

法政叢編



3 2167 9667 6

例言

一是編本日本法學博士梅謙次郎先生講授。並參酌先生所著民法原理及民法要義彙輯而成。惟編者學淺晷促。未足闡明其義。至爲遺憾。

一編中名辭。悉仍日本所固有。凡屬初見者。則參照法律辭典解釋之。以明其義。

一定義皆照原講直錄。條文皆照法典直譯。以期不失本真。但文句有太艱澁之處。則略加解釋。

一是編皆據日本現行民法(新民法)講釋。凡引証本法條文。

則直稱第某條。不標明民法二字。其引証舊民法。或他國民法。及其他法條文。則必標明某法第某條。以示區別。

一 凡註中言見第某條。或他法第某條。皆指日本現行法典。近坊間已有譯本。閱者當購此書參觀之。

民法總則目次

第一章 私權之主體	四
第一節 自然人	四
第一款 權利能力	四
第一項 權利能力之始終	六
第二目 權利能力之始期	六
第二目 權利能力之終期	九
第二項 外國人之權利能力	二四
第一目 外國人之界說	二四
第二目 外國人之權利享有	四二
第二款 行爲能力	五九
第一項 因年齡上無能力者	六二

第一目 歐洲年齡之規定	六二
第二目 日本年齡之規定	六五
第二項 因精神上無能力者	七九
第一目 禁治產	八〇
第二目 準禁治產	九四
第三目 因婚上之無能力	一〇四
第三款 特別身分	一一三
第一項 皇族	一一三
第二項 華族	一一七
第三項 官吏	一一九
第四項 軍人	一二〇
第五項 商人	一二一
第四款 住所	一三三

第一項	住所之定義	一三四
第二項	住所之實用	一三九
第二節	法人	一四〇
第一款	法人之設立	一四五
第一項	法人設立之條件	一四六
第二項	設立之効力	一六〇
第二款	法人之管理	一七一
第一項	理事	一七二
第二項	監事	一七八
第三項	總會	一七九
第四項	官廳	一八六
第三款	法人之解散	一八七
第一項	解散之原因	一八七

第二項 清算	一九〇
第二章 私權之客體	一
第一節 有體物無體物	四
第二節 動產不動產	五
第三節 特定物不特定物	一二
第四節 主物從物	一四
第五節 果實	一七
第三章 私權之得喪	一
第一節 總則	一
第一款 私權得喪共同之原因	一
第二款 私權取得之原因	一
第三款 私權喪失之原因	二
第二節 法律行爲	三

第一款	法律行為之定義	三
第二款	法律行為之分類	五
第一項	一方雙方行為	五
第二項	有償無償行為	六
第三項	要式不要式行為	八
第四項	主行為從行為	九
第三款	法律行為之要件	一〇
第一項	意思表示	一〇
第一目	意思表示不相合之分類	一一
第二目	意思表示之方法	三一
第三目	對於隔地者之意思表示	三三
第四目	對於無能力者之意思表示	三七
第五目	關於契約之意思表示	三九

第二項 法律行為之目的	五二
第四款 代理	五八
第一項 代理之定義	五八
第二項 代理之要件	六二
第三項 代理之原因	六四
第四項 代理之權限	七〇
第五項 代理權之消滅	八二
第六項 無權代理	八九
第五款 無効及取消	九九
第六款 條件及期限附期間	一一一
第一項 條件	一一一
第二項 期限	一二五
附期間	一三二

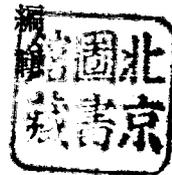
第一項	關於期間規定之原則	一三二
第二項	期間之計算法	一三三
第三節	時効	一三八
第一款	總則	一三八
第一項	時効之定義及性質	一三八
第二項	時効設立之理由	一三九
第三項	時効與豫定期間之區別	一四二
第四項	時効之効力	一四二
第五項	時効之拋棄	一四四
第六項	時効之中斷	一四五
第七項	時効之停止	一五五
第二款	取得時効	一六一
第一項	取得時効之要件	一六一

第二項	取得時効之中斷	一六四
第三款	消滅時効	一六六
第一項	消滅時効之起算點	一六七
第二項	普通消滅時効(長期時効)	一六九
第三項	特別消滅時効(短期時効)	一七二

民法

穀城 嚴獻章

羅田 匡 一



第一編 總則

緒論

萬類緣集。厥有社會。社會所積。遂成國家。國家者一般人民所結合而構成者也。野蠻及半開化之國。無完全之社會。亦無強固之國家。雖復政教異途。文野殊轍。要皆敝害相尋。而所謂神權帝政。箝束拘攣之命令。無一足以維持人民之秩叙。保全社會之安寧者。此禍亂所以相乘而無已也。欲救斯害。舍法無由。立法階梯。國內法爲先。而民法乃國內法大宗也。世界各國。其民族性質。歷史慣習。各不同一。故其民法之範圍亦不同一。日本民法。與歐米各國相較。其性質雖同。而編別亦不無少異者。茲分二則言之。曰民法之性質。曰民法之編別。

第一民法之性質 民法性質可分六端。

(甲)民法者制定法非性法。制定法即成文法。成文法者對於習慣而言者也。民法之全部制定法實居多數。且以制定之故。故有法典。而制定之性質益確。

(乙)民法者國法非國際法。民法爲規定一般之權利行爲。保護一般之安寧秩序。其目的所在。專屬內國。間有牽涉國際法者。要皆補救而正其獨立也。故其大體仍爲純粹之國內法。

(丙)民法者私法非公法。民法爲私法中範圍最廣者。故一般私法之原則。多定於民法。又民法與公法時有密接之關係。然以民法之本旨。以保護私權爲目的。故其本體。皆可目之爲私法。

(丁)民法者實體法非手續法。解釋實體。必有手續。手續法雖成獨立。要之則實體中之一部。故手續者。實體之實行者也。

(戊)民法者普通法非特別法。民法亦有普通特別之分。如各論對於總論爲特別。而各論對於內容之分類。則又爲普通特別者。部分中之細目耳。其全體。固

皆普通也。

(己)民法者隨意法。非命令法。民法本有命令與隨意二種。唯隨意數多。命令數少。故可單稱隨意法也。

第二民法之編別 民法編別可分三端。

(甲)日本舊民法 日本舊民法典。取則於佛蘭西。類分爲五。一曰人事。二曰財產。三曰財產取得。四曰債權擔保。五曰證據。佛國法典。雖以親族居首。而一般講學時。仍殿之最後。以親族義理宏深。非易解說故也。

(乙)日本新民法 新民法。即現行民法。取則於德意志。而兼採其學說。類亦分爲五。一曰總則。二曰物權。三曰債權。四曰親族。五曰相續。但德國法典。財產先於親族。債權先於物權。多數學說。則反對債權物權之次第焉。

(丙)撥正法典 梅博士主持法典之次第也。類分爲四。其一總則。其二財產。其三親族。其四相續。首總則者。以總則統括各部概要於其內容。而成一普通性質也。次親族者。東洋民族性質。親族觀念。最爲重要也。又次財產者。必先有自身。

而後有他之觀念。自身從親族中來。故財產次於親族。物權債權屬之財產。故又附焉。終相續者。以相續皆關於親族。關於財產。故宜規定於親族財產後也。編別就理論上言之。固有天然順遂。然圖講學上之便利。宜依日本現行法典。故是編以總則編爲第一。財產編爲第二。物權債權擔保屬焉。親族編爲第三。相續編爲第四。但親族與相續。純然國內一般人民規則。與世界他國絕無關係。日本親族相續法。多仍習慣。未嘗強同。究無防礙世界公認也。故斯二者。概可從畧。

第一章 私權之主體

私權之主體者。謂人對於物及人。對於人原有之資格也。如何人應享有私權之權利。此分二種。一曰自然人。一曰法人。

第一節 自然人

自然人者。純然人也。分四款言之。一權利能力。二行為能力。三特別身分。四住所。

第一款 權利能力

原則 權利能力者。權利主體之資格與力也。人類未進化時代。視人爲財產上之目

的物。不認其爲有權利能力也。歐洲昔時。有使用奴隸。販賣妻子之制。至十九世後半期。公理漸明。其制乃廢。日本維新以前亦然。及明治三年八月。始布告。買賣男女之禁。五年第五十五號布告。又嚴禁之。同年第二百九十五號第三次布告。及司法省第二十二號宣告。并雇傭契約年限過久。久則與奴隸無異。及娼妓年季奉公等名目。盡行解放。八年一百二十八號布告。以人抵當債金之制。亦永遠禁除。蓋凡人爲權利主體。則凡人有處分客體之資格。而非被處分者也。

例外 古代羅馬日耳曼等國。人權限制之法。最爲嚴密。雖至中古以後。尙有準死規定。準死云者。謂人雖未死而視爲已死。認爲無權利能力者也。其原因則受刑罰之結果。或委身宗教之結果。(遞世而爲宗教上之行爲。其財產則屬寺院之權力)以委身宗教而視爲準死者。一千九百年以前。猶有存者。以受刑罰而視爲準死者。各國現今尙視爲正當之處分。即以日本刑法論之。其第三一條及三四條之所規定。云「凡停止權利剝奪公權則私權與公權相關係者亦并剝奪」此雖未明言其準死而權利能力之被限制在法律上之性質則一也。

權利能力。分二項言之。第一項。權利能力之始終。第二項。外國人之權利能力。

第一項 權利能力之始終

其有權利能力者。始謂之人。然人之權利能力。果自何時起。亦自何時終乎。此分二目解之。

第一目 權利能力之始期

原則 以出生爲始。第一條云「私權之享有始於出生」蓋就法理上言之。必獨立存在之人。乃可爲權利之主體。至未出生之胎兒。未離母體。不過母體之一部分。非獨立存在之資格。故不得謂之有權利能力。

例外 法律上。有時認胎兒爲有權利能力者。此分二說。

(甲) 羅馬法之認胎兒有權利能力。其種別有二。

(子) 關於一切皆認胎兒有權利能力。

(丑) 關於胎兒有利益者。始認胎兒之權利能力與既生同。

(乙) 日本法之認胎兒有權利能力。其規定有三。

(子)要償權 要償權者。要求賠償所被損害之權利也。所謂胎兒之有要償權者。例如甲被乙戕殺。甲有遺腹子。則對乙有要求損害賠償之權。非賠償甲之被害。乃賠償其子之被害。何者。其父既被殺。則其子他日出生。即無適當之扶養者及教育者。是受無形之損害也。故第七二一條之規定云。『胎兒就損害賠償之要求權視為既生者』

(丑)相續權 相續者。承繼之義也。相續權者。有承繼人之權利也。相續上之權利。即相續人因相續而所有之權利。其結局即為相續之效果也。(第九六〇六參照)茲分家督相續。遺產相續言之。

(一)家督相續 家督者。主家政也。家督相續者。繼承家主之家政也。所謂胎兒之有家督相續權者。例如被相續人死亡無子時。則其兄弟姪戚。原有家督相續權。然其人雖無已出生子。而尚有遺腹子。則不得留以待遺腹子。即第九六八條之規定云。『胎兒者付於家督相續視為既生者是也。又有已出生之女而無出生之男子時。則此女子似得相續家政。然有遺腹子時。則此女子不得

竟行相續。必留以待遺腹子之出生。視其爲男子與否。而後處分之。蓋家督相續較遺產相續之範圍爲廣。不惟繼承財產。即相續家之系譜及祭祀。並權利與義務。皆必承繼。故雖無出生子。而僅有胎兒時。亦不得不留以與之者也。

(二)遺產相續 遺產者。亡者所遺之財產也。遺產相續者。承繼亡者之所遺之財產也。所謂胎兒。之有遺產相續權者。例如被相續人死亡時。有出生之二子。則遺產相續應平分爲二。若更有遺腹子時。則不得竟分爲二。必留以待是子之出生後。視其爲男子爲女子始行處分。若屬女子。則仍二子平分。故第九九三條云。『第九六五條乃至第九六八之規定。於遺產相續準用之。』蓋第九六八條之規定。即謂「胎兒者。付於家督相續。視爲既生者」。今既用其規定。則於遺產相續。胎兒者。亦得視爲既生也。但胎兒出生時。若爲死體。則無論爲家督相續。及遺產相續。均不得享有權利能力。故第九六八條二項之規定云。『前項之規定。胎兒出生爲死體時。不適用。』

(參照) 遺產相續權。與受遺贈權。性質不同。受遺贈者。由亡者之遺言而發生。

繼承遺產。其人宜從法律之所規定。而不得即出於亡者之意。受遺贈者。人
皆得受之。繼承遺產者。則限法律所定之人。

(寅)受遺權(受遺贈權)

受遺權者。謂人於死時。爲遺言。以其財產之全部。或一
部。贈與於人。而其人即有受其所贈之之權利也。所謂胎兒有受遺權者。如人
死時。其妻有胎兒。而遺言指定及之。則此胎兒視爲既生。即有受所遺贈之權
利也。第一。六五條之規定云。『第九六八條及九六九條之規定。受遺者准用
之』

第二目 權利之終期

原則 以死亡爲終期。權利能力付於人之肉體之知覺者。死亡則消滅。原人之資格。
而不能被付權利能力也。

例外 以失蹤爲終期。失蹤者。不明其人之去向之謂也。凡經失蹤之宣告者。法律上
即視爲已死。而失其權利能力。但各國於此場合。主義不一。大別之爲二。

(甲)受失蹤之宣告不全視爲死亡。謂既未知其人之去向。又未確知其死而不返

不得竟以死亡論。但可於權利上加以制裁者也。採此主義者如意法志、荷南、比利時。諸國是也。日本舊民法亦同。

(乙) 受失蹤之宣告不即視為死亡。其人必經一定期間而生死尚不明者始以死亡處分。採此主義者如德意志、奧地利、瑞西、西班牙、諸國民法及日本新民法。右二主義甲之一說既不全視為死亡又不全視為生存於法律上未能確定而種種權利相續場合頗形困難乙之一說則較便利矣。

關於失蹤之問題甚為複雜更為詳說之分二段。一即失蹤宣告前之規定。一即關於失蹤宣告之規定。

(甲) 失蹤宣告前(不在者)之規定。所謂失蹤宣告前之規定者統失蹤之宣告與不失蹤之宣告二者而言也。質而言之曰不在不在者離從來之住所及居所者。凡不在者之財產應受法律之保護。今分為二種說之一生存分明者謂其人離本國而至他國確係旅行並無死亡之可疑者也。如此者雖經長久時間不受失蹤宣告。其財產之在本國者應受國家法律之保護。二生存不明者如逃亡者

之或遠或近。或在、本國。或在、他國。或生、或死。無從、探究。則經、若干。時期、當受、失踪。宣告。其所有、財產。亦受、本國、法律、之保護。今將、保護、財產、之規定。分爲、四說、於左。

(一)關於不在者財產管理必要之處分 必要之處分者。不可不爲之事也。關於不在者財產管理之必要之處分。於第二五條及第二六條規定之。第二五條云。『去從來之住所及居所者未置有其財產管理之人時裁判所得因利害關係人或檢事之請求就其財產之管理命必要之處分於本人之不在中管理人之權限消滅時亦同』

其曰去從來之居所及住所者。如其人素以甲地爲生活根據地。忽離甲地轉至乙地。是也。若轉地時。有管理人代理其財產。法律上無須過問。惟未置有管理人。則財產恐有侵奪失散之虞。而個人失其利益。即與國家之利益有關係。故法律必爲之保護也。

其曰固利害關係人及檢事之請求者。蓋利害之關係人。即不在者之相續者。及債權者。皆與不在者實有利害之關係。故得請求裁判所之處分。以一則保

護不在者之財產。一則保護相續人及債權者之益利也。檢事者附置於各裁判檢事局之役人。而爲公益之代表者也。故於其探得不在者之失蹤時。亦得爲相續者及債權者與關於國家之利益者。提出請求於裁判所。其職務當然也。

其曰命必要之處分者。謂裁判所於其所遺之財產。斟酌情勢而加以適當之處分也。以普通論之。有用封印之手續者。如一時無適當之管理人。將動產封存。俟得其人然後交付是。又有競賣者。如貨物不能經久。則競賣之。以其價金或存之銀行。俟本人歸時。仍交付之是也。

其曰於本人不在中。管理人權限消滅亦同者。如管理人或期滿。或死亡。成因他事故。而消滅權限時。裁判所得再改命必要之處分是也。

第二五條二項云。本人至後日置管理人時。則裁判所代置之管理人須因利害關係人或檢事之請求。取消其命令。蓋不在者未置有管理人時。裁判所爲保護其財產起見。不得已爲之代置管理人。若本人日後自行選置管理

人。則必爲不在者所信任。無俟裁判所之干涉也。故一經請求。即當解其代置之管理人之職務。

第二六條云「於不在者置有管理人之場合。其不在者之生死不能分明時。裁判所得因利害關係人及檢事之請求。改任管理人。」蓋不在者之生死。既不明。則所置之管理人難保無不當之管理。又或因他事故不能盡其職務。如此。非但有有害於不在者之利益及他之關係人。并關於國家之利益。亦均蒙其害。故因得利害關係人或檢事之請求。而改任之也。

(二)關於不在者財產目錄之調查 財產目錄者。列記一切財產之簿記。詳記其名。稱。種類。性質。及計算之價值是也。所謂調查不在者之財產目錄者。於第二七條及第二八條規定之。第二七條云「依前二條之規定。裁判所選任之管理人。須調製其管理財產之目錄。但其費用以不在者之財產支辨之。」蓋財產若經失散。無由知其增減。惟調製其目錄。則若何數目。瞭然可見。其調製之手續。民法上未及規定。大致規定於非訟事件手續法中。詳非訟事件手續

法第五五條及五六條至謂其費用必以不在者之財產支辨者。以調製目錄之費用發生於保護本人之財產也。如須公証人調查或品評人核定其一切費用。應於不在者之財產支辨之類是也。

第二七第二項云「於不在者之生死不能分明時有利害關係人及檢事之請求則裁判所亦得命不在者所置之管理人以前項之手續蓋本人自置管理人雖未調查其目錄其財產之增減自身得以監督之若本人之生死既不明則財產之增減惟管理者知之凡於此場合裁判所亦得因有請求者命其調製目錄以備管理者或有不當行為處分之證據」

第二七條云「右之外前二項之外凡裁判所認為保存不在者之財產所必要之處分得命之管理人」如因財產之種類及性質或有不免危險損害之結果。裁判所命管理人變通處分以期保全不必守原有之主義是也。此云必要之處分與二五條云必要處分不同。二五條所謂必要之處分者乃未有管理人而處分之也。此則有管理人而命處分之也。

(三)關於不在者管理人之權限。權限者。權利之限度。指處理之權利範圍而言也。如第二八條之規定云「管理人超過第一。三條所規定之權限爲必要行爲之時得裁判所之許可後得爲之」蓋一。三條之行爲。即保存行爲。管理行爲也。而此云超過之者。則爲處分行爲也。處分行爲。範圍最大。無所限制。每生害弊。故必經裁判所之許可而後得爲之也。

又同條之規定云「於不在者之生死不分明之場合其管理人必要超過不在者之權限行爲時亦同」蓋本人自置管理人。其權限大小。裁判所無須干涉。即本人未定及權限。仍得從第一。三條之範圍。如若超過此範圍之行爲。固當直接定之本人矣。至本人爲生死不分明時。則其行爲不得有裁判所之許可也。

附錄第一。三條條文如左。以備參照。

第一。三條云「代理人權限之未定者僅有爲左之行爲之權限」

(一)保存行爲

(二)不變代理之目的物及權利之性質於其範圍內利用之又爲目的改良之行爲

(四)關於不在者管理人之權利義務 分別言之於左。

(甲)管理人權利之規定 見第二九條二項。條文云。裁判所依管理人與不在者之關係或其他之事情得從不在者之財產中給與相當之報酬於管理人。相當者。隨時隨地而酌定之也。報酬者。管理人既有損失賠償之責任。即有保存報酬之權利也。依他之事情而給與之者。蓋管理人若係子之對於父。弟之對於兄。原無須報酬。或係資財家。而管理小數之財產。亦無取乎報酬。惟管理係貧乏者。而所管之財產又屬重大者。則裁判所應與以相當之報酬也。

(乙)管理人義務之規定 如第二九條第一項云。『裁判所得使管理人付於財產之管理。及返還供相當之擔保。』所謂管理者。代理處分而不使消滅之義也。所謂返還者。如管理人或辭職。或期滿。及其本人有相續人時。則當返還其財產是也。所謂供相當之擔保者。或立保證人。或設定質權。或設定抵當權。

等是也。蓋凡管理財產者，必有返還其財產於本人義務。倘於其財產妄爲消費，或致損失，則本人終受虧損。故法律必令其供相當之擔保也。

(乙) 關於失蹤宣告之規定。失蹤宣告之規定，分爲三種。一曰失蹤之要件。二曰失蹤之效力。三曰失蹤之取消。

(一) 失蹤之要件。要件者，指法律上事物成立主要之條件而言也。失蹤之要件，以生死不分明。七年期間爲原則。於第三條規定之條文云：「不在者之生死七年間不分明時，裁判所明因利害關係人請求爲失蹤之宣告。」據法典調查會，日本法定經三十箇月，即認不在者爲死亡。後做獨逸民法例，議增爲十年。衆議院縮之爲七年。夫第二五條規定，失蹤宣告前之事項，請求人則有檢事。本條請求人無檢事者，彼則爲請求以置管理人。此則請求以爲宣告失蹤之目的不同也。未置有管理人，檢事有保護之責任，故必須其請求。本條之義，則管理人原已置定，其請求者僅爲失蹤之事，而失蹤之關係全在其親族。故無俟檢事之干涉也。

例外 三年間不分明時。裁判所因利害關係人之請求。得失踪之宣告。如同條第二項云「臨於戰地者在已沉沒船舶中者其他死亡之因遭遇於危難者之生死或爲戰爭止後或船舶沈沒後或爲其他之危難已去後三年間而不分明者亦同」蓋臨於戰地（專指兵卒而言）或有戰爭中逃亡者。或有意外事故者。沈沒船中或有至他處而生者。或有爲別船撈獲而生者。他之危難或經火水災者。或經地震災者。於此之類。一時雖無確定未爲死亡之事據。而究非決無有死亡者也。以普通情形推定之。則多屬已死亡矣。故期限必減短於原則。

(二) 失蹤之效力 效力者。言其效果之力也。效力與效果不同。效果者。依於效力而生之結果也。失蹤之效力。第三一條規定之。條文云。「受失蹤之宣告者於前條之期間已滿時視爲死亡者」所謂前條之期間者。即原則七年。例外三年是也。其滿此期間即應視爲死亡者。凡人一經死亡。即有家督相續財產相續。配偶再婚。諸問題。既經過規定之期間。受失蹤之宣告。則凡屬言

行相續。再婚事件。應爲有效。若不確視爲死亡之日。則種種障礙。均因之而起。就相續權一端言之。如相續權發生之時期。應爲甲之相續。遲其時日。而甲或死亡。或生他事故。遂至移之於乙。則一得一失。均非正當之理由。皆由不能確定死亡之日故也。

規定視爲死亡之期間。各國主義不同。大要有四。

(天)最後音信之日。最後音信之日者。謂接不在者之最後書信。或最後之遇見。即視爲死亡之起時也。採此主義者。如佛蘭西及佛法統係諸國。(與法對西法律相係)

(諸)伊地利。荷蘭。比利時。及日本舊民法是也。但日本絕對視爲死亡。而佛法係諸國。則有絕將視爲死亡者。有相將視爲死亡者。此其異也。然以最後之音書。或遇見時。視爲死亡。其規定仍出於推測於事實。上未必盡屬正確。茲有可適用於例外者。如德意志民法之規定。「船舶沉沒日發火日即視爲該人死亡」是也。蓋發火落水之時。雖未知其人確定其死亡。然以無可生存之希望。推定其已死。猶不失通常之理也。

(地)失蹤宣告之日又宣告之裁判確定之日 所謂宣告之日者裁判所宣告之日也。所謂裁判所確定之日者宣告於裁判所而無上訴行爲(對於上級裁判所而求更易之謂之上訴)即爲確定之日也。探此主義者如奧大利、西班牙、瑞西之古羅布鉛頂(グラッブユンデン)德意志民法未行前之普魯士、拍也盧布(バイエルン)德意志民法草案及德意志多數之聯邦是也。

梅博士曰此主義既不適合於理論亦不適當於實事何謂不適當於理論蓋宣告之日爲裁判所單獨之判決裁判所確定之日雖經調查亦爲單獨之決斷其於不在之死亡均非確實之證據譬之債務者不履行其義務債權者提起訴訟裁判者不能即據債權者一方面之言單獨斷決之而令債務者之履行也以平常之判決尙且不可無憑證之效力況人之生死乎何謂不適當於實事蓋請求於裁判所係利害之關係人其人之確係爲公益與否則不得而知又安保無私意增減時間之弊乎況裁判官之勤惰不一其手續之遲速亦

不定。又安保其宣告之日。概行正當乎。此日本民法所不採此主義也。
(人)公示催告期間滿了之日。公示催告期間者。謂限以一定之期間。而依公示之法。以催告於人。使其報知不在者之存亡也。以公示之法。送達其催告書。故與通常之催告効力相等。蓋凡失蹤時。利害關係人。請求宣告於裁判所。而後裁判所。即將不在者姓名。登諸公示。限以日期。如所限之期內。有知不在者之踪跡。或生或死。准向裁判所告復。若限期已滿。尙無人告復。即宣告失蹤。而視爲死亡也。獨逸聯邦中。少數國採此主義。

梅博士曰。此主義於理論與實事。亦均未適當也。夫於限期已滿時。未見有報告。即視爲死亡。而不知其無有報告者。或爲不確知其人之爲生爲死。而不報告。非必知其人之已死。而不報告者也。安得以期間已滿之日。即爲是人已死亡之日乎。況公示催告。乃探知本人死亡之手續耳。亦如裁判所之口頭辯論。必經三次者。裁判所既有不能以已經三次之手續。即爲判決。又安得以期間已滿之日之手續。即爲死亡之判決乎。且所謂期間已滿。即斷爲死亡。并未

聞有須再宣告布知之說。其不適當更無待言矣。實事上之不適當說明有節。

(物)法定期間滿了之日。法律所定之期間。如原則之七年。特別之三年。是也。宣告失蹤。既有一定不變之規則。利害關係人。及裁判所。均無伸縮期間之弊。而理論事實。頗得其平。探此主義者。如舊德意志聯邦之薩遜(Sachsen)瑞西之茲野利比(Teuerlich)民法是也。日本現行民法亦同(第三十條規定之)。

失蹤效力之規定。原以不在者生死不能確定而設也。右三主義。均屬假定不在者之死亡。而乃非確實之死亡。第一與第二說之假定失之輕率。第三說之假定。寬與之以期間而又有一定之規則。於法理上言之。則較週密。

(三)失蹤之取消。取消者以前所成之事。自其後消滅之者也。失蹤之取消者。如第三二條規定云「失蹤者之生存。或與前條所定之時異時。有死亡之明證者。則裁判所因本人或利害關係人請求。取消其失蹤之宣告。」所謂失蹤之生存者。

其人尙存在。或歸籍。或有遇見。及音信是也。所謂前條所定之時異時。有死亡之明證者。宣告之後。其人雖死亡。而與第三十條及第二項所定七年三年滿了之時不同。且有明白證據者也。所謂因本人及利害關係人之請求。得取消失蹤宣告者。法律之原則。有追溯既往之效力。故自本人受宣告之起時。及取消之止時。其中有一切法律行爲。得全行消滅也。

例外 第三二條但書云。『但失蹤宣告後其取消前以善意所爲之行爲不變其效力』所謂善意云者。蓋不知其事實。而非故意爲之以違法律也。例如失蹤以後。取消以前。本人之妻再婚者。果屬法律所準其再婚之期限。則其後雖知本人之生存。而其已經再婚者。仍有效是也。

又同條第二項之規定云。『因失蹤宣告而得財產者。雖因其取消而失權利。然祇於現受之利益爲限度。負返還其財產之義務』此專就相續者而言也。例如宣告失蹤。已定準死期日。後又得其確實死期。與所準死之日違異。而宣告之時。已依相續之順遂。屬甲相續。今依確實死期計算。該屬乙之相續。則前甲所相續

之期內。有消費之財產。概不追溯賠償。惟將現在之財產。返還於乙也。至本人之未死時。相續人受返還義務之規定。亦同。

第二項 外國人之權利能力

解釋外國人之權利能力。分爲二種。一界說。二享有。

第一目 外國人之界說

何等、人、乃、爲、外、國、人。何等、人、乃、爲、內、國、人。其問題甚形困難。何則。國與國法律不同。其所謂爲內國人與外國人者。皆各國主權者之斷定。非相謀合而強同者也。甲國定之如此。乙國定之如彼。兩者違異。每生衝突。此中解決。全關係國際私法。國際私法者。規定其人何者當從本國法。何者當從在國法也。蓋不能辨明其如何爲外國人爲內國人。則無法以處分其人。而全部私法。均歸無效矣。夫私法規定從駐在國之法律。不能辨其爲何國人。則猶從本國之法律以辨之。至從其本國之法律。如身分能力問題。而亦不能辨其爲何國人。則將以何法治之乎。曰就其事件所發生之地而決定之也。如甲國人事件發生於乙國。則從乙國之法。而決之。乙國人事件發生於甲國。則

從甲國之法而決之。此即所謂公安法也。依裁判所在地之法律也。縱兩者主權規定有相衝突。而不相服從者。則又各尊重主權之問題也。

規定內國人外國人之權限。莫如國籍法。國籍者國民存在之根據也。國籍法者。規定各人屬於其國家所定之籍也。日本國籍法。舊法列之民法中。今另提爲特別法。凡關於國籍者皆依特別法辦理。明治三十二年法令第六十六號規定之。二十八條以外皆外國人。至國籍之區別。其問題之困難。則有二焉。

(一)重國籍 重國籍者既有甲國籍復有乙國籍。則究以何者爲其本國籍乎。就日本法例解決之。如法例第二七條第一項之規定云。『於宜依當事者之本國法時而其當事者有二箇以上之國籍則依其最後取得之國籍而定爲其本國法』所謂依其最後取得之國籍而定爲本國法者。例如先得甲國國籍。後又得乙國國籍。則認爲乙國人。以乙國爲本國。而用乙國法也。但重國籍之孰先孰後。不能分明者。則本條之規定。仍不足以解決。

又同條之規定云。『但其一爲日本之國籍則依日本之法律』謂其兩國籍中

有一爲日者。則直視爲日本人。而用日本法律。無論其取得之先後也。

(二) 無國籍 無國籍者。依甲國法認爲乙國人。依乙國法認爲甲國人。則究以何者認其爲國籍乎。就日本法例解之。第二七條二項之規定云。付於無國籍者。以其住所地法視爲本國法。不知其住所地者。即依其居所地法。所謂住所地者。生活根據之地。而長住之者也。所謂居所地者。寄寓旅行之地。而漸居之者也。然此不知其住所。猶知居所。若并其居所而不知。則此條之義。仍不足以解決。

重國籍與無國籍之解決。既如此之困難。而法律中之所規定者。又不過就國籍法臨時之問題解決之。而仍未解決其根本之問題也。欲從根本上之解決。亦惟於立法深注意焉耳。然今世諸國之規定國際私法。莫不慎重周密。卒不能免此二弊者。何也。以各國立法之主義。不歸統一故也。茲舉其主義不統一者有三。

(一) 出生主義 出生主義者。謂不問其父母爲何國人。但以其出生時之地爲國籍之地也。採此主義者。如英吉利。亞美利加。(北亞美利加與南亞美利加多數之國。和南。葡萄牙。丁抹。諸國是也。獨逸舊法。亦取此主義。今改之。

(二) 血統主義 血統主義者。謂不問其出生之地。爲何地。但以子從親爲標準也。如父屬甲國籍。則從甲國籍。若不知父之籍。而知其母籍者亦然。是法肇於羅馬。今德意志。奧地利。匈牙利。瑞典。挪威。瑞西。羅馬尼亞。皆取此主義。日本現行民法亦同。

(三) 折衷主義 折衷主義之原則。仍取血統主義。而參用以出生主義。聽本人之自由選擇也。(選擇與歸化不同。歸化必守條件。選擇則無條件之守) 採此主義如法蘭西。比利時。西班牙。伊太利。露細亞。魯克森堡。土耳其。布魯加利亞。(アルガリヤ) 希臘。諸國是也。日本舊民法亦同。

各國所採主義。既不能統一。而所謂重國籍與無國籍之弊。遂因之以起。何也。如甲國取血統主義。乙國取出生主義。苟甲國人在乙國出生。而乙國認爲乙國人。甲國亦認爲甲國人。即一人而生重國籍矣。此但就採第一主義與第二主義之不同者而言之。而衝突之弊。尙如此。倘各國皆取第三主義。則選擇各任其自由。其衝突之狀。尤不可言。

夫欲解決何者爲外國人。則當先知何者爲本國人。欲解決何者爲本國人。則當先研究本國國籍法。茲以日本國籍法。分別要素說明之。曰國籍之取得。曰國籍之喪失。

(第一)國籍之取得 國籍取得者得國民之分限之謂也。分爲二種。曰國籍取得之原因。曰國籍取得之効力。

(天國籍取得之原因 原因者事物從而所生之本原也。茲將國籍取得之本原例

舉如左。

(甲)出生 出生者初離母體而生存於世也。因出生而得國籍之取得。其例有四。

(一)出生時。父爲日本人。則從日本籍。國籍法第一條之規定云。『子出生之時

其父爲日本人時。則爲日本人。於其出生前。父母亡時。爲日本人時。亦同。』

(二)父失國籍時。母屬日本人。則亦從日本籍。國籍法第二條之規定云。『父於

子之出生前。因離婚或離緣。失日本國籍時。前條之規定。追溯於懷胎之始時。

適用之。』又同條第二項之規定云。『前項之規定。於父母共出其家之場合。

不適用但母於子出生前爲復籍時不在此限」

(三)不知其父(不知其父之人)之時。又無國籍(知其人而無國籍可定)之時。(是謂私生子)母爲日本人。則從日本籍。國籍法第三條之規定云。「於不知其父之場合。又未有國籍之場合。母爲日本人時。其子因之爲日本人」

(四)生於日本。父與母皆不得知。又無國籍時。(是謂棄兒。從日本籍。國籍法第四條之規定云。「生於日本之子。之父母共不得知時。又未有國籍時。其子因之爲日本人」

就第一與第二之規定觀之。純然血統主義。就第三之規定觀之。又似出生主義。其實不然。蓋既在日本地出生。則推定其大都爲日本之血統也。即有時明知其爲外國血統。而又明知爲何國之血統。日本亦得認其爲日本籍。蓋以人不可使無國籍而不得已而與之者也。

(乙)婚姻 婚姻者。男女之間而生夫婦之關係也。因婚姻而得取得國籍者。其例有二。

(一) 爲日本人之妻時。則從日本籍。

(二) 爲日本人之入夫時。則從日本籍。入夫者。由婚姻而入於妻之家也。國籍法第五條規定之。又明治六年第百三號之布告云。『凡爲入夫。必得內務大臣之許可。』至明治三十一年法律第二十一號規定之以條件。第一條云。『外國人非具備左之條件。內務大臣不得與以前條之許可。』其曰具備左之條件者。即一爲引續一年以上。有住所或居所於日本者。二爲品行端正者。是也。

(參照) 入於妻之家。設其時妻之父母。兼以之爲嗣子。則稱婿養子。而與入夫之性質。大有區別。普通婚姻。婦入夫家。則從夫家之姓。入夫婚姻。夫入婦家。則從婦家之姓。婦入夫家。則戶主權在夫。夫入婦家。則戶主權在妻。此其原則也。然有特別契約時。戶主權仍得歸之夫。日本家族立國。最重戶主。入夫時多屬繼其戶主。故不得不與之以國籍。他國少此規定。

(丙) 認知 認知者。即其父若母於出生時。未認爲子。後以種種事實發見。知其爲

子而確認之也。因認知而得取得國籍者。被日本父母認知而從日本之國籍是也。國籍法第五條第三號規定之。又民法第八三二條之規定云。「認知遯於出生之時生其效力」但認知範圍無限。必生流弊。故國籍法第六條規定認知之條件。(一)依於本國法而未成年者。(二)非外國人之妻。(三)父母之中先爲認知者爲日本人。(四)父母同時爲認知父爲日本人。

(丁)養子 養子者。養爲己子而與其子有相等之身分者也。因養子而得取得國籍者。於國籍法第五條第三項及民法八六一條規定之。其限制之條件。同於入夫。

(參照) 養子即養育之義。通例以其人爲所撫養。故稱養子。如民法第八三七條所載是也。養子本無血統之關係。依法律之力。得與其子有相等之身分而有關係。然因此亦易起弊害。日本之制。以家族爲社會之基礎。豫防家族中絕。輒視爲至要。故民法亦採舊慣而存其制。歐洲諸國。其制亦間有之。

(戊)歸化 歸化者。外國人移轉其他國籍而爲我國國民之義也。因歸化而取得

國籍者。於國籍法第五條第五號規定之。歸化有條件。有手續。試分述之。

(天)歸化之條件。其原則有七。

(一)須得內務大臣之許可。國籍法第七條之規定云「外國人得內務大臣許可乃得歸化」是也。

(二)須住所引續五年以上者。國籍法第七條第二項一號之規定云「引續五年以上在日本有住所者」引續者。接續無間斷之謂也。

(三)依本國法有能力者。日本國法達二十歲爲成年。他國之規定。有超過上依於本國法有能力者。日本國法達二十歲爲成年。而達於日本法之二十歲。未達於本國法之二十歲者。有不及二十歲者之差異。其謂依本國法者。依歸化之本國法也。若甲國法以二十五歲爲成年。而達於日本法之二十歲。未達於本國法之二十五歲。則歸化無效。何者。以依其本國法。未滿二十五歲。猶是本國無能力之規定也。若甲國法以十八歲爲成年。已達本國成年之期。而未滿日本法二十歲成年之期。則歸化有效乎。否。曰。仍無效。必有達本國法規定之成年。又必合日

本法規定二十歲之成年。而認爲有能力之期者。乃有効蓋歸化者。於被歸化國有利害關係。決非可濫。故精神障害者。禁治產者。無準歸化。其理由一也。

(四)品行端正者。國籍法第七條第二項三號規定之。其端正與否。須由內務大臣調查鑑定。若行爲不端。及犯罪逃亡之人。概不許入籍。

(五)能營獨立之生計。有資產及技能者。國籍法第七條第二項四號規定之。蓋無資產及無技能者。則爲無業之游民也。游民而許其歸化。非仰賴於國家。即仰賴於地方。於本國絕無益而有損。故必絕之。

(六)無國籍者及消滅其本國國籍者。國籍法第七條二項五號之規定云。「因未有國籍或取得日本國籍而當失國籍者」此防重國籍而設也。故必原無國籍者。乃得歸化國之國籍。即有本國籍。必消滅之後。乃得歸化國之國籍。他國規定大略相同。然有已歸化他國。而仍得爲本國人者。究居少數。

(七)妻必從夫。國籍法第八條之規定云。「外國人之妻。非共其夫。不得爲歸化」蓋夫與妻不可異籍。妻之歸化。必得其夫之共同也。

例外有四。

(一)國籍法第九條第一項之規定云。「左揭之外國人現在日本有住所時雖第七條第二項第一號之條件不具備時得爲歸化」所揭四號如下(一)父及母曾爲日本人者(二)妻爲日本人者(三)生於日本者(四)引續十年以上有居所在日本者」如此四者之規定。謂在日本先有特別之關係。故歸化較常人爲易。然亦稍有限制者。具一二三號之條件。居所在日本非引續三年以上者。不得歸化。同條第二項之規定云。「揭於前項第一號及至第三號者非引續三年以上之日本有居所者不得爲歸化但揭於第三號者之父又母生於日本者不在此限」

(二)國籍法第十條之規定。「於外國人之父或母爲日本人之場合其外國人現於日本有住所時雖不具備第七條第二項第一號及二號四號之條件得爲歸化」

(三)國籍法第十一條之規定。「於日本有特別之功勞之外國人不拘第七

條第二項之規定但經內務大臣之勅裁得許可其歸化」

(四)國籍法第十四條之規定「取得日本國籍者之妻依於前條(十三條)一項規定取得日本國籍者之妻與夫共取得日本之國籍又第二項規定(前項之規定妻之本國法有反對之規定時不適用之)之規定未取得日本國籍時雖揭第七條第二項之條件不具備時得爲歸化」

(地)歸化手續

歸化之手續甚爲簡單。國籍法第十二條第一項之規定云「歸化者要於官報告示之」謂歸化時先將其姓名登之官報。告示於衆也。同條第二項云「歸化非有其告示之後不得對抗於善意之第三者」所謂第三者即當事者與相手方以外之人也。當事者爲第一者相手方爲第二者以外之人爲第三者。未經官報告示時而第三者得以未及歸化者對待也。蓋外國人歸化之成立由住所之地方官廳而出願書於內務大臣。經內務大臣許可者。特恐一般之人民。即概爲第三者。未普知其人之已爲歸化而不便於一切同享權利之行。

爲故必有登之官報之手續。然第三者於未見報告之前有得知其爲已爲歸化者不得以此論。

(己)妻從夫 妻從夫者妻與夫有不可分離獨立之關係而必得共同之行爲也。因夫之國籍而得其國籍者於國籍法第十三條第一項之規定云。「取得日本國籍者之妻與其夫共取得日本之國籍」是也。然亦有例外。同條第二項之規定云。「前項之規定於妻之本國法有反對之規定不適用」蓋防重國籍也。

(庚)子從親 子從親者父母與子有血統繼續之關係而不可斷離者也。因親而取得得國籍者於國籍法第十五條規定云。「取得日本國籍之子依其本國法未成年共其父母取得日本之國籍」所謂依其本國法未成年者蓋成年則有自由獨立之意志非可強也。但在成年而願從其父母歸化時則其限制甚寬詳上歸化。

(辛)國籍回復 國籍回復者復歸於原國國籍法規定之戶籍也。因回復而仍可

取得國籍者。詳後國籍喪失之例外。蓋謂日本人喪失本國籍。而取得他國籍時。後又欲返回日本籍。則無條件可守。與歸化之性質異也。

(地)國籍取得之效力 取得之效力。有原則。有例外。

原則 國籍取得之結果。與日本人享同一之權利能力者也。(土地所有權之類)

例外 雖國籍之取得。有不能與日本人享同一之權利能力者也。國籍法第十六條之規定云「凡歸化人與歸化人之子取得日本之國籍者及爲日本人之養子與入夫者未有揭於左之權利」

(一)爲國務大臣

(二)爲樞密院之議長副議長及顧問官

(三)爲宮內勅任官

(四)爲特命全權公使

(五)爲陸海軍之將官

(六) 爲大審院院長會計檢查院長行政裁判所長官

(七) 爲帝國議會之議員

例外之例外 國籍法第十七條云。『於前條所定之限制付於依第十一條之規定許可歸化者(有特別功勞者)由國籍取得之時五年後付於其他之歸化者十年後經內務大臣之勅裁均得解除之』是也。

(第二) 國籍之喪失 殖民政策之發達。各國許人民有移居脫籍之自由。故有國籍喪失之規定。茲分二則言之。曰國籍喪失之原因。曰國籍喪失之效力。

(一) 國籍喪失之原因 有原則有例外。其原則分爲五。

(甲) 婚姻 國籍法第十八條之規定云。『日本之女與外國人爲婚姻時失日本之國籍』與婚姻國籍取得之原因同一理由。說見前。

(乙) 離婚離緣 國籍法第十九條之規定云。『因婚姻及養子緣組而取得日本國籍者至離婚離緣之場合限於其有外國之國籍時失日本之國籍』其必以有外國籍爲限者。恐未能回復其本籍。而致於無國籍也。蓋合婚合緣時可

以取得國籍。離婚離緣時自應喪失國籍。但喪失日本國籍。必須取得其本國籍。若本國不再認爲伊國籍者。則仍當使爲日本國籍。以人生困難。莫如無國籍也。

(丙)外國籍之取得 國籍法第二條之規定云。『依自己之志願取得外國之國籍者喪失日本之國籍』。蓋人有選擇歸化之自由。既取得他國國籍。仍認其爲有本國之國籍。則生重國籍之弊矣。

(丁)從親從夫 國籍法第二條之規定云。『失日本之國籍者其妻及子已取得其人之國籍時失日本之國籍』。曰取得其人之國籍者。即失日本籍者之妻子隨其夫或父而取得他國之籍也。如此者。乃得喪失本國籍。不然其妻子未取得外國籍。而即喪失本國籍。則生無國籍之弊矣。

(戊)認知 國籍法第二三條之規定云。『日本人之子因認知而取得外國之國籍者失日本之國籍但已爲日本人之妻或入夫或養子者不在此限』

例外

國籍法第二四條之規定云。『滿十七歲以上之男子不拘前五條之規定非既服陸海軍之現役時或無服之之義務時不得失日本之國籍』前五條之規定者。自第十九條迄二十三條是也。不拘前五條之規定云者。以本條既專及男子。則十八條之就女子而言者。自不適用也。蓋女子無有服兵役之義務也。

同條第二項之規定云。『現有文武之官職者不拘前六條之規定非失其官職者不得失日本之國籍』不拘前六條之規定云者。則未離女子規定之一條也。以女子或充當校長及教師。皆得稱有官職者也。

(二) 國籍喪失之效力。有原則有例外。

原則 已喪失日本國籍者。固當與外國人同一待遇。凡外國人所能享得之權利。亦同一不能享受也。此外連帶之效力。即相續開始也。如戶主喪失國籍。家人不認復有戶主權者。則另立相續之戶主。民法第九六四條規定之。其條文曰。『家督相續因戶主之死亡隱居或國籍喪失爲開始』

例外有二

(甲)使其將來容易回復國籍。國籍法第二五條之規定云。「因婚姻而失日本之國籍者婚姻解除之後於日本有住所經內務大臣之許可得回復日本之國籍」(第二六條參照)喪失國籍之日本人其回復國籍與外國人欲取得日本國籍其條件簡密懸絕。蓋本國人回復本國籍乃國家所希望者也。

(乙)權利讓渡猶豫期間。權利讓渡者權利移轉也。猶豫期間者寬其期間而使之不迫也。若國籍一經喪失土地所有權即時讓渡與人似失之過刻。故第九九〇條第二項之規定云。「國籍喪失者於有非日本人不得享有之權利一年內尙未以之讓渡與於日本人則其權利歸屬於家督相續人」蓋戶主既喪失國籍當爲家督相續之開始。其一年內未讓渡於日本人之物即應爲家督相續人之物。限以一年之久者待本國人之特典也。若無相續人過一年而不讓渡於日本人則歸之國庫。

第二目 外國人之權利享有

外國人之權利問題。及外國人權利與本國人區別之問題。其研究之點。詳於國際私法。茲但以世界各國所對待外國之狀態。分三期以說明之。第一期者。野蠻時代。無論何國。不認爲有人格。彼此殺奪。無以爲罪。是絕對不能享有權利也。第二期者。半開時代。以外國人無權利爲原則。有權利爲例外。是相對不能享有權利也。爲世界第二期進步。第三期者。開明時代。以外國人有權利爲原則。無權利爲例外。是享有權利而非純然之享有也。(爲世界第三進步)所謂第三期者。即今西歐諸國。及東亞日本。現在之現象也。至權利之分量。限若何之程度。則各國不一。徵之南美洲智利。祕魯。亞爾南丁諸國。則內外人權利已增同等矣。(爲世界第四進步)其他歐美諸國。亦日伸張。其原則之範圍短縮。其例外之制限自今而後。將擴之。至於無限縮之。至於無跡。亦未可知也。

(第一)各國之例。分二種言之。曰公權。曰私權。何以分之。爲公權。爲私權也。蓋人類之共同生活。關係有二。一國家臣民生活之關係。一社會個人生活之關係。臣民關係。規定之法。爲公法。個人關係之法。爲私法。公法上關係之權利。故曰公權。私法上之

關係之權利。故曰私權也。詳解於左。

(天)公權。公權之效果。直接以參預國家之政治。間接以構成人民之秩序。關係非細。各國以公權必限本國人所獨享有者。亦有正當之理由。蓋人之愛國。生於感情。斷未有愛他國之感情。而勝於愛本國者也。若使外國人同享有公權。得以干涉政治。假如兩國之利害有相衝突之時。則必先全其本國之利。而害及於人國者。何也。人人有維持本國之責任之良心。爲天然之不可滅也。故論其原則。外國人之公權。決無平等於本國人之理。茲以各國公權所限制者。例舉之。

(一)選舉權被選舉權。選舉權者。謂我有選舉他人之權也。被選舉權者。謂人有被我選舉之權也。此等權外國人不得享有。惟南美之秘魯亞爾南丁之地方議會會員。外國人得以充當。因人地稀曠。而不設以限制也。至政治上之選舉。及被選舉權。仍有不得平等者。

(二)官吏。官吏者。凡於政治上有權力者也。如行政官府。執行職務官吏是也。至名譽領事。雖屬官吏。無政治上關係。故有許外國人充當者。

(三)公吏 公吏者。有辨理公務之關係也。如自治團體之吏員。市町村長副長。及公證人是也。公吏關係之重要。即以公証人一端言之。裁判所得據以直接處斷事物。故非外國所得充當。

(四)領事 領事者。有交通兩國貿易之關係也。與名譽領事性質不同。故亦不用外國人爲之。

(五)辨護士 辨護士者。有關係法律行爲也。除英吉利外。各國亦無使外人充當之者。

(六)陪審員 陪審員者。雖非直接之裁判。而於司法上有陪審之權利也。惟英吉利於外人住居十年以上者。許充當之。然必經執過公務事件者。

(七)軍隊 軍隊者。保護國家之公權也。歐洲雖有外人隊。然與本國隊之性質不同。其對待之制度亦不同。如法蘭西有外人隊。乃駐在法之外國人。編成軍隊。或戰時願助駐在國充當義勇隊。或平時願學駐在國之軍隊。然其制度與本國尋常軍隊異。故不在限制之例。

(地)私權 世界各國私權雖有認外國人同爲享有。然亦非絕對之平等於本國人也。茲以法人外斯(フェイス)所分四類。以說明之曰英美。曰歐洲大陸。曰舊西班牙領地(亞米利加)曰東洋諸國。

(一)英美 美法原於英。故其私權限制。大畧相同。其普通法。舊時習慣法。凡不動產權。相續權。賃借權。外國人不能享有。英當一八四四年。普通法之範圍漸減。至一八七〇年全廢。除船舶所有權利外。不動產。及動產。與外國人同爲享有。美之普通法雖漸廢。而其國體屬合衆之性質。其制度之限制。則各不一畧。舉於左。

(子)普通法未廢盡而尙行之者四州。

(丑)與外國人平等。絕不加條件者。十七洲。

(寅)凡在國內有住所。得享土地所有權者。九洲。

(卯)申明將來歸化美國。得與以土地取所有權者。百六洲。

(辰)未滿美士五萬克爾(エキル)之廣者。則土地所有權。加以限制。一洲。

(二)歐洲大陸 歐洲大陸各國權利。分爲三主義。曰條約交互主義。曰法律相互主義。曰內外平等主義。列表以說明之。

條約交互主義	法律相互主義	內外平等主義
法蘭西	德意志	西班牙
比利時	奧大利	葡萄牙
希臘	瑞典	荷蘭
羅克森堡	瑞西	意大利
	摩洛哥	日耳曼
	塞爾比亞	連馬爾
		露細亞
		羅馬尼亞

(甲)條約相互主義。條約相互主義者。兩國訂立條約同一認許之範圍也。如甲國人對於乙國條約上許有若何之權利。則乙國對於甲國之條約亦如之。其對於未訂明條約之國。雖間享有一般所認有之權利。但未及已訂明者之完全耳。

法蘭西人類權。外國人得同享有國民權。則必經條約之指定。但國民人類。甚難區別。其說有三。第一說。凡法律上未明載者。爲國民權。外國人不能享有。第二說。凡法律上所明載者。即人類權。國內國外人皆同享有。第三說。折衷二說。謂無論法律上明載與否。皆不可據。但視裁判所所判明者爲人類權。若者爲國民權以衡定之。前代多取第三說。近代多取第二說。法蘭西法一切所有權。包含不動產與動產。無論有償無償之條約。均屬人類權。比利時舊民法與法蘭西同。至一八三一年頒布憲法。內國人與外國人權利平等。而其無償取得權。實際上之施行。則後於法蘭西也。

希臘。除明訂爲國內人留保權利外。外國人皆得享有。即經條約指明者。

雖內國人留保權亦得享有。

羅克森堡 凡屬人類權。無論條約內外人皆得享有。惟國民權不在此限。

(乙) 法律相互主義 法律相互主義者。無待同時條約之訂明。但甲國於本國

法律上規定乙國之權利如何之享有。而乙國法律對於甲國亦如是也。德意志 德意志行此主義。尤以內外平等爲原則。但取報復主義用之。其

類有三。(一)如甲國許德國人免除訴訟擔保之限制。則德對於甲國人之訴訟亦如之。(二)如德人貧乏者。在乙國訴訟時得免納訴訟費。則德對於乙國

貧乏訴訟時亦如之。(三)如德國裁判事權。得直行於甲國者。則甲國在德之裁判權者亦如之。

瑞典 土地所有權。非經政府許可。國外人不得享有。至私權規定。則不一。大要則宗相互主義。

瑞西 瑞西乃聯邦政體。法律規定。甚爲複雜。其大要亦宗相互主義也。

(丙) 內外平等主義 內外平等主義者。無須法律與條約相互享有權利。除非

常特別規定。外一切利權。外國人同一享有者也。

西班牙。法律明定不動產及動產。外國人同一享有也。葡萄牙亦然。但西班牙於非常特別權。法律未及規定之。

荷蘭連馬耳伊太利。內外平等。亦必載之明文。但法律上之規定不同。

露西亞。雖採內外平等主義。而面積廣大。各屬國不同。其土地所有權。惟通商口岸。城市都鎮之地。得有之。餘地不在此限。如芬蘭原屬瑞典。法亦宗瑞典。今仍之。波蘭原屬法蘭西。原宗法蘭西法。今亦仍之是也。

羅馬尼亞。略同於露西亞。其土地所有權。非通商口岸及都市城鎮之地。不得同一享有。

(三) 舊西班牙領地 (亞米利加) 舊西班牙領地。如巴西。智利。墨西哥。秘魯。亞爾

南丁。是也。其內外平等主義。絕無限制。非其國進化之程度。足以增此。亦以人地稀曠。而寬其制以勵來者也。諸國舊屬西班牙。故其國之法律及主義。皆與西班牙畧同。而其範圍且較寬矣。

巴西除法律明定限制外人條件外。一切權利皆與外人同一享有。

智利 凡內國人所享有權利外國人同一享有。

墨西哥 規定之範圍則較寬。其權利內外人同一享有者。雖船舶權亦無限制。但有例外。凡四鄰國與其國界毗連者。不得同享有其國之權利所有權。國界限制之規則。陸地二十五里內。海岸地五里內。若係近鄰國人。雖經政府許可。亦無效力。但非近鄰國人者。不在此限。

秘魯士 其規定範圍尤寬。雖政治公權。外國人亦得同享。亞爾南丁亦然。

(四) 東洋諸國 歐洲學者。耶蘇教外。皆稱東洋諸國。故土耳其其屬之東西洋宗教不同。風俗習慣不同。因之法律之規定亦不同。法律既不同。則不能使西洋國之在東洋者受本國之法律支配。於是西洋國不得不設領事裁判權。以自治此歐西在東洋各國設領事裁判權之原因也。其始行之於土耳其。其次及暹羅。緬甸。朝鮮。中國。東洋主權既失。而流弊亦每演出自國人民受無已之惡劇焉。日本前代亦然。至明治三十二年改訂條約。始得廢外國領事裁判權。

夫外國之裁判權。非專爲伸張本國強盛起見。實以東洋諸國不完全之法律。不足以保護外國人民之財產生命。而出此不得已之爲也。人但知日本於三十二年收回領事裁判權。而不知三十二年前。能採長歐美以編纂法典。派遣遊學以儲養才識。及新法宣布。經數年之試辦。而外國居留日本者。受法律保護之自由。得如本國。乃得被世界公認法律之完備。而收此效果也。若徒爭之理論。上謂對等國必服從其主權。無濟也。

東洋之土耳其。主權雖失。然較之他國。差強人意。何也。歐美之在土耳其。享特權之地。尙存限制之法。即外國人欲享土耳其之權利。必先自願遵守土耳其法律之規定是也。其法律之規定如下。

- (一) 服從土耳其法律 (對於不動產所生事件。以本國法律處之)
 - (二) 徵納國稅 (對於買土耳其土地。必納租稅)
 - (三) 服從本國裁判 (對於不動產死生事項。必服從土耳其裁判權)
- 有右之限制。故外人之在土耳其者。尙無強權迫挾之與也。

(第二)日本法 日本於外國人之權利。條約之規定。法律之規定。時出不一。茲亦就法律上所規定之公權與私權言之。

(天)公權 日本凡屬公權。無論載之明文與否。一概不認許外國人享有。茲舉已載之明文者於左。

(一)衆議院議員之選舉權。及被選舉權。(參照衆議院議員選舉法第八條第一號及第十條)

(二)市町村會議員之選舉權。及被選舉權。(參照市制町村制第七條第八四條)

(三)府縣會郡會之議員選舉權。及被選舉權。(參照府縣制第六條)

(四)商業會議所之議員之選舉權。及被選舉權。(參照明治三十五年二月法律

第三十一號商業會議所法第九條一項第十二條第十五條四項)

(五)辯護士。(參照明治二十六年三月法律第七號辯護士法第二條第一號)

(六)軍隊。(參照明治二十三年一月法律第一號及徵兵令第一條)

(地)私權 私權分二種。曰人權曰私法權。

(甲) 人權 凡人皆有人權。無容區別。故法律上亦不及詳定。約舉之則有數端。

(一) 身體自由 本國人身體自由權。由本國憲法所定之。外國人身體自由權。由通商航海條約所定之。但有例外者。犯罪之引渡是也。如外國有來請求其國之犯罪人於日本者。日本有交付其犯罪人之義務。日本人在他國犯罪者。若逃回本國時。他國來請求之。有不交付本國人之權利也。(參照明治二十年八月勅令第四十二號逃亡犯罪人引渡條例第一條第三號)

(二) 宗教自由 外國人在日本除防害國家之安寧秩序。無論信仰何教。皆得自由。且從保護。

(三) 言論自由 著述。新聞。演說。集會。結社。外國人均得自由。但有關於政權之結團。則為各國所同禁。如治安警察法第六條規定國內法云「日本臣民不得加入政治上之結社。又不得為會同公眾之政談集會之發起人」是也。

(四) 請願自由 外國人有請求保護權利自由。如不服裁判之決斷。及維持他人之利益。皆得上書。發表意見是也。

(五) 教授自由 外國人在日本無論以何學問教授人民。皆得自由。但不得充當大學堂教頭。及有妨害善良風俗。

(六) 營業自由 除法律上明定禁止外。外國人於日本商業。製造業。販賣業。均得自由。日英條約第三條。日佛條約第四條規定之。

(乙) 私法權 原則 日本法私權。取內外人同等主義。第二條之規定云「外國

人除法令及條約禁止外享有私權」法今者。法律命令之約辭也。本國人之私權。皆歸定於法律。而以臣民共同規定之憲法爲保障。若外國人非受憲法保障之例。則以命令限制其權利也。

例外 外國人不能享有私權者如左。

- (一) 戶主權 日本家族制度。家督於國家分子中。最爲重要。故不許外人享有。
- (二) 養子及入夫。 外國人爲日本養子入夫。必經內務大臣許可。(詳上歸化)
- (三) 土地所有權質權抵當權 所有權者。謂對於物有完全之權利也。若外人同享土地之所有權。是本國土地上外國人得自由處分也。質權者。債務者以

物。交。債。權。者。爲。質。也。若。外。人。同。享。質。權。設。本。國。以。土。地。質。與。於。外。國。人。有。不。能。償。完。貸。借。時。則。土。地。仍。得。屬。外。國。人。處。分。也。抵。當。權。者。以。物。爲。抵。當。而。以。契。書。相。質。其。結。果。與。質。權。等。故。外。人。亦。不。得。享。有。此。三。者。限。制。各。國。畧。同。

(四) 訴訟上之保證金 日本訴訟兩方面經費。當歸敗訴之一方負擔。原無須先時保擔。至外國人在日本訴訟時。則先當以物或金爲保擔。以爲敗訴時支拂之準備。但。未。及。敗。訴。時。該。金。得。以。返。還。蓋。恐。外。國。人。因。貧。乏。及。他。事。故。不。能。支。拂。此。經。費。也。(民事訴訟法第八八條參照)

例外 法律相互者。則無須保證金。如甲國對於日本人訴訟。無供擔保之規定。則日本對於甲國人之訴訟亦然。

(五) 訴訟上之救助 日本人在本國訴法時。實係貧困。無能出訴訟費者。國家體恤。免收訴訟費用。若外國人則不得享此特權。

例外 法律相互者。亦享救助權。如日本人在甲國訴訟。有救助權。則日本對法甲國人之訴訟時亦然。(民事訴訟法第九二條參照)

(六)日本船舶 揭日本國旗者。國外人。無所有權。明治三十二年法律四十六號船舶法第一條規定之。

(七)航海獎勵金 日本臣民。具備航海事業。受獎勵法之條件。得享獎勵之權利。外國人。雖具備規定之條件。不得同享。明治二十九年法律十五號航海獎勵法規規定之。

(八)造船獎勵金 日本臣民。具備造船受獎勵法之條件。得享獎勵之權利。外國人。雖具備條件。不得享有。明治二十九年法律第十六號造船獎勵法第一條規定之。

(九)遠洋漁業獎勵金 日本臣民。凡具備遠洋漁業獎勵法所規定之條件者。即得享獎勵金之權利。外國人。雖具備其條件。亦不得同享。明治二十年法律第四十五號遠洋獎勵漁業法第二條規定之。

(十)移民取扱人 取扱者。管理移民時供給一切事務也。日本經營殖民事業。專限本國人任之。於明治二十九年法律第十七號移民保護法第七條二

項規定之。

(十一) 取引所之會員 取引所者。以其地出售諸種物件。而商人及諸色人等。定時集合。如株式公所。米穀取引所。及商品取引所之類。是也。其組織之法。有會員之組織。以營業各員組織之者也。有株主之組織。以株式組織之者也。蓋取引有自爲收付之關係。其一切行爲。皆屬於公之性質。而株主不能管理取引所之重務。惟會員乃得支配取引所之內容。故外人得爲取引所之株主。不得爲取引所之會員。

(十二) 取引所之仲買人 仲買人以普通言之。於他人之商業間。而爲紹介之機關也。至取引所之仲買人。於取引所有密切之關係。故外人亦不得充當。

(十三) 鑛業 鑛產爲國家之富源。非可外漏。日本鑛業條例。第三項規定之云。『非帝國國民不得爲鑛業人或關於鑛業之組合員及會社之株主』是也。

(十四) 銀行之株主 株主者株式之主也。此所謂銀行之株主者。蓋謂中央銀行(日本銀行)正金銀行。農工銀行三者之株主也。中央銀行。有國內經際之

關係。正金銀行。有內外國滙通之關係。農工銀行。有獎勵農工之關係。故外國人不得充當其株主。

此外國際私法上所生之問題。如能力及親屬之關係。國外人不得同享。固有正當之理由。非例外之性質。而有同享之權利。的界限。其屬疑似之間者。有七例。

(一) 證人 證人者。指持爲證據之人而言也。如對於訴訟立於第三者之位。而爲訴訟事外之人。於其既往之事。有所見聞。而有向裁判所陳述之之義務。則命之爲證人。無論何等人。不得拒之。證人雖屬公之性質。而無國內外人之區別。

(民事訴訟法第二八九條以下。刑事訴訟法一一三條以下參照)

(二) 後見人後見監督人保佐人親族會員 後見人者。襄助未成年者及禁治產者之職人也。後見監督人者。恐後見人之所行不適當。爲之監視之人也。保佐人者。輔佐能力未備者之人也。家族會員者。家族之重大事件。選認會員。協議而決定之人也。他國於此四者。限制不一。日本法律。則無內外人之區別。

(三) 普通裁判籍 普通裁判籍。必在管轄其住所在地。自羅馬以來。各國多採內外

同等主義。(惟法蘭西異之)日本以住所及居所爲裁判籍。無住所又無居所者。則依其所在地。(現地)無內外人之區別(民訴一二條參照)

(四)著作權 著作權者。著述發行之權也。于八八六年。日與英、法、德、伊比同盟之規定。凡外國人之著作。不唯在日本發行者。有保護之權利。即在外國發行。而輸入日本者。不須有條件。亦得享有保護之權利。

(五)特許權 意匠權商標權 特許者。於一切禁止之事。對於一人而特許之。義也。意匠者。關於物品形式之特許。以專製也。商標者。表張自己之商品。申請行政官廳登錄之。得以專用也。此三者日本法律國內外人同一保護。

(六)鐵道株主權 鐵道會社株主。外國人亦可爲者。但權止在株主。不及鐵道。

(七)公債權 公債者。國債也。日本公債。卷國外人皆得享有。且得募集國債於外

國

第二款 行爲能力

行爲者。法律行爲也。即吾人日常之事。而於法律上有關係者。也能力者。具有法律行

爲之資格者也。學者有謂行爲能力爲權利行使之問題，猶之權力能力爲權利享有之問題。蓋人欲行使權利，必先爲法律行爲。如欲行使所有權贈與人，必先行贈與行爲。欲行使賣買權，必先立賣買契約。欲行使借貸之權，必先成立借貸之契約之類是也。

以一般之原則言之，則凡爲人即皆有行爲能力也。然法律上有認爲無能力之區別。有絕對的無能力。有有限的無能力。有一般的無能力。有特別的無能力。

(一) 絕對的無能力 絕對無能力者，法律上純然不認其有能力，雖有行爲而無效也。此即所謂意思無能力（無意思）者也。例舉於左。

(甲) 無辨白利害之意思者 如幼年，是也。幼年意思未及完備，即善意以物贈與人及賣渡於人，雖不背法律行爲，不認爲有效。

(乙) 永久精神之喪失者 如白痴、瘋癲是也。白痴無能作用者，瘋癲有作用，而無正當者，雖偶有法律之行爲，不認爲有效。

(丙) 暫時心神之喪失者 如睡夢、及亂醉時、催眠術時、類是也。此時之言語及行爲，

皆屬無能力而自無效。

參照 德意志法律。意思無能力之規定(一)以年齡爲區別七歲以下爲無意思能力。(二)以禁治產之宣告爲意思無能力。若日本法於宣告禁治產。雖亦視爲意思無能力。然富其精神回復時。則所行之法律行爲。仍爲有效。

(二)限定的無能力 限定無能力者。非純然認爲無能力。乃被法律之限制。而認法律上指定之行爲無能力也。亦非謂限定之行爲即時不能成立。乃將來得取消之。而使無効也。日本民法所謂能力者。有限定無能力之規定。無絕對無能力之規定。蓋意思無能力。其行爲無効。固天然之理。無俟法律之明定也。若德意志之法。於年齡既有限界。而禁治產之宣告。又無精神回復之條規。故不能不明及之。

(三)特別的無能力 特別無能力者。對於特別之人。而無能力也。其例有二。

(甲)始成年對於後見人 如適當達成年之時。而後見人未解除其權。則欲爲法律行爲。仍須得後見人之同意。故對於後見人。不得謂純然之有能力也。但對於一般人之法律行爲。仍認爲有能力而有効。(第九三條參照)

(乙)妻對於夫 夫婦間有特別之契約時。則妻對於夫有特別之無能力也。但對於一般人之法律行為。(妻對於人結契約)仍認為有能力的而有効。(第九二條參照)

(四)一般的無能力 一般無能力者對於一般之人而無能力者也。分三項言之。曰因年齡上無能力者。曰因精神上無能力者。曰因婚姻上無能力者。

第一項 因年齡上無能力

年齡無能力者。專就年齡階級而定之者也。雖然人之智識發達遲速不一。有先其所限之年齡而有能力者。有後其所限之年齡而有能力者。有同一年齡而智識能力不同一者。以理論言之。應視其人之能力適當有能力時。而後認為有能力。然事實上又有所不能及。故各國仍取年齡主義。茲分歐洲年齡之規定。日本年齡之規定言之。

第一目 歐洲年齡之規定

歐洲各國法律上年齡之規定。分為三級列表以說明之。

第一級	幼年	未達七歲	絕對無能力	德意志 墮大利 智利
第二級	行爲年齡	由七歲達十四歲	相對無能力	德意志 墮大利 智利
第三級	成年		有能力	

第一級以七歲以下稱爲幼年者。法祖於羅馬也。然人未滿七歲時期。自然絕對無能力。決無訴訟等關係事件。無容規定。近代各國。多改除此主義。

第二級以達十四歲爲行爲年齡者。謂達此年齡。而有得爲法律行爲也。但非有完全之能力。必得法定代理人。或後見人之同意。德意志行此主義最久。今改之。

惟奧大利、智利、二國法。既有第一級之規定。必有第二級之規定焉。
 第三級成年之規定。各國不一。亦列表以明之。

國	年齡
瑞 士	二十歲
(例外)未達 二十歲而 經結婚者 亦得認為 成年	二十一歲
德意志 俄羅 美利堅 英吉利 伊大利 葡 瑞 巴 西	二十二歲
亞爾然丁	二十三歲
荷 蘭 西班牙	二十四歲
(例外)女子 未達二十 四歲而經 結婚者亦 得認為 成年	二十五歲
匈 牙 利 智 利 奧 大 利	二十六歲

盧克森堡	墨西哥	羅馬尼亞	比利時	希臘

昔代歐洲各國。以二十五歲成年爲多數。近代以二十一歲成年爲多數。爲世界交際便利計。將來統一以二十一歲爲成年。亦大勢所可至也。

第二目 日本年齡之規定

日本法於意思、能力、問題。採用法蘭西法。不以年齡定其界限。而於事實上臨時之決斷。特視其果係有能力與否也。蓋幼年時決無與人有重大之行爲。人亦決無有與之有重大之行爲。故亦不必如德意志之明爲區別。日本法之區別者。止成年與未成年之二階級耳。詳釋於下。

(一) 成年 原則 以二十歲爲成年。第三條之規定云。『滿二十歲爲成年』是也。

例 外

(甲) 皇族 皇族之能力與普通成年之能力不同。皇室典範第十三條之所規定云。

『天皇及皇太子皇太孫以滿十八年爲成年』

(乙) 婚姻年齡 婚姻者。法律上不能謂之成年。故一般學者稱爲婚姻年齡。第七六

五條之規定云。『男子不滿十七歲女子不滿十五歲不得爲婚姻』此蓋恐因

成年之規定。婚姻期亦爲所限也。

(丙) 婚姻 婚姻之能力與普通成年能力不同。第七七二條之規定云。『子爲婚姻

時要得其在家庭父母之同意。但男子滿三十年女子滿二十五年之後不在此限

(丁) 離婚 離婚之能力與普通成年之能力不同。第八〇九條之規定云。『不滿二

十五年欲爲協議上之離婚依第七七二條及七〇七三條之規定須得就其婚

姻有爲同意之權利者之同意』

(戊) 養子緣組 養子緣組者。以他人之子與我結定父子之緣之契約也。養子緣組

之能力與普通成年之能力不同。第八四四條之規定云：「以成年之子爲養子及滿十五年以上之子爲養子須得其在父母之同意。」

(參照) 日本舊慣法於婚姻亦稱緣組。民法止於養子制度。而用此語。故法文單稱緣組者。皆爲養子緣組之事。養子緣組。宜具法律規定之條件。依相當之法式。又於養子之父子之間。宜具有法律所定之資格。若養子年未滿十五歲者。則得由養子父母代爲承諾。

(己) 離緣 離緣者。解其父子繼嗣關係之離別之也。離緣之能力與普通成年之能力不同。第八六三條之規定云：「未達二十五年者爲協議上之離緣。依第八四四條之規定。要得付於其緣組有爲同志之權力者之同意。」

(參照) 日本通俗離緣用於夫婦間。及嗣父子之間。意義無甚區別。然於民法則專指嗣父子之間而言。於夫婦間特稱離婚。離婚離緣。皆有協議上裁判上之別。參看協議之離婚及離緣。

(庚) 遺言 遺言者。謂其人死時。而以後事屬託於人之言也。遺言之所爲必法律

上視爲遺言而承認之。遺言之能力與普通成年之能力不同。第一六二條之規定云：「滿十五年者得爲遺言」。

（參照）遺言時。如未滿十五歲者。及使他人代書而爲自筆證書者。以法律言之。則其遺言無効。設十五歲以上。其精神完備。遺言合於法律規定之法式。法律亦視遺言之得而成立。

年齡之計算。以日計。非以年計。明治三十五年法律第五十號之規定「年齡者從出生之日起算。是也。日本前代之年齡。宗中國習慣。以年計算。如第一年終了期所出生者。至第二年開始期。得稱兩年級之類。至明治六年三十六號布告改陽歷以月計算。近法蘭西學者又有謂宜以時計算。夫以年以月之計算。失之太疏。以時之計算。失之太密。不如以日之計算爲適中也。故德意志法蘭西日本皆取以日計算主義。

（二）未成年者之能力 第四條之規定云：「未成年者爲法律行爲要得其法定代理人之同意」法定代理人者。法律上所定之代理人也。即未受本人之委任。而爲本

人代理之人。例如行親權之父母。及保護人。又法人之理事。及不在者之管理人是也。今將未成年者之法律行爲。分二說明之。

(甲)財產上之法律行爲。財產上法律行爲者。如買賣贈與貸借等類。皆與己之財產。上有關係者也。未成年者。既達相當之年齡後。則非絕無能力者。其有自爲之行爲。雖得以成立。唯其非達完全能力時。若無法定代理人(或父或母或後見人之同意。不得謂爲絕對之有效。故第四條第二項之規定云「反前項(未成年者爲法律行爲。要得法定代理人之同意。之規定。之行爲得以取消」也。本條所謂取消者。當以何人爲之。或以如何方法爲之。均詳後無效及取消節。

(乙)身分上之法律行爲。身分者。指一身之分限而言也。以原則論之。身分上之法律行爲。皆不必得法定代理人之同意。故亦無有明文之規定。其必得法定代理人之同意者。皆爲例外也。所謂載之明文者。如第七三條。第七四三條。第七七二條。第八〇九條。第八四四條及第八四六條。第八〇六三條之規定是也。第七三七條第二項之規定云「前條所載者未成年時要得行親權之父與母

或後見人之同意」(第三七條一項參照)

第七四三條之規定云「家族者有戶主之同意時則得相續他家爲分家或得再興廢絕之。本家及同家其他親族之家但未成年者須得行親權之父與母或後見人之同意」所謂家族者與家主國籍之長幼也。實際皆爲家主之親族。然自法律上視之。則家族與親族之範圍。截然不同。即爲家主之親族。而未居其家者。不得爲家族。雖不爲親族。而居於其家。則爲家族。家族以戶籍上之關係言之。非僅指生活於一家者而言。雖向他處寄寓。而記於戶籍。則爲家族。雖其生活於一家。而戶籍不載。則不得爲家族。所謂戶主者。指一家之長而言也。常例男子爲之。變例女子爲之。戶主之位。除因家督相續而繼承之外。餘於分家時及創家時設之。所謂分家者。謂離本家而另立其家也。分家與創家之性質少異。創家者。無本家之可分。而新立其一家者也。所謂本家者。即對於分家而起之語。指所自出之本源之家而言也。本家與分家之關係。非僅以派分之一代而言。迄於子孫猶續存之。日本社會風俗。崇尚本家。故民法亦採之。

凡本家無家業承嗣人時。通常不許廢家。而承繼者。於其本家。則許廢家以繼其業。所謂廢絕家者。兼有廢止斷絕之義。廢家者。廢棄其家事。以繼承他家也。如分家後。爲其家主。設他家無家業承嗣人。以爲之承嗣。則廢棄其家矣。廢家必自廢其家。非指兼理兩家之務。及與他家同居處而言。凡自創立一家者。則爲第一代之家主。第一代之家主。則可任意廢棄。若繼承他人而後。則爲第二代之家主。除生有特別之事故外。不得輒以其家廢棄。絕家者。絕滅之謂也。絕家與廢家不同。廢家。由家主繼承他人家業而起。絕家。則以無家業承嗣人。法律上所謂由自然而生之者。所謂廢絕家。再興者。復以其廢絕之家。而存續之也。(戶籍法一百五十六條參照)法律於廢絕家再興。與一家創立之制度之規定異。所謂同家者。指同家系之家而言也。如自甲家所分之乙丙。其兩家則互有同家之關係。又自家主沒後。無相續人。其家族各自爲一家。則此數家亦互有同家之關係。所謂親族之家者。有親類關係之一族之家也。親族雖有遠近之別。溯其系統。則與他人有異其關係者。其範圍之限定。除六親等內

之血族。三親等內之姻族。及配偶者外。則不以親族辦理。民法七百二十五條至九百六十三條參照)

第七七二條之規定云。『子爲婚姻須得其在家庭父母之同意。但男滿三十歲。女滿二十五歲。不在此限。』又同條第二項之規定云。『父母之一方不知時死亡時。去家時或不能表示其意思時。當有他之一方之同意。』同條第三項之規定云。『父母共不知死亡時。去家時或不能悉示其意思時。未成年者須得其後見人及親族會之同意。』

第八〇九條之規定云。『不滿二十五年。欲爲協議上之離婚。依第七七二條（見上）及第七七三條（繼父母或嫡母於子婚姻不同意時。子得親族之同意。得爲婚姻）之規定。須得就其婚姻有爲同意之權利者。在家之父母及親族會員之同意。』

第八四四條之規定云。『以成年之子爲養子。及滿十五年以上之子爲養子。要得其在家庭父母之同意。』又第八四六條之規定云。『第七七二條第二項（見上）

及第三項(見上)之規定於前三條之處準用之。』

第八〇六三條之規定云。『不滿二十五年者爲協議上之離縁依八四四條(見上)之規定須得就其縁組有爲同意之權利者之同意。』

又有重要關係當得法定代理人之同意與否。而界限屬於疑似者。法律亦須明爲定之。如第七五六條及第八二八條之類是也。

第七五六條之規定云。『無能力爲隱居不須得其法定代理人之同意』所謂隱居者。謂或因疾病。不能省家事。或年滿六十以上。衰老不堪任事。而以家業讓於承嗣人也。但經隱居之後。除法律所定之事外。不得行之。第七百五十二至七百五十五條及戶籍法一百二十條參照。

第八二八條之規定云。『爲私生子之認知雖其父或母爲能力者亦不須得其法定代理人之同意』

以上所論。得法定代理人之同意者。皆原則也。然亦有例外。試分五說。

第一 遺言行爲。屬已滿十五歲者。不須得法定代理人之同意。而亦有効。第一〇

六一條規定之。此不獨於成年之能力爲例外。即對於未成年之能力。亦爲例外也。至其範圍則包含財產上之法律行爲。身分上之法律行爲爲二種。關於身分上之法律行爲。除法律明定外。不須得法定代理人之同意。解詳於上。

第二 未成年者之行爲爲獨得之權利與免除之義務時。則不得取消。第四條之規定云。『未成年者爲法律行爲要得其法定代理人之同意。但獨得權利或免除之義務之行爲不在此限。』第二項之規定云。『反前項規定之行爲得以取消』是也。獨得權利者。個人得占有其物之一全部。而無他之關係者也。免除之義務者。債權者自願拋棄其權利。而免除其履行債務之義務也。

第三 法定代理人所與未成年者財產之一部。而聽其自由處分。此得有効也。第五條之規定云。『法定代理人定以目的而許處分之財產於其目的之範圍內。未成年者得隨意處分之。』例如法定代理人與未成年以學費。使之就學。或與以旅行費。使之旅行。是法定代理人先已定其就學旅行之目的。而許之。未成年者得於其所定目的之範圍內。而自由處分。不必復求法定代理人之同意也。

又同條之規定云。『法定代理人未定有目的而許處分其財產亦同』。例如法定代理人與以未成年者若干金而未指定其目的。使爲若何之處分。則未成年者其自行處分。無論適當與否。亦不必有法定代理人之同意。始有效力也。

第四 法定代理人於未成年者或許以營業。其關於職業之法律行爲皆有效。第六條之規定云。『許其一種或數種之營業之未成年者關於其營業與成年者同一有能力』。所謂許一種或數種之營業者。許其專爲某業。或許其該業之外兼營他業也。所謂關於營業與成年者有同一之效力者。既已許之營業。則未成年者於其營業中。得自由處置。而與成年者之效力同。不必復請命於代理人者也。

同條第二項之規定云。『於前項之場合未成年者未堪其營業之事跡時其法定代理人得從親族編之規定取消其許可或限制之』。所謂不堪其營業之事跡者。恐才識不足。致招失敗也。所謂得親族編之規定取消其許可或限定之者。或使之停業。或縮其營業之範圍。停其他業而使之專營一業。總之視其相宜者。

而後許其爲營業之行爲。則不必經法定代理人之同意也。

第五 詐稱(詐術)成年者。其行爲有效。第二〇條之規定云「無能力者爲使信爲有能力者。而用詐術時。不得取消其行爲」。詐稱成年者。如或抄錄身分登記。加以偽造。或變改其身分登記。或僞用人證。皆能使人信其爲已成年。而與之爲法律之行爲是也。夫以未成年之法律行爲。得以取消者。謂未成年爲無能力。而特別以保護之者也。至能以詐術欺人。則是其人已能自謀利益。非眞屬無能力之人也。如仍守未成年之法律行爲。概行取消之主義。則三者難免不受其損害。且不獨無以保護。第三者亦並非保護未成年者之原始之目的也。故不得取消其行爲。

參照 自分登記者。於各人之身分上。所生事項之登記也。如身分之得喪變更。及其人之權利義務。一一記明於登記簿上。以爲證明於世之具。而人亦以此爲證明之具。公示之法。以之而起。身分登記之事務。戶籍掌之於戶籍官署。辦理其事。與財產之登記異。人證者。依書類之證據。稱書證。依人類之證據。稱人證。即其

爲證之人（即訴訟事件外之人）也。人證與證人異。人證者指依其人而爲證明事實之具。證人者。豈立於證據地之人而言也。

附 自治產及成年宣告（此日本現行民法未定者）

自治產者。未達成年之期而有成年之能力得認其治產也。成年宣告者。未達成年之期而有成年之能力。因宣告而認其爲已成年者也。二者雖有程度之區別。而立法之精神則一。採自治產主義者。如法蘭西及法蘭西。法系諸國是也。採成年宣告主義者。如德意志及德意志法系諸國是也。茲分言於左。

(甲) 自治產之標準 此分二說。曰條件。曰能力。

(子) 條件 謂必先具若何之條件。而後可以認其自治產也。條件分爲二則。

(一) 年齡 謂抵於一定之年齡。可認其自治產。而又當經裁判宣告者也。法蘭西及日本舊民法採此主義。舊民法之規定云。『凡年齡滿十五歲者。如有管理財產之能力。得有親權者及親族會員認其有自治產之能力者。請求地方裁判所而宣告之。即爲有能力』是也。

(二)婚姻 謂雖未滿成年之年。既爲婚姻時。則得視爲有_○能力而無須宣告也。法蘭西及日本舊民法採此主義。舊民法之規定云。『既經婚姻者。雖未得有親友及親族之認可。亦得有自治產能力及宣告之請求』是也。

(丑)能力 謂既已認其爲自治產而必須有若何之能力也。能力分爲二則。

(一)管理行爲 謂處理自己財產而保全不使之變更者也。既有管理行爲之能力。則如所管理之部分內。可獨斷使行。不必經法定代理人之同意。(完全能力)

(二)處分行爲 謂處置自身財產。或更變或售賣或贈與之類也。但能力稍薄弱者。處理行爲畧加限制。而必得有權利者之同意。(不完全之能力)

(乙)成年宣告之標準 亦分條件與能力二說

(子)條件 成年宣告條件。只以年齡爲規定。羅馬法德意志法採此主義。羅馬法之規定。男滿二十歲以上。女滿十八歲以上時之能力。與成年之能力相等者。乃得宣告爲成年。蓋羅馬法原則以二十五歲爲成年也。德意志法之規定。男滿

十八以上時之能力。與成年之能力相等者。亦得宣告爲成年。蓋德意志法原則以二十一歲爲成年也。

(丑)能力 謂既經宣告。而必須有若何之能力也。羅馬法德意志法採此主義。羅馬法之規定。正當之成年。與特別宣告之成年。其能力認其爲同等。但關於不動產上之法律行爲。稍加限制。德意志法之規定。亦同。

第二項 因精神上無能力者

精神上無能力者。謂心神喪失。不足以辨白事理者也。凡心神喪失。其輕重不等。有先天的。有後天的。有一時的。有繼續的。有自然的。有人爲的。故法律上之處置。亦有區別。區別爲何。曰禁治產。曰準禁治產。

第一目 禁治產

禁治產者。裁判上禁止自治其財產也。如瘋癲白痴者。於自己之財產。失其管理處分的能力。因經裁判所之認定。而嚴別稱之爲禁治產者是也。日本舊民法。禁治產分二種。曰民事上禁治產。曰刑事上禁治產。民事上之禁治產者。謂精神喪失。而無能力也。

刑事上禁治產者。謂刑罰之結果而無能力也。舊民法以認刑事之禁治產者爲主要。新民法削除刑事上之規定。而單以精神病無能力爲主要。雖然以精神病者爲禁治產。亦有種種之問題起焉。

第一 精神喪失之難證明也。蓋法律行爲純出於意思之使動。然如何爲精神喪失行爲。如何爲非精神喪失行爲。頗難辨白。即能辨白爲精神喪失與非喪失之界限。而其喪失程度微細之差異。雖斯道專門之家（醫家）亦難鑑別。若不經裁判確實之證明。以表示於一般人民。則於精神錯亂者之行爲。未免不認爲非錯亂時。及回復時也。

第二 交易上之危險也。凡人類居處社會中。必有彼此之交易。法律上於當事者屬精神之喪失。即有別段之保護。（取消）則人必懼與爲取引。是阻礙社會活動之點也。（取引者。收付之關係所生一切之行爲也。日本取引習慣。受有物品之定書。則不必別表承諾之旨。即可直行其事。）

第三 本人之利益也。凡交易之行爲。即與本人有密切利害之關係。至精神喪失者。

不能辨其若者爲利已。若者爲害已也。

第四 普通人之易誤信也。凡人精神喪失與否。惟最密切者得知之。非普通人猝然所判別也。若普通人以未及注意而誤與之交易。法律上又得以取消本人之行爲。則相手方及善意之第三者。不免受意外之損害矣。

欲解決諸問題。則亦惟使禁治產宣告之法。簡明而無流弊。斯可耳。茲因先論禁治產之宣告。次及禁治產之効力。次及禁治產之取消。

(天) 禁治產之宣告 分三段言之。曰禁治產宣告之原因。曰禁治產宣告之請求者。曰禁治產宣告之手續。

(甲) 禁治產宣告之原因 凡人心神喪失常況不能自治財產而國家因而限制之。

此禁治產宣告之原因也。各國於此規定不一。例舉如左。

(子) 心神喪失爲未成年者。不得宣告禁治產。蓋以未成年者。常服從於後見人。即或有獨斷之行爲時。得以取消。實與禁治產者無以異也。故無須重加禁治產之限制。此荷蘭法之規定也。雖然此非完善之規定。何者。未成年之不得自治產者。

乃法律上一般之規定而猶有一定得自治產之期間在也。至未成年之心神喪失者。其有能力與無能力之期間不得豫爲計算則以禁治產之性質等於未成年之性質是猶在問疑之間矣。

(註)禁治產限於成年者或未成年而宣告自治產者或成年期間之前一年者此伊大利法之規定也。(伊大利以二十一歲爲成年)其限於成年者以成年者爲處分財產之期也。其限於未成年而宣告自治產者以其能力行爲已同等於成年者也。其限及於成年期間之前一年者蓋恐未成年與成年交接時而裁判所爲宣告手續之經過期間若適有法律之行爲而不及防者也。然此之規定亦未完善。蓋成年之前一年者屬未成年內之期間也。未成年內中之一年既可以宣告則未成年之全部似無有不可宣告者。且禁治產與未成年之效力不可相同。即單就日本法言之。未成年之行爲其已達成年後經過五年不得取消。然禁治產者之行爲自禁治產取消之後而禁治產者從覺知其行爲時非經過五年則不失取消權。是於其取消權之期間大有差異。設當如此

場合。以二十一歲爲成年。而於十八歲時爲法律行爲。其視爲未成年之行爲。則在成年後五年之期間內。即得取消。而與成年後五年之規定。不合矣。其視爲禁治產之行爲。設至二十一歲始知其行爲。則又超過成年後五年之標準。而與其規定仍不合矣。故曰此亦非完善之規定也。

(寅)未成年及成年者。絕對的受禁治產之宣告。德意志法之規定如是。絕對的受禁產之宣告者。以精神病者既經宣告禁治產後。雖精神有回復時。不得改除其禁制。然此之規定亦未完善。蓋絕對的受禁治產者。雖專爲保護禁治產者起見。其實事上。未常無損失於禁治產者何也。禁治產者。當精神回復時。則爲有能力者也。有能力者。凡見有益利於己之事。即欲起而行之。若仍被法律上之禁制。而不得自由。則失之酷矣。且既爲禁治產。則必設有後見人以代理其財產。設本人精神回復時。有明知後見人之代理者。或短於處分之才智。或處分中有不正當之行爲。而又仍被法律上之限制。不能禁止其後見人。以致己身被種種之損失。則更失之酷矣。故絕對受禁治產者。仍非完善之規定也。

(卯)未成年及成年者相對的受禁治產之宣告。此法蘭西及法蘭西法系諸國。及日本法之規定也。所謂相對受禁治產者。如精神錯亂之時。其一切行爲。原無效力。若精神回復時。則其行爲。即作爲有效力是也。此規定較前諸說。獨爲完善。蓋此不以成年與未成年爲標準。而以精神錯亂與否爲標準。精神錯亂則禁制其治產。以免其狂謔之行爲。而致受損害精神。回復則解除其禁制。其得爲適當之行爲。而亦以免損害如此。則法律之用意。周矣。法蘭西法禁治產之宣告。其法文上只限於成年人。未及推別。後經其最有力者之解釋。謂法文上只規定成年人者得宣告。非限有未成年者不得宣告。故實際上未成年者。與成年得同一之規定也。

(乙)禁治產宣告之請求者。宣告禁治產者。非裁判所得直接以宣告禁治產。乃先因有關係者。及有責任者之來請求者也。此於第七條規定之。條文曰「於精神喪失常況者。裁判所得因其本配偶者。四親等內之親族。戶主。後見人。保佐人。及檢事之請求爲禁治產之宣告。」試依條文晰解之。

(子) 本人精神病者之本人。請求自身之禁治產。於道理上似爲未有之事。抑知精神常在錯亂之中。固決無有自身請求者。若有時回復其本心。而自知其精神錯亂。不足以辨白事實之利害得失。恐與他人爲法律行爲。不免被意外之損害。則及時請求禁治產者。亦事實上所常有。故法律於本人亦許有請求權也。(日本法之如是。歐洲各國無此規定)

(丑) 配偶者 配偶者。夫婦相互之意。(日本俗稱連合) 配偶者之一方。(配偶者之一人) 與他之一方。如同一之身體。而兩人相互。有切實之利害關係。如其間有子時。其父或母精神錯亂。而致廢絕其家產。則不完其子之養育及教育也。日本重家之風尙。其防一家倒產之憂。尤爲重要。故配偶之一方不得默視其損害。而有請求宣告禁治產之權。

(寅) 四親等內之親族 四親等請求之理由。同於前項。此所謂四親等者。即受禁治產宣告者。四等關係之人也。以親族編規定畧言之。如以本人爲本位。而上溯之。父母爲一等親。祖父母爲二等親。曾祖父母爲三等親。高曾祖父母爲四

等親。又由本人而下推之。子爲一等親。孫爲二等親。曾孫爲三等親。玄孫爲四等親。此皆直系者也。父母爲一等。則兄弟姊妹爲二等親。姪及甥爲三等親。姪孫爲四等親。祖父母爲二等親。則伯叔父母爲三等親。從兄弟姊妹爲四等親。曾祖父母爲三等親。則伯叔祖父母爲四等親。此皆傍系者也。由配偶者妻之。一方上溯之。其父母爲一等親。其祖父母爲二等親。其曾祖父母爲三等親。下推之。其兄弟姊妹爲二等親。其姪爲三等親。皆無四等親。乃姻族也。

(卯) 戶主 戶主對於家族有統治之特權。其得請求禁治產之宣告。乃家族制度當然之結果。無待論。

(辰) 後見人 後見人對於未成年者。受禁治產之宣告。蓋先屬保護未成年。而在最適當之地位也。即未成年者現在何如之狀況。亦惟後見人知之最詳。故有請求權。(日本舊民法未及規定。今增及之)

(巳) 保佐人 保佐人者。保佐能力未備者也。與後見人之權限不同。而在保護無能力之場合。其地位之最爲適當。則一故亦有請求權。

(午) 檢事 檢事者。有保護公益之責任。如瘋癲有害公安之場合。又無他之請求。則得以自己之職權。請求宣告禁治產。而直接以保護本人之利益。間接以保護社會之公益也。

(丙) 禁治產宣告之手續 手續者。履行順遂(次遂)之謂也。禁治產宣告之手續。詳於人事訴訟法。茲舉第四十條、四十二條、四十五條、四十六條、四十七條、四十八條、四十九條、五十條、五十二條、五十三條、五十四條。以明其手續於左。

人事訴訟法第四十條之規定云。禁治產之申立。應受禁治產之宣告者。專屬於有普通裁判籍。對於特別裁判籍之語。特別裁判籍者。僅基於一特別之事。而不問其住所。概以店舖所在地之裁判所爲之裁判。之地之區裁判所之管轄區。裁判所者。位於最下級之司法裁判所也。其制爲單獨制。以判事一人爲之。(即置立判事兩人。亦以一人爲之)。

人事訴訟法第四十二條之規定云。申立者。或以書面。或以口頭爲之。申立者。人民表申意見於官吏也。以事實書之於紙。謂之書面。口頭即口語之義。又

第二項之規定云。「申立者須表示其原因之事實及證據方法」證據法即以證明權利義務之事爲真實。而爲法律認許之法。非以證據法則法律上無證據之力。民事訴訟法所認之證據法。即人證。書證。鑑定。檢證。及本人訊問等是也。證據方法與證據大有區別。證據者。即指證明之材料。爲已知之事而言。證據方法者。指以此等之材料。爲以供證明效用之法。然於用語上無此區別。或以證據用於證據方法之義。亦有以證據方法用於證據之義者。

人事訴訟法第四十五條之規定云。「檢事者雖他人已爲禁治產之申立時亦得爲申立而追行其手續且得於期日立會而述意見」第二項之規定云。「事件及期日通知檢事檢事於立會場合須記載其氏名及申立於調書」調書者。存據之書也。專指官吏及公吏於其職務之際。爲徵證編表之書類而言。而記載其時之狀態法式及口供等。

人事訴訟法四十六條之規定云。「裁判所斟酌已表示申立之事實及證據方法當以職權爲關於心神狀況之探知認爲必要之證據調」證據調者。自

裁判所而調查其證據也。例如訊問證人及實檢證據物件之類。

人事訴訟法第四十七條之規定云。「裁判所以鑑定人之立會當訊問應受禁治產之宣告者但其訊問難時或有害其康健時不在此限」鑑定人者就其事物鑑定之人也。指自裁判所命令使爲鑑定之人而言。蓋使其鑑定而用以爲裁判之材料也。

人事訴訟法第四十八條之規定云。「禁治產之宣告非付於心神之狀況訊問鑑定人後則不得爲之」

人事訴訟法第四十九條之規定云。「關於禁治產申立手續之費用於已有禁治產宣告之場合爲禁治產者負擔」第二項之規定云。「除前項之場合外手續之費用申立人負擔之但檢事爲申立場合則爲國庫負擔」國庫者國家之財庫也。非專指有形之倉庫而言。凡一國之財政上收支關係之所雖屬無形者亦稱國庫。

人事訴訟法第五十條之規條云。「裁判所爲禁治產之宣告而止付於其應

受宣告者之監護或其財產之保存得命必要之處分爲禁治產宣告後其認爲必要處分時亦同」

人事訴訟法第五十二條之規定云。「禁治產已爲宣告之決定爲禁治產者之法△定△代△理△人△或△依△於△法△律△當△爲△後△見△人△者△自△受△其△送△達△之△日△生△其△效△力△」第△二△項△之△規△定△云△。「於△無△法△定△代△理△人△及△依△於△法△律△當△爲△後△見△人△者△之△場△合△則△檢△事△自△受△送△達△之△日△生△其△効△力△」送達者。遞送之義。專指書類而言。

人事訴訟法第五十三條之規定云。「裁判所已於禁治產宣告之決定已送達時則即時當公告之」

人事訴訟法第五十四條之規定云。「申立人及檢察對於禁治產申立之却下已決定時而得即時抗告」

(地) 禁治產之效力 此分二說

(甲) 禁治產者之後見 後見者。謂於無能力之人而立一監視之者於其後之意也。蓋禁治產之目的。在保護禁治產之身體與財產。當此保護監督之任者爲法定

代理人。即所謂後見人是也。第八條云。「禁治產者即以此付於後見」至後見人之權限。及職務。則族親編規定之。親族編第六章非本論之所及也。

(乙) 禁治產者之能力。能力者。言由自立活動之力也。凡受禁治產宣告者。法律即認為無能力。故雖有法律行為。亦不得有效。此第九條云。「禁治產者之行為得取消之」也。當有此取消權者。惟後見人。然後見人有取消之權限與否。而其界限尙在疑似之間者。有九例舉於左。

(一) 證明 禁治者之法律行為。可斷定其爲全無意思時之行為。故有證明其無意思時。雖不經後見人取消。亦爲無効。

(二) 心神回復時 禁治禁者之行為。原則必經後見人之同意。乃爲有效。若屬心神回復時。雖未得後見人同意之行為。亦不得取消。

(三) 遺言 禁治產者心神回復時。有遺言之行為。不必得後見人之同意。(第一〇六二條參照) 亦有効力。但必得醫師二人以上之認定。(第一〇七二條

參照)

(四) 隱居 無能力者爲隱居時。不須得後見人之同意。亦有效。(第七五六條規定之)

(五) 婚姻 禁治產而爲婚姻之結合時。不須得後見人之同意。亦有效。(第七七四條規定之)

(六) 協議上之離婚 協議上之離婚者。對裁判之離婚而言。即由夫婦之協議以解除婚姻者也。禁治產者爲協議上之離婚。不必得後見人之同意。亦有效。(第八〇十條規定之)

(七) 私生子之認知 私生子之認知者。認私生子爲己子而生法律之關係也。禁治產者若認知其私生子。不須得後見人之同意。亦有效。(第八二八條規定之) 日本私生子之認知。父認之者爲多。母認知者較少。又不惟自父母之認知。亦有自子請求之者。自父母認知時。設有私生子達於成年者。則宜俟其人承諾。認知必追溯於出生之時。始生其效力。(父認知之私生子爲庶子。父與母於婚姻中認知之私生子。爲嫡出子。)

(八)養子緣組 禁治產之養子緣組。不必得後見人之同意。亦有效。(第八四七條規定之)

(九)協議上之離緣 協議之離緣者。對於裁判上離緣之語也。禁治產者爲協議上離緣。不須得後見人之同意。亦有效。(第八六四條規定之)

(人)禁治產之消滅 凡反乎受禁治產宣告成立之理由。即得爲禁治產宣告之消滅之理由。如精神喪失時。得爲禁治產之宣告。則精神未至於喪失時。即不得受禁治產之宣告。而其已被宣告者。即應爲消滅之也。茲亦分三者言之。曰禁治產消滅之原因。曰禁治產消滅之請求者。曰禁治產消滅之手續。

(甲)禁治產消滅之原因 謂以宣告原因中止時。即爲消滅之原因時也。

(乙)禁治產消滅之請求者 除禁治產宣告請求者之保佐及檢事不適用外。如本人。配偶者。四親等之親族。戶主。後見人。皆有適當之取消權。(理由詳上)第十條之規定云。「禁治產之原因止時。則裁判所因於第七條之請求。取消其宣告」

(丙)禁治產消滅之手續 禁治產消滅之手續。亦詳人事訴訟法第六十六條之規

定。條文云「得申立禁治產之取消者對於却下其申立之決定時得以訴而申立不服」

第二目 準禁治產

準禁治產者於一定之範圍之內所限之禁治產也。蓋使其人不能自由處分財產。則稱爲禁治產。或稱爲準禁治產。其實際上無其區別。惟禁治產於一切之法律行爲俱爲無能力者。準禁治產惟於法律所限定之範圍內爲無能力者。裁判所於其宣告及消滅其宣告之手續皆有區別。各國於此之規定亦有一不一。羅馬法及德意志法認浪費者爲禁治產。日本現行法及法蘭西法蘭西法系之國法認浪費者爲準禁治產。其不同之結果處。禁治產者附以後見人而無保佐人準。禁治產者附以保佐人而無後見人。夫浪費者非精神絕對的喪失。不過智識缺欠。而於其財產不能爲完善處理耳。故附之以後見。則認浪費者爲精神喪失似處之過當。惟附以保佐人則不全束縛其自由行動而僅加以限制。則於法律爲平允也。茲分三段說明之。曰準禁治產之宣告。曰準禁治產之效力。曰準禁治產之消滅。

(一) 準禁治產之宣告 此分三說。

(甲) 準禁治產宣之原因 此又分三說。

(子) 心神耗弱者

心神耗弱者。謂其心神辨識力不及常人之健全也。法文上稱

心神喪失與心神耗弱有程度之差別。然所謂耗弱者其命辭甚。渾非專指生質薄弱及發達之不完全而言。即因老耄或病疾。致精神之作用不充分者。亦含其內。如此者若不加以保佐人爲之輔助。而純任其自爲法律之行爲。必至受不慮之損害也。

(丑) 聾者啞者盲者 日本舊民法。人事編第二三二條第一項規定聾啞者爲一。

則有聾啞俱備始得爲精神喪失之義。其法消失之狹。新民法則分聾啞爲二。(第十一條規定之) 夫聾啞盲三者。精神雖無異乎常人。而五官則失其一。他人得以其所不及者欺之也。

(寅) 浪費者

浪費者。費財產於無益之地也。其精神亦無異乎常人。而其處理自

身財產。不注意於保存。將個人上無原因而失喪其利益。而國家即受其影響。

也。

右三者宣告爲準禁治產者。非概爲之宣告也。必除於本人行爲上有非常危險之關係而後爲適當之宣告。否則雖具備三者之條件而亦不必宣告。可舉四例。

(一) 雖心神耗弱者。而與人絕無有爲法律之行爲。

(二) 心神耗弱者。雖有法律之行爲。其實際上無足輕重。

(三) 聾者。啞者。盲者。屬於胎生。純然利用他人之感覺。而經驗無異於常人者。

(四) 浪費者。所消費。止稍過其度。而不至大招損失。

(乙) 準禁治產宣告之請求者。請求準禁治產之宣告者。於第十三條之所規定云。

「第七條及第十條之規定。詳上禁治產宣告請求節。於準禁治產準用之。」但

第七條規定保佐人亦得請求宣告。此則不適用於準禁治產之請求。蓋保佐人

者。成立於準禁治產之後也。

(丙) 準禁治產宣告之手續。準禁治產宣告之手續。畧與禁治產宣告之手續。法同。

人事訴訟法第四七條之規定。云「關於準禁治產之手續。準用本章（人事訴訟

法第三章關於禁治產及準禁治產之手續之規定是也。

(二)準禁治產之效力 關於準禁治產之效力可分保佐人能力二者言之。

(甲)保佐人 保佐者。贅囊之義也。如被準禁治產者之借財保證及訴訟等重大事件。則判別其是非而贅囊其可否也。保佐人與後見人性質則一而權限不同。後見人者爲無能力者代理其事。而有擅理其事之權限。保佐人者。惟於能力未完備者補助其後發揚其精神而已。至其得干涉準禁治產者之事件法律上皆有限制。又保佐人有臨時保佐人之別。臨時保佐人者由一時之事件上選任之。保佐人而概於通常之保佐人外以承其補佐之乏也。蓋此因保佐人與準禁治產者有利害關係相反之行為時故選臨時保佐人以代理之。其曰利害關係相反者。如同一行爲利於準禁治產者則害於保佐人。利於保佐人則又害於準禁治產者是也。(第九〇九條規定之)

(乙)能力 準禁治產之能力非絕對不能有獨斷之行為。乃謂於重大事件而其能力有被制限者也。(必得保佐人之同意)第十二條之規定云。『準禁治產者爲』

揭於左之行爲須得其保佐人之同意。』

(一)即領收元本或利用之是也。元本者固有之資本也。對於利息之語。元本無限。其數鉅。利息有限。其數微。故利息之關係。本人者小。其領收處分得聽其自由。若元本則關係本人者大。必得其保佐人之同意也。利用之者。領收原本。後變通而利用之也。例如以之購買株式。或以之貯蓄銀行。或以之經營事業。若不得保佐人之同意。則不能辨其何者爲適當之處分也。

(二)即借財或爲保證是也。借財者。借他人之財資。而負有償還之義務也。保證者。債務者不能償其債務時。引爲已任。而有代償之責也。二者於雙方。方面有重大關係。故必經保佐人之同意。保證人之擔保。即抵償人是也。物之擔保。即以物件抵償是也。保證常例。基於兩人之私約而成。然有因法律之規定。而例當爲保證人者。有從裁判所之命令而立爲保證人者也。

(三)即關於不動產及重要動產之權利得喪爲目的之行爲也。不動產者。不可動用之財產也。如山林池沼。陸田渠井。及建於地上之房屋。植於地上之竹木。理

於地下之鑛物筒管之類皆是。動產者。凡可移轉而適用之物是也。重要之動產。如重大價值之金類。或家傳寶貴之古物。或重分之股票及公債券類皆是。至重要輕微之分量。則有視其人之身分。何如有屬富者之所輕。而屬貧者則爲所重。屬貧者之所重。而在富者則爲之所輕。無一定標準也。其曰以權利得喪爲目的之行爲者。如於不動產。或重要之動產。爲買賣行爲。或贈與行爲。或交換行爲。是也。如此時一出。一入。有得喪之關係。最易受虧者。故必得保佐人之同意。

(四)即爲訴訟行爲也。如主張自身之權利。而關係人不認定之。即訴之裁判所是。凡訴訟行爲之發生。訴訟行爲之結果。及訴訟行爲中間之取消。皆有利害之關係。非得保佐人之同意。則亦易受虧者。訴訟行爲。訴訟法上之行爲也。廣義解之。則包含於法律行爲之中。然非與民法法律行爲之義相等。裁判上之行爲。亦稱訴訟行爲。而其範圍則廣。其區別有民事訴訟。刑事訴訟。行政訴訟。及人事訴訟。於訴訟之事各從訴訟法行之。

(五)即爲贈與或和解及仲裁契約也。贈與者。自彼無所授。而惟自此授與之也。如無償而轉移其所有權。地上權。及耕種權等。或以新債權。或對於既存之債權而轉移其質權。及抵當權。凡一切無償。而移轉其權利於人者。皆得稱爲贈與也。和解契約者。謂於甲乙之間。已發生之訴訟事件。或應爲將來訴訟事件。而甲乙互爲勘辨。或互解其爭角。而立於第三者之地位。使其事之結局之契約也。仲裁契約者。與和解之契約有差異。和解契約者。謂因雙方之協議。而了結其事之契約也。仲裁之契約。則於雙方之爭點。有難定之協議。則選定第三者。裁判其所爭之點。而其契約。有互相承諾之効力者也。

(六)即承認相續或拋棄相續也。承認相續者。即於被相續者之資產及債負。而承認之。以相續其權利并義務也。拋棄相續者。即不承認其資財及債負。而無論爲權利與義務一并不相續也。蓋此中有絕大之利害關係。如被相續人若資財多於債負數。則相續人受其利益。若債負數多於資財數。而相續人即受其損害。故或爲承續。或爲拋棄。不可不經保佐人以辨白其結果之爲何。

若也。

(七)即拒絕贈與及遺贈。又或受諾負擔附之贈與及遺贈也。拒絕贈與及遺贈者。謂應受他人贈與或遺贈時。而拒絕之不受其所與也。然純然之贈與遺贈。有權利而無義務。若并拒絕之。是失其應得無慮患之權利者也。受認負擔附之贈與遺贈者。謂領受所贈與遺贈。中有應負擔附之條件。而連帶同一認受也。夫贈與遺贈。既又負有擔附。則有權利而并有義務。苟義務之場合。有重大於權利。則損害之數。必反多於所得權利之數。故一拒絕。一承認。中亦不可不經保佐人辨白其結果也。

案相續者可以承認。可以拋棄。贈與遺贈者。可以拒絕。可以受認。皆本人之對於一般之人而言也。若屬直系之父子之對於父。相續遺贈。則非可因權利義務之輕重而擇處之。

(八)即爲新築改築增築或大修繕之事也。新築。新建造家屋也。改築者。改其舊觀而構築之也。增築者。增於前之已建築者也。何謂大修繕。謂已建築者被破壞

而再加修繕者也。四者經費重大，故必得保佐人之同意以酌量之也。

(九)即超過第六〇二條所定期間之借貸借也。借貸借者，出貸借費而賃借物品者也。借貸借之期間者，或限期於每年支付及一年以上若干期之支付，或限期於每月支付及一月以上若干期之支付，而爲契約之定率也。若超過六〇二條所定期間之借貸借，則價值之增減，期間之短長，非易適當，故爲契約之定率時，必得保佐人之同意。

(附)第六〇二條之規定第一號云：以樹木之栽植、伐深爲目的之山林借貸借十年第二號云：其他之土地之借貸借八年第三號云：建物之借貸借三年第四號云：動產之借貸借六月。

以上第十二條之規定，乃原則也。然有例外，即本條第二項所謂雖爲前項所未揭之行爲，而裁判所亦得宣告有其保佐人之同意者，是也。蓋此就心神病之程度而言，如神心病之程度，或介乎心神弱耗與心神常失之間，較重於弱耗較輕於常失，若處之以禁治產，則失之過嚴，處之以準禁治產，則失之

過寬。故保佐人得於準禁治產圍範圍內增加之。以限制。例如第一項第一號之規定。惟領取元本須得保佐人之同意。而此則於領取利息。亦須保佐人之同意是也。

合上原則例外觀之。則知準禁治產之行爲。須得保佐人之同意。不待言矣。然使其未得保佐人之同意。法律上又何如處理乎。則本條第三項規定之曰。『反乎前二項之規定之行爲得取消之』是也。但此之規定。不包遺言滿十五歲之遺言在內。蓋遺言行爲之效力。發生於死後。所以尊重本人之意思。若亦必得保佐人之同意。是非盡本人真實意思之遺言。而爲被保佐人限制之遺言。則保佐人或藉遺言之效力。以自達其私意。未可知也。故第一〇六二條。有不適用第十二條之規定也。

(三) 準禁治產之取消 此分三說。

(甲) 準禁治產取消之原因 準禁治產之取消之原因。即準禁治產宣告原因終止時也。其義同於禁治產上之取消。

(乙) 準禁治產取消之請求者。準禁治產取消之請求者。則同於宣告時之請求者。第七條之規定。但宣告時。保佐人未及成立。不適用第七條之規定。此則。保佐人已成立。故亦得適用之。若宣告禁治產時。屬未成年者。於未成年之內。即請求取消其宣告。則其後。見人亦可適用。蓋後見人。爲未成年者。固有之設立也。

(丙) 準禁治產取消之手續。準禁治產取消之手續。規定於人事訴訟法第六七條第一項。及第六八條。其第六七條云。『關於準治產之手續。準用本章第三章關於禁治產。及準禁治產之手續。自四〇條至六九條之規定』是也。其第六八條云。『得申立準治產之取消者。依民法第十二條第二項。裁判所宣告準治產者。爲前項所未揭之行。爲須得保佐人之同意。義詳上一之規定。而得申立爲宣告之取消。或變更於此場合。準用關於準禁治產之取消之規定』。觀此則準禁治產取消之手續。可詳之人事訴訟法矣。

第三目 因婚姻上之無能力

古代法律。凡屬婦女。自出生以至成年。皆絕對的認爲無能力。故凡女子皆設立後見

人。蓋以女子。稟受原質弱薄。而寡克自立也。今則不然。婦女雖認爲無能力。而有程度之區別。如處女及寡婦。於民法上之能力。絕無異於男子。其視爲無能力者。惟有夫之妻。即所稱爲既婚姻之妻者也。何以同一女子。而獨於妻認爲無能力者。蓋處女與寡婦。爲單獨之資格。故得自由。妻則爲配偶中之一方面耳。若妻與夫同一能力。則於家族上。爲對等。而無統一者也。一家之中。既非統一家政。未見其有秩序者也。故世界主張家族制度之國。未有不主張戶主家長之法。戶主家長之法。原流於羅馬之家長權。日本法認戶主家長之權亦最舊。當封建時代之家長戶主。對其家族得爲其生殺與奪。世運既進。過當之制。漸次消滅。其所存在者。唯親權與夫權耳。蓋親權者。基於天然之愛情。夫權者。基於人間之愛情。爲不可動移之原則也。

歐洲學者唱男女平權之說。即有夫婦同權之義。然徵之今古。女子爲全家主宰。最居少數。即實採男女同權主義國。而究之於夫婦之關係。未嘗不行夫倡婦隨之原則。是夫固自然有特別之權力。而妻亦自然有不得不服從其夫之權力之下者也。雖法律上間有認妻得處分其財產。擅行其契約。然亦多有明文而少實事。即有其事實者。亦

必於有特別之事故時。不然則須得其夫之許可。是仍非認同等權之性質也。由是觀之。法律不認妻之有能力者。非原理上之真無能力也。抑尊夫權之結果而無能力也。茲分無能力之原則與例外以說明之。

原則 此有二說。一即妻之能力限制。同於準禁治產。一即妻之能力限制。異於準禁治產。是也。今仍分述之。

(甲)妻之能力限制同於準禁治產 妻之能力同於準禁治產者。以準禁治產者認爲無能力。而必得保佐人之同意。妻認爲無能力而亦必得夫之許可也。如第十四條之所規定。『妻爲揭於左之行爲須受夫之許可』是也。所揭之第一號云者。『第十二條第一項第一號至第六號(譯見前)所揭之行爲時』是也。蓋妻於此之規定。不得獨斷之行爲。必得夫之許可。亦猶準禁治產者之於此。必得保佐人之同意也。其所揭之第二號之規定云者。『受諾贈與遺贈或拒絕之』是也。解見準禁治產節。蓋妻凡受諾贈與遺贈。及拒絕贈與遺贈。必得夫之許可。亦猶準禁治產者。受諾贈與遺贈。及拒絕贈與遺贈之必得保佐人之同意也。其

所揭之第三號云者，爲受身體羈絆，有不使行動自由之意之契約，是也。蓋妻若爲他家之奉公人，有起臥其家之約者，必得其夫之許可，亦猶準禁治產者爲身體羈絆時，必得保佐人之同意也。且準禁治產者，凡應得保佐人同意之場合，而未及其同意者，則其己爲之法律行爲，皆得取消，而妻之對於夫之權限，亦然。如同條第二項之規定云：「反乎前項之規定之行爲，時得取消之，是也。」蓋謂以上所揭第一號、迄第三號之規定，若未得其夫之許可，而有獨斷之行爲者，亦皆得以取消之者也。

(乙) 妻之能力限制異於準禁治產者。妻與準禁治產者，法律上認爲無能力同，而所以認爲無能力之目的，則異其所以認準禁治產之無能力者，以其心神故障，而應受法律之保護也。其所以認妻之爲無能力者，以其夫權尊重，而有服從之義務也。目的既異，而法規上之規定，亦不能無異。何以言之。準禁治產者，受財產上之保護，而視爲無能力者，故第十二條第八號（爲新築改築、增築及大修繕）九號（爲超過第六〇二條所規定期間之借貸借）之行爲，於財產上有重大

之關係。認爲無能力。而必受保佐人之同意。若妻之所以認爲無能力者。則非專爲保護財產者也。即使之爲第十二條第八號及九號所舉之管理行爲。亦絕無妨害也。故第十四條對於妻之規定。而無第十二條中之八號及九號也。就十二條之第七號（受諾負擔附之贈與及遺贈。觀之準禁治產者。於非負擔附之贈與遺贈。可以自由。唯受認負擔附之贈與及遺贈。必得保佐人之同意。蓋謂受無償之財產時。無損害而有利益。而受有償之財產時。則利益有限。而損害無限。故視爲無能力者。爲保護本人之利益起見也。若妻之無能力。亦非爲保護其利益者。顧第十四條所規定。只泛言其贈與與遺贈。未嘗區別其負擔附與不負擔附也。至受身體羈絆之契約。亦然。準禁治產者。爲身體羈絆之契約。必得保佐人之同意者。恐於財產上。或生危險也。若妻之受身體羈絆契約。必得夫之許可。非有財產上之危險。乃有與夫同居之義務。而服從其夫權者也。

例外 此分二說。

(甲) 相對的例外 第十五條之規定云。『許一種或數種之營業之妻關於其營業』

有與獨立人同一之能力。謂爲妻者。既得夫許其營業之後。就其所許一種或數種之範圍內。妻得自由處分也。例如夫與金若干。使妻爲農業。則妻以其金購買農業器械。購買植物土地。皆不必得夫之許可。而後爲之也。但此條規定之義與第十四條似相衝突。何也。第十四條第一號之規定。謂凡十二條所揭之第一號至六號。皆須得夫之同意。其中第五號之規定。顧謂關於不動產。或重要之動產。以其權利得喪爲目的。之行爲云云。與本條關於其營業之行爲相似。而彼則須得其夫之同意。此則與獨立人有同一之能力。是同一行爲。而一得許可。一不得許可也。然而不然。第十四條所謂必得其夫之許可者。就未行爲之先。絕未經夫之許可而言。本條有不必得其夫之許可者。謂當許其營業時。已概括同意。故尙在範圍內之行爲。不必臨時一一得夫之同意也。故就本條與第十四條參觀之。仍無衝突矣。

(乙) 決對的例外 第十七條之規定云。於左之場合。妻不必得夫之許可。其所揭之例有六。試述之於下。

(一) 即夫之生死不明時是也。夫既失踪。則尊重夫權與否。皆實際上無從履行者。故不必得其夫之許可。

(二) 即夫已遺棄其妻時是也。蓋既各不認爲夫爲妻。而無聯絡之關係。且愛情斷絕。夫亦不及代詳察其利害也。亦無須得其許可。

(三) 即夫爲禁治產者與準禁治產者時是也。蓋夫之資格。既認爲無能力。即對妻與以許可。亦必失其權衡。故不須其夫之許可。或謂夫雖認爲無能力者。而有後見人保佐人以補助其能力。則妻之行爲。宜得其夫之後見人及保佐人之許可。是不然。夫妻之所謂無能力者。非智識不備而眞像之無能力。乃尊重夫權而結果之無能力也。故其夫之後見人及保佐人不可間接及於其妻也。

(四) 即夫因瘋癲而盜置於病院或私宅時也。此就未宣告禁治產原則。凡受瘋癲病者。必受禁治產之宣告。時而言。蓋妻當此時而不必受夫之許可者。其義同於被禁治產及準禁治產。

(五) 即夫處禁錮(禁錮爲輕罪主刑。有重輕禁錮之別)一年以上(刑期十日以

上五年以下之刑。而在其刑之執行中時是也。蓋禁錮之期甚短。則有必須得夫之許可者。猶可待夫之出禁錮時而後爲之。既云一年以上。則時日冗長。於家政上之整理。必無坐以久待之道。即或行之以書面於事實上。未必盡能得知其當。故不必得夫之許可也。

(六) 即夫婦之利益相反時者是也。蓋夫妻各有財產。而夫或挾權致損害其妻之財產。則妻不得不訴訟於裁判以救濟之。對於夫而行訴訟。又必得夫之許可。無是理也。

又第一〇六二條之規定云。『第十四條(見上)之規定於遺言不適用之。』蓋法律之珍重遺言者。珍重死者之意思也。若遺言亦必得夫之許可。是妻不得發表本真之意思。而乃爲夫之意思之遺言也。

例外中之例外 第十六條之規定云。『爲夫者得取消其所與之許可或制限之。但其取消與制限不得以之對抗善意之第三者。』所謂取消其所與之許可者。蓋始許其自營其業。後知其能力實不堪其所許之營業之任。而夫即得取消其

所已許者也。所謂制限之者，蓋始已許其任爲何業，後再於其範圍內加以若干制限，不使純然自由處分也。所謂不得以之對抗善意之第三者，蓋取消制限者，基於夫權之作用，其所以得取消，所以得制限，第三者先未之知也。未之知而與之爲此法律行爲，則爲善意之行爲。夫夫因妻之行爲，有利害之關係，故必取消之，或制限之，以保全其利。而第三者因其取消或制限，即生利害之關係，果何以保全之乎。故法律上夫對於妻，雖有取消與制限之權，而影響及於第三者時，仍不得使用其權也。

第十八條云：「夫爲未成年者，非依第四條之規定，不得許可妻之行爲。」夫屬未成年，法律認爲無能力之期間，凡有行爲，皆必得後見人之許可，而後有效。其許可妻之行爲者，亦其本人行爲中之一也。故亦必得後見人之許可者，而後本人得以許可其妻。夫同一後見人，被禁止治產及準禁止治產之後見人，其妻之行爲，不必得其許可，而未成年之後見人妻之行爲，必得其許可者，何也。蓋被禁止治產及準禁止治產，多屬精神之喪失，若精神永久無回復時，則其妻以夫故亦永無能

力而終身無可自由矣。故不必得其後見人之許可。且精神喪失者之妻。對於其夫。有可爲後見人之義務。夫妻既得爲後見人。又何須後見人以許可。其妻之行爲乎。至未成年者之後見人。則以未達成年之時而存在者也。若其人已成。年則無須後見人。是妻即受限制亦僅矣。故得後見人之許可無妨也。

第三款 特別身分

特別身分者。其人關於私權上。法律上認爲特別而異於一般之人民也。其類有五。曰皇族。曰華族。曰官吏。曰軍人。曰商人。

第一項 皇族

日本皇族之特別身分。詳於皇室典範。茲畧分二者言之。曰皇族之範圍。曰皇族適用之法律。

(一) 皇族之範圍 皇族之範圍者。指皇族界限之內而言也。皇室典範三〇條之規定云。『稱皇族者。謂太皇太后、皇太后、皇后、皇太子、皇太子妃、皇太孫、皇太孫妃、親王、親王妃、內親王、王、王妃、女王。』是也。範圍之內。不載天皇者。以皇

族因天皇而成立。而天皇爲皇族之主體。無待範圍以明其限界也。日本自皇子至皇玄孫。凡男稱爲親王。女爲內親王。五世以下則男稱爲王。女稱爲女王。

(二)皇族適用之法律 皇族既特別於一般之人民。則不適用於民法。而有特別適用之法也。日本皇族其特別於平民者至多。茲就皇室典範已載明者。畧舉之於左。

(甲)適用成年之法律 民法以滿二十歲爲成年。皇族適用之成年者。於皇室典範第一三條之規定云。『天皇及太子皇太孫以滿十八歲爲成年』。但天皇皇太子皇太孫外。其他皇族。不在此限。

(乙)適用後見人之法律 民法上之後見人。或父母。或他之有能力者。若天皇之後見人。則限於太傅者。(皇室典範第二六條迄第二九條參照)他皇族因年幼而無父無母者。其設立後見人。則限於皇族範圍以內而經勅選者也。(皇室典範第三七條。第三八條參照)。

(丙)適用婚姻之法律 民法上關於婚姻者。由本人同意。而後請得父母之同意。

即可成立。皇族之婚姻。則必由勅許。如皇室典範第三九條之規定云。『皇族之婚姻限於同族。又由勅旨特別認許之華族。』第四〇條之規定云。『皇族之婚嫁由於勅許。』第四一條之規定云。『許可皇族婚嫁之勅書。宮內大臣副署之。』

(丁)適用養子之法律 民法上凡未成年者。皆得爲人之養子。皇族不然。皇室典範第四三條之規定云。『皇族不得爲養子。』是也。

(戊)適用旅行之法律 民法上之旅行。皆得自由。皇族國疆外旅行。則必經勅許而後可。如皇室典範第四三條之規定云。『皇族欲旅行國疆以外。當請勅許。』是也。

(己)適用財產之法律 民法上之財產。所有權者。得自由處分。皇族於世傳御料。則不得擅自散失。皇室典範第四五條之規定云。『定爲土地物件之世傳御料者。不得分割讓與。』第四六之規定云。『編入世傳御料之土地物件。諮詢於樞密顧問。以勅書定之。宮內大臣公告之。』

(庚)適用訴訟之法律。民法上之訴訟時。當事者及相手方。必自身在裁判所判斷決定之。皇族則不適用此法定。皇室典範第四九條之規定云。『皇族相互之民事訴訟。依勅旨於宮內省令裁判員爲裁判。經勅裁而執行之。』第五〇條之規定云。『人民對於皇族之民事訴訟於東京控訴院裁判之。但皇族以代人而當訴訟者。不必自出認廷。』是也。又民法關於訴訟上之證人。當事者及相手方行訴訟時。證人有應至裁判所述陳其所見之義務。而皇族爲證人時。亦不適用此法定。民事訴訟法第二九六條第一項之規定云。『皇族爲證人時。則受命判事及受託判事。就其所在爲訊問。』受命判事者。裁判所於判事中。特命一判事。往該皇室之證人處而詢問之。爲受命而往者。故稱受命判事也。受託判事者。謂該裁判所。與爲證人之皇族。相處甚遠。而轉託連近之裁判所。往就詢問之也。無命令而出之受託。故稱受託判事。蓋以皇族爲證人。非如一般之證人。故裁判所不得命令以就其裁判也。

(辛)適用懲戒之法律。民法上普通人之受懲戒者。有父母者以親權懲戒之。而

皇族懲戒之權。則不在父母而在天皇。如皇室典範第五二條之規定。「皇族有辱其品位之所行或對於皇室而缺其忠順時以勅旨懲戒之其重者應剝奪或停止皇族之特權之一部或全都」是也。

(壬)適用禁治產之法律 民法上之禁治產。限於心神喪失之常況。而皇族則浪費者(蕩產者)即得宣告禁治產。民法浪費至於蕩產者宣告準禁治產。民法禁治產之宣告。由關係人請求於裁判所。皇族禁治產。由於勅旨。民法宣告禁治產。附之。以後見人。皇族宣告禁治產。置之。以管理人。如皇室典範第五三條之規定云。「皇族有蕩產之行爲時以勅旨宣告禁治產。須任使其管財者」是也。

第二項 華族

華族與皇族不同。而與平民相近者。故日本皇族以不適用民法爲原則。而華族應以適用民法爲原則。其不適用者。特例外耳。茲舉法律已規定不適用者有三。曰婚姻。養子。曰財產。曰爵。

(一) 婚姻養子之特別 明治十七年華族勅令第九號云。「凡華族之於養子及婚姻必經宮內卿之許可」宮內卿者即今之所謂宮內大臣也。

(二) 財產之特別 民法上平民之財產。無論相續的財產。自生的財產。但爲正當之處分。則皆得自由。若華族之財產。多屬世襲。故稱爲世襲財產。謂累世繼承特別之財產也。蓋得爲華族世襲財產者。不動產公債書。以迄確實之服券等。既定爲世襲財產。不得轉售讓與。及以典質於人。而債權者於華族負有債務時。亦不得令其以此抵償。明治十九年勅令第四十三號華族世襲財產法云。「凡一切財產物權如抵當賣買贈與不得任意處分亦不得受人差押」

(三) 爵之特別 平民無爵者也。華族有爵者也。茲舉華族勅令規定爵錄之要者有數則。(一)即「凡授爵必以宮內卿勅旨奉行之」(二)即「華族之等級分公卿伯子男五等」(三)即「襲爵以男子之嫡長爲順遂但現在女戶之華族將來定相續之男子時以親屬中同族者之連署經由宮內卿請願授爵」(四)即「有爵者戶生死亡無男子相續者仍不喪失華族之榮典」(五)即「有爵者生存中相續

人不得襲爵。但由刑法或懲戒處分而奪爵或削族籍之場合，更以特旨授與相續人者，不在此限。

第三項 官吏

官吏雖持別於平民。然多出身於平民。故原則皆適用民法。其特別之規定處。詳官「服務特律」。茲畧舉其不適用民法者而言之。曰官吏禁營商業。曰官吏居住有限。

(一) 禁營商業 既爲官吏。則所應受之俸給。已足供慾望之支拂。若另謀及商業。非防害所負擔之執務。即防害於他之商業之利益。何謂防害負擔之執務。自一面已爲官吏。凡官吏中所應經營整理行爲。決非單簡。若更分精神於他業。未必雙面盡得其當也。何謂防害於他之商業之利益。既爲官吏中人。則凡貨物消長機關。較靈通於普通商人。故其計畫行爲之結果。而他之商人。難免不受其損害也。

(二) 居住制限 普通人之居住。遷轉出入。皆得自由。若官吏常離官守之地。則爲曠

其任務。明治二十七年勅令第三九號官吏服務紀律第六條之規定云。「官吏無本屬長官之許可不得擅雜職務及雖其職務上居住之地」是也。

第四項 軍人

軍人之身分之特別。詳於海陸軍軍人條例。茲畧舉其二例。曰婚姻。曰裁判籍。

- (一) 軍人婚姻 軍人關乎婚姻之條件。詳於明治二十五年勅令八七號海軍軍人結婚條例。及明治三十七年勅令四五號陸軍現役軍人婚姻條例。其大要有四。
(一) 須得天皇之勅許 (二) 或得海陸軍大臣許可 (三) 或得本屬長官之許可 (四) 須擇選行狀端正十六歲以上之女子至海陸軍人中有全、然、禁、止、結、婚、時、者、是、尤、特、別、於、普、通、人、處、也。

- (二) 軍人裁判籍 普通人以其住所所在之區域。爲裁判籍。軍人則不同。蓋陸軍有訴訟時。則以駐紮所在地之裁判所爲裁判。海軍則以軍艦定繫所之裁判所爲裁判。民事訴訟法第十一條之規定云。軍人(將校士卒)軍屬軍隊之事務官及軍醫理事主理等於裁判籍以兵營地及軍艦定繫所爲住所。此規定在豫備後

備之軍籍者及僅因兵役義務履行而服役之軍人及軍屬不適用之」第十五條第二項之規定云。「對於僅服役兵役義務履行之軍人及軍屬得於其兵營地及軍艦定繫所之裁判所起前項之訴」其以前項之訴者即財產權上請求之訴也。(詳民事訴訟法第十五條一項)蓋財產權爲人生活之急需故雖對於僅服役義務之軍人亦得於其所在地起訴也。

第五項 商人

商人者以自己之名字營商業行爲而從商法規定之法有特別之權利(專用商號之權據商業賬簿而主張己之權利之權)及負特別之義務(備置商業賬簿之義務登記之義務受破產制裁之義務)者也。歐洲諸國凡商業發達最早者其商人適用之法律規定亦最詳。如法蘭西德意志於普通裁判所外另設商人裁判所類是也。日本商法與通常法之性質無大異故商人亦多適用通常法其不適用者甚少詳之商法(參照商法第四條迄第八條)茲畧舉之其類有九。

(一)商號登記 商號登記者一定之商人表示自己一定之商業上所用之名稱也。

有自然人之商號。即本人與代理人自由選定者。但須不反乎公之秩序及善良風俗。有法人之商號。即商業成立時。協議記載於定款者。然無論何商號。但經登記後。則享有專用權。並另成爲一種之財產權。於有聲譽者。得仍其賣買高價之習。此特別於普通人名氏會社之登記也。(參照商法第十六條迄二十四條)商號登記。與商標登錄。有區別。商標登錄者。表彰自己商品專用之記號。而商號則包含一切商業中之關係。

附商號登記書式

登記 番號	第 號			一 商 號
	二 營 業 之 類	三 營 業 所	四 商 號 使 用 者 之 名 氏 住 所	
記 官 印	登 記 之 年	日	及	月
	右	年	月	日
備		豫		

更 變	
減清	更 變
年	
月	
日	登記

(一) 商業登記、商業登記者。即以爲商目的及一切繼續經營之事。記於簿上。以公示知於衆人也。如未成年者。爲人妻者。受許可爲商業時。支配人。因被支配人而爲商業時。後見人。因被後見人而營商業時。及爲合名會社。合資會社。株式會社。株式合資會社。外國會社。皆必以其目的。及其原因。登記於官署商業公簿。此特別於普通之不動產登記。船舶登記。身分登記。夫婦財產契約諸登記者也。(參照商法第九條迄十五條) 支配人。解見後商業使用人中。合名會社者。數人合出資本共負無限之責任。而營之商業會社也。合資會社者。以負無限責任者。及有限責任者。合出資本而營之商事會社也。株式會社者。本株式(募集股主)之

法。集合資本而所營之會社也。株式合資會社者。合株式之法。及合資之法。以成之商事會社也。外國會社者。本乎外國之法律。設立之商事會社也。附未成年者及合資會社株式會社與株式合資會社諸登記書式
 未成年登記書式

		一	二	三	登錄之年月日 及登記官印	備豫
未成年 者之氏 名住所	營業之 種類	營業所			右 年 月 日 登記	
變		更				減消
年 月 日 登記						

妻之登記書式。其(一)書明妻之氏名及住所。後見人之登記書式。其(一)書明後見人之氏名及住所。(二)書明被後見人之氏名住所。再及營業之種類營業所。餘式

皆同。支配人之登記式。(一)書明支明支配人之氏名住所。(二)書明主人之氏名住所。(三)書明主人之營業。(四)書明支配人之用宜於商號。(五)書明置支配人之場所。餘式亦同。

合資會社登記書式

							登記之年 月 日 及登記官印 自第一欄 至第二欄 年 月 日 登記						
一	商號	二	本店	三	支店	四	目的	五	設立之 年 月 日	六	代表社員 之氏名	八	存立之 期或解散 之理由
七													
			社員之氏 名住所		資之種類 及價格								
豫													

九 解散之 事由及 年月日 年 月 日 登記	十 清算人氏 名住所 年 月 日 登記	十一 清算結了 之年月日 年 月 日 登記	備 豫
備			
(外變更式同於豫備)			

登記用紙於欄中(一格也)登記事項。及登記記載年月日。須經登記官吏捺印。其他空欄。須交叉朱線爲界。即同欄內空白。亦交叉朱線以示真確。不可僞加也。

株式合資會社登記書式

一 商 號	印 官 自第十八欄 至第二十二欄 年 月 日 登記	及 登 自第十七欄 至第十八欄 年 月 日 登記	之 年 自第十三欄 至第十四欄 年 月 日 登記	登 記 自第一欄 至第十三欄
八 各株拂込 之金額 (拂込者存入之義對於儲 賣之股價及存之金額也)	七 金 額 株 之	六 總 資 本 之 額	五 設 立 之 年 月 日	

七十	六十	五十	四十	三十	二十	一十	四	三	二
及之社 期債債 限方債還 法法	利社 債債 率之	之各 金社 額債	總社 債債 額之	常開 之業 利率前 配	之期 存或 立解 之時 由散	及住 所名 所役	監查 氏名 役	支 店	本 店
						(監查役者監查會社 之業務及其財產也)			
四十二	三十二	二十二	一十二	十二	九十	八十	十	九	
之清算 年月日 結了	名清算 住算人 所氏	年解 事由 及之	之優 先權 利主	込各 之新 金株 額拂	年決 月議 日之	資本 增加 之額	及之 住氏 所名 所役	公 告 方 法	
年 月 日 登 記	年 月 日 登 記	年 月 日 登 記	(優先權利者自比較上而得 先於人以行優選之權利也)				(取締役者監督 本利之人也)		

(三) 商業賬簿 商業賬簿者。備記載商業事項。使明瞭其關係之狀況也。加財產目錄。貸借對照表。帳類是也。商業以賬簿爲主要之物。凡商品售賣。繁簡悉皆記載。以爲後時關係發生之證據力。且不惟於商業上有特別之證據力。而於破產時(破產解見後)亦以知其營業財之實況。故法律以有公私利益之關係。而使商人有備付保存之(閉鎖賬簿時保存十年)義務。此特別於通常人土地記簿建物登記簿者也。(商法第二五條至二八條參照)

附財產目錄書式

年 月 日 財產目錄	
資 產	
未拂込株金或未拂込基金	
某某	● ● ●
外水某某	● ● ●
現金	
銀行豫金	
定期豫金	

第一編 總則 第一章 私權之主體

保險業法第六十條積立金	●
法定準備金	●
責任準備金	●
支拂準備金	●
支店出張所代理店借	●
、	●
、	●
、	●
合計	●

附日貸借對照表書式

年 月 日 借對照表 (會社之商號)

資 產		負 債	
未拂込粉金或支拂込基金	●	株金或基金	●
現金	●	保險業法第六十條積立金	●
銀行豫金	●	法定準備金	●
貸付金	●	責任準備金	●
有價證券	●	支拂準備金	●
不動產	●	支店出張所代理店借	●
什器	●	、	●
未收利息	●	、	●
未收保險料	●	、	●
支店出張所代理店貸	●	利益或剩餘金	●
假拂金	●		

未償却設立費用及營業費	●
保險業法百九條未填補不足額	●
、、、、	●
損失或不足	●
合計	●

合計	●
----	---

(四) 商業使用人 商業使用人者與商業主人結委任契約或雇傭契約而使用補助主人商業之事務者也。如商家之統治人代理人執事人及走廝僮僕類是其最重要者。統治人之支配人支配人者代主人行事得行與主人同等之權利(無限的權利)也。其選任時及罷任時裁判所必為之登記其事。此特別於民法上傭雇契約之規定也。(商法第二九條至第三五條參照)

(五) 代理商 代理商與商業使用人不同。乃為他之商人營業中為商行為之代理(有代理權者)及媒介(無代理權者)之商人也。如保險會社與保險契約者以立契約之代理所。又立於保險會社保險契約之間。紹介結立契約之保險移告所類是也。代理商之權限。僅在其所受任委範圍之內。其性質又非基於僱雇契

約以補助本人之業務。蓋本人有欲與代理者俱事之目的。而代理者於同一事。中得另營爲一種獨立之商業也。此特別於通常之代理人。管理人。監守人者也。
(經手人、問屋、營業者、代理、運送人、雖亦成商業上之獨立、然不過臨時之代理、臨時之媒介、不得稱代理商) (商法第三六條至四一條參照)

(六) 商人法律行爲 商人法律行爲者。商法全部規定之商業人關係之行爲也。其義甚廣。各國之學說亦不一。茲以其簡切者言之。則有從謀利之目的。以有償取得動產、不動產。及有價證券。隨即讓渡其取得之行爲者。例如投機販賣者。一方面行買者行爲。一方面行賣者行爲。而立於買者賣者之中。以取其利益是也。有從他人取得動產。及有價券之供給契約。爲其履行。而以有償取得供給物之行爲者。例如販賣者因先有賣主悉賣何等貨物。而從其賣主所已指定者以爲供給之販賣是也。有關於手形及其他商業證券之行爲。(取引行爲詳前手形爲詳後住所適用項) 凡此者。皆與普通人通常所生之法律行爲不同者也。

(七) 交互計算 交互計算者。互爲籌措盈絀相補之義也。如雙方之商人。常時互爲

取引。至半年期間。或一年期間。彼此計算。而以雙方取引之額相殺（相抵之義。俗稱差引勘定）外。再行支拂（支出之義。其殘額（欠缺數）之謂。此特別通常人之得隨時計算隨時相殺者也。（商法第一九一條參照）

(八) 匿名組合 匿名組合者。其人僅出資。財不出。姓氏而爲一種集合共同之事業也。匿名組合會員。對於其內。有擔負損益之權利義務。而對於其外之計儲行使。及商號信用。絕無關係。此特別通常組合員之純然負責任者也。（商法第二九七條至三〇四條參照）

(九) 破產 破產者。謂商人停止支拂。不能以自已財產。辨濟其債務時。裁判所因債權者之請求。宣告其破產。而設立破產管財人（管理所破之財產及破產財團。定財產之總數。變賣後均平給還與各債權者）該商人不得復自有處分之權也。其破產法適用於該商取引之狀態。非若民事上破產爲家資之分散也。

第四款 住所

住所分二項論之。一住所之定義。二住所之適用。

第一項 住所之定義

住所者。日常所在之地。即營生活之本據。根本之所據也。蓋不問其本人之申告者。確爲其人之現住與否。但全憑於實際上。從其人之駐足營生地以定之也。設例如甲地有家族財產。而構造居宅。若更於乙地別建一所而暫寄寓之。法律上則視在於甲地者而辦理之也。然亦有一問題。若商人有家居。而復有店住者。謂住所而必爲其人之根據地。則可以其家居爲住所。謂住所而必爲其人之生地。則可以其店居爲住所。其住所將從家居以定之乎。抑從店居以定之乎。以梅博士言之。則從家居不從店居。店居者出張所也。非永久於是者也。其不爲貿易時。仍復原家居也。

(一) 本籍之別於住所 本籍者。對於非本籍(寄留地)之語。本籍與住所所有別。本籍基於戶籍法上之規定而定之者。於行政上有無數主要之關係。非必居於其地也。住所由民法之規定之者。而私法上之權利義務。由此生其關係。而各以其地爲現在生活之根據地也。夫國籍非本籍何也。凡人應概有其國國民之籍者。爲國籍。必於其國籍內之戶籍上定有其籍。乃爲本籍也。又原籍亦非本籍何也。自己往及現

在之關係而生之稱者則爲原籍。自事之本末而起者乃爲本籍。日本舊民法以本籍爲住所。其本籍之所定者。又但各任其意思之自由。如本人願以甲地爲本籍。則以書面屆出（從法律之規定，以私人申告其事件於官署，於甲地地方之戶籍吏。戶籍吏記登之戶籍簿。嗣後婚姻或生子皆得繼續登記之。若有不願以甲他爲本籍。而欲移轉乙地爲本籍。則以書面屆出於乙地地方之戶籍吏。其在前甲地已有之本籍。不須向甲地地方戶籍吏請求取消。故於十數年久不往居土地。而有本籍者層見也。本籍定之於屆出。多反實事。故現行法不認本籍爲住所也。

(二)居所之別於住所 居所者爲暫行居住計而置其身之所也。居所之與住所別者。居所爲一時的住所。爲永久的也。以一時之義推之。似近於現在地。是又不然。現在地者。凡足跡所至之時皆是也。居所者以足跡所至之地而必停留其身者也。但法律上有時認居所爲住所者。蓋於事實上而無生活之本據。或於事實有生活之本據。而一時不得而知之。則以居所爲住所。如第二二條之規定云。『不知其住所者以其居所爲住所』是也。然此雖無住所。猶有居所可認爲住所。若以居所認爲住

所時而法例規定應從當事者住所所在國之法律場合。法例九條二號及一二條二七條號參照則仍不得以居所爲住所。如第二三條之規定云。『於日本不有住所者不問其爲日本人與外國人於其日本之居所視爲住所但法例之所定當依其住所之法律者不在此限』是也。

(三) 兩個以上之住所 兩個以上之住所者一人於甲地爲住所而於乙地丙地又成爲一住所也。(德意志探此主義) 此在採用扞出主義者或不違背其規定。苦探實事主義則不可適用。何也。住所復雜。裁判上之關係。法律上之行爲。均爲不便。故日本現行法認定之住所。止認其一也。

(四) 法定住所 法定住所者。法律上規定之住所也。如妻以夫之住所爲住所。子嗣未成年者以親權之住所爲住所。軍士以駐紮所在地爲住所。或以軍艦定繫所爲住所。是也。日本法不取此主義。何也。妻自然從夫之住所。子自然從親之住所。軍士自然從其營地爲住所。無容深論。況必如是。若爲夫者以甲地爲根據地。而妻離夫時。於乙地另成一根據地。則妻難強從夫之住所爲住所也。親權者若以甲地爲根

據地。而未成年之子或遊學於乙地及服役於乙地。而漸有生活根據地。則子亦難從親之住所爲住所也。軍士中之將校。名分上之住所。在營內。而其事實上住所或
在營外。亦難強以駐紮所存地軍艦定繫地爲住所也。

(五)假住所 假住所者。對於眞住所之語。於法律不視爲當然之住所。惟以一時之便利起見。而特定之。得與眞住所同一其効力者也。如第二四條之規定云。『就某行爲選定假住所時。則關於其行爲者。視之爲住所』是也。例如爲一賣買契約時。賣主者以價金未付。而選定一假住所。買主者即可於指定之假住所爲代金之辨濟。又如社會之有契約時。社員以居所遠隔不便。特於附近地假定其住所。爲後日履行社會一切之關係。又如訴訟時當事者與相手方。合意選定一假住所。可於其假住所之裁判所提起訴訟。至外國人訴訟時。未設立假住所。得以辯護士之事務所爲假住所。然亦有時法律上強制其選一假住所爲住所也。如民事訴訟法第一四三條之規定云。『受訴裁判所之所在地。既無事務所。又無居所之原告。與被告得於其所在地選定假住所。而屆出之』是也。夫原被告。皆無住所時。固不便於送

達（遞送之義）書類。而刑事訴訟。則僅有被告之一方。則其住所尤爲重要。故爲裁判所便利起見。不得不有強制其選定假住所之制也。

第二項 住所之適用

適用者。指適用於相合之事而言。即與法律上關係處。而無違背之義也。住所之適用於書類契約利害關係時。書其姓氏。必書其住所。類不勝舉。舉其重要者。有八。

（一）裁判管轄之標準 裁判管轄之標準者。謂訴訟受裁判所判決之場合。必以住所而定其裁判籍也。如民事訴訟法第十條之規定云。『凡人之普通裁判籍。依其住所而定之』是也。

（二）關於訴訟上之期限 關於訴訟上之期間者。謂訴訟期間。原有一定之規定。但有時因住所太遠而不能依法律上所限之普通期間。則期間不得不爲之延長者。如民事訴訟法第一六七條第二項之規定云。『裁判所於外國或島嶼有住所之原告。被告得特定附加期間』是也。

（三）關於辨濟（還付） 關於辨濟者。謂債務者完債時。必知其債權者之住所。以履行。

也。如第四八四條之規定云。「(上略)其他之辦濟要於債權者現行時之住所爲之」是也。○通稱之辦濟。其義甚狹。蓋專指償却金錢上之負債而言。以其廣義言之。例凡債務上所行之事。有盡歸於消滅之意者。即稱辦濟。故與結局及履行其說相等。惟法文上於規定債權効力之時。又用履行之語。於規定債權消滅之時。用辦濟之語。辦濟非專指債務之全項而言。即一端亦得言之也。

(四)關於手形 關於手形者。謂裏書。或振出人。支拂人。或償還請求。擔保請求之關係行爲。必明書其住所。以證明也。(商法第四四二條。第四五條。第四五三條。第四七二條。二項。第四七二條一項。第四九〇號一項。第四九一條二項。第四九四條。參照手形。信用之證據票也。裏書。證據票反面之書證也。振出人。發證據票之人也。支拂人。付券面金額之人也。擔保(以物保。證使確實得行其權利)請求者。自債權者使爲擔保也。(自債負者以出擔保謂之擔保供與)償還請求者。謂持手形者。不得支拂手形之金。於向已移轉其手形者。而請求手形金之償還也。手形之義最古。古時塗墨於手捺之於券面。以爲證印。故稱手形。或以證券之書式似五指駢列而稱手

形。通俗此語其義甚廣。於切手符、證券等亦皆有此稱。

(五)關於相續開始 關於相續開始者。謂以被相續人之住所爲相續之開始地也。如第九六五條之規定云。「家督相續被相續人之住所開始」是也。遺產相續亦同。(第九九三條參照)開始以通俗之義解之。惟自後人相續前人斷絕之關係。而所生之始時也。法律上不然。以其性質爲繼續的。故其始特稱開始。至相續開始之原因。於家督相續遺產相續。而有不同處。就法文上參看。

(六)關於後見人 關於後見人者。謂後見人因從事公務。必遷移他處。而與被後見人住所過遠。而得辭其後見之任也。如第九〇七條第二項之規定云。「於被後見人之住所之市及郡以外從事公務得辭其任務」是也。

(七)關於國際私法 關於國際私法者。謂國際法上有時以住所爲法律之表則也。(法例第四條二項、第九條二項、第一一條、第二三條二項、第二七條二項參照)

(八)關於國籍法 關於國籍法者。謂各人於其國家所定之籍之法。以住所爲標準也。如歸化而欲取得日本國籍。必以日本有住所爲原則。但必引續(無間斷)五年以

上者。又回復日本國籍時亦必於日本有住所者。又外國人欲爲日本人之養子入夫。亦須於日本有一年以上之住所或居所也。

第二節 法人

法人者。實無其人。而法律上認爲有人格。與具有形體之自然人等也。例如自會員數十人所成之美術協會。其協會自身。本無形之物。惟有所有之美術數百具而已。而美術品亦爲會員共有之物。然從法律之所規定。而協會爲法人時。協會自身。則爲一獨立之人。其所有之財產。及其他種々之法律行爲。皆得行之。若會員者。亦不過法人之一分子而已。法人既依法律之力而存立。則離乎法律。即無其人。苟無其人。則團體之財產。既爲團體社員所共有之物。不免有以團體員一人之事。而解散其團體財產之虞。此以法人爲法律上之人大旨也。

法人
 { 公法
 { 私法
 { 公法人
 { 私法人
 { 社團法人
 { 財團法人
 { 公益法人
 { 營利法人

以○法○人○之○範○圍○而○觀○之○則○有○公○法○上○之○法○人○與○私○法○上○之○法○人○之○別○以○私○法○之○法○人○之○業○務○上○而○觀○之○則○又○有○公○法○人○與○私○法○人○之○別○何○以○言○之○公○法○上○之○法○人○者○行○公○法○上○行○爲○之○法○人○也○如○國○家○對○於○內○外○得○爲○權○利○義○務○之○主○體○是○也○私○法○上○之○法○人○者○行○私○法○上○行○爲○之○法○人○也○即○假○定○對○於○實○際○得○爲○權○利○義○務○之○主○體○是○也○私○法○法○人○之○公○法○人○者○私○法○上○有○公○之○職○務○之○法○人○也○如○國○家○共○公○團○體○之○府○縣○市○町○村○類○是○也○私○法○法○人○之○私○法○人○者○私○法○上○無○公○之○職○務○之○法○人○也○如○社○會○公○共○團○體○之○學○校○公○司○類○是○也○此○何○以○不○言○及○公○法○上○之○法○人○而○單○言○私○法○上○之○法○人○也○蓋○民○法○爲○私○法○而○屬○之○公○法○者○不○在○其○範○圍○內○也○即○私○法○上○之○法○人○其○法○人○之○屬○公○法○人○者○於○行○政○法○特○詳○亦○可○畧○焉○茲○以○私○法○人○之○種○類○而○言○之○

第一 社團法人財團法人

(甲) 社團法人 社團法人者二人以上之共同行爲所設立且即以設立者及他人格者爲其法人之構成分子者也何謂共同行爲所設立蓋必多數人相結合而組織一體非一二人之意思之能力所能成者也於未及設立之時必有共同之意

思之能力以主持之。非一人單獨之意。思之能力所能主持者也。何謂設立者。蓋發起創立此社團之社員者也。何謂及他之人格。人格兼自然人法人言者。蓋法人成立後而他之自然人法人加入其間者也。何謂法人之構成分子。蓋開始設立之社員固屬構成法人之分子。即後有人格者加入之社員亦得爲構成法人之分子也。以其例言之。赤十字社者救濟戰時之社團法人也。其發起時不過數人之學說。數國之同意而已。後則自然人法人贊成其舉。多加入焉。而同爲構成赤十字社之分子是也。

(乙)財團法人 財團法人者爲供一定之目的之財產之主體而設立者。且無其構成分子之人格者也。何謂爲供一定之目的之財產之主體。蓋欲達一定之目的。必不可無財產之集合。集合之財產不能付於一人或數人。乃立法人以爲其主體而付之法。人者也。何謂無構成分子之人格者。蓋財團法人既得爲集合之財產之主體。則不必籍設立者與後之加入者永久組合於其間。而自然存在者也。故設立者與加入者雖有消滅而財團不因之或消滅也。以其例言之。如學校者財團法人也。

其學校之初立。或以教授法律經濟爲目的。必須有成立此學校之財產。其有捐助其財產。或後加助其財產者。則此財產即非箇人之主體。而是學校爲其主體也。財產既得離人而存在。則凡創立是校之校友。及贊助是校之名譽員。時有變動。而學校無變動者也。

第二 公益法人營利之法人

(甲) 公益法人 公益法人者。專以公益爲目的之法人也。如赤十字社。以博愛救護爲目的。學校以教育普及爲目的是也。

(乙) 營利法人 營利法人者。不問其關於公益與否。而專以社員之財產上利益爲目的也。例如魚業社會。專以利益箇人爲目的是也。即以鐵道公司言之。乃關乎國家之交通。似屬之公益。然鐵道會員之目的。及購其株式之目的。止問利益於己與否。故亦不得稱爲公益法人。營利法人之性質。與財團法人又不同。何也。營利法人以增加其社員財產上利益爲主。而財團法人。則以人格者爲構成分子出財產後。即與其財產無所關係。有時財產增加。亦法人上之財產增加耳。於其人無與也。

附說。或曰社團法人含公益營利二義於其中。財團法人社員既不得爲主體。則純非爲社員之營利也。何以社團法人與財團法人爲一類。公益法人營利法人又爲一類。又曰。法人之分類。止有公益與營利之分。於公益中可再分爲社團財團。不必獨立。梅博士曰。是皆不然。講學之分類者。以觀察點爲標準耳。如以甲爲標準。與之相合者。即屬於甲。以乙爲標準。與之相合者。即屬於乙。有合於甲乙兩者之場合。即可屬於甲與乙。如上赤十字社與學校。提論於社團法人財團法人。復又提論於公益法人。非既屬於此而不可屬於彼也。夫以社團法人與財團法人。公益法人與營利法人分類者。蓋社團財團以組織爲標準。一爲社員。一爲財產也。公益營利以目的爲標準。前者爲公益。後者爲私益也。但期學者之記憶。不嫌其複也。

第一款 法人之設立

法人之設立者。一團體中法律上之人。而初存在者也。蓋不先有法人之制度。假定變例出生時。而隨意設立。則紛亂矣。故民法特嚴定其手續。(參照民法三三條至五〇)

三條商法四二條至四七條。茲分爲二項說明之。曰法人設立之條件。曰法人設立之效力。

第一項 法人設立之條件

法人設立之條件。自昔學者主持之義有二。一曰假定說。擬制說。二曰實在說。假定者。法人非有行爲之人格。乃依法律上之假定。而有人格也。若法律上不認之。則無人格。實在者。凡人格必先有實體。有五官四肢。而有意思有行爲。而後法律上從而認之。法人與自然人固無以異也。法人雖無自然人之五官四肢。而有意思。有行爲。試申其說以明之。

主持實在說者曰。行爲者。非獨自然人有之也。法人亦有之。如社團法人。有社員總會之議決。其議決之意思。即社團之意思。非爲各社員之意思也。其意思既屬社團之意思。其意思上之行爲。不得謂非社團之行爲也。謂法人無行爲不得也。又如財團法人。雖無總會。而有理事。理事所主張之事。非個人之事。乃財團法人之行爲之事也。謂法人無行爲。尤不得也。所謂法人者。自然有其行爲。不待法律假定。其有人格。而始有其

行爲也。

是說之可駁者。不知法人之行爲。有所自來。非其本有也。夫總會決議時之意思與行爲。尙爲自然人之意思行爲。至決議後合數自然人之意思爲一總意思。又合數自然人議決之事項爲一總行爲。此總意思與總行爲。不屬之個人。而別有所付託。其受付託之法人。固法律上所認定者也。謂以認定所有之意思行爲。爲原始所自有之意思行爲誤矣。

主持實在說者又曰。多數自然人之意思。與行爲。既合爲總意思行爲。則此總意思行爲。自然有所存在。何待法律之認定而始能存在也。

是說之可駁者。不知總意思總行爲。乃法人成立後而始有之也。苟非經法律之認定。則法人不能成立。即人格無所存在。人格無所存在。雖有數人之意思與數人之行爲。亦不能成立爲總意思。總行爲。例如共有權者。五人爲專權。該五人集議處分。仍爲五人之意思之行爲。不能發生第六之總意思與總行爲。何也。法律上未別認定其爲法人故也。若在社團爲五人集議事項。則必發生第六之總意思行爲。以先有法律上假

定其人格而爲法人也。

主持實在說者曰。理事者兼二者之資格。一則爲本人之資格。一則爲代表法人之資格也。既有二之資格。即有二之意思行爲。則其實在存在之實體。固與自然人同時有之。亦無可謂假定者也。

此說之又可駁者。人之兼有兩資格。一爲固有之資格。一爲代理固有資格者之資格也。法人非自然人則非資格者。何代理之有。夫代理者。必以同有資格爲前提。苟法律附與法人以資格代理者。乃得兼之。爲自然人之代理者。可不必法律之承認。爲法人之代理者。必以法人有法律假定而得與自然人同一視也。今有甲焉。代乙買不動產。其結契約。以乙之資格而結也。已結契約後。其不動產之權利。歸於乙。乙有償其價值之義務。於甲無與也。若理事則不然。理事購買物品。理事之外。別無天然之人格。其權利義務。無所歸附。因之於理事以外之不可見者。假定一人格而歸之。與自然人代自然。本各有存在之人不同也。

主持實在說者曰。以甲代理乙。設乙爲幼年者。爲精神病者。瘋癲則爲無意思者也。

其有意思之行爲。仍在甲。與代理法人何以別。此說之可駁者。幼者之無意思。乃時期之無意思。至精神發達時。則非無意思者也。精神病者之無意思。乃偶然（非永久之無意思。至精神回復時。亦仍有意思者也。出生白痴。自然人之永久無意思行爲。究居少數。凡人有意思時。即皆能爲其行爲時也。法人則本爲無意思行爲者。其實事上有之。法律上假定其有。非自然人之幼者精神病者或時之所自有也。

實在說之主張。以德意志爲最。日本學者亦多有之。然就日本現在民法上言之。則探假定說也。蓋以法律所規定。胥關於自然人之行爲。大抵不出於權利。故法律學直可謂之權利學。申言之。則法律者權利之規定也。例如物權。乃對於物有完全之權利。債權。乃對於債務有要求之權利。若有防害其權利者。得爲保護權權利之行爲。即法律上所謂有自然人之人格之行爲也。不惟權利也。義務亦然。就積極言。對於人而有義務。即爲自然人當行之行爲。就消極言。或法律所禁。或契約所縛。則爲自然人不當行之行爲。是則權利。固爲自然人之行爲。義務亦爲自然人之行爲。欲

於法人而無法人之名稱者。皆當於法律之規定處觀察之。

第二目 必有官許或準則

(一)特許主義 特許者。謂有特別之評議。而許可之後。始可設立也。特許之類有三。

(甲)國長特許 法人之設立。必經一國之首(君主大統領)直接特許之也。文化未開時代多採此主義。

(乙)官廳特許 法人之設立。必經代表國長之行政官廳之特許也。例如農事商事農商大臣之許可是也。

(丙)法律特許 謂專爲法人設一法律也。例如橫濱銀行。日本銀行。正金銀行。皆專有特別之條例是也。

(二)準則主義 準則者。謂規定一當守之準則。法人之設立者。必與此準則相符合。乃得公認也。

(三)自由主義 不必經特許。亦不必依準則。爲自由主義。謂全放任設立者之自由行使者也。

日本法人之設立以法人之不同而許可之義亦有區別。

第一 公益法人採官廳特許主義

第三四條之規定云。『關於祭祀宗教慈善學術技藝其他公益之社團或財團不以營利爲目的者得主務官廳之許可得爲法人』主務官廳者依行政法官制所設定。如學術之法人屬於文部省。工商業之法人屬於農務省。關於財政者屬之大藏省。關於交通者屬之遞信省。其他之法人。如宗教祭祀慈善（救貧院之類）等。皆以內務省主務省所管轄者爲主務官廳（府縣知事）也。

第二 營利法人採準則主義

第三五條之規定云。『以營利爲目的之社團從商事會社設立之條件得爲法人』商事會社設立之條件者例如合名會社。則社員有無限責任之條件合資會社株式會社。有有限責任之條件。株式合資會社有有限責任之條件有無限責任之條件專以社員增加財產上利益爲目的者。無論關於公益與否。其法人以商事會社之條件爲依準也。對於商事外之會社皆爲。民事會社如漁業會社農業會社工

業會社。鑛業會社。商民事事其關係無大區別。故梅博士主張民商二法併合之說。
〔詳法學通論〕觀同條二項之規定可證。其條文曰。『前項之社團法人皆得準用
商事會社之規定者也。』

第三目 須有設立之行爲

設立之行爲有二種。曰社團法人之設立行爲。曰財團法人之設立行爲。

(第一)社團法人之設立行爲(定款) 社團法人設立行爲者。即定款也。定款者。設立法人爲目的之社員。其共同行爲發表之書面也。定款中之要素。於第三七條規定之。其條文曰。『社團法人之設立者。作定款記載左之事項。』其所揭之事項有六。(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。目的者。就其實事標準之義也。目的之記載。例如商業學校。則云以發達商業爲目的。救貧院(養育院)則云以救濟貧民爲目的是也。(目的有屢用於目的物之義。民法上稱則限於有體物。於權利及權利之物不得稱目的物。宜區別觀之。名稱者。於從來事物上稱呼之何名也。(參照財產編第二〇三條)

名稱之記載。例如學校云某中學某大學是也。事務所者。辦理事務之場所也。法人必載其事務所。以其動作於法律上之關係。有確實之根據也。資財之規定者。規定資本之總額。或出資之方法也。理事、任、免者。謂法人之代表者。如何任命。如何罷免之者也。社員資格之得喪者。組成社團法人。其社員之入社。及社員之退社也。

定款爲法人設立之基礎。而又法人活動之準繩。故爲重要。非得主務官廳之許可。及總社員之承諾。不得妄爲變更。以純理言之。消滅已成立之法人。於同一之目的。設立一新法人。實際上甚非便利。雖爲多數人之集合團體。又得總員之一致。仍非法律所宜認許。然以事勢之變遷。有不得株守原有之規定者。至屬規定定款之初。有遺漏之事項。則不得不爲提出之改正。故法律以相當之條件。許以定款之變更而已。成立之法人者。仍不得消滅焉。於第三八條規定之。其條文曰。「社團法人之定款得變更者。限於總社員四分之三以上之同意。但於定款別段之所定不在此限。」其第二號曰。「定款之變更。非受主務官廳之許可。不生效力。」

(第二)財團法人之設立行爲(寄附行爲) 財團法人設立之行爲者。即寄附行爲也。

寄附行爲者。供一定目的之財產的主體。而以設立法人爲目的。有其財產之寄附的意思表示也。夫既曰寄附。則此財產必與人分離。既有目的。則此財產當有其主體。故財團法人之設立。乃寄附財產者目的之所在。亦表示其所以寄附之意思者也。於第三九條規定之。其條文曰。『財團法人之設立者。以其設立爲目的之寄附行爲。當從第三七條第一號至第五號所定之事項。』(三七條條文見上) 其第六號之不適用於此場合者。以第六號乃社員之規定。社團中有社員。財團中無社員也。

社團法人定款之變更。於第三八條規定之。(條文見上) 而財團法人不記載其變更者何也。蓋社團法人設立。社員定款不完備時。由社員開總會變更之。至財團法人。以財產寄附於法人。非如社員之關係於法人比也。財團理事者。雖亦自然人。不過由寄附者選任之。以代表財團法人之資格。而掌理其機關耳。非以設立之資格爲之也。雖然寄附行爲。絕對的無更變之場合。亦非盡善。法律雖未及規定。而苟有適當變更之時。亦未嘗不可豫設以補助之手續。如寄附行爲者。於第三九條所揭

之五號當記載外。復載其寄附行爲若何者得爲變更。則其後履行其變更。亦法律上之所不禁也。

然此猶就法律解釋上論之。若以立法論論之。則不必先有豫定變更者。乃得許可。即臨時請求變更者。亦有効力。故第四〇條之規定云。「財團法人之設立者未定其名稱事務所及理事之任免方法而死亡時。裁判所當因利害關係人或檢事之請求而定之」是也。蓋寄附行爲者。純然單獨之行爲也。若必守三七條所揭之規定。謂其缺一無効。則請求主務官廳之認許時。而主務官廳發見其未具備適合。必命遵照法律之規定補正。乃得成立。假設有人焉。爲寄附行爲。已請求於主務官廳。忽經死亡。而主務官廳始發見其規定條件之不具備者。則不能起死者而令更正之。使於此而視爲無効。是對死者空求公義之心。而其結果阻礙社會上之公益。況寄附行爲每屬之遺言。以遺言而疏忽其條件。亦事實上所易至也。（參照第四〇一條及四〇二條）

第四〇條之規定。不載目的與財產者何也。蓋目的者。必在設立財團法人之先。若

本人未定其目的。他人不能待擬其目的之如何也。財產者所以達目的之階梯也。不知其寄附財產額數之如何。他人不能代爲處分也。若名稱與事務所及理事之免任三者。不過組織法人普通之行爲。故裁判所之得以代爲規定者也。

外國法人

外國法人者。本乎外國之法律而成立之法人也。學者於此。主義不一。

(一) 認許主義 認許主義者。謂外國自然人之私權。既認爲與內國人同一享有。即不能不認許其法人之私權。同一享有也。

(二) 不認許主義 不認許主義者。謂認許國內之人民。對於法律皆有効力。至外國法律各不同一。其法人設立之條件。未必絕無違背於本國也。

日本則取不認許主義爲原則。何以日本法律於外國自然人。概認爲有人格。而法人不認爲有人格也。蓋自然人者。單一體也。其消滅無常。法人者。集合體也。能力無限。歐洲各國土地所有權。容予之以實體之自然人。不予之以假定之法人。執此理由也。然例、外間有認許者。乃其本國法律認定之法人。更依日本之國法而取得人

格者也。於第三六條規定之。其條文云。「外國法人除國或國之行政區劃及商會社外不認許其成立但依法律或條約而被認許者不在此限」是也。

何以關於國而認許法人之成立也。國者公法人也。有時亦爲私法人。以私法上亦有權利之人格也。若固執理論而不認其法人之存在。於國際上之關係。必生不便利之結果。胡以言之。人不可有權利而無義務。亦不可有義務而無權利。如購買物品。在購買者。則有物品所有權之權利。借貸金錢。在借貸者。則有債務之義務。設甲國在乙國購買土地。而乙國法律雖認其有土地所有權。私法上又不認其國爲法人。則以何者爲權利之主體。設甲國對於乙國有應給償之代價。則甲國即有請求債務之權。如乙國不認其國爲法人。則以何者爲義務之主體。此認國爲法人之必要也。

何以關於行政區劃而認許法人成立也。國內之府縣市町村。每有向外國募集外債之行爲。其當認許爲私法上法人之理由。與認許國爲法人者。同但國也者。無論何等國均認其爲法人。而行政區劃。則必以其本國法律指認爲人格者爲

斷。

何以關於商事會社而認許法人之成立也。世界交通日趨繁密。商事會社多擴張之於國外。所謂國際貿易是也。(歐州學者多有不可認許之說)若不認爲有人格。是即不認外人之有貿易也。況社會之在他國。有提起訴訟時。不認爲有人格。即無有訴訟之主體也。至其認許之範圍。亦同國之行政區劃。以本國認爲法人者爲斷。

至本條但書所謂依法律之認許者。例如學術上之法人。或以慈善爲目的之法人。皆依法律上之規定。得認許其成立是也。所謂條約之認許者。如兩國結締條約時。指定何種類法人。而要求認許者。即認許其成立是也。

外國法人。日本法認許私法上之享有之權利。其規定之範圍。必與日本成立之法人同種類者。乃有同一之權利。如外國之國。與日本同種類。外國之行政區劃。與日本之行政區劃同種類。外國之商事會社。與日本之商事會社同種類。則其權利亦得與日本同是也。若外國所設立之法人。依其本國法律之規定。其權利之範圍甚廣。依日本法

律之規定。其權利之範圍甚狹。日本認許其爲法人。而不以其本國所定之範圍爲標準。是使本國社會所未享有之權利。而外國社會反得享有之也。故取與日本法人同種類主義。然此就大體而言之。如謂絕對之同等。亦非合於日本之規定。蓋日本私法上權利。其原則雖內外人同等。其例外亦非盡行同等。如土地所有權不許外人享有之類是也。第三六條第二項云。『依前項之規定而被認許之外國法人與日本之成立法人同種者有同一之私權。但外國人不得享有之權利及法律或條約中有特別之規定者不在此限』

第二項 法人設立之効力

關於法人設立之効力。分三目以論之。

第一目 假定之人格發生

假定之人格發生者。謂法人設立之後。而假定之人格即發生也。何以非人格而必假定其有人格者。其理由有三。

第一理由 保護債權者及法人 何以保護債權。夫社團財團。必認爲有人格。而

後得爲財產之主體。不然。則其中之財產。仍以社員及寄附者爲主體。則社員及寄附者。即視此財產。與未離自身之財產無異。將個人有債務不能辨濟時。出此財產以辨濟之。亦至便易。是其影響。即及社團財團之債權也。何以保護法人。凡人與法人交易行爲。必豫計法人財產總額之何如。若以社員及寄附者爲財產之主體。何者爲法人上之財產。何者非法人上之財產。難以查調。則信用無從發生。故法人而假定以人格者。增長法人之信用也。法人有人格而得爲主體。則法人財產盡載明之於法人登記簿。凡與人交易行爲。有其標準。而無所疑懼。而爲法人者。亦得以信用發達。故。而無阻滯不通之弊。

第二理由。保護社員及寄附者。凡社員與寄附者。出其一部或全部之財產。以設立法人。以法人爲主體。則與出財產之個人。不再發生連帶責任也。若不認法人爲有人格。而仍以社員與寄附者爲主體。法人失敗。有不敷債務之辨濟。而社員寄附者。於其所出之資產外。更受意外賠償之累。則社會之公益行爲。必因之而日衰退也。財團法人。純然無連帶責任。社團法人。有之亦絕少。惟營利法人中。

比合名會社、法律有連帶責任之規定。

第三理由手續之便利。凡自然人與法人之行爲。及法人與法人之行爲。以法人之名稱爲主體。若不認法人有人格而仍以社員及寄附者爲主體。則法人與自然人結契時。必全署社員寄附者之姓氏。法人與自然人起訴訟時。必全體社員寄附者赴訟。不惟手續之繁雜。亦實事上之有所不能也。

夫假定爲人格者。必以其所定之目的之範圍爲限界。逾越目的範圍之外。即非法律之所假定。不生效力。所謂目的之範圍者。因定款所定之範圍。或因寄附行爲所定之範圍也。於第四三條規定之云。『法人者從法令之規定。因定款或寄附行爲所定之目的範圍內有權利義務』是也。何謂從法令之規定。例如設立中學校。必從文部省之令。學校令。設立社寺。必從內務省令。日本現時無社寺等特別法律。故從內務省令定之。設立感化院。必從感化院法。若與法令不相符合。即不得成立也。何謂定款。寄附行爲之目的範圍。蓋法人設立之目的。必明定之於定款。或寄附行爲之中。例如設立中學校。則載明以教授中學程度之學科爲目的。設立感化院。則載明以慈善公

愛爲目的。若越所定目的範圍外。如中學校而教授他之專科。感化院而營謀個人之私利。則法律上即可視爲無人格也。

以理論上言之。法人有適法之行爲。無不法之行爲。何也。欲以不法行爲而設立法人。則其設立之先。法律當不許其或立。即以已成立之法人。而於目的範圍外行不法行爲。亦法律上所不認其爲法人之効力。雖然。不法行爲非法人中絕對的所無也。自然人因法人所發生之不法行爲。法人非絕對的。可不負責任也。法人者。未具形體。自活動必有形體者之活動。以代表之。(理事)猶之自然人之有代理人也。自然人者。於代理人之行爲。法律上本人固當負其責也。例如商人之行爲。甲商使用乙爲適法之事業。而就其事業之執行時。致加不法行爲於丙。甲不能不負責任。乙所行爲之責。夫法人之理事。以法人目的範圍內之活動。而損害及於他人。必謂法人無不法行爲。即有不法行爲。亦非法人之不法行爲。而絕對的不負其責。則第三者之利益。既無所保護。而理事者之財力。又不足以賠償。將一般社會上以不信用理事者。而不信用其法人矣。

私法人者以達自己之目的而依其理事人則理事人因行其職務而所取得之利益爲法人之利益也。而因理事人所發生之損害獨非法人之損害乎。故日本現行民法於第四四條有例外之規定。其條文曰：「法人者就理事其他之代理人行其職務於他人之損害當任賠償之責」是也。

若夫法人之理事及其他之代理人爲法人目的之範圍外之行爲以致損害及於他人則法人得不認其責。且無論其爲不法行爲也。即如契約爲適法之行爲。而在法人目的之範圍外則亦不得負其責。蓋以單獨之意思而爲其行爲則其理事及代理人應負其責。至不法行爲基於總會決議時有贊成其事項之社員該社員當負其責。何也。立可拒阻之地而不拒阻之也。第四四條云：「因不在法人之目的範圍內之行爲加他人以損害時贊成其事項之議決之社員理事及履行之理事其他之代理人當連帶任其賠償之責」是也。

法律上既假定法人爲人格。即其結果有二種。

(一) 法人住所 自然人以生活之根據爲住所。法人則以其主事務所爲住所。所謂

主事務所者。一法人。每非僅一事務所。而以其根本事務所爲主也。例如所稱本社。及總行之類。第五〇條規定之云。「法人之住所。在其主事務所之所在地」是也。

(二) 法人財產 因爲成財產之主體而有法人。則其法人爲有財產者可知。然其財產於何時始得離自然人而爲法人之財產。亦一問題。普通社團財團。則以法人成立時日爲始。至財團法人之寄附行爲屬於遺言者時。則寄附金必待死後始得爲法人之財產。蓋法律上遺言行爲死後始發生効力也。然執行遺言。必請求官廳之許可。官廳多因目的資產之未定。而有不認之者。即具備有認許之條件。而履行手續。每久經時日。者如以法人設立時爲始。則介乎其時之財產及財產之果實。將誰屬乎。以理論言之。當暫屬之遺言者之相續人。然於事實上。有所不可何也。既屬之相續人。其相續人即有自由處分之權。設消費其元本及果實。至法人不能成立。亦大違背遺言者之始目的矣。

日本法律。則取遺言効力發生主義。遺言効力發生者。不必待遺言者之死後而

遺言始有効力。當遺言成立時。即生效力。而視爲法人之財產也。第四〇條第二項規定之。其條文曰。『以遺言爲寄附行爲者。則其寄附財產從遺言生效力時。視歸屬於法人者是也。但遺言時。附有條件者。不在此限。例如遺言云。其子成年。及結婚後。以某財產設立何種法人。或無他理由。而謂某財產相續人處分若干年後。則設立何種法人。如是者。則應待其成年結婚後。或經過若干年限。而後其財產爲法人之財產。始得發生其效力。』

法人既有財產。必設財產目錄。列記財產之種類性質。以備查調。第五一條第二項云。『法人設立時。及每年初三箇月內。當作財產目錄備置之。事務所。但特設事業年度者。則須於其設立之時。及年度之終作之。』所謂事業年度者。以法文解釋之。不必拘從曆上時間之規定。得自定其年度終始。例如本年八月一日爲始。來年七月三十日即爲一年度。不必年初乃爲始時。年終乃爲終時也。然就事實上言之。每不能於事業年度之末。即能結算。每遲二三月之久。始得調製目錄。法律上亦認猶豫期間之効力也。若法人代理。不設財產目錄。或設財產目錄。而

不眞確。則應受過料之制裁。(五元以上二百元以下之罰金也)第八四條之第二號之規定云。「違反五一條之規定及財產目錄與社員名簿爲不正之記載者」處以過料是也。過料之制裁者。以力行公益規定之事。私法上之制裁也。與刑法所言之罰金科料等性質有別。

第二目 社團法人特別之事項

前項所言。乃一般法人之效力。而社團法人則猶有特別之事項。即社團之社員當備社員名簿。載明員數。及社員進退之變更。當訂正之是也。(見第五一條第二項)不然。亦從第八四條第二號之規定。處以過料之制裁也。

第三目 對於第三者之效力

法人設立。必經登記。始可對抗第三者。蓋第二者非登記表示。無從知法人內容也。第四五條第二項規定之。其條文云。「法人之設立非於其主事務所之所在地爲登記者不得以之對抗他人」所在地者。事務所之區裁判所。或區裁判所之出張所是也。登記之類有三。曰登記之事項。曰登記之期間。曰變更登記。

(甲)登記之事項 登記之事項第四六條規定之。(一)目的(二)名稱(三)事務所(四)許可設立之年月日(五)定存立之時期(六)資產之總額(七)定出資之方法(八)理事之氏名住所但法人存立之時期事實上多係永久繼續非可限度名義上之豫定者亦法律所許也。法人有出資之方法者則登記之無之則可不必方法者何如社團法人。定明各員每月或每年應出若干金以供法人目的之用。如財團法人財產非一時全附之於法人而分若干年月或自身或相續人或第三者應案時供出是也。

(乙)登記之期間 有原則有例外

原則 登記期間從法人設立之日二週間內爲限。第四五條規定之云。「法人者自其設立日二週間之內於各事務所之所在地須爲登記」是也。

例外 登記事項有時須先得官廳之許可者必以設立時起算二週爲限。實事上恐所不及故以官廳許可書達到後之二週間爲限。第四條之規定云。「第四五條第一項詳原則及前條即第四六條詳登記之事項」之規定當

登記之事項須得官廳之許可者從其許可書達到之時起算其登記之期間是也。

(丙)變更之登記 變更登記與更正登記有別。更正登記謂更正登記之錯誤遺漏。非自登記事項之移動而起。不過準用變更之手續。變更登記者分言之有三。

(一)事務所新設登記 法人設立之後。或新設他事務所。須於一週間內變更其事務所之登記。不必於事項中。全行再爲登記也。第四六條第二項規定之云。「法人設立之後新設事務所者。須於一週間內爲之登記」是也。

(二)事務所移轉之登記 其種有二。

(子)移轉於異登記所之管轄區域內 此於第四八條第一項規定之。其條文云。「法人移轉事務所於舊所在地者。一週間內爲轉移之登記於新所在地者。同期間內當爲第四六條第一項(見上登記之事項)所定之登記」一週內爲轉移登記者。例如原事務所之所在地。屬甲地之管轄區域內。移轉於乙地之管轄區域內。則於甲地但爲移轉之登記。於乙地則準第四六條規定八

項之登記。以乙地爲新所在地。而不知其設立組織之如何也。

(丑) 移轉於同一之登記所之管轄區域內。事務所之轉移。仍在其登記所管轄區域內。則但爲事務所遷移之登記。不必舉第四六條所載事項。一登記也。於第四八條之第二項規定云。『同一之登記所管轄區域內移轉事務所者。須爲其移轉登記』是也。

(三) 登記事項變更之登記。事項變更登記者。於第四六條第一項所載事項中。有發生變更登記之件。非全行變更登記也。第四六條第二項規定云。『於前項所揭事項中生變更時。須於一週間內爲其登記。前者不得以其變更而對抗第三者』是也。

(四) 外國法人變更之登記。日本登記限主事務所之所在地。外國法人主事務所。多在其本國。似與登記規定不合。然既有事務所。而又認許其有人格。則無論事務所之爲主與否。而爲交通起見。必使登記爲便利。至登記之手續登記之期間(一週間)必與日本同。法人變更事項。由其本國議會先行決議。始通

知、在、日、本、所、設、之、事、務、所、者、則、亦、以、通、知、到、達、時、起、算、第、四、九、條、第、一、項、規、定、云、第、四、五、條、之、第、三、項、(詳、上、事、務、所、新、設、之、登、記)、第、四、六、條、(詳、上、登、記、之、事、項)、及、前、條、之、規、定、(即、四、八、條、規、定、轉、移、事、務、所、之、登、記)、外、國、法、人、在、日、本、設、事、務、所、時、亦、適、用、之、但、在、外、國、所、生、之、事、項、自、其、通、知、到、達、時、起、算、爲、登、記、之、期、間、是、也。

(丁)不登記之制裁 其制裁有二。(一)罰則。法人之設立。迨於所規定之登記者。處以五圓以上二百圓以下之過料也。第八四條之第一項規定之。(二)不得對抗他人。法人設立時。不爲登記。或有變更時。不爲登記。他人無從知有是法人與有變更者。故不得生正當之對抗。第四五條之第二項。及四六條之第二項規定之。(均詳上)至外國法人。在日本初設事務所時。不爲登記。他人則不得承認其法人之成立。第四九條第二項規定之。

第二款 法人之管理

法人之管理(梅博士謂法人之管理。用語畧欠穩。當改爲法人之事務者。法人中管

理。其。事。務。也。如。定。法。人。之。意。志。及。實。行。其。意。志。或。監。督。其。意。志。之。實。行。皆。爲。管。理。之。事。務。夫。法。人。之。成。立。成。立。於。管。理。法。人。之。消。滅。消。滅。於。管。理。法。人。不。能。自。生。其。利。益。生。之。於。管。理。法。人。不。能。自。生。其。弊。害。生。之。於。管。理。是。管。理。者。固。法。人。活。動。之。機。關。也。機。關。有。四。一。曰。理。事。二。曰。監。事。三。曰。總。會。四。曰。主。務。官。廳。理。事。爲。執。行。法。人。之。事。務。機。關。例。如。國。家。設。立。大。臣。是。監。事。爲。監。督。理。事。之。行。爲。之。機。關。例。如。會。計。檢。查。院。是。總。會。爲。財。團。法。人。無。社。員。故。無。總。會。代。表。法。人。之。作。用。指。揮。監。督。理。事。之。機。關。而。其。監。督。權。在。監。事。監。督。權。之。上。如。國。家。之。有。國。會。是。主。務。官。廳。爲。代。表。國。家。保。護。公。益。而。有。最。上。之。監。督。權。茲。分。四。項。詳。明。於。左。

第一項 理事

理。事。者。代。表。法。人。處。理。諸。般。之。事。務。也。其。實。際。上。或。稱。之。爲。社。長。爲。取。締。役。或。稱。之。爲。院。長。爲。校。長。法。律。上。但。統。稱。曰。理。事。理。事。之。問。題。最。繁。大。要。有。二。曰。資。格。曰。權。限。

第一目 理事之資格

法。人。理。事。之。人。數。或。設。置。一。人。或。設。置。數。人。全。由。法。人。設。立。者。之。自。由。法。律。上。原。無。一。

定之規定。第五二條一項云：「法人者，須置一人或數人之理事，是也。」至理事之資格，則規定最嚴。如社團、法人之理事，有定款中理事任免之規定。（第三七條參照）財團法人之理事，有寄附行為中理事之規定。（第三九條參照）若寄附行為中未及規定，而其人為死亡時，則裁判所因有請求者，代以定之。（第四〇條參照）然此猶原則之規定也。例外之規定有三：曰假理事，曰特別代理人，曰復代理人。

(甲)假理事 假理事者，僅以一時之事故，暫行選任之理事也。法人既以理事為活動機關，一日缺少理事，即一日缺少活動。若無理事時，而更選後任理事者，必掬定款及寄附行為之方法，經久時期，始有定局，故不得不從速暫行選任假理事。第五六條規定云：「於缺理事之場合，恐因遲滯而生損害之虞者，裁判所得因利害關係人或檢事之請求，選任假理事」是也。缺理事之場合，非專指理事之全缺而言。如數人之理事，其中缺其一人，亦適用本條之規定。數人之理事，非共同不能處理事務。其中若缺一人，則致休止全體事業。又或數人之理事，得各自專斷處理，而於重大事項，其中缺其一人，其他之理事，難以決斷時，皆是。

(乙)特別代理人 特別代理人者。僅以一事之故而任其代理之役也。以普通之義釋之。其事非由理事處理。而特限於其事。以別立一人爲社會之代理也。蓋理事雖能自執其執務。而有時所執行之事。有爲理事與法人之利益相反者。此時若保護自己之利益。則損害於法人。保護法人之利益。則損害於自己。例如理事以動產或不動產。買之於法人。在法人則以價低爲利益。在理事則以價昂爲利益。法人本無意思。有意思之理事。又值可代表法人。如此場合。亦聽事理與法人自行其契約。行爲勢必利益自己之意思。勝於利益法人之意思也。故第五七條之規定云。『法人與理事之利益相反之事項。理事無有代理權。當依前條第五六條見上』之規定。選任特別代理人。』

(丙)復代理人 復代理人者。代理人所選任第二之代理人也。例如乙爲甲之代理人時。不自代理其事。以代理權之一部及全部以丙代之。則丙對於甲爲第二代理人也。驟以復代理人之義觀之。若屬代理人之代理人。然代理人之選任復代理人。則以本人之事而起。從而生復代理人。亦不外爲本人之代理人也。其代理

行爲之效果。一使歸於本人。與第一之代理人無以異也。第五五條規定之云。『理事者依於定款及寄附行爲或總會之決議限於所不禁止者得委任他人爲特別行爲之代理』是也。

第二目 理事之權限

理事權限者。即代理法人之有權限也。然理事代表權如何之限度。如何之範圍。頗屬疑義。今之學者。於權限問題。大別爲二。一曰總括主義。一曰限制主義。總括主義。便於理事。而不利於法人。限制主義。利於法人。而不便於第三者。日本法則取總括主義爲原則。蓋以理事。非執行法人之目的以外之事務。於法人之目的外。既非有代表權。何取乎限制之規定。故法律上限制其權限者。僅定定款寄附行爲及總會之決議耳。第五三條云。『凡法人之事務而代表於法人者。但不得違背定款之規定或寄附行爲之旨趣。其在社團法人上必從總會之決議』是也。然此乃普通權限之規定。而無特別之問題也。權限特別之問題。有四。

第一 法人設置有數理事之場合。若謂人人有專斷處理事務之權。則意思不能

統一而生衝突之弊。若謂人人無專斷之權。而必得人人同一贊成始生其效力。則每以最少數之反對而生牽制全局之弊。故一般之原則。以理事之過半數決之也。但過半數決議者。必於法人中通常發見之事務。而非有定款。審附行為中所別段之規定。若已有別段之規定。則可從規定範圍中自由行使。如重要之事件。須得總員之一致。或輕微之事件。得任各員之專斷。或數理事中。均取決於一專任之理事。或分配其所專任之範圍。而於範圍內得為獨斷之理事。若是者皆不適用過半數決定之規定也。第五二條第二項云。「於理事有數人之場合而無定款及奇附行為之規定者。則法人上之事務。乃以理事之過半數決之」是也。

第二 凡法人與理事共同之行為。及法人理事共同與第三者之行為。則為理事者當失其常度處置之權。蓋共同之行為。兩者利益衝突。權衡每易失當。例如理事為法人之保證人。在理事者付於其履行。當以得債權者之猶豫為利益。或因之為法人不利益之契約。故必有特別之代理人。以處理之也。第百八條之規定

云。「無論何人於同一之法律行爲不得爲相手方之代理人及爲雙方之代理人」是也。(不得爲相方之代理人者參看第一目特別之代理人)

第三 凡爲理事者亦可委任復代理人。然使舉理事之一切行使權。盡委任之。又非法人所以信任理事之精意。蓋委任云者。就特定行爲而委任之也。如指定甲科事項。委任於某。乙科事項。委任於某。是也。第五五條云。「理事者依定款及寄附行爲或總會之決議限於所不禁止者得以特定行爲之代理委任於他人」

理事之權限。法律於定款或寄附行爲中。規定之。又或依總會之決議。定之。假如此之場合。第三者但知法律上規定普通之權限。不知有特別之權限。而與理事爲限制範圍外之行爲。此時若視爲無效。不使第三者受意外之損乎。故第五四條之規定云。「加理事代理權之制限不得以之對抗善意之第三者」所謂加理事代理權之制限者。如定款或寄附行爲中。明定該行爲爲理事所不能代理。或代理而不能專斷。或不得委任他人以特定行爲。或不得行使利益相反之代理行爲。或必經總會之決議。均是所謂善意之第三者。即不知理事之代理權有所限制。而誤與之爲限制外之行爲。

也。如此者法律當保護之。而使其行爲有效矣。

理事之行爲。有失當時。則當受法律上規定之罰則。第八四條規定之云。「法人理事監事及清算人於左之場合處以五圓以上二百圓以下之過料」其所揭之場合。除第六號全關於清算人外。有五。

- (一) 迨於爲本章(法人章)所定之登記時
- (二) 違反五一條之規定或於其財產目錄及社員名簿爲不正之記載時
- (三) 於第六七條及第八二條之場合有妨主務官廳或裁判所之檢查時
- (四) 對於官廳或總會爲不確實之申立及隱蔽事實時
- (五) 反於第七〇條及第八一條(八一條關於清算之規定)而怠於爲破產宣告之請求時

第二項 監事

無形之法人。理事代表之以握其全權。每有專橫之流弊。故必有自其側以監督之者。監事。即其職也。可分二則言之。

(一) 監事之發生 法人之有監事者。以定款或寄附行爲之豫定。及社團中總會之決議而置之。非法律上有必要之制定。蓋法人規模之大小。性質之差異。設立監事機關與否。視其事之關係何如耳。第五八條云。『法人於定款或寄附行爲或以總會之決議得置監事一人或數人』是也。

(二) 監事之職務 監事職務。第五九條規定之有四。(一) 監查法人財產之狀況。(二) 監查理事之業務及執行之狀況。(三) 就財產之狀況與業務之執行發見其不整潔時。即報告於總會。或主務官廳。(四) 必須爲前號之報告時。招集總會。(必須前號之報告。非必先報告於總會。而後報告於官廳。謂若值開總會時。得先報告。或值開總會定期之後。得先報告於官廳。或總會已閉。得臨時招集總會以報告之)。

監事若有防主務官廳。及裁判所之檢查。或對主務官廳與總會爲不確實之申立。及隱蔽其事實者。適用第八四條之制裁。(見第一項)

第三項 總會

總會者。社員集合發表意思之地也。總會與社員有密切利害之關係。故爲社團法人

之基礎。(財團法人無總會機關)其總會之事項可分三說。曰總會招集。曰總會決議。曰總會之責任。

第一目 總會招集

總會招集。又分三段言之。曰通常總會。曰臨時總會。曰共同之規定。

(一)通常總會 通常總會者。依常例開設之總會也。第六〇條規定之云。「社團法人之理事每年最少必開社員之通常總會一次」是也。

(參照)民法於法人稱通常總會。商法於會社稱定時總會。其義一也。但定時總會。設於每年所定之期。係法律上之規定。故曰定時。皆與臨時總會相對之語。

(二)臨時總會 臨時總會者。臨於要端猝起之總集會也。如法人發生非常之事件。不能待定例之總會決議。則當開臨時總會是也。第六一條第一項云。「社團法人之理事有認為緊要者。無論何時得招集臨時總會」第二項規定云。「從總社員五分之一以上示會議目的之事項而為請求時。則理事亦可招集臨時總會。但此定數(五分之一)以上得以定款增減之」第一項之規定。為理事認為

緊要。而招集意思。發於理事之代表行爲也。第二項之規定。乃會員認爲緊要。而招集意思。發於會員之自由行爲也。其謂從總員五分之一以上者。以請求之事。必得社員多數之同意也。其謂示會議目的之事項者。例如欲彈劾理事。必示明理事行爲失當之實據。欲變更定款。必示明定款應爲變更之理由也。但書謂此請求之定數。得以定款增減之者。例如條文上定數。必五分之一以上。得爲請求。其定款中若定爲三分之一以上。或十分之一以上。則可從其定款。法律上無制限是也。

(二)共同之規定 共同之規定者。謂通常總會及臨時總會。皆得共同適用規定也。此於第六二條規定之。其條文云。『總會之招集最少必於五日以前示其會議目的之事項。從其定款所定之方法爲之。』其曰示期必在五日以前者。使全體會員。明悉其會議事件。而又得猶豫期間。以豫爲之研究。或有完全決議也。曰定款所定之方法者。即於設立定款時。所定通知社會之方法也。如以書面通知。或登之通行之新聞。及本會刊行之雜誌。皆是。

總會之招集。分通常臨時二種。此乃一般之原則也。但有一例外（一）即理事與監事有招集總會之權是也。義已詳述於上。（二）即法人改散之場合。而清算人亦得爲總會之招集是也。或曰法人既經改散。無有法人。即無有社員。何復招集總會之有。然法律於清算之目的範圍內。尙視法人爲存在者。故法人雖已改散。而以清算爲目的之社員。亦得開社員之總會也。

第二目 總會之決議

決議者。即於其討議之事。而決定之之謂也。總會之決議。分言之爲三。曰決議事件。曰決議方法。曰決議之責任。

（一）決議事件 社團法人之事務。除委任理事。委任役員。得專斷外。餘皆以總會之決議施行。（第六三條規定之）然亦有不。必。限。總。會。之。決。議。者。第六四條云。「總會依第六二條之規定。惟就豫爲通知之事項。得爲決議」是也。所謂依第六二條之規定者。謂當示其所會議之目的之事項也。惟就豫爲通知之事項。得爲決議者。謂若未爲通知者。社員於其事項。未能悉其始末。而發表意見。難期適當。故

除通知事項外。不得爲他事之決議也。原則如是。尙有例外。設以理事之缺員。招集總會。行理事之選舉。而監事之一人。適被選者。則監事即發生補缺選舉之必要。如此場合。若視爲通知以外之事項。非再行招集總會。不得選舉。手續既嫌其複雜。而事實即受其防礙。是大不便也。且非重大之法人。共同決議事項。亦屬簡少。於總會決議之餘時。并得臨時提議他件。故同條但書云。『定款中有別段之規定不在此限』也。

總會決議之事件。何者。應屬之。通常決議。何者。應屬之。臨時決議。法律上無一定之界限。而就事實上觀之。凡報告一年中所施行之事業。或決算一年中所出入之財產。或查調理事及其他役員之勤惰。或於理事及其他役員之各項報告。承認反對。或理事役員任期已滿之改選。皆開通常總會決議者也。若未及年終而社員有死亡及變更。或爲定款之變更。或監事爲檢查結果之報告。或役員臨時之選舉。或總社員五分之一以上。有請求之事項。皆開臨時總會決議者也。

(二)決議方法 總會決議之方法。就原則言。以表決社員。(開會時發表意見者)之。

過半數決之。但有例外。即定款之變更與法人之改散。須得總社員四分之三以上之同意而爲決議也。（參照第二八條第六九條）曰過半數。曰四分之三。其起算之點皆以一人爲其單位。蓋各社員之表決權原爲平等。（詳第六五條一項）如有百社員。即其表決權即爲百分。而各出席之社員。只各得其一。無有差異也。又原則社員表決權者。必社員各自出席。乃得爲詳明之討論。然事實上有萬不得如期出席。而又不得不加於表決之數者。似此則終不得完全之決議。故法律又設法以救之。第六五條第二項云。『總會不出席之社員得以書面爲表決或出代理人』。書面表決者。即以書述明其意見於會場。於決議時亦生其效力也。出代理人者。即以他人代理本人之表決也。凡決議之方法。於法律上之規定。與定款之所特定。有差異之場合。則亦任其自由。不得強爲限制。今畧舉四例明之。（一）原則以過半數爲標準。例外以四分之三爲標準。若其定款中定爲不必及過半數。或超過四分之三以上。均可。但四分之三以上之決議。少見之事實。蓋凡決議方法。若過於嚴重。則甚形困難。故定款明

定之者惟重要事件。如變更事業之方法。或役員之選舉。乃有四分之三以上同意之規定也。(二)定款之變更。法人之改散。法律規定須總社員之出席。以總社員四分之三以上決議之。若定款中所特定者。就現出席社員之數計算。或不必及四分之三以上之同意。亦可決議。(三)各社員之表決權。法律上規定皆屬平等。若定款所特定以出資之多寡。(商事會社。合名會社。以利益爲目的者。多以出資多寡爲標準。株式會社。則以株式之多少爲標準)而立表決權之差等。皆可自由。(四)不出席之社員。法律上規定得以書面表決。或出代理人。若定款中所規定禁止其用書面與出代理人。亦得自由。於第六五條第三項規定之。其條文云。『前二項之規定於定款有別段之規定者不在此限』是也。

社員雖各有表決權。然有時須停止其表決權者。即所決議之事件與該社員有利害關係時也。例如社員以財產賣於法人。總會集議其價值時。或社員有特功於法人。總會集議其酬報時。或該社員之失職。總會集議其除名時。皆無有自身表決權也。但無決議之權。非絕對無與議之權。若該社員欲出席發表其意見。亦

聽之。第六六條規定之云。『社團法人與社員關係決議之場合其社員無表決權』是也。

(三) 決議之責任。總會之決議。既由各社員之同意。則各社員即間接負其責任。如法人爲目的外之行爲。而致加害於他人者。則贊成其事項之議決員。及理事與其他之代理人。連帶負賠償之責也。第七一條規定之。(見上第一項)

第四項 官廳

官廳者。指主宰其行政事務官署而言。例如內務省。爲統治宗教事之主務官廳。文部省。爲統治學術事之主務官廳。是也。公益法人。官廳既有監督權。即法人機關之要。第六七條規定云。『法人業務屬於主務官廳之監督』其第二項云。『主務官廳無論何時得以其職權檢查法人之業務及財產之狀況』夫官廳既有監督法人之權。即有制裁法人之權。法律規定其制裁者。有二。

(一) 許可之取消。許可之取消者。於已經認許之條件。而復取消之也。第七一條規定之云。『法人爲其目的以外之事業及違反其許可設立之條件與害及於他

之公益行爲時。主務大臣得取消其所許可者。目的以外之事業者。如公益法人。本以公益爲目的者。而乃爲營利之事。是即爲目的以外之事業也。許可之條件者。法人設立時。於定款中或附有增加及變更之條件也。違反其條件。即違背其許可之精神也。(其取消之手續。官廳發見其有應取消之行爲。命其改正。待終不改正時。即布告取消。)

(二) 過料 法人有妨主務官廳之檢查。對於官廳爲不確實之申立。或隱蔽其事實者。適用第四八條之制裁(見上第一項)

第三款 法人之解散

法人之解散者。廢棄已設立之法人也。分二項言之。曰解散之原因。曰清算。

第一項 解散之原因

法人解散之原因。可分二類述之。(一) 社團財團同一之解散。此其原因有四。曰解散事由之發生。曰事業之成功。或成功之不能。曰破產。曰許可之取消。(二) 社團法人特別之解散。此其原因有二。曰總會之決議。曰社員之缺亡。茲次序說明於左。

(一) 解散事由之發生。法人設立時。於社團法人之定款或財團法人之寄附行為內。而豫定有法人存續之期間。及改散之條件。則於其期間已滿。或條件到來時。法人即因之改散也。例如定爲自甲年某月某日起。至癸年某月某日終。則從設立時起算。而至癸年某月某日。即得改散之也。又例定「於法律之發布時當即改散。則經法律之發布而即改散之。是也。

(二) 事業之成功或成功之不能。事業成功者。法人之設立必有一種目的之事業。爲前提。目的既達。無復續繼之理由。即法人正當之改散者也。例如法人之設立。爲研究建築堅固之術。待發明精善。而立爲制度時。即其目的事業成功時也。成功之不能者。其目的之事業。終無成功之期望。是法人失其目的。亦法人正當之改散者也。例如以勸立工藝公司爲目的。必悉具大資金。若寄附有限之資金。而不能勸立者。即其事業之不能成功也。

(三) 破產。破產者。不能完償債務。受裁判所之干涉。以資產抵償之也。法人不能完償債務。必先改散法人。而後行破產之處分。以通常(商人亦適用)破產法言之。

有債務數超於財產數。宣告破產。亦有財產數超於債務數。宣告破產。財產數超於債數之宣告。如屬不動產。不能一時杜賣。或財產散借於他人。不能一時收入。得宣告破產。代爲處分之。法人之破產。必債務數超於債數。以法人有財產之目錄。易爲查調者也。第七〇條規定云。「法人不能完濟其債務時。裁判所因理事或債權者之請求。又或以其職權爲破產之宣告。」第二項之規定云。「於前項之場。合理理事須直爲破產宣告之請求。」破產必因理事與債權請求者。普通社員。無請求權也。以職權宣告破產者。蓋裁判所由檢事之調查。檢事由警察之報告。發見其真情。不得不宣告時。則不待有請求權者之請求也。理事得直爲破產宣告之請求者。法人之財產。足以完濟債務與否。惟理事知之最先。故有直接請求之權利義務。不然。則受法律上之制裁。如第八四條第五號云。「反乎第七〇條及第八一條之規定。怠於爲破產宣告之請求者。」處以過料。是也。

(四) 設立許可之取消 設立許可取消之理由。第七一條規定之。詳上第二款第四項。

(五) 總會之決議 社員分子之意思。得以成立法人。社員分子之意思。不得以改散法人。然改散。必得總社員之承諾。不惟非實事上之便利。而一二社員。偏執個人利益。抗力。即可及於全體。故法律規定。必須得四分之三以上之承諾也。但定款中。定爲必須總社員之承證。或爲過半數之同意。亦得自由。第六九條云。『社團法人。非有總社員四分之三以上之承諾。不得爲改散之決議。但於定款有別段之規定者。不在此限』是也。

(六) 社員之缺亡 社員爲組織社團法人之要素。社員缺亡。即法人不能成立。故亦自然之改散也。(缺亡非一二社員之缺職及死亡。有全體社員不在法人之義)

第二項 清算

清算者。就其事之始末。綜計核算。而使其清絕之謂也。分三目言之。曰清算之定義。曰清算人。曰清算人之職務。

第一目 清算之定義

清算之定義。謂明法人之資產與負債。以權利之行使。而收集其利益。履行其義務。乃

以其殘餘（餘留）財產交付於權利者也。明資產與負債者。分明資產爲法人財產。負債爲法人義務之界限也。收集其利益者。法人所有之債權物權。於改散時使相手方反還之於法人也。履行其義務者。相手方對於法人有債權物權者。改散時法人當負其義務。而反還之於相手方也。殘餘金交付權利者。以收集利益履行義務。相殺而有餘留之數者。應歸屬於權利者也。

法人改散後。清算時其法人尙得爲存在與否。亦一問題。以理論言之。假定之法人。因法人目的之事業而存在。目的消滅。其假定者亦從之消滅也。然以法人之假定。與其解散時同爲消滅。亦與事實不便。故法律於清算者。雖在法人改散之後。猶認法人之資格爲存在。而有其效力者。蓋不認法人爲存在。則原有之權利義務。已無其主體。雖改散之時。猶有權利與義務者。亦無從使之履行也。且也。無法人之主體。餘留財產。無所歸付。止仍歸付於社員及寄附者。亦違反初設立法人時之理由也。就設立法人第一理由觀之。在保護債權者也。不有法人。雖有財產。債權者亦無要債地矣。就設立法人第二理由觀之。在保護社員及寄附者也。清算時不認法人爲存在。則權利義務之

主體轉移之於社員及寄附者。而爲社員與寄附者以有限之責任。變爲無限之責任矣。且法人之改散。多由財產不能辨濟其債務。以有義務而無權利之場合。社員與寄附者處之。勢不得不以自身之財產爲辨濟法人之債務者。就第三之理由觀之。爲手續之便利也。清算時不認法人之存在。則社員與寄附者。或有訴訟行爲時。則凡社員爲原被告者。皆爲訴訟之主體。將全赴裁判。所以訴亦非事實之所能也。況法人改散爲訴訟最易發生之時期乎。

有上之三理由。法人之雖屬改散。於清算時法律上仍視法人之存在。然非絕對的使存續。其假定法人原有之權限也。抑僅於其清算之範圍內。而認其存續耳。第七三條規定之云。『解散之法人於清算之目的範圍內。迄至清算之終了。視爲尙存續者』是也。若清算時發見當爲破產宣告者。則清算不待結了。即行中止。其法人改散。即爲破產之改散。故一切辦濟。則全關係於破產管理人也。第八一條之第一項云。『於清算中。知法人之財產不足完濟其債務時。則清算人須直爲破產宣告之請求。而公告其旨』第二項云。『清算人引渡其事務於破產管財人時。乃終其任』是也。

第二目 清算人

清算人之選任及解任。法律規定有二種。曰通常之規定。曰臨時之規定。

(甲)通常之規定。明了法人財產狀況。無逾理事。法人之改散。以理事爲清算人。爲最適當。若定款或寄附行爲內。特有清算人之規定。或由總會特選任清算之人。亦均可自由。第七四條云。「法人改散時。除破產之場合外。以理事爲其清算人。但定款寄附行爲別有規定。或於總會選任他人者。不在此限。」是也。

(乙)臨時之規定。裁判所因利害關係人。或檢事之請求。而發見其選任清算爲必要者。得以裁判之職權。而特選其清算人也。第七五條規定云。「依前條(第七四條)之規定。而無清算人者。或因缺清算人。而生損害之虞者。裁判所因利害關係人及檢事之請求。又或以其職權得選任清算人。」是也。法人有監督之官廳。其主務官廳無選任清算人之規定。而裁判所有選任清算人之規定。何也。蓋清算之目的。在主持公平。以保護利害關係人。故以行政官廳選任之。不如以裁判所選任之爲適當也。(參照第八二條)

清算人既經選定之後。非輕可變易。然清算人自身。有不正当之行爲。成對於利害關係人有不正当之處置。或因疾病及少經驗。而不堪執行其事務。裁判所得改其任也。第七六條規定之云。『有重要之事由時。裁判所因利害關係人及檢事之請求。或以其職權得解任其清算人。』

第三目 清算人之職務

清算人之職務。有三。曰現務之結了。曰債權之取立及債權之辦濟。曰殘餘財產之引渡。(見第七八條第一項)

(甲)現務之了結。法人改散之時。其現在施行之事務。若有未及結了者。則不得以明法人之權利義務。故清算人必先結了其事務。而後確定其所生之權利義務也。

(乙)債權之取立及債務之辦濟。債權取立者。謂收取其債權也。債務辦濟者。謂履行其債務也。清算人於已確定之權利義務。固當取立其債權。辦濟其債務。此時若法人之財產。不能辦濟其債務之全部者。則當從第八一條之規定。而爲破產

宣告之請求。

(丙) 殘餘財產之引渡 凡清算後，尚有殘餘財產者，則從第七二條之規定，以歸屬於有權利者。是亦清算人之執務也。但所謂殘餘者，必完濟法人之債務，而尚有剩賫時，則得謂之殘餘。

第四目 清算人之權限

舊商法與新民法，於清算人權限之規定，最為廣汎。其執務必要之行爲，皆得專斷。第七八條第二項云：「清算云者，於行前項（見上）之職務，得爲一切必要之行爲。」試畧分三例言之。曰就職時應爲之行爲。曰辨濟債務時應爲之行爲。曰殘餘財產引渡之行爲。

(甲) 就職時應爲之行爲 於第七七條規定之。其第一項云：「清算人除破產之場，合外於改散後一週間內，須將其氏名住所及改散原因與年月日而爲之登記。又無論如何之場，合須屆出之於主務官廳。」蓋清算人與理事不同，即以理事爲清算人，而前後之資格已異。故其氏名住所與改散之原因，及改散時之年月

日皆須另從登記也。(破產時無有清算人則不適用此段。曰無論如何之場合者。謂無論通常之改散。破產之改散。皆當申告於主務官廳也。其第二項云。『於清算中有就職之清算人就職後一週內爲其氏名住所之登記且須屆出之於主務官廳』清算人中有就職之清算人者。謂原選定之清算人或改任或死亡。而另有選定新清算人之補就職也。僅規定氏名住所之登記者。其改散之原因及年月日已被先任之清算人登記。無容重出也。

清算人若違背右條之規定。如不守其期間。或迫於登記。或隱蔽改散之原因。或僞報改散之月日。則適用第八四條之制裁。(見第一款第一項)

(乙)辨濟債務時應爲之行爲 於第七九條八〇條。八一條規定之。第七九條之第一項云。『清算人自其就職之日起兩月內至簡必有三次之公告對於債權者於一定期間爲催告請求之申出但其期間不得在兩月以下』蓋清算人辨濟其法人之債務。必調查賬簿。乃知定數。然債務之種類。千差萬異。未必盡便記載於賬簿。且有應記載賬簿而或遺漏者。故清算時。不能全以賬簿之定數爲據。特

爲詳密之公告。使對於法人有債權者。悉知法人已屬改散。而於一定之期間內。爲請求之行爲也。同條第二項云。『於前項之公告者。債權者期間內不爲申出時。則其債權於清算中得被除斥之旨。須附記於公告中。但不得除斥。清算人所能知之債權者。』清算人既經第一項公告之手續。債權者不如其期間內申出之。是自拋棄其權利。故清算之場合。得除斥之而不負其義務。若已記載而爲所易知之債權者。則不以此例。蓋公告者。純爲不知其對於法人有債權而公告之也。同條第三項云。『清算人於所知之債權者。須各別爲催告其申出。』謂清算人雖知其爲法人之債權者。而不能詳其債權之數額。及種類事項。亦各別爲催告其申出。以便辨濟也。

夫債權者。逾乎公告申出之期間。即絕對無有請求權。是保護債權之範圍。似失之過狹。故於辨濟債務。有餘留財產。尙未歸屬於權利者時。則此財產尙爲法人之財產。而所有之債務。亦法人債務。清算人當此場合。不可不仍任法人辨濟之責。使債權者。雖爲過期之請求。亦得生其効力也。故第八〇條之規定云。『於前

條之期間後申出之債權者惟對於法人債務完濟之後而未引渡歸屬之財產得爲請求』

以上之規定均屬財產之數。超於債務之數。若清算中發見法人之財產數。不足以完濟其債務。清算人得直爲破產宣告之請求。而引渡其事務於破產管財人。(第八一條規定之見清算之意義)然此必在清算人尙未辨濟而債權者得申出請求之時。若已逾一定公告催告之期間。或完濟一部之債務。而始知其不足。則不得以其財產歸屬於權利者。而使後之請求者無效也。

清算人若迨於破產宣告之請求。或迨於一定之公告。及爲不正當之公告。則適用第四八條之制裁。(見上第一項第一目)

(丙) 殘餘財產引渡之行爲。法人改散之後。其財產應如何處分。亦學理與事實之

問題。各國主義不一。約分四說。

第一主義 謂法人之遺產。依法人設立者之意思。而處分之。

第二主義 謂法人之遺產。當歸屬於法人之設立者。或其相續人。

第三主義 謂法人之遺產供類似其法人之目的之他公益之事業者。

第四主義 謂法人之遺產當沒入於國庫者。

右四主義以梅博士之所信則第一主義也。蓋法人改散其財產歸屬應尊重設立者之意思違其意思是失設立者初心而影響及於未來之法人矣。第七二條第一項云。「解散法人之財產歸屬定款及寄附行為所指定之人」即此意也。(指定人兼自然人法人而言。雖然法人之設立而定款與寄附行為有未及表示其意思者則非適用第一主義也。將採取第二主義以財產歸屬法人之設立者及相續人乎。此固設立者及其相續人之所希望也。但以財產設立法人其財產與設立者即已分離。若於法人財產無歸屬時不問定款與寄附行為明定與否仍概歸屬於設立者與相續人則設立者與相續人中或有私益重於公益者則於法人之財產逾於債務時遂促其解散亦事實之所或有也。則補第一義之不足者不得以第二主義。惟取第三主義而已。第七二條第二項云。「不以定款或寄附行為指定歸屬權利者或未定指定之方法

時則理事得主務官廳之許可得於其法人目的類似之目的處分其財產」是也。至定款或寄附行爲中。未指受解散法人財產之人。而法人之改散。又屬成功之不能。則無類似之目的。於此場合。又不得不採第四主義。第七二條第三項云。『依前二項之規定未能處分之財產則歸屬國庫』歸屬於國庫者。不得已之處置也。

第五目 清算之監督

監督清算者。如監督行使債權。履行義務。引渡殘餘財產之正當與否也。法人當未改散時。所監督之者。在關於能達其目的。以增進其公益。故以各行政官廳爲之監督。法人既改散之後。則其公益目的。已無復存。惟期利害關係人受公平之保護而已。故清算中之事務。以裁判所監督之爲宜也。第八二條第一項云。『法人之改散及清算屬裁判所之監督』第二項云。『裁判所無論何時得以其職權於前項之監督爲必要之檢查』是也。

第六目 清算之結了

法人最高之監督者。主務官廳也。當法人設立。既爲主務官廳之許可。而法人之改散。亦必有申告之手續。第八三條之規定云。『清算了結時。清算人當屈出之於主務官廳。』是也。

民法

第二章 私權之客體

私權之客體。學者議論不一。或謂客體爲權利之目的。即權利之行爲。此就理論上言之。則正。但以權利之行爲。爲權利之客體。與普通所用客體之說。有不合。普通所用之客體者。謂離乎權利者。而別存在者也。蓋於其物。而有行使之權利者。其物即私權之客體也。茲爲便記臆計。強分四段說明之。

第一 物權以其所有物爲客體。所有權對於物。雖有完全直接行使之權利。然不得以其行使之行爲爲客體。當以其所有物爲客體。如土地之所有者。或租賃其土地。或售賣其土地。或贈與其土地。及耕作其土地。而皆有自由處分之行爲。即有自由處分之權利。然其所以有權利者。則莫不根於土地。非能離土地。而假定以行爲也。故當以土地爲客體。

參照 民法所規定之物權。其範圍但爲財產權。如生命身體名譽自由等權利。雖

亦稱純理上物權。然屬刑法（公法）範圍所保護。民法上雖有損害賠償之制。而於物權編則未及規定。又著述者發行之著書權。發明者發明之施用權。雖屬物權。而亦得爲財產權。以其事概關於公益。故其規定。亦存之於特別法而未規定於物權編。

第二 債權以債務者履行之行爲爲客體。債權者對於債務者雖有要求返還權利之行爲。然不得以其要求之行爲爲客體。當以其債務者履行之行爲爲客體。如甲借乙金。甲爲債務者。對於乙有履行義務之行爲。乙爲債權者。對於甲有要求返還之行爲。然就其結果論之。其償還行爲仍在於甲。故當以履行之行爲爲客體也。

第三 親族權以他人或他人之行爲爲客體。親權有懲戒之權利。子即受懲戒者也。懲戒權之行使在於他人。子即他人也。又父對於子。有強使遵奉之權利。子即遵奉行爲之他人也。是父之於子。不得以親權之行爲爲客體。以子被親權而所爲之行爲爲客體也。

第四 無形財產權以權利者之行爲爲客體。無形財產。既無確有權利之形式。又

無債務者之行爲。故一般以權利者之行爲爲客體也。如著作權、特許權、意匠權、商標權。皆屬自己之行爲。是也。著作權者。本文藝學術著述以鳴於世。法律上保護其版權。禁止他人之複製也。特許權者。發明獨一理想。而新造器物。法律上特許（承繼十五年）獨擅其利權。禁止他人之竊倣者也。意匠權者。工藝者以巧思所發明物品之形狀模樣色彩及給合。法律上專許登記之本人。有裝飾考案之權利（期限十年）也。商標權者。商人表彰商品所用之一定文字圖形記號。法律上專許登記之本人。專一使用（期限二十年）也。

夫所謂客體者。學問上之用語。非法文上之用語。法文上之用語者何。曰目的也。雖然用語意義雖各有不同。要之如上所舉之種類。以物爲其客體者則一。即有不以物爲客體。亦不能離乎物而言。如所有權其直接間接之目的。無一非物。固不待論。若債權者直接之目的。雖在他人之行爲。而間接之目的。則多在於金錢。金錢即物也。又若親權之目的。雖若在人而非在物。然就親權中父之管理其子之財產言之。亦不能離乎物也。至於無形財產權中之著作權。其著作物之複製發行。必得著作者之承諾。又終不

離乎物也。其他以他人或他人之行為爲權利之客體者。蓋絕少。故法律上亦未及規定。今就物之分別言之。則有五。曰有體物。無體物。曰動產。不動產。曰特定物。不特定物。曰主物。從物。曰果實。

第一節 有體物無體物

有體物者。謂能與人官骸相觸者也。若不能與人官骸相觸。雖可視可聽可嗅。不得云有體物。而心思所及者。尤不待言也。然因官體所不能觸者。而遂別爲無體物。則亦未嘗有之。蓋無體物者。即權利也。有體物與無體物。自羅馬法已來。歐洲多數之立法例及之。日本舊民法。源於法蘭西法。亦區別爲有體無體。至新民法之所規定。則專屬於有體物。故法文中所云物者。皆指有體物而言。若權利。則稱曰權利。而不稱曰物。其他如名譽行爲等。雖屬無體物。亦各依其名稱。而不用無體物之總稱。如第八五條之規定云。「於本法所云物者。謂有體物」是也。

必以有體物爲物者。此原則也。其例外。亦有以權利爲有體物。曰無記名債權也。無記名債權者。証書不記載債權者之姓氏。而人人皆得有其債權也。(詳債權編)例如無

記名之公債證券。無記名之貨車票。凡持其券與票之人。即爲債權者。債權無形。其處理之法。等於普通之動產。仍一有形之有體物也。如同條第三項之規定云。「無記名債權視之爲動產」是也。

第二節 動產不動產

動產者。可動用之財產也。不動產者。不可動用之財產也。可動用者。不必毀壞（破壞）而可移動之也。不可動用者。欲移動必先毀壞（破裂）而後能動之也。試言其例。藏於地下之礦物。不動產者也。出於地上之礦物。動產者也。山林田圃及生植之竹木蔬菜。不動產者也。由山林田圃採取之竹木蔬菜。動產者也。建築之房屋橋梁水車鐵道。不動產者也。折毀之房屋橋梁水車鐵道之材料。動產者也。但爲一時供建築之用。而可仍其原狀以遷移者。不得以毀壞論。而即不得爲不動產。如足塲支柱小屋之類也。又若鑿花木者。將其栽植之花木。許移於買者之土地上。而僅有根蒂間之纏着者。亦非不動產。以隨時可移動也。於第八六條規定之云。「土地及其定着物謂之不動產。其他之物皆謂之動產」是也。夫無記名債權。而視爲動產者。以證書常可移動也。且證

書者。紙類爲之也。紙亦動產。其證書證明權利之債權。又與普通之債權不同。蓋以證書爲證明債權之物。無證書即失其債權也。有此物乃有權利。故不惟其證書視爲動產。即其債權亦視爲動產矣。

動產不動產之區別。於法律上有種種之實益。法律未完備之時代。區別繁多。今漸形減少。日本新民法特認此區別之實益有八。曰關於能力權限之區別。曰關於讓渡公示方法之區別。曰關於先取特權之區別。曰關於質之區別。曰關於抵當之區別。曰關於時效之區別。曰關於裁判管轄之區別。曰關於執行方法之區別。試言之如左。

第一 關於能力權限之區別。動產與不動產。其權利之輕重不同。故關於能力權限之區別亦異。如妻與準禁治產者。於不動產權利之得喪行爲。必得保佐人之同意。若關於動產得喪之行爲。則除重要者外。一切皆得自由也。又如後見人代理被後見人賣買動產。苟非重要者。行使皆可。獨斷。若關於不動產得喪之行爲。則必得親族之同意也。

古昔貴不動產而賤動產。故因價格高下而區別實益。近世文明日進。動產之効

力益以增加。而其價格亦從之而昂貴。因其價高於尋常不動產者。如金剛石一片。價值萬數。其高貴尋常買賣之土地之類。無論矣。其他精巧工緻之物。其價高於尋常不動產者。亦復不少。不惟此類。無記名債券。可視為動產者。而代表其金錢之額。有累千而盈萬者。有記名債券。雖不得視為動產。而以其契約代表金錢之額。亦與無記名者同。其視尋常之不動產。亦多有過之較之。古昔僅以普通簡樸之器具。而與不動產相比。例者。蓋大異矣。

第一 關於讓渡公示方法之區別 讓渡者。轉移其權利也。如與人結契約。包有債無償言。而得以其權利屬之自己。從他人取得之。而屬於自己。或自己之所有而移轉定他人。皆是。不動產之讓渡。當事者及相手方。欲使第三者知之。而其公示方法。在登記。登記者。規定不動產登記之法律。而表示於衆人也。據登記法登記者。雖為不動產上之權利。然非獨限於物權。即登記不動產之債權。其法亦適用之。即此登記法所及之範圍。於不動產之所有權。地上權。永小作權。地役權。先取特權。抵押權。抵當。賃借等權。之設定。保存。移轉。變更。處分之制。及消滅之類。不動產登記法

於明治三十二年法律第二十四號布告之者，自其年月日有實行効力，於舊登記法中所定土地房屋登記之法廢止，動產之讓渡，當事者及相手方欲第三者知之，而其公示方法，在引渡。引渡者，以甲有體之物件，交付於乙者也。（無體之物件，則不能直接之交付）二者之讓渡，必異其方法者，何也？蓋不動產者，有一定之所在地，而不能移動，故讓渡後，惟有登記之，而後第三者，查閱登記簿，而即知其所屬，不然，所有權轉換新主，而他人猶認爲舊主所有，致誤於其上。行法律行爲，則不免因之受損也。動產則無一定之所在地，若亦採用不動產登記法，則凡隨時移轉者，即隨時當登記，而手續不勝其繁，惟以引渡爲公示，則苟物爲其所持，第三者即可認其爲物之所屬矣。（不動產雖有引渡行爲，然但有名義上之引渡，無實質上之引渡）

第三 關於先取特權之區別 先取特權者，一債權者先於他債權受其歸償之特權也。例如對於同一之債務，或爲貸與以金錢之債權者，或爲貸借以物品之債權者，或爲供給日用品之債權者，若於債務者競賣財產，償還諸債時，則此三債權者

俱得分配其金。設於其財產不足以償債額。則三人中必以供給日用品之債權者先行其權利。而亦法律之所認也。動產與不動產先取特權之區別。詳物權編。茲不贅。

第四 關於質權之區別 質也者。債務者對於債權以物擔保之義也。若債務者不能辨濟其債務。則債權者得處分其所質之物也。凡動產之質。債務者以一動產。攜向債權者。而債權者得直接藏收其物。不動產之質。債務者僅指定一不動產。爲其擔保之目的物也。又動產。質以實物交付於債權之手。不過其物之價值高於所償務之數。而其物不能另生果實。故債權者之於其質物之外。仍請求利息。若不動產之質。則債權者自受其所質後。即有使用及收益之權。自不得復取利息。且除其不動產之管理費用外。並有代理及擔任一切之責也。

(參照) 質。非專指質屋營業所行者而言。質物營業。爲質物取締法之所統治。名同而性質異。質權與先取特權及抵當權等。爲隨於債權而起生之物權。所謂物上擔保是也。惟其設定與先取特權異。蓋必出於當事者之意也。爲質權之目的物。稱質物。以質物向債權者而供擔保。稱質權。設定者得其質物之債權者。稱質權者。

第五 關於抵當之區別 抵當與質以名義言之似屬混同。其性質則異。質者以其物直交付於債權者也。抵當者不必以其物移交於債權者。而第書入於證券以爲擔保者也。日本舊擔保之制不以擔保物件交付於債權者。但於證書書入其事爲擔保之用而已。新民法採用其法。惟抵當之語於擔保之意。其消涉廣汎。法律定抵當之物。惟限於不動產。即不動產中亦惟地上權、建築家屋培養、竹木而使用他人土地之權利及永小作權。出其小作費而有使用其土地之權利之類。詳物權編。若動產除船舶外。一切不得爲抵當。蓋以船舶雖爲動產。猶可登記。且登記之法亦畧同於不動產。舊登記法以船舶登記與土地房屋等之規定。其範圍同。新定之不動產登記法以明治三十二年勅命第二百七十號。船舶登記規則。就其手續詳定其目。故也。至他之動產則爲常時移動體不能登記也。

第六 關於時效之區別 時效者謂於其事經一定之時間即有效力。如占有一物。雖非正當之占有。但爲善意而無過失。則經法定法期間亦得認爲所有也。動產與不動產其時效之區別。則不動產者以十年爲取得時效。動產者以即時。謂占有時

即視爲取得其權利爲取得時效也。

第七 關於裁判管轄之區別 裁判管轄者屬裁判所管轄統治者也。凡不動產訴訟行爲時屬於管轄其不動產所在地之裁判所。若動產則轉移無定而不適用所在地之裁判。惟以債務者住所地之裁判管轄之也。

第八 關於執行方法之區別 執行方法者謂於人不履行義務而裁判所強使其行之方法也。凡對於動產之強制執行則以差押對於不動產之強制執行則以競賣或管理（詳民事訴訟法）差押以其廣義言之即用公力使債務者不得以其財產自由也。有對於有體動產之差押。有對於債權及他之財產權之差押。有對於不動產及船舶之差押等。此言差押似屬假差押之義。假差押者應其事變暫行禁押之也。如債務者不償其債務而於訴訟將起時或訴訟既起而裁判未斷定時恐債務者有隱匿財產及逃逸行爲特差押以保全後日之執行（執行後仍得復其權利）是也。競賣以廣義言之即競上其價值而售賣於鉅價之買主也。（競賣法買取稱競買其買主稱競買人）有因實行他人物權利而競買者有欲免負其

義務。至於他人之物而競賣者。有因所有者之利益而競買者。有因其物之利害關係人而競賣者。此言競賣似屬強制競賣。強制競賣者。反對任意（任意謂本於自主自由所表之意競賣之意不問基於民法上之權利及訴訟法上之權力而藉公力競賣之稱也。（參照第五〇六〇九條））管理。他人之財產也。如留守者管理不在者之財產。後見人管理無能力者之財產。及他委任契約之管理。法律規定之管理是也。

第三節 特定物不特定物

特定物者。謂於程度確定之物。不許以他物充代之也。不特定物者。謂法律上認為同種之物件以上者。可以如何之物充代之之物也。何謂程度確定之物。例如言乘馬。而必指定為某地所產及某色之馬是也。何謂不許他物充代。例如言乘馬。非所指定之何種。而其他之可乘用者不得充代之是也。何謂法律上認為同種物件。例如幣者物也。而其為紙幣。為金幣。為銀幣。為銅幣。法律上皆認為便利流通。即同種物也。特定物其程度不確定者。雖同種亦不得代之。不特定物。則於同種中無論以如何之物可代。

之。例如結貸借之契約。証明其所借者。爲銀幣十圓。後辨濟時以紙幣相當之數。充代之可也。特定物不特定物之稱。學者有稱爲代替物（謂可以他物代替者）不代替物（謂不可以他物代替者）者。其意義本無區別。但代替物中。有時於或種不能爲不特定物。故日本法律上。仍用特定物與不特定物焉。特定物不特定物之區別。其實益有四。

（一）關於權利移轉時期之區別 權利移轉者。謂甲之所有權。移轉於乙也。特定物權利之移轉。在於契約成立時。不特定物權利之移轉。在於引渡時。此其區別之實用也。

（二）關於瑕疵物或他人物之區別 瑕疵物者。謂買主於當時不能發見其物之瑕疵。而賣主對之必負瑕疵擔保者也。他人物者。謂非屬己物。而賣主對於買主。必有追奪（追取）擔保者也。特定物買主於有瑕疵或追奪時。既無他物之可代。則惟要求賣主償還代價而已。不特定物買主於有瑕疵或追奪時。得使賣主以他種之物爲償也。至他人物時。則唯特定物所有之關係。非不特定物所有之關係。其

區別尤遠也。

(三)關於危險問題之區別 危險問題者。謂賣主已領收買主之代價。而於未引渡其物時。發生不意之危險。則其危險應歸何人負擔之問題也。日本法律。凡特定物之滅失及毀損時。苟賣主實出於無過失。則無負擔之責。於不特定物之滅失及毀損時。雖出非賣主之過失。亦有負擔之責。例如有人向書肆指定所買某書。係某著述。並辨濟貸價而尙未引渡。此爲特定物。若突遭危險。(例如書肆焚毀。在賣主既非他書之可代償。則其危險當屬買主負擔。是也。若僅訂明何種類之書。而尙未引渡者。此爲不特定物。雖突遭危險。在賣主猶有同種之他書可以代償。則其危險當屬賣主負擔。是也。(第五二四條至五三二六條參照)

(四)關於辨濟場所之區別 凡特定物之辨濟。以物之所在地行之。不特定物之辨濟。於債權者之住所行之。○以上區別。詳債權中。

第四節 主物從物

主物者。謂可以獨立爲用之物也。如杯能貯水。筆能書畫。皆有獨立之用。是從物者。以

輔助他物之用爲目的之物也。如鑰之對於鎖。舵之對於船。而無獨立之用是。第八七條云。「物之所有者爲供其物之常用而使以屬於自己之所有之他物附屬之者其附屬之物爲從物」。就此規定之義觀之。專決定若何者爲從物。而未及於主物。何以故。蓋主物從物之區別。非如動產不動產之由性質上爲區別。乃從二箇物之關係而區別之。故有同一物時。而或爲主物。或爲從物。乃對他物而生之名稱。若欲爲此主物從物區別。惟決定從物者之爲何物足矣。蓋非從物之物。皆爲主物也。茲就法律上所謂從物者而言之。必具有二種之要素。第一必主物從物屬於同一所有者。如家屋內所備附之門窗。屬於其家屋所有者之所有從物也。若不屬於家屋所有者之所有。則非從物。如家屋之賃借人。自備其附屬之門窗之類。是也。第二必供他物之常用者。如附屬家屋之門窗。皆供他物之常用者。從物也。若惟供一時之用。或得獨自爲用。則非從物。如家屋中備附之几榻類。是也。

日本民法上從物之定義。與普通學問上從物之定義。範圍較狹。蓋普通理論上之定義。必使爲一般之通解。而法律規定之定義。則須有其區別之實益。區別實益之大要。

曰同。一之處分也。此於第八七條第二項規定之。其條文曰。『從物隨主物之處分』。如當賣其家屋時。其附屬於家屋之門窗。多隨主物而處分之者也。

但此規定。仍非適當於實事之規定。乃推測當事者之意思。而爲隨意之規定也。夫從物者。非與主物成一體者。特於用方之關係而附屬之。故當事者另有表示時。則反此規定之意思。亦可分判而爲處分。如賣其家屋。除其附屬於家屋中之門窗外。而其餘一切用品。不與家屋同爲處分。可概從賣者之意思也。蓋不區別主物從物之爲何。而但云從物隨主物之主分。則凡賃借家屋。而屬賃借者自備之門窗。至家屋所有者賣其家屋時。以同一處分之義言之。則必隨主物同爲賣與他人矣。不知此雖屬從物。而該從物之所有權。不同一也。又凡藏於家屋別爲效用之物。不可謂爲主物也。以同一處分之義言之。則亦可隨賣者之家屋。同爲賣與他人矣。不知此雖非主物。而與供主物之常用者不同一也。由關於此處分之點而觀察之。則區別之實益可知矣。

第五節 果實

果實之定義。凡自財產上所生者之收入也。以果實字義觀之。似專指草木之類所得之收入物言。然法文上其義廣。凡從物產上收入之物概稱果實。茲分二種言之。曰天然之果實。曰法定之果實。

第一款 天然果實

天然果實者。其物因自然力而收入者也。例如竹木之實。畜獸之子。地中之礦物及石炭等皆是。蓋不問有機者與物理者。必爲出產物。而後爲果實。且必從其物之爲用之法而收取者也。第八八條之規定云。「從物之[△]用方[△]收取[△]之產出物[△]謂之天然果實[△]」其曰產出物者。即如桃李等。必由其樹之原物而生產者也。其曰從物之用方所收取者。即如蕃殖桃李等。在於結實而供人之收取者也。但付於果實之收取。學說不一。茲舉其要者有二。曰定期收取者爲果實。曰不致耗盡原物者爲果實。試論之如下。

(一) 定期收取者爲果實 謂果實種類雖不同。而要皆有一定成熟之時期。以爲收取者也。但此說殊謬。何以地土所種之物言之。成熟雖有定期。若使甲年所植者爲稻。乙年所植者爲麥。其種類不同。而成熟之期自不能強一也。至礦物之類。則逐時

採取更無所謂成熟矣。

(二)不致耗盡原物者爲果實。謂果實雖隨時收取而生此果實之原物必常爲存在也。然此說亦謬。以礦物類言之。續繼採取。自然日竭。以農產物言之。經久不易種。不助料。收獲必漸減。而土地亦必漸瘠。況樹木種類。尤未永久不凋謝與枯死者。

右二主義。日本法皆所不取。但第八八條之所規定。又不無遺義。何也。蓋有依物之用。而收取之產出物。不必爲果實者。如木之爲屋。土之爲瓦是也。又有雖屬出產物。因不依其用方。而亦不得爲果實者。如獵者購買獵犬。而其犬或生子。不可謂非產物。然獵者之買犬。其用方在獵。固不冀其生子。又如院庭培植花木。而花木所生果實。亦不可謂非產物。然培植花木之初意。其用方不過在供賞玩。非注意取得其果實。此類皆是也。

第二款 法定果實

法定果實者。法律上視爲果實而收取之也。第八八條第二項之規定云。「因物之使用之對價所當受之金錢及其他之物曰法定果實」其曰物之使用之對價者。即他

人使用我之物。而對於其使用利益之價格以相酬償者也。使用者爲金錢則所受之對價亦爲金錢。例如貸人以金錢而收其利息是也。使用者爲他物則所受之對價亦爲他物。例如貸人以種植。而種植者以其樹之結實作對價。貸人以耕作。地借者以其穀實爲對價。皆爲原物上之他物也。近代爲物使用之對價。多屬之金錢。古代爲物使用之對價。多屬之他物。而以果實爲供利益者之目的。則一也。

天然與法定。其性質迥異。而法律上總稱之爲果實者。以所取收之利益無異也。如上所舉種植桃李者。以收取結實爲利益。耕作田土者。以收取穀實爲利益。貸人以金錢者。以收取利息爲利息。是也。即不以原物之果實爲利益。而或以金錢別買他物。或以田土者讓渡他人。或種植桃李以供給他用。是無所謂法定。亦無所謂天然也。然無論如何處分。而其利益。仍不讓於原本所生果實之利益。則此問題。固不在天然法定稱謂之殊途。而在果實權利之所有。

第一問題 天然果實後其元物分離時讓渡者如賣主得收取之與否。

曰若甲以桃李讓渡於乙。其結實分離原樹。則收取之權利應屬之甲。以結實已爲

獨立存在者也。若未及分離原樹，則收取之權利應屬之於乙。以結實尙爲連帶同體者也。又若甲以土地貸與乙耕作，至所限定期間已滿時，有請求乙土地之返還。其間土地之上果實，如未分離元物，則收取之權利當屬之於甲。（但有特別之契約，不在此限）以其期間已滿故也。第八九條第一項云：「天然果實從其元物分離時屬於有此收取之權利者。」

第二問題 法實果實收取之權利存續期間得取得與否。

曰甲貸金於乙其收乙之利息。以借貸之時起。迄返還之時止。憑起止期間中計算給與。若已出期間外。則非存續期間。不得收取其果實。又甲以家屋貸與乙。爲若干年限。於未及年限時。甲復以其家屋讓渡於丙。則乙似生出雙方之債務。此則如何乎。曰此於以日計算。於讓渡於丙時以前。權利屬之於甲。借貸金該甲取得。至讓渡於丙時以後。權利屬之於丙。借貸金該丙取得。同條第二項云：「法定果實者以收取此權利之存續期間日割（以日計算）取得之」是也。

民法總則之二

松滋 王運震 編輯

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。大概不外法律行為及時効。然亦有非二者所能包容者。今特大別爲三。第一、原於法律行為。即關於法律上之行為。或因法律而生私權之効力。或因法律而失私權之効力者是也。第二、原於時効。即因時限而生私權之効力。失其時。即失私權之効力者是也。第三、原於法律其他之規定。此則於前二者之外之規定也。如無形財產權。即著作權、商標特許權等親族權。親權。後見人權等。皆與常法不同者。

第二款 取得之原因

所謂取得之原因者。即因法律行為及時効所生法律上私權之効力之理由也。茲舉

舉數端。(甲)相續之取得。如遺產相續。則原於相續而取得財產權。如家督相續。則屬其相續而取得戶主權及財產權。(乙)占有之取得。則原於善意之占有而取得動產也。若非動產。或不出於善意者。則不能取得。(丙)法律其他之規定之取得。(一)土地收用。關於法律上必要收用者。無論所有者之允否。皆有收用及使用之權。(二)添附。如合三人之所有權。併於一人。是即以他二人之所有。添附於一人之所有也。(三)買賣。如尋常交易。一人以財易物。其目的在得物。一人以物易財。其目的在得財。是謂雙交債務。兩者皆有取得之權利。(四)無限之代理人。此雖非法律上之代理人。然既承認其代理之行爲。即有取得之權利。(五)第三者。如甲與乙因丙之權利而結契約。既表示其意思。丙即有取得之權利。

前所舉者。皆關於法律行爲之取得。至時効取得之原因。例如定期限而占有之物。至期限即有占有之權利是也。

第三款 喪失之原因

所謂喪失之原因者。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。姑舉其大者。(甲)主體死亡。蓋人爲權利之主體。主體不存在。權利即隨之而亡。(乙)國籍喪失。蓋人有國籍。即在其國有應享之權。喪失其國籍。則其權利即消滅。

至若關於時効之喪失者。則有二端。(甲)拋棄時効。例如定期限而取得者。到期不取。是拋棄其時効。即拋棄其權利。但專屬財產權。若親權。親族權。無論何時。皆不能拋棄。(乙)消滅時効。詳時効篇。

大抵法律行爲。同時有取得權利者。即同時有喪失權利者。例如賣買。買者取得。賣者即喪失。如占有者取得。被占有者即喪失。如拾取。拾者取得。遺者即喪失。如土地收用。收用者取得。被收用者即喪失。如添附。添附者取得。添附於人者即喪失。如轉家。轉籍等。皆無非同時取得。同時喪失也。

第二節 法律行爲

第一款 法律行爲之定義

法律行爲之字義。有廣狹之分。以廣義言。凡能生法律上之効力之行爲。皆包括之。此款

於狹義法律行爲之外。如事務管理。不當利得。不法行爲等。亦屬其中。以狹義言。但猶以關於私權所生法律上之効力爲目的之意思表示耳。日本新民法。所用法律行爲之文字。即此意義。蓋民法上之法律行爲。僅關於私權者。也不然。如政府爲營業之免許時。政府對於一私人。爲免許之意思表示。一私人即因其免許得適法而爲營業。若未免許時。營業者即違法。故營業之免許。亦可謂以生法律上之効力爲目的之意思表示。然非民法所謂法律上行爲。無他。畢竟主權之作用。而關於公權者也。雖其免許之結果。一私人得因以生私權。而不得謂關於私權之意思表示。故民法所謂法律行爲之字義。實狹義也。

法律行爲。有因二人以上之意思表示而成者。有因一人之意思表示而成者。前者名曰契約。後者名曰單獨行爲。例如契約中最多者爲賣買。若不動產之賣買者。乃賣主欲以不動產之所有權。移轉於買主。從買主得一定之金錢之所有權。而爲意思之表示。買主欲以一定之金錢。移轉於賣主。從賣主得不動產之所有權。而爲意思之表示者也。但此時。爲二個之法律行爲乎。抑一個之法律行爲乎。學說多歧。亦關於契約之

一疑問。第一說曰：申込及承諾乃各一個之法律行為。故契約者從二個之法律行為而成。第二說曰：申込及承諾雖二個之意思表示。實合二個之意思表示而成。一個之法律行為。故應以第二說爲正。當夫法律行為之定義中。所謂意思表示者。指一個或數個之意思表示也。蓋此所謂法律行為者。實從一個之意思表示。或數個之意思表示之合致而成者也。至屬於單獨行為者。例如債務履行之催告。則僅債權者對於債務者。催其履行債務之意思表示所生之効力也。

第二款 法律行為之分類

第一項 一方行為與雙方行為（單獨行為）（契約）

所謂一方行為者。僅因表意者一方之意思表示而成之法律行為。例如遺言、催告、追認、拋棄、屆出等是也。所謂雙方行為者。不因當事者雙方之意思表示。則不能成立之法律行為。例如買賣、贈與、貸借、辨濟、更改、取消、登記、婚姻等是也。

一方行為與雙方行為區別之實益。

(甲) 一方行為。可無相手方。雙方行為。必有相手方。

(乙) 一方行爲不必申込。雙方行爲則必要申込。一方行爲不必求相手方之承諾。雙方行爲則必要得相手方之承諾。

(丙) 一方行爲惟須己之意思表示。即已成立。雙方行爲則己之意思雖表示更必得相手方之同意。且承諾有缺點。申込即無效。申込不完全。承諾亦無效。

(丁) 無權利之代理人。行爲原無効力。但得本人之追認。即有効力。此條在一方行爲雙方行爲之間。詳見後。

第二項 有償行爲無償行爲

所謂有償行爲者。各當事者相互出捐之法律行爲是也。(出捐者捐出己之所有之謂也) 例如賣買。賣主出捐其財產權。買主出捐其代金(即一定之金額之所有權) 如賃貸。借賃主出捐其所有物。借主出捐其賃金。如僱傭。僱傭者出捐其傭金。被傭者出捐其勞力。又如組合。或出捐資本。或出捐勞力。而後始能相合。如辨濟。債務者之出捐其財產。實因債權者之先出納其財產。皆有償行爲之類。所謂無償行爲者。僅當事者之一方爲出捐之法律行爲是也。例如贈與。或遺贈。贈與者與遺贈者。出捐其財產。

而受贈者毫無所出捐。如使用貸借。僅使用貸主之物。而借主不必有所出捐。又如拋棄。已有權利而拋棄之。是僅自出捐其債權。皆無償行為之類也。

有償與無償之結果。固在得利益不得利益。然直以利益爲區別之標準。則頗不允。例如賣買。原爲有報酬而互得利益。儻其目的物於引渡前。因天災而滅失時。買主雖不受何等之利益。亦不得謂爲無償行為。故有償無償之定義。當以各當事者之相互出捐與僅一方之當事者之出捐爲區別也。

有償行為與無償行為區別之實益。

(甲)關於債務之區別。債務爲有償行為。固不待言。而保證債務。則實有別。雖連帶債務。一人爲辨濟即對於共負債務者。有求償之權。保證債務。代執行債務。亦即對於主債務者。有求償之權。似同爲有償行為。然保證債務者。不過爲他人債務之擔保。實非債務之主。如主債務者既履行債務。則保證責任即隨之而消。不必定有代償之事。不代償。又安有求償也。故保證債務。當爲無償行為。

(乙)關於法律規定之區畫。凡有償契約。可用賣買法律之規定。無償者則異。日本底

法五百五十九條云「本節(即賣買之節)之規定。賣買以外之有償契約準用之。但有契約之性質不許時。不在此限。」

(丙)關於効力之區別。如有利子之有償貸借。無利子之使用貸借。二者皆有返物之義務。但因有利。無利即分有償。無償而消滅貸借時所生之効力即大不同。又如寄託亦視有無報酬。而其効力不同。有償之受寄託者於法律上即有一定之責任。無償之受寄託者但視同己物。即已盡責任。不必有格外之注意。日本民法六百五十九條云「無報酬而受寄託者。於受寄物之保管。以與自己之財產同一之注意。爲其責任。」

(丁)關於破產者之區別。日本破產法九百九十條云「支拂停止後。又於支拂停止前。三十日內。破產者所爲之贈與。與其他無償行爲。又可與之同視之。有償行爲等。對於財團均屬當然無効。」但有償無償行爲。法律上雖同一限制。然無償行爲。易使無償。有償行爲。不易使之無効。

第三項 要式行爲不要式行爲

從法律上一定之形式所爲意思表示之行爲爲要式行爲。否則爲不要式行爲。古時各國之法制。大抵專重要式行爲。近世一般以行爲自由爲主義。概不要方式。故法律行爲以不要式爲原則。以要式爲例外。凡不要方式者無規定。惟於要方式之行爲。特明言之。古昔羅馬時法。偏重形式。以要式行爲爲原則。不要式行爲爲例外。今日則勿論何國。全反對此主義。日本民法各種之契約。大都不定何等之方式。如買賣、借貸、借贈與、追認、抵當、催告等皆是。惟婚姻則必屆出於戶籍吏。養子緣組亦如之。再遺言亦有特定方式。（見民法遺言章等通方式各條）此等爲要式行爲而已。此二者區別之實益。要式行爲者有特定之方式。違其方式即無効力。不要式行爲者無論從何方式皆有効力也。

第四項 主行爲從行爲

所謂主行爲者。其成立不必要他之法律關係者也。（非謂他之行爲）所謂從行爲者。其成立必要他之法律關係者也。屬於主行爲者。例如買賣、贈與、遺贈、婚姻、養子緣組、組合等皆是。屬於從行爲者。例如保證契約。必因債權債務之關係而生。如擔契約、抵

當契約。必因債務之關係而生。如延期契約。必先有債務之關係。如夫婦財產契約。必先有婚姻之關係。如更改。消滅舊債務。而發生新債務。必要已有債務之存在。如追認。則必要有可追認之法律關係之存在。(即代理人之行爲)是皆從行爲之類。主行爲與從行爲區別之實益。

(甲)主行爲能獨立。從行爲則必有所依而成。立如抵當契約。債務消則此契約亦消。如夫婦財產契約。婚姻離則此契約亦離也。

(乙)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。必有何等之債權。乃有何等之保證。千金之債權。不能有過於千不及於千之保證。他如抵當契約。質契約。追認。則皆以原有行爲之目的而定也。

第三款 法律行爲之要件

第一項 意思表示

所謂意思表示者。法律行爲之基礎也。謂法律行爲。即意思表示。殆無不可。然法律行爲者。有一定目的(關於私權所生法律之効力)之意思表示。與單云意思表示者不

同。關於意思表示從來有三主義。第一謂意思主義。尊重實際之意思。探究當事者果有如何之意思。而定法律之効力。其現於外面與否不問。法蘭西等國。所言意思表示者。即此主義也。縱令當事者不表示意思。後可證其有意思者。即有法律上之効力。第二之主義與第一主義正反對。謂表示主義。僅以現於外面者。看做當事者之意思。其眞意思爲如何不問。例如記載於契約書之事項。雖明異於當事者之眞意思。亦以其現於外面者。看做當事者之意思。而生法律上之効力。此主義。德國主之。第三主義者。折衷第一第二之兩主義。而爲原則。意思表示必合一。致。謂折衷主義。但有例外。若眞意思與表示相異時。仍以所表示者看做當事者之意思。蓋意思表示者。雖表示爲從意思。爲主所重者。固當在意。然意思者。無形者也。從外部。無由知之。非表示。則無法律上之効力。若法律不以其表示看做眞意思。則害善意者不少。是所以必認爲例外也。此主義。於理論上。實際上。皆最穩當。故日本新民法採用之。

第一目 意思表示不相合之分類

意思與表示不相合者。有種種之分類。學者各從其所見。其說無一定。今特大別爲四。

第一心裏留保故意不表示其真意思之謂。即表意者留保其真意思故爲相異之表示。而他人之知其表示之異於真意思與否不問也。例如表示者之意思在賣甲不動產。故爲賣乙不動產之表示。此意思與表示全不相合。至履行之時。若竟引渡甲不動產。則相手方必大受損害。即云爲損害之賠償。而損害極難證明。雖由裁判官斟酌其事情。而評定其損害額。亦決難確實。不免有不利原告或被告之事。法律上不能不保護之而定救濟之方法。日本民法第九三條之所規定曰「意思表示者表意者自知其非真意而爲之不得妨其効力」。此關於心裏留保之原則也。例如戲云贈以他人懷中之時計。相手方信爲真實。欲受取之。普通學者必謂當屬無效。然理論上與前例實無所異。亦當適用九三條之規定。否則相手方必至被直接或間接之損害。故雖戲言亦生法律上之効力也。再如甲以其所有家屋贈與於乙。其當時甲預計不久當遷居。其家屋爲無用。故爲此表示。心裏實有遷居則與之不遷居則不贈與之條件。若至後日竟不遷居。欲請求家屋之返還。雖有證人及其他證據。以證明己之意思。而乙可以不應何也。甲當意思表示時未表示其條件。即是不適於理論。故仍有效也。關於心

裏留保更有例外。如表意者之表示。異於真意。相手方知其真意時。例如甲向乙爲與以子不動產之表示。其真意在與以丑不動產。乙亦知甲之用意所在。或表意者爲一時之戲言。相手方亦知其爲戲言。或表意者有不必附條件之意思。必附條件而爲意思表示。相手方亦知其附條件之意思。又縱令不知。而爲普通所得知者。此等雖事實問題。然如附條件者。常可因前後之事情。而知其附條件之意思之所在。又如戲言。乃最易知者。例如表意者。對於毫無恩義之人。云贈以高價之物品。無論何人。皆可知其爲一時之戲言。即於此等之時。其意思表示爲無效。何也。相手方不可受欺。法律上。即不必保護之也。故前九三條但書曰。但相手方知表意者之真意。又可以知之時。其意思表示爲無効。

第二虛僞之意思表示。心裏保留者。表意者一人爲虛僞表示。此則表意者與相手方因欺。第三者而爲意思表示也。例如因欲得衆議院議員之資格。表面上讓受他人之所有不動產。實無真讓受之意思。其讓受之意思表示。及相手方之讓渡之意思表示。兩者皆虛僞。法律上不得認爲有效。日本民法第九四條第一項之規定曰。一與權

手方通謀所爲之虛僞之意思表示爲無効。雖然第三者往往不免受其欺。若以對抗善意之第三者則必不可。例如甲者無賣其不動產於乙之意思。乙者亦無買之之意思。但名義上移其所有權於乙而登記之。乙更對於第三者而爲賣其不動產之意思表示。第三者不知其虛僞之事情。眞信爲乙之所有而答買之。此時第三者之讓受爲有効。何也。前之讓渡者由虛僞之意思表示而成。故無効。然不得令善意之第三者受意外之損害。故其責當歸虛僞之意思表示者。至甲對於乙請求損害之賠償。固不待論矣。前九四條第二項曰。前項之意思表示之無効。不得以之對抗善意之第三者。至若第三者知其爲虛僞之意思表示而承諾之者。法律上不必保護之。是特限於保護善意之第三者也。

第三錯誤所謂錯誤者。當事者因誤解而爲異於眞意思之意思表示者也。例如甲者言賣子不動產。乙者誤解爲丑不動產而答買之。此錯誤者。因表意思之疎漏而生也。又有特因詐欺而生者。例如甲欲賣子不動產。乙本無買之意思。甲欺乙曰。子不動產之附近。有鐵道之敷設。可設置停車場。乙遂妄信而欲買之。此時雖乙之意思錯誤。而

喚起乙之意思。實因甲之詐言。故不得謂真意思與表示全合也。錯誤可大別爲二
(甲)意思之欠缺。

所謂意思之欠缺者。意思與表示全相齟齬於其意思表示。不得認爲有意思也。例如賣主爲賣甲不動產之表示。買主誤信爲乙不動產。而爲買受之表示。此雖於賣主意思表示毫無所缺。而買主之動產意思與表示。則全不合。故其意思表示爲欠缺意思也。是以日本民法第九五條。規定其意思表示之無効。其本文曰。「意思表示者。法律行爲之要素。有錯誤時。爲無効。」所謂法律行爲之要素。有錯誤者。即指意思之欠缺也。何以云法律行爲之要素。即法律行爲主要之內容也。以廣義言。則法律行爲之目的。是也。蓋法律行爲者。以意思爲基本。而目的實爲意思之主要。即法律行爲之內容之主要目的。雖不足包含意思。其要素則必在意思之中。目的。故法律行爲者。爲有一定之目的之意思表示。或謂法律行爲之要素。爲目的及當事者。例如賣買。賣主及買主。亦是要素。據此說。當事者及目的。皆其意思之主體之二者。有錯誤。則行爲即錯誤。非盡無理。然細研究之。當事者之爲何人。通常可以不問。即如賣買。賣主欲以財產

權移轉於買主。而從買主得代金。買主欲拂代金。而從賣主得財產權。此時兩人之慮。一在得代金之財產權。一在得財產權之代金。相手方之爲何人。常不問之。故不獨一。概以當事者爲法律行爲之要素。又例如贈與。則必非不知爲誰而贈之者。是當事者。亦當爲法律行爲之要素。以余所見。此亦廣義目的中所包含目的以外之當事者。必不得認爲要素。何也。賣買之目的。在或得財產權。及或得代金。不在當事者。贈與之目的。在當事者。非在財產權也。且贈與者。必着眼於人。受贈者可僅以得財產爲目的。不必着眼於人。故贈與者之一方。必以受贈者之爲誰。爲法律行爲之要素。而受贈者之一方。贈與者之爲誰。則非其要素。世之學者。或以法律行爲之目的。與目的物而混同論之者不少。此種之論者。於賣買之時。必以其目的物爲目的者也。例如不動產之所有權之賣買。其所有權之移轉。爲賣買之目的。不容疑者。如謂法律行爲之目的。爲不動產。則誤甚矣。總之。不動產之賣買之目的。在從賣主之移轉其不動產之所有權於買主。從買主支拂其代金於賣主。而如不動產之質貸。借之目的。在從貸主與其不動產之使用及收益之權於借主。從借主支拂其一定之資金於貸主。即其目的之

所區別也。日本新民法於此點最爲注意。從來認爲法律行爲之要素者大抵所謂原因是也。日本舊民法以原因爲契約之要素。法國民法同之。昔羅馬法及英國法亦類似之。大凡法律未十分發達時皆同此見解。所謂原因之意義各國之法又多不同。以理論之原因者當事者所生契約之法律上之理由是也。例如賣主者有賣之之原因買主者有買之之原因即賣主因賣買契約以自己之權利移轉於他人從欲相手方受代金之支拂又買主因賣買契約支拂代金欲以相手方之權利移轉於自己是一則以相手方之代金支拂之義務爲原因一則以相手方之權利移轉之義務爲原因也又如贈與負義務之一方僅贈與者故僅贈與者有其原因但贈與者因何故而約與人以財產無他欲相手方之利益也故不得不以相手方之得利益爲原因至關於贈與欲探究其實上之理由或因酬過去之恩惠或因欲得後日倍加於己之恩惠此則與法律無關也且以實際言之尙有其他種種之理由即以賣買言或有因需用金錢而賣之者或有因欲得高價而賣之者或有因物品之需用而賣之者或有因價之低廉而買之者又或有因擴充自

己之住居而買家屋者。或有因欲爲貸家以得賃金。而買家屋者。其事情不一而足。此等皆非法。法律上之理由。乃事實上之理由。故不得以之謂契約之原因。故原因云者。不若謂爲契約上之義務之原因。實爲確當。大抵事實上之理由者。非原因。乃緣由也。世間往往以此二者相混。即或以物之品質之錯誤爲原因之錯誤者。是也。例如因信某時計爲金時計而買之。欲發見其鍍金。是理由之錯誤。即不過緣由之錯誤。何也。以法律上之理由。無所缺不得爲原因之錯誤也。

由上言之。原因固爲法律上之理由。果爲法律上之要素否耶。以理論之。原因雖常爲法律行爲之要素。而其要素不必定要認爲原因。據法國學者之所論。例如賣主之義務之目的。爲自己之財產之移轉。其原因在買主之金錢支拂之義務。又買主之目的。爲自己之金錢移轉。其原因在賣主之不動產讓渡之義務。其目的與原因。不過觀察者相異之名稱。其實爲無用之區別。故寧以稱目的爲穩當。即如買賣各當事者自己負義務。即同時對於相手方取得權利。故其目的者。自己之義務之目的。與對於相手方之權利之目的。不得不謂相合。是以契約全部觀之。共不外契約之目的也。再如前

時所舉之贈與。就目的之廣義而言。施恩惠於何人。亦包含於目的中。何必要以原因爲別個之要素也。

世人動又謂法律行爲之性質有錯誤者爲意思之欠缺。蓋以此有錯誤可致法律行爲之無効也。日本新民法僅有法律行爲之要素有錯誤之規定而無法律行爲之性質有錯誤之規定。以理觀之。法律行爲之性質之錯誤畢竟不外法律行爲之要素之錯誤。而即法律行爲之目的之錯誤。從來法國及德國之學者。多謂法律行爲之目的性質有錯誤爲一種特別之錯誤。頗不得當。例如關於賣買與贈與有錯誤者。甲者欲以自己之不動產得代價。而爲賣於乙之意思表示。乙者誤信爲無代價而可受之者。而爲承諾之意思表示。則是法律行爲之性質有錯誤也。然究是其目的有錯誤。何也。賣買之目的在從甲移轉不動產之所有權於乙。從乙移轉金錢之所有權於甲。而在贈與則僅以從甲移轉不動產之所有權於乙爲目的。無從乙移轉金錢之所有權於甲之目的。雖不動產之所有權之移轉不錯誤。而金錢之所有權之移轉則全錯誤。即其目的之半有錯誤。而其法律行爲不得爲有効。又例如賣買與借貸借之錯誤。甲者。

以三年間。每月收十圓之賃金。而爲貸與其家屋之意思表示。乙者。誤信爲三年間。每月拂十圓之月賦。可得買之。而爲承諾之意思表示。此亦法律行爲之性質之錯誤。然究當爲法律行爲之目的有錯誤。即甲之目的在貸與其家屋。乙之目的在取得家屋之所有權。是關於金額無錯誤。關於乙欲得之權利有錯誤。而其目的全不合故法律行爲不能成立。所以法律行爲之性質之錯誤。不必要視爲別種之錯誤也。

世人或又謂法律行爲之內容有錯誤。爲意思之欠缺。蓋以內容有錯誤。亦或致法律行爲失完全之効也。此則大失其當。何也。法律行爲必其目的之錯誤者。而後其行爲全無効。僅內容有錯誤者。即僅其內容之一部。失其効。無他。內容雖有錯誤。而目的不必有錯誤也。例如甲者。爲賃貸家屋於乙之意思表示。而有一年限之條件。乙者。爲承諾之意思表示。而誤信爲二年限。是其契約內容有錯誤。但其契約之目的在賃貸。借貸借不錯誤。即其要素無錯誤。雖其內容有年限之錯誤。僅其錯誤之年限無効。而其賃貸借之行爲。仍有効。又例如甲與乙結一契約。甲者。爲申込其契約之意思表示。而有在西京履行之條件。乙者。爲承諾其契約之意思表示。而誤信爲在東京履行。雖

其內容亦大有錯誤而非其契約之目的之錯誤故其契約有効而惟其錯誤之履行之地爲無効蓋內容有錯誤者不過其意思之一部有錯誤非意思表示全不相合也如上述。法律行爲之要素有錯誤者是意思與表示全相齟齬而後不得謂爲有意表示。即所表示者非意思而意思者不表示也。故不認爲有効。惟有一例外。即前九五條但書所規定曰「但表意者有重大過失時表意者自不得主張其爲無効」凡無効之法律行爲者即於法律上無効故其意思表示有錯誤時各當事者皆不妨主張其無効然表意者如有重大之過失因其過而生錯誤錯誤者不得主張法律行爲之無効也。例如賣主以賣甲不動產之意思告於買主且示以書面而買主誤聞之且不詳視其書面輕率信爲是乙不動產遂答云買之是買主有重大之過失日後買主不得主張其賣買之無効或謂法律行爲之要素有錯誤其行爲即不能成立如賣主表示所賣之不動產爲甲買主雖爲買之之表示而其欲買之不動產爲乙是其要素有錯誤其行爲當歸無効乃云從賣主得主張其無効而從買主不得主張其無効殊不適於理論而實不然此時之錯誤乃因買主自己之疎忽之意思表示而賣主不知

之。或賣主欲以不動產之代金。而買得他之不動產。及爲某事業。已支出種種之費用。又或賣之時。正當時價高騰。今已時價低落。如使賣買無効。則賣主必大受損害。而其損害者。畢竟因買主之粗忽之意思表示而生。即因買主之重大過失而生也。即令依於不法行爲之通則。賣主一切之損害。買主不可不賠償。而損害賠償無一定之標準。欲得眞爲當事者充分之賠償。極難確實。與其認爲賣買契約之無効。而使生損害事。認爲有効。而不生損害之爲優也。但但書之所規定。不過對於過失者。欲保護善意之相手方。若意思表示之當時。相手方知表意者之有粗忽之錯誤。則必不能適用此但書。惟法未明言。或其缺點耳。

(乙)理由之錯誤

理由之錯誤。大別爲二。曰單純之錯誤。曰因詐欺之錯誤。

單純之錯誤者。例如某陶器。信爲中國製而買之。而實非中國製。又如某時計。信爲金而買之。而實爲鍍金。又如某不動產。信其附近將敷設鐵道。可設置停車場而買之。而實無鐵道之敷設。此等皆理由之錯誤也。依於新民法之規定。如此等者。意思表示仍

有效。不許取消。無他。當事者之意。思在買陶器。或時計。及不動產。其意思與表示毫無齟齬。惟於當事者之意。中有陶器爲中國製。時計爲金。又不動產之旁。有鐵道之數。設停車場之設置等之臆斷耳。如此事項。非包含於意思表示中。故不至法律行爲之無効。無取消之理由也。然於舊民法及其他外國多數之法律。區別理由之錯誤。限於情之特重者。爲法律行爲取消之原因。而其輕重之程度。各國法律皆異。其規定解釋。法文之學說亦不一途。當適用於種種之事實。人異其說。又其說明之方法亦各不同。例如畫軸。或以其畫爲主。或以其畫裝爲主。故其所主之本質有錯誤時。爲取消之原因。他之部分有錯誤。不爲取消之原因。是德國學者一般所主張也。然單以此爲規定。其適用不廣。例如因憐友人之窮困。買其所有之時計。若非其友人所有。則不買之。然至買之之後。知其時計爲他人之所有。時遂可取消之乎。而未聞有如此說者。又若普通之買賣。皆因信買主之資力。而爲賣却之意思表示。例如某不動產。賣一萬元。約定一年之後。受取代金。此時蓋賣主信買主富豪而賣之。否則即不賣之也。然則至後日調查其資力。知爲貧者。則關於相手方之資力。有錯誤矣。故亦似可取消。然法律上。著

許其此時可取消買賣則到底不能期交易之安全。又例如關於消費貸借第五八九條。凡消費貸借之預約於其目的物未引渡前。相手方破產時其預約失効。（是不僅借主之破產貸主之破產亦同）然若非破產但以借主之資爲理由從貸主取消其預約必難保交易之安全矣。故學者大抵於此等事不許契約之取消。此與信爲中國所製之陶器而買非中國製之陶器者其理由毫無區別。即皆非法律行爲之要素而不過爲要素以外當事者爲錯誤信之結果之法律行爲也。加之理由之錯誤中某種爲契約取消之原因某種非其原因。常生疑問。繙法蘭西等之著書或讀裁判例。關於此問題之議論所見極無一定。即百年來有實施之經驗之國且然。（法典之意義近年殆有一定。至其適用不得謂爲一定）況當新設法典。若採用如此之區別。無裁判例亦無習慣恐必生多數之疑問。寧因一切理由之錯誤皆不許法律行爲之取消爲穩當也。且單純之錯誤必其錯誤者有多少之疎忽。若加注意即可不生錯誤。因自己之粗忽之理由。但取消其所爲之法律行爲。其於粗忽者雖便而於相手方則甚迷惑。從一般社會之經濟上觀察。不許取消實爲至當。縱云過失者有賠償之責。而其過

失。難於證明。且證明其損害之額。更覺困難。況僅有要債權。其補救之途。更不完全也。由是觀之。以錯誤而爲法律行爲取消之原因。之不便。可以知矣。依右之理由。故日本新法典所取之主義。法律行爲之要素有錯誤時。爲無效。而關於其他之錯誤。因錯誤者。自取之法律行爲。不許取消也。

關於因詐欺之錯誤者。第九十六條之規定。曰「因詐欺。又強迫之意思。表示得取消之。
(一)對於或人之意思。表示爲第三者行詐欺者。限於相手方。已知其事實時。得取消其意思。表示。
(二)因欺詐之意思。表示之取消。不得以之對抗第三者。
(三)如上所述。以詐欺爲承諾之瑕疵。雖從來一般之學者所唱。而從嚴正之理論言。則直以詐欺爲承諾之瑕疵。頗覺不完。竊以因詐欺之錯誤。爲承諾之瑕疵。爲穩當也。故理論上。詐欺不可不視爲錯誤之一種。而在單純之錯誤。其錯誤非爲法律行爲之要素者。意思表示之效力。不受何等之影響。前已說明。而因詐欺之錯誤者。不問法國學者所謂本質之錯誤。與緣由之錯誤。苟其詐欺之理由。爲因其錯誤而生之法律行爲。則法律行爲可以取消。無他。單純之錯誤。多基於表意思者之過失。因詐欺之錯誤者。全因他人之行爲。

陷於錯誤不可。不受法律之保護。故因詐欺之錯誤。可爲法律行爲取消之原因也。是以因詐欺之法律行爲。以得取消爲原則。凡在無相手方之行爲（例如遺言。無一定之相手方。可得同時對於一般之人所爲）無論因何人之詐欺而爲之。皆得取消。而其取消對於因遺言而受利益者及遺言之効力所及者。皆可生其効力。但是關於有相手方之法律行爲。若非相手方行詐欺而爲。第三者行詐欺者。則無取消法律行爲之理。由蓋在無相手方之法律行爲。可謂人皆相手方。故行詐欺者。不問何人。皆有取消其行爲之理由。而在相手方確定之法律行爲。因於全無關係之第三者行詐欺。而令相手方負擔不利益之結果。頗不得當。雖強迫者。無論何人行強迫。常可取消其法律行爲。而詐欺與強迫。自有區別。蓋受強迫者。若不承認。則有失身命奪財產之危險。不得已而爲承諾。全非出本人之眞意。而受詐欺者。縱令由於詐欺。亦由於本人之任意。嚴酷論之。不得謂無多少之過失也。故遭詐欺者。與於詐欺無何等之關係之相手方。皆當保護之。此所以第九十六條有第二項之規定也。雖然。若相手方知有詐欺者。知其意表示不完全。則其法律行爲。不可使生十分之効力。故竊保護被詐欺者。而不

保護相手方。例如甲者欲買乙所有之不動產。丙乃欺乙曰。其不動產現時接於遺囑。雖有價格。而市區已將改正。至其道路廢。價格必失。不如速賣却之。之有利。乙遂循爾賣之之類。如此例。若丙乃受甲之囑託而欺乙。故當無效。即不然。甲於行爲之完結前。知其事實亦當與乙同爲注意。若竟受他人之欺而買受之。則甲毫無受法律保護之理由。但知詐欺之事實要在其行爲之當時。故關於賣買而言。必於賣買契約締結之際。知之。若於其際不知。至契約證書已交換。或已登記後。始知其詐欺事實。不能實適用第九十六條第二項之規定。蓋條文所謂知其事實者。乃於行爲成立前知之之。意殆無庸疑也。

以上之區別。雖因詐欺之意思表示。可得取消。而不得以之對抗善意之第三者。無他。詐欺之事。詐欺者與被詐欺者之間之事實。第三者多不知之。故不得以之責不知之。第三者蓋君子。雖可欺。而被欺者未免有少思慮之過失。第三者則非思慮所可及。故應以保護。第三者不願被欺者爲正當。此不獨於實際交易上當如此。於理論上亦當如此也。此所以第九十六條有第三項之規定也。例如甲者用詐欺買受乙之不動產。

而賣之於丙。乙此時對於甲有詐欺之理由。可求賣買之取消。而其結果使爲第三者丙之權利消滅。害交易之安全頗大。何者。詐欺之事實。非登記或記載於證書者。第三者何由知之。是以第三者爲善意時。被詐欺者對於行詐欺者。但可爲損害賠償之請求。常不得回復其權利。若第三者知其詐欺之事實。是爲惡意。則無保護之理由。自可取消之矣。

次關於法律之錯誤。與事實之錯誤。更說明之。此區別始於羅馬法。羅馬法以無論何人。不看做不知法律爲元則。蓋僅認有事實相違之錯誤。而不認有法律不知之錯誤也。此原則雖有理由。而於法律之錯誤適用之。亦誤也。蓋關於契約之成立及其他法律行爲之要素。有生錯誤之問題者。其結局必歸著於有意與否及意思有瑕疵與否之問題。故因不知法律所生之錯誤。其於有錯誤一也。又如事實。雖法律上看做人可知者。而關係人不知而陷於錯誤者甚多。因其結果。其法律行爲或爲無效。或得取消之。何得謂人人當知法律。遂無法律上之錯誤也。是以各國法律思想漸及進步。遂悞區別法律之錯誤。此事實之錯誤之不得其當。日本舊民法。雖以不區別爲原則。

尙有多少之例外。新民法則全同一視之矣。蓋不知法律。雖因於不注意。若於普通人所不可不知之事。實而不知之時。其不注意一也。而於實際。即起於一家內之事實。不知之例不少。諺云。燈臺下暗。宜也。是固爲不注意。其於錯誤一也。即以地方而言。曾有縣令。有市條例。人人諳悉之。畢竟不能。縱如何之法律家。於自己專門以外之法律。未能盡知。安得無錯誤也。故法律之錯誤。與事實之錯誤。於理論上毫無區別。惟於實際上。自然生多少之區別。即第九十五條。但書云。『但表意者有重大過失時。表意者自不得主張其無効。』此所云重大過失者。何人亦可知之。法律或關於自己職業之法律。而不知者。亦包含其中。但此事實上之問題。而非法律上之區別。則可不必論也。第四強迫。所謂強迫者。當事者因他人之暴行。脅迫而表示自己真意以外之意思。之謂也。可大別爲二。其一意思之欠缺。

意思欠缺者。例如甲對於乙。提白又迫爲某之意思表示。若不聽則生命可虞。乙者雖毫無其意思。表面不得不裝爲有意思。而爲承諾之意思表示。是全無意思。而法律行

爲不得成立。實不待言。故關於此情事。毫無規定。但因九三條之適用。而自可取消。其二自由之欠缺。

自由欠缺者。例如前例乙者。比較自己。不利益之程度。與斃於甲毒刃之下。不利益。思不若棄後者。而取前者之爲愈。遂爲意思表示之決意。是固不得云無意思。雖然此意思。乃因他之強迫。不得已而決之。所謂缺意思之自由也。雖非如前例法律行爲。全不成立。而法律上。與表意者。以取消其意思表示之權。是誠當然之事。無論何國。皆同也。蓋受詐欺者。表意者。不無多少之過失。受強迫者。表意者。毫無過失。其意思不完全之程度。亦大異。故強迫者。無論何人行之。而無論對於何人。皆可援用之也。

強迫者。常生畏怖也。故強迫其物者。非意思之瑕疵。而畏怖即意思之瑕疵。之語。爲學者夙所唱道。法理上固不得不云正確之論。於是。有主張。凡因畏怖所爲意思表示。皆得取消。例如際於火災。樓下有火。不能下樓梯。從窗逃。則距地數丈。又非常危險。當此進退維谷。遂大聲呼曰。能救吾下者。與金千圓。適一人携梯來。侵猛火救下之。又例如溺水瀕死者。呼陸上之人求救曰。能救吾者。與金千圓。有習水者。躍身入水。排激怒。

薄而救上之。依前說。則此等因火災或水難。失意思之自由。故可取消其意思。表示而金千圓之報酬。爲無効。此大不然。蓋此等者。因畏怖心。雖無十分之自由。而欲投金千圓。以保生命。始爲此口約。故表意者。不得謂非自己之意思。至後日悔千圓之巨額。猶之患病者。受醫師之治療。病愈之後。吝其醫藥之費也。試回想危難之當時。雖舉所有資產。以易之。亦所不辭而救助之者。實因得千圓之報酬。而自冒危險。故其意思表示。不得取消。又毫無無效之理由也。至若因他人之暴行。脅迫生畏怖心者。非單因其畏怖心。生意思之瑕疵。而因他人之不法行爲。以失意思之自由。故許取消其意思表示也。

第二目 意思表示之方法

意思表示。有明示與默示二種。以書面口頭容態等表示其意思。是爲明示。不依此三者之表示。其意思是爲默示。默示者。如店頭陳列商品。賣者以欲賣之代價預爲書明。而爲表示其意思。買者看其所書之代價。投下相當之金錢。而取其商品。以爲意思之表示是也。所謂容態者。例如客於途上欲乘車。以手招車夫。車夫領其意。以車應之。資

與車夫皆依容態而爲表示意思者也。近世一般之法律，不限制意思表示之方法。實於此點，全採用放却形式主義也。

但有例外。不要書面者，大抵不要式行爲。無論明示、默示及書面、口頭容態，皆可要式行爲。則非書面不可。例如遺言，不問何國，皆爲要式行爲。須限制意思表示之方法。於日本民法，必要自筆證書、公正證書、秘密證書。又商事會社之設立，必要作定款之書面。故不可不限制其意思表示之方法。大凡對於第三者之法律行爲，多要書面。方可生其効力。例如指名債權之讓渡，與他之契約，同雖以何之方法爲意思表示，乃當事者之自由。而對抗於債務者及其他之第三者時，要通知債務者，得債務者之承諾。而其通知或承諾，對抗債務以外之第三者，必不可不有確定日附之書面。又關於贈與，外國之立法例，大抵爲要式行爲。要公正證書之例最多。日本民法，不採此主義。故雖贈與，不制限其意思表示之方法。唯不依書面之贈與，其不履行時，得從當事者雙方取消之。是書面有無，於契約成立，雖無影響。欲其効力完全，則必要書面也。又指圖債權讓渡之方法，雖不問而對抗於第三者時，不可不用裏書之方法。觀民法第四百六

十九條之規定可明也。

第三目 對於隔地者之意思表示

所謂隔地者。對於對話者而言。無論隔多少之土地。皆爲隔地。即如予與隣人爲契約。予不至隣家。隣人不來予家。而用書面或使者。不可不謂隔地者間之契約。關於此問題。從來有發信主義與了知主義。發信主義者。於意思表示之通知同時。可生其効力。了知主義者。相手方知其意思表示時。始生其効力。又有受信主義者。此主義者在相手方受意思表示時。生其効力也。以理斷之。發信主義頗爲正當。蓋意思表示者。即表示意思之謂。僅表意者之行爲也。至其行爲之成立。與表意者之意思無關係。即其表示到達於相手方之事。可以不論表意者其行爲完了時。即可生意思表示之効力。理所當然也。其行爲之完了。即發使者或附書面於郵便之時是也。然基於此理論。有主張一種之說者。其說曰。意思表示之通知。託於使者郵便等爲之。即代表意者爲其送達。因之表意者之行爲。必代理人傳於相手方。或書面已送達於相手方。始爲完了。此說非無理由。不知意思表示者。乃表意者之意思表示。而非代理人之意思表示。故其

意者自完其表示意思之方法。即謂有意思表示。但此說於實際無勢力。姑不深論。及之有多少勢力之說者。云表示者雖不外表意者之行爲。欲使法律上生其効力。不可不令相手方知之。即非令相手方知之不得達其目的。因之非相手方知之之後。不得云其表示已了。此說由於有力之學者。主張且贊成者雖多。究之此說不僅理論上有謬。於實際亦甚不得當。蓋既發使者。或已付於郵便。其書面之達與否。又何時方達與否。非表示之事實。雖其後因偶然之事。有書面之紛失。使者於途中逃亡或死亡。或因水害等遲到。是皆非關於表意者。縱令表意有過失。不過生法律行爲之責任。而於本間無關係。况依此說。非徒到達而已。必不可不令相手方知之。故非使者到着。傳了其使命時。又相手方接書面於手讀了時。不可謂意思表示。然如書面縱令到達。或因多忙而忘却。或放擲。此時乃令其負責於發信者。其不當實甚矣。故予於理論上不取此說。即於實際亦到底不能行也。抑世日赴開明。交通機關日備。交易之區域。漸次擴大。隔數十里爲交易者。益益頻繁。而關於法律行爲之成立。後日起訴。爭其權利於法廷者。隣人之交易殆稀。隔數十里間之事必多。如此交易。用使者殆屬絕少。必依

電信郵便局等普通之方法。於此等情事。相手方何時受取其書面。又何時披見之。非他人所知。又果見之與否。亦不得知。若於相手方有不利益之意思表示時。相手方故不見之。如在債權之催告。竟放擲之。至後日提出未開封之書面。而答不知有催告。此事亦甚多。如用了知主義。則相手方大得便利。而表意者可謂迷惑之極。故行此說於實際者幾希也。雖然。有折衷上二主義。而採受信主義者。此主義於相手方受通知以後。見其書面不問。於受取書面時。生意思之効力。即相手方知其意思表示。不爲必要。而受取之事爲必要也。是因矯了知主義之不便而生。今日德國多數之學者。及其新民法。雖採了知主義。其主義絕對不能貫徹。而於實際。則受取之後讀之與否不問。法律則看做已讀之者多也。

以上三主義之爭。學者尙無定論。各國之法律。亦各不同。例如德國。如前述雖採了知主義。實多採受信主意。於英國則採發信主義者多。於法國則雖採發信主義與受信主義者畧畧相半。而採發信者實多。從理論上言。發信主義爲正當。且於實際上。發信主義者。交易得迅速之結了。世日赴於開明。因之一般貴交易之迅速。發信主義之爲

優。可以無疑。然日本新民法。法律行爲之總則。尙採受信主義。即第九七條第一項曰：「對於隔地者之意思表示。其通知說到達於相手方時。生其効力。」雖然此條決非一定之學理。不過於實際之便宜上採此主義。今尋其理由。單獨行爲之催告通知等大抵到達於相手方後。始生其効力。否則全不能達其目的。蓋從法律之種類言。此種之行爲不少。故法律行爲之通則。應以採受信主義爲愈。然法律行爲之最要者。即關於契約之承諾。而亦不得不採發信主義。觀五二六條「隔地者間之契約。於發承諾之通知時成立。」之明文可見也。（於商法概取發信主義。到處有「發通知」之語。故本條之原則。於實際則爲例外。）關於契約之承諾。既採發信主義。而法律行爲之通則。乃採受信主義。體裁頗不得其宜。

至若表意者發意思表示之通知後。或死亡又或失能力者。於其意思表示發生効力時。既無表意者。從而無意思表示之根本之意思。又雖有表意者。既失能力。其意思表示。不過無能力者之意思表示。似宜全然無効。而不可取消。雖然。果如此則實際上多所不便。蓋相手方者。受意思表示之通知時。表意者或失能力。或死亡。尙不知之。誠

意思表示之効力。信可發生。是以第九七條第二項曰：「表意者發通知後死亡。又此能力意思表示。因之不妨其効力。」觀此例外。立法者可云已認發信主義之利。然不能以此主義爲原則。是其遺憾也。

第四目 對於無能力者之意思表示

關於對於無能力者所爲意思之効力。日本民法第九八條規定曰：「受意思表示之相手方爲未成年者。或禁治產者時。不得以其意思表示對抗之。但其法定代理人已知之後。不在此限。」依此規定。從未成年者或禁治產者。是從無能力之原則。而論。殆無所疑。大凡未成年者。或禁治產者。無自爲法律行爲之能力。即無受他人對於自己所爲之法律行爲之能力。蓋無判斷自己所爲行爲之利不利之智能者。即無判斷他人對於自己所爲之行爲於自己有利與否之智能也。於舊式之法典。單關於契約設規定。關於一般法律行爲。不置規定。而他人對於未成年者。或禁治產者所爲行爲之問題不決。又學者亦每止論未成年者禁治產者爲一般之無能力者。進而他人對之所爲行爲効力不論及。亦甚不完全。今德國則概關於法律行爲。置一般之規定。其據

定大概無異日本民法。而德國之新民法。與此第九十八條之規定相同。但有一例外。即法定代理人。知其意思表示後。不適用右之原則。是也。是實可謂至當之例外。蓋法定代理人者。行親權之父母。或後見人也。而行親權之父母。與未成年者。或禁治產者。常同居而後見人。亦多與之同居者。故對於無能力者。有爲通知。或爲催告時。法定代理人。必多知之。隨而法定代理人。對於其通知。或催告等。宜可爲適當之答辭。故不必要保護之也。而法文所云「已知之後」一語。大爲注意之文字。例如未成年者。或禁治產者。若自受取之。而法定代理人未知者。無効也。必隨而示之於法定代理人。或法定代理人自發見之。之後。始可生効力也。

於本條單關於未成年者。及禁治產者之規定。他之無能力者。無規定。無他未成年者。及禁治產者以外之無能力者。即準禁治產者。及妻是也。此非一般之無能力。不過限於特定之法律行爲。非受保佐人。或夫之同意。不得爲有効耳。蓋準禁治產者。比較普通人。固智能不足。而除重大之事項外。有獨斷爲法律行爲之能力。隨而有受他人之意思表示之能力也。若妻者。原非智能之不足。惟必要使服從於夫權。故欲自爲某法

律行為僅要。夫之許可而他人對之所為法律行為尙不得謂無受意思之能力。故不得與前二種之無能力並舉也。

右之規定專為保護無能力者而設。若第三者不可因之而蒙利益。例如申込催告通知等。於自己不利時不能唱其無効而免不利益。蓋無能力者所為之法律行為僅於無能力者得取消之。從相手方不得取消之。於本條如申込催告通知等。止從無能力者得主張其無効。從表意者不得主張其無効。是所以云「不得以其意思表示對抗之」也。

第五目 關於契約之意思表示

所謂契約者。以生法律之効力為目的。而為二人以上合致之意思也。契約由債務發生。例如賣買。賣者出其所有物。買者出其代金。雙方各有義務。遂生契約。進而言之。契約由債權發生亦可。何者。義務與權利相關。雙方各有義務。雙方即各有權利也。但各國之制不同。日本民法契約一章。專言債權。以債權之權利。亦有發生消滅時也。廣而言之。即國際法上之條約。亦可云為契約。但就事勢觀之。其性質與國內法之契約不

附耳。

第一 契約之分類。

一 有債契約。無債契約。

二 要式契約。無要式契約。

以上二類。在法律行為中。已說明之。

三 雙務契約。片務契約。

雙務者。謂因契約而使當事者雙方互生債務之義也。例如買賣契約。一從負移轉。其所有權於買主。一從負移轉其代金於賣主之義務。相互而成立也。又例如組合契約。爲二人以上所成立者。或出貨幣。或出財貨。或出勞力。遂生相互之債務也。片務者。爲當事者一方所生之債務之契約也。例如贈與。僅贈與者一方負義務。而受贈者毫無義務之可負。又例如消費貸借。由借主發生之債務。其有無利子。皆由借主而生。貸主不與議。亦爲片務契約。

又有不完全雙務契約。在羅馬法。凡不完全雙務契約。準用雙務契約之規定。雖近世

此事無多。而學者不得不研究之。以理揆之。亦當爲片務契約。例如寄託契約。受寄者因保護寄託之物。而有所消費。在法律上寄託者必償還之。似爲雙務契約。然寄託之時。未嘗有償還消費之契約。其後日之償還。皆由後日受寄託者而生。可謂之不完全雙務契約。不得直謂之雙務契約。又例如質契約。當時止以物相質。其利子與消費非所計也。後日之償費亦由保護者而生。此與寄託契約無異。蓋債務由一方而生。即不得。不謂之片務契約。

雙務有同時履行債務之責。日本民法五三三之規定曰。「雙務契約在當事者之一方相手方請求其債務之履行。自己得拒債務之履行。」蓋不同時履行債務。而但請求一方之履行。即有拒絕之理由也。片務則無此効力。雙務原應同時履行。其後或因他故而一方不能履行。遂生危險之問題。例如賣買。設已結約。未及履行。無任買主已出代金與否。其目的物忽遇天災而滅失時。應歸買主負擔義務。日本民法五三四條以下規定之。此則惟雙務有此問題。片務則不然也。此二者區別之實益也。

四 實定契約射倖契約

實定契約者謂已確定之約不得因偶然事實而變遷也。例如不動產買賣契約約已確定即有確定之利益何者不動產乃固定之物故非偶然事實所可變遷者也。又例如借貸契約貸者有使用之利益貸者有受賃金之利益其約確定其利益即確定亦爲實定契約此類亦名互易契約蓋因彼此利益皆由交換而得也。射倖契約者其約無確定常因偶然事實而變遷者也。例如賭勝負者約定以何爲勝以何爲負此最不確定之契約。又例如生命保險亦射倖契約設保險人與被保險人訂百年契約被保險者壽及百年則爲保險人之利益壽不及百年則爲被保險人之利益人之生死至不可知則兩者之利益皆無確定之希望以此觀之則射倖契約全無相互利益之性質可謂之無相互利益之契約。

此二種之實益在日本民法上無區別之規定惟射倖之有大妨害於風俗者由警察臨時判定之各國則有於有償契約中而提出規定之者。

五 諾成契約踐成契約

諾成者謂雙方已允諾其契約即可成立。例如買賣或借貸但雙方之意思合致兩相

允諾。雖不至交易。約亦成立也。踐成者。謂先有預約。必踐成。始可認契約成立也。日本民法。以諾成爲原則。踐成爲例外。所認踐成契約有四種。在羅馬法亦同之。(1)消費貸借契約。此大半皆金錢貸借。不取利子者。必金錢交付。始可成立。雖當未交付之前。已有預約。不能認爲成立也。(2)使用貸借契約。(3)寄託契約。(4)質契約。此皆先有預約。必以交付爲成立者也。或云踐成契約。當爲要物契約。此說未妥。蓋踐成之定義。乃能踐成。其先有之預約。而後契約成立之。謂所重在踐行。非重在要物也。且皆由羅馬法中譯出。亦非確定之名。就事實上觀之。就以踐成爲當。

譯羅馬法文者。分爲四種。(1)言成。(2)書成。(3)事成。(4)意成。言成者。謂有一定之言。非此言。則不能成立。書成者。謂已書之於簿者。方可成立。(羅馬法。人人皆有出納簿。)事成者。謂有一定之事。非其事。不能成立。此爲羅馬法之原則。意成者。但有意思。不必見之於事。即可成立。此爲羅馬法之例外。如買賣、借貸、委任、組合、諸契約。從之。現世所通行者。皆爲事成。意成。意成即諾成。事成即踐成。予意亦主此二說。此二者。乃就時間上區別之也。

六 有名契約無名契約

有名契約者。法律上有一定之名稱。與特別之規定者也。如借貸寄託委任等是。無名契約者。法律上無一定之名稱。從一般法律而規定者也。例如關於囑託之事。受託者非必法律行為。故近於委任而不得謂之委任契約。又例如保證人對於債權者。有代債務者償債之責。而非必踐行之事。故不得謂爲保證契約。是皆無名契約也。

有名者從特別之規定。無名者從一般之規定。所謂從一般規定者。如近某種者。即用某種之規定。但用其規定。不用其名稱是也。此二者區別之實益也。

第二 契約成立之要素

(甲) 申込。所謂申込者。欲與相手方結契約。而所提出之通知之謂也。故凡契約之申込。非到達於相手方之後。不生効力。蓋申込之性質。單獨不能成立。非對之有承諾。法律上無何等之効力。若從理論上言。僅到達於相手方。尙無効力。必於得承諾之時。始生效力。豈有未到達而先生効力者。但爲申込而定有期限者。則在期限之內。不得取消。日民法丑二二條之所規定。定承諾之期間。而所爲契約之申込。不得取消之。是也。

且契約者。任意規定。非命令規定也。亦可因己之便利而變通。如申込無特定期限。則如日民法五二四條所規定。『不定承諾之期。而爲隔地之申込者。於申込者受承諾之通知相當之期間不得取消。』所謂相當期間者。因土地之遠近事情之如何而異。若法律上有爭時。則由裁判所判定之。至若申込之後。雙方毫無變故。其申込自有効力。若其間或有變故。或失能力。即應取消。雖案法律原則。不得失其申込之効力。(見前條第九十七條第二項)而不能不設例外。日民法第五二五條規定之。『第九十七條第二項之規定。申込者表示反對之意思。又相手方知死亡或喪失能力之事實者。不適用。』蓋申込者。已言明有何等變故。可以取消。或申込者自有變故。則其約即無成立之理由也。

(乙)承諾。所謂承諾者。受人之通知而許以同義之履行之謂也。承諾之問題甚多。以隔地論。隔地之契約。但以發承諾之通知。謂契約之成立。日民法五二六條規定之。『隔地者間之契約。成立於發承諾之通知時。』蓋承諾已通知。即意思已表示。前論隔地者間之意思表示。專取發信主義。此發承諾之通知時。即發信時也。謂契約成立於此時。即用發信主義也。取此主義。有二理由。(1)就交易上求其迅速。今世交通日益顯

繁。凡事早一時即得一時之便利。既有契約。無不望早生效力。故取發信主義爲便。(2) 意思可以豫知。蓋契約之起。非單獨行爲。必有相手方。且必係相知有素者。決非隔東西洋。平日絕不相識者也。申込者對於承諾者。彼此皆互有相信之點。彼此意見可以豫知。且可保無意外之虞。故承諾者發通知之時。即可認爲成立。以此二理由。故發承諾之通知時。其通知之到著與否。不問承諾者直可著手契約之履行。且凡申込者。未有不望契約之成立者。故前所舉五二一條之規定。所以保護申込者之利益。此時承諾者既發通知。即與申込者之意思合致。其契約又焉有不能成立之理由也。更有例外。並不必要承諾之通知。但事實上足顯承諾之意思表示。契約即可成立。例如居東京者欲買大阪某店之某貨。申込於貨主時。已言明依某價取某貨幾何。貨主得其中。如無他故。即可發貨。是即承諾之事實。不必先有承諾之通知也。又或因交易上之習慣。例如隔地交易。貨物隨時送達。習以爲常。並不待有申込。即可發貨。發貨之時。即爲申込。貨物到達之時。即爲承諾。亦即爲成立之時。此亦事所常有也。

(丙) 申込重複。例如甲欲與乙訂某約。乙亦欲與甲訂某約。雙方同時爲申込。是爲申

込重複。此以何時爲成立乎。或之學說。謂甲乙雙方申込。必稍有先後之差。即以稍後者爲承諾。此時即認爲成立。此乃學說。而法律上不能如是解。因法律上必須申込與承諾。二者均備。乃爲契約成立。雖雙方同時有申込。必最終有一方表示承諾之意。屆時。契約方能成立也。

(丁)承諾後期。依日本民法第五二一條第二項之所規定。『申込者於前項之期間內。不受承諾之通知時。申込失其効。』則承諾後期者。必爲無効無疑。但法律上亦必有特別規則以保護承諾者。故又有第五二二條之規定。『於普通之事情。承諾之通知。到達於前條之期間後者。其所爲發送。有可知其能到達於其期間內時。申込者對於遲滯之相手方。要發其延著之通知。但發遲延之通知。於到達前時。不在此限。』此條蓋謂承諾者。於可到達於期間內。已發承諾之通知。其通知或因郵便之遲延。或因他故。而遲至期間後始到。於此時其承諾者有過失無論。假令實無過失。通知之遲到。承諾者不知之。已著手契約之履行。而申込者乃因不到達於期間內。不認爲已承諾。而爲他之處置。承諾者未免大爲迷惑。故申込者不可不以遲滯之事。通知於遲滯之

承諾者。若於期間既盡。尙未到達之前。申込者已發着做不承諾之通知。則遲到之廠。申込者可不必再爲通知。不然。則承諾通知之到達。雖逾時限。申込者並未發延着之通知。而承諾者之發承諾通知。原在適當之時。無由知其遲到。即已看做期間內之到達。故仍應認爲有效。此所以第五二二條。必有第二項「申込者怠前項之通知時。承諾之通知者看做之延着」之規定也。再關於前項之事實。又有新例。原申込人變爲承諾人。原承諾人又變爲申込人。此亦作爲有效。（前五二二條包同地隔地二者。此則專言隔地者）

（戊）申込之取消。以原則言。申込在期間內。不能取消。惟申込時言明因何種事故。即歸無効者。則於期間內。如遇有此等之事故。亦可爲取消。但申込之取消。究何時得爲之。從理論上言。應仍取發信主義。然從實際之便宜上。有特別之規定。又於學說較量實際之便不便。有種種折衷之說。大抵從申込人爲取消。在相手方未發承諾之通知。內到著者。無所議論。其起議論者。即申込之取消。到達於相手方時。已在相手方對於申込發承諾之後。於此時。以發信主義言。則取消之通知。若發於承諾之通知之先。其

契約仍可取消。又據極端之受信主義。則其取消之通知。到達於相手方時。與承諾之通知。到達於申込人時。比較何者爲速。而何者有效。然於最普通之情事。承諾之通知。常著於申込取消之通知後。故用受信主義。其契約亦不能成立。此兩說孰爲是非。竊謂發信主義。於實際頗不便。何者。若相手方發承諾之通知。已著手契約之履行。而後因從申込者來取消。契約不成立。必感非常之迷惑。而據受信主義。則不至有此也。然於理論上。無論受信主義。發信主義。皆不得不謂承諾無效。而取消有效。現法國取受信主義者。及取受信主義之意大利商法。皆於承諾通知之未達內。取消之通知到達。認其取消有效。又在法國取發信主義者之中。先所發取消之通知。雖到達於所發承諾通知之後。仍有效者多。

(己)承諾之取消。關於承諾之取消。有大議論。而從發信主義之理論於承諾之通知時。契約即成立。故至其後。不能取消之。反之。從受信主義之理論。則其承諾非到達於相手方。不生効力。而其取消之通知。亦非到達於承諾通知之先。不得取消。然使用他方法。例如以書信爲承諾。而以電報爲取消時。其取消必先到達。又如同以郵便。而

取消之通知。與承諾之通知。同時到達。又或發使者爲承諾之通知。使者乃步行。而取消之通知。乃令使者乘馬或乘車。其取消必先於承諾而到達。若有此等情事。則將如何。而採發信主義之國。及其學說。以關於此點爲例外。而認取消之有效者。極多。日本新民法。不採用之。實爲正當。今見外國之例。英美之法不許之。於法國雖有許之者。而多數不許之。其不許之理由無他。縱令其取消之通知先於承諾之通知到達於相手方。而申込人者。非因承諾者所發承諾而羈束之乎。乃使承諾者隨意得取消之。實不得其當。且已成立之契約。任其隨意取消。亦理論之所不許對之。而主張反對說者曰。承諾之通知。不到達於相手方時。相手方不知有承諾。未始不可取消。然如此。則承諾者於自己利益之事。多不取消於不利益之事。必取消之。因之害申込人之利益不少。而申込人者在承諾者已發承諾之後。即不得取消。其申込實不公平之極。故日本新民法不許之也。

(庚)承諾與申込相異時之効力。依日本民法五二八條之規定。「承諾者附條件於申込其他加變更而承諾之之時。看做其申込之拒絕。與同時爲新申込。」例如賣買。

買者爲以金錢若干。買某貨物若干之申込。承諾者云若無他人買。即可賣與。此爲附加條件之承諾。又例如賣者爲十元代價之申込。承諾者諾以九元。此爲變更申込之承諾。凡此等皆未嘗得二人之同意。其承諾與不承諾無異。蓋一面似爲承諾。一面實爲拒絕。故可謂之申込拒絕。何者。拒絕有單純非單純二義。此不過爲非單純之拒絕耳。故於此時前之申込者之申込。既消滅而對於所附條件及所變更。即生承諾與否之行爲。是此時前之申込者已立於承諾之地位。而前之承諾者已變爲新申込矣。(辛)三人以上之申込承諾之効力。契約固雙方行爲。僅二人者自不待論。若有三人共結一約。或一人爲申込。二人爲承諾。或二人爲申込。一人爲承諾。三人之意思亦易合致。契約亦易成立。至集多數人而爲之。遂生最難之問題。例如十人爲組合契約。若甲乙丙三人爲申込者。其他七人即爲承諾者。此單簡事。亦易生効力。然如此者甚多。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。以此而漸次爲申込承諾。此時僅甲爲單純之申込者。乙丙丁則皆立於申込承諾間之地位。最煩難者也。又例如組合之發起人。出其章程。全無反對。此最易生効力者。然此亦絕少。若有欲爲

改正者。欲爲附加者。則此時改正及附加者。變爲申込者。而發起者。變爲承諾者。或於此發起者。改正者。附加者之外。復有他人。再云須爲附加或改正。則此時申込者。與承諾者。復移易其位。此尤爲最煩難者。雖皆有申込承諾。即皆有申込承諾之効力。然欲契約之成立。則必全數之合致。而後可也。依原則。三人皆同意。其契約始可成立。然三人之同意。易爲也多數人之同意。不易爲也。若多數人中。有一二人未能同意者。或因此多數人之承諾。而亦隨而承諾之。或因多數人之申込。而不得不承諾之。其契約亦能成立。若絕對主張一己之意思。而不承諾。雖僅一二人之反對。其契約即難於成立矣。

第二項 法律行爲之目的

法律行爲之目的之定義。有兩種之解釋。

(一) 法律行爲之目的。在於法律行爲而後收其利益也。例如買家屋。法律行爲也。欲得居住之利益。則其行爲之目的也。

(二) 法律行爲之目的。在由法律行爲使生法律之効力也。例如前例。取得其所有權。是其法律行爲也。既得之結果之効力。則其行爲之目的也。

前之詳解。爲間接之結果。後之詳解。爲直接之效力。何者。例如前例。非取得人之所有權。不能得我之居住之利益。然使其取得之行爲。不能生法律之效力。則利益自不能得。故利益爲間接之結果。而效力爲直接之目的。（參觀五六六條）

但此目的。不得與權利之目的相混。權利之目的。爲人與物直接之目的。法律行爲之目的。爲人與人間接於物所生之目的。故權利之目的。與前二說全不合。而實最易相混。一般學者或不免誤解。若未習法學者。更不能辨別矣。此兩目的所以不同者。可以日本民法五五五條之規定（賣買者當事者之一方。約移轉財產於相手方。因於相手方約拂其代金。而生其效力。）證明之。例如不動產之賣買。權利之目的。在享有不動產。法律行爲之目的。在使不動產之所有權移轉而爲我所有。此其別也。法律行爲之目的之要件。可大別爲二端。

（一）確定。既曰目的。必有一定之所在。如前舉不動產賣買之例。固非以不動產之移轉爲目的。而以所有權之移轉爲目的。而必定爲何種之所有權。方有移轉之目的。若選擇債權。不得謂有目的。必選擇既定。始有目的。又例如動產之賣買。動產之種類甚

多。必指定動產之某種。始得謂有一定之目的。乃能生移轉其所有權之効力。

(二)可能。可能者。即可能達其目的之謂也。分事實上法律上說明之。

事實上之可能者。即於事實上可能以之爲目的與否是也。例如以一日步行六里爲目的。可能者也。以一日步行六百里爲目的。則不可能者也。

法律上之可能者。即法律上可能以之爲目的與否是也。可能以之爲目的者。則法律上有効。不能以之爲目的者。則法律上無効。故一般學者。皆謂可能即是適法。蓋以不適法之行爲。在法律上爲不能成立也。日本民法九十六條之規定曰。『以反乎公之秩叙或善良之風俗爲目的之法律行爲爲無効。』即此意也。反乎公之秩叙之事項。例如顛覆政府。殺人奪人財之類。小而言之。則詐欺行爲等。亦是反乎善良之風俗之事項。例如終身不婚。及爲猥褻之所爲之類。雖然。此別者非也。假令反乎善良之風俗。若毫不害公之秩序。法律上不得干涉之。例如廢稼業而觀演劇。或婦人集男子而飲宴。固反善良之風俗。以毫不關公之秩序。故以之爲目的之法律行爲。不得爲無効。反之如終身不婚。及爲猥褻之行爲。固雖是反乎善良之風俗。而實直接或間接害公之

秩序。故法律特干涉之。而以是等之事項爲目的之法律行爲爲無效也。蓋人若不婚。則非於婚姻之外。爲男女之交。即終身不充天然之需要。非生私生子。即全不生。子是兩者皆反於公之秩序者也。若夫爲猥褻之所爲之害於公之秩序。固不待喋喋也。若僅以反乎善良之風俗爲言。例如賣酒或娼妓。最害善良風俗者也。如以此爲目的之法律行爲爲無效。則買酒者可以不與代價宿娼者可以不給金錢矣。以此例類推。其弊無窮。故以理論本條之文字。以不做歐洲一般之例（各國皆沿用羅馬文）爲善也。但於解釋上。不得不云。反於公之秩序之事項。爲直接害公之秩序之謂。而反於善良風俗之事項。爲直接害風俗間接害公之秩序之謂也。故應謂公之秩序。即可包含善良之風俗。何者。反於善良之風俗者。既不能規定。但視其事之害公之秩序者。無効而不害公之秩序者。仍不得云其無効。是反於善良風俗一語。不必特別規定也。且所謂害善良風俗者。即害社會也。害社會者。即反乎公之秩序也。茲分二段說明之。

(甲)法令與意思表示之關係。

日本民法第九十一條之規定曰：「法律行爲之當事者。爲異於不關於法令中公之

秩序之規定，所表示意思，從其意思。蓋法文中，有關於公之秩序而立法者，特命令於當事者（禁止亦命令），又有不關於公之秩序，多僅推當事者之意思而立法，而限於當事者，不表示反對之意思時，可適用者。前者雖以當事者之意思，不得違反。後者以當事者之意思，隨意得變更之，是不待言。蓋民法屬私法，大半為隨意法，而亦有不從命令者。大抵關於物權所規定之大部分，為關於公之秩序者。關於債權所規定之大部分，為詳釋當事者之意思者也。茲略分舉其條例。例如第四、四八條，保證債務之規定（保證人之負擔，關於債務之目的或體樣。體樣者，期限條件等之謂也。比主債務重時，於主債

務之限度減縮之）是命令法也。蓋保證人之負擔，重於債務者，必有妨於公之秩序，故不得不用命令法。若抵當權，必限於不動產，故全屬於命令法。又例如第八、七條所規定（從物者，隨主物而處分），此原則也。然實可隨意變更之。例如家屋之賣買，兩方言明僅賣買其家屋，而其屋內之蓆與格子等，不隨之為賣買，此即不能不從其意思。又例如第五、二、一條契約之規定，定承諾之期間，而所為契約之申込，不得取消。此原則也。然兩方或先言明有何事故，即可取消，則當從其意思也。蓋不關於公之秩序。

者原推定。一般當事者之意思而立法。故有與當事者之意思相違時。自當舍法。文而從意思也。

(乙)法令與慣習及當事者之意思之關係。

日本民法第九十二條之規定曰：「有慣習異於不關於法令中公之秩序之規定者。而法律行為之當事者認有依慣習之意思時。從其慣習。」本條所採用慣習之主義者。非爲慣習而有當然之効力。僅限於當事者認有依慣習之意思而認其効力也。此所謂慣習者。與慣習法不同。既定爲慣習法。則不必當事者有依之之意思。此則必限於當事者有依之之意思。而法律上從而認之也。且凡意思必有表示。此則不必表示也。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。即可生効力也。例如船之賣買。依前第八七條之規定。凡船之從物。舵及蓬等。皆須隨而爲賣買。此慣習法也。若有一地之慣習。賣船者常不及從物。則此時之賣買。賣者但言賣其船。而未言賣其船之從物。即爲不賣其從物之意思。不待表示。而相手方即可知也。此雖反乎慣習法。而法律上不能不認之。本條又與隨意法不同。例如第五五七條之所規定。

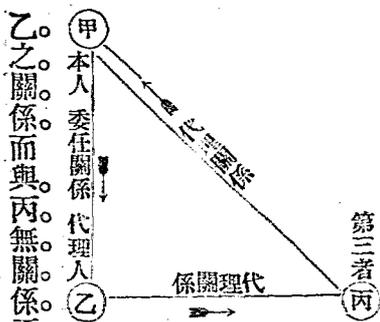
(買主已交付手附(定金)時。無論當事者之一方。々著手契約之履行者。買主拋棄其手附。賣主償還其倍額。得爲契約之解除。)此隨意法也。若有某地之慣習。既交定金。則無論買主賣主用何方法。皆必不能解除。當事者如有依此慣習之意思。雖反乎隨意法。法律上亦不能不許之也。此依本條於實際上。不無障礙。蓋爲慣習而明確時。當事者雖不明示何等之意思。可視爲有依於此慣習之意思者。雖多。若爲稍稍不明確之慣習。而從法律家之眼見之。殆不可認其慣習。則本條之適用於實際上。多不便。即裁判官亦難探適當之解釋。此本條之規定之漏義也。故僅當事者有依之之意思。而認慣習之効力。是理所不取也。

第四款 代理

第一項 代理之定義

所謂代理者。代理人代本人所爲之法律行爲。對於本人。恰如本人自爲之而生効力者也。據此言之。則關於代理。必生二個之法律關係。一者。第三者與本人。又代理人之關係。一者。本人與代理人之關係是也。茲所謂之代理者。僅云右之第一之關係耳。蓋

代理云者。代理人所爲之法律行爲。又他人對於代理人所爲之法律行爲。果直接對於本人。生効力與否之問題也。若夫本人對於代理人。負如何之義務。毫不關於代理之事。而與他之僱傭。請負等。殆無所異。此二關係之區別。法理上。最爲必要。且於實際頗爲便利。然羅馬法以不認純然代理爲原則。至近世之法律。又混淆右之二關係。大抵併而規定之。即於委任契約。常併而規定爲純然之代理。是識者所譏也。右二關係。試以圖名之。



如上图。甲與乙。不過委任之關係。乙與丙。及丙與甲。乃爲代理之關係。蓋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。爲借權者。乙對丙。請求辨濟。其効力直及於甲。又如甲對於丙。爲借務者。丙對乙。爲催告。其効力亦直及於甲。是也。僅有甲與乙之關係。而與丙無關係。不得云爲代理也。

今日日本新民法於法律行為之總則中設代理一節。實云至當之事。其第九九條之規定曰：『代理人於其權限內。示爲本人而所爲之意思表示。示直接對於本人而生効力。』又第二項規定曰：『前項之規定。第三者對於代理人而所爲之意思表示。示準用之。惟代理生此効力。要如何之條件。學說及立法例皆不一致。本條則採普通之說。必要示明爲本人而爲意思表示。俟於言要件時說明之。至關於權限者。亦俟後論。若本條二項之規定。則無異前段之所論也。』

如上所迷。代理人之意思表示。其効力可直及於本人矣。而關於其意思表示。有一問題。即意思有不完全。或謬誤時。其責果負於本人否也。此於第百〇一條規定曰：『因於意思欠缺。詐欺。強迫。或已知其事情。或不知而有過失。而於意思表示之効力。可受影響者。其事實之有無。對於代理人定之。於委託爲特定之法律行為者。代理人從本人之指圖。爲其行為時。付於本人所自知之事情。不得主張代理人之不知。因於過失而不知之事情。亦同。』

由此觀之。則代理人自有獨立之意思。非僅爲通本人之意思於相手方之機械也。蓋

代理人以自已之意思而爲法律行爲。其法律行爲。全代理人之法律行爲。不過其効力直接對於本人而生。與本人之自爲者同耳。故其意思表示。代理人之意思表示。非本人之意思表示。是以意思欠缺等事實。影響於意思表示之効力者。其實之有無。由代理人而定。不關於本人。例如本人無詐欺。代理人因詐欺而爲意思表示。其意思表示得取消。以代理人之意思表示。直接可生効力之影響也。假令本人有詐欺之事實。而代理人之意思。爲完全無缺。則於法律行爲之効力。毫無影響。此所以有第一項之規定也。然不能無例外。至若關於特定之法律行爲。本人委任於代理人。一一指授之。代理人依其指授而爲之者。若本人自知。或因於過失而有不知之事情。假令代理人不知。本人不得主張其不知。故有右之事實時。寧由本人而定。此所以有第二項之規定也。

由上所言。代理人以自已之意思而爲法律行爲。似必要有十分行爲能力。而實不盡然。蓋無能力之規定者。以保護無能力者也。若代理人所爲之法律行爲。直接對於本人可生効力。從代理關係之點觀察。其行爲於代理人不生何等之効力。故雖無能力。

者得爲代理人。此所以有百二條「代理人不限定能力上」之規定也。但必注意左之二點。

(一)此所謂能力者。非云缺意思能力。蓋代理人以自己之意思而爲法律行爲。故無意思者不能爲代理人。茲云能力者爲無行爲能力者。例如妻及達於相當之年齡之未成年者。一時復於本心之禁治產者。準禁治產者之謂也。

(二)茲所論乃僅從代理關係之點觀察者。若代理人無能力時。從一般之規定。不可受保護。例如代理人依於委任爲代理。因過失而加損害於本人者。以原則言。雖對於本人而負責任。而以一般之規定。其代理人無能力者。得取消委任契約。而免其責任。故本條之意義。惟無能力者之代理人所爲之法律行爲。實與有能力者之代理人所爲之法律行爲不異者。可對於本人而直接生效力耳。(參看第二七條第二項)

第二項 代理之要件

關於代理必要之條件。有二主義。

第一爲本人所爲之法律行爲。此義自明。無待深論。

第二表示爲本人所爲之法律行爲。此乃言代理人所爲之法律行爲必表示爲本人而後認爲代理行爲也。歐美各國多不採此主義。日本則採用之。前所舉第九九條云「示爲本人所爲之意思表示直接對於本人生效力」即言代理人之意思表示必表示爲本人而後有效力也。因此條之意猶有未充。第百條更規定之曰「代理人不示爲本人所爲之意思表示看做爲自己之行爲」蓋必表示爲本人乃代理之要素。缺此條件即不認爲代理。若從純理言之。代理人以爲本人之意思而未表示爲本人。雖其意思表示對於本人亦不得生效力。而實無爲自己之意思。而其意思表示於代理人亦不可有效力。則此意思表示當歸無効。雖然如此。則第三者動蒙不慮之損害。害交易之安全實不少。蓋甲對於乙爲意思表示。未示明爲丙時。乙即信甲爲自己而爲此意思表示。固爲當然。而照社會之實際觀之。亦十之八九皆然也。此所以本條有此原則之規定也。然全依此原則。代理人亦未免多蒙不慮之損害。而不能不有例外。故本條有但書曰「但相手方知其爲本人。又可得知之時。準用前條（九九條）之規定」。蓋相手方知代理人有爲本人之意思時。又依於事情而足知其意思之爲本

人時。則全然有代理之効力也。例如代理人所爲意思表示。在當時雖未示明爲本人。在其前。相手方或從他人傳聞得知之。又其代理人爲本人之後見人。或管事者。常代本人而爲法律行爲。既相手方所熟知。或其法律行爲知屬於本人之職業。非屬於代理人之職業。又或賣買之價額鉅多。知應於本人之資產。不應於代理人之資產。如此等事情。假令其代理人爲本人之事。雖未明示其爲本人。其意思。殆可明瞭。故代理之効力。可生。是必有此例外之理由也。再關於商行爲。更有例外。日本商法二六六條規定之。（商行爲之代理人雖不表示爲本人時。其行爲對於本人生效力。但相手方不知其爲本人對於代理人。不妨爲履行之請求。）

第三項 代理之原因

欲言代理之原因。必先明代理之類別。代理分爲二種。

第一法定代理。所謂法定代理者。法律上所明定。或因法律而定之代理人是也。

(甲)法律直接之規定。例如父或母爲未成年之子之法定代理人（民法八八四條。夫爲妻之法定代理人（民法八〇一條）之類。

(乙) 裁判所之選任。例如失踪者之法定代理人。(見民法第一編第四節) 依於法律之規定。由裁判所選任之。且其權限亦依法律而定者也。再如訴訟上之法定代理人。(民法六四條) 亦由裁判所選定之。

(丙) 私人依法律之規定之選任。有謂此爲委任代理者。日本民法不然。以其究依法律規定選任之。非自任意委任也。例如法人之理事。(民法五二條) 商事會社之代表社員。及取締役(商法會社)之類。而破產管理人亦然。或謂破產管財人。惟有公之職務。非代理人。或又謂爲債權者之法定代理人。以理論之。則信爲破產者之法定代理人。次關於相續財產。有種種之法定代理人。就中如無相續人遺產之管理人。其著者也。唯以何人爲代理人。亦困難之問題。究之無相續人之遺產。可看做法人不可不謂法人之法定代理人。

第二委任代理。所謂委任代理者。因委任契約而生者也。凡不屬法定代理者。皆因委任之代理人也。例如甲委託乙。以自己之名。而爲某法律行爲。乙承諾之。此時委任契約成立。即同時生代理權。

法定代理與委任代理。雖性質大異。從代理關係之點觀察。則二者全同。質而言之。即於爲法律行爲者。自不受其行爲之効力。而他受其効力之點。毫不異也。亦即法律行爲之本人。自不爲其法律行爲。因他人爲之。而自受其効力。又同一也。從此點觀之。則後見人爲未成年者。爲某法律行爲。與支配人、管事者。爲主人爲某法律行爲。又何取區別。皆不外代理關係而已。

次論代理發生之原因。付於法定代理。必依各明文而定。每於新法律之生而增加。故不在此論之限。惟委任代理。僅因委任契約而生乎。亦可因單獨行爲而生乎。不可不論之。大抵法國及英國法。皆不認從單獨行爲可生代理權。惟德國法近來唱代理權非僅因契約而生。亦可因單獨行爲而生之說頗多。遂於德國新民法。有因單獨行爲生代理權之規定。竊不採此說。請詳述之。蓋因單獨行爲得授與代理權之說有二派。據第一之說。則單獨行爲。即本人之意思表示。必要對於代理人爲之。據第二之說。則不必要對於代理人爲之。而對於第三者爲之可也。此二說孰優。姑置不論。而請論因單獨行爲授與代理權之爲不必要者如左。

例如本人對於代理人已表示授與代理權之意思。不問代理人表示承諾之意思與否。即視爲本人之代理人。頗云奇妙。何者。如甲對於乙。告以自今可爲己之代理人。而欲委任以某某之事。必要乙自有爲代理之意思。而後代理成立。若不待乙之承諾。遂可認爲代理。實際上此事絕少。蓋未承諾爲代理人者。常有全然謝絕之意也。再者。三者對於代理人。亦不問代理人之已承諾與否。即視其人爲代理人。亦頗難解。縱令從他人聞知本人常依賴代理人。而第三者遂對於未承諾之代理人而爲法律行爲。此事想亦極少。即或有之。實際上亦難認爲有效。故無論從何點觀察。委任契約未成立時。本人對於代理人所爲之意思表示。不見必要。使生效力。然例如甲者以乙爲自己之代理人。而委任以某某之事項之意。通知於第三者。於此時。第三者信乙有相當之權限。當然也。若依前說。此時。第三者與乙爲某法律行爲。其行爲仍無効。在實際上。甚不便。然前說亦非如此極端。於此時。從代理之法律言。則乙者。未得代理權。雖其行爲無効。依於不法行爲之法律。則得爲有效。何者。實非自己之代理人。乃以某者爲代理人。而通知於他人。他人因信之。而與某者爲法律行爲。若因某者無代理權。其行爲

爲無効。則第三者必多受意外之損害。雖依於不法行爲之原則。此時甲者對於第三者。可賠償其損害。而其損害。乃由第三者信乙有代理權。而所爲之行爲爲無効。而生。若認爲有効。則無生損害之理。故寧認爲有効。使不生損害之爲優也。今日進步之法律。如此者實多所見。是與前說不相反也。欲解決此問題。不可不據日民法百九條而解釋之。其規定曰。『對於第三者而表示與他人以代理權之旨者。於其代理權之範圍內。自於其他人與第三者之間所爲之行爲。任其責。』或曰。本條者即依德國民法以本人之單獨行爲得授與代理權之意而定。是謬也。(第一)於本條不過定本人對於第三者。可負責任。而未定本人可得權利。大凡代理者。使本人負義務。即同時使權利者也。但是本條之規定。非說本人主張。許取得其權利。故不得爲認依本人之單獨行爲而授與代理權也。(第二)若於本條與德國民法有同一意味之規定。則必當明言之。何必用如本條迂遠曖昧之字句也。況觀前後之條文。毫無認以單獨行爲可授以代理權之明文。却足證其反對者不少。例如第四百四條乃至第四百六條。止有委任代理人與法定代理人許復代理與否之規定。所謂委任者。乃契約也。(債權編第二

章第十節)而單獨行爲授與之代理權。非委任之代理權。固不待言。若然。則許復代理與否之問題。關於因單獨行爲之代理人者。不可不云全缺規定。又第百十一條揭代理權之消滅原因。爲一般之消滅原因者。惟「本人之死亡」與「代理人之死亡」禁治產或破產。」不示其他之消滅原因。其附言者。惟「因委任之代理權。因委任之終了而消滅。」然若認由單獨行爲而授與代理權者。則必僅由本人之意思。而可使消滅其代理權。故德國民法於此特設規定。然第百十一條不揭之。豈由單獨行爲而授與之代理權。僅以本人之意思。不得消滅之乎。雖然。觀六九一條所規定。(委任者於各當事者。無論何時得解除之)本人與代理人因契約而生之代理權。且僅以本人之意思得消滅。而僅由本人之意思。而授與之代理權。却云僅以其意思不得消滅。實所不解。由此觀之。足證因單獨行爲而可授與代理權之爲立法者所不認也。

反對論者。或以從組合契約僱傭契約等。發生代理權者。爲其單獨行爲之說之根據。據理之所可信。則於此等之契約。使發生代理權時。常包含於委任契約中者也。否則僅以本人之意思。令被傭者爲某某之事項。則非代理人也。而組合員各以自己之意

思。行其責任內事。亦豈皆爲代理人哉。

第四項 代理之權限

大抵代理人之權限。因各時事而異。凡法定代理人者。概於法律有其規定。例如後見人又法人之理事。於如何之事項有代理權之類是也。次因於委任之代理人者。常於委任契約而定其權限。例如某爲代理人。使代理關於某不動產之賣却之行爲。又或委託管理在某所之財產。於其管理。許以專斷之類是也。就中稱部理代理人者。於特定之事項。委任其代理者也。依其契約。代理人之權限自明。而其權限之範圍。雖契約之解釋上。或有不明。以法律一般規定之頗難。故日本新民法於所謂部理代理人者。法律上不設推定。然代理中有總理代理人者。例如當委任管理某土地之財產。單告以委任其管理之意。不言其他。此等者。泰西學者稱爲「總理代理」。或云總括代理。即於某財產之管理。但與以廣謨之權限。非於某事項。委任特定之行爲者是也。雖法定代理中。於法律命令等。亦有權限不明者。然漸次法律之完備。即可不生此問題。而因委任之代理。委任者止定以某爲代理人。不明示其權限。則代理人之權限之範圍。常不

能明。故日本新民法於第三百三條置一般之規定（外國如此例者亦多），其條文曰：「無權限之代理人僅爲下之行爲有權限。」一保存行爲。二於不變代理之目的物。又權利之性質之範圍內。而以其利用及改良爲目的之行爲。

是學者所謂管理行爲也。管理之行爲。列舉之不僅困難。設如此規定。人智有限。終難網羅。況隨世之變遷。生種種之新事實。欲置明文。畢竟不能。雖然。毫無標準。任裁判官及各法律家。各據所見而下解釋。未免有歧出之虞。是不可不通於一切之行爲。設一定之標準。此所以特設本條之規定。以示其標準也。

所謂保存行爲者。乃保存物與權利必要之行爲。此行爲之包含於管理行爲中無疑。例如爲管理某家屋之總代理人者。因壁之破損。虞家屋漸次朽廢。修繕其壁。即保存行爲也。何者。不修繕。則其家屋舊體不能存也。如其他不動產上之權利。不登記之。則不得對抗第三者。而登記之。亦保存行爲也。又如本人方從他人讓受債權。而即旅行爲其旅行中管理財產之總理代理人。因欲其債權之讓受。得對抗第三者。而求債務者之承諾。或使通知於債務者。是亦屬於保存行爲。爲不必疑也。

關於二之規定。往往惹起爭論。且其適用多誤。即管理行爲中有謂不含以改良爲目的之行爲者。然此學說不過少數學者之意見。據一般之說。則以利用及改良爲目的之行爲。共包含於管理行爲中。特不過有制限耳。蓋管理者。在圖財產又權利之利益。故不僅保存行爲。例如以所有家屋者言之。所有者自不住其家屋。而託人管理。其管理非僅保存已也。若有相當之借主。貸與之。收其賃金。亦管理普通之方法。而爲其賃貸。則非保存行爲。而屬於利用行爲。何則。以有利益而使用之者也。其次改良之事。不包含於管理行爲中不謬。試舉其理由。(一)管理他人之物及權利者。雖依於舊體不損失之方法而保存之。依於現在有利益之方法而使用之。爲他人代理人之責務。可謂已盡。故使加良好之事。非包含於「所謂管理」中。(二)若許代理人爲改良行爲。却生弊端。何則。改良者。絕對使物良好者也。然甲見爲良好者。於乙或不見爲良好。例如於此有一家屋。因其間數少。而其賃價低廉。代理人遂出多少之費用。增加其間數。思便於住居。而借賃有可增加。乃本人者。豫定自住此家屋。因自己之家族少。而間數多者却不便。如此者。將依如何之標準。而定改良之是非。雖價格之增與否。可以爲定。然此則

非賣却者。而爲所有者自欲居住者。直當以所有之者之便利爲良好。反之則不得謂爲改良。故云改良行爲。非包含於管理行爲中也。此說雖有一理。但可爲例外。從一般之經濟觀之。增其物之價格者。即適於事之宜。常可滿所有者之意。故於適當範圍內。以許代理人爲改良爲穩當。是以多數之學者。以改良加於管理行爲中。日本新民法。遂亦從之也。然而利用改良之行爲。不可無制限。例如付於利用。因察現時家屋之價格高騰。思賣却所管理之家屋。而買入株式（股票）可忽得三倍之利益。遂冒險爲之。乃至後日反其豫想。大見損耗。則本人將受非常之損害。此雖爲利用行爲。而因無制限。遂有此弊也。又改良亦有程度。例如此有一金塊。不爲保存。而以之造指環。或製造其他之器具。希望增其價格。乃或者合算金塊之價與工作料。却減其價格。此則改良行爲。而無制限之弊也。其他如公債證書之記名券。改爲無記名券。雖以增融通之便。得云改良。究竟無記名券。雖流通便利。而極危險。不若記名券之難流通而危險甚少。故普通之管理人。不許爲之。至若賣甲會社之株式。而換乙會社之株式。無論爲利用或改良與否。不得許之。是皆一時見有利益。後之利害。未能容易判別。最危險之事也。

右所揭諸例無他。皆變其性質者也。更以屬於不變其性質之範圍內者。略示一二例。如存金錢於銀行。屬於物之利用範圍之管理行爲也。或曰是保存而非利用。梅博士謂貯藏於金庫。則僅爲保存。存於銀行者。其目的在圖生利。則實爲利用。惟不變其性質。故可爲管理行爲。而學者從嚴格之理論言之。則存金錢於銀行。即對於銀行得債權。畢竟已變爲權利之性質。是不然。何者存於銀行之金錢。雖非止保存。而無論何時可以取用。與保存無異。故不爲變金錢之性質也。又權利之利用如何。例如公債證書。非紙片自體。有價值。惟表明其證書爲權利自體。而有價值也。然公債證書。猶如金錢。可爲消費寄託。即於銀行得隨意使用之。而同時爲請求時。得返還同額之公債證書之契約。是於不變權利之性質之範圍內。而爲利用者也。若關於改良者。例如器具之污穢及粗惡者。研磨之或加相當之裝飾。此有利而無害。故可許管理人爲之。惟因不注意。其行爲却加害於本人者。管理人不得辭其責耳。對於第三者固不可謂生効力。是於不變物之性質之範圍內。而改良者。此外權利之改良實際上甚少。例如有「債權債務者至期不能辨濟。然如一年後可辨濟。於是使立保證人。使設定抵當權。或原無

利息將來使附相當之利息。如此者皆不外權利之改良也。要之當事者未以契約明定代理人之權限。單委任爲代理人。或於法律某種之代理人。不定有如何之權限者。則皆從第百三條之規定也。

關於代理人之權限。尙有二個之問題。

第一、復代理之問題

所謂復代理者。有一人之代理人。其代理人之下。復置一人之代理人是也。即本人與代理人之間。有代理關係。而代理人與復代理人之間。又生一代理關係者也。或誤解之曰。甲者以乙爲自己之代理人。乙者不爲甲之代理人。而以丙爲自己之代。即謂復代理人。然。是非復代理。而代理人之變更也。換言之。則非甲與乙之間。生關係。乙與丙之間。又生關係。乃絕甲與乙之關係。而以甲與丙之關係代之也。亦誤甚矣。

(甲)復代理人之選任。代理人得選任復代理人與否。從來學說立法例。皆多歧出。在日本舊民法。以得選任爲原則。在舊商法。以不得選任爲原則。蓋從代理之性質言。舊商法之主義。是而舊民法之主義。非何者。代理者。因信用其人。而與以代理權。故以非

其所信用者而代之。實違其與代理權之本旨。雖然從實際之便宜論。舊民法之主義。是而舊商法之主義。非何者。代理人者必一切皆一身爲之。其負擔頗重。而於實際甚難。況世運日進。交易日繁。代理之需要日益加多。必漸至感其不便。故據梅博士所信法律之傾向。將漸漸取舊民法之主義。然在新民法。姑依代理之性質。於因委任之代理。採用舊商法之主義。惟於法定代理。於裁判所選內亦含之。採用舊民法之主義。故第四百四條。先於委任代理。而規定其原則。其條文曰。『因委任之代理人者。非得本人之許諾時。又非有不得已事由時。不得選任復代理人。』此規定者。即原則不得選任復代理人。惟例外「得本人之許諾者」可選任之也。蓋因委任之代理人者。以委任者之意思而定。故得委任者之許諾時。得選任復代理人。又有不得已事。亦得選任者。例如大店舖。委任於一人。到底一人不能支配。縱令不得主人之許諾。得使用相當之番頭或手代。其位次稍亞於番頭。委以自己之代理權之一部分。惟於此時。以經主人之許諾爲穩當。若主人不在。即不在其地之意。或有疾病等。不能發表其意思。即不得已。不妨以自己之隨意。選任復代理人。或於訴訟事件。代理人不通曉法律。依賴

於辯護士而爲復代理人亦實所不得已也。

委任代理人。因上之理由而選任復代理人時。果負如何之責任。於此問題。往往有議論。在舊民法許一般可置復代理人爲原則。故代理人者於復代理人之行爲。不可不與自己所爲負同一之責任。然於新民法。一般不許之。得選任復代理人者。特限於得本人之許諾。或有不得已之事由。故其代理人之責任。不能使甚重。故於第五百五條第一項輕減其責任曰。『代理人者於前條之場合。而選任復代理人時。付於選任及監督。對於本人而任其責。』即當於初任復代理人。不可不選定適當之人。且於復代理人。不可不十分監督之。若怠之時。代理人者。對於本人不得辭其責。然本人指名復代理人使選任之之時。於其選任代理人。毫不負責。何者。乃本人自信任其復代理人。而非以代理人之責任而選任之也。即於第五百五條第一項規定之曰。『代理人者從本人之指名而選任復代理人時。非怠於知其不適任又不誠實而通知於本人。又解任之者。不任其責。』依此規定。例如甲者對於乙云。可選任丙爲復代理人。乙者知丙之不適任。又不誠實時。可通知於甲。縱令初不知丙之不適任。至後得知之時。不可不告

於甲。若不違告於甲。其間丙爲如何不可測之惡事時。有解任之之義務是也。

次論法定代理之規定。法定代理人者。以得選任復代理爲原則。正與因委任代理人相反也。此無他。因委任代理人者。若認選任復代理人爲有益時。直得請本人之許可。在法定代理人。不能得本人之許可。假令認爲有益。無由求其許可。然法定代理者。多爲總括的一人而處一切之事。頗多困難。故不得不採用與因委任代理正反對之原則也。故第百六條曰。『法定代理人者。得以其責任而選任復代理人。但有不得已事由時。僅負前條（即百五條）第一項所定之責任。』依此規定。法定代理人者。得自由選任復代理人。故其責任亦從而不得重。即不僅復代理人之選任及監督任其責。而其復代理人所爲一切之行爲。不可不恰如自己所爲而負其責任。不然。法定代理人濫選任復代理人。而計欲免其責。其弊不堪言也。但有不得已之事由時。則無比委任代理可重負其責之理由。故如前條第一項所定惟僅付於代理人之選任及監督而負責任。此例外正與委任代理之原則同也。

(乙)復代理人之効力。此頗屬於困難之問題。學者間大有所議論。據梅博士所信。則

理論上復代理之字義常爲代理之代理。例如甲者委任代理於乙，或乙者爲甲之法
定代理人時，甲之代理人即乙也。而乙更選任丙爲自己之代理人時，丙者非甲與乙
之兼帶代理人乙之代理人也。然乙者非以自己之名義使用丙爲代理人自己者以
甲之代理人之資格更使丙爲自己之代理人者也。故本人與復代理人之間理論上
不生一切之法律關係。然此說於實際上則大不便。何者於本人與代理人之間代理
人所爲之行爲其効力及於本人，又於代理人與復代理人之間復代理人之行爲之
効力先及於代理人，次及於本人。其所生結果實極煩雜。蓋乙之行爲固直接對於甲
生效力，而丙之行爲則可以直接對於乙生效力之結果一轉而對於甲直接生效力。
此則於理論上亦得其當，而從實際之便宜上言則必不可不若此。例如丙者從他買
物品，其權利先移於乙，更從乙轉爲甲之所有物，於種種之點不分。故梅博士排斥之
而信本人與第三者之間復代理人之行爲之効力爲直接及於本人，又本人與復代
理人之關係如無乙者直接於甲與丙之間爲有權利義務之關係也。例如於代理人
爲某人爲某行爲，於其行爲所要費用當求其償還，先從乙受取之，乙更從甲受取。實

多煩雜。在其時且有生不公平之結果之虞。即乙受取於甲而不質還於丙。實際上其事亦多也。故第六一三條關於借貸。有「賃借人者。適法轉賃借物時。轉借人者。對於賃貸人而直負義務」之規定。第百七條基於同一之理由。定復代理人與本人之關係。其條文曰。「復代理人者。於其權限內之行為。代表本人。復代理人者。對於本人及第三者。而與代理人有同一之權利義務。」所謂直接代表本人者。為計實際之便利。前已說明。故復代理人者。「於其權限內。示為本人所為之意思。表示。直接對於本人而生効力。」毫無異代理人所為之意思。表示。但其復代理人者。要於自己之權限內。而行為。例如於代理人有為處分之權限者。若於復代理人。僅與為管理行為之權限時。其復代理人於所為處分行。為不能適用此條之規定。

從純理言之。復代理人對於第三者。與代理人有同一之權利義務。殆無所疑。而對於本人者。則頗多疑問。然若不與代理者有同一之權利義務。是頗於實際不便。且一旦以復代理人為直接代表本人。而對於本人之權利義務。不與代理人等。亦失權衡。故不能不基於便宜規定之。例如代理人之權限。若從委任生者。復代理人對於本人。得

行使其從委任所生之權。亦即負受任者所負之義務也。

第二、爲相手方代理及雙方代理之問題。

大凡代理人者必要一意專心計本人之利益者也。若爲代理人而與自己爲同一之法律行爲時計自己之利益則恐害本人之利益計本人之利益則於自己恐生不利益之結果。於此時欲利己則損人欲利人則損己。代理人者頗立於困難之位置。又若同時爲當事者雙方之代理人者其困難亦同。蓋欲盡此方之代理之責任而計其利益勢不得不怠他方之代理之義務而損其利益。故二者皆不若明以法律禁止之。不許其兼當事者雙方之資格之爲愈也。第百八條曰：「雖何人不得於同一之法律行爲爲其相手方之代理人。又爲當事者雙方之代理人。但在於債務之履行者不在此限。」

如上所論。以一人而兼利益相反之當事者雙方之資格。於實際上實不便。故原則禁止之。若於同一之法律行爲無當事者雙方之利益相反之虞。亦許兼雙方之資格。故右之規定。復有但書之例外也。蓋債務之履行爲債權者爲利益爲債務者亦爲利益。是

以一人而兼兩者之資格。毫無弊害。何者。債務者不爲其債務之履行時。受強制執行。又被請求損害賠償。或不可不負擔訴訟費用。故債務之履行大抵爲債務者之利益。而其間無利害之衝突也。(民法五七、八八、八九、九一、五、商法一七六參觀。)

第五項 第理權之消滅

第一原因

代理權消滅之原因者。視代理權發生之原因如何而有所異。例如未成年者之法定代理人(後見人)之代理權。或因被後見人達於成年而消滅。或因後見人被免黜而消滅。或後見人辭其任務而消滅。又禁治產者之法定代理人(後見人)略因同樣之事由。消滅其代理權。而其最普通之消滅原因。爲禁治產之取消。其他不在者之法定代理人(管理人)於不在者歸宅時。或受失跡之宣告。而認死亡者等。其代理權消滅。而代理權發生最普通之原因。因委任而生。代理者因委任契約之終了而消滅。又或因經過當事者所定期間而消滅。或因委任之目的事務終了而消滅。其他因契約之不履行而消除。亦爲代理權消滅之原因也。而此等之特別事項。各於其項所有

規定。例如關於後見人。親族編有規定。於不在者之財產管理。人既於本編之初論之。又於委任債權章契約之部有規定。再如相續財產之管理人。則相續編規定之。故於此等之事項。不在此研究之限。此者。惟於代理權消滅之一般原因說明之。代理權者。由如何之原因不問。必有可爲其消滅原因者。即第一百十一條第一項規定曰。『代理權因下之事由而消滅。一、本人之死亡。二、代理人之死亡。三、代理人之死亡。禁治產者之破產。』此等之原因。如何種類之代理。亦適用者也。

(一)關於本人之死亡。以法定代理而言。例如被後見人死亡時。雖其相續人未成年者。尙要後見人。而前後見人。非當然當其任。不可不更選新後見人。又在委任代理。乃基於信用。故依第六五一條。雖委任者之生存中。至不信用受任者時。無論何時得解除其委任。況於委任者之死亡。其相續人者。不必要前受任者而使繼續其任務。從委任之性質上觀。寧因委任者之死亡。委任之効力。當然消滅也。是第六五三條特有明文。固不容疑。然僅定委任契約終了之原因。而關於代理。必別要規定。此所以有右第一項之規定也。然於此規定。有爲反對之說者。據其說。則於委任代理者。如在商法。以本

人之死亡。不爲代理權消滅之原因。爲穩當。何者。委任者。乃對於受任者之委任之信用。非使代理其人。乃使代理其人之事務。故縱令委任者死亡。而使消滅其代理權。頗不得當。蓋商法之規定。以此說爲便利。何則。於商業上之代理。例如某商店之主人死亡後。其商店以相續人之名義。繼續商業。其爲商店之代理人者。因主人之死亡。至爲代理權消滅。而袖手旁觀。必多釀不利益。而於當事者之意。亦必不欲使生如此結果。又從一般之經濟上觀察。使到如此結果者。有害無益。故於商法因實際之便宜上。不以本人之死亡。爲委任代理權消滅之原因。是商法第二二六八條所規定之明文也。雖然。在民法之規定。得今日實際交易上之慣習觀。尙失於早。故不與商法採同一之主義。

(二)代理人之死亡。爲代理權消滅一般之原因。略與本人之死亡。爲同一之理由。蓋於委任者。常因本人信用代理人而委任之。即因本人信用。其代理人之性質及伎倆者。也。例如選精通法律長辯才之人爲代理。其代理人死亡。有相續人而暗於法律。乏辯才時。到底不能代死者而辨代理之事務。隨而以代理人之死亡。爲代理權消滅之原

困者。比以本人之死亡爲代理權消滅之原因。其理由更覺切實。故外國學者皆不聞有反對此理由之時。若於法定代理者。代理權因代理人之死亡而消滅。最爲當然。而不必別要說明也。

(三)關於代理人之禁治產。又破產者。有多少不同之理由。夫代理人者。雖受禁治產之宣告。依然生存。破產者亦然。於理論上。雖似可不爲消滅代理權之原因。然究以爲消滅之原因爲穩當。蓋代理人已受禁治產之宣告。事實上爲本人之代理人。常不能爲法律行爲。雖依第一百二條「代理人不要有能力」然當初委任代理。受禁治產之宣告者。爲代理人。固有効。若初定之代理人。原爲完全有能力者。後日受禁治產之宣告時。其事情自不得不異。故必爲代理權消滅之原因也。而於法定代理人。禁治產者。不得行代理權。更不待言。又受破產之宣告者。法律上全失信用者也。而委任代理者。因信用其人。若受破產之宣告者。依然使爲其代理人。未免反於委任者之本意。且破產者。對於一切自己之財產。喪失其處分及管理權者。則欲爲他人。爲某行爲。第三者亦必不肯與共爲之。何者。破產者殆失財產上之人格者。與之爲交易者。蓋稀也。是以第

六五三條有「受委任者。因受任者破產之終了」之規定也。至若法定代理。於此等事。往往置特別之明文。即付於後見人禁治產者。又破產者。無爲後見人之資格是也。其他特種之法定代理人。亦有設特別之規定者。若無特別之規定者。不可不適用第一百十一條之規定。例如不在者之財產管理人。又相續財產之管理人。受禁治產。又破產之宣告時。其代理權消滅不待論。蓋當於裁判所特定代理人。法律上無人格者。斷不選定。一旦已選定之代理人。受此等之宣告時。必不得繼續其任務也。

關於此。又有一問題。即於代理人以其禁治產及破產爲代理權消滅之原因。若於本人生同一之原因時。亦認代理權之消滅否乎。請於左解答之。

(一) 第一百十一條前項之規定。雖適用於一切之代理權。而關於委任之部。尙有特別之規定。此規定者。實際上可云僅適用於法定代理耳。而本人受禁治產之宣告時。於法定代理權無消滅之理由。例如破產者。有破產管財人之法定代理人。若破產者於破產中瘋癲後。受禁治產之宣告。而破產管財人之權限。即當然消滅。實無所謂。又例如不在者之財產管理人。其不在者。於他地瘋癲。受禁治產之宣告。而舊住所財產管理

人之權限。突然消滅。頗生支障。又若禁治產者。有受破產之宣告時。例如禁治產者從事商業。而後見人管理其店舖。儻後見人無過失。或因他故。商業受非常之損害。至不得已受破產之宣告。此時而後見人之任務。當然終了。却大不便。因以上之理由。故前項「本人之死亡」之下加「禁治產又破產」之文字也。

(二)關於委任者。何故第六五三條「委任者又受治者之死亡。或破產而終了」僅以本人之破產爲委任終了之原因。而不言本人之禁治產。此時破產與禁治產果有如何之區別也。蓋委任原基於信用。委任者破產時。受任者不得復信用之。若欲從本人受償還各種之費用。必難全部償還。受任者頗多困難。故不若以委任當然消滅爲穩當。再從本人思之。本人既破產。則其業務中止。故代理權亦共與之解除。多所便利。是與以本人之死亡爲委任終了之原因。又爲代理權消滅之原因。同一理由也。然則本人之禁治產。在委任。何故不爲代理權消滅之原因。無他。本人雖無能力。財產上不至大受影響。而其業務不必中止。又本人雖受禁治產之宣告。償還費用等。從禁治產之財產中得受之。故本人爲禁治產者。代理人無主張代理權消滅之理由。又從本人言。代

理人者。乃於未受禁治產之宣告前所信任。故不得因本人爲禁治產者而當然解其任也。

總之委任代理權之基於委任。固不待言。委任終了。則代理權即不能獨存。自然之理也。第百十一條第二項曰：「此他因委任之代理權。因委任之終了而消滅。」

第二結果

以理論言。由何原因消滅其代理權不問。其消滅常絕對生其効力。換言之。則代理權之消滅原因一生。無論對於何人。可看做其代理權消滅。此原則當如是也。然不可不認例外。蓋保護善意第三者之必要也。即不知代理權之消滅。而與代理人爲交易之第三者。法律宜保護之也。第百十二條曰：「代理權之消滅。不得以之對抗善意之第三者。但第三者因過失而不知其事實時。不在此限。」大抵代理權之消滅原因。第三者往往不知之。而仍與代理人交易者。事所有也。若其法律行爲無効。則第三者必蒙不慮之損失。而皆將不敢與代理人爲交易。是所以必有右之規定也。但因第三者之過失。則不要保護。例如本人之死亡。對於第三者已發通知。因第三者受取其通知

書。怠於披見。而不知其事實。此則全因自己之過失。其與代理人所爲交易。故縱令善意。亦不受法律之保護也。

或曰。第一百十二條之原則。爲保護第三者之規定。雖爲必要。而同時本人亦不可不保護之。然使本人者。既信代理權之消滅。而舊代理人所爲之行爲。仍不得不負其責。頗謂迷惑之至。蓋如代理人死亡者。雖無危險。若代理人因有不正行爲。而解委任之後。尙以本人之名義。而與第三者爲交易。如云有效於本人。甚不利益。雖然。此寧犧牲本人之利益。而保護第三者之利益。其理由有二。第一從公益上論。非有保護善意之第三者之規定。則其代理權何時消滅。不可知。第三者不得安心。而與代理人交易。第二從公平之點觀察。代理人者。本人自己之所信用。而非第三者好與代理人爲交易也。故使用代理人。本人之責任自重。其代理權之消滅時。不可不以種種之方法。必使第三者知之。而爲法意。若非第三者之過失。而不知其事實。則本人不得不負其責。故第一百十二之規定。最得其當。是以各國皆無不設同樣之規定也。

第六項 無權代理

關於此問題者。無代理權者爲代理人。或代理人越其權限而爲某行爲時。可生如何之結果之問題。是也可分二端說明之。

第一絕對無權

所謂代理人者。於其權限內之行爲。有代理之資格。出其範圍則非代理人也。從理論上言。代理人越其權限所爲之行爲。全無効。況非代理人者之行爲也。故無代理權者之行爲。非有特別之明文。則其法律行爲。不得不謂全然無効。雖然。吾稱代理人者。因某種之理由。欲爲其法律行爲。且相手方亦有與本人爲某法律行爲之意思。故其法律行爲。認以適於本人之意。使成立之。蓋法律者。非僅貫徹理論。以能了事。須求實際之便利。設其規定。故各國法律。雖有多少差異。而無不採用便宜法。日本民法。倣德國民法於第一百十三條。乃至第一百十八條。關於此設特別之規定。認本來無効之行爲。得爲有効。即有本人之追認時是也。因之。別契約與單獨行爲。請分論之。

(甲) 契約

無代理權者所爲之契約。而有効與否。實因追認之有無耳。請先言追認。

(4) 追認之必要。及追認之方法。於第百十三條規定之曰。「不有代理權者爲他人之代理人而所爲契約。非本人爲其追認。則對之而不生其効力。追認又拒絕。非對於相手方面爲之者。不得以之對抗相手方。但相手方知其事實時。不在此限。

從純理言。非眞代理人。其所爲契約。對於本人無何等之効力。雖然。從實際上思之。某者既稱爲本人之代理人。而爲其契約。相手方亦信某者爲本人之代理人。而與共爲契約。故本人若認其契約而合於自己之意思時。即看做如有代理。亦於何人無害。若其契約全然無効。則爲代理人所爲契約。及相手方皆有受損害之虞。是所以必有本人追認其契約。即如有代理而生充分之効力之規定也。

至若追認之方法。本人於右之契約。欲追認又拒其追認者。必不可不對於相手方面爲其意思表示。若對於相手方不爲之時。則其追認又追認之拒絕。不得對於相手方面而有效。而本來無効之契約。將生充分之効力。或因追認可生効之契約。將永爲無効。且相手方至失第百十四條百十五條所定之權利。頗缺穩當也。但相手方既由自稱代理人之通知。或因其他之方法。知本人有追認或拒之之事者。不在此限也。

以上不僅關於全無代理權者。其踰越代理者。亦可適用。惟第一百十條所定者。不在此限。

(口) 相手方於催告追認之權利。依前條之規定。自稱代理人所為契約。本人追認之。全然有效。然追認與否。無一定之時間。無確實之足認。其契約之効力。終不確定。而相手方於其契約。不知畢竟可生效力與否。頗立於不能安心之位置。其不利益。可想於是立法者特為保護於第一百十四條規定之曰。『於前條之場合。相手方得定相當之期間。催告本人於其期間內。確答追認與否之旨。若本人於其期間內。為確答時。看做拒絕追認。』此種之規定。民法中多見。商法中亦往往見之。即不外使事迅速一種之便法。而關於無能力者。有類似之規定。即第十九條是也。而其異者有二點。(一)於第十九條。其期間為「一個月以上」。於本條則為「相當之期間」。相當云者。因場合而異。其長短。或因契約之性質。或因距離之遠近。而其期間。必由相手方而定。若本人認為不相當時。可依裁判所之認定而使之。在第十九條。立法者以保護無能力者為主。故其期間。僅定一個月以上也。(二)茲云「若本人於其期間不為確答時」。第十九條則云

「不發確答時」即本條之意。其確答，從到達於相手方時，生効力。而第十九條之意則在期間內發確答可也。此差異亦與前爲同一之理由。即彼則特爲保護無能力者而設。此則爲保護相手方而設也。(三)第十九條無能力者於期間內不發確答時，看做追認。無能力之行爲爲絕對有効。而於本條不爲確答時，看做拒絕追認。蓋於本條以本來無効之行爲看做拒絕追認，其行爲無効爲當然，亦不得謂於本人有利益。而於民法之主義無能力之行爲非本來無効，故以追認爲當然。是其行爲之性質上，所不能不然而總之無代理權之行爲原不能成立。不過基於實際之便宜特使成立之耳。故若無確答時，從本來之性質自應無効而不能不與第十九條異也。

(八)相手方於未追認時之權利。此問題者即相手方果由於契約而羈束之與否是也。從理論言有可羈束之理由於實際上則羈束之實大不便。因此趣旨。第百十五條設規定曰：「不有代理權者所爲之契約於無本人之追認間從相手方得取消之。但契約之當時相手方知無代理權者不在此限。」從前條觀之相手方寧希望本人之爲追認。又到底本人不能追認者則始希望本人之速爲拒絕。於本條反之乃相手方

不欲契約成立之規定也。蓋自稱代理人所爲之契約。法理上全無効。因認本人之違認權而成立。或因本人尙未拒絕其追認。不可不假認爲成立。故若於相手方不欲其成立時。即可取消之。蓋本來契約不得謂成立而於本人未爲追認之時。相手方毫不可因其契約而羈束。無論何時得取消其契約也。但契約之當時。相手方知自稱代理人無代理權時。乃相手方自欲結此不完全之契約。故於本人未表示追認與否之意思間。不得使相手方濫取消其契約爲至當。是本條所以必有但書之規定也。

(二) 追認之効力。從純理言。法律行爲。雖僅於將來有効力。然於本人所追認者。若從其追認之日。爲契約成立。則從契約之時。至追認之時。本人與相手方之間。視爲如無何等之關係。而所生結果。往往返於當事者之意。例如從契約之日所生之果實。皆歸相手方之讓渡人。所有讓受人之本人。從追認之日。始得其果實。是殆非認從前之契約。而與結新契約者無異。此豈當事者之意乎。故第一百十六條有規定曰。『追認者。無別段之意思。表示時。遡於契約之時。而生其効力。但不得害第三者之權利。』此規定者。畢竟法律之假定。而遡於其初無効之時。而生効力者也。故因之不得害第三者之

權利。例如相手方於契約之後。以其目的物之不動產。質貸於第三者。第三者已登記之。假令本人因追認其契約。於當事者間。從契約之時。視同已移轉於本人。則第三者質借權。全不認爲有效。而受害甚矣。

(亦)不追認之效果。此問題者。論相手方與自稱代理人之關係。即定自稱代理人對於相手方之責任也。第百十七條規定之曰。『爲他人之代理人而爲追認者。其代理權不能證明。且不得本人之追認時。從相手方之選擇對之。而任履行或賠償之責。前項之規定。相手方知無代理權時。或因於過失而不知之時。又爲代理人而爲契約者。爲無能力時。不適用之。』

大凡無代理權而爲代理人。以爲契約者。不得謂有大過失。故其相手方信其有代理權。與爲契約。終不得本人之追認者。其相手方因之蒙損害。全由於自稱代理人之過失而生。故自稱代理人對於相手方而負責任。固其分也。雖然。從純理而言。自稱代理人對於相手方。僅當任賠償之責。不能有自履行契約之責。蓋非爲自己而結其契約也。然相手方之蒙損害者。無他以欲有效而所結契約。致歸於無效也。故與其於契

約爲無効而生損害之後。以不確實之賠償之方法而使償之。寧使爲代理人者。任履行之責。而不令相手方生損害之爲優也。是於本條所以與相手方以或從普通之原。則求損害之賠償。或對於自稱代理人。求履行本來無効之契約之選擇權也。

或曰。相手方者。受契約之履行。固其所欲得也。對於自稱代理人。常使任契約之履行。可耳。何必要與以選擇之權。曰。不然。相手方者。因於時事。以寧得損害賠償爲愈者。亦常有也。例如契約之目的物。俄然下落。若相手方受其履行時。却招損失。於此時。則寧使爲損害賠償。僅償契約之費用。而不求履行其契約之尙有利也。

以上者爲保護善意之相手方之規定也。若惡意之相手方。則不能利用此規定。即令相手方善意。而因於過失。不知自稱代理人無代理權時。亦不得援用右之規定。例如自稱代理人。當欲爲契約。已通知非從本人受委任。相手方因疏漏。僅見契約之申込。而未見無委任之記載。是其類也。若相手方證明因於自稱代理人之過失。而蒙損害時。其自稱代理人不可不任賠償之責。則不待論。

以上所論。自稱代理人者。乃其自己之行爲。而有負擔債務之能力者也。若某者無有

爲自己而爲契約之能力時。其所爲契約。即因於爲自己而生之債務。猶得取消。故因於爲他人所爲契約而生之債務。自無負擔之理由也。

右者。自稱代理人。乃假定其不有代理權者。假令其有代理權。未能證明而本人不追認其契約時。對於相手方。却與不有代理權者無異。但若對於本人。得證明其代理權時。則對其本人。有求償權。又不待言也。

(乙)單獨行爲。

以上所論者。關於契約者也。而於單獨行爲。常不能適用同一之原則。無他。契約者。雙方之意思合致而成。相手方者。於其所爲行爲。有同意者也。故自稱代理人及相手方。皆因之而負責任。實爲當然。單獨行爲者。僅因一方之意思而成。立故他之一方。得云毫不知之。即不然。亦於其行爲。非有同意者也。例如自稱代理人。對於第三者而爲催告之通知。後日有本人之追認。則其催告。於相手方。可生不利益之結果。在本人。雖頗便利。而在相手方。則甚迷惑。故單獨行爲者。不能適用以上所論關於契約之規定。而第一百十八條。因特別規定曰。『付於單獨行爲者。限於其行爲之當時。相手方於無代

理權之稱代理人者而同意爲之。又不爭其代理權時。準用前五條之規定。對於不有代理權者。得其同意而所爲單獨行爲時亦同。即（第一）相手方於其行爲之當時。知自稱代理人者之無代理權。而於其所爲行爲有同意時。（第二）於自稱代理人知其無代理權與否。不問。當於自稱代理人爲其行爲相手方不爭其無代理權時。以此二者爲限。而準用如上所述關於契約之規定。蓋於此等時。相手方已明示又默示而承諾自稱代理人所爲之單獨行爲。甚至自慫慂之者。故與自稱代理人所爲契約毫無異也。此猶就自稱代理人所爲之單獨行爲論也。若相手方得自稱代理人之同意。對之而爲單獨行爲時。亦自不得不同。

第二、踰越權限。

依百九條之規定。本人於其代理權之範圍內任其責。則代理人越其權限所爲之法律行爲。全爲無代理權所爲者。可知。故於此行爲。毫無代理關係。本人可不要負其責。雖然。若第三者有足信代理人有其權限之正當理由時。非使本人負其責。而保護第三者。則不能期交易之安全。例如代理人於從來所爲同種之法律行爲。本人嘗認

之而不拒其履行者。又如慣習上同種之代理人。皆可信有其權限者是也。故第一百十條特設規定曰。『代理人者於其權限外所爲之行爲。第三者有可信其有權限之正當理由時。準用前條（百九條）之規定。』此規定者與第百九條出於同一之精神。而爲保護善意之第三者而設也。或曰。第三者雖有信其有權限之正當理由。不得不謂出於自己之疎漏。蓋與代理人爲法律行爲者。必先調查其權限而後爲之。此時則第三者有不爲調查之過失也。反之則本人不得認有過失。乃保護其有過失之第三者。却不保護無過失之本人。頗不得其權衡而實不然。第三者與代理人爲法律行爲。必一。一調查其權限。實際上不堪其煩。故如前例。第三者不知代理人之無權限。不能認其過失。反之而本人選任不守權限之不誠實之代理人。不得云無過失。故寧保護第三者。使本人負其責而得交易安全之爲當也。以有此理由。此規定之主義。各國皆採用之。（其有無正當之理由。大半依裁判所定之）。

第五款 無効及取消

無効及取消之語。雖一般所常用。而其意義常不能明。此不可不嚴爲區別者也。大抵

法律行爲之無効者（又云不成立）恰如不具生活必要之機關之人體到底不能生存者也。法律之可得取消者（舊民法做法國之例，亦謂無効，其文字頗不當，與前者有混同之虞，於新民法謂爲可得取消）恰如病體其因疾病雖畢，竟死亡不可測而今則尙生存者也。至其詳細請以下分別說明之。

第一無効之法律行爲

無効之行爲既如所述，法律上全不成立，故不問何人得主張其無効，又依原則無論何時得主張其無効，而於此並不得爲追認。蓋可得取消者雖有瑕瑾可除去其瑕瑾而不成立者則全無者不得轉而爲有詳言之，則法律上不成立者以當事者之意思不得使成立也。但有一例外，若當事者知其無効而爲追認之意思表示時，法律上則不認爲追認，而看做爲新行爲之意，蓋追認舊行爲與所爲新行爲大有不同，猶之以移轉所有權爲目的之行爲者，其所有權不從舊行爲之時移轉，而僅以新行爲之時移轉，不能認爲同一法律行爲也。此於第一百九條規定之曰：「無効之行爲不因於追認而生効力，但當事者知其無効而爲追認時看做爲新行爲者。」

依舊民法。與本條之規定相同。可生同一之結果。在舊民法。認自然之義務。蓋從無効行為發生之自然義務。而追認之者。得爲法定義務也。所謂自然義務者。非追認其追認前之法律行為。追認從其行為所生之自然義務耳。然從無効行為生自然義務者。不甚多。故新民法不認之。而所謂新行為者。爲純然之新行為。法律上與舊行為不得視爲有如何之關係也。

第二可得取消之法律行為。

所謂可得取消者。乃法律上真正能成立且能發生效果之法律行為。因有瑕疵而可得取消者也。關於取消原則。總則編中。別節多設規定。總則編及他編。亦多有例外之規定。例如無代理權者所爲之法律行為之取消。第一百五條有其規定。前已述之。而害債權者之權利之法律行為。即依於所謂廢罷訴權。而得取消者。第四百二十四條規定。之。又不以書面贈與。而從各當事者得取消者。亦有特別之規定。茲所論者。則關於取消一般原則也。

(甲)有取消權者。關於可得取消之法律行為一般之原則。僅爲依於取消權而受保護。

者之利益得爲取消。從他人不得請求取消。而於取消權之行使。附五年之時効。且有取消權者。得爲追認。爲追認時。則可得取消之行爲。即可爲完全之行爲。而究何人可得取消其行爲者。於第二百十條定之。一曰。可得取消行爲。無能力者。或有瑕疵之意。表示所爲者。限於其代理人。又承繼人。得取消之。妻所爲行爲。夫亦得取消之。一此非規定一切之可得取消行爲。單付於無能力者之行爲。及意思表示有瑕疵者之行爲之規定也。本條之主眼。在得由於取消權。而保護所欲保護之人之權利也。故無能力者所爲之法律行爲。限於法定代理人。（於本條單云代理人者。無他。雖因委任代理人。亦得行其取消權。若僅言明法定代理人。則因委任代理人。即有不能保護本人之虞。）又承繼人（承繼人有包括承繼人。特定承繼人之別。所謂包括承繼人者。包括受遺者等之資產與負債。爲其全部或一部之承繼是也。所謂特定承繼人者。讓受某權利或引受某義務者是也。於本條則以讓受取消權爲主者也。）得取消之。有瑕疵之意思表示者。即因於欺詐。又強迫之意思。表示其受欺詐及強迫者。亦限於代理人。又承繼人。得取消之。蓋立法者爲保護受欺詐及強迫者之利益。故許其所爲之法律

行爲得取消也。至若妻所爲之法律行爲。許夫得取消之者。蓋立法者爲保護夫權之意也。或曰。若然。別妻所爲行爲。夫皆可隨意取消。夫權未免過重。似與立法者凡人皆有平等權利能力之旨不合。而實不然。夫妻之權並重。則一家有二主矣。家有二主者。其家必不和。故重夫權者。重一家之整理耳。一家整理。則夫妻可同受其利益。非故剝奪妻權也。立法者特爲家庭謀和平計。實不得不若此耳。

依上所述。無能力者又意思表示有瑕疵者之相手方。不得取消其行爲。明也。蓋是等者。毫無受法律保護之理由。無能力者之相手方。非爲不注意者。則爲謂騙無能力者。而博不當之奇利。至詐欺者之爲惡意。不待論。而強迫若出於相手方時。又其最惡者。故寧不保護之也。

(乙)取消之効力。如上所言。行爲固得取消。其取消之効力。始於何時。亦一問題也。故於第百二一條規定之曰。『所取消之行爲。看做從初爲無効。但無能力者於因其行爲。而限受利益之限度。負償還之義務。』

大凡可得取消行爲者。於未取消間。全然有効。而生法律上。一切之効力也。然一旦

取消。從初如無此行爲而無異於全然無効。故一旦移轉所有權而復於舊主則如未嘗移轉於他人者。因當事者所生之債權亦如從初未嘗生者。債務者亦如未嘗有債務者。故若當事者因其行爲而所受利益必不可不返還於相手方。例如賣買。賣主從買主所受取之代價。不可不返還之。又買主所受取賣買之目的物。亦不可不返還於賣主也。

以上者。原則也。不能無例外。則關於無能力者是也。蓋無能力者。法律特欲保護其人。與以取消權者也。故要因其取消而毫不受損害。若爲無能力者。而從右所述。取消其法律行爲。即同時有悉返還所受取者之義務。則其所既消費者更不得不以己所有者償返之。至蒙多少之損害。是於法律欲保護無能力者。而與以取消權之趣意。不能貫徹也。故但書之規定。無能力者。單於因其行爲而現受利益之限度。負償還之義務也。例如無能力者。受取金錢而已浪費之者。不要還償一錢。若消費其半時。返還所餘之半額。足矣。但所謂「現受利益」者。不必要有形之利益。即所受無形之利益。對其利益。亦不可不補償之。例如無能力者受醫師之治療等。是也。

(丙)取消之方法。關於取消之方法。或謂取消者。必不可不請求於裁判所。外國如此。例者亦不少。(舊民法採此主義)竊謂此乃不必要之手續也。單從取消權者爲意思。表示即得行其權利者也。故若無相手方者。以如何方法得爲之。例如依於廣告之行爲。無相手方者。對於何人。亦可表示其取消之意思。苟其意思得認爲確定之事實。則可耳。雖然。若其行爲之有相手方時。(而法律行爲常有相手方)則表示其取消之意思。必當對於相手方爲之。此則第一百二三條所規定者。「可得取消之行爲於相手方確定之場合。其取消又追認。依對於相手方之意思表示而爲之。」是也。相手方之有確定者。例如買賣。賣主欲取消買賣契約。其取消之意思。爲對買主爲之。又如相手方有數人者。非對於各人而表示其意思。則不得對於全體而取消。惟僅對於受其意思表示者而取消之耳。而因於一部有取消。不能達法律行爲之目的時。則從他之相手方。得請求其解除。至於追認。則與所論取消者無異。

(丁)取消權之消滅。關於取消權之消滅。有二原因。

(1)因追認而消滅。夫取消權者。因欲保護權利者之利益而與之也。若自以不取消。

爲有益。則其取消權，即可以自己之意思而拋棄之。此行爲名曰追認，乃不認取消之行爲，而追認所取消之法律行爲也。

請先言追認之效力。追認者，追認前所爲之行爲，而拋棄其取消之權利者耳。非有取消權者，不得爲追認。當然也。前所取消之行爲，即爲今所追認之行爲。前取消有何等之效力，今追認即同有何等之效力，亦當然也。此於第百二二條規定之。「可得取消行爲，所揭於第百二十條者，爲追認之時，看做從初有效，但不得害第三者之權利。」此所爲追認者，恰如從初無瑕疵而認爲全然有效者也。蓋前所言所取消行爲，視爲從來無効，而拋棄其取消權者，自當視爲從來有效，且因視爲從來有效，而所生法律之結果，毫不受其變更。其行爲故與從初完全成立者無異也。更有例外，則不得害第三者之權利是也。例如於可得取消之賣買，有取消權之買主，於未爲追認前，以前所賣却之權利，更賣却於第三者時，後日拋棄取消權，追認前之賣買，此追認者，毫不可害後之買主之權利。故後之買主所得之權利，法律上爲完全，而前之買主終當失其權利也。

次於追認之要件說明之。此即從何時得爲追認之問題也。於第二百二十四條規定之「追認者，非於取消之原因之情況終止後爲之，則無効。禁止產者回復能力後，其行爲爲已了知時，非於其已了知後，則不得爲追認。前二項之規定，夫又法定代理人爲追認者，不適用之。」

蓋取消之原因爲有瑕疵之存時，假令爲追認，其追認亦有同一之瑕疵，同可得取消之。其追認可云全無効，故必於取消之原因全止後爲之，而後有効也。例如未成年者已達於成年後，妻者於婚姻之解消後，遇詐欺者發見，因其詐欺而所生錯誤，後受逼迫者，其強迫去而全得意思之自由，後始可爲追認，不然則無効也。於禁止產則不能適用此原則者，何也。蓋禁止產者，常失知覺精神，假令精神復常，有取消禁止產之宣告，而於其禁止產中所爲之法律行爲，大都毫不記憶，故僅依於有禁止產取消之宣告，不得爲其行爲之追認，必要了知其所爲之行爲，是固當然之事也。至於無能力者之行爲，夫及法定代理人亦得取消之，即亦得追認之。此追認者，異於無能力者自爲追認，故無論何時可得爲之。如法定代理人於本人之無能力中得爲追認，夫者亦可。

爲主。而於妻之無能力中（即婚姻繼續中）得爲追認。但法定代理人爲追認者。於爲新行爲必要之條件不可不具備。例如後見人賣不動產。要親族會之同意。故追認被後見人所爲不動產之賣却。亦要親族會之同意也。

或問無能力者。於其無能力中。得夫法定代理人又保佐人之同意。得自爲追認否。耶。則曰可也。無能力者。得夫法定代理人又保佐人之同意。得新爲其行爲。故得追認。既所爲之行爲不待言也。

至若追認之方法。自不外意思之表示。有相手方者。必對於相手爲表示。與取消之方法同。於前第二十三條已說明之。今更請言默示之追認。即規定於第二百五條者是也。『依於前條（第百二十四條）之規定。得爲追認時。後於可得取消之行爲。有左之事實時。看做已爲追認。但留異議時者。不在此限。』

一 全部又一部之履行。

二 履行之請求。

三 更改。

四 擔保之供與

五 因於可取得取消行爲而所取得權利之全部又一部之讓度。

六 強制執行」

本條所列舉者。試解說之。第一號所云。例如未成年者。甲從乙爲買物之契約。達於成年後。支拂其物之代金一部。或全部。於乙時。是雖不明示追認。畢竟心中已追認之。而後爲支拂。故法律上看做追認。依其事實。直使生追認之効。而學問上亦云爲默示之追認也。所謂「履行」者。債務者履行其債務。而爲代金之支拂。負債之辨濟是也。第二號之「請求」云者。債權者對於義務者。促其履行之謂。使無追認之意。思則取消者。何又請求也。第三號之「更改」云者。例如前有債務而取消者。今忽以他物作抵。雖不聲明辨濟前債。而其追認之意。思可明也。第四號之「擔保之供與」云者。於已取消之債務。今復立保證人或設定質權之類。第五號所云。則於前買取之物而已取消者。更賣渡或贈與於第三者之類。第六號所云。則於已取消之債務。今忽依於民事訴訟法。編制執行。即差押、強差押、競賣等之類。此等之中。有一事實。即爲默示之追認也。但當事

者特留異議。明言不拋棄其取消權。則不能適用之矣。

茲有一必注意者。即「從依於前條得爲追認時後」之語也。此乃必要之條件。而不可不具備者。故非有前條之要件。後雖生本條列舉之事項。不能適用本條之規定也。

(口) 因時効而消滅。依第二百二十一條之規定。取消者既邇於已往而生効力。然從行爲之時。至取消之時。有莫大之日月。其間可生種種之法律關係。而因於取消。此法律關係皆可取消。因而生意外之損害者。實不少。且此取消者。大抵對於第三者。而有其効。使善意之第三者之權利。盡皆取消。亦多害契約之安全。傷交易信用。立法者有見於此。特設短期之時効。於第二百二十六條規定之。「取消權者。從得爲追認時。五年間不行之者。因時効而消滅。從行爲之時。經過二十年者。亦同。」

凡權利者。於一定之期間內。不行使之則爲消滅。謂之消滅時効。(一六六條以下)其期間爲十年或二十年。而以二十年爲原則。但本條之時効。其取消權者。不得。不。從。事實上得爲取消。其取消權時起算。而事實上。非從得爲追認。其有効時後。則多不得爲取消。故本條之時効。其起算點。在得爲追認時。即從前百二十四條所定之時起算也。

雖然本條所以不依二十年之原則。特定五年之期限者。其主眼在短縮其期間耳。而依時効之通則。乃從得行使權利時起算。此乃從得爲追認時起算。而取消之原因之情態。二十年不能終止者。實常有之。是法律特欲短縮其期限。却陷於伸長之結果。故於本條末段。從行爲之時。即不得取消所爲行爲時。經過二十年者。取消之原因。情態終止與否。不問。因於普通之消滅時効。取消權亦消滅之也。

然關於無効之行爲。何以無時効之規定。亦一問題也。此無他。無効之行爲。法律上全不成立。故其無効者。雖幾十年之後。可得主張之。其効力永無消滅之日也。

第六款 條件及期限附期間

條件及期限皆爲法律行爲之附隨事項。而停其効力。或使消滅者也。請逐序說明之。

第一項 條件

第一 條件之定義

所謂條件者。繫於法律行爲之効力之發生。或消滅。而事實不確定之表示也。此之「意思表示」云者。附帶於法律行爲中之意思表示也。則對於所附帶之法律行爲。非

有別箇之意思表示也。不過爲其行爲之一部分耳。即條件附法律行爲者，非從二個之意思表示所組織。故條件有不法時，則法律行爲之全體無効也。「繫於法律行爲之効力」者，非繫於法律行爲之履行也。蓋謂非其條件成就，則不生完全之効力耳。「事實不確定」者，就客觀的言之，無所謂不確定。當事者自見爲不確定之事實耳。雖早已確定之事實，亦得爲條件之目的，不必要未來不確定之事實也。

羅馬法及法國法系，於條件之定義中，以包含要將來之事實爲備。蓋無謂也。今尊其所據曰：條件之要素，在不確定之事實。若既往及現在之事，皆旣爲確定者，即令當事者不知之，而於自然則已爲確定之事實。故不得以爲條件是非也。凡物之不確定者，惟因吾人自不確定之耳。而從天地之自然觀之，殆無不確定者。例如云「明日將雨」，則其條件，蓋何人所不爭也。雖然從天地之自然言，則明日雨不雨，業爲確定之事實。惟吾人之智識不能確知之耳。又例如有失蹤之人，生死不明者，而甲與乙結契約，以決其人之生死而賭勝負。從天地之自然言，其人之死生，不得不謂業旣確定，而後結約者之眼觀之，則爲未確定之事實。而與不知明日雨否者無異也。故因吾人不確定

之者無以既爲確定不可爲條件之理是以日本新民法斷然破羅馬之舊套雖現在過去之事實得以爲條件而德國學者亦大抵主張此說也

條件有二種。一云停止條件。一云解除條件。所謂停止條件者繫於法律行爲之效力之發生者也。例如甲與乙約。吾代汝買某物。是法律行爲也。確定者也。而附條件云。至橫濱時始代買。是停止條件也。不確定者也。而其法律行爲之效力必於至橫濱之日而後眞發生也。所謂解除條件者繫於法律行爲之效力之消滅者也。例如丙與丁約。吾贈汝千金。是法律行爲也。確定者也。而附條件云。若至大阪時則不贈與。是解除條件也。不確定者也。而其法律行爲之效力必於至大阪之日而後眞消滅也。（但從停止條件附行爲。多生解除條件附權利。從解除條件附行爲。多生停止條件附權利。）總之無論停止條件。解除條件。既云條件必其事之不能確定而成。就與否不知者也。若確知其成就不成。就則無所謂條件也。日本民法第三百一十一條規定之曰。「條件於法律行爲之當時既成就者其條件爲停止條件。其法律行爲爲無條件。爲解除條件。時爲無効。條件之不成就於法律行爲之當時既確定者其條件爲停止條件。時

其法律行爲爲無効。爲解除條件時。爲無條件。於前二項之場合。當事者不知條件之成就。又不成就。準用第百二十八條及第百二十九條之規定。』既如前論。羅馬以來法國法系之法律。不許以現在又過去之事實爲條件。而若當事者。於法律行爲附如此條件者。其効力果云如何。依右之規定。其條件爲停止條件時。於其事實業既成就者。法律行爲爲全無條件者。從其行爲之所生之權利義務。直可爲履行。若於其事實不成就。而業既確定者。看做全無法律行爲。又其條件爲解除條件時。於其事實業既成就者。法律行爲不能從初生效力。於其事實不成就。而業既確定者。其法律行爲完全生其効力。可永久存續。是固當然也。試舉事例證明之。例如爲『今週中某郵船入港。則賣麥粉於汝』之停止條件。附賣買者。若於其契約之當時。該船既入港。是因於法律行爲之當時。其停止條件。既爲成就。其行爲（即賣買）從其時。直生效力。與無條件之賣買無異。又例如爲『今日買汝之麥粉。今週中某郵船入港。則解除賣買』之解除條件。附賣買者。因於該船今日既入港。賣買從今日。失効力。與本未成立。同故爲當然。無効。是第一項之所以規定者也。第二項從前例返觀之。自明也。然前二項者。限於

當事者知其成就及不成就。若不知之時，恰視同成就否未定者，則當從條件成否未定間之權利義務之規定。由此觀之，雖似不以現在又過去之事實爲條件而不知之者，則仍視爲不確定而許之也。若依於羅馬法及法國法系之法律，則當事者雖不知其事實間，亦不得適用條件之規定，則過甚矣。

至若條件方法，有二種主義。一云意思條件，一云法定條件。所謂意思條件者，僅以當事者之意思表示自由而爲之者也。所謂法定條件者，必依法律所特定者而爲之者也。今學者多採法定條件。梅博士不謂然。條件者，原各當事者因於事實以自由之意思而生其結果。雖有法律之關係，而其發生則可與法律無關係，必以法律限定之不當也。

第二 條件之要件

(甲)可能。更分事實上、法律上說明之。

(1)事實上之可能。

所謂事實上可能者，以事實上之性質能成就者而爲條件者也。反之則爲不能條件。

例如訂約往某處。而云「天不雨則往。雨則不往。」此可能條件也。若云「爲月界旅行。爲海底旅行。隔百里之處爲一時間步行到達。」不能條件也。故第三百三十三條規定之曰：『附不能之停止條件之法律行爲者。爲無効。附不能之解除條件之法律行爲者。爲無條件。』夫不能條件者。無効也。故以之爲停止條件。則其法律行爲全不能生效力。蓋不能之事。無論至何時不能成就。故法律即從今看做其法律行爲無効也。若又以不能條件爲解除條件。則可解除其法律行爲之時期。畢竟分明無有故其法律行爲看做爲全無條件。完全不生效力也。

或曰。天下之事。絕對不能者。絕少。惟因人智不及。而見爲不能耳。若以現時之人智。皆信爲不能之事項。忽發明而爲可能者。其條件謂之不能乎。將謂之可能乎。例如體內狀況。從外部不能見者。從來何人所信也。自彼X光線之發明以來。體內之狀況。無不可洞見。若於未發明以前。而以「汝若得見體內之狀況」爲條件。而爲法律行爲。蓋無論何人必曰不能者。然至今日其條件非爲不能可明也。然則其條件謂爲可能否耶。雖然。法律行爲之効力。因於其行爲之當時之事態而定。故於其行爲之當時。其條件

爲不能之事。實則其條件爲不能。其法律行爲可云無効。此說雖頗有味。而於法律之解釋。則未得爲正鵠。蓋事之不能者。絕對斷言之。雖極難。若於當事者間。有爭時。不外法官於其爭之時。以自己智識判斷。其能不能。故未有X光線發明之時。有爭。右之條件之不能。不至訴於法廷者。法官必認其條件爲不能。雖然。若法官於今日。決右之爭。則今日因X光線之發明。知其事實。非不能。必認其條件爲可能。故前之無論何人。信爲不能者。而今日不可云爲不能也。蓋不能云者。雖絕對不能之謂。而吾人之智識。極狹小。故吾人信爲不能之事。往往非真。不能必至。後始能明瞭。然於吾人之智識外。無可據爲標準者。故不得已。僅據此不確實之標準。而爲判斷。今以因新發明。加吾人之智識。而得悟昨非。何爲株守舊時之誤信。以可能之事。而尙云爲不能耶。

(口) 法律上之可能。

所謂法律上可能者。依法律上之規定。能成就者。而爲條件者也。反之。則爲不法條件。不法條件者。以反於公之秩序。又善良之風俗之事項。其他背於法令之規令。所爲之條件是也。此不法條件也。非有此等事項者。則可能條件也。此於第三百三十二條規定。

之。『附不法條件之法律行為爲無効以不爲不法行為而爲條件者亦同』附不法條件之法律行為即其目的在爲不法故無効也。例如與人結約而以「殺人」「奪人財」爲猥褻之行爲爲條件之類也。此爲無効固不待言。所可疑者則以不爲不法行為而爲條件者亦爲無効是也。關於此各國之立法例及學說皆無定。或有以此條件爲有効者。今尋其理由曰。以不爲不法行為爲條件時即其目的在使人不爲不法行為故可也。例如云『汝若斷念殺某我與汝百金』由之可使其人斷殺人之念。故如此行爲寧可獎勵。非宜禁止。是非也。夫不法行為者不待他人之獎勵誘導其不爲之者各人之分也。然今至從他人受金僅爲不法行爲是爲盡自己之義務而求報酬者若以爲有効或者因可得金而生欲殺人之念者轉多是甚害公之秩序固不可不謂之不法。是以有如此條件者法律上亦必規定爲無効也。

右之規定通於停止條件與解除條件者也。以不爲不法行為之停止條件爲非不法者必以不法行為而爲解除條件亦有効也。蓋附解除條件之債權者爲不法行為則可失其權利。故此條件者即可云爲不爲不法行為之獎勵也。例如『汝如不殺人我

與汝百金」是停止條件也。反之殺人則不與，是即解除條件也。雖然，既如所論，不得據於不爲不法行爲求報酬，則不得認爲不法行爲者而失利益。此乃同一之理由，而亦不可不謂爲不法，是所以關於此規定而停止條件與解除條件可不分也。

(乙) 隨意。更分尋常與純然二端言之。

(1) 尋常之隨意條件。僅依於當事者之意思，而得使條件之成就者也。例如云「吾將旅行於京都」是也。全爲自己自由之意思，欲成就則成就之耳。且此條件者，多爲自己，不利益之行爲，即如「將旅行」其條件也。而常於其意思之外，費費量之時間，出莫大之費用等，使成就其條件，而皆自己之自由，與他人無損益，故此種之隨意條件，全有效。而與偶成條件（即因天變地異等，全意外之事實，又第三者之意思之事項，爲條件者）毫無所異。

(2) 純然之隨意條件。僅依於一方當事者之意思，得爲條件之成否者也。例如云「吾若欲則……」是也。而必以關於當事者之意思爲主。如云「汝若欲則……」僅一方之意思，則不能成就。此種之條件，細別之爲二。

(一) 債權者之隨意條件。即僅依於債權者之意思之條件也。學說及立法例。認此條件爲無効。而法律行爲可直生單純之効力者不少。日本法則不採此說。蓋條件者。僅系於債權者之意思。時債權者無論何時得請求其履行。雖與單純之行爲無異。不知單純之行爲(即無條件之債權)不問債權者之請求與否。債權皆可發生。蓋當事者之意思。在前者強而後者爲不必要也。若附條件之債。權例如貸金於人。而附條件云。『我若欲時。則當辨濟。』是當事者之意思。在前者弱而後者爲必要。假令其『若欲時』之條件無効。則債權將永無發生之日。故其條件必爲有効也。

(二) 債務者之隨意條件。即僅依於債務者之意思之條件。果有効否也。此又當分二端言之。(1) 其條件爲停止條件。時法律行爲當爲無効。何者。債務者一云法。鎔。必要有拘束力。然如云『債務者若欲之則……』之條件。使其行爲全失拘束力。故債務不能發生。從而其行爲不得不謂無効。(2) 其條件爲解除條件。時雖亦云無効者多。而因與前所論債權者之隨意條件。有同一之理由。不必要爲無効。何者。債務者僅依於自己之意思。而使消滅法律行爲之効力。殆無拘束力。然若債務者不表示解除之意思。而死

亡時。條件爲不成就。其行爲之効力。將永久不消滅。實大不便也。日本民法第三百二十四條附於隨意條件。特規定其無効者曰「停止條件附法律行爲」（即附停止條件之法律行爲）其條件。單係於債務者之意。思爲無効」

第三 條件之効力

（甲）條件成就之効力。條件之効力。可溯於既往與否。學者間大有所議論。法國法之主義。條件之効力。可溯於既往。德國法則一般於既往不遡之。日本民法。則採德主義爲原則。第一百二十七條之規定曰「停止條件附法律行爲者」（即附停止條件之法律行爲）從條件成就之時。生其効力。解除條件附法律行爲者（即附解除條件之法律行爲）從條件成就之時。失其効力。當事者表示遡條件成就之効果於其成就以前之意。思時從其意思」上之規定。雖原則爲不遡既往。而實許當事者表示反對之意。思也。因有此例外。右之問題。大減其實用。當事者之意。思不明者。不依本條之規定。而專依其意思。不待論。而一般之規定。條件之効力。所以不使遡既往者。無他。一者現在事實之効力。遡於既往。反於普通之法理。一者因其効力。遡於既往。攪亂第三者之權利。

又於當事者間亦至使生變更既往之事實。或大感不便也。蓋停止條件附法律行為者。繫於行為効力之成立或事實之發生。又不發生之謂。例如云「汝他日若生男兒。則贈與此物。」之類。子之生否及其子之男女固未定。此條件之成就。即在男兒之出生時。贈與者不可不從其時生効力而實行之。解除條件附法律行為者。繫於行為効力之解除或事實發生。不發生之謂。例如云「贈此物於汝。若子生男兒。則當返還。」之類。子果生男兒。則其贈與解除。而從男兒出生之時。贈與失其効。此本條所以必有此原則也。以上乃就一般之場合而言。若從實際之便宜思之。而反於當事者之意思。時固以從其意思爲妥。當當事者於停止條件。欲從行爲之時生効力。於解除條件。欲從行爲之時失効力時。則固不能不從其意思也。

(乙)條件未定中之効力。此即條件成否未定之中。當事者應有如何權利義務之問題也。分二端說明之。

(一)當事者之義務。關於此問題。條件附權利(即附條件之權利)之爲何物。不可不先說明之。蓋條件附權利之性質。從來學者無一定之議論。或云至條件之成就。不生如

何之權利。或云雖條件成就之前既發生法律行為之目的之權利是兩說皆失其正。如前說當事者因自己之所爲假令條件成就亦不能使法律行為生效力。因之至不認法律行為之拘束力。其說之不當無俟喋喋。雖然如後說條件之效力既可溯於既往。一旦事實上不能生溯既往之效力。到底不得採用此說。故日本民法執其中法律行為之目的之權利雖未生其法律行為業既生拘束力當事者不能因自己之所爲或過失妨其効力之發生。例如附條件而約以權利讓渡者債務者不得毀壞損傷權利之目的物之類是也。此於第二百九條規定之「條件附法律行為之各當事者於條件成否未定之間不得害因條件成就從其行為可生利益之相手方」上者停止條件與解除條件併而規定者也。無他解除條件附法律行為者雖直生其効力而其解除係於條件故條件解除而可得債權者恰於停止附債權者均有權利。因於解除而可負債務者於停止條件附債務者均可負義務。故以同一之規定得支配之。以下皆同。

(二)當事者之權利。此於第二百九條規定之「於條件成否未定之間當事者之權利

義務從一般之規定處分之得相續保存又擔保。』上者亦定條件附權利之効力者也。蓋以條件附權利爲眞之權利也。雖無此規定固無所疑而從來有種種之議論故寧以明文規定之。例如條件附法律行爲之目的爲不動產之物權時其債權者固得讓渡其權利於他人亦如無條件之法律行爲非登記之則不得以之對抗第三者（二七七）又於條件未成就前當事者之一方死亡時其相續人相續條件附之權利或義務無異他之財產。又如以條件附而讓渡債權者於條件未成就前其債權因時効而消滅時其讓受人對債務者可執時効中斷之方法。又條件附債務者因擔保其債務得立保證人或以他物作質或抵當之類是也。

（丙）條件有可視爲成就者依於前第二百二十八條之規定條件附法律行爲有拘束力可明也。故當事者不可使其行爲不生効力隨而債務者不可故意妨條件之成就若有爲之者必當有所制裁。故第三百〇條曰。『因條件之成就而可受利益之當事者故意妨其條件之成就時相手方得看做其條件已成就者。』蓋於條件之成就與否未確定時若當事者之一方妨其條件之成就者（例如有條件云。某船舶無事而到

著於某港，則……」乃故沈沒其船舶，此類是也。其條件果能成就與否不可知，而使其不可知者，若出於上之當事者之所為，故令其相手方即看做條件可成者，非失於酷，而其條件可成就之時期亦不確定，故直使得看做已成就也。或曰：於此時當事者之一方，因於不法行為，而至條件不成就，故使任損害之賠償即可也。使相手方以成否未定之條件，直看做已成就者，頗不得當。雖然於此時條件果能成就與否未能確定，故果可生損害與否，而其損害幾何，皆不能證明。若僅與以相手方以損害要償之權，相手方不能行此權利於實際者，必多是上之規定，乃保護相手方之不得已也。

第二項 期限

第一 期限之定義

所謂期限者，繫於法律行為之効力之實行或消滅而指定將來之時期之意思表示也。且期限者，雖通常以曆日而定，亦可以他之事實定之，但必注意二點：(一)必為將來之事。(二)必要到來之確實，但於何之時期到來，則不豫確定亦可也。期限與條件，自事實上觀察，皆為附隨於法律行為之事項，停止解除，似無所區別，而自事實及効力上

觀之則大不同。(一)條件之事實。其到來必要不確實而不必要將來者即過去現在之事實亦可而期限之事實。其到來必要事實且必要爲將來者。(二)條件者繫於法律行爲之効力而其權利義務其初尙未發生故不得云爲實行而期限者繫於法律行爲之履行蓋其行爲則已成立不過遲延其權利之主張義務之實行耳故不得云爲發生。此即二者性質相異之點也。

第二 期限之種別

(甲)始期終期。(從來云爲停止期限消滅期限)始期者繫於其法律行爲効力之實行之謂即從其到來而得請求法律行爲之履行是也終期者繫於法律行爲効力之消滅之謂即從其到來遂不能請求法律行爲之履行是也例如約於來何月何日爲法律行爲之履行是爲始期附法律行爲如云「吾今與汝不動產之所有權若汝死則其所有權可歸吾」是爲終期附法律行爲也(從始期附法律行爲生終期附權利從終期附法律行爲生始期附權利者實多)

(乙)確定不確定前者其到來之事與時期皆豫確定者例如云「何年何月何日」以

「何年何月何日後」之類也。後者到來之事確定而其到來之時期不確定者例如「某死之日」或「今後有兩天」之類也。

第三 期限之効力

(甲) 期限到來之効力。關於期限之効力。須分始期終期言之。第三百二十五條有規定曰：「於法律行爲附始期者其法律行爲之履行期限之到來中不得請求之於法律行爲附終期者其法律行爲之効力於期限之到來時而消滅」始期終期之區別。前已言之。例如云「某月日可辨濟」是始期也。附此期限於法律行爲者於期限到來中無履行行爲之義務亦無請求之權利。例如云「至某月日可不辨濟」是終期也。附此期限於法律行爲者則其期限之到來時行爲之効力消滅。

期限之効力異於條件之効力者前已說明。但細觀之條件與期限之差。不過其到來之確定與不確定耳。於其本來之性質毫無所異。故德國民法關於條件之規定。期限準用之。雖然。從古來之慣習上又普通之人情上言。付於物權期限與條件之間性質上雖毫無差異。而付於債權則不俟期限之到來其債權固從初發生。惟其履行之難。

間可視爲屬於將來。是無他。附於物權者。期限之到來。前止。債權其目的物未移轉。則物權不能發生。是恰與以物權爲目的之條件。附法律行爲。其物權至條件成就之時始發生者無異。惟因其到來之時。確定與不確定。其債權之性質自異。若在以發生債權爲目的之法律行爲。其於附條件者。其債權未發生。僅發生以不妨其發生爲目的之一種特別之債權。而於附期限者。法律行爲之目的之債權。必要發生。且從今確定。故於慣習上。人情上。期限附債權者。從今直發生。惟其履行之時期。必俟之將來耳。至若所有權之發生。又消滅。得附期限與否。亦大有所議論。古來之立法例。亦不一致。或云所有權之要素。在處分物之權利。或云所有權之性質。必要永久。按以處分所有權之物之權利爲其要素。雖固然。若於所有權之移轉。有始期時。其始之到來。前讓渡人未失物之所有權。故若處分其物。例如毀滅其物之類。未得云直接讓渡人之權利。惟負移轉其物之所有權之義務。故僅可云侵害相手方之債權。例如貸與人處分貸貨物時。是固爲行使其所有權者。非直接害他人之權利。惟借人者付於其物。有債權。故生間接害此債權之結果。從而不得不任債權侵害之責。是一般皆如此也。

又所有權之可永久。雖古來學者之所唱道。是亦有所不解。蓋所有權得移轉於他人。又得拋棄之。雖何人所不爭者。若然。則所有權不得不謂非永久者。雖於普通之時。可移轉或拋棄與否不知。而所有權之有終期時。其可消滅已從今確定。惟爲物之處分。則至間接害。可受期限之利益者。之權利不能濫處分之。雖然。亦爲所有權之作用。今處分之。非直接害他人之權利。乃全自己之所有權內之作爲。恰與所有權附始期者無異也。反對論者。蓋物之處分與權利之處分混同者耳。由此言之。始期與終期。皆得附於所有權。蓋無容疑也。

他如親族權。則有可附期限者。有不可附期限者。例如遺言之執行。甲云我死。所有財產歸乙。乙死歸丙。丙死歸丁。此雖爲不確定之期限。而有確定之事實期限之到來。即有實行及消滅之効力也。若例如戶主以隱居居出於町村長。則不得云至何年隱居期限消滅。結婚者居出於戶籍吏。則不得云若干年後離婚。爲家督相續者。亦不得云至何某年月家督可以取消。此則不能附期限者也。

(乙)期限到來前之効力。此即期限未到來前。究於何人有利益之問題也。尋設期限之

本旨必因於其期限中而於當事者之一方有利益而定者也。從普通言之。則不得不謂爲債務者而定。何者。付於始期者。其期限中債務者可猶豫其履行。付於終期者。至其期限。債務者可免其義務。因有期限之設。而債務者實可大受其利益。而亦有不盡然者。例如於無利息貸借。而有期限者。單於債務有利者也。反之於寄託契約。而有期限者。則單於債權者有利矣。由此觀之。則爲誰而設不能知。然究竟債務者多受利益。寧推定爲債務者而設也。故第百三六條第一項規定之。『期限者推定爲債務者之利益而定。』

第四 期限之消滅

(甲) 因拋棄而消滅。夫無論何人得拋棄自己之利益。所不待言。而得期限之利益者。即有拋棄其期限之權。亦不待論也。依前之規定。則債務者即有此權。雖然。因拋棄期限之利益。而加損害於相手方。則大不可。故前條第二項曰。『期限之利益得拋棄之。但不得因此而害相手方之利益。』上者。例如於有利貸借。而有期限者。以債推定爲債務者爲主。是債務者無論何時得拋棄其期限。直返還其借入金。若債權者乃以取利

息爲目的時。因債務者於期限前爲返濟債權者失其利息。其利益不無受害。故於此時。債務者因於期限前返濟。債權者所失於期限中應得利息之利益。得請求之。是此條所規定也。但債權者無異議而受返濟時。不得請求將來之利息。蓋債權者亦看做拋棄期限之利益也。

(乙)因喪失而消滅。此於第三百三七條規定之。「於左之場合。債務者不得主張期限之利益。

一、債務者受破產之宣告時。

二、債務者毀滅擔保又減少時。

三、債務者於負供擔保之義務者不供之時。」

右者。反於債務者之意。而失期限之利益之規定也。第一號之有規定者。無他。於破產者。若從債權期限之到來爲其辨濟。則破產手續。何日終局不能知。故付於債權之多數言之。當於破產財團配當之時。不問期限之前後。對各債權者。當爲同等之配當。有期限者。亦不得主張其利益。是各國法律。大抵皆有類此之規定也。第二號及第三號。

者。皆債務者因自己之所爲而減債權者信用之基礎。至失債權者初與期限之根據。故於此時。法律者從債務者褫奪期限之利益。例如債務者抵當一家屋。乃燒毀其家屋或毀壞其一部。又債務者約與質物而不履行之類是也。

附期間

前所言期限者。定一定時期之界限。茲所謂期間者。以一定之時間爲主。例如云「一週間」、「六個月間」、「十年間」之類是也。而一定之時間。例如云「一個月後」等類亦屬之。

第一項 關於期間規定之原則

舊民法之期間計算法。僅付於時効規定之。商法者。僅關於契約上之期間規定之。民事訴訟法、刑法、及刑事訴訟法。僅關於訴訟行爲之期間。刑事之時効等。規定之未定。一般之計算法。是頗缺點。蓋期間者。或依於法令之規定。或依於裁判所之命令。或依法律行爲之條款而定。實太頻繁。故關於其計算法。無一般之規定者。往往其解釋。亦迷。是以日本新民法。特定期間計算法之通則。於第百三八條特揭明之。「期間之計

算法。除法。令裁判所之命令。又於法律行爲有別段之定者。外從本章之規定。此規定者。限於法令。裁判所之命令。又於法律行爲無何等之定者。可適用之。無特別之規定者。則可不依此通則也。

第二項 期間之計算法

第一起算

先於以時定期間者。而說明其起算點。第三百三九條規定曰。『以時定期間時。從即時起算。』此如十時間。二十四時間者是也。當此等時。可從即時起算。即時云者。有可從一時中間起算之事。例如於午後零時三十分。而云六時間。即時起算。則至午後一時。已爲一時間。至午後六時爲滿了。而實際只爲五時三十分間。是亦不得已者。次於以日。週年。月定期間者。而說明其起算點。第四百四〇條規定曰。『以日。週月。又年定期間時。期間之初日。不算入。但其期間從午前零時始時。不在此限。』此定以三日。間。五月間。十年間者是也。當此等時。不算入初日。在西洋者。古來殆所一定。所以然者。蓋不滿一日而算入。頗不便於計算。期間從初日何時始。往往不能證明。例如今日午

後十時爲契約。而云三日間。從今日起算。則爾後僅二時。間已爲一日。甚不便。故事情之若從零時起。則恰可滿一日。故當算入之也。但於刑法。計犯罪人之利。特從初日起算（刑法四九條）蓋在民法。多一日可爲債務者。少一日之利。子在刑法。少一日可爲被罪者。多一日之自由。其立法之目的。則同一也。

更有二例外。（一）如約云「自某日起。至某日止」則爲一定之時期。必算入初日。（二）如關於有利貸借。約云「自某日至某日。交利子一次。再自某日至某日。交利子二次」一約連訂二次者。亦必算入初日。

第二滿期。

關於此問題。分原則例外言之。第四百一條規定其原則曰。「於前條之場合。以期間之末日之終了爲期間之滿了。」上之規定。爲前條之規定當然之結果。所不待言。例如從一月元且爲契約。云三日間。則從翌日起算。第三日即至四日午後十二時。其期間爲滿了。如爲經三日履行之契約。則非於翌五日之午前零時以後。債權者不得請求履行。但依商法（二百一二）則有慣習上之交易時。以其期間之經過。爲期間之滿了。

外國亦不乏其例。而民法一般之規定。則不得不如是也。

第一百四二條規定其例外曰。『期間之末日。當大祭日。日曜日。其他之休日時。限有於其日。不爲取引（交易）之慣習者。期間以翌日爲滿了。』上者。各國之法律。不少其例。乃立法者推測當事者等之意思而定者也。蓋於契約履行等之末日有休日時。時勢固不得中斷契約。亦不得履行。欲使時効完成。不得不以翌日爲契約履行之日。從慣習之便也。或云。此規則之適用。僅限於以日定期間者。非在此之範圍。姑不論之。

於西洋日曜日。大祭日等。大抵皆休其業。以一切不爲交易爲常。故適用右之規定。頗穩當。在東洋日曜日。大祭日等。休業者尙少。未如西洋之慣習。若一般適用此規定。頗隔於不當之結果。故必限於是等之日。有不爲交易之慣習者。適用此規定也。

所謂其他之休日者。各地方慣習。上之休日也。例如日本。於一月二日。非大祭日。往往有休其業之慣習。又酬神之祭祀。有休業之慣習不少。又外國人於居留地於耶蘇教之祭日休其業等。皆是也。

此當注意者。僅期間之末日。有休日。不算入期間之中。間雖有幾回之休日。固盡算入。

期間之初日亦然。

第三計算。

大凡以時或日定期間者。從現實之時或日計算。殆無所疑。而其週以上之期間。如何計算。則不無疑問。不能不特別規定之。故第四百四三條曰。「以週月又年定期間時。從曆計算。不從週月又年之始起算期間時。其期間者。於其最後之週月又年。以應當於其起算日之日之前日爲滿。以月又年定期間者。於最後之月無應當日時。以其月之末日爲滿期日。」上者亦立法者推測當事者等之意思而定者也。從曆計算者。例如云「一月間。」曆之一月。有三十一日者。有二十八日者。不問。單從曆之一月而定。云「二年間。」者亦同。三百六十五日。三百六十六日（閏年）而以曆之一年爲定。以週月年定期間者。從週月年之初起算。從曆極容易。若從其半途起算。則頗困難。例如期間之初。在金曜日時。云「一週。」則從來週日。曜日至土曜日。皆可云爲滿期之日。又如以某月之某日爲期間之初。云「一個月。」則有疑謂來月。全月者。又如某年之某月日爲期間之初。云「一年。」則有疑謂來年之全年者。其不便實甚。故右規定者。特做

外國一般之例。採他之計算法。而爲其計算法也。依第四百十條期間之初日不算入。從翌日起算。則從翌週、翌月、又翌年。順次計其數於最終之週、又年之中。以當於起算日之前日。爲期間之滿了也。例如期間之初日。當於某週之、金曜日。云「三週間」則從翌週數。而以第三週之、金曜日爲期間滿了。蓋初日之、金曜日不算入。故起算日者。土曜日也。而最後之應當日。即土曜日之前日。故金曜日爲滿期日也。又例如在平年。以二月二十八日爲期間之初日。云「五個月之期間」者。則以七月三十一日爲滿了。何者。初日之二十八日不算入。從來三月一日起算。而從其來月數。其第五個月之應當日。則爲八月一日。其前日即七月三十一日。故以之爲滿期日也。例如閏年。以二月二十九日爲初日。算二年之期間。以第三年之二月二十八日爲期間滿了。何者。初日之二十九日之翌日爲起算日。即三月一日。而第三年應當之三月一日之前日。即二月二十八日。故以之爲滿期日也。

月之日數、二十八日、及三十一日不等。最後之日。無應當日者不少。例如從一月三十一日起算。數一個月之期間。來二月無應當日。又以閏年二月二十九日爲起算日。數

三年之期間。第四年之二月無應當日。如此者。果如何而可。曰。以其月之末日爲滿期。日。即於第一例。以二月之二十八日。或二十九日。可爲滿期日。又於前第二例。以二月之二十八日。可爲滿期日。蓋於是等之時。從曆而算月數。既生一日。乃至數日之餘。剩然。加來月之日數。益至生餘剩。是右之但書。所以以其末日之末日爲滿期日。亦出於不得已也。

第三節 時効

第一款 總則

第一項 時効之定義及其性質

所謂時効者。因時之經過。生効力而使取得或消滅其權利者也。但時之經過爲生此効力之主要要件。故可謂「時効者。因於法律所定之時之經過。與他之要件而他更有要件。故可謂「時効者。因於法律所定之時之經過。與他之要件而權利之取得或消滅之方法也」。而其取得權利者云。取得時効消滅之者云。消滅時効。

付於時効之性質。有種種之學說。如舊民法。以之爲法律上推定證據之一種。而規定

於證據編。例如占有物經過多年。或可推定爲人所棄。及爲人贈與者。債權經過多年。未催告。或可推定已免除。及已相殺者。是從沿革上論。從學理上論。頗缺穩當。新民法不採之。在羅馬法。時効非爲證據。而爲取得或消滅之原因。例如買有者爲取得原因。而占有經二十年無過問者。亦認爲取得原因。債權之免除或相殺。爲消滅原因。而債權經十年不行使者。亦認爲消滅原因。此主義新民法取之。然如舊民法之規定。倘占有物經二十年。債務經十年。而忽有反證。確指其非買、非贈、非免除、非相殺。何以處此。到底非推定說所能決斷。且如於取得時効。因占有之善意與惡意。而時効之期間不同。到底非推定說所能辨明。不若以經一定時期。即決定爲取得與消滅之原因。爲穩當也。

第二項 時効設立之理由

夫時効者。爲公益而設者也。何者在權利之永不確定者。大害交易之安全。影響於社會不少。而權利者於自己之權利。視爲等閑。不願法律之保護者。故使之失其權利。亦不得謂爲嚴酷。况狡猾之徒。既失其權利。以相手方偶無證據爲奇貨。不保無利用其

古時之證文，謀博不正之奇利。如此，則人人各種之受取證，及他之證書，不得不永久保存。是豈實際所能行者耶。立法者有見於此，設時効之制。經若干之歲月，不行使其權利者，即認爲失其權利。一欲戒怠慢權利者，一欲使狡猾者流，不得逞其黠策也。而關於時効設立之理由，更分爲四種言之。

第一、經多年無反證者，占有物，則因時効而取得債務者，則因時効而消滅。此一般學說所公認也。蓋凡占有者，大半爲失主之物。久無反證，則已無從知其原主。債務經多年無人請求者亦然。

第二、經多年者，雖有反證，亦難足信。何者以證人而言，日久必或難於記憶。即於不動產之有證書者，亦未可據以爲信。例如甲以所有物讓渡於乙，而甲原買時之證書，未與於乙。後日乙復讓渡於丙，而甲乃持舊證書以主張其所有權，則事所或有也。至若債務已辨濟，而原借時之證書未收回者，亦常有之。此皆不可不定時効以限制之也。

第三、經多年者，雖有切實可據之反證，亦不能爲據。何者，以交易上言，不知爲非實

主之物而誤買之者。事所常有。即使出於惡意。明知非賣主之物而買之。經久無事。亦已爲自有之財產。若忽令歸於他人。或至失其生活。且若於會社有此等事。更有倒閉之虞。於社會經濟上大有影響。若或轉相賣買。經移數主。一旦原主出其確實之反證。而許其索還。則數主大受其累。其不便實甚。然有論者。謂今既有登記法。則買時必查登記。何至誤買。然登記亦不無假冒之慮。何足盡以爲憑也。此關於取得時効不可不如是也。至關於消滅時効者。大凡債務者年久無人請求。多半忘之。而證據亦多散失。忽焉提出。不免爭端。且數十年後。利子或浮於原債之數。若無時効。則因舊債破產者必多。大爲社會之害。況年久之債務。相續人多不知之。凡限定相續人。相續時必算清其債權債務。乃承繼之。數十年後。忽有相續時未算之債務發生。則相續人頗受意外之損害。且保無有詐爲證據以欺不知之相續人者乎。若就權利者而言。所有之物權。任他人占有而久不索還。自有之債權。任他人不辨濟而久不請求。是自有放棄權利之過失矣。況久視爲非重要。必非以此爲生活者也。而反債務者。則實有困難不測之虞。故以有消滅時効之限制爲便宜也。

第四、以裁判訴訟上言。不可不設時効。何者。年久之證據。裁判調查。極其困難。且若無時効。則所有權者及債權者。皆有意慢其權利之心。事後相爭。訟事紛起。決其曲直。實最煩難。故設時効者。雖爲保護占有者及債務者。而實有益於人民權利之觀念也。

第三項 時効與豫定期間之區別

所謂豫定期間者。又名失權期間。例如指一事。定一期。準其行使權利。過此則無効力者。是也。此與時効最易相混。實則不同。時効爲本有權。特因過時而取得或消滅。豫定期間則本無權。特於期間內有權。期間滿則其權消滅。兩者性質。決不相同。又豫定期間。不可伸縮。時期則可以中斷。可以停止。凡他之法定期間。皆爲豫定期間。不能適用時効之規定。參視商法一〇二條民事訴訟法六二七條。

第四項 時効之効力

第一、効力之追遡。時効從何時生効力。此重要之問題也。從純理言。時効者。因於時之經過而生。故不得不謂法定期間經過之後。始生効力。雖然是頗於實際不便。何者。因時効而得權利者。從期間滿了之時。始得權利。其以前者若認權利屬於他人時。例如

付於物之果實。期間滿了前之果實。皆不得不返還於前所有者。如此則前所有者對於占有者。一時得請求十數年間之果實。占有者或不若拋棄其物之所有權。反有利益矣。殊與設時効制度之理由不合。故第一百四條有「時効之効力。溯於其起算日」之規定也。例如取得時効者。十年之後。始看做得所有權。從其得占有之初業已看做爲其所有者。又在消滅時効。看做成就之後。債權始消滅。則債權者得請求其以前之利息。而於立法者設時効之精神。有不能貫徹之虞。此所以有上之規定也。例如甲對於乙有債權。不行使其債權。以及於十年。乙者。雖十年之後。看做免其債務。而甲者。意於行使債權。從初業已看做債權消滅也。

第二、効力之發生。時効爲依於法定強行之乎。亦依於當事者之意乎。亦一問題也。以設時効之原因而論。而爲基於公益上之理由所設之制度。雖何人所不爭。依此則適當事者不援用之。若於法廷判事。既見爲時効之成就。得據之直爲裁判。雖然。是於當事者却有所不便。蓋人若有良心。非至不得已。必不欲採用時効。故若當事者有由他之方法。得伸張其權利之望。不願採用時効者。必不少。而不欲採用時効。寧應相手方。

之請求者亦未始無其人。然若於裁判所得強主張時効之利益如當事者既由於他之方法可明其有權利無義務乃動使因於時効而得權利免義務至從他人視為不義之徒實當事者所不甘。又於不當有其權利及無或免責之證據之當事者強與以本人不欲之利益而從設時効之精神言實不得不謂無用之干涉。故第四百五條規定之曰「時効者非當事者援用之則裁判所不得依之而為裁判」蓋時効之為公益上必要之制度者因於長日月間不確定之事實一旦訴權利於法廷或致經濟上之攪亂或以證據大半湮沒為奇貨恐有不當之勝訴萬一出於僥倖之徒使大有防於社會耳。然今依於時効而被保護者自不必要保護欲提出正確之證據爭曲直於法廷則不適用時効之規定不至來經濟上之攪亂即令某者所執不當而致欺訴是自所甘亦不必要強之而使為勝訴者況不援用時効者大抵為有明確之證據者乎。是各國之法律大率皆採用此規定也。

第五項 時効之拋棄

第一成就後之時効可以拋棄或債務者過時効而仍願辨濟或占有者過時効而仍

願返於原主。此與普通拋棄自己之權利者無異。法律不能禁也。但此等自法律上觀之。可與贈與同一效果。蓋過時効者所取得之權利已爲自己之權利。以自己之權利與人是贈與。而無債務等之關係也。

第二、進行中之時効不能拋棄。蓋時効者立法者洵出於不得已而設。定者而當事者亦多出於不得已而援用者也。而於其不得已。若無時効之制度。頗生害公益之結果。故必設之也。然於時効未成就時。當事者常思其權利之確實不更思證明之困難。輕信無論何時得證明其權利而伸張之。豫拋棄時効之利益者。往往有焉。然經過十數年之星霜。至證據次第湮滅。若相手方不認彼之權利。時不得不爭於法廷。於法廷爭之。須提出確實之證據。而今復無證據。其將如何。至是必悔恨無及。故第四百四六條之規定。所以必要也。其條文曰：「時効之利益不得豫拋棄之。」由上所論。觀本條之規定。益證時効爲基於公益之制度也。但當於時効成就之前。僅拋棄所既經過時効之利益。則可也。是即承認相手方之權利。而可謂之時効中斷也。

第六項 時効之中斷

所謂時効之中斷者。當於時効未成就。使消滅既經過時効之利益。而新時効更始爲其進行之謂也。

第一、中斷之原因、

中斷之原因。先於第四百四七條列舉之。『時効者因左之事由而中斷。』

一、請求、

二、差押、假差押、又假處分、

三、承認、

此規定之理由無他。時効者爲權利之主。而有自怠慢者。而使失其權利。以明確確權利義務之關係爲其目的。故權利者無怠慢其權利時。不要適用之。請於中斷各原因分論如左。

(甲)請求。茲云請求者。包含一切請求之方法。即從裁判所之請求。至口頭之催告。皆有時効中斷之効也。但裁判外之請求。於實際非依執達吏。則至後日有爭。難提出所爲請求之證據。

(乙)差押假差押。又假處分茲列舉者。雖多請求之後行之。(1)有不爲請求而行之者。例如據公正證書。直爲差押是也。(2)假令請求之後行之。猶爲時効中斷原因之必要。是無他。中斷後新時効之起算點異也。例如於明治二十九年五月一日起訴。至同年九月三十日勝訴之裁判確定。新時効者。雖從其確定之日。更始爲進行。若十二月一日始差押。十二月三十一日。一切之執行手續方終。則裁判確定後始進行之新時効。因差押而復中斷。更從來年一月一日。新時効始進行。若爲差押而不生時効中斷之効力。則於此時時効之成就。可早三個月耳。

(丙)承認所謂承認者。可受時効之利益者。認其相手方之權利之意。思表示是也。此承認者。或以書面。或以口頭。或爲明示。或爲默示。例如債務者對於債權者。如求猶豫。如拂利息占有者對於所有者。如請求費用之償還。如應於所有者之請求而返還果實。皆默示之承認也。蓋承認者。既認相手方之權利。相手方至後日必無有不認其權利者。人情之當然也。故不得以爲怠慢者。而因於時効使失權利。且其權利。因於承認而一旦爲明確。故以承認爲中斷之原因也。

第二、中斷之効力、

前條規定時効中斷之原因。皆對於或人爲行爲。而僅對於其人有効力者也。於或人之間所爲行爲。不得害他人。又利他人。故時効中斷之効力。僅及於當事者（即爲中斷之所有者。債權者。其他之權利者。反占有者。債務者。其他之義務者。）與法律上可看做爲同一人之承繼人（即一般承繼人之相續人。特定承繼人。亦包含之）之間。爲有効力。例如數人共同債權者中之甲。出訴而生中斷。其中斷之利益。僅及於甲。他之共同債權者之乙丙。不得有利益。此於第四百四八條規定之。『前條之時効中斷。僅於當事者及其承繼人之間。有其効力。』

但關於本條。似可云爲例外者三。第一、不可分之債權。又債務（四二八條以下）第二、連帶之債務（四三二條以下）第三、保證債務（四五七第一次）於此等之場合。中斷之効力。及於數人之債權者。又債務者。但是。雖爲數人。法律上。則視如一人。此等即包含於本條「當事者」一語之中。實不可謂爲例外也。

第三、中斷之方法、

請先於請求說明之。其第一則爲裁判上之請求。此乃提起訴訟而爲請求。請求之最有力量也。(不分本訴附帶訴反訴且對於相手方請求相殺之主張亦包含之)此請求者。法律上不可不有效力。而亦有時失其効。第一百四九條規定之曰。「裁判上之請求於訴之却下又取下之場合不生時効中斷之効力」上所規定者。或於裁判所無請求之理由而被請求之却下或因缺訴訟上形式之要件。又因原告不出廷而被訴之却下或因原告自拋棄訴訟。又因一年間休止手續而爲訴之取下此等皆不生時効中斷之効者也。

其次由於督促手續而爲請求。此請求者因支拂命令之送達而可生其効力。所謂支拂命令者。付於金額又有價物之請求。區裁判所依其申立對於債務者而發命令。是爲裁判上之督促手續。然此支拂命令。法律上亦可失其効。即第一百五〇條所規定曰。「支拂命令權利拘束失其効力時不生時効中斷之効力」所謂「權利拘束失其効」者。支拂命令送達於債務者。債務者對於債權者於支拂命令有異議申立之通知書。從通知書送達之日起算。一個月內不起訴於管轄裁判所。權利拘束失其効。即與無

此命令者歸於同一得認對於債務者所主張權利之意思不充分而不生中斷効力（民訴三八一、三九一參觀）其次則和解呼出及任意出頭亦爲請求之一方法。可生時効中斷之効力。而亦有不能生効力者。第五百一條曰。『爲和解之呼出相手方不出頭。又和解之不調時。非於一個月內提起訴者。則不生時効中斷之効力。於任意出頭之場合。和解之不調時亦同。』所謂『爲和解呼出』者。爲和解開示請求之目的。申立於區裁判所。而呼出相手方是也。所謂『任意出頭』者。當事者於通常之裁判口（非豫指定期日者）付於訴訟。而出頭於裁判所爲辯論者是也。然呼出而相手方不出頭。或出頭而和解不調時。又任意出頭而和解不調時。一個月可提起訴訟。其提起者。則從初之呼出。又任意出頭時。依然中斷。其不提起。則不能認權利者有充分伸張其權利之意思。中斷從初不生効力。視爲曾無中斷者。其次更有請求之一方法。則破產手續參加是也。所謂破產手續參加者。債務者受破產之宣告時。債權者從破產法所定對於財團爲債權之申立之謂也。殆與裁判上之請求無異。而其手續自不同。固不得與以之提起訴者同一視之。然於債權者伸張其

權利之意思。不得不謂明確之表見。故以之而爲時効中斷之一原因。而亦有時不生効力者。第一百五二條規定之。『破產手續參加債權者取消之。又被却下其請求時。不生時効中斷之効力。』此規定者。即債權者自取消其申出。又於破產裁判所被却下其申出（即參加之請求）時。則可視爲曾無申出而未管中斷也。

至若請求最普通之方法。則催告是矣。所謂催告者。權利者委囑於執達吏。對於義務者而以口頭又調書爲督促者也。而催告者。非云必依於執達吏。以普通之書面又口頭爲之亦可也。惟普通之書面又口頭所爲之催告。後日提出其證據甚難。故依於執達吏者多也。雖然。僅一片之催告。不得云權利者申張其權利之意思。已充分明確。因之時効中斷之効力。不能永久存續。故第一百五三條曰。『催告非於六個月內爲裁判上之請求。爲和解之呼出。或任意出頭破產手續參加差押。又假處分。則不生時効中斷之効力。』蓋欲使永久存續。必於六個月內。更加一層強力行使權利之方法。即要裁判上之請求（依於督促手續之請求。即包含其中）等也。若不爲之。則不視爲曾中斷也。

請求之方法。既如上所云矣。次於差押、假差押及假處分說明之。所謂差押者。因競賣義務者之財產而爲之。即債務不辨濟。押其物以爲擔保是也。所謂假差押者。因保全強制執行而爲差押者也。即債訟未結而債務者因他事破產。假差押其物。以免債務無着也。所謂假處分者。係於權利之不能實行。又恐使困難時。付於爭物而姑爲處分者也。即占有物未確定其所有權。假定爲處分之行爲也。蓋是等者。權利者表明伸張其權利不得。不謂最著者。故是等行爲。從著手之時。即有中斷之効力。然失法律上之効力時。則時効中斷之効力。即併失之。第一百五四條曰。『差押、假差押、又假處分。因權利者之請求。又因不從法律之規定而取消時。失時効中斷之効力。』此規定者。即權利自己任意請求取消之時。又因其行爲缺法律上之要件。從義務者有異議之申立。或取消之申立。依判決取消時。則可視爲曾無其行爲。而中斷亦未曾生者也。再者差押、假差押、又假處分。必對於受時効利益者而爲之也。所謂受時効之利益者。因於時効取得權利。又免義務者。即因中斷而受害之占有者。債務者。其他之義務者。皆是也。故例如所有甲。對於占有者乙爲差押等。因對於乙生中斷之効力。若乙以其

占有物寄託於丙。甲對於丙。付於其受寄物而爲假處分時。乙通例不知其事。而使其不知之間。受中斷之害。頗不當。故百五九條規定之曰。「差押假差押。又假處分對於受時効之利益者。不爲之時。非通知於其人後。則不生時効之中斷。」觀此規定。則如前例。甲對於丙之假處分。不可不通知於乙。有此通知。始對於乙生中斷之効力。則此効力。非從差押等之行爲時。生從通知之時。生不待言也。

茲更於承認申論之。承認以如何方法而可生時効中斷之効。前已言之矣。惟此承認者。要有如何之能力。又有如何之權限者。爲之不無疑義。蓋不爲承認。則時効完成。而或取得權利。或相手方之權利可消滅。今爲承認時。則時効中斷。非更經過長日月。而其時効不完成。故從其効力觀之。則此承認者。殆與拋棄權利。或負擔債務。無異。若無明文。必生要處分之能力。又有權限之疑。然承認者。非拋棄已得權利。或認他人不應有之權利。不過認相手方之權利爲確實耳。故若相手方無真權利時。後日得爭之固也。雖然。認他人之權利。不過或保存財產。或利用之之方法。即純然管理行爲也。例如從他人借受物者。至期限不返之時。不可不任損害賠償其他之責。故速返還之。即不

適保存財產之方法。然返還借受物者爲承認他人之權利最著者而爲之亦管理行爲也。則如單爲時効中斷之方法而爲承認者必不得不屬於管理行爲可明也。第百五六條規定之曰。『爲可生時効中斷之効力之承認者付於相手方之權利不要有處分之能力又權限。』觀此規定。蓋僅要有管理之効力又權利則可也。例如準禁治產者。後見人等。不得保佐人親族會之許可得爲之而亦有効也。

第四、中斷之終了、

時効一中斷。則既往進行之時間。屬於水泡。既如所述。其中斷之事由。既終了。則從其時。新時効更始進行。而以如何時可爲事由終了之時耶。例如於破產手續參加者。從其手續之終了時於差押者。從至於競賣配當等。而因差押所生一切之執行行爲終了。時於催告者。從其催告到達於相手方時。新時効更始進行。而裁判上之請求。以裁判確定而爲請求終了之時。故從此時。新時効爲始進行。是第百五七條所規定也。其條文曰。『中斷之時効。從其中斷事由之終了時。更始其進行。因裁判上之請求而中斷之時効。從裁判之確定時。更始其進行。』所謂裁判確定時者。爲有確定判決時。耶。

將爲判決確定時。耶。而以事由終了爲言。則必爲判決確定之時。即判決之後。上訴期間之滿了時。又上告。審有判決時。爲事由終了之時。例如十年之時効。經過六年。至今年二月二日。有裁判上之請求（即出訴）而中斷。於三月三日。有其判決。復上告。及七月七日。有其判決。則從七月七日更始進行。爾後不可不經過十年。其他皆倣之。依舊民法及外國多數之例。中斷之後。往往時効變其性質。初短期者。變而爲長期。不鮮。然新民法不採之。無他。承認裁判等。皆止認從來之權利。而毫非變其權利之性質。然時効之短期者。與長期者。專關於權利之性質。如何故。非其性質之變更。不謂爲短期。時効變爲長期。時効。

第七項 時効之停止

所謂時効之停止者。非既經過之期間。歸於無効。惟有停止原因之存時。効姑停。其進行至其原因既了。更繼續其進行。以合初已經過之期間。與後可經過之期間計算。時効之期間。謂是大與中斷異也。（但新民法僅於時効之終。有其停止。）

凡時効之停止者。皆事實上不得行使其權利者也。蓋時効者。素因權利者怠於行使。

其權利而生。若不得行使。其權利則不得謂之爲怠。故時効可以停止其進行也。

對於有効不得訴追者。時効不進行。羅馬法以來。即如此例。例如債權者甲。債務者乙。自債務發生時。經過九年。甲未嘗催告。滿九年而甲死。其相續人爲無能力者。若爲十年之時効。逾一年。時効即完成。然不得如此計算。必俟相續人達於成年後。再經一年。合前九年。乃爲完成十年之時効。其債權者死後。相續人未成年以前之時間。皆不計算。斯謂之時効停止。此歐洲一般法例。所以保護未成年之債權者也。然日本法與之稍異。所認停止之原因。可分三種說明之。

第一。從身分所生之停止。

(甲)因無能力者所生。一般之停止。從來爲保護未成年者。又禁治產者。其無能力之間。時効全可停止之例最多。前已言之。是於保護無能力者。無所間然。顧思其相手方之利害。實有可憐。蓋可得時効之利益。通常已爲十年。乃至二十年。(於外國三十年之時効最多。)又適其人爲無能力。其未成年者時。動經近四十年之星霜。時効不能完成。其禁治產者時。幾十年之後。時効能否完成。殆不可知。如此。則不可望得交易之安。

全。從而妨社會之信用實不少。近來之立法者。大都於此有所見。而按出種種之方法。以矯此弊。故日本新民法第五百八條特規定之曰。『於時効之期間滿了前六個月內。未成年者。又禁治產者。不有法定代理人時。從其人爲能力者。又法定代理人就職時。六個月內。對之時効不完成。』夫無能力者。自不能保衛其利益。故法律特保護之。而因之害交易之安全。妨信用之發達。則決不可。今未成年者及禁治產者。必可設法定代理人者也。而於此法定代理人之責任。設詳細之規定。使供充分之擔保。無能力者之保護。已可謂至。而法定代理人代本人而行。使其權利可不怠者。實多若怠之時。對之而得爲損害賠償之請求。故無能力者。蒙損失時。極稀。是以右之規定。苟無能力者。有法定代理人時。毫不使上時効之進行。惟缺乏法定代理人時。不可不保護。無能力者之利益。故非使止一時時効之進行。則事實上無能力者。不能行權利間時効。不無忽完成。故於此時。無論其無能力者。爲能力。又後任之法定代理人就職者。尙其後六個月內。時効不完成也。是無他。非調查書類等。則多不知有其權利。以調查之要相當之期間也。但於此。非絕對停止其進行。惟於時効垂完成於右之期間內。不能完成耳。

例如十年之時效。既過九年十個月。再二個月。即將完成。而權利者死亡。其相續人爲未成年人者。又無當然之法定代理人時。先不可不使其選任法定代理人。於此場合。非從其法定代理人。被選任經過六個月。時効不完成。因之時効完成。可至後四個月有餘。又例如對於禁治產者。二十年之時効。既過十九年八個月。尙四個月。而將當於時効完成。禁治產者之後見人死亡。一時起其法定代理人。而禁治產者。其心神已復於常。直請求禁治產之取消。遂有其取消之裁判。非從其裁判六個月之後。則其時効不完成。故於此場合。時効之完成。可至後二個月有餘。

(乙)無能力者對於其法定代理人所生特別之停止。凡無能力之者之權利。其法定代理人行之。故若無能力者。對於其於法定代理人而有權利時。其法定代理人。對於自己。不行其權利。往往有之。然無能力者。自不能保衛其利益。又他人。不僅無代理權。其權利之有無條件等。不知。故代之。亦不能行其權利。然其權利。竟罹於時効消滅。則無能力者之地位。眞可謂堪憐。故第一百五九條特規定之曰。『無能力者對於其管理財產之父母。又後見人。而有權利者。從其人爲能力者。又後定之法定代理人。就職時。六

個月內時効不完成。妻對於夫而有權利者。從其婚姻解消之時。六個月內亦同。此所謂「無能力」者。未成年者。禁治產者。準禁治產者之併稱。惟妻別有規定。不包含之。又「父母」者。言有管理未成年之子之財產權之父母也。無其權者。不包含之。

夫者。非當然爲妻之法定代理人。故前項之規定。妻難於適用。雖然。夫對於妻有權力者。故妻對之而不能行權利者多。或曰。於此時夫婦之利益相反。妻可不要受夫之許可。（一七條六號）然實際妻訴夫者。事所難也。故若妻對於夫有權利。依一般之規定。罹於時効。則妻之權利。動則罹於時効而消滅。故普通無能力者。從其人爲能力者。又後任之法定代理人就職之六個月內。爲時効不完成。而妻者亦非從婚姻解消後經過六個月。則不得不因時効而消滅也。再夫者管理妻之財產。事最多。故夫爲妻之法定代理人者亦多。

第二、從權利所生之停止。

關於相續財產之權利。有特定之停止原因。蓋於相續之際。至相續人之確定。要多少之日。子爲時。因無相續人。一時未選任管理人。而使管理相續財產。又爲時。因以相續

財產不能辨償被相續人負債之全額。遂至受破產之宣告。於是等時。若無時効停止。則被相續人之權利。或於相續人之未確定內。或於相續人破產管理人等。未知其權利間。其權利至因時而消滅。又對於被相續人而有權利者。因無可訴之相手。不得中斷時効。遂至不得已而完成之。又有相續人有債權而不知者。而遂不能於時効完成前。請求事之不少。故第一百六〇條規定曰。「關於相續財產。從相續人之確定管理人之被選任。又有破產之宣告時。六個月內。時効不完成。」

第三、從事變所生之停止

時効者。因權利者不行使權利而成者。而取得時効。亦不外之。是限於得行使權利而不行使者耳。若爲事實上不得行使者。不可因時効而使失其權利也。故於因事變而實際不能行使權利之時。尙時効不止其進行。則對於權利者。未免生過酷之結果。是以第一百六一條規定曰。「當於時効期間滿了之時。因天災其他不可避之事變。不能中斷時効時。從其妨碍之止。二週間內。時効不完成。」此規定。例如十年之時効。既經九年十一月又二十五日。忽因洪水。交通全壅塞。數日之間。到底不能行時効中斷云。

方法。依此規定。則必其洪水去後。經二週間。始爲時効完成者也。其他有戰亂廢棄等皆同。

第二款 取得時効

所謂取得時効者。從法律上之要件。因一定之期間繼續占有。以取得財產權者也。但付於所有權者。於取得時効之外。不認消滅時効。請以下說明之。

第一項 取得時効之要件

第一、所有權

取得所有權之原則。動產與不動產之間。不設區別。共以二十年而爲時効完成。但有二條件。一占有。二期間。是也。而其占有又有三條件。(1)所有之意思。(2)平穩。(3)公然。至其意義。於第二編詳論之。而所有之意思。云者。行使所有權之意思。謂平穩。云者。對於強暴之詞。非因暴力而得。又非以暴力僅維持之。謂公然。云者。對於隱秘之語。非秘之。而不使他人知其占有之謂。又期間者。既如所述。爲二十年。必要其間無斷也。右者。動產。不動產。取得時効之通則也。此外。尚有僅關於不動產之特定時効。此時効

者。(第一)占有之條件。於前項外更有二條件。(1)善意。(2)無過失。善意云者。對於惡意而言。自信爲其所有者之謂。無過失云者。已爲普通人可爲之注意之謂。例如一覽登記簿。是否賣主之所有者。可以瞭然。如不覽其登記簿。而買取不動產。則有過失矣。此二條件。異於前項之三條件。惟於占有之始要之。(付於果實之取得。於收取果實之當時要善意。(一八九條)。(第二)期間。則十年已足。而其可繼續者。與前項同。此於第一百六二條規定之曰。『以二十年間所有之意思。平穩且公然。而占有他人之物者。取得其所有權。』以十年間所有之意思。平穩且公然。而占有他人之不動產者。其占有之始爲善意且無過失時。取得其不動產之所有權。』右規定者。全就於不有所有權者。新取得之之事。規定之也。雖然。眞所有者。有於其所有權之目的物上。有他物權者。又其所有權。因終期或解除條件之到來。可消滅時。而爲其完全之所有者。以占有其物時。亦可受此規定之適用。再參觀第二八九條及第三九七條。

依以上所述。於不動產有十年之特別時効。而於動產一切無特別時効。是頗可怪。此無他。至後之第九二條規定。善意且無過失之占有動產者。取得占有同時。可取得。

所有權。故無時効之必要。但以第百九二條之規定。云爲時効之規定。而名之爲瞬時効。或即時効者。外國之法律不少。日本舊民法亦如之。是從時効之性質論。甚不當也。蓋時効者。時之効力之謂也。而必要經過一定之期間。右所云所有權瞬時而移轉。毫無期間之必要。而云之爲時効。則斷不可。故新民法單視時効爲占有之効力也。

第二所有權以外之財產權

所謂財產權者。各人有可得處分之目的之權利。即物權、債權、版權、特許權、意匠權、商標權等是也。依法律之規定。受扶養之權利。亦爲財產權。蓋此權利者。雖不得處分之。而其目的。於通常金錢其他之物。固得處分之也。雖然此權利者。是附屬於人之身分之權利。非有父子等之身分。則不能有此權。而父子等之身分。則非因占有所能取得。蓋非財產權也。故其附屬於身分受扶養之權利。亦不能因時効而取得之。然他之財產。於法令無別段之規定者。皆可依第百六三條之規定。其條文曰。『所有權以外之財產權。以爲自己之意思。平穩且公然而行使者。從前條之區別。二十年又十年之後。取得其權利。』此規定者。即所有權以外之財產權。以二十年間爲自己之意思平穩。

且公然而行使者。取得其權利爲原則。更行使其權利之始。其行使者爲善意且無過失時。十年而可取得其權利者也。

右十年之取得時効者。猶如前條第二項。限於目的爲不動產之財產權。其於目的爲動產之財產權。善意且無過失而行使者。爲準占有。仍如前所論。即時取得權利。不爲時効也。

第二項 取得時効之中斷

第一所有權

取得時効與消滅時効中斷之方法。已詳論於前。然是皆可云法定之中斷。此外於取得時効更有特別之中斷方法。即占有之中斷是也。又可云自然之中斷。所謂占有中斷者。占有缺其要素。或失意思。或失所持。或併此二者而失之是也。

(甲)失意思者。往往不能受將來時効之利益。例如甲以屬於乙之所有不動產。爲自己之所有物而占有。後因乙之請求。甲認乙之權利。即同時表示爾後代乙爲占有之用意。則甲全失其占有力。不過爲乙之代理人而爲占有耳。名之爲容假之占有。於此場

合。依第百八五條。及第二百四條第一項第二號之規定。非更始占有。則彌幾十年之久。決不能受時効之利益。是無他。失第百六三條必要之所有之意思。(一六三條爲自己之意思)也。

(乙)失所持者。即因他人奪之是也。依後之第二百一一條第二項及第二百三條。於一年內提起占有回收之訴時。占有可看做繼續。因右二理由。新民法是以有百六四條之規定。其條文曰。「第百六二條之時効占有者。任意中止占有。又爲他人奪之時。而中斷。」

在舊民法。占有之不繼續與中斷區別。是全無理由。而於新民法不別之。故右所規定之中斷。可知舊民法所謂不繼續者。亦包含之也。

第二所有權以外之財產權

所有權以外之財產權。之取得時効。既準用所有權取得時効之規定。而於其中斷。亦自準用前條(六四條)之規定。即權利之行使者。自己任意中止其行使。又因他人防其行使者。其時効自爲中斷也。此於第百六五條規定曰。「前條之規定。於第百六三

條之場合準用之。

第三款 消滅時効

所謂消滅時効者因於一定之期間權利之不行使而使消滅之者也取得時効者限於財產權適用之。而罹於消滅之權利則包含一切之財產權。凡物權、債權、或其目的物之關於動產、與不動產者不問。即不以財產爲目的者。例如一般取消權之時効。(一一六)地役權之時効。(二八、九至二九三)抵當權之時効。(三九六、三九七)害債權者行爲之取消權之時効。(四二六)因不法行爲要債權之時効。(七二四)行親權之父母、後見人、後見監督人、又親族會員、與子、又被後見人之間之債權之時効。(八九四、九四二)相續權之時効。(九六六、九九三)相續之承認、又拋棄之取消權之時効。(八九四、九四二)相續權時効。(九六六、九九三)相續之承諾、又拋棄之取消權之時効。(一〇二二)爲遺留分之滅殺權之時効。(一一四五)等皆是也。但於特別時効。有特別之規定。再商法之時効。以六年爲原則。(新商二八五爲五年)且商法多特別時効。(新商三二八、三二九、三五四、三七四、三八三、四一七、四四三、五七五、六一八、六

五一等

第一項 消滅時効之起算點

關於此時効起算之點。日本民法於第百六六條定之。其條文曰。「消滅時効。從得行使權利時進行。前項之規定。爲占有始期。附又停止條件附權利之目的物之第三者。從其占有之時。不妨取得時効之進行。但權利者爲中斷。其時効。無論何時得求。占有者之承認。」蓋消滅時効者。因權利者久不行使其權利。而使消滅之也。則其不行。使。爲消滅時効之要件。所謂不行使者。得行使權利而不行使之之謂也。故其時効之起算點。必在其得行使時。當然也。例如停止條件附權利。於條件成就之時爲發生。其發生前。不得行使之。固也。又始期附權利。期限之到來前。或未發生。或既發生。亦不得行使之。故是等權利之消滅時効。從條件成就期限到來之時。始爲進行。普通謂之停止原因。未始進行。云時効停止。頗缺穩當。於新民法。則不認爲停止原因。以上者。消滅時効之原則也。雖然。此原則。毫不妨取得時効之効力。例如以不動產爲目的之期限限制。或條件附之債權。占有二十年間者。依第百六二條之規定。不妨得取

得時効。又例如以不動產目的之期限附。或條件附之地役權。無過失。而不知其有地役權。十年間占有者。依同條第二項之規定。不妨得取消時効。或曰於期限附。或條件附權利。其期限或條件之未到來。其權利不成立。故不妨取得時効之進行。固不待言。曰不然。(第一)於期限附物權之存者。當事者之意。思其期限。多不過定其目的物之引渡。其他權利行使之時期。於此事情。非因其物權時効之消滅。則其目的物之占有者。不能取得完全所有權。然至得行使其物權之後。有非經過消滅時効必要之期間。則不消滅之疑。即恐彼方。未至消滅時効。此方。則無取得時効。是與占有者取得時効之進行。有礙也。(第二)假令期限或條件到來之後。權利即可發生。從登記法之規定。依於假登記。其權利得對抗第三者。不保無權利當然不消滅。而有礙占有者取得時効。進行之疑。故右之第二項。特揭不妨取得時効之明文。以釋一切之惑也。

據以上所述。消滅時効。未完成。取得時効。早既完成者。不少。甚至消滅未始進行。取得時効業已完成。是從取得時効之原則。而不得已之結果也。而於有可消滅其權利者。頗為可憐。於是右之第二項。與以求占有者之承認之權利也。蓋占有者承認其人之

權利時取得時効。依之而可中斷。故其人得徐以行使其權利。而繼其取得時効之完成也。

第二項 普通消滅時効（長期時効）

第一原則

消滅時効者。有普通時効。與特別時効二種。前者名曰長期時効。無特別之規定者。皆罹於此時効。後者名爲短期時効。限於有特別之規定者。時効之期間。各國之制。皆不一致。於外國普通時効。定以三十年者爲多。是在交通不便之時代。或可行之。今有汽船、鐵道、郵便、電信。雖隔數百千萬里之地。數日或數十日可到其處。況由於通信。事情亦易於詳乎。故有權利者。即令在遠隔之地。行使之。不難。然經過十年或二十年。猶不行使之者。大率不可不謂甚怠慢者。假以三十年之長期。未免過於寬大。故於新民法酌短之。以二十年爲普通時効之原則也。雖然。付於債權。猶不無失於長大之感。蓋債權者。與他之權利異。而極容易行使之。又債權關係於普通之交易。殊爲頻繁。故此關係多不確定。則有大防事業之發達。止社會之進運之虞。故於外國債權者。比他之權

利之時効稍短者。非無其例。若在日本。從來有期之權限。爲因於五年而權於時効者。今遽增爲二十年。交易不無慮有擾亂之現象。故特更短縮之。而爲十年也。此於第六七條規定之。『債權者。因十年間不行之而消滅。非債權又所有權之財產權。因二十年間不行之而消滅。』

第二例外

係於債權普通消滅之例外。於第六八條定之。『定期金之債權者。從第一回之辨濟期。因二十年間不行之而消滅。從最後之辨濟期。十年間不行之時亦同。定期金之債權者。爲得證時効中斷。無論何時得求其債務者之承認書。』所謂定期金之債權者。爲定期受辨濟之債權也。依前條第一項之規定。此從第一回之辨濟。不得不爲十年。而權於時効。而法律因當事者之意思。特設例外。例如甲者。爲十五年間。每年末日與百圓於乙之契約。乙者。一回未請求之時。從其第一年之末日。爲二十年間。又從第其十五年之末日。爲十年間。而時効完成。其債權消滅。此場合者。從其第一回辨濟期之二十年。比從其最後辨濟期之十年。先到。則以二十年到時爲時効完成。又或如

前例。定期金爲定七年間之約時。比二十年則十年先到。即以十年到時爲時効完成。無論從何方滿其時効而皆可消滅債權也。

至若各期之辨濟。自以債務者之承認而爲時効中斷之方法。蓋無容疑。然此辨濟之證據。通常存於債務者之手。蓋債權者受辨濟時。交付其受取證於債務者常也。而如從債務者付與所爲辨濟之證書於債權者。則古今東西無此慣習。故涉於數十年定期金之債權。債務者二十年間。若僅一度辨濟。其定期金後。即止其辨濟。債權者將無如之何。何者。若債務者云。汝未嘗對於吾爲請求。吾亦未嘗爲辨濟。今時効既完成。吾債務當消滅。而債權竟無可以對抗之之證據。將有受意外權於時効之虞。是右規定所以必有第二項之條文也。即債權者無論何時得求其債務者之承認書。而債務者不得爲如右之不當之言也。

或曰。各定期金。皆爲別個之債權。當從其各個之辨濟。期時効爲始進行。是非也。定期金債權者。素爲一個之債權。不過其辨濟之方法。分數期乃至數十期也。不然。是非所謂定期金債權。而爲各獨立債權之集合者耳。是豈當事者立法者等之意乎。

定期金云者。定期支拂金錢及他物之謂也。法語之「ラント」德語之「レンテ」是也。從來譯爲年金。亦有以月半年等而定者。金之字。常疑爲必以金錢。然是乃普通之語。不一定要金錢。例如米穀亦可。猶之商法云豫備金也。（商一九四）

第三項 特別消滅時効（短期時効）

第一五年時効

凡利息定期金、借貸給料等。於年年、每半年、月月等爲支拂者。不揭於以上數條者。皆罹於此時効者也。蓋是等者。不爲嚴重接濟。以常可忽生債權者之支障。慣習上債權者怠其請求者少。債務者怠其辨濟者亦少。且其額通常不多。故長保存其受取證者稀也。所以必設此短期時効。於第六九條規定之。「以年及短於年之時期。而所定給有金錢及他物爲目的之債權。因五年間不行之而消滅。」

第二三年時効

（甲）關於醫師、產婆、藥劑師、及技師、棟梁、請負人之債權之時効。蓋是等之債權。慣習上常速爲其請求。又常速了其辨濟。且長日月之後。其債權多難證明。故百七十條於此

特規定曰：「揭於左之債權。因三年間不行之而消滅。

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、棟梁及請負之工事之債權。但此時効從其負擔終了之時起算。對於技師、棟梁及請負之債權。必從工事終了之時起算。時効者。蓋慣習上是等之債權。常於工事終了後辨濟之也。但在複雜之工事。其全工事終了之後。始起算時効。則其時効甚長。此則慣習上。常於各種工事終了時。爲支拂。不必要全工事終了也。

(乙)關於辯護士、公證人及執達吏返還關其職務所受取書類之義務之時効。第百七十一條規定之曰：「辯護士從事件終了之時。公證人及執達吏從其職務執行時。經過三年者。付於關其職務而受取之書類。免其責。」蓋是等之書類。事件終了之後。常即返還之。付於其書類。若長久負其責。則其返還書類之受取證。不可不永保存之。是頗不堪其煩。故於是等書類之返還。特爲短縮時効之期間也。所謂事件終了者。例如裁判之言渡和解。取下等是也。

第三二年時効

(甲)關於辯護士、公證人及執達吏對於依賴人之債權之時効。蓋是等之債權。事件終了之後。常即行使之。甚至事件着手之前業已受其辨濟者不少。此所以特短縮是等債權之時効也。第一百七十二條規定之曰：「關於辯護士、公證人及執達吏之職務。尤債權。從其爲原因之事件終了時。因二年間不行之而消滅。但從其事件中各事項終了時。經過五年。雖右之期限內關於其事項之債權消滅。」上但書之規定者。但是等事件多複雜。且往往涉於數年。當此時。猶非從事件終了後經過二年。而其時効不完成。不無至十數年。是等之債權。猶不消滅者。故特定以從其事件中各事項終了時。經過五年時効。必可完成也。

(乙)關於生產者、卸賣商人、小賣商人、居職人、製造人、校主、塾主、教師及師匠之債權之時効。蓋是等之債權。皆非可長怠其請求及辨濟。特爲短縮其時効也。此於第一百七十三條規定之。「揭於左之債權。因二年間不行之而消滅。

一 生產者卸賣商人及小賣商人所賣却之產物及商品之代價。

二 關於居職人及製造人之任事之債權。

三關於生徒及習業者之教育衣食與止宿之代料爲其校主塾主教師及師匠之債權。

第四一年時効

一年時効者。短期時効中之最短者也。而惟關於雇人勞力者。藝人。旅店。料理店。貸席。及娛樂場之債權。其他運送賃。及損料。準用之。是等者。皆常隨時爲其請求及支拂者。故以最短期爲至當也。第百七十四條於此設規定曰。「揭於左之債權。因一年間不行之而消滅。

一以月又短於月之時期所定雇人之給料。

二勞力者及藝人之賃金。並其所供給物之代價。

三運送賃。

四旅店。料理店。賃席。及娛樂場之宿泊料。飲食料。席料。木戶。錢消費物代價。並立替金。

五動產之損料。

民法總則 完

法政叢編科目

法	國	行	民	民	民	商	商	刑	刑	裁
學	法	政	法	法	法	法	法	法	法	判
通	法	政	總	債	總	會	商	總	各	所
論	學	法	則	權	權	則	行	論	論	構
						業	海			成
						社	商			法
						為	為			
監	民	刑	平	戰	國	經	財	殖	政	西
獄	事	事	時	時	際	濟	政	民	治	洋
	訴	訴	國	國	私		政	政	地	歷
	訟	訟	際	際						
	法	法	公	公						
	法	法	法	法						
	學	學	法	法						
			學	學						
			史	史						

以上各種定價銀捌圓

外政治學定價各肆角
羅馬法

光緒卅一年十二月十九日發行
明治三十九年一月十三日發行

法政叢書第四種之上

民法總則

編輯者

穀城 嚴
羅田 匡
松滋 王

獻 章
運 震

印刷者

池田 宗平
日本東京淺草區黑船町廿八番地

印刷所

東京並木活版所
日本東京淺草區黑船町廿八番地



不許複製

發行所

湖北法政編輯社

發賣所

內國各書肆

日本清國留學生會館

東京神田區駿河臺鈴木町

