

法政粹編

光緒三十二年四月廿二日

明治三十九年五月十五日



編輯者

法學通論編輯者 湖南楊
 民法總則編輯者 湖南羅
 民法物權編輯者 湖南彭
 雷光宇 彭兆潤 石金紹

印刷者 池田辰次

東京市麴町區飯田町二丁目十九番地

東京九段中坂

印刷所 池田九段印刷所

叙

今日我國新學界中有一最疾惡之名詞曰專制政體。夫專制政體誠惡矣。然專制政體之所以惡與所以改革此專制政體者當如何乎。則當知專制政體之國之所以惡者爲其專以威力爲治而非法治國故也。而欲改專制國爲法治國則其國之人民必當先有可以爲法治國國民之資格而後可脫離專制不然則國民之資格僅可以爲專制國民者雖以若何方法改革其國家其仍將爲專制政體可斷言者也。夫專制國之國民其心思其眼孔皆惟最高之一人是視當國民權利思想初發達之時將一切之權利悉以奉於一人而一已惟餘義務當國民權利思想初發達之時將一切之義務悉以責於一人而一已惟餘權利於人之權利義務必無平等之觀念是即無法律觀念也。無法律觀念之國民必無遵守法律之信念與奉行法律之能力。夫既無此信念無此能力矣。雖以若何美善完備之法律與之必仍將視爲弁髦而不惜破壞摧殘之。蓋以其所謂自由行動者不自由行動於法律之中而必欲自由行動於法律之外故也。如此之國民決無法治國國民之資格而惟有專制國國民之資格以如此之

國民欲其自行組織國家成一法治國之制度猶強母牛使生子馬必爲事理之所無矣。不僅不能組織國家也。並求其組織一同守規則之自治團體亦有所不能終必將出入於規則之外而破壞其團體焉。世界法治國國民資格之最深固者莫如英人故無論其至何地而可以小數人之集合團體漸演而成國家故英之殖民地遍於全球蓋其組織團體之方法即其組織國家之方法也不然則上之不能組織政府下之不能組織地方自治團體即無論設置何種機關創立何種法人皆有所不能矣。我中國今日之人民程度殆猶在於此級是誠可爲哀痛者。然論救之道其惟一之方法亦惟有輸入法律思想而已。同志諸友爲此意有所組合委予編一法學通論予屢以不學辭之而羣以義務相責因自思維以不學之士而強欲著書以餉國民其誤我國民者寧得爲小。因取日本法學博士織田萬氏所著法學通論爲底本加以參考而增以己意亦聊述其淺薄之知識以供一時之觀覽自知於法學者之眼孔不足以邀一顧然社會之進步亦自有其階級若精深者不能及淺薄者不屑道則社會終無進步之日予旣非欲以著書名世則姑述所知以爲法律思想普及之先導其精深者以俟異

日之考究。且以待賢者之繼續。不亦可乎。於書之成。附述此語。自明其非著書。以求諒於當世之法學者耳。乙巳季冬湘潭楊度識

法學通論目錄

第一編 法律

第一章 法律之定義

第二章 法律之彙類

第三章 法律之効力

第一節 關於時之法律之効力

第二節 關於地之法律之効力

第三節 關於人之法律之効力

第四章 法律之解釋

第一節 法律解釋之種類

第二節 法律解釋之規則

目

第二編 權利及義務

第一章 權利

第二章 義務

二

五五

七〇

法學通論

湖南湘潭楊度編纂

第一編 法律

第一章 法律之定義

法律者何。此問題之解釋。頗不易言。自來學者。關於法律之定義。其說不一。至今日猶無一定之論。是編採擇二三之主要論說。而加之以批評焉。

第一 法律者。直接或間接。表章神意。命正者。而禁不正者之規則也。此說創於神學派法學派。以爲國家之成立。始於血族之團結。而崇拜祖先。爲鞏固其團結之最大要件。故古代以神意之直接。爲法律之淵源。東西各國。莫不皆同。以祖宗之遺訓。爲即其當時與後來之法律。苟同血族。必當遵守而無敢違背。此其說原出於祭祖之俗。而因以揣摩神意。視同法律。近世法學家之所論證。即本於此。所謂神意之直接者。也。迨去古稍遠。民智漸開。其對於神之思想。亦日臻於高尚。故後世之學者。以爲人對於神。所

感而得者。皆限於抽象的。而不能確得其真。至於神之直接制定法律。既無其理。自無其事。故不以法律爲神意。而以爲表章神意。此所謂表章神意之間接者也。中國當上古神權時代。典冊不詳。無由知其法律之所本。惟至虞夏之間。始有禮刑之可觀。其所謂天命有德。五服五章。天討有罪。五刑五用諸說。雖事事稱天以爲治。然常以天視自我民視。天聽自我民聽。爲其原理。亦惟近於表章神意之間接。而非神意之直接。此中國進化最早。久與神權相離之明證也。迨及後世。泥古守舊之性。深入人心。祖宗之成法。不敢稍爲變更。然又徒保其名。而棄其實。人人遠稱三代。近述漢唐。而於國家及人民。果能如三代漢唐之人民與否。則不復問之。此不惟與中國古聖之學相違。即於西洋古代尊崇神意。於祖宗遺訓。必當遵守無敢違背者。亦大相左矣。此又中國由古之進化。降而爲今之退化之明證也。

第二 法律者。強要人以就於正。所以補道德不及之規則也。此說爲道德主義之學者所創。東西古代。皆盛流行。而中國自古及今。凡學人君子。關於法律之見解。罔不如是。夫以其理言之。則亦何嘗非是也。夫道德者。人類不可不由之道理也。其爲用也。在

使人心自歸於善。若夫法律則必不能如此。誠以道德者可檢束人之心性。而法律者僅可檢束人之行爲。凡人欲爲不善之事。而自訟於心。不肯爲之者。此必爲道德之力。而非法律之力。以維持社會之功效。言之則道德可以爲精神上之維持。法律不過爲形式上之維持。故法律之爲用。不過爲社會外界上不可不由之道路耳。夫維持社會之道。豈可徒重形式而輕精神。徒重外界而輕內部哉。社會之爲物。也不能日日進步。則必日日退步。無可中止之理。自來世界之亡國。亡於外部之強暴者。不少而亡於內部之腐敗者。尤多。此歷史上可歷歷數之。而今日之中國。所以危迫至此者。亦豈徒曰外界之強暴。有以致之乎。亦曰內部之腐敗。實使然也。而內部之腐敗。又豈徒曰無形式上之法律乎。亦曰無精神上之道德耳。若徒以法律而論。則中國亦自有不完全之法律。苟實力而奉行之。則亦何至腐敗。至是其所以至是者。無實行法律上之道德。故耳。是故雖有法律。而徒以生弊。不能收維持社會之功。由此言之。則道德誠重於法律哉。雖然。欲求道德之進步。必求之於教育。而不能求之於法律。孔子有言道之以政。齊之以刑。民免而無恥。法律之謂也。道之以德。齊之以禮。有恥且格。道德之謂也。而道之

齊之云者則雖法律亦必以教育爲先義甚明也後之儒者不通孔氏之意不知道德法律皆當以教育爲先而惟高言道德主義之德治國恥言法律主義之法治國若一言法律則近商鞅申韓之說而非純粹儒家之言者其墨守孔氏之學既可哀其誤解孔氏之言尤可笑卒之其理想之德治國既不得其方法而永無可以希望且並世界各國之法治國秩序釐然整齊畫一之規模亦不可幾及矣此中國數千年來之士人理論自高而事實愈低有以陷之使日益退步者也夫父欲其慈子欲其孝古今萬國所共同之道德也而法律則無由使其慈與孝惟於不慈之父可許其子之訴訟不孝之子可許其父之訴訟但能於其不慈不孝之行爲已發見者而懲之是豈立法者之本意哉亦有所不得已也夫以父子之恩而至於相訴此於天良之地當若何之苦痛然法律不如此則無以保各個人之人格而維持全社會之安甯乃不得已而爲此規定故有謂法律與道德相衝突者誠不知立法者之苦心然必盡強法律以入於道德之範圍亦殊可以不必也

第三 法律者從自由之大則調和一人之意思與他人之意思之條件也此說爲自由

主義之學者之所創。其意以爲既有法律。則各人之自由意思。不能不加以幾分之限制。所以制其小而全其大也。夫使各人之自由意思。無所限制。則必各相犯違。而至於不能自由。故制限各人之自由意思。以完全全體之最大自由。乃法律之所有事也。夫据是說。則法律之手段。在於制限。而法律之目的。在於自由。欲論其理。頗非易易。雖然。法律之目的。何爲而不僅以保護各人之自由爲事。且何爲有時而反以滅絕各人之自由爲事乎。則試即中國之法律論之。而可以知各國法律之意矣。中國之法律於人民之自由意思。毫不顧及。既不顧及。則亦無所謂範圍制限之可言。雖以事實論之。有時所得意外之自由。尙有浮於各國法律之外者。然此乃事實上之放任。而非法律上之允許。若以法律而論。則可謂無個人之自由也。專制國之法律。大率如是。不僅中國爲然。特中國之所謂法律。多放任而不實行。故有此特別之現象耳。然此等法律。必不能長存於世界。終有反動力發生之一日。然當人民反動之力。漸生。法律未遽改良之際。社會上必有盛唱自由之一時代。而此之所謂自由者。乃以各個人之意思爲標準。而不以法律爲標準。其所以然者。以其於舊法律不欲守。而新法律尙未成實。呈一無

法律之現象既無法律故無標準既無標準故無範圍由是放縱恣睢無復限制尊重自己之自由侵犯他人之自由強者劫弱衆者暴寡如虎兕之出於柙不可復制推其野蠻自由之風必率一社會而趨於禽獸世界卒之我凌人者人亦凌我各個人之自由終不可得而社會之秩序遂因之而大擾亂是故無自由之法律與無法律之自由其爲社會之賊害實相均救之之法惟有改良法律與人民以法律上之自由而自由者又只能自由於法律之中而不能自由於法律之外而後人民之幸福與社會之秩序得以保護而維持故其所謂法律者實以國家之安甯秩序爲主而非以各個人之自由意思爲主乃爲之調和之謂也此各國法律之意也

第四 法律者主權者之命令國民行爲之規則也此說爲命令主義之學者所創其說不足之點有二 一以論於慣習法慣習法之所由生實以天下萬事莫不有其最始之時積年累月而後成爲慣習故法律中之慣習法乃人民與人民自古以來所慣習之事而主權者認之爲法律有非以主權者之命令而行之者則命令實非慣習法之要素也 二以論於成文法成文法之外形雖爲命令然其實質亦非命令如憲法

者。成。文。法。也。主。權。者。既。當。自。守。憲。法。則。必。非。自。施。命。令。於。己。身。可。知。若。以。此。而。謂。之。命。令。實。不。可。也。要。之。法。律。者。或。直。接。或。間。接。皆。所。以。發。表。人。民。之。意。思。而。直。接。以。發。表。之。者。爲。慣。習。法。間。接。以。發。表。之。者。爲。成。文。法。皆。不。得。謂。爲。主。權。者。之。命。令。也。夫。命。令。主。義。之。說。以。論。專。制。國。之。法。律。猶。可。以。論。立。憲。國。之。法。律。實。不。然。蓋。立。憲。國。之。主。權。者。亦。同。在。憲。法。範。圍。之。中。則。命。令。之。說。無。由。而。立。若。專。制。國。則。不。然。其。法。律。可。以。範。圍。全。國。之。人。而。惟。主。權。者。在。於。法。律。範。圍。之。外。既。無。對。於。主。權。者。而。施。檢。束。之。法。律。則。彼。亦。無。所。據。而。生。遵。守。法。律。之。義。務。故。惟。以。一。人。立。於。命。令。者。之。地。位。而。其。餘。皆。立。於。被。命。令。者。之。地。位。則。謂。法。律。爲。其。命。令。亦。誰。曰。不。宜。且。專。制。國。主。權。者。不。僅。法。律。爲。其。所。命。令。彼。又。可。於。所。已。命。令。之。法。律。外。時。以。詔。諭。行。之。其。所。詔。諭。有。時。在。法。律。之。中。有。時。在。法。律。之。外。有。時。與。法。律。相。符。有。時。與。法。律。相。背。爲。善。爲。惡。爲。利。爲。害。任。其。意。思。之。自。由。發。動。而。一。國。莫。與。之。抗。此。專。制。國。之。極。弊。而。其。法。律。所。以。無。一。定。之。價。值。也。中。國。之。所。謂。法。律。亦。即。如。是。其。不。能。於。法。學。上。占。地。位。者。即。在。此。矣。

第五 法律者行於一國內強制的規則之全體也此說爲強制主義之學者之所創。

於法律之實質之如何。皆不之問。但據其外形之條件而定之。比諸前者數說。較爲簡明。蓋前數說者。或本法律之淵源。或據法律之目的。其着眼既殊。其立論自異。然於強制元素。皆不承認。是其所同也。豈知法律者。其爲強制的規則。本無所容其疑慮者乎。欲於法律之意義。求其確定。極爲困難之事。觀於以上諸說。可見一斑。然論法律者。貴攷究其因何觀念而成立。而後與之以定義。若據其淵源目的及材料等以爲定。則不知其本來之時代與場所。原不能以一定。而與法律之所以爲法律。實毫無關係者也。日本法學博士織田萬之言如此。而其於法律之定義。以極簡單之言定之。今採其說於左。

法律者國家之強行規則也。

欲分析此定義。則當知規則強行及國家三者。爲必要之三觀念。今更即此三觀念而略爲說明之。

(一) 法律者規則也。規則者。即事物一定之秩序也。宇宙間萬事萬物。必皆有其一固定之秩序。而後能成。語有之曰。有物必有則。孟德斯鳩氏曰。法之廣義。本與事物之性

質。有。必要。之。關係。者。也。是。故。日。月。星。辰。之。粲。然。陳。列。草。木。禽。獸。之。雜。然。蕃。育。皆。有。自。然。之。規。則。而。不。可。紊。故。人。類。之。相。聚。處。以。營。其。共。同。之。生。活。亦。必。觀。其。相。互。之。關。係。以。爲。行。爲。之。準。繩。法。律。者。即。準。繩。之。一。種。而。爲。其。一。定。之。規。則。者。也。中。國。典。籍。中。爾。雅。訓。法。爲。常。說。文。訓。律。爲。均。布。郭。璞。曰。法。律。所。以。詮。量。輕。重。者。也。然。則。法。與。律。其。文。異。而。其。義。略。同。皆。所。以。範。天。下。之。不。一。而。使。之。歸。於。一。中。國。數。千。年。來。法。學。大。家。無。過。於。商。鞅。韓。非。者。然。其。論。皆。以。定。於。一。爲。其。大。主。義。可。知。以。法。律。爲。表。章。一。定。之。秩。序。者。實。東。洋。學。者。之。舊。說。也。

(二) 法律者得強行者也。強行者。不關於人之意思。而與以形體上之檢束者也。夫使一規則也。而任人之自然行之。或任人之意思而左右出入之。則非所謂強行者也。強行云者。不屬於內部。而屬於外部。夫人類共同生活之規則。亦不一而足。或曰道德上之規則。或曰宗教上之規則。皆規則也。然此等規則。但能強制其內部之良心。而不能強制其外部之形體。法律之所謂規則。則異於是。苟爲法律所豫想之原因。則必有豫想之結果。例如欲損害人之財產。而求其無賠償。法律必不許之。欲傷害

人之生命身體。而求其免刑罰。法律必不許之。不許之方法。必於形體上與之以檢束。而務達其目的。乃爲事之結果。此實法律之特性。而與德道宗教之規則異者也。是故法律上之規則。當其制定或認定之時。有屬於德道者。有屬於宗教者。皆於法律之爲法律。無甚關係。何則。人命之不可殺傷。屬於道德上之規則。神祠佛堂之不可污損。屬於宗教上之規則。而刑法於殺傷人者有罰。污損神祠神堂者有禁。可知此等行爲。既惹起法律上之問題。而生法律上之關係。強之使行。罰者不能使逃。禁者不能使犯。則已成爲法律上之規則。而非復道德宗教上之規則矣。然則法律之淵源。目的。及材料。姑不必問其如何。而其外形之條件。既當用強行力。則法律得強行之說。不爲過也。

(三)法律者。國家始能行之者也。法律之得強行。理既如前。而欲達此強行之目的。不得不賴權力。此其理亦不待繁言而解者。夫國家之爲物也。由於一定之人類。於一定之土地。服從一定之政權。所組織而成者也。夫必有一定之政權。而後乃得定法律而強行之。故法律與國家。有兩相密接而不能分離之勢。若夫彼之所謂社會者。

其亦爲人類共同生活之一形體。固不待言。然其勢力單純。欲於社會而存立法律。則實有未能。蓋社會者。無一定之政權者也。試以國家與社會之差別論之於左。

甲 社會者。無統一之權力。國家者。有統一之權力者也。人類生活之進步。可大別之爲三階級。曰個人的生活。曰社會的生活。曰國家的生活。個人的生活。最不適於生存競爭。人類不能恃此以圖存。故社會的生活次之。然社會的生活。不過易孤立離索之生活。而爲共同相濟之生活而已。猶無權力之可言也。唯其無權力。故弱肉強食之弊。仍不能免。於是又思以統一之權力。正社會之秩序。謀公共安甯之幸福。而國家的生活之道起焉。故國家者。由社會而立。而社會者。又賴國家而存。若有社會而無國家。則社會亦必歸於消滅矣。

乙 社會者。放任自然。國家則反乎自然者也。社會既無權力。則只能放任自然。其弊也。個人之優勝劣敗。愈演而愈劇。若國家則不然。既有權力。則不放任。於優勝劣敗之慘狀。可以劑之使平。而於保護個人安甯幸福之目的。乃始可達矣。

丙 社會者。以自由爲原則。國家則以不自由爲原則者也。蓋社會者。以個人之

意思爲活動之原力。故以自由爲原則。其中男女老幼智愚強弱賢不肖等。各與其人相當。而爲自然之競爭。因而生無數之階級。其結果也。至於各個人皆不平等。國家則不然。其原則爲不自由。於不平者劑之使平。故各人皆得平等。所以然者。因國家之爲物。雖以各人之利益爲目的。而尤必合公共之利益以計畫之者也。

法律之意義。其果如右之所述與否。實有一疑問存焉。無他。即國際法之性質如何之說是也。夫法律之爲物。既必以上三觀念爲不可缺之事。則國際法者。不得爲法律。不過爲列國交際上之慣例而已。何則。國際法者。既無國家之觀念。即不能有強行之觀念。故從來學者。以國際法爲道德。或以爲單純之學問。其說不一。雖不能皆信。然所謂國際上無法律之說。實非謬言。據普通之國際法。與其所說明之規則之大部分觀之。實非國際法而爲國內法也。例如國際公法上。邊海三里。爲一國之領海。又如君主、大統領、公使、及其附屬員。皆有治外法權。此皆國家因自己獨立之權力。明示之或默示之。以待彼此之承認而已。若一旦彼此認爲國際慣例之時。則國家直爲自守其國法。

國民亦然。其義務之由生。實當然之理也。不僅國際公法如此。即國際私法亦然。學者往往以國際私法之名稱。爲法律之牴觸。其說以甲乙兩國之法律。不能無所異同。爲之調和其間者。是國際私法之原則也。雖然。法律上所謂原則者。一國之內。於他國之法律。不過視爲一個之事實。唯通商來往之便宜上。列國因相互之利益。不得不爲相互之讓步。故身分法則從本國法。財產法則從所在地。亦猶是各行其國內法而已也。無有他也。

雖然。現今學者之多數。猶以國際法視爲法律者。豈不以爲今日者。四海會同。萬國交通。日加繁密。若其間無一定之條規慣例。則戰國紛爭。放恣橫暴。無所不至。必見人道滅絕。復爲太古之野蠻。則於人類。抑復何幸。故必團結宇內。大小強弱。各以其力相應。以增進萬國共同之利益者。此國際法之所由起也。此其爲說。豈不甚善。雖然。人類當個人的社會的生活時代。其所謂法律。必幼稚而不能確定。既無國家強行之力。則實不能爲完全之法律。今日國際法之程度。亦猶在個人社會之間也。欲與有國家強行之力之國內法。同列之爲法律。於理實有所不能。然難之者必曰。國內之法。如憲法與行

政法之一部分。亦無所謂制裁。而未嘗非法律。何獨於國際法之問題。因其無主權與無制裁。而獨謂然乎。況國際法亦未嘗無制裁者。違犯法規。則有償金之賠償。不守中立。則有船舶之捕獲。皆制裁也。此其爲說亦甚辨。雖然。今之通常國際法庭。其不能有強行制裁之權力者。甚昭昭也。惟仲裁裁判。亦常奏其實効。如和蘭萬國仲裁裁判所。將來或至常設。亦進步之當然。國際事件。既日形其複雜。必日趨於發達。此可決而知者。然欲於今日遽承認國際法爲法律。毋甯謂之適於常理之爲得乎。總之法律之意義。前舉各說。皆未免失之狹隘。以廣義言之。得強行以定社會之關係者。乃法律之規則也。

第二章 法律之彙類

區別法律之種類者。或從其性質目的。或從其所作爲之方法。所採之標準不同。於是同一之法律。得爲種種之觀察。今舉最普通所行之彙類於左。

第一 成文法及不成文法

成文法者。以文書發布之法律也。例如日本國法。立憲以前之布告。布達。與立憲以後

之法律、勅令、閣令、省令、府縣令等。皆稱成文法者也。不文法者。於有法律効力之時。不必以文書發布。而默認其爲法律者也。不文法之主義。皆因慣習而定。所謂慣習法者。實與不文法之意義畧同。然古代之不文法。有不盡由於慣習者。例如羅馬阿烏紐斯特帝。於當時法律大家之學說。皆與之以法律之効力。又阿陀斯帝。於巴比尼亞、坡兒、耶路比揚、加有斯、摩特斯基、乃斯諸氏之學說。亦莫不與以法律之効力。此由於當時立法機關。尙未組織完備之所致。至於近世。則凡社會學者之論說。其効力雖亦未嘗無間接以及於法律者。若直據之以爲不文法。則未之有也。此外不文法之成立。尙有依判決例而定者。邊沙牟氏名之爲判事制定法。蓋法律之成立。既未完全。而其時爭訟既多。無可據以爲判決。即慣習之法。亦無所從。故裁判官不得已而以自所信爲公正者。判決其事。後之裁判官。遇同一或類似之爭訟。則亦援其例以爲斷。是即判決例不文法之起源也。英國與合衆國。向視判決例與成文法有同一之効力。歐洲大陸諸國。於判決例。則未嘗有公然之効力。然現今之英國與合衆國。視判決例日輕。而大陸諸國。視判決例反日重。已。中國之法律。其內容雖不完備。然形式上之成文法。則自古

有之以至於今。若夫慣習則以數千年之舊國。其社會上之慣習。自亦甚多。然法律未嘗認其有法律之効力。則亦僅可云慣習。而不得云慣習法。雖聽訟官吏。或亦常據各時各地之慣習。以爲裁判。而爲後來聽訟者之所援。據然裁判者。本非據法律。有適用之故。而此所謂判決例者。反爲至重之物。無論其與法律合否。與慣習合否。後之裁判官。皆得據前之判決例。以爲斷。於是舍律而言例。律簡單而不宜於用。例繁密而不能盡知。乃以援引比附爲事。於萬千例案之中。任擇所欲。援以爲判。始則因事而求例。繼乃強事以就例。而事之真實。盡失。官吏以此上下其手。作奸舞文。而人民生命財產之危險。乃至不可形狀矣。以此謂之爲成文法。固非也。以此謂之爲慣習法。則亦非實。無可以名之。推其所以致此之由。則一言以決之曰。成文法之不完備而已。夫中國而欲求法律之進步。則當主用成文法。乎抑當主用不成文法。乎此實一問題也。夫以中國裁判官。援例比附之弊。害而謂非成文法。不足以救之。此其理雖安。然猶不能僅以此爲主張。成文法者之主論何也。其判決例。既非盡由法律而生。則不能以此爲習慣法。而

謂當以成文法易之也。然以余思之，世界各國之主用不文法者，莫如英國。學者其國家社會之發達，最爲各國之先。一切多以慣習而來。故其法律亦多爲不文法。若夫新造改良之國，其國家社會之程度未甚發達，則惟有成文法之力可以迫之使驟進步。範一國之慣習以法律整齊嚴厲全體一致，則發達之力必較捷速。若仍用慣習法，則於醜惡之舊慣習不惟不能革除，而且助其保守於善良之新慣習，不惟不能發生，而且爲之拒棄於改良國家社會之目的，必不易達。故日本變法之始，卽採用成文法主義編製法典行之。國中始雖與其國向來慣習不免有所齟齬，然行之稍久，則社會慣習亦漸進步與之相合。至近年以來，則於法律之程度亦無不及之患矣。余以爲中國而欲改良國家社會，則其必以成文法爲宜，而以不文法爲不宜乎。

第二 公法及私法

區別公法及私法，其標準有三：或依法律之目的，或依法律之主體，或依法律之關係是也。

(一) 依法律之目的而區別之說。乃謂公法爲關於公益之法律，私法爲關於私益之

法律是也。羅馬法典第一卷第一章。耶路比揚氏之言曰。公法者。關於羅馬之國事之法律。私法者。關於一私人之利益之法律。即此說之嚆矢也。然是說雖似穩而易解。然其所謂公益私益之區別。非有明確之解釋不可。而究之何者爲公益。何者爲私益。各學者之所論。皆未見爲明快。即以法律之實際言之。所謂公法者。例如刑法之中。關於私益之條規亦多。身體財產之刑罰皆是也。所謂私法者。例如民法之中。關於公益之條規亦多。害公安之契約無效。素倫理之婚姻有禁皆是也。故以利益之公私爲標準。而區別法律之公私者。其說過當。無足採者。

(二) 依法律之主體而區別之說。乃謂公法者。規定國家與一私人之關係。私法者。規定一私人相互之關係。現今普通學者多遵行之。例如憲法者。定國家與臣民之關係。行政法者。定國家機關之行政官廳與一私人之關係。刑法及刑事訴訟法者。定國家與罪人之關係。故皆屬於公法。民法及商法。定一私人相互之關係。故皆屬於私法。唯民事訴訟法。或謂屬於公法。或謂屬於私法。學者猶無定論。然因訴訟法爲規定裁判所之訴訟手續。非規定原被告相互之關係。故亦編入於公法中焉。批難

是說者。則以爲國家與一私人之關係。斷不屬於公法。國家爲財產權之主體。有時可與一個人相並。而受私法之支配者也。答者則以爲是非國家之動作。不過私法上法人之動作。故非國家也。一私人也。難者又以爲國家則國家耳。不能有二種之資格也。國家唯不好自用其權力。故特與一私人相平等。而生債權債務之關係云耳。雖然。是說也。亦猶未足以難之也。法律上之事項。多依形式而成。不獨國家爲然。即一個人。有時而爲官吏之資格。有時而爲一私人之資格。二者並有而無所妨。可知以一主體而具三種之資格。在法律本絕不足怪者也。

(三) 依法律之關係而區別之說。乃謂公法成服從之關係。私法成平等之關係。是也。例如個人對於國家。唯服從其命令。則以權利者。個人平等之所有。而權力者。國家之所獨有者也。故公法之關係。乃權力之關係。不平等者也。私法之關係。乃權利之關係。平等者也。雖然。以平等不平等之關係。爲區別法律公私之標準。揆之實際。究有未確。何則。公法之中。有規定平等之關係者。私法之中。亦有規定不平等之關係者。如選舉權。被選舉權。以及集會。結社。言論。出版之自由等。皆所以保護一個人享

有之權利。固無所謂不平等矣。若夫父子夫婦之關係。雇人與雇主之關係。則雖私法中而已失平等之性質。可知法律者。不過認定自然或人爲之不平等而已。若以此爲區別公私法之標準。則立言雖新。而於理論仍未爲當也。

要之公法私法之區別。自羅馬學者之考案。相傳以至於今。其區別之標準。尙未歸於一定。而近來學者。又有法律無公私之別。一切法律者皆爲公法之說。其所以解紛難之論說。而表明法律之性質。或亦正當之言歟。雖然。公私之區別。既經從來學者之苦心研究。非特不可輕易拋棄。且果如其說。法律無公私之說。爲社會主義學者之所倡。過重國家之權力。滅絕個人之權利。未可輕於贊同者也。且準法律無公私之說。以救今日之中國。尤爲抱薪救火。止湯揚沸之策。有萬害而無一利何也。公法所以行國家之權力。私法所以保個人之權利。西洋人民權力思想發達。最早故自羅馬時代而已。有公法私法之別。故刑法刑事訴訟法之外。又有民法商法以規定個人相互之關係。而爲之保護。皆所以尊重各個人之權利也。及今各國自由人民個人權利已極鞏固。而國家又實能盡其保護人民之責。故由人事之自然進步。而社會主義之學說。層生

以其理想方法之所致則國家權力益使增加而個人幸福亦與俱益此各國所空有之學說而未能盡施於實事者也若中國法律之程度尙在何等乎則自周禮六官以及今之六部則例等大都除行政法外惟有刑法故官曰秋官部曰刑部自秦以來惟以刑威天下國家對於人民惟以刑法制之而已至於各個人之權利國家絕無爲之保護之意故亦不於刑法之外爲設特別之法故至今民法商法之名尙無自而發生而所謂田土婚姻錢債等事一切皆以屬於刑法範圍與犯罪之人以同一之訴訟据同一之法律受同一之裁判與刑罰其不以個人權利爲事亦已甚矣故中國刑法雖不完備然已可云發達若民法商法則基礎全無必須憑空創造是即所謂有公法無私法於法律上無平等相互規定之一觀念因此而憲法亦無自而生僅能爲專制政體之國者乃中國法律之一大缺點也以如此之程度若主法律無公私之說而妄同於民權發達之國所發生之社會主義學說譬如積病垂死之人而強進健者兼人之飲食鮮不促之使死矣故法律有公私之說不僅爲各國現今之所通行尤爲我國法律改良之一大主義斷無可以非之者至於法律之公私以何標準爲區別則各學者

主張各異不必過勞辨論於上列三說中以第二說爲稍當焉。

第三 普通法及特別法

區別普通法及特別法其標準亦有三。即本於地者。本於人者。本於事者是也。

(一) 本於地之區別者。因法律所行之土地廣狹而定。所謂普通法者。即行於全國之法律。所謂特別法者。即行於國中一部分之法律。如德國與美國爲聯邦制度之國家。於此區別爲尤著。日本國內之北海道、沖繩縣、臺灣等處。所行之法律。爲特別法。其他則爲普通法。皆其例也。中國於蒙古、西藏、回部等處。所行之法律。不與二十一行省同。亦此意矣。

(二) 本於人之區別者。因遵奉法律者之範圍廣狹而定。所謂普通法者。即施行於國民之法律。所謂特別法者。即施行於國民中一部分之法律。例如日本民法者。對於普通國民而適用之。故曰普通法。華族世襲財產法者。獨對於華族而適用之。故曰特別法。

(三) 本於事之區別者。因適用法律事件之範圍廣狹而定。所謂普通法者。於或種類

之事件普通適用之法律。所謂特別法者。於種類事件中。或僅於特殊事件適用之法律。例如民法者。規定普通民事上之行爲者也。故屬於普通法。商法者。專規定關於商事之行爲者也。故屬於特別法。雖然。商法者。於特別法之中。亦具有普通法之性質。蓋關於商事之行爲。如日本銀行條例。取引所條例等。其法律皆特別規定之。故商法者。亦特別中之普通法也。夫特別法。必由普通法而生。未有無普通法。而有特別法者。然如中國政府。近日頒有商法。夫商法。以民法爲根據。若無民法。則商法決無可以完善之理。今無民法。而有商法。是無普通法。而有特別法也。於法理上。於事實上。皆不得謂爲宜。

第四 主法及助法

此區別爲邊沙牟氏之所立。佛國學者。則不用主法及助法之語。而用本體法及手續法之語。其意實相同也。主法者。定法律關係之本體。助法者。定制裁之手續。以期完全法律關係者也。憲法、行政法、刑法、民法、商法等。皆屬主法。刑事訴訟法、及民事訴訟法。皆屬助法。雖然。主法中亦不僅規定本體之法規而已。例如憲法中。有載議院彈劾之

手續者。又行政法中。有規定關於行政訴訟。及訴願之手續者。凡此皆各國所同者。其他民法商法之中。關於證據之提出。與債務償還處分等之規定。亦往往有之。若夫刑事民事訴訟法中。關於法律關係本體之規條。亦非全無。蓋一國之成法。多出於便宜。而不能盡拘於學理。故欲區別主法及助法。亦不外視其法規之實質如何。而判定之而已。我中國則有主法而無助法。亦法律不完備之一證也。

第五 強行法及許容法

凡法律者。於其根底。莫不有強行力。是固然已。然有時或種之法律。直接命令或禁止個人之行爲者。有時或種之法律。因個人之便宜。設一定之範圍。而許於其範圍內。定各自之關係者。是即強行法與許容法之區別所由分。而以能否容個人之意思。以爲區別之標準者也。

強行法者。細別之。尚有命令法及禁止法之二種。命令法對於個人。而強制其不得。不行爲。禁止法對於個人。而強制其不得有行爲。例如租稅法者。命令法也。刑法者。禁止法也。又民法及其他之特別法。屬於禁止法者。亦復不少。要之法規之實質。見其爲積

極的則命令行爲者也。見其爲消極的。則禁止行爲者也。是即二者之區別所以定也。許容法者。設一定之條件。許個人各自定其關係之法律也。入此法律之範圍與否。任人民之自由。但一旦入此範圍內時。則不能不遵守一定之規則。蓋許容云者。僅許容其於此法律範圍不入之自由而已。若既入此法律之範圍。而猶不遵守其法律。斷不容如是之自由。例如婚姻及買賣交換會社代理等之法律。皆因爲此等行爲。或契約之人而設者。不得拘束以外之人也。故名之曰許容法云。

公法者。概帶強行法之性質。私法者。概帶許容法之性質。中國僅有公法而無私法。故亦但有強行而無許容。然中國之所謂公法。又非純粹的公法性質。實亦將私法而並包於其內。故其公法之中。亦有不能盡用強行而不得不用許容者。特其所謂許容。乃事實上之變通法律上之放任。而非法律上具有許容之性質者也。以上法所述律種類之外。尚有普通所用法律分類者數種。揭之於左。

第一 國內法及國際法

第二 自然法及人定法（又曰成法）

第三 固有法及繼受法

第四 母法及子法

法律者。唯國內法可當其名。若國際法。則非真正之法律。前已述之。故第一之彙類不採焉。若夫自然法者。不過學者由理想而會得之之法。則不得謂爲法律。故第二彙類亦所不採。至於第三第四之彙類。以一國之法律。與外國之法律。對照而始生者。如第觀察國法而已也。則亦非切要之理論。故皆畧之。不爲詳述。

第三章 法律之効力

法律之適用於何時何地何人之一問題。乃關於法律之効力之問題也。

第一節 關於時之法律之効力

關於時之法律之効力。有二主要之規則。

第一 法律者。自分布之日。經一定之施行期限而遵守之者也。蓋法律因公布而生拘束力。其遵守之効力。必設通常一定之期限。是爲法律之施行期限。定施行期限之方法有二。一自公布之日。經一定之期限。使全國行之者也。一自立法府所在地。依

距離之遠近。各地異其施行期限者也。日本之公文式。採第二之方法。法例則採第一之方法。夫交通往來既未便利。國土境界。又極廣漠。則各地法律之施行。自不得不異其期限。若夫道路開闢。舟車利便。郵便電信四達。則法律之設施。自不難爲同一之期限。於其公布之後。設一定之猶豫期限。而全國皆得以一時施行之。此亦事理之自然者也。今日比德日本諸國。皆適用此主義焉。

法律之施行期限。可分之爲二種。一爲通常施行期限。一爲特別施行期限。例如以公文式言之。官報到達各府縣後。經七日則爲通常期限。以法例言之。自法律（形式上之法律）公布之日。經滿二十日。則爲通常期限。若夫自法律公布之當日。而即施行者。或於法律之上。而特定施行之日者。則爲特別施行期限。此區別之實用。於通常施行期限。不必明記於法律。而特別施行期限。則必於法律明記之。或又在他法律之中。而特定其期限焉。

第二 法律者無遯及於既往之効力者也。此原則自載於羅馬之哥帖欺斯法典以來。近世諸國之法律。皆宗其說。關於時之法律効力。以此爲至要不變之原則。蓋法律

所命令及禁止之事。使其有遡及既往之効力。則於過去之事實。亦將用其命令禁止之道。是法律未存立之先。即予人以遵守之義務。世固無此理也。且使法律之効力。而果及於既往。則於人所行爲。昨日謂爲廉正者。今日謂爲罪惡。昨日因正當行爲而獲得之權利。必倏忽消滅於今日。豈所以保持公共之安寧耶。故由理論上與公益上言之。此原則極爲正當。而其所本之理由。亦至簡單。然而實際之疑義紛生。百年以來。學者之議論。喧然不一。然欲一明此原則之意義。不得不爲縷述於下。

(一) 法律不遡及之原則。非立法上之原則也。此理爲輓近之學者。所皆承認。夫從來之學說與法制。無不以法律不遡及之原則。推及於立法上者。北米合衆國之憲法。實爲承認此原則之嚆矢。蓋彼國之憲法。於制定事後之法。律有禁。即立法者。無於事後遡及而制定法律之權也。其次則爲法國共和第三年某月五日之憲法。及那威國之憲法。莫不如此規定。至於當時之學者。擴充此原則之範圍。而立法之上者。亦復不少。就中法國著名之憲法論者。孔士坦德氏。以爲法律之有遡及力。實法律之爲虐最甚者也。又民法之大家德摩頓氏。以爲此原則有二面之効力。一面示立

法權之制限。一面定法律適用之準則者也。蓋此等之學者。以爲法律之不溯既往。爲法律之原質。若認法律有溯及之力。是褫奪其原質也。豈知立法者。應國家緊急之須要。作法律而溯及既往。不獨有其理。亦且有其責。例如釐革舊時之利害。免除既往之犯罪。輕減昔日之苛稅等。皆溯國家既往之事實。而爲必要之措置者。果其作法律而不能溯及於既往。則立法者即不能爲法律之改正。而既往之法律。或不適應於人民之福利。將終無改良之期已。是則謂法律之溯及於既往。失法律之原質。其說之謬。已不待言。而以溯既往之法律。不得爲良法。則更失之矣。故曰法律不溯及之原則。非立法上之原則也。

(二)法律不溯及之原則。乃法律適用上之原則也。推究法律上適用之原則。所謂法律無溯既往之效力者。必於同一事物。而新舊二法。互異其規定者也。新法者。於其公布以後之時有效力。舊法者。於新法以前之時有效力。即舊法者支配既往之事。新法者支配將來之事。其爲意義。雖甚簡單。然實際之適用。究不能無困難之感。於是各學者。又解釋其說。謂是即法律之效力。不能及於既得權之意義。而據此學說。

明記於法律之正條者。則以奧國民法爲嚆矢。其民法第五條云。法律者不遯既往。故對於既遂之行爲。及既得之權利。皆爲無效。然此規定。亦不得謂爲完美。其所謂既遂之行爲。非法律效力所能及之語。不獨爲贅語也。且適足以招誤謬。何則。法律之所保護者。既得之權利而已。凡行爲雖已既遂。而權利猶未發生之時。則法律効力之所及。固正當而毫無妨礙者也。

法律者。本所以謀公共之利益。去舊法而制新法。是新法之最合於公共之利益。較舊法爲善美。實爲普通之理。故新法之適用。尤以從速爲要。假令於個人之利益。雖因之而受多少之傷害。而欲因以枉國家之公共利益。則無是理也。

然而國家之對於個人。亦不欲毀損其過去取得之權利。而使之服從於新法。蓋個人之權利不能鞏固。國家將終於紛擾。而毀損既得之權利。實爲國家之大患。故羅蘭氏之言曰。法律者。得以褫奪個人之權利。是既無社會也。又曰。社會必屈服於個人利益之下。是亦既無社會也。

要之、權利與利益之差別。不得有以明之。利益者。於將來有可得權利之希望。而

尙未組成特定之財產。或且因他人之行爲而消滅者。例如推定相續人。得以希望相續之遺產。然有時因其財產所有者之行爲而消滅之。又如因時效而有取得所有權之希望。而有時因真正之所有者出現。而回收其物。則亦無可如何之事。故對於將來之希望。新法或爲不利益之規定。究不得議其不條理。反乎此而爲個人所享受之利益。既成資產之一部分。如猶因他人之行爲而消滅之。則斷無其理。蓋其利益既爲權利。例如賣買、讓與、相續等。凡因法律上正當之權原而取得者。則財產上之利益。爲既得之權利。而非單純之利益。法律而猶溯既往之事實而傷害之。則不可也。

法律不溯及之原則。於刑法上之適用。則其趣旨全異。蓋唯嚴刑。則不溯既往。日本刑法第三條第二項。實認此原則。然第三項。有若所犯在頒布以前。而未經判決者。比較新舊之法。而從輕者處斷之之說。例如有一犯罪。於舊法爲輕罪。於新法爲重罪。則捨新法。而依舊法以爲處斷。如於新法爲輕罪。於舊法爲重罪。則雖犯罪於舊法之時代。而亦可適用新法以處斷之。故新法者。不構成前此之未犯罪。而罰其行

爲。亦不於前此刑罰之輕者。而處之以重。唯從其舊法。或視爲無罪。或處以寬刑而已。反乎此而於新法爲不犯罪。爲寬刑之時。則概從新法。蓋刑法之不遡及既往。而以無罪爲有罪。易寬刑爲嚴刑者。其理由非因犯人之既得權。不可害之。特爲國家之慈仁宜爾也。學者每以得受舊法之寬刑。爲犯人之既得權。此實忘刑法之目的者之言。夫法律之目的。爲維持國家之安寧秩序。以犯罪之人。對於國家。而尙可以主張既得權。則所謂法律之強固者。將於何見之乎。且以不害既得權之說推之。設於新法爲寬刑。於舊法爲嚴刑。對於犯罪人。而處之以舊法重刑之時。亦得謂爲犯罪人之權利乎。是故論刑法不遡及之原則。而以既得權之有無爲標準者。實條理未明之說也。

據以上所述。既得權之分界甚狹。且於普通之時地。對於後出之法律。雖不被其所毀損。而於例外。則仍不少也。是則法律之不遡既往。而害既得權。其原則僅爲法律適用之通則而已。若依法律之明文與性質。則裁判官有時而有及於既往之効力。而不必適用此原則。故索遜民法第二條。明確此原則之範圍。而附記云。依法律之

明文或其目的。有反對之規定時。不在此限。蓋實際上之必要。有不可不如此者。而德國民法。其總則中且省此原則而不載。日本之舊法例。亦曾載此原則。而現行法例。則削除之。可知法律者。從其性質。或溯其既往。或不溯其既往。溯其既往而有效力者。則溯之。溯其既往而無效力者。則不溯。其爲原則。亦無足重也。昔者以此爲立法上之原則。載之憲法之中。而過爲尊重。今則法律適用之原則中。已不復數及之。僅一世紀有半之時。而位置之高卑。範圍之廣狹。不啻有霄壤之差。抑何其變遷之甚也。

第二節 關於地之法律之効力

凡法律者。有屬人法與屬地法之二種。屬人法者。一國之法律。追隨其人民。人民無論至何地。不可不服從於本國之法律。屬地法者。一國之法律。限於其疆土而行之者。在其疆土內者。無論何國之人。不可不服從其法律。古代之法律。概爲屬人法。今代之法律。概爲屬地法。在古代行屬人主權之時。主權者爲酋族之長。而非一國之首長。羅馬之法律。爲羅馬人之法律。而非羅馬國之法律。摩斯之法律。爲猶太人之法律。而非猶

太國之法律。馬魯之法典。則限於巴羅門教徒。可蘭之經典。則限於回回教徒。故古代依人而異其法律。法律者隨其所至之處而存在。而爲攷察關於處之法律之効力者。所不可不注意之一端。其後國家者。則有一定之土地區畫。而成政治團體之狀。屬人主權。一變而爲屬地主權。法律者。非依人而異。乃依地而異。屬地法之範圍漸廣。而屬人法之範圍漸狹。此實古今法律上之大變遷。而今世各國所共同採用之者。若吾中國。則數千年獨處於東亞之一隅。環其外者。雖有殊種異族。然非較中國爲弱小。則必較中國爲野蠻。實不足有成立國家之資格。即其所謂條教。號令。亦率皆粗惡。不文。又實不足以與吾法律比抗。故吾國獨居自處。無自因國內國外而生起法律異同之觀念。若以西洋學者屬人屬地二主義論之。則中國自古及今。於本國之人民。皆爲屬地主義。於他國之人民。皆爲屬人主義。何以言之。向來中國人之出遊於境外者。不過邊徼蠻夷之域。其國本無所謂成章之法律。足以統御其本國之人民。則吾國人之不。在其法律範圍之下。已不待言。且他國人民。率皆敬吾華人。不相侵虐。中國政府。又向無以殖民爲政策者。故對於去國之人民。亦無所用其保護。本國法律之効力。及於去

國之人與否殊未嘗以措意其後海路雖已開通而出疆有禁於人民之私往者且有視爲非復中國人民之意而目之爲犯法雖不追捕以歸亦即置之不問則法律之效力是否隨人俱往之一問題實無可論者矣蓋行法者之意專以行於國內之本國人民而止他非所問也故曰中國於本國之人民皆爲屬地主義也若其對於外國之人則亦以我文明而人野蠻之見解誤解孔子之言高談德治而恥言法治以爲國內人民尙須道之以德齊之以禮而無取乎政刑何況外國之人苟非寬大之政不足以柔遠人而來四方故凡於外國人亦任其從彼國俗而不以法律加之使強同於己且以謂彼之野蠻程度何能以入文明法律之範圍乎夫中國前此所遇之外國亦誠有如此言惟自尊之習積之既久以爲世界各國率皆如此於西洋諸國之初來亦以此意對之而不知我方以我法律爲文明而不屑強之者人亦方以我法律爲野蠻而不屑就之欲其遵守而不可得也故凡各國人民在中國者無論外國人與外國人或外國人與中國人其訴訟裁判皆非中國法律所能適用所謂領事裁判權及會審制度等是也彼等因人人有治外法權之故故在我國境內與我國人士交接肆意橫行無術

可以禁之。此非僅國勢強弱之不齊。有以致之。且其根本之原因。實我法律未爲良美。無由強彼。以入範圍。若我國法律改良。與彼齊等。裁判所及監獄。亦與各國制度相等。果能以法律保護人民之權利。則雖以弱小之國。猶不難去其領事裁判權。而使遵我之法律。蓋我既與彼同。彼之生命財產。我皆可爲保全。而無危險。則其遵我國法律。無異其遵彼國法律。如此而謂彼猶不從。必舍便利而務繁擾。決無是理。此乃法律良否之問題。而非國勢強弱之問題。如其良也。雖弱何傷。如其不良。雖強何益。蓋兩國之法律不齊等。即爲兩國人民不齊等之實據。以不齊等之人民。而欲使守同一之法律。則不有過者。即有不及者。其不及者。如古來各外國人民之於中國法律是也。其過者。如今世各外國人民之於中國法律是也。二者雖殊。其使吾國法律不能爲屬地主義。而與人以屬人主義之權者。則一而已。然不及我者。我無由降法律以就之。其過我者。則我何難昇法律以邀彼之來。就苟其不然。則人國之法律。且將有支配於本國境內之一日。而使本國人民。盡遵他國之法律者。國至於此。則亦幾無復本國國內法之可言。將盡移爲他人國內法之問題矣。然今日之中國。則猶未至如是。但於移人之屬人主

義爲我之屬地主義一事則亦尙未達其時代故曰中國於他國之人民皆爲屬人主義也。各國從前之屬人主義之法律不具述。今述其現行之屬地主義之主要列之於左。

第一 凡法律者以普行於全國爲通則者也。一國之法律不得越其疆域而行。而疆域所及之處則無不行之。是爲關於地之法律者普通之原則。然或因特別之規則而使本國之法律得行於外國者。外國之法律得行於本國者亦有之。且本國之法律於本國內或行於一地方而不及於他者亦有之。故法境者不盡與國境相同。以下所揭之規則即此通行之特例也。

第二 特別法之區域比國境爲狹小者也。在聯邦組織之國此特例爲多。例如普國民法僅行於普國而不能行於德意志全國。新約育訴訟法僅行於新約育州而不能行於合衆國全體。又如英國之不動產長子相續法無特別慣例之時則普行於全國。而平分相續法則爲特別法。僅行於根德州而已。又如法國當法典編纂未成以前有以各地方特別慣例行之者。日本於北海道、沖繩縣、及臺灣等之法令及震災地方特

別處分法。皆限於一地方而行之者。其例亦不少也。中國之蒙古、西藏、回部等處。不與內地各省同其法律。亦即此例。

第三 本國之法律。因治外法權之結果而行於外國者。治外法權者。於他國之疆域內。得以行本國之法律。此乃特例。爲國際公法上論究之問題。例如在外國之公使館內。則行本國之法律。此皆因條約國彼此互認。治外法權者。本於國家獨立主權之必要。而出之於法律上之擬制也。

第四 本國之法律。行於在外國領海之軍艦。內海有公海領海之別。公海者。萬國之所共用。領海者。一國權力之所被及。而示之以範圍者也。一國之領海。以距海岸三海里爲限度。此國際公法之原則。各國之所承認者。故凡航於領海。與碇泊於領海內之船舶。不問其屬於何國國籍。而悉從所在國之法律。惟軍艦則不然。雖在外國領海之時。亦適用本國之法律。是亦由國家獨立主權之必要而生者。是以軍艦無論在何國。皆與本國之土地相同。例如日本橫濱碇泊之英國軍艦。於軍艦內而有犯罪之人。則依英國之法律而罰之。而非日本法律之所及者也。

第五 普通之船舶在外國領海時從所在國之法律。在大洋中時從本國之法律。蓋領海爲國權之所被及。示邊海之區域。故普通船舶入於他國領海者。當被支配於其國之法律。蓋普通船舶與軍艦異。即服從外國之法律。亦無害於國家之獨立主權。故也。至領海以外之海上。則非屬於一國所領有。世界之人民皆得以來往自由者也。故謂之大洋。大洋者。法律上所指爲公共物之一種者也。是以普通船舶若離於他國國籍所屬之領海。而在大洋中時。則仍以服從本國之法律爲規則焉。今各國普通船舶之在中國者。不服從中國之法律。其理如前所述。夫使其服從中國之法律。謂亦無害於各國國家之獨立主權者。則反之。而不服從中國之法律。其有害於中國之獨立主權可知也。

第六 物者從其所在地之法律也。關於物之法律效力。諸國之法制及學說不一。其不動產由國家獨立主權之觀念而屬於內國人者。可不待言。即屬於外國人者。亦皆適用內國之法。此實各國所同者。故關於不動產所有權之移轉、質入、抵當等。外國人之所有者。皆從其所在地之法律。惟不動產之相續。近世之學說。多以爲不當適用

所在地之法律。而當適用被相續人之本國之法律者。蓋相續者。爲被相續人之人格繼承。而非單純取得財產之方法也。至於動產。則轉徙不定。其所有者亦然。故在十九世紀之前半。從所有者之本國法。爲普通之論。至近世。以商工業之發達。因動產之分量。及價格之增加。其實際不得不適用通常動產所在地之法律。惟於相續問題。則從被相續人本國之法。仍與不動產相同也。

第七 私法上法律行爲之成立及効力。從其當事者之意思而定其適用之法律。因契約以外之原因所成立之債權及其効力。從其原因所生之國之法律。凡法律行爲者。因當事者之表示意思而成。故尊重當事者之意思。實爲法律上之原則。因而內外交涉之法律關係。以當事者所明示。或默示之意思。而定其適用之法律。至契約以外之原因。所成立之債權者。即因事務管理。不當利得。不法行爲等之債權也。既有一定之事實。則用於法律上之當然。不必更拘當事者之意思。即從其原因所生國之法律。而定其効力。爲現今各國之通則也。

第八 法律行爲之方式。從其行爲國之法律。法律之格言曰。場所者。支配行爲者也。

是實出於實際必要之原則。若爲其行爲而不從其國之法律，必至不能遂其法律上之行爲。何則？行爲之方式，各國不同。此國所有，彼國所無。往往而然。例如不動產之賣買，須登記。贈與須有公正證書。此皆在於其國，不可不認定其方式者。若夫有國焉，不必認其方式，或可認別段之方式者，則從其法律足已。

第九 訴訟者，從其爲訴訟國之法律。此言外國人爲法律行爲之時，例如英國人訴訟於日本之裁判所，則必從日本之法律。而定訴訟之手續，裁判執行之方法等。蓋手續之差異，其於法律關係之本體，大有損益故也。至中國則並訴訟法而無之，非特外國人不守我法律，且我並無成文訴訟法之可守也。

第三節 關於人之法律之効力

關於人之法律之効力，其主要之規則如左。

第一 凡法律者，國民全體所當遵守者也。此爲關於人之法律効力，最顯明之原則。不待詳述。此下所揭之諸規則，即準此原則而參加變例者也。

第二 特別法者，行於一地方或一種類之人民而已。特別法有二種：一本於地，一本

於人。前於法律彙類中。已詳言之。其僅行於國民中一部分者。亦不俟更述也。

第三 法律之効力不及於主權者。與國家之元首主權者。有國家最高權之個人。或個人之集合體者也。若主權者。負服從法律之義務。非特不能保其尊嚴。且制定法律者。位置於法律之上。無反受法律支配之理。故法律之効力不及之也。惟主權者。若由一箇之集合體而成之時。則全體對於個人。非無適用法律之事。誠以其全體爲主權。而非一人爲主權故也。如此者。其國之君主。自不能掌握實際主權之全體。然其一身。亦非法律上之効力所能及。何則。立憲國之君主。爲法律之淵源。其尊嚴不得墜之。例如英國之主權。爲國王與上下兩議院所共掌。然國王全無法律上之責任。即此意也。若於不傷尊嚴之程度。可以適用法律者。則法律之効力。亦未嘗不及之。是故關於刑法與其他一切懲罰之法律。或關於人之身分能力之規則。則其効力斷無及於君主者。惟關於財產上之契約及取引等。歐洲諸國之制度。往往適用財產法之規定。日本於一切法律。皆不爲設特例。故其天皇亦不負法律上之責任。即共和國之大統領。雖非主權者。及君主。然既爲國家之元首。居政治上之最高位。倘非特殊之犯罪。如叛逆

等。則亦同於主權者及君主。而以不受法律之責任爲通則云。然此所謂不負責任者。因有爲之負責任者。故法律上爲此特別之規定。適所以限制之而非以放縱之也。此立憲國之元首乃如此。若專制國之元首。則其一人之意思。即可爲全國之法律。隨其意思之所至。而生法律之效力。無可以限制之。即其用意之善惡。立法之良否。彼亦立於不負責任之地位。而無可以相詰。而更何法律上之責任之可言乎。

第四 在留外國之國民。從在留國之法律。凡一國之法律。支配境中一切人民。然人民不必常於一定之疆土內謀生活也。其漫遊外國者時有之。或在留外國者亦時有之。夫法律。使以隨人爲原則也。則內國人雖在留外國。尙當服從內國之法。又使以屬於國土爲原則也。則內國人之在留外國者。亦當適用在留國之法律。此二主義不同之點也。然近世之法律。皆爲屬地主義。如前之所述者。故在留外國之國民。即從在留國之法律。亦爲近世國法之原則。惟於國際上之便宜。亦有時不能全然適用此原則者。則以現今各國之法律。大抵依相互之讓步。至令外國法之效力。認容於內國。如下所列三者是也。

第五 人之身分及能力。從本國法。凡親族之關係。及因其關係而生之權利義務。皆關於身分及能力。其所規定於法律中者。大抵與其本國之氣候風俗人情等。有密接之關係。故生其國者。永從其國之律法。爲當然之理。近世諸國。其所以計國際之便宜。而認此原則者。實因於此。例如準在留國之法律。則已達適婚之齡。準本國之法律。則未達適婚之齡。假令依在留國之法律而爲婚姻。則於本國。不能有夫婦之身分也。反而言之。於在留國滿二十五歲爲成年。在本國滿二十歲爲成年。則本國人在外國之已滿二十歲者。亦得有民法上之能力也。

第六 憲法上國民之義務。從本國法。憲法上國民之義務者。兵役及納稅是也。而必從其本國法者。則以國籍之關係而定。蓋國籍爲連結國家與人民之關鎖。即在外國。仍爲本國之民。不能斷此關鎖。因而國家成立之必要上。亦不得免此義務也。

第七 有國際公法上治外法權者。雖在外國時。尙從其本國法。國際公法上所謂治外法權之特別權者。即君主、大統領、皇族、公使。及其附屬員等。於普通人民之外。有此特權。是因國家獨立權之觀念而生者也。此外。又有所謂治外法權之特例者。則因特

別條約而生。普通在留人民皆有之。例如各國人民之在中國。所謂領事裁判權制度者。即以此關係而行之。然此究不可引爲常例。因治外法權本惟君主大統領皇族公使及其附屬員等有之。此各國所通行者。至於在留外國之人民。人人皆有治外法權。不守在留國之法。而從其本國法。如各國人在中國之事者。乃中國與各國以條約定之。非各國法律之所有。故爲特例也。

第四章 法律之解釋

第一節 法律解釋之種類

法律解釋之種類有二。一公正解釋。一私見解釋。

第一 公正解釋

公正解釋者。其解釋之意義。爲法律之真正意義。而有公之効力者也。又細別之。則爲立法上之解釋及裁判上之解釋。立法上之解釋云者。謂說明法律之本來法文意義也。裁判上之解釋云者。關於訴訟事件之法律。裁判官與之以解釋者也。

甲 立法上之解釋有種種之方法。今舉其主要者。

(一) 插入解釋於法文中者。此方法無論何國。皆採用之。日本近所立法。即多此例。如森林法。河川法。砂防法等。皆就所用法文之文字而解釋之也。又如舊民法財產編總則。半皆以此解釋之。此立法上之解釋。與普通之解釋。大異其趣。法律中之條文。有相同者。則命令之時。不得別爲解釋。以左右之。今之立法者。莫不採此方法也。

(二) 以附屬法律爲解釋者。此方法亦普行於各國。例如日本之民法施行法。即依此而定者。此方法之效力。亦等於第一種。與法律之他部分。毫無所異。

(三) 於法律公布之時。付以理由書者。此方法用者亦多。即如日本。當公布市町村制之時。亦嘗添附理由書。俾人知立法之精神。自爲便利。然理由書非法律。不得如前二種之解釋。而有拘束之效力。

(四) 於法律中。插入適例者。此方法日本猶無其例。英國法律大家。於印度契約法。及印度刑法等。於每條取足證明正文之適例。以示之。此最明著者也。然適例不過爲一參攷。若以此解釋爲等於法律。而有拘束之力。則殊不然。假令遇與適例

同一之事。裁判官斷不必爲適例所拘。而不妨爲殊異之解釋也。

(五)對於行政官、司法官、而與之以指令者。此方法從來各國皆採用之。日本公布刑法治罪法之時。於法文之疑義。亦多與以指令。然指令云者。不過發表指令者之意思而已。斷不得視爲真正法律上之意義也。夫國家之各機關。苟如今日各國之完備。則司法官既已獨立於法律之解釋。豈猶待立法者之指令。又立法者亦惟制定法律而已。至於法律之適用。亦何能相干涉。故在今日。無以此方法爲立法上之解釋者。至於行政官之性質。雖與司法官異。其奉上官之命。而執行法律。於法律之疑義。固亦多加以指令與訓令者。然其指令與訓令。屬於行政內部之關係。其由立法部發之。以對於行政官者。亦未之有也。

乙 裁判上之解釋。此與立法上之解釋。同有公之效力。固不待言。然其解釋之效力。比於立法上。則有制限。此裁判所與彼裁判所無論矣。即在一裁判所。一度解釋之後。仍可覆之。惟非私見解釋。故有公之效力。則從其解釋。而裁判確定者。無復破壞之道也。

近世各國於裁判官之解釋法律爲明其職務上之標準。有二原則如下。

(一) 裁判官不得以法律之不明不備與有欠缺爲口實而不受理訴訟或拒絕裁判。社會事物至爲紛雜而不一致。雖有聖哲不能一一預期而定之於法律。然人類相交競爭日起是非曲直至難決定。國家不許私人自決。必使訴諸司法之機關。而待裁判官之判決。若裁判官於此時謂法律不明不備或有欠缺而不受理。不爲判曲直。則個人權利無由而保全。身體財產無由而安固。夫至個人不能保全安固如此。則其禍之影響於國家者豈小也哉。故此原則者。特以使裁判官之盡職。苟有訴訟之來。則必準法律而爲相當之判決也。然謂裁判官因此原則而於任何訴訟皆得施其裁判。則又不然。蓋裁判官之職權乃以憲法及法律定之者。於其職權以外之事實。自不得擅行裁判。如日本之裁判所構成法所設之裁判所。定爲民事及刑事之裁判。則此外之訴訟。如行政訴訟者。自非有特別之委任。不得裁判之。惟在其職權內者。則不得因法律之不完全而不受理訴訟與拒絕裁判而已也。至於中國訴訟官。有以任意愛憎而不收詞訟者。尤爲不法之

甚也。

(二)裁判官無審判、法律善惡之權。立法者之制定法律。難期盡善。故法律條規之反於正理。悖於公益者。亦或有之。然裁判官不得審判其法律之善惡。而補正之也。使裁判官而得居於立法之地。則其危險。將不可言。況所謂正理與公益云者。人各異其所見。而無一定之標準。立法者。即令有誤。裁判官亦何能無失乎。是故爲裁判官者。惟當注意於法律之規定如何。斷不能有審判其善惡之權也。雖然。立法者與裁判者之職務。截然分而爲二。實自近世始然。就法律之沿革言之。則當古代立法事業。未甚整備之時。裁判官之補正法律。且間接以創定法律者。亦復不少。蔑印氏所著古代法。述法律之起源。與言語之發達甚詳。以爲希臘法律之起源。在於「貼米斯」。「貼米斯」者。神之裁判之義也。而於類似之訴訟。則援引先例。與以類似之判斷。故「貼米斯」之語。複之爲「貼米貼斯」。以其有裁判例之義也。後稱之爲「第愷」。更稱之爲「諾莫斯」。是即今日法律文字所生者也。至於中國聽訟者。專以比附援引。強事就例。前既述之。然因立法行政司法之不分。裁

判者又得以已意爲判決。若判決之後而於成例有不合者，則更改事實以符定例。以此謂之遵守法律，固不可也。以此謂之爲創定法律，亦不可於文義上亦無審判法律善惡之權於事實上則並不必問法律之如何而可以意爲斷直。隨事以立法於前復即事以尋例於後，陰爲立法者而陽爲司法者也。

近世各立憲國，不得以命令變更法律，皆明著於憲法。若不守憲法之制限，而發布與法律牴觸之命令，則裁判官雖無審判命令違法與否之權，然解釋法律之結果，取法律而舍命令，亦不得謂裁判官之越職權。蓋此非審判命令之善惡，乃解釋其適用之準則耳。如曰審判法律命令之違憲與否，裁判官之無其權，初不待言矣。

第二 私見解釋

私見解釋者，其解釋之意義，無公之效力，僅爲學者一己之見解者也。然以其爲學者之論說，故又稱爲學理解釋。著名學者之所解釋，於實際上爲裁判官與行政官之參攷者，亦未嘗無公之效力。然此不過爲裁判與處分之資料，雖間接而生公之效力，而

其本質。究無公之效力。故謂爲一己之見解也。因此而其解釋之方法與範圍。皆毫無制限。一任其人之自由而已。

第二節 法律解釋之規則

法律之解釋。雖任乎人而不加檢束。然爲裁判上及學理上解釋之時。亦有當留意之規則。今略說其主要於左。

第一 法律之解釋。先爲文理解釋。後爲論理解釋。文理解釋云者。本法律之文章字句。而爲之解釋之謂也。論理解釋者。審法律制定之目的。及其他一切之事情。而爲之解釋之謂也。夫文字者。思想之標記。先依此而察法律之精神。實爲當然之事。此解釋法律。所由必以文理爲先。而以論理爲後也。

第二 文理解釋。與論理解釋。有所抵觸之時。則從論理解釋。文字爲思想之標記。欲求法律之精神。舍文字莫由。此文理解釋之所以重也。然有時自他方參攷之。亦能達解釋之目的。而得法律之真義。蓋據文字以推思想。固常事也。然文字之不能盡表思想。或且枉法律之真義者。亦往往有之。如必依文字解釋。恐不能達解釋之目的。故於

文理解釋。與論理解釋。有所抵觸之時。則以論理解釋之也。

第三 法律之文字。從其制定時代之用例。而解釋之。蓋言語之用例。隨時代而變遷。不從其時代之用例。則必枉法律之真意。例如無馬車時代之車字。不含有馬車。無漚船時代之船字。不含有漚船之類是也。

第四 法律之文字。當與法律之全文關聯。而解釋之。若僅據孤立之文字。以加解釋。則前後必相矛盾。例如憲法中政府云云者。其所謂政府。乃含有君主之意義者耶。僅指國務大臣以下之機關者耶。抑並稱裁判所等者耶。此種疑義。非攷憲法之全文。則不能定其解釋也。

第五 法律之文字。以通常之意義解釋之。蓋特別之意義。非有特別理由之時。不能加附。如學問技藝及商工業上之用語。與其他有特別理由。而用特別意義者。則從其專門之用例。或特別之意義。而解釋之。固正當也。如其無特別之理由。則必不可不以通常之意義解釋之。例如特許法中之特許。其爲關於發明品製作販賣之特權。不言而喻。此普通者也。若特別解釋時。則必經官廳許可。而付以特別之條件者矣。又如徵

兵令中之國民兵。其爲限於一定年齡之男子。亦不言而明。此普通者也。若特別解釋時。則必無男女老幼之別矣。此皆其宜辨者也。

第六 凡變則當嚴爲解釋。不可布衍。變則云者。不得適用通則之部分。而其部分。又於多數物中。僅限於所指示者。必於特殊之事情。不能適用通則之時。乃得用之。若於此而布衍之。則變則與通則。勢將有地位互易之懼。自羅馬法以來。所以立原則者。實由於此。

第七 凡加刑罰與使負義務之法律。當嚴爲解釋。所謂使負義務之法律云者。如徵兵法、租稅法等是也。其必嚴爲解釋者。蓋恐解釋或差。則義務負擔。必生偏倚。且有不當負擔者而使負擔。當負擔者不使負擔之弊。故不可不慎也。若夫加刑罰之法律云者。刑法及附於其他刑罰之制裁等。皆以此稱之。其亦必嚴爲解釋者。蓋刑罰乃剝奪人生幸福之具。尤所宜慎。例如日本刑法第二條。凡於法律無正條者。無論何等行爲。不得罰之。即此意也。

是故刑法與其他刑罰法之解釋。不許類推論法。惟民法上之解釋。則與之相反。夫法

律規定不全之處。以類爲推。原無大害。是以民事裁判官。於無法律明文時。則依慣習。無慣習時。則依條理。以爲裁判。此近世各國普通法律上之原則也。

又有所謂強理論法者。則不特於民法用之而已。即刑法亦用之。但於嚴密解釋之原則。亦不可相背馳。例如道路之間。禁車通行。則牛馬車之通行。尤所宜禁。以此爲解釋。則正當之解釋也。

至於反求論法。於一切法律之解釋。不輕許之。如許右而禁左。則將誤法律之真意。惟關於例外之規則。與此反對。有時推理而歸復於普通規則之結果者。亦無不可採用。此法。例如日本之法律。官吏不得爲商業。則非爲官吏者。苟無特別之限制。無論何人。得爲商業。以此爲解釋。則無不可也。

以上皆關於法律解釋之主要原則也。至於求解釋之根據於判決例。或以子法不明。而依母法解釋。皆法律解釋上所當留意之規則。今不復一一詳述之。

第二編 權利及義務

第一章 權利

自獨逸大家。奈比尼克氏。首創法學者。權利之學問也。一說。於是權利之觀念。爲法律上最要之問題。然學者對於此說之見解。亦至不一。若列舉古來之學說。而一一折衷之。實甚繁瑣。今姑擇其簡明無瑕疵之定義。而與之以解釋如左。

第一 權利者。因法律所許。容對諸他人。而有行爲之界限者也。由此定義而析之。

甲 權利者。於人與人之關係而存者也。何則。人之對於自己與物。初非有權利之可言。其自己之身體生命。與其外物。有權利之可言者。蓋僅以身體與外物。爲權利之客體。而其權利之主體。則非對抗他人。決不能存立者也。例如己有一書。其所有權。固屬於己。然己之所有權。非對於書而有之。乃對於他人而有之。又如人有生命權。非謂其可以自由殺害己身也。乃謂他人不能濫害一己之生命。即爲己之權利也。是故權利者。其性質上必與義務相對立。而負擔義務者。非必有特定之人。即普

通世人共負擔之。亦無妨於權利之爲權利也。雖然。法律上義務云者。非必與權利相對立。其無權利而僅有義務者。於公法上之關係。亦多見之。此孤立義務之所由生也。我中國學術自來。無權利義務之說。周公之爲治。與孔孟荀管之論學。雖其立意未嘗不欲以一心而匯萬理於人民之權利義務。皆欲使其平等。以謀國家社會之安甯。然於權利義務之理。意則有之。於權利義務之法。文則不具。儒家者流。且專言義而恥言利。利未必即權利。義未必即義務。然其偏重之點。即此可觀。至於商鞅韓非諸子。專門法學。其立論愈酷。蓋專以權利集於上。而以義務集於下。故其所言於上。則惟計其權利之如何。而不及義務於下。則惟計其義務之如何。而不及權利。荀卿弟子李斯。以法術佐秦。益加酷烈。自秦法相沿。以至於今。專制之政。達於極點。於是法律上權利義務平等之觀念。殆不絕如綫。其所存者。乃少數耳。其多數。惟人民之孤立義務而已。夫我中國之法律。其所以無權利義務平等之觀念者。則以僅爲公法。而無私法。詳於人民與國家之關係。而略於人民與人民之關係。夫國家與人民不平等者也。人民與人民平等者也。今詳於彼而畧於此。則平等之觀念。自無

由而生矣。其所以詳於彼而畧於此者。有公法而無私法者。則以君主專制之國。其定國家之權利與人民之義務。其間之關係。最視爲切要。故定之特詳。若夫人民與人民之關係。其權利義務之平等與否。非其所切要者。故一切放任之。不加措意。亦不爲之整理焉。蓋惟君主一人之權利。是問其餘人之權利。非其所問也。故法律上於人民與人民之關係。雖亦有所規定。然至爲簡畧。不足以爲人民權利之保護。是猶祖數千年前學者之學說。而其後之學術與法術。同不進步。以互爲因果之關係。而以致此者也。

乙 權利者行爲之界限也。夫任意放縱之行爲。不足爲保持人類共同生活之條件。故一人之行爲。必受若何之限制。權利者。即示其行爲之制限者也。然於其制限之範圍內。仍得爲自由之行動。例如己有權利。或拋棄之。或讓與之。皆於原則無妨。此與義務之性質大異者也。蓋以物之所有權。既屬於其人。則其使用此物。毀棄此物。或使他人使用此物。皆當任其自由。是爲所有者之權利。債權者亦然。其欲債務者之償還。或免除之。或讓渡於他人。皆其所自由者。且當行使權利之時。即以惡意

行之亦非犯法。例如債權者。明知債務者之非常窮乏。而猶欲迫其償還。苟舍道德而言法律。則亦不得以爲非。蓋債權者對於債務者要索償還。本在行爲界限之內。僅以法律而論。固無由非之。然以云道德。則有難言者矣。夫一社會中苟無道德。教育以爲之基礎。而徒以權利思想爲標。促之發動。則其人猶是前日不道德之人。而忽據其淺薄之法律思想。以行於社會。將見前日於道德上無所挾持者。今日於法律上忽得所依據。主張一己之權利。據法律以爲競爭。則法律於表面爲權利之保護。物於裏面實爲不道德之保護。物矣。然此猶據法律以言權利。尙未越乎行爲界限之外。即其心理爲不道德。而法律尙不能禁其自由。若夫不道德之社會。其權利思想發達之弊。尙猶不止乎此。必至對於己則專言權利。而不言義務。對於人則專言義務。而不言權利。純以權利己。而以義務責人。於一己無所不用其自由。而無所限制。其無限制之結果。必以侵犯他人之自由爲一己之自由。夫自由云者。亦必以勿侵他人之自由爲界限。庶人人之自由。平等。所謂行爲之界限。即此也。使各人之行爲。而無界限。則必如上所謂任意放縱。不足保持人類共同生活。強凌弱。衆暴。

寡。胥。相。率。而。復。返。於。禽。獸。世。界。矣。雖。然。此。之。所。謂。行。爲。所。謂。自。由。所。謂。權。利。固。非。法。律。上。之。所。謂。行。爲。自。由。權。利。且。皆。爲。法。律。所。不。容。許。者。在。世。界。各。國。之。法。律。明。備。者。其。於。此。等。行。爲。直。謂。之。不。法。行。爲。而。生。起。刑。事。上。犯。罪。者。之。問。題。矣。若。在。中。國。則。私。法。既。無。有。而。公。法。又。不。備。所。謂。行。爲。之。界。限。無。與。以。明。訂。之。條。文。而。此。等。侵。犯。他。人。自。由。之。事。謂。之。爲。不。道。德。之。行。爲。則。當。謂。之。爲。不。法。行。爲。則。不。法。行。爲。之。名。目。先。已。不。能。成。立。蓋。以。其。無。關。於。此。之。法。律。故。也。夫。以。無。關。於。此。法。律。之。國。家。在。於。上。使。猶。有。關。於。此。道。德。之。社。會。在。於。下。則。以。道。德。上。之。制。裁。維。持。人。類。之。共。同。生。活。雖。無。權。力。猶。可。爲。萬。一。之。補。救。若。其。上。爲。無。此。法。律。之。國。家。下。爲。無。此。道。德。之。社。會。而。又。當。淺。薄。之。法。律。思。想。輸。入。之。頃。權。利。之。說。漸。張。而。行。爲。之。界。限。無。定。勢。必。以。能。破。界。限。而。侵。犯。人。者。爲。衆。論。之。所。許。而。以。爲。當。然。之。行。爲。無。悖。於。道。德。矣。由。此。推。之。則。所。謂。人。類。之。共。同。生。活。者。其。不。爲。強。暴。者。流。主。張。一。己。之。權。利。侵。犯。他。人。之。自。由。破。壞。決。裂。以。淪。於。亡。者。蓋。爲。事。理。之。必。無。也。故。以。法。律。而。定。人。人。行。爲。界。限。之。事。於。無。道。德。教。育。之。社。會。更。急。於。有。道。德。教。育。之。社。會。中。國。之。社。會。以。無。教。育。之。故。其。於。道。德。蓋。

之難言矣。乃並規定此限界。法律而無之。人民其何以安乎。此所以於法學上。無可論之價值也。

凡有權利者。斯有利益。此特其通常者耳。阿斯丁氏之言曰。爲一己損失之權利。殆不可以想像耶。零克氏之言曰。權利者。法律之保護之利益也。此皆不過據普通之現象而觀察之耳。其實權利之與利益。不必相伴。乃其本然之事。例如相續權者。固一權利也。倘使相續之資產。以之還被相續者之債務而不足。則其相續權。可謂絕無利益。故權利爲利益之說。實非通論也。

丙 權利者。法律之所許容者也。非法律所許容之限界內。則不得有權利之存在。即令爲一己之所有權。而法律對於其行爲。不附以若何之效力。或不爲保護以禁他人之侵害。則不得爲實際所有權也。然則所謂權利云云者。其意義。用之於法律上。與用之於政治上。或社會上。不無區別。蓋政治上。社會上所稱之權利。必待法律之容許。而後所謂權利者始生。若爲法律所禁止。或制限。則其被禁止被限制之部分。即不得爲權利也。

斯比挪莎氏之言曰。魚之游泳於水中也。出於自然。人之生於斯世。其必有權利者。亦如是耳。蓋此即權利出於天賦之說也。次之有社會契約之說。謂權利者。由社會與各個人之契約。而生之權能也。又次之有自由意思之說。謂權利者。調和有自由意思之個人自由。而生之最大自由者也。其後邊沙牟氏出。謂法律以外無權利。而阿斯丁氏繼之。謂權利之觀念。與法律之觀念。相伴而成。於是權利之說始大明矣。夫權利之非出於天賦。又非由社會之契約。又非發於個人之自由意思。凡此諸說。於權利思想之發達上。雖多效績。然馳諸空漠。而無法律上之觀念。誠有如邊沙牟氏之所非難者。然邊沙牟氏謂法律以外無權利。權利必俟法律而始生。其說亦未甚當。蓋法律者。許容權利。而不創設權利。權利之觀念。不自法律而始生。法律特保護權利之觀念。而付以法律上之效果者也。夫人性之本相若何。屬於哲學上之議論。而非可於此輕斷之。然人類常有一種之理想。欲革新其生活。世界至今日。方羣努力以求文明之進步。此固理之不容掩者也。權利者。亦支持人類共同生活之條件。而爲其理想之一而已。法律者。即古來之欲庶幾此理想者爲之。以及於今日者。

也。然則權利之非依法律創設而始生。其理亦不待辨者矣。

第二 權利者。以種種之觀察。而得分類於左。

甲 公權及私權 人類之生活。有公私二種之資格。故權利亦生公私之差別。公權者。謂個人對於國家。就公共之事務。而有之權利者也。私權者。謂由個人相互之關係。而有之權利者也。公法上之權利。如爲官吏之權利。及關於議員之選舉權。被選舉權等是也。私法上之權利。如親族關係所生之權利。及所有權債權等是也。古之學者。以一切法律上之關係。爲權利之關係。如租稅之課賦徵收。刑罰之科當等。皆謂爲國家對於個人。所有之公權。此其爲說。殊非至當。夫國家者。爲達其存立之目的。而行正當之權力。與個人之行其權利者不同。蓋權利者。個人得以享有法律上平等之能力之謂。於上命下服之關係。非權利也。故古來學者之對於權利。其解釋實嫌於過廣焉。若夫近世學者則又往往言權利。惟有私權。而無公權。甚至謂私權亦非盡能構成權利。惟財產權爲真正之權利而已。夫是說亦未見其當也。夫個人者。不僅於財產法上。及一切私法上。有關係已也。即公法上。亦得以特定之能力。

受法律之保護。謂之曰非權利得乎。近世學者。或謂各人之利益爲權利。或謂各人之持分爲權利。其利益與持分。皆必能以金錢評其價者。是將權利之範圍。縮於至小。此其立說之理由。亦未充足。總之古之學者。其解權利失之寬。今之學者。其解權利失之狹。皆未爲得也。

公權一曰政權。政權者。謂有參與國家政治權利之義。又曰擔保權。蓋欲鞏固私權之存立。完全各人之安寧幸福。必有政權以擔保之。法律上之政權。限於有國籍者。外國人民。不得與之。故又謂之曰國民權。學者多以廣義解釋公權。謂爲公法所認之權利。依此。則言論集會信教之自由。與夫身體之自由等。皆得謂之曰公權矣。然此等權利。不過將其享有之範圍制限之條件。規定之於公法而已。至其權利之本質。究當屬於私權者也。但有時不拘此義。而定公權之意義於形式的者。有之。例如刑法之剝奪公權云者。其被剝奪之公權如何。一依刑法之所定是也。

中國從來學術於人民對於政治無政權等名目。惟其理論則或似之。書曰自我民視自我民聽。孟子曰國人皆曰賢然後舉之。國人皆曰不可然後去之。國人皆曰可

殺然後殺之皆以爲王者之爲德治國也。乃如此以此爲君德所宜然而非爲民權所應有。且即所云亦徒爲簡單的理論而非義擬之法制。故未嘗一形諸事實。堯舜三代之世有事亦諮諏廷臣。然亦皆爲貴族之會議而非國民之參政。自秦以來並此制而亦絕然而貴族會議之制絕而人民登仕之路開。布衣微賤可躋卿相。殆無何等階級之限制。故人民得爲官吏之權。各國人民所爭之於國家。載之於憲法者。中國人民則得之最早。不以法律而以習慣舉國之中無一貴族人人平等得爲官吏。雖有少數之限制如皂役不得爲官吏等法。是爲僅見。猶於大體無累。至於議員選舉權被選舉權則絕無其事。蓋數千年爲專制政體之國有行政機關而無立法機關。故亦有官吏而無議員。人民亦僅有爲官吏之權而無爲議員之權。夫國家社會之成立既不可無法律。而此立法之權若以之歸於行政官則自由創改無所顧忌。勢將蹂躪人民於人民之私權。與其安寧幸福必皆日濱於危險之域。故各國立法之權皆以歸於代表人民之議員。是此政權者議員以直接而有之。全國人民亦皆以間接而有之。且議員之權不僅立法也。其次重於立法者又有監財權。夫爲國

家成立之故。人民不可無納稅之義務。然使一國財政一任行政官之處理。而人民不能參與。則人民必遭非分之負擔。而國家亦無穩固之基礎。故亦必以議員監督之。皆所謂政權之擔保也。我中國人民以無立法機關之議會。故終於此二權皆無有數千年來政治之不進步。實以此爲總原因。因此因之結果。故亦無良善之法律以立法者之非國民故也。此中國於法學上一大污點也。

私權亦可分而爲二。一國民權。一個人權。國民權者。惟內國人民得有之。外國人民不與焉。個人權反此。各國人民。普通有之者也。然社會日日進步。國民權之範圍日減。個人權之範圍日增。至於今日。殆合二者爲一致。而無所區別於其間。是亦法律之由屬人主義。進而爲屬地主義者也。惟日本之民法上。其區別尤甚狹小。例如土地所有權。養子權。隱居權。惟日本臣民得有之。是猶有國民權之性質焉。中國之法律。無國籍上之規定。故如土地所有權等。是否爲中國民所獨有。法律並無規定。故國民權之名不能確立。至於個人權。則在各國爲內外國人如一。而在中國則外國人以服從其本國之法律之故。於言論集會信教出版等之自由。皆有之。中國人則

以非本國法律之所容許而皆無此等權。雖於事實上偶然得此等之自由。然是乃法律之放任而非法律之容許。若以法律而論。不僅不容許且加禁焉。故中國人不僅無完全之公權。並無完全之私權也。

乙 絕對的權利及相對的權利。絕對的權利云者。對於普通世人之權利也。相對的權利云者。對於特定之人之權利也。例如所有權者。得自由處分其所有物。無論何人不得侵害。又關於生命身體名譽自由等。其權利皆絕對的權利。亦非他人所能侵害。皆絕對的權利也。至如賣主之對於買主。請求給與價金之權利。貸主之對於借主。請求償還借金之權利。皆僅對於買主與借主。始有效力。故為相對的權利。又親之對於子。夫之對於婦。乃親族法上之權利。惟對於特定之一人而生者。亦為相對之權利。中國法律於相對的權利。則猶有之。於絕對的權利。則不完全。已如上述。就此二種權利。舉其重要之數原則於左。

(一) 對於絕對的權利之義務。必為消極的義務。對於相對的權利之義務。或為消極的義務。或為積極的義務。例如對於他人之所有權。凡人皆不必有所行爲。惟

不侵害之可已。故對於絕對的權利。爲消極的義務。若夫對於相對的權利之義務。則如賣主對於買主。當以物品授與。是爲有行爲之義務。又如雇人對於雇主。於一定之時間。一定之場所。爲同一之營業。亦爲有行爲之義務。故對於相對的權利之義務。或爲消極的義務。或爲積極的義務也。

(二) 凡絕對的權利。被害之時。則生相對的權利。例如所有權者。絕對的權利也。他人若危害之。則所有者。得對於其人而行賠償損害之權利。是即絕對的權利破。而相對的權利生者也。中國於此。有合者。有不合者。其合者。如所有物權之類。其不合者。如身體自由之類。既無絕對權利。無由而生相對的權利也。

(三) 相對的權利。對於第三者。而爲絕對之權利。例如甲爲雇主。乙爲雇人。甲對於乙之權利。爲相對的權利。而丙之對於甲乙二人之關係。則爲第三者。此時之丙。若以多額之工價。以誘惑乙。是侵害甲對於乙之使役之權利也。故甲之對於乙。爲相對的權利。同時而對於第三者之丙。則爲絕對的權利也。

丙 人身權及財產權。人身權者。因人與人之位置。而生之權利。無通常金錢之上。

價值者也。此權利或爲絕對的權利。或爲相對的權利。絕對的人身權云者。以人之資格而有之權利也。凡生命、身體、名譽、自由等之權利皆屬之。苟爲人類。莫不有此權利。故或謂之天賦權。又謂之人格權。相對的人身權云者。以親族、族、一人之資格。而有之權利也。故或謂之身分權。又謂之親族權。然絕對的人身權。則生金錢上之價值。相對的人身權。則全不生此價值者也。若夫財產權者。人之對於物及他人之行為。而有之權利。有通常金錢上之價值也。亦有絕對的權利。相對的權利之分。絕對的財產權云者。謂之物權。得以對抗普通世人。而以其物爲權利之客體。無論何時。皆有金錢上之價值也。相對的財產權云者。或謂之人權。又謂之債權。惟對於特定之人行之。而以他人之行為爲其權利之客體也。近世進步之法律。亦必有金錢上之價值。如日本之民法。即取此義。中國法律。於財產權及相對的人身權。雖不完全。猶有可言。至絕對的人身權。則無有也。人身權財產權之區別。其最主要者。財產權則普通以賣買讓與爲目的。人身權則否。何則。人身權者。其權利之存亡。與人之存亡共之。而不能授受故也。雖然。法律上人身權與財產權。亦有混合性質之一種。

權利。此權利之發生。因權利者固有之技能。使得同於財產權。而以賣買讓與爲目的。例如著作權、商標權、意匠權、特許權等是也。學者通常於此等權利。謂之精神的。所有權。又謂之智能權云。

丁 原權及救濟權 原權者。於法律上之當然。他人不侵害之。而自能存在之權利也。救濟權者。他人有侵害原權之時。而始生之權利也。故原權及救濟權。一曰第一權。及第二權。例如所有權者。不待他人之侵害。自能存在於法律上。故爲原權。若他人侵奪之。或侵害之。則所有權者。對有侵奪及加害之人。得收回其權利。或求損害之賠償。此回取權要償權。乃因他人之加害行爲始生。故非原權。而爲救濟權也。關於原權及救濟權之重要規則如下。

(一) 原權破而救濟權生也。例如原權之所有權被傷害。而後救濟權之損害賠償之權利乃生。是原權及救濟權之性質。當然存立之規則。而無待於說明者也。

(二) 原權之有法律上效力者。則救濟權因之而存。若有原權之時。而救濟權不伴之而生。是有原權之名。而無其實。故一己之所有權。雖如何主張。然被他人侵害

時。法律不與之以救濟權。則其所有權。究無法律上之効力。如中國人之原權。如結會自由等。非法律所容許保護。則救濟權亦無自而生也。

(三) 凡絕對的權利。皆屬原權。相對的權利。或屬原權。或屬救濟權。絕對的權利。本非他人所能侵害。其屬原權。自不待言。至於相對的權利中。由身分或契約等而生之權利。如夫對於婦。要約者對於諾約者之權利。則屬原權。因不正之損害而生之損害賠償之權利。則屬救濟權。

(四) 原權者。或爲絕對的權利。或爲相對約權利。救濟權者。常爲相對的權利。例如有所有權爲原權。關於生命身體名譽自由等之權利。亦爲原權。皆絕對的權利也。至於因身分或契約而生之權利。如前所述者。雖亦爲原權。然爲相對的權利。而非絕對的權利也。故原權者。有絕對的對權利。與相對的權利之二種。若夫救濟權者。必因原權被害而始生。其對抗此權利者。初無特定之人。故救濟權常爲相對的權利也。

以廣義解釋義務。則人之對於自己。或他人。或外物。其所有之責任。皆得稱之爲義務。故其所包容者極廣。或曰宗教上之義務。或曰道德上之義務。或曰社會上之義務。或遵由規則。而實行爲不行爲之責任。皆義務也。雖然。法律上之義務。則不能以如是之廣義解釋之。其義如下。

第一 義務者法律所強行之各人行爲。或不行爲之責任也。試分析此定義。

甲 義務者責任也。責任者。謂無論何等之規則。必宜服從之也。負法律上之義務者。苟欲不被法律之制裁。必從法律之所命令。避法律之所禁止。此義務所以爲責任也。

乙 義務者行爲。或不行爲之責任也。行爲者。謂爲某事。不行爲者。謂不爲某事。一爲積極的責任。一爲消極的責任。法律命令個人。或使之行爲。或使之不行爲。人苟欲不觸法律之規定。則於命令之行爲。有進而爲之責任。於禁止之行爲。有避而不爲之責任也。

丙 義務者法律所強制之責任也。如前所述之義務。皆有服從規則。或行爲或不

行爲之責任。然法律上之義務。與道德上其他之義務。其區別於何見之乎。則因不盡義務。而被法律之制裁者。其義務乃法律上之義務也。

第二 義務之種類。亦可以種種之觀察而分類於下。

甲 積極義務及消極義務。積極義務者。爲某事之義務。即行爲之義務也。消極義務者。不爲某事之義務。即不行爲之義務也。例如物之賣主。有授與物品之義務。而買主對之。則有給與物價之義務。此之謂積極義務。若對於他人之所有物。不得毀害之者。乃消極義務也。凡關於絕對的權利。人皆負消極義務。關於相對的權利。人或負積極義務。或負消極義務。此於述權利種類時。已論之矣。

乙 孤立義務及對立義務。孤立義務者。與權利不相對之義務。對立義務者。與權利相對之義務也。蓋有權利者。則必有義務伴之。至於有義務者。不必有權利。有時與權利不相對立。而爲單獨之存在。例如不可毀損他人所有物之義務。此與所有者之權利對立者。償還債務之義務。此與貸主之權利對立者。至如納稅之義務。兵役之義務。則法律上無對於此之權利。或有指國家或主權者。爲收稅權與徵兵權。

之主體者。然如此者。實不能謂之權利。惟是權力之作用而已。故憲法上所謂人民之義務者。謂之爲孤立之義務可也。阿斯丁氏謂對於國家之義務。對於主權者之義務。對於自己之義務。以及對於人類以外之義務。皆爲孤立義務。又一切孤立義務破損之時。則生刑事之制裁。夫如此之解說。不其謬乎。若夫中國之法律。由人民對於國家之關係觀之。則誠無往而非孤立義務也。

丙 第一義務及第二義務第一義務及第二義務之區別。無異權利之以原權救濟權爲第一權第二權。皆因犯行之有無而始生者也。第一義務者。即對於原權。以不侵害他人之權利而成。換言之。即不侵害他人之權利義務也。第二義務者。對於救濟權。以侵害他人之權利而成。換言之。即侵害他人之權利者。當受制裁之義務也。是故不侵害他人所有權之義務。爲第一義務。侵害他人所有權而生賠償之義務。爲第二義務。第一之義務破。而第二之義務生。猶之原權破。而救濟權生也。

例言

一是編以法學博士梅謙次郎口述爲本。參考民法要義民法原理。及早稻田大學講義而成。凡與講師本旨不相違背者。不復別識。惟編者所加按語。則低一格以別之。

一是編所用法律名詞。悉仍其舊。蓋我國既無民法。無由得相當之名詞以代之。一經更改。轉恐失真。且與他書不相符合。俟研究有得。再行解釋。以便觀者。

一是編雖根據于日本法律。然對於我國前途而言。皆含有立法性質。與日本人之研究法理解釋法文者不同。參考他書者。當分別觀之。

一是編所加符號。條文用「」。註釋用（）。凡引民法條文。均刪去民法字樣。惟引他種法律。則載明某法。

一是編爲法典根本。廣大精微。最費研究。編者學識淺薄。訛舛在所不免。海內同志。幸教正之。至于字句錯落之處。另附刊誤表于後。

民法總則目錄

緒論

第一編 總則

第一章 私權之主體

第一節 自然人

第一欸 權利能力

第一項 胎兒

第二項 失蹤

第一目 失蹤宣告前之規定

第二目 關於失蹤宣告之規定

第二項 外國人

第一目 國籍法

第二目 各國待外國人之沿革

第一 英米

第二 歐洲大陸

第三 舊西領米國

第四 東洋諸國

第三目 日本待外國人之概畧

第二款 行爲能力

第一項 未成年者

第一目 自治產及成年宣告

第二項 禁治產者

第一目 禁治產之宣告

第二目 禁治產之効力

第三目 禁治產之取消

第三項 準禁治產者

第一目 準禁治產之宣告

第二目 準禁治產之効力

第三目 準禁治產之取消

第四項 妻

第三款 特別身分

第一項 皇族

第二項 華族

第三項 官吏

第四項 軍人

第五項 商人

第四款 住所

第一項 住所之定義

第二項 住所之實用

第二節 法人

第一欸 法人之性質及種別

第二欸 法人之設立

第一項 法人設立之條件

第一目 外國法人

第二項 法人設立之効力

第一目 假定之人格

第二目 社團法人特別之事項

第三目 對於第三者所生之効力

第三欸 法人之管理

第一項 理事

第一目 理事之資格

第二目 理事之權限

第二項 監事

第三項 總會

第一目 總會之召集

第二目 總會之決議

第四項 官廳

第四款 法人之解散

第一項 解散之原因

第二項 清算

第一目 法人之存續

第二目 清算人之任免

第三目 清算人之職務及權限

第四目 清算人之監督

第三項 法人之遺產歸屬權利者

第二章 私權之客體

第一節 有體物無體物

第二節 動產不動產

第三節 特定物不特定物

第四節 主物從物

第五節 果實

第三章 私權之得喪

第一節 總則

第一款 私權得喪共同之原因

第二款 取得之原因

第三款 喪失之原因

第二節 法律行爲

第一欸 法律行爲之定義

第二欸 法律行爲之種類

第一項 一方行爲雙方行爲

第二項 有償行爲無償行爲

第三項 要式行爲不要式行爲

第四項 主行爲從行爲

第三欸 法律行爲之要件

第一項 意志表示

第一目 意志

第一 心裏保留

第二 僞虛之意志表示

第三 錯誤

第四 強迫

第二目 表示

第三目 契約

第一 契約之成立

第二 契約之分類

第三 契約成立之要素

第二項 目的

第一目 目的之定義

第二目 目的之要件

第四款 代理

第一項 代理之定義

第二項 代理之要件

第三項 代理之原因

第四項 代理之權限

第一目 復代理

第二目 雙方代理

第五項 代理權之消滅

第六項 無權代理

第一目 對於本人有効力

第二目 因追認而生効力

第五款 無效及取消

第一項 無效

第二項 取消

第六款 條件及期限附期間

第一項 條件

第一目 條件之定義

第二目 條件之要件

第一 可能的條件

第二 隨意的條件

第三目 條件之效力

第二項 期限

第一目 期限之定義

第二目 期限之種類

第三目 期限之効力

第四目 期限之消滅

第三項 附期間

第一目 期間計算法

第三節 時效

第一款 總則

第一項 時效之沿革

第二項 時效之性質

第一目 時效之定義

第二目 時效之本質

第三目 時效之理由

第四目 時效與豫定期間之差異

第五目 時效之効力

第六目 時效之援用

第三項 時效之拋棄

第四項 時效之中斷

第一目 中斷之原因

第二目 中斷之効力

第五項 時效之停止

第一目 停止之性質

第二目 停止之原因

第二款 取得時效

第一項 取得時效之條件

第二項 取得時效之中斷

第三款 消滅時效

第一項 起算點

第二項 普通時效

第三項 十年之時效

第四項 五年之時效

第五項 三年之時效

第六項 二年之時效

第七項 一年之時效

第八項 六月之時效

民法總論

緒論

湖南

羅永紹
石潤金

編輯

民法屬私法之一部。私法者法律中之一分類也。故欲知民法之性質。不可不先知民法在法律中之位置。今將法律略說於下。

一 民法制定法也。制定法者。主權者爲社會生存之必要。直接或間接所定之法律也。制定法之先。必有性法。基於天理人性之自然。民法爲制定法而非性法。且於制定法中。屬成文法。故成一箇之法典。

二 民法國法也。國法者。規定一國內所生之事項之施政機關。及關於人民之法律也。國法之外。又有國際法。規定甲國與乙國。及甲乙兩國人民間之關係。民法爲國法。而非國際法。間有國際之關係。而不得屬於國際法。

三 民法私法也。私法者。規定同國或異國。人民與人民之關係也。私法之上。則有公

法。規定國之組織。及國與人民之關係。又國與國之關係。民法爲私法。而非公法。商法亦私法之一部。本可與民法併合。日本民法爲法人起草。商法爲德人起草。因此分爲二部。無甚理由。

四民法實體法也。實體法者。規定權利義務之所在。及其範圍也。而所以執行此實體法之順序。則有手續法。民法爲實體法。而非手續法。其關於手續者。屬民事訴訟法之範圍。

五民法隨意法也。隨意法者。隨當事者之意思。許其自由變更也。反之即爲命令法。是絕對的服從。民法爲隨意法。而非命令法。間有關於命令者。如遺言違反必要之方式。則全無效。然命令極占少數。故不屬於命令法。

六民法普通法也。普通法者。無論何人何地。皆有遵行之效力也。反之則爲特別法。行於人民中之一部分。民法爲普通法。而非特別法。雖其中亦有普通特別之分。如契約總論。與契約各論。總論爲普通。各論爲特別。然此不過內容之分。若對於他法。則皆普通法也。

觀於法律之分類。可以知民法之位置。自有一定之義意。所謂民相互之普通生活之關係。悉於此規定其原則也。

次言民法編別。日本舊民法分五編。(一)人事。(二)財產。(三)財產取得。(四)債權擔保。(五)證據。新民法亦分五編。(一)總則。(二)物權。(三)債權。(四)親族。(五)相續。新舊相比。新優於舊。然學者謂其猶未善。不如改五編爲四編。

第一編 總則

第二編 親族

第三編 財產

第四編 相續

東洋之親族觀念。重於財產。故宜以親族先財產。至於相續。則親族財產。皆在其中。故宜以相續終焉。然此不過學者之理想。現行法典。仍做德意志。現在德國新民法。則改債權爲第二。物權爲第三。已於一千九百三年頒布。可見各國立法例。隨時有變更。日本民法。將來亦必有改革。是可斷言者。中國他日。制定民法。其編別。當如右所列。但現

在講習之次序。又當不同。爲定之於左。

第一編。總則。

第二編。財產。

一 物權。

二 債權。

三 擔保。

第三編。親族。

第四編。相續。

現在講習民法。如此編別。何也。一國立法。必依其國之歷史慣習。及其法律之沿革而斟酌之。親族相續。各國不同。但可以備參考。而不可以實行於中國。故姑置在後。先研究總則與財產二者可也。

第一編 總則

總則一編。揭諸種權利通共之規定也。而關於權利之定義。諸說紛紛。無所歸着。今依

所信者揭之。權利者據法律得使他人認自己正當行爲之力也。故又謂之權力。例如土地所有者。可以建築自由。鄰人若有爲我障礙之物。我可以使之撤去。鄰人必認爲有正當行爲之力。反之而侵占鄰人。則爲法律所不許。鄰人亦不認其有是力。是即權利之範圍。學者有謂權利即由法律所保護之利益。此說非也。利益不過爲權利之結果。何得即以爲權利。蓋權利固關於人之行爲者也。是以第一章規定權利之主體。而但限於自然人。及依法律非人而規定爲人之法人是也。次則權利之客體。學者有謂客體即爲人之行爲者。謂以其權利行使於行爲範圍以上。此說似正。然行爲即主體之動作。謂之未脫主體之範圍可也。由主體分離而觀察之。或不得其當。寧從普通之說。於主體以外求之。蓋權利之客體。或在物。或在他人。或在他人之行爲。其在他人及他人之行爲。其間接之目的。亦常在於物。是以第二章規定物爲權利之客體。次則權利之得喪。權利得喪。變更無常。因生効力之關係。而其計算法。亦有種種疑問。又因經過時日。直接或間接而消滅其効力。是以第三章規定權利之得喪。始於法律行爲。而終於時効。

第一章 私權之主體

第一節 自然人

自然人者。即自然生存之人。對於法人而言。故有此名。與法人同爲權利之主體。而主體之資格。有始期。有終期。又有內外人之別。不可不定其範圍。故第一款規定權利之享有。又享有權利者。未必人人皆能行使之。故第二款規定權利之行使。又個人所處之地位不同。職業不同。則身分亦異。一般民法。有時不適用於用。故第三款規定身分。又個人有生活本據。而權利之効力。遂生其他影響。故第四款規定住所。

第一款 權力能力

權利能力者。享有權利之資格也。人人有享權利之資格。此乃近世人權發達則然耳。在昔歐洲。有奴隸制度。凡妻子奴隸。皆視爲個人之財產。並不認其有人格。日本從前亦有此風。人級之分別甚多。後皆廢去之。明治初年。有中國人在日本買小兒歸者。明治三年八月十三日。頒布除奴之令。禁中國人來買小兒。然其事猶未絕也。明治五年五十五號第二次布告。禁本國人賣小兒者。謂不有賣者。安有買者。又同年二百九十

五號第三次布告。並禁止羈絆人之身體自由者。凡工商及通常僱用人工。年限太長。實與奴制無異。悉廢其契約。爲之定其年限。僱傭契約五年。工商業見習十年。（見第五百二十六條。）又第三次布告中。許娼妓有自由權。不得轉相買賣。第四次布告又申明之。凡以身體買賣之娼妓。皆放遣之。不追還其身價。自此買賣之制遂廢。又明治八年一百二十八號第五次布告。約云人之身體。不能看作財產云云。此因日本鄉村地方。於金錢債務。有以人身作抵當者。故以此布告禁止之。凡此皆人權進步之實例也。今世各國。於人身爲權利主體之說。已無有反對之者。惟人可以處分他物。他物不可以處分人。人亦不可以處分人也。人以外惟法人可爲主體。至於無機物及獸類等。無有爲主體者。古代野蠻觀念或有之。今皆不然矣。

人身爲權利主體。不爲客體。此原則也。然有宜注意之點。民法上之準死是也。十八世紀之末。歐洲大陸各國。因刑罰之結果。即生理未絕。法律上作爲已死。故謂之準死。又爲僧侶者。法律亦作爲準死。謂其投身宗教。已脫財產之關係。現德國民法施行前。其制度之存否。尙爲未決之問題。皆所以剝奪人之權利也。日本亦有之。凡處重罪之刑。

者終身剝奪公權。處禁錮及輕罪之刑者。停止公權。（見刑法第三十一條至三十四條。然此乃刑法上之結果。又是一問題也。

第一項 胎兒

權利能力始於何時。此一問題也。對此問題。無甚價值。第一條云。「私權之享有。始於出生。」德國民法亦如此規定。此原則也。雖然不能毫無疑義。由生理學言之。則胎兒亦人也。不應殊於既生。自當溯其懷妊之初。認其存在。而懷妊之最長期間。以三百日爲通例。故於今年四月生者。即應於去年六月。認其生存。羅馬法採此爲根據。有關於胎兒之利益。看作既生之格言。此格言。日本舊民法。及德國法系諸國皆認之。當日甚有勢力。後來一般學說。謂此格言。或說明特別之場合則可。若普通之場合。則信乎不可適用。何也。其所以看作既生者。但云關於胎兒之利益。若關於他人之利益。胎兒何以報酬。是甚失公平之點。且利益有何標準。未免失之大廣。往往生困難問題。或不得已。寧依權利之種類。而分別認之。今世各國。皆主張此說。以不認爲原則。而以認爲例外者。約有三端。

一要償權。要償權者。謂受他人損害。法律許其有要求賠償之權也。然惟自然人有權利耳。至於胎兒。受何等之損害。可以要求賠償。例如胎兒之父。爲人所殺。則目前之養育。與後來之教育。均不完全。是使胎兒將不得生長。損害其權利者甚大。故法律有例外。認胎兒爲主體。可以直接要求賠償。第七百二十一條云。（胎兒對於損害賠償之請求權。看作既生。）是也。

二相續權。相續權者。謂家督相續。遺產相續之權也。家督相續。有子則子。無子則女。子女俱無。則有法定相續人。此原則也。然使家督死時無子。但有胎兒。尙未出生。遂移其相續權於他人。胎兒他日出生。失其應享之權利。將如何位置乎。故法律有例外。認胎兒爲主體。即可相續家督。第九百六十八條云。「胎兒對於家督相續。看作既生。」是也。至於遺產相續亦然。如人死僅有胎兒。法律不認爲主體。則其遺產。必歸屬於他之親族。然死者之財產。實死者勞力之結果。得於辛苦經營上者爲多。其所以不辭勞苦者。欲死後遺之子孫也。死亡不過數日。遂舉其財產。委諸遠族之手。是大反乎人情。又如人死時。或有一男。或有一女。又有胎兒未生。若不認爲主體。與

之平分。則其遺產必盡歸諸男與女之手。而胎兒他日出生。一無所得。是不獨戾乎死者之本意。即生者亦有所不安。所以第九百九十三條。有遺產相續。準用家督相續之規定也。

三受遺權。受遺權者。凡人將死。依遺言方式。以其財產之全部或一部。遺贈他人。受其贈者。謂之受遺權。即享有其權利也。胎兒得享有之。亦爲例外。第六十五條云。「胎兒受遺者。準用家督相續之規定。」是也。

第二項 失蹤

權利能力。終於何時。此又一問題也。解釋此問題者。則曰終於死亡。主體消滅。權利亦隨之消滅。此原則也。雖然。此中界綫。頗難確定。蓋有生死不分明者。則失蹤是也。失蹤者。既介於生死之間。有一種不可思議之現象。果以死亡推定乎。抑不以死亡推定乎。歐洲所行失蹤主義。大別爲二。(一)失蹤者。不看作爲死亡者。法意和蘭諸國行之。(二)失蹤之宣告。即死亡之宣告。德奧瑞西諸國行之。日本前用第一主義。法國法系也。後用第二主義。德國法系也。今將其所規定者。分爲二者言之。

第一目 失蹤宣告前之規定

宣告前之規定。指不在者言。何謂不在者。蓋以別夫失蹤者也。凡失蹤者。於宣告前。皆稱之爲不在者。其類有二。(一)生死不分明者。(二)生存分明。而去其住所及居所者。法律於此二種之財產。必要爲之保護。其保護之方法有四。

一財產處分之必要。第二十五條云。去從來之住所或居所者。其財產未置管理人時。裁判所因利害關係人。或檢事之請求。對於其財產之管理。得命以必要之處分。又本人不在中之管理人。之權限消滅時。亦同。

本人至日後自置管理人時。裁判所因利害關係人。及其管理人。或檢事之請求。要取消其命令。

第二十六條云。於不在者所置管理人。之場合。其不在者生死不分明時。裁判所因利害關係人。或檢事之請求。得改任管理人。

二調製財產之目錄。第二十七條云。依前二條之規定。於裁判所選任管理人時。要調製其管理財產之目錄。但其費用。以不在者之財產支辦之。

於不在者生死不分明之場合。有利害關係人。或檢事之請求時。裁判所於不在者所置之管理人。得命以前項之手續。

右之外。凡裁判所於不在者財產之保存。認為必要者。得命管理人處分之。

三定管理人之權限。第二十八條云。管理人超過第一百三條所定之權限。為必要之行為時。得裁判所之許可。方可為之。於不在者生死不分明之場合。其管理人為不在者所置定。超過其權限。為必要之行為時。亦同。第一百三條。（見代理第四項。代在之權限下。）

四定管理人之權利義務。第二十九條云。裁判所對於管理人。財產之管理及返還。得使供相當之擔保。

裁判所於管理人與不在者之關係。依其他之事情。由不在者之財產中。得與管理人以相當之報酬。

第二目 關於失踪宣告之規定

關於失踪之規定。分為數端。（一）失踪者有如何條件。方可推定其死亡。（二）推

定死亡之効力由何時發生（三）失蹤宣告後有反對之事實出現如何取消是也。

一失蹤宣告之條件。第三十條云。不在者之生死。至七年間不分明時。裁判所因利害關係人之請求。得爲失蹤之宣告。

臨於戰地者。在沈溺船舶中者。及遭遇其他當得死亡之原因之危難者。戰爭既止之後。船舶沈溺之後。及其他危難既去之後。三年間猶不分明時。亦同。

二失蹤宣告之効力。第三十一條云。「受失蹤之宣告者。於前條期間滿了之日。即看作爲死亡者。」此規定失蹤之効力。即推定其死亡。法律必如此推定者。何也。因舊民法所採失蹤主義。不推定爲死亡。由是宣告之効力。既非死者。又非生者。權利極不確定。其影響及於國家之經濟。故不可用。惟推定爲死亡。乃有標準。雖然。効力之發生。尙有一困難問題。則効力發生之時期是也。推定死亡之日。即相續開始之期。例如甲有二子。甲今年死。則其長子爲相續人。甲明年死。其長子死於今年。則其相續人爲次子。有此相續關係。故時期最爲重要。各國立法例。大別爲四。

一溯本人最後有音信之日。生其効力。所謂最後音信之日。謂自此日以後。斷絕音信也。即以其有信之日。爲假定死期。法意比和蘭皆用之。日本始用而終棄。謂最後之音信。乃生存之證據。非死亡之證據也。且最後云者。於事實上極爲曖昧。何能推定人之死亡乎。故新民法不採之。

二由宣告之日。及宣告確定之日。生其効力。所謂宣告之日。謂以請求裁所宣告失踪之日。爲假定死期。宣告確定之日。謂因宣告而提起訴訟。則以訴訟完結之後。確定宣告之日。爲假定死期。奧大利西班牙。及德意志帝國民法。未成以前。各聯邦中用之。日本亦不採。謂宣告必因人之請求。設有狡猾利害關係人。圖自己利益。或隱蔽失踪原因。或從速請求宣告。以左右他之利害關係人之權利。請求之遲早不定。則宣告之遲早亦不定。又裁判官有勤怠。或因其他之事由。攔延時日。手續之遲早不定。則宣告與確定宣告。均不一定也。

三以公示催告期間滿了之日。生其効力。所謂公示催告者。裁判所於宣告前。登公示於官報云。某人限於某月日。宣告失踪。若有知其踪跡者。速來報告。至期無

人報告。則宣告失踪。德意志聯邦中小部分有用之者。然此亦必在請求宣告之後。若請求者無一定期間。則與第二之樊略同也。

四溯法定期間滿了之日。生其効力。所謂法定期間。即前三十條所定普通七年。例外三年。是也。日本今用之者。比較諸法。頗爲確定。蓋期間既經法定。則請求者與宣告者。皆不能以意爲遲早也。

三失踪宣告之取消。失踪者看作爲死亡。本由法律假定。常與事實不相符合。凡遇事實問題。當以事實爲準。故有取消之規定。第三十二條云。「失踪者之生存。又其死亡之時。有異於前條所定之時之證明。裁判所因本人或利害關係人之請求。要取消其失踪之宣告。」是也。然取消者。但能取消其死亡之名。其他法律行爲。不能取消。第三十二條但書云。「宣告之後。取消以前。以善意所爲之行爲。不得變其効力。」何也。既經宣告。相續者。受遺者。直接處分此財產。而又生第三者之關係。若復變動。則其影響不少。故不可也。第三十二條第二項云。「因失踪之宣告。而取得財產者。雖因其取消而失權利。但於現受利益之限度。負返還其財產之義務。」謂自

此日以前之利益不能返還。其餘財產皆當返還之。例如因商業失敗損失其財產之半分。則返還其半分爲已足。此指失踪者之生存而言也。若失踪者死亡而其確實死期與假定死期不同。則須取消其假定死期。以其確實死期爲定。如相續人之順序。以甲相續者。或應易以乙相續。甲必以財產返還於乙。但以前所受之利益亦不能返還也。

第三項 外國人

權利能力。外國人與內國人。得爲同等與否。此爲法律上極複雜之問題。今欲解決之。必先說明外國人爲何如人。而後可以言外國人之權利能力。外國人爲何如人。此問題。由國法言之。則內國人與外國人衝突。由國際法言之。則各國之法律不同。故此問題。甚難而甚要。惟能以國際私法言之。然國際私法之原則。有時常用內國法。又有時常用外國法。此皆明明有內國人與外國人之別矣。至何者爲內國人。何者爲外國人。此問題尤在國際私法之先。故亦不能以其原則爲準。欲解釋此問題。必依裁判所據之法律。如明治三十二年三月十五日。法律第六十六號。所定國籍法。是也。

第一目 國籍法

國籍法者。國家對於人民之法也。故前列之民法中。而今以爲特別法。所以定內外人之界限者也。蓋欲定何者爲外國人。必先定何者爲內國人。此各國之通例。世界各國之主義有三。

一 出生主義。生於何國。卽爲何國人。英。米。和。蘭。丹。抹。葡。萄。牙。諸國。及法國舊民法是也。

二 血統主義。親爲何國人。其子卽爲何國人。德。奧。匈。瑞。西。那。威。諸國用之。此羅馬法也。

三 折衷主義。以血統主義爲原則。而以出生爲自由選擇。如甲國人生子於乙國。任其子爲何國人。法。比。意。俄。土。希。臘。西。班。牙。諸國皆是也。

日本前用第三說。後用第二說。用第三說時。衝突甚多。卽用第二說。亦有所不免。彼此衝突。於是又生出重國籍無國籍之問題。

一 重國籍。重國籍者。謂一人而有兩國籍也。例如英取出生主義。德取血統主義。使

德人生子於英。是此子有英國籍。又有德國籍也。日本法例第二十七條第一項言之。凡重國籍之人。以最後取得之國籍。定其本國法。但兩國籍中。有一日本籍者。則直用日本法律。不問其取得之先後也。

二無國籍。無國籍者。謂不能指爲甲國人。又不能指爲乙國人也。其類有三。(一)不知何國何人所生者。(二)已脫甲國籍而未入乙國籍者。(三)甲乙兩國皆不認之爲本國人者。何謂兩國皆不認。例如甲國女與乙國男結婚。則從之爲乙國人矣。若日後離婚。則不復爲乙國人。而甲國又無離婚之女。可回復本國之例。是此女爲無國籍矣。又如出生與血統。兩主義相衝突。使英人生子於德。兩國皆不認之。而致此子不知何屬者皆是也。日本法例第二十七條第二項言之。凡無國籍之人。以其住所法。視爲本國法。若不知其住所時。則以其居所地法爲定也。

日本法律。凡非內國人者。皆外國人。內國人而喪失日本國籍者。則亦爲外國人。外國人而取得日本國籍者。則即爲內國人。今將取得喪失人原因。及其効力。分說於下。

一出生。以血統主義爲原則。(一)父爲日本人者。(二)父不明而母爲日本人者。(三)父母不明而生於日本者。皆爲日本人。(見國籍法第一條至第四條。)夫父母不明而生於日本。則爲日本人。如棄兒之類。此可推定其爲日本人所生者。仍是血統主義。非出生主義也。

二婚姻。凡外國人爲日本人妻者。爲日本人入夫者。皆取得日本國籍。(見國籍法第五條第一號第二號。)

三認知。凡外國人依日本人之父或母認知者。取得日本國籍。(見國籍法第五條第三號。)但因認知取得日本國籍者。要具備以下之條件。(一)依本國法未成年者。(二)未爲外國人之妻者。(三)父母之中。先認知者爲日本人。(四)父母同時認知。父爲日本人。(見國籍法第六條。)

四養子。凡外國人爲日本人養子者。取得日本國籍。(見國籍法第五條第四號。)但外國人爲養子者。要得內務大臣之許可。其條件有二。(一)在日本有一年以上之住所或居所。(二)品行端方。入夫之條件亦如之。(見明治三十一年

七月九日。法律第二十一號第一條第二條。)

五歸化。凡外國人爲歸化者。取得日本國籍。(見國籍法第五條第五號。)但外國人歸化者。要得內務大臣之許可。其條件有六。(一)在日本有引續五年以上之住所。(二)年滿二十以上。依本國法有能力者。(三)品行端方。(四)有資產。或技能。足營獨立之生計。(五)無國籍。又因日本國籍之取得。先脫其本國籍。(六)外國人之妻。非與其夫同爲歸化者。不得歸化。(見國籍法第七條第八條。)此皆歸化之原則也。

但有例外。(一)父或母爲日本人者。(二)妻爲日本人者。(三)生於日本者。不拘第一號之條件。但在日本有引續三年以上之居所。得爲歸化。又在日本有引續十年以上之居所者。亦不拘第一號之條件。得爲歸化。(見國籍法第九條。)此歸化例外之一也。又外國人之父或母。爲日本人場合。其外國人。現有日本住所。則第一號第二號及四號之條件。雖不具備。亦得爲歸化。(見國籍法第十條。)此歸化例外之二也。又外國人在日本。有特別功勞者。不拘歸化條件。內

務大臣經勅裁得許可歸化。(見國籍法第十一條) 此歸化例外之三也。又取得日本國籍者之妻。依妻之本國法。有反對之規定。不得日本國籍時。條件雖不具備。亦得爲歸化。(見國籍法第十四條) 此歸化例外之四也。

歸化之手續。凡爲歸化及回復國籍者。由其地方官廳。報告於內務大臣。(見明治三十二年內務省令第五十一號) 由內務大臣許可之後。必須登之官報。告示於衆。非經告示後。不得以之對抗善意之第三者。(見國籍法第十二條)

六夫之國籍取得。凡取得日本國籍者之妻。與其夫同取得日本之國籍。但依妻之本國法。有反對之規定者。不在此限。(見國籍法第十三條)

七父或母之國籍取得。凡取得日本國籍者之子。依其本國法爲未成年者。與其父或母同取得日本之國籍。但子之本國法。有反對之規定時。則不適用。(見國籍法第十五條)

八回復。回復者。謂已取得外國籍。又脫外國籍。而回復本國也。回復較歸化容易。歸化之條件甚多。回復但須有住所而已。亦分三類言之。(一) 因婚姻失日本

國籍者。婚姻解除之後。有日本住所者。經內務大臣之許可。得回復日本國籍。
（見國籍法第二十五條。）二依自己之志望。取得外國籍。而失日本籍者。（三）失
日本國籍者之妻及子。因取得外國籍。而失日本籍者。此二種人。現在有日本住
所。經內務大臣許可。得回復日本之國籍。（見國籍法第二十六條。）此皆日本
人而失日本國籍者也。故得爲回復。至於歸化人。歸化人之子。取得日本國籍者。
及爲日本人之養子或入夫。取得日本國籍者。一失日本國籍。則不在回復之例。
（見國籍法第二十六條但書。）此皆外國人。而取得日本國籍者。故一經喪失。不
得爲回復也。

乙取得之効力。外國人既取得日本國籍。則宜與日本人有同一之權利。此効力之
原則也。然尙有種種限制。見國籍法第十六條。

- 一不得爲國務大臣。
- 二不得爲樞密院議長。副議長。及顧問官。
- 三不得爲宮內省勅任官。

四不得爲特命全權公使。

五不得爲海陸軍將官。

六不得爲大審院長。會計檢查院長。及行政裁判所長官。

七不得爲帝國議會之議員。

以上七者限制。對於有特別功勞勅許歸化者。由國籍取得之時起算。五年之後。內務大臣經勅裁。得解除其限制。對於普通歸化人及歸化人之子。或爲養子入夫者。十年之後。亦由內務大臣解除之。（見國籍法第十七條）。

丙喪失之原因。

一婚姻。凡日本之女。與外國人爲婚姻。則失日本國籍。（見國籍法第十八條）。

二離婚離緣。凡因婚姻或養子緣組。取得日本國籍者。至離婚或離緣之場合。限於已有外國之國籍時。失日本國籍。（見國籍法第十九條）。

三入外國籍者。凡依自己之志望。取得外國之國籍者。則失日本之國籍。（見國

籍法第二十條）。

四子從親妻從夫。凡失日本國籍者之妻與子。隨其夫與父或母。取得其國籍時。則失日本之國籍。（見國籍法第二十一條）。

五認知。凡私生子。因外國人認知。取得外國之國籍時。則失日本國籍。但女子已爲日本人之妻。男子已爲日本人之養子或入夫者。不在此限。（見國籍法第二十三條）。

五者之外。有例外者。十七歲以上之男子。既服海陸軍之現役。義務未終者。不得失日本之國籍。又現任文武官職者。非失其官職後。亦不得失日本之國籍。（見國籍法第二十四條）。

丁喪失之効力。喪失之原則。以後不能爲日本人。而與外國人有同一之權利。其在戶主喪失國籍。則家督相續之事以起。（見第九百六十四條第一號）。凡內國人之權利。如不動產所有權等。皆不得享有。然可於一年之內。讓渡於日本人。猶豫一年。此優待之意也。若逾一年。猶未讓渡。則其權利。概歸屬於家督相續人。（見第九百九十四條）及明治三十二年法例第九十四號）。

第二目 各國待外國人之沿革

世界第一期時。視外國人如寇仇。毫不與以權利。至第二期。以不認爲原則。以稍認爲例外。至第三期。則內國人之私權。皆可與外國人享有。今世在此期內。若進至第四期。則當權無公私。人無內外。合爲世界國。而今未能也。研究今世各國待外之狀況。必區別公權與私權。外國人不能享有公權。各國之原則皆然。如議員公吏官吏軍人之類。皆非外國人所能有者。辯護士陪審員亦然。惟英國準外國人爲辯護士。在英地住十年者。可爲陪審員。此例外也。至於私權。則各國之法律不同。而又有條約之關係。於是生出種種之差異。今據法儒烏亞意斯（ヴァイス）氏之所著論。分爲四類言之。

第一 英美

昔英之普通法。凡土地所有權。外國人不能享有。並不許外人建築房屋。即賃貸借權。亦不能有。又外國人不能享有相續權。如外人死於英國。則其財產。概歸君主沒收。子孫亦不能相續。此乃孔門羅（コンモンロ）排外主義也。其後千八百四十四年。漸縮小此範圍。至千八百七十年。而普通法盡廢去。今則動產不動產之處分。外人皆可

有其權。惟船舶所有權。外人不能有。

美承英之普通法。有已廢者。有未廢者。而各州對於外國人。可分五種。(一)仍行普通法者有四州。(二)全不能有土地所有權者。有十七州。(三)於美國或各州有住所者。可以有土地所有權者。有九州。(四)自言於官。將來願爲美國人者。可以有土地所有權。如此者有六州。(五)土地寬廣。不過五萬耶多洛。(エトル)價值不過二萬美金。外國人可以有之。過此則不能。如此者有一州。

第二 歐洲大陸

一條約相互主義。條約相互者。謂兩國立約。甲國人民至乙國。享有何等權利。乙國人民至甲國亦如之。歐洲行此主義者有四國。一法蘭西。二比利時。三希臘。四露克山薄。(ロクサホ)是也。

法國分人類權與國民權。人類權外國人皆可享有。國民權則必須條約載明。然二權區別。頗多議論。第一學說。謂凡法律所載者爲人類權。不載者爲國民權。第二學說。謂法律所載者爲國民權。未載者爲人類權。第三學說。謂法律載與未載。均不爲

定必依裁判所判定。何者爲人類權。何者爲國民權。法國前用第三說。令用第二說。故凡一切所有權。無論動產不動產。亦無論有償行爲。與無償行爲。概爲人類權。雖無條約。皆可以與外國人。

比利時前同法國民法。千八百三十一年。載入憲法。內外人平等。然其無償取得。實際施行。尙在法國後。希臘則非爲內國人留保者。外國人皆可享有之。若留保者則不能。然有時載入條約者。亦得有之。露克山薄。人類權皆可享有。國民權則無條約者。不能享有。與法國同。

二法律相互主義。法律相互者。謂甲國人民至乙國。乙國與以法律上之利益。則乙國人民至甲國。甲國亦與以相當之報酬。其與條約相互異者。法律主義。此國允之。則彼國從而允之。不必條約而亦生効力。歐洲行此主義者。有六國。一德意志。二奧大利。三瑞士。四瑞典。五賽爾維亞。六摩洛哥是也。

德意志以內外平等爲原則。然其宰相所議報復權。經聯邦政府許可。業已實行。報復權者。德國人至他國所有之權利。德國亦與他國人。德國人至他國所無之權利。

德國亦不與他國人也。例如訴訟上之担保。德國法律所訂之對於外國人者。或以人担保。或以物担保。然他國若令德國人。訴訟不須擔保。則德國亦如之。此其一也。又如訴訟上之免費。凡貧民訴訟無費者。則不取之。所謂訴訟求助也。此內國人所。有。而外國人所無者。然他國若令德國人。訴訟免費。則德國亦免之。此其二也。又如裁判官之判決。其効力本不能及於他國。然使德國裁判他國人之事。至他國猶有効力。則他國裁判之効力。亦能及於德國。此其三也。故雖以平等主義爲原則。然有此報復。則仍爲法律相互主義矣。

奧大利凡限於內國人所有者。外國人不得有之。其餘各種權利。外國人欲享之者。必於裁判所證明其本國。待奧國人亦有此權利而後可。瑞士雖爲聯邦各州法律不同。然其主義。猶爲法律相互。瑞典千八百二十九年十月二日勅令。非經政府許可。外人不能有土地所有權。然土地以外。則仍用相互主義。賽爾維亞。限於本國人所有權利之外。一切可使外國人享有。此法律所明載者。至千八百五十二年八月二日勅令。惟不動產不在其例。摩洛哥亦此主義。

三內外平等主義。平等主義者。除限於本國人專有之權利外。不必有條約法律之相互。皆可與以平等也。歐洲行此主義者有七國。一西班牙。二意大利。三葡萄牙。四和蘭。五暹馬。六俄羅斯。七羅馬尼亞是也。

西班牙動產不動產。外國人皆可享有。法律明載之。意大利與西班牙同。葡萄牙內外平等。除法律條約所限制者。外國人皆可。有之。荷蘭法律。亦有平等明文。動產不動產皆然。璉馬與荷蘭同。

俄羅斯雖主平等。然本部與各州不同。其在本部。許外人土地所有權。惟行於通商口岸及各城市。鄉村則不能。其在各州。芬蘭雖爲所滅。然原屬瑞典。尙用瑞典法。波蘭雖爲所分。然原屬法國。尙用法國法。羅馬尼亞與俄本部同。除土地外。餘皆平等。

第三 舊西領米國

舊西領米國。謂舊日西班牙所領米洲諸小國也。今離西班牙而獨立。爲南米諸國。仍用西班牙主義。是爲內外平等。然較之歐洲。更爲進步。如巴西智利墨西哥祕魯亞爾然丁諸國是也。

巴西除法律明文所限制者。其餘皆許外國本有之。智利法律明文。凡內國人所有私權。外國人皆可。有之。墨西哥除政權外。及法律所不禁者。外國人皆可。有之。即船舶權亦可。船舶權者。船舶必有船籍。何國之船。則懸何國之國旗。不可相混。故各國皆不以之與外人。惟墨西哥不然。然亦有例外。凡與墨西哥鄰國之人。不能於其國境二十里以內。海岸五里以內。有土地所有權。其非鄰國人。則得政府之許可。亦得有之。秘魯外國人有動產不動產之權。載在憲法。亞爾然丁。憲法所不僅私權。絕無區別。問有公權。如辯護士之類。外國人亦可爲之。

第四 東洋諸國

東洋諸國。風俗宗教。與西洋不同。故法律亦異。一切原則。多相反者。因此不足以支配西洋人。而西人遂藉口法律之不良。爲自保權利於東洋諸國。皆有領事裁判權。自土耳其始。以及波斯。緬甸。暹羅。朝鮮。中國等。皆自行其本國之法律。夫在內國。用外國裁判。此誠西人侮我東洋。然而推原禍始。實由法律不能改良。日本從前。亦有各國領事裁判。至明治三十二年。始撤此權。今與西洋平等矣。日本法律。西人前不遵從。而今遵

從者何故。非西人必欲自行其本國之法律。以爲得何等權利也。乃以法律之爲物。爲人生之生活之所恃。東洋法律野蠻。西人東來。種種不便。故必自用其本國者。若如日本改良法律以後。則西人條約。亦易改正。諸國何憚而不爲此。蓋欲收回治外法權。非自改良法律。使西人信其無不便利。則不能也。

東洋諸國。無可言者。大約可以土耳其爲代表。土耳其於外國人之欲得土地所有者。必有三條件。

一 服從本國法律。

二 輸納本國租稅。

三 服從本國裁判。

三者在西洋各國。均不待言。若土耳其。有各國領事裁判。又有混合裁判。主權盡失。尙能有此條件。以限制外人。較之諸國。以土地租借外人。毫無限制者。則又有天淵之別矣。

第三目 日本待外國人之概畧

日本待外。亦分公權私權。外國人不能享有公權。與各國一例。如官吏公吏議員。市町村選舉權。府縣會選舉權。商業會議員。以及軍人辯護士之類。外人皆不得爲之。蓋公權者。構成國家之機關也。非通其國之情事。與其國共利害者。而使之參與。是反此權利之本質。故不可也。惟名譽領事。可用外國人。以其於政治無關係也。學校教授。可用外國人。然但能任教科。而不能有教育權也。是皆非完全之公權。至於私權。亦分二項。說明於下。

一人權。人權者。爲人生不可少之權也。無論內國人與外國人。皆可享有。其類有七。

(一) 身體自由權。(二) 信教自由權。(三) 言論自由權。(四) 結社自由權。(五) 請願自由權。(六) 教授自由權。(七) 營業自由權。然亦有例外。如身體自由。若外國人犯罪而來。兩國有交付罪人條約。則當引渡。又如結社自由。若關於政治者。則不能。如結政黨之類。法律雖未明禁。然未有不干涉者也。

二私法權。私法權者。對於他人及物之權利也。日本取內外平等主義。較歐洲進步更速。一切私法權。皆可與外國人。然各國皆有例外。日本亦有法律或條約之禁止。

(見第二條)今舉其所禁止者如下

一戶主權。凡外國人不能爲戶主。故戶主喪失國籍。家督即移於相續人。(見第九百六十四條)

二入夫養子權。凡外國人非條件具備。得內務大臣之許可。不能爲入夫養子。(見前國籍取得養子下)

三土地所有權。質權。抵當權。凡外國人不得有土地所有權。質權。抵當權。但依條約載明者。外國人得有抵當權。(見明治六年一月十七日達地所質入書規則第十一條)

四訴訟擔保權。日本法律。訴訟費用。由敗訴者負擔。故外國人起訴之時。對於訴訟費用。當供擔保。但其本國或免日本人之擔保。則日本亦免之。如德國之有報復權也。(見民事訴訟法第八十八條)

五訴訟救助權。凡外國人無訴訟上之救助權。然有條約。則亦有報復。(見民事訴訟法第九十二條)

六船舶所有權。凡日本船舶。限於日本人。許爲船舶之所有者。外國人不能有。

(見商法第八百二十四條。)

七航海獎勵權。凡船舶航海。政府有獎勵金。此亦非外國人所能有者。本國人之

船。賣與外國人。則航海獎勵金。亦隨之消滅。

八造船獎勵權。

九沿海漁業權。

十移民取扱人。

十一取引所會員。及仲買人。明治二十六年三月三日。頒布取引所法。第十一條。

第一項。非帝國人民。不得爲取引所之會員。及仲買人。

十二採取鑛業權。明治二十三年九月二十五日。法律第八十七號。鑛業條例第

三條。鑛業人。鑛業組合員。及會社。限於日本人。方許爲之。又二十六年三月四日。

法律第十號。砂鑛採取法第四條。凡採取砂鑛。與鑛業條例。有同一之規定。

十三銀行株主。明治九年第六號布告。國立銀行條例。十五年第三十二號布

告。國立銀行條例。二十七年勅令第二十九號。橫濱正金銀行條例。凡國立銀行。日本銀行。及橫濱正金銀行之株主。限於日本人。方許爲之。

以上所列各種私法權。皆法律明文所載。外國人不得享有者。然又有例外。外國人於日本所有之私法權。有時亦可以其本國之法行之。其見法文者有六種。

一遺續之証人。及其他裁判所之証人。

二後見人。後見監督人。保佐人。親族會之証人。

三普通裁判籍。凡外國人於日本人之住所地及現在地之裁判所。皆可訴訟。若法國之裁判籍。則無現在地。當從原告人之住所地之裁判所。使法國人無住所者。則外國人無訴訟之處。故日本不取之。

四著作權。凡外國人之著作權。一如其在本國。受同一之保護。但必須在日本發行者。

五商標權。特許權。意匠權。亦如其在本國。

六公債權。鐵道權。凡此二者。與其在本國。有同一之權利。當明治初年。公債不與

外國人。今已不然。鐵道會社。亦可令外國人入股。然此種權利。應否與外國人在日本尙爲學者所疑也。

第二款 行爲能力

行爲能力者。行使權利之資格也。我有此等權利。而欲行使之。則必具法律行爲之資格。若無此資格。即爲法律所不認。雖然。必具何等資格。而後能行使此權利。以原則言。凡人皆有此能力。其無之者。實在例外。其類有二。

第一區別之法。

一 絕對的無能力。謂於法律行爲全無能力。亦絕對的無効力。如小兒以物贈人。不得謂爲法律上之贈與。又如白癡者。瘋顛者。心神喪失者。雖有贈與。法律皆不承認。以其無意思能力也。法國於年未七歲者。及禁治產者屬此。日本則不然。

二 限定的無能力。謂限定其某種行爲。法律不認其有効力。如有精神病者。未必所爲皆無効力。不過有時後見人可以取消而已。

第二區別之法。

一 一般無能力。謂無論對於何人皆無法律行爲之効力。

二 特別無能力。謂對於一般之人未必皆無能力。惟對於特定之人爲無能力也。如未成年者與後見人了結計算以前所爲之契約不能有效力。（見第九百三十九條。）又如破產者不能自己處分財團必須裁判所選任管財人。（見破產法九百八十五條。）又如夫婦之間所爲契約無論何時得由夫婦之一方取消之。此皆對於特定之人無能力者也。

日本法律並無絕對特別之明文。惟限定與一般。乃以法律規定之。或因年齡而無能力。或因精神而無能力。或因婚姻而無能力。皆有保護之方法。然亦未明言何者爲限定。何者爲一般也。約分四項如下。

第一項 未成年者

未成年者。未達成人之年也。凡人必達一定之年齡。而後身體發達完全。精神始無缺陷。若未成年者。精神體魄皆未圓滿。不能有法律行爲之能力。此在理論則然耳。按之事實。亦有不盡然者。或已逾年限。而尙無能力者。或未至年限。而已有能力者。似不盡

關夫年限。然不以年限爲標準。必執人人而考察之。古時雖有行之者。而其事不可通。所以今世各國。皆用年齡爲限也。

年齡學說。約分兩派。第一德國。年齡分爲三級。載於法律者甚詳。自始生至七歲。爲第一期。謂之無意思能力。自七歲至十二歲十四歲。爲第二期。謂之無行爲能力。自十四歲至於成年。爲第三期。此羅馬法系也。第二法國。則立一總年限限之。未至此者爲未成年。不復分之爲數級。凡未成年者之行爲。皆可取消。最爲單簡。現在各國用德國法系者。主張分級之說。用法國法系者。主張不分級之說。然欲求法律上之便利。當以成年未成年爲區別。分級之說。似可不必矣。

成年規定。各國亦有不同。有以二十歲爲成年者。瑞士是也。有以二十一歲爲成年者。德法英米俄意。蒲瑞典。那威。墨西哥。羅馬尼亞。巴西。希臘。洛庫賽波。(ロクセンホン)諸國是也。有以二十二歲爲成年者。亞爾然丁是也。有以二十三歲爲成年者。荷蘭。西班牙是也。有以二十四歲爲成年者。奧大利。匈牙利是也。然匈牙利未滿二十四歲之女子。若已出嫁。則亦以爲成年。有以二十五歲爲成年者。噠馬。智利是也。合諸國觀之。

究以二十一歲爲成年者居多數也。

日本爲法國法系。凡無意思能力者。以事實斷之。不以年齡爲界限。故無成年以前之等級。概以二十爲成年。（見第三條）。然有例外。（一）天皇及皇太子皇太孫皆以十八爲成年。（見皇室典範第十三條）。（二）婚姻。男滿十七。女滿十五得爲之。（見第七百六十五條）。（三）私生子之認知。未達成年者得爲之。（見第八百二十八條）。（四）養子緣組。滿十五以上亦得爲之。（見第八百四十四條）。此皆未成年之例外也。

成年如何計算。日本法律。亦有沿革。明治三十五年法律第五十號。本乎民法時効。第四百四十四條。以實日起算。如今年今日生者。必至明年今夜十二時。始爲一歲。日本從前。亦如中國。以年計算。如今年年終生者。明年年初。即爲一歲。後明治六年。改用太陽歷。始以月計。今則改以日計。法國學者。多欲改用時計。雖曰進步。然人生之時。殊難確定也。

未成年者爲法律行爲。要得法定代理人之同意。此第四條之規定也。所謂法定代理

人者。行親權者之父或母。及後見人是也。所謂得其同意者。所以補其不完全之能力也。然亦分兩端言之。(一)財產上之法律行爲。如買賣贈與貸借等事。必得親權者或後見人之同意。始有効力。若不得其同意。以己意行爲者。可以取消。此原則也。(二)身分上之法律行爲。除法律所限制者。不必得法定代理人之同意。可以己意爲之。不能取消。此原則也。蓋財產權以得同意爲原則。不得同意爲例外。若身分權適成反對。以得同意爲例外。不得同意爲原則。此雖無法律一般之明文。而可於條文見之。

甲身分權之原則。

一 隱居。凡無能力者爲隔居。不要得法定代理人之同意。(見第七百五十六條。)

二 認知。凡爲私生子之認知。雖父母爲無能力者。不必得法定代理人之同意。

(見第八百二十八條。)

乙身分權之例外。

一 轉移家族。第七百三十七條云。戶主之家族。在他家者。得戶主之同意。可爲其家族。但其爲他家之家族時。要得其戶主之同意。

前項所揭。若爲未成年者。要得行親權者之父或母。或後見人之同意。

二相續家族。第七百四十三條云。家族若有戶主之同意時。則得相續他家。及爲分家。又得再興廢絕之本家及分家。及同家其他親族之家。但未成年者。要得行親權者之父或母。或後見人之同意。

三婚姻。第七百七十二條云。子爲婚姻。要得在家父母之同意。但男滿三十女滿二十五以後。不在此限。

不能知父母之一方時。及死亡時。去家時。不能表示其意思之時。但得其他一方之同意亦可。

父母皆不能知之時。及死亡時。去家時。不能表示其意思之時。未成年者。要得其後見人及親族會之同意。

四離婚。第八百九條云。未滿二十五歲者。爲協議上之離婚。要得依第七百七十二條及第七百七十三條之規定。在其婚姻時。有要得其同意之權利者之同意。(七百七十二條見前項婚姻下。附譯第七百七十三條云。繼父母或嫡母不

同意於子之婚姻時。子若得親族會之同意。得爲婚姻。

五養子緣組。第八百四十三條云。當爲養子者。未滿十五歲時。在家之父母。得代之爲緣組之承諾。

繼父母或嫡母。爲前項之承諾。要得親族會之同意。

第八百四十四條云。成年之子爲養子。又滿十五歲以上之子爲養子。要得在家父母之同意。

第八百四十五條云。因緣組或因婚姻而入他家者。更有養子而欲入他家時。要得在實家父母之同意。但妻隨夫而入他家者。不在此限。

第八百四十六條云。第七百七十二條第二項及第三項之規定。前三條之場合準用之。

六離緣。第八百六十三條云。未達二十五歲者。爲協議上之離緣。要得依第八百四十四條之所規定。在緣組時。有要得其同意之權利者之同意。

第七百七十二條第二項第三項。及第七百七十三條之規定。前項之場合準用。

之。七百七十三條見前離婚下

按婚姻養子前已列入未成年之例外四項中。茲復列爲例外者何也。蓋前之所謂例外者。如婚姻養子。本成年之事。未成年者得爲之。故爲例外也。茲之所謂例外者。如婚姻養子。本身分權之事。不須法定代理人同意者。今亦必得其同意。故爲例外也。至云未達二十五歲。則並包成年者在內。亦必得父母之同意。是又成年者之例外也。

丙財產權之原則。凡關於財產者。事事皆須法定代理人之同意。在法律上不勝枚舉。

丁財產權之例外。

一遺言。凡滿十五歲者。得爲遺言。（見第一千六十一條）。

二單得權利。或免義務。凡未成年者。有單得權利。或免義務之行爲。不必法定代理人之同意。（見第四條但書）所謂單得權利。如無償行爲。及受贈與之類。所謂免義務者。如有債務免其負擔也。

三許可處分之財產。凡法定代理人許可其處分之財產。則於目的已定之範圍內。未成年者得隨意處分之。或代理人之目的不一定。但既許可其處分。則亦可以隨意處分之。不必代理人之同意也。（見第五條。）所謂已定之目的。例如法定代理人每月給學費若干元。聽未成年者以若干置書籍。以若干繳俸金。所謂未定之目的。例如法定代理人每月給零用若干元。聽未成年者何如消費。是也。

四營業。凡法定代理人許可其營一種或數種之業。則未成年者關於營業事務。與成年者有同一之能力。但於其所營之業。有不堪其任之時。則法定代理人可從親族編之規定。或取消其許可。或與之以限制。（見第六條。）

第三第四。何以有此行爲能力乎。不知此乃外觀之能力。非根本之能力。根本能力。仍在法定代理人。故必得其許可。而後能處分之也。

五詐成年。凡未成年者。用詐術使人信其有行爲能力。其行爲不得取消。（見第二十條。）所謂詐術有二。或僞報年歲。得身分證書。或覓保證人證之。此等方法。乃不法行爲。故不得取消。取消云者。法律所以保護無能力者也。今既解用詐術。

則法律不應再加保護。且於此而取消之。於相手方必有妨礙。故不許也。

第一目 自治產及成年宣告

以上所言。皆現行法。此外尚有自治產。及成年宣告。二者制度。皆未至二十歲。而有完全知識者。用此二制。其區別如何。宣告成年者。即絕對認為成年。而自治產者。尙不能絕對認為成年。此皆可以補法制所未備。爲日本新民法所無者。然於民法最有關係。今略述之。

自治產之條件。

一年齡。凡人滿十五歲者。觀其有管理財產之能力。則由親權者。或親族會之許可。始得自治產。日本舊民法。及法國民法皆有之。

二婚姻。凡人婚姻之後。又有完全之知識者。亦可以自治產。

自治產之能力。

一管理行爲。有獨斷之權。如將財產寄存銀行。不必保證人之同意。
二處分行爲。不能獨斷。必得保證人之同意。及其他之條件。

成年宣告各國不同亦分二端言之。

一年齡。羅馬法男子二十。女子十八。有完全之知識者。可以宣告成年。德國則男子十八。有完全之知識者。可以宣告成年。

二能力。羅馬法既經宣告後。亦認有成年之能力。但不動產尙有限制。德國則絕對認其有成年之能力。即不動產亦無限制。此外成婚即爲成年者。瑞西是也。女子成婚即爲成年。男子不然者。匈牙利是也。

各國於自治產與成年宣告。二者各有採用。日本新民法皆無之。誠闕點也。其不採用之理由。謂二者制度。均以人生知識程度別之。然有幼而老成者。又有長而稚氣者。法律標準。甚爲困難。故不取也。而關於未成年者營業之事。有第六條之規定。與成年者有同一之能力。雖不採自治產與成年宣告。於事實上亦無大礙。以未成年者之關係。惟營業最爲重要故也。

關於自治產與成年宣告。二者比較。果爲孰優。自治產之制。但能管理財產。而不能處分財產。似爲無弊之制。然法國用此而未盛行者何也。同一人也。而其行爲。有時有法

律之能力。有時無之。對於第三者。甚爲不便。以此之故。反不如成年宣告之歸於畫一也。然羅馬法猶有限制。不如德國之單簡。宣告之後。則有其權。未宣告者。即無其權。日本新民法草案。已將成年制收入。後爲法典調查會多數所駁。故終刪去。他日若改正法。當仍用成年宣告也。

第二項 禁治產者

禁治產者。經裁判所宣告。其有精神故障者也。所謂精神故障。各國解釋不同。有指全然迷昏者。有指偶然昏迷者。日本則專指瘋狂而言。然此亦分二種。

一 意思無能力。謂全無能力。其行爲皆可取消。德國是也。

二 限定無能力。謂限定其何部分爲無能力。其行爲可以取消。法國及日本新舊民法是也。

德國無論何事。皆可取消。法國則有可以取消者。亦有不可取消者。然禁治產之宣告。所以保護無能力者也。故有害於彼者。可以取消。有利於彼者。可以不取消。如德國之法。則保護之目的。反成妨害之行爲矣。

按權利能力。人人所有。故曰人權。第一條所謂私權享有。始於出生是也。然人人有享權利之能力。不必有行使權利之能力。不能行使。將有碍於享有。故法律必保護之。禁治產與準禁治產。非限制其權利。乃保護其權利也。

又取消與無效有別。無效者。法律行爲不能成立。無待乎取消。亦無時無人不可取消也。取消者。法律行爲雖已成立。尙可取消。但非相手方之所能主張。如常人與狂者立約。惟狂者可以主張取消。而狂者之相手方。不能主張取消也。德國主義。等於無效。法國主義。等於取消。夫法律行爲。以意思爲元素。雖精神故障者。亦有時回復。則意思固在。法國之保護周密。自較德國爲優。故日本取此而不取彼也。

禁治產之成立。其理由有四。

一精神故障。有時見爲故障。有時不見爲故障。非經裁判所判決。終難定其標準。然故障之程度。乃醫學問題。非法學問題。故日本裁判所。有法醫學。以備爲鑑定人。是以醫佐法之用也。

二精神故障。則人不敢與共事。非經裁判所宣告。爲之設後見人。則永無法律行爲。

之能力。而人權失矣。

三精神故障。則所有財產。妄自遺失。非禁其自治。而令後見人治之。則損失必多。

四精神故障。往往不能貌視。人不知之。而誤與共事。則必有意外之損失。

第一目 禁治產之宣告

甲原因。心神喪失之常況。或自朝至暮。無時不然。或一日之內。稍有復明之時者。皆可宣告。即未成年而有精神病者亦然。但未成年者。可否爲禁治產。尙屬複雜之問題。各國學說。約分四種。

一謂不可宣告者。不認未成年者爲禁治產。和蘭是也。

二分宣告爲三類。(一)成年者。(二)自治產未成年者。(三)成年前一年之未治產者。三者皆可宣告。意大利是也。

三法律有未成年不能宣告之明文。因此而解釋各有不同。故有可以宣告。有不可以宣告者。法國是也。

四一般未成年者。俱準宣告。日本德國比利時是也。日本法律上。亦未明言未成年

者。準宣告禁治產。然第七條請求宣告者中。有後見人。惟未成年者。乃有後見人。則知未成年者。準宣告禁治產也。夫未成年者。既有後見人。又須禁治產。似爲重複。然其理由有三。(一) 未成年者。於法律行爲之取消。僅在五年以內。禁治產者。則瘋狂取消後。及死亡五年之後。尙可取消。(二) 未成年者。於單得權利。或免義務之行爲。及經許可之財產。皆有自主權。禁治產者。則皆須後見人。(三) 未成年者。後見人之權限。年滿二十即消滅。禁治產者之後見人。無一定期限。有成年而瘋狂未愈者。故不可無兩層後見人也。

乙請求。謂請求裁判所。爲禁治產之宣告也。其人約有七種。(見第七條)

一 本人。本人既病精神。復自請求。似不近理。然利害關係。本人最切。雖有故障。未必無來復之期也。

二 配偶者。如妻爲夫。夫爲妻是也。

三四親等內之親族。四親等以己身爲本位。己身以上。父母爲一等。上推至於高祖父母。爲四等親。己身以下。子爲一等親。下推至於玄孫。爲四等親。此直係也。而

旁係則以兄弟姊妹爲二等親。其子爲三等親。孫爲四等親。從祖叔伯爲三等親。從曾叔伯爲四等親。此親族中包含血族與姻族。但姻族中限於三親等內位。其他全無親族關係也。

四戶主。凡戶主對於其家族之禁治產。得爲請求也。

五後見人。凡未成年者。請求禁治產。謀保其利益。後見人居於適當之地位。

六保佐人。凡法律上之保佐人。惟準禁治產有之。茲列保佐人。是由準禁治產。進爲禁治產也。

七檢事。凡檢事代表公益。一則恐瘋狂者害社會之公安。二則保護瘋狂者之身體財產。故亦得爲請求也。

丙手續。宣告禁治產之手續。大約有三要件。(一)必於區裁判所請求之。(二)裁判官必調查其精神病之確實與否。(三)必用公告方法。使一般人盡知之。(見人事訴訟法四十條以下)。

第二目 禁治產之効力

禁治產之目的。在保護其身體財產兼監督之。第八條所云。禁治產者。付於後見人是也。後見人之資格。父母。夫妻。戶主。及親族會所選舉之人。六者而已。而其對於禁治產之効力。則第九條所云。禁治產者之行爲。得取消之。是也。凡關於財產之行爲。皆不能自主。若其自主。皆可以取消之。此原則也。然其効力。亦因事實而有別。約分三類於下。

一全無意思者。則缺行爲之要素。此必無効力。無待取消也。

二精神復元之一頃。得後見人之同意所行爲者。不能取消也。

三臨死之遺言。倘有醫師在側。證其精神復原。則其言不能取消。第七十三條云。禁治產者。於本心回復時爲遺言。要有醫師二人以上之立會。是也。人之將死。每有精神回復之時。所謂燈滅必光。此乃生理上問題。故必醫師爲證。從治命不從亂命也。以上關於禁治產者財產上之能力。請更言其身分上之能力。較之財產稍寬。苟有其意思時。不必後見人之同意。皆爲有效。(一) 隱居。(二) 婚姻。(三) 離婚。(四) 私生子之認知。(五) 養子緣組。(六) 離緣是也。

甲原因。 禁治產應於何時。可以取消。若其所得禁治產之原因終止時。則裁判所因第七條所揭者之請求。要取消其宣告。（見第十條）

乙請求。 請求者之資格。仍須如前請求禁治產者。蓋宣告之利害。與取消之利害。本爲同一之理由。故由同一之人爲請求也。但保佐人。於實際上。不見其適用。何也。保佐人爲準禁治產而設。若已進爲禁治產。則有後見人。而保佐人之權限消滅矣。故不能復爲請求也。

丙手續。 取消準禁治產之手續。申立於禁治產者之區裁所。裁判官以其職權決定之。送達於申立人。檢事及禁治產者。其手續費用。歸禁治產者負擔。若有手續外之費用。則歸申立人負擔。若檢事爲申立。則歸國庫負擔。（見人事訴訟法六十三條以下）

第三項 準禁治產者

準禁治產者。與禁治產者。程度雖異。而其性質。有大相類者。是以裁判所對於此種人。必爲之附保佐人。（見第十一條）凡重大之法律行爲。必得保佐人之同意。蓋依其

精神之狀況而附之者也。其主義有二。

一日本認爲準禁治產者。在他國竟認爲禁治產。此羅馬法系也。德國宗之。

二法國法系。惟心神喪失者。爲禁治產。餘皆半部禁治產。或一部禁治產。日本採此主義。譯爲準禁治產。然有例外。皇室典範第五十三條云。「皇族有蕩產之行爲者。以勅旨宣告禁治產。」夫浪費在準禁治產中。因其爲皇族。乃列入禁治產。日本民法。用法國法系。皇室典範。用羅馬法系也。

第一目 準禁治產之宣告

甲原因。

一心神耗弱者。事理不甚分明。精神有時恍惚。思想力。記憶力。俱不可以獨立者也。二聾者。啞者。盲者。三種之人。五官機能。廢一不舉。則意思行爲。不能獨立。日本舊民法人事編。第二百三十二條云。聾啞者。盲者。是舊民法合聾啞爲一項。新民法分聾啞爲二項也。

三浪費者。浪費金錢。亦精神病之一種。假令其智能無缺。何至於理財一事。迴不及

乎常人。

乙請求。請求宣告之人。第十三條云。「準用第七條之規定。」是與禁治產者同也。然無保佐人爲請求者。何也。準禁治產未成立之先。並無保佐人也。

丙手續。人事訴訟手續法。第六十七條云。「關於準禁治產之規定。準用本章之規定。」是亦與禁治產略同也。

第二目 準禁治產之効力

準禁治產者。必有保佐人。保佐人之資格。與後見人同。凡法律行爲。必須保佐人之同意者。其事有九。（見第十二條第一項。）

一 領收元本。又利用之。

二 借財。或爲保證。

三 關於不動產。或重要動產。其權利得喪之目的行爲。

四 爲訴訟行爲。

五 爲贈與和解。或仲裁契約。

六承認相續或拋棄之。

七拒絕贈與或遺贈。又受諾負擔附之贈與若遺贈。

八爲新築。改築。增築。或大修繕。

九爲超過第六百二條所定期間貸貨借。(第六百二條所定之期間有四。(一)

樹木之栽植或採伐。山林之十年貸貨借者。(二) 其他土地之五年貸貨借者。

(三) 建物之三年貸貨借者。(四) 動產之六個月貸貨借者。)

凡九者。非得保佐人同意。決不能爲。以其皆關重大之事。多屬處分行爲也。雖其中如領收元本及修繕等事。其性質屬管理行爲。然以精神不完全者爲之。則甚危險。故亦以處分行爲同一視之。必要保佐人之同意也。

裁判所考其不完全之程度。至其甚者。雖短期之貸貨借。不重要之動產。亦必須保佐人之同意者。第十二條第二項云。「裁判所於此場合。準禁治產者爲前項所未揭之行爲。亦有要其保佐人同意之事。得宣告其旨。」是也。此言九者之外。由裁判所酌其情勢。可以更加保護。並與以取消權。第十二條第三項云。「若反夫前二項之規定。其

行爲皆得取消之。惟遺言之效力可以自由不受制限而亦不能取消也。

禁治產與準禁治產之區別。禁治產者。乃絕對的限定無能力。苟無意思時。無論如何行爲。皆可以取消。準禁治產者。非絕對的限定無能力。若重大之事。則可以取消。否則不然。其異點一也。又禁治產之後見人。凡事皆由其主持。準禁治產之保佐人。不過助之而已。其異點二也。又禁治產之不必後見人同意者。不過前舉數端。餘皆不能自主。準禁治產之必須保佐人同意者。亦不過前舉數端。餘皆可以自主。其異點三也。

第三目 準禁治產之取消

甲原因。其所以得準禁治產之原因終止。則裁判所因請求者。要取消其宣告。第十三條所云。準用禁治產之規定是也。

乙請求。請求者之資格。一如請求宣告者。但後見人適用之時。蓋寡。必未成年者。準禁治產。而於未達成年內。爲取消之請求。則亦得有後見人。若達成年以後。則無後見人也。

丙手續。關於準禁治產取消之手續。準用禁治產之規定。（見人事訴訟法第六十

七條。)取消禁治產之宣告。裁判所以其職權判決之。送達於當事者。(見人事訴訟手續法第六十二條第一項。)

第四項 妻

古時女子。皆無能力。亦如設後見人者。羅馬法及歐洲近世皆然。今世文明進步。男女平權。一般女子。皆認爲有能力者。處女寡婦。與男子無異。惟有由婚姻上生出無能力之原因者。妻是也。妻從夫權。故其權終有限制。文明各國皆如此。所謂男女平權。夫婦不能平權也。但限制之程度如何。則各國不同。德國認女子有獨立之能力。然表面如此。實則有別種方法限制之。使其服從夫權。則猶是無能力也。日本法律。凡有夫之妻。其行爲亦有限制。(見第十四條。)

一爲第十二條第一號至第六號所揭之行爲。

二受諾贈與若遺贈。或拒絕之。

三爲身體受羈絆之契約。

以上三項。必要受夫之許可。否則可以取消之。與第十二條準禁治產之規定畧同。其

所異者其原因異也。準禁治產治之原因。爲其精神也。妻之原因。則爲從夫權也。妻之能力於治家事。不惟不遜於男子。或有時過之。何以使之必從夫權。爲保一家之平和起見。自不能使與夫相對抗。此無論東西洋。皆無夫婦平權之制度也。故準禁治產重在財產。而妻則重在身分。夫婦之間。權限最爲分明。十二條與十四條。可比觀而知之。然亦有例外。

一營業。凡妻得夫之許可。爲一種或數種之營業。關於其營業之事。與獨立人有同一之能力。（見第十五條。

二絕對不須夫之許可。凡妻之行爲。絕對不須許可之場合。約有六項。（見第十七條。）

一夫之生死不分明時。

二夫已棄其妻時。

三夫爲禁治產者。或準禁治產者時。

四夫爲瘋顛。爲病院或私宅所監置時。

五夫處禁錮一年以上之刑。在其刑之執行中時。

六夫妻之利益相反時。

三遺言。凡妻死遺言。不須夫之許可。

此中有宜注意之二點。(一)夫已許可之事。猶可以取消。或加以限制。因一許之後。或事有不宜。爲保一家之平和。不能使夫權有喪失時也。營業者亦然。但取消與限制。止能在夫婦之間。不能對抗善意之第三者。(見第十六條)例如營業一項。夫已許可後。知其力不能堪。或飭其停止貿易。或命其改大市爲小市。此即取消與限制之方法也。然許其營業。則必有取引之第三者。若一意對抗。出人意外。爲害不小。故不可也。(一)未成年之夫。非依第四條之規定。不得許可其妻之行爲。(見第十八條)凡未成年者之行爲。必得其法定代理人之同意。此第四條之規定也。若無法定代理人。則已之行爲尙無効。而何有於許可其妻之行爲之理。日本法律。年滿十七。可以婚姻。故有有妻而未成年者。

第一項 皇族

皇族者。即皇室典範第三十條所載諸人。太皇太后。皇太后。皇后。皇太子。皇太子妃。皇太孫。皇太孫妃。親王妃。內親王。王妃。女王等是也。凡皇族。自皇子至皇玄孫。男爲親王。女爲內親王。五世以下。則男爲王。女爲女王。（見典範第三十一條）皇族適用之法律。於民法所規定者。多不適用。應有特別之規定。日本現在調查中。尙不能舉其細微。仍即載之典範者。列舉其相異之點。

一成年。民法一般。以二十歲爲成年。天皇及皇太子皇太孫。皆以十八爲成年。（見典範第十三條）

二後見人。民法一般。未成年者。須設後見人。若天皇未達成年時。則置太傅以掌保育。其他皇族男女。幼年無父者。則命宮內之官寮。掌保育之事宜。或經其父母。選舉有後見人。則依天皇認可。又或由天皇勅選之。此種後見人。限於成年以上之皇族。（見典範第二十六條。第三十七條。及第三十八條）

三婚姻。民法一般。男女婚姻。或得父母之同意。或自由選擇。皇族則不然。婚嫁必由

勅許。且限於同族。或由勅旨認許之華族。而其婚嫁許可之勅書。並須宮內大臣副署之。（見典範第三十九條。至第四十一條。）

四養子。民法一般。有許爲養子之例。皇族則不然。不得爲他人養子。及收養子之事。（見典範第四十二條。）

五旅行。民法一般。旅行可以自由。皇族則不然。凡旅行於國境之外。必經天皇勅許。（見典範第四十三條。）

六御料。凡土地物件。定爲皇族之世傳御料者。不得分割讓與於他人。且編入世傳之土地物件。須諮詢於樞密顧問官。以勅書定之。由宮內大臣公告之。（見典範第四十五條。及第四十六條。）

七訴訟。凡皇族有關於相互之民事訴訟。須依勅旨。於宮內省。命裁判員裁判之。經勅旨而後執行之。若人民對於皇族。有民事訴訟。須於於東京控訴院裁判之。但皇族可以使人代當訴訟。不要自出訟庭。凡皇族非經勅許。裁判所不得勾引。又不得喚召。（見典範第四十九條。至第五十一條。）

八懲戒。凡皇族有辱其品位之行爲或對於皇室有缺效忠順之時。則須以勅旨懲戒之。其重者則可以剝奪其皇族特權之一部或全部。（見典範第五十二條。）

九禁治產。凡皇族有蕩產之行爲時。須以勅旨宣告其爲禁治產。其財產選人管任之。（見典範第五十三條。）

第二項 華族

皇族之外。又有華族。華族者。明治初年。廢藩置縣。封其諸侯爲華族也。其原則適用民法。然亦間有不同。（一）華族子弟。關乎婚姻與養子之事。必受宮內大臣許可。見明治十七年。宮內省頒行華族令是也。（二）華族世襲財產。及附屬物。不能自由處分。亦不受裁判所差押。見明治十九年。布告世襲財產法是也。至於華族爵位。與民法無關係。可不言也。

第三項 官吏

凡爲官吏者。亦有特例。（一）官吏不許經營商業。恐其濫用職權。與平民利益相反。（二）官吏住所。必有常處。非經本屬長官許可。不能自由遷徙。離其職所也。

第四項 軍人

凡爲軍人者。其特例有二。(一)關於軍人結婚。明治二十五年。八十七號勅令。海軍現役軍人。結婚條例。明治三十七年。四十五號勅令。陸軍現役軍人。結婚條例。皆須海軍大臣許可。甚至有禁止其結婚之時。凡海軍結婚。必擇年滿十六。品行端方之女子。(二)關夫軍人裁判籍。一般人民。以住所區域。定裁判籍。軍人則不然。陸軍裁判籍。則以兵營所在地定之。海軍裁判籍。則以軍艦定繫所定之。

第五項 商人

凡爲商人者。特例甚多。(甲)商人之定義。謂用自己之名。以商行爲爲業者也。(乙)商人適用之法律。何謂適用之法律。各國多有商人特別裁判所。日本尙無之。又各國有以商法全部。限於商人適用者。如德國商法三百四十三條是也。日本亦無之。然關於商人之法律行爲。亦有特別之點。(一)商業登記。(二)商號。(三)商業帳簿。(四)商人使用人。(五)代理商。(六)商人法律行爲之特例。(七)交互計算。(八)匿名組合。(九)破產。凡此皆其重要者。其詳見於商法。

第四款 住所

第一項 住所之定義

住所之定義。指生活之本據而言。第二十一條云。『以各人生活之本據。爲其住所』是也。所謂本據者。即生活之中心點。如鳥之有巢。如蟻之有穴。雖迴翔奔走。覓食於他處。而終歸於一定之巢穴。人之於住所也亦然。例如商人有商店一處。家居一處。則以家居爲住所。又如商人家居國內。而經商國外。則以國內家屋爲住所。今請言其差異之點。

一本籍與住所之區別。本籍者。無論其爲住所。爲居所。但以生時戶籍吏所登記者。則爲本籍。本籍爲出生著籍之地。故不可移。動住所則可移。動憲法第二十二條許人民有居住及轉移之自由。權然亦必有親眷田廬。乃得爲住所。否則雖本籍。亦不得爲住所也。

二住所與居所之區別。居所者。一時僑寓。不必久留。而無生活之本據者也。然居所又與現在所有別。現在所者。指現在經歷之地而言。例如留學。中國爲住所。旅館爲

居所。學堂爲現在所也。日本法律。凡不知其住所者。即以居所看作爲住所。（見第二十二條。）此指有住所而不知者言也。又於日本無住所者。不問其爲日本人。爲外國人。即以日本居所看作爲住所。（見第二十三條。）此指本無住所者而言也。三兩個以上之住所。德國民法。一人同時。可有兩個以上之住所。日本則惟認定一住所。

四法定住所。德法兩國。皆有法定住所。如未成年者。以父母住所爲住所。軍人則以軍隊所屬爲住所。日本亦不認。以未成年者不能自有住所。必依父母。乃限於事實。非根於法理。至於軍隊所在。非軍人生活之本據。故亦不得爲住所。

五假住所。假住所者。雖非其住所。由法律假定。竟認之爲住所。與本住所有同一之効力。或裁判所指定爲住所者。或商業契約。因圖便利而以居所爲住所者。或組合之時。於居所設事務所。即以爲住所者皆是也。其見於各條文者有三。（一）或因其行爲而選定爲假住所時。則凡關於行爲者。即看作爲住所。此第二十四條之規定也。（二）住居於裁判所之所在地。而無事務所之原告。成被告。則裁判所於其

所在地。遷定假住所。此民事訴訟法第一百四十三條之所規定也。(三) 訴訟關係人。或不住於裁判所之所在地時。則裁判官可於其地。指定假住所。備書類送達之用。此等事訴訟法第十八條之所規定也。

第二項 住所之實用

住所爲民法上一大問題。生法律種種之關係。日本從前。依屆出及其他形式之條件定之。由是住所與本籍相混。又與居所相混。於實用上甚感不便。後乃離一切形式。純用事實爲標準。凡住所之設定轉移。均係裁判所之判定。其事實上之住所。即法律上之住所也。今列舉其重要之場合於下。

一 裁判管轄之標準。 凡人之普通裁判籍。依其住所而定之。(見民事訴訟法第十條)。
二 裁判上之期間。 凡法律期間。原告或被告。未住居於裁判所之所在地者。須準其住所。與裁判所距離之遠近。而定其期間。每海陸里八里。則伸長一日。若八里以外。又超過三里時亦同。又對於有外國或島嶼住所之原告或被告。得特定附加之期間。(見民事訴訟法第一百六十七條)。

三辨濟之場所。凡債務履行必於債權者之住所。此原則也。其見於民商法者有二條。(一)辨濟場所。無別段之意思表示時。特定物之引渡。於債權發生之當時其物存之在場所得爲之。其他之辨濟。要於債權者現時之住所爲之。此第四百八十四條之規定也。(二)因商行爲所生之債務。其履行場所必因其行爲之性質。若當事者之意思表示不定時。則特定物之引渡。於行爲之當時其物存在之場所爲之。其他之履行。要於債權現時之營業所。若無營業所時。要於其住所爲之。此商法第二百零七十八條之所規定也。

四手形之關係。凡振出人及支拂人必載明住所。(見商法第四百五十三條以下。又手形之呈示。拒絕證書之作成。及其他手形上之權利。或行使之。或保全之。皆須定其行爲地。(見商法第四百四十二條。

五相續開始地。凡相續開始。以被相續人之住所爲開始地。(見第九百六十五條。六後見人之關係。凡後見人。於被後見人住所之市或郡外。有公之職務時。則可爲

辭職之理由。(見第九十七條第二號。

七關於國際私法。凡外國人之住所。關係國際私法上適用之標準見於法例第五條。

一在日本有住所或居所之外國人。依其本國法。有禁治產之原因時。裁判所對於其人。得爲禁治產之宣告。但日本法律。不認其原因時。不在此限。（見法例第四條第二號）。

二凡契約之成立及効力。以發申込通知之地。看作行爲地。若受其申込者爲承諾。當時不知申込之發信地。則以申込者之住所地。看作行爲地。（見法例第九條第二項）。

三債權讓渡。對於第三者之効力。依債務者之住所地法。（見法例第十二條）。

四有日本住所或居所。外國人之後見人。依其本國法。有開始之原因。而無行後見之事務者。及限於日本法。有禁治產之原因時。則依日本法律。（見法例第二十三條第二項）。

五凡無國籍者。以其住所地法。看作本國法。不知其住所時。則依其居所地法。（見

法例第二十七條第二項。

八關於國籍法。凡外國人歸化者。必有五年以上之住所。始能取得日本國籍。又回復日本國籍者。必有日本住所。又外國人之爲日本人之養子入夫者。亦必有一年以上之住所或居所。（見前國籍取得下。

其他書類中。必記當事者住所之場合。不可勝數。凡有利害關係之表示者。皆須載記住所。此皆適用之標準也。

第二節 法人

第一款 法人之性質及種別

法人者。由法律假定而爲人也。其種類甚多。有公法上之法人。如國家非自然人。而爲國家行公法上之命令。是公法上之法人也。有私法上之法人。非自然人而可爲權利義務之主體者。即私法上之法人也。私法上之法人。可爲訴訟及其他法律行爲之當事者。或謂訴訟乃爲公法。私法人不應有此。然訴訟權究由私法上之權利而生。法人既有自然人之權利。故可爲訴訟及其他之法律行爲也。然而私法上之法人。又有公

私之別大抵以有無公之職務爲斷。凡有關於公之職務者爲公法人。如地方團體及商業會議所。此固世所公認爲私法上之公法人。又如區與水利組合。是否爲公法人。尙在未定。至於無公之職務者。皆私法人也。今請言其分類。

法人有以組織分者。

一 社團法人。社團者。由二人以上。以一定之目的。所組合之事業。凡社員皆爲團體中之分子也。

二 財團法人。財團者。不拘人數多少。以一定之目的。集合財產。然純系資金組成。而其寄附之人。與此財產斷絕關係也。

法人有以目的分者。

一 公益法人。謂以謀公益爲目的。所構成之法人。例如寺院以宗教爲目的。赤字社以博愛爲目的。是也。

二 營利法人。謂以營私利爲目的。所構成之法人。不問其有關公益與否。但以增加財產爲目的也。

財團法人。多爲公益法人。以其無社員。故無以營利爲目的之人也。德國則公益營利二者未分。皆納之於社團。中日本不然。社團法人。固兼含二者。然究有區別。若關於宗教者。則專爲公益。並非營利。若學校則公益而兼營利。若鐵道則營利而兼公益。若商業會社銀行製造廠。則純乎營利。即非商業。凡鑛業漁業亦然。

第二欸 法人之設立

法人可爲私權之主體。與自然人有同一之權利。上已說明之。然法人究如何而存在。對於此點。學者頗多議論。今世通行者有二說。

一假定說。謂法人非如自然人之有形體也。乃法律上不得已。認其有人格。而後能爲種種之行爲。例如三人結一會社。必三人之外。別有法人人格。會社方能成立。然既爲假定。究與自然人有別。若無此法律。即無此人格也。

二實在說。謂法人之分子。本爲自然人。則其所積成之法人。亦有實在之可據。並非無形之可言也。如謂必經法律許之。而後成爲法人。則自然人之禁治產者。及未成年者。均有法定代理人。法人亦有代理人。成人與否。不關夫法律也。

二說各國所取不同。日本則取假定說。何以故。凡法律所定規者權利也。權利關乎人之行爲。法律關於權利之行爲。義務亦然。必有權利義務之主體者。乃有人格。人格者爲人之資格也。法人亦以其有人格而已。雖然。亦非離人而言法人也。凡法人之機關。如理事等。舍自然人無以成立。若如實在說。以爲離人而有形則非也。法人未成立以前。無所謂事業也。如鐵道會社未成之先。其搬運者。不過個人之運動。及其成立會社。乃合個人之運動。爲會社之事業矣。又如三井者。設有銀行。又設有吳服店。三井雖個人。而銀行與吳服店之事。兩不相謀。各自爲其法人。皆有獨立之目的。蓋運動者一人。而其事業。則以法人之所在地而異也。主實在說者。終無以難此。且實在說。在社團法人。尙有可言。至於財團。其說更不通矣。何也。社團法人。猶以人之事業與財。爲法人之事業與財。則法人與人之關係未斷。尙可謂此財爲其人之財也。若財團法人。則其人出財之後。即與其人之關係斷絕。謂爲本人之財產已不可。但能謂爲法人之財。非法律認之爲法人。則此財產。又將誰屬實。在說至此。必窮其說。惟假定說。不僅於社團可通。即財團亦可通。離人而成法人。尙有人格在也。德國學者。多不以假定爲然。日本

亦有之。且有謂假定二字爲非者。然住所可以假定。死期可以假定。何獨法人不可以假定乎。

按非死人而假定爲死人者。失踪之宣告是也。非生人而假定爲生人者。法人之設立是也。失踪之宣告取消。則假定之死人生。法人之設立解散。則假定之生人死。其生其死。乃法律問題。非生理問題。故曰假。

第一項 法人設立之條件

日本民法。關乎法人設立之條件。可分爲三。凡不合此三條件者。其法人不得成立。今請分說於下。

甲法律之規定。法人者。非依本法及其他法律之規定。不得成立。(見第三十三條) 乙必依官許與準則。

一官許主義。又分爲三。(一)國長特許。如日本天皇之特許是也。(二)法律

特許。如日本銀行爲之立特別法律是也。(三)官廳特許。如日本主務官廳之許可是也。

二準則主義。設一條件以爲準則。非合此條件者。不能成立。此較官許爲自由。但合此準則。則任其自爲。非如官許者之事事必須監督也。

三自由主義。並不須官許與準則。可以自由設立法人者。今各國皆未通行。故可從畧。

公益法人。無論社團或財團。其不以營利爲目的者。如祭祀宗教慈善學術技藝。及其他關於公益之事。必得主務官廳之許可。始得爲法人。（見第三十四條）此官許主義也。蓋既爲公益。則關係甚大。嘗有自營私利。而託名公益者。是社會之險危也。故必經官許。又須調查之。其調查之方法有三。（一）調查其事。果爲公益與否。（二）調查其人。能爲公益之事與否。（三）調查其財產。能辦此公益之事與否。

若專以營利爲目的之社團。但從商事會社設立之條件。得爲法人。（見第三十五條）此準則主義也。蓋不以公益爲名。則於社會關係亦不甚大。故不必經官許也。所謂商事會社。如合名合資株式各會社。皆在其例。對於商事而言。則凡農業鑛業

漁業等皆是也。

丙設立行爲。分社團財團二者言之。

一社團法人設立之行爲必有定款。定款者社員之發起人以共同之書面記載其事項也。定款之要素（見第三十七條）

一目的。

二名稱。

三事務所。

四關於資產之規定。

五關於理事任免之規定。

六關於社員資格得喪之規定。

定款爲社團法人特別之規定。以其爲多數分子所構成也。法人與定款之關係恰如國家之於憲法。由純理言之。設立之後不得變更。若欲變更必須總社員之承諾。前法人消滅更有同一之目的。設立新法人而後可。然於事實上殊多不便。

故得與以相當之條件許其變更。（見第三十八條）其條件有二。
一、要總社員四分之三以上之同意。始得變更之。但此定數亦隨定款而異。若定款有別段之規定者。或必要總社員之承諾。或但須社員半數之同意。則皆從其規定也。

二、定款之變更者。非得主務官廳之許可。其効力不生。蓋法人由主務官廳許可而成立。而其許可之定款。必以條件規定之。今欲變更其規定。自應受其許可也。

三、財團法人設立之行爲。則有寄附行爲。寄附行爲者。謂以一人或數人之意思設立之。表示其意思。爲何等行爲。名爲寄附行爲。蓋寄附財產。以供其目的也。其設立之事項。要準用第三十七條第一號至第五號。所揭事項定之。（見第三十九條）

一、目的。

二、名稱。

三事務所。

四關於資產之規定。

五關於理事任免之規定。

寄附行爲與定款不同。不用第三十七條第六號者。財團無社員也。寄附之人。與此財產斷絕關係。故無社員得喪之規定。定款可由社員變更。財團則不同。非其寄附之時。附有可以變更之條件。則不得由寄附人變更之。財團之寄附者。可以一人爲之。設寄附者於資產目的未定而死。則其行爲即廢。以其要素皆闕故也。若資產目的已定。惟名稱事務所理事任免之方法未定而死者。則裁判所得代定之。第四十條云。『財團法人之設立者。其名稱事務所或理事任免之方法。未定而死亡。裁判所因利害關係人及檢事之請求。得代定之。是也。』但裁判所代定之事項。不得馳背死者之意思。若別立目的。及規定其資產。則其法人。到底不能成立。惟名稱事務所理事。三者有缺時。則裁判所得充補之。

第一目 外國法人

凡外國法人在日本者。除國家與國家之行政區域。及商事會社外。不認其成立。但依法律或條約所認許者。不在此限。（見第三十六條）然而外國法人。應否承認。學者尙有二說。

一認許說。謂外國人與內國人。既有同一之私權。自應認其私法上法人之成立。二不認許說。謂法人爲法律所認許而成立。乃有効力。然此國法律。不能移於彼國而皆宜。各國法律不同。故不能認許也。

日本取不認許說爲原則。學者亦主張之。謂法人爲假定之人格。則外國法人。不應使之有充分之人格。庶與假定之理論相通。然亦有例外。

一國家。外國國家。於公法私法上。皆當認之。何也。交通世界借貸之事甚多。若不認爲法人。則債權債務。不能成立。故特認之。

二國家之行政區域。外國行政區域。其當認之理由。與國家同。有時此國向彼國某市某町借債。有時向某市某町買物。若不認爲法人。則債權誰屬。因圖便利。故亦

認之。

三商事會社。外國商事會社與本國常有直接之買賣。則應有起訴之權。若不認爲法人於商業大有妨礙。故亦認之。

第二第三之認否。各國不同。惟必在本國認爲法人者。他國方承認之。如日本認郡爲法人。法國不認郡爲法人。則日本對於法國之郡。亦不認爲法人。此行政區域也。又如日本認商業組合爲法人。英不認商業組合爲法人。則日本對於英之巴達訥錫。(ハタナシ) (在組合與合名之間) 亦不認爲法人。此商事會社也。

四因法律或條約所定者。外國法人有由法律條約承認者。例如宗教團體。凡同宗教之國。必同保護。此法律所許者。即不同宗效之國。亦必以條約保護之。惟關於政治團體。則多不能承認。例如共和黨。至共和國。乃能相容。若至君主國。則不能相容也。

依以上之規定。認許外國法人在日本成立者。與日本法人同種者。有同一之私權。以日本法律爲標準。此原則也。但亦有限制之二端。(一)外國自然人。不能享有之權利。

外國法人亦不能有之。(二)對於外國法人以法律或條約所禁止之權利亦不得有之。(見第三十六條第二項)

第二項 法人設立之効力

効力由假定人格而生。故可爲所有權者。債權者。債務者。訴訟者。被訴訟者。其必認爲有此効力者。其理由有三。

一保護債權者。社團法人多數社員所組成。財團法人多數財產所組成。若團體不成人格。則對於團體中之債權者。誰負責任。故必假定人格。而後債權者索取有一定之場所。可無危險之虞矣。

二保護社員及設立者。凡社團財團不能無債務。倘無人格。則法人失敗。債權者要索無已時。社員及設立者亦受累無已時。其事甚爲危險。惟法人有人格。則界限分明。法人之債。法人自償。所有虧折。不至累及社員及設立者。

三手續便利。凡社團有多數社員。使法人無効力。則遇訴訟及被訴訟事件。必社員全數出庭而後可。夫社員或有死亡而未定相續者。或有旅行外國而未歸者。其困

難可知。惟法人有人格。則訴訟與被訴訟。皆可用法人之名。而便利多矣。財團法人。雖無社員。而有理事。其影響亦可類推。

此外有非法人而類於法人者。日本之組合。本非法人。因求便利。亦與以治人同等之權利。又德國之於合資合名各會社。英國之於巴達訥錫（ハタナシ）皆不認爲法人。而與以同等之權利。各國大勢所趨。將使此等皆成法人也。

第一目 假定之人格

法人爲假定之人格。故法律範圍。即其行爲之範圍。凡在範圍之內。則有權利義務。出其範圍之外。則無權利義務。第四十三條云。『法人者。從法律之規定。因定款及寄附行爲之所定。於其目的之範圍內。有權利負義務。此法人與自然人之別也。例如目的在商事會社。則但附於商事所關係目的。在宗教團體。則但限於宗教所關係。此外皆無人格也。又自然人有相續選舉各種權。法人皆無之。法人之解散。與自然人之死亡大異也。』

法人爲無意思之人。但以適法爲目的。不能爲不法行爲。此原則也。或謂法人必有代

表人。代表人之不法行爲。即法人之不法行爲。法人是否應負責任。對此問題。其規定大別爲二。第一規定。在第四十四條第一項云。『法人之理事。及其代理人。因行其職務。加損害於他人。應任賠償之責。』此歸法人負擔者也。其理由如何。法人之代理人。皆法定代理人。與委任代理不同。委任者由自然人之意思委任之。此而有損害於他人。則必選擇之不良。故可令其自理。若法定代理。既爲無意思之委任。似當別論。然不以法人擔任之。則對於第三者。甚爲危險。而人不敢與之爲取引。其理由一也。又代理人不必皆有財產。對於被害者。往往不能爲充分之賠償。法人則通常有多數財產。支拂其賠償而有餘。故以法人擔任之。直接保護被害者。又間接維持法人之信用。其理由二也。第二規定。在第四十四條第二項云。『因其行爲。不在法人目的之範圍內。而加損害於他人。則釐成其事項決議之社員及理事。與履行此事項之理事及其他之代理人。任連帶賠償之責。』此不歸法人負擔者也。其理由如何。仍即第一項說明之。第一項云。因行其職務。在法人目的之範圍內。故損害他人。法人當任其責。此則離其範圍。行目的以外之事。故法人無負責任之理。而其責任應分擔之。(一)爲其行爲

之理事及其他之代理人。(二) 已雖未行其事而贊成其事之理事。(三) 在社團法人於社員總會贊成其事項使至決議之社員。凡此皆有連帶賠償之義務由各人之過失而生也。

凡認爲法人之結果必有住所與財產。(一) 法人之住所。在其主事所之所在地。(見第五十條。此與以生活之本據。定自然人之住所。同一主義也。(二) 法人之財產。必有目錄。而目錄必於設立之時及每年初之三個月作之。常備置於事務所。(見第五十一條第一項。) 若理事當作目錄時而不作。或作而不實。則罰以過料。(見第八十四條第二項。)

第二目 社團法人特別之事項

社團法人。以社員爲要素。故必備置社員名簿。凡社員有變更。必訂正之。(見第五十一條第二項。) 若理事不置名簿。或有變更而不記載。或有記載而不正當。則罰以第八十四條第二項之過料。五元以上。二百元以下。然此乃民法上之罰。與刑法上之過料不同也。

第三目 對於第三者所生之効力

法人設立。非於主事務所之所在地爲登記。不得以之對抗他人。（見第五十四條第二項。）此言法人必登記於主事務所管轄之裁判所。而後對於第三者。乃有効力。其手續甚繁。請分言於下。

一 登記事項。凡法人所當登記之事項。共有八項。（見第四十六條。）

二 目的。

三 名稱。

四 事務所。

五 設立許可之年月日。

六 定存立時期之時。其時期。

七 資產之總額。

八 定出資之方法之時。其方法。

九 理事之氏名住所。

二登記時期。凡法人由其設立之日。兩週間內。於各事務所之所在地。要爲登記。第四十五條第一項。若其登記之事項。必要官廳之許可者。則由其許可書到達時。起算其登記之時期。亦以兩週爲限。（見第四十七條。）

三變更登記。凡法人有所變更。必須登記。此在法人最關重要。其見於各條者有三。一法人設立之後。復設新事務所。要於一週間內爲登記。（見第四十五條第二項。）二前所揭登記事項中。生變更時。一週間內。要爲登記。若在登記前。不得以其變更對抗他人。（見第四十六條第二項。）

三法人若轉移其事務所。於舊所在地。一週間內。爲轉移之登記。於新所在地。爲事項之登記。若於同一登記所之管轄區域內。轉移事務所。則但爲轉移之登記。而不必登記其事項。（見第四十八條。）

四外國法人之登記。凡外國法人。在日本設事務所者。亦適用第四十五條第三項。及第四十六條。四十八條之規定。惟生於外國之事項。則由其通知到達之時。起算登記之時期。（見第四十九條第一項。）又外國法人。在日本始設事務所時。於其

事務所之所在地。未爲登記。則他人可以不認其法人之成立。（見第四十九條第二項。）

五制裁。凡法人之各機關。若違背公益上之規定。則應加以民事上相當之制裁。其制裁有二。

一不能對抗。法人之設立不登記。不能對抗他人。此第四十五條第一項之規定也。法人之變更不登記。不能對抗他人。此第四十六條第二項之規定也。外國法人不登記。他人可以不認其爲法人。此第四十九條第二項之規定也。

二罰則。法人之理事。監事及清算人。可處以五元以上。二百元以下之過料者。其事項有六。（見第八十四條。）

一 本章（指法人而言）所定。怠於爲登記時。

二 違反第五十一條之規定。又財產目錄或社員名簿爲不正之記載時。

三 於第六十七條。及八十二條之場合。有妨主務官廳之檢查時。

四 對於官廳或總會。爲不實之申告。又隱蔽事實時。

五違反第七十條。及第八十一條之規定。怠於爲破產宣告之請求時。

六於第七十九條。及八十一條所規定。怠於爲公告。又爲不正之公告時。

(附譯)

第六十七條云。法人之業務。屬主務官廳之監督。第二項云。主務官廳。無論何時。得以職權。檢查法人之業務。及財務之狀況。

八十二條云。法人之解散及清算。屬裁判所之監督。第二項云。裁判所無論何時。得以職權。於前項之監督。爲必要之檢查。

第七十條云。法人至不能完濟其債務時。裁判所因理事或債權者之請求。得以職權爲破產之宣告。第二項云。於前項之場合。理事要直爲破產宣告之請求。

八十一條云。清算中。法人之財產。至分明不足完濟其債務時。清算人直爲破產宣告之請求。且要公告其旨。

七十九條。見下清算中。清算人之職權內。

第三款 法人之管理

法人爲無意思之人。對於所有權利。不能行使保護。又不能爲其他必要之動作。故法人必有活動之機關。(一)業務執行之機關。理事任之。(二)業務監督之機關。通常監事任之。在社團法人。尙有一個之機關。社員之總會(財團無社員。故無總會)是也。總會者。代表法人之意思。於其內部。爲指揮監督之最高機關。此三者。在法人爲內部機關。而立於此等內部機關之上。尙有最高之監督機關。即主務官廳是也。主務官廳者。代表國家。保護公益。對於法人業務。有最上之監督權。凡前之三機關。皆立於主務官廳之下者也。以下順序說明之。

第一項 理事

第一目 理事之資格

理事之資格。社團與財團。有共同之規定。有特別之規定。今逐一說明之。第五十二條第一項云。法人者。要置一人或數人之理事。此共同之規定也。第三十七條。規定社團法人之設立者。其第五號。有關於理事任免之規定云云。是在社團。必列之定款。第三

十九條規定財團法人之設立者。準用第三十七條第五號之規定。是在財團。必列之寄附行爲。此共同之規定也。又第四十條。財團法人之設立者。理事未定而死亡。則裁判所因利害關係人或檢事之請求。而代定之。此特別之規定也。又財團法人。多由設立者自爲理事。或委任人爲之。在社團則多由總會公選。其死亡時。如何繼續。則規定於定款。此皆特別之規定也。

理事之外。又有假理事。何謂假理事。第五十六條云。『於理事有缺之時。恐因遲滯而生損害。裁判所因利害關係人或檢事之請求。選任假理事。』是也。法人不能離理事而活動。若理事死亡辭職解任。或依其他之事由。不能執行業務。必速選定其後任者。然選定之方法。必由定款及寄附行爲之所定。據其方法。則選定必須時日。而法人不可一日無理事。故必於其間。選任假理事。執行法人業務。

假理事之外。又有特別代理人。何謂特別代理人。第五十七條云。『關於法人與理事。利益相反事項。理事失其代理權。於此場合。依前條之規定。要選任特別代理人。』是也。依第一百八條之規定。『無論何人。不能於同一之法律行爲。爲相手方之代理人。或

當事者雙方之代理人。』所謂相手方與雙方之代理人。即法人與理事利益相反事項。例如法人買產於理事。及理事買產於法人。此益則彼損。此損則彼益。兩方必相衝突。故須選人代理也。

第二目 理事之權限

理事代理之原則。即第一百三條所謂管理行爲也。雖然。法人既無意思。而理事又無管理行爲以外之權限。則法人終難爲充分之活動。故法律於此與理事以總括代理權。第五十三條云。『理事總理法人事務。有代表法人之權限。但不得違反定款之規定。及寄附行爲之旨趣。若在社團法人。則從總會之決議。』依此規定。凡在法人目的之範圍內者。一切行爲。皆有代理權。但定款寄附行爲及總會。得於其權限加以限制。而縮小其範圍。惟其可以加限制。遂生出種種問題。今爲說明於下。

一 加限制之代理權。理事之權限。可以加限制。上既說明之。然其所加之限制。果生如何効力。第五十四條云。『理事之代理權。加以限制者。不得以之對抗善意之第三者。』關於此點。學者甚多議論。其主義有三。(一) 理事之限制。非經公示。不得

以之對抗第三者。是於理論適當。然其公示。果採如何方法。得使第三者皆知之。例如登記公示之一法也。然非閱登記簿者不能知之。凡與法人爲取引。必欲其豫閱登記。其不便實甚。又如公告。亦公示之一法也。然讀公告者又極稀。是與法人爲取引者。難免不虞之損失。故此主義。不足以保護第三者。(二)理事之限制。一切不得以之對抗第三者。是於保護第三者。固無間然。然如此則理事得逞其專橫。而定欺寄附行爲及總會之限制。毫無効力。法人之目的。有不能充分之虞。故此主義。亦不能採用。(三)區別相手方之善意與惡意。其善意者保護之。其惡意者不保護之。例如理事之限制。不得擅賣不動產。而第三者不知而買之。契約成立。不能取消。何也。第三者不知其有有限制也。不知則爲善意。故不能以限制相對抗。惡意者則反是。日本現探此主義。

二 選任復代理之權。依第百六條之規定。『法定代理人。得以其責任。選任復代理人。』理事者。法人之法定代理人也。自應有此權。雖然。理事之權限。較一般法定代理人。其範圍更大。若以其權限之全部或一部。委任他人。是反夫設立者及裁判所

選定之信用。而其事甚危險。然絕對的不許。或理事有病氣。及因其他之故障。則執務甚感困難。故法律限以特定之行爲。復選任復代理。第五十五條云。『依定款寄附行爲及總會之決議。限於所不禁止時。其特定行爲之代理。得委任他人。』所謂特定行爲。例如商法第三十條第二項云。『支配人於番頭手代及其他之商業使用人。得選任。又得解任之。』與此條有同一之精神。支配人對於番頭手代。特定之事項。有代理權。故於其一切事項。得選任復代理人也。

三理事數人之權限。凡法人有多數理事。於法人事務。如何處決。或分任。或專任。或各理事之獨斷。或須總員之同意。皆隨定款及寄附行爲之所定。此通例也。若設立者未及定明。而法律又無規定。頗屬困難問題。蓋理事皆有獨立之權限。倘各自行爲。必生抵觸之感。若須總員一致。方能處決一切事項。則又失之遲滯。往往爲目的之支障。故法律於此。採集合體之通則。第五十二條第二項云。『於理事有數人場合。定款或寄附行爲無別段之規定時。則法人事務。以理事過半數決之。』此以多數取決。處理法人之事務。但其多數。比較多數不可也。必絕對的多數。故須過半

數。

理事亦有受罰之時。或不爲登記。或記載不實。或妨止主務官廳之調查。或欺罔主務官廳之調查。皆罰以五元以上。二百元以下之過料。（見第八十四條。）

第二項 監事

法人不可無理事。而監事則可設可不設。其人數亦不一定。第五十八條云。『依定款及寄附行爲之規定。或總會之決議。得置一人或數人之監事。』監事之職。在監督法人之業務。必視法人業務之繁簡。若業務盛大。恐理事濫用職權。不適用於法人目的。則置監事以監督之。若業務狹小。而理事又篤於信用。是監事非必要機關。可以不置。凡此皆隨設立者及總會之適宜。監事監督之方法。（見第五十九條。）

一 監查法人財產之狀況。

二 監查理事業務執行之狀況。

三 對於財產之狀況。及業務之執行。發見其有不整廉時。報告於總會。及主務官廳。

四 爲前號之報告。有必要時。得召集總會。

以上事項。即監督之範圍。監事不能處分理事。但於理事不當之行為。有報告之權。在社團法人。又得召集臨時總會。此監事之特權也。若監事對於主務官廳或總會。爲不實之報告。又有隱蔽等事。則得處以第八十四條之過料。又得解任之。

第三項 總會

第一目 總會之召集

社員之總會有二種。通常總會。臨時總會是也。通常總會。每年至少。必開一回。時期必先豫定。理事有召集之義務。一見第六十條。其會期多定於定款。理事必從其定期。若定款無開會之規定。理事亦必一年一開。若不爲召集時。當任曠職之責。

臨時總會。爲緊急事項之決議或報告。於通常總會以外。得臨時開之。有由理事開者。有由監事開者。監事召集之場合。前既說明之。由理事召集者有二。(一)以職權召集。凡法人之理事。有認爲必要時。無論何時。得召集總會。(二)依社員之請求。由社員五分之一以上。示以會議目的之事項。爲請求時。理事亦要召集臨時總會。但此五分之一以上之定數。亦得以定款增減之。(見第六十一條。此皆理事之務也。又法人

清算時。亦有臨時總會。則由清算人召集之。

凡總會之召集。至少亦須於五日以前表示其會議目的之事項。通知各社員。其召集方法。要從定款所定者爲之。（見第六十二條）。關於召集之規定。有三要点。（一）目的。必先表示其目的者何也。一對於會議之目的。有必要調查之事。二因會議目的之輕重。社員或出席。或用書面。或出代理人於議案皆可表決。（二）時日。必先五日爲通知者何也。設於召集之當日。或前一日爲通知。則社員皆無豫備。又或旅行未歸。及其他之事由。無由得其通知也。（三）方法。召集之方法。法律原無一定。隨定款所定。例如社員少數時。則可以郵便召集之。若員數多時。則由新聞廣告可也。

第二目 總會之決議

一決議之事項。總會決議之事項。法律無一定限制。除定款委任之理事。及其他之役員外。其餘一切事項。皆依總會之決議而行之。（見第六十三條）。惟所議不能出通知之外。且理事權限。有時亦從總會決議。（見第五十三條。及第六十四條）。凡此皆總會之權限也。

通常總會。本無多事可決。如報告資產之虧贏。及社員之出入。皆於此時決之。至於臨時總會。或變更定款。或任免理事。或職員死亡。缺乏選舉等事。皆於此時決之。

二決議之方法。總會決議之方法。以一人爲單位起算。從表決員過半數決之。此原則也。然亦有例外。如變更定款。及解散法人。必得總社員四分之三以上之同意。方能決議。此第三十八條及第六十九所規定也。

凡各社員之表決權。皆爲平等。其於總會不出席之社員。可用書面爲表決。又得出代理人。但定款有別段之規定者則否。如表決權雖爲平等。然亦有因出資之多少。而定表決權之差異者。又有禁止代理人及書面表決者。則皆從其定款。此第六十五條所規定也。

凡社團法人。或與社員有關係之場合。爲表決時。則其社員無表決權。（見第六十六條。）例如社團欲買某社員之土地。則某社員無表決權。因與社員有利害關係也。法人與社員之關係。與前言法人理事之利益相反正同。故在理事則取消其代理權。在社員則取消其表決權。

三決議之責任。凡總會決議。社員無直接之責任。法人爲其目的以外之事業。或違反設立許可之條件。及爲其他有害於公益之行爲。則主務官廳。得取消其許可。(見第七十一條)若決議不在法人目的之範圍內。而加損害於他人。則贊成其決議之社員。皆負責任。凡此皆受間接之制裁也。

第四項 官廳

主務官廳。爲公益法人最高之機關。其職權有二。(一)監督權。無論何時。可以檢查法人之業務。及其財產之狀況。(二)制裁權。即第七十一條之取消。(見前決議之責任下)及第八十四條三項四項之過料是也。

第四款 法人之解散

第一項 解散之原因

法人解散之原因。(規定在六十八條)財團法人有四。社團法人有六。今依法定之順序說明之。

一以定款或寄附行爲所定之解散事由發生。例如存續期間之經過。所附解散之

條件成就也是也。

二 法人目的事業之成功。或不能成功。所謂事業成功。則目的已達。無繼續之理由。所謂不能成功。例如欲防地震。終不能達其目的。亦當然解散也。

三 破產。法人財產不足完濟其債務時。裁判所因理事或債權者之請求。以其職權爲破產之宣告。於破產手續進行中。固不能行其事業。即手續終了之後。已成無資力之法人。若許第三者與爲取引。必有害於公益。故法律不望其繼續也。若當破產時。理事不爲請求。則處以八十四條之過料。

四 設立許可之取消。凡公益法人。必得主務官廳之許可。始能設立。主務官廳。有許可權。即有取消權。此當然之事理也。然亦不得妄爲取消。蓋流於專橫。即爲法律所不許。故本法於取消之場合。規定其梗概。(一) 主務官廳。據其法人之目的。與以許可者。法人爲其目的以外之事業。(二) 主務官廳。爲許可時。附有一定之條件。法人不守其條件。(三) 法人既爲公益而設。若有害於其他公益之行爲。此三者皆得取消。此第七十一條之規定也。除此以外之場合。主務官廳。無正當之理由。取

消法人之許可。又命其解散時。法人得出訴於行政裁判所。此民法施行法第二十五條所規定也。

以上第一項至第四項。財團社團共同解散之原因也。社團法人尙有特別之原因二項。

一總會之決議。凡社團法人於總會之決議。得作爲社員全體之意思。故其決議。有解散法人之効力。然其決議。果採如何方法。此一問題也。由理論言之。設立之時。既由社員全體之一致。則解散之時。亦必全體一致。方爲正當。雖然。按之事實。頗爲困難。何以故。當社員之大多數。皆有解散之意思。僅少數反對。若不解散。則其法人事業。勢必難於繼續。且有狡猾社員。於決議時。妄唱不同意之說。以博一己之私利。皆事之所難免。是以本法鑑於事實。其決議之方法。限於表決議員四分之三以上之同意。便可解散。此普通原則。若定款有別段之規定者。或必須總社員之承諾。或以過半數爲足。則皆從其規定也。

二社員之缺亡。凡社團法人。社員之全員缺亡。法人固當解散。若以社員之減少。爲

解散之事由與否學者頗多議論約有五說

一社員中減少一人時。解散法人主義。此主義日本舊民法及法國法系諸國多採用之。然於今日取引之發達甚不相宜。以故立法例漸次減少其數。若商事會社已無有用之者。

二社員中減少一定之數時。解散法人主義。此主義日本商法株式會社採用之。雖圖實際之便利。而於法人一般之法理。不得謂爲正當之理由。

三社員減少但存一人時。解散法人主義。此主義之理由。以爲社團法人由人之集合體而成。必二人以上之集合。始能成立。若但存一人。則失法人成立之基礎。又主張此說者。謂社員一人時。不能開總會。法人當然解散。然社員猶有一人。究不妨法人之成立。故亦不採用也。

四社員全然缺亡時。解散法人主義。此主義日本新民法採用之。以爲社員全然缺亡。無代表法人意思者。雖有理事。於設立者所欲達之目的。不見其相當。於此而欲使之存續。必反乎設立之意思。故不如解散之爲便利。

五社員全然缺亡。法人尙不解散主義。此法人不死主義也。英國採用之。德國學者亦主張此說。其主張之理由。謂法人設立以後。社員與法人別而爲二。社員之存亡。其影響不及於法人。法人有一定之目的。苟存續其目的。自有理事執行其業務。何必以社員之缺亡而解散。此在財團法人則爲適當。若在社團則其說不可通。日本所以不採用也。

第二項 清算

法人解散時。必爲清算者。因處分其財產。不可不公平也。蓋在法人解散前。第三者信用法人之代表者。與爲取引。縱令一朝解散。現存之財產無多。然不可使各債權者。受不公平之處分。又或辨濟各債權者而有餘。則其餘之財產。應歸屬於何人。亦必爲之保護。故於解散之場合。行使權利。履行義務。及爲其他必要之處分。皆清算之所規定也。

第一目 法人之存續

對於清算。有一問題。解散之法人。尙得存續與否是也。夫法人之所以假定有人格者。

爲其有目的耳。至於解散。則目的消滅。人格亦應隨之消滅。然必有人格而後有主體。有主體而後有權利義務。若法人同時消滅。則其財產果屬何人。且因其事業所生之債務。有特別之擔保者。何人履行之。是與設立之第一理由相反也。又設立者與社員。必負無限之責任。是與設立之第二理由相反也。手續繁難。是與設立之第三理由相反也。以此之故。從解散之日起。在清算手續中。法人尙不消滅。但不能出清算範圍之外。第七十三條云。解散之法人。於清算時期內。至其清算之結了。尙存續。看作為法人。是也。若破產之法人。則有破產手續。而無清算手續。亦有清算半途財產不足。而求請宣告破產者。則歸破產管財人。清算人乃能辭其責。

第二目 清算人之任免

甲清算人之選任。何人可爲清算人。其選任之方法不一。有以定款及寄附行爲豫定者。有解散之後。於總會選任者。有於裁判所及主務官廳選任者。有於解散之當時。直以理事爲清算人者。種種方法。果如何採用。屬重要問題。今逐一說明之。

定款及寄附行爲豫定清算人者。其方法似爲便利。然當設立之初。即豫想解散。實

非通常之例。縱令有此方法。若法人永久存續。而豫定之清算人。何能與之常存。即不永久存續。而豫定之清算人。或死亡。或因其他之事情。不能執行清算職務。亦常事也。故依此方法。於事實甚形困難。但定款及寄附行爲。豫定有清算人選任之方法者。自當從之。

解散後於總會選任之方法。在商事會社及公益法人。有多數社員者。似爲適當。然公益法人。其組織甚雜。或有財產甚寡者。有社員少數者。此種法人。必使之特開總會。選任清算人。殊多不便。況在財團法人。全無社員。更不能適用此方法也。

裁判所及主務官廳選任之方法。此實非常之變例。普通之選任。不能採用。蓋惟不得已之場合。裁判所及主務官廳。始爲之干涉。然頗羈束民間事業。於政策上亦不得其當也。

以上三者。均不完全。惟當解散時。直以理事爲清算人之方法。頗爲適當。凡法人不拘財產之多寡。社員之多少。必有一人或數人之理事。使從來之理事。執行清算。可以大省手續。日本新民法採用之。第七十四條云。『法人解散時。除破產之場合外。

皆以理事爲其清算人。但定款及寄附行爲。有別段之規定時。或於總會選任他人時。不在此限。』此規定選任之原則也。蓋知法人之權利義務。及其財產之狀況者。莫如理事。使之執行清算事務。甚便利也。

依第七十四條之規定。尙有時無清算人者。如定款及寄附行爲。無何等之規定。適當法人解散時。理事或死亡或辭職。不得直以理事爲清算人。則利害關係人。不免有損失之虞。又如清算手續業已開始。而清算人有缺時亦同。於此等場合。裁判所依利害關係人或檢事之請求。得以職權選任清算人。此第七十五條所規定也。清算人之免任。清算事務極爲重大。凡在清算中。法人之利害。清算人悉以一身担任之。非與以充分之權限。不免掣肘。關於其事務。不妄受干涉。縱令對其處置。有反對者。亦不容易解任。雖然。絕對的不許解任。則其權限過大。或濫用其職權。故第七十六條云。『有重要事由時。裁判所因利害關係人或檢事之請求。得以其職權解任清算人。』此規定解任之方法也。所謂重要事由。或清算人行爲不正。或對利害關係人。爲不公平之處置。或因其他疾病。及不堪其任等事。均由裁判官認定。得

解其任。

第三目 清算人之職務及權限

甲清算人之職務。清算務職。約言之即處理解散法人之財產。各國立法例大同小異。亦清算之性質使然也。日本民法則規定在七十七條以下。

一清算前之職務。第七十七條第一項云。解散人除破產之場合外。解散後一週間內須登記其氏名住所及解散之原因年月日。又於何場合要屆出於主務官廳。此與設立登記爲同一理由。清算人代表解散時之法人。凡與法人有交涉者。不可不知清算人爲何人。故必登記其氏名住所。使第三者皆知之。又法人之解散。難保無不法之事。故必公示其原因。喚起利害關係人之注意。但破產之法人則依破產之規定。無此手續。

第七十七條第二項云。『就職清算中之清算人。就職後一週間內。須登記其氏名住所。且要屆出於主務官廳。』此與第一項爲同一之理由。法人在主務官廳監督之下。今既解散。不可不使知之。

按此條不無疑問。第一項云。法人解散後一週間內爲登記。第二項云。清算人就職後一週間內爲登記。若解散之當時。理事缺亡。或因其他之事由。理事不爲清算人。而定款及寄附行爲。又未指定。則必於總會及裁判所選任清算人。勢必久延時日。往往解散空過一週。而清算人未定。於此場合。果適用何項之規定。蓋仍用第一項爲當。何以故。第一項之規定。惟想像普通之場合。如以上之變例。無由嚴守其期間。縱令登記遲滯。究非怠於登記。若欲辨其果爲怠慢與否。一任裁判所之認定。此乃事實問題也。

二清算中之職務。清算人就職之後。其宜行之職務。大端有三。（見第七十八條。）

一現務之結了。凡法人解散時。現在施行中事務不少。非結了之。則權利義務不得分明。是以清算必先結了其事務。而後能確定其所生之權利義務。

二債權之取戻。及債務之辨濟。但法人之財產不足完濟時。必爲破產之請求。三殘餘財產之引渡。凡法人之財產。完濟債務而有殘餘。則必引渡歸屬於權利者。是爲清算事務之終了。

以上三者規定清算職務之範圍。至於清算手續甚爲繁難。其規定在第七十九條及第八十條。亦分四項言之。

一 清算人自其就職之日二個月內。雖少亦須以三回之公告。催告債權者。於一定之期間。爲請求之申出。但其期間不得下二個月。（見第七十九條第一項。）此辨濟之手續也。大抵法人之債務。由其帳簿得知之。然債務之種類。千差萬別。多有未記載於帳簿者。如法人對於他人。負有損害賠償之義務。不必有記載也。一旦清算結了。法人財產。悉引渡於權利者。其債權者果向何人請求。法律爲保護此種債權者。故命清算人以公告催告之。

二 債權者於期間內不爲申出時。清算人須附記自清算被斥除之旨於公告中。但清算人已知之債權者。不得斥除之。（見第七十九條第二項）此言履行前項手續後。債權者皆知法人解散。苟重自己權利。必於公告期間內。爲債權之請求。若於期間內不爲請求。則是拋棄其權利。由清算人斥除之。不得算入法人之債權者中。但此旨不揭入公告。或債權者蒙意外之損失。故公告中必

附記之。此與第一項。皆指清算人所不知之債權者而言也。

三清算人所知之債權者。要各別催告其申出。（見第七十九條第三項。）此指帳簿記載之債權者。清算人當自知之。不必待公告。可以依帳簿直爲辨濟。但債權之額數及其他之事項。或未確定。亦必催告。使其速爲請求也。

四若已經過公告之期間。法人債務完濟之後。債權者但得對於未引渡於權利者之財產。得爲請求。（見第八十條）此言債權者於前條之期間內。不爲請求。至期間後。始爲請求。若法人之財產。尙未引渡於權利者之手。清算人可以辨濟之。已經引渡。則不能也。

三清算後之職務。

一破產之請求。凡清算中。法人財產。至分明不足完濟其債務時。清算人直爲破產宣告之請求。要公告其旨。且須引渡其事務於破產管財人。方得終其任。（見第八十一條）引渡以後。必依破產手續。而清算之職務已終。然使清算人未引渡事務於破產管財人之先。誤支拂債權者。或誤引渡於權利者。如何處

置。此非清算人之職務。亦於第八十一條規宜之。管財人對於支拂引渡之物。得取戻之。而爲平等之分配。

二屆出於主務官廳。凡清算終了時。清算人必於主務官廳屆出之。（見第八十三條。）法人由主務官廳之許可而設立。今既消滅。自當通告其脫離。

乙清算人之權限。第七十八條第二項云。『清算人行前項之職務。得爲一切必要之行為。』此言清算人職務鞅掌。不可加以限制。所謂必要行為。不僅管理行為。即處分行爲亦在內。例如不動產分配之場合。但即有形之不動產。不能爲平等之分配。必賣卻之。以其代價爲分配。不動產之賣卻。非管理行為。實處分行爲也。清算人亦得爲之。或謂與清算人以概括的權限。恐其流於專橫。然行爲之必要與否。必要裁判所認定。故無專橫之患也。

第四目 清算人之監督

凡法人解散事由發生以後。一切事項。皆歸裁判所監督。第八十二條云。『法人之解散及清算。屬裁判所之監督。裁判所無論何時。得以其職權。爲前項監督必要之檢

查。』此言清算時期內。其財產帳簿。裁判所隨時得檢查之。以清算多屬法律問題。故用裁判官監督。若不受監督時。裁判官得以制裁之。

第三項 法人遺產之歸屬權利者

法人清算後。其遺產當如何處分。學理上及實際上。各有問題。今其主義。大別爲四。

一 隨設立者之意思爲處分。

二 歸屬設立者及其相續人。

三 歸屬於類似其法人之目的者。

四 沒入國庫。

右之主義。各有根據。不容易決取舍。日本新民法。採第一主義爲原則。第七十二條第一項云。『解散法人之財產。歸屬於定款及寄附行爲所指定之人。』此言設立者表示其意思。指定歸屬人時。必從其意思也。然而設立者往往忘却表示。定款及寄附行爲。無何等之規定。於此場合。不得不於第一主義以下。擇取其一。

一 歸屬設立者及其相續人主義。此主義在營利法人。似爲適當。若公益法人則不

可。蓋公益法人雖以自己之財產設立法人。然法人成立以後。則其財產即離設立者之手。歸法人所有。對於設立者。非有何等之權利。一旦解散。直爲其所有者。是設立者無故取得權利。於法理上既說不通。且事實上亦生不良之結果。苟如此規定。則設立者及其相續人。常爲利慾所驅。欲得法人財產。不爲公益之必要。而促法人之解散。故此主義。於學理實際。皆不得採用也。

一歸屬於類似其法人之目的者使用之主義。此主義雖有反對之議論。究比他之主義。最近設立者之意思所生之結果。故新民法亦採之。第七十二條第二項云。『以定款及寄附行爲未指定歸屬權利者。又未定指定之方法時。理事得主務官廳之許可。於類似其法人之目的爲目的者。得處分其財產。但在社團法人。要經總會之決議。』此於第一主義不足用之時。兼採第三主義也。所謂類似目的。果如何目的。方爲類似其法人之目的。頗屬重要問題。故對於此點。必須主務官廳許可。及總會決議。例如以甲學校之財產。爲乙學校之資本。以乙病院之資本。爲甲病院之財產。此皆類似其目的者也。

一沒入國庫主義。此主義雖出於不得已。然由公益視之。非全無理由。故新民法亦採之。第七十二條第三項云。『依前二項之規定。不能處分之財產。歸屬於國庫。』此於第一第三兩主義不足用之時。兼採第四主義也。蓋但依前項之規定。尙不完全。例如設立者無意思之表示。則第一項不適用。又如法人之目的。絕無類似者。或其遺產之額甚少。不能以同一之目的。設立新法人。則第二項又不適用於此場合。除收入其財產於國庫以外。殆無適當之方法。若在法國則不然。凡法人之遺產。法人消滅。同時失其主體。悉爲無主物。而無主物當然歸屬國庫。故凡法人解散之遺產。惟沒入國庫一個主義而已。

第二章 私權之客體

私權之客體者。謂行使其權利之目的物也。學者爲研究之便利。而將客體之種類。分別言之。(一)物權。以物爲目的。(二)債權。以債務行爲爲目的。(三)親族權。以他人及他人之行爲爲目的。(四)無形財產權。(如著作權商標權。意匠權。特許權。皆是)以權利行爲爲目的。此以權利之目的說客體者也。又有以權利者之行爲說

客體者。究不如目的說爲妥。何也。如物權之目的。常在於物。雖權利之種類不齊。權利之幅員。亦隨之而異。然其目的物則一也。又如債權。直接之目的。在債務之行爲。間接之目的。則在於物。如動產不動產皆是也。又如親族權之目的。爲學者議論所存。或曰親族權之目的。人或曰人之行爲也。例如父對於子。行其親權時。爲懲戒行爲。主張前說者。謂父之目的。在其子也。主張後說者。謂父之目的。在懲戒行爲也。然如前說。則近於奴制。今日文明。無以人爲目的物者。是以後說爲優。又如無形財產權。大抵即對世權之一般。無論對於何人何事。皆得要求權利。而其目的。直接在權利。亦間接在物。質言之。客體者皆與物有密切之關係也。

第一節 有體物無體物

有體物者。有形質之物。觸官所能感覺者也。如土木器具。無論矣。即如空氣。可集之爲一物者。皆是無體物者。無形質之物。觸官所不能感覺者也。如權利。無論矣。即聲光亦然。自羅馬法以來。歐洲多數國之立法例。已有有體無體之別。凡法文中所謂物。包二者在內。其無體物。專指權利而言。日本舊民法。亦如此區別。有體物與無體物。法律皆

詳悉規定之新民法則不然。不認無體物爲物。法文單言物者。專指有體物。第八十五條云。『本法於物。謂有體物也。』至於權利之問題起。則別有規定。總之物曰物。權利曰權利。如名譽行爲等。各依其名稱決之。不用無體物之總稱。於實際甚爲便利。然亦有例外。如無記名債權。鈔票。滙票。不記人名。誰得之即爲誰有者。然皆有體物之效用。故亦得爲有體物也。

第二節 動產不動產

動產者。不毀壞而可移動者也。不動產則反是。必毀壞而後可移動。所謂不動產。其重要者。惟土地及土地之定着物。（見第八十六條第一項）。定着二字。頗費解釋。要固着土地。有不可分離之狀態。指其最顯著者。建物。植物。及其他附着之物皆是。定着之原因。不分人爲與天然。如房屋。樹木。皆定着物也。所謂動產。除不動產以外。其他之物皆爲動產。（見第八十六條第二項）。例如樹木。以植物爲營業者。有買者至。即取於土中以與之。此動產也。又如房屋。或暫支數板以蔽風雨。或因建築而結架之類。亦動產也。凡此皆不久即移去。非與土地有不斷之關係。故皆爲動產。甚至一物而有數觀

念者如樹木長於森林。爲不動產。自森林賣出。則爲動產。買者以資建築。則爲不動產。房屋折段。分離割賣。則仍爲動產。又無記名債權。法律上亦看作爲動產。（見第八十六條第二項）。債權無形。似非法律上之物。何以列入動產。蓋無記名債權。常屬證書之占有者。其價常密着於證書。由其證書爲動產。故其債權。亦目之爲動產也。

動產不動產區別之實用。

一 貴賤能力權限。歐洲封建時代。土地所有權。皆歸君主。土地所存。即其權力所存。一般傾向土地。故不動產貴而動產賤。直至今日。動產之效用漸大。日益加增其價格。遂注重於不動產與重要之動產。此貴賤之說也。關於二者之能力與權限。法律亦爲之規定。如未成年者。準禁治產者。不能處分不動產及重要之動產。又有夫之妻。不得夫之許可。不能處分不動產及重要之動產。動產以重要爲言。則其不重要者。可以處分矣。此能力權限之說也。

二 讓渡公示之方法。凡讓渡之時。不動產必須登記。不登記則不能對抗第三者。動產則不然。何也。動產若須登記。則手續過繁。然則動產之物權何以定之。則必以占

有爲準。非由甲之手。引渡至於乙之手。則不能對抗第三者。

三先取特權。凡動產不動產。皆有先取特權。而其効力則大異。動產之種類有八。

(一) 不動產之借貸借。(二) 旅店之宿泊。(三) 旅客或荷物之運輸。(四) 公吏職務上之過失。(五) 動產之保存。(六) 動產之買賣。(七) 種苗或肥料之供給。(八) 農工業之勞役。由以上所生之債權。得於債務者之特定動產上。有先取特權。(見第三百十一條) 不動產之種類有三。(一) 不動產之保存。(二) 不動產之工事。(三) 不動產之買賣。由以上所生之債權。得於債務者之特定不動產上。有先取特權。(見第三百二十五條)。

四質權。凡動產不動產皆有質權。動產質權者。非繼續占有質物。不得以其質權對抗第三者。(見第三百五十二條) 不動產質權者。從質權目的之不動產之用。得爲其便利及取益。(見第三百五十六條)。

五抵當權。凡抵當權。惟不動產有之。動產不能爲抵當。抵當權者。對於以不動產供債權之担保者。若其占有權移於債務者或第三者。則有較他債權者先受辨濟之

權利。(見第三百六十九條) 例如甲借乙錢。以田作抵當。是甲田乃乙債之担保物。若甲欲自管理其田。或賣之於丙。則必先償乙債。以乙有抵當權故也。

六時効。凡時効有二種。(一)時効。(二)瞬間時効。時効久而瞬間時効暫也。合于同一之法律條件。時効須十年取得者。瞬間時効即時取得其權利。其所以有此別者。以有動產不動產之故也。動產一日可易數地。即一日可易數主。故多屬瞬間時効。不動產則無遺失不可查究之事故。多屬時効。

七裁判所之管轄。凡動產不動產。性質既有差異。則法律亦不能以同一之規定。支配兩者。動產移動。極爲容易。其所在常不確定。不動產必有一定之所在。決不能移動。故關於不動產。必歸其所在地之裁判所管轄。凡占有及分割之訴訟。皆屬之。(見民事訴訟法第二十二條) 若動產之管轄。則歸債務者之住所地之裁判所。

八執行之方法。凡債權者對於債務者。因動產不動產之區別。而執行之方法。亦隨之而異。國際私法對於不動產。適用其所在地之法律。對於動產。學者多主張適用所有者之住所地之法律者。日本法例第十條云。動產當依所在地法。是皆因所在

之一定與否所生之結果也。

第三節 特定物之特定物

特定物者。依當事者之意思。不許代以他物之物也。例如書籍。指定何書。不能易以他書。又如土地。指定何地。不能易以他地。不特定物者。於當事者之意思。得代以同數量同種類同尺度之他物也。例如買穀。不必出於何倉。以便利而易以他地者與之。亦無不可。又如百金之幣。或與以十元者十。或與以五元者二十皆可。又如滙票與金錢同用。皆爲法律所認定者也。

特定物。法律上有名爲不代替物者。謂不能以他物代替也。不特定物。法律上有名爲代替物者。謂可以他物代替也。然如此區別。終有不確定之處。如土地不代替物也。若當事者但指北海道一町與人。而未定何町。則以後無論何町。皆可給付。是不代替物。變爲代替物矣。又如銀錢代替物也。若甲封銀寄乙。而丙開封用之。雖以等重之銀償乙。法律亦不許。是代替物。變爲不代替物矣。以此觀之。則代替不代替之名。按於物之性質。而其難分又如此。故不如用特定不特定之爲確也。

特定物不特定物區別之實用。

一權利之轉移時。如甲買乙物。若爲不特定物。價值雖已約定。丙能增價。則其物必轉移於丙。而乙得以同種之物與甲。在特定物則不能也。

二他人之物之買賣之担保。如甲爲買主。乙爲賣主。而其買賣之目的物之瑕疵。必有第三者爲之担保。若引渡時。非其當初所約定之物。則担保者當退還其價。有損害則應任賠償。此皆特定物始有此事。不特定物則無之。何也。既爲不特定物。則以他物代之。即了事矣。故二者之分。亦法律上之一要點也。

三危險問題。如買書者。已交價而未取書。書店失火。而書被焚。其書爲特定之本。則歸買主負擔。不能強賣主引渡。若爲不特定之本。則賣主必以同種之書引渡之也。

四辨濟之場所。凡辨濟債務。日本法律。特定物必於債權發生之地。不特定物則必於債權者之住所。

主物有獨立之用。從物助他物爲用者。如鎖之與鑰。船之與舵。鎖與船爲主物。鑰與舵爲從物。是主從之關係。共命運者也。然此乃由兩個之物之關係定之。從廣義而言耳。若其狹義。則但決從物之爲何物。日本新民法。但揭從物之定義。而於主物毫無規定。第八十七條第一項云。『物之所有者。爲供其物之常用。屬自己之所有。以他之物附屬時。其附屬之物爲從物。』此言他物雖能獨立。而以附屬主物。遂爲主物之所有也。

主物從物之要件有二。

一 同一所有者。如窓與席。雖爲屋之從物。設爲租屋者所自賣。則與屋之所有者異。不得謂爲屋之從物也。

二 供其物之常用者。如船失舵。移他船之舵以代之。屋缺席。移他屋之席以代之。非供其物之常用者。不得爲其從物也。

日本法律。必具此二條件。非無理由。乃因第八十七條第二項云。『從物隨主物之處分』。故也。若無此條件。則如屋主賣屋。屋中從物皆隨之。若窓與席爲租屋人所有者。

則不適用。又如移柁於他船。移席於他屋。即令彼屋彼船。同爲己之所有。然非供其常用。則亦不適用。故必具此二條件。而後主物可以處分從物也。雖然。從物隨主物之處分云者。乃隨意法。非命令法。若當事表示意思時。則從其意思。若地方有習慣時。則從其習慣。如賣船不賣柁。賣屋不賣窗與席皆可也。

第五節 果實

果實者。由物所產出也。日本舊民法。無果實之規定。惟用益權占有權及其他之權利。設多少規定。頗失法典體裁。而於實際上。亦多不便。至於以何者爲果實。又果實由何時而獨立。得爲權利之目的。本屬法律重要問題。新民法所爲設一般之規定也。

一 天然果實。第八十八條第一項云。『依物之用方。取得產出物。曰天然果實。』例如桃李果實也。桃李之樹則物也。人欲取得此桃李。必先種樹。其種樹爲物之用方。推之五穀。亦爲天然果實。其治田也。即爲物之用方。此新民法所主張者也。以外尚有兩主義。第一主義。以定期收取者爲果實。謂果子穀類。其成熟收取。皆有一定之時期。即以此爲果實之要素。此說尙欠圓滿。何也。例如一田。而所種各別。則其收取

之時期不同。又如鑛物。亦法律所認爲果實者。其採掘之時期。雖有一定。而取得之時期。果安在也。第二主義。以取之而不消耗。元物者爲果實。此主義亦非。例如鑛物。採一日即少一日。元物終有盡時。又如桃李等樹。多歷年所。則必凋謝。以及田不易種。亦傷地脈。安見其元物之不消耗也。日本於此二說皆不取。而第八十八條之定義。可以包含一切果實。凡有不依物之用方面產出物者。均不得謂爲果實。如折屋而產出梁木瓦片。非果實也。以建築之目的不在於此。又如獵戶養犬。其產出之犬子。非果實也。以弋獵之目的不在於此。又如庭院種樹。以玩賞爲目的。一旦伐而用之。亦非果實。以皆非從其物之用方也。

二法定果實。第八十八條第二項云。『使用物之對價。所受之金錢及其他之物。曰法定果實。』例如貸金之利息。租屋之貸金。及中國佃田之租穀是也。以己物與人使用。而人與我以對價。此皆非其物直接所生之果實。乃由他人使用而生。有如果實者。故爲法定而非天然。若自己使用所生之果實。則爲天然也。

二者果實。皆有取得之時期。第九十八條云。『天然果實。乃由元物分離之時。屬於

有取得之權利者。法定果實。乃於收取的權利之存續期間。以日割取得之。此爲所有權有移動之時。不能無此規定也。天然果實。例如種穀而未割刈。以田賣之於人。此時禾苗與土地。不能分離。未離元物。不得爲獨立之果實。依此條原則。必歸屬於買者。爲其爲收取之權利者也。惟有特約。則可以變動耳。法定果實。則無元物之分離。其存續期間。如何計算。例如甲以千金借乙。約二年償還。而一年後。甲即以此款償丙。債。則此二年之利息。或全歸甲。或全歸丙。必有一方之損害。故以日割爲起算之點。照時計算。甲管至何時。則得利息至何時。以後歸丙。從權利變遷時起算也。

第三章 私權之得喪

第一節 總則

第一款 私權得喪共同之原因

私權得喪共同之原因。大抵不外法律行爲及時効。然亦有非二者所能包括者。大約可別之爲三。第一原於法律行爲。即關於法律上之行爲。或因法律行爲而生私權上之効力。或因法律行爲而失私權上之効力是也。第二原於時効。即因時期而生私權

之効力。失其時即失其効力是也。第三原於法律其他之規定。如無形財產權（著作權之類）及親族權親權後見人權。皆與一般法律所規定者不同也。

第二欸 取得之原因

私權取得之原因。即因法律行爲及時効。所生法律上私權之効力之理由也。亦可分數端言之。（甲）相續之取得。如遺產相續。則原於相續。而取得財產權。家督相續。則原于相續。而取得戶主權及財產權。（乙）占有之取得。依于時効權利之行使。有所持之事實。且自信爲我所有。善意而無過失。則取得其權利。（丙）法律其他之規定。約有四種。（一）公用徵收。凡關於公益上必要徵收之土地。無論所有者之允否。皆有收用及使用之權。（二）添附。謂合數人之所有。附于一人。例如甲有土地。乙出樹木。以資建築。是以乙之樹木。添附于甲之土地也。又如甲出絹疋。乙爲畫工。以資繪事。是以乙之畫。添附于甲之絹也。（三）遺失物。凡拾得遺失物者。從特別法爲公告後。一年內不知其所有者。拾遺者取得其所有權。（四）埋藏物。凡發見埋藏物者。從特別法爲公告後。六個月內不知其所有者。發見者取得其所有權。凡此皆取得原因之大畧也。

第三款 喪失之原因

私權喪失之原因。即因法律行爲及時効。而失法律上私權之効力之理由也。關於法律行爲者。原因甚多。今畧舉其大者。(一) 本人死亡。爲權利之主體消滅。主體不存。則權利亦隨之消滅。如歐洲用益權。其子不能繼續。日本之使用貸借權。他人亦不能繼續。又如代理。受任與委任。一方死亡。其權即歸消滅。又如會社社員死亡。其權亦歸消滅。(二) 國籍喪失。凡人必有國籍。而後能享國內之權利。一經喪失。即爲外國人。其非本國人不能享之權利。皆歸消滅。如不能有土地所有權是也。至關於時効之喪失。亦有數端。(一) 拋棄。凡時効完成。當事者不援用其利益。是爲拋棄。拋棄其時効。即拋棄其權利也。但財產權可以拋棄。若親族權及親族。無論何時。皆不能拋棄。(二) 消滅。凡財產權。因二十年間不行使而消滅。又凡債權。因十年間不行使而消滅。例如甲借乙錢。約一年償還。若逾一年。甲未償乙。從此以往。再經過十年。乙之權利。歸于消滅。其他短期時効。亦各從其得行使權利時起算。而消滅之。(三) 其他之場合。例如轉家(出爲異姓子)。又轉籍。甲之子轉爲乙之子。則于乙取得。于甲消滅也。又

如土地所有權。甲售於乙。是乙取得而甲消滅也。又如添附亦然。凡此皆法律行爲及時効。最占多數。故以下分述之。

第二節 法律行爲

第一款 法律行爲之定義

法律行爲者。以使生法律之効力爲目的之一個之私法的意思表示。又數個之私法的意思表示之合致也。何謂生法律之効力爲目的。非以法律之効力爲目的。雖有意思表示。不得爲法律行爲。如買者以得物爲目的而不與錢。賣者以得錢爲目的而不與物。則皆非法律行爲矣。何謂私法的意思表示。法律之効力。包含甚廣。屬於公法者甚多。民法爲私法。故爲私法的意思表示。何謂一個與數個意思表示之合致。惟催告與遺言等事。乃一個之意思表示。至於買賣贈與及組合事業。皆非一人之法律行爲。必有數個之意思表示。又須合致。前者名曰單獨。由一人之意思而成。後者名曰契約。由數人之意思而成。此法律行爲之定義也。

第二款 法律行爲之種類

第一項 一方行爲雙方行爲

一 一方行爲。(即單獨行爲)由當事者之一方之意思表示。而成法律行爲。如催告追認拋棄出屆等是也。

二 雙方行爲。(即契約行爲)由當事者之雙方之意思表示。而成法律行爲。如買賣贈與貸借辨濟更改取消登記等是也。

一方行爲。雙方行爲。區別之實益。

一 一方行爲。不必有相手方。雙方行爲。則必有相手方。

二 一方行爲。不必申込。雙方行爲則必申込。一方行爲。不必相手方之承諾。雙方行爲。行必得相手方之承諾。

三 一方行爲。但須一人之意思表示。即爲成立。雙方行爲。則必有申込承諾之兩方之意思合致。方能成立。二者缺一。或不缺而此力不完全。則彼方亦歸於無效。

四 無權代理人所爲。本在單獨雙方之間。必經本人追認。而後有効。

第二項 有償行爲無償行爲

一有償行爲各當事者相互爲出捐（捐出己之所有）之法律行爲也。因法律行爲而得享利益者亦必有同等之報酬。例如買賣各有所得。即各有所償。又如僱傭之有勞銀。貸借之有利息。又如組合或出資本或出勞力。皆各出捐其所有。又如辨濟債務者出捐其所有。實由債權者先出捐其所有。凡此皆有償行爲之類也。

二無償行爲。僅當事者之一方爲出捐之法律行爲也。因法律行爲而得享利益者不必出同等之報酬。例如贈與及遺贈。但贈者出捐其財產。而受贈者無所出捐也。又如拋棄。已有權利而拋棄之。又如免除。已有債權而免除之。又如使用貸借。以物供人使用而不收利息。凡此皆無償行爲之類也。

有償行爲。無償行爲。區別之實益。

一關於債務之區別。凡連帶債務者之一人。代償全部之債務。對於各連帶者。有要償權。保證債務之保證人。代主債務者履行債務時。對於主債務者。亦有要償權。此皆有償行爲也。若債權者免除其債務時。則成爲無償行爲。連帶保證。亦同時消滅。無要償權也。

二關於法律之規定之區別。凡有償行爲，準用買賣契約之規定。無償者則不然。第五百五十九條云：『本節（即指買賣）之規定，買賣以外之有償契約準用之。但有契約之性質不許時，不在此限。』此單言有償，則無償契約，不能適買賣之規定也。

三關於効力之區別。凡消費貸借，因利息之有無，而遺返之義務，遂大異其効力。（見第五百九十條。）又如寄託，亦視其有無報酬，而効力亦異。受有償之寄託者，法律上有一定之責任。受無償之寄託者，但視同己物，即爲盡責，不必格外注意。第六百五十九條云：『無報酬而受寄託者，於寄託物之保管，以與自己之財產，同一注意，爲其責任。』是也。

四關於破產之區別。破產法第九百九十條云：『支拂停止後，又支拂停止前三十日內，破產者所爲之贈與，及其無償行爲，又可視爲有償行爲。對於財團，均屬當然無效。』此則有償無償，法律上雖同一規定，在無償行爲，固易使之無効，若有償行爲，終不易使之無効也。

第三項 要式行爲不要式行爲

一要式行爲。謂以一定之方式表示意思之行爲。如遺言必有證人。婚姻必屆出於戶籍吏。且須證書。又如法人之定款寄附行爲。及關於手形之行爲皆是也。

二不要式行爲。謂不必以一定之方式。可以表示意思之行爲。如抵當贈與追認之類皆是也。

日本法律。以不要式爲原則。而以要式爲例外。各種契約。大都不定何等方式。各國亦多主張不要式。不過不如日本之多。此日本之進步也。若在羅馬法時。則事事皆須要式。恰與今日各成反對。各國猶有存其餘習者。故抵當贈與。在各國或爲要式行爲也。二者區別之實益。要式行爲。有特定之方式。違其方式。即無効力。不要式行爲。無論從何方式。皆有効力也。

第四項 主行爲從行爲

一主行爲。不要他之法律之關係。即可成獨立之行爲。如買賣贈與組合遺言婚姻養子緣組等皆是也。

二從行爲。必要他之法律之關係。而後能成獨立之行爲。如保證必先有債務債權之兩方。質權抵當權。必先有債務之關係。延期契約亦如此。又如追認。必先有代理人之行爲。又如夫婦財產契約。必先有婚姻之關係也。

主行爲從行爲區別之實益。

一成立上之區別。主行爲可以獨立而成。從行爲則必附屬而成。如質權抵當權。從債權而成立。若債權因故而取消。則質權抵當權亦同時消滅。夫婦財產之於婚姻。追認之於代理行爲亦如此。

二目的上之區別。主行爲能自定其目的。從行爲之目的。必依主行爲而定。如保證契約。必有何等之債務。始有何等之担保。債務爲千元。保證必無二千元者。又如質權抵當權。以及追認延期。皆不能離其原有之目的也。

第三款 法律行爲之要件

第一項 意思表示

意思表示者。法律行爲之基礎。欲以其意思生法律行爲之効力。而表示以使人知也。

其主義有三。

一意思主義。有思想者不必表示。即可生法律行為之効力。法國法系是也。德國及日本則不然。

二表示主義。不問其意思果如何。但須有外面表示。即可生法律行為之効力。德國法系是也。日本亦不然。

三意思表示主義。必有意思。且有表示。二者不偏重。日本是也。然有例外。夫無意思而徒表示。此其不能生法律之効力也。固不待言。然意思不易知。亦必須從其表示。而後能推測其意思。若有旁証。可以証其意思。與表示不相符者。仍不能生法律之効力。惟關於公益之事則否。但從表示主義。雖有旁証。亦不問也。此中分類如左。

第一目 意思

無意思之表示。於法律上無効。此原則也。然有例外。則無意思之表示。有時亦爲有効。請分說於下。

第一 心裏保留

心裏保留者。對於相手方隱秘其真意思。故爲相異之表示。而相手方知之與否。非本人之所知也。例如甲將屋出賣。或對於一定之相手方面談。或對於未定之相手方廣告。云有屋出賣。並屋之從物在內。究其屋中之席。久已賣於他人。又如甲有一錶。爲非賣品。甲乃戲云贈乙。或云廉價賣丙。此屋此錶之真意思。相手方不知也。不知之相手方。於法律上爲有効。第九十三條云。『意思表示。表意者自知其非真意而爲之。不得妨其効力。』如前例買甲之屋者。可向甲要席。何者。甲本表示賣席也。若相手方知其非真意思。或本不難知。則於法律上爲無効。第九十三條但書云。『但相手方知表意者之真意。或有可知之理由時。其意思表示爲無効。』如前例甲云以錶贈乙。乙自知素無交情。云賣與丙。丙知其非賣品。是贈乙賣丙之表示。均爲無効。以有可知之理由也。此爲保護交易上之利益。故於相手方之不易知者。作爲有効。即例外也。若遂謂日本爲表示主義。則非也。

第二 僞虛之意思表示

僞虛意思表示者。與心裏保留不同。保留者一人所爲之僞虛。此則對於相手方爲僞虛。相手方知之。己亦知相手方之知也。乃與相手方合謀爲僞。以欺第三者。第九十四條第一項云。『與相手方通謀所爲之僞虛意思表示爲無效。第二項云。前項之意思表示之無效。不得以之對抗善意之第三者。』例如日本議員。必須有若干土地。若甲願乙爲議員。而僞以土地賣與乙。已登記矣。乙復以此土地賣與丙。此甲乙之間爲無効。而乙丙之間爲有効。爲善意之第三者保護損害。故有此例外。

第三 錯誤

錯誤者誤。會其意思之表示也。如甲以乙物與人。而誤以爲以丙物與人。或乙丙二物。本難分別。則於法律上爲無效。然亦有例外。其類有二。

一意思之欠缺。如己以甲物賣與人。而人誤以爲乙物。此已無錯誤。而人有錯誤。作爲無效。第九十五條云。『意思表示。苟錯誤於法律行爲之要素者無效。』何謂法律行爲之要素。其說不一。今求其確當定義。即法律行爲爲主要之內容是也。如前例之甲物乙物。是爲要素錯誤。又如甲以物賣與乙。價須萬金。乙誤以爲五千金。而承

諾買賣。是於交易之物與錢有錯誤。是爲要素錯誤。又如求畫者。本欲得名畫師橋本雅邦之畫。而誤認他人以爲橋本也。而求之。是要素錯誤也。又如贈與於恩人之子。而誤贈其同姓名者。或狀貌相似者。是要素錯誤也。又如甲屋租與乙十年。每月百元。十年之後。屋仍歸甲。而乙誤以爲每月百元。十年之後。屋歸已有。此乃土地所有權與土地使用權之錯誤。亦要素錯誤也。凡此皆爲意思之欠缺。故皆無效。然有例外。無效者必主要内容錯誤。始爲要素錯誤。若但內容而非主要之錯誤。則不得爲要素之錯誤。例如甲屋租與乙一年。而乙誤以爲兩年。是內容錯誤。而主要未甚錯誤。法律於一年有效。兩年無效也。又如甲乙立約。在東京履行。而乙誤認以爲在西京。東京西京。是內容而非主要。法律於西京無效。東京有效也。由此言之。則主要内容（要素）之錯誤爲無効。內容（非要素）錯誤爲有效。有效者爲例外也。以其錯誤不過一部分。按之法理。及當事者之意思。不宜全廢。故雖其意思表示之時。等於欠缺。仍爲有效也。又九十五條但書云。『但表意者有重大過失之時。表意者不得自己主張無效。』如甲貽書於乙。謂將以物賣與之。價須萬金。而乙率然復書

承諾。其實誤以爲五千金也。此乃乙之重大過失。雖爲主要內容之錯誤。不得已主張無效。惟甲主張則可。否則乙仍須出萬金也。

二理由之錯誤。此非意思有欠缺。乃因理由有錯誤。而表示其意思也。如見一似金瓶者。而以重價買之。既而知其非金。乃爲鍍金。此買者與賣者。意思均無錯誤也。又如甲以土地賣與乙。乙以爲此地。將來是鐵道停車場。冀可獲利也。而買之。而孰知鐵道並不經過於此。此亦非意思欠缺之錯誤。而理由之錯誤也。理由亦有二種。

一單純之錯誤。非有他原因。但己意錯誤而已。日本於此種錯誤。與法律毫無影響。而各國則不然。日本因其意思與表示合一。故無影響。各國承羅馬法之沿革。於意思與理由之錯誤。尙未大分。故於買金瓶等事。不以爲意思與表示合一。而以爲不完全之意思表示。於法律上可以取消也。

二因於詐欺之錯誤。此與單純錯誤異者。單純出於己意。此乃被人詐欺所致也。如賣僞金瓶者。多作僞証以惑人。因而被欺是也。又如賣土地者。造作謠言以誑人。謂其地將開鐵道。價當昂貴。因而被欺是也。此於法律上不能有效。第九十六

條云。『因詐欺或強迫的意思表示。可以取消。』是也。此雖有意思表示。然因詐欺而與意思不合。故可取消。然惟被詐欺者能取消之。詐欺者不能也。若無專指之詐欺人。如遺言廣告。不指何人之類。則無論何人。皆可取消之。因遺言與廣告。雖無一定之相手方。然其影響及於社會一般。故人人皆可取消也。以上規定。乃本人之詐欺。若本人無意詐欺相手方。而第三者代爲之用其詐欺。則如何處置。第九十六條第二項云。『對於或人之意思表示。爲第三者行詐欺之時。若相手方知其事實。則得取消其意思表示。』此之錯誤。非本人與相手方之錯誤。乃由第三者所生之錯誤。如甲誤聽乙言。而買丙地。以爲將開鐵道。得善價也。繼而不能。然若乙之言爲丙所知者。可以取消之。恐其與乙通謀也。若丙本不知。則不能取消。又若乙本非以惡意相欺。則雖錯誤而可恕。於取消之時。不能波及於乙。第九十六條第三項云。『因於詐欺之意思表示之取消。不得以之對抗善意之第三者。』是也。如甲藏有某會社株式券。誤聽乙言。而以爲某會社將破產。急以賤價賣之於丙。及甲知乙之欺已。則取消者。亦不過於甲乙之間。生賠償等類之關係。

而丙仍得券如故也。

錯誤尙有二者之區別。

一法律上之錯誤。如不知保證債務與連帶債務之區別。而爲人擔保債務者是也。
二事實上之錯誤。如明知保證債務與連帶債務之區別。心願爲保證。而誤諾爲連帶者也。

二者區別。由羅馬法分訂之。但認有事實相違之錯誤。而不認有法律不知之錯誤。因羅馬法舊有格言云。人人皆知法律。故於法律錯誤。不可無効。然此格言。按之事實。實不可通。無論如何法學家。於自己專門以外之法律。未必盡知。何況普通人。安能人人皆知法律。此必無之事也。近世思想進步。遂悟其區別之非。皆謂法律上無保護事實。上有保護之說爲不足取。故日本舊民法。雖以區別爲原則。而亦多例外。新民法則全同一視之。惟第九十五條云。『重大過失。不得自己主張無効。』則不在此說內也。

第四 強迫

強迫者。謂爲他人所脅。不如此則將加以不利。因而承諾之。此承諾之表示。乃由不得

已而生。與意思不符者也。其類有二。

一意思欠缺。謂爲人所強迫之時。因而精神錯亂。而承諾之。或不得已。反其意思而承諾之。是皆全無意思。而爲此表示。法律行爲。不得成立。自不待言。故法律別無規定。適用第九十三條之取消而已。

二自由欠缺。謂爲人所強迫。而比較目前利害。與將來之利害之程度。遂甘爲承諾者也。此其意思表示之決意。不得謂全無意思。雖然。乃因他之強迫而決之。究非意思之自由。故雖不如前項之全不成立。而法律亦與以取消權。（見第九十三條）蓋受詐欺者。終有過失。若受強迫者。更覺可憫。故法律尤爲保護也。

第二目 表示

表示有明示默示二種。明示者或以書面。或以口頭。表示其意思。默示則以意知之。如搭電車。此以手招。彼以車待。此意我以三錢與之。彼意諾之。而皆無一詞。是爲默示。二者手續雖殊。而其成立則一也。惟關於重大之事。及對於特定之人。則必用明示。而不能用默示。

表示意思中有二大條件。

一對於隔地者間之意思表示。隔地表示者如東京大阪之人相隔而欲爲買賣。必須時日者也。夫須時日與隔地。又有分別。有隔地而不須時日者。如有電話之處。隔地可以面談。有不隔地而亦須時日者。如甲往乙鄰結契約。適乙外出。或遣人尋之。或留書告之。皆須時日也。是隔地與時。日本爲兩個問題。然有時兼含二者。故法律之規定。不得不以隔地而須時日者爲原則。至於不隔地而亦須時日。則其事較少。立法者不能爲少數計也。學者亦多主張如此。其中主義有四。

一表示主義。

二發信主義。

三受信主義。

四了知主義。

此四主義爲法律上一大問題。即利息照日計算之一端。亦不易也。所言時日與隔地之關係。國際私法爲最多。如中日商人之隔地。兩國法律不同。中國用第二主義。

則成立於中國。日本用第三主義。則成立於日本。其中所生之法律關係。如利息等。果由何時起算。不可不研究也。

表示主義。對於一定之人。不問用何方法。皆可表示。且不必其人之承認。此主義之未善。在於不問用何方法。對於普通人則可。對於一定之人。則不可也。

了知主義。必得相手方之了知。此亦未善。夫意思表示。特自己表示而已。必欲人之了知。勢將不能。且表示必有方法。但當問其方法如何耳。如川書面表示者。既已保險。是其方法未錯。若因他故之阻。而未能了知。則不必問矣。故近世多不採此主義。

受信主義。乃從了知主義變出者。但信到達於相手方之住所或居所。則其効力已生。不問其了知與否。日本新民法採用之。第九十七條第一項云。『對於隔地者之意思表示。其通知到達於相手之時。生其効力。』是也。日本現行法雖如此。然亦有反對者。謂不如取發信主義。何也。受信與了知。其弊畧同。如一信也。偶然有阻。則不能了知。然偶然有阻。亦即不能受信。此其同弊也。凡表示意思者。但宜於已之一方。

之表示行爲定之。而不必於人之一方之知否受否定之也。表示主義失之不及了知受信兩主義。又失之過。惟當求表示方法之完善而已。且受信主義。往往有遲滯之感。發信主義則不然。今世交通。一切皆求迅速。不惟商事也。即民事亦然。以此之故。日本雖用受信主義。然例外亦有取發信主義者。第五百二十六條云。『隔地者間之契約。以發承諾之通知時爲成立。』此乃以迅速而取例外。在商法中尤多。又九十七條第二項云。『表意者於發通知後。雖死亡或失能力。不得妨其意思表示之効力。』此亦例外。不用受信而用發信。日本用受信而無弊害。以有此二例外故也。隔地表示。多關於契約之事。欲求迅速。不如純用發信主義。然歐米各國。亦有駁發信主義者。以爲不待相手方之承諾。終不完全。其駁發信主義者。皆用受信主義。故今世各國。兩主義殆各半焉。

二對於無能力者之意思表示。凡關於對無能力者。爲表示之効力。其規定在第九十八條云。『受意思表示之相手方。爲未成年者。或禁治產者。不得以其意思表示對抗之。』依此規定。是未成年者禁治產者。得對抗表意者。而表意者。不得對抗未

成年者禁治產者。此從無能力之原則而立法也。蓋無能力者。無自己爲法律行爲之能力。即無受他人對於自己所爲法律行爲之能力。如甲爲債權者。乙爲未成年者。或禁治產者。則甲對於乙。請求債務之履行。即表示意思云。限至某日不履行。即當破產。至期不履行。仍不能破產。何也。法律所以保護無能力者也。然則何以保護債權者。第九十八條但書云。『但其法定代理人已知之後。不在此限。』此爲適當之規定。蓋法定代理人者。行親權之父母。或後見人。無能力者。常與父母或後見人同居。凡對於無能力者。有通知催告等事。法定代理人當知之。即得對於債權者。爲相當之處分。但法文所云已知之後。最宜注意。必代理人知之。始有効力。否則仍無効力也。

第三目 契約

第一 契約之成立

所謂契約者。果如何成立。學者不一其說。第一說。謂契約者。以生法律行爲之効力爲目的。由二人以上合致之意思是也。第二說。謂契約者。除彼此各生義務外。別無他用。

原
书
缺
页

原
书
缺
页

原
书
缺
页

原
书
缺
页

的。即不能付以法律行爲之名詞。又如甲與乙約。能使丙與乙錢。此在丙未承認之前。亦不可謂爲保証。此種行爲。於法律上亦有效力。惟能以一般之法律規定之。如事近於買賣。則以買賣之法律定之。事近於委任。則以委任之法律定之。但能用其規定。而不能用其名稱也。

第三 契約成立之要素

一 申込。申込者提議之意。由此方通知彼方也。申込未必即能成立。然有一種羈束力。可以制兩方如。申込者自約一定之期間。在此期間之內。非得相手方承諾與否之回復。則不能自行取消。第五百二十一條云。『定承諾之期間。而所爲契約之申込。不得取消之。』因此期間者。所以使相手方之有餘裕審度。得爲相當之答詞。若相手方承諾。而提議者反覆。則於公益有損。故不得取消也。至於經過申込之期間。並未得相手方承諾與否之回復。則其申込自然無效。第五百二十一條第二項云。『申込者於前項之期間內。未受承諾之通知。失其効力。』是也。若彼此約定。其効力可達到於申込期間之後。則亦有效。第五百二十四條云。『不定承諾之期間。而

爲隔地之申込者。於申込者受承諾之通知之相當期間內。不得取消。是也。但相當期間。頗難確定。當酌其地方之距離。情事之緩急而定之。若法律有爭時。則由裁判官判定。此皆爲隔地者而言。若對話者則無不有期間。仍適用第五百二十一條之規定。至於商法則更求迅速。不承諾者。申込即時失其効力也。

已申込之後。未承諾之前。於此期間內。申込者或死亡或失能力。猶爲有效。此第九十七條第二項之所規定也。然有二例外。(一) 申込者或豫言死亡或失能力。則申込無效。即作爲無效。(二) 申込者死亡或失能力。而事實已不能履行。亦可視爲未申込者。二者規定。在第五百二十五條。

二承諾。承諾者對於申込者表同意。而許以履行之謂也。但關於承諾之問題甚爲複雜。今以隔地者言之。第五百二十六條云。『隔地者間之契約。成立於發承諾之通知時。』此用發信主義也。其所以不用受信而用發信者。其理由有二。(一) 求交易上之迅速。(二) 承諾者與申込者之目的。不甚相差。有此二理由。故承諾者發通知之後。不問其到達與否。即可以履行其契約。然此條規定。與第五百二十一條

所云『期間之內不受承諾之通知者。則申込無效』之規定。畧有衝突。何以故。若通知已發。或因他故。阻碍未到。而期間已過。在申込者以爲無效。在承諾者着手履行。將如之何。法律於此。仍以發信之日爲成立。此例外也。又有特別之例外。不必承諾之通知。而可以交易上之習慣爲之。以可認之事實爲成立之時。（見第五百二十六條第二項。例如東京商人。申込大阪商人云。以何價買酒幾何。若承諾者。不必通知。即以酒來。則以運酒之時爲成立之時是也。又如東京商店與大阪商店。常相交易時。以貨物運來。則以運來之時爲成立之時。並不必通知。因習慣如此也。以上說明申込承諾之成立。必由雙方意思之合致。因此雙方之關係。而其中遂生出種種不可窮究之差異。滋學者之疑問。今爲解釋於下。

一 申込重複之問題。如甲欲與乙結契約。乙亦欲與甲結契約。雙方同時申込。則成立之時。果在何時乎。學者有謂即以後發之申込爲承諾者。日本不取此說。無論先後申込。終須有一方之承諾通知。乃能成立。

二 承諾後期之問題。過期承諾。依第五百二十一條之規定。全然無效。此原則也。然

欲保護承諾者之權利。不得不爲特別之規定。第五百二十二條云。『於普通之事。承諾之通知。到達於前條之規定後者。其所爲發送。有可知其能到達於期間內時。申込者對於遲滯之相手方。要發延着之通知。但發遲延之通知於到達前時。不在此限。』此言承諾之通知。發於期間內。而到達於期間外。若本可以於期間內到達者。則爲有效。但申込者於期間已過。通知未到之先。已發延着之通知於遲滯之相手方。則承諾無效。惟不發此通知者仍爲有效。第五百二十二條第二項云。『申込者怠於爲前項之通知時。則承諾之通知。作爲不延着。』此所以保護承諾者也。又第五百二十三條云。『遲延之承諾。可作爲新申込觀之。』此承諾之例外也。

三 申込取消之問題。以原則論。承諾必在期內。取消必在期外。斷無申込期間內可以取消之事。惟申込時。預言期內可以取消者則有之。然必其取消之通知。到達於承諾未發之先。方爲有效。後則無效。以取消主義。各國多用受信主義故也。若取消到達於承諾既發以後。則承諾者應復通知申込者。告以不能取消之故。而後其取消爲無效。否則亦爲有效也。

四承諾取消之問題。關於承諾之取消。學者甚多議論。(一)主張無效者。謂發承諾之通知時。契約即爲成立。以後不能取消。(二)主張有效者。謂承諾之通知。非到達於相手方不生効力。若取消之通知。到達於承諾通知之先。則可以取消。何也。承諾通知。尙未到達於相手之手。是相手方並不知有承諾也。不知有承諾。即與未承諾者無異。例如以書信爲承諾。而以電報爲取消。又如承諾之使者乃步行。而取消之使者乃乘馬或乘車。則其取消必先承諾而到達。故取消爲有效也。日本及英國。皆不採此說。其不採之理由。謂申込者在期間內。既不能自由取消。獨與承諾者以取消權。甚失公平之點。其理由一也。又契約既已成立。即生種種法律之關係。若任其隨意取消。不獨與法理相違背。而事實上亦多迷惑。其理由二也。又雙方契約。必有利害之關係。若任其隨意取消。則承諾者於自己利益之事。皆不取消。凡不利益於己之事。必取消之。因此而害申込人之利益不少。其理由三也。合觀兩說所主張之議論。當以不能取消者。爲至當之規定也。

五承諾與申込不同之問題。承諾與申込。其中所生差異効力若何。第五百二十八

條云。『承諾者附條件於申込。加其他變更之時。則作爲申込之拒絕。而同時爲新申込。』是也。例如甲向乙買米。乙答云若他人不買。則可賣與爾。是附條件也。又如米價。買主曰九元。賣主曰十元。是加變更也。二者皆對於申込。非確定之承諾。故不可爲眞承諾。而可以爲拒絕。然又非單純之拒絕。故可爲新申込也。

六人以上之契約之問題。如三人結一契約。或一人爲申込。二人承諾。或二人爲申込。一人承諾。其易於合致。不待言也。至集多數人爲之。遂生困難問題。如十人爲組合契約。若甲乙丙三人爲申込者。其餘七人即爲承諾者。此甚單簡。亦易生効力。若甲申込於乙。甲乙復合意。申込於丙。甲乙丙復合意。申込於丁。以此而漸次爲申込。爲承諾。此時僅甲爲單純之申込者。乙丙丁則皆居於申込承諾間之地位。已難識別。然此猶爲同意易成之事也。又如組合之發起人。所擬章程。會員皆贊成之。則申込承諾分明矣。若有欲改正及欲附加時。則此改正及附加者。變而爲新申込。發起人若允之。則又變爲承諾。由此而再加變更。其錯雜不可復辨。對於此種多數人之契約。果須全數同意否。蓋以原則論。必須人人承認。而後有效。然亦有例外。若一

二人自言全體承認。則亦承認。亦可成立。後雖反覆。不能有效。若絕對不承認者。則不能在其契約之內也。

第二項 目的

第一目 目的之定義

法律行爲之目的之定義。有兩種解釋。第一謂法律行爲之利益。即其目的。例如買屋爲法律行爲。而居住爲利益也。第二謂欲得由法律行爲所生之効力。即其目的。例如買屋爲法律行爲。而取得人之所有權爲効力也。

因此解釋不同。由是法律行爲之目的。常與權利之目的相混。一般學者。多不免誤解。今舉條文以明之。第五百六十六條云。『買賣之目的物。爲地上權永小作權地役權留置權。又質權之目的之場合。買主不知之時。所爲之契約。其目的不能達。買主得爲契約之解除。』所云買賣之目的。此目的乃指第二之目的。欲轉移其所有權也。所云不能達契約之目的。此目的乃指第一之目的。如買屋不能住居是也。所云留置權或質權之目的。此目的乃指權利之目的。非法律行爲之目的也。法律行爲之目的。爲人

與人間接於物所生之目的。權利之目的。爲人與物直接所生之目的。蓋法律行爲。則第二之目的在前。必先取得所有權。而後能享其利益也。故於物爲間接。權利目的。則第一之目的在前。欲直處分所有物也。故於物爲直接。

第二目 目的之要件

甲一定。謂必有一定之目的也。如買屋者。必屋之所有權。一定轉移。又如選擇物權。雖不必物之一定。而轉移所有權。不能不一定。所謂一定者。必雙方協議之後。指明何種所有權。而不可以買動物植物之混詞定之者也。

乙可能。即可能達其目的之謂也。亦分二種。(一)事實上之可能。(二)法律上之可能。

一事實上之可能。如買屋者。必現有此屋。而後能達其目的。若屋已燬。則不能也。又如買動物者。必實有此動物。而後能達其目的。若動物已死。則不能也。

二法律上之可能。普通學者謂之適法。必爲法律所許者。乃爲可能。反是謂之不法。即爲不可能。第九十條云。『以反乎公之秩序。及善良風俗爲目的者無效。』

是也。所謂公之秩序。即社會安寧之秩序。如顛覆政府。賄謀選舉。以及破壞世界平和。皆反乎秩序者。刑法明揭其罪。其無效不待言。即事小於此。而刑法未嘗明揭。如以騙人害人爲目的者。皆爲法律所不許。所謂反乎善良風俗。凡以猥褻淫邪爲目的者皆是。即如男子終身不娶。女子終身不嫁。雖與猥褻殊。然人人如此。則有害於國民之孳息。故此等目的。亦爲法律所不許。然謂反乎善良之風俗。全爲無效。則又不盡然。如賣酒爲娼。及貧人美其衣飾。皆非善良風俗。若皆以爲無效。則飲酒者。宿公娼者。及貧人買美衣者。皆可以不給價矣。以此之故。善良風俗之解釋。不可不慎。蓋風俗本道德問題。與法律不無衝突。立法者不如純用公之秩序爲標準。而刪去善良風俗一語。但不反乎公之秩序者。皆爲有效。則於法理上事實上皆可相通。請更說明公之秩序於下。

一法令與意思表示之關係。第九十一條云。『法律行爲之當事者。於法令中不關於公之秩序之規定。有相反之意思。表示。可從其意思。』關於公之秩序之規定。爲命今法。反之則爲隨意法。與隨意法相反之意思表示。不妨從之。民

法爲隨意法。故有可以相反者。然其中亦有命令法。如抵當權及保證債務。此皆不可相反者。以有關於公之秩序也。至於與隨意法相反之意思表示。見於條文者甚多。如第八十七條云。『從物隨主物之處分』。此隨意法也。故從當事者之意思。賣主物而不賣從物亦可。又如第五百二十一條云。定承諾期間之申込不得取消。』此隨意法也。故從當事者之意思。預言期內得爲取消亦可。凡此皆不關乎公之秩序。原推一般當事者之意思而立法。故與當事者之意思相違反時。既經當事者表示。自當舍法文而從意思也。

二法令與慣習及當事者之意思之關係。第九十二條云。與法令中公之秩序不關之規定。相異之慣習之場合。法律行爲之當事者。有依於此之規定。則從其慣習。此條所採慣習主義。與慣習法不同。蓋既定爲慣習法。不必當事者有依之之意思。而有當然之効力。此則限於當事者有依慣習之意思。法律從而認之。且其意思不必表示。但當事者之一方。認爲相手方必能知此慣習。而有依之之意思時。即可生其効力也。如前例從物隨主物之處分。或有一地之慣

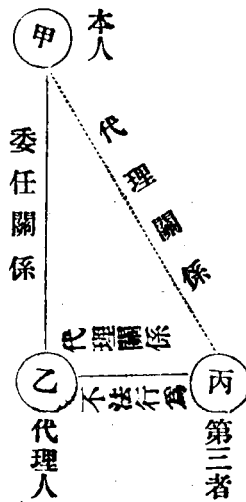
習。賣主物者常不賣從物。則此時之買賣。主但言賣其主物。而未言賣其從物。則其不賣從物之意思。不待表示。而相手方即可以知之。此雖反乎普通慣習。而法律不能不認之。此條又與隨意法不同。如第五百五十七條云。『買主已交付手附時。無論當事者之一方。已着手契約之履行者。買主拋棄其手附。賣主償還其倍額。得爲契約之解除。』此隨意法也。若有一地之慣習。無論用何方法。皆不能解除。當事者有依此慣習之意思。雖反乎隨意法。法律亦不能不認之。但依此條規定。不無闕點。蓋在明確之特別慣習。當事者雖未表示何等之意思。法律尙可推定之。若在不明確之特別慣習。而當事者又未表示何等之意思。於實際上極爲困難。即裁判官亦難採適當之解釋。是此條之漏義也。

第四款 代理

第一項 代理之定義

代理云者。代理人代本人所爲之法律行爲。對於本人。其所生之効力。恰如本人所自

爲。其中有二個法律之關係。(一) 第三者與本人及代理人之關係。(二) 本人與代理人之關係。今所言代理。乃指第一個之關係而言。第九十九條云。『代理人於其權限內。示爲本人所爲之意思表示。直接對於本人而生効力。此項之規定。第三者對於代理人所爲之意思表示。準用之。』是也。但其中所生關係。當分別觀之。請圖釋之於左。



如甲與乙不過委任之關係。乙與丙及丙與甲。乃爲代理之關係。必代理人對於第三者所爲之法律行爲。或第三者對於代理人所爲之法律行爲。其効力能直及於本人。而後生代理之効力耳。例如甲對於丙爲債權者。

乙對丙請求辨濟。其効力直及於甲。又如甲對於丙爲債務者。丙對乙爲催告。其効力亦直及於甲。始爲代理關係。若無丙之關係。但有甲與乙之關係。無論甲對於乙負如何之義務。乙對於甲負如何之義務。皆與他之僱傭無異。不得成爲代理。故第一之關

係。於法理上最爲要點。雖然其所生之効力。尙有一問題。夫代理行爲。在委任範圍之內者。其効力固直及於本人。若乙與丙別有不法行爲。不在委任範圍之內。其効力亦能及於本人與否。第一百一條云。『意思表示之効力。如因意思之欠缺詐欺強迫。或知其事情。或不知而有過失所受之影響。其事實之有無。付於代理人定之。』依此規定。則代理人有獨立之意思。非僅爲通本人之意思表示。於相手方之機械也。蓋代理人以自己之意思而爲法律行爲。其法律行爲。全爲代理人之法律行爲。不過其効力直接對於本人而生。與本人之自爲者同。究其意思表示。代理人之意思表示。非本人之意思表示。故有欠缺等事實。影響於意思表示之効力者。其事實之有無。由代理人而定。不關乎本人。例如本人無詐欺。代理人因詐欺而爲意思表示。其意思表示。可以取消也。然亦有例外。第一百一條第二項云。『於委託爲特定行爲。依本人之指圖而有過失者。本人不得推之代理人而自爲不知。』所謂特定行爲者。經本人指授。代理人依其指授而爲之。其有過失時。則由本人而定。不關乎代理人。例如託人買書。指定何版。既買來而書中有暗受之損壞。是非代理人之咎也。

由上所言。代理人以自已之意思爲法律行爲。似必有充分之能力。而實不盡然。何也。代理人所爲之法律行爲。直接對於本人。可生効力。從代理關係觀察之。其行爲於代理人不生何等之効力。故無能力者。亦得爲代理人。第二百條云。『代理人不必要能力者。』所謂無能力者。非無意思能力。前言代理人以自已之意思爲法律行爲。是無意思能力者。不得爲之。不待言矣。惟無行爲能力者。可以爲之。蓋無能力之規定。不過保護無能力者。今事皆關係本人。而本人以事託於無能力者。是不得並本人視爲無能力者而保護之也。

第二項 代理人之要件

一爲本人所爲法律行爲。如本爲自己買物。故說爲他人代買。本爲他人之債權。而誤以爲己之債權而催告之。凡此皆不得爲代理。

二表示爲本人所爲之法律行爲。關於此點。各國所採主義不同。日本則以表示主義爲原則。必表示爲本人。而後認爲代理行爲。若但有代理行爲。而無意思表示。法律不認之。而表示之時。但云代理可矣。不必云代某人。凡代理人不示爲本人所爲

之意思表示。則看作自己之行為。如第百條之所規定是也。此於理論則然。於事實則有時不合。蓋雖未表示。而實爲代理者亦多。法律如此規定。既非爲己。又非爲人。將何所屬乎。故不得不有例外。第百條但書云「但相手方知其爲本人。又可得知之時。準用前條（第九十九條）之規定」。是也。此言相手方知代理人有爲本人之意思。又或依於他之事情。可以知其意思是爲本人。則有代理之効力。例如某商店。遣人特物來賣。及極貧後見人。以不動產賣與他人。此雖未表示。當知其爲代理人也。至關於商行爲。更有例外。商法二百二十六條但書云「但相手方不知其爲本人時。對於代理人。不妨爲履行之請求。例如買物時未言代理。取價時乃言代理。則相手方對於本人與代理人。皆可索代價也。」

第三項 代理之原因

甲 法定代理。

一 法律直接之規定。依第八百八十四條及第八百一一條之規定。父或母爲未成年者之子之法定代理人。夫爲妻之法定代理人是也。

二裁判所之選任。如失踪者之法定代理人。依於法律之規定。由裁判所選任之。其權限亦依法律之規定。又如法人之特別代理人。訴訟之法定代理人皆是也。

三私人依法律之規定而選任者。各國學者。於此種代理。有歸之委任者。日本則不然。以其既依法律規定。並非任意委任。如法人之定款及寄附行爲所定之理事。及親族會所選舉之後見人皆是也。

乙委任代理。由委任契約而生者也。凡不屬法定者。皆爲委任代理。第六百四十三條云。『委任者。一方委託。一方承諾。而生効力。』如甲委乙。以己之名。爲某種法律行爲。而乙諾之。此時委任契約成立。即同時生代理權。若德國民法。則不必契約。可以單獨行爲成之。日本不取。第九條云。『對於第三者。表示與代理權於他人。於其代理權之範圍內。他人與第三者之行爲。當任其責。』或者遂據此條。以爲依德國民法之單獨行爲而定。是謬也。不知此條。不過定本人對於第三者可負責任。而未定本人可得權利。大凡代理。使本人負義務。即同時使得權利。條文規定。但有義務而無權利。是不得認爲以本人之單獨行爲。而授與代理權。各國學者。又有謂僱

傭契約組合契約亦生代理權。此說亦非。不思傭傭與組合所治何事。傭傭者不過承主人之命令。使之爲某事而已。至於組合員。各以自己之意思。行其責任以內之事。不得謂爲誰之代理也。

法定代理。與委任代理。雖性質大異。從代理關係觀察之。則二者全同。質而言之。即爲法律行爲者。不自受其行爲之効力。而他人受其効力。亦即法律行爲之本人。不自爲法律行爲。因他人爲之。而自受其効力。無區別也。

第四項 代理人之權限

代理人對於本人。如何可生効力。是爲權限。乃由法律與本人之契約定之。即法定委任之別也。在權限之範圍內。則有代理人之資格。反是則否。第九十九條云。『於權限內。對於本人有效力。』是也。雖然。權限之範圍。尙屬疑問。其在法定代理。依法律之規定。亦有權限不明者。然法律漸次臻於完備。即可以不生此問題。其在委任代理。有但委任某人爲其代理。並未定其權限者。則其權限之範圍。常不能確定。故日本新民法。設一般之規定。第百三條云。『未定權限之代理人。得有爲左之行爲之權限。』

一 保存行爲。所謂保存者。保存其物與權利也。例如房屋破壞。不加修繕。勢必傾頹。則修繕即保存行爲也。又如不動產。不登記則不能對抗第三者。則登記即保存行爲也。又如讓受之債權。不通知債務者。得其承諾。不能對抗第三者。則通知亦保存行爲也。

二 於不變代理之目的物及權利之性質之範圍內。而以利用或改良爲目的之行爲。關於此項之規定。蓋不僅保存。且於其物與權利。得以有利益之方法而使用之。如甲屋租乙。託丙代理。乙已不住。丙以租丁。以還存其利益。是權利之利用也。又如裝飾器具。是爲目的物之改良。加增債利。是爲權利之改良。凡此皆在其性質範圍之內。故未定權限之代理。亦得爲之。若利用改良。而變物與權利之性質者。則不可。如荒地開墾。是目的物之利用也。而性質已變。如伐森林使爲早田。是目的物之利用也。而性質已變。又如取錢之存於銀行得五分利者。以買會社股票得十分利。是權利之利用也。而其性質。則債權變爲物權。又如公債。易記名爲無記名。則較爲流通。易無記名爲記名。則較爲安全。二者比較。各有利害。以此易彼。皆爲權利之改

良。而其性質皆變矣。故不可爲也。

利用改良。學說不一。其標準頗難確定。總以適於事之宜。可以滿當事者之意。而日後又無危險。是爲適當之範圍。若商法則不盡然。商法第二百六十七條云。「商行爲之委任者。不反乎委任之本旨範圍之內。得爲不受委任之行爲。」此特別之例也。例如甲託乙賣股票。定價百元。此在民法。非百元不得賣。商法不然者。何也。商場價格。漲落無常。或股票信用一失。不惟百元已不可得。或再遲則價格日低。至於一錢不值者亦有之。故於此時。八十九十元亦可代賣。與委任者本旨不相反故也。

第一目 復代理

復代理者。代理人復委任他人代理之謂。如甲以委乙。乙復以委丙。是甲與乙之間。有代理關係。而乙與丙之間。又生一代理關係也。因其關係複雜。以致學者每多誤解。或謂甲以乙爲代理人。乙不自爲其代理。而以丙爲其代理。即爲復代理。此乃絕甲與乙之關係。而以甲與丙之關係代之。是代理人之變更。非復代理也。

甲復代理人之選任。代理人可否選任復代理人。此一問題也。從來學說及立法例。

每多歧出。日本舊民法以得選任爲原則。舊商法以不得選任爲原則。蓋從代理之性質而言。則以舊商法爲是。何也。代理者。因信用其人而與以代理權。忽以非其所信用者而代之。是違反其授與代理權之本旨也。然從事實之便利而言。則以舊民法爲是。何也。代理人者。於一切代理行爲。必身自爲之。則負擔太重。於實際必感不便。據今日世界進化。代理之需要。日益加多。則法律之傾向。必皆與以選任復代理之權。是可斷言者。然在日本新民法。猶重代理之性質。故於法定代理與委任代理。別爲規定。請分說於下。

一 委任代理。凡委任代理。以不得選任復代理爲原則。因甲以信乙而委任。不能又以移之丙也。然亦有例外。若得本人之許可。可以選任復代理。其類有二。(一) 本人豫言將來。若有可信任之人。有事時可以委任。代理人得此許可。即可以選任。(二) 代理人或有疾病。及重要事由。不能視事。則請求於本人。得其許可。亦可以選任。又有一例外。若有不得已之事由。不必本人許可。亦得選任復代理。例如代理索債。而得大病。若放棄委任之責。則不利于本人。而本人又遠隔。不便請

求。是不必待本人許可。得選任之。又如代理財產有事提起訴訟爲覓一辯護士。亦不必待本人許可。得選任之。第四百四條云。「因于委任之代理人。非得本人之許可。又非有不得已之事由。不得選任復代理人。」是也。

委任代理人。因上之理由而選任復代理人時。果負如何責任。第一百五條云。「代理人於復代理人之選任及監督。對於本人。不能辭其責。」此言代理人負選任及監督之責。若復代理人誤事。則委任之責。不在本人。而在代理人。又第一百五條第二項云。「代理人從本人之指名。而選任復代理人之時。若知其不適任。或不誠實。當通知本人。且可以令其辭職。否則仍不能辭其責。」此言復代理人爲本人所指定者。則代理人責任轉輕。但負監督之責任而已。

二法定代理。凡法定代理。以得選任復代理爲原則。其理由有二。(一)代理既不由委任。而由法定。則本人必有不能委任之故。不問之本人。可以自委也。(二)法定代理之範圍。多爲全部。不如委任代理者之僅一部分。非一人所能勝任。必須分委也。然法定代理人。既有自由選任之權。則責任更重。第六六條云。「法

定代理人。得以其責任。選任復代理人。但有不得已之事由時。則但任選任及監督之責。」此言法定代理人。於復代理人所爲之一切行爲。必恰如自己所爲而負其責任。不僅負選任監督之責而已。惟有不得已之事由時。則不能負一切責任。而但負選任及監督之責。又九百二十六條云。「後見人得親族會之同意。使用有給之財產者。亦適用第一百六條之規定。」是凡法定代理。皆以第一百六條之規定爲原則。然亦有例外。第五十五條云。「理事依定款寄附行爲。又總會之決議。所不禁止之時。特定行爲之代理。得委任他人。」必特定行爲而後可以選任復代理。是於法定代理加以限制。與一般法定不同。故爲例外。

乙復代理人之効力。第一百七條云。「復代理人於其權限內之行爲。可代表本人。又對於本人及第三者。與代理人有同一之權利義務。」由理論言之。復代理人者。代理人之代理人也。與本人無法律之關係。似不能代表本人。等於代理人。然如此則事實上甚爲困難。如乙爲甲而委丙。是無異甲之自委丙也。若謂不能代表甲。豈得謂爲代表乙乎。且權限云者。復代理人之權限。必不至大於代理人。亦惟在其權限

內代理本人而已。既能直接代表本人。是對於第三者。與代理人有同一之權利義務。自不待言。而其所爲之法律行爲。又直接對於本人而生効力。亦與代理人同。若於本人關係之間。不與以代理人同一之權利義務。頗失權衡。故法律於此。與代理人爲同一之規定。

第二目 雙方代理

雙方代理者。謂以一人而兼利益相反之當事者。雙方之資格也。例如甲託乙買物。而乙以已物賣與之。是爲不完全之雙方。又如甲託乙買物。丙又託乙賣物。是爲完全之雙方。皆爲法律所不許。第百八條云。「無論何人。不得於同一之法律行爲。爲其相手方之代理人。及當事者。雙方之代理人。」蓋代理人。原爲本人之一方謀利益。若以一人而兼兩方之資格。則兩方利益。必相衝突。故不許也。其見於法文者有數條。(一)法人之理事。與法人之利益相反時。則選任特別代理人。(見第五十七條。(二)行親權者之父或母。與其未成年之子。利益相反時。則選任特別代理人。(見第八百八十八條。(三)保佐人與準禁治產者之利益相反時。請求親族會。選任臨時保佐人。

(見第九百九條第二項)。(四)後見人與被後見人之利益相反時。不能代表被後見人。(見第九百十五條第二項)凡此皆法定代理人始有其事。若委任代理則無之。此原則也。然亦有例外者二。

一履行債務者。可爲雙方之代理人。因代理人而理債權債務之兩方。可以多省手續。於兩方皆爲便利。(見第一百八條)

二商法之取締役。得監查役之承認時。得爲自己或第三者。與會社爲取引之事。(見商法第七十六條)

第五項 代理權之消滅

甲原因。 第一百十一條云。代理權因左之事由而消滅。

一本人之死亡。

二代理人之死亡。禁治產或破產。

此外因于委任代理權者。因委任之終了而消滅。

一本人之死亡。本人死亡。則代理之關係斷絕。就法定代理言之。如被後見人死

亡時。其相續者未成年。仍須有後見人。然前此之後見人。未必居于適當之地位。則必更選後任者。就委任代理言之。則爲單純信用之性質。依第一百五十一條之規定。「各當事者。於委任代理不信用之時。無論何時。得解除之。」是于本人不信用時。即得解除其任。況本人已死。則其相續者。未必信用其人。代理權皆當消滅。此原則也。然亦有例外。商法第二百六十八條云。「因商行爲委任之代理權。不因本人死亡而消滅。」是也。例如商店。必用多數代理人。一旦因主人死亡。盡失其代理權。勢必停止取引。且有封閉之虞。在委任者之意思。必不欲使之生如是之結果。又于一般經濟。亦受非常之影響。故法律不許其消滅。

二代理人死亡禁治產或破產。凡代理人死亡。無論法定與委任。代理權自無繼續之理由。以此爲消滅原因。較之本人死亡。更爲切實。又代理人之禁治產。代理權何以消滅。蓋受禁治產之宣告者。則其能力。不能爲法律行爲。自不勝代理之任。雖依第一百二條之規定。代理人不要能力者。然彼之所謂無能力。自初代理而已然。此則中道之變。非本人之初意所及料也。又代理人之破產。代理權何以消

滅。蓋受破產之宣告者。多由事業失敗。而全無信用。已反乎委任者之本意。且破產者無財產上之人格。對於自己之財產。亦失其處分及管理權。使之代理。第三者必不敢與之交易。是以第六百五十三條。有受任者因破產而終了之規定。至於法定代理。於此等事。常有特別明文。其無文明者。則適用此條之規定。

此外因委任之代理權。因委任之終了而消滅。所謂委任終了者。或因委任契約之終了而消滅。或因委任期間之終了而消滅。或因委任之目的事務終了而消滅。總之委任終了。則代理權不能獨存。然有時不待終了。而亦歸於消滅者。第六百五十一條云。「委任於當事者。無論何時。可以解除其職務。」此皆委任代理特別之規定也。

關於此點。又有一問題。代理人既以其禁治產及破產。爲代理權消滅之原因。若本人生同一之原因時。亦認爲代理權消滅與否。此問題亦分兩端言之。(一)關於法定者。則無消滅之理由。例如未成年者。受禁治產之宣告。則有兩重後見人是也。(二)關於委任者則不然。第六百五十二條云。「委任者又受任者之死亡或破產

而終了。」依此條規定。僅以本人之破產爲終了之原因。若但受禁治產之宣告。尙不得爲終了。以此歧異之故。是以第一百十一條本人之死亡下。不得加以禁治產及破產之文也。

乙結果。凡代理權。未消滅以前。所爲有效。消滅以後。所爲無效。此原則也。然有例外。第一百十二條云。「不得以其代理權之消滅。對抗善意之第三者。但第三者或因過失。而不知其實之時。不在此限。」是也。大凡代理權之消滅。第三者往往不知。而仍與之爲交易。若其法律行爲。全然無效。則第三者必蒙不虞之損失。皆不敢與代理人爲交易。是以法律必保護其善意者。但第三者有過失時。或已受通知。而自已疏忽。縱令善意。不得受法律之保護。

第六項 無權代理

無權代理者。無代理權而爲代理人也。其類有二。(一)絕對無權。並未受委任。與本人絕無關係。憑空指射。自稱代理。是爲絕對的無權。(二)踰越權限。本係代理人。但其行爲出於委任範圍之外。是爲越權。二者皆謂之無權代理。於法律原則。皆爲無効。

然亦有稍負責任而生効力者。

第一目 對於本人有効力

對於本人而有効力者。謂無權代理之行爲。其効力能直接及於本人也。第百九條云。「對於第三者。表示與代理權於他人之旨。則在代理權之範圍內。於他人與第三者之間之行爲。負其責任。」此本非純然之代理。何以本人必負責任。請言其理由。如甲對於丙。表示乙爲己之代理人。而對於乙。竟未委任代理。是時丙已受甲之通知。信乙有代理權。與之爲法律行爲。日後因乙未受甲之委任。其法律行爲。對於甲毫無効力。則丙必受非常之損害。故立法者爲公益規定。必責令本人。使負履行之責。所以保護第三者也。且不惟保護第三者。亦兼保護本人。何以故。本人既以代理人之氏名。告知第三者。而於其所爲之法律行爲。又全不承認。是由本人之不法行爲。而加第三者以損害也。依第七百九條之規定。本人對於第三者。有損害賠償之責。然而損害賠償。更難確定。寧責令本人。使負法律行爲之責。而不使生賠償問題。於本人亦較爲安全也。又第百十條云。「代理人有權限外之行爲。第三者有可信其有權限之正當理由。準

用前條之規定。」此與第九條出於同一之精神。皆爲保護善意之第三者。所謂正當之理由。或代理人於從來所爲同種之法律行爲。本人常承認之。而不拒絕其履行。又或習慣上同種之代理人。皆可以信其有權限者。例如代理人常買物於商店。此店主所可信者也。若其物非本人所需要。則非店主所得知也。凡此皆不得爲無效。

第二目 因追認而生効力

因追認而生効力者。謂無權代理之行爲。必經本人追認。而後効力發生也。第一百三條云。「無代理權者。爲他人之代理人。所立之契約。若本人不追認。則爲無效。」由純理言之。凡無權代理。本無何等之効力。然立法者不徒徹貫理論。必求實際之便利。若本人認其行爲。合於自己之意思。作爲有效。則於兩方皆爲便利。故法律許其追認。即生充分之効力。

甲契約。無權代理所爲之契約。由相手方之合意而成。故無權代理人與相手方。皆負責任。然其効力之有無。必以本人之認否爲斷。請言追認之規定。

一 追認之方法。 第一百三條第二項云。「追認或拒絕。非對於相手方爲之。不得

以之對抗相手方。但相手方知其事實時。不在此限。」此言本人於前項之契約。欲追認或拒其追認。必對相手方。表示其意思。若不對相手方爲之。而對無權代理人爲之。則仍不得以其追認與拒絕。對抗相手方。或本來無效之契約。將生充分之効力。或因追認可以生効力之契約。將永爲無效。以其使第三者失第一百四十五兩條所規定之權利故也。但相手方。或已受無權代理人之通知。或因其他之方法。知本人有追認與拒其追認之事者。不在此限也。

二 未追認以前。無權代理人之地位如何。 第一百十五條云。「無權代理之契約。本人未追認之時。相手方可以取消之。但契約之當時。相手方知其無代理權者。不在此限。」此乃相手方不欲契約成立之規定也。蓋無權契約。既能因本人之追認而成立。則當本人未表示認否之意思時。不得不假認爲成立。若相手方不欲其成立也。無論何時。皆可以取消之。以其意思爲對於本人。非對於無權代理。故此種契約。本不可以羈束相手方。但契約之當時。相手方知其無代理權。而自欲結此不完全之契約。則當本人未表示認否之意思時。相手方不得濫行取消。

三本人久不與以認否之確信。相手方之地位如何。第一百四條云。「相手方定相當之期間。催告本人。於其期間內。確答追認與否之旨。若本人於期間內。不爲確答。則作爲拒絕。」此言契約。必由追認而生效力。若追認與拒絕。無一定之期間。則相手方於其契約。不知可生效力與否。頗立於不安心之地位。故法律特爲保護。許其催告本人。所云相當之期間。或因契約之性質。或因距離之遠近。必由相手方定之。若本人認爲不相當時。則依裁判官之認定。其確答之旨。從到達於相手時。生其效力。若期間內不爲確答。即作爲拒其追認。以本來無效之行爲。作爲無效。不得謂於相手方有利益也。

四追認之效力。第一百十六條云。「追認者無別段之意思表示時。溯於契約時。而生其效力。但不得害第三者之權利。」此因既經追認。則本人與無權代理人及相手方之意思皆同。不得於追認時起算。必於立契約時起算。若相手方與本人及無權代理人之一方。豫言必由追認時起算。亦無不可。所謂不得害第三者之權利。何也。如本人於相手方與無權代理人。成議之後。追認之先。已與第三者有

所約定則不得因追認而損害其權利。當思其補救之方也。

五不追認之結果。第一百十七條云。「爲他人之代理人而爲契約者。若不得代理權之證明及本人之追認。則任從相手方之選擇。有履行或損害賠償之責。但相手方知其無代理權。或因過失而不知之。又或無權代理人爲無能力者。不適於用。」此規定相手方與無權代理人之關係也。夫自稱代理人者。所結契約。終不能證明其代理權。及本人之追認。相手方因之而蒙損害。其應負責任固也。由純理而言。但當任賠償之責。而不當任履行之責。本非爲自己結契約也。然相手方之所以蒙損害者無他。以希望有效之契約。而歸於無效也。與其以不確實之方法賠償之。寧使任履行之責。而不使相手方生損害之爲優。故法律與相手方以選擇權。或賠償損害。或履行契約。任其請求。學者多謂相手方既受契約之履行。於願已足。何必與以選擇權。不知相手方有時寧以得賠償爲愈。例如契約之目的物。價格下落。若受履行。反生不利。不如但得賠償也。然此皆爲保護善意之相手方。若惡意者則不能利用此規定。即非惡意而有過失時。亦不能適用。又或無

權代理。本爲無能力者。即自己之契約。其發生之債務。亦可以取消。況爲他人所結之契約。自無損負之理由。

乙單獨行爲。單獨行爲者。無雙方之意思。所爲之行爲也。第一百十八條云。「單獨行爲者。其行爲當時之相手方。知稱代理人之無代理權。而同意爲之。又不爭其代理權之時。準用前五條之規定。對於無代理權者。得其同意而爲單獨行爲時亦同。」此言單獨行爲。由一方之意思而成立。他之一方。得云毫不知之。即不然。亦於其行爲非有同意者也。例如無代理權者。對於第三者爲催告之通知。日後有本人之追認。則其催告。於相手方可以生不利益之結果。是在本人雖屬便利。而相手方則甚迷惑。以故單獨行爲。不能適用前五條關於契約之規定。此原則也。然亦有例外者二。(一)相手方於行爲之當時。知其無代理權。而於其行爲有同意。(二)不問相手方知之與否。但於行爲之當時。並不爭其無代理權。以此二者爲限。準用上契約之規定。例如無代理權者。爲人催債。債務者知其無代理權。而承諾之。是爲同意。又如債務者。受其催告之時。並不與之辨別其代理權之有無。而與之爭。是皆

如以上所爲契約。毫無異也。故可以用前五條之規定。此指無權代理人所爲之單獨行爲而言。若相手方得無權代理人之同意。對之而爲單獨行爲。亦同此規定也。

第五款 無效及取消

無效及取消。爲法律上最要之名詞。而其意義。帝不能明。此不可不嚴爲區別者也。法律行爲之無效者。恰如死體。未具生活必要之機關。到底不能生存。法律行爲之取消者。恰如病人。雖至於死亡。固不可測。然現在尙生存也。茲當注意。其區別之點有三。(一)無效之闕點。於法律上無成立之理由。取消之闕點。更正即爲成立。(二)無效者不能追認。取消者一經追認。即爲有效。(三)無效則無時效之可言。取消乃有時效。凡此三者。皆不可混同。至於其行爲之性質。及生如何之效果。以下分說之。

第一項 無效

無效之行爲。既缺成立之要素。故不問何人。得主張其無效。又不問何時。得主張其無效。例如意思與表示之不一致。意思之缺欠。目的之不法。目的之不能。凡在法律上全

不成立者。不能以當事者之意思。使之成立。第一百十九條云。「無效之行爲。不能因追認而生効力。」此原則也。但有一例外。若當事者知其無效。而爲追認之意思表示時。則法律上不作爲追認。而作爲新行爲之意思。第一百十九條但書云。「但當事者知其無效。而爲追認時。則作爲新行爲。」是也。蓋追認舊行爲。與所爲新行爲不同。例如狂者。其病時行爲。全然無效。此舊行爲也。若病愈之後。知其曾有此事。而追認之。則以後不狂之行爲。爲新行爲也。

第二項 取消

取消之行爲。於法律成立之要素。無所缺欠。但其行爲有瑕疵。或因當事者一方之意思。使其無效耳。法律原爲保護當事者。及無能力者。而設此規定。至於行使取消權之與否。全聽當事者之自由。若得取消之行爲。當事者不行使其取消權。法律即確定其有效。故關於取消之規定。最爲重要也。

一有取消權者。第二百二十條云。「得取消之行爲。若爲無能力者或有瑕疵之意思表示者。限於其代理人。或承繼人。得取消之。又妻之行爲。夫亦得取消之。」所謂無

能力者。即未成年者。禁治產者。準禁治產者。及妻是也。所謂瑕疵之意思表示者。即被詐欺者。及被強迫者是也。凡此數種。爲取消最普通之原因。其得代表此種人。行取消權者。代理人與本人立於同一之法律地位。故亦有取消權。但委任代理。則不能出其權限之外。承繼人直接承繼本人之權利。當受同一之保護。故不問其爲一般承繼（合資產與負債。承繼其全部或一部之謂也）與特別承繼（或讓受權利。又或引受義務之謂也）皆得行使取消權。又妻之行爲。夫亦得取消之者。爲重夫權以保一家之平和。又間接而保妻之利益。但夫之代理人及其承繼人。不得取消妻之行爲。

二取消之方法。第二百二十三條云。「得取消之行爲。于相手方確定之場合。其取消或追認。對於相手方。依意思表示而爲之。」所謂意思表示。必用明示方法。於一定之期間內。發通知於相手方。若相手方不確定。其事關係於一般人。必使第三者皆知之。則依廣告等之方法而爲之。

三取消之効力。第二百二十一條云。「取消之行爲。自初即作爲無效。但無能力者。因

其行爲現受利益。于限度內。負償還之義務。」此言取消有溯及力。一經取消。即轉移所有權。復其舊主。恰如未嘗轉移於他人者。雙方之當事者。因其行爲所受之利益。皆負還返之義務。例如買賣。賣主還返其受取之代價。買主還返其受取之目的物。此原則也。然有例外。凡關於無能力者。法律特保護其人。而與之以取消權。於其取消不欲使之受損害。若負同時還返之義務。則其既消費者。必出己之所有以償還之。非法律保護之意。故但書云。以現受之利益爲限度。例如無能力者。受取金錢。消費已盡。則不須償還。若消費其半。即償還其殘餘之半額而已。

四取消之消滅。消滅之原因有二。追認及時效是也。

甲追認。追認者乃取消權之拋棄。既經追認。則不能復行取消。即對於得取消之行爲。生其効力。恰如去病者之病也。

一可以追認之人。第二百二十二條云。「當得取消之行爲者。揭于第二百二十條」此言得爲追認之人。即得爲取消之人也。蓋取消本權利之一種。有權利而拋棄之。是與拋棄他之權利同。必本人及其利害關係人爲之。始有効力。

二追認之方法。第二百二十三條云。「追認者對於相手方依意思表示而爲之。」此言追認準用取消之方法。其手續皆同也。

三追認之時期。第二百二十四條第一項云。「追認者非其取消之原因之情況既止之後則無效。」例如逢詐欺者。因其詐欺所生錯誤發見後。又如受強迫者。其強迫既去。全得意思之自由後。始得爲追認。第二項云。禁治產者。非回復能力之後。了知其行爲。不得爲追認。」此言禁治產者。精神常有缺陷。非其禁治產取消之後。終不易爲追認。第三項云。「前二項之規定。惟夫及法定代理人。爲追認場合。不適用之。」此言夫對於妻。法定代理人對於無能力者。不拘前二條之規定。無論何時。皆可以爲追認也。

四追認之効力。第二百二十二條云。「凡追認者自初即作爲有効。但不得害第三者之權利。」此言追認亦有溯及力。當溯其契約成立之時。而生効力。此原則也。然有例外。若害第三者之權利。則不能溯及。例如甲未成年之時。以物賣與乙。成年之後。復以此物賣與丙。甲乙之間之契約。本可以取消不顧。若不爲

取消。而爲追認則有害於丙之權利故不可溯及也。

五追認之推定。凡法律行爲必對相手方表示意思方爲有效。此第二百二十三條之所規定也。然有時不必依明示之方法。可以即其事實而推定之者。第二百零二十五條云。「依前條之規定。自得爲追認時。付于得取消之行爲。有如左之事實時。即作爲追認。但留異議之時。不在此限。」是也。

一全部或一部之履行。

二履行之請求。

三更改。

四担保之供與。

五因可取消之行爲而取得之權利。爲全部或一部讓渡之時。

六強制執行。

一全部或一部之履行。如無能力者。於回復能力之後。償還其前日所負之債務之全部。或其中之一部。相手方不催告。而此方償還。雖未明言。即爲追

認不必意思表示也。

二履行之請求。如債權者對於債務者既已請求其履行。則爲追認。自不待言。故法律亦認之。

三更改。如無能力者欠人千元。而以千金之不動產作抵當。是消滅舊債務。而改爲新債務。可以與履行同作爲追認。反之而爲債權者亦然。

四担保之供與。如債務者雖未即履行。而與債權者以担保之具。或以人或物。皆爲追認。反之而爲債權者索担保亦然。

五因得取消之行爲而取得之權利之全部或一部之讓渡。如未成年者。所取得他人之權利。成年之後。而以之讓渡於人。即可以推之爲追認。

六強制執行。如債務者不履行債務之場合。債權者借公力強之履行。是即追認也。受強制者亦然。

以上六項。皆由雙方合意。並無異議。法律即推定爲有效。若一方有異議時。則不能如此規定。如強制執行者。彼方不受此強制。而不執行。即不能作爲追認。

也。

乙時効。第二百二十六條云。「取消權者。由得爲追認之時。五年間不行之。時効因而消滅。由行爲之時。經過二十年時亦同。」普通時効。以二十年爲原則。追認時効。不能如此之長。以五年爲限。凡得取消權者。五年內不行之。即歸於消滅。蓋期限太長。其中生種種法律之關係。復許其追認。必妨害第三者。即自其行爲成立之日起算。經過二十年不爲追認。亦歸於消滅。

第六款 條件及期限附期間

條件及期限。均係法律行爲之附屬。其性質與通常法律不同。此係前提而未履行者。必履行乃能成立。否則不能成立也。條件云者。如與人約云。我若往大阪。則以何物與爾。是不往則不與也。又如指其所種麥田云。明年若豐收。則賣若干與爾。是不豐收則不賣也。學者有謂以此立約。即爲法定條件。法學家皆不認此說。夫明年有麥與否之類。皆不可知。此不一定者也。惟其不一定。而後可以爲條件。至於法定者。則必有一定之事實。如人死而有甲乙二子。則其相續權必歸於甲。若甲不願爲相續人。則必歸於

乙。此法律之一定。而不能以當事者左右之。故爲法定。而不得爲條件也。條件既非現在履行之事。是以有條件。必有期限。期限云者。如與人約云。汝借某物。須至何時。又如云某事須至明年成立。此條件及期限之差異也。

條件有明示點示。如前例所云我往大阪。此明示也。所云明年收麥。此默示也。期限亦有二種。明示者。如云明年某時。與爾何物。默示者。如云我死之後。與爾何物。是也。

第一項 條件

第一目 條件之定義

條件之定義。使法律行爲効力之發生及消滅。系於不確定事實上之意思表示是也。因其爲不確定之事實。由是學者各依所見。爲之分類。其種別甚爲複雜。今依其見於法文者言之。第二百二十七條云。「停止條件附法律行爲。由條件成就之時。生其効力。解除條件附法律行爲。由條件成就之時。失其効力。」何謂停止。如前例云。我往大阪。則與爾千元。此就効力發生言之。名曰停止條件。何謂解除。如前例云。興爾千元。我若往大阪。則不復與。此就効力消滅言之。名曰解除條件。學者有謂解除條件。爲條件附

消滅。而非條件附法律行爲。因其伏一消滅之言。非伏一行爲之言。總之不論停止解除。皆須不確定者。否則不能爲條件也。

自羅馬法以來。及法國法系之法律。不許用現在及過去之事實爲條件。但用未來之事實。日本現不採此說。蓋條件以不確定爲要素。不問其事實之過去與現在。如甲與乙約云。遠方之丙若已死則如何。未死又如何。此在遠方之丙之死生爲確定。而甲乙不知。故可以爲條件。條件者。不就客觀言之。但就當事者之主觀言之。客觀無不確定。主觀則不確定者甚多。隨當事者出不確定之言。即成條件。第三百三十一條云。「條件於法律行爲之當時。既已成就。其條件爲停止條件。則爲無條件。其條件爲解除條件。則爲無效。」例如出門則與爾千元。是停止條件也。今已出門。非無條件而何。又如出門則千元不與。是解除條件也。今已出門。非無效而何。第二項云。「條件不成就。於法律行爲之當時。既已確定。其條件爲停止條件。其法律行爲爲無效。其條件爲解除條件。則爲無條件。」此與第一項適爲反比例。學者有謂此二項專指現在者。然過去者實無所不包也。

第二目 條件之要件

第一 可能的條件

一事實上之可能。第三百三十三條云。「附不能之停止條件之法律行為爲無效。」條件必須人力所能爲。可能者雖不確定。而實有其事。如與人約云。汝遊五洲。則與爾千金。此可能者也。若與人約云。汝遊月球。則與爾千金。此不可能者也。又云。「附不能之解除條件之法律行為爲與條件。」謂事實上終不能至於解除者。等於無此條件也。

二法律上之可能。適法者爲可能。不適法者爲不可能。第三百三十二條云。「附不法條件之法律行為爲無效。」是也。如與人約云。汝殺人。則與汝千金。此種條件。各國法律。皆以爲無效。又云。「以不爲不法行為作條件者亦同。」此事在各國。有以爲有效者。日本則不然。何謂以不爲不法爲條件。如與人約云。汝不殺人。則與汝千金是也。此本非惡意。何爲而法律不許。因得金錢。始不殺人。則不得金錢。必殺人矣。是啓人殺人之心。故不可也。

第二 隨意的條件

一尋常隨意條件。何謂尋常。雖出於當事者之意思。然其事不必爲當事者一人所決能。如云往大阪。雖隨己意。而風雨道路。或有所阻。此種條件。可以生外界之阻力者也。故於法律皆爲有效。

二純粹隨意條件。何謂純粹。由當事者之意思所欲爲。不致以外界之阻力而阻之者也。此種條件。有時有效。有時無效。其分類有四。

一債務者之隨意停止條件。不能有效。第三百三十四條云。「停止條件附法律行爲者。其條件若專爲債務者之意思則無效。」以其徒有一方之意思。不能成立也。

二債務者之隨意解除條件。此爲有效。如云我若不往大阪。則不向爾借錢之類是也。

三債權者之隨意停止條件。此爲有效。如云我若往大阪。則與爾錢之類是也。

四債權者之隨意解除條件。此爲有效。如借錢與人云。汝若不用。仍當還我。又如我若不往大阪。則不與爾錢之類是也。

第三目 條件之効力

一 溯及不溯及。日本舊民法。凡條件皆有溯及力。新民法則不然。依第二百二十七條第一項第二項（見前條件之定義下）之規定。由條件成就之時。生其効力。或失其効力。是以不溯及爲原則。然亦有例外。若當事者有意思表示。亦可以有溯及力。第二十七條第三項云。「當事者欲使條件成就之效果。溯於未成就以前。有意思表示時。從其意思。」是也。

二 成否未定之間。第二百二十八條云。「條件附法律行爲之各當事者。於條件之成否未定之間。因條件之成就。所生之行爲。不得害相手方之利益。」此言條件附有權利者。不得損害其目的物。如與人約云。我若往某處。則以房屋賣與爾。如此則不能中道賣與他人。若當事者有妨害條件成就之行爲。則相手方即認爲成就。第三百十條云。「因條件之成就。受不利益之當事者。故意妨害其條件之成就。則相手方得作爲條件之成就。」例如船主與船員約云。某日至橫濱。則與爾錢若干。若船主於本可以到達之期間內。故意遲延中道。以誤其期。則船員即作爲期內已到橫

濱可也。又第二百二十九條云。「於條件之成否未定之間。當事者之權利義務。從一般之規定。得處分相續保存或担保。」債權者既得從一般之規定爲處分。然則何不以害相手方之利益。試圖以明之。

丙 買主

八月卅日

如甲與乙約云。我若往大阪。即房屋賣與爾。其相約

不 未登記

在八月十日。已假登記矣。至八月三十日。甲忽以房

無條件

賣主 動

屋賣於丙。初無所謂條件。而丙又未登記。此時可以

附條件

產 假登記

將丙一方取消。仍賣於乙。所謂不登記。不能對抗第

乙 買主

八月十日

三者是也。又第三十一條第三項云。「於當事者不

知條件成就或不成就之間。準用第二百二十八條。第二百二十九條之規定。」是無論停止條件。解除條件。其所謂從一般之規定者。皆不得害相手方之利益也。

第二項 期限

第一日 期限之定義

期限與條件。非有絕對的分別。但條件指不確定行爲。期限指確定豫期。今求其定義。

學理與法文稍有差異。就學理上言之。所以定將來法律行為効力之發生與消滅之確實時期。就法文上言之。所以表示將來法律行為之履行及効力消滅之確實時期。第三百三十五條云。「附始期於法律行為者。其法律行為之履行。於期限到來中。不得請求之。」第二項云。「附終期於法律行為者。其法律行為之効力。於期限之到來即消滅。」此其証也。學理與法文何以不同。學理上所視為確實者。事實則已發生。迄及期履行。即不再言發生。例如定期限者。其目的在房屋。限於明年某月日交付。交付雖在明年。而是時已有彼此相切之關係。故從學理觀之。尙未發生。而事實上已有効力。又如債務亦然。如限至明年某月日履行。履行雖在明年。而債務者於約定之後。即須豫備。此學理法文差異之理由也。

第二目 期限之種類

一始期（停止期限）與終期（消滅期限）既有期限。則事在必行。何以又爲停止期限。因其事尙未履行。則効力之發生。尙屬停止而未進行。故謂之停止期限。至於終期。則到期而事已畢。事畢則効力消滅矣。故又謂之消滅期限。

二確定期限與不確定期限。如云某年某月日。共行一事。或於某月日。行到某處。此確定者也。又如云某人死後。則行其事。天有雨時。則行某事。雨期與人之死期。此不確定者也。但人皆有死。而天亦斷無不雨者。其實事實確定。祇期限不確定耳。

期限關係一切權利効力之發生與消滅否。此一問題也。一般學說。謂所有權無消滅時。爲人所永久享有者。又有謂所有權對於所有物。隨時可以處分者。一切期限。皆不可有。蓋有期限。則是棄其所有權也。而反對說所主張。謂所有權固不能消滅。然不能不有繼續。有一方之繼續。即有一方之斷絕。當其斷絕之間。即爲停止期限。若無消滅。何以有停止。例如日本議員。必須有土地若干。始可被選。若甲當選舉前。約以土地賣與乙。此時在乙一方。爲停止期限。在甲一方。即爲消滅期限。此第一說之不可信也。至於所有權對於所有物。雖隨時可以處分。然有時亦應停止其處分權。如以房屋租與他人。若房屋被焚。而必欲處分之。則害及租房屋者。是處分權亦有時消滅。夫處分權之消滅。即所有權之消滅。而消滅之期限。即在處分停止之時。又如賃借器具。已受甲金。借與甲矣。復受乙金。而借與乙。是甲乙兩方。必有一方受不能應用之損害。亦得謂

爲處分所有乎。此第二說之不可信也。

期限關係親族權與否。此又一問題也。今分二類說明之。(一)可以附期限者。其事甚少。如親族將死之遺言。指定執行者。附以期限。甲執行一年。乙執行一年。是一年後。甲爲消滅期限。乙爲停止期限也。(二)不可以附期限者。其事甚多。如戶主隱居。屆出書。不得言此時暫爲隱居。至後某日。復廢去此隱居之屆出書。又如婚姻。屆出書。不得言此時暫爲婚姻。至後某日。復廢出此婚姻之屆出書。又如家督相續。或其子不尙。不願其相續。特指定相續人。其指定者。即永久相續。不得言相續限至何年。仍歸相續權於其子。凡此皆不可附以期限者也。

第三目 期限之効力

期限之効力。謂定期限之後。其法律行爲之權利。或發生或消滅也。自學理上言之。無論物權債權。既定期限。其効力之發生消滅。即時而見。而自法文上言之。則物權之効力。或發生或消滅。及時而見。與學理胥同。至於債權。則効力之及時消滅。與學理同。但共効力之發生。必至履行時。乃有効力。非一定期限而即見也。

期限之効力。不能溯及於既往。與條件不同處在此。條件不確定。故溯及與否。均聽當事者意思之自由。期限既是確定。故未至期限。不能有効。如定某月某日。爲法律行爲之履行。或不履行。必到某日。方能有効。不能溯及於定期之日。第三百三十五條云。「附始期於法律行爲者。其法律行爲之履行。于期限到來中。不得請求之。」第二項云。「附終期於法律行爲者。其法律行爲之効力。於期限之到來時即消滅。」例如甲有房屋。先租與乙。後復租與丙。當其交代之際。甲必預定一期。使乙移去。然後交付與丙。斷不能於乙未移去時。而引丙入室。甲對於丙。亦必豫算乙於何時移去。而後與丙定期。使入此室。倘甲對於乙。當定期時。而使丙逼乙。此溯及之屬於附終期者。爲法文二項所不許。又或丙對於甲。當定期時。而即向甲要求房屋。此溯及之屬於附始期者。爲法文一項所不許。皆不可者也。

第四目 期限之消滅

期限之消滅。其原因有四。

一拋棄。第三百三十六條云。「期限者推定爲因債務者之利益而設。第二項云。期限

之利益得拋棄之。但不得害相手方之利益。此重在得拋棄三字。蓋當事者之拋棄其權利。即期限之所由消滅。例如利息附之金錢債務。本有一定期限。若債務者拋棄其期限之利益。無論何時得返濟其金錢。然債務者以得利息爲目的。於期限前返濟之。則失其利息。債權者於此得請求期限之利息。所謂不得害相手方之利益是也。但債權者無異議。受其返濟時。則不得請求將來之利息。蓋債權者亦拋棄其期限之利息也。

二破產。第三百三十七條第一號云。「債務者受破產之宣告時。不得主張期限之利益。」凡契約之期限。基於信用。一受破產之宣告。則其人失財產上之人格。不能自由處分。從前所定契約之期限。其効力亦消滅也。

三担保之毀滅減少。第三百三十七條第二號云。「債務者毀滅担保。又或減少之。不得主張期限之利益。」此因債務者自己之所爲。不免失債權者信用之基礎。故期限之効力亦消滅。例如抵當。或抵當物毀滅。或其價減少。則債權者可以不及期限而爲催告。

四不供約束之担保。第一百三十七條第四號云。「債務者於負供担保義務之場合而不供之。不得主張期限之利益。」例如債務者自言有担保人。及指定某人為担保。或其人不為担保。或許覓他人而不得。則債權者可以即時催告。而前此之期限。頓失其效力也。其以物供担保者亦然。

第三項 附期間

期間者。謂自此時起。至彼時止也。此時至彼時之間為期間。以理論言之。應如計人歲者。從今年某月日時生。扣至明年某月日時為一歲。然而事實上未必如是之確定。故法律所定。亦稍有差異。

期間與期限。有何區別。期限如計人歲者。以扣至明年某月日時止。為一歲之限。而未到限之先。在所不計。期間則必從今年某月日時起。至明年某月日時止。合兩端之中間而統計之也。

第一日 期間計算法

期間亦有確定不確定者。如前言計人歲者。自今年某月日時起。至明年某月日時止。

爲一歲之類。是確定者。如云自今日起。至下兩日止。或云從今日起。至某人死亡之日止。是不確定者。茲就確定者言之。凡關於期間。有普通計算法。有特別計算法。第三十八條云。「期間之計算法。除法令裁判上之命令。或法律行爲有別段規定之場合外。從本章之規定。」別段規定者。特別計算法也。本章所規定者。普通計算法也。其普通法。或以時計。或以日計。或以月計。或以年計。請分說於下。

一 以時計算法。第三百三十九條云。「以時定期間者。從即時起算。」如此算法。即時之分秒。亦在其中。

二 以日週月年計算法。第四百十條云。「以日週月年定期間者。期間之初日不入算。但其期間。自午前零時始者。不在此限。」此條算法原則。在第四百十三條云。

「以週月年定期間者。從曆算之。」何以必從曆算。緣古以三十日爲一月。三百六十日爲一年。而陽曆一月。有二十八日者。有三十一日者。年或過於三百六十日。或不滿三百六十日。既曰從曆。則均以曆計之。而盈朒之間。不至因此而生岐異。至於週。則普通載在曆以行之。並無差異。惟關於計日之點。尙有二問題。

一初日。期間之初日。本不入算。各國立法例皆如此。如今日立約。必從明日起算。今日謂之初日。此原則也。然一般學者。皆謂應從初日起算。何以故。例如刑法。多一日即受一日之痛苦。又如債權。延一日即受一日之損害。所以日本法例第一條。刑法第四十九條第二項。計算初日。以及民間一般習慣。亦多計算初日。主張此說者。不知刑法所以體犯罪考之情。習慣法多由債權者所表示故也。至于民法。則爲保護債務者起見。所以不計初日。然亦有例外。第四百十條之但書。必計初日。又結約之時。言來期者。必計初日。如言來月某日是也。又有兩期間者。亦必計初日。如今日結約。限至某日止。再從某日接續。至以後之某日。其接續之初日。必算入之。

二末日。限至某日。必至某日過完。乃爲期間終了。此之謂末日。第一百四十一條云。「以期間末日之終了。爲期間滿了。」如定三十日之契約。必至三十日之夜十二時滿了。此原則也。但有例外。商法第二百八十三條云。「依法令與慣習。有取引時間之定時。限於其取引時間內。爲債務之履行。又得爲其履行之請求。」如

日本銀行及外國公司。皆限至午後四時休業。若必至十二時。則多窒碍。故各從其時間也。此外關於末日之計算。尙有二問題。

一 休日。凡末日遇休息。或大祭日。皆停止交易。又其他之休日習慣。亦不爲取引。或因各業之不同。或因東西之各異。果如何計算。于此場合。展限一日。以其末日之明日爲末日。此第四百四十條之所規定也。

二 半途起算。凡期間有從半途起算者。例如以週計。非週之第一日。以月計。非月之朔日。以年計。非年之一月一日。果如何計算。于此場合。以最後之週月年之與今日相當之前一日爲終了。但以月與年定期間。而其最後之月與年無相當之日者。則以其月之末日爲滿期日。此第四百四十三條之所規定也。

第三節 時效

第一欸 總則

第一項 時效之沿革

時効之制。濫觴最古。在昔希臘。即有此制。然近世時効。實基於羅馬法。昔羅馬有兩種

裁判官。(一) 婆蘭獨路。爲政府所任命之法官。(二) 基由音誘爲人民所選任之裁判役。凡人民訴訟。先提出於法官。法官將審查事件。送附於裁判役。命其裁判。若當其下命令時。被告人已經占有者。必記載不須裁判之旨於命令書。其所以不須裁判者。則以被告人長期占有。短其物當爲被告所有。故以不須裁判表示其意。此旨常記載於命令書首。謂之前記。當時依此前記。可以得權利。又可以免義務。法國參酌此前記之効力。作一制度。稱爲婆蘭斯科里婆囂。蓋合羅馬之婆蘭科斯里婆囂二語爲一語也。日本譯爲時効二字。作爲各種時共通共使用之名詞。然在英德兩國。尙無表示時効全體之語。英國取得時効。名爲姿蘭斯科理姿欣。消滅時効。名爲米里台欣是也。總之文明法律。未有不設此制度者。日本自制定民法時。始採用此制。

第二項 時効之性質

時効之性質。單簡言之。即時之効力也。法律上因時之經過。依於自然之現象。生取得權利又喪失權利之効果。然從廣義之解釋。則甚複雜。非逐一研究。不能了知。請分說於下。

第一目 時効之定義

時効之定義。因時之經過。而關於權利之得喪之謂也。由此定義。分前者爲取得時効。後者爲消滅時効。取得者。有占有之事實。經過法定期間。則取得其權利。消滅者。有權利而不行使。經過法定期間。則消滅其權利。所謂法定期間。雖取得與消滅。爲時不同。然必在其期間內爲繼續。此一定之要件也。

第二目 時効之本質

關於時効之本質。從來有多數之學說。今舉其重要者。(一)推定說。謂時効由法律所推定。例如取得者本係占有。乃經過法定期間。而本人不問。此可推定必係本人拋棄或贈與之也。又如消滅者本有債務。乃經過法定期間。而債權者不催告。此可推定必係債權者有豫約。任其消滅也。(二)方法說。謂不由於推定。係實在之方法。如購買及贈與。是取得方法。茲之占有。經過二十年。是亦取得之方法也。又如免除債務。是消滅方法。茲之債務。經過十年。是亦消滅之方法也。日本舊民法用推定說。新民法用方法說。其用方法說。甚爲正當。蓋推定者。以理勢推之。而成時効。且必無證據而後可。

若提出證據。仍以證據爲憑。則推定說終不可通。推認爲方法。雖有證據。亦不能變更矣。

第三目 時效之理由

時效之設定。本爲保護正當之占有者及義務何。依此規定。有時不正當者。亦得藉口。雖然法律不得不如此者。自有正當之理由。請分舉於下。

一就普通現象而言。凡人占有之物。多係已有。苟逾長久時間。而無確實之反証。即可推定爲正當之取得原因。又凡債務。自有權利者。苟逾長久時間。而權利者不行使。即可推定爲正當之消滅原因。此根於普通現象之理由也。

二就証據而言。凡占有之動產或不動產。甲以讓渡於乙。乙以讓渡於丙。皆必有証據。然有時乙丙同意。立一新約。而不追取甲之原約。（如中國之不交老契。）若無時效。則日後乙得執甲之原約以爲証據。債務亦然。借時必有借券。還時必有收條。然亦有兩方同意。不予收條。而亦不追取原券者。若無時效。則日後債權者得執借券以爲証據。此根於証據之理由也。

三就一般經濟而言。凡占有者。無論其爲善意與惡意。必非空占。例如土地。必施多少之勞力與資本於其上。於生活上有重要關係。且占有既久。或易他主。或歸相續。久之皆安爲己有。若無時効。永久得爲追認。不惟妨害個人之生計。且累及社會之公安。此取得時効之理由也。至於消滅時効。其原因更多。凡債務經過多年。本人或已死亡。則歸其相續人負擔。然相續人有可以拋棄者。有可以限制者。有單純承認者。拋棄者謂不前人之利。亦不受前人之害。限制者謂以前人之有。抵前人之負。單純者則一概承認。若無時効。往往至相續後。債務突然發生。爲相續人所不及知。其在拋棄者。猶可言也。若限定與單純承認者。則甚迷惑。或其所得之遺產。反不足償其所負。因此而破產者有之。即本人生存。而債必有息。累而重之。經年既久。子過於母。數倍或數十倍。於此場合。從債務者一方言之。人生境遇不一。或先富而後貧。或先貧而後富。若無時効。則債主要索。終無已時。皆足以生不良之結果。從債權者一方言之。雖有權利。忘之已久。並未催告。其放棄權利。不僅過失。且其物不關於生活之必要。亦可想見。此消滅時効之理由也。

四就訴訟而言。凡數十年前之證人證書皆無可調查。國家裁判對於此種事實。可以不理。何也。有物權。有債權。若無時效之限制。則人生怠心。積久而證據不明。訴訟益雜。裁判官甚爲困難。此根於訴訟之理由也。

第四目 時效與豫定期之差異

與時效最易相混者。莫如豫定期間。不可不明其性質。豫定期間。一曰失權期間。又曰除斥期間。乃法律上定一定之期間。在期間內有權利。出期間外無權利也。若時效乃固有之權利。而爲占有之取得。債務之消滅。故與豫定期間不同。且豫定期間。於法律上不能一日延長縮短。時效不然。有中斷停止等規定。立法者於時效不適用之處。則定之以豫定期間。如甲買乙物。而知其中一部分非乙所有。則當向乙請求補換。其請求權。有豫定期間。第五百六十四條云。「定於前條之權利。買主爲善意者。自知其事實時起。買主爲惡意者。自契約時起。一年內要行使之。」豫定一年。是一年以外無效也。又商法第三百三條云。「會社解散。自登記之日。經過五年。則効力消滅。而不負責任。」豫定五年。是五年以外無効也。又民事訴訟法第六百二十七條云。「裁判所定於七

日之內。催告各債權者。」豫定七日。則七日以外無効也。

第五目 時效之効力

時效之効力。發生於何時。此一問題也。蓋由純理言之。時效之完成。在時之經過後。溯及於未完成之日。無發生其効力之理。而在法律則不然。第四百四十四條云。「時效之効力。溯及其起算日。」起算日者。時效期間開始進行之日也。在取得時效。以有效占有之日始。在消滅時效。以得行使權利之日始。但有中斷時。則從其中斷後。再進行之日爲始。例如債務。約定三年償還。則其期間。即從滿三年之日起。蓋既經過三年。而債權者不索取。過此以往。再經過十年。則債權者之權利消滅。是債務者之計算十年。必溯及於前此既滿三年之後一日爲起點。此消滅時效也。又如占有者。未嘗約定。則以占有之初日爲起點。從此二十年後。可以溯及此占有之初日。而取得時效也。時效原爲公益而設。使權利者注意於權利之不可拋棄。蓋拋棄權利。亦是過失。何也。此一方拋棄若干時。即彼一方取得若干時。若時効無溯及力。則十年二十年以前。債務者所生之利息。占有者所收之果實。皆須返還於權利者。是開紛擾之門。而啓無窮之弊害。

非法律規定公益之旨趣也

第六目 時效之援用

關於時效之援用。學者約有二說。第一說。謂時效之完成。非當然得喪之原因。必當事者援用之。始爲其原因。而權利之得喪。可由此而生結果。是以時效爲權利得喪之條件附原因也。第二說。謂時效非條件附原因。不待當事者援用。但其完成時。即爲當然得喪之原因。而其得喪之效力。必當事者援用之。始爲發生。二說雖殊。然其援用。不外夫當事者。第四百四十五條云。「時效非當事者援用之。裁判官不得依此爲裁判。」時效既經法定。裁判官何以不能援用。其理由如何。不可不一言之。(一)時效之制度。既有一定。常與事實相反。故法律不能直截適用。其援用與否。聽當事者之自由。使得避去。因此制度而生有害之結果。(二)以裁判職權。適用時效。則當事者雖以公明證書。證明自己主張之權利。亦爲無効。而狡猾者。往往乘他人之隙。利用此規定。原有之證據。皆不必提出。(三)時效期間。常有依裁判所以外之行為。而中斷者。裁判官必不得知。若不待當事者之援用。即適用之。必生錯誤。(四)時效本可以拋棄。若過時

效之占有者及義務者。復願以還原主。天良亦復可取。裁判官必以時效強之。於法理上亦無根據。立法者依於以上之理由。所爲設此規定也。至於學者之議論。謂裁判所於當事者不申立之事項。無裁判之職權。故於當事者不申立時。裁判官不得進爲干涉。是以訴訟手續上不干涉主義。說明此規定。蓋誤也。

第三項 時效之拋棄

時效之拋棄。不問其爲完成之前後。隨時可起其問題。然其中有爲當事者所不能隨時爲之者。今爲區別於下。

一 將來之拋棄。此言向於將來之時效。拋棄其利益也。有生於開始前與進行中之兩種。謂他日即有時效之完成。不援用其利益。此種拋棄。得爲有效與否。第四百十六條云。「時效之利益。不得豫拋棄之。」依此規定。則法律認爲無效。蓋將來之時效。在法律上。時效之目的。尙不能達。不得豫言不取得。不消滅也。但關於取得時效。其占有者自認非因自己之思意。恰如豫爲拋棄者。此則以承認相手方之權利之行爲。本來有效也。然則拋棄何以無效。想其理由。蓋時效者。關於公之秩序之制度。

其規定則強行法也。故當事者不許反其意思。遂儼若拋棄。假令許之。則權利者常求此拋棄。而義務者勢必從之。例如金錢之貸借。債權者豫求拋棄時效。債務者不得不承認之。若不承認。非但有不得金錢之虞。而由自己之良心。對於現借金錢。遂援用他日時效。常不忍抗言。卒至於拋棄而後已。則此制度。終成爲徒法。是以必禁之也。

一 既往之拋棄。此言向於既向之時效。拋棄其利益也。或在進行中。拋棄其經過之時間。或在完成後。拋棄其完成之時效。其所生之拋棄。在法律上。雖無特別之規定。而從一般之原則。當然有效。蓋既經過時間之拋棄。爲承認相手方之權利。而生時効中斷之効力者也。又完成時効之拋棄。當事者不援用其權利。本來可聽其自由。凡此皆與贈與無異。法律準贈與。即準此也。但時効完成之拋棄。對於債權者爲詐害行爲時。則債權者得取消其拋棄。

爲拋棄者。要如何之能力與權限。此問題因時効之性質如何而決之。若用推定說。則時効之拋棄。不過追認相手方之權利而已。而本法則用方法說。故時効之拋棄。爲拋

棄取得之權利。又既免負擔之義務。要有處分其目的權利之能力與權限。若無此能力與權限。其拋棄爲無効。

第四項 時效之中斷

時效中斷者。因法定原因之發生。切斷時效進行之中途。以前經過期間之利益。使歸于無効。而從其原因終止時。新期間始得進行也。故謂之中斷。中斷亦有二種。一謂之自然中斷。因占有者失其要素而生。無論對於何人。有其効力。一謂之法定中斷。因當事者相互間之行爲而生。對於當事者以外。無何等之効力。自然中斷。惟取得時效有之。故不列于本項。而詳于取得時效中。法定中斷。取得及消滅皆有之。以故規定于本項。

第一目 中斷之原因

法定之中斷。其原因有三。(一)請求。(二)執行。(三)認承是也。(見第四百十七條。)

一請求。請求者。權利者對於義務者伸張權利之方法也。蓋時效之要件。在取得時

效爲占有。在消滅時效。爲權利不行使。若權利者主張其權利。請求占有之回復。或義務之履行。即可以破時效之要件。所以爲中斷原因。但請求之種類不一。故其手續亦不同。今舉其重要者如下。

甲裁判上之請求。即訴訟是也。凡有訴訟之名者。皆包含于此。有通常手續。有特別手續。無論用何等手續。至裁判所。通謂之請求。蓋不問本訴附帶訴或反訴。一經請求。即中斷其時效。

乙破產手續之參加。債務者破產時。債權者對於破產財團。爲債權之申立。參加其配當之謂。此種手續。與請求裁判所不同。然亦是向債務者請求之方法。

丙催告。依債權者之依賴。執達吏對於義務者。以口頭或調書。爲督促之手續。乃純然一請求也。

以上三種。皆歸請求。其方法各國不同。或由執達吏。或用文書。日本通常用書面與口頭兩種。要以達其請求之意而已。但請求必有證據。否則無此權利。且必在時效未完成之先。方可使時效中斷。如十年時效。經過五年。一經請求。則前五年之時效。

歸于消滅也。

二執行。執行々爲者。即差押假差押及假處分。差押係普通方法。謂將義務者之動產或不動產。競賣而受其辨濟是也。假差押者。裁判尙未確定。或義務者有破產之虞。即將其動產或不動產。權作爲抵當是也。假處分者。相爭未得分明。致當事者權利不能實行。且有困難之虞。即將其權利。權作爲處分是也。此種執行。多由執達吏施之。大約在請求之後。既請求而義務者不應。乃更以執行々爲強迫之也。

三承認。承認者。謂義務者承認權利者之權利也。凡權利有不明確時。經義務者之承認。則自此而明確矣。但承認之有效者。必有二條件。(一)意思表示。此無一定方式。或以書面。或以口頭。至意思表示而止。(二)適法之能力與權限。此規定于第百五十六條云。「爲生時效中斷効力之承認者。對于相手方之權利。不要有處分之能力與權限。」所謂不要處分之能力與權限者。以有管理之能力與權限爲已足也。凡無能力者中。禁治產者及未成年者。不能爲承認。而準禁治產者及妻。可以爲承認。又依于委任之代現人。雖權限未定。但得本人之承認。即爲有權限。蓋前

條時効之拋棄。即爲權利之處分。故要有處分之能力與權限。若進行中之時効。果爲完成與否。尙不確定。不過因其承認。失其經過時間之利益。不得即謂之處分。是以與拋棄異。不要有處分之能力與權限也。

第二目 中斷之効力

一中斷之範圍。法定中斷。乃或人對於或人。由相對的行爲而生。相對的行爲。其効力亦爲相對的。非第三者之利害也。第四百十八條云。「時効中斷。惟在當事者及承繼人之間。有其効力。」所謂當事者。乃爲中斷者及受中斷者之謂。承繼人者。一般承繼人及特定承繼人之謂。例如數人共同爲債權者。中有一人出訴債務者。此時中斷。僅爲債權者一人之利益。又數人共同爲債務者。中有一人被出訴時。此時中斷。僅對於債務者之一人爲有効。其及于承繼人。自不待言。但此規定。有三例外。

甲不可分之債權又債務。數人債權者之債權。不可分之時。其中一人。對於債務者爲中斷時。他之債權者。亦得受其利益。又數人負不可分之債務者亦同。其中一

人受中斷行爲。他之債務者。亦得受其効力。（見第四百二十八條。）

乙連帶債務。亦與前項同。連帶債務者中之一人。受中斷行爲時。則他之債務者。亦受其効力。（見第四百三十四條。）

丙保證債務。對於主債務者。爲中斷行爲時。保證人亦受其効力。主債務不消滅。保證義務。亦不消滅也。但對於保證人而爲之。無明文之規定。雖異說紛出。當以無中斷之効爲定說。（見第四百五十七條。）

二中斷之結果。法定中斷。僅消滅過去時間之利益。而於將來。非不成就其時効。故其効力。僅繼續于中斷之事由繼續中。其事由終了。則中斷之効力亦終了。新時効始爲進行。第一百五十七條云。「中斷之時効。自其中斷之事由終了時。更始其進行」是也。所謂事由終了。果在何時。于各種時効中相異之事實問題。當事者有爭論時。則依裁判官認定。至于請求裁判而中斷者。其事由終了。又在何時。第二項云。「因裁判上之請求而中斷之時効。自裁判確定時。更始其進行。」是以裁判確定時。爲事由終了之時也。但關手更始進行之時効。有要注意之二點。（一）時効之要件。

須要完備。例如占有者。因承認相手方之權利而中斷時。縱令占有者。依然繼續其占有。而要不得以最早所有之意思爲占有。即缺取得之要件。無以後進行之理。故於此時。占有者對於所有者。必表示所有之新意思。(二)時效之性質。不得變更。凡中斷後之時效。其性質仍與前同。不問如何事由。決不因中斷而變其性質。日本舊法典。及二三外國法例。短期時效。因裁判上之請求與承認。被其中斷時。爾後變爲長期時效。新民不採此說。但取得時效。善意之占有者。一旦受中斷時。爾後之占有。變爲惡意。則十年之時效。因中斷而變爲二十年。此乃特別之場合也。

第五項 時效之停止

第一目 停止之性質

時效之停止。其性質與中斷不同。乃進行之中。忽有一段之停止。又復進行。其以前時効不消滅。而以後時効必繼續也。合前後經過之期間。以計算時効。但除去其停止原因所存之間不入算。謂之停止。凡遇事實上有不得行使權利之場合。即適用此規定。蓋時効之發生。因權利者怠于行使其權利。至于不得行使之場合。不得謂之怠于行

使。自羅馬法以來。即有一原則云。對於不得訴追者。時効不進行。不進行。即停止也。

第二目 停止之原因

一對於無能力者。一般之停止。何謂一般。可受時効之害者。爲無能力者。可受時効之利益者。不問何人。皆爲之停止也。從來各國立法例。爲保護無能力者。于其無能力之間。長年停止。如時効進行中。而權利者死。其相續人未成年。則時効停止。必待其成年後。時効始得進行。又如時効進行中。而權利者禁治產。必待其禁治產取消後。時効始得進行。然如此則使相手方永久立于不確定之地位。于取引之安全。及社會之信用。大有妨礙。近來立法者。提出種種方法。以矯此弊。日本舊民法。亦執此方法。依證據編第三百一十一條第二項。對於未成年者及禁治產者。于其最後之一年。爲時効之停止。其方法亦未盡善。蓋對於未成年者。時効之完成。常經四十年之久。對於禁治產者。或終身不能完成其時効。亦不可測。故新民法不採用之。且無能力者。必置法定代理人。而法定代理人之責任。法律有詳悉規定。據親族編。後見人。因親族會之請求。必供相當之擔保。法定代理人。怠于爲本人行使權利時。本人得

爲損害賠償之請求。以故無能力者。蒙損害之場合極少。本法規定停止。即採此爲根據。第五八〇條云。「時効之期間滿了前六個月內。未成年者或禁治產者。未有法定代理人之時。」此條停止。有二要件。(一)未成年者禁治產者。法律之保護限于此二種。若準禁治產者及妻。自己得行使權利。不必要特別之保護。故不在此限也。(二)時効之期間滿了前六個月內。未有法定代理人之時。若有法定代理人時。不得停止其進行。又雖未有法定代理人時。未至時効期間滿了前六個月。亦不得停止其進行。惟限于滿了前六個月內。未有代理人時。停止而已。此停止至何時乎。又云「其人爲能力者。又自法定代理人就職時。六個月內。對於此而時効不完成。」依此規定。或從未成年者及禁治產者回復能力時起算。或從代理人就職時起算。經過六個月以後。時効始得完成也。例如十年時効。已過九年十個月而停止。祇二個月不完成。以後再經過六個月。則至于時効之完成後。尙餘四個月。又如二十年之時効。已過十九年八個月而停止。祇四個月不完成。以後再經過六個月。則至于時効之完成後。尙餘二個月。然則六個月內。何以不爲完成。因回復能力者。

及法定代理人初任事者。必有相當之期間。以便調查書類也。

二無能力者。對於法定代理人特別之停止。何謂特別。因可受時効之害者。與可受時効之利益者。相互之關係。所生之停止也。凡無能力者。對於父母或後見人。又妻對於其夫。於有權利時。欲主張行使其權利。要得其父母或後見人與夫之同意與許可。而得其人之同意與許可。對於其人。欲行使權利。于事實上殆爲不能之事。是以有停止之規定。第一百五十九條云。「無能力者。對於管理財產之父母或後見人所有之權利。其人爲能力者。又自後任之法定代理人就職時。六個月內時効不完成。」第二項云。「妻對於夫所有之權利。自婚姻解消時六個月內亦同。」此條停止之期間。或從無能力者回復能力時起算。或從後任代理人就職時起算。其在妻則從姻婚解除時起算。非經過六個月。時効不爲完成。學者有謂法文權利專拍消滅時効而言。是以權利爲請求權。蓋誤也。今就取得時効設一例。無能力者及妻之物與權利。爲父母後見人又夫所占。或有行使時。無能力者及妻。對之有回復其物與權利之權利。此權利即法文所謂權利。而回復之。必多困難。因保護之故。停止其

取得時效也。

三關於相續財產之停止。相續財產。死者之財產也。包含權利義務兩項。他人對於相續財產之時効。相續財產對於他人之時効。共爲停止。第六十條云。「關於相續財產者。自相續人之確定。管理人之選任。或破產之宣告時。六個月內時効不完成。」蓋相續人管理人及破產管財人。當不知其權利之時。行使其權利。至因時効而消滅。又對於相續財產而有權利者。因無相手方可訴。不能中斷時効。遂至于不得已而完成之。由前之說。則使義務者失其義務。由後之說。則使權利者失其權利。故必停止以保護之。從其代表者成立時起算。六個月內。時効不爲完成。至于未確定未選任未宣告之時。則停止期間。視事實爲準。未有行使權利履行義務之人。時効自不能進行也。

四關於事變之停止。此因不可抗力。時効不得進行。第六十一條云。「當時効期間滿了之時。因天災及其他不可避之事變。不能中斷時効。則自妨碍終了之時。二週間內時効不完成。」此條停止。有三要件。(一)當期間滿了之時所生之事變。

雖有事變。終于期間滿了前之時。權利者尙得于其滿了前。行使權利。不與以停止之必要。所以必生于期間滿了之時也。(二)不可避之事變。或因天災而交通閉塞。或裁判所事務之休止。又或權利者服從軍役。不問天災與人事。總須不可抗力。且要無過失于權利者。(三)不能中斷時效之事變。雖有事變。不妨害中斷時。本不以停止爲必要。故此條件之主眼。要在普通人力所不能爲者。雖然。亦不必絕對的不能。若費非常之巨款與手續。始得爲中斷。則不如以不能目之爲適當。然此等事實。必依裂判官認定。以上條件具備。即生停止。例如十年時效。經過九年十一个月二十五日。適當洪水。交通閉塞。五日之間。到底不能行使中斷方法。則待洪水既去後。復經過二週間。時效始得完成也。其他事變之場合亦同。

第二欸 取得時效

第一項 取得時效之條件

一原則。取得之原則。其條件有二。(一)期間。無論取得時效與消滅時效。均以期間爲第一要件。(二)占有。取得時效。除期間以外。以占有爲第二要件。第六十

二條云：「二十年間以所有之意思平穩且公然占有他人之物者，取得其所有權。」所謂平穩者，非以強暴占之。公然者，非以隱秘占之。不以強暴，不以隱秘，而又以自己所有之意思，此即出于正當之理由而占有者。經過二十年期間滿了，即為條件具備。法律上許其取得其物之所有權。動產、不動產皆然。

二例外。取得之例外，減去前項期間之半，以十年為時效完成。第六十二條第二項云：「十年間以所有之意思平穩且公然占有他人之不動產者，其占有之始，善意而無過失，取得其所有權。」所謂善意者，自己積極的信認為適法之取得也。無過失者，舉普通人所能為，而盡為注意之謂也。例如不知相手方之所有權，調查登記簿，見其有登記而買之，即為善意而無過失。然此僅關於不動產之取得。若動產則不適用。

其他所有權以外之財產權，其取得之時效，亦依前二項之規定。第六十三條云：「以為自己之意思平穩且公然行使所有權以外之財產權者，從前條之區別，二十年又十年之後，取得其權利。」從前條之區別者，凡當行使之初，惡意又過失者為

二十年。善意且無過失者爲十年。二十年之時效。無論財產權之關於動產與不動產。皆可適用。十年之時效。依前條第二項之規定。僅適用關於不動產之財產權。若關於動產者。不適用之。動產上之財產權。以善意且無過失而行使者。依第二百五條準用第九十二條之規定。可以即時取得其財產權。

第二項 取得時效之中斷

取得時效之中斷。即自然中斷也。因占有者喪失其占有。時效失其根本。雖欲不中斷而不可。故謂之自然。自然中斷之効力。爲絕對的。不惟及于利害關係人。無論對於何人。皆不能主張時效。其與法定中斷。不但異其原因。其効力亦大異也。故于第四十八條。未設何等之規定。而特規定取得時效中。今分二項說明之。

一關於所有權。關於所有權之自然中斷。一般學者。分爲兩種。(一)因自己任意喪失其占有。所謂任意之中止也。重在任意二字。若占有者喪失心神。無法定代理時。或占有者死亡。相續人未確定時。事實上雖有占有之中止。苟非出于任意。不爲時效之中斷。(二)因他人所爲喪失其占有。即被他人奪云之謂也。他人不問

真所有者與第三者。無論何人所爲。苟占有被奪時。即爲時效之喪失。學者之分類如此。究之不問由于人與由于已。一經喪失。即爲中斷。法理上毫無區別。第一百六十四條云。「第百六十二條之時效。若占有者任意中止其占有。又被他人奪去之時。而遂中斷。」是也。

二關於其他之財產權。關於所有權以外之財產權。皆屬無形。不能爲占有。法律上定爲準占有。準占有之自然中斷。第百六十五條云。「前條之規定。第百六十三條之場合準用之。」蓋關於財產權之取得。既于第百六十三條。準用第百六十二條。則關於自然中斷。亦于本條準用前條。爲當然之結果。故前條之規定。悉適用之。即權利之行使者。任意中止其行使。又因人他妨碍其行使時。爲自然之中斷。例如土地所有者。對於鄰地行使地役權。及十年或二十年。雖取其得地役權。若于期間滿了前。由鄰地之所有者。被其妨碍時。則時效即被其中斷。

第三款 消滅時效

第一項 起算點

消滅時效。起算于何時。依第六十六條之規定。「自得行使權利時進行。」所謂進行。即起算點也。蓋消滅時效。以期間爲第一要件。以權利不行使爲第二要件。既以不行使爲要件。則當權利未得行使時。消滅之要件。尙未有根據。時效自不得進行。必從其得爲行使時起算。于法理始爲正當。在舊民法。關於此點。作爲時效之停止。依證據編列于停止之一種。然對於未得行使者。亦謂之停止。意義本不相當。以故新民法改爲時效之起算點。例如期限附權利者。迄乎期限之到來。條件附權利者。迄乎條件之成就。時效即從其時起算也。

第二項 普通時效

普通時效。一曰長期時效。其期間二十年。爲消滅時效之總則。凡財產權。二十年不行使。即爲時效完成。第六十七條第二項云。「非債權或所有權之財產權。二十年間不行之則消滅。」此原則也。蓋債權有特別之時效。所有權無消滅之性質。故言普通時效。必別于此二項。其他一切權利。無別段之規定者。皆罹于此。若經過此期間。受時效之利益者。要證明之。則其權利消滅。不得以之爲請求及抗辯之原因。然亦有例外。

不必二十年者。第二百八十九條云。「承役地之占有者。具備取得效時必要之條件爲占有時。地役權因之而消滅。」又第三百九十七條云。「非債務者或抵當權設定者。對於抵當不動產。具備取得時效必要之條件爲占有時。抵當權因之而消滅。」凡此皆不必二十年。而即消滅者也。

其他二十年之時效。

一 第二百二十六條云。取消權。自得爲迫認時。五年間不行之。因時效而消滅。自行爲之時。經過二十年亦同。

二 第四百二十六條云。第四百二十四條之取消權。自債權者知取消之原因時。二年間不行之。因時效而消滅。自行爲之時。經過二十年亦同。

三 第七百二十四條云。因不法行爲之損害賠償。其請求權。自被害者或其法定代理人。知損害及加害者之時。三年間不行之。因時效而消滅。自不法行爲之時。經過二十年亦同。

四 第九百六十六條云。家督相續回復之請求權。自家督相續人或其法定代理人。知

相續權被侵害之事實時。五年間不行之。因時效而消滅。自相續開始時。經過二十年亦同。

六第九百九十三條云。第九百六十五條。至第九百六十八條之規定。遺產相續準用之。

第三項 十年之時效

十年時效。皆關於債權之規定。第六十七條云。「債權者因十年間不行之而消滅。」此原則也。蓋債權比之物權。證明方法。頗爲困難。有不行使時。不如早消滅之。爲適于公益。何也。各種取引中。債權最多。若期限太長。則一般經濟。常不確定。以致事業不能發達。妨害社會之進步。故比他之權利。必縮短其期間。然亦有二例外。(一) 有過十年者。第六十八條云。「定期金之債權。自第一回之辨濟期。因二十年間不行之而消滅。」(二) 有不及十年者。此例甚多。在第六十九條以下規定之。

其他十年之時效。

一第七百五十九條第三項云。第二項之取消權。自隱居屆出之日。經過十年。因時效

而消滅

二第千二十二條第二項云。前項之規定。依第一編及前編之規定。不妨爲承認或拋棄之取消。但其取消權。自得爲追認時。六個月間不行之。因時效而消滅。自承認或拋棄之時。經過十年亦同。

三第千四百四十五條云。滅殺之請求權。在遺留分權利者。當及相續時之開始爲滅殺。自知有贈與或遺贈之時。一年間不行之。因時效而消滅。自相續開始時。經過十年亦同。

此外有可參照者。

一第百六十二條第二項云。十年間以所有之意思。平隱且公然。占有他人之不動產者。其占有之始。爲善意且無過失。取得其不動產之所有權。

二第百六十三條云。以爲自己之意思。平穩且公然。行使所有權以外之財產權者。從前條之區別。二十年又十年之後。取得其權利。

三第三百六十條云。不動產質之存續期間。不得超過十年。若以長期間設定不動產

質時。其期間當縮短之爲十年。

四第六百三十八條云。土地工作物之請負人。對於工作物或地盤之瑕疵。引渡之後。五年間任其担保之責。但此期間。對於石造土造煉瓦造又金屬造之工作物爲十年。

五第八百十六條云。因第八百十三條第一號之事由之離婚訴。有提起之權利者。自知離婚之原因之事實時。經過一年後。不得提起之。自事實發生之時。經過十年後亦同。

六第八百七十條云。因第八百六十六條第一號至第五號及第八號之事由之離婚訴。有提起之權利者。自知離婚之原因之事實時。經過一年後。不得提起之。自事實發生之時。經過十年後亦同。

七第八百七十一條云。因第八百六十六條第六號之事由之離婚訴。爲養親者。自知養子復歸時。經過一年後。不得提起之。自其復歸之時。經過十年後亦同。

五年時效皆關於債權者也。因其債權有各別之性質，不得從第六十七條之原則，故因其性質而縮短之。以下短期時效，皆同此理由。五年時效之債權，最重要者，爲定期債權。定期債權與定期金債權不同。彼爲本基債權，此則子母之關係也。第一百六十九條云：「以年又比年短之時期，所定金錢其他之物之給付爲目的之債權，因五年間不行之而消滅。」此條有特別之理由，專爲保護債務者。蓋此種債務，生于每年每半年或每月，則其利息，遞加累債，可成意外之巨款。若經過數年，一朝突然請求，債務者不免有破產之虞。惟于每年每月，逐期償之，債務者易于辨濟，無格外之痛苦。以此之故，五年間不請求，即歸消滅也。然有例外。第一百七十條、第一百七十三條、第一百七十四條、三年二年一年即消滅者，亦有之。其他五年之時效。

一 第一百二十六條云：取消權，自得爲追認時，五年間不行之，因時效而消滅。

二 第一百七十二條但書云：辯護士公證人及執達史，由其事件中之各事項終了之時，經過五年，雖右之期間內，關於其事項之債權消滅。

第三百九十四條云。行親權者之父或母又親族會員與其子之間。對於財產管理所生之債權。自其管理權消滅之時。五年間不行之。因時效而消滅。

第四百四十二條云。第八百九十四條所定之時效。後見人後見監督人又親族會員。關於後見人與被後見人之間。所生之債權。準用之。

第五百六十六條云。家督相續回復之請求權。家督相續人或其法定代理人。自知相續權被侵害之事實時。五年間不行之。因時效而消滅。

第六百九十三條云。第九百六十五條。至第九百六十八條之規定。遺產相續準用之。

七商法第二百八十五條云。因商行為所生之債權。除本法有別段規定之場合外。五年間不行之。因時效而消滅。

此外有可參照者。

一第五百八十條第三項云。對於房屋買未定有期間時。要于五年內爲之。

二第六百三十八條云。土地工作物之請負人。對於工作物又地盤之瑕疵。引渡之後。

五年間任其担保之責。

三商法第一百三條云。第六十三條所定社員之責任。于本店之所在地。爲解散之登記後。經過五年時消滅之。

第五項 三年之時效

甲第七十條云。揭于左之債權。因三年間不行之。則爲消滅。

一關於醫師產婆及藥劑師之治術勤勞及調劑之債權。

二關於技師棟梁及請負人之工事之債權。但此時效。由其負擔工事終了之日起算。

一關於醫師產婆及藥劑師之治術勤勞及調劑之債權。所謂治術係指醫師勤勞係指產婆。調劑係指藥劑師。而亦不盡然。爲醫師者。治術以外。或爲勤勞。又或爲調劑。故上以醫師產婆藥劑師成一句。下以治術勤勞調劑成一句。兩句爲相關聯者也。醫師云者。雖舉特種之名稱。然非限于此三者。凡關於疾病療治。及看護婦之債權。亦包含之。

二關於技師棟梁及請負人之工事之債權。但此時效。由其負擔工事終了之日起算。此項規定。不問動產與不動產。苟爲關於工事之債權。皆包含之。如測量製圖等之報酬是也。且其債權。不僅從技師等一方之請求言之。凡對於技師等。關於工事之違約。又工事之瑕疵。請求之債權。亦包含在內。惟因工事所用石材木材等代價之債權。不在此限。

此種債權。三年時效之起算點。頗難明確。故法文豫定從其工事終了之日起算。雖然。工事終了。最宜注意。凡複雜工事。久延歲月。苟從其全工事終了時起算。則期限太長。債權者殊不便利。於此等場合。則從其各工事之終了。別爲支拂。例如營一家屋。初爲地均（平地面者）。其次爲工匠之建築。及其他巧工家根工。（家根工造屋頂者）。地均既成。即於其地均請負人爲支拂。建築終了。即於其工匠爲支拂。以及巧工家根工亦然。其時效起算。各從其工事終了之時。但地均建築及其他工事。爲一人請負時。則關於其請負人工事之債權。從其工事全然終了之時起算。

乙第七十一條云。「辯護士由事件終了之時。公證人及執達吏。由職務執行之時。經過三年時。則關於職務之受取書類。免其責。」免其責者。免其還返之責也。畢竟書類之所有者。失其取歸書類之請求權。故前後諸條。皆爲債權之消滅。而此條之性質。可謂爲物上請求權之消滅時效。蓋辯護士等。雖占有其書類。而無以其占有爲所有之意思。不過爲容假之占有。無就其書類取得時效之理。即使經過三年。爲時效之完成。而其書類現存。本來爲至當之還返。惟其不現存時。不負何等之責任。不過書類所有者。無強制取歸之權利。亦無要償之權利而已。

此條時效之目的。限于書類及關於職務之受取者。於職務以外。不託保管之書類。不包含之。又雖關於職務受取者。而書類以外。他之物件。亦不包含之。其他三年之時效。

一第七百二十四條云。因不法行爲之損害賠償。其請求權。自被害者或其法定代理人。知損害及加害之時。三年間不行之。因時效而消滅。

二商法第四百四十三條云。引受人或約束手形之對於振出人之債權。由滿期日。經

過三年。因時效而消滅。

第六項 二年之時效

甲第百七十二條云。關於辨護士公証人及執達史之職務之債權。由其事件終了之時。二年間不行之。因時效而消滅。但其事件中各事項終了之時。經過五年。雖右之期間內。關於其事項之債權消滅。所謂事件終了之時。即訴訟取下時。當事者爲和解時。又裁判言渡時。時效即以此時起算。但事件終了。往往有涉多年者。如裁判確定。從第一審之起訴。迄乎上告之裁判言渡。或涉十餘年。此時尙從本條之規定。則其債權。十餘年尙不消滅。反歸于長期之結果。所以本條更設但書。從事件終了之時。雖不達于二年。若從事件中各事項終了之時。經過五年。即爲消滅。蓋欲早完成其時效也。所謂事件中之各事項。蓋其事項。雖包含于一事件中。而能成爲特立之債權。例如訴訟。有第一審第二審及上告。凡各辯護士之代理行爲。即其訴訟中之各事項也。

乙第百七十三條云。揭于左之債權。因二年間不行之而消滅。

一 生產者卸賣商人及小賣商人。其賣却產物及商品之代價。

二 關於居職人及製造人之仕事之債權。

三 關於生徒及習業者之教育衣食及止宿之代料之校主熟主教師及師匠之債權。

一 生產者卸賣商人及小賣商人。其賣却產物及商品之代價。此項爲供給日用品之債權。不外彼賣掛代金。（即中國之賒賬。）必具備二條件。（一）債權者爲商業。此言賣物之人。不問其爲生產者。與卸賣商人。及小賣商人。惟限于商業上所賣者。凡非商人賣物。及商人於其營業外賣物。本項不包含之。例如吳服商賣書畫。飲食賣商刀劍。則其債權。仍用第一百六十七條第一項之原則。（二）債務者爲消費。此言買物之人。祇限於自己需用之場合。故由生產而卸賣。由卸賣而小賣。及其他商人相互間爲商業上之賣買。不包含之。例如吳服商買自己飲料之酒。飲食商買自己裝飾之服。皆不能用本項之規定。

二 關於居職人及製造人之仕事之債權。所謂居職人。通例不應他人之招僱。但

在家應諸客之注文。如染工縫工彫刻師理髮師之類是也。凡應他人之招僱。常服業於外者。不在此限。所謂製造人。指設大工場爲製造者。僅受一人一家之注文。而爲一物一品之製造。如靴屋建具屋指物屋之類是也。凡商人賣捌者。不在此限。所謂仕事之債權。不僅指勞力之賃金及立替金。凡關於仕事之材料之債權。亦包含之。

三關於生徒及習業者之教育衣食及止宿之代料之校主塾主教師及師匠之債權。此項債權。限於從教育之關係而生者。如月謝金及寄宿舍之代料是也。凡屬普通下宿營業者。不在此限。所謂教師及師匠。指學問技術遊藝一切師弟關係之總稱。即工商業之親方與徒弟。亦包含之。

其他二年之時效。

一第四百二十六條云。第四百二十四條之取消權。自有取消權者。知取消之原因時。二年間不行云。因時效而消滅。

二商法第四百十七條云。保險金額支拂之義務。經過二年。保險料支拂之義務。經過

一年時。因時效而消滅。

三第三百九十五條云。第三百九十七條。第三百九十九條。至第四百一條。第四百三條第一項。第四百五條。第四百七條。第四百十條。第四百十一條。第四百十七條。第四百十八條之規定。生命保險準用之。

此外可參照者。

一第七百八十四條第三項云。父母取消子女婚姻權。自婚姻屆出之日。經過二年而消滅。

二第八百五十七條第二項云。父母取消子爲人養子權。準用第七百八十四條之規定。

三商法第六十六條云。社員出資之減少。不得以之對抗會社之債權者。但于本店之所在地。爲其登記後。二年間債權者對之而不述異議時。不在此限。

四商法第一百五十四條云。前條所定讓渡人之責任。記載讓渡于株主名簿後。經過二年時消滅之。

第七項 一年之時效

一年時効之債權。最重要者。第一百七十四條云。揭于左之債權。一年間不行之。因而消滅。

一 以月又比月短之時期。所定僱人之給料。

二 勞力者及藝人之貸金。並其供給物之代價。

三 運送費。

四 旅店料理店貸席及娛遊場之宿泊料飲食料席料木戶錢消費物代價。並立替金。

五 動產之損料。

一 以月又比月短之時期。所定僱人之給料。所謂僱人。其業務爲生活上必要之使

役。如番頭手代及僕婢之類是也。此種給料。以月又比月短之時期爲定者。不得經過一年。其在月以上者。或以每三月每二季所定之給料。則適用第一百六十九條之規定。

二勞力者及藝人之賃金。並其供給物之代價。所謂勞力者。僅指其供勞力時。一日若干之賃金而言。如工匠。圻工。橐駝師之類是也。至于工匠爲一事之報酬。所有之債權。不包舍于此。仍用第七十條之規定。所謂藝人。以遊藝爲業者。如俳優。藝妓。音樂師之類是也。所謂供給物。係附從其勞力或藝術爲供給者。例如橐駝師之用樹竹。圻工之用壁土。及藝人之使用品皆是也。

三運送費。運送費者。對於運送人及運送取扱人之報酬也。凡車夫及汽船鐵道各會社之債權。皆包舍之。運送費常于託運送時支拂之。然亦有支拂于運送終了時者。各從其習慣也。

四旅店料理店貸席及娛遊場之宿泊料飲食料木戶錢消費物代價。並立替金。所謂貸席。待合貸座敷之類是也。所謂娛遊場。劇場玉突場見世物場之類是也。所謂消費物。在劇場供給薪炭。在料理店供給烟草之類是也。所謂立替金。于旅店立替車代。于料理店立替藝人之賃金是也。此種債權之起算點。以去旅店料理店時爲通例。

五動產損之損料。凡書籍衣服車馬之類皆是。此種權債。以其動產還返之時起算。其他一年之時効。

一第千四百四十五條云。滅殺之請求權。在遺留分之權利者。當及相續開始爲滅殺。自知有贈與或遺贈之時。因一年而消滅。

二商法第三百二十八條云。運送取扱人之責任。荷受人由受取運送品之日。經過一年。因時効而消滅。

三商法第三百二十九條云。運送取扱人之委託者。或對於荷受人之債權。經過一年。因時効而消滅。

四商法第三百五十六條云。場屋主人。返還寄託物。或客持去携帶品後。經過一年。因時効而消滅。

五商法第三百七十四條云。對於債務者其他之裏書人之質入證券。所持人之請求權。由辨濟期一年間不行之。因時効而消滅。

六商法第三百八十三條云。因寄託物之滅失或毀損。而生倉庫營業者之責任。由出

倉之日。經過一年。因時効而消滅。

七商法第四百十七條云。經過保險金額支拂之義務二年。保險料支拂之義務一年者。因時効而消滅。

八商法第四百三十三條云。生命保險。準用第四百十七條之規定。

九商法第五百七十五條云。船長對於船舶所有者之債權。經過一年。因時効而消滅。十商法第五百八十九條云。第五百七十五條之規定。海員之債權。準用之。

十一商法第六百十八條云。船舶所有者。對於傭船者。荷送人之債權。經過一年。因時効而消滅。

十二商法第六百三十九條第一項云。第三百五十條第三百五十一條第一項。第五百九十一條。第五百九十二條。第六百十四條。及第六百四十八條之規定。海上之旅客運送。準用之。

十三商法第六百五十一條云。因共同海損。或船舶衝突所生之債權。經過一年。因時効而消滅。

此外豫定期間。有可參照者。

一 第二百一條云。占有保持之訴。妨害所存之間。又其止後。一年內要提起之。但因工。事而生損害。占有物之場合。由其工事着手之時。經過一年。又其工事之竣成時。不得提起之。

二 第二百三十四條第二項云。有違前項之規定。爲建築者。鄰地之所有者。得禁止之。又得變更之。但由建築着手之時。經過一年。或其建築之竣成後。但得爲損害賠償之請求。

三 第二百四十條云。遺失物者。從特別法之所定爲公告後。其一年內不知所有者時。拾得者取得其所有權。

四 第五百六十四條云。定于前條之權利。買主爲善惡者。自知其事實時。買主爲惡意者。自契約之時。一年內要行使之。

五 第五百六十六條第三項云。于前二項之場合。契約之解除。或損害賠償之請求。買主自知其事實時。一年內要爲之。

六第五百七十條云。賣買之目的物。隱有瑕疵時。準用第五百六十六條之規定。但強
制競賣之場合。不在此限。

七第六百條云。違反契約之本旨。因使用或收益所生損害之賠償。及借主出費用之
償還。由貸主受返還時。一年內要請求之。

八第六百二十三條云。第六百條之規定。貸借準用之。

九第六百三十七條云。前三條所定瑕疵修補。又損害賠償之請求。及契約之解除。由
引渡仕事之目的物時。一年內要爲之。

十第六百三十八條第二項云。工作物因前項之瑕疵。而滅失或毀損者。注文者由其
滅失或毀損之時。一年內要行使第六百三十四條之權利。

十一第八百十六條云。因第八百十三條第一號至第八號之事由。離婚之訴。有提起之
權利者。自知離婚之原因事實時。經過一年後。不得提起之。

十二第八百七十條云。因第八百六十六條第一號至第五號及第八號之事由。離緣
之訴。有提起之權利者。自知離緣之原因事實時。經過一年後。不得提起之。

十二第八百七十一條云。因第八百十六條第六號之事由。離緣之訴。爲養親者。自知養子之復歸時。經過一年後。不得提起之。

十三商法第三十二條第三項云。定於前項之權利。主人自知其行爲時。二週間不行之者消滅之。自行爲之時。經過一年時亦同。

十四商法第三十八條第二項云。第三十二條第二項及第三項之規定。代理商違反前項之規定時。準用之。

十五商法第六十條第三項云。定於前項之權利。他之社員之一人。自知其行爲之時。二週間不行之者消滅之。自行爲之時。經過一年時亦同。

十六商法第七十五條第三項云。定於前項之權利。監查役之一人。自知其行爲之時。二個月間不行之者消滅之。自行爲之時。經過一年時亦同。

十七商法第六百八十五條第一項云。船舶債權者之先取特權。其發生後。經過一年時。消滅之。

甲第一千二十二條第二項云。相續人爲承認或拋棄之請求權。自得爲追認之時。六個月間不行之。因時效而消滅。

乙商法第四百四十三條云。「引受人或約束手形之對於振出人之債權。由滿期日。經過三年。所持人對於其前者之償還請求權。由支拂拒絕證書作成之日。經過六個月。裏書人對於其前者之償還請求權。由爲償還之日。經過六個月。因時效而消滅。」此條規定關於手形流通者。凡手形流通。必加裏書。如甲以手形轉之于乙。必書明某日及乙之氏名。乙即裏書人。甲即其前者。支拂拒絕證書者。如手形係銀行券。乃銀行不承認。而以證書與之是也。

此外豫定期間。有可參照者。

一第二百四十一條云。埋藏物。從特別法之規定。爲公告後。六個月不知其所有者時。發見者取得其所有權。但于他人之物之中發見埋藏物者。發見者及其物之所有者。折半取得其所有權。

二第七百八十二條云。違反第七百六十七條之規定爲婚姻者。前婚之解消。若由取

消之日經過六個月。又女子再婚後已懷胎時不得請求其取消。

三第七百八十四條第一號云。爲同意有權利者。知有婚姻後。又發見詐欺及免強迫後。經過六個月時。取消權消滅。

四第八百五十五條第一項云。違反第八百四十條之規定爲緣組者。由養子又其實方之親族。得請求裁判所取消。但管理之計算已終後。養子爲追認。又經過六個月時。不在此限。

五第八百五十七條第二項云。第七百八十四條之規定。前項緣組之取消準用之。

六第八百五十八條第二項云。前項之取消權。當事者知婚姻之無効。又知其有取消之事實後。經過六個月。又拋棄其取消時。消滅之。

七第八百五十九條云。第七百八十五條及第七百八十四條之規定。緣組準用之。但第七百八十五條之期間。要有六個月。

八第八百七十三條第二項云。因第八百六十六條第九號之事由。離緣之訴。當事者知離婚或知婚姻有取消之事後。經過六個月。又拋棄離緣請求之權利時。不得

提起之。

民法總則終

校勘表

頁	行	目錄	誤	正
一	七	胎兒	胎兒	五九 一
七	八	第二項	第三項	六二 一
七	九	意志	意思	六三 一
六	八	權力	意思	六四 一
一	六	第四項	權利	六五 一
二	七	代在	代理	六六 一
二	七	令用	今用	六七 一
二	九	有償行爲	有償行爲	六八 一
二	九	舊西領	舊西領	六九 一
二	九	外國人有之	外國人享有之	七〇 一
二	九	憲法所	憲法所載	七一 一
二	九	內國川	內國用	七二 一
二	九	蓋欲收回治 外法權	蓋欲撤退領事裁判 爲隱居	七三 一
二	九	爲隔居	爲隱居	七四 一
二	九	區裁所	區裁判所	七五 一
二	九	効力	効力	七六 一
二	九	効力	効力	七七 一
二	九	効力	効力	七八 一
二	九	効力	効力	七九 一
二	九	効力	効力	八〇 一
二	九	効力	効力	八一 一
二	九	効力	効力	八二 一

準禁治產治
原因

須于手
遷徙

法商法
田廬

成被告
或被告

判事訴訟
刑事訴訟

裁判管轄
裁判管轄

物存之在
物之存在

定規
規定

危險
危險

惟名稱理事
惟名稱事務

務所理事
所理事

故將認之
故當認之

行政區域畫
行政區域

治人同等
法人同等

附于商事
限于商事

一五七	一一	意志衰示	逐一
一五七	一一	意志表示	逐一
一四九	六	甲結契約	探此
一四九	六	乙亦欲與	探此
一四五	四	無契約也	訂明
一四五	四	無契約也	訂明
一四〇	七	九十三條	職務
一四〇	七	九十三條	職務
一三七	七	與法律	規定
一三七	七	與法律	規定
一三〇	五	而遺返	管轄
一三〇	五	而遺返	管轄
一二八	八	承諾	不特定
一二八	八	承諾	不特定
一一	九	行必得	必得
一一	九	行必得	必得
一一	九	此力不完	此方不完
一一	九	此力不完	此方不完
一一	九	而遺返	而返還
一一	九	而遺返	而返還
一一	九	以感人	以感人
一一	九	以感人	以感人

一六三	六	遺人特物	命令法
一六三	六	遺人特物	命令法
一七三	八	影響	影響
一七三	八	影響	影響
一七五	二	歧異	歧異
一七五	二	歧異	歧異
一七六	二	於他人	於他人
一七六	二	於他人	於他人
一七八	六	認與拒	認與拒
一七八	六	認與拒	認與拒
一八二	五	帝不能	常不能
一八二	五	帝不能	常不能
一九〇	四	明示點示	明示點示
一九〇	四	明示點示	明示點示
一九二	六	與爾	與爾
一九二	六	與爾	與爾
一九三	二	爲與條件	爲無條件
一九三	二	爲與條件	爲無條件
一九三	二	決能	能決
一九三	二	決能	能決
一九三	二	意思	意思
一九三	二	意思	意思
一九三	二	條件	條件
一九三	二	條件	條件
一九四	八	隨意	隨意
一九四	八	隨意	隨意
一九四	八	條件	條件
一九四	八	條件	條件
一九五	三	若不	若不
一九五	三	若不	若不
一九五	三	不以害	不以害
一九五	三	不以害	不以害
一九七	一	不確定	不確定
一九七	一	不確定	不確定
一九七	一	行其事	行其事
一九七	一	行其事	行其事
一九七	一	享有者	享有者
一九七	一	享有者	享有者

一九八	三	指定	指定
	五	不尙	不肖
	二三	共効力	其効力
二〇二	一二	盈朒	盈朒
	一三	歧異	歧異
二〇三	五	犯罪考	犯罪者
	一〇	未日	未日
	一一	未日	未日
二〇四	七	朔日	朔日
二〇五	四	短其	短期
	七	共通共	共通
	九	採用	採用
	一二	遂一	遂一
二〇七	一	推認爲方法	惟認爲方法
	四	義務何	義務者
二〇八	五	謂得不	謂不得
	一一	不良	不良
二一一	七	援川	援用
二一二	二	意思	意思
二二三	二	貨借	貨借

	六	既尙	既往
	七	財團	財團
二二五	二	普通	普通
二二六	一三	代理	代理
	七	時間	時間
二二八	一三	關手	關于
	六	新民不	新民法不
二二九	四	不問	不問
二三〇	二	百五八十	百五十八
二三一	〇	專指	專指
二二二	七	婚姻	婚姻
	三	裂判	裁判
二二四	六	意	意思
二二五	七	經過	經過
	三	適法之得取	適法之取得
	六	奪去之謂	奪去之謂
二二六	九	他人妨礙	他人妨礙
二二七	一	皆權于此	皆準此
二二八	二	取得時	取得時效
二二九	六	追認	追認

二二一 平穩且公然
二二三 遽加累債
二三五 產婆

六 六 九
六 六 九
六 六 九

平穩且公然
遽加累積
產婆

民法財產編上總論及物權目次

總論

第一節 占有	一
第一款 總論	一
第二款 占有之取得	四
第三款 占有之効力	八
第四款 占有之消滅 附準占有	一七
第二節 共有	一八
第一款 共有之原因	一九
第二款 共有之効力	一九
第三款 共有之分割	二四
第四款 入會權	二七

第三節 財產權之種類……………二八

物 權

第一章 總 論……………三〇

第一節 物權之定義……………三〇

第二節 物權之設定……………三〇

第三節 物權之設定移轉……………三一

第四節 物權之消滅變更……………三四

第五節 物權之範圍……………三八

第二章 所有權……………三九

第一節 所有權之界限……………三九

第一款 所有權之定義……………三九

第二款 所有權之範圍……………四〇

第三款	所有權之區分	四〇
第四款	所有權之鄰地權	四一
第二節	所有權之取得	四七
第一款	先占	四七
第二款	遺失物權拾得	四七
第三款	埋藏物權發見	四八
第四款	添附	四九
第三章	地上權	五二
第一節	地上權之定義	五二
第二節	地上權之義務	五二
第三節	地上權之存續期間	五三
第四節	地上權消滅之結果	五四
附永賃借地權		五四
第四章	永小作權	五六

第一節	永作權之定義	五六
第二節	永小作權之權利	五六
第三節	永小作權之義務	五七
第四節	永小作權之存續期間	五八
第五章	地役權	五九
第一節	地役權之性質	五九
第二節	地役權之設定	六二
第三節	地役權之効力	六三
第四節	地役權之消滅及其原因 附入會權	六五

民法財產編上

湖南
劉湘陰
雷彭光
宇光璜
纂輯
原編

總論

第一節 占有

第一款 總則

第一項 占有之定義

占有權者。謂以爲自己之意思。因所持之物而取得之。（見日本民法第一百八十條。）其中有二要義。一心素。即爲自己之意思也。二體素。即所持之物也。但所持之義甚廣。凡在自己處分範圍之內。可自由使用者皆是。如一室然。雖長廢不居。及其欲居之也。則披鎖而入。如一地然。雖長廢不治。及其欲治之也。則闢草而耕。謂此室此地。非我所持之物不可也。

論占有權之沿革。則羅馬法第六銅表已標出之。特其定義甚狹。蓋必以所有之意思

占有。乃爲有效。後漸進步。凡地役權。地上權。質權。亦準占有。不必純以所有之意思也。中葉以復。法律之精神。愈趨於活潑。不論意思如何。但對於其物有行使權者。即爲占有。日本舊民法採用之。新民法則以有行使權爲準。占有似反不如舊民法之發達。然純用占有之規定。名目雖殊。實際毫無差別。仍不失爲進步也。

占有權之爲權利。爲事實。學說紛歧。莫衷一是。梅博士則確信爲事實。謂特因法律之保護而生出權利耳。日本民法以占有爲權利。故歸之於物權。梅博士以占有爲事實。故統之於財產。

第二項 占有之性質 說分甲至戊

甲 以所有之意思占有及不以所有之意思占有。以所有之意思占有者。排斥他人之權利。而欲自爲其所有者。其利益之範圍廣。故亦謂之自主占有。不以所有之意思占有者。不排斥他人之權利。而但欲享其權利之一部。如地役權質權之類。其利益之範圍狹。故亦謂之容假占有。

乙 善意占有及惡意占有。不知爲他人之物而占有之。於取得之權原上無瑕疵。

謂之善意占有。知爲他人之物而占有之。於取得之權原上有瑕疵。謂之惡意占有。法律上之區別甚嚴。以時効言。則善意者之完成易。而惡意者之完成難。以果實言。則善意者有取得之權利。而惡者負返還之義務。

丙 平穩占有及強暴占有。以暴力奪取他人之物。謂之強暴占有。即自己之物爲他人所占。而以暴力回復之。亦謂之強暴占有。反之者謂之平穩占有。法律以時効予平穩者。而不以時効予強暴者。所以維持社會之安寧也。

丁 公然占有及隱祕占有。能顯示於人者。謂之公然占有。藏匿以避人知者。謂之隱祕占有。取得時効。惟公然者能享之。隱祕者不能也。

戊 繼續占有及不繼續占有。在占有中無間斷者。謂之繼續占有。有間斷者。謂之不繼續占有。如十年時効。中有二三年之間斷。則歸於中斷而不能早完成矣。故時効之利益。惟繼續占有者得享之。

以上所分各種當事者之性質既殊。則法律之適用亦異。裁判之時。必就其證據以研究其性質之當屬何種。乃能下公允之判決。若無證據之時。但無反證。即川推定之法。

日本民法第一白八十六條一項云。『占有者。推定爲以所有之意思占有。而又善意。平隱且公然者。』其二項云。『於前後兩時。有占有之證據。其間以繼續者。推定之。』例如五年之時効。其始一年有證據。其終一年亦有證據。則不論其中間之繼續與否。總以繼續占有推定之。法律之用。純自一面推定者。蓋出於保護占有之意也。

第三項 占有保護之理由

自個人之權利言之。占有者多係舊有之物。否則由正當之權利取來。(如借貸之類。)故法律不得不爲之保護。此一理由也。自社會之秩序言之。占有者即無正當之理由。亦應訴於裁判。所以取回其權利。不得任己意奪以暴力。以擾亂會社之和平秩序。故法律不得不爲之保護。此又一理由也。

第二欸 占有之取得

第一項 原則

占有取得之原則。如日本民法第一百八十條所規定者。(詳前定義中)是。此外由他人承繼來者。亦爲取得之原則。其民法第一百八十二條云。『占有權之讓渡。依

於占有物之引渡而爲之。』蓋讓渡者既有讓渡之意思。讓受者又有引渡之事實。則其占有權成立。故亦爲取得之原則也。

按引渡之義甚廣。不必拘一定之方式。如人有以書讓渡於我之意。而我由郵局取來。雖非親相授要。要不失爲完全之引渡也。又如人有以倉庫讓渡於我之意。但以鎖鑰付我。我得任意啓閉。亦完全之引渡也。

第二項 代理占有 說分甲至戊

甲 普通之代理占有 日本民法第一百八十一條云。『占有權得依於代理人而取得之。』學者於此。議論甚岐。不知占有引渡。亦法律行爲。代理人雖無爲自己之意思。然代理人之意思。即被代理人之意思。其要素非不完全。故代理人之占有取得。即被代理人之占有取得也。法律所以特許之。

乙 簡易之引渡 前條二項云。『讓受人又其代理人。於現在所持之占有物。當占有權之讓渡時。得依當事者之意思。表示而爲之。』夫物既爲讓受人或代理人所持。此時但有讓渡者之意思。即其占有權成立。不必別有引渡之事實。此其所以爲簡易。

也。

丙 占有之改定 日本民法第一百八十三條云。『代理人表示自己占有之物。以後爲本人占有之意思。則本人取得其占有權。』此與簡易占有相對照。彼則其占有物已爲我所持。此則其占有物尙爲彼所持。如或持一時計。對我表示其讓渡之意。此時雖未引渡。而彼已轉爲代理人。則我之占有權即於此取得矣。

丁 代理之移轉 日本民法第一百八十四條云。『依於代理人爲占有之時。本人對於代理人。命其以後爲第三者占有。又得第三者之承諾。則第三者取得其占有權。』例如丙爲甲之代理人。而甲欲將其占有權讓之於乙。依普通手續。應由丙歸之於甲。而甲授之於乙。然過於曲折。取引煩而費用多。故法律所規定。但使甲對於丙。有以後代乙占有之命。乙對於甲。有承認其讓渡之意。則乙之占有權。即爲成立。而丙遂爲乙之代理人矣。

戊 容假占有（亦稱擴充占有）既爲自己占有。同時又爲他人占有。例如借人之物。取來時即爲占有。而同時又爲所有者假之以占有。故爲容假占有。謂容許於人而

假之以占有也。

按借來之物。雖爲完全占有。然不過貸借權而已。所有權尙在他人。故一面爲自己占有。一面仍爲所占者爲有。如欲變爲自己之占有。必有意思表示。或新權原發生。其占有乃能成立。日本民法第一百八十五條云。『於權原之性質上。占有者無所有之意思。非對於使爲自己占有者表示所有之意思。又非因於新權原始以所有之意思占有。則其占有之性質不變。』所謂權原占有。如貸借然。其始本非欲占有。故出於借。忽欲變爲占有。必用一方法。其占有乃爲有效。如對於所有權者表示云。此物原爲我所有。今既貸於我。則我已回復其所有權矣。此權原占有之說也。新權原者。新生出之權原也。如甲借乙物。向所占之丙出而認爲已有。因表示此意思於乙。而使甲認爲代已占有。此因新權原而變其性質之說也。

第三項 占有之承繼

日本民法第一百八十七條一項云。『占有者之承繼人。得從其選擇。或主張自己之占有。或併前主之占有於自己之占有。而主張之皆可。』其二項云。『併合前主之占

有者。其瑕疵亦必承繼之。』占有者之承繼人。即承繼他人之占有者也。是之謂新占有者。法律上特予以選擇權者。因善意占有與惡意占有。其取得之時効不同也。例如不動產之取得時効。善意占有者十年。惡意占有者二十年。前主雖以惡意占有。然已滿十五年。則新占有者但繼續五年。其時効即爲完成。此合併前主之利益也。若惡意之前主。僅占有五年。則非繼續十五年。不能完成。故不如主張自己占有之利益也。

第三款 占有之効力

第一項 占有之權利 說分甲至戊

甲 權利之推定。 自社會普通事實觀之。占有之物。多由貸借或買賣及各種法律行爲取得。以暴力橫領者甚少。故如日本民法第一百八十六條所規定。但無反證。皆以適法者推定之。（詳本節第一款）

乙 果實之取得 說分子丑

子 善意之占有者 日本民法第一百八十九條一條云。『善意之占有者。自占有物所生之果實皆取得之。』善意占有者。其始本信爲自己之物。所收果實多歸

於消費。亦人情之恆。返還占有物之時。并追收其果實。必受意外之損失。法律故以取得之權予之。然敗訴之時。則不在此限。故其第二項規定之云。『善意之占有者。於本權之訴。如敗訴時。自起訴時視爲惡意之占有者。』蓋負返還之義務。而無取得之權利矣。

丑 惡意之占有者 日本民法第一百九十條云。『惡意之占有者。必返還果實。且其既消費及因於過失而被毀損與怠於收取之果實之代價。皆負返還之義務。』惡意者。明知爲他人之物而占有之。則消費毀損及怠於收取。皆負責任。故法律以返還制裁之。

丙 權利之取得 權利之取得。謂之即時時効。亦謂之瞬間時効。與普通時効不同。即時而有効力者也。日本民法第一百九十二條云。『平隱且公然始爲動產之占有者。若善意且無過失。即時取得行使於動產上之權利。』動產取得時効。本以十年爲原則。此獨主張即時取得者。蓋動產爲極不確定之物。自甲授之。乙授之。丙終無定主。若輾轉相承之後。忽有意外之人。主張權利於其上。則商業及其他一切取引。皆不

安全。甚有妨於社會經濟之發達。故無論何國之立法。皆設多少之特例。使有占者速取得其權利。日本新民法即如此。然有二例外。不適用此原則者。

一 盜品及遺失物。日本民法第九十三條云。『於前條之情形。若占有物係遺失物及盜品。則被害者及遺失主。自盜難及遺失時起。二年間。對於有占者。得請求其物之回復。』蓋善意有占者。固應保護。而真權者。亦有應保護之時。被盜與遺失。皆悖其本心。因此而令其遽失權利。不免於酷。然請求之期。若過於長。仍有害於取引之安全。法律許其請求。而又限以二年。可謂兩盡矣。

夫既許權利者。以請求之權。則占有者終不免損害之虞。故日本民法第九十四條。特規定之云。『占有者。或由於競賣。或於公之市場。或自販賣其物。與同種物之商人。以善意。買受盜品及遺失物時。被害者及遺失主。非償還其所拂之貸價。不得取回其物。』蓋占有者。不知其由來。若許其不償代價。而取回之。不獨於占有者不利。即社會之取引。亦有危險之虞。故特以此條救前條之弊。

二 家畜以外之動物。日本民法第九十五條云。『占有他人家畜以外之動物。

其占有之始爲善意。且自逃失時一月內不受飼養主回復之請求。取得行使於動物上之權利。』據前第一百九十二條之例。則家畜亦有即時時効者。而以外之動物。獨限以一月者。以家畜性與人習。往來常在近地。逃逸時易於追尋。若任他人占有。實係物主之怠慢。以外之動物。野性難馴。追捕非易。若以即時時効予占有者。則飼養主速失其所有權。實失之酷。故法律以一月之期保護之。

丁 費用之請求。占有之費用。共分三種如左。

一 必要費。日本民法第一百九十六條一項云。『占有者返還占有物之時。得使回復者償還爲保存其物所費之金額及其他之必要費。但占有者取得果實。通常必要之費。屬其負擔。』必要費有通常臨時二種。臨時必要費。如因天災地變而加修繕以保全之諸費是也。回復者應償還之。通常必要費。如因取果實所生出之費用是也。占有者既取得其果實。當自負擔之。

二 有益費。此亦法律所當保護者。前條二項云。占有者爲改良。『占有物所費金額及其他之有益費用。其價額之增加於現存之限。從回復者之選擇。得使償其所

費金額。或所增加之價格。但對於惡意占有者。裁判所得因回復者之請求。許與以相當之期限。』凡占有者對於占有物而施改良或有益之費用。其物之價格。必增加。於昔。如占有家屋而爲之改築。占有土地而爲之開闢。其家屋與土地之價。必有增加。惟費用與價格。難成一定之比例。予回復者。以選擇之權。則惡意占有者。不得濫加費用。肆意索取。以妨害其物之返還。其價格增加而必限以現存者。如占有土地而加築建物。返還之時。忽燬於火。則於回復者毫無所益。故不得爲費用之請求。此限於現存之意也。但書所云予以相當之期限者。因惡意占有者。一經回復者之請求。即當返還。不得如善意者。得留置其物以待償還費用也。（參觀日本民法二九五條）

三 徒兀費 非必要又非有益。惟出於占有者之嗜好。回復者絕無利益。此不得向之請求者也。

戊 占有之訴 日本民法第一百九十七條云。『從後五條之規定。得提起占有之訴。爲他人占有者亦同。』占有之訴。以保護占有爲目的。然種類與方法。均極複雜。茲

分三項說明之。

子 占有訴權之種類。 說分天地人。

天 占有保持之訴。 日本民法第一百九十八條云。『占有者之占有物被害時。得依於占有保持之訴。請求損害之賠償。及妨害之停止。』此條所規定。就現在者言。

地 占有保全之訴。 日本民法第一百九十九條云。『占有者之占有有被妨害之虞。得依於占有保全之訴。請求妨害之預防。及損害賠償之擔保。』此條所規定。就未來者言。如占有家屋者。見隣地之建物。勢將傾圮。或請求其改造。或請求因傾圮所損之賠償。使預供相當之擔保是也。

人 占有回收之訴。 日本民法第二百條云。『占有者之占有被奪時。得依於占有回收之訴。請求其物之返還。及損害之賠償。』其二項云。『占有回收之訴。對於侵奪者之特定承繼人。不得提起之。但其承繼人知侵害之事實。不在此限。』此條所規定。就已然者言。物之被奪。或由暴力。或由欺詐。其損害必甚。故不

獨使侵奪者返還其物。且必使賠償其損害也。其有第二項之規定者。蓋法律之精神。以保護現占有之事實爲重要。而善意之第三者亦應保護。故對之不得提起回收之訴。使有意外之虞。惟知情之第三者。則不得受此保護。

丑 占有訴權之行使期間。說分天地人

天 保持訴權之行使期間 日本民法第二百零一條一項云。『占有保持之訴。必於妨害時及停止後一年內提起之。但因工事而生損害於占有物之時。自工事著手時經過一年。又工事成之後。皆不得提起之。』法律以保護現在占有爲主。若經過既久。則新占有者之時効將完成。舊占有者之時効將消滅。且訴訟之時。人證書證均難調查。其爲權利者與否。不易辨識。故提起保持之訴。限以一年。於工事之損害。特設例外者。蓋工事或著手一年。或已竣成。所費之資力必多。無端而拆毀之。於社會經濟上。大有妨碍。不得不縮短期間以保護之。

地 保全訴權之行使期間 前條二項云。『占有保全之訴。得於妨害之危險時提起之。但因工事而有生損害之虞。準用前條但書之規定。』妨害占有之

物。多係舊有者。故得於危險時提起之。若工事則係新建之物。宜早提起。以免財力之虛擲。但書之意。與前項適同。

人。回收訴權之行使期間。前條三項云。『占有回收之訴。必自侵奪時一年內提起之。』其理由與上保持訴權同。故不復述。

寅。占有之訴與本權之訴之關係。日本民法第二百零二條一項云。『占有之訴。與本權之訴。互不相妨。』其二項云。『占有之訴。不得基於關係本權之理由裁判之。』占有之訴。專以保護占有爲主。而不問占有者之爲權利者與否。故雖占有者爲權利者之時。有祇提起占有之訴。而不提起本權之訴（如權利推定。果實取得。即時時效。皆占有者之權利。主張此權利。謂之占有者本權之訴）者。有祇提起本權之訴。而不提起占有之訴者。使占有之訴與本權之訴不得並提。或並提而必待其一方有著落。然後裁判他一方之訴。如此則與保護占有之性質。實相背馳。故雖有舊民法及其他各國法律之反對。新民法終不採之。因右之理由。不得據占有之事實。以斷本權之訴。亦不得基於本權之理由。以決

占有之訴。例如甲占乙所有之不動產。當乙用腕力。自甲追取其不動產時。若甲提起回收之訴。而乙乃至張自己爲眞所有者。欲以制勝於法廷。法律斷不許之。蓋權利者。常蔑視占有者之權利。因不用適法之方法。以提起本權之訴。而自由奪還之。實爲擾亂社會之秩序。且保護占有之意。亦歸於有名無實。而占有之訴。不過爲本權之訴之基礎而已。此本條第二項之所由設也。

第二項 占有之義務

占有之義務。亦因占有者之性質。而殊。日本民法第九十一條云。『占有物歸於占有者之責。事由滅失或毀損之時。惡意占有者。負賠償損害全部之義務。善意占有者。則但於因滅失毀損而現所受利益之限度。負賠償之義務。但無所有之意思。之占有者。雖善意亦必爲全部之賠償。』此條所規定。別爲三種。皆以占有者之性質爲準。(一)惡意者。負賠償全部之義務。出於裁制之意也。(二)善意者。但於現所受利益之限度。負賠償之義務。例如占有家屋。而僅利用其磚石。占有山林。而僅採伐其竹木。則但負返還竹木磚石。或其代價之義務。於山林家屋之損害。不任其責。

此純出於保護占有之精神。(三)無所有之意思者。如地上權、地役權、賃借權之類。信其爲他人之物。而任意毀損滅失。雖善意者亦不得保護之矣。此但書之意也。

第四款 占有之消滅 說分甲乙

甲 原則 日本民法第二百零三條云。『占有權因占有者拋棄占有之意思。及失占有物之所持。而消滅。但占有者提起占有回收之訴。不在此限。』占有之要素有二。(一)爲自己之意思。所謂心素是也。(二)所持之物。所謂體素是也。二者缺一。則要素不全。占有權因而消滅。但既提起回收之訴。則心素體素均復完備。無可消滅之原因矣。

乙 代理占有之消滅 據日本民法第二百零四條所規定。凡依於代理人爲占有。其消滅之原因有三。(一)本人拋棄使代理人占有之意思。(見第一項)(二)代理人對於本人表示占有物。爾後爲自己或第三者所持之意思。(見第二項)(三)代理人失占有物之所持。(見第三項)第一種與第二種爲心素之消滅。第三種爲體素之消滅。實與占有者之滅消同一精神。然與代理權之消滅。則不可混。日本民法第二百零四條二項云。『占有權不因代理權之消滅。而消滅。蓋代理與占有。雖同在

一人。而性質則各殊。故也。

附準占有

準占有者。不必所持之物。但有爲自己之意思。而行使其權利之謂也。日本民法第二百零五條云。『本章之規定。以爲自己之意思。而爲財產權之行使者。準用之。』本條之義。包括甚廣。一切財產權。皆在其中。惟所有權、地上權、永小作權、質權、留質權、使用貸借權、賃借權。不在其範圍之內。以其皆以所持爲主要也。其餘若地役權、先取特權、抵當權、及財產權中之一般專用權。如著作權、特許權、意匠權、商標權之類。皆不必爲其所持。而可行使權利者。例如地役權之井。雖非我所持。而可行使汲水之權。著作權之出版。雖非我所持。而可行使登錄之權是也。既準占有。則凡占有之規定。如權利之推定。果實之取得。訴權之行使。皆準用之。但性質之不相容者。則不在此限。如日本民法第一百九十一條至第一百九十五條。皆爲占有動產者所特定。於債權及一切不必所持而可行使權利之財產權。皆無所用之。其餘則無甚差異也。

共有者。數人而共有一財產之謂也。日本民法。置共有於所有權之末。因必有所有權而後有共有也。然第二百六十四條云。『本節所規定。數人而有所有權以外之財產。準用之。』觀此則共有不限於所有權也。茲故列之於總則中。其但書所云。法律上有別段之規定者不在此限。例如鑛業條例中。亦有共有之規定是也。故不適用此法。茲編所述。惟就民法之範圍言之。

第一款 共有之原因 說分甲至丁

甲 相續 家族遺產。相續者有數人。未分割時。則其財產爲數人之所共有。又家督遺言。以財產之一部。贈於他人。則其未引渡時。亦爲共有之財產。

乙 組合 凡以數人之資財。聚合而營一事業。亦爲共有之原因。

丙 夫婦財產 據日本民法。其夫婦財產各別。若締結合一之契約。其財產即爲共有。然近日慕歐風者。不結契約而通同共有。漸成習慣矣。

丁 共同契約 例如買賣然。以買主數人而結共有契約。亦共有之原因也。

第二款 共有之効力

第一項 共有之權利 說分甲至戊

甲 權利之範圍。日本民法第二百四十九條云。『各共有者於共者物之全部。得應其持分而使用之。』關於此事。無論何國。學說紛歧。日本特以法律定明之。無容異議。蓋共有者。必對於共有物之全部有使用之權利。若僅能使用其一部分。則顯然分割。而失共有之性質矣。然使用之權利。雖在全部。而範圍之大小。則不可不劃其界限。例如一地。爲甲乙二人所共有。但甲爲三分之二。乙僅三分之一。其持分各殊。故耕種則甲爲二年。乙爲一年。果實則甲爲二分。乙爲一分。此應其持分之說也。

乙 持分之推定。日本民法第二百五十條云。『共有者之持分。推定爲相均者。』凡共有者無明定之契約。既無確證。又無反證。則不得以相均者推定之。以免爭議。然法律上有已經定出者。則不在此限。其第一千零四條云。『同順位之相續人有數人時。各人之相續分爲相均者。但直係卑屬有數人。則庶子及私生子之相續分。爲嫡子二分之一。』此一例也。又組合之持分。以出資多少爲差。如甲出資五千元。乙出資三千元。丙出資二千元。則其持分甲得十分之五。乙得十分之三。丙得十分之二。如第

六百七十四所規定。又一例也。

丙 權利之行使。說分子丑

子 處分權。日本民法第二百五十一條云。『各共有者非有他共有者之同意。不得加變更於共有物。』變更如變水田爲早田。變畑地爲池沼之類。此等處分。必得他共有者之同意。不得獨以己意行使之。

丑 管理權。管理有廣狹二義。就廣義言。則處分亦在管理之中。就狹義言。則處分在管理之外。狹義如日本民法第一百零三條所規定是也。廣義則如二百五十二條所規定是。其條文云。『共有物之管理。除前項外。從各共有者持分之價格。以其過半數決之。但保存行爲。各共有者皆得爲之。』管理必取決於資本過半數者。不欲使權利多者受損害也。至保存行爲。人人有應盡之責。故但書特規定之。

丁 權利之膨脹。日本民法第二百五十四條云。『共有者之一人。拋棄其持分。及無相續人而死亡之時。其持分歸屬於他人之共有者。』例如甲乙丙三人。共有一物。甲或拋棄其持分。或死亡而無相續人。其持分即歸於乙丙二人。凡無主物應歸何人。

法律皆有一定之規定。動產歸先占者。不動產及相續財產歸於國庫。蓋動產可以先占。先占者即爲所持。因而歸之。則不致別啓爭端。不動產不能爲人先占。易於侵奪。相續財產。既無人先占。又不爲人所持。故皆歸之於國家。以免爭持。且財產無人管理。易歸消蝕。經濟上受無形之損害。國家不能不干涉之。然以上皆爲全無所屬者言之。若既有共有者。則他人斷無踰分而占有之理。是先占無過共有者。且歸入國家。意在弭爭而已。既有代受權利之人在。則國家亦無容干涉。以其持分歸於他之占有者。適爲至當之法。且共有物之管理處分。皆必得數人之同意。甚多遲滯。其於社會之經濟。不無妨碍。故法律亦希望共有之漸歸於合一。而特許其權利之膨漲。此又一理由也。

第二項 共有之義務 說分甲乙丙

甲 費用之負擔 日本民法第二百五十三條一項云。『各共有者必應其持分而拂管理之費用及擔任其他之費用。』其二項云。『共有者於一年之內。不履行前項之義務。他之共有者。若拂相當之償金。得取得其持分。』共有者既享共有之權利。即應盡共有之義務。如修繕（屬管理）公課（屬其他之費用）之類。應如其持分之

額而負擔其責任。若不設以裁制。則狡詐者得放棄義務。於共有物之保管處分。均有妨碍。實全體之不利也。故但書特規定之。他之共有者。拂其償金。即取得其特分。則一人雖不盡義務。而他人得代盡義務。共有物之一切行爲。庶乎安全矣。

乙 特約之債務。特約債務者。謂基於特別契約而生出之債務也。種類甚多。不能類舉。故民法亦未規定。茲舉例以明之。如共有一屋。約定各居其半。共有一馬。約定各乘一日。則自所居之地。與所乘之日。生出之債務。應負擔之。又如因管理之利便。約定各管理一部分。則自其部分內所生之債務。亦應負擔之。

丙 對於特定承繼人之債務之効力。日本民法第二百五十四條云。『共有者之一人。因共有物而對於他共有者有債權。對於其特定承繼人。亦得行使之。』如甲乙共有一物。自此物所生出之費用。甲獨負擔之。則甲對於乙爲有債權。若乙賣其特分於丙。則甲對於丙。仍得行使其債權。以普通債權論之。甲對於乙之債權。不能行使於第三者之丙。然自共有物生出之債務。則於特定承繼人有密接之關係。雖爲第三者。實與相手方無異。以既繼受其權利。即應承當其義務故也。法律所以特定之。

第三款 共有者之割 說分甲至戊

甲 共有分割之原則 日本民法第二百五十六條一項云。『共有者無論何時得請求共有物之分割。但不妨爲不超過五年不分割之契約。』其二項云。『此契約得更新之。但其期間自更新之時起算。不得超過五年。』共有物之管理處分。均有不便。國家之經濟。亦受其影響。法律望其速爲分割。故特設此條。有請求分割者。無論全體與一人。皆即時許之。但共有物之性質。有不利於速分者。若概從一二人之請求。恐將累及全體。故許爲預防之契約。然爲期太長。實與限制分割無異。故特定五年之期間。倘經過此期。尙不利於分割。可結新約。再增五年。其計算之法。以結約之日爲始。例如二年後結約。再加五年。則合前所約之二年在內。亦祇得七年。若俟前約五年經過後。然後進行。則法律所不許也。

乙 分割之方法 日本民法第二百五十八條一項云。『分割之時。共有者之協議不調。得請求於裁判所。』其二項云。『於前項之情形。不能以現金分割。及因分割而有損價格之虞。裁判所得命其競賣。』協議不調。例如相續財產。其中有動產。有不動產。

有公債。分割難於公允。故許其請求裁判所。以免紛爭。第二項所規定。例如三畝之田。三人分之。每人各得一畝。其地甚狹。不適耕作。即價值亦爲之低落。則裁判所得命之競賣。而分其貸價。

此外尙有特別之規定。其第二百五十九條一項云。『共有者之一人。對於他之共有者。有關於共有物之債權。當分割之時。得以當歸於債務者之部分爲其辨濟。』例如甲乙二人。共有一物。甲未拂修繕金額。乙爲代出。分割之時。得從甲之持分內。扣出此費以償乙。然後分割。此分割之特例也。其二項云。『債權者爲受右之辨濟。其應歸於債務之部分。有必要賣卻之時。得請求其賣却。』此又一特例也。

丙 分割之參加 日本民法第二百六十條一項云。『對於共有物有權利者。及各有者之債權者。得以自己之費用。參加於分割。』其二項云。『依於前項之規定。不拘有參加者之請求。不待其參加。而爲分割。其分割不得以對抗於請求參加者。』對於共有物既有權利之關係。則分割時不保無損害之虞。例如地上權、地役權、永小作權。皆有利害之關係者。故特予參加權以保護之。共有者之債權者。恐債務者因分割而

受損害。則影響將及於己之債權。故亦許其參加。若共有者不待其參加而擅自分割。其中必有欺隱之弊。故以不得對抗裁判之。此第二項之意也。

丁 關於分割共有者間之擔保義務。日本民法第二百六十一條云。『各共有者付於他之共有者。因分割而得之物。與賣主同應其持分而任擔保之責。』本條定共有者間擔保之義務。例如甲乙丙爲共有者。或甲之部分。由乙丙讓渡。或乙丙之部分。由甲讓渡。此同於買賣及其他之雙務契約。各共有者對於他之共有者之持分部分。負讓渡之義務。此擔保責任之所由來也。其擔保之種類有二。一爲追奪擔保。於買賣上最多。如甲買乙物。而丙追認之。是謂追奪。非有擔保。則買賣不能安全。一爲瑕疵擔保。亦惟買賣最多。賣主必須擔保至一定之期間。在共有者間。如有九千圓之財產。三分之各得三千元。若甲之持分被追奪。則乙丙應自其持分內。各以千元與甲。此擔保之法也。

戊 分割之證書。日本民法第二百六十二條四項云。『證書之保存者。必應他之分割者之請求。俾得使用其證書。』此定保存後之効用者也。若定孰爲保存之人。則

必先論共有物之性質如何。如共有物爲家產。或得家屋。或得山林。或得債權。則各應保存其家屋山林債權之證書。故其第一項特定之云。『分割了結之時。各分割者關於所得物之證書必保存之。』然共有爲一物之時。則不適用此規定。茲分二種以明之。(一)不均一者。如甲乙丙共分一物。甲得四分之一。乙丙各得四分之一。則其物之證書。應歸甲保存。因其持分多也。故其第二項特定之云。『關於共有者一同或其中數人分割物之證書。受其物之最大分部者。須保存之。』(二)均一者。此或由協議。或由裁判所判定。故其第三項特定之云。『於前條之情形。無受最大之部分者。則以分割者之協議。定證書人保存。若協議不調。則裁判所指定之。』

第四款 入會權

入會權者。對於同一物上。以共有之意思。而行使其權利之謂也。例如對於他人之山林。以一定之條件。而有或伐樹木。或掃落葉。或刈草茅等之權利。是具有二義。一純然共有。一地役權。以廣義言之。皆爲共有。但有地役權性質者。規定於第五章地役權中。茲但就屬於第一種者言之。其範圍固甚狹也。日本民法第二百六十三條云。『有共

有性質之入會權。除從各地方之習慣外。適用本節之規定。蓋日本入會之事甚多。風俗習慣。各地不同。若一一規定之。必戾於人民自由之意思。故有習慣者。任從習慣。無慣習者。乃用本條之規定。

第三節 財產權之種類

凡財產權有三種。即物權。債權。無形財產也。物權債權。另詳本論中。茲但舉無形財產之大概言之。其類凡七。

一 著作權。共分五種。(一)文藝。以小說爲主要。(二)學術。凡一切學術之著作皆是。(三)美術。即書畫彫刻娛人耳目之類。(四)發行。頒布陳列。使人周知。如書籍發行。報章便覽之類。(五)複製。即翻刻也。

二 特許權。凡於工業上及其他一切物品之製造使用販賣等。或造出新機。或發明新法。皆可請求特許權。

三 意匠權。凡於工業之物品。從形狀模樣彩色結合上。發明裝飾之法。以改良物品之外觀者。得請求意匠權。

以上三項。不獨本人能享之。即付之相續人及讓與他人皆可。

四 商標權。以特定之文字及圖形記號。標示其商品之出於何地。發明於何人。販賣於何所。謂之商標。因此而專一使用。他人不能侵犯。謂之商標權。在當時可任意爲之。既定之後。非并商業承繼之。則不能襲用。此其與前項不同之點也。

五 商號權。商業者用以表示商業上之人格。而使用其名號。以爲商業之信用。謂之商號權。日本商法第十六條云。『商人得以名氏及其他之名稱。爲商號。』其所規定。即商號權也。

六 漁業權。漁業權有三種。(一)定置漁具。以漁具安置一地。隨時可以收取。(二)區畫水面。分一水面爲數人共有。以竹木標識之。(三)專用水面。畫一水面爲一人所獨有。夫漁業者。若以廣義言。則凡人皆有此權。而就狹義言之。則不外此數種。七 道錢權及橋錢權。凡道路橋梁。本應由國家及地方團體。築造修繕。但偏僻之地。爲公力所未及者。許私人設造。而予以收費之權。

又外國法有所謂渡船錢者。列號於河岸。有一定之人。及一定之舟。以濟行人。而收

其費用。他人不能與爭。謂之渡船錢。日本雖有過渡錢。然未嘗限定人地。而以警察干涉之。此特政治上之事。法律未曾規定。故不得爲財產權。

案以上七種。其在日本。自明治三十二年。至明治三十六年。皆已設特別法規定之。而道錢權及橋錢權。則在明治四年。已宣布其法。取而觀之可也。

物權

第一章 總論

第一節 物權之定義

物權者。謂於法律範圍之內。得直接於物之上。而施自己之行爲也。例如一物焉。或保存。或破壞。或變更。他人皆不能干涉。此直接而施行爲之說也。然施自己之行爲。而有妨於他人之權利。則法律所不許。此限以範圍之意也。

第二節 物權之設定

日本民法第一百七十五條云。『物權除定於本法及其他之法律外。不得創設。』債

權僅可對抗債務者。而物權則可對抗第三者。若任意創設。於取引信用。均有妨碍。例如抵當權。惟不動產有之。若以設定於動產。則買賣之際。買主易因過失而受損害。此其害之及於取引者。且債權者信債務者動產之多。以爲有償還之資力。而任意借與之。若及辨濟時。而爲抵當權者所先取。則債權者必受不意之損。此害之及於信用者。又如有山林者。設定任意砍伐樹木之權。有田畝者。設定隨時畜牧牛馬之權。不獨個人之所有權。不能安全。即公共經濟。亦受其影響。以上諸弊。皆無善法可以防之。故限定不得不若是之嚴也。

按條文所謂其他之法律。所包甚廣。如礦業權。民法雖未規定。而鑛業條例。既經設定。則亦有効。此一例也。

第三節 物權設定及移轉

物權除所有權之外。皆由設定。如地上權地役權之類。皆是移轉者。謂將甲之權利。轉移於乙。乙之權利。轉移於丙。是也。說分甲乙

甲 設定移轉之原因。共分六種。(一)法律行爲。如買賣贈與遺言之類。是。日本民

法第一百七十六條云。『物權之設定及移轉。但因當事者之意思表示而生其効力。』羅馬法、德意志法、及日本舊民法。凡轉移設定。皆限於物之引渡。於取引實多不便。故日本新民法佛蘭西法皆採意思表示主義。實近世進步之法律也。或疑條件期間。似亦大加限制。然條件期間之効力。皆由當事者之意思。併非法律強使之也。(二)相續。此爲當然之事。無須說明。(三)占有。凡占有之即時時効。亦爲移轉之原因。他如動產之十年取得。不動產之二十年取得。其効力與設定無異。(四)添附。如甲以己物附於乙物之上而合成一物。謂之添附。亦爲移轉之原因。(五)土地收用。國家以強力徵收人民之私產。以充公用。(詳行政法)是亦移轉之原因也。(六)他之規定。以上數項之外。別有規定者甚多。如留置權。先取特權。及遺失物埋藏物之類。但有完全之條件。即爲取得。皆移轉之原因也。

乙 物權之設定移轉對於第三者之効力。通常設定移轉之法。但有當事者之意思表示。即爲成立。然對抗於第三者。則非登記與引渡之後不可。日本民法第一百七十七條云。『關於不動產之物權。得喪及變更。非從登記法之所定。爲其登記。

不得以之對抗於第三者。』蓋非登記之後。則第三者無從知之。若予以對抗之權。實失之酷。此本條立法之精神也。所謂對抗第三者有二種。一當事者對於第三者。如甲買乙之不動產而未登記。則乙之債權者可以差押。一第三者對於第三者。如甲將不動產賣之於乙。乙未登記。則甲之債權者仍可差押。而乙之債權者不得對抗之。夫不動產之必須登記。有二理由。(一)爲保護債權者。如債務者將不動產賣之於人債權者對其代價。尙可處分之。若無登記。則債權者無從調查。爲時既久。其代價或歸於消費。債權者必受損害。故以登記保護之。此一理由也。(二)爲保護第一買主。如甲將不動產賣之於乙。又賣之於丙。以原則論。甲既賣之於乙。則所有權已歸消滅。不得復賣之於丙。然甲所以敢於復賣。而丙亦受之而不疑者。以乙未登記故也。此時乙若以先買對抗。勢必不能。法律故預以不能對抗警告之。而使之速爲登記。故曰保護第一買主。此又一理由也。不動產以外。惟船舶亦須登記。日本商法第五百四十一條云。『船舶所有權之讓渡。非爲登記。且記載之於船舶國籍證書。不得以之對抗於第三者。』又商法第六百八十六條三項云。『船舶之抵當權。準用

關於不動產抵當權之規定。』(又見船舶法三十五條)其必須登記者。蓋與不動產同一理由也。

案登記所。設於區裁判所。及其出張所。無論何人。隨時可以取閱。日本登記法之用意。與法國同。係用公示主義。於行爲成立後爲之。特日本較之法國。尤爲完全耳。獨逸志則以登記爲條件。若無登記。雖有當事者之意思。亦不能成立。實過於干涉。在今日爲不進步之法律矣。

在動產。惟船舶用登記法。其餘皆以引渡爲主。日本民法第三百四十四條云。『質權之設定。債權者因其目的物之引渡而生効力。』又第一百七十八條云。『關於動產物權之讓渡。非有動產之引渡。不得以之對抗第三者。』動產之引渡。與不動產之登記。同爲公示方法。然動產不用登記者。因其轉移不定。若一一登記。必不勝其煩。故以引渡法濟之。

第四節 物權之消滅變更

物權之消滅變更。其爲設定。移轉之結果者。無須說明。茲但舉其在設定。移轉之外者。

說分甲乙

甲 消滅變更之原因。共分五種。(一)法律行爲。物權由法律行爲發生。即由法律行爲而消滅變更。例如地上權。或以當事者之契約。或遺言。定爲某時發生。某時消滅。及變更約定之期限地貸。皆法律行爲也。(二)物之喪失。物權以物爲目的。物既喪失。物權即因之消滅。(三)時効消滅。物權惟所有權不因時効消滅。其餘若地上權。永小作權。質權之類。皆因時効消滅者也。(四)混同。混同者。謂一人而兼有二資格。多起於相續之時。例如債權者爲債務者之相續人。則債權與債務混同。抵當權者爲所有權者之相續人。則抵當權與所有權混同。有時爲消滅之原因。有時不爲消滅之原因。似相衝突。其實不然。蓋不爲消滅之原因者。以理論言。其事實甚少。故以之爲例外。爲消滅之原因者。以便利言。其事實甚多。故以之爲原則。日本民法第一百七十九條正文云。『於同一物上所有權及他之物權歸於同一人之時。其物權歸於消滅。』蓋混同而不消滅。不獨無益於當事者。即第三者亦因之而受不虞之累。例如債權與債務混同而不消滅。則債務者之擔保。亦不消滅。甚至債權者易人。而擔

保債務尙未消滅。是遺保證人以無窮之害。又如地上權與所有權混同而不消滅。則所有權之外。復設定地上權。以之讓渡於人。或以爲得其所有權。未得其地上權。實導取引者以不測之事。其弊害不可枚舉。故法律特以消滅爲原則。然有不適用此原則者。其但書云。『其物又其物權爲第三者權利之目的。不在此限』。此爲例外。所謂其物爲第三者權利之目的。如乙之所有物。其價一萬元。第一次抵當於丙。得五千元。第二次抵當於甲。亦五千元。第三次抵當於丁。亦五千元。若甲爲乙之相

500 甲(第二抵當者)(又相續人) 續人。應將所有物之價。償還抵當權者。此

1000 乙(所有權者)(又被相續人) 時甲之抵當權。若因混同而消滅。則丙爲

5000 丙(第一抵當者) 第一抵當者。應先得五千元。丁爲第三抵

5000 丁(第三抵當者) 當者。亦應得五千元。而甲爲第二抵當者。

反一無所得。實失之酷。故特設例外。使甲得循序受抵當權之辨濟。此物爲第三

者權利之目的。則不消滅之理由也。所謂其物權爲第三者權利之目的。如乙爲所有權者。甲爲地上權者。丙爲地上權之抵當者。後甲爲乙之相續人。若因混同而

甲（地上權者）（又相續人）

乙（所有權者）（又被相續人）

丙（地上權之抵當者）

地上權歸於消滅。則丙之抵當權。亦因而消滅。實爲無端之損害。故法律亦不許之。此物權爲第三者權利之目的。亦不消滅之理由也。其第二項云。『爲所有權以外

之物。權。及。其。目。的。之。他。權。利。歸。於。同。一。人。時。其。權。利。歸。於。消。滅。但。有。時。準。用。前。項。但。書。之。規。定。』所有權以外之物權。如地上權。永小作權之類是也。爲其目的之他權利。如質權抵當權之類是也。二者混同於一人。亦宜歸於消滅。例如甲爲地上權者。

甲（地上權者）

乙（地上抵當者）

丙（抵當權之轉質者）

乙爲地上權之抵當權者。後甲爲乙之相續人。則抵當權應歸消滅。此原則也。但乙若將其抵當權轉質於丙。則甲雖混同。亦不能消滅。何也。丙之質權。以乙之抵當權爲目的。乙之抵當權消滅。則丙

之質權亦歸於消滅。故不能不用前項但書之規定。此第三項之意也。(五)他之規定。此類甚多。畧示其例。如永代借地權。(日本明治三十二年改正條約。不能使外國人之居留地。即爲返還。於是定爲永代借地權。)本國人如能買回。即取得其所有權。而成爲消滅變更之原因是也。又如留置權。因占有之喪失而消滅。(參觀日本民法三〇二條)亦是。

(乙) 物權之消滅變更對於第三者之効力。其規定見日本民法第一百七十七條。前設定移轉。已詳言之。茲不贅述。

第五節 物權之範圍

正當之物權凡五。(一)所有權。(二)地上權。(永代借地權附)(三)永小作權。(四)地役權。(入會權附)

此外如歐洲自羅馬以來。有所謂用益權。使用權。住居權。在日本舊民法亦有之。新民法雖未明定。然已包含於各法之中。大畧用習慣法者爲多。用益權者。謂能使用其物。兼收取果實之利益也。使用權者。謂不收取果實而有使用之權也。住居權者。謂別於

所有權而有居住之權利也。歐洲各國此種習慣甚多。日本雖間有之。然不多見。日本舊民法及法國法系各國法律。物權不限於有體物。凡特許權、商標權之類。皆謂之物權。新民法則以有體物爲限。各種無形財產。不過認爲財產權而已。不以屬入物權也。雖其中亦附有無體物。如擔保權。先取特權之類者。然不過以其無所歸著收入之。非真認爲物權也。

第二章 所有權

第一節 所有權之界限

第一款 所有權之定義

日本民法第二百零六條云。『所有者於法令之限制內。有自由。爲其物之使用。收益及處分之權利。』此定義係出於羅馬法。分使用收益處分三項。然實可以處分二字包括之。歐州各國推德意志法。取最廣之主義。但用處分而不細爲區別。實進步之法典也。其必限以法令之限制內者。例如土地之買賣讓渡棄置變更。雖可自由。然若貯蓄污水。以碍衛生。掘爲陷阱。以妨行道。則法律所不許也。

第二款 所有權之範圍

大凡物之全部。及其附屬物。皆在所有權之範圍內。土地所有權。則及於土地之上下。日本民法第二百零七條云。『土地之所有權。於法令之限制內。及於土地之上下。』蓋文明愈進。人類之慾望日奢。上至天際。下及地中。皆有需要之時。如家屋之建築。池井之穿鑿。均人類之必要。非廣其範圍。必難盡其效用。且就消極言之。人或架空。而妨害所有之建物。隧地而損及所有之田園。皆無以對抗之。此法律特許以及於上下之意也。然必在法令之限制內者。例如敷設電綫。採掘鑛產。雖在所有權之範圍內。而非經國家之許可。則不能自由處置。蓋不得以一人之私利。而侵害國家之秩序也。

第三款 所有權之區分

日本民法第二百零八條一項云。『數人而區分一棟之建物。各爲其所有一部之時。建物及其附屬物之共用部分。以屬於共有者推定之。』其二項云。『共有部分之修繕費。及其他之負擔。應各人所有部分之價格而分之。』此條爲關於建物之規定。例如西洋式之家屋。雖各分一階。然上之屋頂。下之地基。及四周之圍障。不能專屬一人。

故以共有者推定之。但有反證之時。則不適用此推定。以推定僅能用於無證據時故也。

第四款 所有權之鄰地權

大凡土地。非有天然界限。如江河山谷之類。必以人力畫出界綫。然後使用自己之所有權。不致侵害他人之權利。故無論何國之法律。對於鄰近之地。皆必細爲區別。此鄰地權所由來也。歐州各國中。有以鄰地權爲法定地役權者。甚不合於法理。茲處所述。專就別於地役權者言之。其法定地役。俟後詳言。說分甲至辛

甲 鄰地使用權 日本民法第二百零九條一項云。『土地之所有者。於疆界上。或其近傍。築造牆壁及建物。又爲修繕之時。於必要之範圍內。得請求隣地之使用。但非有隣人之承諾。不得立入其住宅。』其二項云。『於前項之情形。鄰人受損害之時。得請求其償金。』此使用隣地之規定也。

乙 鄰地通行權 日本民法第二百一十條一項云。『所有土地。或被圍繞於他人之土地。不通公路。其土地之所有者。爲至公路。得通行於圍繞地。』其二項云。『非

由池沼河海洋不能通於他處。及有崖岸而土地與公路高低各殊之時。亦同。』如第一項。所謂袋地是也。非予以通行之權。勢將棄置。如第二項。則動須舟楫之用。與開鑿之勞。於來往甚非便利。故皆許以通行之權。

丙 水權 共分六種(一)使水流權。日本民法第二百一十四條云。『土地之所有者。不得妨自鄰地水之自然流來。』其第二百一十五條云。『水流因於事變。於低地阻滯之時。高地之所有者。得以自費爲疏通必要之工事。』水自高地。流於低地。實爲自然之勢。故低地之所有者。不得妨之。然或因事變而阻塞。低地所有者。亦無疏通之義務。則高地所有者。必受妨害。此法律特許以自費疏通之意也。(二)工作物破潰阻塞之請求權。其二百一十六條云。『設於甲地之貯水排水及引水之工作物。因破潰阻塞而損害及於乙地。或有將及之虞時。乙地之所有者。得使甲地之所有者。爲修繕及疏通。又有必要之時。得使爲豫防之工事。』此條所規定。純在保護乙地所有者。故特以請求權予之。(三)兩水注瀉之防止權。水流雖順自然之勢。然不得損害他人之權利。其第二百一十八條云。『土地之所有者。不得使雨水直注瀉。』

於鄰地之屋根及設其他之工作物。蓋爲雨水注瀉於鄰地之屋根則其家屋有傾圮損壞之虞。故法律特以此保護之。(四)水路及幅員權。其第二百一十九條一項云。『溝渠及其他水流地之所有者對岸之地若屬於他人之所有不得變更其水路及幅員。』其二項云。『兩岸之土地屬於水流之所有者得變其水路及幅員。但於下口必復自然之水路。』凡大河流必非一人所有。茲所言溝渠及其他水流。特就小者言之。水路之遠近幅員之廣狹皆於對岸有密接之關係。故不許任意變更。以損他人之權利。此第一項之意也。我之下口即人之上口。非復自然之水路。既斷下流之水源復侵近傍之旱地損及他人者甚大。此其第二項但書之意也。(五)使水通過權。其第二百二十條云。『高地之所有者爲乾其浸水地又排泄家用及農業工業用之餘水俾至於公路公流及下水。道得使水通過於低地。但須擇低地損害最少之場所及其方法。』此種水流雖非順自然之勢。然非以人力通過之。則高地之衛生與經濟均有妨害。此以通過權與之之意也。但亦不可使低地所有者多受損害。此但書所以特定場所與方法之選擇也。(六)設堰權。其第二百二十二條云。

「水。流。地。之。所。有。者。有。設。堰。之。需。要。得。使。其。堰。附。著。於。對。岸。但。對。於。因。此。而。生。之。損。害。須。拂。償。金。」以原則論之。公共之河流。以中流爲限。不能行使權利於他人之所。有。然。因。農。工。業。之。需。要。非。此。不。能。充。分。達。其。目。的。故。特。以。此。權。予。之。蓋。純。爲。經。濟。之。便。利。計。也。

丁 疆界權 共分三種（一）經界權。日本民法第二百二十三條云。『土地之所有者。得。以。共。同。之。費。用。設。標。示。疆。界。之。物。』歐洲各國。自古代以來。以經界權爲所有權之一大要義。蓋定所有之範圍。防鄰地之爭端。有不得不然者。（其費用負擔法見二二四條）（二）圍障權。其第二百二十五條一項云。『二棟之建物。異其所有者。其間有空地之時。各所有者與他之所有者。得。以。共。同。之。費。用。設。圍。障。於。其。疆。界。』其二項云。『當事者之協議不調之時。前項之圍障。亦須以板屏或竹垣爲之。其高亦必達六尺。』其第二百二十六條云。『圍障之設置及保存。其費用由隣地者平分負擔之。』其第二百二十七條云。『相鄰者之一人。得用比定於二百二十五條第二項之材料良好者。又增高而設圍障。但因之而生費用之增額。亦須負擔之。』其

第二百二十八條云。『有異於前三條之習慣之時。從其習慣。』以上數條。皆關於圍障權者。(三)互有權。其第二百二十九條云。『設於疆界綫上之界標、圍障、牆壁、及溝渠。推定爲屬於相鄰者之共有。』其第二百三十條一項云。『成一棟建物之部分。其疆界綫之牆壁。不適用前條之規定。』其二項云。『隔於高不同之二棟建物間之牆壁。踰於低建物之部分時亦同。但防火牆壁。不在此限。』其第二百三十一條一項云。『相鄰者之一人。得增高共有之牆壁。但其牆壁不耐此工事。須以自費加工作或改築其牆壁。』其二項云。『依前項之規定。其牆壁增高之部分。屬於爲工事者之專有。』其第二百三十二條云。『於前條之情形。隣人受損害之時。得請求其償金。』以上數條。皆關於互有權者。

戊 關於竹木之權。日本民法第二百三十三條一項云。『隣地竹木之枝。踰疆界綫時。得使竹木之所有者。剪除其枝。』其二項云。『隣地竹木之根。踰疆界綫時。得截取之。』土地之所有權。本及於上下。若竹木侵入。必受損害。故法律特設此條。以保護之。但根則可以自行截取。而枝則必使所有者剪除者。蓋一爲有用。一爲無

用故也。

己 關於建物之權。日本民法第二百三十四條云。『築造建物。自疆界線起。須存一尺五寸以上之距離。』凡隣地之傍。築造建物。不留餘地。若他之所有者。亦與建築。勢將無所施工。必至失去數尺之地。其所損全在一人。實非公允。法律故預爲規定之。

庚 觀望權。日本民法第二百三十五條云。『自疆界線未滿三尺之距離。有能觀望他人宅地之窓。及設立於椽側者。須附設目隱。』人生生活。皆在家室之中。時時被人窺其內情。甚多不便。故特設此條。俾得充分行使其所有權。可謂曲當人情之規定矣。

辛 關於有害工事之權。日本民法第二百三十七條一項云。『穿井戶。下水溜。用水溜。及肥料溜。自疆界起。須存六尺以上之距離。穿池及地窖。廁坑。須存三尺以上之距離。』其二項云。『埋水桶及穿溝渠。自疆界線起。須存其深之半以上之距離。但不必踰三尺。』凡施工事於地中。最易損及鄰地。故必限以相當之距離。第二

項所謂深之半以上之距離。例如溝深二尺。須存一尺以上之距離。溝深四尺。須存二尺以上之距離。是但水桶溝渠。皆至小之工事。故不必踰三尺以外。此其但書之意也。

第二節 所有權之取得

凡財產權。皆由法律行爲取得。如時効、遺言、占有、分割之類是也。茲但論其在所有權之範圍內者。

第一款 先占

日本民法第二百三十九條云。『無主之動產。以所有之意思占有之。因而取得其所。有權。』此條關於先占之規定者也。無主之動產。例如空中之鳥。山中之獸。先獵取之。即爲所有權者。他人不得而爭之。但言動產者。以無主之不動產。例歸國家。無先占之理由故也。

第二款 遺失物之拾得

既非有意拋棄。又非被人奪取。而忽失其所持。謂之遺失物。此外若漂流物、沈沒品。其

性質雖殊。亦可謂之遺失物。凡拾得者。條件具備之時。即取得其所有權。日本民法第二百四十條云。『凡遺失物。從特別法所定。爲公告後一年內。不知其所有者。拾得者取得其所有權。』此關於遺失物之規定。所謂特別法者。如日本明治三十二年法令第八十七號所頒之遺失物法。及同年法令第九十五號所頒之水難救護法等是也。案日本刑法第三百八十五條。以漂流物與遺失物爲同一之規定。可知漂流物亦屬遺失物。又水難救護法第三十五條云。『準用刑法三百八十五條。』可知沈沒品與漂流物。於法律上有同一之性質也。凡遇水災者。以物置於水面。使其漂流。以待他人之撈取。日本人謂之投荷。此漂流物之義也。或值船覆。或遭水患。無意之中。失其所持。此沈沒品之謂也。

第三款 埋藏物之發見

藏於人所不及見之地而不能推知其所有者。謂之埋藏物。日本民法第一百四十一條云。『凡埋藏物從特別法所定。爲公告後六個月內。不知其所有者。發見者取得所有權。但於他人物中發見之埋藏物。發見者及其物之所有者。折半而取得其所有權。』

此條宜與日本遺失物法第十三條。及其刑法第三百八十六條參觀。

第四款 添附 說分甲乙丙

甲 附合 謂以此物附合於彼物之上。非破壞則不能使之分離者。例如以皮殼附於書面。以寶石附於時計之類。則謂之附合。可別爲二種。(一)不動產之附合。日本民法第二百四十二條云。『不動產之所有者。取得附著於其不動產之從物之所有權。但不妨因權原。而使其物。附屬之他人之權利。』凡完成之物。若強使分離。不獨價格爲之減少。即使用亦多不便。其損害於國家之經濟者甚大。故寧假法律之力以保全之。此本條立法之精神也。然有時適用此規定而未免過酷者。則法律亦不得不有以保護之。例如地上權者。以自己之費用。建屋於所有者之地上。其附合本出於權原。若亦使歸於所有者。則設定之權原。亦歸於消滅。故但書特規定之。使不妨其權利。或聽其取去。或與以償金。或令其別賣。以保全其權利。他如永小作權。賃貸借權。使用賃借權。及一切因權原而有之權利。皆當受此保護也。(二)動產之附合。以原則論之。亦歸主此物者。例如衣服。其表爲甲所有。其裏爲乙所有。則應歸之於甲。因衣以表爲主故也。其

第二百四十三條云。『屬於各別所有者數個之動產。因附合至於非毀損不能分離。其合成物之所有權屬於主動產之所有者。因分離而須過分之費用亦同。』此條所規定亦以維持國家之經濟爲主要。與其歸於毀損或費過多之費用。不如一人全有之爲愈也。但主從不分之時。則不適用。其第二百四十四條云。『附合之動產不能爲主從之分。各動產之所有者應其附合之當時價格之割合而共有此合成物。』不分主物從物。非有特別規定。則易啓紛爭。故此條特定明之。

乙 混合 混合者。謂二物相混淆而不能識別也。亦準用附合之規定。例如酒然。醇者與薄者相混合。則以醇者爲主。多數與少數相混合。則以多數爲主。而準用第二百四十三條之規定。若性質不殊。分量相等。不能爲主從之別。則用第二百四十四條之規定。其第二百四十五條云。『前二條之規定。屬於各別所有者之物。至混合而不能識別之時。準用之。』

丙 加工 加工者。謂加工於他人之物之上也。例如加繪畫於他人之絹。加雕琢於他人之石之類是。日本民法第二百四十六條一項云。『加工於他人之動產。其

加工物之所有權屬於材料之所有者。但因工作所生之價格超於材料之價格。則加工者取得其所有權。』本條所規定爲自然之理。惟就事實觀之。則加工之價格往往超於材料之價格。例如絹至廉也。一經繪畫。其價必增數倍。石至賤也。一經繪刻。其值必倍從前。且非此亦斷無無故而加無益之勞力於他人之物者。若所有權亦使歸於材料所有者。輕重之間。實失權衡。於社會之經濟。不免妨碍。此但書所以特定明之也。此外有加工而兼供材料者。其二項云。『加工者供材料之一部。於其價格加因工作而生之價格超於他人材料之價格時。加工者取得其所有權。』例如乙之絹其值五元。甲取而爲之繪畫。其工作價亦五元。且附加一元之紙以裱而飾之。合計其價格得六元。則所有權應歸於甲。若合計不過五元。則所有權仍歸於乙。因法律以超過材料之價格爲限故也。

凡添附無論附合、混和、加工。取得所有權者。對於相手方。皆須出相當之償金。但其中有善意惡意之分。例如甲造房屋。而用乙之木材。若出於善意。則但償木材之價可也。若出於惡意。則償還價格之外。必賠償其損害。不然。則強使他人之物。添附於己物。以

逞其侵奪占據之謀者將益肆其志矣。

第三章 地上權

第一節 地上權之定義

日本民法第二百六十五條云。『地上權者。於他人之土地上。爲所有之工作物及竹木。有行使其土地之權利。』此條規定地上權之定義。例如借人土地。建造家屋。栽植竹木之類。是也。

第二節 地上權之義務 說分甲乙丙

甲 無償設定之地上權。謂使用他人之土地。而無償金也。此種爲不負義務者。

乙 有償設定之地上權。於設定之初。付以償金。故以後不負義務。此在法律上無規定。純以當事者之契約定之。

丙 有地代之地上權。日本民法第二百六十六條一項云。『地上權者應拂定期地代。於土地之所有者。準用第二百七十四條乃至第二百七十六條之規定。』其二項云。『其他地代。準用關於賃代借之規定。』此條之旨。於後永小作權及賃貸借權

述之。

第三節 地上權之存續期間 說分甲至丁

甲 設定。以法律行爲設定期間。如契約遺言之類。其久暫概依當事者之意思。法律不干涉之。

乙 未設定而有習慣者。存續期間。未經設定。則從習慣。如習慣十年。則其期間爲十年。習慣三十年。則其期間亦爲三十年。

丙 無設定無習慣而當事者願拋棄者。日本民法第二百六十八條一項云。『不以設定行爲。定地上權之存續期間。又無別段習慣時。地上權者。無論何時得拋棄其權利。但應拂地代者。於一年前。須爲豫告。又須拂未至期間。一年分之地代。』地上權者。有使用土地之權利。無附著土地之義務。故無設定無習慣時。可隨意拋棄。但土地所有者。每以地代爲經常入款。猝遭拋棄。承繼者急難覓人。則所損甚大。此但書所以規定預爲通告。及拂一年地代以保護之也。

丁 無設定無習慣而當事者不願拋棄者。前條二項云。『地上權者。於前項之規

定。不拋棄其權利。則裁判所因當事者之請求。於二十年以上五十年以下之範圍內。斟酌工作物與竹木之狀況種類及其他地上權設定當時之情事而定其存續期間。』此項所規定者。所謂種類。如石屋木屋之類。所謂狀況。如堅脆新舊之類。所謂設定情事。如豫約改造之類。事實萬殊。法律不能預定。故特使裁判所斟酌而定其期間。以維持平允。

第四節 地上權消滅之結果 說分甲乙丙

甲 地上權者之結果 地上權消滅之後。應將其土地還之於地主。無任荒廢。

乙 地上所有者之結果 地上權消滅時。其地代亦應消滅。土地所有者。不能再向地上權者請求。

丙 目的物之結果 日本民法第二百六十九條一項云。『地上權者。其權利消滅之時。土地復於原狀。而其工作物及竹木得收去之。但土地之所有者。提供時價。通知買取之旨。地上權者無正當之理由。不得拒之。』其二項云。『有異於前項所規定之習慣。從其習慣。』此條所規定。關於地上權者消滅時之權利。但取去建物及竹木。最

易損壞土地。此必復原狀之說也。已成之建物而拆毀。已栽之竹木而拔去。不獨非常事者之利益。即國家之經濟。亦受影響。此無正當理由。不得拒絕買取之意也。若地上權者或已經約賣。或已爲讓渡。則土地所有者。亦不得強之。因有正當理由也。

附永代借地權

日本維新以前。有爲外國人之居留地者。厥後遂定爲永代借地權。若就學理上言之。其性質與地上權相類。以其於土地上全注重工作物。非如永小作權之以耕種畜牧爲目的也。當時政府。因欲別之於地上權。而設爲永代借之名。遂相傳至今。然細案其實際。與地上權不同之處。亦有數項。故不得強以地上權之名加之也。(一)地上權有期間。其無期間者。裁判所得斟酌定之。永代借權則永遠繼續。無所謂期間也。(二)地上權用本節之規定。而永代借地權。直用所有權之規定。(三)通常地上權有登錄稅。而永代借權。則有登錄。而不收稅。

日本明治三十四年。法令三十九號。又同年勅令第一百七十號。乃至第一百七十八號。規定之。

第四章 永小作權

第一節 永小作權之定續

日本民法第二百七十條云。『永小作人拂小作料。有耕作他人土地及爲畜牧之權利。』此條規定永小作權之定義。耕作謂稼穡及普通種植之類。若培養大木。屬於造森林。不得謂之耕作。畜牧謂牧養牛羊。及尋常家畜之類。此外另有貸貸借權。其性質亦與永小作權相近。然彼係偶借人地。爲期甚短。只可對抗於地主。故屬之於債權。此則設定於土地之上。爲期甚長。可以對抗於第三者。故屬之於物權。

按永小作之租金。不如賃貸借之重。故本法所規定保護地主者爲多。

第二節 永小作權之權利 說分甲乙

甲 變更 日本民法第二百七十一條云。『永小作人不得加生永久損害於土地之變更。』由法文之意。反面觀之。永久損害之變更。如變水田爲旱田。掘平地爲深坑。雖不得任意爲之。若其無損害非永久之變更。則亦不在禁止之例也。

乙 讓渡 日本民法第二百七十二條云。『永小作人得讓渡其權利於他人。又於

其權利存續期間內。得賃貸其土地於他人爲耕作畜牧之事。但以設定行爲禁之者。不在此限。』凡物權皆可讓渡。永小作權亦然。但書所定。大率由習慣而來。然未定明者。以雖不由習慣。苟爲地主所禁。即不得讓渡賃貸。據此可見其權利範圍之狹。

第三節 永小作權之義務 說分甲乙

甲 永小作料 日本民法第二百七十三條云。『永小作人之義務。除規定於本章及設定行爲所定之外。準用關於賃貸之規定。』永小作之義務。與賃貸借大略相同。故本條特定出之。然亦有不適用者。其第二百七十四條云。『永小作人雖因不可抗力。收益致受損害。亦不得請求小作料之免除及減少。』此條所規定。與其第二百零九條。正相反對。是不適用賃貸借者也。

乙 權利之拋棄 日本民法第二百七十四條云。『永小作人。因不可抗力。引續至三年以上。全無收益。及五年以上。收益比小作料少之時。得拋棄其權利。』前條所規定。待永小作人。似過於苛。故特設此條以補救之。其與賃貸借不同者。彼二年即可解除。此三年始能拋棄也。

丙 權利之消滅。日本民法第二百七十五條云。『永小作人。引續至二年以上。怠於小作料之支拂。及受破產宣告之時。地主得請求。永小作權之消滅。』永小作權之設定。純在收取小作料。既久怠支拂。及受破產之宣告。則地主之收益。將受損害。故法律特以請求消滅保護之。

第四節 永小作權之存續期間 說分甲乙丙

甲 當事者之設定。據日本民法第二百七十八條所規定。則永小作權之存續期間。不得在二十年以下。五十年以上。

乙 法律之限定。日本民法第二百七十八條一項云。『永小作權之存續期間。爲二十年以上。五十年以下。若以比五十年爲長之期間。設定永小作權之時。短縮之。至五十年。』永小作權爲期過短。則耕作之改良。與地利之發達。均有妨碍。於小作人甚爲不利。故法律以二十年限制之。然過於長。則土地之價格。及其生產力。或已隨時進步。次第增加。而地主於僅少小作料之外。一無所得。其損害之大。甚非設定之初心。故法律特以五十年保護之。然使基於當事者之合意。則法律亦非有絕對之限制。其二

項云。『永小作權之設定得更新之。但其期間自更新之時不得超過五十年。』此項所規定。蓋隨當事者之意思。而許其延長也。

丙 期間未定者。期間以設定爲主。既未設定。則從習慣。若無習慣。則從法律。前條三項云。『以設定行爲而不定永小作權之存續期間。除有別段之習慣外。其期間爲三十年。』

第五節 永小作權消滅之結果

永小作權消滅之結果。大抵與地上權同。不復贅述。

第五章 地役權

第一節 地役權之性質 說分甲乙丙

甲 定義。以他人之土地。供自己土地之用。謂之地役權。例如汲隣地之井水。以供己地之耕作。踰他人之境地。以達所有之建物是也。其成立有二要素。一爲他人之土地。（即承役地）一爲自己之土地。（即要役地）缺一不可。例如與鄰人約。在其山中獵取鳥獸。此雖用他人之土地。然不得爲地役權者。以與自己之土地無關也。又如

使其鄰人每日掃除庭中之落葉。此雖爲自土地之利益然亦不得爲地役權者。以非使用他人之土地也。日本民法第二百八十條云。『地役權者。從設定行爲之目的。有以他人土地供自己土地便益之權利。但不可違反第三章第一節關於公共秩序之規定。』此條規定地役權之定義。蓋地役權之目的。千差萬別。皆可自由設定。惟不可妨害所有權之界限。例如對於袋地所有者。設不爲通行之地役。對於鄰地所有者。設不爲界標之地役。對於水之自然流來者。設不爲通過之地役。皆於公共秩序有妨。若任意設定。於國家之經濟社會之安寧。均有損害。但亦有與公益無關者。如竹木侵入鄰地。而設定不爲翦除之地役。鄰人築造建物。而設定不入疆界之地役。則法律亦不禁之。此但書所規定之旨也。

案本章所規定爲地的地役。如通行權。汲水權。觀望權之類皆是。歐洲自羅馬以來。另有人的地役。即用益權。使用權。住居權三種。蓋遺傳習慣廢之甚難。日本素無此習慣。故地役權中。止附入會權而已。

乙 從性質 共分二種。(一)地役權爲要役地之從。日本民法第二百八十一條一項

云。『地役權者爲要役地所有權之從與之共同轉移。又爲存於要役地上他之權利之目的。但設定行爲有別段之規定。不在此限。』(二)地役權不可與要役地相離。前條二項云。『地役權不得自要役地分離而讓渡之。及爲他人權利之目的。』

丙 不可分性質。共分二種。(一)不可一部消滅。日本民法第二百八十二條一項云。『土地共有者之一人。其持分之土地之地役權。或存於其土地上之地役權。不得使之消滅。』此項所規定。例如甲乙二人共有要役地。甲將其持分拋棄。即將其地役權之半拋棄。其結果將致乙被牽連而失其地役權之用。又如甲乙二人共有承役地。甲若拋棄其持分。其結果亦將使要役權者失其地役權之用。故法律皆以不可消滅保護之。(二)不可分割。前條二項云。『於土地分割及一部讓渡時。其地役權存於各部。又其各部之上。但因地役權之性質。僅關於土地之一部。不在此限。』此條所規定。惟相續時爲最多。例如要役地爲甲所有。後爲乙丙所共有。其土地雖分。而對於承役地之權利。仍不可分。又如承役地爲甲所有。後爲乙丙所共有。其土地雖分。其界於要役權之權利。仍不可分也。但書所謂性質。僅關於土地之一部。例如汲水權。其承役地

爲甲乙所共有。其要役地爲丙丁所共有。則丙丁對於甲乙。皆有地役權。厥後并移於甲地。則丙丁但對於甲地有地役權。其對於乙地之地役權。則歸消滅。

第二節 地役權之設定 說分甲乙

甲 法律行爲。凡物權皆可以法律行爲設定。地役權亦然。故法律不明定之。然亦有由遺言者。但不若法律行爲之多。

乙 時効。日本舊民法採用法國法。有法定地役。如建築可立入鄰疆。袋地可通行鄰境之類。然皆自土地上自然生出者。不過以法律限定其所有權而已。與警察法所規定者略同。無時効可言。新民法所規定之地役權。無所謂法定者。故時効爲最要。地役權取得之時効。日本民法第二百八十三條云。『地役權以繼續且表現爲限。得因時効而取得之。』此條所規定之時効有二要件。一爲繼續。一爲表現。蓋非繼續則無要役之意思。非表現則有怠慢之性質。二者缺一。皆不能享時効之利益。二不可分之結果。日本民法第二百八十四條一項云。『共有者之一人因時効而取得地役權。他之共有者亦取得之。』此因取得之不可分而成取得時効也。其二項云。『對於其

有者之時効中斷。非對於行使地役權之各共有者爲之。其効力不生。『其三項云。行使地役權之共有者有數人時。對於一人。雖有時効停止之原因。以各共有者之故。依然進行。』此因中斷之不可分而成取得時効也。

第三節 地役權之効力

地役權之効力。因設定行爲而異。舉其最要者如左。

甲 用水地役權 日本民法第二百八十五條一項云。『用水地役權之承役地之水。不足供要役地及承役地之時。應其各地之需要。先供家用。其殘餘者供他之用。但設定行爲有別段之規定時。不在此限。』水本有限之物。過於濫用。必有不足之患。故此項特爲定明。家用如炊爨澆灌之類。需要最急。他所用者。如農事工業之類。爲用較緩。故先後不可踰躐。但設定時有特別之規定。法律亦不干涉之。然亦非漫無秩序者。其二項云。『同一承役地之上。設定數個之用水地役權。後之地役權者。不得妨前地役權者水之使用。』此項所規定。例如承役地之甲。有水十石。第一設定者乙。應取五石。而其餘之五石。應歸甲自有。若有第二設定者丙。則應將其持

分之半。分授於丙。各取二石五斗。而不得侵及乙之權利矣。

乙 承役地之義務。普通之地役權。承役地者惟以土地供要役地者之使用。無他義務也。但有當事者之特約。則法律亦不限之。例如路不垣易。而使承役地者加修。無人汲水。而使承役地者運送。凡結此種契約。其償金必增。故承役者不能不履行此義務。即其承繼人亦然。日本民法第二百八十六條云。『因特定行為及特別契約。承役地之所有者。負以其費用。設地役權行使之。工作物及爲之修繕之義務。雖承役地所有者之特定承繼人。亦負擔之。』此條爲保護地役權而設。其待特定承繼人。似過於酷。然不動產物權設定。必有登記。承繼人既知而爲之。則由於合意。并非相強。固不得因而損及第三者之權利也。且別有免除之法。日本民法第二百八十七條云。『承役地之所有者。無論何時。於地役權必要土地之部分之所有權。委棄於地役權者。得免前條之負擔。』據此則特定承繼人之義務。隨時可以免除。而無固著於土地之苦矣。

丙 工作物之使用。日本民法第二百八十八條一項云。『承役地之所有者。於

不妨地役權行使之範圍內。得使用設於承役地上之工作物。其二項云。『於前項之情形。承役地之所有者。必應所受利益之割合。而分擔工作物之設置及保存之費用。』此條所規定。例如地役權者。所設之汲水機。不用之時。承役地者亦得使用之。以免重設而節虛糜。但其費用。則必負擔之。而後利害無所偏。此本項之精神也。

第四節 地役權之消滅及其原因 說分甲至己

甲 拋棄 或以契約拋棄。或以時効拋棄皆是。

乙 預定 設定之初。由當事者約定。或以條件。或以期限。及到來之時。自歸消滅。條件如約定建築家屋之時。不許通行。期限如約定二十年之後。不再繼續。皆預定消滅之原因也。

丙 滅失 無論要役地與承役地。一歸滅失。則地役權亦因之而消滅。此自然之勢也。

丁 混同 要役地之所有者。與承役地之所有者混同之時。則地役權歸於消滅。

戊 徵收 凡於公用土地。有不便利之處。則徵收之。例如建築鐵道時。其承役地

之井。有碍工事。因而買爲公用。則亦消滅之原因也。

巳 時効 說分子丑寅

子 取得時効之結果。其說二。(一)原則。日本民法第二百八十九條云。『承役地之占有者。於取得時効之必要條件具備時。地役權因之消滅。』此條所規定。謂承役地之所有權消滅。則要役地之地役權。亦應消滅。此自然之勢也。(二)中斷。其第二百九十條云。『前條之消滅時効。因地役權者。行使其權利而中斷。』前條所規定。於地役權者。甚爲不便。故特以此條救濟之。

丑 獨立之消滅時効。地役權亦財產權之一種。故亦有消滅時効之作用。日本民法第二百九十一條云。『第一百六十七條二項所規定之消滅時効之期間。於不繼續之地役權。自最後行使之時起算。繼續之地役權。自妨其行使事實發生之時起算。』此條規定時効計算之法。不繼續地役權。例如汲水權。自最後汲取之時。其時効進行。繼續地役權。例如通行權。自障礙通行之事實發生時。其時効進行。此時効計算之有不同也。

寅 共通之規定。即關於共有之消滅者是。其說二。(一)不可分之結果。日本民法第二百九十二條云。『要役地屬於數人之共有。其一人有時効中斷及停止之時。雖他之共有者。亦生其効力。』此條所規定。似與第二百八十四條之取得時効相反。然自法律精神上觀之。取得者必權原取得。消滅者亦必權原消滅。彼言一人取得。則他之共有者亦因而取得。此言一人停止中斷。則他之共有者亦因而停止中斷。皆同出於不可分之性質也。(二)一部消滅。前言地役權不可分。而此言一部消滅。似相矛盾。其實不然。蓋不可分者權利之性質。一部消滅者地役權之內容。例如通行權。若分而二之。其路必至於不能通行。此不可分之說也。若於承役地有左右皆可通行之權。則行使其左而廢置其右。於通行仍無妨碍。此一部消滅之說也。其第二百九十三條云。『地役權者。其權利之一部不行使時。但其部分因時効而消滅。』此關於一部消滅之規定也。

附入會權

入會權者。謂多數之人於一定土地。上行使其權利之物權也。其義甚廣。即漁業權亦

在其內。特法律未爲認定耳。其最多見者。惟蒱草權。採薪權。畜牧權之類。其目的專在人之生活。與其土地全無關係。是地役權之含有人役權性質者。故但附入地役權言之。日本民法第二百九十四條云。『不。有。共。有。性。質。之。入。會。權。從。各。地。方。之。習。慣。外。準。用。本。章。之。規。定。』蓋入會權亦一種有條件之財產權也。歐洲各國大率歸於使用權。日本所認使用權之範圍甚狹。未嘗列舉。但於共有及本章附言之。既非共有。故不適用共有之規定。而原則以習慣爲主。無習慣乃準用地役權之規定。此本條立法之精神也。

