

求シ得ルモノトス(民法第四百十六條參照)

(二) 定額賠償及不定額賠償 定額賠償ト云フハ例ヘハ甲カ乙ニ十圓ヲ貸與シタル時若シ辨濟ノ期限ヲ經過セハ期限後ハ年一割二分ノ利子ヲ支拂フベシト定タル時ノ如キヲ云ヒ不定額賠償ト云フハ豫メ賠償ノ額ヲ定メサリシモノヲ云ヒ此場合ニハ判決ヲ以テ定ムルノ外ナシ但金錢ニ付テハ民事ニ關シテハ年五分商事ニシテハ年六分ノ利子ハ損害金トシテ當然請求スルコトヲ得ベシ

(ホ) 名義賠償及實額賠償 名義賠償ト云フハ苟モ權利ヲ多少タリトモ侵害セラレタル時ハ其損害金ガ假令一厘タリトモ之レヲ請求シ得ルガ如キヲ云ヒ實額賠償ト云フハ甲カ乙ニ二百圓ノ物ヲ貸與シタルトキ乙ガ此物ヲ毀損シテ一百圓ノ價格ヲ減少セハ甲ハ百圓ヲ請求スルコトヲ得ベキガ如キヲ云フ

(二) 強制履行 強制履行ト云フハ義務者が任意ニ其義務ヲ履行セサルトキハ權利者ハ裁判所ニ請求シテ之レガ履行ヲ強制スルヲ云フ例ヘハ甲カ乙ニ百圓ヲ貸與シタルニ乙カ任意ニ辨濟セザル時ハ甲ハ訴ヲ以テ辨濟ヲ強制スルコトヲ得ベシ然レトモ義務ノ履行ハ其本旨ニ本ツクモノタルコトヲ要ス故ニ義務ノ性質

ト強制履行ヲ許サルハ場合ニハ訴ヲ以テシテモ權利者ハ履行ヲ強制スル能ハザルベシ例ヘハ行為ヲ目的トスル債權ノ如キ之レナリ我民法第四百十四條ニ於テハ其第七項ニ於テ強制履行ヲ請求シ得ベキヲ定メ強制ヲ許サザルモノニ付テハ第二項第三項ニ規定スル所アリ即義務ガ作為(例ヘハ塀ヲ作)ヲ目的トスル時ハ權利者ハ義務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ其塀ヲ作ラシムルコトヲ訴フルコトヲ得ベシ若シ不作爲(例ヘハ妨害物ヲ建)ヲ目的トスル時ハ義務者ノ費用ヲ以テ遺留シタル妨害物ヲ除却シ且將來ノ爲メ適當ノ處分ヲナスコトヲ請求スルコトヲ得ベシ又若シ法律行為ヲ目的トスル時ハ裁判ヲ以テ債務者ノ意思表示ニ代フルコトヲ得ベシ唯注意スヘキハ前述ノ如キ場合ニ於テモ若シ不履行ノ爲メ損害ヲ生シタル時ハ之カ賠償ヲ求ムルコトヲ得ベシ

(三) 無効取消及解除 無効ト云フハ法律ニ背反シタル行為若クハ全然ナシ能ハサル行為ニ對シテ效力ヲ生セサラシムルヲ云フ即消極的ノ制裁ナリ例ヘハ甲カ乙ニ對シ汝若シ丙ヲ毆打セハ百圓ヲ與フヘシト云フ契約ノ如キ又ハ相手方ト通シテナシタル虛偽ノ意思表示若クハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタル時ノ如キ

無効ナリ(民法第九十五條參照)無効ハ其行爲ガ始メヨリ不成立ナリ故ニ後ニ至リ之ヲ追認スルモ何等ノ效力ヲ發生セズ唯無効ヲ知リテ追認シタル時ハ新ナル行爲ヲナシタルモノト看做ス(民法第一百十條參照)

取消ト云フハ行爲ハ一旦成立スルモ完全ニ效力ヲ有スベキ條件ヲ缺クガ爲メ其效力不確定ニシテ後ニ當事者ヨリ取消サル、ニ至ルヲ云フ例ハ詐欺又ハ強迫ニ因ル法律行爲ノ如キ債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテナシタル行爲ノ如キ即之レナリ取消シ得ヘキ行爲ノ效力ハ不確定ニシテ當事者ノ意思如何ニヨリテ或ハ效力ヲ生シ或ハ效力ヲ失フ此ノ如キ行爲ヲ追認シタル時ハ初メヨリ有效ナリシモノト看做シ若シ取消シタル時ハ初メヨリ無効ナルモノト看做ス(民法第一百十二條參照)

契約ノ解除ト云フハ當事者ノ一方カ其義務ヲ履行セサル爲メ之ヲ理由トシテ契約ノ效力ヲ失ハシムルヲ云フ例ハ賣買ノ場合ニ賣主カ物件ヲ引渡サ、ル時ハ買主ハ其契約ヲ解除スルカ如シ尙解除ニ付テハ種々ノ問題ヲ生スレトモ民法ノ研究ニ讓リ此ニ詳ニセス

(四) 權利回復及權利喪失 權利回復ト云フハ權利ヲ侵害セラレタルモノガ訴ヲ以テ之レヲ回復スルヲ云フ例ハ相續權アルモノカ相續權ナキモノ、爲メニ財産ノ相續ヲナサレタル時ハ相續權アルモノハ訴ヲ以テ之ヲ回復スルガ如シ權利喪失ト云フハ一定ノ原因ノ爲メ權利者ガ權利ヲ喪失スルヲ云フ例ハ時効ニヨリ權利ヲ失フカ如シ取得時効ノ結果又ハ消滅時効ニヨリ權利ヲ失フガ如キ民法第一編第六章ニ規定スル所ヲ參照セラルヘシ

(五) 禁令 禁令ト云フハ權利ヲ害セントシ又ハ義務ヲ怠ラントスル者ニ對シ或行爲ヲ禁シ若クハ命スルヲ云フ又現ニ行ハレツ、アル行爲、不行爲ヲ禁シ又ハ命スルコトヲ得ヘシ禁令ヲ區別シテ假禁令及本禁令ノ二トス、假禁令ト云フハ權義何レニアルヤ不明ノ場合ニシテ例ハ甲カ木材ヲ伐ラントスルニ其木材ハ甲ノモノナルカ乙ノモノナルカ不明ノ時ハ裁判所ハ甲ノ伐木ヲ禁スルコトヲ得ヘキカ如キヲ云フ本禁令ト云フハ權義ノ關係明白ナル場合ニ侵害者ノ行爲、不行爲ヲ永久ニ禁シ若クハ命スルヲ云フ故ニ本禁令ハ假禁令ニ代ヘテ發セラル、コトアルヘク又ハ獨立シテ發セラル、コトアルヘキハ明カナリ

第二、刑事制裁

刑事制裁ト云フハ刑罰的ノ惡報ニシテ國家ノ要求ニヨリ刑罰法令ニ違反シタルモノト科スルモノヲ云フ例ヘハ故ナクシテ人ヲ殺シタルモノヲ死刑ニ處スルカ如キ之ナリ所謂公訴ハ此制裁ヲ要求スル形式ニシテ刑罰ハ此制裁ヲ實行スル方法ナリ

刑事制裁ト民事制裁トハ性質上ノ區別ナリ、刑事制裁ハ右述フルカ如ク必ス國家ノ要求ニ基ツキテ實行セラル國家ノ要求ハ即公訴ニヨリテ現ハル刑事訴訟法第一條ニ公訴ハ犯罪ヲ證明シ刑ヲ適用スルコトヲ目的トスルモノニシテ法律ニ定マタル區別ニ從ヒ檢事之ヲ行フト規定セリ是ヲ以テ之ヲ觀レハ公訴ノ提起ハ檢察官ニヨリテ行ハル、ヤ明カナリ檢察官ハ所謂司法行政官ニシテ國家ヲ代表シ公訴提起ノ職務ヲ有スルモノトス、民事制裁ハ反之私權ヲ侵害セラレ若クハ侵害セラレントスルモノカ其權利ノ回復伸張ヲ計ランガ爲メ之ガ制裁ヲ要求スルモノニシテ國家ハ進テ之ニ干涉セサルヲ原則トス唯注意スヘキハ刑事制裁ト雖必ス國家ハ進テ之ヲ要求シ得ヘキモノニ非ス例ヘハ姦通罪ノ如キハ被害者ノ告訴

アルニ非サレハ檢事ハ之ヲ起訴スルヲ得サルカ如キコトアリ

右述ヘタル所ニヨリテ民事制裁及刑事制裁ノ區別ハ明カナラン具體的ニ云ヘハ民事制裁ハ民事裁判所ニ於テ之ヲ求ムヘク、刑事制裁ハ刑事裁判所ニ於テ之ヲ求ムヘキモノトス、故ニ民事制裁ハ刑事裁判所ニ要求スル能ハサルヤ明カナラン然レトモ犯罪ニヨリテ損害ヲ受ケタルモノカ刑事制裁ヲ刑事裁判所ニ求メ別ニ民事制裁ヲ民事裁判所ニ要求スヘキモノトセハ民事裁判所ニ於テハ請求ノ原因トシテ再ヒ犯罪事實ヲ證明セサルヘカラサルノ手數ヲ生シ不便甚タシト云ハサルヲ得ス此ニ於テカ犯罪ニ因リテ生シタル私訴ハ公訴ニ附帶シテ之ヲナスコトヲ得ヘキモノトセル所以ナリ例ヘハ刑事訴訟法第二條ニ私訴ハ犯罪ニヨリテ生シタル損害賠償贖物返還ヲ目的トスルモノニシテ民訴ノ規定ニ從ヒ被害者ニ屬スト規定シ第四條ニ私訴ハ其金額ノ多寡ニ拘ラス公訴ニ付キ第二審判決アル迄ハ何時ニテモ其公訴ニ附帶シテ之ヲナスコトヲ得ト規定セルカ如シ

刑事制裁ノ種類ハ其數甚タ多ク時ノ古今洋ノ東西ニヨリテ區別アルコト少シトモ、特ニ古代ト近世トノ差異ヲ甚タシトス、此ニハ近世ニ於ケル種類ノ重ナルモ

ノヲ説明セン分チテ五トス、生命刑、身軀刑、財産刑、名譽刑及自由刑是ナリ

(一) 生命刑 生命刑トハ刑罰中最モ重キモノニシテ人ノ生命ヲ剝奪スルヲ云フ死刑ノ方法ハ又少シトセス例ヘハ首斬、切腹、鋸引、磔、車裂、火灸、釜煮等其慘酷ナルト其數多キトハ一々此ニ説明スル能ハス然レトモ現今普通ニ行ハル、ハ絞首ノ方法トス我刑法第十二條ニ於テモ死刑ハ絞首トアリ、蓋シ罪死刑ニ該當スル場合ニハ如何ナル方法ニヨルモ生命ヲ剝奪シ得ハ可ナリトスヘキヲ以テ上述ノ方法必スシモ非ナリト云フヲ得サルヘシ然レトモ所謂其罪ヲ惡ミテ其人ヲ惡マスノ諺ニヨリテ死罪ニ相當スル場合ニハ必スシモ慘刑ヲ以テスルニ及ハス古代ノ慘酷ノ方法ハ斷然之レヲ採用セサルノ勝レルニ如カサルナリ、死刑ハ人ノ生命ヲ剝奪ス剝奪セラレタル生命ハ再ヒ回復スヘカラス、從フテ死刑ハ存スヘキカ否ヤ所謂死刑存廢ノ問題ハ從來學者ノ喧々論争スル所タリ、之レ蓋シ人ノ生命ニ關スル重大ノ事項ナレハナリ或ハ死刑ヲ廢止シタル制度ヲ採リタル國ナキニ非ス、例ヘハ伊太利ノ如シ余ヲ以テ之ヲ見ルニ死刑ハ理論上之ヲ廢止スヘキ理由アリト云フヲ得ス寧ロ制度トシテ之ヲ存スルヲ至當ナリト信ス唯實際上法規ノ適用ニ當

リテ果シテ之ヲ宣言スルノ可ナルヤ否ハ一ノ政略問題ナリ余輩ハ一國秩序ノ上ヨリ顧ミテ茲ニ簡單ニ死刑存續論ニ替セント欲スルモノナリ、其詳細ハ茲ニ述フル能ハス諸君ハ著書ヲ參考シテ研究セラレンコトヲ要ス

(二) 身軀刑 身軀刑ト云フハ人ノ身軀ヲ毀損シ又ハ直接ニ人ノ身軀ニ苦痛ヲ與フル刑ヲ云フ、例ヘハ笞杖ノ如キ鯨官ノ如キ手足切斷ノ如キ之レナリ近世開明ノ諸國ニ於テハ身軀刑ヲ採用セサルヲ一般トス蓋シ其茲ニ至レル所以ニハ理由アリ試ニ其理由ヲ掲ケンカ一) 刑ハ吾人ニ不公平ナキヲ要ス然ルニ身軀刑ハ囚人ノ一部ニノミ行ハルヘク老幼病者ニ對シテハ行フヲ得サルノ不平均ヲ生ス(二) 刑ヲ科スルハ法律ノ命スル所ナリ然レドモ身軀刑ヲ受クル時ハ或ハ之ヲ執行スルモノニ對シ怨ヲ抱クニ至ルコトナシトセス(三) 身軀刑ハ場合ニヨリ囚人ノ身軀ノ健康ヲ害シ其結果死ニ致サシムルコトナキニ非ス之レ其刑ノ本旨ニ反ス(四) 身軀刑ハ破廉恥ノモノニ對シシハ其效果ヲ收ムルコト少シ此ノ如キ理由ニヨリ近世ニ於テハ身軀刑ヲ採用スルモノナク唯英國ニ於テハ尙笞杖ヲ存スルノミ

(三) 財産刑 財産刑ト云フハ犯人ノ財産ヲ剝奪スルヲ云フ近世ニ於テハ罰金

科料(過料ト區別スヘシ過料)ヲ其重ナルモノトス、古代ニ於テハ家屋土地ヲ沒收シ
 其他ノ財産ヲモ沒收シタルコトナキニアラサルモ近世ニ於テハ之ヲ認メス唯犯
 罪ノ用ニ供シタル物件ハ沒收セラレトセルノミ又罰金刑ハ主刑タルノミナラス
 附加刑タルコト少シトセス

(四) 名譽刑 犯人ノ名譽ヲ剝奪スルヲ云フ、例ヘハ公權ノ剝奪、停止ノ如キ即之
 ナリ近世ニ於テハ名譽刑ヲ以テ主刑トスルコトナク皆附加刑トシテ之ヲ科スル
 ヲ一般トス

(五) 自由刑 人ノ自由ヲ剝奪スルヲ云フ、禁錮、禁獄、懲役、流刑、徒刑ノ如キ即之ナ
 リ自由刑ハ古代ヨリ行ハレサルニアラサリシモ近世ニ於テ最モ著シトス、或ハ自
 由刑ト死刑及身軀刑トヲ同一視スルモノナキニ非ス、蓋シ此三者何レモ人ノ身軀
 ニ苦痛ヲ及ホスト云フハ同一ナルカ如シト雖法律上ノ目的ニ至リテハ大ナル差
 アリ生命刑、身軀刑ハ生命ヲ奪フニ非サレハ直接ニ身軀ヲ損傷スルニアルモ自由
 刑ハ結果トシテ苦痛ヲ感セシムルモ目的ハ自由ヲ拘束スルニアリ、苦痛ハ自由ヲ
 拘束スル目的ヲ達スルカ爲メニ生スルノミ以テ二者ノ區別ヲ了知セラルヘシ而

シテ自由刑カ近世ニ於テ專ラ行ハル、ニ至リシハ犯罪ノ輕重ニヨリテ其刑ヲ伸
 縮スルコトヲ得ヘキ爲メナリ

以上刑事制裁ノ種類ニ付キ概説シタリ、刑事制裁ニツキ生スヘキ重大ノ問題ハ國
 家ハ何カ故ニ犯人ヲ所罰スル權力アリヤ、即刑罰權ノ基礎如何ノ問題ナリ從來學
 者ノ間ニ論争セラルル重大ノモノニシテ其所説軌ヲ一ニセス之ヲ大別スレハ刑
 罰權ナシトスルモノ及刑罰權アリトスルモノ、二ニ分ツコトヲ得ヘク後者ハ更
 ニ之レヲ區別スルコトヲ得ヘシ茲ニ刑罰權アリトノ説ニ付キ一言セン

刑罰權ノ基礎ニ關スル學說ハ分チテ七トナスコトヲ得ヘシ贖罪主義、複讐主義、契
 約主義、純正主義、必要主義、折衷主義及進化主義等之ナリ故ニ簡單ニ之カ説明ヲ試
 ミント欲ス

(一) 贖罪主義ト云フハ古代宗教ノ行ハレタル時代ニハ犯罪アレハ必ス神罰ア
 リトナシ之ヲ贖ハサレハ團員全體ニ其影響ヲ受クルトシ其一人ヲシテ其犯罪
 ヲ償ハシメタルニ出テタルナリ此ノ如キハ宗教カ國家思想ノ第一義タリシ時代
 ニ行ハルヘク近世ノ理論トシテハ採ルニ足ラス

(二) 復讐主義ト云フハ宗教ノ力漸ク衰ヘテ人類殺伐ノ氣象ヲ有スルニ至リ人ヲ殺スモノハ又殺サル家ヲ燒クモノハ其家又燒カルト云フカ如ク反坐的ニ刑ヲ科スヘシトナス思想ニ出テタルナリ此主義モ理論トシテハ採用スルニ足ラス

(三) 契約主義ト云フハルソーノ稱ヘタル民約論ニ基ツクモノニシテ人民ハ契約ヲ以テ社會ヲ組織シ以テ刑罰權ヲ社會ニ與ヘタリト云フニアリ民約論ノ非ナルコト前ニ述ヘタルカ如シ是ニ基ク刑罰權基本ノ學說モ其可否容易ニ判定スラル得ヘキヲ以テ茲ニ贅セス

(四) 純正主義ト云フハ其説明スル所甚タ多シ或ハ天賦ノ良心ニ存ストナスモノアリ或ハ罪惡ハ必罰ナリ因果應報ノ理ニ從フト説明スルモノアリ要スルニ純理ヲ基礎トシ犯罪ヲ刑ノ標準トス其證據ハ全ク感情ニ本ツクニ外ナラス然ラハ此主義ハ一片ノ獨斷ナリト云ハサルヲ得ス

(五) 必要主義ト云フハ國家ニハ必ス利益アリ刑ヲ加フルハ國家及人民ニ必要ナル利益アルニ出ツルト説明スルヲ云フ而シテ刑罰ノ性質ニ付テハ此主義ヲ採ルモノハ中又一様ナラス或ハ畏赫主義ヲトルモノアリ或ハ懲戒主義ヲトルモノ

アリ或ハ警戒主義ヲトルモノアリ或ハ防衛主義ヲトルモノアリ

(六) 折衷主義ト云フハ吾人ハ良心ヲ有シ善惡ヲ斷スルト同時ニ善ヲ撰ミ惡ヲ避クルノ自由ヲ有ス故ニ惡事ヲナシタルモノカ制裁ヲ受クルハ當然ナリ而シテ吾人ハ國家生活ヲ營ムカ故ニ之ヲ害スルモノヲ所罰スト云フニアリ純正及必要ノ二主義ノ折衷ナリ

(七) 進化主義ト云フハ刑罰權ハ人類社會ノ生存條件ナリ國家ノ權力ハ其生命ニ必要ノモノヲ淘汰スルモノナリト云フニアリ

右刑罰權ノ基本ニ付キ各種ノ說ヲ畧述シタリ此問題ハ重大ニシテ詳細ハ刑法ノ研究ニ俟タサルヲ得ス余輩ハ茲ニハ單純ニ國家カ刑罰ヲ科スルハ生存ノ必要上國利民福ノ増進ヲ計ルニ出テタリト云フノ正當ナルヲ信ゼント欲ス

第四編 權利及義務

第一章 權利

第一節 權利ノ意義

權利ノ觀念ハ法學ニ對スル觀念ト其發達ヲ同フス蓋シ前述シタルカ如ク古代ニ

於ケル法學ノ觀念ハ正義ヲ中心トシタリ此ノ時代ニ於テハ權利ノ觀念發達セス各人カ正義ヲ主義トスルノ結果義務ノ觀念ヲ有シタルコトアルモ權利ノ思想ヲ有シタルコトナシ獨逸ノライプニツカ法學ヲ定義シテ權利ノ學問ナリト云ヒ、イ、エリシカカ權利競争論ヲ著シテ權利ノ尊重スヘキ所以ヲ唱導スルニ及ヒ法學ニ對スル觀念ハ正義ヨリ變遷シテ權利トナリ從ツテ各人ノ權利思想ノ發達ヲ見ルニ至リシナリ即權利ナル觀念ノ發達ハ近世ニ屬スルモノニシテ古代ニ於ケルカ如ク各人ハ正義ニ從フヘシトノ主旨ニヨリテ各人ノ義務ヲ有シ此ノ義務ノ結果トシテ權利者タルヘキモノカ其權利ヲ侵害セラレサリシニ反シ近世ニ於テハ先ツ權利ヲ認メテ法律ハ之ヲ保護シ之レニ對シテ義務ヲ發生シ以テ權利ノ尊重スヘキモノナリトスルニ至リシナリ若シ權利義務ヲ以テ法律ノ變遷ヲ示サハ法律ハ義務本位ヨリ權利本位ニ進化シタルニ外ナラサルナリ

權利ノ名稱ハ法律ノ名稱ニ於テ述ヘタルカ如ク我邦語ニ於テハ之ヲ混同スルコトナシト雖羅甸語 Jus 佛語 Droit 獨語 Recht ノ如キハ或ハ法ト用ヒラレ、或ハ權利ト用ヒラル、英米ノ語ニ於テハ法律ト權利ハ區別セラレ混スルコトナシ權利義務ノ

原語ノ相同シキハ以テ其觀念カ全ク別種ノモノニアラスシテ密接ノ關係ヲ有スルヲ知ルニ難カラサルナリ

權利トハ何ソヤ其定義ニ付テモ學者ノ云フ處其軌ヲ一ニセス、余輩ハ茲ニ權利ノ内容ヲ知得スルニ利益ナリト信シテ從來唱導セラレタル重ナル主義ヲ二三ヲ說明セン

第一自由說 Freiheitstheorie 自由說ハカント等ノ唱導スル處ニシテ其意ハ權利ハ自由ナリト云フニ外ナラズ例ヘハ余輩カ公園ヲ散步スルハ自由ナルカ故ニ余ハ公園ヲ散步スル權利アリト云フカ如シ。然レトモ權利ヲ以テ自由ナリト云フハ甚タ廣キニ失スルモノト云ハサルヲ得ス、元ヨリ權利ハ或場合ニハ自由ニ外ナラサルコト少シトセサレトモ自由ト云ヘハ事實的ニ意思ノ向フ處ヲ行フト云フニアルカ故ニ事實上自己ノ意思ニヨリ飯ヲ喰フテ散步スルモ自由ナルハ即チ之ヲ爲ス權利ナリト云フ時ハ甚タ漠然タルノ謗アルヲ免レサラン唯注意スヘキハ通常ノ用語トシテ散步スル權利アリト云フカ如キハ元ヨリ法律上嚴格ノ用語ニアラサルヲ以テ權利ノ法律上ノ意義ヲ左右スルニ足ラサルナリ

第二 意思説 Willenstheorie 意思説ハヘーゲル、ウチンドシヤイド等ノ唱導スル處ニシテ其意ハ權利ハ意思ノ力ナリト云フニ外ナラス、蓋シ權利ヲ主張シ之カ伸長回復ヲ計ラントセハ必ス意思ニ俟タサルヘカラサルカ故ニ此ノ點ヨリ見レハ意思ヲ中心トシテ論スル此ノ説ハ大ニ理由アリト云ハサルヲ得ス然レトモ權利ヲ意思ノ力ナリト云フ時ハ意思ナキモノニハ權利ナシト云ハサルヘカラサルヘシ、果シテ然ラハ法人ノ如キ乳兒ノ如キハ權利ヲ有スル能ハスト云フ結果ヲ生スヘシ、且夫レ意思ハ元自由ナルヲ以テ意思ノ力ヲ以テ權利ナリト云ハハ結果ニ於テ權利ハ自由ナリトノ説ト撰ム處ナク從ツテ意思説モ亦廣キニ失ストノ非難アルヲ免カレサラン

第三 利益説 Interessetheorie 利益説ト云フハイーエリングノ唱導シタル處ニシテ權利ハ法律ノ保護スル利益ナリト云フニアリ此ノ説ハ權利ノ實質ヲ云ヒ現ハス點ニ於テハ其當ヲ得タリト云ハサルヲ得ス、然レトモ利益トハ何ソヤ衣食ニ住居スルモノノ利益ナリ、然シテ此ノ如キハ皆國法ノ保護ノ下ニアルカ故ニ衣食ノ權利アリ住居ノ權利アリト云ハサルヘカラス、若シ權利ヲ此ノ如ク定義セハ其意

義ハ甚タ漠トシテ正確ヲ失スルニ至ル恐ナシトセス、且夫レ利益ト云フモ各人ノ見ル處ニヨリテ利不利アルヘキカ故ニ單純ニ利益ヲ保護スルト云ハハ例ヘハ余ノ利益トスル處ヲ國法カ保護スルカ故ニ其利益カ假令他人ニハ大ナル不利益ナルモ尙權利ナリト云フニ至ルヘク從ツテ權利ハ法律ノ保護スル利益ナリト云フハ未其意義ヲ明カニシテ全シト云フヲ得サルナリ

第四 分前説 Antheisthorie 分前説ハデルンブルヒノ唱導スル處ニシテ權利トハ人類社會ニ於テ一人ニ屬スル活資 *Tabensgüter* ノ分前ナリト云ニ在リ、其所謂活資トハ人カ生存ニ缺クヘカラサル生命、身軀、自由、名譽、財産ヲ云ヒ、分前トハ自己ノ生存ニ關シ他人ヲ排斥シテ取得スルヲ得ヘキ分量ト云フノ意ナリ此ノ説ハ前數説ニ比シテ其當ヲ得タルニ近シ

以上述ヘタル處ニヨリ權利ニ關スル觀念カ如何ニ解セラレタルカノ一斑ヲ知ルコトヲ得ヘシ廣ク之ヲ云ヘハ權利ハ自由ナリ意思ノ欲スル處ナリ然レトモ法律上ノ意義トシテハ然カク漠然タルヲ得ス余輩ハ權利ヲ定義シテ左ノ如ク云ハン

權利トハ法律上意思ヲ以テ主張シ得ル利益ナリ

以下余輩ノ定義ニ付キ簡單ニ説明セシメ、余輩ハ附録ニ於テ、或ハ

(一)利益ナケレハ權利ナシ、權利ノ實質ハ利益ナリ、然レトモ利益ナキ場合ニ權利ナシト云フハ不當ナリト論スルモノナキニ非ス其云フ處ヲ見ルニ例ハ相續權ニ付キ相續財產カ負債多キ場合ハ其相續權ハ相續人ニハ不利益ナリ、然レトモ尙相續權ナルヲ妨ケサルニ非スヤト、又曰ク財產ヲ欲スルハ人ノ常ナリ、然レトモ所謂逐世脱俗ノ士ハ反テ產財ヲ欲セサルコトアリ、此ノ場合ニモ尙財產權ヲ有スルヲ妨ケス、然ラハ即チ權利ノ實質ヲ以テ利益ナリト云ハハ右ノ場合ハ如キハ何レモ權利ニ非スト云ハサルヘカヲサルヘク此ノ如キハ不當ナルコト論ヲ俟タサル處ナリト、然リト雖余ヲ以テ之ヲ見ルニ前例ノ如キ場合ニハ相續財產ハ負債多クシテ不利益ナルモ相續夫自身ハ利益タルヲ失ハサルヘク自己ノ利益トシテ法律上主張シ得ヘキ權利タルヤ素ヨリ明カナリ、又後例ノ場合ニ於テ隱士ハ財產權ヲ有スルコトハ素ヨリ妨ケス財產權ヲ有スルヲ欲セサル結果若シ侵害ヲ受ケタル場合ニ法律上之カ救濟ヲ求メ得ヘキ權利カ拋棄シタルモノト見ルヲ正當ナリ

ト信ス、右説明スルカ如ク各人カ權利ナリト主張スルモノハ之ヲ分析スレバ利益ナラサルハチシ假リニ權利ノ實質カ不利益タリ得ヘシトセハ權利ノ侵害ハ不利益ノ侵害タルヘク且又權利トシテ對抗シ得ヘキハ必スヤ自己ノ利益ナリトスルニ外ナラサルナラン余輩ハ此ノ説明ヲ以テ「イ」ニシテ所謂權利ノ實質ハ利益ナリトノ説明ノ正當ナルヲ信セス、ハアラサルナリ、ハハ利益ナリト

(二)權利ハ法律ニヨリテ發生ス、余輩カ與ヘタル定義ノ中法律上ト云フ文字ニ注意セヨ權利ハ法律ナクンハ發生セズ、法律ナケレハ權利ナシ、蓋シ權利ハ吾人ノ利益ヲ法律カ保護スルニヨリテ生スルモノナレハナリ、或ハ曰ク權利ハ法律カ承認スルモノニシテ法律アリテ始メテ權利カ發生スルニ非ス、凡ソ吾人ノ理想ニハ必スヤ權利ノ觀念アリ、然レトモ法律カ之ヲ認ムルニアラサレハ未タ權利トシテ他人ニ對抗シ得ヘカラス、法律ナクモ權利ハ存在シ得ヘキモ唯法律ニヨリテ保護ヲ求ムルコト能ハサルノミト、其例示スル所ヲ見ルニ女權ト云ヒ自由ノ權ト云ヒ天賦ノ權ト云フカ如キハ未タ之ヲ主張シテ法律ノ保護ヲ受クルコト能ハス故ニ法律上ノ權利ニアラス而モ之レノ權利タルヲ妨ケスト余ヲ以テ之ヲ見ルニ權

利ナル意義ハ術語トシテ此ノ如ク漠然ト解スヘキニ非サルカ如シ、何々ノ權例ヘハ女權トカ男女同權トカ云フカ如キハ之ヲ用ユルモ通常ノ用語トシテ何等ノ妨ケナシ、法律上ノ術語トシテハ必スヤ一定ノ意義ナカラサルヲ得ス、權利ノ觀念ハ必ス他人ニ對抗シ得ヘキモノナラサルヲ得ス、他人ニ對抗シ得ヘキカ爲メニハ法律ノ保護ニヨリ侵害ヲ受ケタル場合ニ自ラ主張シテ之カ伸長回復ヲ求メ得ヘキモノナラサルヲ得ス、法律上他人ニ對抗シ得ヘカラサル權利ナシ是レヲ以テ之ヲ見レハ權利ハ必スヤ前提トシテ法律ノ存在ヲ必要トスヘク法律ナクンハ權利ニアラス一ノ利益ト云フノ意ニ外ナラサルナリ

(三)權利ハ法律上意思ヲ以テ主張シ得ヘキ利益ナリ、意思ヲ以テ主張シ得ヘキト云フ文字ニ注意セヨ之レ余輩カ單ニ權利ハ法律ノ保護スル利益ナリト云フイニエリ、クノ定義ニ賛スル能ハサル處ナリ凡ソ利益ト云フハ人カ物ニ對スル關係ニシテ權利トハ人カ人ニ對スル關係即チ相對的ノ關係ナリ人ニ對シテ利益ナク物ニ對シテ權利ノ觀念ナシ人ト物トノ關係ハ素之レ法律ノ關スル處ニ非サルナリ、然レトモ此關係ヲ維持スルカ爲メニハ一人ノ意思ヲ以テ他人ノ意思ヲ制限

シ得サルヘカラサルカ故ニ茲ニ始メテ人ト人トノ關係ヲ生シ法ノ保護ヲ受クルニ至ル、然ラハ即チ權利ト云フハ單純ニ法カ利益ヲ保護スレハトテ權利ヲ生セス必スヤ他人ニ對シ意思ヲ以テ主張シ得ヘキモノナラサルヲ得ス、故ニロジンハ權利ヲ定義シテ法律上自己ノ利益ノ爲メニ欲スルコトヲ得ル意思ノ力ナリト云ヒ、パロンハ權利ヲ定義シテ法ノ規定ニヨリ自己ノ利益ヲ満足セシムル爲メニ一定ノ目的ニ關シテ一人ニ屬スル支配權ナリト云ヒ、バクハ權利ハ法ガ一人ノ意思ニ他ノ意思ヲ制限スルノ力ヲ認ムルコトニヨリテ達セントスル人生ノ目的ナリト云ヒ、イユリハ權利ハ法カ意思ノ力ヲ認メテ保護スル利益ナリト云ヘリ、例ヘテ説明センニ政府カ工業者ヲ保護スルノ主意ヲ以テ輸入品ニ重稅ヲ課シタリトセハ之レ工業者ニ採リテハ利益タルニ相違ナシ、然レトモ工業者ハ未タ何等ノ權利ヲ有セス、何トナレハ法律上意思ヲ以テ主張シ得ヘカラサルハナリ、利益ニシテ法律上意思ヲ以テ主張シ得ヘキモノニアラサレハ權利ニ非ズ、學校ニ入學スルハ一ノ利益ナリ、鐵道水道ヲ敷設スルモノハ利益ナリ、若シ吾人ガ意思ヲ以テ主張シ得ヘキモノナレハ何レモ權利タルヲ得ヘシ是レヲ以テ之ヲ見レハ權利

ハ必キ意思ヲ以テ主張シ得ヘキモノタルヤ蓋明カナリ或ハ曰ク法人乳兒ノ如キ
 事如何ニシテ意思ヲ以テ主張シ得ヘキヤト之レ余輩ニ定義ヲ誤解スルモノナリ
 意思ヲ以テト云フコトハ自己カ利益トスル所ヲ自己ノ意思ヲ以テ主張スヘシト
 云フニハアラサルナリ利益ノ主體ト意思ト主體ハ異ナル場合少ナシトセス法人
 乳兒ノ如キ即チ之レナリ然レトモ之レ外觀上ノ見解ニ過キスシテ利益ノ主體ト
 意思ト主體トハ要スルニ同ナリ蓋シ利益ハ意思ヲ目的ニシテ意思ハ利益ノ手
 段ナリ法人トカ乳兒トカ云フカ如キモノニ權利アリト云フハ法律カ代理人ヲ定
 メテ意思能力ノ缺乏ヲ補充スルノ結果法人乳兒ノ利益ナルコトハ補充意思即チ
 法人幼者ノ意思ヲ以テ主張シ得ヘシ然ラハ即チ利益主體モ意思主體モ外觀ニ異
 ナルカ如クシテ實ハ同一ナリト云ハサルベカラサルナリ且チ之レハ
 第二節 權利ノ分類
 公權私權ノ區別如何ニ關シテハ種々ノ說アリ例ヘハ國家カ有スルト私人ガ有ス
 ルトニヨリ公權私權ヲ區別スルモノアリ或ハ私權ト云フハ財產關係ノミニ係ル

モノナリトナスモノアリ又或ハ拋棄シ得サルト否トテ以テ公私ヲ分ツモノアリ
 何レモ其當ヲ得タリト云フ能ハス特ニ權利行使ノ多クノ場合ヲ見テ公權ハ拋棄
 スヘカラス私權ハ拋棄シ得ルヲ以テ原則トスト云ヒ性質ヲ以テ之レヲ區別セシ
 トスルハ誤ナリ公權ハ多數ノ場合ニハ拋棄スルヲ得ス私權ハ拋棄シ得ヘシ然レ
 トモ公權ト云ハルモノニシテ拋棄シ得ルモノ少シトセス之レト同時ニ私權ト
 中ニモ拋棄シ得サルモノナシトセス例ヘハ親權ノ如キ之レナリ又ハ實質ニ
 然ラハ公權私權ノ區別ハ果シテ何レニ基ツクヘキカ余輩ハ性質若シクハ實質ニ
 ヨリテ區別スルハ誤リナリト信ス權利ノ實質ハ一アリテ二ナシ余輩ハ權利ノ發
 生スル關係ニ基キテ公私ヲ區別スルノ妥當ナルヲ信シ公權及私權ヲ區別シテ公
 權トハ公法關係ニ於テ發スル權利ニシテ私權トハ私法關係ニ於テ發生スル權利
 ナリト云ハントス例示シテ説明スレハ選舉權參政權訴訟等ノ權利若クハ憲法上
 保護セラレタル各種權利ノ如キハ何レモ公權ニシテ所有權債權ノ如キハ何レモ
 私權ナリ又政權若クハ擔保權ノ名稱ヲ以テセラル蓋シ政權ト云フハ政務ニ參與ス

此ノ權下云フ義ニシテ擔保權ト云フハ依テ以テ國利民福ヲ增進スルニ至ルカ故
 ナリ私權ハ國民ニ限り享有シ得ヘキモノト否トアリテ國民權及個人權ニ分類ス
 ルコトヲ得ヘシ蓋シ國民權ト云フハ一國臣民ニ限り享有スヘキモノニシテ個人
 權トハ内外人ヲ問ハス享有シ得ヘキモノヲ云フニ外ナラス例ヘハ土地有所權ノ
 如キハ國民權ニシテ外國人ハ此ノ權利ヲ享有シ能ハサルカ如シ

第二 絕對權及相對權

絕對權又ハ對世權ト云フハ世上一般ノ人ニ對抗シ得ヘキ權利ヲ云フ或ハ此ノ權
 利ヲ物權ナリト云フモノアリ羅馬語ニ所謂 *Jus in Rem* ノ意ニ用ヒタルモノナラン
 從ツテ其意ハ此ノ權利カ物的ナリト云フニアラン然レトモ物權ト云フ時ハ債權
 ニ對スル文字ニ使用スルカ故ニ混合ノ恐レアリ例ヘハ物權人格權ノ如シ相對權
 又ハ對人權ト云フハ特定ノ人ニ對スル權利ナリ相對權ヲ又人權ト云フモノアリ
 羅馬語ノ *Jus in Personam* ヲ譯シタルモノナリ絕對權及相對權ノ區別ハ此ノ權利ヲ
 有スルモノニ對スル義務者ノ定不定廣狹ニアリ絕對權ニアリテハ義務者ハ不定
 ニシテ甚タ廣シ相對權ニアリテハ義務者ハ特定ニシテ且狹シ此ノ區別ニ基キ此

ノ二種ノ權利ニ關スル原則アリ

(一) 絕對權ニ對スル義務ハ消極的ニシテ相對權ニ對スル義務ハ消極的タルト積
 極的タルトアリ例ヘハ所有權ハ一ノ物權ニシテ絕對權ナリ所有權ハ何人ト雖之
 ヲ侵スヘカラザル消極ノ義務アルニ過キス之レニ反シ債權ハ相對權ニシテ債權
 ノ目的ガ作爲(例ヘバ物)ニアル時ハ義務者ハ之ヲナスヘキ積極的ノ義務ヲ有シ不
 作爲ヲ目的トスル時(例ヘバ同營業ヲ營)ハ義務者ハ之レヲナサル消極的ノ義務
 ヲ有スルガ如シ

(二) 絕對權ヲ侵害スル時ハ權利者ト侵害者ノ間ニ相對的權利發生ス例ヘハ所有
 權ヲ侵害シタル時ハ侵害者ハ其ノ損害ヲ賠償スヘキ債務ヲ負擔シ所有權者ハ之
 レヲ請求シ得ヘキ債權ヲ有スルニ至ルカ如シ

(三) 相對權ハ特定人間ノ關係ナリ故ニ第三者ニ對シテハ其權利ハ絕對權ナリ例
 ヘハ債權ハ特定セル義務者即チ債務者ニ對スル權利ナレトモ第三者ハ此ノ債權
 ヲ侵害スヘカラサル義務ヲ有ス即チ債權者ノ權利ハ債務者外ノ第三者ニ對シテ
 ハ絕對權ナルカ如シ

第三節 財產權、人格權及親族權

財產權ト云フハ交換價值即チ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ權利ヲ云フ凡ソ財產ト云フハ何ナルヤ此ノ定義ニ付テハ漠然トシテ其説明モ一途ニ出テス然レトモ財產トハ交換價值ヲ有スルモノト云フテ可ナリ從テ財產權トハ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ權利ナリト云フナリ財產權ヲ分チテ三トス物權及債權及特權之レナリ、物權債權ノ區別ハ別ニ之レヲ述フヘシ、特權ト云フハ一名智能權若クハ精神的所
有權ト云フ、例ヘハ意匠權、版權、特許權ノ如キモノ之レナリ特權ハ元來人身權ノ一
ニ屬ス人身權ハ賣買讓與スルヲ得サルヲ原則トスレトモ其中ニ於テ賣買讓與ノ
目的タルヲ得ヘキモノアリ、即チ人身權及財產權ノ兩性質ヲ有スルモノナリ之レ
ヲ特權ト名ツケタルナリ、
人格權ト云フハ人カ生レテカラニシテ當然享有スルノ權利ノ意ニシテ例ヘハ吾
人ノ身軀、名譽、自由ノ如キハ法律ノ保護スル處ニシテ他人ハ之レヲ侵害スヘカラ
サル消極ノ義務ヲ有ス、從フテ人格權ハ或ハ固有權ト云フモノアリ、然レトモ人格
權ハ素ヨリ法律ノ下ニ於テ生スルカ故ニ彼ノ天賦ノ權ト云フカ如キ所謂理想上

ノ權利ナルモノト混合セラル、恐レアリ
親族權ト云フハ親族關係上特別ノ位置ニアルガ爲メ享有スル權利ヲ云フ、例ヘハ
夫權、親權、戶主權ノ如キ之レナリ。蓋シ人格權ハ生レテナガラニシテ當然所得スル
權利ナリ然レトモ人ハ團躰生活ヲ營ムモノニシテ且生理上男女ノ別アルガ故ニ
夫婦ノ關係ヲ生シ、親族ノ關係ヲ生ジ、家族ノ關係ヲナス、此ニ於テ此ノ種ノ關係ニ
於テ特ニ或位置ヲ有スルニヨリ權利ヲ享有スルニ至ル、親族權即チ之レナリ
第四節 物權及債權
物權ト云フハ直接ニ物ヲ支配スル權利換言セハ法定ノ範圍内ニ於テ物ヲ支配ス
ル全權ナリ、其支配が一部タルト全部タルトヲ問ハス適切ニ云ヘハ物ハ其全部ノ
關係若クハ一部ノ關係ニ於テ支配スル全權ト云フニ外ナラサルナリ而シテ全部
ヲ支配シ得ヘキモノハ所有權ニシテ一部ノ場合ハ例ヘハ地上權、地役權、永小作權
ノ如キヲ云フ學說上之レヲ他物權ト言ヘリ尙物權ノ定義ニ付テハ民法ノ説明ヲ
俟ツテ充分研究セラルヘシ
債權ト云フハ他人ノ行爲不行爲ヲ目的トスル權利トシテ行爲不行爲ハ總稱シテ

給付ト云ヘリ此ノ如ク債權ハ他人ノ行爲不行爲ヲ目的トスル權利ナリト雖或ル
 場合ニハ債務者カ特定ノ物件ヲ給付スヘキ義務ヲ負フコトアリ此ノ場合ニ於テ
 ハ債權者ノ權利ハ其物件ヲ支配スルカ如ク見テ物權ニアラサルヤ疑ヲ生ズ然
 レトモ此ノ場合ニ於テハ尙目的ハ物ヲ給付スヘキ行爲ニシテ單ニ當事者ノ關係
 ガ物ト直接關係アルニ過キス此ノ如キヲ *Jus ad rem* ト云ヘリ
 右説明スルカ如ク物權ト債權トノ區別ハ一人ト物トノ關係ニシテ他人ト人
 トノ關係タルコト之レナリ物權ニ對スル義務ハ消極的ニシテ義務ハ不定且一般
 ナルモ債權ニ對スル義務ハ消極的若クハ積極的ニシテ義務者ハ特定ナルコト之
 レニナリ物權ハ權利者自ラ其權利ヲ行使スルヲ得ルニ反シ債權ニアリテハ債權
 者カ其權利ヲ行使シ得ヘキハ素ヨリナリト雖其權利ノ保全ハ債務ノ履行ヲ俟ツ
 テ初メテ之レヲ望ミ得ヘキコト之レ三ナリ此ノ第三ノ區別ヨリ推論セハ物權ニ
 付テハ權利ハ其基タルコト云フヲ俟タスト雖債權ニ付テハ權利ガ主タリト云ハ
 シヨリ寧ロ義務ガ其基ナリト云フテ不可ナカルヘシ獨逸ノ新民法ハ第二編ヲ債
 務關係法ト題シ我新民法ノ如ク債權法ト云ハサリシハ寧ロ債權債務ノ性質ヲ示

シタル至當ノ表題ナリト云ハサルヘカラス
 第五 原權及救濟權

原權ハ第一權又ハ本權ト云ヒ救濟權ハ第二權トモ云ヘリ原權ト云フハ獨立シテ
 法律上當然ニ存在シ侵害ナクシテ存スルモノヲ云ヒ救濟權ト云フハ侵害アリテ
 始メテ發生スルヲ云フ即チ文字ノ如ク救濟權トハ原權カ侵害セラレタル場合ニ
 之レヲ救濟スルニアリ例ヘハ所有權ハ一ノ原權ナリ若シ侵害ヲ受ケタル場合ニ
 ハ權利者ハ之カ救濟ヲ求ムルコトヲ得ヘシ此ニ於テカ所有者ハ侵害者ニ對シテ
 權利ヲ有スルニ至ル救濟權即チ之レナリ損害賠償ヲ求ムル權ノ如キ物件ノ返還
 ヲ求ムルノ權利ノ如キ之レナリ此ノ兩者ハ本末枝葉ノ關係ニ在ルカ故ニ從フテ
 次ノ原則アルヲ知ラサルヘカラス

- (一) 原權ノ侵害アリテ始メテ救濟權生ズ
- (二) 原權ハ救濟權アルニ由リテ始メテ至シ何トナレハ原權ノ侵害アリタル場合
 ニ若シ之ヲ救濟スル能ハスハ權利ハ有名無實タルノミナラス世上一般ノ權利
 關係ハ全ク壞セラレ秩序ノ維持ハ得テ望ム能ハサルニ至レハナリ

(三) 絕對權ハ原權タリ相對權ハ原權タルカ若クハ救濟權ナリ例ヘハ所有權ノ如キ地上權ノ如キハ侵害アリテ存スヘキ權利ニアラサルナリ然レトモ債權ニ於テハ例ヘハ賣主ノ代金ヲ求ムル權買主ノ物件引渡シヲ求ムル權利ハ原權ナレトモ義務不履行又ハ不法行為ニ基ツキ損害ノ賠償ヲ請求スルカ如キハ侵害アリテ生スルモノナルカ故ニ救濟權ナリ

(四) 原權ハ相對權若クハ絕對權ナルモ救濟權ハ常ニ相對權ナリ之レ第三ニ於テ說明シタル所ニヨリ明カナルヘシ物權ハ原權ニシテ絕對權ナリ債權ノ如キハ原權タルモ相對的ナリ然レトモ損害賠償ヲ求ムル救濟權ノ如キハ常ニ特定人ニ對スルモノニシテ相對權ナルコト明カナリ

第一章 義務及其分類

義務ヲ廣ク解スレハ其意義甚タ多ク從フテ其種類モ亦種々アリ恰モ權利ヲ廣ク解スレハ自由モ意思ノ欲スル處モ皆權利ト云フヲ得ヘキカ如シ然レトモ法律上強制セララルヘキ義務ハ此ノ如ク廣漠タルヘキニ非ス必スヤ一定ノ意義ヲ存セサル可カラス普通ニ義務ト云ヘハ道德上ノ義務モ宗教上ノ義務モ政治上ノ義務モ

皆一種ノ義務タルニ相違ナシ然レトモ此種ノ所謂義務ハ之レニ違反スル法律ノ制裁アルコトナシ余輩カ權利ニ付キ自由權トカ女權トカ云フカ如キハ普通ノ用語トシテハ何等ノ妨ケナキヲ述ヘタルト同シク義務ニ付テモ法律上ヨリ之レヲ解セザレハ道德上ノ義務ト云フモ宗教上ノ義務ト云フモ又普通ノ用語トシテハ何等ノ妨ケナシ然レトモ法律上義務ニ對スル義務ト云ヘハ必スヤ確定ノ意義ナカラスアルヲ得サルナリ

義務ノ觀念ハ權利ノ觀念ト相關的ナルコト前ニ述べタルカ如シ權利ハ義務アリテ之ヲ全フスルヲ得ヘク義務ハ權利ニ對シテ存在ス從フテ余輩ハ此ノ點ヨリ義務ヲ定義シテ左ノ如ク云ハントス

義務トハ權利者ヲシテ權利ヲ全フセシムヘキ法律上ノ必要ナリ

此ノ定義ハ茲ニ詳細ハ說明ヲ必要トセサルナリ例ヲ以テ說明センニ甲カ乙ニ對シテ債權ヲ有シタリトセヨ乙カ甲ニ對シテ有スル債務ハ甲ノ有スル權利ヲ全フセシムルニ缺クヘカラサルモノナリ何トナレハ甲ノ債權ハ乙ノ義務履行ニヨリテ始メテ其全キヲ得ヘケレハナリ又例ヘハ甲ガ一ノ物件ニ付キ所有權ヲ有シタ

リトセヨ世上一般ノ人民ガ此ノ所有權ニ對シテ之ヲ侵害スヘカラサル消極的ノ義務ハ甲ノ所有權ノ其全キヲ得ルニ缺クヘカラサルモノナリ何トナレハ一般人民ニ於テ此ノ義務ヲ有スルノ結果甲其所有權ヲ完全ニ實行スルヲ得ベケレハナリ是レヲ以テ此レヲ見レハ義務ハ權利ヲ全クスルノ必要タルヤ明カナリト云フヲ得ヘシ

義務ハ法律ヲ離レテ存セス其意ハ義務ハ法律ノ強制スル所ナルヲ云フニ外ナラス義務者カ任意ニ義務ヲ履行セサル場合ニ法律カ之ヲ強制スル能ハスハ義務者ノ義務ハ有名無實ニシテ權利者ヲ害スル幾何ナルヲ知ラサルナリ之レ法律上ノ義務カ所謂宗教上道德上ノ義務ト區別セラル、所以ニシテ義務違反ノ結果法律上責任ヲ生スル所以トス

義務ノ内容ハ行爲不行爲ナリ蓋シ義務ハ權利ヲ全クスル必要ナルカ故ニ權利ト相應シテ權利ノ内容カ行爲ニアル時ハ義務ハ或ル事ヲナスニアルハ不行爲ヲ目的トスル權利ナル時ハ義務ハ或ル事ヲナササルニアルヘシ此レ積極ト消極ト義務ノ分カル、所以トス後ニ述フル所アラシ

或ハ義務ヲ定義シテ法律ノ強行スル行爲若クハ不行爲ノ責任ナリト云フモ、又義務ヲ結果ヨリ見レハ此ノ定義ハ必スシモ不當ニアラサルナリ余ヲ以テ之ヲ見ルニ責任ナルモノハ元來義務アルニヨリ生スル結果ニ外ナラス義務其レ自身ハ責任ニアラス例ヘテ説明セン甲カ乙ニ金錢上ノ債權アリトセヨ若シ辨濟期ニ定メアル場合ニハ甲ハ辨濟期限前ニハ債權ノ行使ヲナスコトヲ得サルヘク乙ハ辨濟ノ請求ニ應スヘキ義務ナシ然レトモ債權ノ關係ハ瞭然トシテ存在ス辨濟期到來セハ茲ニ始メテ乙ニ辨濟ノ責任ヲ生シ若シ履行セサル時ハ賠償ノ責任ヲ生スルニ至ルナリ又例ヘハ所有權者ニ付テハ侵害セサルノ義務ハ存スルモ何等ノ責任ナシ侵害シタルモノアル場合ニ始メテ賠償スヘキ責任ヲ生ス素ヨリ責任ト云ヒ義務ト云フモ甚タ密接ノ關係アルヲ以テ之ヲ區別スルコト容易ニアラスト雖義務ハ本ニシテ責任ハ末ナリト解スヘキハ最モ妥當ナルカ如シ然ラハ即チ義務ヲ定義スルニハ結果ヨリ云ハスシテ直ニ其何タルヲ云ヒ現ハスヲ至當ナリト云ハサルヘカラサルナリ

義務ノ文字ハ羅旬語ノ Obligation ヲ指スニ外ナラス、此ノ文字ハ重ニ債權債務ノ關係

ニ付キ用ヒラルルヘキモノニシテ物權ニ對スル義務トシテハ其當ヲ得ザルモノト云ハサル可カラズ、故ニ英米ニ於テハ之レヲ區別シテ物權ニ對スル義務ヲ Duty トシ債權ニ對スルモノヲ Obligation トセリ Duty トハ佛語ノ Devoir トシテ適切ニ之ヲ譯セハ本分ト云フノ意ナリ然レトモ本分ト義務トハ之ヲ區別セサルヘカラス、義務ハ法律ノ強行スル處ナリ本分トハ吾人カ守ルヘキ職分ト云フカ如シ本分ハ宗教道德上ノミナラス法律上權利義務ノ實質ヲナスモノナリ、故ニ本分ト義務トヲ同視スル時ハ所謂強制ノ有無ヲ以テ法律上ノ義務ト宗教道德上ノ義務トヲ區別スルノ主旨ヲ滅却スルニ至ルヘケレバナリ、

第二、積極義務及消極義務
 積極義務ト云フハ行為ヲ内容トスル義務ヲ云フモノニシテ行為ヲ目的トスル債權ニ對スル義務ノ如キヲ云フ例ヘハ賣買契約ニ於テ物件ヲ引渡ス義務、代金ヲ支拂ノ義務ノ如キ即之レナリ消極義務ハ不行爲ヲ内容トスル義務ヲ云フモノニシテ例ヘハ物權ニ對シテハ之ヲ侵害スヘカラスナル義務アルカ如キ又ハ同一營業ヲ

ナサ、ル義務ノ如キ之レナリ前述ヘタルカ如ク絕對權ニ對シテハ消極義務ノ存在シ、相對權ニ付テハ積極若クハ消極ノ義務存在ス

第二 絕對義務及相對義務

絕對義務ハ又孤立義務トモ云フ、義務ノミアリテ權利ナキ場合ヲ云フニ外ナラス凡ソ權利義務ハ相對立スルモノナルコト前述ヘタル所ニシテ之ヲ原則トス、然レトモ或場合ニハ義務ノミ單獨ニ存在スルコトアリ、之レ例外ノ場合ニシテ例ヘハ兵役ノ義務、納稅ノ義務ハ純然タル義務ニシテ履行セサル時ハ法律之ヲ強行スル者ナリト雖之レニ對シテ權利ナシ兵役ト云ヒ納稅ト云ヒ何レモ權力ノ作用ニ本ツクモノト説明セサルヲ得サレハナリ

相對義務ハ又對立義務トモ云フ普通ノ場合ノ義務ニシテ常ニ權利ト相對應スルノ謂ヒナリ例ヘハ債權債務ト云フカ如キ即之レナリ

此ノ區別ハ嚴格ニ云フ時ハ存在スルコトナシト云ハサルヘカラス、權利ト云ヒ義務ト云フモ常ニ相對的ノ觀念ナリ義務ヲ離レテ權利ナク權利ヲ離レテ義務アルヘキ筈ナシ然ラハ即チ所謂孤立義務ナルモ、

有ノ權利ト對スルモノト説明スヘク余輩モ亦理論上此ノ如ク解釋スヘキヲ穩當ナリト信スルモノナリ

第三 第一義務及第二義務

第一義務トハ權利ヲ侵害スルコトナクシテ存スル義務ヲ云ヒ、第二義務ト云フハ權利ヲ侵害シテ始メテ生スル義務ヲ云フ恰モ第一權第二權ノ區別ト同シ物權ニ對シテハ常ニ第一權ナリ、債權ニ對スルモノ亦然リ、然レトモ物權ヲ侵害シ債務ヲ履行セサル場合ニ始メテ第二義務即賠償ヲナスヘキ義務ヲ生ス此ノ區別ハ元ヨリ誤レルニアラスト雖余輩ノ見ル處ヲ以テスレハ責任ハ義務ノ結果ナルカ故ニ所謂第二義務ナルモノハ寧ロ權利ニ對スル義務ノ結果ニ外ナラサルナキカ或ハ此見解ノ不當ナルヲ難スルモ、アラシク然レトモ我民法ノ規定スル處ヲ見ルモ義務アリトスル場合ト責ニ任フト云フ場合ト二個ノ場合アルヲ知ルヲ得ヘシ、例ヘハ他人ノ權利ニ對シテハ之ヲ侵害スヘカラサル消極ノ義務即第一義務ノ存スルハ元ヨリ明カナリ而シテ故意又ハ過失ニヨリ之ヲ侵害シタル時ハ之カ損害ヲ賠償スル責ニ任ス(民法七)ト規定スルヲ以テ見ルモ第二義務ナルモノハ義務ノ結果

ナリト云フノ見解ハ必スシモ不當ニアラザルヲ信セスンハ非ルナリ

第二章 權利ノ主體

權利ノ主體 *Rechtsobjekt* トハ何ソヤ曰ク權利ヲ享有シ之ヲ行使シ得ヘキモノ即之カリ具體的ニ云ヘハ權利ノ主體トハ人及法人ヲ云フニ外ナラス權利ノ何タルカハ前述ヘタル所ニシテ近世ノ法律ハ義務本位ニ依ラスシテ權利本位ニヨルコトモ亦前述ヘタル所ナリ此觀念ニ基ツキテ人及法人ハ權利ノ主體ナリト云フハ素ヨリ正當ナリ、然レトモ權利ト云ヘハ義務必ス之ニ伴フヘキカ故ニ人及法人ハ權利ノ主體ナリト云フ時ハ人及法人ハ義務ニ付テハ如何ナル地位ニアルヤ明カニセス是ヲ以テ所謂權利ノ主體ヲ正確ニ言ハハ權利義務ノ主體即權利ヲ享有シ義務ヲ負擔シ得ヘキモノト云フヲ至當トスヘシ

人及法人カ權利ノ主體タルコトハ何人モ疑ヲ容レサル所ナリ故ニ法律上權利ノ主體タル能ハサレハ人類ト雖法律上人 *Person* ニ非ス近世ニ於テハ人類ニシテ權利ノ主體タルヲ得サルモノナシ然レトモ之ヲ歴史ニ徵スルニ古代ヨリ中世ニ至ル時代ニハ所謂奴隸ノ制度アリ、此ノ如キ制度カ認めラレタル時代ニ於テハ奴隸

レ賣買讓與ノ目的タリ若シ近世ニ於テ此ノ如キ制度カ認メラルハトセハ格別近世ノ思想ハ万人ハ皆相互ニ平等ナリ自由ナリ入レ自由ノ拘束ハ苟モスヘカラスト觀念スルカ故ニ人類ニシテ權利主體タル能ハサルモノハ全ク存在セサルニ至レリ

權利ノ主體トハ如何ナルモノヲ云フカニ答ヘテ人ハ權利ノ主體ナリト答フルハ一般ナリ此場合ニ於ケル人ハ吾人ノ日常云フ(即有)人ノミナラス法人ヲモ包含スルヲ注意セサルヘカラス所謂人ハ自然人及法人ヲ總稱スルノ文字ナリ此ヲ以テ權利ノ主體ハ人ナリト云フヲ解シテ權利ノ主體ハ有形人ノミヲ指スト解スヘキニ非サルヲ注意セザルヘカラス獨逸民法ハ人ト題シテ更ニ之ヲ自然人及法人ニ區別シテ規定シタリ然レトモ我民法ニ於テハ人ト云フヲ普通ノ觀念ニ從ヒテ用ヒ人及法人ハ別章ニ規定ヲ掲ケタリ本章ニ於テ説明スル處ノ權利主體ハ素ヨリ人及法人ニ關スルモノニシテ各別ニ之ヲ研究セン

第一節 人(自然人)

本節ニ於テ説明スヘキ人ト云フハ廣義ニ非スシテ所謂獨逸ノ *Natürliche Person* ニ該當シ吾人ノ日常用ユルノ意味ナルヲ注意セラルヘシ

人ノ何タルカハ茲ニ深ク説明ヲ要セサルヘシ生理上人體ヲ具備スルモノハ皆所謂人ナリ從テ人體ヲ具備シテ生存スル間ハ如何ナルモノト雖權利ヲ享有シ得ヘキハ當然ノ結果トス然ラハ人トシテ存在スル時期如何之レ云フ迄モナク出生ニ始マリ死亡ニ終ル具體的ニ云ヘハ權利ノ享有ハ出生ニ始マリ死亡ニ終ルニ外ナラサルナリ

右説明スルカ如ク權利ノ主體タルハ出生ヨリ死亡ニ至ル迄ナルハ殆ント言フ俟タスト雖權利ニハ公私ノ區別アルカ故ニ公權ト私權トニ付キ大ナル差違ヲ生ス私權ニ付テハ前陳ノ原則ヲ適用スヘキモノナリト雖公權ニ至リテハ大ニ然ラス如何ナルモノカ公權ナルカ又ハ私權ナルカハ一々ニ此ニ列記スル能ハス然レトモ公權ノ享有ハ出生ニ始マルトナス立法ナク學說ナク年齡男女財産ニヨリテ制限セラレル例ハ女性ハ一般ニハ公權ヲ享有セハ男性モ年齡財産ニ付キ一定ノ資格ヲ有スルニ非サレハ之ヲ享有スルヲ得サルカ如キ之レナリ例ハ選舉權ノ如

キハ即女性ハ之ヲ有スルヲ得ス男子モ年齢ト財産トニ制限アルカ如シ
身分ト能力トハ又之ヲ區別セサルヘカラス身分ト云フハ人カ社會上若クハ親族
關係ニ於テ有スル法律上ノ地位ヲ云フ例ヘハ成年ナルカ未成年ナルカ親ナルカ
子ナルカノ如キ即之ナリ能力ト云フハ權利ヲ享有シ之ヲ行使シ得ヘキ權能ヲ云
フ廣ク能力ト云フ時ハ權利能力 *Rechtsfähigkeit* ト行為能力 *Handlungsfähigkeit* トヲ區
別セサルヘカラス獨逸法律ニ於テハ能力ヲ此二者ニ區別シテ規定スレトモ佛民
法ノ如キハ權利能力ハ之ヲ權利ノ享有ト用ヒ行為能力ヲ單ニ能力ト用ヒタリ我
新民法モ亦佛法ト同シク權利ノ享有及能力トシテ二者ヲ區別セリ
權利ノ享有及行使ニ重大ノ關係アルハ生死年齢等少ナシトセス人ノ住所如何及
住所ヲ去リ永ク所在不明ノモノヲ如何ニ處置スヘキカ之レ亦權利ノ享有行使ニ
重大ノ關係アリ從フテ本節ニ於テハ自然人ノ權利能力權利ノ享有行為能力住所
失踪ニ付キ説明セントス

第一款 權利ノ享有(權利能力)

何人カ權利ヲ享有シ得ルカ又何時ヨリ權利ヲ享有シ得ルカ之レ古代ト近世ニ於

テ大ニ其趣ヲ異スルモノアリ古代未開ノ社會所謂奴隸ノ制度カ認マラレ若クハ
殉死ノ地位ニアル人ノ如キハ自然人トシテ生理上何等異ナルモノナシト雖モ法
律上人ニ非ストセリ羅馬法等ニ於テハ *Homo* ト *Persona* トヲ區別シ前者ハ法律上
人格ヲ有セサルモノヲ云ヒ後者ハ人格ヲ有スルモノヲ云フトセリ其躰的ニ云ハ
奴隸ハ人ニ非ス物ナリト觀念シ又殉死ノ地位ニアルモノハ例ヘハ英國ニ於テ
Monk 我邦ニ於ケル出家(僧)ニ對スル觀念ト同シク遁世脫俗ノ士ニシテ普通人ト
異ニ異ナリト觀念シタルカ如キ之ナリ然レトモ近世ノ思想ハ此ノ如キ差別ヲ
認メス人ハ皆平等ナリ苟モ生理上人躰ヲ具備スル以上ハ如何ナルモノト雖モ權
利ヲ享有シ得ヘキモノトスルニ至レリ是ヲ以テ觀レハ權利ノ享有ニ付テハ自然
人ハ皆同等ニシテ唯公權ニ付テハミ差別アルニ過キサルヤ蓋明カナリ
然ラハ私權ノ享有ハ何時ニ始マルカ我民法ハ其第一條ニ於テ私權ノ享有ハ出生
ニ始マルト規定セリ之レ恐ラクハ云フヲ俟タサル所ナリ然レトモ羅馬法以來或
ハ胎兒ヲ以テ私權ヲ享有シ得ヘキモノトナスコト少ナシトセス我民法ニ於テモ
損害賠償(七二)家督相續(八六)遺產相續(九九)ニ付テハ胎兒ヲ保護スルノ規定アリ此

等ノ場合ヲ見レハ胎兒ト雖尙私權ヲ享有シ得ヘキガ如シ然レトモ未生ノモノヲ生シタルモノト見ルハ法律ノ擬制ニシテ例外ニ外ナラス民法第一條ノ規定ハ私權享有ノ始期ヲ定メタリト解スルノ外ナシ

出生トハ何ソヤ之レ元ヨリ明白ニシテ茲ニ説明ヲ要セス然レトモ羅馬法ニ於テモ私權ヲ享有スルカ爲メニハ人躰ヲ具備スルトカ生存シ得ヘキト云フカ如キ條件ヲ必要トシタルコトアルト又出生ニ付キ醫學上學說アリ得ヘキカ故ニ何ヲ出生ト云フカニ付キテハ一言スルノ必要ヲ認ム余輩ハ獨立呼吸說平ク云ヘハ母身ヲ離レ獨立ノ存在ヲナシ得ルヲ以テ出生ナリト云フノ至當ナルヲ信ス從フテ出生後僅時ニシテ死亡スルモ生存間ハ尙私權ノ主躰ナリト看做ササルヲ得ス私權ノ享有ニ付キ生スヘキ問題ハ外國人ノ權利能力如何之レナリ古代ノ法律ハ屬人法主義ニシテ外國人ハ他國ニ於テ權利ヲ享有スル能ハス法律ノ保護ヲ受クル能ハストセシモ近世ノ法律ハ屬地法主義ニ依リ外國人ト雖尙其在留國ノ法律ニ服從シ其保護ヲ受クルヲ得ルトスルニ至レリ然レトモ外國ノ權利享有ニ關シテハ立法ノ主義三者ニ歸着ス曰ク排外主義相互主義及平等主義即之ナリ第一主義

ハ全然外國人ノ權利享有ヲ認メサルモノ第二主義ハ外國ニ於テ自國人カ享有シ得ルト同一ノ權利ヲ外國人ニ與フルモノ第三主義ハ私權ニ付テハ内外人ヲ平等ニ保護スルノ主義ナリトス我民法第二條ハ外國人ハ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除クノ外私權ヲ享有スト規定シ以テ外國人ノ私權享有ニ付テハ平等主義ニ依リタルヲ明カニシタリ唯公權ニ付テハ外國人ハ何等ノ能力ナキハ深ク此ニ說明ヲ要セスシテ明カナリ

第二款 行爲能力

凡ソ權利ヲ享有スルモノハ自ラ之ヲ行使シ得ヘキハ法律上ノ原則ナリ然レトモ權利ノ行使ハ意思其他ノ事情ニヨリ制限スルノ止ムヲ得サルコトアリ所謂行爲能力ハ一方ニ於テ權利能力ト區別セサルヘカラス意思ハ行爲ノ要素ナリ意思ナキ行爲ト云フハ想像シ得ヘカラス狂者ノ如キ全然意思能力ヲ欠缺セルモノ、行爲ハ法律上當然無効ナリ然レトモ行爲能力ヲ缺クモノ、行爲ハ取消シ得ルヲ原則トス

右説明スルカ如ク行爲能力ハ意思年齡其他身分上ノ關係ニ基キ之ヲ制限スルノ

必要アリ、例へば狂者ノ如キ幼者ノ如キ妻ノ如キ之ナリ此ニ於テカ法律上所謂無能力者ニ關スル規定ヲ掲クルノ必要ヲ生スルニ至レリ、
 行爲無能力者ニ一般ノ無能力者ト特別ノ無能力者トアリ特別ノ無能力者ト云フハ特定人ノ間ニ於テノミ行爲能力ヲ制限セラル、
 後見人ノ同意ヲ得ルニ非サレハ被後見人ノ財產ヲ賃借スルコトヲ得ズ、
 規定シタルハ後見人ト被後見人間ニ於テハ後見人ノ或行爲能力ヲ制限シタルニ外ナラス、
 一般無能力者ト云フハ特定人間タルト否トヲ問ハス廣ク或行爲ニ付キ若クハ一般ノ行爲ニ付キ能力ヲ制限スルヲ云フ、
 本款ニ於テハ一般無能力者ニ付テニ言スル所アラン

我民法其他一般ノ立法例又ハ學說ニ於テ一般無能力者トシテ掲クルモノヲ四種トス、
 曰ク未成年者、禁治產者、準禁治產者及妻即之ナリ尙刑事禁治產者ヲ認ムル立法ナキニ非サルモ我邦ハ之ヲ認メス、
 第一同未成年者、
 凡ソ年齡ハ智識ノ發達ト重大ノ關係アリ蓋シ年齡未タ長セサル幼者ニアリテハ

或行爲ヲナスコトハ自己ニ利益ナルカ不利利益ナルカヲ識別スル能力ナリ、且其行爲カ犯罪ヲ構成スルカ否ヤモ亦之レヲ辨別スルノ智識ニ乏シ若シ此等ノモノハ行爲ヲ法律上有效ナリトセハ恐ラクハ未成年者ヲ害スルコト幾何ナルヲ知ラサルニ至ラン、
 之レ各國立法例及學說カ未成年者ヲ一般無能力者トシテ其行爲能力ヲ制限スルト同時ニ其保護規定ヲ設ケタル所以ナリ、
 幾何ノ年齡ニ達シタルモノヲ成年トスヘキカハ立法例ニヨリ多少ノ差異アリ、然レトモ大體ニ於テハ二十歳前後ヲ出テス例ヘハ英佛獨ハ滿二十一歳ヲ成年トシ我邦ハ滿二十歳ヲ以テ成年トスルカ如シ、
 出生ヨリ成年ニ至ル迄ハ未成年者トシテ之ヲ保護シ其行爲能力ヲ制限スルノ必要アル右述フルカ如シ然レトモ智識ハ年齡ト相終始スルカ故ニ成年ニ近キモノハ其智識ノ發達ノ程度或ハ成年者ト異ナルコトナキモノアルヘク反之幼者ニ至リテハ行爲能力ハ元ヨリ意思能力モナキ年代アリ從フテ成年ニ至ル迄テ一様ニ保護スルハ其當ヲ得ストシテ未成年ヲ數段ニ區別スルノ立法例アリ遠ク羅馬法時代ニ於テモ未成年ヲ三期ニ分チ二十五歳ヲ成年トシ出生ヨリ七歳迄ヲ Infans

ト云ヒテ行爲ヲ不成立トシ、七歳ヨリ男十四歳女十二歳迄ヲ *Impuberes* ト云ヒテ後見人 *Tutor* ヲ置キ、利益、不利益不明ノ時ニハ之カ同意ヲ得ルヲ必要トシ、男十四歳女十二歳ヨリ二十五歳迄ヲ *Puberes imiores* ト云ヒ、保佐人 *Curator* ヲ置ベキモノトセリ、獨佛ニ於テモ尙幾分ノ時期ヲ分チタリ、例ヘバ、獨逸ニテハ七歳迄ノモノ、行爲ハ不成立トシテ滿十八歳ニ至レバ成年宣告ヲナシ得ヘキモノトシ、佛ニ於テハ十五歳若クハ十八歳ニ至レハ後見ヲ免除スルヲ得トシタルガ如シ我民法ハ未成年ニ此ノ如キ階級ヲ認メス等シク保護スルノ趣旨ヲ採用シタリ

未成年者ヲ保護スルノ必要上各國ノ立法例ハ等シク法定代理人ノ制度ヲ認メタリ而シテ法定代理人ノ同意ヲ得スシテナシタル行爲ハ取消シ得ヘキモノトセリ

(四) 唯幼者ノ如キ意思能力欠缺者ノ行爲ハ法律上何等ノ效力ヲ發生セサルハ素ヨリ其處トス

此ノ如ク未成年者ガ法定代理人ノ同意ヲ得ズシテナシタル法律行爲ハ取消シ得ヘキモノニシテ相手方ハ未成年者ニ充分ノ能力アリトノ反證ヲ以テ行爲ノ有效ヲ主張スルヲ許サス然レトモ若シ如何ナル場合ニモ未成年者單獨ノ行爲ハ常ニ

取消シ得ルトセバ相手方ヲ害スルコト少ナシトセサルノミナラス未成年者ニ不便ナルコト少ナカラサルモノアリ此ニ於テカ我民法ノ如キ未成年者ト雖或範圍内ニ於テハ單獨ニ有效ノ行爲ヲナシ得ヘキ例外ヲ認メタリ第四條第一項末段第五條及第六條ノ如キ即之ナリ

第二 禁治産者

廣ク禁治産者ト云フ時ハ民事上及刑事上ノ禁治産者ヲ包含ス刑事禁治産者ト云フハ犯罪ニヨリ刑ニ處セラレタル結果トシテ治産ヲ禁セラレタルモノヲ云フ、然レトモ我民法ニ於テノミナラス多數ノ立法例ハ刑事禁治産者ヲ認メス茲ニ説明スル處モ亦民事禁治産者ナリトス

狂者ノ如キ心神ヲ喪失セルモノニハ意思能力ナキハ明ナリ、意思能力ナキモノニハ行爲能力ナシ從フテ其行爲ハ法律上何等ノ效力ヲ有セサルコトモ亦明カナリ然レドモ所謂心神喪失ニモ程度ノ差アリ或場合ニハ全然意思ヲ欠缺スルコトアリ、又或場合ニハ常人ト異ナラサルコトアリ若シ此等ノモノヲ事實上區別シテ行爲ノ當時意思ヲ欠缺シタルニ拘ラス之ヲ證明スル能ハストセハ狂者ハ常ニ元來

有效タルヘキ行為ノ責ニ任スルニ至ルヘク從テ損害ヲ受クルコト少ナカラス
 又若シ心神ヲ回復シタルニ拘ラス喪失ノ證明ヲナシ得ルトセハ有效ノ行為ノ責
 ナ免ル、コトトナルヘク相手方ヲ害スルコト尠ナシトセズ此ノ如ク行為ノ當時
 於テ事實上意思能力アリタルヤ否ヲ判定スルトセハ利害ノ及ホス處甚々尠ナカ
 ラサルノミナラス證明ノ困難ハ云フニ忍ビザルモノナルヘシ此ニ於テカ一般ノ
 立法例ハ心神喪失ノ常況ニアルモノハ之ヲ禁治産者トシ其行為ハ取消シ得ヘキ
 モノトシテ以テ之ヲ保護スルノ規定ヲ掲ケタル所以ナリ
 右述ブルカ如ク禁治産者ノ行為ハ單ニ禁治産者タリトノ理由ヲ以テ常ニ取消シ
 得ルモノニシテ相手方ガ行為ノ當時能力アルヲ證明シテ行為ノ有效ヲ主張スル
 ヲ許サズ、何ントナレバ若シ然リトセバ禁治産者ノ制度ヲ設ケタル主旨ニ反スレ
 バナリ然レトモ行為ノ當時全ク意思ヲ欠缺シタリトノ證明充分ナラハ當事者ハ
 行為ノ無效ヲ主張スルヲ妨ゲザルナリ
 何人が禁治産ノ宣告ヲ請求シ得ヘキカ、我民法第七條ニ於テハ本人、配偶者、四等親
 内ノ親族、戸主、後見人、保佐人及、檢事ノ請求ニ基ク旨ヲ規定セリ、一般ノ立法例モ亦

大同小異トス而シテ禁治産ノ原因止ミタル時ハ宣告ヲ取消スベキハ素ヨリニシ
 テ此場合ニ於ケル取消ヲ請求シ得ヘキモノモ亦宣告ヲ請求シ得ヘキモノト同ジ

(民法第七條及第十條)

禁治産者ハ之ヲ後見人ニ付ス、後見人ハ禁治産者ニ代リテ行為ヲナスヘキモノナ
 リト雖身分ニ變更ヲ來スヘキ行為、例ヘバ婚姻、養子縁組ノ如キハ本人自ラナスヘ
 キモノニシテ後見人ノ代リヲナスヘキモノニ非サルハ素ヨリ明カナリ(第九條)

第三 準禁治産者

心神耗弱者、聾者、盲者及浪費者ハ準禁治産者トシテ之ニ保佐人ヲ附スルコト
 ヲ得トハ我民法第十一條ノ規定スル處ナリ前述ブルカ如ク心神喪失ノ常況ニア
 ル者ハ之ヲ保護スルニ非サレハ其人ノ損害ヲ生スルコト少ナカラサルノミナラ
 ス或場合ニハ之ト行為ヲナス相手方トヲ害スルコト少ナシトセズ然レトモ心神
 耗弱者等ノ如キハ心神喪失ノ常況ニアルモノニ非ス、其之ヲ保護スル所以ノモノ
 ハ例ヘハ老衰ニヨリ、疾病ニヨリ若クハ不具ノ爲メ精神作用全カラス從ツテ事實
 上能力不十分ナルカ故ナリ此ヲ以テ此種ノモノヲ保護スルヤ否ニ付テハ古來ヨ

リ立法例必スシモ一ナラス羅馬法ニ於テハ我民法ニ規定スル如キモノニハ管財人 Tutela ラスルコトヲ得トシ、獨逸法ニ於テハ禁治產ヲ認メテ準禁治產ヲ認メス、佛法ニ於テハ禁治產宣告ヲナサ、ル場合ニハ裁判所ハ之ニ保佐人ヲ附スルコトヲ得トシ、英法ニハ我民法ノ如キ規定ナシ是ヲ以テ之ヲ觀レバ我民法ノ規定スル所ハ一ノ折衷主義ニ依リタルヤ蓋明カナリ、準禁治產者カ保佐人ノ同意ヲ得テナスヘキ行爲ハ我民法第十二條ニ列記セリ、然レトモ此列記行爲以外ニ於テモ準禁治產者ニ利害ノ關係アルモノ少ナシトセス、故ニ必要ノ場合ニハ他ノ行爲ニ付テモ同意ヲ得ヘキモノトナサ、ルヘカラズ然リ而シテ準禁治產者カ同意ヲ得スシテナシタル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得、右述ヘタル所ニヨリテ禁治產者ト準禁治產者トヲ比較スレハ禁治產者ハ自ラ法律行爲ヲナスコトヲ得サルヲ原則トシ、後見人ハ其法定代理人トシテ代リテ法律行爲ヲナスヘキモノナルニ反シ、準禁治產者ハ自ラ行爲ヲナスコトヲ得ルヲ原則トシ、重要ノ行爲ニ付キ保佐人ノ同意ヲ得ヘキモノトシタリ從フテ保佐人ハ準禁治產者ノ代理人ニ非ス單ニ同意ヲ與フルニ過キサルナリ

第四 妻

凡ソ私權ノ享有ニ付テハ男女ヲ區別スヘキ當然ノ理由ナシ、未成年者、禁治產者、準禁治產者ノ如キハ男女何レノ性ニ於テモ區別アルモノニ非ス又成年者ハ單獨ニ法律上有效ナル行爲ヲナシ得ルモノニシテ之レ又男女ニヨリテ區別アルヘキ筈ナシ然レトモ妻タル身分ヲ有スル女子ニ付テハ古來ヨリ之カ行爲能力ヲ制限スルノ規定ヲ見サルハナシ、女子カ嫁シテ妻タル身分ヲ有スルニ至リシトテ事實上能力ヲ欠缺スル道理ナシ、其茲ニ至ル所以ノモノハ家事ノ統一ヲ計ルニ外ナラス之レ恰モ一國ノ主權ハ一アリテ二ナキト同シク一家ノ主權者ハ一アリテ二アルヘカラス、若シ然ラサレハ家政ノ統一ハ得テ望ム能ハサルヘケレハナリ之レ一般ノ立法例ハ所謂夫權 *Mansu* ヲ認メテ妻ノ能力ヲ制限スルノ規定ヲ掲クルニ至リシ所以ナリ

右述ヘタルカ如ク妻タル女子ハ元來完全ナル能力者ナルモ(成年者ナレハ)其妻タル身分アルノ結果夫權ニ服従スルニ非サレハ夫婦間ノ和合ヲ望ム能ハサルノミナラス一家ノ統一ヲ計ルニ缺ク所少シトセス然レトモ立法例カ如何ニ妻ノ能力

ヲ制限スルカニ至テハ必スシモ其軌ヲ一ニセス羅馬法ノ如キハ妻ハ全ク無能力者ニシテ正式ノ結婚ヲナシタル以上ハ全然夫權ノ下ニ服從シテ自由ヲ失フモノトシ唯一年ニ二回實家ニ歸ルコトアレハ主權ノ下ヲ脫スルコトヲ得ルトセリ反之英法現今ノ制度ハ妻ト雖尙ホ獨立人ト異ナルコトナク妻タル身分ヲ有スレハトテ能力ヲ制限セラル、コトナシトセリ現今多數ノ立法ハ羅馬法ノ如ク極端ナラス又英法ノ如ク能力アリトセス或程度ニ於テ妻ノ能力ヲ制限セリ我民法第十四條モ亦此中間ノ主義ニ本ツキ一定ノ行爲ニ付キテハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要ストシ之ニ反スル時ハ取消シ得ヘキモノトセリ我民法ノ法文上未成年者及準禁治產者ノ場合ニハ同意ナル文字ヲ用ヒ妻ノ場合ニハ許可ナル文字ヲ用ヒタルハ別ニ意味ヲ異ニスルニアラサレトモ妻ノ能力ハ夫權ノ下ニ於テ制限セラル、カ故ニ許可ト云ヒテ夫權ノ結果タルヲ示シタルニ外ナラサルナリ

第三款 住所

凡ソ人カ生活ヲナスニ當リテハ必スヤ一定ノ場所ナカラサルヲ得ス所謂住所トハ Domicil, Wohnsitz 法律上人ノ土地ニ於ケル地位ヲ指スニ外ナラス換言セハ法律

上人カ權利ヲ享有シ之ヲ行使スルニ付キ其人ト土地トノ關係ヲ云フ我民法ニ於テハ住所トハ各人ノ生活ノ本據ヲ云フトセリ

住所ハ居所又ハ現在地ト之ヲ區別セサルヘカラス居所ト云フハ居住スルノ意思ヲ以テ或時ノ間其身軀ヲ置ク所ナリ事實上ノ關係ナリ又現在地トハ現ニ其身軀ノ存スル場所ヲ云フニ外ナラス此ノ如ク住所ハ居所又ハ現在地ト區別セサルヘカラスルト同時ニ他方ニ於テハ本籍又ハ寄留地トモ之ヲ區別セサルヘカラス我國ノ如キハ從來人ノ土地ニ於ケル地位ヲ定ムルニハ届出又ハ登記ノ手續ヲ要シ本籍ト寄留籍トヲ區別セリ然レトモ生活ノ本據ハ必スシモ本籍地ニアラス又寄留地ニモアラサルナリ多數ノ場合ニハ寄留地ハ住所ナルヘシ唯本籍地ヲ以テ住所ト見ル法例ナキニアラスト雖事實上本籍所在地ニハ身軀ハ存セサルモノ多キカ故ニ本籍ハ生活ノ本據ナリトハ云フヲ得サルナリ

住所ニニアリ、法定住所 Domicil of Origin 及任意住所 Domicil of Choice 即之ナリ法定住所トハ法律ヲ以テ規定スル住所ヲ云フ例ヘハ家族ノ住所ハ戶主ノ住所ト同シク(民法七九)子ノ住所ハ親ノ住所ト同シク(八九)妻ハ夫ノ住所ト同シク(七八)又軍人軍屬ハ

兵營所在地軍艦定繫場ヲ住所トスルカ如キ然リトス任意住所トハ各人カ撰定スルモノヲ云フ任意住所ハ如何ニシテ之ヲ定ムルカ一定ノ場合ニ定住スル意思ト事實アルヲ以テ足ル戸籍法ハ届出ヲ要スト規定シタルハ行收上ノ便宜ニシテ住所ヲ定ムル必要ノ要件ニハ非ルナリ

住所ハ又之ヲ本住所及假住所ニ分ツコトヲ得ヘシ本住所ト云フハ一般ノ法律關係ニ於テ住所タルモノヲ云ヒ假住所ト云フハ特定ノ關係ニ於テ住所タルモノヲ云フ假住所ヲ定ムルノ必要ハ特ニ訴訟ニ關係シテ生スルモノ多シ例ハ民事訴訟法第四百十三條ヲ參照セラレヘシ

住所ニ付キ生スル問題ハ住所ハ一ニシテ二ナキヤ若クハ二以上アリ得ヘキヤ否ヤ之レナリ我民法ニ於テハ解釋上不明ナリ若シ舊來ノ如ク本籍地ヲ以テ住所トセハ本籍地ハ一アリテ二ナキカ故ニ住所モ一ナルベキハ元ヨリ明カナリ生活ノ本據ヲ住所トナス場合ニハ生活ノ本據ハ一アリテ二ナキヤ否ヲ決セサルヘカラス獨逸民法ハ住所ニ二以上アリ得ヘキ旨ノ規定アリ余輩ヲ以テ之ヲ見ルニ住所ハ一ニ限ルトノ解釋ハ我邦ノ法律ノ解釋トシテ其當ヲ得タルモノナリト信ス生

活ノ本據ノ何タルカハ事實ノ問題ナレハ人カ生活ヲ營ムニ當リテハ必スヤ一定ノ根據アルヲ必要トスルカ故ニ其本據ハ一アリテ二ナク從フテ住所ハ一ニ限ルト解スルハ不當ニ非サルヘシト信ス唯民法第二十四條ノ住所ノ如キ又ハ商法ノ支店ヲ營業所(即住)ト見ルハ便宜ニ本ツクモノト云ハサルヘカラス住所ハ權利ノ行使ニ重大ノ關係アリ我民法上其適用ヲ舉クレハ債務ノ救濟ハ債權者ノ住所ニ於テスヘク(四八)家督相續遺產相續ハ被相續人ノ住所ニ於テ開始スヘキ(九六五)カ如シ尙國際私法ニ於テモ重大ノ關係ヲ生ス(法例一、二、二七)

右述フルカ如ク自然人ハ必ス其生活ノ根據アルヘキカ故ニ住所ヲ有セサルコトアリ得ヘカラサルカ如シ然レトモ事實上住所ノ知レサルコトアリ又ハ住所ヲ有セサルコトナキニ非ス此場合ニ於テ住所ヲ必要トスル法律關係アリトセハ之ヲ解決スル能ハサルニ至ルヘシ此ニ於テ此等ノ場合ニハ居所ヲ以テ住所ト見ルノ必要ヲ生スルニ至ルナリ

第四款 失踪

住所若クハ居所カ人ノ權利義務ニ重大ノ關係アルコト右述フルカ如シ若シ從來

ノ住所又ハ居所ヲ去リテ其所在不明ナル場合ニハ其人ノ權利義務ハ果シテ如何ニ處置スヘキカ凡人ハ生活上必スヤ住所若クハ居所ヲ有スヘキハ元ヨリニシテ行政ノ取締ヨリ云フモ之ヲ明確ニスルノ必要アリ、今若シ住所又ハ居所ヲ去リテ所在不明ナルモノアラハ行政上ノ取締上必要アルノミナラス其本人若クハ本人ノ財産ト利害ノ關係アルモノヲ保護スルノ必要ヲ生ス然ラサレハ本人ニ不利ヲ來スニ止マラス利害關係人ニハ少ナカラサル損害ヲ與フルニ至ラン、大ニシテ之ヲ云ヘハ國家經濟上不利少シトセサルナリ此ニ於テカ住所不明ノモノニ關シテ法律上規定ヲ掲クルノ必要ヲ生ス不在者及失踪者ノ規定即之ナリ

不在者トハ從來ノ住所又ハ居所ヲ去リテ其生死不明ノモノヲ云フ不在者ノ財産ハ管理人ヲ置キテ之ヲ管理セシムルヲ普通トス之レ本人ヲ保護スルト同時ニ不在者ノ利害關係人ニ損害ヲ與ヘサラントスルニ外ナラス失踪者トハ不在者ニ付キ法律カ定メタル一定ノ期間ヲ經過シタル場合ニ其不在者ハ法律上死亡シタルモノト看做サレタルモノヲ云フ即失踪宣告ノ效力ハ死亡ニアリ、例ヘハ我民法ニ於テハ不在者ノ生死カ七年若クハ三年間不明ナル時ハ利害關係人ノ申立ニヨリ

失踪ノ宣告ヲナスコトヲ得ヘキモノトセルカ如シ失踪宣告ノ效力ハ死亡ニアルカ故ニ相續ハ開始シ婚姻關係ハ消滅スル等ノ結果ヲ生スルハ蓋當然ノコトトス失踪宣告ノ效力ハ法律上死亡ト看做スニ在リ、抑モ人カ權利ノ主體タルハ出生ニ始マリ死亡ニ終ルコト前述ヘタルカ如シ死亡トハ何ソヤ物理上人カ其生存ヲ失フニ外ナラス、即死亡カ人ノ權利義務ニ重大ノ影響ヲ及ホスヘキハ云フヲ俟タス然リ而シテ失踪宣告ノ效力ハ死亡ニアルカ故ニ其宣告ヲ受ケタルモノハ權利主體タル地位ヲ失フニ至ルヤ蓋明カナリ是ヲ以テ之ヲ觀レハ失踪ノ宣告ハ人ノ權利ニ關係アル重大ノ事項ナルヲ以テ苟モ輕々ニスヘカラス、從フテ宣告ノ效力ハ何時ニ發生スルカ、換言セハ何時ヨリ死亡シタルモノト看做スヘキカ之レ必要ノ問題ナリ此時期ニ關シテハ三主義アリ、曰ク最後ノ音信アリタル時ニ遡リ效力アリトスル主義、宣告ノ時ヨリ效力ヲ生スルトナス主義及法定ノ期間滿了ノ時ニ效力ヲ生スルトナス主義即之レナリ其利害ハ輕々シク論スヘカラス、然レトモ法律ハ一定ノ期間ヲ定メタル以上ハ此期間滿了ノ時ニ死亡セルモノト看做スヘク第一三主義ハ最モ其當ヲ得タルモノト云ハサルヲ得ス我民法亦然リトス(民法一)

第二節 法人

權利ノ主體タルモノハ生理上形骸ヲ具備シタル人類ナルコト云フヲ俟タズ、近世ノ法律思想ハ人ニアラスシテ權利ノ主體タルモノヲ認ム之ヲ法人ト云フ Juristische Person 法人ハ無形ナリ人類ノ如キ形骸ヲ有セズ法律ノ下ニ於テ人ノ集合體若クハ物ノ集合體ニ權利主體タル人格ヲ認メタル者ナリ國家ノ如キ會社ノ如キ之ナリ法人ハ法律ノ下ニ生ジ又無形ナルヲ以テ其名稱少ナシトセズ例ヘバ無形人ト云ヒ擬制人ト云ヒ、道德的ノ人ト云ヒ、人工的ノ人ナリト云フカ如シ (Fingirte od Künstliche od moralische Person) 本節ニ於テハ其種類、性質、發生、管理、消滅ニ付キ説明セン

第一 法人ノ種類

- (一) 公法人及私法人 公法人トハ公權若クハ政權ノ主體タルコトヲ得ベキ法人ヲ云フ、例ヘハ國家其行政區劃タル市町村ノ如キ之ナリ私法人トハ私權ノ主體タル法人ニシテ公法人ニアラサルモノハ皆私法人ナリ唯注意スベキハ私法人ハ政權ノ主體タルヲ妨ケサルモノトス
- (二) 公益法人及私益法人、

此區別ハ法人ノ目的トスル處ニ基ツクモノニシテ公益ヲ目的トスルモノヲ公益法人ト云ヒ、私益ヲ目的トスルモノヲ私益法人ト云フ公法人ニハ私益ヲ目的トスルモノナキヲ以テ此區別ハ私法人ノミノ區別ト見テ可ナリ公益ト云フハ例ヘハ祭祀、宗教、慈善、學術等ヲ目的トスルヲ云フ例ヘハ病院、學校、養育院ノ如キヲ云フ唯此例示ヲ以テ學校、病院等ハ常ニ公益法人ナリト解スル勿レ若シ法人組織トナス場合ニハ公益法人ノ中ニアリト云フニ過キ私益法人ハ換言セバ營利ヲ目的トスル法人ヲ云フ其重ナルモノヲ會社トス、尙民事會社モ亦營利ヲ目的トスルモノニシテ私益法人ナリ我民法ニ於テハ會社ハ民事ト商事タルトヲ問ハス之ヲ法人トシテ法人ニ非サルモノヲ組合ト云ヘリ

(三) 社團法人及財團法人

此區別ハ法人ヲ組織スル原素ニ基ツクモノニシテ社團法人トハ人ノ集合シタル團體ヲ云フモノニシテ Universitas Personarum 法人ノ最モ普通ノモノトス例ヘバ國市町村、會社ノ如キ之ナリ財團法人ト云フハ一定ノ目的ノ爲メ供セラレタル財産ヲ云フ Universitas bonorum 例ヘハ社寺、病院ノ如キハ此組織ニ依ルヲ普通トス羅馬

法ニ於テハ財團法人ノ適例トシタル者ハ相續人不明ノ場合ノ遺産之ナリ *Hereditas Janceus* 我民法亦之ヲ認ム(民法五十一)唯注意スヘキハ羅馬法ニ於ハ單ニ物ノ集合 *Universitas rerum* ナルモノアリ例ヘハ群獸ヲ一ト見ルカ如キ之ナリ之ト所謂財團法人トハ其意義ヲ異ニスルモノトス

第二 法人ノ性質

法人ハ獨立シテ權利義務ノ主體タリ其社團タルト財團タルト公益法人タルト私益法人タルトヲ問ハス之ヲ組織スル原素トハ全ク獨立シテ其存在ヲ有ス此性質ヨリ生スル結果ヲ左ニ説明セン

(一) 法人ハ組織原素ト獨立シテ其存在ヲ有スルカ故ニ原素ノ變更ハ法人ノ成立ニ變更ヲ來サス例ヘハ社團法人ニ於テ社員一人ノ退社アルカ若シクハ死亡アルモ法人ノ消滅ヲ來スニアラサルカ如シ

(二) 法人ハ獨立シテ權利ヲ得義務ヲ負フ社員個々ノ權利義務ハ法人ノ權利義務ニ非ス財團ノ場合ニハ其原素ハ財産ナルヲ以テ法人ト離レテ財産ノミカ權利ノ主體タル能ハサルヤ云フヲ俟タス社團ノ場合ニハ其組成原素ハ人ナルカ故ニ

其會社ハ法人ト獨立シテ權利ノ主體タルハ元ヨリナリ然レトモ會社ノ權義ハ法人ノ權義ニ非ス之レ法人カ夫自身獨立シテ權利ノ主體タル結果ナリ

(三) 法人ニハ必スヤ其目的ナカラサルヘカラス從ツテ目的ノ範圍内ニ於テノミ其存在ヲ有ス目的ヲ離レテ法人ノ存在ナシ之レ自然人ト大ニ其趣ヲ異ニスル所ナリ自然人ハ何事ヲモナシ得ヘシ法人ハ其目的ノ範圍内ニ存在スルカ故ニ目的ヲ離レテ法人ナク從ツテ法人ノ代表者カ目的以外ノ行爲ヲナシタル場合ニハ其行爲ハ法人ノ行爲ニ非サルナリ

(四) 法人ハ有形ノ存在ナク又意思能力ナシ從ツテ行爲能力ノアルヘキ理由ナシ又身分關係ヲ生スヘキ行爲ヲナス能ハサルト同時ニ意思ナキヲ以テ法人ノ行爲ハ犯罪ヲ構成セス此ノ如ク法人ニハ能力ナキヲ以テ必スヤ其代表者ヲ置クノ必要アリ後ニ説明セン

第三 法人ノ設立

法人ハ法律ノ擬制 *Fiction* ニヨリテ生ス故ニ法律ノ規定ニ依ルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス *Fictionstheorie* 恰モ人ハ出生ニヨリテ權利ヲ享有スルカ如ク法人ノ

人格ハ法律カ其成立ヲ認ムル時ニ始マル此ヲ以テ例ヘハ我民法第三十三條ニ法人ハ本法其他ノ法律ノ規定ニ依ルニ非サレハ成立スルコトヲ得スト規定シタルハ殆ント云フヲ俟タサル所ナリ然レトモ法人ノ存在ニ付テハ自然存在說ヲ稱フルモノナキニ非サルヲ以テ民法ノ此規定ハ法人ノ存在ハ法律ノ擬制ニ本ツクモノナリトノ原則ヲ明カニシタルモノト云フヘシ

法人ノ設立ニ關シテハ三主義アリ、特許主義、準則主義、自由設立主義之ナリ、特許主義ハ更ニ之ヲ君主特許主義及法律特許主義ノ二ニ分ツ我邦ニ於テハ準則主義ヲ原則トシ或場合ニ法律特許主義ヲ採用セリ、準則主義トハ豫メ法律ニ於テ規定ヲ掲ケ此規定ニ準シテ設立スルヲ云フ、商會社ノ如キハ此方法ニヨルモノナリ、法律特許主義トハ法律カ其團躰ニ人格ヲ付與スルヲ云フ、例ヘハ市町村制ニ於テ市町村ヲ法人トスルカ如キ之ナリ

法人ノ設立ニ關スル主義ハ右述ヘタルカ如シ、社團法人ヲ設立スルニハ定款ヲ定ムルコトヲ要シ、財團法人ノ場合ニハ寄附行爲ヲ以テ其組織ヲ定ムルコトヲ要ス、定款ト云フハ組織ニ關スル方式ナリ、例ヘハ目的、名稱、事務所、資産、理事任免、社員資

格ノ得喪ニ關スル規約ノ如キ之ナリ、寄附行爲ハ寄附者カ其財産ヲ無償ニテ處分スル單獨行爲ナリ、寄附ト云フモ普通ノ贈與又ハ遺贈ノ義ニアラス、其寄附セラレタル財産其者カ法人タルモノトス而シテ我民法ノ公益法人ノ設立ニ付キ主務官廳ノ許可ヲ受クルコトヲ要ストシタルハ行政上ノ監督ニ基クモノトス

法人カ法定ノ條件ニ從ヒ成立シタリトスルモ元來無形ナルヲ以テ世人ハ恐ラク其成立ヲ知ラサルヘシ、此ニ於テカ之カ成立ヲ知ラシムル方法ヲ設ケサルヘカラス、登記即之ナリ、登記ハ法人設立ノ公示方法ニシテ之ニ依リテ法人ノ組織、性質、換言セハ何ヲ目的トスルカ資産如何、何人カ理事ナルヤ事務所ハ何所ニアルカヲ知ラシムルコトヲ得ヘク其法人ニ對スル信用モ亦此ニ基ツクモノトス、法人ノ設立ハ登記ニ依リテ始メテ第三者ニ對スルコトヲ得已ニ法人カ設立セラレタリトセハ必スヤ其本據ナカラサルヲ得ス、恰モ自然人ニ生活ノ本據アルカ如シ、從フテ法人ノ生活ノ本據即住所ヲ定ムルハ法人ノ生存上甚タ重要トス、我法律ハ法人ノ住所ハ其主タル營業所ニ在ルモノトスト規定セリ、然リ而シテ猶取引ニ於テハ支店ヲ設クルコト少ナカラサルヲ以テ便宜上支店ニ於テナシタル取引ニ付テハ其支

店ヲ以テ營業所ト看做スモノトセリ(商二七八)

第四 法人ノ管理

法人ハ法律ノ擬制ニ成ルモノニシテ意思ナク從ツテ行爲能力ナシ、故ニ法人カ其目的ノ範圍内ニ於テ行動セントセハ必スヤ機關ノ具備ナカラサルヲ得サルモノニシテ其公法人タルト私法人タルトヲ問ハサルナリ然レトモ公法人ト私法人トハ自ラ區別ノ存スルモノアリ、蓋シ公法人ハ一ノ政治組織ヲナスモノナルカ故ニ所謂其機關ニ付テモ特別ノ説明ヲ要ス而シテ其機關ノ組織權限ヲ論スルハ行政法ノ範圍ニ屬スルヲ以テ説明ヲ之ニ讓リ茲ニハ私法人ノ機關ニ付キ説明セン私法人ノ機關トハ何ソヤ曰ク理事及監事之ナリ理事ハ所謂執行機關ニシテ法人ノ目的ノ範圍内ニ於テ定款ノ定ムル所、總會ノ決議又ハ寄附行爲ノ趣旨ニ從ヒ法人ノ事務ヲ執行シ法人ヲ代表スル權限ヲ有スルモノヲ云フ、即法人ハ理事ニヨリテ始メテ行動スルコトヲ得ルモノトス、監事ハ所謂監督機關ニシテ法人ノ業務ノ執行、財産ノ現狀等ヲ監督スルノ職務ヲ有ス、蓋シ法人ハ無形人ニシテ意思能力ナク從ツテ代表者タル理事ノ業務執行ヲ監督スル能力ナケレハナリ

右説明スルカ如ク法人ニハ行爲能力ヲ缺クノ結果必スヤ之ヲ代表シテ業務ヲ執行スヘキ理事ノ存スルコトヲ必要トス是ヲ以テ我法律ノミナラス一般ニ法人ニハ必ス理事ヲ置クベキモノトシタリ反之監事ハ監督ノ機關タルカ故ニ法人ノ行動ニ付テ絕對ニ必要ナルニアラス故ニ我法律ノ如キモ定款、寄附行爲又ハ總會ノ決議ニヨリ監事ヲ置クコトヲ得トシ必ス置カサルヘカラサルモノトナサス而シテ公益法人ハ其設立ニ主務官廳ノ許可ヲ必要トスルカ故ニ主務官廳ハ又法人ニ對シ監督者ノ地位ニアルモノトス、右說明シタル外社團法人ニハ尙總會ナルモノアリ、總會ハ所謂決議機關ニシテ依テ以テ法人ノ意思ヲ表示スルモノトス蓋シ社團法人ハ社員ヲ基礎トスルカ故ニ法人ノ意思ナルモノハ即社員合同ノ意思ニ外ナラス社員合同ノ意思ハ決議ヲ以テ發表スルコトヲ得ヘシ此ニ於テカ總會ヲ設ケ議決ニ依リテ法人ノ意思ニ代ヘ理事ハ之ニ依リテ業務ヲ執行スヘキモノトシタル所以ナリ、總會ノ決議ハ法人ノ意思ナリ、若シ其決議ハ總社員ノ同意ヲ得ルニ非サレハ效力ナシトセハ一二ノ反對アルモ尙決議ハ何等ノ效力ヲ生セス、之レ法人ノ業務執行

ヲ妨グルコト少ナシトセサルナリ故ニ決議ハ過半数ニ依ルヘキモノトシ多數ノ意見ヲ以テ法人ノ意思ナリトナサザルヘカラサルナリ已ニ總會ノ決議ハ法人ノ意思ニ代ルトセハ總會ハ社團法人ニ於ケル最高機關ニシテ定款ノ變更、理事、監事ノ任免其他重要ノ事項ハ皆是ニ決セラル、モノトス、而シテ總會ニ於ケル各社員ノ表決權ハ平等ナルヲ本則トス

第五 法人ノ消滅

法人ハ法律ノ擬制ニシテ形骸ナシ、故ニ自然人ニ於ケル死亡ナル事實アリ得ヘキ等ナシ然レトモ宇宙間ノ現象ハ何レカ生死ノ巷ヲ免ル、モノアラシヤ法人モ亦種々ノ原因ニヨリテ消滅ス而シテ消滅モ公法人タルト私法人タルトニ依リ自ラ差異アリ、公法人ニ於テハ國家ノ法人タル人格ハ國家ノ滅亡ニ因リテ消滅シ、市町村ノ如キ團體ハ其廢止ニ因リテ消滅スベシ如何ニシテ國家ハ消滅スルカ若クハ公共團體カ廢止セラル、カハ國際法若クハ行政法ノ論ズル處ナリ之ヲ私法人ニ付テ見ルニ其原因亦一ナラス或ハ設立許可ノ取消ニアリ、或ハ設立者ノ意思ニ本ツキ、或ハ社員ノ意思ニ本ツクコトアリ、若シ之ヲ分類セハ法人ノ消

滅ニ付テ國家ガ關涉スルト否トニ分ツヲ得ヘシ、所謂設立許可ノ取消裁判所ノ合同ノ如キハ國家ノ關涉ニ基ツクモノナリ國家ノ關涉ニ基ツカザル場合ニハ或ハ定款又ハ寄附行爲ニ定メタル解散事由ノ發生ニ因ルコトアリ、或ハ目的タル事業ノ成功又ハ不能ニ基ツクコトアリ、或ハ總會ノ決議ニ基クコトアリ、或ハ破産ノ結果タルコトアリ

法人カ消滅スルヤ必スヤ其遺産ヲ處分スル方法ナカラサルヲ得ス、法人ハ意思能力ナキヲ以テ自然人ノ如ク其存在中財産ヲ處分スル意思ノ表示即遺言ノ如キコトヲナスヲ得ス、公法人ニ付テハ設立管理ノ如ク特別ノ法理アリ、私法人ニ付テハ定款ニ定ムルコトアルベク又寄附行爲ニ因リ定マルコトアルベシ此等ノ方法定マレル場合ニハ元ヨリ之ニ從フヘキモノナリト雖然ラスシテ何等方法ノ規定ナキ場合ニハ必ス之カ處理ノ方法ヲ備ヘサルベカラス所謂清算 Liquidation ニ關スル規定即之ナリ、例ヘハ債權ヲ取立テ、債務ヲ辨濟スルカ如キハ一ノ清算行爲ナリ而シテ之ヲナスモノヲ清算人ト稱シ、法人ハ清算ノ目的ノ範圍ニ於テハ尙存續スルモノトシテ其終ヲ全フセシムルモノトセリ

第四章 權利ノ客體

二四八

凡ソ一ノ權利關係ヲ分析セハ權利ハ人ニ屬シ義務ニ相對シテ存在ス、義務モ亦權利ニ對シテ存在シ人之ヲ負擔ス而シテ其權利義務ハ必スヤ或行爲ヲ其目的トナサルハナシ、然レトモ多數ノ場合ニ於テハ所謂物ニ對シテ直接間接ノ關係ヲ有ス是ヲ以テ權利ヲ分析セハ其主體タル人ト其目的タル行爲ト多數ノ場合ニハ物ノ三要素アルヲ知ルヲ得ベク義務ヲ分析スルモ亦然リトス然リ而シテ權利ノ主體ニ付テハ前章之ヲ説明シタリ所謂物ハ權利ノ成立要件ニ非スト雖權利ノ目的タル行爲ノ條件トシテ物ノ存在ヲ必要トスルコトアリ、此ニ於テカ物ノ何タルカヲ研究スルノ必要アリ

物トハ何ソヤ之レ恰モ人トハ何ソヤトノ問ニ同シク普通ノ意義ニ於テ物ヲ物トシテ見ルノミニテハ恰モ人ヲ人トシテ見ルト同シク法律上何等ノ關係ナシ法律ハ人ヲ權利ノ主體トシテ觀察セリ、之ト等シク法律上物ヲ觀察シテ權利ノ客體 *Rechtsobjekt* トナス

此ノ如ク物ハ權利ノ客體ナリト云フハ一般學者ノ稱フル所ナレトモ若シ此場合

ニ物ヲ具體的ニ解釋シテ所謂物權ノ目的タルベキモノナリトスル時ハ身軀生命名譽ノ如キ著作、意匠ノ如キ若クハ人ノ行爲、不行爲ノ如キハ遂ニ權利ノ目的タル能ハスト云ハサルヘカラス此ニ於テカ物ニ有軀物及無軀物ノ區別アルヲ認ムルニ至リタリ

物ニ權利ノ客體タル能ハサルモノト客體タルヲ得ベキモノトアリ客體タル能ハサルモノハ法律上物ト云フヲ得ス、例ヘハ太陽ノ如キ空氣ノ如キ之ナリ權利ノ客體タリ得ベキモノハ之ヲ財產ト云フ、所謂財產 *Vermögen* 即權利ノ客體ニ有軀物ト無軀物トヲ區別スルナリ

有軀物無軀物ノ區別ハ羅馬法以來一般ニ認メラル、所ナリ有軀物トハ何ソヤ人類以外ニ於テ空間ヲ占ムル物體ヲ云フ人類以外ニアルヲ要スルヲ以テ人其者ハ權利ノ客體ニ非ス、又物質タルヲ要スルヲ以テ智能ヲ以テ理會シ得ヘキモノハ有軀物ニ非ルナリ此ニ注意スベキハ人身ハ形體ヲ具備スルコト云フヲ俟タス然レトモ茲ニ所謂有軀物ニ非ス、身軀權ノ目的ハ形體ナリト雖物理上ノ身軀其者ヲ指スニアラスシテ身軀ノ完全ヲ意味スル一ノ無形事項ナレハナリ無軀物トハ人ノ

智能ヲ以テ理會シ得ルモノヲ云フ即無形物ナリ例ヘハ自由名譽生命ノ如キ之ナ
 リ有躰物無躰物ノ區別ヲ認ムル立法例ニ於テハ權利ヲ無躰物トセリ若シ此ノ如
 シトセハ債權其他ノ權利ニ對シテ所有權アリ得ヘキニ至リ債權物權ノ區別ノ如
 キハ遂ニ混亂スルニ至ラン我民法カ其第八十五條ニ於テ物トハ有躰物ヲ云フト
 規定シタルハ此ノ如キ混雜ヲ避クルニ在リテ物ヲ普通ニ解シテ物ハ物權利ハ權
 利ト別視シタルニ外ナラサルナリ然レトモ若シ物ヲ全然有躰物ニ限ルトセハ或
 場合ニハ不便ヲ生スルコトアリ民法カ無記名債權ハ之ヲ動産ト看做スト規定セ
 ルカ如キハ實ニ此不便ヲ避クルニ外ナラサルナリ
 權利ニハ公私ノ別アルコト前述ベタルカ如シ所謂公權ノ客躰トハ何ソヤ政務ニ
 參與スルニ在リ故ニ權利者ノ行爲ハ公權ノ客躰ニシテ從ツテ公權ノ客躰ハ無躰
 物ナリト云フヲ得ヘシ

私權ノ客躰ハ財産ナリ財産トハ交換價值ヲ有スルモノヲ云フ而シテ私權ノ客躰
 タル財産中ニハ有躰物アリ無躰物アリ生命身躰名譽自由ノ如キハ無躰物ニシテ
 物權ノ客躰タルモノハ有躰物ニ限ル例ヘハ土地家屋書物杭ノ如キ皆然リトス而

シテ我民法上物ト云フハ常ニ有躰物ノ意ニ用ユルモノトス
 有躰物ニハ種々ノ區別アリ之ヲ説明セシ

(一) 動産及不動産 此區別ハ羅馬法以來一般學者ノ認ムル所ナリト雖其區別
 標準ハ何レニ在リヤニ付テハ差異アリ物ノ形躰本質ヲ變セスシテ移轉シ得ル
 モノヲ動産トシ然ラサルモノヲ不動産トストハ一般ニ行ハレタルカ如シ一見甚
 タ可ナリト雖漠然タルノ譏ヲ免レス故ニ或ハ例示的列記的ニ區別ヲナサントス
 ルモノナキニ非ス然レトモ凡テノ有躰物ニ付キ列記的ニ動産不動産ヲ區別スル
 ハ能ク盡クシ得ベキニ非ス我舊民法ニ於テハ性質ニ因ル區別用方ニ因ル區別及
 法律ノ規定ニ因ル區別ト云フカ如キ規定ヲ掲ゲタリ我新民法ハ亦之ヲ採ラス其
 第八十六條ニ於テハ土地及其定著物ハ之ヲ不動産トシ其他ヲ動産トスト規定セ
 リ定著物ト云フハ例ヘハ鑛物建物橋壁ノ如キモノヲ云フニ在リテ自然若クハ人
 カニ依リ直接間接ニ土地ニ附着スルモノヲ云フ注意スベキハ獨逸ノ如キハ建物
 ハ土地ノ附屬ト見タリ然レトモ我國ニ於テハ從來ヨリ土地ト建物トハ別々ニ之
 ヲ見ルヲ慣例トシタルカ故ニ我民法モ亦之ヲ別視スルノ主義ヲ採レリ

(二) 主物及從物 此區別ハ用方上ニ於ケル二物ノ關係ニ基ツクモノトス、物ノ所有者カ其物ノ常用ニ供スル爲メ自己ノ所有物ニ他物ヲ附屬セシメタル時ハ其附屬物ハ附屬セラレタル物ニ對シ從物トス、例ヘハ、疊、建具ハ家屋ノ常用ニ供スルモノナルカ故ニ家屋ハ主ニシテ疊、建具ハ從物ナリト云フカ如キ、時計ハ主ニシテ鍵ハ從物ナリト云フカ如キ之ナリ

(三) 果物及果實 果實ハ果物ノ構成分ナリ、果實ニ二種アリ、自然果實及法定果實之ナリ、物ノ用方ニ從ヒ收取スル產出物ハ之ヲ自然果實ト云ヒ、物ノ使用ノ對價トシテ受クヘキ金錢其他ノ物ヲ法定果實ト云フ、梨ハ梨樹ノ自然果實ニシテ利子ハ金錢ノ法定果實ナルカ如シ

(四) 特定物及不特定物 特定物ニハ法律行爲ヲ以テ特ニ指定シタル物ニシテ不特定物ハ然ラサルモノヲ云フ、特定物ハ同種同質ノ物存在スルモ尙之ヲ以テ代フルコト能ハサルヲ云フ、例ヘハ余ノ所有ノ時計ヲ賣ラントセハ特定物ニシテ他ニ同種同質ノモノアルモ之ヲ以テ賣買ノ目的物トナスヲ得ス、不特定物ハ反之單ニ種類數量ヲ以テ指示シタルニ止マリタルモノニシテ例ヘハ米何斗ト云ヘハ其

種類數量ニ於テ定マルモ特定物ニ非サルナリ

(五) 代替物及不代替物 此區別ハ特定物及不特定物ノ區別ト同シ、特定物ニ於テハ同種同量ヲ以テスルモ之ニ代フル能ハサルカ故ニ不代替物ナリ、不特定物ハ之ニ反ス、代替スルコトヲ得ルモノハ不特定物ナリ、此區別ハ物ノ性質ニ基ツクモノナリト雖一ハ法律行爲ヲナス當事者ノ意思如何ニ因リ定マルモノナリ

(六) 消費物及不消費物

此區別ハ其文字ノ示スカ如ク消費スルヲ得ルト否トノ區別ナリ、其區別ハ物ノ性質ニ基ツクハ元ヨリナリト雖當事者ノ意思ニ因ルコトナキニ非サルナリ、消費物ハ一定ノ目的ノ爲メ使用スルニ依リ消滅スルモノヲ云ヒ、不消費物ハ數回使用スルモ消滅セサルヲ云フ例ヘハ米、酒炭ノ如キハ消費物ナリ、書籍、時計ノ如キハ不消費物ナリ、消費物ハ代替物ナレトモ代替物ハ皆消費物ト云フコトヲ得ス、而シテ金錢ハ消費物ト見ルヲ得ベク、又不消費物ト見ルヲ得ベシ

(七) 可分物及不可分物 物カ可分ナルカ不可分ナルカハ豫メ法律ヲ以テ之ヲ定ムルコト難シ、此區別ハ物ノ性質ニ因ルカ若クハ當事者ノ意思ニ基ツクモノト

ス、例へハ馬一頭ト云へハ不可分ナリ、一反ノ反物ト云へハ可分的ナレトモ意思ニ因リ不可分タルニ至ルコトアリ

(八) 有主物及無主物 有主物ト云フハ所有者ノ確定セシ物件ヲ云フ、例ハ余カ一ノ時計ヲ有シタリトセハ其時計ハ有主物ナリ無主物トハ所有者ナキ物件ヲ云フ、例へハ余カ時計ヲ遺棄セハ時計ハ何人ノ所有ニモ係ラサルヲ以テ無主物ナリ無主物ハ先占ニヨリテ之ヲ取得スルヲ得ヘシ

(九) 融通物及不融通物 例へハ空氣大海ノ水ノ如キハ不融通物ナリ、金錢其他多數ノ物件ハ皆融通物ナリ

(十) 差押フルコトヲ得ル物ト得サル物 如何ナル物が差押ノ目的タルヲ得ルヤニ付テハ法律ノ規定ヲ俟テ定メサルベカラス、然レトモ一般ニハ生存ニ必要缺クヘカラサルモノハ之ヲ差押フルコトヲ得スト云フヲ得ベシ而モ之レ事實問題ニ屬シ此ニ判定スル能ハス其他個々ノ場合ニ付テハ一ニ法律ノ規定ニ俟タサルヲ得ス

第五章 權利ノ得喪

凡ソ權利ハ或一定ノ原因ニヨリテ發生シ變更シ消滅ス其原因ヲ稱シテ事實ト云フ Juristische Thatsache 廣ク事實ヲ解スレハ事件及行爲ノ二者ヲ包含ス時ノ經過ハ又一ノ事件ニ外ナラス然レトモ時ハ權利ニ重大ノ關係アリ、本章ニ於テハ先ツ權利ノ發生及消滅ノ何タルヲ説明シ次ニ其原因タル事件、行爲及時ニ關シテ一言セントス

第一節 權利ノ發生消滅及變更

權利ノ得喪ニ關シテハ或ハ發生消滅ノ文字ヲ用ユルコトアリ、或ハ取得喪失ノ文字ヲ用ユルコトアリ、此文字ノ別ハ異ナル意味ヲ有スルニ非ス權利其自身ヨリ觀察スレハ一定ノ原因ニヨリ權利カ發生シ消滅スルナリ、權利ノ主體ノ側ヨリ之ヲ云へハ其主體ハ權利ヲ取得シ若クハ之ヲ喪失スルナリ是ヲ以テ之ヲ觀レハ得喪ト云ヒ發生消滅ト云フハ實ハ觀察ノ方面ヲ異ニシタルニ過キス而シテ移轉ト云フハ發生消滅ノ關係ヲ示シ、變更トハ其主體様ヲ示ス文字ニ外ナラサルナリ

第一 權利ノ發生(取)

權利ノ發生トハ或原因ニヨリ特定人カ權利ヲ有スルニ至ルヲ云フ、權利ノ發生ノ

狀態ハ權利夫自身ヨリ云フモ權利主跡ノ側ヨリ觀察スルモ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ余輩ハ便宜ノ爲メ權利主跡ノ側ヨリ觀察シテ之ヲ説明セン

(一) 原始取得 原始取得 *Ursprünglicher Rechtserwerb* トハ特定人カ他人ニ關係スルコトナク特定ノ權利ヲ取得スルヲ云フ、例ヘハ茲ニ無主物アリトセヨ無主物ハ先占ニヨリテ其所有權ヲ取得ス此場合ニハ余輩ノ得タル所有權ハ何等他人ニ關係アルコトナシ此取得ヲ權利夫自身ヨリ云ヘハ權利ノ絶對的發生ナリ、絶對的發生ト云フハ他ニ何等ノ關係ナクシテ發生スルヲ云フ前例ニ於テ余ニ所有權ノ生シタルハ他ニ何等ノ關係ナク唯先占ナル事實ニ基キテ發生シタルカ如シ

(二) 繼受取得 *Abgeleiteter Rechtserwerb* トハ他人ニ屬スル權利ノ移轉ヲ受クルヲ云フ、例ヘハ甲某書物ヲ有シタリトセヨ甲ハ余ニ其書物ヲ賣リタル場合ニハ余ハ其書籍ノ所有權ヲ取得ス此場合ニハ余ノ所有權取得ハ甲ノ所有權ノ移轉ヲ受ケタルナリ、之ヲ權利夫自身ノ側ヨリ觀察セハ權利ノ相關的發生ナリ、相關的發生ハツツ人ノ權利カ存在シ此權利カ一定ノ原因ニ依リ他ノ主跡ニ移轉シテ發生スルヲ云フ所謂權利ノ移轉ト云フハ相關的發生即繼受取得ノ場合ニアル

モノトス

第二 權利ノ消滅

權利ノ消滅トハ或原因ニ依リ人カ其有シタル權利ヲ失フニ至ルヲ云フ權利ノ消滅ニ付テモ亦二種ノ場合アリ

(一) 絶對的消滅 *Absoluter Verlust* 權利者カ其權利ヲ喪失スルト共ニ其權利ノ主跡ヲ失フニ至ルヲ絶對的消滅ト云フ、換言セハ其物ニ付テハ最早何人モ權利ヲ有スルモノナキニ至ルヲ云フ、例ヘハ余カ自己所有ノ書物ヲ遺棄シタリトセハ遺棄物ハ無主トナリ余ノ所有權ハ他人ト關係ナク絶對ニ消滅スルニ至ルヘク他人ハ無主物ノ先占ヲナスニ非サルヨリハ何等ノ權利ヲ取得スルコトナキカ如シ

(二) 相關的消滅 *Relationes Verlust* 相關的消滅ト云フハ權利カ存在セサルニ至ルニ非スシテ其主跡ヲ變更スルヲ云フ、例ヘハ前例ニ於テ余カ所有物ヲ他人ニ賣却シタリトセヨ他人ハ之カ爲メニ所有權ヲ取得スルモ余ハ所有權ヲ喪失ス、即余ノ所有權ハ消滅シタルナリ恰モ相關的發生ノ場合ト相同シ、茲ニ注意スヘキハ或權利ニ付テハ繼受取得又ハ相關的消滅ヲ許ササルモノアリ、例ヘハ公權ハ原則トシ

テ讓渡スコトヲ得ス身分權モ亦然リトス蓋シ此等ノ權利ハ一身ニ專屬シテ性質上移轉ヲ許スヘキモノニ非サレハナリ此等ノ例外ヨリ推論セバ權利ノ移轉即繼受取得若クハ相關的消滅ハ財產權ニ限ルト云ハサルヘカラサルナリ

第三 權利ノ變更

變更ト云フハ其躰樣ヲ變スルノ謂ニシテ若本質ヲ變更スル時ハ前ノ權利ハ消滅シテ新權利發生スルモノト云ハサルヘカラス例ヘハ所有權ヲ變シテ賃借權トスルカ如キハ變更ニ非スシテ新權利ノ發生ナリ變更トハ躰樣ノ變化ナリ例示シテ説明セン例ヘハ余カ一書物ニ付キ所有權ヲ有シタリトセヨ此場合ニ余ハ甲乙ト三人ニテ此所有權ヲ有スルコトトシタル時ハ此書物ニ對スル余輩單獨ノ所有權ハ變シテ余及甲乙三人ノ共有權トナルカ如シ尙條件付若クハ期限附權利ヲ無條件若クハ無期限ノ權利トナスカ如キモ亦然リトス

第二節 權利得喪ノ原因

權利得喪ノ原因ハ事實ニ外ナラス事實トハ何ソヤ人ノ感覺ニヨリ理解セララル無形ノ現象ヲ云フ所謂事實ヲ廣ク解スレハ宇宙間ノ凡テノ現象ハ皆事實ナラサ

ルハナシ然レトモ之ヲ法律上ヨリ觀察スルトキハ權利ノ得喪ハ事實ニ起因スルカ故ニ茲ニ始メテ事實ヲ法律上ノ事實トシテ研究スルノ必要ヲ生ス事實ハ之ヲ事件及行爲ノ二ニ分ツコトヲ得蓋人ノ意思ノ發動ニ基ツクヤ否ノ區別ナリ時ノ經過モ實ハ一ノ事件ニ外ナラスト雖時カ權利ノ消長ニ關スルコト甚々大ナルヲ以テ本節ハ事件、行爲及時ノ三段ニ分チテ説明セン

第一款 事件

事件ト云フハ人ノ意思ノ發動ニ基カサル自然ノ現象ヲ云フ其物理上ノ現象タルト社會上ノ現象タルトヲ問ハス例ヘハ死亡ノ如キ、出生ノ如キ、水雷風雨ノ如キ皆所謂事件トス

事件ノ權利發生及消滅ニ對スル影響ハ或ハ破壞的ナルコトアリ例ヘハ人ノ死亡ノ如キハ之ニ因リ其人ノ權利關係ハ消滅スルニ至ルヘク天災ニ因リ土地、家屋カ滅失スル時ハ其上ニ存スル所有權、地上權、賃借權ノ如キハ消滅スルニ至ルカ如キ之ナリ後例ノ如キハ絶對ニ消滅ス、前例ノ如キハ所謂家督相續若クハ遺產相續ニ因リ更ニ權利ヲ繼承スルモノヲ生スト雖其已存權利ノ消滅ヲ來スニ至リテハ一

ナリ又或ハ發生的ナルコトアリ例ヘハ人ノ出生ノ如キ果實ノ分離ノ如キ之ナリ、即人ハ出生ニ因リ權利ヲ享有スルニ至ルヘク果實ハ分離シテ新ニ其上ニ權利ヲ生スルニ至レハナリ。又或ハ變更的ナルコトアリ、例ヘバ時ノ經過ノ如キ之ナリ、後ニ之ヲ説明セン

第二款 行爲

行爲 Handlung トハ人ノ意思ノ發動ニ基ク外界ノ作用ヲ云フ、書ヲ讀ミ文字ヲ書クト云フガ如キハ皆行爲ナリ法律上適當ニ行爲ト云ヒ得ベキガ爲メニハ必ズヤ意思ノ發動ナカラザルヲ得ズ從テ行爲ノ要素トシテハ第一必ズ意思ノ存スルコトヲ必要トス意思ナキ行爲ハ事件ト云フノ外想像シ得ベカラズ故ニ狂者ノ行爲(舉動)ハ行爲ト云フベキニ非ス第二其意思ハ必ズ外部ニ表示セラレザルベカラズ、内部ニ止マルノミニテハ單ニ心理上ノ作用ニ過ギザルナリ、然レトモ其表示ハ明示ナルト默示ナルトハ行爲タルニ妨ゲナシ然リ而シテ行爲ニハ作爲及不作爲ノ二者ヲ區別スベキハ一般學者ノ稱フル所ナリ、之レ意思ガ如何ナル形式ニ依リ表示セラル、カノ區別タリ、即意思ノ表示ヲナスニ當リテ或事ヲナスベキ意思ヲ表

示シタル時即積極的ノ表示ヲナスヲ作爲 *Thun* ト云ヒ、或事ヲナサズ即消極的ニ意思ヲ表示シタルモノヲ不作爲 *Unterlassung* ト云フ

行爲ハ之ヲ適法行爲 *Erlaubt Handlung* 及違法行爲 *Verboten Handlung* ノ二種ニ分チ、違法行爲ハ更ニ之ヲ不法行爲 *Delikt* 及ヒ犯罪行爲 *Verbrechen* ノ二者ニ區別ス不法行爲ハ常ニ犯罪行爲ニ非ズ、反之犯罪行爲ハ常ニ不法行爲ナリト云フヲ得ベシ適法行爲ニシテ法律上何等ノ效果ヲ生ゼザルモノアリ之ヲ自由行爲ト云フ、例ヘバ日常ノ起居ノ如キ之ナリ又法律上效果ヲ生ズルモノ之ヲ生ズルヲ欲セザルモノアリ例ヘバ事務管理、不當利得ノ如キ之ナリ然リ而シテ適法行爲ニシテ法律上一定ノ效果ヲ生ズルヲ欲スルモノアリ之ヲ法律行爲 *Rechtsgeschäft* ト云フ、本款ニ於テハ重ニ法律行爲ニ付キ説明セン

法律行爲トハ法律上一定ノ効果ヲ生ズルヲ豫期スル行爲ヲ云フ、詳シク云ヘハ權利ノ發生、移轉、變更若クハ消滅ヲ欲スル人ノ意思表示ナリ法律行爲ノ原素ヲナスベキモノニ三アリ、偶素、常素及要素即之ナリ偶素 *Accidentalia* トハ常態トシテ法律行爲ノ原素ニ非サルモ當事者ノ意思ニ依リ之ヲ附加スルコトヲ得ルモノヲ云フ、

例へハ法律行為ニ條件ヲ附シ又ハ期限ヲ附スルガ如キ之ナリ常素 *Naturalia* トハ法律行為ノ原素ナレトモ當事者ガ之ヲ除クコトヲ得ベキモノヲ云フ例へバ賣買契約ニ於ケル擔保ノ契約ノ如キ之ナリ要素 *Essentialia* トハ法律行為ノ成立ニ缺クベカラザルモノヲ云フ要素ハ當事者ノ意思ヲ以テ左右スルコトヲ得ズ次ニ要素ニ付キ説明セン

法律行為ノ要素ニ四アリ、曰ク當事者、意思表示、法律行為ノ目的ノ可能及其適法ナルコト即之ナリ

(一) 能力アル當事者 法律行為ニ當事者ヲ必要トスルハ殆ンド説明ヲ要セス、其當事者ガ意思能力ヲ有スルヲ必要トスルモ亦説明ヲ要セズ意思能力ナキ狂者ノ如キモノ、行為ハ法律上何等ノ效果ヲ生ゼズ、唯行為能力ニ至リテハ法律行為ノ要素ト云フヲ得スト雖行為能力ヲ欠缺セルモノノ行為ハ取消スコトヲ得ベキヲ以テ結局瑕疵アル法律行為ヲ生スルニ至ル

(二) 目的ノ可能ナルコト 法律行為ノ目的ガ可能ナルベキモ亦説明ヲ必要トセス、不能ノ事項ヲ目的トスル行為ハ冗談ト云フノ外ナシ例へハ天ニ昇ルト云フ

ガ如キ海洋ノ水ヲ皆空ニセヨト云フガ如キ之ナリ

(三) 目的ノ適法ナルコト 之レ亦説明ヲ必要トセス、公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス例へバ殺人ヲ目的トスルガ如キ姦通ヲ目的トスルガ如キ之ナリ

(四) 意思表示 之レ亦深ク説明ヲ要セザルベシ、意思ナケレバ行為ナシ所謂無意ノ行為ト云フハ語ヲナス又意思アルモ表示ナケレバ何等ノ效力ヲ生ゼズ、然レドモ表示ニハ制限ナキヲ以テ明示タリ得ベク默示タリ得ベク又方式ニ付テモ別段ノ定アルニ非ザレバ如何ナル方式ヲ以テスルモ差支ナシ

意思アリ而シテ其表示アルモ意思ト其表示トハ合致スルコトヲ必要トス、合致セザル場合ニハ表示セラレタル者ハ真意ニ非ス、故ニ適當ニ意思表示ト云フヲ得ズ然レドモ意思ト其ノ表示トハ或ハ一致セサルコトナキニ非ス、此場合ニハ其表示セラレタル意思ノ效力如何、此點ニ關シテハ意思主義ヲ採リテ意思ト合致セザル表示アルモ意思ヲ重シトシテ之ヲ證明シ得レバ法律上效力アル者トスルアリ、或ハ表示主義ヲ採リテ表示ニ重キヲ置キ表示セラレタルモノヲ真意ト見テ法律上

效力アリトナスモノアリ然レトモ此二主義ハ餘リニ極端ニ走ルモノト云ハサルヲ得ス原則トシテ必ス合致スルヲ要スルハ論ヲ俟タスト雖合致セサル場合ニ付テハ如何ニスベキカ場合ヲ分チテ説明セン

(甲) 表意者ガ其意思ト表示ノ符合セサルヲ知リタル時、此場合ニ於テ更ニ相手方ガ其符合セザルヲ知リタルヤ否ヲ區別ス

(イ) 相手方ガ不一致ヲ知ラザリシ場合、之レ即眞意ノ留保 *Reservatio mentalis*

ニシテ意思ト表示ノ不一致ノ故ヲ以テ意思表示ヲ無効トセス相手方ガ損害ヲ蒙ルベキカ故ニ之ヲ保護スルカ爲メニ之ヲ有効トス、例ヘバ甲ガ其書物ヲ十圓ニテ賣リタル場合ニ甲ノ眞意ハ書物ヲ貸與シ十圓ハ借用スル積ナルモ之ヲ以テ乙ニ對抗スルコトヲ得ズ

(ロ) 相手方ガ不一致ヲ知リタル時、表意者ハ不一致ヲ自覺シ相手方モ亦之ヲ知ル場合、即所謂相手方ト通シテナシタル虚偽ノ意思表示ナリ、此場合ニハ此不一致ニ基キ意思表示ヲ全然無効トスルモ當事者ヲ害スルコトナシ、何トナレハ双方共其表示ハ眞意ニアラザルヲ知レバナリ然レドモ此無効ヲ以テ善意ノ第三者ニ

對抗スルコトヲ許サズ之レ善意ノ第三者ニ損害ヲ蒙ラシメザランガ爲メナリ

(乙) 表意者ガ意思ト表示ノ符合セサルヲ知ラザリシ時、之レ即錯誤ノ場合トス而シテ法律行爲ノ要素ニ錯誤アリタル場合ニハ其法律行爲ハ無効トス、要素ノ何タルカニ付テハ事實ノ問題ナリ當事者、目的等ノ如キハ法律行爲ノ要素ナリ或ハ要素ニ關シ細カシキ規定ヲナスモノナキニ非ス、然レドモ我新民法ノ如キハ單ニ要素ニ錯誤アレハ無効トシ要素ノ何タルカハ事實ノ問題トセリ然レドモ若シ此場合ニ表意者ニ重大ノ過失アリテ錯誤ヲ生シタリトセバ表意者ハ自ら進テ無効ヲ主張スルヲ許サザルナリ

(丙) 詐欺又ハ強迫ニ基ツク不一致、此場合ハ意思ノ自由ヲ缺クニ因リテ不一致ヲ生ジタルナリ、蓋シ意思表示ノ際詐欺カ行ハレ又ハ強迫セラレタル場合ニハ其意思ハ自由ヲ缺キタル者ト云ハサルコトヲ得ズ、意思ノ表示ハ其自由意思ニ基ツカザルベカラザルガ故ニ此等ノ場合ニハ其表示ハ取消シ得ベキモノトナセリ、唯詐欺ニ因ル意思表示ヲ取消スモ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ許サザルモノトス右ヲ以テ意思表示ノ效力如何ニ付キ説明シタリ、其效力ハ何時ヨリ發生スルカ之

レ重大ノ問題ナリ而シテ之ニ關スル學說立法例一ナラス分チテ四主義トナス、曰ク表示主義 'äusserungstheorie'、發信主義 'Übermittlungstheorie'、受信主義又ハ到達主義 'Empfangstheorie' 及認知主義 'Vernehmungstheorie' 之ナリ表示主義ト云フハ意思表示ノ時ニ効力ヲ生ズトシ、發信主義ハ表示ニ止マラス其表示ヲ發送シタル時ニ効力アリトシ、受信主義トハ其表示ヲ受取リタル時ニ効力アリトシ、認知主義ハ其表示ヲ知リタル時ニ効力アリトス此四主義ノ中何レガ最モ正當ナルカノ問題ハ暫ク之ヲ措カン理論トシテハ表示及認知ノ何レカハ最モ其當ヲ得タルニ近シ、然レドモ實際ノ便宜上我民法ニ於テモ受信主義ヲ採用セリ尙此問題ハ契約ノ申込承諾等ニ關シ問題ヲ生シ且興味アル問題ナルガ故ニ民法講究ノ際ニ深ク研究セラレンコトヲ要ス

法律行為ニ關スル説明ハ右述フル所ニヨリ明ナラン、法律行為ニハ種々ノ區別アリ以下之ヲ説明セン

(一) 双方行為及單獨行為、双方行為ト云フハ當事者相方ノ意思ノ合致ニヨリテ効力ヲ生スルモノヲ云フ契約ヲ其重ナルモノトス、例ハバ賣買ノ如キ貸借ノ如キ

之レナリ單獨行為トハ一方ノ意思表示ニヨリテ其効力ヲ生スルモノヲ云フ、例ハ追認、解除、催告、贈與ノ如キ之ナリ

(二) 有償行為及無償行為、有償行為トハ當事者双方ガ利益ヲ受クベキ法律行為ヲ云ヒ、無償行為トハ當事者ノ一方ノミガ利益ヲ受クルヲ云フ、例ハバ賣買ノ如キハ有償ニシテ贈與ノ如キハ無償ナリ

(三) 要式行為及不要式行為、要式行為トハ法律行為ニ一定ノ方式ヲ必要トスルモノヲ云ヒ、不要式行為トハ之ヲ要セザルモノヲ云フ、例ハバ婚姻ノ如キハ要式行為トス其如何ナル方式ヲ要スルヤニ付テハ或ハ書面ヲ要スルコトアリ或ハ公正證書ヲ要スルコトアリ登記ヲ必要トスル者アリ而シテ方式ヲ必要トスル行為ニ於テ之ヲ欠缺スル時ハ其行為ハ不成立トス、現今ニ於テハ方式ヲ要セザルヲ原則トス、各種ノ契約ノ如キ大凡然リトス

(四) 生前行為及死後行為、生前行為トハ生存間ニナス法律行為ヲ云ヒ、死後行為トハ豫メ生前ニ於テ死後ニ關スル法律行為ヲナスヲ云フ、扱テ死後行為ノ効力ハ死亡ニヨリテ其効力ヲ發生ス、例ハバ賣買ノ如キハ生前行為ナリ遺言ノ如キハ死

後行爲ナリ

(五)管理行爲及處分行爲、管理行爲トハ單ニ權利ノ保全ヲナスニ止マル行爲ヲ云ヒ、處分行爲トハ權利ノ喪失ヲ引起スベキ行爲ヲ云フ例ヘバ賣買ノ如キハ處分行爲ナリ、家屋ノ修繕ノ如キハ管理行爲ナリ

意思表示ハ必ス其本人カナスヘキモノナリヤ否及其意思表示ノ單獨ナラサルヘカラサルヤ否之レ意思表示ニ關シ説明スベキ問題ナリ前者ハ即代理ニシテ後者ハ即附款ナリ簡單ニ一言セン

意思表示ハ必スシモ本人自ラナスコトヲ必要トセス、代理人ヲ以テナサシムルコトヲ得ベシ代理關係即之ナリ代理トハ或人ガナシタル行爲ノ効力カ直接ニ他人ノ爲ニ生スル法律上ノ關係ヲ云フ、此場合ニ於テ其行爲ヲナシタル者ハ代理人ニシテ効力ヲ受クベキモノハ本人ナリ、從フテ此場合ニハ相手方、本人、代理人ノ三者アリテ本人ト相手方ノ關係ハ代理關係ナリ、本人ト代理人ノ間ハ委任關係ナリ代理ニ種々ノ區別アリ(一)法定代理及委任ニヨル代理、(二)直接代理即代理人ノナシタル行爲ノ効力カ直接本人ニ及フモノ及間接代理即代理人ノナシタル行爲ノ効力

ハ代理人ニ止マリ代理人ト本人ノ關係上其結果ヲ本人カ引受クヘキモノ(三)總理代理、及部理代理(四)明示代理及匿名代理(五)有權代理及無權代理ノ如キ之ナリ近世一般ノ法令ハ直接代理ヲ認ム

代理ノ關係ニヨリ其代理人ノナシタル行爲ノ効力カ直接本人ノ及フカ爲メニハ要件アリ(一)當事者之ナリ、行爲ニ當事者アルハ云フヲ俟タス然レトモ代理ノ場合ニハ成立ノ當事者即行爲ノ當事者ト効力ヲ生スル當事者トヲ區別スルヲ正當トス、前者ハ相手方ト代理人ナリ、後者ハ相手方ト本人ナリ(二)本人ハ能力者タルコトヲ要ス、蓋シ自ラ法律行爲ヲナス能ハサルモノハ他人ヲシテ自己ニ代リテ行爲ヲナサシムル能ハザレバナリ(三)代理人ハ必スシモ能力者タルコトヲ要セス然レトモ意思能力ヲ有スベキハ勿論ナリ(四)代理人ガ其代理權ノ範圍ニ於テ法律行爲ヲナスコト(五)本人ノ爲メニスルコトヲ示シテナスベキコト之ナリ
終ニ一言スベキハ法律行爲ノ附款之ナリ、附款トハ何ソヤ條件及期限即之レナリ條件 *Condicio* トハ其成就ニヨリ法律行爲ノ効力ノ發生又ハ消滅ヲ來スベキ將來且不確實ノ事實ヲ云フ其効力ヲ發生セシムルモノハ之ヲ停止條件 *C. suspensive* ト

云ヒ、效力ヲ消滅セシムルモノヲ解除條件、*resolutive*ト云フ、例ヘハ明日雨降ラハ賣買ヲナサント云ヘハ停止條件ナリ、明日雨降ラハ賣買ヲ解クヘシト云フハ解除條件ナリ、其條件ハ種々ニ區別スルヲ得ベシ、詳ニ列記スレバ、(一)停止條件及解除條件、(二)不能條件及可能條件、(三)不法條件及違法條件、(四)有的條件及無的條件、(五)任意條件及法定條件、(六)偶發條件、隨意條件及混成條件ノ如キ之ナリ

期限トハ法律行為ノ履行ヲ停止シ又ハ其效力ヲ消滅セシムル事實ニシテ之ヲ始期及終期ニ分ツ、始期トハ其期限到來迄ハ履行ヲ停止シ到來ニヨリ履行ヲ請求シ得ベキモノヲ云フ終期トハ其到來迄ハ履行ヲ請求シ得ベキモ到來ニ因リテ其效力ヲ失フヲ云フ例ヘハ何年月日ニ辨濟スベシト定メタル場合ニ其時期到來セバ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ヘク、又何年月日迄毎月金何圓ヲ拂フヘシト定メタル時ハ其期限到來ニ因リ其請求權ヲ失フニ至ルガ如シ

期限ニ二種アリ、確定期限 *Dies certus* 及不確定期限 *Dies incertus* 之ナリ、確定期限トハ例ヘハ何年月日ト云フカ如ク豫メ確定セル者ヲ云ヒ、不確定期限トハ到來スルコトハ確ナルモ其到來ノ日不定ナルヲ云フ、例ヘハ何某ガ死亡セリト云フガ如キ

コトナリ尙或立法例ハ恩惠期限ヲ認ムル者アリ、我民法ハ之ヲ認メズ、尙羅馬法ニ於テハ *Dies venit* 及 *Dies cedit* ノ區別ヲナセリ、前者ハ法律行為ノ履行期ヲ云ヒ、後者ハ權利ノ發生期ヲ云フ例ヘハ賣買契約ニ於テ代金ノ支拂物件ノ引渡ニ付キ時期ヲ定メタリトセハ後者ノ權利ハ發生スレドモ前者ノ履行ハ未ダナルカ如シ、若シ即時取引ナレハ兩者同時ニ發ス

第三款 時

時ノ經過ハ一ノ事件ニ外ナラズ人意ヲ以テ左右シ得ザレハナリ、然レドモ時ノ經過ナル事實ハ權利ノ消亡ニ關スルコト甚タ大ナリ、一定ノ期間經過ノ爲メ其權利ヲ行使スルヲ得サルカ如キ一定ノ期間ノ經過ニ因リ權利ノ發生消滅ヲ來スカ如キ若クハ一定ノ期間一定ノ行為カ繼續シテ始メテ權利カ發生若クハ消滅スルカ如キ皆一トシテ時ノ經過ニ係ハラザルハナシ從ツテ欸ヲ異ニシテ説明セント欲ス本欸ニ於テ研究スヘキハ期間及時效ノ二トス

第一 期間

期間トハ或一定ノ時ヨリ他ノ一定ノ時ニ至ル間ノ關係ノ全部ヲ云フ、即限定セラ

レタル時間ナリ五日間ト云フガ如キ何日ヨリ何日迄ト云フガ如キ類之ナリ前款ニ於テ法律行為ノ附款トシテ説明シタル期限ト云フハ實ハ期間ノ滿了點ヲ云フニ外ナラザルナリ

期間ノ計算ニ付キ起算點ハ滿了點ヲ定ム之レ權利ノ消長ニ關係少ナカラザレバナリ而シテ期間ヲ定ムルニハ種々ノ方法アリ(一)特定ノ時期ヲ滿期日トスルコトヲ得ベシ例ヘバ何年何月何日迄ト云フガ如シ(二)又或ハ何月何日ヨリ何月何日迄ト云フガ如ク時ヲ區分シテ定ムルコトアリ此場合ニ曆法的ト自然的トノ二種ノ定メ方アリ例ヘバ一月ト云フハ一日ヨリ末日迄一年ハ一月一日ヨリ十二月三十一日迄ト云フガ如キハ曆法的ナリ一定ノ事實起リタル時ヨリ起算シテ一日ハ二十四時間一月ハ三十日一年ハ三百六十五日ト云フガ如キハ自然的ノ定メ方ナリ又時ヲ計算スルニモ曆法的ト自然的トアリ曆法的計算法ハ一日ヲ細分セザルモノニシテ更ニ初日ヲ算入スルト(短縮的)初日ヲ算入セザルト(延長的)ノ別アリ自然的計算法ハ一日ヲ細分スルコトヲ得トスルモノヲ云フ我法律ノミナラズ一般ニハ時ヲ以テ期間ヲ定ムル時ハ自然的ノ定メ方及自然的ノ計算法ニ依レリ例ヘバ一月

一日午前十時ニ或一定ノ事實起リタリトシテ五十時間ト定メタル時ハ其起算ハ即時即午前十時ヨリ起算シテ五十時間ヲ算ス(三九)日週月及年ヲ以テ期間ヲ定ムル時ハ曆法的ニ從ヒ初日ヲ算セズ(四〇)而シテ期間ノ滿了點ニ付テハ期間ノ末日ノ終了ヲ以テ滿了シタルモノトスルハ元ヨリ明カナレドモ其末日カ休ニ該當シテ休日ニハ取引ヲナサル慣習ナル時ハ翌日ヲ以テ滿了スベク又最後ノ月ニ應當日ナキ時ハ其月ノ末日ヲ以テ滿了ス例ヘバ一月十日ヨリ一ヶ月ト云ヘハ二月九日ヲ以テ滿了シ一月三十日ヨリ一ヶ月ト云ヘバ二月ニハ二十九日ナキ年平ニハ二月廿八日ヲ以テ滿了スルガ如シ

第二 時効

時効 Verjährung トハ時ノ經過ニヨリ權利ノ得喪ヲ生ズル特別ノ原因ヲ云フ時効ノ制度ハ遠ク羅馬法時代ヨリ認めラレ近世ニ於テ此規定ノ存セザルモノナシ此時効ノ制定ナルモノハ一見其理由ナキガ如キ感アリ何トナレバ凡ソ權利ヲ有スルモノ若クハ權利ヲ有セザルモノハ或規定ノ原因アルニ非ザレバ妄ニ其權利ヲ失ヒ若クハ取得スベキモノニアラサルナリ然ルニ唯一定期ノ時ヲ經過シタルニ因リ

テ權利ヲ有シタルモノハ之ヲ失ヒ權利ヲ有セザリシモノハ權利ヲ有スルニ至ルハ何等ノ理由ナキガ如キ感ナキ能ハザレバナリ然レドモ時ノ經過ナル事實ハ管ニ權利ノ得喪ニノミ關係アルニ非ルナリ慣習モ時ノ經過ニ因リテ法律トナルニアラズヤ若シ永年月間權利ノ存在不明ナルカ若クハ權利者ガ其權ヲ行使セズシテ權利ガ不確定ナル状態ニアラバ公益上甚ダ有害ナルノミナラズ權利者ガ權利ノ存在ヲ確認セントセバ確實ナル證據ニ依ラザルベカラズトセバ永年間ニハ證據ノ滅失ナキヲ保シ難ク權利者モ永久ニ其權利ニ付キ保全行爲ヲナサントスルハ事實上不能ナリト云フモ可ナリ且夫レ若シ時効ノ制度ハ正理ニ反スルモノトセバ正當ノ原因ニヨリ權利ヲ得タルモノモ之レヲ證スル能ハザルベク又債務ヲ辨濟シクルモノモ之レガ證明ニ乏シキノ結果再ビ辨濟セザルベカラザルニ至ルベク而シテ之レヲ訴ノ上ヨリ見ルモ裁判官ハ證明ノ困難ノ爲メ事實ノ真相ヲ發見スル能ハザルベシ他方ヨリ之レヲ見レバ權利者ニシテ永ク之ヲ行使セザルモノハ之レヲ拋棄シタルモノト看做スベク權利者ガ自ラ其借金ヲナサ、ルニ法律ハ數年ヲ經過スルモノレヲ保護シテ怠ラズト云フガ如キハ何等其必要アルヲ見

ザルナリ之レ古來ヨリ現今ニ至ル迄一般ノ立法學說ガ時ノ効制度ヲ設ケタル所以ナリ

時効ハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得取得時効及消滅時効即之ナリ取得時効ハ權利ヲ取得スル側ヨリ觀察シ消滅時効ハ權利ヲ喪失スル側ヨリ觀察シタルモノトス或ハ消滅時効ヲ免責時効ト稱スルコトアリ之レ權利者ノ時効ニ因リ權利ヲ喪失シタル場合ニ義務者カ其義務ヲ免ル、側ヨリ用ヒタル文字ナリ尙取得及消滅ノ時効ニ付テハ後ニ之ヲ説明セン

如何ナル權利ニテモ時効ニ係ルコトヲ得ルカ時効ハ何人ノ爲メニ進行スルカ時効ハ如何ナル場合ニ援用スルコトヲ得ルヤ否及時効ノ效力ハ何時ニ生スルカ之レ研究ヲ要スベキ問題ナリ

(一) 時効ニ係ルベキ權利ハ財產權ト見テ可ナリ身分權ハ時効ニ係ルコトナシ例ヘバ親タル權利ハ數年ヲ經過スルモノレヲ失フベキモノニ非ズ又公法上ノ權利モ時効ニ係ルコトナキヲ原則トス唯刑事法上ノ時効ニ付テハ特別ノ理由ニ基クモノトス

(二) 時効ハ凡テノ人ノ爲メニ及凡テノ人ニ向テ進行ス、苟モ人格ヲ有スル以上ハ其法人タルト自然人タルトヲ問ハス、從ツテ人格ヲ有セザルモノハ時効ノ利益ヲ受ケズ、例ヘバ法人ニ非ザル團體法人ト雖目的以外ノ行爲ヨリ生ジタル權利ノ如キ之ナリ此ノ如ク時効ハ人ノ爲メ及人ニ向テ進行スレハ當事者ガ之ヲ採用スルニ非ザレバ裁判所ハ進テ之ニ基キ裁判ヲナスコトヲ得ズ、之レ時効ハ公益ニ關スル規定ナレトモ當事者ノ援用ニ因リテ其效果アルモノトスルモ公益ノ目的ヲ達スルニ不可ナシトシタレバナリ而シテ其之ヲ援用スルハ訴訟ノ如何ナル程度ヲ問ハズ、然レトモ上告審ニ於テハ之ヲナスコトヲ得ズ、之レ上告審ハ事實問題ニ關セザルモノニシテ時効ガ完成シタリヤ否ハ事實問題ナレバナリ

(三) 時効ハ其期間滿了ノ時ニ效力ヲ生ズルモノト云ハザルベカラズ、然レトモ若シ此ノ如クセバ滿了前ニ取得シタル權利其他ノモノハ前權利者ニ返還セザルベカラサルニ至ル、之レ時効ノ制度ヲ設ケタル旨趣ヲ達スルヲ得ズ故ニ時効ノ效力ハ其起算日ニ遡ルモノトシタル所以ナリ

(四) 時効ノ利益ハ豫メ拋棄スルコトヲ得ズ、蓋時効ハ公益規定ナルヲ以テ若シ

豫メ拋棄スルコトヲ得トセバ當事者ノ契約ニヨリ時効ニ係ラザル條件ヲ以テ種々ノ契約ヲナスコトナシトセズ此ノ如キハ遂ニ時効ノ制度ヲ無視シ其精神ニ背反スルニ至レハナリ然レトモ注意スベキハ完成シタル時効ハ一ノ私權ニ外ナラザルヲ以テ權利ノ拋棄ハ自由ナル原則ニ基ツキ之レヲ拋棄スルハ法律ノ禁ズル所ニ非ザルナリ

第一 取得時効

取得時効ニ付テハ前已ニ一言シタリ取得時効ニ係ルコトヲ得ベキハ凡テノ物權及債權トス然レトモ法律ノ規定ニ本ヅク例外(例ハ不繼續不表現ノ權利ノ性質ヨリ生スル例外ト離レテ時効ニカハルコトナシ)ナキニ非ズ取得時効ノ要件ハ(一)占有ノ事實アルコトヲ要ス而シテ之ヲ分析セハ(イ)所有ノ意思又ハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テスルコトヲ要ス及(ロ)平穩ナルコトヲ要ス(ハ)公然ナルコトヲ要スノ三トス

(二) 法定ノ期間ヲ經過スルコトヲ要ス、此點ニ關シテハ意思ノ善惡過失ノ有無ニ因リ長期ト短期ト時効ヲ區別ス我民法ニ於テハ善意ニシテ過失ナキ時ハ不動産

ハ十年動産ハ即時ニ所有權ヲ取得ス、又惡意若クハ過失アル時ハ二十年トス一言注意スベキハ善意ニシテ過失ナキ時ノ動産ノ取得ハ即時ナリ從來或ハ之ヲ即時時効ト云ヘリ然レトモ時効トハ元來時ノ經過ノ觀念ヲ有スルガ故ニ即時ニ時効完成スト云フハ正當ニ非ザルナリ我民法ハ之レヲ時効ト見ズ占有權ノ效力トセリ(民法第百九十二條參照)

第二 消滅時効

消滅時効モ亦一般ノ物權債權ニ適用セラル然レトモ亦例外アリ法律ノ規定ニ基クモノアリ所有權ノ如キ又擔保權ガ債權ト共ニスルニ非ザレバ時効ニ係ラザルガ如キ之レナリ又權利ノ性質ニ基クモノアリ所有權ノ效力トシテ生ズル權利ノ始キ分割請求ノ權利ノ如キ之ナリ然リ而シテ消滅時効ノ要件ハ權利ノ不行使及時ノ經過ノ二トス時ノ經過ハ權利ヲ行使シ得ベカリシ時ヨリ起算スルモノニシテ權利發生ノ時ヨリ進行スルニ非ズ例ヘバ債權債務ノ關係ハ契約ニヨリ發生スレドモ其履行請求ガ一定ノ期限ニ係ル場合ニハ時効ハ其期限到來ノ時ヨリ進行ス權利ノ不行使ハ法定ノ期間繼續スルヲ要ス、期間内ニ行使スルコトアル時ハ所

謂時効ノ中斷ヲ生ズ、然ラバ其法定期間ハ幾何ナルカ立法例ニ因リ一ナラズ我民法ニ於テハ原則トシテ債權ヲ十年トシ債權又ハ所有權ニ非ザル財產權ハ二十年トセリ、其他各種ノ權利ニ付テハ民法ノ規定ヲ參照セラルベシ

以上ヲ以テ取得時効及消滅時効ヲ説明セリ、時効ハ其取得タルト消滅タルトヲ問ハズ或原因ノ爲メ中斷セラル、コトアリ停止セラル、コトアリ
中斷トハ一定ノ事由ノ爲メ己ニ經過シタル時期ノ利益ヲ消滅セシムルモノトス然レトモ其事由ガ消滅スル時ハ時効ハ其時ヨリ再ヒ進行ス、中斷ニ二アリ自然ノ中斷及法定ノ中斷則之ナリ、自然ノ中斷ト云フハ占有ヲ失フコトヲ云フ從フテ自然ノ中斷ハ取得時効ニノミ其適用アリ例ヘバ善意ニシテ過失ナキ者ガ一ノ土地ヲ占有シテ九年ヲ經過シタリトセヨ今一年ヲ經ハ時効ハ完全シテ所有權ヲ所得スベシ此時ニ當リ或原因ノ爲メ占有ヲ失フ時ハ取得時効ハ中斷セラレ更ニ占有シタル時ハ其時ヨリ更ニ十年ヲ經過セサレバ所有權ヲ所得セザルガ如シ法定ノ中斷ハ取得時効及消滅時効ニ適用アリ我民法ニ於テハ之ヲ請求、差押、假差押又ハ假處分及ヒ承認ノ三者ニ區別セリ、例ヘバ一ノ不動産ヲ占有スルモノガ差押ヲ受

ケタル時又ハ債務者ガ時効進行中債權者ノ請求ヲ受ケタル時ハ何レモ中斷ヲ生ズルガ如シ尙法定中斷ノ原因ニ付テハ我民法ニ其中斷ノ效力ヲ生ゼザル場合ニ付キ規定アリ參照セララルベシ

時効ノ停止トハ一定ノ事由ノ爲メ一時進行ヲ停止スルヲ云フ故ニ其事由止メバ時効ハ進行ヲ始メ停止前經過シタル時期ヲ加算シテ法定ノ期間滿了ノ時ニ至リ完成ス我民法ニ於ケル停止ノ場合ハ四アリ、一ハ無能力ノ爲メニスル停止、二ハ特定人間ニ存スル特別ノ停止、三ハ相續財産ニ關スル停止及四ハ事實ニ因ル停止即之レナリ此點ニ關シテモ亦民法ノ規定ヲ參照セララルベシ

終ニ我民法ハ明治三十一年七月ヨリ施行セラレタルモノナルヲ以テ施行前ヨリ進行シタル時効ニ關シ新舊法其期間ヲ異ニスル場合ニ關シテ民法施行法中規定アリ參照セララルハ要ス

第一卷 各論

前卷ヲ以テ余輩ハ法律學全部ニ渡ルベキ根本概念ヲ説明シタリ故ニ以上ノ説明ハ法律ノ何タルヲ問ハズ廣ク法律學ニ之ヲ適用スルヲ得ルモノト云ハザルベカラズ、然レトモ翻リテ社會ノ狀態ヲ觀ヨ吾人日常ノ生活關係ハ甚ダ複雑ニシテ單純ナル家族生活ニ於テスラ尙千種萬様ニシテ殆ンド一律ヲ以テ之ヲ支配スルニ難シ况ンヤ社會ヲヤ國家ヲヤ宇宙間ニ於ケル各種ノ自然現象ハ殆ンド人意ノ豫知シ得ベキ限りニ在ラズシテ人工的ニ之ニ對スル手段方法ヲ講ゼントスルモ恐ラクハ本ニヨリテ魚ヲ求ムルヨリモ難カラシム人智ノ發達ハ少ナクトモ現在ノ程度ニ於テハ其限度ヲ知ルニ難カラストセス此限度アル人智ノ範圍ニ於テ生ジ得ベキ人工的現象ハ又人智ヲ以テ豫知シ得ルニ難カラザルヲ以テ之レニ對スル手段方法ヲ講ズル又豈ニ難シトセンヤ而モ尙國家社會ノ發達ハ日進月歩ニシテ昨日ノ狀態ハ已ニ今日ノ狀態ニアラズ今日ノ狀態ハ又明日ト其軌ヲ同フセザル現在ノ狀態ニ於テハ人爲的ニ發生スル各種ノ現象ハ發達シタル人智ヲ以テ之ヲ豫知セントスルモ遂ニソヲ盡ス能ハズシテ止ムニ至ラン是ヲ以テ之ヲ觀レバ人爲的現象ニ對スル手段方法ヲ講ゼントスルハ自然現象ニ對スルト同一ノ困難ヲ感ズベキノミナラズ或場合ニハ尙一層ノ複雑ヲ來スベキヤ蓋シ明カナリ

宇宙間ノ現象ハ千種萬様ナリ社會ノ狀態ハ甚ダシク複雑ナリ而シテ法律ハ此複

雜ナル社會ト密接ノ關係ヲ有シ其終始ヲ全フス、一片ノ法律何ソ能ク此複雜ナル社會ヲ支配シテ餘リアリト云フヲ得ンヤ汎論ニ於ケル説明ハ法律學全般ニ通シテ適用セラルベキハ元ヨリ其處ナリト雖各種ノ社會現象ニ對スル各種ノ法律ニハ又夫々特別ノ法理アリテ存スルモノナリ故ニ法學全般ニ渡ルベキ智識ヲ得タルニ次ギテ各種ノ社會現象ニ對應シテ存在スル各種ノ法律ニ付キソガ特別ノ法理ヲ研究スルハ、社會ト密接ノ關係ヲ有スル法學ニ於テハ最モ重要ノ事項トス吾輩ハ此講義ノ始メニ當リテ述べタルガ如ク法學通論ハ法學全般ニ通ズル智識ヲ獲得スルニアリ各種ノ現象ニ對應シテ存在スル各種ノ法律ニ付キ其大體ノ智識ヲ知得スルハ元ヨリ通論ノ範圍ニ屬ス是即各論研究ノ由テ生ズル所以ニシテ又各論研究ノ必要ナル所以タリ

余輩ガ各論ノ下ニ於テ研究セント欲スルモノヲ憲法、行政法、刑法、民法、商法、民事及刑事訴訟法及國際法ノ八トナス而シテ此各學科ハ諸君カ此講義ト同時若クハ後ニ於テ當然ニ研究セラルベキ範圍ニ屬ス特ニ或種ノ學科ニ付テハ已ニ其智識ヲ取得セラレタルモノアルベシ故ニ今ニ於テ各論ヲ研究スル事一見期ヲ失シタル

ガ如キ觀ナシクバアラズ然レドモ法律ノ各學科トシテノ研究ト所謂通論ノ一部タル各論トシテノ研究トハ其方法ニ付キ其程度ニ付キ自ラ區別ノ存スルモノアリ各論トシテノ各科法律ノ研究ハ其科全體ニ渡ル大體ノ智識ヲ知得スルニアリ其精疎寬嚴ノ程度ニ至リテハ甚タ至難ノ問題ニ屬ス蓋シ特別ノ法理關係ヲ明確ニセントセバ勢詳細ニ論述セザルベカラザルガ故ニ各論研究トシテノ主旨ニ反スベク簡ニシテ要ヲ擧グルノミニテハ恐ラク初學ノ士ノ解釋ニ困難ヲ來スコト少ナシトセザラン然リ而シテ法學各部ノ研究ハ苟モ法學ニ志ス所ノ士ノ必ズ研究スベキ範圍ニ屬スルヲ以テ余輩ハ此講義ニ於テハ重キヲ汎論ニ置キ各論ニ於テ各種ノ法律ノ大體ヲ示スト同時ニ其研究方法ノ端緒ヲ説明シ以テ他日其各部ノ研究ノ導火線タルニ止メントス之レ余輩ハ一般ニ通論トシテハ各論ニ厚キニ反シ汎論ヲ重シトシテ各論ヲ最モ簡單ナル要領ノミニ止メタル所以ナリ

第一編 憲法

第一章 憲法ノ意義

憲法ヲ形式的ノ意義ニ解スレバ成文憲法ヲ云フ、我國ノ憲法ノ如キハ即之ナリ之

ヲ實質的ニ解スレバ團躰及政躰即國家ノ組織如何、主權行動ノ形式如何ヲ定ムル
 法則ナリ、其成文タルト不文タルトヲ問ハズ、茲ニ苟モ國家アレバ必ず憲法アリト
 云フヲ得ベシ

憲法ノ意義ニ付キ一言スベキハ所謂沿革的ノ意義之ナリ、彼ノ立憲國ノ憲法即歐
 洲ニ於テ近世ノ用語タル *Constitution* ト云フハ特種ノ發達ヲ有ス、蓋シ佛國革命ノ
 原因タリシ三權分立ノ精神ニ本ヅキ立法、司法、行政ヲ區別シ所謂國會ヲシテ立法
 權ニ參與セシムル國ノ政躰ヲ規定シタルヲ「コンスチテューション」ト云ヘリ一言ニシ
 テ云ヘバ國民參政ノ權ヲ認メタル國ノ組織及主權行動ノ形式ヲ定メタル法則ナ
 リ、若シ此沿革的ノ意義ヲ採ルトキハ明治二十三年前ノ我國及現今ノ魯國ノ如キ
 ハ憲法ナシト云ハザルベカラズ此ヲ以テ憲法ヲ解スルニ當リテハ所謂「コンスチ
 テューション」ハ特種ノ發達ヲ有スルコトヲ注意セラルベシ

憲法ハ法律ニ非ズトハ或學者ノ唱道スル處ナリ、其意ハ法律ニハ必ず制裁アルヲ
 要ス制裁ナクンバ法律ナシ、憲法ニハ制裁ナシ故ニ憲法ハ法律ニアラスト云フニ
 在リ然レトモ之レ云フ迄モナク誤ナリ法律ハ之ニ違反スルモノニ制裁ヲ與フル
 ヲ常態トスレトモ制裁ナキガ故ニ法律ニ非ストハ云フベカラス法ハ秩序ナリ國
 家ノ強制スル法則ナリ、此強行スヘキ法則ト之ニ罰則ヲ附スルトハ別問題ニ屬ス
 然リ而シテ我憲法ハ我邦ニ於ケル形式上ノ意義ニ於ケル法律ナルヤ否ハ議論ノ
 存スル所ナリ余輩ハ憲法ハ法律ナルヲ認ムルモ我憲法ハ我國ニ於ケル形式上ノ
 法律ニ非ザルヲ信ズ

又或ハ憲法ハ臣民ガ主權者ヲ制限スル規則ナリトナスモノアリ、又或ハ臣民ト君
 主トノ約束ナリト解スルモノアリ、此ノ如キハ其根本觀念ニ於テ誤アルヲ免レザ
 ルガ故ニ深ク説明ヲ要セズ

第一章 憲法ノ制定及改正

法律ハ主權者ニ依リテ制定セラル憲法ハ法律ナリ故ニ憲法モ亦主權者ニ依リテ
 制定セラル之レ甚タ明白ナル理論ニシテ説明ヲ要セズ然ルニ從來或ハ欽定憲法
Okroyirte Verfassung 及協定憲法 *Versubarte Verfassung* ノ區別ヲナスモノナキニ非ズ、其
 所謂協定憲法トハ君民共同ノ約束ニ基ツクモノナリト云フニアリ然レトモ法律
 ハ國家ノ意思ノ發表ナリトノ意義ノ下ニ於テハ協定憲法ハ法律ナリト認ムルヲ

得ザルナリ

憲法改正ノ手續ハ各國ノ特別法律ニヨルベキガ故ニ茲ニ概論スルコト難シ我憲法ニ於テハ君主ノ大權ノ活動ニヨルノ外議會若クハ其他ノ機關ニ於テ之ヲナスベキ制限ナシ、憲法發布ニ關スル詔勅及憲法第七十三條ヲ參照セバ明白ナラン憲法ノ改正案ガ國會ノ議ニ附セラレタル時ハ兩院ハ各其議員三分ノ二以上出席シ出席議員ノ三分ノ二以上ノ多數ヲ以テ之ヲ議決ス茲ニ議決ト云フハ一般ノ法律案ノ議決ト異ナルヲ注意スベシ、一般ノ法律案ニ付テハ議會ハ發議修正ノ權限ヲ有スレドモ憲法ニ付テハ之ヲ有セズ、所謂修正ハ發議ニ伴フモノニシテ新案ノ發議ニ外ナラズ發議ヲ許サザル憲法改正ニ於テ議決ト云フハ他言ヲ以テ言ヘバ意見ヲ奉ルコト即可否ヲ述ブルニ止マルモノト解スベシ

第二章 憲法ノ内容

憲法ハ統治ノ原則ヲ定ムル法則ナリ、統治ハ治國ノ組織ナリ、之ヲ明カニスルガ爲メニハ次ノ四問ニ答ヘザルベカラズ曰ク統治スル者ハ何人ナルカ、所謂統治主體ノ問題即是ナリ曰ク統治セラル、モノハ何ナリヤ、所謂統治客體ノ問題即是ナリ

曰ク、統治ニハ如何ナル機關ヲ必要トスルカ、所謂統治機關ノ問題即是ナリ曰ク如何ニ統治セラル、ヤ、所謂統治ノ形式ノ問題即是ナリ

憲法ノ説明ニ當リ如何ニ之ヲ分類スルカニ付テハ所說必ズシモ吾輩カ此ニ云フ所ト同一ニ非ズ或ハ統治ノ主體ト機關ヲ區別セザルモノアリ、其基ク所ハ君主モ亦機關ノ一ニシテ國家ノ機關ハ君主國會及裁判所ナリト云フニアリ又或ハ機關ノ組織權限ニ重キヲ置キテ作用ヲ論ゼザルモノアリ又或ハ主體ト客體トヲ區別セザルモノアリ政治的ノ觀念上主權ハ君主ニアリトモ云ハズ又人民ニアリトモ云ハザル曖昧ノ概念ニ本クモノナリ此ノ如キハ其國々ノ國體ノ觀念ニ因リテ異ナルベク之ヲ以テ我憲法ノ如キ特別ノ發達及觀念ノ上ニ立ツモノニ推論スルヲ許サズ我憲法ノ説明トシテハ上述四個ノ問題ニ答フルヲ正當ナリト云ハザルベカラズ

第一節 統治ノ主體

統治主體ト云フハ統治權ノ存スル所ト云フガ如シ、統治權ト云ヒ主權ト云ヒ國權ト云フ我國體ノ下ニ於テハ同一ニシテ區別ノ必要ナシ大日本帝國ハ萬一世系ノ

天皇之ヲ統治ス統治主權ノ存スル處ハ萬世一系ノ皇位ニアリ皇位ヲ踐ンテ統治權ヲ總攬スルモノヲ天皇ト稱ス天皇ハ國ノ元首ニシテ統治權ヲ總攬シ憲法ノ條規ニヨリテ之ヲ行フ皇位ハ皇室典範ノ定ムル所ニ因リ皇男子孫之ヲ繼承ス天皇未タ成年ニ達セザルトキ若クハ久シキニ亘ルノ故障ニ由リ大政ヲ親ラスル能ハザル時ハ皇族會議及樞密顧問ノ議ヲ經テ攝政ヲ置ク攝政ハ天皇ノ御名ニ於テ大權ヲ行フモノトス

天皇ノ親裁ニ屬スル事項ヲ君主ノ憲法上ノ大權ト云フ法律ヲ裁可シ其公布執行ヲ命ズルガ如キ議會ヲ召集スルガ如キ勅令ヲ發スルガ如キ文武官ノ任免ノ如キハ皆之ナリ(憲法第一一章)然リ而シテ天皇ハ此等ノ事項ヲ親裁スルニハ憲法ニ由ルコトヲ要シ法律勅令其他國務ニ關スル詔勅ニ付テハ國務大臣ノ副署ヲ要ス

天皇ハ國ノ元首ナリ從フテ國法上特權アリ天皇ハ神聖ニシテ犯スベカラズ政治上モ刑事上モ民事上モ何等ノ責任ヲ有セズ天皇ニ對シテハ尊稱ヲ用フルガ如キハ皆之ナリ

第二節 統治ノ客體

大日本帝國ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治ス帝國ハ統治ノ客體ニシテ主體ニ非ズ之ヲ我憲法ノ本則トス帝國ニハ一定ノ領土及人民ヲ必要トス汎論ニ於テ之ヲ説明シタリ茲ニハ臣民ノ權利義務ニ付キ一言セン

臣民ノ權利義務ハ憲法第二章ニ之ヲ規定ス臣民ノ權利ハ國家權力ノ保護ノ下ニ發生ス蓋シ臣民ハ國家主權ニ無限ノ服從ノ義務ヲ有ス服從ノ結果トシテ國家ノ保護ヲ享受シ保護ニ依リテ權利ヲ有ス然リ而シテ現今文化ノ發達シタル時代ニ於テハ交通ノ瀕繁ハ外國人ノ我邦ニ滞在スルコト多カルベキガ故ニ此ニ於テカ内外人ヲ區別シテ我邦人ノ明カニ我帝國臣民タル所以ヲ明カニスル必要アリ所謂國籍ノ由テ生ズル所以ニシテ我憲法ハ臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ルト規定シ別ニ國籍法ノ定メアリ臣民ノ權利ハ第二章ニ明カニ規定セラル文武官ニ任ゼラレ其他ノ公務ニ付クヲ得ベキ權利居住及移轉ノ自由信教ノ自由出版ノ自由集會結社言論著作ノ自由ノ如キ皆然リトス

臣民ハ當然ノ義務トシテ國法ヲ遵守スヘキハ云フヲ俟タズ我憲法ガ特ニ規定シタルハ兵役及納稅ノ義務トス兵役ハ國ノ戰鬥力ノ要素ニシテ臣民ハ臣民タル資

總ニ於テ當然ニ國家維持ヲ有ス、納稅ノ義務亦然リ即公ノ費用ヲ負擔スル所以ニシテ國運發達ニ缺クベカラザル負擔トス

第三節 統治ノ機關

天皇ハ帝國ヲ統治ス統治セラル、モノハ帝國ナリ、而シテ君主ガ如何ニシテ國ヲ統治スルカ之ヲ統治機關ノ問題トス統治機關ハ分テ國會、政府及裁判所ノ三トス、統治機關ハ夫自身獨立ノ存在ナク、目的ナク、權力ナシ、國會ガ立法シ、政府ガ行政シ、裁判所ガ司法スト云フモ實ハ言語上ノ形容ニシテ當然ニ國家ノ行爲ニ屬スル統治權ノ行動ニ外ナラズ從フテ統治機關ノ設備ガ主權ノ行動ヲ制限ストナスコト勿レ、各機關ガ立法シ、司法シ、行政スト云フハ實ハ主權ノ行動ニ外ナラザレバナリ

(一) 帝國議會

帝國議會ハ立法權ニ參與スル統治ノ機關トス、歐洲ノ國法論トシテ國家ガ人民ヲ代表スルトカ、主權者ナリトカ、統治ノ客體ナリトカ云フガ如キ説明ハ我憲法論トシテ論ズベキ限リニアラズ我憲法ニ於テハ議會ハ統治ノ機關ナリトノ説明ヲ以テ足レリトス

議會ハ貴族院及衆議院ノ兩院ヨリ成ル、貴族院ハ貴族院令ノ定ムル所ニヨリ皇族華族及勅選セラレタル議員ヲ以テ衆議院ハ選舉法ノ定ムル所ニ依リ選出セラレタル議員ヲ以テ組織ス、何人モ同時ニ兩院ノ議員タルコトヲ得ズ議會ノ權限ハ憲法ニ依リ定マリ法令ヲ以テ伸縮スルヲ許サズ憲法ニ議會ノ協賛ヲ要スト定メタルハ政務ノ一部ハ大權ノ行動トシ他ノ一部ハ司法トシ議會ノ關涉ヲ許サザルヲ示シタルモノトス

議會ノ實質上ノ職權ハ法律案ノ議定及豫算案ノ議定トス、議會ハ政府提出ノ法律案ヲ議定スルト同時ニ又法律案ヲ提出スルコトヲ得、唯豫算案ハ政府之レヲ衆議院ニ提出ス所謂協賛ト云フハ可決ト云フガ如シ、案ヲ法律トナス行爲ニ非ズシテ法律案トシテ確定スルノ言ナリ其形式的ノ權限トハ上奏及建議ヲナスヲ云フ、意思ヲ表示スル形式ヲ定メタルニ外ナラズ兩院ハ法律又ハ其他ノ事件ニ付キ各其意見ヲ政府ニ建議スルヲ得ベク又天皇ニ上奏スルヲ得ベシ、其他臣民ヨリ呈出セル請願ヲ受ケ又ハ政府ニ質問スルコトヲ得

議會ノ議事ハ公開シ總員ノ三分ノ一以上出席スルヲ要シ其過半数ヲ以テ之ヲ決

ス議會ノ召集、閉會、停會及解散ハ天皇ノ大權ニ屬ス。衆議院解散セラレタル時ハ貴族院ハ同時ニ停會ヲ命ゼラル。

(二) 政府

政府ハ大權ヲ行施スル機關トス。所謂施政機關之ナリ。憲法上政府ノ機關ハ國務大臣及樞密顧問トス。國務大臣ハ天皇ヲ輔弼シ其責ニ任ス。樞密顧問ハ天皇ノ諮詢ニ應ヘ重要ノ國務ヲ審議スル主要ノ機關トス。而シテ此等機關ノ權限ハ憲法ニ定マレル。外大權ヲ以テ之ヲ定ム。國務各大臣ハ一人ナルモ數人ナルモ憲法ノ問フ所ニアラズ。唯數人ナル場合ニハ國務各大臣ガ其責ニ任ズルヲ明書セリ。各大臣ト云フニ注意セヨ。外國ニ於テ所謂內閣制度ヲ認メ合議體ナル內閣ガ君主ヲ輔弼スルモノト異ナル我國ハ所謂內閣カビネットシステム制ヲ採ラズ。國務大臣制ヲ採ル。之レ憲法ガ國務大臣ト規定セル所以ニシテ內閣ハ行政法上ノ意義ヲ有スル。外憲法ノ認ムル處ニ非ザルナリ。

(三) 裁判所

裁判所ハ司法權ヲ行フ統治ノ機關トス。司法權ハ天皇ノ御名ニ於テ裁判所之ヲ行

フ而シテ裁判所ノ構成ハ法律ヲ以テ之ヲ定メ勅令命令ヲ以テスルヲ許サズ。裁判所ノ職務ハ廣ク云ヘバ法律ヲ適用スルニアリ。然レトモ斯ク云フ時ハ政府モ或場合ニ法律ヲ適用スル場合少ナシトセズ。故ニ狹ク之ヲ解シテ民事及刑事ニ付キ法律規則ヲ適用スルモノト云ハザルベカラズ。裁判官ノ任免ハ君主ノ大權ニ存シ法律ノ規定ニ由ルノ外其意ニ反シテ職ヲ免ゼラル。コトナク而シテ其資格要件モ亦法律ヲ以テ之ヲ定ム。

裁判所ニ普通裁判所ト特別裁判所トアリ。普通裁判所ハ裁判所構成法ヲ以テ之ヲ定メ、特別裁判所ニ付キテハ別ニ特別ノ法律ヲ定ム。

第四 統治ノ作用

統治權ハ萬世一系ノ皇位ニ在リ。天皇ハ皇位ヲ踐シテ統治權ヲ摠攬ス。統治權ハ不可分ニシテ分ツベカラズ。所謂機關ヲ定メタルハ統治權ヲ分配シタルニ非ズ。統治權行動ノ形式ヲ分チ各機關ハ其權限ヲ守リテ相犯スコトヲ許サシメザルニ在リ。統治權ハ大權立法權及司法權ノ三行動ヲ有ス。大權ハ君主ニ屬シ國務大臣其輔弼ノ責ニ任ズル。外國會又ハ裁判所ノ干涉ヲ許サ

ズ大權ヲ以テ親裁スル政務ノ範圍ヲ大權事項ト云ヒ大權事項ヲ規定スル勅令ヲ大權命令ト云フ而シテ勅令ヲ發スルハ大權ノ行動ナレドモ勅令ノ規定スル處ハ必ズシモ大權事項ニ非ズ

立法權ハ法律ト云フ特別ノ形式ヲ有スル法則ヲ制定スルヲ云フ國會ハ立法權ノ行使ニ參與ス之レ大權ト異ナル處トス我憲法上法律ト云フハ議會ノ協賛ヲ經テ裁可シ公布スル成文ノ法則ヲ云フ命令ハ議會ノ協賛ヲ經ズ天皇ノ發シ若クハ發セシムル國ノ法則ヲ云フ大權ヲ以テ發スル者ヲ勅令ト云フ天皇ガ機關ヲシテ發セシムルモノハ之ヲ發スル官廳ニ依リ其名稱ヲ異ニス、閣令、省令、府縣令ノ如キ即之ナリ命令ハ法律ヲ變更スルコトヲ得ズ其例外ヲ所謂緊急勅令トス(憲八)

右述ブル所ニ依リ我憲法上大權命令、法律ニ代ル命令及行政命令ノ三種ノ命令アルヲ知ルヲ得ヘシ大權命令ハ憲法上ノ大權事項ヲ實質トス、大權命令ハ法律ニ依リ變更セラル、コトナシ又法律ヲ變更スルコトヲ得ズ法律ニ代ル命令ハ立法事項ヲ其實質トス、法律ニ代ルトハ法律ト同一ノ效力ヲ有スルヲ云フ行政命令ハ大權事項及立法事項以外ニ於テ發スルモノニシテ法律ヲ執行スルカ爲メ又ハ公共

ノ安寧秩序ヲ維持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スルカ爲メ之ヲ發ス、但之ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス

司法權ハ國法ヲ正シ秩序ヲ維持スルカ爲メ權利ヲ明確ニシ、犯罪者ヲ所罰スルヲ云フ司法權行動ノ形式ハ裁判ニ依ル之レ行政權ノ行動カ處分ニ依リテ現ハル、ト異ナル處ナク司法權ハ法律ニ依リテ行フ即其手續ハ法律ヲ以テ定ムルヲ云フ行政ト云フハ大權及立法權ノ下ニ於テ法律命令ヲ執行シ其範圍内ニ於テ公共ノ安寧秩序ヲ維持スルカ爲メ行動スル行政官廳ノ行爲ナリ行政ハ大權ト同シカラス、大權ハ行政ノ準則タリ、行政ハ大權ヲ執行ス、之レ歐洲ニ於ケル行政ト大權トノ觀念ノ異ナル所以トス

第一編 行政法

第一章 行政法ノ意義

行政法ノ意義ニ付テハ學者間ニ見解分レタリ、大體ニ於テ二種ニ分ツ一ハ行政法ト云フ特種ノ法理アルニ非スシテ國家カ行政スルニ付キ準據スヘキ法則ヲ合セ稱スト云フモノ、二ハ行政法ト云フ特種ノ法理アリトナスモノ即之ナリ此二種ノ

學說ニ伴ヒ其研究方法モ亦自ラ二様ニ分ル、甲說ニヨレハ憲法ニテモ民法ニテモ商法ニテモ行政ノ準則タルヘキモノハ行政法ナルカ故ニ土地ニ關スル法則ノ中ニハ民法上ノ所有權モ亦租稅警察ノ公法的ノコトモ皆含メテ之ヲ研究スヘク、乙說ニヨレハ法律關係ヲ區別シ公法的ノコト、私法的ノコトヲ分離ス此二說ハ一概ニ是非スヘカラス、實際ニ於テハ甲說ノ研究方法ハ或ハ便宜ナラン然レトモ學理ノ研究トシテハ行政法理ノ特別存在ヲ認ムル乙說ヲ正當ト云ハサルコトヲ得ス、從フテ行政法トハ國家行政ニ關スル公法ノ研究ナリ、廣ク其意義ヲ明カニセハ行政官府ノ組織權限及官府ト一個人ノ關係ヲ規定スル法則ト云ヒ、狹ク云ヘハ官府ト一個人トノ關係ヲ定ムル法則ヲ云フ

第二章 行政ノ意義

行政トハ國家カ機關ヲ通シ法令ノ下ニ於テ國家ノ目的ヲ達スルカ爲メニ行動スルヲ云フ元來行政ノ意義ニ付テハ種々ノ說アリ或ハ行政ヲ立法司法以外ノ凡テノ行爲トナスモノアリ又或ハ行政ハ法律ヲ執行ストナスモノアリ我憲法ノ特色ハ立法司法ノ外ニ君主ノ大權ヲ認メ之ヲ行政ト區別スルニ在リ彼ノ三權分立ノ

思想ニ本キ國權ノ行動ヲ立法司法行政ノ三者トシテ司法立法ニアラサル行爲ヲ行政トナス歐洲ノ説明ト異ナルヲ知ルヘシ茲ニ我輩ノ見ル處ヲ分析説明セン

(一) 行政ハ法律ノ範圍内ニ於テ國家ノ目的ヲ達スル行動ナリト云フハ行政ハ法律ニ準據スヘシト云フニ外ナラス之レ行政ト立法トノ區別アル所以ニシテ立法ハ法律其モノヲ制定スル行爲ナリ、行政ハ法律ノ下ニ之ニ準據スル行動ナリ

(二) 行政ハ君主ノ大權ノ下ニアリ行政ト大權トヲ區別スヘキコト前述ヘタルカ如ク我憲法ノ特色トス行政カ大權ノ下ニアリト云フハ大權ハ行政ニ向テ其方針ヲ示シ組織ヲ定メ行政ヲ監督スルヲ云フ、行政ハ一方ニ於テハ法律ニ準據スヘク他方ニ於テハ大權ノ命スル處ニ從フヘキモノトス之レ司法ト行政ト區別セラレ、所以ニシテ司法ハ大權ノ外ニアリ大權ニ依リ左右スルヲ得ス

(三) 行政ニハ機關ヲ經由スルノ觀念ヲ要ス、大權ハ機關ヲ定メ官吏ヲ任命シ之ニ依リテ行フ國ノ事務ハ行政ノ範圍ニ屬ス行政ハ機關ヲ經由シテ外部ニ現ハル機關ヲケレハ行政ナシ機關ノ何タルカハ後ニ説明セン或ハ行政アルカ爲メニ機關アリト云フモノナキニ非ス、然レトモ大權ハ官制ヲ定メ文武官ヲ任免シ以テ國

務ヲ執行ス、機關具備シテ始メテ行政アリ之レ余輩カ機關ナケレハ行政ナシト云フ所以ナリ

(四) 行政ハ機關ヲ通シテ外部ニ現ハル、國權ノ行動ナリ、其國家ト個人間ノ關係ハ公法的ナリ元ヨリ國家ハ外部人民ニ對シ事實的ノ行為ヲナスコト少シトセズ國家ト個人間ノ關係ノ凡テハ行政ニ非ス機關ヲ經由シテ外部ニ對シ行ハル、公法的ノ行為ヲ稱シテ行政ト云フ

第二章 行政ノ形式

行政行為ハ性質上其形式ヲ分チテ二トス行政規則及行政處分之レナリ
第一 行政規則トハ行政官府ノ設定スル規則ヲ云フ、規則トハ處分ニ對スル用語ニシテ一定ノ事實ヲ豫想シ若シ此事實ノ生シタル時ハ一定ノ結果ヲ生スヘシト定ムルモノヲ云フ法律ハ議會ノ協賛ヲ經ヘク勅令ハ大權ヲ以テ之ヲ發ス、官府カ其權限ニ於テ發スルモノカ即行政規則ナリ元ヨリ官府ハ當然ニ規則ヲ制定スル權限ヲ有セス必スヤ法令ノ委任アルヲ要ス、從フテ法律勅令ニ矛盾スルヲ得サルハ明カナリ

行政規則ハ更ニ之ヲ事務規定及行政法則ノ二トス事務規定トハ行政内部ノ事務ヲ規定ナリ、外部ニ對シ職務ヲ行フニ付キ内部ノ關係ヲ定メタルモノニシテ個人ノ自由ヲ制限スル性質ヲ有セス(事實上其結果ヲ生)行政法則トハ官府カ外部ニ對スル關係ヲ定ムルモノニシテ之ニ依リ個人ノ自由權利ノ制限ヲ生シ又ハ之カ保護ヲ受クルニ至ル、從フテ此法則ニ反スルトキハ違法處分タリ
行政法則ハ之ヲ發スル官府ニ依リ名稱ヲ異ニス、省令ト云ヒ府縣令ト云フカ如シ官府ノ上級下級ノ間ニ監督權ノ作用アリ故ニ上級官府ノ定メタル法則ハ下級官府之ヲ變更スルコトヲ得ス、又行政法則ヲ實質ニ依リ區別スル時ハ警察規則及營造物規則ノ二トナスヲ得ヘシ

第二 行政處分トハ特定ノ人ニ對シ特定ノ法律關係ヲ定ムル行為ナリ、例ヘハ何某ヨリ稅幾何ヲ取立ツト云フカ如シ處分ハ之ヲ執行處分及便宜處分ノ二ニ分ツ、執行處分 *Entscheidung* トハ法律ヲ解釋シ適用スル處分ニシテ特定人ニ對シテ其事件ニ付キ國家ト個人間ノ法律關係ヲ已定ノ法則ノ解釋ニ依リ決定スルヲ云フ、例ヘハ納稅ノ場合ニ於テ執行處分ニ依リ稅金カ特定スルニ至ルカ如シ便宜處分

Ernennen トハ行政官ノ權限ニ依リ公安公益ヲ考ヘテ便宜ニ行フモノヲ云フ、行政ノ處分ハ特定人ニ對スル特定ノ事件ニ付テノミ其效力アリ故ニ一般ノ準則タルモノニ非ス然リ而シテ行政ノ處分ハ或ハ國家ノ意思ニ因リテ成立シ或ハ個人ノ意思ヲ俟テ成立ス、個人ノ意思ニ注クヘキ場合ヲ或ハ行政契約 *Contrat administratif* ト云ヘリ、官吏任命ノ如キ營業許可ノ如キハ皆之ナリ

第四章 行政ノ組織

行政ハ國家カ機關ヲ通シテ其目的ヲ達スルカ爲メ行動スルモノニシテ其機關ト國家トノ關係ニ基キテ行政ノ組織ヲ分テハ中央行政及自治行政ノ二トス、國家カ直接ニ機關ヲ具ヘテ行政スルモノハ中央行政ナリ、公ノ團躰ニ國務ヲ委任シ團躰カ自己ノ機關ヲ具ヘテ行政スルヲ自治行政ト云フ若シ行政ヲ其性質ヨリ分ツ時ハ中央集權及地方分權ノ二トナスコトヲ得ヘシ、行政ノ機關ハ官府及自治團躰トス、本章ニ於テハ官府、官吏及自治團躰ヲ説明シ終ニ中央行政、自治行政ノ區別及機關ヲ説明スヘシ

第一 官府トハ國ノ事務ヲ分配シ之ヲ特定ノ人ニ行ハシムルモノヲ云フ、國ノ

事務所ニ外ナラス官職ハ國ノ事務ノ一部ナリ官制ト云フハ國務分配ノ規定ナリ、官制ハ大權ニ依リテ定マリ官職ハ官制之ヲ定メ官制ニ依リテ職ヲ行フヲ官府トス、之ヲ特定ノ人ニ委任スルヲ任官ト云ヒ任官ニ依リテ官府ノ職ヲ取ルモノヲ官吏ト云フ官府ハ法人ニ非ス又營造物ニアラズ官府ハ官吏ニ依リテ其職務ヲ行フモノニシテ官吏一人ナル時ハ之ヲ單獨制トシ數人アル時ヲ合議制トス、官吏ノ定義如何ニ付テハ説明スル處其軌ヲ一ニセス或ハ國民義務ナリト説明スルモノアリ又或ハ國家及個人間ノ雇傭ノ契約ナリト説クモノアリ、又或ハ國民權利説ヲ唱フルモノアリ然レトモ何レモ其當ヲ得タリト云フ能ハス官吏ニ任スルハ一面個人ノ自由意思ヲ顧ミルコトアリト雖同時ニ國家ハ一個人ヲ收用シテ官吏トナス場合ナキニ非ス余輩ヲ以テ之ヲ見ルニ官吏ニ任セラル、ハ元ヨリ個人ノ意思ニ俟タサル場合アリト雖而モ之ヲ強制スル能ハサルカ故ニ結局個人ノ意思ヲ顧ミサルヘカラス、況ンヤ個人ノ意思ヲ俟テ始メテ任官スヘキ場合ニ於テオヤ官吏カ一度任命セラル、ヤ特別ノ位置ヲ有シ特別ノ待遇ヲ受クルト同時ニ必スヤ其職ヲ行フヘキ義務ヲ有ス是ヲ以テ之ヲ觀レバ官吏ヲ定義シテ特別ノ服從

關係ニ於テ國家ノ事務ヲ行フ義務アルモノナリト云ハ最モ其當ヲ得タルモノト云ハサルコトヲ得ス

第二 地方自治體トハ一定ノ土地ト住民トヲ以テ組織セラル、團體ニシテ地方公同ノ事務ヲ法律ニ依リ自治スルモノヲ云フ地方自治體カ一定ノ土地ヲ自己ノ區域トスルノ必要ナルハ恰モ國家ノ要素トシテ一定ノ領土ヲ要スルト同シ、其地方自治體カ一定ノ住民ヨリ成立スルモ亦同シ、地方自治體カ地方公同ノ事務ヲ自治スト云フハ元來國家ノ事務ハ國家自ラ之レヲナスモノナレトモ法律ノ規定ニ依リ自治體ニ委任セラレ自治體カ法律ニ依リ自ラ行スヲ意味スルナリ

地方自治體ハ法律ニ依リ生ス古代或ハ事實上地方團體ガ自治シタルコトアリトスルモ之レ正當ノ意義ニ於ケル地方自治體ニ非ス、地方自治體ハ行政ノ機關ナリ行政ノ機關ハ法律ニ依リテ成立スレハナリ然リ而シテ地方自治體ハ其元素タル個人ト等シク獨立ノ生存ヲ有ス、地方自治體ハ人格ヲ有スト云フハ即之ナリ

自治團體ト云フ時ハ地方自治團體ノ外所謂公共團體ニ (öffentliche Genossenschaft) ナルモノアリ公共團體トハ公ノ事業ヲ目的トシ國家ハ其目的ヲ行政ノ目的ト合致

スルモノト認メ之ニ關スル行政ヲ其團體ノ自治ニ委任スルモノヲ云フ、例ヘハ水利組合ノ如キ、産業組合ノ如キ、教育組合ノ如キ之レナリ唯共同團體ハ民法ニ所謂公益法人トハ全く別箇性質ナルヲ注意セラルヘシ

第三 中央行政及自治行政、行政ノ機關ハ官府ト自治體トアリ從ツテ中央行政及地方行政ノ區別ヲ生ス其區別ノ存スル處ハ中央行政ハ國家直接ノ行政ナリ假令自治體ノ機關ニ命シ之ヲ行ハシムルモ之レ補助ヲナスニ過キスシテ國家直接ノ行政タルハ依然タリ反之地方行政ハ自治體其モノ、目的ヲ國家カ認メテ自治ニ任シタル行政ナリ、自治體自己ノ事務ニ外ナラストノ點ニ在リ

中央行政ノ機關ハ官府ナルコト前ニ述ヘタリ、官府ハ一ニ止マラス從ツテ其間ニ監督權ノ分配ヲ生シ之ヲ中央ノ一局ニ統括ス自治行政ノ機關ハ議會及行政廳トス、中央行政ト自治行政ノ調和スル所以ハ地方行政ハ中央行政ニヨリテ監督セラ

ル、ト自治體ノ機關カ、法律ノ命スル場合ニ中央行政ヲ行フニアリトス

(一) 地方自治體ノ機關 地方自治體ハ市町村、郡及府縣トス、市ノ機關ハ市會及市參事會ニシテ市會ハ所謂決議機關ナリ、市參事會ハ代表機關ニシテ市會ノ決議ヲ執

行ス、市長ハ市參事會員タルト同時ニ中央行政ヲ行フコトアリ
 町村ノ機關ハ町村會及町村長トス、町村會ハ決議機關ニシテ町村長ハ代表機關ト
 シテ其決議ヲ行フ且法律ノ定ムル所ニ依リ中央行政ヲ行フコトヲ得
 郡ハ町村ヨリ成リ其機關ヲ郡會及郡參事會トス、郡會ハ議決機關ニシテ郡參事會
 其決議ヲ執行シ、郡ヲ代表ス、而シテ郡長ハ中央行政ノ官府タルコトアリ
 府縣ハ郡市ヲ以テ成ル其機關ヲ府縣會及府縣參事會トス、府縣會ハ決議機關ニシ
 テ府縣參事會長決議ヲ執行シ、府縣ヲ代表ス、而シテ府縣知事ハ同時ニ中央行政ノ
 官府タルコト郡長ノ場合ニ同シ
 (二) 中央官府 中央行政ハ大權ノ下ニ統一セラル、我國現在ノ制度ニ於テハ大權ト
 行政トハ之ヲ區別スレトモ國務大臣ハ大權ヲ輔弼スルト同時ニ行政大臣トシテ
 其會議聿タル内閣カ行政ノ官府タル點ニ於テ連絡アリ、此理ヨリ云ヘバ國務大臣
 ハ憲法上ノ責任ヲ有スルノミニシテ官府タル行政大臣ニ非サルナリ中央行政ノ
 機關タル官府ハ内閣、各省大臣府縣知事及郡長トス、市町村長モ亦中央行政ヲ補助
 スルコト、各官府カ其權限ニ於テ發スル法則ニハ閣令、省令、府縣令、郡令ノ區別アル

コト及官府ニハ上級下級ノ別アリテ監督權ノ分配アルコト前述シタルカ如シ

第五章 行政ノ範圍

行政ノ範圍如何ニ付テハ其説ク所必スシモノナラス、或ハ行政ト云フハ重ニ警察
 ニ關スルモノ、如ク云フモノアリ、之レ古代ニ於テハ行政ハ重ニ國權ノ維持ニア
 リトシタレハナリ然レトモ近世ニ於テハ社會ノ安寧秩序風儀ノコトニモ及フニ
 至リシノミナラス、經濟教育ノコトモ亦行政ノ目的トナス程度ニ至リタリ行政ノ
 範圍ハ分テ五トス、外務行政、軍事行政、財務行政、内務行政及司法行政之ナリ、外務行
 政ハ外國ニ關係アル行政ヲ云ヒ、條約ヲ其重ナルモノトス、外務大臣、公使及領事ヲ
 其機關トス、軍事行政ハ國ノ戰鬥力ヲ維持スルニ必要ナル各種ノ行政行為ヲ云フ、
 陸海軍ノ統帥ハ大權ノ行動ニシテ行政事項ニ非ス、其重ナル行政事項ヲ兵役及軍
 事負擔トス、財務行政ト云フハ國家ノ資産ニ關スル行政ニシテ國務ノ費用ヲ徵集
 シ支辨シ又ハ管理スルカ如キ之ナリ、大藏大臣及會計検査院ヲ其機關トス、内務及
 内務行政トハ公共ノ安寧秩序ヲ維持シ福利ノ増進ヲ目的トスルモノヲ云フ、各省
 大臣、府縣知事、郡長ヲ其機關トシテ戶籍警察、衛生、宗教、通信、教育ヲ其重ナル事項ト

司法行政ハ訴訟ニアラスシテ司法大臣若クハ裁判所ノ行フ行政ヲ云フ例ハ登記ノ如キ管轄區域ノ變更裁判所ノ廢置ノ如キヲ重ナル事項トス尙各行政ノ範圍ニ付テハ行政法各論ニ付キ深ク研究セラルヘシ

第六章 行政裁判

行政裁判ト云フハ行政ノ處分ニ因リ利益ヲ毀損セラレ又ハ權利ヲ侵害セラレタリトスルモノカ官府ニ訴ヘテ其救済ヲ求ムル方法ヲ總稱ス行政ノ處分ハ法則ニ準備スヘキハ元ヨリ云フヲ俟タス然レトモ其適法ナルヤ否ヤ之ヲ審査スルノ必要アリ此ニ於テカ行政裁判ノ制度ヲ生ス

第一、行政訴訟 行政廳ノ違法ノ處分ニ因リ利益ヲ毀損セラレタリトスルモノカ其取消變更ヲ請求スルヲ云フ、訴訟ハ直近ノ上級官廳ニ之ヲ提出ス、訴訟ノ目的ハ處分ニアリ規則ニ對シ訴訟ヲ許サス、又大權ノ處分ニ對シテハ訴訟ヲ許サス然リ而シテ毀損セラレタルモノハ利益タルヲ要シ、毀損ハ違法ノ處分ニ基クモノナラサルヘカラス我國ニ於テハ訴訟ヲ許ス場合ヲ列記セリ(訴訟法第一條)訴訟ノ内部ニ於テ行政處分ヲ監督ス、處分シタル者ト上級官廳トノ關係ナリ、訴訟ト云フ所以ハ

上級官廳ノ監督ヲ外部ヨリ促ス形式ナリ、而シテ訴訟ハ各大臣ニ至リテ確定シ、裁決ハ下級官廳ヲ拘束ス下級官廳ハ裁決ノ旨趣ニ從ヒ處分ヲ變更シ若クハ取消ササルヘカラス

第二、行政訴訟 行政廳ノ違法ノ處分ニ因リ權利ヲ侵害セラレタリトスルモノカ其救済ヲ求ムル方法ナリ、之ヲ裁判スルヲ行政裁判所トス訴訟ハ訴訟ヲ經由スルヲ原則トシ、利益問題カ權利問題トナリタル時ニ訴訟ヲ提起スルコトヲ得ヘシ行政訴訟ヲ提起シ得ルハ法律ニ明文アルト實質上違法處分ニ因リ權利ノ侵害アリタル場合トアリ、然レトモ行政裁判所ハ賠償ノ訴ヲ受理セス其意ハ民事裁判所ニ訴フヘシト云フニ歸着ス、然レトモ理論トシテハ行政裁判所ニ賠償ノ訴ヲ提出シ得サル當然ノ理由ナシ、行政裁判所ハ始審ニシテ終審ナリ、官廳ト離レテ獨立ノ存在ヲ有ス、其權限ハ法律及勅令ヲ以テ之ヲ定ム

第七章 權限爭議

統治機關及各官府ハ夫々一定ノ職司ヲ有シ相犯スコトヲ許サス、同一監督廳ノ下ニアルモノハ内部ノ監督權ノ作用ニ依リ上級官廳ハ下級官廳ヲ監督スレトモ同

一 監督廳ノ下ニアラサルモノニ付テハ相互ニ監督權ナシ此ニ於テカ權限ノ爭論ヲ生ス其ノ由テ生スル所以ハ各自意見ヲ異ニスルニアリ各官廳カ同時ニ其解釋上一ノ事件ヲ自己ノ權限ニアリトスル時ハ所謂積極的權限爭議ナリ自己ノ權限内ニアラストスル時ハ消極的權限爭議ナリ而シテ之ヲ裁定スルヲ權限裁判所ノ職務トス外部ニハ未タ此設備ナシ

權限爭議ノ外所謂先決問題(又ハ單ニ爭議)ナルモノアリ權限爭議トハ其性質ヲ異ニシ普通裁判所ニ於テ事件ヲ審理スルニ當リ行政處分ガ法則ニ照シ適法ナリヤ否ニ付キ先決問題ヲ生スル場合ニ訴訟ヲ中止シ其解釋ヲ求ムルヲ云フ

第三編 刑法

第一章 刑法ノ意義

刑法トハ犯罪ト刑罰トヲ定メタル國法ヲ云フ形式上及實際上ノ二意義アリ形式上ノ意義ニ於テハ所謂刑法法典ヲ指シ實際上ノ意義ニ於テハ犯罪ト刑罰ヲ定メタル法則ノ全軀ヲ云フ

國家ハ何カ故ニ犯罪ヲ處罰ルスコトヲ得ルカ所謂刑罰權ノ基礎如何ノ問題ニ付

テハ吾輩已ニ前卷法律ノ制裁ノ章ニ之ヲ一言シタリ吾輩ノ見ル處ヲ以テスレハ國家ハ自己ノ生存ヲ維持スルノ必要アルト同時ニ個人ノ生存ノ完全ハ畢竟國家生存ノ完全ヲ意味スルカ故ニ個人ノ利益ヲ保護スルノ必要アルコトモ亦明カナリ國法ハ一國統治ノ必要ニ基ツキ制定セラル犯罪ハ國法ニ違反セル不法ノ行爲ナリ從フテ犯罪ハ實ニ個人ノ利益ヲ害スルコト大ナルノミナラス國家ノ秩序ヲ亂スコト甚タシキカ故ニ國家ハ其生存ノ發達秩序ノ維持民福ノ増進ノ必要上犯人ヲ處罰スルノ權ヲ有ストノ説明ノ至當ナルヲ信セスンハアラサルナリ

第二章 犯罪

犯罪トハ刑罰法令ニ違反スル不法ノ行爲ヲ云フ犯罪ノ定義ニ付テモ其軌一ナラス刑罰權ノ基礎如何ノ問題ニ答フルニ因リ其云フ處ヲ異ニスヘシ刑罰權ノ基礎ニ付テハ右述ヘタルカ如シ從フテ犯罪ヲ定義シテ刑罰ヲ附シタル法令ニ違反スル不法ノ行爲ト云フヲ以テ足レリトス

犯罪ノ定義右述フルカ如シ此定義ヲ分析シテ犯罪構成ノ要件ヲ示サハ(一)明文アルコトヲ要ス(二)意思アルコトヲ要ス(三)所爲アルコトヲ要ス(四)其所爲ハ不法タル

コトヲ要ス、此要件ノ具備スルニ因リ茲ニ犯罪ヲ構成スルニ至ル
犯罪ニハ種々ノ類別アリ

(一) 作爲犯不作爲犯、作爲犯ハ法令カ禁止スル行爲ヲ犯スモノヲ云ヒ、不作爲犯
ニハ法令カ命スル行爲ヲナサ、ル犯罪ヲ云フ

(二) 有意犯、無意犯、意思ノ有無ニ因ル區別ニシテ結果ニ付キ知覺ナキ場合ハ即
無意犯ナリ、過失ノ如キ失火ノ如キハ之ナリ

(三) 單行犯、慣行犯、一ノ行爲カ直ニ犯罪トナルヲ單行犯ト云ヒ、回数ヲ重ヌルニ
依リ犯罪トナルヲ慣行犯ト云フ

(四) 現行犯、非現行犯、現ニ行ヒ又ハ行ヒ終リタル場合ニ發覺シタルヲ現行犯ト
云ヒ、行爲アリタル後ニ發覺スルヲ非現行犯ト云フ

(五) 即時犯、繼續犯、接續犯、行爲アレハ直ニ犯罪トナルハ即時犯ナリ、或時間ノ間
繼續シテ行ハル、ニ依リ犯罪タルヲ繼續犯ト云フ、數回同一ノ行爲ヲナスニ依リ
犯罪トナルヲ接續犯ト云フ

(六) 重罪、輕罪、違警罪、此區別ハ刑罰ニ依リテ區別セサルヲ得ス我刑法七條、八條、

九條ヲ參照セラルヘシ

(七) 刑法犯、規則犯、刑法ニ違反スルト他ノ法令ニ違反スルトノ區別ナリ

(八) 國事犯、及常事犯、政治上ノ犯罪タルト否トノ區別ナリ

第二章 責任

凡ツ人ハ是非善惡ヲ判定スルノ意識ト善ヲ撰ミ惡ヲ避クルノ自由トヲ有ス、而モ
尙犯行ヲ敢テスルニ至テハ法律ノ定ムル所ニ由リ之カ責任ヲ有スヘキハ論ヲ俟
タス、換言セハ吾人カ其身軀ノ動作ニ因リテ生シタル結果ニ付キ責任アリトセラ
ル、カ爲メニハ必スヤ意識自由及犯意ノ三要素アルヲ要ス然レトモ此場合ニハ
此要素ヲ具備セスシテ刑罰法令ニ違反スル行爲ヲナスコトアリ、此ニ於テカ不論
罪及減輕ノ問題ヲ生ス

第一、意識、意識ハ更ニ之ヲ知覺、辨別ニ分ツ、知覺ヲ喪失スルモノハ進テ是非
ヲ辨別スルコト能ハサルカ故ニ刑法上責任ヲ有セス(七)法(八)辨別ノ缺損ニ付テハ程
度アリ幼者及五官ノ缺損者ヲ區別ス

幼者ニ付テハ辨別アリヤ否ニ付キ年齢ヲ區別セリ我刑法ハ成年ニ至ル迄ヲ三期

ニ區別シ、十二歳以下十二歳以上十六歳未滿十六歳以上、二十歳未滿トシ尙八歳以下ハ全ク知覺ナキモノトシテ其罪ヲ論セストセリ(刑法七九)但違警罪ニ付テハ十六歳以上二十歳未滿ノ者ハ其罪ヲ宥恕セス、十二歳以上十六歳未滿ニ付テハ減輕アリ(刑法三)

聾啞者ニ付テハ或ハ無責任トナスモノアリ、或ハ責任アリトナスモノアリ我刑法ハ之ヲ十二歳未滿ノ幼者ト同一視セリ(刑法三)

第二 自由

人ハ是非ヲ辨別シ善ヲ撰ミ惡ヲ避クルノ自由ヲ用ス、從フテ或原因ニ依リ惡ヲ避ケントスルモ自由ヲ失ヒタル場合ニハ責任ヲ有セスト云ハザルヲ得ス、所謂抗拒スヘカラサル強制ニ遇ヒ其意ニ非サルノ所爲ハ自由ヲ欠缺スルニ基ツクヲ以テ其罪ヲ論セス強制ニハ内部及外部換言セハ、精神上、身體上ノ強制アリ我刑法第七十五條ニ所謂強制ハ即之ニシテ其身體上タルト精神上タルトヲ問ハス、例ヘハ甲人ヲ殺害スルノ惡事ナルヲ知リ之ヲ行フノ意ナシ乙丙ナルモノ甲ニ刀ヲ握ラシ以テ人ヲ殺シタル時ハ甲ハ乙丙ノ強制ニ因リテ自由ヲ失ヒタルモノニシテ殺人

犯ヲナサス

第三、犯意 犯意トハ法律カ罪トシテ規定シタル事實ヲ行フノ意思ヲ云フ、即身體ノ動作ト之ニ伴フ法律上ノ結果トノ連絡ノ知覺ナリ犯意ハ之ヲ引起スヘキ原因トハ區別セサルヘカラス、例ヘハ親ノ仇ナルカ故ニ人ヲ殺シタル場合ニハ其原因或ハ賞スヘキモノアラン、然レトモ之レ所謂緣由 *Motive* ニシテ其他人ヲ殺害セントスル意思ハ法律ノ禁スル所ナルカ故ニ其責ヲ免ル、能ハス凡ソ一ノ事實カ或人ニ對シ責任ヲ生スルヤ否ニ付テハ原因結果ノ關係上三個ノ場合アリ(一)身體ノ動作カ或結果ヲ引起シタルモ其意ニ於テ毫モ知覺ナカリシ場合(二)或人カ意識自由ヲ有シ動作ニ付キ知覺アリタルモ不期ノ結果ヲ生シタル場合(三)結果カ有意ノ行爲ヨリ生シタル場合即之ナリ第一場合ハ意識及自由ノ場合ニ述ヘタリ、第二及第三場合ハ即無意犯、有意犯ノ分ル、所ニシテ共ニ責任ヲ有ス第三場合ハ之ヲ過失ト云フ

犯罪ニ付キ責任ヲ負フカ爲メニハ犯意アルコトヲ原則トス、罪ヲ犯スノ意ナキノ所爲ハ之ヲ論セス、又罪トナルヘキ事實ヲ知ラスシテ犯シタル時モ其罪ヲ論セス、

從ツテ罪本重カルヘクシテ犯ス時知ラサル者ハ其重キニ從ツテ處斷スルコトヲ得ス此ノ如キハ皆犯意ヲ缺クニ出テタルナリ然レトモ法律ノ不知ハ之ヲ許サス之レ蓋シ羅馬法以來ノ格言ニシテ法律ノ不知ヲ以テ罪ナシトセハ法律制定ノ目的ヲ達スル能ハサルヘク從フテ社會ノ秩序ノ維持ハ望ム能ハサレハナリ犯罪ニ付キ責任ヲ有スルハ犯意ヲ要スルコト右ノ如シ然リ而シテ法律カ結果ヲ豫期セサル過失ヲ所罰スル所以ノモノハ意識ヲ有シ自由ヲ有スルニ係ラス注意ヲ怠リタリト云フニ出ツ蓋シ意識ヲ有シ自由ヲ有スルモノハ一般ノ秩序ノ爲メ注意ヲ施スヘキハ當然ナレハナリ

第四 權利行爲 犯罪ハ刑罰法令ニ違反スル有意ノ行爲ニシテ其行爲ハ不法ナラサルヘカラス所謂權利行爲換言セハ權利ノ行使ハ犯罪ニアラス權利行爲トシテ我刑法カ所罰セサルモノヲ職務行爲及正當防衛ノ二トス本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テナシタル行爲ハ其罪ヲ論セス(六)從フテ本屬長官ノ命令アルコト及職務ヲ以テナシタルコトヲ要ス上官ノ命令ニ出テサル場合又ハ職務以外ノ行爲ニ付テハ其責ヲ免レス

正當防衛ニ付テハ刑法第五百十四條ニ規定アリ本條ノ規定ニ因リ或行爲カ正當防衛タルカ爲メニハ三個ノ條件ヲ要ス(一)自己若クハ他人ノ身軀ヲ正當ニ防衛スルコト(二)已ムコトヲ得サルニ出ツルヲ要ス從ツテ其危害ハ急迫ナルヲ要シ挽回スル能ハサル程度ノ重大ノ危害タルヲ要ス又防衛ノ手段ニ付テハ必要ノ程度ヲ越ユルヲ得ス又危害成リタル後ニナスコトヲ得ス(三)不正ノ行爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタルニアラサルヲ要ス自己カ不正ノ行爲ヲナシタル場合ニハ相手方ニ於テ防衛スル必要コソアレ自己ハ此權利ヲ有セサレハナリ

第四章 犯罪ノ態様

凡ソ一ノ犯罪ニ付キ其行爲カ如何ニ進行シタルカヲ觀察セヨ先ツ始メニ其行爲ヲナサントノ一念ヲ生シ熟考ノ上決心ヲ生シ此ニ身軀ノ動作トナリ其行爲ニ着手シ遂ニ目的ヲ達スルニ至リテ止ム是ヲ以テ之ヲ見レハ犯罪行爲ノ進行ヨリ階級ヲ分ツ時ハ初一念、思考、決心、豫備、着手、實行ノ六段ニ分ル前三者ハ内部精神ニ於テ後三者ハ外部自軀ノ動作ニ存スルモノトス然レトモ犯人ハ事情ヲ妨ケラレ若クハ前非ヲ悔ヒテ犯行ヲ中止スルコトアルヘク若クハ結局ノ目的ヲ達スル能ハ

サルコトアルヘシ此ニ於テカ犯罪ニハ未遂犯、已遂犯ノ區別ヲ生シ中止犯ノ場合ヲ生スルニ至ル然リ而シテ犯人ハ其手段方法ニ於テ誤アルカ爲メ如何ナル場合ニモ犯行ヲ遂グルコト能ハサルコトアルヘシ、不能犯ト云フモノ即之ナリ
犯罪ハ常ニ一人一犯ニアラス一人カ數罪ヲ犯スコトアリ、數人ガ一罪ヲ犯スコトアリ、一度犯行アリテ處罰セラレ再ヒ犯罪ヲ犯スコトアリ此ニ於テカ數罪俱發、共犯、再犯ノ別ヲ生シ刑ノ適用問題ヲ生ス

第一、犯罪ノ決心 法律ハ意思ヲ罰セサルヲ原則トス、或場合ニハ意思ハ外部ノ行爲ニ因リ表示セラル、コトナキニアラサルモ尙之ヲ罰セス、然レトモ決心其自體カ社會ヲ攪亂スル性質ヲ有スル時ハ所罰ノ必要アリ(刑法一五)

第二、豫備 豫備モ亦處罰セサルヲ原則トス、然トモ豫備行爲夫自體カ社會ニ重大ノ危害ヲ生スヘキ犯罪ニ關係アル時ハ之ヲ處罰ス(刑法一八、一一六、一一五等)又豫備ノ如ク見テ夫自身一罪ヲナスコトアリ、例ヘハ家宅侵入ノ如キ之レナリ

第三、着手 着手トハ犯人カ目的トスル結果ニ達セントスル姿勢ヲ有スル行爲ヲ云フ刑法百十二條ニハ罪ヲ犯サントシテ其事ヲ行フト雖犯人意外ノ障礙舛

錯ニ因リ未タ遂ケサルモノ云々トアリ、犯人着手行爲ヲナスニ當リテ意外メ錯誤ニ因リ遂クル能ハサルヲ着手未遂犯ト云フ着手未遂犯ニハ犯意ヲ必要トス從ツテ過失犯、不作爲犯ニハ着手未遂犯ナシ、若シ此程度ニ於テ犯人カ自己ノ意思ヲ以テ犯行ヲ中止シタル時ハ之ヲ中止犯ト云フ中止犯ハ法律之ヲ處罰セス之レ犯人ノ意思ニ因リ犯行ヲ止メシムルノ政略ニ外ナラス己ニ生シタル結果ニ付キ責任アリヤ否ヤニ付テハ積極消極ノ二説アリ、余輩ハ其結果カ故意ニ出テタル場合ニハ處罰スヘキモノナリト信ス

第三、實行 犯人カ着手ヲ經テ其目的トスル行爲ヲ完了シタルヲ云フ、其結果ハ法律上定メタル結果ヲ以テ足ル、犯人ノ希圖シタル結果タルト否トヲ問ハス犯人實行行爲ヲ完了スルニ當リ意外ノ錯誤ニ因リ其結果ヲ生セサルヲ欠効犯又ハ實行未遂犯ト云フ、例ヘハ人ヲ殺サントシテ死ニ至ラシムル能ハサルカ如シ然リ而シテ犯意アリ着手アリ實行アリテ尙其目的ヲ達スル能ハサル場合アリ所謂不能犯之ナリ不能犯トハ犯罪ノ目的ト手段トヲ綜合シテ法律上ノ結果ヲ生スヘキ危険ナシト斷言シ得ル行爲ヲ云フ、例ヘハ毒殺セントシテ砂糖ヲ服セシムルガ如

キ殺人ヲナサントシテ死人ヲ切リタルカ如キ之ナリ
 第四 再犯 再犯トハ一度犯罪ニ因リテ刑ヲ受ケタルモノガ再ヒ他ノ犯罪ヲ犯スヲ云フ我刑法ニ依レハ(一)先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタルモノガ再ヒ重罪ヲ犯シタル時(二)先ニ重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタルモノガ再ヒ輕罪ヲ犯シタル時(三)先ニ違警罪ヲ犯シタルモノガ一年內再ビ其違警罪ノ管轄裁判所內ニ於テ違警罪ヲ犯シタル時ノ三場合ヲ規定セリ再犯ハ初犯ノ裁判確定シタル後ニ之ヲ論ジ大赦ニ因テ免罪ヲ得タルモノハ再犯ヲ以テ論ゼズ而シテ三犯以上ノモノト雖其加重ハ再犯ニ同ジトス

第五 數罪俱發 數罪俱發トハ同一犯人ニ付キ確定判決ヲ經サル二個以上ノ犯罪アリタルヲ云フ故ニ確定判決ヲ經サル點ニ於テ再犯ト異ナリ同一犯人タル點ニ於テ共犯ト異ナル數罪俱發一ノ重キニ從フトハ我刑法ノ規定スル所ナリ凡ソ數罪俱發ニ付テハ如何ナル刑ヲ科スヘキカニ付テハ併科主義吸收主義及折衷主義ノ三アリ我法律ハ吸收主義ヲ原則トシ違警罪ニ付テハ併科主義ヲ採用セリ尙數罪トハ何ヲ云フカ一所爲ニシテ數罪アリ得ベキカ數所爲ニシテ一罪アルヤ

其ノ問題ニ付テハ適用上甚タ複雑ノ關係アリ刑法研究ニ於テ詳ニセラレヘシ

第六 共犯 數人共同シテ一罪ヲ犯スヲ共犯ト云フ我刑法第一百四條ニ於テハ二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者云々トアリ現ニト云フハ手ヲ下シタルト云フガ如シ之レ教唆ト區別スルガ爲メナリ共犯ノ場合ニハ正犯教唆及從犯ヲ區別ス正犯トハ現ニ手ヲ下シタルモノヲ云フ而シテ犯罪要素ノ一ヲ行ヒタル場合ニハ皆再犯ニシテ其重罪タルト輕罪タルト違警罪タルトヲ問ハス教唆トハ故意ニ他人ヲシテ或犯罪ヲナス決心ヲ生セシムベキ舉動ヲ云フ我刑法ニハ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタルモノトアリ從ツテ明文上違警罪ニ教唆ナシ又犯サシメタルモノトアルカ故ニ被教唆者ハ其犯罪ヲ犯シタルコトヲ要シ其已遂ト未遂トヲ問ハズ唯教唆罪ニハ未遂ナシ從犯ト云フハ重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知リテ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ行爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ正犯ヲ容易ナラシメタル行爲ヲ云フ正犯者ハ重罪輕罪ヲ犯シタルコトヲ必要トシ其已遂未遂ヲ問ハス故ニ主タル犯罪ナキ時ハ從犯ナシ然リ而シテ犯罪要素ノ一ヲ分擔シタル時ハ正犯ヲ以テ論ズベキカ故ニ刑法ニ所謂器具ヲ給與シ云々ノ文字ハ犯罪要素ニアラ

ザル程度ノ行爲ト解セザルベカラス

第五章 刑罰

刑罰トハ犯罪ノ結果犯人ガ受クベキ不利益ヲ云フ茲ニハ種類適用及ヒ消滅ニ付キ一言セン

第一、刑ノ種類及處分

刑ハ之ヲ主刑及附加刑ニ分ツ、主刑トハ犯罪ニ對スル刑ニシテ之ヲ宣告スベク附加刑ハ主刑ノ實行ヲ確ニスルモノニシテ法律ヲ以テ宣告スルモノトセサルモノトヲ定ム

- (一) 重罪ノ主刑ニハ五種ア、死刑、徒刑、流刑、懲役、禁獄トス
- (イ) 死刑ハ首ス、規則ニ定ムル所ノ官吏臨檢シ獄内ニ於テ之ヲ行フ、之ヲ行フニハ司法大臣ノ命令ヲ要ス、大祀、令節、祭日ニハ之ヲ行フコトヲ得ス婦女懷胎ナル時ハ執行ヲ停止シ分娩後一百日ヲ經テ之ヲ行フ
- (ロ) 徒刑ハ無期及有期ニ區別シ有期ハ十二年以上十五年以下トス、島地ニ發遣シ定役ニ服ス、但婦女ナル時ハ島地ニ發遣セス内地ノ懲役場ニ於テ定役ニ服ス、年齡

六十ニ滿ツルモノハ體力相應ノ定役ニ服ス

- (ハ) 流刑モ亦有期無期ニ分チ有期ハ徒刑ト同シ、島地ノ獄ニ幽閉シ定役ニ服セズ無期ハ五年有期囚三年ヲ經ハ、行政處分ヲ以テ幽閉ヲ免シ地ヲ限リ島地ニ住セシムルコトヲ得
- (ニ) 懲役ハ之ヲ輕重ニ分チ重懲役ハ九年以上十一年以下、輕懲役ハ六年以上八年以下トス内地ノ懲役場ニ入レ定役ニ服ス

- (ホ) 禁獄モ亦之ヲ輕重ニ分チ其期間ハ懲役ノ場合ニ同シ内地ノ獄ニ入レ定役ニ服セス
- (二) 輕罪ノ主刑ハ分チテ二トス、禁錮及罰金之ナリ
- (イ) 禁錮ハ禁錮場ニ留置シ重禁錮ハ定役ニ服シ、輕禁錮ハ定役ニ服セス其刑期ハ輕重ヲ問ハス十一日以上五年以下トス

- (ロ) 罰金ハ輕罪ノ主刑タルト同時ニ附加刑タリ、二圓以上十圓以下トシ裁判確定ノ日ヨリ一ヶ月内ニ完納セシメ若シ完納セサル時ハ一圓ヲ一日ニ計算シ輕禁錮ニ換フ、一圓ニ滿タサルモノモ尙一日ニ計算ス

(三) 違警罪ノ主刑ハ拘留、科料ノ二トス、拘留ハ拘留所ニ留置シ定役ニ服セス、其刑期ハ一日以上十日以下トス、科料ハ五錢以上一圓九十五錢以下トシ裁判確定ノ日ヨリ十日内ニ完納セシメ若シ完納セザル時ハ罰金ノ場合ト同ク換刑ス

(四) 附加刑ハ分チテ剝奪公權、停止公權、監視、罰金及沒收ノ五トス

(イ) 剝奪公權ハ刑法第三十一條ニ列記セリ、重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ宣告ヲ用ヒス、終身公權ヲ剝奪ス

(ロ) 停止公權ハ禁錮ノ刑ニ處セラレタル者宣告ヲ用ヒズシテ現任ノ官職ヲ失ヒ其刑期間公權ヲ行フコトヲ停止ス、又輕罪ノ刑ニ於テ監視ニ附セラレタル者ハ其監視期限内之ヲ停止ス

(ハ) 監視ハ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス、本刑ノ短期三分ノ一ニ等シキ期間監視ニ付セラル、輕罪ノ場合ニハ宣告ヲ要シ各本條ノ定ムル所ニ因ル、死刑及無期刑ノ期滿免除ヲ得タルモノハ宣告ヲ要セス、五年間監視ニ付ス而シテ監視ノ期限ハ主刑ノ終タル日ヨリ起算シ主刑ノ期滿免除ヲ得タル時ハ捕ニ就キタル時ヨリ起算ス、若シ主刑ヲ免レ監視ノミニ附シタル時ハ裁判確定ノ時ヨリ

起算ス

(ニ) 附加刑ノ罰金ハ之ヲ宣告ス、完納期限内ニ完納セサル時ハ輕禁錮ニ換ヘ主刑滿期ノ後之ヲ執行ス

(ホ) 沒收ハ(一)法律ニ於テ禁制シタル物件、(二)犯罪ノ用ニ供シタル物件、(三)犯罪ニ因リ得タル物件ニ付キ宣告シテ官ニ沒收ス、法律ノ禁制シタルモノハ其所有者ヲ問はず犯罪ノ用ニ供シ及犯罪ニ因テ得タル物件ハ犯人ノ所有又ハ所有者ナキ時之ヲ沒收ス

第二 刑ノ適用

刑ノ適用ト云フハ法律ノ規定ニ基キ裁判ノ宣告ヲ以テ犯罪ニ相當スル刑ヲ定ムルヲ云フ刑ノ適用ハ法律ノ定ムル範圍ヲ出テス、然レトモ裁判官ハ之ヲ定ムルニ當リ或原因ニ由リ法律上若クハ裁判上刑ヲ伸縮スルコトヲ得、加重及減輕問題ノ由テ生ズル處トス、加重減刑ニハ法律上ノモノト裁判上ノモノトアリ

(一) 刑ノ加重 刑ノ加重ニ付テハ法律ニ定ムル外裁判官ガ任意ニ之ヲナスコトヲ許サズ、法律上ノ加重ハ再犯加重及特別加重ノ二トス、再犯ノ場合ハ已ニ之ヲ

論シテ(一)特別加重ハ各本條ニ於テ之ヲ定メ事實ノ狀態ニ基ク場合又身分ニ基ク場合ノ二トス

(二)刑ノ減輕ハ法律上ノ減輕ハ宥恕自首特別未遂犯及從犯ノ各減輕トス宥恕減輕ハ年齡ニ基キ本刑ニ一等若クハ二等ヲ減シ自首減輕ハ事未ダ發覺セザルコト及官ニ自首スルコトノ二條件ノ下ニ一等ヲ減ズ特別減輕ハ各本條ニ於テ之ヲ定ム未遂犯及從犯ニ付テハ前之ヲ説明シタリ

裁判上ノ減輕ハ裁判官ヲシテ情狀ヲ斟酌シテ減輕セシムルヲ云フモノニシテ酌量減輕即之ナリ所犯情狀原諒スヘキモノハ本刑ニ一等若クハ二等ヲ減ズ

犯罪ノ情狀ニ因リ同時ニ刑ヲ加重減輕スベキコトアリ此場合ニハ何レヲ先ニスベキカ加減順序問題即之ナリ我刑法ハ總則第三章ニ之ヲ規定セリ刑ハ加ヘテ死刑ニ入ルコトヲ得ス輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ニ入ルコトヲ得ズ但禁錮ハ七年ニ至ルコトヲ得違警罪ハ加ヘテ輕罪ニ入ルコトヲ得ス但拘留ハ加ヘテ十二日ニ至ルコトヲ得

常事ニ關スル重罪及國事ニ關スル重罪ノ刑ノ加減ハ刑六七六八ニ規定セリ輕懲

役ニ當ルモノ減輕スルトキハ二年以上五年以下ノ重禁錮トスルヲ一等トス重禁錮ニ處スルモノ減輕スベキ時ハ二年以上五年以下ノ輕禁錮ニ處スルヲ一等トス

禁錮罰金拘留科料ニ付テハ各本條ノ刑期金額ノ四分ノ一ヲ以テ一等ノ加減トス然リ而シテ犯罪ノ情狀ニ因リ同時ニ本條ヲ加減スベキ時ニ於テハ其順序ハ(一)再犯加重(二)宥恕減輕(三)自首減輕(四)酌量減輕トシ從犯未遂犯ノ減等其他各本條ニ記載スル特別減輕ハ其加減シタルモノヲ本則トス(刑九)

第三 刑ノ消滅

刑罰ハ犯罪ニ對應シテ存在ス犯罪ノ證據十分ニシテ刑ノ宣告アリタル場合ニ於テ起ルベキハ刑ノ執行ナリ刑ノ執行ハ裁判確定スルニ非ザレバ之ヲナスコトヲ得ス故ニ刑罰ハ刑ノ執行ヲ終ル迄ハ消滅スルコトナシ唯公訴權ノ消滅ハ刑ヲ適用スル能ハザルガ故ニ間接ニ刑ノ消滅ヲ來スハ云フヲ俟タス其刑ノ消滅スルニハ(一)執行ノ終了(二)犯人ノ死去(三)大赦及特赦(四)時效ノ四種アリトス

第六章 刑法ノ範圍

以上ヲ以テ刑法ノ全躰ニ通スヘキ根本觀念ヲ説明シタリ刑法ハ如何ナル行爲ヲ

犯罪トシテ之ヲ處罰スルカ之レ刑法各論又ハ其他ノ法律規則ノ定ムル處ニ因ラザルヲ得ズ我刑法ハ三編ニ分チテ公益ニ關スル重罪輕罪、身軀財產ニ關スル重罪輕罪及違警罪ノ三トセリ其他各種ノ法令ニ於テ處罰スヘキ行爲ヲ定メタルモノ少シトセス此等ノ研究ハ他日詳細ノ研究ニ俟チ茲ニ論セズ

第四編 民法

第一章 民法ノ意義

民法ヲ形式的ノ意義ニ解スレバ民法々典ヲ云フ、之ヲ實質的ニ解スレバ社會民事ニ關スル普通法ナリ民事ト云フハ財產關係及身分關係ヲ總稱シ、普通法ト云フハ特別法ニ相對ス特別法ハ特別ノ事項若クハ身分ニ關スル法規ニシテ其事項若クハ身分アルモノノミニ適用アリ民法ハ廣ク一般ノ事項及身分ニ關スル原則法ナリ、例ヘハ所有權ノ如キ、物上擔保ノ如キ又ハ親子ノ如キ、夫婦ノ如キ、相續ノ如キ即之ナリ

第二章 民法ノ編別

民法ヲ編纂スルニ當リテハ其箇條明白ニシテ前後重複セス又遺漏ナキコトヲ期

スルハ元ヨリナリ、蓋シ民法ハ人事日常ノ生活關係ト密接ノ關係アル法律ナレバナリ其之ヲ規定スルニ當リ如何ニ編別スベキカニ付テハ二種ノ方法アリ、一ヲ羅馬式 *Institutssystem* ト云ヒ他ヲ獨逸式 *Pandektensystem* ト云フ羅馬式ト云フハユスチニアン法典中ノ「*Insta*」トニ因リ先ヅ人事ニ關スル規定ヲ掲ケ次ニ財產ニ關スル規定之ガ取得ニ關スル規定、終リニ訴訟ニ關スル規定ヲ掲ケ、グルノ方法ニシテ人ニ重キヲ置キテ物權債權ノ區別ヲ明カニセス、例ヘハ佛民法我舊民法ノ如キ之ナリ、我舊民法ハ明カナル編別ナカリシト雖其主旨ハ人事編、財產編、財產取得編、債權、擔保編及證據編ノ順序ナルガ如シ獨逸式ト云フハ「*Pandekten*」ノ學理ニ從ヒ五編ニ分チ第一編ニ於テ全軀ニ通ズベキ總則ヲ規定シ、物權、債權ノ區別ヲ明カニシ權利ヲ主トシテ規定スルモノニシテ獨逸民法及我新民法ノ如キハ即之ナリ其五編ト云フハ總則、物權、債權、親族、相續、ナリトス、其五編ノ關係ヲ有スルカ故ニ右述ベタルガ如ク民法ハ人事日常ノ生活關係ト最モ密接ノ關係ヲ有スルカ故ニ其規定スル範圍從テ大ナリ、此民法ノ内容ヲ一々ニ詳説スルハ通論ノ範圍ニ屬セズ唯全軀ニ通スベキ權利ノ主軀、客軀、得喪ノ原因ニ付テハ余輩之ヲ汎論ニ一言

シタリ本編ニ於テハ物權、債權、親族、相續ノ大躰ヲ一言セン
其原案ハ第二章 物權法

第一章 意義
物權ハ直接ニ物ヲ支配スル權利ナリ、物權ヲ分析セハ其主躰タル特定人ト權利ノ
目的タル物及客躰タル不特定人ノ三要素アリ物權ハ一般ノ人ニ對抗シ得ベキ權
利ニシテ一般人ハ權利ヲ侵害スベカラザル消極ノ義務ヲ有ス、之ヲ債權ニ付テ見
ルニ債權ヲ分析セバ其主躰タル特定人ト客躰タル特定人ト目的タル行為ノ三要
素アリ、而シテ多數ノ場合ニハ物ヲ目的トス此ヲ以テ物權ト債權ト比較スレバ權
利ノ性質上人ト人トノ關係ヲ定ムルニ至テハ相同ジト雖物權ハ主トシテ人ト物
トノ關係ヲ觀察シ債權ハ人ト人トノ關係ヲ觀察ス、物權ハ權利者自ラ其權利ヲ全
フスルコトヲ得ヘキモ債權ハ反之寧ロ義務者ノ行為ヲ以テ始メテ全キヲ得、又物
權ハ一般人ニ對抗スルコトヲ得ベキモ債權ハ當事者間ニ其效力アルヲ原則トス
物權ハ特色ハ其追及權及優先權トス追及權ハ物ノ存在如何ヲ問ハス常ニ之ヲ追
及シテ回復ヲ求ムルヲ得ルヲ云ヒ、優先權ト云フハ物權及債權共存ノ場合ニハ物

權ハ債權ヲ排斥シ得ルカアルヲ云フ

第二章 物權ノ設定及移轉

物權ハ一般ニ對抗スルコトヲ得ベキ權利ナリ故ニ若シ當事者ノ自由意思ニ因リ
テ自由ニ設立スルコトヲ得ルトセハ取引ノ安全ヲ害スルコト少ナシトセス故ニ
民法其他ノ法律ニ定ムル外其設立ヲ許サズ然リ而シテ物權ノ設定及移轉ニ關シ
テハ二主義ナリ、形式主義ト意思自由主義ノ二アリ我民法ハ其第七十六條ニ於
テ意思自由主義ヲ採用シタルヲ明カニシテ第三者ニ對スル對抗要件トシテ不動
産ニ付テハ登記動産ニ付テハ引渡ヲ必要トシ之ナクンバ其設定及移轉ヲ以テ第
三者ニ對抗スルコトヲ得ズトセリ(民七七、七八)

第三章 物權ノ種類
物權ノ主躰タル特定人ト其目的タル物トノ關係ヲ觀察セヨ、其物ニ對スル關係ハ
二種アルヲ見、一ハ其物ノ全部ノ關係ニ於テ之ヲ支配スル權利換言セバ其權利
ノ主躰タル特定人ガ自己ノ物件ニ對スル權利之ナリ、一ハ目的タル物ヲ一部ノ關
係ニ於テ支配スル權利換言セバ他人ノ所有物件ニ付キ、一部ノ關係ニ於テ之ヲ支

配スルノ權利即之ナリ前者ハ之ヲ所有權ト云ヒ、後者ハ之ヲ他物上權ト云フ物權ニシテ其自然ノ性質上一私人ノ私法上ノ支配ノ下ニ立タザルモノアリ例ヘハ空氣ノ如キ、海洋ノ如キ、流水ノ如キ之ナリ稱シテ不融物 *res extra commercium* ト云フ占有ニ關シテハ權利ナルヤ事實ナリヤ學者間ニ議論アリ、獨逸ハ之ヲ事實ト見此事實ヲ法律ガ保護スルニ因リ所謂占有訴權アリトセリ然レトモ我民法ハ明カニ占有權トシテ物權ノ一ナルヲ明カニセシガ故ニ問題ヲ生ゼズ

第四 所有權 *Ese-ge-n-thumsrecht, fns inre propria*

所有權ハ物ノ全部ノ關係ニ於テ法律上之ヲ支配スル權利ヲ云フ物ノ全部ノ關係ニ於テ之ヲ支配スト云フモ事實上其物ヲ所持スルコトヲ要セズ、或場合ニハ其物ニ付キ他人ガ所有權ニ非ザル他ノ權利ヲ有シ所有者ハ單ニ之ガ返還ヲ爲サシムル權利 *jus re cadentiae* ヲ有スルニ過ギザルモ尙所有權タルヲ失ハザルナリ然リ而シテ所有權者ガ其物ヲ使用シ處分スルハ其自由ナリト雖法令ノ制限内ニ於テスベキハ元ヨリ論ヲ俟タズ、所謂之レ所有權ノ界限ノ由テ生ズル所以ニシテ我民法モ亦物權篇第三章第一節ニ之ヲ規定セリ

所有權ハ(一)先占、(二)移轉、(三)添付、(四)附合、(五)加工、(六)時效等ニ因リ之ヲ取得スルヲ得ベク其取得ガ他人ニ關係スルト否トニ因リ原始取得及繼受取得ノ二トス而シテ其消滅ハ讓渡物ノ消滅若クハ不融通物トナリタル時ノ如シ

第五 他物上權 *Becht an einer fremden Sache, jus inre aliena*

他ノ或一部ノ關係ニ於テ法律上其物ヲ支配スル權利ヲ他物上權ト云フ、例ヘバ甲ガ通行ノ爲メ乙ノ所有地ヲ利用スルトセバ甲ハ乙ノ所有地ノ時價ノ高低產物等ニ付テハ何等ノ利益ヲ有セザルモ其通行ガ法律上保護セラレタルトキハ之レ乙ノ所有地ニ對シ甲ハ一ノ物權ヲ有スルモノナリ我民法ニ於テ他物上權ト云フハ地上權、永小作權、地役權、留置權、先取特權、質權及抵當權ノ七種トス此七種ノ中留置權以下四種ハ共ニ他人ノ所有物ニ對スル權利タルニ相違ナキモ所謂物上擔保ニシテ債權ノ擔保タル物權タルモノトス

第四章 債權

債權トハ特定人ノ行爲不行爲ヲ要求スル權利ヲ云フ其行爲不行爲ヲ要求スル權利者ヲ債權者 *Creditor* ト云ヒ、其行爲不行爲ヲナス義務者ヲ債務者 *debitor* ト云フ債

權をレバ債務アリ兩者相對シテ存在シ須クモ離ルベカラズ所謂Obligatioト云フハ此兩者ノ關係ヲ云フモノニシテ法鎖 Jurio vinculumニ外ナラズ債權ト云ハ債務ト云フハ實ハ此法鎖ノ一端ヲ云フニ外ナラズ故ニ債權債務ノ關係ヲ規定スルニ當リテハ權利ヲ本トスベキ義務ヲ本トスベキカ之レ一ノ立法問題ナリ獨逸ニ於テハ債務關係法トシ債務ヲ基本トシタルモ我民法ハ民法全躰ガ權利ヲ基トシタルノ結果債權論ト題シテ規定セリ債權者ガ其權利ヲ全フセントスルニハ必ず債務者ノ履行ニ俟タザルベカラザルガ故ニ此關係ヲ規定スル法規ハ債務ヲ基本トスルコト其當ヲ得タルニ近シ

第一、債權債務關係ノ發生原因

凡ソ現象ノ生ズル必ズヤ其因ナカラザルヲ得ズ債權債務ノ關係ノ發生スルニ付テモ亦然リ何ガ債權ノ原因ナルカニ付テハ古來羅馬法時代ヨリ今日ニ至ル迄種々ノ原因ヲ列記スレトモ要スルニ大同小異トス羅馬法ニ於テハ發生原因ヲ契約、準契約、不法行爲及準不法行爲ノ四者トセリ我民法ハ明文上此列記ナシト雖、契約事務管理、不當利得及不法行爲ガ原因タルハ明白ニシテ其他法律ノ規定ニ基ツク

モノアルハ論ヲ俟タズ此種ノ詳細ノ研究ハ民法ニ讓リ此ニ述ベズ

第二、債權成立ノ要件

吾輩ハ權利義務ノ篇ニ於テ權利義務ヲ分析セバ常ニ其主體客體ト行爲アルコトヲ述ベタリ債權ノ成立ニ付テモ亦然リ債權債務ノ關係ハ特定人間ノ權義ノ關係ナリ而シテ行爲、不行爲ヲ其目的トス從フテ其要件ハ左ノ如シ

(一)當事者アルコトヲ要ス(少クトモ二人ヲ要ス多數當)其當事者ハ能力者タルコトヲ要シ且特定人タルコトヲ要ス能力ニ付テハ成立當時能力者タルヲ以テ充分トシ、成立後ニ無能力者タルモ債權ノ存在ニ妨ナシ

(二)目的アルコトヲ要ス、債權ノ目的ハ行爲、不行爲、Thun und Unterlassungタリ我民法ニ於テ給付ト云フハ獨逸ノ所謂 Leistungニシテ羅馬法ニ於テハ之ヲ區別シテ dare, facere, nonfacereノ三トセリ而シテ其目的ハ(一)適法且可能ナルコトヲ要シ(二)特定スルカ若クハ特定シ得ベキコトヲ要シ(三)其可分ナルト不可分ナルトヲ問はず

(四)單一ナルト複雑ナルトヲ問はず、(五)金錢ニ見積リ得ベキコトヲ必要トセズ

第三、債權ノ效力

義務ヲ履行セザル場合ニ法律ガ之ニ科スベキ制裁ニ付テハ已ニ之ヲ説明シタリ
 債權ノ效力ト云フハ債務者ガ其履行ヲ怠リ若クハ債權者ヲ害セントスル行爲ヲ
 ナシタル場合ニ債權者ハ如何ニシテ之ヲ満足スベキカヲ定メタルモノトス債權
 ニ付キ期限ノ定メアル時ハ期限ノ到來ニ因リ期限ノ定メナキ時ハ債權者ガ請求
 ヲナシタル時ヨリ債務者ハ遲滯ノ責ニ任ズ而シテ債務者ガ其債務ヲ完全ニ履行
 セザル時ニ債務者ニ對スル制裁ハ履行ノ強制若クハ賠償ニシテ尙損害ニ因ル賠
 償ヲ請求スルコトヲ得ベク又債權者ヲ害セン爲メナシタル行爲アル時ハ所謂詐
 害行爲廢罷訴權ヲ有ス損害賠償ノ普通ハ金錢ヲ以テスルモノニシテ金錢債權ニ
 付テハ其利子ヲ年五分ト定メタリ(法定利子)尙制裁ニ付テハ前卷法律ノ制裁ノ部ヲ參
 照セラレベシ

第四 債權ノ態樣

債權債務ノ關係ハ特定人ト特定人トノ關係ナリ、而シテ債權者ガ多數ナルコトア
 ルベク債務者ガ多數ナルコトアルベク又從タル地位ニ於テ義務ヲ負擔スルコト
 アルベシ、又其目的ニ付テ云ヘバ不可分ナルコトアルベク可分ナルコトアルベシ

此ニ於テカ債權ノ態樣トシテ不可分債權 *Solidarobligation* 連帶債務 *Korrealobligation* 及
 保證債務 *Burgschaft* ノ三種ヲ生ズ

債務ノ目的ハ性質上不可分ナルコトアリ又當事者ノ意思ニ因リ不可分ナルコト
 アリ此場合ニ數人ノ債權者アル時ハ各債權者ハ總債權者ノ爲メニ履行ヲ請求シ
 又債務者ハ總債權者ノ爲メニ各債權者ニ對シテ履行ヲナスコトヲ得ベシ數人ガ
 連帶シテ債務ヲ負擔シタル者ハ債權者ハ其債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若クハ
 順次ニ總債務者ニ對シテ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得然リ而シテ數
 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時ハ各債權者又ハ各
 債務者ハ平等ノ割合ヲ以テ權利ヲ有シ又ハ義務ヲ負フ者トス保證債務ハ主タル
 債務者ガ其義務ヲ履行セザル場合ニ其履行ノ責ニ任ズルモノニシテ主タル債務
 ノ外之ニ關スル利息、違約金、損害賠償其他總テ其債務ニ從タルモノヲ包含ス

第五 債權ノ讓渡及消滅

權利者ガ其權利ヲ處分スルコトハ其自由ナリ、債權者ガ其債權ヲ讓渡スコトモ從
 ツテ亦自由トス然レトモ其債權ノ性質ガ讓渡ヲ許スベキモノニ非ザル時ハ此限

ニ非ズ例ヘバ專屬權ナル扶養料請求ノ權利ハ之ヲ讓渡スコトヲ得ズ又當事者が讓渡ヲナササル意思ヲ表示シタル時モ讓渡ヲナスコトヲ得ズ然リ而シテ債權ノ讓渡ハ當事者間ニ於テハ元ヨリ何等ノ形式ヲ必要トセズ然レドモ債權者其他ノ第三者ニ對スル對抗要件トシテ指名債權ニ付テハ讓渡人ノ通知又ハ債權者ノ承諾ヲ必要トシ結局債權ノ場合ニハ裏書ノ方法ヲ以テ之ヲナスモノトス但無記名債權ハ之ヲ動産ト看做スガ故ニ引渡ヲ其對抗要件トス債權ハ債務ニ對シテ存在ス故ニ義務者其義務ヲ全フシテ始メテ全キヲ得ベシ從テ債務者ノ辨濟ニ因リテ債權ガ消滅スルハ論ヲ俟タズ辨濟ノ外我民法ニ於テ規定シタル消滅ノ原因ヲ相殺更改免除及混同ノ四種トス尙債權ノ讓渡アリタルトキ又ハ債權者ガ死亡シタル時ハ讓受人又ハ相續人ガ其債權ヲ取得スルニ至ルガ故ニ所謂債權ノ相關的ノ消滅アルモノトス

第五章 親族法

第一 親族ノ意義

人類ニハ生理上自ラ男女ノ別アリ男女ノ別アリテ茲ニ夫婦ノ關係ヲ生ジ夫婦

リテ親子兄弟姉妹等ノ關係ヲ生ジ此ニ於テカ所謂家族ヲナス家族ノ範圍ハ始メ小ニシテ漸次膨大スルニ至ルハ深ク説明ヲ要セザル處ニシテ家ハ分レテ本家分家ノ關係ヲ生ズルニ至ル所謂親族ト云フハ血統及婚姻ノ關係ニ因リ相關スルモノヲ云フ我民法ニ於テハ親族ノ範圍ヲ定メテ六親等内ノ血族配偶者及三親等内ノ姻族トセリ血族ト云フハ血統ノ相連絡セルモノヲ云ヒ姻族トハ配偶者ノ一方ト他方ノ血族トノ關係ヲ云フ普通ノ用語トシテ此範圍外ノモノヲ親族ト云ヒ親戚ト云ヒ親類ト云フハ元ヨリ何等ノ妨クナシ然レドモ民法上效力ヲ有スルハ此範圍外ニ出デザルモノトス

親族ノ相連絡スル關係ヲ親系ト云フ親系ニ付テハ女系最モ古キガ如シ女系ニ次キ男系生シ現今ニ於テハ男女兩系ヲ採ル我國ハ特種ノ發達ヲ有シ古來ヨリ男系ニ依リタルモノ、如シ親系ニハ直系ト傍系トアリ彼ヨリ此ニ直下スルヲ直系ト云ヒ直下セズシテ同始祖ニ出ヅルヲ傍系ト云フ直系ニ於テ自己ノ出テタルモノヲ尊屬親ト云ヒ自己ヨリ出ヅルモノヲ卑屬親ト云フ

親族ノ遠近ヲ示スヲ親等ト云フ是等ヲ計算スルニハ二法アリ一ハ宗教法式ニシ

テ同始祖ヨリ計算シテ遠キモノヲ以テ其親等トス、他ノ一ハ羅馬法式ニシテ親族ノ世數ニ依リ之ヲ定メ同始祖ニ遡リ更ニ其始祖ヨリ下リテ之ヲ計算ス而シテ一世ヲ一親等ト計算ス我民法ハ羅馬法式ニ依ル、例ヘバ兄弟ハ二親等叔父甥ハ三親等從兄弟ハ四親等ナルガ如シ

第二 親族關係發生ノ原因及消滅
親族トハ六親等内ノ血族配偶者及三親等内ノ姻族ヲ云フコト前述ベタル如シ姻族ノ關係ハ婚姻ニ因リテ生ジ血族ノ關係ハ夫婦關係ニ基キ親子關係ヲ生ズルニ因ル是ヲ以テ之ヲ見レバ親族關係發生ノ原因ハ婚姻ヲ第一トスルヤ蓋明カナリ然リ而シテ實子ナキモノハ養子ヲナスコトアルベク又妻ヲ失ヒタル夫若クハ夫ヲ失ヒタル妻ガ後妻ヲ迎ヘ若クハ夫ヲ迎フルコトアリ、此ニ於テカ養親ト養子トノ關係及繼父母ト繼子ノ關係ヲ生ズルニ至ル親族關係ハ右述ベタル婚姻ニ因リ生ズルノ外養子ト養親及其血族トノ間ニ於テハ養子緣組ノ日ヨリ血族間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ジ繼父母ト繼子又嫡母ト庶子トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ズルモノトス

右述ベタルガ如ク姻族ハ婚姻ニ因リテ生ジ養親養子間ノ親族關係ハ緣組ニ因リテ生ズルカ如シ親族關係ノ消滅ハ離婚及離縁ニ因リ消滅スルハ論ヲ俟タズ姻族關係及繼父母ト繼子ト又嫡母ト庶子トノ間ニ於ケル親子間ニ於ケルト同一ナル親族關係ハ離婚ニ因リテ止ミ養子ト養親及其血族トノ親族關係ハ離縁ニ因リ又ハ養親カ養子ヲ去リタル時ハ其者及其實子ノ血族ト養子トノ親族關係ハ之ニ因リテ止ムニ至ルモノトス

第三 親族法ノ内容

親族關係ニ付テハ純然タル身分關係ヲノミ生ズル場合ト財産ニ關係アル場合トアリ、從テ此點ヨリ親族法ヲ分類セバ純粹ナル親族法及親族財産法ノ二トナスコトヲ得ベシ純粹ナル親族法ニ於テハ男女ノ關係即婚姻親子ノ關係、親族姻族ノ關係、人工的親族關係(即養子)ヲ論ズベク、親族財産法ニ付テハ夫婦財產制、家兒特有產、後見人ノ財産管理等ヲ論ズルモノトス

我親族法ニ於テ特色ナルハ家ノ制度トス、蓋シ男女アリテ夫婦ヲ生ジ夫婦アリテ親子兄弟其他ノ關係ヲ生ズルニ及ビテハ茲ニ一ノ家族ヲナスニ至ル家ハ一ノ血

族團躰ナリ家ノ長タルモノヲ戸主ト云ヒ、戸主ノ親族ニシテ其家ニアルモノ及配偶者ハ之ヲ家族ト云フ家ノ制度ヲ認メ戸主及家族ニ關係スル規定アルハ我邦民法ノ特色ニシテ歐米ニ其例少ナシトス。

婚姻ハ男十七女十五ニ至ラザレバナスコトヲ得ズ、又直系血族及三親等内ノ傍系血族直系姻族ノ間ニ於テハナスコトヲ得ズ而シテ婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ民法上ノ效力ヲ生ジ婚姻ニ因リ妻ハ夫ノ家ニ入り又妻ハ夫ト同居スル義務ヲ生ジ又互ニ扶養ノ義務アルモノトス。

親子關係ニ於テハ實子、庶子及私生兒ノ三種ガ認メラル、實子トハ婚姻中ニ生シタル子ヲ云ヒ、庶子トハ私生兒ニシテ父ノ認知シタルモノヲ云ヒ、私生兒トハ母トノ關係ニ於ケル名稱トス然リ而シテ出生ニ因ル親子關係ノ外養子縁組ニ因リ親子關係ヲ生ズルコトアリ成年ニ達シタルモノハ養子ヲナスコトヲ得、但尊屬親及年長者ハ之ヲ養子トナスコトヲ得ズ又法定ノ推定家督相續人アルモノハ男子ヲ養子トナスコトヲ得ズ、而シテ養子縁組ノ效力トシテ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トス。

親子關係ニ於テ親ハ子ニ對シテ親權ヲ有シ、子ハ其家ニ在ル父又ハ母ノ親權ニ服從スベキモノトス親權ノ結果父母ハ未成年ノ子ノ監督及教育ニ關シ權利義務ヲ有シ、又未成年ノ子ハ父母ト其住所ヲ同フス、然レトモ若シ未成年者ニ親權ヲ行フモノナキ時又ハ親權ヲ行フモノガ管理權ヲ有セザル時ハ之ガ保護ノ方法ナカラザルベカラズ此ニ於テカ後見人ノ制度 *Vormundschaft* アリ後見人ハ右述ベタル場合及禁治産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ開始ス、後見人ハ一人トシ或特段ノ場合ノ外其職ヲ辭スルコトヲ得ズ後見ノ機關ハ後見人及後見監督人トス。

我民法ニ於テハ或特段ノ場合ニ親族會ノ決議ヲ要スル旨ヲ規定セリ、親族會ハ會議ヲ要スル事件ノ本人、戸主、親族、後見人、後見監督人、保佐人、檢事又ハ利害關係人ノ請求ニ因リ親族其他本人又ハ其家ニ緣故アルモノ、中ヨリ裁判所之ヲ撰定シ招集ス、其員數ハ三人以上トス。

親族關係ヨリ種々ノ關係ヲ生ズルハ云フヲ俟タズ其最モ著シキヲ扶養ノ義務トス *Alimentationspflicht* 然レドモ其範圍ハ親族全躰ニ亘ルモノニアラズ法律ハ之ヲ限定シタリ(四五)扶養義務ヲ負フモノ數人アル場合及權利者數人アル場合ニ付テハ

又其順序ヲ定メタリ、然リ而シテ扶養ノ義務ハ一身ニ專屬スル權利ナルガ故ニ處分スルコトヲ得ザルモノトス

第六章 相續法

第一節 意義

自然人ノ死亡ハ其生前ニ於ケル權利關係ニ如何ナル影響ヲ及ボスカ之ニ答フル法規ヲ稱シテ相續法ト云フ、自然人ノ死亡ニ因リ生ズル結果ハ如何曰ク死者ハ權利ノ主體ニ非ズ、生者ノミ權利義務ヲ有シ得レハナリ死者ハ生活關係ニ於テ享有シ得ベキ凡テノ利益ヲ享有セズ他人ニ對シ若クハ國家ニ對スル外部ノ關係ニ於テ最早法律ノ保護ヲ受クベキ地位ニ非ルナリ死者ノ所有權他物上權ハ其主體ヲ失ヒ死者ノ有シタル債權ハ之ガ履行ヲ求ムルコト能ハズ又債務ハ之ヲ履行スルニ由ナク婚姻關係ハ消滅シ親權モ亦之ヲ行フニ由ナキニ至ル

自然人ノ死亡ハ其權利主體ノ地位ヲ消滅セシムルモノナリト雖其結果トシテ死者ノ生前ニ於ケル凡テノ權義關係モ亦消滅スルモノトセバ其利害ノ及ブ所當ニ死者ノ一身一子ニ止マラザルナリ此ノ如キハ豈ニ社會取引ノ安全ヲ害シ國家經濟

濟ノ不利ヲ來ス所以ニアラザルナカラムヤ之レ相續ノ由テ生ズル所以ニシテ相續法ノ甚ダ必缺クベカラザルニ至ル理由トス

第二節 相續ノ種類

家族制度ヲ認ムルハ我邦ノ特色ナルコト前述メタルガ如シ、之ヲ沿革ニ付テ見ルニ古代ヨリ現今ニ至ル迄三期ニ分ツヲ得ベシ第一期ハ所謂尊族制度ニシテ部落財產 *Gemeindeeigenthum* ヲ認ムルモノ、第二期ハ家族制度ニシテ家產 *Familieneigenthum* ヲ認ムルモノ、第三期ハ個人制度ニシテ個人ノ財產ノミヲ認ムルモノ即之ナリ第一期ニ於テハ財產ニハ個人ノ所有財產ナク皆部落ノ財產トシ、第二期ニ於テハ家長權ヲ相續スルモノハ同時ニ其家產ヲ相續スルモノトシ、第三期ニ於テ遺產相續ヲ認ムルノミ近世歐米ノ法律ハ個人制度ニ因リテ我邦ノ民法ハ家族制度及個人ノ度ノ二時代ニ亘ルモノトス

家督相續ハ戶主權ノ相續ヲ云フモノニシテ家督相續人ハ相續開始ノ時ヨリ前戶主ノ有シタル權利義務ヲ繼承ス、即身分相續ニシテ其結果トシテ同時ニ遺產ヲ相續スルモノトス而シテ家督相續人ニハ法定推定家督相續人、指定家督相續人及選

定家督相續人ノ三種アリ家督相續人ニ關シテハ親族篇第一章第二節ニ其順序家督相續人タルヲ得ザル場合等ヲ規定セリ而シテ家督相續開始ノ原因ヲ(一)戸主ノ死亡、隱居又ハ國籍ノ喪失(二)戸主ガ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因リテ其家ヲ去リタル時(三)女戸主ノ入夫婚姻又ハ入夫ノ離婚ノ三トス

遺産相續ハ戸主權ノ相續ニ非ズシテ被相續人ノ財産ニ屬スル一切ノ權利義務ヲ繼承スルヲ云フ其原因ハ家族ノ死亡ニ因ルモノトス其相續分及相續財産ノ分割ニ付テハ相續篇第二章第三節ニ之ヲ規定セリ

右述ベタル二種ノ相續ノ外遺言ニ因ル相續及無遺言ノ相續ノ二種ヲ區別スルヲ得ベシ遺言相續ハ被相續人ノ意思ニ因リテ相續人ヲ指定シ又ハ其權利ヲ定メ之ニ基キテ相續ノ開始スルヲ云フ無遺言相續 *Gewillkürte Erbfolge* トハ被相續人ノ意思ニ因ラズシテ法律ノ其相續人ニ關スル規定ニ基ツクヲ云フ之ヲ法定相續又ハ自然相續 *Natürliche Erbfolge* ト云フ

第三 我相續法ノ分類

右述ベタルガ如ク相續ニハ家督相續、遺産相續ノ二種アルト同時ニ遺言ニ基クモ

ノト否トノ二種アルガ故ニ我相續法ハ之ヲ二部ニ分ツコトヲ得ベシ、即相續ニ關スル規定及遺言ニ關スル規定即之ナリ遺言ハ民法ニ定メタル法式ニ依ルノ外ナスコトヲ得ズ、又十五歳ニ達セザルモノハ遺言ヲナスコトヲ得ズ、且遺言者ハ遺言ヲナス時ニ於テ其能力ヲ有スルコトヲ必要トス遺言ノ方式ハ普通方式及特別方式ノ二種トシ遺言者ノ死亡ノ時ヨリ其効力ヲ生ズルモノトス

第五編 商法

商法ヲ形式的ノ意義ニ解スレバ商法々典ヲ指スニ外ナラズ、實質的ニ之ヲ解スレバ商事ニ關スル特別法ナリ商事トハ商業及其主格目的ニ關スル法律上ノ事項ヲ云フ商法ハ私法ノ一部ニシテ民法ニ對シテハ特別法ノ地位ヲ有ス商法ハ商人ノミニ適用セラル、カ又ハ非商人ニモ適用セラル、カ之レ一ノ立法問題トス我商法ハ商事ニ關スル特別法トシテ制定セラレ其商人タルト非商人タルトヲ問ハズ

第一 商ノ意義

商トハ物品ノ運轉ノ媒介ヲ目的トスル營業行爲ヲ云フ單ニ生産者ノ手ヲ離レテ直接ニ消費者ノ手ニ移ルノミナラズ此運轉ヲ容易ニスベキ行爲モ元ヨリ此中ニ

アリ此定義ノ結果トシテ商ハ媒介行爲タルト同時ニ營利的ノ行爲即利益ヲ得ル意思ヲ以テスル行爲タルコト蓋明カナリ商ノ目的タルモノヲ商品 *Ware* ト云フ、而シテ商ハ其目的方法ヨリ種々ニ區別スルコトヲ得ベシ(一)陸商ト海商(二)自己ノ爲メニスル商及人ノ爲メニスル商(三)大商及小商(四)主商及從商(五)國內商及國外商ノ如キ之ナリ

第二節 商人ノ意義

商人トハ商業ヲナスモノヲ云フ、商業トハ商行爲ヲ營業トスルコトヲ云フ從フテ商人ハ商行爲ヲナスヲ業トスルモノヲ云フ(四)故ニ商人ノ何タルヲ知ルガ爲メニハ先ヅ商行爲ノ何タルヲ知ルコトヲ必要トス商行爲ハ後ニ之ヲ一言セン商行爲ヲ營業トスルガ故ニ商人アリ商人ナルガ故ニ其行爲カ商行爲トナルニ非ズ從フテ商人ノ意義ヲ定ムベキ商行爲ヲ稱シテ基本的行爲ト云フ商人ガ其營業ヲナスニ當リテハ取引上ノ關係ヲ明カニシ又ハ之ヲ容易ニシテ又營業ヲ他人ヨリ侵害セラレザルガ爲メ必ズヤ設備スル所ナカラザルヲ得ズ所謂營業設備ハ商人ガ營業ヲナスニ當リテ必要缺クベカラザルノミナラズ之ヲ社會一般取引及經濟上ヨ

リ云フモ甚ダ必要ノ事項トス商業登記、商號、商業帳簿、商業使用人、代理商ノ如キ皆一トシテ營業設備トシテ必要ナラザルハナシ我商法ハ此ヲ以テ此等ノ事項ヲ總則篇ニ規定セリ

第三節 會社

商人ハ商ノ主格ニシテ商行爲ヲナスヲ業トスルモノヲ云フ然レトモ商ノ主格ハ必ズシモ自然人タル商人ノミニ限ラス恰モ權利主體ガ自然人ノミニアラザルト同シ會社ハ商行爲ヲ營業トスルヲ目的トスル社團法人ヲ云フ、社團法人ハ皆商行爲ヲ業トセズ商行爲ヲ業トスル社團法人ヲ會社ト云フ(三)(四)會社ハ法人ナリヤ否ニ付キ獨逸商法ニ於テハ單ニ株式會社ヲ法人トシ其他ノ會社ハ法人ト認メズ然レドモ我商法ハ其四十四條ヲ以テ會社ハ之ヲ法人トスト規定セリ、然リ而シテ我商法ノ認メタル會社ヲ合名、合資、株式及株式合資ノ四種トナス、合名會社 *Offene Handelsgesellschaft* ハ無限責任社員ヲ以テ成立スルモノヲ云フ會社財產ヲ以テ會社ノ債務ヲ完済スル能ハザル時ハ各社員ハ連帶無限ノ責任ヲ以テ其債務ヲ辨濟スル責任ヲ有スルヲ合名會社ノ特色トス、從フテ合名會社ノ存在ハ

人ニ重キヲ置キタルヤ蓋シ明カナリ各社員ハ各會社ヲ代表シ營業ニ關スル一切ノ裁判上裁判外ノ行爲ヲナス權限ヲ有ス

合資會社 *Commandit Gesellschaft* ハ無限責任社員ト有限責任社員ヲ以テ之ヲ組織ス合資會社ニ於テ總社員ノ合意ヲ以テ特ニ會社ヲ代表スベキ無限責任社員ヲ定メザル時ハ各無限責任社員ハ會社ヲ代表シ且會社業務ヲ執行スル權利ヲ有シ義務ヲ負フ無限責任社員數人アル場合ニハ會社ノ業務執行ハ其過半數ヲ以テ之ヲ決ス有限責任社員ハ會社ノ業務ヲ執行シ又ハ會社ヲ代表スルコトヲ得ズ

株式會社 *Aktien gesellschaft* ハ株主ヲ以テ組織ス其設立ニハ同時設立 *Simultan-gründung* 及追漸設立 *Successivgründung* ノ二アリ同時設立ハ發起人カ株式ノ總數ヲ引受ケタル時ヲ云ヒ追漸設立トハ株主募集ノ方法ニ依リ株式申込證ニ依リ株主タラントスルモノガ引受クベキ株式ヲ明白ニシ總株式ノ引受アリタル時ハ第一回ノ拂込ヲナサシメ創立總會ヲ召集シ其終結ニ依リテ成立スルヲ云フ株式會社ノ資本ハ之ヲ株式 *Aktie* ニ分チ株主ノ責任ハ其引受ケ若クハ讓受ケタル株式ノ金額ヲ限度トス株式ノ金額ハ之ヲ均一トシ五十圓ヲ下ルコトヲ得ズトス所謂株券ナルモ

ノハ株式ノ要件ニ非ズ株主ノ資格ニ於テ發行ヲ請求シ得ルモノトシ設立登記アリタル後ニ非ザレバ之ヲ發行スルコトヲ許サズ株式ハ定款ニ別段ノ定メアルノ外ハ自由ニ讓渡スコトヲ得ルモノトス然リ而シテ株式會社ノ機關ハ株主總會、取締役及監査役ノ三トス此點ニ付テハ法人ノ機關ノ部ニ於テ大體ヲ説明シタルヲ以テ商法ノ規定ト對照シテ研究セラルベシ

株式合資會社 *Commandit gesellschaft auf Aktien* ハ無限責任社員ト株主トヲ以テ之ヲ組織ス無限有限ノ二種ノ社員アルハ合資會社ト相似タリト雖其有限責任社員ハ株式會社ニ於ケル株主ト相似タリ無限責任社員ハ發起人トナリ定款ヲ作り株主ヲ募集シ創立總會ノ終結ニ依リテ設立ス會社ヲ代表スルハ無限責任社員ノ職務タルコト合資會社ニ於ケルガ如シ然リ而シテ株式合資會社ニ付キテハ別段ノ定アルノ外ハ株式會社ノ規定ヲ準用スルコトトシ尙株式總會ノ特別決議及無限責任社員ノ一致ヲ以テ其組織ヲ變更シテ株式會社トナスコトヲ得ベシ

第四 商行爲

前述ベタルガ如ク商人ヲ本トシテ商行爲ヲ定ムルカ商行爲ヲ基トシテ商人ヲ定

ムルカハ一ノ立法問題ナリ我商法ハ商行爲ヲ基トシテ商人ノ意義ヲ定メタルコト前之ヲ述ベタリ茲ニ我商法ニ於ケル商行爲ノ種類ヲ説明セン

客觀的商行爲又ハ絶對的商行爲 Objectives-od absolute Handelsgeschaft ト云フハ其行爲夫自身ガ商行爲タルモノヲ云フ(三六)主觀的又ハ相對的商行爲 subjektivs-od relativ es Hgt 云フハ其行爲ヲ營業トスルニ因リテ商行爲タルモノヲ云フ(四二六)此二種ノ商行爲ヲ稱シテ基本的商行爲 Grundhandelsgeschäft 即商人ノ意義ヲ定ムル商行爲トス附屬的商行爲 accessorisches Hgt トハ商人ガ其營業ノ爲メニスル商行爲ヲ云フ(六五)推定的商行 Presumisches Hgt トハ商人ノ行爲ハ其營業ノ爲メニスルモノト推定セラル、モノヲ云フ(商二六五)双方的商行爲 beiderseitiges Hgt トハ當事者双方ニ取り商行爲タルモノヲ云フ、一方的商行爲 einseitiges Hgt トハ當事者ノ一方ニ取り商行爲タルモノヲ云フ、而シテ一方的商行爲ニ付テハ商法ノ規定ヲ双方ニ適用スルコトトス(三商)

商法ハ民法ノ特別法ナリ然レドモ商取引ハ敏活ナラザレバ以テ經濟上ノ利益ヲ望ム能ハズ從フテ商行爲ニ付キ民法ノ規定ヲ適用セズ特ニ規定ヲ掲ケタルコト少ナカラズ代理ニ關スルコト契約ノ申込承諾ニ關スルコト、債務ノ連帶法定利子ヲ六分トシタルコト、債權履行ノ場所、留置權ニ關スルコト等ノ如キハ皆然リトス而シテ商行爲編第二章以下第十章ニ掲ケタル規定ハ商事ニ關シ特別ナル規定トス

第五 手形

手形 Wechsel トハ法定ノ形式ヲ具備スルヲ必要トスル有價證券ヲ云フ有價證券トハ權利ノ行使ガ其證券ノ占有ヲ條件トスルモノヲ云フ、即權利者ガ其權利ヲ行使スルニハ先ヅ其證券ヲ占有スルコトヲ必要トシ而シテ其證券ガ法定ノ形式ヲ具備スルヲ要スルモノヲ云フ此ヲ以テ權利ノ成立ハ法定ノ形式ヲ具ヘタル證券ノ製作ニカ、ルモノニシテ證券ヲ離レテ權利ノ存在ナシ(設權證券 dispositive Ur. Ku rde)、即手形上ノ權利ハ手形ト共ニ發生シ活動シ消滅スルモノニシテ之ヲ手形ノ生效力、活效力、死效力ト云ヘリ

右説明スルカ如ク手形上ノ權利ハ手形ト共ニ發生スルガ故ニ其定義ノ結果トシテ手形上ノ權利ノ性質ヲ説スレバ(一)手形上ノ權利ノ發生ニハ證券ノ製作ヲ必

要トス、(二)其證券ハ法定ノ形式ヲ具備スルコトヲ必要トス、(三)權利ノ實質ハ債權ナルコト論ヲ俟タズ、(四)手形上ノ權利ハ不要因的債權ナリ、不要因的ト云フハ證券ガ法定ノ形式ヲ具ヘテ成立シタル以上ハ其原因ノ如何ト離レテ其權利ヲ主張スルヲ得ルヲ云フ、即其原因ガ權利設定ノ實質上ノ要件ニ非ザルヲ云フナリ、(五)其權利ハ證券的權利ナリ、證券的權利トハ權利ノ效力ガ證券ノ文言ニ因リテ定マルヲ云ヒ例令其證券ガ移轉スルモ其文言ガ權利ノ效力ヲ決スルヲ云フ、(六)手形上ノ權利ハ一方的ニシテ此權利ヲ得タル爲メ義務ヲ負擔スルコトナシ、(七)權利ハ獨立ナリ即手形行爲ノ一ガ無効又ハ其效力ヲ失フモ他ノ手形行爲ガ效力ヲ有スルヲ云フ、例ヘバ偽手形ニ引受又ハ裏書ヲナサバ引受人又ハ裏書人ハ支拂又ハ擔保ノ責ヲ免レザルガ如シ

手形ノ種類ハ我商法ニ於テハ爲替手形、約束手形及小切手ノ三種トス爲替手形ニ於テハ其發行人ヲ振出人ト云ヒ、之ヲ受クルモノヲ受取人ト云ヒ、支拂ノ委托ヲ受クルモノヲ支拂人ト云フ通常ハ三人ノ當事者アリ支拂人が債務ヲ絶對ニ負擔スベキ法律ニ定メタル行爲^(即)引ヲ爲シタル時ハ之ヲ引受人ト云フ、受取人ハ先ヅ引受

ノ爲メニスル呈示ヲナスコトヲ要シ引受拒絶アリタル時ハ引受拒絶證書ヲ作り振出人ニ對シ擔保ノ請求ヲナスモノトス約束手形ハ振出人及受取人ノ二當事者アルヲ普通トス、引受アリタル爲替手形及約束手形ハ滿期日ニ之ヲ引受人又ハ振出人ニ支拂ノ爲メニスル呈示ヲナシ支拂ヲ拒マミタル時ハ支拂拒絶證書ヲ作成シ償還請求ノ通知ヲ發セザルベカラズ^(振出人ニ對シ)然リ而シテ手形ハ反對ノ記載ナキ限りハ裏書ニ因リテ移轉スルコトヲ得ベク裏書ヲナスモノヲ裏書人ト云ヒ、裏書セテレタルモノヲ被裏書人ト云フ、被裏書人^(最後)ガ其權利ヲ行使スルニハ所謂裏書ノ連續アルコトヲ要ス裏書人ハ皆爲替手形ノ振出人ト同一ノ債務ヲ負擔ス而シテ裏書ヲナシタル順序ニ依リ前者後者ノ名稱ヲ附スルモノトス振出人若クハ裏書人ガ前者ニ對シ擔保請求又ハ償還請求ノ勞及費用ヲ省ク目的ヲ以テ手形ノ支拂地ニ住スルモノヲ指示シテ之ニ引受又ハ支拂ノ爲ニスル呈示ヲナシムルコトアリ之ヲ豫備支拂人ト云ヒ、豫備支拂人が引受又ハ支拂ヲナシタル時ハ其行爲ヲ參加ト云ヒ、之ヲナスモノヲ參加人ト云ヒ、其引受タルト支拂タルトニ依リ參加引受及參加支拂ノ名稱ヲ附ス、參加ハ特定ノ人ノ爲メニス、其特定ノ人ヲ被參

加人ト云フ

小切手ハ爲替手形ト相似タリ、其性質ハ爲替手形ノ如キ信用證券ニアラズシテ寧
ロ支拂證券ト云フベク支拂ノ用ニ供セラル、モノトス振出支拂等ハ爲替手形ト
異ナルト雖其性質上ノ差異ニ因リ小切手ニハ引受ナシ

第六 海商

海商ヲ廣ク解スレバ海上ノ商業ト云フノ意義ナリ、然レトモ我商法ニ於ケル海商
ト云フハ此ノ如キ廣義ニ用ヒタルモノニ非ズ、例ヘバ航海中賣買契約ヲナシタリ
トスルモ之レ海商ノ支配ヲ受クベキ事項ニ非ザルナリ從ツテ我商法ニ於ケル海
商ト云フハ海上船舶ニ關スル規定ト解スベキモノニシテ陸上ニ於テスルモ船舶
ニ關スル行爲ハ海商法ノ適用ヲ受クベキ範圍内トス

船舶ト云フモ凡テノ船舶ヲ包含スルモノニ非ズ、商法ハ其第五百三十八條第一項
ニ於テ本法ニ船舶トハ商行爲ヲナス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノヲ云フト
規定セリ、從フテ商行爲ヲ目的トセザルモノ及端舟其他櫓權ノミヲ以テ運轉シ又
ハ主トシテ櫓權ヲ以テ運轉スル舟(五三八項)ニハ海商法ノ規定ヲ適用セザルハ明カ

船舶ヲ所有スルモノハ特別法ノ定ムル所ニ任セ登記ヲナシ且船舶國籍證書ヲ受
クルコトヲ要ス、船舶所有權ノ移轉モ此手續ニ依ルニ非ザレバ第三者ニ對抗スル
コトヲ得ズトス而シテ所有權ガ數人ニアル場合即共有者ニ付テハ船舶ノ利用ニ
關スル事項ハ共有者ノ持分ノ價格ニ從ヒ其過半數ヲ以テ之ヲ決シ又其利用ニ關
スル費用ヲ負擔ス其他共有ニ關スル規定ハ商法第五百四十五條以下ニ之ヲ規定
セリ海商法ニ所謂船員ト云フハ船長及海員ノ二者ヲ總稱ス、海員ト云フハ機關手
運轉手、水夫、火夫等海上ノ勞務ニ服スルモノヲ云フ船長ノ職務ハ重大ノ責任之レ
ニ伴フ故ニ之レニ關シ詳細ノ規定アリ海員ニ付テハ其保護ヲ主眼トセリ海商ニ
關シテハ陸商ニ於テ存スル運送又保險ニ關シ特別ノ規定アリ、海商法第三章及第
五章ニ之ヲ規定シ船舶ニ關シ生ジタル損害ニ付テハ第四章ニ於テ海損トシテ特
別ノ規定ヲ掲ゲ船舶ニ對シ債權ヲ有スルモノニ關シテハ第六章ニ又特別ノ規定
ヲ掲ゲタリ、尙商法研究ノ際之ヲ詳ニセラルベシ

第六編 訴訟法

法ニ主法及助法ノ區別アルコトハ法ノ分類ノ章ニ於テ之ヲ述ベタリ、主法ハ實躰上ノ權利義務ヲ定メ助法ハ其侵害ヲ受ケタル場合ニ如何ナル手續ニ依リテ之カ救濟ヲ求ムルカヲ定メタルモノトス凡ソ人ガ法律上享有スル權利ヲ侵害セラレ若クハ論争セラレタル場合又ハ國家社會ニ危害ヲ及ボシ若クハ個人ノ身躰財産ヲ害スベキ犯行アリタル場合ニハ如何ニシテ之ヲ救濟スベキカ若シ此救濟方法ニ缺クル所アランカ社會ノ秩序ハ亂レ個人ノ身躰財産ハ一日モ安全タルコトヲ得ザルベシ古代ニ於テハ侵害ヲ受ケタルモノハ自ラ進デ之ガ復讐ヲナシタルコトナキニ非ズ所謂復讐主義ハ社會ノ進歩完カラザル時代ニ於テハ洋ノ東西ヲ問ハズ存在シタル事實トス然レトモ夫レ今日ノ如キ文化ノ發達シタル國家社會ノ下ニ於テ被害者ヲシテ自ラ之ガ救濟ノ方法ヲ講ゼシムルモノトセバ雷ニ秩序ヲ亂シ取引ノ安全ヲ維持スル能ハザルノミナラス恐ラクハ多數ノ場合ニ於テハ遂ニ完全ナル救濟ヲ得ル能ハズシテ終ラン之レ實ニ國運進歩ヲ望ム所以ナランヤ此ニ於テカ國家ハ此救濟方法ヲ講スベキ機關ヲ具ヘ個人及國家ハ此機關此公力ニ訴ヘテ以テ之ガ救濟方法ヲ求メシムルニ至リタリ機關トハ何ゾヤ裁判所即之

ナリ然リ而シテ此救濟方法ヲ講スルニ付キ定メタル各種ノ手續ヲ稱シテ訴訟法ト云フ

訴訟ハ其審理スベキ事件ガ民事的ナルト刑事的ナルトニ因リ自ラ民事訴訟及刑事訴訟ノ區別ヲ生ズ訴訟法ハ其民事タルト刑事タルトヲ問ハズ救濟ヲ求ムルニ必要ナル手續ヲ詳細ニ規定セリ是レ訴訟ノ結果即勝敗ノ如何ハ引テ國家及個人ニ利害ノ關係甚ダ大ナレバナリ從ツテ訴訟法ノ規定スル事項ハ甚タ複雑ニシテ能ク小冊子ノ盡クス所ニアラザルナリ本編ハ之レヲ民事訴訟及刑事訴訟ノ二ニ分チ簡單ニ訴訟手續ノ如何ヲ示スニ止メントス若シ夫レ其詳細ノ説明ニ至テハ之ヲ他日ノ訴訟法研究ニ俟タンノミ

第一章 民事訴訟

第一 意義 民事訴訟トハ侵害セラレ若クハ論争セラル、私權ヲ裁判所ニ訴ヘテ之ガ回復伸張若クハ明確ニスルヲ云フ一言ニシテ云ヘバ民事訴訟ハ民事制裁ノ實行ヲ目的トスルモノ更ニ換言セバ私權ノ保護及確認ヲ其目的トス訴ニ依リテ救濟ヲ求ムルモノヲ原告ト云ヒ訴ヲ提起セラレタルモノヲ被告ト云フ故ニ訴

訟ニ於テハ必ズヤ原告ト被告ノ二當事者アルコトヲ要シ、其一方若クハ雙方ガ一人タルト數人タルトヲ問ハズ又自然人タルト法人タルトヲ問ハズ
 第二 裁判所 訴訟ハ必ズ裁判所ニ依リテ之ヲナスベキコト前述ベタルガ如シ、而シテ裁判所ノ構成ニ付テハ裁判所構成法之ヲ定メ分テ區裁判所、地方裁判所、控訴院及大審院ノ四トス區裁判ハ一人ノ判事ヲ以テ地方裁判所ハ三人控訴院ハ五人大審院ハ七人ノ判事ヲ以テ組織ス第一審裁判所ハ地方裁判所ヲ原則トシ特別ノ事件ニ付テハ區裁判所第一審級トナリ控訴院ヲ上告審トス
 第一審裁判所ハ區及地方ノ二者アルガ故ニ如何ナル訴訟ハ之ヲ區裁判所ニ提起スベキカ若クハ地方裁判所ニ提起スヘキカノ問題ヲ生ズ之ヲ事物ノ管轄ト云フ然リ而シテ裁判所構成法第十四條ニ於テ區裁判所ノ管轄ニ屬スベキ事件ヲ定メ尙外ニ訴訟事件ノ管轄權ヲ有スルコトトシ^(裁一)^(構五)地方裁判所管轄ニ付テハ同法第二十六條及第三十八條ニ規定セリ
 訴訟ヲ提起スルニ當リ何レノ地ノ裁判所ニ提起スベキカ之レ裁判所ノ土地ノ管轄即裁判籍 *Cori obstand* ノ問題トス土地ノ管轄ニ付テハ民事訴訟法第一編第一

章第二節ニ各種ノ場合ヲ規定セリ而シテ管轄ノ指定及管轄ノ合意ニ付テハ同章第三節及第四節ニ之ヲ規定セリ
 裁判所ハ事件ノ真相ヲ審理ニ因リテ發見シ以テ公平ノ判斷ヲ與フル所トス從ツテ或場合ニ公平ノ判斷ヲ與フル能ハザル時ニハ必ズ之ニ對スル方法ナカラザルヲ得ズ所謂裁判所職員ノ除斥及忌避之レナリ除斥トハ法律上一定ノ原因ニ本ヅキ職務ノ執行ヲ禁スルヲ云フ^(民三)^(訴二)忌避トハ一定ノ原因ニ因リ當事者ヨリ職務ノ執行ヲ妨グルヲ云フ
 第三、判決上ノ訴訟手續
 訴訟手續ニハ普通手續ト特別手續トアリ普通手續ハ確定ノ判決及之ガ執行ヲ目的トスル場合ニシテ特別手續トハ事迅速ヲ要シ若クハ公益上普通ノ手續ニ依ル能ハザルモノアリ裁判所ガ審理ヲナスニ當リテハ干渉主義ト放任主義ノ二アリ又書面審理主義ト口頭審理主義トアリ我訴訟法ハ放任主義及口頭審理主義ヲ採用シ或特段ノ場合ニ書面ヲ以テスルコトヲ許ス口頭審理主義ヲトルモ尙其辯論ハ書面ヲ以テ準備スルコトヲ要ス準備書面即之ナリ

訴ノ提起ハ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス、即訴狀ノ提出ニ因リテ起訴アルモノニシテ獨逸ノ如キ訴狀ヲ當事者ニ送達スル主義トハ異ナレリ訴狀ニハ當事者及裁判所ノ表示、請求ノ目的物及其原因並ニ一定ノ申立ヲ記載スルコトヲ要シ、且民事訴訟用印紙法ノ定ムル處ニ從ヒ適法ノ印紙ヲ帖用スルコトヲ要ス、訴狀ガ適當ナル時ハ裁判官辯論期日ヲ指定シ、訴狀及期日呼出狀ヲ被告ニ送達ス、口頭辯論ノ期日ニ於テハ訴狀ニ基キ陳述ヲナシ被告ノ答辯ヲ經テ原告ハ其請求ノ理由アルコトヲ書證、人證、鑑定等ニ依リテ證明スベク又被告ハ之ヲ争ヒテ同様ノ方法ニ依リテ請求ノ原因ヲキコトヲ證明スルノ責任アリ而シテ裁判所ハ事件ヲ審理スルニ當リ辯論ノ分離、併合、制限ヲナスコトヲ得ベク又其事件ガ他ノ訴訟ノ勝敗ニ係リ若クハ其事件中處罰スベキ行爲ノ嫌疑アル時ハ辯論ヲ中止スルコトヲ得ベシ

第四 判決 訴訟ガ裁判ヲナスニ熟スルトキハ裁判所ハ終局判決ヲ以テ裁判ヲナス若シ一箇ノ訴ヲ以テ數箇ノ請求ヲナシタル時其一ガ裁判ヲナスニ熟スルト認ムル時ハ一部判決ヲ以テ若シ又中間ノ争ガ裁判ヲナスニ熟スルトキハ中間

判決ヲ以テ裁判ヲナスモノトス而シテ審理ノ結果原告ノ請求ヲ正當トスル時ハ被告ニ敗訴ヲ言渡スベク、原告ノ請求理由ナシトスル時ハ原告ノ請求ヲ却下スベモノトス裁判ハ其基本タル口頭辯論ニ臨席シタル判事ニ限り之ヲナスベク又言渡ノ期日ハ初審ヨリ七日ヲ過ケルコトヲ得ズ又裁判所ハ申立テザル事物ヲ原告若クハ被告ニ販セシムルコトヲ得ズ判決ハ判決主文ノ朗讀ニ因リテ之ヲナシ當事者ノ在庭ト否トニ拘ハラズ效力ヲ有ス

裁判官ガ指定シタル口頭辯論ノ期日ニ當事者双方が出廷セザル時ハ訴訟ヲ休止スベク一方ガ缺席シタル時ハ被告ノ場合ニハ敗訴ヲ言渡シ原告ノ場合ニハ請求ガ理由アル時ハ原告ノ勝訴トシ理由ナキ時ハ訴ヲ却下ス缺席判決ニ對シテハ缺席シタル當事者ヨリ十四日ノ不變期間内ニ故障ヲ申立ツルコトヲ得ベク故障ガ適法ナル時ハ缺席前ノ程度ニ復シ、故障ガ不適法ナル時ハ故障ヲ棄却スベク、再度ノ缺席判決ニ對シテハ故障ヲ申立ツルコトヲ得ザルモノトス

第五、 上訴 上訴トハ未確定ノ判決ニ對シ上級裁判所ニ不服ヲ申立ツルヲ云フ、控訴、上告及抗告ノ三種トス控訴ハ第一審判決ニ對シ不服ヲ申立ツルヲ云ヒ其

判決ハ終局判決ナルカ又ハ上訴ニ付キ終局判決タルモノナルコトヲ必要トス控訴ハ一ヶ月ノ不變期間ニ控訴狀ヲ控訴裁判所ニ差出シテ之ヲナスモノニシテ其期間ハ判決ノ送達ヲ以テ始マル上告ハ控訴院ガ第二審トシテナシタル終局判決ニ對シテ之ヲナスモノニシテ法則ヲ適用セス又ハ不當ニ適用シタル時ノ如キ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由トスル時ニ限り之ヲ許ス上告期間ハ一ヶ月トシ判決ノ送達ヲ以テ始マリ上告狀ヲ上告裁判所ニ差出シテ之ヲナスモノトス而シテ區裁判所ガ第一審ナル時ハ上告ハ地方裁判所ガ第二審トシテナシタル終局判決ニ對シ控訴院ニ上告スルモノトス抗告ト云フハ訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經スシテナシタル裁判ニ對シ其他法律ニ於テ特ニ掲ケタル場合ニ限リ之ヲナスコトヲ得抗告ハ直近上級ノ裁判所之ガ裁判ヲナシ抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ其裁判ニ依リ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生ジタルトキニ限り之ヲ許ス右述ヘタル上訴ノ外再審ナルコトアリ再審ハ上訴ニアラス既ニ確定シタル終局判決ノ取消ヲ求メ又ハ更ニ事件ニ付キ裁判ヲ求ムルヲ云フ

第六 裁判ノ執行 係争事件ガ裁判所ノ判決ニ因リ確定シタル場合ニ若シ之

ヲ強制スルコト能ハストセハ訴訟ハ何等ノ效果ヲモ生セサルヘシ之レ訴訟手續ノ制度ヲ設ケタル旨趣ニ反スル者ニシテ法律ハ其判決ヲ公力ニ於テ強行スルコトヲ規定セリ強制執行即之ナリ強制執行ハ確定ノ終局判決又ハ假執行ノ宣言ヲ付シタル終局判決ニ因リテ之ヲナスモノトス然リ而シテ強制執行ノ基本タル債務名義ハ管ニ右述ヘタル二者ニ止マラス公正證書支拂命令ニ付シタル執行命令等ニ付テモ執行文ノ付與ヲ受ケテ之ヲ執行スルコトヲ得ベシ強制執行ニ付キテハ我民事訴訟法第六編ニ於テ之ガ規定ヲ掲ケタリ執行ハ權利者ニ利害關係アルノミナラス義務者ニモ關係少ナカラサルヲ以テ其手續ハ須ラク嚴ナラザルベカラズ從ツテ執行ニ關シテ民事訴訟法ノ規定ヲ參照セララルト同時ニ他ノ著作ニ照シテ研究セララルベク茲ニ詳ニセス

第二章 刑事訴訟

刑事訴訟ハ刑事制裁ノ實行ヲ目的トス換言セバ犯罪ノ證明ト刑ノ適用ヲ目的トスルモノナリ刑事訴訟ニ於ケル原告ハ常ニ國家ナリ然レドモ國家ハ元來無形ニシテ其訴權ヲ行フヲ得ズ從ツテ之ヲ有形人ニ委任ス檢事即之ナリ故ニ公訴權ハ

國家ニ屬シ被害者ノ告訴ヲ待テ起ルモノニ非ス、又告訴私訴ノ拋棄ニ因リ消滅スルモノニ非ズ、檢事ト雖モ自己ノ意思ヲ以テ之ヲ拋棄スルコトヲ得ザルモノトス。犯罪ハ一方ニ於テ國家ノ公益ヲ害スルト共ニ他方ニ於テ一私人ノ權利ヲ害スルコトアリ、此場合ニハ一方ニハ刑事制裁ヲ必要トシ、他方ニ於テハ民事制裁ヲ必要トス、而シテ刑事制裁ハ刑事訴訟手續ニ依リ刑事裁判ニ於テスベク、民事制裁ハ民事訴訟ニ依リ民事裁判所ニ依ルモノトセハ甚タシキ不便ヲ生ズベシ、此點ニ付テハ前之ヲ一言シタリ、所謂私訴ハ犯罪ニ因リ生シタル損害ノ賠償贖物ノ返還ヲ目的トスルモノヲ云フ公訴ハ國家ガ一私人ニ對シ犯罪ノ證明及刑ノ適用ヲ請求スルモノニシテ私訴ハ一私人ガ他ノ一私人ニ對シ犯罪ニ基ツク損害ノ賠償ヲ請求スルモノヲ云フ私訴ハ民法ノ規定ニ從ヒ被害者ニ屬シ公訴ニ付キ第二審ノ判決アル迄ハ何時ニテモ其公訴ニ附帶シテ之ヲナスコトヲ得ルモノトス。

刑事訴訟法ニ於テ民事訴訟ト異ナルハ被告之ナリ、民事ニ於テハ被告ハ自然人若クハ法人タルコトヲ得ヘキモ刑事訴訟ニ於テハ被告ハ常ニ自然人ニ限リ法人ハ被告タルコトヲ得ズ、何トナレハ法人ハ意思能力ナク從ツテ行爲能力ナケレハナ

リ刑事訴訟ニ於ケル裁判所ノ事物ノ管轄ハ裁判所構成法第十六條(刑所)及第二十七條(地裁)之ヲ規定セリ、控訴院ニ付テハ第三十七條大審院ニ付テハ第五十條ニ之ヲ規定セリ、然リ而シテ刑事訴訟ニ於ケル裁判所ノ土地ノ管轄ニ付テハ刑事訴訟法第二編第一章ニ明文アリ、其普通ナルヲ犯罪ノ地及被告人所在ノ地ノ裁判所ノ管轄權トス。

刑事訴訟ハ私人ノ身軀財産ト重大ノ關係アリ、民事訴訟ニ於テ裁判所ノ職員ハ事件ヲ審理スルニ當リテハ獨リ公平無私ナルコトヲ必要トシタルト同ジク刑事訴訟ニ於テハ尙一層ニ慎重ノ態度ヲ以テセザルベカラズ、然ラザレバ罪ナキモノヲ處罰シ罪アルモノヲ免ズルガ如キ結果ヲ生ズルニ至レバナリ、刑事訴訟ニ於テ裁判所職員ノ裁判權ヲ行フヲ禁スル場合ヲ規定セリ、除斥、忌避及回避ノ三トス、除斥及忌避ニ付テハ前之ヲ述ベタリ、回避トハ判事ガ法律上除斥セラル、原因アリト認メ又ハ回避スベキモノト思料シタル時ニ自ラ裁判權ヲ行フコトヲ避クルヲ云フ。

第一 公判前ノ手續 公判前ノ手續ハ求訴手續及豫審ノ二トナスコトヲ得ベ

シ求訴手續ト云フハ一ノ犯罪アリタル場合ニ之ニ付キ告訴アルカ告發アルカ又ハ現行犯事件トシテ檢事ノ手ニ送致シ檢事ハ起訴ノ手續ヲナスヲ云フ告訴トハ被害者カ犯罪事實ヲ犯罪地又ハ犯人所在地ノ檢事官衙ニ訴フルヲ云フ告發ト云フハ第三者カ犯罪事實ヲ摘發スルヲ云フ而シテ現行犯トハ現ニ行ヒ又ハ行ヒ終リタル際ニ發覺シタル犯罪ヲ云ヒ現行犯ニ付テハ令狀ヲクシテ一私人ト雖捕逮スルコトヲ得ルモノトス然リ而シテ告訴告發若クハ現行犯アリテ該事件ガ檢事ノ手ニ送致セラレタル場合ニ檢事ハ其罪證十分ナリトシタル時ハ豫審判事ノ豫審ヲ求メ又ハ直ニ裁判所ノ公判ヲ求ムルモノトス檢事ガ犯罪捜査ノ結果犯罪事實ニ付キ十分ノ證憑ナク若クハ罪トナラスト思料シタル時ハ不起訴ノ處分ヲナシ得ルハ論ヲ埃タザル處トス尙檢事ハ事件ガ管轄違ナリト思料スル時ハ直ニ該事件ノ其管轄裁判所ニ送致スベキモノトス

檢事ガ犯罪事實ヲ重罪ナリト思料シタル時ハ豫審ヲナスベク輕罪ナリト思料シタル時ハ其輕重難易ニ因リ豫審ヲ求ムルコトアリ豫審判事ハ現行ノ重罪輕罪ヲ除ク外檢事ノ請求アルニ非ザレハ豫審ニ取カ、ルコトヲ得ス豫審判事犯罪事件

ニ付キ檢事ノ起訴ヲ受ケタル時ハ直ニ被告人ヲ訊問シ必要ニ應シ召喚狀、拘引狀若クハ拘留狀ヲ發シ犯罪事實ヲ明カニスル爲メ證據ヲ集メ證人ヲ訊問シ檢證、搜索、差押、鑑定等ヲナシ犯罪ノ證憑十分ナル時ハ直ニ豫審終結決定ヲ以テ其裁判所ノ公判ヲ求メ、若シ證憑十分ナラス又ハ事件罪トナラス又ハ公訴カ時効ニ係リタル時確定判決アリタル時、大赦アリタル時、法律ガ其罪ヲ全免シタル時ニハ免訴ノ言渡ヲナス、ベキモノトス

第二 公判 公判ハ判事、檢事、書記、出庭シテ之ヲナス、被告人ハ公廷ニ於テハ身躰ノ拘束ヲ受クルコトナシ區裁判所ニ於テハ檢事ノ起訴及豫審判事又ハ上級裁判所ノ送致ニ因リテ公訴ヲ受理ス裁判長ハ先ツ被告人ノ氏名、年齢、身分、職業、住所、出生地ヲ問ヒ其人違ナキコトヲ確ム、檢事ハ被告事件ヲ陳述シ終リテ裁判所ハ其審理ヲ進行ス事實ノ認定ニ付キ必要アル時ハ申立ニ因リ若クハ職權ヲ以テ臨檢證人ノ訊問ヲナスコトヲ得ベシ證憑調濟ノ後檢事ハ事實及法律ノ適用ニ付キ意見ヲ陳述スベク被告人又ハ辯護人ハ之ニ對シ辯論ヲナスモノトス、但辯論ノ最終ハ被告人若クハ辯護人ヲシテサシムベキモノトス

辯論終り裁判所ハ證據十分ナリトスル時ハ有罪ノ判決ヲ言渡スベク證據十分ナラス又ハ被告事件罪トナラザル時ハ無罪ノ言渡ヲナスヘク又或場合ニハ免訴ノ言渡ヲナス判決ノ言渡ハ主文ノ朗讀ニ因リテ之ヲナシ其理由ハ口頭ヲ以テ要領ヲ告ゲ又ハ之ヲ朗讀ス判決ノ言渡ヲナス時ニハ五日內ニ上訴ヲナシ得ベキ旨及判決ノ正本、謄本、抄本ヲ自費ヲ以テ請求スルコトヲ得ベキ旨ヲ告ク
 被告人開廷期日ニ出頭セザル時ハ缺席判決ヲナス、缺席判決ニ付テハ三日內ニ故障ヲ申立ツルコトヲ得ル旨ヲ記載ス、故障ノ申立アリタル時ハ其適法ナルヤ否ヲ調査シ適法ナル時ハ通常ノ規定ニ依リテ更ニ裁判ヲナスモノトス

第三 上訴及再審

上訴ニ控訴、上告及抗告ノ三種アルハ民事訴訟ニ於テ述ベタルト同シ控訴ハ區裁判所又ハ地方裁判所ノ第一審判決ニ對シ之ヲナスモノニシテ判決ノ言渡アリタル日ヨリ五日內ニ控訴狀ヲ原裁判所ニ差出スモノトス上告ハ地方裁判所又ハ控訴院ノ第二審トシテノ判決ニ對シ之ヲナスモノニシテ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由トスル時ニ限リ之ヲ許シ判決言渡アリタル時ヨリ三日內ニ上告申

立書ヲ原裁判所ニ差出シ且其申立ヲナシタル日ヨリ五日內ニ趣意書ヲ差出スヘキモノトス抗告ハ法律ニ於テ特ニ許シタル場合ニ限リ之ヲナスコトヲ得ベク裁判ノ送達アリタル日ヨリ三日內ニ抗告申立書ヲ原裁判所又ハ豫審判事ニ差出スベク抗告ニ對スル裁判ハ直近ノ上級裁判所之ヲナス、而シテ抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ抗告申立人ハ再々抗告ヲ申立ツルコトヲ得ス

刑事訴訟ハ犯罪ヲ證明シ刑ノ適用ヲ目的トス其結果ハ被告ノ身軀財產ニ重大ノ關係アルヲ以テ其審理ハ須ラク慎重ナラサルヲ得ス若シ眞實所罰スベキモノニ非ラザルモノカ唯判決カ確定シタルトノ一事ニ因リテ處刑ヲ免ル、コト能ハストセハ罪ナキヲ罰シ罪アルヲ免レシムルニ至ルベク又或場合ニハ同一犯罪事實ニ付キ二人以上ノ被告ヲ處罰スルガ如キ奇態ヲ呈スルニ至ルヘシ之レ再審制度ノ必要アル所以ニシテ我刑事訴訟法第三百一條ハ再審ヲ求メ得ベキ場合ヲ規定シタリ而シテ再審ノ訴ヲナシ得ベキモノニ付テハ同法第三百二條ニ明文ヲ掲ケタリ

第四、裁判ノ執行ハ判決確定ノ後ニ非サレバナスコトヲ得ス、死刑ノ執行ニ付

テハ前述ベタルカ如ク司法大臣ノ命令アルヲ要シ命令ヨリ三日内ニ執行ス其他ノ刑ハ直ニ之ヲ執行ス刑ノ執行ノ指揮ハ檢事ノ職務トス

第七編 國際法

國際法トハ各國家間ノ關係ヲ規定スル法規ノ集合ナリ蓋シ文化ノ發達セシ今日ニ於テハ管ニ國內ニ於ケル取引關係ガ頻繁タルノミナラス國家ハ外部他ノ國家ニ對シテ同様ノ關係ヲ生ズルニ至ルベク、外交關係ニ於テ商業關係ニ於テ將タ又爭論ノ關係ニ於テ種々ノ接着ヲ生スルニ至ル、從ツテ若シ何等ノ規約ナキ時ハ各國各自其欲スル行爲ヲ敢テスルモ之ヲ制肘スルニ由ナク世界各國間ノ平和關係調和ノ目的ハ常ニ達シ得ベカラズシテ吸々トシテ外寇ヲ防グニ非ザレバ進テ他國ヲ征セズンバ止マサルニ至ルベシ事茲ニ至テハ管ニ一國ノ生存經濟上ノ安全ハ得テ望ム能ハサルノミナラス世界ノ大局ヨリ觀察シテ能ク文明ノ進化ヲ致サシムル所以ニ非ザルヘシ此ニ於テカ現今一ノ獨立國トシテ存在スル國家カ互ニ相交通スルニ當リテハ必ズ何等ノ規約ノ存スルヲ必要トスルニ至レリ國際法ハ即此各國家ノ關係ヲ定ムル法規ノ集合ヲ云フモノトス

國際法ノ淵源ハ實地國際法ノ淵源トシテハ條約及慣例アリ、理論國際法ノ淵源トシテハ學者ノ研究アリ國際法ハ右述ブルガ如ク世界ニ存スル國家間ノ關係ヲ規定スルヲ以テ其適用範圍甚タ廣キハ云フヲ埃タズ學者ハ世界ニ存スル國ヲ分チテ開明國、半開國及未開國トセリ國際法全部ノ適用ヲ受クルヲ開明國ト云ヒ、一部ノ適用ヲ受クルヲ半開國ト云ヒ、全然適用ナキヲ未開國ト云ヘリ

國際法ノ發達ハ未タ其完備ノ域ニ達セス、否寧ロ幼稚ノ時代ニアリ故ニ國際法ヲ研究スルニ當リテハ如何ニ之ヲ分類スベキカハ一ノ研究問題トス、普通ニ戰時及平時ノ二種ニ分ツハ和蘭ノグロシウスノ著書ニ本ツクモノトス吾輩ノ見ル處ヲ以テスレハ國際法ノ系統的分類ハ之ヲ總論及本論ノ二部ニ分チ總論ニ於テハ國權ノ主體及客體ヲ論シ、各論ニ於テハ實質的國際法及形式的國際法ヲ論スルノ分類法ハ最モ其正當ヲ得タルニ近キヲ信ス然レトモ講學上ノ便宜トシテハ國際法ヲ四部ニ分類シ第一ニハ國權ノ主體即國家トシテ其成立種類、消滅、國家ノ權義等ヲ論スルヘク、第二ニハ國權ノ客體トシテ領土、領水及船舶ヲ論スベク、第三ニハ平時ニ於ケル國際關係トシテ外交關係及商業關係ヲ論ズベク、終ニ第四ニハ國際爭

議トシテ此紛争ヲ平和手段ヲ以テ終局セシムル方法ト暴力ニ依ル方法トニ戰爭ニ付キ研究スルヲ最モ便ナリトス

國際法ハ法律ナリヤ否ニ付テハ二派ノ議論アルコト前之レヲ述ベタルト同時ニ吾輩ハ法律ナリト云フモ妨ケナキ所以ヲ説明シタリ、蓋シ非法律論者ノ根據トスル處ハ法律ニハ(一)立法者、(二)適用スヘキ裁判所、(三)制裁ノ三要素ヲ必要トスルモ國際法ニハ此要素ヲ缺クト云フニアルガ如シ然レトモ前述ヘタルガ如ク國際法ノ發達ハ未タ幼稚ナリ此幼稚ノ國際法ヲ以テ法律ニ非ズトセバ民法商法ノ如キモ其發達ノ幼稚ナリシ時代ニハ法律ニハ非ザリシトノ論斷ヲ生セサルヲ得ズ此ノ如キハ非法律論ト雖モ敢テセザル處ニシテ况ンヤ仲裁裁判ノ如キ戰爭報復ノ如キ捕獲審檢所ノ如キ各國主權ノ意思ノ合致ノ上ニ成立スルカ如キハ寧ロ右述ヘタル三要素ヲ具備スルノ階梯ト云フヘキモノナルニ於テヲヤ

尙本論ノ如キハ單ニ其研究方針ヲ示スニ止メ其各部ノ研究ニ至リテハ法學通論以外ニ於テ他日ノ國際法研究ノ際ニ俟タントス

法學通論 完結

法學博士 有賀長雄 講述

日本法制史

早稻田大學出版部藏版

日本法制史目次

緒言 一頁

第一章 聖德太子十七憲法 二

第二章 大化改新ノ法理 一七

第三章 大化改新ノ法制 二三

第四章 大化改新以後ノ土地人民 三二

第五章 大寶令 四〇

第六章 二官八省一臺 五〇

第七章 地方官廳及軍制 六七

第八章 位階官職及門閥主義 七二

第九章 人民及土地 八二

第十章 財政及兵役 八九

第十一章 私法 九五

第十二章	治罪	一〇九
第十三章	大寶律總說	一一六
第十四章	五刑、八虐、六議及名例律	一二〇
第十五章	禁衛律	一三七
第十六章	職制律	一四二
第十七章	戶婚律	一六〇
第十八章	賊盜律	一六六
第十九章	厩庫律	一八五
第二十章	擅興律	一九〇
第二十一章	鬪爭律	一九一
第二十二章	詐僞律	一九八
第二十三章	雜律	二〇〇
第二十四章	捕亡律	二〇五
第二十五章	斷獄律	二〇九

日本法制史目次終

第二十六章	貞永式目總說	二一一
第二十七章	貞永式目條々	二三四
第二十八章	南北朝ノ法制	二七四
第二十九章	足利將軍ノ法制	二八一
第三十章	織田氏ノ法制	二八五
第三十一章	豐臣氏ノ法制	二九一
第三十二章	徳川幕府法制	二九八
第三十三章	家康百箇條	三一五

日本法制史

緒言

本邦の法律あるは神代以來のことなり、然れとも神代より以降大化の改新に至るまでは法律は多く習慣に基き、時に朝廷より詔を發せられたるも、大臣大連之を承けて下行するのみ、成文の典章を垂れたまひしに非ず、故に果して法制の字にして、成文典章を意味するものとせば、日本法制は大化以後に始まるものと言はざるを得ず。(近藤芳樹著標注令義解校本開題參看)

夫の聖德太子の十七憲法は道德の格言にして法律に非ず、然れども成文あり、且通例之を以て本邦第一の法制と爲すが故に、先づ之を疏釋し、次に大化改新の詔を分解し、大寶令、大寶律の大躰を窺ひて、鎌倉以後に於ける武家の法たる貞永式目に移り、南朝より織田氏、豊臣氏を経て徳川氏に至る間には法制の名を下すに足るもの

法學博士 有賀長雄講述