざれば義務を免かるゝと能はず。之を目的物の單一なる義務と謂ふ。撰擇義務及び任意義務は其變態なり。

撰擇義務とは義務の目的物たる數多の物の中其一の供與を爲すに依り義務を免るゝ者を謂ふ。例へば或る一頭の馬又は金若干圓を與ふへしと契約するが如し。任意義務とは義務の目的物は單一なれども他の物を供與して義務を免るゝことを得るものを謂ふ。例へば甲者が家屋を乙者に遺贈し相續人の任意に金錢を拂ひて其家屋を供與するの義務を免かるゝとを得しむるが如き是なり。故に任意義務と撰擇義務との異なる所は撰擇義務には二箇以上の目的物ありて任意義務

には其目的物は常に一箇を超えざるに在り。

### 第三 當事者の員數に關するもの

債權者又は債務者は必ずしも一人に非ずして二人以上あるとあり。單數義務に對して之を複數義務を謂ふ。複數義務中には連合義務あり、連帶義務あり、可分義務あり、不可分義務あり。法律は連合及可分を以て原則とす。債權又は債務は債權者又は債務者の員數に従て各其一部分を有し若くは其一部分を負擔するものにして債權者の一人は其全額の辨濟を求むる權利なく、債務者の一人も亦其全額を辨濟すべき義務なきを通常とす。連帶義務又は不可分義務は此常態に對する變態なり。故に連帶義務に於ては各債權者又は各債務者は自己の部分の爲めにすると他人の部分の爲めにするを問はず全部に就て履行を請求するを得。又全部に就て訴追を受けざる可らず。即ち連帶の性質として其債權者の間なると債務者の間なるを問はず相互に代理の關係ありと見做さるゝなり。又不可分義務に於ても債權者は各義務の全部に就て履行を求むることを得。債務者は各其全部に就て義務を履行するの責に任ず。而して其連帶と異なる點は不可分

義務の間には代理の關係を生ぜざるに在り。唯連帶義務と同じく一人が義務の全部を負擔する所以は其義務の性質上、又は契約の効力に依て其一部分の履行を許すこと能はざるに因るものなり。

## 第五章 債權の消滅

債權は左の諸種の原因に依りて消滅す

第一 辨濟 辨濟とは義務の本旨に従ひて履行するの謂ひにして、之に依りて債權の消滅することは明白にして辨を俟たず。

第二 更改 更改とは舊義務に換ふるに新義務を以てするを謂ふ。其場合を區別すれば

(一) 當事者か義務の新目的物を以て舊目的物に代ふる場合 例へば家屋賣買の契約を變して米穀を賣買するの契約を爲すか如し。

(二) 當事者か義務の目的物を變せずして、其原因を變する合意を爲す場合 例へば買主又は賃借人の名義に換ふるに、使用借主の名義を以てして將來其義務を負ふか如し。

(三) 新債務者か舊債務者に代はる場合 例へば甲者か乙者に對して千圓の負債ある場合に第三者たる丙者か甲者に代はりて、負債辨濟の契約を爲すか如し

(四) 新債權者か舊債權者に代はる場合 例へば甲者か乙者に對して債權ある場合に甲者か乙者との合意を以て之を己の債權者たる丙者に辨濟せしむるか如し

第三 合意上の免除 當事者の合意に因りて債權者か其債權を拋棄したるときは債權は之か爲めに消滅するものなり。

第四 相殺 相殺とは二人相互に債權者たり債務者たるに因り、一定の條件及び區別に従ひ双方の義務を消滅せしむるを謂ふ。

第五 混同 債權者たり債務者たる資格か一人に集りたるときは、債權は混同に因りて消滅す。是れ主として債權者か其債務者の相續人と爲り、又債務者か其債權者の相續人と爲りたる場合に生ずるものとす。

第六 履行の不能 契約に因りて生じたる義務を履行すること能はざるときは債權は當然消滅す。此原因は不可抗力の場合に生ずること前に述べたる所を以て明かなるへし。

第七 銷除 有効條件を欠く契約は裁判に依りて取消さるゝことあり。無能力者又は錯誤強暴等に因りて成れる義務は、一定の期間内に其無能力者又は錯誤強暴に遇ひたる者より、裁判所に訴へて其義務を取消すことを得。是れ専ら有効條件を欠く契約と成立條件を欠く契約との異なる所なることは、前に述べたるを以て贅せず。

第八 解除及び廢罷 解除條件を附したる義務は其條件の成就に因りて消滅し。債務者か債権者を詐害して約したる義務は、債権者か之を廢罷するに因りて其効力を失ふ。

第九 時効 債権は免責時効に依りて消滅す。免責時効とは法定の條件に従ひ時日の経過に依りて法律上の義務を免かるゝ方法なり。

## 第二部 物權法

### 第一章 所有權

所有權とは人か物を處分するの權利を謂ふ。民法の定義には自由に使用、收益、處分するの權利なりとせり。敢て誤謬ありと謂ふへからされども、不精確なるを免

かれす。先づ民法の定義に従ひて所有權の元素を擧げ以て其不精確の點を指摘せん。

第一 使用權 使用權とは物を自己の利益の爲めに用ゐる權利なり。例へば家屋に住居し土地を耕作し書籍を閱讀するが如し。

第二 收益權 收益權とは物の果實を收取する權利なり。例へば土地より生ずる穀類又は家畜の子、貸金の利息等を收取するが如し。果實を分ちて天然の果實及び法定の果實の二とす。天然の果實には人力を借らすして自然に生ずるものと人力を借りて始て生ずるものとあり。例へば樹木の果實、家畜の子、乳汁等の如きは自然の果實にして、耕耘播種栽培等に依りて得たる穀類の如きは、人の勞力に依て生ずるものなり。法定の果實は法律の規定に依りて生ずるものにして、土地

建物<sup>一</sup>の貸賃、金錢の利息、會社の配當金等の如し。

第三 處分權 處分權とは人が隨意に物を處置する權利なり。尙ほ之を細別すれば左の三種の權利と爲る。

(一) 讓與權 即ち物の所有者が隨意に其物を他人に讓り渡す權利にして、例へば



家屋を他人に賣渡し、或は人に贈與し、質貸するが如し。

(二) 消費權 即ち所有者が隨意に其物を破毀し、或は之を遺棄し、或は使用に依りて之を消滅せしむる權利にして、例へば反古紙を投棄し米穀を食料に供するが如きは皆此權利に屬す。

(三) 變質權 即ち物の所有權が其物の性質を自由に變更する權利にして、例へば荒蕪地を開墾して耕作地と爲し耕作地を埋立て、宅地と爲すが如し。

尙ほ此外に所有權の原素を擧ぐれば占有權、禁止權、回收權等皆其原素に非ざるはなし。占有權とは他人を排除して己れ一人其所有物を所持するの權利を謂ひ。禁止權とは他人が自己の所有權を侵奪せんとするに當て之を妨止するの權利を謂ひ。回收權とは既に他人に侵奪せられたる權利を自己に回復するの權利を謂ふ。所有權の原素は此の如く甚だ多し。然れ共此等の原素は悉く所有權に必要なるものに非ず。唯處分權は如何なる場合に於ても所有權と相離るゝとを得ず。故に處分權は之を所有權の要素と謂ふとを得。其他の權利は之を常素と名くるも妨げなし。要素は所有權と分離することを得ずと雖も常素は特に之を分離す

ることを得るものなり。其分離せられたるものは之を稱して所有權の支分權と云ふ。故に所有權には完全のものあり虧缺のものあり。完全の所有權とは悉く所有權の原素を集めて一人に歸するものにして虧缺の所有權とは其原素か他人に分屬するものなり。而して處分權は所有權の原素中尤も必要なるものなるが故に此權利の存する所は即ち所有權の名稱の存する所なり。唯完全の所有者と區別せんか爲に虧缺の所有權を虛有權と云ひ、其所有者を虛有者と云ふ。此の如く處分權は所有權と常に相離れず、其他の權利は之を分離するも所有權たるに於て敢て妨げなし。且つ所有權の一切の原素を擧げて其定義の精密ならんことを欲するも其原素は殆ど際限なし。故に學理上より云へば所有權は唯一箇の處分權たるのみ。其處分權は之を廣義に用ゆる時は使用收益の權利をも含み。之を狹義に用ゆる時は此等の支分權を離れて獨立するものと爲すとを得へし。是れ吾輩が所有權は物を處分する權利なりと云ふを以て適當なりと認むる所以なり。所有權は元來無制限の權利に非ず法律は公益の必要上固より之を制限するを得。其尤も著しきは公用徵收なり。其他爆裂藥を所持することを禁し。人家稠密

の處に於て狩獵することを禁し。毒藥を賣買することを禁するが如き公益の爲めに所有權の制限を設けると少なからず。又人爲に依りて所有權の制限せらるゝ場合は用益權を決定する場合を重ねるものとす。人爲は更に之を分て合意及遺言の二とす。然れども法理上正確に論ずるときは合意及遺言に依る制限は所有權の實行にして制限に非ず。唯其所有權實行の結果が自己の權利を完全に行ふことを得さらしむるものなり。

凡そ一箇の物の上には二箇以上の所有權并ひ存することを得ず。恰も二箇の物體が同時に一の空間を満すこと能はざるが如し。依りて所有權の種類に各人の所有權と共同所有權との別を生ず。共同所有權とは民法に之れを共有權と名づくるものにして、一の物の上に數人が共同に其所有權を有する場合、即ち一箇の所有權に二人以上の主格ある場合なり。其共有者が各自其權利を行使する部分は之を名けて持分と云ふ。

所有權消滅の原因は或は任意の事實に依り或は意外の事實に依る。任意の事實は任意の讓渡又は任意の遺棄等にして意外の事實は公用徵收、沒收、添附物の毀滅取得の解除、銷除及廢罷等とす。此に添附の性質に付きて一言を費さざるを得ず。添附とは一の所有物に他の所有物の附加する事實にして之を動産上の添附及不動産上の添附の二種に分つ。

(一) 不動産上の添附 不動産上の添附には自然の原因に依るものと人爲の方法に依るものとあり。自然の原因に依るものは河川の寄洲、中洲、干潟又は水路の變換等に依りて生ずる漸積地及び舊川床等の添附又は野棲、半野棲(鳩舎の鳩私)の禽獸等に關する添附なり。

(二) 動産上の添附 動産上の添附は分ちて附合、混和、及製作の三種とす。附合とは各別の所有者に屬する多數の物が附着して一箇の物と爲りたる場合を謂ふ。此場合に於ては、附合物の間に主従の關係ある時は、從物は主物の所有者に歸するものとす。混和とは各別の所有者に屬する同種又は異種の流動物及び固形物の相混和する場合を謂ふ。例へば甲者の米と乙者の米と相混したるが如きは同種の物の混和にして、甲者の米と乙者の麴と混同して酒を作りたるが如きは異種の物の混和なり。此等の場合に於て混和物の所有權は通常事實に依て之を定むる

ものなれども、若し其間に主従の關係ある時は主物の所有者の所有權に歸すると  
 附合と同じ。製作とは一人の勞力と他人の所有物と相附着する場合にして例へ  
 ば甲者が乙者の木材を以て彫刻したるが如し。此場合に於て物の所有權は或は  
 物の所有者に屬することあり。或は製作者に屬することあり。此れ其製作の手  
 間賃又は材料の價格の多寡に依て定むべきものとす。

### 第一章 占有權

凡そ占有權の成立には二の元素あることを要す。躰素及ひ心素是なり。躰素とは  
 占有者と占有物との外形上の關係なり。然れども實際の觸接あることを要せず  
 唯其物を以て占有者の權力の範圍内に置けば可なり。或に例へば書籍を書庫に  
 置き米穀を倉庫に收むるが如きは皆占有の躰素たるに妨なし。心素とは他人を  
 排除して己れ一人保持するの意思なり。而して其意思の善惡は之を問はず故に  
 所有者の占有も侵奪者の占有も均しく之を占有とす。  
 民法は占有の種類を分ちて法定の占有、自然の占有及び容假の占有の三とし。占

有者が自己の權利を主張するの意思なくして有躰物を所持するを自然の占有と  
 云ひ。他人の爲めに他人の名を以てする物の所持又は權利の行使を容假の占有  
 と云へり。然れども學理上より云へば法定占有の外只自然の占有あるのみ。容  
 假の占有も自己の爲めにする意思なき點に於ては自然の占有と異なることなし。  
 例へば用益者が用益物を占有し雇人が雇主の所有物を保管するが如きは所有者  
 の占有に對しては固より自然の占有に過ぎざれども、民法は唯他人の爲めに其他  
 人の名を以てする點よりして、特に容假の占有なる名稱を附したるに過ぎず。故  
 に法律上占有の權利を構成するものは唯一の法定占有あるのみ。法定の占有と  
 は民法の定義に従へば占有者が自己の爲めにするの意思を以て有躰物を所持し  
 又は權利を行使するを謂ふ。有躰物の所持とは所有者が其所有物を占有する狀  
 態にして權利の行使とは用益者、賃借人等が其用益權、賃借權を占有する狀態なり。  
 此の如く法定の占有を解釋するときには容假の占有も亦其權利を行使する點より  
 見れば法定の占有にして唯其物の真正の所有者に對して容假の占有と爲るのみ。  
 羅馬法に於ては此の如き場合には准占有の名を附したり。我民法は羅馬法の如

く准占有を認むることなきに、尙ほ有体物の所持と云へる言葉を用ゐたるは論理の透徹せざる所あり。何となれば所有者は所有物を所持するに非ずして其所有権を占有するものなり。語を換へて言へば権利の行使を爲すものなり。故に若し権利が権利の目的物と爲り得へしと云ふときは、法定の占有とは自己の爲めにするの意思を以て権利の行使を爲すものなりと云ふを以て十分なり。唯余輩は既に前に述べたるが如く財産権の目的物は必ず有体物ならざるべからざるが故に別に占有の定義を與ふべし。曰く占有とは他人を排除して己れ一人保持するの意思を以て或る有体物を自己の力の範囲内に置くものを謂ふ。即ち前に述べたる占有の二要素を備ふるものは皆之を法定の占有として法律の保護を受くることを得。

法定の占有は之を細別して正権原の占有及無権原の占有とす。正権原の占有とは正當なる権利の行使に本づきて得たる占有を謂ふ。例へば賣買贈與等總て法律上正當に占有の権利を與へらるべき原因に依て取得したる占有是なり。無権原の占有とは民法には侵奪に依て成りたる占有なりとあれども、或は語弊あるを

免かれず、寧ろ正権原の占有に非ざるものは悉く無権原の占有なりと云ふを以て正確なりとす。乃ち凡そ占有者にして正権原の證明を爲し得ざるものは其占有が實際侵奪に成りたるを否とを問はず、之を無権原の占有とせざるべからず。正権原の占有は又之を善意の占有及び悪意の占有に區別す。善意の占有とは正権原の瑕疵を知らず、即ち權利讓渡人が真正の權利者に非ざることを知らずして讓受けたる占有を謂ひ、悪意の占有とは其瑕疵を知りて讓受けたる占有を謂ふ。法定の占有は又之を有瑕疵の占有と無瑕疵の占有とに區別することを得。有瑕疵の占有とは強暴又は隱密の占有なり。強暴の占有とは占有を得る始めに暴行又は脅迫を用ゐる又は一旦其占有を得たる後ち之を保持するか爲めに暴行又は脅迫を用ゐたるものを謂ひ。隱密の占有とは公然且つ外見の所爲に依て當事者に容易に現れざる占有を謂ふ。無瑕疵の占有とは強暴又は隱密の瑕疵なき場合の占有にして之を稱して平穩又は公然の占有とす。

占有の効力に四種あり。而して占有の種類に従ひて多少の差異を生ずれども、今一々之を細説せず。唯其効力の大要を述べし。

第一 本權訴訟に被告たるの利益 占有は一の證據方法にして占有の存する所は所有權の存することを推測せしむるに足る。故に凡そ他人の占有物に付きて自己の權利を主張せんと欲する者は、其占有者の權利が正當ならざることを證明するの責あり。占有者は自己の占有の正當なることを證明することを要せず。

第二 果實取得の利益 占有者は其占有物より生ずる果實を取得するを得。設令真正の所有者より其真正の所有物を取戻さるゝも占有者は其現に取得したる果實を返還するの義務なし。

第三 取得時効の利益 一定の期間を経過して真正の所有者より取回を受けざるときは、占有者は時効に依て真正の所有者と爲ることを得。

第四 占有訴權の利益 占有を保持し又は回復するが爲に占有に關する四種の訴權を有す。其保持を目的とする訴權は占有の妨害に對する訴權にして分ちて保持訴權、新工告發訴權及び急害告發訴權の三種とす。保持訴權は一切の財産の占有に關して他人より妨害を受けたる時に其妨害を禁止し又は損害を賠償せしむるの目的を以て行ひ。新工告發訴權及急害告發訴權は共に不動産の占有者に屬し。一は隣地の工事が自己の妨害となるべき時、其工事を廢止せしめ又は變更せしむるを目的とし。一は隣地に於ける總ての危險に對して豫防の處分を爲さしめ又は未定の損害に對する賠償の保證人を立てしむるを目的とす。占有の回復を目的とする訴權は占有の侵奪に對する訴權にして、之を回收訴權と謂ひ一切の財産の占有者に屬す。

占有權の要素は占有の事實と占有の意思とに在るか故に其消滅の原因も亦意思に關するものと事實に關するものとあり。占有の意思の絶止、任意の放棄、強要に依る放棄、他人の占有の握取及び物の毀滅又は權利の消滅等其重要なるものなり。

### 第三章 役權

役權とは一人か他人の所有に屬する物より一定の利益を收取することを得る權利を謂ふ。蓋し社會の組織複雑に趣き人事の關係煩繁なるに従て、一箇の物の上に數多の權利并び存せざるを得ざるに至り所有權の外に他物權生ず。他物權とは他人の所有物の上に存する物權にして、用益權、使用權、住居權、賃借權、永借權、地上權、地役權、留置權、質權、抵當權、皆然らざるはなし。而して役權は通常他物權の一種

とすれども、廣義に解すれば役權と他物權とは同一なりと云ふも敢て不可なることなきが如し。

役權を分ちて對人役權及び物上役權とす。對人役權は特に或る人の便宜の爲めに設けられたる役權を云ひ。物上役權は特に或る物の所有者の爲に設けられたる役權を云ふ。例へば用益權、賃借權の如きは對人役權にして、地役權は物上役權なり。此區別は羅馬のヂセスト法典に出でたる者にして。元來役權なる語は拉丁語のセルヴァニスに出で。セルヴァニスとは奴隸の意味なるが故に後世の學者は往々之を用ゐるを忌み、佛民法の如きは特に之を地役權の名稱にのみ用ゐるに至れり。我民法も亦之に倣ひて對人役權の名稱を用ゐすと雖も、學理上よりすれば尙ほ羅馬の舊法に従ひ其區別を設くるを以て至當なりとす。

## 第一節 對人役權

### 第一款 用益權、使用權及び住居權

民法は用益權の定義を下して他人の所有に屬する物に付き其用方に従ひ原質本體を變ずることなく有期にて使用及び収益を爲す權を謂ふとあり。今此定義を

分析するに用益權は左の要素を以て成る。

第一 用益權は他人の所有物の上に使用及び収益を爲す權利なり。故に自己の所有物の上に使用及び収益を爲すは所有權の實行のみ。用益權の場合には其使用及び収益の權利が他人の所有權に屬する物に於て存せざるへからず。而して其目的物は動産と不動産とを問はず一切の融通物の上に之を設くることを得。

第二 用役權は有期にて使用及び収益を爲すの權利なり。所有權は無期なるを原則とすれども、用益權は有期なるを原則とし設定者の意思に従ひて其期間を定むるを得。若し契約に特別の定めなきときは必ず用益者の終身を以て其期間とす。蓋し此の如く期間を設けたる理由は、全く社會經濟上其目的物の融通若くは改良を妨げざらんと欲すればなり。

第三 用益權は其目的物の原質を變せずして使用及び収益を爲すの權利なり。用益權は元來他人の所有物の上に存する權利なるが故に、其使用収益の爲めに物の原質を變ずるときは用益權の性質に反す。原質とは物の組成的性質の全體にして、換言すれば其性質なくんば物が指定の名稱を有するに堪へざるものを謂ふ。

故に例へば家屋の、用益者は煉瓦石造を木造に變すること能はず。民法の法文には用方に従ひ其原質本體を變することなく云々とあり。然れども用方と云ひ本體と云ふは何等の區別あるやを知るに難く、且つ其物の原質を變せざる程度に於ては必ずしも其物の用方に従はざるも妨なきに似たり。例へば乘馬に些少の荷物を負はしむるは、設令其用方を變するも其馬が騎乘に堪へざるが如き結果を來すことなくば用益權の性質に於て必しも違反せりと云ふへからず。故に余輩は特に原質なる語を用ゐたり。又物の原質を變すへからざるは唯用益物の或る種類に限る、所謂代替物又は消費物は之を使用収益するに其物の原質を保たんとすれば用益權は到底行はれず。羅馬法に於ては此場合に准用益權ありとせしも、我民法は一切の融通物の上に用益權を設くるとを得として、尙ほ物の原質を變せざるを其條件としたるは頗る穩當ならざるが如し。故に正確に論ずるときは原質を變することなくと云ふ語も、之を定義中より除て唯所有者の利益を害することなくと云ふを以て其條件とするときは、或は用益權の定義定全なるに庶幾かるべし。

用益權を設定する方法に二種あり。法律に依りて設定するもの及び人爲に依りて設定するもの是なり。法律に依りて設定するものは立法者の定むる所なるが故に、豫め之を定むると難し。我民法は從來の諸國の民法に於けるが如く人事編及相續編中に法律を以て設定したる用益權なし。人爲を以て設定する用益權は契約又は遺言等に依るものなり。時効も亦用益權設定原因の一なれ共我民法は時効は法律上の推定なりとの法理を取るが故に之を設定方法の中に算入せず。用益者の權利は使用及び収益より成り其目的物の性質に依て或は果實の收取を主とし或は其物の元本を使用するとを得。用益者の義務は凡て其權利の他物權なるに因りて生ずるものにして之を大別すれば用益物の保存に任ずるの義務、用益物に對する租税公課及び其他の負擔に任ずるの義務并に此等の義務を怠るに依りて生したる損害賠償に任ずるの義務是なり。用益權は所有權の支分權なるが故に其消滅の原因も相似たり。所有權の消滅原因の外用益權に特別なる消滅原因は、用益者の死亡設定期間の満了、明示の放棄、三十年の不使用及び用益權の廢罷等是なり。

使用權は使用者及び其家族の需用の程度に限る。用益權にして住居權は建物の使用權なりとは我民法に掲げたる定義なり。此定義に依れば使用權は用益權の一種にして、從來の學者が皆使用權は制限せられたる用益權なりと云ひしも亦、此意なり。然れども近世の學者は使用權は一箇獨立の權利にして用益權の一種にあらず、其果實を收取することを得るは事實上使用の一部分として收取するに過ぎずして、其果實の上に所有權を有することなし。是れ使用權か使用者及び其家族の需用を以て果實收取の程度となす所以なりと論ずる者あり。法理上頗る考察を要する問題なるべしと雖も、使用權は用益權の一種なりとする從來の學説は之を獨立の權利とする學説に比して稍論理の貫徹せざる所あるに似たり。

### 第二款 賃借權、永借權及び地上權

我民法に依れば賃借權とは金錢其他有價物を定期に拂て他人の物の上に或る時間使用及び收益を爲すの權利なりとせり。此定義に依れば賃借權は用益權と酷た相似たり。第一賃借權も他人の所有權の上に存する權利なり。第三賃借權も使用、收益を爲すの權利にして其權利の範圍も亦用益權と同じ。只其差別ある點

は(一)用益權は一般に用益者の終身を期間とし賃借權は概ね當事者に於て其期間を定む。(二)用益權は大抵無償にして設定するも賃借は常に有償なり。(三)用益權は假令有償にて設定するも、一時に其代價を拂ひ賃借權は必ず有期にて之を拂ふ。(四)用益權は時として法律を以て設定せられ又時効に罹ることおれども、賃借權は只契約を以て設定することを得。(五)虛有者は用益者に對して通常對人義務を負ふことなく、賃貸人は賃借人に對して追奪擔保の義務を負ふことあり。

右に挙げたる所は通常學者の説く所の賃借權と用益權との區別なれども、法理上此二種の權利は其根本に於て同一なりと云ふことを得。何となれば他人の所有物の上に金錢其他の有價物を定期に拂ひて或る時間其物の使用、收益を爲すの權利は用益者と雖も又之を有することを妨げず。只普通の場合に於て用益權は無償にて設定せられ且つ其有償にて設定せらるゝ時も、一時に其代價を拂ひ定期に之を拂ふことなきのみ。故に此二種の權利は其要素に於て異なる所なく只其要素を異にすることあるのみ。等しく之を他人の所有物の上に有する使用、收益の權利なりとすべきは、法理上賃借權なる特別の名稱を與へざるも敢て不可なき



が如し。

賃貸借は元本有償且つ雙務の契約なり。故に賃借權の設定は契約の一般の規則に従ふ。只賃借人の得たる權利を物權として法律之を保護するのみ。羅馬法及羅馬法系の諸國の法律は、之れを賃貸人に對する債權即ち人權と見做すものあれども我民法は特に之を物權とせり。是れ全く賃借人の權利を鞏固にして農工業を保護するの精神に出づるものなり。

賃借人の權利は用益者の權利と相似たり。只其差異を生ずる原因は賃借權は必ず有償にて設定せらるゝに在り。今賃借人に特別なる權利を擧ぐれば(一)引渡前及引渡後に賃貸人に賃借物の修繕を求むるの權利。(二)賃借物の上に築造又は栽植を爲すの權利。(三)賃借權を處分するの權利。(四)損失の割合に應じて借賃の減額を請求するの權利是なり。

賃借人の義務も亦用益者の義務と相似たり。通常之を三種に區別することを得。

(一)賃借物保存の義務。(二)借賃支拂の義務。(三)公課負擔の義務是なり。

賃借權消滅原因の重なるものは賃借物の滅失、公用徵收、期間の満了、解除條件の成就等とす。

永借權も亦賃借權の一種にして、其異なる所は特に不動産を目的とし且つ其期限三十年以上に亘るに在り、法理上の性質に於ては賃借權と少しも異なる所なし。

羅馬法に於ては賃借權は人權たるに過ぎざりしと雖も、永借權は之を物權として保護し、エンフネチエーシスと云ふ特別なる名稱を與へて一種特別の權利としたり。然るに我國に於ては賃借權も亦同しく一の物權なるが故に羅馬法に於けるが如く、永借權を特別の權利として設くるの必要なきに似たり、只幾分か特別の規定を要する實際の便宜あるに依て猶ほ其稱を襲用せしものなるへし。

永借權は歐洲に於ては其淵源する所遠く羅馬の古代に在り、且つ中世封建制度の基を開きたるものにして、法律の歴史に於ては頗る重要な位置を占め、英國の法理學者メイソンの古代法に因れば其沿革を説くこと詳なり。又我國從來永小作と稱せしものゝ沿革の如きも、法律の沿革を研究するに當ては頗る價值あるなるべし。

地上權とは他人の所有に屬する土地の上に於ける建設物又は栽植物の所有權を

謂ふ。民法の定義には完全の所有権を以て占有する権利を謂ふとあり。地上権は所有権なるが如く又占有権の一種なるが如く頗る曖昧の嫌あれども蓋し其意味は應さに余輩の云ふ所と異らざるべし。故に地上権は所有権の變態にして其起原は永借權の羅馬法に於けるが如く特別の理由あるに依りて生じたるに非ず。社會の必要は到る所に必ず此權利を認めざるを得ず地役權が實際の必要に依りて發生すると其趣を同うす。蓋し地役權は土地の平面に二人の權利相觸るゝに依りて生じ、地上權は其上下に二人の權利相觸るゝに依りて生ずるものなり。地上權は繼續期限を定むると又之を定めざるどあり。期限を定めて設定したる地上權は其期限に至て消滅し若し其定めなきときは地上權者の築造せる建物の存在時期又は其栽植物を採代する時期或は其有用なる最長大に至る時期を以て地上權設定の期限とす。

### 第二節 物上役權即ち地役權

地役權とは不動産の所有者が其不動産の便益の爲めに他人の不動産の上に有する權利なり。故に地役權は主として或る不動産の便益の爲に設けられ用益權の

如く或る特定の人の便益の爲に設けらるゝに非ず。従ひて用益權の性質は有期なれども地役權の性質は永久なり。又地役權の成立には二箇の不動産ありて其所有者を異にするを必要とす。要役不動産及び承役不動産是なり。要役不動産とは權利者の不動産を謂ひ承役不動産とは義務者の不動産を謂ふ。

地益權は之を左の數種に分つ

第一 繼續地役權及び不繼續地役權 繼續地役權とは地役權が不動産の位置に依り人の所爲を要せずして間斷なく行はるゝものを謂ふ。不繼續地役權とは地役權の行はるゝに時々人の所爲を要するものを謂ふ。例へば光線權の如きは繼續地役權にして通行權の如きは不繼續地役權なり。

第二 表見地役權及不表見地役權 地役權が外見の工作又は形跡に依りて表はるゝときは表見地役權と稱し。之に反するときは不表見地役權と稱す。故に同一の地役にして或は表見と爲り或は不表見と爲る。例へば通行權の如きは通路に敷石又は垣根を設くるときは表見地役と爲り。此等外見の工作又は形跡なきときは不表見地役と爲る。又導水權の如きも水管を地上に裝置して水を引く

ときは表見地役と爲り、水管を地下に埋むるときは不表見地役と爲る。

第三 有的地役權及無的地役權 有的地役權とは地役權者か積極的に其權利を行ふとを得るものを稱し。無的地役權とは消極的に其權利を行ふとを得るものを稱す。例へば通行權、導水權等の如きは有的地役にして、其權利者は相隣地を通行し其水を汲み又其水を導くの權利を有し。承役地の所有者は通行汲水又は導水を許すの義務を負ふ。又例へば光線權の如きは無的地役權にして、其權利者は他人が其光線を妨止するの所爲を禁するの權利を有し。其義務者は只其光線を妨止せざるの義務を負ふ。

#### 第四章 擔保物權

擔保物權も亦廣義に於て云ふときは役權の一部分とすることを得るものなれども、特に債權の擔保を爲す物權にして我舊民法には債權擔保編第二部に於て之を規定せり。故に茲に便宜の爲めに擔保物權なる表題を設けて此種類に屬する物權の性質を略説せん。

##### 第一節 留置權

留置權とは債權者が法律上正當に占有せる債務者の所有物に對し、義務の履行を終る迄其占有を保續する權利なり。故に留置權は(第一)正當の占有ある債權者に屬す。而して其占有物は動産たると不動産たるとを問はず、等しく之を留置するを得。(第二)留置權は義務の履行を擔保する者なり。其義務は或は物の讓渡に依り或は物の保存の費用に依り或は其物より生したる損害賠償に依る。例へば買主が代金を支拂ふ迄賣主が其目的物を留置し又保管者か其保管物の保存に必要なる費用を出し、又は賃借人が賃借物の瑕疵の爲めに損害を受けたるが如き場合には、委託者又は賃貸人が其費用又は賠償金を拂ふ迄は其物を留置するが如し。(第三)留置權は物權なり。故に其性質として、不可分なり、債權者は一部の辨濟を受くるも全部の辨濟なき間は依然として其留置物を留置するを得。又留置權は其性質として優先權を生し、債權者は通常の債權者に先ち其留置物を以て其債權の辨濟を受くるとを得。但し其優先權は物に在りて物の價格に在らず、債權者は只留置物の果實又は產出物を他の債權者に先て收取するを得のみ。又留置權は其性質として、追索權を生し、債務者は債權者の留置せる自己の所有物を讓渡

し又彼の債権者は之を差押へ又之を賣却するを得れども、此等の場合に於ては留置権者に其義務を辨濟せざれば其物の完全なる所有権を得ること能はず。

### 第二節 質權

質權とは債権者が債務者又は第三者より交附せられたる物に付き其代金を以て債権の擔保に充つることを得る權利なり。故に質權の生ずるには債権者か其物を交附せらるゝことを要す。是れ質權か下に説く所の抵當權と異なる所なり。而して其物は必ずしも債務者か之を交附するを要せず第三者か之を交附するも質權たる性質を害せず。又質權は特に其物の代金を以て義務の履行を擔保せしむ。故に債権者は債務者か其義務を履行せざるときは質物を賣却して其債権に充つる金額を收むるを得。是れ質權が前に述べたる留置權と其性質を異にする所なり。

### 第三節 先取特權

先取特權とは法律が或る債權の原因に依り一の債權者をして他の總債權者に先ちて義務の辨濟を得せしむる權利を謂ふ。故に不動産質並に動産質より生ずる

先取特權を除くの外、凡て先取特權は當事者の合意を以て設定するを得ず。従ひて其債權の原因條件及目的等は専ら法律を以て之を定む。

一箇の財産の上に多數の債權者が先取特權を有するときは各債權者間に位置を定めざるへからず。之を定むるには同順位の債權者なると否とを區別するを要す。

第一 先取特權者か順位を同ふする場合 此場合には先取特權の附着せる財産か一切の債務を辨濟するに足らざるときは各債權の割合に應じて配當を爲す。

第二 先取特權か順位を異にする場合 此場合には優先權は先取特權の種類に従ひて之を定む。其順位及び階級は一に法律に定む。例へば公益費用の特權は葬式費用の特權に先ち葬式費用の特權は雇人給料の特權に先つか如し。

先取特權の種類を別ちて動産に關するものと不動産に關するものとの二とし。又各之を細別して一般の先取特權及び特別の先取特權とす。

(甲) 動産及び不動産に關する一般の先取特權は左の原因に由りて生じ其互に競合せる場合には各債權者は又左の順序に従ひて義務の辨濟を受く。

(一)公益費用 (二)葬式費用 (三)雇人給料 (四)日用品供給

(乙) 動産に關する特別の先取特權は動産質權者の先取特權の外左の原因に由りて生ず。民法には其特權の行はるゝ目的物の種類及條件に細密なる規定あれども一々之を説明せず。唯茲に一言を要するは左に掲ぐる債權者は一般の先取特權の場合の如く、順位に従ひて列記せられたるに非ざることを是なり。

(一)不動産の賃貸借 (二)旅店の宿泊 (三)旅客又は荷物の運輸 (四)公吏の職務上の過失 (五)動産の保存 (六)動産の賣買 (七)種苗又は肥料の供給 (八)農工業の勞役不動産に關する特別の先取特權に四種あり。

(一)不動産の保存 (二)不動産の事 (三)不動産の賣買之なり而して不動産の特別先取特權の内(一)及(二)は民法の規定により登記をなしたるときに限り抵當者に先ちて之を行ふことを得るものとす

以上は唯先取特權の性質及び種類を略述するに止まり、固より其詳細を知るに由なし。蓋し法律上の研究として煩雜なる問題を生ずるは先取特權及び後に説く抵當權の問題に若しはなし。然れども此講義の目的は此等の細密なる研究を爲すに非ざるか故に、唯極めて其要領を了得するを以て満足せざるを得ず。

#### 第四節 抵當權

抵當權とは法律又は人爲に因りて或る義務を他の義務に先ちて辨濟するか爲めに充てたる不動産上の物權なり。故に抵當權は其抵當不動産の上に追及權を生し又不可分の性質を具へ且つ債權者に與ふるに優先權を以てす。従ひて若し數箇の不動産が一の債權擔保として抵當に供せらるゝときは、其各箇は債權の全部に對して擔保と爲り又抵當權の一部分の消滅は之を擔保する抵當物の一部分を解くことなし。總へて抵當權を存する債權者は無特權債權者に先ちて抵當物の代金の配當を受くることを得。

抵當權の種類は其設定原因の差異に因りて生ず。即ち法律上の抵當權及人爲上の抵當權に大別せられ。人爲上の抵當權は又合意上のものと遺言上の者とに分かる。法律上の抵當權は法律の命する所に依り人爲を俟たずして當然に發生するものにして、其民法に掲げられたる場合は左の如し。

#### 第一 婦か其夫に對して債權を有するとき

第二 未成年者及び禁治産者か其後見人に對し債權を有すとき

第三 公法上の法人か行政法の定むる所に依りて會計吏員の管理の爲めにするとき

第四 不動産の先取特權か或る場合に抵當權に變性するとき

抵當權は不動産權なるか故に其種類の如何に關せず、其設定か第三者に對して効力あるか爲めには一定の公示方法を用ゐることを要す。即ち法定の條件に従ひ抵當不動産所在地の登記所に於て登記せざるべからず。而して抵當權を有する數人の債權者間に於ける配當加入の順位は、専ら登記の日附の前後に依りて之を定むるものとす。

### 第三部 親屬法

#### 第一章 親屬及び姻屬

親屬とは血統の相聯結せる者を謂ふ。故に其血統の同始祖より出づるものは男系たると女系たるとを問はず等しく之を親屬とす。然れども親屬の性質に於て系統の男女を問はざるは近世の進歩せる社會に於て之を言ふものにして、古代の

親屬は全く其趣を異にす。今其沿革の大躰を略述すれば親屬は古代に於ては女系を主とし中古に及びて男系と爲り近世に及びて男女兩系を取ることは方今法律史家の論證する所に依りて明かなり。而して女系親は酋族制の時代と符合し男系親は家族制の時代に行はれ。男女兩系親は個人制の時代に起る者と言ふも大過なかるべし。

親屬を分て直系親、旁系親の二とす。直系親とは彼より此に直下する系統の親族にして例へば祖父母、父母、子孫等の如し。旁系親とは其直下せずして同始祖に出づる系統の親族を謂ふ例へば兄弟、姉妹、伯叔、父母等の如し。尙ほ直系親を解して自己より直上又は直下する尊屬親及び卑屬親とし、旁系親を解して自己の尊屬親の子孫とすることを得。尊屬親とは自己の出づる親族を謂ひ、卑屬親とは自己より出づる親族を謂ふ。

親等を定むるには從來三種の方法あり。第一の方法は敢て一定の標準なく立法者の專斷に成るものにして即ち古來支那及び日本に行はれたるものなり。第二の方法は宗教上の計算法にして之に依れば直系親に於ては第三の羅馬法の計算

法と異なる所なきも、唯旁系親の計算法に於て異なり即ち自己より起算せずして通祖より起算し一代毎に一算を加へ若し其算數か自己に達すると同じきときは一方の數に従ひ若し其算數か異なるときは數の多き者に従ふ。故に兄等は一等親にして甥姪は二等親なり。第三の方法は羅馬法の計算法にして近世歐米諸國に行はれ且つ我民法に採用せらるゝものなり。此第三種の計算法に従へば直系親は親族の世數を算し旁系親は親族の一人より同始祖に遡り又其始祖より他の一人に下たる其間の世數を算す。故に直系に於て父母及び子は一等親にして祖父母及び孫は二等親なり又旁系に於て兄弟は二等親にして從兄弟は四等親なり。其兄弟の親等を知るには先づ自己より起算し父に至りて一等親より兄弟に下り又一等を算す故に之を二等親とす又從兄弟の父等を知るには先づ自己より起算し父に至りて一等同祖始なる祖父に至りて又一等其より下り伯叔父に至りて一等從兄弟に至り又一等其世數を経ること四なるか故に之を四等親とす。六等親の外は親屬の關係あるも民法上の効力を生ぜず。是れ亦近世の制度にして古代家族制度の熾に行はれたる時に於て血統を同くする者を以て相團結し姓氏を貴ひたる時代の遺俗には非ざるなり。而して近世に於て親屬を數世以内に限りたるは立證の困難其他の理由に因り便宜上に出てたる制度なりと謂はざるを得ず。

姻屬とは婚姻に因りて夫婦の一方と其配偶者の親族との間に生ずる關係を謂ふ。然れども婦の夫家に於ける又入夫の婦家に於ける尊屬親との關係は古より之を親屬に準したるものなり。

## 第二章 婚姻及び夫婦財産制

廣く婚姻の性質を見るときは婚姻とは法律の公認する男女兩性の結合なり。故に一夫數妻婚なるも數夫一妻婚なるも一夫一妻婚なるも又其婚姻は掠奪に成るも賣買になるも贈與に成るも承諾に成るも苟も法律の公認する結合なるときは皆之を婚姻と謂ふ。然れども近世文明諸國に於て婚姻と云ふは之に異なり。男女の承諾に基ける一男一女の畢生結合にして法律の之を公認するものなり。故に婚姻は數男一女又は一男數女の結合なるを得ず。又其婚姻は相互の承諾に基つかさるへからず、又離婚を許すと否とに拘らず其婚姻の生涯繼續すべき豫期

を以て結合したるものならざるべからず、且つ法律上に必要とする一定の公認條件を備へざるべからず。今茲に其條件を擧ぐれば

(一) 適婚齡に達すること。適婚齡は主として身體上の發達及び風俗等を斟酌して定むるものにして、又時としては政治上、宗教上、倫理上、經濟上等の理由より定むることなきに非ず、故に各國其規定を同うせず。我民法は男は滿十七歳女は滿十五歳に達するを以て適婚齡とせり。

(二) 近親に非ざること。近親婚姻制限の理由は古來學者間に種々の議論あれども、暫く人類の倫理に基づくこと云ふを以て正當なるものと見做すべし。民法は直系親は尊屬親と卑屬親の間、旁系親は兄弟姉妹及び伯叔父、姑甥、姪の間に此禁を設く。

(三) 尊屬親の許諾。子は父母の許諾なくして婚姻を爲すことを得ず。父なければ祖父母の許諾を要し、祖父母なければ未成年者後見人の許諾を要す。

(四) 結婚の方式。結婚の方式は婚姻成立の時期を明かにし、其證據を爲す者にして古來幾多の變遷あり。然れども我邦に於ては今日法律の公認したる方式ある

とを聞かず、唯届出又は送籍を以て婚姻成立の證據とせしのみ。民法は歐米の法律に倣ひ、身分取扱吏をして之に關する事務を取扱はしむることとなれり。

夫婦の身分は財産上に其關係を及ぼすことあり、其規則を夫婦財産制と謂ふ。我民法は夫婦財産契約と名つけ、財産取得編に規定して財産取得方法の一種とす。

今其編次の當否は姑く之を舍きて論せず、唯我邦の之に關する現状を見るに家族の特有財産すら未だ明確に家産より區分せられず、隨ひて婚姻の結果に依る夫婦財産上の關係を規定する法制は殆ど之なく、唯支那の古典に所謂子婦無私貨、無私畜と云ふ主義を普通の概念とする者の如し。歐洲の制度には通常三種あり、共通制、別産制及嫁資制是なり。共通制とは婚姻中夫婦の全財産を共通して之を共有するの制度なり。別産制とは夫婦各自の財産を所有し、婚姻中の費生及子女教育の費用を分擔するの制度なり。嫁資制とは特に婚姻に原つて費用に供する爲め、夫若くは第三者が嫁資として贈與したる財産を認めて之に特別の保護を與ふる制度なり。而して此等の制度の中、法律が普通に行はるゝ者と認め。若し夫婦が特別の財産契約を爲さざるときは、暗黙に之に従へりと推定する制度を指して



法定の制度と謂ふ。我民法の定制とするは此三制の一に居るに非ずして、婦、又は、入夫の特有財産たることを證せざる財産は總て夫又は戸主たる婦に屬するものとせり。而して又婦又は入夫の所有財産より生ずる果實は婚姻中費用分擔の爲めに供出せるものと推定せり。此點は共通制に近し。

婚姻の性質は配偶者の生涯繼續するものなり。然れども其生前に於て夫婦の關係を解除することあり之を離婚と謂ふ。法律は或は夫の自由に任せて其妻を離婚するとを許すものあり。或は夫婦の一方の意思に本つきて離婚を許すものあり。或は相互の合意に因りて之を許すものあり。此種類の法律は自由離婚又は制限離婚の法律と謂ふ。又國に因りては全く離婚を禁ずるものあり此の如き法律を稱して離婚禁止の法律と謂ふ。自由離婚の法律は未開の社會に行はるゝと多くして制限離婚は現今開明諸國に之を見る。離婚禁止の法律は宗教上政治上の理由に依りて近年に至るまで歐洲諸國に行はれたるも今は概ね之を廢せり。我民法は離婚の原因を別ちて二とせり。一を協議の離婚と云ひ一を特定原因の離婚と云ふ即ち制限離婚の主義を取るものなり。

### 第三章 親子及親權

婚姻中に懐胎したる子は夫の子とするは法律の推定なり。故に特別の理由あるに非されは夫は我子に非すと主張すると能はず。其特別の原因に由りて己の子に非ざることを主張し得る場合を否認訴權と謂ふ。

嫡出子とは即ち夫婦の間に生れたる子を謂ひ。夫婦の關係なき間に生まれたる子を庶子とし若し其父の知れざる時は其子を稱して私生子と謂ふ。私生子は父の認知に因りて庶子と爲り庶子は父母の婚姻に因りて嫡出子と爲る。故に私生子は父母の婚姻の後父の之を認知したるに因りて嫡出子と爲ることを得。

親權とは子の身軀及び産財上に監督管理懲戒を爲すの權利にして主として父に屬し父死亡し又は親權を行ふ能はざる時は母之を行ふものとす。古代の法律に遡觀するに子は父の權力の下に在りて未だ獨立の人格を有せず。生殺與奪一に其父の欲する所なりき。此時代に於ては法律は未だ親權を認めず所謂家長權を認めたるのみ。而して家長權は殆ど民法の全部に渉るものにして即ち社會上其他財産上の權利は全く家長の一身に屬し。其家族は毫も法律上の權利を得る

となかりしなり。是れ家族制の時代にして英國の學者メイン氏か其著はす所の古代法に、社會か家を以て單位として人を以て單位とせざる時代と云ひしものは、即ち此時代なり。其後家長の全權は漸く衰へ、法律は家族の身體を保護し、尙ほ進みて家族固有の財産を認め、家長の特權は其跡を絶ち、唯人の親たる者の權利を認め、以て其子を養育し、監督するの責を全くせしむるに至れり。是を人事上の法律の一大變遷と謂ふことを得。然とも我日本の現狀は家族制と個人制との中間に位し、純然たる個人制の法律を認むる能はず。又純然たる家族制の法律を行ふ能はず故に一方には親權を認め、又一方には戸主及び家族の制を認めて家長の權を定めたり。戸主とは一家の長を謂ひ、家族とは戸主の配偶者及び其の家に在る親屬姻屬を謂ふ。戸主の家族に對する一般の權利は即ち家長權にして、家督相續に因りて戸主と爲りたる者か此權利を有す。

#### 第四章 養子

メイン氏曰く若し養子なる法律上の擬制なかりせば、社會は恐くは其襍襟を脱して以て育成の途に上ることを得ざりしなるへしと。蓋し何れの國を問はず血統を貴ひ、姓氏を重するは社會關係の必要より生じ、社會の始に遡るに從ひて其緊要なること益々甚し。養子の制度は實に一家の血統を繼ぎ、祖先の祀を絶たざるの趣旨に出つ。而して家族制度の時代に於ても又養子の必要依然として存す。何となれば家長權は男子に非されは之を相續すること能はざるか故に若し家長に男子なきときは他人の子を養ひて以て己れの死没又は隱居の後に家長權を續かしめざるへからされはなり。家族制の既に衰へたる國に於ては、唯財産の所有者か己れの死後に其財産を相續せしめんか爲めに、養子を爲すとあり。遺贈の制度と養子の制度とは往々並行はれたり。近世歐米諸國は養子の制漸く其跡を絶ち、英國の如きは全く養子を認めず。之を認むる國に於ても或は收養者を慰藉し、或は被收養者を補助するの目的を以て養子を爲すこと多し。我民法に認むる所の養子縁組は家族制の時代に於て行はるゝ養子にして、家督相續を目的として之を爲す。從て其條件として家督を相續する男子ある者は養子を爲すことを得ず、戸主に非ざる者も亦之を爲すことを得ず。家督相續に因りて戸主と爲りたる者は他人の養子と爲ることを得ず。外國人は日本人の養子と爲ること

とを得ざるなり。

養子を爲す者に女子ありて之と結婚せしむるときは之を<sup>〇</sup>婿養子縁組と稱し其縁組は婚姻の儀式を以て成立す。養子を爲す者か遺言書を以て養子を爲すときは之を<sup>〇</sup>遺言養子縁組とし遺言者死亡の日に於て法定の條件に従へる受諾を以て成立す。養子縁組の解除を稱して<sup>〇</sup>離縁と謂ふ。之を別ちて二種とするに離婚に同じし。即ち一を協議離縁とし一を特定原因の離縁とす其條件等は一に法律の定むる所に依る。

## 第五章 後見

後見とは無能力者の身軀財産を監督し及び法律上諸般の行爲を代表せしめんが爲めに能力者に蒙むらしむる無償の職務を謂ふ。故に未成年者又は身軀上若くは精神上の無能力者か家長權又は親權の下に在る間は後見を要せずして家長若くは父母自ら其管理に任すれども家長若くは父母の死亡するときは法律は他人をして家長及び父母の行ひ來れる管理の責に任し以て其無能力者を保護せしむる後見とは即ち是なり。

後見は公益に基つける制度にして羅馬法以來之を一種の公務と看做し妄りに之を辭することを許さず。其職務の免除を得る場合は法律の定むる所に依る。

法律上後見人を要する場合は左の如し。

第一 弱齡 後見は未成年者に附するを通例とす。成年未成年を定むるには氣候風土若くは社會上種々の原因に由りて各國之を異にす。我國に於ては滿二十歳以上を以て以成年者とし此年齢に達せざる者を未成年者とす。又未成年者を別ちて通常の未成年者及自治産の未成年者の二とす。自治産の未成年者は親權又は後見人の監督を免除せられたる未成年者にして其免除には默示と明示とあり。默示の後見免除は法律の効力に由りて當然生ずる者にして、未成年者の婚姻即ち是なり。明示の後見免除は法律か自治産を許すの權を與へたる者明に其免除の意思を發表したるに因りて成るものにして、父母又は親族會は一定の條件を以て未成年者に自治産を許すことを得るものとす。而して其未成年者は之に由りて民法上の行爲を爲す能力の一部分を與へらる。即ち通常管理の行爲は之を爲すとを得處分の行爲は保佐人の立會を要す。

第二 禁治産 禁治産とは既に成年に達したる人か法律上又は裁判上の原因に由りて私権行使の能力を奪はれたる状態を謂ふ。即ち民事上及び刑事上の禁治産是なり。民事上の禁治産とは心神の喪失に因り裁判所の判決を以て生ずるものにして自然の原因に因るものなり。刑事上の禁治産は之に異なり刑罰の處分の爲め自然生ずるものにして人爲の原因に因るものなり。而して禁治産者は皆共に之を後見に付す。

又准禁治産と稱するものあり心神耗弱者聾啞者盲者及び浪費者をして私権行使の能力を完存せしめざる法律上の處分なり。而して准禁治産者は之を後見に付せずして保佐に付するものとす。

禁治産者の後見人及び保佐人と未成年者の後見人及び保佐人との區別は主として左の點に存す(一)禁治産者の後見人及び保佐人は一定の年限の後其解任を請求することを得れども未成年者の後見人及び保佐人は此請求の權利なし。(二)未成年者の後見人及び保佐人は其原因と絶止と共に終了すれども禁治産者の場合は其原因の絶止と共に裁判所より解禁の命令を與ふること要す。

又禁治産を受けされども法律上特別の處分を以て私権行使の能力を與へざるものあり瘋癲者即ち是なり。蓋し瘋癲者は治療の望なきに限らす故に其禁治産を言渡すは大早計なることあり。依りて一定の手續を以て病院に入れ又は自家に監置することを得。其入院中又は監置中は財産の假管理人を裁判所に於て指定するものなり。

## 第四部 相續法

### 第一章 相續の性質

近世の法律に於て普通に相續と稱するものは遺産繼承の方法なり。蓋し人死すれば其人に屬せし財産は其死後に遺存するものにして専ら其人の意思に従ひて處分せざるへからず相續法の定むる所に實に其處分の方法なり。然れども古代の相續に於ては全く其趣を異にせり。今其沿革を尋ねるに社會の第一期は所謂尊族制の時代にして此時代には部落財産ありて個人の財産なし故に其部落の人死するも固より遺産なく隨ひて相續の思想起ることなかりしなり。降りて第二期即ち家族制の時代に及びては部落財産別れて各家に歸し所謂破産を生ぜり、此

時代に於ては相続は財産相続に非ずして家長權の相続たりしなり。家長權を相続する者は其結果として家産を繼承したるのみ。第三期に至りて社會は個人を以て團體の基礎とするに及び此に始めて個人の財産を生じ相続は家長權の相続より移りて遺産相続と爲れり之を個人制の時代と謂ふ。

我國の現状は家族制と個人との經過時代に屬すること親族法に於て既に之を説明せり。故に相続に關する法律も亦其間に折衷せざるを得ず。是れ立法者が相続を分ちて二大種類とし家督相続と遺産相続とを併せて規定せし所以なり。家督相続とは即ち家長權の相続にして其主たる目的は家の姓氏系統の繼承なり故に其性質は財産取得の方法に非ずして身分取得の方法なり。

## 第一章 相続の種類

相続の種類は之を左の如く區別することを得。

### 第一 家督相続及び財産相続

民法には戸主の死亡又は隱居に因る相続を家督相続とし家族の死亡に因る相続を遺産相続とせり。然れども此定義は恐らくは妥當ならず何となれば戸主の死

亡に因る相続に於ても亦遺産相続なしとせされはなり。故に家督相続とは家長權、姓氏系統及び貴族の稱號等家長の特權に屬するもの、相続なりとし、其他の相続は皆之を遺産相続とするの勝れるに若かず。

家督相続には戸主の死亡に因るものと戸主の隱居に因るものとあり。隱居とは即ち戸主か戸主たるの權を辭する方法にして戸主の死亡に因る家督相続は必要に起れども戸主の隱居に因る家督相続は任意に成る。而して余輩が前に述べたる所に依れば遺産相続にも亦戸主の死亡に因るものと家族の死亡に因るものあり。戸主の死亡に因る遺産相続は通常家督相続を爲す者か併せて之を相続し家族の死亡に依る遺産相続は同居の卑屬親之れを相続し、卑屬親なく又配偶者なきときは戸主之を相続す。

### 第二 遺言相続及び無遺言相続

相続は被相続人の意思に従ひて爲すべきと前に述べたるか如し。遺言相続とは被相続人が自己の意思を以て相続人と指定し又其權利を定め之に因りて相続する場合を謂ふ。然るに被相続人は其生前に死後の遺産處分を指定せざると屢之

あり。法律は此場合に被相続人の意思を推定して一般普通の規則を定め以て其遺産を相続せしむ之を無遺言相続と謂ひ又法定相続とも云ふ。我民法は法定相続を名けて單に相続と云ひ遺言相続には別に遺贈の名を與へたれども理論上固より相続の一種として見ることを得へし。

遺言とは財産の所有者が財産處分に關する最終の意思を表示する行為にして、自筆の證書公正證書又は秘密の方式を以て之を爲すことを得。而して其効力は遺言者死亡の時より生ず法律の格言に曰く證書は作成の時より遺言は死亡の時より効力を生ずと。故に遺言者は遺言書を作りたる後幾回も之を變更することを得るものにして其最後に作り罷るものか獨り遺言の効力を有す。此の如く遺言を變更することを名けて遺言の廢罷と云ふ。

遺言の無効に歸する場合は通常左の如し。

(一) 法律に定めたる條件又は方式を履まざる時 例へば法定相続人に貯存すへき財産に超過して遺言を爲せたる時は其超過部分は無効となり又自筆の遺言書に遺言者の自書捺印を爲さず。公正證書の遺言に定數の證人の立會なき

ときは其遺言無効と爲るか如し。

(二) 遺言者自ら遺言を廢罷すへき行為を爲したるとき 例へば遺言者か自ら遺言書を破棄したる場合に其遺言効力を有せざるか如し。

(三) 遺言者か一回遺言を爲したる後更に他に遺言を爲したるとき 即ち遺言者か其意思を變更したる場合にして其最初の遺言無効となることは明瞭なり。

(四) 遺言相続人なきとき 例へば受遺者か辭退し又は遺言者に先ちて死亡したる場合の如き是れなり。

(五) 遺言財産の消滅したるとき 則ち目的物の存在せざる遺言にして其當然無効なるや又疑ひなし。

### 第三章 相続の順位、受諾及び拋棄

無遺言相続に於ては相続人の順位及び權利は一に法律の定むる所に依る。家督相続と遺産相続とは其規定少しく異なれども要するに相続人の順位は血統の順序に依るを常とす。故に相続か被相続人の死亡又は隱居に因りて開始するとき、は卑屬親中の最近者か相続人と爲り卑親屬なき場合に於て始めて他の親屬又は

配偶者に及び親屬なきときは其相続は當然國に屬す。相続人は相続に付き單純又は限定の受諾を爲し又は拋棄を爲すことを得。國に屬する相続は常に限定受諾なり、法定家督相続人は拋棄を爲すことを得ず。隱居家督相続人は限定の受諾を無すとを得ざるものとす。是れ其著しき例外とす。單純の受諾とは相続人か被相続人の財産に關して明示又は默示にして其權利義務を代表すべき意思を表はすを謂ひ。限定の受諾とは相続財産を限度として義務を負担すべき意思を表はすを謂ひ。拋棄とは相続人が相続に關して自ら相続し得べき權利ありて之を相続せざるを謂ふ。

## 第五編 商法

商法とは私法にして特に商事に關する法規の全體を謂ふ。此定義に依れば商法は商事に關する法規なり故に單に商人なる特種の人民の間に行はるゝに非ず普通人と雖も商事を爲す者は此法規に従はざるを得ず。又商法は私法にして特に商事に關するものなり故に商法は人民相互の關係を規定するものにして、且つ法律の種類中所謂特別法に屬す之れに對する普通法は即ち民法なり。又商法は商事に關する法規の全體を總稱するものなり故に商法を組成するものは單に商法の法典のみに非ず此に商法の淵源となるものを擧ぐれば

### 一 商法法典

二、特別法即ち特種の商事又は商人の爲めに發布したる法律命令にして何等の名稱あるに拘はらず又商法法典施行の前後を問はず皆特別法として其効力を有す。例へば銀行、取引所、藥舖、質店、古着屋、飲食店等に關する諸規則は皆是れなり。

三、商慣習即ち商人間に久しく慣行せる定則にして、其商法に於て尊重せらるべきことは民法上の慣習が民法に於けるよりは殊に甚し。

四、民法即ち私法の通則を定めたる法律にして、商法は其特例たるに過ぎざれば、商法に特別の規定なく又商慣習なき場合には之を適用すべきは、蓋し理の當然なり。

## 第一章 商事及び商人

### 第一節 商事

商事に二義あり通常商事と云ふときは農事又は工事に對して用ゐる語にして、他

人の收取製造せる物を運搬交易する事業を指す。然れども法律上商事と云ふときは其包括する所極めて廣く農事及工事をも兼ねて言ふ場合少からず。商法第三條に商事の定義を掲げて商人又は他人の爲したるに拘はらず、總ての商取引及び其他本法に規定したる事項を謂ふとあり。然らば商取引は商事の全體を成すものに非ずして其一部分なり、故に商事の何たるやは之を實際上より觀ること能はず唯形式上の意義に於て商法に規定せらるゝ一切の事項を商事と謂ふとするの外なきか如し。然れども商取引は商事の最も重なるものなるとは法律の精神を見るも明かなるか故に、商取引の定義を見て商事の全豹を推知することは敢て難きに非ざるへし。

我商法に掲ぐる所の商取引の定義は、文字冗漫にして意義晦澁なる所多し。今余輩か最も完全なりと思惟するものを擧ぐれば左の如し。

商取引とは射利を目的とし有價物若くは勞力技能を運轉する諸般の行爲を謂ふ。今此定義を分析するに凡そ一の行爲にして商取引と爲るには

第一 其行爲は有價物若くは勞力技能の運轉に依らざる可らず。其有價物は動産たると不動産たるとを問はず、齊しく之を適用することを得、又有形の物品のみならず勞力又は技能も又同しく商取引の目的と爲ることを得。

第二 其行爲は射利の目的を以てせざるべからず。射利とは有價物を廉價に得て之を他に高價に與ふるの謂ひなり。若し一の行爲にして射利の目的なきときは、假令有價物の運轉に係るも之を商取引とすること能はず。唯純然たる民事上の行爲たるに過ぎず。

要するに商取引は一切の射利の事業を包括するものとして大差なかるへし。然れども射利の事業其物に非すと雖も、之を媒介し又は之に附屬する行爲及び手形上の行爲の如きは法律が特に之を商取引と看做すことを常とす。故に商取引を分ちて商取引及び准商取引の二種と爲し。又准商取引を分ちて(一)商取引の媒介(二)商取引の附屬行爲(三)有價證券に關する行爲とすることを得。

### 第一 眞正の商取引

(一) 賣買 一切の賣買は商取引と爲るに非ず其商取引と爲るには轉賣して利益を獲るか爲めにするものなることを要す。而して其場合には購買も賣却も各一



の商取引を成し且つ購買及び賣却は商人に對して之を爲すと非商人に對して之を爲すとに於て區別する所なし。例へば煙草小賣商か卸賣商より購ひて消費者に賣るは賣買共に商取引なるか如し。但し非商人より購ひ非商人に賣るときは其中間に在る者は商取引を爲せども之を賣り之を買ふ者は商取引を爲すに非ず。又轉賣の爲めにする其購買は假令實際後に至りて轉賣せざりしときと雖も商取引たることを免かれず。例へば商人か商品を仕入れたるも後之れを自家の用料に供したる場合の如きは其初め轉賣の意思を以て買入れたるを以て其購買は商取引と爲るものとす。之に反して轉賣の爲めにせざる購買は後に之を轉賣するも商取引とは爲らず例へば南洋を周遊したる者か其地の産物を購ひ來りて後他人の懇望に任せて之を賣りたる場合の如きは初め轉賣の意思なきか故に商取引を爲したりとするを得ず。而して右何れの場合に於ても利益を得るの目的なきときは假令初より轉賣の意思を以て購買するも又實際之を轉賣するも商取引と爲らず。例へば學校に於て生徒の便宜を計り教科書を購入して之を轉賣する場合の如し。要するに一の賣買か商取引と爲るには轉賣の爲めに買ふこと、利益

を得るの目的あること、の二條件を必要とす。然れども實際商取引の性質を有する賣買にして立法上特別の理由よりして商取引と見做さるるものあり是を例外と爲す。

(二) 製造 製造とは人力又は機械の力に依りて原料を變形して新物品を産出し以て利益を獲るの事業にして又一の重要な商取引なり。而して其事業は原料の買入製造品の販賣及び職工の備入に關して各別種の商取引と看做さるることを得。但し勞力の報酬を得る目的のみにて爲す製造業は法律特に之を商取引と看做さす。

(三) 農業又は鑛業 此等の事業は全く商取引と爲らざるを主義とする國あれども我商法は射利の目的に出づるものは齊く之を商取引とせり。

尙ほ此他射利の事業を擧ぐれば交換兩替は最も著しき例なり。質貸我商法は不動産の質貸は商取引とせず。雇傭並に仕事請負例へば水陸の運漕、建築、修繕、定期印刷物の印刷、刊行、周旋所、遊樂場の營業等、寄託、貸借、保險等は苟も利益を獲るの目的あり以上は皆之を商取引とす。

### 第二節 准商取引

(一) 商取引の媒介 商事の媒介を爲すものを代理及仲立とす。代理には委任者の名を以て取引するものと自己の名を以て取引するものとの二種あり。而して商取引の代理は營業する、否とを問はず、皆之を商取引とす。但し委任者の名を以てする代理を營業とする者は代辦人なる特稱あり、又自己の名を以てする代理は之を仲買商法には仲買とあれども實際問屋に當ると名づけ其人を仲買人と謂ふ。

仲立(商法には仲立とあれども實際仲買に當る)とは官の認可を受け營業として爲す所の商取引の媒介にして、取引所なき地に於ては商品、有價證券、貨幣及爲替の公定相場を立つる專權を有す。仲立を營業とする者を仲立人と謂ひ取引所ある地に於て營業する者を取引所仲立人と謂ふ。

(二) 商取引の附屬行爲 商取引其者に非すと雖も之に附屬する行爲は皆之を商取引と看做す。法語に曰く從は主に隨ふと。故に商人か其營業中に取結ひ又は商人相互の間に取結ひたる取引は反對の證據あるまでは商取引とするを通常とす。

(三) 有價證券に關する行爲 爲替手形、約束手形、小切手等の諸證券を發行し又は取引することを營業とする者は純然たる商取引を爲すこと固より論なしと雖も營業とせずして之を發行し又は裏書讓渡を爲し又は引受辨濟を爲す者も亦同じく商取引を爲すと看做さる。蓋し此等の諸證券は商業上に用ゐること最も多く且つ之に關する行爲を民事と商事とに區別するは實際頗る不便に堪へざるを以てなり。

### 第一節 商人

法律上商事の能力を有し且つ其禁に觸れずして商取引を常業とする者を商人と云ふ。故に凡そ商人たるには三箇の條件を具ふることを要す。

- 一、商取引を爲すこと
- 二、商取引を常業とすること 即ち日常の職業として商取引を營み以て其生計を爲すを謂ふ。故に假令屢商取引を爲す者と雖も之を以て日常の營業とせざるときは之を商人とすることを得ず。

三、法律上の能力を具へ且つ其禁止に觸れざることを。凡そ人は一般に法律上の能力を有するを以て原則とす而して商事の無能力者も亦民法の通則に従ひて之を定む。(一)未成年者(二)有夫の婦(三)禁治者(四)准禁治産者はなり。但し此等の無能力者と雖も後見人に依り又は保佐人の立會を以て商業を營むとを妨げず。法律上無能力者に非ずして其人の特別なる分限又は地位に依りて商業を禁止せられたる者あり。官吏仲立人取引所仲立人等は是れなり。此等の人が禁止を犯して商業を爲したるときは免職又は罰金等の制裁を受くるものとす。又商業の禁止は人に對するに非ずして商業の種類に關するものあり。或は法律か治安に害ありとして禁止するもの例へは阿片烟草の輸入製造販賣の如きあり。或は政府の專業に屬するもの例へは電信郵便造幣の如きあり。或は特定の條件を要するもの例へは藥舖業の如きあり。此等の禁止に對して商業を爲したるときは孰れも公の秩序を害するの理由に依りて其取引を不成立とす。商事會社も亦商取引を常業とする一個の法人なるか故に商人なる汎稱の下に於ては等しく之を商人と稱することを得るものなり。従ひて自然人たる商人に特

別なる規則の外は、商事會社にも亦皆之を適用することを得るは多言を要せずして明かなるへし。

商人及び商事能力に關する概要の説明は此の如し尙ほ左に商人に特別なる規則を畧述せん。

商人に特別なる規則は専ら商人に適用するものと主として商人に適用するものとの二種あり。

第一 主として商人に適用する規則

此種類の規則に二あり破産及び商業登記簿是なり。破産の事は後に之を説くへ

きか故に此には唯商業登記簿に付きてのみ説かん。商業登記簿は商業に關して世上に公にするの必要ある事項を公にして、商業の信用を保つか爲めに設けられたるものにして、主として商人の爲めにし又或る場合には非商人にも全く適用なきに非ず。登記を要する事項は商號、後見人、未成年者夫婦財産契約(商法には婚姻契約とあり)代務及び會社の六項なり。尙ほ此他特別の登記簿あり。即ち船舶登記簿、特許、意匠、商標等の登記簿にして其性質は皆一種

の商業登記簿ならざるはなし。

登記簿の目的は一定の事項を世上に公にするに在るか故に其結果として既に登記せられたる事項は法律上何人も之を知悉せりと推定す。然れども此原則には例外あり。(一)既に登記したる事項も第三者に對して効力なきとあり。例へば登記の即日に取引して未だ登記簿を一覽するに暇あらざりし場合の如し。(二)未だ登記を経ざる事項も第三者に對抗するを得るとあり。例へば第三者か特に其取引に立會ひたる場合の如し。又或る種類の権利は登記に依りて始めて發生するとあり。例へば會社は登記なき間は第三者に對して未だ設立せざるものと看做さるゝか如し。此の如き場合には第三者は假令其事實を知るも當事者は之れに對して其事實を對抗することを得ざるものとす。

## 第二 専ら商人に適用する規則

此種の規則を分ちて商號、商業帳簿及び代務人及商業使用人に關する諸規則とす(一)商號 商號とは商業上各商人を表示するの名稱を謂ふ。通常は從來の屋號にして又場合に依れば氏または氏名を用ゐるも可なり。例へば越後屋肥前屋と

云ひ大倉商店または丸善商店と云ふか如し。故に商號は商標とは全く其の性質を異にす、商標は商品を表示するか爲めの標識にして商人を表示するものにあらず。

商號を登記すると否とは法律之を商人の自由に任すと雖も、一たひ之を登記したる者は專用の權を有し同一の營業に付き同一地域内に於て他人之を用ゐることを許さず同一地域とは商法施行條例に市町村制の行はるゝ所に於ては一市町村を指し市町村制の行はれざる所は從來の宿驛町村等を指すと爲れり。故に既に商號を登記したるときは其變更又は廢止の場合には必ず重ねて其登記を爲さるゝからず之を商人の自由に任することを得す。

商號は法律の保護に賴れる一種信用の標識にして之を一箇の財産と看做すことを得。故に之を讓渡すことを得。其讓渡の最も普通なる方法は賣買又は相續なり。但し商號の讓渡に關しては法律は一箇の條件を附して其營業と共に讓渡すへきをを命し、又特約なければ取引の仕殘得意先及び商業帳簿も共に讓渡したるものと推定せり。

(二) 商業帳簿 商業帳簿は商人の義務として必ず備ふべきものにして一個の商人と商事會社とを問はず皆之を調製せざるべからず。蓋し商業帳簿の利益に二あり。一は商人破産を爲す場合に帳簿整頓すれば管財人が容易に其破産者の債權債務を調査するを得、又過怠又は詐欺の有無をも辨知するを得べく。一は商業帳簿に一定の證據力を附し之に依りて訴訟の落着を速かにするを得べし。是れ方今各國寬嚴の度こそ異なれ皆商人の義務として商業帳簿を備へしむる所以なり。

商業帳簿の種類を分ちて(一)日記帳(二)財産目録帳(三)其他營業部類の慣例に従ひて備ふべき帳簿と爲す。而して商業帳簿は商事上必要なるか爲めに各商人は此三種の帳簿を其記入最終の日より十ヶ年間保存するの義務を有す。又法律に特定したる場合には公權の命令又は當事者の申立に依りて其の帳簿を差出し、若くは開示せざるべからず。若し然らざるときは或は直接に有罪破産の制裁を受け或は間接に證據上自己に不利益なる推定を受く。

商業帳簿の證據力は裁判官の斟酌を以て之を定め、其帳簿に初より完全の證據力を與へざるを原則とす。唯左の場合には完全の證據力ありと看做す。

第一 相手方の何人たるを問はず商業帳簿を其所有者たる商人に對抗するとき。

第二 商人が其帳簿を他の商人に對抗する場合に其相手方が自己の帳簿中反對の記入を以て之に反抗すること能はざるとき。

第三 商人が其帳簿を非商人に對抗する場合に非商人が既に其對抗せられんとする記入又は之と連絡する記入を援用したるとき若くは其記入の不正なることを少しにても裁判官に信認せしむること能はざるとき。

(三) 代務人及び商業使用人 代務人及び商業使用人に關する規則も亦商人に特別なるものとす尙ほ其性質及び權限等は之を後章に説明すべし。

## 第二章 商事の媒介

商人は常に自ら一切の商取引に當ること能はず平生面識なき商人の間又は遠地に隔在する商人の間には媒介人を以て取引を爲すの必要生ず。或る種類の取引は特別に國家經濟の必要よりして必ず一定の種類の人の媒介を要することあり

今此に主要なる商事の媒介者の種類を擧ぐれば代辨人、仲立人、仲買人、運送取扱人、運送人、代務人及び商業使用人の數種とす。而して此數種の業務を爲す者は各特別の性質を有すれども皆一の共通なる性質を有す、即ち他人の委任を受けて其代理人たることは是れなり。故に代理契約の通則は此數種の業務にも適用せらるゝことを得。

### 第一 代辨人

代辨人とは商事に於て他人の代理を爲すを營業とするものを謂ふ。故に代辨は代理の一種なれども其通常の代理と異なる所は第一其代理の行爲は商事に於てすること。(第二其代理行爲は營業として之を爲すこと、是れなり。商事に於てと云ふか故に、必ずしも其行爲が商事たるを要せず、唯商事に關すれば足れり。或は商況の報告を爲し或は他人の業務又は資産の状態を探知する等の事も亦代辨の中に包含せらるゝものとす。又營業としてと云ふか故に代辨人は自己の資力と自己の責任とを以て之を爲すべく又之を常業として爲さるゝへからず。是れ代辨人か後に説く所の代務人及び商業使用と異なる所なり。

代辨には常囑のものあり、非常囑のものあり、委任者の意思に因りて分かる。一箇又は數箇の取引に付き臨時に代辨を委任する時は非常囑代辨と爲り。豫め一箇又は數箇の取引を委任するときは常囑代辨と爲る。常囑代辨人は一たひ其委任を受くるときは其委任の範圍内の代理行爲を拒むとを得ず。非常囑代辨人は其委任の受否に於て拘束せらるゝ所なし、是れ二者の差異とす。然れども其權限に至りては毫も異なる所なく委任者の意思を以て之を定む。其委任は明示を以てするを通例とす。而して法律は唯取引の取結の爲めに委任を受けたる代辨人は其履行を爲すの權限を有せざるものせり。代辨人は委任の趣旨に従ひ誠實に其行爲を爲すへし而して其委任行爲より生ずる結果は總へて委任者の計算に屬するものとす。是れ委任者と代辨人との關係の通則なり。従ひて委任者と第三者との關係に於ても第三者は直接に委任者に對して權利を得又は義務を負ふものとす。

### 第二 仲立人

仲立人とは官の許可を受けて商取引の媒介を爲すを營業とする商人を謂ふ。故

に仲立は自由營業に非ずして特許營業たり是れ其業務が國家經濟の利害に於て緊切なる關係を有すればなり。従ひて仲立の業務を營まんと欲する者は一定の條件を具へざるべからず。今其條件を列擧するときは(一)官の許可を受くること。(二)年令滿二十五歳以上なること。(三)五年以上其部類の商業に従事したること。(四)聲聞に瑕瑾なきこと。(五)若し破産したる者なるときは復權を得たる後なること。是れなり。而して更に取引所ある地に於て其取引所仲立人と爲らんと欲せば此の五箇の條件の外尙ほ(一)取引所仲立人たるの官許を得ること。(二)取引所取締役より其の職に充らるること。(三)取引所の定款其他の章程を遵守するの宣誓を爲すことを要す。

仲立人は取引所なき地に於ては商品、有價證券貨幣及び爲替の公定相場を立つるの專權を有し其行爲は總て公の信用あるものとす。蓋し商業の便は需要供給の中心點を定めて彼我の取引を満足せしめ又頻繁不定なる物價の變動を迅速且つ確實に察知するに在り。而して仲立人は實に此至重なる經濟の職司を帶ふ故に仲立人は法定の條件を以て之を特許すると前に述べたる如く且つ之に負はし

むるに特別の義務を以てす。今此に其義務を擧ぐれば(一)正當の理由例へば違法の取引又は破産者よりの委任あるか如き場合なくして他人の委任を拒むことを得ざる義務。(二)一定の保證金を差出す義務。(三)仲立營業の外他の商業を營まざる義務。(四)他人に委任して其業務を行はざる義務。(五)委任者双方の利益を誠實に保證する義務。(六)特別日記を備ふる義務等あり。皆特別の位置に對する特別の義務ならざるはなし。

尙ほ仲立人と委任者との關係を觀れば仲立人か委任者に對する義務には(一)委任者に對して詳悉完全及び正實に委任行爲の爲め必要の申告を爲す義務。(二)仲立人は委任者の求に應じて事を秘する義務。(三)日記帳に照し取引の要旨を謄寫し署名捺印して委任者双方に交付する義務。(四)媒介したる取引に付き必要なる事項を確認し且其受取りたる雛形見本を取引の結了まで貯存する義務等あり。而して仲立人は委任者に對し組合定款又は商慣習に従ひ其委任せられたる取引の結了に對して一定の手數料を請求するの權利を有す。

仲立人は個々分離して營業することを得るを我商法の原則とす。然れども一地

方、於て或る商部類の仲立人十人以上あるときは官の認許を受けて團體を組織し以て營業上の便益を計ることを得。仲立人組合と稱するものは即ち是れなり。而して其目的は専ら公衆の委任を受け商業上の信用風紀を維持するにあるか故に、其組合員は之に依りて損益の分擔を爲すとを得す。約言すれば仲立人組合は會社組織たることを得ざるなり。

取引所は商取引に關する公共の建設物にして官許に依り或る部類の商取引を爲すか爲めに商人の來りて取引を爲す所を謂ふ。其規則は行政法規として特別法に定めらる。現行法は明治二十六年發布の取引法とす。

### 第三 仲買人

仲買人とは契約に従ひ自己の名を用ひ他人の計算を以て商業を營む商人を謂ふ。凡そ他人の爲めに或る取引を爲すには委任者の名を以てするものあり又受任者自己の名を以てするものあり。委任者の名を以てするは通常の代理又は代辦人に於て之を見る而して自己の名を以てするは仲買人の特質たり是れ其代辦人と異なる所なり。又仲買人の業務は唯商事に於ける單純なる代理にも非ず。亦た

單純なる商取引の媒介にもあらず全く一箇の商業を營むものなり。而して其營業は自由營業にして官の認許を得るの必要なし。是れ又仲買人が代辦人及び仲立人と同一ならざる所なり。従ひて仲買人仲買取引の外一般の商業を營むことを得。

仲買人が自己の名を以て取引を爲すよりして委任者と第三者との間には何等の關係を生ぜず只其委任者と仲買人との間に權利義務の關係あるのみ。仲買人が委任者に対する義務の主要なるものは(一)委任の權限を守りて其業務を執行する義務。(二)委任業務の執行に關しては其委任なき點に付きても委任者の利益に注意する義務。(三)委任者より受取りたる物は之を委任者の爲めに保存する義務。(四)委任業務の執行を通知し同時に其計算を爲す義務等にして。其權利の主要なるものは(一)委任業務に關する償還請求の權利。(二)自ら委任者の相手方と爲りて委任業務を執行する權利假へは仲買人買入の委任を受けたるときは自ら其賣主と爲り賣拂の委任を受けたるときは自ら其買主となるか如し。(三)委任を受けて取扱ふ商品に自己の商標又は商號を附する權利。(四)委任者に對する債權の辨濟



に關して物を留置する権利等是なり。

#### 第四 運送取扱人

運送は一種の双務契約に由りて成る、即ち運送人は品物運送の義務を負ひ依頼人は賃錢辨濟の義務を負ふ。而して此二人の當事者の外尙ほ通常運送物を受取るものあり即ち受取人は是れなり。

運送契約は運送人と差出人(依頼人)との間に成立すると此の如くなれども差出人は場合に依りては運送人と直接の契約當事者ならざるとあり。即ち差出人か運送人を知らざるか如き場合には、特に他人を介立せしめて其商品の運送を爲すにあり運送取扱人とは即ち是れなり。故に法律は運送取扱人の定義を下して契約に従ひ自己の名を用ひ他人の計算を以て商品其他の物の運送取扱を營業とする商人を謂ふとせり。故に運送取扱人の性質は仲買人と殆ど相似たり唯其異なる所は其業務が特に運送に關すると其委任の範圍が稍々廣きとに在るのみ。仲買人は其委任を執行して其取引を結了すれば足る運送取扱人は更に第三者をして其契約を履行せしむるの義務あり。然れども其本質は仲買と運送取扱とに於て

大差あることなし故に法律は仲買に關して定めたる規則を運送取扱にも適用せり。

#### 第五 運送人

運送人とは陸上又は國內水上に依て商品其他の物の運送を營業とする商人を謂ふ。此定義に依れば運送人たるには左の條件を要す。

- 一、運送を營業とすること。運送とは一の場所より他の場所へ貨物を移すの所爲にして運送人は其所爲を以て日常の職業とせざるべからず。
- 二、其運送は陸上又は國內水上に於てすること。國內水上とは商法施行條例に川湖港灣に限り尙ほ遞信大臣之を制限し得ると爲れり故に國際法に所謂領海の運送の如きは國內水上の運送の中に包含せず海上法の適用を受く。然れども陸上の運送は毫も制限する所なきか故に陸上にて運送する者は皆運送人なりとす。

三、其運送は商品又は其地の物に關すること。故に人の運送を爲すものは運送人に非ず法律は特に旅客運送の名稱を附して別に之を規定せり。

運送人の義務は大別して貨物保管の義務と貨物交附の義務との二と爲す。若し此等の義務に違反して其貨物を喪失、毀損し又は其交附を遅延したる者は一定の損害賠償に任償せざるべからず。

運送人の権利は貨物寄託の権利及び貨物賣却の権利の二となす。受取人か運送貨物の受取又は差出人の附したる條件の履行を拒みたる時又は運送貨物其他正當なる義務の辨濟を爲さざる時又は其受取人を撰出することを得ざる時に於て運送人は其運送貨物を公の倉庫又は他人に寄託し又其總債權の額に滿つるまでは其貨物を賣却することを得。

旅客運送人も亦運送貨物を受けて運送を營業とする者にして其旅客に對して至重の注意を爲すの義務を負ふことは運送人か貨物に對すると異なることなし。唯旅客運送に於ては貨物運送と異なりて受取人あることなく、從ひて運送人の不注意に因りて生ずる賠償義務は、其運送の目的たる旅客に對して生ずるものとす。

而して旅客の旅行行李に付きては旅客運送人に之を交附し且つ必要の場合に其性質及び價格を明告したるときは旅客運送人は普通の運送人と同一の責任あるものとす。

ものとす

## 第六 商業代務人

商人の營業を仲介保助する者は大別して二種とすることを得。一は他人の營業に關係なく獨立して其營業を仲介保助するものにして、一は他人と雇傭の關係に於て之に従屬して其營業を仲介保助するものなり。獨立して他人の營業を仲介保助するものは已上五種の媒介者はなり。已下に説かんとする代務人及び商業使用人は即ち第二種の媒介者にして商業主人に従屬して其取引を代理するものとす。故に其關係は雇傭契約と代理契約とより成るものなり。

代務人は商業主人に代はりて商業を營むの全權を有する代理人なり。其委任は代務契約を以て之れを爲す。其の契約が民法の雇傭又は代理の通則と異なる所三あり。(一)代務契約は諾成契約に非ずして必らず明示の委任を以て之れを爲すこと。(二)代務契約は之を商業登記簿に登記すること。(三)代務の委任は無期限にして又其解約の自由なること是れなり。

代務人は通常の總理代理人より尙ほ廣き權限を有し、管理行爲の外處分行爲を爲

すことを得。總て商業に關する取引に付きては裁判上と裁判外とを問はず、商業主人の商號を用ゐる商業主人に代はりて其取引を爲すの全權を有す。然れども代務人は複代務人を置くことを得す。即ち其代務權の全部は無論其一分と雖も之を他人に轉付することを得す。

代務人の權限は此の如し。故に若し代務人か其權限に従ひ其主人の營業上に於て爲したる取引及び行爲に付きては主人は直接に權利を得、義務を負ふものとす。而して假令其主人か特約を以て代務の權限を制限するとありども第三者か其特約の制限を確知したる場合を除き通則としては其制限は第三者に對して毫も効力なし。代務人の行爲より生したる結果は皆主人に於て之を引受けざる可らず（但法律は主人又は代務人の一方を擇みて其取引の効用を致さしむることを得とせり）。然れども代務人か若し法律上の制限を踰越して第三者と取引したるときは、相手方は代務人に對して其取引を履行せしめ又は損害賠償を要求するを得。代務人の義務は元來代務契約に本つきて成れども法律上又特殊の義務一あり。即ち代務人は自己の計算にても又第三者の計算にても商を爲すことを得ざるこ

と是なり。若し此義務に負くときは商業主人は之を解任するの外其取引を自己の計算に移し且つ其損害あるときは之を賠償せしむることを得。

商人は本店又は支店に一人又は數人の代務人を置くことを得。而して數人代務人を委任せられたるときは通常は各獨立して其權限を行ふことを得れども、若し其數人か共同して委任を受けたる場合には總員共同に非されは其委任行爲を行ふことを得す。故に其代務か其中の一人に付き消滅すれば他の各人に付きても同様に消滅したりと看做さる。

代務消滅の原因は主人の解任、代務人の辭任、委任時期の満了、雇傭契約の絶止、委任を爲したる營業の讓渡若くは廢止の諸件と爲す。

### 第七 商業使用人

商業使用人も亦商業上主人を代理する者にして其委任は代務と齊しく雇傭と代理との性質を兼ね。然れども其代務人と異なる點は（一）代務の委任は明示を要すれども商業使用人の委任は之を要せず。（二）代務の委任は登記を要すれども商業使用人の委任は之を要せず。（三）代務は無期にても之を委任することを得、又有期

の場合にも自由に解任若くは辭任を爲すことを得れども、商業使用人は全く之に異なれり。

商業使用人の權限は其種類に依りて差別あり。今左に法律に定めたる商業使用人の種類を擧ぐれば(一)營業の全体に付きて置かれたるもの。(二)營業の一分に付きて置かれたるもの。(三)或る種類の取引に付きて置かれたるもの。(四)一個又は數個の取引に付きて置かれたるもの是なり。

營業の全部又は一分に付て置かれたるものは、通常其營業上總ての取引及び行為を爲すを得。一は民法上の總理代理人に類し一は部理代理人に類す。而して其權限は更に廣く處分行爲をも爲すことを得。而して營業全部の使用人も自己の名を以て取引することを得す。又裁判上の行為は特別の委任を要するは其代務人と異なる所とす。或る種類の取引又は一箇若くは數箇の取引に付きて置かれたる使用人は其取引に關する行為のみを爲すことを得。例へば金錢の懸取又は簿記等或は種類の業務に任する者又は丁稚小僧の如きは然り。要するに營業に於ける使用人と箇々の取引に於ける使用人とを問はず、使用人は總て特別の委任

なくとも其權限の範圍に屬する行為は法律上當然に之を爲すことを得るものなり。而して代務人と同しく其代理權を他人に轉付すること能はざるは通則なれども、商業主人の承諾を得れば其權限の全部又は一部分を他人に行はしむることを得。又其法律上の權限に付きては特約を以て定めたる制限が第三者に對して効力なきことも代務人と異なることなし。

商業使用人の特殊なる義務も代務人と同しく自己の計算を以ても第三者の計算を以ても商を爲すことを得ざるに在り。而して其數人共同に委任を受けたる場合の責任も亦代務人に異なることなし。商業使用人の義務消滅の原因も亦代務消滅の原因と畧相似たり。唯代務人は假令契約に期限ある場合にも主人は何時にても之を解任することを得。商業使用人は特別の場合に非されば期限前に解任することを得す。又代務人の解任には豫告を要せざれども、商業使用人の解任には豫告を要し又其解任も商業使用人が獨立の營業を爲すか爲めにするときは、豫告を要するか如きは代務人に關する規則と差異ある所とす。

## 第二章 會社

會社とは二人以上の人が利益分配の目的を以て一定の出資を爲し之を共通して或る事業を爲すの契約を以て組成せる團體なり。而して商事會社は商取引を營業とする會社なるが故に其目的たる事業は商取引にして、且之を日常の常務とせざるべからず。一時の商取引は民事會社と雖も之を爲すに妨げなし。故に民事會社と商事會社との差異は其目的たる事業の性質に存し、其團體の形狀に存せず。唯民事會社も其資本を株式に分つときは商法の規定に従ふ。尙ほ此に民事會社と商事會社との差異を示せば

一、商事會社は法人なり、民事會社は當然法人なるには非ず、唯當事者の意思に依りて之を法人と爲すことを得るのみ。故に其結果として

(イ) 商事會社は固有財産を有し獨立して債權を得又債務を負ふ。従ひて會社債權者は社員の債權者に對して會社財産の上に優先權を有す。

(ロ) 商事會社は訴訟當事者たるの能力を有し、訴訟の原告と爲り又被告と爲る場合には社員の名に於てせずして會社の社名を以てす。

(ハ) 商事會社は會社の債權と社員の義務との間、又は社員の債權と會社の義務との間に相殺を許さず。

(ニ) 商事會社か支掛を停止するときには破産の宣告を受く、若し會社にして法人ならされは社員各自の破産あるも會社の破産あることなし。

二、商事會社は之を登記せざるときは第三者に對して成立せず。之に反して民事會社は法人を組織する場合に於てのみ登記の必要あり。

三、商事會社は社名を有し、又社名を刻したる印鑑を有せざるべからず。

四、商事會社は必ず三種の形骸の一を具ふることを要す。即ち合名、合資、株式の三會社の一ならざるべからず、民事會社は其形骸に制限なし。

五、民事會社の社員は無限の責任を有すれども、商事會社の社員は會社の種類又は場合に依りて無限責任たることあり、或は有限責任たることあり。

六、商事會社は主として資本を目的とすれども、民事會社は社員其人に重きを置く。故に民事會社は社員の一の死亡に依りて解散するとあれども、商事會社に於ては此の如きとなく。又持分の讓渡も民事會社に於ては容易に之を許さず、

れども、商事會社の社員は其持分を譲渡すとを得るを通則とす。以上は民事會社と商事會社との差異なり。而して其差異の一として商事會社は三種の形骸あることを説けり之を商事會社の種類とす。已下此各種の商事會社の性質を略述すへし。

### 第一 合名會社

合名會社とは二人以上共通の計算を以て商業を営む爲め金銭又は有價物又は勞力を出資と爲して共有資本を組成し責任出資の額に止まらざるものを謂ふ。故に二人以上各自特別の計算を以てせずして損益相合算すへきは勿論又一種の商人なるを以て商取引を營業とすへし而して社員の出資は金銭又は有價物の外勞力を以てすることを得れども信用を以てすること能はず。又其社員は悉く無限責任にして社員は各其總財産を以て會社の債務を擔保せざるべからず。

合名會社を設立するには四箇の條件を必要とす(一)書面契約を以てすること(二)社名を附すること(三)一定の事項を一定の期日間に本店及び支店の地に於て登記すること(四)一定の期日間に事業に着手すると是れなり。若し此等の條件を具へざ

るときは會社は當事者又は第三者に對して無効と爲る。此の如く合名會社の設立には其契約は先づ之を書面に表示すへきか故に其契約は民法に所謂要式契約の一種なり。社名は即ち會社の商號にして合名會社に於ては會社員の氏又は其一人若くは數人の氏を掲げて社名とし必ず之に合名會社なる文字を附す。登記を要する事項は一々法律の定むる所に依る。事業の着手は會社の業務の端緒を開くの謂ひにして通常店舗を設け又は營業に必要な器具を買入るか如き行為に依りて之を認むることを得。

合名會社の社員相互の權利義務即ち會社内部の關係は主として會社契約の定むる所に従ひ又法律の定むる所に依る。社員の義務の主要なるものは三あり出資の義務、勉勵注意の義務及び損失分擔の義務とす。社員の權利の主要なるものは四あり利益の配當を受くる權利、諸般の報償を求むる權利、業務監査の權利及び同等なる議決の權利是れなり。尙ほ會社解散し若くは社員の退社するときには此外會社財産の分割を受くるの權利を生ず。是れ社員相互の權利義務の概要を列擧したるものにして、其權利義務に關する細目の規定は皆以上各種の關係に本つ

くものとす。

會社は無形人なるか故に其目的の業務を達するには有形の人其業務を擔當せざるべからず。而して合名會社の各社員は同等に業務擔當の權利を有し又其義務を負ふことを原則とすれども若し會社契約を以て特に其人を選定したるときは其選定せられたる人が獨り業務を擔當す。之を業務擔當社員と謂ふ。其權限は主として會社契約を執行するに存し其會社に對する關係は全く代理の關係に過ぎず。即ち會社は委任者にして業務擔當社員は代理人なり故に其相互の訴權も亦代理法上の訴權なりとす。

總へて會社契約の變更は總社員の承諾を経るを必要とす。業務擔當社員の專斷にて之を行ふことを許さず。而して第三者か舊社員の地位に代りて社員と爲り又は別に新たに社員を加ふるとあり之れを第三者の入社と謂ふ。是れ一の會社契約の變更に過ぎざるか故に總社員の承諾なかる可らず。又第三者か入社するに非ずして單に社員の持分即ち社員か會社に對して有する權利を讓受くることあり。之を社員の持分讓渡と謂ふ。又第三者か全く社員の持分を讓受くるに非

ずして唯其持分を共有するに止まるとあり之を第三者の持分加入と謂ふ。蓋し社員の持分は其資産の一部分なるを以て之を處分するは社員の自由なるか如くなれども合名會社は元來資本を本とせずして社員其人に重きを置くの性質を有し且社員の持分は同時に會社の資本を組成するものなるか故に讓渡並に加入にも法律は多少の制限を置き其關係は社員と第三者との間のみに止まりて會社及び其他の第三者に對しては依然として社員の持分と見做さるゝことと定めたり。各社員は會社の業務に付きては代理權を有するを原則とすれども通常其中の一又は數人をして之を行はしむ業務擔當社員即ち是れなり。而して何れの場合に於ても其代理人として爲したる一切の行爲は會社をして第三者に對して直接に權利を得又義務を負はしむ是を第三者に對する會社の權利義務とす。且つ業務擔當社員の權限は會社内部の契約を以て之を制限するも第三者に對しては全然無効なる者にして假令越權の行爲なるも尙ほ會社の負擔に歸せざる可らず民事會社は特別に會社契約に規定なく又は殘社員の新たに合意を爲すに非されは社員の退社に依りて會社解散すれども商事會社にては通常人に重きを置かず

合名會社にても尙ほ之を以て會社解散の原因とせず。殘社員を以て依然として會社を組織するとを得。是れ専ら商事の便宜を計るに出づ。其社員退社の場合には任意と不任意とあり。任意の退社は會社存立期限を定めざる者に限りて一定の條件を以て之を許す。不任意の退社は除名死亡破産又は家資分散及び能力の喪失の場合とす。而して一旦退社したる社員は其退社後の會社の義務を負担するの責任なしと雖も其退社前の會社義務に付きては退社後尙ほ二個年間は無限責任を負ふことゝ爲れり。

合名會社の解散も亦任意解散と不任意解散との二種あり。任意解散の場合には(一)會社存立時期の満了(二)會社契約に定めたる解散事由の起發(三)總社員の承諾あるときに生し。不任意の解散は(一)會社の破産(二)裁判所の命令あるときに生す。而して會社一たび解散するときには會社既に消滅し役員も亦從ひて役員たるの資格を失ふか故に一定の法律上の關係を生ず。其關係を擧ぐれば

一、清算人の選定及び登記 破産に因りて會社解散する場合には破産宣告あり且つ裁判所に於て管財人を命するか故に清算人の選定及び登記を爲すの必要なし。

二、清算 會社解散するときには其財産の計算を爲し會社の債權は之を行ひ債務は之を辨濟し會社從來の取引を完結し現存の動産不動産は之を賣却して金銭に代へざるへからず。此等の行爲を總稱して清算と謂ふ。故に清算人は會社の全權を代表して裁判上裁判外に一切の行爲を爲すことを得。社員は其權限を制限することを得ず。又一旦選任したる清算人は容易に之を解任することを得ざるものとす。

三、分配 清算人は會社の清算事務を結了したる後會社財産の殘餘あれば社員各自の持分に應じて之を分配せざるへからず。

四、社員の責任 合名會社の社員は無限責任を有するか故に會社財産が會社の義務を辨濟するに足らざるときは社員は總財産を以て其擔保に供せざるへからず。然れども永久に其責任を負ふに非ず。會社解散後五個年を以て通常は免責時効に罹かるものとす。

## 第二 合資會社



立法者は合資會社の定義を下して社員の一人又は數人に對して契約上別段の定なきときは社員責任が金錢又は有價物を以てする出資のみに限るものを合資會社とせり。今此定義を分析して合資會社と合名會社との差異を見ることを得へし。

一、合資會社の社員の出資は金錢又は有價物を以てす。是れ合資會社か合名會社と異なる一點なり。合名會社に於ては社員の出資は此外尙ほ勞力を以てすることを得れども合資會社に於ては勞力を出資とすることを許さず。

二、合資會社の社員責任は或に有限なるものあり或は無限なるものあり。是れ亦合名會社と其性質の差異ある一點なり。合名會社に於ては社員は皆無限責任を負へども合資會社に於ては特別の契約を以て或る社員の無限責任を定むるか又は特別の契約なきも氏を社名に表示し或は業務擔當社員と爲りたる者の外社員は通則として有限責任を負ひ其責任は各自出資の額に止まるものとす。要するに合資會社は有限責任社員と無限責任社員との二種の社員より組織せらるゝものにして合名會社の一種の變態と謂ふも敢て不可なることなし。故に合

名會社の規則にして合資會社にも適用せらるゝもの甚多し。是れ立法者か合資會社に特別の規定あるものゝ外總て合名會社の規定を合資會社にも適用することとせし所以なり。

合資會社の設立に必要なる條件は合名會社と同じ、唯特別の規則あるは社名及び登記の事項とす。合名會社に於ては社員を氏を社名に掲ぐるを原則とすれども合資會社に於ては之を掲げざるを原則とし、無限責任社員を氏に限りて之を社名に用ゐることを許し、且つ元來有限責任社員たりしもの若し其氏を社名に表するときは當然無限責任を負ふことと爲れり。又登記事項の合名會社と異なる主項は會社資本の登記、各社員の出資額の登記並に無限責任社員を氏名の登記なり。是れ専ら合名會社の社員は無限責任を原則とし、合資會社の社員は有限責任を原則とするの結果に出づ。

社員間の権利義務にして合資會社か合名會社に異なる點も亦性質の差異より來る。即ち合資會社の社員は通常出資のみを以て會社の損失を負擔するの權利あり。又無限責任社員並に業務擔當社員の外は會社の營業に屬する行爲を自己の

計算にても他人の計算にても之を爲すことを得ず。其持分は有効に第三者に譲渡すことを得、取得者は法律上正當の譲受人として社員の權利義務を承繼す。蓋し合資會社は合名會社と後に説く株式會社との中間に位するか如き性質ありと謂ふことを得べし

合資會社の業務は合名會社の如く原則として各社員が均しく之に任することを得るに非ず。合資會社に於ては業務擔當社員は當然無限責任を負ふ者なるか故に實際之を選任するを通常とす。其選任及び解任は總社員四分の一の多數に依る、其員數は社員の決議に従ひて一定せされども會社契約を以て豫め一定の無限責任社員を以て之に充つることを得。若し有限責任の社員にして業務擔當社員に選定せらるるときは當然無限責任を負ふも、其責任は永久に附帶するに非ず。其業務擔當の任を退きたるより後二ヶ年を経て消滅することゝ爲れり。

合資會社には業務擔當社員の外社員總會と云ふものありて會社の機關と爲る。社員の總會には通常と臨時とあり。其招集の條件及手續等は一に法律の定むる所に依る一々之を擧げず。唯此に議決の票數が合名會社と合資會社とに於て異なることを注意すれば足る。即ち合名會社に於て例へば會社契約の變更の如き總社員の承諾を要する事項も、合資會社に於ては總社員四分三以上の多數決を以てすれば可なり。其他の議決は皆總會出席員の過半數を以て之を定む。

### 第三 株式會社

株式會社の定義も亦立法者之を與へたり。曰く會社の資本を株式に分ち其義務に對して會社財産のみ責任を負ふものを株式會社と爲すと。此定義に依れば一、株式會社の社員は皆有限責任を負ひ會社の義務に對しては唯會社財産を以て擔保するものとす。是れ其合名會社か悉く無限責任社員を以て組織せられ又は合資會社か有限責任社員と無限責任社員とを以て組織せらるゝと其趣を異にする所なり。

二、會社の資本は之を株式に分つとを要す。株式に分つとは會社資本を一定平等の額に分割し證券に依りて各社員の持分を代表するを謂ふ。其記名證券は之を株券と謂ひ之を所有する者即ち社員は之を株主と謂ふ。蓋し株券を發行するは其讓渡を便利ならしむるか爲めにして、社員の交替は何程ありと

も唯株主の變更あるのみにして會社の信用には少しも影響なし。

株式は株式會社の社員か會社に對して有する權利にして合名會社又は合資會社の持分と同じ。然れども此等の會社の持分は其額に制限なく又各自不平等なるを得れども株式は必ず平等なることを要し且つ其株式の額は二十圓を下たることを得ず。又會社の資本十萬圓以上なるときは其株式は五十圓を下たることを得ず。是れ其持分株式との主要なる差異なり。而して株式は通常一株毎に株券一通を作り之に其金額發行の年月日番號社名社印取締役の氏名印及株主の氏名を載するものなれども會社の定款に依りては數株を合せて一通の株券に代表せしむるも可なり。但し株式は如何なる場合にも併合分割を爲すことを得ず。株金は通常一度に拂込むものに非ず。其金額の拂込なき間は會社は本株券を發行することを得されども假し株券を發行し株金全額拂込の後に本株券に引換ふるは妨げなし。又會社は登記を経て第三者に對して成立するか故に本株券又は假し株券も會社登記以前に發行することを得ず。又其讓渡を爲すも無効たり。若し此等一定の條件具はるときは株式の讓渡は極めて簡易にして讓受人の氏名を株

券及び株主名簿に記載するに足る。株主名簿とは各株主の氏名住所株數并に株券の番號拂込の金額株式讓渡の年月日等一切明細に記入して紛雜を防ぎ以て株式自由讓渡の便を助くるの用に供す。

株式會社は便益の大なると同時に其弊害も亦小ならず故に其組織に付きては他の會社より一層嚴密の取締を受く。株式會社か設立條件の外尙ほ發起即ち設立に至る迄の準備に關する條件を具備せざるべからざる理由も亦此に存するものとす。其發起の條件は(一)四人以上の發起人あること(二)發起人か目論見書及び假定款を作りて之に各自署名捺印すること(三)主務者の認可(四)株主募集(五)株式申込(六)創業總會の六項とす。創業總會に於て會社設立の準備終はるときは更に其設立の條件を具備せざるべからず。其條件は(一)七人以上の株主あること(二)主務者の免許(三)株式に付き四分一以上の金額の拂込(四)登記(五)事業の着手の五項とす。會社か獨立して權利を得又義務を負ふには社名なかるべからざることば株式會社に於ても合名會社合資會社と異なる所なし。而して商法の通則としては社名は責任を表示するの標章と爲り氏を社名としたる社員は當然無限責任社員と爲

る。然るに株式會社の社員は、盡く有限責任なるか故に、株主即ち社員の氏を社名に掲ぐることを得ず。通常目的事業を掲げて之に株式會社なる文字を付す。例へば馬車鐵道株式會社、櫻田麥酒製造株式會社と云ふか如し。

株式會社の機關は取締役、監査役及び株主總會とす。取締役及び監査役は株主總會に於て株主中より選任し、取締役の定数は三人以上とし、其任期は三箇年以内とし、監査役の定数は二人以上とし、其任期は三箇年以内とす。取締役は即ち會社の業務執行に任ずる代理人にして其責任は内會社に對しては勿論外第三者に對しても各株主より一層重大なる責任を負はしむることを得。監査役は取締役の一切の業務執行上の監視、検査を爲し、又會社の諸種の書類を検査し、且此事に關して株主總會に報告を爲すの權限を有す。株主總會は通常總會と臨時總會との二種あり、其招集の條件及び手續は一に法律の定むる所に依り、此に詳述せず。議決は通常多數決と特別多數決とあり。通常多數決は會社定款の定めなきときは總株金の少なくとも四分一に當たる株主出席し、其過半数に依りて議決し、特別多數決は定款の變更及び任意解散の場合に必要なるものにして、總株主の半数にして、總株金の

の半額以上に當たる株主出席し、其過半数に依りて議決するものなり。株主の議決權は通常一株毎に一箇とすれども、十一株以上を併有する株主には、其議決權の制限を爲すとを得。是れ其合名會社又は合資會社と異なる所なり。

株主の會社に對する義務は株金拂込の義務なり。其拂込の期節及び方法は會社の定款に於て之を定む。若し株主が其拂込期節を遅延したるときは一定の遅延利息及び損害を賠償するの義務を生じ、尙ほ會社より催告せられたる一定の期間に拂込を爲さざるときは、會社の株主をして株券の所有權を喪失せしめ、其株券を會社の所有とするを得。

會社の義務は株主及び第三者に對して存す。其主要なるものを擧ぐれば、(一)故意に會社の資本を減少せざるの義務、(二)自己の株券を取寄せざるの義務、(三)計算書、財産目録、貸借對照表等を公告し、且つ展開せしむるの義務、(四)損失を填補し、準備金を扣除したる後に利益の配當を爲すの義務是なり。

株式會社の解散する場合にも、亦任意解散の原因と不任意解散の原因とあり。任意解散の原因は定款に定めたる場合及株主の任意に出づる場合の二とす。不任

意解散の原因は株主の七人未滿に減したる場合資本の四分一未滿に減したる場合、合會社破産したる場合及び裁判所の命令ありたる場合の四とす。而して裁判所の命令に依りて解散したる場合の外は何れの場合に於ても取締役は總會を招集して解散の決議を爲し、破産の場合の外一人又は數人の清算人を選定すると合名會社及び合資會社と異なる所なく且解散に關する一定の登記を受くべきことも亦同し。又何れの場合に於ても登記を受くべき事項は之を株主に通知し且つ地方長官を経由して主務省に届出つることを要するものなりとす。

#### 第四章 手形

手形は一種の信用證券にして歐洲大陸諸國の法律には我商法と同じく爲替手形、約束手形及び小切手なる名稱あり。英米二國の法律には之を總稱して流通證券と云ふ。其名稱の如何は姑く舍き世上一般殊に商人間に流通する信用證券たることは何れの國に於ても一なり。彼指圖證券と稱するもの即ち或る金額又は商品の引渡に關する契約書か契約又は商慣習に従ひて指圖式なるものは裏書を以て之を第三者に讓渡すことを得。切手、切符其他の無記名證券は交付のみを以て

他人に轉付することを得。故に此二種の證券も亦其流通の性質を有するに於ては手形と殆ど相同しと雖も、手形の商業上に於ける効力と信用とは更らに著しく全く通貨の代用を爲すものにして其性質大に相異なる所あり。我商法の定義に依れば手形とは一定の金額を支拂はるべき旨を明記し指圖式又は無記名式にて發行する信用證券にして無條件にて支拂はるべきものなり。即ち手形は其要件として

(一) 手形に記載する義務の目的は必ず定額の金錢ならざるべからず。故に物件を記載して之を支拂ふことを得す又金錢と雖も不定額なることを得す。例へば米何百俵と云ふか如き、又は金若干圓外に利息と云ふか如きは以て手形の目的とすることを得ず。

(二) 手形は無條件にて支拂はれざるべからず。故に振出人より手形資金を受取りたる後に支拂ふべしと云ふか如き、或は契約の費用又は爲替に依りて生したる費用を差引計算して支拂ふべしと云ふか如き條件を附することを得ず。

(三) 手形は指圖式又は無記名式ならざるべからず。指圖式とは受取人の氏名

若くは其受取人の指圖して受取らしむる受取人の氏名を證券に記載する方法にして無記名式とは券面に受取人の氏名を記載せず善意にして現に所持する者は何人にも券面の金額を支拂ふ方法なり。手形は必ず此二様の方法を以て發行せざるへからず。

手形は已上三條件の外爲替手形又は約束手形として各其特定の方式を履まざるへからず。手形に方式を貴ふ所以は手形の性質は前にも述べたる如く流通の効用あるものにして第三者か其手形上の義務如何を知るには手形面に依るの外他に方法なければなり。其方式は一々此に挙げす。

手形は通常一箇の支拂に對して一通を作るべきものなれども時としては數通を作ることもあり之を組手形と謂ふ。例へは交通不便なるか爲め又は郵便の延着又は紛失の恐れあるか爲め第一便にて一通を振出し次便にて他の一通を振出すことあるか如き又は一通を以て手形を引受の爲めに支拂人に送り他の一通を流通するか如き場合はなり。然れども數通の手形を振出すは危険を免かれず。故に立法者は一通毎に番號を附することを命ぜり。今左に爲替手形と約束手形との

書式を掲げて二種の手形の差異を觀るに便ならしむへし。

爲替手形

番號

一金壹千圓也

右金額(來何月何日)御一覽次第(御一覽後何日目)何某又は其指圖人へ此手形引換に御支拂可被成候也

東京市何區何町何番地

年月日

振出人 何

某印

大坂市何區何町何番地

支拂人 何 某 宛

約束手形

一金壹千圓也

右の金額何月何日貴殿又は貴殿の指圖人へ此手形引換に無相違御支拂可申候

東京市何區何町何番地

年月日

何 某 殿

某印

手形の書式は此の如し。而して手形か方式を貴ふの結果として一般の原則と相反し其文言の示す所に依りて直接に義務を負はしむ。唯法律上の例外例へは手形に何某又は其指圖人に支拂ふへき旨の記載なくして、單に何某へ支拂ふへしと記載するも其受取人は其手形の裏書讓渡を爲すを妨げざるか如き又商慣習上の例外例へは何月何日に支拂ふへき旨の記載あれども其支拂日か慣習上の支拂日に非ざるか如き場合には必ずしも其文言に依らざることあり。此等の例外を除きては手形の文言は直ちに其効力を生ず。従ひて其文言か實際の事實と符合せざるべきに於ても又偽造變造の手形なるに於ても善意の者に對しては其手形は有効なり。又他人の代理にて手形を振出し又は裏書讓渡を爲したる者も其代理にて爲したる事實を明記せざる場合には其代理人たる署名者は自ら手形上の義務を負はざるへからず。

手形の流通は裏書讓渡に依る。裏書讓渡とは手形の所有者自ら手形支拂の擔保者と爲りて其手形を他人に轉付する方法を謂ふ。其裏書と云ふは手形の裏面に其讓渡の旨を記入するに由る。但し手形か無記名式なる場合又は裏書讓渡人の署名捺印のみを以て讓渡を爲したる場合は裏書を爲すの必要なく唯交付のみを以て讓渡すことを得。又反對の明記即ち手形面に讓渡を禁する旨の記載ある場合は裏書讓渡を爲すことを得ず。尙ほ裏書の方式を示せば左の如し。

表面の金額何某殿(即ち讓受人の氏名)又は同人指圖人に御支拂可被成候也

年月日 何府縣何郡市何町村何番地

何某(即ち讓渡人) 印

手形の裏書には變體裏書と稱するものあり。満期日後の裏書及び代理又は擔保の爲めにする裏書是れなり。満期日後の裏書は手形の支拂期日を經過したる後に裏書讓渡を許す方法なり。代理の爲めにする裏書は手形の所有者か自己の名義を以てすることを欲せり又は自己の名義を以てすることを得ざる場合に他人の名義を假用して裏書讓渡を爲すの方法なり。擔保の爲めにする裏書とは質入の名義を以て擔保の爲め手形を移轉するの目的を以てし又は寄託の爲めにする裏面讓渡の方法なり。此各種の裏書の効力を約言すれば満期後の裏書に於ては





に於て之を爲すへきものにして、所持人も満期日前に支拂を受くるの義務なく又支拂人に於ても満期日前に支拂を爲したるときは之が爲めに生したる危険を負担せざるへからず。若し支拂人が正當の理由なくして満期日に其支拂を拒みたるときは、所持人は他に償還請求を爲すの手續を盡さいるへからず。即ち支拂拒證書を作り、振出人又は裏書譲渡人に對して償還請求及び拒證書作成の通知を爲し、以て其手形面の金額を辨濟せしむることを得。而して手形の支拂を受くる者は何れの場合にも手形の受取證を記入して支拂人に交附し之と引換ふるに非ざれば支拂を受くることを得ず。故に若し受取人が別紙に受取證書を認めて之を差出し、手形を交付せざるときは支拂人之を支拂ふの義務なきなり。

裏書

表面の金額正に受取候也

年月日

何 某印

引受及び支拂には共に榮譽引受、榮譽支拂と稱するものなり。榮譽引受とは手形の支拂人が引受を拒みたるとき、振出人又は裏書譲渡人の榮譽を保つか爲めに支拂人又は第三者が信義上其支拂を引受くるを謂ふ。而して或場合には振出人が豫め此引受を設くることあり。此場合には其の手形の支拂人と同地に於ける豫備支拂人と云ふものを立て、手形に記載するものにして、所持人は支拂人支拂を拒みたるときは拒證書を作りて其手形を豫備支拂人に呈示すへきものとす。榮譽支拂とは手形の支拂人が支拂を拒みたるとき、振出人又は裏書譲渡人の榮譽を保つか爲めに榮譽引受人又は支拂人若くは第三者が其手形を支拂ふを謂ふ。榮譽引受の効力は其引受人に満期日後支拂の義務を負はしめ、受榮譽者及び其後の償還義務者に擔保を與ふるの義務を免かれしめ。榮譽支拂の効力は主として受榮譽者以後の義務者總員をして責を免かれしめ。又従として其支拂人に引受人振出人及び裏書譲渡人に對して所持人の權利を承繼せしむるものなり。以上廣く手形の性質及び其流通の状態を略述せり。尙ほ以下に爲替手形と約束手形との差異を示して其對比に便ならしむへし

(一) 爲替手形と約束手形とは其方式を異にす。

(二) 爲替手形と約束手形とは其當事者を異にす。即ち爲替手形には振出人受取人及び支拂人の三者あるを必要とすれども約束手形には振出人と受取人との二人あるを以て足れりとす。

(三) 爲替手形の振出人は自己の指圖にて振出すことを得れども約束手形は振出人は自己の指圖にて振出すことを得ず。自己の指圖にて振出すとは例へば東京の商人甲者か大坂の商人乙者に向ひ餘の指圖にて一万円を支拂ありたしと云ふか如き場合に於て振出人は一方に於て振出人と爲り、又一方に於て受取人と爲るものなり。此の如き爲替手形の實用は振出人か支拂人の住地に於て信用なく又は支拂人か果して支拂ふべきや否や確實ならざる場合に於て、振出人は自己又は其指圖人に支拂ふべき旨を記載せる手形を作り之を支拂人に送りて引受を爲さしめたる後に之を讓渡すことを得るものなり。而して約束手形に於ては振出人即ち支拂人なるが故に其性質として此の如き振出を爲すことを得ず。

(四) 爲替手形の支拂人が支拂の義務を負擔するには其引受を爲すことを要すれども約束手形の振出人は即ち其支拂人なるが故に既に之を振出したる以上は直ちに支拂の義務を負擔す。故に振出人に對して引受及び呈示又は拒證書の作成を爲すの必要なし。然れども一覽後定期拂及び他所拂の約束手形と稱するものは此限に在らず。

爲替手形には戻爲替手形と云ふものあり。是れ支拂を得ざる所持人か償還義務者に對して其義務の履行を得るか爲めに差出すものにして或は振出人に向けて差出すことあり或は裏書人の一人に向けて差出すことあり。此手形には必ず支拂人か支拂を拒みたる手形拒證書及び償還計算書の三種の書類を添ふべきものとす。此戻爲替手形の主たる効力は所持人か自から遠隔の地に至りて償還を求むるの手續を省略し其手形に依りて恰も支拂人より支拂を受けたる如くならしむるに在り。而して之に關する規則は約束手形にも適用せられ得べきものとす。

又爲替資金と云ふものあり。是れ支拂人をして爲替金を爲替所持人に支拂はしめんか爲め若くは其既に支拂ひたるものを償はんか爲めに支拂人に交附する金

額なり。然れども金額は必ずしも金銭に限らず、振出人が賣却したる商品の代價  
又は支拂人の負擔する委託販賣の代價若くは信用等は總へて之を資金とするこ  
とを得。而して振出人は無論自己の計算にて爲替手形を振出したる者又は明示  
にて爲替資金を供する義務を負ひたる裏書讓渡人は、支拂人に對して爲替資金を  
供する義務を負ふものとす。

終りに小切手の性質を概説すへし。立法者は小切手の定義を與へて寄託其他の  
方法に依り銀行に對して繼續する信用を有する者か其銀行に依頼し之をして記  
名せられたる人又は指圖せられたる人若くは所持人に呈示を受け次第或る金額  
を支拂はしむる證券なりとせり。故に小切手も亦爲替手形約束手形と同じく  
世上一般に流通する一種の信用證券にして、振出人又は第三者の利益に於て其寄  
託金額の幾分つゝを引出すの用に供す。従ひて小切手の振出人は寄託其他の方  
法に依り銀行に對して繼續する信用を有する者ならざるへからず。即ち小切手  
の當事者は一方には必ず銀行にして、又他の一方には必ず銀行に信用ある者とす。  
而して銀行は其寄託を受けたる金額を限度とし、小切手の呈示を受くると同時に

券面の金額を支拂ふものとす。又便宜の爲めに其雛形を示さん

小切手	
一金百圓也	
右の金額何某殿若くは此切手持參人に御支拂可被	
下候也	
年月日	何 某 印
何 銀行 殿	

小切手の方式は此雛形を見て自から明かなるべし。即ち日附及び振出人の署名  
捺印の必要なること是なり。而して其流通は裏書讓渡を以てすることを得るの  
みならず裏書讓渡人の署名捺印のみを以て又は無記名式を以ても讓渡すること  
を得。裏書讓渡の場合には爲替手形と同一の方式を守ることとを要し無記名式の場  
合には唯交付のみを以て轉付することを得。

## 第五章 保險

商事契約の種類は一にして足らず苟も射利の目的を以て取結ぶ契約は其賣買たり代理たり質たるに論なく皆商事契約として考ふることを要す。然れども此に一々周密なる規定に入りて論ずることを爲さず。唯諸種の契約中特に商事に於て最も多く行はるゝ保險の事を略説せん。

保險は射伴契約の一種にして當事者の一方か他の一方の不幸に依りて損失を被むることを豫算し其損失を賠償するの契約なり。其種類二あり相互保險及び保險料附保險是なり。而して商事として觀るべきものは特に保險料附保險とす。保險料とは被保險者か保險者に對して支拂ふ一定の金額にして其支拂の方法は法律に特定なければ之を一回拂とするも又は定期拂とするも毫も妨げなし。保險者は被保險者に對して損失の生じたる場合には之を賠償するの義務を有す。其賠償の支拂は法律上一定の標準あり即ち被保險物の利益額を超過せざる程度に於てすること及び人の保險に在りては被保險額物の保險に在りては被保險者か危險の發生に因りて實際に被りたる損害の程度に於てすることは是なり。

保險契約には通常保險者と被保險者と各一人あるものなれども時としては被保險者か同一の物及び同一の利益に關し二人以上の保險者に對して各別に保險に附することなきに非ず。其各別に保險に附するは時を同くすると時を異にするを問はず齊しく之を重複保險と謂ふ。是れ保險の特別なる場合の一なり。重複保險を爲すには一定の條件を要す。即ち其重複保險を各保險者に通知して其承諾を得ることと是なり。若し被保險者か此條件を缺くときは各保險者は其契約を解除することを得。

保險は保險物又は被保險利益の讓渡に因りて他に移轉するとあり。此場合には目的物の取得者は通常被保險者と爲り保險料支拂の義務を負ひ若し其損失の生じたるときは賠償を求むるの權利を有す。是れ亦保險の特別なる場合の一なり。保險の種類は豫め之を一定すること難し。其現今世上に最も流行し又我商法に特定せるものは大別して物の保險及び人の保險とし物の保險を分ちて火災及震災の保險土地の産物の保險運送保險とし人の保險を分ちて生命保險病傷保險年金保險とす。火災及び震災の保險とは被保險者か一定の期間内に火災又は震災

の爲めに其動産又は不動産に損失を生じたる場合に於ける保険を謂ひ。土地の保険とは土地の農産物か非常の天災の爲めに損失を被りたる場合に於ける保険を謂ひ。運送保険とは陸上と海上とを問はず一の地方より他の地方に物の運送を爲すに當りて、其運送中に生ずべき損失に對する保険を謂ひ。生命保険とは人の死亡に付きての保険契約を謂ひ。病傷保険とは疾病創痍其他生命に關せざる一切の身體上の危険に對する保険を謂ひ。年金保険とは終身間又は或る期間の満了に至るまで年金の支拂を爲す契約を謂ふ。

保險の營業は之を營業とする者の一人たると組合たると會社たるとを問はず官許を受くるに非されは之を爲すことを得ず。然れども保險の業は通常其規模の大なるものなるを以て會社組織を以て之を營むこと多し。故に商法の立法者も亦主として保險會社に關する規定を爲せり。而して其特に保險會社に負擔せしめたる義務は準備金を設くるの義務及び營業の狀況を公示するの義務を以て主要なるものとす。是れ保險會社は社會の利便に資すると同時に其弊害も亦大なるを以て、其設立を慎重ならしむる立法の精神に出づるものなり。

## 第六章 海商

海商とは海上の商業と云ふの義にして海商法は即ち海上の商業に關する規定なり。然れども海上の商業は盡く海商法の適用を受くるものに非ず。例へば甲乙二人の商人が航海中に或る物品の賣買を爲すとありとするも唯其取引を海上に於てしたりと云ふに過ぎずして此に所謂海商に非ず。又海商法の適用は必ずしも海上に於てする商取引のみに限らず船舶に關する一切の取引は假令陸上に於てするときも亦海商法の規定を守らざるへからず。然らば此に所謂海商法の性質は要するに海上船舶に關する法規なりと云ふも敢て不可なきか如し。商法第二編の規定を見るに前後九章皆船舶に關するものならざるはなし。海商法の性質は此の如し、然れども海上の船舶は皆其規定を適用せらるゝものに非ず又其適用を受くる船舶と雖も他の法律命令の爲めに支配せらるゝことを妨げざるものとす。今左に海商法の適用を受けざる船舶を擧ぐれば

一、政府所有の船舶 就中最も著しきは軍艦なり軍艦には總て特別法の規定ありて、全く私法の範圍の外にあり。其他政府所有の船舶は其數も少く其用も亦

遠洋航海を爲すか爲めならず。故に政府所有の船舶は其性質上海商法の規定を受くることなし。是れ法律に明文なきも其性質上然らざるを得ず。

二、端舟其他櫓楫を以て運轉し又は主として櫓楫を以て運轉する船舶 此等の船舶は其形躰扁小にして遠洋航海の用に耐へず、港灣若くは海岸を航行するに過ぎざるか故に、湖川に浮ふる船舶と同じく海商法の適用を受くる必用なきものとして立法者も亦之を除外したるか如し。

海商法に於て研究すべきは左の數點なり。

#### 第一 船舶の屬籍及び船舶所有者の權利義務

船舶の屬籍は船舶の權利義務に重大なる關係を有す。而して其屬籍即ち何國の船舶なりやを定むるは其船舶所有者の國籍に依りてするとは各國法律の皆其趣きを同ふする所なり。我商法に於ても日本船舶の資格は其所有者の日本人たるに依りて定まることゝ爲れり。

日本船舶の所有者は之を二種に分つ、自然人及び法人是れなり

(一) 自然人即ち日本人民か商船其他の海船を専有する場合には其一人に屬す

るものど其數人に共屬するものどあり。數人に屬するときは其各自所有の部分と稱し其所有者を股分所有者と稱す。蓋し船舶の股分に關しては外國の法律には必ず一定の部分に分ち、共有者は其一分若くは數分を所有すべきことを明定せしものあれども、我邦に於ては未だ之に關する一定の規則あるを見ず。假令一の船舶にして數人の共有に屬するものあるも、今日俄かに股分を定むるの必要ありや否やは立法上の問題たるへし。而して一の商船若くは海船か日本船舶たるには其所有者は悉く日本人たるへく又日本人たるを以て足れりとす。故に數人の共有者中に外國の國籍を有する者あるときは假令其人か日本に生まれ日本に住し日本の裁判權に服する場合にも、其船舶は日本船舶たるの資格を得ること能はず。之に反して其所有者は假令外國に生まれ外國に住し外國の裁判權に服するも、其國籍を日本に有するときには其船舶は依然として日本船舶の資格を有することを得。

(二) 法人に屬する船舶にして、日本船舶の資格を得る場合は左の如し

(イ) 一の船舶か日本に主たる營業所を有し且日本の裁判權に服従する場合

會社に專屬して其社員の總員か日本人民なる場合

(ロ) 一の船舶か日本に主たる營業所を有し且日本の裁判權に服従する合資會社に專屬して其社員の半數以上か日本人民なる場合

(ハ) 一の船舶か日本に主たる營業所を有し且日本の裁判權に服従する株式會社に專屬して其取締役の總員か日本人民なる場合

(ニ) 一の船舶か日本に主たる營業所を有し且日本の裁判權に服従する會社以外の法人に專屬して其代表者の總員か日本人民なる場合

此四箇の場合に於て法人所有の船舶は日本船舶と爲ることを得るものにして、即ち各種の法人は日本に主たる營業所を有すること及び日本裁判權に服従すること並に其社員若くは代表者の一定の數か日本人民たることの三條件を充たさるべからず。唯余輩か疑訝する所は會社以外の法人にして主たる營業所を日本に有するものとは如何なる種類の法人たるかの點に在り。余輩は未だ其適例を見ることを得ざるなり。

一の商船其他の海船か此の如くにして日本船舶の資格を得るときは一定の權利

義務之に伴ひて生ず。其權利の最大なるものは即ち日本の國旗を掲ぐるの權利なり。日本の國旗を掲ぐるの利益は國際公法に關係あるものにして、國際公法の原則上何れの國にも屬せざる船舶は之を海賊船と看做す。故に日本の國旗を掲ぐるときは日本船としての待遇を受くべく。又戦時に於ては同盟國及び局外中立國に對して一定の權利を享有し又其保護を受くべきか如きは大に其利害の關する所なり。而して此權利は實に日本船舶の特權にして之を他の船舶に許さず。故に若し日本船舶に非ずして日本の國旗を掲ぐるときは、法律は之に對して一定の制裁を附す。

日本船舶は日本の國旗を掲ぐる權利ありて之を掲ぐるの義務なし之を掲げざるものは唯日本船舶たる待遇を受けざるのみ。然れども外國の國旗を掲げて外國の國籍を冒認せざるの義務あり。若し此義務を缺きて外國の國旗を掲ぐるときは、又前者と同じく一定の制裁を附せらるるものとす。

日本船舶か日本の國旗を掲ぐるの特權を有するには船籍證書及船舶登記證書の交付後なるを要す。船籍證書とは其船舶を航海に使用するに先ちて其日本國

内に於て附屬すべき港、即ち船籍港を定め其船籍に編入する證書にして其船籍に編入するには、國內に於ては地方官廳、國外に於ては領事館に願出て其積量の測度を受けざるべからず。而して其船籍證書を得たる上は猶ほ船籍港を管轄する裁判所に於て船舶登記簿に一定の事項を記入して、登記と同文の證書の交付を請はざるべからず。之を船舶登記證書と謂ふ。

船舶所有者の権利は別ちて全部所有者の権利と股分所有者の権利とを得。全部所有者の権利として我商法に掲げたるものは船長任免の權なり。股分所有者の権利は股分所有者相互の關係にして、其主要なるものは其股分を自由に讓渡すことを得るの權利なり。若し其讓渡の爲めに船舶が國籍を失ふべき場合には他の股分所有者は之れを引受け又は其股分を所有する資格ある者に競賣せしめんことを求めて其國籍を維持するの權利を有す。而して股分所有者間に於て船舶に關する事柄は股分額に應ずる議決權の過半数を以て之を決定するを通過とす。

船舶所有者の義務の主要なるものは船長並に海員の行爲に對する責任なり。其責任は船舶の全部又は股分の所有者なると全部所有者にして同時に船長なると又股分所有者にして同時に船長なるとに從てひ異なりと雖も要するに所有者たる資格に於ては其船舶及び運送貨を以て其責任を負擔するに過ぎざれども船長たる資格に於ては此外尙ほ無限の責任を負ふものとす。

船舶は種々の債權に對して物上擔保に充てらるゝことを得且船舶の性質たるや。一箇の聚合物なるが故に其裝置の爲めの附屬物は勿論未收の運送貨も共に債權の爲めに擔保と爲る。而して各種の債權者は法律に定めたる順序に從ひて其權利を行ふとを得。其順序は即ち船舶に關する先取特權の順序なり。

## 第二 船長及び海員の權利義務

船長は旅客荷主及船舶所有者の生命又は財産を保全すべき重大なる義務を負ふものにして、其航海中に船舶に關する全權を與ふるも亦全く其重大なる義務を盡さしむるが爲めなりと云ふも可なり。其義務を大別すれば(一)航海の際即ち船舶の發航前に於ける義務(二)航海中即ち發航後に於ける義務(三)船舶所有者に對する義務(四)過失に對する義務とす。航海の際に於ける義務は主として其船舶が航



海に耐ふるや否や其他航海に要する諸種の準備に注意するに在り。航海中の義務は主として旅客及積荷を保全するに在り。此外航海の際並に航海中に於て一定の行政的義務を行はさるへからず。即ち各種の書類を準備し航海日誌を作るの義務又は到達港避難港に於ける手續並に船舶放棄後の手續を爲すの義務等是なり。船舶所有者に對する義務は報告及び計算を爲すの義務と自己の計算を以て貨物を船舶に積込まざるの義務とより成る。

船長の権利の概要を擧ぐれば(一)食料處分の権利(二)船舶積荷處分の権利(三)乗込人に對するの権利とす。食料處分の権利及び船舶積荷處分の権利は必要の需用の場合に役員と評議を爲したる後に於てするを條件とす。乗込人に對する権利は船舶秩序を保つか爲めに之を行ふものとす。

海員とは船長の指揮監督を受け航海に必要な職務に従事する一切の乗込人を指す運轉手、機關手、火夫、厨夫其他給仕の如き者皆然り。其権利は(一)不當の雇止に對して一定の賠償を受け且つ其航海中なるときは發航の港まで無償送還を受くるの権利(二)定まりたる航海の爲めに雇入れられたるもの其航海延長のときに増

給を受くるの権利(三)一定の期間疾病又は傷痕の看護及び治療を受くるの権利とす。而して沈没其他の原因の爲め航海を爲すこと能はざるに至りたるときは海員は原則としては給料の請求權を失ふものとす。

海員の義務は通常其一定の職務に服すべきは勿論非常服務の義務即ち危難の際に通常の勞働の以て船舶の安全を保つこと能はざる場合には其力の及ぶ限りは特別の報酬なくして勞働すべきの義務あり。又就役の後には船長又は其代人の許可なくして船舶を離るゝことを得ざるの義務あり。是れ其義務の概要なり。

### 第三 海上運送契約

次に攻究すべきは海上運送契約なり。運送契約の中陸上運送契約及び國內水上運送契約に就きては既に前に之を述べたり。海上運送契約に於ても其原則は固より異なる所なし唯間々特別の規定を要するものありて海商法の一部を成したるに過ぎず。

海上運送契約も亦貨物運送契約と旅客運送契約とに分つ。貨物運送契約は亦之を普通貨物運送契約と船舶賃借契約とに分つ。普通貨物運送とは一定の運賃

を以て一定の場所より他の一定の場所に貨物を運搬送致するものにして、商法は唯船荷證書及び運送賃に關する規定の外別に特殊の規定を設けず。船荷證書とは貨物運送契約を明示するが爲めに船長より荷主に交附する證書にして、荷主と船長即ち運送人との權利義務を定むる基本なり。而して其効力は審に關係者間の運送契約の證據たるのみならず貨物を代表するの効力あるが故に、其移轉は貨物を引渡したると同じ。且此證書は或人に宛て又は指圖式若くは無記名式にて之を發行することを得るか故に、金錢融通の便を與ふる一種の信用證券にして其所持人は反對の證據なきまては當然貨物の所有者と看做さるゝものなり。其發行の條件並に記載を要する事項は法律の定むる所に依る。船舶賃借契約とは、一の貨物運送契約にして一定の航海中若くは一定の期間一定の報酬を受けて船舶の全部若くは一分を賃渡する契約を謂ふ。故に其外形は船舶の全部又は一分の賃借なれども、其賃借は單に船舶を貨物の積込に供し、其貨物を運送するは全く船舶所有者の責任に歸するを以て、其契約は即ち一の貨物運送契約なり。若し他人の船舶を借受け借受人が之を齎裝し自己の責任を以て其貨物を運搬する時は此

に所謂船舶賃借とは全く其性質を異にす。又船舶賃借は船舶の全部若くは一分の賃渡を必要とす、其賃借は即ち船舶の全部若くは一分を標準として之を定め、其運送する貨物の重量又は容積に依りて之を定むるものに非ず。是れ其普通貨物運送と異なる所以なり。一定の報酬は即ち運送賃にして賃借の名稱の由りて起る所而して、其賃借は或は一定の航海の爲めにし或は一定の期間を定めて之を爲すものなり。

海商法上に於て運送賃と云ふものは法律に別に定義を掲げずと雖も、其唯積荷に對する運送賃のみに止らずして船舶の全部若くは一分の賃借をも總稱することには明かなり。何となれば其賃借は前に述ふる如く貨物の運送賃に外ならざればなり。而して其運送賃の額を定むるには法律に二種の方法を認めたり。當事者の間に明約を以て之を定むること及明約なき場合には貨物積込の地に於ける時價を以て之を定むること、即ち是れなり。其契約上の額は船舶賃借證書又は船荷證書を以て證明するの外其額の如何を問はず、人證を許さざるととなれり。海上旅客運送も亦運送契約の一種なることは論を待たず。而して其契約を爲す

には通常書面を以てするものにして、乗船切符と云ふものは即ち是れなり。且つ海上旅客運送に於ては其切符に旅客の氏名を記載するを通常とす。是れ陸上旅客運送と其趣きを異にする所なり。而して此場合には其契約は特定の人を運送するに在るか故に旅客は自己の意思のみを以て其契約を變更することを得ず。故に船長の承諾なくして航海權を他人に移轉し、他人をして代はりて乗船せしむることを得ず。若し之に反して無記名の乗船切符を發行するものあるときは、其切符は自由に之を他人に移轉し得るものとす。又海上旅客の運送賃は通常食料をも包容するものとす。是れ亦陸上旅客運送の場合と其趣きを異にする所なり。

#### 第四 海損

次に海商法の規定に於て攷究すべきは海損の性質なり。海損とは海上に於て船舶積荷其他の物が受けたる損失又は支出したる費用を總稱するものにして、之を大別して二と爲す。共同海損及單獨海損是れなり。共同海損とは船舶及び積荷を共同の危険より救助せんか爲めに故意を以て直接又は間接に船舶及積荷に加へたる非常の損失並に之か爲めに支出したる非常の費用を謂ひ。單獨海損とは共同の危険を避くるか爲めに非ずして船舶又は積荷の一方のみか被りたる非常の損失並に之か爲めに支出したる非常の費用を謂ふ。其之を區別するの實用は損失費用を負擔する人を定むるに在り。即ち共同海損の場合には損失を受けたる者は船舶の安全に付きて利益を有する者に其損失を共擔せしむることを得れども、單獨海損の場合には其損失を受けたる物の所有者が獨り自から之を負擔せざるを得ざるものとす。

共同海損を負擔すべきものは船舶積荷及び運送賃の三種とす。其共擔義務の生ずるには船舶及び積荷の全部又は一分の救助あるを要す。若し船舶積荷が共に沈没喪失し又は積荷の全部が喪失したるか如き場合には共同海損を生ずるとなきなり。而して其船舶積荷及び運送賃が共同海損を負擔する場合は積荷は價額の全額船舶及び運送賃は半額を以て平等に負擔すべきことと爲れり。

海上に於て二個以上の船舶相衝突する場合を稱して衝突と云ふ。此場合には損害の負擔は衝突の原因に従ひて異なるものにして、(一)當事者の過失に出でざると

きは双方が各自に其損害を負担し(二)雙方の過失に出たるときは亦双方が各自に其損害を負担し(三)一方の過失に出たるときは其一方が損害を負担す。

#### 第五 冒險貸借

冒險貸借とは船長か船籍港以外に在て船舶又は積荷の已むを得ざる需用の爲め債權者に冒險料を支拂ふ約束にて航海中冒險抵當物に付ての海上危険を引受けしむる條件を以て取結ぶ貸借契約なり。即ち船籍港以外に於ては船長は船舶所有者又は其代人の指揮を受くると能はず又船舶所有者又は自己の信用を以て金を借入るゝと能はざるとあるか故に非常の處置を以て船舶又は積荷の已むを得ざる需用の爲めに一の抵當付貸借契約を取結ぶとを得るなり。而して貸主か負擔する危険は海上危険にして又特に航海中に限るものとす。是れ海商法に於て冒險貸借と稱するものゝ性質なり。其冒險抵當の目的物と爲り得べきものは船舶積荷運送賃にして或は之を總括し或は之を分別して冒險抵當と爲すことを得。但し積荷のみは其需用の爲めにするに非されは之を冒險抵當と爲すことを得ず。而して此冒險貸借に於て船長より交付する證券は債權者の請求に依りて

指圖式にて發し裏書を以て自由に債權を轉付することを得るものとす。

### 第七章 破産

破産に關する規定は新たに權利義務を創設するを目的とするに非ずして既に存立せる權利義務の履行方法を確定するものに過ぎず。故に其法理上の性質は所謂助法に屬す。而して其法規の寛嚴疎密は専ら社會の實勢と相伴ふべきものにして或は英國の如き寛大主義を取るあり。或は佛國の如き嚴密主義を取るあり。我商法に於ては主として佛國に倣ひて嚴密主義を取れり。

#### 第一 破産の性質

破産とは汎く之を解すれば債務者か其債務を支拂ふことを得ずして其資産を傾くるの状態なり。我商法には破産の意義を掲げて商を爲すに當り支拂を停止する者は自己若くは債權者の申立に因り又は職權に依り裁判所の決定を以て破産者として宣告せらるゝとあり。故に破産の性質を知らんと欲せば破産行爲の何たること、破産宣告の何たること、を知らざるへからず。

破産行爲とは即ち破産宣告を受くべきの行爲にして、我商法に依れば商を爲すに