

従ふべし。

- (イ) 訊問は成るべく証人に解し易き語を以てすべく訊問事項に付連絡したる供述を爲さしむることに注意すべし。
- (ロ) 証人の供述に對し訊問者に於て討論辯駁等を爲すことは之を避くべく唯証人の供述曖昧なるか又は前後の矛盾あるときは其供述を明白ならしむる爲又は其眞否を判断する爲適當なる發問を爲すことを得(二四條、二〇五條)。
- (ハ) 証人數人あるときは原則として各別に之を訊問することを要し後に訊問すべき証人が現在の訊問の場所に在るときは之を退場せしむべきものとす(二四條、二〇三條)。然れども事實發見の爲必要あるときは証人と他の証人又は被疑者と對質せしむるを妨げず(二四條、二〇四條)。對質訊問を爲す時機に付ては相當の注意を爲すべく各人の供述を少しも聽かずして當初より對質せしむるが如きは之を避くべきものなるべし。又兩者間の關係をも充分に考慮し一方をして他の威歴に因り自由の供述を爲し得ざらしめ又は他方の意を迎へ之と苟合妥協する供述を爲すが如きことなからしむる様注意せざるべからず(現範九九條)。

正當の事由なくして證言を拒みたる者を除く外出頭したる証人には旅費日當及止宿料を其處の經費を以て支給すべきものとす(大正十三年四月十七日刑事局長回答)。

- (三) 調書 証人を訊問したる時は即時當該司法警察官自ら調書を作成すべきものとす(五九條、現範一〇〇條)。裁判機關及檢事に於て訊問するときは書記に於て調書を作成す。調書の記載事項に付ては第五十六條第五十八條等の規定を參看すべし。

第八項 鑑定

一 鑑定人の意義 鑑定人とは特別の智能に基き現在する一定の事實に對する判断を爲し之を報告することを裁判所其他の國家機關より命ぜられたる第三者なり。例へば被害者の死體を解剖して其死因を判断報告すべきことを命ぜられたる醫師の如し。

- (一) 鑑定人は第三者なり 此點は證人と同様なりとす。
- (二) 鑑定人は訴訟上現在する一定の事實即ち訴訟手續に於て供給せられたる事實に對する判断を爲すものなり 證人の如く過去に於て實驗したる事實を供述するものに非ず。判断とは實驗上の法則を適用して結論を抽出するをいひ其判断は常に

事實に關す。法律上の判断は裁判所其他の國家機關自ら之を爲すべく鑑定に依るべきものに非ず。唯注意すべきは外國法及慣習法の存在は一個の事實に外ならざるが故に鑑定目的となるものとす。

- (三) 鑑定人は特別の智能即ち特別の知識經驗に基きて事實の判断を爲すものなり 普通一般の知識經驗に依り判断を爲し得べき事項は裁判所其他の國家機關自ら之を爲すべきものなり。
- (四) 鑑定人は判断の結果を報告するものなり 其判断報告は一の證據資料にしてそれが直に事實を確定するものに非ず其探否は専ら裁判所の自由の職權に屬す。例へば被告人の精神鑑定を醫師に命じたるに鑑定人は「心神耗弱者なり」との鑑定報告を爲したる場合裁判所は其儘之を採用すると或は鑑定書の内容、他の事情、證人の證言、被告人の陳述等を綜合し被告人を「心神喪失」の常況に在る者として無罪の判決を爲すとは其の裁量を以て決すべき所なり。
- (五) 鑑定を命ずるは裁判所又は檢事若は司法警察官なり 此點は證人に同じ。

二 強制捜査として鑑定を命じ得べき場合 證人訊問の場合に同じ(第六項の)。

【判例】 第八十二條第二項ノ檢證ハ引續キ鑑定ヲ爲スノ權ヲ包含セズ(大正十五年一月十一日大審院判決)。

【判例】 檢事既ニ現行犯ノ一部ニ付公訴ヲ提起シタル後ト雖モ其現

書式

證人訊問證書

証人 氏名

被疑者何某ニ對スル 被疑事件ニ付昭和 年 月 日某署ニ於テ司法警察吏巡查某立會ノ上右證人ニ對シ訊問スルコト左ノ如シ

一 問 氏名、年齢、職業及住居ハ如何

答 氏名ハ 年齢ハ 職業ハ 住居ハ

次テ本職ハ刑事訴訟法第八十六條第一項ニ規定スル關係アル者ナリヤ否ヲ取調ヘ其ノ關係ナキコトヲ認メタル上(右ノ關係アルトキハ證言ヲ拒ムコトヲ得ル旨ヲ告ケ之ヲ拒マサルトキハ訊問ヲ繼續スルコトヲ得)

二 問 何々

答 何々

末尾ノ記載被疑者訊問調書ニ同シ

書式

第 回 證人訊問調書

証人

行犯ノ取調ニヨリ共犯ヲ發見シタルトキハ其共犯人ニ對スル公訴提起前ニ於テハ刑事訴訟法第百八十條、第百二十三條第三號ニ依リ檢證ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(昭和二年十二月八日大審院判決)。

**三 鑑定人の義務** 鑑定人は出頭の義務、宣誓の義務及鑑定の義務を負ふ。苟くも我裁判権に服し一定の事實の鑑定を爲すに必要な學識經驗を具ふるものと認められたる者は總て鑑定人たるの義務あるものとす(二一九條)。

- (一) 出頭の義務 證人に付述べたる所と大體に同じ。唯出頭の義務に違背するも勾引せらるゝことなきのみ。
  - (二) 宣誓の義務 證人に同じ故に檢事又は司法警察官が強制捜査として鑑定を命じたる場合に於ける鑑定人は此義務を負はず。
  - (三) 鑑定の義務 命令の趣旨に従ひ誠實に鑑定を爲し其鑑定の結果を報告する義務をいふ。其他の點は證人に同じ。
- 四 鑑定人の訊問手續** 鑑定人の訊問手續は大體に於て證人訊問手續に同じ。即ち當該訊問機關は鑑定人を召喚すべく訊問機關が司法警察官なるときは司法警察吏の立會を以て先づ鑑定人の人違なきや否やを確め親族關係等第百八十六條第一項に規定する關係の有無を取調べ其關係存するときは鑑定を拒み得ることを告げ鑑定を命ずるに妨げなきときは鑑定事項を指示して之が鑑定を命じ其額未を鑑定人訊問調書に記載することを要す(二二八條、五六條)。
- (一) 訊問の場所 司法警察官鑑定を命ずる場合には警察署内に於て訊問するを原則とするも必要あるときは警察署外の場所例へば犯罪現場又は死體解剖を爲す病院等に於ても鑑定を爲さしむることを得。
  - (二) 物件の交付 右の場合に於ては鑑定に關する物件を鑑定人に交付することを得(二二八條、二二三條)。

氏 名

被疑者何某ニ對スル何々被疑事件ニ付昭和 年 月 日某署ニ於テ司法警察吏巡查某立會ノ上前同ニ引續キ右證人ニ對シ訊問スルコト左ノ如シ

一 問 何々

答 何々

末尾記載同前

書 式

鑑 定 人 訊 問 調 書

住 居

被 疑 者 氏 名

當 年

右ニ對スル何々被疑事件ニ付鑑定人トシテ訊問候條昭和 年 月 日午 時當署ニ出頭可有之候也  
 召喚ニ應セサルトキハ過料ニ處セラルルコトアルヘシ

昭和 年 月 日

何警察署  
 司法警察官 官 氏 名 印

住 居

出頭ノ節此召喚狀ヲ差出サルヘシ

**五 鑑定の方法** 鑑定人が鑑定を爲すに當りては公の秩序善良の風俗に反せず且必要の程度を超えざる限りは如何なる方法に依るも妨げなし。然れども左の諸點を注意すべきものとす。

- (一) 當該機關の許可 人の身體を解剖し又は物を破壊するときは鑑定を命じたる當該機關の許可を得ることを要す(二二三條)。司法警察官鑑定人より右の如き許可の求めを受けたるときは檢事の指揮を請ひ之に従ひて許否を決すべきものとす(規範一〇三條)。
- (二) 檢事の指揮 司法警察官物の原形を變じ又は數量を著しく減損するに非ざれば鑑定を爲さしむること能はざる場合は檢事の指揮を請ふことを要す。但腐敗其他の事由に因り檢事の指揮を受くる迄其物を保存し難きときは此限に在らず(規範一〇三條、七三條、一〇二條)。
- (三) 身體検査の制限 被疑者に非ざる者の身體検査は一定の證據の存否を確認するに必要な場合に限る。又婦女の身體検査には醫師又は成年の婦女をして立會はしむることを要す。
- (四) 通知 死體を解剖し又は墳墓を發掘する場合に於ては禮意を失はざること注意し遺族あるときは鑑定人より此者に通知を爲すべきものとす(二三條、一七六條四項)。鑑定を命じたる司法警察官も亦遺族に之が通知を爲すべく遺族なきも近親あるときは成るべく之に通知すべし(規範一〇二條)。
- (五) 鑑定資料 鑑定人は鑑定上必要あるときは鑑定を命じたる當該機關の許可を受け書類及證據物を閱覽若し謄寫することを得べく又被疑者若し證人の訊問に立會ひ又は當該機關に對し被疑者若し證人の訊問を爲すべきことを求め若し其許可を受けて自ら訊問を爲すことを得(二二四條)。

書 式

鑑 定 人 訊 問 調 書

鑑 定 人

被疑者何某ニ對スル同被疑事件ニ付昭和 年 月 日某署ニ於テ司法警察吏巡查某立會ノ上右鑑定人ニ對シ訊問スルコト左ノ如シ

一 問 氏名、年齢、職業及住居ハ如何

答 氏名ハ 何々

年齢ハ 何々

職業ハ 何々

住居ハ 何々

次テ本職ハ刑事訴訟法第二百二十八條第百八十六條第一項ニ規定スル關係アルモノナルヤ否テ取調ヘ其ノ關係ナキコトヲ認メタル上(右ノ關係アル場合ハ證人訊問調書ニ付述ヘタル所ニ同シ)

二 問 何々

答 何々

末尾記載同前

司法警察官は成るべく鑑定現場に立會ひ捜査上参考と爲るべき事實を發見せむことに努むべし。但し鑑定人の爲す鑑定手續に干渉するが如きことあるべからず(刑七三條)。

六 鑑定の結果 鑑定の経過及結果は鑑定人をして書面に依り又は口頭を以て報告せしむるを原則とす(刑七二條)。但し司法警察官鑑定を命じたるときは正確を期する爲常に鑑定書を提出せしむべきものとす(刑七〇三條、七四條)。鑑定書には鑑定の時、場所、手續の経過及結果を記載すべし。鑑定人數人あるときは共同して報告書を提出せしむるを妨げず(刑七三條三項)。鑑定人の提出したる鑑定書にして不明又は不備の點あるときは其説明書を提出せしめ之を鑑定書に添付し置くべきものとす(刑七〇三條、七二條)。此等鑑定書及説明書は鑑定人訊問調書に添付するを要す。

七 鑑定人の囑託 鑑定を命じ得る當該機關は官署、公署に鑑定を囑託することを得。例へば死體の解剖を大學病院に囑託するが如し。囑託せられたる官公署は之に應ずべき義務あること個人が鑑定を命ぜられたる場合に同じ(刑三〇條、三二八條)。

八 鑑定人の權利 鑑定人は旅費、日當、止宿料並に鑑定料及立替金の支給を當該機關に請求することを得(刑三八條)。

第九項 通譯及翻譯

一 通譯 檢事又は司法警察官は強制捜査處分として被疑者、證人、鑑定人を訊問するに當り此等の者日本語に通ぜず又は聽者啞者なるときは鑑定に關する規定に準じて通事を命じ之をして通譯を爲さしむることを得(刑三三條、三三三條、三三六條)。

二 翻譯 檢事又は司法警察官は強制捜査處分として鑑定を命ずる場合と同一の要件及方法に依り一私人に對し翻譯を囑託することを得(刑三四條乃至三六條)。

第四節 捜査事件の終結

第一 司法警察官の處置

一 概説 司法警察官告訴、告發、自首、現行犯、其他の事由に因り通常捜査、強制捜査等を實行し捜査すべき事項なきか又は捜査を續くるも事實の發見に資するものなきに至りたるときは狹義の捜査終了したるものとして捜査事件の結末を處置せざるべからず。

二 處理の方法 捜査事件の性質、種類等に從ひ左の如く處置すべきものとす。

(一) 事件の送致 司法警察官捜査を終へたるときは後(二)に述ぶる特殊の場合を除く外速に勤務地を管轄する區裁判所又は地方裁判所の檢事に送致することを要す。此事は捜査の端緒の如何を問はず又犯罪の成否如何を區別せざるなり(刑七二條)。殊に告訴、告發又は自首に係る事件又は檢事に於て特に送致を命じたる事件は常に檢事に送致せざるべからず(刑七四條)。尙大審院の特別權限に屬する事件に付檢事總長より捜査を命ぜられたる場合なるときは事件を檢事總長に送致すべきは當然なり。事件送致は左の方式に依るべきものなり。

(1) 送致を爲すには一件書類に意見書を添附すべく意見書には捜査の結果明にせられたる犯罪嫌疑事實を掲げ之に對する證據の概要を説示し法律上の判斷を附加し且犯罪の情狀、被疑者の性格、境遇等起訴不起訴を決するに付参考と爲るべき事項を公平に且忌憚なく叙述せざるべからず但し參考事項は別に素行調書其他の文書に記載するも妨げなし。

書式

鑑定書

何某何被疑事件ニ付何警察署ニ於テ左記事項ノ鑑定ヲ命ゼラレ鑑定ヲ爲スコト左ノ如シ

鑑定事項
一、何々
一、何々
鑑定ノ手續及経過
一、云々
鑑定ノ結果
一、何々鑑定ノ時及場所
一、云々
昭和 年 月 日
住居
鑑定人 何 某

(2) 訊問調書、實況見分書、聴取書、始末書、報告書等の捜査書類は之を整頓し書類の目録を添へ且記録丁数を付すべく差押又は領置したる物件は此等一件書類と共に検事に送付することを要す(一五條)。此送付に當りては物件の取扱に注意し毀損遺漏なきを期せざるべからず。

司法警察官は事件送致後と雖も事件の捜査及審判上参考と爲るべき事項を發見したるときは速に検事に報告せざるべからず(一五條)。

(二) 其他の特別處置 例外として事件を検事に送致するを要せざる場合あり。左の如し。

(1) 即決事件 違警罪即決例に依り即決し得べき拘留又は科料に該る事件にして告訴、告發又は自首に係らざるものは事件を検事に送致することなく自ら即決處分を爲すか又は他の即決官署に送致すべきものとす(二七四條、二七五條)。但し即決處分に對し正式裁判の申立ありたるときは二十四時

書式

第 號送致書

罪名	被疑者
釋放	ノ住居
前科	職業氏
	名年齢

右被疑事件別紙目錄記載ノ書類及差押又ハ領置物件相添へ及送致候也

昭和 年 月 日

何警察署 司法警察官 官 氏 名 印

何裁判所検事 殿

意見書

被疑者 氏 名

犯罪事實

一、 犯罪事實

二、 證據

三、 法令ノ適用

四、 犯罪ノ情狀

五、 其他參考ト爲ルヘキ事實

右意見ヲ付シ候也

昭和 年 月 日

何警察署 司法警察官 官 氏 名 印

何裁判所検事 殿

間内に一件書類を管轄裁判所検事に送致せざるべからず(一四條、一五條)。

(2) 微罪事件 左の區別に従ひ處理す。

(イ) 檢事より微罪として豫め指定したる事件が法律上の犯罪を構成せず又は犯罪の嫌疑なしと確信したるときは事件を檢事に送致するを要せず(一三條)。

(ロ) 犯罪事實極めて輕微にして便宜主義上處罰の必要なきこと明白なるときは右の(イ)の如き檢事の指定なき事件と雖も檢事に送致せずして微罪處分を爲し其旨を檢事に報告することを得(一三條)。微罪處分とは本人に對し嚴肅且懇切に説諭を爲し再犯を敢へてせざるやう戒告して終結處分を爲すをいふ。

右(イ)(ロ)の場合と雖も事件告訴、告發若し自首に係るものなるとき又は檢事に於て特に送致を命じたる場合なるときは必ず檢事に送致せざる

書式

番號 第一號

微罪者釋放報告

本籍 何府縣郡市區町村何番地某三男

當時 何府縣郡市區町村何番地何商

何某方

被疑者 何 某 二十一年

一、 犯罪事實

被疑者ハ前記何某方ニ被履中昭和何年何月何日主人何某ヨリ買物ノ爲メ託サレタル金二圓ヲ同日何所ニ於テ擅ニ費消横領シタリ

一、 釋放理由

被疑者ハ當二十歳ノ若年者ニシテ未ダ前科又ハ微罪處分ナク而シテ右ハ事態極メテ輕微ノ偶發的犯行ナルノミナラス損害ハ被疑者ノ實父何某ヨリ既ニ賠償シ且ツ主人富藏モ今後引續キ被疑者ヲ使役シ嚴重監督スヘキ旨ヲ誓ヒ被疑者ニ於テモ亦改悛ノ情極メテ顯著ナルニ付キ當強ニ於テ嚴戒ヲ加ヘ一時寛容シテ釋放シタリ

一、 釋放月日

昭和 年 月 日

右及報告候也

昭和 年 月 日

何警察署長 何 某 印

司法警察官警部 何 某 印

何區裁判所検事 何 某 殿

べからず(一四九)。又被疑者十八歳未満の少年なるときは常に前記の處置を爲さず其儘之を檢事に送致することを要す(少年法六二條、四條參照)。

(3) 他管送致 被疑事件通常裁判所の管轄に屬せざること明かなるときは事件を相當官署例へば軍法會議の檢察官、植民地裁判所の檢察官等に送致すべきものとす。此送致は事件が告訴、告發若は自首に係るものなるとき又は職務規範第三十一條に依り檢事に報告したる事件と雖も之を爲すことを得るも此等の事件なるときは送致後速に其旨を檢事に報告せざるべからず(一六條)。

### 第二 檢事の處置

一 概説 檢事は司法警察官又は他の檢事其他相當官署より送致を受けたる事件なると或は自ら捜査を爲したる事件なるとを問はず被疑事件の捜査を終りたるときは左の如く處置すべきものとす。

二 處置の方法 事件の處置は左の區別に従ふ。

(一) 事件の送致 事件が所屬裁判所の管轄に屬せざるものと思料するときは書類及證據物と共に之を管轄裁判所の檢事又は相當官署に送致すべく又十八歳未満の少年に對する犯罪事件に付ては大審院の特別權限に關するものを除く外少年法第四條の保護處分を相當とするや否を考究し必要ありと認むるときは事件を少年審判所に送致すべきものとす(少年法六二條)。

(二) 起訴、不起訴 其所屬裁判所の管轄に屬し別に少年審判所に送致する必要なしと思料するときは

は所謂便宜主義に則り起訴不起訴を決し又は留保處分を爲すべきものとす。

(1) 起訴すべき場合 犯罪の嫌疑充分にして且つ刑事政策上處罰を必要とする場合に於て起訴條件を具ふるとき(例へば親告罪に於て適法なる告訴あるとき)の如しは公訴提起の手續を爲す。

(2) 不起訴と爲す場合 犯罪の嫌疑充分ならず若は事件全く法律上罪と爲らずと思料するときは勿論犯罪の嫌疑あるも政策上起訴處分を請求する必要なしと思料するときは不起訴の處分を爲す。不起訴處分は大體に於て内規上終局的の不起訴(微罪處分)と起訴猶豫とに區別せらる。前者は罪質、犯情輕微なる爲釋放處分を爲すものにして被疑者の身上に重きを措かざる場合なり後者は所犯其性質、情狀に於て必ずしも輕微ならずと雖も被疑者の一身上の事情に鑑み一定の期間起訴を猶豫して其間の行狀を視察し非行あるときは起訴手續を爲すべき目的を以てする不起訴處分なり(大正七年三月二十日付司法省(法務局)第三九號刑事部通達)。

告訴に係る事件に付起訴又は不起訴の處分を爲したる時は其旨を告訴人に通知せざるべからず(四九)。

(三) 留保處分 犯罪の嫌疑充分なるも被疑者の事情に照し一定の期間其者の行動を視察し其結果の良否如何に因り公訴を提起すべきや否やを決するを適當とするときは被疑者に對して處分を留保することあり之を留保處分と謂ひ主として治安維持法違反の被疑事件に付き適用あるも他の類似の犯罪にも準用せらる。最近に於ける刑事政策の思潮の一として最も注目すべきものに屬す(昭和七年十二月二十六日(日司法大臣訓令案照))。

(四) 違警罪即決處分に對する正式裁判の請求ありたる事件の處理 區裁判所檢事此事件の書類を警

察署より受取りたるときは之を裁判所に提出して公判の手續を促すべきものとす。此書類の提出は公訴の提起には非ず。何となれば即決處分は適法なる正式裁判の請求あるときは其效力を失ふと同時に該處分により其範圍、内容の定まれる事案は検事の起訴手續を待たずして當然管轄區裁判所に一般の事件として繫屬するものなればなり。

### 第二章 公訴

檢事捜査を終り犯罪の嫌疑濃厚にして法の精神上處罰を必要と思料するときは裁判所に對して訴を提起するものとす。これを公訴の提起即ち起訴と稱す。本章に於ては公訴及公訴權の何たるかの大要、公訴權の發生及消滅、公訴の時効、起訴の要件、方式、效力等を説き公訴の取消に及ばんとす。

#### 第一節 梗概

一 公訴の意義 公訴なる語は大體二様の意味に用ひらる。

(一) 公訴權 公訴とは公訴權即ち科刑權の存否及範圍の確定を請求する權利を指すことあり。例へば第二百七十八條に「公訴ハ檢事之ヲ行フ」といふが如し。

(二) 實質的刑事訴訟 公訴とは時として實質的刑事訴訟を意味することあり。例へば第五百六十七條に「公訴ニ附帶シ」といふが如し。

二 公訴權の概念 公訴權にも二様の異なる意義あり。

(一) 實體法上の權利 科刑權に伴ひて發生する實體上の權利としての「科刑權の確定を請求する權利」を公訴權と呼ぶことあり。之

を實體的公訴權といふ。

(二) 訴訟法上の權利 實體上の科刑權の存否を前提とせず科刑權の存否、範圍を確定する爲裁判所に事件の審判を爲すべきことを請求する訴訟法上の權利を公訴權と呼ぶことあり。之を形式的公訴權といふ。

刑事訴訟法は公訴權に付正面より規定したる明文の見るべきものなきを以て公訴權なる語は右(一)又は(二)の何れの意義に使用するも可なりと雖も兩者の區別は判然と存することを留意せざるべからず。

#### 第二節 公訴權の發生及消滅

一 公訴權の發生 實體的公訴權と形式的公訴權とに分ちて説明すれば左の如し。

(一) 實體的公訴權の發生 法律上犯罪成立したるときは科刑權發生すると同時に之に伴ひ當然に實體的公訴權發生す。

(二) 形式的公訴權の發生 檢事又は司法警察官に於て犯罪ありと思料したるとき發生す。客觀的に果して犯罪成立したるや否やを問はず。蓋し具體的事件に付て科刑權が眞に成立したりや否やは裁判所の審判に依りて始めて確定するものにして形式的公訴權は此審判の請求を爲すべき權利に外ならざるが故に審判すべき事件あるときは茲に審判を請求すべき權利發生するものと謂はざるべからず。

二 公訴權の消滅

法典は正面より公訴權消滅の原因を定めず唯公判の裁判及豫審終結決定に關する規定を以て免訴又は公訴棄却の裁判を爲すべき場合を列舉し以て裏面より公訴權消滅の原因を示したり。

(一) 實體的公訴權消滅の原因及效果 分説すること左の如し。

- (1) 原因 實體的公訴權は科刑權の消滅又は科刑權の確定に因りて消滅す。
- (イ) 科刑權の消滅 (i) 犯罪後の法令に因り刑の廢止ありたる時(ii) 大赦ありたる時(大赦は天皇の大權に基き行為の犯罪性を失はしむる處分なり)(iii) 時效の完成したるとき(後に詳述す)、(iv) 被告人の死亡又は被告人たる法人の消滅したるとき(法人の消滅とは法人の解散に依る清算若は破産手續の終了又は法人の合併に因る消滅をいふ)。
- (ロ) 科刑權の確定 事件の實體に付確定裁判ありたる時即ち有罪無罪又は免訴の裁判確定したる場合なり。
- (2) 效果 實體的公訴權消滅したるときは裁判所は免訴の裁判を爲すを本則とす(三二四條、三六三條)。但し例外として前示(1)の(iv)の場合には公訴棄却の裁判を爲す(三二五條七號、三六五條一項一號)。

(二) 形式的公訴權消滅の原因及效果 分説すること左の如し。

- (1) 原因 形式的公訴權は(イ) 事件通常裁判所の裁判權に屬せざるに至りたる時(例へば起訴後に被告人が現役軍人とし徵集せられ入營したる場合の如し)、(ロ) 同一事件に付豫審免訴の決定ありたる時、(ハ) 親告罪に付告訴若は請求の取消ありたる時、(ニ) 公訴の取消ありたる時、(ホ) 被告人死亡し又は被告人たる法人消滅したるときに消滅す。
- (2) 效果 右の場合には不適法なる公訴として公訴棄却の裁判を爲すべきものとす。

第三節 公訴の時效

一 時效の問題と捜査 公訴の時效完成するときは前述の如く裁判所は免訴の裁判を爲すものなるが故に檢事起訴を爲す前に此點判明するときは實際上殆んど公訴を提起せざるべし。故に司法警察官捜査に従事するに當りては公訴時效の完成せるや否や其他前述したる公訴權消滅原因の存否に留意せざるべからず。

二 公訴時效の概念 公訴の時效とは犯罪後一定の期間公訴權の行使なき爲公訴權を消滅せしむるを

謂ふ。

(一) 理由 公訴の時效を認むるは刑の時效(刑罰法第一條)及民法上、商法上の時效と同じく繼續せる状態は之を尊重し之を維持することが一般の秩序を保持するに必要なりといふを主たる理由とす。犯罪は社會に對する侵害なり。然れども犯人に對し刑罰を加ふることも亦或程度に於て社會に對する損失たるを免れず。今例へば竊盜の罪を犯したる者が犯行後七年の長き間檢舉せられず經過したるときは今更之に對し公訴を提起し其罪の有無に付審判手續を爲すことは却て既に平靜に歸したる社會状態を動搖せしむる不利あるを免れず。具體的に言へば犯罪に因る社會の侵害は時間の經過により自ら稀薄と爲るを常とす。被害者は永年の時日の經過に因り舊態に復すること多かるべく犯人も永年の經過に因り其犯罪性を改め居ること尠からざるべし。斯る状態に於て貴重なる國費と國家機關の勞力及關係人の迷惑等を顧みず公訴を提起して審判を爲すことは決して策の得たるものに非ず。是れ公訴時效の制度を認めたる所以の大要なり。

(二) 性質 公訴の時效完成するときは檢事は公訴を提起するを得ず。假令公訴を提起するも裁判所は免訴の裁判を爲す。故に科刑權は永久に發現することなきの結果を生ず。

三 公訴時效の期間 時效は犯罪行為の終りたるときより左の期間を經過するに因りて完成す(三八)。

- (一) 死刑に該る罪に付ては十五年
- (二) 無期の懲役又は禁錮に該る罪に付ては十年
- (三) 長期十年以上の懲役又は禁錮に該る罪に付ては七年 茲に長期十年以上とは十年をも含むものにして、刑法に所謂「十年以下の

懲役又は禁錮」といふ場合も本號に該當す。例へば竊盜罪の如し。

(四) 長期十年未満の懲役又は禁錮に該する罪に付ては五年 例へば普通横領罪の如し。

(五) 長期五年未満の懲役又は禁錮又は罰金に該する罪に付ては三年 例へば姦通罪、脅迫罪等の如し。

(六) 單純賭博罪(刑法一八五條)の罪に付ては六月

(七) 拘留又は科料に該する罪に付ては六月

二以上の主刑を併科し(例へば刑法二五六條二項)又は二以上の主刑中一個を選択して科すべき罪(例へば殺人罪)に付て前記の期間を定むるには其重き刑を標準とす(二八二條)。又刑法總則に依り刑を加重又は減輕すべき場合に於ては加重又は減輕せざる本來の刑を標準とす(二八三條)。特別刑法に於ては特別の時効期間を定むるものあり。例へば治安警察法第三十二條、衆議院議員選舉法第三十八條、出版法第三十三條には短期の時効期間を定めた。

**四 時効期間の起算** 時効期間は所謂結果犯なる否とを問はず總て犯罪行為其もの終了したる時より起算す。未遂犯、連続犯等集合的犯罪に於ては原則として最終の行為ありたる時より起算し其内容を成す各個の犯罪毎に進行するものに非ず(昭和六年六月十二日大審院判決)。共犯の場合には共犯者中最終の行為の終りたる時より總ての共犯者に對して時効進行するものとす(二八四條)。

**五 時効の中断** 時効期間進行するも公訴權行使と見るべき一定の事由あるときは其進行を中断す。之を時効の中断といふ。

(一) 中断の性質 時効の中断とは既に經過したる時効期間の效力を消滅せしむるをいふ(二八六條)時効中断ありたるときは其中断事由終了したる時より新たに時効期間の進行を始むるものとす。

(二) 中断の事由 公訴の提起、公判若し豫審の處分又は判事の爲す起訴前の強制處分を以て中断の事由とす。其他間接國稅犯則者處分法に依り處断すべき事件に付ては同法第十五條に依る稅務署長の通告處分に因りても時効中断するものとす。然れども檢事又は司法警察官の捜査處分は通常捜査なると強制捜査なるとを問はず時効中断の效力を生ぜざるが故に司法警察官時効期間の満了に接近したる時期に於て捜査に著手したるときは速に其旨を檢事に報告するを相當とす。注意すべきもの二あり。

(1) 前示中断事由たる處分は管轄違の點を除く外法令に違反して爲されたるものなる時は時効中断の效力を生ぜず(二八五條一項)。

例へば親告罪に付告訴なきに拘らず起訴したるときは其起訴は不適法なるを以て其起訴に因りては時効中断を生ぜざるが如し。

(2) 共犯者の一人に對し時効中断の事由たる手續ありたるときは他の共犯者に對しても當然時効中断の效力を生ずるものとす(二八五條二項)。

**六 時効の停止** 公訴權の行使ありて訴訟を開始したる後被告人心神喪失の状態に在る爲め豫審手續を中止したるとき又は被告人心神喪失の状態に在るか若し疾病に因り出頭すること能はざる爲公判手續を停止したるときは其中止又は停止の期間内は時効は進行せざるものとす(二八七條)。之を時効の停止といふ。時効の停止は中断と異り既に經過せる期間を全然無効とすることなく單に其事由の存続する間期間の進行を止め其事由終了したるときは引續き進行を始め前後の期間を通算して時効を完成せしむるものとす。

### 第四節 公訴の提起

**一 公訴提起の權利者** 公訴は檢事に限り之を提起するの權を有す(二七七)。司法警察官は檢事に事件を送致するに當り起訴不起訴に關する意見を上申することを得るも其意見の採否は檢事の専權に屬す。一私人は告訴、告發等に因り檢事の公訴提起を促すことを得るに過ぎず。

**二 公訴提起の要件** 公訴の提起に缺くべからざる條件を公訴提起の要件といふ。起訴條件、訴訟條件といふも亦同じ。起訴條件は之を一般的东西的のものと特別的のものとに分つことを得。

(一) 一般的起訴條件 總ての事件に通じて起訴の要件と爲るものをいふ。即ち(1)他に同一事件が裁判所に繫屬せざること、(2)被告人が當事者能力を有すること、(3)受訴裁判所が管轄權を有し且現實に審判を爲し得べきこと其他形式的公訴權消滅の事由存せざること、(4)公訴提起の方式適法なること等之に屬す。



(二) 特別的起訴条件 特殊の事件に付公訴提起の要件となるものをいふ。例之親告罪に於ける適法なる告訴若し請求、間接國稅犯則者處分事件に於ける稅務官吏の告發等なり。起訴條件を缺くときは公訴は不適法なるを以て公訴棄却又は管轄違の裁判を爲し事件の内容に付ての審判を爲さざるものとす。

三 狹義の處罰條件 起訴條件と似て非なるものに狹義の處罰條件なるものあり。犯罪行為以外の事實にして科刑權發生の要件たるものをいふ。例へば破産に關する犯罪を處罰するには該犯罪行為ありたる外破産宣告ありたることを要するが故に此破産宣告といふ事實は處罰條件なりとす。起訴せられたる事件が處罰條件を缺くときは裁判所は無罪の判決又は免訴の豫審決定を爲すものとす。

四 公訴提起の方式 公訴提起は一の訴訟行為なり。此訴訟行為は左の要件を具ふることを要す。

(一) 趣旨 公訴提起は豫審の請求又は公判の請求に依りて之を爲す(二八八條)。然れども左の諸點を注意せざるべからず。

(1) 區裁判所 區裁判所には豫審の制度なきが故に區裁判所檢察官が起訴を爲すには公判請求の一途あるのみ。唯罰金又は科料に處するを相當と思料する事件に付公訴を提起して略式命令を請求する場合あり(第七編略式手續參照)。

(2) 地方裁判所 地方裁判所の檢察官が直に公判を請求するや將た先づ豫審を請求するやは事件の輕重難易、證據蒐集の關係等諸般の事情を參酌して之を決す。但し地方裁判所が牽連事件の管轄權を有する拘留又は科料に該る罪に付豫審を請求するには罰金以上の刑に該るべき他の事件と併合して取調を爲すべき場合に限る(二八九條)。

(二) 形式 起訴の方式たる豫審又は公判の請求は書面を以て爲すを原則とす。但し左の例外あり(二九〇條)。

(1) 豫審請求は急速を要する場合に限り口頭又は電報を以て之を爲すことを得。例へば出張先に於て犯人及犯罪事實を發見し速に犯人を拘留するの必要ある場合の如し。

(イ) 右の場合に其請求の要旨を豫審調査に記載し豫審判事裁判所書記と共に署名捺印す。

(ロ) 右は口頭又は電報に依る特例を認めたるに過ぎずして電話に依る起訴を認めたるに非ず。

【判例】 電話ニ依ル豫審請求ハ假令豫審判事裁判所書記ト共ニ署名捺印シタル調査作ルモ適法ナル起訴トハナラサルモノト

ス蓋シ電話ハ其内容ニ付正確ヲ期シ得ヘキ程度ニ於テ全然書面ノ徵スヘキモノナキカ故ナリ(大正十四年七月四日大審院判決)。

(2) 公判請求は開廷中被告人に他の犯罪あることを發見したる場合に限り口頭を以て起訴を爲すことを得此場合には其旨を公判調査に記載す。

(三) 内容 公訴提起には必ず被告人を指定し犯罪事實及罪名を示すべきものとす(二九二條)。

(1) 被告人の指定 氏名を掲ぐるを本則とす。但し氏名不分明なる者に付ては容貌、體格、其他の徵表を以て表示することを得。

(2) 犯罪事實の表示 如何なる犯罪事實なりやを他の事實と區別し得べき限度に於て表示することを要し且之を以て足るものとす。通例は行為の日時、場所、方法、結果の大體等を記載するも、必ずしも此等の事項を漏れなく記載するの要なき場合あるべし。

(3) 罪名の表示 刑罰法規に記載したる罪名又は其罪に相當する法條を示すを以て充分とす。假令罪名を掲げざるも右(2)の記載に依り公訴物體の範圍明確なる以上は公訴提起の效力に影響なきものとす(大正十四年一月二十四日大審院判決)。

五 公訴提起の效力 公訴の提起ありたるときは事件は裁判所に繫屬し裁判所は其事件に付審理裁判を爲すべき權利義務を生ず。之を公訴提起の效力又は起訴に依る權利拘束といふ。

(一) 權利拘束の種類 公訴提起が其要件を具へず又は其方式を缺くときは裁判所は公訴棄却若し管轄違の裁判を爲すべく本案の審判を爲すべきものに非ず。之を形式的權利拘束といふ。之に反し起訴が其條件を具へ方式適法なるときは裁判所は事件の實體に付審理を遂げ有罪、無罪若し免訴の裁判を爲すべきものとす。之を實質的權利拘束と稱す。

(二) 權利拘束の效力 一つの事件に付權利拘束を生ずるときは同一事件に付ては再び公訴を提起するを得ざるものとす。即ち

(1) 檢事同一事件を再び同一裁判所に起訴したるときは裁判所は第二の起訴に對し公訴棄却の裁

判を爲す(三一五條四號)。

- (2) 檢事同一事件を他の同等裁判所に起訴したるときは起訴の先後を調査し、原則として後に起訴を受けたる裁判所公訴棄却の裁判を爲し、事物管轄を異にする裁判所に重ねて起訴したるときは原則として下級裁判所に於て公訴棄却の裁判を爲す(三一五條八號、三)。
- (三) 同一事件の觀念 右に所謂同一事件とは被告人同一にして犯罪事實も同一なるものをいふ。分説すること左の如し。

- (1) 被告人の同一 共犯者甲乙二人ある場合に於て甲に對する事件と乙に對する事件とは同一に非ず。故に犯罪事實同一なるも被告人同一に非ざるときは同一事件に非ず。
- (2) 犯罪事實の同一 被告人同一なるも犯罪事實同一に非ざるときは同一事件に非ず。故に例へば詐欺罪と贓物罪とを犯したる甲に對し檢事が詐欺罪に付てのみ起訴したるときは裁判所は其詐欺罪に付てのみ審判すべく、被告人同一なるの故を以て贓物罪に付審判することを得ず。之を審判するには此點に付檢事の起訴あることを要す。  
注意すべきは犯罪事實が同一なりや否やは必ずしも起訴狀記載の事實が同一なりや否やに依り定まるものに非ず。前後の起訴に係る犯罪が刑法の規定に於て同一犯罪として取扱はるるや否やに依りて之を決すべきものなり。兩事實を比較して多少の差異ありて爲めに罪名に變更を來すことありとするも基本事實が同一なる限りは尙同一犯罪事實なりといふべし。例へば
- (イ) 牽連犯、連續犯の場合に於て當該犯罪を構成する一部の事實に付起訴あれば當該牽連犯、連

續犯の全部に付起訴ありたるものとす。

- (ロ) 當初未遂として起訴したる事實を更に既遂として第二の起訴を爲し又當初横領として起訴したる事實を更に竊盜として第二の起訴を爲すも、結局其基本事實が實質上同一に過ぎざるときは同一事件に付二重に起訴したることゝ爲るものとす。

【判例】 起訴事實ト裁判所ノ認定事實トノ間ニ多少ノ差異アリ爲ニ罪名ニ變更ヲ來スコトアリトスルモ基本タル事實關係ニ於テ同一ナル限りハ之ヲ目シテ起訴ノ範圍ヲ逸脱シテ犯罪事實ヲ認メタルモノトイフヲ得ス(大正十四年六月十一日大審院判決及昭和六年五月二十二日大審院判決)。

- (四) 權利拘束の消滅 形式的權利拘束は公訴棄却又は管轄違の裁判に因りて消滅し、實質的權利拘束は有罪、無罪若は免訴の裁判に因り消滅するを原則とす。

### 第五節 公訴の取消

- 一 公訴取消の意義 公訴の取消とは檢事が裁判所に對して爲したる審判の請求を取消することをいふ。蓋し公訴提起の際に起訴の必要ありと思料したるも、起訴後に於ける事情の變更に因り不起訴を相當とすべき情狀あること明白と爲りたる場合には檢事に於て起訴猶豫と同一の效果を生ずる處分を爲すことを得るものと爲すを至當とすればなり。
- 二 公訴取消の時期及形式 公訴の取消は豫審を請求したる事件に在りては豫審終結決定ある迄、公判を請求したる事件に付ては第一審判決ある迄に之を爲す(二九二條)。其形式は理由を付したる書面を以て爲すべきものとす。
- 三 公訴取消の効果 公訴の取消ありたるときは裁判所又は豫審判事は公訴棄却の決定を爲すべく其結果檢事は再び同一事件に付公訴を提起することを得ざるものとす(三一五條六號、三六五條一項一號)。

### 第三章 豫審

前章に於て説明したる公訴提起が豫審請求なるときは裁判機關たる豫審判事は犯罪の事實及證據に付諸般の取調を爲し、其結果に就き事件を公判に付すべきか否かを決するものとす。

#### 第一節 豫審の概念

一 豫審の本質 豫審は検事の公訴提起に因りて事件を公判に付するに足るべきものなりや否やを決する爲必要な取調を爲す訴訟手續なり。故に豫審は公判の準備たる性質を有す(五九)。

(一) 豫審の目的 公判に付するに足るべき犯罪の嫌疑ありや否やを決する爲必要な事項を取調ぶるを以て目的とす。故に例へば刑の量定にのみ關する事項の如きは原則として其取調事項に非ず。

(二) 豫審の範圍に關する例外 然れども右の原則に對しては一の例外あり。即ち公判に於て取調べ難しと思料する事項に付ては事件を公判に付するに足るべきか否かを決する爲に直接必要なるものに非ざるものと雖も之が取調を爲すものとす。例へば被害の數額又は犯人の性格境遇等を熟知せる者瀕死の状態に在るときは之を證人として訊問するが如し。

二 豫審と捜査との關係 豫審手續の實質は捜査と同じく事實調及證據の蒐集を爲すに在りて公判の如く有罪無罪等科刑權の存否及範圍を確定するものに非ず、されば此點よりいへば豫審は捜査の延長なりといふことを得べし。然れども其目的よりいへば捜査の如く起訴不起訴を決するに非ずして

起訴に因り公判の審理手續を開始するや否やを決するに在るのみならず、其手續の形式は公判と同じく狹義の刑事訴訟にして検事と被告人とが當事者として對立し裁判機關たる豫審判事が其上に立ちて取調及決定を爲し殊に被告人は辯護人を用ゆることを得るものなり。此點に於て捜査と其性質を異にす。

三 豫審と公判との關係 前述の如く豫審は公判の準備手續なり。公判の如く手續を口頭辯論に集中することなく豫審判事の個々の處分を集積するに因りて完了す、且被告人の權利及辯護人の權能も公判に比するときは頗る狭少なるを免れざるなり。

#### 四 豫審の開始及假豫審

豫審は検事の公訴提起に因りて開始す。

(一) 開始の事由 豫審は(1)検事が起訴の一形式として豫審を請求したるとき又は(2)他の豫審判事若は大審院より事件の移送を受けたるとき(六條二項、七條二項、四八一條等)又は(3)管轄の指定及移轉の決定ありたる時に開始す。

(二) 假の處分(假豫審) 豫審判事其繁屬する事件に付共犯あること又は當該事件の被告人に付起訴せられざる犯罪あることを發見したる場合に於て急速を要するときは検事の請求を待たず假に豫審處分を爲すことを得。此場合には速に其旨を検事に通知すべきものとす(二九七條)。此通知を受けたる検事は其事件に付起訴すべきものと思料するときは速に其手續を爲すべく、豫審判事は檢事より四十八時間内に豫審請求なきとき又は其前に豫審を請求せざる旨の通知を受けたるときは當該假の處分を繼續することを得ず。被疑者を勾留したるときは釋放の決定を爲し押收したる物あるときは還付の決定を爲すべきものとす(二九八條)。

#### 五 豫審の密行主義

豫審は前述の如く其實質は捜査の延長とも稱すべきものなるを以て捜査に於けると同じく審理の障礙を排除する爲め又犯罪人なりや否や未定の被告人の名譽を保持する爲め密行を旨とすべきものとす(二九六條)。

#### 第二節 豫審の實行

一 豫審機關

豫審は豫審判事單獨に之を實行す。

(一) 豫審判事とは地方裁判所の判事にして豫審掛を命ぜられたるものない(裁審二條)。

(二) 豫審判事の單獨制 數人の豫審判事あるときは一事件を數人にて擔當し又は一の豫審判事事件を擔當する場合に他の豫審判事の補助を求むるは妨げなし(二九九條)。唯豫審終結決定は一人の豫審判事之を爲すものとす。地方裁判所長は事務の都合に依り豫審掛に非ざる判事に豫審判事の代理を命ずることを得(裁審二五條)。

二 豫審判事の權限

豫審判事は豫審の目的の範圍内に於て必要な取調及處分を爲すことを得。例へば被告人を召喚し之を勾引若し勾留し(二二條)被告人を訊問し(三〇〇條、二二三條乃至一三八條)證人を訊問し(二二三條)押收若し搜索を爲し(二六九條)檢證を行ひ(二七九條)或は鑑定若し通譯を命ずる(二三八條、二三六條)が如き或は公務所に照會して必要な事項の報告を求むることを得る(三〇四條)が如し。

三 當事者及辯護人の權能

豫審手續は豫審判事の主宰するところなれども公訴提起に依り當事者たる檢事及被告人との間に訴訟關係を生ずるものなるを以て豫審の目的達成を助くる爲に必要な範圍に於て訴訟關係人の關與を認め被告人の防禦權の行使を全ふせしむるものとす、即ち左の如し。

(一) 檢事の權能

檢事は何時にても必要な豫審處分を豫審判事に請求し又豫審の進行を妨げざる限り書類及證據物の閱覽を爲し豫審判事の爲す押收搜索檢證等に立會ふことを得(一五八條、一七八條、二二七條)。

(二) 被告人の權能

被告人は豫審判事に對し何時にても必要とする豫審處分の請求を爲し(三〇三條)押收搜索若し檢證に立會ひ(一五八條、一七八條)又豫審中に於ても辯護人を選任することを得べく(三九條)豫審判事は被告人を訊問して其辯解を聽くべきのみならず(一三四條、一三五條)豫審終結前被告人に對して犯罪の嫌疑を受けたる原因を告知して辯解を爲さしむることを要す(三〇一條)。

(三) 辯護人の權能

辯護人は豫審判事に對し何時にても必要とする處分を請求し又豫審判事の許可を受けて書類及證據物を閱覽することを得べく(三〇三條)又押收搜索檢證等の處分に立會ひ(一五八條、一七八條)此等の處分に關する書類及證據物は當然閱覽し且書類を謄寫し證據物は許可を得て之を謄寫することを得(四四條)。

四 豫審の中止

豫審判事は被告人の所在分明ならざるとき又は被告人心神喪失の状態に在るときは檢事の意見を聽き豫審中止の

決定を爲すことを得(三〇五條)此場合には其決定を取消すまで豫審手續の進行を止むるものとす。而して被告人心神喪失の状態に在るが爲中止したる場合には公訴の時効は進行せざることは前に述べたり(二八七條)。

第三節 豫審の終結

一 終結決定前の手續

豫審判事被告事件に付取調を終りたるときは書類及證據物を檢事に送付して其の意見を求むるものとす(三〇六條)。此場合檢事に於て豫審の取調十分ならずと思料するときは事項を指示して取調を請求することを得。豫審判事檢事の請求を相當と思料するときは之に應じて取調を爲したる上之に關する書類及證據物を檢事に送付すべく請求に應ぜざるときは速に其旨を檢事に通知せざるべからず(三〇七條)。斯の如くにして書類及證據物の送付を受けたる檢事は速に意見を付して之を豫審判事に還付するを要す(三〇八條)。右の意見は豫審終結決定の形式に準じ公判に付すべしとするもの免訴、公訴棄却、管轄違等の種別に依るを相當とす。

二 豫審終結決定の種別

豫審判事は固より檢事の意見に拘束せらるることなく獨自の見解に依りて豫審終結決定を爲すものとす。此決定は左の如く區別せらる。

(一) 管轄違の決定 被告事件其豫審判事の屬する裁判所の管轄に屬せざるものと認むるときは管轄違の決定を爲す。

(1) 管轄違の意義 管轄違とは其事件の土地管轄又は事物管轄無き場合をいふ。土地管轄に付ては起訴の當時被告人の住所居所所在地等存在せざるが如き場合をいふものにして、例へば起訴の當時被告人の住所地なりし裁判所に起訴せられたるものなる以上は其後被告人に住居の變動

あるも其裁判所の管轄は動かさることなく従て斯る場合に住所變更の理由を以て管轄違の決定を爲すべきものに非ず。

(2) 特例 管轄違なるに拘らず管轄違の決定を爲すべからざる場合あり、左の如し。

(イ) 豫審判事は事件が其所屬地方裁判所の管内に在る區裁判所の事物管轄に屬するの理由を以て管轄違の決定を爲すことを得ず(三三) 例へば東京地方裁判所検事が東京市に於て行はれたる甲の名譽毀損(三〇)事件に付豫審を請求したところ豫審判事取調の結果本件は單純侮辱罪(三二)なることを認定し従て東京區裁判所の事物管轄に屬するもの(六)なることと雖も其理由を以て管轄違の決定を爲すことを得ず。蓋し土地管轄に付違法なき限り上級裁判所に於て審判せらるることは被告人にとり利益こそあれ不利益となるが如きことなく其他審級制度を紊すが如きこともなければなり。

(ロ) 豫審判事土地管轄違なりと思料するも被告人より管轄違の申立なきときは管轄違の決定を爲すことを得ず(三一) 例へば京都地方裁判所の豫審判事は事件が大坂地方裁判所の土地管轄に屬するものと思料するも豫審終結決定を爲す迄の間に被告人より管轄違の申立なきときは管轄違の決定を爲すべからざるが如し。尤も土地管轄と共に事物管轄をも其裁判所になきときは此限に在らず。例へば前例に於て事件が大坂區裁判所の管轄に屬するものと思料するときは豫審判事は被告人の申立なしと雖も管轄違の決定を爲さざるべからず。

(二) 公訴棄却の決定 公訴が其方式及要件を缺き不合法なるときは此決定を爲す。其事由は第三百

十五條に之を列擧す。例へば被告人死亡したるとき、親告罪に付告訴の取下ありたる如し。

(三) 免訴の決定 左の場合には免訴の決定を爲す。

- (1) 起訴に係る事實が法律上罪とならず又は公判に付するに足るべき犯罪の嫌疑なきとき(三一)。
- (2) 其事件に付既に確定判決ありたる時、犯罪後の法令に因り刑の廢止ありたる時、大赦ありたる時、公訴の時効完成したるとき又は法令に於て刑を免除する時(三二) 違警罪即決例に依る即決處分の確定したるもの及略式命令の確定したるものは確定判決と同一の效力を生ずるものとす(五三三條)。

(四) 公判に付する決定 以上(一)乃至(三)に該當せざる場合即ち公訴適法にして公判に付すべき犯罪の嫌疑あるときは「本件を何地方裁判所の公判に付す」旨の決定を爲す。此決定書には犯罪事實及法令の適用を示すべきものとす(三二)。

### 三 豫審終結決定の効果 分説すること左の如し。

(一) 不服申立 管轄違、公權棄却及免訴の決定に對しては即時抗告を爲すことを得(三三) 即時抗告

- とは決定の告知ありたる日より三日以内に爲すべき抗告をいふ(四五)。
- (1) 公判に付する決定に對しては抗告を許さず。故に決定謄本が被告人に送達せられたるとき即時に確定す。蓋し其違法不當に付ては公判に於て當事者の權利利益を擁護するの機會あるを以てなり。

(2) 検事は管轄違、公訴棄却及免訴の決定の何れに對しても即時抗告を爲すことを得るも、被告

人は免訴の決定中確定判決、犯罪後の刑の廢止、大赦、時効、刑の免除を理由として言渡されたるもの(三三)に限り即時抗告を爲し得るものと解するを相當とす。何となれば第三百十四條に依る免訴の決定は犯罪の成立を前提とするものなれば犯罪を行ひたるに非ずと確信する被告人は之に對し抗告を爲し以て第三百十三條に基く免訴の決定を受くるの利益ありと雖も、其他の決定に對しては抗告を爲す法律上の利益なければなり。

(二) 再起訴の能否 管轄違、公訴棄却又は免訴の決定確定したる場合に檢事は其事件を再び起訴し得るや否やの問題を生ず。解説すること左の如し。

(1) 管轄違の決定 管轄権ある裁判所に再び起訴するを妨げず。  
(2) 公訴棄却の決定 公訴取消に因る公訴棄却の決定ありたる事件(三五條六號)に付ては再び公訴を提起するを得ざるも其他の場合に更に適法なる方式及要件を具へて再び起訴するを妨げず。

(3) 免訴の決定 此場合は新なる事實若し證據を發見したるとき又は當該判事、檢事に一定の職務犯罪ありたるときに限り再び起訴を爲すことを得るも此等の事由なきときは再び公訴を提起するを得ざるものとす(三一七條)。

(三) 附隨處分 豫審判事管轄違又は公訴棄却の決定を爲すに當りては右に述べたる再起訴の場合の便宜を慮りて特に押收又は勾留を存続する旨を言渡し又は新に勾留状を發することを得べく、免訴の決定を爲すに當りても押收を存続する旨を言渡すことを得。然らざれば當然押收を解き被告人を釋放する言渡ありたるものとす。前の場合の押收又は勾留の効力は檢事が一定の期間内に起訴又は他管送致の手續を爲さざるに因り消滅す(三一八條、三一九條)。

### 第四章 公判

豫審終結決定に依り又は檢事の公判請求に依り事件が公判に引續がれたるときは、公判を開く爲め期日を定め關係

人を呼出す等諸般の準備を爲し、公判廷に於ては裁判所たる判事、裁判所書記、檢事、被告人、辯護人等出廷して諸般の本格的取調を爲し其結果に就き有罪無罪等の判決を爲すものなり。本章に於ては第一審の公判手續を説明するものなり。

#### 第一節 公判の性質

一 公判の意義 公判は科刑權の存否及範圍を確定することを直接の目的とする手續にして刑事訴訟の中樞を爲し、捜査及豫審は公判の前提を爲す準備手續たるに過ぎず。公判に於ては彈劾式訴訟の原則に依り檢事は原告の地位に立ち被告人は檢事に對立し裁判所其間に在りて審判を爲し三主體各其本然の性質を發揮す。

二 公判の種類 公判なる語には廣狹二様の意義あり。

(一) 狹義の公判 期日に公判廷を開き判事、檢事、裁判所書記、被告人、辯護人等會合して審理辯論を爲し其結果に基き裁判を爲す手續をいふ。公判の本體たる手續なり。

(二) 廣義の公判 右の手續の外公判準備の手續及附隨の手續を包含す。附隨の手續とは忌避の申立、辯護人の選任、勾引勾留保釋責任等に關する手續をいふ。

三 公判の開始 公判は不告不理の原則に依り檢事の公訴提起を前提として開始す。詳言すれば

- (一) 檢事より公判請求の形式に依る起訴ありたるとき(二八八條)。
- (二) 公判に付する豫審終結決定ありたるとき(三一二條)。
- (三) 略式命令に對し正式裁判の請求ありたるとき(五二八條)。

- (四) 上級裁判所より移轉、移送又は差戻の裁判ありたる時(一六條、一七條、四八三條、四〇二條等)。
  - (五) 牽連事件に付併合又は移送の決定ありたる時(四條、六條、七條)。
  - (六) 大審院より事件の移送を受けたるとき(四八三條二號)。
  - (七) 再審開始の決定ありたる時(五一一條)。
- に公判を開始す。
- 右の外特例として検事の起訴なきも公判を開始する場合あり。違警罪即決言渡に對し正式裁判の請求ありたる時は是れなり(即決例三條)。

### 第二節 公判の準備

一 意義 公判準備の手續とは公判期日前に於て公判に於ける取調準備の爲適當なる處分を爲すをいふ。公判期日を定め、公判の取調に付必要なる人を召喚し、期日前被告人を訊問し、證據の準備及保全を爲すが如し。

#### 二 準備手續の概要 分説すること左の如し。

- (一) 期日の指定 裁判長は公判期日を定め、訴訟關係人は期日變更の申請を爲すことを得るも之が許否は裁判長の職權に在り(三二〇條、三二三條)。
- (二) 訴訟關係人の召喚 裁判長期日の指定を爲したるときは其旨を檢事に通知し且被告人、辯護人及輔佐人に對し召喚狀を發すべきものとす(三二〇條乃至三二二條)。
- (三) 期日前に於ける取調準備 (1)被告人の訊問 裁判所は第一回の期日に於ける取調準備の爲公判期日前被告人の訊問を爲し又は部員をして之を爲さしむることを得。此訊問には檢事及辯護人立會ふことを得るが故に急速を要する場合の外は其期日の日時場所を豫め檢事及辯護人に通知することを要す(三二三條)。(2)證人鑑定人等の召喚 裁判所は職權を以て或は檢事又は被告人若し辯護人を召喚し、或は之を爲さしむることを得(三二四條)。(3)證據物及證據書類の提出 裁判所は職權を以て又は當事者及辯護人の請求に依り公判期日前證據物又は證據書類の提出を命ずることを得。檢事、被告人若し辯護人は公判期日前證據物又は證據書類を裁判所に提出することを得(三二四條、三二五條)。(4)押收及搜索 裁判所は公判期日前押收若し搜索を爲すことを得(三二七條)。
- (四) 期日前の取調 裁判所は證人が疾病其他の事由に因り公判期日に出頭すること能はざるものと思料するときは公判期日前之を訊問し又は受命判事をして之を訊問せしむることを得。檢事及辯護人は之に立會ふの權を有す。又裁判所は公判期日前鑑定若し翻譯を爲さしめ又は檢證を爲すことを得(三二六條、三二七條)。
- (五) 公務所への照會 裁判所は公判期日前公務所に照會して審判上必要な事項の報告を求むることを得(三二八條)。

### 第三節 公判手續

#### 第一款 開廷

一 公判廷の構成 公判期日に於ける取調は公判廷を開きて之を爲すものとす。公判廷には判事、檢事、裁判所書記、廷丁、被告人、辯護人、輔佐人等の出廷を要す。

- (一) 定數の判事 定數とは區裁判所は一人、地方裁判所及控訴院は各三人、大審院は五人とす。而して判事は毎回引續き同一人出廷することを要す、之れ口頭辯論主義の精神を貫徹する爲に必要なりとす。故に中途に判事に變更ありたる時は公判手續を更新せざるべからざるも、判決の宣言を爲す場合は此限に在らず(三三五條)。
- (二) 檢事、書記、廷丁 必ずしも終始同一人なることを要せず、又其人數に制限なし。

(三) 被告人の在廷 本法は闕席判決の制度を認めざるを以て被告人公判期日に出廷せざる時は開廷することを得ざるを原則とす(三三三條)蓋し口頭辯論主義、實質的眞實發見主義、公判中心主義の要求に従ふ所以なり。然れども此原則に對しては例外あり、左の如し。

(1) 罰金以下の刑に該る事件の被告人は代理人を差出すことを得。但裁判所は本人の出頭を命ずるを妨げず(三三二條)。  
(2) 被告人陳述を肯せず許可を受けずして退廷し又は秩序維持の爲裁判長より退廷を命ぜられたるときは其陳述を聽かずして裁判することを得(三三六條、三三九條)。

(3) 被告人心神喪失の状態に在る場合にして無罪、免訴、刑の免除又は公訴棄却の裁判を爲すべき事由明白なる場合に於ては被告人の出頭を待たず直に其裁判を爲すことを得(三五二條一項)。

(4) 罰金以下の刑に該る事件又は罰金以下の刑に處すべきものと認むる事件に付被告人出頭せざるときは被告人の陳述を聽かざして判決を爲すことを得。但何れの場合と雖も開廷後の取調に因り禁錮以上の刑に處すべきものと認むるに至りたる場合に於ては被告人の陳述を聽かずして公判手続を行ふことを得ざるものとす(三六七條)。

(5) 辯論終結後は被告人出頭せずと雖も宣告に依り判決を告知す(三三八條)。  
出頭したる被告人は其期日の終る迄在廷の義務を有す。然れども看守者を附せらるゝの外身體の拘束を受くることなし(三三三條)。  
例へば勾留中の被告人も公判廷に於て取調中は戒具を解かるゝものとす。

(四) 辯護人の在廷 辯護人の選任ありたるときは必ず之を召喚せざるべからずと雖も、辯護人召喚に應ぜざるときは左の特例の場合を除く外其出廷なくとも開廷することを得。

(1) 強制辯護の場合 死刑又は無期若しくは一年以上の懲役若しくは禁錮に該る事件に付ては辯護人の在廷を絶対に必要とす。  
(2) 其他の事件に於ける官選辯護 右に該當せざる事件に付裁判所の裁量を以て辯護人を選出したるときは官選を取消したる場合の外辯護人なくしては開廷することを得ず(三三四條、三五五條)。

(五) 輔佐人 此者が出頭せざる場合に於ても開廷することを妨げず。

二 公判の指揮及法廷警察權 公判に於ける訴訟指揮及法廷警察の權は裁判長又は區裁判所の單獨判事に屬す(二〇七條)。

(一) 訴訟の指揮 とは公判の開廷及閉廷を宣し證據調の順序を定め訴訟關係人の發言を許否するが如きことをいふ。  
(二) 法廷警察 とは開廷中の秩序維持を指す。裁判所構成法第七條以下に之を定む。

第二款 公判の審理

一 審理の順序概要 公判審理の順序は先づ裁判長に於て被告人の人達なきか否かを確むる爲め氏名年齢住居職業本籍出生地等を訊問し(人的關係の訊問)次で檢事が公訴事實の陳述を爲し之にて審理辯論を開始す。審理辯論は被告人に對する本案の訊問及各種の證據調を経て檢事、被告人及辯護人の意見の陳述を以て終るを大體の順序とす(三三四條)。然れども右は大體の順序にして裁判長は被告人の問と證據調とを交錯して行ふことを得べく又必要あるときは檢事、被告人又は辯護人の辯論中被告人の訊問及證據調を爲すことを妨げず。然れども被告人又は辯護人には最終に陳述するの機會を與へざるべからず(三三四條)。

二 公判審理の内容 前述したる各事項を稍詳しく説明すれば左の如し。

(一) 檢事の被告事件(公訴事實)の陳述 口頭辯論主義に基き檢事が起訴狀又は豫審終結決定書等に基き口頭を以て被告人の犯罪事實を陳述するものなり。此の陳述は公判審理の基礎を爲すものとす。

(二) 被告人の本案訊問 被告人の訊問並に證據調は判決の基礎となるものにして實に公判審理の骨子なり。被告人の訊問につき説明を要する點を擧ぐれば



(1) 訊問は裁判長の職權に屬す。陪席判事は裁判長に告げ、檢事又は辯護人は裁判長の許可を得て之を行ふことを得(三三八條)。  
 (2) 數人の被告人ある場合に於て例へば甲被告人が乙被告人の面前に於て充分なる供述を爲すことを得ざるべしと思料するときは一時乙被告人の退廷を命ずることを得(三三九條)。

(三) 證據調 證據調とは證人又は鑑定人の訊問、證據物若し證據書類の取調並に檢證等を總稱す。證據調も裁判長之を行ひ陪席判事は裁判長に告げ、檢事、辯護人は裁判長の許可を得て各證人、鑑定人、通事、翻譯人を訊問することを得。被告人には直接此等の者を訊問するの權なく、必要とする事項に付他の共同被告人、證人、鑑定人、通事又は翻譯人を訊問すべきことを裁判長に請求することを得るに過ぎず(三三八條)。證據調の範圍及内容を略述すれば左の如し。

(1) 證據調の範圍 如何なる範圍に於て證據調を爲すべきか。例へば證人を取調すべきか否か、取調ぶるとして誰々を證人として取調ぶるか又鑑定を命ずべきか否か等は原則として裁判所の自由裁量に依りて決する所に依る(後記判例參照)。裁判長は右の決定に基き裁判所の機關として證人鑑定人等を取調ぶるものとす。唯別段の手續例へば召喚書類取寄等を要せずして同一期日に於て取調ぶることを得べき證據は裁判所の決定を待たず裁判長單獨の意思を以て之を取調ぶることを得(三四四條)。然れども例外として左の證據は訴訟關係人の異議なき場合の外必ず之を取調を爲すことを要し裁判所の裁量に依り其の取調を省略することを不得す。

(イ) 公判期日前訴訟關係人より提出したる證據物及證據書類(三四二條)。  
 (ロ) 公判期日前作成したる證人訊問調書(三四二條、三四三條、三四四條)。  
 (ハ) 公判期日前に作成若し集取したる鑑定又は翻譯に關する調書、檢證調書、押收物等(三四二條、三四三條、三四四條)。  
 (ニ) 公判期日前に提出せしめたる公務所の報告書(三四二條、三四三條、三四四條)。

區裁判所に於て被告人自白したるときは訴訟關係人に異議なき限り他の證據を取調べざることを得(三四六條)。  
 【判例】(1)被告人ニトリ唯一ナル利益證據ト雖モ之を取調ヲ爲ストハ裁判所が審判上必要ト認ムルヲ否ヤテ標準トシテ決スルモノニシテ裁判所ノ必要ナシト認ムルトキハ之を取調ヲ爲サザルコトヲ得ルモノトス(大正十四年一月二十一日大審院判決)。(2)證據調ノ範圍限度ハ第三百四十二條ノ如キ特別ノ場合ヲ除キ裁判所ノ自由ニ定ムルコトヲ得ルモノトス(昭和四年六月二十六日大審院判決)。

(2) 證據調の内容 各證據に付説明すれば左の如し。

(イ) 人證 證人、鑑定人、通事又は翻譯人の訊問なり。其一般的準則に付ては強制搜索の説明に詳かなるを以て參看すべし。唯此等の者の訊問に際し眞實の供述を爲し難しと思料せらるる場合に於ては被告人又は或傍聽人を一時退廷せしめ得るものとす(三三九條)。

(ロ) 物證 證據書類及證據物の取調なり。

(a) 證據書類の取調 (甲)證據書類とは當該事件の搜索、豫審又は公判の手續に於て作成せられたる文書にして訴訟記録の一部を爲し證據となるべきものをいふ。例へば檢事若し司法警察官の聽取書、訊問調書、檢證調書、豫審判事の證人訊問の調書、鑑定書、公判調書等の如し。被害者の始末書、被告人其他關係人の上申書の如きは證據書類には非ず即ち「證據物にして書面の意義證據と爲るもの」なり。(乙)此等證據書類の取調の手續は裁判長之を朗讀し若し其要旨を告げ又は裁判所書記をして朗讀せしむべきものとす。但單に風説又は人の素行を記載したる書類にして人の名譽を毀損する虞あるものは之を朗讀することなく之を被告人に示すべく被告人文字を解せざる場合に限り其要旨を告ぐべし(三四〇條)。此等の手續を履踐せざるものは事實認定の資料と爲すことを不得す。

(b) 證據物の取調 (甲)證據物とは事實認定の資料と爲り得べき有形物にして證據書類を除きたる一切の物をいふ。即ち檢證物並に書面の意義が證據と爲るべきものにして證據書類に非ざる書面なり。(乙)證據物取調の手續は裁判長之を被告人に示すに在り、唯書面たる證據物にして被告人文字を解せざるときは證據の趣旨を了解せしめ難きを以て裁判長は其要旨を告ぐべきものとす(三四一條)。

(3) 證據調に對する被告人の防禦權 裁判長は各個の證據を取調べたる毎に被告人に意見ありや否やを問ひ且一應取調べたる後は被告人に對し其利益と爲るべき證據を提出することを得べき旨を告ぐることを要す(三四七條)。

(四) 當事者及辯護人の辯論 證據調終りたるときは檢事は事實及法律の適用(求刑等)に付意見を陳述すべく(論告)、辯護人及被告人は之に對し意見を陳述することを得。檢事と辯護人若し被告人との辯論は迭ひに爲すことを得るも辯護人又は被告人には最終に陳述する機會を與へざるべからず。

(五) 裁判長の處分に對する異議 當事者及辯護人は公判手續に於て裁判長の爲したる處分例へば取調の順序方法發言の許否等を不當とするときは之に對し異議の申立を爲すことを得、此申立ありたるときは裁判所は之に於て決定を爲す(三四八條)。

(六) 公判調書の作成 公判期日に於ける手續に於ては各期日毎に裁判所書記に於て調書を作成す(六〇條乃至六三條、五四條)。公判調書は公判手續を證明する唯一の方法なりとす(六四條)。

**三 受命判事の取調**

計算其他の複雑なる事件に付公判廷に於て取調ぶるを不便とするときは部員即ち受命判事をして其取調を爲さしむることを得。受命判事は豫審判事と同一の職權を以て取調を爲し其結果を裁判所に報告す、檢事及辯護人は右の取調に立會ふことを得(三五條)。受命判事の取調べたる事項は更に裁判所に於て證據書類の取調の方式を履踐したる上證據と爲すことを得べし。

**四 公判手續の停止**

公判手續が指定の期日に終了せざるときは續行期日を定め間斷なく手續を進行するを原則とす。然れども被告人心神喪失の状態に在るとき又は疾病に因り出頭すること能はざるときは公判手續を停止す(三五條)。此場合は公訴の時效の進行を停む。

**五 公判手續の更新**

法定の事由あるときは公判手續を更新す。更新とは既に爲されたる手續を廢棄して新に公判手續を爲すことをいふ。

(一) 事由 公判開廷後被告人の心神喪失に因り公判手續を停止し又は其他の事由に因り引續き十五日以上開廷せざりし場合及開廷後判事の更迭ありたる場合(判決宣告を爲す場合を除く)には公判手續を更新す(三五三條、三五四條)。

(二) 效果 公判手續を更新するときは更新前の口頭辯論を以て判決の基礎と爲すことを得ず。然れども總ての關係に於て手續が當然無効と爲るに非ず例へば更新前に證據決定を爲したるときは更新後之を執行し其證據調を爲すことと爲るが如し。

**六 辯論の再開**

裁判所は辯論終結後と雖も必要あるときは辯論を再開し、更に證據調其他の手續を爲すことを得るものとす(三五〇條)。

**第四節 公判の裁判**

**第一款 概 説**

**一 裁判の種類** 裁判は之を其性質に基き終局前の裁判と終局裁判とに分類することを得べく、又其方式に基きて判決、決定及命令の三種に區別することを得べし。

(一) 終局裁判と終局前の裁判 終局前の裁判を本案前の裁判、終局裁判を本案の裁判とも稱す。

(1) 終局前の裁判 事件進行の途中に於て訴訟手續に付爲す裁判をいふ。公判の裁判に付て言へば例へば忌避の決定、辯護人選任命令、證據決定、差押物提出命令の如し。

(2) 終局裁判 事件を終結する裁判をいふ。法文に「被告事件ニ付裁判ヲ爲ス」とあるもの之に屬す。終局裁判は之を實質的裁判と形式的裁判とに分つことを得。

(イ) 實質的裁判 實體的公訴權の存否を確定する裁判なり。有罪、無罪又は免訴の裁判は之に屬す。

(ロ) 形式的裁判 訴訟の方式、條件等訴訟關係に付判斷を與ふる裁判なり。管轄違又は公訴棄却の裁判は之に屬す。

(二) 判決、決定及命令 分説すること左の如し。

(1) 判決 裁判所が公判に於て爲す終局裁判にして原則として口頭辯論に基きて爲すものをいふ。但例外として口頭辯論を経ることなく檢事及辯護人の意見を聽きて爲すものあり(三五條)。判決の基礎となる口頭辯論は公判廷に於て當事者雙方の陳述を聽きて爲すを本則とするも例外として被告人の陳述を聽かずして爲す場合あること第三款第一項一の(三)に述べたるが如し。

(2) 決定 裁判所が口頭辯論を経ることなくして爲す裁判にして判決に屬せざるものをいふ。裁

判所が公判前に於て爲す裁判、公判に於て爲す總ての終局前の裁判及公判に於ける終局裁判中特殊のもの(三六)を包含す。豫審判事の爲す裁判は命令なるを本則とするも唯豫審中止の決定及豫審終結決定の二は決定なりとす。

決定は口頭辯論を経ることなきも公判廷に於て訴訟關係人の陳述を聽きて爲す場合あり。例へば證據決定又は裁判長の處分に對する異議申立に付ての決定の如し。尙總ての場合に必要なときは事實の取調を爲すことを得(四八條四項)。

(3) 命令 裁判所の機關たる判事の爲す裁判なり。裁判長、受命判事、受託判事の爲す裁判は皆命令なり、豫審判事の爲す裁判も前記の如き例外を除きては總て命令とす。區裁判所判事の爲す裁判も地方裁判所の裁判長と同一の資格を以てするものは命令なり。命令を爲すには訴訟關係人の陳述を聽くことなし、但必要あるときは事實の取調を爲すことを得(四八條四項)。

二 裁判の方式 裁判は一定の形式を以て之を明確にし置くべきものとす。

(一) 裁判書 裁判を爲すときは裁判書を作成するを原則とす(六六條乃至六九條)。判決書、決定書及命令書といふが如し、但此原則に對しては左の例外あり。

- (1) 區裁判所の判決に在りては上訴の申立なき場合又は判決宣告の日より七日以内に判決書の謄本の請求なき場合に於ては判決主文並に罪と爲るべき事實の要旨及適用したる罰條を公判調書に記載せしめ之を以て判決書に代ふことを得(三六一條)。
- (2) 決定又は命令は宣告する場合に限り裁判書を作らずして之を調書に記載せしむることを得(六六條)。例へば公判廷に於て爲す證據決定の如し。

(二) 裁判の主文と理由 (1) 裁判の主文 裁判には必ず主文あることを要す。主文とは裁判所の斷案

にして裁判の本旨を爲す。公判の裁判に於て主文として掲ぐべきものは刑の言渡、刑の免除の言渡、無罪の言渡、免訴の言渡、管轄違又は公訴棄却の言渡其他之に附隨する押收物に關する言渡、財産刑の執行に代る勞役場留置の言渡、執行猶豫の言渡、訴訟費用の負擔の言渡、追徴の言渡の如し。尙言渡を爲さざるも言渡を爲したるものと看做さるゝ事項あり(三七條)。(2) 裁判の理由 裁判には原則として理由を附せざるべからず、但上訴を許さざる決定及命令には理由を附するの要なし(四九條)。理由とは主文の斷案の由つて出づる所をいふ。有罪の判決に付すべき理由には罪となるべき事實及證據に因りて之を認めたる理由を説明し法令の適用を示すべく、又法律上犯罪の成立を阻却すべき原由例へば未成年中若は心神喪失中の行爲なりとか或は正當防禦なりといふが如き、刑の加重減免の原由例へば累犯或は心神耗弱者若は瘖啞者の行爲なりといふが如き事實上の主張ありたるときは之に對する判斷を示さざるべからず(三六條)。

三 裁判の告知 裁判は別段の定ある場合の外之を受くる者に告知せざるべからず。告知の方法には宣告と送達との二あり。

- (一) 宣告 公判廷に於て爲すべき裁判中判決は判決書に基きて宣告し決定は書面を作らずして宣告す、宣告は裁判長之を爲す(五〇條五一條)。
- (二) 送達 公判廷外に於て爲す裁判は裁判書の謄本を送達す、但回避に關する決定、豫審中止の決定の如きは其性質上送達するを要せず(五〇條)。

四 裁判の確定 裁判が上訴に因り取消又は變更することを得ざるに至りたるを裁判の確定と稱す、但し再審又は非常上告に因りて取消變更せらるることあるは別論なり。裁判の確定したる状態を形

式的確定力と稱し此状態より生ずる一定の効果を實質的確定力といふ。

- (一) 形式的確定力 大審院の判決及上訴を許さざる判決(三三六)は宣告と同時に確定し、第一審第二審の判決は上訴期間の経過、上訴の抛棄若は取下又は上訴棄却の確定裁判に因りて確定す。決定、命令も右と同様なり、唯不服申立を許さざる決定、命令に付ては特に確定の時期を論ずる實益なし。
- (二) 實質的確定力 實質的裁判確定するときは實體的公訴権の存否確定し、同一訴訟手續を以ては勿論別個の訴訟手續を以ても之を變更することを得ざるものとす、之を一事不再理の原則ともいふ。形式的裁判には原則として斯くの如き効力なく同一事件に付再訴を爲すを妨げず、唯公訴の取消に因る公訴棄却の決定確定したるときは再訴を許さざる特例あり。

第二款 公判の裁判の種別

第一 判決

- 一 管轄違の判決 被告事件其裁判所の管轄に屬せざる場合に此の判決を爲す(三五五)。然れども地方裁判所は其管内に在る區裁判所の管轄に屬する事件に付管轄違の言渡を爲すことを得ず、唯之を其區裁判所に移送する決定を爲すことを得(三五五)。又土地管轄に付管轄違の言渡を爲すには被告人より法定の期間内に其旨の申立ありたることを要す(三五五)。而して管轄の有無は起訴當時の状態に依りて之を決す。

- 二 有罪の判決 適法なる公訴存在し且犯罪事實の證明ありたる時(即ち證據十分なる時)此の判決を爲す。此の判決には刑の言渡を爲すものと刑の免除を言渡すものとあり(三五八條乃至三五九條)。

- (一) 刑の免除の判決 犯罪の證明ありたるも刑法上當然刑を免除すべき場合(二五七條一項)又は裁判所の裁量に依り刑を免除することを得べき場合(三五七條二)に之を爲す。
- (二) 刑の言渡を爲す判決 犯罪事實の證明十分にして別に刑を免除すべき事由なき場合に此の判決を爲す。刑の執行猶豫の言渡は刑の言渡と共に之を爲すものとす。

- 三 無罪の判決 公訴其方式條件を具ふるも犯罪事實の證明なく又は起訴に係る事實が法律上罪とならざる場合に此の判決を爲す(三三六)。無罪の判決は被告人が始めより清淨なりしものと法律上認めらるるものなり。之に反し次に掲ぐる免訴の判決は被告人が犯罪を行ひたる事實あるに拘らず特殊の事由に因り實質的公訴権消滅したる場合に言渡すものなれば兩者は其の意義を異にするものとす。一罪中の或事實の證據不十分なるも他の事實にして證據十分なるときは特に證據不十分の點に付無罪の言渡を爲すべきものに非ざるは審判不可分の原則上當然なり(大正十五年三月十日大審院判決)。

- 四 免訴の判決 當該事件に付既に確定判決ありたる時、犯罪後の法令に因り當該事件に付刑の廢止ありたる時、大赦ありたる時又は公訴の時効完成したるときに此の判決を爲す(三三六)。

- 五 公訴棄却の判決 公訴其方式又は條件を具備せざる場合にして第三百六十四條に掲ぐる事由に該當するときは此の判決を爲す(三三六)。

第二 決定

- 一 公訴棄却の決定 公訴の不適法なること明瞭なる場合は特に口頭辯論を経るの要なきを以て終局裁判たる決定を以て公訴棄却を言渡すものとす。其の事由は法律に限定す(三五五條)。

二 全然公判を開かずして爲す決定 刑の執行猶豫を取消すべき場合又は併合罪中の或罪に付大赦あり若は累犯發見に依り刑を一定むべき場合には検事の請求に依り公判を開かず被告人又は代理人の意見を聽きて決定を爲す(三七四條、三七五條)。

### 第四編 上訴

前編に於ては第一審の訴訟手續を説明したるが本編に於ては上訴審即ち第二審たる控訴及第三審たる上告の手續並に抗告の手續を解説せん。而して上訴審の手續は別段の特例ある場合の外は第一審の手續に依るものとす。

### 第一章 通則

一 上訴の概念 上訴とは上級裁判所に對し未確定の裁判の更正を求むる手續なり。確定裁判に對しては再審又は非常上告の手續あるに止まり上訴を爲すを得ず。上訴は判決に對するものを控訴及上告とし、決定に對するものを抗告と稱す。命令に對しては命令を爲したる判事所屬の裁判所に對し其裁判の取消又は變更を請求することを得るものとし抗告と大體同一の法則に依らしむ(四五六條乃至四五七條)。

二 上訴權者 上訴を爲し得べき者左の如し。

- (一) 檢事 檢事は公益の代表者たる地位を有するものなるが故に原裁判所の檢事は被告人の利益又は不利益の爲め上訴を爲すことを得(六七條)。
- (二) 被告人 自己の利益に原裁判の更正を求むる爲上訴を爲すの權を有す(六七條)。
- (三) 被告人の法定代理人、保佐人及夫 被告人の利益の爲被告人の意思に關係なく獨立して上訴を爲すことを得(六七條)。

(四) 當事者に非ずして決定を受けたる者 例へば過料の言渡を受けたる證人又は鑑定人は其決定に對し抗告を爲すことを得るが如し(七七條)。

(五) 原審に於ける被告人の代理人(三三條)又は辯護人 此等の者は被告人の明示したる意思に反せざる場合に限り被告人の利益の爲之に代りて上訴を爲すことを得(三七條)。

### 三 上訴の範圍 上訴には全部上訴と一部上訴とあり。

- (一) 全部上訴 原裁判の全部に對して爲す上訴をいふ、部分を限らざる上訴は全部上訴なり(三八條)。
- (二) 一部上訴 原裁判が分割し得る場合に其一部に對して爲す上訴をいふ。例へば被告人に對し一個の判決を以て甲乙の二罪に付各別に刑を科する言渡を爲したる場合に甲罪に付てのみ上訴するが如し。併合罪に付一個の刑を言渡したる場合には一部上訴を爲すの餘地なく其上訴は假令一罪の部分に付不服ありとして爲したる上訴と雖も全部上訴なりとす。又單に一個の裁判に對し事實認定には不服なきも刑の量定不當なりとして爲す上訴の如きは不服の程度を局限するに止まり一部上訴には非ず、一部上訴の場合に於ては裁判所は其不服申立の範圍に付てのみ審判することを得。

### 四 上訴の提起 上訴は法定期間内に法定の方式を以て提起すべきものとす。

- (一) 上訴期間 控訴は原判決の宣告ありたる日より七日内(三九條)上告は原判決宣告の日より五日内(四〇條)抗告は即時抗告にありては決定の告知(宣告又は決定書の送達)ありたる日より三日とす(四九條)。
- 一般の抗告には特別の制限なく原決定を取消、變更するに付實益の存する間に提起すれば可なり。而して右に所謂宣告又は告知の日よりといふ其初日は期間に算入せずして其翌日より起算するこ

と一般の期間計算法に同じ(八二)。

(二) 上訴提起の方式 上訴の提起は上訴裁判所宛の申立書を原裁判所に差出して之を爲す(三八四條)。刑務所に在る被告人上訴を爲すに付ては重大なる特則あり(三九一條)。

五 上訴の效力 上訴裁判所は上訴の申立に因り審判を開始するものなるが上訴の申立ありたるときは原裁判の確定力を停止する效力を生ずると同時に移審の效力を生ず。

(一) 確定力停止の效力 確定力停止せらるるが故に従て特に明文ある場合の外其執行を停止す。

(二) 移審の效力 とは事件が原裁判所の繫屬を離れて上級裁判所に繫屬するをいふ。

(三) 上訴の效力の範圍 確定力停止の效力及移審の效力は上訴を爲したる被告人又は上訴の相手方となりたる被告人のみに對して其效力を生じ共同被告人の存する場合に於ても其效力之に及ぶことなし。

六 上訴の抛棄及取下 上訴に付ては當事者の處分權を認め上訴の抛棄、取下を爲し得るものとせり。

(一) 抛棄及取下の意義 上訴の抛棄とは裁判の告知を受け上訴を爲す以前に於て豫め上訴を申立てざる旨の意思表示を爲すを謂ひ、上訴の取下とは上訴後に於て其爲したる意思表示を取消すを謂ふ。

(二) 權利者 上訴の抛棄又は取下は檢事、被告人、當事者に非ずして抗告し得べき裁判を受けたる者之を爲すことを得、但被告人(私法上行爲)無能力者なるときは上訴の抛棄又は取下を爲すに付其法定代理人、保佐人又は夫の同意を得ることを要す。又被告人の法定代理人、保佐人又は夫は被告人の同意を得て上訴の抛棄又は取下を爲すことを得(三八二條、三八三條)。

(三) 方式 抛棄の申立は原裁判所に之を爲し上訴の取下は上訴裁判所に對して之を爲す(三八四條)。何れの場合と雖も申立は申立書を

を差出して之を爲すを原則とするも公判廷に於ては口頭を以て之を爲すことを得(三八五條)。尙刑務所に在る被告人の上訴の抛棄、取下に付ては特則あり。

(四) 效力 上訴の抛棄又は取下を爲したる者は上訴期間尙存するときと雖も上訴權を失ふ(三八六條)。故に他に上訴したる者なきときは上訴審の訴訟は當然終結す。

七 上訴權の回復 上訴權者は自己又は代人の故意若は過失に因らずして期間内に上訴を爲すこと能

はよりしときは上訴權の回復を請求することを得(三八七條乃至三八九條)。

(一) 事由 例へば上訴申立書を書留郵便として裁判所宛に郵便局へ差出したるに天災地變又は郵便局の焼失等の爲意外に遅延し結局期間後に裁判所に到達したる場合の如し。

(二) 請求手續 回復の請求は事由の止みたる日例へば前例に於ては郵便物遅延の事實を知りたる日より上訴期間に相當する期間内に上訴申立書と共に回復の請求書を原裁判所に差出すべきものとす。此請求書には回復の原由たる事實例へば前例に於ては郵便物差出の日及到達の日並に郵便配達遅延の事由を記載すべく且此事實を疏明することを要す。

(三) 請求に對する裁判 右の請求ありたるときは原裁判所は檢事の意見を聽き許可の決定を爲す、許可の決定ありたるときは上訴は其申立の效力を生じ原裁判の執行を止むべく、不許可の場合に於ては期間後の上訴なれば不合法として之を棄却する決定を爲すものとす。許可の決定を爲す間相當期間ある場合に於て相當と認むるときは原裁判所は「許可の決定ある迄一時原裁判の執行を停止する」旨の決定を爲すことを得。

### 第二章 控 訴

一 控訴の性質 控訴は區裁判所又は地方裁判所の第一審として判決したる事件に付覆審を求むる申立を云ふ。

(一) 覆審 とは事件に付事實認定及法律適用の全部に互りて更に審判するものにして之を形容すれば第二回目<sup>一</sup>の第一審といふことを得べし。故に控訴裁判所に於ては第一審判決の當否を審査するものに非ず。

(二) 控訴の申立 控訴を爲すには申立書を第一審裁判所に差出すものにして(三九六條)申立書には第一審の裁判を表示し之に對して控訴を爲す旨を表示するを以て足る、控訴の理由は之を表示するの要なし。

二 原審の手續 第一審裁判所控訴申立書を受取りたるときは其申立が適法なりや否やを審査し若し申立が方式に違ひ又は控訴權消滅後(期間經過後又は拋棄若は取下後)に爲されたるものなるときは控訴棄却の決定を爲し(三九七條)申立適法なりと認めたるときは訴訟記録及證據物を其裁判所の檢事に送付し檢事より控訴裁判所檢事の手を経て之を控訴裁判所に差出すものとす(三九八條)。

三 附帶控訴 附帶控訴とは控訴裁判所の檢事が主たる控訴に附帶して爲す控訴をいふ(三九九條) 其性質及效力左の如し。

(一) 附帶控訴を爲し得る者 控訴裁判所の檢事のみに限る。蓋し附帶控訴を認めたるは原判決の刑が寧ろ輕きに失するものなるに拘らず被告人より控訴し若は他の者が被告人の利益の爲めに控訴したる場合に原判決の刑より重き刑を宣告するを相當と思料する控訴裁判所の檢事の要求を充さむが爲めなり。されば原裁判所の檢事の爲したる主たる控訴に對しては被告人は附帶控訴を爲すことを得ざるものとす(大正十三年<sup>二</sup>大審院判決) 又被告人に附帶控訴を許すの實益なし、何となれば控訴裁判所は檢事控訴に依る事件と雖も原判決の刑重きに過ぐると思料するときは職權を以て原判決より輕き刑を言渡すことを得ればなり。

(二) 性質 附帶控訴は主たる控訴と其運命を共にす。故に主たる控訴が不適法として棄却せられ又

は取下げられたるときは附帶控訴も當然其效力を失ふ。又附帶控訴は主たる控訴の範圍を超ゆることを得ざるが故に主たる控訴にして一部控訴なるときは附帶控訴も亦一部控訴なりとす。

(三) 效力 附帶控訴あるときは不利益變更禁止の規定(四〇〇條)に拘らず原判決を被告人の不利益に變更することを妨げず。

四 控訴審の審理

控訴裁判所の審理手續は別段の規定ある場合(次の二)の外第一審の規定を準用す。即ち控訴審に於ては第一審と同一の手續を以て審判するを本則とす(四〇〇條)。

(一) 準用の結果 控訴審は第一審の手續に準じ覆審を爲すものなれば公判に於ては檢事の公訴事實の陳述に因り審理を開始す。裁判所は原審の證據に拘束せらるることなく又控訴の範圍に於ては不服の理由に拘束せらるることなく審判するものとす。尤も原審の訴訟書類を證據に採用することを妨げず。例へば原審に於ける證人訊問調書、檢證調書又は公判調書に付書證の手續を経て之を證據と爲すが如し。

【判例】 控訴審ノ公判期日ニ於テモ檢事ノ公訴事實ノ陳述ヲ必要トスルモノトス(大正十四年五月十五日大審院判決)。

(二) 特則 控訴審に於て第一審と異なる點は被告人公判期日に出頭せざる場合なり。即ち被告人出頭せざるときは更に期日を指定し其期日に被告人正當の事由なくして出廷せざるときは其陳述を聽かずして判決を爲すことを得(四〇〇條) 其性質は對席判決にして闕席判決に非ず。

五 控訴審の裁判(終局判決及決定)

控訴審の裁判は左の四種に區別せらる。

(一) 控訴棄却の判決 控訴の申立方式に違反し又は控訴權消滅後に爲されたる場合に此の判決を爲す。即ち斯る場合には原審に於て控訴棄却の決定を爲すべく原審之を看過したる時は控訴裁判所判決を以て控訴を棄却するものなり(四〇〇條)。

(二) 被告事件に付爲す判決 控訴の申立適法にして後記(三)又は(四)の事由なきときは第一審の判決と同じく被告事件に付有罪

無罪、免訴、管轄違又は控訴棄却の判決を爲すべきものとす(四〇一條)。此場合には別に原判決を維持し又は之を取消す旨を首渡すべきものに非ず。

被告事件に付爲す判決に付ては左の如き特則あり。

- (1) **第一審としての判決** 區裁判所が地方裁判所の管轄に屬する事件に付第一審の判決を爲し其判決に對し控訴ありたる場合に於て控訴裁判所たる其の地方裁判所は當該事件に付管轄權を有する時は第一審として判決を爲すものとす(四〇一條二項)。
  - (2) **不利益の變更禁止** 被告人控訴を爲したる事件又は被告人の利益の爲めに控訴ありたる事件に付ては附帶控訴ありたる場合の外原判決の定めたる刑よりも重き刑を言渡すことを得ず(三〇一條)。
- 例へば原判決が執行猶豫を言渡したる事件に付て控訴裁判所は實刑を科する言渡を爲すを得ざるが如し。然れども刑には關係なく單に犯罪事實の認定又は法律の適用を重く變更し又は訴訟費用、追徴金等を新に言渡すことは妨げなし。

【判例】

- (一) 檢事控訴ノ事件ハ特ニ被告人ノ利益ノ爲メニ爲シタル旨趣ヲ認ムヘキモノナキニ於テハ被告人ノ不利益ニ變更スル判決ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(大正十三年十二月十八日大審院判決)。
- (二) 執行猶豫ト罰金トヲ比較スルトキハ前者重キカ故ニ原判決ニ於テ刑ノ執行猶豫ヲ言渡シタル事件ニ付被告人控訴シタル場合ハ附帶控訴ナキ限り控訴ノ判決ニ於テ執行猶豫ヲ言渡サスシテ罰金ノ刑ヲ科スルコトヲ得ルモノトス(昭和四年九月五日大審院判決)。
- (三) **差戻判決** 第一審裁判所が管轄權あるに拘らず誤りて管轄違の判決を爲し又公訴適法なるに誤りて公訴棄却の判決を爲したる事件に付ては控訴裁判所は前記(二)の判決を爲すことを得るは勿論なるも其自由の裁量に因り事件を第一審裁判所に差戻す判決を爲すことを得(四〇六條)。蓋し右の場合には第一審裁判所は事件の内容即ち犯罪事實に付ては審判を爲し居らざるものなれば審級制度を認めたる趣旨に従ひ一應第一審の事實審理を爲さしむるを相當とする場合とさればなり。

(四) **公訴棄却の決定** 第一審に於て公訴棄却の決定を爲すべき場合(三五六條)に之を爲さずして他の裁判を爲したるときは控訴裁判所に於て公訴棄却の決定を爲す、此決定あるときは原判決は其の效力を失ふものとす(四〇六條)。

**六 控訴の判決の方式に関する特則** 控訴裁判所の判決の方式は第一審判決と同じきを原則とするも第一審裁判所の認定したる事實及證據が控訴裁判所の認定と一致する場合に於ては第一審判決の表示したるものを引用することを得(四〇五條)。

### 第三章 上告

#### 第一節 概説

**一 上告の意義** 上告とは法定の事由ある場合に大審院に對して原判決の更正を求むる申立を謂ふ。

(一) 上告に在りては必ず上告の理由を開示せざるべからず。上告裁判所は上告の理由ありや否やに付てのみ審査したる上裁判するものとす。但一定の事項に付ては上告裁判所の職權を以て調査することを得。

(二) 上告審に於ては原判決の事實認定及法律適用の正確なりや否やを判断するを目的とす。故に控訴の如く原判決の當否に關係なく覆審を爲すには非ず。上告を理由ありとするときは原判決を破壊して之を更正するものとす。

**二 上告の種類** 上告は原則として第二審判決に對して爲すものなれども、第一審判決に對し控訴を爲さずして直に上告を爲し得る例外あり(四〇八條、四一〇條)。

**三 上告の理由** 第二審判決に對する上告と第一審判決に對する上告とに依り其理由の範圍を異にす。

(一) 第二審判決に對する上告の理由 左の如し。



(1) 法令の違反 原審に於て法令を適用せず又は不当に法令を適用したることをいふ。之を解説すれば  
 (イ) 判決の實體に付法令違反存する場合 例へば刑罰法令の解釋適用を誤りたる場合の如し、此場合は常に上告の理由あり。  
 (ロ) 判決の形式又は訴訟手續に付法令違反ある場合 此場合は法令違反が判決に影響を及ぼすべき性質を有するものなるときに限り上告の理由と爲るを原則とし(四一一條)特例として常に上告の理由と爲る事由あり、法文に之を列擧す(四一〇條)。

【判例】 法令違反ノ有無ハ原判決當時ヲ標準トス(大正十二年大審院判決)。

(2) 刑の量定著しく不当なりと思料すべき顯著なる事由(四二二條) 例へば刑の執行猶豫を與ふべきを相當とする事件なるに原審が之に實刑を科したる場合の如し。

(3) 再審の請求を爲し得べき場合に該る事由(四一三條)。

(4) 重大なる事實の誤認あることを疑ふに足るべき顯著なる事由(四一四條)。

(5) 原判決後新法に依り刑の廢止若し變更ありたること又は大赦ありたること(四一五條)。

(二) 第一審判決に對する上告の理由 左の場合に限り控訴を爲さずして直に上告を爲すことを得(四一六條)。

(1) 判決に依り定まりたる被告事件の事實に付法令を適用せず又は不当に法令を適用したるとき。

(2) 判決後刑の廢止、變更又は大赦ありたるとき。

右の上告は控訴の申立ありたるときは其效力を失ふ。但控訴の取下若し控訴棄却の裁判ありたるときは此の限に在らず(四一七條)。

四 上告の提起 上告の申立は原判決を表示し之に對し上告を爲す旨の陳述を掲げたる書面を原裁判所に提出すべきものなり(四一九條)。上告の理由は上告申立書に掲ぐるも可なりと雖も別に後日上告趣意書を提出するを以て足るものとす。

### 第二節 本案の審判前の手續

一 原審の手續 上告申立書を受取りたる原裁判所は其方式適法なりや否や、法定期間内の申立なりや否やを審査し若し申立が法式に違ひ若し上告權消滅後に爲したるものと認めたるときは上告棄却の決定を爲すべく、申立適法なりと認むるときは記録を其裁判所の檢事に送付し檢事は上告裁判所の檢事の手を経て上告裁判所に差出すものとす(四二〇條、四二二條)。

二 公判期日の指定 第一回公判期日を指定したるときは遅くとも五十日前に之を上告申立人及對手人若し辯護人あるときは辯護人に通知す(四二二條)。

三 上告趣意書 上告申立人期日の通知を受けたるときは遅くとも期日の十五日前に上告趣意書を差出さるべからず。之を差出さざるときは上告裁判所は上告棄却の決定を爲す(四二七條)。上告趣意書は上告の理由を記載したるものにして(四二八條)檢事、辯護人は之に基き辯論を爲すべく、上告裁判所も原則として此事項のみを調査す(四二九條)。上告趣意書を受取りたる上告裁判所は速に其謄本を對手人に送達することを要す。

【判例】 刑務所ニ在ル被告人ヨリ上告趣意書ヲ差出ストキト雖モ趣意書ノ裁判所ニ對スル到達ハ法定期間内ナルコトヲ要ス(大正十三年大審院決定)。

四 答辯書の差出 上告の對手人は趣意書の謄本の送達を受けた日より十日内に答辯書を差出すことを得。但對手人が檢事なるときは主要と認むる上告理由に付答辯書を差出すことを要す(四二八條)。

五 附帶上告 上告の對手人は第一回公判期日の十五日前迄に上告趣意書を以て附帶上告を爲すことを得(四二四條)。附帶上告は主たる上告に附帶するものにして其性質及効力は附帶控訴のそれに同じ。

六 辯護人の選任 上告審に於ては辯護士に非ざれば辯護人たることを得ず又被告人は辯護人に依るに非ざれば辯論を爲すことが得ず。但事實審理を爲す場合は一般の法則に依る(四三〇條、四三一條)。

七 受命判事の報告 裁判所は部員をして上告申立書、上告趣意書及答辯書を檢閲せしめ報告書を作らしむることを得(四二九條)。

### 第三節 本案の審理

一 上告理由に付ての審理 上告裁判所は原則として上告の趣意書に掲げたる上告理由ありや否を調

査す。

(一) 調査の範圍 調査の範圍は上告趣意書記載の上告理由に依るを原則とするも(1)裁判所の管轄、公訴の受理、判決に依り定まりたる事實に對する法令適用の當否、判決ありたる後に於ける刑の廢止、變更若は大赦の有無(2)量刑著しく不當なりと思料すべき顯著なる事由、再審の原由に該るべき事由及重大なる事實の誤認あることを疑ふに足るべき顯著なる事由の有無に付ては上告趣意書に記載なきも裁判所職權を以て調査すべきものとす。但第一審判決に對する上告事件に在りては右の中(1)の事由の有無のみが職權の調査事項となるものとす(四三)。

(二) 調査の手段及順序 調査は公判廷を開き檢事及辯護人をして辯論を爲さしめ記録の調査を爲す。尙裁判所の管轄、公訴の受理及訴訟手續の適否並に再審原由たるべき事由の有無に付ては事實の取調を爲すことを得(四三五條)。調査には一定の順序あり。

(1) 第一次の調査 法令違反ありや否や及原判決後刑の廢止變更若は大赦ありたるや否やの調査 此結果直に判決を爲すべき場合(四三七條、四三九條)又は事實の審理を爲すべき場合(四四〇條)は第二次の調査を爲さず又第一審判決に對する上告に在りては常に第一次調査のみを以て終る。

(2) 第二次の調査 量刑不當、再審事由、事實の誤認(四二條乃至四一四條)の有無 此調査の結果上告の理由たるべき事由なきときは直に上告棄却の判決を爲し斯る事由あるときは事實審理開始の決定を爲す(四四三條)。

二 第二審判決に對する上告に於ける事實審理(被告事件に付ての審理) 第一次調査に依り事實の確定に影響を及ぼすべき法令違反あることを認めたるるとき又は第二次調査に依り前述の如き事由ありと認めたるときは事實審理を開始する決定を爲す。此場合は大體に於て控訴の審判と同一の法則に依り更に事件に付審理を爲すものなり。但公判廷に於て取調ぶるを不便とする事項は受命判事又は

受託判事をして取調を爲さしむることを得(四四四條)。上告審に於て事實審理を爲すは我刑事訴訟法の特微なりとす。

#### 第四節 上告審に於ける終局裁判

一 裁判の種類 上告審に於ける終局裁判は左の如し。

(一) 上告棄却の判決 上告不違法なるとき又は上告趣意書に掲げたる事項及職權調査の事項の總てに付上告の理由なきとき此の判決を爲す(四四五條、四四六條)。

(二) 破毀の判決 上告適法にして且上告理由あるときは原判決を破毀する判決を爲す。此判決には左の數種あり。

(1) 原裁判所又は第一審裁判所に差戻す判決 原審が不法に管轄違又は公訴棄却を言渡したることを理由として原判決を破毀する場合に此判決を爲す(四四九條)。

(2) 管轄裁判所又は第一審裁判所に移送する判決 原審が不法に管轄を認めたることを理由として原判決を破毀する場合に此判決を爲す(四五〇條)。

(3) 公訴棄却の判決 原裁判所が公訴棄却の判決を爲すべき場合に之を棄却せざることを理由として原判決を破毀する場合に此判決を爲す(四五四條)。

(4) 被告事件の實體に付爲す判決 以上に該當せざる場合には被告事件に付有罪、無罪又は免訴の判決を爲す。而して刑の言渡を爲す場合には控訴の判決と同じく不利益變更の制限あり(四五二條)。

或被告人の利益の爲原判決を破毀する場合は上告を爲したる他の被告人の爲にも破毀を爲すべきものとす(四五一條)。

(三) 公訴棄却の決定 原裁判所公訴棄却の決定を爲すべきに拘らず他の判決を爲したる場合は此決定を以て事件を終結す(四五四條)。

二 裁判の方式に關する特則 上告審の判決書には上告の趣旨及重要な答辯の要旨を記載すべく(四五三條)事實審理を爲したる場合には第一審判決に示すべき事項をも掲ぐべし。

### 第四章 抗告

一 抗告の概念 抗告とは裁判所の決定及豫審終結決定に對する不服申立にして原決定の取消又は變更を求むるものを謂ふ。

(一) 即時抗告と單純抗告 抗告には即時抗告と然らざる抗告とあり。前者は決定の告知ありたる日より三日内に提起すべき抗告をいひ、後者は特に期間の定めなく決定の更正を求むるに付實益の存する限りは何時にも爲し得べき抗告をいふ。(四五六條乃至四五九條)

(二) 取消變更の請求 抗告に非ざるも抗告と同一の法則に依らしむるものあり。判事の爲したる命令竝に檢察若は司法警察官の爲したる處分に對して其取消變更を求むるものなり。(四七〇條乃至四七四條)

二 抗告の許さるる範圍 抗告は即時抗告を爲し得ることを明文を以て示したる場合に爲すことを得るは勿論特に不服申立を許さざる旨の明文あるものを除く外廣く公判裁判所の決定に對して爲すことを得るを原則とす。但裁判所の管轄又は訴訟手續に關し判決前に爲したる決定は勾留、保釋、押收又は押收物に關する決定及鑑定爲にする被告人の留置に關する決定を除く外抗告を許さざるものとす。(四五七條)

三 抗告の申立 抗告は申立書を原裁判所に差出して之を爲す。

(一) 原裁判所の手續 申立書を受取りたる原裁判所は抗告を理由ありと思料するときは自ら原決定を更正し然らざるときは三日内に申立書に意見書を附して抗告裁判所に送付するものとす。(四六〇條)

(二) 申立と執行停止 即時抗告ありたるときは當然原裁判の執行を停止す。然れども單純抗告に在りては原裁判所又は抗告裁判所が檢察の意見を聽き其自由の裁量を以て執行停止の決定を爲したる場合の外其執行を停止せず。(四六一條)

四 抗告の審判 原裁判所より申立書の送付を受けたる抗告裁判所は訴訟關係人の陳述を聽かず書面審理を爲す。但必要あるときは事實の取調を爲すことを得。(四八條、四六五條)。抗告裁判所は審理の結果抗告が不適法なるとき又は實質上其理由なきときは抗告棄却の決定を爲し抗告適法にして且理由あるときは原決定を取消し必要あるときは更に相當の裁判を爲すものとす。而して何れの決定と雖も皆之を原裁判所に通知す。(四六六條、四六七條)

五 再抗告 抗告裁判所の決定に對する抗告を再抗告といふ、常に即時抗告なり。再抗告は一般には許されず唯公判に於ける公訴棄却の決定に對する抗告、其他第四百六十九條掲記の抗告に付ての決定に對してのみ之を爲すことを得。此場合は抗告人又は對手人より再抗告の申立を爲し得るものとす。

### 第五編 特別訴訟手續

前編までの説明は廣く一般通例の場合の訴訟手續を説明したるものなるが、此外訴訟手續としては大審院が重大事件に付き特に第一審且終審として裁判する場合あり。又區裁判所が極めて輕微なる事件に付正式に公判を開かず書面の調査のみを以て刑の言渡を爲す場合即ち略式命令の手續あり。これを特別訴訟手續といふ。

### 第一章 大審院の特別權限に屬する訴訟手續

一 特別權限事件 大審院は上告裁判所なるを原則とするも、左記事件に付ては第一審且終審として審判を爲すの權を有す。

(一) 皇室に對する危害罪(刑法七三條)、内亂罪(刑法七七條乃至七九條) 竝に皇族の犯したる罪にして禁錮以上の刑に該る事件(刑編五)

(二) 右の事件と牽連する通常の事件(四八條)。

二 特別の準則 右の事件に付て行はるべき手續に關する法則は特例あるものを除く外第一審の手續に關する一般規定に依る。今其特例なるものを擧ぐれば左の如し。

(一) 捜査及起訴 捜査及起訴は検事總長の職權に屬す(四七)。

(1) 捜査 大審院の検事及控訴院以下の裁判所の検事並に司法警察官は検事總長の指揮を受け捜査を爲す。此等の機關前記事件あることを發見し捜査を爲すに當りては其著手前検事總長に報告して指揮を仰ぐを本則とし、唯急速を要する場合には報告前捜査に必要な處分を爲すことを得(四七六條乃至四七八條)。尙司法警察官吏は左の準則に従はざるべからず。

(イ) 司法警察官 前記事件ありと思料するときは速に之を検事に報告し(四七三條) 検事總長宛の報告書を檢事に差出すべきものとす。

(ロ) 司法警察吏 檢事又は司法警察官の命令を受け捜査の補助を爲すべし(四七七條)。

(2) 起訴 檢事總長に於て大審院に豫審を請求するに依つて之を爲す(四七)。

(二) 豫審 豫審請求を受けたる大審院は院長に於て豫審判事を定め(豫審五六條)當該の豫審判事は一般の規定に従ひ各種の豫審處分を爲し其取調終りたるときは意見書を添へ書類及證據物を大審院刑事部に差出すべし(四八二條)。

牽連事件に付併せて豫審の請求ありたる場合に於て大審院相當と認むるときは其事件のみを管轄地方裁判所の豫審判事に移送することを得(四八一條)。

(三) 公判前の手續 豫審判事より書類等を受取りたる大審院刑事部は檢事總長の意見を聽き決定を爲す。此決定は豫審終結決定と同じく(1)公判を開く決定(2)免訴の決定(3)公訴棄却の決定(4)管轄違として事件を管轄裁判所に移送する決定の種別あり(四八三條)。

(四) 公判の手續 第一審の一般手續に依るを本則とす。唯事件管轄違るときは管轄裁判所に移送する判決を爲す。

## 第二章 略式手續

一 略式手續の概念 區裁判所の管轄に屬する事件にして罰金又は科料に處するを相當とするもの付、區裁判所が檢事の請求に依り公判を開かず書面審理に依り「略式命令」を以て刑を宣告する簡易訴訟手續なり。

(一) 檢事の請求 區裁判所檢事は罰金又は科料に處すべき事件に付事實簡單にして輕微なりと思惟するが如き場合には、關係人の迷惑と國家經濟とを考慮して起訴狀を以て略式命令を請求する旨を記載することを得(五二)。

(二) 宣告刑の制限 略式命令を以て宣告し得べき刑は主刑としては罰金又は科料に限る。唯此主刑と共に沒收其他附隨の處分を言渡すを妨げず(五三)。

二 略式手續の概要 略式命令の請求を受けたる區裁判所は左の如く處理するものとす。

(一) 略式命令の發付 請求に係る事件が罰金若しは科料を法定刑とする事件又は體刑と罰金若しは科料を選択刑とする事件にして罰金若しは科料を選択するを相當とするものと料とするときは略式命令を發す。此命令に付ては命令書(五二六條)を作り其謄本を被告人に送達し若し又檢事にも謄本を送達す(五二三條三項四項、五二七條)。

(二) 公判の開始 然れども當該事件の法定刑が禁錮以上の刑なるとき又は體刑と財産刑とを選択刑とする場合に於て體刑に處するを相當と思料するときは、其他無罪、免訴、公訴棄却若しは管轄違なりと考ふるときは略式命令を發することなく通常の手續を以て公判を開くべきものとす(五二五條)。

(三) 正式裁判の請求 被告人は命令書の送達若しは交付を受けたる日より七日以内に正式裁判請求書

を其裁判所に差出すことを得<sup>(五三)</sup>。此場合若し正式裁判請求が方式に違反し若は期間經過後に爲したるものなるるとき又は一旦爲したる請求を取下げたる後再び請求を爲したるが如き場合には檢事の意見を聴き請求棄却の決定を爲すべきも、斯る不適法の點なきときは別に特別の裁判を爲すことなく通常の手續に従ひ公判を開くべきものとす<sup>(五二九條乃至五三一條)</sup>。

三 略式命令の效力 略式命令は正式裁判の請求に依り公判の判決確定したるときは當然其效力を失ふも<sup>(五三)</sup>期間内に正式裁判の請求なきとき、請求の取下ありたるとき又は請求棄却の決定確定したるときは確定判決と同一の效力を有するものとす<sup>(五三)</sup>。

### 第六編 非常手續

前編までに説明したる所に依て原則として訴訟手續を終り第七編に述ぶる裁判の執行に移るものなるも、例外として一旦終結したる事件を特別の事由ある場合に司法の威信を保つ爲再調を爲すことあり。これを再審及非常上告といふ。再審は確定判決に重大なる事實誤認あること發見せられたるときに行ふ再調にして、非常上告は確定事件の手續に法令の違反ありたるときに行はるる再調なりとす。

### 第一章 再審

一 再審の意義 再審とは確定判決を経たる事件に付事實認定の不當を理由とし更に審判を爲す手續なり。

(一) 再審の特色 再審は確定判決に對する攻撃方法なり。而して其理由は重要なる事實の誤認あり

とする場合なり。

(二) 再審を認めたる理由 確定判決は最早や同一訴訟手續を以て審判することを得ず是れ判決に確定力を認め訴訟の秩序を維持するに必要なる所なり。然れども事實の認定に著しき不當あるときは實質的眞實發見の主義を貫徹する爲め一定の條件の下に其確定判決を覆すものとするを相當とす。是れ再審の制度を認めたる所以なり。

二 再審に依り覆すべき確定判決 管轄違、移送又は差戻の判決の如きは假令確定するも科刑權の存否及範圍の事項は確定せざるが故に之に對し再審を許すの要なし。故に再審を許す確定判決は有罪、無罪、免訴の判決及再訴を許さざる公訴棄却の判決並に控訴若は上告を棄却したる判決に限るものとす<sup>(四八五條乃至四八八條)</sup>。

三 再審の原因 再審は確定判決に影響を及ぼすべき新事實又は新證據の存在する場合に限りて之を許すものとす。其原因は法文に之を列擧す<sup>(四八五條乃至四八八條)</sup>。

四 再審の管轄 再審の請求に付ての審判及其請求理由あるに因り開始する再審の審判は共に原判決を爲したる裁判所に於て之を爲すを本則とす。但上級裁判所に於て審判する例外あり<sup>(四九一條、四九二條)</sup>。

五 再審の請求 再審は當事者等の請求あるに因りて開始するものにして其請求は左の法則に依る。

(一) 請求權者 再審の請求を爲すことを得べき者は言渡を受けたる被告人の利益の爲めにする場合と其不利益の爲めにする場合とに因り同じからず。檢事に非ざる者請求を爲すには辯護人を選任することを得<sup>(四九二條)</sup>。

(二) 請求の時期 被告人の利益の爲めにする再審請求は刑の執行を終りたる否とを問はず何時にても之を爲すことを得べしと雖も被告人の不利益の爲めにする再審請求は判決確定後時効期間に相當する期間經過後は之を爲すことを得ず<sup>(四九四條、四九五條)</sup>。

(三) 請求の方式 再審の請求を爲すには其趣意書に原判決の謄本、證據書類及證據物を添へ之を管轄裁判所に差出すべきものとす<sup>(四九七條)</sup>。

(四) 請求の效力 再審の請求あるも當然刑の執行を停止するものに非ずと雖管轄裁判所の檢事相當と認むるときは再審請求に付

ての決定ある迄刑の執行を停止することを得(四九六條)。  
(五) 請求の取下 再審の請求は再審の判決ある迄何時にても之を取下ることを得。取下を爲したる者は同一事由を以て再び再審請求を爲すことを得ず(四九八條)。

### 六 再審の審判 再審の手續は再審の請求に付ての審理裁判と其裁判の結果爲すべき被告事件の審理判決との二階段あるものとす。

- (一) 再審請求に付ての審判 再審の請求を受けたる裁判所は先づ再審の請求が前記法定の要件を具ふるや否やを取調ふべきものとす。此取調は請求者及對手人の意見を聽くべきものにして尙必要あるときは事實の取調を爲すことを得(五〇九條)。取調終りたるときは左の區別に従ひて決定を爲す。
  - (1) 請求棄却の決定 再審の請求法律上の方式に違反し若は請求權消滅後に爲したるとき又は請求を理由なしとするとき即ち再審原因なきときは請求棄却の決定を爲す(五〇四條、五〇五條)。
  - (2) 再審開始の決定 再審の請求適法にして且理由ありと認むるときは此決定を爲す。此決定あるも原判決の刑の執行を當然停止することなし。但管轄裁判所必要ありと認むるときは執行停止の決定を爲すことを得(五〇六條)。
  - (二) 被告事件に付ての審判 再審開始の決定確定したるときは其決定を爲したる裁判所に於て事件に付審判を爲すを本則とす。
    - (1) 審理の準則 其裁判所の審級に付定められたる一般の規定に依りて審理す。但公判を開かず檢事及辯護人の意見を聽きて判決を爲す例外の場合あり(五一二條)。
    - (2) 判決の準則 原判決の當否に關係なく一般の規定に従ひ獨立して判決を爲す。但有罪の言渡を受けたる者の利益の爲めにする再審事件に在りては原判決より重き刑の言渡を爲すことを得ず、又無罪の言渡を爲したるときは官報及新聞紙を以て其判決を公示すべきものとす(五一四條、五一五條)。
    - (3) 裁判を爲さずして止む場合 原判決の言渡を受けたる被告人の不利益の爲めにする再審事件に付再審判決前其者死亡したるときは別に裁判を爲さず再審の請求及之に付爲したる決定は當然其效力を失ふ(五一三條)。

## 第二章 非常上告

一 非常上告の意義 非常上告とは判決確定後其事件の審判に法令違反あることを理由として判決又は訴訟手續の破毀を求むる申立をいふ。其法令違反の種類を問はず。

二 非常上告の目的 法令の正當なる適用を明かにし以て法令の適用を統一するを目的とす。被告人の救済は附隨の目的に過ぎず。

### 三 非常上告の手續 左の如し。

- (一) 申立 非常上告は檢事總長より大審院に理由を記載したる申立書を差出して之を爲す(五一六條、五一七條)。其申立を爲し得る時期には制限なし。
- (二) 審理 申立書を受取りたる大審院は公判を開くべく公判期日には檢事申立書に基き陳述を爲すのみにて被告人の出廷を要せず(五一八條)。審理すべき事項は申立書に記載せられたるものに限る。而して審理に付ては別に事實の取調を爲さざるを原則とするも裁判所の管轄、公訴の受理又は訴訟手續の當否に關するものに付ては事實の取調を爲すことを得(五二二條)。
- (三) 判決 審理を遂げたるときは左の區別に従ひ判決を爲す。
  - (1) 棄却の判決 非常上告の申立理由なきときは此判決を爲す(五一九條)。
  - (2) 破毀の判決 非常上告理由ありとする場合には左の區別に従ふ。
    - (イ) 其理由が訴訟手續に法令違反ありとするものなるときは其手續のみを破毀する旨の判決を爲す。此判決は被告人に何等の影響を及ぼさず(五二〇條、五二二條)。
    - (ロ) 其理由が原判決に法令違反ありとするものなる場合に於て
      - (a) 其違反が被告人に不利益なるときは原判決を破毀し有罪、無罪、免訴等の判決を爲し其效力を被告人に及ぼすものとす

### 第七編 裁判の執行

前編迄に於て説明したる所に依り科刑権の存否及範圍を裁判上確定する手續を終りたるものにして此確定したる所を具體的に實現する手續を執行といひ廣義の刑事訴訟に屬するものとす。

#### 第一 裁判執行の概念

一 執行の意義 裁判の執行とは判決、決定又は命令に於て命じたる事項を具體的に實現する手續をいふ。廣義の刑事訴訟に屬す。

二 執行の時期 裁判は總て確定後直に執行するを原則とす、然れども左の例外あり。

(一) 確定前執行するもの 例へば勾留又は押收の如し。勾留又は押收に付ては抗告を以て不服を申立つることを得るも其申立の時期に制限なきが故に勾留狀の發付せらるるときは直に執行することを得べく、押收の命令あるときは直に押收の執行を爲すことを得べし。

(二) 確定後直に執行せざるもの 例へば死刑の執行及自由刑の執行を停止すべき場合に付特別規定あるが如し(五四三條、五四四條等)

三 執行指揮 裁判の執行は原則として執行すべき裁判を爲したる裁判所の檢事之を指揮す。但例外として裁判機關之を指揮する場合あり(五三三條)。例へば押收、召喚、證據決定の執行の如し。執行指揮は書面を以て之を爲し之に裁判書の謄本、抄本を添付するを原則とす、但勾引狀、勾留狀の如きは原本を以てす。

四 刑の執行順序 二以上の自由刑を併せて執行するときは重きものを先をし輕きものを後にするを原則とす。但檢事適當と認むるときは其順序を変更することを得(七三三條)。

#### 第二 執行手續 大要を略述すれば左の如し。

一 召喚及逮捕 死刑又は自由刑の言渡を受けたる者拘禁中に非ざるときは檢事執行の爲め之を召喚す。右の場合召喚に應ぜざるとき又は體刑の言渡を受けたる者逃亡し若は逃亡の虞あるとき又は所在地不明なるときは檢事に於て逮捕狀を發す。逮捕狀は勾引狀と同一の效力を有す(五四七條乃至五四八條)。

二 死刑の執行 死刑は司法大臣の命令に因り執行す。執行は檢事及書記の立會を以て刑務所官吏之を掌る(五三八條乃至五四二條)。死刑の言渡を受けたる者心神喪失の状態に在るとき又は婦女にして懷胎なるときは司法大臣の命令に因り執行を止め其痊癒又は分娩の後司法大臣の命令を待ちて之を執行す(五四三條)。

三 自由刑の執行 刑法及監獄法に詳細なる規定あり自由刑の言渡を受けたる者一定の事由あるときは執行を停止す(五四四條乃至五四六條)。

四 財産刑の執行 罰金科料沒收追徴過料保釋保證金等の沒收、訴訟費用及證人等に對する費用賠償の裁判は檢事の命令に因り之を執行す。此命令は執行力ある債務名義と同一の效力を有し民事訴訟法に従ひ財産差押競賣等の處分を爲し得るものとす(五五三條、五六六條)。特例として犯人の相續財産に對する執行及法人の財産に對する執行に關する法則を定めらる(五五四條、五五五條)。

五 未決勾留日數の通算 上訴申立以後の未決勾留は檢事の上訴なるとき又は其他の上訴にして其理由ありしときは當然其日數の全部を本刑に通算す。此通算は勾留日數一日を本刑の一日又は金額の一回に折算す(六五五條)。

六 沒收物及押收物の處分 分説すれば左の如し。

(一) 沒收物 是檢事之を處分す。處分の方法は廢棄、破壊、公賣等に依る。但犯人以外の者に屬する物にして破壊若は廢棄以外の

(五二〇條一號但書)。

(b) 其違反が被告人に不利ならずるときは法令違反の部分のみを破毀する判決を爲し其效力を被告人に及ぼさず(五二〇條一號乃至五二二條)。

方法に依る處分を爲したるものに付ては執行後三ヶ月内に権利者より請求ありたる場合に限り其物又は其代價を交付す(五五八條)。  
(二) 押收物 偽造變造に係る押收物にして没收せざるものは偽造變造の部分を表示して之を還付す。押收に係らざる偽造變造物は所持人に對し之が提出を命じて右の處分を爲すことを得(五五九條)。押收物の還付を受くべき者判明せざるときは檢事に於て之を公告し六ヶ月内に還付の請求なきときは廢棄又は公賣に付することを得(五六〇條)。

七 勞役場留置の執行 刑の執行に關する規定に従ふ(五六)。

第三 疑義及異議の申立

- 一 疑義の申立 刑の言渡を受けたる者其裁判の主文の解釋に付疑あるときは言渡を爲したる裁判所に書面を以て疑義の申立を爲すことを得(五六三條)。
- 二 異議の申立 裁判所の執行に對し檢事の爲したる處分を不當とするときは裁判の執行を受くる者等に於て言渡を爲したる裁判所に異議申立書を差出すことを得(五六三條)。
- 三 申立に對する裁判 前記二の申立に付ては裁判所は檢事の意見を聽きて決定を爲す(五六四條)。

第八編 私訴

前編までにて科刑権の存否及範圍を確定する手續即ち刑事訴訟手續の説明を終りたるものとす。本編に於ては本質は刑事訴訟に非ずして民事訴訟の性質を有する私訴のことを略述せんとす。私訴のことを刑事訴訟法に規定したるは、犯罪に原因する民事事件なれば其犯罪に對する刑事訴訟に附帶して同時に取調裁判を行ふを便宜とするが故なり。

第一章 通則

第一 私訴の概念

- 一 私訴の意義 私訴とは公訴に附帶する民事上の請求(私權保護の請求)を謂ふ。公訴の目的となれる犯罪を原因とする民事上の請求は公訴と同時に審判するときは訴訟材料を互に利用し簡易迅速に手續を終了することを得るを以て私訴なる制度を認めたり。
- 二 私訴の法則 私訴に關しては法典第七編に別段の定めある場合の外其裁判所の審級に従ひ公訴に關する規定を準用す。所謂別段の定め中には民事訴訟法を準用するものあり(五七)之れ私訴が本質に於ては民事訴訟なるが故なり。

第二 私訴の範圍

- 一 請求原因 公訴の目的となれる犯罪に因り身體、名譽、自由又は財産を害せられ損害を蒙りたる事實なり。
- 二 請求事項 右の原因に基く一切の私法上の請求なり。其種類は民法上請求し得べき總ての事項に互る。損害賠償、贓物返還、登記抹消、契約の無効確認等一々枚舉に遑あらず。
- 三 私訴の當事者 原告は犯罪に因り直接又は間接に損害を蒙りたる者なり。被告は公訴の被告人に限る、但民事訴訟法の認むる參加受繼の制あり。
- 四 私訴提起の時期 私訴は公訴に付公判の請求ありたるとき又は公判に付する豫審終結決定ありたるときより第一審辯論終結に至る迄に限り之を提起することを得。



### 第三 私訴の附帯性

一 私訴は公訴に附帯するものにして常に公訴と其運命を共にす。故に例之(一)公訴に付管轄の指定、移轉又は審判すべき裁判所を變更する決定あるときは當然私訴に付ても同一の決定ありたるものとなる(五六九條)。(二)私訴の上訴は公訴の上訴と一定の連絡を保つことを要す(五九五條、五九六條、五九九條、六〇〇條)。(三)法律上又は事實上の理由に因り公訴と共に審判することを得ざるに至るときは私訴は民事裁判所に差戻し又は移送す(六一〇、六一二條)。又私訴の再審は公訴と分離して爲すべきものなるが故に之に付ては民事訴訟法の規定に依る(五七六條)といふが如し。

二 私訴の判決は公訴の判決に於て認めたる事實に基き之を爲す。

### 第四 私訴の審判に關する基礎概念

一 私訴の判決は必ず原告の申立を基礎とす、申立てざる事項に付判決するを得ず。但其申立の當否を判断するには前示の如く公訴の判決に於て認めたる事實に依るべし。

二 私訴の審判は公訴と同じく職權主義に依る。

三 私訴の書類には印紙を貼用することを要せず。

四 私訴の訴訟代理及書類の閲覧に付ては特例あり(五七三條乃至五七五條)。

## 第二章 各論

### 第一 第一審

一 訴の提起 私訴の提起は民事訴訟法の規定に準じて訴狀を提出して之を爲すを原則とし例外として口頭の訴を許す(五八二條)。裁判所は公判期日には私訴關係人を召喚す。檢事は私訴の審判に立會を要せず。

二 審理 私訴の審理は原則として公訴の審理終りたる後に之を爲す。口頭辯論に於ては原告は判決を受くべき事項及請求原因を陳

述し被告之れに對し答辯を爲す。證據調は裁判所職權を以て爲すも公訴に付取調べたる證據は私訴に付取調べたるものと看做さる。

三 裁判 私訴却下の決定(五八九條乃至五九一條)、私訴却下の判決(五九〇條)、管轄違の判決(五六九條)、公訴に付有罪の判決を爲すべき場合に於て私訴の請求の當否に付爲す判決等あり、而して私訴の判決は公訴の判決と同時に之を爲すものとす。

### 第二 上訴

一 上訴の種類 公訴と同じく控訴、上告及抗告あり。上訴に付ては別段の規定(五九四條以下)ある場合の外第一審に關する規定を準用す。

二 上訴の審判 控訴は公訴の控訴と同じ。唯公訴の上訴と一定の連絡を保つことを要する例外あり、上告に付ても亦同じ。尙上告に付ては公訴の場合と同様理由を制限し(五九七條、五九八條)判決は公訴の判決との關係に依り特例を設く(六〇五條乃至六一一條)。

## 刑事訴訟法 終

# 民法目次

第一章 序論

第一節 民法の概念

第二節 民法上の権利及義務

第一款 民法上の権利

第二款 民法上の義務

第三節 總則編の内容

第二章 権利の主體

第一節 總説

第二節 自然人の權利能力

第三節 自然人の行為能力

第一款 概観

# 民法目次

第一編 總則

第一章 序論

第一節 民法の概念

第二節 民法上の権利及義務

第一款 民法上の権利

第二款 民法上の義務

第三節 總則編の内容

第二章 権利の主體

第一節 總説

第二節 自然人の權利能力

第三節 自然人の行為能力

第一款 概観

目次

第二章 各種の無能力者……………二一五

第三款 無能力者の相手方保護……………二一〇

第四節 住所……………二一一

第五節 不在者及失踪……………二二三

第六節 法人……………二二三

第三章 権利の客體……………二七〇

第一節 物の意義……………二七〇

第二節 物の種類……………二七〇

第四章 法律行為……………二七〇

第一節 總説……………二七〇

第二節 法律行為の目的……………二七〇

第三節 意思と表示の不一致……………二七〇

第一款 概説……………二七〇

第二款 非真意表示……………二七〇

第四節 瑕疵ある意思表示……………二七〇

第五節 意思表示の到達……………二七〇

第六節 代理……………二七〇

第七節 無効及取消……………二七〇

第八節 條件及期限……………二七〇

第五章 期間……………二七〇

第六章 時効……………二七〇

第二編 物權……………二七〇

第一節 總則……………二七〇

第二節 占有權……………二七〇

第三節 所有權……………二七〇

第四節 地上權……………二七〇

第五節 永小作權……………二七〇

第六節 地役權……………二七〇

第七節 留置權……………二七〇

第八節 先取特權……………二七〇

第九節 質權……………二七〇

第十	抵當權	四三
第三編	債權	四六
第一	總則	四六
第二	契約總論	五五
第三	契約各論	六一
一	贈與	六一
二	買賣	六一
三	交換	六三
四	消費貸借	六三
五	使用貸借	六四
六	貸貸借	六四
七	雇傭	六五
八	請負	六五
九	委任	六六
十	寄託	六七

十一	組合	六七
十二	終身定期金	六八
十三	和解	六八
第四	事務管理	六八
第五	不當利得	六九
第六	不法行爲	七〇
第四編	親族	七六
第一	總則	七六
第二	戶主及家族	七六
第三	隱居	七九
第四	婚姻	八〇
第五	夫婦財產制	八二
第六	親子	八二
第七	養子	八三
第八	親權	八三

第九 後見……………八四

第十 親族會……………八四

第十一 扶養の義務……………八五

第五編 相續

第一 家督相續……………八五

第二 遺産相續……………八六

第三 相續の承認及拋棄……………八六

第四 相續人の曠缺……………八七

第五 遺言……………八七

第六 遺留分……………八七

民法目次終

民法

第一編 總則

第一章 序論

第一節 民法の概念

一 民法の意義 民法とは日常生活に於ける各人相互の權利義務の關係を規定する法をいふ。換言すれば私權の實體關係を規定したる普通法なり。

- (一) 民法は私權の關係を規定す 私權の關係とは社會生活に於ける各人相互の權利義務の關係をいふ。例へば賣買、貸借、雇傭、婚姻、養子縁組、相續、隱居等の如き各人相互間の權利義務の關係の如し。各人とは私人相互の間の關係を主要なるものとするも國家、市町村其他の團體と個人との間の關係に在りても物品の賣買、建築の請負の如き非支配關係なるときは國家其他の團體も亦右に所謂各人に該當するものとす。例へば官廳と御用商人との間の物品の賣買は私人相互の間の賣買と同じく私權の關係として民法の適用を受くるものとす。
- (二) 民法は私權の實體關係を規定す 私權に關する法は之を大別して實體法と手續法の二とす。實

體法とは權利義務の實體的基準をいふ、即ち權利義務の主體、得喪、變更、内容、效力等を規定する法をいひ、手續法とは私權が任意義務者に於て履行せられざる場合に其實行は如何にして爲さるやの手續を定めたる法なり。民法は實體法にして民事訴訟法は手續法なり。例へば、

(1) 甲が乙より金百圓を利息年一割にて向一年間借受けることを約し乙より金百圓の交付を受けたときは民法の規定に従ひ甲は一年後には乙に對し金百十圓を支拂ふべき義務あり。乙は甲に對し其支拂を請求する權利(債權といふ私權)を有す。

(2) 然るに甲が任意其支拂を爲さざるときは如何になるやといふに乙は民事訴訟法の規定に依り甲を裁判所に訴へて「甲は乙に對し金百十圓を支拂ふべし」との判決を受け其判決書を執達吏に渡して甲の家財道具等を差押競賣し執達吏より其代金の交付を受けて直接甲より支拂を受けたると同一の満足を得ること爲るものとす。

(三) 民法は普通私法なり 私法とは前述したる私權の實體關係を規定したる法をいひ公法に對す。公法とは國家、市町村其他の統治團體と其被統治者との間の支配關係を規定したる法にして憲法を始め行政法、刑法、訴訟法等は之に屬す。普通法とは特別法に對する語なり。或事項に一般的に適用せらるる規定を普通法といひ普通法に對する例外又は特殊の規定を設くるものを特別法と稱す。民法は私權に關する一般的のことを規定するが故に普通法なり。之に對し利息制限法、失火ノ責任ニ關スル法律、借地法、借家法及商法の一部等は民法に對する例外を規定し、會社に關する商法の規定は民法を補充する爲特別の法則を定めたるものなるが故に何れも民法の特別法(特別私法)なりとす。

二 民法法典 右述べたる所は民法の實質的意義なり。形式的に「民法」といふときは民法法典(編纂、例は明治二十九年四月二十七日公布、現行、相續は明治三十一年六月二十一日公布、何れも同三十一年七月十六日より施行)を指す。民法法典は實質的意義に於ける民法の大部分を規定するものなるも其全部を包含せざると同時に公法的規定をも包含す。即ち、

- (一) 民法法典以外に於ける實質的民法 慣習法たる民法の如し。例へば「流水利用權は水源地の所有者と雖之を侵すことを得ず」といふが如きは慣習法たる民法なりとす。
- (二) 民法法典中に在る公法的規定 第八十四條の罰則、第四百十四條の訴訟手續的規定の如し。

三 民法の適用範圍(民法の效力) 民法は如何なる事項、如何なる時、如何なる人、如何なる場所に適用せらるるかといふことを、民法の適用範圍又は民法の效力といふ。

一 事項に付ての適用範圍(事物に關する效力) 民法は前述の如く一般的に私法關係に適用せらるるものなり。即ち私法の通則なり。苟くも私法關係なるに於ては國家、公共團體の行動に付ても民法の適用あり得るものとす。例へば前述の如く國家、公共團體が御用商人との間に於て賣買、請負の契約を爲すが如きは勿論、國家、公共團體が鐵道、專賣等の企業を爲し或は水利、交通、教育等の統治作用に就て行動するに當り私人の權利を侵害するときは不法行爲として民法上の責任を負ふ場合もあり得るものとす。

二 時に付ての適用範圍(時に關する效力) 民法は其施行以後に生じたる事項に付てのみ適用せらるるを原則とす。これを法律不遡及の原則といふ(民法)。然れども此原則に對しては實際上の事情に即する爲例外を定むることなきに非ず。殊に緊急なる社會政策的必要に迫られたる立法には遡及效を認むる場合多し。例へば借地法(一八)、借家法(二)の如く在來の借地借家關係に付ても同法を適用するが如し。

(三) 人に付ての適用範圍(人に關する效力) 民法は人民主權の結果として其所在の如何を問はず總ての日本人に適用せられ又領土主權の結果として日本領土内に在る外國人にも適用せられる。唯外國に在る日本人に對しては我國の裁判の内容を其儘強制するに付て領土主權の作用として其外國の國法上の制限を受くべく、又日本に在る外國人に民法を其儘適用することの不便ある事項に付ては外國法の内容に従ふべきことを定むる場合あり(註三)。尙日本に在る日本人に付ては其階級、職業の如何に拘らず適用せらるゝを原則とするも皇族に關しては皇室令、華族に關しては華族令、華族世襲財産法、陸海軍現役軍人に關しては婚姻に關する條例等に依りて夫々特例を認めらるることを注意すべし。

(四) 場所に付ての適用範圍(場所に關する效力) 民法は日本領土の全部に適用せらるるを原則とするも、臺灣、朝鮮、樺太並に關東州、南洋群島には夫々特別の法令を設け當然には民法の適用なし。從て内地と叙上の地域に互る事項に付ては共通法(大正七年四月七日法律三九號)により問題を解決す。

## 第二節 民法上の權利及義務

### 第一款 民法上の權利

一 私權の意義 私權とは上に述べたる如く「私法的關係に於ける權利」をいふ。然らば權利とは何ぞやといふに「特定の利益を享受し得べき人の法律上の力なり」と定義することを得べし。

(一) 權利は利益享受を内容とす 人が社會生活を營むが爲めには他の人、物、自然力等種々の生活

資料に對する關係に於て諸種の利益を享受することを必要とす。此利益享受の關係を法律が保護し利益享受の力を人に歸屬せしめたるときは茲に權利を生ずるものとす。

(二) 權利は人に歸屬せしめられたる法律上の力を本質とす 茲に人とは所謂權利の主體たる個人及團體(法人)を指す。國家が法律を以て人に權利即ち「特定の利益を享受し得べき力」(註)を與ふるは依て以て社會の維持及發達を實現せんとするの目的に出づ。されば權利は絶対無限のものには非ずして社會上合理的の範圍内に於てのみ存在するものとす。

註 法律上の力とは國家權力の保護に依り利益享受を貫徹し得ることをいふ。故に單なる希望に過ぎざるものは法律上の權利と謂ふを得ざるを通例とす。例へば貸地貸家を爲すに當り、貸主が借主より「權利金」をとることあるも、それは唯需要供給の關係より任意に授受せらるるものに過ぎず、貸主が權利金を取り得るは單なる希望に過ぎずして法律が此權利金を取り得ることを保護するものに非ず。法律は唯土地家屋の所有權といふ權利を認むるに止まり、當然に權利金を取るといふことを權力を以て保護するものに非ざるなり。又權利金を出し借地借家したる借主は法律上は唯借地權、借家權を有するに止まり此權利關係以外に特殊の權利を取得するものに非ざるなり。

二 私權の分類 私權は觀察の標準を異にするに従ひ種々に分類することを得るも今重要なるものを舉示すれば左の如し。

(一) 絶対權と相對權 權利の客體即ち義務者の範圍如何を標準とする分類なり。絶対權とは目的物に對する直接支配を内容とする權利をいひ、相對權とは特定人に對する特定の行爲の要求を内容とする權利を謂ふ。物權は前者の典型にして、債權は後者の代表的のものなり。

(1) 例示 物權は絶対權なり。例へば物の所有者は法令の制限内に於て直接に其物を使用、收益又は處分するの權能を有し第三者は此所有者の權能を妨害すべからざる消極的義務を負ふが故に所有權たる物權は絶対權なり。之に對し債權は相對權なり。例へ

は甲が乙に金千圓を貸與したるときは甲は乙に對し金千圓の支拂を請求する權利(債權)を有す。然れども乙の父丙に對し親子の  
間柄なるの故を以て乙に貸與したる金千圓の支拂を請求するの權利は之れなきものとす。

(2) 特性 絕對權は不可侵性を有するのみならず排他性をも有す。相對權は不可侵性を伴ふも排他性なし。

排他性の有無 絕對權は同一目的物に對し同時に二個以上成立することを得ず。成立の時の前後等に依りて效力の優劣を生ずる  
も、相對權は同一義務者に對し同時に二個以上成立することを得て成立の時の前後に依りて效力に差等を生ぜざるものとす。例へ  
ば甲が乙に金千圓を貸與し乙所有の土地に抵當權といふ物權を取得したる後乙は更に丙より金千圓を借入れ其擔保として同じ  
土地に抵當權を設定したりとせよ、抵當權は物權として排他性を有するが故に、甲は一番抵當權者、丙は二番抵當權者として權  
利に順位がつき、其土地の競賣代金が二千二百圓に過ぎざるときは甲は二千圓全額の辨濟を受け得るも丙は其残りの二百圓のみ  
の辨濟を受け得るに過ぎず。然るに若し右の如き抵當權が設定せられざりしものとせば、債權には排他性なきが故に甲の債權も  
丙の債權も其成立の前後に關係なく各平等の割合を以て債務者の財産より辨濟を受くることと爲るが故に、乙の土地が競賣せら  
れて競賣代金二千二百圓なりしときは、甲は千四百六十六圓六十六錢、丙は七百三十三圓三十三錢の配當を受くることと爲るも  
のとす。

(二) 財産權と非財産權 權利の内容たる利益を標準とすれば財産權と非財産權とに分つことを得。非財産權とは財産權を除きた  
る一切の私權を汎稱するものにして親族權、相続權、人格權、社員權の如きものあり。

(1) 財産權 經濟的利益を目的とする權利を財産權といふ。物權、債權、無體財産權等は之に屬す。

イ 物權 直接に物を支配することを内容とする絕對權をいふ。所有權は其代表的のものなり。

ロ 債權 特定の人に對して特定の行爲即ち作爲又は不作爲を要求することを内容とする相對權なり。

ハ 無體財産權 精神的製作の上に存する絕對權なり。著作權、特許權、實用新案權、意匠權、商標權の如し。

(2) 非財産權 左の如し。

イ 親族權 親族といふ身分關係より生ずる權利をいふ。(1) 戸主權、夫權、親權、(2) 扶養請求權、私生子認知請求權、(3) 離  
縁又は離婚請求權等の如し。此等の權利の性質は(1)は親族關係に在る他人を支配することを内容とする絕對權、(2)は親族關

係に基き相手方の行爲を要求する相對權、(3)は權利者の行爲に依り特定の法律効果を發生せしめ得る所謂能權(可能權)なり  
とす。

ロ 相続權 民法は相続權なる語を二種の意義に用ゆ。第一は相続開始後相続人の有する權利をいひ(例、九六六條、一〇九〇條)、第  
二は相続開始前相続人たるべき人の有する權利をいふ(例、九七三條、九七四條、九七五條)。狹義に於て相続權と稱するは第一のみに  
して例へば相続人が相続財産に屬する不動産を自己のものとして處分し得る權利の如し。第二の相続權は相続開始の時迄に法  
定の特事情發生せざれば相続人と爲り得る希望を法律に依りて保護せらるる權利なれば一種の期待權に過ぎず。例へば一人  
娘は父が死亡する迄の間に弟が生れざれば父の相続を爲し得るといふ期待權を有し廢嫡等法定の原因なければ此期待を裏切ら  
ることなき地位に在るが如し。

ハ 人格權 權利者の人格と分離し得ざる利益を目的とする權利をいふ。其性質上絕對權にして且つ權利者の一身に專屬するも  
のなり。例へば人の身體權、自由權、名譽權、氏名稱等の如し。

ニ 社員權 會社其他の社團法人の社員が其法人に對して有する權利をいふ。例へば株主が株式會社の構成員たることに因りて  
有する包括的の權利の如し。其權利の内容は會社の事業に參與すること(例へば株主總會に出席して議決權を行使するが如し)  
を主たる内容とす。議決の結果利益配當を受くる權利の如き債權を生ずることあるも社員權其ものは債權に非ず。

(三) 支配權、請求權、形成權及抗辯權 權利の作用に基き分類なり。

(1) 支配權 權利の目的たるものを直接に支配する權利をいふ。換言すれば請求權の如く權利者が他人の行爲の介在するに依りて  
始めて其目的とする利益を享受し得るに非ずして權利者自ら直接に其利益享受を實現し得るものなれば。物權は其代表的のもの  
なり。其他無體財産權、親族權中の絕對權(戸主權、夫權、親權)も亦支配權に屬す。

(2) 請求權 他人の行爲即ち或事を爲し(作爲)又は爲すべからざること(不作爲)を要求する權利をいふ。權利者が義務者の行爲に  
依りて始めて其目的たる利益を享受し得るものなることを特色とす。債權は其代表的のものなり。此外物權の侵害に因りて生ず  
る妨害排除又は物の返還請求の如き所謂物上請求權も亦請求權の一に屬す。

(3) 形成權 權利者の一方的行爲に依りて權利の發生、變更、消滅其他の法律効果を生ぜしむる權利をいふ。例へば詐欺に基き爲



されたる法律行為を取消す権利、契約を解除する権利の如し。

(4) 抗辯權 相手方の請求に對し之を拒絶し得る権利をいふ。例へば同時履行の抗辯權(五三三條)、保證人の有する催告及檢索の抗辯權(四五二條、四五三條)の如し。

(四) 一身專屬の權利と一身に專屬せざる權利 權利と其主體との關係の密疎を標準とする區別なり。權利の歸屬又は行使が特定の人にのみ限らるる權利は前者にして然らざる權利は後者なり。

(1) 一身專屬の權利 相續又は譲渡を許さざる權利としては例へば人格權、夫權、親權の如きものあり。第三者の代位行使を許さざる權利(四二三條)としては、例へば非財產權の侵害に基く損害賠償請求權の如きものあり。甲が乙より名譽を毀損せられたる場合に乙に對し有する損害賠償請求權は甲の債權者丙に於て民法第四百二十三條に依り代位行使することを得ざるが如し。

(2) 一身に專屬せざる權利 財產權の大部分其他(1)に屬せざる權利は皆之に屬す。

(五) 獨立なる權利と從たる權利 從たる權利とは他の權利と從屬關係に在る權利をいひ、之に對し此の如き從屬關係に在らざる權利を獨立なる權利又は主たる權利といふ。例へば貸金の元本請求權は主たる權利なるも其利息請求權は元本請求權の存在することを前提として發生するものなるが故に從たる權利なるが如し。

三 私權の行使

私權の目的たる利益を享受すべき行為を私權の行使といふ。例へば物の所有者が其所有權の行使として之を他人に賣却し又は質入するが如き、或は貸金債權者が債務者に對し期限に至り元利金の支拂を督促し若し満足を得ざるときは裁判所に訴へて其履行を強制するが如し。

(一) 權利行使の自由 權利を行使する否とは原則として權利者の自由なり。然れども權利は行使せらるるに依りて始めて權利の本質を現はすものなり。此點に關聯して注意すべきことは單に法律規定の結果として利益が保護せらるることあるも之を以て直に權利なりと稱するを得ざることは是れなり。例へば保護關稅法に依り内國の農工商が利益を受くるも夫等の者は其利益を受くるの權利を有するものに非ず。從て政府が保護關稅法を改正し又は全廢することあるも右等の者は法律上權利の侵害なりと主張するを得ざるは勿論なり。斯の如く法規の結果として單純に利益を保護せらるるに止まるるを法の反射效又は反射作用と稱す。

(二) 權利行使の義務

權利の行使は權利者の自由なるを原則とすること前述の如し。されば權利者が權利を行使せざる爲に他人に損害を生ぜしめたりとするも違法とはならざるを本則とす。然れども法律が個人に權利を附與するは獨り其個人の利益のみを目的とするに非ずして社會生活の利益の爲に附與するものなれば法律は時として公益上の必要に基き權利者に權利の行使を爲すべきことを義務として強制することあり。例へば親權者が其子を監護教育するの權利は必ず之を行使すべき義務あるが如し(八七九條)又權利者が一定期間其權利を行使せざるときは其權利を失ふべきものとして間接に權利行使を強制する事あり(營業四〇條、特許四二條)。土地所有者が其土地を荒廢の儘に放任し置くは國民經濟上不利多きは勿論土地の利用を爲し得ざる社會人に迷惑を及ぼすものなるが故に法律を以て適當なる行使強制の途を設くるを緊要とするは近時社會政策の問題として大に論議せらるる所なり。

(三) 權利の濫用 權利を認めたる立法の趣旨に鑑み社會生活に有害なる行使として許されざるものを權利の濫用といふ。權利の濫用は之を正確に謂へば法文の字句の外形上權利の行使と見らるるも實質上即ち法の精神上は權利の正當なる行使の範圍を超越逸脱するものなり。權利の濫用は不法行為と爲る(大正八年三月三日大審院判決。例へば「ラヂオ」擴聲器の使用は一般に使用者の權利の行使なるも其程度が著しく高次にして一面使用者にとりて斯る高次なる擴聲器を使用するの實益なきに拘らず之を使用し居ると同時に、他面之が爲め近隣の者が業務又は安息を著しく妨げらるるが如き場合は權利の濫用と認めらるることあるべし。

第二款 民法上の義務

一 義務の觀念 民法上の義務とは人が一定の事を爲し又は爲さざるべき私法上の拘束(又は束縛)をいふ。權利は利益を内容とし義務は不利益を内容とす。

二 權利義務の對立 權利と義務とは相對立するを常態とす。蓋し義務ありて始めて權利が生じ、權利生じて義務は益々重くなること法律發達史上顯著なる所なればなり。然れども今日の複雑なる法制の下に於ては權利と義務とは必ずしも適確に對應するものに非ず。例へば取消權、解除權の如き形成權には之に對應すべき義務なし。今日の我法制は權利本位の建前を以て規定せらるる。

### 第三節 總則編の内容

總則六章 民法第一編總則(七四條至七五七條)は人、法人、物、法律行為、期間、時效の六章より成る。これを學理的に觀察すれば、權利の主體(人、法人)、權利の客體(物)、權利の得喪變更に重大なる關係ある一般的の事由(法律行為、期間、時效)に付ての規定なりとす。

總則の地位 民法總則は他の四編則ち債權、物權、親族、相續に共通する通則なるも、親族、相續の兩編に對しては其適用を制限せらるる場合多し。例へば法律行為の能力及要件に關する總則の規定は婚姻、隱居、養子縁組等の身分的行為に付ては其儘適用せられず各場合に特例を定めたるが如し。

## 第二章 權利の主體

### 第一節 總說

一 權利能力の概念 人が權利義務を享有し得べき法律上の資格を權利能力(所謂私法上の)といふ。權利能力を有する者を權利の主體と稱す。例へば死人又は動物は權利の主體たること無きが如し。

(一) 權利能力を論ずるの要 民法上の權利義務は如何なるものが之を享有し得るかといふことは權利義務を論ずるに當り最初に明にすべき事項なり。

(二) 權利能力と義務能力 權利を享有し得べき資格を有する者は同時に義務を負担し得べき資格を有す。現行法制に於ては古代の奴隸の如く義務のみを負担し權利を有し得ざるが如き者なし。權利能力と稱するは權利本位に基く言葉にして其實質は前述の如く權利及義務を享有し得る資格を

意味するものとす。

(三) 人 權利の主體たる人には自然人(生きている人)及法人の二種あり。

二 權利能力の種別 權利能力を別ちて一般的權利能力と特別的權利能力とす。前者は一般的に總ての權利の主體たり得べき資格をいひ、後者は個々の權利に付其主體たるべき資格をいふ。例へば人は總て一般的權利能力を有するも、人の中法人は親族權、相續權といふが如き個々の權利を享有し得ず。又外國人は日本銀行の株主たる權利を有し得ざるが如し。

三 權利能力と行為能力 後に述ぶる行為能力とは自然人又は法人が完全なる法律行為を爲し得る地位(又は資格)を謂ふ。從て權利能力を有する者の中には行為能力を有する者と之を有せざる者例へば幼兒、狂者の如き者とあり。民法法典に於ては「能力」といふ文字を行為能力の意義に用ふる點に注意するを要す。

四 權利能力に關する規定の性質 權利能力に關する民法の規定は絶對に各人の合意に因りて變更することを得ざる所謂強行規定なり。從て例へば甲が乙に對して權利能力なき奴隸となる旨の契約をなすも法律上何等の效力を生ぜず。

### 第二節 自然人の權利能力

一 權利能力の始期 自然人の權利能力(所謂私權の享有)は出生に始まる(一)。出生以前の胎兒は權利主體に非ざるを原則とす、但例外あり。

(一) 出生の意義

出生の時期は胎児が母體より分離して自己の肺臓を以て呼吸し始めた時に在りと解するを通説とす、之を獨立呼吸説と稱す。然れども民法上に於ては其目的に従ひ外部より胎児に侵害を加へ得る時期を標準とする一部露出説を通過とす。出生は事實上の問題なり。戸籍簿の記載と一致せざることもあり。此場合は其事實を證明して戸籍の記載を變更することを得。

(二) 胎児の地位

胎児は未だ人に非ざるが故に權利能力を有せずと雖も此理論を貫くときは胎児の爲不利益なる結果を生ずることあるが故に、民法は不法行為に因る損害賠償請求權並に相続及遺贈に付ては既に生れたるものと看做せり(七二一條、九六八條、九九三條、一〇六五條)。例へば、

(1) 昭和九年三月に妊娠四ヶ月の母あり、其夫即ち胎児の父が他人より殺害せられたりとせよ、其胎児が昭和九年十月生れたりとせば其子は父を殺したる者に對し昭和九年三月より之が損害賠償の請求權(七二一條)を有せしことと爲る。

(2) 甲男乙女の夫婦の間に長女丙一人在り、甲は昭和七年四月死亡したるが其當時乙女は妊娠六ヶ月の身重なりしとせよ、胎児は男子か女子か不明なるを以て長女丙が一應父甲の家督を相続するものなるも、若し其胎児が昭和七年十一月生れたるを見るに男子なりとせば其男子が父死亡の當時たる昭和七年四月より家督相続を爲したるものと看做され、從て丙女は相続人たらざりしことと爲るものとす。

二 權利能力の終期

自然人の權利能力は其死亡に因りて消滅す。死亡とは呼吸及心臓の鼓動が絶止したる時をいふ(註)。行方不明となり失踪宣告を受けたる者は死亡者と看做さるるも(三二)其宣告を受けたる者が事實上生存せる場合には尙權利能力を失はざるものとす。

註 死亡も固より事實の上に於て證明して決定すべきものなり。死骸の不明なる場合にも死亡せることの確實なるときは一定の官廳の責任ある證明に依つて死亡者として戸籍簿に記載し得ることになり居れり(戸籍法一九條)。これを認定死亡といふ。

三 外國人の權利能力 外國人即ち日本の國籍を有せざる者は何れの國籍を有すると將た無國籍人たるを問はず總て一般的權利能力を有し、所謂奴隸は我國法の認めざる所なり。然れども個々の權利に付て言へば法令又は條約に依り外國人が享有することを得ざる場合あることを認めたり。換言すれば外國人は法令又は條約に禁止ある場合を除く外特別的權利能力を有するものとし内外人平等の

原則を認めたり(二條)。今現行法令を以て外國人の享有を禁じたる場合を例示すれば左の如し。多くは産業、國防及文化の國策上の必要に依り斯く制限するものなるも必ずしも合理性を有するものには非ず。

- (一) 礦業權及砂鑛權、日本船舶所有權
  - (二) 日本銀行、橫濱正金銀行、朝鮮銀行、朝鮮殖産銀行、東洋拓殖株式會社、日本無線電信株式會社の株主權
  - (三) 南滿洲鐵道株式會社の株主權 但中華民國人のみは例外として株主たることを得。
  - (四) 取引所の會員又は仲買人、移民取扱人、水先人たることの權利
  - (五) 航路補助金、造船獎勵金、遠洋漁業獎勵金を受くるの權利
  - (六) 家督相続權 外國人は民法の定むる家の戸主又は家族たることを得ず。
  - (七) 土地所有權 外國人は從來日本の土地を一定の條件の下に永年使用し得る永代借地權を有し得るものとせらる。
- 尙大正十四年法律第四二號外國人土地法に依れば外國人に於て日本人に土地所有權を享有せしむる法制を認めたる外國の人に限り土地所有權を有し得ることを定めたり。

第三節 自然人の行爲能力

第一款 梗概

一 行爲能力の意義 行爲能力とは完全なる法律行爲を爲し得る地位(資格)を謂ふ。

(一) 權利能力と行爲能力 前述の如く人は總て權利能力を有するものなるも各人の年齢、精神狀態、身分等よりして自ら權利義務の發生、變更若は消滅等の法律効果を有効に成立せしむるに適する認識力及豫期力を有せざる者あり。例へば未成年者又は狂人の如し。又斯る行爲を自ら爲すに適する認識力及豫期力を有する者あり。一般普通の成年者は之に屬す。前者を行爲無能力者といひ後者を行爲能力者といふ。民法法典に所謂無能力者とは行爲無能力者を指す。故に權利能力と行

爲能力とは同一に非ず。

(二) 行爲能力と意思能力 行爲能力は又意思能力と區別すべきものとす。意思能力とは自己の行爲の結果を正當に判斷し得る精神上の能力をいひ、行爲能力の如く法律上の能力には非ずして事實上(心理學上)の能力なり。從て兩者は別個の觀念なり。即ち、

(1) 意思能力を有するも行爲能力を有せざる者あり。例へば十七八歳の少年は殆んど意思能力を有するも何れも未成年者として行爲無能力者なりとせらる。

(2) 意思無能力者の行爲は常に當然無効なり(明治三十八年五月十一日大審院判決。例へば狂人が心神喪失中其所有の金時計を未知の通行人に與ふるも贈與といふ法律行爲は成立せざるが如し。之に反し意思能力を有する行爲無能力者、例へば通常の發育を爲しつつある十九歳の少年が親の諒解を得ずして自己所有の寫眞機を知合の者に金五圓にて賣渡したるときは其賣買は當然無効には非ずして、唯後日取消に因り無効とせらるることあるに止まるが如し。

二 無能力者の意義 民法上無能力者とは行爲能力を制限せられたる者をいふ。

(一) 法律行爲 自己の意思を表示することに因りて豫期の法律上の効果を發生せしむるものを法律行爲といふ。例へば贈與、賣買、貸借、請負の如し。人が衣服を着、歩行を爲し、飲食を爲すが如き事實上の行爲、又は他人の物を壊し若は之を盗み又は他人の身體を傷くるが如き不法行爲等は法律行爲に非ず。

(二) 無能力者の種別 民法上無能力者は未成年者、禁治産者、準禁治産者及妻の四種とす。妻は無能力者と爲すは智能の如何に關係なく、専ら一家の平和を維持する爲め法律行爲例へば物の賣買、貸借、贈與等を爲すに夫の同意を得べきものと爲すの必要に出づ。其他の無能力者は何れも心神の状態不完全の爲獨斷にて法律行爲を爲すことを許すことが主として本人延いて社會に不利と爲るが故に、保護者の監督の下に立つべきものと爲すの必要あるに由る。

(三) 無能力に關する規定の強行性 無能力に關する民法の規定は各人の合意を以て變更することを得ず。例へば無能力者を能力者とし又は能力者を無能力者と爲す契約は無効なり。

(四) 無能力に關する規定 本節に於て説明する行爲無能力は前述の如く贈與、賣買、貸借等の如き一般的法律行爲に關する無能力の法則なり。此外特殊の行爲、例へば婚姻、養子縁組、私生兒認知等の身分上の行爲を爲す能力に付ては夫々特別の規定あり。

例へば(1)禁治産者が婚姻又は離婚を爲すには其後見人の同意を得ることを要せず(七七四條、八一〇條)。(2)又養子縁組を爲し若は協議上の離縁を爲すことも單獨に爲すことを得べし(八四七條、八六四條)。(3)私生兒の認知を爲すには父又は母が無能力者なるときと雖も單獨になすことを得(八二八條)といふが如し。

第二款 各種の無能力者

第一 未成年者

一 未成年者の意義 滿二十歳に達せざる者を未成年者といふ(三)。

(一) 年齢計算法 出生より滿二十年後に於ける出生の日に應當する日の前日の満了を以て成年期とす。例へば大正三年十一月三日生の者は昭和九年十一月二日の満了即ち十一月三日より成年者と爲るが如し。

(二) 未成年者を無能力者とするの理由 人の智能は漸を追ひて發達するものにして相當の年齢に達するに非ざれば獨立して社會的生活を爲すに堪へ得る程度の思慮分別を有するに至らざるを常とす。其幾何の年齢を以て所謂相當の年齢といふべきやは固より立法制度の問題なり。我民法は劃一的に滿二十年を標準とすべきものとせり。實際に於て各人の智能の發達程度は同一ならざるも取引の安全を保護する爲めには滿二十年以上又はそれ未滿に於て劃然たる區別を立つるを便宜とすべし。

二 未成年者の無能力の範圍 未成年者が法律行爲を爲すには原則として其法定代理人の同意を得ることを要し、其同意なくして爲したる行爲は原則として之を取消すことを得(四)。

(一) 原則 未成年者が獨斷にて爲したる行爲は意思無能力者の場合を除き當然無効には非ずして後日取消すことを得るに止まる。取消は未成年者單獨に爲し得るのみならず法定代理人も之を爲すことを得(二〇條)。

(1) 法定代理人 とは親権者たる父若は母又は後見人をいふ。第一に父、次が母、父母共に無き時若は母が管理權を失ひたる時は後見人が法定代理人と爲る。此等の者は未成年者の保護者として本人の利害を慎重に考慮して同意を與へ又は與へざることを得。

(2) 法定代理人の同意の時期及方法 同意は法律行為前に與へらるることと要す。事後承諾は追認といひ之を同意と區別す。追認は取消権を拋棄する意思表示なり。次に同意は直接未成年者に與ふるも或は未成年者の取引の相手方に與ふるも何れも有效なりとす。又同意は書面又は口頭に依ると其他明示なると默示なるとを問はず。

(二) 例外 左に掲ぐる行為は未成年者單獨にて之を爲すも有效なりとす。

(1) 未成年者が單に權利を得又は義務を免るべき行為 例へば何等條件の附かざる贈與を受くるが如き、又は無償寄託の受寄者たる未成年者が寄託物を返還するが如し。斯る行為は未成年者に何等損失を及ぼすべき危険なきが故に、法定代理人の同意を要せず單獨に之を爲し得るものとす(四條一項但書)。

(2) 法定代理人が變め處分を許したる財産に關する行為にして許可の範圍内に屬するもの 例へば學費として月々渡されたる金銭は學費として自由に處分し得べく(他の目的に消費すべからず)、小遣錢として渡されたるものは如何なる目的に之を消費するも又他人に之を貸與するも可なり(五條)。

(3) 營業を許されたる場合に於ける其營業に關する行為 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を爲すに直接間接に必要且有益なる行為を爲すに付き成年者と同一の能力を有す(六條)。例へば父より藝妓稼業を許されたる娘は其營業に關し衣服調度を買入又は賃借する行為の如きを單獨に爲すことを得べきが如し。

イ 營業とは商業といふより其範圍廣く營利の目的を以てする繼續的事業の總てをいふ。繼續的に連絡ある一團の行為を收入を得る目的を以てすれば可なり。

ロ 許可一は書面又は口頭何れにても可なり。又未成年者が先代亡父の營業を繼續するに際し法定代理人たる母又は後見人が之を默認するが如きも亦許可たることを得るものとす。次に營業を許すには營業の種類を特定することを要す。如何なる營業を營むも妨げなしといふが如き許可は未成年者保護の趣旨に反し無効なり。又一箇の營業を更に制限し、例へば「學用品の小賣を許可するも、五十圓以上の取引は法定代理人の同意を要す」といふが如き許可の方法は取引の相手方に不測の災を及ぼす虞あるを以て無効なりとす。

然れども若し營業を許可せられたる未成年者が未だ其營業に堪へざる事跡あることを發見したる法定代理人は前に與へたる許可

を取消すことを得(六條二項)。即ち一種若は數種の營業を許可し居たる場合には其全部を取消すことを得べく甲乙二種の營業を許可し居たる場合に未成年者が甲の營業を爲すに堪へざる事情ありと認めたる時は甲の營業の許可のみを取消すことを得。此後の場合を法文に於ては「制限」といへり。取消ありたる時は其範圍に於て未成年者は其時より將來に互り單獨にて營業を爲すことを得ざるに至る。實父母以外の法定代理人が許可の取消又は制限を爲すには親族會の同意を要す(八八三條、九二二條、八七八條)。

### 第二 禁治産者

#### 一 禁治産者の意義

禁治産の宣告を受けたる者を謂ふ。禁治産の宣告を爲すには心神喪失の常況に在る者に付ては本人、親族其他の人が裁判所に對して其旨の請求を爲したることを要す。

(一) 心神喪失の常況に在る者とは原則として意思能力を缺く精神状態に在る者を指す。時々本心に復することあるも事物に對する正常なる認識判斷を爲すの能力を缺く普通の状態とする者なり。通常所謂精神病者と稱せらるるものは之に屬す。

(二) 禁治産の宣告 精神病者と雖も裁判所より禁治産の宣告を受けざる者は禁治産者に非ず。裁判所は本心に回復中の本人より又は其配偶者、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本人の精神状態を調査したる上禁治産宣告を爲すものとす(七條)。

#### 二 無能力者とする理由

心神喪失中の者の爲したる買賣貸借等の法律行為は當然無効なると同時に偶々本心回復中に爲したる行為は有效なり。然るに實際上精神病者の爲したる個々の行為が心神喪失中に爲されたり或は本心回復中に爲されたりやを證明することは必ずしも容易に非ざるべく之が爲め本人又は其取引の相手方に不利益を與ふることあるべし。故に斯る者は之を「禁治産者」とし裁判所に於て決定し且つ之を公告して一般世人に「此人は無能力者なり」といふことを知らしめ以て本人の利益と取引の安全とを保證することとせり。

#### 三 禁治産者の無能力の範圍

禁治産者の爲したる財産に關する法律行為例へば賣買、貸借、贈與、請負、委任等の行為は禁治産者たるの故のみを以て之を取消すことを得(八條)。禁治産者の爲めには其保護者として後見人を付し(八條)、後見人に於て禁治産者の財産に關する法律行為を爲すものとす。

(一) 後見人 何人が後見人と爲るやは親族編の定むる所に依る。一例を擧ぐれば夫が禁治産者と爲りたるときは其妻が後見人と爲り、未成年者が禁治産宣告を受けたるときは其親権者若は後見人が禁治産者の後見人と爲るが如し。

(二) 禁治産者が心神喪失中に爲したる行爲 此行爲は其心神喪失中に爲したることの證明あるときは當然無効と爲る。其證明立たざるときは單に上に述べたる如く後日之を取消し得るに止まるものとす。

四 禁治産宣告の取消

禁治産者の精神病が治癒したる場合には本人又は其四親等内の親族、戸主、後見人、保佐人又は檢事等の請求に依り裁判所は禁治産宣告を取消することを要す(一〇)。此取消ありたるときは禁治産者は將來に向ひ通常人と同一の能力を有するに至るものとす。

第三 準禁治産者

一 準禁治産者の意義

準禁治産の宣告を受けたる者を謂ふ。準禁治産の宣告を爲すには、本人が心神耗弱者、聾者、啞者、盲者及び浪費者の一に該當するとき本人又は親族等が裁判所に對して其旨の請求を爲すことを要す(三三)。精神病の程度が禁治産者と爲すに至らざるも精神上に一種の缺陷あるか又は不具等の爲め其行爲能力を制限し本人及取引の相手方を保護するものとす。

- (一) 心神耗弱者 精神障礙あるも其程度が心神喪失の程度に至らざるものないふ。之を禁治産者と比較すれば禁治産者は幼兒又は六、七歳程度の未成年者に類似し、準禁治産者は稍發達したる未成年者例へば十三、四歳の者と類似するが如し。
- (二) 聾者、啞者及盲者 知識を輸入する機關の不具者なり、其生來的なると後天的なるとを問はず。
- (三) 浪費者 前後の思慮なくして財産を蕩盡する性癖を有する者ないふ。其者の財産状態及社會上の地位等に比し無謀無算に財産を消費する癖のある者と認めらるる者なり。通俗に所謂放蕩息子は其適例なり。其他無暗矢鏢に書畫骨董を買込む者、競馬氣狂にて財産を減らす者の如きも之に該當することあり。又必ずしも不道徳なる目的に消費することを必要とせず、例へば慈善事業、宗教團體に寄附するが如きも場合によりては浪費となることあり。

(四) 準禁治産宣告の要件の備はれる以上裁判所は必ず其旨の宣告を爲すことを要す(大正十一年八月四日大審院判決)。

二 準禁治産者の無能力の範圍

準禁治産者が不動産の處分、借財、訴訟等財産に關する重要な法律行爲(二)を爲すには保護者たる保佐人(二)の同意を得ることを要す。此同意なくして爲したる行爲は後日取消すことを得るものとす。然れども其他の輕微なる行爲は單獨に之を爲すことを得。

- (一) 保佐人 何人が保佐人と爲るやは親族編の定むる所なり。一例を擧ぐれば成年の獨身者が準禁治産者と爲りたるときは其戸主が保佐人と爲り、妻が準禁治産者なるときは其夫が保佐人と爲るが如し。保佐人は後見人と異り本人に代りて本人の財産に關する法律行爲を爲すことを得ず。單に本人が之を爲すに付同意を與へ又は與へざることを得るに過ぎず。
- (二) 取消 準禁治産者が保佐人の同意を得ずして前記の行爲を爲したるときは準禁治産者自ら之を取消すことを得。保佐人は取消を爲すの權なし(二〇條一三條)。

三 準禁治産宣告の取消

準禁治産宣告の原因止みたる時、例へば心神耗弱者の精神状態が常人と異ならざるに至りたる時、浪費者が改心して眞面目に家業に精勵するに至りたる時は本人又は親族等より裁判所に準禁治産宣告の取消を求むることを得(三)。取消の裁判ありたる時は準禁治産者は一般人と同一の能力を有するに至るものとす。

第四 妻

一 妻の意義 妻とは有夫の女子を謂ふ。法律上の手續即ち婚姻の届出を爲したるもののみを指し、所謂内縁の妻は茲にいふ妻に非ず。

二 無能力者とする理由 女子は女子たるの故を以て無能力者とせらるるに非ず滿二十歳以上の者は男女を問はず總て能力者たるを本則とす。然れども妻が借財を爲し不動産若は重要なる動産を處分

し又は職業婦人として他に於て働くが如き重要な行為を爲すには、夫婦間の秩序を維持し家庭の圓滿を保護する爲めに一應夫に相談し其承諾を得るものと爲すを相當とすべく、此事は我國古來の淳風良俗として能く實行せられ居たるものなり。是れ妻が其行為能力を制限せらるる所以にして、從つて未成年者、禁治産者又は準禁治産者の如く精神的障礙の故を以て無能力者とせらるると大に其趣を異にするものとす。

三 妻の無能力の範圍 妻が夫の承諾(同意)を得るに非ざれば爲すことを得ざる法律行為は前に一言

したるが如き重要な行為にして法文に一定せらるる(一四)。此等の行為を妻が獨斷にて爲したるときは後日夫又は妻に於て其行為を取消することを得。然れども、

- (一) 夫より或營業の許可を得たるときは其營業に關して爲す貸借賣買等は何事も獨斷にて之を爲すことを得。例へば夫の許可を得て料理屋營業を營む妻は自ら材料の買入を爲し又は資金を他より借入ることを得るが如し(一五條)。
- (二) 夫が生死不明、禁治産者、準禁治産者、精神病院入院中若しは刑務所入所中等事實上夫の許可を得ること能はざるが如き特別の場合には妻は獨斷にて一切の法律行為を爲すことを得(一七條)。

四 夫の許可の取消 夫に於て妻が或行為を爲すことの許可を與へたるも妻がこれに基き第三者と其行為を爲さざるに先ち其許可を取消又は制限することを得るも、其取消又は制限を知らざる第三者が妻と其行為を爲したるときは、其第三者に關しては許可なき行為なりと主張して其行為を取消し得ざるものとす(一六)。

第三款 無能力者の相手方保護

一 概説 無能力者の單獨にて爲したる行為は上來述ぶる如く後日取消されることあり。然るに其行為の相手方と爲りたる者、例へ

ば準禁治産者に金錢を貸與したる者は其貸借といふ法律行為が何時取消されて無効と爲るや計り難く頗る不安の状態に置かるべきが故に法律は之に付相手方を保護する制度を認めたり。其制度には催告權と取消不能の主張の二あり。

- 二 催告權 相手方は未成年者若しは禁治産者又は妻と取引したる場合には、其法定代理人又は夫に對し一ヶ月以上の期間を定め無能力者の爲したる行為を認むるや否やを確答すべき旨を催告することを得べく、其期間内に確答無きときは原則として其行為を追認したるものと看做し最早や後に至り取消することなきに至るものとす。但單獨に追認し得ざる者即ち催告を受けた者が準禁治産者、妻、未成年の夫、親族會の同意を要する法定代理人等なるときは其行為を取消したるものと看做さるるものとす。又無能力者が能力者と爲りたる後、例へば未成年者が成年に達したる後に於ては本人に對し右の如き催告を爲すことを得るものとす(一九條)。
- 三 取消不能の主張 無能力者が相手方と賣買貸借等の法律行為を爲すに當り能力者たることを信ぜしむる爲め詐術を用ひたるときは其行為を取消することを得ざるものとす(二〇條)。例へば未成年者甲が乙より金を借入るるに當り戸籍謄本を偽造し自分は成年者なりと申欺き乙は之を本當と信じ金を貸與したる場合或は準禁治産者が保佐人の同意書を偽造し之を相手方に交付して取引したる場合の如し。

第四節 住所

- 一 住所の概念 人の住所なるものは法律上極めて重要な關係を有す。例へば債務者は原則として債權者の住所に於て債務の支拂を爲すべく、又裁判所に訴訟を起すには原則として被告の住所地の裁判所に訴ふべきものなるが如し。故に人の住所は何れに在りやの問題を決する必要あり。
- 二 住所は其人の生活の本據に在り 住所は其人が社會的活動を爲す中心點を爲す所とす(二一條)。別荘、事務所、妾宅、支店等多數居住の場所ありとするも所謂本宅なるものが住所たり。本籍又は寄留地は届出なる形式により定まるものにして、必ずしも住所と一致せず。
- 三 居所 人が多少の時間繼續して居住する場所にして所謂生活の本據に非ざる場所を居所といふ。例へば本宅を東京に置く者夏の二ヶ月間鎌倉の別荘に滞在するものとせば其滞在する間は鎌倉が居所なるが如し。住所無き人若しは住所の何れに在るや不明の人又は外國に住所を有する内地滞在者は居所を以て住所と看做す(二三條、二四條)。

四 假住所 或取引に付て特に一定の場所を住所と同一することを定めたる時は其取引に付ては其場所を住所と看做し、之を假住所といふ(二四條)。例へば大阪在住の甲が毎年二回材料仕入の爲新潟に赴き懇意の乙某宅にて取引を爲すに當り仕入先の丙と代金の支拂及物の受渡を其乙宅に於て爲すことの諒解を遂げたる時は乙宅は其取引に付ては甲の住所と看做さるるが如し。

第五節 不在者及失踪

一 不在者失踪者に關する制度 從來の住所を去りたる者にして將來歸來すべき見込ある時は其者の利益を保護し財産の朽廢を防ぎ又は之を取引を爲す事あるべき人の便益を計る爲不在者の財産を管理する人を置くが如き適宜の處置を爲し、又將來歸來すべき希望殆んど無き人は之を死亡者と看做し、或は相続人をして相続を爲さしめ生命保険金を受取る事を得せしめ或は配偶者をして再婚又は實家復籍等身分上の自由を回復せしむる等の便法を認むるを至當とす。民法は此要求を充す爲め種々の規定を設けたり(二五條乃至三三條)。

二 不在者の財産管理 從來の住所又は居所を去り相當の期間歸來する見込なき場合に於て其者の爲財産の管理を爲すべき法律上の権限を有する者、例へば法定代理人又は委任を受けたる代理人存せざるときは財産の朽廢を防ぎ且之を適當に利用する爲利害關係人、例へば本人の配偶者、相続人、戸主、債權者若し債務者等又は檢事の申立あるときは裁判所に於て適當の人を管理人に選任し、裁判所の監督の下に不在者の爲財産の管理、例へば銀行預金の利子を引出して債權者に支拂ひ或は田畑を他人をして小作せしめ或は破損したる家の修繕を爲すが如き適宜の處置を爲さしむ(二六條)。又法定代理人又は委任代理人あるときと雖も本人の生死分明ならざるときは裁判所は此等の代理人を監督し相當の處置を爲さしむることを得(二八條)。

三 失踪宣告 一定の期間生死不明なる不在者を失踪者とし、死亡に因りて生ずべき法律効果を生ぜしむる裁判を失踪宣告といふ。例へば一家の主人が海外旅行に出でたる儘十年近くも音信不通なる場合又は大震災に遭ひたる者三年以上も生死判明せず多分燒死したるものと認めらるべき場合に、家族の者より裁判所に失踪宣告の申立を爲し裁判所が官報新聞紙等に公告を爲す等相當の手續を経て失踪宣告をするときは相続人たるべき者は不在者が死亡したるものとして相続を爲し、生命保険金を受取り或は殘されたる妻は再婚を爲すことと得ることを得るが如し。

(一) 失踪宣告の要件 不在者の生死が法定期間内分明ならざること及前述の如き利害關係人より申立あることを要す。其法定期

間とは一般の場合(普通失踪)は家出又は最後の音信を知りたる時より七年なり。特別の場合(特別失踪)即ち戦争、船舶沈没、大震災等死亡の原因たるべき危難に遭遇してより行方不明と爲りたる者に付ては其危難の止みたるときより三年とす。而して失踪宣告ありたるときは右の期間の満了の日に死亡したるものと看做さるるものとす(三一條)。

(二) 失踪宣告の取消 失踪宣告あるも實際に其本人が生存するときは其本人は失踪宣告の取消を爲さざるも人格即ち在來の權利能力及行爲能力を失ふものに非ざるは勿論なり。然れども失踪宣告後(1)本人が生存すること(2)又は死亡したるものと看做されたる時期と異なる時期に實際死亡したること明となりたるときは、裁判所は本人又は其家族、債權者等利害關係人の申立に依り前に爲したる失踪宣告を取消す裁判を爲すものとす(三三條)。此取消の裁判ありたるときは、既往に溯り失踪宣告なかりしと同一の結果を生じ、

(1) 原則として相続は開始せられざりしことと爲り又殘存配偶者と本人との間に尙夫婦關係存続したることと爲る。然れども相続人又は配偶者に於て失踪者が生存し居る事を知らずして相続財産を處分し又は再婚を爲したる時は其處分又は再婚は有效とす。

(2) 失踪宣告に因りて財産を取得せる者、例へば生命保険金を受取りたる者は其金の全部を給付者に返還せざるべからず。但失踪者が生存し居ることを知らずして其金を消費したるときは返還の要なし。一部消費したるときは其殘部のみを返還すれば足る。

第六節 法人

一 法人の本質 法人とは自然人に非ずして權利義務の主體たることを認めらるる團體をいふ。會社、赤十字社、濟生會、私立大學等の如し。個人と相並んで社會の一構成分子として社會的作用を營む團體に人格を附與し、其社會的活動を規律する爲め法人の規定を設けたるなり。

(一) 團體 とは多數の個人又は多數の財産の集合より成る社會的組織體なり。社會的組織體とは團體が其構成分子の個々とは別に團體として社會的活動を爲し得るの組織即ち機關を有することを意味す。例へば法人たる株式會社は其構成分子たる各株主の個々とは別に會社として取締役、監



査役、株主總會といふ機關の活動に依り社會的に一個の取引の主體と認めらるるが如し。又財産の集合體たる恩賜財團濟生會の如きは理事以下の機關の活動に依り濟生會自身が醫療等に關する慈善事業を營むものなるが如し。

(二) 權利能力を認められたるもの 自然人も固より法律に依りて權利能力即ち人格を認められたるものなり。法人も之と同じく法に依りて權利能力即ち法人格を認めらるるものとす。唯自然人は何人も例外なく人格を認めらるるに對し團體は法に定めたる目的及組織體を具ふるものに限り人格を附與せらるるといふ差異あるに過ぎず。例へば今日の學士會は多數の學士の集合體なるも民法に定むる公益法人又は商法に定むる會社の組織を有せざるが故に法人に非ず。工場に於ける職工の相互救濟會の如きは各個財産の集合なるも民法に定めたる財團法人の組織を有せざるが故に法人に非ざる財團なり。然らば何が故に等しく團體にして人格を有するものと有せざるものとを區別するか、換言すれば團體に對し法人格を附與する根據如何といふに、此點は種々の學說あるも要するに「自然人と或程度迄社會的價値を等しくし自然人と同様社會組織の單位として之を遇するを其當時に於ける社會の需要に適應するものと認めらるるものに法人格を附與する」に在りといふ説を穩當とす。

### 二 法人の種別 法人は之を種々に分類することを得。

(一) 公法人と私法人 國家、府縣、市町村、公共組合といふが如き統治團體即ち統治權の作用を掌ることを目的とするものを公法人といひ、其他の法人を私法人とす。民法商法に於て論ぜらるるは此私法人に關す。本書に於て法人といふは總て私法人の説明

なりと知るべし。

(二) 公益法人と營利法人 法人の目的を標準とする區別なり。公益法人とは祭祀、宗教、慈善、學術、技藝其他公益に關する事項を目的とする法人をいふ。例へば社寺、赤十字社、濟生會、學校の如し。營利法人とは營利を目的とする法人をいふ。商事會社、農事會社、漁業會社は總て之に屬す。營利法人は商法の規定する所にして(三五條)本節の三以下は總て公益法人の説明なり。注意すべきは公益法人と雖も書籍又は藥品等の製造販賣を營むことを得ることと是れなり。營利を目的とすとは法人の事業に依りて得たる利益を結局に於て法人を組織する個人(社員又は株主)に歸屬せしむることといふものにして、公益法人が一面右の如き營利事業を營むも其得たる利益などこまても法人の財源と爲し法人の構成員に分與せざるに於ては尙公益法人たることを失はざるものとす。

(三) 社團法人と財團法人 構成員の區別に依る法人の種別なり。二人以上の個人を構成分子とする法人を社團法人といひ、一定の目的に供せられたる財産を中心としこれを運用する組織を有する法人を財團法人と稱す。營利法人は常に社團法人なり。公益法人には社團法人たるもの(例、赤十字社)と財團法人たるもの(例、濟生會)とあり。

三 法人の設立 法人の設立に付ては我國法は大體に於て許可主義と準則主義とを併用せり。前者は一定の組織ある團體にして行政官廳の許可に依り成立するものをいひ、後者は法に定めたる準則に従ひ組織を完了すれば直に成立する主義なり。民法上の法人即ち公益法人は前者に依り、營利法人たる會社は本則として後者に依る。今公益法人の設立を述べれば左の如し(三四條)。

(一) 社團法人の設立 團體の構成分子たるべき各個人が合同して書面に依り定款なるものを作り主務官廳の許可を受くるに因り成立す。

(2) 定款の作成 定款とは法人の基本規則をいふ。其定むべき事項は左の如し。

イ 目的 例へば「本會は國際聯盟の精神達成を目的とす」といふが如し。

ロ 名稱 例へば「本會は國際聯盟協會と稱す」の類。

ハ 事務所 例へば「本會は事務所は何市何番地に置く」の類。

ニ 資産に關する規定 例へば「本會の資産は會費及寄附金を以て之に充つ。會費は云々」と記載するが如し。

ホ 理事の任免に関する規定 例へば「本會に理事何名を置き理事中一名を會長他の二名を副會長とす。理事は社員總會に於て會員中より選任し云々」と記載するが如し。

ヘ 社員たる資格の得喪に関する規定 入社、退社及除名に関する事項なり。

以上は定款に必ず記載すべき事項にして其一を缺くときは定款は無効なり。然れども右以外の事項例へば理事會の組織、顧問、相談役、總會の招集若しは議事規則等を記載するを妨げず。

(2) 主務官廳の許可 法人格を附與する國家の行政行為なり。主務官廳とは當該法人の目的たる事業に付き監督權を有する行政官廳をいふ。例へば慈善病院の設立に付ては内務大臣、私立學校の設立に付ては文部大臣といふが如し。

(二) 財團法人の設立 財團法人は設立者の寄附行為と主務官廳の許可に因りて成立す。

(1) 寄附行為 法人の目的、名稱、事務所、資産に関する規定、理事の任免に関する規定等を書面を以て定め且つ一定の財産を提供し以て財團法人を設立することの意思表示をいふ。書面の作成と財産提供行為との併合したる行為なり。其提供すべき財産に付ては別段の制限なし。寄附行為は遺言を以ても爲すことを得(三九條以下)。

(2) 主務官廳の許可 財團法人の場合に同じ。此許可ありたるとき財團法人は成立し寄附せられたる財産は其時より法人の基本財産と爲るものとす。

四 法人の活動 法人は之を組成する個々の自然人と別個なる團體なり。然らば其團體は如何にして如何なることを活動し得るや、換言すれば法人の能力及機關に付き大要を左に略述すべし。

(一) 法人の能力 法人は法令の規定に従ひ定款又は寄附行為に依りて定まりたる目的の範圍内に於て權利を有し義務を負ふ(四三條)。是れ法人の權利能力なり。又法人は其權利能力を有する範圍内に於て機關に依りて權利を行使し義務を履行するの行為能力を有するものとす。

(1) 權利能力 法人は性質上自然人に限り享有することを得べき權利義務を有することなきは言

を俟たず。例へば生命權、身體權、戶主權、親族權の如し。又法人の目的の範圍外に於て權利義務を享有する資格なし。例へば公益法人は營利事業を專業として營むことを得ざるが如し。而して或事項が法人の目的の範圍内なるや否やは固より各場合に於て個別的に決すべき問題なるも抽象的に謂へば、法人の目的たる事業を遂行するに必要なる行為並に相當又は有益なる行為を含むものとす。例へば私立大學が其目的の遂行上校舍を建築し圖書什器の買入を爲すが如き行為は勿論他の學校と協同して野球リーグ戦を催すが如き或は社會構成の一員として出征兵士慰問の爲金品を贈與するが如き行為をも有效に爲し得るものとす。然れども全然法人の目的の範圍に屬せざる行為例へば公益に資せざる金融事業を營むが如きは之を爲すことを得ず。

(2) 行為能力 法人は理事其他の機關に依りて其權利能力を有する範圍に於ける法律行為を爲すことを得るは疑を容れず。問題となるは法人に不法行為能力ありや否や、換言すれば法人の理事其他の機關が法人の業務を執行するに當り他人の權利を侵害し之に損害を與へたる時は法人として之が賠償責任を負はざるべからざるや否やの問題なり。此點に付民法は法人に直接の責任あるものと規定す(四四條)。例へば法人たる學校の校舍を増築するに當り理事に於て設計監督及指揮を誤り學校敷地の隣地(他人所有)に侵入して建築したるときは隣地所有者に對し之が爲蒙りたる損害を賠償せざるべからざるが如し。

(二) 法人の機關 法人の構成分子にして法人の活動を擔任するものを法人の機關といふ。理事、監事及社員總會の三種あり。

- (1) 理事 法人一切の事務を執行し法人一切の事務に付法人を代表する機關なり。法人には必ず一人又は二人以上の理事無かるべからず。理事が其職務を行ふには法令の規定は勿論のこと定款若し寄附行為の規定に従ふべく、又社團法人に在りては社員總會の決議に従ふことを要す。理事は此制限内に於ては特定の行為を爲す爲め其裁量を以て代理人を依頼することを得、例へば特許商標事件の爲辨理士を依頼するが如し(五五條)。理事が死亡其他に因り一人も存せざるに至りたる場合に於て之が補缺を爲す迄猶豫すべからざる事情あるときは社員等より裁判所に申請して假理事を選任し賅ふことを得(五六條)。
- (2) 監事 法人の財産状況及理事の業務執行の状況を監査する機關なり(五九條)。監事を置くか否とは定款若し社員總會又は寄附行為を以て隨意に定むることを得る所なり(五八條)。
- (3) 社員總會 社團法人に特有なる機關にして財團法人には之れ無し。社團法人の社員全部を以て組織せらるる最高議決機關にして社團法人には必ず置かるるものなり。總會の権限は定款を以て理事其他の役員に委任したるものを除く外法人一切の事務を議決するものとす。殊に定款の變更及法人の解散は總會の決議に依るに非ざれば之を爲すことを得ず。理事は少くとも毎年一回通常總會を開くことを要し、臨時必要あるときは理事又は監事に於て臨時總會を招集することを得(六〇條、六一條、五九條)。總會の決議は理事其他の役員に於て之を執行す。

### 五 法人の解散 法人が其人格を失ふに至るべき原因を解散といふ。解散の事由發生するときは法人

- は從來の活動を停止し清算手續を爲すものとす。但清算の結了する迄は法人は其範圍内に於て尙存續するものと看做さる(七三條)。解散に因り權利能力を制限せられたる法人を清算法人と謂ふ。
- (一) 解散の事由 (1)定款又は寄附行為を以て定めたる事由の發生 例へば定められたる存立時期の満了の如し。(2)法人の目的たる事業が成功の終りを告げ又は社會通念上其成功が不能に終りたる時。(3)破産 法人の財産状態が債務超過なるときは裁判所は理事若し債權者の請求に依り又は職權を以て破産を宣告し其任命したる破産管財人に於て一切の清算を行ふものとす。(4)設立許可の取消 法人が其目的以外の事業を爲し又は設立許可の條件に違反し其他公益を害すべき行為を爲したるときは主務官廳は其設立の許可を取消すことを得(七二條)。以上の外社團法人に在りては社員總會に於て總社員四分の三以上の同意を以て解散を決議したると

- (二) 解散に依る清算 破産の場合を除く外法人の解散事由發生したるときは清算手段を行ふ。
- (1) 清算人 清算は清算人が法人の機關として之を遂行す。清算人は原則として解散前の理事之に任ぜらる(七四條)。
- (2) 清算事務 解散當時の現務を終了し、債權を取立て、債務を辨濟し殘餘財産を適當に處分するものとす(七二條)。

## 第三章 權利の客體

權利の客體とは權利の目的を構成するものをいふ。物權の客體は物なるも債權の客體は債務者の行為、親族權の客體は一定の親族關係に立つ人、人格權の客體は權利主體其人なりとす。唯人が權利の客體たる場合は其人の意思に關係なくこれを絶對的に支配する程の力を有し得ざるに反し、物に對する權利は其物を絶對的に支配し得る點に於て物は權利の客體として特殊の性質を有するものとす。民法總則は權利の客體中物に付てのみ特に規定を設けたり(八五條乃至八九條)。

### 第一節 物の意義

- 一 物の意義 民法に於て物とは人力を以て支配し得べき獨立の存在を有する有體物をいふ。
- (一) 有體物 とは元來人間以外に存し空間の一部を占むるものをいふ。其空間を占むる形状の如何は之を問はず。故に材木石衣服の如き固體、水石油酒の如き液體、瓦斯の如き氣體は何れも有體物なり。之に反し電氣、光、熱氣、冷氣、音響の如きは空間の一部を占むるものに非ざるが故に物に非ず(七四條)。又生活せる人間の身體は物には非ざるが故に之を賣買貸借等の取引の目的とすることを得ず。然れども身體より分離したる齒毛髮の如きは物なり。又屍體は物なるが故に相続人の

所有に歸するも單に埋葬等の爲め之を處分し得るに止まるものとす。

註 有體物といふことを物理學上の觀念に限らずして今日の經濟狀態より考へ社會的に「取引上排他的支配の可能性あるもの」を指稱するものなりとの學說あり。此說に依れば光熱、電氣、冷氣、音響等も有體物に數ふることを得べし。

(二) 人力を以て支配し得べきものなること 日月星大洋の如きは民法上物として取引の目的と爲すことを得ず。但海面の一定區域を行政行爲に依り區劃して漁業權等權利の目的とすることを妨げず。

(三) 獨立の存在を有すること 一物として取引せらるるには獨立の存在を有することを要す。故に物の一部又は物の集團は一物として取引することを得ざるを原則とす。例へば一着の外套の裏のみを賣買することは認められず、又圖書館に藏置せらるる各個の圖書の如きは其各個が獨立して所有權の目的と爲るものにして各圖書の集團を一物として一個の所有權成立することなきが如し。然れども此點に付ては左の例外あり。

(1) 例外の一 一物の一部が獨立して權利の客體と爲ることあり。例へば柿樹の柿の實は分離以前は柿樹の一部なるも成熟したる後は標識を立つる等の方法に依り之を獨立の物として賣買することを判例に於て認めらる(大正五年九月二十日、大正九年五月五日各  
大審院判決)。

(2) 例外の二 物の集團が一物として取扱はるることあり。例へば立木法に依る植林の一團が一物として取引せらるるは勿論自然林の立木の一團も一物として取引せらるることあり(大正五年二月二十二日、大正八年十月三日、大正十年二月十七日各  
大審院判決)。又米穀の如きは一粒一粒が獨立したる一物には非ずして一合又は一升の米が一物として取引せらる。

二 無記名債權 は之を動産と看做す(八六條)。例へば勸業債券に表彰せらるる權利は其證券と不可分の關係に在り其證券と引換にのみ所定の金額を勸業銀行より受取ることを得るものなるが故に其債權は其證券なりとの思想に基き之を動産と看做すものとす。無記

名公債、商品切手及乗車切符等は何れも無記名債權なりとす。

### 第二節 物の種類

一 融通物と不融通物 民法上の物の中隨意に取引を許さるる物を融通物といひ、取引を禁止又は制限せらるる物を不融通物といふ。不融通物に非ざる物は總て融通物なり。不融通物の一二の例を擧ぐれば左の如し。

(一) 公有物 公用物、軍艦、官廳舎の如き公務用の物(公有物)及公園、河川、港灣の如き公衆の用に供せらるる物(公用物)は其公用の廢止せらるる迄賣買、抵當等の取引の目的物と爲すことを得ず。

(二) 禁制品 阿片煙、偽造の貨幣、猥褻の文章圖書の如き法令の規定に依り取引を禁止したる物はこれに屬す。

二 代替物と不代替物 一般の取引上品質種類又は數量に着眼する物を代替物といひ、取引上個性に着眼する物を不代替物といふ。取引上同種同量の他の物を以て代へ得るや否やを標準とす。例へば酒、醬油、米穀、書籍の如きは代替物にして土地、家屋、時計、寶石の如きは不代替物なり。民法上消費貸借又は消費寄託は代替物に限る(五八七條、六六六條)。

三 特定物と不特定物 取引を爲す當事者の意思其他の事情に因り「此の物」「彼の物」と具體的に定まりたる物は代替物なると不代替物なるとを問はず之を特定物といふ。例へば甲が其所持する金時計又は書籍を乙に賣渡す契約を爲すときは特定物の賣買なり(四〇〇條)。之に對し當事者が取引に當り種類、品質、數量を定めたるに止まる物は代替物なると否とを問はず之を不特定物といふ。例へば一等米一斗又は一カラットのダイヤ十個の註文の如きは不特定物の賣買なり(四〇一條)。

四 動産と不動産 土地及其定著物を不動産といひ(八六)、其他の物を總て動産と謂ふ。

- (一) 土地 地表の限られたる部分のみを指すに非ずして正當の範圍に於て其上の空中と其下の地中とを含む(二〇七條參照)。
- (二) 土地の定著物 とは土地に固着し社會見解上繼續的に土地に附着して使用せらるるものと認めらるる獨立の物を謂ふ。建物及立木法に依る立木之に屬す。所謂立木法に依る立木とは、植栽に依り生立せしめたる樹木の集團にして立木法に依り所有權保存の登記を爲したるものを云ふ。

動産と不動産とは之に關する賣買、貸借其他の取引に關する規定を異にす。例へば所有權移轉を第三者に對抗するには不動産は登記、動産は引渡を爲すことを要し(二七七條)、又抵當權は不動産には設定することを得るも動産には設定するを得ずといふが如し。

五 主物と従物 或物(甲)の所有者が其物の常用に供する爲め之に附屬せしめたる自己所有の物(乙)を従物といひ、或物(甲)を主物と稱す。例へば或人が時計を買ひたる後兼ねて持合せたる鎖を之に附けたる場合は時計は主物にして鎖は従物なるが如し。

- (一) 主物と従物とは同一の所有者に屬することを要す。故に例へば建物の賃借人が其建物に疊、建具を備付くるも従物とはならず。
- (二) 従物は主物の處分に從ふを原則とす。例へば前例に於て時計の所有者甲が其時計を金三十圓にて乙に賣渡す契約を爲したりとせよ、甲乙が特に鎖は時計とは離し時計のみを讓渡し鎖は依然甲の手許に残し置く旨の特約を爲したる場合の外乙は當然時計と共に鎖をも取得するものとす(八七條)。

六 元物と果實 物より生ずる收益物を果實といひ、其收益を生ずる物を元物といふ。果實を別ちて天然果實と法定果實の二とす。

- (一) 天然果實 物の用法に從ひ收取する產出物をいふ(八八)。例へば果樹の實、牛の仔又は乳、山の石材鑛物の如し。

(1) 產出物とは自然に因ると人工に因るとを問はず或物より分出する物をいふ。單に物が其形態を變更するは產出に非ざるを以て例へば鶏卵より生じたる雛の如きは果實に非ず。

(2) 物の用法に從ひ產出したるものなることを要するが故に、果實を生ずべき經濟上の目的を有せざる物より產出したる物は果實に非ず。例へば乳牛の乳は果實なるも荷牛の乳は果實に非ず。

天然果實は其元物より分離する時に之を收取する權利を有する者に歸屬す(八九條一項)。例へば田畑の穀物は其收穫時期に於て其收穫を爲す權利を有する地主又は小作人の所得に歸するものなれば、收穫時期前に田畑を賣りたる者は自己が種苗を植ゑ育て上げたるの故を以て賣渡後も其實りたる穀物は「自己の物又は新所有者と共有なり」と主張するを得ざるものとす。

- (二) 法定果實 物の使用の對價として受くべき金錢其他の物をいふ(八八條)。例へば土地の地代若は小作料、貸家の家賃、貸金の利子の如し。

法定果實は之を收取する權利の存續期間日割を以て之を取得す(八九條三項)。例へば貸家の所有者甲が其家を四月二十日に乙に讓渡したる場合に於て借家人丙の支拂ふべき家賃一ヶ月金三十圓なるときは四月分の家賃三十圓中二十圓は舊所有者甲が受取る權利を有し乙は十圓のみ受取ることを得るに過ぎず。故に丙が甲又は乙に三十圓全部を持參支拂ひ居るときは甲乙間に於て右の如く計算すべきものとす。尤も甲乙間に特約ありたるときはそれに從ふべきは勿論なり。

第四章 法律行爲

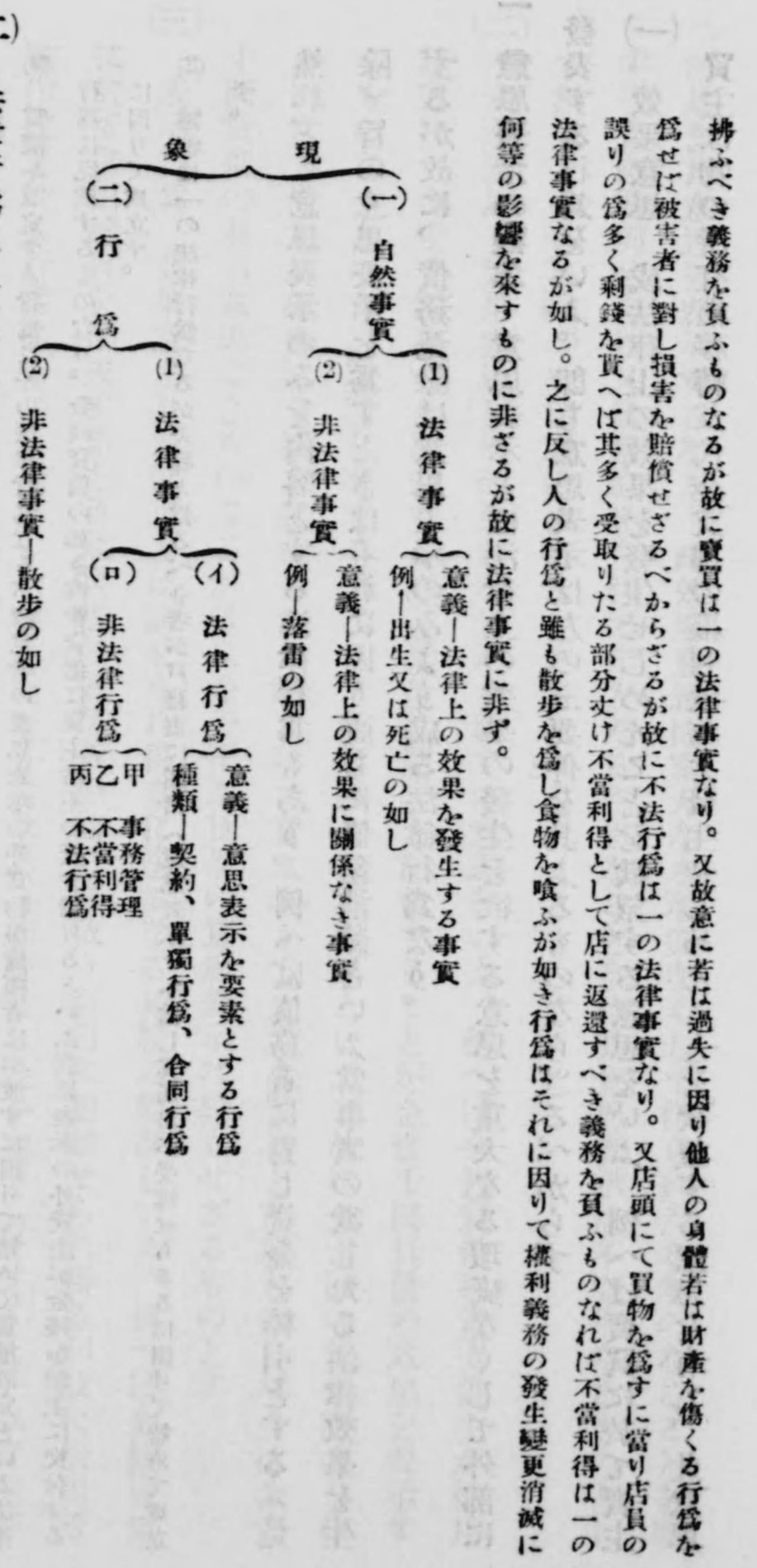
法律行爲は私法上の權利の發生、消滅、變更を生ずる合法的なる行爲にして、權利の得喪(發生、消滅)變更を生ずる事由の中に最も重要なものなればこれを總則編に規定したり。法律行爲の何たるかは第一節に於て詳説す

る所なるも平易なる言葉にて一言すれば「我々が取引上一定の効果を企圖して爲す行爲にして法律がこれに基きて其効果の實現に助力し呉れるもの」なり。一例として法律行爲の最も普通なる賣買に付て言へば、賣買を爲す者は物の所有權を移轉してこれが代金を受取るといふ効果の發生を企圖す。此企圖は或程度まで慣習、道德等の如き法律以外の力に依りて實現せらるるも、これにて實現せられざる場合は法律は完全に實現せらるること助力し所謂法律が其實現を保障するものなり。例へば買主が代金を支拂はざるときは賣主は裁判所に訴へて代金支拂を命ずる判決を爲し貰ひ此判決に基き買主の財産差押を爲すことを得べく、又は賣買を解除して賣買の目的たる物を取戻すことを得るが如し。

第一節 總説

一 法律行爲の意義 民法上法律行爲とは人の意思表示を要素とする法律事實なり。例へば賣買又は貸借の如き契約、取消又は同意の如き一方的行爲、法人の定款作成の如き合同行爲はこれに屬す。  
 (一) 法律行爲は法律事實の一なり 法律事實とは自然の事實(註1)又は人の行爲(註2)にして法律上の効果を生ずるものをいひ、法律上の効果とは權利義務を發生せしめ若は之を消滅せしめ又は權利義務の主體内容等を變更せしむるをいふ。

註1 自然の事實には法律事實たるものと然らざるものとあり。例へば人の死亡に因りて相続が開始せられ一定の時の經過に因りて權利が消滅し又は發生するが故に人の死亡又は時の經過の如き自然の事實は法律事實なるが如し。之に反し落雷降雲の如き自然の事實は之に因りて私法上の權利義務に法律上何等の影響なきが故に法律事實に非ず。  
 註2 人の行爲にも法律事實と然らざるものとあり。法律行爲、不當利得、不法行爲は法律事實なるも、散步食事の如き行爲は法律事實に非ず。例へば賣買に因りて賣主は其目的物を買主に引渡すべき義務を負ふと同時に買主は賣主に之が代金を支払ふべき義務を負ふものなるが故に賣買は一の法律事實なり。又故意に若は過失に因り他人の身體若は財産を傷くる行爲を爲せば被害者に對し損害を賠償せざるべからざるが故に不法行爲は一の法律事實なり。又店頭にて買物を爲すに當り店員の誤りの爲多く剩錢を貰へば其多く受取りたる部分だけ不當利得として店に返還すべき義務を負ふものなれば不當利得は一の法律事實なるが如し。之に反し人の行爲と雖も散步を爲し食物を喰ふが如き行爲はこれに因りて權利義務の發生變更消滅に何等の影響を來すものに非ざるが故に法律事實に非ず。



(二) 法律行爲は人の行爲たる意思表示を要素とす 意思表示とは人が或法律上の効果を生ぜしめんと欲する意思を外部に表示したるに對し法律が其欲する所に從ひ法律上の効果を生ぜしむるものをいふ。前例に示したる賣買主の權利義務は當事者たる賣主及買主が其發生を欲するが故に法律が斯る法律上の効果を附與するものにして從て賣買は法律行爲なり。然るに不法行爲の法律上の効果たる損害賠償の權利義務又は不當利得の法律上の効果たる利得返還の權利義務の如きは加害者及被害者又は利得者若は損失者が斯る權利義務の發生を欲すると否とに拘らず法律上當然に

發生するものなり。故に此等は法律行為に非ざるなり。

(三) 法律行為と意思表示とは同意義には非ず。法律行為は意思表示を以て缺くべからざる要件、即ち主要なる内容とするも意思表示即ち法律行為には非ず。其理由は次の例に依り之を知ることが得べし。

(1) 契約は法律行為の代表的のものなるも契約は申込といふ意思表示と相手方の承諾といふ意思表示の外に兩者の合致といふ事實ありて始めて法律行為と爲る。

(2) 質權を設定する行為は一の法律行為なるが設定者の意思表示の外質物を債權者に引渡すに因りて始めて質權設定といふ法律行為は完成するものなり。金銭貸借の如き消費貸借は貸主借主の貸す借りるといふ意思表示の外貸主が金銭を借主に交付するに因りて成立す。

(3) 婚姻は一の法律行為なるが夫婦と爲るべき者が戸籍吏に届出(意思表示)を爲し其届出が受理せらるるに因りて始めて成立す。

然れども意思表示のみを内容とする法律行為もあり。例へば債務者に對し貸金を棒引とする(免除)旨の意思表示を爲すときはそれに因り直ちに債務消滅といふ當事者の欲したる法律効果を生ずるが故に、債務免除は意思表示のみより成る法律行為なり。

二 意思表示の觀念 意思表示とは法律上の効果を發生を欲する意思を重大なる瑕疵なくして外部に發表する行為をいふ。即ち意思表示は左の三要件を具ふるものならざるべからず。

(一) 效果意思 或法律上の効果を發生せしめんことを欲望する意思をいふ。例へば賣買に於て賣主買主は物の所有權移轉及代金支拂の權利義務を發生せしめんことを欲望する意思を有し、此意思

に基き其意思を表示するなり。此效果意思は重大なる瑕疵なくして作られたるものなることを要す。人に欺罔せられ又は強迫せられて作りたる意思なるときは其意思表示は不完全なるものとして無効とせられ(九五)又は取消されることあり(九六)。

(二) 表示意思 效果意思を外部を表示せんと欲する意思をいふ。例へば金銭貸借に當り借主が借用證書に「金壹千圓也」と記載する際「金壹千圓也」と記載することが金壹千圓貸借の意思を表示するものなりとの考(認識)を有する等なり。此認識を表示意思といふ。故に金十圓の貸借證書を作るに當り借主が證書に十圓と記載したる積りにて實は誤りて「金千圓也」と記載したる場合は金壹千圓貸借の表示意思なきものなるが故に金壹千圓貸借の意思表示は成立せざるものとす。

(三) 表示行為 效果意思を外部より認識せられ得るに適當なる身體の動靜をいふ。例へば金銭貸借に於て借用證書を作成するときは貸借の效果意思は之に依り明白に認識せられ得るが故に借用證書作成といふ行為は表示行為なり。賣買に當り賣主が「此時計を二十圓で賣らう」といひ買主が「それで買はふ」といひたるときは、其「賣らう」「買はふ」の言葉が表示行為なり。又沈黙其他靜止の状態即ち不作爲の表示行為もあり。例へば妻が隣人より金を借りるに當り現場に居る夫が之に對し何等の制止を爲さず之を黙過したるときは妻が金銭貸借を爲すことに同意といふ表示行為を爲したるものと認めらるるが如し。

三 法律行為の種類 法律行為には種々の區別あるも重要な種別の二三を擧ぐれば左の如し。

(一) 單獨行為、契約及合同行為 一個の意思表示より成る法律行為を單獨行為といふ。例へば寄附

一行爲、債務の免除、法定代理人の同意、夫の許可、取消、遺言の如し。交換的に爲されたる二個以上の意思表示の合致に依りて成立する法律行爲を契約といふ。賣買、贈與、貸借、雇傭、請負等多數あり。方向を同ふする二個以上の意思表示の結合に依りて成立する法律行爲を合同行爲といふ。法人の設立を目的とする定款の作成、親族會の決議の如し。

(二) 生前行爲と死後行爲 死後行爲とは生前に爲されたる意思表示が其人の死亡に因りて始めて目的とする法律効果を生ずるものなり。遺言は其代表的のものなり。死因贈與も亦然り(五五四條)。死後行爲に非ざる一般の法律行爲は皆生前行爲なり。

(三) 要式行爲と不要式行爲 意思表示が法定の方式に従ひて爲されたる場合に始めて有效なるものを要式行爲といひ、方式を限定せられざるものを不要式行爲と稱す。遺言、婚姻、養子縁組、隠居、手形行爲等は要式行爲なり。賣買、貸借等一般の法律行爲は書面又は口頭其他如何なる方式を以て爲されるも可なるが故に不要式行爲なり。

(四) 債權行爲と物權行爲 債權債務を發生せしむる法律行爲を債權行爲といひ、直接に物權の設定、移轉、消滅等の効果を生ぜしむる法律行爲を物權行爲といふ。例へば先物取引の賣買、貸借、雇傭、請負、委任等は債權契約といふ債權行爲なり。質權又は抵當權の設定契約の如きは物權行爲なるが如し。尙物權行爲と同じく當事者の欲する終局の權利義務の關係を生ぜしむる行爲にして其權利義務が物權に非ざるものを準物權行爲といふ。債權讓渡、債務免除、婚姻、養子縁組の如し。

(五) 有償行爲と無償行爲 財産上の給付を内容とする法律行爲にして對價代價のあるものを有償行爲といひ、對價代價なきものを無償行爲といふ。贈與は贈與者のみ財産を相手方に與へ相手方より對價を得るものに非ざるが故に無償行爲なり。之に反し賣買は賣主は物を買主は代金を互に對價として給付するものなれば有償行爲なり。

第二節 法律行爲の目的

一 法律行爲自由の原則 我々の生活關係の大部分は契約其他の法律行爲に依りて處理せらる。日用品其他の賣買、銀行取引、土地家屋金錢等の貸借、事業經營及家事上における人の雇傭、土木建築

の請負、財産整理、婚姻、養子縁組、隠居、分家等一々枚舉に遑あらず。特種階級のみを保護する封建制度の崩壊したる近世に於ては、總ての個人に對して法律上平等の地位を與へ其意思活動の自由を認め、前記の如き個人相互の間の日常生活關係は公益に支障なき限り原則として各人の自治に委ね、所謂如何なる内容の法律行爲も原則として當事者の隨意に定め得るものなりとせり。これを法律行爲(契約)自由の原則又は私法的自治の原則といふ。然れども此原則に對しては固より例外あり。即ち、

(一) 社會的正義維持の貫徹 前述の如く吾人の日常生活關係は相互の間の自由意思に依りて處理するを原則とするも、現在の社會組織、經濟組織の下に於ては各人の社會上の地位、境遇、貧富の懸隔等の差異あるに依り必ずしも眞の自由意思を以て契約が締結せらるるものに非ざる場合多きが故に、社會正義の維持又は社會政策的見地等より法律は例外として契約の内容等に付て各種の統制的制限を附すること尠からず。例へば借家借地の契約に付弱者の地位に在る借家人借地人を保護する爲め一定の事項に付ては借家人借地人の不利益なる條件を當事者が約定するも其約定を無効とするが如き(借家法六條、借地法二條)は其一例なりとす。小作法、労働組合法、暴利取締令等の立法は何れも此趣旨に出づるものなり。

(二) 法律行爲の性質上よりする制限 法律行爲は法律の保護を受くるものなれば法の一般制限にも服せざるべからず。故に總て法律行爲は其目的に關する要件を具ふることを要す(次の二の說明參照)。

二 法律行爲の目的(内容)に關する要件 總て法律行爲は其内容が適法且可能にして又確定し若は確定し得べきものなることを要す。

(一) 適法なること 法の強行規定又は公の秩序善良の風俗に反する事項を内容とする法律行爲は無効とす(九〇條)。例へば末子を家督相續人とする契約、利息制限法を免るる目的を以て爲されたる天



引契約(賭博)、賣淫の契約、或人を暗殺する契約、賭博を爲す契約、人身賣買の契約の如きは無効なるが如し。

(1) 法の強行規定 民法第九十一條に所謂「法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定」に非ざる規定即ち公の秩序に關する規定をいふ。換言すれば當事者の特約の效力を認めず必ず規定したる所の如く實行せらるべき規定をいふ。例へば前例の家督相続人の順位に關する規定(九七〇條)利息制限法の規定の如し。其他權利能力、行爲能力に關する規定、物權の種類及效力に關する規定の如きは勿論、親族相續に關する規定は概れ強行規定なり。之に對し債權に關する規定、殊に契約に關する規定の大部分は任意法規にして當事者が特約を以て別段の定めを爲すことを得るものなり。

【判例】 恩給證書ヲ擔保トシテ金ヲ貸與シ債務者ヨリ恩給金受領方ノ委任狀ヲ預リ置クモ債務者ハ何時ニテモ委任ヲ解除シ恩給證書ノ返還ヲ求メ得ルモノトス何トナレハ恩給證書ノ擔保差入ハ恩給法ノ禁スル所ニシテ斯ル擔保差入ノ契約ハ脱法行爲トシテ無効ナレハナリ(昭和五年大審院判決)。

(2) 公の秩序に反する事項 國家的社會的生活の健全なる維持及發達に必要なりと一般的に要求せらるるところに反する事項をいふ。暗殺の契約、人身賣買の契約の如きは斯る事項を目的とするものなり。

【判例】 抱主カ藝妓ヲシテ一定ノ期間藝妓稼業ニ服セシメ其收入ヲ以テ債務ノ辨濟ニ充ツルコトヲ條件トシテ金錢ヲ貸付クル契約ハ債務ノ履行ヲ強制スルコトニ依リ間接ニ個人ノ自由ヲ著シク束縛スルコトヲ目的トスルモノナレハ民法第九十條ニ依リ無効ナリ但藝妓稼業ニ服スルコトヲ貸借上ノ債務ヲ負擔シ履行ノ責ニ任スルコトカ相互ニ條件ヲ爲ササルモノ即チ全然別個ノ契約ナルニ於テハ藝妓契約モ有效トス(昭和六年大審院判決)。

(3) 善良の風俗に反する事項 國民の一般道徳觀に反する事項をいふ。賣淫の契約、賭博を爲す契約の如きは斯る事項を目的とするものなるが故に無効なり。

(二) 可能なること 一般常識上實現不能のことを内容とする契約は無効なり。例へば夜間太平洋洋航行中船上より海中に落したるネクタイピン一本を金一圓にて賣渡す旨の契約、既に燒失したる家

屋を賃貸する旨の契約の如きは不能の事項を目的とする法律行爲にして無効なり。

(三) 確定し又は尠くとも確定し得べきこと 例へば漠然と「何かを汝に贈與しやう」、「何かを君より買はう」といふが如き、何を贈與又は賣買するや全然捕捉するに由なき法律行爲は無効なり。

三 法律行爲の内容の種別 法律行爲の内容も各種々に分類することを得るも左には要素、常素、偶素と稱せらるるものに附略述べし。

(一) 要素 法律行爲の内容中要素と稱せらるるものあり。要素とは當事者の意思を基本とし之に當時の事情其他一般常識等を參酌して其法律行爲の内容の要部、即ち重きをなすものと認めらるる部分をいふ。例へばブラチナの時計なりとして賣買する場合は、其賣買の目的物がブラチナの時計なることを以て要素とするが如し。要素に錯誤ある法律行爲は無効とす(九五)。

(二) 常素 特約なければ法律行爲の效力として認めらるるもの、換言すれば特約を以て除去し得るものをいふ。例へば賣買の契約を爲せば其效力として賣主は當然買主に對し目的物の不足其他に付擔保責任を有するものなるも特約を以て此責任なきものと定むることを得るもの如し。

(三) 偶素 通常法律行爲の内容とせらるることなきも特約に依り附加することを得るものをいふ。例へば「我汝より先に死せば此物を呉れてやる」といふ條件附法律行爲に於ける條件は之に當る。

第三節 意思と表示の不一致

第一款 概説

一 表示行為と效果意思との一致 前述したる意思表示は其要件たる表示行為が效果意思の表示として完全に一致することを要す。效果意思と表示行為と一致せざるものは意思表示として無効なり。例へば酒席に於て客が藝妓に對し眞に與ふるの意思なく「汝に金壹萬圓をやらう」と大言壯語するは意思表示として無効なり(九三條)。又甲が財産差押を免れん爲め妻乙と通謀し家屋の名義を乙の名義と爲すは、眞に所有權移轉の意思なくして其移轉したる旨の登記(表示行為)を爲したるに過ぎざるが故に所有權移轉の意思表示として無効なり(九四條)。

二 特例 然れども右は一般の原則にして右の理論を一貫するときは、取引の相手方に對し其意思表示を有効なるものと誤信したる爲め種々不測の損害を蒙らしむることあるべきが故に、法律は取引の安全を保護する爲め之に付例外あることを認めたり(九三條本文、九四條)。詳細は第二款に於て説明す。

第二款 非真意思表示

一 概説 外形上意思表示なるもの存するもそれが意思即ち眞意と表示とが一致せざる場合あり。之を學說上非真意思表示と稱す。心裡留保(九三條)、通謀虚偽表示(九四條)及錯誤(九五條)是れなり。意思と表示と一致せざるときは理論上總て意思表示としては無効なるべきものなるも、此理論を一貫するときには相手方其他に不測の損害を蒙らしめ取引の安全を妨ぐる結果を生ずることあるが故に、法律は理論通り無効とする場合と便宜上之を無効とせざる場合との區別を設けたり。

二 心裡留保 表意者が故意に眞意に非ざる意思表示を爲したるをいふ。例へば甲が眞に贈與の意思なきに拘らず、乙に對し「君に此のダイヤを呉れやう」と言ひたる場合の如し。斯る意思表示の效力は

左の如し。

(一) 相手方が表意者の眞意に非ざる意思表示なることを知りたるとき又は相當の注意を爲せば斯ることを知り得たりしときは其意思表示は無効とす。例へば前例に於て「ダイヤをやらう」といふ甲の言葉が甲乙兩者の關係及當時の状況等より見て冗談なること明白なるときの如し。蓋し斯る場合は理論通り法律行為を無効とするも別に相手方に不測の損害を蒙らしむることなきものと謂はざるを得ざればなり。

(二) 表意者が眞意に非ざる意思を表示したるに過ぎずとのことを相手方に於て知らざるとき又は相當の注意を爲すも之を知り得ざりしときは相手方保護の爲め其法律行為を有効とす。嘘と思へざる冗談を言ひたる人よりも之を眞實と誤信したる人を保護するを相當とすればなり。例へば虚榮心高き甲女友達の乙女と共に盛裝してデパートに赴き代價金貳千圓のダイヤ入プラチナ指輪を見て店員に「これを買ひ度いから自宅に届けて呉れ代金は其際支拂ふ」と言ひ去りたり、店にては間もなく之を持參し甲宅に届け代金と引換に引渡さむとしたるに甲は「友達が居たから見榮の爲めあの様に言ひたるに過ぎないから持ち歸り呉れ」とて代金支拂を拒みたりとせよ、斯る場合はデパートを保護する爲め其買契約を有効とするものとす。

三 通謀虚偽表示 相手方と通謀(合意)して眞意に非ざる意思表示を爲したるをいふ。例へば債權者

よりの差押を免れん爲め財産の名義を家族又は親族等の名義に書替ふるが如し。其效力左の如し。

(一) 原則 當事者間に於て眞實所有權移轉等の意思なく單に移轉等ありたるが如く裝ふに過ぎざるが故に理論上當然其意思表示は無効たるべきものとす。

(二) 例外 然れども取引の安全を保護する爲め其意思表示が虚偽表示なることを知らずして其假裝の法律關係に付利害の關係を結びたる第三者に對しては何人も其虚偽表示の無効を主張するを得ざるものとす。例へば甲乙が通謀して甲所有の不動産を乙名義と爲したる處乙の債權者丙が之を乙の所有物として差押へたる場合には乙は勿論甲も亦丙に對し其不動産は甲の所有にして乙の所有に非ずとの理由を以て差押の異議を主張するを得ざるものとす。又乙が甲を裏切り其不動産を第三者たる丁に賣渡し又は第三者戊に抵當に入れたる場合も亦丁戊は其實買又は抵當權設定は乙所有の財産に付爲したるものと主張することを得るものとす。

四 錯誤に因る意思表示 法律行為の要素に錯誤ありたる意思表示をいふ。例へば和英辭書なりと誤信して英和辭書を買ひ取りたる場合、甲女なりと信じて婚姻届を爲したるに誤りて乙女なりし場合の如し。

(一) 錯誤 とは表意者の觀念し居たる所と實際とが一致せざるをいふ。表意者の誤りにて爲されたる意思表示なり。表意者に於て意思と表示との不一致を知らざりし點に於て上に述べたる心裡留保及通謀虛偽表示と異なる。

(二) 要素の錯誤 法律行為の要素とは法律行為の内容中の要部を成すものをいふ。或法律行為に付て何が内容の要素なりやは主として當事者が法律行為の要點と考へ、且一般の取引觀念より見るも其場合に其點に重きを置くものと認めらるる部分をいふ。換言すれば「其點に付て認識したる所と實際の事實との一致なかりしとせば其人は其意思表示を爲さざりしなるべし且普通人を其人の地位に置くも亦同様なりしなるべし」と認めらるるときは要素の錯誤ありたるものとす。

(三) 錯誤の効果 法律行為の要素に非ざる部分に錯誤あるも別に意思表示の效力に影響なし。例へば金銭貸借に當り債務者は辨濟期が向ふ八ヶ月後と信じ居たるに實際契約したる所に從ひ計算したるに七ヶ月後なりし場合の如し。然れども前述の要素の錯誤の場合には原則として其意思表示を無効とす。但表意者が斯る誤りたる意思表示を爲すに付て重大なる過失ありたる場合に於て他人が其意思表示を有効なりと主張するときは表意者の側よりは無効の主張を爲すことを得ざるものとす。是れ表意者が錯誤を口實にして其法律行為を破壊せんと企つる弊を生ずることを防がんが爲めなり。例へば前例に於て甲が和英辭書を購入せんとし書店に到り誤りて英和辭書を手にし店員に「之を呉れ」といひたる際店員が特に「英和ですれ」と念を押したるに甲は「さうだ」と答へ、之を買取り歸りし場合に於て書店に間違だとして取替に行けば取替へ呉れるを實際とするも、法律的にいへば書店の方にては

其取替を拒絶することを妨げざるものとす。

【判例】 賣買ノ目的タル山林ノ地域中約五分一餘カ第三者ノ所有ニ屬スル場合ニ於テ目的タル地域全部カ賣主所有ニ屬スルモノト誤信セル買主カ賣買契約ノ際若シ右ノ如ク其内ニ第三者ノ所有地ヲ包含セハ賣買ヲ爲ササル旨ノ意思表示ヲ併セテ爲シタルモノナルトキハ其賣買ハ民法第九十五條ニ依リ無効ナリ(昭和五年大審院判決)。

#### 第四節 瑕疵ある意思表示

一 意思表示に瑕疵ある場合 表意者が意思表示を爲すの動機に於て他人の干渉が有力なりし場合、換言すれば詐欺又は強迫に因りて爲されたる意思表示は或は意思と表示との不一致を來すことあり或は然らざることあり。後の場合は其意思表示を當然無効とするを得ざるも之を絶對有效と爲すは表意者に酷なるのみならず、公序良俗を保持する所以に非ざるが故に之を取消し得るものとす。

二 詐欺に因る意思表示(九六條一項) 表意者が相手方若は第三者の詐欺に罹り錯誤に陥りたる結果として爲したる意思表示をいふ。詐欺と錯誤、錯誤と意思表示との間に順次因果關係を存することを要す。例へば甲が乙より此反物は本絹の上等の品なりと言はれそれを信じて本絹相當の値段にて買取りたる後、よく調べ見たるに人絹の安物なりし場合の如し。

(一) 詐欺 とは他人を錯誤に陥らしむることを目的とする故意の行為をいふ。(1)實際と相違することを告げ(2)實際の事實を隠蔽せることを云ひ(3)又は契約上若は取引の慣習上事實を告知して其錯誤に陥れることを知らしむべき義務あるとき相手方が既に錯誤に陥り居るを奇貨とし沈黙し居ることも亦詐欺となる。例へばデパートに於て顧客が人絹を本絹と信じて購入せんとする場合に於

ける店員の沈黙も詐欺となるが如し。苟くも右の意味に於て詐欺なる以上は必ずしも他人を害するの意思あるを要せず又必ずしも財産上の利得を爲すの意思あるを要せざるものとす。

(二) 錯誤 詐欺ありたる爲之を信じたることを謂ふ。

(三) 意思表示 右の如くにして誤りたる認識が意思表示の直接の動機と爲りたることを要す。詐欺に因る意思表示は其錯誤が法律行為の要素に關するときは、例へば前例の人絹買の如きは無効とし唯表意者に重大なる過失ありたる時に限り表意者自ら無効を主張し得ざるのみ(九五)。之に反し錯誤が法律行為の要素に關せざるとき即ち單に意思表示を爲す動機に錯誤存したるとき、例へば近き將來地價暴騰するものと欺かれて土地を買収したる場合には表意者に於て取消し得るものとす。但取消の結果其意思表示の無効なることを善意の第三者、即ち表意者が詐欺に罹りたるものとの事情を知らざる第三者に對して主張することを得ざるものとす(九六條)。是れ善意の第三者を保護し取引の安全を期せんが爲めなり。例へば甲が乙より欺かれて其所有家屋を甚だ安く乙に賣渡したるに乙は其家屋を詐欺の事實を知らざる丙に抵當に入れたり。然るに甲は其後詐欺を理由として其賣買を取消したる場合に於ては其家屋は甲の名義に歸るべきも丙の抵當權は其儘其家屋の上存することと爲るが如し。

(四) 或人に對する意思表示が第三者の詐欺に基くことあり。此の場合には相手方が其の事情を知りたる場合に限り其の意思表示を取消すことを得るものとす(九六條)。

三 強迫に因る意思表示(九六條) 表意者が相手方又は第三者より不當に害惡を加ふべしと威嚇せられて

恐怖の餘りに爲したる意思表示をいふ。例へば「この契約をせねば殺すぞ」と脅かされて契約書に調印したるが如し。強迫行為の態様は之を問はず。言語、容態、文書何れに依るも可なり。唯強迫と畏怖と意思表示との間に因果關係存することを要す。

【判例】 契約ヲ締結セサレハ告訴ヲ爲スヘシト言ヒ契約ヲ締結シタル場合ハ之ヲ以テ直ニ強迫ニ因ルモノト爲スヲ得サルト同時ニ又必スシモ強迫ニ因ルモノト爲スヲ得サルニ非ス要スルニ其前後ノ事情ヲ斟酌シテ始メテ判定スルヲ得ヘキ微妙ナル問題ナリトス(昭和三年大審院判決)。

強迫に因る意思表示の効力は左の如し。

- (一) 當然無効なる場合 強迫の程度頗る強烈急迫にして全く意思の自由を奪はれたる場合、例へばヒストルを突付けられ又は腕力を以て契約書に署名せしめられたるが如き場合は外形上意思表示存するに止まり實質上は意思表示の成立なきものなれば無効なり。
- (二) 取消し得る場合 右以外の場合には常に表意者に於て其意思表示を取消すことを得るものとす。例へば「金百圓を寄附せよ、應ぜざれば汝の蓄妾の事實を新聞に公表すべし」と脅かし贈與の意思表示を爲さしめたる場合の如し。

### 第五節 意思表示の到達

#### 第一 到達主義の原則

一 隔地者に對する意思表示 其通告が相手方に到達したるときより其效力を生ずるを原則とす

(九七條)。

(一) 隔地者 とは對話者に對する語にして(商法二六九條参照)直に應答を爲し得ざる地位に在る人をいふ。即ち意思表示が相手方に受理せらる迄取引上相當永き時間の経過を要するものをいふ。例へば東京の商人が大阪の商人に對し証文書を發するが如し。

(二) 到達 とは意思表示が相手方の了知し得べき状態に置かることをいふ。例へば書面が相手方の店に配達せられたる場合の如

し。配達せられたる書面を相手方が讀み現實に之を了知したりや否やは之を問はず。

到達主義の原則に對しては例外あり。例へば意思表示中契約の成立要件たる承諾の如きは發信のとき承諾の效力を生ずといふが如し(五二六條、無能力者の行爲の追認亦然り(一九條))。

二 對話者に對する意思表示 意思表示が相手方に受理せらるる迄取引上重要な時間のかからざる場合に付ては明文なきも到達主義を原則とす。例へば面會の上意思表示を爲したるとき又は遠方の人なるも電話にて註文を爲したる場合の如し。尙信號による意思表示、使者をして口頭を以て直接に相手方に表示を爲さしむるが如きも對話者間の意思表示に屬するものとす。

第二 意思表示の受領能力

一 受領能力者 意思表示を了知し得る能力を受領能力と云ふ。行爲能力者が此の能力を有するは勿論、行爲無能力者中妻と準禁治産者も亦完全なる受領能力を有す。

二 受領無能力者 行爲無能力者中未成年者及禁治産者は受領能力を有せず。從て此等に對する意思表示は其法定代理人に宛てて之を爲すべきものにして未成年者又は禁治産者宛に爲されたるときは其法定代理人に於て斯る意思表示のありたることを了知したる時に始めて其效力を生ずるに過ぎず(九八條)。

第六節 代理

一 代理の意義 代理とは或人(甲)が他人(乙)の爲第三者(丙)に對して自ら意思表示を爲し又は乙の爲丙より自ら意思表示を受け之に因り其意思表示の効果を乙に歸屬せしむるをいふ。乙を本人、甲を代理人、丙を相手方といふ。例へば甲が乙より頼まれ其代理人として丙より米百俵を買取る旨の契約を爲したるときは、乙丙が直接に米の賣買契約を爲したると同一の効果を生じ、乙は丙に代金

支拂の義務を負ふと同時に丙は乙に米百俵の引渡義務を負ふに至るが如し。今代理の意義を分説すれば左の如し。

(一) 代理行爲は代理人獨立の意思表示なり 意思表示を爲す人は代理人自身にして本人に非ず(註)。故に例へば其意思表示が詐欺若は強迫に基き爲されたりや否やは代理人自身が詐欺に罹り、若は強迫を受けたりや否やに依り決すべく、又其意思表示が心裡留保、虚偽表示若は錯誤に出でたるものなりや否やも代理人自身の意思を標準として決すべきものとす(二〇條)。此點に於て代理人は使者と異る。使者は本人の意思表示を相手方に傳達するに過ぎざるものにして本人の手足と看做さるべきものなり。例へば女中又は小僧が主人の命に因り商店に買物に行くが如し。

註 代理と代表 代理に於ては意思表示は代理人の行爲にして本人の行爲に非ず。之に反し代表例へば會社の取締役の如く法人の機關の行爲は行爲そのものが法人の行爲と認めらるるものなり。蓋し代表者は法人の構成分子の一にして代理人本人の關係の如く獨立の人格者間の關係に非ざればなり。又代表は獨り法律行爲のみならず事實上の行爲、例へば不法行爲に付ても存するも代理は法律行爲の代理のみに限る。

(二) 代理人は本人の爲めに代理行爲を爲すものなり 代理人は本人に代り本人に直接効果を及ぼすべき意思表示を爲すものなり。通常「甲某代理人乙某」といふが如し。若し代理人が本人の爲めにすることを示さずして意思表示を爲すときは自己の爲めに爲したるものと看做さる。但相手方丙に於て乙が甲の代理人として爲したるものなることを知り又は相當の注意を爲せば知り得べかりしときは例外として代理行爲と認めらる(二〇條)。右の點に於て代理は所謂間接代理と異る。間接代理とは例へば問屋の如く、本人の爲めに行爲を

爲すもその効果は一應悉く行爲者に歸屬し、然る後に之を本人に移轉すべきものを謂ふ。例へば株式取引員甲に對し客の乙が東新株百株の買付を頼みたる時は甲は乙より手数料、證據金を受取り自己の名を以て株式取引所に於て買付を爲し其買取りたる株券を一旦自己のものとし然る後乙と計算を遂げて其株券を乙に引渡すが如し。

(三) 代理行爲の法律上の効果は本人に歸す。恰も本人が自ら意思表示を爲したると同一の權利義務を本人に於て取得するものとす。斯く代理行爲は本人に直接に效力を及ぼすものなるが故に、

- (1) 代理人は行爲能力者たることを要せず。苟くも意思能力を有する者は未成年者と雖も代理人たることを得(二〇二條)。
- (2) 本人は能力者たることを要せず。意思無能力者又は然らざる行爲無能力者も本人たることを得。例へば嬰兒の法定代理人に於て嬰兒の爲め其財産を處分することを得るが如し。

二 代理を許さざる行爲 法律行爲は原則として代理人に依り之を爲すことを得るも代理を許されざる行爲あり。左の如し。

- (一) 性質上代理を許さざるもの 婚姻、私生子認知、遺言等は届出其他法定の方式を必要とし、其方式として本人自ら意思表示を爲すべきものなるが故に代理を許さざるものとす。
- (二) 法規上特に代理を許さざるもの 何人と雖も相手方の代理人となり又は當事者雙方の代理人と爲ることを得ず。但債務の辨濟に付ては此限に在らず(二〇八條)。蓋し所謂雙方代理の如きは一般に當事者の利益を十分に保護すること能はざる弊害あればなり。然れども債務の辨濟は例へば乙が債務者甲より金を受取り甲の代理人たると同時に債権者丙の代理人として之を受領したることとするも苟くも甲丙が乙を信頼し何れも乙を代理人に選びたる時は別に何等の弊害をも生ぜざるを以て之を許すべきものとす。

三 代理權 代理權の意義、發生及消滅並に其範圍に付略述すれば左の如し。

(一) 代理權の意義 代理權とは代理人と稱する人が意思表示を爲し又は相手方の意思表示を受け之に因りて直接に本人に法律上の效力を及ぼすべき資格(地位、狀態)をいふ。

(二) 代理權の發生 代理權は本人の意思に基き生ずることあり之を委任代理といふ。本人の意思に基かずして生ずることあり之を法定代理といふ。

- (1) 法定代理 (イ)一定の地位を有する爲法律上當然代理人たる者、例へば未成年者に對し親權を行ふ父母(八八四條)、禁治産者の後見人(九〇二條、九〇三條)及妻の財産管理人たる夫。(ロ)私人の特定又は選定する代理人例へば指定後見人(九〇一條)、選定後見人(九〇四條)。(ハ)裁判所が選定する代理人例へば不在者の財産管理人(二五條、二六條)、相続財産管理人(二〇二條、二〇五二條)等の如し。

(2) 委任代理(任意代理) 本人の委嘱に基く代理人なり。委嘱の形式は普通に委任なるも必ずしも之に限らず。

(三) 代理權の消滅 代理權は左の事由に因り消滅す(二一)。

- (1) 本人の死亡したるとき 但商取引に在りては本人の死亡に因り代理權消滅することなし(商法二六八條)。
- (2) 代理人が死亡し又は禁治産若は破産宣告を告げたる時 代理は信任關係を前提とするが故なり。
- (3) 右の外委任代理に在りては委任の終了したるとき にも消滅す(六五三條)。又法定代理に付ては特別の規定多數あり。一例を舉ぐれば親權者が親權を喪失したるとき(八九六條)の如し。

(四) 代理權の範圍 代理人が本人の爲に爲し得べき行爲の範圍は法定代理に在りては法律に於て定まり、委任代理の場合には概ね本人との委任關係の内容に依りて定まるものなり。若し權限の定めなきときは代理人は保存行爲、代理の目的たる物又は權利の性質を變ぜざる範圍内に於て其利用及改良を目的とする行爲のみを爲し得べきものとす(三〇)。

- (1) 保存行為とは財産の現状を維持する爲(其滅失毀損を防ぐ爲)に必要な行爲をいふ。例へば家屋の破損部分を修繕し、土地家屋に付保存登記を爲し、債権其他の権利に付時効を中断し、債務の辨済を爲すが如し。
- (2) 利用行為 其財産を収益の基礎とする行爲例へば土地家屋を相当賃料にて賃貸し、債権を取立て、銀行に預金するが如し。
- (3) 改良行為 財産の経済的價値を増加する行爲をいふ。例へば家屋に電燈、瓦斯又は水道の設備を爲し、トタン葺を瓦葺とするが如し。

四 復代理 代理人が自己の名に於て選任し其権限内の行爲を代理せしむる本人の代理人を復代理人といふ。復代理人は代理人の代理人に非ずして本人の代理人なるも(一〇七)、其選任は代理人が自己の名義に於て爲すものとす。

(一) 復代理人の選任。

(1) 委任代理の場合 委任代理人は本人より復代理人を選任しても可なる旨の許諾あるか又は代理權を行使するに病氣、公務上の差支等已むことを得ざる事由あり且つ本人の許諾を得るの暇なきときに限り復代理人を選任することを得(一〇四條)。

(2) 法定代理の場合 法定代理人は特別の事情なきも其責任を以て何時にても復代理人を選任することを得(一〇六條)。

(二) 選任に關する代理人の責任は第五條參照。

(三) 復代理人は其権限内の行爲に付き本人を代表するものにして、本人及第三者に對して代理人と同一の權利義務を存するものとす(七〇)。

五 有權代理、表見代理及無權代理 代理權の發生として上に述べたる所に從ひ代理權を有する者が其代理權の範圍内に於て爲したる代理行爲を有權代理といふ。之に對し全然代理權なき者が代理人と稱して爲したる代理行爲(狹義の無權代理)又は本人と無權代理人との間に特種關係ある爲め本人

に付き有權代理と同様の效果を生せしむる場合(表見代理)を廣義の無權代理と云ふ。

(一) 表見代理 本來無權代理なるも第三者をして之を有權代理と信ぜしむべき正當なる事情ある場合には取引の安全を保護する爲め之を有權代理と同一視す。其場合左の如し。

(1) 第三者に對して他人に代理權を與へたる旨を表示したる者は其代理權の範圍に於て其他人と第三者との間に爲したる法律行爲に付其責に任ず(九〇)。

例へば某商店主甲は其商賣繁昌し可なり手廣く多數の店員を指揮して盛大に活動し居るが如く裝はんが爲め取引先の丙丁等に對し「當店は小職員乙と雖も商品取引の權限を有する故宜敷御取引を乞ふ」旨を通知したり。然れども實際は乙に斯る權限を與へたるに非ざりしが乙は右の通知を奇貨とし店の商品を甲の許諾なく隨時得意先丙丁を廻り、いゝ加減なる値段にて賣買の契約を爲したりとせよ、甲は丙丁等より乙の勝手に定めたる代金の提供を受けたるときは其商品を引渡さざるべからざるが如し。

【判例】 甲カ乙會社支店ノ名稱ヲ用ユル謝禮トシテ看板料ト稱シ毎月金三十圓宛テ乙會社ニ支拂ヒ事實上獨立シテ經營シ居タル場合ニ於テハ乙會社ハ右ノ支店ト取引ヲ爲ス第三者ニ對シテ該支店ノ事實上ノ經營者ハ同支店ノ業務ニ關スル總テノ行爲ヲ乙會社ニ代リテ爲ス權限ヲ有スル旨ヲ表示シタルモノトス(昭和三年大審院判決)。

(2) 多少の範圍の代理權ある代理人が其權限外の行爲を爲したる場合に於て第三者が其權限ありと信ぜべき正當の理由を有せしときは本人は第三者に對し有權代理として其責に任ずべきものとす(一〇一條)。

例へば甲が其所有家屋を抵當に入れて金三千圓の金融を得たき旨知合のブローカー乙に頼み登記權利證、白紙委任狀、印鑑證明書又は登記權利證及實印を乙に預けたる處乙は其委任の權限を超え登記權利證並に白紙委任狀又は實印等を使用し擅自丙不動産會社に該家屋を金四千圓にて賣渡し其旨の登記を了したりとせよ、丙會社に於ては乙が本人甲の登記書類、印鑑證明書及白紙委任狀又は甲の實印等を所持するを以て乙の申入れたるが如き家屋賣買を爲すことを甲が乙に委任したるものと信ずるは

通常の事態にして別に丙會社に過失の責むべきものなきが故に(大正十五年、昭和五年各六審院判決)此場合は丙會社を保護する爲め該買は有效なるものとす。尤も甲は乙に對し越權の所爲に付損害賠償等の請求を爲し得ることは別論なり。

(3) 代理權の消滅後舊代理人が尙代理權を有するもの如く第三者と取引したる場合に於て第三者が其代理權の消滅したることを知らず且知らざるに付て不注意なきときは其取引は有權代理と同様本人に於て其責に任ぜざるべからず(二二二條)。例へば甲店に於ては店員乙を殆んど毎日仕入先の丙問屋に赴かせ仕入を爲さしめ居たるに突然乙店員を解雇したり。然るに甲店主は其旨を丙問屋に通知することを怠り居たるが乙は尙も甲の店員なるが如く裝ひ丙店に至り商品の仕入を爲し其儘之を携帶逃走したりとせよ、甲は乙が丙店より持行きたる商品の代金を丙店に支拂はざるべからざるが如し。尤も甲は乙に對し賠償等を要求し得ることは別論なり。

(二) 狹義の無權代理 大體に於て之を論ずれば此場合に於ける效果は契約と單獨行爲とにより異なるも、詳細に付ては第百十三條乃至第百十八條に於て規定す、就て看るべし。

### 第七節 無効及取消

一 法律行爲の無効 無効とは法律行爲が其效力を絶対に發生せざることが法律上當然に確定し居ることをいふ。無効と不成立とは異なる。法律行爲の不成立とは法律行爲の成立要件を缺く場合にして例へば甲が乙に對し家屋を金五千圓にて賣らうとの申込を爲したるも、乙が未だ之を承諾せざるときは賣買といふ法律行爲は不成立なり。之に對し無効とは外見上法律行爲を成立せしむるに足る事實具はり居るも其事實に或法律上の缺點存する爲め法に定めたる本來の效力を發生せざることといふ。例へば右の場合家を五千圓にて賣らう買はうとの合意成立し登記手續をも済ましたるも其賣買が要素の錯誤に基くものなるときは無効なるが如し。

- (一) 無効の原因 無効の原因は各種の法律行爲に共通なるものと各個の法律行爲に特殊なるものとあり。例へば心裡留保、虚偽表示、錯誤、公序良俗に反するもの如きは前者にして婚姻の無効原因(七七八條)の如きは後者の一例なり。
- (二) 無効の性質 無効は法律行爲の目的とする法律上の效果の發生せざることが當然絕對的に確定せることなり。
  - (1) 當然に確定せること 當事者は其法律行爲が無効なることを何等の手續を要せず主張することを得。
  - (2) 絕對に確定せること 無効は何人にも對する關係に於ても無効なるものにして當事者は勿論何人より何人に對しても其無効を主張することを得るを原則とす。但虚偽表示の無効は善意の第三者に對抗し得ざるが如き一二の例外あり。
  - (3) 目的とする法律效果を生ぜざること 無効なる行爲も行爲としては存在す。故に例へば無効なる賣買は賣買として效力を生ぜざるも其契約に因り代金を支拂ひたる買主は賣主に對し不當利得として代金の返還を請求することを妨げず。
- (三) 無効行爲の追認 無効なる行爲は無効なることの確定せるものにして當事者が之を追認するも爲めに有效と爲ることなし(一九條本文)。例へば甲乙通謀して爲したる家屋賣買契約は後に至り甲及乙が之を眞實の賣買なる旨を追認するも有效の賣買とはならざるなり。

然れども此場合法律は一の便法を設け、當事者が其行爲の無効なることを知りて爲したる追認は新なる法律行爲を爲したるものと看做すものとせり(一九條但書)。即ち右例に依れば甲乙が追認したる時新たに眞實の賣買契約を爲したるものと看做すものとす。此追認は新なる法律行爲なるが故に之に無効の原因あるときは右の如き效果を生ずることなし。例へば公序良俗に反する法律行爲は之を追認するも之迄も公序良俗に反するものに外ならざるが故に右の如き效果を生ずることなきが如し。

【判例】 法律行爲の有効無効ハ民法ノ規定ニ從ヒ判定スヘキモノナレハ當該法律行爲ニ關シ偶犯罪成立スルコトアリトスルモ之カ爲直ニ同行爲ヲ以テ當然無効ト速斷スヘキモノニ非ス(昭和二年大審院判決)。

二 法律行爲の取消 法律行爲に無能力、詐欺、強迫其他の瑕疵ある場合に一定の人が之を理由として適及的に其效力を消滅せしむる意思表示を取消といふ。例へば未成年者が法定代理人の同意を得ずして獨斷にて爲したる法律行爲を未成年者自身又は法定代理人が取消すが如し。



(一) 取消し得べき法律行為 無能力者の爲したる行為、詐欺若しくは強迫に基く行為は總て取消し得べき行為なり。其他各種の法律行為に特殊なる取消原因あり。一例を擧ぐれば婚姻の取消(七九條以下)の如し。取消し得べき行為は當然無効なるには非ずして取消ある迄は有効の行為なり。若し取消権を有する者が其権利を拋棄したるとき即ち追認を爲したるときは完全に有効なることに確定す。

(二) 取消権者 一般に取消権を有する者は左の如し(二三條)。

(1) 無能力者又は詐欺若しくは強迫に基く意思表示を爲したる者 即ち意思表示を爲したる本人自身に於て取消し得べきことを得。

(2) 右の者の代理人 例へば無能力者の法定代理人又は詐欺に基く意思表示を爲したる者の委任代理人の如し。

(3) (1)に掲げたる者の承継人 茲に承継人とは相続人の如き一般的承継人は勿論特定承継人例へば其行為に因り生じたる債權の讓受人の如きも包含す。

(4) 夫 妻が單獨に爲したる法律行為は妻自身は勿論夫も亦取消を爲すの權利有するものとす。

(三) 取消の方法 取消は其法律行為に相手方あるときは其相手方に對する通告に依りて之を爲す(二三條)。其通告は書面又は口頭何れにても可なり。取消し得べき相手方が確定せざる場合に付ては民法に規定なし。懸賞廣告の取消の如く法律に別段の規定ある場合を除くの外(五三〇條)一般には利害關係人其他の特定人に對する意思表示を必要とせざるものとす。

(四) 取消の効果 取消権者が適法に取消を爲したるときは其法律行為は始めより無効なりしものと看做さる(二二條本文)。故に例へば甲が乙の詐欺に罹り家屋を二千圓にて乙に賣渡したる後詐欺を理由として取消したるときは乙は其家屋を甲に返還し甲は受取りたる代金二千圓を乙に返還せざるべからず。然れども無能力者は其取消されたる行為に因りて受けたる利益のうち現存するもののみを返還するを以て足る(二二條但書)。例へば華禁治産者甲が保佐人の同意を得ず單獨に金貸乙より金千圓を借受けたる後其貸借

契約を取消したる場合に於て若し甲が其金のうち二百圓を以て洋服其他の調度品を買ひ入れ残り八百圓を遊興費に費消したりとせば遊興費は消えて無くなりしものなれば現存利益なく從つて返還義務なく洋服等の品物が現存するときはそれを乙の方へ返還すれば可なるものなり。斯の如く爲したるは無能力者を特に保護する民法の根本精神に出づるものなり。

(五) 追認 取消権者が取消の原因たる情況止みたる後(例へば無能力者が能力者と爲り詐欺に罹りたることを覺知し若しくは強迫に依る恐怖が止みたる後)其行為を追認したるときは其行為は最早や將來取消し得ざるに至るものとす(二四條)。故に追認とは取消権を拋棄する意思表示なり。又積極的に斯かる意思表示を爲さずとも追認を爲すことを得るときより取消し得べき行為に因り生じたる債權の履行を相手方に請求し又は債務の全部若しくは一部の履行を爲し又は其請求に付て相手方の財産差押等を爲す等一定の事由あるときは原則として其行為を追認したるものと看做さる(二五條)。

(六) 取消権の消滅 取消権は追認を爲すことを得る時より五年間之を行はず、行為の時より二十年を経過したるときは消滅す(二六條)。

### 第八節 條件及期限

#### 第一 條件

一 條件の意義 條件とは法律行為を構成する意思表示の一部分にして、其法律行為の效力の發生又は消滅を將來或る未確定の事實の發生するか否かに繫らしむるものをいふ。例へば(第一例)甲が乙に對し「汝若し來年三月帝大醫科を首席にて卒業すれば」開業費金五千圓を無利息にて貸與すべしと契約するが如き、或は(第二例)甲が乙に對し汽船を汝に金拾萬圓にて賣渡す「但し向ふ五年の間に國家に戦争又は事變發生したるときは賣買を取消す」と契約するが如し。此「カギ」内の事項を條件といひ斯かる契約を條件附契約(條件附法律行為)と稱す。

(一) 條件は法律行為を構成する意思表示の一部分なり 前示第一例に付て謂へば金錢貸借契約の内

容の一部分として「來年三月帝大醫科を首席にて卒業すれば」との條件存するなり。

(二) 條件は將來成否未定の事實を内容とす 前示第一例に付て謂へば乙が卒業するとしても果して首席の成績をとるや否やは社會見解上一般には不確定の事實なり。前示第二例に付て謂へば向ふ五年の間に國家に戰爭乃至事變生ずるや否やは未確定の事實なりとす。

(三) 條件は法律行為の效力の發生又は消滅に關す 前示第一の例に依れば金錢貸借契約の效力は乙が醫科大學を首席にて卒業したるときに發生す。若し首席にて卒業せざれば其契約は效力を發生せざるものなり。斯かる條件を停止條件といふ。又第二の例に依れば汽船の賣買契約の效力は直ちに發生するも五年以内に戰爭又は事變ありたるときは其效力は消滅す。斯かる條件を解除條件といふ。

二 條件を許さざる行為 法律行為には當事者の任意に依り條件を附し得るを原則とす。然れども左の法律行為には條件を附するを許さず。之を附したるときは其法律行為全體は無効なり。

(一) 條件を附することが公の秩序若は善良の風俗に反し又は其制度の目的に適せざる行為 例へば、汝甲を殺害すれば我汝に金一萬圓を與ふべし、「汝の妹余の妾となれば汝に此家屋を無償にて貸與すべし」といふが如き、又は婚姻届、離婚届、養子縁組届、私生子認知届、隠居届等に種々の條件を附するが如きは許されざるものとす。

(二) 條件を附することが著しく相手方の利益を害する單獨行為 例へば親權者甲が未成年者乙の單獨に丙と爲したる株券賣買契約の取消を爲すに當り「將來該株券の相場が賣買値段より下落せざることを條件として取消す」旨を丙に通知したる場合の如し。斯る條件附取消は相手方丙にとりて頗る迷惑なり。何となれば將來株券の相場が如何に變動するや計り難きに拘らず斯る制限に従ふことゝ爲れば丙は實際上適當の時期に株券を他に賣却すること能はざるに至るべければなり。故に斯る條件附行為は相手

方の承諾なき限り許されざるものとす。

三 條件附法律行為の效果 條件附法律行為は條件の成就したる場合の效力と條件の成否未定の間の效力とを有す。

(一) 條件成就の場合の效力 停止條件附法律行為の場合には條件の成就より其法律行為の效力は發生す(二七)。前示第一の例に付て謂へば乙が豫定の三月醫科大學を首席にて卒業したるときは甲は乙に金五千圓を無利息にて貸與せざるべからず。

解除條件附法律行為の場合には條件の成就により其法律行為の效力は消滅す(二七)。例へば前示第二の例に付て謂へば賣買契約の時より五年以内に日本が某國と戰端を開き又は上海事變の如きが勃發したるときは其賣買は效力を失ひ乙は汽船を甲に返還し甲は既に受取りたる代金拾萬圓を乙に返還せざるべからず(七三)。

而して條件が成就せざりし場合には停止條件附法律行為は其效力發生せざることに確定し、解除條件附法律行為は其效力を繼續することに確定することは謂はずして明かなり。

(二) 條件の成否未定の間の效力 條件の成否未定の間に於ては當事者は條件附權利及條件附義務を負ふ。即ち

(1) 條件附權利 停止條件の成就に因りて權利を取得すべき者は相手方より條件の成就を妨げらるることなく條件成就に因り法律行為が效力を發生すべき期待權を有す(六三)。若し相手方が此期待權を侵害したるとき例へば前例に於て甲が乙の試験勉強を妨げたる爲乙は二番にて卒業し

首席と爲ること能はざりしとせば、乙は条件成就したるものと看做し甲に對し金五千圓を無利息にて貸與すべきことを請求することを得るものとす(一三)。

解除条件の成就に因りて權利を回復すべき當事者(前示第二例に於ける甲)は条件の成就に因り權利を回復すべき期待權を有するものとす。其期待權の効力は停止条件の場合と同様なり。條件附權利は相續、處分、保存(例へば假登記)等を爲すことを得(九三)。

(2) 条件附義務 右に所謂相手方は条件附權利に對應したる義務を負ふものとす。条件附義務は相續せられ又はこれに保證人、抵當等の擔保を付することを得(九二)。

四 条件に似て非なるもの 条件附法律行為の条件に似て非なるものあり。主要なるものを擧げて説明すれば左の如し。

(一) 既定条件 法律行為を爲すとき既に成就又は不成就の確定せる条件を既定条件といふ、眞の条件に非ざるなり。

(1) 停止条件なるとき 例へば株券の相場が百圓以上なることを条件として買買を契約したる場合に其時相場が百圓以上なりしとせば其行為は無条件の買買と爲り其時相場が百圓未満なりしとせば其買買は無効とす(三二條一項二項)。

(2) 解除条件なるとき 或品物を買買するに當り「若し今期議會が會期中解散と爲りたる時は本買買は無効とす」との条件を附したるに其時既に議會解散の詔勅下り居たりとせば其買買は無効とし若し其時既に會期終了し居たりとせば無条件の買買と爲る(三二條一項二項)。

(二) 不法条件 不法の条件を附したる法律行為又は不法行為を爲さざることを以て条件としたる法律行為をいふ。何れも眞の条件に非ずして斯る法律行為は全部無効とす(三三條)。例へば「汝甲を殺せば金五千圓を與ふべし」汝乙の妻と殺通せざることを条件として此株券を與ふべし」といふが如し。

(三) 不能条件 不能の停止条件を附したる法律行為は無効とす(三三條一項)。例へば「汝月の世界を往復したれば金五萬圓を與ふべし」といふが如し。不能の解除条件を附したる法律行為は無条件とす(三三條二項)。例へば甲が乙に金圓を貸與するに當り「汝が千年迄生き延びたる時は此貸借は無効とす」といふが如し。

(四) 隨意条件 單に債務者の意思のみに繋る条件を停止条件と爲したる法律行為は無効とす(三四條)。例へば「余が氣に向きたる節此家屋を汝に贈與せん」といふが如し。

第二期限

一 期限の意義 期限とは法律行為を構成する意思表示の一部分にして其法律行為の效力又は債務の履行を將來發生することの確實なる事實の發生に繋らしむるものをいふ。例へば(第一例)甲が乙に對し「余が死亡したるときは遺産の五分の一を汝に與ふべし」と契約するが如き或は(第二例)昭和九年三月二十日に甲が乙に金百圓を貸與し乙は同年十二月二十五日迄に之を返済すべしと約するが如き、或は(第三例)甲が其所有家屋を乙に對し「向ふ五年間貸貸すべし」と契約するが如し。条件は將來發生するや否や不確定なる事實を内容とするも期限は未來のことには屬するも必ず到來することを内容とするものなり。

二 期限の種類

(一) 始期と終期 法律行為の效力を期限の到來と共に發生せしめ又は其債務の履行を期限の到來迄請求せざるものと爲すを始期といふ。前示第一例及第二例は之に屬す(三五條一項)。法律行為の效力を期限の到來と共に消滅せしむるものを終期といふ。前示第三例の如し(同條二項)。

(二) 確定期限と不確定期限 期限は總て其到來すべきことは確定し居るも其何時到來するやが具體的に確定し居るものと確定し居らざるものとあり。前者を確定期限といひ後者を不確定期限といふ(四二條)。例へば「來る何年何月何日」又は「何ヶ月後」といふは確定期限にして「我死せば」といふは不確定期限なるが如し。

三 期限の利益

始期又は終期が到来せざることに付て當事者の有する利益を期限の利益といふ。例へば債務者は期限迄は借用せる元金を利用することを得べく期限に至り返済すれば可なるが如し。

- (一) 利益者の推定 期限の利益は右述ぶる如く通常は債務者の利益の爲めに定めたるものなり(二六六條一項)。然れども例へば甲が金融業者として相當の高利を以て乙に金を貸付けたる場合の如きは期限の利益は當事者雙方の爲めに存するものといふべく又甲が乙に無償にて一定期間物の保管を頼みたる場合の期限の利益は主として委託者たる甲の利益の爲めに存するものといふべし。
- (二) 利益の拋棄 右に依り期限の利益を有する者は自ら期限の利益を拋棄することを得(二六六條二項)。例へば友人の間柄なるの故を以て甲が乙に無利息にて一年の期限を切り金員を貸與したるときは乙は一年の期限前と雖も其金員を甲に返済することを得べく又前例の無償寄託の場合には甲は期限前何時にても其物の返還を乙に求むることを得るが如し。
- (三) 利益の喪失 期限の利益を有する者と雖も破産の宣告を受け又は擔保物を毀滅若し減少したるが如き事由あるときは期限前と雖も相手方の請求に應ぜざるべからざるものとす(二七七條)。

第五章 期間

一 期間の意義

期間とは一定の時期を起點として他の時期まで繼續する時間をいふ。例へば一日より十日迄の期間又は一ヶ月若は一ヶ年の期間といふが如し。期間は民法上の問題のみならず訴訟法刑法行政法等廣き範圍に於て用ひらるゝ所なり。

二 期間の計算法

民法以外の法律又は裁判若し當事者の特約に別段の定なき限り期間の計算は民法第三百三十八條乃至第四百十三條の定むる所に依るべきものとす。今其大要を述べ左の如し。

- (一) 何月何日午前十時より十二時間といふときは即時より起算し同日の午後十時迄を指す。昭和九年四月一日より向ふ一ヶ月又は一ヶ年等といふ場合には初日を算入せずして四月二日より起算す。但四月一日の午前零時より向ふ一ヶ月等といふ場合には初日より起算す。
- (二) 一月三十日に向ふ一ヶ月といふ場合は二月には起算日たる三十一日の應當日なき故に二月末日を以て満期日とす。民法以外の法令にして期間計算を定めたるもの一例を擧ぐれば明治三十五年法律第五十號「年齢計算ニ關スル件」に於ては年齢は出生の日より起算するものにして何時に生れても常に初日を算入するものとす。又刑法第二十三條に依れば刑期は裁判確定の日より起算するものとす。

第六章 時 效

一 時效の意義

時效とは或事實狀態が一定の期間繼續するに因り財産上の權利の得喪を生ずるをいふ。例へば金を貸したる者も辨濟期後十年餘も一度も請求せず利息も取らずに經過するときは其貸金債權を失ふが如き(消滅時效)、或は他人の山林を自己の山林なりと誤信して二十年以上も公然に立木を伐採し又は植林を爲したる者は其山林の所有權を取得するが如き(取得時效)是れなり。

二 時效制度の理由

永續し來りたる事實關係は之を尊重するを相當とし眞の事實に復歸せしめんとして此永續せる平和狀態を紛更することは却つて社會の秩序を破壊することと爲る。故に一定の年限の間權利の行使を爲さざる時は權利の上に眠れる者として其權利消滅するものとし又は一定年限の間權利者と同様の行爲を爲し來りたる者には其權利を取得せしむるといふ時效の制度を認めたり。

三 時效の種別

時效には前に一言したる如く取得時效と消滅時效とあり。

(一) 消滅時効 権利を行使し得べき時より法定の期間内権利の行使を爲さざるときは其権利は時効に罹りて遡及的に消滅するものとす【註】。例へば普通の金銭貸借は辨濟期後十年の間債権者が一度も請求もせず又債務者も何等元利の支拂を爲さざりしときは其債権債務は初めより成立せざりしものと看做さるるものとす(六四四條、一六六條)。特殊の債権に付ては時効期間短きものとす(五一七條乃至五一七條)。然れども所有権は永く之を行使せざるも消滅時効に罹ることなく唯(二)に述ぶる取得時効に因り他人が所有権を取得したる結果として従來の所有者は其所有権を失ふことあるのみ。又物權的請求權は其基本たる物權が消滅時効に罹らざる限り時効に因り消滅することなし(左記例)。

【判例】 抵當權登記請求權ハ抵當權ト獨立シテ消滅時効ニ罹ルヘキモノニ非ス(昭和三年大審院判決)。

註 消滅時効と除斥期間 法に於て權利の存續期間が何年と豫め定められその期間の経過によりて權利が當然消滅するものを除斥期間といふ。例へば占有の訴の提起期間(二〇一條)の如し。消滅時効に類似するも時効の如く當事者の援用なければ權利消滅が確定せざるが如きこと無く又後に述ぶるが如き期間の中斷停止といふこと無きものとす。

(二) 取得時効 法定期間物の占有を繼續するに因りて其物の上に行使する權利を取得するをいふ。例へば二十年間所有の意思を以て平穩且公然に他人の田畑を自己の物として占有耕作すれば假令其田畑が或人の所有物なることを知り居たりとするも其所有者より一度も苦情の申出なき以上占有の始めより其田畑の所有權を取得するものとす。又右の場合他人の田畑なることを知らず且相當の注意を爲すも他人のものなることを知り得ざりしとき例へば其田畑の登記名義が自己の先代名義と爲り居る爲め自己が先代より相續し自己の所有と爲りたるものと信じ平穩且公然に十年以上も之を耕作し來りたる時は占有の初めより其田畑の所有者たりしことと看做さるるものとす。

(一四四條、一六二條、一六五條)

【判例】 登記簿上所有者ト表示セラルル者ヲ以テ眞ノ所有者ナリト信スルハ特別ノ事情ナキ限り何等ノ過失アリト謂フヲ得ス(大正十五年大審院判決)。

四 時効の援用 時効は前述の如く一定の事實狀態が法定の期間繼續するに因り完成するものなれども此完成に因り權利得喪の效力を生ずるは不確定的にして當事者が之を援用するに非ざれば裁判所は權利得喪を生じたるものとして裁判することを得ざるものとす(一四四條)。

故に例へば貸金債權者が時効完成後債務者に對し訴を起したる場合に於ても債務者が裁判所に於て「原告請求の債權は時効に罹りたるものなれば消滅に歸したるものなり」と主張することを要し、若し之が主張を爲さざるときは裁判所は假令其債權が時効に罹り居ることを發見するも時効に罹りたるものなるの理由を以て原告敗訴を言渡すことを得ざるものとす。蓋し時効制度は固より公益上の必要に依り認められたるものなりと雖も時効に因り直接利益を受くる當事者が之を欲せざるに拘らず時効の利益を強ゆるは妥當に非ざればなり。

【判例】 民法第四百五條ニ所謂時効ヲ援用シ得ヘキ當事者トハ時効ニヨリテ直接ニ利益ヲ受クヘキ者ヲ謂フモノニシテ間接ニ利益ヲ受クヘキ者ヲ包含セサルモノトス例へハ許害行為ノ受益者ハ取消ヲ請求スル債權者ノ債權カ消滅時効ニ罹リタルモノトシテ其請求ヲ拒否スルコトヲ得ス(昭和三年大審院判決)。

五 時効の利益拋棄 時効の利益を受くる當事者は時効完成前豫め時効の援用權を拋棄することを得ず(六四四條)。然れども完成後は任意に時効の援用を爲さざる意思表示を爲すことを妨げず。

(一) 豫め拋棄を許さざる理由 甲が乙より金千圓を借受くるに當り甲の求めに依り「此借金債務に付ては將來時効完成することあるも必ず御支拂可申候」との特約を爲すも其特約は無効なり。蓋し斯る特約を有効とするときは債權者は金銭貸與に當り其強者の地位を利用し債務者を壓迫して斯る特約を爲さしむること多かるべく斯くては時効制度を認めたる所以の本旨を没却するに至る

べければなり。

(二) 時効の利益放棄の例 時効の利益を受くる当事者が時効完成後時効完成したることを知り乍ら或は債務支拂の猶豫を求め或は利息を支拂ひ或は元金の一部を辨済するが如き行爲に出づるときは時効の利益を放棄したるものと看做さる。

【判例】主たる債務者カ時効ノ完成後時効ノ利益ヲ放棄シタレハトテ連帯保証人モ亦其利益ヲ放棄シタル事實ナキ以上ハ連帯保証人ハ尙右ノ時効ヲ援用シ得ルモノトス(昭和四年大審院判決)。

六 時効の中斷 時効の進行中一定の事實の發生に因り既往の期間經過を無効ならしむるを時効の中斷といふ。

例へば二十年の時効に因り他人の所有土地を取得すべかりし者が占有を始めてより十八年目に眞の所有者より其土地の返還請求の訴を起されたるときは十八年の期間經過は無効と爲り其訴に於ける判決確定の後更に二十年間平穩且公然に其土地を占有するに非ざれば取得時効は完成せざるが如き、或は金を借受けたる人が辨済期より九年間も債権者より何の請求も受けざりしに九年目に至り突然請求せられたるときは既往九年の經過は無効と爲るが如し。時効中斷の原因は左の如し(四七條)。

(一) 請求(四七條一號、一四九號乃至一五三條) 裁判上の請求即ち裁判所に訴其他の申請又は申立を爲すもの並に裁判外の請求即ち催告をいふ。然れ共催告は之を爲したる後六月以内に裁判上の請求差押等を爲さざれば時効中斷の效力を生ぜざるものとす(五三條)。

【判例】請求ニ因リ時効ノ中斷ハ裁判上ノ請求タルト裁判外ノ請求タルトナハス其請求アリタル範圍ニ於テノミ時効ノ中斷ヲ來スモノナルヲ以テ一部ノ請求ハ殘部ノ請求ニ對スル時効中斷ノ效力ヲ生スルコトナキモノトス(昭和四年大審院判決)。

(二) 差押、假差押又は假處分(四七條二號、一五三條乃至一五五條) 差押とは債権者が裁判所の判決又は公正證書等に基づき裁判所又は執達吏に申立を爲し債務者の財産を換價して現金に代ふる等の爲之を差押ふる處分なり。假差押は判決前財産の轉讓を防ぐ爲め假りに差押へ置く處分なり。假處分は判決前債務者の財産其他の現狀を保存し又は假りに之を變更するの處分なり。

(三) 承認(四七條三號、一五六條) 時効の利益を受くべき当事者が現権利者の権利の存在を認むる明示又は黙示の意思表示をいふ。例へば貸金債権者に對し債務者が利息を支拂ひ又は元金の支拂猶豫を求むるが如し。

中斷したる時効は其中斷の事由の終了したる時より更に其進行を始む裁判上の請求に因る中斷に付ては裁判確定の時より進行を始むるものとす(二五七條)。

七 時効の停止 時効期間の満了に近づきて或事情發生したる爲時効期間を繰延ぶるを時効の停止といふ。

一時時効期間の進行を休止するに止まり時効中斷の如く既に經過したる期間を無効とすることなし。例へば時効期間の満了前未成年者又は禁治産者が時効中斷を爲さんとすも其の法定代理人が死亡等に因り缺け居るときは中斷の原因たる請求差押等を爲すに由なし。茲に於て法律は時効期間満了前六ヶ月以内に法定代理人居らざるときは本人が能力者と爲り又は後任法定代理人の生じたる時より六ヶ月間は時効完成せざるものとす(一五八條乃至一六一條)。

## 第二編 物權

### 第一 總則

一 物權ノ意義 物權トハ直接ニ物ヲ支配スル權利ナリ即チ物自體ヲ自己ノ意思ニ服從セシムル權利ニシテ物ヲ以テ權利ノ目的ト爲ス之レ債權ト異ナル所ニシテ債權ニ在リテハ直接ニ物ヲ目的トセス直接ノ目的ハ人ノ行爲不行爲ナリ例ヘハ或物ノ買賣契約ヲ締結シタリトセンニ買主ハ賣主ニ向ツテ目的物タル物品ノ引渡ヲ請求スル權利ヲ有シ賣主ハ買主ニ向ツテ代金ノ支拂ヲ請求スル權利ヲ有ス即チ物ノ引渡及代金ノ支拂ナル行爲自體カ買賣契約ヨリ生シタル債權ノ目的ニシテ物品又ハ代金ハ目的物ト云フコトヲ得ヘキモ之ヲ以テ目的ト云フコトヲ得スルルニ物權ニアリテハ直接ニ其物自體ヲ或ハ使用シ或ハ處分シ或ハ之ヲ以テ收益ノ用ニ供スルヲ以テ目的ト爲スカ故ニ人ノ行爲不行爲ヲ目的トスル債權ト異ナルコトヲ知ルヘシ前述ノ如ク物權ハ直接ニ物ノ支配ヲ爲ス權利ナルカ故ニ權利者カ物ノ支配ヲ爲スニ付キ特定ノ相手方ナル者アルコトナシ換言スレハ權利者ヲシテ物ヲ支配セシムルコトニ付キ積極的ノ義務ヲ負擔スル相手方ナル者ナシ唯一般人ハ權利者カ物ヲ自由ニ支配スルコトヲ妨害スヘカラサル消極的義務ヲ負擔シ偶此義務ニ違反シタル者アリタルトキハ其特定人ハ妨害ノ排止ヲ請求セラレ又ハ因テ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務ヲ負擔スルコトアルノミ之レ亦債權ト大ニ其性質ヲ異ニスル所ニシテ債權ハ特定ノ人ニ對シテ特定ノ行爲不行爲ヲ要求スル積極的權利ヲ有シ義務者ハ其行爲不行爲ヲ爲スヘキ積極的義務ヲ負擔ス又債權ニ在リテハ其相手方タル

義務者ハ始メヨリ特定シ物權ノ如ク權利ノ侵害アリテ始メテ特定ノ義務者ヲ生スルト其趣キヲ異ニス

上述ノ如ク物權ハ物ヲ直接ニ支配スル權利ナリ故ニ何人タルヲ問ハス其支配權ヲ侵害スル者ニ對シテハ侵害ノ排除又ハ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク又其物ニ付キ凡テ反對ノ利益ヲ主張スル者ニ對シ之ニ對抗スルコトヲ得ルモノトス之レ物權ノ特質ニシテ債權ニ於ケルカ如ク數人ノ債權者カ同一人ノ債務者ニ對シ各自債務辨濟ノ請求ヲ爲シ得ルニ止マリ債權者間ニ於テ何等對抗力ヲ有セサルト異ナル所ナリ物權ニハ右ノ如キ特質アル結果トシテ左ノ如キ特種ノ權利ヲ生ス

### 二 物權ノ特質 物權ノ特質トシテ追及權、優先權ノ事ヲ述ヘン

イ 追及權 追及權トハ物カ何人ノ手裡ニ在ルヲ問ハス物ノ所在ニ追從シテ其權利ヲ行フコトヲ得ルヲ云フ例ヘハ地上權者ハ土地ノ所有者ニ變更アリシモ後ノ所有者ニ對シテ地上權ヲ行フコトヲ得ルカ如シ其他物件カ甲ヨリ乙ニ乙ヨリ丙ニ丙ヨリ丁ニ順次轉讓シテ結局丁者ノ所有トナリタル場合ニ於テ最初ノ所有者甲ノ設定シタル地上權其他ノ權利者ハ現在ノ所有者タル丁者ニ對シテ地上權ヲ實行シ得ルカ如シ之レ債權ニ見サル處ノ特質ナリ

ロ 優先權 優先權トハ他ノ權利ニ先シテ權利ヲ實行シ得ルヲ云フ例ヘハ甲債權者ハ不動產ヲ抵當トシ登記ヲナシテ金圓ヲ借入レ他ニ無擔保債權者數人アル場合ニ於テ債權者ハ各自平等ノ權利ヲ有スルニ拘ラス物權ヲ有スル抵當權者ハ他ノ債權者ニ先タツテ其抵當物件ヲ賣却シ債務ノ辨濟ヲ得ルカ如シ

ハ 後生シタル物權ニ優先スル效力 同一物ニ付キ時期ヲ異ニシテ二個以上ノ物權カ發生シタルトキハ前ニ發生シタル物權ハ後ニ發生シタルモノニ優先ス例ヘハ一番抵當權者ハ二





ナシ故ニ占有者ニアラス此場合ニ寄託者カ占有者ナリ

二 體素 即チ物ヲ所持スルトハ現ニ之ヲ所持スルヲ要セス自己ノ勢力圈内ニ置ケハ可ナリ例  
ヘハ自己ノ倉庫ニ入レ鍵ヲ掛ケ置クカ如シ又占有權ハ自己ノ代理人ニヨリテ行使スルヲ得例  
ヘハ自己ノ物ヲ他人ニ預ケ置クトキハ他人之ヲ所持スルモ占有權ハ自己ニアリトス

三 占有ノ種類 占有ノ種類ニハ種々アリ其種類ヲ異ニスルニ從ヒ法律ノ效果ニ多大ノ差異ヲ  
生スルコトアルヲ以テ民法ノ規定セル各種ノ占有ニ付キ概説スヘシ

イ 善意占有惡意占有 善意ノ占有ハ占有者カ自己ニ占有ヲ爲ス正當ノ權利ナキニ拘ラス之アリト信シテスル占  
有ヲ云ヒ惡意ノ占有ハ其權利ナキコトヲ知リテ占有ヲ爲スコトヲ云フ例ヘハ甲ノ物取セル物ヲ甲ノ所有物ナリト信シテ  
取ノ事實ヲ知ラズシテ甲ヨリ買受ケテ占有スル乙者ハ善意ノ占有者ニシテ右ノ場合ニ乙カ物取ノ事實ヲ知リテ買受ケテ占有ス  
ルトキハ惡意ノ占有トナル此二者ヲ區別スルハ占有ニ基ツキ本權ヲ取得スルニ時効期間ニ大ナル差異アルト共ニ占有物  
ノ生スル果實ノ取得權及返還ノ權利者ヨリ返還ヲ請求セラレタル場合ニ於ケル損害賠償義務ノ範圍ヲ異ニス

ロ 過失占有無過失占有 占有者カ正當ノ權利ナシテ物ヲ占有スル場合ニ占有ノ當時自己ニ正當ノ權利アリト信  
シ相當ノ注意ヲ爲スモ其權利ナキコトヲ知リ得ザリシトキハ無過失占有ニシテ過失ニヨリ無權利ナルコトヲ知ラザリシト  
キハ過失占有ナリ二者ノ區別ハ取得時數ノ適用ニ付キ大差ヲ生ス

ハ 自主占有他主占有 自主占有トハ所有ノ意思ヲ以テスル占有ヲ云フ甲カ乙ヨリ或物ヲ買受ケテ占有スルカ如  
シ他主占有トハ所有ノ意思ナキ占有ヲ云フ例ヘハ賃借人カ賃借權ヲ行使スル爲メ賃借物ヲ占有スル場合ノ如シ此二者ハ占  
有權ノ生セル根本タル意思ヲ異ニスルヲ以テ時數ニ依リ本權ヲ取得スル場合ニハ其意思ノ異ナルニ從ヒ取得ス可キ權利ヲ  
異ニスルニ在リ

ニ 自己占有代理占有 自己占有トハ占有權ノ主體タル人カ直接ニ目的物ヲ占有スルヲ云フ甲自己ノ時計ヲ携帶ス  
ルカ如シ代理占有トハ占有者カ他人ヲシテ自己ニ代リテ目的物ヲ占有スルヲ云フ二者ノ區別ハ實益ハ主トシテ占有權  
ノ取得及喪失ノ要件ヲ異ニスル點ニ在リ

ホ 平穩占有強暴占有 平穩ノ占有トハ暴力ヲ用キス事物自然ノ狀態ニ於テ爲ス占有ヲ云フ賃借人カ賃借權行使ノ  
爲メ賃借物ヲ其用法ニ從テ占有スルカ如シ強暴ノ占有トハ暴力ヲ用キテ占有ヲ爲スコトヲ云フ例ヘハ隣人ヲ追出シ其家屋  
ヲ奪ハシメテ占有スルカ如シ此區別モ亦時數ニ依リ本權ヲ取得スル場合ニ差異ヲ生ス

チ 有スルカ如シ此區別モ亦時數ニ依リ本權ヲ取得スル場合ニ差異ヲ生ス

ヘ 公然占有隱秘占有 公然ノ占有トハ外部行爲ニ顯ハル、占有ヲ云フ自己所有ノ時計ヲ公然携帶スルカ如シ隱秘  
ノ占有トハ外部行爲ニ顯ハレサル占有ヲ云フ懷中時計ヲ秘密ニ秘藏シ他人ニ目撃セシメサルカ如シ此區別ノ實益モ亦本權  
取得ニ付キ差異アル點ニ在リ

四 占有權ノ取得 占有權ノ取得方法ニハ一般權利ノ取得方法ト同シク原始取得及承繼取得ノ  
二種アリ原始取得トハ他人ノ權利ニ基カスシテ獨立ニ占有權ヲ取得スルコトヲ云フ換言スレ  
ハ自己ノ爲メニ占有ヲ設定スルコトヲ意味ス而シテ其要件トシテ前述セル心素及體素ヲ具備  
スルコトヲ要ス例ヘハ自己ノ所有ト爲スノ意思ヲ以テ無主物ヲ先占スルカ如シ又承繼取得ト  
ハ他人ノ占有權ヲ承繼スルコトヲ云フ故ニ他人カ現ニ占有權ヲ有スルコトヲ前提トシ且其占  
有權ハ從來ノ性質ヲ變セスシテ承繼人ニ移轉スル場合ニ限ル承繼取得ノ原因ハ讓受及相繼ノ  
二ナリ占有權ハ代理人ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得ルヤ否ヤ占有權ノ承繼取得ハ前述ノ如  
ク讓受及相繼ナリ而シテ權利ノ讓受ハ一ノ法律行爲ナルヲ以テ一般ノ原則ニ從ヒ代理人ヲシ  
テ之ヲ讓受ケシムルコトヲ得ルハ言ヲ埃タス問題トナルハ原始取得ノ場合ナリ蓋シ占有權ノ  
原始取得ハ法律行爲ニ非スシテ一ノ法律事實タルニ過キス彼ノ強竊盜ノ犯人カ奪取物ノ上ニ  
占有權(強暴ノ)ヲ取得スルハ原始取得カ法律行爲ニ非スシテ一ノ法律事實ナルカ故ナリ而シテ  
代理ハ法律行爲ヲ代行フコトヲ意味スルカ故ニ純理ヨリスルトキハ原始取得ニハ代理ヲ許  
サスト云ハサルヘカラス然レトモ斯ノ如ク純理ヲ貫クハ實際上不便アルヲ以テ民法第百八十  
一條ニ於テ特ニ占有權ノ代理取得ヲ有效トスル旨ヲ規定シ以テ此問題ヲ積極的ニ解決シタリ  
占有權ハ其要素トシテ物ノ所持即チ體素ヲ必要トスルコトハ前述セリ故ニ占有權ノ承繼取得  
ノ場合ニ在リテハ前主ノ所持ヲ自己ニ移轉スルニ非サレハ占有權ノ承繼取得ヲ爲シ得サルモ  
ノト云ハサル可カラズ(民一八二項)然レトモ其理論ヲ貫クトキハ實際ノ取引上甚シキ不都合ヲ生

シ取引ノ敏活ヲ害スルコトアルヲ以テ民法ハ現實的ニ所持ノ移轉ナクモ尙ホ法律上所持ノ移轉アルモノト看做シ所持ノ移轉ナキ占有權ノ承繼取得ヲ認メタリ其場合左ノ如シ

イ 簡易ノ引渡

簡易ノ引渡トハ占有權ヲ讓受ケントスル者又ハ其代理人カ現ニ占有物ヲ所持スル場合ニ於テ占有權ノ讓渡ハ現實ニ物ノ引渡ヲ要セス當事者ノ意思表示ノミニテ讓渡ノ效果ヲ生スルコトヲ謂フ(民一八二、二項)例ハ受寄者カ寄託者ヨリ受寄物ヲ讓受ケントスルトキハ其所有權ノ移轉ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ直ニ效力ヲ生スルモ其物ノ所有者トシテノ占有權ハ一度其物ヲ寄託者ノ所持ニ移シ然レ後更ニ寄託者ヨリ所有者トシテノ占有權ヲ得ル爲メ所持ノ移轉ヲ爲スヲ以テ理論ニ適合スルモノト云ハサルヘカラス然レトモ之レ理論ニ個シ實際ノ便宜ニ副ハサルヲ以テ此場合ニハ單ニ當事者間ニ於テ所持ヲ移轉スル旨ノ意思表示ノミニテ前述ノ手續ヲ履行シタルト同一ノ效果ヲ發生スルモノトセリ

ロ 占有ノ改定

占有ノ改定トハ占有者カ自ら所持スル物ノ占有權ヲ他人ニ讓渡サントスル場合ニ於テ現實ノ引渡ヲ爲サス爾後讓受人ノ爲メニ其物ヲ所持スヘキ旨ヲ表示スルニ因リテ占有權ノ移轉ヲ來スコトヲ謂フ(民一八三)例ハ甲者自己所有ノ物品ヲ乙ニ讓渡シ更ニ其物品ヲ自己カ乙ノ代理人ト爲リテ占有スル旨ノ意思表示ヲ爲シタル場合ノ如シ此場合ニ於テ其物ニ對スル占有權者トシテノ占有權ハ一度之ヲ乙ニ所持セシムルコトヲ要スルヲ以テ理論ニ適合スルモノナルモ前同様ノ理由ニ依リ法律上ニ於テハ右ノ意思表示ノミニテ占有權ハ乙ニ移轉シ甲ハ乙ノ代理人トシテ代理占有ヲ爲スモノナリトノ結果ヲ生ス

ハ 指圖ニ因ル引渡

指圖ニ因ル引渡トハ代理人ニ依リテ占有ヲ爲ス者カ第三者ニ其占有權ヲ讓渡サントスル場合ニ代理人ニ對シ爾後讓受人ノ爲メニ物ヲ所持スヘキ旨ヲ命シ讓受人之ヲ承諾スルニ因リテ占有權ノ移轉ヲ來スコトヲ云フ(民一八四)例ハ甲カ乙ニ寄託セル物ヲ丙ニ賣却スルニ當リ其物ヲ丙ニ引渡サスシテ甲丙間ノ讓渡ノ意思表示ト乙ニ對シ丙ノ爲メニ物ヲ所持スヘキ旨ノ命令ノミニテ法律上一度物ヲ丙ニ引渡シ更ニ丙ヨリ之ヲ乙ニ引渡シ代理占有ヲ爲サシメタルト同様ノ效果ヲ生スルモノトス

五 占有權ノ效力

イ 推定

占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ善意平穩且公然ニ占有ヲナスモノト推定セラル善意ハ惡意ニ對スル語ニシテ他人ノ所有タルヲ知ラス自己ノ所有ト考フルヲ云ヒ平穩トハ強暴ニ

占有權ハ其效力トシテ論スヘキモノ左ノ如シ

- (1) 前後兩時ニ於テ占有ヲナシタル證據アルトキハ占有ハ其間繼續シタルモノト推定ス一日ニ占有シ三十日ニ占有シタル證據アルトキハ一日ヨリ三十日間繼續シテ占有シタルモノトナルカ如シ
- (2) 占有者カ占有物ノ上ニ行使スル權利ハ之ヲ適法ニ有スルモノト推定ス故ニ此等ノ推定ヲ否認セントスル者ハ反證ヲ舉ケサルヘカラス
- (3) 果實ノ取得 善意ノ占有者ハ占有物ヨリ生スル果實ヲ取得ス善意ニ他人ノ土地ヲ占有スルモノハ土地ヨリ收穫スル物ヲ取得スルカ如シ之ニ反シ惡意ノ占有者ハ己ニ取得シタル果實ヲ返還セサルヘカラス例ハ他人ノ土地タルヲ知リテ不法ニ之ヲ占有シ其收穫ヲ得又ハ費消シタルトキハ之ヲ所有者ニ返還スヘク過失ニヨリ其物ヲ毀損シ又ハ收穫ヲ怠リタルトキハ其代價ヲ返還セサル可カラス

ハ 動産即時取得

平穩且公然ニ動産ノ占有ヲ始メタル者カ善意ニシテ且過失ナキトキハ即時ニ其動産ノ上ニ行使スル權利ヲ取得ス例ハ未成年者カ甲ニ物ヲ賣却シ之ヲ買受ケタル甲者カ更ニ之ヲ乙ニ賣渡シ後ニ至リテ甲乙間ノ賣買ハ取消サル、モ丙ハ即時取得ノ原則ニヨリ所有權ヲ取得スルカ如シ但シ占有物カ盜品遺失品ナルトキハ二年間被害者又ハ遺失主ハ其回復ヲ請求スルコトヲ得ヘシ此即時取得ヲ以テ即時々効ノ效力ナリト説明セラレタルコトアリシモ誤謬ナリ蓋シ時効ニハ時ノ經過ヲ要スルヲ以テ時間ノ觀念ヲ存スルモノ即時取得ニ在リテハ時間ノ觀念ナク前述ノ要件備ハルトキハ即時ニ權利ヲ取得スルモノナルヲ以テ之ヲ占有ノ效力トシテ説明スルヲ妥當トス

ニ 占有訴權 占有訴權ニ三アリ

- (1) 占有保持訴權 此訴權ハ占有カ妨害セラレタルトキハ妨害ノ停止ト損害賠償ヲ請求スルコトヲ得例ヘハ隣家倒レテ自己ノ軒ヲ破リタル場合ノ如シ
  - (2) 占有保全訴權 占有ヲ妨害セラレタル虞アルトキ妨害ノ豫防又ハ損害賠償ノ擔保ヲ請求スルカ如シ例ヘハ隣家傾キ將ニ倒レントスルカ如キ場合ニ於テ其倒壊ヲ豫防セシムルカ爲メ又ハ倒壊ノ爲メ自己ノ家屋ニモ損害ヲ生スル虞アルカ爲メ其損害ノ賠償トシテ倒壊ノ豫メ損害金支拂ヲ確實ニスルカ爲メ相當ノ擔保ヲ提供スヘキコトヲ請求スル訴ノ如シ
  - (3) 占有侵奪ノ訴 占有物ヲ奪取セラレタル場合ニ起ス占有訴權ナリ占有ノ訴ト本權ノ訴トハ互ニ相關係ナシ例ヘハ同一物ニ付キ占有ニ基キ侵奪ノ訴ヲ起シテ取戻ヲ請求スルト共ニ所有權ニ基ツク取戻ノ訴ヲ提起シタリトセハ假令本權タル所有權ノ訴カ理由ナシトスルモ其理由ノミニ基キ占有有無ヲ判斷スルコトヲ得サルモノトス
- 六 占有權ノ消滅 占有權ハ權利ノ一般消滅原因ノ存スル外尙ホ左ノ事由ニヨリテ消滅ス
- イ 占有ノ意思ノ拋棄 自己ノ爲ニ占有スル意思ヲ止メタルカ如シ之レ心素ハ占有ノ要件ナレハ此場合ニ消滅スヘキハ當然ナリ
  - ロ 所持ノ喪失 物ノ所持ヲ奪ハレタルカ如シ但シ此場合ニ占有者カ占有回收ノ訴ヲ起シタルトキハ占有權喪失セス
- 代理占有モ亦同性質ノ關係ニ因リテ消滅ス
- 七 準占有 自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ財產權ノ行使ヲ爲ス場合ヲ占有ニ準シタリ占有ハ體素トシテ物ノ所持ヲ要スルモ準占有ハ權利ノ行使ニシテ物ノ所持ナシ例ヘハ地役權、抵當權ノ行使或ハ債權アリト信シテ一定時ニ利息ヲ收メタル場合ノ如キ之ヲ債權ノ占有トナシ占有ノ規定ヲ準用スルカ如シ

第三 所有權

所有權ハ物ニ對スル總括的支配權ナリ 總括的支配トハ物ニ對スル凡テノ關係ヲ支配スル權能ナリト云フニ同シ例之余ハ一箇ノ机ヲ所有スルトキハ之ヲ賣却スルモ贈與スルモ賃貸スルモ又ハ之ヲ破壞スルモ捨ツルモ使用スルモセサルモ其自由ナルカ如シ之レ他ノ物權ニ見サル現象ニシテ所有權ハ物權中ノ最モ完全ナルモノト云フヘシ故ニ此支配關係ヲ稱シテ完全支配權トモ云フ

物ノ使用、收益、處分ハ所有權ノ作用ニシテ其實質ニアラス何トナレハ若シ此作用ヲ以テ所有權ノ實質(或ハ要件)トスルトキハ所有地ニ地上權ヲ設定スルカ如キ殆ント所有權ニ等シキ權能ヲ他人ニ附與スルトキハ所有權消滅スルニ至ルヘシ然レトモ所有權ハ地上權設定ノ爲メ決シテ消滅セス何トナレハ所有權ハ地上權設定ノ爲メ其使用ヲ一時停止セララル、ノミニシテ其本體ハ依然トシテ所有者ニアレハナリ

一 所有權ノ限界 所有權ノ限界トハ所有權ノ及フ範圍ヲ云フ民法第二百六條ハ規定シテ曰ク所有權ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用收益及處分ヲ爲ス權利ヲ有スト本條ノ前段ハ即チ所有權ノ限界ヲ規定シ後段ハ所有權ノ作用ヲ規定シタルモノトス故ニ所有權ノ作用ハ法令ノ制限ニ因テ限界ヲ附セラル、モノト云ハサルヘカラス所謂法令ノ制限トハ法律又ハ命令ニ於テ其作用ヲ限定セララル、コトヲ指稱ス例ヘハ公用徵收ニ依リ私人ノ所有權ヲ政府又ハ他ノ團體ニ歸屬セシメ又ハ爆發物ノ如キ危險物ノ所持ヲ禁スルカ如シ

茲ニ一ノ問題アリ即チ我憲法ハ日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ依ルニ非サレハ其所有權ヲ侵サラル、コトナシト規定セルニ拘ラス(憲七)民法ハ法令ノ制限内ト規定セルカ故ニ法律ニテモ命令ニテモ自由ニ所有權ノ制限ヲ爲シ得ルカ如ク解セラル、ヲ以テ民法第二百六條ハ憲法第二十

七條ニ違反シタル違憲ノ規定ニ非サルナキカ吾人ノ解スル所ニ依レハ決シテ斯ル違憲規定ニ非ス蓋シ憲法第二十七條ハ直接ニ私人ノ所有權ヲ侵害スル場合ノ規定ニシテ民法ニ所謂命令ヲ以テ所有權ニ制限ヲ加フルハ決シテ所有權ヲ直接ニ侵害スルコトヲ命令ニテ規定シ得ルノ意義ニ非ス他ノ行政處分上ノ必要ニ基キ行政ノ目的ヲ達スル爲メ發布シタル命令ヲ實行スル間接ノ結果トシテ所有權ヲ侵害セラル、場合ヲ規定シタルモノナルヲ以テ斷シテ違憲ノ規定ニ非ス例之行政執行法ニ於テ火災延焼ノ虞アル場合ニ近接セル家屋ヲ破壊スルカ如キハ私人ノ家屋ヲ破壊スルコト即チ所有權沒收自體カ目的ニ非スシテ家屋ノ延焼ヲ防止スルカ主タル目的ナリ其目的ヲ遂行スル結果トシテ間接ニ所有權ヲ侵害セラル、カ如シ元ヨリ行政執行法ハ法律ナルモ之レ元ヨリ命令ヲ以テ規定シ得ル事項ニ屬スレハナリ憲法カ所有權ノ侵害ニ法律ヲ要スト規定セルハ主トシテ私人ノ所有權ヲ侵害シテ之ヲ特定ノ私人ニ付與スル場合ニ着眼シテ規定シタルモノナルコトヲ注意スヘシ左ニ所有權ノ制限ヲ説明スヘシ

イ 公法上ノ制限 土地ノ所有權ハ法令ノ制限内ニ於テ土地ノ上下ニ及フヲ原則トスルモ之レニハ自ラ制限アルモノトス公法上ノ制限トハ軍用徵收ノ如キ或ハ銃砲、彈藥、毒藥ヲ私有スルコト能ハサルカ如キ其一例ナリ

○ 隣地關係 民法第二百九條以下ヲ一讀スレハ明瞭ナリ

二 所有權ノ取得 所有權ハ相續、讓渡、時効ノ如キ一般取得原因ノ外先占、遺失物ノ拾得、埋藏物ノ發見及添附ニヨリ取得スヘシ

イ 先占 無主ノ動産ハ所有ノ意思ヲ以テ之ヲ占有スルニ因テ其所有權ヲ取得ス例ハ海中ヨリ魚族ヲ捕フルカ如キ山野ニ禽獸ヲ獲ルカ如シ無主ノ動産ハ國庫ニ屬ス

○ 遺失物ノ拾得 遺失物トハ其物ヲ拋棄スルノ意思ナクシテ偶然占有ヲ失フコトヲ云フ例

ハ 埋藏物ノ發見 埋藏物トハ或動産又ハ不動産中ニ埋藏セラレタル動産ニシテ所有者ノ何人タルヤヲ知ルコト能ハサル物ヲ云フ例之土中ニ埋没セル古刀、屏風又ハ額ノ中ニ埋藏セル紙幣ノ如シ此場合ニ廣告ヲナシタル後六ヶ月内ニ所有者不明ナルトキハ發見者其所有權ヲ取得ス但シ他人ノ屋敷中ニテ發見シタル場合等ハ發見者及屋敷主折半シテ所有權ヲ取得スヘシ

二 添附 添附ハ附合、混和、加工ノ三ヲ包含ス

(1) 附合 不動産ノ所有者ハ其不動産ノ從トシテ之ニ附合シタル物ノ所有權ヲ取得ス例ハ家ヲ建築シタル後他人ノ材木混入シタルヲ發見シタルカ如シ此場合ニ於テ他家ノ持主カ其材木ノ所有權ヲ取得ス各別ノ所有者ニ屬スル動産カ數個附合シ毀損スルニアラサレハ之ヲ分離スルコト能ハサルニ至リタルトキハ主タル動産ノ所有者附合物ノ所有權ヲ取得ス例ハ情ヲ知ラズシテ他人ノ漆ヲ以テ箆筒ヲ塗リ上ケタルカ如シ此場合ニ於テハ箆筒ノ所有者カ漆ノ所有權ヲ取得ス

(2) 混和 二物混合シテ識別スルコト能ハサルニ至リタルヲ云フ例ハ酒ト味噌ト(各所有ル)混合スルカ如シ此場合ニ亦前ノ法則ニヨリ所有權ノ歸屬ヲ定ム

(3) 加工 他人ノ動産上ニ工作ヲ加フルヲ云フ例ハ他人ノ木片ニ彫刻ヲナスカ如シ此場合ハ材料ノ所有者カ加工物ノ所有權ヲ取得ス加工費ケレハ加工者其材料ノ所有權ヲ取得ス

以上列舉セル何レノ場合ニ於テモ所有權ノ取得者ハ賠償ノ義務アルモノトス

第二章 附屬

三九

三 共有 共有トハ一個ノ所有權カ數人ニ屬スル狀態ナリ例ヘハ一個ノ建物ヲ二人以上ニテ所有スルカ如シ

各共有者ハ共有物全部ニ付キ其持分ニ應シタル使用ヲナスコトヲ得若シ持分ノ定メナキトキハ各々相均シキモノト推定セラル蓋シ持分トハ各共有者カ有スル權利ノ分前ナリ故ニ例ヘハ茲ニ一頭ノ馬アリ甲乙兩人ノ共有ナルトキハ如何ニシテ使用スヘキヤ若シ各自平等ノ持分ヲ有スルトキハ甲ハ一日使用シ乙モ一日使用スルコトヲ得若シ持分カ甲ハ二ノ割合ニシテ乙カ一ノ割合ナルトキハ甲ハ二日間使用シ乙ハ一日使用シ得ルカ如シ

第四 地上權 地上權トハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル權利ナリ例ヘハ家ヲ建築スルカ爲メニ他人ヨリ土地ヲ借ル、カ如シ又立木ヲ植立ツルカ爲メニ山ヲ借ル、カ如シ何レノ場合ニ於テモ地上權ハ其土地ヲ使用スルカ爲メノ權利ナリトス若シ夫ノ耕作牧畜ヲナスノ目的ヲ以テ土地ヲ使用スルトキハ次ニ述フル永小作權トナルヘシ地上權者ハ土地ノ借貸トシテ定期ニ一定ノ金錢ヲ支拂フ之ヲ地代ト云フ或ハ地代ナキコトアリ地上權ハ法律ニ期間ノ制限ナシ故ニ百年千年ノ長期ヲ以テ借入ル、契約ヲナスコトヲ得ルモ無期ノ地上權ハ期間ナキモノニシテ次ニ述フル原則ニ從ハサルヘカラス地上權存續期間ノ定メナキトキハ地上權者ハ何時ニテモ地上權ヲ拋棄(土地ノ地主ニ返還ス)スルコトヲ得但此場合ハ一年前ニ地上權拋棄ノ豫告ヲナスカ或ハ又即時ニ拋棄スルトキハ期限前一年分ノ地代ヲ支拂ハサルヘカラス  
第五 永小作權 永小作權ハ小作料ヲ拂ヒテ他人ノ土地ニ耕作牧畜ヲナス權利ナリ永小作權ハ地上權ト異ナリ必ス小作料ヲ支拂ハサル可カラズ永小作權ノ存續期間ハ二十年以上五十年以下

トス若シ五十年ヨリ長キ契約ヲナシタルトキハ五十年ニ短縮ス彼ノ農家カ田地ヲ小作スルカ如キハ名ハ小作ナルモ其ノ實民法ノ永小作ニ非スシテ賃貸借ナルヲ通常トス何トナレハ其期間ハ通常一年ニシテ一年毎ニ契約ヲ更新スルモノナルヲ以テナリ

第六 地役權 地役權トハ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル權利ナリ例ヘハ隣地ヲ通行スルカ爲メ又ハ隣地ヲ通過シテ水道ヲ設クルカ如キハ所有者ノ變更ニ拘ラス要役地ノ利用上一定不變ノ便益ヲ與フルモノナレハ是レ即チ地役權ナリ之ニ反シ隣地ニ於テ狩獵漁獵ヲナスカ如キハ要役地ノ便益ニアラスシテ其人ノミノ便益ナレハ地役權ニアラス便益ニ供セラル、他人ノ土地ヲ承役地ト云ヒ便益ニ供スル自己ノ土地ヲ要役地ト云フ例ヘハ甲地ノ爲メ隣地タル乙地ヲ通行スル地役權ヲ設定スルトキハ甲ハ要役地ニシテ乙地ハ承役地ナリ

第七 留置權 本節以下ノ物權ハ主トシテ債權ノ擔保ヲナスモノナレハ或ハ擔保物權ト稱ス留置權トハ他人ノ物ノ占有者カ其物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スルトキハ其債權ノ辨濟ヲ受クルマテ其物ヲ留置スルコトヲ得ル權利ナリ例ヘハ時計屋カ客ヨリ修繕ノ爲メ時計ヲ預リタルニ其修繕代金ヲ支拂ハサルニヨリ其時計ヲ返還セサルコトヲ得ルカ如シ(代金支拂)此場合ニ時計屋ハ留置權者ナリ但シ時計屋カ代金支拂ヲ豫メ猶豫シアリタルトキハ猶豫期間滿了後代金支拂ノ時ニアラサレハ留置スルコトヲ得ス又留置權ハ留置物ヲ不法行爲ニヨリ占有シタルモノナルトキハ留置權ヲ行フコトヲ得ス例ヘハ他人ノ時計ヲ竊取シテ修繕シ後ニ所有者ヨリ返還ノ請求ヲ受クルトキハ時計修繕料ヲ支拂ハサルノ故ヲ以テ留置スルコトヲ得サルカ如シ蓋シ不法行爲者ヲ保護スルノ必要ナケレハナリ

第八 先取特權 先取特權ハ債權ヲ有スル者カ債務者ノ財産ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クヘキ權利ナリ例ヘハ米穀薪炭等ノ日用品ヲ供給スル者ハ日用品供給ノ先取特

權ヲ有スルカ故ニ債務者カ如何ニ他ニ多クノ負債アルモ之ヲ斥ケテ第一ニ自己ノ債權ヲ取立ツルコトヲ得ルカ如シ若シ先取特權ノ目的タル財產カ賣却、質貸、滅失又ハ毀損ニヨリテ代償或ハ賠償ヲ得タルトキハ其物ニ對シテ先取特權ヲ行フコトヲ得先取特權ノ種類ハ左ノ如シ

イ 一般ノ先取特權 之ニ屬スルモノハ (一) 共益費用、債權者共同ノ利益ノ爲メニ債務者ノ財產ヲ保存スルカ如シ (二) 葬式費用 債務者ノ身分ニ應ジタルモノ (三) 雇人ノ給料 最後ノ六ヶ月間ノ給料但五十圓以下 (四) 日用品ノ供給 債務者其家族ノ生活ニ必要ナル最後ノ六ヶ月間ノ飲食品及薪炭油

此等ノ債權ハ債務者ノ總財產ニ對シテ他ノ債權者ニ先テテ辨濟ヲ受クルコトヲ得  
○ 動産ノ先取特權 之ニ屬スルモノハ不動産ノ質貸借ヨリ生スル債權、旅店宿泊、旅客又ハ荷物ノ運輸、公吏職務上ノ過失、動産保存、賣買、種苗肥料ノ供給及農工業ノ勞役等ヨリ生シタル債權ニ付キ或特定ノ財產ニ對シテ先取特權ヲ行フコトヲ得民法第三百一十一條以下ニ詳ナリ

ハ 不動産ノ先取特權 之ニ屬スルモノハ不動産ノ保存 (不動産ノ保存登記ヲナシ或ハ其移轉ヲ防ク行爲ノ如シ) 工事 (建築物) 又ハ賣買ヨリ生シタル債權ハ其不動産ノ上ニ先取特權ヲ有ス民法第三百二十五條以下ニ詳ナリ

第九 質權 質權ハ債權ノ擔保トシテ債務者又ハ第三者ヨリ受取リタル物ヲ占有シ且其物ニ付キ他ノ債權者ニ先テテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ナリ例ヘハ物品ヲ擔保トシテ金錢ヲ借ル、カ如シ而シテ質物ハ讓渡スルコトヲ得サル物ヲ要ス勳章ノ如キ讓渡スコトヲ得サルモノハ質權ノ目的トナルコト能ハス蓋シ質權ハ債務ノ辨濟ナキ場合ニ法定ノ手續ヲ履ミ賣却シテ債務ノ辨濟ニ充ツレハナリ  
質權ハ質物ヲ債權者ニ引渡スニヨリテ效力ヲ生ス故ニ質物ヲ引渡サ、ル以前ハ質權ノ效力生セ

ス而シテ質物ハ債權者自身之ヲ占有スルコトヲ要セス代理人ヲシテ占有セシムルコトヲ得但シ質權設定者 (質物ヲ供) ヲシテ代理占有ヲ爲サシメタルトキハ質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス質權設定者ハ設定行爲又ハ債務ノ辨濟期前ノ契約ヲ以テ質權者ニ辨濟トシテ質物ノ所有權ヲ取得セシメ其他法律ニ定メタル方法ニ依ラスシテ質物ヲ處分セシムルコトヲ約スルコトヲ得ス即チ辨濟期前ノ約束ヲ以テ質物ヲ直接辨濟ノ用ニ供スルコトヲ得ストノ意ナリ蓋シ之レ流質契約ト稱スルモノニシテ我民法ハ質債權者カ多クノ場合ニ於テ金錢ノ急ニ迫ラレ理非ヲ辨スルノ違ナクシテ豫メ貴重ノ物品ヲ失フノ不幸ヲ救済スルノ意ニ出テタルモノナリ但シ質屋營業者ニハ此制限ナシ

第十 抵當權

一 抵當權ノ意義 抵當權トハ債務者又ハ第三者カ占有ヲ移サスシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動産ニ付キ他ノ債權者ニ先テテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ナリ例ヘハ不動産ヲ擔保トシテ金千圓ヲ貸借スルカ如シ

イ 抵當權ハ債務者又ハ第三者ノ供シタル不動産ヲ擔保ニ供スルモノナリ故ニ債務者本人ニ非サルモ抵當物ヲ供スルコトヲ得抵當物ヲ供スルモノヲ抵當權設定者ト云フ

○ 抵當權ハ抵當物ノ占有ハ依然トシテ債務者或ハ第三者ニアリ之レ質權ト異ナル處ナリ  
ハ 抵當權ノ目的物ハ不動産ノ所有權或ハ地上權永小作權トス 抵當權ハ不動産ヲ目的トスルハ原則ナレトモ地上權永小作權等ハ特ニ重要ノ物權ニシテ所有權ト殆ント均シキ效力ヲ有スルモノナレハ之ヲ抵當ノ目的トナスコトヲ得ルモノトセリ

二 抵當權ノ效力 抵當權ノ效力トハ抵當權者カ抵當物ニ對スル權利並ニ抵當物ニ付キ利害關係ヲ有スル者ト抵當權者間ニ存スル權利義務ノ關係ヲ總稱ス左ニ各場合ニ分ツテ説明セン

**イ 抵當權ノ順位** 同一物ニ付キ數個ノ抵當權アルトキハ第一位ニ於テ抵當權ノ登記ヲ爲シタル者カ一帯抵當權者ト爲リ競賣ノ場合ニ於テ最モ先ニ其代價ヨリ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトス故ニ當事者間ニ於テ假令第一順位ニ於テ抵當權ノ設定契約ヲ爲スモ之カ登記ヲ爲サズ第二順位ニ於テ抵當權設定契約ヲ爲シタル者カ先ツ登記ヲ爲シタルトキハ其者カ一帯抵當權者トナルモノトス

**ロ 抵當權ノ範圍** 債務者カ債務ノ履行ヲ爲サザルトキハ債權者ハ抵當物ヲ競賣シテ其代價中ヨリ債權ノ取立ヲ爲スコトヲ得此場合ニ債權者ハ其代價中ヨリ如何ナル債權ノ取立ヲ爲スコトヲ得ルヤ及ヒ抵當物カ増減變更シタルトキハ其増減變更シタル物ニ對シ抵當權ヲ行フコトヲ得ルヤ否ヤ之レ即チ抵當權ノ範圍ノ問題ナリ前者ニ付テハ債權者ハ元本及ヒ利息金ノ取立ヲ爲シ得ルハ勿論債務不履行ノ爲メ生シタル損害金モ亦右競賣金中ヨリ取立ヲ爲シ得ルモノトス然レトモ利息又ハ損害金ノ如キモノハ其部度請求ヲ爲シテ支拂ヲ受クヘキ性質ノモノナルヲ以テ數年分ノ利息又ハ損害金一時ニ一括シテ請求スルコトヲ許ストキハ他ノ抵當權者チシテ不慮ノ損害ヲ蒙ラシムルコトアルヲ以テ民法ハ利息又ハ損害金ニ付テハ其支拂期限ノ到來シタルトキヨリ二年分ノ額ニ限リ之カ取立ヲ許シ其以前ノ分ニ付テハ特ニ登記ヲ爲シ置クニ非サレバ競賣代金中ヨリ取立ヲ爲シ得サルモノトセリ又後者ニ付テハ抵當物カ増加シテ之ト一體ヲ爲シタルトキハ抵當權ハ其全部ニ對シテ行ハレ減少シタルトキハ更ニ増擔保ヲ請求スルヲ得ス抵當物カ變更シタルトキハ其變更シタル物ノ上ニ權利ヲ行フコトヲ得例ヘハ家屋カ破壊シテ材木ト變シタル場合ニハ其材木ヲ賣却シタル代金ニ對シ抵當權ヲ行フカ如シ

土地及其上ニ存スル建物中何レカ一ヲ抵當ニ供シタルトキハ其抵當物タル土地又ハ建物ヲ競賣ニ付シタルトキハ其土地ノ上ニ存スル建物ノ取除キヲ請求スルノ權利ナク其建物ノ爲メニ特ニ地上權ヲ設定シタルモノトシ其地上權ヲ殘餘ノ土地ノ所有權ト共ニ競賣ニ付スヘキモノトス然レトモ其建物カ土地チ抵當ニ供シタル後ニ築造サレタルモノナルトキハ抵當權者ハ土地ト建物トチ同時ニ賣却シ土地ノ代價ニ付キ他ノ債權者ニ先ツ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトス

**ハ 抵當權ノ處分** 抵當權者ハ自己ノ有スル抵當權ヲ以テ自己ノ債務ノ擔保ニ供スルコトヲ得例ヘハ甲カ乙ヨリ土地チ抵當ニ取リタル場合ニ甲ハ更ニ自己ノ債權者タル丙ニ對シ右乙ニ對スル抵當權ヲ擔保トシテ提供スルコトヲ得ルカ如シ又抵當權者ハ其債務者ニ對スル他ノ債權者ニ自己ノ抵當權又ハ順位ヲ讓渡シ又ハ拋棄スルコトヲ得ルモノトス例之甲ニ對シ乙丙丁ノ三債權者アリ乙ハ抵當權ヲ有スルモノ丙丁ハ抵當權ヲ有セス斯ル場合乙ハ自己ノ抵當權ヲ丙若クハ丁ニ讓渡シ自己ハ無抵當權者ト爲ルコトヲ得又前例ニ於テ乙丙丁孰レモ抵當權者ニシテ順次乙丙丁ト登記ヲ爲シアルトキ一帯抵當權

者タル乙ハ其權利ヲ二帯抵當權者タル丙又ハ三帯抵當權者タル丁ニ讓渡スルコトヲ得而シテ之チ讓渡シタルトキハ讓渡人ト讓受人トノ順位ヲ交換スル結果チ生ズ即チ乙カ丙ニ讓渡セハ乙ハ二帯抵當權者トナリ丙ハ一帯抵當權者ト爲ルカ如シ又抵當權者チ拋棄シタルトキハ其拋棄ヲ受ケタル債權者ニ對シテハ抵當權チ主張スルヲ得ス前第一例ニ於テ抵當權者タル乙カ無抵當權者タル丙ノ爲メニ抵當權チ拋棄シタルトキハ乙丙ノ間ニ在リテハ抵當物ニ付キ各債權額ノ割合ニ應ジテ平等ノ辨濟ヲ受クルコトナルモ拋棄セザルトキハ乙丙ノ間ニ在リテハ抵當物ニ付キ各債權額ノ割合ニ應ジテ平等ノ辨濟ヲ受ケタル者ト拋棄シタル者トハ同一ノ順位ト爲ルコトヲ得ルモノトス又順位チ拋棄シタルトキハ二帯抵當權者ト爲リ乙丁トハ各其順位ニ於テ所得スヘキ金額チ平等ニ分割スルコトナル今甲ニ對シ乙ハ千圓丙ハ二千圓丁ハ千圓ノ債權チ有シ順次一二三帯抵當權者トシ抵當物ノ價格三千圓ナルトキハ通常ノ場合ニ於テハ丁ハ一金モ得ル所ナシ然レニ乙カ丁ノ爲メニ順位チ拋棄セハ丙ハ二千圓ヲ取リ殘額千圓チ乙丁トハ同順位ト爲リ之チ二分シテ各五百圓ヲチ取得スルカ如シ抵當權ノ讓渡及拋棄ハ抵當權者ト無抵當權者トノ間ニ生スル關係ニシテ順位ノ讓渡又ハ拋棄ハ抵當權者間ニ於テノ生スル關係ナルコトヲ注意ス可シ

**ニ 抵當權ノ排除** 蘇除トハ抵當物ニ付キ所有權地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル者カ(第三取得者)抵當權者ノ承諾ヲ得タル金額チ抵當權者ニ支拂ヒ又ハ供託ヲ爲シテ其抵當權ヲ消滅セシムルコトヲ云フ抵當權者ハ右等ノ者カ相當ノ金額チ提供シテ抵當權ノ消滅ヲ請求スルモ之ニ應スヘキ義務アルモノニ非ス然レトモ所有權ハ勿論地上權永小作權ノ如キハ殆ント土地ノ所有權ト同一價格ヲ有スルモノナルヲ以テ抵當權者ト雖モ是等權利ノ買受代金若クハ之ニ相當スル金額チ提供スルトキハ抵當物ヲ賣却シテ取得スル金額ト大差ナキモノナルヲ以テ之チ承諾スルヲ以テ得策ト爲スヘシ故ニ法律ハ抵當權者カ若シ右ノ請求ニ應セザルトキハ一定ノ期間内ニ第三取得者ノ提供シタル金額ヨリ十分ノ一以上ノ高價チ以テ賣却スルコトヲ請求スル權利ヲ付與ス之チ增價競賣請求權ト稱ス若シ十分ノ一以上ノ高價ニ賣却セザレバ其部分ハ抵當權者ノ損失ニ歸セシムルモノトセリ詳細ノ手續ハ第三百七十七條以下ニ規定セリ就テ見ルヘシ

**ホ 抵當權ノ競賣** 之レ抵當權ノ主タル效力ナリ債務者カ期限ニ辨濟ヲ爲サザルトキハ抵當物ヲ競賣法ノ規定ニ從ヒ賣却シ其代價ヨリ自己ノ債權ヲ取立タルコトヲ得ルモノトス而シテ抵當權ニハ質權ニ關スル第三百四十九條ノ如キ規定ナキヲ以テ抵當權設定契約又ハ辨濟期前特別ノ契約ヲ以テ債務ノ辨濟ナキ場合ニ於テ競賣法ノ規定ニ依ラズシテ抵當權者ニ於テ任意ニ抵當不動産ヲ賣却シ又ハ抵當物ヲ其債權者ニ交付スルノ契約ヲ以テ有效ナルモノトセリ此點特ニ注意ヲ要ス

三 抵當權ノ消滅 抵當權モ亦一般權利ノ消滅原因存スルトキハ消滅ス抵當權ニ特別ナル消滅原因トシテハ抵當物ニ付キ所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル第三者カ抵當權者ノ請求ニ依リ其買受代價ヲ抵當權者ニ辨濟シタルトキハ其第三者ニ對シテハ抵當權ハ消滅ス又抵當權設定者ニ非サル第三者カ抵當物ヲ占有シ時効ニ因リテ其所有權地上權又ハ永小作權ヲ取得シタルトキハ所有權地上權又ハ永小作權ヲ目的トスル抵當權ハ消滅ニ歸スルモノナリ抵當權ハ主タル債權者ニ對シテハ債權ノ消滅時効ニ罹ラサル限リ消滅セス之レ不動產債權カ十年ノ期間ヲ經過スルニ因リ當然消滅スルト大ニ異ナル所ナリ又地上權永小作權ヲ抵當權ノ目的ト爲シタル場合ニ抵當權設定者タル地上權者又ハ永小作權者カ之ヲ拋棄スルモ抵當權ハ消滅スルモノニアラス抵當權者ハ土地ノ所有者ニ對シ地上權又ハ永小作權ノ抵當權者トシテ權利ノ實行ヲ爲シ得ルモノトス

### 第三編 債權

#### 第一 總則

一 債權ノ意義 債權トハ特定ノ人カ特定人ニ對シ行爲不行爲ヲ要求スル權利ナリ例ヘハ甲ハ乙ニ對シ貸金ヲ請求スル權利ヲ有スルトキハ甲乙間ノ關係ハ債權關係ナリトス

イ 債權ハ特定ノ人ニ對スル權利ナリ 即チ債權ハ人ト人トノ關係ニシテ物ニ對スル權利(物權)ト異ナル例ヘハ馬ノ引渡ヲ要求スル權利ハ債權ナリ此場合ニ債權ノ債權タル實質ハ引渡ナル行爲ニアリテ馬ニ對スル所有權ノ行使ニアラス

ロ 債權ハ當事者間ノ關係ナリ第三者ニ對シテ效力ナキヲ原則トス 例之甲會社ノ職工ヲ雇ヒ乙會社ニ於テ使用スルモ甲會社ハ乙會社ニ對シ職工ヲ取戻スノ權ナシ蓋シ職工ハ甲會社

ト雇傭契約アリト雖モ此契約ハ第三者タル乙會社ニ對抗スルコトヲ得サルヲ以テナリ

二 債權ノ發生原因 債權ノ發生原因ハ契約(民五二一乃至六九六)事務管理、不當利得、不法行爲、時效、遺言及其他ノ法定原因ナリ債權發生原因ハ後ニ述ブヘシ

三 債權ノ目的 債權ノ目的ハ債務者ノ行爲不行爲ナリ之ヲ給付ト云フ給付ノ種類左ノ如シ

イ 金錢價格ナキ給付 債權ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノト雖モ其目的トナスコトヲ得金錢ニ見積リ得サル給付トハ例ヘハ隣人ニ音樂ヲ奏セシメサルノ債權ヲ有スルカ如シ蓋シ近世取引上ノ需要ハ獨リ金錢價值アルモノ、ミニ限ラス故ニ之ヲ以テ債權ノ物體タリ得ヘシトナス所以ナリ

ロ 特定物ノ給付 特定物トハ債權ノ目的物トシテ定マレルモノヲ云フ例ヘハ此馬此机ヲ以テ債權ノ物體トナスカ如シ故ニ漫然馬百頭米千俵ト云フハ特定物ノ給付ニアラス特ニ此馬此米ト指定セラレ確定シタルモノタルヲ要ス

ハ 不特定物ノ給付 不特定物トハ米百俵砂糖十斤ト云フカ如ク何レノ物タルカ確定セサル物ヲ云フ債權ノ目的物ヲ指示スルニ種類ノミヲ以テシタル場合ニ於テ法律行爲ノ性質又ハ當事者ノ意思ニ依リテ其品質ヲ定ムルコト能ハサルトキハ債務者ハ中等ノ品質ヲ有スル物ヲ給付スルコトヲ要ス例之前例米百俵ノ給付ヲ要求スル債權アルトキハ債務者ハ上等ノ米ヲ給付スルヲ要ナク下米ヲ辨濟スルモ不可ナリ只中等ノ米ヲ給付スルカ如シ



ニ 金總給付 金總給付ノ債務ヲ負フトキハ債務者ハ日本ニ於テ通用スル各種ノ通貨ヲ以テ  
辨濟スルコトヲ得但シ之ニ制限アリ(貨幣法七條)然レトモ特約ヲ以テ五錢白銅ノミヲ給付セシム  
ルモノナルトキハ其約旨ニ從フヘシ

ホ 利息ノ給付 利息ハ元本使用ノ對價ナリ貸金ノ利子ノ如シ利息ハ約定ニヨルモノト法定  
ノモノトアリ約定ナキトキハ利率ハ年五分トス特約アルトキハ勿論若シ之ナクモ利息カ一  
ク年分滯リタルトキハ債權者ハ履行ヲ催告シ若シ應セサルトキハ元本ニ組入レテ又其利息  
ヲ附スルコトヲ得ヘシ之ヲ重利ト云フ

ヘ 選擇給付 選擇給付トハ債權ノ目的數個アリ選定ニヨリテ定マルヘキモノヲ云フ例ヘハ  
勞務ノ報酬トシテ金錢或ハ物品ヲ與フト云フ債務關係ノ場合ニ於テハ其給付ハ選擇ニヨリ  
或ハ金錢ヲ受クルコトトナリ或ハ物品ヲ受クルコトトナルカ如シ此選擇權ハ第一ニ債務者  
ナリ即チ與フル人ナリ債務者カ辨濟期ニ在ル場合ニ債務者カ相手方ヨリ相當ノ期間ヲ定メテ  
選擇スヘキ旨ノ通知ヲ受クルモ應セサルトキハ選擇權ノ債權者即チ與ヘラル者ニ屬ス或  
ハ當事者ノ約束ニヨリ他人ヲ以テ選擇セシムルコトヲ得若シ其他人選擇セサルトキハ選擇  
權ハ再ヒ債務者ニ戻ル

四 債權ノ效力 債權ハ特定人ノ行爲不行爲即チ給付ヲ目的トス故ニ債權ノ主タル效力ハ給付  
ナリ即チ貸金ノ債權ニ於テ借金ノ返済ヲ受クルカ如シ然レトモ債務者カ任意ニ辨濟ヲ爲サ、  
ルコトアリ之ニ對シテ制裁ナルヘカラス曰ク損害賠償及強制履行是ナリ然レトモ之ノミニ  
シテハ未タ債權ノ保護全カラス債務者ハ債權ヲ妨害スルノ惡意ヲ以テ自己ノ財産ヲ賣却スル  
等ノ事アリ債權ノ執行困難ナルコトアリ之カ爲メニ法律ハ代位訴權、廢罷訴權ノ制ヲ設ク  
イ 損害賠償 債務者カ債務ノ本旨ニ從ツテ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ損害賠償ノ請求

ヲナスコトヲ得例ヘハ履行ノ場所(東京或ハ大阪)履行ノ時期(明治四十二年一月一日)履行ノ目的物(米)ヲ違ヘタル  
場合ニ於テ其ノ損害ヲ請求シ得ルカ如シ其多クハ履行期ニ遅ルルトキナリ

損害額ハ債務不履行ニヨリテ通常生スル處ノ標準トナス例ヘハ金錢ノ履行期遅ルル  
トキニ遅延ニ應スル利息ヲ支拂ハシムルカ如シ然レトモ債務者カ特別ノ事情ニヨリテ損害  
ヲ生シタルコトヲ豫見シタルトキハ其責ニ任ス例ヘハ甲カ乙ニ白米百俵ヲ三百圓ニテ一月  
十日迄ニ賣渡スコトヲ約シ乙ハ又其百俵ヲ丙ニ一月十日迄ナラハ三百五十圓一月十日以後  
ハ三百圓ニテ賣渡スコトヲ約シタルトキ甲カ其事實ヲ知リテ甲カ其期日ニ履行セサルトキ  
ハ甲ハ乙カ丙ヨリ利得スヘキ差額五十圓ノ賠償責任アルカ如シ

損害賠償ハ金錢ヲ以テ補償スルヲ原則トス別段ノ約束アルトキハ此限ニアラス

□ 強制履行 債務者カ任意ニ辨濟ヲ爲サ、ルトキハ裁判所ニ對シ強制履行ヲ求ムルコトヲ  
得之ヲ強制履行ト云フ例之馬ノ引渡ノ債務ナルトキハ執達吏ヲ以テ其馬ヲ差押ヘ債權者ニ  
交付スルコトヲ裁判所ニ求ムルカ如シ但シ債務ノ性質カ之ヲ許サ、ルトキハ右ノ原則ヲ適  
用スルヲ得ス即チ不法ニ債務者ノ身體ニ暴力ヲ加フルニ非サレハ債務ヲ實行セシムルコト  
能ハサルトキハ債務ノ性質強制履行ヲ許サ、ル場合ナリ例ヘハ雇人ヲシテ強テ仕事ヲナサ  
シムルカ如シ此場合ニ於テハ他人ヲシテ仕事ヲ爲サシメ雇人ヨリ雇賃ヲ支拂ハシムルコト  
ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得(民四二項)又甲ノ宅地ヨリ十間ヲ離レテ家屋ヲ建築スヘキ義務  
ヲ負フ乙者カ間隔ナクシテ家屋ヲ築造シタルトキハ乙者ノ費用ヲ以テ十間ノ間隔ヲ附セシ  
メ且將來ノ爲メニ木柵等ヲ設ケテ其侵入建造ヲ防クコトヲ得

ハ 代位訴權 (間接訴權) 債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ其債務者ニ屬スル權利ヲ行フ  
コトヲ得例ヘハ甲債權者カ乙債務者ニ對シ一千圓ノ貸金アリテ已ニ辨濟期ヲ過キタリ然ル

ニ乙ハ丙ニ對シ又一千圓ノ貸金アリテ已ニ辨濟期到來セリ此場合ニ甲ハ丙ニ對シ乙ノ債權ヲ實行スルコトヲ得ルカ如シ然レトモ此場合ニ甲ハ直チニ自己ノ債權ノ辨濟ニ充ツルヲ得スシテ乙ニ對スル他ノ債權者ト平等ノ割合ヲ以テ辨濟ヲ受クヘシ但シ財產權ニアラサルモノハ代位訴權ヲ行フコトヲ得ス例ヘハ甲カ乙ニ貸金アルノ故ヲ以テ乙カ其子ニ對スル親權ヲ代リ行フ能ハサルカ如シ

ニ 廢罷訴權 (取消訴權) 債務者カ債權者ヲ害スルカ爲メニナス法律行為ハ債權者ニ於テ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得之ヲ廢罷訴權ト云フ例ヘハ債權者カ多クノ負債アリテ到底其差押ヲ免レサルヲ知り早ク已ニ自己ノ所有物ヲ他人ニ賣却スルトキハ債權者ノ債權ノ實行ヲ不能ナラシムルヲ以テ債權者ハ債權者カ他人ニ賣却シタル行為ヲ取消シ其所有物ヲ債務者ニ取戻スカ如シ但シ右ノ所有物カ他人ヨリ更ニ別人ニ轉賣シ買受人タル別人カ債務者ノ詐害行為ナルコトヲ知ラサルトキハ此廢罷訴權ヲ提起シテ取消ヲ請求スルコトヲ得ス之レ善意ノ買受人ヲ害スルノ結果トナレハナリ

五 多數當事者ノ債權

イ 連合債務 數人ノ債權者又ハ債務者アル場合ニ於テ別段ノ意思表示ナキトキハ各債權者又ハ債務者ハ平等ノ割合ヲ以テ權利ヲ有シ又ハ義務ヲ負フ故ニ三人ヨリ三人ニテ九百圓ノ借金ヲナストキハ貸主ハ各々三百圓宛ノ債權ヲ有シ借主ハ各三百圓宛ノ債務ヲ負ヒ其三百圓ハ債權者ノ一人カ債務者ノ全員ニ對シ各一百圓宛請求スルコトヲ得ルカ如シ右ノ場合ヲ連合債務ト云フ

○ 不可分債務 債務ハ其目的ノ性質ニヨリ或ハ當事者ノ意思ニヨリ不可分トナル

(1) 目的ノ性質ニヨリ不可分 數人共有ノ馬一頭ヲ給付スル債務ハ此場合ニ屬ス

(2) 當事者ノ意思ニヨリ不可分 數人ニテ米百俵ヲ給付スル債務ハ性質上可分ナルモ當事者之ヲ不可分トシテ給付スルヲ得ルカ如シ

不可分債權者ノ一人ハ總債權者ノ爲メ履行ヲ請求シ得ヘク例ヘハ馬一頭ノ引渡ナルトキハ各債權者ノ一人ハ其持分ニアラスシテ全部即チ馬一頭ヲ總債權者ノ爲メニ請求シ得ルカ如シ不可分債務者ハ總債務者ノ爲メニ各債權者ニ履行ヲナスコトヲ得ヘシ例ヘハ債務者ノ一人ハ總債務者ノ爲メニ右債務ノ目的タル馬一頭ヲ給付スルコトヲ得ルカ如シ

ハ 連帶債務 連帶債務ハ多數ノ債務者各自全部ノ義務ヲ負擔シ一人ノ債務全部ノ履行ニヨリテ全員カ其義務ヲ免ル、モノナリ例ヘハ連借人ノ如シ一千圓ヲ二人連帶シテ借用スルトキハ各自一千圓ヲ支拂フノ義務アリ然レトモ一人ノ辨濟ニヨリテ其債務消滅ス之レ連帶債務ノ特色ナリ我民法上連帶債務ヲ負フヘキトキハ特ニ連帶ノ文字ヲ附加セサルヘカラス然ラサレハ連合債務ト看做サル

連帶債務ハ右ノ如ク各自全部ヲ支拂フノ義務アルカ故ニ其ノ一人カ全部辨濟ヲナシタルトキハ他ノ債務者ハ辨濟ノ必要ナキヲ以テ不當ニ利得スルコト、ナル故ニ辨濟ヲナシタル者ハ原則トシテ平等ノ割合ヲ以テ求償權ヲ行フコトヲ得若シ豫メ各自ノ負擔部分ヲ定メタルトキハ之ニ從フ

ニ 保證債務 保證債務ハ他人ノ債務ヲ履行スルノ債務ナリ故ニ單純ニ他人ニ代ツテ辨濟スルト云フニアラスシテ他人ノ債務ヲ自ら辨濟スルモノニシテ他人ノ債務自體トハ別個ノ債務ナリ即チ他人ノ債務ヲ辨濟スル獨立ノ債務カ保證債務ナリトス例ヘハ借金ノ保證、物品返還ノ保證等之ナリ

保證債務ハ補充的ノ債務ナリ何トナレハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ履行ス

ル債務ナルヲ以テナリ保證債務ハ從タル債務ナリ何トナレハ主タル債務ヲ保證スルモノナ  
レハ主タル債務ノ存在ナクシテ獨リ保證債務ノ存在スヘキ所以ナキヲ以テナリ例ヘハ千圓  
ノ借用人カ辨濟ニヨリ債務ヲ消滅セシムルトキハ保證人ノ責務モ亦之ナキニ至ルカ如シ若  
シ保證人カ主タル債務者ニ代ツテ辨濟ヲナシタルトキハ辨濟シタル部分ヲ主タル債務者ニ  
請求スルコトヲ得ヘシ之ヲ保證人ノ求償權ト云フ

次ニ連帶保證ニ付キ一言スヘシ連帶保證ニ二種アリ一ヲ債務者ト保證人トノ連帶他ヲ保證  
人間ノ連帶トス

(1) 債務者ト保證人トノ連帶 債務者ト連帶セル保證人ハ補充的ノ性質ヲ失ヒ即チ債務者  
ノ辨濟セサル場合ノミニ辨濟ノ責任アルニアラス債權者ハ第一ニ保證人ニ對シ債務ノ辨  
濟ヲ請求スルコトヲ得又連帶保證人ハ債務者ニ拘ラス辨濟ノ義務アリ之レ連帶保證ノ特  
質ナリ故ニ連帶保證人ハ先ツ債務者ニ請求スヘキ旨ノ抗辯ヲナスコトヲ得然レトモ連  
帶保證ハ保證債務ノ性質ヲ失ハス故ニ主タル債務消滅スレハ從タル連帶保證債務モ消滅  
ス之レ連帶債務者ノ一人ニ付キ債務ノ消滅アルモ他ノ連帶債務者ノ債務消滅セサルト大  
ニ異ナル處ナリ

(2) 保證人間ノ連帶 保證人數人アルトキハ原則トシテ各自平等ノ割合ヲ以テ主タル債務  
ヲ保證スルモノトス故ニ千圓ノ債務ヲ二人ニテ保證スルトキハ各自五百圓宛ノ保證債務  
ヲ負フカ如シ此場合ニ二人カ連帶シテ保證スルトキハ連帶債務ノ規定ヲ準用シ各自全債  
務即チ千圓宛ノ保證ヲナシタルコトナル

六

債權ノ讓渡 債權ノ讓渡トハ債權者ノ更替ナリ債權カ甲ヨリ乙ニ移轉スルコトナリ  
債權ハ讓渡スルヲ得ルヲ原則トス但シ性質上之ヲ許サ、ルモノアリ例ヘハ學資金ヲ贈與スル

定期金債權ノ如キ之ナリ又當事者カ讓渡セサル契約ヲナシタルトキハ其債權ハ之ヲ讓渡スル  
ヲ得ス債權ノ讓渡ハ讓渡人讓受人ノ間ニ於テハ合意ノミニテ足レルモ債務者及其他ノ第三者  
ニ對シテハ一定ノ手續ヲ經ルニ非サレハ讓渡ノ效力及ホスヲ得ス乃チ指名債權(債權者ノ確  
讓渡ハ債務者ニ通知スルカ又ハ債務者ノ承諾ヲ經ルコトヲ要ス

債權讓渡ノ效力ハ債務者ニ於テ之ヲ承諾スルトキハ讓渡人ニ對シテ有シタル一切ノ抗辯權ハ  
更ニ讓受人ニ主張スルコトヲ得サルモ單ニ通知ヲ受ケタルニ止マリタルトキハ讓渡人ニ對シ  
有シタル抗辯權ハ(通知前ニ一部辨濟アリ又ハ一部)讓受人ニモ亦主張スルコトヲ得ルモノトス指圖  
債權(指定セラレタル債權者又ハ其指圖シ)ノ讓渡ハ讓渡シタル旨ヲ證書ニ (1)裏書シテ其證券ヲ讓受  
人ニ (2)交付スルコトヲ要ス此債權讓渡ノ效力ハ證書ニ記載セラレタル事項又ハ證書ノ性質  
上ヨリ當然生スヘキ結果(讓受人トシテ辨濟ノ請求ヲナシタル者カ證書面)ニアラサル限りハ凡テ讓渡人  
ニ對抗シ得ヘカリシ事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス  
無記名債權ハ其價格カ證書其物ニ存スルカ故ニ民法ハ之ヲ動産ト看做スヲ以テ讓渡ノ手續モ  
亦動産ノ讓渡ト同一ナリ乃チ證書ノ引渡ニ依リテ完成ス

七

債權ノ消滅 債權ハ時効、取消、履行不能等ニヨリ消滅スルモ茲ニハ只債權ノ一般消滅原  
因ヲ述ヘン

イ、辨濟 辨濟ハ債務ノ本旨ニ適シタル履行ナリ例ヘハ材木千本ヲ給付スル債務ハ其材木千  
本ヲ給付スルニヨリ消滅スルカ如シ辨濟ハ第三者之ヲ爲スコトヲ得之ヲ代位辨濟ト云フ甲  
ノ債務ヲ乙カ辨濟スルカ如シ

代位辨濟ヲ爲シタル者ハ債權者ノ地位ニ代リテ其權利ヲ行使スル權利ヲ取得ス蓋シ債權者  
ノ權利ハ辨濟ト同時ニ消滅スヘキモノナルモ法律ハ辨濟者カ債務者ニ對スル求償權ヲ確保

センカ爲メ其債權ハ消滅セサルモノトナシ辨濟者ニ其權利ノ行使ヲ許シタルモノトス斯ク  
代位辨濟者ノ權利ハ特別ノ規定ニ因リ辨濟者ノ有スル權利ニシテ債權ノ讓渡ニ因ルニ非ラ  
ス代位辨濟ハ辨濟ヲ爲スニ(1)利害ノ關係ヲ有スル者(保證人)ハ辨濟ニ因リテ當然此權利ヲ取  
得ス(2)又債權者ノ承諾ヲ得ルトキハ如何ナル者ト雖之ヲ取得スルモノトス代位辨濟者ハ債  
務者ニ對シ有スル求償權ノ範圍内(保證人ノ求償權ハ保證債)ニ於テハ債權者カ債權ノ效力トシテ  
有セシ一切ノ權利(損害賠償強制執行代位)及其擔保トシテ有セシ權利(質權抵押)ヲ行フコトヲ得ル  
モノトス

辨濟ハ其目的物ニ代ヘ他ノ物ヲ以テ辨濟スルコトアリ但債權者ノ承諾ヲ要ス之ヲ代物辨濟  
ト稱ス馬ノ代リニ牛ヲ引渡スカ如シ

相殺 二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔シ雙方ノ債務カ辨濟期ニアルトキハ各債  
務者カ其對當額ニ付キ相殺ヲナスコトヲ得例ヘハ半期ニ支拂フ慣習アル商人ト商人トカ本  
年七月ニ於テ相方ノ貸借ノ差引勘定ヲナスカ如シ

更改 更改トハ舊債務ヲ消滅セシメ新債務ヲ發生セシムルヲ云フ其場合左ノ如シ

(1) 目的ノ變更 例ヘハ米ヲ給付スルノ契約ニ代ヘテ大豆ヲ給付スル契約ヲナスカ如シ此  
場合ハ大豆給付ノ義務新ニ發生スルモ代物辨濟ノ場合ハ新ニ發生スル債務ナシ代物ヲ辨  
濟シテ債務消滅スルノミ

(2) 當事者ノ更替 債權者債務者ノ變更スルヲ云フ

(3) 條件付債務ヲ無條件ニ無條件債務ヲ條件付トナス場合 明日雨降ラハ千金ヲ與フト云  
フ場合ニ單ニ千金ヲ與フトシ或ハ單ニ千金ヲ與フト云フ場合ニ明日雨降ラハトスルカ如  
シ

ニ 免除 債權者カ債權ヲ拋棄スルヲ免除ト云フ債權者ハ隨意ニ免除ヲナシ得ヘキモノニシ  
テ債務者ノ同意ヲ要セス例之金錢ノ貸主ハ債務者ニ對シ汝ノ債務ヲ免除シ返金ニ及ハスト  
云フカ如シ

六 混同 債權債務カ同一人ニ歸スルヲ混同ト云フ 債務者カ債權者ノ家督相續ヲナシタル  
場合ノ如シ

第二 契約總論

一 契約ノ意義 契約トハ私法上ノ效果ヲ生スルヲ目的トスル二人以上ノ意思表示ノ合致ナリ  
左ニ之ヲ分解セン

イ 契約ハ二人以上ノ間ノ意思表示ノ合致ナリ 契約ハ其成立ニ二人以上ノ當事者アルコト  
ヲ要スルハ勿論當事者ノ意思カ相合致スルコト換言スレハ其一方カ他ノ一方ニ對シ意思ヲ  
表示シ相手方カ之ニ對スル自己ノ意思表示ヲ爲シ相手方ノ意思カ互ニ相投合スルコトヲ要ス  
例ヘハ此家屋ヲ千圓ニテ賣ラントノ意思表示ニ對シ千圓ニテ買受クヘントノ意思ヲ表示ス  
ルカ如シ故ニ契約ノ成立ニハ當事者ノ一方カ意思ヲ表示シ相手方カ其意思表示アリタルコ  
トヲ知リテ之ニ同意スルコトヲ必要トス故ニ相對當スル意思表示カ偶相交又スルモ意思表  
示ノ併立アリテ意思ノ合致ナキカ故ニ契約ハ成立セス例ヘハ甲ハ乙ノ家屋ヲ千圓ニテ讓渡  
サレタシト申込ミ乙ハ甲ノ讓受ケノ申込ミアルコトヲ知ラス更ニ千圓ニテ讓受ケラレタシ  
トノ申込ヲ爲スカ如シ契約ハ申込ト之ニ對スル承諾ノ合致アルヲ要ス申込ノ交叉ハ契約ヲ  
成立セシメス而シテ契約ヲ成立セシメントシテ相手方ノ合意ヲ求ムル當事者一方ノ意思表  
示ヲ申込ト云ヒ之ニ同意ヲ爲ス相手方ノ意思表示ヲ承諾ト云フ此申込ト承諾トカ合致シタ  
ルトキハ申込承諾ト全然獨立シタル契約ナルモノ成立シ最早申込又ハ承諾ナルモノナシ

○ 契約ハ私法上ノ效果ヲ生セシムルヲ以テ目的トス私法上ノ效果ヲ發生スルコトヲ目的トスル意思表示ノ合致ニ非サレハ契約ニ非ス從テ當事者間ノ意思表示カ純然タル道德上風俗上社交上ノ意義ヲ有スルニ過キサルトキハ其意思表示ノ合致ハ之ヲ契約ト稱スルコトヲ得ス又公法上ノ效果ヲ生スル意思表示ノ合致ノ如キモ民法ニ所謂契約ニアラス左ニ契約ノ構成要件タル申込及承諾ニ付キ概説セン

二 契約ノ成立要件

イ 申込 申込トハ當事者ノ一方カ相手方ノ承諾ニ因リテ直チニ契約ヲ成立セシムルノ意思ヲ以テ相手方ノ同意ヲ求メンカ爲メ相手方ニ對シテ爲ス意思表示ヲ謂フ申込ハ相手方ノ同意ニ因ツテ直チニ契約ヲ成立セシムルモノナルヲ以テ之ヲ申込ノ誘引ト區別スルコトヲ要ス申込ノ誘引トハ他人ヲシテ契約ヲ締結セントスル申込ヲ誘フカ爲メニスル意思表示ニシテ例ヘハ商人カ店頭ニ商品ヲ陳列シ顧客ノ買受申込ミヲ誘フカ如シ故ニ申込ノ誘引ハ被誘引者カ誘引ニ基ツキ更ニ誘引者ニ對シ申込ヲ爲シ誘引者カ之ヲ承諾スルニ依リテ契約成立ス申込自體ト申込ノ誘引トノ差異アルコトヲ知ルヘシ

中込ハ一ノ意思表示ナルカ故ニ申込カ效力ヲ生スルニハ其意思表示カ相手方ニ到達スルコトヲ要ス故ニ對話者間ニ於テハ其表示ト同時ニ效力ヲ生シ隔地者間ニ在リテハ書面又ハ使者等ニ依リ之ヲ相手方ニ到達シタルトキニ效力ヲ生ス然レトモ相手方カ必スシモ申込ノ内容ヲ知ルコトヲ要セス例ヘハ郵便ニテ申込ヲ爲シタルトキハ其郵便カ相手方ノ居所ニ到達シタルトキハ其披見ナクモ到達シタルトキニ於テ效力ヲ生ス

申込ノ效力トシテ申込者カ承諾ノ期間ヲ定メタルトキハ其期間内又承諾期間ヲ定メサルトキハ承諾ヲ爲スニ相當ノ期間内申込ヲ取消シ得サルモノトス例ヘハ五日以内ニ諾否ノ確答

ヲ望ムトノ條件ニテ申込ヲ爲セハ五日以内ハ取消シ得ス又東京ヨリ大阪ノ商人ニ對シ期間ヲ定メスシテ申込ヲ爲シタル場合ノ如キハ書面ノ往復期間内並ニ事ノ大小輕重ニ依リ熟考期間トシテ相當ノ猶豫ヲ與ヘ其期間内ニ在リテハ申込ヲ取消スコトヲ得サルモノトス之ヲ申込ノ拘束力ト云フ申込ニ對シ相手方ハ諾否ノ意思ヲ表示スル義務ヲ負擔スルモノニ非ス

○ 承諾 承諾トハ申立ニ對スル同意ノ意思表示ヲ云フ承諾ハ申込ニ對スル同意ノ意思表示ナルヲ以テ申込ノ内容ヲ變更シテ承諾ヲ爲スヲ得ス必ス申込通リノ内容ヲ受諾スル旨ノ意思表示ナラサルヘカラス故ニ申込ノ内容ニ條件ヲ附シ又ハ變更ヲ加ヘテ承諾スルモ所謂承諾ト爲ラス例ヘハ甲カ乙ニ對シ家屋ヲ千圓ニテ十日以内ニ買求メラレ度シトノ申込ヲ爲シタルニ對シ乙カ八百圓ナレハ買受クヘシトカ又ハ家屋カ自己ノ氣ニ入ラハ買受クヘシト云フカ如キハ承諾ニ非ス如此意思表示ハ之ヲ金八百圓ニテ買受ケタシ又ハ自己ノ氣ニ入ラハ讓受ケタキ故讓渡サレンコトヲ望ムトノ申込ト爲ルモノトス

三 契約ノ成立時期 對話者間ノ契約ハ承諾ノ意思ヲ表示シタルトキニ成立シ隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタルトキニ成立ス民法ハ第九十七條ニ於テ隔地者間ノ意思表示ハ其意思表示カ相手方ニ到達シタルトキニ效力ヲ生スルヲ以テ原則トスル旨規定セルニ拘ラス意思表示タル承諾ノ效力發生時期ニ付テハ第五百二十六條ニ於テ發信主義ヲ採用セリ之レ申込者ハ承諾ヲ豫期シテ申込ヲ爲スモノナルカ故ニ發信主義ヲ採用シ可成速カニ契約ノ成立ヲ來サシムルハ當事者ノ意思ニ合シ何等不都合ナキヲ以テ第九十七條ノ原則ニ對スル例外ヲ設ケタルモノナリ

四 契約ノ種類

契約ニハ雙務契約、片務契約、有償契約、無償契約、諾成契約、要式契約、射付契約、實定契約主

ル契約従タル契約、物權契約、債權契約、要因契約、不要因契約等ノ區別アリ。雙務契約トハ當事者雙方カ債務ヲ負擔スルモノヲ云ヒ片務契約トハ一方ノミカ義務ヲ負擔スルモノヲ云フ有債契約トハ當事者雙方カ互ニ利益ヲ受ケル契約ヲ云ヒ無債契約トハ當事者ノ一方ノミカ利益ヲ受ケル契約ヲ云フ諾成契約トハ意思ノ合致ノミニ因リテ成立スル契約ヲ云ヒ要式契約トハ意思ノ合致ノ外一定ノ方式(物ノ引渡ノ如シ)ヲ經ルニ非レハ成立セザル契約ヲ云フ射倂契約トハ當事者ノ利益カ契約締結ノ當時ニ於テハ未確定ニシテ當事者ノ知ラサル事實ノ發生スルニ因リ損益ノ定マル契約ヲ云ヒ(本年某田ノ收穫物ヲ賣ラント約スルカ如シ)實定契約トハ契約締結ノ當初ニ於テ契約上ノ損益カ確定スルモノヲ云フ主たる契約トハ他ノ契約ニ關係ナク獨立シテ成立スルモノヲ云ヒ之ニ反スルモノヲ從タル契約ト云フ物權契約トハ契約ノ效果トシテ直接ニ物權ノ得喪變更ノ效力ヲ生スル契約ヲ謂ヒ債權契約トハ契約ノ效果トシテ當事者間ニ單ニ債權債務ノ關係ヲ生スル契約ヲ謂フ例ヘハ甲カ米百俵ヲ乙ニ賣渡ス契約ヲ爲シタリトセヨ該百俵ノ米カ特定シ居リタルトキハ右契約ト同時ニ米ノ所有權ハ乙ニ移轉ス(民一七六)之レ物權契約ノ效果ナリ然レトモ若シ該百俵ノ米カ不特定物ナリトスレハ賣渡契約カ成立シタルノミニテハ米ノ所有權ハ乙ニ移轉スルモノニアラス單ニ甲乙間ニ中等ノ品買手有スル米百俵ヲ甲ヨリ乙ニ移轉スヘキ債務關係ヲ發生スルノミ之レ債權契約ヨリ生スル效果ナリ而シテ甲ハ自己ノ債務ヲ履行スル爲メ中等米百俵ヲ選擇シ之ヲ現實ニ乙ニ引渡ヲ爲スニ依リテ始メテ米ノ所有權カ乙ニ移轉スルモノトス此場合ニ於テ甲カ百俵ノ米ヲ現實ニ乙ニ引渡ス行爲ヲ稱シテ物權契約ト稱ス前例特定物ノ賣渡契約シタルトキハ其物ノ所有權ハ直チニ買主ニ移轉スルヲ以テ所謂物權契約ノ存在スルコトハ明カナルモ果シテ債權契約成立シ居ルヤ否ヤト云フニ此場合ト雖モ債權契約ハ物權契約ト同時ニ成立シ其成立ト同時ニ物ノ所有權移轉ノ債務ハ履行セラレタルモノト見ルヘシ故ニ特定物ニ關スル物權ノ移轉ヲ目的トスル契約ハ其一個意思表示中ニ債權契約ト物權契約トノ二種ノ契約ヲ包含スルモノト解スヘキナリ要因契約トハ契約者ノ一方カ相手方ニ或財產上ノ利益ヲ供與スルニ付キ一定ノ目的アルコト即チ利益供與ノ原因アルコトヲ要スル契約ヲ云ヒ不要因契約トハ右ノ如キ原因ノ存在ヲ必要トセザル契約ヲ云フ賣買契約ノ如キハ買主カ代金ヲ支拂フハ物品ノ所有權ヲ得ルカ爲メノ目的即チ原因アルコトヲ要スルカ故ニ要因契約ナリ反之贈與契約ノ如キハ右ノ如キ目的原因ノ存在ヲ必要トセス又物權契約ニ於テ物ノ受授ノミヲ以テ成立スルノ外右ノ如キ原因ノ存在ヲ必要トセザルカ故ニ不要因契約ニ屬ス

五 契約ノ效力 契約ノ效力ハ契約ノ内容ニヨリテ定マル今民法ノ規定スル契約ノ效力ヲ述フ

イ 同時履行 當事者雙方ニ義務アル契約ヲ雙務契約ト云フ例ヘハ賣買ハ一方カ物品ヲ引渡

シ相手方カ代金支拂ノ義務アルカ如シ此場合ニ其一方カ相手方ノ履行ノ提供アルマテ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得即チ前例ノ賣主ハ買主ノ代金支拂マテ物品ノ引渡ヲ拒ミ買主ハ賣主カ物品ヲ引渡ス迄代金支拂ヲ拒ムコトヲ得ルカ如シ之ヲ同時履行ノ抗辯ト云フ此場合ニ相手方ノ債務カ辨濟期ニアラサルトキハ此抗辯ヲナスコトヲ得ス前例ニ於テ賣主ハ此代金支拂ヲ一年間猶豫シタルトキハ即時ニ代金ヲ支拂ハサレハ物品ヲ引渡サスト抗辯スルヲ得サルカ如シ

□ 危險負擔 雙務契約ノ場合ニ於テ一方ノ債務ノ履行カ不能トナリタルトキハ相手方カ反對給付ヲナスノ義務ヲ免ル、ヤ否ヤヲ決スルハ危險負擔ノ問題トス前例ニ於テ賣渡物品カ燒失シタルトキ賣主ハ尙買主ニ對シ代金ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤニアリ

特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル契約ノ場合例ヘハ此時計ヲ賣ラン買ハント云ラトキハ特定物ニ關スル物權移轉ノ場合ナリ物權ノ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニヨリ其放力ヲ生スルヲ以テ未タ引渡ナキモ當事者ノ賣買契約ニヨリ時計ノ所有權ハ買主ニ移ル然ルニ賣主カ其引渡前火災ノ爲メ時計ヲ燒失シタルトセハ買主カ代金支拂ノ義務アリヤ此場合ニ何レカノ過失ニヨリテ燒失シタルトセハ其過失者ニ責任アルハ論ナキモ若シ當事者ニ過失ナキトキハ(何人ニモ過失ナキ)其損失ハ債權者ノ負擔スヘキモノナルヤ債務者ノ負擔スヘキモノナルヤニアリ我民法ハ債權者カ其危險ヲ負擔スヘキモノトセリ故ニ前例ノ場合ハ買主カ危險ヲ負擔シ代金支拂ノ義務アリ(滅失シタル時計ニ付テ)之レ即チ當事者雙方ノ債務(代金支拂有價物引)ハ獨立シテ運命ヲ共ニスヘキモノニアラス故ニ一方ノ債務カ履行不能トナルモ(燒失ス)相手方ノ債務(代金)ハ依然存在スヘク又債權者(買主)ハ或ハ其物カ滅失セスシテ價格ヲ増加シタルトキハ之ヲ利得スヘキヲ以テ利ノアル處損失モ亦之ニ伴フモノニシテ以テ其

公平ヲ保ツ所以ナリトノ理由ニ基ク又不特定物ハ特定物トナリタル後ニ以上ノ適用ヲ受クヘキモノトス

ハ 第三者ノ爲ニスル契約 契約ノ效力ハ第三者ニ及ハサルコト債權ノ始メニ述ヘタルト同シ然ルニ民法ハ茲ニ特例ヲ設ケ契約ニ依リ當事者ノ一方ハ第三者ニ對シテ或給付ヲナスコトヲ約シタルトキハ其第三者ハ債務者ニ對シテ直接ニ其給付ヲ請求スル權利アルモノトセリ例之甲カ乙ト契約シ乙ノ親族丙ニ金千圓ヲ贈與スルコトヲ定メタルトキハ丙カ甲ニ對シテ千圓ノ贈與ヲ受クル意思ヲ表示シタルトキハ之ニヨリ效力ヲ生シ丙ハ甲ニ對シテ金千圓ヲ請求スルコトヲ得ルカ如シ之レ債權ハ金錢價值ナキ給付ト雖モ其目的トナスコトヲ得ルカ故ナリ何トナレハ甲乙間ノ契約ハ丙ニ千圓ヲ給付スルト云フニ過キスシテ債權者タル乙ニハ何等ノ利益ナシ然レトモ乙ハ甲カ丙ニ千圓ヲ給付スルト云フ無形ノ利益ヲ有スレハナリ

六 契約ノ解除 契約ヲ解キテ契約締結前ノ状態ニ回復スル權利ヲ解除權ト云フ契約ノ解除ハ契約中ニ定ムルコトアリ又法律ノ規定ニ因ルコトアリ今法律ノ規定セル解除ノ原因ヲ示セハ左ノ如シ

- イ 契務不履行ノ場合 債務者カ債務ヲ履行セサルトキハ債權者ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ(何日迄ニ履)其期間ニ履行セサルトキハ契約ヲ解除スルコトヲ得
- ロ 契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲナスニ非サレハ契約ノ目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ債務者カ履行ヲナスシテ其日時又ハ期間ヲ經過シタルトキハ債權者ハ催告ヲナスシテ直チニ契約ヲ解除ヲナスコトヲ得
- ハ 契約ノ性質ニヨルトハ例ヘハ門松ヲ注文シタルニ元日迄ニ持參セサルトキハ其注文ヲ取消スコトヲ得ルカ如シ蓋シ門松ハ元日ニ必要ニシテ二日ニハ用ナケレハナリ

ハ 履行不能ノ場合 契約ノ全部又ハ一部カ債務者ノ過失ニヨリ履行不能トナリタルトキハ債權者ハ契約ヲ解除スルコトヲ得例ヘハ或立木百本ノ賣買ヲ約シタル賣主カ全部又ハ其内ノ五十本ヲ伐採シテ自家ノ建築ニ使用シタルトキハ買主ハ其契約ヲ解除スルコトヲ得ルカ如シ然レトモ一部不能ノ場合ニ在リテハ常ニ契約ノ解除ヲ爲シ得ルモノト速斷スヘカラス一部ノ不能ノ爲メ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル状態ニ達シタルトキハ之ヲ解除シ得ルコト當事者カ契約ヲ爲シタル精神ヨリスルモ當然ニ屬ス乍併一部不能ノ爲メ未タ全ク契約ヲ爲シタル目的ヲ達シ得サル程度ニ達セサルトキハ之ヲ理由トシテ契約ヲ解除スルコトヲ許サス唯一部不能ノ爲メ損害ヲ蒙リタルトキハ之カ賠償ヲ請求スル權利ヲ有スルノミ

以上何レノ場合ニ於テモ損害ヲ蒙リタル解除權者ハ賠償ノ請求ヲナスコトヲ得

第三 契約各論

今左ニ民法ノ規定スル各種契約ヲ説明スヘシ

一 贈與 贈與トハ當事者ノ一方カ自己ノ財産ヲ無償ニテ相手方ニ與フル意思ヲ表示シ相手方カ承諾ヲナスニヨリテ其效ヲ生スルモノナリ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ机ヲ與フヘシト云ヒ乙之ヲ承諾スルカ如シ故ニ贈與ハ贈與ヲ受タルモノノ承諾ヲ要ス蓋シ他人ヨリ物ヲ與ヘラルルヲ不快トスルコトアレハナリ書面ニヨラサル贈與ハ之ヲ取消スコトヲ得蓋シ一時ノ感情ニ制セラレ一片ノ口約ニヨリ物ヲ與フル義務ヲ生スルハ往々ニシテ後悔スルコトアレハナリ

二 賣買

イ 賣買ノ意義 賣買トハ當事者ノ一方カ或財産權ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其代金ヲ支拂フコトヲ約スル契約ナリ乃チ賣買ハ財産權ノ移轉ヲ目的トスル契約ナル

カ故ニ人格權ハ賣買ノ目的物トナラス又權利ノ性質上(親屬權)若クハ法律ノ規定上讓渡スルコトヲ得サル財產權(年金債權)ハ賣買ノ目的ト爲スヲ得ス尤モ目的トスル權利ハ賣主ノ有スルモノナルコトヲ必要トセス又現ニ存在スルヲ必要トセサルカ故ニ他人ノ所有物又ハ未來ニ發生スヘキ物ト雖モ賣買ノ目的物トナスヲ得ヘシ又賣買ハ相手方ニ於テ財產權ヲ得ルノ報酬トシテ對價ヲ支拂ハサルヘカラス而シテ其對價ハ必ス金錢ナルコトヲ要ス若シ金錢以外ノモノヲ以テセハ賣買ハ成立セス

賣買ノ豫約ハ賣買ト混同スヘカラス賣買ノ豫約トハ賣買ヲ爲スノ債務ヲ負擔スル一種ノ契約ナリ故ニ此契約ハ賣買契約ヲ締結スルノ債務ヲ生スルニ過キサルモノニシテ財產權ヲ移轉スルノ義務ヲ生セス然レトモ豫約ニ於ケル相手方カ賣買ヲ完結スルノ意思ヲ表示シタルトキハ其時ヨリ賣買契約ハ成立スルモノトス

□ 手附

手附トハ契約ヲ締結スルニ當リ當事者間ニ授受スル所ノ金錢又ハ其他ノ有價物ヲ云フモノニシテ其性質ハ賣買契約解除ノ方法ナリ乃チ買主ハ其與ヘタル手附ヲ失フトキハ解除ヲ爲シ得ヘク賣主ハ受取リタル手附ノ倍額ヲ返還シテ解除ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

ハ 賣買ノ效力 賣主ハ買主ヲシテ財產權ヲ得セシムルノ義務ヲ負擔スルモノナルカ故ニ財產權ヲ移轉セシムルノ行爲ヲ爲ササルヘカラス乃チ他人ニ屬スル權利ヲ賣買シタルトキハ自己ニ其權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移スノ行爲ヲ爲スノ義務アリ又其財產權ヲ自己ニ取得スルコト能ハサルノ結果買主ニ移轉セシムルコト能ハサルカ如キ場合又ハ權利ノ一部カ他人ニ屬スルカ爲メ其部分ヲ買主ニ移轉セシムルコトヲ得サルカ如キ場合、物ノ不足ナル場合、物ノ一部カ滅失シタル場合等ニ於テ其欠缺ヲ補充セサルヘカラスナルノ義務ヲ負フ其義務履行ノ方法トシテハ或ハ契約ノ解除或ハ損害ノ賠償或ハ代金ノ減額等ナリ學者從來之ヲ

稱シテ追奪擔保ノ義務ト云フ又賣主ニ賣買ノ目的物ニ瑕疵アルトキハ是レ亦買主ヲシテ權利ヲ完全ニ得セシメサルモノナレハ其責任ヲ免ルコトヲ得ス乃チ此場合ニ於テハ亦契約ノ解除トナリ又ハ損害ヲ賠償セサルヘカラスナルモノトス之ヲ稱シテ瑕疵擔保ノ義務ト云フ尙ホ賣主ハ保存ノ義務引渡ノ義務アルハ論ヲ俟タルナリ

買主ハ代金ヲ支拂フノ義務アリ而シテ其支拂時期ニ特別ノ意思表示アルトキハ格別然ラサルニ於テハ賣買ノ目的タル財產權移轉ト同時ニ支拂フヘキモノトス是レ同時履行主義ノ應用ナリトス尤モ第三者カ賣買ノ目的ニ付キ權利ヲ主張シ其權利ヲ失フノ危險ノ虞アルトキ又ハ買受ケタル不動産上ニ先取特權、質權、抵當權アルトキハ假令支拂時期ノ定メアルトキト雖モ支拂ヲ拒絶スルコトヲ得ルモノトス

二 買戻 買戻トハ賣買契約ト同時ニ爲シタル附約ニ因リ一定ノ期間内ニ賣主ニ於テ買主ノ支拂ヒタル代金費用ヲ返還シテ不動産ノ賣買ヲ解除スル方法ナリ

三 交換 交換トハ當事者カ互ニ金錢ノ所有權ニアラサル財產權ヲ移轉スルコトヲ約スルニヨリ效力ヲ生スルモノナリ即チ馬ト牛トヲ互ニ交換スルカ如シ一方カ金錢ヲ支拂ヒ一方カ物品ヲ與フルモノナルトキハ交換ニアラスシテ賣買ナリ

四 消費貸借 消費貸借トハ當事者ノ一方カ種類、品等及數量ノ同シキ物ヲ以テ返還ヲナスコトヲ約シ相手方ヨリ金錢其他ノ物ヲ受取ルニ因リテ其效力ヲ生スルモノナリ金錢ノ貸借ハ消費貸借ニシテ其金ヲ受取リ(借リ)タル時ニ成立ス何トナレハ受取ラサレハ使用ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス又受取ラサル前ニ返還ノ義務アラシムルハ不當ナレハナリ借主ハ種類、品等、數量ノ同シキモノヲ返還スヘキモ金錢ニ付テハ特約ナキトキハ各種ノ通貨ヲ以テ辨濟スヘキモノトス



五 借用貸借 使用貸借トハ當事者ノ一方カ無償ニテ使用及收益ヲナシタル後返還ヲナスコトヲ約シ相手方ヨリ或物ヲ受取ルニヨリテ成立スルモノナリ例之荷車ヲ借りタルトキハ使用シタル後其荷車ヲ返還スヘキカ如シ又借主ハ契約又ハ其目的物ノ性質ニヨリ定マリタル用方ニ從テ使用セサル可ラス例ヘハ乘馬ヲ借りタルトキハ之ニ荷車ヲ挽カシムヘカラサルカ如シ又他人ヲシテ使用セシムルコトヲ得ス是レ其人ヲ信シテ無償ニテ使用セシムルモノナレハナリ消費貸借ハ其名ノ如ク借用物ヲ費消スルコトヲ得ルモノニシテ所有權移轉ノ效果ヲ生スルモ使用貸借ノ場合ハ借主ニ借用物ノ處分權ナク又所有權移轉スルコトナシ之レ兩者ノ異ナル處ナリ又消費貸借ハ報酬アルコトヲ得ルモ使用貸借ハ無償ヲ要素トス

六 質貸借 質貸借トハ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用及收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ其質金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生スルモノナリ例ヘハ借家契約ノ如シ

質貸借ハ債權ニシテ物權ニアラサルモ法律ハ不動産ノ質貸借ニ關シテ一ノ特別規定ヲ爲セリ乃チ登記スルトキハ爾後其不動産上ニ物權ヲ取得シタル者(借家契約ニ於テ貸主カ借家)ニ對シテモ質借權ヲ主張スルコトヲ得ルモノトセリ蓋シテ斯クセサルトキハ管ニ借主ヲシテ不利益ナル地位ニ陥ラシムルノミナラス社會ノ利益ヲモ害スルコト尠ナカラス

質貸人ハ質貸借契約成立スルトキハ質貸物件ヲ借主ニ交付セサルヘカラス又物ノ使用收益ヲ擔保スルノ義務(使用收益ニ適)アルモノナルカ故ニ質貸物ノ修繕ヲ爲ササルヘカラス又質借物件ニ對シ第三者カ權利ヲ主張シ借主ノ使用收益ヲ妨害シタルトキハ質主ハ其妨害ヲ排除シテ借主ニ使用收益ヲ完フセシメサルヘカラス

質借人ハ契約ニ因リ定メタル賃料ヲ支拂ハサルヘカラス然レトモ借用物ノ收益ヲ減シタル場

合借用物ノ一部滅失シタル場合ニハ借賃ノ減額ヲ求ムルコトヲ得又借主ハ質借物件ニ對シ權利上ノ妨害(第三者カ既ニ質借權ヲ得タ)ヲ爲スモノアルトキハ速ニ之ヲ貸主ニ通知スルノ義務アリ又借用物返還ノ義務アルハ論ヲ俟タズ質貸借關係ニ於テ借主其人ノ異ナルハ其物ノ維持上ニ至大ノ關係ヲ及ホシ貸主ノ利害ニ影響スルコト尠カラサルカ故ニ借主ハ質借權ヲ讓渡シ又ハ質借物ヲ轉貸スルコトヲ得サルモノトス尤モ貸主ノ承諾アルトキハ此限ニ非サルハ素ヨリ論ナシ

七 雇傭 雇傭トハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シ勞務ニ服シ相手方カ之ニ報酬ヲ與フル契約ナリ例之雇人契約ノ如シ

使用者ハ勞務者ニ對シ報酬ヲ支拂ハサル可ラサルモノニシテ其支拂時期ハ契約ニ於テ定メラレタル時期ナキトキハ勞務ヲ終リタル後ニ於テ支拂フヘキナリ又此契約ハ使用者ト勞務者トノ人的關係(相互)ナルカ故ニ使用者ノ異ナルコトハ勞務者ニ取リテハ大ナル利害ノ關係アルモノナルヲ以テ勞務者ノ承諾ナキトキハ使用者ハ此契約ニ於ケル勞務ヲ供給セシムルノ權利ヲ讓渡スコトヲ得ス

又勞務者ハ勞務ヲ自ラ供給セサル可カラス故ニ自己ニ代リ第三者ヲシテ勞務ニ服セシムルコトヲ許サス蓋シ使用者カ勞務者其人ノ勞務ニ着眼シテ契約ヲ締結スルモノナルカ故ナリ

八 請負 請負トハ當事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ對シ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スル契約ナリ仕事ヲ約スル者ヲ請負者ト云ヒ報酬ヲ約スル者ヲ注文者ト云フ乃チ請負ハ請負人カ仕事ヲ完成スルコトヲ約スルモノナルカ故ニ請負ノ目的ハ雇傭ト異ナリ勞務其モノニアラスシテ勞務ノ結果ナリトス是ヲ以テ如何ニ勞務ヲ盡スモ其約シタル結果ヲ得サル間ハ未タ其義務ヲ履行シタルモノト云フヲ得ヌ又請負ニ於テハ仕事完成ノ對

價トシテ注文者ハ報酬ヲ支拂ハサルヘカラサルモノナリ  
 右ノ如ク注文者ハ請負人ニ對シ報酬支拂ノ義務ヲ負フ而シテ其支拂時期ハ仕事ノ目的物ノ引渡ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ其引渡ト同時ニ支拂フヘク又勞務ヲ供スルノミニ止リ勞務ノ結果タル目的物ヲ引渡スコトナキ場合ニ於テハ仕事ノ完了シタル時ニ支拂フヘキモノトス請負人ハ約束シタル仕事ヲ完成スルノ義務アリ故ニ仕事ノ完成ニ對シ瑕疵アリタルトキハ請負人ハ完全ニ此義務ヲ履行シタルモノトスルコトヲ得サルヲ以テ擔保ノ義務ヲ盡ササルヘカラス其方法トシテハ瑕疵修補、損害賠償及契約解除ナリトス尤モ其瑕疵力重要ナラサル場合ニ於テ修補力過分ノ費用ヲ要スルモノナルトキハ修補ヲ爲スニ及ハスシテ損害賠償ノ義務ヲ盡スノミ蓋シ斯ル場合ニ修補ノ義務アラシムルハ過重ナル義務ヲ請負人ニ負ハシムルノ不法アルノミナラス一般經濟ヲ害スルモノアレハナリ

**九 委任** 委任トハ當事者ノ一方カ法律行為ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スルノ契約ナリ乃チ委任ノ目的ハ法律行為ヲナスコトヲ委託スルモノナレハ準委任ノ如ク他ノ事務ヲ委託スルモノニアラス又委任ハ委任者ノ名ヲ示シテ爲スコトヲ要セサルモノナルカ故ニ必スシモ代理關係ヲ生セス而シテ委任ハ無償ヲ常トスルモ特約ヲ以テハ有償タルヲ妨ケザルナリ

受任者ハ委任ノ本旨ニ從ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ處理セサルヘカラス又處理シタル義務ノ狀況ヲ委任者ニ報告セサルヘカラサルモノトス又委任事務ヲ行フニ當リ受取リタル金品取得シタル債權アリシトキハ之ヲ委任者ニ引渡ササルヘカラス  
 委任者ハ報酬ノ定メアルトキハ其支拂ヲ爲スノ義務アリ又受任者カ委任事務ヲ處理スルニ當リテ必要ト認メテ支出シタル費用ハ償還セサルヘカラス

**十 寄託** 寄託トハ當事者ノ一方カ相手方ノ爲メニ保管ヲ爲スコトヲ約シ或物ヲ受取ルニ因リテ成立スル契約ナリ保管ヲ託スル者ヲ寄託者ト云ヒ保管ヲ約スル者ヲ受寄者ト云フ乃チ寄託ハ寄託物ノ引渡アルニアラサレハ成立セサルモノナリ

受寄者ハ報酬ヲ受タル場合ニ於テハ寄託物ヲ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ保管セサルヘカラス無報酬ノ場合ハ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ保管スルヲ以テ足ル又寄託者ノ承諾ナクハ寄託物ヲ猥リニ使用スルヲ得ズ他人ヲシテ代リテ保管セシムルヲ許サズ又第三者カ寄託物ニ對シ權利ヲ主張シ受寄者ニ向テ訴訟ヲ提起シ若クハ受寄物ヲ差押ヘタルトキハ遲滯ナク之ヲ寄託者ニ通知セサルヘカラス又受寄物返還義務アルヤ勿論ナリ寄託者ハ受寄物ノ性質又ハ瑕疵ヨリ受寄者ニ損害ヲ蒙ラシメタルトキハ賠償セサルヘカラス又費用ノ賠償ヲ爲ササルヘカラサルヤ勿論ナリ

寄託ノ一種トシテ消費寄託ナルモノアリ此寄託ニ在リテハ受寄者ハ受寄物ヲ消費シ之ト同種同質同量ノ物ヲ返還スルヲ以テ足ルカ故ニ委託物費消罪即チ横領罪トナルモノニアラス此寄託ニハ消費貸借ノ規定カ準用セラレ

**十一 組合** 組合契約トハ各當事者カ出資ヲ爲シ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スル契約ナリ乃チ組合契約ニ於テハ各當事者ハ共同事業ノ資本トシテ必スヤ出資ヲ爲ササルヘカラス決シテ特約ヲ以テモ組合員ノ一人又ハ數人ニ其免除ヲ與フルヲ得ス又組合契約ハ組合員ノ共同事業ヲ營ムヲ以テ目的トスルモノナルカ故ニ各自ノ獨立ナル事業ヲ營ムコトヲ約スルモノハ組合ニアラス尤モ其事業ハ營利的ナルコトヲ必要トセス組合契約ニ依リテ生スル團體ヲ組合トス組合ハ組合員ノ間ニ生シタル契約關係ヲ示スモノニ外ナラサルモノニシテ組合員ヲ離レテ一ノ

權利主體(人)ヲ生スルモノニアラス故ニ組合ノ財産ハ組合員ノ共有ナリ  
 組合員ハ相互ニ出資ヲ爲スノ義務アリ其出資ハ動産不動産債權ハ勿論勞務ヲ以テモ之ニ充ツ  
 ルコトヲ得ヘキモ商會社ノ如ク信用ハ出資ノ目的ト爲スコトヲ得ス組合員ハ業務執行ノ權  
 利アリ又義務アルモノトス又損失分擔ノ義務アルモノトス組合ノ財産ハ組合員ノ共有ナルヲ  
 以テ各組合員ハ持分ノ割合ヲ以テ第三者ニ對シテ權利ヲ主張スルコトヲ得又組合員カ第三者  
 ニ對シテ負フ所ノ債務ニ付テハ均一部分ヲ以テ負擔スヘキモノトス尤モ債權者カ債權發生ノ  
 當時組合員ノ損失分擔ノ割合ヲ知リタル時ハ其割合以外ニ於テ返済スルノ義務ナキモノナリ  
 十二 終身定期金 終身定期金契約ハ當事者ノ一方カ自己相手方又ハ第三者ノ死亡ニ至ルマテ  
 定期ニ金錢其他ノ物ヲ相手方又ハ第三者ニ給付スルノ契約ナリ例ヘハ汝ノ死亡スル迄月々五  
 十圓宛給與スルト云フカ如シ  
 十三 和解 和解ハ當事者カ互ニ讓歩シテ其間ニ存スル爭ヲ止ムルノ契約ナリ例ヘハ千圓ノ貸  
 金アル場合ニ借主ハ已ニ返済セリト云ヒ貸主ハ之ヲ否定ス茲ニ於テ貸主ハ利子丈ケヲ免除シ  
 借主ハ元金ヲ支拂ヒテ事済トナルカ如シ  
 第四 專務管理  
 義務ナクシテ他人ノ爲メニ事務ヲ管理スルヲ事務管理ト云フ例ヘハ親戚ノ旅行中好意ヲ以テ其  
 住宅ヲ管守スルカ如シ  
 一旦事務管理ヲ始メタルモノハ最モ本人ノ利益トナルヘキ方法ニヨリ管理セサルヘカラス故ニ  
 本人ノ意思ヲ知リタルカ又ハ本人ノ意思ヲ知り得ヘカリシトキハ其意思ニ從テ管理ヲ爲サ  
 ヘカラス而シテ此管理ノ義務ハ本人其相續人又ハ法定代理人カ自ら管理ヲナスコトヲ得ルマデ  
 (前例ニ於テハ旅行) 繼續スルコトヲ要ス但シ本人カ之ヲ快シトセサルトキハ管理繼續ノ義務ナシ本  
 宅ヲ管守スルカ如シ

人ハ管理者カ支出シタル有益ナル費用ハ償還セサルヘカラス又本人ノ爲メニ有益ナル債務ヲ負  
 擔シタルトキハ管理者ニ代リテ辨濟スルカ又ハ擔保ヲ供セサルヘカラス  
 第五 不當利得  
 法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産又ハ勞務ニ因リテ利益ヲ受ケ之カ爲メニ他人ニ損失ヲ及ボシ  
 タル事實ヲ云フ之ヲ分析スレハ左ノ如クナルヘシ  
 一 不當利得ハ法律上ノ原因ナキコトヲ要ス 故ニ契約其他法律上ノ名義ニ基キ他人ノ勞務又  
 ハ財産ニ因リテ受益スルコトアルモノ不當利得ニアラス而シテ法律上ノ原因ナキト云フハ最初  
 ヲリ原因ノ存在セザリシ場合ハ勿論初メハ存在セシモ後ニ至リテ消滅シタル場合ヲモ包含ス  
 二 他人ノ財産又ハ勞務ニ因リテ受益シタルヲ要ス 故ニ自己ノ財産ニ因リテ受益スルハ決シテ不  
 當利得ニアラス例ヘハ自己ノ商品ヲ廉價ニ賣出シタルカ爲メ意外ノ利益ヲ受ケ爲メニ同業者  
 ニ不利益ヲ及ボスモ不當利益ニアラス  
 三 他人ニ損失ヲ及ボスコトヲ要ス 故ニ假令法律上ノ原因ナク他人ノ財産ニ因リ受益スルコ  
 トアルモノカ爲メ他人ニ損失ヲ及ボスコトナキトキハ不當利得ニアラス何トナレハ不當利得  
 ハ被害者ヲ保護スルノ制度ナレハ被害事實ナシトセハ保護スルノ餘地ナケレハナリ  
 何人ト雖モ法律上ノ規定ニ從フニアラサル限リハ利益ヲ取得スルコト能ハサルハ明白ナル法理  
 ナリ是レ法律上ノ原因ナクシテ受益シタル者ハ利益ヲ返還セサルヘカラサルモノトシタル所以  
 ニシテ其返還スヘキ利益ノ程度ハ受益者ノ意思ノ善惡ニ依リテ異ナレリ例ヘハ綿百貫目ヲ注文  
 シタルニ誤ツテ二百貫目ヲ送りタルニ注文者之ヲ受取り轉賣シタル場合ニ於テ若シ受益者ニ惡  
 意ナキトキハ現ニ其利益ノ存スル程度ニ於テノミ返還ノ義務アリ即チ前例ニ於テ餘分ノ百貫目  
 ハ之ヲ返還スル義務アリ若シ現物ナキトキハ相當價格ヲ賠償スレハ可ナリ之ニ反シテ惡意ノ受

人ハ管理者カ支出シタル有益ナル費用ハ償還セサルヘカラス又本人ノ爲メニ有益ナル債務ヲ負  
 擔シタルトキハ管理者ニ代リテ辨濟スルカ又ハ擔保ヲ供セサルヘカラス  
 第五 不當利得  
 法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産又ハ勞務ニ因リテ利益ヲ受ケ之カ爲メニ他人ニ損失ヲ及ボシ  
 タル事實ヲ云フ之ヲ分析スレハ左ノ如クナルヘシ  
 一 不當利得ハ法律上ノ原因ナキコトヲ要ス 故ニ契約其他法律上ノ名義ニ基キ他人ノ勞務又  
 ハ財産ニ因リテ受益スルコトアルモノ不當利得ニアラス而シテ法律上ノ原因ナキト云フハ最初  
 ヲリ原因ノ存在セザリシ場合ハ勿論初メハ存在セシモ後ニ至リテ消滅シタル場合ヲモ包含ス  
 二 他人ノ財産又ハ勞務ニ因リテ受益シタルヲ要ス 故ニ自己ノ財産ニ因リテ受益スルハ決シテ不  
 當利得ニアラス例ヘハ自己ノ商品ヲ廉價ニ賣出シタルカ爲メ意外ノ利益ヲ受ケ爲メニ同業者  
 ニ不利益ヲ及ボスモ不當利益ニアラス  
 三 他人ニ損失ヲ及ボスコトヲ要ス 故ニ假令法律上ノ原因ナク他人ノ財産ニ因リ受益スルコ  
 トアルモノカ爲メ他人ニ損失ヲ及ボスコトナキトキハ不當利得ニアラス何トナレハ不當利得  
 ハ被害者ヲ保護スルノ制度ナレハ被害事實ナシトセハ保護スルノ餘地ナケレハナリ  
 何人ト雖モ法律上ノ規定ニ從フニアラサル限リハ利益ヲ取得スルコト能ハサルハ明白ナル法理  
 ナリ是レ法律上ノ原因ナクシテ受益シタル者ハ利益ヲ返還セサルヘカラサルモノトシタル所以  
 ニシテ其返還スヘキ利益ノ程度ハ受益者ノ意思ノ善惡ニ依リテ異ナレリ例ヘハ綿百貫目ヲ注文  
 シタルニ誤ツテ二百貫目ヲ送りタルニ注文者之ヲ受取り轉賣シタル場合ニ於テ若シ受益者ニ惡  
 意ナキトキハ現ニ其利益ノ存スル程度ニ於テノミ返還ノ義務アリ即チ前例ニ於テ餘分ノ百貫目  
 ハ之ヲ返還スル義務アリ若シ現物ナキトキハ相當價格ヲ賠償スレハ可ナリ之ニ反シテ惡意ノ受

益者(右ノ例ニ於テ百員目)ハ受ケタル利益ニ(百分ノ)利息ヲ(年五分)附シテ返還セサルヘカラス尙ホ損害アルトキハ賠償セサルヘカラス之レ惡意者ヲ保護スル理由ナケレハナリ

不法ノ原因ノ爲メニ給付ヲ爲シタルモノハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス例ヘハ賭博ニ負ケテ賭金ヲ取ラレ、モ返還請求權ナシ又汝余ノ仇敵等ヲ殺サハ百金ヲ與ヘント云ヒ遂ニ之ヲ殺害シテ百金ヲ受取リタルトキハ不法原因ナルコトヲ主張シテ右百金ノ返還ヲ請求スルコトヲ得サルカ如シ蓋シ法律ノ保護ヲ受ケントスルモノハ己レ又法律ニ背カサルヲ要ストハ一ノ格言ナリ賭博及前例ニ己レ既ニ法ニ背キ而シテ此不法行爲ニ基ク給付ノ返還ヲ請求スルハ前記格言ノ趣旨ニヨリ排斥スヘキモノナレハナリ故ニ受益者ノミニ不法原因アリテ給付者ニ其原因ナキトキハ自ラノ不法ヲ主張シテ法律ノ保護ヲ仰クモノニアラサルカ故ニ返戻ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

第六 不法行爲

一 不法行爲ノ意義 不法行爲トハ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害シ損害ヲ生セシムル行爲ナリ左ニ之ヲ分説セン

イ 他人ノ權利ヲ侵害スル行爲ナリ 不法行爲タルニハ他人ノ權利ヲ侵害シタル事實アルヲ要ス權利侵害ノ行爲ニ非サレハ假令損害ヲ蒙ラシムルモ不法行爲ニ非ス而シテ侵害セラルル權利ニ付テハ何等制限ナキヲ以テ財產權ハ勿論人格權親族權モ亦侵害ノ目的タリ得ヘシ債權ハ不法行爲ノ目的物ト爲リ得ルヤ否ヤニ付テハ異論アルモ債權ト雖モ第三者ニ依リ侵害セラル、コトアルヲ以テ積極ニ解スルヲ通説トス

ロ 故意又ハ過失ニ出テタル行爲ナルヲ要ス 故意又ハ過失ニ基ツカサル行爲ハ要スルニ一ノ事件ニ過キサルヲ以テ之ヨリ生スル結果ニ付キ其責ニ任スヘキモノニアラサレハ不法行

爲ノ問題ヲ生セス而シテ故意トハ行爲ノ結果ヲ認識又ハ豫見スルコトヲ云ヒ過失トハ結果ノ發生ヲ豫見シ得ルニ拘ラス不注意ニ依リ之ヲ豫見セサルコトヲ云フ注意ヲ怠リタルヤ否ヤハ行爲者カ善良ナル管理者ノ注意ヲ用キタルヤ否ヤニ依テ決定スヘキモノナリ善良ナル管理者ノ注意トハ一般取引上ノ觀念ニ於テ常ニ相當ノ注意能力アル者ト認メラルル人カ通常用ユル注意ヲ指稱ス故ニ民法上ニ於ケル過失ハ刑法上ニ於ケル過失ノ如ク本人ノ主觀的知能發達ノ程度如何ニ依リテ決定スヘキモノニ非スシテ客觀的ニ通常人ノ注意ヲ用キタルヤ否ヤヲ以テ標準トスヘキモノトス之レ刑法ニ在リテハ行爲者ニ刑罰ヲ科スルモノナルカ故ニ行爲者ノ知能發達セサルニ拘ラス知能發達セル者ト同一ノ注意ヲ要求シ之ニ違反スルヲ以テ處刑スルモノトセハ不能ヲ人ニ強ユル結果ト爲リ甚シク酷ニ失スルモ民法上ニ在リテハ單ニ生シタル損害ヲ賠償セシムルニ過キサルノミナラス之カ賠償ヲ爲スノ責ナキモノトセハ被害者ノ保護十分ナラサルヲ以テ二者注意ノ間ニ前述ノ如キ差異ヲ生スルニ至レルモノトス而シテ行爲ノ責任ヲ辨識スル能力ヲ有セサル未成年者又ハ心神喪失者ノ如キハ故意又ハ過失ノ意識ヲ存シ得サル低能者ナルカ故ニ不法行爲ノ主體ト爲ルコトヲ得ス

ハ 損害ヲ生セシメタルコト 不法行爲ハ其行爲ニ依テ生シタル損害ヲ賠償セシメラル、責任ヲ負擔スルモノナルカ故ニ損害ノ發生ナキ所ニ不法行爲ノ成立スヘキ理由ナシ損害トハ利益ノ喪失ヲ云フ金錢上ノ利益ハ勿論金錢ニ見積ルコトヲ得サル利益例ヘハ名譽又ハ感情ヲ害セラレタル爲メ受ケタル煩悶苦痛ノ如キモ亦一種ノ損害ト云フコトヲ得ヘシ民法ハ財產以外ノ損害ニ對シテモ原則トシテ金錢ヲ以テ之ヲ賠償セシムヘキ旨ヲ規定セリ蓋シ金錢ハ名譽感情ノ如キ無形ノ利益ヲ代表スルモノニ非サルモ而モ之等利益ノ喪失ヨリ生スル苦痛即チ損害ヲ慰藉スヘキ最良ノ賠償方法ナレハナリ

二 不法行為ノ損害賠償請求權者 他人ノ不法行為ニ依リテ損害ヲ受ケタル者ハ凡テ賠償請求權ヲ有ス故ニ財產權ヲ侵害セラレタル場合ノ權利者ハ其財產權ノ所有者ナリトス他人ノ生命ヲ害シタル者ハ被害者ニ對シテ損害賠償セサルヘカラス然ルニ此場合ニ於テハ被害者タル權利者ハ既ニ死亡セルヲ以テ結局權利者ナキニ至ルヘシ然レトモ死者ノ遺族ハ之カ爲メ間接ニ財產上又ハ精神上ノ損害ヲ蒙ルニ至ルヲ以テ民法ハ被害者ノ父母配偶者及子ニ對シテ損害賠償請求權ヲ付與シタリ之レ決シテ死者タル被害者ノ權利ヲ承繼スルモノニ非スシテ之等ノ者カ加害行為ニ依リ間接ニ受ケタル自己ノ損害ヲ賠償セシムル爲メノ請求權ナリトス例ヘハ被害者ヨリ年金ノ贈與ヲ受ケ又ハ扶養セラレ居リタル者ハ被害者死亡ノ爲メ之ヲ受クルコトヲ得サルニ至リ財產上ノ損害ヲ生スヘク父母配偶者又ハ子ノ如キハ上述ノ如キ財產上ノ損害ヲ蒙ル場合ノ外精神上ノ苦痛ニ依リ損害ヲ蒙ルヲ以テ凡テ之等ノ損害ヲ賠償セシムル權利ヲ有スルモノトス

權利ノ主體ハ人ナラサルヘカラス人トハ生キテ處レタルモノナルコトハ前述セリ故ニ胎兒ハ人ニ非ス從テ權利ノ主體タル能力ヲ有セス故ニ又不法行為ノ賠償請求權ノ主體タル能ハサルナリ然レトモ胎兒ノ父カ殺害セラレタル場合ノ如キハ胎兒ナルノ故ヲ以テ之ニ請求權ヲ付與セサルトキハ胎兒カ産レタル後ニ至リ之ヲ保護スルニ十分ナラサルカ故ニ民法ハ例外トシテ胎兒モ亦損害賠償請求權ヲ有スルモノト規定セリ若シ胎兒カ中途流産シ又ハ死亡シテ産レタルトキハ其權利ヲ喪失スルモノトス

三 損害賠償義務者 凡ソ人ハ自己ノ行為ニミ對シ責任ヲ負擔スヘク他人ノ行為ニ對シ其責任ヲ任スルモノニ非ス不法行為ト雖モ亦此原則ヲ適用シテ解釋スヘキモノトス故ニ損害賠償ノ責任者カ不法行為者自身ナルコトハ言フ俟タス然ルニ民法ノ規定スル所ヲ見レハ行為ノ責任

ヲ辨識スル知能ヲ有セサル未成年者心神喪失者被用者請負人動物等ノ行為ニ付キ之等ノ者ノ監督義務者使用者注文者占有者等カ損害賠償ノ責任ヲ負フ規定セリ之レ一見他人ノ行為ニ對シ責任ヲ負擔スルモノニシテ責任負擔ノ原則ニ反スルカ如キモ決シテ然ラス蓋シ之等ノ者ハ賠償義務ヲ負擔スルハ他人ノ行為ニ依リ生シタル損害ニ付キ責任ヲ任スルモノニ非スシテ之等ノ者ヲ相當ニ監督スルニ於テハ決シテ不法行為ノ發生スヘキ理由ナク從ツテ他人ニ損害ヲ蒙ラシメサリシナランニ監督義務者ノ故意又ハ過失ニ依リ其監督義務ヲ盡サハリシ爲メ遂ニ之等ノ者カ他人ニ損害ヲ蒙ラシムルニ至リタルモノナルヲ以テ結局監督義務者ノ故意過失ニ依リ他人ノ權利ヲ侵害シタルモノト云フコトヲ得ヘク其結果ニ對シ監督義務者カ責任ヲ負擔スルハ要スルニ自己ノ行為ニ對スル責任ヲ任スルモノナルカ故ニ決シテ責任負擔ノ原則ニ反スルモノニ非サルナリ

四 損害賠償ノ範圍及方法 不法行為ニ基ツク損害ハ如何ナル範圍ニ於テ之ヲ賠償ス可キモノナルヤニ付テハ民法直接之カ規定ヲ爲サスト雖モ不法行為ニ因ル損害賠償請求權カ一ノ債權ナルコトハ明ナルヲ以テ其賠償範圍モ亦債權ノ損害賠償規定タル第四百十六條ニ從ヘ判定スヘキモノトス即チ不法行為ノ爲メニ生シタル通常ノ損害ハ總テ之ヲ賠償スヘク特別ノ損害ハ行為者ニ於テ其損害ノ發生スルコトヲ豫見シタルカ又ハ豫見スルコトヲ得ヘキモノナルトキハ之レ亦賠償ヲ爲スヘキモノトス而シテ生命身體自由又ハ名譽ヲ傷ケタルカ爲メ生セル損害ハ財產上ノ損害ト異ナリ其損害額ヲ計算スルコト頗ル困難ナルモ要スルニ被害者ノ地位名望資格並ニ被害者ノ生産力等ヲ斟酌シテ之ヲ判定スヘキモノトス而シテ被害者ニモ亦過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付斟酌ヲ爲スヘキモノナリ損害賠償ノ方法ハ財產權ヲ侵害シタル場合ト否ラサル場合トヲ問ハス金錢ヲ以テ賠償スルヲ原則トス蓋シ身體又ハ

名譽ノ如キハ之ヲ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノナルモ之等ノ權利ヲ侵害セラレタル爲メ受クル苦痛ノ如キモ金錢ニ依テ之ヲ慰藉スルコトヲ得ヘク他ニ適當ノ方法ナキ限リ之ニ依ルノ外ナケレハナリ民法ハ名譽毀損ノ不法行爲ニ對スル特別ノ賠償方法ヲ規定セリ即チ被害者ハ原則トシテ金錢賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモ被害者ノ望ム所ニ從ヒ金錢賠償ニ代ヘテ名譽回復ニ適當ナル行爲ヲ爲サシムルコトヲ請求スルコトヲ許セリ例ヘハ新聞紙上ニ謝罪文ヲ掲載セシムルカ如シ又被害者ハ事情ニ依リ金錢賠償ト金錢賠償以外ノ方法トヲ併セテ請求スルコトヲモ許サレタリ二者ヲ併合シテ請求スルコトカ適當ナルヤ否ヤハ裁判所ノ判斷ニ依ル

不法行爲ニ因ル損害賠償請求權ハ被害者又ハ其法定代理人カ損害及加害者ヲ知リタル時ヨリ三年間又行爲ノ時ヨリ二十年ヲ經過シタルトキハ時効ニ因リテ消滅ス

**五 共同不法行爲** 數人カ共謀シテ不法行爲ヲ爲シタルトキ又ハ共謀セサル數人カ不法行爲ヲ爲シ何人カ損害ヲ發生セシメタルカ不明ナル場合ヲ稱シテ共同不法行爲ト云フ不法行爲ノ教唆者又ハ幫助者ハ共同不法行爲者ト看做サル共謀ノ場合ニアリテハ共同ニテ損害ヲ發生セシメタルモノナルヲ以テ數人連帶シテ損害ヲ賠償スヘキモノトス而シテ共謀ノ事實ナク且ツ數人中ノ何人カ損害ヲ加ヘタルカ不明ナル場合ニ加害者ノ何人ナルヤヲ確定シテ賠償ヲ請求セシムヘキモノトセハ實際上加害者ヲ知ルコト能ハスシテ賠償請求權ヲ行使スルコトヲ得サルニ至リ甚シク權利者ノ保護ニ不十分ナル場合ヲ生ス例之暗夜多數ノ彌治馬ヨリ歐打サレタル場合ノ如シ故ニ民法ハ斯ル不法行爲者ニ對シテハ連帶シテ賠償ヲ爲スヘキ旨ヲ規定シテ權利者ヲ保護セリ

**六 防衛行爲及避難行爲** 他人ノ不法行爲ニ對シ自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衛スル爲メ止ムコトヲ得スシテ爲シタル加害行爲ヲ防衛行爲ト云フ刑法ノ所謂正當防衛ニ該當ス防衛行爲ヨリ生シタル損害ハ加害者之ヲ賠償スルノ責ナシ然レトモ被害者ハ不法行爲者ニ對シ賠償請求權ヲ有ス左ニ防衛行爲ノ要件ヲ説明セン

**イ 自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衛スル爲メナルコト** 例ヘハ強盜ノ侵入ニ際シ自己又ハ家人ノ身體ヲ防衛スルカ爲メ強盜ヲ殺傷シタル場合ノ如シ權利中ニハ凡テノ權利ヲ包含ス法律カ防衛行爲ヲ認メタルハ他人ヨリ權利ノ侵害ヲ受ケツツ之ヲ袖手傍觀セシムルハ人情並ニ社會ノ實狀ニ適合セサルヲ以テ私人各自ニ對シ法律カ自衛自助ヲ許スノ精神ニ出テタルモノニシテ法律ノ認許スル正當ノ權利ナリ

**ロ 他人ノ不法行爲ニ對スルコト** 適法行爲ニ對スル防衛行爲ナルモノアルコトナシ權利ト權利ノ衝突スル場合ハ結局實力ノ強キ者勝テテ制ス法律ハ之ニ干渉スルコトナク所謂放任行爲ナリ防衛行爲ハ權利行爲ニシテ放任行爲ニ非ス故ニ防衛行爲ニ對シ更ニ防衛行爲ノ成立ヲ認メス

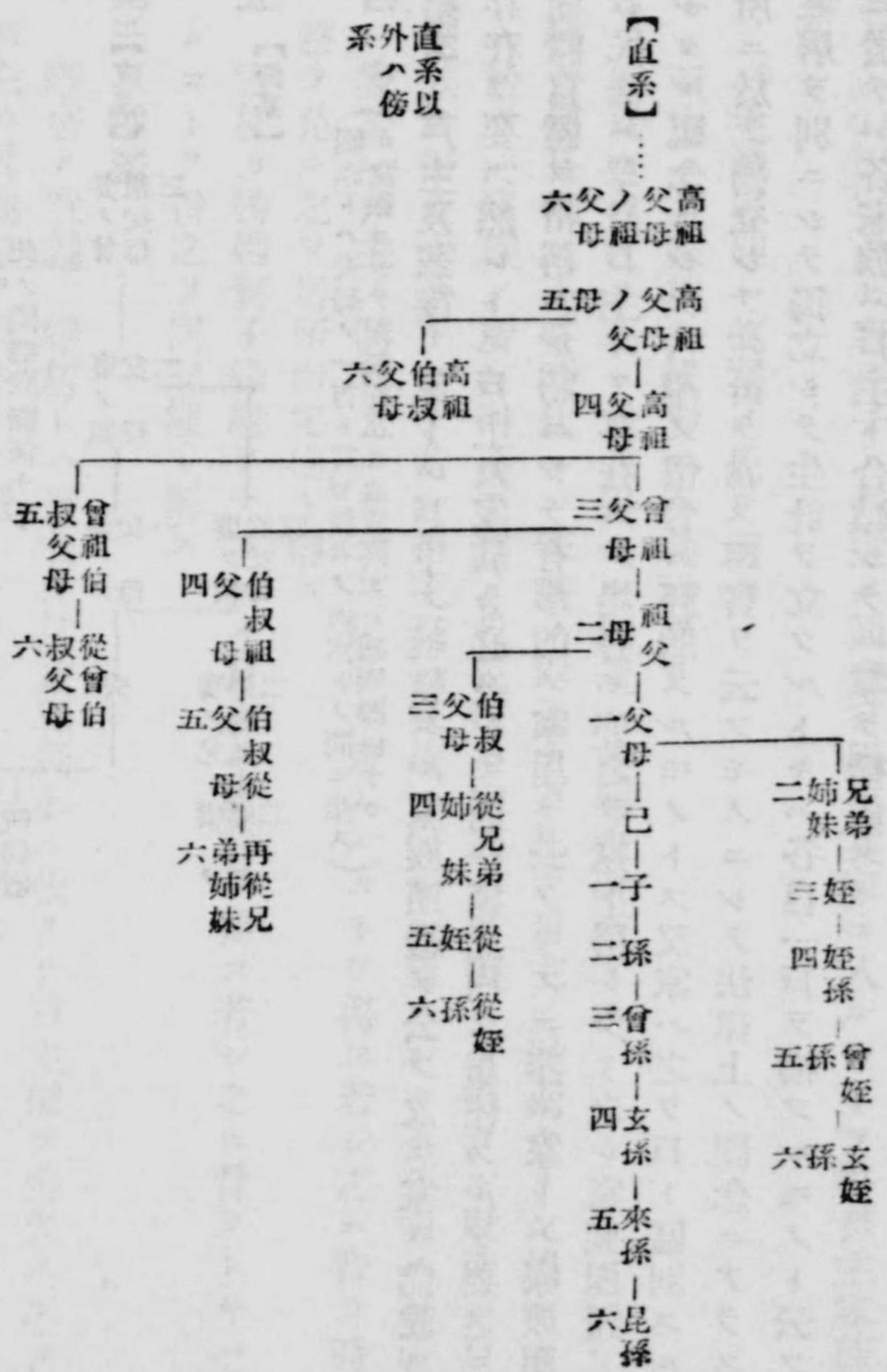
**ハ 已ムコトヲ得スシテ爲シタルコト** 已ムコトヲ得ストハ自己又ハ第三者ノ權利ニ對スル急迫ナル侵害行爲アリテ之ヲ防止スルカ爲メ法律ノ保護ヲ仰クノ迫ナカリシコト及他ニ其侵害ヲ免カレ得ヘキ適當ノ手段方法ナカリシコトヲ云フ故ニ第三者ノ侵害行爲カ急迫ナラサルトキ又ハ之ヲ防衛スルカ爲メ用キタル手段カ其當ヲ得サリシトキハ其加害行爲ハ不法行爲ニシテ防衛行爲ニ非ス例之警察官ニ申告シ強盜ヲ逮捕シ得ル場合又ハ財物ノ奪取ヲ防ク爲メ必スシモ腕力ヲ用ユルコトヲ要セサル場合ニ強盜ヲ殺傷シタルトキハ加害者ノ行爲ハ不法行爲ニシテ權利行爲ニ非サルカ如シ蓋シ法律ハ一般ノ自助自衛ヲ禁スルモ私權保護ノ必要上已ムヲ得サル場合ニ限リ之ヲ許スモノニ外ナラサルヲ以テ自衛權ノ行使ハ常ニ法律ノ制限内ニ於テ之ヲ爲サ、ルヘカラス從ツテ自衛ニ必要ナル程度ヲ超エテ爲シタル加害

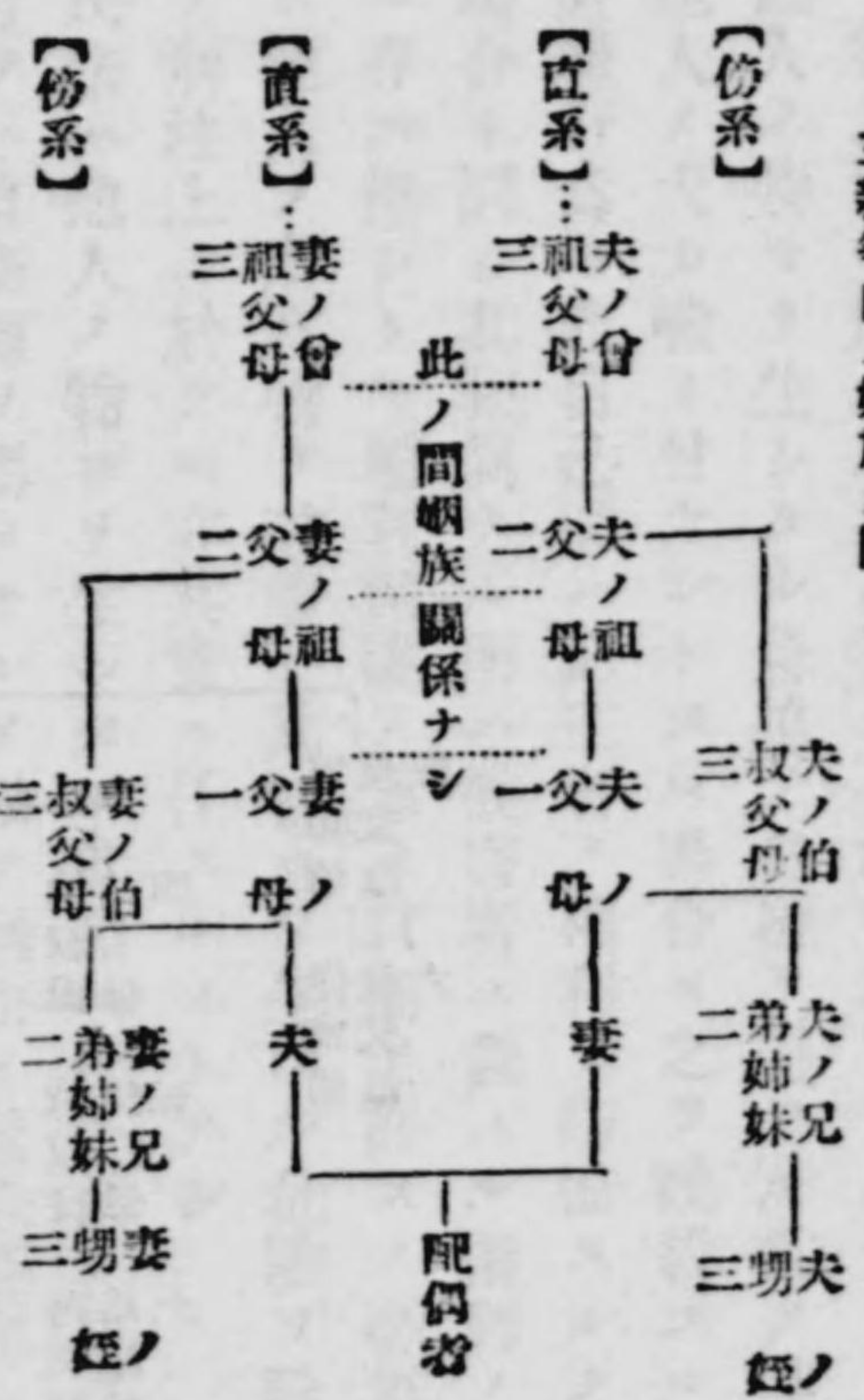
行為ハ一般ノ原則ニ從ヒ不法行為トナルヘシ  
 他人ノ物ヨリ生シタル急迫ノ危難ヲ避クル爲メ其物ヲ毀損スル行為ヲ避難行為ト云フ例ハ  
 他人ノ犬カ噛ミ付カントスル場合ニ之ヲ撲殺スルカ如シ  
 避難行為モ亦自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衛スルノ必要ニ出テタルモノナルコトハ防衛行為ノ  
 場合ト同シ其相異ナル所ハ被害者ニ對スル權利ノ侵害カ人ノ不法行為ナルト他人ノ物ナルト  
 ニ存ス然レトモ權利保護ノ爲メ自衛ヲ許スノ必要ハ彼此全ク同一ナルヲ以テ同一ノ制限ノ下  
 ニ他人ノ所有物ヲ破壞シ其物ヨリ生スル危險ヲ除クノ行為ヲ以テ民法上無責任行為トセリ從  
 テ刑法上ニ於テモ亦其責ニ任スルコトナシ  
 民法ハ他人ノ物ヨリ生シタル危難ニ付キテノミ自衛權ヲ認メ其他ノ原因ヨリ生シタル危難ニ  
 付テハ自衛權ヲ認メサルヲ以テ刑法ノ緊急避難ニ比シ其範圍遙カニ狹小ナリ故ニ加害者ニ刑  
 事上ノ責任ナキ場合ト雖モ民事上ニ於テハ尚ホ賠償ノ責任ヲ免レ得サル場合ヲ生ス例ハハ航  
 海中船舶沈没シタルトキ數人ノ乗客カ海中ニ於テ互ニ一片ノ板ヲ爭ヒ遂ニ一人カ他人ヲ溺死  
 セシメタル場合ノ如キハ刑法上避難行為トシテ無罪ナルモ民法上ニ於テハ賠償責任ヲ負擔セ  
 サルヘカラサルカ如シ

### 第四編 親族

第一、總則 親族ノ範圍ハ左ノ如シ(頁七)  
 (一)六親等内ノ血族 血族トハ血統ヲ引キタル者ナリ (二)配偶者 夫婦ノ一方ナリ (三)三  
 親等内ノ姻族 姻族ハ婚姻ニヨリテ生スル親族ナリ右ノ關係ヲ明瞭ナラシムルカ爲メ左ニ其圖  
 ヲ示ス

六親等内ノ血族ノ圖





第二 戸主及家族 家トハ戸主ノ統轄スル家族團體ヲ云フニ家ヲ構成スルニハ戸主及家族ノ存在ヲ要ス然レトモ戸主及家族カ必スシモ同一家屋内ニ居住スルヲ要スルモノニ非ス家ハ家族團體自體ヲ指稱スル語ニシテ有形的ノ家屋ヲ云フモノニ非ス家トハ家族團體タリトノ原則ニ對シ民法ハ單身戸主ノミ存在スル場合モ亦之ヲ家ト稱シタリ之レ家族團體アルコトヲ法律上假想シタル觀念ニシテ古來ノ慣習ニ胚胎スルモノトス又家ハ之ヲ戸ト區別スルコトヲ要ス戸トハ居所ニ於テ獨立シテ生計ヲ爲ス事實ヲ云フモノニシテ法律上ノ觀念ニアラス數人ノ家族カ戸主ト家居ヲ別ニシテ獨立シテ生計ヲ立ツルトキハ各自一戸ヲ構フルモノト云フコトヲ得ルモ法律上ニ於テハ各家族ハ戸主ト合體シテ一家ヲ構成ス

戸主權ヲ行使スル者ヲ戸主ト云フ戸主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者及其配偶者ハ之ヲ其家族トス

子ハ父ノ家ニ入ルヲ原則トス父知レサルトキ(私生子)ハ母ノ家ニ入ル棄兒ハ一家ヲ創立ス家族ノ庶子(認知シタ)及ヒ私生子ハ戸主ノ同意ヲ得テ其家ニ入ルコトヲ得戸主家族ノ權利義務ノ大略左ノ如シ

- 一 戸主及家族ハ其家ノ氏ヲ稱ス
- 二 戸主ハ其家族ヲ扶養スル義務アリ
- 三 家族カ自己ノ名ニ於テ得タル財産ハ其特有財産トス  
往昔家長權ノ全盛時代ニハ家族ノ財産ナク凡テ戸主ノ財産タリシ然ルニ漸次家長權衰ヘ現今ニ於テハ家族ノ所有財産ヲ認メ我民法ハ家族ノ名義ニテ得タル財産ハ戸主ノモノニアラス其家族ノ財産ナリトセリ若シ戸主又ハ家族ノ何レニ屬スルカ不分明ノ財産ハ戸主ノモノトス
- 四 家族ハ戸主ノ同意ナクシテ其居所ヲ定ムルコトヲ得ス若シ之ニ背ク時ハ戸主ハ其扶養ノ義務ヲ免ル之ヲ居所指定權ト稱ス
- 五 家族カ婚姻養子縁組ヲナスニハ戸主ノ同意ヲ要ス若シ之ニ背クトキハ離婚ヲナシ復籍ヲ拒ムコトヲ得之ヲ同意權ト稱ス

第三 隱居

一 隱居ノ意義 隱居トハ戸主カ其意思表示ニ依リテ戸主權ヲ喪失スルコトヲ謂フ故ニ隱居ハ戸主カ其地位ヲ辭スルノ謂ニシテ戸主ノ意思表示ヲ以テ之ヲ爲スモノトス隱居ニハ種々ノ弊害ヲ伴フヲ以テ法律ハ嚴ニ其要件ヲ定メ以テ濫リニ隱居ヲ爲スコトヲ許サス其要件左ノ如シ

イ 滿六十歳以上ナルコト

ロ 完全ノ能力ヲ有スル家督相續人カ相續ノ單純承認ヲ爲スコト 單純承認トハ家督相續人カ被相續人ノ權利義務ヲ無限ニ承繼スルコトヲ云フ



以上ノ要件ヲ具備スルニ非サレハ隱居ヲ爲シ得サルヲ原則トスルモ民法ハ尙例外トシテ特種ノ事情アル場合ニ限り前記ノ要件ヲ具備セサルモ隱居ヲ爲スコトヲ認メタリ其場合左ノ如シ  
イ 戸主カ疾病、本家相續又ハ再興其他已ムヲ得サル事由ニ因リテ爾後家改ヲ執ルコト能ハサルニ至リタルトキ

ロ 戸主カ婚姻ニ因リテ他家ニ入ラントスルトキ

以上二個ノ場合ニ於テハ裁判所ノ許可ヲ受ケ且ツ法定ノ推定家督相續人アラサルトキハ豫メ家督相續人タルヘキ者ヲ定メ其承認ヲ得タル後隱居ヲ爲スコトヲ得

ハ 女戸主ノ場合 女戸主ハ年齢ノ如何ニ關セス何時ニテモ隱居ヲ爲スコトヲ得但有夫ノ女戸主ハ其夫ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス然レトモ夫ハ正當ノ理由ナキ限り其同意ヲ拒ムコトヲ得サルナリ

二 隱居ノ效果 戸主ハ隱居ニ依リ身分上及財産上ニ重大ノ效果ヲ生ス即チ身分上ノ效果トシテハ戸主タル地位ヲ喪失シ同時ニ新戸主ノ家族タル身分ヲ取得シ其戸主ニ服従スヘキモノト爲ル又財産上ノ方面ニ於テハ隱居者ノ有セル財産ハ凡テ新戸主ニ移轉ス但シ隱居者ハ確定日附アル證書ニ依リ財産ノ一部ヲ留保スルコトヲ得ルト同時に隱居者ノ一身ニ專屬スル權利義務ハ相續人ニ移轉セサルモノナリ例之隱居者ノ學術又ハ技藝ヲ目的トシテ締結セラレタル契約上ノ權利義務ノ如シ

第四 婚姻

一 婚姻ノ成立 婚姻ハ男女兩性ノ結合ナリ左ノ要件ヲ具備スルヲ要ス

(一)當事者ニ婚姻ヲナスノ意思アルコト (二)届出ヲナシタルコト 婚姻ノ結納取替セ三々九度ノ式ハ法律上何等ノ價值ナシ戸籍吏ニ届出テサレハ夫婦關係發生セス (三)男ハ滿十七

歳女ハ滿十五歳ニ達シタルコト (四)配偶者ナキコト (五)直系血族三親等内ノ傍系血族及直系姻族等ノ婚姻ニアラサルコト (六)父母及戸主ノ同意アルコト (七)相姦者ナラサルコト (八)女ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ月ヨリ六ヶ月ヲ經過シタルコト

以上ノ要件中(一)(二)ノ要件ヲ缺如スルトキハ婚姻ハ無効ニシテ其他ノ場合ハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノトス

二 婚姻ノ效力 婚姻ノ效力左ノ如シ

(一)妻ハ夫ノ家ニ入ル夫及婿養子ハ妻ノ家ニ入ル (二)妻ハ夫ト同居スル義務アリ (三)夫婦ハ互ニ扶養ノ義務アリ故ニ夫ノ妻ヲ養フ義務アリテ妻ハ夫ヲ養フ義務ナシトナスヘカラス (四)夫婦間ノ契約ハ婚姻中其一方ヨリ何時ニテモ取消スコトヲ得之レ夫婦ハ一時ノ愛ニ溺レテ前後ヲ顧ミサル契約ヲナスコトアレハナリ

三 離婚 離婚ニハ協議上ノ離婚ト裁判上ノ離婚トアリ

イ 協議上ノ離婚 夫婦ハ協議ヲ以テ何時ニテモ離婚ヲナスコトヲ得協議トハ夫婦双方ノ承諾アルノ意ナリ

ロ 裁判上ノ離婚 夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ於テ離婚ノ訴ヲ起スコトヲ得

- (一)配偶者カ重婚ヲナシタルトキ
- (二)妻カ姦通ヲナシタルトキ妻カ強姦セラレタルノ場合ヲ含マス
- (三)夫カ強姦有夫姦等ニヨリ刑ニ處セラレタルトキ
- (四)配偶者カ破廉耻罪ヲ犯シ刑ニ處セラレタルトキ(民法一三、四)
- (五)配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ(民法一三、四)
- (六)配偶者ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ
- (七)配偶者ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ侮辱ヲ受ケタルトキ
- (八)配偶者カ自己ノ直系尊屬ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ
- (九)配偶者ノ生死カ三年以上分明ナラサルトキ

(十) 婿養子縁組ノ場合ニ於テ離縁アリタルトキ又ハ養子カ家女ト婚姻ヲナシタル場合ニ於テ離縁又ハ縁組ノ取消アリタルトキ  
此ノ以外ノ原因ヲ以テスルモ離縁ノ訴ハ成立セス

第五 夫婦財産制 夫婦財産制トハ夫婦ノ財産關係即チ其財産ニ關スル法律關係ヲ云フ夫婦財産制ニハ夫婦財産契約ニ因ルモノト法律ノ規定ニ依ルモノ即チ法定財産制トノ二種アリ

一 夫婦財産契約 夫婦間ノ財産關係ヲ契約ニ依リテ定ムルコトヲ夫婦財産契約ト云フ若シ夫婦カ財産契約ヲ爲ササルトキハ法定財産制ニ依リ支配セラル夫婦ハ契約自由ノ原則ニ從ヒ隨意ニ財産契約ヲ爲スコトヲ得然レトモ法定財産制ト異ナリタル契約ヲ爲シタルトキハ婚姻届出前ニ其契約ヲ登記セサレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス又此契約ハ婚姻届出後ニ至リテハ變更スルコトヲ許サス

二 法定財産制 契約ナキ場合ハ法定財産制ニ依ル此制度ニ依レハ夫ハ妻ノ財産管理權ヲ有シ婚姻中ノ生活費其他ノ費用ハ總テ夫ノ負擔トス但シ妻カ戸主ナルトキハ妻カ其費用ヲ負擔ス以上ノ如ク夫ハ凡テ夫婦ノ財産ノ管理權ヲ有スルモ日常ノ家事ニ付テハ妻ハ夫ヲ代理スルノ權利アルモノト看做サル又妻又ハ入夫カ婚姻前ヨリ有シタル財産及ヒ婚姻中自己ノ名ニテ取得シタル財産ハ各自己ノ財産ト爲リ夫婦何レノ財産ナルヤ不明ナルトキハ一應之ヲ夫ノ財産ナリト推定セラル

第六 親子 親ノ子ニハ實子ト養子ト子ニ準スヘキモノトアリ實子ニハ又嫡出子庶子及ヒ私生子ノ別アリ正當ナル婚姻ニヨリ生レタルモノヲ嫡出子ト云ヒ父ノ認知シタル私生子ハ庶子ナリ父ノ認知セサル婚姻外ノ子ヲ私生子ト云フ繼父母ニ對スル繼子嫡母ニ對スル庶子等ハ子ニ準スヘキ場合ナリ夫カ夫婦間ニ生レタル子ヲ嫡出子ニ非スト主張スルヲ否認權ト云ヒ子ヨリ父ニ對シテ實子ナルコトノ確認ヲ求ムルコトヲ認知請求權ト云フ何レモ裁判所ニ出訴スルヲ要ス

第七 養子 養子トハ契約ニ因リテ或人ノ子タル身分ヲ取得スル者ヲ云フ養子ニ二種アリ一ハ單純養子トシ他ヲ婿養子ト云フ養親子ノ關係ヲ生セシムルコトヲ目的トスル契約ヲ養子縁組ト云フ

單純養子ハ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得スルノミナルモ婿養子ニ在リテハ嫡出子タル身分ヲ取得スルト同時ニ養家ノ女トノ間ニ婚姻ヲ爲スモノナルヲ以テ同時ニ夫婦關係ヲ生スルモノトス養子ハ縁組ノ日ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得スルモノナルカ故ニ養家ニ對シテハ縁組ノ日ニ於テ出生シタルト同一ノ效果ヲ生ス從テ若シ男子ヲ養子ト爲シタルトキ家女ハ如何ニ年長者ト雖モ養子ノ爲メニ相續權ヲ奪ハルニ至ル斯ル重大ナル效果ヲ生スルモノナルカ故ニ民法ハ特ニ縁組ノ要件ニ付キ嚴重ナル制限ヲ規定シタリ之等ハ法文ヲ一讀セハ明瞭ナラン  
茲ニ注意スヘキハ養家ニ男子ナキ爲メ家女カ婿養子縁組ヲ爲シタル後ニ至リ養家ニ男子出生シタルトキハ曩ノ婿養子ハ一度養家ノ相續人タル身分ヲ取得スルモ後産ノ男子ノ爲メニ其相續權ヲ奪ハルハコト之ナリ之レ我親族法カ血族相續主義ヲ採リタル當然ノ結果ニシテ又民法カ法定ノ推定家督相續人タル男子アル者ハ女婿トスル場合ノ外男子ヲ養子ト爲スコトヲ得スト規定シタル所以ナリ

第八 親權 親權トハ其家ニ在ル子ニ對スル父母ノ權利義務ノ總體ナリ子ハ其家ニ在ル父ノ親權ニ服ス父カ死亡其他ノ事由ニヨリ家ニ在ラサル時ハ母之ヲ行フ親權ノ内容ハ左ノ如シ  
(一) 未成年ノ子ニ對スル監護教育(七九) (二) 居所指定(八〇) (三) 兵役出願ノ許否(八一) (四) 子ノ懲戒權(八二) (五) 職業ヲ許否スルノ權(八三) (六) 子ノ財産管理、財産ニ關シテ子ヲ代表スルノ權(八四) (七) 子ニ代ハリ戸主權又ハ親權ヲ行フコト(九五)

**第九 後見** 未成年者ノ親權者ナキトキ又ハ親權ヲ行フ母カ財産ヲ管理スルノ權ナキトキ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキニ開始ス後見人ハ遺言ヲ以テ未成年者ノ親權者カ定ムルコトアリ若シ之レナキトキハ戸主後見人トナリ戸主ナキトキハ親族會ニ於テ選任ス又禁治産者ノ後見人ハ第一父又ハ母ニシテ妻カ禁治産者ナルトキハ夫後見人トナル夫カ後見人トナラサル時ハ父又ハ母後見人トナル夫カ禁治産者ノ宣告ヲ受ケタルトキハ妻其後見人トナル未成年者ノ後見事務ハ其親權ノ内容ト同シク禁治産者ノ後見事務ハ身體ノ監護療養ト財産ノ管理ナリ

**第十 親族會** 親族會トハ民法其他ノ法令ニ從ヒ親族法又ハ相續法ノ範圍内ノコトヲ會議スル爲メノ會合ヲ云フ親族會員ハ三人以上ナルコトヲ要スルモ會員ハ必スシモ親族ニ限ルモノニ非ス又裁判所ニ於テ召集シタルモノニ非スシテ單ニ親族カ隨意集合シテ家事ヲ議スルカ如キハ親族會ニ非ス

親族會ハ主トシテ無能力者ノ監督ノ爲メニ設ケラル、モノナルモ敢テ此ニ限定セス例ヘハ戸主カ戸主權ヲ行使シ得サル場合ノ如キモ戸主權行使ノ爲メ親族ヲ召集スルコトアリ而シテ親族會ハ其事件毎ニ之ヲ組織召集スヘキモノニシテ繼續シテ存在スル機關ニ在ラス但シ無能力者ノ爲メニ設ケラレタル親族會ハ無能力者カ能力ヲ回復スル迄繼續スルモノトシ且ツ最初召集スル時ノ外敢テ裁判所ニ其召集ヲ請求スルコトヲ要セス

親族會カ其職務ヲ行フニハ會員共同シテ行フコトヲ要ス而シテ親族會ノ意見ヲ決定スルニハ過半数ノ賛成者アルコトヲ要ス又會員ハ自己ノ利害ニ關スル事項ニ付テハ決議ニ加ハルコトヲ得ス本人戸主家ニ在ル父母配偶者本家並ニ分家ノ戸主後見人後見監督人及ヒ保佐人等ハ親族會員タラサルトキト雖モ親族會ニ臨席シテ意見ヲ述フルコトヲ得ルモノナリ決議ニ參加シ得サルコトハ論ヲ俟タス

**第十一 扶養ノ義務** 直系血族及ヒ兄弟姉妹ハ互ニ扶養ノ義務ヲ負フ配偶者ノ家ニ在ル直系尊屬(例ヘハ妻ノ父母)ハ又互ニ扶養ノ義務アリ扶養トハ養育及ヒ教育ノ意ナリ扶養ノ程度ハ扶養ヲ受クルモノノ需要ト扶養ヲナスヘキ義務者ノ身分資力トニ依リテ之ヲ定ムヘキモノトス

**第五編 相續**

**第一 家督相續** 家督相續トハ特定ノ場合ニ相續人カ被相續人ノ權利義務ヲ包括的ニ承繼シ戶主タル地位ヲ取得スルコトヲ云フ而シテ其特定ノ場合トハ (一) 戸主ノ死亡隱居又ハ國籍喪失 (二) 戸主カ入夫或ハ養子ナルトキハ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニヨリテ其家ヲ去リタルトキ (三) 女戸主カ婿ヲ迎ヘ又ハ婿ノ離婚アリタルトキトス家督相續人ハ第一法定ノ推定家督相續人第二ニ指定家督相續人第三ニ選定家督相續人ナリトス

一 法定ノ推定家督相續人 被相續人ノ家族タル直系尊屬ハ左ノ規定ニヨリ家督相續人トナル之ヲ法定ノ推定家督相續人ト云フ (イ) 親等異ナルトキハ其近キ者ヲ先ニス例之子ト孫トアルトキハ子ヲ先ニス (ロ) 親等同シキトキハ男ヲ先ニス例之子二人アリ男ト女ナルトキハ男ヲ先ニス (ハ) 親等同シキ男ノ間又ハ女ノ間ニアリテハ嫡出子ヲ先ニス例ヘハ前戸主ニ實子ト庶子トアルトキハ實子ヲ先ニス (ニ) 親等ノ同シキ嫡出子庶子及ヒ私生子ノ間ニ在リテハ嫡出子及庶子ハ女ト雖モ之ヲ私生子ヨリ先ニス例ヘハ前戸主ノ實子三人アリ一人ハ嫡出子ニテ女、一人ハ庶子ニテ女、一人ハ私生子ニテ男ナルモノト雖モ嫡出子或ハ庶子タル女ヲ先ニス (ホ) 以上ニ掲ケタル事項ニ付キ相同シキ間ニ於テハ年長者ヲ先ニス例ヘハ前戸主ニ女ノ嫡出子數人アルトキハ年長者タル長女ニ相續權アルカ如シ

二 指定家督相續人 右ノ相續人ナキトキハ前戸主ハ相續人ヲ指定スルコトヲ得指定ハ何人ヲ

指定スルコトヲ得此場合ニ於テ後ニ至リ前戸主ニ實子生ル、トキハ實子ニ相續權アリ從テ指定ハ其效力ヲ失フ

三 選定家督相續人 指定相續人之ナキ時ハ親族會ハ其家族中ヨリ相續人ヲ選定ス右ノ者モナキ時ハ直系尊屬即チ前戸主ノ父母祖父母等相續人トナリ之ナキ時ハ親族會ハ他人ヲ選定ス

第二 遺産相續 遺産相續ハ戸主權ノ承繼ニアラスシテ單ニ前主タル家族ノ有セシ財産ノ相續ナリ遺産相續ハ家族ノ死亡ニヨリ開始ス

被相續人ノ直系尊屬ハ左ノ規定ニヨリ遺産相續人トナル

(一)親等ノ異ナル者ハ其近キモノヲ先ニス例ヘハ子ト孫トアルトキハ子ヲ先ニス (二)親等同シキトキハ同順位ニ於テ相續人トナル例ヘハ三人ノ子アルトキハ男女ノ區別ナク平等ノ割合ヲ以テ遺産ヲ相續ス之レ家督相續人ノ一人ナルト大ニ異ナル處ナリ

右ニヨリテ相續人トナルモノナキトキハ第一ニ配偶者之ナキトキハ第二ニ直系尊屬之ナキトキハ第三ニ戸主之ヲ相續ス

同順位ノ遺産相續人數人アルトキハ同等ノ割合ヲ以テ相續ス但シ庶子私生子ハ嫡出子ノ受クル二分ノ一トス例ヘハ嫡出子一人私生子一人庶子一人アリテ遺産ハ四萬圓ナルトキハ嫡出子ハ二萬圓私生子及庶子ハ各一萬圓宛ヲ相續スルカ如シ

第三 相續ノ承認及拋棄 相續人ハ自己ノ爲メニ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタル時ヨリ三ヶ月内ニ單純若クハ限定ノ承認又ハ拋棄ヲナスコトヲ要ス

一 單純承認 單純承認トハ無限ニ被相續人ノ權利義務ヲ承繼ス故ニ前主ノ債務ハ凡テ之レヲ支拂フ義務アリトス相續人カ限定承認又ハ拋棄ヲナサ、ルトキハ單純承認ヲナシタルモノト看做サル其他相續財産ヲ費消又ハ處分シタルトキ亦同シ

二 限定承認 限定承認ハ相續ニヨリ得タル財産ノ限度ニ於テ被相續人ノ債務又ハ遺贈ヲ辨濟スル義務アリ故ニ自己固有ノ財産ヲ以テ前主ノ債務ヲ辨濟スル義務ナシ

三 拋棄 拋棄ハ相續人トナラサルコトナリ法定ノ推定相續人(即チ前主)ハ相續ヲ拋棄スルコトヲ得ス蓋シ長男ヲシテ相續セサルコトヲ得セシメハ家族制度ハ遂ニ廢類ニ歸スルヲ以テナリ

第四 相續人ノ曠缺 相續人ナキコト分明シタルトキハ其家ハ絶家トナル相續人ノアルコト分明ナラサルトキハ相續財産ハ之ヲ法人トシテ人格ヲ與フルカ故ニ財産ノ管理人ヲ任ス

管理人ノ選任ハ公告ス其他一定ノ期間ヲ定メテ公告ヲナシタル後結局相續人現出セサルトキハ相續財産ハ舉ケテ國庫ニ歸屬ス

第五 遺言 遺言ハ死後ニ效力ヲ生スヘキ要式的單獨行爲ナリ例ヘハ余カ死後ハ此財産ヲ子三人ニ分配スヘシト云フカ如シ遺言ノ要件左ノ如シ

一 遺言ハ一定ノ方式ヲ要ス 一ヲ普通方式ト云ヒ他ヲ特別方式ト云フ普通方式ニハ自筆證書(遺言者其全文日付氏)公正證書(公證人ヲシテ遺言)秘密證書(遺言者其證書ニ署名捺印シ其證書ヲ封シ公證人アリ特別方式ハ略式ニシテ緊急ノ場合ニナスヘキモノナリ例ヘハ死ニ瀕セル者ノ遺言ハ證人三人ノ立會ヲ以テ遺言ノ趣旨ヲ聽取リ立會人ノ筆記ニテナスカ如シ

二 遺言ヲナス者ハ滿十五年以上ナルヲ要ス

三 遺言者ハ遺言ノ際能力アルヲ要ス 心神喪失(發狂)セルカ無神經ナルトキハ遺言ヲナスコト能ハス

第六 遺留分 遺留分トハ被相續人ニ於テ無償ニ處分スルコトヲ得サル財産ノ部分ヲ謂フ即チ相續人ノ利益ノ爲メニ被相續人カ自由ニ死後處分ヲ爲スコトヲ得サル財産ノ部分ナリ

家督相續ノ場合ハ法定家督相續人タル直系尊屬ハ遺留分トシテ被相續人ノ財産ノ半額ヲ受ク其