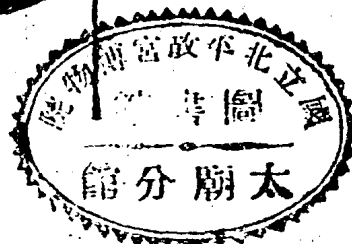


法學通論

日本法學博士織田萬原著
閩縣劉崇佑翻譯

上海商務印書館藏版



580
862
2

日本法學博士織田萬原著
閩縣劉崇佑翻譯

法學通論

上海商務印書館藏版



3 0647 4514 8

05110

A 215554



二五三二

法學通論自序

本書之刊行。供初學之提撕。兼爲法律思想普及之一助。此微意之所在也。故力避高尙深邃之理論。而就平易淺近之解說。惟終有說焉不詳語焉不悉之處。爲著此種書之性質所不能免。且公務之餘業。本不敢期其全備。得讀者諸君子之叱政。所厚望也。

著者於本書中法律之意義。限於國內法。不說及國際法。惟國際法之理論。與國內法之規定有相關者。間或示之而已。蓋處今之時。尙以國際法爲非法律。雖不適於常理。然國際法自屬別途之研究。且不但此也。在初

學之士。自當先體會國內法全體之要領。此本書以國際法爲除外之所由也。著者識

法學通論目次

緒言

第一卷 總論

第一編 法學

第一章 法學之性質

第二章 法學之分類

第三章 法學之各派

第四章 宇內法制之變遷

第二編 法律

第一章 法律之定義

第二章 法律之彙類

第三章 法律之淵源

第一節 直接淵源

目次

第二節 間接淵源

第四章 法律之效力

第一節 法律效力之關於時者

第二節 法律效力之關於地者

第三節 法律效力之關於人者

第五章 法律之變更及廢止

第六章 法律之解釋

第一節 法律解釋之必要

第二節 法律解釋之種類

第三節 法律解釋之規則

第七章 法律之制裁

第三編 國家及政權

第一章 國家之意義

第二章 國家之起源

第三章 國家之形態

第四章 國家之主權

第五章 主權之主體範圍及機關

第六章 自治制度

第四編 權利及義務

第一章 權利

第二章 義務

第三章 權利之主體

第一節 自然人

第二節 法人

第四章 權利之客體

第五章 權利之得喪

第一節 權利之發生及消滅

第二節 事實

第三節 期間及時效

第四節 證據

第二卷 各論

第一編 憲法

第一章 天皇

第二章 臣民之權利義務

第三章 統治之機關

第四章 統治權之形式

第二編 行政法

第一章 行政行爲

第二章 行政組織

第一節 普通行政與地方行政之區別

第二節 普通行政組織

第三節 地方行政組織

第四節 特別行政組織

第三章 行政裁判

第一節 行政訴訟

第二節 訴願

第四章 權限爭議

第三編 刑法

第一章 犯罪

第二章 犯罪之責任

第三章 犯罪之體裁

第四章 刑罰

第五章 刑罰之加重減輕

第六章 刑罰之消滅

第四編 民法

第一部 物權法

第一章 總說

第二章 占有權

第三章 所有權

第四章 借地權

第一節 地上權

第二節 永小作權

第五章 地役權

第六章 擔保物權

第一節 留置權

第二節 先取特權

第三節 質權

第四節 抵當權

第二部 債權法

第一章 總說

第二章 債權之原因

第一節 契約

第二節 事務管理

第三節 不當利得

第四節 不法行爲

第三章 債權之效力

第四章 債權之目的

第五章 多數當事者之債權

第六章 債權之讓渡及消滅

第三部 親族法

第一章 總說

第二章 戶主及家族

第三章 婚姻

第四章 親子

第五章 後見

第六章 親族會

第四部 相續法

第一章 總說

第二章 家督相續

第三章 遺產相續

第四章 遺言

第五編 商法

第一章 商人

第二章 會社

第一節 合名會社

第二節 合資會社

第三節 株式會社

第四節 株式合資會社

第三章 商行爲

第四章 手形

第五章 海商

第六編 訴訟法

第一章 訴訟及訴權

第二章 刑事訴訟法與民事訴訟法之關係

法學通論 目次

目次

第三章	裁判所
第四章	訴訟手續
第一節	第一審之刑事訴訟
第二節	第二審之民事訴訟
第三節	上訴及再審
第五章	裁判之執行
第六章	特別訴訟手續

卅



第一法學
通論研究
之目的
法學通論
者以得法
律之概念
爲目的者
也

法學通論

日本織田萬著
閩縣劉崇佑譯

緒言

第一 法學通論研究之目的

夫學法學通論者何哉。曰以欲網羅關於法律一切之現象而得其原理之概念也。凡欲修一學科其始必先察其學科之全體而知悉其原理之梗概。於是更以其各部分之性質與其相互之關係而明辨之。否則其入於各部分也。必不能精審深覈。而無遺漏。譬如入堂與者。必先由其門。若置身於廈屋之中。而不識其宮室廊廡之配置。則將迷罔徘徊。不知所由出矣。故考究法學者。若不先學法學通論。而即致力於民法、刑法、行政法、等一部分之智識。則其智識。不惟常局於一偏。而無完全爲用力。且即



其一偏者亦不能澈之無遺。蓋研究法學之道固與他科學無所異也。羅馬印斯只周德法典曰由平易而入深遠由已知而進未知指導之順次也攷究法學通論之目的亦若此耳。

第一 法學通論攷究之必要

法學攷究之目的已述如前則攷究之必要可知矣。故歐美各國學校凡修政治法律之科者其始無不先課法學通論。且法律全體之概念不獨為修法律者所必要。凡為一國之人亦當通曉其國法之大體。蓋國民公私之生活皆統御於法律。凡生命身體榮譽自由財產無一不賴法律保護之。而始獲安固。羅馬古賢有言曰吾人生活於法律動作於法律存在於法律。蓋一國之人民其不能離於其國法之範圍者無異萬物之不能離於物理之法則也。況乎方今寰宇大勢以立法為治國之最大要務。權利思想之厚薄殆有足表其國民之強弱文野者。德國近時法學大家耶林克所著權利之爭鬪一書開卷即曰平和者法律之目的而爭鬪者達

其目的之方法也。其大聲疾呼。以痛論權利思想之不可不大發揮之者。蓋如此。以此觀之。應伸張之權利。務伸張之。應履行之義務。速履行之。而毫無違礙背戾。則於吾人處世之道。或無大差失歟。然則通曉法學之大體者。豈特專學法律者所有事。卽國民普通教育之一部分。固有不能或遺者矣。日本從來普通教育制度。皆專授理化數學。而於法律之大要。則棄之不教。直以法律智識之傳播。爲有害於國民教育者。不亦慎哉。夫法律之旨。在於禁暴遏惡。在於斷難解紛。在於施正義於天下。而保社會之平和秩序。豈戕賊道德。使之廢頹耶。道德者。訓戒之者也。法律者。命令之者也。一以示愛人之本務。一以明害人之節制。一以標識人生之性情。一以規定國民之行爲。二者。各有其獨立之目的。而不可或缺也。今世所謂法律家之德行如何。姑不具論。卽使其釀濫訴訟之弊。而悖德汚行之言論。有不堪者。然是乃其人之罪。非法律之罪也。非因獲得法律之智識而然。蓋亦道德之教。有未普及故耳。

第三 法學通論攷究之綱目

第三法學
通論攷究
之綱目

攷究法學通論之方法。從來學者各執一道。然余非拘牽於一家著述。以特爲模範也。蓋就余之所信爲最完備者。取捨選擇之。以啟發讀者智識。而使之通於法律全體。故余分本論爲二卷。第一卷曰總論。蓋論通於法學及法律全體之原理。第二卷曰各論。則就於日本現行法規。而略述法律各部之性質。

總論及各
論綱目

法學通論

第一卷 總論

第一編 法學

第一章 法學之性質

何謂法學。古來釋定之者。雖不乏人。然大抵各以其當代之思想。或由其一流派之主義。而論之耳。雖其盡屬名家。有不得妄施評騭者。然求其能通於一般。而且簡明平易者。則實鮮矣。

學問之本義

欲知何謂法學。必先知何謂學問。斯賓塞爾曰。學問者。就於各種事物。而確知其普通之現象者也。蓋事物之普通現象者。即其原理之所以存也。而其原理之智識。則由學問而獲得之。覆載之間。森羅萬象。其複雜變幻。殆無窮極。必不能一一知而記之。必也綜合各種事物。而闡顯其所貫通之原理。故學問重焉。今夫雖庸愚之人。無不見雨之降。日之明者。無不知

水之冷火之熱者。此固亦爲事物之智識。然其智識。特各箇獨立者耳。與學問上綜合各種事物。而彙別類集之智識。則異也。故曰學問者。以闡顯事物之原理爲目的也。

法學之本義

學問之本義如此。則法學之性質。可瞭然矣。蓋法學上之各種現象。亦複雜錯綜。而不一定者。希臘之德拉康法典。與今日之所謂法典者。其寬嚴之差異。不可同日而語。即日本聖德太子之十七條憲法。與今日之所謂國法者。疎密之殊。亦何霄壤。且即在一時之中。而法律固亦隨地而變。凡山川、氣候、風俗、人情。其影響之及於法律者。皆甚大而著。拔斯加曰。正與不正。易地而忽變者也。緯度三度之遠。其法律已全顛倒矣。然則法律上諸現象。必非單一。不更可以推知之乎。社會幼稚之時。其法律甚簡。故記誦之亦甚易。然社會愈進。法律愈雜。欲一一記其條規。則已非人智之所能及。故必不可不綜合其法律上各種現象。而知其所貫通之原理。故法學重焉。然則法學之本義。約言之。即攷究法律原理之學問也。至若一

法令之微。一規則之狹。知其格段。而不能滙其通。此雖法律之智識。而非法學上之智識矣。

法學之本義。既在攷究法律之原理。而應用此原理。以施爲於凡百事業者。是爲法術。蓋事物之原理不能明。則於實地應用。究不能無誤。惟其原理無不通豁。故其實地應用之效果。亦有絕大者。知電氣之本質。及其作用者。則其術可以一線之鐵。通消息於千里。知熱學之原則者。則其技可以一葦之舟。凌怒濤於絕海。故學問者本也。技術者末也。蓋有本末之關係。而互相扶持者也。法律亦然。由於法學而審法律之本體。由於法術以爲法律之適用。法令之有起草有編纂。訴訟之有判決有辨護。此皆屬於法術之一部分。非先通法律之原理。則有斷難完成之者。然就事物之實際考之。法術之起。則又實先於法學。方之他學問發達之跡。固無所異也。蓋有國家。則必不能無法律。卽當古代國家組織。極其簡單時。而法制之術。則固已備。既有法制之術。則自必有其解釋適用之之術。於是而法律

家出。但當時所謂法律家者。僅通曉其先例典故。或僅解釋其時代之成法耳。蓋此時代。有法術而無法學。即如有算數之術。而無數學。有養生之法。而無醫學也。印度之馬倫法典。希臘之托拉哥及米腦斯法典。又利厄爾格索倫法律。及其他律令制度等。皆於古代已制定之。且其時賢哲之士。練達法律之實務者。亦已不少。支那唐虞時。已設士之職。而定五刑。周時且有司刑大司寇掌戮之官。秩然大備。迨周春秋戰國。則刑名法術之徒。如李悝韓非商鞅申不害等。相繼輩出。即徵之日本上古。亦已有一定之刑法。及中古。如大寶令等所制定律令。甚多。明法博士大判事等。通達於法律者。亦踵起不絕。此皆徵於史乘。而無可疑者也。雖然。當此時代。不論何國。皆僅有法律之技術。而法律之學問。則未聞有存者。是法術之起。先於法學之明證也。故由發達之順序言之。則謂法學者。即法術之進步。亦可矣。

第二章 法學之分類

法學之分類

第一法律
哲學及成
法學
法律哲學
之性質及
必要

就法學所探討之法律上現象。既極其複雜。故隨其現象之種類及其範圍。而法學之中。亦不得生數多支派。茲舉其主要者如左。

第一 法律哲學及成法學

法學因其研究目的之程度。而可區別為法律哲學及成法學二種。

(一) 法律哲學者。廣通於各種之法律現象。而研究其最高原理之學問者也。此種法學。不論時之古今。地之東西。皆以普察法律之所以發達變遷。審其原因結果之理由。而確定法律上一切之觀念為目的者也。其目的之高遠如此。故與所謂實地之應用。遂不能無大懸隔。於是學者所論。亦不能無或陷於空理妄想者。雖然。法律上之最高原理。究非局促於一國一時代之法律現象者。所能探明之。不得不別有法律哲學。以肩其任。故不能以其一派學說。有不免缺漏之故。遂并其研究之目的。而排斥之也。

(二) 成法學者。就一國一時代之法律現象。而研究其理論之學問也。此

成法學之

性質及必要

種法學。非於法律大進步之時。不能成立。蓋當法律與宗教道德相混同之世。則必無獨立之成法。故其時法律哲學。雖或成立。而成法學則究不能成立也。希臘古時柏拉圖亞里斯多德等哲人。其所言法律之原理。雖已不少。而成法學則由羅馬法律家創始之。觀此可知矣。成法學者。其研究之目的。雖不若法律哲學之高遠。然其資於實地應用者實多。故處於一國一時代間。欲為法學家法術家者。舍成法學。其道末由。

第一一 一般法學及特別法學

第二一般法學及特別法學

法學者。因其研究範圍之廣狹。而可區別為一般法學特別法學二種。

一般法學之性質及必要

(一) 一般法學者。互於法學全體。而廣理會其觀念之學問也。故此種法學。不拘於法律現象之種類。或綜合其同一者。或比照其類似者。而以獲得概括的之學識為主。故凡從事法學者。必不能不經此一般法學之階。若越之而遽致究特別法學。則必終無成效。

特別法學

(二) 特別法學者。就法律現象之某特別種類。而理會其觀念之學問也。

之性質及
必要

凡網羅關於刑法之現象而知其理論者。則謂之刑法學。綜合關於民法之現象而知其理論者。則謂之民法學。此外如憲法學、行政法學、商法學、訴訟法學。皆特別法學也。此種法學。其研究之範圍。有所限定。故其結果。較之一般法學。亦精微詳密。然不得因此而拋棄一般法學也。但法律現象。本極複雜。其蘊奧必不能僅以一般研究之法窮之。故學者雖有先後之分。而究無偏廢之道。

第三章 法學之各派

法學之各派

法學之目的。在於研究其原理。故其目的。唯一不可分者也。雖然。達之之方法。即研究法學之方法。學者恆不一其道。此法學所以有派別也。其主要者。大別之為依歸納的研究法及依演繹的研究法二學派。

第一 依歸納的研究法之學派

歸納的研究法者。以由於綜合事實而得之智識為本。而用以研究學理者也。依此研究法之學派。可細別之為四。

第一依歸
納的研究
法之學派

一 註釋法學派

(一) 註釋法學派。註釋法學派者。以解釋法律之文義為旨者也。始於意大利人伊耳里厄斯。當十二世紀時。伊氏於波羅那大學講羅馬法典。一時歐洲各國學者爭負笈從之。世稱之為註釋派。其後哥德不勒周斯於羅馬法典復大為註釋。世稱為後註釋派。迨至今日。其派別甚多。然以註釋文字而研究其意義者。固亦法學上之所要。特以之為獨立之研究法。則未足耳。

二 分析法學派

(二) 分析法學派。分析法學派者。以解剖分析法律上之觀念而明其本質為主義者也。始於英人澳斯丁。此研究法。如化學家以分析物質而知其成分者然。例如所有權云者。謂包含占有、使用、收益、處分之四元素者也。契約者。謂以合意與義務而成立。合意者。又以申込與承諾而成立者也。是皆由於此研究法之結果。英國法學家祖述澳斯丁者。蓋至今為盛。

三 沿革法學派

(三) 沿革法學派。沿革法學派者。以法律之現象徵於歷史上之事實。

學派

而顯闡其原理者也。採用此研究法。而最得盛名者。為德人薩比尼。薩氏研究羅馬法之沿革。曾倡為法律乃發達物非製作物之說。以難赤勃之德國法典編纂論。今英德各國法學家。屬此派者甚多。

四比較法學派

(四) 比較法學派。比較法學派者。以比較各種法律。辨其性質之異同。而探究其原理者也。此法古雖亦有行之者。然以法人孟德斯鳩所著法意一書為最。蓋採比較研究之法。而集大成。因之通常皆推為此派之祖。今法國學者。盛採此研究法。且有延及各國之況。

第二依演繹的研究法之學派

第一 依演繹的研究法之學派

演繹的研究法者。不由事實之經驗。乃以獨斷之理論為根據。而布衍之者也。依此研究法之學派。亦可細別為二。

一自然法學派

(一) 自然法學派。自然法之語。出於希臘斯德亦克哲學。羅馬法律家。極崇此說。用以論說法律。遂益盛行於世。以至今日。然其意義。學者之說各異。今舉其主要者。

(甲) 自然法者。蓋當人類生息於自然之狀態。所行之法。則也。倡此說者。爲盧梭之社會契約主義。所謂自然狀態者。卽指人類未組織社會時之狀態。是固以想像而言者耳。

(乙) 自然法者。自然賦與一切動物之法。則也。此說爲羅馬法律家由耳俾安所倡。其後孟德斯鳩說明自然法。其意義亦與之略同。然孟氏之攷究方法。已述如前。與一般之自然法學派。其趣實大異。故此當爲自然法學派。不可以混入於演繹法學派之中。

(丙) 自然法者。乃上帝所指示之完全法。則而得以吾人之理想發見之者也。此說多爲神學派法學家所倡。

(丁) 自然法者。基於人之稟性之法。則也。此爲德人克蘭善所倡。至亞連斯乃大成而盛行於世。蓋此學說實始於斯德亦克哲學之旨。謂人者從其稟性。而爲道之大本。故此派學說。可以謂爲傳自然法主義之真諦者也。世又有謂自然法爲性法者。亦職此也。

(二) 哲。學。法。學。派。哲。學。法。學。派。者。則。由。哲。學。上。原。則。而。闡。明。法。律。之。最。高。原。理。為。旨。之。學。派。也。其。淵。源。極。高。如。柏。拉。圖。亞。里。斯。多。德。錫。倫。等。其。論。法。律。皆。以。人。之。理。性。為。本。而。由。此。觀。察。之。者。也。近。世。此。學。派。之。最。著。者。則。為。德。人。康。德。

法。律。之。學。派。極。多。不。能。枚。舉。但。就。其。大。體。類。別。之。則。可。分。為。上。述。之。二。大。種。類。至。欲。論。定。其。孰。為。最。得。法。律。之。真。髓。者。則。實。從。來。之。一。大。疑。問。矣。蓋。人。事。複。雜。非。如。物。理。上。諸。現。象。有。一。定。法。則。而。秩。然。也。故。將。綜。合。其。複。雜。之。現。象。而。發。見。其。所。貫。通。之。原。理。亦。非。易。易。近。世。實。驗。之。學。大。起。自。生。物。學。之。發。達。而。社。會。的。學。科。亦。隨。之。而。有。一。大。變。動。其。中。一。部。分。之。法。學。亦。因。而。面。目。為。之。一。改。有。舍。空。理。而。主。實。驗。之。勢。雖。然。兩。大。派。之。相。對。峙。其。鋒。銳。至。今。不。減。一。以。演。繹。方。法。為。主。收。理。論。於。事。實。之。下。一。以。歸。納。方。法。為。主。而。搜。理。論。於。事。實。蓋。是。實。一。切。之。社。會。的。學。問。上。互。於。今。古。之。二。大。表。觀。而。要。皆。不。免。互。有。得。失。者。也。夫。學。問。研。究。之。法。本。不。必。墨。守。一。主。義。

而以能執其兩端而揭之者爲善。故研究法學者。當先從歸納的研究法。以採其原理。更依演繹的研究法。而布衍之。若偏其一方。則議論必流獨斷。而失之迂遠矣。是豈欲得學理真髓之道哉。

第四章 宇宙內法制之變遷

法律亦有
優勝劣敗
之跡

氣候、山川、風土及其他一切外物之現象。驅我人類。而使之分別爲數多之民族。此民族甲起乙仆。上下四千有餘年間。優勝劣敗之跡。固已歷歷留於歷史之上。而其適應於其民族之法律。亦各自有其特性。而互爲生存之競爭。以至於今日。固讀史者所無不知之也。卽在一國亦然。古時各地皆有其特別法律。而今則國家統一。而法律遂亦漸相一致。維爾特爾所謂行旅之人。易一驛騎。則易一法律。此非法國法典編纂以前之狀況乎。然則卽一國之內。其法律亦不免於優劣勝敗之數也可知。今列國交通益繁。較之昔時。往來於一國之內。更有便者。則列國之文物制度。有無互相交易。此亦勢所不免已。其交通之國。彼此文化。既不能無

列國法律
自然有歸
一之趨向

高低之不同。則其高者之文物制度。亦遂輸入於其低者。於是法律之競爭。亦以愈烈。故近世各國法律。自然有同歸一轍之趨。釋氏所謂萬法歸一之語。卽以轉用於法律上之現象。亦不爲過也。卽如日本。不必組成固有之法律。而專以各國所有者。折衷取舍之。觀此可以益信矣。故欲統古今各國法律。一一考察之。固屬不易。而惟就其大體。區別法律之種族。以示其盛衰存亡之跡者。是亦爲考究法學通論之一端。而必非無益之業也。

第一 印度族法律

印度法律。蓋世界之最古者。然至今日。則特以之爲古代法而研究之耳。此種族法律中。最著者爲馬倫法典。史稱馬倫乃天神所降。然則其神授之法典。實卽教典。蓋卽示波羅門教之旨義者也。故其所載。多屬宗教上之規則。然印子斯民族之古法。亦可由此而見之。

第一 猶太族法律

第一印度
族法律

第二猶太族法律

猶太族法律。出於毛伊斯經典。毛伊斯者。伊斯拉葉爾人（即猶太人之別名）之子。生於埃及。埃及人苦其王之虐。毛伊斯受託於神。救之於錫蘭山上。以經典與之。此經典。分爲法經及教典二部。其教義。與埃及宗教大異。然法經。則有淵源於埃及之習俗者。故當廣而稱之爲埃及族法律。而以猶太族法律爲其一部分云。

第三 回回族法律

第三回回族法律

回回族法律。出於麻合麥族特之克蘭。克蘭者。即阿刺伯經典之義。全典共百十四章。由麻合麥族特受之於神者也。土耳其、波斯、阿刺伯等國。皆有此種族之法律。

第四 支那族法律

第四支那族法律

支那族法律。其始不必言。但於唐虞三代時。其制度則已極備。此徵於古典可知者也。其編纂爲法典者。以春秋之末魏李悝之法經六篇爲始。商鞅傳之。改法爲律。後蕭何效法經作律九篇。此後又有魏律十八篇。晉律

日本自古
皆效支那
族法律近
則異其系
統

第五希臘
羅甸族法
律
希臘古法

二十篇。隋唐明清。皆各有律。此其歷代之大概也。日本前此所有法律。皆效支那。推古天皇十二年。聖德太子作憲法十七條。是為國家制法之始。天智天皇元年。制定近江令二十二卷。文武天皇四年。使刑部親王藤原不比等撰律。至翌年大寶元年成書。今後世所傳之殘律。則元正天皇養老二年。不比等所撰律令各十卷。是也。又有明法博士阪土明兼所撰法曹至要抄等書。此皆為日本之古代法。至中古。則有貞永式目。建武式目。至近古。則有公家法度。武家法度。諸士法度。御定百條等。明治維新之後。則有新律。綱領。改定律例。此皆支那族法律也。十五年刑法法典公布之後。日本法律之系統。始大異於昔。而屬於左列之二種族。

第五 希臘羅甸族法律

希臘法律之由來。姑置不論。惟其自有一種特性。則固甚明者也。其最舊者。散見於詩人阿麥爾集中。此後希臘人。於其各地。皆有種種法律。如米腦斯德拉康索郎里鳩爾克等法律。是也。羅馬法律。即淵源於索郎法典。

故與爲一族。羅馬法者。法律中之最完全者也。其領分亦最廣。今揭其沿革大要如左。

羅馬法之沿革

羅馬法典之種類

英國史家擬奔分羅馬法沿革爲四期。第一期。自羅馬建國。至十二銅表之制定。是爲不文法時代。第二期。自十二銅表制定。至共和政治之末。是爲成文法時代。此時代著名之十二銅表始成。自此而後。國會常發布成文法。第三期。自帝國之初。亞歷山大塞葉拉斯帝之世。是爲成文法發達時代。此時代羅馬文化進步。因十二銅表及其他簡單之法律。不足以應時勢之需。於是以前從來之成文法。用法廷之判決例及學者之論說。以解釋布衍之。第四期。自亞歷山大塞葉拉斯帝。至周斯機尼安帝。是爲法典編纂時代。此時代羅馬之成文法。已漸增加。而法廷之判決例及學者之論說。亦甚浩瀚。因而撰集之。編爲全部法典。

羅馬法典。以君士坦丁帝時。學者古利哥利安及俾爾毛紫尼安等私撰法典爲始。其爲公家編纂者。則以特阿托斯帝之法典爲始。其最後最著

古法典之
爲開近世
編纂法典
之基者
羅馬法之
地步

第六日耳
曼族法律

名而爲近世法典模範者。則周斯機尼安帝法典是也。此法典有三。一曰法典。二曰會典。三曰教科用典。其後所更編輯者。則曰新法。至其總稱。則謂之國法全典云。然其繼受於歐洲各國。而開法典編纂之基者。實爲教科用典一書。此法典。卽羅馬法典之綱要也。蓋以他法典浩瀚難讀。故特編纂爲此。以便於學者提携耳。印斯只周德者。卽教科書之意也。馬印曰。世界著名之法律。始於法典。亦終於法典。蓋謂羅馬法始於十二銅表。而終於周斯機尼安法典也。羅馬法之得名於世界。茲不必言。而羅馬帝國既亡二千餘年。今日學者。猶孜孜然鑽研於亡國之法律。則其勢力之偉大可知矣。耶林克所著羅馬法精神論。嘗謂羅馬號令於世界者有三。統一世界者亦有三。當其盛時。以武威征服萬國。而國土統一。一也。帝國瓦解之後。仍握教法之權。而宗教統一。二也。中世以後。使歐洲各國相率繼受羅馬法。而法律統一。三也。其所論蓋非過譽云。

第六 日耳曼族法律

法學通論 希臘羅馬法法律 日耳曼族法律

日耳曼法
之特色

在今文明世界。與羅馬法共占重要之地位者。曰惟日耳曼族法律。然其根本之日耳曼法。非若羅馬法之編爲法典也。實不過慣習法已耳。雖然。其波及於近世各國之勢力。則殊不亞於羅馬法。蓋近世之歐洲人。非希臘羅甸人之子孫。實卽古日耳曼人之發達者也。故中世以後。羅馬法雖大爲歐洲各國所繼受。然特限於民法及宗教法之部分。至各國固有之制度。固依然存續之。蓋現今各國憲法及其他公法上之規定。其淵源於日耳曼之慣習法實多也。

日耳曼法
之沿革

茲述日耳曼之變遷。亦分爲四期。自羅馬人初發見日耳曼人時。至羅馬權力波及於日耳曼土地之時代。此時代之慣習法。蓋由羅馬史家他西特所著風土記等。而傳於後世者也。第二期。爲佛蘭王國時代。卽日耳曼人中最發達之佛蘭人種。於哥爾（卽今之法國）建一大王國之時代也。此時代之慣習法。須於佛蘭人制度史攷之。第三期。自佛蘭王國分裂後。至十五世紀。此時代佛蘭王國之制度。分而爲二。其一爲德國之制度。其一

近世法律
之種族

英國法之
特性

爲英法二國之制度。所稱爲歐洲之中世者。卽當此時代云。第四期。爲歐洲各國繼受羅馬法之時代。其繼受限於民法及宗教法之部分。至公法上之制度。則爲其固有所發達者也。自此而後。其沿革與近世之憲法史相聯屬。今略之。

觀於以上法律各種族之變遷。則知近世法律。乃爲希臘羅甸族與日耳曼族。相混淆者矣。歐洲大陸各國之法律。大抵皆然。唯今日有較爲純粹之日耳曼族之法律者。於大陸則俄國及斯堪只那比耶各國。大陸以外。則英美二國耳。其中惟英國法。爲日耳曼族中。最能養成其一種之勢力者。凡撒克遜人種足跡所到之處。漸有移植其法之勢。蓋其法律有二大種別。一爲普通法。一爲衡平法。普通法者。於普通裁判所適用之。衡平法者。於衡平裁判所適用之。而最當注意者。則其衡平法之本質。蓋英國之俗。甚守舊。凡固有之制度。恆不輕改。故歐洲大陸。雖盛繼受羅馬法。而在彼若獨無涉者。雖然。其實不然也。其衡平法裁判所。所用爲衡平之條理

者。實以羅馬法之原則爲主。蓋大陸各國。直接繼承之。而英國。特間接受之耳。然則近世主要之各國。不可不謂其於希臘羅甸族法律與日耳曼族法律二者之下。而自然相合同矣。

第二編 法律

第一章 法律之定義

關於法律
定義之舊
來諸說及
評語

第一宗教
主義法學
家之說

法律者何。此爲學法律者所最要而最難解之問題也。古來學者所下法律之定義不一。迄今未有定論。茲先舉其二三主要之說。試評駁之。

第一 法律者。蓋神之意。於直接或間接表章之。而命以正。禁其不正之規則也。此說多爲神學派法學派所倡。蓋國家者。始於血族之團結。而禮拜祖先。則爲鞏固其團結之最要目。故古代不論東西各國。皆以法律之淵源。直接歸於神意。蓋其祖先之遺訓先例。卽其時之法律。苟爲血族。則皆恪守之而無敢違。故近世法史家。謂法律爲出於祭祖之俗。則法律者。固有直接出於神授之時代。明矣。雖然。民智漸進。其對於神之思想。亦自漸而高尚。故由後世之思想。所謂神者。則專於抽象的感得之。而無直接制定法律之理。此後世學者所以又以法律爲表章神意於間接也。

第二 法律者。強要人使就於正。以補道德所不及之規則也。此說爲

第二道德

道德主義學者所倡。古來行之者甚廣。支那學者。其法律之見解。概如此。依此說。則以法律為分別正不正之規則。固與前說無異。而以裨補道德而非違戾之者。則為其說之主眼。蓋由今日法律現象攷之。則以法律與道德不相悖之說。固非甚謬。然法律與道德。其作用既異。且法律所規定之事。亦不僅限於道德上者。則又何必強而援之使入道德之範圍哉。第三 法律者。從於自由之大則。使調和人與人之意思之條件也。此說為自由主義學者所倡。其意以為有法律。則各人之自由意思。始因而略被制限。制其小。即所以全其大也。蓋無限之自由意思。其極。將使人皆相犯。而至於不自由。故法律者。乃制限各人之自由意思。而使得一般之最大自由之條件者也。然則依此說。則法律之手段為制限。而法律之目的。則在於自由。此固亦不可厚非者。雖然。法律之目的。究何在乎。其獨為保護各人之自由乎。然有時反滅絕各人之自由者。固亦有之。是則法律而已矣。

第四 法律者。主權者命令國民行爲之規則也。此說爲命令主義學者所倡。而世之最盛行者也。其說尙當。然論者則謂成文法。其外形上可謂爲主權者之命令。而慣習法則否。夫一事之生。既成先例。而漸次卽積爲慣習。厥後更爲慣習法。故命令不可爲慣習法之要素。且更進言之。卽成文法。其外形雖爲命令。而其實質仍非命令也。蓋法律者。乃一切人民之意思。於直接或間接所發表者也。直接所發表者。則爲慣習法。間接所發表者。則爲成文法。此駁論實爲至當。

第五 法律者。行於一國內之強制的規則之全體也。此說爲強制主義學者所倡。不問法律之實質。惟就其外形之條件而表白之者也。此較前數說爲最簡明。蓋前數說。雖或就於法律之淵源。或就於法律之目的。其着眼各異。然無不認其有強制的之元素也。故法律者。爲一箇強制的規則。則殆無疑矣。

法律意義之不易確定。觀於前述各說可知。余今不拘拘於此學說。特就

源目的及材料之如何與法律之為法律者無關係

法律之定義
法律之必要觀念
一法律者規則也

於法律果於如何觀念而始成立攷究之。而下以定義。然法律之淵源目的及材料等。固當依其時代場所而觀察之。則本不能一定者。故其與法律之所以為法律。毫無關係。故余所下法律之定義。蓋極簡單。

定義曰。法律者國家之強行規則也。由此定義分析之。則凡法律。必具規則、強行、及國家三觀念。今就此三觀念。更說明之。

(一) 法律者規則也。規則者。事物一定之秩序也。宇宙間所有萬象。皆有其一定秩序而始成。論語曰。有物必有則。孟德斯鳩曰。法者。以其廣義。則本於事物性質之必要關係也。故日月星辰之燦然而麗。草木禽獸之雜然而成育蕃息。悉有自然之規則而不紊。以為行為之準繩。法律者。即其準繩之一種。豫想其有何等原因。則必有何等結果。以表章一定之秩序者也。是則法律所以為規則也。

爾雅曰。法、常也。說文曰。律、均布也。唐律疏曰。律者。訓、詮、訓、法也。爾雅郭璞

律意義

二法律者
強行者也

註曰。法律皆所以詮量輕重也。然則法律之字雖異。而義則同。皆爲使天下之不一而歸於一之謂也。尙書大傳註。亦曰。奉天之大法。法亦律也。故謂之律。又說文註曰。律者所以範天下之不一。而歸於一。故曰均布。由此觀之。法律之語。即在支那。亦有表章一定秩序之意。可知。

(二) 法律者。強行者也。強行云者。與人之意思無涉。乃與以形體上之檢束之謂也。故若以一規則。一聽於人之自然而行之。或依於人之意思而左右之者。則無強行之性質。夫爲人類共同生活之規則。亦至不一矣。所謂道德上之規則。宗教上之規則。皆規則也。然此等規則。但支配人之良心。而不得強行之。若於其良心不感痛苦。則其形體上之檢束。卽無由而施之。惟法律則異是。苟有法律所豫想之原因。則必不能不來其豫想之結果。害人之財產者。雖不欲賠償之。而法律不許也。傷人之身體者。雖欲免於刑罰。而法律亦不許也。必也。與以形體上之檢束。以務達其目的乃止。此實爲法律之特性。而其所以別於道德及宗教者。卽在此也。若其

法律上之規則不妨同時爲道德上及宗教上之規則

既以爲法律上之規則。而制定或認定之。則雖同時亦有屬於道德上或宗教上之規則者。然於法律之爲法律。則毫無關係。例如人不可殺傷者。此非不屬於道德上之規則。寺廟不可污損者。此非不屬於宗教上之規則。然刑法既罰殺傷人。禁污損寺廟。則其行爲。乃惹起法律上之關係者。故不得不作法律上之規則觀之。故法律之淵源目的及材料之如何。姑不具問。而爲其外形之條件之強行力。則法律之所以爲法律而標榜之者也。

三法律者於國家始行之

(三) 法律者。於國家始行之。法律既爲強行。則必有其強行之之權力。此權力。惟國家有之。蓋國家者。一定人類。於一定之土地。服從於一定之政權。因而組織者也。惟其有一定之政權。故得定爲法律而強行之。故法律與國家之關係。爲相密接而不可離。彼所謂社會者。雖亦人類共同生活之一形體。然於單純之社會。則法律未得成立。以無一定之政權故也。至若法律上所謂國家之意義。更詳於後。茲特略辨國家與社會之別如

國家與社會之別

下。

(甲) 社會無統一之權力。國家則有之。人類生活之進步。大別之爲三階段。曰個人的生活。曰社會的生活。曰國家的生活。個人的生活者。於生存競爭。最爲不適。非人類所以得長留之道也。故社會的生活次之。然社會的生活者。亦不過變孤立離索之生活。而爲共同相濟耳。而弱肉強食之弊。則依然存。故不得不更以統一之權力。正社會之秩序。而用以求公共之安甯幸福。於是乃有所謂國家生活者。故國家者。有社會而始存。然社會者。亦無國家即不得存者也。

(乙) 社會者。放任於自然。國家則反於自然。社會者。自然者也。故不能免於優勝劣敗之數。反之。國家者。不自然者也。故以彌優勝劣敗之缺憾。而保護個人之安甯幸福爲目的。

(丙) 社會以自由爲原則。國家則以不自由爲原則。社會以自由爲原則。故個人不平等也。蓋社會以個人意思爲活動之原力。故男女、智愚、賢

不肖、剛強羸弱。各應其人之所當。而生數多階級。至若國家則以不自由爲原則。故個人平等也。國家乃計其共同之利益。而非以各個人之利益爲目的也。

國際法爲法律否乎

法律之意義。既如右所述。則國際法之性質。果如何乎。若法律必須有上述之三觀念。則國際法非法律。而特爲列國交際上之慣例矣。蓋國際法。無國家之觀念。亦無強行之觀念也。故從來學者。恆以國際法爲道德。或以爲單純之學問。然是說余不欲附和之。所謂國際無法律者。余不敢信其有是理。但通常以爲國際法而說明之者。其規則之大部分。據吾所見。則非國際法而國法耳。例如國際公法所謂邊海三里。爲一國之領海。又如君主大統領公使及其附屬員。爲有治外法權。是皆國家依於自己之獨立權力。而於明示或默示認之之結果耳。夫既認之矣。則國家卽有當以爲國法而自守之。又使其國民守之之義務者。不亦當然之理乎。至若國際私法。則直國法而非國際法。更可知也。學者往往以國際私法之名。

國際公法之規則大概皆國法之規則也

國際私法

非國際法
乃國法也

多數學者
國際法之
見解

法律之初
期與國際
法

稱。與法律有所抵觸。於是謂國際私法者。其原則。乃因甲乙兩國法律。有所相異。而以之調和於其間者也。然此亦甚誤。夫法律上原則。凡於一國之內。其視他國之法律。特與一事實同耳。惟於通商來往之便宜上。列國乃不得不相互讓步。而計相互之利益也。今之所謂身分法從其本國。財產法從其所在地者。卒至各國國法莫不認之。卽此故耳。雖然。今學者則恆有以國際法爲法律者。蓋自古萬國會同。無如今日之盛者。其間若非有一定之條規慣例。則紛爭相接。其橫暴放恣。將無所極。滅絕人道之大本。而復歸於蠻野舊態。人類之不幸莫大焉。故合宇內爲一團。大小強弱。各應其力。以增進萬國共同之利益者。此自然之數。而卽國際法之所由存也。試觀古代人文未進時。其法律始萌之態。與今之國際法之現狀。蓋無大差。則國際法之成立。於今日雖尙未確實。而謂其已在存立之初期者。則無不可矣。夫法律者。非必出於主權者之命令。其依於人民之慣行者亦甚多。前既詳述之矣。且法律雖有依於制裁而強行

以國際法
爲法律者
固適於常
理者也

法律之彙
類

之之性質。然不必皆強行之。其爲法律而無制裁者。如憲法行政法之一部分。亦非無其例。故獨於國際法。則以無主權者之制裁之故。遂謂其非法律。是甚誤也。況國際法中。凡因違反法規而償賠償金。或船舶之反於戰時局外中立義務者。得捕獲之。此皆不失爲制裁者乎。通常雖無國際法廷。以強行其制裁。然如仲裁裁判者。則固已屢奏成效。今且設有萬國仲裁裁判所矣。要之。國際事件之愈複雜愈發達如今日者。則認國際法之存立。固理所當然。但若此。則法律之意義。自不得仍如前舉者之狹。而凡規定可以強行之社會的關係之規則者。皆當謂之法律也。

第二章 法律之彙類

區別法律之種類。或有由於其性質目的者。或有由於其作爲之方法者。故雖同一法律。其所採之標準既異。則自得由種種觀察之。茲舉普通所別者。

第一 成文法及不文法

第一成文
法及不文
法

日本現時
成文法不
文法之種
類

本於慣習
之不文法
本於學說
之不文法

本於判決
例之不文
法

成文法者。以文書發布之法律。例如日本憲法以前之布告、布達、憲法以
後之法律勅令、閣令、省令、府縣令等。是也。不文法者。於有法律之效力時。
不以文書發布。而認定於暗默之法律也。概皆基於慣習而定者。故今慣
習法之語。恆與不文法同意用之。然古代之不文法。則慣習之外。亦有基
於學說者。例如羅馬奧久斯德帝。於其時法律大家之學說。又如特奧德
斯帝。於拍比尼安、保爾由耳比安、顏又斯、孟德只那、諸氏之說。皆與以法
律之效力。是也。蓋古時立法機關。其組織未臻完備。故於學者之說。每直
接附與以法律之效力。至近世社會進步。學說之於法律。雖或有間接之
效力。然其成爲不文法之基礎者。則固未有之。此外不文法又有依於判
決例而成者。寶薩姆名之曰判事制定法。蓋古昔立法機關既不備。而法
律典章。復未能秩然整比之。故一爭訟起。若法律明文不能判決。而又無
慣習可依者。則裁判官以己之所信爲公正者。裁判之。此後若更有同似
之爭訟。而後之裁判官。亦即循其先例。以下判斷。故判決例。實即不文法

歐美各國
判決例之
效力

之起源也。近世歐美各國中。惟英美之判決例。與成文法有同一效力。至歐洲大陸各國。則從來未有具公然之效力者。雖然。現今英美判決例之效力。又漸次輕減。而歐洲大陸各國。則有日漸加重之勢矣。

第一 公法及私法

第二公法
及私法
區別公法
私法各說

區別公法及私法之標準有三。或由法律之目的。或由法律之主體。或由法律之關係。

第一說及
評語

(一) 由法律之目的而區別之之說。據此說。則法律之關於公益者為公法。關於私益者為私法也。羅馬法典第一卷第一章由耳比安曰。公法者。關於羅馬之法律也。私法者。關於一私人利益之法律也。實為是說之祖。然此說。驟聆之似亦平易。但何謂公益。何謂私益。其區別卒未有能明確之者。且更由法律實際觀之。刑法、公法也。然有關於身體財產之罪。則屬私益之條規也。民法、私法也。然以害公安之契約為無效。亂倫之婚姻有禁。則屬公益之條規也。故以利益之公私。為區別法律公私之標準者。

則究不可。

(二) 由法律之主體而區別之之說。據此說。則規定國家與一私人之關係者。爲公法。規定一私人相互之關係者。爲私法也。此爲今學者間所最盛行者。例如憲法者。定國家與臣民之關係。行政法者。定國家機關之行政官廳。與一私人之關係。刑法及刑事訴訟法者。定國家與罪人之關係。故皆屬公法。民法、商法者。皆定一私人相互之關係。故屬私法。至若民事訴訟法。其屬於私法抑屬公法。尙莫能定。然是乃規定裁判所之訴訟手續。而非規定原被告相互之關係者。故以之編入公法者爲多。近人之難此第二說者。謂國家與一私人之關係。不必盡屬公法也。蓋國家固有爲財產權之主體。與一箇人相並而受私法之支配者。然主此說者。則謂當此時。國家非以國家而動作。乃以私法上之法人而動作者也。故非國家。而一私人。故受私法之支配。難者又謂。國家者惟一者也。國家之外。不能更有第二種資格。惟國家自不好用其權力。故特與一私人平等。而蓋

起債權債務之關係。余謂此論固亦有其說。但欲用以難第二說則不可。蓋法律上之事項。依其形式而成者甚多。不僅國家。卽一箇人。亦不妨并有官吏及一私人之資格。凡一主體。而有二種資格者。於法律上。固不足怪者耳。

第三說及
評語

(三) 由法律之關係而區別之之說。據此說。則以成服從之關係者。爲公法。成平等之關係者。爲私法也。詳言之。卽凡一箇人。惟對於國家。則應服從其命令耳。蓋權利者。一箇人之平等所有也。權力者。則獨國家始得有之。故公法之關係。乃權力關係。而不平等者也。私法之關係。乃權利之關係。而平等者也。雖然。僅以平等不平等之關係。分法律公私之標準。則實際又不能無礙。蓋公法中規定平等之關係者。有之。私法中規定不平等之關係者。亦有之。例如公法中有規定選舉權被選舉權等法律。又如憲法上對於集會結社言論自由等擔保。皆平等均一。以保護一箇人享有之權利者。則謂皆規定不平等之關係。不可也。又如父子夫婦之關係。

所謂法律
皆公法也
其論未嘗

第三普通
法及特別
法
區別之標
準
一本於地
者

雇人與雇主之關係。皆非有平等性質。而法律則固認定其為自然或人為之不平等等矣。故第三說所云。新則新矣。而於論理。則究嫌其有未徹。要之。公私法區別之標準。自羅馬學者迄今。究無定論。故近人有為解紛之說者。謂法律無公私之別。凡法律。皆公法也。然此於表明法律之性質。雖或得當。而欲執此一說。統從來學者所苦心研究之區別。概抹殺棄置之。則究有不能。且謂法律無公私區別之論。此實為偏重於國家權力之社會主義學者所倡。其根底。究有滅絕一箇人權利之嫌。則其言之可贊與否。究難言也。故余仍置公私法之區別。而於前述三說中。採其最通行之第二說。其或不失當也歟。

第三 普通法及特別法

區別普通法及特別法之標準。亦有三。曰以地為本。以人為本。以事為本。
(一) 以地為本之區別。此由於法律所行之土地之廣狹。而區別之者也。蓋全國通行之者。謂之普通法。行於國中一部分者。謂之特別法。是也。

在德意志帝國及北美合衆國等聯邦制國家。此區別尤明。其在日本則惟北海道、沖繩縣、臺灣等地所行之者。爲特別法。其他皆普通法也。

二本於人者

(二) 以人爲本之區別。此由於遵奉法律之人。其範圍之廣狹而區別之者也。蓋可以拘束國民一般者。謂之普通法。僅施行於國民之一部分者。謂之特別法。是也。例如民法。對於國民一般。皆適用之。故曰普通法。華族世襲財產法。則獨對於華族適用之。故曰特別法。

三本於事者

(三) 以事爲本之區別。此由於適用法律事件之範圍之廣狹。而區別之者也。蓋於某種類事件。而得一般適用之者。謂之普通法。於其種類之事件中。又僅其特殊之事件適用之者。謂之特別法。例如民法者。規定一般民事上之行為。故屬普通法。商法者。僅規定關於商事之行為。故屬特別法。雖然。商法若與其特別法對照之時。則又爲普通法。蓋商事中。又有其特別規定。如銀行條例、取引所條例等法律。皆是也。

第四 主法及助法

第四主法
及助法

主法助法
之區別依
法律之實
質而存

第五強行
法及許容
法
區別之標
準

此區別爲寶薩姆所創。法國學者不用主法助法之語。而謂爲本體法。手續法。然其意則同也。主法者。定法律關係之本體。助法者。則定其制裁之手段。所以完全其法律關係者也。憲法、行政法、刑法、民法、商法等。皆屬主法。刑事訴訟法、民事訴訟法。皆屬助法。然主法中所規定者。亦不必皆爲本體之法規。例如憲法中。或載有議院彈劾之手續。行政法中。或規定其屬於行政訴訟並訴訟之手續。凡此各國概多有之。其他民法、商法中。如提出證據、債務辦償處分等手續。則更所常見者。又刑事民事訴訟法中。其條規之屬於法律關係之本體者。亦不得謂其無之也。蓋國皆有法。而其法之所由立。則恆出於其時之便宜。而不必據於學理耳。然則所謂主法助法之區別者。要當視其法規之實質如何。而判定之矣。

第五 強行法及許容法

凡法律。其根底無不有強行力。然有直接命令或禁止一箇人之行爲者。有爲一箇人之便宜。而設以一定之範圍。許其於範圍內。而定其各自之

強行法有
二種

許容法者
於何點而
許容之乎

關係者。此強行法及許容法之所由區別也。蓋此區別之標準。即在於容一箇人之意思與否已耳。

強行法。更細別之爲命令法。禁止法。二種。命令法。蓋對於一箇人。而強制其爲某行爲者也。禁止法。蓋對於一箇人。而強制其勿爲某行爲者也。例如租稅法者。命令法也。刑法者。其大概禁止法也。又民法及其他特別法。屬於禁止法者。亦不少。要之。察其法規之實質。其爲積極的命令以某行爲乎。抑消極的禁止其爲某行爲乎。以之定是二者之區別。可矣。

許容法者。設以一定條件。許一箇人各自定其關係者也。入此法律之範圍內與否。一聽其人之意。但既入其範圍。則必遵守其一定之規則。不復能聽其自由。例如婚姻、養子緣組等。買賣、交換、會社、代理等。凡此法律。皆爲爲此行爲。或爲此契約而設者。而於其以外之人。則不得拘束之。故曰許容法。凡公法皆帶強行法性質。私法皆帶許容法性質。

以上於法律之種類。已略述之。此外更有普通揭於法律之彙類中者。如

通常所指
示之他之
法律彙類

法律之淵
源
所謂法律
淵源之意
義
淵源有二
大區別

下列四項是。

第一 國內法及國際法

第二 自然法及人定法或成法

第三 固有法及繼受法

第四 母法及子法

余謂惟國內法爲法律。國際法非法律也。此意前已言之。故第一分類。余所不採。自然法者。前亦既述之。蓋卽學者依於理想所會得之法則也。是固不得謂爲法律。故第二分類。余亦不採。三四兩類。則皆以一國法律。對照於外國法。而分之者。此與祇言國法者無涉。茲略之。

第三章 法律之淵源

通常所謂法律淵源之語。其意義有二。或指法律所由出之權力。例如所謂上帝或君主之意思者。是也。或指所以構成法律之規則之材料。例如所謂法典或判決例者。是也。余取第二義。茲大別之如左。

第一 直接淵源

直接淵源云者。謂此淵源其物。卽爲法律。而有強制一箇人之效力也。例如刑法法典。及其他各種刑罰法。是卽刑法之淵源。民法法典。及其他各種民事法。是卽民法之淵源。是也。

第二 間接淵源

間接淵源云者。謂此淵源其物。雖非法律。然依於國家之一定行爲。卽法制或裁判而得享受法律之效力也。區別其淵源之決。作爲立法權之作用而發之。或經議會議決。作爲施政權之作用。而君主或大統領。或行政機關。皆得發之。其交於議會議決之成文法。則謂之法律。其以施政權之全權而發之成文法。則謂之命令。故其實質。雖皆成文法。而其形式。則有法律及命令之別。

成文法形式。既有不同。故其制定之手續。亦因而異。成文法之依於法律（卽立法權）而制定者。必經立案、議決、裁可、三種手續。其依於命令（卽施政

法律及命令之區別
制定之手續

權)而制定者。則否。

第一立案、立案者。乃具法律之草案之謂。此手續。一切成文法。皆必履由之。至於制定命令。則有立案與確定殆相密着。而其間更不須何等手續者。

第二議決、議決者。乃討論議定法律之草案。而可否修正之之謂也。此惟於形式上之法律始用之。制定命令。雖亦恆有付之宰臣會議。或諮於元老。而使之評定者。然此議決之手續。則非所要。

第三裁可、裁可者。乃國家元首(君主或大統領)認可法律之種類。雖人各一見。要之。如宗教、慣習、條理、判決、學說、及外國法。六者。皆間接而為法律之淵源者也。

第一節 直接淵源

凡成爲法律之直接淵源者。近世各國。皆以成文法爲主。至不成文法之範圍。則從社會之進步。而益縮少。即從來墨守不成文法主義如英國者。其於

直接淵源

近世各國
制定法律
之趨向

成文法。近亦增加矣。蓋不文法之效力。固由於裁判官之認定而始生者也。其認定。既不必有畫一之準繩。則不文法者。固一極不確實之法律。卽老練諳達爲世所罕匹如英之裁判官者。而猶不能無貽誤者。則歐洲大陸及日本之以成文法爲主義。正非偶然爾。

完成成文
法之手續

完成成文法之手續。分爲二段。曰制定。曰公布。是也。法律之制定者。謂編次成文法之手續也。法律之公布者。謂於其所制定之法律。附以檢束力之手續也。

甲制定
現今立憲
國制定法
律之狀態

(甲) 法律之制定。成文法之制定。古今各國。其例不一。蓋亦政體有異同。民智有啟閉。故耳。今立憲國。則又一變。凡一定之成文法。胥由議會議草案。表章其以爲法律而發布之意思之謂也。卽在屬於形式上法律所行之命令中。國家元首。不以之委任其機關。而由自己親裁而發者。亦當經此手續。

乙公布
法律之公

(乙) 法律之公布。法律一經制定。則對於人民。卽有命令或禁止之之

布乃近世各國之通則也

公布與頒布之別

公布之效力

古代有公布之法

效力。然欲使人民遵守之。必更有其應履之一定方式。公布者。即此方式也。是蓋於已完成之法律。生其檢束力。而為近世各國所同用者也。公布之外。更有認頒布之手續者。如法國是。頒布云者。即國家元首。證明其法律之存在。命其即行之行為。公布云者。即以已頒布之法律。通知於國民之行為。約言之。則於其法律付以執行力者。謂之頒布。使國民負遵守其法律之義務者。謂之公布。普、奧、英、意、諸國法律。則不分別頒布公布。日本亦不認此區別。蓋以其無實用耳。

凡法律既公布之後。則人民必當遵守之。雖實際有不知其法律之確證者。然人民不能因之而免其遵守法律之義務。故法律之格言曰。不識法律者。不宥恕。

法律必俟公布。而始生檢束力者。此近世文明各國之通則也。然古代人智未進時。其法律則不惟不公布之。且恆有秘之而不以示諸人民者。例如日本北條氏貞永式目。及德川氏御定百條。皆僅使百官諸僚記憶之。

公布之方法

第一期讀法

以爲聽斷之準。而未嘗公示於民。是也。卽如御定百條中。其與書曰。除、執、役、人、等、外、不、可、他、見。則古代有不公布之法律可知。凡此歷史上事實。不惟日本。蓋東西各國一也。雖然。古來立法者。其用種種方法。以謀法律之公布者。亦甚多。茲列古今公布方法之最著者。

第二公簿登錄法

第一朗讀法。在昔人文未開時代。其法律雖筆之於書。而人民亦不能讀之也。故以朗讀爲公布之法。或於互市日。人民所羣集之地。朗讀之。或於寺院說教之後。朗讀之。或下命時。必鳴鐘鼓法螺等。集人民而朗讀之。第二公簿登錄法。迨民智漸開。其用文字亦漸盛。乃有以其法文。登錄於公簿。以供人之觀覽者。例如於裁判所或衙署或寺院。置以公簿。每成一法律。則登記之。是也。歐洲古代。以納於寺院者爲多。蓋大禮拜之日。或冠婚祭葬時。羣衆必集於寺院。於此公示之。不惟最便。且寺院者。神聖之地。故以藏置法律。亦最爲安全者也。

第三揭示法

第三揭示法。揭示法者。揭法律於人民輻輳之地。而公示之之法也。例

第四迴達
法

第五官報
登載法

間接淵源
第一宗教
古代法律
由於祖先
教

如支那之鼎銘之律。羅馬之十二銅表。日本之高札。以及於石牌木板記以法令。又於官衙之前、或國境、船場、街道等、繁盛之處。揭示之者。皆是。第四迴。達法。印刷之術未進時。每出一新法。則地方官吏。謄寫之以迴達於所轄人民。在日本德川氏時代。嘗屢用此法。

第五官報登載法。近世歐美各國。皆以此法爲法律公布之定式。日本明治十六年。亦定爲以官報發行之。而使文書局掌其事。十八年。廢文書局。更置官報局。次年二月。更以勅令定公文式。於是凡法律命令。皆以官報布告之矣。

第一節 間接淵源

第一宗教。當社會幼稚。屬於所謂祭與政一致之時。則宗教者。於其社會有最強之凝聚力。是東西各國。無不然也。蓋人類當含離羣索居之生活。而營共同生活之初。則必其同血統者。相集而禮其共同之祖。而統治其團體者。則爲其祖宗直系之宗子。祖宗之靈。於其宗子及支族。永鑑佑

之。而其宗子。對其支族所施之命令。卽皆其祖宗之意旨所存續者也。故法律之淵源。在古代。實由祖先教而來。此固今法史家所共證者。例如日本古時。神宮與皇居合一。齋藏卽在宮中。而無神物官物之別。朝政則以主祭祀爲本。卽其後近江朝。定官制。而神祇官亦位於百僚之上。此俗至今猶有存者。故如日本以禮拜祖宗爲建國之基礎。則其宗教影響之及於法律者。爲不涉矣。至若歐洲。其法律亦淵源於祭祖之俗也。曷觀於希臘羅馬之法制乎。羅馬法制中育洛享所下法學之定義曰。法學者。神事、人事之智識。而正不正之學問也。然則古代宗教與法律之關係。其重大可知。卽降而社會稍發達之後。其立法者。以法律之淵源。歸之於神。以增其尊嚴者。亦往往有之。如馬倫法典、毛伊斯法典、回教經典、克蘭等。皆以爲出於神授者。且其中所規定者。亦以屬於宗教之經義爲多。例如馬倫法典中有曰。日出則當起。若不知日之已升。而猶在寢者。則絕食。且當終日讀經云云。是也。迨社會更進步。宗教法律之分界已明。然其法律之條

第二慣習
慣習之所
由生

慣習與慣
習法之別

慣習之成
立時期

規。發源於宗教者。仍歷然可數。例如家督、相續、養子緣組等。其命意皆以不絕宗廟之祭。故耳。至若近年法國民法禁離婚。則專出於加特利克宗之教旨。此亦可為宗教為法律淵源之一明證也。

第二慣習。凡人類皆有模倣心。故一人所為。他人倣之。漸次而數人皆倣之。終而普通行於一般者。往往然也。慣習之所由生者。實在此。而其普通行於一般者既久。則苟有反之者。人之指摘必加之矣。故慣習之發生。雖非一朝一夕。而其既發生之慣習。則其成為法律之關係者極多。蓋當古代文字之用未普時。既無書契。即無成文法律。其所謂法律者。皆舊慣先例所積成者也。

單純之慣習者。特依於人民之慣行而存之耳。及其變為慣習法也。則不可不有其一種強制力。此固甚明者矣。雖然。單純之慣習。果何時始得具有強制力乎。即慣習法者。當於如何成之。此問題。則亟當攷察之。

論慣習法之成立時期。其近時學說之最有力者。則為德國歷史法學派

權利固信
之說及其
評語

法廷認容
之說及其
評語

所倡之權利固信之說。彼蓋謂法律之基礎。在於人民之全意。故法律者。特主權者。取其人民全意而表於外形者也。故人民之意思。直接表於外形者。則為慣習法。經間接（即主權者）而表之者。則為成文法。故人民若固信某慣習為法律。凡依之而得之利益。即為權利者。則慣習變為慣習法矣。雖然。此慣習。究於如何時期。如何方法。而乃直接表於外形乎。此說則未之及之。英國近人馬印著有古代法一書。嘗論證古代之社會。謂其法律之始發表者。不由立法。而實始於裁判。蓋古時立法機關未備。裁判官得以新定法律。凡有爭訟起。而無適用之法。裁判官必以慣習為準。其行為之有違反慣習者。則加以法律之制裁。以強制之也。不獨古代為然。即今各國。其認容慣習。付以法律上之效力者。亦多由於裁判官。以其職分而下判斷。故謂慣習法之成立時期。即在裁判官對於破慣習之人。加以制裁時者。蓋為最當。雖然。不得謂慣習法者。僅依於裁判官之判決而成立也。行政官之以其職分而認定慣習法者。亦甚多。蓋行政上之處分。常

第三條理
條理所以
爲法律淵
源之故

古來之實
例

所謂自然
法及性法
者即條理

有臨機而行之。非一依於成文法者也。

第三條理。法律者。固定的者也。一定則不得隨時復更之。然社會之變遷。常頻繁無極。故欲設唯一之法律。以與無窮之變遷相爲應。彼社會者。固不能待法律釐正之後。而始進步。是爭訟之起。其終不獲以既存之法律。裁判之者。此勢所必至也。此時裁判官若有可據之慣習。則善矣。否則從其心之所見爲條理者。判決之。亦事所常有。例如羅馬之栢勒德爾。以其本於斯德亦克哲學派理論之萬國法。爲與自然法適合。而每以之補正羅馬之內國法者。其例甚多。此卽以條理爲法律淵源之最顯例證也。又今英國之衡平法裁判所。其裁判。雖概皆參考羅馬法而爲之。然其起因。則出於實際所需。所以補普通法之缺。而依於條理以判決訴訟者耳。且近世各國法律。固已殆躋完備之域。而獨至民事訴訟。則猶命裁判官。於無法律明文或慣習者。使按條理裁判之。然則條理者。法律之淵源也。亦無可疑者矣。卽彼自然法性法。其所以存立者。亦實以此。蓋自然法性

第四判決

法者。亦不外因補法律之缺。所因依於理想而可知得之條理者也。第四判決。裁判官之職務。在於適用法律。而不得制定法律。然欲以社會事物。一一網羅之於法律之中。則必有不能。裁判官之必須從其慣習或條理。而為裁判者。職是故也。而其所裁判。若更有同一或類似之訴訟時。則後之裁判官。即以為先例而準依之。古今東西。皆莫不然。且古代立法機關未備時。其法律之成立之為依於裁判例者尤多。但觀於賓薩姆馬印等論說。自明矣。

第五學說
學說所以
為法律淵
源之故

第五學說。凡一人之私見。其不能有法律之效力者。不俟言矣。然就於法律之發達察之。不論何國。其以學說為法律之淵源者。則甚多。但其所以為法律淵源之故。亦有二道。或有學者之意見。直接得蒙採用。而付以法律之效力者。例如前述之羅馬特奧德斯二世。採當時五大法律家之說。令有法律之效力。又如周斯機尼安帝。採三十九大家之說。以編成法典。皆是也。或有當立法者制定法律時。或當裁判官下判決時。以學者

近世有間
接採用而
無直接採
用

第六外國
法

固有法及
繼受法母
法及子法

繼受外國
法之方法

論說及其著書。供爲參攷。而間接蒙採用者。例如法國編纂民法時。曾參考保齒厄之書。又維特西哀德之羅馬法論。亦曾供法國或部分之裁判所參考。是也。雖然。迨及近世。則僅立法及裁判所。有參考者耳。至如羅馬時之直接付以法律之效力者。固幾無之。

第六外國法。各國未相交通時。其法律但基於本國之風俗民情。而制定之耳。迨文化漸進。交際漸繁。貿易通商之術益盛。於是外國之典章文物。亦隨而輸入。此自然之數也。故文化高度之國。其法律大抵流入於低度者。或略革其面目。或則全數更代之。此一國法律之中。所以得別爲固有法。及繼受法。而子法。及母法之名。亦因此而生。固有法者。本於其國之風土、民情、舊慣。其根源非取自外國者也。繼受法者。採用外國法律。或模倣外國法律。而制定者也。子法者。謂淵源於外國法之法律。母法者。謂其所淵源之外國法也。

繼受外國法之道。亦別爲二。曰直接繼受。間接繼受。直接繼受者。謂純然

採用外國之法律。如中世歐洲各國。採用羅馬法。近世南德意志。採用拿破崙法典。是也。間接繼受者。謂制定國法時。以外國法律。爲其模範。或倣其體裁。或斟酌其精神。如日本大寶律。參酌隋唐之法。新律綱領。折衷明清之法。現行刑法。及他新法典。則模型於歐洲之法。皆是也。

第四章 法律之效力

法律者。於何時何地適用之。且何人當遵守之乎。凡此皆法律效力之間題也。

第一節 法律效力之關於時者

法律效力之關於時者中。有兩主要之規則。當考察之。

關於時之
法律效力
第一則

第一 法律自公布之日起。經一定之施行期限。而始遵守之。

法律雖因公布而生拘束力。然其生遵守之效力者。則通常設以一定之期限。此謂之法律之施行期限。然定其施行期限之法。有二。一、自公布之日。經一定期限。而當一般行於全國者。一、自立法府所在之地。依於距離

施行期限
之種類

第二則

此原則驟
見之若極
明顯實則
疑義甚多

遠近。而各異其期限者。日本公文式採第二法。法例則採第一法。夫於交通未便時。疆土廣漠之國。其各地之施行法律期限。固不能無異。然舟車之利郵政電信之用益昌。則其公布後。設以一定之猶豫期限。而使全國同時施行之者。此又事物自然之理。故比德各國。皆適用新主義。日本之立法者。於法例亦採用之。

法律之施行期限。分爲通常特別二種。例如照公文式。則官報到達各府縣。經七日之後。照法例。則自法律(形式上之法律)公布之日。經滿二十日。此爲通常期限。若自其公布當日。即施行之。或於法律中。特定有施行之日者。此即特別施行期限。凡通常施行期限。不必明記於其法律中。特別之施行期限。則必明記之。或以他法律特定其期限。亦可。

第二 法律無溯既往之效力。

此原則。自載在羅馬哥德族歌斯法典以來。近世各國法律。皆揭之。而視爲關於時之法律效力中。最緊切不可動者。蓋法律者。命令或禁止其事

者也。故其效力。若溯既往。則是對於過去事實。得命令或禁止之矣。是於法律未存立時。已生遵守之義務。且更就國家之公益考之。苟許其效力得及於既往。則昨之所謂廉正者。今可變爲罪惡也。昨之所謂由於正當行爲而得之權利。今可以忽然消滅之也。此決非所以保持公共之安甯者。故由理論上或由公益上觀之。此原則。似皆極當。而其所據之理由。亦至簡單。雖然。是特驟視則然耳。若進而觀之。固有疑義紛起。而自前紀以來。學者之論之者。蓋已多矣。今略述如左。

（一）法律不溯及之原則。非立法上之原則也。此理。晚近學者。雖概所承認。然從來學說及其法制。則往往有以法律不溯及之原則。推及於立法上者。北美合衆國憲法。卽其爲嚆矢。美國憲法。禁制定所謂事後之法。蓋卽立法者無制定有溯及力之法律之權也。次如法國共和第三年之憲法。及那威國憲法。亦皆規定爲法律不可與以溯既往之效力。且更觀之當時學者論說。其擴充此原則之範圍。使及於立法上者。實亦不少。

一法律不溯及之原則。非立法上之原則也。爲立法上原則之制度及學說。

二法律不
溯及之原
則乃法律

法國憲法家。巴奢曼、君斯丹。嘗曰。法律之溯及力者。使法律爲虐之最甚者也。又法國民法家特曼德。亦謂此原則之效力有二方面。其一面。所以示立法權之制限。其一面。所以定法律適用之準則云。蓋爲此說者。以爲法律之不溯既往。乃法律之原質。若於法律而與以溯及力。則是褫奪其原質矣。雖然。立法者固無不得應國家需要。而作得溯既往之法律之理也。且亦進言之。更有不得不作之責。卽如釐革舊弊。免除既往之犯罪。輕減昔日之苛稅等。國家之當溯及既往事實。而措置之者。蓋甚多。若必不得制作溯及既往之法律。則立法者。是直不能改正法律耳。且所謂溯既往之法律者。苟其爲適應於國家人民之福利。則固猶是良法也。更何言乎。然則彼以溯及力爲反於法律原質者。其說之誤可知。而溯既往之不必卽非良法。更可知矣。故曰。法律不溯及之原則。非立法上之原則也。

(二) 法律不溯及之原則者。法律適用上之原則也。就於法律適用上之原則一語考之。則所謂法律無溯既往之效力云者。蓋謂當同一事物。

適用上之
原則也

而新舊二法。其規定有互異時。則其新法。於公布以後有效力。其舊法。於其新法以前有效力之意也。即謂舊法者。支配既往之事。新法者。支配將來之事耳。雖然。斯言也。實際適用之。則有甚難者。故一般學者。皆爲之說曰。是即法律者。其效力不及於既得權之意義云爾。今法律正條中。明用此學說者。以奧國民法爲始。其第五條曰。法律不溯既往。故對於既遂之行為。及既得之權利。皆爲無效。雖然。此規定。亦未得謂爲完美。夫所謂於既遂之行為。法律之效力不及之者。此語不獨甚贅。且有足以招誤者。蓋法律所保護者。僅既得之權利耳。凡行爲雖屬既遂。若未發生權利。則法律之效力。固無妨得及之也。

法律何以
不欲害既
得權

法律者本於公共之利益。立法者既制定新法。則此新法。即最合於公共利益者也。故以普通之理言之。則新法自當更善於舊法。從而新法之適用。必求其速。雖個人之利益。有因之而受損害者。亦斷無因此轉以枉國家公益之理。雖然。國家亦不欲於個人已取得之權利。必毀損之。而使之

既得權與
單純利益
之別

服從新法也。蓋個人之權利不能鞏固。則國家亦常紛擾不絕。故毀損既得之權利。實爲國家之大害也。羅蘭曰。法律若得褫奪個人之權利。則是已無社會矣。社會若須屈服於個人之下。則是亦無社會矣。然則所謂權利與利益之間。固存有差異。可以知矣。夫利益者。特將來可得權利之希望。而尙未組成特定之資產者也。故有可以由於他人而消滅之者。例如推定相續之有可得相續遺產之希望。然此希望。可以因其所有者之行為。而被消滅。又如因時效而取得某物所有權之希望。至有其物之原主收取之之時。則其希望亦因而消滅。故凡此將來之希望。在新法所規定。雖有不利於彼。而阻絕之者。亦斷不得謂其爲不條理也。至若個人享受之利益。既成爲資產之一部分者。則不能以他人之行為而消滅之。蓋其利益。已爲權利故也。例如買賣、讓與、相續等。凡因法律上正當之權原。所取得之財產上之利益。此皆爲既得之權利。而非單純利益可比。故法律不得妄溯既往之事實而傷害之也。

法律不溯及之原則。其在刑法。則其適用之旨趣。又大異。蓋惟嚴刑、始不溯既往也。日本刑法第三條第二項。雖認此原則。而其第三項。則謂若所犯在頒布以前。而未經判決者。比照新舊二法。從輕處斷。即此意也。例如有一犯罪。在舊法則為輕罪。在新法則為重罪者。則捨新法而依舊法處斷之。若新法以為輕罪。舊法以為重罪者。雖其所犯在舊法時代。亦適用新法。故新法於其行為在前此則不能成罪。或其罪於前此處輕刑。而今應重者。則當從舊法處之。或為無罪。或處寬刑。反之。若新法不為犯罪。或應為寬刑者。則從新法。蓋刑法所以溯既往。而不以無罪為有罪。不變寬刑為嚴刑者。其理由。非本於不害罪人之既得權也。特出於國家之施仁之意耳。學者間雖有以受舊法之寬刑。認為犯人之既得權者。然為此說者。苟非遺忘刑法之目的。則必不為此孟浪之語。夫刑法之目的。特在維持國家之安甯秩序耳。若令犯罪之人。對於國家之公力。尚得主張其既得權。則法律將安得求其有堅固之日。況必持不害既得權之理。以論刑

近日立法
於法律不
溯及原則
之例

原則之價
值

罰之處分。則若新法之刑寬。舊法之刑嚴者。是不得不謂犯人有從舊法而處嚴刑之權利矣。故論刑法不溯及之原則。以既得權有無爲標準者。其條理究欠透澈。

據以上所論。則既得權之分界。極狹且少。且普通雖有不因後出之法律而被毀損之例。然其例外亦甚多。然則法律溯既往而不害既得權之原則者。亦僅爲法律適用之通則耳。若依法律之明文或其性質。則裁判官有當使其效力及於既往者。即不得適用之也。故索遜民法第二條。因欲明確示此原則之範圍。特附記之曰。若依於法律之明文或其目的。有反對之規定時。不在此限。蓋亦其實際所需。有不得不如此者。雖然。德意志帝國民法。於總則中。則省此原則不載。日本舊法例。猶載此原則。現行法例。則亦削除之。誠以法律若從其性質。或溯既往或不溯既往。則與謂有溯及之效力。則溯之。無溯及之效力。則不溯及之者。究無所擇。空廓無實。雖其言之。與不言等也。則此原則。直可謂爲無用者耳。故昔時雖以爲立法

上之原則。而載之憲法。極其重視。今則即普通法律適用之原則中。且至置之不數之列。僅於百餘年間。其位置之高卑。範圍之廣狹。懸隔霄壤如此。變遷不亦甚哉。

第一節 法律效力之關於地者

屬人法及
屬地法

法律上一
大變遷

凡法律、有屬人法。有屬地法。屬人法者。其法律、追隨於其國之人民。無論身處何地。皆必服從其本國之法律也。屬地法者。其法律。限於其疆土之內行之。凡在其國內者。不論何國人民。皆當服從之也。古代法律。概爲屬人法。今代法律。概爲屬地法。古代行屬人主權。其主權者。乃酋族之長。非一國之首長。故羅馬法律。羅馬人之法律也。非羅馬國之法律。毛伊斯法律。猶太人之法律。非猶太國之法律也。馬倫法典者。所以與巴羅門教徒者也。克蘭經典者。所以與回教徒者也。故古代乃依於人而異其法律。法律者。於其所到之地相追隨。故所謂關於地之法律之效力。不必更計及之。迨其後。凡爲國家者。其政治的團體。則成爲必有其一定之土地區

劃之態。前之屬人主權。遂一變爲屬地主權。其法律非以人而異。乃以國而異。於是屬人法之外。復生有屬地法。屬地法之範圍愈張。而屬人法之範圍遂愈縮。此爲古今法律上一大變遷。而關於地之法律效力。所以爲今之必當考究者也。今舉其主要者於左。

第一 凡法律以一般行於全國者爲通則。

凡法律不能越其國之疆域而行之。故其疆域所及之處。亦無不行之者。此法律之關於地者之普通原則也。然於特別之時。有特別之規則者。則本國法律。或亦得行於外國。外國法律。亦得行於本國。又本國法律。更有僅行於國內之一地。其餘則不行之者。故法境不必與國境同一。以下所揭之規則。卽爲通則之特例者也。

第二 特別法之區域常較國境狹小。

在聯邦組織之國。此特例最多。例如普國民法。惟於普國行之。而不行於德意志全國。新約育訴訟法。惟於新約育行之。而不行於合衆國全體。又

英國不動產長子相續法。無特別慣例時。則行於全體。而其平分相續法。則以爲特別法。惟於堅特洲行之。法國當編纂法典未成之前。各地皆有特別之地方慣例。日本北海道、沖繩縣、臺灣、諸法令。及震災地方特別處分法等。亦限於一地方而行者也。

第三則

第三 本國法律。因有治外法權之故。亦行於外國。治外法權者。謂一國於他國疆域內。得行其自國法律之特例也。此爲國際公法中。所最當論究者。例如於駐在外國之公使館內。行本國法律。是已。蓋由於條約國互認治外法權而然。此乃法律上之擬制。而本於國家獨立主權之必要上而生者也。

第四則

第四 本國法律。得行於在外國領海之軍艦之內。海、有公海領海之別。公海者。屬於萬國人民之公用。領海者。則示一國權力所及之範圍。今國際公法之原則。以距海岸三海里爲限。此爲各國所共認者也。凡航行於領海或碇泊於領海內之船舶。無論屬何國籍。皆應

第五則

從其國法律。惟軍艦。則雖在外國領海。亦適用本國法律。此亦爲由國家獨立主權之必要上而生之擬制。其軍艦。雖在何國領海。皆視與本國土地同例也。例如英國軍艦。碇泊橫濱。其艦內雖有犯罪人。亦照英國法律加罪。日本法律。則不得及之。

第五 普通船舶。在。外。國。領。海。時。從。其。國。法。律。在。大。洋。時。從。本。國。法。律。領海。爲示國權所及之邊海之區域。故普通船舶。一入他國領海。則受其國法律所支配。蓋普通船舶。與軍艦異。雖服從於外國法律。亦不致害及國家之獨立主權也。然領海以外之海。則非爲一國所屬。乃世界人民所得自由來往者。此之謂大洋。大洋者。乃法律上所謂公共物之一種。故普通船舶。雖離其所屬國籍之領海。而在大洋之中。仍從其本國法。

第六則

第六 凡物。從。其。所。在。地。之。法。律。關於物之法律效力。各國法制及其學說不一。凡不動產。以由於國家獨立主權之觀念。而應屬於內國人。此無論矣。卽其屬於外國人者。亦皆適

用內國法。各國大抵皆然。故不動產所有權之移轉、質入、抵當等。雖為外國人所有者。亦從其所在地之法律。惟不動產之相續。則近世學說。多謂其不適用所在地法律。而應適用被相續人之本國法律。蓋以相續者。乃繼承被相續人之人格。而非單純之取得財產之方法也。至於動產。其性質上。本為與所有者共其移轉。而無定處者。故迄於現世紀之前半。一般通說。皆謂應從所有者本國法。然近世商、工、業、發達。動產之分量及其價格。亦隨而增加。因而實際之必要。遂通常不得不適用動產所在地之法律。至動產相續。則亦從被相續人之本國法。與不動產同。

第七節

第七

私法上法律行為之成立及其效力。當事者之意思而定。其應適用之法律。由於契約以外原因之債權之成立及其效力。則從其原因所生之國之法律。

凡法律行為。因當事者之意思表示而成。故法律上以尊重當事者之意。為原則。從而即在內外交涉之法律關係。亦從其當事者所明示或默

第八則

示之意思。而定其適用之法律。至若因契約以外之原因（即事務管理不當利得不法行為等）之債權。則既有其一定之事實。是即法律上所當然而生者。故其性質上不必拘於當事者之意思。而當從其原因所生之國之法律。而定其效力。蓋此乃各國之通則也。

第八 法律行為之方式從其行為之國之法律。

法律之格言曰。場所者支配行為。是蓋為實際必要之原則也。若不從於為其行為之國之法律。則人將遂不能為法律上之行為矣。何則。行為之方式。以國而異。有於彼者。或無於此。例如所謂不動產之買賣。須登記。又凡購買。當具公正證書。此惟於認其方式之國。始覺其必要耳。若在認他種方式者。則從其法律。可矣。

第九則

第九 訴訟從為訴訟之國之法律。

故其法律行為。雖係在外國所為者。若訴於日本裁判所時。則當從於日本法律。以定訴訟之手續。及執行裁判之方法等。蓋手續之差異。於法律

關係之本體。無所損益也。

關於人之
法律效力

第三節 法律效力之關於人者

關於人之法律之效力。舉其主要之規則。如左。

第一則

第一 凡法律。國民皆應一般遵守之。

此原則。爲關於人之法律效力中。最明顯者。茲不復贅。以下所列諸規則。則皆爲此原則之變例。

第二則

第二 特別法。惟於某地方之人民。或某種類之人民行之。

特別法。有以地爲本者。有以人爲本者。前論法律之彙類。已盡述之。至其皆爲僅行於國民之一部分者。更不待言。

第三則

第三 法律之效力。不及於主權者。或國家之元首。

主權云者。謂有國家之最高權之個人。或個人之集合體也。既爲主權者。若仍使之負服從法律之義務。則不惟不能保其尊嚴。且制定法律而位於法律之上者。亦斷無受法律支配之理。故法律之效力。不得及之。惟其

主權者。若係由一個集合體而成者。則其全體對其一人。而適用法律者。亦非無之。蓋其全體。雖為主權者。而其一人。則非主權者也。雖然。主權者。即爲由集合體而成。其國之君主。實際上非掌握主權之全體。而仍以法律之效力。不及其一身爲原則。蓋以政治上。凡君主者。法律之淵源。須不墜其尊嚴故也。例如英之主權。乃其國王與上下兩院共掌之。然國王則全無法律之責任。是也。若於不至傷其尊嚴之程度。則亦有得適用法律。或法律之效力得及之者。例如刑法及其他關於一切懲罰之法律。或關於人之身分能力之規則等。其效力。皆不得及於君主。至於財產上之契約。及取引等。則歐洲各國制度。往往有適用財產法之規定者矣。日本一切法律。皆無別設特例。故天皇於法律上之責任。全不負之。至若共和國之大統領。則本非主權者。亦非君主。但以其爲國家之元首。而在政治上最高之位。故除有特殊之犯罪。例如叛逆等之外。皆與主權者或君主同。以不負法律上之責任爲通則。

第四則

第四 在留外國之國民。從其在留國之法。

凡一國之法律。支配於棲息其境土之一切人民者也。然人者。不必常生活於一定之土地之內。或游歷。或在留於國外者。亦恆有之。故法律之以隨於人爲原則者。則內國之人。雖在外國。仍當服從內國法。若以屬於國土爲原則者。則雖內國之人。既在外國。亦當適用其在留國之法律。雖然。近世法律。則係屬地主義者也。故近世國法之原則。凡在留外國之國民。應從其在留國之法律。但國際上之便宜。則又有不許全然適用此原則者。故今各國法律。大抵以互相讓步之故。有時於內國亦認容外國法之效力。卽如下列三項規則。是已。

第五則

第五 人之身分及能力。從其本國法。

凡親族之關係。及由其關係而生之權利義務。所以發於關係身分及能力之法律中。觀定之者。蓋以與其本國之氣候、風俗、人情。有密接之關係。故生於其國者。使之永從其國之法律。當然之理也。近世各國。多認此原

則。而計國際之便宜者。其趣旨實亦在此。例如從在留國法律。爲達於適婚年齡。若從本國則未者。則其人雖係在於在留國爲婚姻。亦不能因之而得夫婦之身分。反之。於在留國以滿二十五歲爲成年。於本國則只須滿二十歲者。則其人若已滿二十歲。雖在於在留國。亦得有民法上之能力。

第六則

第六 憲法上國民之義務。從本國法。

憲法上國民之義務云者。卽兵役及納稅之義務是也。其所以必從本國法者。則專由於國籍之關係耳。蓋國籍者。乃連結國家與人民之鎖鑰。雖在留於外國。然既爲其國民。則此鎖鑰卽不可斷絕。從而國家成立之必要上。必不得免此義務。

第七則

第七 國際公法上有治外法權者。雖在外國。仍從本國法。

凡有國際公法上所謂治外法權之特權者。惟帝王、大統領、皇族、公使、及其附屬員。其所以於一般人民之外。有此特權。則以本於國家獨立主權。

之觀念故耳。又沿外法權之特例。有因於特別之國際條約。而許在留人民。亦有之者。例如各國之對於清國及朝鮮之關係。是也。而所謂領事裁判之制度。即因之而行。然此乃因於特別原因而生。固不可以為常例者。

第五章 法律之變更及廢止

法律之變更者。謂廢舊法。而更設代之新法也。法律之廢止者。謂廢舊法。不更設代之新法也。在學理上。雖變更亦不過為廢止之一種。但以制定有代其舊者之法律。故名為變更。以與單純之廢止相別耳。

法律之廢止。可分之如左。

第一全部廢止及一分廢止

第一 全部廢止及一分廢止。

全部廢止者。使法律之全體。失其效力也。一分廢止者。但失其或部分之效力也。此區別。乃就於舊法廢止之範圍如何而設之耳。

第二 因於內因之廢止及因於外因之廢止。

第二因內因之廢止及因外因之廢止

因於內因之廢止者。於法律之內部。生有包含廢止之理由者也。因有外

因之廢止者。由於立法者之意思。現行法律被廢止也。此區別。乃就於舊法廢止之原因如何而設之耳。

因於內因之廢止者。分爲下列三種。

(甲) 於法律中。豫定其實施之期限。經過其期限。而失法律之效力者。此即於法律明文。載有此法律於何年間施行之者也。例如明治二十九年法律第六十三號。定於臺灣應施行之法令之件。是也。故經過其期限。則其法律。當然歸於廢止。

(乙) 其法律所由而規定之事物消滅時。例如戰時之宣告戒嚴。其最著者也。又如臨時因博覽會事務。而定之法律。則其博覽會既畢時。即同時失其效力。

(丙) 新法令實施之後。則經過法因而失其效力。經過法者。乃由舊法移於新法之際。所用以調和新舊二法之法律也。例如明治十四年布告第八十號。定爲凡在改定律例之時代犯罪。而於刑法之時代發覺者。則

照新舊二法。從輕處斷。是也。若時日已久。於舊法時代犯罪者。或已皆處刑。或皆死亡。或經過時效之後。則新法全然有其效力。而此經過法亦自然失效。而歸於廢止。

因外因之廢止者

因外因之廢止者。亦分爲下列二種。

(甲) 明示之廢止。(即於新法中明言廢止舊法者) 此爲廢止之最明確者也。例如依市町村制。而從來之區町村會法廢止。依訴訟法。而從來之請願規則廢止。皆是。按現今法律制定之法。凡舊法廢止之明文。概於新法編尾。設爲附則而揭之。

(乙) 默示之廢止。(即不於新法中明言廢止舊法者) 凡新制定之法律。而與舊法所規定之全部或一部分。有矛盾者。則其舊法之規定。歸於消滅。此法律之原則也。羅馬之格言曰「後法廢前法」故此時新法中。雖不明示其廢止舊法之語。然解釋上。則得視爲其舊法於暗點中已被廢止矣。但僅屬於解釋上。則不免或生疑義。故每有若其無所適從者。若立法欲求

法律以永
遠有其效
力爲原則

法律解釋
之意義
法律解釋
之要

完全。則仍以明示爲善。

凡法律一經制定。則永遠有其效力者也。雖有歷久未見實用。而於立法者。未按一定方法。表章其廢止或變更之意思之間。則依然成爲法律。而當有效。例如奧國民法第九條。即明記此原則。雖然。此原則。特於近世已進步各國。乃可適用之耳。若其適用太無際限。則每有貽誤者。例如日本古代之聖德太子憲法。大寶律。及近之德川氏百條等。歷代變遷。久歸不用。今固無信其有效力者。然若謂其曾依於一定之方法。而變更廢止之。則又無矣。

第六章 法律之解釋

第一節 法律解釋之必要

法律之解釋者。因欲勿誤用其法律。而於其意義之不明不悉者。確定之之方法也。蓋制定法律。本極不易。雖在學識經驗。卓絕一世者。使當編纂之任。然至於實地應用。則必不能絕無疑義。右立法者。於制法既畢。奉時。

法律學通論 法律之解釋 法律解釋之必要

每有憂衆說之紛。而轉以亂法律之真意。而禁其解釋注疏者。例如羅馬儒帝於的塞斯脫法典中。設有禁人爲解釋之令。普國弗烈利克王。禁注疏其法典。是皆明證也。雖然。此禁令究未嘗有得實行之者。法蘭西法典之成也。未幾而其注解亦出。拿破崙拋書嘆曰。嗟乎。朕之法典已廢矣。蓋雖其自詡爲極完全之法典。而究不免疑義百出。則法律之解釋。其如何緊要。可知矣。故歐洲各國。其講究解釋法律之方法。殆視爲專科之學。其所稱爲葉爾馬倫只克（即法律解義學）者是也。

法律之疑義。可分爲二。曰明顯疑義。隱匿疑義。明顯疑義者。其疑義顯於法、文、之、表、面、者、也。隱匿疑義者。法、文、之、意、義、雖、已、明、瞭、而、其、適、當、於、此、法、文、之、事、實、則、不、正、確、者、也。凡文字不妥。語法亂雜。其法文之意義。難以了解者。此皆屬於法文之表面。即所謂明顯疑義是也。若法律之文章字句。一無可疑。而惟範圍其本質。有不明確者。例如所謂官吏瀆職。此官吏云者。亦含及市町村長、學校教員、否乎。又所謂詐欺取財。其所騙取者。但指

有形之財貨乎。抑更含及無形之權利乎。此官吏財物之字。乃通常所習用。其意義似已瞭然。而其範圍與其本質。則仍存有疑義。凡此皆屬隱匿疑義。故解釋法律之疑義者。苟其法文無脫漏無誤謬。而其文意字義。有欠明晰者。則當由於文理或論理。就其文字上解之。若仍有難解者。則尋法律之起因。或徵於編纂之記錄。就其意義上釋定之。而用以求知立法者之真意。此就通常言之。固屬裁判官（行政官亦同）及學者之責。然法律之有疑義。究所不免。故不可以解釋之事。一任於裁判官學者。即法律自身。亦務當求明其意義也。

第二一節 法律解釋之種類

法律解釋之種類。大別之。曰公正解釋。私見解釋。

第一 公正解釋

公正解釋者。以其所解釋之意義。作為法律之真正意義。而有公之效力之謂也。細別之。有立法上之解釋。及裁判上之解釋。立法上之解釋者。即

法律自說明其法文之意義。裁判上之解釋者，即屬於訴訟事件之法律。而裁判官所與之解釋也。

(甲) 立法上之解釋。立法上解釋之方法。有種種。今舉其主要者。

甲立法上
之解釋
立法上解
釋之類

(子) 於法文中插入解釋者。此方法。不論何國。皆採用之。日本亦然。此例。於近來之立法中。雖為較少。然如森林法、河川法、砂防法、等。皆於法文中。就其所用之文字。而加以解釋者。又舊民法財產編總則。亦半用此解釋。凡此解釋。與所謂普通之解釋者。大異其趣。蓋其對於法律中之他條文。則又自成爲法律而命令之。而不得以他之解釋而左右之者也。故立法者。必當採用此法。

(丑) 以爲附屬之法律者。此方法。亦盛行於各國。日本之民法施行法。即依此法而定者也。用此方法之解釋。其效力亦與前項同。

(寅) 於法律公布之時。加以理由書者。此方法。亦屢有採用之者。如日本公布市町村制時。添附理由書。是也。此於求知立法之精神。最爲

便利。然理由書究非法律。故其所有之拘束力。亦不能如前二種。

(卯) 於法律中插入適例者。此方法。於日本未有其例。然英國法律大家所立案之印度契約法。及印度刑法。於每條之下。皆示以適例。以證明其正文。則固極著名者也。雖然。適例者。不適屬於一參考耳。不得以為與法律正文有同等拘束力也。故雖遇有與其適例相同之時。而裁判官可以不必拘其適例。而得更為相異之解釋也。

(辰) 對於行政官、司法官。而與以指令者。此方法。亦向為各國所採用。日本當公布刑法活罪法時。於其法文疑義之處。所與之指令甚多。然指令者。特發表為指令者之意思耳。不可視之為真正之法律。上意義也。且國家之各機關。既完備如今日。則司法官固有獨立而為解釋之權。殊不必有得於立法者之指令。況立法者但制定法律。而於法律之適用。本不能干涉之。故今日未有以此法為立法上之解釋者。惟行政官乃奉上官之命而執行法律者。其性質與司法官異。故其關於法

乙裁判上
之解釋

律上之疑義。所發之指令或訓令等極多。然指令訓令。乃屬於行政內
部之關係。若其由立法部而發之者。則即對於行政官亦無之。

(乙) 裁判上之解釋。裁判上之解釋。雖亦有公之效力。然其效力較之
立法上之解釋。則顯有制限。雖在於同一裁判所。其後所與之解釋。即有
反於前之所解釋者。亦可。(在各別之裁判所。更不必論)惟既從其解釋。而
裁判已確定者。則不得更破壞之。此則與私見解釋異。而有公之效力者
也。

近世各國
裁判上解
釋之原則

凡裁判官解釋法律。近世文明各國。因欲明其職務上之標準。恆認左之
二原則。

一裁判官
不得以法
律有不明
備或有欠
缺爲口實
而不受理
訴訟或拒
絕裁判

(一) 裁判官。不得以法律有不明。備或有欠缺。爲口實。而不受理。訴訟。或
拒絕裁判。社會之事物。淆雜不一。雖甚明者。不能一一洞察之。而以規
定於法律明文之中。然人類棲息於社會中。往來交際。既有爭議。即有是
非。其紛而難定者。蓋不少。國家既不許一個人自決其爭。必使之投訴於

爲國家機關之裁判官。而聽判決。則此時。若爲裁判官者。藉口於法律之不明備及有欠缺。而不受理其訴訟。或不判決其曲直。則一個人何由保全其貴重之權利。以求身體財產之安固乎。個人之權利。若有傷害。而其身體財產。不得安固。則國家不隨而殄瘁者。鮮矣。是則此規則之所由設。且裁判官若有悖此規則者。則法律更必對之而施以相當之制裁也。雖然。裁判官亦非以有規則之故。卽當不論如何。皆必與以裁判也。蓋裁判官之職權。乃由於其國之憲法及法律。而一定者。屬其職權以外之事。則固不得裁判之。卽如日本裁判所構成法。定爲裁判所者。專裁判民事刑事。故其以外之訴訟。例如行政訴訟者。則非有特別委任。不得裁判之。惟在其職權之內。則不得以法律之不明不備。或有欠缺。爲理由。而不受理其訴訟。或拒絕裁判耳。

(二) 裁判官無審判法律善惡之權。立法者之制定法律也。固不能必無註誤。凡法律之條規。其反正理悖公益者。亦或有之。然若許裁判官得

審判法律之善惡。以補正法律。則是令裁判官立於立法者之地位矣。其危險蓋有不可言者。況所謂正理公益云者。因人各異見。而究無一定準繩者乎。在立法者。固不免詿誤。即裁判官。亦何莫不然。故爲裁判官者。唯有視其法律所規定之如何爲準耳。至審判善惡之職權。則必不可使有之。雖然。立法者與裁判官之職務。截然區分之者。此特近世然爾。若就法律之沿革察之。則古昔立法事業未整備時。裁判官得補正法律。而間接制定之者。亦蓋不少。馬印於其所著古代法中。其論法律之起原。而就於言語之發達以考之者。蓋極詳密。其言曰。希臘法律之起原。在於特美斯。特美斯云者。卽神之裁判之義也。蓋古時國王非制定法律。乃以裁判爭訟。爲其治國之最大要務。而其裁判。則本於神之意也。凡於類似之訴訟。則按其先例。而應以類似之裁判。故特美斯之語之複數。所謂特美特斯者。有裁判之義。後亦稱爲其克。更轉而爲諾枚斯云。〔卽今日所謂法律之字〕

近世立憲國。制定成文法。其形式有二。前已述之。即命令與法律。其不得以命令變更法律者。此為各國憲法所明言。然若有不顧此憲法上之制限。而發布與法律抵觸之命令時。則裁判官雖無審判其命令為違法與否之權。但法律解釋之結果。取法律而舍命令者。此則裁判官分內之事。而不得謂為越其職權。蓋非審判命令之善惡。特解釋其應通用之準則也。若夫法律命令之為違憲法與否。裁判官無審判之權者。則更不待言矣。

第二 私見解釋

私見解釋者。其所解釋之意義。非有公之效力。特屬於學者一己之見解之謂也。以其成為學者之論說而行之。故又謂之學理解釋。其解釋之出於名家所考究者。在實際上。固非無得供裁判官或行政官之參考。而亦有公之效力者。然是特用為裁判及處分之資料耳。即其間接亦生公之效力。而其本質則無之。故僅成為一己之私見已也。惟然。故其解釋之方

法。及範圍等。絲毫無所制限。一聽於解釋者其人之自由。

第三節 法律解釋之規則

法律解釋
之規則

法律之解釋。雖任於各人之見解。而不檢束之。然當爲裁判上并學理上之解釋時。則又有當留意之規則者。今舉其重要者。

第一則

第一則 法律之解釋。先文理解釋。後論理解釋。

文理解釋者。本於法律之文章字句。所爲之解釋也。論理解釋者。斟酌法律制定之目的。及其他一切之事。所爲之解釋也。二者皆爲法律解釋之方法。雖然文字者思想之標記。故當先由之以察法律之精神。故凡解法律之意義者。先文理解而後論理。

第二則

第二則 文理解釋。與論理解釋。有抵觸時。則從論理解釋。

文字爲思想之標記。法律之精神。舍文字別無可求者。故不能不置重之。然更由一方考之。則解釋所貴者。在於能得法律之真義耳。由於文字。雖亦可推知其人之思想。然文字亦每有不能詳爲表白之者。若泥於文字。

第三則

雖至枉法律之意義。而亦不顧。則於解釋之目的。殊相背矣。故曰。文理與論理有抵觸時。則從論理解釋。

第三則 法律之文字。當從其制定時代之用例。而解釋之。

蓋言語之用例。每以時代而殊。故不從其時代之用例。則必有枉法律真意之恐。例如當未有馬車之時。則其車字。當以不含馬車之意釋之。當未有汽船之時。則其船字。當以不含汽船之意釋之。

第四則

第四則 法律之文字。須與其法律全文關聯。而解釋之。

蓋若孤立而解釋之。則前後或恐有矛盾者。例如憲法中所載政府之字。其含有天皇否乎。抑指國務大臣以下之機關乎。或裁判所亦并稱之乎。凡此疑義。當考於憲法之全文而定之。

第五則

第五則 法律之文字。當於通常之意義解釋之。

故特別之意義。惟有特別之理由時。始得用之。凡學問技藝及商工業上之用語。有其他特別之理由。而用於特別意義者。固以從其專門用例。或

特別意義、解釋之爲當。若其無此理由。則必於通常意義解釋之。例如特許法中。所用特許之字。此固爲關於發明品之製作販賣之特權矣。然若在普通所用特許之字。則當作爲官廳。於特別條件。所加以許可之義。又例如徵兵令中。所用國民兵之字。乃指其限於一定年齡之男子也。然若在普通用之。則國民云者。固當以無分男女老幼解釋之。

第六則

第六則 凡變則。當嚴密解釋。而不敷衍之。

變則者。乃不得適用通則之部分。而其部分。則於數多之物中。限於其所僅僅指示者也。故變則之設。必其由於有特殊之事。而不能適用通則者。故若敷衍之。則是不成爲變則。而與通則無異矣。自羅馬法以來。所以即立有此原則者。卽此故耳。

第七則

第七則 凡加刑罰。或使負義務之法律。當嚴密解釋之。

所謂使負義務之法律者。卽指徵兵法及租稅法等。其當嚴密解釋之者。蓋以其解釋若有違異。則義務之負擔。卽有偏倚。其弊必至不應負擔者。

或負擔之。而其應負擔者。又不負擔之也。所謂加刑罰之法律者。乃總稱刑法及其他法律之附以刑罰制裁者。此則以剝奪人生幸福之故。其科當不可不慎。故解釋亦當嚴密。日本刑法第二條曰「法律無正條者。雖何等所爲。不得罰之。」卽此意也。

故刑法及其他刑罰法之解釋。不許爲推論解釋。至民法上解釋。則異是。凡法律之規定未及備者。皆不妨以類推之。蓋民事之裁判官。其爲裁判也。當無法律明文時。則從慣習。無慣習。則從條理。近世各國。其普通法律上之原則。皆如此。至若強理論法者。則不惟民法用之。刑法亦得用之。蓋與其必須嚴密解釋之原則。本不相背也。例如道路之中禁行車。則當解釋爲牛馬之車。更所必禁。究此亦爲解釋法之本所應爾者。又有反求論法者。卽許其右則解釋爲禁其左之意。此於一切之法律解釋。皆不得輕用。蓋恐誤法律之真意也。特關於例外之規則。有反對推理而後歸於普通規則者時。則可用之。例如官吏不得爲商業。則解釋爲凡非官吏者。苟

無他項特別制限。則不論何人。皆得爲商業。是也。以上所述。皆關於法律解釋之主要原則也。更有求解釋之根據於判決例者。又有子法不明。依於母法而解釋之者。凡此規則。於法律解釋上。皆當留意。茲不細及之。

第七章 法律之制裁

制裁之性質

凡制裁判者。謂悖戾於規則者所被之惡報之謂也。故制裁者。不獨法律有之。道德、宗教。皆莫不有之。例如悖道德之規則。而爲惡者。則必有自歎於心。或受人擯斥之惡報。背宗教之經旨。而缺其信仰者。則必有所謂墮於地獄之惡報。法律之制裁者。亦謂違反於法律所命令或禁止者。所被之惡報也。法國文學院字彙大全中。有「法律之制裁者法律因使確正其實行而設之苦痛或報償也」之語。然制裁云者。必備強制檢束二元素。此定義。則於此理。實遺忘之。蓋人之性情。常避苦而思樂。此賓薩姆之言也。故欲制定一國之法律。而確正其實行者。亦不可不利用此性情。故制裁

報償不可爲法律之制裁

云者。不必限於以惡報使感痛苦之法。即用善報以誘致人心。例如設褒賞之典。以獎善守法律之人。謂爲法律之制裁。亦無不可。但褒賞者。對於國民無強制力。若其不好褒賞。則雖不遵守法律。亦無如之何矣。古之立法者。固有賞罰并行。以求人之遵守法律者。然由近世法律皆爲以苦痛與違反之人者觀之。則所以非用惡報則不足爲法律之制裁者。又可知矣。

法律之制裁。分爲四種。曰憲法上之制裁。行政法上之制裁。刑事制裁。民事制裁。從來學者。皆以法律制裁。爲不出於刑事民事之外。其餘殆置而不顧。然是乃從來法律學。恆以刑法民法等。爲研究之目的所致也。苟就法律之原理廣察之。則究不得偏於此範圍之中。故其制裁之種類。亦當於刑事民事制裁之外求之。余所以別設憲法上及行政法上之制裁者。亦以此二者。其性質實有與刑事民事制裁相異者存耳。

第一 憲法上之制裁

主權者云者。乃制定法律之人。立於法律之上。不受法律拘束。故雖憲法之制裁。亦不及於主權者。雖然、憲法者。決非無制裁之法律。憲法上之制裁者。即大臣責任之制度之所由起也。夫憲法中所規定之大臣之責任。各國不同。即論其法理之學說。亦以人而異。此蓋爲近世國家之一大難關。若以各國制度及各種學說。一一比較評駁之。則其緒甚繁。今唯就其一般之理論舉之耳。夫大臣之責任者。乃專與憲法上所有之職務相隨。非因主權者無責任之故。而代之任責也。大臣之副署。亦所以表明憲法上之大臣職務上之關係。故若大臣於其所不應副署者。而副署之。則爲愆其職務。既愆其職務。則其責任又安得無之。故憲法者。乃對於大臣。而加以違反憲法之制裁者也。雖然、憲法之制裁。又非若一般之法律制裁。有執行之機關。而行之也。故不得確的而強制之。北美合衆國。雖有違憲裁判制度。然是乃彼之所特有者。從來學者。概以之爲政治上之責任。而不認爲法律上之責任者。亦此故耳。

第二 行政法上之制裁

行政法上之制裁。有對於一私人。而因確實其行政之執行而設者。及對於任其執行之官吏。勵行其職務而設者。因確實行政之執行之制裁者。通常分爲代執行。執行罰。及直接強制三種。代執行云者。於一私人。有應爲特定行爲之義務者。若有不爲其行爲時。則行政官廳自爲之。或使第三者爲之。而徵收其費用於義務者之方法也。執行罰云者。其行爲之義務。有不得爲代執行者。及強制其不行爲之義務者。因之。所處以一定之科料之方法也。直接強制云者。於不能爲代執行。及執行罰時。或有急迫之事時。直接而強制以特定行爲或不行爲之方法也。此外如行政官廳。宣告某行爲之無效。及取消其許可。或認可等。亦皆爲因確實其行政之執行之制裁。勵行官吏之職務之制裁者。即懲戒。處分。及官吏有嘆其特別界限之特別義務之結果。而受此特別之制裁者也。

第三 刑事制裁

刑事制裁者。謂依國家之要求。而加於違反刑法及其他刑罰法之規則者（即犯罪人）之制裁也。公訴。即要求此制裁之形式。刑罰。即實行此制裁之方法也。公訴云者。從刑事訴訟法之手續。檢事提起訴訟於刑事裁判所之謂。刑罰云者。刑事裁判所。依之而所與犯人之苦痛之謂。刑罰之種目。差別甚多。不遑枚舉。溯古代社會。蓋有極奇異者。即如羅馬時。凡謀反之人。禁用羅馬之水火。或置於達爾俾耶巖上。使擠而陷之。又如傷人之足者。亦傷其足。折人之手者。亦折其手。彼謂之反坐法。又日本古時。有所謂盟神探湯者。是皆大異於今之刑罰。然其目的。則要皆以苦痛與犯罪之人。而剝奪其人生幸福所基礎之生命、身體、名譽、財產、自由之全部、或一部分耳。故刑罰之種目。亦可大別之爲五。曰生命刑。身體刑。名譽刑。財產刑。自由刑。古代刑罰恆酷。生命刑。則有磔、輾、裂、烹、斬、切腹等。身體刑。則有墨、劓、剝、宮、黥、笞、杖等。不惟如此。且其罪。於一人之外。更夷及數族。迨及近世。則刑罰益寬。其關於身體之刑。殆已全廢。而生命刑。亦有不用之者。

今文明各國刑罰。則以自由刑占其大部分。蓋其執行刑罰之方法。乃從其罪之輕重而伸縮之。以求達刑罰之目的。即如今所行之禁錮、禁、獄、懲、役、徒、流等。是皆剝奪罪人自由之刑罰。而屬於所謂自由刑者也。至若名譽刑。今則概以爲從刑。鮮有作爲獨立刑而設之者。財產刑。則或有以爲獨立刑者。或有以爲從刑者。從其犯罪之種類。而其所規定。各有不同。

第四 民事制裁

民事制裁者。謂依於私權被侵害者之要求。而加於侵害者之制裁也。私訴及民事訴訟。即要求此制裁之刑式。損害賠償。直接履行。權利回復。相當之處分。及無效之宣告等。即實行此制裁之方法也。私訴云者。被害者。從刑事訴訟法之手續。附帶於公訴。所提起之私權上之訴訟之謂。民事訴訟云者。從民事訴訟法之手續。所提起之私權上之訴訟之謂。損害賠償。乃因加害者。對於被害者。應償其損害之故。收其一定之全額。此於民事制裁中。爲最通行而又最便之法。直接履行。乃使債務者。實行其所負

之債務之方法。而於不得以損害賠償。為其正當之救濟法時。則用之。權利回復。乃於一旦取回其為他人所侵奪之權利。而使復歸於權利者時。行之。相當之處分。乃於使實行其不得以金錢計算之法律關係時。命之。無效之宣告。乃對於不具適法之條件之法律行為。而為之。要之。或為積極的。或為消極的。其行之之法。雖各不同。然皆為實行民事上之法律。而以確保一個人之權利為目的者也。

正當防衛
亦得規為
制裁之一
種

夫法律之制裁者。乃國家由於一定之機關。而使行之者也。故雖有不正之行為。相侵凌之時。亦不許各人任其私自之腕力以防之。然事有發於急遽。而不及乞國家之保護者。若必責之守其正當順序。以待一定之制裁。則又失確保權利之目的矣。故此時。則國家又使一個人。得自行法律之制裁。此謂之正當防衛。正當防衛云者。謂對於不正之加害。而係保全自己、權利之行為。因防衛自己之生命、身體、或財產。於某情境。雖至殺傷加害之人。而法律則以為權利之實行。使加害者。被其惡報也。故視為法

律上認此制裁爲本於特別理由之一種者。亦可。



第三編 國家及政權

第一章 國家之意義

國家之觀念。與法律之觀念。常相伴而不可離者也。無國家、固無法律。無法律、則國家亦不能完全成立。故攷究法律學之初。何謂國家。必不可不提而論之。自古論究國家之性質者。不知凡幾。若一一舉其說而批判之。則又非余之目的。特就其主要者攷之。雖聚訟紛紜。要不出於具象的觀察國家、及抽象的觀察國家、二種。

甲具象的
國家

(甲) 具象的國家。

由具象的觀國家之爲何。則國家者、人類之團體也。固不俟言。雖然、人類之團體云者。不惟國家。卽家族、社會、以及會社組合。亦皆人類之團體也。故不示以國家之特色。則國家之性質。究不能明。蓋國家之成立。必須有下列之三要素。

國家之三
要素

(一) 國家須有一定之人類。 國家既爲人類之結社的生活之一現象。

一人民

則自不得離人類而想像國家。則人類者。爲國家組織之第一要素。固當然者矣。此爲其要素之人類。其在國家組織中。特名之曰人民。雖然、學說之一派。以置重於權力的關係之故。其究極、有謂國家不必有人民者。其說蓋謂、雖遇有非常變異。而舉國人民盡死。僅君主一人存者。然他國人若欲移住其地或歸化之者。則其君主仍有許否之權。故苟其權力未絕。則國家雖無人民。而仍不得謂之滅亡。夫此說、與國家觀念之歷史的事實。全不適合。無論矣。卽其條理。亦有不貫徹者。其所謂君主有許否之權者。特爲可得有之之假定耳。然則其所遺存之一人。若非君主。而爲人民。則亦假定爲此一人亦有可得許否他國人歸化移住之權者。則其一人又不得不爲國家矣。更進言之。若假定爲二人以上。皆可得有其權力。則是不得不爲二以上之國家矣。天下甯有是理哉。故此派之說。特故爲奇異。而大遠於真理者也。

(二) 國家、須有一定之土地。國家之成立。必有一定之土地。是亦學者

普通之見解也。此其爲要素之土地。其在國家組織中。特名之曰邦土。雖然。就於歷史上之觀察。亦有當留意者。蓋古代之國家。與今之國家。其於土地之要素。實大有輕重之異。古代國家。不必樹立於一定邦土之上。卽在或有偶據一定之土地區劃時代。而其君長。亦非其邦土之君長。乃其人民之君長也。如今之所謂屬地、主權。當其時代。蓋猶未行之。故一派學者。又有不認邦土爲國家之要素。而以國家之觀念。專於權力的關係求之。以爲「一定之領域。雖爲所以鞏固其國家之結合者。然結合之鞏固與否。與國家之爲國家。究無影響。惟服從命令之關係。乃真爲組成國家之具。」故由此說推之。則雖漂流匪定。如游牧人類之結合。出沒無常。如海寇之團體。苟其有上命下服之關係。則亦不得不謂爲國家矣。雖然。此與國家觀念之實體。殊不符合也。夫國家者。固至於人類共同生存之或進步時期。而始生者也。爲是說者。蓋亦未念及之耳。

(三) 國家、須有一定之固、有權力。國家不可不有一定之秩序。否則雖

有機體說
之本旨及
評語

其一定之人類。亦棲息於一定之土地。而仍不能組織國家也。此一定之秩序者。必有一定之權力。而始得存立。此權力。乃內以保民。外以禦寇者。通常名之曰主權。無此權力。則國家必崩解而不能完全存立。且其權力必為國家所固有。若既有一定之人類及土地。更有一定之權力。而其權力。乃由他之高等權力。賦與之。或保護之者。則其團體。亦不得為國家。要之、國家者。由其形象上察之。則但謂為一定之人類。於一定之土地。而服從於一定之固有權力之下。足矣。然今學者有巧為之喻。以標識國家之性質者。則有機體之說。是也。此說之旨。蓋謂「國家因達人類之共同目的。具其種種機關。使之為一定之作用。以計全體之發達。即隨以保護各個人之安甯幸福。有如人類及其他之有機體。由細胞而成立。具耳目口鼻等種種機關。即同時計全部之發達。與各細胞之存在者然。」是說也。驟聆之。所喻固亦極肖。雖然、譬喻者。非學理也。譬喻雖巧。究不得以之為國家之正當見解也。但就國家之歷史考之。其盛衰存亡之跡。實有甚類於

乙抽象的
國家

抽象的國
家有二說

一法人說
及其評語

一有機體者。故於廣論社會學或歷史學之時。則以有機體說明國家。亦無不可。

(乙) 抽象的國家。

抽象的之觀察。與具象的之觀察。非必不相容也。夫有形之國家。固得同時更以置之無形之地位。且就於法律上之見解。則離有形之土地人民。而定國家之法理上之地位者。固較爲適當也。於抽象的論國家者。有二說。

(一) 國家者、公法上之法人也。此說多屬法德各國學者所倡。蓋廣求法律上之觀念。則其觀念。實不出於人物及法律的關係三種。凡爲權力或權利之主體者。人也。其目的。則物也。法律的關係云者。蓋定法律上於人與人、及人與物間之權力關係、或權利關係之謂也。故欲知國家於法律上之性質如何。則亦於此三種觀念中求之。決不得謂爲不當。夫國家者。物乎。則國家非爲其權力或權利之目的。固不得視之爲物。至其非人

與人之間、或人與物之間之關係。則更非爲法律的關係可知。然則國家者。固當謂之爲人矣。此思想在二千餘年前。羅馬人已發揮之。然其時研究法律。不能如今之發達。故其議論。亦有所未盡。近時學者。特以國家爲公法上之法人者。其理由蓋以「國家者。非如會社等私法上之法人。享有私法上之權利者。彼蓋由於享有權力者也。」或又謂「此說於法律上之見解。其大體雖尙不誤。然其法人一語。則稍未當。蓋通常所謂法人者。乃法律上之擬制。不待法律之認許而成立者也。至若國家。則爲造法律者。非由於法律而造者也。」雖然。是亦偏見耳。夫國家依其權力。而認許他人。格。卽同時認己之人格者也。苟其於法律上既有入格。則謂爲法人。亦何不可哉。

二主體說
及批評

(二) 國家者、權力之主體也。此說與前說同旨而異辭。固亦甚當者也。然但謂國家爲權力之主體。則有未盡。夫爲權力之主體者。不僅國家。凡府、縣、郡、市、町、村等。亦皆得享有權力。故與他之權力之主體。相區別之時。

則國家之權力爲何。是不可不察也。又有學者。以爲國家之權力無限者也。然權力卽非無限。而國家固得依然存。但驗之聯邦組織之國家。其例甚顯。聯邦各家。其關於某一定之事項時。則因聯邦國家之權力。而受制限。而其各國之權力。雖非無限。固不妨其爲一國家也。又有學者。以爲國家之權力。全能者也。然國家之權力。於事實上法理上。則固皆非全能者。在事實上。國家所不能爲之事極多。固無論矣。卽法理上亦然。例如組織聯邦各國。固因聯邦國家而受法律上之制限矣。然卽在單一組織之國家。而當從於憲法之條規。而行其權力者。是亦立憲國家之通義。故國家之無全能。觀此甚明。然則所謂國家之權力者。其特色果何在。則答之曰。其權力乃固有者也。蓋府、縣、郡、市、町、村等。其所享有之權力。乃國家依於立法作用而與之者。非其所固有也。故國家亦得依於立法作用。而任意增減變更之。至國家之權力則異是。彼非依於法律而與者。乃存於法律以前。得制定法律者也。但國家雖不妨以其固有之權力。自增減變

法律上國
家之意義
有一無二

更其固有之權力。然其增減變更者。卽其固有權力之實行。而非從於他之強制而爲之也。據以上所說。則國家之意義。一若極簡單也者。雖然。若以法理之見解。則不得不推之爲最進步者矣。今之法理。其於民法上所謂人者爲何之疑問。不必更於生物學上或人類學上研究之。而直以人者權利之主體。一語答之。已足。然則於公法上。謂國家者固有權力（卽主權）之主體也之外。亦猶此例。可以不必更求法律上之意義矣。故在法律上。則國家者有一無二。所謂君主國、民主國、貴族制之國、議院制之國等。通常以爲國體之區別而論之者。特其政治上之體裁各異耳。若謂國家之意義。則不論何時何地。固不得有少異也。

國家起原
論

第一章 國家之起原

夫國家者。果如何而組織之乎。此爲自古學者間。所聚訟不定。而所謂國家起原論者。卽研究此事者也。余考國家之起原。區別之爲原始的起原。

第一國家
之原始的
起原

一自然構
成之說

二人意構
成之說

及歷史的起原。

第一 國家之原始的起原

國家原始的起原之議論。有二大派。曰自然構成之說。曰人意構成之說。

(一) 自然構成之說。謂國家依於自然之作用而構成者。始於希臘人亞里斯多德。迨近世歷史派之學者。尤極其盛。此議論自古亦變遷不一。或爲神意說。謂國家者。直接間接依於上帝之意思而組織者也。或爲人性說。謂人類有固有之結社性。國家者。依其天性而組織者也。或爲腕力說。謂國家者。由於強者壓服弱者。而組織者也。或爲進化說。謂是乃人類進化之必要條件。而國家於以組織者也。其說雖各異。而以其起原歸於自然之結合者。則同。故統謂之自然構成說。

(二) 人意構成之說。謂國家經人意之作用而構成者。始於希臘人厄比鳩耳。迨近世自由主義及民約主義之學者。乃大敷陳之。雖然自然構成說與人意構成說。非劃然分界而立者也。例如克羅肖斯採自然構成

說所謂「人類爲結社性之動物」之論。并採人意構成說所謂「國家者、由於自由平等之人類之契約而成」之論。以求二者之調和。是也。又如斯賓塞爾本於進化說。而謂國家爲由於人類共同生存之必要而組織者。彼謂「國家之起原。歸於腕力與契約。然由於腕力之國家。亦必隨於產業之發達。而契約思想。漸次更迭於腕力之思想。」此亦折中於兩說之論也。

論國家之
原始的起
原蓋極難
事

人類之性
情如何

國家之原始的組織。既不能據歷史上之事實。而論證之矣。則先本於人類之性情。以攷察之者。蓋不獲已也。夫人類兩性相合。而團結成爲家族者。此與男女之區別出於自然者。同爲人類自然性情之結果。不俟言矣。雖然、若謂國家之組織。亦不外於自然之結果者。則恐失於獨斷。蓋人類之性情。不僅爲結社的者也。有結社的之性情。卽同時亦有非結社的之性情。同類相集。異類相排。此生物之常。雖人類結社之狀態。亦所不免者。德儒康德所言。實剴切而不可易。亞耳蒲勒特菲葉亦曰。人類之結合也。蓋由於抑壓與合意。宛若物質之分子。以有吸引力與抗拒力。而遂組成

人類有二
反對之性
情

國家者人
類之自覺
的結合也

柳子厚封
建論中言
國家之起
原其說極
當

物質者然。故謂人類有結社性而組織國家者。雖爲自然構成說中所最廣行之說。然其謬者實多。蓋人類乃有二反對之性情。而相團結者也。雖然、國家組織之起原。仍不得以此簡單一語。說明之也。夫國家蓋非以依於自然之狀態。其強者服從其弱者而樹立也。國家者。乃由於排除其單純之優勝劣敗之關係。而保其服從命令之平和的關係。爲有秩序之人類之結合。以之與外界并人類之他結合相對立而成者也。申言之、卽國家爲依於人類自然性情之結合。同時卽爲人類之自覺的結合耳。民約主義學者。其所謂合意及契約之語。若不於機械的解釋之。而但泛指爲共同之意思者。則其議論當猶不甚謬也。總之自然構成說與人意構成說。皆各具真理之一面。而不得守其一遂棄其一也。唐柳宗元封建論曰。彼其初與萬物皆生。草木榛榛。鹿豕狉狉。人不能搏噬。而且無羽毛。莫自奉自衛。苟卿有言。必將假物以爲用者也。夫假物者必爭。爭而不已。必就斷。曲直者而聽命焉。其智而明者。其所伏必衆。告之以直而不改。必痛。

之。而後。畏。由。是。君。長。之。政。生。焉。余竊以爲至言。

第二 國家之歷史的起原

國家之起原。當其原始。或本爲單純者乎。是固無從而知之。然人智之發達。可以變遷一切事物。而國家之組織。亦必不能脫此圈中也。今試一展輿圖。觀夫東西各國割據之域。更就其歷史而一思之。此數國者。果孰爲古國之遺者乎。其經幾多變遷。而組成今日複雜國家之跡者。固歷然可指而示之。茲類別其起原大略如左。

一 合同

(一) 合同。介於列國競爭之間。欲保其國家之存立。則貧弱之數國。合爲一國。或其同人種之國。謀國民的統一。而爲一國。以對於強大者。計其勢力之匹敵。凡此皆謂之合同。合同又分爲二種。曰聯邦。曰連合。其在聯邦國家。其對於外部。則爲惟一之國家而存立之。而其內部。則聯邦之各國。得各自獨立而爲其政治。如德意志帝國、北美合衆國、瑞士國等。其在連合國家。則或有以王位相續之結果。於同一君主之下。二以上之國

聯邦及連
合皆合同
之形體也

第二國家
之歷史的
起原

二分立

分立有分
裂分離分
封三形體

三移植

家相合。而新設一國者。如瑞典、挪威、奧太利、匈牙利。是。或又有連合國。失其各自獨立。而內外皆成爲惟一完全之一新國者。如英國、及意大利。是。

(二) 分立。分立者。因於社會上或政治上之理由。一國家、分離之、而組織爲二以上之國家也。由此原因。而組織國家者。亦有數種。或有因一國家分裂。而組織爲數多小國者。或有因其一部分。離。或國土分封。而更組織爲一國者。分裂者。國家失其統一權力。其組織之各種族各國民。成爲四分五裂之象。卽如邪爾曼王之佛蘭王國。其王歿後。遂分裂。是也。分離者。國土之一部分。自其全部分離而自爲獨立。卽如荷蘭之於西班牙。希臘勃爾加里等之於土耳其。是也。分封者。在近時甚少。蓋中古以前。國土爲君主所私有。君主每有隨意分割國土。以與其子孫。或使繼他族之絕世。以新組織一國家者也。

(三) 移植。以人口蕃殖之故。因航海通商之進步。於國外置殖民地者。其由來已久。例如希臘之殖民地。則古代之最著者。迨及近世。政治上設

移殖非近
代國家之
起原

緒論

立殖民地之事。愈覺緊要。於是各國乃競謀所以增加之。雖然。近世之殖民地。其本目的。蓋在擴充國家之實力。而初非欲以組織一新國也。特因本國政策。有失其宜。或有其他原因者。則其殖民地乃獨立。今之北美合衆國。是也。然移殖本不得爲國家組織之起原。惟古代希臘之殖民地。其目的在於使之創立一國。至其足以離本國而別建國家時。則本國政府。卽認其獨立。故惟此種移殖。謂爲國家組織之起原乃可。

要之。所謂國家之起原者。殊相錯綜。若必精別之。則非此通論所有事。故僅示其概要如此。且國家之觀念。乃達人類進步之某階級而始生者。非自始卽知國家之當如此組織也。太古人類知能。未能自覺國家之觀念時。無論卽迄其組織有所謂國家者。亦或爲部落。或爲市府。從未有加以國家之名者。例如古代希臘之雅典、斯巴達等市府。又日耳曼民族之各部落等。自今觀之。始覺其備有國家之體質。故論某人類之團體組織國家與否。此乃以今日進步時代之思想。判斷之者耳。若如今一派學者之

言。人類果能組織天德比耶。則將來國家之觀念。或又有脫於吾人腦中之一日。是亦不可知者矣。

第三章 國家之形體

在法律上。國家者。有一無二。前已言之。然舍其抽象的之見解。而考其形體如何。則國家又可分為多種。蓋國家之形體。大別之。則有國體政體二種。國體者。本於國家構成之形體。政體者。本於政治上組織之形體也。

第一 國體

由國體上區別國家如左。

(甲) 單體國家。單體國家者。其國家由於惟一之國家而成。而其元素構成中。不包含二以上之小國家者也。普法、俄、日本等皆是。其由惟一之國家而成。故國家之主權。對於內外皆完全行之。有全國惟一之憲法。其一切法律。概為普通法。

(乙) 複體國家。複體國家者。其國家由於數多之國家所結合。而構成

國體及政體

第一國體

國體上國家之區別

甲單體國家

乙複體國家

複體國家
之二形態複體國家
與單純結
合國家之
別

之。蓋其元素中包含有二以上之小國家。其小國家。同時又各自保有其國家之性質者也。故複體國家者。乃數多之單體國家。合同而更組織一新國家。其數多之單體國家。亦不得不自成爲各單體國家而存立之。如德意志帝國、瑞士聯邦、北美合衆國、皆是也。奧大利、匈牙利、瑞典、挪威、亦然。雖然、德意志帝國等。與奧匈等。其結合之原因。則各異。一則以其各結合、國家之盟約而成。一則由於王位相續之結果。故前者稱爲聯邦國家。後者稱爲連合國家。要之、結合之原因雖異。而皆爲合二以上之國家。而組織一新國家者也。從而此種類國家。有全國普通之憲法法律。同時即其國內之小國家。亦不妨有各自特別之憲法法律也。

國家結合之形式雖不一。然單純之結合。則未可以組織一新國家也。茲將單純結合之主要者舉之。以與複體國家對照。

(一) 國家同盟與複體國家之差別。兩者雖同爲國家之結合。而其結合之結果。則大異也。複體國家者。由於數國家之結合而生之一新國家。

國家同盟者。則止有單純之結合。非依之而組織新國家也。約言之。卽複體國家者。國家上之結合。國家同盟者。國際上之結合也。

(二) 複體、國家與同君、國家之差別。此亦結合雖一。而其結果則不同者也。同君國家者。乃同一君主。繼承二國以上之王位。因而一時生二國。以上之結合者也。然此特事實上奉戴同一君主耳。若謂因之而有如複體國家之關係者。則非。例如查理五世時之德意志西班牙兩國。朱集四世時之英吉利哈腦威兩國。是也。若其結合不僅一時。而有永久繼續之性質者。則可視爲複體國家之一種。

第二政體

政體上國家之區別

政體之區別。希臘哲人亞里斯多德所設者也。亞氏謂依於主權者之數。而別政體。則國家可分爲君主制、貴族制、民主制三種。茲卽準其區別而觀察之。

甲貴族制國家

(甲) 貴族制國家。一國之中。在優等階級之數人。共同而總攬主權者。

謂之貴族制國家。故在此制度之國家。則其國民不可無階級。且其在優等之階級者。亦不可不共執國政。否則若爲貴族中之一人總攬主權。則是君主制。非貴族制矣。

乙君主制
國家

(乙) 君主制。國家主權歸於君主一人所總攬者。謂之君主制國家。中又可分爲獨裁制。君主國。立憲制。君主國。獨裁制者。卽君主得依其一己之自由意思。而行使主權。立憲制者。君主雖總攬主權。而其行使。則受憲法之制限也。蓋其總攬主權。雖同歸於君主一人。至其行使之條件。則有被制限與否之異。

丙民主制
國家

(丙) 民主制。國家主權歸於國民全體者。謂之民主制國家。國民全體云者。非於事實上言之。乃於法律上之解釋而言之也。古代民主國。例如希臘、雅典等。其國民全體。事實上皆得直接參與國政。迨近世。則不認此制。國民僅得選出一定之代表者。其代表者。代表國民全體之意思。故非直接參與國政。蓋間接參與之也。

近世國家
之政體蓋
複雜者也

混合政體
有二

所謂議院
制國家者
若何

亞里斯多德之爲此區別也。其於大體上。可謂無不當者矣。雖然、國家組織之複雜如今日者。則單純之理論。究不足以當之。卽如上所述三種政體之外。仍更有一種所謂混合政體者。蓋或有君主、貴族、民主、三制相混合者。或有君主、民主、二制相混合者。凡此皆以君主爲國家之元首而奉戴之。故通常謂之君主國。於理論上。則不必區別之。所謂君主、貴族、民主、三制之混合政體者。蓋卽君主國之變體。而以受貴族及庶民之勢力所制限而然。今之英國政體是也。英之主權。不屬於君主。乃君主及上下兩院所成立之議院共主之。故今學者謂之爲議院制國家。雖然、更進論之。則英國者。其君主已非君主。其貴族亦非貴族。所謂君主貴族云者。特政治上社會上之名稱。實亦庶民之一種。故不啻卽民主制國家也。讀者疑吾言乎。則更觀於君主、民主、二制之混合政體。可釋然矣。蓋此政體。其國民之代表者。亦議院也。其政治上之實權。一握於議院。故謂爲議院制國家。亦可。如比利時者是。夫比國雖亦奉戴君主。而主權則屬於國民。此固

其憲法所明揭者。君主蓋僅擁虛器。而其職分。實不過一施政長官。故由理論上言之。究不得不以列於民主制國家之中矣。

第四章 國家之主權

主權論之
起原

權力之於國家。乃其成立之一大要素。而不可缺者。自亞里斯多德論國家當有權力之理以來。迄今無不認此權力之存在者。夫最高之權力云者。即所謂國家之主權是也。

主權之兩
方面

主權。即西語之斯威廉特。乃法人普丹所創。今各國皆通用之。然其用法亦不一。或有用爲內主權之義者。或有用爲外主權之義者。或則兼內外主權之義而用之者。雖然。通常所謂國家之主權者。乃最高權力之總稱。其對於外部。不服從於他之權力。對於內部。則位於其國內一切權力之上。實兼內外主權之意義者也。余今所謂國家之主權者。蓋亦此義。

主權之本
質

主權爲最高之權力。固矣。雖然。所謂最高之權力者。何哉。學者則又各異其說。余既謂國家之權力。非無限。且非全能。故此國家最高權力之主權。

自亦必非無限全能者。但謂其非無限全能云者。特於消極的觀察之而然耳。故必至於積極的觀察之。則主權之性質。始能詳盡。茲請詳論之。

第一 主權者、唯一、不可分之權力也。故非數多權力之相聚合者也。學者有以立法行政司法等權力。為主權之一部分。而意主權之爲物。乃可分割爲數多權力者。然此蓋誤以主權之本體與其作用。相混同耳。夫所謂最高者。蓋必先能唯一。惟唯一故最高。若主權而可以分割。則一國家且存有數多之最高權力矣。不幾若所謂天有二日者乎。是其謬不值一嘆。

第二 主權者、普通、一般之權力也。故主權之所及者。乃互於國家之全體。而非局在於其一部分。蓋國家雖爲主權之主體。然固無形者也。故必設以種種機關。以代表一定之權力。而舉其統治之實。從而主權之作用。亦依其機關之差別而異。但其機關所施設之一切行爲。則皆無不淵源於主權者耳。

第三 主權者特立固有之權力也。故一國之主權。其對於他國主權。不可不平等。若其受他國主權之制御。或由他國主權所賦與者。則失其主權之實矣。

以上皆說明主權之本體也。茲更論其作用。主權之作用云者。蓋國家欲對於內外而達其目的。因之而活動其權力之一切條件之總稱也。

從來之學說

主權之作用

國家之存立目的。所以達之之道極多。故主權之作用。亦隨而不得單一。故主權之本體。雖為唯一不可分。而同時其作用不得不分別為多種。自亞里斯多德國家論。謂國權有立法、行政、司法三元素以來。後之學者。無不認此區別者。而法國孟德斯鳩。於其所著之法意中。且極論三權分立。為立憲政體之要素。於是謬說所傳。謂主權為此三大權之聚合物。亦由此而紛然起矣。夫學者之謂政權之區別。不過為其作用之區別耳。其區別之方法。蓋亦不一。或有從亞里斯多德之分類。謂有三種作用者。或謂主權之作用。僅於立法有之。如盧梭等者。或則如伯倫知理一派。更細分

以主權之
作用分爲
立法施政
二種者今
之通說也

爲數種之作用者。然據今歐洲各國學者之說。則概以主權之作用。區別爲立法、及施政二大部分。若從此說。則以制定法律之主權作用。爲立法。執行法律、及於法律範圍內、以增進公益之目的、而自由活動之主權作用。爲施政。至若司法（即專適用法律之主權作用）則歸於施政之中。余今亦姑從此說。蓋社會之狀態。常變遷而無窮極。而國家之權力。則應之而爲活動。故主權之作用。本無一定形式。不惟昔之國家與今之國家異也。即同爲今之國家。亦隨其大小強弱文野之差。而其主權之作用。莫不各異。然則欲就主權之活動形式。一一列舉之。究屬甚難。且即一一舉之。然何故於其一定之形式。必當區別之乎。則亦莫明其理也。茲但於近世文明各國之憲法。及其他制度。并學者之論說。其如何認主權之重要作用者察之。而舉其概可爾。

主權之作用。有二分之爲立法施政者。有三分之爲立法行政司法者。又有四分五分之者。然其間實非有劃然分界存也。是特其形式上之區別。

更由別途
觀察主權
之作用

甲法規權

而實質則互相混同。故不論從來因襲之區別若何。而別由實質上考察之。則主權之作用。可分爲二。

甲 法規權。法規者。就於普通一般之事實。而豫定法律上之結果者也。故在立憲國家。凡係立法權之作用而發之法律。及係施政權之作用而發之命令。皆總稱爲法規。例如殺人者處死刑。此卽於特定之人。未犯殺人罪時。先豫定以可以惹起死刑之法律上之結果也。又如於各府縣置府縣知事一人。此卽於特定之人。未受府縣知事之任命時。先豫定以可以惹起任官之法律上之結果也。凡主權作用之屬於此類者。是皆爲法規權。

乙處分權

乙 處分權。處分者。就於特定之事實。惹起法規所豫定之結果者也。故不論行政上之處分及司法上之裁判。究皆同屬於處分。以前例言之。則於有犯殺人罪時。而實際宣告死刑或執行之者。又實際有任用特定之人爲府縣知事者。此皆於特定之時。以特定之行爲。而普通於一般惹

起所豫定之結果者也。雖然、處分者。非必待法規而後行之也。有時雖無法規。而亦必施處分者。蓋亦社會事物煩多。不能一一均以法規豫定之故耳。

第五章 主權之主體範圍及機關

法律上指享有主權者。名之爲主權之主體。前所謂以法律上之解釋。則一言以蔽之曰主權之主體者。國家也者。此蓋近世最進步之法理也。故今學者。概認國家之人格。謂國家之有公法上人格。亦猶夫一個人或各個人之團體之有私法上之人格也。由此觀之。則國家者。不問其國體及政體之如何。而於法律上之見解則一。雖事實上。其國家有與君主或民主相合一者。然特其政治上之組織而然。若於抽象的觀察之。則國家者若不爲主權之主體。則必不可。

主權之範圍者。卽主權所行之限界。國土及人民。是也。國土者。乃存在於主權之下之一定土地。卽示主權所可及之物的範圍者也。主權之作用。

國土及國
境權

其由此點觀察之者。則名之曰國。境權。凡國境權之所及。內則統御居住於其境內之一切人民。外則不許外國來相干涉。故甲國人民。入於乙國。而服從乙國之統治者。此與乙國之所謂國籍無關係。特以棲息於國境權之範圍故耳。然法律上之國土。亦不必與地理上所分割者。概相符合。即如領海。非國土。而視爲國土之一部分。而在他國領海之軍艦及航於公海之商船等。亦視爲國土之一部分。是已。人民者。乃服從於國家之主權之一定人類。即成主權所應及之人的範圍者也。從於其國之政體。或曰臣民。或曰國民。臣民者君主國稱之。國民者共和國稱之。然其法律之性質。則毫無差別。凡服從其國家之權力者。不論內國人民。及居住於內國之外國人民。皆屬同一。但外國人民。乃以國境權之關係而服從之。內國人民。則以國籍之關係而服從之耳。國籍者。乃其國人民之法律上之關係。而其取得國籍之原因。則本於親族法上之關係及歸化等。親族法上之關係者。以出生及婚姻爲主。以子從父之國籍。婦從夫之國籍。爲原

國籍取得
之原因

所謂機關者何歟

國家之元首

則。歸化者。即脫此國國籍。而取得他國國籍之方法。依於行政上之規定。而國家許容之者。凡國籍一經取得之後。則即負憲法上所謂臣民之義務。而有臣民之權利。

國家者、主權之主體。而統臨於國土及人民之上者也。然國家本為無形之法人。則不得躬自行使其主權。故非以有形之人。代其行使主權。則國家必不能舉其統治之實。此國家之機關所以生也。機關云者。自己無固有之目的。為他人而有實行他人之目的之職分者也。故國家之機關者。於自己之職分範圍內。則得以獨立之意思。而為自由之行為。但其行為非因自己之生存而為之。乃為國家之生存。在法律上視之為國家之行為者也。為國家機關之主者。謂為國家之元首。國家之元首。乃在政治上之最高位。而與以行使主權之全部者。其於法律以前。則有固有之職分。於法律以後。則有法律所委任之職分。前者即君主國之君主。後者即共和國之大統領也。至若與以行使主權一部分之機關者。則依國家之政

立憲國家
之機關

近世國家
行政上之
通義

自治之定
義

自治團體
之種類

自治制度

一百二十六

體而異。在近世立憲國家。則以議會爲立法機關。以政府爲行政機關。以裁判所爲司法機關。蓋以互有獨立之權限。而使之不相犯爲原則。

第六章 自治制度

國家爲權力之主體。固矣。雖然、近世之國家。蓋非單一團體。而常爲數多之小團體所累積之複雜團體也。其小團體者。或依一定之土地區畫而成立。或依社會上、經濟上、及其他特定之關係而成立。其目的。非計團體各自之私益。乃在於計團體之公益者。國家一旦既認許其團體之成立。則於與國家之生存目的不相背之限內。賦與以一定之行政上之權力。使其團體。得行其命令強制之權。此即所謂自治制度。是也。自治云者。地方團體。或公益組合。依於國家之委任。以固有之財產。處理其團體共同事務之制度也。故權力之主體。不獨國家。即在自治團體。如地方團體。及公共組合等。亦皆享有其一定之權力。故若就樹立公法上之人格言之。則皆不得不謂爲公法上之法人也。但國家之人格。乃存於法律以前。自

第一地方團體

治團體之人格。則存於法律以後。此其異耳。

第一 地方團體

地方團體者。本於一定之土地區劃。依國家之委任。而爲其團體內之行政者也。故地方團體者。有土地區劃。其權力不得越於其區劃。且依於國家之委任。而行其權力。故與國家享有其固有之權力者異。又其權力。只限於行政之一部分。故與國家爲一切權力之淵源者。亦異。蓋地方團體者。依於土地之區劃而設。故成爲數多之階級。然其階級之數。各國亦不一定。概從其國舊來之沿革與其實際之政治上之理由而異。在日本。則有府縣郡市町村。然其權力之範圍雖不同。而皆爲地方團體。而有公法上之人格。則一也。

第二公共組合

第二 公共組合

公共組合者。乃因特定之公務。所設之行政上之團體。而非以土地區劃。爲其組織之元素者也。其設立。雖亦依於土地區劃。然是特用以定其組

合員之標準。蓋其唯一之要素者。則組合員也。且其公務。惟限於商業、工業、農業、衛生、賑恤、等。所特定之一種公務。蓋非複雜不定者。故學者又有稱爲結社的行政團體。或特別行政團體者。以明其爲地方團體之區別。

權利者法律上最緊要之觀念也

權利之定義

第一權利者於人與人之關係而存立者也

第四編 權利及義務

第一章 權利

自德國大家拉伊普尼克以法學爲權利之學問。於是權利之觀念。遂爲法律上最緊要之事。自古學者言權利者。其學說之數。且不亞於其人之數。余今折中諸說。而下以自信爲最簡明最無疵之定義如左。

權利者。依於法律所許容。對於他人而有之。行爲之限界也。

由此定義觀之。

第一 權利者。於人與人之關係而存立者也。

故人對於自己或對物。蓋無權利。其於自己之身體、生命、或外物之上。有權利者。是乃其客體耳。權利者。非對抗於他人。則決不能存立。今吾有此書之所有權。此所有權。非吾對於此書而有之。乃對於他人而有之也。今吾有生命權。非謂吾得自由殺害吾之生命也。乃有使他人不濫害吾之生命之權利也。故權利云者。其性質上。必與義務相對立。其義務。不必特

定之人負擔之。即係世上一般之人負擔之者。亦不妨其爲權利。雖然在
法律上。而義務又不必皆與權利相對立。其無權利而惟有義務者。於公
法上之關係。亦恆有之。即所謂孤立義務是也。

第二 權利者行爲之限界也。

放縱不檢之行爲。非所以保持人類共同生活者也。故一個人之行爲。必
不可不受制限。權利者。即示以行爲之制限者也。然於其制限之範圍內。
則固得爲自由之行爲。故其原則。權利者雖拋棄其權利。或讓與於人。皆
所不妨。此其性質。所以與義務大異也。例如吾有所有權。則吾無論使用
此所有物。或破壞之。或使他人使用之。皆吾之自由也。又如吾有債權。則
吾使債務者辨濟債務。或免除之。或轉授於人。亦皆吾之自由也。且當行
使其權利時。就通常言之。則雖將以惡意。亦無不可。例如吾深知債務者
非常窮困。而仍督促之。此於道德上如何。姑置不論。而於法律上。則毫無
可議者焉。

第二權利
者行爲之
限界也

權利不必
為利益之
伴

第三權利
者法律之
所許容者
也

政治上及
社會上所
稱為權利
者與法律
上之權利
當區別之

凡有權利。則通常必有利益隨之。故澳斯丁曰。成爲自己損害之權利者。殆無從想像之。耶林克曰。權利者。法律所保護之利益也。雖然。是特就普通之現象觀察之耳。雖爲權利。而利益不隨之者。固亦有也。例如相續權。一權利也。然若其所相續之資產。不足清還被相續者之債務時。則其相續權。決不得謂爲有利益。余之不用從來所謂「權利者利益也」之語。亦此故耳。

第三 權利者。法律之所許容者也。

故權利之爲物。非於其所許容之限界內。則不得存在。故吾卽有所有權。若法律於吾之所有權。不與以何等效力。或非保護其所有權。而禁他人侵害之者。則吾非實際有此所有權也。然則權利之語。其用於法律上。與用於政治上或社會上者。固宜善爲區別之。其在政治上或社會上。所稱爲權利者。若法律許容之。則此所謂權利者始生。若法律禁止或限制之者。則其所禁止或制限之部分。卽非此所謂權利也。

關於法律
之觀念各
說

法律雖許
容權利而
非創設之

斯比那塞曰。魚之游泳於水也。出於其自然者也。人生於世之必有權利。亦若此耳。是蓋極言權利之出於天賦也。次之爲社會契約說者。更謂權利者。本於社會與各個人之契約。而生之權能也。又次之爲自由意思說者。更謂權利者。謂和有自由意思之個人之自由。而生之最大自由也。然其後賓薩姆。則謂法律以外無權利。澳斯丁更繼述之。蓋至此而權利之觀念。與法律之觀念之爲相伴不離者。乃以大明。夫所謂權利出於天賦。或本於社會之契約。或由一個人之自由意思而發者。皆誤。此數說於權利思想之發達上。固不爲無功。然馳於空漠。而乏法律上之觀念。則誠有如賓薩姆所駁難者。雖然。賓薩姆謂法律以外無權利。則是謂權利待法律而始生矣。此亦未當。蓋法律特許容權利。而非創設之。權利之觀念。非有法律而始生。法律者。乃保護權利之觀念。而付以法律上之效果者也。今夫人性之真相如何。此雖屬於哲學上。而非吾輩所能輕斷者。然人類常樹立一種理想。而不絕以革新其生活。以及於今日之文明。且更進而

權利之分
類
甲公權及
私權

從來學說
其解權利
過於廣近
今學說則
近於狹

務求得文明之極致者。此蓋亦不可掩之理也。而權利亦即人類支持其共同生活之條件。而所樹立之一理想。法律者。即古來欲庶幾於此理想。以及於今日者耳。由此思之。則權利非依於法律之創設而始生之理。亦可不煩言而解矣。

權利、得由種種之點觀察而分類之。如左。

(甲) 公權。及私權。

人類之生活。有公私二資格。故其權利。亦有公私之別。公權者。一個人對於國家之公共事務。所有之權利也。私權者。於一個人相互之關係。而有之權利也。凡公法上之權利。例如為官吏之權利。及議員之選舉被選舉之權利等。皆公權也。私法上之權利。例如由親族關係之權利。及所有權債權等。皆私權也。從來學者。每以一切之法律上關係。概以為權利關係。如賦課徵收租稅。科當刑罰。皆謂為國家對於一個人所有之公權。雖然。此說未當。夫國家。乃因達其存立目的。而行其正當之權力者。與一個人

之行其權利者。不同。權利者。本爲一個人於法律上。可得平等享有之能力。至於上命下服之關係。則無所謂權利。故從來學者。對於權利之見解。概有過於廣漠之弊。又近人往往謂權利惟有私權。而無公權。甚至謂私權。亦非皆構成權利者。惟財產權。乃真正之權利。是說蓋亦未當。凡一個人非僅於財產法上。或一般私法上之關係。而得享有其以法律所保護之特定能力也。即於公法上亦然。則稱爲權利。何獨不可。蓋近來學者。或以權利爲各人之利益。或以爲各人之持分。其利益。其持分。乃必爲可得。以金錢評價之者。故於權利之範圍。有極縮少之之勢。雖然。權利者。何以必爲各人之利益。或其持分乎。且其利益或持分。何以必爲可得。以金錢評價之者乎。則寔爲索解不得者。故昔之學者。其權利之見解。失之漠。今之學者。則又失之狹。

公權、一曰政權。政權者。即參與國家政治之權利之義也。政權、又謂之擔保權。蓋欲鞏固私權之存立。而使完各人之安甯幸福者。則必有政權以

言論集會
信教之自
由及身體
之自由等
非公權皆
私權也

私權有國
民權及個
人權之別

擔保之也。法律上之政權。惟限於有國籍者。始與之。若外國人民。則否。故又謂之國。民權。學者又有廣以公權之語。而於一切認於公法之權利。皆適用之者。據此則言論、集會、信教、之自由。及身體、自由、等。皆當稱爲公權矣。雖然、是特其享有之範圍制限各條件。規定於公法耳。至其權利之本質。則仍應屬於私權。但公權之意義。有時又當不拘此說。而必須於形式、的、定之者。例如刑法之剝奪公權。是蓋其所剝奪之公權。究當若何。一以刑法之所定爲準也。

私權。亦得分爲國。民。權。個。人。權。二種。國民權。惟內國之人。始得有之。個人權。則各國人民。亦皆得有之。雖然、社會進步。則國民權之範圍漸縮。個人權之範圍漸加。時至今日。二者殆已一致。而無所區別。法律之由於屬人主義。進而爲屬地主義。亦職是故也。日本民法。此區別亦甚狹小。然如土地、所有、權、養子、權、隱居、權、等。限於日本臣民。而始許之者。卽有國民權之性質者也。

(乙) 絕對的權利及相對的權利

絕對的權利者。對於一般世人之權利也。相對的權利者。對於或特定之人之權利也。例如所有權云者。各人得隨意處分其所有物之權利。人皆不得侵害之。又生命、身體、名譽、自由、等之權利亦然。雖然、例如賣主對於買主。請求代金之權利。貸主對於借主。請求償還借金之權利。此則僅對於買主或借主其人。而有效力者。則屬於相對的權利。又親對於子、夫對於妻、之權利。雖為親族法上之權利。而自其亦為對於特定之一人而生者觀之。則亦相對的權利也。茲更舉此二種權利中之二三緊切原則如左。

(一) 對於絕對的權利之義務、必為消極的義務、對於相對的權利之義務、或為消極義務、或為積極義務、例如對於他人之所有權。凡人不必為某行為。而但不侵害之即可。故對於絕對的權利之義務。消極義務也。然對於相對的權利之義務。則又不盡然。例如賣主對於買主。須交付物

品。此即須爲某行爲之義務也。又僱人對於僱主。約於一定之時。一定之地。不爲同一之營業者。則其義務。又屬不爲某行爲之義務矣。故或爲積極義務。或爲消極義務。

(二) 絕對的權利。有被害時。則生相對的權利。例如所有權者。絕對的權利也。而人若有害之者。則所有者。對於其人。得行損害賠償之權利。此所以絕對的權利破。而相對的權利生也。

(三) 相對的權利。對於第三者。即爲絕對的權利。例如甲僱主對於乙僱人之權利者。相對的權利也。而丙對於此兩人。若有第三者之關係。即同時丙不得以較多傭資誘乙。而害甲對乙之使役之權利。此即甲對乙之相對的權利。同時對於第三者之丙。而爲絕對的權利也。

(丙) 人身權及財產權。

人身權者。即吾人依於人之位置而生之權利。通常無金錢上之價值者也。此權利。或爲絕對的。或爲相對的。絕對的人身權者。即吾人以一個人

人身權及
親族權物權及債
權人身權與
財產權混

之資格。而有之權利。凡生命、身體、自由、等權利、皆屬之。苟爲人類。則皆有此權利。故又謂之天賦權。亦曰人格權。相對的人身權者。乃以親族之一人之資格。而有者。凡身分權。親族權等。皆是。絕對的人身權。可以生金錢上之價值。相對的人身權。則否。財產權者。卽吾人就於物或他人之行爲。而有之權利。通常有得以金錢估計之之價值者也。此亦絕對的、相對的。皆有之。絕對的財產權。名曰物權。得以之對抗於一切之人。其權利之客體爲物。不論如何。必有金錢上之價值。相對的財產權。名曰人權。又曰債權。惟對於特定之人行之。其權利之客體。乃爲他人之行爲。故在近世進步之法律。皆不必有金錢上之價值。日本民法。亦取此義。

人身權、與財產權、差別之處。其主要者。卽在爲買賣讓與之目的耳。蓋財產權。普通常爲買賣讓與之目的。而人身權則否。人身權者。固着於其權利者。與其人共爲存亡。而不能授受之者也。雖然、法律上之權利。又有混合人身權與財產權之性質者。此權利。雖爲基於權利者固有之技能而

生。然與財產權同。亦得以為買賣讓與之目的。例如著作權、商標權、意匠權、特許權等。皆是。學者於此等權利。常名之為精神的。所有權。或曰智能權。

(丁) 原權及救濟權

原權者。法律上生於當然。不俟他人侵害而始存在之權利也。救濟權者。由於他人侵害原權而始生之權利也。故原權與救濟權。謂之第一權。第二權。例如所有權者。不俟他人之侵害。而法律上當然存之。故為原權。若他人侵奪或侵害之。則所有者。對其侵奪者。或加害者。得回收其權利。或求其賠償損害。此回收權要債權等。皆因他人之加害行為而始生者。故非原權。而為救濟權。

原權及救濟權。亦有其緊切之規則。列之於左。

(一) 原權破而救濟權生。例如原權之所有權被侵害。而救濟權之要債權乃生。是也。此乃由於原權及救濟權之性質。而當然應有之規則。茲

不細說。

(二) 原權有法律上之效力者救濟權乃由之而存。若有原權而無救濟權隨之。則其原權亦有名無實。故吾雖如何主張我有某物之所有權。若人侵害我。而法律不與我以救濟權。則吾之所有權。究不得有法律上之效力也。

(三) 凡絕對的權利皆屬於原權相對的權利則或屬於原權或屬於救濟權。絕對的權利乃他人本不能侵害之權利。故其屬於原權不待言。相對的權利中其由身分或契約等而生者。例如夫對於婦。要得者對於諾得者之權利。則屬於原權。其由於不正之損害而生之損害賠償之權利。則屬於救濟權。

(四) 原權或有為絕對的權利或有為相對的權利救濟權則常為相對的權利。例如所有權者乃原權。而絕對的權利也。關於生命、身體、名譽、自由、等之權利亦同。其因身分或契約而生之權利。雖為原權。而屬於相

對的權利。故原權中有絕對的權利、及相對的權利、二種。至若救濟權。則本爲有對於原權而加害之者始生。故所對抗之人。不論如何。皆必爲特定之人。故救濟權爲相對的權利。

第一章 義務

以廣義解義務。則凡吾人對於自己。或對於他人及外物。而有之責任。皆得謂之義務。故其所包極廣。有宗教上之義務。有道德上之義務。有社會上之義務。即至於遵由於某規則。而負行爲或不行爲之責任者。皆義務也。雖然、法律上解釋義務。則不得如此廣汎。義務者。法律之強制各人之行爲。或不行爲之責任也。

此定義分析之如下。

第一 義務者責任也

責任云者。非指何等規則之謂。謂其必當服從其規則者也。凡負法律上之義務者。苟欲不被法律之制裁。則必爲法律之所命令。避法律之所禁

止。此義務所以爲責任也。

第二 義務者、行爲或不行爲之責任也。

行爲云者。謂爲某事。不行爲云者。謂不爲某事。一爲積極的之責任。一爲消極的之責任。夫所謂法律者。卽於一個人。命令其爲某行爲、或不爲某行爲者也。故人苟欲不觸法律之規定。則其所命令之行爲。有進而爲之之責任。其所禁止之行爲。有避而不爲之之責任。

第三 義務者、法律之強制責任也。

義務者之語。卽一切從於某規則。而爲某事、或不爲某事、之責任。前已述之。而欲區別其義務之爲法律上、或道德上。抑爲其他之義務者。但觀其可得依其法律。而強制之與否。蓋若因不盡某義務。而被法律之制裁者。則其義務乃法律上之義務也。義務之種類。亦得由種種之點觀察之。

(甲) 積極義務及消極義務。

義務之分
類
甲積極的
義務及消

積極義務者。當爲某事之義務。卽行爲之義務也。消極義務者。當不爲某事之義務。卽不行爲之義務也。例如物之賣主。交付其物之義務。買主對之。支還其代價之義務。是皆積極之義務也。不得毀害他人所有物之義務。則消極之義務也。凡在絕對的權利。則人皆負消極義務。在相對的權利。則或有負積極義務者。或有負消極義務者。此於論權利之種類。已詳述之。茲不復贅。

(乙) 孤立義務及對立義務

孤立義務者。不與權利相對之義務也。對立義務者。與權利相對之義務也。蓋有權利。雖則必有義務。然義務。非必有權利而始生。有時亦有不與權利相對立。而單獨存在者。例如不毀損他人所有物之義務。與所有者之權利對立者也。清還負債之義務。與貸主之權利對立者也。至若納稅兵役之義務。則無與之相對之法律上權利矣。或有以國家及主權者。爲收稅權徵兵權之主體者。然此不得稱爲權利。特本於權力之作用而然。

耳。故憲法上所謂臣民之義務者。可謂之孤立義務。澳斯丁以對於國家、及主權者、或自己、或人類以外者、之義務。爲孤立義務。又謂一切之孤立義務。若有破之者。則生刑事之制裁。如是說者。其庶不差乎。

(丙) 第一。義務。及第二。義務。

丙第一義務及第二義務

第一義務及第二義務之區別。一若權利之有第一權第二權。(即原權救濟權)蓋由犯行之有無而生者也。第一義務者。即對於原權。以不侵害他人之權利而存者也。換言之。即不侵害他人權利之義務也。第二義務者。即對於救濟權。以侵害他人權利之後。而始生者也。換言之。即侵害他人之權利者。所應受制裁之義務也。例如不可侵害他人所有權之義務。此爲第一義務。由侵害而生賠償之義務。此爲第二義務。故第一義務破。而第二義務生。亦猶原權破。而救濟權生也。

第三章 權利之主體

權利之主體何乎

權利之主體云者。即謂得享有行使某權利。而於法律上所稱爲人者也。

近代法律
則人類悉
為權利之
主體

自然人之
意義

自然人發
生之條件

一出產

故雖為人類。若不能為權利之主體。則法律上不得稱之為人。例如奴隸制度之奴隸。家族制度之家族。雖為人類。而無享有行使法律上權利之能力。故不得為人。但在今日進步時代。人類於法律中以平等為原則。不論何人。皆得為權利之主體耳。雖然為權利主體者。亦不必限於人類。凡人類之團體。或物之團體。亦皆得為權利之主體也。由此點言。則人類并物之團體者。亦皆視為法律上之人者矣。法律上所以分人為自然人及法人者。亦即此故。

第一節 自然人

自然人者。謂備一個人類之形體。而為權利之主體者也。故自然人。又謂之有形人。在近世進步之法律。自然人。皆有享有權利之資格。然非現在出生。或不生活者。則不能為權利之主體。從而自然人之發生。亦必有其一定條件。

(一) 出產。出產者。人類出於母之胎內之謂也。胎兒。特為母體之一部

分。故不能享有權利。必既出胎內。始得享有之。但雖為胎兒。而法律亦有因保護某利益。設一種擬制。而視為既生兒者。此特例。於損害賠償、相續、遺贈、等時。皆有之。

二生命之保有

(二) 生命之保有。胎兒雖出產。若非以完全之生命而生者。則不過為一物質耳。若其果為以完全之生命而生之兒。則不拘其生活時間之長短。皆具享有權利能力。

權利之享有及行使

凡具上列二條件而發生之自然人。皆當然有法律上之人格。一般得享有權利。雖然、此原則於公法上之權利。則不適用之。蓋公法上之權利。雖在近世法律。亦未有不論何人。皆無制限而賦與之者。其制限恆於男女、性、年齡、財產、額之上。而設之。即凡屬女子。普通皆無公法上之權利。又雖屬男子。非達於一定年齡。納一定租稅者。則亦不得有此權利。各國制度。雖亦有例外。及其寬嚴之不同。要之。公法上之權利。與私法上之權利。其趣究大異也。

行使私法上權利之條件

享有公法上權利之條件

即私法上之權利。而當人之行使其權利時。其身分與能力之觀念。亦須明別之。身分者。乃一個人於社會上。或親族之間。所有法律上之地位。有成年、未成年、夫婦、親子、尊屬、親、卑屬、親、等。種種區別。能力者。汎稱之。則合享有權利。并行使之。一個人之權能。蓋即權利、能力、與行為、能力、二種。然普通所謂能力。則只限於行為能力。蓋一個人之權利能力之有無。於現今法律中。不必置重之也。此普通所謂能力者。常與身分有直接之關係。例如凡有未成年者、妻、禁治產者、準禁治產者、之身分者。得享有財產上之權利。而無行使之之能力。私法上所謂無能力者云者。即謂此等無行使權利之能力。或不能完全行使之之能力也。

無能力者。可分為二種。曰一般之無能力者。特別之無能力者。一般之無能力者云者。非依於法律上之條件。則不能為法律行為之全部。或其重要之部分者也。如未成年者、禁治產者、準禁治產者、妻、屬之。特別之無能力者云者。不能為某物特定之行為者也。例如後見人。不得讓受被後見

人之財產。商業使用人。不得爲屬於主人之營業部類之商行爲等。屬之。今更就一般之無能力者。略說明之如左。

甲 未成年者

甲 未。成。年。者。

凡定成年未成年。皆因於其國之氣候、風土、習俗、及其他種種原因。在日本、則以滿二十年爲成年。未達之者爲未成年。未成年者、於爲法律行爲時。須得法定代理人之父母或後見人之同意。然是乃專出於保護未成年者之意。故若爲但得權利或可免義務之行爲者。則於未成年者。無所損害。自不必更從而保護之。故此等行爲。未成年者得獨立而爲之。

乙 禁治產者

乙 禁。治。產。者。

禁治產之例。各國亦不一。在法意兩國。惟成年者及自治產未成年者。始得付之禁治產。在日本。則效多數之立法例。不問成年未成年。凡在心神喪失之常況者。因本人及其他一定人之請求。裁判所得宣告禁治產。此所謂在心神喪失之常況者。即瘋癲、白痴之類。既有其常況。則不必更

問其有時時之復於本心與否。其有復於本心者。本人得自請求之。此外如配偶者、四等親以內之親族、戶主、後見人、保佐人、檢事。皆爲有請求權之人。凡受禁治產之宣告者。皆付之後見。使之看護其身體。及管理其財產。然在法國民法。及法國派之民法。則別認所謂刑事上之禁治產。凡被處重罪之刑者。則當然受治產之禁止。日本民法不認之。以其於事理未得當也。

丙 準。禁。治。產。者。

凡心神耗弱者、聾者、啞者、盲者、浪費者。皆得以爲準禁治產者。而付之保佐人。要皆不外保護精神上或身體上之不具者之目的耳。保佐人。非如後見人有法定代理人之資格。特因補足準禁治產者之智能。於其重大財產之行為。爲準禁治產者之相談人。而與以同意也。重大財產上之行為者。其主者即處分行爲。即凡可以生權利移轉之行為也。蓋管理行爲者。不至移轉權利。特爲以財產之保存、利用、改良、爲目的之行為耳。故準

禁治產者。不妨以獨斷而爲之。

丁妻

丁妻。

妻之爲無能力者也。蓋出於保護夫權。而謀一家安甯之意。故於財產上重大之行爲。或可以生一家之不和。及有所障礙於盡妻之義務之行爲。則須受其夫許可。凡其須受許可之行爲。一依法律之所定。蓋妻與準禁治產者同。可謂爲有限定的能力者也。

住所及居所

凡人。不問其爲能力者。或無能力者。因遂其生活之故。則皆不可無其必要一定之場所。在法律上。認爲人之所常存在之場所。謂之住所。民法則以各人生活之本據爲住所。故法律上各人之住所。有一無二。從而所謂住所者。當與居所及現在地區別之。居所云者。謂吾人繼續多時間。以居住之意。定置其身體之場所。故一人恆有數居所者。例如別莊。或出張所。是也。現在地云者。特吾人一時定置其身體之場所。而隨時變更者也。又住所。與戶籍法所謂本籍地不同。本籍地者。卽一家之戶籍所屬之場所。

住所之種類

與各人生活之本據。毫無關係。住所與市町村制所謂住民籍。亦不同。住民籍者。特因占住居而始有之耳。凡住所、居所、皆為構成住民籍者也。住所。有法定住所。任意住所。二種。法定住所者。依於法律之規定而言。不濫許其變更之。例如家族之住所。妻之住所等。是也。任意住所者。即各人任意所設定之住所也。又住所。亦得區別為本住所及假住所二種。本住所。乃一般之法律關係之住所。假住所。則關於特定事件所選定之住所也。於訴訟時。恆有用及假住所者。蓋以便於送達書類。或為諸種之通知。故也。

住所之及於法律關係之效果

住所之及於法律關係之效果。蓋甚大也。例如債務之辨濟。當於債權者之居所為之。相續。當於被相續人之住所開始之。訴訟。當依被告之住所而定其裁判管轄。此外更有種種事故。必須應知其住所者極多。若不知其住所之實際者。則法律以其居所視為住所。自然人之發生。并其法律上之地位。上已略述之。茲更論其消滅原因。古

自然人的消滅之原因

近代法律
惟以物理
上之死亡
為消滅
失蹤之宣
告

法人之意
義

法人可得
享有之權
利

代法律。自然人有因為奴隸。或依於刑罰之準。死而消滅者。然今之法律。則為自然人消滅之原因者。惟物理上死亡耳。雖然。若過一定之年限。生死不明者。法律亦視為已死亡。例如失蹤之宣告是也。失蹤宣告者。人自其住所或居所亡失之。經一定之期間（七年間）生死不明者。依利害關係人之請求。裁判所乃宣告其失蹤。凡其受宣告者。法律上視為死亡。

第一節 法人

法人者。謂人類之團體。或物之團體。而為權利之主體者也。以其不備一個人之形體。故又謂之無形人。又以其由法律上之擬制而存立。故又謂之擬制人。然因其本為無形也。故其所享有之權利。決不得與自然人同。蓋凡自然人所固有之身分。及一切人身上之權利。皆無屬於法人者也。故依從來通說。則權利之主體。有有形人。有無形人。故當區別為自然人為法人。然更明確進解之。凡權利之主體。究有不可汎言之者。蓋法人者。非享有一切權利。特享有財產上之權利已也。雖然。是亦有例外。如法國

法人發生
之條件

認法人成
立之方法

以兒童後見之權。與育兒院。使慈善組合。行貧兒之親權。則是法人享有身分權之部分者也。又英國大學。有選舉國會議員之權。又日本市町村制。多額納稅者之法人。有選舉市町村議員之權。此亦皆法人享有公權之一部分者也。

法人之發生。與自然人大異。法人者。依法律之規定而始發生者也。若法律未認某團體之人格。則其團體。特單純之人類。或物之集合耳。凡認法人之成立。其法有四。曰君主特許主義。法律特許主義。法定準則主義。自由主義。在日本。原則取法定準則主義。又於某時亦採法律特許主義。法定準則主義者。謂於法律中。定以一定之條件。某團體。因備此條件。而得爲法人也。例如會社法。即定其爲法人之條件者。凡共同組合。若充此條件。即得法人之資格。是也。法律特許主義者。謂法律直接與以法人之資格也。例如市町村制。郡制。府縣制。以市町村郡府縣爲法人。商業會議所之條件。以商業會議所爲法人。是也。

法人之種類

法人之種類。得區別之爲二。

甲公法人

甲 公法人。

公法人者。謂爲國家政治組織一部分之法人。國家地方團體公之營造物。公共組合等。皆是。國家之爲法人與否。雖猶有疑義。然國家得設定他之人格。卽同時認自己之人格。此則當然者也。日本現行法。以國家爲法人之處甚多。故卽在解釋論。亦不得不以國家爲法人。地方團體及公共組合。前已說明之。不更述。公之營造物。其爲法人者。卽學校、病院、美術館、博物館、等。有固有之財產。行獨立之事務者也。歐洲各國。認之者甚多。在日本。則未見其實例。

乙私法人

乙 私法人。

私法人者。謂從於民法之通則。而組成之法人也。其關於公益與否。則所不問。蓋凡私法人之設定。皆從於民法之通則。與國家之政治組織。毫無關係者也。私法人。更別爲社團法人。財團法人。社團法人者。二人以上之

人。因共同之目的而設立者。其目的之事業。爲關於公益者。則爲公益社。團法人。在營利者。則爲營利社團法人。例如以祭祀、宗教、慈善、學術、技藝等事業爲目的之社團法人。則屬於前者。商事會社。則屬於後者。財團法人者。乃由於以供一定目的之無主財產。所集合而成立者。例如以寄附金設立之學校、病院、等。卽財團法人。凡財團法人。皆公益法人也。至若相續財團。破產財團。此亦法律以保護公私益之意。而以爲法人者也。社團法人之設立。須以定款。定其組織。財團法人之設立。須以寄附行爲。定其組織。定款者。乃定其關於法人組織之條款。自社員相互之關係觀之。則卽其契約之方式也。寄附行爲者。乃因設立財團法人之故。以自己之財產。無償而處分之。單獨行爲也。若對於已設立之法人爲寄附者。則屬於通常之贈與、或遺贈。不謂之寄附行爲。在日本民法。凡關於公益之社團或財團。組織法人時。須受主務官廳之許可。又不問何法人。凡私法人。皆自其設立之日起。須於一定期間內。登記一定之事項。蓋登記。乃

法律上之公示方法。法人之登記者。蓋所以明其存在、與其性質組織。且使之對於第三者而有效也。

法人之機關

公法人之機關

私法人之機關

法人爲無形人。前已屢言之。故只有所謂權利能力。不得有行爲能力。從而行使其權利時。必不可不設以一定之機關任之。此理乃通於公法人及私法人。而無所異也。然公法人者。乃爲其政治組織之一部分。故其結果。亦存有關於機關之組織及權限之特別法理。余於國家編。既論公法上機關之大綱矣。其細目當更於行政法說之。茲專述私法人之機關。凡爲私法人之機關。通於社團法人、財團法人而設之者。有二。曰業務執行之機關。及業務監督之機關。業務執行之機關。稱之曰理事。限於不反其定款所規定。或寄附行爲之趣旨者。任執行法人業務。於一切法人之事務。有代表法人之權限。業務監督之機關。稱之曰監事。其職務。在監查法人之財產。及其業務執行之狀況。理事、爲法定代理人。必須設置。監事、則惟於有必要監督業務時。得設置之。其在社團法人。更設有社員總會。

以爲議決機關而任發表法人之意思。蓋得以社員合同之意思爲法人之意思也。此總會之權限在於決議定款之制定變更。選任理事監事。并決議其他一切重要事項。其決議之表決權以各社員平等爲原則。法人消滅之原因不一。就公法人觀之。則國家之人格當與國家滅亡而同歸消滅。地方團體、公共組合、公之營造物之人格。則當依其團體之廢置而爲異動。雖然、國家之消滅。非法律所應論者。其他公法人之消滅。則當專依行政之規定如何而決之。至若私法人消滅之原因。以一般言。則或有出於法人設立者。或社員之意思者。例如其定款或寄附行爲所定之解散事由。有發生時。或有總會之議決時。因而法人解散者。是也。或有非出於法人設立者。或社員之意思。而由法人之性質或事業之狀況。自然而生者。或依國家之命令而生者。例如因法人之目的事業已成就或不能成就。破產、社員缺亡等。而法人解散者。此則生於自然者也。因設立許可之取消。而法人解散者。此則由於國家之命令者也。

法人消滅
後之殘務
處分
公法人之
財產處分
私法人之
財產處分

法人消滅時。則法律上。必須定其財產處分之關係。蓋法人與自然人異。無相續人。且無遺言能力。故其處分遺產。不得不依法律之規定。公法人廢置時之財產處分。行政法上。大抵屬於監督官廳之職權。私法人消滅時之財產處分。有二方法。其第一方法。則若係法人設立者。以定款或寄附行為。於法人解散時。定其財產之歸屬者。則依而處分之。若其不定之者。則得以類似其法人目的之目的處分之。要之。皆尊重法人設立者之意思者也。其第二方法。則係依法律之規定而定者。名曰清算。清算者。結了法人之現務。辦濟債務。取立債權。而分配其殘餘財產等。一切處理法人之殘務之謂也。任其職務者。謂之清算人。通常以法人之理事充之。

第五章 權利之客體

權利之客體者。物也。此語固學者所常說者。雖然。此物字。若以抽象的解釋之。則雖於一般之權利廣適用之。可也。否則若限於通常一定之具體的意義而用之。則物之云者。僅為財產權。且物權之客體。不得為其他權

權利之客
體何乎

利之客體也。財產權以外之權利。或有以權利者之生命、身體、自由、名譽、爲客體者。或有以自己、或他人之行爲、不行爲、爲客體者。或有以他人之權利、爲客體者。故廣而察權利之客體。更以此物字於抽象的解之。而一般謂權利之客體者物也之時。則物之云者。更有有體物及無體物。二大區別。是不可不知。

甲有體物

甲 有體物。

有體物者。謂於人類之外。占領一空間之物質。而得爲財產權之目的者。也。故雖爲外界之物質。若其不得服從於財產權者。則非法律上之物。例如日、月、空氣等。又其物質、須占領一之空間。故限於具一個形體之物。若僅爲依於人之智能。可得理會之者。則不含之。又其物質、須存於人類之外。故不得以人類爲物。古代法律。有雖爲人類。而與有體物同視。如奴隸者。今法律不認之。

乙無體物

乙 無體物。

無體物者。謂無物理上之形體。但依於人之智能而認識之者也。生命、身體、名譽、自由行為、或特定之權利等。皆是。夫人之身體。所以爲無體者。蓋身體雖亦備物理上之形體。然由其爲身體權之客體觀之。則非指身體其物。乃就身體之完全之意而言也。身體權云者。卽不害身體之完全之權利。故其權利之客體。乃爲一無形事項。非依於人類之智能。則不能認識之也。且有體物者。限於外界之物質。不含人類。前已言之。則關於人之身體之權利。非以有體物爲目的。乃以無體物爲目的者。更可知矣。

羅馬法及
日本舊民
法之無體
物

在羅馬法。此二種者。蓋非以物爲區別。乃以所有權與所有權之支分權。爲區別者也。彼蓋謂人若有完全之所有權者。則其權利之目的物。爲土地、家屋、等有體物。至其有用益權、使用權、地上權、永借權、等者。則與所有者所有其有體物異。乃所有其無體物也。雖然、用益者、使用者、地上權者、永借者、等。乃離所有權而各自享有其特別之權利。且其權利。皆得與所有權同時行於有體物之土地、或家屋之上。則更不必解爲此等權利之

新民法有
體物之意

公權之客
體

私權之客
體

上。更有所有權矣。至若日本舊法典。則以無體物之觀念。而一般推及之。凡一切權利。皆以爲無體物。故由論理上推其究竟。則將至於無人權物權之別。蓋一切權利。若皆得以無體物爲其目的。則是民法全部。但規定一所有權。已得盡之矣。有是理哉。夫以權利爲權利之目的者。其在特定之處。固非無之。然若一般信權利爲無體物。則陷於誤謬也必矣。故從來學說及制度。雖有仿羅馬法。而認有物體無物體之區別者。而在日本新民法。則明記之曰。物之云者。限於有體物。職是故也。

公權之客體爲何。此不俟言。余所謂公權者。政權也。故爲公權之客體者。要在於政治之參與。凡法律所定之議會之選舉權。被選舉權。爲官吏之權。市町村之公民權等。無不以國民參與國家、或地方團體之政治爲目的。而參與政治者。究不外於各人之行爲。故公權之客體云者。當歸着於權利者、其人之行爲、一語也。故從而謂公權之客體。常爲無體物。亦可。私權之客體。有有體物。有無體物。生命權、身體權、名譽權、自由權之客體。

私權客體
之爲無體
物時

私權之客
體之限於
有體物時
有體物之
區別

一動產及
不動產

者。生命、身體、名譽、自由也。夫權、親權、後見人之權利、之客體者。監護、妻、子、被後見人之行爲也。以作爲或不作爲爲目的之債權、之客體者。他人之作爲、或不作爲、之行爲也。相續權、以被相續人之權利爲客體。質權、以所質入之權利爲客體。債權、讓受人之權利。以其所讓受之債權爲客體。凡此各種客體。要皆依於人之知能。而可以認識之之無體物也。至若財產權中物權之客體、則限於有體物。日本民法所謂物者。卽是有體物。可由種種之點區別之。更舉其主要者如左。

(一) 動產及不動產。凡物不變其形體本質。得以自力或他力移轉之者。爲動產。反之。則爲不動產。此蓋自羅馬法以來。皆以之爲區別之標準。而通常採用之者。然實際則又不盡然。故法國法典及法國派之民法等。皆甯爲其不便。而例示或列舉動產不動產之種類。日本舊民法。其規定此事。亦極煩雜。新民法。則效德國民法。以土地及其定着物。爲不動產。其他之物。則皆爲動產。定着物者。謂依自然力及人工。而直接或間接與土

二特定物
及不特定
物

三消費物
及不消費
物

地相固着者。凡地上地下之水、礦物、水管、煤氣管、建物、并其附屬物、牆、扉、籬、柵、等。皆爲土地之定着物。而屬於不動產。番小屋、露店、等。則與土地無固着之關係。故不得爲不動產。

(二) 特定物及不特定物。特定物者。其物、法律上特定之。而不得以同質同量之物交換之也。不特定物者。其物、僅於種質數量定之。得以同質同量之物交換之也。特定物。又謂之不代替物。不特定物。又謂之代替物。例如所謂某土地、某家屋、某書籍。特定物也。貨幣、米、穀、酒、油、牛、馬、時計、机、棹、等。不特定物也。

(三) 消費物及不消費物。消費物者。因以物之已定之目的使用之。而消滅之謂也。不消費物者。不因其使用而消滅之謂也。例如米、麥、酒、油、等。皆從其一定之目的。而使用之。因而消滅者。故屬於消費物。書籍、机、棹、等。雖從其一定之目的。而使用之。而不消滅者也。故屬於不消費物。通常消費物。皆爲代替物。然代替物。則又不必皆消費物。例如釘、針、等。得爲代替

物。而不得為消費物。是也。

四主物及
從物

(四) 主物及從物。因物之通用之目的。使他物附屬之者。則其物為主物。其有附屬關係之物。為從物。惟其為因於常用之目的。故凡與其目的不相關之物。則雖附屬於他物。亦不得以為從物。若既為供其常用之目的之物。則一時雖有與其主物分離者。亦仍不失主從之關係。例如時計之鍵。從物也。然所繫之磁石印章等。則非從物也。

五通融物
及不通融
物

(五) 通融物及不通融物。通融物者。其物可得為買賣讓與之目的者也。不通融物者。不得為買賣讓與之目的者也。不通融物之種類有三。曰公、共、物。公有物。法禁物。公共物者。供人類一般之用之物。例如空氣、光線、水流、大洋等。無論何人。皆得共用之。不許以為一人所私有。然公共物之一部分。或又有為通融物者。例如汲取河流。則甕中之水。可以為通融物。公有物者。依於政治上之理由。而屬國家及其他公法人之所有之物。例如城寨、壘壁、戰艦、官廳。及公衙之建物、道路、河、川等。屬之。法禁物者。因公

六有主物
及無主物

之秩序。而禁一私人之處分者也。例如鴉片烟、兵器、火藥、猥褻之圖畫、等屬之。

(六) 有主物及無主物。有主物者。屬於各人或法人所有之物也。無主物者。本不屬於人。然依於先占。而可取得其所有權之物也。例如組成公私有資產之物。皆為有主物。遺棄之物品、山野之鳥獸、河海之魚介、等皆為無主物。

第六章 權利之得喪

權利者。可以因種種之原因而取得之。又喪失之者也。其原因。總稱之為事實。凡爭權利之得喪者。當任證明其事實之責。本章即舉其關於權利之得喪、與此等一切概念。而說明之。

第一節 權利之發生及消滅

凡權利之發生及消滅。廣而言之。則包括一切權利之取得、喪失、移轉、變更。蓋權利之發生消滅者。乃由權利其物而立言。權利之取得喪失者。乃

權利之發
生及消滅
之意義

由權利之主體而立言。至若移轉變更者。則要不外其發生消滅之體樣也。但權利之變更。則通常於權利之發生消滅之外說之。茲亦順其次舉之如下。

甲權利之發生

甲 權利之發生

權利之發生者。特定之權利。因於某事實。而連結於特定之主體之謂也。分爲絕對的發生。相對的發生。二種。

一絕對的發生

(一) 絕對的發生。權利之絕對的發生者。謂其權利。因於某事實。與他人之權利無關係。而連結於特定之主體者也。例如因先占。而所有權發生。因契約。而債權發生。因婚姻等。而親族權發生。因歸化。而國民權發生。因充其年齡及財產之資格。而選舉權、被選舉權、發生。皆是。

二相對的發生

(二) 相對的發生。權利之相對的發生者。謂因於某事實。於權利之本質。無所變化。而惟其主體有異動者也。例如因買賣。而買主取得賣主之所有權。因相續。而相續人取得被相續人之權利。皆是。故權利之相對的

發生者。又謂爲權利之移轉。雖然、此相對的發生者。與絕對的異。惟財產、權、始得有之。其餘則否。蓋以公權不得讓與於他人故也。卽在私權。親族、權、及關於人格權者。於其主體。亦不得有所異動。

由權利之主體觀之。則權利之發生者。卽權利之取得也。其發生。既別爲絕對的與相對的二種。其於取得亦然。學者於權利中、私權之取得。分爲原始取得及承繼取得。原始取得者。與人全無關係。而取得權利之謂也。承繼取得者。以屬於他人之權利、而移轉之於己之謂也。承繼取得中。又以承繼權利者。與以對價或其他報償與否。分爲有償取得及無償取得。又以其承繼者之爲總括其權利而承繼之。抑但承繼其特定之權利。而分爲包括取得及特定取得。例如買賣。有償取得也。贈與。無償取得也。相續。包括取得也。買賣交換。特定取得也。

乙 權利之消滅

權利之消滅者。其權利。因於某事實。而絕其與主體連絡之謂也。亦分爲

絕對的消滅。相對的消滅。

一絕對的
消滅

(一) 絕對的消滅。權利之絕對的消滅者。謂權利其物。全然消滅。而至於無主體之狀態。無論何人。皆不得更讓受之之謂也。例如因物之滅失。或因任意之遺棄。而所有權消滅。是也。

二相對的
消滅

(二) 相對的消滅。權利之相對的消滅者。謂雖非權利其物之消滅。然因某事實。而其權利離一主體。而屬於他之主體之狀態。例如因買賣或贈與。而所有者喪其所有權。是也。此時則有權利之移轉。故絕對的消滅。一切之權利皆有之。相對的消滅。則惟財產權有之。此理。蓋與權利之相對的發生之所言者。相同。

丙權利之
變更

丙 權利之變更。

權利之變更者。不變權利之本質。而變其形態之謂也。若其本質有變更。則是一權利消滅。而別有一權利發生矣。故不得謂之變更。例如變地上權為貸借權。變抵當權為質權。變賣主之權利為貸主之權利等。是蓋皆

一主體之變更

爲權利之本質有變更。而非此所謂權利變更也。權利所以生變更者。有種種。然通常則得區別之如左。

(一) 主體之變更。權利之主體生變更者。或爲主體之改更。或爲主體之增減。主體之改更。卽生權利之移轉者也。故通常不列於權利變更之內。主體之增減者。卽以專屬一人之權利。使數人共有之。或以屬於數人之權利。使之專屬一人。是也。

二客體之變更

(二) 客體之變更。權利之客體生變更者。或爲數量之變更。或爲種類之變更。數量之變更者。乃於權利之範圍有所增減。例如因洪水、地震。而土地有添附。或有一部分滅失。是也。種類之變更者。其主者。則多爲權利被侵害。而變爲要償之權利。故此權利變更。其一面則爲新權利之發生也。

三體樣之變更

(三) 體樣之變更。權利之體樣生變更者。則條件付之權利。變爲無條件。或無期限之權利。變爲期限付者。是也。又此條件及期限其物。生變更

者亦然。

第一節 事實

事實之意
義及區別

事實云者。謂於一定之時。一定之處。而生之現象也。可大別為事件與行為二種。

甲事件

甲 事件。

事件者。謂自然顯表於物理上或社會上之事實。是也。例如風雨、雷震、洪水、火災、地震、等。又人類或其他生物之產出、成育、死亡、枯凋、等。又戰鬪、爭亂、等。皆稱曰事件。

事件之關於權利之發生消滅之例

事件之關於權利之發生及消滅者。其例極多。人因出生而取得為子之身分。而生命、身體、名譽、自由等之權利。即從而發生。而其親之親權。亦從而發生。因死亡。而喪失一切之權利。而相續人之權利。從而發生。因風雨。樹木傾倒而傷人。其樹木之所有者。若係有過失者。則任損害賠償之責。因洪水。而土地之一部分。或添附於他人之土地者。則他人取得其所添

附之所有權。因農作物收穫、畜類蕃殖等。而取得果實。因地震、雷震、水災。而土地家屋及其他所有物。若有消滅者。則其物之所有權。亦同消滅。凡此事實。不能枚舉。又事件。有爲法律行爲之條件或期限。而左右其效力者。例如謂明日若降雨。則當爲某事。或某死。則當爲某事。是也。

乙 行爲

行爲者。謂本於人之意思。所生之行爲或不行爲之事實。是也。例如爲契約或犯罪。此皆謂之行爲。故法律上於某行爲之成立。不可不有左列二要素。

(一) 行爲者出於意思之作用。意思云者。使吾人決斷某作爲或不作爲之心理上之作用之謂。其無意思之作爲或不作爲。則特單純之動作或靜止。不得謂之行爲。例如無犯罪之意思者。雖具犯罪之形狀。然通常不構成犯罪之行爲。又無意思能力之幼者、瘋癲、白癡、所結之契約。則無契約之效力。是也。但於特定之處。亦有雖無意思之作用。而亦能生法律

上之結果者。

(三) 行爲者依於意思之表示而成。蓋意思之作用者。特爲單純心理上之作用。於法律上。不生結果。故其意思。必須表章之於外形。例如雖有犯罪之意思。然未至表示於外形。而實行犯罪者。則不得謂爲犯罪。是也。其表示意思之方法。通常區別爲積極的、消極的、二種。所謂作爲者。卽謂積極的爲某事也。所謂不作爲者。卽謂消極的不爲某事也。

公法上之行爲。恆屬於實行權利其物。故不更論之。茲就民法上之行爲。解說如左。

凡以使生私法上效果之目的。而爲意思表示者。民法上謂之法。律。行。爲。私法上之效果云者。一切私權之發生、消滅、移轉、變更。皆含之。自然人、或法人、之意思表示。苟直接或間接以此等效果爲目的者。則其意思表示。得爲法律行爲。故如契約之直接以效果發生爲目的。又如契約之中。有通知催告等之間接以效果發生爲目的者。其不妨爲法律行爲則一。又

無效與取消之差異

法律行為之有效條件

第一意思能力及行為能力

不問其爲其目的之效果。實際發生與否。但以其發生爲目的者。即可。此法律行爲中。所以又有無效及可得取消者也。無效之法律行爲云者。謂爲其目的之效力。於法律上全然不存在之行爲也。可取消之行爲云者。謂爲其目的之效力。於法律上存在且已發生。然因有某瑕疵。而可得使失其效力之行爲也。故前者。於法律上本不成立。後者。則迄其取消之前。皆成立而有效力。從而前者雖用何術。皆不能使生效力。後者則依於明示或默示之追認。皆得使之完全其成立。更從而前者。凡利害關係人。皆得主張其無效。後者。則除有取消權者之外。胥不得取消之。蓋法律行爲之許取消者。特以保護無能力者。及缺意思自由者。而設之。故於應受保護之人以外。不能無因而與以取消權也。今就於法律行爲之有效條件。解說如左。

第一 意思能力及行為能力

意思能力者。法律行爲之要素也。凡缺乏意思能力。則其法律行爲無效。

幼者、瘋癲、白癡等。無決定意思之能力者也。故其所爲行爲。全不生法律上之效力。又雖有意思能力之人。然若係泥醉時。或受他人之暴行時。所爲之行爲。則爲缺意思者。亦不生法律上之效力。行爲能力者。非法律行爲之要素。然若缺乏之。則其法律行爲。爲有瑕疵。故凡未成年者、妻、禁治產者、準禁治產者。若有不依法律上之條件。而爲行爲者。得取消之。

第二意思表示

第二 意思表示

意思表示。在法律上。不必有特定方式。故不拘以何法爲之皆可。故或以面接。或以通信。或本人自爲之。抑使他人爲之。概屬表意者之自由。又意思表示者。不必其爲明示。亦得以默示爲之。明示云者。謂以口頭、書面、或容態、爲之也。默示云者。謂依於事情。而可以推測其意思表示者也。意思與意思之表示。不必一致。凡不一致之意思表示。則非真正意思表示。故原則當爲無效。然至論其效力。則當以其不一致之情況。區別之。

(子) 故意生不一致之時。此蓋表意者。已知其非意思表示之真意者

意思表示之不一致

子故意生不一致之

丑不意生
不一致之
時

也。有對於相手方隱秘真意者。及與相手方通而爲虛僞之表示者。二種。其在前三項。則除相手方知表意者之真意。或可得知者之外。其意思表示。有效也。例如甲對乙爲賣其家屋之契約。迨既受代金之後。則不得主張爲借金錢乃真意。而賣家屋非真意也。其在後項。則對於善意之第三者。雖爲有效。而於當事者間。則無效也。例如甲因求免於財產差押。與乙共謀而僞爲財產之買賣。此時則其買賣無效。故不論當事者相互間。或第三者對於當事者。皆得主張其無效。

(丑) 不意生不一致之時。此蓋表意者。不知其非意思表示之真意者也。此謂之錯誤之意思表示。其錯誤若盡屬於法律行爲之要素者。則不問其生錯誤之原因如何。其意思表示。皆無效。不論何人。皆得主張之。然若係表意者有重大過失者。則表意者不得自主張其無效。此所謂法律之要素及重大之過失云者。是當就其事實而決之。就通常法律行爲之性質而言。則目的物可以爲要素。又依其情境。當事者、或物之品質等。亦

可為要素。至若重大過失。即謂通常人若稍為注意。即可不為之之過失也。

實因缺意思之自由而生不一致之時

意思表示生效力之時期

(實) 因。缺。意。思。之。自。由。而。生。不。一。致。之。時。此蓋因詐欺或強迫所為之意思表示者也。詐欺者。隱秘其事實或法律。抑虛構之。而使他人陷於錯誤之謂。強迫者。有形上或無形上。通知其將加以不正之暴害。使他人生畏怖之謂。凡因陷於錯誤或畏怖者。所為之意思表示。則皆為缺意思之自由。法律許表意者取消之。雖然。因強迫之意思表示。其取消。則一般皆有效力。若因詐欺之意思表示。則其取消。不得以對抗於善意第三者。意思表示之效力。其發生時期。學說及立法例。皆不一。蓋此問題。於隔在遠地之當事者間。所為之意思表示。其所生結果。極為重要者也。從來所用者。有表白主義。發信主義。受信主義。了知主義。折中主義。五種。表白主義者。以表白意思於外形時。即認書狀之時。生效力。發信主義者。以發送其書狀時。生效力。受信主義者。以其書狀到達於相手方時。生效力。了知

依他人之
意思表示

主義者。以相手方披見其書狀時。生效力。折中主義者。於此數主義中。以受信發信兩主義。折中取捨之者爲多。日本民法。其原則則從受信主義。自其通知到達於相手方時。生效力。故表意者。若欲取消其先所爲之意思表示者。則其取消之通知。須在先發之意思表示以前或同時到達之。其取消乃爲有效。若在其後。則取消無效。

凡意思表示。不必本人自爲之。使他人爲之亦可。其使他人爲之者。有二。一爲表示之代表。一爲意思之代表。表示之代表者。本人自定其法律行爲之內容。僅使他人傳達之之謂。故此時之代表者。不過爲本人之機械。意思之代表者。代表者表示自己之意思而行事。其意思表示。對本人生效力。故此時之代表者。非本人之機械。乃以自己之名。代本人爲法律行爲者。及以本人之名。代本人爲法律行爲者。前項爲間接代理。後項爲直接代理。近世法理。普通所稱爲代理者。即謂此直接代理也。故普通所謂代理者。乃一人以他人之名。直接使生其效果於他人之利害爲目的。所

代理之意
義

代理權之
授與與委
任之差別

代理權之
種類及效
力
一法定代
理及任意
代理

二有權代
理及無代
理

爲之法律行爲也。而其得爲法律行爲之權利。謂之代理權。有其權利者。謂之代理人。代理權以由委任而生者爲多。然此委任與代理權之授與。又不一。從來法制。雖概混同之。然近世法制。則已明確此區別。蓋委任者。契約也。代理權之授與者。單獨行爲也。故有雖有委任。而無代理權者。例如代理權之授與。因缺方式而爲無效者。是也。又雖有代理權。而無委任者。亦有之。例如社員之代理權。是也。

代理得區別之爲左數種。其效力亦以種類而異。

(一) 法定代理及任意代理。依法律規定而生之代理。是爲法定代理。依當事者之意思表示。而生之代理。是爲任意代理。凡後見人、父母、法人之理事、管財人、商事上之代理人、等代理。皆屬於法定代理。

(二) 有權代理及無權代理。一爲有代理權者之代理。一則無代理權之代理也。凡代理人。有爲其無代理權之行爲者。則非有本人追認之。其對於本人不生效力。而其追認或拒絕。非對相手方而爲之者。則以不得

三有限代理及無限代理

四表示代理及不表示代理

第三目的

對抗於相手方為原則。

(三) 有限代理及無限代理。特定權限之代理。是為有限代理。其不特定之代理。則為無限代理。有限代理人。本人特指定其權限。故其代理權之範圍。不難知之。至若無限代理。則否。故法律豫定其代理權之範圍。使專以管理行為為限。

(四) 表示代理及不表示代理。表示代理人。謂示其為本人而為之代理。不表示代理人。謂不示其為本人而為之代理也。凡代理。當以表示代理為原則。故若代理人。不示其為本人而為法律行為時。則除相手方知其為本人。或可得知之之外。皆視為代理人。為其自己而為之者。

第三目的

法律行為之目的。亦法律行為之要素也。凡其目的。不備左列二條件者。則其法律行為無效。

(一) 可能者。不能云者。例如挾山超海。是法律行為。凡以取不可能者

爲目的。則其無效不待言。

(二) 適法者。凡法律行爲之目的。若反於公之秩序或善良風俗之事項者。則是以不法事項爲目的。而當無效。故法令一般所禁止者無論。卽在應受行政上取締之事項。亦作爲以反於公之秩序爲目的之法律行爲。亦當無效。又雖不違背道德。然其係尋常正實之人所不爲之事。例如約不姦通者。則亦作爲反於善良之風俗。凡以此爲目的之法律行爲。亦當無效。

第四方式

第四方式。

古代法律重形式。近世法律重意思。故在近世。苟有表示意思。則卽認其效力。而不拘泥方式。此原則也。然又有某法律行爲。仍要有特定之方式者。如須書面或公正證書。須證人之立會。須登記等。皆是。若缺此方式。則其行爲或致無效。或生瑕疵。例如不依法定方式之遺言。無證人之立會。而屆出婚姻等。則爲無效。不以書面之贈與。則得取消。是也。至若登記者。

法律行為
之種類

一雙對行
為及單獨
行為

二有價行
為及無價
行為

三生前行
為及死後
行為

四要式行
為及不要

乃一公示方式。為其對於第三者之效力所必須者也。若在行為之當事者間之效力。則得不待登記而即存立。

法律行為之性質。既述於上。茲更區別其種類。

(一) 雙對行為及單獨行為。雙對行為者。因二人以上意思之合致而成立之行為。契約是也。單獨行為者。因一人之意思而成立之行為。追認、催告、遺贈、寄附行為、皆屬之。

(二) 有價行為及無價行為。有價行為者。當事者雙方皆受利益之行為。買賣、交換等是也。無價行為者。則惟當事者之一方受利益之行為。贈與、遺贈。就通常言是也。

(三) 生前行為及死後行為。於生前所為之法律行為。謂之生前行為。買賣、贈與等。屬之。豫定其處置死後財產之法律行為。謂之死後行為。遺言屬之。

(四) 要式行為及不要式行為。此區別。乃以從特定方式而為意思表示

式行爲

五管理行
爲及處分
行爲

法律行爲
之附款
條件及期
限

條件限期
之差異

示與否。而生者也。前於法律行爲之方式。已言之。茲不更述。

(五) 管理行爲及處分行爲。管理行爲者。不生權利之移轉喪失。而以其保存利用改良爲目的之行爲也。處分行爲者。可生權利之移轉喪失之行爲也。例如讓渡。或委棄土地家屋及其他物件或權利。辦濟元本。爲訴訟。或和解之。是皆屬於處分行爲。培養土地。修繕家屋。辦濟利息。中斷時效。登記等。是皆屬於管理行爲。

法律行爲之當事者。當爲意思表示時。得更爲附隨之意思表示。以限制其法律行爲之效果。此之謂附款。附款有二種。條件及期限是也。條件者。謂以法律行爲之效力。使繫於不確實事實之發生者也。期限者。謂以法律行爲之履行。使繫於確實之將來之事實者也。故可以爲條件之事實。不必其爲不確實。但不必其爲將來者耳。且其事實。雖屬過去或現在者。而當事者若不確知之者。則亦得以此事實爲條件。至若可以爲期限之事實。則必其爲將來且確實者。此其差異之一也。又條件者。乃屬於法律

行爲之效力。期限者。則屬於其履行。蓋卽條件。乃以其權利義務之發生消滅。爲不確實者也。而期限。則特一時遲延其權利義務之實行也。此其差異之二也。

條件之效力。從其種類而異。其種類。大別之可分爲二。曰停止條件。解除條件。由其條件之成就。而法律行爲之效力。乃發生者。是爲停止條件。由其成就。而法律行爲之效力。應消滅者。是爲解除條件。例如某船若抵某港。則當爲某買賣云者。此卽停止條件。依其抵港而當解除所已爲之買賣云者。此卽解除條件。至若條件成就之效果。溯既往與否。此爲從來學說及法制之一疑議。日本民法。以無溯既往之效果爲原則。若當事者特表示其使溯既往之意思者。則從其意思。此蓋可謂至當。又條件者。由其爲條件事實之性質觀之。則有未必既發、隨意、偶成、混合、有的、無的、不法、不能、等條件之別。未必條件者。法律行爲之當時。其條件之事實。未發生者也。既發條件者。其事實雖已發生。而當事者未知之者也。隨意條件者。

條件之成就。存於當事者之任意。例如爾若往外國。則吾當爲某事。或云吾若欲賣則賣之。是也。偶成條件者。其條件存於外界之事實。或第三者之意思。例如明日若降雨。則如何。或云某若結婚。則如何。混合條件者。乃隨意與偶成兩條件之混合者。例如云爾若與某結婚則如何。是也。又不論何條件。凡以事實之發生爲條件者。則爲有的條件。以事實不發生爲條件者。則爲無的條件。不法條件不能條件者。其條件乃屬於不法或不能之事實者也。至如何事實。始爲不法不能。則前已述之。雖然。法律行爲。雖附有此各種條件。而有全然無效者。或有依其停止條件。或解除條件。以爲無效。或爲無條件者。凡付以不法條件之法律行爲。則全然無效。其付以不能條件之法律行爲。則其條件。若爲停止條件時。則爲無效。若爲解除條件時。則爲無條件。是也。

期限。可大別之爲始期及終期。始期者。謂於到其期限時。則得請求其履行。法律行爲也。終期者。謂到其期限。則不得請求其履行。法律行爲也。例

如云某月某日。當爲辦濟。此則始期也。迄於某死以前。當與以年金。此則終期也。又期限。由其性質觀之。亦得區別爲確定期限、不確定期限、明示期限、默示期限等。確定期限者。其到來之時期。豫確定之也。例如云某月某日。或云自今始幾個月間。是不確定期限者。其到來之期限。不確定之也。例如云某死之時。或云某死後幾年間。是明示期限者。乃當事者明示而定之者。默示期限者。依於事情而可推測者也。蓋期限。雖以明示爲常。然例如因一定之旅行而借自轉車。則是以旅行之終了。爲返還之期限者也。此卽默示期限。

第三節 期間及時效

夫時之經過。要亦爲一事實耳。然其效力之及於權利之得喪者。則視其種種關係爲之。且其效力亦甚大。故不可忽而不察。凡其效力之及於權利之得喪者。則有期限、期間、時效三種。期限者。爲法律行爲之附款。已詳論之。今就期間、及時效。一述如左。

甲期間

甲 期間。

期間之意義
於權利得喪之效力

期間之計算

期間者。廣言之。則指一切所限定之時間。不問其出於法令所規定。或以裁判所之命令。或當事者之意思而定之。亦不問其效力與權利之得喪。有直接關係否也。難然。期間云者。固不論其種類如何。或直接或間接。無不與權利之得喪相關者。蓋權利有超於一定之期間。則不存立者。例如永小作權。不得超五十年。賃借權。不得超二十年。是也。有於一定之期間滿了後。則不得行使之者。例如無能力者之取消權。當自其能力回復之時五年。或自其行為之時二十年以內。行之。不得父母同意之婚姻。而父母有其取消權者。當於婚姻屆出後二年以內。行之。又如出訴期間。訴願提起之時間。等。亦皆關於權利之得喪。其他為成年之時期。失踪宣告之時期。議員之任期。等。亦無不或直接或間接。關於權利之得喪者也。期間之效力既如此其要。則定其計算之法。亦甚要者矣。蓋期間有年、月、週、日、時、分、秒之別。又年有閏年、有平年。月有大有小。故其計算法。不得不

乙時效

時效之意義

依一定之標準。若一日之中。不明示其時分秒者。則其一日之時分秒。與其期間之計算無關係。若以年、月、週、定其期間者。則以從、歷、日、計算之為原則。故與年之平、閏月之大小、其以年月計算期間者。無關係也。至若期間之起算。固當然於某事實之發生時。為之。然以日、週、月、年、定其期間者。則其初日、常、不、算、於、期、間、之、內。此蓋以欲避計算時分秒之煩雜也。然若係以時定其期間者。則自其時起算之。

乙時效

時效者。依時之經過及法定之條件。而取得權利。或使之消滅之方法也。然亦不止此。有時有消滅其權利之行使。例如刑罰權及公訴權。依時效而消滅。是也。雖然。凡公私法上一切之權利。亦非盡罹時效。其罹於時效者。其主者。惟財產權。至若人身權。則不問其為人格權。或親族權。皆以不罹時效為原則。公法上之權利亦同。故但謂時效者。取得或消滅權利之方法也。則此語。有時失之狹。有時又失之廣。但刑事法上之時效。乃為專

時效之種類
取得時效
之要件

即時時效
非時效也

構成特別之法理者。不必與此并論。茲特就私法上之時效言之。時效可分為取得時效及消滅時效二種。取得時效。乃有取得權利之效果者。而其可以完成之之法定要件。則占有也。消滅時效。乃有生權利消滅之效果者。而其法定要件。則權利之不行使也。蓋取得時效者。謂以所有之意思。或為自己之意思。平穩且公然。占有他人之所有權。或行使所有權以外之財產權（即準占有）其由惡意或有過失者。則須二十年間。善意且無過失者。則惟不動產。須十年間。繼續為之。其在動產。若係惡意。或有過失之占有。亦須二十年間繼續占有之。若善意且無過失之占有。則是乃占有之效力。即取得其所有權。蓋此時無時效也。雖然。從來學說及法制。往往以即時時效。認為時效之一種者。夫在動產之善意占有。固有即時時效。日本舊民法亦認之。然時效云者。固本為依時之經過而生者也。則以即時之權利取得為時效者。其不當可知。消滅時效之期間。以各種權利而異。概言之。則債權（指普通之債權）十年間、債權（指定期之債權

消滅時效
之要件

所有權不
為消滅時
效之目的

時效之中
斷及時效
之停止

時效中斷
之原因

及所有權以外之財產權。二十年間。不行使其權利者。則因而消滅。此所謂所有權以外之財產權者。即謂惟所有權不罹於消滅時效。蓋所有者。無論何行為。皆得自由為之。故無不行使其所有權之理。蓋即有實際不行使之者。然若使之依時效而消滅。則非認為依先占而他人取得之。即當為歸屬於國庫者矣。此決非所以適於社會之公益者也。

時效之進行。有因某原因而被妨害者。其原因有二。一曰時效中斷。一曰時效停止。時效中斷者。因法律所定之原因。於其原因發生前。已經過時。間之利益。使之消滅之謂也。時效停止者。因法律所定之原因。一時止其時效之進行之謂也。故中斷云者。屬於過去。而以其中斷前之時間。為無效。停止云者。則但於將來得生效力。其過去之時間。則非無效。故當中斷時。則自其中斷之原因既止之後。其時效更從新進行。當停止時。則自其停止之原因既止之後。其時效即繼續進行也。

凡為時效中斷之原因。而共通於取得時效消滅時效者。有三。(一)請求。(二)

時效停止
之原因

差押假差押或假處分(三)承認是也。時效既以占有或權利不行使爲要件。則權利者。若請求回復占有或履行義務者。則時效之要件。自因而破。此理之當然。而請求所以爲中斷之原因也。差押假差押成假處分者。皆於占有者或義務者。任意不應權利者之請求時行之。承認則反之。蓋占有者或義務者。不爭權利者之權利。故亦爲中斷之原因也。

時效停止之原因亦有三。(一)由身分而生者。(二)由權利之性質而生者。(三)由事實而生者。是也。其由身分而生者。蓋法律所以保護一定之無能力。即於未成年者或禁治產者。當時效之期間滿了以前。若無其法定代理人時。則作爲能力者。又法定代理人自初就職時一定之期間內。其時效不完成。是也。其由權利之性質而生者。蓋法律所以保護一定之財產(即相續財產)此時。則相續人已確定。自其管理人被選任。或有破產宣告之時。一定之期間內。其時效不完成。是也。其由事實而生者。蓋法律所以因特別之事。而與以特別之保護。凡因天災及其他不可避之事變。不能中

證據之意

舉證之責任

關於公權之證據

斷其時效者。則期於使其權利者不失其權利。是也。

第四節 證據

證據之字。其意義不一。或有與證明同意而用之者。此則由其已知其事實。而知得未知之事實之謂也。或有指為證明之方法者。此則由已知之事實。迄於探明未知之事實以前之手段。是也。或有指為證明之材料者。此則用以明其未知之事實之已知之事實。是也。余所探證據之意義。即此最後者。

夫權利之取得及消滅。皆出於一定之事實。前已屢述之。故苟為取得法律上之權利。或免其義務者。必須依其權利義務所基之事實。而證明之。蓋即不問為公權、為私權、為財產上之權利、為身分上之權利。凡主張某一定之權利者。皆有提出其足以確定其權利之材料之責任。法律上名曰舉證之責任。

凡關於公權之證據。一以公書為準。其一切關於國民權者。與關於身分

權者同。皆依身分。登記簿。及戶籍簿。其關於選舉權。被選舉權者。依選舉名簿。至若官廳之處。分書。裁決書等。於某時。亦恆有爲取得公權或消滅之證據者。

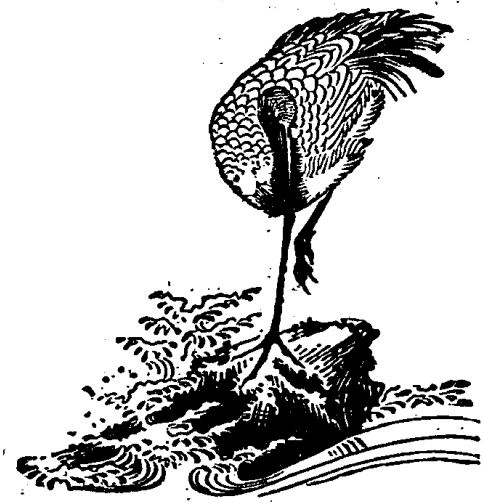
關於身分
權之證據

關於身分權之證據。必依身分。登記簿。及戶籍簿者。蓋身分之爲物。乃因於自然。或人爲之原因。而有種種變更者也。凡人自生及死。其身分之變更甚多。而其權利義務之關係。亦從而變更。故身分變更。其須一一記載於公簿。而備後日之證據者。極爲重要。不得任於各人之自由。身分簿之設。卽以此也。歐洲各國。有身分簿。而無戶籍簿。蓋彼乃行個人制度。於法律上。有住所而無家。有親族而無家族。故必有身分登記。而不必有戶籍。日本則身分簿。戶籍簿。皆有之。蓋乃和合個人制度與家族制度者。誠以二千年來。以家族制度爲立國之基。此舊慣未得遽廢故耳。故身分簿之外。又有戶籍簿。戶籍簿者。卽證明家之所以成立之公簿。家之云者。非家屋之謂。乃因連結人與其所屬之場所。之法律上觀念也。其戶籍所存

東西制度
之差異

立之處。謂之屬籍。屬籍者。對於寄留之稱。即本籍也。故戶籍者。乃明家之成立。而以定人之屬籍。爲目的者也。故戶籍不僅以之證明身分權。實以明公法上之關係爲主。蓋凡定國家及地方行政區劃之管轄。行選舉之權利。任兵役之義務等。所用以示其標準者。皆由於戶籍簿也。

關於財產權之證據。或由書證。或由人證。證書。則有公書私書之別。公書。又有官廳之記錄及公正證書之別。公正證書者。謂公吏（公證人執達吏等）受當事者之委託。從法定之條件及方式。而作者也。私書。亦分爲有蓋印署名及無之者二種。其效力亦有輕重。人證。則分爲當事者之證言。及第三者之證言。凡一切證據之種類效力。及其提出之方法等。皆於訴訟法規定之。



法學通論

第二卷

各論

第一編 憲法

憲法。有實質上形式上二意義。由實質上言之。則憲法者。規定國家組織。及主權活動之法律也。故憲法。為國家之根本大法。苟有國家。則必有憲法。特依其政體而異其運用耳。然此有國家即有憲法云者。此憲法之語。乃以最廣義用之。與普通之限於立憲國之憲法而言者。其趣大異。普通所謂憲法者。則為認國民參政權之國家組織。及國權活動之條規也。雖然。由實質上解憲法。其範圍蓋甚漠而難定。蓋所謂規定國家組織及國權活動之條規者。固不得不於一切之法令中求之。若夫以形式上言。則專指成文憲法(即憲法)故所謂憲法之意義。亦極明瞭。如日本明治二十二年所發布之憲法法典。即憲法也。他如皇室典範。議院法。選舉法。及其他法律等。雖亦存有憲法實質之條規。然不得謂之憲法。如彼英國憲法

之以歷代之舊慣、與錯雜之單行法令。綜合而成。而非有一定之成文法者。就英國言。則不能不謂其有實質上憲法。而無形式上憲法矣。

第一章 天皇

天皇之位
置

就日本憲法言。其為國家統治主體之職分者。蓋歸於萬世一系之皇位。踐其皇位而總攬統治權者。則為天皇。其皇位。以皇男子孫繼承之。皇女踐祚。則所不認。若天皇有未達成年、或以久互故障。而不能親行統治權者。則置攝政。攝政者。以天皇之名。行統治權之全部者也。

天皇之大
權

憲法上所謂天皇之大權者。謂其統治權之實行。特屬於天皇之親裁者也。其關於立法權者。則如帝國議會之召集、開會、閉會、停會、解散、及法律裁可之權。是。其關於施政權者。則如發各種命令、定官制、任免文武官、統帥陸海軍、宣戰、媾和、締結條約、及授與爵位勳章之權。是。其關於司法權者。則如大赦、特赦、減刑、及命復權之權。是。雖然、天皇之行統治權也。必當由於一定之形式。其形式有二。(一)依於憲法之條規。(二)凡法律命令及其

天皇之特權

他、關於國務之詔勅。須國務大臣、副署之。故天皇之行爲。其有不依憲法之條規者。則於憲法上爲無效。其無國務大臣副署者。亦無效。天皇者。國家之元首也。欲保其元首之位置。則必使之有其特權。此特權有四、(一)天皇無責任。故無論政治上、刑事上、民事上、皆不得有所累之。(二)天皇神聖不可犯。故天皇之生命、身體、自由。於刑法上加以特殊之保護。有干犯之者。或主使干犯之者。則以大逆無道論。(三)天皇受特殊之尊稱。故當稱以陛下。而不得直呼其名。若有失敬禮者。則刑法視爲犯罪。(四)天皇受特定之皇室費。故國家一切費用。每年皆必經議會協贊。且議會得存廢增減之。獨皇室費。則國庫以爲至重之義務而支出之。不許議會容喙其間。

臣民之位

第一章 臣民之權利義務

臣民、於法律上之位置。總論已詳述之。茲略說隨於臣民資格之憲法上之權利及其義務。夫國境權之所及。不問爲外國人爲日本人。皆當服從

於本國統治權之下。固矣。雖然、外國人者。以國境之關係而被統治者也。日本人者。以國籍而被統治者也。憲法所謂日本臣民之權利及義務云者。即依此國籍而生。外國人不得享有此權利。亦不負擔此義務。

第一 臣民之權利

臣民之權利

主權之爲物。非全能無限。前既論之。夫國家之權力。其當較優於一個人之權利者。此固由於國家之性質目的而然。但國家若於一個人之權利。濫爲壓制。則又與其性質目的相反。故今立憲國之憲法。其規定臣民之權利。而於國家與臣民之間。必明其權力之限界。亦職是耳。雖然、若照嚴正之法理論之。則當謂臣民對於國家。僅有服從之義務。而不能以權利爲反抗。蓋憲法上所稱爲臣民之權利者。由其性質考之。更由其制度所淵源之英國。就其權利法典之沿革考之。蓋皆非正面的規定臣民之權利。而當解爲裏面的指示統法權之制限者也。日本憲法。以爲臣民之權利而保護之者。(一)信教之自由。(二)出版之自由。

臣民之權利者示統治權之範圍者也

(三)集會結社之自由。(四)請願之自由。(五)得任文武官及其他就公務之權利。(六)受公平裁判之權利。(七)私權上之擔保。是也。其私權上之擔保。又細別之。爲人身自由。信書祕密。居住移轉自由。住所不可侵。所有權不可侵。數種。凡此權利及自由等。皆不得以政府之權力。而濫爲傷害抑束之。政府僅得以法律或依法律之委任。而設以必要之制限。若政府官吏。有超其制限。而爲專恣之行爲者。則法律上必負一定之責任。

第二 臣民之義務

臣民對於國家之法律上關係。乃權力上之關係也。蓋國家有命令之權力。臣民則負服從之義務。然其服從義務。有消極的積極的二種。消極的義務者。卽不違背國法之義務。雖外國人在日本國內者。亦同一負擔之。至若日本臣民。則於消極的義務之外。更當從國法所定。進而於積極的盡其特殊之義務。凡憲法上所稱爲臣民之義務者。卽指此臣民所特有之積極的義務也。

日本憲法所規定臣民之義務。即兵役及納稅是也。兵役。即服軍隊之役。所以保護國家之生存獨立。乃屬於臣民之職分。而一般負擔之。與中古以來。武門政治之世。所謂兵農分職者。大異。納稅。亦爲臣民一般之義務。其租稅。乃國家以權力徵求其臣民財產之一部分。而以之充其支辦公費者。如臣民之保護費報酬等。有出於法理之關係。而供與之者。又有不同。他若服役年限。徵募方法。租稅之種目。收稅之條件。定率。及違背此等規則之制裁等。亦皆一依於法律所定。

第三章 統治之機關

統治之機關者。謂當天皇行使統治權時。受其委任。而輔翼統治權之作用者也。其立法上之機關。則帝國議會。施政上之機關。則政府。其特關於司法者。則裁判所。

第一 帝國議會

議會、在各國憲法。概皆以上下兩院成之。上院。或依貴族院之制。集國之

統治之機關

第一帝國議會
議會之組織

選舉及互選

議會之職權

實質上之職權

貴紳爲議員。或依元老院之制。以國之元勳俊士特任之。下院則皆以人民所選出之代表者。爲議員。日本憲法。帝國議會。乃合貴族院。衆議院。而成立。貴族院者。依貴族院令所定。以皇族。華族。勅選議員。及多額納稅者。中所互選者。爲議員而組織之。衆議院者。依選舉法所定。以人民所選舉者。爲議員而組織之。選舉。乃國法上之一公權。凡具一定之資格者。投票而選出其具一定資格之人。之能力也。然於一方。則又得謂爲臣民於國家所應盡之義務。凡選舉及被選舉所須之資格。一依選舉法所定。互選。亦選舉之一種。但其選舉人與其被選舉人。有同一之資格。而屬於同一之範圍者耳。故特稱之爲互選。

帝國議會之職權。得區別爲實質上形式上二種。實質上之職權者。謂議會之議決。直接及其影響於統治權之作用者也。形式上之職權者。謂議會以全其憲法上之職分而行者。非直接爲統治權運用之條件者也。

(二) 實質上之職權。帝國議會實質上之職權者。卽立法及豫算是也。

議會以有參與立法之職權。故得提出法律案及議決之。以有參與調製豫算之職權。故得議定豫算。雖然、豫算案與法律案異也。蓋政府提出之。而衆議院先議定之者。且豫算非法律亦非命令。特豫定國家每會計年度之收入支出者耳。他國憲法。其豫算有具法律之形式者。日本憲法。則其規定之精神。與之各異。

發表議會
意思之形
式

帝國議會、乃兩院各別開議。以其議決之一致者。爲帝國議會之意思。而發表之於外部者也。發表其議決之形式。或謂之協贊。或謂之承諾。協贊者。蓋對於國法上未生效力者。之意思之決定也。承諾者。則對於國法上已有效者。之意思之決定也。故由法理言之。其在協贊。則無所謂否決。惟在承諾。始有之。但於議院內部之議事手續。則二者皆有可否之議決。此又不俟言矣。

形式上之
職權

(二) 形式上之職權。帝國議會形式上之職權者。即得上奏及建議。是也。上奏與建議。其性質無異。惟對於天皇者。則謂之上奏。對於政府者。則

議會內部
之職權

議會之召
集開會閉
會停會解
散

謂之建議耳。又議會得受請願得爲質問。此亦爲形式上之職權。此所述議會之職權。不問其爲實質上爲形式上。皆議會於政治上所有之者也。此外更有所謂內部之職權者。卽其各局部。因行其政治上職權（卽外部職權）所必要之議事秩序及其手續等職權之總稱。此內部職權則兩院議長行使之。議會之召集開會閉會停會解散。皆屬於天皇之大權。召集者對於議員各個特別之命令也。故雖謂爲召集議會。於法理上。則非召集議會。蓋召集議員。而議會從而成立耳。開會者謂承認議會成立之行為。卽定議會得行其職權之時期者也。故雖有召集而未開會之間。則議會仍不得行其職權。停會者謂停止議會之議事。閉會者謂其議事全歸廢止。而會期告終也。停會之與閉會異者。蓋停會以後之議事。乃繼續其以前所議者也。若議員自停止議事。則爲休會。非停會。解散者。乃對於衆議員資格之處分。謂短縮其任期之行為也。但衆議院未成立以前。則不能解散之。故

無議會之召集。則自無遵命衆議院解散之理。

第二政府

政府之地位及組織

第二 政府

政府爲施政之機關。乃受天皇之委任。而執行行政務者也。議會之議決。只有內部之效力。其對於外部（即臣民）之效力則無之。至若政府之行爲。則代表天皇。對於外部。執行命令。此即立法機關與行政機關之所以別也。政府者。非僅指內閣大臣之議會。乃關於行政上官廳之組織全體之名稱也。其組織。或由合議制而成。或由單獨制而成。所謂官制者。即定其組織之謂。此蓋屬於天皇之大權者。政府職權之細目。當歸之行政法範圍內。茲但以憲法上之職權視之可也。其憲法上之職權者。其主者即國務大臣所任者。大臣者。蓋關於國家之一切政務。輔弼天皇。而任其責者也。此外更有爲至高之咨問機關者。則即樞密顧問是。

第三裁判所

第三 裁判所

裁判所者。於現行法上。則除所謂判決民事刑事訴訟之官廳之外。不得

更下以他之定義。然若以廣義言政府。則裁判所固亦為施政機關之一種。故可以包含於所謂政府之中也。惟以欲保裁判公平之故。使裁判官不至因受行政權之威力。或人民之強迫。而有所左右。故在立憲國。則特以爲司法機關。使之與他機關相對立。故雖憲法亦特規定爲裁判所之組織。以法律定之。蓋卽裁判所構成法是也。此職權之細目。茲不詳述。至其定於憲法之職權。卽依於法律。而以天皇之名。適用法律者也。雖然。若依裁判所構成法。則裁判所者。凡民事刑事之事件外。固不得有裁判權。故雖爲適用法律。而此外之訴訟。則其職務。乃屬於他機關。裁判所毫不得干預之。例如行政訴訟是已。

第四章 統治權之形式

統治權之作用。蓋由於兩形式上見之。(一)設法律及命令也。(二)爲處分也。夫處分之爲物。其主者乃屬於行政行爲。故其性質。當於行政法上論之。茲當但就法律及命令一言其概。然何謂法律。及制定法律之憲法上之

命令之性質

手續。總論中亦已詳之矣。故只言命令之爲何。如下。命令者。天皇、不經帝國議會協贊。所親發或使發之之法規也。故命令。有天皇以大權親發之者。此命令。即勅令。有天皇委任之國務大臣以下之機關。而使發之者。此命令。則依其發之之機關。而其名稱各異。有閣令、省令、府令、縣令等。總稱之。則曰行政命令。蓋所以區別於屬於天皇之大權者也。他若命令權之作用。在日本憲法中。則可別爲四種如下。

命令之種類
第一獨立命令

第一 獨立命令

獨立命令者。以增進公益之目的。於法律範圍內。得自由活動之施政權之形式也。蓋非因執行法律。亦非依於法律之委任。乃對於法律而獨立之施政權全權之命令也。此蓋爲日本憲法上之特例。他若歐洲各國。則惟索遜憲法認之。此外皆無所謂獨立命令權者。

第二執行命令

第二 執行命令

執行命令者。因達法律之目的。而定其於實施一切規定於法律之大綱。

第三委任命令

所必要之、細則者也。此命令之與獨立命令異者。蓋其存立及效力。必先有他之格段之法律而始生。其存立乃與法律共之。凡非法律所預定之準則。則不得揭之也。

第三 委任命令

委任命令者。蓋依於法律之委任。命令其屬其規定範圍內之事項。以之而規定者之謂。蓋執行命令。乃出於任實施法律之政府。所當然之職分。委任命令。則出於於法律之特有所委任者。故委任命令。苟不越其委任範圍。則得改正變更法律。此與本來之法律。毫無所異。

第四緊急命令

第四 緊急命令

緊急命令者。國家有必須緊急時。得獨以天皇之大權而發之者也。在其有效期間之內。可以變更法律之效力。或中止之。然至次期之議會。則政府必須提出之。非經議會承諾。則於將來不能成立。故凡發緊急命令。必有一定之條件。一爲保持公共之安全所必要者。二當緊急之時。不能待

議會開會者。三於次期議會提出之。而求其承諾。是也。然其承諾。非溯其既往也。乃判定其於將來之效力耳。故其承諾之理由。全屬於議會之自由。得不別設條件。而否決之。然議會無修正而承諾之之權。只能於承諾與否之間。二者擇其一也。

行政之意義

廣義之行政法及狹義之行政法

以人格論爲本之行政法

第一編 行政法

何謂行政法。學者亦未有定見。或以廣義解之。謂於行政機關之組織、權限、並行政機關與一個人間之關係。其所規定之法、規之、總稱也。或以狹義解之。謂只限於行政機關與一個人間之關係。所規定之法、規也。蓋行政法者。從未有若憲法、刑法、民法、商法等。以爲法典而編制之者。故其範圍雖未有明確者。此亦無法焉耳。然從來學者之言法律也。概以各國之成法爲本。而發其理論。故除屬於憲法及其他法典之法律各部外。凡關於行政之法、規。則知其皆當歸之所謂行政法汎稱之下。

近法國學者。有以人格論爲根據。而樹立行政法上之人格。而謂行政法者。關於行政、法人之組織。及權利之享有、行使之法、規也者。其所謂行政法人云者。乃享有行政權之全部或一部分者。如國家、地方團體、及公共組合等是也。夫此種考究之法。蓋以行政法之材料。從羅馬法之綱目而編次之。是固極新俊者矣。雖然。茲乃通論法學。故議論必求明簡。不暇就

行政事務
者何歟

各學說一一檢之。故以其淺顯而言。則凡可以爲行政事務準則之法規者。皆屬行政法。行政事務者。謂各省大臣以下之行政機關。受天皇之委任而施設之事務也。其屬於天皇大權之行爲。及屬於帝國議會及裁判所之職務之行爲。皆不含之。蓋屬於天皇大權之行爲者。乃天皇親裁之行爲。而非行政機關之事務。屬於帝國議會及裁判所之行爲者。乃憲法及特別法所規定。與行政機關無涉者也。然即係天皇親裁之行爲。若以委任之行政機關。則爲行政。又帝國議會及裁判所之行爲。其實質又非無與行政同者。故所謂行政事務爲何。不能於實質求之。而當就形式上言也。蓋凡爲行政機關之職務。而應執行之者。不問其實質如何。皆以之爲行政事務可矣。

第一章 行政行爲

行政行爲者。行政機關。於法律命令之範圍內。而行之行爲也。得由於實

行政行爲
之分類

質上與形式上觀察之。

由實質上觀察行政行為，則分爲權力行為及權利行為二種。權力行為者，行政機關代表爲公法人之國家或自治團體而行者也。有命令拘束之性質。一個人對之。當只負服從義務。例如發行行政命令或爲處分等。皆屬之。權利行為則不然。乃行政機關代表爲私法人之國家或自治團體而行者。與一個人同立於平等地位。而惹起合意之關係。例如公有財產之拂下、或貸渡、工事請負、物品供給等。凡結此契約者屬之。故此二者。雖皆爲行政上之行為。然其法律之適用。則大異。蓋權力行為者。受行政法之支配。權利行為者。則依民法之通則而解釋之。特其手續規定於行政法耳。

權力行為
之形式

屬於權力行為之行政行為。更由形式上觀察之。得大別爲行政命令及行政處分二種。

一行政命令

(一) 行政命令。行政命令者。行政機關依職權。或依特別之委任。而發

之法規也。其因執行法律勅令而發者，則爲執行命令。其於法律勅令範圍內，因公共之需要而發者，則爲補充命令。然其不得違反於法律命令則一。日本現行制度，其屬於行政命令者，有數種。閣令、省令、府令、縣令、廳令、郡令、島廳令。是也。閣令。內閣總理大臣發之。省令。各省大臣發之。府縣令。府縣知事發之。廳令。北海道廳長官、警視總監發之。郡令。郡長發之。島廳令。島司發之。此外，更有於特別制度之下，如臺灣總督府發總督府令者。是也。

自治團體
之行政命令

自治團體。所發行政上一般之規則。通常雖不稱之爲命令。而其性質。與命令則同。雖然，非一切自治團體。皆有發命令之權也。日本現行制度。則惟市町村有其權限。市町村因處理其公務。得設爲條例及規則。條例者。定市町村住民之權利義務之事項也。規則者。定管理及使用市町村營造物之事項也。要之是皆市町村以自治權所定之行政上之命令也。

(二) 行政處分。行政處分者。對於特定之處。行政上之特定之行爲也。

行政處分

其與命令異者。蓋命令乃想像普通一般之事項。處分則對於特定之處。而惹起其想像之結果耳。雖然處分者亦不必僅執行法律命令也。凡於法律命令之範圍內。行政官廳亦不可不以其職權為臨機處分。以保護公共之利益也。故行政處分之中。又別為執行處分及便宜處分。即以此耳。

行政處分之種類。其主要者(一)證明(二)裁決(三)命令或禁止(四)許可及認可。凡為登記及為身分證戶籍之證明等。則為第一類處分。訴願之裁決。則屬第二類處分。命令及禁止者。乃對一個人。就其特定之事項。而強制其行為或不行為之處分也。即如警察上之取締。則尤其常所行者。許可及認可者。皆為對於一個人之請求。而與以認容者也。然許可者。則為一般所禁止之行為。而於特定之一個人。與以行為之自由者也。認可者。則為一般之自由行為。而付以法律上之效力者也。

行政行為。以由於實行而始達其目的。然或有以機關之故意或過失。而

缺其實行者。或有以一私人不服從其行爲。而妨其實行者。故欲達行政行爲之目的。則必不可無強制方法。行政執行云者。即指此強制之方法也。雖然、強制機關之行政實行之義務者。則屬於行政內部關係。乃行政階級之結果而行者也。通常稱爲行政監督。以別於強制一私人之服從義務者。茲以便宜之故。但就其廣含有此二者。統言之。雖然、行政執行者。無論屬何意義。要皆爲於特定之處之特定之行爲。而屬於行政處分之種類者也。

行政監督

行政監督。其旨在於保其行政之統一。而正其規律。故行政機關。必依階級而相爲繫屬。其監督所行之方法。雖有種種。大別之。則(一)依於職權之監督。(二)依於服務規律之監督。(三)依於指令訓令之監督。是也。依於職權之監督者。不待下級官廳或第三者之申請。而上級官廳。自進而爲之。上級官廳。以其監督權之結果。若認其下級官廳之命令或處分。有違反於法律勅令或上級官廳之命令。而越其職權或反於公益者。則得停止。或

對於一私人之行政執行

一代執行

取消之。依於服務規律之監督者。乃與官吏其人之特別之界限相隨者。若有反其規律。則其官吏當受懲戒處分。指令訓令者。亦上級官廳。以其有監督權之結果而行者。雖然。依於職權之監督。則矯正於事後。指令訓令。則慎重於事前者也。指令者。待下級官廳。有請示時發之。訓令者。上官自進而發之。其以預先與以法律命令之解釋。或示以行政方針。為目的。則一也。下級官廳。雖有見解各異。而不以為然者。亦當執行。而不得拒之。行政執行之方法。其對於一私人而為之者。有三。曰代執行。執行罰。直接強制。

(一) 代執行。代執行者。一私人有特定之行為義務。而不為之者。行政官自為之。或使第三者為之。而向義務者徵收其費用之處分也。故凡為代執行者。必係行為義務。若不行為義務。則其性質上。本無所謂代執行矣。然行為義務。亦不必皆得為代執行也。凡代執行。雖係他人代而行之。亦必為不違其目的之行為乃可。例如應為掃除之義務。則何人代行之。

二執行罰

皆可。應為種痘之義務。則非他人所得代而行之矣。

(二) 執行罰。執行罰者。乃行為義務之不得為代執行者。或因強制不行為義務者。所科之一定過料之處分也。行為義務之不得為代執行者。已述如前。其違反於不行為義務者。例如有禁止通行之地而入之者。是此皆必不能使他人代行其義務者也。故凡強制其義務者。除直接強制之外。則皆屬於執行罰。

三直接強制

(三) 直接強制。直接強制者。謂不能依代執行及強制罰時。或有急迫之事時。直接強制以特定之行為或不行為之處分也。曰直接強制。故所以使之行其行為或不行為之義務者。乃係以腕力及其他威力。以命之。例如禁止通行之地。若有將入者。則妨止之。已入者。則引出之。又如因水災而隄防破壞時。命某人以應供出土砂木石等義務者。其人若不應之。則以強制而徵收其材料。是也。

第一章 行政組織

第一節 普通行政與地方行政之區別

普通行政者。乃互於全國一般之行政。國家直接使爲自己機關之官廳、施爲之者。故又曰國之行政。或曰官治行政。地方行政者。乃限於地方團體之區域者。地方團體自處理之。故又曰自治行政。雖然、地方行政之機關。同時卽爲自治機關。又爲國家機關。蓋以行政事務複雜。立法者欲調和機關之負擔。且不養冗員而得收事務之實績故也。然其地方行政之機關。其在執行普通行政時。則爲依於國家直接委任者。其於法律上之關係。與中央官廳自出張爲其行政者。無異。故普通行政。與地方行政之別。非以其機關之差異。乃其委任方法之各有不同耳。普通行政者。國家直接委任於自己之機關。或地方團體之機關。而使行之者也。地方行政。則國家直接委任於地方團體。而地方團體。又以之委任於自己之機關。而使行之者也。約言之。普通行政。卽依於國家之直接委任而行之。地方行政。則依於國家之間接委任而行之耳。

現行地方
行政制度
之發端

日本自市、町、村、制、府、縣、制、實施以後。普通行政。與地方行政之區別。始能明確。前此則僅有全國惟一之普通行政耳。雖亦有所謂府縣知事以下地方官之機關。然此特普通行政之機關。在於一定之地方區劃。而分其管轄者。有地方官之行政。而無地方團體之行政也。

第一節 普通行政組織

普通行政者。官廳所行之行政也。故當先明官廳之一般之性質。更論各官廳之組織。

第一官廳
及官吏

第一 官廳及官吏

官廳者。謂直接受天皇之委任。而行政務之機關之全體。於其官廳之事務。有任之之義務者。謂之官吏。官制即定其分配官廳政務之方法。任官即委任其政務於特定之人之行為。觀於前述者自明。雖然、任官之性質。至今猶為法律上之一疑議。茲更略說之。從來學者之論任官之性質也。或以為私法上之契約。或以為公法上之契約。或以為公法上之處分。私

任官之性
質

法契約說。乃由於歐洲中世封建制度而來者。固非今日之所可行。公法契約說。則較之稍有足觀者。然官吏之任命。固不必其雙方合意。國家得以其單、獨、之、意思。收用一個人以爲官吏也。但以通常恆不必強制之。故認一個人之自由意思耳。且公法契約說之意。蓋以官吏之任命。乃由於合意也。然人若一旦既受任命。則專負服從之義務。故其所謂合意者。卽其謂生公法上之關係之契約也。然則何不轉一語而以爲處分乎。余謂契約云者。乃生私法上之效果者也。於公法上。蓋無契約。故以官吏之任命爲公法上之處分者。其說最當。但觀於憲法上以任免官吏爲君主之大權。則此理更明矣。

凡被任用爲官吏者。有特別之位置。受特別之待遇。此之謂官吏之分限。蓋官吏以有此特別之分限。又應之而負特別之義務者也。故官吏之分限。當尊重之。不可使失之濫。此非僅爲官吏其人之利益。亦所以使之積練事務。得以收爲治之效也。日本從來制度。行政官。皆未能若司法官之

官吏之權利

有終身保其分限之權利。然自制定文官分限令以後。則官吏或轉或免之手續。已較前爲嚴。雖屬一般行政官。亦有分限上之權利矣。所謂官吏之權利者。廣而言之。則關其分限。及由其分限所生一切之待遇保護等。凡爲官吏所受之利益皆是。故官吏有保其分限之權利。并受俸給、恩給、等權利。無論矣。卽如有其位階、官等、勳記、以及受褒賞、賜暇、休養、等。亦皆得視爲官吏之權利也。但以嚴格而論。則官吏之權利者。乃限於官吏因保其一身上之利益。而有裁判上之保障者也。蓋日本國法。官吏一般有保其分限之權利。又如恩給等。亦明定其裁判上之保障。惟於俸給之權利。則有疑義。蓋如位階官等及其他之待遇保護。此甯爲出於保國家之威信。以完國權運用之旨。非所以構成官吏其人之權利。乃由國家法律上之地位。而生之當然之結果也。

官吏對其特別之分限。負特別義務。凡官吏服務規律所定。如忠順義務。服從義務。勤勉義務。修身慎行義務等。是也。官吏若有不盡此義務者。則

官吏之義務

官吏之懲
戒

第二普通
行政之機
關
普通行政
機關之配
置

受法律上一定之制裁。此之謂懲戒處分。蓋出於使之勵行其所委任之目的之一種制裁也。其最輕者爲譴責。罰俸。次之免官。則其極重者。日本現行法於此。有普通法、特別法之別。文官懲戒令者。普通法也。判事懲戒法。陸海軍懲罰令等。特別法也。

第二 普通行政之機關

普通行政之機關者。互於國家全局而組織之者也。其在各關機之最上級。而指揮命令他機關者。是爲中央官廳。散在各地。受中央官廳之指揮命令。而執行普通行政者。是爲地方官廳。依現行制度。中央官廳之行政。其主者各省大臣任之。會計檢查院、及行政裁判所。亦爲獨立之中央官廳。有特定之權限。但行政裁判之組織權限。當別與後之行政裁判相聯而言。茲省之。樞密院。乃參與於天皇大權之發動者。不得謂爲行政機關。乃與國務大臣相對。而負憲法上之職務者也。茲以欲明其組織權限之故。并說於此。

一各省大臣及內閣

(一) 各省大臣及內閣

各省大臣者。依天皇之委任。分掌國家行政之單獨制之機關也。省之云者。特其統督之官廳之名稱耳。以大臣一人。爲中央最高之行政機關之主任。總務長官以下等職員。則惟補助大臣之職務者也。各省大臣之職務。有憲法上者。有行政法上者。憲法上之職務。乃由輔弼國務之責任而生者。各省大臣。蓋別以國務大臣之資格行之。故嚴正言之。則惟其爲國務大臣。始有憲法上之職務。若爲各省大臣。則只有行政上之職務矣。至其行政上之職務。蓋於法律勅令之範圍內。爲各種之命令處分。統督所部官吏。且於其主任之事務。則指揮命令地方官廳。發指令訓令。并行其他必要之監督權。是也。

中央行政
之類別

中央官廳之行政。得分爲內務。外務。軍務。司法。財務五種。內務行政。以關於民籍、警察、教育、衛生、交通、及農工商業等事務爲主。外務行政。以關於締結國際條約、遣公使領事、并應接等事務爲主。軍務行政。掌關於陸海

軍之事務。司法行政。掌關於不依於訴訟手續之裁判所事務。及恩赦復權等事項。財務行政。掌整理歲出入、鑄造貨幣、徵收租稅、募集國債、及償還之等事務。數者之中。惟內務行政。其所管轄極廣。故其事務煩雜。亦獨甚。故實際恆使數特別之官廳。分掌之。今日本官制。教育之事。則文部大臣任之。農工商業之事。則農商務大臣任之。鐵道郵便電信等。一切關於遞信之事。則遞信大臣任之。內閣者。以保行政之統一。或議一切重要之行政事務。而設之合議制之機關也。與各省大臣之單獨制機關異。然各省大臣。同時亦為國務大臣。而為組織內閣之一員。故不得以內閣總理大臣。視為位於各省大臣之上。而為其監督之官廳也。內閣總理大臣。亦國務大臣之一。其與各省大臣異者。特不為特別之行政耳。蓋為大臣會議之長。而非為他大臣之監督者也。雖然、內閣總理大臣之職務。亦非無其特別之行政也。現行制度。內閣所屬之官廳蓋不少。如賞勳局、法制局、恩給局、官報局等。皆是。內閣

總理大臣。蓋統督此各局。而行特別之行政者也。

二 樞密院

(二) 樞密院

樞密院者。中央官廳之編制上。與國務大臣相對。而任最高顧問之職務者也。以依於一定之條件、所親任之樞密顧問。組織之。至若各大臣。則其職權上。當然有樞密顧問之地位。樞密院之職權。蓋非對於外部而行政務。乃應天皇之咨問。審議重要之國務者。然其審議與議會之議決者。又異。但奏白其意見耳。且必天皇有咨問時。始得會議。樞密院不得自提案而發議也。且其意見之取舍。則一聽天皇之親裁。

三 會計檢查院

(三) 會計檢查院

會計檢查院。為中央官廳之一。對於國務大臣。有獨立之地位。且直隸於天皇。有監督會計之職權。政府當按照憲法所命。而提出決算於議會時。必須附以檢查院之檢查報告。蓋國家會計。雖為依於豫算而定之者。然政府執行豫算之際。不必與豫算適合。難保無違反於法律勅令者。故於

議會之立法監督之外。更使會計檢查院。爲行政上之監督也。且會計檢查院。又得以其職權。判決出納官吏之責任。出納官吏者。卽會計官吏。任現金或物品之出納者也。其受支拂命令官(各省大臣任之)之命令。而爲出納時。若有由故意或過失。而致國庫有損害者。則當從檢查院之判決。而辨償之。

(四) 地方官廳

地方官廳者。在於國家之各行政區劃。掌管其區劃內之普通行政者也。於其區劃之內。爲命令處分者。則其固有之職權也。其受各省大臣之監督。而執行其命令者。則其爲下級官廳之職分也。現行制度。府。縣。知事。卽爲地方官之主。各府縣置知事一人。以書記官、警部長、等官吏。補助之。其北海道。則置北海道廳長官。東京府。則置警視總監。此蓋爲縣之特例也。各郡。置郡長一人。使受府縣知事之指揮監督。而行其管內之事務。其在以勅令指定之島嶼。則置島司。此亦郡之特例也。

於臺灣特別之制度

臺。灣。總。督。在官制上。甚似地方官之一種。然臺灣者。乃以特別制度統治之新領土。不得以爲地方區劃之一也。且臺灣總督之職權。亦不僅行政上。殆爲有統治之全權者。故亦不得如北海道廳長官等。視爲府縣知事之特例也。

第二節 地方行政組織

在現行法中。可以稱爲地方團體者。卽府縣市町村是也。此等團體。依於土地區劃。而自然成其階級。府縣其最高者。郡次之。市町村最下。但市雖與郡並立。在於同等地位。然更無下級團體爲其組織之元素者。此則甚似町村。故其法律上之性質。與郡異。而與町村同也。雖然、府縣及郡。皆無完全之自治權。而市町村則有之。此其於現行法之大別也。

第一市町村之元素

第一 市町村

市町村。以土地及住民二元素。組織之。土地之區域者。蓋卽所以示市町村行政所及之範圍也。必依法律而定。不得隨意變更之。住民者。卽住居

市町村之機關

其土地之人民。然不必爲有本籍者也。住民。有普通住民及公民之別。公民者。乃有任市町村公務之特別權利義務者。蓋與普通住民異。凡於法律上。不具一定之條件者。則不得取得公民籍。

市町村之財政

市町村之機關者。卽市町村會。市參事會。町村長是也。其代表市町村。而有對於外部之職權者。則市參事會。町村長也。至若市町村會。則爲由選舉而成立之議事機關。不得對於外部代表市町村。其職權。蓋於法律命令範圍內。議決市町村一切事項。然執行其議決者。則屬於市參事會。町村長之任。故市之理事機關。乃合議制之機關。而市長爲其會長。町村理事之機關。則單獨制之機關。而町村長專任之。

市町村者。以其固有之財產。充團體之行政費用者也。故市町村。不可不有一定之財源。其財源。(一)基本財產。(卽由不動產積立金穀等而成之財產)。(二)一切之雜收入。(三)市町村稅。是也。其支出方法。則先以基本財產之收入及一切雜收入。充之。更不足者。則徵收租稅。凡市町村稅。或有以爲

國、稅、府、縣、稅、之、附、加、稅、徵、收、之、或、有、以、爲、特、別、稅、徵、收、之、此、外、則、市、町、村、於、必、不、得、已、時、或、有、永、久、之、利、益、時、依、市、町、村、會、之、議、決、受、中、央、政、府、認、可、更、得、募、集、公、債、。

第二郡

第二 郡

郡者。於不施市制之地方。由一定之町村而成立者也。故郡之原素。乃爲町、村、之、法、人。非如市町村。有其直接原素之土地住民也。郡之機關。以郡會、郡參事會及郡長爲之。郡會。與市町村會同。以選舉成之。郡內町村之公民。有其選舉權及被選舉權。郡會之權限。雖在於議決郡之行政。然其範圍被限定。不得如市町村會之有概括的權限也。又郡參事會者。乃介立於郡會及郡長間之一種議事機關。非如市參事會之合議的理事機關也。郡之費用。以其固有財產之收入及其他收入充之。此外更得徵收郡費充之。但市町村稅。乃直接賦課於其住民者。郡費。則賦課於郡所組成之各町村。其課稅方法。所以不同者。以其團體之原素各異故耳。然郡

得以一定之條件起公債。則與市町村同。

第三 府。縣。

府縣。合郡及島嶼而組織之。故其組成之元素。與郡相似。亦非如市町村之直接有土地及住民也。府縣之機關。以府、縣、會、府、縣、參事會、及府、縣、知事、爲之。其組織、選舉、權限。與規定於郡制者同。府縣亦以其固有財產之收入。及其他收入。充行政上之費用。此外更得徵收府、縣、稅。然府縣稅者。其原則。乃直接賦課於府縣內之市町村住民者。非如郡費之直接賦課於其團體之元素者也。蓋與市町村稅之賦課方法。有相似者。府縣。亦得備一定之條件。而募集公債。與郡市町村皆同。

第四節 特別行政組織

特別行政組織者。即公共組合之組織。其稱爲特別行政者。蓋於普通行政及地方行政之外。有特別之性質故耳。公共組合。有公法上之人格。得行公共事務之一部分。與國家或地方團體無異。然其事務。爲特定。其組

公共組合
之成立及
其效力

織之元素。惟組合員。而無土地區劃。此二點。則與國家及地方團體不同。夫社會凡百事業。非發達一人之創意力。而并同時獎勵共同事業之擴張者。則其事業之結果。必不能遠大。故近世文明各國。既保護個人的勞力之自由。即同時亦極力保護共同組合之設立。其保護共同組合方法有二。曰私法上之作用。曰公法上之作用。私法上之作用者。即如設會社法。是也。公法上之作用者。即如設特別行政組織法。是也。

日本之公
共組合制
度

日本特別行政之組織。雖未十分發達。然依於現行法考之。其公共組合蓋有二種。一曰國家以強制的設立者。例如豫防水害之組合。是一曰依關係人民之申立而設立者。例如普通水利組合。及商業會議所。是。凡此組合。皆於固有之財產能力之外。因其公共之目的。對於組合員。得行使強制權。而為公法人者也。而其所以為自治團體者。即在此。然國家於其與自己利害之關係。則亦不可忽之。以此之故。其以適當方法。監督此等組合之行爲者。與其於地方團體。則又各異其趣。

第三章 行政裁判

歐洲大陸各國之有行政裁判也。蓋實本於歷史上之原因。其意以不使行政權屈服於司法權之下也。凡所謂學理上之理由者。特後之學者所附會者耳。然方今各立憲國。於行政訴訟。則固莫不一律認之。雖其制度各有不同。而其異者。不在行政訴訟之本質。而在其審理機關之組織如何耳。蓋其機關之組織。概因於各國固有之歷史。與其政治之實際而成。雖不能精密而分類之。而要不出於使行政官任行政訴訟之審理者。及使司法裁判兼掌之者。或特設置獨立裁判所者。三種。日本現今之行政裁判所。乃本於憲法所定。於明治二十三年。始創設之。其在憲法以前。則其行政訴訟。專委之司法官。使申稟太政官而後裁判之耳。至現行之行政裁判所法。始採獨立機關之組織。其裁判權限。與司法裁判權。遂全相分離。且日本行政裁判所。乃全國惟一之裁判機關。如普法各國。設有數級之機關者。則又不同。蓋亦參考勝國之制度者也。

第一節 行政訴訟

行政訴訟
之性質及
提起之條
件

行政訴訟者因行政官廳之違法處分而被傷害權利者提起之訴訟也。故提起行政訴訟之必要條件有三。(一)爲行政官廳之所處分。(二)其處分爲違法者。(三)權利被傷害者是也。惟爲行政官廳之處分。故其訴訟之目的必爲行政處分。若對於命令則不得起行政訴訟。惟爲違法。故其行政處分必爲違反法律命令或越其職權者。然違法處分亦不必盡皆害及臣民之權利也。若非傷害權利則雖有違法處分亦不得提起行政訴訟。權利之傷害云者。謂一個人不僅其利益被傷害。且其享有之既得權利亦被毀損也。

行政裁判
所之權限

現行制度。非謂凡一切之違法處分皆爲行政訴訟之原因也。其可得提起行政訴訟者。除法律命令。有特別規定外。限於明治二十三年法律第百六號所列舉者。乃可。故行政裁判之權限。非概括的。乃不能出於列舉事件之外者也。其列舉者有五。(一)除海關稅外。凡關賦課租稅及手數料

行政裁判
所與通常
裁判所之
關係

之事件。(二)關、租、稅、滯、納、處、分、之、事、件。(三)關、營、業、免、許、之、拒、否、及、取、消、之、事、件。(四)關、水、利、及、土、木、之、事、件。(五)關、查、定、土、地、官、民、有、區、分、之、事、件。是也。然即係此等事件。及其他於法律命令有特別規定之事件。凡屬損害賠償之訴。行政裁判所亦不受理之。蓋其損害賠償。雖由於行政處分而生。而從民法之原則。則當訴於通常裁判所者也。

通常裁判所。與行政裁判所。各有獨立之裁判權限。通常云者。非對於行政裁判所而言。乃與他之特別裁判所相對稱者也。例如軍法會議、領事廳、等。皆是。故通常裁判所與行政裁判所之關係。乃全相異者。在通常裁判所。則以審判民事、刑事之訴訟。為其權限。在行政裁判所。則特以法律使之屬其管轄者。例如衆議院議員之當選訴訟之外。不得審判之。故現行法。凡因行政官廳之違法處分。而權利被傷害者。不得訴於行政裁判所。然則在司法裁判所。亦自有不得向之而訴之者。從可知矣。

第四節 訴願

訴願之性質及範圍

訴願與行政裁判同。皆為因監督行政而為之之一種制度。然其目的。則不在於回復權利之傷害。乃因行政處分而一個人利益有被害時。或就其處分而有利害之關係時。則於所為其處分之官廳之直接上級官廳。提出之者也。然訴願亦為於法律勅令有特別規定外。限於法律所列舉者。始得提出之。此與行政訴訟同。此所謂直接上級官廳云者。即指監督官廳。但若係各省大臣之處分者。則無更在其上級者。是當即訴願於為其處分之大臣。

訴願與請願之關係

訴願之外。又有所謂請願者。與訴願并行之。蓋訴願者。特為關於行政處分。以一個人之利害為本。而起之者耳。請願。則不必限於行政事項。即屬立法司法之事項。亦得呈出之。又不必其有一個人之利害關係。即屬一般之利害。亦得呈出之。然其提出。雖屬自由。而受其訴願者。於法律上。則無與以一定之裁決之義務。

行政訴訟與訴願之

在現行法。行政訴訟與訴願。其性質。以不并立為原則。故凡為訴願之人。

差異并關係

就其事件。不得爲行政訴訟。又凡訴願於其已經最終裁決（即各省大臣之裁決）之事件。對其裁決。不得出訴於行政裁判所。蓋訴訟者。於權利傷害時。提起於獨立之裁判所。是也。訴願者。則於利益毀損時。經由所爲處分之行政官廳。而提起於直接上級官廳者也。訴訟者。對於行政官廳。生原被告之關係者也。訴願則否。其關於地方行政者。則必先訴願於地方上級廳之後。始得出訴於行政裁判所。然不得謂地方行政廳。爲行政裁判所之初審也。但其關於地方行政之訴訟。則以訴願於地方上級廳而後提起之。爲條件耳。

第四章 權限爭議

權限者。即依於法律或勅令所委任之職務之範圍之謂。一切機關。皆當於其職務之範圍內。而爲運動。若有因故意或過失。而踰其範圍者。則爲越權之行爲。法律上即生有一定之責任。雖然。其獨立權限之官廳。非有惡意或過失。而特其解釋各自之權限。有所相異。因而其間生權限衝突

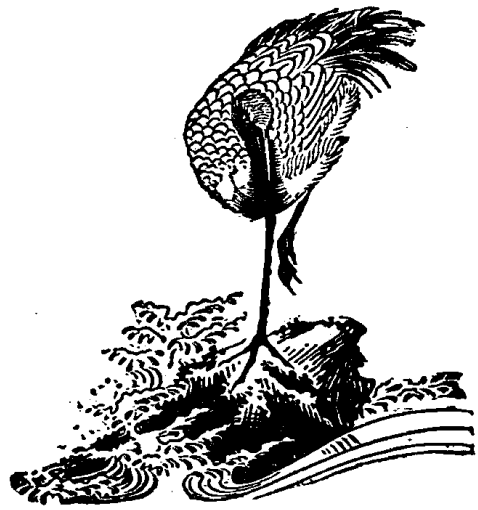
權限爭議
之意義及
種類

者。此之謂權限爭議。其有二官廳。於同一事件。各自主張爲屬於己之權限者。是曰積極的爭議。又有二官廳。於同一事件。各自主張爲不屬於己之權限者。是曰消極的爭議。在歐洲各國。概組織有特別機關。以裁判此二種之權限爭議。所謂權限爭議。裁判所是也。在日本。則尙未特設之。惟於行政裁判所。與司法裁判所。有權限爭議時。則迄於設置權限裁判所之前。使樞密院裁定之。故於現行法之解釋上。則關於權限爭議之裁判。尙不能示其一定之手續。

職權爭議
與權限爭議

廣言權限爭議時。則含有職權爭議。與權限爭議二種。職權爭議者。同種類之官廳間。互爭其職務上之權限之謂也。權限爭議者。異種類之官廳間。互爭其職務上之權限之謂也。職權爭議。又分爲二。(一)起於在同一監督下之二以上之官廳間者。(二)起於異監督之官廳間者。前者。則上級官廳。以其監督權。裁決其職權爭議。後者。則其監督權不一。故以有保行政統一之職分之內閣。裁決之。此蓋現行制度之精神也。權限爭議。亦分爲

三。(一)司法裁判所與行政裁判所間之爭議。(二)司法裁判所與行政官廳間之爭議。(三)行政裁判所與行政官廳間之爭議。凡此皆當設特別之權限爭議裁判所使審理之。



第三編 刑法

刑法之意義

刑罰權之基礎

刑法。亦有實質上形式上兩意義。形式上刑法。即刑法法典是也。實質上刑法。即總稱凡可以害國家安甯秩序之所爲（即犯罪）定其所科刑罰之法律是也。質言之。則凡定犯罪與刑法之條目之法律。皆爲刑法。夫一國之要。莫急於維持安甯秩序。凡一定之人類。相集而服從於一定之政權之下者。則必不能不設爲刑罰之法。以鞏固其團體。而刑法之目的。蓋專在於應其急務。故各種法律中。惟刑法發達最早。雖謂古代法律。悉刑法也。蓋非過論矣。

刑罰權之基礎。學者論之甚多。茲不及一一評騭之。蓋統觀於古今學說之沿革。常與其時代之風俗人情。有相關係者。刑罰亦然。故在祭與政一致之世。則認爲神罰。在人智尙淺。而不能洞見於直接利害之外時。則認爲所以爲被害者報讎之具。迨其後。則或謂基於社會之利益者。或謂因於正當之防衛者。或謂出於道德之理想者。余則謂凡此諸說。就其一方。

則皆甚當。且亦不必不相容也。故余但謂刑罰者。維持國家安甯秩序之條件。常適於國家之利害。而求為由其所必要。且合於正義者也。

第一章 犯罪

犯罪之定義

犯罪之定義。今欲正確下之。則所甚難。若就其形式言。則犯罪者。即該當於刑法所設罰條之所為也。故如何所為。乃構成犯罪。必一依法律之條文而決。若就其實質言。則自古迄無定說。與論刑罰權之基礎者同。余於此點。則亦以凡害國家安甯秩序之所為。即為犯罪。此說似較當。且得併形式上及實質上之定義而用之。故照此意言之。則犯罪者。法律認為害國家之安甯秩序。而付以刑罰之制裁。所命令或禁止之所為也。

犯罪之種類

第一行犯及不行犯

第一行犯及不行犯。行法律之所禁。謂之行犯。不行其所命令。謂之不行犯。凡犯罪。概為行犯。其屬不行犯者。甚罕。

第二有意
犯及無意
犯

第三即成
犯繼續犯
及接續犯

第二 有意犯及無意犯

有意犯者。有犯罪之意思。而始犯之之謂。無意犯者。雖無其意思。然已犯之之謂。例如強竊盜、詐欺取財、及其他犯罪之大部分。皆為有意犯。若過失殺傷。則無意犯也。

第三 即成犯繼續犯及接續犯

即成犯者。一有犯罪之所為。即成為罪之謂。大概犯罪。皆屬之。繼續犯者。其所為以若干時之間。無間斷而行之者之謂。例如監禁罪、藏匿罪人之罪。是此二種所以必區別之者。以其時效之起算點各異故也。蓋繼續犯。乃從其犯罪之所為既終之時。起算時效。且繼續犯。又有因其繼續時間之長短。而其刑從而輕重之者。例如監禁罪。是也。接續犯者。則又非若繼續犯之必以若干時日。無間斷而行之。乃隔時而屢行同一之所為之謂。蓋由其外形視之。即累積其即成犯之次數者。其所為雖一次行之。即足成為犯罪。然其性質。則為以一目的而用數次之所為以達之。故立法者。

視之爲一罪。故其時效之起算點。亦與繼續犯同。而以最後所爲之日爲始。例如倉內有穀。每夜竊其一石。此則接續犯矣。

第四單行犯及慣行犯

第四 單行犯及慣行犯。單行犯者。一行其所爲。卽爲犯罪也。慣行犯者。則數次累其所爲。而被認定爲慣常。而成爲犯罪者也。凡犯罪概爲單行犯。卽如私營營業。是此亦以時效之起算點有異。故特區別之耳。蓋慣行犯。必須自認定其爲慣行時起算。以其犯罪。於此時始成立故也。

第五現行犯及非現行犯

第五 現行犯及非現行犯。現行犯者。謂現所行。及現行方終時。所發覺之罪也。非現行犯者。謂於有犯罪之事實之後。所發覺者也。爲此區別。蓋以訴訟之手續各異耳。

第六常事犯及國事犯

第六 常事犯及國事犯。國事犯者。卽直接有害政治上秩序之犯罪。常事犯者。則其餘之犯罪者也。凡關於內亂外患之犯罪。皆國事犯之著者也。其他特別法。如出版法

集會法等)亦有關於國事之犯罪。爲此區別。蓋(一)刑罰各異。(二)裁判管轄各異。(三)逃亡犯罪人之處分各異。蓋國事犯之刑罰無定役。於其裁判。有特別之管轄。又外國之國事犯罪人。有逃亡於本國者。則通常皆不交還之。

第七 通常犯及特別犯

凡刑法所載之犯罪。謂之通常犯。特別法律所定之犯罪。則謂之特別犯。又通常犯者。凡一般國民。皆得犯之。特別犯。則惟特別之人。始得犯之也。故特別犯有二種。一爲有特別之分限職務之人而設者。例如因軍人、軍屬、所設之犯罪。是一於特別法中所定者。例如出版法、新聞紙法、所載之犯罪。是爲此區別。蓋以刑罰之適用。及其裁判所之管轄。皆各有異。例如特別法之刑罰。於特別法中規定之。又審判通常犯。當於通常裁判所爲之。而審判軍事犯。則於軍法會議爲之。

第八 附帶犯及非附帶犯

帶犯

附帶犯者。謂有密接關係之二以上之犯罪。非附帶犯者。謂孤立而存在之犯罪。凡附帶犯。不必別起公訴。得即於裁判本訴之裁判所。審理之。又附帶犯。有時為加重刑罰之原因。例如強盜強姦婦女之罪。此即其區別之實益者也。

第九 重罪。輕罪。及違警罪。

第九重罪
輕罪及違
警罪

此區別。蓋為刑法中所最緊要者。而其實益亦極多。雖然必如何性質之犯罪。始為重罪。或輕罪。或違警罪乎。此則不能豫為指定之。故從於法律所科刑罰之種類。其所為若該當重罪之刑罰者。則為重罪。該當輕罪。違警罪之刑罰者。則為輕罪。違警罪。舍此而外。實不能更求其適當之定義矣。要之。非以犯罪為本。而觀其刑罰。乃須由於刑罰。而始知其為何種犯罪也。現行刑法。以違警罪為犯罪之一種。然違警罪者。實為行政警察上之事項。其以為一般之犯罪而規定於刑法之中者。蓋殊未當。自法國刑法規定有違警罪。而各國刑法。遂皆效之。雖然。如許其依各地方情況。而

制定其規則。且於重輕罪以外。爲特別之處置者。間亦有之。是卽以其屬於行政法上故耳。日本異日改正刑法時。吾知必不仍此混入者矣。

第二章 犯罪之責任

從來論犯罪之責任者。有新舊二派。在舊說。則以人類之自由意思。爲責任之根據。在新說。則謂凡人類之動作。特其因於外來之動機而作者。而無善惡正邪之識別力。故所謂責任之基礎。不在人類。而在於社會之危害。是二說者。皆各有其真理。蓋不能不兩存之。雖然。就現行法之法理言。則其構成犯罪者。必須有識別力自由及犯意三原素。凡行爲若缺此原素者。則不爲犯罪。所謂不論罪。是也。不論罪云者。非不論其罪。乃不以爲罪而論之也。又行爲有本於權利之實行者。卽所謂正當防衛。雖亦具有犯罪之形狀。而不構成犯罪。此章亦併論之。

第一 識別力

識別力者。卽人之辨別善惡邪正之能力。凡喪失此能力之人。其所爲不

能構成犯罪。其喪失之原因。有普通者。如幼者是。有特別者。如喪失智覺精神者是也。

甲幼者

(甲) 幼者。人之識別力。得大別之爲三時期。(一)全缺識別力之時期。(二)有無未定之時期。(三)確定有識別力之時期。雖然此時期。亦不必通於各地各人而皆一定也。故欲絕對的立其分界。則又甚難。凡屬於立法上之方法。而定其時期者。或一任裁判官之專斷。或法律豫定之。不容裁判官有所高下。或法律求其一定之推測。而使裁判官得就事實上加以酌量。日本現行刑法。則從第三之折衷法。是蓋與近世各國同例者也。

瘖啞者

瘖啞者之犯罪。各國刑法所定之制裁不一。或視與常人等。而推定其有識別力者。德法二國是也。或限其無反證。而始推定其備識別力者。義比二國是也。或全不論罪者。日本是也。日本刑法。蓋以瘖啞者與未滿十二歲之幼者等。

乙喪失智覺精神者

(乙) 喪失智覺精神者。凡喪失智覺精神之原因。本極不一。故法律不

第二自由
所謂不可
抗拒之強
制者何歟

區別其種類。但以爲事實問題。而設以一般之規定耳。雖然、凡以不論罪之條件而犯罪時。則必其爲無智覺精神者也。醉狂、亦常屬於喪失智覺精神之內。然若爲欲犯罪。而故以酒鼓其氣者。則不在此限。

第二自由

法律者。蓋本於尋常普通之人情。而非強人以君子之行者也。故遇有不可抗拒之強制。非其意所爲者。則爲缺自由而不構成犯罪。不可抗拒之強制有二種。一、因於身體之暴行者。一、因於精神上之脅迫者。凡出於受此二種強制之所爲者。皆不論其罪。雖然、是二者。由學理上觀之。則其間必不可不設區別。其因身體上之暴行者。例如甲執乙之手以傷丙。此乃爲暴行之甲之行爲。乙特爲其器械耳。其因精神上之暴行者。例如甲脅迫乙曰。不毆彼則將殺汝。乙因而生畏懼之念而毆打人者。則乙雖受脅迫。而要無選擇之自由。故法律雖同爲不論罪。而理論上則究不能無別也。

從本屬長
官命令之
所爲

因、從、本、屬、長、官、之、命、令、行、其、職、權、者、之、所、爲、亦、爲、缺、自、由、不、論、其、罪、是、蓋
專以政治上實際不可不如此者也。但茲之不論罪。乃謂其受命令者。認
其命令爲有反於事實。而行之者。始適用之。若其命令本不與法律違反。
則本無所謂罪矣。

第三犯意

犯意云者
何歟

第三 犯意

犯意者。謂行法律所認爲罪而規定之事實之意思也。犯罪之意思。與使
之決心犯罪之原因。不可相混。例如謀故殺。殺其人之意思。卽犯意也。至
起其殺意之原因。則種別千萬矣。卽如報親仇。誅國蠹。以實際言。且在當
賞之列者。亦非無之。雖然。原因者。其與犯罪之有無。固毫無關係。
凡構成犯罪者。必有犯意。故無犯意之所爲。未有以爲犯罪而論之者。此
原則也。惟過失罪。則爲例外。凡過失殺傷及失火。雖其人無犯意。然法律
則責其不注意而罪之。又有生犯意以外之結果者。於其所生結果之罪。
雖無犯之之意思。而或亦不能免責。蓋其意外之結果。當以爲一種過失

無犯意而
構成犯罪
時

生犯意以
外之結果
時之處罰

不知可以
爲罪之事
實或不知
其罪應重
之事實而
行之之所
爲

犯意與犯
法律之意
思不可混
同

第四正當
防衛
正當防衛
與一般不
論罪之區
別

罪視之。例如毆打致死是也。

凡所爲。係不知爲罪之事實。而行之者。此亦爲無犯意之一種。例如不知其爲人妻。而與之結婚。或不知其爲毒藥。而使人服之。則不得問以重婚及毒殺之罪。又其所爲。雖知其爲罪。而不知其爲重罪。而行之者。則亦不得從其重論。蓋以其一部分無犯意故也。例如暗夜中誤認己之父母爲他人。而殺傷之者。則只處以殺傷平人之罪。而不得因殺傷父母。而加重之。至若犯法律之意思。與犯罪之意思。則又不同。故所爲若係法律以爲罪而罰之者。則不問其行之之人。果知法律與否。皆不得藉口免罰。蓋法律者。以國家之安甯秩序爲本。而於一人之知否。則非所問者也。

第四 正當防衛

正當防衛。在現行刑法。雖特以屬之殺傷之類而規定之。然學理上則有不可。夫正當防衛爲何。前已詳述。茲所當注意者。則其不能構成犯罪。雖與一般之不論罪者相同。而其性質則實有大異。蓋正當防衛者。乃實行

正當防衛
所必要之
條件

權利者也。一般之不論罪者。則特為缺責任。而不得為實行權利也。故正當防衛。無刑法上之責任。同時亦不生民法上責任。且即在數人共犯時。而既為正當防衛。亦不因其為數人而構成犯罪。今現行法。正當防衛所不可缺之條件如左。

(一) 所加暴行為出於不法之所為者。例如官吏行其職務時。雖有用腕力以強制者。其所為。蓋適法者也。故人對之不能有正當防衛。然苟其所為。既屬不法。則不論其為者之為誰。即在無責任之人。例如幼者瘖啞者等。若以不法之暴行相加時。而受之者。亦有正當防衛權利。惟卑屬親對於尊屬親。則不許。蓋日本從來風俗然也。

(二) 其暴行迫於目前且為危害之重大者。故於暴行已過之後而行之者。則為復讎。不得謂為正當防衛。又如以細故而不得勝憤懣。即時殺人者。亦非正當防衛。

(三) 非以腕力不能避其危害者。故若可以呼援或得逃避之者。則恆

不構成正當防衛。

(四) 非、因、不正之所爲、而、自招、暴行者。此條件。乃日本刑法中所特有者。其費解之處實多。蓋所謂不正之程度。殊不易定耳。今有僅誹訕人。而其人遽怒而將殺己者。則此時若無正當防衛之權。不亦失之太酷。故在現行法之解釋。則亦不外視乎人之常情。而以一般足招他人暴行之行爲。認爲不正已也。

第三章 犯罪之體樣

犯罪之體樣云者。乃指其於或犯罪之成立。所應及異動之狀態者也。體即形體。樣即式樣。此體樣之語。特因便而用者耳。屬於犯罪之體樣者有四。曰未遂罪。曰數人共犯。曰再犯。曰併合罪。(即數罪俱發)惟未遂罪及數人共犯。乃通於各種犯罪之中。而成其體樣者。故本章專論之。至再犯及併合罪。(即數罪俱發)則因其與刑罰之處分有相關者。當附於第五章刑罰之加重減輕之內。

第一未遂罪

第一 未遂罪

未遂罪之意義
豫備之所為與實行之所為

罰豫備之所為之特例

未遂罪之要素

未遂罪者。著手於犯罪之實行。因意外之障礙或舛錯而不遂者也。蓋凡犯罪者。以其意思之作用。顯於外部而始成立。然外部之事實。又有豫備與實行之別。凡豫備之所為。刑法通常皆不加罰之。必其有實行端緒時。其犯罪乃能成立也。豫備之所為云者。例如以犯罪之意思。而購求兇器或毒藥者。是其一定之危害未生。故刑法不罰之。且罰之。則反以杜絕犯罪人自止之道。惟其事體若係重大。則有特別罰之者。如對於皇室及關內亂外患之罪是。此外又有非罰其豫備。乃以為犯罪之從犯。或特別之犯罪。而罰之者。要之。豫備之所為。刑法上以不罰為原則。故僅為豫備而未至著手實行者。自不能生未遂罪之問題也。茲更將未遂罪之要素解剖之如下。則其性質自明。

(一) 有犯罪之意思。未遂罪之要素。應有犯罪之意思。此不俟言者。否則無意犯將亦有未遂罪矣。

(二) 着手於實行。例如以殺人爲目的。裝彈於銃。或下毒於食物。此特屬於豫備之所爲耳。若已測其準的。以俟其人之來。或以有毒食物。置於其前。則明明爲着手於實行者矣。然是當屬於事實問題。不能概論。其要者。但視其所爲於生犯罪之結果。有不可分之關係與否。而定之耳。

(三) 因意外之障礙或舛錯而不遂者。意外之障礙者。乃於着手其實行犯罪之後。所生外來之故障。例如將要人於途而殺之者。既已舉刀。而適被人阻隔。是也。意外之舛錯者。乃於着手其實行犯罪之後。所生內發之故障。例如以銃擬人。射擊之而不能命中。是也。要之。未遂罪者。皆犯罪之人。因意外之原因。而不達其犯罪之目的。而始成立耳。故若爲犯罪之人。自中止其所爲者。則非未遂罪。至其中止之因於悔悟或畏懼也。皆所不問矣。

第二 數人共犯

數人共犯者。謂二人以上。相連結而犯一罪也。更別爲二。曰正犯。曰從犯。

正犯及從犯

教唆罪之處罰

共犯之加重減輕

正犯者。實行犯罪者也。從犯者。幫助正犯者也。故其所爲。在犯罪實行以前者。則惟教唆爲正犯。其他皆爲從犯。其所爲。在與實行同時者。則或有正犯。或有從犯。其所爲在實行以後者。則本無正犯之理。卽亦無所謂從犯。惟藏匿罪人或毀滅罪證等罪。是則成爲特別之犯罪者也。教唆人使犯重輕罪者。則爲正犯。然若非因其教唆。而始生犯罪者。則否。且教唆罪。必有實行其所教唆之所爲。乃能成立。故凡犯罪。若有較其所教唆之罪。更重大者。則從其所指定之罪。定教唆者之罪。若較輕者。則從現所行之程度。而定教唆者之罪。於共犯之一人中。其刑有當加重或減輕者。則他之共犯者。其刑亦當從而輕重之乎。此乃法律上加重減輕之問題也。欲決此問題。則當先就於其加減之本於犯罪事實之形狀者。與夫本於共犯者之身分者。區別之。若其本於犯罪事實之形狀者。則當使共犯者悉任其責。若其本於身分者。則不得及於他之共犯者。

第四章 刑罰

刑罰分爲二種。曰主刑。曰附加刑。主刑者。與犯罪對立之刑罰。附加刑者。所以確其主刑之實行之刑罰也。凡主刑。必須宣告。附加刑。則有當宣告者。有不宣告者。

第一主刑

第一 主刑

主刑。現行法中有六種。

(一) 死刑。日本死刑用絞。蓋欲去身首異處之慘也。於獄內密行之。蓋以若爲公行之懲戒。反有長惡之虞也。必待司法大臣之命令。蓋以一死則不能生。故當慎之於始也。祭日不執行。蓋不欲於羣衆爲樂之日。而獨使犯人遺族悲痛也。懷胎者不執行。且必分娩百日之後。始得執行。蓋以刑只及其一人。且欲乳養其子也。

(二) 徒刑及流刑。徒刑。分爲有期無期。派遣於島地。使服定役。流刑亦然。惟不服定役。其定役之有無。蓋以有常事犯與國事犯之別也。

(三) 懲役及禁獄。懲役者。拘於內地之獄。使服定役。有輕有重。其服役之期限各異。皆常事犯所科之刑也。若國事犯。則科以禁獄。禁獄者。拘於內地之獄。而不服定役。亦有輕重。期限亦分長短。

(四) 禁錮。禁錮者。輕罪之主刑也。亦有重禁錮、輕禁錮之別。乃以服役之有無判之。與期限之長短無涉。此亦出於常事犯與國事犯異刑之意也。

(五) 罰金。凡罰金。多以為附加刑而科之。其為主刑者。惟過失罪有之。若有不納其罰金者。則以一圓折算一日。換以禁錮。

(六) 拘留及科料。拘留科料。皆為違警罪中之刑。拘留者。留置於拘留場。無定役。科料者。蓋財產刑之一。使於裁判確定之日十日內。完納之。

刑 第二附加

第二附加刑

附加刑之種類有五。

(一) 剝奪公權。剝奪公權者。其性質屬於名譽刑。而其結果之及於財

產者。則特其間接之效力耳。凡重罪之刑。終身附加之。不必宣告。

(二) 停止公權。停止公權者。於禁錮時附加之。不必宣告。又於監視之期間內。亦然。要之。蓋於一定時期之間。剝奪公權者也。故可以為有期之剝奪公權。

(三) 監視。監視者。主刑既畢之後。檢束其將來。以防其再犯於未發。因而以科之者也。此蓋為自由刑之一種。

(四) 罰金。附加刑中之罰金。須宣告。於禁錮時附加之。

(五) 沒收。沒收與罰金同。亦為財產刑之一種。於與其犯罪有直接關係之物。行之。凡法律上沒收之物有三種。(一) 公禁物。例如軍用之銃礮彈藥。有害健康之飲食物。猥褻之圖畫。是也。(二) 供犯罪用之物。例如供殺人用之刀劍。是也。(三) 因犯罪而得之物件。例如官吏所收之賄賂。是也。三者之中。惟公禁物之沒收。其性質獨異。乃屬於行政處分。而非屬於刑罰者。故不問為何人所有。皆沒收之。且無論經過若干年。皆不罹於時效。

現行刑法。雖立有重罪輕罪違警罪之別。且於其中又設有主刑附加刑等。數多刑罰。然其爲刑也。要不過以其刑期之長短。及定役之有無。而區別之耳。卽如其中所謂徒刑流刑者。則直有名無實。日本旣無殖民地。則殊不必認此刑矣。總之。現行刑法中。其刑罰之區別。極無謂者蓋不少。故改正草案中。其於此類規定甚複雜者。則廢之。其於刑罰之種類。則只分爲死刑懲役禁錮拘留罰金科料剝奪公權監視沒收等。而懲役禁錮及剝奪公權。則又分爲有期無期二種。蓋現行法之所謂停止公權者。卽改正案有期之剝奪公權也。至若服定役者。則改正案汎稱爲懲役。不服定役者。則改正案汎稱爲禁錮。嗚呼當矣。

凡處重罪輕罪之刑者。若謹守獄則。而有悛改之狀時。則出於行政處分。許之假出獄。俾爲尋常生活。蓋此制度。專以改惡遷善爲目的者也。又無期流刑之囚。經五年。有期流刑之囚。經三年。則限於島地之內。聽其住居。此之謂免幽閉。其目的與假出獄同。亦所以獎勵悛改者也。

刑罰執行之內。改正草案中。有新設一極緊要之規定。則所謂刑罰之執行。猶豫。是也。此制度之得失利害。即在歐洲各國中。今亦正在實驗。尙未易論斷之。改正草案之採用之者。亦冀其對於某罪。不必科以某刑。或可以有悔惡之實效耳。蓋凡短期刑之罪人。及罪情之輕者。若徒使之入獄。不惟不能達刑罰之目的。且轉以愈染惡習。是固事實上不可掩者。故不若猶豫其執行。較爲適當。但日本今日。其警察監獄等各種機關。果能完備。而使執行此制。而無遺算否乎。則猶有疑問耳。

刑罰執行猶豫之制度有二種。一爲英美主義。一爲大陸主義。從英美主義。則不僅猶豫其執行。且裁判之言渡。亦皆猶豫之。於一定之期間內。若更有犯罪時。則并前此所犯者。其裁判及刑罰之執行。皆追受之。蓋此主義之執行猶豫。乃屬於停止條件。若得猶豫之罪人。於一定期間內。更犯某罪。則停止條件成就。而犯罪之人。既受前罪之處罰。且對於後犯者。則爲刑罰加重之原因者也。從大陸主義。則裁判之言渡。與刑罰之執行分

離之。雖爲裁判之言渡。而於一定期間內。若不再犯。則既免除其刑罰之執行。且并其裁判之言渡亦解除之。蓋此主義之執行猶豫。乃屬於解除條件。如日本改正草案所採用者。是也。

第五章 刑罰之加重減輕

刑罰之輕重。必與犯罪之輕重爲比例。是固從來各國刑法之目的矣。而欲達此目的。則或有將其刑罰。概於法律中一定之。而不許裁判官專斷之者。或有使裁判官臨其實際。得自由伸縮之者。一曰定刑主義。一曰專斷主義。日本現行刑法。則折中之。於法律中。但抽象的定其刑罰。至於實際。則使裁判官於法律所定之範圍內。得加重減輕之。此蓋卽所謂折衷主義者也。刑罰之加重減輕有二種。曰法律上之加重減輕。曰裁判上之加重減輕。二者所異之點。蓋其屬法律上者。卽變其刑名。其屬裁判上者。則無變其刑名之力也。

第一 法律上之加重減輕

刑罰加重
減輕之主
義

刑罰加重
減輕之種
類

第一法律
上之加重
減輕

法律上之加重減輕。有基於事實之狀態者。有基於犯人之身分者。例如攜帶凶器而為竊盜之罪。則其加重。乃基於事實之狀態者也。若再犯之罪。或卑屬親對於尊屬親之罪。則其加重。乃基於犯人之身分者也。法律上之加重。又得別為一般加重及特別加重。特別加重者。即如再犯加重。是再犯云者。蓋既一次犯罪。經有罪之判決。而於其裁判確定之後。復累而犯罪也。然現行刑法。其原則。則其加重再犯者。不必再犯同種之罪。此則與羅馬古法及近世德奧等國所行之刑法。其規定各異矣。凡再犯加重之處。分有三。(一)處重罪之刑者。再犯重罪時。(二)處重罪輕罪之刑者。再犯輕罪時。(三)處違警罪之刑者。再犯違警罪時。但違警罪之再犯加重。則於其地其時。有必須斟酌之者。蓋必係一年內。於同一違警罪裁判所管轄之內。再犯違警罪者。乃可也。法律上之減輕。即宥恕減輕。亦有一般及特別者之別。如未成年者之犯罪。則為一般之宥恕減輕。其餘則皆為特別之宥恕減輕。又有自首減輕者。蓋亦屬一般之宥恕減輕之一種。是乃本

於政略之特例也。凡得自首減輕者。必具二條件。(一)自首於官。(二)其自首。必在其事未發覺之前。(惟謀故殺不與以自首減輕)蓋如因欲達復讎及國事犯之目的。而為謀故殺者。則將先存一自首之念以為之故也。

第二 裁判上之加重減輕

第二裁判
上之加重
減輕

加減例及
加減順序

法律務以寬大為旨。故不設裁判上之加重。而惟設有減輕。裁判上之減輕者。即酌量減輕也。其設此減輕之故。蓋以所以為犯罪輕重之原因者。其狀態不一。不能逐一皆以法律定之也。凡刑罰之加重減輕。其等級。恆因常事犯與國事犯而異。刑罰加重時。必有制限。不得加而入於死刑。且輕罪之刑。不得加入於重罪。違警罪之刑。不得加入於輕罪。刑罰之減輕。亦有制限。如該輕懲役及輕禁獄者。所處之減輕時。是也。輕罪之刑。只有禁錮罰金二種。故其加減。不能變其刑名。而惟以刑期金額四分之一為一等。而加減之。法律上稱此等加減。謂之加減例。凡加重減輕之原因。若出於同時者。有從犯及未遂犯之減等。及其他特別之加重減輕時。則以

其所加減者爲本刑。次之。則先再犯加重。次宥恕減輕。又次自首減輕。又次酌量減輕。從此順序而加減之。此之謂加減順序。數罪俱發之處分。雖與刑罰之加重減輕無干涉。要皆不外爲刑罰之處分也。故茲亦併說之。所謂數罪俱發者。謂一入於未確定裁判之前。犯有二以上之罪者也。其與再犯異者。卽在於未經確定裁判之一點。凡數罪俱發者。從其一重而處斷之。蓋是乃數罪之處分也。再犯加重者則異此。蓋僅爲再犯之處分耳。何則。其初犯者。已經判決故也。數罪俱發之處分。其法從來有三種。(一)併科主義。(二)吸收主義。(三)折衷主義。併科主義者。蓋就其各罪。而科以各刑。今實際未見有行之者。吸收主義。則日本現行法所採者。卽於數罪中。但從其一重而處斷者也。折衷主義者。各國之用法不一。或以最重刑之最長期爲分界。或以一定之程度爲制限。而併科以各罪之刑。今德比俄等所行者是也。

第六章 刑罰之消滅

刑罰消滅之原因

凡刑罰。非裁判確定之後。不得執行之。故裁判未確定間。則僅有公訴權之消滅。及裁判宣告之消滅。蓋是特別刑罰之結果消滅之耳。今舉刑罰消滅之原因如下。

一刑罰執行終了
二犯人死亡
三大赦及特赦

(一) 刑罰執行終了。此為通常之原因。其他則皆特別原因。

(二) 犯人死亡。犯人既死。則刑罰自消滅矣。此不俟言。

(三) 大赦及特赦。大赦者。於對某種類之犯罪人。於其過去及未來。所有犯罪人之名。而消滅之。特赦者。謂免其刑罰之執行。此皆出於天皇大權之行為也。大赦。乃以罪為目的。特赦。乃以人為目的。大赦。不論何時。皆得下之。特赦。則限於裁判確定之後。凡得大赦之犯罪。雖再犯。而不為再犯加重之原因。得特赦之犯罪。則不妨為其原因。此即二者所異之處。

(四) 復權。復權者。謂其所已剝奪之公權。於此後回復之。是亦因於天皇之大權而始得與之者也。

(五) 時效。時效者。因經過一定時日。而公訴權或刑罰之執行權。使之

四復權

五時效

消滅之方法也。公訴權之消滅。謂之公訴之時效。刑罰執行權之消滅。謂之刑罰之時效。凡主刑之時效。其年限有長短。附加刑。則有得時效者。有不得時效者。凡計算時效。非依其本刑而定。乃從其所加減而宣告之刑。其起算。則以遁其執行之日計之。通常皆自裁判確定之日。惟死刑。則自
有司法大臣之命令之日。若再逃走。則自其逃走之日。從新起算。若係缺
席裁判。則自其宣告之日起算。



第四編 民法

形式上之民法。即民法法典。故其意義明顯。不俟煩言而解。實質上之民法。則有廣狹二義。若以廣義言民法。則指規定各人之私法的關係之法。規全體也。私法的關係者。即法律所以視爲一私人而保護其存在生活者。所由而生之種種關係。即如婚姻及其他一切之親族上、財產上之關係。是也。雖然、通常所稱爲民法者。則狹義之民法。而帶有私法的普通法之性質。故如商法之支配特定之行爲。又如華族令之行於特定之階級者。通常皆不入於民法之中。

編纂民法之方法不一。其最著者。爲論理的編纂法。又別爲羅馬式與德意志式二種。羅馬式編纂法。蓋起於儒帝之教科書法典。弗烈克法典。及拿破崙法典次之。今之義奧荷俄各國民法。雖不無少異。要皆效法此式者也。德意志式編纂法。蓋起於千八百六十五年之索遜民法。今之德意志聯邦國民法。即學其編纂者也。日本舊民法。依於羅馬式編纂。乃參法

德意志式
編纂法

物權之效
力

意二國民法而成者。然其編纂之順序。則與從來法典大異。全部別之爲五。曰人事編、財產編、財產取得編、債權擔保編、證據編。常例所謂三編類別者。蓋一改之。然是特出於便宜而然耳。非以學理上不可不如此也。近世學者。謂法典編纂之最適於論理。且最足表進步之法律思想者。則羣推德意志式之編纂法。索遜民法。全部分五編。(一)總則。(二)物權法。(三)債權法。(四)親族法。(五)相續法。今日本改正新民法。卽效之。

第一部 物權法

第一章 總說

物權者。直接行於物之上之權利也。故有此權利。則得直接使其目的物服從於己之意思。從而其物權。若存於他人之物之上時。則特有下列三種效力。不可忽之。

第一 物權包含追及權。追及權者。不問其目的物存於何人之手。權利者皆得從其物之所在。而行其權利也。例如甲抵當土地於乙。則乙有

抵當之物權。故甲若以其低當物。或賣或贈於丙。則乙得使丙辨濟其債務。或賣其抵當物。以其代金。充其辨濟。

第二 物權包含優先權。物權者。直接行於物之上。故取得之者。對於其後之於同一目的物之上。取得其同種或異種之權利之人。得立於優等地位。例如甲借乙、丙、丁、金各三千圓。而僅於乙供有抵當。則後日甲無力辨濟債務。而受差押財產時。乙得先以其抵當物所賣之金。先於他債權者。受其辨濟。又如丙丁二人。若相次得有同一之抵當者。則當依其抵當設定之先後。而定其權利之優劣。

第三 物權包含不可分權。凡物權之性質。必行於其目的物之上。例如甲抵當土地於乙。甲非清還其全部債務。則乙之抵當權。於其抵當物全體之上。應有債務一部分之辨濟。以此之故。對此一部分之抵當權。乃為不得分割解除之者。

凡物權之設定及移轉。僅以當事者之意思表示。而生其效力。此固近世

進步法律之原則也。在古代。則恆拘以形式。當其物未交付之間。其物權之設定及移轉。皆無效力。迨及近世。法律上之行為。日益繁雜。遂覺拘牽虛式之甚不便。且學者又極論形式主義之悖於法理。於是乃立為意思之原則。例如買賣之時。其當事者之意思。若既合致。雖賣主未交付其物。買主亦未償以代金。然於所有權之移轉。則毫無阻礙。是也。雖然是特於當事者間則然耳。若欲對於第三者生其效力者。則更須有一定之條件。蓋凡不動產物權之得喪變更。必當登記之。動產物權之讓渡。必當交付之。否則不得對抗於第三者。

物權與債權當如何區別之歟

物權與債權。其性質關係。并其效力之點。蓋有重大之差別。前已略述之矣。夫何種權利。屬於物權。何種權利。屬於債權。其區別。蓋各國法制及學說。各有不同。但以日本舊民法與新民法對比之。即可知矣。新民法物權中。所揭之權利。則有占有權、所有權、地上權、永小作權、地役權、留置權、質權、先取特權、抵當權、各種舊民法。則此外更規定有用益權、賃借權、住居

權、使用權等。然用益權。在日本從來無之。即將來亦未見其有不可不認之者。其以貸借權爲物權。乃當時起草人勃阿索那德之創想。卽如住居權、使用權。前此亦未見其例。且殊不必以爲獨立之權利而保護之。新民法屏而不取。亦是故也。要之、物權債權。二者所應分屬之權利。本非有一定不變之論。究亦各依其法律所定者耳。

第一章 占有權

占有權者。以爲自己之意思。而所持其物之權利也。故占有權之成立。必以二元素。卽所謂體素及心素。是已。體素者。乃占有者與占有物外形上之關係。卽所持某物之事實。是也。然所謂所持者。非必實際觸接之。但以其物置於占有者之權力範圍內。卽可。例如藏書於庫。儲米於倉。是皆不妨爲占有之體素。又依代理人而占有者。亦同。心素者。乃占有者與占有物心識上之關係。卽爲自己之意思。是也。而其意思之善惡。則不問之。故凡既有排除他人。而自己一人保持之之意思者。則無論其占有之人之

爲所有者。或爲侵奪者。在法律上。則均以爲占有也。

占有之區別
舊民法之規定及其批評

舊民法分占有爲三。曰法定。曰自然。曰容假。是也。占有之區別。從來學者間。雖立有種種標準。然依於通說。則法定占有之外。只認自然占有耳。法定占有者。蓋可以生法律上效果之占有也。自然占有者。則不過爲單純之事實。上之占有。法定占有之中。又有以自己所有其占有物之意思。而占有之者。此卽自主占有。有但以爲自己利益之意思。而占有之者。此卽容假占有。例如所有者、買主、盜賊等占有。皆屬於自主占有。地上權者、永小作權者、留置權者、質權者、受寄者、賃借人、使用借主等占有。皆屬於容假占有。自然占有者。卽事實上之占有。蓋無主張爲自己權利之意思。而單純持有者。如僱人持有主人之所有物。是也。

要之。容假占有者。乃法定占有之一種。舊民法以之爲特權之占有。甚不可也。夫舊民法所下之定義。固曰法定占有者。占有者。以爲自己之意思。所持有體物。或行使權利之謂。故舊民法。此外更認容假占有。則大誤。蓋

所持有體物者。乃自主占有。而行使權利。則特容假占有耳。且自羅馬法以來。凡占有權利者。皆加以準占有之名。其保護其權利。與保護自主占有同例。今舊民法。則一面既以權利之目的物。究爲無形之權利。因此主旨。不認準占有。於事實上占有之外。亦皆以爲真正之占有矣。而其一面。則又以容假占有。爲法定占有以外之一種類。此於論理殊不透澈。故新民法。倣羅馬以來法制。認準占有。凡以爲自己之意思。而行使財產權者。則其占有有體物。乃爲權利之占有。得準用其同一之規定。蓋物權之目的。既限於有體物。且又既以占有爲物權。則不可更認有權利之占有也。準占有之所以生。卽是故耳。

法定占有。細別爲正權原及無權原二種。正權原之占有云者。蓋本於正當利權之行使所得者也。例如買賣、贈與等。凡依於法律上正當應與以占有之權利之原因。而取得之占有。皆是。無權原之占有云者。則指一切之非正權原之占有者也。故凡占有者不能證明其爲正權原者。則其占

有。不問其實際果由於侵奪與否。皆必以屬之無權原之占有。正權原之占有。更區別爲善意惡意。善意之占有。蓋謂不知其正權原之瑕疵者。蓋即不知其權利讓渡人。非真正之權利者。而讓受其占有者也。惡意之占有。謂知其瑕疵而讓受其占有者也。

法定占有。又得別爲有瑕疵及無瑕疵二種。有瑕疵之占有者。即由於強暴或隱秘者也。由強暴而占有者。謂其占有之始。乃以用暴行或強迫而來。或其既得之後。用暴行或強迫以保持之也。由隱秘而占有者。謂其所爲。非公然且顯於外見者也。無瑕疵之占有者。凡占有無強暴或隱秘之瑕疵者。皆是。即平穩且公然之占有也。

占有權之效力。有四種。從其占有之區別。而各有差異。茲不細述之。特言其大要如左。

第一 於本權訴訟時。爲被告之利益。占有。蓋一種之證據方法。凡占有所在之處。即可以推測爲其所有權之所存。故法律上於占有者。推定

其爲以所有者之意思。而善意平穩。且公然爲占有之者。從而若有就於他人之占有物。而欲主張爲自己之權利者。則有證明其占有者之權利非屬正當之責。而占有者。則不必證明其自己占有之爲正當否也。

第二 果實取得之利益 凡占有者。得取得由其占有物所生之果實。雖在正當所有者。取返其物之時。而占有者。亦無返還其現已所得果實之義務。雖然是特爲善意占有言之耳。若係惡意占有。及因於強暴或隱秘而占有者。則當負返還果實之義務矣。

第三 取得時效之利益 凡經過一定期間。而無真正所有者取回其物者。則占有者。得依時效而爲其真正之所有者。

第四 占有訴權之利益 凡占有者。因保持其占有。或保全及回收之者。得行一定之訴權。占有保持之訴者。乃對於占有現在之妨害而行之。占有保全之訴者。乃對其將來之妨害而行之。占有回收之訴。則對於有侵奪之者而行之。

占有權之
消滅

占有權之要素。為體素心素二種。故其消滅之原因。亦有二。蓋凡占有者拋棄占有之意思。或失其占有物之所持時。則占有權消滅。是也。又依於代理人。而為占有者。則其人若對於本人。表示其此後當為自己或第三者。而所持占有物之意思者。或代理人失其占有之持有者。其占有權亦依之而消滅。

第三章 所有權

所有權之
原素

民法第二百六條曰。所有者。於法令之制限內。有自由使用其所有物。及收益處分之權利。故所有權。通常含有使用、收益、處分三權利。茲先就此三者解說之。則所有權之為何自明。

第一使用
權

第一 使用權。使用權者。以其物為自己之利益而用之之權利也。例如住居家屋、耕作土地、閱讀書籍等。皆是。

第二收益
權

第二 收益權。收益權者。收取物之果實之權利也。例如收取其土地所生之穀類。或家畜所生之子。及貸金之利息。皆是。果實。又分為天然、法

定、二種。天然之果實。有不假人力而自然而生者。有假人力而始生者。例如樹木之果實。家畜之子及乳汁等。則自然者也。由耕耘播種栽培而得之穀類。則因人力而始生者也。法定之果實。乃依於法律之規定而生者。如貸貸土地建物及金錢之利息。會社之配當金。是也。

第三處分權。處分權者。吾人隨意處置其物之權利也。更細別之爲左三種權利。

(一) 讓與權。即物之所有者。隨意讓其物於他人。而付與之之權利也。例如賣其家屋於人。或贈與之。或貸貸之。是也。

(二) 消費權。即物之所有者。隨意破毀其物。或遺棄之。或使用之。因而消滅之權利也。例如投棄已用之紙。或以米穀供食料之用。皆屬之。

(三) 變質權。即物之所有者。自由變更其物之性質之權利也。例如開墾荒蕪地爲耕地。或填築耕地爲宅地。是也。

所有權之元素。雖舉之如此。然此等之元素。非必悉爲所有權所不可不

所有權之
定義

所有權之
定義

所有權之
眼界

有者也。惟處分權。則不論何時。皆不得與所有權相離。故獨處分權。可謂爲所有權之要素。其餘則特其常素耳。要素者。不得與所有權分離者也。常素者。得分離之者也。其分離之者。則謂之所有權之支分權。故所有權。有完全者。有虧缺者。完全之所有權。蓋集所有權之原素。而悉歸於一人。虧缺之所有權。則其元素分屬於他人者也。然處分權。乃所有權原素之最要者。故此權利之所在。即所有權名稱之所在。但以別於完全之所有者之故。因而虧缺之所有權。謂之虛有權。而其所有者。則謂之虛有者。惟然。故嚴正言之。則所有權者。僅一處分權耳。蓋以惟處分權不可相離。其他。則雖離之。亦不妨其爲所有權也。故其處分權。若廣義用之。則含有使用、收益。若狹義用之。則得爲離此等支分權（即使用權、收益權）而特成一獨立者也。然則下所有權之定義。但曰。所有權者。處分物之權利也。足矣。所有權。非本來無制限之權利。蓋法律於公益之必要上。固得限制之者也。其尤著者。如公用徵收是已。其他禁持有爆裂藥。禁買賣毒藥等。皆因

共有之意
義

所有權之
取得及消
滅
先占及添
附

公益而制限所有權也。至若袋地之通行。水之疏通。圍障之設置。以及學者通常所稱爲行政上之地役者。亦爲法律於所有權所附之限界。又舊民法。法律上限界之外。有所謂因於人爲之制限者。蓋卽依於合意或遺言之制限。然以法理上正確論之。則依於合意或遺言之制限者。實卽所有權之實行耳。不得謂爲制限。但其所有權實行之結果。使之不得完全而行自己之權利者爾。

凡一物之上。不得并存二以上之所有權。此恰若兩物體。不能同時占於一空閒也。惟然。故所有權之種類。遂有各人之所有權。與共同所有權之別。共同所有權者。民法謂之共有權。蓋於一物之上。數人共同有其所有權。卽一之所有權。有二人以上之主體也。其共有者各自行使其權利之部分。謂之持分。

所有權之取得及消滅。於一般之權利得喪事實之外。有特須考究者。卽先占、及添附、是。

第一 先占。先占者。以所有之意思。占有無主物之謂。然先占之爲取得所有權之原因者。其於動產與不動產。當區別之。凡一私人。於無主之動產。得依先占而取得其所有權。若無主之不動產。則當然屬於國庫所有。他如遺失物。埋藏物。乃從國法所定。而充一定之條件之後。其拾得者及發見者。始可取得其所有權。

第二 添附。添附者。乃一所有物。附加於他之所有物之事實。此又分爲動產上之添附。及不動產上之添附。二種。

(一) 不動產上之添附。不動產上之添附。有依於自然之原因者。卽如因川河之寄洲、中洲、干瀉、或水路變換等而生之漸積地。是也。其漸積地。則歸於土地之所有者。故依於自然原因之添附。得以土地之添附一言概之。有依於人爲之方法者。卽建築及其他之工作物。或栽植物之添附。是。此則土地或其建築物之所有者。取得其添附物之所有權。要之。不動產之所有者。對於爲其不動產之從而添附之物者。皆取得其所有權也。

他物權及
役權之意
義

(二) 動產上之添附。動產上之添附。分爲附合、混和、製作三種。附合者。屬於各別所有者之多數之物。相附着而爲一物之謂。凡此皆其附合物之間。有主從之關係者。則其從物歸於其主物之所有者。混和者。屬於各別所有者之同種或異種之流動物及固形物相混和之謂。例如甲之米與乙之米相混。此則同種物之混和也。甲之米與乙之麴相混同而造酒。此則異種物之混和也。凡此混和之所有權。通常皆依於事實而定之。但其間若有主從之關係。則亦歸於其主物所有者之所有權。製作者一人之勞力與他人之所有物相附着者也。例如甲以乙之木材雕刻之是也。此時其物之所有權。或則屬於物之所有者。或則屬於製作者。蓋當就其製作之工價或材料之價格。而按其多寡而定之也。

第四章 借地權

物權。非獨行於自己之物之上。蓋亦有行於他人之物之上者也。蓋社會之組織。日趨複雜。人事關係。亦愈頻繁。從而一物之上。亦遂不得不并存

有數多之權利。此羅馬法所謂他物權者。即從而生他物權者。即存於他人所有物上之物權。如用益權、使用權、住居權、永小作權、地上權、地役權、留置權、質權、抵當權、皆是。雖然、凡一人由他人之所有物。收取其一定之利得者。羅馬法則認役權一種之權利。役權又分爲對人役權。物上役權。對人役權者。乃特爲或人之便宜而設之者也。物上役權者。乃特爲或物之所有者而設之者也。例如用益權。即對人役權。地役權。即物上役權。此區別。乃出於羅馬之氏芝斯德法典。蓋彼所謂役權之語。本於拉丁語攝爾威基斯。有奴隸之意。故後世學者。每不欲用之。至法國民法。遂統謂之爲地役權。日本民法。雖不別用對人役權之名稱。然自學理上言之。則從羅馬舊法而設此區別。似亦無不可。但日本從來慣習。固不認種種役權之成立。且即在民法中。其爲對人役權者。亦僅規定有地上權及永小作權二權利耳。余今之汎稱爲借地權者。亦以此二種物權。皆爲借他人所有地之全部或其表面。而使用收益者也。

地上權之
性質及其
必要

地上權之
範圍及其
存續期間

第一節 地上權

地上權者。謂於他人之所有地。因其工作物或竹木。為其所有。而使用其土地之權利也。故地上權者。就其工作物或竹木。雖有完全之所有權。而就其土地。則只有使用權耳。蓋即所用權之一種變體也。然此權利。非於特別之處。因有特別之理由而生者也。乃隨社會之需要。而不得不認之者。亦如地役權然。蓋地役權者。乃於土地之平面。二人之權利相觸。而始有之。地上權。則於土地之上下。二人權利相觸。而有者耳。

凡設定地上權。一聽當事者之合意。有以無償名義而設定之者。有以有償名義而設定之者。其以有償名義設定者。則必納一定之地代。其地代。得適用貸貸借之關係。又其設定。更分為定有存續期間與否。其定有期間者。則自及期而消滅。其不定期間者。地上權者。得以一定之條件。拋棄其權利。若不拋棄之者。則裁判所得斟酌其設定時之情形而定之。

第一節 永小作權

永小作權
之性質

舊民法之
永借權及
其評語

永小作權

九十

永小作權者。謂出小作料。而耕作或牧畜於他人土地之上之權利也。但言小作料。故或為金錢。或為收穫物。一聽當事者之合意。但言耕作或牧畜之權利。故凡以其他目的而使用他人之土地或為收益者。不得為永小作權。

茲所謂永小作權者。在舊民法。則謂之永借權。蓋其權利。不僅限於土地之上。凡不動產上皆得設定之。且以為賃借權之一種而規定之也。夫所謂永小作權及永借權者。於理論上。固皆為賃借權之一。雖然賃借權者。僅為人權之關係。而永小作權。則固以為物權而保護之。是其性質。究有不能盡同者。按羅馬法。賃借權者。人權也。永小作權者。物權也。且特名之為燕菲周錫。而以為一種特別權利。舊民法。則賃借權亦為一物權。故不必效羅馬法。而但以之并於賃借權之中。新民法則不然。凡賃借權。則規定於債權法中。惟永小作權。乃為物權也。此不特就理論上。可謂至當。且於舊來習慣。蓋亦不得不然耳。

永小作權
之權利義務

永小作權
之存續期間

永小作權者。本爲他物權之一種也。故於永小作之目的以內。永小作人。雖得隨意使用其土地。然若變更之而致生其永久之損害者。則必不可。例如於耕作地上之永小作。不論其植米、植麥。或植以菜蔬。皆無不可。若變水田爲旱田。變旱田爲水田。則非永小作人所得任意者。又永小作權。既爲物權。則所謂繳納地代之對人義務。自不并行。永小作人。雖有因不可抗力。其收益有損害者。亦以不得請求免除。或減少小作料爲原則。但於一定之處。永小作人。得拋棄其權利。且地代若有滯納時。則地主得請求消滅其權利。此外。凡地主及永小作人之關係。概準用貸貸借之規定。若其各地有一定之慣習者。則從其慣習。

永小作權之存續期間。舊民法定爲三十年。新民法則爲二十年以上五十年以下。其有不以設定行爲定其期間者。則除別有慣習外。法律上定爲三十年。要之。其存續期間。不得不及二十年。亦不得過五十年。若小作有設爲二十年以下者。則此小作。非永小作。乃屬於普通之土地貸貸借。

而當適用債權法。若有超過於五十年者。則法律亦命之短縮為五十年。但其設定權利。欲更新之者。則所不妨。

第五章 地役權

地役權之
性質

地役權者。土地之所有者。以他人之土地。供自己土地之便益之權利也。故凡地役權。必須有二以上之土地。且其所有者各異者。乃可。即所謂要役地。及承役地是也。蓋地役權者。即為要役地之便益而設者耳。從而地役權。乃從物權之一。其原則。蓋凡於要役地之上。行其所有權。及其他主之物權者。皆不得不行此地役權。故在法律上。凡地役權。不得與要役地分離而處分之。

地役權之
分類

地役權可分為左數種。

第一 繼續地役權及不繼續地役權。繼續地役權者。如光線權是。蓋依於不動產之位置。不必有人之所為。而自無間斷而行之者也。不繼續地役權者。如通行權是。其行此地役權。必時時須有人之所為者也。

第二 表現地役權及不表現地役權。地役權之依於外見之工作或形跡。而可以表現者。此即表現地役權。反之。則為不表現地役權。故同一地役。亦有表現者。或不表現者。例如通行權。若於通路中設有敷石。或垣根者。則為表現地役。若無此外見之工作及形跡者。則為不表現地役。如埋水管於地下者是。

第三 有的地役權及無的地役權。有的地役權者。謂地役權者得積極的、行其權利者也。無的地役權。則消極的、行其權利者也。例如通行權、導水權、等。有的地役也。蓋其權利者。有通行其相鄰地、汲其水、或導其水之權利。而承役地之所有者。負許其通行、及汲水、導水、之義務。光線權。無的地役也。其權利者。有禁人妨止其光線之權利。而義務者。但負不妨止之之義務。

凡地役權。以依人意而設定之為主。惟有特定之者。則得依時效而取得之。至其消滅。則以不行使其權利時為主。即地役權者。若二十年間。皆不

所謂法律
上之地役
者何歟

擔保權之
意義

擔保權之
設定

行使其權利時。則自然歸於消滅者也。至若承役地之占有者。若係於取得時效。具備其必要之條件。而為占有者。則地役權。亦因之而消滅。舊民法。雖規定有所謂法律上之地役者。然是皆本於公益上所必要之所有權之制限耳。故新民法。則以列於所有權之內。

第六章 擔保物權

泛言役權。則擔保物權亦屬之。雖然是特所以供債權之擔保者耳。故茲特設為擔保物權之總稱。凡此種物權。皆為從之權利之一種。而與其主權利同其存亡。即以其僅供債權之擔保故也。但此乃附隨於債權者也。與地役權之附從於物權者。又異。

擔保物權。或有僅因於法律之規定而生者。如留置權及先取特權是。或有因於法律之規定。或人意而生者。如質權及抵當權是。其因於法律之規定者。蓋法律為特定之人而設定之。其當事者之意思如何。則所不問。凡此。以關於公益者為多。其因於人意者。則當事者任意設定之。與公益

無涉。即如留置權先取特權。即因於物權法之規定而生者也。質權抵當權。則係親族法及其他特別法所規定者也。

第一節 留置權

留置權者。法律上正當之占有者。就於與其占有物有關之債權。至其辨濟（略有償還之意）期而不得辨濟者。迄其辨濟以前。保續其占有之權利也。故凡留置權發生時。（一）其債權者。必須有正當之占有。（若其依不法行為而占有者。則不能生留置權。）（二）須達其債權之辨濟期。（若在辨濟期以前。則債權者本有占有之權利。故不必行其留置權。）（三）須為與其占有物有關之債權。例如買主未清付代金以前。則賣主得留置其目的物。又保管者。於其保管物。出有保存所必需之費用者。則於委托者未清付此費用以前。得留置其保管物。是也。凡具此諸條件。則此留置權。即依於法律之規定。當然而生。蓋非依於人意而設定之者也。

凡因以上條件而生之留置權。蓋物權也。故其性質為不可分。故其債權。

雖其一部分已得辨濟。然於未全數辨濟之前。則依然得留置其留置物。且留置權之性質。常生優先權。故其債權者。就其留置物。得先於通常之債權者。而受其辨濟。但此優先權。只能存於留置物果實之上。而不在於留置物之價格。又留置權。亦可生追及權。故債務者。雖得讓渡其為債權者所留置之自己所有物。又他之債權者。亦得賣之或差押之。然此時。若非辨濟其義務於留置權者。則不能得其完全之所有權。

第一節 先取特權

先取特權者。謂法律依於或債權之原因。使此債權者。先於他之債權者。而得義務之辨濟之權利也。故先取特權。亦非因於當事者之合意而生者。乃因於法律之規定而當然而生者也。從而其債權之原因條件及目的等。皆專以法律定之。

先取特權。分為一般及特別者二種。一般之先取特權者。蓋於債權者全財產之上存之。凡債權之由於(一)共益之費用。(二)葬式之費用。(三)僱人之

先取特權
之性質

先取特權
之種類及
順位

給料。(四)日用品之供給等者。皆有此一般之先取特權。特別之先取特權者。有存於動產之上。及存於不動產之上者。其存於動產之上者。(一)不動產之賃貸借。(二)旅店之宿泊。(三)旅客及荷物之運輸。(四)公吏職務上之過失。(五)動產之保存。(六)動產之買賣。(七)種苗及肥料之供給。(八)農工業之勞役。凡因此而生者。是其存於不動產之上者。(一)不動產之保存。(二)不動產之工事。(三)不動產之買賣。凡因此而生者。是。至若兩者有競合之時。則以特別者先於其一般者為原則。若一般者。互相競合時。及存於不動產上之特別者。互相競合時。則依於以上所列原因之順位。而定其優先權之順位。若存於動產上之特別者。互相競合時。則其優先權。通常皆以(一)不動產賃貸借、旅店宿泊、及運輸、(二)動產保存、(三)動產買賣、種苗肥料供給、及農工業勞役等順位。總括而定之。若夫原於公吏職務上過失之先取特權。則係存於會計官吏、收入役、公證人、執達吏、所提供保證金之上者。故從不與他之先取特權競合。

第三節 質權

質權之定義
義非其與
留置權及
抵當權之
差別

質之種類
並質權者
之權利及
責任

質權者。債權者。就於債務者或第三者所交付之物。得以其價格充為債權擔保之權利也。故質權之生也。債權者必須受取其物而占有之。其與抵當權所異者。即在此。然其物不必為債務者所交付者也。即係第三者所交付者。亦不害其為質權之性質。又質權者。乃特以其物之價格擔保債權者也。故債權者於債務者不履行其義務時。則得依於正當之手續。賣其質物。而收其與債權相敷之金額。其與留置權所異者。亦在此。質有三種。曰動產質。不動產質。權利質。要之。其權利之性質。雖不依其質之種類而異。然其目的物既有異。則法律之規定。自不得不異。凡動產質權者。但得繼續占有其質物。不動產質權者。則從其質物之用法。而得使用收益之。權利質權者。則大體皆適用其關於債權讓渡之規定。凡質權者。於其權利存續之期間內。皆得以自己之責任。轉質之於他人。但此時如生有損害者。雖係原因於不可抗力。而若為因轉質而始生者。即若非

轉質則可以不生者則質權者仍任賠償之責。

第四節 抵當權

抵當權之
定義非其
與質權之
異同

抵當權者。債權者對於債務者或第三者之不動產。不移其占有。而使之擔保自己之債權之權利也。故抵當權之性質。與質權大異。凡質權於一切動產不動產財產權之上。皆得行之。抵當權則僅行於不動產之上。但質則有權利質。抵當亦有特以地上權、永小作權（是皆屬於不動產權者也）為目的而設定者。此又其相似之處。然質權蓋非其設定者移其質物之占有之後不生。抵當權則可不占有其抵當物。至其設定者。則不問為債務者抑為第三者皆可。則一也。

抵當權之
追及其滯
除

抵當權者。乃物權之結果而生。追及權者也。故抵當權設定者。雖得以抵當不動產之所有權。讓渡於第三者。或為第三者設定以地上權、永小作權。然第三者不得因有此設定。而拒抵當權之追及。此時若應於抵當權者之請求。而辨濟其債權時。則其抵當權為第三者而消滅。又雖無抵當

權者之請求。而第三者。亦得從於一定之條件。以免抵當權之負擔。所謂抵當權之滌除者。是也。此滌除。獨於抵當不動產上取得其權利之第三者。始得爲之。若主之債務者、保證人、及其承繼人。則除辨濟債務之外。不得爲滌除。

抵當權之
登記

抵當權者。不動產權也。故其設定。以欲對於第三者而有效之故。必須用一定之公示方法。蓋即不可不按法定之條件。於抵當不動產所在地之登記所登記之也。若於同一不動產。而設定有數抵當權者。則其債權者間。所有配當加入之順位。當依其登記日之先後而定之。

第二部 債權法

第一章 總說

法瑣之意
義

何謂債權。及債權所以必與債務相對立者。前卷已詳述之矣。夫債權及債務之關係。即羅馬法所謂法瑣。是也。法瑣云者。蓋特定之一人或數人。對於他之特定之一人或數人。於爲特定之行為。使之服從之。法律上之

法律上之
羈絆

特定之行
爲

特定之主
體

羈絆也。此定義、更分析之如左。

第一 法瑣者。法律上之羈絆也。法律上之羈絆者。即特定之人。對於

他之特定之人。法律上之關係也。其關係。恰若以羈絆束縛之者。蓋以國家之公力。而強制其履行者也。故法律上之羈絆。有屬於勸方者。有屬於受方者。勸方法瑣。謂之債權。其主體即債權者。受方法瑣。謂之債務。其主體即債務者。

第二 法瑣者。於爲特定之行爲。使之服從之者也。故債權債務之關係。其目的。常爲特定之行爲也。其行爲。或有積極的者。即作爲。或有消極的者。即不作爲。與物權之關係大異。蓋物權者。其目的常爲消極的。且其行爲非特定。特存有使一般世人不侵害其權利之關係耳。

第三 法瑣者。必對於特定之人。或數人而生者也。故吾人從無對於世人一般而有法瑣。世人一般。亦從無對於一人而有法瑣。凡負有法瑣者。必特別者也。其與物權關係之負擔。就一般言。蓋全相反。其在物權關

係者。勵方主體。固為特定。受方主體則否。至債權關係。則兩主體皆特定。勵方主體。對於受方主體。有強要其作為或不作為之力。受方主體。對於勵方主體。則負作為或不作為之責。所謂給付者。即謂供其作為不作為者也。

羅馬法所謂阿普利雅西悅者。蓋即表章債權債務之關係之語。然從來各國法制。大抵皆取此語以冠於民法編首。且其意義。恆為表章債務之方面。日本立法者。則從近世進步之法律思想。棄從來慣例。以債權之語。用於民法第三編。蓋法律者。乃義務觀念進而入於權利觀念故耳。

第一章 債權之原因

關於債權原因之新舊民法之比較

債權之原因。各國法制及學說所舉示者。不一。舊民法。列記之為合意、不當利得、不正損害、法律之規定、四種。現行法雖不列記之。然就於債權編中所規定者。如契約、事務管理、不當利得、不法行為。則皆債權之原因也。所謂契約。即舊民法之合意。所謂事務管理及不當利得。即舊民法之不

契約之定義及從來所論契約之通說

現行法典之定義

當利得。所謂不法行爲。即舊民法之不正損害。故分而言之。新舊法蓋無大異。惟法律之規定一項。新民法則不載之。蓋如親族扶養之義務。及共有者間之義務等。皆因於法律之規定而當然發生者。則以法律之規定爲債權之原因。固無不可。然若以與契約及其他原因相對立。則究有未當。且本亦不必列記於債權編中者也。茲照此順序。說明之如下。

第一節 契約

契約之定義。各國法制及學說。亦極不一。其迄今所最通行者。則以契約爲生、債、權、之、合、意。是也。若從此定義。是設定物權之當事者間之合意。非契約。即變更或消滅債權之當事者間之合意。亦不得爲契約。所謂契約者。特限於以創設債權爲目的之合意者耳。然此二者。即區別之。亦無實益。且各法制中。其務爲此區別者。究仍不免混同。如日本舊法典。即其一矣。故在今日。則概不認此區別。恆以一切使生法律上效果之合意。皆爲契約。故現行法典。亦採此主義。然則契約之定義。固當曰。

契約者。以使生私法上之效果爲目的。二人以上意思之合致也。

茲更據此定義分釋之。

第一 契約者。二人以上意思之合致也。凡二人以上之間。相互表示其意思。若合致時。則契約生矣。故契約必有相手方而始成。故有一方之意思表示。必更有對之之他方之意思表示。前者謂之申込。後者謂之承諾。契約既依此一方之申込及他方之承諾而成。則當其僅有申込而無承諾之間。不能生法律關係。故申込人得取消其申込。至若承諾人之承諾。雖與申込不同。然若有變更其承諾者。則又非承諾。乃係一新爲之申込。故前之申込人。迄其承諾之前。其契約不得成立。

第二 契約者。以使生私法上之效果爲目的也。故從來所汎稱爲合意者。無論矣。即無創設物權債權。或變更或消滅之者。苟爲二人以上之意思合意。而以使生私法上之效果爲目的者。則皆爲契約。且在從來。凡債權之目的。必爲可得以金錢估計之者。而現行法典。則依近世之新主

義。雖、不得、以、金、錢、估、計、者。亦、可。蓋、於、債、權、之、觀、念。大、加、改、革。而、契、約、之、範、圍。亦、因、而、擴、充、之、矣。

契、約、者。法、律、行、爲、之、一、種、也。故、法、律、行、爲、之、分、類、中、所、述、者。契、約、皆、得、適、用、之。茲、舉、其、種、類、之、最、要、者。

(甲) 雙。務。契。約。及。片。務。契。約。

雙、務、契、約、者。謂、當、事、者、雙、方、皆、負、擔、義、務、者、也。如、買、賣、交、換、等、是。片、務、契、約、者。僅、當、事、者、之、一、方、對、於、他、之、一、方、負、擔、義、務、者、也。如、寄、託、贈、與、等、是。

(乙) 有。償。契。約。及。無。償。契。約。

有、償、契、約、者。當、事、者、相、互、得、利、益、者、也。如、買、賣、交、換、賃、貸、借、等、是。無、償、契、約、者。僅、當、事、者、之、一、方、得、利、益、者、也。如、無、利、息、貸、借、無、償、代、理、等、是。

(丙) 諾。成。契。約。及。要。物。契。約。

諾、成、契、約、者。僅、以、當、事、者、之、意、思、合、致、而、成、立、者、也。凡、契、約、多、屬、之。要、物、契、約、者。當、事、者、意、思、合、致、之、外。更、須、交、付、目、的、物、者、也。如、賃、借、質、等、是。

(丁) 要式契約及不要式契約。

要式契約者。其契約須照一定之方式。如買賣土地家屋船舶等或贈與之者。皆是。不要式契約者。得不照一定方式而爲之者。如通常之買賣、貸借及其他之契約。皆屬之。

(戊) 主之契約及從之契約。

與他種契約之成否無涉。而獨立生效力者。卽主之契約。如買賣、貸借。是必俟他契約成立而始生效力者。卽從之契約。如保證、質抵當等是。

(己) 有名契約及無名契約。

法典上有特別之名稱者。卽有名契約。如買賣、交換、代理、貸借、會社等是。其無特別之名稱者。卽無名契約。如豫約、無期定期金契約等是。

力
契約之效

契約。蓋以使生私法上之效果爲目的。故其效力。在於生爲其目的之私法上效果。(卽在於生某私權之得喪變更者也)且契約者。其當事者間。於法律上。皆同有效力。此語。蓋古法律格言卽有之。故其契約苟爲適法而

結之者。則其羈束當事者。蓋綽有餘裕。且定其效力之時。當專就契約之內容解釋之。而不能拘於當事者之語者。此亦各國法制及學說所同者也。

契約之效力。非即債權之效力也。故不必詳說之。惟雙務契約之效力。及因第三者而爲之契約效力。則有大須考究者。

雙務契約之目的。其在於特定物物權之設定或移轉者。若依於意外原因。而其物有滅失或毀損時。則其損失。應孰負擔之。此問題。法律學上名之曰危險之問題。據羅馬法。則以「凡物死於所有者」爲原則。蓋即謂其損失當歸之所有者也。有依此原則。而謂危險當與所有權共移轉者。英國法學者。即主是說。有謂危險非與所有權相隨。而當隨於債權者。法德多數學者。皆主之。日本民法。則定爲歸於債權者之損失。蓋債權者。既有因意外之原因。而得物件增加之利益。則自當負擔其減少之損失。又債權者。於物件有增減。或價格有變動時。然其負擔。則皆無所消長。是則使之

於第三者
之契約之
效力

契約之解
除

負擔滅失之危險。亦極持平之道也。至若關於不特定物之契約。前已述之。蓋其物依於一定之方法。而確定之時。則適用此規定。契約者。依於當事者之合意而成也。故僅於當事者間。有效力。而於第三者。則不利亦不害之。惟由其契約所生之當事者之權利。第三者負有不侵害之義務。雖然。有債權債務之關係。不僅當事者間。而對於第三者。亦生其關係者。如當事者之一方。對於第三者。得當為或給付者。是此時。第三者對於債務者。雖有直接請求其給付之權利。然其權利。非因契約而直發生者。蓋第三者。須對債務者。表示其享受契約之利益之意。乃可。迨因其意思表示。而第三者之權利既發生之時。則當事者。即不得變更或消滅之矣。契約。得依契約或法律之規定。而解除之。其依契約而解除之者。於契約中。須有表示其條件。依法律之規定而解除之者。則不待契約之表示。而當然行之。例如雙務契約。當事者之一方。若不履行債務。則依法律。而他

一方之解除權。即從而生。是也。無論何時。有解除權當事者之一方。若對其相手方。表示解除之意思時。則其契約。即視為已被解除者。各當事者。使其相手方。負復於原狀之義務。

第一節 事務管理

無義務而為他人管理事務者。此之謂事務管理。故於本人及管理者之間。為生債權關係之原因。舊法典效從來法制。以事務管理為不當利得之一種。其理由。蓋以無委任而干與他人事務者。是為不當。故以由此而生之關係。規定於不當利得之列。雖然。近世社會交通之發達。所謂事務管理者。其便益久已共認。故今又不得為不當之行為。而反為法律上之通則也。故現今法典。特由不當利得中分離之。而別為債權之原因之一。凡管理者之義務。自其管理之始。即當從速通知本人。且迄其本人相續人。或法定代理人。得為管理之前。應繼續管理之。其管理之也。當從其事務之性質。按最適於本人之利益之方法。而為之。若有缺其責任者。則因

此所生之損害。負有賠償之責。至若管理者之權利。則凡為本人所出之有益費用。得請求其償還。但若係反於本人之意思。而為管理者。則限於本人現時所受之利益。得請求償還之。

第三節 不當管理

無法律上之原因。依於他人之財產或勞務。而受其利益。因之致他人有損失者。此之謂不當利得。不可不返還之。是蓋亦不基於契約之債權之原因之一也。羅馬法及從來之民法。皆謂之準契約。雖然。是固不因合意。而由單獨之所為。而生之關係也。究不應名為契約。故日本民法。特改為不當利得。

不當利得
之所由生

不當利得
之濫義

凡不當利得之所由生。其主要者有三。(一)并無債務而為給付者。例如誤為負擔債務。而為辨濟者。是(二)為給付之原因。已消滅者。例如為辨濟之債務原因之法律行為。因有貸借。而始應還錢。此貸借之法律行為。即其債務之原因也。已被取消或解除之時。是(三)因不法之原因所受之給付。

者。例如公證人、執達吏等。取其所不應得之手數料。是凡此受益者。皆負返還利益之義務。若係出於惡意者。則須并付以利息。且負賠償損害之義務。

第四節 不法行爲

不法行爲
之意義

不法行爲者。謂因於故意或過失。而侵害他人之權利者也。此亦不基於契約之債權之原因之一。從來稱之爲犯罪。或准犯罪。蓋凡以故意加損害者。則爲犯罪。因過失者。則爲准犯罪。舊法典更名爲不正之損害。雖然。不正之損害云者。蓋表章行爲之結果之語。其命名有未協。現行法典。則改爲不法行爲。

責任之範圍

凡因不法行爲。而生賠償損害之責任者。不必限於自己之行爲。即其行爲非直接而爲之。但若係在自己監督之下者之所爲。而有怠其監督之時。則是自己之過失。亦當負賠償損害之責。例如父母、後見人、或僱主。於其子、未成年者、僱人之行爲。當負責任。是也。又於土地上設置工作物。或

保存之。其因有瑕疵而貽害他人者。或家畜及其他動物。有加害於他人者。則工作物之占有者或所有者。及動物之占有者或保管者。皆同任賠償損害之責。

加害者應
賠償之損
害

凡因不法行為而應賠償之損害。亦不必限於財產上者。凡有害他人之身體、自由、名譽。其損害縱為不得以金錢估計之者。亦當賠償之。其在毀損名譽者。則裁判所。因被害者之請求。得命以可以代其賠償之適當處分。或命以與賠償相同如回復名譽等之適當處分。例如使其謝罪之書。或使登謝罪廣告於新聞紙等。是也。

第三章 債權之效力

債權之效
力

債務者。若應期履行其債務。則債權之效力已全。不必言矣。惟其履行。若有遲滯。或并不履行之者。則此時其具有強制力之債權效力。始得而見。茲論之如下。

第一遲滯
之責任

第一 遲滯之責任

債務者之
遲滯

債權者之
遲滯

債務者。須於適當時期。履行其債務。若不履行之者。則不能免遲滯之責任。所謂適當之時期者。即生遲滯責任之時期。於其債務之履行。有有期限與否之別。若有確定期限者。則債務者自其期限到來時。當然任遲滯之責。不必俟債權者之催告者也。若其不確定期限者。則債務者自知其期限到來時。任遲滯之責。又期限無定者。則自受其請求履行時。任遲滯之責。此遲滯責任之結果。(一)債權者於一定之處。得請求解除契約。(二)又得請求賠償損害。以代其債務之履行。(三)債務者。不可不賠償因其遲滯所貽債權者之損害。(四)雖為因不可抗力而損失其目的物。若係因遲滯而生者。則債務者亦當任其責。

遲滯之責任。不獨債務者有之。即債權者亦有之。凡債權者於其履行債務。拒而不受之者。及不能受之者。是也。此時則債權者自有其履行之提、供、時、任、遲、滯、之、責。此遲滯責任之結果。(一)債務者。免其因不履行債務所生之一切責任。(二)又得供託其債權之目的。而免其債務。此外更有關於

保管目的物等之結果。茲不并述。

第二強制履行

第二 強制履行。

強制履行者當於如何情形乃得請求之乎

凡債務。蓋債務者、所當從其本旨。而任意履行者也。若反之而任意不履行之者。則其債權者。得以履行請求於裁判所。此固事之當然者矣。雖然、強制履行者。亦非不論何處皆得行之。蓋債務之性質上。有不許之者。夫債務之非以物為目的。而其目的屬於作為或不作為者。則債權者。非拘束其債務者之身體。必不能使之履行其義務。且又有雖拘束之。而亦終不能履行之者。凡此、皆有害人身之自由。且亦無實效。故法律與債權者以強制履行之訴權。蓋債權者。非行賠償損害之訴權。即不得使債務者蒙不履行債務之制裁也。例如、與畫工約於一定之期限內。使繪某物。及期。其畫工背約不繪。則雖假裁判所之公力。究其債務終亦不得履行也。又如與約於一定之期限內。不得為人作畫。而其畫工背約繪之。則其債務不履行。究屬無從回復。故遇此二者之時。其為債權者之人。於請求賠

債損害之外。不得更用強制履行之訴權。惟以債務凡係以作為爲目的者。則得請求以債務者之費用。使第三者爲之。其債務係不作爲爲目的者。則請求以債務者之費用。消除其所爲者外。且得請求善後之適當處分。

第三 損害賠償

損害賠償者。從裁判所之判決。其債務者對於債權者。債其因不履行債務所生損害之方法也。通常皆爲以金錢定其額者。

所謂損害之性質。有大陸主義與英國主義之別。在大陸主義。則須有實際之損失。在英國主義。則但有侵害權利者即可。故英國於實額賠償之外。更有所謂名義賠償者。名義賠償云者。債權者雖不蒙實際之損失。但其權利有被侵害者。即得請求之。例如甲與乙約。迄於一定日期。當賣與生絲若干捆。及期。甲不能履行其契約。然此時適絲價大落。甲之違約。不惟不損於乙。且實轉以利之。雖然。甲固爲侵害乙之權利也。故終當使債

定賠償額
之標準

債務之以
金錢爲目
的之特例

以徵少金額。(或一錢一釐皆可)以示賠償之意。至若日本民法。則取大陸主義。凡損害賠償。必須其實額有損失者。凡言賠償之額。應以因不履行債務而通常所生之損害爲標準。所謂通常所可生之損害者。則屬事實問題矣。又其損害。雖係因特別情事所生者。若當事者已豫見其情事。或可得豫見之時。則債權者。亦得請求其賠償。例如甲對乙有交付米穀之債務。而不履行之者。若當事者於爲契約之時。已豫知其因戰爭或其他事變。米價騰貴者。則乙得請求賠償其因此所受之損害。

以上所述之債務不履行。其主者皆係以物爲目的者也。至其債務之以金錢爲目的者。則其損害與物之損害又異。通常之賠償額。皆於法律定之。此之謂法定利率。且債權者不必爲損害之證明。而債務者亦不得以不可抗力抗辯之。此皆與以物爲目的異者耳。若其約定之利率。有超過於法定利率者。則其賠償額。依其所約利率定之。

損害賠償
額之豫定
者

第四對於
第三者債
權之效力

債權之目
的者何歟

凡損害賠償。其額以聽裁判所定之爲原則。然當事者於法律行爲之初。得豫定其額。此時則裁判官無增減之職權。至若違約金。則法律上推定爲賠償額之豫定者。若當事者不以爲賠償額之豫定。而以債務不履行爲條件。而定別個之債權時。則必須舉其反證。

第四 對於第三者債權之效力。

凡債權之效力。通常惟於當事者間有之。然債權無特別擔保時。則債務者與第三者之法律關係。其於債權者。或有利之者。亦或有害之者。故法律以保全債務之目的。并認其效力得及於第三者。此效力蓋有二。一曰間接訴權。即債權者因保全自己權利之故。得行其屬於債務者之權利者。也。二曰廢罷訴權。即債權者於債務者知其有害債權者。而爲之法律行爲。得請求取消之也。

第四章 債權之目的

債權者。對於特定之人。而請求特定行爲之權利也。然則債權之目的。其

債權之目的
的不必有
金錢上之
價值

債權之目的
的必須物
之交付時

債權之目的
的為金錢
時

為特定之行爲者。不待言矣。夫財產權。其原則雖為有金錢上之價值者。然債權。則凡不得以金錢估計之者。亦不妨為其目的。前已述之。此與從來之說雖相反。而晚近之學理。則固共認之也。日本民法。蓋亦取此新主義。而於債權之範圍。大擴充之。

債權之目的。其為物之交付者。則須別為特定物及不特定物二種。在特定物。則其物權。不待物之過付。而已移轉。其變為債權之目的而存之者。即此交付之行爲也。此時。債務者於其未交付之間。負有以善良管理者之注意。保存其物之義務。在不特定物。則通常必待過付。其物權始移轉。其債務者。但給付以同質同量之物即可。若其目的物。但係指定其種類者。例如謂關外馬一匹江南米一石。則債務者須給付以通常合於中等品質之物。

債權之目的。其為金錢者。則債務者得從己之選擇。以各種通貨還付之。故不論為紙幣。為金銀貨。苟不背於貨幣法所規定。皆聽債務者自由為

應生利息
之債權

選擇債權

複數法或
之常體及
變體

之。若有以給付特種通貨。爲債權之目的者。則不在此例。又若以外國通貨。指定其債權額者。則債務者。得照其交付所在之兌換價。以本國貨幣交付之。

凡債權。乃應生利息者也。當事者若不別定其利息之額者。則當從法定利率。法定利率。年五分。不論如何。其利息若有遲延一年。債權者催告之。而債務者仍置而不還者。則債權者得以之并入元本之內。

此外更有所謂選擇債權者。茲當并言之。蓋卽債權之目的。有二以上。聽其當事者之一方或第三者所選擇。給付其中之一者也。例如約爲非與家屋一座。卽與金萬圓。是也。凡此選擇之權。其屬於何人。大抵皆以當事者所明示或默示之意思定之。若當事者未定之者。則選擇權屬於債務者。蓋契約者。當以債務者之利益解釋之。此固舊來之原則也。

第五章 多數當事者之債權

凡債權債務之關係。非必僅存於一人與一人之間者也。卽連於數人者。

亦有之。謂之複數法瑣。(蓋對於單數法瑣而言)在法律上之原則。則數人之債權者或債務者。當以各自平等之割合。有權利或負義務。然若別有表示意思者。則生複數法瑣之變體。其體樣。或有對於債務者全體而存者。即不可分債務。及連帶債務是。或有於債務者間。別為主從者。即保證債務是。

第一 不可分債務及連帶債務

第一不可分債務及連帶債務

二者之異同

不可分債務者。因其債務之性質上。或依於當事者之意思。不得僅履行其一部分者也。例如其債務為交付馬一匹者。或當旅行某處者。則其性質上不可分之矣。又如其債務為給付建設某工場所必要之土地者。或支拂某事業所必要之資本者。其性質上雖可分。而依當事者之意思。為不可分者矣。凡此不可分之債務目的。若其債權者有數人。則各債權者。因全債務者之故。得請求其履行。又債務者。因全債權者之故。對於各債權者亦得履行之。若其債務者有數人者。則債權者對於債務之一人。得

第二保證
債務
保證之意
義
保證債務
與其主之
債務之關
係

請求其全部履行。故數人負擔不可分債務時。其關係甚似連帶債務。雖然、連帶債務者。蓋欲其債務易於履行之故。其目的。乃在於使債權者得避其由債務者無力而生之損害。故其債權者。或對於全債務者。或對於債務者之一人。請求其履行。又或對於各債務者。請求其各履行其一部。皆無不可。蓋凡屬連帶債務。則債權者與各債務者之間。應其債務者之數。既有數之債務關係。即同時債權者與全債務者全體之間。亦有一括之債務關係也。至若不可分債務。則其債務之目的不可分。故始終不能分割而履行之。惟就於各債務者一方觀之。其債務之爲各別者則同。故關於連帶債務之規定。除特別者外。其他得準用不可分債務。

第二 保證債務

保證者。得於債務者不履行其債務時。其所應履行者之契約也。故保證爲從契約之一。必待他之主契約而始成立。從而保證債務者。其債務之目的。及體樣。不得更重於其主之債務。例如債務者若負擔八千圓之債

務。則保證人必無轉負擔萬圓之理。又如債務者若負擔期限付之債務。則保證人必無轉負擔單純債務之理。是也。若其有之。則亦減縮至其主之債務之額。

保證人之
利益

債權者。若向保證人請求履行債務時。則保證人得先對於主之債務者。發、催、告、而、請、求、之。此蓋其由保證債務之性質。所生之第一利益也。即既為催告之後。保證人亦不必遽任履行債務之責。更得檢、索、其、主、之、債、務、者、之、財、產。使債權者先就而執行之。此蓋其由保證債務之性質。所生之第二利益者也。其債權者。若不願有保證人之請求。而怠其催告或執行。因之不能得其主之債務者。辨濟其全部者。則保證人就於債權者。若為催告或執行。所可以得其還付之額。免其義務。此蓋其由保證債務之性質。所生之第三利益也。然保證人。若與其主之債務者。連帶而負擔債務時。則失此等利益。

第六章 債權之讓渡及消滅

讓渡及消滅云者。特由於觀察之點而異耳。債務之讓渡者。其在主觀的之意義。則即債務之消滅也。故廣義解釋消滅之原因。則雖謂讓渡亦包含之。亦無不可。

債權之目的。凡無金錢上之價值者。固亦得以充之矣。故債權雖為財產權之一種。以得讓渡之為原則。然性質上。有不得讓渡之者。亦從可知。又性質上雖可以讓渡。而又依當事者之意思。亦得禁止之。要之。債權之可以讓渡者。特其通則耳。

債權。有指名債權。指圖債權。無記名債權之別。指名債權者。即其債權者。已確定者也。普通之債權。皆是指圖債權者。即當辨濟於債權者。或其指圖人者也。例如為替手形、約束手形、倉荷證書、船荷證書等之債權。皆是。無記名債權者。即其債權者不確定者也。例如無記名公債證書、小切手、鐵道切符之債權。皆是。凡讓渡指名債權。對於債務者及其他第三者而有效者。則讓渡人。須通知其讓渡之旨於債務者。及債務者承諾之。且其

通知或承諾。若非以有確定期日之證書爲之。則不得對抗債務者之第三者。至若讓渡指圖債權及無記名債權。則極簡易。蓋在指圖債權。則但於其證書上。爲讓渡之裏書。以交付之讓受人。即可。在無記名債權。則與普通讓渡動產者同。

債權消滅
之原因

債權消滅之原因。所當攷究之者有五。(一)辨濟。(二)相殺。(三)更改。(四)免除。(五)混同。辨濟者。謂從其債務之本旨而履行之者也。債權之依此而消滅者最多。相殺者。二人相互負擔之債務。有同種之目的。且在辨濟期者。就其對當之額。使之消滅雙方之債務之方法也。所謂差引勘定(即對除結算)者是。更改者。當事者更爲契約。將新債權。代其舊債權者也。(例如借錢及期未還。更轉立新借字是)凡爲其債權要素之當事者及其目的。有變更者。皆爲消滅舊債權。而生新債權。免除者。債權者。拋棄其債權者也。混同者。債權者與債務者之資格。歸於一人者也。此外。如不能履行。取消解除。時效等。皆爲債權消滅之原因。然此於一般之法律行爲及契約。已說明

之矣。茲不更贅。

第三部 親族法

第一章 總說

親族之意義

親族者。依血統及婚姻之關係而相連結者也。故親族中有血族及姻族。血族。乃指血統之相連結者。姻族。則指因其夫婦之一方與其配偶者之血族之關係而相連結者。然夫之血族。與妻之血族間。則法律上無親族關係。在舊民法。惟血族始稱為親族。以與姻族相別。雖然。日本慣習上。則實未嘗爲此區別。且欲於法律規定中一一區別之。亦殊煩雜。故新民法。以親族之語。通於血族姻族而用之。

親系

親族之連結。謂之親系。不問其爲男系爲女系也。然是特近世進步之社會則然耳。古時固大異也。今就其沿革觀之。蓋在古代。概以女系爲主。及中古。則變爲男系。及近世。則取男女兩系。此法律史家莫不共證之者。然但謂行女系親者。爲酋族制時代。行男系親者。爲家族制時代。行男女兩

親系之區別

定親等之法有三

系親者。爲個人制時代。是言、蓋亦非過。

親系者。分爲直系。旁系。直系者。自彼至此直下之親系也。例如祖父母、父母、子孫、等親系是。旁系者。不直下之。而但出於同始祖之親系也。例如兄弟、姊妹、伯叔父母、等親系是。又直系云者。亦可解爲由自己直上或直下之尊屬系及卑屬系者也。旁系云者。亦可解爲由自己之尊屬系所出者之親系也。尊屬親者。即己所自出之親族。卑屬親者。由己而出之親族也。親等者。即親族間之距離。凡定此距離之法。從來有三。第一、蓋無一定之標準。而惟以立法者之專斷而成者也。如古來支那及日本所行者是。第二、蓋即宗教法之計算法。其直系親。與羅馬法同。其旁系親。則不由自己起算。乃從始祖(即同出之祖)起算之。每一代加一等。若其等數與達於自己者相同。則照此算之。若不同。則從其數之多者計之。故兄第一等親也。(由父母至兄弟爲一代。至己亦然。故曰等數相同)甥姪二等親也。(由父母至甥姪爲二代。至己則一代。從其數之多者。故爲二等親)第三、蓋即羅馬

親族之範圍

依於法律
擬制之親
族關係

法之計算法。近世歐洲各國皆行之。日本民法。今亦採用之也。其直系親。則照親族之世數算之。旁系親。則由親族之一人。溯於同始祖。更由其始祖而下於他之一人。照此世數算之。故直系。則父母及子爲一等親。祖父及孫爲二等親。旁系。則兄弟爲二等親。從兄弟爲四等親。蓋由己起算至父。一等也。由父下及兄弟。又一等也。合之。故兄弟爲二等。由己溯父一等。更溯於同始祖之祖父又一等。由祖父下及於伯叔父又一等。更下及於從兄弟又一等。合之。故從兄弟四等也。凡血族。至六親等之外。姻族。至三親等之外。法律上卽不認其爲親族關係。此亦近世制度然也。當古代家族制度盛行時。則以同血統之人。相爲團結。其視姓氏極重。今之親族。僅限於數世以內者。亦由於各國慣習與其實際之便宜而出之耳。養子與養親及其血族。又繼父母與繼子。嫡母與庶子。其間。雖無所謂依於血統之血族關係。然日本古來慣習。則以之擬於血族。故法律自其養

扶養之義務

義務之範圍

義務履行之順序

子緣組、婚姻等一切原因生出之時。即生與血族間同一之親族關係。故得謂爲依於法律擬制之親族關係也。親族關係。於民法上。生有種種之權利義務。此當於各關係說明之。然茲有必須於一般而考察之者。則扶養之義務是。夫親族須互相扶養。以盡其親睦。此人生自然之理也。故親族當互相負爲扶養之義務。雖然。在法律上所認爲義務者。則亦必有限制。日本民法所定之範圍。其在血族間。則爲直系血族。及兄弟姊妹。其在姻族間。則爲夫或婦之一方。與他一方之直系尊屬。(例如翁姑之於婦或妻父母之於婿)而在其家者。此外更有因維持家族制度之故。戶主亦負扶養家族之義務。凡負扶養之義務者。有數人時。則其孰爲應履行之者。當依法律所定之順序而定之。若同順位之義務者有數人時。則各應其資力而分擔之。又反之。其有受扶養之權利者。若有數人。而扶養義務者之資力不能全數扶養之者。則其受扶養之順序。亦依法律所定。若其同順位之權利者有

戶主及家
族之意義
家族關係
與親族關
係之差異

日本民法
之特色

數人時。則得各應其需要。而受扶養。至若扶養義務之發生并其程度方法等。茲不細述。

第二章 戶主及家族

戶主者。一家之長也。家族者。戶主之親族。而在其家（同戶籍者）及其配偶者也。故家族關係（即一家中之戶主與其家族之關係）與親族關係不同。有爲親族而非家族者。有爲家族而非親族者。例如戶主之兄弟姊妹。其因養子緣組或婚姻而入於他家者。則是親族而非家族矣。又如其人爲戶主之從兄弟。而爲家族者。有配偶者時。則其配偶者。雖爲家族而非親族矣。

規定戶主及家族之特色。乃日本民法所特有。近世各國。蓋皆無之。而隱居、養子緣組、家督相續等制度。則皆以此關係之結果而設者也。要之日本民法。乃以個人主義之制度爲主。而參以家族制度者也。蓋日本現時社會之情形。有不得不然者耳。

戶主及家族之權利義務

戶主權之得喪

婚姻之意義

戶主之權利有六。(一)稱其家之姓氏。(二)指定家族之居所。(三)於其婚姻、或養子緣組、入籍、離籍、相續他家、分家、再興廢絕家、等。與以同意。(四)請求宣告禁治產。準禁治產。(五)為後見人、或保佐人。(六)請求招集親族會。且為其會員及述意見。是也。此外相續法上所定戶主之權利。蓋亦不少。家族之權利。其要者有三。(一)稱其家之姓氏。(二)受戶主之扶養。(三)以自己之名。特有其所得之財產。是也。凡在純然家族制度之精神者。則家族不許自有財產。如羅馬古法及東洋各國舊習皆然。日本民法之認家族特有財產者。蓋一面存從來之家族制度。即一面所以應現時進步社會之趨勢也。凡戶主權。由家督相續、創立一家、分家、再興廢絕家。而取得之。由死亡、隱居、喪失國籍、入籍於他家、入夫婚姻(有女戶主之時)廢家等。而喪失之。

第二章 婚姻

以廣義觀婚姻之性質。則婚姻云者。蓋法律所公認之男女兩姓之結合也。故不論其為一夫數妻之婚。或一妻數夫之婚。或一夫一妻之婚。又其

法律上於
婚姻所必
要之公認
條件
一、達於適
婚年齡

二、非近親
之人

婚姻之由於掠奪。由於買賣。由於贈與。由於承諾。但其結合苟為法律所公認。則皆謂之婚姻。近世文明各國。所謂婚姻云者。則異之。蓋本於男女所共諾。一男一女之畢生結合。而且法律共認之者也。故婚姻者。其結合不待為數男一女。或數女一男也。且必其由於相互之承諾也。且不論其許離婚與否。必其以永久為期而結合者也。且法律上更有其一定之公認條件。并不可不備之。茲舉其條件如左。

(一) 達於適婚年齡。凡適婚年齡。恆斟酌於身體上之發達及風俗等而定之。又有時亦由政治上、宗教上、倫理上、經濟上、等理由定之。故各國不同。日本民法。則男滿十七歲。女滿十五歲。為達於適婚年齡。

(二) 非近親之人。所以制限近親婚姻之故。自古學者間。所論不一。然以為本於人類之倫理者。其說最當。日本民法。凡直系血族及三親等內之傍系血族。并直系姻族之間。又養子及其配偶者。并其直系卑屬及其配偶者。與養親及其直系卑屬之間。皆禁為婚姻。

三尊屬親
之同意

(三) 尊屬親之同意。凡爲人子者。若無在其家之父母同意。不得爲婚姻。若其父母但有一人者。則只須其一人同意。若皆無之。而其子爲未成年者時。則須得後見及親族會之同意。

四結婚之
方式

(四) 結婚之方式。結婚之方式者。蓋所以明其婚姻成立之時期。而特以爲其證據者也。其式。蓋自古變遷不一。日本民法。則婚姻者。乃因屆出於戶籍吏。而生其效力。其爲屆出時。須由當事者雙方及成年之證人二人以上。以口頭或書面爲之。

婚姻之效
力

婚姻有普通婚姻及入夫婿養子之別。然其效力則一。凡夫婦。因爲婚姻而同居。且互相負扶養之義務。此蓋由於夫婦身分所當然者也。凡妻。須入夫之家。入夫婿養子。則須入妻之家。此則以家族制度之結果而然。今各國法制。恆有於夫婦之間禁買賣贈與者。蓋恐夫或溺愛其妻。妻或畏怖其夫。因而奪其意思之自由耳。日本民法。夫婦間之契約。雖所不禁。然在爲婚姻之中。則不論何時。皆許其行取消權。

婚姻之效力。其於夫婦財產上。生有特定之關係。舊民法所謂夫婦財產契約者。即規定此關係之法。載之財產取得編之中。雖然此為財產取得之方法。固矣。但其關係。雖本得以契約而定之。然其與身分相隨者則更多。且法律固特規定為無特別契約時。可以適用之。故新法典名為夫婦財產制。而歸於親族編。夫日本昔時。固一照支那古典所謂子與婦無私貨無私蓄之主義。別不認夫婦間之財產關係者也。歐洲之制。亦各不同。或有所謂共財產者。蓋婚姻中。夫婦合其財產而共有之也。或有所謂別產制者。蓋夫婦各自有其財產。而分擔婚姻中之費用及教養子女之費也。或有所謂所得共產制者。蓋夫婦各異其財產。特由其財產之所得者。共有之也。或有所謂無共產制者。蓋夫婦各異其財產。而夫得使用妻之財產及收益之也。凡此制度。皆其法律所認為普通者。凡夫婦間。若無更有特別契約。則推定為暗默從其制度。此之謂法定財產制。日本民法所用為法定財產制者。乃係無共產制。即夫婦雖各有其財產。然夫或妻之

日本民法
之夫婦財
產制

離婚之意義

爲戶主者。有使用其配偶者之財產或收益之之權利也。婚姻之性質。蓋爲繼續永久而爲配偶者也。其有於生前解除夫婦之關係者。此之謂離婚。法律或有任夫之自由而離其妻者。或有但本於夫婦一方之意思而離之者。或有須兩相合意者。此之謂自由離婚。或制限離婚之法律。又或有禁止之者。此之謂禁止離婚之法律。凡自由離婚。恆於社會未開時行之。制限離婚。則今文明各國所恆有。禁止離婚。則由宗教上政治上之理由。迄於近年歐洲各國。尙有行之者。然現時則概廢之矣。日本民法。分離婚爲二。蓋就其原因而別之者也。一曰協議上之離婚。一曰裁判上之離婚。協議上離婚者。其事由無制限。裁判上離婚者。則限於有特定事由時行之。

第四章 親子

親子之區別

親子。有實親子。養親子之別。實親子者。謂由自然之作用而生親子之關係者也。養親子者。由於法制之擬制。於非實親子者之間。生與實親子同

養子制度
之沿革

日本養子
制度之精
神

養子之區
別

一之關係者也。馬印曰。法律上若無養子之擬制。則社會恐亦不能長存。蓋不問何國。當古代之社會組織時。於血統姓氏。皆極所重視。養子之制。實即由於繼血統延宗祀而出也。迨及家族制度時代。其家長權。必男子乃得相續之。故家長無男子者。則不得不養他人子以繼之。及家族制度既衰。則只有以身後相續遺產之故。始置養子。而養子之制。與遺贈之制。每并行之。近世歐美各國。此制已漸廢絕。若英國即不認養子者也。其他雖有認之者。亦以出於慰藉養親或補助養子之目的為多。日本之養子緣組。其主者蓋以維持家族制度之故。故凡有男子為家督相續人者。則不得更以男子為養子。

養子。分為嫡出子。庶子。私生子。三種。嫡出子者。謂為婚姻之男子。即夫婦間所生之子也。凡妻於婚姻中懷胎之子。推定為夫之子。故非有特別理由。則夫不得主張其子之非嫡出。其依特別理由而主張其子非嫡出者。此權利謂之否認權。庶子者。謂無夫婦關係者之間所生之子也。若不

知其父者。則其子謂之私生子。凡私生子。因其父之認知而為庶子。庶子則因其父母之婚姻。而為嫡出子。故私生子於父母婚姻之後。因父之認知。而取得嫡出子之身分。

養子之區別及養子緣組之性質

養子。亦有普通養子。婿養子。夫婦養子。遺言養子等區別。蓋因其為養子之條件及方法之差異。而生者也。雖然。其為養子之身分權利。則同。凡生養子關係之法律行為。謂之養子緣組。養子緣組解除者。謂之離緣。緣組之效力。蓋即養子從緣組之日起。即取得為養親之嫡出子身分。而入養親之家也。離緣。有協議上者。有裁判上者。與離婚同。

親權

凡子。無論為實子。為養子。當其未達成年。且未立有獨立之生計間。皆必服從於親。親權者。監督子之身體。管理其財產之權利也。凡親權。皆屬於父。父死。或父不能行此親權者。則屬於母。古代法律。子在於父之權力之下。無獨立之人格。生殺與奪。一任父所欲為。在此時。法律尙未認親權。而僅有所謂家長權。而其家長權。則幾涉於民法全部者也。蓋社會上及

親權之效力

親權之喪失

其他財產上之權利。皆屬於家長之一身。其家族絲毫不得有之。是蓋爲純然家族制度之時代。馬印之古代法(書名)中。所謂社會以家爲單位。而非以人爲單位者。卽此時代也。其後家長全權漸衰。法律保護家族之身體。且進而認家族固有之財產。於是家長之特權。始絕跡。而僅以認爲人親者權利之故。而使之以此權利。全其養育監督其子之責。此蓋人事上法律之大變遷也。

親權亦分爲二。一曰對於子之身體者。一曰對於子之財產者。對於身體之權利者。卽監護教育有必要時。得懲戒之。及指定其居所。許可出願兵役及營業。是也。對於財產之權利者。卽管理其財產。及凡關財產之法律行爲。得代表其子。是也。父或母若有濫用親權。或顯有不良之跡者。則依子之親族或檢事之請求。裁判所得宣告親權喪失。又行親權之父或母。因其管理失當。危及子之財產者。則裁判所得依同一手續。宣告管理權喪失。

第五章 後見

後見之意義

後見者。謂因監督管理無能力者之身體財產及代表其一切法律行為而能力者所行之法律上職務也。蓋凡未成年者或身體上精神上之無能力者。在於親權之下時。則父母自任其監督保護。然若父母死。或父母不能行親權者。則法律使他人攝行父母之權。即所謂後見是也。故曰後見者。親權之延長者也。

後見之機關
後見人

後見之機關有二。曰後見人及後見監督人。後見人者。即行後見職務之人。更別為指定後見人。法定後見人。選任後見人。三種。指定後見人者。蓋其最後行親權之人。乃依遺言而指定之者。此惟未成年者之後見有之。法定後見人者。謂依法律之規定。而當然行後見之職務者。例如子有禁治產時。則父或母為後見人。妻或夫有禁治產時。則其配偶者為後見人。家族無其指定後見人或法定後見人之時。則戶主為其後見人。是也。選任後見人者。凡無指定後見人或無法定後見人時。則親族會選任之。後

後見監督人

見監督人。即監督後見人之事務。及行其他法律所定之職務者也。其就任。與後見人同。有依遺言之指定者。有依親族會之選任者。法律所以設此後見監督人者。蓋恐後見人。或有利被後見人之幼弱無知。而行其私故也。雖然。此二機關之職務。要皆法律本於公益上之理由而定者。故法律上所屏斥之缺格之人。不得任之。又除有法律所定事由之外。亦不得辭其任務。

就任之條件

後見之職務

後見職務之重大。不待言矣。故法律於其職務。必嚴密規定之。且既以後見監督人。監督後見人之行為。更使親族會行免黜之權。又有重要行為時。非得親族會同意。則後見人不得爲之。凡此皆出於保護被後見人之意也。至若後見人之職務之爲無償與否。各國法制雖不一。然多以無償爲原則。日本民法。則定爲親族會得依於後見人之資力及其他情事。與後見人以相當之報酬。是實最當。但後見人。若係被後見人之配偶者。或直系血族。或戶主之時。則其無償不待言。

丁 後見之終

凡後見人任務終了時。則後見人須以後見監督人之立會於二個月內。爲管理之計算。其必限以如此短期者。蓋以免生紛亂之弊。其計算既畢。則後見人及被後見人。即當互交其所應還之金額。若有後期而還之者。則須付以相當之利息。若係後見人。因自己之故。而消費被後見人金錢者。則當自消費之時起。付以利息。

第六章 親族會

親族會之性質

親族會者。因保全親族法上之權利。所設之議事機關也。其組織及職務之條件。一依法律所定。在舊法典。則以親族會與後見同於一節中規定之。夫親族會干與後見之事務者。雖甚多。然親族會之職務。蓋不僅關於後見已也。凡由親族關係而生之事項。皆有之。故新法典特設一章。

親族會之招集

親族會者。謂於法律所定之處。裁判所依其會議事件之本人、戶主、親族、後見人、後見監督人、保佐人、檢事、利害關係人之請求。而招集之。蓋其組織。乃一時的。其職務既終。則恆即解散之。然其親族會。若係因無能力者。

而設之者。則當其無能力之中。若不繼續之。則有不能完全其職務之恐。若解散後更招集之。則又甚繁。故法律惟此則定為迄於無能力未止之前。而繼續之。除最初之招集外。凡會員及其他特定之人。皆與以招集之權。

凡親族會員。必為三人以上。自親族及其他與其本人或其家有緣故者之中。裁判選定之。其會員之不必限於親族中者。蓋以於有必須親族會議時。務使得完其成立之意耳。其選定會員。必非為法律上之缺格者。且以不許辭任為原則。凡後見人、被後見人、保佐人。其於親族會員。皆為特殊之缺格者。蓋親族會之職務。以關於此三者之利害為多。而親族會。即處於為其監督之地位者也。

親族會之議事。以會員過半數決之。凡會員。於其議事有關於自己之利害者。則不得參於表決之數。凡本人、戶主、在家之父母、配偶者、本家分家之戶主、後見人、後見監督人、保佐人。皆得於親族會述其意見。凡會員及

存請求招集之權利者。若不服親族會之決議時。得訴之裁決所。

第四部 相續法

第一章 總說

近世法律
之相續

相續之沿革

日本之相續

近世法律普通所稱為相續者。即遺產繼承之方法也。蓋人死。則所屬之財產。遺存於死後者。不可不一聽其人之意而處分之。相續法所定者。即真處分之方法也。然在古代之相續。其旨則異是。今溯其沿革考之。第一期。所謂酋族制度時代。有部落財產。而無個人財產。故其部落之人雖死。本無遺產。其相續之思想。即亦無從而起。降而第二期。所謂家族制度時代。部落財產。分而歸於各家。乃有所謂家產者。在此時。其相續者。非財產相續。乃家長權相續。特相續家長權者。其結果遂繼承家產耳。至第三期。社會以個人為團體之基礎。至此。始有個人之財產。前之家長權。亦轉為遺產相續。此之謂個人制度之時代。

日本現時情狀。在於家族制度與個人制度之間。前於親族法已詳述之。

相續之種類
第一家督相續及遺產相續

第二遺言相續及無遺言相續

故關於相續之法律。亦不得不折衷其間。所以立法者。分相續爲二大種類。將家督相續、遺產相續兩者。合併而規定之也。

第一 家督相續及遺產相續

繼承戶主之權利及義務者。謂之家督相續。繼承家族之權利及義務者。謂之遺產相續。戶主之權利義務。乃隨戶主之身分而存之。家族之權利義務。則惟於財產權之關係存之耳。故家督相續。爲身分取得之方法。遺產相續。爲財產取得之方法。由此區別而生之法律上之差異。詳見於後。

第二 遺言相續及無遺言相續

相續者。從被相續人之意思而爲之者也。故遺言相續者。乃因被相續人以自己之意思。指定相續人。或定其權利。而爲相續之謂。然被相續人於其生前。亦恆有未曾指定其死後之處分者。法律於此時。則推定被相續人之意思。定爲一般普通之規則。使之相續之。是之謂無遺言相續。又謂

之法。定相續。

第二章 家督相續

家督相續之開始

家督相續人之種類

第一推定家督相續人
推定家督相續人之順位

家督相續者。相續戶主之權利義務者也。故家督相續之開始。必與被相續人戶主權喪失之原因相隨。蓋(一)戶主死亡。隱居或喪失國籍。(二)戶主因婚姻或養子緣組取消而去其家。(三)女戶主為入夫婚姻。或入夫有離婚者。凡此皆開始家督相續者也。他若戶主失踪者。乃與死亡生同。結果。故法律於家督相續開始之原因中。雖未列入。而其應開始家督相續者。不俟言。凡家督相續之開始。不論如何。皆於被相續人之住所為之。

家督相續人有三種。曰法定之推定家督相續人。指定家督相續人。選定家督相續人。

第一 推定家督相續人

推定家督相續人者。從法律所定之順位。而有為家督相續之權利者也。其順位。以親等之近者為先。親等相同。則先嫡出子。先男。先年長者。然庶

推定家督
相續人之
廢除

第二指定
家督相續
人

子或私生子。因認知而取得嫡出子之身分。又外人。因養子緣組而取得嫡出子之身分者。則以取得身分之時。視爲其人出生之時。不得以真年齡計算之。蓋此輩之年齡。恆有較在前之嫡出子而長者。若仍用先年長者之原則。則年少之嫡出子。其於家督相續之順次。所已享有之權利。必有蒙其害者矣。故法律。凡新取得嫡出子之身分者。於其家督相續時。以取得身分之日。視爲出生。以保全他嫡出子之權利。

推定家督相續人。有因一定事由而被廢除者。所謂廢嫡是也。凡被相續人。有法律所定之事由時。得請求裁判所。廢除其推定相續人。蓋廢嫡。大事也。故不使得妄爲之。其事由。必爲法律所豫定。且使裁判所查定而決其許否。雖然。家庭之事。有難言者。故於法定事由之外。有實際不得已者之時。則被相續人。若得親族會之同意。亦得請求廢嫡。

第二指定家督相續人

凡因死亡或隱居之家督相續。若無推定家督相續人者。則被相續人得

指定其家督相續人。此之謂指定家督相續人。其指定。有以普通之意思表示而爲之者。則因屆出於戶籍吏而生效力。有以遺言而爲之者。則其遺言生效力之後（即遺言之人既死之後也）遺言之執行者。須立即屆出於戶籍吏。

第三 選定家督相續人。

選定家督相續人者。於無法定或指定之家督相續人時。在家之父母或親族會。選定之者也。其選定。有一定之順序。須先從家族中一定之順位。而選定之。若仍無之者。則其在家直系尊屬親等之最近者。爲家督相續人。若無直系尊屬者。則親族會。由被相續人之親族、家族、分家之戶主、或本家及分家之家族中。選定之。若仍無相當者。則親族會。得由他人中。選定之。

凡備以上三種資格者。得爲家督相續人。然若爲法律上之缺格者。則不論如何。皆不得爲之。缺格者云者。蓋法律從道義上或公益上之理由。而

第三選定
家督相續
人

家督相續
之缺格者

家督相續
之效力

家督相續
之特權

家督相續
之財產處
分有特例

家督相續
之承認及
拋棄

剝奪、爲相續人之資格者也。

家督相續之效力。蓋卽承繼戶主之權利義務也。故除專屬於被相續人一身者之外。一切之權利義務。皆與家督相續開始。同時移轉於家督相續人。又家督相續者。其主眼在於家之繼續。故隨之存有一種特權。卽如系譜、祭具、及墳墓所有權是也。凡此。前戶主之一切權利義務。與其特權。以概歸家督相續人承繼之爲原則。雖然。家督相續之開始。不獨限於被相續人死亡時也。卽隱居、或入夫婚姻時。亦有之。其隱居者、或女戶主。其人固依然生存。故對之自不得無特別規定。蓋彼得依一定之手續。而留保其財產也。又喪失國籍者。雖失戶主權。然其一般之私權。則非同時而失之。故此時之家督相續人。僅爲承繼戶主權及家督相續之特權者耳。凡相續人。於其相續開始時。卽取得相續權。然若非承認其相續者。則亦不盡然。凡相續之承認。及拋棄之。一聽相續人之自由。此原則也。故相續人。自其知有相續之開始時。於一定之期間內。皆得爲之。雖然。在家督相

家督相續
人之斷缺

續時。其法定、家督相續人。除係尊屬親爲家督相續之外。皆不得拋棄。此亦家族制度上。所不得不然者耳。承認有單純與限定之別。單純承認者。其相續人。以明示或默示。以表示其無條件而爲相續人之意思也。其效力。蓋在於無限。而承繼被相續人之權利義務。限定承認者。以儘其相續財產爲限。以償還被相續人之債務及遺贈爲條件。而表示爲相續人之意思也。其效力。蓋在於將被相續人之財產。與相續人之財產分離之。蓋即於兩者間。不使其權利義務之混同也。故相續人。對於被相續人所有之權利義務。亦視爲不消滅者也。

相續人之有無。若有不能斷定之時。則其相續。必不可無特別之處分矣。故此時。法律以相續財產爲法人。裁判所爲之選任財產管理人。使行其關於相續之權利義務。迄其相續人既出之後。其法人消滅。管理人之代理權。亦與相續人承認相續。同時消滅。若經一定期日。而仍無相續人者。則相續財產。歸屬於國庫。其爲家督相續主眼之家。爲絕家。

被相續人。得以遺言處分其財產之全部或其一部。然不可妄害相續人之利益。故有一定之部分。因相續人利益之故。須留保之。此之謂遺留分。所以規定此遺留分者。於民情風俗。有直接之關係。於社會一般之經濟。有間接之關係故也。今各國制度不同。惟其一般之趨向。則皆為認財產之自由處分。而若有不盡嚴守此遺留分之制者。雖然其利害固未易卒斷也。至日本。則以家族制度之必要上。自不得無遺留分之制。其所定為遺留分之部分。蓋若係法定家督相續人。且為直系卑屬者。例如子或孫是也。則為被相續人財產之半額。若係其他之家督相續人者。則其三分之一。至其計算之法。則於相續開始時。其所現存之財產額。加以被相續人所為贈與之價額。與其債務全額。對除之。

第二章 遺產相續

遺產相續者。其旨蓋在於承繼家族之權利義務。故其開始之原因。亦極單純。蓋惟有因家族死亡。而遺產相續乃開始耳。其開始。亦於被相續人

遺產相續人

之住所爲之。與家督相續同。

凡遺產相續人。惟有法定之推定相續人。始得爲之耳。推定相續人者。通常皆爲被相續人之直系卑屬。其無直系卑屬者。乃移於他之推定相續人。凡直系卑屬。若其親等不同者。則先其近者。若親等同。則其順位皆同。一。若無直系卑屬之相續人者。則配偶者。直系尊屬。戶主。得順次而爲之。要之。家督相續者。蓋取長子相續主義。遺產相續者。則取分頭相續主義。此則其明別也。蓋家督相續。乃戶主權之相續。以繼續其家爲主。故其財產。當傳於長子一人。遺產相續。則反之。僅爲財產之相續。故當使其諸子共分有之也。至相續人之缺格。并廢除等。亦與前同。特其廢除之原因異耳。

家督相續與遺產相續之差異

遺產相續之效力

共同相續人之關係

遺產相續之效力。蓋在於使相續人。除專屬於被相續人一身者之外。承繼其財產之一切權利義務也。然若其遺產相續人。有數人時。則相續財產。歸其共有。各共同相續人。各應其相續之分。而承繼被相續人之權

利義務。蓋即共同相續人。就其相續財產。無連帶關係也。夫法律於遺產相續。既取分割主義。則各共同相續人。當以如何割合。而受其分割乎。又共同相續人中。若有已受被相續人之遺贈或贈與者。則當依於何術。而遺產分割。始得保其公平乎。凡此。皆必有之問題者也。蓋其分割之割合。謂之相續分。有依於法律之規定者。有依於被相續人。或第三者之指定者。其依法律規定者。同順位之相續人。若有數人時。則其相續分。概爲均一。惟庶子及私生子。則祇應得嫡出子之半。蓋就被相續人之愛情言。雖無等差。然庶子及私生子。其相續之利益。遜於嫡出子一等。則固其所應爾矣。雖然。法律所規定者。特斟酌一般之人情者耳。故於特別時。被相續人有自定其相續分者。法律亦不得而禁之。且既得自指定之矣。則雖以其指定。委托於第三者。亦當屬其自由。惟許其自由處分者。若太無制限。則又有偏於愛憎。而轉滋流弊之恐。故法律不許生前處分。而惟依於遺言。而被相續人。自定其相續分。或委託於第三者定之者。乃可。且亦不得

遺產分割
保其公平
之法

遺產之分
割

遺產相續
之承認及
拋棄並其
他必要之
事項

有背於遺留分之規定也。至若被相續人。若有於共同相續人之一人。爲遺贈。或已特與以財產。爲其生計之資者。則其人。若仍與他人受同一之相續分。此亦甚不平者。故法律。凡有此者。則其相續分。當照由法定。或指定之相續分之內。除去其遺贈。或贈與之價格所餘之額。而定之。但被相續人。有反對之意思表示時。則當從其意思。

遺產相續之最終處分。卽遺產之分割。是也。其方法。蓋被相續人。得以遺言自定之。或委托於第三者定之。但其效力。則溯既往。其財產。視爲自相續開始時。所分割者。此則一般共有原則之例外者矣。

相續之承認。及拋棄。前文於家督相續。已說明之。至若關係相續人。曠缺之遺產處分。亦同。凡此遺產相續之遺留分。其在直系卑屬之遺產相續人。則受被相續人財產之半。其在配偶者。或直系尊屬之遺產相續人。則受其三分之一。其計算之法。亦與家督相續同。

第四章 遺言

遺言之性質

遺言者。因人之死亡。而生效力之法律行為之總稱也。夫養子緣組。指定後見人。及家督相續人。廢除推定相續人。及其他寄附行為等。皆遺言所
有事也。今概於相續編中論之。雖若有未當。然遺言以關於相續者為最
多。日本民法。亦以編入於相續編。故茲亦倣之。今先廣就關於遺言之規
定解說之。次乃及於與相續相關聯之遺贈。

遺言之方式

遺言者。於本人死後生效力者也。其後則不得復改之。故須豫防有錯誤
詐欺等事。民法以遺言為要式行為。非從其必要之方式者。則不與以效
力。亦是故也。其方式有二種。曰普通者。曰特別者。普通方式者。非有特別
情事。不論何人。皆必從之者也。而此方式。又細別為三。自筆證書。公正證
書。秘密證書。是特別方式者。於有特別情事時。始許之者。蓋即由疾病及
其他事由。有迫於死亡之危急者。因傳染病。而在隔絕交通之地者。從軍
者。在船艦中者。在外國者。凡此皆是。
凡為遺言之能力。不適用普通之行為能力。各國皆然。日本民法。亦以達

遺言之能力

於滿十五年。爲遺言年齡。蓋以養子緣組及婚姻。其年齡。既皆得在成年以下。則此未達成年。而爲養子緣組或婚姻者。不能謂其無實際須爲遺言時也。且民法之原則。雖未成年。固亦得有效而爲法律行爲。則以遺言年齡。定爲普通成年以下。更所當然。又無能力者。其於普通之法律行爲。雖須得法定代理人或保佐人之同意。然至於遺言。則未成年者。既有爲此之能力。而無能力者。亦當一例。否則本人將不能隨意爲遺言也。故法律所有無能力者法律行爲之原則。惟此點。於遺言不適用之。又遺言者。乃於本人死後而生效力者也。故若其效力發生之時期。本人有失其遺言能力者。則其遺言似當無效。雖然。遺言之成立時期。與效力之發生時期。不可混同之。凡爲遺言者。但於其爲遺言時。有能力。卽足。且不可不有之。故其成立時期。本人若有遺言能力者。則效力發生時期。雖失其能力。於遺言之效力。固仍無礙。又成立時期。本人若無其能力。則於效力發生時期。雖爲能力者。其遺言亦無效也。

遺言之取消

遺言之效力。自遺言者死亡之時生之。故遺言者爲遺言之後。不論何時。皆得取消之。又前之遺言。與後之遺言。有抵觸時。則就其抵觸之部分。視爲其以後之遺言取消前之遺言者（即從其後者也）又遺言者。若係故意毀滅其遺言書時。則就其毀滅之部分。視爲取消之者。要之以遺言者最後之意思表示。爲最有力者也。

遺言之執行

凡遺言之執行。通常以保管遺言書之人。爲當任其責者。其保管者。除其遺言爲依於公正證書者之外。自知相續之開始後。須立即將其遺言書。提出於裁判所。以請求其檢證。蓋所以驗其真否也。若爲有封印之遺言書。則不許於裁判所開封。蓋所以使達其秘密證書之目的也。此遺言之執行者。遺言者得以遺言指定之。爲一人。爲數人。皆可。且更得委托於第

遺言執行之條件

遺言執行者之權利義務

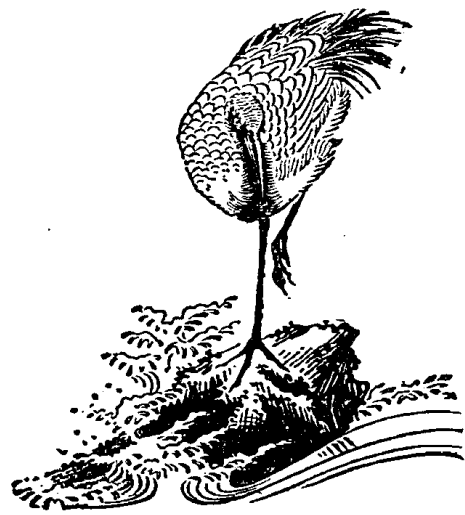
三者指定之。遺言執行者。不問何時。於管理相續財產及其他執行遺言。有爲其所必要之一切行爲之權利義務。其於法律上之性質。論者雖不一。然日本民法。則以之爲相續人之代理人。蓋以遺言執行者之所行者。

受遺者與
相續人之
差異

遺贈之承
認及拋棄

實即不過屬於相續人之權利義務耳。故以爲其代理人。於理最當。至其既爲不依相續人意思之代理人。則自當視爲法定代理人之一種矣。以遺言贈與其財產之一部於他人者。謂之遺贈。受其遺贈者。謂之受遺者。受遺者。非相續人。凡非受負、擔附、遺贈。則受遺者。就其遺贈。不負何等義務。獨包括受遺者。則有與遺產相續人同一之權利義務。包括受遺者云者。蓋包括遺言者財產上之權利及義務。而承繼者也。雖然。不論屬何種類之受遺者。皆得自由承認其遺贈。或拋棄之。與相續人同例。夫遺言。以遺言者死後生其效力也。前文屢言之矣。則於其效力發生之後。其受遺者。當若有不能更爲承認或拋棄之權利然者。雖然是決不然。受遺者。於遺言效力發生之前。斷無得先表示其承認或拋棄之理。惟其有效力之發生。故承認或拋棄之問題。亦始從而生。但其承認或拋棄。若不於相當之時期而爲之者。則不便於遺贈義務者及其他利害關係人者不少。故法律使之得定以相當之期間。催告以於此期間內。當表示其承認或

拋棄之意思之旨。若此期間內。受遺者不表示其意思者。則視為承認遺贈。至若其遺贈不生效力。或因拋棄而至於無其效者。則受遺者所應受之財產。歸屬於相續人。雖更有他之受遺者在。而除遺言者表示有特別之意思者外。概與無涉。



商人之意義

商法之淵源

確定商人意義之必要

第五編 商法

商法者。謂私法而特關於商事法規之全體也。惟爲關於商事之法規。故非僅於商人之特種之人間行之。雖普通人而爲商事者。皆不得不從此法規。惟爲私法而特關於商事者。故商法乃規定一私人相互之關係。且屬於法律之種類中所謂特別法（民法者即對於商法之普通法）惟爲總稱關於商事法規之全體。故組成商法者。不僅一商法之典而已。此外關於商事或商人之特別法（銀行法取引所法等）商慣習法並民法之規定。皆爲商法之淵源者也。

第一章 商人

商法者。非特於商人適用之。雖非商人而於爲特定之商行為時。皆不可不依於商法之規定。故商法上之法律關係。不論商人或非商人。皆同爲其主體可知。雖然。非商人者。特因其爲商行為。而始受商法之適用。非若商人之服從於特定之條件也。惟然。則所謂商人者爲何。當先明之。次乃

商法所定
之意義

商人必要
之元素

再察其於商人所有特別規定之概要。

商法第四條曰。於本法所謂商人者。謂以自己之名而爲商行為之業者也。故於他之法律。有他意義之商人。或有類似之之名稱。皆所不聞。而於商法所稱爲商人。則不可不具左列之三要素。

(一) 爲商行為者。何謂商行為。詳後。

(二) 爲商行為之業者。業之云者。謂營業之意。即謂以因生計之意思。而連續其私法上之行為也。凡單獨之商行為。雖非商人亦得之。但非以爲營業者。則不得爲商人。

(三) 以自己之名而爲之。不問其爲自己之計劃與否。亦不問自己直接而爲之與否。凡非以自己之名而爲商行為之業者。則皆不得謂之商人。故例如匿名組合員之爲他人投其資本者。其營業之損益。雖亦歸於自己。又如番頭手代等之爲其主人爲商行為者。雖亦自己直接爲其行為。然非以自己之名而爲之。故不得謂之商人。

商人應適用之事項

第一商業登記

第二商號
商號之性質

商人之意義如此。固矣。然廣而言商人之時。則自然人之商人。及法人之會社。皆得含之。故茲所說者。原則也。除於自然人有特別者之外。會社亦得適用之。以下當順次述其應適用於商人之事項。

第一 商業登記

凡商業上必要之事項。必以公之於世。以保商業之信用。計其取引之圓滑爲便。商業登記。卽爲此目的而設者。因當事者之請求。於其營業所之裁判所。所備商業登記簿爲之。凡須登記之事項。蓋卽關於未成年者、妻、後見人之商業、商號、及關於會社之事項等。裁判所既爲登記時。須立即公告之。凡爲登記及公告之後。則其登記事項。得以之對抗第三者。

第二 商號

商號者。商業上表示各商人之名稱也。氏、氏名、及其他之名稱。皆得以充之。夫以自己之名爲之者。既屬商人之必要條件。則商人不可無商號也。自明。而其所以與商標不同者。更不待言。蓋商標者。乃表示商品之標

識。而非表示商人者也。

商號登記與否。雖屬商人之自由。然若登記之。則生專用之權利。凡同一營業。於同一之市町村內。則他人不得更登記同一之商號。又若有使用之者。則法律上推定之爲以不正競爭之目的而使用者。然則此已登記之商號。則固賴法律之保護。而爲一種信用之標識者矣。故亦可視爲一財產。而得讓渡於人。但其與營業同讓渡之者。當事者若不表示別之意思時。則讓渡人在一定年限之內。不得於同一市町村。爲同一營業。

第三商業帳簿

第三 商業帳簿

商業帳簿者。即商業上記載財產動靜之帳簿。而商人以爲法律上之義務。而必應備之者也。蓋商業帳簿之利益有二。可以爲證明商業上關係之材料。一也。於破產時。得以確知支拂停止之原因。二也。故法律命商人皆必備商業帳簿。且命其所記載必當爲整然且明瞭者。商業帳簿之種類。分爲日記帳。財產目錄。貸借對照表。日記賬者。所以示

帳簿及信
書保存之
義務

第四商業
使用人及
代理商

商業使用
人之種類

商業使用
人之權利
義務

財產之動狀。財產目錄貸借對照表者。則示其靜狀者也。此三種商業帳簿。商人須從其記載最終之日起。十年間。保存之。他如關於營業之信書。亦與帳簿相輔而有能詳商業狀態之便益者。故法律亦使商人於同一年間。負有保存之之義務。

第四 商業使用人及代理商

商行爲者。不必本人自爲之。使他人爲之亦無不可者也。於是而種種之機關生矣。而商業使用人及代理商。則爲商人之特有機關。

甲 商業使用人。商業使用人者。商業爲其營業而使用者也。或有以關於營業全部之各種行爲。而使用之者。或有因營業之某種類或特定之行爲。而使用之者。或有祇因勞務。而使用之者。其一、支配人。是其二、番頭。手代。是其三、他之使用人。即俗所謂伙頭、雜役。是支配人者。依主人之選任。有代主人爲關其營業之一切裁判上或裁判外行爲之權限。又得選任番頭手代及其他之使用人。及解任之。然有爲主人計畫。專心從事。

於其營業之義務。故無主人許諾。不得爲自己或第三者爲商行爲。或爲會社之無限責任社員。番頭手代。亦依主人之選任。關於受主人所委任之事項。有爲一切行爲之權限。與支配人同。惟其職務之範圍較狹。至若其他之使用人。則無代主人爲法律行爲之權限。特服事實上之勞務已耳。

乙代理商

乙代理商。代理商者。謂非使用人而爲一定之商人。爲平常屬其營業部類。商行爲之代理或媒介者也。故代理商。或有僅爲商行爲之代理。或僅爲其媒介。或代理媒介兼而爲之者。然其商行爲。要須屬商人營業部類。且其代理或媒介。須爲連續而爲之者。乃可。蓋非爲各個之代理或媒介也。乃概括的而爲者也。故本人或有不知之者。其代理商若已爲代理或媒介時。則負卽速通知本人之義務。又代理商者。雖非使用人。要屬商人之機關。而依其信任而行業務者也。故亦不得爲與本人利害有相反之行爲。從而與商業使用人同例。無本人許諾。不得爲自己或第三

代理商之
權利義務

會社之意義

會社之種類

合名會社

者。而爲屬其本人營業部類之商行爲。或爲以同種營業爲目的之會社。無限責任社員。

第二章 會社

會社者。以爲商行爲爲業之目的。而設立之社團法人之謂也。商行爲之營業。既爲商人之必要條件矣。而在法人之商人（即會社）亦然。凡各個獨立之商行爲。雖非商人亦得爲之。而非會社之社團法人。則雖爲各個獨立之商行爲。亦不得以爲會社。會社者。社團法人也。故於組成此會社之自然人（即社員）其對於會社之關係。及其對於第三者之關係。而會社之形狀。遂生種種區別。此會社所以有種類也。日本商法。認合名會社、合資會社、株式會社、株式合資會社四種。

第一節 合名會社

合名會社者。其社員全數。就於會社之債務。負擔連帶無限之責任者也。故在合名會社。則社員所負擔者。不僅其出資之額而已。社員有各自以

合名會社
之設立會社內部
之關係

其一切財產。辨濟會社債務之義務也。而其結果。則於出資之種類。無所制限。凡所有權及其他財產權。無論矣。即勞務或信用。亦得以充之。設立合名會社者。以作成定款及登記爲最要。蓋社員之關係。乃依於定款作成而定之。而登記者。乃所以對於第三者。使其會社之成立爲有效者也。凡應記載於定款及須登記之事項。皆一一以法律規定之。合名會社之內部關係。即社員對於會社之關係。概依其定款所定。至法律。則特定其大體耳。如會社財產上之關係。業務執行上之關係。及持分上之關係。此三者。則皆其主者也。會社財產上之關係。即社員出資之義務。此不必解說。業務執行者。其於合名會社。別有特色。蓋即以各社員有連帶無限責任之故。其結果。遂以皆有平等執行業務之權利。且負義務。爲原則。且其定款。雖定有業務執行社員者。而各社員。亦皆不得爲屬於會社部類之商行爲。及爲同種營業之他會社無限責任社員。持分者。即各社員對於會社而有之權利。社員雖得以其持分之全部或一部。讓渡

於第三者。然若無他社員之承諾者。則其讓渡。僅屬於其社員與第三者之間。而對於會社。則依然視為該社員之持分也。此蓋由於合名會社。乃置重於人。而不置重於財產故耳。

會社之外部關係。即對於第三者之關係。以會社代表上之關係。社員及會社之責任上之關係。為主。不問其各社員。皆為平等任執行業務。抑特定有執行業務之社員。凡其可代表會社之社員。則皆有為其關於會社營業一切行為之權限。然其權限。雖亦得依定款而制限之。而對於善意之第三者。則無制限之效力。凡社員之責任。既為連帶無限。即在新社員（即會社設立之後所加入之第三者）亦同。社員出資之減少者。不得以對抗於會社之債權者。又會社非補償損失之後。不得配當利益。此皆對於外部責任上之關係也。

凡社團法人。無特別之契約時。則因社員退社而解散。此原則也。然至商事會社。則通常即置重於人如合名會社者。亦不以社員退社為解散之

退社後社
員之責任會社之解
散解散之原
因

原因。蓋其會社得以其殘餘之社員。依然而存續之也。是蓋以計商事之便宜而然耳。其社員之退社者。有任意不任意之別。任意之退社者。(一)不定會社之存立時期者。(二)定為某社員之終身間。會社當存續者。(三)有不得已事由者。(四)定款所定之事由發生者。(五)有全社員之同意者。凡有此五者之時。則行之。不任意之退社者。(一)除名。(二)死亡。(三)破產。(四)禁治產。惟此四項有之。社員既退社之後。雖無負擔其退社後之會社債務之責。然其退社前之會社債務。則於退社後二年之內。仍須負其責任。

合名會社之解散。有任意者。有不任意者。任意解散之原因。有四。(一)已滿會社之存立時期。(二)會社之目的事業。已告成效。或終不能有成者。(三)全社員之同意。(四)會社合併。是也。不任意解散之原因。有三。(一)社員只餘一人者。(二)會社破產。(三)裁判所之命令。是也。不論其因何原因。凡會社解散時。則其會社營業上之關係消滅。更生特定之關係。此即所謂會社財產之處分也。

解散後之
法律關係

清算

清算人之
職務

清算終了
後之社員
義務

會社財產之處分。其方法。有依會社之意思者。有依法律之規定者。依於會社意思者。茲不必言。依於法律規定者。即清算。是故清算者。於會社財產。不依定款或全社員之同意。而處分之時。開始之。然會社若有因合併或破產而解散者。則財產處分方法。又別有所定。茲所言者。蓋謂非依此等特別手續之清算也。

合名會社之全社員。得當然為清算人。蓋與其當然為業務執行社員也。同。若有選任社員。或社員之外之人。為清算人者。則以社員之過半數決之。清算人之職務。蓋在於(一)結了現務。(二)取立債權及辨濟債務。(三)分配殘餘財產。凡因行此職務所必要之一切行為。皆得為之。

清算終了後。則會社全然消滅。然會社之營業。其利害所關者廣。其營業上及其他之證據。固不可輕易湮滅之也。故其會社之帳簿及營業上之信書。并關於清算之書類。須交於以社員過半數所選定之人。十年之間保存之。又清算既結了。則社員所負之連帶無限之責任。當亦有其了期。

故法律定爲登記於解散後五年之間存續之。蓋過此卽消滅也。誠以若傳之久負此責。則不獨其責社員也過於酷。且有害商業上之安全耳。

第一一節 合資會社

合資會社之社員。其一部分負無限責任。他之一部分負有限責任者。是謂合資會社。故合資會社者。合合名會社及株式會社兩者之所長者也。卽謂爲合名會社一種之變體亦可。其與合名會社異者。惟其社員之對外關係耳。故合名會社之規定。其適用於合資會社者甚多。而凡合資會社別有規定外。皆準用之。

合資會社
之設立

合資會社之設立。亦以定款作成及登記爲其重要條件。與合名會社同。惟其社員之責任。有有限者。有無限者。故於定款及登記所載。不可不表示此區別。

會社關係
有限責任
社員對於

至其會社關係。則若何乎。無限責任社員之權利義務。茲不必言。特就於有限責任社員述之。其在財產關係也。有限責任社員。只許以金錢及其

他財產爲出資。不得如無限責任社員。以義務或信用充之。其關於業務之執行也。有限責任社員。不能如無限責任社員之有當然任之之權利。亦無其義務。惟閱覽帳簿、檢查會社財產、而監視其業務之權利。則有之。其在讓渡、持分也。若爲無限責任社員。則須全社員之承諾。然有限責任社員。則只有無限責任社員承諾之者即可。且可以自由爲屬於會社營業部類之商行爲。及爲以同種營業爲目的之會社社員。要之、有限責任社員。其對於會社。特爲占資本供給者之位置者耳。其利害關係。非若無限責任社員之密切。故於會社內部之關係。其權利義務。自亦無若無限責任社員之重大者。至若外部之關係。有限責任社員。無代表會社之權利。故其於會社之債務。僅以其出資爲限。而負其責任。然若有限責任社員。而爲可以使人信其爲無限責任社員之行爲者。則其社員。對於第三者。須負與無限責任社員同一之責任。

第三節 株式會社

株式會社

株式會社者。以株主（即股東）組織之會社也。蓋即以會社之資本。分爲株式。其爲引受或讓受者。以其額爲限度。而負責任者也。故株式會社。必須以資本分爲株式。分爲株式云者。即以其資本。分割爲一定平等之額。依於證券。而代表各社員之持分之謂也。其證券謂之株券。得有其證券者。（即引受株式或讓受之者）謂之株主。要之株式會社。蓋置重於資本。而不置重於人者。社員雖屢屢交替。不過爲變更株主。而於會社之信用。毫無影響。故株式會社之社員。皆負確定有限之責任。且其責任。惟對於會社始有之。非若合名會社、合資會社。有社員相互之關係。及社員對於第三者之關係也。

株式會社
之設立

株式會社。其便益甚大。其弊害亦隨而大。故其組織。則比他會社受加嚴加密之取締。在舊法典。凡設立株式會社。須受政府免許。雖然。其究極則每流爲形式。而無實效。故新法典廢之。惟於其條件更加嚴之耳。其條件有五。（一）設立之發起。（二）定款之作成。（三）株式之引受及拂込。（四）創立總會。

設立之發起

株式之拂込
創立總會

設立之登記
株式之性質

(五)設立之登記。是也。設立之發起者。此乃株式會社所特有之條件。蓋其設立也。須有七人以上之發起人。定款之作成。不必言。株式之引受者。有二。有發起人引受其全額者。此時。則會社即同時成立。有募集株主而使之引受之者。此時。則待其有引受全額之後。又須更開創立總會。然不論如何。凡株式全額既有引受時。則必爲第一回之拂込。其拂込。須在株金四分之一以上。創立總會者。於株主既引受株式全額。及第一回之拂込既終之後。發起人招集之。其出席之人。須爲株式引受人半數以上。而當於資本半額以上者。其一切之決議。則以其議決權之過半數爲之。且選任取締役及監查役。如此。則會社之成立。乃得完全。雖然。非更登記其設立。則仍不得對於第三者而有效也。

株式者。株式會社之社員(即株主)對於會社而有之權利也。與合名會社合資會社之持分同。然持分者。其額無制限。且爲可以各自不均一者。而株式則必須均一。且其額不得在五十圓以下。惟其株金之全額。有當於

株式之引
受或讓渡

株式之喪
失

株式會社
之機關

株主總會

集會及議
決

一時拂込之者。則得縮至二十圓為止。又株式者。其性質須爲不可分。凡一株式。不認有二人以上之株主。若實際有共有之者。則其共有者。須定其一人爲應行株主權利之人。凡株式。因引受及讓受而取得之。引受者。卽於會社發起人所作成之株式申込證。記載其可引受株式之數。而署名之者也。株式之讓渡者。蓋以株式會社。置重於資本之故。故凡非其定款別有所定者。皆得無會社之承諾。而讓渡之。至若株式喪失之原因。則不履行株金拂込之義務者也。株主至株金拂込期日。而不拂込之者。會社得更定以期間。而催告之。若此期間內。仍不拂込者。則株主當然失其權利。株式會社之機關。卽株主總會。取締役。監查役是也。株主總會。則有定時臨時之別。其招集之條件及手續。概依法律所定。至其議決。則有通常多數決。及特別多數決二種。通常多數決者。凡其定款別無所定時。則依出席於總會之株主。其議決權之過半數而定之。特別多數決者。蓋於變通

取締役及
監查役

定款及任意解散時。行之。其出席之株主、必爲全株主之半數以上。而有其資本半額以上者。依其議決權之過半數而定之。凡株主之議決權。通常每一株有一議決權。惟一株主而有十一株以上者。則其議決權得以此定款限制之。取締役及監查役。皆於株主總會。由株主中選任之。取締役之定員。必在三人以上。其任期。不得超三年。監查役無定員。其任期一年。取締役者。蓋卽任執行會社之業務者也。各自代表會社。有爲裁判上及裁判外一切行爲之權限。非經株主認許。不得爲屬於會社經營部類之商行爲。及爲以同種營業爲目的之會社無限責任社員。監查役者。卽監督取締役之執行業務。及其他一切保護會社之利益也。以此目的之故。對於取締役。得求其營業之報告。並調查財產狀況。且認有必要時。得招集株主總會。又須調查取締役所將提出於株主總會之書類。且報告其意見於株主總會。

株式會社。以置重於資本之故。故如合名會社合資會社之關係。此則無

會社關係

會社之計
算

利益之配
當

社債之性
質

之。其為會社對於株主及第三者之關係。而特規定於法律者。即會社之計。算。及。募。集。社。債。是。也。會。社。之。計。算。者。蓋。明。會。社。之。收。入。支。出。而。配。當。其。利。益。或。利。息。此。等。關。係。之。總。稱。配。當。利。益。即。以。會。社。之。事。業。應。於。株。主。之。權。利。而。分。配。之。者。此。雖。僅。為。會。社。與。株。主。之。關。係。然。若。因。此。危。及。會。社。之。基。礎。則。所。關。於。商。業。上。之。信。用。者。甚。大。故。當。配。當。利。益。時。須。於。填。補。會。社。之。損。失。且。積。貯。一。定。之。準。備。金。之。後。乃。可。配。當。利。息。即。於。會。社。開。辦。以。前。分。配。其。株。金。之。利。息。者。凡。鐵。道。海。運。築。港。掘。割。等。會。社。其。事。業。不。能。輕。易。開。辦。者。得。特。別。為。之。然。其。利。率。亦。不。得。超。於。法。定。利。率。社。債。者。執。行。會。社。事。業。之。必。要。上。一。時。所。募。集。之。債。也。應。其。募。集。者。乃。純。然。為。會。社。之。債。權。者。故。不。論。其。會。社。有。無。利。益。有。請。求。一。定。之。利。息。及。請。求。其。債。權。之。辦。濟。之。權。利。然。社。債。者。通。常。乃。以。與。株。式。相。同。之。證。券。代。表。之。使。其。流。通。得。以。自。由。所。謂。社。債。券。是。也。更。有。募。集。社。債。之。手。續。發。行。社。債。券。之。條。件。皆。以。法。律。詳。細。定。之。

會社增加其資本者。此乃定款之變更。不可與募集社債相混。社債者。特一時增加其運轉之資金。非如增加資本。而生出增加會社財產者也。法律不許妄加資本。須於株金全額拂込之後爲之。且必按募集新株之方法。乃可。然以其屬於定款之變更。故須有株主總會之特別多數之議決。至其他法律上必要之手續。皆須悉具之。則更不待言。會社減少其資本者。亦屬於定款變更。然法律於減少之時期方法等。則別不干涉之。一任於株主總會之議決。但因求不至害及債權者之故。亦有其所必要之一定條件。則不可不具之耳。

株式會社解散。亦有任意者。及不任意者。任意解散之原因。有三。(一)存立時期已滿。及其他定款所定事由發生時。(二)合併。(三)株主總會之議決。是也。不任意解散之原因。有四。(一)會社之目的事業。已有成效。或不能有成效者。(二)破產。(三)裁判所之命令。(四)株主不滿七人。是也。而除合併及破產之外。凡會社解散時。限於從其定款所定。或株主總會無選定特別清算

人者。則取締役當然爲其清算人。凡於清算所必要之一切事務。皆必須執行之。

第四節 株式合資會社

株式合資
會社

株式合資
會社之便
益

株式合資會社者。以無限責任社員。與株主組織之者也。雖與合資會社同。其社員責任。亦區別爲有限無限二種。然其所異者。則其有限責任。乃依株式而定之者。夫在合資會社。其無限責任社員無論。卽其有限責任社員。而當其讓渡其持分時。必受一定之制限。不若株主讓渡其株式之自由也。然株式合資會社。則認此便益。又其在株式會社。則爲會社代表者之取締役。其於會社之盛衰。不甚關切。每有辦事不能熱心。致株主不利益者。而株式合資會社。則以會社之無限責任社員。當取締役之任。蓋卽集合資會社與株式會社之利益。而組織之者也。今以時勢所需之故。其設立者。已日見其多。在舊商法。猶不認此種類會社。新商法。則做德法之立法例。而新設此規定。

株式合資會社。其性質上。雖一面準用合資會社之規定。一面準用株式會社之規定。然亦不能不自有其特別之規定也。今就其主要者觀之。其一、則株式合資會社之無限責任社員。盡爲發起人。而當募集株主。故不得如株式會社發起人。自引受其株式全部。其二、則其於創立總會。但選任監查役。而無選任取締役之必要。蓋以株式合資會社之無限責任社員。當然有執行業務之權利。故也。然茲有應注意者。蓋創立總會者。究爲株主總會之結果。無限責任社員。雖得出席而述其意見。然不得參加於議決。其三、則監查役。使無限責任社員執行其株主總會之議決。而任其責。蓋此株主總會。非若於株式會社之爲其最高之機關也。故其議決。不得直拘束無限責任社員。且得以無限責任社員之一致或多數議決。而生其效力。故若無一機關立於其間。而任使其所決議者得以確實執行之責。則株主總會之決議。每至空而無實。法律之使監查役負此責任者。職是故耳。

第三章 商行為

商行為之
定義
日本商法
所定之商
行為

第一絕對
的商行為

商行為之意義。由實質上觀之。蓋甚簡也。蓋是特關於商事之法律行為之總稱耳。雖然、日本立法者。則列舉商行為之種類。故若為日本商法之解釋。則不可不於形式上之意義觀察之。今別其種類如左。

第一 絕對的商行為

謂不問何人為之。而其行為之性質上。當然為商行為者也。又謂之客觀的商行為。亦可。商法、凡為此種類之商行為者。有四種。

(一) 以得利益而讓渡之意思。為動產、不動產、或有價證券之有償取得。或讓渡其所取得者。以此為目的之行為。例如以轉賣某物品之意思。而買入之者。則其買入及其轉賣。皆為絕對的商行為。

(二) 可以取得自他人之動產、或有價證券之供給契約。及履行此契約之有償取得。以此為目的之行為。供給契約者。以未及自己之手之物品讓渡之之契約也。其物品。須為可以取得自他人者。故凡依於先占或

係自己所製造之者。皆不爲供給契約之目的。凡爲此供給契約時。契約其物。又其因履行此契約而買入物品。皆爲絕對的商行為。

(三) 於取引所所爲之取引。茲特言取引所者。卽指於特別市場之商行為也。

(四) 關於手形及他之商業證券之行爲。爲替手形、約束手形、小切手等。無論矣。卽發行貨物引換證、船荷證券、倉荷證券、保險券及其他證券。或爲裏書讓渡者。凡此行爲。皆屬之。

第二 相對的商行為

凡行爲自身之性質。雖不屬於商行爲。然以爲營業而爲之。則爲商行爲者。此之謂相對的商行爲。或亦謂之主觀的商行爲。此類之商行爲甚多。不及枚舉。茲但就其有僅以營業一事。不得遽爲商行爲之行爲。一言之。凡以得貨金之目的。而製造物或服勞務者之行爲。此不惟其無商行爲中所必要之射利觀念。且實際亦不必以之爲商行爲。而適用嚴密之規

定也。故雖在以爲營業時。而法律亦不必視爲商行爲。

第三附屬的商行爲

第三 附屬的商行爲

凡商人爲營業而爲之行爲。不問其性質如何。皆以之爲商行爲。蓋卽其行爲。因附屬於商人、之營業、之故。法律上當然爲商行爲者也。凡此皆不許爲非商行爲之反證。

第四推定的商行爲

第四 推定的商行爲

凡商人所爲之行爲。法律皆推定爲爲其營業而爲者。故商人、之行爲。於法律上。一般皆受爲商行爲之推定。非有反證。則無非商行爲。

商行爲之適用商法之範圍

據以上所述。則日本商法所謂商行爲者。即形式上意義之商行爲。可略明矣。然有某行爲。於當事者雙方。皆爲商行爲者。又有僅對其一方爲商行爲者。例如甲米商。以其米躉賣於乙米商。此則當事者雙方。皆爲商行爲矣。又如普通人以日常食用之故。向米商買米。則僅商人一方爲商行爲。其普通人一方。非商行爲也。故普通人買米之行爲。在理論上。當受民

各種之特
別商行爲

第一交互
計算

交互計算
之效力

法之適用。而非適用商法所規定者。然一行爲。分割之而使所適用之法
律各異。則殊不便。故商法定爲凡其行爲有因當事者之一方而爲商行
爲者。則雙方皆適用其規定。

凡各種之商行爲中。有於一般規定之外。更須特別之規定者。其揭於商
法者。則有買賣。交互計算。匿名組合。仲立營業。問屋營業。運送取扱營業。
運送營業。寄託。保險。九種。買賣。已於民法述之。其爲商行爲者。特限於含
射利之元素者耳。茲不更說。其餘則分述如下。

第一 交互計算

交互計算者。商人間。或商人與非商人之間。平常爲取引時。就其由一定
期間內之取引所生債權債務之總額。互相殺之。而支拂其殘額之契約
也。故交互計算所生之效力有三。卽計算組入相殺。殘額支拂是也。當事
者因契約而各自之債權債務被組入於計算之時。則其債權債務。失獨
立之存在。而爲不可分之關係。蓋卽當事者無因各債權而行權利負義

務之事也。就其總額相殺之。更有殘額時。則離不可分之關係。而生殘額支拂之債務。

第二匿名組合

第二 匿名組合

匿名組合者。當事者之一方。因他一方之營業。而出資。而分配由其營業所生之利益之契約也。其為營業之人。謂之營業者。其出資者。謂之匿名組合員。然此營業者。乃以自己之名。而為營業者也。故對此營業者之匿名組合員之出資。與民法上之組合。及會社所有之出資。又有異。蓋其出資乃歸於營業者之財產。而匿名組合員。於其營業。初無與也。從而彼營業者之所為。匿名組合員。對於第三者不負責任。

第三仲立營業

第三 仲立營業

媒介他人間之商行。為謂之仲立。以仲立為業者。謂之仲立人。但言他人間之商行。為故為商人為之。抑非商人為之。皆所不問。但言媒介。故僅為傳達當事者之意思。非對之而生代理之關係。此通常仲立人。就其所為

質 仲立之性質

仲立人之
權利義務

第四問屋
營業

問屋之性
質

委託者之
權利

媒介之行爲。所以不得受當事者一方或雙方之支拂及其他之給付也。夫仲立人之義務。要在於使之完了其媒介之行爲。從而就其行爲。應保管其所受取之貨樣。又行爲既成立時。則有應立即作其記載一定事項之書面。以交付於當事者等之義務。至其權利。則就其所媒介之行爲。請求報酬是也。但此乃當事者應雙方平分而負擔之者。

第四 問屋營業

問屋者。以自己之名。爲他人販賣物品。或買入之者也。蓋卽爲商行爲之取次者。惟爲代他人販賣或買入。因而自得權利而負義務。故與仲立人但媒介他人間之商行爲者不同。然問屋與委託者之間。雖無純然之委任及代理之關係。而法律則準用其規定。

委託者之權利。在於使問屋爲其目的之行爲。卽販賣物品或買入也。然若問屋有反其委託。而爲其行爲者。則委託者無引受其結果之義務。此通則也。惟問屋於委託者所指之額。以較廉之價販賣之。或以較高價買

問屋之權利

入之。而問屋自負擔其差額者。則無損於委託者。故其販賣或買入。對於委託者仍生效力。又委任之原則。凡受任者。雖其相手方不履行債務。亦無擔保之義務。然問屋則於相手方不履行債務時。自任其履行之責。此蓋本於慣習之特例也。至若問屋之權利。則在於就其爲委託者所爲之行爲。求其報酬。又於因行爲所須之費用。立替金等。則有求其償還之權利。此不俟言矣。

第五運送取扱業

第五 運送取扱業

以自已之名。爲物品運送之取次者。謂之運送取扱。以其取次爲業之人。謂之運送取扱人。故運送取扱人。於其爲商行爲之取次之點。則與問屋同其性質。卽在法律之規定。亦大抵準用之。特其取次之目的。有關於物品之運送與關其買賣之差耳。

第六運送業

第六 運送業

廣而言運送業時。則爲人或物。自一場所移於他之場所之意。不問其方

運送之意義及種類

物品運送
人之權利
及義務

貨物引換
證

法及場所之如何也。然茲所謂運送者。則異是。商法第三百三十一條曰。「運送人者。於陸上或湖川港灣。運送物品或旅客。爲業者之謂。」故運送之方法。其爲以人畜之力或以電氣或蒸汽之力。雖無關係。至於運送之場所。則限於陸上或湖川港灣。如海上則不含之。蓋海上之運送。別於海商規定之也。雖然。運送者亦依其目的之差異。分爲物品運送。旅客運送。二種。惟旅客之手荷物。則當爲追隨於旅客者。故雖運送人受其引渡。亦不視物品運送。通常不請求手荷物之運送賃。卽此故也。物品之運送人。關於受取運送品及引渡保送運送等。負應爲相當注意之義務。若怠其注意。而致運送品滅失毀損。或其交付致有遲誤者。則當任賠償損害之責。又運送人因荷送人之請求。有交付貨物引換證之義務。貨物引換證者。乃有價證券之一種。不惟可以之換受運送品。且依之而順次讓渡其運送品。故亦爲有得於便宜爲金融之效用也。運送人之權利。以請求運賃及供託運送品爲主。供託運送品之權利。蓋於不能確

知荷送人或荷受人拒其受取之時生之。即在旅客運送。其運送人亦負以相當之注意。為旅客計其安全之義務。與運送物品者無異。惟旅客運送。則無荷受人。從而由運送人不注意而生之損害賠償。不得不對於其所運送之旅客為之。至若旅客之手荷物。雖未特別請求運賃。而既引渡之時。則仍與物品之運送人。負同一責任。

第七寄託

商法上之寄託及種類

第七 寄託

寄託者。在民法、以無償為原則。在商法、則以有償為原則。商法上之寄託。有以寄託為營業。及商人於其營業之範圍內而受寄託者。二種。後之寄託。雖或不受報酬。亦與一般之有償行為同。須為善良管理者之注意。凡以寄託為營業者之中。法律有為特別之規定者。則倉庫營業者是也。倉庫營業者云者。蓋以為他人保管其物品於倉庫為業者也。此倉庫營業者。除關於一般之權利義務者外。更因寄託者之請求。負有交付一定之證券之義務。此證券有二種。一曰預證券。一曰質入證券。一則與以移轉

倉庫營業

倉荷證券

證券讓渡
之條件

第八保險
保險之意
義

保險成立
之三要素

物品之便。一則以之供爲質入之目的者。通常爲指圖證券之一種。而依於裏書而讓渡之。然卽爲以記名式而作成之者。亦不妨裏書讓渡。故其於倉庫營業者。與證券所持人之間。其證券有絕對的效力。凡關於寄託之一切處分。非依其證券。不得爲之。又當返還寄託物品時。非以證券與之相換。則不得請求之。但此二種之證券。各別而讓渡之者。則須預證券所持人爲質入之後。若於質入證券。爲第一之質入裏書時。則須記載債權額并其利息及其辨濟期。且若以其所設定之質權。對抗於第三者時。則第一質權者。於預證券。亦須爲同一之記載而署名之。

第八 保險

保險者。當事者之一方。對於或危險之發生。而擔保相手方之利益。其相手方對之。而與以報酬之契約也。其爲商行爲者。蓋常在於受報酬者之方面。至於保險之成立。具有危險利益報酬三要素。則觀此定義所揭者。自明。危險者。卽可生損害之一定事實。其事實之爲偶發不確定者。不必

言。雖然、一般所認之觀念。則其得為保險之目的者。必為多數者遭遇之。且為限於依統計而可得出者也。利益者。即保險之目的。其利益。不論其為現存者。其為豫測者。皆必於結契約之時。確定之。不然。則不得以之保險。報酬者。即危險之對價。所謂保險費。是也。

保險之種類。大別之。為損害保險。生命保險。二種。損害保險者。以填補、因一定之事故而生之損害為目的者也。就其事故。雖得更細別為數種。然日本新法典所設特定之規定。則惟火災保險、運送保險而已。更有應屬於運送保險之一種。所謂海上保險者。則於海商編中定之。生命保險者。以關於人之生死而授受一定之金額為目的者也。夫人之生死。為一定之危險者。無論矣。然其保險之意。則非在於填補損害。但以授受一定之金額耳。雖然、即此生命保險。亦依於危險之種類及保險費支拂之方法。而生種種區別。如尋常、終身、有期、養老、教育子女、婚姻、徵兵等類。今日實際所行者甚多。日本商法。則不因其類而特殊規定之。特以其種類。為保

保險之效力

被保險者之義務

保險證券

手形之性質

險證券中。所應記載之必要事項耳。

泛言保險之效力。則謂於保險者。生有擔保一定利益之義務。於被保險者。生有支拂其對於此報酬之義務。足矣。若更進而解說之。則被保險者之義務。尙有支拂保險費。保全被保險利益及通知三種。支拂保險費。無俟說明。保全被保險利益。即不為可以促危險發生之所為之謂。例如火災不撲滅之。疾病不醫療之。此則反其義務也。通知。即於保險繼續中。或危險發生後。通知其必要事項於保險者。是已。保險者之義務。則有擔保利益及交付保險證二種。其在損害保險。則因危險發生。而填補其損害。其在生命保險。則支拂以一定之金額。是皆擔保利益之義務也。保險證券者。依被保險者之請求。而保險者須交付之者也。此蓋屬於商業證券之一種。

第四章 手形

手形者。一定之金額。於無條件而支拂之。其所署名之者。從其所載之文。

言而負責任之證券也。故手形債權之目的。必爲一定之金錢。若物件或不定之金錢。例如言米幾石。或金若干圓外利息若干者。則不可。又手形者。須爲於無條件而支拂之者。例如言當於受取手形資金之後。支拂之者。或言當對除爲替之費用而支拂之者。則與手形性質相反。商法第四百四十條。所以定爲「手形之債務者。不得以本編無規定之事由。對抗於爲手形上之請求之人」也。又手形以貴重方式之故。故反於一般之原則。於署名於手形之人。使從其文言而負責任。故其文言雖與實際之事實不符。又雖爲偽造變造之手形。然對於善意之第三者。則其手形有效也。又爲他人之代理。而振出手形。或爲裏書者。若不記載其係爲代理而爲之者。則本人不負手形上之責任。代理人不可不自負之。

手形分爲爲替手形。約束手形。小切手。三種。凡手形之發行者。約自己支拂之者。此卽約束手形。若不自支拂之。而委託於第三者。而使爲之者。則或爲爲替手形。或爲小切手。

第一手形
之振出

振出之意

手形當事
者

振出之條
件

必要之記
載事項

附隨之記
載事項

豫備支拂
人

第一 手形之振出

手形之振出者。發生手形債權之行爲也。爲其振出者。謂之振出人。受振出者。謂之受取人。其在約束手形。則僅有兩人之當事者即足。其在爲替手形及小切手。則此外須更有受支拂委託之人。此謂之支拂人。手形上之債權。蓋無條件之債權也。惟其爲依於手形所記載之事項。而有效力者。則振出之時。必須記載一定之事項。而署名之。其事項有八。(一)手形文字。即表示其爲爲替手形、約束手形、小切手之文字。(二)一定之金額。(三)支拂人之氏名或商號。(惟約束手形。則不載之。)(四)受取人之氏名或商號。(五)單純支拂之委託。(於約束手形。則載單純支拂之約束。)(六)振出之年、月、日。(七)一定之滿期日。(八)支拂地。是也。此等事項以外。振出人有得爲附隨之記載者。則豫備支拂人、支拂擔當者、支拂之場所。是也。凡手形被拒絕其引受或支出之時。有使支拂人以外之人。爲其引受或支拂者。是爲豫備支拂人。此爲爲替手形特有之事。爲替手形及約束手形之振出

支拂擔當者

支拂地與支拂之場所

自己指圖手形及自己擔手形

手形之類

人。其手形若爲他、所、拂、時、則得使支拂人以外之人爲支拂擔當者。他所拂手形者。蓋手形之支拂地。與其支拂人之住所地。各異之謂。支拂之場所云者。與支拂地不同。支拂地者。乃當爲支拂之一定之地域。(市町村)支拂之場所者。則支拂人之住所、或其營業所等。實際爲支拂之場所也。爲替手形及約束手形之振出人。於手形中。得記載於其支拂地之支拂場所。

手形之振出人。通常與受取人及支拂人。皆各異其人。蓋振出人無對於自己而負擔手形上債務之理也。雖然、依於手形之種類。若絕對的適用此通則者。則生經濟之不便者不鮮。故例如振出人。於支拂人之住所地。未有信用。或支拂不確實者。或振出人於各地有營業所者。凡此、其在爲替手形。則振出人得定自己爲受取人或支拂人。所謂自己指圖手形。或自己宛手形者。卽此種爲替手形是也。

手形。通常皆每一支拂而具一通。然有時亦因安全或便宜之故。而作數

手形之膽
本

第二手形
之裏書
裏書之意

不必裏書
及不得爲
裏書之時

通者。例如因交通之不便。或因郵便之延緩。及有紛失之恐。第一便振出其一通。次便更振出其他之一通者。是也。是爲手形之複本。於複本之各通。必須示其爲複本之文字。若無此文字。則其各通。皆作爲獨立之手形而生效力。此外更有所謂手形之膽本者。手形之所持人。無論何時。皆得作成之。然膽本之裏書或保證。與其於原本所爲之者。雖有同一效力。而引受則不得爲之。

第二 手形之裏書

手形之流通。通常皆依於裏書。裏書者。手形上之債權者。從於振出人之指圖。而指圖其新債權者之方法也。蓋記載其旨於手形之裡面。故謂之裏書。然其裏面若記載已滿。則不妨附箋爲之。凡手形若爲無記名者。則本不須裏書。又裏書人若僅以署名而讓渡之者。則此後亦不必爲裏書。得僅以引渡而讓渡之。又有反對之記載者。即於手形面有記載。禁爲裏書之旨者。則不得再爲裏書讓渡。

變體裏書

裏書。更有兩變體。卽因質入之而爲之者。及因取立委任而爲之者。是也。質入裏書者。因質入手形上之權利者也。委任裏書者。因委任於他人。而使行手形上之權利者也。此二種裏書。皆須附記其目的。若無附記者。則對於第三者。不視爲真正之讓渡裏書。

第三手形之引受

第三手形之引受

引受之意

手形之引受者。手形之支拂人。對於振出人。而承諾其支拂之謂。蓋手形之振出人。但約爲使支拂人支拂其手形之金額。至於支拂人果支拂之與否。迄於滿期日以前。究不能確定之。故所持有人有必須於滿期日之前。知其支拂之確實者。法律卽以此目的之故。與所持有人以差出其手形於支拂人。使爲其引受之權利。此之謂引受之呈示。此引受之呈示者。蓋爲所持人之權利。而非其義務也。故爲呈示與否。概屬所持人之自由。雖然。在一覽後定期拂之手形。則於其手形所載月日後。一定期間之內。不可不呈示之。又其在他所拂手形。其振出人。記載其當爲呈示之旨者。則所

引受之呈示

引受之拒絕

作成引受拒絕證書與擔保請求權

第四手形之支拂

支拂之意

支拂之呈示

支拂之拒絕

持人負依之而為引受之呈示之義務。

手形所持人。既請求手形之引受時。其支拂人。若不為其引受者。是為引受之拒絕。當此拒絕引受時。則所持人。依於拒絕證書作成之方法。而對於振出人。裏書讓渡人。得為權利之保全。若於有為引受呈示之義務時。而有拒絕其引受之者。則所持人。若不作成拒絕證書。則失請求擔保之權利。

第四 手形之支拂

手形之支拂者。手形債務者。使其債務消滅之方法也。凡所持人。欲得其手形之支拂。則至其支拂期日。必須為支拂之呈示於支拂人。與其手形相換。而受其支拂。凡手形之支拂。本應於其滿期之日為之。雖係所持人。而於滿期日之前。無受支拂之義務。又雖支拂人。若於滿期日前為支拂者。則須負擔其因此而生之危險。若支拂人無正當之理由。而於滿期日拒支拂者。則所持人。得為其他權利保全之手續。此之謂償還請求權。蓋

作成支拂
拒絕證書
與請求償
還之權

展爲替之
手形

第五手形
之保證

手形

一百九十八

即得作支拂、拒絕證書。對於振出人或裏書讓渡人而爲請求償還之通知。以使之辨濟手形之金額也。

凡有請求償還之權利者。其由償還義務者直接受取其償還額者。其極不便之處甚多。故立法者於此時認一便法。即展爲替手形之振出者也。此手形之振出地。若係所持人振出之者。則須爲其本手形之支拂地。若係裏書人振出之者。則須爲其住所地。支拂地者。須係受償還者之住所。然除爲一覽拂者之外。不得別定滿期日。

第五 手形之保證

凡保證之債務。從之債務也。即手形之保證亦同。雖然法律以欲使手形易於流通之故。則甯視爲獨立之債務。蓋即於生保證之效力時。其爲主之債務。但爲形式上之存在即可也。例如其主之債務者所署之名。即有因係偽造。或其主之債務者。因無能力而致其主之債務。成爲無效時。然保證債務。則爲有效。其保證債務者。負有與其主之債務者同一之責任。

第六參加
引受及參
加支拂

參加之意
義

普通之參
加人與豫
備支拂人

參加之效
力

第六 參加引受及參加支拂。

凡手形。雖以支拂人支拂之為本旨。然支拂人若有不支拂之。或有不得為支拂之恐者。則支拂人以外之人。有引受或支拂之。而維持手形之信用。以避其由不信用而生之損失者。此之謂參加。其引受之者。則謂之參加引受。其係支拂之者。則謂之參加支拂。

參加。有為依於手形上之債務者所委託者與否之別。其係手形上之債務者。委託其參加者。即前所謂豫備支拂人。然手形所持人。對於普通之參加人。固得拒其參加。至若豫備支拂人。則當手形振出時。既已定之而記載於手形者也。故手形所持人。不得拒其參加。雖然。一旦既有參加矣。則其效力一也。參加引受之效力。蓋使參加引受人。負有於手形之滿期日支拂之之義務。而於被參加人及其後之債還義務者。則使之免其擔保提供之義務。參加支拂之效力。其主者。蓋使手形所持人。消滅其對於前者之債還請求權。從而使參加支拂人。取得其對於引受人并被參加

人之所持人之權利。

第七 爲替手形與約束手形之差異。

第七爲替手形與約束手形之差異

以上已廣論手形之性質。及其流通之狀態矣。茲更將爲替手形與約束手形差異之處。對比而示之。

(一) 爲替手形。與約束手形。其方式各異也。

(二) 爲替手形。與約束手形。其當事者各異也。蓋爲替手形。必須有振

出人、受取人、及支拂人三者。約束手形。則振出人受取人之外。更無支拂

人。從而有支拂之約束。而無支拂之委託。又從而無豫備支拂人。

(三) 爲替手形。有自己指圖。或自己宛之手形。然約束手形。則無之。

(四) 爲替手形。有引受。參加引受。及引受拒絕時之擔保請求。約束手形。

則無此必要。從而對於約束手形人。亦無作拒絕證書之必要。但載有支

拂擔當者之他所拂約束手形。則不在此限。

第八小切手

第八 小切手

小切手之
性質及效
用

小切手。與一覽拂之爲替手形。有同一之性質。蓋小切手之支拂人。負有於一定之場所。當其一覽之日。應支拂一定之金額於受取人或所持人之義務也。其所異者。特爲替手形者。乃爲信用之具。小切手。則爲支拂之具耳。然其支拂人。通常皆爲銀行。蓋大抵皆爲依於寄託及其他方法。對於銀行而有繼續之信用者。爲自己或第三者所用。以供其陸續支出其寄託金之幾分者也。(舊法典採支拂人必爲銀行之主義)雖然、小切手之目的。則不必在於此限。

小切手之
方式

小切手之方式(即應記載於小切手之事項)與他之手形。雖無大異。而其得爲持參人拂式者。則小切手之特色也。從而小切手與他之手形異。不問金額之如何。得以爲無記名式。又小切手更有特別之一種方式。則得爲線引小切手是也。線引小切手者。於小切手表面。畫平行線兩條。就此線內。記載銀行或與之同意義之文字。或記載特定銀行之商號者也。蓋小切手者。所以供支拂之用。以其流通頻繁之故。因而盜難及其他紛失

之危險亦多。故線引小切手者。卽所以避此危險者耳。

第五章 海商

海商之意義

海商者。卽海上之商業之義也。海商法者。卽關於海上商業之規定也。雖然海上之商業。非必皆適用海商法。例如甲乙二商人。於航海之中。有相買賣某物品者。此特於海上爲取引耳。非所謂海商也。又受海商法之適用者。亦不必限於在海上所爲之商行爲。凡關於船舶之一切商行爲。雖在陸上爲之。亦不可不受海商法之規定。然則茲所謂海商法之性質者。要卽關於海上船舶之規定之謂也。

海商法適用之範圍

海商法之性質如此。雖然海上之船舶。亦非必皆適用其規定也。商法第五百三十八條曰。本法所謂船舶者。以爲商行爲之目的。而供於航海之用者也。故凡航海船舶。其目的若非爲商行爲。而如以供公用之目的。或探險及研究學術等目的之用者。則不入於海商法之範圍。卽如軍艦及其他政府所有之船舶。其最著者矣。此外更有如以舢板及其他櫓櫓爲

第一船舶
所有權

船舶所有
權之特色

船舶共有
者間之關
係

共有船舶
之利用

運轉者。或其主者。乃係以櫓權為運轉之舟。商法亦除去之。蓋此類皆形身扁小。不勝航海之用。只能行於港灣或海岸之處。故雖係以商行為為目的。然與湖川之船舶同。未必適用海商法。

第一 船舶所有權

船舶所有權。與普通之動產所有權無異。惟非從於特別法之規定而為登記。且非受船舶國籍證書者。則不得以之對抗第三者。又船舶所有權。亦非僅存於船舶其物之上。凡其船舶之屬具目錄中所記載之物。法律皆推定為船舶之從物。

船舶。有屬於一人之所有者。又有屬於數人之共有者。其屬一人所有者。不必言。其屬於數人共有之者。則必須特定其共有者之權利。

共有者間。利用其船舶。當從其各共有者持分之價格。以其過半數決之。雖然。少數之異議之人。亦無絕對的服從其決議之義務。凡若初次航海。或船舶大修繕等。重大之決議時。異議者得對於他之共有者。請求其以

持分之讓渡

船舶管理人之選任

船舶債權之擔保

相當代價。買取自己之持分。又船舶之共有者。於其共有者間。雖有組合之關係。然其持分得自由讓渡之。蓋依當事者之意思而解除之者。於組合關係。初無所異也。雖然。若因讓渡其持分。以致其船舶當喪失本國國籍者。則他之共有者。因保全自己利益之故。得以相當之代價。買取其持分。或請求裁判所競賣之。凡船舶之共有者。除一定之重大行為外。其關於船舶之利用。或裁判所之行為。有選任船舶管理人之義務。而使之代理之。若由共有者以外之人選任之者。則須有共有者全員之同意。凡船舶對於關其船舶所發生之種種債權。為其擔保之目的。船舶之屬具。及未受取之運送貨。亦同。其各種之債權者。得照法律所定之順位。有先取特權。所謂船舶先取特權是也。夫船舶既得為債權之擔保。則於船舶之上。設定質權。自無不可。雖然。若以已經登記之船舶。供為質權之目的。則以當移其占有於權利者之故。而所有者。遂至不能利用之。則其害經濟上之便益甚大。故法律禁以已經登記之船舶。為質權之目的。至若

第二船員

抵。當。則。無。此。慮。且。船。舶。者。於。其。登。記。及。其。他。之。點。概。適。為。不。動。產。之。規。定。故。法。律。於。已。登。記。之。船。舶。認。其。得。設。定。抵。當。權。

第二 船員

船員者。蓋船舶運轉所必要之機關也。有船長、海員二種。海員者。船長以外之乘組員。即駕駛人、管輪人、事務員、水夫、火夫、廚夫、茶房等之總稱。

一船長

船長之責任

船長之職務權限

(一) 船長。船長有保全船舶所有者。備船者。荷送人。旅客等一切利害關係人之財產。或生命重大之責任。關其船舶。而與以重大之職務權限者。亦因使之盡其責任故耳。其職務權限。大別之。有航海之前者。有航海之中者。航海前之職務。即檢查其船舶。於航海有礙與否。及其他航海所必要之準備整頓與否。航海中之職務。即準備各種之書類。指揮監督貨物之裝載起卸。旅店之上船上陸。處分其積荷。使之適當。及不致無故遲滯其發航。或變其豫定之航路者。至其權限。則其在船籍港外者。則因航海之故。得為必要之一切裁判上。或裁判外之行為。又因支辦一定之費

用之故。得抵當其船舶。賣却其積載或爲質入之。又有必須繼續航海時。則得以其積載供航海之用。其船舶有不可修繕時。則得競賣之。且遇有危險時。更得爲共同海損處分。此外更有船長對於船舶所有者權利義務之關係。茲不必言。

(三) 海員。海員受船長之指揮監督。從事於海上之勞務者也。其有遇變故危難者。凡法律關於此之規定。概以保護之爲主。其權利。則對於不當之僱止。得請求一定之賠償。且有請求無賃送還之權利。於延長其航海之際。有請求增給之權利。此外又有於一定之期間。得受治療其疾病傷疾及看護之權利。又於一定之時。有請求其僱止之權利。其義務。則不外從船長之指揮。而盡其任務而已。故非得船長許可。不得去其所乘之船。

第三 海上運送

海上運送。分爲物品運送。旅客運送二種。與一般之運送同。然其於物品

運送品之
授取時其
運送當事
者之權利
義務

運送。細別之。有以船舶之全部或一部爲契約之目的者。與以各個之運送品爲契約之目的者。此則海上運送之特例也。蓋一般之運送。雖亦有以運送器具之全部或一部爲契約之目的者。如全車貨切、全船貨切等。亦所常見。然立法者或以爲不必特別規定之。特於海上運送。則設此規定。此時之運送委託者。謂之備船者。其在各箇運送時者。則謂之荷送人。凡運送品之船積。亦須區別爲以船舶全部爲運送之目的時者。與夫以各個運送品爲運送之目的時者。其在以船舶全部爲運送目的者。則船舶所有者。於其裝載。有爲必要之準備整頓時。須立即通知於備船者。其備船者。若係定有裝載期間者。則須於其期間內裝載之。至期間已過之後。則不論裝載之已完與否。船長得徑自發航。又若於過期後爲裝載者。則船舶所有者。得請求相當之報酬。其在以各個之運送品爲契約目的者。則荷送人。僅有從船長之指揮。而立即裝載運送品之義務耳。此外更有運送品起岸之時。船舶所有者或船長。與荷受人間之關係。此則與其

裝載時之關係相同。

船荷證券

海上運送之運送證券。謂之船荷證券。此蓋因備船者之請求裝載後。船長須立即交付之者。又船舶所有者。亦得於船長以外之人。委任其交付船荷證券。

於海上旅客運送之特別規定

海上運送保險

至若運送旅客者。其大體亦無所異。惟在海上。則船票有爲記名式。而不許讓與他人者。航海中旅客之食費。船舶所有者負擔之。若航海中有須修繕船舶者。則於其修繕中。旅客住居及飲食等。船舶所有者有供之之義務。此則與陸上運送所異者也。若以船舶之全部或一部。爲旅客運送之目的者。則備船者。與船舶所有者之關係。準用關於物品運送之規定。一般之運送保險者。蓋運送品之保險也。至於海上保險。則運送品之外。更有運送機關之保險。前者即積荷保險。後者即船舶保險。而其出於填補損失之目的則一也。雖然。被保險利益。并可以發生危險之狀態。各有不同。故於一般保險之外。究不得不稍有特別之規定。但茲不必論之。

第四 海損。

共同海損
之割合

船長。因使其船舶及積載。免於共同之危險之故。就其船舶及積載。因其所爲之處分。而生之損害及費用者。謂之共同海損。共同海損者。例如遇暴風。其船舶與其積載。有皆將沈沒之勢。是也。若限於其船舶或積載一方之災害者。則不得爲共同危險。至避其共同危險之法。則或有必須拋棄積載者。或有必須切斷帆檣者。或有須向避難港駛避者。所謂共同海損。即包含此等一切之損害及費用者也。其共同海損之割合。則以船舶或積載之價格全額。運送貨之半額。平算其共同海損之損害之額。各利害關係人。分擔之。船舶之價格。則依其到港之地之時價定之。積載之價格。則依於上陸之地之時價定之。



訴訟法之
意義

歐美各國
之訴訟法

日本之訴
訟法

第六編 訴訟法

訴訟法者。所謂助法。而以活用主法爲目的者也。故就於主法所規定之法律關係。對其所起所生之疑議。規定其爲審理裁判之手續。并爲其審理裁判機關之組織及權限者。皆謂之訴訟法。然其本體主法之法律關係。各有差異。而訴訟法之規定。亦因而不得而一。故訴訟法者。蓋亦生有種種區別者也。今考之歐美各國之例。或有關於憲法上之訴訟者。或有關於行政法上之訴訟者。或有關於刑法上民法上商法上之訴訟者。恆從其主法規規定之異。一一各有應之之法規。雖然。日本之訴訟法。則只有四種。卽刑事訴訟。民事訴訟。行政訴訟。陸海軍軍事訴訟。是也。至若關於憲法之訴訟。日本亦未特設有裁判其爭議之機關。又關於商法者。則其訴訟。於民事裁判所判決之。此則日本國法之精神也。特別之訴訟手續。茲不必言之。其關於行政訴訟者。亦已略述於行政法編。今所言者。則僅刑事訴訟。法民事訴訟。二種。至若裁判所之構成。則

別有裁判所構成法。此蓋關於訴訟之特別法。而其大體。須與訴訟法同時觀察之者也。

第一章 訴訟及訴權

訴訟之性質

訴訟者。謂特定之人。對於特定之人。因實行法律。或保護權利之目的。請求其判斷於特定之裁判所也。提起其訴訟者。謂之原告。其被提起訴訟者。謂之被告。故凡訴訟。必為原告及被告之特定二人以上。若一私人。但對於某處分。為不服之申立。或但請求身體上財產上之保護者。則不得謂為訴訟。又訴訟必提起於裁判所。雖為特定之二人以上之爭。若不於裁判所請其判斷者。亦非訴訟。

訴訟之種類
普通訴訟
及特別訴訟
刑事訴訟
及民事訴訟

訴訟大別之為二種。普通之訴訟及特別之訴訟是也。普通訴訟。即謂其屬於普通裁判所之裁判管轄者。特別訴訟。即謂其屬於特別裁判所之裁判管轄者。普通之訴訟。又別為二種。一曰刑事訴訟。一曰民事訴訟。以實行刑事制裁為目的。民事訴訟。以實行民事制裁為目的。一

蓋起於刑法之關係者。一蓋起於私法上之關係者。更詳說之。則刑事訴訟者。其目的在於犯罪之證明。與刑罰之適用。民事訴訟者。其目的在於私權之確認及保護也。故於刑事訴訟。則其原告常為國家。民事訴訟。則其原告常為一個人或法人。若夫刑事上之犯罪。其有害國家之安甯秩序。同時亦傷害一個人之權利者。此時。則此一人之惟一行為。其一方則惹起刑事制裁。一方又惹起民事制裁者矣。由原則考之。則固一當訴之刑事裁判所。一當訴之民事裁判所也。雖然。其訴訟之原因。則固存於同一之犯罪事實。故各國法制。莫不便宜特使刑事裁判所。兼審二種訴訟。於是刑事訴訟。遂生有公訴私訴之別。公訴者。國家對於一私人。請求犯罪之證明。及刑罰之適用之謂。私訴者。一私人對於他之一私人。請求回復其因犯罪之損害之謂。故公訴之權。屬於國家。私訴之權。屬於一私人。夫國家者。無形者也。故不得自行使其訴權。必委任於有形人。乃可。其委

任之法。自古有三。或以委任於被害者之一私人。或一般委任於國民。或委任於特定機關。然委任被害者之法。則其濫用公訴權之弊甚多。委任國民一般之法。則公訴權又易流於緩漫。故近世法律。則設特定機關。以專任之。此特定機關。即檢事也。故公訴權之行使。蓋本於國家之意思。非一私人所得左右之。從而公訴者。非待被害者告訴而起者也。又通常亦非因拋棄告訴或私訴而消滅者也。雖檢事。亦不得以自己意思。而拋棄之。或與被告人和解之也。

私訴權之
行使

私訴與民
事訴訟所
異之點

凡私訴權之行使。從於民事訴訟原則。當屬之被害者。其被害者。若特為自己私益而行使訴權者。則拋棄之。或與加害者和解之。皆聽其自由。茲將提起私訴。其手續上。與通常之民事訴訟異者。舉之有四。(一)私訴當附帶於公訴而提起之。(二)非從於賠償金額之多少。及被告人之住所或物件所在之地。而異其裁判管轄也。蓋一切皆屬於刑事裁判之管轄者也。(三)其時效。照刑事之時效。(四)其裁判之執行。屬於刑事裁判所。是也。

訴訟之被告

法人不能
爲刑事訴訟
之被告

公訴與私
訴之差異

訴訟之發
生及消滅

民事上之
訴權不與
刑事上之
訴權相隨

凡受刑事訴訟及民事訴訟者。即所謂訴訟之被告。此被告。通常皆爲一私人。雖然、茲有當注意者。則國家及其他公私之法人。雖得與一私人同。可以爲民事訴訟之被告。然刑事訴訟之被告。則不得爲之。蓋犯罪之行爲。特爲有形人之事。彼無形人之法人。其性質上不能犯罪也。故私訴、亦從民事訴訟之原則。惟對於加害者、或其承繼人、或民事擔當人。始得起之。從未有對於公私法人之私訴者。至公訴。則只對於其認爲犯罪者起之。不及其他也。又共犯者。雖各自異其公訴上之責任。而私訴上之義務。則法律定爲連帶。是亦公訴與私訴。其性質所異之要點也。

刑事訴訟。與犯罪之發生時同發生。與刑罰之消滅時同消滅。蓋刑事訴訟者。原因於犯罪者也。無犯罪。則無可以適用之刑罰。無刑罰。則訴訟亦自然當消滅矣。即在民事訴訟。亦從於可以惹起民事制裁之原因消滅時。其訴權與同消滅。雖然、其訴權。非必與其刑事上之訴權相隨也。加害之事實。即不構成刑事上之犯罪。然民事訴訟。仍得獨立而行之。此乃訴

公訴之消滅原因

私訴之消滅原因

訟上之原則。故在刑事訴訟之公訴及私訴。雖已消滅。亦不得脫此原則之適用。茲將公訴消滅之原因。與私訴消滅之原因。對比之如左。

公訴消滅之原因。有六。(一)被告人之死亡。(二)告訴之拋棄。(三)確定判決。(四)刑罰廢止。(五)大赦。(六)時效。是也。以被告人死亡為公訴之消滅者。蓋出於刑罰止於一身之原則。告訴拋棄者。惟為必俟被害者告訴而始受理之事件。始生公訴消滅之效力。依確定裁判而公訴消滅者。則出於一事不再理之原則。刑罰廢止及大赦。則皆使犯罪消滅者。故公訴亦因而消滅。時效者。則國家本於公益上之用意。所定之消滅原因也。至私訴。雖附帶於公訴而起。然一旦既起之私訴。則其進行。與公訴不一。即有由於某理由。而犯罪人受無罪宣告者。而私訴并不因而消滅。惟其所惹起公訴之事實。係實行法律上之權利者。則無從有不法行為之理。故附帶之私訴。亦自當消滅。此外。則私訴者。皆非必與犯罪相隨。故其消滅原因。法律特明示有三種。(一)被害者拋棄或和解之。(二)確定裁判。(三)時效。是皆不外出

刑事訴訟法與民事訴訟法蓋各相獨立者也

刑事訴訟可及於民事訴訟之關係

於民事訴訟之原則者耳。但私訴者。乃附帶於公訴。而提起於刑事裁判所者也。故時效之期。與公訴同。而與民事之出訴期限異也。

第一章 刑事訴訟法與民事訴訟法之關係

刑事訴訟者。依於國家之公權。而提起於刑事裁判所者也。民事訴訟者。本於一個人之私權。而提起於民事裁判所者也。故其訴訟。各自獨立。而兩無關係。從而裁判所宜若得互以獨立之權限。裁判屬其審理之訴訟矣。雖然。就此點。從來學者。固嘗大生疑議者。茲略述之。

第一 刑事訴訟可及於民事訴訟之關係

從來學者。往往以刑事裁判。其效力可及於民事裁判。雖然。裁判官者。惟當以公正不偏之心。審判其職權內之訴訟耳。至於法律以外之權力。則原非所當服從之者。故刑事之裁判。不論其已若何確定。而民事之裁判。則固自若。非可以相箝制也。雖其已確定之刑事裁判。若因後之民事裁判。而有被左右之者。則其信用。似或有不能鞏固之恐。然此則極稀有者。

也。即其有之。其法律之適用。雖若不能兩全。而有不能不誤用其一者。然法律適用之誤謬者。但從於一定方法而是正之。可耳。若謂裁判之原則上。刑事裁判。當位於民事裁判之上。則必不可也。至若因刑事之訴訟。而中止民事之訴訟時者。則訴訟之便宜上。固不能無之。此乃民事訴訟中。生有應罰行為之嫌疑。其行為可以及其影響於民事之裁判者也。此時。則迄於刑事訴訟手續之完結以前。其民事訴訟之辯論。不得不中止之。學理上謂之豫斷問題時者。是也。

第二 民事訴訟可及於刑事訴訟之關係

謂民事訴訟之裁判。其效力不及於刑事訴訟之裁判。乃兩相獨立而行者。是為今學者間之定論也。故不必更言之。然從訴訟之便宜上。此時亦有生豫斷問題者。例如關於身分或所有權之有無。生有疑議。依其判決。而可影響於刑事訴訟之裁判時者。則須中止本案之辯論。而先於民事裁判所。使之豫斷其疑議。是也。此固法國及其他之刑事訴訟法。往往明

豫斷問題
民事訴訟
可及於刑
事訴訟之
關係

裁判所之種類

普通裁判所之種類

定之者。然日本法律。所謂民事訴訟中止者。民事訴訟法中。固規定之。至刑事訴訟中止者。則刑事訴訟法并無此規定。故若嚴格解釋之。則當竟謂其無刑事訴訟法上之豫斷問題。

第三章 裁判所

裁判所者。為裁判事務而設之國家之機關也。有特別通常之分。特別裁判所者。依特別法。而組織之。裁判所。及依特別法。而裁判特別事件者也。廣而解之。則行政裁判所。軍法會議。領事廳。及依政治上便宜而假設之機關。皆可謂之特別裁判所。通常裁判所者。依裁判所構成法。而組織之。以之。裁判民事。刑事。或特依於法律。而受委任之事件者也。按裁判所構成法。則普通裁判所。蓋分為四。曰區裁判所。地方裁判所。控訴院。大審院。是也。區裁判所。蓋於刑事上及民事上裁判所。位於其最下級者。以單獨制組織之。其他則皆合議制。地方裁判所者。其為第一審。凡不屬於區裁判所。及大審院特別權限之一切事件。皆裁判之。其為第二

審。凡有控訴其管轄內區裁判所之裁判者裁判之。控訴院。即如其名。其為第二審。蓋裁判有控訴地方裁判所之裁判者。然其係控訴區裁判所之裁判者。則為一上告之裁判所。而為第三審之裁判。大審院。乃惟一最高之裁判所。裁判其有上告控訴院之判決者。又裁判屬其特別權限之事件。

裁判所

各裁判所中。定數之判事外。更附置檢事局及書記課。檢事與書記。雖同為組織裁判所之組員。然乃司法、行政之機關。而非裁判官。檢事者。關於刑事。則掌訴求處分。關於民事。則為公益之代表者。而行法定之監督權。然其權限。對於裁判所。則為獨立。書記。於往復、會計記錄及其他法律所特定之事務。有取扱之職權。此外區裁判所。更置有執達吏。凡文書之送達。裁判之執行。及其他法律所特定之事務。皆使之取扱之。裁判所之職員。關於判事并書記者。不惟須具法律上一定之資格者。乃可任之。且其職務執行之際。更不可不具特別之條件。蓋即不受除斥。及

除斥忌避
及回避

忌。避。是也。除斥者。謂依法律上一定之原因。而禁其執行職務者也。忌避者。謂從法律上一定之手續。使當事者妨其職務之執行者也。蓋皆所以保裁判公平之特別條件也。又有所謂回避者。此非裁判官被當事者所忌避。乃認為有法律之除斥時。或其他事故時。自避止其職務之執行之謂。蓋回避之語。惟於刑事訴訟法見之。然民事訴訟法。雖無此語。而其精神則毫無所異。

裁判所之管轄云者。即於其審理裁判一定之訴訟之職務。而示其範圍者也。或依訴訟事件之性質而定之。或依土地之區域而定之。故裁判所之管轄。得大別之為二種。其依於事件之性質者。謂之事物之管轄。其依於土地區域者。謂之土地之管轄。事物之管轄。即由裁判所之等級所定者。土地之管轄。即由同等級之裁判所管轄所定者也。例如以刑事言。則違警罪者。屬於區裁判所之管轄。以民事言。在價額百圓以下之訴訟。屬於區裁判所。此即裁判所之管轄。依事件之性質而定者也。即所謂事物

之管轄也。然其違警罪。則於犯罪之區裁判所裁判之。其價額在百圓以下之訴訟。則於被告住所之裁判所裁判之。此則裁判所之管轄。依於土地區域而定者也。即所謂土地之管轄也。

凡裁判所係事物之管轄者。無論民事刑事訴訟。概依於裁判所構成法所定。其係土地之管轄者。則依刑事訴訟法及民事訴訟法所定。至於刑事裁判所之土地之管轄。有普通者。有特別者。通常皆以犯罪地及被告人所在地定之。若在外國犯罪。而於內地逮捕者。則以其逮捕地之裁判所。為其管轄。其係由外國送致之者。則以其送致地之裁判所。為其管轄。若於海船內犯罪者。則以其船舶之定繫地。或犯罪後最初之着船地之裁判所。為其管轄。民事裁判之土地之管轄。亦有普通特別之別。其普通管轄。謂之普通裁判籍。特別管轄。謂之特別裁判籍。所謂裁判籍者。非從裁判之權限觀察之。乃從人民受其裁判之關係。而觀察之也。通常裁判籍。除於法律使之專屬於一裁判所之管轄者外。乃訴訟人或訴訟物。受

指定或約
定之裁判
管轄

一定之裁判所支配之關係也。其主者、恆以訴訟人之住所定之。其住所不定者。則從法定之住所。至法人。則以其團體之所在地。爲裁判籍。所謂特別之裁判籍者。即如寓居。財產。店鋪。相續。不動產。契約履行。社團。不正損害。反訴。牽連事件等。裁判籍。皆是。然不論如何。凡一定之訴訟。從法律之所定。而當屬於一定之裁判管轄者。則其裁判所。謂之受訴裁判所。凡裁判權限。通常皆不得超於法律所定之範圍。惟於其管轄內行之。然其管轄裁判所。若因法律上之障礙。(例如判事除斥時)或事實上之障礙。(例如戰亂洪水等意外之事變)不得爲裁判者。及裁判之管轄不分明。或有權限爭議者。凡此。則待訴訟關係者之申請。而其直近上級之裁判所。決定其管轄。此時之裁判所。則謂之指定裁判所。此特別管轄之一種也。又於民事。則有得依當事者之合意。而定其裁判籍者。此之謂合意上之裁判所。亦得爲特別管轄之一種。

第四章 訴訟手續

訴訟手續

訴訟手續。其於刑事訴訟與民事訴訟。其法理固非無相同者。雖然、其大體既異。故并述之。則甚覺煩雜。茲分說其概要如下。

第一節 第一審之刑事訴訟

第一審之刑事訴訟

凡訴訟之目的。在於得判決。故其手續。亦得分為判決之手續。及判決前之手續。

甲判決前之訴訟手續

(甲) 判決前之訴訟手續

刑事訴訟之判決前手續。可分為訴求手續。及豫審手續。二種。乃司法警察之職務。而檢察、豫審判事、及其他有警察權之官廳行之。

第一訴求手續

第一 訴求手續

訴求手續。細別為犯罪之搜查及起訴二種。

一犯罪之搜查

告訴及告發

(一) 犯罪之搜查。犯罪之搜查云者。即檢察、搜集其於起、公、訴、所、必要、之、證、據、之、準、備、行、為、也。其手續。以告、訴、告、發、及、現、行、犯、三、種。各有不同。告、訴、者。被害者。因欲使官行其檢查之故。對於犯罪地及犯人所在地之檢

於現行犯
之特例

事或司法警察官而爲報告之謂。告發者。第三者所爲報告之謂。告訴與告發。通常皆當以告訴人或告發人。有署名蓋印之書面爲之。司法警察官。若既受之。則除違警罪係卽決之外。皆須急速將其書類送致檢事。現行犯者。現所行。或現所行方畢之際。所發覺之犯罪也。凡犯人及犯罪之證據顯然者。不論何人。皆得無令狀而逮捕之。又雖非現行犯。有以須爲急速之手續之故。特準於現行犯者。(一)被一人或數人以爲犯人。而追呼之者。(二)攜帶凶器贓物等。及其有可以思料其爲犯人之痕跡者。(三)因於家宅內檢證所犯之罪。或因逮捕可以思料其爲犯罪之人。由戶主向官吏求爲此處分者。是也。

二起訴

(一)起訴。起訴者。謂檢事於犯罪之搜查既終之時。向豫審判事或刑事裁判所。求其受理訴訟之行爲也。凡其可以求豫審判事之豫審者。須係可以思料爲重罪之事件。及雖疑爲輕罪。而係罪質重大訴訟繁雜之事件。乃可。然不論何種。檢事若意爲其事件非屬於自己所屬裁判所之

管轄者。則當送致於管轄裁判之檢事。

第二豫審手續

第二 豫審手續

豫審者。顯聞犯罪之存在。審理其可發覺犯罪罪跡之一切事實之行為也。豫審判事行之。凡行此豫審。除現行之重罪輕罪外。必須待有檢事之請求。豫審手續得分爲令狀之送達、密室監禁、證據蒐集、保釋及責付、豫審終結、諸項而觀察之。

一令狀之送達

類令狀之種類

(一) 令狀之送達。令狀者。因訊問犯人。或防其逃亡之故。對於重輕罪之犯人。而豫審判事。或受託判事。所發出廷或拘束之命令也。蓋有召喚狀。拘引狀。拘留狀三種。召喚狀者。因使被告人投到裁判所而發者。故應之與否。乃係被告人之任意。拘引狀者。被告人受召喚狀而不投到時。又其他法律所定時。因引致被告人而發者。拘留狀者。訊問被告人之後。思料其當科禁錮以上之刑者。因留置之之故而發者。此皆有強制被告人之力。

二 密室監禁

(二) 密室監禁。密室監禁者。將未決拘留之被告人。監禁於一室。不使之與他人交通之方法也。此雖為發見犯罪事實之必要上。因於檢事之請求。或以豫審判事之職權。所得為之者。然妄拘束人身之自由。則必當加意慎戒之。故其期限。不得逾十日。且其期限內。至少須訊問被告人二次。

三 證據蒐集

(三) 證據蒐集。證據者。乃明未知之事實之既知之事實也。即為證明之材料者也。蒐集證據之方法如左。

子 訊問被告人及對質

(子) 訊問被告人及對質。豫審判事。須先訊問被告人。其被告人對此審問之陳述。謂之供述。又豫審雖以秘密為原則。然因證其可以發見犯罪事實之一切模樣。有必要時。得使被告人與他之被告人、證人、或其他之人。對質之。

丑 檢證搜索及物件差押

(丑) 檢證搜索及物件差押。檢證者。謂豫審判事親臨犯罪場所或其他場所。正確其犯罪事實之方法也。搜索者。謂就於被告人之住居。或有

可疑、爲藏匿、證據、物件、之人、之住居、或其身體、及財產、探求證據、物件之方法也。凡其臨檢搜索所發見之物件。若思料其足以證明其犯罪事實之時。則豫審判事。當差押之。且須封印并點記清單。此方法。卽謂之物件差押。

實證人訊問

(寅) 證人訊問。證人者。廣而解之。則不分爲能力者、及無能力者。凡申述事實者之謂。茲所謂證人者。卽此廣義之證人。蓋事實參考人、亦包含之。雖然真正之證人。與事實參考人。大有差異。蓋證人之陳述者。是爲證言。事實參考人之陳述者。則爲證言之效力。又凡有虛僞之陳述。若在證人。則爲僞證罪。在事實參考人。則不爲刑法之犯人也。爲證人之無能力者。有二種。一爲關係的無能力者。一爲絕對的無能力者。其關係的者。乃就於關係事件。而不得爲證人者也。如民事原告人或被告人之親族等。皆是。其絕對的者。乃不問關係事件。不論身分。一切證人。皆不得爲之者。如未滿十六歲之幼者、知覺精神不充分者。皆是。

卯鑑定

(卯) 鑑定。鑑定者。謂熟鍊於學術或技藝之人之意見。蓋豫審判事。因欲使犯罪之性質方法及結果分明之故。有必須鑑定時。則不可不付之鑑定。其所異於證人之證言者。蓋證人者。當申述其所見聞之過去之事實。鑑定人。則於其事實不相見聞。惟由己之學藝技術而證明之也。

四保釋及責付

(四) 保釋及責付。夫未決拘留者。蓋以發見犯罪事實之故。不得已而施之強制方法也。然難保無妨害犯人之自由。而且困及其家族者。故必濟之以假釋之寬典。其假釋方法有二。一曰保釋。一曰責付。保釋者。即依被告人之請求。使納保證金。而假釋其拘留之方法也。責付者。即不問被告人有請求與否。依於豫審判事之職權。釋被告人之拘留。而付託之於其親族。或故舊之方法也。不拘採何方法。豫審判事。皆當以聽檢事之意見而行之為條件。

五豫審終結

(五) 豫審終結。以上各種手續既盡。而豫審判事。終其審理之時。則為豫審終結。凡為豫審終結之處分者。蓋當送致其訴訟紀錄於檢事。而求

其意見。檢事當附其意見。於三日內還付之。然豫審判事。可以不問檢事之意見如何。從於一定之條件。爲豫審終結之決定。或爲免訴之言渡。或爲以之付於管轄裁判所公判之言渡。檢事及被告人。於法律所定之處。得對其決定而爲抗告。

(乙) 判決之手續。

乙判決之
手續
公判

判決前之手續既終。則移於判決手續之刑事裁判者。謂之公判。公判者。即關於某犯罪。從其豫審之所終結。或因直接之起訴管轄裁判所審判其事。實而爲適用法律之謂。其手續。以由於訊問、辯論、及裁判言渡、三階級而成。判事、檢事、書記官、出廷而公行之爲原則。惟限於被告事件。若有害及公安之恐者。則亦僅得禁旁聽。其訊問及辯論。若係附帶於公訴而起私訴者。則裁判所同時應爲私訴之判決。但私訴之取調。有不十分者時。則得先爲公訴判決之後。再判決之。

受傳到之被告人。若於公判之期日。不到案者。則因檢事之請求。又私訴

缺席判決

關係人不到案者。則因民事原告人之請求。裁判所須從一定之條件爲其判決。此判決。謂之缺席裁判。缺席裁判云者。卽非對席裁判之意也。此缺席裁判。因檢事及其他訴訟關係人之請求。送付之於缺席者。缺席者對其裁判。於一定之期日間。得申立其障礙於爲此判決之裁判所。若裁判所受理其障礙之申立者。則當更開通常之公判。而將其事件裁判之。

第一節 第一審之民事訴訟

民事訴訟之手續。有通常手續。有特別手續。通常手續者。乃民事訴訟。以得確定之判決。與執行力之目的。而爲之時用之。特別手續者。則有公益上之必要。或必須簡易迅速。而不得依於通常手續之時用之者也。凡區裁判所、地方裁判所之訴訟手續。皆爲通常手續。如人事訴訟手續。簡易訴訟手續。例如爲替訴訟或假差押假處分等手續。破產手續等。皆爲特別手續。然茲所說者。其主者。則皆關於通常之手續者也。民事訴訟之審判。有干涉主義。有放任主義。依干涉主義。則裁判所不爲

當事者之陳述或申立所拘束。而得爲其認爲審理上有必要之訴訟行爲。依放任主義。則裁判所祇應本於當事者之陳述或申立而裁判之。日本民事訴訟法。其主者、採放任主義。於或例外時。則參以干涉主義。此外又有口頭主義及書面主義二種。依口頭主義。則裁判所。但於口頭辯論時。當事者所陳述或申立者。本之而下裁判。依書面主義。則裁判所。但於當事者所差出書面上之陳述或申立者。本之而下裁判。雖然、此二者。究不能偏用其一。在日本民事訴訟法。其主者、採口頭主義。有時亦許經辯論而爲裁判者。惟其雖經口頭辯論。而其辯論亦必爲以書面準備之。此之謂準備書面。準備書面者。卽於口頭辯論之前。當事者間。交換之書面。如訴狀、或答辯書等。皆是。

民事訴訟亦分爲判決前之手續及判決後之手續。與刑事訴訟同。

(甲) 判決前之手續。

判決前之手續。分爲起訴、答辯、口頭辯論、證據調、四種。

第一起訴

訴狀之差
出

訴狀之送
達

權利拘束
之關係

第二答辯

第一起訴

原告差出訴狀於裁判所。是爲起訴。訴狀者。卽所謂準備書面之一。所應記載之事項。有必要者。有通常者。若不載其必要之事項。則其訴狀無效。然若不載通常事項。則否。原告差出訴狀。則裁判所書記。須送達於被告。其送達之方法。或依執達吏爲之。或交郵便爲之。又有所謂囑託送達。或公示送達者。囑託送達者。卽囑託於他官廳送達之方法。公示送達。蓋於不能爲通常之送達時。將其應送達之書類。實貼於裁判所之揭示板者也。一旦訴狀既送達之時。則當生權利拘束之關係。從而當事者之一方。以關於本案之訴訟。訴於他之裁判所時。則他之一方。得爲防訴之抗辯。其受訴裁判所。此後不得復變更其管轄。又原告非得被告之承諾。不得變更其請求之原因。

第二答辯

被告對於原告之諾否。是爲答辯。被告自受訴狀之送達後。須於一定之

答辯之種類

期間內。差出答辯書。是亦所謂準備書面之一也。其以答辯書爲答辯者。有二。一曰防訴之抗辯。一曰本案之答辯。防訴之抗辯者。乃被告入於本案而拒答辯之方法。其抗辯有六種。如無訴權之抗辯（例如謂不能於民事裁判所提起行政訴訟之抗辯是也）裁判所管轄有異之抗辯。權利拘束之抗辯。欠缺訴訟能力。或欠缺法律上代理權之抗辯。欠缺訴訟費用保證之抗辯。前之訴訟費未納之抗辯。延期之抗辯。皆是。本案之答辯者。有被告以原告之請求爲當而認諾之者。有於其請求之全部或一部而爭之者。其爭者。又得別爲法律上之爭。及事實上之爭。二種。

第三口頭辯論

第三口頭辯論

口頭辯論者。於原告。則本於訴訟。於被告。則本於答辯書。而爲一定之申立。將其書面所認之事實。更以口頭陳述之之方法也。然口頭辯論。得不必拘束於其準備書面而爲之。又除有文字之爭者外。但準據其書類。而不必援用之。若關於一訴訟而起防訴之抗辯時。則裁判所入於本案之

第四證據
關

有證明之
責任時
不必證明
之時

辯論之前。須先就其防訴之抗辯。開始其辯論。其防訴之抗辯。若有理由。則裁判所以終局判決。而棄却原告之訴訟。若無理由者。則以中間判決。棄却其抗辯。此中間判決。既確定之後。然後再續行本案之辯論。

第四 證據調

凡爲一定之主張者。必有其證明之責任。此證據上之原則也。故當事者。通常皆於準備書面。記載其證據方法。迨口頭辯論之日。更陳述之。雖然。當事者之陳述一切事項。非悉須證明也。其於某事實之陳述。有必須證明者。蓋限於其事實於當事者雙方之間。生有爭執時。或其事實於不可不判決之時耳。然不論如何。若爲法律上之爭。則不生證明之責任。但外國法者。其在本國。則視之爲一事實。又顯著之事實。亦無爲證明之必要。又法律之爲一方之利益。而設推定者之時。或相手方爲其裁判上之自白時。則皆免證明之責任。證明之方法。卽檢證人證書證鑑定本人訊問等是也。其大體於刑事手

續。已說明之。茲所當注意者。蓋於民事訴訟。則以書證爲主。至若人證。則於一定之制限以內。有其效力耳。書證者。卽表章人之意思之書類。有可以證明訴訟之事實之力者也。分爲公正證書、私署證書、二種。公正證書者。卽公正人及其他官吏、或公吏、所作之證書。迄有僞造之申立者之前。皆推定爲有完全之效力。私署證書者。卽一私人所作之證書。視其有署名、蓋印、與否。其效力從之而異。人證者。凡訴訟物之價額超過五十圓時。皆不許之。

證據調之手續

證據調之手續者。卽由以上之證明方法。而得事實之真否之手續也。裁判所以基於口頭審理主義。爲其手續。此通則也。惟於例外時。有使受命判事或受託判事。而行之者。然證據調者。雖其性質。通常皆於當事者爲一定之陳述以後。始見其必要者。然於某時。則不惟當事者未爲一定之陳述。且於訴訟未起之前。有爲證據調者。此蓋於有證據紛失或湮滅之恐時行之者也。法律上。特名爲證據保全之手續。但此手續。特專就訊問

證據保全之手續

乙判決之
手續

證人、鑑定人、或檢證、行之耳。至於證書。則不必矣。

(乙) 判決之手續。

判決者。經口頭辯論後。因確定當事者之權利義務所爲之裁判。而須記載之書面者也。判決之言渡。以朗讀判決之主文爲之。至若缺席判決之言渡。則雖其主文未作以前。亦得爲之。然受缺席判決之當事者。於一定之期間內。得申立其故障者。則與刑事訴訟無異。

第三節 上訴及再審

上訴及再
審

刑事或民事之判決既下。而結局其訴訟時。則非依於法律以一定伸枉方法爲之者。皆不得動之。法律所定之伸枉方法有二。一爲通常之方法。上訴是也。一爲非常之方法。再審是也。

第一上訴

第一 上訴。

上訴者。對於未確定之裁判。於上級裁判所。訴其不服之謂也。日本國法。所稱爲上訴者。有控訴。上告。抗告三種。故如故障申立。或命令取消之申

上訴之性
質及效力

立及其他訴訟法所定各種之不服申立之訴。不得謂之上訴。上訴者。皆須依於一定之條件。於一定之期間內爲之。若有經過其期間者。則未確定之裁判。直確定之。然上訴既一提起。則有遮斷一切裁判確定之效力。故凡上訴者。皆爲停止其原裁判之執行者也。雖然其在民事。則於某時。有許其假執行者。惟抗告。則以不停止裁判之執行爲原則。蓋可謂爲例外而停止之者也。

一控訴
得爲控訴
之判決

(二) 控訴。控訴者。對於第一審之判決。於上級裁判所。訴其不服之謂也。然其第一審之判決。於此終局判決或上訴。必其可以視爲終局判決之判決者。蓋卽雖爲本案之判決。或爲本案以前之判決。而其中間判決。於此上訴。必係視爲與本案之判決相同者。乃可。例如就刑事言之。則如對於管轄有誤。或不可公訴受理之申立。而却下之者。此雖爲本案前之判決。然法律許其控訴。又就民事言之。則如棄却防訴抗辯之判決。則許其視爲終局判決而控訴之者。是也。

二上告
得爲上告
之判決

三抗告
得爲抗告
之時

民事訴訟
之特例

關於抗告
之手續刑
事訴訟法
與民事訴
訟法之差
異

(二) 上告。上告者對於第二審之判決。惟於其法律適用之點。而不服其所受限制之訴也。換言之。卽以第二審之判決。以爲違反於法律。而上訴之者也。然此第二審之判決。其爲終局之判決乎。或爲中間判決乎。但屬就於上訴而得視爲終局判決者。乃得上告之。此與控訴之條件無異。

(三) 抗告。抗告者對於非終局之裁判。而不服之。卽抗告者。其在刑事。則經公判之決定。其在民事。則經口頭辯論之決定。對之而爲之上訴。蓋限於依法律之明文。而所特許之者也。例如却下判事忌避申請之決定。對之而抗告之者。此則刑事民事訴訟法所共認者。至其他得爲抗告之處。皆須各於其處明記之。雖然於民事訴訟。則關於訴訟手續所爲之申請。被却下時。一般皆許爲抗告。故民事訴訟之抗告。有通常抗告。與卽時抗告之別。卽時抗告者。當守其一定之期間。之謂。通常抗告者。則不被制限於一定之期間。之謂也。其在刑事訴訟。則凡抗告。皆當自裁判所送達時三日以內爲之。其在民事訴訟。有當於七日內爲之者。有不

定其期間者。又抗告之手續。民事與刑事亦各異。在刑事。則其抗告。當差出其抗告狀於原裁判所。原裁判所。聽檢察之意見。而送附於抗告裁判所。在民事。其通常者。亦使之差出抗告狀於原裁判所。惟於須急迫之時。或於即時抗告之時。則使得直差出於抗告裁判所也。至若抗告裁判所。則無論民事刑事。又如何抗告。皆以但本於書面而裁判之為原則。此抗告裁判。即係所謂決定者。蓋有判決之性質故也。但於民事訴訟。則有必要時。得開口頭辯論。

確定判決
之意義

上訴者。乃對於未確定之裁判而為之者。前已述之。故若訴訟關係人。其關於上訴之一定期間。有經過而失上訴之權利。或拋棄上訴之權利。或已上訴一次。而上訴之道已絕之時。則其判決為確定。又對於缺席裁判。得為故障之申立。故於一定期間內。有故障申立之時。則其判決自然消滅。若經過此期間。或拋棄申立故障之權利者。則其判決為確定。故確定判決。云者。可以謂為不得依於故障或上訴之方法。而為不服之訴之判。

確定判決
之效力

決也。

確定判決。就其訴訟事件。有同於法律之效力。當事者不可不與法律同等而遵守之。所謂既判效力是也。故判決一經確定。則於刑事。則對於同一之犯人。不得就於同一之事件。再起公訴。於民事。則對於同一當事者。就於同一之事件。不得再起訴訟。

第二再審

第二再審

再審之意義

再審。乃非常伸枉之方法。既求取消其已確定之終局判決。更就其事件而求裁判之謂也。凡得為再審之訴者。於刑事於民事。雖各不同。然二者皆於法律一定之。又為其訴之手續。並得為其訴之人。亦全相異。又刑事。則再審之訴之期間。不一定。無論何時。皆得為之。於民事。則不可不於其一定之不變期間為之。又於刑事。則於上告裁判所。為再審之判決。於民事。則通常概專屬於原裁判所。又刑事。則除為刑之言渡之裁判所之檢事。及受刑之言渡之人外。得由一定之人。為再審之訴。於民事。則常皆僅

刑事上再
審與民事
上再審其
顯著之差
異

由當事者爲之。又於刑事。則對於再審之判決。更無上訴之道。於民事。則從普通之規則。而上訴之。得更求再審。凡此諸點。皆關於再審之手續。而刑事與民事差異之顯著者也。

第五章 裁判之執行

裁判執行
之意義

裁判執行
之條件

於民事之
假執行之
宣言

凡訴訟。不問民事刑事。若有判決之言渡。而結其局之時。則國家得以公力強行其判決。於刑事。則謂之裁判執行。於民事。則謂之強制執行。雖然。其裁判執行時。須具一定之條件。(一)須於其裁判已確定之後。故在上訴中之裁判。停止其執行。(二)於刑事。或民事。須各別盡其於執行所必要之手續。例如在刑事。則凡死刑。須差出其訴訟記錄於司法大臣。而待其命令。在民事。則須於其判決。附其執行文。是也。此外於民事。則除執行確定之終局判決外。更有爲假執行之宣言。而執行其未確定之終局判決者。其假執行。或有以裁判所之職權而宣言之者。或有依當事者之申立而宣言之者。此皆一一於法律定之。且也於民事。其生執行力者。更不僅此

其他之強制執行

所述二種之判決已也。今將得求此強制執行之名義舉之。則如和解調書。確定之決定。即其決定之僅可得爲抗告者。已無抗告之道者也。例如訴訟費用確定之決定。是於督促手續附有支拂命令之執行命令。公證人所作之公正證書。對於外國裁判所之言渡而附之之執行判決。賠償并關於訴訟費用之刑事裁判所之判決。於破產債權調查會所作之債權表。并協議契約書等。凡此皆與民事裁判所所確定之終局判決。或附有假執行宣言之終局判決同例。債權者得一定之執行文。皆得基之而請求強制執行。

任裁判之執行者

任刑事裁判之執行者。爲檢察、書記、獄司、獄丁等。任民事裁判之執行者。爲執達吏。於某時。亦有不委任於執達吏。而裁判所自行之者。此蓋就於不動產、并船舶、或債權、及其他之財產權、或行爲不行爲之義務。而爲強制執行者也。

刑事裁判執行之中

刑事裁判。有因於一定之原因。而中止其執行者。例如犯人精神錯亂時。

並及消滅
強制執行
之停止制
限及取消

或處死刑之婦女有懷胎時是也。又有依一定之原因而消滅之者。如犯人死亡時效、大赦、特赦、復權是也。其在民事訴訟法。則強制執行。於法律所定之一定之處。有不可不停止之。或不可不限制之。或不可不取消之者。又於某一定之處。裁判所或有得命之停止其強制執行者。或使立保證而命其續行者。茲不細及之。

第六章 特別訴訟手續

特別訴訟
手續

此所謂特別訴訟手續。乃指民事訴訟手續之特別者也。民事訴訟之特別者。有數種。前已述之。然其最主要者。則為人事訴訟手續。及破產手續。茲將此二者述其梗概如下。

(甲) 人事訴訟手續

甲人事訴訟
手續
人事訴訟
法之性質
及種類

人事訴訟者。蓋由親族法上及相續法上之關係。所生之特別之訴訟也。得大別之為四種。(一)關於婚姻事件及養子緣組事件者。(二)關於親子關係事件相續人廢除事件隱居事件者。(三)關於禁治產準禁治產者。(四)關

於失蹤者。是也。關於婚姻事件之訴訟。蓋以婚姻之無效及取消、離婚、或夫婦同居、爲目的。而提起之。關於養子緣組之訴訟。蓋以養子緣組之無效及取消、或離緣、爲目的。而提起之。此二種訴訟。往往有互相附帶者。關於親子關係事件之訴訟。蓋以子之否認、認知、認知之無效及取消、父之確定、親權及財產權之喪失、或夫權之取消、等爲目的者。關於相續人廢除事件之訴訟。蓋以推定家督相續人、或推定遺產相續人之廢除。及取消其廢除爲目的者。關於隱居事件之訴訟。蓋以隱居之無效或取消爲目的者。關於禁治產準禁治產者。則爲禁治產準禁治產之申立。或對其宣告之不服之申立。關於失蹤者。則爲失蹤之宣告。或其取消之申立。雖然、人事訴訟者。不論其屬何種類。蓋非僅關於一人之私益。乃廣而與社會公益。有相關者。故與普通之訴訟異。而以使公益代表者之檢事。干預其訴訟。爲旨趣。蓋卽檢事得依其職權。而自提起訴訟。又須於當事者所提起訴訟之辯論。立會之。而述其意見。

人事訴訟
之裁判籍

人事訴訟之裁判籍。雖各依其訴訟種類而異。然概皆爲地方裁判所之專屬也。蓋其在婚姻事件者。則專屬其夫。其在養子緣組事件者。則專屬其養親。其在親子關係事件者。則專屬其子或其行親權者。其在相續人廢除事件。或隱居事件者。則專屬其被相續人、或隱居者。有普通裁判籍之地。或於其死亡之時。所有普通裁判籍之地之地方裁判所之管轄。其在禁治產準禁治產者。則專屬於受其宣告者、有普通裁判籍之地之區裁判所之管轄。其對於宣告爲不服之申立者。則專屬於管轄區裁判所所在地之地方裁判所之管轄。其在失蹤者。則專於不在者住所地之區裁判所之管轄。至若訴訟手續之細目。茲不述之。

(乙) 破產手續

乙破產手
續
破產手續
之性質

關於破產手續之規定。從來編於商法中者爲多。日本舊商法亦然。雖然其規定。蓋非新認定權利義務也。乃將已存立之權利義務。確定其履行方法者也。其性質。乃屬於所謂助法者。則以編於商法中。殊未適切。故日

破產之意義

支拂停止

破產宣告

破產之種類

本新商法法典。不收破產。而以之別立爲單行法。泛言破產。則指債務者不得支拂其債務。而傾其資產之狀態。然依於破產法。則於商人停止支拂時。有因本人或債權者之申立。以決定而宣告破產者也。故破產云者。獨於商人之支拂停止時適用之耳。若在通常人之無資力時。則別適用家資分散法也。支拂停止者。謂商人不能辨濟其債務之狀態。至其有如何事實。而可以認定爲停止支拂者。則屬一事實問題。然其停止支拂。須由其本人。其在會社。則由其業務擔當社員。或取締役。或清算人。以一定之手續。於一定之期日內。屆出之。若怠其屆出者。則須受過怠破產之宣告。凡破產之宣告。皆因於本人或債權者之申立。始爲之。裁判所無依其職權而爲宣告者。然於爲其宣告時。則以決定爲之。於決定書。須載以一定之事項。且須公告之。蓋破產之宣告。與普通之裁判宣告異。其效力。不惟及於當事者。且可及於一般者也。破產有二種。曰尋常破產。曰有罪破產。尋常破產者。謂破產者。只受民事

上之制裁者也。有罪破產者。謂併受刑事上之制裁者也。有罪破產。又細別爲詐欺破產。及過怠破產。商人欺罔債權者。有使之被不正損害之惡意者。則其破產爲詐欺破產。因商人之過失懈怠而不得已停止支拂者。則其破產爲過怠破產。至其如何情形。始爲詐欺。如何情形。始爲懈怠。則概以法律所列記者爲準。

破產之效力

破產之效力。須區別其對於破產者。及對於債權者。而觀察之。對於破產者。之破產效力。蓋在於使破產者喪失其財產處分權。故破產者所爲之支拂取引及其他一切之法律行爲。皆爲無效。對於債權者之破產效力。則在於使各債權者。不各自爲獨立之活動。而組成一團體。即從有破產宣告之後。各債權者之請求權。成爲全債權者之共同請求權也。此蓋法律保護各債權者。使得公平無偏之辨濟耳。故其結果。破產者失期限之利益。凡未至辨濟期限之破產者之債務。概視之爲已達其期限者。又破產之債務。自破產宣告之日。停止利息之發生。即不得再算利。又債權者

破產財團
破產財團
之機關及
其處分

破產債權
者之種類

之既有優先權者。則對於破產者之財產。不得爲強制執行。夫此債權者。既不能行使各個之請求權。則同時破產者之財產。亦一括之而組成一財團。此之謂破產財團。裁判所選定一定之機關。而使之處分其財團。此即所謂破產主任官。破產管財人等是也。破產主任官者。有指揮監督一切之破產手續之職分。關於破產。因爲迅速之裁判之故。所特任之裁判官也。破產管財人者。有管理處分破產財團之職分。而由裁判所所備破產管財人名簿中。裁判所選定之者也。破產財團之處分。有保全處分。管理處分。換價處分。分別。保全處分者。因防破產者之逃亡。并防其財產之隱匿。喪失。而行之處分也。如封印破產者之動產。監守其身體。及其關於破產者之債權。而發拂渡差押之命令等。皆屬之。管理處分者。因保管破產者之財產。又取揃之一切處分也。換價處分者。賣却其財產。而以之換金錢之處分也。

破產債權者。分爲三等。即普通之債權者。特權債權者。及特別之債權者。

及其權利

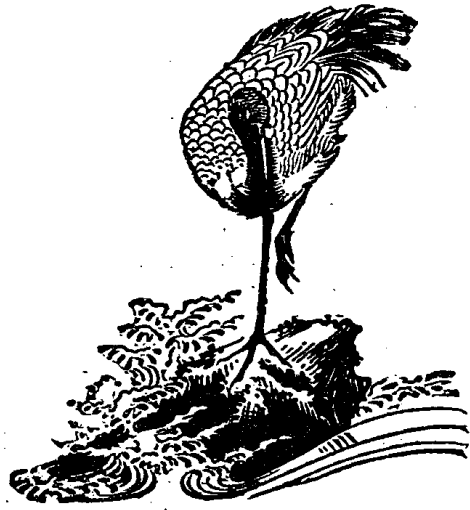
是也。普通債權者云者。即無特別擔保之債權者。當其破產宣告。即同時組織債權者團體。比例其債權。而受辨濟者也。特權之債權者云者。即有優先權之債權者。不加入於債權者團體。於其特別擔保之上。行獨立之請求權。在破產法有所謂別除權者也。特別之債權者云者。即有對人擔保之債權者。或依於法律。而與以特別權利之債權者也。蓋非普通之債權者。亦非有物上擔保之特權債權者耳。普通之債權者。須組織此所述之團體。而行共同債權。故關於破產處分。必須有債權者集會。此亦甚明者。其集會。又有通常集會。及特別集會之別。通常集會者。乃破產主任官。依於職權。而召集之者。特別集會者。乃依於法律之規定。而必不得不召集之者也。

債權者集會

破產之終局

凡破產。通常皆以破產債權之配當。而即結局。然此外更有破產手續之停止。及協諸契約者。則破產亦因之而終局。破產債權之配當者。蓋即償却破產手續費用。更有殘餘之時。比例於各債權者之請求額而為之者。此

乃破產終局之通常者也。破產手續之停止者。蓋即於破產者之財產。并破產手續之費用。亦不足以償之之時。依於法律。而當然命之者也。此時。則債權之配當。已無從而爲之。故裁判所依於法律。而停止其手續。其既停止之後。仍令各債權者。行其獨立之請求權。協諧契約者。即和解契約之一種。而於全債權者與破產者之間。其債權者拋棄債權之一部分。或與以猶豫期限。與破產者約。當依於某方法。而辨濟債務之契約也。故協諧契約者。乃債權者及破產者所共同之利益。既得成立。則自不必強而行其破產處分矣。雖然。若自由而放任之。則又恐其於債權者有不正之損害。而於破產者有不正之利得。故法律於其申出及決議。所以必有一尤之條件也。



法學通論刊誤表

第一卷

七十三頁 版心 法律效力之關於時者

時字誤、應作人、

一百五十八頁 第五章

五字誤、應作四、

一百六十五頁 第六章

六字誤、應作五、

第二卷

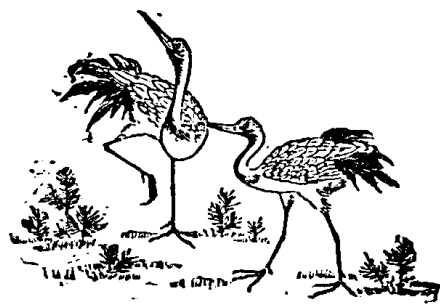
三十九頁 第四節

四字誤、應作二、

一百十頁 不當管理

管理二字誤、應作利得、版

心同、



商 務 印 書 館 廣 告

日前恭奉 諭旨令內外百官認真講求憲政並以教育普及地方自治為啓發民智歷練人才之具薄海臣民宜無不歡欣鼓舞迅速研究以期進步日速庶議院早日成立憲政可期實行既可答 聖主盼望之殷又可慰海內望治之意在各省官員固當留心講習即各地紳衿商民果能討論憲政有裨地方皆有議員之望上可協贊政府下可裨益鄉里比從前由科名保舉捐納進身者尤有實在展布是此時法政等書最為切用本館近年不惜巨貲聘請中外通人譯述東西各國憲政法制理財教育警察及地方自治各書出版者已三十餘種現尚在排印即日出書者又數種率皆宗旨純正搜羅宏富政界學界諸公如欲敬遵 明詔博攷各國成案者宜各家置一編以為講習茲將目錄開列於後以備選購至各書譯筆之明暢紙張裝訂之精美凡曾讀本館出版各書者有目共賞無庸贅述

日本法規大全 <small>附解字一册</small>	二十五元	日本監獄法詳解一册	四角五分
日本六法全書一册	一元五角	萬國國力比較六册	二元五角
戴尚書列國政要三十二册	十元	政治一斑二册	七角五分
嚴譯孟德斯鳩法意五册	二元七角	歐美政體通覽一册	二角
嚴譯政治講義一册	三角五分	國際公法大綱一册	二角五分
復嚴田萬法學通論一册	一元七角	列國政治異同攷一册	九角
末岡精一比較國法學一册	七角	歐洲最近政治史一册	五角
小野塚喜平次政治學一册	一元	歐洲新政史上册	八角
寬克彥國法學一册	一元	歐洲財政史一册	二角
富井政章民法原論	二元	經濟通論一册	七角五分
高田早苗政治泛論二册	一元二角	理財新義一册	二角五分
菊池學而憲政論一册	四角五分	德國學校制度一册	四角
菊池學而議會政黨論一册	五角	◎以下各種尚在排印不日出版	
清水澄行行政法泛論	一元二角	高田早苗政治學及比較憲法	
工藤重義日本法制要旨一册	一元五分	憲法研究書	
土子金四郎國債論一册	三角	清水澄行行政法各論	
那特經政治學一册	四角	歐美教育實際	
日本明治法制史一册	九角五分	日本法制沿革史	
日本預備立憲一册	二角五分	歐洲大陸市政論	
地方自治財政論一册	三角五分	法制經濟通論	
警察講義錄十四册	五元	比較行政法	
日本警察法述義二册	八角	自治論纂	

光緒三十三年七月初版
光緒三十三年歲次丁未孟冬再版

(法學通論一冊)
(每本定價大洋壹元柒角)



原著者

日本法學博士織田萬

譯述者

福建閩縣劉崇佑

發行者

商務印書館

印刷者

上海北河南路北首橫浜橋西
商務印書館

總發行所

上海棋盤街中市
商務印書館

分售處

京師 奉天 天津 開封 濟南 太原
漢口 長沙 重慶 成都 廣州 福州
商務印書館分館

