

京師大學
法學館

法律
科
講
義

法律
關係

第一
號



學務大臣審定



法律關係

目次

- 第一章 總說
- 第二章 權利之定義
- 第三章 權利之主體
- 第四章 權利之効力
- 第五章 權利之分類
- 第六章 權利之得喪變更
- 第七章 權利之保護(法律之制裁)

上海图书馆藏书



A541 212 0014 3592B



法律關係

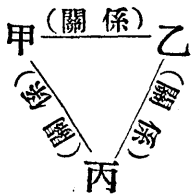
京師大學教習日本法學博士巖谷遜藏口授 仕學生唐宗愈筆述

第一章 總說

第一 法律者。整理人類之生活關係。依法律而受整理之生活關係。是曰法律關係。

人與人交際。則關係生焉。關係禁亂。必啟競爭。法律者。調和人類之競爭。爲整理關係之禁亂者也。人與人之關係。受法律之整理。是謂法律關係。

法律關係



第二 法律關係之當事者。於法律保護之下。受生活上利益必要之動作。是即爲其人之權利。與此權利對應法律關係之當事者。其生活上動作。受法律之限制。是即爲其人之義務。故義務者。即不使妨害其對手一面法律上正當享有之利益也。要而言之。義務者。權利之配匹。(添物)而其內容。亦適當於權利之內容者也。由是觀之。法律關係終不外人與人間權利義務之關係。

法律者。人所藉以保護者也。亦人所被其限制者也。受其保護。則有應得之權利。被其限制。則有應盡之義務。甲受法律之保護。則與甲對待之乙。必被法律之限制。乙被法律限制。而負義務。實緣與乙對待之甲。受法律保護。而有權利。故曰義務者。權利之配匹也。甲所得之權利。即法律保護效力之結果。乙所負之義務。即法律限制效力之結果。法律之關係。即權利義務之關係。

權利義務之關係

(法之限制) 乙(義務)

(法之保護) 甲(權利)

第三 法律關係之形體。可分為一。

(一) 一面的法律關係。此即法律關係當事者。其中之甲有權利。而與甲對手之乙。則負義務。如貸借關係是也。

一面的法律關係(貸借關係)

乙義務(借主)

關係

甲權利(貸主)

(二) 兩面的法律關係。此即法律關係之當事者。兩面皆有權利。又兩面於對手權

利並各負適當之義務。如買賣關係是也。

兩面的法律關係(買賣關係)

甲權利(取價)
乙義務(買物)

關係

關

乙權利

(取物)

義務

(貸價)

貸借關係。立期之長短。定息之多寡。借主皆聽命於貸主。貸主有權利。而借主負義務。故曰一面的法律關係。買賣關係。譬甲有一物。乙以十金購之。甲願賣。乙願買。關係一也。而甲有取價之權利。即負貨物之義務。乙有取物之權利。即負貸價之義務。故曰兩面的法律關係。一面的關係。一有權利。一負義務者也。兩面的關係。一有權利並負義務。一負義務亦有權利者也。

第四 法律關係。權利義務之關係也。然則欲理解夫法律關係。似以研究權利及義務兩者爲必要。雖然義務者。權利之配匹。苟能理解夫權利。自得理解夫義務。故茲特說明權利於下。

法律者。以保護人之權利爲本位者也。欲保護人之權利。不得不使對面之人負義務。義務者。權利之配匹也。言權利而義務存焉。故申明權利。不必兼及義

務。而義務實因權利而生。亦隨權利而至。無距離之時。無後先之別。

第二章 權利之定義

第一 權利之定義。學說甚多。先述所信者如左。

權利者。法律所付予意思之威力也。（試析言之）

一 權利者。法律之所付予也。法律上所稱之權利。指人基於法律之規定而有者

也。彼天賦人權之所爲權。決非法律上之所謂權利。

法律上之權利。非天賦人權之所謂權也。天賦人權之所謂權。是人人固有之權也。法律之權利。是法律規定所保護之權利。有法律而後有權利。此權利實基於法律之中。故曰。法律之所付予。

二 權利者。法律所付予意思之威力也。法律保護人類之利益。必使利益之主體。

安享其應有之利益。法律欲達此目的。故對於世人。豫發保護利益必要之命令。（法律之抽象的命令）而其命令之實行。則委於利益主體之意思。故此主體之

意思。與法律之命令有同一性質。（法律之具體的命令）於是主體之意思。對於他人而有威力矣。

法律以保護人類平和爲目的。將使人人得安享其所有之利益。莫敢侮。莫敢侵也。欲達此目的。必先下一令曰。某某利益。應歸某種人享有。侮之者罰無赦。侵之者罰無赦。則享有者有權利矣。對於享有之人。負義務矣。然此命令尙未指實也。故曰抽象的命令。若將抽象的命令。實行於甲乙二人之身。甲乙相關之事。甲宜有權利。乙宜負義務。即謂之具體的命令。（借錢者必還此抽象的命令。乙借甲之錢。應令乙償甲此具體的命令）命令之實行。必委其意於利益之主體。利益主體。依命令之意思。以對於他人。則威力生焉。試問此威力。甲之威力乎。抑法律之威力乎。曰。非甲固有之威力。是甲因法律而始生之威力。以乙視甲。則謂甲有權利。而由法律之全體觀之。不過抽象的命令。變爲具體而已。威力之生。生於意思。試問此意思。爲主體之意思乎。抑法律之意思乎。曰。

法律之意思。主體因法律而所生之意思。何則。甲以金貸乙。甲必索乙之償。似索償之意思。爲主體之意思矣。設甲有瘋疾。貸金與乙。不知索。或貸之者其父。父歿子幼。不知求償其父之所貸。此瘋者幼者。有索償之意思乎。曰無有也。主體既無索償之意思。而對待之客體。不敢不償。不敢不還。且瘋者幼者之代理人。亦得出而向索者。此意思從何而生乎。法律所付予也。故曰權利者。法律所付予意思之威力也。

法律意思說

法律之命令(抽象的)

(意思)法律之命令(具體的)

法定代理人之(意思)

(後見人)

(利益之主體)甲(貸主)之

乙(借主)

(釋義)事之所自出者曰主體。subject 事之所被及者曰客體。object 具體有形。抽象無形。抽象的命令。事未見而先發。範圍萬緒者也。具體的命令。事已起而指實。規定一端者也。抽象者具體之影。具體者抽象之跡。

(節錄原文備攷)又ハ法律上當該利益ノ意思ト同一視セラル、或ル人ノ意思

第二 所信之權利定義。曰權利者。法律所付與之威力也。更明其意。則權利者。爲法律所認爲正當之利益。而付與者也。利益者。非專指可視作金錢之物質的利益。即如名譽、自由、安全、幸福、等精神的利益。亦含其中。此利益不可不被法律上認爲正當。被法律上認爲正當之利益。乃於人類之生存爲必要。又有益事物之

欲望也。

權利曷爲而有。以法律有威力付予故也。威力曷爲而付與。以其有利益故也。何以爲有利益。以法律所認定爲正當利益故也。何以認爲正當之利益。以其爲生存所必要。而於事物亦有益故也。既必要於生存而有益於事物。卽爲法律所認之正當利益。既認爲正當之利益。卽有威力之付予。利益也。而權力生焉。故曰權利。利益目的也。權利手段也。城之築也。爲保護城中之領土。耳。城權利也。領土利益也。權利爲利益而設也。利益依權利而存也。權利保護利益者也。利益發生權利者也。利益之範圍甚廣。室可居。田可耕。高粱適我口。文繡章我身。車輦便往來。貨幣通交易。此形式上之利益。名譽。自由。安全。幸福。此精神上之利益。形式上之利益。見於外。精神上之利益。貫於中。廣廈萬間。人以爲安。而我不以爲適。人之利益。非我之利益也。茅屋數椽。人以爲狹。而我以爲寬。是我之利益。非人之利益也。網罟可以漁魚。漁者利之。弧矢可以獵獸。獵者利之。

予漁者以弧矢。必棄之而不違。予獵者以網罟。必視之而無暇。登山以輶。涉水以舟。登山者利於輶。而舟則非所利。涉水者利於舟。而輶則非所利。何也。利益之在與不在。欲望之注與不注耳。一物也。人有取求之心。則欲望起。欲望起。則人與物之間。密接之關係生焉。此關係即利益之謂也。利益爲法律所認定。正當之利益。即爲法律所保護。受法律之保護。卽有法律所付與之權利。

權利爲被法律上認爲正當之利益而存。故非利益存在之處。權利亦不得存在。法律格言曰。無利益。則無訴權。此之謂也。

訴權者。權利之一部也。權利者。保護利益者也。不被法律認爲正當之利益。卽無權利之付予。無權利。曷有訴權。譬甲讐乙。詐稱貸借關係。假端控訴。以雪其憤。裁判所讞得其情。必拒絕之。此因無利益而無權利。無權利而無訴權之例也。訴權者。利益主體。向裁判所控訴之權也。是權利之實行也。

第三 權利者。法律所付予意思之威力也。故權利主體表示之適法意思。祇許敬

遵而不得與之反抗。易而言之。他人適應其權利內容。而可爲某事。不可爲某事。是即其人之義務也。故義務者。即某事可爲與不可爲之法律上拘束也。

適應權利之內容。而爲權利之配匹者。義務也。權利主體。挾法律所付予意思之威力。以臨其對待之人。而對待者不敢不遵。不敢有抗者。負義務也。可爲者。不得不爲。不可爲者。不得爲之。是義務者。脅於權利主體所依之法律威力也。故權利者。受法律之保護。即義務者。被法律之拘束。

第四 權利定義所信之學說。言之審矣。茲舉異說之重要者。以資參攷。

一自由說。曰權利者。法律許容之自由也。

爲法律所許容之自由。即權利。此英吉利法學家所創自由說也。竊謂不然。有人於此。治遊好飲。放蕩其行爲。而未干法律之厲禁。是非法律許容之自由乎。然謂法律許容之自由可也。謂法律付予之權利不可也。則自由之說。可以刪。二能力說。曰權利者。法律所保護人之能力也。

人有能力。爲法律之所保護者。謂之權利。此德人康脫 Kant 所倡能力說也。夫有能力者。法固保護之。若老弱之無力。殘疾之無能。瘋癲之無知識。可爲無能力矣。而法律未嘗不保護。謂有能力則保護。無能力則不保護。無是理也。則能力之說可以廢。

三持分說。曰權利者。人之就於外物之法律上持分也。

德之法學家倡持分說。持分者股分之謂也。謂世界上身外之物。若爲人人所共有。則競爭起。强者據之。弱者失焉。法律者。支配何物爲何人所有。即爲何人之權利。分清界限。以泯競爭。是權利從法律持分外物而生。然形式上之權利。固有界可分。而精神上之權利。則無限可別。譬諸夫婦。何者爲夫之權利。何者爲婦之權利。不可分也。譬諸父子。何者爲父之權利。何者爲子之權利。不能分也。則持分之說。可解於有形之權利。而不可解於無形之權利。

四權利者意思說。曰權利者。法律所保護各人意思之力也。

德國法學家。倡權利者意思說。謂意思出於各人。非出於法律。不知各人之意思。可謂之利益。而不可謂之權利。一物也。我有之而人不我侵。人不我奪者。有所畏也。所畏維何。法律之意思也。我有之而不爲人奪。不爲人侵者。有所恃也。所恃維何。法律付予意思之威力也。微法律。我將何所恃也。人亦何所畏也。微法律。付與意思之威力。人即侵之奪之。我亦無如侵奪者何也。意思之出於法律。非出於各人也。明矣。

五利益說。曰權利者。法律所保護之利益也。

德國貴族愛陵 Yhering 因權利者意思說。盛行於世。創利益說以正其非。謂權利者。法律保護之利益。明權利之源。出於法律。立說甚當。惟權利利益合而爲一。則權利利益之定義。區別未明。利益者。權利之目的。權利者。保護利益之手段。二者之性質不同。作用亦異。斷不容混而言也。

六折衷說。

四五說之折衷

曰權利者。爲保護利益。法律所認許意思之力也。

折衷說最爲正確。與所信之權利定義適符。但法律文字。以簡潔爲貴。則（爲保護利益）五字可以刪。

（總勘）第一說失於泛。第二說失諸偏。第三說失諸狹。第四說意思之所屬未當。第五說權利之定義未明。第六說意義可取。文詞宜刪。

第三章 權利之主體

第一 權利之主體。享有權利者也。

享有權利之法律上適格。是謂權利能力。法律上之人格。非有權利能力者。不得爲權利之主體。

曷爲權利主體。有權利能力者也。曷爲權利能力。享有權利者也。曷爲而可享有權利。以其於法律上有適當之資格故也。曷爲適當資格。以其有法律所認爲正當之利益故也。不曰人而曰人格。以權利主體。不僅個人。并有法人也。不特曰人格。且必曰適格。以人有適當於法律之資格。而後有權利也。

第二 權利。爲人類而有者也。似權利能力。人類悉有之。且常以平等之範圍而有之。又僅人類可有之。非人類則無之。是非各國法律上之實狀。亦非法理上必然之事也。

謂權利能力。人類悉有之。而何以有全無權利能力之奴隸。奴隸亦人類耳。乃質鬻悉聽諸人。身體尙不能自主。權利何有。謂權利能力。人類有平等之範圍。而何以有特權。特權者一人特有之權。非人人皆有之權也。試問權利有平等之範圍否。謂權利能力。惟人類可有。非人類則無之。而何以神仙佛像。非人類乃宅之以廟宇。供之以香火。士女則布施之。僧尼則拜跪之。神佛亦有權利。公司非一人所成。亦非一人所主。公司之權利。非私人之權利。乃法人

法人解釋
詳下節

之權利。法人爲無形之組織體。烏得謂之人類。烏得謂非人類而無權利。此徵諸實狀。而得正其說之非。且權利爲法律之所付予。而認何者爲適當權利之主體。亦必決之於法律。故權利能力者。應受之於法律者也。此參以法理。而得

正其說之訛。政治論、道德論、社會論、皆謂人各有權。權各平等。主天賦人權之說。而法律論所不采者。以法律之人格。異於自然之人格也。然則權利能力者。即法律之人格耳。

第三 據近世文明國中之法律現象。則有權利能力者。分人（自然人）及法人二種。

一人（自然人） 人雖各有權利能力。然權利能力之範圍。未必平等。私權參看後章權利之分類。雖以內外國人老幼男女平等享有為原則。而公權則不然。公權之享有。設種種條件以限制之。

夫人各有權利。羅馬法中有奴隸無權之說。國進文明此說漸廢。而權利有公權私權之分。個人與個人關

係之權利。謂之私權。個人與國家關係之權利。謂之公權。私權之享有。則以平等。公權之享有。則有制限。私權以無論內外男女老幼皆平等為原則。而有不平等之例外。如日本法外國人不得有國內土地。則內外不平等。非華族不能

世襲財產土地。則貴賤不平等。婦不能佔夫權。則男女不平等。子不能奪父權。則老幼不平等。至於公權。有種種之限制。故其原則已與私權之平等相反。外國人不得任國內官。當國內兵。此國籍上之制限也。年不滿若干歲。不得充舉議員。此年齡上之制限。納稅不滿若干。不得舉代議士。此財產上之制限也。私權爲人類生活所不可一日無者。故不必有限制之方。公權爲保全一國安甯之秩序者。故不可無限制之法。有限制即不平等。私權以平等爲原則。尙有不平等之例外。公權以不平等爲原則。而無平等之例外。故權利能力之範圍。未必盡出於平等也。

私權例外

土地所有權

規定

華族

世襲財產

婦不得有夫權

性質

子不得有父權

人者。謂有生命之人。無論已。故人之權利能力。以始於出生。終於死亡。爲原則。然此原則有二例外。即胎兒權利能力之制。（參照日本民法第七百二十一條第九百六十八條）及失踪之制。（參照日本民法第二十五條）是也。

權利能力。始於出生。終於死亡。子出母胎。須臾即死。而未死之先。既出之後。即此須臾之時。苟有一氣。無論其形狀怪奇。不得不謂之人類。不得不有人類生活之能力。即不得不目爲權利主體。然始於出生之原則。有胎兒能力之例外。終於死亡之原則。有失踪之例外。胎兒權利能力之制。保護胎兒之利益也。設受胎以後。出生以前。家長死亡。即以甲承嗣。試問已死者安乎。未生者服乎。立法者忍乎。是以未生之前。無論所孕者爲男爲女。是死是生也。姑作生者。男者觀。以胎兒爲利益主體。以甲爲代理人。及出生果爲死者。女者。則歸甲承繼。變代理人爲主體。如是則既死者安。未生者服。而揆之立法之心。亦無所不忍。失踪之制。保護無主體之利益也。利益而無主體。經濟上。法律上。皆受其影響。財

產而得人經理。則流通而國家有益。失人經理。則消滅而國家有損。財產雖個人所有。而於國家有間接之關係。此影響之及於經濟上也。失踪之人。設有貸錢與人而未歸者。借錢於人而未償者。雖有財產。而無人爲之支配。則貸主無從索。借主無可償。法律之調和。無所用其力。此影響之及於法律上也。是以歐美各國。皆規定失踪之制。定以年限。至期不歸。或代予相續之人。或充入公家之產。各國辦法不同。至於日本法。設甲有房一所。有田百畝。家出時託人代理。或有直接之相續者。無論已。若無代理相續之人。或租人住而修理無資。或予人耕而收穫無主。應由親族朋友報知警察。呈明裁判所。由檢事官代爲經理。越七年杳無音信。於是宣告國中。及其所至之地。又若干日。無應之者。作爲無主體利益。歸國家支配。權利爲國家享有。以出生爲原則。胎兒爲例外。是權利能力之始期也。以死亡爲原則。失踪爲例外。是權利能力之終期也。

權利能力之原則

受胎

胎死

出生

權利能力

死亡

胎兒權利能力之制

受胎 1月

家長死亡

5月

出生 10月

死亡

甲(代理人)



日本法律規定失蹤之制

家出

不在(生存スルコト明)

一年 | 生死不明

七年 | (死亡日)

失蹤手續

共七年又若干日 | 失蹤宣告

二、法人

一稱無形人

法人者。人或財產之團體。而爲權利主體者也。故法人之基礎。即人或財產之團體。

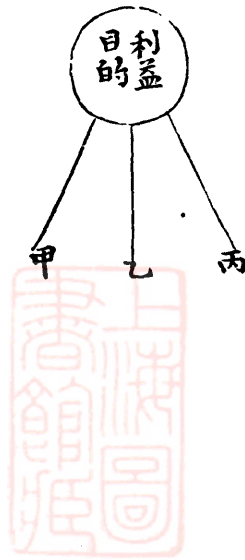
法人者。由自然人之組織而成。爲法律上之權利主體者也。或以人團爲基礎。則由人類之結合而成。或以財團爲基礎。則由財產之包括而成。

法人之制。使多數人享有共同利益之方法也。欲保護多數人之共同利益。就權利而定主體。有二法。一以多數人各爲權利主體。一以多數人之組織體爲權利主體。以組織體爲權利主體。即法人之制也。

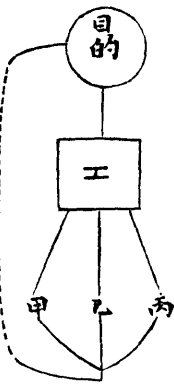
甲乙丙三人。有同一之目的。求同一之利益。即爲同一之利益主體。甲乙丙三人。與利益有直接之關係。是謂自然人。其受法律之保護。各爲權利主體。甲乙丙三人。組織而成一機關。謂之組織體。此組織體與利益有直接之關係。雖利益之結果。終歸甲乙丙享受。而甲乙丙對於利益。祇可爲間接之關係。學堂爲學生所構成。凡與學堂交涉之件。學堂爲直接。而學生爲間接。會社即公爲商

人所構成。凡與會社相關之事。商人為間接。而會社為直接。是謂法人。其受法律之保護。以多數人共同結合之組織體。為權利主體。

自然人



法人



據法人制度最發達之日本法、與德國法、分類如左。

一公之法人 以國家之事業爲目的者。如國、省、府、廳、州、縣、及公立局所、之類是。

二私之法人 以個人之事業爲目的者。分社團財團二種。

(一)社團法人 即以多數人之結合多數人即名爲社員爲基礎之法人也。更分爲二。

(甲)公益的社團法人

(乙)營利的社團法人

民事會社

商事會社

公益的社團法人。以公益爲目的。如私設學校、及病院、圖書館、等是也。夫學校、則受修脯。病院則取醫資。書館則收書價。似近於營利矣。然結合個人之團體。增進一般的幸福。其目的在公益而非營利也。營利的社團法人。則以私利爲目的。結合多數人而成者。有民事會社、商事會社、二種之區別。商事會社、受特別之商法支配。民事會社、受普通之民法支配。故民事會社。除商業外。其農業、

漁業、及娛樂諸事。概歸所屬。至商事會社。商法最發達之國。分爲四項。一曰合名、二曰合資、三曰株式、四曰株式合資。商法未發達之國第四項缺合名會社。即無限制公司也。合資會社。即有限、無限制公司也。株式會社。即有限公司也。株式合資會社。一部分爲少數人之合本。一部分爲多數人之集股。半爲有限、無限制公司。半爲有限公司也。合名者。人人有無限之責任。故法人之力微。合資株式。人人無分負之權務。故法人之力大。

(二)財團法人 是即以財產之包括爲基礎者。亦分爲二。

(甲)以義捐財產(寄附財產)爲基礎。而成立之財團法人。

(乙)以相續財產爲基礎。而成立之財團法人。

以義捐財產組成之法人。爲歐美日本所共有。至以相續財產爲基礎所成之法人。德國法所未及。而日本法特爲認定者也。何謂義捐財產之法人。設有人慨助鉅金。或施醫。或振荒。有一定之目的。組織而成法人。國家代表其意思。以

求達其目的者。何謂相續財產之法人。設有甲身後遺產。其應行相續之人。尙在有無不明之際。暫以相續財產組一法人。國家派人管理。爲之保護。立一定之年限。逾期無相續者。遂歸國家。（德國無財團之相續。而有假定之相續。亦由國家派員經理。）今有人病危之際。以萬金託其友。爲周濟天下貧民計。及其沒友蝕之。而濟貧之目的。終不能達。有法人之制。則訂立條規。以周濟爲目的。國家付予權利。其人雖死。而代理者不敢侵。借貸者不敢不償。不敢侵。法人有訴權。故不敢不償。法人有要求權。故此義捐財團。法人之不可無也。今有人身後財產。無人相續。任其廢弛。則經濟上有妨礙。貸借關係無主體。則法律上爲缺點。其間接之影響。且及於國家。有法人之制。則派員經理。經濟既可發達。代爲支配。法律亦可完全。此相續財團。法人之不可無也。

財團與社團之區別。基礎不同。結果亦異。社團則以多數之社員爲基礎。財團則以多數之財產爲基礎。社團雖有支拂之金。然可謂之費用。而不可謂之基礎。

礎財團亦有經理之人。然可謂之機關。而不可謂之基礎。此基礎之不同也。社團者。所訂之條規。隨時可以變易。法人之命運。操諸社團之人。財團者。所定之章程。歷久不得變更。法人之命運。定諸財團之始。此結果之有異也。

第四章 權利之効力

第一 權利者。法律所付予意思之威力也。故權利者。對於他人。得求適應於其權利之內容。而爲某事。或不爲某事。是曰權利者之要求權。

權利者。可充其權利之內容。以要求對手之人之適應。即權利之効力也。權利者。爲法律所認定正當利益。而付予意思之威力。即依賴法律之意思威力。以要求其對手之人。恪盡其義務。應爲者。可要求其爲。不當爲而爲者。可要求其不爲。盡權利之內容。爲要求之範圍。謂之權利者之要求權。

第二 權利者。有如何之要求權乎。雖因權利之種類甚多。而不能一致。然有共通於諸權利之要求權。即要求權利者以外之人。不爲不法。以侵害權利是也。故從

此點觀之。權利云者。爲有對世的要求權（對於世人一般要求權之意）之附着者也。

權利者之要求權。對於世上一般之人。有不爲不法侵害之防衛。夫不曰侵害。必曰不法侵害者。何也。甲有身。甲即有身權。甲之身權。即甲之權利。甲有權利。即有要求權以防衛此身。世上一般之人不得侵害。然世人毆之。可以拒絕。官吏扑之。則必服從。是世人之毆。侵害出於不法。官吏之扑。侵害出於法律。故也。對世的要求權。特要求世上一般之人。不爲不法以侵害其權利耳。所防衛者。不法之侵害。非適法之行爲。亦可抗拒也。

第三 權利之內。有對世的要求權附着。而足使權利者十分享有其利益。如所有權是也。亦有不足十分享有者。如貸金權是也。貸金權置對世的要求權於第二位。而占其第一位者。乃所謂對人的要求權（對於某一定之人要求權之意）也。易而言之。權利者之利益。其性質本由於對人的要求。即充之而爲對世的要求

權。亦不過對於世人有不法侵害之保障耳。

所有權。有十分享有之利益。如何使用。如何收益。如何處分。其全部皆受我支配。雖然對於是物。有所有權。無所謂要求權也。及對於侵害是物之人。則有要求權矣。我有田一町。布種刈穫。悉聽命於我。我之所有權也。人欲刈之。我能禁其刈。一人勸我不之禁。我能拒絕。其人之所勸。我之要求權也。處分使用亦如之。其不能十分享有者。如貸金權。乙有金貸與甲。則甲爲借主。乙爲貸主。乙對於甲。有索還之權利。即有責其必爲之要求權。乙對於甲以外之世人。有不許他人禁其不索之權利。即有使其不爲之要求權。乙對於甲之要求權。爲對人的要求權。對於甲以外之世人。則爲對世的要求權。是以對人的置第一位。以對世的居第二位者。其對抗於一般之世人。二權之所同。故徒以對抗於一般之人與否。不足爲二權之區別。惟所有權以對於一般之人爲主。故學者以所有權爲對世權。貸金權以對於特定之人爲主。故學者以貸金權爲對人權。

第四 附着於權利之要求權。實行於裁判上。曰訴權。訴權者。附着於權利。而爲裁判上之要求權也。訴權爲保護權利之必要。似諸凡權利。皆須附着。然就實際法律現象觀之。不能謂其必然。但各國法律之趨勢。有權利皆附訴權之傾向。一語

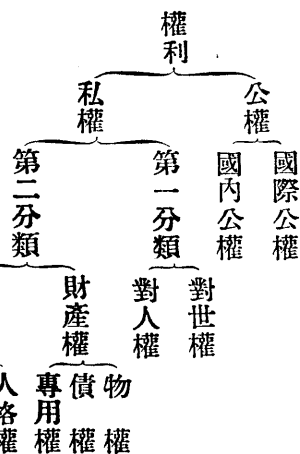
又有出訴權之意義即人民對於國家有提起訴訟之權

訴權者。人民借國家之權力。以助其權力。即以裁判所之要求權。以行其要求權。故曰訴權者。裁判上之要求權也。訴權之意義分爲二。一曰訴訟法上之訴權。一曰實體上之訴權。實行裁判所借助之力量。以制裁其對手之一人。爲實體上之訴權。虛言裁判所借助之理論。以囑嚇其對手之一面。爲訴訟法上之訴權。論法律之空理。凡有權利。即宜有訴權之附着。觀法律之實狀。凡有權利。不盡有訴權之附着。有權利。即有訴權者。私法上之權利也。有權利。不盡有訴權者。公法上之權利也。國與國相互關係之法。公法也。而國際上之權利。無國際上之裁判。即無國際上之訴權。國與民相互關係之法。公法也。而民訴其上。

有行政裁判所限制之條規。不可隕越。是有權利即有訴權。出諸理論。非見之實事。然觀各國法律之趨勢。未始無皆有訴權之傾向。古未進化。所謂權利者。乃道德上之權利。非法律上之權利也。及組織而爲國家。則以道德上之權利。歛集而歸諸國家。於是道德上之權利。規定而爲法律上之權利。此非空論也。一夫一婦同居一室。在古代人事簡單。乃風俗道德之當然。初無用法律之強制。及人類繁殖。人事複雜。遂有女守空閨。男游異域。另娶而棄舊婦者。於是規定道德之權利。爲法律之權利。則同居之權立焉。及新民法發布。不獨有同居之權。且有同居要求權。夫棄其婦。婦可控厥夫。借裁判所之力。以要求其同居。此由無權利而進於有權利。由有權利而進於有訴權。溯古歷史。揆今現象。訴權之有於私權。安知異日不及於公權也。

第五章 權利之分類

普通權利分類圖解如左



一、公權 公法上之權利也。即國與國相互關係之權利。又國與民相互關係之權利也。國與國相互關係之權利。謂之國際公權。國與民相互關係之權利。謂之內公權。

二、私權 私法上之權利也。即人與人相互關係之權利。此權利之分類觀察點有二。一由受權利對抗人之範圍如何之點。而為對世權對人權之分。一由權利之本質可目算（見積^{ミツケル}）為金錢與否之點。而為財產權人身權之分。財產權之小分

類。一曰物權、二曰債權、三曰專用權。人身權之小分類。一曰人格權、二曰親族權。

何謂物權。付於物之權也。日本新民法所認之物權。有占有權、所有權、地上權、

永小作權、地役權、留置權、先取特權、質權、抵當權、九種。而以所有權爲最完全

之物權。所有權者。於法律制限內。可自由使用收益及處分所有物之權利也。

使用如乘馬住屋之類。收益如栽樹摘果。耕田穫穀之類。處分如變田園爲池

沼。營空庭爲幽室之類。處分爲所有權之精髓。無處分則非所有權矣。何謂債

權。債權與債務爲對當之語。乃一人或數人。對於他定之一人或數人。要求其

作爲或不作爲之權利。如或爲某事。或不爲某事之權利是也。甲貸金與乙。期

以一月必還。此即要求其作爲。甲與乙約。乙之牆不得閉甲之牖。經乙應允。則

甲有債權。乙負債務。此即要求其不作爲也。何謂專用權。即智能的所有權也。

學者發明者。關於其智能的製作物之發行。或製造。予以專有之權利。如著作

權、特許權、意匠權、商標權等類。蓋學者、發明者、編撰一書籍。發明一機械。經營

慘憺。勞其精力。耗費財產。不知幾何。漸奏功效。公之於世。世間爭模倣之。製造之。廉價而販賣之。學者發明者。不能得分毫之利。積歲辛勤。勞而無補。曷以獎勵繼起。此專用權之所由予也。專用權與物權異。物權指實質而言。專用權指所爲而言。物權出於有形。專用權出於無形。物權與債權異。物權之効力。以一般之人爲目的。債權之効力。以一定之人爲目的。故物權有追及權。而債權無追及權也。甲有物、乙竊之、即至丙手、甲可直向取回、因物權中有追及權故也、甲貸金與乙、乙轉借與丙、甲可向乙索、而不可向丙索者、因債權中無追及權之附着故也、是皆屬於財產權者。

人格權者。生命權、身體權、名譽權。自由權之總稱。生命爲肉體精神之關鍵。萬事之基本。保護其關鍵基本之權利。謂之生命權。保衛己之身體。以拒絕人之侵害之權利。謂之身體權。名譽爲人類最尊貴之表章。外可保持其面目。內可滿足其自重心。故有誹謗侮辱者。刑法責罰之外。復負民法上賠償損害之義務。是謂名譽權。自由者。不受人力之制縛。從己意而行爲。其合於正理之自由。

如人身自由、言論自由、信教自由、受法律之保護者。則爲自由權。親族權者。由親族關係而生。親族相互關係之範圍。(一)六親等內之血族。(二)配偶者。(三)三等內之姻族。親族關係與家族關係異。家族關係。戶主與家主之關係。親族關係。同姓與異姓之關係。由家族關係及親族關係所生之權利。如戶主權、夫權、親權、後見人權、後見監督人權、親族會員權、受扶養權、相續權、受遺權之類是也。人格權。基于人之性格直接享有之權利。親族權。基於人之親族關係之權利。是皆屬於人身權者。

財產權人身權之區別。據權利本質。可目算爲金錢與否爲相異之點。此十年前之舊學說也。財產權。包債權、物權、專用權而言。三者皆可以金錢目算。其不能以金錢目算者。不得爲物權、債權、專用權。即不得謂之財產權。自德國愛陵之說起。則前說有未盡然者。愛陵謂債權不皆可以金錢目算。設甲有肺病。約乙往曠野散步。乙受甲約。即負同往之義務。此非債權乎。及散步而甲之肺病

愈。此非正當之利益乎。試問此利益可目算爲金錢否。不特此也。一人靜室讀書。鄰舍作絃歌以喧之。若人與鄰舍約。自早至午。不得作絃歌。此非債權乎。鄰如其約。而若人獲進修之益。試問此利益可目算爲金錢乎。抑不能目算爲金錢。即可謂之非債權乎。愛陵之說。倡德之民法宗之。日本仿行焉。故日本民法三百九十九條。曰債權雖有不能以金錢目算之時。亦得爲其目的。即愛陵之定義所出也。或謂財產權僅爲自己之權利。人身權爲自己之權利。且不獨爲自己之權利。而兼爲他人之權利。或謂財產權以相續讓與爲目的。人身權不可以相續讓與爲目的。種種學說。持論不齊。茲採前說。以目算金錢爲財產權之原則。而以債權中之不能以金錢目算者爲例外。目算即估價之意。日文謂之見積ル(ミツモル)

第六章 權利之得喪變更

第一 權利取得。即有一定之權利能力者。爲某權利之主體。其別有二。

(一) 原始取得。是取得向未存在之權利。易而言之。即新權利之創設也。例如因先

占無主物而後得之所有權。就一切權利皆得行之。

取向無主體之物。引爲己有。即原始取得之謂也。荒山曠野。杳無人跡。甲往墾之。權利即歸於甲。乙往耕之。權利即歸於乙。收益聽之。使用聽之。處分亦聽之。是山是野之全部權利。皆爲甲乙所享有。且原始取得。無論何種權利。皆得實行。非若繼受取得。有全體一部分之分。可行不可行之別也。（日本民法第二

百五十九條詳定原始取得之權利）

（二）繼受取得。是取得他人之權利。易而言之。即權利之移轉也。故繼受取得之時。從來之權利者。喪失其權利。而取得者。代占從來權利者之地位。取得者之權利。即舊權利者之權利也。

前既爲人所有。後復爲人所得。以後人接續前人所有之權利。謂之繼受取得。人雖二而權利則一。人雖異而權利則同。前人所得。爲全體之所有權。後人所繼。亦爲全體。前人所得。爲所有權之一部分。後人所繼。亦祇一部分。前人所享

有之權利。與後人所繼受之權利。有同樣之性質。同樣之範圍。而無差異。蓋繼受取得者。以他人之權利爲基礎者也。羅馬格言曰。盡其所有之權利。而爲我之繼受。不必減於其中。不得加於其外。此繼受取得之原則也。

然有繼受之取得。異於固有之權利者。時效爲之也。何謂時效。事物之眞權利者。已亡。其收儲利益之人。因時之歷久。而生權利之効力。時効之限期。各國法定不同。日本民法。物權二十年。債權十年。期內無人過問。逾期。則權利歸收儲利益者享有。甲有良田百畝。以千金抵與乙。約五年取贖。此五年中。乙有收益使用權。甲有處分權。及第四年乙以田授丙。則丙之繼受於乙者。收益權。使用權也。越二十一年。甲不贖。甲所有之處分權。亦歸於丙。乙所固有者。一部分而丙所繼受者。則爲全部分。非繼受之取得。異於固有之權利乎。時効立法上之理由有二一禁權利者之疏懶使有歸東之期二因歷時過久則證據難尋裁判無證即不能下確當之判決

繼受取得。以一切權利皆得行之爲原則。因權利自身之性質。或創設原因之本

旨。不許繼受取得爲例外。

因權利自身之性質。不能繼受者。如公權。人身權。是選舉權。公權也。甲被舉代議士。甲不能讓與乙。乙即不能繼受於甲。身體權。人身權也。手與足。豈能取得於他人。親族權。人身權也。妻若子。豈可繼受於他氏。此因權利性質之不同。而不能繼受取得者也。其創設原因之本旨。不許繼受者。如甲以契約專認乙爲權利者。而對之負義務之時。甲感乙恩。甲與乙約。報以重物。乙對於甲。有創設之權利。實緣甲對於乙。負發生之義務。乙欲以此權利。與丙繼受。則甲對於乙。有義務。甲對於丙。無義務。即乙對於甲。有權利。丙對於甲。無權利。此由權利原因之特別。不許繼受取得者也。

原始取得。享權利之全部。繼受取得。享權利之全部者。有之。享權利之一部者。有之。夫權利曷爲有全部。一部之分也。試徵諸所有權。使用。收益。處分。三者合。則爲所有權之全部。三者分。則爲所有權之一部。甲有房一所。甲之所有權也。

租與乙。則房屋使用之權。讓與乙矣。復以典契抵與丙。以租作息。則房屋收益之權。又讓與丙矣。然乙雖有使用之權。而不敢毀傷其薪木。丙雖有收益之權。而不能絕賣其房基。誰敢毀傷。誰能絕賣。則權操諸甲。蓋使用讓與乙。收益讓與丙。而處分一部之權。仍爲甲所有。由合而分。即全部一部之別也。

第二 權利喪失。即某權利之主體。失其主體之位置。其別有二。

(一) 權利移轉。參看前揭第一之(二)。

權利移轉者。以甲所有之權利。移轉與乙。即繼受取得對面之現象也。甲爲繼受。即與甲對待之乙爲移轉。甲爲移轉。則與甲對待之乙爲繼受。移轉者。繼受之始基也。繼受者。移轉之去路也。

(二) 權利消滅。即權利絕對的消滅。權利者之喪失其權利也。原因之重要者有四。曰權利之拋棄。曰義務之全部履行。曰權利目的絕對的消滅。或權利目的絕對的不能。曰混同。

何謂權利之拋棄。放棄其固有之權利也。蕪良田而不耕。扃華堂而勿宅。此物權之拋棄。人貸其金不之索。人負厥約不之詢。此債權之拋棄。然可行於專屬一人利益之權利。而不可行於有關一般利益之權利。父子之親權。夫婦之夫權。家長之族權。一人之廢弛。有害於社會一般之利益。官吏有應得之職權。即有應盡之職務。一人之曠職。有害於國家一般之利益。此皆不容拋棄者。何謂義務之全部履行。試徵之貸借關係。甲爲貸主。乙爲借主。乙以所借之物償其半。則乙之義務爲半部履行。即甲之權利半部消滅。及乙以全數償甲。乙所負之義務全部履行。即甲所有之權利全部消滅。何謂權利目的絕對的消滅。室之目的在居室。焚於火。則居室之目的全然消滅。金之目的在用金。投於水。則用金之目的全然消滅。室焚於火。所贖者焦土。金投於水。所見者汪洋。是室是金。決無復還之日。故曰絕對的消滅。何謂權利目的絕對的不能。即權利對手之負義務者不能行爲。不能不行爲是也。甲善畫。乙以百金訂之。期以一月。乙

有訂甲之權利。其目的在甲之畫也。乃甲至乙家。甲之手疾作。不能握管。一月未瘥。則乙之目的。因甲之不能行爲而不能達。即乙之權利。因甲不能行爲而歸於消滅。甲乙比鄰。甲高其垣。妨乙之遠眺。乙與甲約。垣不逾丈。若甲地籍於官。永作禁地。則甲負不行爲之義務。無可盡矣。即乙有約甲不行爲之權利。因甲不能不行爲。而歸於消滅。何謂混同。權利義務之對銷也。甲貸金與乙。甲有權利。而乙負義務。及乙爲甲之相續者。或甲爲乙之相續者。則權利義務合歸於一人。銀票流轉。出票者負兌金之義務。受票者有取金之權利。及票至原出之家。則權利與義務相遇。此因權利與義務混同而消滅者。

權利之移轉。與權利之消滅異。移轉者。地位之遷徙。消滅者。全體之廢止。遷徙其地位。則從來之權利猶存。故曰相對的移轉。廢止其全體。則從來之權利盡失。故曰絕對的消滅。

第三 權利之變更者。謂權利變其體樣也。（分類如下）

權利無形體樣二字當作無形看

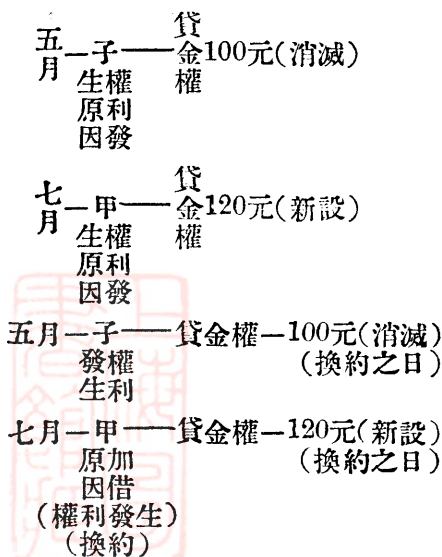
(一)客體的變更。是即關於權利客體之變更也。凡分三種。

客體的變更。是對於權利者之物。效用不效用。對於權利者之事。行爲不行爲。因權利之客體所生之變更也。

(甲)數量之變更。例如百元之貸金權。變爲百二十元之貸金權。

甲以百元貸乙。則甲有百元之貸金權。歷久核息。積而爲百二十元。即百元之貸金權。變而爲百二十元之貸金權矣。或期約兩月。越一月。先償二十元。則屆期。取索百元之貸金權。變而爲八十元之貸金權矣。此數量之變更也。至若五月借百元。六月還償。七月復借百二十元。似亦百元之數。變爲百二。不知百元既償。則百元之貸金權已消滅。百二十元復借。則百二十元之貸金權爲新設。即或五月借百元。六月未償。七月加借二十元。換訂百二十元之契約。則百元之貸金權。消滅於換約之日。百二十元之貸金權。發生於換約之時。貸借雖出於一人。而先後實分爲兩事。不得謂之數量變更。

此非數量之變更



(乙)品質之變更 例如享有某物某事之權利。變為賠償損害之要求權。

甲以物貸乙。被乙損壞。令乙賠償。則索取原物之債權。變而為賠償損害之要求權。此品質之變更。對於物而生者。甲約乙作十日之工。逾期不至。索還原給工價。則無形之行爲。變而為有形之財物。此品質之變更。對於事而生者。

(丙)附隨形容之變更 例如履行義務之時地變更。

權利之變更。由義務之變更而起。義務之變更。因時地之變更而生。貸借關係。約以一月還者。或遲至二月。則利息之多寡。期限之長短。需要之緩急。權利之種種變更。實因履行義務者。時之變更而起也。賣買關係。原約倫敦交貨。今改上海交卸。則舟車之運費。關卡之捐輸。路途之保險。權利之種種變更。實由履行義務者。地之變更所致也。

(二)主體的變更 是即就於權利或義務之主體之變更也。凡分二種。

(甲)主體之變更 權利之移轉。兼義務者之變更。

甲借乙錢。乙爲貸主而有權利。甲爲借主而負義務。乙借丙錢。乙爲借主而負義務。丙爲貸主而有權利。乙以甲所立之債券償丙。則乙對於甲之權利。移轉與丙。乙對於丙之義務。變更爲甲。是謂之主體變更。

(乙)主體之增減 例如一人之所有權。變爲數人之共有權。或數人之共有權。變爲

一人之所有權。

一人之所有。變而爲數人之共有。則權利以分而減。數人之共有。變而爲一人之所有。則權利以合而增。是曰主體之增減。

權利之變更。以一般權利皆可行者爲原則。其不能行者爲例外。參看本章(第一)之(二)末段

第四 權利之得喪及變更。法律上無一定之原因。則不得行。固無論已。法律上之原因。即法律事實也。法律事實之包括。即法律事實體也。

權利者。法律之所付予也。是權利從法律而生。可斷之曰。無法律。即無權利。故權利之得喪變更。必有法律上一定之原因。此原因。稱之爲法律事實。包括種種事實。稱之曰法律事實體。甲乙二人有貸借關係。分定期立約貸金。而爲三。甲乙行之。則事也。而徵諸事實。故曰事實。合定期立約貸金。而爲一。甲乙組之。則事也。而全其體。故曰事體。事實事體。受法律之所許。故曰法律事實。法律事實體。此關於權利之取得者。賊之竊取人物也。始起意。繼行爲。終取得。起意行爲。取得。

事實也。竊取人物事體也。此關於權利之喪失者。其變更可類推矣。事實事體之分。不僅為學問上之研究。實為實際上之應用。問事體而不求事實。則犯法者。刑不必有。輕罪重罪之別。研事實而始定事體。則殺人者死。不可無謀殺過殺。即誤殺日本刑之分。是權利之得喪變更。合而研其事體。尤貴分而究其實也。

法律事實分為二項。

(一) 行為。即意思之發動。而有積極的、消極的、現出者也。

積極的 消極的

德文 Poutev+ (動進)
Plgativ- (靜退)

積極。進取也。消極。退縮也。有進取之意思。而後有積極的行為。有退縮之意思。

而後有消極的行爲。有意思而後能發動。能發動而後有積極的消極的現象。有積極的消極的現象。而後謂之行爲。有外部之行爲。而無內部之意思者。非行爲也。有意思而無決定其意思之能力者。非意思也。瘋者幼者。與人立約。而人不受其約。以其無行爲也。非無行爲也。無意思也。非無意思也。無能力也。無能力以決其意思。無意思以發表其行爲也。決定意思之能力。謂之自然能力。自然能力所決意思之發表。爲自然的行爲。自然的行爲。非即法律上之行爲也。自然的行爲。人生自然的能力。所決意思之發表。法律上行爲。法律制定之能力。所決意思之發表。設法律定十二歲爲有能力。則十二歲以前之能力。爲自然能力。十二歲以後之能力。爲法定能力。以自然能力所決意思。發表而爲行爲。則爲自然的行爲。以法定能力所決意思。發表而爲行爲。乃法律上所認之行爲。法律上所認之行爲。分爲二。一曰適法行爲。二曰不適法行爲。適法行爲之中。又包含法律行爲之適法行爲。非法律行爲之適法行爲。人之意思發

動。故。意。而。成。法。律。之。原。因。結。果。者。法。律。行。爲。之。適。法。行。爲。也。人。之。意。思。存。在。自。然。而。生。權。利。之。得。喪。變。更。者。非。法。律。行。爲。之。適。法。行。爲。也。法。律。行。爲。例。如。貸。借。關。係。貸。主。借。主。二。人。各。出。其。意。思。爲。二。人。相。合。之。意。思。其。意。思。之。發。動。所。生。法。律。上。之。結。果。遂。成。貸。金。權。此。故。意。而。成。者。也。故。謂。之。法。律。行。爲。占。適。法。行。爲。之。大。部。分。其。小。部。分。非。法。律。行。爲。之。適。法。行。爲。則。異。是。乙。地。爲。地。方。自。治。之。制。甲。居。乙。地。三。年。得。名。譽。職。甲。初。無。是。心。也。其。權。利。之。得。由。於。自。然。者。是。即。非。法。律。行。爲。之。適。法。行。爲。至。於。不。適。法。行。爲。如。刑。事。中。之。犯。罪。者。民。事。中。損。害。人。之。權。利。者。之。行。爲。是。也。故。不。適。法。行。爲。國。家。以。法。律。制。裁。之。不。適。法。行。爲。無。利。益。者。也。適。法。行。爲。有。利。益。者。也。貸。金。權。出。於。借。主。貸。主。之。意。思。發。動。故。兩。者。皆。得。利。益。即。居。乙。地。三。年。所。得。之。選。舉。權。無。論。若。人。之。居。其。地。爲。有。意。乎。爲。無。意。乎。卒。不。得。謂。選。舉。權。無。利。益。也。若。不。適。法。行。爲。被。害。者。固。無。利。益。即。加。害。於。人。者。受。法。律。之。制。裁。利。益。何。有。故。適。法。不。適。法。之。別。即。有。利。益。無。利。益。之。分。也。

(二)事件 即世上之出來事也。

出來事者。世上自然而成之事。非由行爲而成之事。即無意思之行爲也。日月經天。江河行地。寒暑之序。晝夜之分。草木之榮枯。風雨之往來。滄桑之互易。霜露之遞更。是皆出於自然。不假行爲而成者。即所謂世上之出來事也。

第七章 權利之保護(法律之制裁)

第一 夫有權利。則有對之負義務者。義務違反。即相對權利之侵害。違反義務。侵害權利。是違背法律也。違背法律。則有法律之制裁。以對於違反義務。侵害權利。加適當之報應。而全法律之實行。及權利之保護也。是故說權利保護之事。於法律制裁之理論爲甚便。

權利者。受法律之保護。即義務者。被法律之制裁。故言法律之制裁。義務。即法律之保護權利。

第二 法律之制裁。謂違背法律者。所受法律上報應也。或稱爲違反義務者所受報應。又侵害權利者所受報應。亦無不可。

法律之制裁。雖有種種之別。要皆對於違背法律之惡報。使違背者。受多少之痛苦者也。

法律之制裁。與道德之制裁異。道德含混。法律分析。不同。一違背道德。卑鄙。視之。違背法律。痛苦加之不同。二道德之制裁。無重輕之別。法律之制裁。有等級之分。不同。三被法律之制裁。即受法律所予之惡報也。法律所予之惡報。即法律所加之苦痛也。苦痛分有形之苦痛。無形之苦痛。有形之苦痛。如生命刑。身體刑之類是。無形之苦痛。如名譽刑之剝奪。罪人名譽之類是。

第三 法律制裁之分類方法。學者間未歸一致。茲舉最當之分類如左。

(一) 民事制裁 是私法上之制裁也。即對於違背私法之惡報也。其重要者如左。

(甲) 強制履行 是謂義務者任意不爲其義務本旨同樣之履行。權利者藉裁判所之力。使其履行也。(是曰直接履行) 就義務之性質。不能強其本旨同樣之履行者。(例如歌舞之義務與爲夫婦之義務) 不許強制履行。

強制履行者。權利主體。借裁判所之力。強制其對手之客體。恪踐所約。爲義務本旨同樣之履行。不得有絲毫之差異。譬甲貸乙金百元。約五厘行息。五月初一在倫敦還。則甲所負之義務。有四項。(一)百元。(二)五厘息。(三)時期。(四)地方。本息目的也。時地。本旨也。若以百元並五厘息。五月初二還於倫敦。則本同息同地。同而時不同。或以百元並五厘息。五月初一還於橫濱。則本同息同。時同而地不同。則謂之任意。不爲其義務本旨同樣之履行。權利者得借裁判所之力。以強制之。此其原則也。至於例外。則有不可強制履行者。如歌舞者之演歌舞。夫婦之結婚。裁判所雖執行之。其如歌者不歌。舞者不舞。何如其夫不認爲夫婦。不認爲夫何權利者。即借裁判所之力。以強制之。其如歌非所歌。舞非所舞。夫不夫婦。不婦何。

不能爲強制履行之時。又權利者不欲履行之時。權利者得請求損害賠償。(是曰間接履行)

不能爲強制履行。如甲負歌舞之債務。而不歌不舞。權利者不欲履行。如乙有使甲歌舞之債權。而不欲其歌舞。權利者得請求裁判所。責令負債務之甲。賠償其價值。或以丙代甲。歌舞以賠償之。是謂間接履行。

(乙)損害賠償 是謂義務者爲侵害權利。而償權利者所蒙之損害也。損害賠償。以

金錢爲之。是其原則。毀損名譽日本民法七
百二十三條別有特例 償金之別。約分三種。

實額償金與名義償金之別。

實額償金者。所損害之權利。可目算爲金錢。名義償金者。被損害之權利。不能目算爲金錢。甲約乙作工。逾期不至。甲令丙代。則甲所給丙之工價。應令乙償。是甲給與丙之工價。有實額可計。即乙賠償與甲之損害。亦有實額可算。故曰實額償金。甲爲乙築室。跌於梁。折甲之肱。乙雖予以醫藥之資。而不能目算金錢之多寡。是謂名義償金。(例如日本民法七百十條與七百十一條)

實額名義之別

償金
100元

損害額
實額 100元

名義 = (100元估價) - 100元

定額償金與不定額償金之別。

定額償金者。損害可目算為確然金額之償金也。不定額償金者。損害不能目算為確然金額之償金也。借貸不償。有本息之可計。毀傷財物。有價格之可計。皆可目算為確然之金額者。是謂定額償金。若毀損人之名譽。或指某商家造假貨。毀損其商標。遂致銷路不廣。則某商因毀損名譽。所失之利益。要求賠償。雖可目算為金錢。然不能目算為確然之金額。故曰不定額償金。

通常償金與特別償金之別。

通常償金者。對於普通損害上之償金也。如甲有一書。值十元。乙焚之。乙當償甲以十元之金。是即通常償金。特別償金者。對於權利者之特別事情損害。其特別之權利。而償以特別之金也。甲有書。爲祖傳之寶。他人視之則甚賤。而在甲視之則甚貴。被乙燒去。則必償以特別之金。或甲乙各有是書。書值十元。甲與丙訂約。以二十元購之。書被丁焚。則償金二十元。若所焚爲乙之書。則償十元。因乙未與丙訂約。乙所有者普通之權利。甲與丙約。甲所有者乃特別之權利。故同是書。同是焚。償乙以普通之金。償甲以特別之金也。總之損害特別之權利。則償特別之金。損害普通之權利。則償普通之金。償金無特別普通之分也。因權利者之利益。有特別普通之異。而分之。但特別須爲償金者所知。若不知。則仍照普通。（參攷日本民法第四百十六條）

損害賠償。不可超過損害之程度。爲現今學者之定論。所謂懲罰賠償者。非學者之所認也。

侵害不賠償。必損害方可賠償。損害賠償。乃賠償其所損害者。斷不可於損害之外。復有加增。至懲罰賠償。謂損害權利者。心意可憎。必使賠償超過損害。以示懲戒。徵諸實事。雖有行之。揆以法理。實非通論。蓋懲罰之金。謂之罰金。應歸刑事中支配。不得取之於民事中之損害賠償。故學者不采此說。

(丙)失權 是權利者。於法律上所不當行。背法而行。於法律上所當行。背法而不行。遂致失其固有之權利也。如夫失管理妻之財產權。親失親權之類是。(參看日

本民法第七百九十六條第二項第八百九十六條第八百九十七條)

妻之財產。應歸夫管。夫不能管妻之財。法律規定讓與他人管理。則夫權失。子之教育。應歸父管。父不能約束。致其子之爲不法。國家置之懲治場。或法律規定後見人管教。則父權失。

(丁)無効 是謂某行爲。因缺法律上要件。不生完全之効力也。無効分二種。曰絕對的無効。曰相對的無効。絕對的無効者。行爲非法律之所許。本無効力者也。此行為非法

律上爲
不成立

例如反於『公共秩序善良風俗』之行爲。虛僞之行爲。目的不能達之行

爲。(參看日本民法第九十條第九十四條)相對的無効者。偶離法律効力。致生

利害關係者之行爲。其効力歸於消滅者也。例如無能力者如未成年者之行爲。因被

詐僞。或強迫。而爲之行爲。(參看日本民法第四條第九十六條)相對的無効。日

本法律語稱之曰取消トリケン。取消即撤銷也

何謂絕對的無効。是行爲無發生効力之條件。爲本無効力者也。甲乙二人相

約。殺人有法律上之効力乎。無有也。相約爲人離婚。有法律上之効力乎。無有

也。然不得謂之非行爲也。此即反於公共秩序善良風俗之行爲。百金之鋪。出

票數萬。以票易金。其人即遁。以百金而出數萬之票。法律有効力之付與乎。無

有也。此即虛僞之行爲。甲與乙約。跨萬頃之波。挾千仞之山。吞南洋之羣島。摘

北極之恒星。試問此目的能達否。不能也。是即目的不能達之行爲。(日本民

法九十條反公秩序者無効力九十四條虛僞之行爲無効力)故曰絕對的

無効也。何謂相對的無効。是行爲於發生効力之中。缺必要之條件。當事者依他行爲而消滅其効力之謂也。例如無能力者之行爲。身未成年。與人立約。約或有害於己。可陳明身未成年。撤銷其本有之効力。因詐僞強迫而爲之行爲。甲有重物。被乙所誘。約以他物易之。或獨行曠野。人以刃脅。立約以家產償之。皆可表明其被誘被脅之原因。以撤銷其行爲之効力。（日本民法第四條未成年之人非與法定代理人同立之約作廢九十六條被人欺詐或強迫者可表示作廢）故曰。相對的無効也。絕對的無効。爲法律上未經成立之行爲。相對的無効。爲法律上雖經成立。未能完全之行爲。絕對的無効行爲。即無成立之行爲。相對的無効行爲。即有瑕疵之行爲。

(戊)過料 是違背『私法中公益的規定』者。依裁判所之宣告。而被課之料金也。（參看日本民法第八十四條）料金與罰金異。罰金。用刑事訴訟之手續以執行者。料金。用民事訴訟之手續而執行者。

過者。過去也。料者。料金也。課以應納之金。責其已往之愆尤也。過料與罰金異者。過料爲民事訴訟上之手續。罰金乃刑事訴訟上之手續也。刑事上之罰金。對於所犯之罪而生。若犯人赤貧。無金可罰。必加以相當之痛苦。（如禁錮之類）民事上之過料。有金則取。無金則免。裁判所不勉強勒取。亦不加苦痛以償過料之所值也。私之法人中。公益的社團。不以其應爲者爲之。裁判所課法人以過料。過料之性質。位於純然民事制裁。純然刑事制裁之間。其入於民法而不入於刑法中者。因罰金則損傷當事者之名譽。過料之課。無名譽之損傷故也。

(二) 刑事制裁 是刑法上之制裁也。即對於違背刑法之惡報也。此惡報。即刑罰。刑罰之種類。古今東西雖各有別。而皆以剝奪人類幸福爲基礎。如生命、身權、財產、名譽、自由、等之全部或一部分。分五類如左。

(甲) 生命刑 剝奪罪人生命之刑罰也。昔之用此刑者。有種種方法。頗涉慘酷。至今

普通則用絞殺。軍人之刑
通用銃殺

自廢止死刑之論起。歐洲有一二國。已實行廢止死刑

矣。

古之刑法。歸罪於個人。故死刑有種種之慘酷。今之刑法。注意於社會。故死刑以絞殺爲普通。野蠻時代用車裂火炙釜煮腰斬剖腹種種酷刑。慘不忍聞。今文明各國類用絞殺。美國某州則用電殺。而電殺有死而復蘇者。不如絞殺之爲善。近世

廢止死刑之說起。比利士瑞士已實行之。學問家有是之者。有非之者。推究其原。不得不謂之是也。但須視國內人民之程度。若何耳。日本改正刑法。犯罪者較少於昔。欲知來。視諸往。吾得而斷之曰。刑法改良。犯罪必減。

(乙) 身體刑 毀損罪人之身體。或直接加苦痛於罪人身體之刑罰也。在昔各國盛行。今則無之。但笞杖刑有主張再興者。亦有生命刑與身體刑相兼者。(如尚殺是也)

斷手足。殘支體。截耳。剝鼻。黥。宮。笞。杖。皆身體刑也。行於古。而將絕於今。惟笞杖刑。英國因減省獄費。有主張再興之說。至高殺死刑而加以刃割。既奪其生命。

復戕其身體。故謂之身體與生命相兼之刑。

(丙)財產刑 剝奪罪人財產之刑罰也。如罰金科料之類。爲今日所盛行。然沒收罪人之土地房屋。無限制之財產刑。及許以財產贖罪之制。則非今日文明國之所行矣。

財產刑之盛行於今者。如罰金科料是也。即如傷人之具。竊盜之贓。來路不明之物件。犯罪者所得之利益。國家亦有沒收之時。沒收二字爲刑罰中之名稱然各有限制之條。非若古代沒收家產。或死刑之外。揆刑罰之輕重。貸贖金之多寡。財產刑之應用。漫無限制者也。

(丁)名譽刑 剝奪罪人名譽之刑罰也。例如奪入籍之權。及爲官吏之權等。(參看日本刑法第三十一條)今日文明國之法律。以名譽刑附加於他刑。不以名譽刑爲主刑者也。

入籍權、爲官吏權、公權上之名譽也。剝奪或停止之。是即名譽刑。然近世各國

以名譽刑附加於他刑。而非獨立之主刑。

在昔中國之髡刑西洋之奴隸則以名譽刑爲主刑矣

蓋人之有犯。

無論輕罪重罪。皆附以剝奪名譽之刑。剝奪名譽之苦痛。關於國民之程度。上等人剝奪其名譽。則精神上有異常之感觸。異常之苦痛。受無形之刑。視有形之刑爲尤烈。若下等人。不知名譽爲何物。即剝奪之。亦無加損。故程度最低之國。名譽刑有不能行者。然國家不廢此刑。亦發其知恥之心耳。

(戊)自由刑 剝奪罪人自由之刑罰也。是爲今日所最盛行者。蓋因自由刑可隨犯罪之重輕爲伸縮。使所加之刑。得所犯之罪之適度也。

剝奪生命、身體、財產、名譽等刑。未必得犯罪適當之程度。惟自由刑定期限之長短。以伸縮之。則刑罰之重輕。得於至當。故近世各國盛行之。自由刑分定役無定役二種。定役者。服以一定之役。如苦工之類。無定役者。就範圍於禁獄之中。而聽其行爲者也。除國事犯罰以無定役外。餘皆科以定役之刑。定役之制。最稱完善。學者宜注意焉。

述者曰、自由刑定役一法、周官以圖土聚教罷民之遺意也。夫獄謂之牢。始於三王。夏曰夏臺。殷曰羑里。周曰圜圉。古帝王之設斯獄也。將以馴其心。降其氣。束縛其形骸。懲既往以警將來。使犯者之不敢再犯。未犯者之相戒以不犯。爲維持世道計耳。後世商鞅韓非之徒。專尙法術刑名之學。變本如厲。刑滋濫焉。監獄之制。遂有愈變愈酷者。我朝忠厚開基。滿除殘酷之刑。以養和平之福。大清律例今日視之爲非改正不可行之法律而在二百數十年前以前確爲亞洲最文明之法律有法制史可證是言惟監獄之制。聿仍其舊。未及更新。或無辜而被枝連。或有罪而未判決。斃於黑獄者。歲不乏人。夫人生不幸。幼而失教。壯而失業。無百畝以供事畜。無一藝以贍饗。殮食乏。麤糧衣無敗絮。賣兒鬻婦。子賸一身。迫於饑寒。流爲不法。朝入匪黨。暮被官刑。土室棘垣。赭衣黑索。受手足之拘攣。有觸穢而成疫癘者。有久繫瘠瘦而至死亡者。有日受敲扑。肢體摧殘。雖釋放而已成廢疾者。或入獄年久。未習一技。謀生乏術。不得不故智復萌者。或以一眚之過。致繫獄中。重犯巨盜。日與居相濡相染。得罪大惡。極

之薪傳。釋放而犯大案者。烏乎禁止。犯罪之具。適爲養成犯罪之區。拘禁而生計益窮。釋放而依然赤手。今日拘之。明日縱之。昔所犯者。安保異日不犯也。今日拘之。明日戮之。戮一人。未必能警百人之皆不犯也。若仿行定役之制。則一舉而數善備矣。人有一定之職業。日有一定之工程。不能者教之。不善者習之。惰而不習。頑而不率。教者責無赦。自朝至暮。刻無暇晷。犯人與犯人不遑聚語。即聚語亦不過攷求工作。斷無暇及犯罪之情狀。以增長其惡計。居之日久。惰者勤。頑者懦。惡念不敢復萌。去邪而日就於正。其善一。學成手業。釋放後隨在可以謀生。自食其力而有餘。穿穴踰垣。雖誘之而勿爲。其善二。以罪人工作之羨餘。充監獄經理之費用。國家不必出重資。其善三。將罪人日得之工錢。提一二成代爲存儲。釋放時給作資本。俾安於業。以贍身家。其善四。有此四善。則犯人當拘禁之時。爲惰頑之莠民。及釋放之日。即勤懦之良民矣。有牧民之責者。寧仍今日監獄之制。以罔斯民。毒斯民乎。抑復周官以圜土聚教。罷民之制。采

用定役之法。以子我民拯我民乎。編錄至此。感情勃發。不能自遏。敢附臆說。以質當道。

以上五類之外。昔有感覺刑者。以害罪人之感覺爲刑罰者也。如蛇責妨眠刑。及滅夷三族刑之類。此野蠻時代之所行。非文明各國之所有也。

蛇責。以畏感覺妨眠。以驚感覺滅夷。以慘感覺。故曰感覺刑。

(三)行政制裁。是行政法上之制裁也。對於違背行政法之惡報也。茲分二類如左。

(甲)警察制裁。以防止人爲或天然之危害爲目的。即行政官制裁人民之不法行動也。如解散集會。禁止結社。禁止不法營業。拘束有防他人營業自由者之行爲之類是。

危害。爲幸福之反對。凡有妨人民之幸福者。即曰危害。欲保持一般人民之幸福。必先禁止有妨人民幸福之危害。棄穢於途。致染疫氣。此人爲之危害。河流橫決。此天然之危害。除道途之污穢。防止人爲之危害也。設堤堰於河上。警察

豫防其損壞。此防止天然之危害也。不曰害而曰危害。言害雖未起而甚可危也。不曰禁止而曰防止。防止於未然。非禁於已然也。警察者防止人爲或天然之危害於未發之先者也。解散集會。禁止結社。禁止不法營業。拘束有防他人營業自由者。皆防害於未發之先之制裁也。若危害已發。則歸行政矣。

(乙) 狹義之行政裁判 即對乎行政機關。不法行爲之制裁也。如行政裁判。取消行政官廳之違法處分。及對乎官吏之懲戒處分之類。

行政裁判所。制裁行政官吏之一機關也。行政官支配人民之處分。有失於過當者。人民可鳴冤於行政裁判。以取消其原定之處分。在人民視之。則爲處分之消滅。由行政官視之。則爲行政之制裁。又官吏爲國家之機關。于其分限之中。對於國家最高機關之統治者。有服從特定之職務。曠廢其職權。違反其義務。或抗長官之命令。或素行不修。失墜官箴。則從行政官、司法官、武官等特別之懲戒規則。受譴責、罰俸、免職之懲戒。是即對於官吏一種之制裁也。

以上所述。法律制裁之分類。專指國內法而言。國際法非無制裁。無確實執行者。故畧之。

制裁者。有最高權力之行爲也。國與國際。無最高權力之國。爲之制裁。雖國際上報復之戰爭。近乎制裁之性質。然強國能之。弱國則不能。非通例也。

第四 凡既有法律。則對乎違反之者。即有一定之制裁。是爲原則。然謂法律必須

制裁者。非也。立法者當制定法律之際。苟認爲無須制裁。則不加焉。如日本明治二

二百十五號小學校
令第二十條之類 雖然無制裁之法律。欲望其普行則甚難。故制定無制裁之法

律。非政策上所當贊稱者也。

法律。合命令、禁止、制裁三種而成。形式上有命令。未必有禁止。有禁止。未必有制裁之規定。有制裁之規定。未必有命令禁止之明文。而實質上則兼三者而有之。法律曰。謀殺。人有罪。此制裁也。而人不可殺之禁止。犯者必死之命令。已包含於其中。法律曰。借人物者必還。此命令也。然借物不可不還之禁止。損

害賠償之制裁。已包括於其內。由形式上觀之。祇見法律之一端。由實質上攷之。則得法律之全體。是有法律。即有制裁。此其原則也。若例外則如小學校令。父兄當送子弟入校。有法律之命令。而無法律之制裁。因立法者認爲無須制裁。法律之內容。亦有不附以制裁者。然此特別之例外。非共通之原則也。且無制裁之法律。其効力。必不强固。無外部之強制。幾與道德相同。但道德上之命令。與警察無關。而無制裁。法律之命令。警察可糾正之。此法律之無制裁。與道德無制裁之別也。

權利受法律之保護。義務被法律之制裁。言之詳矣。然民事中有不被法律制裁之義務。自然義務是也。私權中有不受法律保護之權利。對於自然義務之權利是也。自然義務。非法律上之義務。亦非道德上之義務。是一種法律上不完全之義務。其對手之權利者。亦爲不完全之權利。自然義務。事不多見。羅馬法中。自然義務之最著者有二。(一)無能力者。(二)因時効而免法律上義務者。何

謂無能力。身未成年。其知識。法律上認爲不完全之知識。故法禁治產。若與人立約。而無代理之人。則爲獨立單純之義務。何謂因時効而免法律上義務。權利者當應行權利之時。放棄不行。及逾法定時効之期。則負義務者。可免法律上之義務。此皆法律上不完全之義務。權利者不得藉法律之保護。訴訟。裁判。所以保護其權利。裁判所亦不得以法律之制裁。對負義務者。制裁其義務。是即自然義務之謂也。然自然義務者。實行其義務時。則爲法律上之義務。卻與道德上之義務不同。譬甲對於乙。負還物之義務。甲未成年。或於時効後。以物還乙。不得謂之贈與。既盡義務。亦不得索回。贈與。道德上之義務也。不得謂之贈與。即非道德上之義務。義務而受制裁。法律上之義務也。義務而法律不能制裁。即非法律上之義務。要之自然義務。對手之權利者。不得實行。法律上之權利。而義務者之恪盡義務。卻不得謂道德上之義務。而確是法律上之義務。自然義務之性質如是。自然義務。羅馬法認之。法國法亦認之。而德與日本則不

認爲自然義務者。理由何在。一因形式上之理論雖異。其實行之結果則同。二因道德上之義務。易與混合。然雖不認爲自然義務。而其處置之方。已散見於各條文中。



光緒三十年九月二十日印刷
光緒三十年九月廿三日發行

(定價大洋四角)

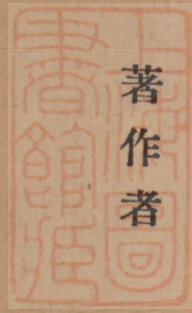
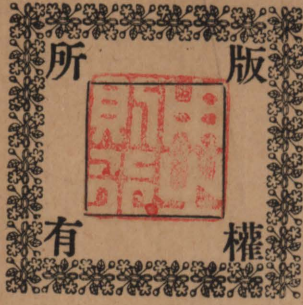
日本法學博士巖谷遜藏

無錫唐宗愈

作新社

上海四馬路惠福里

印刷所



上海图书馆藏书



A541 212 0014 3592B

