580
57

2

0005734000

0005734-000

５８０－５７

人権読本

村上越堂・著

日本書院出版部

昭和３

ABD

この著作物は、著作権者不明のため、著作権法第６７条の規定に基づき、平成１２年３月２３日付けで文化庁長官の裁定を受け使用するものです。

3.8.20

人權讀本

法學士 村上越堂 著

大日本國民教育會

權讀本

580-57

序

有名な法學者イエリングは決然として言つた。「卑劣な手段に依つて自己の權利を輕蔑せられ、且つ蹂躙せられた場合に、自己及び其の權利を主張する必要を感ぜざる者は、之を救ふべきに非ず。而して予は此の如き者を改心せしむるにつき興味を有せず。」と。大哲カントは更に一歩を進めて、「自己の權利を他人の脚下に抛棄するは人類自體に對する義務の損害なり。」と言ひ、又曰く、「自ら蛆虫となりたる者は假令脚下に蹂躙せらるゝと雖も以後不平を訴ふることを得ず。」と。

人權は實に自己意思の發動であり、當然人として有する特權であつて、之を蔑視することは即ち人格的に自殺するものである。我等の祖先が如何に大なる犧牲を拂つて自由權乃至參政權を擁護したか、又現に吾等の兄弟姉妹が如何に艱苦の中に團結權、耕作權或は女權獲得のために鬪爭しつゝあるかを思へば、權利の行使に冷淡なるは一の罪惡とも稱し得べきであら

う。まして財産權に於ては、直接其の身に損害を及ぼすのである。法諺に「權利の上に眠る者は其の權利を失ふ。」とある。法の基調をなす權利思想に乏しく、法規をも知らざるものは誠に法治國民としての資格は無いと云つてよい。

本書は此の重要なる權利の本質、發達史、現行法規等に關し、通俗に解說をなし、一般の人々の人權及び財産擁護上に遺憾なからしめやうと期するものである。殊に近時、權利思想は更に一大飛躍をなし、デユギーの所謂社會機能觀念となつて、判例に或は法令の上に驚くべき轉向を示しつゝある。デユギーは極端に論じて、人類は權利を持たぬ。唯社會に於て果すべき一定の機能を有する、此の人類に課せられたる機能に反する行爲は罰せらるべく、使命を全ふするための行爲は社會的に保護され保障さるゝであらうと言つてゐる。新時代に生きんとする者の見遁してならぬ大問題である。

著者識

人權讀本（目次）

第一章　序論……一
第二章　權利發達史……五
第一節　佛國人權宣言……五
第二節　英吉利大憲章……一〇
第三節　英國の權利請願……一二
第四節　英國權利條例……一五
第五節　米國獨立戰爭……一八
第六節　米國權利章典……二〇
第七節　ユスチニアン法典……二二
第八節　ナポレオン法典……二五
第九節　日本法制史……二九

鎌倉時代——江戸時代——明治時代

第三章　法律上の權利……二

第一節　權利の本質……三九

第二節　權利の分類……四二

第三節　權利の主體……四四

自然人——法人

第四節　權利の客體……五七

目的物——物の分類

第五節　權利の得喪……六四

法律行爲——不法行爲——時效

第四章　現行權利法規……八〇

第一節　憲法上の權利……八〇

臣民の權利——自由權（居住及移轉の自由——人身の自由——住所の不可侵——信書の不可侵——所有權の不可侵——信教の自由——言論著作印行集會及結社の自由——請願の自由——裁判請求權）——參政權（選擧權——被選擧權及官吏となるの權）——公權の制限

第二節　民法上の權利規定……一〇四

物權——物權の種類（占有權——所有權——地上權——永小作權——地役權——留置權——先取特權——質權——抵當權）

債權……一二五

債權の意義——債權の成立——債權の種類——債權の效力——債權の消滅

第三節　契約……一四一

總稅——契約の成立——契約の效力　契約の消滅（契約の種類——事務管理）——不當利權——不法行爲——戸主權——親權——相續權（家督相續……遺產相續）

第五章　法律の社會化……一七〇

第一節　權利本位より義務本位へ……一七〇

第二節　法律知識の大變更……一七六

第三節　所有權に對する制限……一七九
第四節　獨立自尊より社會連帶へ……一八四
第五節　生存競爭の平和化……一八九
第六節　信義誠實の原理……一九三
　婚姻豫約の責任――買戻の効力――老舖の權利――夫の貞操義務
第七節　刑法上の變遷……二〇六
　犯罪主義より犯人主義へ――刑罰教育主義
第八節　爭議調停法……二一二
　借地借家調停法――小作調停法
第九節　少年法……二一五
第十節　自由平等より價値生活の保障へ……二一七
第六章　特別法其他……二一〇
第一節　特許權……二一〇
　約容及範圍――罰則
第二節　司法參與權と陪審法……二三一
　我陪審法の大要（檢事の起訴――陪審事件の種類――陪審員資格者――陪審員資格者及候補者選定方法――陪審員の選定――公判準備の手續――陪審裁判の公判手續）――陪審員の心得
第三節　勞働團結權及罷業權……二四〇
　團結權の本質――權利思想の推移――階級鬪爭權――同盟罷業の目的――團體協約權
第四節　小作權と自作農制定……二五三
　小作法の目的――農業の盛衰に關する問題――小作法案要綱の缺點――自作農創定政策
第五節　借地借家權……二六二
　地上權と賃借權――借地の期間年限――地代の增減
　借家權と借家法……二七七
　　登記の必要――滿期と解約――建物の轉貸借――造作の權利
　　――借家人の保護

第六節　婦人及子供の權利……二八五
婦人參政權の獲得――妻の法律上の地位――夫の貞操義務――夫婦共産制の主張――妻の經濟的獨立――結婚拒否及取消の權利
第七節　信用債權と取立法……二九三
信用調査――連帶人の必要――借用證文の書方――公正證書――取立の秘訣――請求方法
第八節　訴訟及强制執行手續……三〇七
裁判所の管轄――訴訟提起の方法――强制執行の手續――假執行――競賣――債權及財產權の執行――差押の出來ぬ債權――動產不動產の競賣――假差押と假處分
（目次終）

人權讀本

第一章　序論

權利の定義

權利とは何んであるか、本書の性質上先づ此の問題を明確にして置かなければならぬ。權利は實に現代法律の基礎的觀念をなすものであつて、從來幾多の學者によつて種々の定義が下されてゐる。卽ちイエリングは「權利は法律上保護せられたる利益なり」と云ひ、エリネック教授は「權利とは意思の力、卽ち自己の意思の尊重を他の意思に主張し得るところの力なり」と述べ、其他權利能力說或は折衷的な本質論を唱へる者もあるが、要するに其等の權利は他人に對し自己の意思を强制的にさへも主張し得る力であると云ふ點に於て一致してゐる。

然るに現代佛蘭西の法學者レオン・デユギーは明快獨創的な理論を以て、

斯の如き權利の觀念は實在主義及び實證主義の現代に於ては到底維持することを得ぬ形而上學的觀念に過ぎないと否定し、之を法律の範圍より驅逐し、社會機能の觀念を以て代へよと主張してゐる。此の大膽なる學說に對しては勿論保守的な幾多の反對說が現はれてゐるが、世界の學界に異常な衝動を與へた事は事實であつて、將來是れが一般に承認せられ、法令化するに至らば一七八九年の人權宣言、一八〇四年のナポレオン法典以來の權利及び個人主義の觀念並に其の觀念の上に築かれた法律體系全部は根本的覆滅を免れぬであらう。

時代は天才を生み、天才は時代を指導する。即ち我が天才法律學者レオン・デユギーの社會機能說は時代の進化に伴ひ、法律の社會化を唱ふるものであつて、個人より社會へ、權利より義務へ、私有より共有への時代の歩みを法理化したとも云へやう。何時の時代に於ても新學說が一般の生活に具體的に現はれるまでには相當の年月を要するものであつて、勿論未だデユギーの說を原則として編纂された法典がある筈はないが、歐洲大戰後に

出來たそれには、所謂「法律の社會化」と云ふ傾向が可なり著しく現はれ、又個人の權利に對する制限或は義務に關する規定が漸次增加しつゝある事は爭へない。

今其の一例を擧ぐれば、有名なる佛蘭西の人間宣言の第一條には「人は自由且つ平等の權利を以て生れ且つ生存する……」と個人の權利を力說するに對し、勞農露國の革命憲法は冒頭に於て「勞働者及被使役者の權利の宣言」と題し、第一條は「露西亞は之を勞働者、兵士及農民の代表者を以て組織するソヴエートの共和國とす」と階級の支配權を揭げてゐる。次に所有權に就て見るも、ナポレオン法典第五百四十四條には「所有權は最も絶對なる方法に於て物を使用收益するの權利である」と規定せるに對し、獨逸新憲法の第百五十三條には「所有權は義務を包含す、所有權の行使は同時に公共の福利の爲めにすることを要す」と制限を設けてゐる。

又英國の權利請願、權利條例或は米國の權利章典等が何れも國家に對し人民の自由及權利の確保を求むるものであつたが、最近に生れた國法は寧

義務規定の增加

ろ國家が國民の社會的或は人間的の義務を規定する條項を見るに至つた。卽ち露國憲法に從へば其の十七條に「勞働者に事實上學習の便を與へんがためにソヴエート共和國は勞働者及極貧農民に、完全なる各般の無料教育を爲すことを目的とす」と云ひ、第十八條は有名なる勞働義務の明文であつて、

露西亞社會主義聯邦「ソヴエート」共和國は其の人民の勞働を以て必然の義務なりと認むるを以て「働かざるものは食ふべからず」なる標語を承認す。

本書の目的

と規定した。勿論民法其他の法規に於ても同一の傾向を看取されるものであつて、是等は實に驚くべき法律現象の變化といふべく、社會制度が如何なる方面に向つて進展しつゝあるかを明示せるものと見て差支あるまい。

本書の目的とする處は、人間の權利に關する資料を蒐め說明を加へ、權利の尊重と正當なる主張行使の方法を知らしむるにあるは勿論であるが、更に權利の觀念、思想、制度の變遷、進化を明かにして權利の自覺より一歩を進め義務の自覺に達し、自ら進んで人間としての責務を背負うて勇敢に之を遂行し且つ社會人として社會の發達に獻身努力すべき事を力說せんとするものであつて、決して主我的な所謂權利を濫用行使して自己の榮達利益のみを圖る事を奬勵せんとするものではない。まして況んや法の缺陷を探索し其の不備に乘じて人を陷れ或は不正の名利を貪らんとするものには斷じて與せざることを冒頭に斷つて置くものである。

第二章　權利發達史

第一節　佛國人權宣言

佛蘭西はルイ十六世の時にあたつて歷代の秕政と社會階級制度との弊害其の極に達し、萬民疲弊し國歩日に艱難となつたので王は賢相ネケールの言に聽き、社會の三階級たる僧侶、貴族及び平民の代表者を召集し、一七八九年五月全級議會を開き時局を救はんと計つた。然るに先づ階級間の衝

突は其の組織に就て起り、貴族及僧侶は二院又は三院制を主張し、平民は一院制を固執し、騒擾已まなかつたので王は其の解散を命じたが、平民議員は其命を奉ぜず、六月自ら國民議會を組織し、民主的政治の基礎を作らぬ以上決して解散せざる事を決議し、外部の公衆と相應じて民主々義運動を起した。斯くて事態不穩となつたので兵力を以て鎭壓せんと試みたが却つてバスチーユの暴動を惹起し、佛蘭西大革命の烽火は擧げられた。

宣言文可決

王は遂に國民議會及市民の意を迎ふるの態度を示すを餘議なくされ、國民議會は玆に政治的勢力の中心となり、討議七日の後同年八月廿六日を以てラフアイエットが提出した「人權宣言」を可決し、佛國のみならず之を全歐羅巴に宣言した。本宣言はラフアエット等が理想的國家と思惟せる亞米利加合衆國の獨立宣言（一七七六年七月四日）及びヴアージニアの權利章典（同年六月十日）に基いたものであつて各條の大要は次の如くである。

第一條　人はみな生れながらにして自由及平等の權利を有し、公共の利益のための外平等を害せられざること。

第二條　すべての政治的團體（國家を初め）の目的は人の天賦且不可讓なる權利を保持するにあること。其の權利とは自由、所有權、安全及壓制に對する抵抗なること。

第三條　主權は全く國民に存するものにて何人と雖も、國民より出でざる權利を行使するを得ざること。

第四條　自由とは他人を害せざる凡ての行爲を爲し得ることなること。各人の自然的權利の行使は他の者をして同一の權利を享有せしむるためのほか制限せられざること。しかも其制限は必ず法律を以て行ふこと。

第五條　法律は社會に有害なる行爲の外之を禁止すること能はざること法律の禁ぜざる行爲は之を妨ぐることを得ざること。又法律の命ぜざる行爲の外强制せられざること。

第六條　法律は國民全體の意思の發表なれば公民は自ら又は代表者に依り其制定に參與する權利あること。法律は凡ての人に均一なるべく、從つて公民は自己の能力、價値及技能に依るの外他の區別なく、凡ての尊

號、公職、公位に任ぜらるゝことを得ること。

第七條　法律に據るほか公訴、逮捕又は拘留せられざること。

第八條　法律は絶對に必要なるものゝ外刑罰を定むるを得ず。又法律に依る外何人と雖も處罰せられざること。

第九條　各人は有罪を宣告せらるゝまでは無罪と推定すべきものなるを以て、逮捕の必要生ずると雖も必要以外に暴力を加へられざること。

第十條　何人と雖も公の秩序を害せざる範圍に於て宗教上及其他の事項に就て意見を發表し得ること。

第十一條　各人は思想及意見を交換すること。言論、出版及著作に關して自由を有すること。

第十二條　公權力は人及公民の權利の保障のため必要なるものにて衆人の利益のために存するものなること。

第十三條　租稅はすべての公民の能力に應じ、公平に分賦せらるべきこと。

第十四條　公民はみな租稅の賦課徵收に關し議定權を有すること。

第十五條　社會は其行政の代理人に對し責任を問ふ權利を有すること。

第十六條　憲法を有することは權利の保障と權力の分立とが規定せられたるものなること。

第十七條　所有權は不可侵且神聖の權利なれば法律に基き且賠償するに非ざればこれを奪ふことを得ざること、

以上は宣言の大要であるが、此の宣言は左の三つの大思想を認めたものである。

(一) 人は皆生れながらにして自由平等の權利を有すること。

(二) 主權は人民に存し國家を初め諸種の公團體は人民のために存在するものにて、凡ての政治機關は人民の機關たること。

(三) 統治の權力は相互に分立せしむべきこと。

卽ち第一は天賦人權の思想であり、第二は人民主權及社會契約の思想、第三は三權分立論であつて、第一及第二(特に社會契約の思想)は其由來する

所遠くギリシアの學說に萠芽を發し、自然法學者によつて說述せられ特に近くロツク、ルソー等により皷吹せられ、第三の觀念はモンテスキユーによつて主張せられたものであるが、立法の關係に於ては全然ヴアージニアの權利章典の條章に據れるものである。而して此の人權宣言の內容は直ちにフランス憲法の採るところとなりしのみならず、近世諸國の憲法は臣民權利の保障、國民の立法參與權、統治權の分立を其の精神とし、然もこれらに關しては直接に皆範をフランス憲法に採れるを以て、實に近代公法の基礎をなせるものと云ふべきである。

第二節　英吉利大憲章

イギリス王ジョン屢々軍を起し、常に敗れてノルマンデー公國を失へるばかりでなく、巨額の戰費を要せる結果、租稅の徵收年々重く、或は獻納金を強ふる等古來の慣習法に違ふの行爲が多かつたので、一二一三年カンタベリー大僧正等主唱者となつて諸侯僧侶の集會を開いて、ヘンリー一世

王の法典を基礎として弊政の改革を要請するに決し、一二一五年一月六日諸侯同盟し兵を率ゐてロンドンに集まり改革案を奉呈し、王の決答を要求したが要領を得ず、遂に同盟諸侯は僧侶と聯合して神威軍を組織し、五月廿四日ロンドン城を圍みたるに城兵は門を開いて迎へ王は僅に七人の從者を從へて後門より逃れた。

王は形勢非なるを見て改革案の商議を開くべきことを提議し、六月十五日ランニメードの原に於て會商し、十九日に至り双方の議熟し之を憲章としてジョン王は會衆の面前に於て玉璽を鈐した。之が有名な大憲章即ちマグナカルタであつて、英國憲法の基礎となつたものである。

憲章は本文六十三ケ條より成り法典と云ふよりも寧ろ契約書とも稱すべきものであつて、爾來幾度か修正せられたるも權利請願、權利條例と共に英國憲法の三大經典として今に尊重遵守せられてゐる。其の要目を擧ぐれば

一、イギリス敎會の自由を尊重し、

二、領主に對して過重の賦課をなさず、

三、濫りに既得の權利を侵害せず、
四、承認なくして臨時の徴稅を行はず、
五、禁錮追放の刑は必ず裁判を經て執行せらるべく、
六、商賣の安全なる往來を保證する事、
等を詳細に記載されてゐる。

第三節　英國の權利請願

英吉利の國王チャールス一世が父王ジエームズ一世の後を襲ぎ、王位に昇つてから僅か三年ならざるに貴族、僧侶及び庶民の怨を買ひ一六二四年六月初めて國會を開くや財政上の事から解散を命じた。其後戰爭によつて益々財政の窮乏を致し一六二六年更に第二の國會を開けるに、議員は之を機會に先づ委員に附託して弊政の調査に着手した。時に宰相バツキンガム公はブリスル伯が己を彈劾せんことを恐れ、國會開催に先つて之に召集狀を發せず且つ伯の議場に入るを阻んだ。伯は大に其不法を訴へ强て召集狀

を請ひしため後之を發したが、更に國王の私書によつて伯の入場を禁じ、なほ公の暴行大に國會の憤怒を招いたので、王は國會が必ずバツキンガム公を彈劾すべきを察し、使を使はして其政務調査の不可を告げさした。是に於て國會は一時に激昂し、終に公の彈劾を決議し、財政紊亂、官爵の賣買及新敎妨害の目的を以て軍費を佛蘭西に貸與せしこと、先王を毒殺せしこと等を擧げて之が罪を鳴らした。王は遂にバツキンガム公の危きを見て敢て國會を解散した。

これより以後王はまた國會を召集せず、唯々自分の欲する所によつて租稅、獻金、借上金其他を誅求して憚らぬ許りでなく、或は各地に兵を送つて妄りに人民の家に宿泊して掠奪をなさしめ、或は委員に命じて舊敎徒より月々料金を收めてこれを保護せしむる等不法行爲が多かつたので、愈々人民の不平を高めた。加ふるに借上金を拒絶したる故を以て監禁された人士極めて多い中に當時名士五人あつたが、其の人身保護狀を下付せんことの要求を拒斥されたため民怨殆んど絶頂に達した。時に王はフランスと干

戈を交へて利なく軍資全く缺乏したため、已むなく一六二八年を以て第三の國會を開き、まづ人心收攬策として曩に借上拒絶の故を以て拘禁せられた者數人を免じ、又ブリストル伯、マーシヤル伯の議場に入るを許したが新舊議員何れも政府反對の意思強きを以て、劈頭第一に弊政調査に着手し王に向つて弊害の矯正成るに於ては軍費を給すべしと約し、人身保護其他に就きて調査を始めた。王屢々使を遣はして急に軍費を議決せんことを求めた。然し下院は軍費供給と弊政矯正との交換問題を提げて之に應ぜず、終に其調査の結果に成りし幾通の請願書を合せて一大請願書を作成した。これ卽ち權利請願であつて、此の請願の提出さるゝや王は冗長の言辭を弄して曖昧なる答をなしたが、遂に議長の報告に聽き拄げて正式の勅答を與へた。是に於て此の權利の請願は一箇の法律となつた。下院議員一同は事の意外に出でたるを喜び直ちに課稅を議決し、以て王に酬いた。然し此後もなほ此の權利請願の解釋違反の調査等により國王と國會との間に屢々衝突をなし、停會、解散相次いで行はれた。

此の權利請願は十一ケ條より成つてゐるが、其の要點は左の四項であつて、要するに不法なる租稅其他の徵收に關し强制又は監禁を受け、或は軍律の橫暴により災害を被むることに對して不平を訴へ、其の救濟を請願したものである。

(一) 人民は國會の許可なくして借上金、獻金又は租稅の徵收を命ぜらるゝことなく、これに對して拒絶するもために危害を蒙むることなかるべし。

(二) 何人も理由を示さず監禁せらるゝことなかるべし。

(三) 兵士を宿泊せしむるために、漫りに人民の家を徵發するを得ざるべし。

(四) 人民は平時に於て委員により、又は軍律により罰せらるゝことなかるべし。

第四節　英國權利條例

英吉利王ジエームス二世即位するや親しく樞密會議に臨みて國法に從つて統治し、併せて國教を保持するに力むべしと宣言した。然るに幾くならずして言を食み常に國情を無視し、また舊教を援護した。僧侶人民大に之を怒り、潜に使を和蘭に馳せてオランジユ公ウイルレムを迎へた。ウイルレム乃ち兵を起し海を渡つたので王は夜に乘じて遁れ去つた。ウイルレム終に倫敦に入り、先づ貴族を召集して上院を組織し、更に舊議員を會して下院を形成し其名を以て非常議會を開いた。此の非常議會は名義上は眞正の議會といふを得ないが實際上國會の實を有したものである。議會は先づ王位をオランジユ公ウイルレム及イギリスの王女メーリに捧ぐるに決したが、直に先王の治下に於ける弊政の最も著しきものを改めんがため、これが調査に着手せんとした。然るに識者ありて斯の如き改革に從事せんか、其法案實に枚擧に暇なく、幾多の歳月を要すべきを以て、此際單に國憲の大義を明かにするに若かずと主張し、衆議これに一決し即ち其の草案を作成した。

是れ卽ち權利表白書であつて一六八九年二月十八日ハリフアクス侯上院議長として兩院議員を參列せしめ、ウイルレム及同妃の面前に於て書記官をして此草案を朗讀せしめた後、ハリフアクスは進みて王冠を二人に捧げた。ウイルレムこれを受けてメーリと共に王位に卽きこれを裁可した。ウイリアム三世是である。是に於て權利條例は法律として存し、所謂英吉利の名譽革命を終へた。

此の權利條例は十三ケ條から成つてゐるが、其の要點となすところは第一に先王は法律に反する不法横暴の行爲をなし、又政府を廢棄したるを以て非常議會は其の空位を宣言すること、第二には英吉利の權利及自由を宣言すること、先王の不法横暴の事實を列擧し、第通の法律を廢止し、又は司法裁判所を構造するの權力を有せざること、平時に於ける王國常備軍の編制又は繼續は國會の承諾を得るに非ざれば不法なることを宣し、又國會議員選擧の自由、言論の自由、君主に對する臣民の請願權等を保障した。而して最後に此の權利條例は王位繼承者を定め、

ウイリアムとメーリは共に君主の位を占むべく、其の同棲するこ否こはこれを問はざるも、其の同棲するに於てはウイリアムのみ獨り統治權を有すべきことを宣し、王又は女王が舊教卽ちローマ教を容れ又は同教徒こ互に結婚することあれば臣民は奉戴を止むべきことを附加した。

第五節　米國獨立戰爭

一七六五年イギリスの議會でアメリカの植民地に印紙稅を課するの法案及本國の兵若干を屯せしめ、其入費を植民より支出する法案を通過した。茲に於てアメリカ十三州の代議士相會して本國に此の法案の廢止を歎願したが、政府は印紙稅を廢止したが屯兵を決行し又少許の輸入稅を課した。植民は卽ち反抗し、一七七三年ボストンの壯漢等インド會社の茶船に亂入して茶を海に投じた。イギリス政府は兵力を以て之を威壓せんとしたので翌年九月十三州は各々代議士を出して一の議會を組織し、更に王に歎願したが許さなかつたので、終に七五年四月レキシントン及びコンコードに於

て衝突起り、同年五月フイラデルフイアに會せし植民代議士會は大に防禦の軍を募ることゝなり、ジョージ・ウオシントンを總督に推し、翌一七七六年七月四日フイラデルフイアの國會は終に獨立の布告文を發した。此の獨立宣言を以て一般に人權を列擧した最初のものとなしてゐる。此の宣言文は相當浩瀚のもので、主權在民の主義と政體變更權とを表明し、母國に依りて毀損せられたる權利の數々を列擧し、分離獨立の理由を明かにしたるものであるが、權利の宣明に關する重要なる文言を摘出すると左の如くである。

我等は左の事項を以て自明の眞理となす。

(イ)凡ての人類は生れながらにして平等なること。

(ロ)人類は造物主より成る讓る可からざる權利を與へられたる事、生存自由及び幸福の追求は此の權利に屬すること。

(ハ)此等の權利を保障するが爲めに人類中に政府を設け、而して政府の正當の權限は被治者の同意に依り生ずること。

人權宣言の範

(三) 政體にして此の目的を紊亂すべきときは何時にても之を變更し又は之を廢除して新なる政府を設け、而して政府の組織及び權力は國民の幸福及び便宜に最も確實なるべき方法を以て之を作ることは國民の權利なること。

第六節　米國權利章典

亞米利加合衆國の獨立宣言文は概括的であつて各種の人權公民權を分析し抽出する事は困難であつて、佛蘭西の人權宣言は寧ろ其の範をヴアジニアの權利章典に採つてゐることなされてゐる。此の權利章典は獨立宣言以前に制定せられたものである。卽ち一七七六年五月六日より六月二十六日に至る迄ウアジニア代表者はウイリアムスバラに集まり、其の議會に於て憲法を決定した。其憲法は森嚴なる權利章典を以て議決された。其の起草者はジョージー・メーソンであつて、其の最終の決定にはマヂソンが勢力の中心であつた。此の宣言は凡て他の模範となつたもので、合衆國議會の宣言も亦之に則つたもので之より實に三週間後に行はれてゐる。其の起草者はヴアジニアの市民デエツフアーソンであつた。佛蘭西の人權宣言が此の權利章典に範を採つたとされるのも道理である。左に章典中より四五ケ條を抽出して見やう。

自由及所有の權利

一、凡ての人は自然に於て平等に自由且つ獨立にして或る先天の權利を有す。此等の權利は其の社會狀態に入るに當り、如何なる約束を以てするも其の子孫より奪ひ又は剝ぐことを得ず。其の權利とは卽ち生命及び自由を享受し、並に財產を取得所有し、及び幸福安全を求め得べき手段を有することなり。

二、總ての權力は國民に存し隨つて國民より出づ、官府は國民の受任者たり、奴僕たり、何時にても國民に對して之が責に任ず。

四、何人も又は如何なる人の階級も公共に對する功勞に依るに非ざれば共同社會より專占的又は特殊の利益又は特權を得ることを得ず。

七、如何なる職權を以てするも國民の代表者の同意なくして法律又は法

・律の執行を停止するは國民の權利の侵害にして之を爲すことを得ず。

十、犯罪の事實ありたる證據なくして疑はしき場所を搜索し、又は逮捕狀を發することを得ず。

第七章　ユスチニアン法典

羅馬に於ては紀元前四百五十年頃既に從來の慣習法を基礎とし、之に必要なる新規定を加へたる「十二表法」と稱する成文法典があつた。爾來、官吏の告示、元老院議決、勅令、學者の意見、法律及び慣習法を法源として幾多の變遷、改善が行はれたが、紀元後五百三十三·四年に至り、有名なるユスチニアーヌス帝のコルプス·イユリス·チヴキリス（民法全典）が完成施行せらるゝに至り、玆にローマ法の確立を見、私法の模範として殆んど世界全土に其の法系を繼受せしむるに至つた。唯英米兩國は古來先例羈束力の法理に基き裁判例相集まつて不文の慣習法（判例法）を漸成し、獨特の法系を維持し居るも、尙ほ普通法の缺點不備を補正するがために羅馬法の原

理を採つて衡平法を生じ、二法相俟ち相合して慣習法を大成せる狀態である。

ユスチニアーヌス法典は、（イ）學說彙纂、（ロ）法學階梯、（ハ）勅令彙纂、（ニ）新勅令の四部を總稱するものであつて、（イ）は共和制末より三十九人の學者の手になる凡そ二千卷三百萬行の著書中に存せる實用ある法文の抄錄と稱せられ、民法全典の首腦であり、（ロ）は初學者教習用の小法典で人の法、財產法、民事訴訟、刑事法を說ける四卷より成り、（ハ）及び（ニ）は共に勅令集である。

ユスチニアーヌス法が共和制時代に比し進步せる重なる點を擧ぐれば古代羅馬に於ては社會上の階級に自權者、他權者の區別あり、自權者とは自ら權力を有するもの、他權者とは他人の權力に服從するものを云ひ、家長は其の婦に對して夫權を有し、其の子に對して父權を有し、奴隸に對して主人權を有し又自由人に對して要式賣買により奴隸的服從義務を負はしむる事を得て、恰も國家內に更に一國家を建つるの狀況であつたが、ユスチ

ニアーヌス法にては此の制度大に變動し、家長の權は唯奴隷及家子に關するもののみとなつた。又家子の取得したるものは皆其家父の所有に歸したが、ユスチニアーヌス法に依ると、苟も父の財產を利用して取得したるもの又は父のために取得したるものを除く外は、凡て其の子の所有に歸するものとなした。又父權の下にある子も成年に達すれば獨立して義務を負ふ事を得、又獨立して訴訟をなすことを得た。斯くして家族の身體生命財產に對する家長の權力に制限を設けられ、殆んど完全に家族に獨立の人格を認むるに至つた。

又男女の地位に於ても古代羅馬法に於ては女子を排斥して男系者の財產を保持するに努め、女子には通常補佐を附したがユ法に至り兩性の間に區別をなすことなく、補佐の制も跡を絕ち、相續に於ても男女を同一の位置に置き、只公の生活に關して女子に多少の制限を附したのみとなつた。殊に相續法に於ては種々相續人に恩惠を與ふる條項がある。

民事訴訟上に於ては古代に於ては、被告を法廷に召喚するは原告自身の行爲であり、且つ訴訟手續は裁判官の面前と事實審判官の面前と二段に分れゐたるもユ法に於ては被告召喚の手續は公力を以て爲され、又裁判官は自ら係爭事實を取調べたる上にて判決を與へる事となつた。

第八節　ナポレオン法典

ユスチニアーヌス法典に次ぐ大法典の編制はナポレオン法典であつて、實に近代民法の淵源と稱せられてゐる。

同法典はナポレオン一世がフランスの政柄を掌握せる間に制定せるもので、五部より成り、其の首腦をなす民法は一八〇四年三月發布せられ、前加編の外人事、物件、財產取得の三編、二千二百八十一條から成つてゐる。民事訴訟法は一八〇七年一月施行せられ、第一部は訴訟事件二部は主として非訴訟事件に關する手續、商法は一八〇八年一月施行せられ、一編は通常商法及爲替法、二編は海商法、三編は家資分散及破產法、四編は商人の裁判管轄を規定し、刑法は一八一一年一月施行せられ、刑の種類及効力犯

法制の統一

罪の主體、犯罪の種類、違警罪の四編より成り、刑事訴訟法は同時に施行となり、司法警察及警察官、刑事裁判所の組織及訴訟手續の二編から成つてゐる。

佛國にては十三世紀の頃から法律上南北兩部に分れ、北方は主として慣習法により、南方は羅馬の成文法を普通法として行はれ、法律不統一のため統治上及交通上多大の不便を感じたので、一七九一年九月革命政府の發布した最初の憲法に統一的民法の制定を豫約し起草に着手し、一八〇〇年ナポレオンがコンシュルの首位となるに至り、鋭意編纂に從事し、自ら參事院の會議に出席し論議を上下し、前後百二回中少くも五十七回は自ら議長として立法の技を現はし、確定法律となせるものであつて、養子、緣組及協議上の離婚等の規定は、ナポレオンの創意になるものと稱せられてゐる。

ナポレオン法典は理義の正確明確と外形の整齊劃一とを以て勝り、後の民法能く其の上に出づるものはない。これ數百年來有名なる學者が羅馬法及慣習法を研究せる精髓を萃め、編纂委員又才學秀でたる者多かりし結果であつて、今日世界の民法にして其の影響を蒙らぬものは殆んど無い狀態である。

佛國民法の特色

佛國民法の特色として擧げられる所は、(一)國家的國民的に非ずして世界的人類的なるを以て能く各國民に適應する事、(二)個人の自由及其の法律上の平等を保障したる事、(三)所有權の妨害を除去して之を不可侵の權利となしたる事、(四)財產の流通を容易にし、其の改善を奬勵したる事、(五)政教を分離し、婚姻及身分事件を僧侶の手より奪取したる事等であるが、之等は大革命が制度上に及ぼせる左記事項を吸收せるものである。

一、君主々權を廢して國民主權を樹立せる事。

二、行政司法の制度を劃一にして舊制の暴濫を防ぎ、人民の權利を保護したる事。

三、陪審制度を設けて裁判の專肆を矯正したる事。

四、人種宗教の如何を問はず、凡そ人は法律の前に平等なりとの主義を

確立したる事。

五、封建制度に本づける貴族、僧侶等の特權を廢止したる事。

六、殊に之等の者の土地に對して有したる年貢の權利を剝奪して土地の所有權を解放完全にし、且つ安固を保護したる事。

七、政治と宗教とを分離し、婚姻及身分事件を僧侶の手より奪取して政府の管轄に歸せしめたる事。

八、離婚制度を回復したる事。

九、相續制度を更革して長子權を廢し、諸子均分の制度を設定せる事。

一〇、言論出版の自由を認める事。

一一、發明者の權利を認め、又文學上及技術上の所有權を保護せる事。

一二、終身宗教に歸化すべき誓言を禁ぜる事。

一三、奴隷制度を全廢せる事。

然しナポレオン法典と雖も、時世の進歩に從つて其の不備不便を感ずるに至るは已むを得ざる事であつて、殊に大革命を成就せる市民の利益を重んじて一般民衆の利益を輕んじ、特に勞働階級の利益を顧みず、從つて財産を重んじて人格を輕んずる傾向、不動産を過尊して動産を輕んぜる事、外國人を冷視せる事、法人及無記名債權に關する規定を缺けるもの多き事の缺點を見出され、又蒸汽機械、鐵道の發達は商工業の狀態を一變し、普通選擧の制度は第四階級の民を政治の舞臺に現はしめ、思想上生活上に劇變を生じたるため、靜止せる法典を以て之を律し得ざるに至るは當然であつて、爾來幾多の改正、增補が試みられ、今や廢止又は變更されたるもの尠からず、殊に一九〇〇年一月、獨逸民法の施行せらるゝに至り、時勢に適應せる進歩的の獨逸法を採用する國漸く增加し、我國の法制も外形、內容共に主として獨逸法に範を採り、佛蘭西法をも按配攝取せる有樣である。尙ほ歐洲大戰後の變革に就ては後に說く事とする。

離婚制度の回復

法典の缺陷

第九節　日本法制史

鎌倉時代

律令格式

我が日本の國民は古來道德的觀念に富み、君主に對し、親に對し、家長に對し乃至公共の利害に對して、犧牲的精神を以て事に當り、所謂個人主義的思想を賤む風習があつたが、中古以來主として支那法系を繼受し、律令格式の法制備はるに至り、法治思想も漸次發達を見た。殊に鎌倉時代に入り貞永式目及び其追加は偏く公布せられて、將軍も其部下たる御家人も共に之がために拘束せられ、權利思想の發達は意表の外に出でた。これを訴訟に見るに、双方當事者は一般に法律を理解し、式目及び追加の法文は自他の訴狀に引用せられ、同一の訴訟に數ケ年を費し、妻と雖も夫の不法なる離婚に基き、嘗て夫より讓與せられたる財產の返還を求めらるゝが如き場合は、式目の規定に據つて救濟を求め、其目的を達せざれば已まなかつた。從つて幕府の訴訟を審理するにも鄭重を極め、事件を地方的に分擔する引付あり、原告側に立つ本奉行に對して、被告側に立つ合奉行があり本奉行の監督たる證人奉行あり、訴訟當事者の代理人は其弊を抑へて之を許し、原被兩告の間に三問三答の書面辯論を重ねた後、論旨尙は盡きざる

原被兩側の奉行

自家政策上の干涉

時は更に追訴狀を提出し、次に對決卽ち口頭辯論に移り、覆勘、越訴、庭中の如き再審上告の途も自ら備はつてゐた。之は將軍と部下との間に限られてはゐたが、幕府の威力は其勢圈外たる公家側にも及んだので、武家法の施行範圍も自ら擴張せられ、不完全ながらも法治國の萠芽とも看做すべき時代を現出した。然るに室町時代を經て江戶時代に至り、幕府は賴朝以來の武家の法制を遵守すと稱し乍ら、專制的な警察國家を生み出して法治制度が逆轉するに至つたのは遺憾な事であつた。

江戶時代

江戶時代は封建國家の最も完全に發達した時代であつて、將軍は天皇の委任を受けたりと稱して、自家の行政權を行使するに何等拘束せらるゝ事なく、地方の諸大名も中央の法律の支配を受くる事なく、然も幕府の法律命令の大部は臨時必要に應じ發布せるものにて、其間體系なく、統一なく其內容は人民の行爲に對する取締を主として禁止的命令多く、權利よりも寧ろ義務の規定であり、法規の精神は人民の保護にあるべきに、概ね自家

の政策の爲めにする干渉であつて、往々權力萬能、官權至上主義より不自然を極むるものがあつた。

階級制　且つ此時代は階級制度の最も整頓せる時代であつて、法律命令の如きも自ら普遍的に非ずして階級的であつて、「法律の前に平等なり」の格言は顧みられず、斬捨御免の法文は幕府の刑法たる御定書に明記せられてゐた。而も其階級は士農工商の如き簡單なものに非ず、御家人の外に大名旗本の名稱を生じ、大名中にも外樣譜代あり、國持、准國主、城主、領主等の別あり、法律上の用語さへも區別せられて、侍以上に對する落度は以下に對して曲事と呼ばるゝ有樣であつた。又幕府の大小吏僚は皆武士に依つて占められ、百姓は終生困苦闕乏に堪へ、然も租稅の大部分を負擔し、町人は居ながらにして不正の利を射るものとして排斥を受け、武士其他の階級の需要に應ぜしむるため、僅に其營業を許された。

官僚　固より斯かる時代に今日の如き參政權の如きものゝ存在する譯なく、封建割據の風は幕府の官僚の間にも存し、彼等は一定の職權を固守して

て他の侵害を許さず、民間商工業者等の專業、專賣等を言顯はすべき「株」なる語は官僚の間にも行はれ、寺社奉行、江戸町奉行及勘定奉行より組織さるゝ高等裁判所を評定所一座と稱して事實に於て商工業の「座」と相類似せるものであつた。而して聊かにても職務以外の事に容喙せんか、支配違として詰責を免れなかつた。

自治制　此の時代の都市村落の自治は最も圓滿なる發達をなしつゝあつたが、幕府は其の活動を自家の政策に妨げなき範圍内に止め、更に司法行政の補助機關に充てんとし、或る意味に於ける自治制發達の進路を逆轉せしめた。所謂名主の玄關が訴訟當事者に壓迫を加へて、强ひて和解に終らしめんとせる傾向があつたのは、確に人民の自由權を抑壓するの具に供せられたのである。又此の時代に人民は公私共に其の自由を許されたる範圍極めて少なく、武士は其の婚姻、養子緣組等に種々の制限を附せられ、初め五十歳以上十七歳未滿のもの、死に臨んで養子をなすは無効とせられ、提封數十萬石の侯伯で嗣なきが爲め、一家斷絶の厄に罹つたもの相次ぐ有

松平定信

様であつた。尤も後には事情調査の上許否を決せられるに至つた。又百姓の如きは所有田畑の賣買（永代賣）は禁ぜられ、相續の場合に其分割相續を許さるゝは名主にありては高二十石以内、普通の百姓は高十石若くは土地一町以内の所有者に限られた。

田畑賣買の禁止

訴訟法　又此時代には正當なる權利の主張さへ愁訴歎願の形式を以てする要あり、幕府の裁判官たる奉行は幾分其審理判決を愼重にする傾向はあつたが、由來金錢は武士の賤むところとて、其債權債務に關する訴訟の如きに對しては決して親切ではなかつた。特に江戸、大阪、堺の如き商業都市には、市民の間に金銀出入訴訟が頻々であつた。然るに歷代の將軍中最も優秀な法律家と云はれた吉宗の時すら、一時此金銀出入を受理せざることがあり、一年中四、十一月の二箇月を限りて受理したこともあつた。

名家老として聞えた松平定信の時には、旗本の窮乏を救ふ爲に「德政」に做ひ、「棄捐」を行つて江戸藏宿に對する旗本の債務を取消したこともあつた。尙ほ此の時代の訴訟法は原則として訴訟當事者の代理人補佐人を認めず、故に江戸の如きは何時しか彼等の旅宿即ち公事宿、鄕宿、百姓宿と稱するものに、多少法律の知識を有する下代なる者があつて其の顧問となり訴狀の起草を初め双方の間に立つて和解をさへ試み、報酬を得て生業となすやうになり、幕府は其の弊を認めて禁令を發した事がある。斯くして今の辯護士の前身たる公事師が健訟の風を助長するを取締つたのである。

刑事裁判　刑事に於ては民事に比し其取締峻烈を極め、一度嫌疑を受ければ苛酷の拷問を強ひられ、其自白を待つて嚴刑に處せられた。而して一般法律の周知を圖るに熱心であつた幕府も、刑法に對しては主義として秘密に附した。其理由とする所は、刑法の定むる事それ自身裁判官の自由裁量の範圍を狹むる弊害ありとし、一般人に對しては刑罰の輕重を測知し難きところに一種脅喝の効力ありとて、一時的に法に變更を加へんとせし事さへあり、所謂「御咎を量る」は一の犯罪と看做された。

從つて此の時代の刑罰は、鋸引、磔、獄門、火焙の如き酸鼻に堪へざる酷刑を採用し、然も罪惡は死亡によつて消滅する事なく、罪人の死骸に向

つてさへ刑を加へんとし、又刑を一身に止めずして父子親族をも連座せしめたものもある。而して幕府の立法者は故なく戰國の遺風を踏襲せるものにあらず、刑は社會に對する見懲しなりとの脅喝主義のもとに行ふべきものとなし、又一人には重きが如きも、之によつて社會の犯罪行爲を未然に防止するを得ば、「一殺多生」なり、「不仁の仁」なりと自讃した。

即ち一定の主義のために犯人を犧牲にせんとするもので、此の場合人民の自由の如きは殆んど眼中に置かれなかつた。從つて犯人の搜索檢擧の如き如何ばかり苛察を極めたかは、當時勘定奉行の屬僚として關八州の警察區域を巡視して、犯人の搜索を事とせる「八州者」に對し、地方民が恐怖の餘、其の子弟を誡めて「八州者」の問には一切知らずと答へよと云ひ置いたと云ふ程である。

自由權　集會結社の如きも此の時代には容易の事でなく、徒黨を結び誓約をなすが如きは武家諸法度に明かに禁ぜられ、一般人民にあつても特に重きによつて處斷せられた。言論出版の自由を拘束された事亦意想外であつて、殊に政治（御政務筋）經濟、法律（御仕置筋）に關する圖書の出版は許可を得ること頗る難く、評定所に掲示された懸看板さへこれを出版すれば處罰された。天保十五年明律國字解を發行するに當つて、纔かに吉宗の時既に其の本書の印行が許された事實ある爲に許可された狀態であつた。

信教の自由に就いても切支丹宗を始め、三鳥派、不受不施派を信ずるもの等の刑罰は明かに御定書に載せられた。請求權に就ては御定書に、人民が諸役人の非分私曲を訴ふるを受理する規定あるも、先づ當該役人支配人に達して和解せしむる方法を取ることゝなり居れば、其の間脅迫威壓の行はるゝを想像すべく、訴願の目的を達するは萬々難しと見なければならぬ。若し强ひて上訴の手段を取れば木內宗吾、伏見義民の如く峻刑は立どころに下るのである。吉宗の訴狀箱を始め、駕籠訟、駈込等の方法はあつたが其目的を達するには極めて不充分であつた。

明治時代

王政維新の大事業は開始せられ、終に慶應三年十月十五日、德川慶喜公

階級廢止

諸法令公布

大政を奉還し、將軍職を辭し、鎌倉覇府以來七百年間の武門政治は終末を告げ、制度文物は一大變革を見るに至つた。先づ明治四年七月、諸侯は全其の政權を失ひ、郡縣の制となり、封建の遺習たる彼の階級及び特權主義の法制は殆んど其の跡を絶つた。次いで明治六年六月には豫算を公布し、くて八年四月元老院大審院を設けて立法、司法の制を改め、八年度より決算を公布し、十一年七月府縣制及町村會を設け、十三年七月刑法、治罪法を頒布し、明治十四年十月勅令を發して國會開設を告諭し、愈々廿二年二月憲法發布を見て、自由、請求、參政の權を確保せられ、二十三年六月には行政裁判法を發布し、翌年十一月國會開設の時より實施する事となつた。

此の憲法發布の前後に於て、中央官制、市町村制、府縣制、民法、商法民事及刑事訴訟法等幾多の重要法律を發布して、司法及行政組織に關する制度は大に整備するに至つた。唯民法商法の規定は不便の點尠からざるため同年の議會に於て之が施行を延期し、其後商法は最も必要なる一部を實施し、同時に民法商法の改正に着手し、新民法は二十八年末總則、物權及

債權の三編を議了し、翌年帝國議會を通過四月公布され、親族及相續二編は三十一年六月民法施行法及其他の付屬法律と共に公布、同年七月十六日より全部の施行を見た。

商法も亦三十二年三月之が公布を見、次いで刑法、民事訴訟法及刑事訴訟法も改正公布され、茲に我日本の法典も完成し、幕府時代の弊害も一掃さるゝに至つた。尙ほ勞働法規、其他特別法に就ては後章に述ぶる事とする。

第三章　法律上の權利

第一節　權利の本質

權利とは一定の利益を保護するがために法令の認めた力である。權利は法令が人の意思に對して認めた法律上の力であつて、腕力又は財力等とは異るものである。日常生活の上には腕力のすぐれた人は弱い人よりも有利

な地位に立つことが屢々あるであらう。けれども法が保護する程度は腕力の強弱に拘はらず同一である。また社會生活の上には、財産とか家柄などが強い力を持つものであるが、國法は此等に拘はらず、すべて平等に保護するのが原則である。また權利は法令が保護するものであるから、之が侵害せられた時は國家の力を以て法令に從ふて保護するのであつて、各個人が腕力などに訴へて其の權利を主張し得べきものではない。

法令が保護する內容卽ち權利の實質は、人々の生活上に於ける色々の利益である。利益とは損得といふ意味の利益ではなく、利害關係の意味である。從つてそれは財產上の利益のみに限らない。生命、身體、名譽、自由などの如きは人々の生活にとつて貴い利益である。故に法が人々に與へる權利は所有權、地上權、賃借權、特許權、著作權、營業權などの如き經濟上の權利許りではない。戶主が家族に對する戶主權、親が子に對する親權、名譽を毀損せられざる權利、自由を束縛せられざる權利など、色々の權利をも認めるのである。

刑法九條以下參照
民法七〇九條以下參照

權利を侵害した者、換言すれば一定の義務を守らなかつたものに對しては種々の異つた制裁が加へられる。制裁には色々のものがあるが、最も重要なものは刑事上の制裁としては死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料などがある。民事上の制裁としては損害賠償が最も重なものである。

權利は人に許されたる活動の自由の範圍なりと云ふ事が出來る。多くの人が集まつて社會を形づくり、茲に平和な生活を營むがためには、各人の行動に絕對の自由は許すべからざることである。若し之が許されるものと假定すれば忽ち秩序は破壞せられ、生命や財產の安全も保障せられず、人々の利害は常に衝突し、平和と幸福とは地上に其の影すら認むるを得ず、萬人の萬人に對する慘劇を演ぜなければならぬ、かくの如きは自由を得んと欲して却て不自由を持ち來す結果となる。之を避けるがためには一定の範圍內に於てのみ各人の自由活動を許し、他人は之を尊重し、之を妨害せざる事が必要である。故に法は一方に權利を認めると同時に他方には之に對する義務を認める。かくの如く法令は人々の活動を制限し、之を規律し

之に秩序を保たしめるのである。然し此の束縛あるがために各人は一定の規律を守り、社會生活に秩序が保たれ、總ての人に幸福と平和とを樂しましめ得るのである。此の意味に於て、權利は法が人に許す所の自由行動の範圍なりと云ふ事が出來る。

第二節　權利の分類

權利は之を公權と私權とに區別する事が出來る。公權とは公法の上に認められた權利であつて、國家の統治權の活動に密接な關係を有し、社會公共の利益と深い關係がある。公權として國民に認められて居るものに、選擧權、被選擧權、官吏となるの權、裁判を請求する權利、特許を出願する權利など色々ある。前三者を總稱して參政權といひ、之は內國人にのみ認めるのが原則である。

私權とは私法上に認められて居る權利であつて、人々相互の間の日常生活に必要なるもので、國家の利害には多くは直接關係の無いものであるから內外人を區別せず、原則としては平等に之を認める。但し特に國家的利害に關係のあるものは、法令又は條約により外國人に認めないものもある例へば日本銀行又は橫濱正金銀行の株主となる權利、鑛業權、取引所の會員となる權利などは、法律により外國人には禁止されてゐる。

權利には對人權と對世權との區別がある。對人權とは特定の人の間にのみ存する權利である。換言すれば義務者の特定してゐる權利である。例へば物を貸借した場合に、貸主が借主に返還を請求する權利は、たゞ其の借主に對してのみ主張し得るのであつて、其他のの人々に對しては主張し得ない事勿論である。子に對する親の權利(親權)、家族に對する戶主の權利(戶主權)の如きも之に屬する。對世權とは、一般の世人に對して主張し得べき權利である。換言すれば權利者以外の人は總て義務者たる權利である。例へば自己の名譽を毀損せられざる權利、特許權、商標權の如きものは之に屬する。

權利の反面には義務が存在する。義務とは他人の權利を尊重するために

人々に課せられた法律上の負擔である。而して權利は原則として之を拋棄することが出來るが、義務は決して之を拋棄することは出來ない。但し權利の內には權利たると同時に義務たる要素を含んでゐる場合がある。例へば民法第八百七十九條には、

親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ監護及ビ敎育ヲ爲ス權利ヲ有シ義務ヲ負フ。

と規定してある。卽ち親權は親が子に對する權利と義務との結合したものである。かくの如き權利は拋棄する事が出來ないのである。

第三節　權利の主體

自然人

權利の主體たるもの卽ち法律上權利を有し得るものを人と名づける。人には肉體を有する生れながらの人と、人に非ざる者を法律上の關係に於て人と假定し、之に人たる資格卽ち人格を認めたものとの二種類がある。前者を自然人といひ、後者を法人といふ。人格と云ふ言葉は法律上では人たる資格といふ意味に用ひるのである。品性が高いとか卑しいとか云ふ意味で用ひるのではない。法人に就ては次に說明する事とし、玆には自然人に就て說明する。

民法第一條に「私權ノ享有ハ出生ニ始マル」と規定せられてゐる。卽ち人は出生の時から死亡の時まで人と考へられるのである。胎兒は原則として人としては取扱はれず、たゞ例外的に相續の場合等に就て特に之を人と同一に見るのである。

何人を日本人とし、何人を外國人とするかは國籍法に定めてある。我國籍を取得する法は出生による場合と、その他の事由による場合とある。出生により我が國籍を取得する場合の事は、國籍法第一條乃至第四條に規定せられてゐる。出生については我法律は血統主義によつてゐる。然るに國によつては出生地主義によつて國籍を定め、苟も其の國の領土內に生れた子は、親の國籍の如何に拘はらず之をその國民とするものがある。北米

民法第七二一條、九六八條、九九三條、一〇六五條

合衆國の如きは其の一例である。この場合には二重國籍又は無國籍を生ずる事がある。例へば日本人の子が米國で生るれば、血統主義によつて日本の國籍を得、同時に出生地主義によつて米國の國籍を得るのである。

次に出生以外の事由によつて我國籍を取得する場合の事は、第五條乃至第十七條に定めてある。國籍法第五條には、當然に我國籍を得る場合を定め、第七條には歸化、第十三條には夫と妻との關係、第十五條には親と子との關係に就て我國籍を取得する事、及び之に關聯したことを定めてゐる。次に國籍法第十八條乃至二十四條には、日本人が日本の國籍を失ふ場合を規定し、第二十五條乃至二十七條には一たび日本の國籍を失ひたる者が、之を回復する場合の事を規定してゐる。我國では新領土の人民は當然に我國籍を取得するものとして取扱はれて來たが、之に國籍選擇權を與ふべきや否やは一の問題である。

總ての自然人には人格即ち權利を持つ資格が認められてゐる。然し其の權利を行使する能力は時として制限せられてゐる者がある。權利を行使し

得る能力の事を行爲能力、又は單に能力と名づける。權利を有效に行使するが爲には、その人の意思が完全でなければならぬ。その完全な場合にはその人が持つてゐる自然の意思を直ちに法律上の意思と見るのである。然るに其の自然意思に缺點のある場合には、他人の自然意思を以て之を補ひ以てその人の法律意思を完全ならしむることが必要である。此の趣旨を以て民法は未成年者、禁治產者、準禁治產者の三種のものを無能力者、即ち行爲能力を制限せられてゐる者と定め、適當の方法を以てその意思の缺點を補ひ。此等の者を保護することゝしてゐる。此の外に一家の秩序と平和とを保つ爲に、特に妻を無能力者と爲し、一定の場合には夫の許可を要することゝ定めてゐる。

未成年者　我國では滿二十歲に達すれば之を成年とし、完全な能力を有するものとして取扱ひ、二十歲未滿の者を未成年者とし、未成年者が法律行爲即ち法律上の效果を生ずる所の行爲をなすには、その法定代理人即ち親權者又は後見人の同意を必要とし、その同意を得ずして爲した行爲は未

成年者の方から取消し得るものとしてゐる。之れ智識の未だ充分に發達してゐない未成年者を保護するためである。

禁治産者　繼續的の精神病者、即ち心神喪失の常況にある者は、一定の人の請求によつて、裁判所は之に禁治産の宣告をする。禁治産者には後見人を附けて之を監督保護せしめ、禁治産者に代つて法律行爲を行はせる。禁治産者の爲した行爲は取消すことが出來る。

準禁治産者　比較的に精神狀態の薄弱な者、即ち心神耗弱者と名づけられるやうな者もある。また金錢上の問題について甚しく常規を逸してゐる所の浪費者と名づくべき者もある。此等の者に對しては一定の人の請求により、裁判所に於て之に準禁治産者の宣告を與へ、之に保佐人を附し、重要なる法律行爲をなすには保佐人の同意を受けしめ、その同意なくして爲したる行爲は取消し得べきものとして直接には準禁治産者を、また間接には其の近親の人々を保護することになつてゐる。

妻　現代の我が法制に於ては男女同等を原則とし、たゞ例外的に男子に

優越の地位を與へてゐる。例へば國會議員の選舉權を男子にのみ認め、家督相續について、夫妻となり一の家庭を組織した以上は一家の秩序を保つために夫に優越の地位を認める必要上、特に妻を無能力者となし、夫權に從はしめ、妻が一定の重要な法律行爲をなすには、夫の許可を要するものとし、許可なくして爲したる行爲は取消す事を得るものと定められてゐる。

住所　人については其の住所を定める事が必要である。民法第二十一條は

「各人ノ生活ノ本據ヲ以テ其住所トス」

と定めてある。生活の本據では無くして、多少永續的の住居の場所を其の人の居所と名づける。例へば本宅は住所であつて、事務所や別邸等は居所である。此の外に本籍地と稱するものがある。本籍地の事は嘗て原籍地又は本貫と名づけた時代があつた。之は人の身分に關すること、例へば出生婚姻、死亡等に關する事項を公の戸籍簿に登錄するために形式的に定められた場所であつて、必ずしも實際の事實と一致する事を必要とせぬ。例へば東京で生れ、東京で育ち、東京で活動してゐながら、本籍地丈は山口縣

民法第二五條以下

民法第三〇條以下

こか鹿兒島縣に在つて、しかも其處へは未だ一歩も足を踏み入れたことの無い者があつても差支がない。今日では戸籍事務と兵役事務とだけは本籍地を標準として形式的に取扱はれるが、その他一切のことは住所即ち實際の事實を標準として取扱はれるのである。

失踪　從來の住所又は居所を去りたる人が永續的に不在である場合、殊に其の生死すら不明なる場合には、その不在者のために財產を管理する人を置くことが、個人的にも國家的にも有益である。故に裁判所は一定の人の請求によつて財產管理人を置く事が出來る。

斯の如き不在者の生死が久しい間明かでない時は、財產上の問題及び身分上の問題などについて種々不都合を生じるから、裁判所は利害關係人の請求により、此の者に失踪の宣告を爲すことがある。通例は七年間生死不明の人を失踪者と宣告するが、特別の場合即ち戰地に臨みたる者、沈沒したる船舶中にありたる者、その他特別の危難に遭遇したる者については三年間生死不明なれば、失踪を宣告することが出來る。而して失踪の宣告を受けたる者は、此等の期間滿了の時に死亡したる者と看做される。即ち其人の消息の明かであつた最後の日から七年目、又は三年目に死亡したるものとして取扱はれるのである。

法人

法人とは一定の目的のために團結したる人の團體、又は一定の目的に供せられたる財產に對して法律が之に人としての資格則ち法律上の人格を認めたものである。之を公法人と私法人に區別する。

公法人とは公共的の目的を有する團體であつて、其の團體員に對して命令强制し得る統治的の權力、則ち公權力を有するものである。國家も一の公法人である。國家以外に一定の公務を行ふがために、特に國家に依つて其の存立を認められ、自治の權利の認められたる公法人を自治團體又は公共團體と云ふ。その內で一定の土地と住民とを構成要素として成立するものを、地方團體又は地方自治體と云ふ。府縣、市村町の如き其の例である。之については府縣制、市制、町村制と云ふ法律に詳細の規定がある。之は

行政法殊に自治制度の研究に屬することである。之に反して土地を基礎とすることなく、たゞ一定の資格を有する人を以て組織する團體を公共組合と云ふ。商業會議所、耕地整理組合の如き其の例であつて、此等についてはそれ〴〵の特別法が制定せられてゐる。

私法人は私法によつて支配せられ、公益又は私益を目的とするものであるが、統治的權力の與へられてゐない點が公法人と著しく異る所である。私法人に關する法令は民法又は商法が根本であるが、之に關する特別法としては銀行條例、信託業法、保險業法、取引所法、產業組合法、住宅組合法の如き一般的のものも澤山ある。殊に日本銀行條例、朝鮮銀行法、日本赤十字社條例などの如く、一法人のために一法令の制定せられてゐるものさへある。私法人の中には、人(自然人又は法人)を以て組織したものがある。例へば愛國婦人會、女子學習院の常磐會、何々銀行、何々株式會社の如きものであつて、之を社團法人と云ふ。また財產を基礎として成立したるものがある。例へば濟生會、日本女子大學校の如きものであつて、之を

財團法人と云ふ。

また私法人は公益を目的とするものと、營利を目的とするものとがある。前者を公益法人、後者を營利法人と云ふ。財團法人は常に公益法人であるが、社團法人には前に示した例の如く、公益法人と營利法人の二種がある。營利法人は法律上之を會社と名づける。その內で商行爲を爲すを業とする目的で設立したものを商事會社と云ふ。例へば株式會社第一銀行、株式會社三越呉服店、日本郵船株式會社、三井合名會社、三菱合資會社などは其の實例である。商行爲に非ざる事業を目的とする會社を民事會社といふ。農業や漁業を營む會社の如きは之に屬する。何を商行爲と名づけるかは商法第二百六十三條乃至二百六十五條にその定義が揭げられてゐる。また各種の會社については商法第四十二條乃至第二百六十二條の三に詳細の規定がある。

民法第三十三條以下には公益法人に關することが定められてゐる。公益法人とは祭祀、宗教、慈善、學術、技藝其他一般に公益に關する事項を目

的とする法人であつて、民法其他の法律の規定によつて設立する事を要し且つ主務官廳の許可を受けなければならぬ。主務官廳とは特定の行政事務を管轄する官廳を指すのであつて、例へば教育に就ては文部大臣、慈善については內務大臣を指す。社團法人を設立せんとするものは定款即ち規則書を作つて之に第三十七條に記されたる事項を記載しなければならぬ。試に常磐會の定款と民法の規定とを對照すれば分明する。財團法人を設立せんとする者は寄附行爲即ち規則書を作つて第三十九條の事項を記載するを要するのである。而して法人は其の設立の日、卽ち主務官廳の許可のあつた日から二週間以內に、第四十六條に揭げた事項を登記せなければならぬ。法人の住所は其の主たる事務所、例へば本社又は本部の所在地にあるものとせられてゐる。

法人は無形のものであるから自然人の如く自然に備はつた意思を持つてはゐない。然し法人は一定の目的卽ち法律上の意思を有するものである。此の法律上の意思は自然人の意思を以て決定し、または實行せなければな

らぬ。また法人は無形のものであつて、手も足も口も耳も持つてゐぬから自然人が代つて之を代表せなければならぬ。その關係は無能力について甲の自然意思の缺陷を乙の自然意思を以て補ひ、之によつて甲の法律意思を完全にすると云ふのと道理は殆んど同一である。かくの如く法人のために活動する自然人が無ければならぬ。此の人を法人の機關と名づける。法人を代表する人、法人のために其の意思を決定する人、法人の事務を執行する人、此等の人々を法律上の意味に於て機關と呼ぶのである。

社團法人には通例代表機關、執行機關、議決機關、監督機關が備はつてゐる。法人を代表し且つ其の事務を執行する機關は理事である。法人の意思を決定する所の議決機關は、社員總會であつて少くとも毎年一回は通常總會が開かれ、必要があれば其れ以外に臨時總會が開かれる。以上の三機關は之を缺くことを得ないものであるが、此の外に理事の職務執行を監督するために監事卽ち監督機關を置く事は自由である。

また民法には規定しないが時としては社員中から若干名の代表者を選ん

で之を評議員など、名づけ、議決即ち法人の意思を決定するに當つて社員總會の代りに簡便な方法を採ることもある。財團法人には社員がないから社員總會はない。以上の名稱は民法に掲げられてゐるものであつて、實際には之と異る名稱を用ひてゐる場合が多い。例へば社員の代りに會員といひ、理事の代りに役員といひ、特に主任の理事を會長とか校長とか名づけることがある。

法人は常に主務官廳の監督を受けてゐる　法人は、一定の場合に消滅即ち解散するが、之には任意に解散する場合と強制的に解散せしめられる場合もある。法人が解散すれば其殘餘財産を何人にか屬させなければならぬ。また法人が解散すれば速に其殘務の整理即ち清算を行はねばならぬ。

尚ほ多數の會員が集まつて組織してゐる會の中にも、未だ法律上の手續を履まず、從つて未だ社團法人たるの資格を備へないものが澤山ある。斯の如き場合に其の會員相互間及び外部に對する關係は一の組合契約として取扱はれるのである。また私立の學校や各種の社會事業などの內には財團

法人となつてゐるものもあるが、中には未だ一個の私有財産として經營せられてゐるのである。

第四節　權利の客體

目的物

權利の主體は人であるが、其の客體（若くは目的）はといふと、人であることもあり、物であることもあり、又人の行爲であることもある。例へば親權に基いて子を懲戒する場合の如きは、其の懲戒權の客體は子其のものである。又金を貸した者が借りた者から取立てる權利、即ち債權の客體はといふと、借主が金錢を返還するといふ行爲である。又自己の所有物を自由自在に處分する場合の如きは、即ち物が所有權の客體となつてゐるのである。而も權利の主體客體といふても之は法典には無い言葉で、唯だ學理上の術語である。法典には權利の客體といふことを權利の目的と謂つて居る。そして又其の目的たる人の行爲の客體となつて居る物に付ては特に目的物

といふ語を用ふる。例へば米何俵を引渡す行爲が債權の目的物である。

吾が民法に於て物といふのは有體物を指すのである。有體物とは言ふまでもなく、形體を具ふる物體であつて、土地、家屋、膳、椀、茶碗の如きものを謂ふ。そして土地家屋の如きものは之を不動產といひ、膳、茶碗の如きものは之を動產といふのは勿論であつて、容易に動かし得るもの、又動かす事が其の生命である所のものが動產で、絕對に動かし得ざるもの若くは容易に動かし得ざるもの、換言せば其の物の性質上原則として動かすべからざるものが即ち不動產である。元來宇宙間のあらゆる物を其の價格形狀及用法の如何に拘はらず、單に動くものと動かざるものとに別つといふ事は一體餘ほど變なものであるが、之は古來何れの國の法律にも認めてゐることで、畢竟一は幼稚なる時代の社會觀念より生ずる經濟上の理由からきたもので、昔は不動產は一般に高價なもの、動產は比較的廉價なものであつたから不動產を尊重する觀念上、其の法律上の待遇を異にしたのである。然るに今は一枚の紙片でも數萬圓といふ有價證券が幾らもある世の

中で、又ダイヤモンド一粒でも何千圓、機械一臺で何萬圓といふものが日常盛に取引せられてゐる。故に今日では最早前揭の理由は消滅したといつてよろしい。然し其の形狀及用法の相違は依然として之を認めなければならぬ。ダイヤモンドや有價證券は容易に袂の中にも入れる事が出來るが土地や家屋はさうはいかぬ。即ち之を占有する上に於て餘程其の狀態が異つてゐる。少くとも他人から見て一寸誰の物か判明しかねる。從つて往々間違が生ずることがある。是に於てか法律は此の他人に對する關係上、換言せば第三者を保護するがために、若くは世間に公示し警戒するがために、兩者の待遇を異にする實益上、動產、不動產の區別を認むるのである。

夫故に船舶の如きは性質上當然動產であるけれども、右に述べた取引上の安全を期する理由から、特に登記の制を設けて其の取扱を不動產に準じて居る。又或種の機械類の如きも或場合に於ては、他の不動產と共に一團をなしたものと見て特に登記を許して不動產に準ぜしむることがある。即ち鑛業財團、工場財團の如き然りとする。尙ほ此の登記なる制度は獨り不

動産に對する民法上の物權ばかりでなく、其の他の法律例へば鑛業法に依る鑛業權、特許、意匠、商標法等に於ける此等の權利に付いても亦行はれてゐるのである。

登記制度

抑々登記の制度は必ずしも第三者保護のために出來たのでなく、登記權利者其の者の權利も亦之に依つて確保せらるゝ所以である。然しながら之を速斷して如何なる場合でも一日登記した上は、之に依つて以て其の權利が絕對に確定したものといふことは出來ぬ。言ふ迄もなく、實質上成立してゐない權利に就ては如何に之を登記すればとて、無より有を生ずる理由はなく、又邪を變じて正となし、非を變じて是となすものではない。假令形式上登記はあつてもそれは只だ架空の登記で法律上無效のものであるから正當の權利者から其の抹消を請求せらるれば、勿論之に從はねばならぬ。但し獨逸では登記を以て權利取得の要件としてゐるから、登記をしない以上は適法に權利を取得する事は出來ないのである。然し我が國では唯第三者の對抗條件としてゐるのであるから、たとひ登記をしなくとも一片の意

獨逸と登記

思表示で權利は取得せらるゝのである。然し實際に於ては大概登記濟の上ならでは安心して取引せぬのが慣例である。

我が民法に於ける動産不動産の區別は、土地及其の定著物は之を不動産とし、其の他の物は動産としてある。之を例ふれば小にしては疊、建具、造作其の他諸種の家具道具、大にしては汽車、汽船、軍艦、大砲の如きも、又犬猫牛馬等の家畜其の他禽獸蟲魚は何れも皆動産である。又土地及地上の建物の如きものは多くは皆不動産である。尤も掘つ立て小屋の如きは、ほんの一時的のものであり、又屋臺見世の如きは寧ろ動かすべき性質のものであるから勿論土地の定着物でない。從つて此等は不動産ではなくて不動産のやうな動産である。又永久に植付けた立木或は數十年計畫で植林した樹木は土地の定着物たるが故に、土地と共に一の不動産であるが、緣日の植木屋が仕立てゝ置く苗木等は、賣るまでのほんの假りに植付けてあるに過ぎないから動産である。

其の外無記名債權といふて持主の名義の書いてない公債や株券、其の他

電車や汽車の切符のやうなものは單に一片の紙切として考へれば、殆んど一文の價値も無いものであるが、之は權利が紙の中に籠つてゐるやうなもので權利と紙片と離るべからざるものであるから、便宜上無記名債權は之を動產と看做すといふことになつてゐる。

物の分類

物は種々に分類されてゐるが、特定物と不特定物の區別は特定物とは特に定まつた同一物で不特定物とは數量品質の等しき物、換言すれば代つて替へらるゝものをいふのであつて代替物とも稱してゐる。例へば雅邦の幅を他人に貸してやれば借りた者は其の同一の物を返さなければならぬ。是れ即ち特定物である。之に反して武藏の白米四斗入十俵といへば、同等の品質の武藏の白米でありさへすれば、必ずしも同一物でなくとも數量さへ間違ひなければそれで構はぬのである。融通物不融通物とは取引の目的と爲すことを得ると否とが區別の標準で、不融通物には太陽、月の如き自然的のものと、道路、神社、世襲財產の如き法定的のものとある。

其他の分類
代替物
融通物

主物、從物とは獨立して用をなすものと、他物に附帶して初めて用をなすものゝ區別であつて、例へば植木鉢は植木の從物であり、蚊帳の釣手や簞笥の鍵も從物で、之等の從物は主物の賣買契約に當然包含せられたものと見なければならぬ。

消費物と非消費物とは一時の使用に由りて消滅又は變形するか否かで區別され、消費物は消費貸借の目的となすことは出來ない。又無體物例へば電氣、光線、冷氣、暖氣、香氣、臭氣の如きは民法上のものでない。但し刑法に於ては電氣は之を財物と看做してある。無體物は有體物の如く差押の目的物となることは出來ない。

有主物と無主物とは現に何人かの所有權に屬するものは、有主物であつて然らざるものは無主物である。有主物が所有者死亡し繼承者なき場合或は所有權を拋棄した場合は無主物となる。無主物を有主物となすことは動產に關する先占である。無主の不動產は國庫の所有に屬し先占の目的物とすることを許さない。海洋中の魚介空中の鳥山野の獸の如きは無主物であ

消費物
刑法二四五條
有主物

る。

果實とは物の產出物を云ふのであつて、天然果實とは物の用方に從ひ收取する產出物で例へば米、鷄卵の如く、法定果實とは物の使用の對價として受くべき金錢其の他の物を云ひ、例へば家賃の如きものである。天然果實は其の元物から分離する時は之を收取する權利を有するものに屬し、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る。

第五節　權利の得喪

民法上に於ける權利の取得、消滅、移轉、變更の原因は大別して二とすることが出來る。即ち一は或る事實の發生、一は或種の行爲である。事實の發生とは例へば出生とか死亡とか或は時日の經過の如きものである。即ち我々は出生と同時に私權を取得し死亡と同時に之を喪失し、若くは移轉し又或る年月の經過に依つて權利を取得し或は消滅するの類である。

扨て此の出生とか死亡とか時の經過とか云ふものは皆是れ一の事實であ

る。尤も單に事實の發生とは云ふものゝ之が權利義務の原因となるには、固より一方に於て之を認めたる法令の規定が存しなくてはならぬ。現に民法第一條にも私權の享有は出生に始まると規定してある。又死亡の效果に就ても民法は各所に其の規定を設けてゐる。故に事實の發生と云ふ事は取も直さず法令の規定といふことゝ同意義に歸着するのである。故に法律事實と稱するのである。

又或種の行爲に因つて權利を得喪することを說明すれば、元來吾々の社會上の行爲は之を大別して三となすことが出來る。即ち一は權利として保護せらるゝ行爲、二は不法行爲、三は即ち權利としても保護せられず又不法にもあらざる行爲である。食ひ眠り步むが如きは即ち第三種に當り、盜み、殺し、傷くるが如き行爲は第二種に屬し而して賣買、婚姻、相續等の行爲は即ち權利として保護せらるゝ處の第一種であつて之を法律行爲と稱するのである。

法律行爲

法律行爲とは法律上の効力を生ぜしむる事を目的とする意思表示である之には一方行爲（單獨行爲）と双方行爲（契約）とがある。前者は一方の意思表示だけで成立するものである。また法律行爲には要式行爲と不要式行爲とある。前者は一定の方式を用ゐて其の意思を表示することを必要とし、之に反したるものは無効とせらるゝものであつて遺言の如きは其の例である。後者は一定の方式を必要とせず、たゞ意思表示があればよいのであつて多くの法律行爲之に屬する。

法律行爲が有效に成立するためには當事者が能力を有する事、その内容が適法なること、及び意思が缺點なく表示せられることが必要である。即ち無能力者の場合は取消すことを得、又法令に違反するを得ないことは勿論である。但し之は强行規定についてゞあつて、任意規定については違反するを妨げない。また法律行爲の内容は適法なる事、即ち公序良俗に反せざる事が必要である。之に反する事を目的とするものは無效である。次に意思は外部に表示せられなければならぬ。表示は明示でも默示でも差支な

い。意思が言語又は文書を以て表示された時は明示の意思表示である。然し周圍の事情によつて初めて意思を推測し得る如き場合がある。例へば商人が見本に持參して置いた品物を何時の間にか使つて了つたのは、賣買契約が成立したものと解釋すべきである。或は當方から或る申込をして置いて數回催促したけれども、全く返事が來ないならば先方は之を拒絶する意思を默示的に表示したものと見なければならぬ。そして眞實の意思と其の外部に表示された所のものとは一致しなければならぬ。時としては誤つて其の一致しなかつた場合もあり、或は止むを得ざる事情のため本意に非ざることを表示することもある。此等の場合に其の意思表示、即ち法律行爲の効力を如何に取扱ふべきかに就いて民法は四つの場合を規定してゐる。

（イ）心理留保　之は人が自己の眞意に非ざる事を表示し、相手方をして之を眞實なりと信ぜしめた場合である。此の場合の意思表示は何等の缺點のない場合と同樣に有效である。例へば物を貸す意思は少しも無かつたのであるが、お愛想に貸すと言つて置いたとき、相手方が之を眞實と思つて

借りたいと言へば茲に貸借の契約は有效に成立したことに成る。但し對手方が表意者の眞意を知りたるとき、又は知り得べき筈であつたときは、その意思表示は無效である。例へば何かの戲談に言つたとき、或は大言壯語して他人を煙に卷いて居るときの如きは、その人の言ふことは法律上何等の效力のないことである。

（ロ）虛僞の意思表示　相手方と通謀して爲したる虛僞の意思表示は、無效である。例へば甲の財產を一時乙の名義にして置くが如き場合に、乙はその財產を自分のものであると主張することは出來ない。それは無效な意思表示であつたから相變らず其の財產は甲のものである。然し乍ら斯の如き虛僞の意思表示のあつた事を知らなかつた所の善意の第三者丙にまで、甲乙間の法律行爲が無效になつたがために迷惑を被らせる事になつてはならぬ。例へば丙が此の物品を乙の所有物であると信じて、乙から買取つたとすれば、甲はもはや丙に對して其の品物の返還を請求することは出來ない。善意の第三者たる丙は充分にその利益を保護せられる。

（ハ）錯誤　法律行爲の要素に錯誤のあつたときは、その意思表示は無效である。要素といふのは法律行爲の內容となる事柄の內で、重要なる事柄を指すのである。例へば百圓と百弗と思ひ違ひして賣買契約を締結した時ニツケルをプラチナと誤解して約束したとき、婚姻について人違ひであつたときの如きは、法律行爲の要素に錯誤のあつたことの著しい時であつて此等の契約はすべて無效である。但し表意者に重大な過失があつて、此の錯誤を生じた場合は別問題である。例へば甲の認めた書面には明瞭に千圓と書いてあるのに、乙が輕卒にも之を十圓と讀んでこれに返答をしたとか本年十月と書いてあるのに明年十月と誤解したなどは、乙の重大なる過失である。かゝる場合には表意者たる乙の方からは其の無效を主張することは出來ない。從つて相手方たる甲が之を有效とするか無效とするかの選擇權を持つことになる。

（ニ）詐欺又は强迫　硝子の玉を水晶の玉と欺かれて買つたとか、或は暴力で脅かされて心にもない返答をしたと云ふ如き場合には、その意思表示

民法一一九條

民法一二〇條以下

は無効ではないが、之を取消さんと欲すれば取消すことが出來る。但し詐欺による場合には、其の取消權を行使することに依つて善意の第三者に迷惑を及ぼすことは出來ぬ。無効なる行爲と取消し得べき行爲とは異るものである。無効の行爲は初から成立してゐないものであるから、當事者が後から追認しても其の効力は生ぜず、その行爲は成立しないのである。但し當事者が其の無効であつた事を知つてゐて、しかも之を追認したならば、その時には改めて新なる行爲がなされたものと看做される。之に反して取消し得べき行爲は、既に一旦は成立して居るものである。然しながら其の意思表示に瑕疵即ち缺點があるに依つて、一定の人の利益を保護する目的を以て特に之を取消し得るものとしたのである。而して取消權者が之を取消したときには、初より其の行爲は無効であつたものと看做される。反對に若しも取消權者が之を追認したときには、其の行爲は初より有効なりしものと看做される。

（ホ）條件及期限　法律行爲の態樣に付ては條件附のものがあり、又期限附のものもある。例へば「明日雨が降つたら何圓遣らう」とか、「首尾よく卒業したら時計を祝はう」とかいふのは停止條件附契約であつて、又「戰爭が起つたら此の土地の賣買を解除しやう」といふやうなものは解除條件附の契約である。又何月何日に返金するとか、何某が死んだらどうするとかいふのは期限附の契約である。而して前者を確定期限といひ、後者を不確定期限といふ。又期限には始期と終期との區別がある。例へば昭和三年一月一日より昭和十年十二月三十一日迄といふときには前者が始期で後者が終期である。

（ヘ）代理　凡そ代理の觀念は世の進むに從つて發達してくるもので、又人は誰しも萬能でないから、如何に他人に任す事が出來るかどうかと程度に依つて其の成功と否とが岐るゝのである。代理人は之を大別して委任による代理人と法定代理人との二種である。前者は日常普通の代理人で、後者は未成年者の後見人の如き者である。又代理人の選任する代理人は之を復代理人と稱して、其の權限内の行爲に付ては、直接本人を代表するので

ある。

不法行爲

法は權利義務を定め、人の自由に活動し得る範圍を限定してゐる。各人は自己の權利及自由の範圍内に於て行動し、自己の義務を堅く守り他人の權利及自由を尊重すべきものである。然し時としては不法なる行爲をなして他人の權利を侵害することがないではない。廣く不法行爲に大別することが出來る。行政法上の不法行爲によつて權利の侵害又は義務の違反があれば或は其の行政處分が取消又は變更せられ、官吏に不法行爲があれば文官懲戒令等によつて譴責、減俸、免官の懲戒處分を與へ、私人に對しては營業禁止、過料、强制徵收などの如き行政上の制裁が加へられる。刑事法上の不法行爲とは國家が刑法其の他の刑罰法規によつて一定の行爲を犯罪と定め、之に對して刑罰と名づくる制裁を與へるものを指すのである。右の二者は之を合せて公法上の不法行爲と名づける事が出來る。私法上の不法行爲とは民法商法等に定むる私法關係に於て他人の權利を侵害し、之に

損害を與へる行爲を云ふ。之に就ては民法第七百九條以下に一般原則が定めてある。通常單に不法行爲と言へば私法上の不法行爲だけを意味する。

不法行爲とは故意又は過失によりて他人の權利を侵害し、之が爲めに他人に損害を生ぜしむる行爲を云ふ。不法行爲者は被害者の請求に應じて損害を賠償せなければならぬ。權利侵害といへば財產權の侵害のみならず、身體權、自由權、名譽權、生命權などを侵したる場合をも含み又其の損害は財產上の損害のみならず、悲哀又は苦痛に對する慰藉、その他の無形の損害に對しても賠償せなければならぬ。賠償は金錢を以て爲されるのが普通であるが、名譽毀損の場合には新聞紙上に謝罪廣告を出すが如き、名譽回復に適當なる方法を採ることを要求される場合もある。

不法行爲は故意又は過失に出でるものであるから、意思の存在を前提としてゐる。故に不可抗力に出でたる場合には全く責任がない、不可抗力とは自分の力を以て之を如何とも致し難い場合をいふのである。また是非善惡の辨識力を備へざる幼年者、又は心神喪失者の爲したる行爲は意思なき

行爲——たゞ自然意思はあつても、法律上に於ては之を其の者の責任ある意思と認めざるもの　であるから、損害賠償の責任を負はない。然しながら幼年者又は心神喪失者を監督すべき義務を有するものが、相當の注意を拂つて彼等を監督しなかつたが爲に、此の不法行爲が生じた場合には監督義務者は損害賠償の責任を負擔せなければならぬ。之れ監督義務を怠つたことに對する制裁である。

或る事業のために他人を使用する者は、被用者が其の事業の執行につき第三者に加へたる損害を賠償する責任を負ふ。即ち主人が雇人の行爲につき責任を負ふのである。但し使用者が被用者の選任及び其の事業の監督につき相當の注意をなしたる時は其の責任を負ふ事はない。土地の工作物の設置又は保存に瑕疵あるによつて他人に損害を生じたる時、例へば崩れかゝつた石垣を打棄てゝ置いたが爲に、之が崩れて通行人又は隣家に損害を及ぼしたやうな時は、其の工作物の占有者（例へば借家人）は被害者に對して損害賠償の責に任ぜなければならぬ。但し占有者が損害の發生を防止するに必要なる注意を爲したる時は、其の損害は所有者が之を賠償しなければならぬ。尚ほ此の規定は土地の工作物のみならず、竹木の栽植又は支持に瑕疵ありし場合に付ても同樣である。動物の占有者（例へば飼主）は其の動物が他人に加へたる損害を賠償せなければならぬ。此等は何れも相當の注意を加ふべき義務ある者がその義務を怠つた事に對する制裁である。

共同の不法行爲

民法七二〇條

數人が共同の不法行爲によつて他人に損害を加へたる時は、其の數人が連帶して其の賠償責任を負擔せねばならぬ。不法行爲をなすことを他人に敎唆したる者及び他人の不法行爲を幫助したる者は、共同の不法行爲者と看做す。

正當防衛及び緊急避難として爲す行爲は權利行爲であつて、之が爲めに他人に損害を生じても損害賠償の責を負ふ事はない。例へば甲が乙又は丙に向つて不法なる行爲をなす時、乙は自己又は丙の權利を防衛するために止むを得ず甲に害を加へても、乙は甲の受けた損害を賠償する責任はない。此の場合に乙は正當防衛を爲したのであつて、乙の權利に屬することであ

る。正當防衛の定義としては民法第七百二十條第一項は、

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已ムコトヲ得ズシテ加害行爲ヲ爲シタル者……

と記してあるが、刑法第三十六條は同じ意味を以て、

急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得ザルニ出デタル行爲……

と記してある。次に緊急避難の行爲として民法第七百二十條第二項には

他人ノ物ヨリ生ジタル急迫ノ危難ヲ避クルタメ其物ヲ毀損シタル場合

と規定してある。例へば隣家の火事の際、我が家の延燒するを避けるため隣家を破壞するとか、他家の犬が咬みつかんとしたるとき、之を打殺すが如き場合に限るのである。從つて刑法第三十七條に記されてある緊急避難よりは遙に狹いのである。

以上は不法行爲による損害賠償のことであるが、それを逆に見て損害賠償の原因は不法行爲に限ると考へてはならぬ。例へば民法二百九條又は二

百十二條の如く、法律の規定によつて損害賠償の義務の生ずる場合もあり殊に最も普通に起る場合は、債務者の債務の不履行による損害賠償であつて民法四百十五條乃至四百二十二條に規定せられてある。

時　効

法は社會生活の秩序を維持することを目的とするものである。之がためには權利義務の關係を確實にし明瞭にする事が必要である。然るに久しい年月を經過した後に於て權利義務が確定せず、之について絶えず爭の起るが如き事ありとせば、社會生活は安全ならずその秩序は保たれない。故に法は時の經過といふ事實に基いて、權利の有無を確定する方法を定めてゐる。此の制度が卽ち時效である。時效とは時の經過により權利の取得又は消滅を來さしめる法律上の制度である。然し乍ら性質上其れは財產權についてのみ生ずる問題であつて、人の身分に關して斯かる制度の適用はない。

具體的に言へば、例へば甲は今より三十年前に乙から或る物を買取つたが、突然丙なるものが表はれてその品物は今より百年前に其の祖先の所有

物であつたと云ふ證據書類があるから返還せよと請求して來たと假定しやう。此のとき甲は乙から買取つたことを證據書類によつて證明することさへ困難な場合が屢々ある。況んや今より七十年八十年も前乙の祖先が之を丙の祖先から讓受けた事を證明するが如きは、殆んど不可能であらうと思はれる。然しながら右の如き場合に證據書類を突付られると、何十年何百年の昔に遡つても其れが有效であるとするならば、社會生活は誠に不安心なものになる。また他の一例を云へば、吾々は買物をして代價を支拂つたとき受取書を貰ふが、多くの人は二十年も三十年も之を大切に保存して置く筈はない。然るに數十年後に或る帳簿などを證據として商人から突然その代金の支拂を請求されたならば如何、斯の如き請求が法律上有效のものであるならば社會の秩序は却つて之がために破壞せられ、少しも安心の出來ない世の中になつて了ふ。それ故に法律は公益を保全するために、社會生活の秩序を保つため一定の年月を經過し、且つ一定の條件を備へた所の事實があれば、前例第一の場合には甲の權利を確實に保護し、前例第二の

數十年前に遡つて有效

場合には、權利者をして其の權利を失はしめること、定めてゐる。「權利の上に眠る者は權利を失ふ」といふ法諺は此の後の場合を指してゐるのである。

我が民法は第百四十四條以下に時效に關する規定を設けてゐる。尙ほ民法中の他の所及び他の法令中にも「時效に因りて」と定められてゐることは非常に澤山ある。時效には取得時效と消滅時效とがある。取得時效とは之によつて權利を得る場合である。例へば第百六十二條に、

二十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且ツ公然ニ他人ノ物ヲ占有シタル者ハ其ノ所有權ヲ取得ス、十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且ツ公然ニ他人ノ不動産ヲ占有シタル者ガ其ノ占有ノ始メ善意ニシテ且過失ナカリシ時ハ其ノ不動産ノ所有權ヲ取得ス。

とあるが如きは其の一例である。消滅時效とは例へば、

債權ハ十年間之ヲ行ハザルニ因リテ消滅ス。

と云ふが如きは其の一例である。或る權利は十年或ひは五年或は三年或は

二年或は一年で時効により消滅する事が民法第百六十六條以下に定められてゐる。之によつて見れば、小賣商人からの受取書の如きは二年間は保存して置く必要がある。而して時効によつて得た權利又は失はれた權利は時効完成の時、即ち法定の年數を經過した時から取得又は喪失するものではなくて、最初からその權利の有つたもの又は最初から其れが無かつたものと看做されるものであつて、民法第百四十四條に時効の効力は其の起算日に遡ると規定せられてゐる。

第四章　現行權利法規

第一節　憲法上の權利

臣民の權利

凡そ權利の何物たるかは既に說いた。而して玆には臣民の國家に對する權利として、憲法の保障するものに就て說明を試みんとするのである。凡そ如何なる權利と雖も、其の尊ぶべきことは言ふ迄もないが、其の中にも特に貴重なる種類のものに就ては、國家は之を定むるに、天皇の大權を以てせずして、必ずや法律の規定を俟たねばならぬことゝして居る。是れ畢竟國家が特に此の種の權利を尊重し保護する所以であつて、言ひ換ふれば即ち憲法の保障である。以下憲法の規定に從つて、順次に解說しやう。

自由權

居住及移轉の自由

昔の封建時代には、國々の要所々々に關所を設けて、嚴重に人民の通行を取締り、又自由に其の住所を定むる事も出來なかつた。凡そ民其の堵に安んぜざる程、一國の文明を阻害するものはない。折角玆に居を構へて、子孫の爲に永遠の謀を爲さうとして居る矢先に、足元から鳥が立つやうに不意打に追立てられるやうな虞があつては、誰しも腰を据えて働くのがいやになつて、唯だ徒に小康を偸み、目前の利にのみ走つて、終に國家を滅すに至る。此の如き次第であるから、居住及移轉の自由を束縛するといふ

ことは餘程重大なる事として、天皇の大權を以てせずに、必ずや法律の規定を俟つことを要する。例へば市區改正の如き、家屋の强制移轉を命ずる場合は勿論法律の作用でなくては出來ぬ。尤も形が强制移轉に見えて、而かも其實はさうでないのもある。今試に一例を擧ぐれば、警視總監が活動寫眞興行に付き、淺草公園第何區を指定して、必らず此の區域に於てのみ興行すべしといふ命令を發した時には、一見各區に散在する常設館は、皆此の區域に移轉すべき樣に感ずるけれども、之は決して强制移轉の命令ではなくて、他區に於ては一切該興行を許さぬといふ禁止命令に併せて、一定の興行地を指定したに過ぎないので、平たくいへば他區では其の營業を禁ずるが、淺草公園は此の限に非ずといふ事に歸着するので、結局、營業の自由に對する束縛である。從つて又此の命令の爲めに、其の指定地たる公園第何區が、土地の權利を侵さるゝ氣づかひは毫もない。何となれば、此の土地の持主が、どの興行主にも賣らない貸さないと頑張れば、固より如何ともすることが出來ないので、終には市中に活動寫眞なるものが地を

拂つて絶無となるわけである。

猶ほ玆に憲法上の自由を制限したる一例を擧ぐれば、傳染病豫防法第八條に、

當該吏員ニ於テ必要ト認ムルトキハ一定ノ日時間傳染病患者アリタル家其他傳染病毒ニ汚染シ若ハ汚染ノ疑アル家ノ交通ヲ遮斷シ又ハ病毒感染ノ疑アル者ヲ隔離所其他適當ノ場所ニ隔離スル事ヲ得。

といふ公益上の規定がある。之に依つても如何に憲法が私人の居住及移轉の自由を重んずるかゞわかるであらう。即ち此の種の行政法規は、憲法の精神を酌み、寬嚴宜しきを得て以て、公益私益の調節を計るものと謂ふべきである。

人身の自由

日本臣民は法律に依るに非ずして、逮捕、監禁、審問、處罰を受くることなしとは、憲法第二十三條に揭げたる明文であつて、是れ所謂人權に關するものである。抑も人身の貴重なるや猥りに一指だも觸るゝことを許さ

ぬので、吾人が盗人を追掛けて取押へることの出來るのは、刑事訴訟法第六十條に、

何人ニ限ラス重罪又ハ禁錮ノ刑ニ該ルヘキ輕罪ノ現行犯アル場合ニ於テハ直チニ被告人ヲ逮捕スルコトヲ得。

との明文があるからである。又人の身體を捜索するが如きは、唯だ裁判官にのみ與へられたる特權で、是れ同法第百五條に、

豫審判事ハ被告人又ハ事實ヲ證明ス可キ物件ヲ藏匿スル疑アル者ノ身體及之ニ屬スル物件ニ付キ捜索ヲ爲スコトヲ得。

と規定せられて居るからである。猶ほ人權の貴重なる一例としては、同法第百七十七條に、

被告人ハ公廷ニ於テ身體ノ拘束ヲ受クルコトナシ、但守卒ヲ置クコトアル可シ。

と規定せらるゝに依つて知る事が出來る。其の他傳染病豫防法に於ける檢疫、行政執行法に於ける檢束、檢徴の如きは、法律に依つて人身の自由を

束縛することの實例である。

住所の不可侵

憲法第二十五條には、「日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外其ノ許諾ナクシテ住所ニ侵入セラレ及捜索セラルヽコトナシ」と規定せられてある。是れ所謂家宅安の保障である。

刑法第百三十條には、「故ナク人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅建造物若クハ艦船ニ侵入シ又ハ要求ヲ受ケテ其場所ヲ退去セザル者ハ三年以下ノ懲役又ハ五十圓以下ノ罰金ニ處ス」と規定してある。だから、選擧運動の慣用手段たりし戸別訪問の如きは、西洋では餘程愼んで居るといふことである。一つ間違へば家宅侵入になる。

又刑事訴訟法第百四條には、

豫審判事ハ被告人ノ住居又ハ事實ヲ證明スヘキ物件ヲ藏匿スル疑アル者ノ住居ニ臨檢シ捜索ヲ爲スコトヲ得。

と規定せられて居り、又其第七十八條には、

令狀執行ノ命ヲ受ケタル巡査憲兵卒ハ被告人其家宅若クハ他人ノ家宅ニ潜匿シタリト思料シタルトキハ其他ノ市町村長又其差支アルトキハ隣佑二名以上ノ立會ヲ求メ之ヲ捜索ス可シ。

前項ノ場合ニ於テハ被告人ヲ發見シタルト否トニ拘ハラス捜索調書ヲ作リ立會人ト共ニ署名捺印ス可シ。

家宅捜索ハ日出前日沒後之ヲ爲スコトヲ得ス但旅店割烹店其他夜間ト雖モ衆人ノ出入スル場所ニ付テハ其公開内ニ限リ何時ニテモ捜索ヲ爲スコトヲ得。

と規定せられて居つて、俗に所謂家捜しをすることは、獨り裁判所、又は其の命令を執行する者にのみ與へられた重大な權限であつて、而かも其れさへ種々なる制限を加へて、成るべく家宅安を保護するやうにつとめて居る。若し此の法の精神を貫くならば、彼の立聞きをするとか、人の家をのぞき込むなどゝいふことは、取りも直さず憲法上の罪惡である。民法第二百三十五條に、

疆界線ヨリ二尺未滿ノ距離ニ於テ他人ノ宅地ヲ觀望スヘキ窓又ハ椽側ヲ設クル者ハ目隱ヲ附スルコトヲ要ス、

と規定せられたるが如きは、即ち此の精神に則つたものである。

信書の不可侵

日本の臣民は、法律に定めたる場合を除く外、信書の秘密を侵さるゝことなきは、憲法第二十六條の規定である。凡そ通信の觀念は、一國文明の程度に正比例するものであつて、而して又其の秘密を守るの觀念は、一般通信の觀念と共に消長するのである。されば刑法第百三十三條にも、

故ナク封緘シタル信書ヲ開披シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ二百圓以下ノ罰金ニ處ス。

と規定し、又其の第二百六十三條にも、

他人ノ信書ヲ隱匿シタル者ハ六月以下ノ懲役若クハ禁錮又ハ五十圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ス。

と規定せられて居る。然るを吾人が日常の往復私信の表面に、親展と附記

するが如きは、偶ま以て信書の秘密を侵すものあるを豫想するからであつて、頗る非立憲的文字といはざるを得ない。

凡そ信書を強制して披見し得るものは、國法上頗る限定せられて居つて刑事訴訟法には左の如き規定を設けて居る。

第八十五條　拘留ヲ受ケタル被告人ハ官吏ノ立會ニ依リ他人ト接見スルコトヲ得。

書類ハ豫審判事又ハ檢事ノ檢閲ヲ經タル後他人ト之ヲ授受スルコトヲ得。

豫審判事ハ必要ナリト思料シタルトキハ被告人ノ監房ヲ別異シ、他人トノ接見、書類物件ノ授受ヲ禁シ又ハ其書類物件ヲ差押フルコトヲ得。

第百十三條　豫審判事ハ事實發見ノ爲メ必要ナリトスルトキハ驛遞、電信、鐵道ノ官署、諸會社ニ其事由ヲ通知シ被告人又ハ豫審事件ニ關係アル者ヨリ發シ若クハ此等ノ者ニ對シ發シタル書類、電報又ハ物件ヲ受取開披スルコトヲ得但受取證書ヲ渡ス可シ。

第百十四條　證言ヲ拒ムコトヲ得ル者ノ所持スル物件ニシテ其默秘ス可キ義務アル事情ニ關スルモノハ其承諾アルニ非サレハ之ヲ差押ヘ及開披スルコトヲ得ス。

又監獄法には左の如き規定がある。

第四十六條　在監者ニハ信書ヲ發シ又ハ之ヲ受クルコトヲ許ス・

受刑者ニハ其親族ニ非サル者ト信書ノ發受ヲ爲サシムルコトヲ得ス但特ニ必要アリト認ムル場合ハ此限ニ非ラス。

第四十七條　受刑者ニ係ル信書ニシテ不適當ト認ムルモノハ其發受ヲ許サス。

前項ニ依リ發受ヲ許ササル信書ハ二年ヲ經過シタル後之ヲ廢棄スルコトヲ得。

第四十八條　裁判所其他ノ公務所ヨリ在監者ニ宛テタル文書ハ披閲シテ之ヲ本人ニ交付ス。

第四十九條　在監者ニ交付シタル信書及ヒ前條ノ文書ハ本人閲讀ノ後之

ヲ領置ス。

又郵便法には、配達することも出來ず、又差出人に還付することも出來ない郵便物に限つて、郵便局で開披することを許して居り、又郵便局が郵便禁制品を封入し、又は成規に違反して差出したる物件ありと認むるときは、差出人に其の開示を求むる事を得て、差出人が其の開示を拒む時は其の取扱を拒絶するといふ規定がある。之に依つて觀るも、郵便物を開披するといふことは容易ならざる事であつて、此の位にも信書の秘密は、嚴重に保障されて居るのである。之といふのも通信の自由は畢竟一國文明の消長に關すること頗る重大なるものがあるからである。然るに世間の實際を見ると、葉書を出して、手紙を遣つて、電報を打つて、やつと返事が來たなどといふ實例は敢て珍らしからぬことであるが、是亦憲法上の罪惡といはねばならない。

所有權の不可侵

日本臣民は、其の所有權を侵さるゝ事なく、公益の爲め必要なる處分は

法律の定むる所に依ること、憲法第二十七條の保障する所である。或る時代の如く、人民が折角膏血をしぼつて勤儉貯蓄したる財產を、御用金だの軍用金だなどといふて卷き上げられてしまつては、誰しも勵む甲斐がなくなり、產業萎靡し、國力衰へ、終に韓國などの末路と其の運命を同うする事は、鏡に掛けて見るが如くである。此の如く、所有權の保護は、一國の國力に關する重大なる事柄であるから、天皇の大權を以てせずして必ず法律の規定を俟つて、始めて之を處分することにしたのである。彼の土地收用法の如き、徵發令の如きは其の一例であつて、此等の規定を觀ても如何に國家が私人の所有權を尊重するかを知る事が出來る。されば刑法にも他人の財物を竊取したるものは竊盜の罪と爲して、十年以下の懲役に處し暴行又は脅迫を以て金品を强奪したる者は、强盜の罪と爲して、五年以上の有期懲役に處すと規定し、其の他詐欺取財、恐喝取財、橫領等それ〴〵嚴重なる規定を設けて居る。かるが故に凡そ人の權利を重んずるの觀念を適確に養成する爲には、早く既に小學校時代から頗る綿密の注意を施さな

ければならぬ。例へば一寸作文を課するにも、茸狩に友を誘ふ文に、「きのふけふのおしめりにて、そこかしこの初茸、さかりに生ひ出で候こと、存候間……」等と書くが如きは疑問である。若し人の持山官林たるを問はず手當り次第に狩り取らうといふのならば甚だよくない。又紅葉狩に行つて、大きな枝を自慢さうに折取つて來る連中なども、左に摘錄せる森林法の規定を一讀したら、定めし身の毛がよだつであらう。

森林法（明治四十年法律第四十三號）

第八十三條

森林ニ於テ其ノ產物ヲ竊取シタル者ハ森林竊盜トシ三年以下ノ懲役又ハ贓額以上贓額二倍以下ノ罰金ニ處ス其ノ產物ニシテ人工ヲ加ヘタルモノニ係ルトキ亦同シ。

信教の自由

是れ憲法第二十八條に規定する所であつて、日本臣民は安寧秩序を妨げず、及臣民たるの義務に背かざる限に於て、信教の自由を有するのである。

我國では昔、キリシタン宗を禁じ、今でも帝國博物館に行けば其の制札を見ることが出來る。參考の爲め其の條文を左に揭げて見る。

定

きりしたん宗門は累年御禁制たり自然不審成ものこれあらば申出づべし御ほうびとして、

ばてれん之訴人　銀五百枚
いるまん之訴人　銀三百枚
立かへり者之訴人　同　斷
同宿並宗門之訴人　銀百枚

右の通下さるべしたとひ同宿宗門の內たりとも申出る品に依り銀五百枚下さるべし隱し置他所よりあらはるゝにおゐては其所の名主並五人組迄一類共に可被行罪科者也

正德元年五月　日

奉行

又繪ぶみと稱して、長崎あたりでは耶蘇の肖像を踏ませたことがあるが、今日から見ると、隨分壓制なものであつた。

言論・著作・印行・集會及結社の自由

此等の自由も亦憲法の保障する所であつて、法律に依るの外之を制限することが出來ないのである。蓋し憲法は、文化啓發の爲めに之を保護し、法律は安寧秩序の爲めに之を制限するのである。何となれば、之等の自由は社會に洪大なる利益を與ふると同時に、又其の濫用は秩序を危うし風俗を害することも極めて大なるが爲である。是れ治安警察法、新聞紙法、出版法等の存在する所以であつて、國家は特に此等の特別法を設けて、此等の自由が動もすれば、常軌を脫して奔逸するの危害を戒むると同時に、行政官の踰越すべからざる警察權限を示して、公の秩序と私の自由とを調和せしめて居る。

それにつけても吾人は、憲法が此等の自由を保障するに至る迄に、先輩諸氏が身を挺して或は縲紲の辱を受け、或は鐵窓の下に悲憤慷慨せられたる尊き犧牲に對して滿腔の同情と感謝とを表せねばならない。

請願の自由

日本臣民は相當の敬禮を守り、別に定むる所の規定に從ひ、請願を爲すことを得ること、是亦憲法の保障する所であつて、昔は將軍家にすら直訴したこいふて、御咎めを受けた實例もあつたが、今日は相當の方法に依つて御上に請願するの自由あることを、憲法の明文に規定するに至つたのである。

而して其の所謂別に定むる所の規定なるものは、憲法發布以來、久しき間制定せられずに居つて、制度の上の一大缺點なりこいはれたが、大正六年四月、勅令を以て請願令なるものを公布せられた。今其の主なる法條を左に列記する。

請願令

第十條　天皇ニ奉呈スル請願書ハ封皮ニ請願ノ二字ヲ朱書シ內大臣府ニ宛テ其ノ請願書ハ請願ノ事項ニ付職權ヲ有スル官公署ニ宛テ郵便ヲ以

テ差出スヘシ。

第十三條　請願ニ對シテハ指令ヲ與ヘス。

第十四條　天皇ニ奉呈スル請願書ハ内大臣奏聞シ旨ヲ奉シテ之ヲ處理ス

第十六條　行幸ノ際沿道又ハ行幸地ニ於テ直願ヲ爲サムトシタル者ハ一年以下ノ懲役ニ處ス行啓ノ際沿道又ハ行啓地ニ於テ直願ヲ爲サムトシタル者亦同シ。

以上憲法臣民章に揭げたる法律事項は、戰爭又は國家事變の場合に於て天皇大權の施行を妨ぐることなく、又陸海軍の法令又は紀律に牴觸せざるものに限り、軍人に準行すること、是亦憲法の規定する所である。

行爲要求權

裁判請求權

憲法第二十四條に、「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルヽコトナシ」とある。此の條規は凡て裁判は法律に定めたる裁判官を以てなすべきことを原則とし、命令等により臨時の裁判所又は臨時

に委員を設けて裁判することを許さざることを規定すると同時に、臣民は裁判を要求する權利あることを明かにし、特に法律の定めたる裁判官の裁判を要求する權あることを認めたる規定である。

訴訟は國家の助力を仰ぐ手段であつて、法律上諸種の權利關係及び事實を承認して、之を實行せん事を國家に對し要求するものである。そして裁判は此の助力を與ふべきものであるか否かを決斷するものであつて、一方には法律上の關係及び事實の存在を確定し、他の一方には此の確定に基いて國家は之を保護するの義務あるか否か、並に其の程度等を一定して相手方に適法の命令を下し、そして此の裁判要求權に對する義務を履行するのである。訴權は近世に至るまで羅馬法の觀念に從ひ、私權の作用と看做されてゐた。然し相手方に對する私法上の權利と其の國家に對する訴權、即ち裁判要求の權とは全然別物であつて、訴權は公法的であつて決して私權の作用ではない。私法上の關係は唯だ訴權行使の條件となるに過ぎない。此の訴權即ち裁判要求權は國家に對する請求權ではない。唯裁判官は國家

の官吏として國家的の職務を盡すべき者と云ふにすぎない。そこで臣民が訴を提起するときは、國家は裁判官をして裁判をなさしむる義務を負ひ、裁判官は法律に依り此の職務を行ふに過ぎぬのである。

民事訴訟の場合に於ては、臣民は裁判要求の權を有するけれども、刑事訴訟の場合に於ては單に裁判要求權ありと云ふを得ない。蓋し刑事訴訟は國家の刑罰權應用の手段であつて、臣民は國權に依り其の犯罪責任を問はるゝのみであつて、積極的に國權の補助を要求するの權を有するものでないからである。然し刑事訴訟の場合に於ても、法律の規定により構成せられたる裁判所に於て、法律の定めたる裁判官によりて裁判せられなければならぬ故に、刑事訴訟の場合に於ても臣民は少くも法律の規定せる方法手續に依る國權の作用を要求するの權ありと云ふことを得る。

民事刑事の訴訟は法律の定めた裁判官をして、裁判を行ふべきが原則であるが、憲法第六十條により特別の裁判法を定むることを得る。又軍人に對し及び戰時事變の場合には、特別の方法に依り裁判せしむる事が出來る。

又或る程度の賠審制度を設くることは、必ずしも本條の規定に牴觸するものでない。

參政權

選擧權

國法上選擧とは多くの個人の意志の集合に因つて國家の機關を設定するを謂ふ。然し國家機關の設定は國家の作用である。凡そ一個人が國家的作用を爲すときは、國家の機關と爲る一個人は國家の機關としては獨立の權利を有することはない、唯權限を有するだけである。故に選擧權は其の選擧を爲す瞬間に於ては、一方には國家的の作用を爲すものとなる。故に所謂一個人の選擧權とは選擧機關たるすべき地位を承認せしむる權である。國家は臣民に對して唯其の選擧者たる地位を承認するに於て始めて國民の選擧權を生ずる。國家は國民を選擧の機關として承認する。隨つて其の國民は選擧者名簿に登記せらるべき請求、及び選擧行爲に參與するこ

とを許さるべき請求權を有する、是れ即ち選擧權である。立憲國に於ける國民は斯る選擧權を有しなくてはならない。

被選擧權及官吏となるの權

被選擧權及び官吏と爲る權は從來權利として認められ、世人一般も之を權利として怪まない樣ではあるが、能く其の實質を觀察すれば權利たる要素を包含してゐない。被選擧の資格又は官吏と爲る資格は全く他働的の內容を有するのみであつて、決して自働的の性質を含むものではない。一個人が其の國家の機關と爲るべき爲めに有しなくてはならない條件に過ぎずして、一個人に意思の力を與ふるものではない。故に縱令適當の資格を有するものも猶ほ未だ選擧せられざる者は、自己を當選人とせよと請求する事は出來ない。又未だ官吏たらざる者は自己を官吏に任用せよと請求することは出來ない。故に之を權利と謂ふことは出來ない。法律を以て或官職を與ふるには、特別の資格を有する者たることを要すと規定せる場合に於て、其の特別の資格を有する者も、官吏任用を請求する權利を有しない。此等の規定は唯其の任用者に對する制限と爲るに過ぎないのである。即ち法律に定めたる資格外の者は、官吏に任用するを得ずと云ふ消極的の規定である。我憲法第十九條に、「日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ應シ均ク文武官ニ任セラレ及其他ノ公務ニ就クコトヲ得」とあるが、資格ある者は總て官吏又は議員と爲る權利を有するとの規定ではない。此の規定は唯法令に定めたる資格を有する者なる以上は、身分又は宗教等の異同に因つて、官吏と爲ることを禁ずる所の規定を設くることを得ずと云ふ效力を有するに過ぎないのである。故に我が國民は被選擧の能力又は官吏と爲る資格に依つて、直接に參政權を有することはない。然し苟も日本國民たる者は此の資格を有することが出來る。又此の資格を有すれば議員と爲され、官吏と爲さるゝことを得るが故に、少くも之を以て參政權の基礎なりと謂ふことが出來る。

憲法第十九條には、「日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ應シ均ク文武官ニ任セラレ及其他ノ公務ニ就クコトヲ得」とある。此の條文に依れば

日本臣民は文武官及び其他の公務に就くことが出來る。然しながら法律命令の規定する資格を有するものでなくてはならない。苟も法律命令の規定する資格を有する者は其の族籍、宗教等の異同に依り、任官公務を制限することは出來ないのである。即ち資格とは官吏、公務者と爲るべき者の智識、才能、道德、身體等の適格を云ふのである。故に、族籍、宗教等は法律命令を以て制限し得べき資格の條件に屬しないのである。若し然らずとするときは「均ク」の二字は全く空文となるであらう。然しながら此の如く解釋するときは歸化人等に對し、此の資格を特別に制限するは違憲のやうでもある。

國籍法第十六條に依れば、歸化人、歸化人の子にして日本の國籍を取得したる者（例へば同法第十五條の場合の如し）、及日本人の養子又は入夫と爲りたる者は、國務大臣、樞密院議長、顧問官、宮內勅任官、特命全權公使、陸海軍將官。大審院長、會計檢査院長、行政裁判所長、帝國議會議員と爲ることが出來ないのである。但此の制限は國籍取得の時より十年の後、及び特別の功勞ある

外國人に歸化を許可したる者に付ては、五年の後內務大臣勅裁を經て之を解除することが出來ることになつた（國籍法第一七條）。歸化人及び其他の國籍取得者は、苟も日本の國籍を取得した以上は日本臣民である。苟も日本臣民たる以上は亦宜しく均しく文武官に任ぜられ、又公務に就くことを得なくてはならないやうでもある。

然しながら我憲法第十九條には、日本臣民たるの要件は法律の定むる所に依るとある。此の條文に所謂日本臣民たるの要件とは、單に日本臣民籍を取得するの要件のみならず、猶臣民籍喪失の要件並に臣民籍保有中の要件も亦含有する。

公權の制限

臣民の權利は平常の場合に於ては上述する所の保障を有するが、戰事又は國家事變の場合に於ては國の全部又は一部分に於て時期を限り此等の權利は大に制限せらるゝことがある。即ち憲法第三十二條は、「本章ニ揭ケタル條規ハ陸海軍ノ法令又ハ紀律ニ牴觸セサルモノニ限リ軍人ニ準行ス」と

ある。蓋し軍人は特別に天皇の陸海軍統帥權の下に服從する者であつて、原則としては一般臣民と同一の自由權利を有するものでない。種々の法令及び規律に拘束せらるゝのである。唯此等の法令規律に牴觸せざる限りに於て、一般臣民と同一の自由の權利を有することを得るのみである。通常の官吏も固より、天皇の官紀大權に服從すべきものであるが、軍人に於ける如く嚴密ではない。一般臣民と同じく自由權利を有するを以て原則とする。從つて此の條文には唯軍人に準行すとある。但し通常の官吏も亦服務規律に拘束せらるべきものであるが、其の服務規律が憲法の第二章の規定に牴觸するものは、元より法律を以て規定せなければならぬ。何となれば軍人に對する如き例外の規定がないからである。

第二節　民法上の權利

物權

物權は直接に物を客體とする權利である。從來物權といふ文字は、人權といふ用語に對照して用ひられたので、其の人權といふのは、今の言葉でいへば即ち債權である。即ち債權は人に對する權利、換言せば人の行爲を客體とする權利であるが、之に對して人の介入を俟たず、直ちに物の上に行はるゝ權利たるが故に、物權とは名付けたのである。此の意味からすれば對人權、對物權といふ方が或は適當かも知れぬ。

一體債權などと云ふ言葉は、今では一般に使ひ慣れたから好いやうなものゝ、其實をかしな言葉である。それは扨て置き、物權は直ちに物の上に行はるゝ權利であるから、例へば物の所有者は、誰が何といはうと人には聊かも頓着なく、勝手次第に其の物を處分する事が出來る。即ち毀はすとも、捨つるとも、賣るとも、呉れるとも、自由自在である。是れ即ち所有權が一の物權たる所以であつて、此の點に於て物權は即ち對世權なりといふ事も出來る。之に反して債權はいつも人の行爲を目的とするもので、必ず一人若くは數人の債務者を相手とする事を要する。例へば代金の支拂を受くる權利の如きは其の一例であつて、是れ即ち一種の請求權である。

此の如く物權は直ちに物の上に行はるゝ權利たるが故に、從つて其の物に對する追求の力がある。例へば甲の物を乙が盜んで持つて居れば、甲は乙に對して直接に其の返還を求むる事は勿論、よしや丙丁戊の手に轉轉して居つても、其の物の所有者は何處へなりとも追隨して、直接其の物に對する權利を行ふ事が出來る。之が即ち物權の特質である。斯ういふ次第で、物權は即ち對世的のもので、謂はゞ餘程強烈なものであるから、法律は之を重大視し、其の種類を制限して、民法其の他の法律に定むるもの〻外は之を許さぬ。即ち人と人との約束などで、勝手な種類の物權を新規に創設するが如きことは出來ないのである。之が又債權と異なる所である。

物權の得喪及變更は、亦法律の規定（或る事實の發生）に因り、又は當事者の意思表示に因るものである。而して其の法律の規定に因つて生ずるものは、別に當事者の意思表示がなくとも、或る事實の發生と共に法律上當然生ずるものであつて、例へば留置權、先取特權の如きは之に屬する。又相續に因る所有權移轉の如きも其の例である。即ち被相續人の死亡等の事實が發生すれば、法律上當然相續が開始し、相續が開始すれば玆に被相續人の所有權の移轉を生ずる。又時效に因つて所有權若くは地上權等を取得し、消滅する場合も其の一例で、之は一定の時の經過といふ事實が物權の得喪を來すのである。又民法の規定に依れば、何人の動產たるを問はず、平穩且公然に其の物の占有を始めた者が、善意にして且つ過失なきときは、即時に其の動產の所有權を取得する旨を規定して居るから、是亦法律の規定に因る物權取得の一例である。

之に反して、當事者の意思表示に因つて生ずるものは、賣買に因る所有權移轉の如く、土地の貸借に因る地上權設定の如く、金錢の債權に伴ふ質權抵當權の設定の如く、其の實例は日常頻繁に起るのである。而して當事者間の設定行爲に因るものは、是亦一片の意思表示に依つて立どころに其の效力を生ずるのである。但し之を以て第三者に對抗するには、換言せば第三者をして其の效力を認めしむるには、動產に付ては引渡、不動產に付ては登記をしなければならぬ。是れ即ち一般に對する公示方法である。例

へば楠木屋や勸工場で物を買つても、其の引渡が濟んで居なければ、後の客に持つて行かれても喧嘩にならぬ。

又登記といふのは、讀んで字の如く登錄記載の意味で、現に鑛業權とか特許、意匠、商標、實用新案等の權利に付いては、登錄といふ文字を用ひて居る。英語でいへば、レジスターといふことであるから、記錄といつてもいゝ。之は民法上の物權ならば、不動產登記法の規定に依り、區裁判所の本廳若くは其の出張所に備へ付けて置く登記簿に、登記官吏が物權の得喪及變更を記入するのである。而して之は公衆の閱覽に供するので、即ち第三者は之に依つて、不測の損害から警戒し保護されるのである。例へば當事者が單に意思表示のみに依つて抵當權を設定しても、之を登記して置かなければ、他日其の土地を買受けたる第三者には對抗する事が出來ぬ。若し之に對抗し得る事になつたら、折角高い代金を拂つて買つた土地が、意外にも莫大なる所の借金を背負つて居たといふことになつたら、第三者は非常な迷惑を受くることになる。否、何人も斯かる不測の損害を蒙れて

初からてんで不動產には手を出さぬことになる。果して然らば實に由々しき一大事で、經濟上の大恐慌を來す所以である。是に於てか國家は登記の制度を設けて、以て不動產の取引の安全を期したのである。謂はゞ航海に於ける燈臺の如きものか。

唯だ茲に一言注意して置くは、船舶に付ても亦登記の制を認むることである。元來船舶は動產であるけれども、經濟上の觀念を以てすれば、殆ど不動產と選ぶ所はない。又人が占有して居るといつても、押へ抱への出來るものでないから、果して何人が其の占有者なるか一目してわからない。だから國家は特に船舶登記法なるものを設けて、之を不動產に準じて居るのである。故に船舶に付いても亦引渡だけでは安心が出來ず、必ずや第三者に對抗するには、法の命ずる所に依つて登記をしなければならない。

物權の種類

物權は直接に物に對する權利である。從て誰に對するといふ事はなく廣く何人の眼から觀ても、其の權利が存して居るので、其の權利の範圍內に

於ては、一切他人の行爲を認めずに、自己の勝手に振舞ふ事が出來る。而も何人と雖も之を侵し、之を妨ぐることは出來ないのである。即ち此の點に於て、物權なるものは排他的少くも對世的の性質を持つて居るので、畢竟公益に關するものであるから、若し假りに個人と個人との契約で、勝手次第な物權を新規に創設して、それで何人にも對抗することが出來るといふことになつたら、容易ならぬことである。そこで前にも述ぶる通り、民法は物權の種類を限定して、他の法律の規定あらざる限り、當事者に於て勝手に新たなる物權を作り出すことは出來ぬことにしてある。玆に他の法律といふのは、例へば鑛業法に規定する試掘權、採掘權等の如きものである。猶ほ一言注意するは、民法には、「本法其の他の法律に定むるもの、外之を創設することを得ず」としてあつて、特に其の他の法律といつて居るから、勅令其の他の命令を以てしては許さぬのである。物權は此の如くも重大視されて居る。

吾が民法に規定したる物權の種類を列擧すれば左の如くである。

（イ）占有權　占有といふのは、現實に權利を行使して居る事實若くは現實に物を支配するの實力といつてもよい。通俗の語を以てすれば、所持といふのと同じことである。例へば物の所有權を行ふて居る場合、家の借主が賃借權を行ふて居る場合の如き、何れも皆占有である。從つてたとひ自己の所有物でも、他人に貸して置けば、其の間は自分には占有權が無くて借用して居る方に占有權がある。之は日常卑近な現象にも幾らも適用せらるゝのであつて、例へば汽車に乘つて、自分の腰掛くる座席に毛布を布いて置けば、其の部分は自己の占有に屬して居るから、便所にでも行つた後で他人が之を占領すれば、拒絶することが出來る。又湯屋に行つて小桶の一に湯を汲み入れて、他の伏せた方には石鹼でも載せて置けば是亦自己の占有が行はれて居るのである。されば大勢で茸狩などに行き、自分によい所が見付かつたとて、此處一面は全部自分が占領したと宣告したからとて、實際の支配力が行き屆かぬ限りは、決して其の人の占有に移るものではない。即ち占有は現實に物を支配するの實力を謂ふのである。然し法

律は代理占有なるものをも認めて居るから、吾々は代理人をして占有せしむることも亦出來るのである。又さもなくば實際不便極まる。

法律は特に占有者たる資格に依つて特別の保護を加へんが爲めに、數多の占有訴權なるものを認めて居る。それは保持、保存、回收の三種であつて、占有保持の訴とは、占有の妨害せられたるとき、占有保全の訴とは、占有を妨害せらるゝ虞あるとき、又占有回收の訴とは、占有を奪はれたるときに起すことを得るものである。が扨て實際の適用に至つては中々むづかしい。例へば近隣の工場に於て絶えず怪音を發し、異臭を放ち、震動を傳へ煤煙を散らす等の事あるときは、其の實害を被る隣家の占有者は、果して其の何れの訴權に依つて、其の救濟を求むることを得るか等の問題であるが、其の處まで深く立入ることは茲には避けることゝする。

(ロ)所有權　所有權とは、自由に或物を使用、收益、處分する權利を謂ふ。使用とは讀んで字の如く、收益とは、果實其の他の產物を取ること、利息を取ること、損料を取ること、其の他地代若くは小作料を取るやうな

有形無形の事柄に付いていふのであつて、其の無形のものを法律上の術語として法定果實と謂ふ。而して其の處分といふのは、毀はしたり、捨てたり、賣つたり、與へたりすることで、是亦有形無形の意味がある。扨て所有者は自由に其の所有物の使用、收益、處分を爲す權利があるといつても固より無制限といふ意味ではない。例へば其の收益でも、昔は高利を取ると縛られたが、今日は利息制限法に依つて禁じられて居る。又極端にいへば、吾家なら燒いて毀しても、何をしても構はぬといふものゝ、そんな事をすれば刑法上の罪人である。之を要するに、所有者は法律及命令の制限內に於て、自由に其の所有物の使用、收益及處分を爲す權利を有するのである。

所有權と占有權との區別は、以上述ぶる所に依つて了解せられたであらう。而して事實の上からいへば、大概は所有權者即ち占有權者であるけれども、常に必ずしもさうではない。吾が借家は吾の占有する所なれども、其の所有權は家主に在る。又吾が物でも質に入れてある間は、吾が所有に

は相違ないが、其の質物は質權者の占有に歸するものである。又他人の動産に對して差押を爲せば、其の動産の所有權は猶依然として債務者に屬して居るけれども、其占有は執達吏に移るのである。

所有權は物權中最も强大なるものである。從つて期限も條件も附けられない。尤も時としては質權、抵當權若くは地上權等の負擔が附いて居る爲めに、事實上、所有權が一時その効力を發揮することが出來ない場合もあるが、之は恰も雲霧にさゝされた太陽の如きもので、其の實質には毫も變りがないのである。

一つの物は必ずしも常に一人でのみ所有するとは限らぬ。其の二人以上ある場合は即ち共有である。共有を生ずる原因は、先に述べたる一般の場合の如く、法律の規定に因つて生ずる事もあるし、又契約等の法律行爲に因つて生ずることもある。前者の例としては、民法第一〇二二條に規定するが如きもので、遺產相續人數人あるときは、其の相續財產は此等の者の共有に屬することになつて居る。又共同の事業を營むが爲めに、數人提携し

て一の組合を組織したる場合の如きも、民法第六六八條の規定に依り、各組合員の出資其の他の組合財產は、總組合員の共有に屬する。又當事者の意思表示に因る實例としては、賣買契約等に依る場合が最も多い。例へば自分一人の力に餘る土地を、數人共同して買入るゝが如き場合である。

一體共有といふことは、實は一利一害であつて、其の共同事業經營の上からいへば、社會經濟上頗る歡迎すべき事柄ではあるが、とかく數人の共同といふことは、萬事に不便なもので、其の使用の如きも、各共有者は其の持分の割合に應じなければならず、實際には甚だ面倒なものである。又其の處分に付ても、一人でも不服のものがあれば奈何ともすることが出來ず、結局裁判所の厄介にならなければならぬ。又元來共有物なるものは、或は吾が物の如く、或は他人の物の如く、頗る曖昧なるものであるから、人情の常として自然誰しもつゝかけ持ちになつてしまひ、誰一人進んで其の利用改良を計らんともせず、終に所謂天物を暴殄するに至るので、經濟上甚だ不利益なことである。されば法律は成るべく其の分割を奬勵して、

一人一物主義を暗示してゐる。

ハ　地上權　地上權は借地權の一種であつて、他人の土地の上に建物とか築山とか池とか竹木とかを所有する爲めに、地代を拂つて其の土地を使用する權利である。之は所有權に次いで強力なる權利である。それも其の筈、今日大厦高樓を築いて、明日打壞せと云はれたら實際困る。

地上權發生の原因も亦やはり法律の規定に依る場合と、法律行爲に因る場合とがある。然し前者の例は殆ど少ないので、今其の一例を擧ぐれば、民法第三八八條の規定に依れば、土地と其の地上の建物とが同一の所有者に屬する場合に、其の土地又は建物のみを抵當に入れたとき、若し其の抵當物件が競賣されて、他人が之を競落した時は、其の新に建物の所有者となりたる者は、其の土地の上に地上權を得たるものと見做され、又其の土地の所有者となりたる者は、其の建物の所有者に對して地上權を與へたるものと看做さるゝのである。然も何れにしても相當の地代は拂はなければならぬ。之は經濟上の利害から打算して、立法者が斯る規定を設けたのであるが、頗る面倒なものである。銀行などでは此の規定の如く土地と建物とを離しては容易に抵當は取ることをしない。それは扨て置き、法律の規定に依つて地上權の生ずる場合は、法律上至つて尠ないのであるが、さりながら、地上權を設定する法律行爲といふものも、亦實際としては滅多にあるものではない。何となれば、前述の通り、此の權利は所有權に次で强力なるもので、借地權中の最たるものなる故、地主は氣味惡がつて中々此の權利を設定する契約をしない。今地主に不利なる規定の一例を擧ぐれば、地上權の存續期間を定めなかつたときは、裁判所の見込に依つて二十年乃至五十年の期間を定めらるゝのである。現に東京市中巍々として聳ゆる諸會社等の建造物は、何れも三年か五年の期間の賃貸借契約に羈束せられて居る。此の如くであるから、東京には夙に借地權保護會などいふ一種の同盟會が起り、又一方には之に對抗して地主同盟會が起つた。何れにしても地主と借地人との關係は、社會上及び立法政策上、將來大に研究を要する餘地が多々横はつて居るのである。

（二）永小作權　之もやはり借地權の一種で、小作料を拂つて、他人の土地を耕作し、又は牧畜を爲す權利である。昔は永代小作といふて、未來永劫權利ありとしたのであるが、我が民法は二十年から五十年迄の範圍に於て隨意に其の存續期間を契約すべきものとしてある。若し當事者が其の期間を定めて置かなければ、民法は之を三十年とする。此等は何れも經濟上の關係から設けられた規定である。此の實例は、我が邦には甚だ尠ないので、之も前の地上權と同じく、とても今時の地主が、水呑百姓に三十年、五十年と田地を貸して置くやうな者が無いからである。

（ホ）地役權　之は甲の土地の爲めに、乙の土地を使役する權利である。例へば他人の土地を通れば、近く公道に拔ける便利があるとか、隣地の井戸の水を汲めば非常に手數が省けるといふ場合に、其の土地の關係者と契約して此の權利を得るのである。尤もこれは契約許りではなく、長い年月他人の土地を役に立てゝ居れば、所謂取得時效に因つて地役權を獲得する場合もある。

茲に一言注意を要するは、所謂法律上の地役との區別である。之は例へば、袋地の所有者が、公路に至る爲め圍繞地を通行する權利の如きもので、之は所有權の限界として、法律が當無認めた所の權利であつて、形は甚だ地役權に似て居るが、其の實は所有權の作用に外ならぬ。學者之を稱して法律上の地役といふのは、茲に說く所の當事者間の設定行爲に因る地役に對照するが爲めに、其の形に依り、之を形容したに過ぎぬ。何れにしても實例としては甚だ少ない權利である。

（ヘ）留置權　之は或物の占有者が、其の物に關して債權を有する場合に於て、其の債權の辨濟ある迄、其の物を抑留して置く權利で、例へば、賣買代金を支拂はぬうちは、其の物を引渡さぬとか、修繕料を支拂ふ迄、時計を手許に引留めて置くといふが如きことである。之より以下抵當權までは、所謂債權の擔保權であるが、唯だ此の權利が、他の三つの擔保權より效力の薄弱なる點は、單に物を留め置くといふだけの權利で、賣つて其の代金から先取りするといふ權利、所謂優越權なるものはない。此の留置權

と次の先取特權とは、別段の契約も何も俟たずに、法律上當然與へらるゝ權利である。否、法律の定めた場合の外に、當事者間の契約を以て、此等の權利を設定せんと欲するも、それは不能である。

（ト）先取特權　之は法律上の質抵當といつてもよい位で、法律の規定に依つて此の權利を有する者は、他の債權者に先立つて辨濟を受くることが出來るのである。而して民法は三種の先取特權を規定して居る。第一は、債務者の總財產の上に存する一般の先取特權で、公益費用、（各債權者の共同利益の爲めに生じたる費用）葬式費用、雇人の給料、日用品の供給より生じたる債權には、此の種の先取特權が伴ふのである。第二は特種の債權に伴ふ特定動產に對する先取特權、第三は特種の債權に伴ふ特定不動產に對する先取特權である。而して何れも法律に其の債權の種類を夫々列擧して居るが、頗る煩雜に亘る故茲には略す。

（チ）質權　之は古くから存在して居る法律であつて、殆ど說明する迄もないが、法律的に定義を下せば、質權とは債權の擔保として、債務者又は

第三者から債權者に或物を引渡し、債權者は其の物の上に他の債權者に先立つて辨濟を受くる權利である。之が抵當權と異る所は、抵當の方は唯だ此の物を擔保とするといふ事を極めれば、それで權利が生ずるが、質權の方は、質物を債權者に引渡さなければ成立しない。從つて此の質權なるものは、契約に因つてゞなければ生ずることはないのである。

茲に注意することは、我が民法は所謂流質契約なるものを禁ずるのである。つて、期限が來ても債務者が履行しなければ、競賣法の規定に依つて、其の質物を公けの競賣に付した上、其の賣得金の中から優先に辨濟を受くるのである。之は畢竟法が債務者を保護したので、さなきだに質に入れて金を借りるやうな場合はよく〳〵の事で、借主に餘程の弱味があるから、動もすると債權者は其足元に附け込み、過酷な取扱をする。債務者は背に腹は代へられぬ故大概な無理なら我慢する。夫が爲めに一萬圓もする物を、五百か六百の端した金で取られてしまふやうなことが出來る。立法者は之を憂へて、普通人間に於ける流質契約を禁じたのである。尤も之は民法上

だけのことで、商法に於ては此禁を解いて居る。さればこそ質屋に於ては常に流質が行はれ、又銀行に於ても勝手に質物を處分して居るのである。

質には動產質、不動產質、權利質の三種がある。動產質、不動產質の何物たるかは、殆んど說明するまでもないが、權利質なるものに付ては、一言附加へて置く必要がある。抑も物權は物に對する權利なることは、前段屢々說明した所であるが、權利質なるものに至つては、有體物を目的とするのではなくて、財產權たる權利を質權の目的とするのであるから、之は理論上物權ではないのである。從つて純然たる質ではないが、凡そ財產權なるものは、大抵皆讓渡することが出來るものであるから、便宜上此の制度が設けられたのである。地上權、永小作權、其の他如何なる財產權でも皆權利質の目的とはなるが、實際適用の最も多いのは各種の債權及株式である。

（リ）抵當權　之は債務者又は第三者が、債務の擔保として、債權者に不動產を提供し、債權者は其の引渡を受けないで、そのまゝ債務者の占有にまかせ、而かも他の債權者に先立つて、債務の辨濟を受くる權利である。即ち其の質權と異なる所は、債務者の方から債權者の手に、其の抵當物件を渡さぬのであつて、債務者たる抵當權設定者が、依然として其の物を占有して居るのである。それならどうして安心して擔保に取れるかといふに抵當に入れたといふことを登記して置くから大丈夫である。だから以前は抵當の事を書入れといつた。從つて抵當權は不動產にのみ限るのである。それは其筈で、動產には登記の制度がないからである。尤も不動產の質といふことも民法には認めて居るが、之は殆んど空文で、實際には滅多にない。之に反して、抵當は日常頻繁に行はれて居る。

猶ほ鑛業財團、工場財團の抵當も、近來盛んに行はれ來つた。留置權以下四つの擔保物權は、如何にして之を實行するかといふに、競賣法なる法律が存在して居つて、動產、不動產及船舶の競賣に關して、夫々規定を設けて居る。即ち抵當權に付いていへば、是れ抵當權の實行である。尤も此等の擔保物件に對する强制執行の結果、自然其の擔保權が實行せらるゝの

は格別である。

同一の財産に對して、他に數個の抵當權が存在する場合がある。之を稱して二番抵當、三番抵當といふ。而して其の順位は、一に登記の前後に依つて定められるゝのである。だから抵當に取つても、之を登記しない中に、其後から抵當に取つた者に逸早く登記されてしまへば、順位としては後の雁が先になつてしまふのである。今一番抵當權が一萬圓の債權を有し、二番が五千圓、三番が三千圓のときに、此抵當物件が競賣されて、一萬三千圓にしか賣り出せぬときは、一番の權利者は優に其の元金を回收し得るけれども、二番の者は三千圓しか配當せられぬ。而して第三番に至つては、氣の毒ながら此賣得金からは一文も均霑を受けぬことになる。尤もそれには競賣費用もかゝり、又利息、(最後の二年分だけは、此の賣得金の中から優先に辨濟を受けることが出來る)も差引かれるから、二番とても結局正の三千圓は手に入らぬことになる。況んや三番に於てをやである。然らば此の二番抵當權者の二千圓餘の殘金や、三番の分の元利金は、結局どうなるかといふに、抵當物件がなくなつたのであるから、抵當權は當然消滅して、全然平債權になつてしまふので、結局債務者の他の財産から、他の一般債權者と共に、平等に割合を以て分配を受くるの外はないのである。

債權

債權の意義

債權は前述の如く、或る一人若くは數人より、他の一人若くは數人に對して、或る行爲を要求する權利である。例へば、乙と丙とが甲に對して、金百圓の支拂を請求する權利を持つて居るとすれば、是亦一種の債權であつて、此の權利者を債權者と云ひ、義務者を債務者と謂ふ。彼の物權は、直接に物の上に行はるゝ權利なる故、特定の人に對するといふこともなく、又或る行爲を要求するといふこともないが、債權は常に人を相手とするもので、對人權若くは單に人權といふのは、蓋し此の謂ひである。

先にも一寸述べたる如く、一體債權といふ用語は餘程妙な熟字で、債は蓋し負債の債を取つたのであらう。さればとて、一々對人權といふのも冗長

であり、又請求權といふのも適切でないので、結局物權なる二字に對照して、債權と名づけたのであらう。

債權の成立

債權は如何にして成立するかといふに、是亦前節に於て述べたるが如く法令に規定せられたる事實と、或種の行爲とに因つて成立するのである。而して其の最も主なるものは、法律行爲であつて、其の又法律行爲の多數は、各種の契約である。

斯くして成立せる債權は、前述の如く、債權者が一人なることあり、數人なることあり、又債務者が一人なることあり、數人なることあり、又は各債務者又は各債權者が平等の割合を以て、して其の數人なる場合を、民法は名づけて多數當事者の債權と謂ふ。此の場合に於ては、原則として、各債權者は其中の一人に對して、全部の請求を爲すことが出來る。而權利を有し義務を負ふのである。例へば一人の債權者が、三人の債務者に合計三百圓を貸付くれば、各債務者に對しては、百圓づゝ請求する權利を有するのである。然しながら此の原則に對しては、三の例外がある。第一

は不可分債務といふて、三人で馬一頭を供給するといふやうな場合は、首と胴と尾とを三分するわけに行かぬ故、勢ひ一人で三人分を負擔せねばならぬ。第二は連帶債務で、之は平等負擔の原則を破つて、債權者は其中の誰でも一人に對して、全部の請求を爲すことが出來る。而して第三者は保證債務で、之は主たる債務者が履行せざる場合に於て、保證人が履行する債務で、從來の所謂引受人と稱するものは、即ち此の保證人を指すのである。而して其の連帶と異なる所は、連帶債務者は、何れも皆主たる債務者であるが、保證義務者たる者は、所謂從たる債務者である。從つて前者に在つては、各債務者同時に其の全額を請求せらるゝことあるも、之に反して後者は、愈々主たる債務者が履行する能はざる後でなければ、其責に任ぜぬのである。尤も連帶保證といふて、主たる債務者が保證人と連帶して債務を負擔する場合は、債權者に對しては、普通の連帶債務と少しも變ら

債權の種類

扨て債權の種類は如何といふに、之は大別して三つと爲すことが出來る。即ち一には指名債權、二には指圖債權、而して三には無記名債權である。指名債權といふのは、債權者の何人たるかが特定して居るもので、例へば貸借上の債權や、記名債券の權利のやうなものである。又指圖債權といふのは、裏書を以て讓渡されて、先から先へと轉轉流通する種類の債權で、其の最も主なるものは手形上の權利である。尤も指名債權とても、讓渡が出來ぬではないが、指圖債權の如く、容易に轉轉せしむべき性質のものではない。又無記名債權は、前にも述べた通り、電車の切符や汽車の切符、吳服の切手や鰹節の切手の如きもので、其の證券がなくては、權利を利用することが出來ぬものである。從つて之は動產と看做さるゝこと前述の如くである。

吳服の切手

債權の効力

債權者は抑も如何なる權能を有するものであるか、換言せば、債權者は何時から其の權利を行ひ得るものであつて、又其の權利を行ふとは如何なる意味であるか、其の內容を玆に略說して見やう。

說明の便宜として、先づ最初に、債權は何時から之を行ふことを得るか及之に牽連して、債務者の遲滯といふことを述べて置きたい。これは言ふ迄もなく、履行期限のあるときには、其の期限の到來したるときから、又別に期限を定めざりしときには、何時にても其の權利を行ふことを得るのである。而して又一方に於て債務者の責任如何を顧みれば、確定期限のあるものに付ては、たとひ債權者の請求なくとも、期限の到來と同時に其の債務を履行せねばならぬ。又不確定期限のときは、其期限の到來したることを知ると同時に、其の債務を履行せねばならぬ責任がある。而して其の期限を定めなかつたときには、債權者より履行の請求を受くると同時に、履行責任を生ずるのである。若し之を怠るときは、所謂遲滯の責任を生じ債務履行の外に、損害賠償の責に任じ、場合に依りては、固有の債務よりも餘程過重の責任を負擔せねばならぬ。

猶は附加へて玆に一言を要するは、債務者が履行の提供、(提供とは何時

にても債權者が履行を受け得るやうになし置くこと）を爲したるにも拘らず、債權者が其の履行を受くることを拒み、又之を受くること能はざるときは、其の債權者は履行の提供ありたるときから遲滯の責に任ずるのである。此の時には債務者は其の提供の時より、不履行に因つて生ずべき一切の責任を免れ、又進んでは履行の目的物を供託して、以て其の債務自體を免るることも出來るのである。序ながら其の供託といふのは、金錢ならば通常其の履行地の金庫に現金を納入することで、東京などでは日常頻繁に行はれて居る。而して其最も多く見受くる實例としては、地主が地代の受領を拒んだときに、借地人より其の金額を供託するが如きことである。

次に債權者の權能に付て解說せんとするのであるが、凡そ之は四つに分類することが出來る。

一、債務の强制履行を請求し得ること　之は債務者が任意に其の債務の履行を爲さゞるときは、債權者は裁判所に訴へ、債務者の意思に反して、强制的に其の履行を求むる事が出來る。例へば金錢支拂の債務ならば、先づ裁判所の確定判決を得て、之に基いて執達吏をして、債務者の財產に對して强制執行を爲さしめ、之に依つて以て其の辨濟を求むることを得るのである。又物件引渡の債務ならば、同じく公力に訴へて、債務者の手中から其の物を取上げてもらふことが出來る。

尤も債務の性質が强制履行を許さゞる場合は格別である。思ふに、同じく債務者の行爲を求むるにしても、何か目的物の存する場合は、其の物を目的として强制執行が出來る。之れ畢竟權債者の要求は一に其の物に在るのであつて、何人が履行しやうと其の人の如何の如きは固より眼中に置かないのであるから、强制執行をする上に於て、甚だ始末がよいのである。蓋し强制執行なるものは、物に對するを以て其の特質と爲すので、苟くも人身に對しては、人權の侵害となる故、絕對に許さぬのである。從つて何かしら目的物のない場合には、結局强制執行の仕樣がないことになるので、此の場合には債務者の費用で、他人をして代つて其の行爲をなさしめて、あとから其の費用及損害賠償を請求するの外はない。例へば植木屋や大工

左官の仕事の如きは其の適例である。之に反して其の行爲の性質が所謂一身に專屬する債務で、到底他人をして代らしむることを得ざる場合は、是れ亦格別である。例へば夫婦同居の訴の如き、たとひ夫たる原告勝訴の判決確定せる場合に於ても、妻なる人が任意に此の判決に服從せぬ限りは。たとひ公力を笠にきる執達吏とても、まさかに人の妻を引立てるわけにも行くまい。さればとて、之ばかりは代人を立てるわけにもゆかないのである。又特別の技能に屬する行爲が債務となつて居る場合も、其の適例で例へば各工巨匠が繪畵を畵き彫刻を爲し、日本一の音樂家が音樂を奏し、名優が興行を爲す等の行爲は、本人を措いては何人も如何ともすることを得ざるもので、此の場合には結局多大なる損害賠償を請求するの外はない。

尤も債務者の行爲を求むるにしても、其の行爲が法律行爲なる場合には裁判を以て債務者の意思表示に代ふることを得るのである。さもなければ甚だ困る。例へば債務者が登記手續を爲すべき場合には、其の確定判決に基き、債務者の意思如何に拘らず、債權者の一方のみにて其の手續を爲すことを得るのである。

二、損害賠償を請求し得ること　元來債務者の責任としては、其の債務の本旨に適ひたる履行を爲すべきこと當然である。從つて其の履行の不完全なる場合、若くは全然其の履行を爲さゞる場合に於ては、言ふまでもなく、債務者の責任を盡さゞるものであつて、是れ即ち債權者に損害を與ふる所以である。是に於てか、債權者が其の賠償を請求し得ることは、是亦事理の當然である。而して、其の果して債務の本旨に從ひたる履行なりや否やは、畢竟各種の社會觀念を綜合して後に判斷すべき事柄である。例へば期限の定めあるときは、其の期限を遵守すること、目的物の定めある場合に於て、其の特定物なるときは、之と同一の物、其の不特定物即ち代替物なるときは、之と同等の品質の物、而して又單純なる行爲が債務の目的となつて居る場合に於て、其の契約に因る場合は、民法に各種の契約を豫想して、夫々之が債權債務の關係を規定し、自ら其の所謂債務の本旨なるものを明かにして居る。例へば、賣買、貸借、雇傭、請負、委任、寄託の

類で、何れも細密の規定を設け、債權者たるものゝ義務の實質を明かにして居るから、之に依つて以て債務の本旨なるものは、自ら判斷せらるゝわけである。例へば賣買契約の場合に於て、買ひたる物の引渡と同時に代金を支拂ふべきときは、其の引渡の場所に於てするを要するが故に。其の之と異なりたる場所に於てするが如きは、代金支拂の債務の本旨に適合せざるものである。又例へば賃貸借の契約に於ては、賃貸人は賃貸物の使用及收益に必要なる修繕を爲す義務を負ふが故に、人に家を貸して置きながら、屋根の漏るのを捨てゝ置いたり、塀のこわれをつくろはぬのは、是亦債務の本旨に違ふもので、之が爲に重要な書類を濡らしたり、泥棒に這入られて大切な物を盜まれたりしたら、賃借人は賃貸人に對して其の損害の賠償を求むることを得るのである。其の他請負契約に於て、仕事の完成引渡と同時に其の報酬を與ふるが如き、又委任契約に於て、受任者が善良の管理者の注意を以て、其の委任事務を處理するが如き、何れも皆債務の本旨を形作るところの事柄である。

然らば債務者が其の債務の本旨に從ひたる履行を爲さゞるときは、債務者は如何なる程度の賠償を求むることを得るか、民法第四一六條は規定して曰く、

損害賠償ノ請求ハ債務ノ不履行ニ因リテ通常生ズヘキ損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ以テ其目的トス。

特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ト雖モ當事者ガ其ノ事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得可カリシトキハ債務者ハ其ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得とある。其の他、損害賠償は金錢を以てするを原則とすること、債權者の方にも過失あらば損害賠償の責任及金額を斟酌すること、金錢債務の損害賠償は原則として法定利率（民法は年五分、商法は年六分）とし、約定利率が之を超ゆるときは其の多きに從ふこと、其の他當事者は豫め損害賠償の額を定むることを得るが如き、又違約金は賠償額の豫定と推定するが如き詳細の規定は茲には略する。

三、代位訴權（一名間接訴權）を行ひ得ること　之は債權者が自己の債權

を保全する爲め、其の債務者に屬する權利を行ふことを得る權能である。例へば債務者が人から借金をして居るにも關はらず、自分が他に對して有する貸金を一向取立てぬやうな場合に適用せらるゝのである、又例へば債權者が家屋を所有して居りながら、未登記のまゝ捨てゝ置くやうな場合に債權者が代つて其の保存登記の申請をしてやるやうなことである。

蓋し債務者の財產を保護することは、畢竟債權者自身の爲めに、其の債權を保全する所以にして、若し一朝債權者の財產（動產、不動產、又は債權其の他の財產權等其の何れにせよ）が滅滅するときは、即ち債務者の辨濟力を薄弱ならしむるもので、結局は債務者の損害に歸するのである。尤も注意すべきは、玆に債權の保全といひたればとて、權利其のものゝ消滅を防止する意味には非ずして、假令債務者の財產が全く滅失してしまはうとも債權其れ自體には何等消長を來たさないので、法律上は依然として存續するのである。唯だ斯の如き場合は、債務者の辨濟力が欠缺するが故に、債權者は空しく其の權利を有するのみで、其の執行を爲すに由なきことになるのである。要するに、玆に所謂債權の保全とは、寧ろ其の執行の保全を意味するのである。

四、詐欺行爲の取消を求め得ること　之は昔羅馬のパウリヤヌスが發明せる訴權なりとて、羅馬法にては、アリチオ、パウリヤヌスと稱し、又我邦にては舊民法時代から、詐害行爲廢罷訴權とて、昔から有名なもので、又實際頻繁に行はるゝ訴權である。

昔からの法諺に「債務者の總財產は總債權者の共同擔保なり」といふ言葉がある。之は一般債權者は債務者の總財產の中から、何れも皆平等に分配を受くるものなりとの意味にして、彼の質權、抵當權、先取特權等の優先權を有するものは固より格別こゝして、俗に所謂平債權者なるものは、悉く皆此の原則の適用を受くるのである。從つて一二債權者の抜けがけの功名は許さないのである。即ち此の訴權は畢竟、此等の者に對する制裁であつて、換言せば、債務者の總財產をして總債權者の共同擔保たらしめんとする權能に外ならぬのである。

尤も玆に詐害行爲といへばとて、強ち債權者を詐り害するの惡意とのみには限らずして、唯だ債務者の意思として、此の行爲を爲せば計算上一般債權者に影響を與ふること、換言せば幾分債權者に對する辨濟力が減ずることを知りつゝ爲せば、其の債權者は其の行爲の取消を裁判所に請求することを得るのである。例へば一萬圓の資產ある人が八千圓の債務を負擔して居ると假定する。然るに此の債權者が、其の唯一の財產たる自己所有の土地を抵當に入れて、新たに五千圓の債務を負つた。處で問題が生ずるのである。若し前の資產狀態ならば、其の總債權者は何れも皆優に其の辨濟を受くることを得たのに、今度は五千圓だけ新たなる抵當權に優先に差引かれてしまふ故、若し此の抵當物件が五百圓に競賣されたとすれば、其の賣り出しの五百圓しか平債權者の方に廻らないことになる。是に於てか此の總債權者は、此の新に設定せられたる抵當權の取消を求むることを得るのである。

以上は抵當權設定といふ法律行爲に付き述べたのであるが、之は賣買でも同じ事である。前の例で土地を五千圓に賣つてしまへば、やはり三千圓の不足が立つ勘定である。是に於てか債權者に此の訴權を與へて、此の種の行爲の取消を請求することを得しめて居るのである。而して裁判所が判決を以て之を取消した以上は、其の行爲は無いものになつてしまふのである。尤も前例に於ける抵當權者や買主が、何たる事情を知らざれば、新たなる權利者の寢耳に水をかける樣な事になる故、其の儘に爲すより外に致方ない。

債權の消滅

債權消滅の原因に付ては、是亦債權發生の原因と同じく、法令に規定せられたる或種の事實と、當事者間に於ける或種の行爲とである。而して其の前者の最も著しきものは、所謂消滅時效であつて、普通は十年、短きは五年から三年、二年、一年位なのもある。其の他債權消滅の原因として。民法に揭げられたるものは左の五つである。

（一）辨濟　之は債權の目的たる行爲を履行することであつて、債權消滅

の最も普通の方法である。

(二)相殺　之は甲が乙の債權者なると同時に、又乙の債務者なる如き場合に、互に其の債權を喰ひ合せて、帳消しにしてしまふのである。

(三)更改　之は債權者を更へ、或は債務者を更へ、又或は債權の目的を更へて、舊債權を消滅せしむる代りに、新債務を發生せしむるのである。

(四)免除　之は債權者の意思のみに因つて、債權を拋棄するのである。

(五)混同　之は債權者が債務者の相續をしたやうな場合で、債權債務が同一人に歸するから、結局どちらも消滅するのである。

此の他にも亦債權消滅の原因は幾らもある、而して其の主なるものは、履行不能の場合と和解とである。和解はもと〳〵債權債務の關係を消滅せしむる爲めに締結するもの故、殆ど說明するまでもないが、履行不能の實例としては、畫工が不治の病に罹るか、又は負傷して筆が取れなくなつたとか、又は特定物が滅失したやうな場合である。

第三節　契約

一、總說

債權發生の原因たる行爲に屬して居るものに付ては、我民法には契約の外、事務管理なるものと、不法行爲なるものを揭げて居る。尤も吾人の行爲に因つて生ずる債權は、此の三種に限るものと速斷することは出來ぬ。例へば手形上の權利の如きものも亦一種の債權ではあるが、手形行爲は契約と見ないのが通說であるから、此の債權は契約に因るものではない。さりとて事務管理でもなければ、不法行爲では勿論ない。尤も之は商法に規定してある事柄故格別として、日常起る實例としては、其の契約に因るものが最も多いから、民法には契約に關して數多の規定を設ける居るのである。

二、契約の成立

凡そ各種の契約なるものは、何れも皆申込と承諾との合意に因つて生ず

る法律行爲である。即ち當事者が一たび其の意思を表示したる以上は、契約は直ちに成立する。然るに世人動もすれば、意思表示の證據とを混同して居る者が多いので、「唯だ口約だけのもので、別段契約したわけではありません」などと、平氣で話して居る者が幾らもある。口約とても立派な契約であるが、契約書でも取り替はさなければ、契約が成立たぬことでも誤解してゐるらしい、それは卽ち契約其のものと契約の證據とを混同して居る結果である。即ち契約書なるものは、契約の成立を證する書面であつて、之に依つて始めて契約が成立するわけではない。序に證書のことに付て一言すれば、證書には大別して二通りある。即ち私署證書と公正證書とである。私署證書とは、我々一私人が隨意に作る所の證書であつて、公正證書なるものは、法律上一定の職務權限を有する公證人の作成する證書である。然らば如何なる作用に於て、兩者が異つて居るのかといふに、公正證書には大畧三つの特質がある。一は其の日附が確定日附たること。即ち其の日附に於て正に其の證書が成立したに相違ないことの確定的證據力あること、又二つには此の證書に依つて直ちに强制執行が出來ること、而して第三は卽ち證書の形式的證據力で、卽ち檢眞を經たる私署證書と同一の效力がある。檢眞といふのは民事訟訴法の言葉で、裁判所が相當證據調の手續を經て、眞正に成立したるものと認めたる場合を謂ふ。

扨て、契約は一方の申込に應ずる相手方の承諾に依つて成立するものであるが、愈々實際の場合に臨めば、果して如何なる時期に眞の申込があつたのか、容易に判然しかねるのである。それは申込それ自體と、申込の誘引なるものとが、とかく混同され易い爲めである。猶申込と承諾との關係に付いては、民法に幾多細密の規定を設けて居る。例へば何日迄に承諾の有無を回答して呉れといふて申込めば、最早取消すことが出來ないとか、又其の期間內に承諾の通知を受けなければ、申込は其の效力を失ふとか、又隔地者間の契約は承諾の通知を發したるときに成立するとか、其の他種々雜多なる規定を設けて居る。

尙商法に於ては民法の原則に反する規定を設けて居る。例へば民法の原

則に從へば、對話者間で契約の申込を爲したときに、相手が直ちに其の承諾を與へざればこて、其の申込が效力を失ふやうなことはない。蓋し思慮分別の時を要するからである。之に反して商事に於ては、時々刻々商品の相場も變動するし、物に依つては損敗もする。又數量の多い物では倉敷利息に喰はれるし、又他に同業者が幾らもあるので、甲がいやなら乙、乙もいやなら丙と、迅速機敏に立廻らねばならぬ故、對話者間に於ける契約に付ては、其の申込を受けたるものが直ちに承諾を爲さゞるときは、申込は效力を失ふことになつて居る。

又民法の方では、隔地者に對して承諾回答の期間を定めずして申込をなせるときは、先方が相當熟慮して挨拶をするだけの餘裕を與へねばならぬので、假令申込者が取消したくとも、一日言ひ出した以上は之に羈束せられて、見す〳〵其の間だけは待つて居なければならぬ規定になつて居るが商事は特に迅速機敏を尊ぶ故、民法とは全然異なる規定を設けて、隔地者に於て承諾期間の定なくして契約の申込を受けたる者が、相當の期間内に

承諾の通知を發せざるときは、申込は當然其の效力を失ふことになつて居る。其の他商法の規定に依れば、商人が平常取引を爲すものから、其の營業上の申込を受けたとき、遲滯なく諾否の通知を發することを要するので若し之を怠りしときには、其の申込を承諾せるものと看做さるゝのである。

三、契約の效力

双務契約に於ける當事者の一方は、(双務といふは片務といふに對照せる術語で、當事者の双方に義務の存する場合をいふ) 相手方が其の債務の履行を提供するまでは、自己の債務の履行を拒むことが出來る。例へば賣主に在ては、買主が代金を支拂はんとするまでは、其の物を引渡すの義務なく、又買主の方としては、賣主が其の物を引渡さんとするまでは、代金を支拂ふことを要せぬのである。之を同時履行の原則といふ。

其の他、當事者が契約を結びたる後、其の履行を爲すまでの間に、其の目的物が消滅又は毀損せる場合には、債務者の負擔になるか、債權者の損失に歸するか、それには、其の原因が債務者の責任に歸する場合にはどう

なるか、又債權者の責任に歸する場合にはどうなるか、それとも又當事者双方の責に歸せざる不可抗力等の場合には如何、不特定物のときは如何、又條件附契約の場合には如何なるや等に就き、民法は夫々細密の規定を設けて居る。之を危險負擔の問題といふ。

第三者の爲めにする契約の效力に付ては、之は第三者なるものが、其の契約の當事者たる債務者に對して、契約の利益を享受する意思を表示せし時から、第三者の權利が發生し、直接に契約に對して或物の給付を請求することを得るのである。例へば、甲と乙と契約して、乙が丙なる第三者に年金壹百圓を贈與する契約を負ふたときには、丙が此の金額を貰ひ受くることを乙に通告せしときから、其の權利者となるのである。但し最も注意を要するは、此の第三者の爲めにする契約なるものを以て、其の第三者なる者は、一も二もなく之に羈束せらるゝものと誤解してはならぬことである。假令自己が利益を受くる場合たりとも、他人間にて爲したる契約は飽くまでも他人間の契約にして、特定人間に於て生じたる債權債務の關係は

其の特定人のみを羈束すること、是れ債權法に於ける一般原則である。況んや自己の知らざる間に於て、他人間の契約を以て自己に何等かの義務を負擔せしむるが如き不條理なることは、到底許すべからざるものである。然るに世間には之を以て第三者を壓迫し得るものと信じ、第三者亦之に甘んずるが如き事例あるは、畢竟權利思想の缺欠に基くものである。

彼の十五年未滿の子を養子に遣るが如き場合は、其の家に在る父母が之に代つて緣組の承諾を爲すことを得るけれども、之は特に民法第八四三條の明文があるからで、大なる變則なのである。即ち此の規定に依て觀るも最早其の子十五年以上に達すれば、假令親たりとも子の自由意思を如何ともすることは出來ぬのである。況んや其の他に於てをやである。

四、契約の消滅

凡そ契約の消滅は、一般法律行爲消滅の原則に從ふことは勿論である。而して其の特殊なるものは、契約の解除なるを以て、茲には主として其の解除權の行使に付て述べる。

之は契約又は法律の規定に依て、當事者の一方が解除權を有するときに相手方に通告して以て之を行ふのである。然らば如何なる場合に於て、契約の解除を爲し得るやといふに、今民法の規定する所に依て之を說明すれば、當事者の一方が其の債務を履行せざればとて直ちに之を理由として契約の解除を爲すことは能はずして、必ずや相當の期間を定めて其の履行を催告し、而かも猶ほ且つ之に從はざるときに於てのみ、始めて解除權を行ふことを得るのである。之は一般私法の原則にして、商行爲に付てさへも亦之に反する別段の規定は設けて居らぬのである。元來催告といふことは實に意義あることで、世の嚴正的確なる人は格別、先づ普通一般の人の弱點として、時に或は忘るゝこともあれば、又他人に紛れてつひ延び〳〵になることもある。催告は即ち其の刺戟興奮劑にして、之に依て債務者を覺醒せしむるのである。又事理の上から考ふるも、苟くも一旦他人と契約を爲せる以上は、成るべく之を履行せしむるといふのが本則であつて、折角緣あつて結べる約束を解除するが如きは、餘程の變體と爲さねばならぬ故

假令債務者が其の履行を遲滯したればとて、一片の警戒をも與へずして出し拔けに解約するが如きは法の許さゞる所である。

然し、或る特別の場合に於ては、別に催告を要せずして、直ちに契約を解除することが出來る。例へば婚禮の晴れ着をあつらへたるが如き場合は其の何月何日といふ唯一確定の日時が骨子となつて居るので、一代に一度の重大なる吉日であるから、若し萬一之を逸したるときは、其の契約を爲せる目的は全然破壞せらるゝのであつて、斯の如き場合に於てすらも、猶ほ且つ催告を要するが如きは、全く無意味の事なれば、契約者は直ちに其の解除權を行ふことを得るのである。而して更に損害の賠償を請求し得ることは當然である。

又履行の全部又は一部が、債務者の責に歸する事由に因つて不能となりしときは、債權者は契約の解除を爲すことが出來る。例へば甲が乙から五百圓で文晁の山水を買ふ契約をしたところが、乙の過失に因つて其の畵を燒いてしまつた。此の場合に於ては甲は其の契約を解除する事が出來る。

拠て契約が解除されたときは、契約は無いものになるのであるから、各當事者は互に其の相手方に對して、嘗て契約を爲さゞり時の原狀に復せしむる義務を負ふ。例へば賣買ならば、買主は品物を返還し、賣主は代金を拂戻すが如きことである。尤も之が爲めに他人に迷惑を掛くること。即ち第三者の權利を害することは出來ぬ。又契約の種類に依ては、其の解除は單に將來に向つてのみ其の效力を生ずるものがある。例へば賃貸借の契約を解除せるが如きは其の一例で、賃借人が賃料を支拂はぬ故契約を解除せるものなるに、取立てたる賃料を皆返してしまふが如きことでは甚だ不條理である。猶ほ解除權を行使したる場合に於て、併せて損害賠償を爲し得ることは民法の明文に依て明かなるところである。

契約の種類

我民法には十三種の契約を列擧して居る。而して其の中の多數は、我々が日常實行して居る事柄である。即ち、

贈與　賣買　交換　消費貸借　使用貸借　賃貸借　雇傭　請負　委任

寄託　組合　終身定期金　和解

以上は民法に列擧したる各種の契約であるが、契約の種類は之で盡きて居るのではない。苟くも公の秩序若くは善良の風俗に反せざる限りは、所謂契約自由の原則に依て、種々樣々の契約が結ばれるのであるが、大概は以上の中に網羅されて居るのである。而して偶ま其の何れにも屬せざるものあれば、之を無名契約と稱する。

猶ほ契約は債權にのみ關するものと誤解してはならぬ。各種の物權を設定する場合にも、其の設定行爲は卽ち契約に依るものである。例へば地上權を設定するのは、一方に於て土地の所有者と、他方に於て借地人卽ち地上權者たるべき人との契約を以てするのであつて、其の他質權、抵當權等を設定するのも亦同樣である。尤も玆に注意を要するは、彼の所有權を移轉するが如き契約に付ていへば、民法上相手方に所有權を移轉することを約する場合も幾らもあるので、例へば贈與の如き、賣買の如き交換の如き何れもさうである。蓋し之は將來に於て、(尤も將來といへばとて、數時間

後のこともあらうし、數日若くは數ケ月、長きは數年後のことでもあるであらう）相手方に所有權を移轉すべきこと、即ち所有權移轉の債務を負ふ場合を規定せるもので、之が即ち債權發生の原因たる契約なるものゝ本領である。而して更に進んで、其の約したる所有權を移轉すること夫れ自體は是亦やはり一種の意思表示を以てするのであつて、是れ即ち所謂物權契約なるものである。之に對し固有の契約を債權契約などいひ分けることがある。

事務管理

之はつまり、何たる法律上の義務なくして、他人の爲めに或仕事をしてやることである。如何なる大惡人ですらも、頑是ない幼兒が井戸端に危立するを見れば、ハツトと思つて抱き上げるのが、自然の人情である。又例へば不在者の財產が、日增して荒廢に赴くのを知りつゝ、恰も對岸の火を見る如く、見す〳〵捨てゝ置くのは人情の自然に背くのみならず、是れ即ち國家の公益に反するものである。是に於てか人若し好意を以て之を處理

してやれば、是れが即ち民法上の事務管理である。尤も玆に所謂管理なる語は甚だ廣い意味であつて、必ずしも財產の管理のみを指すのではない。身も不自由なる老人が、誤つて溝に落ちたのを我を忘れて救ひ上げ、手厚き介抱を施してやるのは、是亦一の事務管理である。而して苟くも一日其の衝に當つた以上は、所謂乘りかゝつた船で、誠心誠意最後まで其の管理を繼續して本人に滿足を與ふべく、百日の功を一簣に缺くが如き憾あつてはならぬ。又管理を受けたる者は、管理者の好意を多とすべきは勿論、一文たりとも財產上の迷惑を掛くるが如きことあつてはならぬ。法は正義であり、公平である。而して法律學は人情の學である。彼の義を見て爲ざるは勇なきなりの格言を民法の術語に飜譯すれば、即ち事務管理となるのである。

不當利得

是亦債權發生の一原因であつて、何たる法律上の原因なくして、他人の財產若くは勞務に依つて利益を受くることである。此の如き場合に在つて

は、勿論其の現に受くる所の利益を返還せねばならぬ。例へば債權者ならざるものが、間違つて債務者から濟辨を受けたるが如きときは、純然たる不當利得なる故、固より其の利得を返還すべきは理の當然である。

不法行爲

不法行爲といふのは、故意又は過失に依つて他人の權利を侵害し、之に依つて何等かの損害を生ずるの謂で、此の如き場合に於ては、加害者たる者が其の損害を賠償すべきは當然である。即ち此の點に於て不法行爲も亦債權發生の一原因である。例へば人の物を毀はすとか、人の身體を傷けるとか、若くは人の名譽を毀損した樣な場合は、我が民法が生命權、身體權、自由權、名譽權なるものを認めて居るから、即ち此等の權利を侵害するの不法行爲であつて、其の行爲者は之に依つて生じたる損害を賠償せねばならぬ。尤も其の損害の額は、勿論各場合に依つて自ら異なるので、其の算定は由來最も難しとする所である。例へば美術家や音樂家の指一本傷つけたのは、素人よりも餘程損害が多いわけである。況んや名譽の毀損等に至つては、殆んど其の正確なる數額を測り知るべからざるものといつてよい。從つて名譽毀損の場合に限り、被害者は損害の賠償に代へ、又は之と併せて、名譽の回復に適當なる處分を裁判所に請求することが出來る。例へば數種の新聞紙上に謝罪文を廣告せしむるが如きことである。尤も何れの不法行爲に於ても、被害者に過失ありしときは、裁判所は損害賠償の額を斟酌することが出來る。例へば電車の線路内を横着に歩いて居る者を知らずして轢いたやうな場合には、其の賠償額は餘程輕減してやつてよい。此の如きを稱して過失相殺と謂ふ。

猶ほ不法行爲に付ての特殊の規定とも見るべきものを二三列擧すれば、先づ其の一としては、雇人が其の職務の執行に付て他人に損害を加へたるときは、雇主は之が賠償の責に任ずる事である。之は日常屢々目擊する現象であつて、電車や汽車が轢けば、其の從業者は業務上の過失傷害罪として刑法上及民法上の責任を免れないが、雇主は其の直接の加害者でないのであるから、固より刑法上の責任を受くべき謂はれなきも、特に民法上の

賠償責任を課せられて居るのである。是れ蓋し雇人の多くは無資力者で、到底賠償など思ひも寄らぬ故である。尤も其の雇主たるものが常に相當の注意監督を爲し、なほ且つ其の損害の發生を免かれざりしが如き場合は固より格別である。

共同不法行爲

次には共同不法行爲の責任は連帶たることゝ、正當防衛に依り已むなく生じたる損害は、賠償の責任なしといふことも亦其の特質に數ふべく、而して又他の一としては、胎兒は損害賠償の請求權に付ては既に生まれたるものと看做さるることである。之は不幸にして父親が殺されたる如き場合に、法律上特に遺族として其の權利を行ふことを得しめて居るのである。

日常起る民法上の不法行爲の大部分は、同時に刑法上の犯罪を構成するものなるが、さればとて、不法行爲は悉く皆犯罪なりとは限らぬ。例へば故意又は過失に依つて人を殺傷するは、民法上の不法行爲にして且つ刑法上の犯罪であるが、過つて他人の器具を毀損せるは、民法上の不法行爲なれども、而かも刑法上の犯罪ではない。故に、刑法上の犯罪は悉く民法上の不法行爲であるが、民法上の不法行爲は即ち刑法上の犯罪なりといふことは出來ぬ。而して其の犯罪たる不法行爲に對する賠償の請求權は、特に刑事訴訟法に於て其の消滅時效を規定して居るが單に民法上の不法行爲の原則としては、損害及加害者を知りたる時より三年、不法行爲の時より二十年を經過したるときを以て、時效に依つて其の要償權が消滅することとなして居る。

時効

家族に對する權利

戸主權

一家の家長は之を戸主といひ、戸主の親族にして其の家に在る者及其配偶者を家族といふ。家族關係を生ずる原因は二に大別することが出來る。其の一は出生といふ事實の發生であり、他の一は轉籍といふことである。

戸主は家族に對して種々の權利を持つて居る。之を名けて戸主權といふ。昔は氏の上と稱して、家父は家族に對して生殺與奪の權を持つて居たのであるが、段々と時勢の進化に伴ふて、戸主權は大いに其の範圍を縮小せられた。我民法に於ける主なる權利としては、例へば家族の居所を定むる權

家族扶養の義務

利の如き、之は若し家族が其の意に反して、戸主の指定せる場所に居住せざるときは、戸主は其の者を離籍することが出來る。離籍とは卽ち家の團體から除名するのである。又其の他の權利としては、戸主は家族が入籍を爲し、他家を相續し、分家を爲し、又は廢絶家を再興するに同意を與ふる權利を有し、又家族の婚姻又は養子緣組に付て同意を與へ、又は之を取消す權利がある。其の他家族の禁治產又は準禁治產の宣告を請求し、若くは其の取消を請求する權利の如きも亦戸主權の作用である。尤も戸主には又一方に於て其の義務もある。卽ち家族を扶養するが如きは、其の主なるものである。猶ほ强ひていふならば、戸主は其の家督相續人の爲めに、其の家の財產を半分遺留せねばならぬ責任がある。之は新戸主をして完全に家長權を行使せしむるが爲めであつて、此等は皆所謂公益規定である。

然らば家族の戸主に對する權利は如何といふに、戸主の扶養を受くる權利の如きは其の主なるものである。又成程戸主に對してこそは頭が上がらないが、其の關係を別にしては、等しく獨立の人格者であるから、社會の

一員として、又國家の臣民として、一般の權利を有することは疑ひなきのみならず、民法は家族の所有財產なるものをも認めて居る。然し多くの場合に於て、家族は事實上財產を持つて居らぬから、納稅をしない。從つて各種の權利に於て缺くるものがある。之は宜しく戸主たる者の公德上の義務として、家族にして若し相當の地位に立つた以上は、是非とも相當の資格を與へてやるべきである。立派な勅任官等の高位高官に在るものにして猶且一家族として戸主の家長權に服し、誰某長男、誰某弟と記して居るのを見受けるのは何となく妙な感じがせらるゝ。

戸主權は如何にして消滅するかといふに、戸主が隱居をしたり、女戸主が入夫を迎へたりするときは、當然戸主でなくなる。又廢家をしたり絶家したときは、家そのものがなくなるのであるから、固より戸主權を行ふ者の有りやう筈はない。

隱居は戸主が其の戸主權を拋棄して、家督相續人に之を承繼せしむることである。法律は戸主が滿六十年以上で、而かも完全なる相續人あるとき

に限つて隱居を許して居る。尤も「戸主が疾病、本家の相續又は再興、其の他已むを得ざる理由に依りて、爾後家政を執ること能はざるに至りたるときは、裁判所の許可を得て隱居を爲すことが許されて居る。尤も豫め家督相續人たるものを定めて、其の承認を得ることを要する。之は畢竟戸主權及宗家尊重の觀念から來て居るのである。又、「戸主が婚姻に依りて他家に入らむと欲するとき」も亦同樣の制限の下に許して居る。之は個人主義との調和を計つて居るのである。又「女戸主は年齡に拘らず隱居を爲すことを得る」ことになつて居る。尤も相續人が無ければ許されぬ。之は恐らく古來の家族制度の惰性であらう。

親權

親權とは、即ち親の權利といふのであつて、父又は母たるものが其の子に對して有する或種の權利を稱するのである。尤も玆に權利とはいふものゝ、其の內容を一々分析して見れば、必ずしも權利のみにはあらず、其の義務に屬するものが幾らもある。かゝる用例は他にも往々ある事で、例へ

ば一口に社員權又は株主權などいふても、其の實質は社員又は株主の權利義務の集合を總稱するのであつて、親權亦然りである。猶ほ又一に親權とはいふものゝ、民法上自ら一定の制限があつて、親なりとて、其の子が何歲になるも常に此の權利を有して居るといふものではない。畢竟、親權は其の子の敎養監護を目的とするもの故、未成年の子、及獨立の生計を立てざる成年者に對してのみ行はるゝのである。又我が民法は之を其の家に在る子にのみ限つて居るから、如何に我が子なりとて、親と其の戸籍を異にする子に對しては、親權は及ばないのである。

學者の說に從へば、近來の國家社會主義的傾向は、子は國家が其の敎養の任に當るべきものとして、親權は多少の制限干涉を受くるに至つたといふことである。又我が國の或る民法學者の中には、親權と戸主權とは、到底併立すべからざるものなりと極論するものもある位故、何れにせよ此等の制度は、時代思想と相俟つて、今後大いに研究を要すべきものである。

親權は之を約言すれば、子の身上及財產上の監督保護を目的とするもの

なるが、其の内容を分類列擧すれば左の如くである。

第一 子の身上に關する權利義務

(一) 未成年の子の看護及び敎育を爲すの權利義務。

(二) 未成年の子の居所を指定する權利。

(三) 未成年の子の兵役出願を許可する權利。

(四) 未成年の子の職業に付いての許否の權利。

(五) 必要なる範圍內に於て自ら子を懲戒し、又は裁判所の許可を得て之を懲戒場に入るゝ權利。

第二 子の財産に關する權利義務

(一) 未成年の子の財産を監理收益する權利。

(二) 財産に關する法律行爲に付き、未成年の子を代表する權利。

第三 未成年の子に代りて戶主權及親權を行ふ權利

親權は父母の何れか一方のみが之を行ふものにして、原則としては父之を行ひ、父在らざるとき、知れざるとき、若くは之を行ふこと能はざるときは、母之を行ふのである。

父又は母が親權を濫用し、又は著しく不行跡なるときは、裁判所は子の親族又は檢事の請求に依り、親權の喪失を宣告することを得るのであつて又親權を行ふ父若くは母が、管理の失當に依りて其の子の財産を危くしたるときは、裁判所は子の親族及び檢事の請求に依りて、管理權の喪失を宣告することを得るのである。然し此等の宣告は、其の原因が止みたるとき

は、後に取消すことも出來る。

相續權

家督相續

家督相續は如何なる原因に依つて開始するかといふに、先づ第一は戶主の死亡であつて、之は其の事實の發生と同時に、相續人が新戶主となるのである。而して第二は隱居であつて、之は西洋には勿論ないことであるが我が國には中々頻繁に行はるゝもので、女は年齡に拘らず何時にても隱居することが出來る。然し男は滿六十歲に達しなければ隱居は出來ない。何

隱居

家督相續人の種別

れにせよ、後に相續を引受くる確かりした者がなくてはならぬ。尤も戸主が病氣に罹つて家政を執ることが出來ないとか、本家の相續又は再興とか或は他家に聟に行きたいとかいふやうな場合には、裁判所の許可を得て隱居することが出來る。而して死亡は單純なる生理的事實なる故、其の發生と同時に相續は開始するも、隱居は之を戸籍吏に屆出づるに依つて、其の效力を生ずるのであつて、隱居の屆出と同時に相續も開始するのである。それから第三には、戸主が我が國に歸化する等の事により、我が國籍を失へる場合で、第四には、婚姻とか養子緣組に依つて、一旦他家の戸主となつた者が、離婚離緣になつて家を去る場合、而して又第五には、女戸主が入聟即ち入夫婚姻をすると、女は戸主でなくなり、男が之に代り、又其の入夫離婚すれば、女が再び戸主となる。

然らば如何なるものが家督相續人となるやといふに、之は大別して三種ある。一は法定の推定家督相續人、二は指定に依る家督相續人、而して三は選定に依る家督相續人である。法定の推定とは、法律上に其の順位を定めたる者の意味で、法律が此の者こそ相續の單純承認を爲すものと推定して居る者をいふので、何れか其の家の直系卑屬の一人である。而して其の順位は確然と法律に定められてあつて、(一)親等の異なりたる者の間に在つては、其の近き者を先にし、(二)親等の同じき者の間に在ては、男を先にし、(三)親等の同じき男又は女の間に在つては、嫡出子を先にし、(四)親等の同じき嫡出子庶子及私生子の間に在つては、嫡出子及庶子は女と雖も之を私生子より先にし、(五)前四號に揭げたる事項に付て、相同じき者の間に在ては、年長者を先にするのである。之は我國從來の慣例を斟酌して定めたのである。

尤も家督相續人たる者に於て、特に相續人として不正行爲ありし場合は法律は之を除外して居る。例へば故意に被相續人又は相續に付き先順位に在る者を殺したり、又は殺さんとせる爲め刑に處せられし者、又其の殺害されしことを知りながら、告訴告發せざりし者、又は相續に關する遺言に付て、不正の手段を爲せる者等である。

又法定の推定家督相續人たる者の身の上に付て、法律に掲げたる事由あるときは、所謂廢嫡といふことが出來る。それは、(一)被相續人に對して虐待又は重大なる侮辱を加へたとき、(二)疾病其の他身體又は精神の狀況に依つて、家政を執るに堪えざるとき、(三)家名に汚辱を及ぼすべき罪に依つて刑に處せられたとき、(四)浪費者として準禁治産の宣告を受け、將來改悛の望みなきときである。此の四つの場合に於ては、被相續人は直ちに裁判所に訴へて、其の廢除をしてもらふことが出來る。其の他例へば、他家に嫁に遣りたいが。長女である故其の家を出られないとか、養子に迎へたいが、先方が長男である故籍が這入らぬといふが如き、正當の事由ある場合には、被相續人は親族會の同意を得て、其の廢除を裁判所に請求することが出來る。

然らば法定の家督相續人無き場合は、果して如何にするやといふに、被相續人は規族でも他人でも、自己の理想の人を指定して、家督相續人とすることが出來る。然し又それもない場合は如何するやといふに、其の家に

在る父又は母が相續人を選定する。父も母も共になければ、親族會が其の選定の任に當る。尤も其れには順序があつて、第一には長女たる配偶者、第二には兄弟、第三には姉妹、第四には家女に非ざる配偶者、而して第五には兄弟姉妹の直系卑屬の中、最も適當なる者を選ぶのである。尤も正當の事由あらば、裁判所の許可を得て、其の順序を變更することも出來る。然し此等の者が皆無かりしとき、又有るも相續を辭したるときは。如何するやといふに、其の時は其の家に在る直系卑屬中、親等の最も近き者、家督相續人と爲る。但し親等の同じき者の間に在つては、例に依り男を先にするのである。處で又、此等の人無きか、また有るも相續を引受けぬ場合には、親族會に於て、被相續人の親族、家族、分家の戸主、又は本家若くは分家の家族中より、家督相續人を選定するのである。若し又此等の人なかりしときは、親族會は他人の中から之を選定することになつて居る。而かも終に相續人たる者無きか、又有るも、住所不明等の場合には、鄭重なる手續をなせる後、其の家を絶家として、其の財産を國庫に歸屬せしむる

のである。

家督相續の效力に付ては、相續人たる者は、戸主權と共に、前戸主に屬せる一切の權利義務を承繼するので、殊に系譜、祭具及び墳墓の所有權は家督相續の特權に屬して居る。尤も前戸主の一身に專屬する權利義務、即ち特定の資格に附着する權利や、其の人獨特の人格及技倆を要する行爲に就して、他人を以て代ふ可からざるものは此の限りでないので、例へば扶養を受くる權利、恩給を受くる權利の如く、又例へば醫師、辯護士、畫家、彫刻師等、特種の專門的技能を有するもの、行爲の如きものは、相續人なりとて、之を如何とも爲すべからざるが故に、此等の行爲を給附する義務は相續人に於て繼承せぬのである。又親の借金は子が拂はなくともよく、子の借金を親が始末する義務はないが、前戸主の義務は、必ず新戸主に於て辨濟せねばならぬ。然り而して多くの場合に於て、新戸主は前戸主の子なるを以て、結局大多數の場合は、兩者が事實上合一されることになるのである。

然らば其の相續の時期は如何といふに、家督相續開始の原因發生と同時である。然るに世人は動もすれば誤解して、未だ相續屆を提出せぬか、又は財產の名義を書換へぬ中は、依然として相續はないつもりで、隱居はしたがまだ財產は讓つて居らぬなどと、平氣で濟まして居るものがあるが、之は大なる誤りである。若し隱居面でも殘して置かうと思ふならば、民法の規定に從つて、隱居前に相當の手續をして置かねば無效になる。

遺產相續

家督相續なるものは、戸主の死亡隱居等に依つて開始するのであるが、遺產相續なるものは、家族の死亡に依つて開始するのである。從つて其の死亡者が無財產ならば、即ち遺產なるものなき故、相續も有り得ない。如何なる者が遺產相續者なるかといふに被相續人の直系卑屬たる者は、其の家に在ると否とを問はず、又男子たると女子たるとに論なく、何處に嫁に行くも聟に行くも、最も近き親等の者、即ち子あれば子、子なければ孫が何人あるも皆同順位に於て相續人と爲るのである。然らば直系卑屬なきと

きは如何といふに、第一配偶者、第二直系尊屬、第三戸主といふ順序になつて居る。又遺産相續人たることを得ざるもの、又其の廢除に付ては、家督相續に於けると略ぼ同樣である。遺産相續の效力も亦略ぼ家督相續と同樣である。

第五章　法律の社會化

第一節　權利本位より義務本位へ

時勢は變化して、法律は權利本位から新たなる他の本位に變らねばならぬことになつた。丁度、中世から近世にかけて時勢に著しい變化があつて個人の覺醒といふことがあつたやうに、近世から現代にかけて、また重要な變化があつて、玆に新らしい社會現象が起らねばならぬことになつた。而して若し近世を稱して個人の覺醒と叫ぶことが正當であるならば、現代の現象を稱して社會の覺醒と爲すべきである。

新らしい時勢の變遷は之を二箇の方面に別けて考へねばならぬ。第一は列國關係に於ける國民的自覺である。第二は大工業の發達に於ける貧民階級の自覺である。其の一は國際問題で、其の他は國內問題である。

國際關係に於ける列國角逐の模樣などは、玆で述ぶべき限りでない。兎に角、十九世紀の經過に於て各國の國民的自覺が甚だしく發達した。或は帝國主義と稱せられ、又此の頃は軍國主義と稱せられて居るが、要するに一の國が他の國に對して優越なる地位を維持し、又は取得せんとする所の國民的欲求、國民的主張は、發達しつゝある何れの國にも共通にして且蔽ふべからざる事實である。

さて、此の事實は疑ひもなく從來の個人主義と相背馳する所のものである。個人が個人としていかに繁榮であつても、其の個人と個人との間に楔子が缺けて居ては、其の個人の集團たる國家には何等の力がない譯である。既に個人と個人との間に楔子を打込まねばならぬといふことになれば、最早個人主義は許されないことになる。個人は國家の一員としてのみ其の生

存の立場を保つことが出來ることにならねばならぬ。さういふ見地からして見ると、個人の關係を規律する所の民法が法律の基本的なものであるといふやうな思想は之を捨てねばならぬことになつて、先づ個人と國家との關係を第一要義とせねばならぬことになるのである。

國家に對する義務

されば、帝國主義では、個人が國家に對して權利を持つといふやうな思想は之を第二次に置いて、先づ個人が如何に國家に寄與せねばならぬかといふことを考へねばならぬことになる。個人が國家に寄與する所あらんとするには、個人は其の爲し得る全力を國家に對して盡さねばならぬことになる。徴兵然り、納稅然り、全國皆國家の爲めに產業を爲し、國家の爲めに警察をなさねばならぬことになる。斯く國家は個人に對し、其の全力を盡すべきことを要求することが出來ねばならぬとすると、又他方に於て國家は其の個人に對し、其の全力を盡して寄與貢獻を爲し得べき機會を與へねばならぬことになる。國家が法律を以て個人に權利を認むるのは、個人が國家に對して自己の勝手氣儘を主張し得る爲めに然るのではない。個人

をして自由に發展せしめ、自由に活動せしめ、自由に其の力を盡さしめる爲めである。現代の帝國主義の下に於ては、個人の權利は個人が國家に對する義務を盡す爲めに與へられて居る所のものであると解せねばならぬことになるのである。

更に轉じて國內關係に於ける大工業の影響を考へて見る。蓋し社會上の階級鬪爭は殆んど如何なる社會にも免れないものである。羅馬の古い歷史には地主には貴族と平民との爭のことが記されて居る。歐洲の封建の歷史には地主たる大名と小作人との爭のことを見ることが出來る。一七八九年の佛國大革命は、市民階級が權力階級との墻壁を打破して所謂「平等」を社會の上に實現せしめたと信じたのであつたが、十九世紀の經過に於ける經濟狀態は自然科學と其の應用との發達につれて非常なる變化を受けた。大工業の發達は市民階級の外に貧民階級といふものを生ぜしめたのである。現代に於て市民階級と貧民階級との爭ひ、其の一方の「富」と其の他方の「數」との爭ひは、或る意味に於ては歷史上未だ曾て見ざりし所の大きな階級爭鬪であ

貧民階級の不平を聞く

るといふことになつて居るのである。

固より現在の社會制度を根本的に覆へして、新たに理想的な團體を組立てんとするの過激な思想は排斥すべきものであるが、併しながら、大工業の發達に基き、日に日に貧富の懸隔が甚だしくなりつゝある以上、貧民階級の不平と要求とに耳を傾けねばならぬものあることを疑はない。其の不平を聞き、其の要求を正當に解決するに非ざれば、新しき意義乃至形態に於て、更に新世紀の佛國革命が爆發せんとする時勢の將來を考慮しなければならない。

所謂社會政策——此の新しき階級爭鬪を解決すべき、唯一の實行的方法たる社會政策は、玆に於て、如何なる基本礎石の上に構成されねばならぬかの問題を生ずるのである。富裕階級が其の富に對する所有權を主張し、貧民階級が其の人格に基く生存權を主張する間は、此の問題は到底解決の付くものではない。從つて、社會政策は兩者の權利の單純なる妥協互讓を基礎とするものではいけない。全く新しい思想の上に成立せねばならぬ。此

の新しき思想を一派の學者は社會協働論と稱して居る。社會はそれを組織する各個人の協働に因つて成立し、維持されて行くものであるから、各個人の關係は連帶的である。各個人は社會に對して先づ一人前の働きをなして其の社會から一人前の利益を享受して行かねばならぬといふのである。先づ義務を認め、然る後に權利を認むるのである。富者は其の富に因る權利を主張する前に、又、勞働者は其の人格に因る權利を主張する前に其の富なり人格なりを社會の共同利益の爲めに提供せねばならぬ。

富者には其の富を利用する義務がある。勞働者には其の人格を發現する義務がある。富は個人の私慾の爲めに使用せらるべきものではない。富は社會の爲めに利用せらるゝことに因りて玆に社會に對して一種の權利を持つのである。丁度勞働者は懶惰であつてはならぬ、而して其の勞働は社會の爲めに利用せらるゝので、玆に社會に對して、一種の權利を生ずるやうに。換言すれば、其の富者の權利は、其の富が社會の爲めに更に利用せられねばならぬといふ權利である。丁度、其の勞働者の權利は、其の勞働者

が社會の爲めに更に働き得るといふ權利であるやうに、

第二節　法律組織の大變更

以上の理由から、十九世紀の末尾から二十世紀へかけて社會の制度に大きな變遷があつて、而して其の變遷には二つの種類がある。

其の一は從來の法律組織には嘗て見ることの出來なかつた、新たなる立法が澤山出來たことである。所謂勞働者保護に關する新法律、即ち所謂社會的立法がそれである。工場法は其の最も著しきもの〻一つである。簡易保險法も亦それに加へて見ねばならぬ。其の他種々の保險法やら、年金法やら、いろ〳〵の制度がある。是等の諸種の社會的立法は、既に歐洲に於ては餘程發達して居るのである。勞働者の保護は最早單純なる恩惠的施設の問題でなくて、立派な法律的制度である。權利として勞働者に一定の主張を許す所のものとなつて居るのである。

其の二は從來の法律組織は大いに變更を受けねばならぬことになつたが

此の中にも自ら二つの區別がある。一は法律其者が變更を受けるやうになつたことで、他は法律の運用が、自ら變更を受けるやうになつたことである。此の兩者は明白には區別の出來ぬことであるけれども、自ら其の間に差異があるやうである。

法律其の者が變更を受けた例としては、行政法の範圍に於ては、助長行政の擴大がそれである。個人の權利自由に重きを置いた時代、即ち十九世紀の初めに於ては、國家は出來るだけ個人の活動に干渉しないことにせねばならぬとされた。警察といふのは、社會の安寧秩序を保持するといふに過ぎないのであるから、言はゞ消極的のものである。所謂助長行政といふことが今日の如く廣く經營せられ、積極的に國家が社會の幸福の爲めに活動するといふことは、比較的に新しいことなのである。殊に近頃の現象として、國家は國家として權力を以て助長行政を經營する外に、又個人と全く同一の資格に於て事業を經營するのである。社會全體の福利に關することで、大企業や獨占的の事業やは、國家自ら經營することが少くないこと

になつたのである。我が邦の鐵道は其の最も著しい例である。斯様なことは五十年前に比して大きな變遷と謂はねばならぬ。

工業所有權鑛業權の取消

又工業所有權や鑛業權などの規定に注目すべきものがある。それは此等の權利が權利にして同時に義務たることである。例へば鑛業法第四〇條には「鑛業權者正當の理由なくして登錄の日より一箇年內に事業に着手せず、若くは一箇年以上休業したるとき、又は施業案に依らずして採掘を爲したるときは商工大臣は鑛業權を取消すことを得」とあるし、又特許法第四七條には「正當の理由なくして特許權發生後、其の發明を帝國內に於て適當に實施せず、又は三年以上其の實施を中止したる場合に於ては、特許局長は利害關係人の請求により、又は職權を以て其の特許を取消すことを得」といふことになつて居る。元來工業所有權や鑛業權の類は所有權のやうなもので、一種の所有權と云つて差支へないものである。而して、それが權利である以上は、それを行使すると否とは權利者の勝手でなければならぬ。權利といふことは、權利者が其の權利の一定の範圍內に於て如何なることでも爲し得るといふことを意味するもので、又同時に其の權利を行使しないことも其の權利者の勝手たることを意味するものである。然るに工業所有權や鑛業權は權利でありながら、之を行使せざるときは其の權利が取消されるので、換言すれば、行使せねばならぬ權利であるといふことになつて居るのである。是は、工業所有權や鑛業權が公益的意義を有するものであるといふ關係から、固より當然な規定ではあるが、既に權利と稱しながら之に行使の義務ありとすること、即ち行使の義務ある權利といふことは矛盾した思想を含んで居るものといふことが出來る。少くとも斯の如き權利は純粹なる權利でないので、斯の如き思想は權利思想が義務思想に轉化しつゝあるものと見ることが出來るのである。

特許の取消

行使の義務

第三節　所有權に對する制限

之に對して所有權は純粹に個人的なものとされて居た。憲法第二七條にも「日本臣民は其の所有權を侵さるゝことなし」とあつて、所有權不可侵の