

鄧公傑譯

近世法學通論

漢氏題





上海
图书馆
藏书

上海图书馆藏书



A541 212 0015 1863B

學	論	知	以	常
問	概	適	通	人
之	論	得	論	不
全	皆	其	概	解
體	為	反	論	學
有	最	無	為	問
深	難	論	淺	之
切	之	何	近	次
之	業	種	之	第
研	非	科	作	者
究	於	學	而	往
與	其	通	不	往

敢	科	門	作	通
任	領	在	也	達
也	袖	外	故	之
三	教	國	法	見
潛	授	任	科	解
信	擔	何	中	者
三	任	大	之	不
氏	新	學	法	敢
所	進	中	學	作
著	學	皆	通	亦
近	者	為	論	不
世	不	本	一	能

法學通論平正明達頗足為研

究法學者修業之基鄧君譯筆

亦頗忠實因為印行之

民國十九年十一月

吳興戴傳賢序



全訂版序

本書自日本大正七年九月付梓以來，已經二十八版，其間雖加多少之修正補綴，而所以然者；則法學之進步與法制之變化，有促本書根本改訂之必要；而且本書多爲教科用書所採用，爲制定高等學校之法制教授要目案，遂着手於全部之修正。今也稿漸告成，乃公諸世。

且本書刊行以來，已見有二三近似本書之說述方法、示例、定義、分類等之著書者，實爲著者之光榮；然因舊版而煩及學徒，亦不無遺憾之點。爾後每有機會，當施改訂，以期無背「近世」之名焉。

本全訂版時經注意之點，約述如次：

一、參酌高等學校法制教授要目案。

一、參酌最近之學說及法制。

一、增減其內容，且加以印刷上之工夫，於頁數約減去五十頁。

一、得先輩同僚之助力，可能的多插入羅、德、英、法、意等之術語，與全訂以前無異。

又如在甲國以用於單數爲常，而在乙國則用於複數者，以及其他新流行之術語，亦盡著者淺薄語學力之所及而加以注意，固多俟讀者之叱正也。

近世法學通論

日本昭和二年陽春

著者識

二

近世
法學通論目次

緒論

第一章 法則之觀念

第二章 法學與法理應用術

第三章 法律之語義

第四章 法學通論之意義

本論

第一編 國家

第一章 自我 個人及社會

第二章 國家之觀念

第一節 國家及人民

一

一

三

五

七

一

一

一

三

三



第二節	國家及主權·····	一四
第三節	國家及領土·····	一八
第四節	國家者社會之一形樣也·····	二〇
第三章	國家及地方自治團體·····	二二
第四章	國家之類別·····	二二
第一節	君主國及民主國(國體之別)·····	二三
第二節	專制國及立憲國(政體之別)·····	二四
第三節	全主權國及半主權國·····	二七
第四節	單純國及合同國·····	二七
第五節	普通國及永世中立國·····	三〇
第五章	國家之活動·····	三一
第一節	關於立法司法行政的意義之學說·····	三二
第二節	日本法制下之主權作用·····	三三

第六章 國家之成立及消滅……………三六

第二編 法……………三九

第一章 法之觀念……………三九

第一節 法者國家認定者也……………四〇

第二節 法者關於國家的生活者也……………四二

第三節 法者規範的法則之一也……………四二

第二章 法與其他規範的法則之關係……………四七

第一節 法與道德……………四七

第二節 法與宗教……………五〇

第三節 法與禮儀……………五一

第三章 法之淵源……………五一

第一節 成文法(制定法)……………五三

第二節 不文法(慣習法).....五四

第四章 法之類別.....六一

第一節 成文法及不文法.....六一

第二節 國際法及國內法.....六二

第三節 固有法及繼受法.....六三

第四節 普通法及特別法(附 原則法及例外法).....六四

第五節 強行法及任意法(附 補充法及解釋法).....六七

第六節 實體法及手續法.....六九

第七節 公法及私法.....七〇

第五章 公法之主要的系統.....七三

第一節 憲法.....七三

第二節 行政法.....八五

第三節 刑法.....九四

第四節 訴訟法……………一〇六

第五節 國際公法……………一一〇

第六章 私法之主要的系統……………一二一

第一節 民法……………一二一

第二節 商法……………一七五

第三節 國際私法……………一八九

第七章 法之效力……………一九一

第一節 關於人之效力……………一九一

第二節 關於地之效力……………一九四

第三節 關於時之效力……………一九五

第八章 法之適用及解釋……………一九八

第一節 有權解釋……………二〇〇

第二節 學理解釋……………二〇一

第九章 法之成立及消滅……………二〇六

第一節 法之成立……………二〇七

第二節 法之消滅……………二〇八

第三編 權利及義務……………一一一

第一章 權利之觀念……………一一一

第一節 權利者國家的法的觀念也……………一一二

第二節 權利者以利益爲其內容也……………一一三

第三節 權利者法律上之力也……………一一四

第二章 權利之類別……………一一五

第一節 公權及私權……………一二六

第二節 對世權及對人權……………一二〇

第三節	原權及救濟權·····	一一〇
第四節	主權利及從權利·····	一一一
第五節	專屬一身之權利及有移轉性之權利·····	一一二
第三章	權利之行使及保護法·····	一一二
第四章	義務之觀念·····	一一三
第五章	義務之類別·····	一一四
第六章	權利義務之主體 客體及目的·····	一一四
第七章	權利義務之得喪變更·····	一一五
第一節	得喪變更之原因·····	一一五
第二節	得喪變更之意義·····	一一六
第四編	法學·····	一一一
第一章	法學之定義及發達·····	一一一

第二章	法學之分科	一三四
第三章	法學研究之方法及學派	一三七
第四章	與法學密接之學科	一四〇

近世法學通論

日本三瀨信二著
興寧 鄧公傑譯

緒論

緒論

法則之觀

念

現象與法

則

第一章 法則之觀念

宇宙間之一切現象，悉被支配於一定之法則者乎？抑或生于非法則者乎？非吾人所得而知；然吾人非將各種現象，假定其概依一定之規矩準繩者，則研究學問，其道末由。所謂『學者者異中求其同也』者，蓋此之謂。異者何？諸種之現象也。同者何？一定之法則也。是故學之目的，以法則原理之存在為前提，而將諸種之現象，彙集之，比較之，更以經驗所得之材料，思考之，研究之，以求其貫通之脈絡，而達真理之域，如是而已。大之如日月星辰之運行，春夏秋冬之去來；小而至於禽獸蟲魚之生滅，金石草木之變化，何一無法存乎其間？即吾人類之肉體，精神之活動，亦有一定之法則在，而被支配之焉。

法則可分為自然的法則，與規範的法則之兩種：自然的法則（*Lex Naturalis* 德 *Naturrecht* 英 *Natural Law* 法 *Loi Naturelle* 意 *Legge Naturale*）者，不過為單與事實相契合之法則，而止說明其

自然的法則與規範的法則

所由來耳；故又稱之爲說明的法則。例如物理化學上之法則是也。規範的法則（*Norma* 德 *Normgebendes Gesetz*；*Norm* 英 *Normative Law*；*Norm* 法 *Loi Normative*；*Norme* 意 *Legge Normativa*；*Norma*）則反是；蓋吾人爲欲達其行爲、意思、感情等於正當之目的，不可不遵循之法則也。換言之；卽規範的法則，唯具有辨別標準之性質，而未必與事實相契合者也。如曰勿盜竊，毋刦殺，是其例也。夫盜竊與刦殺，非不可能之行爲；唯吾人欲其行爲達於正當之目的，則不可爲之耳。自然的法則，無善惡邪正之分，而規範的法則，則有善惡邪正之評。又自然的法則，必然發生某種結果之規矩 *Must*, *Müssen* 之法則也。規範的法則者，則應成爲某種結果之準繩 *Ought*, *Sollen* 之法則也。（註一）

規範的法則，不一而足。凡道德，宗教，禮儀等無不屬之，而法律亦居其一。約言之：法律者乃爲吾人經營國家生活所不可缺之規範也。至法律與其他規範的法則之異同如何，請俟詳述於後。

（註一）吾人之行爲，概認爲運命之結果，而一切之法則，悉視爲自然的如彼所謂必至論的見解者，非此處應論之範圍。

假令宇宙爲必至的定命的；但在此廣大的必至之中，當更有必至與自由之存在，則分法則爲自然的與規範的，抑又何

妨！

法律者規範的法則之一也

第二章 學與術——研究法理之學；應用法理之術

學之云者，關於理論者也。術之云者，關於應用者也；然有所謂應用政策之學，則學與術之間，難為截然之區別矣。法理之學與法理之應用術，亦猶是然。唯就一般的區別之，則得如下之解說：法理之學（羅 Jurisprudentia；法 Juris Doctrina 德 Rechtswissenschaft；法 Science of Law；法 Jurisprudence 法 Droit；法 Science Du Droit；法 Jurisprudence 意 Diritto；法 Scienza del Diritto；法 Giurisprudenza）者，以法律之理論為其領域，應用法理之術（羅 Ars Juris 德 Rechtskunst 英 Art of Law 法 Art du Droit 意 Arte Del Diritto）者，應用法理於實際之方法也。

法律與人類之日常生活，有密接之關係；故在國家原始時代，已有法律現象之發見，從而實際處理關於法理事項之裁判，以及其他應用法理之術，亦相繼而起。至於法律學理之發達，則又更在其後，不難想像而知。然則人類自國家的生活開始以來，迄於羅馬時代，而法律學研究，亦隨之漸次進展者，亦自然之趨勢也。

唯時至今日，法律技術家止知趨於文字口舌之末，而輕忽乎法律之理論；法學者亦徒競向於空論，而不體會法理之運用；斯為今之弊病，而不能無憾者耳。蓋法律為吾人日常生活之規範，必也法理之學與法理應用之術互相為用，然後可期其向上而日臻於發達，此又學者不可不知也。

法典之完備與法學

大法典之完備而後，法律學之根本的研究，反而傾於衰頹，徵諸史乘，蓋可知已。羅馬法全典出，而羅馬不見有如五大法學家者矣。Napoleon之民法法典成，而法國之法學，亦多不足談者矣。（註二）當大法典編纂以前，雖有學者努力研究，而及其完成，則學者一般之傾向，唯徒事字句之解釋而已。因條約之改正，與其他事情之敦促，而歐風之大法典，遂於短促期間，相繼成立。彼法令之改廢頻繁如日本者，亦知留意於此點歟。

以法律學而致使人誤解為文字口舌之術者，此則法律家不可不自任其責焉。法律家之人格，有可非難之點；因而世人對於法學與法理應用術之誤解，古今東西，殆同一轍。中國昔時稱法家為刑名法術之徒，而不在于兵家儒家之列。所謂禮樂之治者，認為理想的政治而尊貴之；

（註二）羅馬法全典（Corpus Iuris Civilis）云者，Justinianus 帝時自紀元五百三十三年而至其末年所成之 Justinianus 法典，即將 Institutiones（法學階梯），Digesta（學說彙集），Codex（法令類集），而加以 Novellae Constitutiones（新令集）之總稱也。

Gaius 顏又斯，Papinianus 拍比尼安，Paulus 保爾，Modestinus 孟德只那，Ulpianus 由耳俾安之五家，稱之為五大法律家。Napoleon 法典（Code Napoleon）者，千八百四年所成之法典也；然為今日 Code Civil 仍有效力焉。

但依特別法及學說判例而經許多之變更矣。

法律家之任務

倡行法治者，則視爲末世之政治家而鄙賤之；史冊具載，可考而知。試觀對於管仲之批評，及韓非、商鞅、鄧析與其他諸子之末路，思過半矣。號稱法學比較發達之德國，至今猶有 Juristen Sind Böse Christen（法律家者，邪基督教徒也）之侮蔑辭句之流行。其他如 Lawyers are men who hire out their words and anger（辯護士者賃貸言語與憤怒之人也）之諺，亦尙存焉。

第三章 法律之語義

法律之意義及其本質，詳於本論編中，不復具贅。今茲所欲言者，唯關於法律語義之說明而已。

法律一語，始自何時，不得其詳；而考諸史記，已有是語，如曰：乃更爲法律是也。法者事物之規矩準繩也。禮記所謂工依於法者，卽此之意。其他以法爲典禮、常經、方術等之義者，亦嘗有之。管子曰：殺戮禁誅謂之法，則法之云者，又爲制裁刑罰之意義矣。律者原爲音樂上陰陽調之指稱，亦有標準尺度之義。管子曰：律者所以定分止爭也，則稱律爲行爲之規範，亦無不可。至如隋唐明清之律，日本明治初年制定之新律綱領，則律之意味，專爲刑罰法之義矣。

歐洲諸國，多以法律之文字，用爲權利之意義者（羅 ius 德 Recht 法 Droit 意 Diritto）蓋法

上的關係

律與權利者，不過客觀與主觀之差違，抽象與具體之關係也。更進一言，則法律與權利者，一般與各個之區別而已。法之戒人勿殺人者，抽象的一般的之命令也；而其結果，吾人於具體的各個的，享有其生命權矣。法之戒人勿侵他人之所有物者，抽象的一般的之規定也；而吾人當具體的各個的之某種情形之下，或得收回自己之所有物，以及保有其他之權利矣。在德法意等國，*Recht im objektiven Sinne*；*droit objectif*；*diritto in senso oggettivo* 之云者，法之意也。其稱 *Recht im subjektiven Sinne*；*droit subjectif*；*diritto in senso soggettivo* 者，權利之義也。

權利與右位

權利一語，在於歐洲常釋為右方之義（德 *Recht* 英 *Right* 法 *Droit* 意 *Diritto* 西 *Derecho* 荷 *Recht*）。權利之觀念，由正義之觀念分化而出者也，殆如古來之觀念，以右為正位者然。東洋之俗，亦以右為尊。晉書所謂權右者，是為貴人之稱。或曰：權者錘也。錘常位於右，故有此名。至於荀子所謂權利不能傾也之語，斯為權勢利達之義，而非今之所謂權利之義也。

法律之語義，亦有廣狹之分：包括法律命令，省政府縣政府之條例，以及其他之習慣法而言者，廣義之法律也；而僅指憲法上之法律，如憲法第幾條，民法第幾條者，狹義之法律也。

廣義之法
律與狹義
之法律

第四章 法學通論之意義

法學通論者，非民法、刑法、憲法等法律各部門之縮本，亦與研究法及權利本質之法律哲學（法理學），異其意義。（註三）

法學通論云者，以法學研究之必要的準備為限度，而授以法學各科所共通的系統的智識之學科也。茲將其要義分說於左：

一 法學通論者，準備研究法學之必要的學科也。

人類生活，至為複雜，法學者即關於此種之智識也；故其性質，以其他之諸學科為基礎；然而法學通論，並非闡明關於諸學科之智識為目的，唯授與法學研究上最密接之豫備的知識而已。是故國家、法律、義務等之本質論如國家哲學及法律哲學上之應攷究之根本問題，法學通論亦涉及之。又法律之各部門，則概括的說明之，而示其與他諸學科之關係焉。

（註三）外國語中，求其與法學通論極相當之一定語詞，頗不容易。在德英法意諸國，雖各有其語；然考其內容，類多無

確實之規定。試列舉之：則德稱為 *Einführung in die Rechtswissenschaft* 或 *Enzyklopädie des Rechts* 英稱為 *Intro-*

duction to law; *General jurisprudence*; *First principles of law* 法稱為 *Traite elementaire de droit*; *Encyclopedie du*

Droit; *Introduction a l'etude du Droit* 意稱為 *enciclopedia giuridica* 或曰 *Introduzione alle scienze giuridiche*

要之，法學通論者，以法學研究之準備，爲其限度者也。

二 法學通論者，授以法學各科所共通之系統的知識之學科也。

從來日本所著之法學通論，多分全編爲總論及各論之兩卷：總論則說明關於法律一般之事項，如法及權利之定義，法之分類及其淵源，法之解釋及其成立與消滅等是也；各論則將憲法、行政法、民法、商法、刑法、訴訟法、及國際法等法律之各部門，撮其要而說明之。然此種說述方法，於將來專門研究法學者，反成不便。本書有鑑於此，不設總論各論之區別，而唯說述關於國家及法與權利義務之一般的知識爲主眼。本質論亦止述其淺顯而易解者，以期初學者之易於領會。至於法律各部門之說明，則惟舉其要目，以明法之系統焉。

法學通論者，敘述法學各分科中共通之系統的知識者也。系統的云者，斷片的之對稱，具備一定之組織系統，而其間有聯絡者之謂也。非獨法學通論爲然，即凡學的知識之所以異於斷片的知識者，在於統括的，而非僅特殊情事之偶合，又方法的而具有秩序，合理的而合乎推理之法則也。統括的，方法的，合理的，一括而言之，是謂系統的。法學通論雖爲敘述準備的知識；要爲系統的，而非各個知識之雜然集合者也。

基以上所述，而舉本書之說述方法，則其順序如左：

第一編 國家

第二編 法

第三編 權利及義務

第四編 法學

從來談法學通論者，多先敘述法學之定義，及其學派、沿革等，次乃及於法與權利義務等。略一見之，似甚得其體裁；然未授以法之概念，先言法學之爲何物，亦多見其徒勞而已。蓋法者依國家而出，權利義務者，依法而生；故溯其本而言之，首宜敘述者，第一爲個人、社會、及國家等之觀念，次爲法，又次爲依法而生之權利義務之爲何物，最後乃就法律之學術而加以總括的說明焉。

近世法學通論

本論

第一編 國家

第一章 自我 個人及社會

昔有法國笛卡兒 (Descartes 1596—1650) 其人者，嘗欲擺脫希臘哲學之舊套，與中世基督教思想之羈絆，舉凡五官所示之一切現象，外界存在之證左，盡懷疑之；雖然吾人懷疑某事之際，究有懷疑某事之事，此則不能懷疑。換言之，懷疑之主體，即思考之主體之存在，到底不能疑之。且由思考而始認識我之存在，所謂『我思故我在 Cogito, ergo sum』之一語，可以味矣。

通常抽象的稱言自我者，係指意識、感覺等的主體之我，由此觀念與肉體之關係，而於具體的觀之，則得個人之觀念；唯今之所稱個人者，非指各個孤立之人，乃指社會組織分子之個人也。是故個人者小我也，社會者大我也。

吾人人類之肉體精神，人各不同，而其共通類似之點，亦復不少。自其異者觀之，即人類各有個性，自其同者言之，則人類亦有通性。社會者，全由人類之通性組織而成。及其成也，人類時相衝突，以惹起生存競爭自然淘汰，此由吾人各自發揮個性，為其基因；然而吾人各有

長所短所，有過有不及，其能相倚相輔，以維持社會之存在而日臻於繁榮者，此又由於人類之通性使然也。

生物之中，其進化程度低下，組織單純，成熟時期短促者，雖可堪其孤獨的生活；唯組織複雜，而達於成熟時期，須經長久之遠程者，則有賴於他之輔助矣。故肉體上精神上，其組織最為複雜如吾人人類者，非相倚相輔，無以保其種族而圖發達。換言之，即吾人人類，因通性而相集，因個性而各自發揮其特長，互相競爭，同時亦互相輔助，以期其維持發達者也。互相競爭而同時亦互相輔助云者，決非矛盾之觀念也。

社會者有
機體也

社會者，非各個孤立的人類之無意味的集合，而社會各員，其為共同團體之組成分子，亦自覺之。即共同團體之社會，亦有其自身之目的與活動（達到目的之手段）者也。基於此種意味，即謂社會為有機體，亦無不可；蓋社會有其自身之目的與活動故也。社會有代謝機能，有社會心意，尤宜留意者，即在某範圍及某程度中，凡言語、宗教、道德、法律、禮儀、感情等，亦有共通點之存在也。與個人道德相對而有社會道德，與個人之自覺及感情相對，而有團體之自覺及感情等；明乎此，則社會為有機體，而其自身有目的與活動，無可疑矣。要之，社會者為人類謀其維持發達所組織之團體，而其自身有目的與活動者也。由是言之，即謂社會具有人格，亦奚不可。

第二章 國家之觀念

國家（羅 *Res publica*；*Civitas* 德 *Staat* 英 *State* 法 *Etat* 意 *Stato*）者，社會之一形樣也，而其特徵，則擁有一個之主權，據有一定之土地者也。茲分節解說如下：

第一節 國家與人民

國家為社會之一形樣，而為人類之集合體，已如上述。為大社會中之一員之吾人，稱之為個人或人類均無不可；而為國家的一員之人類，則稱為人民或國民（羅 *Cives*；*Populus*；*Natio* 德 *Staatsangehöriger*；*Staatsbürger*；*Volk*；*Nation* 英 *Citizen*；*People*；*Nation* 法 *Citoyen*；*Peuple*；*Nation* 意 *citadino*；*Popolo*；*Nazione*；*Nazionale*）。如日本之君主國，則稱之為臣民矣（註一）。

人民、主權及領土，合稱為國家之三要素。為國家要素之人民，究以若干員數為必要乎？此則無一定之規定，可不待論，號稱四億民衆之中國，與僅有數千數百人民之 Andorra 自由國及

（註一）*Cives*；*Burgens*；*Citizens*；*Citoyen*；*Cittadino* 原為市民之義，而亦有國民之義。例如在舊德帝國，其稱為 *Reichsbur-*

ger 者，德帝國國民也，其稱為 *Staatsbürger* 者，組成帝國之各邦國民也，而稱 *Cittadino del regno* 者，則指意大利王

國民也。又如 *Volk*；*Nation* 及對於此種之其他外國語，類多譯作民族，較為適當。

Monaco 公國，其同爲一國家也，固無所異。

國家與主權

第二節 國家與主權

人類在一定之地域內所組織之共同團體，不得概稱爲國家，必依主權而統治之，然後國家之觀念生焉。

主權之定義

主權 (羅 *Summa rerum potestas*; *Summum imperium* ? 德 *Staatsgewalt*; *Herrschaftsrecht*; *Souveranität* 英 *Sovereignty* 法 *Souveraineté* 意 *Sovranità*) 云者，關於國家生活之最高而且絕對不可分之力也。

試分說於左：

主權者最高也

一 主權者最高也

主權最高云者，即在國家生活上，主權以外更無他力可以左右之者之謂也。君主之權力依神而生，所謂神授君權說者，與今日之國家觀念不能相容。宗教、道德、與其他偉大的力之存於社會中，固不待言；然而在於國家的生活，及法的生活，則不能承認有主權以上之力也。

主權與統治權

主權與統治權同其義乎？以二者用於完全同一義者有之，以主權唯用於表示統治權之最高而且獨立之性質者有之。蓋凡事物一般的觀察，不可不分爲本體與作用之二方面而

主權者固有之力也

主權者絕對也

觀之；故國家之權力視作本體時，則稱之爲主權；由作用而觀察時，又當稱爲統治權。明乎此種觀察方法，於事物之說明，常得其便宜矣。若主權雖稱最高，而事實上受種種的限制之國家，抑又何說？曰：主權（即國家權力之本體）者，於對內及對外之關係上，雖常爲最高；而其作用的統治之力，則時而被限制者固常有之。試舉一例以明之：當朝鮮脫離中國以後而未合併於日本之前，則其主權之本體仍爲最高，不過其主權作用之一部分，如外交權、警察權、司法權等，一時依日本而行之，而亦不失爲一國家焉。譬之太陽，其本體雖不能限制之分割之；而由太陽發出之光線熱等，則得取而利用之。夫分割太陽之作用如光線熱等而利用之者，全非分割太陽之本體而使用之之意也。是故有國家則有主權，有主權則其本體常爲最高。

主權爲最高之力，又爲固有之力。何以言之？即非如地方自治團體所有之支配權，須由國家之委任而有之，亦非因外國之讓與而得之權力也。

二 主權者絕對也。

主權者絕對的權力也。絕對云者，不拘有無適從之意，其不如是則必不可者之謂也。是故國家之主權，其本國之人民常須絕對服從之，不問其身之處於國內國外也。至關於法之效力如何？當再詳述於後。

主權者不可分也

三 主權者不可分也

主權者不可分也者，主權之本體不可分之意也。自法之孟德斯鳩 (Montesquieu [1689-1755]) 以來，雖分主權之作用而為立法、司法、及行政之三者；然非主權分割之謂，不過將主權之作用，分為三類而已。是故主權者，非立法權、司法權、行政權等之合計，乃其作用之分類也明矣。更細分之，則可別為徵稅權、外交權、徵發權、警察權、軍事權等幾十百種；然不得以此視為主權之分割也。譬如前例，未被併合前之朝鮮，凡外交、警察，司法等權皆由日本委任之者，非其主權之已分割，乃其主權作用之一部，被日本割而行之耳。(註11)

主權之主體及客體

四 主權之主體及客體

學者或以為君主國之主權在於君主，民主國之主權在於人民；然自國家權力之有本體與作用的見解言之，則主權之本體，不在於君主，亦不在於人民而在於國家；而主權之作用（即統治作用），君主國則依君主而總攬之，民主國則依人民而活動焉。換言之，不問其國

(註12)在於歐洲，有為沿革上之說明者曰：君主者，先握兵馬之權，然後漸次獲得徵稅權，裁判權等也。但假令主權之

觀念，由於諸高權 (德 Hohensrechte) 相集而成，而已稱為主權以後，則與諸高權脫離，而為一個最高、絕對、不可分者矣。

體之如何，而主權之本體，均在於國家；但其作用則視其行使之人爲何，因而生君主國民民主國之區別耳。日本憲法第一條云：「大日本帝國，萬世一系之天皇統治之。」第四條云：「天皇爲國之元首，總攬統治權，依憲法之規條而行之。」其意蓋指天皇總攬主權之作用。即日本之主權雖在其國家，而其作用的統治之權，則屬於天皇耳。雖然凡一國之國體，不可離其國民之確信而論之；故一般之法理論，雖可分主權爲本體與作用二者而觀察之；而爲日本國體之說明，則天皇與國家二而一也。日本憲法中之『綜攬統治權』一語，雖得僅解爲統攬主權作用之義，而其本體亦可謂在於天皇即在於國家；此於歐洲憲法上之解釋，不能同一而語。歐人以天皇（皇帝）爲國家之機關，其解說如是；然路易十四（Louis XIV）所謂『朕即國家』（L'Etat cest moi）者，歐人果作如何之見解乎？

主權之客體爲何，即主權者對何物之力乎？普通人常以主權之客體爲領土及人民，此謬誤之見也；蓋凡法的關係，皆爲人格者間之關係。無人格之物固不能發生法的關係。領土者無人格之物也，如曰：對無人格之領土行使力，吾不知其說之謂何？故解答主權之客體，舉人民以對足矣。

五 主權者力也

主權者力也，力之云者，固非物理力、腕力之謂，乃法律上得爲某事之力也。然則，法律

上之力爲何？或曰：國家之權力的主權，乃命令者對於服從者所有之力，而爲法以上之力也；然權力與權利，均是法的觀念，而其二者之本質非有所異，即權力與依法而生之法以下之力（即權利），非有完全各別之性質；故主權之權力，非法以上之力，而爲國家創始之際，依其基本法之憲法所生之法的力也。茲之所謂憲法者，固非成文憲法之稱，乃指國家成立時，規定其國體政體之不文的基本法之謂；而主權者，即與此同時發生之力也。日本憲法第四條云：『天皇爲國之元首，綜攬統治權，依憲法而行之』者，雖自國家創始之際，既定爲日本帝國之大憲法，亦不過宣佈此成文憲法以明確之，以示天皇依此而行使統治權耳。至何謂主權爲國家固有之力？則當思主權之權力爲法的之力，而非漠然的物理力，自可瞭然矣。但普通之權利，其屬性則大異於是，此又學者不可不知也。

第二節 國家與領土

所謂國家之三要素者，主權及人民之外則爲領土。領土（羅 *Territorium* 德 *Staatsgebiet* 英

territory 法 *territoire* 意 *territorio*）者，主權活動之舞臺也，換言之，即主權以其國家之領土爲其活

動之地的範圍，以國籍爲其人的範圍也；雖然主權之作用非絕對僅限於其國家之領土以內，即對於住在領土以外之本國人亦有及之者；反之對於住在本國領土內之外國人，則有不能行使其作用

領土與土地所有權

租借地及委任統治

者焉，所謂治外法權之存在者，即其顯著之例也。要之，主權作用之地的範圍，以一般之原則而論，則依領土而定之。(註三)

領土之廣狹與國家之觀念，其兩者之關係不問人口之多寡皆同。號稱擁有一千萬方哩領土之英國，與僅有八方哩之摩納哥 (Monaco) 公國，其同為一國家也固無所異。

在封建時代，雖以領土為君主之私有物，而在今日則不然，唯以之為主權活動之範圍，故不妨與土地之所有權相重複。例如某國領土之一部分上，其國之君主有私有地，或人民有土地所有權，此亦決非矛盾之事。又甲國人在乙國之領土內有土地所有權，亦無所妨。

所謂租借地者，從來雖說為變態的一種之領土獲得；然其性質頗不明瞭，須依條約之內容，

(註三) 汎稱領土時，則水域亦包含在內。按國際法之規定，凡沿岸國之主權得及之沿岸水域，稱之為沿岸 (德 *Meerengewasser* 英 *Maritime belt* 法 *Mer coùtre* 意 *Mare costiero*)。近世通例，則以彈丸所著之距離為標準，在最低乾潮時，由水陸分界算起，以三海里為沿岸；然國際法協會，則議決為六海里，有漸次擴張之傾向矣。汎稱領海 (德 *Territorialmeer* 英 *Territorial sea* 法 *Mer territoriale* 意 *Domaine maritime* 意 *Mare territoriale*) 時，不僅指沿岸，凡港灣內海等被陸地環抱之海，由兩岸成一直線上之距離中，以十海里以內為其主權所及之範圍，惟公海與公海相通者，則其總入口以六海里以內為限。

在領土及領海上之空中，則稱之為領空 (德 *Luftgebiet* 英 *Territorial air* 法 *Domaine aerien* 意 *Aria territoriale*) 千九百十九年十月在巴黎締結之國際航空條約，凡締盟各國，皆認其版圖上之空間，有完全之排他的主權。

爲具體的判斷可耳。又國際聯盟規約第二十二條，有委任統治之規定，如日本因聯盟之委任，在南洋有統治地者是也。

第四節 國家者社會之一形樣也

國家者社會之一形樣也

個人與國家

國家者社會之一形樣也，卽以主權、人民及領土爲要素之一個社會也。國家雖非由於人民之契約而成，而其目的則在於謀人類之維持與發達，而國家的共同團體已成以後，則與組織國家之分子，異其目的，而別以強固國家之存在，圖謀國家之發達爲其目的矣。水蒸氣、炭酸瓦斯等相集而爲空氣，然已成爲空氣，則更有空氣之性質、効力及其目的，自不待言也。

犧牲之觀念

共同生活者，其自身已含有互讓之義，個人之目的與利害，不可不爲國家之目的與利害而犧牲之，假令個人以謀其維持與發達爲目的而組織國家；而此犧牲精神，決無反乎其初之目的，個人者，種族的大連鎖中之一節耳。若夫僅爲國家成立當時之各個人，或爲現在國家組織中之一員，而圖其各個人之維持與發達，則非國家目的之全部，蓋不可不顧及過去、現在與將來也。

人種與國家

疑者曰：國家已以人類之維持及發達爲目的，則世界之人類，何不共立一國家乎？曰：吾人不能捨視地方之觀念，人種之發達，及其他一切之條件耳。蓋人間種族爲求其保存與發達，不能不與其他之生物及自然相奮鬥，同在人類社會中之國家，亦爲求其國內民族之保存與發達，

時而與他國戰爭，或自己國內有妨害民族之保存與發達者，縱令其為同民族，亦不能不加以相當之制裁。一言以蔽之，則個人為國家之犧牲者，為求同種族之保存與發達也。歐洲大戰之經過與結果，其對於民族人種與國家觀念之關係，賜教益多。如漠然的世界平和論者之見解，其理想高遠，亦反足以培養紛爭之種子，而招危害自己民族存立之結果而已。

國家之本質為何？從來有種種之見解：以國家為一支配機關者有之，以國家為指人民之自身者有之，以國家為人民相互之契約關係者亦有之，又有認國家為統治之目的物，而國家以外更有統治之者，其他又有說明國家為一個之法律關係者。一一舉而說明批評之，非本書之目的，姑置勿論。要之，國家者社會之一形樣也；故前所述之社會之見解，可準用於國家本質之說明。即國家者，非人類之雜然的集合體，乃有一定之目的與活動（即達到目的之手段）之共同團體也。從而或可認為一個有機體：有機體云者，非如從來國家有機體論者所言，比國家於人體，謂之具有生理的之意，乃含有社會的意義也。曷云乎含有社會的意義？即國家之組織分子，自覺其為團體之一員，而國家本身，亦有其目的與活動之謂也。換言之，即國家為個人意思之集成體，具有異乎個人意思之合成意力，而決定或發表此合成意力，更有各種之機關，此其所以為有機體也。由是言之，即謂國家為有人格亦可；唯此所稱人格者，與民法上之社團法人及財團法人，或商法上之公司等之具有法人格者異耳。（註四）

(註四)國家在於國際法上，認為權利義務之主體，在於國內法上亦為訴訟關係之主體，又為買賣或負擔其他契約上之權利義務的主體，因而稱為國或國庫(羅 *Aerarium publicum*; *Fiscus* 德 *Fiskus* 英 *Fisc* 意 *Fisco*) 由此意味而生之法人格即法律上之人格，與說明國家本質所謂有機體及人格者不可同日而語；蓋僅指其在法律上得有權利義務之資格，無異私人因為買賣而有權利義務者然。二者不可混同者也。

第三章 國家與地方自治團體

國家與地方自治團體

欲知國家與地方自治團體之區別，不可不先明國家之觀念。凡以處理國家公共事務為目的之團體，總稱之為公共團體，而其團體存在之目的，僅以處理自己之公共事務者，則謂之為自治團體。如村市縣之地方團體是也。為欲行其自治 (德 *Selbstregierung*; *Selbstverwaltung* 英 *Self government*; *Self-administration* 法 *Administration indépendante* 意 *Amministrazione indipendente* 而自行擬作其團體規則之權，則又稱之為自主權或自治立法權 (德 *Autonomie*; *Selbstgesetzgebungsgewalt* 英 *Autonomy* 法 *Autonomie* 意 *Autonomia*) 矣。

地方自治團體有一定之權力，其權力之作用，亦有一定之區域等，與國家之組織極相類似，而二者之性質則全異；蓋主權的國家權力，固有者也，反之，地方團體之權力，則依國家之委任而有之行使之耳。國家有國際法上之人格，而地方團體則無之，且其存立之目的，亦在於狹小

之地方利益也。

日本之地方自治制，失敗之跡，歷然可考，殆日人之不適自治者歟？現今日本之地方會議，亦依普通選舉制矣；然選舉民苟無自覺，亦徒見其增加衆愚政治之害，而失自治之精神耳。

第四章 國家之類別

國家得以種種之標準而彙類之，舉其主要者，則有下列之數種：

- 一 君主國及民主國
 - 二 專制國及立憲國
 - 三 全主權國及半主權國
 - 四 單純國及合同國
 - 五 普通國及永世中立國
- 茲分節說明如下：

第一節 君主國及民主國（國體之區別）

君主國（羅 Monarchia 德 Monarchie 英 Monarchy 法 Monarchie 意 Monarchia）及民主國（羅

國體之意義

君主國之細別

專制國及立憲國

Democratia 德 Democratie; Republik 英 Democracy; Republic 法 Democratie; Republique 意 Democratia; Republica) 之區別者，因國體 (德 Staatsform) 而生之區別也。

國體云者，因主權之主體而生之國家的形樣之謂也。換言之，國體之區別，因主權之所在而定：主權存於君主時，則其國家為君主國，主權存於人民之手時，則其國家為民主國又曰共和國。如日本及意大利為君主國體，而中國、美國、法國等國，則屬於民主國體也。(註五)

君主國又有世襲君主國 (德 Erbmonarchie) 與選定君主國 (德 Wahlmonarchie) 之別。世襲君主國者，君主之地位，依一定之繼承順序而定之。如日本即是此例。其憲法第一條：『大日本帝國，萬世一系之天皇統治之』。又皇室典範第一條云：『大日本國皇位，為祖宗之皇統，男系之男子繼承之』，其傳統之順位，在皇室典範中規定之。選定君主國者，君主由選舉而定者也。此種國體，嘗於 Polen 見之。

第二節 專制國及立憲國(政體之區別)

(註五)若依主權之本體與作用截然別為二者之理論而觀之，則主權之本體，無論何時均存在於國家；故國體之區別，非因主權之所在而定之，乃因主權之作用而生之區別也。即主權之作用，依君主而總攬之者為君主國，依人民而行之者

則為民主國。

政體之意義

專制國 (德 Despotie 英 Despotical state 法 Etat despotique 意 Stato despotico) 及立憲國 (德 Konstitutioneller Staat 英 Constitutional state 法 Etat constitutionnel 意 Stato costituzionale) 因政體 (德 Regierungform) 而生之區別也。

政體云者，主權活動之形式或方法之謂也。申言之，即主權依如何之方法而作用之意也。是故政體非主權之存在，毋與國體相混同。凡國家的主權之活動，無行政、司法、立法三作用之分立，一般國民不能干預國政，尤不得參與立法之作用，而其主權之活動，歸於君主之專斷者，稱之為專制政體。反之，分主權之作用為行政、司法、立法三者鼎立而不相侵，一般國民得以干預國政，參與立法之作用者，則稱之為立憲政體。具體的說明之，專制與立憲之別，即視國民有無參與立法機關之議會以為斷，亦非過言也。日本亦為立憲政體；但其立法權操諸天皇，所謂帝國議會，不過為法律制定時之參與機關，其憲法第五條中所稱協贊者，即指此也。如以日本之議會為立法權之所在，或為行使立法權者則誤矣。(註六) 至其司法及行政之意義如何？當俟於後說明之。

專制國與立憲國之別，不可以憲法之有無為標準；蓋無論如何之國家，苟其國家已成立，縱無成文之憲法，而所以定其國體政體之國家的基本法，即不文大憲法，則無國無之。通俗所稱某某國非憲法國者，不過指其成文憲法之未公布者耳。故不問其為君主國與民主國，或專制與

立憲國與
成文憲法
國之別

立憲國，而其國已成立，必有成文或不文之憲法。彼以憲法之有無而爲專制政體及立憲政體之區別者，亦不明法中之有成文法與不成文法之二者而已。英國之憲法，非如他國之有統一的憲法法典，而其內容則爲各個之成文法與多數之習慣法相集而成；然英國之爲立憲國也，抑又何人疑之？故專制國與立憲國之區別，唯按前述之標準而爲之可耳。雖然成文憲法公布時，區別行政、司法、立法之三權，設立議會而使國民參與立法，凡此種之制定皆爲必要；故有成文憲法之國家，殆悉爲立憲國，此又得謂爲事實焉。

國體與政體各有各個之觀念，君主國體得有專制政體，固無足怪；而民主國之在今日，以立憲政體爲常，不知其有專制政體者；但在古代羅馬國，稱在 Dictator 之職者，握有全權時代，則有說民主國體而爲專制政體者矣。

國體與政
體之關係

（註六）日本根據明治元年三月之五個條誓文，於同年四月二十七日所頒布之政體書：「（一）大定斯國是，建立制度規律，以誓文爲目的（二）天下之權力總歸於大政官，使政令無出於二途之患。分大政官之權力爲立法、行政、司法之三權，使無偏重之患。（一）立法官不得兼任行政官，行政官不得兼任立法官。（二）各府藩縣皆出貢士爲議員。設立議事之制者，所以執輿論公議也。」觀此可知日本政體之基礎矣。又日本憲法第五條云：「天皇以帝國議會之協贊而行立法權」。第六條云：「天皇裁可法律，命令其公布及執行。」可知日本之議會，無完全之立法權，不過爲天皇之協贊而參與於法律制定耳。（此註爲譯者編設，原本無之。）

第三節 全主權國及半主權國

全主權國 (德 *Souveräner staat* 英 *Sovereign state* 法 *Etat souverain* 意 *Stato sovrano*) 及半主權國 (德 *Halbsouveräner staat* 英 *Half-sovereign state* 法 *Etat mi-souverain* 意 *Stato mezzo-sovrano*) 之區別，視其主權作用完全與否為標準，而主為國際公法上之區別也。半主權國者，其主權之作用，受種種之制限者也。如前者朝鮮之於日本，安南之於法國，馬來半島諸國之於英國，皆因條約而受宗主國之某種制限者，即屬此類。反之，其主權作用不受制限者，稱之為全主權國。

或曰：全主權國者，有完全之主權，半主權國者，其主權被他國奪去一部分者，此誠謬誤之說也。如前所述，無論如何之國家，苟已成為國家，則有完全之主權。其受制限云者，非指主權乃指主權之作用，而亦不過其一部分耳。

第四節 單純國及合同國(複成國)

複數之國家，在某點而結合與否，若以國家組織標準而分類之，則得別為單純國(德 *Einfacher staat*; *Einheitsstaat*; *Einzelstaat* 英 *Simple state* 法 *Etat simple*; *Etat unitaire* 意 *Stato semplice*; *Stato unitario*; *Stato singolo*) 及合同國(德 *Staatenverbindung*; *Zusammengesetzter Staat* 英 *Compound state* 法

Erat compose 意 *Stato composto* 之二者。(註七) 單純國者，不與他個國家相合而成，如中國、日本是其適例。日本雖曾合併朝鮮，亦非合同國而為一個單純國。國家雖有許多殖民地，亦非與之相合而成合同國；殖民地者，完全在於本國主權之下故也。反之，合同國者，由複數之國家於種種之點相結合者也，而因其結合之方法及其內容如何，更有詳細之區別。舉其主要者，則為(一)君合國(二)政合國(三)聯邦(四)合衆國是也。茲分說於左：

一 君合國(人的合同國)

君合國(德 *Personalunion* 英 *Personal union* 法 *Union personnelle* 意 *Unione personale*)者，由多數國共戴一君主之國家也。例如千九百七年前之比利時國與 *Congo* 國，千八百九十七年前之和蘭國與 *Luxemburg* 國，千八百三十七年前之大不列顛國與 *Hannover* 國，千八百五十七年前之普魯士國與 *Neuenburg* 國，千八百六十三年前之丁抹國與 *Schleswig-Holstein* 國是也。

君合國者，唯指其擁戴共同君主之謂，至於國內法及國際法上之一切關係，則各個國家，各自獨立；故如英吉利與蘇格蘭者，不得謂為君合國，英吉利與印度帝國之關係亦然。

(註七)德 *Einfacher staat* 英 *Simple State* 法 *Erat simple* 意 *Stato semplice* 之語，有用於政治組織之單純國，即單純君主國或共和國之義者，而 *Einheitsstaat*; *Einzelstaat* 等語，亦因人之用法而有種種不同之意義。

二 政合國(物的或地的合同國)

政合國 (德 Realunion 英 Real union 法 Union réelle 意 Unione reale) 者，複數之國家在其內部，各有獨立之主權運用機關，唯對外關係則合而為之，殆如一個國家者然。例如大戰前之澳地利國與匈牙利國，千九百五年前之瑞典國與諾威國是也。此政合國，通常共同戴一君主或統領者也。

三 聯邦(國家聯合)

聯邦 (德 Staatenbund 英 Confederation of states 法 Confederation d'Etats 意 Confederazione degli stati) 者，複數之國家，唯在一定之對內關係及對外關係，始共同之，而其他之一切關係，國內法上及國際法上亦各自獨立者也。例如派遣外交官、領事官之類，則共同之。而聯邦之各主權之上，則無更高之主權存在。但此聯邦之聯合，不可不有繼續的目的；故如日俄協商，英日同盟之類，其非國家聯合，固不待論。然則國家聯合之例為何？曰：由千七百七十六年而至千七百八十七年之美國，千八百〇六年至千八百十三年 Rhein 同盟，千八百十五年至千八百六十六年之德意志聯邦等皆是也。

四 合衆國(聯合國家)

合衆國 (德 Bundesstaat; Federativstaat 英 Federale state; United states 法 Etat federal; Etat

unis 意 Stato federato; Stati uniti) 者，其組織之各國家，對內關係雖以各自獨立爲原則，而其上則更有共通之主權而成爲一個國家，對外關係共同爲之，完全視作一個國家者也。例如現在之北美合衆國及瑞士國是也。(註八)

第五節 普通國及永世中立國

普通國與永世中立國之區別，亦主爲國際法上之分類也，而普通國之名稱，則爲對永世中立國之一般國家之總稱耳。

永世中立國(德 Dauernnd od. ewig neutralisierter Staat 英 Perpetually or permanently neutral state 法 Etat neutralise permanente; Etat perpetuelment neutre 意 Stato neutrale perpetuo) 者，與在戰時之局外中立不同，乃因關係列強之條約，平常完全處於中立地位之國家也。此中立國，以列強之

(註八)戰前德意志帝國之性質，頗有疑義。蓋德皇在國際法上，以帝國(Deutsches Reich)之名而處理外交關係，由此

點而觀之，雖似可稱爲合衆國；而其組織之普魯西，索邏等各國(Staaten)則如各自獨立，而且帝國之主權作用，頗爲完全。及觀其所謂聯邦者，則又與北美合衆國不同；故此種國家非合衆國亦非聯邦，只得稱爲特種之帝國，法人

則特謂之爲聯合的帝國(德 Bundeseich 法 Empir federal)。今日之德國，得稱之爲一個合衆國，各 Land(從前之 Staat)者，與美之 State 瑞之 Kanton 相類似矣。

普通國及
永世中立
國

勢力平均而成；故受他國攻擊時，則列強對之有防禦之義務，其所處之地位雖甚有利，而一方亦須負擔種種之義務焉。其義務之內容為何？則依條約而定之。如不得割讓其領土與他國；除自衛時不得與他國相戰爭；保障他國之中立，不得與他國締結攻守同盟或防禦同盟等皆是；蓋以上諸事，皆與列強以避爭之目的而使其國為永世中立之目的，無相矛盾故也。瑞士自千八百十五年以來，比利時自千八百三十一年以來，又 Luxembourg 自千八百六十七年以來，均已處於永世中立國之地位；然自國際聯盟成立以來，此種國家已變為無必要矣。

第五章 國家之活動。

國家依主權而統治之，無主權則無國家，故國家之活動云者，要不外主權作用之義而已。主權之本體雖不可分，而其作用則千差萬別，不勝枚舉。自法國之孟德斯鳩(Montesquieu)倡三權分立說以來，諸國多襲用之，茲先說明其分類之意義，而後加以日本現行法論之說明。

所謂三權者，立法 (羅 *Legislatio* 德 *Gesetzgebung*; 英 *Legislation* 法 *Legislation* 意 *Legislatura*; *Legislazione*) 司法 (羅 *Iustitia* 德 *Rechtspflege*; 英 *Justice* 法 *justice* 意 *Giustizia*) 及行政 (羅 *Administratio* 德 *Verwaltung*; 英 *Administration* 法 *Administration* 意 *Amministrazione*) 之三作用也。

關於立法
司法及行
政之學說

第一節 關於立法，司法，及行政之學說

解說三權之意義，得分爲形式說與實質說之二種：前者由形式上觀察之見解也，後者從實質中分釋之見解也。茲分說於左：

形式說

第一 形式說

主權依其作用之形式（即司其作用之機關）而分爲三權時，則其說如下：

- 一 立法者，以議會而行使主權作用也。
- 二 司法者，依裁判所而行使主權作用也。
- 三 行政者，依議會及裁判所以外之機關而行使主權作用也。

此種見解，徵諸日本憲法第五條：『天皇以帝國議會之協贊而行立法權』，又第五十七條第一項：『司法權者，以天皇之名而由裁判所行之』所云，頗似適切，而其實則不然；例如日本帝國議會，除審議協贊法律案外，而預算之議決，請願之受理等立法以外之作用，亦兼爲之，故依議會而行之作用，非一切皆屬立法也。又裁判所於民事刑事之裁判外，凡登記事務之執行，戶籍事務之監督，以及其他種種非司法之事務，皆處理之，是形式說未必盡合於事實也。

實質說

第二 實質說

三權之區別，自其實質內容而分析之，則得如下之解說：

一 立法者，制定法規之作用也。

二 司法者，以維持法規爲直接之目的，而爲法規之解釋適用之作用也。

三 行政者，以法規之解釋適用爲手段，以維持社會之安寧秩序，增進人民之幸福爲目的之作用也。

此種見解，比之形式說較爲有相當之根據，其所謂立法者，非僅指如日本所謂經帝國議會之協贊的狹義的法律，而廣稱爲制定法規之作用焉。司法云者，以解釋法規而適用之於一定之事實，爲其直接目的之作用。而在行政之解釋法規適用法規者，則僅爲其手段，依此手段而欲達到之目的，則別有存在也。設有殺人之事件發生，則解釋及適用刑法中之關於此項之條規，而謀其法規之維持者，司法之終局的目的也，雖其結果有利於社會之安寧，及人民之幸福，而實則不過間接之反射作用耳。至於如適用行政執行法而檢束危險之人物，禁止軌外之集會等類，非僅解釋適用此法規，卽爲行政之終局的目的，而欲依此以保持社會之安寧秩序，增進人民之幸福，乃以之爲手段而解釋適用之者也。但通常行政官有裁量之自由權。

第二節 在日本法制下之主權作用

立法

依實質而區分之三權之見解，有相當之根據，可為較當的一般理論；然在日本現行法制之下而觀之，則所謂三權者，更有別種之意義。在日本以其分主權之作用為立法、司法、行政之三者，寧分之為立法、司法及大權作用之三者，較為合其憲法之精神。茲分說如下：

一 立法云者，制定狹義的法律之作用之謂也。

日本現行法制所謂立法者，非制定廣汎法規之國家的活動之總稱，乃指由貴衆兩院或政府所提出之法律案，依帝國議會之協贊，及天皇之裁可而成之狹義的法律之作用也。日本憲法第五條云：『天皇以帝國議會之協贊而行立法權』，其第六條規定：『天皇裁可法律，命其公布及執行之』，又第三十七條曰：『凡法律須經帝國議會之協贊』，觀此可知日本所稱立法者，單指以法律第幾號之形式，而制定公布之法規而言，頗無疑義；故廣義之法律，如勅令、閣令、省令、府縣令等之制定，不包含其內。

司法

二 司法云者，民事及刑事裁判之謂也。

日本憲法第五十七條第一項規定：『司法權以天皇之名而由裁判所行之』，即依此裁判所而行之之主權作用，稱之為司法。此裁判所，乃指一般司法裁判所，即為一般民事刑事裁判之官府是也，而屬於特別裁判所及行政裁判所之事項，概在其管轄範圍之外。日本憲法第六十條：『屬於特別裁判所管轄之事，別以法律定之』，特別裁判所者，如陸海軍軍法會

議，領事裁判，僅裁判關於特別人特別事之官府是也。此種裁判所，雖爲司法裁判，亦非司一般之民事刑事者也。又行政裁判所者，因行政官廳之違法處分，致權利被傷害之訴訟，則歸其所司之裁判所也。有行政裁判所法，及行政裁判所令等法令，凡屬於其權限之事件，不在司法裁判所受理之限。（日憲六一條）

司法裁判所，關於衆議院議員之當選訴訟，登記事務，戶籍之監督，以及其他非訟事件等，雖亦處理之，然不可以之爲司法，不過便宜上使司法裁判所處理之耳。

三 大權作用云者，帝國議會及裁判所以外之一切主權作用之謂也。

立法、司法、行政之三作用以外，別以天皇之親裁而行使之作用，即憲法第六條至十條所規定之作用，稱之爲大權作用。有以大權作用之語，作如是之解說者；然在日本憲法組織之下，主權作用之中，在於有帝國議會之協贊爲要件之立法，及有裁判所行之爲要件之司法之外，其餘一切之主權作用，憲法上不以何等機關之協力爲要件。由此點以推之，在日本憲法上，除立法與司法外之其他作用，廣稱之爲大權作用，即憲法上不要特別機關之主權作用之總稱也。

大權作用者，即以天皇之親裁而行使之作用也。統治權由於天皇總攬之；故雖立法與司法，亦由天皇行使其權，而此二者之作用，憲法上有一定之機關爲要件。反之，大權作

用依親裁而行，其所指之大權事項，固不限於憲法上之所列記者，凡立法、司法以外之一切作用，概依大權而行之，唯日本憲法第六條至第十六條所列舉之事項（狹義之大權事項）不過憲法上規定其必然依大權作用而行之事耳。關於此等，雖在第二編更有說明，而解爲憲法列記事項以外無大權作用，則不可也。

所謂行政
之意義

然則日本憲法之下，無行政者乎？曰：否。其憲法第十條中規定行政各部之官制，即爲大權事項之明示；唯在日本所稱行政者，非對於立法、司法之作用，乃大權作用之中，由立法機關及司法機關以外之官府所行之作用，即稱之爲行政作用。其官府稱爲行政官廳，其官廳之行爲，稱爲行政行爲。

第六章 國家之成立及消滅

國家之成
立及消滅

國家之成立及消滅，若具體的列舉其原因，是亦徒勞無益。簡單以解答之：即國家者，具備其所謂三要素之主權、人民及領土時，則其國家成立；三要素中缺其一焉，則其國家消滅；如是足矣。至於國家之成立，由於自然的具備三要素而成立者有之。因平和條約之結果而成立者亦有之。如曰：國家之成立，因人民之契約，或因列國之承認等云云之說明，此種國家成立之理論，亦不足取。所謂列國之承認者，不過已成立之國家，其得爲國際法的主體之資格，乃

列國承認之意思表示耳。國家之消滅亦然。由於天災地變而喪失其人民或領土之全部者有之，基於戰爭革命之結果，而喪失其人民或領土者亦有之，關於此等之事實，無列舉之必要，姑付闕如。

近世法學通論

第二編 法

第一章 法之觀念

法律爲規範的法則之一，其本質如何？實爲法律哲學上之問題，迄今無所歸一；從而法律之定義，亦諸說紛紛，不下以千百計。夫於巨細之法規大備，法學分科之研究日熾之今日，而法及權利之根本觀念猶未確立者，得毋謂爲奇事；然考厥原因，一則由於法學之性質，以複雜的社會現象爲其對象，非俟諸學科之發達，難期完全之進步。二則由於中世以來之法律家，趨於文字口舌之末，而怠於根本的研究之所致也。

法之觀念，昔者人以爲神之意思，次則以爲君主之意思或命令，由此觀念又轉以爲出於人民之意思，甚者有以法爲人民相互之契約者。時代愈進，則法之觀念亦隨之而變；然一言以蔽之，得謂爲法者由『法者自外而支配我之行爲』而遷於『法者在我也』之觀念也。徵於日本之沿革，則法（ノク）之文字，由宣（宣ル）轉變而來，而爲宣佈法於人民之義，則其語源已含有他主的觀念明矣。此外如法由義務本位，漸次進於權利本位之點，亦不容疎忽。法之先以義務爲本位者，蓋古代對於法之觀念，謂由他所賦與之外部的束縛故也。又公法即以命令爲主眼之

法律之定義

法者國家認定者也

排斥自然法之觀念

法非僅制定法

多含他主的分子之法，較私法之觀念先萌芽，此點亦與之相關聯，而為有興味之事實也。

法律(羅 *Ius* 德 *Recht* 英 *Law* 法 *Droit* 意 *Diritto*) 云者，國家之所以為國家的生活之規範也。茲分節說明如下：

第一節 法者國家認定者也

規範吾人之法則雖有種種；然非國家所認定者，則不得稱之為法。國家所認定者為何？

請分說於次：

一 法者國家所認定云者，其第一意味為排斥永久不易之法，即排斥自然法的法律之存在也。

自然法學者，無論何時何地，均主張有通而不易的理想之法；然法之理想(德 *Ideal des Rechts*)者，唯可為法之法，非此所謂法，可直稱之為理想法(德 *Ideales Recht*)，不可使之與人定法(即國家所認定之法)相並立，或在其上也。茲之所謂法者，唯指國家所認定之法則而已。至於自然法之觀念，則俟於後說之。

二 法者國家所認定云者，又所以示不取法為國家制定之規則之說也。若以法為國家制定之規則，則慣習法須除外，從而說：法者為國家制定及承認之規則，然後得通成文法與慣習法矣。此吾輩所以一括而言之曰：法者國家所認定者也。其認定之方法，有直接間接之不同

國家以前
無法

法之觀念
非以強制
爲必要

，因而有成文法與慣習法之分。又其認定之國家有一個及複數之殊，因而生國內法與國際法之別焉。

三 法者國家所認定云者，又所以否定一派學者所唱之社會法之存在也。所謂社會法者，卽人類在未爲國家的生活以前之法；然吾人所謂法者，唯指依國家所認定者而已。（註一）

四 法者國家認定者也，此種說明，或有不滿足之者曰：法者國家強行之規則也。德之康德（Kant）夏林（Herine）等頗多唱是說者；然事實上不強制，對違反者無制裁力之法，未嘗無之。如國際法上之規則，多屬於此。又國內法上，如規定關於義務教育之法，或僅規定事物之定義之法，皆在強制制裁之觀念以外者也。蓋法之爲法而存在，法之自身多有維持其爲法之效力，而法之理想，存於無法也。換言之，因有法而後吾人知其行爲之界限，不違反之者，則其自身已有爲法之效力矣。因違反之，則加以強制制裁者，寧屬例外之事，

（註一）國家與法孰爲初生？其說不一：以爲先有法而後有國家者有之，或以爲國家成而後法律生者有之，或又以爲法律

與國家，其發生之時期瞬間卽同者亦有之，此說爲吾輩所贊同，故茲法所謂爲國家所認定者，其意味不過爲由國家成立後之法，則依國家而生，依國家而認定者也。至於國家創始之際，所以定其國體政體之大本之不成文法，決非由於國家所創造者，而國家要素之主權，卽依此不成文之基本法而生之力。從而可謂此基本法與國家發生之時期瞬間卽相同者也。

非法之所欲也，法之觀念云者，無直接交涉之謂也。至法之帶有得為強制制裁之性質，是又法之通例，可不待論，即依公力而維持之最必要的規範，漸次變成爲法，實爲不滅之事實；然在今日，法之觀念中，未必常含強制制裁之分子矣。

第二節 法者關於國家的生活者也

規範吾人行爲之法則，雖不止一端；而法者則以規範國家生活爲目的，而且爲吾人營謀國家生活上所不可缺者也。換言之，凡非規範國家與其組織分子之間，或組織分子相互之間，及國家相互之關係者，皆非此之所謂法也。

第二節 法者規範的法則之一也

如緒論第一章所述：法則有自然的法則與規範的法則之兩種，而法律者與道德、宗教、禮儀等同屬於所謂規範的法則也。然則法之爲規範的法則，其本質如何？今將從來之觀念與一般的學說，略說如左：

第一 以神意爲基礎之觀念

如前所述：法之觀念由他主而遷於自主者也。他主的法律觀中，最純粹而其所由來最遠者

法者關於國家的生活者也

法者規範的法則之一也

以神意爲基礎之觀念

，所謂神意說也。以法爲神意之直接間接所表現者，無論東洋西洋皆具此種觀念，而神話之可據者，亦復不少。如世界最古之 Chamurabi 法典（紀元前二千二百五十年時之 Babylon——巴比倫——王 Chamurabi 之法典）印度之馬努（Manu）法典以及其他之埃及、亞刺伯、希臘、波斯、羅馬等國之法典，何一不以爲神授之者？即在中國，如謂神授法於黃帝之傳說，亦屢聞之。此神授之觀念，其形樣異，而比較的迄及近世所流行者也，其於國家、法、及權力等之觀念，究不能離神而得爲之說明。所謂神授君權說，即謂君主之權力爲神所授之見解，亦不脫此者也。神之意義如何？又其如何存在？此則爲神意說者，先有爲之證明之責焉。雖然，吾人依今日之知識，有不得說明之領域乎？此則吾人不敢否定。如曰：不得說明之領域，有神爲之支配。吾又何敢異議；知界之擴大，即使信界縮小至於無限，仍不能使歸於無，亦唯信之而已。

命令說

第二 命令說

命令說者，蓋謂：法者主權者對於人民之命令也。此說爲澳斯丁 Austin (1790-1859) 所主張，而英國學者皆附和之。德國之炳頂 Binding 及湯氏 Thon 等所謂 Normentheorie 之說亦以國家權力爲法律的命令之宣言者。殆與前說相同。就某時代某國家而觀之，則法爲主權者之命令雖得爲事實；若以之爲法律一般之本質，則未免有過事趨於形式之嫌，且亦不足以說明慣習法

及國際公法之觀念焉。

自然法說

第三 自然法說

人定法或現實法（德 *Positives Recht* 英 *Positive Law* 法 *Droit Positif* 意 *Diritto Positivo*）以外，即在過去及現在國家所認定之法以外，有所謂通時與地而不變易的自然之法，學者稱之為理想法、絕對法、或理性法等，是所謂真正之法的自然法也；而為之解說者，曰：此依宇宙之大法則之法也。或曰：基於人性之法也。又曰：適合於自然狀態之法也。其解說雖各異，而其認識自然法之存在則同；然此思想之萌芽，非始於中世而始於希臘之斯托（*Stoi*）哲學派矣。同派之言曰：人須從自然而生活者，是也。降及羅馬之由耳俾安（*Ulpianus*）亦嘗發揮自然法的觀念，其言曰：自然法者，自然之賦與一般動物之大法也（*Lex naturale est quod natura omnia animalia docuit*）。具此自然法的思想之學者，中世以來，其數甚多，如意之馬其亞威里（*Macchiavelli* 1469-1527）和蘭之格老秀斯（*Grocius* 1583-1645）、英之霍布斯（*Hobbes* 1588-1679）及洛克（*Locke* 1632-1704）、德之溥分道富（*Pufendorf* 1632-1692）來布尼茲（*Leibniz* 1646-1716）及倭爾夫（*Wolff* 1679-1754）等，固不待論，而法之孟德斯鳩（*Montesquieu* 1689-1755）及盧梭（*Rousseau* 1712-1778）等，雖為民約論者，而同時亦得算是自然法學者中之一員也。德國之康德（*Kant* 1724-1804）曰：法也者，人與人依自由之一般原則而得其存的條件之集合也。其對於法

之定義如是，而稱此理想之法爲理性法（德 *Vernunftrecht*）；雖然，無論何國何時皆可通而不易之法，吾人終不能認其存在。如曰有之，是亦法之理想，而非理想之法也。

第四 民約說

國家及法因人民之契約而成，以人民之合意爲其本質。凡持此主張之說，總稱之爲民約說或社會契約說。此種思想，久已存在，而說明最巧者，則爲法之盧梭（*Rousseau*）。其所著之社會契約論（*Du contrat social 1762*），大意謂：『吾人原來之自由，因合意而讓與共同團體，更由共同團體，賦吾人以同一範圍之自由而受其保護焉。吾人之所以服從權力之下者，乃因吾人之自由意思而合意者也；否則，爲不得想像之現象矣』。德之康德（*Kant*；*Ihering*）以及其他帶有民約論的傾向之學說，其數不少。即稱此爲一種之自然法觀，亦無不可。從來學者對此觀念之批評，皆曰：所謂吾人之祖先由合意而造成國家及法者，不特有反於歷史上之事實，抑亦以將來及信用爲基礎之契約觀念，果爲存在於原始時代否乎？此種疑點，則難得其說明矣。

第五 歷史派之觀念

與自然法說、民約說等相對而起於德國者，則爲歷史派之學說，所稱爲民族精神（*Volksgeist*）說者是也。此說爲德國之薩焚宜（*Savigny 1779-1861*）坡他（*Puchta 1798-1846*）及愛宏昔（*Eichhom 1781-1854*）等所主倡，就中尤以薩焚宜（*Savigny*）氏反對豈播（*Thibaut 1774-1840*）

之論文而能闡明其歷史的法律觀焉(註二)。總合歷史派之主張，其大意謂：「法律者，由民族精神之發達堆積而成，非旦夕所得而製作之者；猶之乎不能蒐集新的單語，急速製作大辭典而使之行於國民之間者然。如徒事創造新的權利義務而編法典，是無意味之事，不如先致力於民族間之權利確信，及法律意識之涵養，所謂立法者，其任務亦不過以國民之權利確信為法律之形而已。德國各民族之間，以各特別之法律(Partikulares Recht)及共通所行之所謂普通法(Gemeines Recht)之並存，為已滿足，安有所謂通時與地而不變易之法存在！」此種見解，雖大體尚無錯誤；唯以慣習法為權利確信之直接純粹的表現，則有過於重視其效力之傾向焉。且有非難之者曰：德國民族繼受羅馬法，而得以容易消化之理由，不足以說明之也。

社會的合 成意力說

第六 社會的合成意力說

關於法的本質之學說，雖甚錯綜，而近時因社會學、生物學、心理學等之發達，而法的本質

(註二)德國被拿破倫蹂躪後，其國民之輿論，盛稱日耳曼民族一致，傾向編纂通日耳曼民族之統一的民法。薩英耳

(Savigny) 對於豈播 (Thibaut) 於一八一四年所著之「通德國民族之統一的民法編纂論」(Über die notwendi-

gkeiten allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland) 曾經反對，又一八一五年其所著之「現代之立法與

法律學之職分」(Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft) 中，均以歷史的法律觀，有

相當之說明。

之說明，亦有新傾向焉。例如日本穗稜陳重博士之見解，以法之本質，歸於社會之合成意力，而曰：法者由於團體組成員之智、情、欲三者之交換作用（即其發動之連合及反對等），而成爲組成員全體之合成意力（即社會力）作用，且爲繼續的、統制的、權威的者也。其見解如是。

法雖爲規範的法則；然果如何之規範乎？曰：在於社會中之社會的心意『即個人的心意（小我）之活動相合而成爲獨立的一種之傾向（大我）』，構成法律、道德、宗教等之本質，而其中依國家所認定又僅關於國家生活者，則稱之爲法。至法之具有統制的、權威的、繼續的等之屬性者，此由於依國家而認定之點，及關於國家生活之點而生者也。

第二章 法與其他規範的法則之關係

如上所述：爲行爲之準則的規範，不止法律一端，而道德、宗教、禮儀等亦在其內，至其與法律異同之點，則俟說明於次：

第一節 法與道德

法與道德，名雖不同，而其本質則均屬於社會的心意而爲規範的法則也。權利之觀念，由於正義之觀念分化而生，而正義則爲道德之觀念矣；是故古時以法律與道德相混同，實不足怪。

如羅馬之塞爾薩斯 (Celsus) 所下之法律定義：「法律者善及公正之術也」 (Jus est ars boni et aequi)，觀此可想而知。

法及道德之領域

法律與道德，其支配之範圍，或以為完全相同，或以為完全相異，又或以道德之範圍為在法律之範圍以內等解說，今未之聞；但以道德支配之範圍，大於法律支配之範圍，而以法為國家道德之最小限度者，則為從來盛行之解說，而今之學者亦多採之。蓋法之所支配者，必為道德之所支配；而道德之所支配者，則未必盡為法所支配矣。換言之，不法行為，固常為不道德之行為；而不道德之行為，則未必常為不法行為也。然此種見解，立於「違反國法者，國民之不道德也」之前提之下，不特有以問為答之嫌，亦反乎今之事實也。

法與道德之區別

由是觀之，則法律與道德兩者之範圍，各有同一共通之點，亦各有獨特專有之點明矣。如曰：「勿盜竊，毋劫殺」者，在於法律與道德共通之範圍也。至於規定某事物之名稱或種類等，以及其他關於時效之法，則與道德無關，而唯在於法律之範圍矣。例如民法之適用上，物則單指有體物而言。刑法之適用上，電氣者，視作財物之一種是也。然民法規定之扶養義務範圍以外，對於恩人則須扶助之。又如不由法規之命，應該救助他人云云者，則唯道德支配之範圍也。

法律與道德應支配之範圍，已如上述；然則區別此二者之標準如何？試分四段說之：（一）

(一) 道德者規律人之內在作用 (Innerliche vorgänge) 卽規律人之意向 (Gesinnung) 者也。反之，法律者唯規律人之外部的事實 (Äusserliche geschahnisse) 而帶有強制可能性 (Erzwingbarkeit) 者也。此種見解，爲康德 (Kant) 等所倡；然法與存在內部之意思，並非無關係，而民事刑事之責任，亦有論及行爲之緣由者。且全然不能表現於外部者，法亦無不可規律之之根據；唯斯內在作用之存在與否？法律殊難立證；故法律以不能過問內在作用爲常耳。(二) 法者因國家之意思而生，道德者基於個人之確信者也；是故法依主權而維持，而道德則依良心而維持。此二者相異之點，說者多同其旨，得爲二者區別標準之一；然不能謂因淵源之不同，則由之而生者亦必異；故不得爲唯一之標準焉。(三) 法者以國家的生活秩序之保持爲目的，而道德者以個人人格之完成爲目的。是說固也，然道德與吾人之國家的生活，非必全然無關係，而在今日之道德，爲個人的，同時又爲社會的集團的矣。(四) 或曰：法者含有強制制裁之要素，而道德者不以此爲必要也。此說亦不能爲二者區別之唯一標準，已於法之定義中有所述矣。

要之法與道德，二者漸次分化而來，而同其本質者也；故依據單純之標準而示二者之區別，畢竟有所不能。茲就左列諸點而觀，卽可明其差異之處矣。

一 道德者，或以個人之人格完成爲目的，或由於社會之關係而生之，而其最終之判定，則委於個人意思 (良心) 及社會意思 (社會良心) 者也，而其制裁亦爲個人的及社會的；然法者，

其最終之判定，則委諸國家，此所以謂法通常帶有強制性，而依主權以維持者也。

二 法者由義務本位進於權利本位。即法者規定權利之方面，而對此又使負義務者也。反之，道德者，賦與義務，而對此不使生權利者也。例如道德者雖在法所規定的扶養義務之範圍外，亦有應扶助恩人友人之義務，而恩人友人則無要求扶助之權利焉。至於民法規定之扶養義務，則對此亦生扶養之權利也。總而言之：法者雙面的也，道德者片面的也。

第二節 法與宗教

法與宗教

以法爲神意之表現，此種觀念，昔已盛行，前已述之。在某種意味上，可稱爲行法之政事，同時又可解爲祭事。又罪與穢亦相混同。如羅馬之由耳俾安 (Ulpianus) 亦云：『法學者，神事人事之知識也』，(Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia) 則法與宗教間有密接之關係，自不待言；然則分化而至於今日之法與宗教，其關係爲如何乎？曰：以社會心意爲其本質，而爲規範的法則，則二者無所異；而法爲國家的生活上所不可缺，宗教則不必然。是故猶太人國家雖亡，仍受宗教之支配也。茲將二者差異之點，舉之如左：

一 宗教以神爲中心，以信仰而維持，其最後之判定者，神也；而法之最終之判定者，則委之於國家。

二 法者雙面的也，而宗教則爲片面的，與道德同。

第二節 法與禮儀

禮儀亦猶乎法之以社會心意爲本質，而爲規範的法則也。禮儀雖不能脫離形式，而單形式則非禮儀；蓋禮儀者發於愛敬或畏敬，而表現於某種形式者也。此荀子之所謂聖人非出於僞也。

禮與法分化而至於今日，其差異之點，大略如左：

一 禮者基於愛敬或畏敬之念而生，故其最終之判定，委諸個人之意思或社會之意思，關於此點，與道德相同，而與法則異。

二 禮與形式有不可脫離之關係。此點，則與道德不同，而與法相似；然法未必與形式相伴者也。

三 法爲雙面的，而禮儀則爲片面的。施禮與否存乎其人，無要求禮之權利也。此所以禮儀多爲道德或宗教之表象，而具有同一之性質焉。

第三章 法之淵源

法源之意義

法之淵源，即法源（羅 *Fontes iuris* 德 *Rechtsquellen* 英 *Sources of law* 法 *Sources du droit* 意 *Fonti del diritto*）者，有種種之意義。（一）或曰：『制定法之力，是謂法源』。依此意義，則以神、君主、人民爲法源矣。又或以爲制定法之力，唯國家有之，而以國家之本質，爲法源論之全部也。（二）有以構成法規之材料，稱之爲法源者。此說則凡慣習、宗教、條理、學說、判例、外國法及道德等盡皆屬之。（三）有以含有法律知識之材料，稱之爲法源者。是則法典、判決錄、法學著書及論文、證明慣習之書等，皆爲法源。（四）有以法之本質所由來，稱之爲法源者。由是言之，則舉本編第一章第三節所述之所謂人性及宇宙之法則等觀念，得爲其法源論之內容矣。（五）折衷以上之種種意義，可分之爲直接法源與間接法源之兩種。直接法源者，法之淵源即具有法之效力者也。如法律、命令、規則、條例及條約等皆是。間接法源者，直接雖無法之效力，而經國家認定之後，卽得爲法者也。如慣習、條理、學說、判例、外國法、道德及宗教等皆是。

吾輩所稱法源者，只就國家認定法之方法，因其方法差異所生之類別而言；故茲規定法源之範圍，僅舉成文法及不成文法之二者而說明之。（註三）

（註三）神、人性、及君主等問題，已在說法之觀念及其本質時，有所論述，宗教道德等，其與法相類似而爲規範，亦已述之；故此之法源論，止說明成文法及不成文法而已。

第一節 成文法（制定法）

成文法（羅 *lūs scriptum* 德 *Geschriebenes Recht*；*Gesetzesrecht*；英 *Written Law* 法 *Loi*；*Droit écrit* 意 *Legge*；*Diritto scritto*）者，以文字制定，依一定之手續與形式而公布之法也。成文法又曰制定法，通常由立法機關制定之法律，固概屬之，即凡政府之命令、及地方自治團體制定之條例規則等一切之在不文法以外者，皆包含在內。如日本以帝國議會之協贊，與天皇之裁可及公布為要件之所謂狹義的法律，固不待論；而與此有同一效力之台灣之律令，朝鮮之制令，以及其他勅令、閣令、省令、府縣令、道廳令等之命令、市町村等之自治團體制定之條例規則等，皆在其成文法範圍以內。至其成立及消滅，成立公布之手續等，俟述於後。（註四）

（註四）條約亦得列入成文法之中。關於條約之性質，解說雖不一致，而考德區新憲法第四條之規定，其一般認定國際法上之條規，亦與法律有同一之効力。條約者，原為國家間之合意，原則上無直接拘束個人之効力，由當事國正式公布之後，始發生拘束國民之効力也。日本從來之例，將條約內容中之有關於國民之權利義務者，作為一種法律或勅令而公布之。近時則單依公式令附以上諭而公布之；故公法學者中，有以條約直接列入國內法之法源中者；但法者非止國內法之一端，即以條約直稱為國際法上之成文法，亦無不可。

不文法

第二節 不文法（慣習法）

不文法又曰慣習法（羅 *Ius non scriptum*; *Ius consuetudinarium* 德 *Ungeschriebenes Recht*; *Gewohnheitsrecht* 英 *Unwritten law*; *Customary law* 法 *Droit non écrit*; *Droit coutumier* 意 *Diritto non iscritto*; *Diritto D'abitudine*）者，不依公布之形式，而由國家承認之法也。成文法者，制定之法也。反之不文法者，由國家承認慣習而成立者也。（註五）

假如雖有證明慣習法之存在的文書，亦不得謂之爲成文法。因此種文書，非法文故也。

第一 慣習法有拘束力之根據

慣習法有
拘束力之
根據

習慣而至於有法的效力之理由安在？與慣習法成立之要件及其成立之時期如何？此三個問題，本相關聯。今爲說明上之便宜計，分述於次：

慣習法有拘束力之理由爲何？其說不一：（一）國民關於某事項，永年間續行其同一行爲，由此事實，習慣遂變爲法而有拘束力焉。此說爲威忒爾緬（*Wielmann*）等所倡，稱之爲慣行

說（德 *Materialistische Theorie*）。然此不過說明慣習法事實上之所以遵行，而未足爲習慣之至

（註五）不文法與慣習法解作不同之意義者，以判決例、學說、條理等，歸於法源之中而稱之爲不文法，而慣習法，亦列爲不文法之一種。然判決例、學說、條理等，不可稱之爲法；不過因年遠邇還，或爲慣習法，或爲成文法耳。

於有法的效力之根據也。又此說亦不足以明風俗與習慣之別。(一)曰確信說(德 *Ubergungstheorie*) 卽國民對於某事項，以遵從某規範，確信爲權利也、義務也，因而習慣遂成爲法。

此說屬於薩焚宜 (Savigny) 坡他 (Puchta) 等歷史派學者所倡。其他如基耳其 (Cierke) 溫斯治 (Windscheid) 拉彭 (Laband) 等持同此或類似之見解者，亦復不少。其所謂法律確信，或權利確信(德 *Rechtsüberzeugung*) 者，非各個人之確信，而必爲一般的確信(德 *Ubergung der Gesamtheit oder allgemeine Überzeugung*) 也。不然，則無拘束不確信者之理由。確信說果爲適當乎？曰：否，亦有種種之批評；蓋此說僅言慣習法之實質由何而來，而不明法之拘束力如何而生。又如謂未成爲法者，信之爲法爲權利，因而成爲慣習法，則不免有國民之誤信，亦將變爲法之嫌。其他如歷史派所主張，以慣習法爲國民之權利確信直接且純粹的發現者，則偏重慣習法之效力，而有使之在成文法以上之傾向矣。(三)曰國家承認說(德 *Gestaltungstheorie*)。此說謂由立法者之明示或默示以承認之，而慣習因成爲法，此種觀念，發源於羅馬之朱里安 (Julianus)，而盛倡於布魯斯 (Bruno) 斯楊爾 (Stahl) 炳丁 (Binding) 等。吾輩以立法者爲國家自身；故慣習法因國家之承認而成立之說，亦爲吾輩所贊同。凡法者，由國家的生活之必要而生，因國家之承認而存在；故不問成文法與不成文法，而其所以爲法之根據，捨國家之意思，別無他求。(註六)

慣習法成立之要件
及成立之時期

第二 慣習法成立之要件及成立之時期

慣習法成立之一般要件爲何？曰：（一）要有關於法的內容之慣行。（二）要不違反公

衆秩序及善良風俗。（三）具備以上之二要件，因國家之承認而慣習法生。茲分說如次：

一 要有關於法的內容之慣行

慣習即慣行之謂，慣行者，即某事之在各國家間、各國民間、或某職業階級等之間，行爲或不行爲，永年月間繼續的狀態之謂也。然則須經幾許久遠之期間乎？此則不能一概

定之，因慣行之種類而有差異。在國內法而言，結局歸於裁判所之認定問題。間有英法學者，以慣習法之成立，其慣行須經過不能知其起原之長遠期間者，此則未足以爲標準也。

其行爲或不行爲，若曾經過一次反對者，仍得稱爲慣行否乎？解答此問，唯視反對行爲之效力，其影響所及，有無動搖慣行全部以爲斷耳。

慣行須關於法的內容者。換言之，即行爲或不行爲之繼續的狀態，須法有應于與之價值者。具如何內容之事項，乃有法的價值乎？此雖爲困難之問題；要由客觀的言之，而

（註六）以上之諸說以外，或以爲國民信某事爲正義，因而慣習成爲法者有之。或以爲慣習法者，因人民之默示的合意而

成者亦有之。其他如（法定要件說），謂因具備法定之要件，而慣習變成爲法。又（法廷容認說），則謂因法廷

認某習慣爲法，而習慣遂變爲法。凡此種種，寧就慣習法成立之要件，及其時期上述之可也。

非由各人之主觀推之者也。國民之權利確信爲其標準；然反乎確信說之以之爲拘束力之根據也，吾輩唯以之爲慣習法之內容而已。例如賞給利市（利市又曰茶錢。即每逢年節，另外給與工人之獎銀也）之風習，雖在何國何時皆繼續行之者；然無法的價值，而受之者一般無請求之權，與之者亦非屬於義務；故不爲慣習法也。

二 要不違反公衆秩序及善良風俗

違反公衆秩序者，即違反共同生活之一般的利益之意也。違反善良風俗者，即違反其時其地之一般道德觀念之謂也。至於違反與否之標準如何？此則因一般風俗之向上，而標準線亦隨之而高，自不待言也。日本法例第二條：限於不反公衆秩序及善良風俗之慣習，與法律有同一之效力。

三 具備以上之二要件，因國家之承認而慣習法生。

具備以上之二要件，因國家之承認而慣習法生成；然依如何之方法，在如何之範圍而承認之乎？此則各國不必一致，亦無一致之必要。於日本言之，其法例第二條中，（一）限於依法令之規定而經認定之慣習，及（二）關於法令無規定之事項之慣習，均與法律有同一之效力。依法令之規定而承認之慣習，例如日本民法第二百二十八條，第二百三十八條，及第二百九十四條等皆有明文規定之。又法令無規定之習慣，例如公課之增減，關於土地

之費用增減等，因而爲地價增減之習慣，此在借地法施行區域外，亦有如法而存在之效力。

然則、慣習法發生之時期如何？此於慣行說及確信說雖無明言，而解答之者不止一說：或以

爲具備法定之慣習法的要件時，則其時卽爲慣習法發生之時期（法定要件說——Holland）。或

以爲自裁判所適用某慣行於某事件時，則其慣行卽成爲法（法廷認容說——Benham; Austin）。

至於英國，則有稱慣習法爲 *Judge-made law* 者，然裁判所唯適用法律而非制定法之機關；故在裁判所適用以前，不可不成爲法而存在。法廷承認之時，不過將慣習法之存在使之明白而已。

故對於慣習法成立時期如何之問，唯舉「具備法定之要件而得國家承認之時」以對足矣。卽解答

慣習法成立之時期，當合法定要件說與國家承認說，而後始得圓滿之說明。若不滿意於此答，

而欲強示慣習法之成於一定之年月日者，是亦不知成文法與慣習法之別耳。所謂永年遵行，所

謂法的價值，凡不能明確示其法之成立時期諸點，反足以示慣習法之特質與價值者也。

第三 慣習法之效力

慣習法之效力

欲明慣習法之效力，不可不究慣習法與成文法之關係，及慣習法與事實的慣習之關係，茲分述之如下：

一 慣習法與成文法之關係

慣習法與成文法之關係

在昔羅馬共和時代，以爲法者生於人民之意思者也；故由人民之意思直接表現的慣習法

，有改廢成文法之效力，然在帝政時代，則以爲法者生於君主之意思者也；故因主權直接發動而成之成文法，有改廢慣習法之力矣。其後羅馬法學者折衷之，則謂慣習法在原則上雖

有改廢成文法之力；但關於特別事項而生之慣習法，則不得改廢成文法焉。要之，不論成

文法與慣習法，其同爲法也無所異，不拘直接或間接，皆依國家而認定者也；故以原則而論

，則二者之效力無優劣之殊，唯後法得以改廢前法，是爲一般之原理而已；雖然近時以成文

法爲基礎之國家，有漸次限定慣習法的效力之傾向矣。日本亦以慣習法無改廢法令之力爲

原則。其法例第二條中（一）依法令之規定而被認定之慣習法，對於法令有改廢力。（

二）關於法令無規定之事項之慣習法，唯有補充法令之力。（註七）

二 慣習法與事實的慣習之關係

慣習者法也；然有非法之慣習，卽所謂事實的慣習，而存於私法關係上焉。日本民法

第九十二條：「法令中規定無關於公衆秩序者外有特殊慣習，苟法律行爲之當事者有依其慣

習之意思時，從其慣習」，此卽關於事實慣習的效力之規定也。其與日法例第二條規定之

（註七）日本商法第一條規定：關於商事，商法無規定者，適用商慣習法，無商慣習法時，適用民法。可知日本商慣習法

之適用，先於民法之成文法典，對於民法有變更之力。

慣習法之關係，述之如下：

(A) 慣習法限於依法令而被認定者，及關於法令無規定之事項者，與法律有同一之效力。反之，事實的慣習，法令雖有規定，而其規定無關於公眾秩序所謂任意法也。是故有與此殊異之慣習，而當事者有依此慣習之意思時，則使從其慣習。例如房租及屋基之地租，雖有每月末日給付之規定（日民法六一四條）；然房租地租之給付，與公眾秩序無關；故此規定為任意法。即如在某地方之慣習，有期前給付者，有合十二個月，一年僅作一次給付者，倘當事者有依其慣習之意思時，則使從其慣習。每月末日給付之規定者，當事間無持約，又無與此相異之慣習時，始得適用之。

(B) 慣習法者法也，是故不問當事者有無遵從之意思，及知其存在與否，而裁判所不可不適用之；然事實的慣習，則限於當事者知其存在並有依此慣習之意思時，適用之者也。

(註八)

(C) 慣習法者法也。若裁判所之適用有錯誤時，得在法律審的上告審爭之；而關於事實的慣習之判決其認定有錯誤時，則不得在非事實審的上告審而爭之。

(註八)改正前之日本民事訴訟法第二百十九條之規定，對於地方慣習法及商慣習，當事者雖應證明其存在；但不拘當事者

為此證明與否，而裁判所得以職權而調查之。其新法亦同此旨。

第四章 法之類別

法之類別，不一而足，茲舉其至要者如次：

- 一 成文法及不文法
- 二 國際法及國內法
- 三 固有法及繼受法（附 母法與子法）
- 四 普通法及特別法（附 原則法與例外法）
- 五 強行法及任意法（附 補充法與解釋法）
- 六 實體法及手續法
- 七 公法及私法

此外主張法有人定法及自然法之兩種者，亦以之加於法之類別之中。茲將上述之諸種類分節說明於下：

第一節 成文法及不文法

成文法與不文法之區別，已在前章述之，茲不復贅。

成文法及
不文法

第二節 國際法及國內法

國際法 (德 *Internationales Recht*; *Völkerrecht*; *Staatenrecht* 英 *International law*; *Law of nations*; 法 *Droit international*; *Droit des gens* 意 *Diritto internazionale*) 與國內法或國法 (德 *Nationales Recht*; 法 *Droit national* 英 *National law* 法 *Droit national* 意 *Diritto nazionale*) 之區別，主因承認法之主體，及法之施行範圍而生之區別也。(註九)

國內法者，依一國家而認定之法也。國際法者，依數國家之認定，而規定國家相互間之權利義務之法也。前者僅在該國之主權行使範圍內有其效力，而後者因依數國家所認定，得行於各國間也；然國際法無制定其法之主權者，乃因各國家之承認而生成，且其對於違反之制裁，及判定之機關，亦比國內法為不備；但勿因此而視為非法律也。何則？蓋法者不能謂必為主權者之命令，法之依裁判所而適用，對違反者而科以制裁者，寧為例外的效用也。法之為法而存在，以得為行為之標準而已足，無裁判所及無制裁而法之能行者，法之理想也。況在今日國際

(註九) 德之 *Inländisches Recht* 寧可譯為內國法，而與外國法 *Ausländisches Recht* 相對。法之 *Droit des gens* 者，由

羅馬之萬民法 (*Ius gentium*) 而來之語，然萬民法者，對羅馬之市民法而言，非國際法也。對於 *Ius gentium* 之

Ius inter gentes 之語，亦為在後生成者也。

聯盟常有裁判所之設備乎！又國際法者規定權利義務者也，不可與國際禮儀（如禮砲之交換等）相混合。

茲之稱爲國際法者，係指國際公法（德 *Internationales öffentliches Recht* 英 *Public international law* 法 *Droit international public* 意 *Diritto pubblico internazionale*）而言，國際私法不在內。

國際私法（德 *Internationales Privatrecht* 英 *Private international law* 法 *roit D'international Prive* 意 *Diritto privato internazionale*）者，實爲國內法之一種，而規定本國法與他國法之適用範圍之法也。設在甲國言之，甲國人與乙國人結婚或爲買賣等行爲，應依何國之國法乎？而甲國之所以決定之法律，卽爲國際私法。俟詳於後。

第三節 固有法及繼受法（附 母法與子法）

現今文明諸國之法制，其成立之要素有二。一則專以其國內固有之社會心意爲實質之成文不成文之法也。他則由外國輸入者也。前者稱之爲固有法（德 *Einheimisches Recht* 英 *Indigenons law*；法 *roit D'indigène* 意 *Diritto indigeno*）後者謂之爲繼受法（德 *Rezipientes Recht* 英 *Adopted law* 法 *Droit adoptif* 意 *Diritto copiato*；法 *roit adotato*）。

今之號稱法制最完備之德國，固有之德法之外，在第十五世紀及第十六世紀之際，亦曾繼受

羅馬法，形成其所謂普通法 (Gemeines Recht)，以爲今日法制之基礎焉。在於日本，雖有古來之固有法，而自推古天皇時，中國法律漸次輸入，孝德天皇以後，始多倣諸官制於中國，迄及天智天皇，而令二十二卷始成，至於文武天皇，大寶律令備矣。皆倣於隋唐者，有律六卷令十二卷。其後元正天皇之養老年間，更加修改。是等律令，應仁之亂，雖多散逸，而傳於今者，亦復不少。其所繼受之中國法，比較能融合貫通之，殆如固有之物。降及明治維新之際，泰西法律一時輸入，而今之繼受法，其大部分皆爲德國法矣。

如上所述，凡爲淵源之法，謂之母法 (德 Mutterrecht 英 Mother-law; Parental law)，繼受而成之法，稱爲子法 (德 Tochterrecht 英 Filial-law)。

第四節 普通法及特別法 (附 原則法及例外法)

普通法及特別法

普通法 (一般法) (羅 *ius generale* 德 *Gemeingültiges Recht* 英 *General law* 法 *Droit général* 意 *Dritto generale*) 與特別法 (羅 *ius speciale* 德 *Partikularrecht*; *Spezialrecht* 英 *Special law*; *Particular law* 法 *Droit spécial*; *Droit particulier* 意 *Dritto speciale*; *Dritto particolare*) 之區別，以法之效力所及範圍爲標準之區別也。而其範圍，則因地，因人，因事而異；故普通法與特別法之區別，有下述之三意義焉。(註一〇)

關於地方
之通法與

特法

關於人之

通法與特

法

關於事項

之通法與

特法

通法與特

法區別之

實益

一 以地方爲標準時，施行於領土一般爲原則之法，爲普通法；而僅於領土內之一部分施行之法，則爲特別法。例如民法刑法等，普通法也。而縣令警視廳令等，特別法也。

二 以受法適用之人爲標準時，國民全般適用之法，普通法也；唯某種人始適用之法，特別法也。例如民法刑法等屬於普通法，而陸海軍刑法，官吏服務紀律等，特別法也。

三 以事項爲標準時，關於一般的而且比較廣大範圍的事項之法，普通法也。關於特別而且比較狹小範圍的事項之法，特別法也。

故依此意義之區別，非絕對的乃相對的區別也。即甲法對於乙法爲普通法，而乙法對於丙法又可爲普通法也。例如民法者，規定私法之通則者也；故對於僅關於私法關係中之

商法，則民法爲普通法；然對於僅關於商事中之銀行匯兌莊等之法，則商法又爲普通法矣。

普通法與特別法之區別，不必止於法令相互間之區別，而一法令之規定中，亦有普通法規與特別法規之分焉。例如日本民法第九十七條之規定：「對隔地者之意思表示，其通知到達於相對人時，發生效力」；然其第五百二十六條之規定：「關於隔地者間之契約，則自承認之通知發出時，發生效力」。前者關於意思表示一般者也；故爲普通法。而後者關於意思表示中之承諾的特殊事項也；故對此則稱爲特別法。

普通法與特別法之區別，其實益何在？曰：「特別法優於普通法」(羅) *Lex specialis deo-*

gat legi generali) 是其原則；而特別法與普通法並存時，則特別法先普通法而適用也。例如對於陸海軍人，先適用陸海軍刑法，而以普通刑法爲其補充。又關於商事者，亦先適用商法，而以民法之適用爲補充焉。

(註一〇)有爲原則、法與例外、法之別者。此種區別，或以爲與普通法特別法之區別無所不同；而持其間有差異之見解者，則謂原則法（羅 *Ius commune* 德 *Grundsatzliches Recht*；*Regemassiges Recht*）者，關於某特定之事項而一般的適用之法也。例外法（羅 *Ius singulare* 德 *Singulares Recht*；*Ausnahmerecht*；*Regelwidriges Recht*）者，規定例外之法也。如日本民法第一百九十二條之規定；「平和且公然占有他人之動產，而其占有之始係善意且無過失時，即時取得行使其動產之權利」。次條規定：「其占有物係盜取品或遺失物時，則被害者或遺失主，自盜難或遺失之時起，二年間得向占有者請求其物之返還。」即關於同一之事項，而規定原則與例外者也。然如此之區別，未見其有實益，即原則法與普通法視爲同一，例外法與特別法不分歧異。亦無不可；但此等之用語例，經學者之糾紛，而前揭各國之術語，亦因人而異其意義。

主張此種區別者，以爲「例外法可以嚴格解釋之」（羅 *Exceptio est strictissimae interpretationis*）之原則流行，即其實益之所在也。蓋例外的法規，雖非可無益擴張解釋之，然無論加何之法，皆應嚴格解釋之，不過對於某原則之明白的例外規定，不可溢於類推適用之耳。

第五節 強行法及任意法（附 補充法與解釋法）

強行法（命令法）（羅 *Ius cogens* 德 *Zwingendes Recht*; *Gehietendes Recht*; 英 *Imperative law*
 Droit impératif 意 *Diritto cogente*）與任意法（聽容法，隨意法，許容法）（羅 *Ius dispositivum* 德
Nachgiebiges Recht; *Vermittelndes Recht*; *Dispositives Recht*; *Nichtzwingendes Recht* 英 *Dispositive law*
 法 *Droit facultatif* 意 *Diritto facoltativo*）之區別，以法之效力絕對的與否為標準之區別也。強行法者
 ，基於公益上之理由而成之法，不許以私人之意思而免其適從者也。換言之，即某法規關於公
 衆秩序，不許當事者為有異於此規定之意思表示之謂也。例如憲法，刑法，行政法等屬於公法
 之多數法規是也。任意法則反是，於公益無直接關係，通常認許私人之意思效力，而私人無特
 別之意思表示時，始適用其規定之法規也。民法、商法等私法法規之大多數屬之。

雖然，公法未必盡屬於強行法，私法亦未必悉為任意法。強行法與任意法之區別，又非關
 於一法典全體之分類，乃就各法典中之各法條，一一檢其是否為公益規定以決之耳。日本民法
 第九十一條亦云：「法律行為之當事者，於法令中之無關於公共秩序之規定，表示不同之意思時
 ，從其意思」。例如民法雖為私法，而其條文規定男女不滿一定之年齡者，（日本民法七六五
 條規定男滿十七歲女滿十五歲）不得為婚姻，此即關於公衆秩序之規定也。何則？蓋婚姻年

齡，參酌其國之風俗，人種之體格，以及經濟事情，家族組織等而定，異此之年齡，非可許其結婚；故此規定，屬於強行法，當事者不得任意自行結婚也。反之，關於動產、房屋及宅地之租金，民法雖有每月底給付之規定（日民六一四），而租金給付之時期如何，於公衆秩序無關；故此規定爲任意法也。從而當事者表示異此規定之意思，或半年給付一次，或一年給付一次，又或前期給付，或後期給付，均無不可；唯無如此之特別意思表示時，始依每月底給付之規定耳。

公法中之規定，間亦非無任意法。例如民事訴訟法固屬公法，而其中之裁判管轄，則許當事者之合意矣。（日本民事訴訟法二五條）。

法律之爲強行法或任意法，其規定有明顯而易辨者。例如日本民法第三百五十六條至三百五十八條之規定：不動產質權者，得使用質權之目的物（不動產）；但關於不動產之費用，由質權者負擔給付，又質權者不得請求債權之利息。然考其第三百五十九條所示之旨，則此等規定，如當事者於質權設定行爲有別種約定時，不適用之，其爲任意法也明矣。其他法文中規定「無別種規定時……」者頗多；然法之爲強行法或任意法，其規定無明言者亦復不少。當此而欲審別其爲何法，亦唯有研究其規定是否關於公益以決之而已。廣言之，法規雖得謂爲悉關於公益者也；而就中審察法之規定，是否以公益爲主要目的，從而決定其爲強行法或任意法可也。

第六節 實體法及手續法

實體法 (主法) (德 *Materielles Recht* 英 *Material law*?; *Substantive law* 法 *Droit materiel* 意 *Dritto materiale*) 與手續法 (助法, 形式法) (德 *Formelles Recht* 英 *Adjective law* 法 *Droit forme* 意 *Dritto formale*) 之區別, 因法之關於權利義務之實體, 抑關於其運用之手續而生, 法之關於前者稱爲實體法, 關於後者, 謂之手續法。權利義務之實體云者, 即權利義務之性質, 所在及其範圍之謂也。申言之, 即謂某權利義務, 究爲如何之權利義務 (性質), 某權利爲何人所有, 義務爲何人負擔 (所在), 又有權利義務所及之領域如何 (範圍) 之意也。然僅爲此等之規定,

(註一一)任意法中, 有爲補充法規 (德 *Ergänzende Vorschrift*; *Suppletorisches Recht*) 與解釋法規 (德 *Auslegungsregel*) 之區別者。此種見解, 德國民法選之。補充法者, 「當事者不爲與某規定相異之規定時, 始得適用。」之規定也, 而此種用語, 常採「無別種規定時」(Wenn nicht ein anderes bestimmt ist) 之語。解釋法者, 「假令當事者雖有規定, 而其內容不明不確實時, 則解釋當事者之意思」之規定也。故與補充法異, 得推知當事者有與其法規相異之意思時, 不可適用之。所以示此解釋規定者, 通常用「懷疑時……」(德 *In Zweifel*) 之語。但日本法典中之任意法, 無此二者之區別: 蓋「不明時」與「無規定時」可以視作同一義也。

不能運用其法；故關於手續之法，不可無之。例如民法、商法者、為規定私權實體之法，而民事訴訟法，非訟事件手續法，人事訴訟手續法，競賣法等，則為手續法矣。但一法典中，其實體規定與手續規定相混同者有之。例如民法中亦有關於手續之規定者是也。

手續法中，關於訴訟之法，稱之為訴訟法（德 *Prozessrecht*；*Prozessualisches Recht* 英 *Law of procedure* 法 *Droit de procédure* 意 *Diritto di procedura*）。

第七節 公法及私法

公法及私法

公法（羅 *Ius publicum* 德 *Öffentliches Recht* 英 *Public law* 法 *droit public* 意 *diritto pubblico*）與私法（羅 *Ius privatum* 德 *Privatrecht* 英 *Private law* 法 *Droit prive* 意 *Diritto privato*）之區別，有自羅馬法以來之沿革，其區別之標準，亦解說不一，試述於次：

一 利益說 法之保護的利益有公與私，因而法有公法私法之別，此種見解，為羅馬之由耳俾安

利益說

Ulpianus 所倡。所謂關於羅馬自身之事者，其法為公法，而關於各人之利益者，則其法為

私法（羅 *Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singularum utilitatem pertinet*）是其說也。沿及近時，雖有多少之變更，而採取之者亦復不少（湯氏

Thon；給爾貝 *Cerber*；阿棱斯 *Ahrens*；拉森 *Lasson*）。要之公法者，以保護公益為目的之

法也。私法者，以保護私益爲目的之法也。採此標準，大體雖無不當；而利益之觀念，元來甚相對的，不特依地依時而有異，即在同時同地，對於同一事項，而視之爲利益與否，亦人各不同。如此之觀念，更欲分爲公私之標準，蓋亦難矣。或曰：公益者共同團體之一般的利益也。私益者私人之利益也；然法之僅以公益爲目的，或僅以私益爲目的者無之。例如關於繼承之法，雖稱爲私法，而繼承制之如何，乃爲國家組織之基礎；故其關於公益之事尤爲不小。又如處罰加危害於他人之生命財產之刑法，雖爲公法；而由他面觀之，則以保護私人之生命財產之利益爲目的焉。至是學者或以爲：以公益之保護爲主要目的者公法也，以私益之保護爲主要目的者私法也。雖然不能辨其主要目的究屬於公或私者則如何？况乎採此標準時，則強行法與任意法之區別，不免有多少混同之虞。

二、法律關係說 說者曰：法因規律之關係，而有公法私法之分。此種見解之中，亦有異議。或說以爲公法者對人之法也，私法者對物之法也。（遵氏 *Sohr*、洛稷 *Rouin* 等）；雖然凡法律上之關係，僅得生於人格者間，而以法對於無人格之物可以行其力者，謬誤之見也。試觀土地收用法及物權法等，每感法是對物行使其力，或人支配物；然此不過對人行使其力之結果，而事實上影響及於物耳。

法律關係說中，有與此說相異者；即公法者，規定不平等者間之關係，即權力服從之關係

之法也。私法者，規定平等者間之關係之法也。（參照日本穗積八束博士所著之憲法提

要）。此種見解，雖不敢斥爲謬誤；而國際公法之所以規律平等各國家間之關係者，其爲公法也人皆知之。又私法的親族法中，如親子關係之規定，亦未必屬於平等者間之關係，此又人皆承認者也。

三 主體說 利益說與法律關係說之外，其以法律關係之主體爲標準而區分之者，是爲主體說。

其見解曰：公法者規定國家以及其他公共團體相互間之關係，或國家及公共團體與私人間之關係者也。私法者，規定私人相互間之關係者也。此說最爲適當，如德之

Jellinek 英之荷蘭 (Holland) 等皆傾向之。依此見解，既無以國際公法爲非公法之嫌，亦

無以親子關係爲非私法關係之謬，即國際公法、憲法、刑法、行政法，訴訟法等，悉爲公法，而民法，商法等盡屬私法，此與從來之觀念，亦無不合；雖然可謂此說之唯一缺點者，即不免以私法規律團體與私人間之關係也。例如國家及其他公共團體與私人訂立賣買契約，運輸契約時，從私法之規定者是也。學者或曰：國家及其他之團體，具有公私兩種資格，如上例時，則以私的資格而爲之者也；然以此爲例外而採主體說，又不如曰：關於國家統治權之發動之法，謂之公法，非然者稱爲私法可也。公法私法之別，其困難如此；而其區別之實益，則非可疑。

公法私法之分類，爲法學研究之一般的便宜外，於法律解釋之原理因法之公私而異等，亦由此而得許多實益也。

公法之主
要系統

第五章 公法之主要系統

公法中之主要系統，爲憲法、行政法、刑法、訴訟法、及國際公法等。茲分節說明其大要如左：

憲法

第一節 憲法

憲法 (德 *Verfassungsrecht* 英 *Law of constitution* 法 *Droit constitutionnel* 意 *Diritto costituzionale*) 者，規定國體及政體之基本法也。日本所謂形式上的憲法者，單指明治二十二年二月所定之憲法典而言，而其所稱實質的憲法者，則合皇室典範，同增補、貴族院、衆議院議員選舉法、議院法，以及其他不文憲法而成者也。夫有國家，則有所以規定其國體與政體之不文或成文之大法，固不待論；然間或以立憲政體爲基礎，而設人民的參與國政尤於參與立法之機關，僅以三權分立爲內容之憲法，稱爲憲法。有此種憲法之國家，稱之爲憲法國或立憲國。

日本憲法

日本帝國憲法，與歐美憲法不同。歐美憲法，其多數非屬民定憲法，則爲君民協定憲法，

之特色

而以血構成之者亦復不少。日本憲法如何？觀其告文，憲法發布勅語等，則可知其憲法制定之所由來。日本明治天皇勅令曰：「朕以國家之隆昌與臣民之慶福爲中心之欣榮，朕以承祖宗之大權，對現在及將來之臣民而宣布此不磨之大典」。其告文之誓詞曰：「尊重臣民之權利及財產之安全而保護之，在此憲法及法律之範圍內，使其享有安全」。要之，日本憲法者，所謂純乎欽定憲法也。

日本憲法凡七章七十六條。茲譯其大要於左：

第一 天皇

日本憲法第一章，曰天皇。其大意謂：日本帝國，由萬世一系之天皇元首，總攬統治權，神聖不可侵，而皇位則依皇室典範之規定，皇男子孫繼承之。（參照其憲法一條至四條，典範一條至九條。）天皇未成年，或因久經故障不能親執大政時，則置攝政；而攝政者，以天皇之名而行大權，攝政之皇族順位，則依皇室典範之規定（參照其憲法一七條，典範一九條至二五條）。

（註一一）

天皇以帝國議會之協贊而行立法權，依裁判所而行司法權；但有不經是等機關而親行之大權。

日本憲法特別記屬於天皇親裁之左舉事項。凡此事項，即其所謂憲法上之大權事項，或狹

（註一二）天皇及皇太子，皇大孫，以滿十八歲爲成年。其他之皇族，以滿二十歲爲成年（典範一三條—四條）

義之大權事項者也。然天皇於此外之事項非不能親裁，已如前述（日憲六條至七條）。

一 有裁可法律，命其公布執行之權。

二 有召集國議會命其開會、閉會、停會及解散衆議院之權。

三 在議會閉會時，緊急必要上，有發代法律之勅令（緊急勅令）之權。

四 爲執行法律，或保持公共之安寧秩序，及增進臣民之幸福，有發命令及使發命令之權。

五 有任免文武官，及規定行政各部之官制與文武官之俸給之權。

六 有統帥陸海軍，及規定其編制與常備兵額之權。

七 有宣戰講和及締結諸般條約之權。

八 有宣告戒嚴之權（註一三）。

九 有授與爵位，勳章及其他榮典之權。

一〇 有命大赦、特赦減刑及復刑之權。（註一四）

第二 臣民

日本憲法第二章，規定臣民的權利義務之大綱也。爲臣民之要件，依照法律之所定，而此所謂法律者，係指國籍法而言。凡國籍者，因親族的關係及歸化而取得之也。其憲法規定之臣民的權利義務，雖如下所列舉；然不得謂其臣民之權義即盡於此也。憲法者不過倣從來各國

憲法上之立言而示其大綱耳。(日憲一八條至三二條)

- 一 依法律命令所定之資格，有被任爲文武官及就其他公務之權。
- 二 有遵法律之所定，充當兵役之義務。
- 三 有遵法律之所定，負擔納稅之義務。
- 四 在法律之範圍內，有居住及移轉之自由。
- 五 有不受違法之逮捕、監禁、審問、處罰等之權。
- 六 有享受法定的裁判官之裁判之權。
- 七 有不受法律所定範圍以外之無許諾而侵入住所或搜索之權。
- 八 有法律所定範圍以外之書信秘密之權。

(註一三)戒嚴云者，即遇戰時或事變之際，在一定地域內之司法行政等作用，移於軍事實廳行之之謂也。(參照戒嚴令)

令)

(註一四)大赦云者，即對某種類之犯罪，使失其法律上之效果之謂，特赦云者，即對於特定犯人，免除其已確定之刑罰執行之謂也。故大赦者，於判決確定前行之，雖有宣布刑罰之言，亦使完全失其効力。反之，特赦者，判決確定後行之，唯免其刑罰之執行，而亦不過對特定人行之者耳。減刑云者，免除其已確定的刑罰之一部分之謂，而復權云者，回復其依判決而被剝奪之公權之謂也。可參照日本刑事訴訟法及恩赦令。

九 因公益上之理由，法律所定範圍之外，有不許侵害其所有權之權。

一〇 在無妨安寧秩序，及不背為臣民之義務範圍內，有信教之自由。

一一 在法律之範圍內，有言論、著作、印行、集會及結社之自由。

一二 守相當之敬禮遵從其他一定之規定，有為請願之權。（註一五）

第三 帝國議會

日本憲法第三章，關於帝國議會（德Reichstag 英Parliament 法Parlement 意Parlamento）之規定也。帝國議會，非統治權之主體，非立法權之主體，亦非代表國民全體者也。此不可與他國議會相混同。而且雖衆議院議員，亦非代表該議員被舉地方之利益，又非代表其所屬之政黨派者也。蓋日本帝國議會者，唯得參與於重要國務，立法及豫算等之國家的一機關而已。試考日本憲法，則其議會之地位，炳然明瞭矣。

帝國議會，由貴族院、衆議院兩院合成。貴族院（德Herrenhaus 英House of Lords House of Peers 法Sénat 意Senato）以皇族華族，及勅任議員組織之。衆議院（德Abgeordnetenhaus 英House of Representatives House of Commons 法Cambre des Députés 意Camera dei Deputati），由公選之議員組織之，但無論何人，不得同時兼任兩院之議員。欲詳其組織，選舉方法，選舉被選舉之資格等，參照貴族院令，及衆議院議員選舉法可也（三三條至三六條）。（註一六）

依現行貴族院令，則世襲華族，不特當然有為議員者，而且少數之同族中，可選出比較的多數之議員。此等議員，組織黨派，進退共之。時而感及衆議院不過為政黨之反映之現象者，則二院制之運用，豈得謂為無缺點歟！又衆議院議員，雖依普通選舉而選舉出之；然對於政治及選舉無充分之自覺，則其弊之所生，不無衆愚政治之憂。當此機會而不圖議會之革正，則其議會政治之前途，不堪設想矣。

日本帝國議會之權限如次：

- 一 有議決法律案，及由各議院提出法律案之權（日憲三七條至三九條）。
- 二 有向政府建議意見之權。（日憲四〇條）。

（註一五）日本臣民之請願，依從來憲法第五十條之規定，不過將呈向兩議院提出足矣。依大正六年勅令第三十七號請願令，則除關於皇室典範及憲法之變更事項，並干預裁判之事項外，向天皇請願者，請願書對內大臣府提出之。其他則就請願事項有職權之官廳公署提出之。但均從一定之形式而由郵局寄呈之者也。

（註一六）關於帝國議會，貴族院及衆議院之外國語，不可不注意。例如德之 Reichstag 者，由公選議員而成；故與日本之衆議院相當。而與日本之貴族院為類似之活動之 Reichrat（舊 Bundesrat）者，則由各地方政府代表而成者也。

故前者譯為議會。又英之 Parliament（議會）者，美國則稱為 Congress（議會）；然其上院之組織，與日本之貴族院相差遠甚。

三 有上奏天皇之權。 (日憲四九條)。

四 有接受臣民的請願書之權。 (日憲五〇條)。

五 憲法及議院法所揭者外，關於議院內部之整理，有規定必要的規則之權。 (同五一條)。

六 有議定豫算案之權。 (同六四條一項)。

七 對緊急勅令有承諾之權。 (同八條)。

八 對政府有爲質問之權。 (日議院法四八條至五〇條)。

九 對財政上之緊急處分，有承諾之權。 (日憲七〇條)。

一〇 對豫算外之支出，有承諾之權。 (同六四條二項)。

一一 除現行犯或關於內亂外患之罪外，會期中對於議員之逮捕，有承諾之權。 (同五三條)。

一二 有懲罰議員之權。 (日議院法九四條至九九條)。

一三 有許可議員之請假及辭職之權。 (日議院法八一條至八四條)。

議會每年召集之，而其會期則以三個月爲原則；然有勅命則得延長會期，及召集臨時會議。議會之開會閉會，會期之延長及停會，兩院同時行之，而衆議院被解散時，貴族院亦同時停會。衆議院自解散之日起，五個月內召集新選之議員。 (日憲四一條至四五條)。

凡兩院非有議員三分之一以上之出席，不得開議及決議，而議事則依會議之通例，以過半數決之，可否同數時，由議長決之。兩院之會議，除由政府之要求，或依該院之決議而開秘密會外，通常以公開為原則。（日憲四六條至四八條）。其他如議會之召集，委員、會議、停會、閉會、秘密會議，豫算案之議定，國務大臣及政府委員，質問上奏及建議，兩議院之關係，請願，議院與人民及官廳地方議會之關係，議員之退職及資格之異議，議員之請假辭職及補闕，議院內之紀律及警察，議員之懲罰等等，參照日議院法可也。

第四 國務大臣及樞密顧問

甲 國務大臣

國務大臣云者，憲法上輔弼天皇，負其責任之機關之謂也。凡法律勅令及關於其他國

務之詔勅，須有國務大臣之副署（德 Gegenzeichnung; Gegenunterschrift 英 Countersignature 法 Contre-signature 意 Contrasegno）（日憲五五條）。即國務大臣者，日本憲法上非對於人民或議會負責任，乃對天皇任其責也。又非副署而始負責，輔弼上當然任其責也。副署者，不過為法令詔勅之有效的形式條件而已。（參照日本公式令）。

各省大臣與國務大臣，同時為國務大臣，而依特旨，國務大臣亦得列入內閣員者也。內大臣及宮內大臣，

國務大臣
及樞密顧問
問

各省大臣
與國務大
臣

國務大臣
之責任與
內閣

政府

國務大臣
之任免

樞密顧問
樞密顧問
之組織

雖均有大臣之稱，然非國務大臣。單有大臣之賜稱者亦同。

各省大臣爲行政長官，各就其所司之主管事務負其責任，固不待言，而國務大臣者，則不僅關於自己所管之事務有其輔弼之責，對於一般國政，國務大臣各自獨立而任輔弼之責者也。即法理上非連帶責任，乃單獨責任也。內閣（德 *Kabinet*; *Cesaministerium* 英

Cabinet 法 *Cabinet* 意 *Gabinetto*）雖以國務大臣而組織之合議制之官廳；然不可解作國務大臣爲合議體而輔弼天皇，或連帶而任責者也。（參照日本內閣官制閣議事項）。

憲法之中，有政府（德 *Regierung* 英 *Government* 法 *Gouvernement* 意 *Governo*）一語，其意義之解說，雖不一而足，要爲國務大臣執行大權之機關而爲行動時之別名耳。但有時指內閣而稱之爲政府。

國務大臣之任免，固屬於天皇之大權，日本憲法上無必任政黨員之理由，亦無採占多數的政黨之根據。從而議會雖決議不信任，而法理論不可不辭職之根據亦無存在。毋爲政黨內閣說所誤可也。

乙 樞密顧問

樞密顧問者，依樞密院官制之所定；應天皇之諮詢，審議重要之國務者也。（日憲五

六條）。即樞密顧問與國務大臣不同，非以積極的執行政務而輔弼天皇，不過天皇有諮詢

時，則上其意見而已。但顧問官非各自單獨行動，必由議長副議長及顧問官所組成之合議體，以應天皇之諮詢者也。

樞密顧問
之權限

日本憲法上樞密顧問之權限，唯應天皇之一事，而必諮詢之事項，舉之如左：（參照樞密院官制）。

- 一 在皇室典範使屬於其權限之事項。（例如皇位繼承順序之變更）。
- 二 憲法之條項，或憲法附屬的法律勅令之草案及疑義。
- 三 憲法第十四條之戒嚴宣告，同第八條第七十條之勅令，及其他罰則之有規定的勅令。
- 四 列國交涉之條約及約。
- 五 關於樞密院官制及其事務規程之改正事項。

除右所舉者外，遇有重要事項，則應其臨時諮詢，固不待言，其他皇室令中，宜諮詢於樞密院之事項，亦常有之。且依行政裁判法，則通常裁判所或特別裁判所與行政裁判所之間發生之權限爭議，在設置權限裁判所以前，歸於樞密院判定之。

第五 司法

司法裁判
所

日本憲法第五章，曰司法。司法之謂何？第一編中經已述之。司法權者，以天皇之名而由裁判所行之，而裁判所之構成，別依裁判所構成法而定。（日憲五七條）。裁判官以具有

對審之公
開

特別裁判
所及行政
裁判所

會計

租稅

法定之資格者任之，由刑法之宣告，或懲戒處分之外，不能免其職，所謂授與終身官之保障也。
(參照同五八條，判事懲戒法)。

凡裁判之對審判決，以公開為原則；但有妨害安寧秩序，及有傷風俗之虞時，則依據法律或以裁判所之決議而停止其公開。(同五九條)。

司法裁判所，以司民事刑事之裁判為主。此外有特別裁判所及行政裁判所之兩種。特別裁判所者，裁判關於特別之人特別之事項者也。例如軍法會議，領事裁判，及懲戒裁判所等屬之。行政裁判所者，就法律列記之事項，凡因行政官廳之違法處分而致傷害其權利之訴訟，概歸其裁判者也。(日憲六一條)。

第六 會計

日本憲法第六章，關於會計，尤其是關於租稅及豫算之規定，概包含之。

甲 租稅

租稅(德 Steuer 英 Tax 法 Impot; Droit 意 Imposito; Tributo)者，憲法上為臣民之當然的義務而須負擔之國費也。但新課租稅及變更稅率，不可不以法律為之。又國債(德 Staatsanleihe; Staatsschuld 英 National loan; National debt 法 Emprunt public; Dette de l'Etat 意 Debito pubblico; Prestio dello stato)者，與所謂租稅者異，而須經帝國議會之協贊者也。(日憲六

豫算

乙 豫算

二條至六三條)。關於國債及各種之租稅，有多數之特別法律焉。

豫算(德 *Staatshaushaltsetz* 英 *Budget* 法 *Budget* 意 *Bilancio preventivo*)者非法律，不過為國家歲出歲入之見積表。於國務之執行有重大之關係，故須經帝國議會之協贊也。法律案，兩議院中不論先向何院提出均可。反之，預算案則必先向衆議院提出之。若在帝國議會未議定預算或預算不成立時，則施行前年份之預算。但遇緊急必要而不能召集帝國議會時，則依勅令得為財政上必要之處分。其他關於預算者，參照日本憲法第六十四條至七十一條及會計法與會計規則可也。

會計檢查

丙 會計檢查

歲出歲入之決算，由會計檢查院(德 *Rechnungskammer* 英 *Board of audit* 法 *Cour des comptes* 意 *Camera dei conti*)檢查確定之。政府則將決算與其檢查報告，一并提出於帝國議會。會計檢查院之組織及其權限，依會計檢查院法而定之。(日憲七二條)。

第七 憲法之改正

憲法之改正

日本帝國憲法，欽定憲法也。其條項有修改之必要時，以勅令而付於帝國議會議之，發議之權，唯其天皇有之。(日憲七三條)。其憲法之論：「若此憲法之某條項，認為有修改之必

要時，朕及朕之子孫，執其發議之權，付之於議會，議會依此憲法規定之要件而議決之外，朕之子孫及臣民，不得任意紛更之」。若改正案已付於議會時，兩議院須有其總員三分之二以上之出席，始得開議。又須得其出席員三分之二以上之多數贊同，始得決議。（日憲七三條）。

皇室典範之改正，雖不須經議會之公議，而亦不得以皇室典範而變更憲法之規定。又憲法及皇室典範，在設置攝政期間內，不得變更之。（日憲七四條七五條）。

第二節 行政法

行政法（德 *Verwaltungsrecht* 英 *Law of administration* 法 *Droit administratif* 意 *Diritto amministrativo*）者，關於行政機關及其設備與作用之法之總稱也。行政之意義，已於第一編述之矣。

行政法與憲法民法等異，蓋法典之中，從未有行政法典之稱，行政法云者，不過多數之行政法規之總稱也。故其範圍廣汎複雜。茲唯就關於行政一般之事項，與關於各部之行政者述其大略如次：

第一 行政機關

行政之機關，官廳及公共團體是也。

甲 官廳及官吏

官廳之意義

官廳（羅 Magistratus 德 Behörde 英 Authorities 法 Autorité 意 Autorità politica）者，直接處理一定之國家事務之機關之謂，而以一人或數人組織之，所謂官治行政（德 Obrigkeithche Verwaltung）之機關也。而所以定此官廳及其補助機關之組織與權限等之法，則稱之爲官制。如內閣官制，各省官制通則等是。其他如台灣總督府，朝鮮總督府，關東廳、北海道廳，會計檢查院，以及各府縣等官廳，皆有規定者也。

官廳之種類

官廳有種種之類別，其重要者，爲單獨制官廳與合議制官廳之別，中央官廳與地方官廳之別耳。（一）單獨制之官廳者，依一人之官吏而成之官廳，而合議制之官廳，則依數人之官吏而組織之官廳也。例如內閣總理大臣，各省大臣者，皆爲單獨制之官廳，而內閣者，合議制之官廳也。然單獨制之官廳，亦不妨有數多之補助機關。例如各省大臣之補助機關爲次官、局長、書記官、事務官、秘書官、屬員、書記等種種之官吏是也。（二）中央官廳者，其權限及於全國之官廳之謂，而其權限之所及僅限於地方者，則稱之爲地方官廳。即因其管轄之土地而生之區別，非因其官衙之所在地而生之區別也。例如內閣總理大臣，各省大臣等爲中央官廳，而朝鮮總督、台灣總督、關東長官、北海道廳長官，府縣知事等，皆地方官廳也。又如警視總監，其官衙雖在東京，而其權限乃限於東京府下，故非中央官廳而爲地方官廳矣。

官吏之意義

官吏之種類

公共團體及公吏
公共團體
之意義及
種類

官吏 (羅馬 Magistratus 德 Beamter 英 Official; Functionary 法 Fonctionnaire public 意 Funzionario pubblico; Impiegato dello stato) 云者，因任命而組織官廳或爲其補助者之謂也。官吏有担任職務之義務，固不待言；然現實不担任職務者，亦不妨爲官吏。如休職或待命官吏，即此例也。

官吏有文官與武官，事務官與技術官，有給官吏與無給官吏，普通任用官吏與特別任用官吏等之別。其他依任命之形式階級等之不同，又有親任官、勅任官、奏任官、判任官等之分。但奏任官以上，稱爲高等官。

官吏有法律上特別之地位，立於服務紀律之下者也。（參照官吏服務紀律）。其權利之主要者，如享受俸給、恩給、實費辨償等是，而其義務之主要者，則爲忠順服從，守秘密，保品位等是也。但官吏有違反其義務時，須受官吏法上之懲戒處分（譴責、減俸、免官），或受刑事上之制裁。在於日本，官吏對於私人負賠償之義務者，以法令有特別規定者爲限。例如日本之不動產登記法第十三條等是。

乙 公共團體及公吏

公共團體 (德 Öffentliche Körperschaft) 者在國家監督之下，以處理公共事務爲其存立之目的之公法，所謂自治行政 (德 Selbstverwaltung) 之機關也。大別之爲地方自治團體及公

共社之二種。(一)地方自治團體 (Selbsterwaltungskörper) 者，以一定之地域及人民為基礎而成，如府、縣、市等屬之，如知事者，一方為直接司理國家事務之官吏，而同時與市長等同，又為地方自治團體之機關也。(二)公共社 (德 Offentliche Genossenschaft) 者，司理特定之公共事務之機關，而單以社員為基礎者也。例如水利社、商業會議所、耕地整理社、重要物產會、農會等皆是。

官吏
營造物
。公吏者與官吏不同，不因任命而就其地位，乃依選舉而生者也(註一七)。

第二 營造物

營造物 (德 Offentliche Anstalt 英 Public establishment 法 Service public; Etablissement public; 意 Stabilimento pubblico; Istituto pubblico) 者，供一般公共利益之行政設備也。不問其屬於國家之管理，或屬於公共團體之管理，而其同為營造物也則一。營造物，有僅以物而組織者，如公園、道路等是也。有由物與人而組織者，如官立學校，公立病院等是也。

第三 行政行為

行政行為者，即行政機關所為之行爲之總稱也。此種行爲甚為複雜，而其主要者，則為行

(註一七)官吏、公吏、及依法令而從事於公務之議員、委員與其他職員，概稱為公務員。(日刑法七條)。

政機關所發之諸種命令，及行政處分之二種而已。行政處分云者，即適用法令於各個具體的事實之行政行為之謂也。如認可、許可、證明等，為其主要之例（註一八）。

第四 行政救濟

行政上之行為，有傷害私人之權利利益時，不可無救濟之方法，大別之為訴願及行政訴訟之兩種。茲分述於左：

甲 訴願

訴願之意義

訴願(德 Bescherde 英 Complaint? 法 Plaine 意 Ricorso. Reclamo)云者，因不當之行政處分，而致利益被損害之人，得向直接的上級官廳，請求其處分之變更或取消之謂也。如不服其裁決時，得更訴願於上級官廳。

訴願事件

得提起訴願之事項，如(一)關於租稅及手續費之賦課事項。(二)關於租稅滯納處分之事項。(三)關於營業許可之拒否或取消之事項。(四)關於水利及土木之事項。(五)關

(註一八)認可者，對於一般依法規認許之事而付與效力之行為也。如學校設立之認可等是。許可或免許者，對於一般

被禁止之事特別准許之行為也。如醫師、劇場、建築、銃砲火藥營業等之免許是也。但日本現行法上，每有混用

許可、免許、認許、認可、之用語者，不可不注意也。特許者，創設私人之權利之行政行為也。例如特許專賣是

。證明者，公證私人之權利之行政行為也。如資格證明等是也。

於土地之官有民有之區別事項。(六)關於地方警察之事項。(七)其他法律勅令之特許願之事項等皆是。(參照日本訴願法)。

乙 行政訴訟

行政訴訟 (德 *Verwaltungsstreitverfahren*; 英 *Administrative litigation* 法 *Contentieux administratif* 意 *Contenzione amministrativa*) 者，因違法之行政處分，而致權利被侵害之人，請求其處分之變更或取消之訴訟也。行政訴訟，其關於地方行政者，非先訴願於地方上級官廳經其判決之後，不得向行政裁判所提起訴訟。對於各省大臣及內閣直轄官廳，或地方上級官廳之處分，雖得直接提起之，而已訴願於各省或內閣時，則不得提起焉。但日本之行政裁判，係一審制，雖不服此判決，亦無他種救濟方法，即再審亦不許之。近有改正之傾向矣(參照日本行政裁判法，及行政裁判令)。

行政裁判

事件

得提起行政訴訟之事項，如(一)除海關稅以外，凡關於租稅及手續費之賦課事項。(二)關於租稅滯納處分之事項。(三)關於營業免許之拒否及取消之事項。(四)關於水利及土木之事項。(五)關於查定土地之官有民有之事項，但其他法律勅令有特別規定者，不在此內。(參照日本明治二三年一〇月一〇日法律一〇六號關於行政廳之違法處分之行政裁判諸件)(註一九)

第五 權限爭議

官廳所有之權限，官制上雖有規定；而其規定之解釋上不無疑義，又其規定缺而不備者亦常有之；於是各官廳之間，遂有權限之爭議。此種爭議，稱曰權限爭議（德 *Kompetenzkonflikt*；*Kompetenzstreit* 英 *Conflict of competence*？法 *Conflit d attribution* 意 *Conflitto di competenza*）。此爭議發生於行政官廳相互之間者，特謂之爲主管爭議。如發生於行政官廳（尤其是行政裁判所）與其他之官廳（尤其是通常及特別裁判所）之間時，則稱之爲狹義的權限爭議。又權限爭議有積極的及消極的之分。各官廳主張某事件屬於自己之權限者，積極的爭議也。各官廳主張某事件不屬於自己之權限者，消極的爭議也。

主管爭議，由其上級之行政官廳裁決之，最終有裁決於內閣者。現今各省間發生之主管權限之爭議，有由內閣裁決之規定矣（日本內閣官制五條）。狹義的權限爭議發生時，在歐洲各國有權限爭議裁判所以裁判之，日本則無此權限裁判所之設置，乃使樞密院處理之。此種規定，已如前述。

第六 各部之行政

（註一九）訴願與行政訴訟，非僅形式上之有別，而其實質亦各有異。行政訴訟者，以對於違法處分之事爲要件，而訴願則不必然。行政訴訟限於有侵害權利時行之，而訴願則唯有損害其利益時，亦得爲之。

內務行政

甲 內務行政

區別行政各部門之標準，不一而足，茲示其大別如左：

內務行政者，以保持公共之安寧秩序，增進人民之福利爲其直接之目的之行政者也。

凡內務，文部、農林、商工、遞信、鐵道等各省所司之行政，皆爲內務行政。勿誤解此唯指內務省所司之行政焉可。

內務行政，得分爲警察行政與助長行政之二大別：

警察行政

(A) 警察行政

關於警察行政之意義，雖不止一說，要不過爲排除危害，制限人民之自由之行政也。如取締銃砲、火藥、土地、集會、結社、出版、兇器等屬之。關此之法規頗多，

其主要者，則爲治安警察法，行政執行法，出版法等是也。

助長行政

(B) 助長行政

助長行政者，積極的助長公共之安寧秩序，及人民之福利爲目的之行政也。更細分之，則爲(一)衛生行政。即關於保健及醫藥之事項。(二)教化行政。即關於神

社、宗教、感化、教育等之事項。(三)經濟行政。即關於農業、漁業、森林、鑛業、狩獵、牧畜、商業、工業、電力、瓦斯、道路、河川、砂防、郵政、電信、鐵道、船

船等事項。(四)恤貧、行政。即關於救貧，慈善等事項。但關於以上各種分類之法規，不遑枚舉矣。

軍務行政

乙 軍務行政

軍務行政云者，關於兵役以及其他所謂軍事負擔、如徵發、要塞地帶之制限等之一切附隨於軍事上之大權而生之行政之謂也。關於此種之法規中，其主要者，如徵兵令、徵發令、要塞地帶法等是。

財務行政

丙 財務行政

財務行政者，關於國資之收納、支出、及管理等之行政也。如豫算、會計及會計檢查、租稅及手續費、專賣、國債等，是其主要之項目。於此有會計法、會計檢查院法、各種稅法、各種之專賣法、及關於各種國債之法令。

外務行政

丁 外務行政

外務行政者，與締結條約之大權，及國際公法相關聯而生之外交事務也。如關於外務省、外交官、領事官等之官制、職務規則、移民保護法、旅券規則等，是其主要之法令也。

司法行政

戊 司法行政

立法行政

己 立法行政

普通所謂司法者，係指民事刑事之裁判而言，與行政固不相同；然有附隨於司法作用而生之行政，是謂司法行政。例如裁判所之組織、權限、及裁判之執行等是也。關於此之法令，如裁判所構成法、辯護士法、公證人法、執達吏規則、及監獄法等，是其主要者也。

立法與行政，固為不同之主權作用也。但附隨於立法作用（制定法律之作用）之行政，則稱為司法行政。其主要之法規，如衆議院議員選舉法是也。

刑法

第二節 刑法

刑法之意義

刑法（德 *Kriminalrecht*; *Strafrecht* 英 *Criminal law*; *Penal law* 法 *Droit criminel*; *Droit pénal* 意 *Diritto criminale*; *Diritto penale*）者，規定犯罪與刑罰之法也。自實質的意義言之，凡國家制定刑罰權實體之法令，皆曰刑法；而自形式的意義觀之，則刑法者，指刑法典而言也。日本明治維新後，施行新律綱領、改定律例等之刑罰法令；而自明治十五年所謂舊刑法實施，則稍改其面目矣。迄後更有改正之議，現行刑法，則於明治四十年四月二十五日公布，而由翌年十月一日起實施之。今也更有改正之傾向焉。

對犯罪而科刑罰，其根據為何？學者之說頗多：或以刑罰為基於正義而加於犯罪之報復者有之。（報復主義）。或以為刑罰者，為達保持國家之安寧幸福之目的之手段也。（目的主義）。吾以後說為正。

刑罰之目的，如右所述，則無徒科重刑之必要，自不待論；然鑑於近時慘忍惡性之犯罪，層見疊出，關於現行法及裁判官之酌令，疑其主義者，漸次加多矣。大正十五年四月以法律第六十號公布之特別法（即關於團體或示多衆之威力而為之犯罪之法），亦按其國情之必要上非得已也。

又近時鑑於不良少年之輩出，基於善導之目的，以少年法而設關於保護及刑事處分與少年審判所之特別規定。由少年審判所送來之少年，更以矯正院法而設矯正院以收容之。此皆所以示刑罰之目的，非為報復者也。

刑法法典者，對陸海軍刑法，地方警察令及其他刑罰法令而居普通法之地位者也。其第一編為總則，凡法例、刑、期間計算、刑之執行猶豫、假出獄、時效、犯罪之不成立及刑之減免、未遂罪、併合罪、累犯、共犯、酌量減輕及加減例等各犯罪，均於此編規定之。第二編曰罪，其內容為具體的規定各種之犯罪與刑罰者也。茲述其大要於次：

第一 犯罪

甲 犯罪之意義

犯罪之意義

犯罪 (羅 *Delictum*; *Crimen* 德 *Verbrechen im Weiteren Sinne* 英 *Crime* 法 *Infraction*; *delitto* 意 *Reato*; *Delitto*; *Crimine*) 云者，法令明示科刑之有責的不法行為之謂也。故(一)不論何等之行為，法令無明文者不爲罪(無法則無刑 *Nulla poena sine lege*)。非如古之採取擅斷主義，乃根據刑法定主義者也。此在憲法已明定之矣。(二)假令雖爲法令明示之行為，而行爲者爲無責任能力人(德 *Zurechnungsfähigkeit* 英 *Responsibility* 法 *Responsabilité* 意 *Responsabilità*) 時，則不爲罪。卽心神喪失者及未滿十四歲之人，在刑法上爲無責任能力者，其行為無處罰。又瘖啞者之行為，無處罰或減刑。至於心神耗弱者之行為，則唯減輕其刑而已。(日刑法三九條至四一條)。但有責之行為，其條件則須基因於故意(羅 *Dolus* 德 *Vorsatz* 英 *Intention*; *Wilfulness* 法 *Intention*; *dol* 意 *Intenzione*; *Dolo*; *Premeditazione*)。或過失(羅 *Culpa* 德 *Fahrlässigkeit* 英 *Negligence*; *Fault* 法 *Faute* 意 *Colpa*; *Negligenzia*)。故意云者，明知其不可爲而決意爲之之謂也。(三八條)。過失云者，常人得知其不可爲，乃不注意其不可而爲之之謂也。例如失火、過失溢水、過失傷害等是。(三)非不法之行為不爲罪。故因法令或正當業務之行為，對於急迫不正之侵害，爲防衛自己或他人之權利出於不得已之行為(正當防衛)，不得爲罪。又對於自己或他人之生命、身體、自由及財產，爲避現在之危難

犯罪之種類

故意犯及過失犯

普通犯及特別犯

作爲犯及不作爲犯

政事犯及常事犯

乙 犯罪之種類

而出於不得已之行爲（緊急行爲），亦不爲罪。（三五條至三七條）。

犯罪有種種之分類，其主要者如次：

（一）故意犯及過失犯

因故意而成立之犯罪，稱之爲故意犯。因過失而成立之犯罪，則稱之爲過失犯。

又稱前者爲有意犯，後者爲無意犯。

（二）普通犯及特別犯（附 警察犯）

普通刑法法典規定之犯罪，謂之普通犯。陸海軍刑法及其他特別法令規定之犯罪，稱爲特別犯。違反特別法中之警察法規者，則又稱之爲警察犯矣。

（三）作爲犯及不作爲犯

因積極的行爲而成立之犯罪，謂之作爲犯。因消極的行爲而成立之犯罪，稱爲不作爲犯。例如殺傷人命，屬於前者。絕人之食而致其死，則屬於後者矣。

（四）政事犯及常事犯

直接對政治上的秩序之犯罪（如內亂罪，外患罪及對於君主之罪），謂之政事犯或國事犯。此外之犯罪，則稱爲常事犯或非國事犯。

親告罪及
非親告罪

(五)親告罪及非親告罪

告訴後始由檢察起訴之犯罪(例如姦淫罪、侮辱罪)，謂之親告罪。不待告訴而應起訴者，稱爲非親告罪。普通之犯罪，多屬後者。

即時犯及
繼續犯

(六)即時犯及繼續犯(附 連續犯、慣行犯)

即時犯者，卽到已遂之狀態而同時成立之犯罪也。多數之犯罪，皆屬此類。然到已遂狀態之後，而其犯罪狀態仍有多少時間繼續之犯罪，則稱之爲繼續犯。例如不法監禁罪是也。此種犯罪之時效，由繼續事實之最終日起算可也。若獨立的犯罪，連續數回爲之者，則視作一罪，而稱之爲連續犯。(五五條)(例如倉庫中之米，每日盜取一包之類是)。至於慣行犯，則將一定之行爲，反覆行之之犯罪也。(例如賭博常習犯，無免許營業犯等是)。以廣義言之，則有以慣行犯包在繼續犯中者矣。

現行犯及
非現行犯

(七)現行犯及非現行犯

現行犯云者，現在行爲或行爲終了後發覺之罪之謂也。非然者稱之爲非現行犯。關於現行犯之訴訟，手續簡略。(日刑事訴訟法一二四條至一三〇條)。

牽連犯及
非牽連犯

(八)牽連犯及非牽連犯

廣稱牽連犯時，卽一種之行爲而犯數種之罪名，又因犯罪之手段或結果之行爲而觸

他種之罪名者之謂也。從而以其中最重之刑而處斷之。(五四條)。非然者則稱爲

非牽連犯。例如以一擊而殺人而毀物，則以殺人之一事而論罪。加暴行而盜取財物

之行爲，雖犯暴行罪及強盜罪等之罪名，而牽連之規定，則以強盜罪之一罪而論也。

其他如盜竊之結果而生之冒認罪，則包含於盜竊罪之內矣。

(九) 一罪犯及併合犯

一罪犯及
併合犯

一人而犯未經確定判決之數種犯罪者，稱之爲併合罪。此與舊刑法所謂數罪俱發者相同。併合罪雖有各個之犯罪，而刑法對其處分，設有特別之規定。(四五條至

五三條)。例如就併合罪中有一罪應處死刑者，則不科以他刑之類是也。

(十) 單犯及累犯

單犯及累
犯

單犯云者，犯一罪而經其確定判決者之謂也。累犯則反是。前犯一罪，經確定判決後更犯罪者是也。(再犯三犯等)。累犯罪則加重其刑罰。(五六條至五九條)

(十一) 單獨犯及共犯 (正犯、教唆犯、從犯)

單獨犯者，一人單獨犯罪者也。共同犯者，二人以上之人，共同犯一罪者也。

共同犯有三種。二人以上之人共同實行犯罪時，謂之共同正犯。共同正犯，各自科

單獨犯及
共犯

其刑。(六〇條)。例如二人共同殺傷某人者是。共犯之時，甲某使乙某決意犯罪者，則甲某稱爲教唆者，而乙某稱爲被教唆者。被教唆者固爲正犯，而教唆者亦準於正犯。教唆者之教唆者亦同(六一條)。幫助正犯者，謂之從犯。例如授刀與人以助其殺人者是。從犯照正犯之刑而減輕。教唆從犯者，亦準從犯。(六二條六三條)。但實行終了後，與之相關聯而生之犯罪，則非從犯而爲獨立之犯罪矣。如藏匿犯人，卽是其例。

(十二) 既遂犯及未遂犯 (附 中止犯、不能犯)

既遂犯及
未遂犯

犯罪由着手而至於終了，亦有階段焉。通常先有預備，有陰謀，而後犯罪之實行，乃得着手而達於終結也。預備云者，卽準備犯罪之實行，或使之容易實現之行爲之謂也。例如爲偽造貨幣而準備器械之類是。卽犯罪着手前之行爲也。陰謀云者，二人以上之人，爲犯罪而交換意思之謂也。預備及陰謀者，以不處罰爲原則，應處罰者，則別有規定之。(日刑法七三條七五條七八條八八條一一三條一五三條二〇一條二三七條)。但爲接近構成犯罪行爲之行爲時，則認爲已着手於犯罪之實行者也。例如扒手(又稱小手)已伸手入人之衣袋之類是。竊取衣袋中物，其行爲已終結時，則其犯罪之要素已充實，所謂既遂也。

若犯罪之實行已着手，因意外之障礙而未遂者，則稱之爲未遂犯。未遂犯得減輕其刑。（日刑四三條本文）。但未遂有着手未遂與實行未遂（缺效犯）之別。其犯罪之行爲，不過實行其一部者，屬於前者，如已給毒藥與他人，後被第三者認識，而不果其殺人之目的者，是其例也。反之，其犯罪之行爲，已實行其全部，而其效力不發生者，屬於後者。如以殺人之目的而已使之飲毒，乃因解毒劑之效力，而卒不能達其目的者是其例也。

日本刑法，凡因自己之意思，而中止其犯罪行爲者（中止犯），亦算入於未遂之中。中止犯則減輕其刑，或免除之。（日刑四三條但書）。例如使他人飲毒後即給與解毒劑之類是也。

科未遂犯之罰則，限於有特別規定者（日刑四四條）。

與未遂犯相關聯而應述者，則爲不能犯。不能犯者，其行爲之性質上當然不能生其結果者也。不能之事實，有關於犯罪之客體者，有關於犯罪之手段者，又得分之爲絕對不能，與相對不能之二種。例如雖爲殺人之行爲，而被殺之人已爲死體時，是爲關於客體之絕對不能；蓋殺人犯之客體，絕對不存在故也。然擬殺人者雖已發砲，而其人不在其室時，則關於客體之相對不能也；此不過殺人犯之客體，不在其預期之地方

而已。又誤信砂糖為毒藥，使人飲之以圖實現其殺人之目的；然其結果卒不能達其目的者，是關於手段絕對不能也；因砂糖毒殺罪，絕對不存在故耳。然使人飲其分量及性質均足以殺人之毒藥，而因其人之體質關係不能達其目的者，則關於手段之相對不能也，此唯有如斯特別之人，故其結果不生耳。以上所述，不問其屬於何種，普通皆稱之為不能犯也。

不能犯與未遂犯無區別之說，雖有主張之者；然多數之見解，則以為絕對不能者為無罪，而相對不能，則以之為未遂犯而科刑焉。

附 重罪、輕罪、違警罪

重罪輕罪
違警罪

從來之立法例，普通多為重罪（德 Verbrechen im engeren Sinne 英 Felony 法 Crime 意 Crime）輕罪（德 Vergehen 英 Misdemeanor 法 Délit 意 Delitto）及違警罪（德 Wbertretung 英 Contravention 法 Contravention 意 Contravenzione）之區別者，日本之舊刑法亦然。此種區別，唯因刑罰而為之區別，無多意義，故日本之現行刑法，不設規定。

第二 刑罰

刑罰

甲 刑罰之意義及其種類

刑罰之意義及其種類

刑罰（羅 poena 德 Strafe 英 Punishment 法 Peine 意 Pena）者，國家對於犯罪者之制裁

手段也。換言之，卽剝奪犯罪者之利益之手段也。因其利益之如何，而刑罰得分爲生命刑或極刑(德 Todesstrafe 英 Punishment of death; Capital punishment 法 Peine de mort; Peine capitale 意 Pena di morte; Pena capitale)、自由刑(德 Freiheitsstrafe 英 Punishment of imprisonment 法 Peine privative de liberte 意 Pena restritiva della liberta)、名譽刑(德 Ehrenstrafe 英 Ignominious punishment 法 Peine infamante 意 Pena infamatoria)、財產刑或金錢刑(德 Vermögensstrafe 英 Pecuniary punishment 法 Peine pecuniaire 意 Pena pecuniaria)之四種。其他雖有直接加於身體之刑罰(身體刑)，然非近世刑法之所取矣。

日本刑法規定之刑罰，分爲主刑(德 Hauptstrafe 英 Principal punishment 法 Peine principale 意 Pena principale)與附加刑(德 Nebenstrafe 英 Accessory punishment 法 Peine accessoire 意 Pena accessoria)，主刑者，獨立而科刑罰者也。如死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留及科料五種是也。附加刑者，附隨主刑而科刑罰者也。如沒收卽是。其他如刑罰之執行方法及刑期之計算如何？參照日本刑法第九條至二十條，及第六十六條至七十二條等可也。

乙 執行猶豫 假出獄及時效

科刑罰之目的，在於維持安寧秩序，舉自懲他戒之實也；故對於一切之犯罪，不必須常常科之。此近世之立法者，所以承認執行猶豫、假出獄及時效等之制度也。

執行猶豫
假出獄及
時效

刑之執行
猶豫

(一)刑之執行猶豫

刑罰者，非對犯罪者之報復手段也。故因其情狀而執行刑罰以外，不可不採促犯人改悔之方法，如前所述之少年法，即秉此趣旨者也。蓋短期之自由刑，反有使人感染惡風之虞。故近世之刑法，多取刑之執行猶豫或宣告之猶豫（德 *Bedingte Strafverurteilung*；英 *Conditional condemnation*；法 *Sentence morale*；*Condamnation conditionnelle* 意 *Sentenza condizionale*）之制度焉。

日本刑法認定之執行猶豫之要件有二：（一）現在宣告之刑，其為二年以下之懲役或禁錮者。（二）未受過去七年以內之禁錮以上之刑者是也。對於具此條件者，雖已為裁判之宣告，亦得因其情狀，自裁判確定之日起，定一年以上五年以下之期間，猶豫其執行。受此猶豫之宣告者，在此試驗期間內，不為法律規定之犯罪，而其猶豫之宣告不經取消時，則刑之宣告，失其效力。從而犯罪者是為餘刑之人，而得自由活動於社會中矣。（日刑二五條至二七條）。

其他如日本刑事訴訟法第二百七十八條之規定：因犯人之性格、年齡、境遇及犯罪後之情況，無追訴之必要者，檢察得不提起公訴。亦基於上述之趣旨者也。

(二)假出獄

假出獄

處以懲役或禁錮之刑者，有改悛之狀態時，有期刑則經過其刑期之三分之一，無期刑則經過十年之後，以行政官廳之處分而得假許其出獄。是謂假出獄（德 Vorläufige

Enlassung; Bedingte Enlassung 英 Provisional release 法 Liberation provisoire; Liberation conditionnelle 意 Liberazione condizionale）。假出獄之處分，得依法定各種情狀而取消之，被取消時，則其出獄中之日數，不算入於刑期。（日刑二七條至三〇條）。

(三)時効

刑罰雖因執行之終了或大赦特赦等種種之事由而消滅，而特有說明之必要者，則爲時効（德 Verjährung 英 Prescription 法 Prescription 意 Prescrizione）。夫人雖已犯罪，而經過長年月後，始追訴之或科刑焉，則反攪亂社會之秩序，對犯人以外之人有不利益之虞。又自懲他戒之目的，雖達亦不可知，而况經時既久，其證言證據等材料，多不可靠者乎！此法律所以有時効之制度也。

刑事法上之時効有二。一曰刑之時効（德 Vollstreckungsverjährung 英 Exinctive prescription of punishment 法 Prescription extinctive d'une peine 意 Prescrizione della condanna）。二曰公訴之時効（德 Verfolgungsverjährung 英 Exinctive prescription of prosecution? 法 prescription extinctive de l'action publique 意 prescrizione dell'azione penale）。前者爲刑法之所

規定，後者爲刑事訴訟法之所規定。例如有人一旦雖受刑之宣告，而宣告確定後，在一定之期間內不受刑之執行時，得因時效而免除其執行。（日刑三一一條至三四條）。此即屬於刑之時效者也。因經過一定之期間而不追訴訟，則因時效而失其訴訟權。此則屬於公訴之時效者也。（日訴訟二八一一條至二八七條）。

以上所述，是爲刑法總則之大要。日本刑法第二編，其對於皇室以下各種罪，與對此之刑罰，雖設有詳細之規定；然罪之種類，非以此而盡之；蓋別有無數之刑罰法令，不可不知也。

第四節 訴訟法

法有實體法與手續法之別，已如前述，而手續法中之主要者，則爲民事訴訟法及刑事訴訟法是也。

訴訟法與

裁判所構

成法

民事訴訟法及刑事訴訟法，與裁判所構成法相依而爲其作用者也。關於裁判所之構成（德

Gerichtsverfassung 英 Organisation of courts of justice; Judicature 法 Organisation des tribunaux 意 Ordinario giudiziaro）之裁判所構成法，分爲四編。第一編規定裁判所及檢察局，第二編規定審判，檢察，裁判所書記，執達吏及廷丁等，第三編規定司法事務之處理，第四編則規定司法行政之職務，及監督權者也。日本之司法裁判所，共分四階級，即大審院，控訴院，地方裁判所，及

區裁判所是也。然審級(德 Instanz 英 Instance 法 Instance 意 Stanza)則分爲三，卽對區裁判所之判決，向地方裁判所控訴之，如仍不服時，則更上告於大審院，以此爲終審。又在地方裁判所，不服其初審判決者，控訴於控訴院，尙不服者，則上告於大審院以之爲終審爲原則。但在第一審，如何之事件應屬於區裁判所，如何之事件應屬於地方裁判所乎？此則一依構成法之所規定。至對於第一審之判決，不爲控訴而得逕行上告者，此又刑事訴訟法等，別有例外之規定，不可不注意也。

區裁判所之裁判，單獨審判行之。地方裁判所及控訴院，則爲合議制，而由審判三人組織部以裁判之。大審院則又由審判五人組成部而爲之裁判矣。

區裁判所、地方裁判所及控訴院，皆對於事實問題及法律問題而爲之裁判者也；而上告審，則爲法律問題而非事實問題矣。故大審院，唯對於違背法律之裁判(卽不適用法律之類)，行其裁判權而已。但刑事訴訟法等中有多少之例外，參照日本民事訴訟法三九四條三九五條，刑事訴訟法四〇九條至四一九條可也。然則日本民事訴訟法及刑事訴訟法之內容如何？請俟述其大略於下：

第一 民事訴訟法

民事訴訟法(德 Zivilprozessrecht 英 Law of civil procedure 法 Droit de procedure civil 意 Diritto

di procedura civil) 者，規定私權之保護及實行之手續法也。規定私權實體之民法、商法等，雖爲私法，而規定其運用之民事訴訟法，則屬於公法；蓋訴訟關係，因當事者請求國家權力之發動而生者故也。

日本民事訴訟法，於明治二十三年公布，自翌年二十四年一月一日起實施；然以訴訟之進行等爲目的，則自大正十五年四月以法律第六十一號而大加修正者是也。此法共分八編，其第一編，關於裁判所，當事者及其他訴訟手續一般之規定，皆包含在內。第二編規定關於地方裁判所及區裁判所之第一審訴訟手續也。第三編則規定關於上訴之手續也。上訴云者，即不服下級裁判所之裁判，而更申訴於上級裁判所之謂也。上訴有控訴、上告、抗告、三種之區別。

控訴者，不服區裁判所或地方裁判所之第一審判決而爲之者也。上告者，不服地方裁判所及控訴院之第二審判決而爲之者也。抗告者，對關於訴訟手續之申請，未經口頭辯論而却下之判決，得依法律規定而爲之者也。第四編，關於再審之規定也。再審云者，經過上訴之期間，又歷盡審級之確定的判決，乃限於法律有規定之重大事由者，得再審理之例外的事實也。例如裁判所不爲構成法所定之構成者，供判決之證據的證書偽造或變造者，此等之判決均得聲請再審是也。第五編，規定關於督促手續者也。第六編，規定強制執行之手續。第七編，規定公示催告之手續。第八編所規定者，則關於仲裁手續也。

私權之實行，固非僅以民事訴訟法而已足，而其他之有關於私權實行者，尚有多數之法令焉。就中如人事訴訟手續法（即規定關於婚姻、養子緣組、親子關係、相續人廢除、隱居、禁治產、準禁治產、失蹤等之手續者），非訟事件手續法（即法人、不在者之財產管理等等，雖不可稱為訴訟，而為私權之保護上，所以規定裁判所之執行手續者），以及其他不動產登記法、競賣法、破產法、和議法等之關於私權實行手續之法令，不遑枚舉。

至於民事事件，則務使其避依裁判所而決勝敗，除取從來之和解手續等外，則採使由民間選任委員而調停之主義矣。借地借家調停法、小作調停法、商事調停法等，皆關於此手續之規定也。

第二 刑事訴訟法

刑事訴訟法(德Strafprozessrecht 英Law of criminal procedure 法Droit de procedure penale意Dritto di procedura penale)者，規定國家刑罰權、實行手續之法也。日本刑事訴訟法，係明治二十三年制定；而於裁判之進行，人權之擁護等諸點，尙多遺憾，故大正十一年五月以法律七十一號改正之矣。其第一編為總則，包含裁判之管轄、訴訟能力等刑事訴訟一般之規定。第二編規定第一審之訴訟手續。第三編規定上訴（即控訴及上告等）之手續。第四編規定屬於大審院特別權限之訴訟手續。在此特別權限而應歸於大審院裁判之事件，如對天皇、太皇太后、皇太后、

皇后、皇太子、皇太孫、皇族之罪，及內亂罪等是也。但其第一審即爲終審。第五編規定再審之手續。第六編規定非常上告之手續，非常上告者，即審判確定後，其審判違反法令時，檢察總長所爲之上告也。第七編規定略式手續也。何謂略式手續？即區裁判所在公判前，以略式命令而科罰金或科料之手續也。第八編規定裁判之執行手續也。第九編規定附帶私訴之手續。附帶私訴云者，即因犯罪而受損害者，附帶於檢察之公訴，對於被告人自第一審之口頭辯論終結前，得提起之訴也。

雖然刑罰權之實行手續，固非僅以刑事訴訟法而已足，此外尚有監獄法、恩赦令等多數之法令也。

大正十二年四月以法律第五十號而公布之陪審法，所以使國民參與司法，強固其對刑事裁判之信賴而設者也。即由有一定之資格者，選出陪審員十二人，關於一定之犯罪事實，則使之判斷者也。此種制度，雖流行於外國，然非去其感情及黨派心，則有不得全其運用之虞。其成績如何？一俟國民之自覺而已。

國際公法

第五節 國際公法

國際公法（外國語述在第四章第二節）者，依數國家之意思而規定國家相互間之權利義務之

法也。國際公法，固非有國際公法的形式法典，乃由慣習及條約而成者也。普通分之爲平時國際公法及戰時公法之二部。茲先就此二部而略說之，至關於國際聯盟之說明，則俟其次。

平時國際

公法

第一 平時國際公法

平時國際公法（外國語前已述之）者，在平和時期中之國際間之法也。其主要部分，如國家之基本權，代表機關，條約及爭議處理方法等是也。

國家之基

本權

甲 國家之基本權

爲國際法上的主體之國家，其當然具有的權利，稱之爲基本權（德 Grundrechte 英 Fundamental rights 法 Droits fondamentaux 意 Diritto fondamentali）。所謂基本權者，學者之說雖不必一致，而自衛權，獨立權、平等權、相互尊重權及自由交通權之概屬基本權也，人皆無可異論。

自衛權

（一）自衛權

自衛權（德 Selbsterhaltungrecht 英 Right of self-preservation 法 Droit de conservation 意 Diritto di conservazione）者，當危害國家自存之事態發生時而行使之權利。其行使自衛權之手段，如干涉、戰鬥行爲等，均無制限者也。

獨立權

（二）獨立權

獨立權 (德 *Unabhängigkeitsrecht* 英 *Right of independence* 法 *Droit D'indépendance* 意 *Dritto d'indipendenza*) 者，國家關於內治及外交，得自由行使其主義之權利也。但此獨立權，有時受制限，如領事裁判及土地租借，是其主要之例也。

平等權

(三) 平等權

平等權 (德 *Recht auf Gleichberechtigung* 英 *Right of equality* 法 *Droit d'égalité* 意 *Dritto di eguaglianza*) 者，在各國相互之間，關於同等享有及行使權利之權利也。如不論何國，對於中立有同一之權利義務，又在列國會議有同等之表決權者，即平等權之結果也。

相互尊重權

(四) 相互尊重權

相互尊重權 (德 *Recht auf Achtung und Ehre* 英 *Right to honour and respect* 法 *Droit au respect* 意 *Dritto al rispetto*) 者，某國家使他國家尊重其威嚴之權也。例如關於元首、外交使節、軍艦、軍隊、軍旗、國旗、等之權是也。但有以相互尊重權，列入平等權之中者。

自由交通權

(五) 自由交通權

自由交通權 (*Recht auf freien Verkehr* 英 *Right of mutual commerce*; *Right of free*

communication 法 Droit de commerce mutuel; Droit de la communication libre 意 Diritto bel libero traffico)者，國家於公務上得互相交通，及國民得互相交通之權利也。

代表機關

乙 代表機關

元首有爲宣戰講和，締結條約之大權。外務大臣，則爲行使國家之國際的權利義務者。臨時派遣之外交使節，亦爲代表國家之機關。然舉其常設之代表機關，則爲外交官及領事官之二者是也。

外交官

(一) 外交官

外交官(德 Gesandte im weiteren Sinne; Diplomatische agenten 英 Diplomatic agents 法 Agents diplomatiques 意 Agenti diplomatici)者，駐在外國而司外交事務之官吏也。參事官、書記官、外交官補、書記生、翻譯官等，爲其補助之機關；然於狹義上，則唯指大使(德 Patschafter 英 Ambassador 法 Ambassadeur 意 Ambasciatore)及公使(德 Gesandter 英 Minister 法 Ministre 意 Ministro)而言也。公使亦有特命全權公使、辦理公使及代理公使之別。大使直接代表元首。特命公使則以元首之名而司外交事務。辦理公使雖與此同，而席次則較劣。代理公使雖唯以政府之名而司外交事務，然其職務上實無何等之差別，不過有待遇上之相異而已。又代理公使之信任狀，非由此國之元首而遞於他國之元首

，乃由此國之外務大臣、而遞於他國之外交大臣者也。

大使館員、公使員、及其家族隨員等之身體財產，均有特別之保障。其主要者，如居宅公館之不可侵權，關於租稅之特權等是也。

領事官

(一)領事官

領事 (德 Konsul 英 Consul 法 Consul 意 Console) 者，駐在外國，以司理本國人民之通商航海事務爲其主要職務者也。又司法事務亦有時司理之。日本之領事官職務，依領事官職務規則，及明治三十二年法律第七十號等規定之。

領事亦有總領事、領事、及副領事等之別。此外有設貿易事務官及名譽領事者。日本之總領事，不過較諸領事有多少重要之管轄，而副領事則輔佐總領事或領事者也。至於領事館中，則得設置領事官補及書記生等，以爲補助機關焉。

領事官亦爲準外交官，依條約或慣例上，賦與多少之特權。

丙 條約

條約

條約 (德 Staatsvertrag 英 Treaty; Convention; Agreement 法 Traite; Convention 意 Trattato; Convenzione) 者，複數國家間之關於國際的權利義務之合意也。因其內容而有修好條約，通商條約、講和條約、同盟條約等多數之種類。於廣義言之，則決議書、覺書、宣言等，亦已含

在內，而關此之用語則不一定。

條約者，各國家之有權限的機關締結之，更由其國之元首確定之，因而發生效力也。

普通稱此確認為批准（德 *Ratifikation* 英 *ratification* 法 *ratification* 意 *ratificazione*）。或曰：全權委員之締結者為案文，此案文因批准而條約乃成立；然正確言之，已依有權限之機關而締結者，則條約已因之而成立，批准者，不過賦與效力之形式而已。

丁 國際爭議之處理

平時處理國際上之爭議，有平和的方法與強制的方法之二種。茲分述於次：

(一) 平和的處理方法

平和的處理國際上紛爭之方法，根據海牙平和會議決定之國際紛爭平和的處理條約，而得分之為周旋，居中調停、國際審查會之事實審查、仲裁裁判、國際聯盟規約之五種方法焉。（一）周旋（德 *Gute diense* 英 *Good offices* 法 *Bons offices* 意 *Buoni uffici*）云者第三國對於他國間紛爭之解決，助其談判之開始進行之行為也。然非直接干與其談判之謂。（二）居中調停（德 *Vermittelung* 英 *Mediation* 法 *Mediation* 意 *Mediazione*）者，第三國對於他國間之紛爭，直接干與其談判而助其解決之行為也。但周旋與居中調停，均不問是否因當事國之依賴而行之者也。（三）國際審查委員會之事實審查者，依

國際爭議
之處理

平和的處
理方法

平和的處理條約而認定之國、際、審、查、委、員、會 (德 Internationale Untersuchungskommission 英 Cominty of international inquiry 法 Commission internationale d'enquete 意 Commissione internazionale d'inchiesta) 審查其由事實上之見解相違而生之紛爭之行爲也。審查者非裁判，故無拘束之力。而此委員會、就其事件以當事國之特別約定而組織之。(四) 仲裁、(德 Schiedspruch 英 Arbitration 法 Arbitrage 意 Arbitraggio) 者，基於爲法律上之紛爭的當事國之申請，以仲裁裁判官而解決之方法也。當事國對於仲裁者無特別之協約時，則在平和的處理條約所定之海牙常設仲裁裁判所爲之可耳。國際聯盟規約有規定之。各締盟國，任命四人以下之裁判官，其任期爲六年。(五) 基於國際聯盟規約而存之紛爭解決機關有三。如因聯盟理事會之調查解決，前揭之仲裁裁判及國際司法裁判所是也。可參照後之關於國際聯盟之說明。

(二) 強制的處理方法

強制的解決國際爭議之方法，有報復、復仇及平時封鎖之三種。(一) 報復 (德

Retorsion 英 Retorsion 法 Retorsion 意 Ritorsione) 者，相對國雖無違反國際上之義務，然爲不公平不利益之行爲時，被害國得爲同一或同種之行爲，以促其反省而遏其不當行爲之方法也。例如甲國對乙國之輸入品課重稅，或對乙國人民之待遇不公平時，縱爲甲國

之權利，亦爲不當之行為，於此乙國亦取同樣之行為以對付之者是也。(二)復仇(德 Repraisien 英 Reprisal 法 Reprise 意 Ripresaglia)者，甲國違反國際上之義務而侵害乙國之權利時，此行為非止不當而且爲不法，乙國對此亦爲同種或同程度之不法行為，以促其反省之方法也。例如甲國妨乙國人之交通，傷害其財產時，乙國對甲國人亦採同種或同程度之不法行為之類是也。但與報復相異者，即其原因爲不法，及不必限於取同種之行為以促其反省之二點而已。又船舶扣留(德 Embargo; Schiffshalt 英 Embargo 法 Embargo 意 Embargo)，亦爲用於復仇之有力的手段。即泊在自國港灣領海內之他國船舶，以復仇之手段而扣留之是也。(三)平時封鎖者，以艦隊監視他國領海之一部或全部，而遮斷其交通，此即平時所行之封鎖(德 Blockade 英 Blockade 法 Blocus 意 Blocco)也。平時封鎖，有用之爲復仇之方法者，亦有用之爲干涉之手段者，如千八百二十七年英法俄之艦隊，封鎖希臘海岸者，所以干涉希臘之獨立也。

第二 戰時國際公法

戰時國際公法(外國語已述)者，關於國家間戰爭之法也。換言之，即規定國際法的主體間之實力上的爭之法也。其內容如何？約述如此：

甲 開戰之時期及方法

戰時國際
公法

開戰之時
期及方法

當國際間有紛爭時，當事國雖應取可及的平和手段以圖解決；然在不得已時，得送最後通牒（Ultimatum），限定一定時期而求其確答，不得確答時，則宣戰以解決之，是為常例。然謂戰爭已經宣戰（德 *Kriegserklärung* 英 *Declaration of war* 法 *Declaration de guerre* 意 *Dichiarazione di guerra*）則不可開始者，法律上無此原則。而以事實上之戰鬥行為即開始者，事固有之。但對相對國，並無何等之交涉而直出此行為者，其為不法，固不待論。此海牙第二次平和會議所以規定宣戰及附條件宣戰，無最後通牒，不為敵對行為也。

乙 開戰之效果

戰爭開始時，發生種種之效果。今舉其主要者，則有永久的關係之外，在各當事國間之一般條約，得廢止或停止之。外交機關得解任之。對於敵國人之身體財產，得為非常之處分。其餘如交通、船舶、商業等，皆受制限。總稱此種狀態，謂之交戰狀態。近世慣例，對於敵人之身體財產等私權，務必尊重之；然視最近之歐洲大戰，所謂文明國之處置，則於此殊相反矣。

丙 關於陸戰及海戰之規則

關於戰時行為之法規慣例，其主要者為千八百九十九年千九百七年之關於陸戰法規慣例之規定，千九百六年之赤十字條約，千九百九年之倫敦宣言及其本邦海上捕獲規則，海戰法

開戰之效果

關於陸戰及海戰之規則

規等是，而千九百七年在海牙平和會議決定及通過者亦甚多。如規定害敵手段，俘虜死者傷者病者之處置，突擊、攻圍、砲擊、間諜、降伏、軍使、封鎖、禁制品、休戰，以及敵人財產徵發等之規定皆是。然此等法則之被歐洲大戰蔑視者不少，而空中戰法規之制定，更被改訂者也。

局外中立

丁 局外中立

局外中立(德 *Neutralität* 英 *Neutrality* 法 *Neutralité* 意 *Neutralità*)云者，不加於交戰關係之第三國的地位之謂也。永世中立國，在戰時亦處於局外中立之地位，固其義務所應爾；而第三國得任意宣布局外中立，不加於交戰關係，此又不待言也，但此所謂好意中立，非真意義之中立。

局外中立之規定，在海牙第二次平和會議，有陸戰海戰之關於中立國之權利義務之條約，及倫敦宣言等。然則中立國之權利義務如何？即對於交戰國維持平和關係，在自國之領土領海內，使無發生戰鬥行為或其準備行為，及無使軍隊軍艦之通過等皆是。至關於戰時禁止品，尤不能幫助交戰國之任何一方也。

戊 戰爭之終了

戰惡通常雖以講和條約之締結而終了，然一方被征服時，及事實上陷於永久失其戰鬥行

了
戰爭之終

爲時，則戰爭亦常因之而終了。戰爭之終了之效果如何？即回復交戰國間之平和狀態，解除局外中立之權利義務，固爲應有之事；而開戰前交戰國間之諸條約，究在如何之範圍，回復其當然之效力乎？此則解說不一。實際上講和之後，其一般條約，皆改訂之，無待研究者也。

國際聯盟

第三 國際聯盟

民國八年六月二十八日（日本大正同年月日），構成講和條約之歐洲大戰，由是而國際聯盟（德 *Völkerbund* 英 *League of nations* 法 *Société des nation* 意 *Societa delle nazioni*）生焉。

此聯盟，由講和條約調印國，及表同意於聯盟之國家，共同組成，今則德國等亦加在內。

其事務局雖在瑞士之日內瓦，而理事會得遷移之。茲將此聯盟之組織之職務，述其大要於次：

組織

甲 國際聯盟之組織

聯盟之組織，共分三部；（一）曰聯盟總會。開會有一定之期間，凡關於聯盟之一切協議，由此機關爲之，是爲立法部。（二）曰聯盟理事會。即由聯盟國中選定之理事國之會議也，是爲行政部。（三）曰常設司法裁判所。其地址在海牙，爲解釋各國家間之條約，及解決其他國際上之諸問題者也，是爲聯盟之司法部。

乙 國際聯盟之職務

國際聯盟之職務，在於維持國際之平和，固無待論；然爲達其目的，亦有種種之方法：如軍備制限，依理事會及常設司法裁判所之解決紛爭，條約之公表，委任統治，勞動問題以及其他社會問題之處理等方法皆是。又聯盟國中，對於理事會或常設司法機關之判決，未經過三個月而訴以戰爭者，則視作對於聯盟全部而爲戰爭行爲，乃得加以斷絕其通商國交等之制裁。又國際警察組織案，亦將成立。欲悉其詳細，參照聯盟規約可也。

第六章 私法之主要系統

私法之主要系統

私法中之主要系統，爲民法、商法及國際私法是也。茲就其大要而說明之。

近時各國學者，有由公法私法之部門，抽出其關於勞動及經濟之法制而研究之者，是謂勞働法、經濟法；然其內容依人而不同，其體系將見漸次具備矣。

第一節 民法

民法

民法(羅 *ius civile* 德 *Bürgerliches recht*, *Zivilrecht* 英 *Civil law*; 法 *Droit civil* 意 *Diritto civile*)

一語，有實質的意義與形式的意義兩種。其汎指私法全部者，實質的意義之說也；蓋民法商法

等之法典，凡關於私權實體之各種成文法及不文法，固皆包含在內。其僅指民法法典而言者，形式的意義之說也。日本自維新後，已着手民法編纂，經種種之沿革，乃屬法人 *Bourgeoisie* 爲之起稿，而所謂舊民法者成。日本之舊民法，自明治二十三年公佈，二十六年起施行；然其內容，多倣法國民法之點，有不適國情之非難，乃延其實施之期。後設法典調查會，全部大加修正，而於明治二十九年公布總則、物權、債權之三編。三十一年公佈親族及繼承（日人曰相續）之二編。由同年七月十六日起實施民法全部，日本之現行民法，卽此物也。

民法法典者，包含關於私權實體之原則的法規也。商法對此始有多數之特別法令。日本民法，大體以德國民法爲母法，而德國民法，又多取羅馬法之原則，故日本民法中，根據羅馬法上之理論而規定者，亦復不少；然日本亦有古來之舊慣，如其親族繼承之二編，蓋參酌其舊慣而成之特顯著者也。

民法法典，由上述之五編而成。茲就各編之大略分說如下：

總則

第一 總則

總則編者，關於各種之私權及法律關係之共通的規定也。

甲 自然人及法人

得享有私權及負擔私法上之義務者，唯自然人及法人之二者而已。故自然人與法人，

爲私權之主體。

自然人

(一) 自然人

第一章關於自然人(人) (羅 *Personae* 德 *Natürliche personen*: *Physische personen*

英 *Natural persons*; *Physical persons* 法 *Personnes réelles*; *personnes* 意 *Persone fisiche*) 之規定也。人因出生而有權利能力(德 *Rechtsfähigkeit* 英 *Passive legal capacity of enjoyment of private rights* 法 *Capacite de jouissance des droits civils* 意 *Capacità del godimento dei diritti civili*) ; 故人出生之後, 卽具有享權利負義務之資格, 是謂法律上之人格。如昔謂奴隸無人格者, 今日之法制, 已否認之。(日民一條)。

行爲能力

凡人得使其權利獨立而活動, 而爲有效的法律行爲之能力, 卽稱之爲行爲能力或單稱爲能力(德 *Geschäftsfähigkeit* 英 *Active legal capacity* 法 *Capacità d'exercice des droits civils* 意 *Capacità de'esercizio dei diritti civili*) 。

無能力者

自然人而無完全之行爲能力者, 謂之無能力者(德 *Geschäftsunfähiger* 英 *Incapable person*?; *Abnormal person* 法 *Personne incapable* 意 *Persona incapace*) 。

日本民法中規定無能力者有四種, 曰未成年者, 禁治產者, 準禁治產者及妻是也。(一) 未成年者(羅 *Minores* 德 *Minorjähriger* 英 *Minor* 法 *Mineur* 意 *Minorene*) , 未滿二十歲之人也。未

成年者在一定之事情外，原則上須得法定代理人如親權者或監護人（日稱後見人）之同意，始得爲有效之法律行爲，否則其行爲得以取消。（日民三條至六條）。（2）禁治產者（德 *Enmündiger* 英 *Incompetent person*）法 *Interdit* 意 *Interdetto*），卽有心神喪失之常態者，因一定人之請求而受裁判所宣告其爲禁治產之人也。禁治產者，常置監護人以代其爲法律行爲。若禁治產者親自爲法律行爲時，則其行爲得以取消。如心神喪失之常態終止時，因一定人之請求，裁判所不可不撤消其宣告。（日民七條至十條）。

（3）準禁治產者（德 *Quasi-Enmündiger*？英 *Quasi-incompetent*？法 *Demi-interdit* 意 *Quasi-interdetto*），凡心神耗弱、聾、啞、盲及浪費之人，因一定人之請求，而由裁判所宣告其爲準禁治產之人也。凡準禁治產人，得置保佐人。法律所定的一定之重要行爲，非有保佐人之同意，不得行之。否則其行爲得以取消。此種宣告，亦俟其原因終止後，得因一定人之請求而撤消之。（日民一一條至一三條）。（4）妻（羅 *Mulier marita*；*Uxor* 德 *Ehefrau* 英 *Married woman* 法 *Femme mariée* 意 *Donna maritata*）者，爲夫權之保護及維持一家和平之必要上，亦爲無能力者。但非如前三者之無能力，專以保護無能力者本人爲主眼也。蓋妻之身體應受羈絆，當其爲契約或其他法定的重要行爲時，不可不得夫之許可。如其單獨爲之，則其行爲得以取消。（日民一四條至一八條）。

人之住所，在法律上有種種之關係。住所（羅 *domicilium* 德 *Wohnsitz*；*Domizil* 英 *Domicile* 法 *Domicile* 意 *Domicilio*）云者，即各人之生活的本據，亦即一般生活的心之謂也（日民二一條）。凡離去其從來之住所或居所者，謂之不在者。不在者由其最後之音信起，若經過七年間生死不明時，則為保護本人及利害關係人之必要上，得因利害關係人之請求，而為失蹤（德 *Verschollenheit* 英 *Vanishment*；*Disappearance* 法 *Absence* 意 *Assenza*；*scomparsa*）之宣告。經宣告失蹤之人，則視作其人已經死亡，繼承開始等等，均與本人已死亡者發生同一之效果。但此宣告，日後得取消之。（日民二五條至三二條）。

(二) 法人

總則第二章，關於法人之規定也。法人（羅 *Personae vice fungit*；德 *Juristische Personen*；*Künstliche P.*；*Fingierte P.*；英 *Artificial persons*；*Juridical p.*；*Juristic p.*；*moral p.*；*Legal p.*；法 *Persones juridiques*；*Persones morales* 意 *Persone giuridiche*）云者，非自然人而得為權利義務之主體者之謂也。昔時以為權利義務之主體，唯限於自然人。非自然人而有人格之法人，因法律之擬制而生者也。此種觀念雖流行於古代，然自然人非以其有肉體即有法律上之人格，亦不過因法律承認之而始得為權利義務之主體也。就因法律

而賦與人格之點觀之，自然人與法人，別無所異，可知法人非法律之擬制，乃為實在者也。法人在某意味上，有意思有能力。如法人之理事者，非補助法人的意思之代理人，乃為法人之機關手足也；故理事等行使其職務而對他人加以損害時，則法人不可不任其責。

類 法人之分

法人可大別為公法人及私法人之兩種。公法人者，為國家自身及國家之公務而存在之法人也。如府、縣、市及商業會議所等屬之。私法人者，為私的事業而存在之法人也。而私法人之中，又有社團法人及財團法人之分。(1) 社團法人 (德 *Verein* 英 *Association; Society* 法 *Association* 意 *Associazione*) 者，以人的集合為基礎之法人也。其組織有社員及社員總會，為其準則之基本者，稱曰規條 (日人稱為定款)。(2) 財團法人 (德 *Stiftung* 英 *Foundation* 法 *Fondation* 意 *Fondazione*) 者，以財產為基礎之法人也。無所謂社員，其準則之基本，謂之為捐助行為 (日人稱為寄附行為)。

財團法人，常以祭祀，宗教，慈善，學術，技藝以及其他公益為目的者也。反之，社團法人則以公益為目的者有之，以營利為目的者亦有之。而營利法人之中，又有以商法上所謂商行為為目的者與非然者之別。前者稱之為商事公司，如以銀行，保險，運輸等為目的者屬之。後者稱之為民事公司，如以農業林業漁業等為目的者是也。

但二者俱從商法之規定者也。

民法中規定之法人，僅就私法人中之以公益爲目的之社團及財團，而規定其關於設立、管理及解散等手續而已。（日民三三條至八四條）。

物 乙 物

物之意義

總則第三章，關於私權之客體中的物之規定也。物者何？有體物（羅 *res corporales* 德 *Körperliche Sache* 英 *Corporeal thing* 法 *Chose corporelle* 意 *cosa Corporeale*）之謂也。有體物者，非指人體及其構成部分，乃指此外之占有空間之物而言；故如權利、寒、暖、色、味等之占有空間者，不得謂之爲物矣。（日民八五條）

物有種種之別，就中最主要者，爲動產及不動產，主物及從物，元物及滋息（日法稱果實）是也。（一）不動產（羅 *Res immobiles* 德 *Urbewegliche sache; Immobilien* 英 *Immovables* 法 *immeubles* 意 *immobili*）云者，土地及其定着物之謂也。土地之定着物者，非構成土地之一部，亦非一時的附着於土地之物，乃繼續的穩固的非毀損其本體或土地，則不能與土地分離之物也。例如倉庫房屋等，爲定着物的不動產，而棚廠露店之類則非是。不動產以外之物，總稱之爲動產（羅 *Res mobiles* 德 *Bewegliche sache; Mobilien; Fahrnissache* 英 *Movables* 法 *Meubles* 意 *Mobili*）。（二）主物（羅 *Rei principales* 法 *Chose principale* 德 *Main thing* 英 *Principal*）

物之分類

意 cosa Principale) 與從物 (羅 Accessio 德 Nebensache; Zubehör; Pertenza 英 Appurtenance; Accessory thing 法 Chose accessoire 意 cosa accessoria; Pertenza) 之區別的實益，在於通常使從物隨主物而處分也。從物者何？即主物所有者，為供其物之常用而使附屬之物也。例如傢私器具者，家屋之從物也，農場之肥料小屋者，其耕地之從物也。(3) 產出滋息之物，謂為元物 (羅 Substantia? 德 Substanz; Wirtersache 英 Substance? 法 Chose originale; substance 意 Sostanza)。而滋息之中，有滋息之中 (羅 Fructus naturales 德 Natürliche fruchte 英 Natural fruits 法 Fruits naturels 意 Frutti naturali) 及法定滋息 (羅 Fructus civiles 德 Juristische früchte 英 Legal fruits 法 Fruit civilis; Fruits legals 意 Frutti civili; Frutti legali?) 之區別。前者，依物之用法而收取之產出物也。換言之，即依未來之經濟的方法，而收取之產出物之謂也。例如牛乳，為乳牛之天然滋息，而梅實為梅樹之天然滋息是也。後者，為物之使用對價，而受取之金錢以及他物之謂也。如利息為元金之法定滋息，地租為土地之法定滋息是也 (日民八六條至八九條)。

丙 法律行為

法律行為

凡惹起私權之得喪變更的原因，廣稱之為法律事實，而法律事實之屬於人的行為以外之事實，謂之為狹義的事實。例如因地震而物毀滅，以致變更或消滅其所有權者，狹義的事實也。法律事實之屬於人的行為者，如因賣買而生財產權之移轉，因傷害他人而生損害賠

法律行爲
之意義

債之權利義務之類是也。

足爲私權得喪變更之原因的行爲，種類頗多，然其中最顯著者，厥爲法律行爲。法律行爲（羅 *Negotium* 德 *Rechtsgeschäft* 英 *Legal act* 法 *Acte juridique* 意 *Negozio giuridico*）者，即當事者欲使其發生私法的效果之意思表示也。例如賣買、贈與、婚姻等是也。凡法律行爲，不得以違反公衆秩序及善良風俗之事項爲目的，固不待論，而其內容屬於不能者，則爲無效。總則第四章者，即關於法律行爲之規定也。而其內容分爲意思表示，代理，無效及取消、條件及期限等各節焉。

意思表示

（一）意思表示

意思表示（德 *Willenserklärung* 英 *Declaration of intention* 法 *Déclaration de volonté* 意 *Dichiarazione di volontà*），爲法律行爲必不可缺之要素也。即當事者所有之欲其發生私法上的效果之意思，不可不正確表示之也。然表示意思，固不直接明示爲必要，而採取得推知其意思之間的表示方法，亦無不可。例如雖無直接許其償還之延期，但元金償還之期限已過，而仍領受其本年份之利息者，則延長其元金償還之期而至於年末，已有間接之意思表示矣。

意思與表示不一致者，則其法律行爲不得謂爲完全。故與相對人相通而爲虛僞之

意思表示，及關於重要之部分，因有錯誤之意思表示，則其法律行為俱為無效。且假令意思與表示一致，而其意思表示有瑕疵時，得取消之。意思表示有瑕疵者，即基於詐欺或迫強而為之者也。（日民九三條至九八條）。

代理

(一)代理

一切之法律行為，非得悉依本人而為之，於是有代理之制度焉。代理（羅 *Repraesentatio* 德 *Stellvertretung* 英 *Representation*；法 *Représentation* 意 *Rappresentanza*）二者，即某人在其權限內以為本人之意義，對他人而為意思表示或接受意思表示之謂也。

而依代理人所為之法律行為，其效果皆直接及於本人者也。代理權（即代理人之權限），基於當事人之自由意思而生者，謂之為任意代理或委任代理（德 *Willkürliche stellvertretung* 英 *Agency by conduct*；法 *Représentation contractuelle* 意 *Rappresentanza convenzionale*）

，而因法律之授與者，則稱之為法定代理（德 *Gesetzliche stellvertretung* 英 *Legal agency*；

Legal representation 法 *Représentation légale* 意 *Rappresentanza legale*）。如因委任，雇傭

等而為代理者，屬於前者，代理未成年者及禁治產者之監護人則屬於後者矣。民法規

定此代理之效力，同時對於無代理權人所為之代理行為，在便利上亦規定其一定之效力

焉。（日民九九條至一一八條）。

(三)無效及取消

法律行爲，基於一定之原因，或爲無效，或得取消。(1)無效(羅 Nullus 德 Nichtig 英 Void 法 Null)之法律行爲者，即欠缺其成立要件，自始當然不生效力之行爲也。例如以違反公衆秩序及善良風俗爲目的之行爲，爲虛僞的意思表示之行爲，因錯誤而爲意思表示之行爲等類是也。(2)得取消(羅 Rescissible 德 Anfechtbar 英 Voidable 法 Annulable 意 Annulabile)之法律行爲，與無效者異，即其法律行爲雖爲有效而存在，而有取消權者基於一定之原因而行其取消權時，則其行爲視作自初無效。例如因詐欺或強迫而爲之行爲，未成年者未得法定代理人同意而爲之行爲等是也。但得取消之行爲，可因追認而爲有效。(日民一一九條至一二六條)。

(四)條件及期限

由一定之法律行爲，以制限變更其通常應有之效果爲目的之附隨的意思表示，稱之爲附款。而其最重要者，爲條件及期限之二者。(1)條件(羅 Condicio 德 Bedingung 英 Condition 法 Condition 意 Condizione)者，使法律行爲的效力之發生或消滅，繫於不確定的將來之事實之附款也。例如甲與乙約曰：子若今年得爲高等官，則吾贈汝以此時錶。是贈與契約的效力之發生，繫於任用事實之成就也。又或甲贈乙以時錶，而與之

約曰：汝若今年免官，則當以此物返還與我。是已發生之贈與契約的效力，因免官事

實而消滅者也。前者之例謂之停止條件(羅 *Conditio suspensiva* 德 *Aufschiebende bedingung*

英 *Condition precedent* 法 *Condition suspensive* 意 *Condizione sospensiva*) 而後者之例，謂之

解除條件(羅 *Conditio resolutive* 德 *Auflösende bedingung* 英 *Condition subsequent* 法 *Condition*

résolutoire 意 *Condizione risolutiva*)。但條件之成否未定之間，當事者亦得處分或繼承

其權利。(日民一二七條至一三四條)。(2)期限(羅 *Dies* 德 *Termin*; *Zeitbestimmun*

英 *Term*?) (通常用 *dies*) 法 *Term* 意 *Termine* 亦與條件同為制限或變更法律行為之效力

者也；然其與條件異者，即非到來不確，其到來乃為確實的將來之事實也。例如曰：

來月一日，當賣却此時錶。又如一旦贈時錶與某君而與之約曰：若某某死亡，則消滅

其贈與之效力等類是也。前者之例，期限到來之前，其效力不發生；故稱之為始期(

羅 *Dies a quo* 德 *Anfangstermin* 英 *Day from which* 法 *Terme suspensif* *Terme initial* *Termine*

suspensivo; *Termine primordiale*)。後者之例，則因期限之到來而消失其效力；故謂之為終

期(羅 *Dies ad quem* 德 *Endtermin* 英 *Day to which* 法 *Terme extinctif*; *Terme final* 意 *Termine*

risolutivo; *Termine estintivo*)。(日民一二五條至一三七條)。

由一定的時點至一定的時點之時間的繼續，是謂期間（羅 Tempus 德 Frist 英 Time 法

Delay）。期間者，於時效及其他之關係，頗為重大；故總則中明示其關於起算點及滿了點等一般計算之原則焉。（日民一三八條至一四三條）。

時效

戊 時效

時效之意義

發生法律上之效果，常以繼續的一定之時間或事實為條件。此種制度，為有羅馬法以來，一般所認定者也。民法上之所謂時效者，即因時之經過，而使發生權利得喪之效果者也。其所根據之理由，即在於維持從來永續的平和狀態；蓋經時已久之證據證言，多不可靠，不能依此而決定之。且長久怠於其權利之行使者，即所謂眠於權利之上者。以其保護眠於權利之上者，毋寧維持其現狀之為適當也。雖然時效之結果，將使無權利者獲得權利，不免有不合正義之嫌；惟立法者為一般社會之便宜着想，則時效制度不可少矣。

時效之種類

類

時效得分為取得時效及消滅時效之二種。（一）取得時效（羅 Praescriptio acquisiva; Usucapio 德 Ersetzung 英 Acquisitive prescription 法 Prescription acquisitive 意 Prescrizione acquisitiva; Usucapione）者，因一定之時間繼續占有，而取得其權利者也。就所有權而言之，二十年間以所有之意思，平和且公然占有他人之動產或不動產者，取得其所有權。又十年間以所有之意思，平和且公然占有他人之不動產，而其占有之始係善意而無過失時，取得其不動產之

所有權之類是也。(註二〇)(2)消滅時效(羅 *Prescriptio extinctiva* 德 *Verjährung* 英 *Extinctive prescription* 法 *Prescription extinctive* 意 *Prescrizione estintiva*)者，在一定之期間，繼續的不行使其權利，因而消滅其權利，而免除他方之義務之謂也。即由得行使其權利之時期起，經過一定之時間而不行使之時，則發生權利消滅之結果。例如普通之債權，因十年間不行使而消滅。民法則依權利之種類，規定有種種之短時效焉。(日民一六二條至一七四條)。

因時效而取得或取消之權利，其主要者為財產權。

日本之時效制度，與他國不同，他國則或單妨止其出訴，或單為抗辯之理由，而日本之時效，則所以使生權利得喪之結果也。時效一旦完成，則其效力遡及起算日，而權利之得喪，視作自初有效。然當事者不主張援用時效時，則裁判所不得依之而裁判；蓋設有人焉，證明時效以外之事由，而主張自己之權利之取得或消滅時，則無拒絕之理由故也。(日民

(註二〇)平和之反對為強暴，故不依強迫暴行等法律禁止之私力而行爲之者，曰平和。公然之反對為隱秘，故不能隱秘利害關係人而行爲之者，曰公然。不知某事實而爲之者，謂之善意，反之則爲惡意。如就時效言之，當其占有之始，不知其爲他人之物者，即善意也。無過失者，其不知也非有過失之謂；故假令雖爲善意，亦須加以相當之注意，如占有者得知自己無占有之權利而占有之，則不得謂爲無過失之占有矣。

時效之拋棄中斷及停止

一四四條條一四五條。

時效制度，爲公益而設，故不得以當事者之意思而豫妨其適用。即時效之利益，不許豫先拋棄之。否則債務者，恐常有由債權者強要其拋棄之虞。但時效完成之後，拋棄與否，固任其自由。

時效因一定之事由而妨其進行者，亦常有之。一則稱爲中斷，一則稱爲停止。(一)中斷(羅 *Interruptio temporis* 德 *Unterblechung* 英 *Interruption* 法 *Interruption* 意 *Interruzione*)云者，一旦妨害其已開始進行而未完成之時效，使其已經過的期間之利益消滅之謂也。故自中斷之事由終始時起，更開始新時效之進行。中斷事由中之主要者，如請求、扣押、及承認等是也。(二)停止(羅 *Praescriptio dormiens?* 德 *Hemmung* 英 *Suspension* 法 *Suspension* 意 *Sospensione*)云者，不過因一定之事由，而一時休止其時效之進行者也。停止與中斷不同，唯使其完成遲延而已。故時效之在停止期間，雖中止其進行，而停止事由之終了後，則同時繼續進行者也。例如當期間滿了之時，因天災以及其他不可避之事變，而不能爲中斷其時效之行爲時，則自其妨礙之事由終止時起，二週間內時效不完成之類是也。(日民一四七條至一六一條)。

第二 物權

物權

物權 (羅 *Iura in re?* 德 *Sachenrechte; dingliche rechte* 英 *Rights of things; Rights in rem;*

Real rights; Property; Property rights 法 *Droits réels* 意 *Diritto reali*) 者，在特定之有體物之上，直接行使之絕對的財產權也。(註二一)

物權與債權，雖同屬於財產權，而物權則以直接行於特定的各個的物之上為原則。例如此時錶之所有權的物權，無漠然不特定而存在之理。又物權為絕對權之一，具有得對任何人之性質。例如有時錶之所有權的物權者，無論對於何人，均得主張之，無論何人均負有不可侵害其所有權之義務，非如債權之唯對債務者的特定人，始得主張之相對的效力也。

物權之效力，其強大已如上述，即追及物之所在而行其權利，亦為可能之事，故民法以及他法律，限定其種類焉。(日民一七五條)今舉民法規定之物權，則如下列之數種：

甲 占有權

占有權 (羅 *Possessio* 德 *Besitz* 英 *Possession* 法 *Possession* 意 *Possesso*) 者，以為自己之意、思、而保持其物，因而發生之權利也。在古代之觀念，所有與占有，無明顯之區別，以對於物得及其實力者，即為所有者；然在今日，則物之保持者 (即得及其實力於物者) 與所有

(註二一) *Ius in re* 者，*Ius in re aliena*。其意義即行使於他人的物之上之權利也。蓋以此略語為通例。 *property*

一語，有指物權者，亦有指所有權者。

權者，不必同一，而對於繼續的有此實力支配者，特別保護之矣。例如物之所有者，雖同時有其占有權，而質權者，賃借人，永佃人等之有其質物、賃借物、耕作地之占有權者，不得謂有其所有權也明矣。

離乎所有權、質權、賃借權、永佃權等之基本的權利（本權），而規定占有權，加以特別之保護，尤其是賦與所謂占有訴權（羅 *Actio possessoria* 德 *Besitzklage* 英 *Possessory action* 法 *Action possessoire* 意 *Azione possessoria*）之簡易至便的訴權，而使之維持其現狀之平和。（日民一八〇條二〇五條）。

所有權

乙 所有權

所有權（羅 *Dominium*；*Proprietas* 德 *Eigentumsrecht* 英 *Ownership*；*Property* 法 *Propriété* 意 *Proprietà*）者，爲關於物之總括的支配權，而在法令之制限內，得爲使用，收益、處分等一切之物權也。所有權在物權之中，有最完全的強大之效力。日本民法物權編第三章，凡所有權之意義，界限及其取得方法，與所有權之一形樣的共有（羅 *Condominium* 德 *Miteigentum* 英 *Co-ownership* 法 *Copropriété* 意 *Comproprietà*），均設有規定。共有云者，即數人同時有一個所有權之謂也。

丙 地上權

地上權

地上權 (羅 Superficies Erbaurecht; Platzrecht 英 Superficies 法 Droit de superficie 意 Diritto di superficie) 者，在他人之土地上，因有工作物或植物而使用其土地之權利也。地上權有與地租相伴而生者，亦有無需地租者，而其存續期間，得由當事者任意定之。如當事者無約定時，裁判所得以二十年以上五十年以下之範圍內規定之。(日民二六五條至二六九條)。此外須注意者，於勅令規定之施行地域內，仍有有效之借地法的特別法焉。

永佃權

丁 永佃權(日人日永小作權)

永佃權 (羅 Emphyteusis 德 Erbpacht 英 Emphyteusis 法 Emphyteose 意 Enfiteusi) 者，支付佃租而在他人之土地上為耕作或牧畜之權利也。永佃權必與支付佃租相伴而生，及其使用土地之目的在於耕作牧畜，此則與地上權相異之點也。而此權利之存續期間，為二十以上五十年以下。若設定期間在五十年以上者，則縮短為五十年。又當事者無何等期間之規定時，則除有別種之習慣者外，普通以三十年為期。(日民二七〇條至二七九條)。

(註二二)

地役權

戊 地役權

(註二二)俗稱佃戶者，未必常為此之所謂永佃權，而為賃借亦復不少。例如未滿二十年之存續期間者是。然今則將有關於物權之永佃權與賃權的佃戶權之佃戶法之制定矣。

地役權 (羅 *Servitutes praediorum*; *Servitutes rerum* 德 *Grunddienstbarkeiten*; *Pfändservituten*

英 *Praedial servitutes*; *easement* 法 *Servitudes foncières*; *servitudes prédiales*; *Servitudes réelles* 意 *Servitù prediali*) 者，依設定行為之目的，以他人之土地，供自己之土地的便益之物權也。

例如爲甲地之便益起見，而由乙地引水之權利，又爲甲地之便益而通行乙地之權利等是也。

甲地稱爲要役地 (羅 *Praedium dominans* 德 *Herschendes Grundstück* 英 *Dominant tenement* 法 *Fond dominant* 意 *Fondo dominante*)，而乙地謂之承役地 (羅 *Praedium serviens* 德 *Dienendes Grundstück* 英 *Servient tenement* 法 *Fond servant* 意 *Fondo servente*)。

要役地之所有者雖有變更，而此地役權不隨之而消滅。承役地之所有者雖有變更，而其土地之負擔不能免也。殆如土地其物，具有權利義務者然。又地役權，爲要役地之附從，而有與之共運命之性質。假如要役地售賣時，地役權亦隨之而售賣。要役地抵押時，地役權亦與之而抵押。不得由要役地分離而售賣，及爲其他權利之目的也。蓋地役權者，爲土地之便益而設者故也。(日民二八〇條至二九四條)。(註二三)

(註二三)單爲或人之利益而存在之役權，卽所謂人的役權 (羅 *Servitutes personarum*; *Servitutes hominum* 德 *Personliche Dienstbarkeiten*; *personalservituten* 英 *Personal servitudes* 法 *Servitudes personnelles* 意 *Servitù personali*) 例如散步於隣地之權，在隣地釣魚之權，以及其他居住權等皆是。人的役權，日本民法雖不認其爲物權，然得爲債權而存在。

留置權

己 留置權

留置權 (羅 *Ius retentionis* 德 *Zurückbehaltungsrecht*; *Retentionsrecht*; 英 *Right of retention*; *Possessory liens*?) 法 *Droit de rétention* 意 *Diritto di ritenzione*) 者，占有他人之物者，有關於其物而生之債權時，至受其清償止留置其物之物權也。例如請求修繕金給付之債權，關於修繕品而生之債權也；故在其給付以前，法律上當然得留置其物之類是也。(日民二九五條至三〇二條)。此種權利，與先取特權，質權及抵當權等同為担保債權者也；故稱為担保物權。

先取特權

庚 先取物權

先取特權 (羅 *Privilegium causae*?) 德 *Vorzugsrecht* 法 *Privilège* 意 *privilegio*) 者，有民法及其他法律規定之一定的債權者，對於債務者之財產，較他債務者先受清償之權利也。(日民三〇三條至三四一條)。

先取特權，得分為一般的先取特權及特別的先取特權之二種。前者，有由民法(日本的)第三百六條列記之原因而生之債權者，有債務者總財產上之先取特權之謂也。例如雇人，其給付金之債權，對於主人之總財產，有較他債權者先受清償之權利等類是也。後者有由民法第三百十一條及三百二十五條列記之原因而生之債權者，在債務者的一定之動產或

質權

不動產上，有先取特權之謂也。例如旅店之主人，關於膳宿費，而對於旅客寄存於旅店之行李，有先取特權。又工匠技師等，關於不動產而爲之工事的費用，對於其不動產有先取特權等類是也。

辛 質權

質權(羅 Pignus 德 Faustpfand; Handpfand 英 Pledge 法 Cage 意 Pegno)者，爲債權之担保，而占有由債務者或第三者所有之物，且對於其物有較他債權者先受清償之權利也。

質權之目的物，以具有可賣性之物爲限，此與抵當權同。蓋實行此等權利之結果，爲付其目的物於競賣者也；故無論在於何人，均須得依競賣而買受之物可也。

得爲質權之目的物，爲動產，不動產及權利(債權、物權等)。因之而有動產質，不動產質及權利質之區別焉。(日民三四二條至三六八條)。

壬 抵當權

抵當權(羅 Hypotheca 德 Hypothek 英 Mortgage? 法 Hypothèque 意 Ipoteca)者，不移轉其占有，而對於由債務者或第三者供以担保債權之物，有較他債權者先受清償之權利也。

抵當權者不特關於不占有其目的物之點與質權異，而且得爲抵當權之目的物者，以具有可賣性之不動產爲限。不過在其例外，如地上權，永佃權，及已登記之船舶等，亦得供以抵當

而已。（日民三六九條至三九八條）。

凡物權之設定及移轉，在當事者之間，但依當事者之意思表示，即發生其效力，不須何等之形式手續；然以之對抗於第三者，則在於不動產物權（不動產之所有權、地上權、永佃權、地役權、不動產質權、抵當權等），須從登記法之所定，而其得喪變更，不可不登記之。又在於動產物權（尤其是動產之所有權），當其出售時，不可不交付其目的物也。（日民一七六條至一七八條）（註二四）

第三 債權

債權（羅 *Obligatio* 德 *Obligationenrecht*; *Forderungrecht* 英 *Obligation*; *Obligatory right*; *Right in personam* 法 *Obligation*; *Droit de créance* 意 *Diritto di obbligazione*）者，以請求行爲或不行爲爲內容之相對的財產權也。債權與物權異，物權直接行於物之上，而債權則以要求行爲（即爲某事之事）爲其內容。而稱此行爲或不行爲（作爲或不作爲），謂之給付（羅 *Praestatio* 德 *Leistung* 英 *Prestation* 法 *Prestation* 意 *Prestazione*）。例如甲對乙請求交付金錢，又甲對乙請求勿建三樓以上之建築物之類是也。

（註二四）民法規定之物權九種之外，在特別法中規定之物權亦復不少。例如永代借地權，礦業權、砂礫權、漁業權、其他如工場財團、鐵道財團等又如存於所謂特殊財團上之抵當權等，是其主要者也。

債權與物權異，唯有相對的效力之財產權也。債權關係，即債權者（羅 Creditor 德 Gläubiger 英 Creditor 法 Créancier 意 Debitor）的特定人，以對於債務者（羅 Debitor 德 Schuldener 英 Debitor 法 Débiteur 意 Debitor）的特定人請求行爲或不行爲爲其內容之法鎖（羅 Vinculum iuris）也。債權雖爲財產權，然不得直視爲金錢者，亦得爲其目的。例如乙對於甲而負一定期間不奏音樂之債務，甲得有要求其不奏之債權。「不奏音樂」者，不得爲金錢的評價者也。（日民三九九條）。

茲將民法債權編之內容，略述如左：

甲 債權之目的

債權之目的（即內容），是爲給付，給付之成立，不可不具備下列之四條件：（一）可能者，（二）非不法者，（三）履行以前，其內容得確定者，（四）對於債權者或第三者爲有利益者。

債權之目的爲特定物乎？抑爲不特定物乎？又爲金錢之給付乎？抑或在其他數個之給付中，依選擇而定者乎？因其性質之不同，而其形樣效力，亦有種種之別。以上各等，日民法第三百九十九條至第四百十一條有所規定。

乙 債權之效力

債權之目的

債權之效力

債權關係者，特定人之間，要求行爲或不行爲之法律關係也。從其目的之本旨而爲行爲或不行爲時，謂之爲履行或清償。然此履行，由當事者或當事以外之原因，而全然不能爲者有之，唯爲其一部分者亦有之。而其結果，則生損害賠償之請求，及解除契約等之效力。法律爲使不生此種不履行之結果，防止債務者之減少其履行能力，乃設保全方法以保護債權者。其保全方法爲何？曰：（一）使債權者爲保全自己之債權起見，代位而行屬於債務者之權利，是曰代位權，又稱間接訴權（法 Action subrogatoire 意 Azione surrogatoria）。此制存於法國法系中。（二）債務者爲明知損害債權者之法律行爲，則債權者得請求裁判所取消之。此爲自羅馬之庖盧斯 Paulus 以來之制也。是曰債權者取消權，又稱廢罷訴權（羅 Azione pauliana 德 Paulianische klage; Anfechtungsklage 法 Action paulienne; Action revocatoire 意 Azione pauliana）。（日民一二四條至四二六條）。

丙 債權之當事者

債權之當事者

債權關係之當事者（羅 Particeps 契約當事者 Contractor 德 Beteiligter Partei 契約當事者 Vertrag-

sschliessler; Kohahent 英 Party 契約當事者 Contractor 法 Partie 契約當事者 Contractant 意 Parte; Partio

契約當事者 Contraente），即爲債權者及債務者，不問其爲自然人抑爲法人，而其同得爲當事者固

不待論；但其數有在一人以上者，乃稱之爲多數當事者的債權。民法規定之多數當事者的

債權有四種，如分割債權關係，不可分債權關係，連帶債務及保證債務是也。

(一) 分割債權關係

分割債權關係 (羅 *Abbligatio divisibilis* 德 *teilbare obligation* 英 *Divisible obligation*;

separable obligation 法 *Obligatio divisible* 意 *Obbligazione divisible*) 者，即在一個之債權關

係，而有複數之債權者或債務者，且其給付爲可分者是也。如金錢債務，通常屬之。

此種債權關係，如當事者間無特別之規定時，則各債權者或債務者，皆以平等之比例而有權利則或負義務焉。(日民四二七條)。設債權者爲二人，債務者爲三人，而債權

額爲三百金，則各債務者對於二人之債權者，各有五十金之債務，而各債權者，則各有百五十金之權利；故對於三人之債務者，得各向每債務者請求五十金也。

(二) 不可分債權關係

不可分債權關係 (羅 *Obligatio indivisibilis* 德 *unteilbare obligation* 英 *Indivisible obliga-*

tion; *Inseparable obligation* 法 *Obligatio indivisible* 意 *Obbligazione indivisibile*) 者，因債權的

內容之性質上或當事者之意思而爲不可分者是也。例如牛一條，馬一匹之債務，性質上不可分者也。而支付一定的金額之債務，其性質上元來雖爲可分，但依當事者之意思，得爲不可分之給付焉。此種不可分之債務，若債權者爲複數時，則各債權者，得

爲總債權者而請求其履行，又債務者，得爲總債權者而對各債權人履行之。若債務者有數人時，則債權者，得對債務者之一人或數人而請求其全部之履行。債務者之一人所爲之履行，以對總債務者發生效力爲原則。（日民四二八條至四三二條）。但在債務者相互間之內部關係，則有求償權，與後述之連帶者同。

(三)連帶債務

連帶債務（羅 *Obligatio in solidum*；德 *Gesamtschuld*；Solidobligation 英 *Obligation joint and several* 法 *Obligation solidaire* 意 *obbligazione solidaria*）者，爲達同一之經濟上之目的，基於同一之原因而以數人同一給付爲內容之數個債務是也。例如甲乙二人，連帶向丙借金二百元，以供消費，則丙之對甲及乙，得同時或順次向甲乙請求其金額之全部或一部之履行。蓋債權者之對於人，時及金額，有選擇權也。（日民四三二條至四四一條）。

連帶債務，通常因契約而生，然有時有依法律之規定而當然生者。例如數人爲共同之不法行爲時，則連帶而任賠償之責是也。（七一九條）。

連帶債務者之一人，清償債務，或以自己之出捐而得共同之免責時，則對於他之債務者，就其各自負擔之部分有求償權。但此債務者內部之各負擔額，除有特約者外，

以平等爲原則。(日民四四二條至四四五條)。

(四)保證債務

保證債務 (羅 *Fideiussio* 德 *Bürgschaft* 英 *Security? Suretyship*; 法 *Cautionnement* 意 *fideiussione*) 者，對於他人之債務履行，負有與之同一給付爲內容之責任之債務也。卽保證債務，以有主的債務爲前提，而其債務乃從之而生者也。故主的債務無效時，則保證債務亦不存在。主的債務因清償或其他之事由而消滅時，則保證債務亦當然隨之而消失。

保證債務，因保證契約而生，對於主的債務不履行時，雖以負其責任爲內容，但保證人被債權者請求債務時，得先請其催告債務者。是謂催告之利益或稱爲抗辯 (羅 *Beneficium ordinis; Beneficium excussionis*)。又債權者依此而催告主的債務者後，而保證人若已證明債務者有清償資力，且執行容易時，則債權者不可不先執行債務者之財產。是謂檢索之利益又曰抗辯 (羅 *Beneficium adinstentiae*)。又有數人之保證人，而各保證人無特別規定時，則其對債權之責任，以平等之比例而分任之。是謂分別之利益又曰抗辯 (羅 *Beneficium divisionis*)。然保證人，與主的債務者，連帶負擔債務時 (連帶保證) 則無催告及檢索之利益。又雖有數人之保證人，而各自有連帶之特約時，則無分

別之利益。(日民四四六條至四五八條)。

保證人因清償以及其他之事由而使其債務消滅時，對於主的債務者有求償權。有數人之保證人，而其中之一人爲清償或其他之行而使其債務消滅者，亦得對於他保證人行其求償權，固不待論也。(日民四五九條至四六五條)。

丁 債權之讓與及債務之承任

債權之讓與及債務之承任

債權關係，雖爲特定人間之關係，而其主體，與債權成立當時之主體，無常同一之必要。債權者其人發生變更者有之。就中如發生於繼承者，其債權之移轉，固無待言；然因

債權者與其讓受人之契約而生之移轉，則稱之爲債權之讓與 (羅 *Cessio* 德 *Uebertragung der Forderung*; 英 *Cession*; *Assignment of obligation* 法 *Cession* 意 *Cessione*)。凡債權除其性質之不許，及當事者曾經表示反對之意思者外，雖皆得爲讓與，而欲以此讓與對抗於債務者及第三者，則不可不踐一定之要件。否則恐發生有對舊債權者清償之虞故也。(日民四六六條至四七三條)。

債務者其人發生變更者有之。有依法律之規定而生此結果者，例如貸借人得貸貸人之承諾，將賃借物轉貸於他人時，轉借人在法律上當然對於賃貸人負擔賃金支付之債務。至

債權之發生

戊

於繼承之時，其債務移轉於繼承人者，此又當然之事，無待多言。但因債權者與承任人之契約而生此移轉者，特稱之爲債務之承任（德 *Schuldübernahme* 法 *Reprise de dette*; *Cession de dette* 意 *Assunzione di debito*）。債務之承任，其性質上不許可者不在此限。例如以債務者其人之技能爲條件之講義、繪畫等之債務是也。

債權之發生。

債權因行爲及行爲以外之事實而發生。

行爲

(一)行爲

債權因人之行爲而發生。其主要者，爲契約、單獨行爲、事務管理、及不法行爲等是也。

契約

(一)契約(羅 *Contractus* 德 *Vertrag* 英 *Contract* 法 *Contract* 意 *Contratto*)者，以法律上之效果爲目的，二人以上的意思之合致也。契約之成立，必須有以締結爲目的之意思表示，及適應之意思表示。前者謂之爲要約(羅 *Propositum* 德 *Antrag*; *Offerte* 英 *Offer* 法 *Offre* 意 *Offerta*; *Proposta*)，後者謂之承諾(羅 *Accepitio* 德 *Annahme*; *Akzeptation* 英 *Acceptance* 法 *Acceptation* 意 *Accettazione*)。(日民五二一條至五四八條)。

民法規定有十三種之典型契約；然契約者，固不限定於此，凡在法律限制之內，雖

爲如何的內容之契約亦可，是謂契約自由之原則。此與物權依法律而限定其種類者不

同。典型契約，(一)曰贈與(羅 Donatio 德 Schenkung 英 Gift 法 donation 意 Donazione

。贈與契約，即由當事者之一方，表示自己之財產無償而給與相對人之意思，相對人

則承諾之而成者也。(二)曰賣買(羅 Emptio venditio 德 Kauf 英 Sale 法 Vente 意 Com-

perae venditio)。賣買契約，由當事者之一方，約言移轉某財產權於相對人，相對人則

約言支付其代價而成者也。(三)曰交換(羅 Permutatio 德 Tausch 英 Exchange 法

Exchange 意 Permuta)。交換契約，由當事者彼此相約，互換其非金錢所有權之財產權

而成者也。(四)曰消費貸借(羅 Mutuum 德 Darlehn 英 Loan for consumption 法 Pret de

consumation 意 Mutuo)。消費貸借契約，由當事者之一方，約定返還其同種類同品等

及同數量之物，而向相對人拿借之而成者也。(五)曰使用貸借(羅 Commodatum 德

Leihe 英 Loan for use 法 Pret à usage; Commodat 意 Comodato)。使用貸借契約，由當

事者之一方，約定無報酬而使用及收益之後返還之，向相對人取用某物而成者也。(

六)曰貸貸借(羅 Locatio conductio rei 德 Miete 英 Hiring of things 法 Bail; Louage des

choses 意 Locazione delle cose; Pigione)。貸貸借契約，由當事者之一方，約定使相對人

爲某物之使用及收益，相對人則約定支付其賃金而成者也。(七)曰雇傭(羅 Locatio

conductio operarum 德 Dienstvertrag; Dienstmiete 英 Hiring of services 法 Louage de services;
Louage d'ouvrages; Contrat de travail 意 Locazione d'opera 殊如 Contratto di lavoro)。雇傭
契約，由當事者之一方，約定對相對人服其勞務，相對人則約定給與報酬而成者也。
。 (八)曰請負(羅 Locatio conductio operis 德 Werkvertrag; Werkmiete 英 Work contract
法 Contrat d'entreprise 意 Locazione d'opera 殊如 Contratto di appalto)。請負契約，由當
事者之一方，約定完成某工作，相對人則約定對其工作之結果，給與報酬而成者也。
(九)曰委任(羅 Mandatum 德 Auftrag 英 Mandate 法 Mandat 意 Mandato)。委任契約
，即由當事者之一方，以為法律行為之事委託於相對人，相對人則承諾之而成者也。
(一〇)曰寄託(羅 Depositum 德 Verwahrungsvertrag 英 Deposit 法 Depot 意 Deposito)。
寄託契約，即由當事者之一方，約定有報酬或無報酬的為相對人保管某物而成者也。
(一一)曰合同(羅 Societas 德 Gesellschaftsvertrag 英 Partnership 法 Société 意 Società)。
合同契約，即由各當事者，約定各出資金以營共同之事業而成者也。(一二)曰終身定
期金(德 Leibrentenvertrag 英 Life annuities 法 Contrat de rente viagère 意 Contratto di rendita
vitalizia)。終身定期金契約，即由當事者之一方約定迄自己，相對人或第三者死亡止
，對相對人定期給付金錢或其他物而成者也。(一三)曰和解(羅 Transactio 德 Vergleich

單獨行爲

英 Compromise 法 Transaction 意 Trascizione)。和解契約，卽由當事者約定互相讓步，以止息其間之相爭而成者也。（日民五四九條至六九六條）。

(2) 單獨行爲 (德 Einseitiges Rechtsgeschäft 英 Unilateral act 法 Acte unilatéral 意 Negozio unilaterale) 者，卽基於當事者一方之意思表示而生效力之法律行爲，因而發生債權者有之。例如遺言之類是也。

事務管理

(3) 事務管理 (羅 Nigitorum gestio 德 Geschäftsführung ohne Auftrag 英 通常用 羅典語 法 Gestion d'affaires 意 Gestione d'affari senza mandato) 者，無義務而爲他人管理事務之謂也。例如他人之不在中，不受其委託，亦無法律上之何等義務，而爲其財產之管理者是也。在此種事實，管理者負有於最適於本人利益之方法而爲之之義務，而本人則負有償還管理支出之有益費用的債務。（日民六九七條至七〇二條）。

不法行爲

(4) 不法行爲 (羅 Delictum 德 Unehlaube handlung 英 Delict; Tort 法 Délit; illicite 意 Delitto; Atto illecito) 者，因故意或過失而侵害他人的權利之謂也。其得被侵害之權利，則不問其財產權，抑爲對於身體、生命、自由、名譽等之權利矣。不法行爲者，當任損害賠償之責。又關於毀損名譽，裁判所得命其謝罪廣告等適當之處分，以回復彼損害者之名譽。（日民七〇九條至七二四條）。

行爲以外
之事實

(二) 行爲以外之事實

因行爲以外之事實而債權發生者有之。例如不當利得是也。不當利得（羅羅馬法中各個之名稱）

得各有各德 *UngerECHTErte bereicherung* 英 *Unjust enrichment?* 法 *Enrichissement indu; Enrichissement illegitime* 意 *Indebito arricchimento*）者，無法律上之原因，因他人之財產或勞務而受利

益，因而使他人損失者之謂也。例如貸借金已交付，而賃借物滅失時，則貸貸人負返還賃借金與賃借人之債務。又如清償因無效的契約而生之債務，則返還其已交來之物之類是也。不當利得之受益者，其應負之義務，雖以其利益之現存限度內返還之爲原則；然惡意之受益者（即明知無法律上之原因而受其利益者），則當就其受得之利益，更附以利息而使返還之。又其利益有損害時，則當任其賠償之責。（日民七〇三條至七〇八條）。

以上所述，雖爲債權發生之主要原因，而時至近世，則其原因有漸次增加之傾向矣。

尤其是因非故意或無過失之行爲，而使人受損害者，立法上之傾向，亦將基於公平及其他之觀念而使之賠償之矣。例如摩托車之運轉手，因過失而傷人，使乘客亦負一定之責任者是也。其他如因特別之理由而使生債權者，亦復不少。

己 債權之消滅

債權有出於錯誤者，有違反公衆秩序或善良風俗者，有其內容爲客觀的不能給付者，基

債權之消
滅

於此等之原因，而使債權自初不生效力者有之，已成立為有效之債權，追後則消滅者亦有之。日民法特舉出之消滅事由，雖不過為清償、代物清償、供託、相殺、更改、免除及混同等，然此外尚有種種之原因，如時效，解除條件之成就等是也。

清償

(一) 清償

清償或履行 (羅 *Solutio* 德 *Erfüllung*; 日 *Tilgung*; 英 *Performance*; 法

Païement; 意 *Rimborsamento*; 意 *Adempimento*; 意 *Pagamento*) 者，實現債權的內容之行為也。為

清償者雖以債務者為本則，然除債務之性質不許者，及當事人表示反對之意思者外，第三者亦得為之。蓋債權者唯求債務內容之實現而已足，至於使其實現者之為何人，無究問之必要故也。(日民四七四條至四九三條)

代物清償

(二) 代物清償

代物清償 (羅 *Datio in solutum* 德 *Leistung an erfüllungstat*; 日 *Hingabe an zahlungsstat*)

英與羅典語或法典語同 法 *Dation en paiement* 意 *Dazione in pagamento*) 者，債務者得債權者之承諾

，變更其本來負擔之給付而代以他種給付之謂也。債權因代物清償而消滅。(日民

四八二條)。

供託

(三) 供託

債權者拒絕債務者之清償或不能受領時，清償者得爲債權者將清償之目的物寄託於法定之供託所而免除其債務。是曰供託（羅 Deposito 德 Hinterlegung 英 deposit Tender 法 Consignation 意 Deposito）。（日民四九四條至四九八條、供託法、金庫規則等）。

（四）相殺

二人互相負擔有同種目的之債務者，雙方之債務在清償期時，彼此得就其債務之相當額，互相對除而免其債務。是曰相殺（羅 Compensatio 德 Aufrechnung 英 Set-off; Compensation 法 Compensation 意 Compensazione）。（日民五〇五條至五一二條）。

（五）更改

更改（羅 novatio 德 Novation; Meuerung 英 Novation 法 Novation 意 Novazione）云者，當事者變更其債務之要素而使生新債務之契約之謂也。例如交替債權者，交替債務者，以及其他債權之內容之類是也。因債權者交替之更改與債權讓與相異之點，及因債務者交替之更改與債務承任相異之點如何？曰：更改則舊債務消滅而新債務生，讓與承任則債權債務不失其同一之性，而唯當事者發生變更而已。（日民五一三條至五一八條）。

免除

(六) 免除

免除 (羅 *Acceptilatio; Pactum de non petendo* 德 *Erlass* 英 *Release* 法 *Remise* 意 *Rimissione*) 云者，債權者對於債務者，表示免除其債務之意思之謂也。即債權之拋棄也。(日民五一九條)。在日本民法之下，無須債務者之承諾而生債權消滅之效果。

混同

(七) 混同

債權與債務歸於同一人者，是謂混同。(羅 *Confusio* 德 *Vereinigung; Konfusion* 英 *Merger; Confusion* 法 *Confusion* 意 *Confusione*)。債權因混同而消滅。(日民五二〇條)。

親族

第四 親族

日本民法第四編，關於親族(羅 *Familia* 德 *Familie* 英 *Family* 法 *Famille* 意 *Famiglia*)之規定也。凡親族之範圍及其種類，戶主、戶主家族、婚姻、親子關係、監護、親屬會、扶養等，皆於此編設有規定。

親族之範圍及種類

甲 親族之範圍及種類

欲知親族之範圍，不可不先明血族，姻族，親系等之觀念。茲就其順次說明如左：

(一) 血族及姻族

親族之中，有血族與姻族之別。血族(羅 *Cognatio naturalis* 德 *Blutsverwandschaft* 英 *Bloodrelationship*; *Consanguinity* 法 *Parente*; *Consanguinité* 意 *Consanguinità*)者何？因血統而連結者之謂也。父之血族與母之血族，近世不設區別，且在此自然的血族之外，法律特使其於血族間有同一之親族關係焉。是曰法定血族，又稱準血族。在於日本，養子與養親及其血族之間，繼父母與繼子之間，嫡母與庶子之間，亦有此準血族之規定也。(日民七二七條至七三二條)。(註二五)

(二) 親系

親系(羅 *Linea* 德 *Linie* 英 *Line* 法 *Ligne* 意 *Linea*)者，血統的連鎖關係之謂也。得分之爲直系親及傍系親。直系親(羅 *Linea recta* 德 *Gerade Linie* 英 *Lineal kin* 法 *Ligne directe* 意 *Linea retta*)者，直下而縱的相連之親系也。例如祖父母、父母、子孫等是。傍親系(羅 *Linea obliqua*; *Linea transversa* 德 *Seitenlinie*; *Kollateralinie* 英 *Collateral kin* 法 *Ligne collaterale* 意 *Linea collaterale*)者，出自同始祖而不直下，橫的相連之親系也。

(註二五) 嫡母者，在父家之庶子對父之正妻之稱呼也。庶子者，父所認知之私生子也。姻族(羅 *Affinitas* 德 *Schwangerschaft*; *Affinität* 英 *Relationship in law*; *Affinity* 法 *Affinité*; *Alliance* 意 *Affinità*)者，夫婦間之血族關係之謂也。

例如兄弟姊妹伯叔父母甥姪從兄弟姊妹等是也。

出生自己或配偶者之血族，謂之尊屬親（羅 *Linea superior*；*Linea ascendentium* 德 *Ascendent* 英 *Ascendant* 法 *Ascendant* 意 *Ascendente*）。由自己或配偶者出生之血族，謂之卑屬親（*Linea inferior*；*Linea de cendentium* 德 *Descendent* 英 *Descendant* 法 *Descendant* 意 *Discendente*）。例如祖父母及父母者，自己之直系尊屬也，而伯叔父母者，傍系尊屬也。又子及孫為自己之直系卑屬，而甥姪則為傍系卑屬矣。至於兄弟姊妹，從兄弟姊妹等之由同始祖而出之親等，皆與自己相等而在同行列者，故無尊屬卑屬之稱。可參照次揭之血族姻族表。

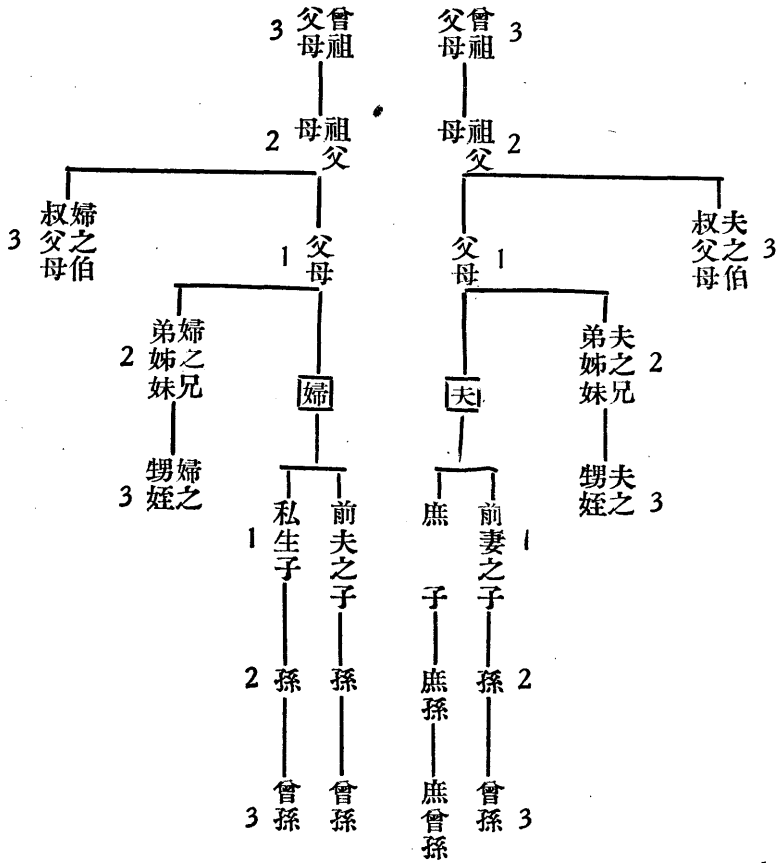
(三) 親等

親等（羅 *Gradus* 德 *Grad* 英 *Degree of kinship* 法 *Degre de parente* 意 *Grado*）者，因親族間的遠近而定也。直系之親等，算親族間之世數以定之。傍系之親等則由其一人或其配偶者迺於同始祖，自其始祖而下及於他一人之世數而定之。（日民七二六條）。是謂羅馬式計算法。例如自己與父母及自己之子為一親等。自己與祖父母及自己之孫為二親等。兄弟姊妹為二親等。伯叔父母及甥姪為三親等。從兄弟姊妹為四親等是也。

(四) 親族之範圍

民法所稱親族者，非包括一切之血族及姻族而言；乃僅以（1）配偶者（2）六親等內之血族及（3）三親等內之姻族，始稱爲親族者。而在配偶者間，則無親等。（日民七二五條）。

姻 族 表



戶主及家族

乙 戶主及家族

有戶主權者，謂之戶主，戶主以外而在其家籍者，統稱之為家族。家族不必悉為親族。依戶主與家族而成之團體，自形式的言之，則戶主權行使之範圍，稱之為家，而家之所有一之定之名稱，則謂之為氏矣。親族編第二章即規定關於戶主及家族之權利義務也，而隱居（即戶主權之拋棄）亦在其規定之中。（註二六）

家之中有本家、分家及同家之別。同家者，分家相互之關係也。

婚姻

丙 婚姻

婚姻（羅 *Matrimonium* 德 *Ehe* 英 *Marriage* 法 *Marriage* 意 *Matrimonio*）者，一男一女以畢生之共同生活為目的之法律上之關係也。無呈報之婚姻如日本所謂內緣者，不得稱之為婚姻；以無法律上之關係故也。（註二七）

（一）婚姻之成立

婚姻依當事者之合意與呈報而成立，缺此要件時，則其婚姻無效；然婚姻要件，不

（註二六）日本民法，折衷家族制度與個人制度者也；故日本的家之制度，與外國不同，從而對於戶主、家族、隱居等之外國語，亦難揭其適當者。如 *Family house* 等之語，與日本之家族、親族、家等，不可謂為同一義也。

（註二七）婚姻之語，如右所述指夫婦之法律的關係也；然使生此種關係為目的之合意（德 *Eheschliessung*），亦稱為婚姻。

僅止此，此外尚須具備法律上之種種要件焉。其要件為何？即（1）男須滿十七歲以上，女須滿十五歲以上。（2）要非重婚者。（3）如已婚之女，則須自前婚之解除或取消之日起，經過六個月以後。（4）要非姦通者與相姦者。（5）要非民法上（日民第七六九條至七七一條）規定之近親者間。（6）子女自為婚姻時，如男未滿三十歲，女未達二十五歲者，則須得父母之同意。違反此等要件之婚姻，在一定條件之下，得取消之。（日民七六五條至七八七條）。（註二八）

（二）婚姻之効力

婚姻之効力如何？曰：（1）發生夫婦之關係及姻族關係。（2）妻為無能力者，關於一定之行爲，須得夫之許可。（3）夫婦間發生一定之權利義務。例如妻者應入夫之家籍，如係入夫或婿養子（即贅婿）則夫應入妻之家籍。其他如同居及扶養等，皆其主要之權利義務也。（4）夫婦間發生一定之財產關係。即夫婦在婚姻之呈報前，對於其財產如無特別之契約時，則法律上規定夫婦間之財產關係，謂之爲法定財產。

（註二八）所謂婚姻、婚約（羅 Sponsalia 德 Verlobnis; Verlobung 英 Engagement 法 Promesse de mariage; Fiancalle 意 Promesse di matrimonio; Fidanamento; Sponsalizio）者，日本民法雖無規定，而其判例則認之爲有效。婚姻雖許強制，然因違約或不法行爲而生之損害，則被害者有依法律規定之賠償請求權。

制：從而婚姻之一切費用由夫負擔；但妻爲戶主時，則由妻負擔之。又夫或女戶主，有其配偶者之財產使用及收益等權利，而夫則管理妻之財產，妻對於日常之家事，視作夫之代理人然。（日民七八八條至八〇七條）。

(三) 婚姻之解消

婚姻除因取消而失其效力外，凡因一方之死亡（及宣告失蹤），或因合法之離婚，而其婚姻亦隨之而解消。離婚（羅 *Divortium* 德 *Ehescheidung* 英 *Divorce* 法 *Divorce* 意 *Divorzio*）者，解除夫婦關係之謂也。立法例中，有禁止之者，有僅因裁判之結果而許之者，而日本民法，則認許其協議上之離婚，及裁判上之離婚焉。協議上之離婚者，即因夫婦之協議，而得任意離婚者也。裁判上之離婚者，即有日民第八百十三條規定之原因時，得提起訴訟而請求離婚也。（日民八〇八條至八一九條）。

親子

丁 親子

廣稱親子時，則因血統而生者及基於法律而生者，均包含在內。前者稱爲實親子，而後者則爲養親子、繼父母與繼子、及嫡母與庶子是也。

(一) 實親子

實親子云者，實父母與實子之謂也。實子之中，有三種之別：（一）嫡出子即因

實親子

養親子

婚姻而生之子也。(2)私生子，即不因婚姻而生之子。(3)庶子，即父母認知之私生子也。但庶子後因父母之結婚而取得嫡子之身分。(八二〇條至八三六條)。

(二)養親子

養親與養子者，即在親子之間有同一之親族關係，而養子取得嫡出子之身分也；但當其為養子緣組 (羅 *Adoptio* 德 *Annahme an Kindesstatt* 英 *Adoption* 法 *Adoption* 意 *Adozione*) 時，除以當事者之意思及登記為要件之外，為養親者須已達成年，養子則須在十五歲以上而非為養親者之尊屬或年長者。如為養子者未滿十五歲時，得由在其家之父母，代為緣組之承諾。(日民八二七條至八五〇條)。

緣組因意思或登記欠缺而歸於無效，又因法律(日民八五二條以下)規定之一定事由而得取消。其他與婚姻同，得因當事者之協議或依法起訴而離緣。(日民八五一條至八五七條)。(註二九)

繼父與繼子

(三)繼父與繼子

繼父與繼子之間，發生與實親子間同一之親族關係。(日民七二八條)。

嫡母與庶子

(四)嫡母與庶子

(註二九)婚姻日本通俗亦稱緣組，離婚亦稱離緣，學者當注意也。

嫡母與庶子之間，亦發生與親子間同一之親族關係，已如上述。（日民七二八條）。

不問其爲實子與養子，抑或爲繼子，如未達自爲獨立之生計之成年者時，則須服從在其家之父的親權。若父不能知或已死亡，又或不能行使其親權時，則由在其家之母行使親權。親權（羅 *Patria potestas*？德 *Elterliche gewalt* 英 *Parental power* 法 *Puissance paternelle* 意 *potesta dei genitori*）者何？即對於子之身分及財產而行其權的作用之謂也。如未成年子之監護及教育之權義、居所指定權、兵役出願之許可權、懲戒權、職業許可權、財產管理權等，皆其主要者也；雖然如父或母濫用其親權、或流於極浪漫時，則裁判所得因子之親族或檢察之請求，而宣告親權之喪失。（日民八八七條至八九九條）。

監護

戊 監護（日人稱後見）

監護（羅 *Tutela* 德 *Vormundschaft* 英 *Guardianship* 法 *Tutelle* 意 *Tutela*）者，因一定之事由，在法律上任其保護監督之責者也。一定之事由爲何？即（一）對於未成年人無行親權者，或行親權者無管理權時，及（二）親權者受禁治產之宣告時是也。而監護之機關，當設監護人及監護監督人。未成年者之監護人，其所有之權利義務，與親權者略類似。禁治產

者之監護人，除代其行法律行為外，而有療養看護之義務。凡監督此等監護事務者，即為監護監督人；然親族會得依一定之事由而免黜監護人，是亦處於監督之地位也。關於監護人及監護監督人等之選任的順序、方法、事務、以及其監護之終了後等等之規定，日民第九百條至九百四十三條設有明文。至關於準禁治產之保佐（羅 Cura 德 Beistandschaft; Pflegschaft 英 Curatorship 法 Curatelle 意 Cura），大體準用監護之規定也。

親族會

己 親族會

親族會（羅 *Consilium domesticum* 德 *Familienrat* 英 *Family council* 法 *Conseil de fo Mille* 意 *Consiglio di famiglia*）者，依民法及其他法令之規定，所以處理親族繼承上之事項的合議機關也。此與俗所謂親類會議等異：蓋前者為法律的，而後者則非是，親族會之集會，乃因要會議的事件之本人、戶主親族、監護人、監護監督人、保佐人、檢察、或因利害關係人之請求，而由裁判所招集之者也。（日民九四四條至九五三條）。

扶養

庚 扶養

扶養義務（德 *Unterhaltspflicht*；*Alimentationspflicht* 英 *Duty of support* 法 *Obligation alimentaire* 意 *Obbligo degli alimenti*）者，因一定之人，不能依其自己之資產或勞務而生活，乃對之供給生活資料之義務之謂也。扶養之程度如何？則依扶養權利者之需要，與扶養義務

者之身分及其資力而定之。但此權利，不許處分者也。

扶養義務，通常存在（1）直系血統及兄弟姊妹相互之間。（2）夫婦相互之間。（3）夫婦之一方與他一方之直系尊屬而在其家者之間。此外則（4）戶主負扶養家族之義務。如扶養權利者及扶養義務者有數人時，則依民法規定之順序也。（日民七四七條至七九〇條及九五四條至九六三條）。

繼承

第五 繼承（日人稱相續）

日本民法第五編，規定關於繼承（*Successio* 德 *Erbfolge*; *Sukzession* 英 *Succession* 法 *Succession* *Successione*）時權利義務移轉之事項也。申言之，即戶主權因喪失法定之原因，或因家族之死亡而其權利義務包括的移轉之事項，皆在此編規定之。

甲 繼承之種類

日本以家族制度與個人制度相併用；故繼承亦以家督繼承與遺產繼承二種之分，述之如左：

（1）家督繼承

家督繼承者，即戶主之權利義務，包括的繼承之之謂也。此種繼承，依下舉各種原因而開始之。（1）戶主之死亡，隱居或喪失國籍時。（2）戶主因婚姻或養子緣組

家督繼承

繼承之種類

之取消而去其家時。(3)因女戶主之入夫結婚或入夫離婚時是也。(日民九六四條至九六七條)。(註三〇)

家督繼承人之中，有法定繼承人，指定繼承人，及選定繼承人之三種：(1)法定家督繼承人者，依法律規定之順序，當然得為家督繼承人之謂，就中於繼承開始前，當然具有法定之推定家督繼承人之身分者，則稱之為法定之推定家督繼承人。此繼承人，即被繼承人的家族之直系卑屬也。其繼承之順序，以直系卑屬中之親等近者為先，親等相同者以男為先，在同親等之男或女之間，則以嫡出子為先，而嫡出子，庶子及私生子之間，則嫡子及庶子雖為女子，亦較私生子為先，至以上之事項皆相同者，又以年長者為先矣。然則養子之於家督繼承如何？曰養子因緣組而取得嫡出子之身分時，視作親生者然。但法定之推定家督繼承人，如有法律(日民第九七五條)所揭之事由時，則可除外是謂廢除(羅 Exhereditio 德 Enterbung 英 Disinheritance; Disinherison 法 Desheritement; Exheredation 意 Diseredazione)。(2)無法定推定繼承人時，得由被承

(註三〇)日本所謂家督繼承者，無適當之外國語；蓋現今外國多採個人制，其所稱繼承者，乃指遺產(羅 Hereditas 德 Erbschaft; Nachlass 英 Inheritance 法 Heritage 意 Eredità)之繼承也。至家督繼承，雖譯作(德 Hauechfolge 英 Succession to the householdship 法 Succession au chef de famille)；然恰當與否未敢自決。

繼人自己指定家督繼承人。其指定方法雖用遺言亦得爲之。是謂指定繼承人。

3) 無法定或指定繼承人時，則選定其家督繼承人，有選定權者，爲在其家之父母或親族會，而其選定亦有一定之順序。且關於繼承之順序及繼承之資格欠缺等，日本民法設有詳細之規定。(日民九六八條至九六五條)。

家督繼承人，除專屬於前戶主一身之權利外，其所有之一切權利義務皆繼承之，尤其是系譜、祭具及墳墓之所有權，爲家督繼承之特權也，但有多少之特例如隱居者及爲入夫婚姻之女戶主，在一定之形式條件下，得保留其財產權等是也。(日民九八六條至九九一條)。

(二) 遺產繼承

遺產繼承，因家族之死亡之一原因而開始，其死亡者之權利義務，包括的繼承之也。被繼承人，常爲家族而無戶主權；故得繼承之權利義務，唯限於財產上者耳。(日民九九二條九九三條)。

遺產繼承人，悉依法律而定之，即被繼承人之直系卑屬，雖皆得爲繼承人，而在親等之異者間，則以近者爲先，親等相同者，則在其同順位者爲繼承人，固不問其爲嫡出子與否，抑爲男子與否也。若無直系卑屬之繼承人時，則依被繼承人之配偶者，直系

尊屬及戶主之順序而繼承之。遺產繼承人，亦得因一定之事由而廢除之。（日民九
九四條至一〇〇〇條）

遺產繼承人，除專屬於被繼承人之一身者外，凡其財產上之權利義務，皆繼承之。但家督繼承，採取長子主義，而遺產繼承，則取平等主義，如繼承者有數人時，其繼承財產皆共有之，且其後得因共同繼承人之一人請求而分割之。至各共同繼承人承繼之權利義務，則依其繼承分而定之。繼承分（羅 *Portio hereditaria* 德 *Erbeil* 英 *Portion* 法 *Part hereditaire* 意 *Porzione d'un'eredità*）者，即各繼承人共同的承繼之比例，亦即各共有者所有之部分之謂也。繼承分以不違反後述之遺留分之規定爲限，被繼承人得以遺言定之，或委託第三者定之亦可；但無此指定時，則由法律定之，是謂法定繼承分。法定繼承分，如同順位之繼承者有數人時，其繼承分固各均等，而庶子及私生子，則以嫡子之繼承分之二分之一爲其繼承分焉。（日民一〇〇四條至一〇〇九條）。此繼承分，得由當事人處分之。

乙 繼承之承認及拋棄

家督繼承人及遺產繼承人，自己知其繼承開始時起，在三個月內，須爲繼承之單純承認或限定承認抑或拋棄之行爲。（一）爲單純承認（德 *Unbeschränkte annahme* 英 *Absolute*

繼承之承認及拋棄

單純承認

acceptance 法 *Acceptation pure et simple* 意 *Accettazione pura et semplice*) 時，則無限的承繼被承繼人之權利義務也。繼承人在上揭之期間內，不爲限定承認或拋棄等行爲時，則視作已爲此單純承認者然。(一)爲限定承認 (德 *Beschränkte annahme* 英 *Qualified acceptance* 法 *Acceptation sous bénéfice d'inventaires de la succession* 意 *Accettazione con beneficio d'inventario*) 時，則繼承人唯在因繼承而得之財產限度內，而有清償被繼承人之債務及遺贈之義務而已。

但爲此行爲前，須有財產目錄之調製，及對裁判所陳述等諸種之手續焉。(二)向裁判所陳述拋棄 (羅 *Hereditatis renunciatio* 德 *Ausschlagung* 英 *Renunciation* 法 *Repudiation*; *Renonciation* 意 *Rinunzia*) 時，其繼承雖爲自初不成立，而遺產繼承人數人中之一人爲拋棄行爲時，則其繼承分應他繼承人之繼承分而歸屬之矣。(日民一〇一七條至一〇四〇條)。(註三一)

德國民法上之 *Erbverzicht*，自其文字上觀之，雖爲繼承之拋棄，實則關於被繼承人與繼承人間之拋棄契約也；故與日本之所謂拋棄者不當。

丙 繼承財產之分離

繼承債權者 (即被繼承人之債權者及受遺者)，自繼承開始時起，在三個月內，得請求裁判所將繼承財產由繼承人之財產中分離之；所以防繼承財產與繼承人之固有財產相混合，

繼承財產
之分離

(註三一) 法定之家督繼承人雖不得爲拋棄行爲，而限定承認則得爲之。

繼承債權者，關於繼承財產，得較繼承人之債權者先受清償也。（日民一〇四一條至一〇五〇條）。

丁 繼承之曠缺

繼承人之有無不明時，則稱之爲曠缺。繼承人曠缺時，其繼承財產，得置法人爲其管理人。但經一定之期間及手續，猶無主張爲繼承人者時，則其繼承財產，使之歸屬於國庫矣。（日民一〇五一條至一〇五九條）。

戊 遺言

遺言（羅 Testamentum 德 Testament 英 Testament; Will 法 Testament 意 Testamento）者，因表意者之死亡而生效力之單獨行爲，且須一定之形式者也。凡爲遺言，其年滿十五歲者得爲之，禁治產者出自本心時亦得爲之，而妻及準禁治產者，亦得各依各之自由而爲之，無須得夫之許可或保佐人之同意者也。（日民一〇六〇條至一〇六六條）。

遺言爲要式行爲之一，不依法定之形式者無效，而其方式則有普通方式與特別方式二種：（一）普通方式之中，又有自筆證書，公正證書及秘密證書三種之別：（1）自筆證書者，遺言者親自書其遺言之全文，月日及氏名而加以捺印者也。（2）公正證書者，有證人二人以上之立會，依遺言者之口授，而爲公正人之署名捺印等之法定要件者也（3）秘密證

書者，遺言者將其證書親自署名捺印而封之，更將其封筒上面加蓋封印而提出於二人以上之公正人及證人之前，並在封筒上面，履行一同署名捺印等形式者也。（二）特別方式者，凡因疾病或其他之事由而迫於死亡之險急者、因傳染病而在交通遮斷之區域者、從軍中之軍人軍屬及在艦船中者等，爲遺言時之簡易的方式也。關於此等之方式，遺言之效力、遺言之執行者、遺言之取消等，日本民法設有規定。（日民一〇六七條至一一二九條）。

遺贈

用遺言而與他人以財產，謂之遺贈。（羅 *Legatum* 德 *Vermahnis; Lega* 英 *Legacy; Bequest?* 法 *Legs* 意 *Legato*），受遺贈者，稱爲受遺者（羅 *Legatarius* 德 *Vermächtnisnehmer; Legatar* 英 *Legatee* 法 *Legataire* 意 *Legatario*）。而遺言者之財產上的權利義務，包括的承受之者，則稱爲包括的受遺者，包括的受遺者與財產繼承人有同一之權利義務焉。

遺留分

己 遺留分

遺留分（羅 *Portio legitima* 德 *Pflichtteil* 英 *Statutory share*; 法 *Legal portion* 法 *Reserve legale; Reserve hereditaire* 意 *Porzione legitima; Riserva legale*）者，不因被繼承人之遺贈或在繼承開始一年前所爲之贈與而有減損的繼承人必可繼承之財產之謂也。苟無此種規定，則繼承人之利益，有蒙不利之虞。直系卑屬而爲法定家督繼承人時，以被繼承人的財產之半額爲其遺留分，若其配者或直系尊屬爲其遺產繼承人時，則以三分之一爲其遺留分矣。有數人之

遺產繼承人時，非各自受其半額或三分之一，乃合數人而爲總員以受之者也（日民一一三〇條至一一四六條）。

第二節 商法

商法(德 Handelsrecht 英 Mercantile law; Commercial law 法 Droit commercial 意 Diritto commerciale) 亦有廣狹二義：在廣義言之，即包括關於商事上之實質的成文及不文法之總稱也。在狹義言之，則僅指形式的商法法典者也。日本舊商法，初請德人勒斯拉 (Roessler) 起草，至明治十七年而稿成，同二十四年欲實施而未果，乃延期至同二十六年始施行其一部，後由法典調查會着手根本修正，至同三十二年乃見現行商法之實施，後迄四十四年更加修正之矣。

商法法典，由總則，公司、商行爲、手形及海商之五編而成，茲分述如左：

第一 總則

商法者，關於商事之法律也；故商法非僅關於商人之法，雖非商人而關於商事者，亦受本法之適用也。公法人之商行爲，如無特定法令時，則適用商法之規定。至關於商事者，以適用商法爲先，商法無規定時，適用商慣習法，無商慣習時，則適用普通法的民法，前已述之矣。

(日商法一條至三條)。

總則編除規定商法之適用範圍外，凡關於商人及其補助人、商業登記、商號、商業賬簿等皆有設定。

商人及其
補助人

甲 商人及其補助人

商人（德 *Kaufleute* 英 *Merchants; Traders* 法 *Commerçants* 意 *Commercianti*）云者，以自己之名而從事於商法行為業者之謂也。以自己之名而為之云者，不問其是否在自己之計算上為之，亦不問是否以自己之名義而為之，凡以自己為權利義務之主體者，則皆謂為商人之意也。是故商店之雇員如代理人、副手、及管店人等非商人，必以商行為營業者，乃得為商人。商人者以所得之通常的泉源而反覆的為同種之行為者也。（日商四條至八條）。

商人之於一切業務，不能概自為之；故為補助其業務之執行而有商業補助人。但廣稱補助人時，凡一切經紀（俗稱中人）以及其他經營補助的商業者，皆包含在內，而總則之所規定者，則唯商業使用人及代理商之二者而已。（一）商業使用人（德 *Handlungsechülern*；

Handlungsangestellte 英 *Commercial assistants* 法 *Employés de commerce* 意 *Commessi di negozio*）者，因僱傭契約而服其營業上之勞務，乃屬於一定的商人之謂也。商業使用人之中，有代主人而為其營業上之一切行為之權限者，如支配人者是。有承主人之委任，而為關於其營業上之某種類或某特定之事項者，如管店人及代理人是。支配人、管店人及代理人以外之使用

商業登記
商號及商
業賬簿
商業登記

商號

人，則無代理主人之權限。（日商二九條至三五條）。（二）代理商（德 Handelsagenten; Handelsagenten 英 Commercial agents 法 Agents de commerce 意 Agenti di commercio）者，非使用人之謂，乃一定之商人而平常爲其營業上之商行爲的代理或媒介者之謂也。代理商與一般爲商業之補助的經紀等不同，而代理商與使用人相異者，則在於代理商之自身亦爲商人之點也。（日商三六條至四一條）。

乙 商業登記 商號及商業賬簿

（一）商業登記

商法關於一定之事項，命其登記於營業所之裁判所，且爲本人及第三者而設有商業上之信用公示方法，此卽爲商業登記。（德 Handelsregister 英 Commercial register 法 Registre de commerce 意 Registro di commercio），例如經營商業之未成年者或妻之登記，商號登記，關於公司之登記，及支配人之登記等是也（日商九條至一五條）。

（二）商號

商人得用其氏名或其他之名稱以爲商號。商號（德 Handelsfirma 英 Trade name 法 Nom commercial 意 Ditta commerciale）云者，不過商人用以表示自己營業上之名稱也。商法對於商號有一定之保護，如不許用他人已登記之商號而在同一市，町，村內爲同一

之營業，又對於竊用同一或類似之商號者，得請求禁止使用或損害賠償焉（日商一六條至二四條）。

商業賬簿

(三) 商業賬簿

商人須備一定之商業賬簿（德 Handelsbücher 英 Trade books 法 Livres di commerce 意 Libri di commercio）。商業賬簿之中，有日記賬，財產目錄及貸借對照表三種之別：
 (一) 日記賬（德 Tagebuch 英 Journal 法 Libre-journal 意 Giornale）者，即記載每日之交易往來，以及其他影響於財產之事項者也。
 (二) 財產目錄（德 Inventar 英 Inventory 法 Inventaire 意 Inventario）者，即關於動產、不動產、債權債務等一切之積極的及消極的財產之目錄也。
 (三) 貸借對照表（德 Bilanz 英 Balance-sheet 法 Bilan 意 Bilancio）者，即對照貸方借方之表也。（日商二五條至二八條）。

公司
 第二 公司（日人稱會社）

公司者，以商行爲業之目的而設之團體（日人曰社團）。然不稱商行爲而以營利爲目的之團體，亦得稱之爲公司。例如以漁業、農業、礦業等爲目的之公司是也。前者謂之商事公司，後者稱爲民事公司。

公司共分四種，（甲）無限公司（乙）兩合公司（丙）股份有限公司（丁）股份兩合公司是也。茲

分說如下：

無限公司

甲 無限公司(日人稱合名會社)

無限公司(即合名會社)(德 Offene Handelsgesellschaft 英 Unlimited partnership? 法 Societe en nom collectif 意 Società in nome collettivo)者，股東全體對於公司之債權者，負無限的責任之公司也。即股東非與公司分担債務，乃以公司財產不能清償公司之債務時，各股東須連帶而任其責之謂也。(日商四九條至一〇三條)。(註三二)

兩合公司

乙 兩合公司(日人稱合資會社)

兩合公司(即合資會社)(德 Kommanditgesellschaft 英 Limited partnership? 法 Societe en commandite simple 意 Società in accomandita semplice)者，即對於公司之債務，一部分之股東負連帶無限之責任，其他一部分之股東，則僅以出資額為限度而負責任之公司也。前者稱為無限責任股東，後者稱為有限責任股東。(日商一〇四條至一一八條之二)。

丙 股份有限公司(日人稱株式會社)

股份有限公司(即株式會社)(德 Aktiengesellschaft 英 Joint-stock company 法 Societe par actions 尤其是 Societe anonyme 意 Società per azioni 尤其是 Societa anonima)者，其資本分為金額均

(註三二)所謂合名者，因外國常合股東之氏名而用以名其公司故也。在於日本則不以此為要件。

等之股份，而各股東之責任，亦以其股分金額為限度之公司也。股分即株式（德 Aktien

英 Shares Stock 法 Actions 意 Azioni）之語，或指資本中之一部分，或指所謂股東權。股東

須有七人以上，各股分之金額，至少以五十元為限；但一次全繳者，不妨以二十元為一股。

股東相集而決定本公司的意思之機關，稱之為股東總會（日人稱株式總會）（德 Generalvers-

ammlung 英 General meeting 法 Assemblee generale 意 Assemblée generale）。（日商一一九條至

二三四條）。

丁 股分兩合公司（日人稱株式合資會社）

股分兩合公司即株式合資會社（德 Kommanditgesellschaft auf Aktien 英 Partnership limited

股份兩合
公司

by shares? 法 Société en commandite par actions 意 Società in accomandita per azioni）者，股東之一部分對於公司之債務，負連帶無限之責任（是謂無限責任股東），其他之股東，則各就所認股分之資本而負有限責任之公司也。（日商二三五條至二五四條）。

第三 商行爲

商法者，大體關於商行爲之規定也。實質的稱商行爲（德 Handelsgeschäft 英 Commercial

transaction 法 le Accte commerce 意 Atto bi commercio）時，蓋指關於商事之法律行爲而言者也。

商法列舉之商行爲，共分絕對的商行爲，相對的商行爲及附屬的商行爲之三種，茲述之如左：

絕對的商
行爲

甲 絕對的商行爲

不論何人爲之，而其行爲之性質當然屬於商行爲者，謂之絕對的商行爲。日本商法第二百六十三條列舉之四種行爲是也。例如交易所之交易，以及關於手形之行爲，屬於此矣。

相對的商
行爲

乙 相對的商行爲

凡其行爲因營業而始爲商行爲者，稱之爲相對的商行爲。日本商法第二百六十四條列舉之十二種行爲是也。例如關於電氣瓦斯之供給的行爲，銀行交易及保險等皆屬此矣。

(註三三)

商法之商行爲編所規定者，爲關於各種債權及物權之特別規定，其目的在圖交易之敏活，信用之確保，乃對民法而設之特例也。例如商行爲之受任者，在不違反委任之本旨範圍內，得爲委任以外之行爲。又民法禁止之流質契約，及因商行爲而生之債權担保上所設之質權，皆承認之。又如因商行爲而生之債權的消滅時效期間，縮短爲五年。要皆不出於上述之目的者也。(日商二六六條至二八五條之二)。

(註三三)商人爲營業而爲之行爲，概稱之爲商行爲，而商人之行爲，得以推定其爲營業而爲之行爲(日商二六五條)，謂之附屬的商行爲。附屬的商行爲，亦爲相對的商行爲之一種也。

商法除上述之一般的規定外，更有九種行爲之特別規定焉。即（一）商人間之買賣（日商二

八六條至二九〇條）。（二）交互計算（德 *Laufende rechnung* 英 *Current account* 法 *Comptecourant*

意 *Conto corrente*），即在商人間或商人與非商人間，平常所爲之交易，由一定期間內之交易所生之債權債務的總額，就其總額除去其相殺之部，而約定支付其殘額之契約也。（三）匿名組合（

德 *Stille gesellschaft* 英 *Sleeping partnership* 法 *Association en participation* 意 *Associazione in partecipazione*），即當事者之一方，爲相對人之營業而出資，相對人則分配其營業所生之利益之契約也。

（四）居間業（日本稱仲立營業）（德 *Maklergeschäft* 英 *Brokerage* 法 *Courage* 意 *Mediazione*），即媒介他人間之商行爲爲業者也。（五）牙行業（日本稱問屋營業）（德 *Kommissionsgeschäft* 英

Commission agency 法 *Commission* 意 *Commissione*），即以自己之名而爲他人販賣物品或購買物品之營業也。（六）承攬運送業（日本稱運送取扱業）（德 *Speditionsgeschäft* 英 *Forwarding agency* 法

Commission de transport 意 *Spedizione*），即以自己之名而爲承攬物品運送之營業也。（七）運送業

（德 *Frachtgeschäft* 英 *Carriage* 法 *Transport* 意 *Trasporto*），即在陸上、湖川或港灣內，而以運輸物品或旅客爲營業者也。（八）寄託尤其是設倉庫（德 *Lagerhaus* 英 *Warehouse* 法 *Magasin general*

意 *Magazino generale*）而爲他人保管物品，應其請求而交付預證券及質入證券的有價證券之營業也。（九）保險（德 *Versicherung* 英 *Insurance* 法 *Assurance* 意 *Assicurazione*），即當事者之一方，

與相對人約定關於損害之發生，或關於人之生死，支付一定之金額，而相對人則與之報酬之契約是也。（日商二八六條至四三三條）。

第四 手形

欲下一通各種手形（德 Wechsel 英 Bill? 法 billet? 意 Cambiale）之定義，莫乎其難，即在美法諸國，欲求其對於一切手形之適當的總括的名稱，亦非易事；然約而言之，則署名者，依其文字而負有無條件的支付一定金額之責任之有價證券也。手形具有流通性，殆與金錢無所異；故欲暢其流通，不可不保持其信用。即雖署名於偽造或變造之手形，亦當依其文字而任其責。

取得手形者苟無惡意或重大過失時，無論何人均不得對此而請求其手形之返還。（日商四三四條至四四四條）。

手形有爲替手形，約束手形及小切手之三種，試述如左：

爲替手形

甲 爲替手形

爲替手形（德 Gezogener wechself; Trassierter wechself; Tratte 英 Bill of exchange; Draft

法 Lettre de change; Traite 意 Cambiale tratta; Tratta）者，其內容有一定之形式，由振出人使第三者支付一定之金額之手形也。（註三四）

發行手形而成立手形債務之行爲，謂之振出（德 Ausstellung; Emission 英 Drawing 法

Emission 意 Emissione)。爲使手形之流通，更在其裏面或以附箋加以記載，是謂裏書（德 Indossament 英 Indorsement 法 Endossement 意 Girata; Indossamento），而裏書有讓與裏書，質入裏書及取立委任裏書等之種類焉。手形之支付人，署名於手形而認支付的債務之行爲，稱之爲承任（引受）（德 Annahme; Akzept 英 Acceptance 法 Acceptatione 意 Accettazione）。

所持人呈示其手形於支付人或承任人，而使其履行手形債務之行爲，是曰支付（德 Zahlung 英 Payment 法 Paiement 意 Pagamento）。但支付人不爲支付時，則所持人得使其作支付拒絕證書（德 Protesturkunde 英 Protest 法 Protest 意 Protesto），以向振出人或裏書讓與人而請求其償還。（日商四四五條至五二四條）。

約束手形

乙 約束手形

約束手形（德 Eigener wechsel; Trockner wechsel; Eigenwechsel 英 Promissory note 法 Billet à ordre 意 Cambiale propria）者，依一定之形式，約定由振出人支付一定之金額爲內容之手形也。（註三五）

（註三四）爲替手形，須有振出人之署名，並記載下列諸事項：（一）須有示明其爲爲替手形之文字，（二）一定之金額，（三）支付人之氏名或商號，（四）受取人之氏名或商號，（五）單純的支付之委託（六）振出之年月日，（七）一定之滿期日，（八）支付地，是也。

約束手形與爲替手形異，即振出人及受取人以外，無支付人與受取行爲也。其他大體準用關於爲替手形之規定。（日商五二五條至五二九條）。

丙 小切手

小切手（德 Scheck 英 Check 法 Cheque 意 Assegno bancario）者，依一定之形式，振出人使第三者支付一定的金額之手形也。小切手與一覽付之爲替手形同其性質。（註三六）

小切手爲供支付之具，故須常爲一覽付，又得爲持參人付。支付人通常爲銀行，其他大體準用關於爲替手形之規定。（日商五三〇條至五三七條）。

第五 海商

海商（德 Seehandel 英 Maritime commerce 法 Commerce maritime 意 Commercio maritimo）之語，雖有種種意義，而日本商法第五編所謂海商者，必爲關於海上之商事，而且設有與此相關聯之

（註三五）約束手形須有振出人之署名，及記載下列之事項：（一）須有示其爲約束手形之文字，（二）一定之金額，（三）受取人之氏名或商號，（四）單純的支付之約束，（五）振出之年月日，（六）一定之滿期日，（七）振出地，是也。

（註三六）小切手須有振出人之署名，及記載下列之事項：（一）須有示明其爲小切手之文字，（二）一定之金額，（三）支付人之氏名或商號，（四）受取人之氏名或商號又或支付與所持人（五）單純的支付之委託，（六）振出之年月日，（七）支付，是也。

船舶及船
舶所有者

各種規定焉。茲將其內容，約述如次：

甲 船舶及船舶所有者

商法上之所謂船舶者，僅指爲供以商行爲爲目的而使用於航海之船舶而言也。故其不以商行爲爲目的者，不特航行於湖川港灣之船舶，在於除外之列，即雖航海用之船舶而不具商行爲之目的者，亦不包含在內。至於端舟及其僅以櫓權而運轉或專以櫓權而運轉之舟，均不適用海商編之規定（日商五三八條至五三九條）。

船舶所有者，除一定之小型船舶外，必須登記其船舶，且須登錄於管轄官廳之船舶原簿，而領取其船舶國籍證書（德 Schiffszertifikat; Nationalitätsurkunde 英 Certificate of registry 法 Acte de francisation; Certificat de nationalité 意 Certificato marittimo; Atto di nazionalità）。凡船舶之移轉皆須登記，且須將移轉之旨，記載於國籍證書之內，否則不得以之與第三者對抗。（日商五四〇條五四一條）。

委付

船舶所有者之責任，雖有種種之主義，而日本商法，與法國法系同，乃採委付（德 Abandon 英 Abandonment 法 Abandon 意 Abbandone）而免責任之主義也。即凡船長在法定權限內所爲之行爲，或船長及其他船員當其執行職務而加損害於他人時，船舶所有者，得俟其航海完畢時，將船舶、運送費、及關於船舶所有之損害賠償或報酬請求權，給與債權者而免其

乙 船員

責。但船舶所有者有過失時，不在此限。（日商五四四條五四五條）。

海商編第二章，關於船員（德 *Seemann* 英 *Mariner* 法 *Gens de mer* 意 *Marinaio*）之規定也。船員者，凡船長及其他之船員（海員）皆包含在內，而商法之關於船長之職務權限責任及船員之雇用等，俱設有規定。（日商五五八條至五八九條，及參照船員法）。（註三六）

丙 海上運送

運送雖在商行爲編有所規定，而關於海上運送，則海商編特爲之規定焉。

(一) 物品運送

海上運送物品，有賃船舶之全部或一部而爲之者，有按個個的物品而運送之者，前者須有傭船契約（德 *Chartervertrag*; *Certe parie* 英 *Charter party* 法 *Chartepartie*; *Contrat d'affretement* 意 *Carta parite*），後者謂之個品運送（德 *Stückgutvertrag* 英 *Carriage in a general ship*; *Carriage of piece goods* 法 *Affretement à la cuelllette* 意 *Contratto di carico per singoli colli*）。傭船者或荷送人有請求時，則運送品之裝載後，船長須即給與船荷

（註三六）英之 *Seaman* 法之 *Gens de l'equipage*; 意之 *Perona dell' equipaggio*; 日語之 *marinaio* 等語，其意義有時包含船長及其他之船員而言，有時則除船長而單指船員也。

旅客運送

證券(德 *Konnossement* 英 *Bill of lading* 法 *Connaissement* 意 *Polizza di carico*; *Conoscimento*)。船荷證券者，與陸上運送之貨物換取證同，可依裏書而流通之有價證券也。(日商五九〇條至六二九條)。

(二)旅客運送

海上運送旅客，與陸上有所差異，例如記名之乘船票，不得轉讓與他人，又旅客在航海中，及在航海中途船舶修繕中之食料，皆由船舶所有者負擔之，此即其差異之主要點也。(日商六三〇條至六四〇條)。

海損

丁 海損

船長爲使船舶及載貨免於共同之危險，得就船舶或載貨加以處分(例如拋棄載貨)，因此處分而生之損害，稱之爲共同海損(德 *Gemeinschaftliche haveni* 英 *General averages* 法 *Avaries communes* 意 *Avarie comuni*)。因此損害而得保存之船舶或載貨，以其價格及運送費之半額，與共同海損之損害額，按其比例而使各利害關係人分担之。(日商六四一條至六五二條)。

海難救助

戊 海難救助

海難救助者，船舶及載貨之全部或一部遭遇海難時，無義務而救助之之謂也。此救助

，得請求相當之救助金。（日商六五二條之二至一六）。（註三七）

已 海上保險

海上保險，雖適用關於一般的損害保險之規定；就其保險之目的，則凡關於航海之事故而生之損害，皆須填補之。此種契約斯為海上保險之特色耳。（日商六五三條至六七九條）。

庚

庚 船舶債權者

日本商法第五編第七章曰船舶債權者。規定有船舶及關於其航海之一定的債權者，與以先取特權，又規定凡已登記之船舶，雖得以此供於抵當；然船舶之先取特權，則先抵當權而行之。（日商六八〇條至六八九條）。

第二節 國際私法

國際私法（外國語已述於前），為國內法之一種，所以規定自國法與他國法之適用範圍之法

之意義

（註三七）廣稱救助者，其中包含有救撥（德 Hulfeleistung in seenot 法 Assistance 意 Assistenza）及狹義的救助（德 Bergung

in Seenot 法 Sauvetage 意 Salvaggio）之二種。前者為乘組員占有之船舶或載貨而與之協力救助之者也。後者

救助離乘組員占有之船舶或載貨之謂也。日本商法與英法同，皆不設區別（英之 salvage 即船舶救助之義）。

也。故又稱之爲涉外私法。夫禁治產之原因，依禁治產者之本國法之規定，而其宣告之效力，則依宣告國之法律。（日法例第四條），例如住在日本之法國人，其禁治產之原因，雖依法國法之規定；然法國法之爲法國法非得行於日本，不過日本法例第四條之行使而已。

日本之國際私法之規定，雖以法例（三條以下）所包括者爲主，而民法、商法、商法施行法等，亦有國際私法之規定。又國籍法與國際私法，亦有重要之關係也。

今關於日本法例等之內容，雖多詳細之述說；然一言以蔽之，則準據法也。準據法（德 *Massgebendes recht*）云者，國際私法上適用於某事實之法之謂也。此準據法爲本國法者有之，例如人之能力，依其本國法而定者是也。（日法例三條）。爲住所地法者有之，例如債權讓與之對於第三者之效力，依債務者之住所地法者是也。（日法例一二條）。又爲所在地法者有之，例如關於動產或不動產之物權，以及其他登記之權利，依其目的物之所在地法者是也。又或爲行爲地法者有之，例如遺言之成立效力，雖依遺言者之本國法，而依行爲地之法律而爲之方式，亦有效也。（日法例二六條）。又或爲法庭地法（即裁判所所在地之法）者亦有之，即訴訟手續及裁判之執行方法等，依其裁判所所在地之法者是也。（註三八）

（註三八）以解決同一國家內之法律的衝突爲目的之法，稱之爲準國際私法。此種法規，日本之法制頗不完備，自共通法（大正七年四月法律三九號）公布之後，日本內地，朝鮮，台灣，關東州相互間之民事處理，略見便宜矣。

第七章 法之效力

法之效力，得分爲關於人之效力、關於地之效力、及關於時之效力之三者而說明之；雖然刑法有刑法之特別效力，民法有民法之特別效力，不能一概而論也。茲之所欲言者，唯就法律之一般的效力而已。

第一節 關於人之效力

關於人之效力

屬人主義

及屬地主

義

法之效力，有二主義：一曰屬人主義，一曰屬地主義。屬人主義（德 *Nationalitätsprinzip*

英 *Principle of nationalities* 法 *Principe de nationalite* 意 *Principio della nazionalità*）者，法隨伴人之

主義也。例如甲國人不問其在甲國抑在乙國，須從甲國之法；又乙國人雖在甲國，亦須遵從乙

國之法者是也。屬地主義（德 *Territorialitätsprinzip* 英 *Territorial principle* 法 *Principe de territorialite*

意 *Principio della territorialità*；*Principio della realtà*）則反是，即一國之法的效力，僅及於其國之領

土內，而在其領土內則絕對的行使者也。例如甲國人在甲國時，雖從甲國之法；但一旦到達乙

國時，則須從乙國之法者是也。乙國人之在甲國亦然。關於法的效力之主義，由屬人主義而

移於屬地主義者也。在昔古代，雖有所謂『羅馬法者、羅馬人之法也』之觀念，而及領土之觀

念漸次發達，尤其是封建制度之發生後，則法律與土地之關係遂密接，而以屬地主義為原則矣。即在今日亦可謂以屬地主義為原則，以折衷於屬人主義而行也。

關於人之法的效力與關於地之法的效力，兩者相依始得明確之觀念；然為便宜上而僅著眼於人時，則得如次之解說：

原則

關於人而言之，凡一國之國民不可不遵從其國家之法律，是為原則。但屬人的原則，亦有特例。茲舉其主要者如左：

特例一

一 特別法者，唯對一定之人而有效力者也。例如陸海軍之刑法，僅可支配軍人。對於一定地域之住民之法，唯此住民始受其適用之類是也。

特例二

二 屬地主義之結果，凡住在外國之人，在某種情形之下，不可不服從其在留國之法。例如甲國民住在乙國之領土內時，常受乙國之保護，同時關於某點不可不服從乙國之法。但非一切之點皆從乙國之法也。試引例說明於左：

(甲) 憲法上之義務，雖住在外國時，亦從本國之法。例如兵役義務、納稅義務等是。然不得誤為可免在留國之一切租稅等也。

(乙) 身分、能力、親族、繼承等之屬於其人之國家固有的事情等事項，則不依在留國之法而從其本國之法。例如成年年齡、禁治產及準禁治產之原因、婚姻成立之要件等，皆是

也。(參照日刑法例)

(丙)刑法中之某種規定，有可適用於住在外國之內外人者。(參照日刑法二條至四條)。

(丁)在某國有治外法權者，則其國之人民雖在某國，亦不服從某國之法而從其本國之法也。

廣稱治外法權(德 *Exterritorialität* 英 *Exterritoriality* 法 *Exterritorialité* 意 *Estraterritorialità*)時，則有特別之身分者，不從在留國之法而從其本國之法。有特別身分者，即爲君主、大總統、外交上之使節及是等人之家族、從者、軍艦乘員及有一定責任之指揮官下之軍隊等是也。此外如甲國之一般人民住在乙國時，不服從乙國之法而服從在乙國之甲國領事裁判者，皆謂之治外法權。日本在明治三十二年七月以前，歐美諸國皆在其國有領事裁判權也。現今日本在中國及暹羅有之。

特例三

三 有謂國家之法律，其效果不及於其國之主權者焉。若主權在於國家，則主權者雖爲國家之

自身；而在君主國指其君主爲主權者時，則主權者的君主，不負法律上之何等責任也。日

本憲法有云『天皇者神聖不可侵』，即此意也；然其憲法發布之勅語曰：『朕及朕之子孫、

當循此憲法之條章、行之而不愆』，又其告文亦云：『誓爲臣民之率先，履行此憲章而不愆

』。在其他之國家，君主亦非無須遵守一切之法；唯君主之行爲，假令其有不合於法，亦

無依法律上之手續而裁判或加以制裁者也。英國所謂：『國王不能爲不法行爲』(The

King can do no wrong), 蓋此義也。若闡明君主亦須遵守法律，而單基於政治上道德上的理由之說，未得以爲當也。

四 有一定之身分者，雖在本國之內，而法之對此之效力，亦有受制限者。例如日本議會之議員，除關於現行犯罪或內亂外患之罪外，會期中無該院之許諾，不得逮捕者是也。（日憲法五三條）。其他對於皇族、國務大臣等，其法律執行之手續，別有特例。

第二節 關於地之效力

關於地之
效力

法之關於人之效力與關於地之效力，有密切之關係；故次所述之關於地之效力，亦須與關於人之效力，互相參照。

關於地之法的效力，卽一國之法，一般的行使於其領土、領海及領空之內爲原則，此原則雖似與關於人的效力之原則相矛盾；然關於人者，則以屬人主義爲原則，而加以屬地的特例；關於地者，則以屬地主義爲原則，而加以以屬人的特例；二者相依，然後法之效力得以調和者也。

對於右述之原則，乃有次之特例：

特例

原則

一 對於前節中特例二之例外（甲至乙），乃對於「一國之法，一般的行使於其領土、領海及領空之內」的原則之制限也。尤其是某國之法，得行於在他國領海內之自國軍艦中，又因有

治外法權之故，得在某國之內而行他國之法，此學者所當注意之點也。

二 關於地之特別法，全國不能一般的施行者也；故亦爲對於原則之例外也。

三 如有不屬於何國之土地，則依國際公法之原則外，而由住在其土地之人，行其本國法而已。
在於公海或公空之內，則行其船舶或航空機之所屬國之法可也。

關於時之
効力

第二節 關於時之効力

關於時之効力，如左所述；但此問題，與次節之法之解釋問題，互相關聯。

法之實施

第一 法自實施之日起發生効力。

不文法無公布之可能，故國家承認慣習爲法之時，即爲實施之期；而成文法則有公布（羅 *Promulgatio* 德 *Verkündigung* 英 *Promulgation* 法 *Promulgation* 意 *Promulgazione*）之方法。公布之方法者，即使人知法之存在之方法也。公布之日與實施之日，不必同爲一日。自公布而至於實施之期間，稱爲周知期間。茲將關於現行法之實施期間，略說如次：（註三九）

甲 狹義之法律，即議會之協贊，天皇之裁可及經公布之成文法，原則上自公布之日起，經過滿二十日而施行；然得定其與此相異之施行日期，且在必要上即時施行者亦有之。又在台灣、北海道、沖繩以及其他島地，得以勅令而別定其施行期日焉。（日法例一條）。

法律

皇室令、
勅令、閣
令及省令
軍令

警視廳令

市町村之
條例規則

乙 日本之皇室令、閣令及省令、除其命令中有特別之施行時期者外，普通自公布之日起，經過滿二十日而施行之。（日公式令一一條）。

丙 軍令（即關於陸海軍之統帥經勅令之規程），除規定有特別之施行時期者外，即時施行之。

（日明治四〇年軍令一號）。

丁 警視廳令。北海道廳令及府縣令，除其實施期有特示者外，自公布之日起，經七日而施行之。（參照明治二六年勅令一九九號）。

戊 除右所述者外，凡市町村等所發之條例（關於住民之權利義務及團體之事務者）規則（關於營造物者）等之施行日期，法律上別無一定之規定，通常各依其自治團體之所定，而揭於該條例規則之中也。

（註三九）在朝鮮、關東州及台灣各地，通用法律命令時，以達其各官廳之翌日起，經七日而施行之。（明治四〇年勅令一一號、同年勅令二九二號，後有改正）但法律命令，非能當然施行於台灣、關東州、朝鮮等各地，而施行之時，別有規定也。

在朝鮮需要法律之事項，得以朝鮮總督所發之副令而定之，在台灣則稱之爲律令。其他如朝鮮總督、台灣總督、關東長官、樺太廳長官、南洋廳長官、或在朝鮮台灣、關東州、樺太、南洋等處之各地方廳等所發之命令，其施行之期，亦各有規定也。

法之効力
不遡既往

第二 法之効力不遡既往。

法者，不得及其効力於施行日期前所生之事項者也。若其不然，不特徒惹事態之糾紛，抑亦等於預先有服從法之義務者然，將使人民惑其所適從；此多數之立法例，所以設明文而示法無遡及効（德 Rückwirkende kraft 英 Retroactivity 法 Effeit retroactii 意 Effetto retroattivo），亦當然之原則也。然此原則，不過爲法令解釋上之原則，而非謂立法上絕對不得設有遡及力之法令也。法律有時在必要上，對於其施行前所生之事項，每有不及其効力則不得其實效者，此時得在該法令中，明示其旨而使其有遡及効焉。

與法之効力不遡及之原則相關聯而不可不述者，既得權之觀念是也。既得權（羅 *ius acquisitum* 德 *W. erworbenes recht* 英 *Acquired right*; *Vested right* 法 *Droit acquis* 意 *Diritto acquistato*）者，依法而獲得之權利也。或者曰：某某之事爲既得權，故雖有新法之實施，亦不能害之；然法律上無不能害既得權之原則。法者得變更其効力不遡及之原則者也，而一切之權利皆依法而生，不過在法之範圍以內，始得有其力者也；故一旦付與之權利，在必需上，更得依法而制限之或消滅之也。唯立法者以不爲輕易奪取已付與之權利爲穩當耳。故不可害既得權云者，唯立法主義上之原則，乃有其意義也。

第三 新法改廢舊法

新法改廢
舊法

在某種事項有法之存在，迨後對於同一事項有新法施行時，則舊法當然變更者也。此新法改廢舊法（羅 *Lex posterior derogat legi priori*）之原則，殆無待言；然通常在新法中以明文指示其應改廢之法令焉。

新法改廢舊法之原則，不可與法之效力不遑及之原則相混同。新法雖當然改廢舊法，然除特有明文規定者外，不得適用於其施行前所生之事項；不過舊法被其改廢而已。

第四 新普通法，不改廢舊特別法。

假令新法雖施行，亦非當然影響於舊特別法之效力也（羅 *Lex posterior generalison derogat legi priori speciali*），蓋特別法者，具有先普通法而適用之效力故也。然新法中設有明文者，亦不妨改廢既存在之特別法，唯不得謂其為當然也。

第八章 法之適用及解釋

假令作如何多數之法規，而對於社會之凡百事件，亦不得悉數網羅之。又作無論對於何人必無疑義之論文，亦有所不能，於是法之解釋問題生焉。

適用法律之際，不可不先確定其事實，即所謂不定事實問題（羅 *Questio facti* 德 *Tatfrage* 英

Question of fact 法 *Question de fait* 意 *Questione di fatto*），不能入於法律問題（羅 *Questio iuris* 德

新普通法
、不改舊
特別法

法之適用
及解釋法

事實問題

Rechtsfrage 英 Question of law Question de droit 意 Questione di diritto) 也。但事實或由法律推定之者有之。推定云者，法律假定其事實之謂，而得依反證而破此推定也。例如在土地的疆界線上之界標溝渠，雖推定其為相隣者之共有物（日民法二二九條）；然唯無反對之證據，始得持此見解，若舉出反證時，則得更為之推定也。此外法律有規定看做某事實者。依此規定而由法律確定某事實時，雖舉出反證，亦不許破之。例如對於契約之申請，加以其他之變更而為之承諾時，則其承諾者看做經已拒絕其申請，同時亦視作已為新的申請者然。（日民法五二八條）。事實之確定，除由如此法律定之以外，其餘一切之事實，當依證據而決之。其證據之採否，則一任裁判所之自由判斷而定也。學者稱之為自由心證（德 Freies emessen）。既欲決定事實關係，則當以如何之方法而適用如何之法律乎？解答此種問題而當其適用之際，是即所謂法律解釋之問題也。

法律問題

法之解釋（羅 Interpretatio 德 Auslegung; Interpretation 英 Interpretation 法 Interpretation 意 Interpretazione）云者，闡明法之真意之謂也。或謂法之解釋為探究立法者意思亦可。但立法者之語，非指立案者而言也。

法之解釋，通常分為有權解釋及學理解釋之二種。茲試說明如下：

有權解釋

第一節 有權解釋

有權解釋 (羅 *Interpretatio authentica* 德 *Authentische Interpretation*; *Beglaubigte auslegung*; *Rechtssil-tige auslegung*; *Auslegung durch eine souveräne rechtsquelle* 英 *Authentic interpretation* 法 *Interpretation authentique* 意 *interpretazione autentica*) 者，國家自身所爲之解釋也；故又有立法解釋 (羅 *Interpretatio legale*; *Interpretatio legislativa* 德 *Legale Interpretation*; *Gesetzgeberische auslegung* 英 *Legal interpretation*; *Legislative interpretation* 法 *Interpretation legale*; *Interpretation legislative* 意 *Interpretazione legale*; *Interpretazione legislativa*) 之稱。其解釋方法，不一而足；或有在法令中示其解釋者，例如日本民法第八十五條規定：「本法所謂物者，有體物之謂也。」，以示物之意義者是也。或有特發法令而下解釋者，例如日本舊刑法中，關於官吏之犯罪之多數規定，適用於市町村之吏員等與否，因有疑義，明治二十三年以法律第一百號而示其旨：「刑法中稱爲官吏者，包含公吏而言也」者，是也。又或有在法文中揭其實例而示解釋之標準者，此在日本舊民法等中屢屢見之，即在日本現行法中所謂『如何如何其他』者，其『如何如何』者，示「其他」以下之例者也。例如日本民法第二百十八條規定：「土地所有者，不得建築直瀉雨水於鄰地之屋頂以及其他工作物。」其文內特示工作物之一例者是也。

有權解釋者，以立法手段而爲之者也；故其實卽法令而非法律之解釋也。然則吾人拘束於

有權解釋者，非從其解釋，實則從其法令耳。（註四〇）

其他如議會之議事錄、附於法案之理由書等，雖常供爲法律解釋上之補助的材料；然就該法文之解釋，非有絕對的權威也。

學理解釋

第二節 學理解釋

學理解釋（羅 *Interpretatio doctrinalis*；*Interpretativ dogmatica* 德 *Doktrinnelle Interpretation*；*Dogmatische Interpretation*；*Wissenschaftliche Auslegung* 英 *Doctrinal interpretation*；*Dogmatic interpretation* 法 *Interpretation doctrinale*；*Interpretation dogmatique* 意 *Interpretazione dottrinale*；*Interpretazione dogmatica*）者，以學說而爲解釋之謂也。學理解釋雖非有絕對的權威，而其爲重要也，固無待論。

學理解釋，從來學者更分之爲文理解釋與論理解釋之二種，姑倣此而說明於次：

文理解釋

甲 文理解釋

（註四〇）有權解釋之語，或有廣爲之解說者曰：各官廳對於呈稟之回答、與其他訓令、指令之類，及裁判所或行政廳之判斷等，皆算入其內；然回答、訓令、指令等，不過官廳之一意見，又裁判所所爲之判決，亦非有一般的拘束力，而爲就該事件始有絕對的拘束力耳。況司法上之解釋與行政上之解釋，卽在同一法文字句之中，亦不妨有相異之意義。

文理解釋 (羅 Interpretatio grammaticalis 德 Grammatiscbe Interpretation 英 Grammatical interp-

retation 法 Interpretation grammaticque; Interpretation litterale 意 Interpretazione grammaticale) 者，

基於法定之字義或文義而爲之解釋也。夫法律之文字文章，法意之所藉以表現者也；故欲

明法之真意，不可不先依此而求之。國民之服從法律，亦不過從其文字文章之所示者而已

法文當以

制定時之

意味解之

法中之文字文章，以在其制定當時之意味解之爲原則。若漫從時勢之變化，字義文法之變遷，以及隨時隨地而得任意變更其意味，則法律無修改之必要，且解釋者將變爲立法者，而有害於法之爲法之性質，司法與立法相混同，亦必失却普通所謂之安定性 (德 Beständigkeit; Stabilität 英 Stability 法 Stabilité 意 Stabilità) 矣。論者曰：法者死物也，所以活用之者在乎人；隨時勢之變化，依字義文法之變遷，而爲法文之解釋，世人對此亦將以其合乎常識而歡迎之。尤其是所謂自由解釋等之說，無視法文，伴時勢之進化而解釋之：如謂妥當性、利益較量、法典之目的等，提舉漠然之根據；又如謂生存權、勞動權、團結權、罷業權等，單就社會政策或立法政策上有其意味之字句，而轉用於法文之解釋；此等解處，將使人在必要之前懷無法之誤解矣。尤其甚者，則謂法文不過一種例文，此種自由法說之極端論，不堪聞問者矣。所謂法爲進化的云者，不過謂無絕對不易之自然法存在之義，不能說原則

上成文法之字義文義，亦可隨時代而進化的解釋之者也；蓋法者規矩也，準繩也，凡可漫爲之伸縮者，不得稱爲規矩準繩矣。譬如現今使用之尺度然，感覺其不便不利時，唯有更改之耳；不此之圖，自由加以伸縮而使用之，是亦失其爲尺度矣。法之未經更改者，亦唯從之而已。所謂：「所謂不良之法亦法也」(Dura lex, sed lex)「破法者必爲法」(Gesetz muss gesetz brechen)者，卽此之意也。

雖然法制固隨時勢而變化，吾人不可誤解而否認之。研究經濟生活之狀況，以及其他諸種之事情，而無怠於立法上之考慮，實爲吾人之要務也。立法者固不可不努力於無產及無識階級之保護；然僅埋頭於此，而忘却國家之中產及智識階級之存在，如彼學徒之汲汲然迎合衆愚之立法論，則不可不排斥也。尤其是吾人解釋法律，宜無偏於何階級，須秉公平態度而爲之，否則必至失其法之爲法之權威矣。

法中之文字文章，以在其制定當時之意味解之爲原則；然對此亦有當然之例外，卽法律自身有規定須從社會之進步或文字文義之變遷而解釋之者：例如規定以違反善良風俗之事項爲目的之法律行爲無效者是也。(日民法九〇條)。蓋已稱爲風俗，自應隨其時代之變遷，而依其時代之一般道德的標準，更欲其標準線之向上也無疑。其他法文中有用「相當期間」之文詞，(如日民法五四七條等)，此種法律，則從其時之情形，以某日而決其爲相當

解釋之公
正

原則之例
外

，固不待論。

法律之文字文章，以通常之意義解之爲原則。法者非對於法律學者而設，亦非對於醫學者理學者等而設，乃對於一般國民而立者也。故除特應專門的意義解釋者外，概當以通常之意義解釋之。一粒之粟，自物理學者言之，爲獨立之一有體物；而由法律之眼光論之，則除特別之情形外，無質權等之觀念，而以一定之集合狀態爲單位（如一合一升一斗等），乃生權利觀念者也。又例如電氣爲有體物與否，不必待電氣學之研究，吾人一般之觀念，認之爲有體物時，則視作其爲有體物而適用關於有體物之法律可耳。（參照日本法學新報二六卷七號三瀨信三所作之論文「法令用語之解釋與專門家之鑑定」）。

乙

論理解釋

論理解釋
論理解釋
之誤解

論理解釋（羅 Interpretatio logica 德 Logische Interpretation 英 Logical interpretation 法 Interpretation logique 意 Interpretazione logica）之意義，雖有種種之學說；然以之爲不依法文之文字文章，而從論理上之法則以求法意者誤矣。蓋法文者，法意之表現也，論理者思想之法則也，而文字文章者思想之記號也，不合論理者，實不得稱爲文章。換言之，雖文理解釋則無論理解釋。故以上述之意義而區分文理解釋與論理解釋者，無意味也。尤其是說：論理解釋之結果，與文理解釋之結果相衝突時，則以論理解釋爲優者，更不能解其意義矣。

然則論理解釋之真意義如何？曰：論理解釋者，不在法令之文字文章之外以求法意，

乃依論理學上之法則，以推文字文章所示之關係，而探究法意之所在而已；唯不容誤解者，則非贊成徒拘泥於法文之字句的解釋主義也。至於法典之用語統一與否，完全依法文之文

詞解之得當該權利義務之性質與否，又與其他法令之關係如何？凡此種種之點，不可不考

察之以決其能否完全依照文字解之可也。此無須稱之為自由法學（德 Freirechtstheorie; Freie

rechsschule），而從來所謂擴張解釋（羅 Interpretatio extensiva），縮少解釋（羅 Interpretatio

restrictiva），勿論解釋（羅 Argumentum a fortiori）等，皆屬此種方法也。（註四一）

附 補正解釋及沿革解釋

補正解釋
及沿革解
釋

或曰：立法者之意思表示已錯誤者，不可循其錯誤而為之補正以解釋之，是謂補正解釋（羅 Interpretatio critica 德 Berechtigende auslegung）。雖然法律已為成文之後，吾人務須遵

從其文字文章之所示，而亦唯有遵從之法；蓋文字之使用及文章之組織，有錯誤與否，非國

（註四一）此外有非純然的論理解釋而屬於論理解釋者，是謂類推（羅 Analogia 德 Analogie 英 Analogy 法 Analogie 意 Ana-

logia）。在私法之範圍內，不得以無明文而拒絕裁判；是故法律雖無明文，亦有按立法上之同樣理由而準用其他之

法條者。此種法文則用「準用」之文詞。例如關於有體物之共有的規定，準用無體物之財產權的共有之類是也。

（日民法二六四條）。然無準用之明文時，亦得基如上之理由，體會立法上之理由相同之法條而準用之。

民之所關知，又安知其表示之如何錯誤乎？故立法者之意思表示果有錯誤，唯有法令改正之一途耳。

補正解釋之外，又有所謂沿革解釋（羅 *Interpretatio historica* 德 *Historische auslegung*）焉。倡是說者，殆以法文成立之沿革（如法案之理由書、立案者之意見書、議事錄、政府委員之說明等），爲有權威的解釋材料，是亦誤矣。極端的言之，如日本政府提出之某法律案，雖有不經一字一句之修正，而得議會之協贊，依裁可公布之手續，乃爲法律者；然政府附於法案之理由書，議會果依此理由書之同一理由而與以協贊與否，全然不明也。又存於舊法典之條文，不存於新法典，解釋論者，以此一事而以爲否認舊法之所定的反對意味也；然以其當然而削除之乎？抑以其反對之故不設此規定乎？當依他種之根據而斷定者也。要之，沿革的材料，雖爲解釋上之貴重的補助材料，而亦無過大之價值也。（參照日本法學志林二〇卷五號所載之著者論文「沿革解釋及補正解釋之誤謬」）。

第九章 法之成立及消滅

法之成立及消滅，其關於慣習法者已如上述，本章所述說者，主爲關於成文法也。

第一節 法之成立

法者國家認定之規則也，然因成文法之種類有異，而其認定之形式手續，亦不相同。依數國家之認定而成立之成文的規則，前已述之，茲唯就國內法而述其大略於次：

一 狹義的法律

狹義的法律，即憲法特稱爲法律之成文法也。日本之成文法，須有提案、議定、裁可及公布之手續。其提案權（即提出法律案之權）在於政府及貴衆兩院（日憲法三八條），而各議員則無提案權。有提案而後須經一定的手續之議定。凡法律須經三讀會而議決之：第一讀會決定此案之付討論與否，第二讀會則將此案逐條審議之，第三讀會，乃決定議案全體之可否者也。但有省略讀會者，（日本議院法二七條至三二條）之規定是也。此種方法，其法律案先由兩院議決之，後依天皇之裁可，乃成爲法律。由此而成之法律，更因天皇命令其公布及執行而生拘束力焉（日憲法六條）。公布者，使人周知法律之形式也，通常登載公報而爲之。凡經一次公布之法律，則不得以不知爲理由而免其適從。所謂「不知法者不恕」（羅 Ignorantia iuris non excusat）之語，蓋此意也。

二 狹義的法律以外之成文法

狹義的
法律以外之
成文法

狹義的法律以外之成文法，如日本之勅令、閣令、省令、府縣令、以及其他自治團體所發之條例規則等是也。此等成文法，就其制定公布各有規定，又唯依從來慣例者亦有之。（註

四二）

法之消滅

第二節 法之消滅

法之消滅，得分爲廢止及變更之二種：廢止云者，即使法之效力，絕對的消失之謂也。變更云者，乃制定新法，而使舊法之全部或一部消滅之謂也。此外雖有種種之分類，然不見其有多大之實益矣。

法律消滅之事由，約述如次：

一 有直接明示其消滅者。例如日本民法施行法第九條第一項之規定：『左列之法令、自民法施行之日起廢止之，』其左列之法令，皆應廢止者是也。

二 因有效之施行定期屆至而消滅。例如戰時利得稅附則之規定：本法關於法人者，限以講和條約調印日所屬之年之末日所含之事業年度分廢止之。至關於個人者，則以是年分爲限廢

期限到來

直接廢止

（註四二）欲詳其關於法律、條約、勅令、皇室令、閣令、省令之公布、宜參照日本之公式令。至其法律命令之實施期，

前已述之矣。（參照本編七章二節）。

關於同一
事項如新
法已實施
目的事項
之絕對的
消滅

止之之類是也。

三 關於同一事項，如新法已實施時，假令雖不設明文，而舊法亦消滅。但實施之新法係普通法時，則舊法之特別法，未必因此而消滅。已在法之效力章，有所述矣。

四 規定之目的事項絕對的消滅時，則其法亦消滅。例如關於臨時博覽會之法令，及關於臨時檢疫事務之法令等，屬於此類。但法非單因不使用而當然消滅，乃僅就為特定目的之事項而發之法令，其事項絕對消滅時，則其法令亦消滅之謂，學者不可誤解也，

以上之外，所謂經過法（德 *Übergangsvorschrift* 英 *Transitive law* 法 *Loi transitoire* 意 *Legge transitoria*）者，雖曰與新法之實施同時消滅，而其所以消滅者，唯依新法改廢舊法之原則耳。

經過法者何？即規定新法與舊法的關係之法，如民法施行法及刑法施行法等是也。又有時雖為經過法之規定，而與新法有永久之效力者有之。例如日本民法施行法第二條：「民法上所稱破產者，對於民事則謂之家資分散」。之規定，雖與將來商人及非商人間共通的破產法之實施同時消滅；然同法第九十四條：「關於遺言之成立及取消，適用其當時之法律云云」之經過的規定，雖在現行民法施行後，亦可適用於遺言，其結果亦見舊法規定之適用，非與民法之施行而同時當然消滅者也。

以上所述，雖主為關於成文法者，而慣習法，亦新慣習法改廢舊慣習法，同時新普通慣習法

，則不得當然改廢舊特別慣習法焉。至於慣習法與成文法之效力關係，參照（本編三章二節）所述可也。

第三編 權利及義務

第一章 權利之觀念

法之觀念與權利之觀念，不可相離者也，而其差異之點不過法者屬於客觀的一般的抽象的，而權利為主觀的特殊的具體的耳。德國之拉伊普尼克 (Leibniz) (1646-1716) 曰：『法學者權利之學也』，不得謂非不當之說也。但權利與法，其存在之時雖同，而僅自其觀念發達之順序言之，則權利觀念之發達，似較義務觀念為後，而古代之法以義務為本位，實不可爭之事實也。要之，法之本位雖由義務而進於權利，而近時受孔德 (Comte) (1798-1857) 影響之一派學者，則主張以社會連帶 (法 *solidarite sociale*) 為法之基礎，為欲達此連帶之目的，乃以義務為基礎而非權力權利者也。如法國之狄驥 (Duguit) 之權利否認論，即代表的說明此種主張者也。(參照日本法學協會雜誌三四卷九、一〇、一一號所載杉山博士論文「狄驥之權利否認論之批判」)；然在某種意味，假定雖不能否定社會連帶之存在，而以之而否認權利則不可；社會國家者，非可僅以社會學、倫理學、哲學等之原理而律之者也。若謂法學如何漸次社會化，則有法及法學之存在，自不能舍權利之觀念而論之也。

權利及正義

權利之定義，雖因關於其本質之學說而歧異；然權利之觀念由正義之觀念發達而來者，不啻在言語上證明之矣。如羅馬之由耳俾斯安（Ulpianus）云：『法學者神事人事之智識，而正不正之學也（*Iurisprudentia est divinarum atque humanorum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*）』，又塞薩斯（Celsus）曰：『法者善及公正之術也（*Ius est ars boni et aequi*）』。更遡希臘而言之，如蘇格拉底（Socrates）、亞里斯多德（Aristoteles）等，亦皆以正義而為權利之說明焉。（參照第二編第六章第一節）。

關於權利之本質，從來有有意思說與利益說之二種。茲先就權利之定義，分節以說明之，而順及意思、利益二說之解說焉。

權利者，得享受國家的生活上必要的特定利益，或使活動之之法律上之力也。

第一節 權利者國家的法的觀念也

法律既為人之國家的生活之規範，則由此而生之權利的觀念，不可離乎國家的生活，固不待言；然為其權利的內容之利益，非一切之利益，乃限於此國家的生活上必要的利益，亦屬當然之理也。

權利者國家的法的觀念也

權利者法的者也。法不存在以前，有所謂社會法（德 *Gesellschaftsrecht* 英 *Social Law* 法 *Droit*

權利者以
利益爲其
內容也

關於權利
本質之意
思說及利
益說

social 意 Diritto sociale) 者，其認爲社會上之有權利的見解迥異，簡單以言之，即非吾人今日所謂之法也。近時亦有以生存權、勞動權、團結權等種種名稱之下，而謂爲社會上之權利者，要不可稱爲法律上之觀念也。

第二節 權利者以利益爲其內容也

關於權利之本質，雖有種種之見解，然得大別之爲意思說及利益說之二種。但吾輩說明權利的內容之際，雖用利益之語，要非必採從來之利益說而排斥意思說，亦非必爲其折衷說也。

茲先就意思說與利益說而試述其大概於次：

以意思爲權利的本質之說，總稱之爲意思說。意思說之中，雖有以意思之自由 (德 Willensfreiheit) 爲權利之本質者 (如康德等)，而近世之意思說，則以意思的力 (德 Willensmacht) 或意思的支配 (德 Willensherrschaft) 爲權利之本質。如溫斯治 (德 Windscheid 1817-1892) 之主張，可爲是說之代表的見解：其定義謂「權利者法律所與之意思的力或意思的支配也 (Eine von der Rechtsordnung verpliehene Willensmacht oder Willensherrschaft)」。其見解曰「假令利益雖爲權利之目的，然無主張之之意思，則不成意味。如未成年者精神病者，法律上置代理人以補充其意思者，皆所以示權利之本質不可欠缺意思者也」；然謝林 (Hering 1818-1892) 等之利益論代表者，其

對於權利之定義曰：權利者法所保護之利益也（*rechlich geschütztes Interesse*）。其見解謂：權利之主體，非與意思之主體相同一，乃不可不以受利益之主體相同一也。若依意思之說，則其結果如未成年者精神病者，將因其無意思而不得有權利矣。又以權利為意思，則對於不知不覺間而變為權利者，亦不能說明之矣。但批評利益說者曰：以法所保護之利益概認為權利，則其所生之結果，凡依法律而間接直接之受益者，悉為權利者矣。利益論者對此批評則曰：權利與法之反射作用，不可不為之區別；依訴權而保護之利益，乃可稱為權利，其他則悉為反射作用也。

為權利內
容之利益

吾輩對於意思說與利益說之批評，詳在次節。茲唯就權利以利益為其內容之點，略述如下：權利之觀念，雖因時因地因人而迥異，而茲所謂構成權利內容之利益，則指國家的生活上必要的特定之利益而言，而有此之利益者，不問其主觀的信為利益與否，要對於為國家的生活，客觀的認為必要之利益足矣。又此利益非漠然的利益，必須為特定之利益，非然者，假令雖有所謂法之反射作用，亦不能為權利之內容。例如國家對於某物品之製造業，依法令而給與補助金，因而吾人得購買廉價製品之利益；然此之利益，非得為權利之內容，從而吾人不得稱為有廉價購買製品之權利也。

第二節 權利者法律上之力也

權利者法
律上之力
也

權利者法律上之力也

權利之種類

以權利之本質爲意思者，唯着眼於權利之動的狀態或外形者耳。如權利之讓與拋棄等之移於動的狀態時，以意思爲必要，不能者法律設有意思補充之方法焉。又以權利爲利益者，則有僅着眼於權利之靜的狀態或內容目的之嫌。此外有謂權利爲關於享受利益之意思，以及其他種種之折衷說，雖皆不得謂爲絕對誤謬之說，而以之爲權義之定義，則皆非完全之見解也。

蓋權利者，法律給與各人之力也；故權利之本質爲法律上之力，固非物理力之謂也。然則如何的法律上之力乎？曰：得享受國家的生活上必要的特定利益或使活動之力耳。即單得享受此利益之力，亦不妨爲權利；故如意思能力欠缺，不能獨立判斷事物者，雖無得使此利益活動之資格；然得享受之，故仍不失爲權利者；唯得使此利益活動作用者，則以意思爲必要，此法律所以爲無能力者等設有法定代理等制，而補充其意思焉。要之意思者，爲置權利於動的狀態（如權利之行使讓與等）雖爲必要，而在靜的狀態即單享權利時，則可謂無必要矣。

第二章 權利之種類

權利之種類不一，舉其主要者，則如左列之諸項。

一 公權及私權

二 對世權及對人權

三 原權及救濟權

四 主權利及從權利

五 專屬一身之權利及有移轉性之權利

第一節 公權及私權

公權及私權

公權私權之別，基於公法私法之別也。即公權（羅 *Ius publicum* 德 *Öffentliches recht* 英

Public right 法 *Droits politiques; Droits civiques* 意 *Diritti pubblici*）（註一）者，公法上之權利也。

私權（羅 *Ius privatum* 德 *Privatrecht* 英 *Private right* 法 *Droits privés* 意 *Diritti privati*）者，私法上之權利也。（註二）

公權雖更得爲細別之，然無關於重要；故次唯就私權之細別而說明之。

（註一）在於法國，其對於私權即 *Droits privés* 或 *Droits civils* 之語，用參政權 *Droits politiques* 或國民權 *droits Civiques*（選舉權及爲官吏之權）之語爲常。至稱 *Droits publics* 時，則非公權之意味，而指私權之分類的人格權也。

（註二）公權者公法上之權利也，私權者私法上之權利也；然由公法上之處分及其他公法上之行為的結果而生之權利，則不可悉誤解爲公權。例如特許專賣者，行政上之處分也。特許法雖爲公法，而因此而生之特許專賣權，則爲私權的一財產權矣。反之，請求特許之權則爲公權。

私權之細則

人身權

私權分類中之主要者，則爲以其目的爲標準者也。茲依此而區分之，則私權得分爲(一)人身權(2)財產權之二者，更加以別種之所謂社員權者而爲三種焉。

甲 人身權

人身權 (德 *Personenrechte im weiteren Sinne* 法 *Droits de personne* 意 *Dritti personali*) 者，不得與人格或身分離之私權，而與財產有直接關係者也。人身權更得分爲人格權及身分權之二種。

人格權

(一) 人格權

人格權 (德 *Persönlichkeitsrechte* 英 *Rights to personal safety and freedom?* 法 *Droits de personnalité* 意 *dritti di personalità*) 者，不得與人格相分離，而且與之相終始之私權也。人格云者，得爲權利義務的主體之資格之謂，凡人出生皆具有之，因死亡而喪失者也。人格爲權利者之資格，故爲保護之而存在之人格權，則附於其人而不得拋棄之或讓與之。如生命權、身體權、自由權、名譽權等，皆其例也。(註三)

(註三) 人格權以廣義言之，則凡氏名權、商號權、特許專賣權、著作權等，皆包含在內。德國等之稱個人權 (*Individualrechte* 或 *Individualrechte*) 時，尤其是此廣義的解釋也。其他如人身權、人格權、身分權等之各國的用語皆不一致，且同一之語，亦有種種之意義，學者宜注意也。

身分權

(二) 身分權

身分權 (德 *Personenrechte im engeren Sinne*?; *Personenstandesrechte*? *Statuserichte* 法

Droits de letat 意 *Diritti dello stato civile*)，不得與一定之身分相分離，而且與之共終始之私權也。例如親對於子所有之親權，附着於親的身分，夫對於妻所有之夫權，附着於夫的身分者也，而親權夫權，皆與取得此身分而同時發生，與失了此身分而同時消滅也。繼承權之在某種意味時，亦得算爲身分權；蓋繼承權者，非必與財產有直接之關係，乃爲繼承人之一地位上而存在之權利也。換言之，不妨謂存在於被繼承之直系卑屬或配偶者之一定的身分上者也。

財產權

乙

財產權

財產權 (德 *Vermögensrechte* 英 *Property rights*? 法 *Droits patrimoniaux*; *Droits des patrimoines* 意 *Diritti patrimoniali*) 者，得與人格或身分相分離之權利，而以有金錢之價值之物爲其目的者也。從而其權利自身，亦有金錢的價值。但近世之民法，雖不得視爲金錢者，亦認爲財產權之一而得爲債權之目的焉。(參照二編六章一節債權之定義)。於是對於財產權有不能同如上述之定義者曰：『財產權者，得處分之權利也』，或唯消極的而云：『財產權者，非人身權之一切私權也』；然以不得爲金錢者爲內容之權利，亦因其不履行而變爲金錢賠償

債權物權
及無體財
產權

所謂社員
權

：故無變更財產權的定義之必要。

財產權得分之爲（1）債權，（2）物權及（3）無體財產權之三種。債權及物權之意義，既在私法之主要的系統中有所述矣，茲唯就無體財產權而說明之。無體財產權（無體物權、精神的所有權）（德 *Immaterialeüterrechte*; *Geistiges eigentum* 英 *Intangible property* 法 *Proprietés intellectuelles* 意 *Diritti su beni immateriali*; *Proprietá intellettuale*）者，以人之智能創作物之無形利益爲目的之私權也。如著作權、特許權等，皆屬於此。

附 所謂社員權

社團法人之社員，對於其法人有種種之權利義務。例如有出席社員總會表決之權、受配當之權、業務執行之權，調查業務狀況之權、交付股銀之義務等是。此非各自獨立之權利義務，乃社員（德 *Mitgliedrecht*）之一種權利作用也。社員權者，即社團法人之社員對於其社團所有之權利，而與財產權等有區別也。但吾輩以此爲不過與共有者之持分等，同爲一種法律上之地位，而非權利義務之自體，毋寧謂之爲使生種種權利義務之原因的標準比例也。唯法律爲便宜計，許之與權利等同樣處理，即以之爲讓與質典等，固無所妨。（例如股份之讓與質典等）。

對世界權
及對人權

第二節 對世權及對人權

以權利之效力支配範圍為標準而分類時，則得對抗於一般人之權利，謂之對世權、或絕對權、（羅 *Iura in rem* 德 *Absolute rechte*; *Dingliche rechte* 英 *Rights against all the world*; *Real rights*; *Rights in rem* 法 *Droits absolus* 意 *Diritti assoluti*）。反之，唯對於特定人始得對抗之權利，則稱之為對人權、或相對權、（羅 *Iura in personam* 德 *Relative rechte*; *Persönliche rechte* 英 *Rights against particular persons*; *Personal Rights*; *rights in personam* 法 *Droits relatifs* 意 *Diritti relativi*）。如物權、無體財產權、人格權等，屬於前者，無論何人均有不得侵害之之消極的義務。如債權及所謂社員權等，則屬於後者。至於身分權，尤其是親族法上之權利，究屬於何者？此則諸說歧異矣。

（註四）

第二節 原權及救濟權

原權及救
濟權

（註四）凡權利有絕對的效力時，謂之有物權的效力（德 *Dingliche Wirkung*），有相對的效力時，則稱之為有債權的效力

（德 *Obligatorische Wirkung*）。

英之 *Absolute rights* 及 *Relative rights* 之語，有其他之種種意義。

主權利及
從權利

原權 (英 Primary rights; antecedent rights) 云者，法律直接付與之獨立的權利之謂，因原權之侵害而生之權利，則稱之爲救濟權 (英 Secunda y rights; Remedial rights)。例如所有權者原權也，而因侵害所有權而生之損害賠償請求權、收回權等，救濟權也。又前者稱爲第一權，後者稱爲第二權。此種分類，英美等國多用之。

第四節 主義利及從權利

附隨於某種權利而始得存在之權利，謂之爲從權利 (德 Nebenrechte; Akzessorische rechte 英 Accessory rights 法 Droits accessoires 意 Diritti accessori)、反是者就爲主權利 (德 Hauptrechte; Selbständige rechte 英 Principal rights 法 Droits principaux 意 Diritti principali)。例如留置權、先取特權、質權、抵當權等，爲從於債權之權利，而地役權亦從要役地之所有權者也。

從權利以主權利之存在爲前提，故主權利消滅，則從權利亦當然消滅。又原則上主權利有移轉時，從權利亦隨之而移轉也。

第五節 專屬一身之權利及有移轉性之權利

專屬一身
之權利及
有移轉性
之權利

日本法典之於專屬一身之權利的意義，雖無確定的規定；然就一般而言之，則凡與權利者其

人之個人的利益有不可分離的關係之權利（即不許讓與、繼承等之權利），謂之專屬一身之權利（德 *Höchstpersönliche rechte* 法 *Droits exclusivement attaches à la personne* 意 *Diritti esclusivamente inerenti alla persona*）。非然者，則稱爲有移轉性之權利（德 *Übertragbare rechte* 英 *Transferable rights* 法 *Droits transmissibles* 意 *Diritti trasferibili*）。普通原則，以公法上之權利及人身權爲專屬於一身之權利，而財產權則否。但財產權亦有例外，要認權利者其人認爲權利與否，以爲標準而區別之可耳。

第三章 權利之行使及保護

第一 權利之行使

權利之行使者，使權利內容之諸權能實現之謂也。公權之行使與否，雖非可依權利者之自由，而私權之行使與否，原則上一隨當事者之任意也。

權利者，得無限制而行使之乎？此問之於公權，雖別無說明之必要，而就私權言之，則各國多有禁止權利濫用之規定。但日本民法，則無一般的制限。假如權利之行使，於權利者自身無何等之利益，而單與他人以損害者，則可解爲不得行使其權利。日本判例亦採此旨也。

第二 權利之保護

權利者，裁判上及裁判外均得行使之；但義務者如任意不爲其履行時，則唯有依公力而強制之。強制力者，非私人之所有也。

雖然對於切迫的權利侵害，而須急速救濟時，苟在一定的條件之下而不許其自力救濟，則無以全其權利之保護；故立法例多是認之，尤其是關於私權者爲然。日本對此無一般的規定，唯在民法第七百二十條，設有特別之規定而已。

第四章 義務之觀念

由法及權利之觀念，得以解釋義務（羅 *Debitum* 德 *Pflicht* 英 *Duty* 法 *Devoir* 意 *Dovere*）之爲何物（註五）；然關於其定義，則有多少之異說。以意思爲權利之本質者，則以義務而爲依法而定之意思的拘束；然對於意思主義之權利論的批評，亦得對此而批評之。或曰：義務者，法律上之責任也；然責任一語，多指由義務所生之結果也。如謂賠償責任者是。或又以義務爲法律上之強制者亦有之；然強制亦不過由有義務之結果而生者也。其他有說明義務爲法律上行爲或不行爲之地位或必要者。吾人依前述之權利的定義而下義務之定義，則爲義務者，行爲或

（註五）英之 *Dabit* 法之 *Debitum* 意之 *Debito* 等，寧釋爲義務之一種債務之義，而羅之 *Debitum*，亦爲債務之意味。至於

Officium 之語，以其指法律上之義務，毋寧指一般的道德上以及其他之義務爲當。

不行爲之法律上的拘束也」。但所謂法律上的拘束者，非國家或個人之實力的強制制裁之意味，乃不關於自己之欲從與否，而在法律上無疑義的當然須爲其行爲或不行爲之意也。唯得以國家之力而強制之，斯爲通例耳。是故義務以客觀的言之，則爲對法之適合，而自主觀的言之，則爲法之尊重焉。

同一之事項，有爲權利而且爲義務者。例如親權者對於未成年之子，其所爲之監護教育，爲親權者之權利而同時爲其義務者是也。又選舉權爲吾人之權利而同時亦爲公法上之義務也。

第五章 義務之類別

義務之類
別

義務之類別者，對權利之類別而言也。例如對於公權而有公法上之義務，對於私權而有私法上之義務，對於私權中之債權而有債務等是。其他如言應爲某事之義務，則謂之積極的義務，或作爲義務。如言不爲某事之義務，則又稱之爲消極的義務，或不作爲的義務矣。

第六章 權利義務之主體 客體及目的

權利義務
之主體客
體及目的

權利義務之主體（即有權利負義務者）者，自然人及法人也。然則權利義務之客體爲何？客體之語，雖有種種之意義；但凡法律上之關係，唯在人格者之間始得存在；故權利之主體已爲

權利之目
的

無主體之
權利

權利義務
之得喪變
更
得喪變更
之原因

自然人及法人，則得以對抗其所有之權利（即法律上之力）者，亦不可不謂為自然人及法人。簡言之，即權利義務之本體及客體，同為自然人及法人而已。

法律上之關係中，有介入有形無形之利益者，學者有稱之為權利之客體；然不如謂之為權利之目的也。例如典質著作權時，則著作權之無形物，為質權的權利之目的內容矣。又著作權的權利其自身之目的，亦因智能而創作的無形之利益也。但有體物為權利之目的時，特稱之為目的物。例如時鐘之所有權的目的物為時鐘，而時鐘為有形之利益也。然間有以權利之目的或客體等之語而表示有體物者，則未見其適當矣。

然則有無主體之權利乎？此間雖有肯定之說，而通說則反之。若以權利而為法律上得為某事之可能性或力，則不可不以其力之本體存在為前提。尤其是在日本法制之下，如繼承人曠缺時之繼承財產，亦不得謂之無主，而有法人為其主體焉。又如關於某權利，雖胎兒亦視為已生者然，而為之保留權利焉；蓋凡一切權利，皆必使為有主體者也。

第七章 權利義務之得喪變更

第一節 得喪變更之原因

廣稱之，則權利義務者，雖概依法而生因法而消滅變更，而其得喪變更，亦必有誘致之原因在。此誘致之原因，謂之為廣義的事實或法律事實（德 Juristische Tatsache 英 Juristic fact 法 Fait juridique 意 Fatto giuridico）。

法律事實，更得分之為狹義的法律事實與行爲之二種。（一）狹義的法律事實，又可單謂之爲事實或事件（羅 Casus; Eventus 德 Ereignis 英 Event 法 Evénement 意 Avvenimento; Evento），人之行爲以外的現象之總稱也。例如因人之死亡而取得戶主權及所有權等，因火災而失物之所有權等是也。（二）行爲（羅 Actus 德 Handlung 英 Act 法 Acte 意 Atto）可使權利義務之得喪變更，固不待言。行爲得分爲種種之類別，而就中最顯著者，厥爲法律行爲及不法行爲之二種。關於此之說明，已在第二編第六章第一節述之矣。

第二節 得喪變更之意義

權利義務之得喪變更，其意義頗爲重要，吾人不可不知。

第一 取得

權利義務因某主體而發生者，總稱之爲取得。而取得有原始的與繼承的之別，茲分述如次

事實及行
爲

得喪變更
之意義

取得

原始的取得

甲 原始的取得(德 Ursprünglicher erwerb; Originärer erwerb; Selbständiger erwerb 英 Original acquisition 法 Acquisition primitive; Acquisition originare 意 Acquisto originario) 就權利而言之，不基

於已存在的他人之權利(原權)而爲之取得，謂之原始的取得。原始的取得，不因他人之意思固不待論，而如斯取得之權利，則爲全然新的權利矣。例如因先占而取得無主物之所有權，因時效而取得某權利之類是也。但依此方法而取得者爲新權利；故其目的物雖前爲某權利之目的，亦無繼受其負擔之理。例如甲之所有的物之所有權，乙因時效而取得之，則此物雖已爲負擔保之目的者，而乙亦無須負擔其担保；蓋該物已爲乙之新所有權矣。或曰：如乙知有担保權者時，則取得其附担保之權利。主張是說者，亦忘原始取得之性質者也。

義務亦有原始的取得者，尤其是公法上之義務，依法律而原始的課之者，蓋常有之。

繼受的取得

乙 繼受的取得(德 Abgeleiteter erwerb; Derivativer erwerb 英 Derivative acquisition 法 Acquisition

derivate 意 Acquisto derivativo) 就權利而言之，凡基於既存在的他人之權利而承繼之者，謂之繼受的取得；故繼受的取得，又有傳來取得之稱。如因繼承、讓與等之取得，皆屬於此。依此而得之權利，非爲新權利；故前所附着於此權利之各種負擔、制限、瑕疵等，亦不可不承繼之。所謂：『無論何人，亦不能以較自己所有以上之權利移與他人』(Nemo plus iuris

in alium transferre potest quam ipse habet) 者，羅馬法以來之原則也。

繼受的取得之中，有移轉的及設定的之分：(一)移轉的(德 Rechtsübertragend; Translativ

英 Translative 法 Translatif 意 Translativo)云者，已承繼之權利，與前主之權利，全然同一之謂

也。例如甲以自己所有之時鐘所有權，讓與與乙者是(二)設定的(德 Rechtsbegründend;

Konstitutiv 英 Constitutive 法 Constitutif 意 Constitutivo)云者，前主之權利雖不消滅，然承繼人所

得之權利，則非與前主之權利相同一者之謂也。例如土地所有者，在其土地之上為他人而

設定地上權者是也。義務亦有繼受的取得者，如在繼承時常見此例。

喪失

第二 喪失

凡權利義務之脫離其主體者謂之喪失。喪失有絕對的與相對的之分，試述於次：

絕對的喪失

甲 絕對的喪失 絕對的喪失者，即權利義務脫離其主體之後，絕對不存在於他人之謂也。絕

失

對的喪失，通常謂消滅(德 Utergang 英 Extinction 法 Extinction 意 Estinzione)。例如因拋棄

或目的物之滅失等而權利消滅，及權利者所為之免除，或基於法律之特別的規定而義務消滅者是也。

相對的喪失

乙 相對的喪失 相對的喪失者，權利義務不過單變更其主體者之謂也。即在於前主則喪失，

失

而承繼人則取得之者也；故併稱之為移轉(羅 Transmissio 德 Übertragung 英 Transfer 法 Trans-

mission 意 Transmission)。(註六)

第三 變更

不影響於權利義務之本質，而唯使其形樣（例如存續期間、目的之範圍等）發生變化者，謂之變更（德 *Aenderung* 英 *Modification* 法 *Modification* 意 *Modificazione*）。但主體之變更者，非此處所稱之變更也。

（註六）移轉之中，有包括承繼與特定承繼之別：包括承繼（羅 *Successio per universitatem* 德 *Gesamtnachfolge* 英 *Universal succession* 法 *Succession a titre universel* 意 *Successione Universale*）者，承繼前主之一切權利義務，而代其法律上之地位者也。例如因繼承而生之承繼是。特定承繼（羅 *Successio singularia* 德 *Sondernachfolge* 英 *Singular succession* 法 *Succession a titre particulier* 意 *Successione singolare*）者，承繼屬於前主之特定權利或利務者也。例如於通常之賣買等而生之承繼是也。

第四編 法學

第一章 法學之定義及發達

法學思想之萌芽，其歷史頗古；然法律學術之發達，則不必然，已在緒論中有所述矣。至

法學之定義，迄羅馬而漸散見。由耳俾安(Ulpianus)曰：『法學者，神事人事之智識而正不正之

學也。』。是說雖人皆評其有混同法律道德及宗教之弊；然在當時之事實上，則此種規範的法

則之分化，尙不完全；故在此時代之法學定義，不可不謂已示其真相者矣。降及格老秀斯(

G. J. Voetius)則以法學爲知從正義而生活之學。此說雖已有混同法學與法術之嫌，而不明法與道德

之區別，亦爲其缺點也。迄於千六百年時代，德國碩學來布尼茲(Leibnitz)乃曰：『法學者權利

之學也』，則權利之觀念，由正義之觀念發達分化而來者，其非古也可知。然則余之法學定義

，則以爲「法學者，關於權利義務之系統的、普遍的、合理的、知識也」。而已足。系統的云者，

非斷片的，乃依一定之方法而研究之，使其結果爲有秩序的組織之意也。普通的云者，求其通

一般事實之要素之謂也。合理的云者，非依吾人之想像，乃依經驗所得之材料，而加以適合思

考的法則之推理者也。皆與法學通論之意義上所述者同。

希臘及羅馬之法學

希臘時代，法學既有多少之發達，此爲學者之所知；如羅馬法中之許多法律語（如永佃 *emphyteusis* 抵當 *hypotheca* 等），皆由希臘語而來，又自羅馬之法學，與希臘哲學有密接的關係之點考之，均不能否認之也。至於羅馬時代，法學會蓬勃與之機，尤其是迄帝政時代，學者輩出，與久斯德帝（Augustus）時，則有拉貝（Labeo）及卡匹托（Capito），Labeo 之門下普洛久勒（Proculus）及 Capito 之門下薩拜那斯（Sabinius）等，亦各形成一派。迄及紀元後二世紀及三世紀之間，則有顏又斯（Caius）、柏比尼安（Papinianus）、由耳俾安（Ulpianus）、保爾（Paulus）及孟德只那（Modestinus）等法律大家輩出，羅馬法學，極一時之隆盛，而大家之見，皆與法律有同一之效力焉。迄帝查士丁尼（Justinianus）時，則有名之羅馬法全典（Corpus iuris civilis）成，而法律之進步，遂告一段落矣。但羅馬法學之已發達者，則以私法部分爲主也。

意大利註釋學派及宗教法

羅馬法全典成就以後，羅馬之法學，不見有多大之進步，而學者唯徒事成文之註解矣。至十二三世紀之際，羅馬之法學復在意大利之波羅那（Bologna）大學，再蓬勃與之運，發生所謂意大利註釋學派（Glossatoren），阿速（Azo）及阿克秀斯（Accursius）是其最著者也。此學派以外，而中世之法律學之足紀者，則宗教法（羅 *Ius canonicum* 德 *Kanonisches recht* 英 *Canon law* 法 *Droit canonique* 意 *Diritto canonico*）之發達是也。宗教法者，卽法王之教書（羅 *Decretum*）及因宗務協議會（羅 *Consilium*）所爲之決議而生之法規，包含關於民事刑事之規定之謂也。此與關於寺院自身

德國等國
之繼受羅
馬法

之法律（德 Kirchrecht），不同其義。宗教法與在意大利復興之羅馬法，自第十一世紀至十六世紀之際，一同輸入德國。稱此時代，謂之繼受時代（德 Rezeptionszeit）。此繼受之法，與德國固有法相合而形成所謂德國普通法（德 Gemeines recht），近於民法施行前所行者，即此物也。此羅馬法及宗教法，決不特與德國之法制有關，即其他各國之法制，亦莫不大受其影響焉。

宗教改革
及個人主義

迄於近世，受有名的宗教改革之影響，而國家及法制，與宗教及寺院漸次分離，文藝之復興，個人主義思想之發達，法學遂生大變化矣。

自然法學

十七世紀與十八世紀之間，可稱為自然法說全盛時代，於是主張人定法之外，有通時與地而不易之法，以研究自然法為法學之任務焉。又與此相關聯者，則有社會契約說。是說以為國家及法律者，因人民之合意而生者也。此種思想，亦流行於當世，已在法律觀念上略說之矣。

近世之傾向

然則近世法之傾向如何？即自然法說漸次失勢，由是變為前所述之歷史派及人定法派之時代；而達爾文（Darwin）之進化論，更促法學之大變革，以自然淘汰生存競爭為法律現象之說明；又他一方之學說，則使經濟學法與法律學相結合，而以為國家生活之實質為經濟，其外包則為法律生活也。

最近之傾向
與概念
法學及自

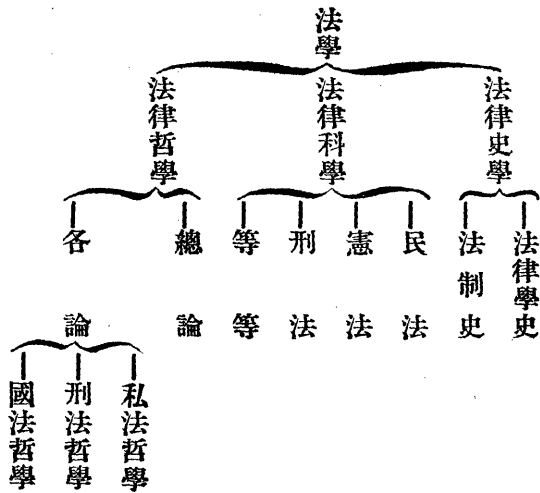
加以最近之歐洲大戰，於經濟生活及一般國民之思想，生大變化，而勞資問題、階級問題等

之糾紛，其影響於法律學者益多，從來僅依現行法之理論的考案，而以法律的概念之構成，已為滿意之概念法學（德 Begriffsjurisprudenz），將見脫其窠而建樹立脚於社會的實生活之法學矣。今之社會學派，自由法學派等，皆屬此傾向者也。然此派學者，動輒混同立法論與解釋論，於概念法學的缺點之正反對方向而示其缺點，或則惑於瞬間的社會現象與衆愚，或則依迎合學者流而錯誤；故不免有危害法的安固性之虞。要之，今之法律學，在迷於歧路之時期而已。

第二章 法學之分科

拉伊普尼克（Leibniz）以來，一般之傾向，分法律之學為關於立法者，關於現行法之解釋者，及關於法律之沿革者之三種，而英之邊沁（*Principles of moral and legislation*）乃分為解說法學（*expository jurisprudence*）及批判法學（*critical jurisprudence*）之二種，澳斯丁（*Lecture on jurisprudence*）則分為一般法學（*general jurisprudence*）——即由人定法研究抽象的一般法理之學，及特殊法學（*particular jurisprudence*）——即研究特殊社會之法規。皆大同小異者也。此外雖有種種之分類法，要皆不能以一而難其他也。

吾輩以為凡關於社會之學，以其研究之結果為有社會的評價為第一義。以其本質論為手段，而其本質的研究，常不可離由此而來之淵源的研究。以此見地而區別之，則得如左表之結果



右表之中，法律史學中之法制史者，即法律制度之歷史也。其編制有為編年體 (synchron-
 系) 者，由其最初起點分為時代，就其各時代中所謂民事法刑事法者，得逐類而分部門。又有
 依記事本末體 (chronologisch) 者，即將民事法刑事法等，自初而類別之，得在其中而追逐時代者
 也。又法律學史，則為法律學之沿革，殆如對於經濟史而有經濟學史者然。但在法律上比於

法制史，則關於法律學史之組織的研究，未見其有充分的發達，斯爲遺憾，吾人不可不期其與法制史相俱而進步也。

茲之所謂法律科學者，非指對於純理的學問之經驗的科學，乃唯指現行法之解釋爲主者也。但在其解釋上必要之限度內，亦有多少沿革的研究。又立法論雖不能完全含棄之，而所謂立法論者，唯非 *Politik* 乃於 *Recht* 之意味及其程度而加於其領域也。但法律科學，以根本觀念卽本質而爲其出發點者也。

法律哲學者，法及法律關係之淵源，本質與關於其社會的價值之根本的學也。其總論以研究法，權利及義務之本質爲主眼。其各論則就各種之權利義務而研究其存在之根據本質者也。依此而得之結果，不可不有社會的國家的評價，而樹立其將來之大的立法政策焉。從來稱爲法理學或法律哲學者，多種限於此處所謂總論方面者也。然苟非更進而就多種之權利義務，區分部門而爲根本的研究，以爲多大意味之立法論，則如法學之於社會的科學，吾以爲殊無價值矣。例如法律科學中之刑法，雖亦應涉及多少國家刑罰權之根據問題；然所謂國家有刑罰權之根據如何，刑罰權者何之根本問題，則不如委諸刑法哲學，較爲便宜。至於近時漸見刑法哲學，私法哲學等之著書出版者，實可喜之現象也。（法學之分科，可參照日本法學協會雜誌第二十八卷第二號及三號所載著者之論文「法律哲學之地位及範圍」）。

近世正在發達中之諸學科

法學研究之方法及學派

純理派

自然法學派

經驗派

近時正在發達之法律、社會學、法律、心理學、得加於廣義的法律哲學之部門。又如勞働法、經濟法等，雖得加入於法律科學之中，然其漸次具備充分之體系，即當成爲特殊之分科矣。

第三章 法學研究之方法及學派

研究一般之學問，有演譯的純理的方法，及歸納的經驗的方法，兩相對立；而於法學亦得爲此二大別焉。

第一 純理派

純理派云：『人者異於其他生物也，具有所謂理性之實在也』。以此爲基礎，依先天的超感官的思辨而捉法之真理。就中所謂自然法學派（德 Naturrechtsschule 英 School of natural law 法 Ecole de Droit naturel 意 Scuola del diritto naturale）者，則於人定法以外而探法之本體，以求其所謂萬古不易之自然法或理性法（德 Vernunftrecht）。尤其是近世之自然法論者，以人類之自然狀態爲理想，而究其存在此狀態之法則焉。以吾輩言之，則其所謂理想者非理想，乃人類生活之逆轉也。而且何者爲人類之自然狀態乎？殆茫然而不確實也。此外關於自然法說者，參照法之觀念中所述者可也。

第二 經驗派

經驗派以爲「假令人之程度懸殊，其具有感覺，亦不過與他之動物同」，乃以後天的感官的觀察，而求達於真理；故其不認自然法之存在，而專依人定法之歸納的研究者也。屬此傾向者，更有數派：（一）曰分析派（德 Analytische schule 英 Analytical school 法 Ecole analytique 意 Scuola analitica），此派以分析的研究唯一之法的人定法之諸現象，而求貫通其間之理論者也。

英之奧斯丁（Austin）等倡之。（二）曰比較法學派（德 Schule des vergleichenden rechts 英 School of comparative jurisprudence 法 Ecole de droit compare 意 Scuola di diritto comparativo）。此派以人

定法而比較於國別以求其原理，或比較於人種別而研究之，又或如日本穗積陳重博士之所倡：以中國、印度、回回、羅馬、日耳曼、英吉利等諸法系爲單位，依比較研究各種之法律而探求法理焉。（三）曰歷史派（德 Historische schule 英 Historical school 法 Ecole historique 意 Scuola storica）。

此派以爲法者某民族精神之堆積物也，以依沿革的研究而爲法律之研究方法也。關於此者，參照法之觀念中所述可也。以上之外，近時新起者有社會學派（德 Soziologische schule 英 Sociological school 法 Ecole sociologique 意 Scuola sociologica）。

社會學派

此派根據於實證哲學之倡導者孔德（Comte）之說，以法律現象爲社會現象之一而觀察之，以社會學的說明之爲已足者也。今

日稱社會學者，固不止此一端，而與社會學以及其他之研究發達，共立脚於社會之實生活，而有樹立新法學之傾向矣。蓋欲補膠着於法令之文字文章之一種概念法學所有之缺點，雖爲有力；

然是派學者之所倡，則過趨於現實方面，反為沒却法之理想，比諸概念哲學派，更多示其缺陷者矣。

評論純理派與經驗派之長短，雖非法學通論之目的，而應歸於法律哲學之問題；然理性派之說，全然超越吾人之感官，而求其所謂真理，如彼之無視或輕視感覺者，未得以為當也。蓋吾人人類特有之理性，其性質之如何不特更有研究的價值之問題，而依吾人之感官的經驗所得之材料，如得檢查其當否之認識論心理學等至於充分發達時，亦無蔑視吾人的經驗之必要。更進一步而言之，如理性派之所謂理性，思辨之力，並非純然先天的，乃得謂依吾人之遺傳及後天的而自己獲得者也。一言以蔽之，則一切之研究，其依經驗所得之材料，雖不可不加以推論考察而整理之，而推論考察者，則非可指為先天的超感官的思辨也。至於分析派、比較派等之存於經驗派中之各種研究方法，則各有長短，不能絕對僅據其一。又法律現象之社會學的研究，雖亦不可捨棄；唯不可徒惑於社會現象、社會目的等之語而誤法之性質，致陷於極端的自由法學派焉。

當研究法律時所用之演繹及歸納之二方法亦然。演繹法者，由一般的普遍的命題出發，而達於別種的斷定之推理方法也。歸納法者，由別種之事例（即各個之現象）出發，而達於一般的普遍的命題之推理方法也。自純理派之立腳點觀之，則應採演繹的方法，由經驗派之見地言之

，則當依歸納的方法固也；然假令採經驗說，亦必常由各個之現象歸納而探其原理之存在者，吾不能解。事物之說明方法，時有假定一種與件，而由此以說明各個現象之必要，又不得已而併用之，亦毫不見其矛盾也。要之，以演繹與歸納兩者相倚而為研究一切學問之手段可也。所謂大陸尤其是如德國之學者，其著書立說多取演繹的說明法，英國派之學者則多採歸納的說明法者，亦唯其學風沿革之使然耳。

第四章 法學及其密接之學科

法學及其
密接之學
科

法學者，以最複雜的社會現象為其對象者也；故非與其他學科之進步相倚，則難期其完全之發達。惟一切之學，皆非各自孤立，是以各種學科，亦不能謂其與法學全然無關。茲唯就其最有密接之關係者，列舉數種如次：

第一 哲學及哲學史

哲學及哲
學史

號稱統一一切學的知識之哲學，及敍其沿革之哲學史，皆與法學有密接之關係，無待多言。關於哲學之定義，雖學者各有其說；然撮其要而言之，則哲學者，關於自然（即宇宙萬物之總體）與人生（即由人之行動而生之結果）之最高、究極、統一之知識也。而其最廣義之範圍，則凡心理學、宗教學、倫理學、認識學、論理學等皆包含在內。心理學者，研究精神之活動者也，

而其主要之對象，則為精神機關、思想之聯合、本能、習慣、注意、感覺、觀念、認識、推理、情念、欲念等是也。法律不可離人之精神活動而存在；故不可不與心理學之研究相倚而研究之，況乎今日之實驗的心理學，其與法學之關係，可謂尤為密接也。又認識論及論理學，得合稱之為智識哲學。前者所以研究吾人如何而得認識外界之物，即研究主體與客體之關係者也。後者所以研究吾人所得之知識，其運用方法之正否，即研究思考之法則者也。明乎此，則知識哲學之重要，不問其為法學與否，而於一切之學的知識，皆不可缺者也。至於宗教與道德，皆與法律同屬於規範的法則也。其關係如何？則翻閱第二編之所述，而關於宗教、道德之學科與法學之關係，亦可以推知矣。

第二 社會學

法學以廣大的意味言之，雖謂為社會學之一分科亦無不當；然今日所謂社會學者，非關於特殊的社會現象之學科（如國家、法律、經濟等各種社會的諸學科）的雜然集合，乃以是等諸學科的基礎之社會的性質、個人、家族、國家及各種社會之關係、社會活動之原因、法則等為其對象者也。故國家為社會之一形樣，而法人為之關於國家的生活之法則，明乎此，則社會學之對於法學的地位，不難知之。近時法律社會學之學科，亦有漸次發達之勢矣。

第三 經濟學及經濟學史

法律現象，多與經濟有關係，與在今之政治的生活中，而經濟財政占主要之地位者同。此關係即對於個人亦常密接；故爲立法及司法者，必須充分了解國民經濟之狀態也。且一切之權利，到底不可離乎利益之觀念，則經濟學及經濟史之於法學研究上爲不可缺少也明矣。德之斯坦姆拉 (Stammler) 曰：『社會者，以滿足欲望爲目的之共同團體也』，彼以此爲前提而說明法理焉。近時漸見經濟學與法學有調和之傾向者，此其顯著者也。

第四 歷史尤其是文明史

前述之德國派的主張，在於某種意味，則其見解不得謂爲謬誤；蓋吾人不能捨棄歷史而圖現在與將來，當研究最複雜的社會現象之法律現象時，則歷史尤其是文明史之研究，到底不可付於等閑也。

第五 生物學及人類學

假令人類爲異於其他動物之實在，然吾人畢竟不能否認其爲生物之一，不過比諸其他生物，因其進化之程度懸殊，而時有性質上之差違者耳。進化論之影響於法學者，已如上述；雖人類亦到底不能脫生物的生滅變化之理法，而況今日發達未艾之生物學研究的結果，其賜教於吾人正多乎。又人類學與法學有密接之關係者，觀於近時盛行於意大利等國之法律人類學及刑事人類學等之研究可知，又如上所述，一般法律之研究方法，亦有人種別比較法之存在，則人類學與法

歷史尤其
是文明史

生物學及
人類學

學關係之重大，不言而喻矣。

以上之外，其與法學有直接或間接之關係者，不遑枚舉。須知法學者，非文字口舌之術，必待關於人類社會之諸學科之補助，然後能完全建設之學也。

上海图书馆藏书



A541 212 0015 18638

法學通論

白鵬飛著 定價六角

本書以提供法學研究上必要的準備智識為限度，貫通法學全體之原理原則及其實際，而與以系統的說明。在理論方面，力求完備與明晰，對於法律學各部門之實際，則僅就其性質及相互關係加以討論，是為本書之特徵。共分法，法之系統，法律上之權利及義務，與法學四篇。內容豐富，敘述暢達，誠為初習法學之唯一讀本。

中華民國十九年十月初版

近世法學通論 (全二冊)

每冊定價大洋八角

(外埠酌加郵費匯費)

原著者 日本三瀨信三

譯者 興寧鄧公傑

印刷者 上海塘山路三十一號 民智印刷所

發行者 上海河南路九十一號 民智書局

分發行處 南京廣州北平 民智書局

分售處 漢口長沙武昌 民智書局

總發行所 海內外各大書坊 上海河南路中市 民智書局

九十一號

合 作 要 籍

民 智 書 局 出 版

世界合作運動

衛惠林譯

定價五角

本書原著者道圖門慈 (T. Dolanantz) 教授為關於合作學說之著名作家。本書特色在能將全世界合作運動之理論，歷史，及與合作有關之各種問題，源源本本，為系統的論述。吾人讀此一書，可以窺見世界合作運動之全豹。

蘇俄之消費協作

樓桐孫譯

定價三角

近年吾國之協作運動，甫在萌芽。而各種協作組織中，實以消費協作為最切近易行者。此書雖係研究蘇俄的消費協作，而其實即係研究整個的協作問題。馬寅初先生序文中，稱此書為國人之水火菽粟，其於合作事業前途之貢獻，固未可量也。

協作社的效用

戴李陶著

定價一角半

本書之主要目的即在述明各種協作社的效用，并附刊產業協作法草案及其理由書，以資研究參考。

最 新 出 版 農 業 問 題 新 書

農村法律問題

日本末弘嚴太郎著 鄧日譯述
立法院編譯處出版 定價五角半

本書係討論農村法律問題之專書，全書以農村生活與社會事實為背景，而以法律之解釋為依歸。書之前部多注重敘述農村生活之特質，後部則分論長期佃農之各種法律與佃耕爭議及調解法。內容豐富，全以法律為立論之基礎，尤見精微。

饑荒的中國

美國馬羅立原著 吳鵬飛譯 定價五角

作者是我久居中國土的美國人，本書對於我國饑荒問題，作詳細的討論。其將我國饑荒的政治原因分為經濟的、自然的、政治的三種。我們所救濟的，而作者所貢獻給我們的，救治方法，也分為四種。本書所持意見，雖仍不免主觀的成分，但對於該問題之詳盡與論證材料之豐富，實為國人欲解決目前饑荒問題之重要的參考。

社會主義名著

民智書局出版

產業革命時代社會主義史

胡伯亞著 定價六角

此書是以社會鬥爭，和社會主義的思想體系，偉大的社會主義思想家，犧牲者，民衆指導者，爲中心底一部世界史。著者在鬥爭的唯物論和社會主義底觀點，爲最系統的記述，最澈底最深刻的批評，爲最證公私出版物不下千數百種。這樣偉大的著作，不但使我們十分了解過去的歷史，而且使我們現在和將來關於理論與行動上，得到正確的指針。

馬克斯主義時代社會主義史

德國倫伯亞著 定價六角

本書爲倫伯亞所著社會主義史之下卷，對於馬克斯以來之社會主義，特別加以論述，精審透關，達於極點。書中紀述德意志底事實尤詳。至於其他各國的社會主義運動，著者亦均加以詳明的敘述與批評，確爲近代社會主義史中之第一部傑作。

馬克斯主義與社會史觀

劉蘆隱譯 美國維廉著 精裝定價一元二角 即醒石譯 美國維廉著 精裝定價一元五角

著者維廉即中山先生民生主義演講中所引述者。讀者常以不得窺其全豹爲憾，本社

爲此譯之以當貢獻。全書十數萬言，材料豐富，議論縱橫，其所討論批評者，皆根本重要之問題，蓋自成一言，而爲研究社會主義之良好參考書也。

英國社會主義史

喬治勃生著 定價五角

本書係將英國十九世紀以來各派社會主義之理論及運動，作系統的歷史的敘述，自奧文以下各派社會主義之歷史，均有詳明的論述，其中尤以職工組合運動，工權憲章運動，及費邊社，獨立勞工黨之歷史及組織說明最詳。此外關於馬克斯主義與英國社會黨之因緣，著者且專有一章論及，使讀者閱此一書後可以對於英國社會主義史有明白的認識。

反馬克思主義

徐天一譯 定價五角

是書著者爲美國哥倫比亞大學經濟教授，書中批評馬克思主義之各個學理，均以經濟的歷史爲根據，而以近代經濟的統計爲證明。至爲難得。

反科學的馬克斯主義

郭任遠著 定價四角

本書係從科學的立場，研究馬克斯主義，用筆非常鋒利。關於馬克斯主義之不合心理學及生理學兩章，尤反覆討論之，蓋著者係心理學專家，故其立論之精銳，尤爲他書所莫及。

樂