

日本法學博士富井政章原著
福建閩縣陳海瀛譯述

民法原論

上海商務印書館藏板

原序

言民法之良書甚衆。然求其能綜合全體。而由論理法以約舉其原則者。蓋闕如焉。不佞此書。固不足以副世人所望。竊願爲學者一臂之助。前以第一卷上册鐫板。風行之廣。竟非始願所及。近併列下冊。以完總則之部。一年以來。亦已重版三次。茲應書賈之請。將上下冊綴爲一編。不佞對於學界歡迎之厚意。感謝之忱。其能已乎。今請簡舉著述之旨。爲讀者諸君告。法科大學講義。以簡約說明現行民法之綱要爲準的。凡越法典之範圍。或涉於細密者。皆努力以避之。如本卷第五編。本擬兼論私權行使侵害及保護等項。初稿甫脫。輒芟除之。懼悖定式也。又見於內外著作之學說。不能列標其名。各國立法例。亦不能遍舉。然我國民法。大都繼受外國法制。欲明法典之原理。爲後人擴張法律思想之臂助。則勢非僅識法典條義。可以蕙厥功者。故時取各國法制學說。論次於前。再示我國民法所採用之主義。且解釋現行民法。必深究母法原則。然後可以上溯其淵源。我國舊民法弗論。爲吾國舊民法模範。

之法國民法。實爲法系諸國（荷蘭比利時意大利瑞士之一部西班牙葡萄牙）之代表。頗有不可不引用而參照之者。又如德國民法。由碩彥鴻儒。積年考求之最新法理而成。近世崇爲法典中之完璧。我國制定新民法時。參照其草案者。不可僂指以計。是爲德系諸國（普魯士索遜奧地利等）之模範。尤不可忽而不顧。兩系外之法典。則除特別理由外。概不援引。以符力求簡約之旨。惟一千八百八十一年。瑞士債務法。折兩系之衷。爲最完美之立法例。故引證較多。英國法系。成文法少。祇擇裁判例及學說。稍資參照而已。

法律學以適合於實際爲主。不可須臾與實際相離。遇重要問題。宜引裁判例爲證。然新民法實施以來。爲日尙淺。適當例證。蓋未可多得也。

此書屬稿之初。先輩及諸學友。匡助良多。非特不佞實承其惠。卽讀者諸君。亦同受其賜焉。 富井政章

初版敍言

民法於法律中適用爲最廣亦最繁重法理之進步又最遲羅馬法尙矣然與今日通行之民法已迥不相似法蘭西民法距今祇百有二年德意志民法距今祇四十七年日本新民法之施行則僅十年而已回遡各國編纂之始政府竭力提倡於上通國才智之士奔走於下重以議院之協贊元老院之審定經歷若干年月然後克底於成此可以知其業之匪易而責任之重且大也蓋統括全國人民之權利義務納之於畫一明確之制司法官之裁判就茲以爲標準民間之爭訴就茲以衡其平自父母兄弟夫婦子孫戚友之關係至錢債土地日常動作之微無不朗列於民法之中綜言之卽生人無一日可脫民法之範圍也夫與我有密接關係之事既一一著以明文則吾人復何所因而啟其紛爭卽有紛爭又何所障而不能卽釋故吾習民法想見法治國之美備而棲息於法治國者之優游和樂焉返顧宗邦不禁爲之愀然神傷然而雞鳴不已後乃天曙學理不明效用終不可顯今日學士大夫中之

識法理者甯有幾人據前事以測將來吾儕之能優游和樂棲息於法治國下不知其在何時雖然吾聞先哲之言曰在我者不憎其夙具在人者固可坐以相需吾儕試思他日獲遇編纂法典之機將何所挾以自見及今不圖後悔何及研究民法之方有二博考各國學說法例以明淵源所自庶不致與通行之原則相戾復深察本國風俗習慣求所以連結融洽之道此豈瑣瑣者所能幾及者耶深察本國之風俗習慣善知識者足以自任至博考各國學說法例則必有賴於他術也可知吾國新出版之民法書祇二三種又各有所偏誠治斯學者之大憾日本法學博士富井政章所著民法原論第一卷行世後聲譽冠時三年重版六次博士昔充法典調查會委員預編纂日本民法之任於斯學所造獨深尤通德法各大家學說故鑑別精微徵引繁富非尋常著述所及我國如有好學深思之士得此編而讀之必能吸收無數新智識而未來責任之所寄乃可以肆應而無窮矣

楊廷棟識

民法原論目次

緒論

第一章 法律之觀念

第二章 法律之學術

第三章 法律之分類

第一節 國法國際法

第二節 公法私法

第三節 成文法不成文法

第四節 繼受法固有法

第五節 實體法手續法

第六節 普通法特別法

第七節 強行法任意法

第四章 權利之觀念

總論第一編 民法

第一章 民法之本義及性質

第二章 民法之沿革

第三章 民法之內容及分類

第四章 民法與慣習法之關係

第五章 民法與特別法之關係

第六章 民法之解釋

第七章 民法之效力

第一節 關於時之效力

第二節 關於地與人之效力

總論第二編 私權之本質及分類

第一章 私權之本質

第二章 私權之分類

第一節 絕對權相對權

第二節 人身權財產權

總論第三編 私權之主體

第一章 汎論

第二章 人

第一節 權利能力

第一款 人格之發生及終結

第二款 外國人之地位

第二節 行為能力

第一款 汎論(無能力者)

第二款 未成年者

第三款 禁治產者

第四款 準禁治產者

第五款 妻

第六款 相手方之地位

第三節 住所

第四節 失蹤

第一款 汎論

第二款 不在者

第三款 失蹤者

第二章 法人

第一節 沿革

第二節 法人之本質

第三節 法人之種別

第四節 法人之設立

第五節 法人之權利義務

第六節 法人之機關

第一款 汎論

第二款 理事

第三款 監事

第四款 總會

第七節 法人之監督

第八節 法人之解散

第一款 解散之原因

第二款 遺產之歸屬者

第三款 清算

第九節 外國法人

總論第四編 私權之客體(目的)

第一章 汎論

第二章 物

第一節 物之定義

第二節 可爲私權目的之物

第三節 物之種別

第一款 不動產動產

第二款 主物從物

第三款 特定物不特定物

第四款 消費物不消費物

第五款 可分物不可分物

第六款 單一物合成物聚合物

第四節 果實

第一款 果實之分類及要素

第二款 果實之取得

總論第五編 私權之得喪

第一章 汎論

第一節 權利之取得

第二節 權利之喪失及變更

第三節 法律上之事實

第二章 法律行爲

第一節 法律行爲之本質及分類

第一款 法律行爲之本質

第二款 法律行爲之分類

第二節 法律行爲之成立

第一款 汎論

第二款 法律行爲之要素

第三節 意思表示

第一款 意思表示之要件

第二款 意思表示之方法

第三款 意思表示之不成立及瑕疵

第一項 汎論

第二項 心裏留保

第三項 虛偽表示

第四項 錯誤

第五項 詐欺

第六項 強迫

第四款 意思表示效力之發生時期

第四節 代理

第一款 汎論

第二款 代理之性質及要件

第三款 代理之種別

第四款 代理權之發生

第五款 代理權之範圍

第六款 代理權之消滅

第七款 無權代理

第五節 法律行爲之無效及取消

第一款 汎論

第二款 無效之行爲

第三款 可以取消之行爲

第一項 取消權之發生

第二項 取消權之行使

第三項 取消權之消滅

第六節 法律行爲之附款

第一款 條件

第一項 條件之性質

第二項 條件之種類

第三項 條件之效力

第一目 條件成否未定之狀態

第二目 條件之成就

第二款 期限

第一項 期限之性質

第二項 期限之種類

第三項 期限之效力

第一目 期限到達前之狀態

第二目 期限之到達

第三款 負擔

第三章 期間

第一節 汎論

第二節 期間之計算法

第四章 時效

第一節 汎論

第一款 時效之根基

第二款 時效之性質

第三款 時效之種別

第四款 時效之適用

第五款 時效之效力

第六款 時效之拋棄

第七款 時效之中斷

第八款 時效之停止

第二節 取得時效

第一款 取得時效之範圍

第二款 取得時效之要件

第三款 取得時效之中斷

第三節 消滅時效

第一款 消滅時效之範圍

第二款 消滅時效之要件

第三款 消滅時效之期間

民法原論

日本法學博士富井政章著

閩縣陳海超瀛原譯
吳縣楊廷棟修正

緒論

第一章 法律之觀念

法律爲人類共同生存之要具。夫人類立於世界之上。生存競爭。要不可免。苟無定則以範彼此之關係。及各人之行爲。則人必務爲利己損人之事。弱肉強食。爭鬪無已。將何以保其共同生存乎。於是創爲法律。於吾人相互之間。劃不可侵犯之界。以維持人類之結合。使各人得保其生存。故法律者。實維持社會生存之秩序。增進全體國民之幸福。所必不可缺之規則也。

雖然。人類共同生存之規則。非第法律。道德宗教。亦所以羈束各人之心術行爲。定吾人互宜遵守之本分者也。但法律與道德之關係及差別如

何。學者議論紛紛。莫衷一是。茲不暇備舉。惟略表余之所見已耳。夫法律者。依統一力而強行之之規則也。上古之世。道德法律。未嘗區分。惟有慣行習俗。以維持種族之結合。而此種習俗。即爲道德法律分離之始因。賴進化作用。卒至判分爲二。文化稍進。同族相親之念漸起。道德基礎。始能確立。當時族長家主。統御其子女。凡必不可缺之規則。亦以強力行之。是即爲法律之起源。種族漸繁。益以戰爭攻略。及其他事由。遂至部落相合。人間共同生存之範圍益廣。不能僅以道德之力維持之。於是法律遂與道德分離。而別顯其作用。顧其未與道德區分之原狀。不但羅馬以降之法學者。表章之於法律定義之中。即近世未開化國。其跡猶可觀也。要之法律與統治權之觀念。不可須臾分離。而爲國家共同生存之一現象也。

法律既爲人類生存必不可缺之規則。且以國家主權之力而成立之。施行之。故必有強制之力。及外形上之制裁。道德則不然。既非主權所認定

之規則。又不以外界之力強行之。其認識之遵奉之者。俱由各人良心之所欲。蓋道德專重主觀準則。不若法律之爲客觀準則也。違反道德者。不能加以外形上之制裁。是卽法律與道德之差異也。至法律與宗教不同之點。亦如是而已。

設以上之言不謬。則法律特質之一種。即在有強制力及外界之制裁也。可知矣。但學者之倡反對說者亦甚衆。按諸實際。法律規定中。有有名無實之制裁。又有無制裁者。徵諸古代。與道德宗教混同之法律。其例不尠。雖在今日。凡無強行制裁之規則。尙有貴重之效力。立法者亦視爲固然。是固余所承認者也。余本非謂無強制力之法規。不得爲法律。又不以強制力之有無。爲法律與道德宗教區別之惟一標準。但余確信有此強制力者。爲法律特質之一。如斯已耳。

法律與道德。淵源效力之不相同也如此。則二者領域。自各攸殊。然二者目的。固未嘗不相似也。蓋所期望者。皆在保全社會之生存。而復冀其益。

歸於完美。夫宗教以信念爲基礎。不能概諸於人人。若道德則爲人類所當普守之規則。在道德未發達之野蠻社會。必無完全之法律。二者互相輔翼。以達共同之目的。烏可偏廢乎。

關於法律之根本觀念。學說甚衆。在昔祭政一致時代。率以法律爲神意之表彰。文化漸開。神造之說漸懈。迺本哲學上之觀念。說明法律之本質。最有勢力者。爲自然法說。是等學說。皆本想像而定斷。或以絕對之正理（不因時因地而變更之正理）爲標準。或以人之理性爲根據。論旨雖不一揆。要其立說之前提。則皆謂凡以辨知之力。就人心心中所能感觸之絕對完全法則。存在於天然。立法者即取以爲立法之標準。蓋自然法派學者。對於事實法理。胥託諸自然。以法律爲道德之一部。遇外界之力有所不及之時。始藉法律以補充之。至理性派學者之所謂理性。其說雖不可明。其主義則盛行於十七八世紀之間。前世紀歐洲各國所編纂之法典。多採其說。羅馬以來之繼受法。雜然無序。雖賴其功以組織系統。然不外

主觀之理想而已。要之自然法之觀念。雖學說不一。皆不免執獨斷之見。堅持先天主義。不得謂爲學理研究之結果者也。

自然法學派。雖於法學界中。久占勢力。至十八世紀之末。有一大學派。足與互相角逐。是爲歷史法學派。此學派以葛俄爲先導。前世紀之始。薩威尼之偉論行世。遂風靡學界。研究法律學者。耳目爲之一新。今撮其要旨。以備觀覽。蓋謂法律爲表彰國民意思之歷史產出物。非由立法者一人之主觀理想而生者也。惟表彰意思之際。有直接間接之別。因有成文法。與慣習法之分。故研究法律者。必溯源於歷史。始能遂其所志。是即近來盛行於德國之總意主義也。

雖然薩氏之說。固足以破先天主義之謬見。但於法律之本質。猶未盡當。試就外形觀之。法律非國民總意之表彰。前言法律爲國家生存之要具。由主權所定外部關係之規則也。夫主權之動。未必爲國民總意之表彰。慣習法亦必待主權者承認以後。始能成立。迨奧斯丁氏出。謂法律爲主

權之命令。對此說之異論雖多。然玩其缺點。惟偏於形式。而不能表明法律之實質（國民生存關係之秩序）而已。

法律實質。非可離其目的而觀。苟執此義以論。則歷史派之議論。殆亦不能贊同。蓋法律之目的。在保全社會之生存。增進其幸福。達此目的。必視國民程度之高下。而異其方。時或制定與國民慣習相反之法律。亦不可斥其非也。若從總意主義之說。則成文法之大部分。皆將不具法律之本質矣。法律之中。或有誤其本來之目的者。然非因不表彰國民之總意而然。要之法律非僅表章歷史所傳之社會情狀。實隨發達無窮之社會。有所施設經營。以求充其萬種需要者也。

余今下法律之定義曰。法律者。本主權作用。制定人間外部關係規則。而一般有強制力者之謂也。但此定義。乃由廣義解釋法律。與日本憲法上所謂法律不同。日本憲法所謂法律。指與命令並稱之規則。民法及其他法律。亦多用此意者。但余於本章以下。以普釋各事爲主。故概用汎博之

意。讀者審諸。

第一章 法律之學術

世人所稱爲法學法律學者。爲科學乎。抑爲藝術乎。科學云者。就多數現象。知悉其普通原素之謂也。藝術云者。求完成某事。而知應用最當方法之謂也。二者互有密接之關係。俱足以充人生各種之需要者也。研究法律。亦不可無此二目的。就普通或特別之法律現象。求得其普通原素者。屬於法學。解釋一國法律。應用之於裁判及其他實事。則法律也。顧法律不本法學所研究之原理。則不能完全達其目的。故法學者本也。法律者末也。專以研究關於法律諸科之原理爲目的者。曰法理學。或曰法律哲學。法制史。亦屬此類。民法、商法及其他多數科目。則包含學與術之二者。至研究之目的及方法如何。不能盡人皆同。若僅爲現行法之逐條註釋。則殆無科學之價值矣。要之按法律之種類。而欲別其爲學與術也。實非易也。

法學既爲法術之基礎。則似法學先法術而發達。顧觀諸實際。適與相反。蓋法術先而法學爲後。試證各國歷史。其例甚衆。無論何事。必先求所以供吾人生存之方。然後推明其原理。發見益足以充滿吾人需要之法。故自有法律現象以後。必法術先開。法學乃接踵而起。復賴法學之力。益使發達。二者相需。法律進步。於以著焉。

法律學實於諸種科學中。最後發達之一種也。科學之進步。不能不視所明現象之繁簡。而有遲速之殊。故現象較簡之科學。則發達早。現象較繁之科學。則發達遲。爲此不易之公理。謂余不信。請舉實例。數學之發達。先於物理學。而物理學則先於化學。無機物之科學。比諸有機物之科學。發達較先。(如鑛物學與動植物學之關係)又如生物學。凡組織精密之有關人類科學。則發達最遲。而以研究社會中繁雜現象爲目的之史學、經濟學、法理學、政治學等爲尤甚。因此種科學。究明其原理。不能如物理諸科學之可用實驗方法故也。每有空論百出。轉妨真理之發見者。誠從來不

可揜之事實。而社會科學之中。若經濟學、若統計學、比較之次。稍可施用實驗方法。故其進步。視法理學等。又略有遲速之差。其故可思矣。

敘述法學發達之歷史。都屬法理學之範圍。故今日不必徧舉。姑就最著之事實言之。昔自然法派學說盛行。迨歷史法學派興。互相頡頏。此時法學界。幾爲二大主義競爭之場。彼自然法派。謂法律必基於人類之心性。其說或合於真理。雖不可知。然欲執此旨。必先由學理考究人類爲何物。且明其於社會上特性之作用如何而後可。又彼所謂正理。或爲萬世不易之法則。余輩亦不能斷其爲非。因吾人今日之智識。尙不敢對此種問題。下最後之決定。設就今日研究學理之結果言之。則所謂無因時因地而變易之自然界法則。實有不能承認者也。

歷史法學派。擊破先天主義之空論。蒐集社會現象而歸納之。以闡明法律之原理。其有補於法學界也。豈淺鮮哉。然彼謂法律本源。在國民全體之意思。則非特失當。卽就研究學理之法論之。亦不得以法學限於歷史

之一方。歷史僅足以研究過去之事物。而研究過去。以明現在。益進以測將來。皆屬至要之事。夫法律之一大基礎。誠在歷史之中。至統轄變動不已之人間社會。並推明法律之原理。安可僅據歷史之一端乎。蓋自然法學派。固守先天理想。不注目於社會事物之變化。歷史法學派。祇認變化之現象。不復於現象中。探究自然進步之原則。一偏於空想。一泥於實蹟。厥過惟均。俱未能得法律之本旨也。

統過去現在及將來。而研究其原理者。法律學之本旨也。故供吾人研究之資料。不可不廣求諸歷史以外。近世盛行比較法學。分列各國法制。以究明其系統及其關係爲目的。洵足爲研究法學之一大要具。夫各科學皆互有密接之關係。自近世生物學進步以來。探究自然界法則之諸科學。亦逐日發達。遂使研究心理學及社會學者。進步驟著。是等科學。既日趨發達。則研究法律學者。益獲豐富珍貴之資料。故熟察近世情狀。知法律學已漸達科學之地。而發達之機。亦日盛矣。

第三章 法律之分類

法律分類中。有自然法人定法之別。茲姑不論。因法律皆爲人定法。所謂自然法者。僅爲一種主觀之理想。或爲立法之標準而已。不得認爲法律之一種。以前兩章。言之已詳。今就法律中最重要之種類言之。卽所以明民法之性質也。

第一節 國法國際法

國法(或云國內法)云者。一國主權者所制定、或承認之法律也。國際法云者。數國所協定或承認。互相施行之法則也。茲所謂國際法。專指國際公法而言。無與於國際私法。因國際私法之性質。從來學說。歧爲二派。有視爲國際法者。有視爲國法者。然國際私法。實爲定適用私法區域之一種國法。近世學者。多主此說。若是則不得謂爲國際法。不過所管轄之法律關係。含有國際之原素而已。此義當於第七章詳之。茲不贅述。

關於國際公法之性質。學者亦有種種議論。一說曰。國際公法。非有一統

治者出而強行之。違反之者。亦無一定之制裁。故不得認爲純然之法律。僅爲一種道德而已。又有一說曰。統治之權力。不必定有一主權者。且國際公法。非全無強制力及制裁。故不失爲純然之法律。此說爲近日大多數學者所主張之說也。

余謂二說。均有偏於極端之弊。何以言之。法律本應國家生存之需要而發生。賴統一之力以行之規則。此其所以與道德之界。不相同也。苟從歷史觀察之。則以國際法爲純然之法律。似有所不能。然近日交通道廣。各國之間。非有與國法相同之規則以統轄之。則不能保全人類之共同生存也明甚。於是乎有國際法。隨各國交際之繁。漸次發達。近世國際關係益密。國際法之原則漸定。各國皆擴張仲裁制度。用平和處置之法。各求實行其原則。國際法之現狀。頗似古代法律。如必就今日之法律思想。斤斤然以國家或統治權之觀念。爲法律之要素。則不免失之過隘。凡爲人間共同生存所必不可缺之規則。略備強制力者。不問其出於一主權者

與否。咸認爲法律。此實近世之趨勢然也。循此以言。國際法與國法。雖多相異之地。他日必益益顯明。具備法律之形體。使有關國際法性質之議論。絕跡銷聲。是固吾人所能豫想及之也。

第一節 公法私法

法律之大別。爲公法私法二種。古來之通說也。昔羅馬法官之職務。分爲國家公務。及人民法律事務。即爲公法私法區別之起因。然二者區別之標準。議論紛歧。未衷於一。茲雖不暇細評諸說。但此項區別。實至重要。且說明民法。亦宜定此區別之標準。茲略述主要之學說。並益以余之所見。讀者庶有得焉。

第一說。由法律之目的。以定公私法區別之標準。以公益爲目的者。公法也。以私益爲目的者。私法也。羅馬學者歐洛平首倡是說。後世羅馬法系諸國從之。然法律目的之在公益私益。將何所據而識別之。且公益私益。皆互有密接之關係。吾人欲測定其程度。殆有所不能。蓋各種法律。皆以

保護國家及箇人之利益爲目的。又彼所謂公法。與有關公共秩序之法。規。無所區別。世人每混二者而一之。未始非其說之階之厲也。後世雖有加以修正而主張之者。至今日則其勢力已大衰矣。

第二說。由法律關係之性質。以定二者區別之標準。謂公法即定權力服從關係之法律也。私法。即定平等權利關係之法律也。揣其要旨。蓋謂由形式言之。法律無公私之別。無論何種法律。皆以國家命令。使人遵守之。故公法私法。實爲實質上之區別。若由實質上言。則含權力關係。與權利關係外。不能得區別之標準。近來日本學者之間。此說之勢力頗盛。然果爲正確與否。余不敢決。公法中亦有規定國民平等權利之關係者。如選舉法。及憲法中所定臣民權利之一部是也。且今日公認爲一種法律之國際公法。亦所以定各國平等之關係者也。從論者之言。將以國際公法。爲私法乎。又親族法者。近世學者所共認爲私法。論者又將以親權、夫權、戶主權、等服從關係。爲公法乎。民法商法中。本有包含公法性質之規定。

然僅爲附隨之條件。因便宜上附置其中而已。試更進一步言之。刑法中遇有損傷他人之身體。盜取他人之物品。皆科以一定之刑罰。民法中遇有爲不法行爲。侵害他人之權利。或不履行債務。亦使其賠償他人所受之損害。觀其法律關係之性質。有何同異。要爲各人相互之關係。國家命令其行爲不行爲。違者加以制裁而已。又何區別之有乎。

第三說。稍與前說相似。謂法律皆權力關係之規定。惟其中規定對於人之權力者。爲公法。規定行使其權力於物上者。爲私法。此說爲索謨派所倡。其旨以民法爲財產法。純然關於親族關係之規定。即不屬其範圍。然持此說者。根本先誤。蓋各種法律。無非規定人間相互之關係。雖在物權。既屬權利之一部。則亦不外對人之關係。(詳見後)苟如其說。對於毫無可疑之債權本質。將誤解爲非人關係。又將不明身體名譽之屬於人格權中。其弊何可勝言。要之執人權物權。以別法律之公私。特彰其分析法律

關係之性質。失於粗漏而已。

第四說。由法律關係之主體。以定區別之標準。謂規定國家及其他公人格之法律關係爲公法。規定私人相互之法律關係爲私法。此說爲法國學者所主張。而盛行於近世。所示定義。雖不一致。要以組織法律關係之主體之性質。爲區別公。私法之標準。凡主張主體說者。莫不皆同。

國家時或爲財產權之主體。而表見於法律關係之中。此種法律關係。應受私法之管轄。而執主體說者。則謂此時國家。以私人之資格而行動。治斯學者。輒多反對之論。

雖然。主體說視他說較勝。公法與公共秩序之法規。不致互相混同。又確定親族法全部爲私法。區別其他公法私法。亦能示以適當之標準。惜偏於形式。不明區別之本源。凡雙方或一方之主體。是否爲國家或其他公人格。未由而知。則公私法之區別。烏從而推測。故學者或以此種區別。爲不本於法律關係之性質。純出於立法者之專斷而已。夫觀主體之爲何

人。祇爲認識其意思之方而已。

茲舉最適當之說如下。法律關係。有關於國家者。有不關於國家者。公法即規定關於國家法律關係之法律也。私法則規定不關於國家法律關係之法律也。當國家爲法律關係之主體之時。則其法律關係。必與國家之存立組織。及國家各事相關。若私人相互之法律關係。則不屬國家。此所主張。雖似與主體說無異。而於分明本末之點。則較彼爲優。然箇人亦國家之一員。不得離國家而觀察。卽國家關係。亦何嘗無關於箇人。箇人關係。更何嘗無關於國家。故有直接關於國家者爲公法。直接關於私人者爲私法之說。

世之學者（如奧斯丁）或謂法律本無公私之區別。學者求明其性質。轉啓爭論之端。而公私分界。終不得完全確定。余謂自純理上言。是說或亦可通。國內法中之憲法、行政法、刑法、刑事訴訟法等。人咸稱之曰公法。而以民法、商法。爲私法中之最重要者。是皆表明其性質。非能統舉各種條規

而貫徹之也。何以言其然也。若民法固爲私法。然其規定中。亦有公法性質。此爲吾人所共認。又若民事訴訟法及破產法。自規定伸張私權之助法一方觀之。英法之學說爲私法之一種。自規定國家行法之次序一方觀之。德國之學說則應屬公法之部類。要之公法私法之區別。就學理言。不能絕無遺憾。不如求諸羅馬法系各國之沿革之中。較爲得其當也。

第三節 成文法不成文法

世人每以成文法不成文法之區別。由於法律淵源之差異。余謂法律之本源。有一無二。國民總意之說。雖盛行於近日。余已於前章論之。又如習慣法。非得國家或主權者之承認。終不能生效力。故法律有爲成文法者。有爲不成文法者。不過成立之方。偶有差別而已。就事實言。慣習法云者。國家及主權者。以國民之意思爲基本而已。

成文法者。主權者以文書制定之法律也。制定之方。因時因地而異。君主國之立法權。每屬於君主大權之中。制定憲法各國。則立法權之運動。應

受憲法之制限。制定法律之際。必得議會之協贊。協贊之後。復經裁可。始生法律之效力。公布以後。臣民皆負遵守之義務。施行期限。除有特別規定外。由公布日起。經一定期間後。實見施行。(法例第一條參照)

不成文法者。非以文書制定之。惟藉主權者之認定而成立之法律也。不成文法中之主要者。爲慣習法。謂慣習法與不成文法相同者雖衆。謂爲不同者亦有之。或曰。學說判決例。亦與習慣法共有法律之效力。或曰。學說判決例。僅爲表示慣習法存在之材料。以余觀之。不成文法。不必問其範圍如何。要由主權者認定而後成立。直接之法律淵源。不容有二也。至間接之法律淵源。則不必限於國民之慣習。雖一私人學說。亦有不計慣習之有無。而傳以法律之效力者。徵諸羅馬。信不誣也。但與其稱爲學說判決例。不如名之爲條理。(或曰自然法)日本明治八年第三百三號布告。有云。無成文法。即依慣習。無可依之慣習。即依條理。是條理足以爲裁判之準據。裁判官不得以法律之不明不備爲藉口。以拒絕裁判。當立法機關

未完之時。慣習法外尙認條理爲法律之淵源者。勢使然也。若今日成文法已臻完備。此種法律淵源。漸歸無用。雖慣習法。亦僅於成文法所認定之範圍內。有其效力而已。

慣習法者單純之慣習事實。獲有法律效力之謂也。夫慣習之語。不但指慣行之事實而言。或具慣習法之意義。如民法及法例中所用者皆是也。然慣習之變爲慣習法也。成立於何時。爲說至不一。或曰永久慣行之事實。足以應實際之所需。不得不與法律有同一之效力。和者甚衆。然慣習何以能與國家行爲。同有羈束裁判官之力。其理不可得而明。或曰慣習法之具有法律效力。基於國民之意思。及國民之確信。是出於國民總意之說。謂與成文法淵源各異者。亦由於此。不知法律本源。不得求諸國家統治權以外。且各說於羈束國家行爲之點。不能對公法有所說明。公法中亦有慣習法。據余輩之所信。則慣習法亦本於國家之承認。主權者許其成立而默認之。始具法律之效力。是亦非余新創之說也。

概於以上所述。可知慣習之變爲慣習法。在國家認定爲法律之時。此爲事實問題。無具形之標準。不過主權者。豫定慣習法成立之必要條件。若單純慣習。具此條件。卽有慣習法之效力。所謂要件者。指不反國家之目的。(公益)不害公安及善良之風俗。而永久所慣行者是也。又有謂法官探慣習以定裁判之時。卽慣習法成立之時。是實大謬。上古立法司法兩權混淆之時代。或與其說相合。至今日則裁判官專以適用法律爲責任。裁判時應適用裁判前所已定之法律。可不言而喻矣。

成文法及慣習法。孰優孰劣。今日尙無定論。歷史派學者。則曰慣習法者。發生於多數國民之意思。不若成文法由少數立法者所制定。故能適合輿情。以應時世之進步。然慣習法不能明確與畫一。僅可行於往古交通不廣。民俗簡約之時代。若近世交通發達。契約及其他法律關係。日益繁雜。不得不有完備之成文法。以確定吾人權利義務之界。甚至國家達其目的。而定不合慣習之法律。可見文化益進。立法機關愈備。各種法律。每

由不成文法。進爲成文法。漸趨於精密。遂有編纂法典之舉。時會所趨。無足怪也。

前世紀間。立法史上。有一大現象。當時立法者。知成文法多散見於無數法令之中。紛雜殊常。因蒐集各種法規。編爲法典。以謀立法之統一。使法理一貫。便於適用。歐洲各國。不編法典者甚鮮。偶有措重舊習之國。重要法律。亦以成文法定之。且漸有進編法典之意。此可以實事證之者也。編纂法典之利害得失。議論紛然。前世紀之初。德國薩威尼智玻德兩大家。對此問題。各執一說。薩氏謂法律爲表彰國民總意之自然發生物。不得以立法者之專意製造之。苟反此理。輕編法典。終必妨礙法律之自然發達。使不能應社會之變遷。智氏則謂編制全國通行之法典。實爲統一各地法律。確保國家長治久安之基礎。兩氏之說。皆占有大勢力。以促立法之進步。雖智氏之說。終見實行。促德意志帝國諸法典之編纂。民法法典爲智氏所最注目。而薩氏之說。亦足防遏輕舉妄動。而有警戒將來之

力。其功俱不可沒也。

慣習法之效力（與成文法之關係）常與成文法之發達爲反比例。文化未開之世。重慣習法。微特有補充成文法缺漏之效力。且足以改廢成文法。近世成文法漸備。編纂法典以後。務以其所規定者。解決各種事物。慣習法之效力。於以漸衰。凡通常原則。應先適用成文法之規定。且有不認其有補充效力者。余當於民法與慣習法之關係章中詳言之。

第四節 固有法繼受法

固有法者。非模倣他國。純按本國之慣習風俗而定之法律也。繼受法者。採用外國法律而制定之法律也。二者皆屬國法部類之中。交通漸廣。國際關係。日形發達。絕無繼受他國之法律者。殆鮮。學者稱被繼受之他國法律。曰母法。稱繼受而定之法律。曰子法。如日本昔日之大寶令。參酌隋唐律。新律綱領。則模倣明清法規。故日本之大寶令。新律綱領。對於中國之隋唐律。明清法規。則爲子法。而隋唐律。明清法規。對於日

本之大寶令、及新律綱領。則爲母法。維新後。制定法律。多繼受外國各法。以民法爲主。其他法典中。屬於繼受法者。亦占一大部分焉。

二者區別。實爲研究法理最要之方。對於繼受法。可遠溯淵源。研究外國之學說判決例。以闡明母法之原理。後當再言之。

第五節 實體法手續法

實體法（或曰主法又或曰原則法）者。確定權利義務之所在。及其範圍之法律也。手續法（或曰助法）者。規定實行權利。及使履行義務之手續也。此種區別。亦如公私法之區別。僅由法律之全體觀察之。非能於各條規定之中。貫徹其性質者也。民法、商法、屬實體法。民事訴訟法、人事訴訟手續法、非訟事件手續法、破產法、戶籍法、不動產登記法、及競賣法等。皆屬手續法。又行政法中之土地收用法。多合括兩種法規者。

兩者區別之實益。余不能知。惟一法典中。同時混入兩種規定。則過於繁雜。故近世咸分列之。

第六節 普通法特別法

由法律適用之範圍觀察之。則有普通法特別法之區別。區別之標準有三。

甲 以地域爲標準之說。曰、適用於全國者爲普通法。適用於特別地方者爲特別法。往古封建制度盛行之世。其例甚多。近世則惟聯邦及合衆之國。尙沿用其例焉。

乙 以人爲標準之說。曰、可適用於全體人民者。曰普通法。僅適用於特別身分之人者。曰特別法。如陸海軍刑法。及華族令。華族世襲財產法。皆屬特別法。商法如由確定商人之權利義務之一端觀之。則亦具特別法性質。法蘭西商法。即本此義而定者也。

丙 以法律所規定事項之性質爲標準之說。曰、規定通行各事項者爲普通法。規定一部分之事項者爲特別法。民法規定各人生存上所發生之法律關係。故爲普通法。商法祇定有關商事之特別法。至有關商人之

規定。僅全法中一部而已。是說爲近來最盛行者。

然。以余觀之。所謂普通法特別法者。不過相對之區別。對於某種法律爲特別法。更對他種法律。又爲普通法。如商法之對於民法。特別法也。然對於商事一部類之法律。(如取引所法會社法海商法及銀行條例等)則又爲普通法矣。

區別普通法特別法之實益。在特別法有先於普通法而適用之原則。民法與商法。並其他特別法之關係。當於後文詳之。

第七節 強行法任意法

更就法律效力言之。則有強行法任意法之別。強行法者。(曰命令法)本公益之理由。不得以一人意思左右之。刑法及其他屬於公法之法規。皆有強制執行之效力。任意法者。設普通標準之範圍。聽當事者之意思。而定適用與否。此其辨也。

此種區別之實益。在就法律中之各條。探索立法者之精神而適用之。民

法商法等之實體私法。尤可以見此種區別之實用也。

第四章 權利之觀念

法律與權利之兩觀念。有不可分離之關係。羅馬以來。法德諸國。夙以同一用語稱之。近世學者。亦有以二者爲同一物者。惟有客觀觀察（法律）主觀觀察（權利）之差異而已。其見解之適當與否。姑不具論。至兩者之間。有密接關係。則無可疑。故權利之義如何。驟觀之似易獲解。苟從學理論其本質定義。則猶定法律之本義。詮索維艱。伊古以來。學說紛紛不一。亦足以知其難矣。

法律求保人類之共同生存。因於人格相互之間。分割定界。俾無相侵。而權利云者。卽不爲他人侵犯之保障物。使得以完其分界之謂也。關於權利之性質。學者各持一說。余今先明權利之根本觀念。及觀念中所含之二大要素。所謂二大要素者。即權利者。皆（一）法律之效果。（二）人格相互之關係。但對於此說。亦多起與反對者。非一言所能定也。

古來最盛行之說。則謂權利先法律而生。法律惟承認之保護之而已。法國學者。多主此說。蓋與自然法同其源。彼既認有自然法。則必認有自然法之權利。日本舊民法。亦嘗採此主義。吾人對於自然法之駁論。前已反覆詳言。茲不必再爲置辯。吾人所欲研究之法律。不出人定法之範圍。故釋權利之義。亦必以權利非生於法律範圍以外爲前提。願近世不認自然法說之學者。亦有主張權利先法律而生之說。是實以權利之本體。與可爲權利之事實。混視爲一物之謬見也。

權利爲人類相互之關係。是從一方言之。棲身無人島者。無所謂權利。雖在物權。亦屬人與人之關係。斷非僅對於物體之關係也。此說當於後文明之。

有對待之他人。始能行使權利。是權利僅爲人類關係之一方。必有與權利對立之義務。惟義務之目的。與負擔者之員數。不必相同而已。定此權利義務之兩主體。彼此有相互關係。是爲法律關係。但通常所謂法律關

係。則物權等之絕對權上之關係。不在其內。茲以說明權利普通性質之故。姑從廣義釋之。

然則權利之本質。果何如乎。古來學說。紛紛不一。今舉其最重要者評論之。

權利爲法律所承認之能力。法國學者。倡此說者頗多。雖未明言何爲能力。度必以意思爲要素。德國多數學者。嘗以權利本質。爲意思之力。哈智爾首倡導之。薩威尼、普福特維達沙德等。皆祖述之。所謂意思主義之說。今日猶占大勢力於法學界中。說明之法雖殊。要以意思爲權利之要素。彼之說曰。權利之本質。卽意思之力也。是無意思能力者。俱不得有權利矣。未成年者。有心疾者。未嘗有意思能力。而仍不失爲權利主體。如有子之身分者。同時有受扶養之權利。是斷非有賴於意思之力也。可知。倡意思論者。雖有各種辨解之說。然終鮮完備之論。是說之謬。卽在混視有權利。與其能否行使及變更之行爲爲一物。遂至不明權利能力。與行爲能

力之區別。蓋意思非享有權利之要件。惟無意思能力者。不能自行使及變更其權利而已。故無意思能力者。可置法定代理人。使代為各種法律行為。若是則無意思能力者。決不妨其所有之權利者也。

又有一說曰。權利為法律所許之行為自由。或為自由行為之範圍。若從是說。則吾人日常之言行起居動作。無一非行為。無一非自由。即無一非權利矣。是解釋權利之範圍。失於過廣。反不能認有一定利益之內容。凡法律所不禁之行為。或有可認為權利者。如以法律所保護者。盡為權利。則多見其失當而已矣。

與意思主義相對峙者。為利益主義。其言曰。法律以保護吾人之利益而設。受法律保護之利益。即為權利。是說起源於英國實理主義之理論。耶稜格主倡之。攻擊意思主義。一時學界。翕然宗之。但其說缺點甚多。又彼所謂利益。似專指金錢上之利益而言。此等細末。茲亦無暇多辯。其說之最失當處。即混視權利之目的。及其本質是也。

權利之目的。雖可釋爲吾人生存上之利益。實則權利之爲物。爲達其目的之方。凡對於一事一物。欲下完全之定義。固有進論其目的者。然非必要之條件。此非僅就權利而言。即法律之定義。亦不必益以目的之說。余已前述之矣。

反對意思說者。又曰權利者。生存資料中。各人所應得之部分也。是說非無所見。惜未能說明應得部分之義。究如何也。故彼以權利非特對人。亦有對物之說。吾人實不能表同意焉。

其他尙有數說。非偏向利益主義。即置重意思主義。茲不具述。夫權利本質之問題。學者率多重視。不憚竭全力以論究之。故成爲一說。類能畧顯真理。大謬不然者蓋鮮。或以權利爲利益。或以權利爲能力。是僅觀察之方。少有差異而已。

余思利益主義。雖優於意思主義。但其說明利益之觀念。曠渺不可測。蓋利益云者。都爲對於人以外事物之關係。權利則不然。惟於人與人之關

係得充實其利益(法律上)以余之見。下權利本質之定義。則必謂權利者。於人格相互關係之間。此方對於他方。能享受一定利益之法律上能力也。但茲所謂能力者。非意思能力也。夫意思非權利之內容。已述之如前。權利不問意思之有無。惟在援法律之力。俾得享受所保障之利益而已。又能力云者。就權利本體言之。不得與享有權利之法律上資格(即權利能力)相混。讀者欲得詳論權利本質之良書。則岡松博士之權利論是矣。據以上所云。則權利之存在。必具三大要件。(一)法律。(二)主體(權利者及義務者)(三)目的。是也。故首卷先述民法及私權之普通觀念。順次說明權利(三大要素)之主體。及有關目的之原理。以明權利之性質如何。至第五編則論究移動(得喪)權利之各種原則。是爲近世研究民法總則之方。讀者幸毋忽諸。

第一卷 總論

第一編 民法

第一章 民法之本義及性質

民法之名稱。乃日儒箕作麟祥氏。翻譯法蘭西法典始用之。法文又發源於羅馬。顧羅馬時僅爲市民法之意義。與近世所謂民法。範圍不同。羅馬盛時。征服各國之後。各國人多有集於羅馬市府者。與市民之間。爭訟頻繁。因別設一種外事法官。以司裁判。然羅馬慣行之法律。爲羅馬固有之法律。市民以外之人民。不能適用。於是法官參酌適合普通人情之外國慣習。以爲裁判。稱爲萬民法。與羅馬固有法。儼然別之爲二。惟羅馬市民。有受適用固有法之特權。凡屬公法之規則。統括在內。又雖屬私法之法。而適用於羅馬市民以外者。皆除斥之。今日法國民法。尙不用私權之名。而襲用市民權之語。實因民法之名稱。尙與羅馬法之觀念。同時並存。

故也。

然世運進步以後。民法二字之意。漸脫羅馬市民專用之範圍。而與公法相對。成爲私法之一種。又與商法及其他特別法迥殊。故今日所謂民法者。乃國內私法中之一部。並爲私法中之普通法也。其主旨在規定各人之權利義務。至實行之法。則近世多定於民事訴訟法。及其他手續法中。由是觀之。其範圍頗有所制限。余今日民法之定義。則以民法爲規定私法上權利義務之普通法也。

尙有宜注意者。民法之意義。有廣狹之殊。就廣義言。除民法法典外。有關民事之各種法令。及慣習法。皆可包含在內。質言之。卽實質上有關民事之成文法及不成文法之總稱也。在法國民法二字。多用於廣義。日本制定法典以前亦然。就狹義言。則所謂民法者。特指民法法典而言。余則確以狹義爲然。蓋今日成文法典。日益繁密。民法法典。亦已編成。世之說明民法。適用民法者。恆曰。依民法第若干條之規定。如於法典以外之法律

淵源。亦冠此名。似非正當之用法。第稱之曰特別法令。曰慣習。各按其實際而名之。亦何不可之有。

民法之爲私法、實體法。實爲法律學者之通論。僅就其普通性質言之而已。屬於公法及手續法之規定。亦有列其中者。如關於法人之規定。或親族編相續編之規定中。有宜報明官廳或戶籍吏之明文。如專就其所規定者觀之。似皆屬於公法手續法。蓋以關係密接。不便分離。不得已。亦揭載於民法之中。外此則別列於他法。此日本新民法與舊民法。體裁不同之點也。

謂民法爲普通法者。由其規定事項之性質而觀察之。猶未可爲確定之標準。何則。如商事工業。皆特別事項。贈與、養子。皆普通事項。兩者領域。果以何者爲分界。殊不易確定。除本於沿革上理由以外。惟謀立法上之便利。以定其分類。故以民法爲普通法者。僅就條文中所規定之事項。判定之而已耳。

日本民法。猶各國法典。由固有法及繼受法之二種而成。親族編及相續編之規定。屬固有法者居多。蓋日本今日。在家族時代。易爲親族時代之過渡時期。制定民法者。鑑此現狀。調和兩者之間。有屬於純然之親族關係者。有屬於家族關係者。兩種關係。有密接不可分離之勢。而家族關係之部分。含有固有之性質較多。故以究明本國慣例爲主。以期無誤於適用。外國法理。恐未必與之相合。而足以資其參考也。

雖然。日本民法。屬於繼受法者多。且非徒以一二國之法律爲模型。而有所偏倚。實廣採文明各國立法例及學說之所長。故爲日本舊民法模範之法國民法。及近世有最完備定評之德意志民法(草案)皆爲最重要之參考材料。其他伊大利、西班牙、比利士、和蘭等。屬於法國法系之諸國法典。及介於法德兩法系間之瑞士債務法(千八百八十九年)亦足以爲研究之資料。吾人苟欲究明新民法之理義。必追溯所繼受法規之淵源。以明母法之原理及其學說。而後有得。且日本新民法。僅揭綱目。凡屬於適

用之問題。悉以解決之責任。委諸學說及判決例。故研究母法。益不可須臾緩矣。

謂民法全部爲強行法固非。謂民法全部爲任意法亦非。強行法與任意法之區別。僅就各法律中之各條而言。民法中并含兩種之規定者甚衆。無論何部。皆混入兩者之性質。如問民法全部。於強行法任意法之二種中。應屬何種。吾人誠不敢遽斷。惟能就各條所規定。探究立法之目的。以定其性質而已。但立法者。固未嘗就各條所規定。而逐次說明其應屬何種。故疑問時生。至其多數條項。要易判定。民法中除別生疑議外。可分別有關公共秩序之規定。及基於當事者意思之規定。即執此以爲普通標準而判斷之。(九一條緒論第三章第七節)然公共秩序之觀念。亦隨時世而變遷。故吾人亦不敢斷其必無變更也。此所以不能就各條所規定。而指定其應屬何種性質也。

余試於民法中。略示此兩種規定之例。如總則中有關能力與法人之規

定。及有關時效之規定。大都屬於強行法。物權無論矣。即親族編相續編之規定。除有關夫婦財產契約等少部分外。亦多屬強行法。反觀債權編中。有關契約之規定。除各契約之本義。及權利行使之期間外。多屬任意法。試觀日本民法第四百四條。關於法定利率之規定。即可明其故矣。但利息制限法。爲強行法。故貸金利息。不得違反該法之規定。要之兩種性質。混合之時。實際上每多疑議。從事於民法商法等之解釋及適用者。不可不深加注意。以求不致誤解立法者之本旨。庶有益乎。

第一章 民法之沿革

日本民法。多繼受於歐洲先進之國。吾人欲究其沿革。則宜敘述外國法之歷史。以探母法之淵源。泰西諸國民法。無不發源於羅馬。復與各民族固有之慣例。連結融和。更藉學理之功。始得漸形發達。今如循系統以論。則出本書所定目的之範圍以外。故暫從略。惟述日本民法編纂之梗概而已。

往古日本之大寶令。嘗採酌外國制度。彙纂以爲法規。當時民俗樸素。表
諸法律者。亦甚簡率。如網羅一切私法關係。以編成法典。如今日之所謂
民法者。固古人所未及也。迨武家掌握政權以來。戰亂相踵。舊法漸滅。研
究支那律者。亦殆絕迹。除北條足利氏時代以外。幾無完全之法律。德川
氏承亂世之後。策在守成。大整法制。發布成憲百條。及各種法令。遂賴以
保持二百數十年之治平。顧其法令。僅定大綱。細目則任之慣習。及各藩
之施設。封建制度。積年相沿。民無同等之權利。公法私法之界。亦卒不可
分。當鎖國攘夷之時代。不及見今日之完全法令。亦其宜也。

明治維新以降。政府欽奉天皇誓言。竭力輸入泰西文明。改革制度。以定
國是。此時尤以編纂法典爲至亟之務。銳意從事。冀早成功。編纂法典之
目的。在定明確之成文法規。以革各地之慣習。使全國人民。得以安全生
存於法治之下。又擬改正與歐美諸國所協訂之條約。因久損國威。妨礙
主權之領事裁判制度。亟須撤廢故也。迨今國力伸張。文運增進。改正條

約之宿願已酬。法典編纂之事業亦峻。而各種法典中。費幾多歲月。經極端之困難者。則民法是也。

明治三年。爲日本政府。始着手於民法編纂之事。同年三月。置制度調查局。江藤新平爲長官。江藤性急能果斷。以爲立法之改革。不可以漸。謀以法國法典。酌加改削。成爲本國法典。因命箕作麟祥。翻譯法國法典。泰西諸法典之譯爲日本文者。以是爲嚆矢。譯畢。開討議會。逐條論定其短長。無何。伐韓議起。事遂不果。明治六年十月。大木伯爲司法卿。繼江藤遺志。於司法省內。特設編纂刑法及編纂民法二課。舉箕作等數名士爲從事。九年六月。起民法草案。十一年四月成。大木伯以編纂民法。爲有關國家永久利害之一大事業。非博考外國之立法例及學說。以制定最整備之法典不可。明治十二年。乃命法國之法律學者巴蘇那。爲民法起草員。明治十三年四月。新置民法編纂局。舉精通法律諸名士爲委員。討議巴蘇那之草案。是實日本民法編纂史上之重要時期也。方大木伯爲總裁

時。務欲成一美備法典。使適合本國之風俗人情。特遣委員。調查各地習慣。至明治十九年三月。民法中財產編及財產取得編。始得脫稿。明治十九年。廢民法編纂局。更於外務省。置法律調查員。因於外交上有重大關係。急欲完成法典。選內外國人數名爲委員。銳意從事。以期成功。翌年改正條約中止之議起。法典編纂之事。因生一頓挫焉。是時司法大臣山田伯。爲法律調查委員長。以速成法典爲目的。於元老院議員。及高等司法官中。選拔有學識有經驗者若干名爲委員。又多擢精通司法事務之士。爲報告委員。使當審查及說明原案之任。且於委員總會。逐條議定草案之可否。先定民法全典爲五編。第一編爲人事編。次爲財產編。財產取得編。債權擔保編。及證據編。而財產編。財產取得編之一大部分。及債權擔保編。證據編。命巴蘇那起草。人事編。及財產取得編中。關於相續、贈與、遺贈、及夫婦財產契約之部分。必參酌民俗慣習之所宜。故令本國人當起草之任。各編草案成。各委員竭慮殫精。逐條討論。明

治二十一年十二月。遂以財產編。財產取得編之一部。債權擔保編。及證據編之成案。提出於內閣。內閣更交元老院審議之。二十二年七月。始經議決。於是政府以二十三年四月。法律第二十八號公布之。同年十月。始以法律第九十八號。公布人事編。及財產取得編之餘部。定明治二十六年一月一日。爲實行之期。先是將發布之際。一部法學者。痛論其非。謂當百事改進之時。遽欲編纂法典。非特甚難。抑亦甚險。宜擇今日所急不可緩者。暫定單行之法。至編纂法典全部。必俟民情風俗。稍有定向。而後發表草案。廣徵輿論。徐加修正。以期大成云云。世人遂羣起而注視之。明治二十二年五月。法學士會意見書。翌年。發布民法商法。學者政治家之間。非者益多。實行之期將屆。而延期修正之議沸騰。遂再爲法律案。付諸第三次帝國議會。當時議院內外之發言者。或主延期。或主斷行。兩端爭執。實爲立法史上至烈之爭。討議數日。兩院始決定延期。於是民法商法例及其他附屬法。以修正之故。明治二十五年十一月。法律第八號所公

布之實行期限。乃延至明治二十九年十二月三十一日云。
當時倡民法實行延期者。其理由如左。

(一) 忤戾民俗慣習之條項甚多。

(二) 僅以法蘭西意大利兩民法爲模範。不參考近來之立法例及學說。故凡所規定。多有與近世法理背馳者。

(三) 與商法之關係。未得其宜。因商法與民法之起草者不同。且以民法未編纂時。所制定之德國商法爲模範。故其規定。多有與民法抵觸及重複之弊。遂缺立法之統一。

(四) 不設統括之規定。專定特別之條例。故條文既極繁雜重複抵觸之弊。而疏漏仍所不免。

(五) 不嚴守私法及實體法之領域。濫入公法及手續法之規定甚多。

(六) 揭載定義說明引例等無用之事項。故條文更覺繁雜。且有失法典之體裁。

(七)法文多流於翻譯體。甚不易明瞭。

以上第二第三兩說。乃學理上認為最重要者。當時各贊成延期論者。亦由此也。

於是政府本二十五年十一月法律第八號之旨。以翌年三月勅令第一號。設法典調查會。舉兩院議員及朝野之士數十人為委員。更由委員中選起草委員。使當修正案起草之任。草案成。則委員會逐條議定之。各委員本帝國議會。及各人所唱之理由。定修正之方針。奮勵非常。從事調查。至明治二十八年之末。遂議定民法總則、物權、債權、三編。翌年正月。政府提出此項法律於帝國議會。兩院又設特別委員。以審議其可否。略加修正。遂可決之。於是政府以四月二十八日。法律第八十九號公布之。但實行之期。必俟諸他部及附屬法。一律制定以後。故別以勅令定之。親族相續二編。至明治三十年之末。草案始定。提出於翌年之臨時議會。竟得可決。遂以同年六月十五日。法律第九號。與法例、民法施行法。同時

公布之。夫親族相續二編。最與本國舊來之風俗慣習。有密接關係。當過渡時代。不易速定。故有關二編之實質。兩議院俱慎重審查。無如改正條約之期。已迫在翌年。因外交之故。不得不於爭議未定之間。發布之爲法律。以完民法之全部。附屬法等。皆以三十一年七月十六日。爲實行之期。是即日本民法編纂之史略也。

夫民法編纂。及法例、商法、其他附屬法之制定。共爲明治維新之一大事業。政府多年盡力於此。以圖其成功。然當時法律學進步未著。不數年間。卽完成立法之事業。實政治上之情勢。迫之使然。後此學理經驗。日有進步。倘能發見各種欠缺之點。則他日更有一大改正之期。余敢預爲決之。

第三章 民法之內容及分類

民法所以定吾人私法關係上所生之權利義務者也。顧其爲權利義務之主格者有二。一則爲箇人與他人之關係。有應享之權利。及應盡之義務。一則爲家族或親族團體之一員。享受生自家族或親族關係之權利。

義務。箇人所有之權利義務。範圍雖廣。要不外財產上之權利義務。蓋人生世上。求充其所需要。莫急於取其資料於外界事物之中。人與外物之關係。純爲事實上之關係。其於物體上之作用。無論何人。不敢有所妨害。法律關係。緣之而始生。權利亦緣之而始起。卽所謂物權是也。

然外界物體。自有際限。人間欲望增高。需要日繁。必不能僅以外界事物。以充其生活之資料。蓋不得不有賴於他人之勞力。且外界物體。非藉他人勞力。不能利用之者亦多。求達其目的。適生債權之關係。此債權法所以隨社會之進步。而與物權法。並占民法之重要部分也。

人類非可孤立無援。而能生存者也。男女配合而爲夫婦。則夫婦之關係。有夫婦然後有親子。自是而進。血族姻族。互有關係。是等關係。雖多屬道德範圍。然應有法律規定者。亦復不少。且日本亦係家族制盛行之國。凡有關戶主與家族之關係。及家族相互之關係。更不可無法律以定之。親族法即規定此等關係者也。

人類死亡以後。生前之法律關係。不得不大有所變更。凡屬其一身之權利義務。皆與其生命同歸於消滅。至家督及財產上之權利義務。可更定他主體以繼承之。此相續法所以設也。

前述各種權利關係。不可無總則以統之。如私權之主體目的。及其得喪之原則。皆屬此類。若夫保全生命、身體、名譽、信用、等之權利（人格權）固屬普通私法之民法範圍內。然揆諸實際。無需乎此種規定。故各國法典中。未嘗特設人格權爲一編。惟於債權編中。不法行爲名稱之下。設定救濟其侵害之方而已。

以上所述。爲民法之內容。及其分類法。近世所共認爲適當便利者也。一以爲研究民法之基礎。一以爲編制法典之大本。學者尙其審諸。以上分類法。德儒、羅、薩威尼、等首倡。爲研究民法之方。法國往昔研究羅馬法。恆用註釋法。此風至今不變。編纂法典之時。仍用註釋體以說明之。遂大爲學理進步之障礙。此誠不可揜之事實也。近世比較法學派興。

漸悟民法之學。宜急求更新。千八百九十五年七月二十四日。文部省發令。訓示講述民法之方針。細目則委諸各學者之意見。大綱即指定以前所記之分類法。從德意志式。以攷究民法。法國實於此時。啟其端也。從究明民法全體原理。及各部關係言之。則民法之編別。亦屬重要之事。近世立法者。莫不注意及此。以適合論理法者爲準。從來有關編別之標準。及法規之分類法。議論不一。茲不具論。惟述近世通行之論理編別法之崖略而已。

論理編別法有二大種類。一曰羅馬式編別法。以羅馬學者加猶士及哲斯底尼安帝等法律書中。所定之編別爲基礎。分民法全部爲人事法、物件法、訴訟法、三編。此種分類法之缺點甚多。最著者。爲不定債權法之位置。世之說明羅馬法者。言此一端。雖意各不同。然揣羅馬人對於物體之觀念。并不知近世所謂物權之義。則羅馬人以債權法。視爲物件法之一部。殆無可疑。無如物權與債權。不但性質攸殊。且債權法。實占私法之重

要部分。若買賣然附入物件法中。終非得當之舉。又人事法。混列性質不同之能力人格於一編之中。并雜入親族關係之規定。復以關於實行權利之訴訟手續法。爲民法之一部。而不設各種權利關係之總則。是皆足以招近世學者之非難者也。

羅馬式之三編分類法。始傳於法蘭西。其後繼受羅馬法之國。皆以是爲基礎。而定民法之編別。惟削除訴訟編。減縮物權編之範圍。略定債權法之位置而已。十九世紀。所稱爲法典模範之法國民法。編次之序。第一編爲人事編。第二編爲財產及所有權之變更。第三編爲所有權取得各種方法。驟見之。雖亦知其失於廣漠。然規定權利之主體、目的、及得喪之三大事項。似非全無價值。迨審查其標目及內容。則有未得其當者。如第三編之範圍。失於過汎。凡債務關係、證據、先取特權、及抵當權等性質各異之事。悉含括之於其中。以此數者。皆爲所有權取得之方法。是仍不外因襲羅馬法之謬想也。其他以法蘭西民法爲模範之伊大利、荷蘭、比利士、

瑞士之一部、及西班牙、等各國民法。大體相同。皆以羅馬式編別法爲本。日本舊民法。雖於人事財產二編下。設財產取得、債權擔保、及證據、三編。機軸似異。然祇以財產編過繁。分割之以圖便利而已。其系統仍以羅馬式爲主。不可目爲別據權利關係之性質原因爲標準。而編別之者也。第二種論理編別法。近世最盛行於德國。分爲總則、物權法、債權法、親族法、相續法、五編。索遜民法。先採此式。巴威略民法草案。及德意志帝國新民法。亦採用之。所異者。不過以債權爲第二編。冠於物權法上而已。學者稱爲德意志式編別法。能矯正羅馬式編別法之缺點。遙出於前式之上云。

日本新民法。即採用德意志式編別法。分爲總則、物權、債權、親族、相續、五編。與德國民法異者。先物權而後債權。舊習所在。毋庸變革。且債權多以物權之得喪爲目的。故先明物權之性質效力。較爲得其當也。

採用此式以後。與舊民法及其他法國法系之法典。構造大殊。讀者徐觀

以下所述。當自能判別之。茲舉有關法典全體。而差異較鉅者如左。

(二)部首設總則一編。掲載各種權利關係之通則。以防散見各處。有重複缺漏之虞。

(三)物權與債權性質不同。且各有廣闊之範圍。故別為二編。以避規定之錯雜。

(四)關於人格能力等規定。及親族關係之規定。昔每混列人事編中。茲特分割之。一置總則編中。一則別定為親族編。使應他日時世之變遷。能有改良親族法之利便。

(五)不以親族編為部首。而置於物權債權之次。一以明親族關係之影響。及於財產上之範圍。一以示各人之權利義務。不若往古之由身分地位而定。

(六)關於死亡及其他事由之家督、財產、繼承。應有與物權、債權、親族關係、相連合之特別規定。故以相續法為獨立之一編。以變從來祇視為財

產取得法之觀念。由此觀之。可以見立法全體之旨趣矣。

德意志式編別法。就今日之法律思想言之。俱認爲缺點最少之法。然果毫無間然與否。尙不可知。竊思由學理以定私法之正確分類法。至爲不易。將本權利之性質爲分類。則其性質宜依如何之標準而定。學說紛紛。莫衷一是。以余所見。亦不敢謂學理分類法。與立法分類法。可以從同。蓋編別法典。配置其規定。不僅基於定理。必圖實際之利便而後可。然則論理分類法。實隨科學之進步。及法律思想之普及而來。與其從少數者之意見。不如採用法律思想最進步國之立法例。尤見完善。欲求毫無遺憾之分類法。則請俟後之學者及立法者。

第四章 民法與慣習法之關係

在民法制定前。慣習法居國法內最重要之一部。凡成文法所未規定之事項。俱適用慣習法。明治八年裁判事務心得第三條云。無成文法時。宜依習慣。無習慣時。宜依條理。可見習慣法。足爲裁判之準據。範圍甚廣。因

古代成文法規不備。率以慣習法。支配吾人相互之私法關係。不特日本然也。在昔法典未備之國。莫不皆然。故制定民法之際。對於慣習法。將仍保其所有之效力。抑在何等範圍內。始可保有其效力。此種問題。無論何國。皆與民法制定。同時並出者也。

縱觀近世立法例。多以特別法決定此問題。由實質言之。各國主義互殊。在昔範圍較廣。如羅馬法。承認慣習法有最強大之效力。凡永久不行之成文法。俱可以慣習法廢改之。至近世求國政之統一。立法機關漸備。遂以不認慣習有法律之效力。為普通原則。若法蘭西、奧地利、荷蘭、德意志等。不但民法上不認慣習法有先成文法而適用之效力。即無成文法時。慣習法亦無補充之效力。務欲以劃一明確之成文法。代曖昧不明之不成文法。舊來慣習之無弊害者。固宜力予保存。當編纂法典之始。宜就各種事項。詳審其慣習如何。可採用者。取為法典之一部。迨決定慣習法之應取應捨。編為法典之後。則宜以法典所規定者。適用於萬事。或一事偶

無所依據。亦宜解釋法律全體。以發見可以適用之法理。然法律關係。千差萬別。立法者。斷不能網羅無遺。悉萃諸法典之中。甚有爲政治上之情狀所迫。倉卒制定法典。則脫漏之患。更不可免。勢不得不認慣習法爲補充法。以助成文法之不逮。歐洲各國。關於商事規定。類認慣習法。有補充之效力。蓋以此也。

日本民法中所定私法通例。不言慣習法之效力。法例第二條。始定二者之關係。不認慣習法有優先效力。即不認其有先成文法而適用之效力。惟於法令所承認。及成文法所未規定者。有補充效力而已。而在補充範圍以內。其慣習又以不背公共秩序。及善良風俗爲準。凡背公共秩序。及善良風俗之慣習。皆無效力。具此要件之慣習。又必經法令之所許。或成文法中所未規定。而後其效力可以應用。如是之慣習。蓋與法律有同一之效力。茲再就日本法例第二條言之。以明慣習法之範圍。

(二)法令所未規定之事項有補充之效力 此以慣習補充成文法。爲第

二法源而適用之。但法令中究已規定與否。必俟各法解釋以後。始可斷定。不得僅以無明文之一事。指爲法令所未規定。此時應以論理解釋。究明立法之本旨。若全體解釋以後。尙不能見可爲準據之原則。始可適用慣習法。

但各種事物之中。非必盡有慣習法。裁判官又不得因無可適用之法律。拒絕裁判。苟有一事。無可適用之法律。又無可憑之慣習。則將如何。明治八年。裁判事務心得第三條云。無慣習時。宜從條理。人事紛紜。不得不設此茫漠之主觀標準以整理之。如商事宜注重慣習。故商法所無。必依商慣習法。無商慣習法。始用民法。(商法第一條)然如今日成文法之完備。復認慣習有補充效力。是否不背編纂法典之本旨。是誠大肆爭論之問題也。蓋民法必具自行補充力。以生完全適用之機能。本編第六章所述論理解釋之效用。意亦在是。此非余一人之私見。輒近諸國。編纂民法之立法例。固所同認者也。

(二)法令中特別指定之時有優先之效力。此例認慣習法有優先效力。日本民法中其例頗多。(第二百十九條三項、第二百二十八條、第二百六十三條、第二百六十八條一項、第二百六十九條二項、第二百七十七條及第二百七十八條三項)縱如屬於物權編之規定。而與公共秩序有關係者。因土地各有相傳之習慣。不能強統於一。民法特以明文。認慣習有優先效力者。亦不少焉。

又慣習不與公共秩序相反。而當事者確有從其慣習之意。亦可從其慣習。(民法第九十二條)此條所謂慣習。雖與前述慣習之意相同。若由全文解釋之。則不得謂此條認慣習爲慣習法。而予以當然之效力。不過當事者無特別表示其意思之時。不妨以慣習補充其意思而已。故此條注重在認定意思之事實問題。立法旨趣。雖不甚可明。或以爲民法規定。宜先慣習而適用。然國民未通應用之理。對於任意規定。誤謂有特別意思之時。必表示於外部。則轉有失其真意之虞矣。

今就立法問題論之。凡不表示之意思。亦認爲有效力。則實與新法典主義相背馳。所持標準。亦極不確實。且以上所述。多適用於可以認知其有暗表意思之時。其爲事實問題也可知。(九一條)然則民法第九十二條。實無益於實際之規定。從來慣習法之有優先效力者。以成文法爲慣習法之補充法故耳。若於特別情事以外。更汎認其效力。已反編纂法典之本旨。況創爲無表示之意思之空漠制限者。豈可謂當。民法中所以設此規定。殆由絕對承認慣習法者。與反對者。互相讓步之所致乎。

除前述特別規定外。有反民法之慣習。於民法實行之時。失其效力。此理易明。凡新法與非特別法之舊法。不能並存。則舊法廢止。此固無俟法例中規定者也。

單純事實上之慣習。成立爲慣習法之時。已明之如前。(見緒論第三章第三節)今舉兩者所差異者如左。

慣習法於理論上。不必當事者之證明。即與成文法相同。可以司法官之職權而適用之。但日本現行法中。亦有特別之規定。(民事訴訟法第二一九條)慣習法之一大效力。可於裁判時見之。有違反之者。得以其事實爲上告。及破棄之理由。惟有宜注意者。雖事實上之慣習。若有應從慣習之規定。(如民法第五百二十六條二項)而不能據之以下判決。則猶許人不履行適法之契約。同爲違反法律之舉動。但關於慣習之存否。有誤解而以下判決之時。宜察此種慣習。已爲法律與否。其他慣習法。無廢止或變更成文法之效力。則觀於法例第二條。可以明矣。

第五章 民法與特別法之關係

民法爲私法中之普通法。普通法與特別法區別之實用。在規定於特別法中之事項。宜先適用特別法。特別法缺其規定。始適用普通法。故適用民法。惟於特別法無特別規定之範圍以內。有其效力而已。日本商法第一條云。關於商事。宜先適用商法。商法所未規定。則從商慣習法。無商慣

習法。始適用民法。故曰，民法惟於特別法無規定之範圍以內適用之。顧所謂優於民法之特別法。果何所指。將謂各種法律命令歟。抑謂憲法上所謂法律（經帝國議會之協贊者）歟。對此問題。宜分憲法實施之前後而判定之。從憲法第九條之規定。則憲法實施後。不得設違反法律之命令。必欲設之。必豫置規定於法律。稱爲法律之委任。故與民法相反之命令。有特別委任者。始有特別法之效力。

茲尙有一疑問。民法中有除法令所特定外之規定（二條四三條二〇六條二〇七條等）其意果何如乎。第二條云。外國人除法令所禁止外。享有私權。又第二百六條云。所有者於法令之制限以內云云。是命令亦可以制限外國人之權利。及所有權之行使矣。但外國人之權利能力。及所有權之內容。皆屬民法規定之事項。非由法律之特別委任。不得以命令制限之。不待言也。

前列之問題。於立法之意。及解釋之方。不能互相一致。觀民法之趣旨。則

在前述各事之時。以爲特別規定之權能。委任於命令。殆不容疑。如所有權。警察上往往設有制限於其行使之時。民法不能盡舉其細目。故不得不用此便宜之法。倘以其所謂法令。僅指法律及適法之命令而言。則幾爲無意義之文言。不但不知民法不用此種冗辭之理。且與不曰法令。而曰法律之條文(三三條一七五條三〇三條)無別矣。

雖然。今僅就右舉之第二條等法文。虛心解釋之。不得卽執爲委任之意。蓋法律之委任。實異例之一種。縱無一定形式。亦不可不明其趣旨。且民法中別有規定適法命令之條文。則定其分界。益爲不可緩矣。

自解釋法文之方觀之。則右說誠當。然余更由民法全體觀之。則可疑殊甚。惟強解爲委任之意已耳。在條文中所稱爲法律(三三條一七五條三〇三條)者勿論。卽稱爲特別法(二四〇條二四一條)者。亦非指單純之命令而言也。

憲法實施前之法令。不問其用布告、規則、布達、及何等名稱。苟不與憲法

相矛盾。臣民皆有遵由之效力。試觀憲法第七十六條之明文。彰彰可觀。是等法令。當尙未廢止之前。雖與民法有所抵觸。亦必以爲特別法。而有優先效力。是以民法制定之際。有應廢止某種特別法者。宜逐一指定之。日本民法施行法第九條。所以特別應廢止之法令二十三種。豈無故哉。民法亦如特別法令。有涉及條約之規定。(二條三六條)夫條約由國家相互之規約而成。與法令之性質迥殊。故有關臣民私法上之權利義務。揭載於條約中者。每與民法及其他法律相反。然則條約於法律關係。究有何等效力。將如制定法律。須踐憲法所定之同一手續。始生臣民遵守之效力歟。但此項問題。屬於憲法及國際法之範圍。茲故畧而不詳。惟言其與民法有關係。使學者知所注意而已。

第六章 民法之解釋

法律之解釋。確定其意義之謂也。法律適用之得當與否。端賴解釋之方法如何。定法律者。雖極慎重。應用時不免多所疑議。矧日本民法。實行以

來。爲日尙淺。解釋上疑問疊出。未經最終之解決者尙多。實因日本民法。多繼受歐洲先進國之法。國人研究母法者。尙未十分發達。加以編纂時。祇揭普通原則及變例。不及於細目。致各種問題。皆聽學說及判決例之決斷。以求隨時世之進步。而可以肆應無窮。故解釋法律者。用力益勞。而負責亦益重。茲就法律解釋之通常原則而言之。

法律之解釋有二種。曰強制解釋。曰學理解釋。強制解釋云者。立法者親自解釋其意義。附以法律之效力。不問解釋之當否。與其他法律相同。有絕對強制之力。故或稱曰立法解釋。然解釋每出於原法律發布以後。故其效力。應回溯諸原法律實施之時。但無變更原法律已定判決之效力。至吾人所欲論究者。非是等解釋法也。

學理解釋云者。裁判官學者。及其他私人。任意考究。而下判斷之解釋也。其解釋本無強制力。惟視解釋者之學識技能如何。論其實際。效力甚鉅。此種解釋。不問其出自裁判官學者。及其他私人。皆以究明法律之真意

爲目的。藉學術上之方法。（即文理解釋論理解釋之二種）主張獨立之意見。故其與強制解釋之效力不同。如確信其有理由。亦每見用諸實際。蓋有間接之效力在焉。

學者或分法律之解釋。爲公解釋、私解釋、二種。凡裁判官之解釋。立法者之解釋。皆爲公解釋。學者及其他私人之解釋。皆屬私解釋。揣論者之意。必謂裁判官判定事件。以其職務。解釋法律。即本所解釋者判決之。猶法律對訴訟當事者間之有拘束力也。雖然。二者僅於解釋之發源。及效力之形式。有所區別而已。非解釋之方法有異也。茲再就學理解釋之概要言之。

學理解釋有二種。文理解釋、論理解釋、是也。文理解釋云者。本法律之文辭、用語。推知法律之精神。以確定其意義之謂也。蓋文辭用語。爲直接表示立法者意思之具。由此以推定立法者正確之意。較易爲功。故解釋法律。必從文理解釋始。若輕視文辭用語。祇本空漠之學說理論。以解釋法

律。將出解釋二字之範圍。幾與制定法律無異。昔拿破侖制定法國法典之後。見解釋註疏者。接踵而出。不禁喟然歎曰。嗚呼。朕之法典已廢矣。近觀各國法典。有編制失宜。改良不易者。恆有此弊。司其責者。烏可不加之意乎。

雖然。文理解釋。亦非簡易之事。欲求完全之解釋。自有一定之方法。及原則在焉。一國法典之文辭用語。恆有一種特性。宜深注意其特性。考立法者及立法當時之用例。更溯有母法關係之外國法之淵源。精密以解釋之。如僅拘一二語之皮相。卽欲定其意義。其不陷於大謬者幾希。試觀日本民法。所謂無能力者。自文字觀之。似可解爲全無能力者。德民法中。嘗以此名。傳於全無意思能力者。然日本民法。所謂無能力者。祇就法律行爲之能力而言。其他非特別用語。率宜解以普通慣用之意。若有疑問。可以廣博及有實效之意義解之。至有關變例及處罰之規定。則不得敷衍解釋之。不但應察立法前後之法律。卽當時發行之書。亦宜藉爲參考之

資。故解釋法律所最宜注意者。一法典之各條項。爲全部組織之一部。前後互有密接關係。宜彼此對照。考究其脈絡。以發見真理。若於所欲判定之事件。泥據有直接關係之一條一項。以事解釋。則必有乖立法之本旨。此論理解釋。所以最適於實用也。而文理解釋。每依論理解釋以達其目的。蓋有不可離之關係焉。

論理解釋云者。以推理之作用。究明法律本義之謂也。質言之。即就其所解釋之法律。考其系統。及各部之關係。凡與所欲解釋之法律有關係之他種規定。及立法之理由。當時之狀況等。足以窺法律之精神者。無不徵引之。以爲左證。若理由書、及編纂議事錄等。雖非法律之一部。不得直接以爲解釋之根據。然亦不妨詳加參考。以爲判斷之助。至欲明繼受法之淵源。考究近世大家學說。以明母法之原理。尤以論理解釋爲最良。但偶有採用某國法典之全部。而適排斥其重要之一部者。仍宜深究不採用之部分。俾勿誤立法本旨。及其適用之方。並以爲他日改正之資。如日本

民法第一編中。關於代理之規定。採用德意志民法者居多。然授權思想。實爲德意志民法之精髓。而日本未嘗採用之。因意思表示而發生之代理權。與委任契約判然不同。而爲併合雇傭組合等關係而立之一種事項。日本民法（第一百四條至第一百一條）則視爲基於委任契約而然。蓋猶有遺存古昔委任契約。與代理關係相混之誤想焉。法律中如此例者。不勝枚舉。可見研究母法爲不可緩。解釋者亦宜加之意也。

或謂論理解釋。限於不能依文理解釋之時。（卽法文之意義不明或無法文可以適用之時）始可適用。余以爲不然。近世法理。決非如羅馬法。以文辭爲解釋之惟一基礎。恆觀情事之所宜。酌用兩種解釋法。俱無不可。蓋應用論理解釋之時。亦非鮮少。法文之意義。時與法律全體之意義。不能相容。此時之法文意義。或應擴充之。或應減縮之。始能達完全解釋之目的。所謂擴充解釋者。法律之文辭用語。失於狹隘。不合法律之真意。因擴張法文之意義。而下解釋之方法是也。所謂減縮解釋者。法律之文辭用

語。失於廣闊。越立法者命意之範圍。因減縮法文之意義。使適於法律真
意之解釋法是也。二者均於法文與法律真意矛盾之時用之。

人間共同生存之狀態。常變動而不知所極。故立法者所不能預料之事。
層見迭出。每無適用之規定。而裁判官又不得以法規之不備。而拒絕裁
判。此時非發見可以適用之法不可。夫法令所未規定。雖可適用慣習法。
(法例二條)而非各事俱有慣習法者也。明治八年第三百三號布告。無慣習。
可從條理以爲裁判。然必在各種解釋方法已盡之後。遇無可適用之法
文。宜深考法典全部之關係。據論理解釋。以明立法之本旨。慎勿謂認慣
習法有補充效力。即所以杜絕論理解釋也。余嘗謂民法之一大法典。必
不可不具自行補充之力。以得完全適用之機能。補充法之最要者。曰類
推論法。

類推論法云者。就某事定有明文之時。本其同一原因。而應用之於類似
事項之謂也。所與擴張解釋異者。不以立法者之意思爲根據。惟由同一

原因。間接推定其意思之所在而已。此種解釋。適用範圍之廣狹。恆視法典編纂之方法而定。日本新民法。僅載通則。而不及各種適用之法。故採用類推論法之時甚少。且類似事項之可以適用其規定者。特以明文指定之。類推論法。雖專用於事項類似之時。然亦有認為有正確理由。而不許其濫用者。所以防有疑議也。惟類推之終。仍可適用通則者。始可以用之。

又有反面論法。凡一事規定於法律之中。而法文不能統括者。輒反對解決之。甚可險也。試觀日本新民法。不得謂其於通則以外。祇揭變例。時或恐有疑議之虞。特設僅用通則之規定。蓋以擴張解釋。求原則之適用。期無大背法律之本旨而已。故反面論法。以用於解釋例外規定。使仍歸於通則之時為限。然雖已定為例外範圍。亦可用論理解釋。且苟有正當理由。雖用減縮解釋。而與立法本旨相反之時。仍可擴張其文意而解釋之。凡法規之適用。不可僅援其一部之用語定之。而以確定其法文。及用語

之意義爲要。固不待言。然法典用語。恆與通常用法不同。或有改易意義者。或有出自新造者。或必遠溯母法（外國法）用例之沿革者。是爲解釋者所最宜注意之事。法律原理。所以不可不廣徵之也。日本新民法。雖不若舊民法之流於繙譯體裁。然繼受法多。非廣具法律知識。則不能解之用語甚衆。茲不能備舉各用語之意義。讀者深究以下各編之內容。自能明其界說。今先就民法中最普通用語。釋其意義如左。

（一）民法中載準用二字之條文甚多。準用即對於適用之語也。適用法規云者。當然應用之之謂也。惟時或因防止疑議之故。特示應用於某事之旨。準用則取他事所定之條規。以用諸類似之事之謂。蓋立法之理由既同。斯法律上之處置無異。求省法文之繁複。特設準用之語。故法律所謂準用。似與用類推論法相似。但解釋各項明文所定之法律關係。不得濫用類推論法。因倣德意志民法。設準用之語。既藉以達節減法文之目的。復使解釋法典者。知既曰準用。則其效

力。祇及可以準用之範圍。如權利質。準用關於質權之規定（民法物權第九章第四節第三六二條二項）則不得以不能讓渡之權利爲目的（三四三條）也可知。關於債權質。特定實行之方法（三六七條三六八條）則不得用有關動產質。所特定之質權實行方法（三五四條）也又可知。又有準用之準用者。亦宜注意。如民法第三百五十條。與第三百六十二條二項之關係是也。

（二）民法中常用視爲（原文曰看做）及推定兩語。二者效力。不能無別。祇曰推定。不過推測當事者之意思。及其他普通之事實而已。若反對之意思事實。獲有證明之據。卽失其效力。所謂視爲者。乃完全之推定。不因有反證而失其效力者也。但立法者許其於反對事實證明之時。消滅某項效力者。則固無妨。民法第三十一條與第三十二條之關係是也。

（三）民法條文。恆有第三者三字。第三者。即法律關係中。兩當事者以外

之人也。凡名義承繼人（相續人及受遺者）及代理人。與當事者同。其他關係人。悉爲第三者。惟法國法系學者。以各種債權者。皆置於承繼人中。是非正當之見解也。

（四）民法屢有反抗之用語。如得以何事。對抗何人云云（一六條九四條二項九八條一一二條等）所謂無對抗力者。不可與不成立及效力不發生之語相混。如不動產之物權取得。不登記。不得對抗第三者。（一一七條）然雖無登記。取得行爲。固已成立。且已發生其效力。故無對抗力之權利。實際上不可多見。惟利益相反者之間。無權利競爭之事。則其法律行爲。固有完全之效力。又不受取得者對抗之人。固亦可主張其效力者也。

（五）民法所謂成立及效力之發生。二者意義不同。如遺言雖成立於正式作成遺言書時。其效力則非遺言者死亡後。不得發生（一〇八七條）然民法中二者區別。不能始終一貫。如第三編第二章第二節以

下。掲載各種契約之要件。皆有生其效力之規定。實含有成立之意。又無效之用語。依從來慣例。宜作全不成立之義解之。(九〇條九三條九四條一一九條等)

(六)民法條規中每有善意惡意之用語。如善意之第三者。惡意之占有者云云。此非就文字上。以普通之意爲區別。宜從羅馬法傳來之用例。以定其意義。善意云者。不知其先有某事之謂也。惡意云者。有能先知其有某事之狀態之謂也。知其爲他人物而占有之。即爲惡意之占有。非必有損他人。始爲惡意也。

以上所述法典之用語。每難得其正解。學者欲知其詳。宜以梅博士主任之法律辭書參考之。

第七章 民法之效力

本章主旨。在述關於時地人三者。於民法效力所及之範圍。并就最適用於民法者言之。

第一節 關於時之效力

法律效力。不溯既往。此自羅馬法以來。所共認之原則。各國均載之明文。蓋謂新法不可適用於舊法所定之法律關係也。法國革命時代。求保護人權。因以此種規定。載之憲法。以謀拘束立法者。美國憲法。亦有禁發布事後法之明文。然至近世。則僅爲司法官對於解釋上之規則。夫立法者雖不能變更過去之事實。亦有變更其效力之權能。苟爲公益起見。無論何時。得制定有回溯效力之法律。是殆無俟說明之原則也。試觀日本民法施行法。有關各種事項。每予民法規定以回溯之效力。足以知今昔之變遷矣。

此項原則適用之範圍。視立法之理由而殊。學說亦紛紛不一。最盛行之說。則謂新法不得奪舊法所已許之既得權。然何爲既得權。尙無定論。就通常解釋之。即由特定之事由。所取得之權利是已。而對於既得權者。稱爲單純之希望。固不受法律之保護。如因時效而有取得所有權之希望。

或因定新法律而消滅。故此種希望。不得爲既得權。既非既得權。則法律有回溯效力以及之。固無妨也。

右說大體雖是。然未能說明既得權之本意。且玩其所持之說。實失諸狹。何則。變更某種法律行爲（例如遺言）方式之法律。對於實行前。已成立之行爲。雖未生效力者。不得主張爲無效。（民法施行法第九四條）則可見不能純以既得權之觀念明之。或有以有關公益與否爲標準者。亦失於泛。即有關公共秩序之法規。對於舊法已確定之法律關係。類無變更之效力。此又當然之事也。

以余所見。則適用範圍之問題。宜據法規內容。以究立法之目的而解決之。蓋法律關係之效力。恆確定於發生時所行之法律。否則效力發生之時。幾幾乎無法律矣。吾人生存於法律中之根本之地。其將焉保。此所以承認法律不追溯既往。爲公平合理之原則也。然此爲解釋上之準則。就立法之力言之。則雖已確定之法律關係。仍可變更其效力。立法者不必

明示有回溯之意。惟究立法之目的而判斷之。如定前法意義之法律。則自有回溯之性質。但不可遽斷爲完全無缺之效力而已。凡發生於舊法時代之法律關係。至新法施行後。始爲新法所支配。前所已生之效果。不得因是而變更。日本民法施行法中。第五十六條之規定是也。

要之不回溯之原則。僅爲解釋上之規則。無絕對之效力。不但不必如歐美諸國之視爲通則。而揭載於明文。且有以揭載之故。而誤於適用者。是以日本編纂法典者。考最近立法之趨勢。不揭於明文。而有關民事之事項。則委諸民法施行法。確定可以適用此原則之範圍。以防止疑議。故第一條即定民法施行前已生之事項。不得適用民法之例。各編復歷指有關公益。應附以回溯之效力者。又明示效力所及之範圍。但事項之發生於民法施行前後。判斷不易。惟據前述各說以解決之而已。今日民法中。回溯範圍之問題。實用漸減。其視爲一部改正之特別法。亦漸次發布。於茲略敘其大綱。亦非無益也。

第二節 關於地與人之效力

當世界交通未盛之時。以鎖國攘夷爲主。故一國法律。祇及領域以內。施行於內國人而已。海通以還。此往彼來。交涉日繁。法律關係。發生無窮。一國之私法關係。其範圍。將於何而定之。或於領土以內。內外人之間。或外國人相互之間。發生各種法律關係。或居留外國之內國人相互之間。或與外國人之間。發生各種法律行爲。或國內之法律行爲。而目的物則在外國。凡是等人物及行爲。皆含有外國之法律關係。宜受何種法律之支配。國際私法之關係。既如是其繁。則定內外私法之適用區域。安可緩乎。國際私法云者。即近世交通以後。所發達之法則。專以解決此等複雜問題爲目的者也。

凡一國主權。在國內有完全之作用。裁判官惟以內國法爲標準。雖有對外之法律關係。亦置外國法於不顧。近世文明各國。則於主權作用。稍加限制。互認他國法律。遇有對外之法律關係。則適用外國法。所謂相互承

認主義。實國際關係。有以迫之使然。在昔羅馬法。固未嘗承認及此。羅馬於市民法外。復認適用於市外人之法律。然未嘗認有他國法也。蓋謂世界惟有羅馬法也。後日耳曼人。侵略羅馬帝國。專重種族觀念。各人皆受種族間固有法之管轄。是中古所盛行之屬人主義。各族長即爲各種族之主權者。

時世漸變。異種民族。永住於同一之土地。及封建制度起。領土觀念。日益發達。國法遂以一定區域爲基礎。屬地主義。於焉以生。屬地主義云者。以法律效力。祇及於國內之關係。凡在領土內者。不問其爲內外人。皆有服從之義務。近世國際私法諸問題。即執此主義以解決。蓋國際私法。即因國際關係。採互認主義。以定適用區域之法則也。試觀日本法例第三條以下之規定。可以得其解矣。

國際私法之意義。實與其名稱不同。蓋非國際法。而屬於國法之一部也。伊大利、法蘭西、比利士、學者。則視爲國際法之一部。又有倡爲屬人法主

義者。皆謬見也。今日交通頻繁。如一國以內。遇有有關外國之法律關係。應適用何種法律。此種問題。卽以國際私法解決之。此國際私法之本質也。此法功用。所以使裁判官有所準據。夫裁判官專爲本國法律所拘束。雖有國際私法關係之。可適用外國法者。然外國法決不能直接生有效力。亦仍爲適用定此準則之內國法而已。日本近以國際私法之大部分。揭於成文法中。學者觀之。可無疑議矣。惟全離形式觀察之。則此種法則。或可謂其成立於文明國人民之共同一致。此前述學派之所由起也。方今國際私法。爲獨立之一大科目。所謂關於地關於人之私法效力。屬其範圍以內。茲不敢侵入其領域。故本節之詳細說明。應讓諸研究國際私法者。

第二編 私權之本質及分類

第一章 私權之本質

民法爲私法之原則。即定生自私法關係之權利義務之地也。欲明其理。必先知私權之本義。因民法全部。皆關於私權之規則故也。

私權對公權而言。二者區別之說甚繁。據余所見。則公私權之區別。卽緣公私法之區別而生。由主觀以說明公私法之結果也。公私法區別之標準。有種種學說。已詳於前。欲定公私權之本義。亦惟以最確當之公私法區別說。爲根據而已。

公權與私權。不可以其利益之公私。爲區別之標準。其理與公法私法同。又有一說曰。公權者。權力關係也。權利關係。則爲私權。是亦非正當之論。夫人格相互之法律關係。無非權利關係。國家以其公權。對於箇人。雖有權力關係之性質。亦不可謂非權利也。故就狹義解釋權利。不統括權力關係在內之說。余弗取之。且公權未必皆有權力。如箇人對於國家。雖有

公權。仍無權力。又雖爲私權。亦有附有權力之性質者。如親權、戶主權、是也。若以權利之主體爲標準而區別之。則於國家及其他公法人。爲財產權主體之時。不能與以正確之說明。卽不然而說明箇人公私權之時。亦苦其難。故公私權之區別。猶夫公私法。惟有以法律關係之關於國家（謂直接關於國家亦可）與否。爲標準而已。

據以上理論觀之。則公權爲國家之法律關係。而權利則爲無關國家之法律關係。凡組成其關係之一方。或雙方。不問其爲公法人。或箇人。惟據此項標準之結果。凡公權必屬於公法人。或僅對公法人而存在。箇人對於國家而有公權。則以居於爲國家一員之地位爲要件。私權亦必受國家之保護。故亦必有國家。而後有私權。至其內容。則不必具此相同之條件。觀於近世立法例。可以知矣。

權利本質。余已舉其通則於前。無論公權私權。皆不外人格相互之關係。一方對於他方。享受一定利益之法律上能力及地位是也。然則私權云

者。即於私法關係。有享受利益之地位之謂也。是以一方（權利者）對於他方（義務者）可要求其為積極或消極行為。純理上所謂權利之目的。即指此言。但某種權利（如物權）必各明其特質。故權利主體。可以直接享受其利益之內容。當俟第四編第一章說明之。

第一章 私權之分類

私權之種類頗多。今舉其最重要之兩端。外此尚有主權利。從權利。專屬於一身之權利。及可以移轉於他人之權利等。茲不具述。且俟以下各編說明之。

第一節 絕對權相對權

此項區別。與各種權利要素之主體目的有關。在理論上。甚不可忽視者也。

絕對權者。對全體之人。保全其一定之地位。或狀態之權利也。質言之。即不受無論何人之損害之權利也。雖一定之地位狀態云云。似嫌茫漠無

據。要爲對於人我之身體。及有形無形之物體上。所有權力之總稱也。絕對權之本質有二。一爲對於全體之人之關係。一則爲其目的之行為。必求畫一。且爲消極者。猶言無論何人。負有義務。不爲妨害其權利之行為。故學者或稱之曰對世權。

絕對權以人格權物權爲主。人格權爲簡人直接存在之權利。如生命權、身體權、名譽權、及稱姓氏之權利皆隸焉。物權即直接對於物體。施以一定作用之權利也。與人格權不同者。在能否爲財產權之一端。又有混合財產人格權。而亦爲絕對權者。如著作權、意匠權、及特別法所認之專用權。皆是。凡有侵害絕對權者。是爲不法行爲。就普通制裁言之。損害賠償之義務。不能免也。

絕對權之定義。雖已述之如前。然尚有未盡者。蓋無論如何權利。他人俱不得而侵害之。若僅以此爲絕對權之本質。則世間一切權利。無一非絕對權矣。雖以特定人之債權。全體之人。亦不得爲侵害之行爲。與物權無

異。由是觀之。對於相對權而言絕對權。必言其對於全體之人之權利。即無特定義務者之權利也。故從其種類。由積極以示其特質。則必於對人關係之外。更由權利者之方。注目於爲其目的之利益內容。但暗示權利。悉爲對人之關係。在理論上。不可謂其區別之無價值也。

相對權者。對於特定人。有要求其特別行爲。或不行爲。之權利是也。主要者爲身分權。即生自親族關係之親權夫權及後見人等之權利。及債權。蓋相對權有對於特定人之權利之意。其他重要性質。在爲其目的之受動主體。有特定行爲或不行爲而已。負義務者。要爲特定之人。故名稱雖不同。而實際固無所異也。

絕對權與相對權之區別。英美學者主唱之。歐洲大陸學者（如法國）採用者鮮。是實與論定物權之性質。大有關係。法國大多數學者。向解物權爲對物之權利。似不負法律上之義務者。雖時或對抗全體之人。亦惟自物上權之性質而生。德國學者。亦有採此說者。此義當俟說明物權法總則

時論之。夫物權本爲於一物上。施以一定作用之權利。然既曰權利。必爲對人之關係。要求行爲或不行爲。必對於有義務者。若人與物之關係。僅爲事實上之關係。非有法律關係在也。觀多數學者之說。欲定物權之特質。將至不認各種權利之內容。勢所然也。

第一節 人身權財產權

人身權。爲與財產權對立之假定名稱。非有確定意義之原語也。前所述人格權、身分權。卽屬此類。其權利之範圍。可從財產權之本義而定之。財產權之定義。學說不一。通常之說。則以財產權爲有金錢上價格之權利。(卽以可以金錢評價之物爲目的之權利)但金錢價格之觀念。不可適用於貨幣制度未行之時。不若謂爲交換價格之爲當。然此等細目。置而不論可也。

惟財產權之定義如何。實與論定債權之性質。大有關係。日本民法。拾羅馬以來之通常解釋。凡不得以金錢估計之物。亦得爲債權之目的。(三九

九條)立法之理。且俟債權編論之。然苟如其說。債權將非必爲財產權矣。可以其說爲正當乎。抑將謂財產權之普通觀念有誤乎。是誠不可不研究之問題也。以余觀之。財產權與其他權利之區別。卽爲由權利目的上觀察之區別。於適用民法之時。頗有實益。(一六三條一六七條二〇五條二六四條三六二條四二四條五五五條七一〇條七一一條)或謂財產權者。以保護與人身利益相對之外界利益爲目的之權利之總稱也。或謂財產權爲有可以處分目的之權利。(梅博士民法要義第一卷三六〇頁)是皆由上述性質所生之效果也。

財產權不與財產同義。財產爲財產權目的物(民法上之意義)之總稱也。其物既爲權利之目的。足以供吾人法律上生存之用。遂混視爲權利。漸養成以權利爲無形財產之慣例。日本舊民法。曾明言財產爲權利。新民法亦有混用之地。或必由正面解釋其統括權利在內者。(三〇六條三〇七條三三五條)或雖用於目的之意。其終仍爲有關權利之規定。(五條五

九條)其他學說。又何論乎。

四財產權通常分爲物權、債權、二種。日本舊民法。即本此意。分財產編爲二部。然此外尚有版權、特許權。及其他規定於特別法之財產權。近世學者。又於物權債權外。認有一種請求權(如回復所有權占有權之權利)然請求權。實不外其他權利之效果。故法國學者。不以爲獨立權利。英美學者。區別原權及救濟權之觀念亦然。此非僅自財產權所生之事項也。以上所述。人身權財產權之區別。於處分之效力、時效。及其他各事。自有實益可見。至理論上之價值如何。雖屬別一問題。而按諸實際。不可忽也。

第三編 私權之主體

第一章 汎論

組成私法上權利關係者。曰、私權之主體。前言權利爲人格相互之關係。必與有義務者。互相對立。蓋權利主體。必有主動及受動之雙方當事者。但普通用例。則專就主動之一方觀察之。所謂有權利者是也。

能爲權利之主體者。必於法律上具有人格。自然人、及法人是也。二者皆由法律承認其有人格。法律所稱爲人者。兼指二者而言。但民法圖引用之便。從世俗通行之慣例。以人之一語。用於狹義。與法人相對立。專指自然入而言。

得稱爲權利之主體者。必有權利能力。民法中所謂私權之享有。即指是也。權利能力。除對法人有制限其範圍外。不問何人。俱以有此種能力爲常例。不因身分、年齡、宗教、姓氏、等而有差別。於私法上。皆可爲各權利之主體。惟不得視爲權利之目的。是爲有關公共秩序之原則。無論何人。不

得拋棄其人格。若夫奴隸及準死之制度。爲歷史上之陳蹟。近世立法例。可無需明示此種原則。但享有私權之程度。自有差別。或因有一定之身分。或因受刑之結果等。致失某種權利能力。然此皆例外之事。非認有不具人格之自然人也。

對於權利能力。則有行爲能力。行爲能力者。得爲法律上有效行爲之資格也。質言之。謂其行爲有得失或變更權利之效力是也。行爲能力。有法律行爲能力。及不法行爲能力之別。二者皆由意思之發動而來。不具意思能力者則否。(如嬰兒及喪心人)所謂無能力者。卽某種行爲能力。應受法律之制限也。

凡關於能力之法規。不問其爲權利能力。及行爲能力。均爲強行法。不得以吾人之意思表示變更之。此通例也。

第一章 人

第一節 權利能力

第一款 人格之發生及終結

公權非達法定年齡。不得享受。私法上之權利能力。則與出生同時發生。未出生前。自不得爲權利之主體。蓋人當未出生時。僅爲母體之一部。未能獨立存在。故胎兒不得享有權利。日本舊民法。胎兒亦可與已出生者。同爲權利之主體。然失之過廣。適足以啓聚訟。新民法則定私權之享有。始於出生。遇有應保護胎兒利益之時。則別設明文以定之。(七二一條九六八條九九三條一〇六五條)是皆基於便利而然。在其目的範圍以外。則不得適用。要以胎兒之出生爲要。可無疑也。

民法於出生以外。不認他項條件。故因出生而得權利能力者。惟以(一)出生之完成。(即全離母體)及(二)保持生命之二者爲足。有謂不適於保持生命之早產。爲非出生者。又有以具備將來可以生存之機能爲要件者。然事實上皆難於證明。徒爲紛議之基。故民法不採其說。惟以出生後能保持其生命者。即可以得權利能力。如斯而已。

權利能力。因死亡而消滅。民法中以宣告失蹤。與死亡同視。(三一條)至失蹤無住所之關係。則俟第四節詳之。

人格因死亡而消滅。故因一人之生存或死亡。而主張其有權利者。不可不證明其生死之一定時期。此種問題。必生於數人遇同一事變而死亡。因死亡之先後。別其權利存否之時。凡羅馬法以來之立法例。關於此事。多設種種法律以推定之。日本民法。則以爲屬於事實問題。不襲用舊制云。

身分、宗教、年齡等。雖無影響及於私法上之權利能力。然國籍所在。則與權利能力有重大之關係。此所以說明外國人之權利能力。爲不可緩也。

第一款 外國人之地位

往古交通未便之世。皆疏斥外國人。私法上之權利。悉不許外人享受。世運日進。交通漸盛。迺祇以公權爲內國人專有。私權之無害公益者。他國人亦得一律享受。是爲互有便益之事。在今日觀之。外國人之權利能力。

尙有漸次擴張之勢。方十八世紀下半期。不用禁止主義。則執限定主義。十九世紀以來。始藉法律或條約之力。而行相互主義。相互主義者。據條約法律。認外國人之在本國者。與內國人有同一權利之制度是也。蓋交通既便。交際自繁。承認外國人之有權利能力。益不可緩。文明各國。遂採平等主義。而以外國人與內國人享同一之權利爲原則。至各國立法例及其沿革。則茲未暇詳焉。

日本維新以來。與外國之交通大廣。凡無害國家之利益。外國人之私權能力。無不承認。惟舊條約不許外國人於居留地外。有居住及營業之自由。然此爲國法之原則。後依據近世立法例。採用平等主義。苟欲加制限或禁止於某種權利之時。必明示於法令。外國人得享私權之法制。可以知矣。

日本民法中。本此主義。除法令條約所禁止者。外國人皆得享有私權。第二條始與明治二十七年以來。改正條約之精神相一貫。所謂外國人者。

指無日本國籍之自然人而言。(國籍法七條)其兼有外國與日本兩國籍者不在其內。(法例二七條)而無國籍者亦視爲外國人云。(國籍法七條)民法第二條所謂法令條約所禁止者非必掲載禁止明文於規定中也。但明立法趣旨有禁止之意可矣。改正條約之關係茲姑略之。惟舉現行法令中外國人不能享有之重大權利於左。

(一)不得爲土地之所有者。

(二)不得爲國立銀行之創立者。及國立銀行日本銀行橫濱正金銀行之股東。

(三)不得爲鑛業人及砂礦採取人。

(四)不得爲取引所之會員、股東、及仲買人。

(五)不得爲日本船舶之所有者。

(六)關於訴訟不得與日本人受同一之待遇。

第二節 行爲能力

第一款 汎論(無能力者)

行爲能力者。得爲發生法律上效果之行爲之能力也。有法律行爲能力及不法行爲能力之二種。不法行爲能力之說。讓諸債權法。茲就法律行爲能力言之。日本民法之所謂能力。亦沿襲法國民法之用例。祇指法律行爲能力而言者也。

法律行爲能力。猶權利能力。以盡人完全享有爲原則。凡不能親爲各種或一種法律行爲者。法律特指定之。所謂無能力者是也。如祇從文字觀之。似可作全無能力者解。實則非不得爲各種法律行爲也。惟禁治產者爲例外。非經或人之同意許可。不得爲法律行爲。然亦非毫無制限。雖如未成年者。及禁治產者。亦有專行法律行爲而有效者。(四條至六條七五六條七七四條八二八條八四七條一〇六一條一〇六二條)其行爲未經或人之同意許可者。非當然爲無效。惟無能力者之一方。可取消之(四條二項九條一二條三項一四條二項一二〇條)而已。

無能力者。非必無意思之無能力。故民法之所謂能力。不可與意思能力相混。意思爲法律行爲之要素。無意思能力之人。則其行爲。不得稱之爲行爲。不問其出於未成牟者。或禁治產者與否。皆歸無效。至決其應歸無效與否。又屬事實問題。必視行爲時。各當事者之情狀而定。固與未成年或禁治產無涉者也。故無能力者之規定。不問意思之有無。皆可適用。日本民法上之無能力者。與德國民法上之無能力者(無意思能力者)異。而與彼所謂限定無能力者相同。是亦從法國民法之例。襲用從來慣語。有以使之然也。

無能力者有二種。卽通常無能力者。特別無能力者是也。何爲特別無能力者。因其人無爲某種行爲之能力也。是等無能力者。每不得與一定之人。爲法律行爲(七九二條九三〇條九三一條九三九條等)何爲通常無能力者。謂其人無爲各種法律行爲之能力也。如未成年者。禁治產者。準禁治產者。及有夫之妻是也。日本舊民法。做法國民法。有所謂刑事之禁

治產者。新民法則否。悉本最近之立法例及學說，以爲依據焉。（民法施行法一四條一五條）

通常無能力者中之準禁治產者。及有夫之妻。民法中列舉其行爲之應受制限者。必有保證人之同意。及夫之許可。（一二條一四條）故準禁治產者。及有夫之妻。實似特別無能力者。民法則不採此見解。其用列舉法。祇屬形式上然耳。其他重要行爲。類不能自爲。故可與未成年者。禁治產者。同爲通常無能力者。此所以特置於總則篇中。以冀易得其解焉。通常無能力者。除有夫之妻外。所定法律。皆出自保護本人之精神。故無能力者之行爲。不合法定條件。非當然應歸於無效。惟無能力者之一方。可以取消之。但關於訴訟行爲。則不得依此原則。其說應讓諸民事訴訟法中。又取消之方法效果及期限等。當於第五編中。法律行爲章言之。

第一款 未成年者

未成年者。首宜論究之問題。爲未成年之期限。從來按年齡而定能力範

圍之法有二。一則編年齡爲數級。使之漸得能力。一則定畫一之時期。達此時期。即爲成年者。第一法爲羅馬所採用。今日德國民法中。尙襲用其一部。此法順人生之自然發達而設。理論上固未可厚非。實際上則有所不便。故近世法典。多採用第二法。但定成年之期。不得不審察風土人情。以分遲速之度。諸國法例。各不相同。而英德法等國。俱以滿二十一歲爲成年期。此例最爲通用云。

日本民法。以滿二十歲爲成年。(三條)然亦有例外。遇有特別行爲。不必拘定二十歲之定例。如婚姻及私生子之認知是也。(七六五條八二八條一〇六一條等)學者多稱之曰特別成年期。

未成年者。於如何範圍。無法律能力。又補充其能力。應守如何條件。及有無可以不踐其條件之時。是皆有關未成年者之限定能力。所宜論究之問題也。

未成年者。全無爲法律行爲之能力。爲之必得法定代理人之同意。(四條

一項)至何爲法律行爲。則俟第五編論之。所謂法定代理人者。行使親權之父母。及後見人是也。所以稱爲法定代理人者。因此等人。依法律之規定。有代未成年者。管理其財產。及爲各種法律行爲之權限故也。觀諸實際。代理人亦有爲此等行爲者。然未成年者。非純然無能力者。迨達於一定之年齡。雖未必有完全之意思能力。亦得自爲法律行爲。惟以補充其不完全能力之故。必有法定代理人之同意已耳。

以上所述。爲普通原則。然未成年者。於一定範圍以內。亦有完全之能力。其例有三。(四條至六條)試述之如左。

(二)未成年者可自爲獲權利及免義務之行爲。如承受無負擔之贈與。及債務之免除等。察其性質。絕無損失。雖無法定代理人之同意。亦有效力。日本舊民法。取法國民法之例。定爲未成年者。非受缺損。不得取消其行爲。然判定有無缺損之標準。苦不甚易。不足以完保護未成年者之精神。故新民法採最近立法例而改正之。(四條一項但書)

(二)未成年者限於某種財產可隨意處分之。今舉其例。如法定代理人已指定目的。許其處分某種財產之時。則未成年者。於所指定之目的範圍內。得隨意處分之。又未經指定目的。而許其處分之財產。則無論以如何目的。未成年者得隨意處分之。(五條)所謂財產。固不限於金錢。所謂處分。亦不僅限於所有權之移轉。惟實際之適用。多在金錢之消費耳。所謂指定目的。許其處分者。如每月給金若干。以爲學費。則購買紙筆等之細末行爲。必逐一求得法定代理人之同意。否則取消之。不亦苦其繁乎。將使第三者。無論何種行爲。皆不敢與未成年者相授受。終且有不利於未成年者。故民法許於所指定之目的範圍內。未成年者可隨意處分之。所謂未經指定目的而許處分者。如每月給金若干。以爲雜費。則在此金額以內。無論以如何目的。俱可隨意處分之是也。英國法。未成年者。購求必需之品。皆爲有效之行爲。蓋由行爲之性質目的。限定無能力之範圍。就理論言。甚得其當。然按諸實際。判定其爲

必需之品與否。無確實之標準。易生紛議。除英國能藉慣例之力。以適用此項法律外。他國倣之。恐多不便。所以日本特倣德國民法之例。採用前述之主義焉。

以上所明民法第五條之規定。在舊民法及其他法國法系諸法典。俱不可見。彼定未成年者。行使取消權。宜以有缺損爲要件。及宜償還現在之利益。此僅保護第三者之利益而已。

(三) 未成年者已得一種或數種營業之許可。則可爲有關其營業之各種行爲。法律規定。以未滿二十歲者。皆爲能力欠缺之人。然洞觀實際。每有將達成年期者。智能無異於成年者。或因家計上之境遇。或因職業上之練習。使之經營工商業。若舉其營業上行爲。逐一求得法定代理人之同意。則不能敏活與第三者交接。豈非與不許營業相同。不甯惟是。第三者與未成年者。有所交接。非確知其已得法定代理人之同意。不能坦然與之授受。不便實甚。故法律特使未成年者。關於已許可

之營業行爲。有完全之能力也。(六條一項)

舊民法做法國民法。設禁止不動產讓渡之制限。是直無理之甚。近來不動產之價。未必多於動產之價。而讓渡與供擔保。危險之程度。復無所異。既指定種類。許其營業。則未成年者有圖自身利益。爲營業上一切行爲之能力。亦事理之當然也。

雖然。未成年者。年輕謀淺。或有營業上失敗。不克奏功者。是時法定代理人。得取消其許可。或加以制限。(六條二項)所謂制限營業之許可者。如始許其販賣酒類及薪炭。其後難望成功。則僅許其販賣薪炭。可知制限云者。乃限定營業之種類及其方法之謂也。非制限其爲特別法律行爲之能力也。至制限及取消之方如何。試觀親族編之規定。(八八三條二項九二一條)可以得其故矣。

縱觀各國立法例。凡許其經營一切商業之未成年者。不問其於商民事。悉與成年者有同一之能力。(奧地利荷蘭德意志及瑞士法律之

一部)在立法問題。如此言之。亦不得爲無理。日本民法。以包括許可。有失於廣汎之虞。不欲採用其說。故所謂許可其一種或數種營業者。蓋有指定其種類之意在也。

日本舊民法。倣法國法系之立法例。以自治產爲經營商工業之要件。舊商法亦限於年齡滿十八歲。且得父母或後見人之承諾。而營獨立生計者。方許其爲商。新民法則謂自治產之制。日本夙無此例。且按未成年者之年齡。而設能力階級。實有所不便。故亦不採用德國民法所規定成年宣告之制也。

第三款 禁治產者

禁治產者。卽人在心神喪失之時。由一定之人請求。使受裁判所禁治產之宣告是也。(七條)心神喪失者。因精神有所缺損。而乏平常行爲之辨識力之謂也。夫行爲爲意思之發動。故其爲法律行爲之時。苟缺意思能力。則其行爲自不得而成立。心神喪失。極難確定。或一時喪失。而一時又復

其常。欲回溯法律行爲之當時。證明其事實。雖在專門學者。尙苦其匪易。又有一種症狀。共事者不易測而知者。若至後日。必以其行爲爲無效。則實際上必受不測之損害。故日本民法。採多數立法例。設禁治產制度。凡心神喪失者。不問其有時復其恆狀與否。裁判所既宣告爲禁治產者。即失各種法律行爲之能力。故禁治產者。於禁治產宣告後。所爲之法律行爲。不必證明心神喪失之實據。祇證明其爲禁治產者。即可取消其行爲。而共事者亦得藉禁治產之公告。確知與禁治產者授受之危險。復何至蒙其不測之損害乎。

禁治產之宣告。必裁判所因本人、配偶者、四親內之親族、戶主、後見人、保佐人、或檢事之請求。始得爲之。(七條)蓋禁治產之請求。或有以便請求者之私利而爲之。故民法必以保護心神喪失者利益之人。爲有請求之權利。裁判所且可審查情狀。不必容許其所請求。所以許本人之請求者。因心神喪失者。時或復其常態。自恐於精神喪失時。行爲悖謬。致招意外之

損害。可直請裁判所爲禁治產之宣告。以保護其利益也。所以許配偶者四親內之親族（七二五條七二六條）及戶主有請求權者。以其與本人有最密接之關係。居於保護其利益之地也。若後見人及保佐人。民法亦認其有請求權者。或專指心神喪失者爲未成年者。或準禁治產者也。蓋未成年者及準禁治產者之無能力。不與禁治產者相同。準禁治產者。除重大行爲（一二條）必得保佐人同意外。餘事可自爲之。而未成年者。亦如前款所述。於一定範圍內。自有行爲之能力。且將達成年期之未成年者。亦有忽陷於心神喪失之地者。若必待其成年。始得請求禁治產之宣告。則在未宣告時。將受法律不保護之損害矣。其他行使取消權之期間起算點。未成年者。亦與禁治產者不同。（一二四條一二六條）故未成年者。有時不得不爲禁治產者。蓋可知矣。法國民法。必俟成年後。始可宣告。豈可謂得其當乎。但未成年者之宣告爲禁治產者。不必更置後見人。所以許檢事有請求權者。以其有關公益故也。其他關於管轄裁判所。及其手續。則

茲未暇詳焉。

禁治產者。使後見人看護其身體。管理其財產。(八條)可以爲後見人者。及其職務權限。則定之於親族編中。可見禁治產者。與未成年者。地位實不相同。蓋未成年者。先服從其父母之親權。必俟無行使親權之人。或其人無管理權時。始置後見人。(九〇〇條)若禁治產者。則不問如何情形。必置後見人。但爲後見人者。多係行使親權之父母而已。(九〇二條)然未成年者。在後見人之下。與禁治產之情形。猶有異者。未成年者之後見人。其性質與延長親權相似。後見人於一定制限內。所有權利。與行使親權之父母同。(九二一條)禁治產者之後見人。則不問被後見人之年齒如何。惟注意於療養看護。以慰勞其疾苦。(九二二條)又未成年者年齡漸長。漸具辨識力。不必恆由後見人代理各種行爲。非特未成年者得其同意以後。可以自爲。且於一定範圍內。與成年者有同一之能力。禁治產者則不然。民法上常視爲精神不完之人。雖得後見人之同意。仍不得爲法律行爲。惟

既得後見人之同意。則可爲後見人之代理行爲。視爲有效而已。此事實之問題也。

禁治產者之行爲。以可以取消。爲普通之原則。(九條)與財產無直接關係者。偶有在此例之外。(七七九條八二八條八五二條一〇六二條)凡法律行爲之成立。必先有當事者之意思。禁治產者於行爲之當時。果全無意思。則其行爲。當然爲無效。法律尙與以取消權者。恐事實難以證明。反不能達保護禁治產者之目的。凡受禁治產之宣告者。皆有取消之權。使共事者可本普通原則。以主張其意思之欠缺也。

禁治產因裁判所之宣告而生效力。於爲其原因之事實消滅之時。即可取消。仍依裁判所之宣告而定。裁判所因有請求禁治產之權利者之請求。而確認爲其原因之事實休止之時。即可取消其宣告。(一〇條)是爲裁判所之義務。與宣告時之情狀。稍有不同。蓋禁治產之宣告。能使人失各種法律行爲之能力。關係不可爲不重。雖有心神喪失者。究應宣告與否。

或有挾不正之目的以請求者。裁判所宜盡力審查其情狀。若已回復其常態。尙視爲無能力者。未免有大不利於受宣告之人。此裁判所所宜注意者也。

第四款 準禁治產者

心神雖未喪失。而因衰老疾病等故。致精神不甚完全。則判斷法律行爲之利害。恐其智能有所不足。雖不必置後見人。爲之代理各種行爲。然不可不置監督者。以參與其財產上重要之法律行爲。此所以有準禁治產之制也。保佐人。即所以輔佐準禁治產者。而補充其能力者也。

心神耗弱者、聾者、啞者、盲者、及浪費者。皆可宣告爲準禁治產者。(一一條)心神耗弱者。雖不至喪失意識。然或因天生。或衰老疾病等事故。致不具完全之智能之謂也。聾者、啞者、盲者。五官不具。精神之發育。往往損於常人。故亦與精神耗弱者同視。至浪費者。其理雖稍異。然其性不求保存財產。濫費不已。勢必蕩盡其家產。累及妻子家族。甚或因之觸犯刑辟。或重

煩公共之救助。故法律必制限其能力。但浪費者能力之制限，各國立法之例不一。或不視為無能力者，或視為通常無能力者。日本民法採折衷主義。裁判所認為應行宣告者，即可宣告為準禁治產者。準禁治產之宣告，同於禁治產宣告，亦可對未成年者宣告之。語其重要之度。雖遜於禁治產之宣告。然謂其可以不宣告者，則又於理非當。準禁治產者之無能力，與禁治產者不同。禁治產者，各種法律行為，俱無為之能力。而由後見人代理之。準禁治產者，可自為各種法律行為。惟與財產有重要關係。且有危險者，必得保佐人之同意。故各種行為，皆準禁治產者所自行。非藉他人以為之代理。故保佐人，亦非準禁治產者之法定代理人也。

準禁治產者，不得獨斷行之者，有九種。列記於民法第十二條一項之中。茲舉之如下。

(一) 領收元本或利用之。

(二)借財或爲保證。

(三)其行爲以有關不動產或重要動產之權利得喪爲目的者。

(四)訴訟行爲。

(五)贈與和解及仲裁契約。

(六)承認相續或拋棄之。

(七)拒絕贈與或遺贈。及承受有負擔之贈與或遺贈。

(八)新築改築增築及大修繕。

(九)貸借之期間。超越第六百二條所定者。

準禁治產者。如爲以上各種行爲。應豫得保佐人之同意。然必確定其行爲目的。屬於本條第幾項而後可。如統括言之。仍不得發生效力。日本民法。非做法國系之法例。但禁其與管理行爲相對之處分行爲也。蓋管理行爲。與處分行爲之區別。易生紛議。故日本民法。惟列舉各項之應得保佐人同意者。此外則雖處分行爲。亦毋俟其同意。凡關於領收元本及利

用等事。雖管理行爲。亦不得獨斷爲之者也。

以上所述。乃普通原則。然尙有因精神之狀況。及濫費之程度。而加制限於其能力者。裁判所可於宣告日。或宣告後。追加應得保佐人同意之款目。(一二條二項)如關於爲數不鉅之動產行爲。及短期之貸貸借。亦必有保佐人之同意是也。

前述之行爲。不經保佐人同意者。準禁治產者。可以取消之。與未成年者及禁治產者無異。(一二條三項)新民法與舊民法異者。新民法不以受有缺損爲要件也。

有請求此種宣告。及取消之權者。及其手續之如何。準用有關禁治產之定例。(一二條)

第五款 妻

按日本舊習。妻對於夫。有絕對服從之義務。能自有財產者甚稀。各種法律行爲。僅受夫之默示委任。以爲其代理人而已。故法律上無須特限其

能力。然近世社會現象。日益複雜。就事實觀之。爲妻者亦有有財產者。於是加制限於其能力之例。爲不可缺矣。

爲人妻者。非以其爲婦女。而目爲無能力者。婦女智能之發育。往往不讓於男子。但因爲妻(即婚姻)之結果。行爲能力。不得不受夫之權限。未婚女及寡婦之能力。固無異乎男子。國有惟一之主權者。統治一家之命令。亦不得不統歸於一。昔歐洲諸國。家長權盛。家中萬事。悉聽命於家長。時世變遷。家長權替。而親權夫權繼起。夫權之作用。在使妻之法律行爲。必受其夫之許可。故法律以妻爲無能力者。注重夫權而已。所以保持一家之秩序及其利益也。

夫所不許可之行爲。妻不得爲之。其範圍與準禁治產者相同。然終不能無別。蓋準禁治產者。因保護其財產上利益之故。而宣告其爲無能力者。妻則因統治一家。尊視夫權之故。而定其爲無能力者。凡妻非得夫之許可。則前舉民法第十二條第一項第二號至六號之各事勿論。即贈與遺

贈之受諾拒絕。及羈絆身體之契約。亦不得專斷爲之。(一四條一項)夫受諾無負擔之贈與遺贈。雖有利無損之行爲。而與妻之身分。要不能兩立。故亦不得獨斷爲之。不得結羈絆身體之契約者。其理蓋同。惟有關財產之行爲。妻即以己意爲之。無損於對夫之身分關係。故第十二條第一號第八號及第九號所揭之行爲。雖未得夫之許可。妻可自爲之。至第二項之規定。所以不準用於妻者。其理亦由於是。要之妻與準禁治產者之能力。互相差異。因其爲無能力之理由。有所不同也。

夫於特定行爲。與以許可之外。亦可統括數種行爲。而總與以許可。所最有實用者。卽許可其爲一種或數種之營業也。得其許可。則妻之能力。與獨立人同。在所許可之營業上。得爲各種行爲。(一五條)否則第三者不敢安然與其妻爲契約之交接。將何從而獲營業之實效乎。

許可權之行使。不外夫權之作用。夫權亦係有關公共秩序之制度。永不得拋棄。雖一旦與以許可。他日仍可隨時取消之。或制限之。(一六條)是亦

與對於未成年者之取消制限相同。非可以契約法理論之者也。惟與未成年者異者。夫欲取消或制限其前予之許可。不得對抗善意之第三者。(不知其事實而與妻授受交接之人)(一六條但書)所以有此差別者。未成年者之無能力。由於智能之未完全發達。故不可不亟謀保護其利益。使不致因法定代理人之誤於鑑定。而被損失。若妻之無能力。所以尊重夫權。苟可取消制限。則至使善意之第三者。犧牲其利益矣。則雖在妻之一面或因是而受損害。而因以妻為無能力之故。本非出以保護一人利益之意。苟不在無害交易之安全範圍以內。不得輒主張其為無能力。且此制限。非僅適用於許可其一種或數種營業時。即其他應得其夫許可之一切行為。俱可適用。又不必以不堪營業之事實為要件。故無論何事。夫雖可以隨意取消之。或制限之。若以是對抗善意第三者。將使第三者蒙莫大之損害。法令安得不設定例以制限之乎。如夫為未成年者。則非得法定代理人之同意。不得與許可於妻。(一八條)蓋夫非得法定代理人之

同意。自己且不得爲法律行爲。而於許可妻之行爲。反能獨斷爲之。則失當之甚矣。夫於夫爲禁治產者。或準禁治產者時。雖可不必俟其許可。(一七條三號)然夫爲未成年。其妻亦大率爲未成年者。不必求得夫之許可。終當受自己法定代理人之同意。則不如補充其夫之能力。而以之爲當受其許可。尤足以保持一家之和平秩序也。日本舊民法。於此事無特別之規定。遂謂夫可獨斷許可妻之行爲。又法國民法。遇夫爲禁治產者。失踪者。不能爲許可之時。妻應受裁判所之許可。日本民法。則審察國情。可以無事乎此。除不得已事項外。力避裁判所之干涉。此其與法國不同者也。

夫爲未成年者之時。得其法定代理人之同意。所以完成其妻之行爲也。否則法律上與未得許可者同視。共事者雖屬善意。要可從通例(一四條)取消其行爲。但此項規定。僅適用於夫許可妻之行爲之時。至欲取消已與之許可。則夫固可以獨斷行之者也。設他人之意。許可其夫所不欲所

之行爲。則未免失當。故許其夫以己意取消之。

妻之行爲。雖必得其夫之許可。然事實上有不能受其許可者。或有難受其許可者。或有不當受其許可者。日本民法第十七條。即指定此種情事。設爲限制。雖不得夫之許可。其妻仍可爲各種行爲者也。

今舉例外之事言之。(一)夫生死不明之時。不必得夫之許可。是蓋按諸實事。實有所不能也。(二)夫遺棄其妻之時。此時夫婦關係。雖未斷絕。然夫已不盡爲夫之本分。尙使其妻守服從之義務。則與情理相反。甚或有妨自己與子孫生計之虞。(三)夫爲禁治產者。或準禁治產者之時。夫已無能力。而妻猶求得其許可。則非所以保護一家之利益。或謂應如夫爲未成年者之時。以後見人。或保佐人之同意爲要件。不知夫之宣告爲禁治產者。或準禁治產者也。即以妻爲後見人。或保佐人者居多。(九〇二條三項)且使他人參與夫權之行爲。豈可爲得其當乎。(四)夫患瘋癲。監置於病院。或私宅之時。此時夫雖非無能力者。然智能不具。不足以判斷其妻行爲之

利害。故法律許妻自爲之。(五)夫處一年以上之禁錮刑。而尙在其刑執行之時。非特爲妻者難受其夫之許可。且夫監禁獄中。以不通外事。若猶使其妻必得夫之許可。則未免失之過酷。或至有害其生存。願法律必定爲一年以上。固無特別可守之根據。即一年以內。亦有難受其夫之許可者。法律度謂短期之監禁。可俟其夫出獄。不必因一時之不便。而遂使其妻不服從夫權也。(六)夫婦利益相反之時。如妻對於夫。提起離婚及其他訴訟。尙求夫之許可。則其妻永不能達起訴之目的。而有反保護人權之大則矣。

第六款 相手方之地位

無能力者。不守補充其能力之定例。而自爲法律行爲。可以其一方之意取消之。是相手方每立於危險之地。必豫察與己授受之人。是否爲無能力者。然對於未成年者及妻。其身分易於辨識。即有所疑。亦可以戶籍證書徵之。禁治產者。及準禁治產者。雖時或不能確認其身分。但禁治產及

準禁治產之宣告。必由裁判所公告。若相手方不能明其狀態。而又不知裁判所之公告。是相手方之疏忽。其受損焉宜也。

然取消權永久存在。則不但不利於相手方。且使權利關係永立於不確實之地位。實於公益有關。故有關取消權之行使。應定特別之時效。(一二六條)然屬於取消權範圍之事。無能力外。又可適用於意思表示有瑕疵之時。故民法悉規定於法律行為之一章之中。(一一〇條以下)惟無能力之取消權範圍。除規定以上時效外。復於能力條文之下。特加制限。此等配置之方。與理論微嫌不合。而於實際則甚便云。

催告權。所以保護無能力者相手方之規定也。無能力者。至為能力者。可行使取消權之後。相手方可不俟時效期間之滿。隨時催告無能力者。詢其於可以取消之行為。追認與否。使於定期內。(一月以上)確切答復。據其答復之內容。及答復之有無。以決定行為之從違。是即出於保護相手方之精神。而特設此便宜之法。(一九條)若舊民法及其他法國法系之法典。

則無此規定。凡無能力者。至已爲能力者之後。將取消其行爲。抑追認其行爲。自未決定時。至時效完成之日。相手方恆立於不確定之地位。蒙莫大損失。甚至因是而塞財產流通之途。爲公益之大害。是以新民法做德國法系之立法例。許相手方於一定期限內。求其取消或追認之答復。以免權利關係。永不確定之弊。所以保授受之安全。近世皆認爲必不可缺之規定。職是故也。(一一四條四〇八條五四七條)

無能力者。尙未爲能力者之時。相手方不得對之爲有效之催告。無能力者。雖應其催告。而爲取消或追認之答復。但其答復。仍如通常之意思表示。可以取消者也。(一二四條)民法第十九條。所指一月以上之期。自無能力者回復能力後。得其催告之時起算。但雖未回覆其能力。而已得法定代理人之同意。爲取消或追認之答復。則固無異普通之答復。其行爲之有效。可不言而喻矣。

無能力者。於相手方所定一月以上之期內答復。自無別種問題。若置諸

不問則如何。民法即認定其無取消之意。而視之爲追認（不取消即爲有效成立）一九條一項此適用於無能力者。既爲能力之時。若尙未爲能力者之時。而對其夫或法定代理人。爲前述之催告亦同（同條二項）然當無能力者。尙未爲能力者之時。而使法定代理人。於一月之間。決定行爲之成否。恐有不利於無能力者。故相手方對法定代理人之催告。以在代理權限內之行爲爲限（同項但書）若妻則以尊視夫權之故。至爲無能力者。故相手方對於其夫。不必守此制限。又保佐人僅於準禁產者之行爲。與以同意。並無取消追認之權（非法定代理人）故不得以本項之例適用之。（一二〇條一二二條）

夫或法定代理人。對於應踐特別方式（如親族會之同意裁判所之許可及未成年之夫得其法定代理人之同意）之行爲。不以已踐其方式之旨。告知相手方。即以取消論（一九條三項）又準禁治產者及妻。受前項催告之際。雖得保佐人及夫之同意許可。追認其前此之行爲。而不於定期內。

通知已得同意或許可之旨者。亦以取消論（同條四項）蓋受催告後。不得僅持己意。以完全其行爲。故不能充足催告所定之要件。即作爲取消其行爲。實爲至當之說也。

民法第十九條有不發確答時。及不發通知時云云。蓋就發信主義而言也。夫法律行爲之通則。宜依受信主義。此其例外也。催告爲相手方所啟發之行爲。雖依發信主義。亦不至有蒙其害者。故不妨採此主義。以完保護無能力者之旨。然第十九條所謂相手方之催告。則固仍從受信主義而言者也。

民法尙有爲保護相手方之故。而不認無能力者之取消權者。此指無能力者之行爲。含有不法行爲之性質而言。（二〇條）蓋未成年者。及其他無能力者。雖無法律行爲之能力。然有不法行爲。則仍應負應盡之義務。蓋與能力者無異。（七〇九條）惟全無辨識力者。不任其責而已。（七一、二條）一三條）無能力者。未得法定代理人之同意許可。妄爲法律行爲。巧用詐

術。使人誤信其爲能力者。是即不法行爲。法律中雖無明文。要不能免損害賠償之義務。惟損害賠償。多用金錢。(七二二條一項)決算甚難。且於無資力之行爲者。尤無實效。至無能力者。因巧用詐術。而所宜賠償者。不過因取消法律行爲而生之損害而已。故以不許其取消。最爲適當之制裁。此民法二十條。所以採用法國法系之立法例。而剝奪其取消權也。茲所謂用詐術。使人誤信其爲有能力者。如偽造已得法定代理人同意之證書。又使人偽證爲成年者等。是謂積極行詐之說。若僅自稱曰成年者。曰寡婦。乘相手方之錯誤。不明言己爲無能力者。則仍可行使取消權。蓋如此舉動。實相手方疏忽。有以致之。又妻之無能力。爲尊視夫權之結果。則與夫以取消權。不可爲不當。然仍必使其妻任賠償損害之責。故取消之後。於夫亦無所得。立法之本旨。在保護相手方之正當利益。夫之取消權。所以不可無所制限也。

第三節 住所

所謂住所者。法律上認爲各人所常居之地是也。民法云。以各人生活之根據爲住所。卽此意也。(二一條)蓋與往昔波智惠氏之說。殆無所異。定住所之方法。在立法上有二種主義。一重形式。以本籍地爲各人住所。申告官署而後定之。日本亦曾行此制。一重事實。以生計之中心點爲住所。近世各國。皆採用之。往昔交通未發達之時代。本籍地。常與生活之根據地相同。故執形式主義。亦無不可。今日交際頻繁。本籍所在。常與生活根據地。兩相分歧。甚或有住所於足跡未及之本籍地者。然於關係極薄之地。傳以法律上至重之效果。甯可爲得其當乎。此民法所以指各人生活根據地爲住所也。(二一條)

外國學者。多以有常住於生活根據地之意思。爲住所中要件之一。此就普通情事而論。固非失當之見解。然所以定各人之住所者。非爲個人之利益而然。民法中以生活根據地爲住所。非必有定住所之意爲要。蓋注重其事實而已。但一時寄寓之地。自不得爲生活之中心點。可無疑也。

更稽外國法律。住所之變更。以移轉之事實及意思爲要件。且宜申告官署以證明之。日本民法。則目爲事實問題。第以其生活根據。有無變更爲標準。故有拋棄住所之意。而身離其地。仍無變其生活之根據。則不能遽謂爲住所之變更者也。

住所與居所有別。居所卽現居之處。住所則不問其現在居住與否。祇爲其生活中心之地。卽爲住所。如游歷外國之人。雖寓居外國。而其住所則仍在本國也。

法律上必定各人住所者。其關係至爲重要。今列舉如左。

- (一)住所爲定裁判管轄之標準。
- (二)住所爲定適用於國際私法關係中法律之標準。
- (三)住所爲歸化人取得國籍之要件。
- (四)住所爲償還債務指定地之原則。
- (五)住所爲各種通知書等送達之地。

其他關於票據破產等事。亦非定住所不可。如以遷徙無常之居所爲標準。大有不能確實之虞。此法律所以以生活之中心點爲標準。而定各人之住所也。

住所爲生活之根據地。故一人不得有二所以上之住所。英法等國之通例也。德國民法則不然。從其國之舊習。許一人有數住所。然既以生活根據地爲住所。則必以一所爲限。始無錯雜之弊。故日本民法。捨德國之制。而取則於英法焉。

雖然。當事者有偶爲一種法律行爲。而住所遠隔。深苦不便者。是時可僅爲其一種法律行爲之故。而選定假住所。凡由此種行爲所生之法律關係。如通知償還等事。悉以其地爲住所。(二四條)本住所與假住所之別。一則適用於各種法律關係。一則僅適用於特定之法律關係是也。

外國法律。有認未成年者、妻及其他有特別身分者之法定住所(如父母或夫之住所)者。然通常之時。固無需乎此。且有與事實相戾者。故日本民

法。不採其說。若夫商業上生活之根據地。多在營業所。及會社本店所在地。故法律許其以之爲住所。又法人雖無住所。然法律既予以人格。則必有爲其目的事業之中心地。故民法即以主要之事務所所在地。爲法人之住所。(五〇條)

民法認各人必有住所。而事實適與相反。居無定所者。實無可以作爲生活根據地之住所。且即有住所。而一時不知其所在者亦衆。然法律已予以人格。俾營生計。斷不能任其無住所。而使各種法律關係。如裁判所管轄等。大苦其不便也。民法乃應時勢之所需。於住所難知之時。即以居所爲住所。(二二條)是實不得已之規定。各國所同認者也。

凡無住所於日本者。不問其爲日本人。或外國人。以其在日本之居所爲住所。蓋其人住所。遠在外國。若必究其真實住所之所在。則於前述各種法律關係。深有所不便。不得不以在日本之居所爲住所。蓋必如此。而後能應共同生存之所需。但法例所明定。或由國際私法之關係。宜別依住

所地法律之時。則不在此限。(二三條)

綜上所論。日本民法。以生活根據地爲住所也明甚。乃明治三十一年六月。法律第十二號。所公布之戶籍法。竟蹈襲昔日形式主義。凡關於婚姻及其他身分之申告。必向當事者本籍地之戶籍吏爲之。此種手續。雖不可謂爲無理。至規定住所之標準。不能與民法主義相一貫。斯亦奇矣。茲當再就住所之用語言之。蓋於法律上之意義。各有攸殊。如憲法二十五條云。日本臣民。除法律所定之事由外。不經許諾。不得侵入其住所。又刑法有侵入住所之罪云云。是皆廣含住居之義。與民法所謂住所。迥不相侔者也。

第四節 失踪

第一款 汎論

凡有能力者。皆可自保護其財產。無能力者。置法定代理人。使代理其事。而保護其利益。國家無庸干涉。或有離其住所或居所。久無信息。則其

財產恒有滅失損毀之虞。故國家直接爲本人，及其推定相續人、或債權者、等之利害關係人。保全利益之故。復間接爲保全社會公益之故。於其財產之上。可爲適當之處分。若經歷歲月。生死不可知。遂以死亡論。可決定相續之開始。及判定身分上、財產上、各種關係。各國皆置失踪之法則。蓋以此也。

失踪云者。離其住所或居所。行踪不明之謂也。舊民法亦以音信斷絕。生死不明之人爲失踪者。然新民法所謂失踪者。與此不同。不在者斷絕音問。至數年之久。生死仍不明。受裁判所失踪宣告之後。始稱之曰失踪者。故死生雖不分明。未受失踪之宣告。僅離住所或居所。確有生存在實據。祇稱之曰不在者。而不曰失踪者。民法則以此二種規定。都詳於失踪者一節之中。學者試分別觀之可也。

新民法之失踪用語。非有特殊之意義。似爲不在者及失踪者之通稱。所謂失踪宣告。猶德國民法稱爲死亡之宣告。爲失踪中之最後一時期也。

但其外標題曰失蹤其內容則以未達失蹤之時期者亦包含在內。是未可以爲得其當也。

以下請順次說明不在者及失蹤者之要略。

第一款 不在者

關於不在者之規定。以謀財產之安全爲主。以保護本人與推定相續人及其他利害關係人之利益。今別爲二說。以明其綱要。

(一)當本人去其住所或居所不選置財產管理人之時。遇有此事。法律上應干涉其事務。不問其生死分明與否。裁判所可因利害關係人。或檢事之請求。對其財產。爲適當之處分。(二)五條一項然裁判所不得自以其職權。命爲此等處分。所以予檢事以請求權者。誠以此項規定。一則保護遺產。懼損本人及利害關係人之利益。一則豫防爭論。以間接維持社會之公益。求處分之適當。遂用干涉主義。茲所謂必要處分者。以選置管理人爲主。或加封印於其財產。或售賣其易朽敗之物品。爲

保存財產之計。所必不可缺之措置是也。至本人置有管理人。而管理人之權限。日後因死亡。或其他事由而消滅。裁判所亦可命以同一之處分。(同項末文)

不在者。始雖不選定管理財產之人。至後日以書函電信等。指定某人為管理人者。於事實上容或有之。此時裁判所選定之管理人。可以無需繼續其所任之事。故裁判所可依管理人、利害關係人、或檢事之請求。取消前日之處分。(同條二項)

(二)不在者選置管理人之時。此時裁判所。可以無用干涉。管理人縱不忠實。或不勝其任。當其代理權存續之時。自應委諸本人之隨意處分。然一旦本人生死不明。則情狀為之一變。裁判所應隨時斟酌。或解任管理人。或選定適當之後任者。故法律許裁判所。因利害關係人。及檢事之請求。而改任管理之人。(二六條)蓋不在者。既生死不明。則無本人以指揮監督之。安保管理人之必無營私之舉動乎。

管理者之職務。即管理人應竭力保存不在者之財產。管理終結之際。返之於本人。或其相續人是也。(四〇〇條)不在者。自行選置管理人。則本人死生分明之間。法律固不得過問。若爲裁判所選定之管理人。則必嚴重監督之。以保護不在者、及利害關係人之利益。故管理人第一職務。應以所管理之財產。製爲目錄。凡管理他人之財產者。必以相當之注意。盡其任務。以俟他日之返還。調製財產目錄。是爲對於管理人最重要之監督方法。而可以防財產之濫費。所以設此規定者。爲保護不在者之故。凡關於此事之費用。自以不在者之財產充之。(二七條一項)至有關財產目錄之細目。則別以手續法定之。

不在者雖置管理人。至生死不明之時。而缺監督者。則必使管理者負前述之義務。故裁判所可因利害關係人。及檢事之請求。命不在者所置之管理人。調製財產目錄。此固理之當然者也。

管理人爲不在者之代理人。選任自裁判所者。爲法定代理人。不待論矣。

法國學者。復於法定代理人外。認有裁判上之代理人。日本民法。則不採此說。裁判所據法律而選任之人。蓋即法律上之代理人（即法定代理人）也。

管理人僅於本人不在時。有保存其財產之任務。凡非不在者自任之管理人。及指定其權限者。皆為無權限之代理人。就形式言。管理人之行為。不得越管理之權限。然管理人管理其財產。至於數十年。每有不得不越其固有之權限者。又不在者所親任管理人。并指定其權限。而本人或至生死不明。則欲為越權行為。無從求得本人之許諾。於實際將苦其不便。當此之時。苟得裁判所之許可。即可為其權限以外之行為。（二八條）所謂權限以外行為者。即變更物質上之性質。或變更權利上之性質是也。對於管理人職務之重要保障。即管理人於前述之權限內。管理不在者之財產。且於權限消滅。應行還返之際。使供相當之擔保。所謂供相當之擔保者。或置保證人。或定質權。及抵當權。無論對人對物之擔保是也。如

不在者。財產之額較鉅。恐有損失之事。則此說爲尤要。故裁判所必使其履行此種義務也。(二九條一項)

管理人服勞職務之外。尙供重大之擔保。責任不可爲不重。苟無相當之報酬。則安得爲得其當乎。故裁判所可因管理人與不在者之關係。及其他情事。由不在者財產中。酌取若干。爲管理人相當之報酬。(二九條二項)蓋報酬之數。定之甚難。宜參酌管理者與不在者關係之親疎。管理之難易。及資產之多寡。以定應給報酬與否。并定適當之數。始可以得其平也。

第三款 失踪者

在以上所述時期之中。雖生死不明。然一旦得其生存之消息。或更歸其住所居所。未可知也。故法律惟保護其利益。定財產管理之法而已。迨久不明其生死。則漸可確定爲死亡。不得不保護其推定相續人之利益。民法即本此旨。定不在者生死不明。至七年之久。則裁判所得依利害關係人之請求。爲失踪之宣告。(三〇條一項)

七年之期。就普通情事而言。如臨戰地。或在沈沒之船舶中者。及其他遭遇危險者（水火地震等）則推定其死亡。更易明確。尙以七年爲期。未免過於延長。故民法定不在者之生死。遇危險後。三年間不分明。即爲失踪之宣告。（同條二項）

失踪之宣告。惟利害關係人。有請求之權。檢事不得以其職權而請求。蓋失踪之宣告。視不在者爲死亡。於私法上之關係甚重。除利害關係人外。檢事亦可請求。是超越保護公益之範圍。而濫行變動私人之權利。甚非所宜。且既有財產管理人。保存之方已備。復焉用檢事之干涉乎。

關於失踪宣告之管轄裁判所。及手續。定於人事訴訟手續法。手續之宜注意者。宣告之前。必有公示催告。催告期內。並無各種申報。始宣告其爲失踪是也。

失踪宣告之效力。即以受宣告之人爲死亡者。（三一條）相續之開始。及其他財產身分之關係。與死亡後所生之效果相同。因權利關係。不宜久不

確定。故於適當之時內期。定其所屬也。

以上所說。皆與失踪宣告之時期、效力、相關。爲民法所規定之要領。此制多採自德國民法。舊民法及其他屬於法國法系諸法典。主義與此不同。各種法律關係。歸縮都無定期。雖不在者生死不明。幾經歲月。漸可確定爲死亡。而當狀態存續之間。尙不視爲死亡。惟許利害關係人。假定適當之處分而已。質言之。卽由不在者。生死不明之時起算。未越一定年數。(年數因置財產管理人與否而異)則專爲利害關係人之利益。而爲保全財產之處置。經此期間以後。則推定相續人。可請求失踪之宣告。然宣告之效力。僅得遺產之假占有權而已。非更越三十年。不能得確定占有權。至於視爲死亡。則雖越數十年星霜。而無實事以證明終不能發生死亡之效果。從此主義。則失踪者於法律上。永久徬徨於生死之間。利害關係人之權利關係。遂永無確定之一日。終將妨礙財產之流通改良。且或不免於紛議。此新民法所以不採其說也。

失蹤宣告所生法律上之效果。如是其重大。時期過長。則權利關係。不能早日確定。如今日之交通便利。生死久不明者甚鮮。德國法系之法。與。皆定其時期爲十年。日本新民法。則短其期間。求早定利害關係人。之地位。故以繼續七年之間。不明生死。即宣告失蹤。庶與時宜相適合。法國民法之制。不適近世社會之情事。夙爲學者所非難。若依日本舊習。則不在者過三年後。或有可以推定其死亡者。然在今日交通之世。遠航異國者。絡繹不絕。遽以至短之時期。推定爲死亡者。亦非得當之事也。又法國法系之立法例。視不在者選置管理人與否。而別其時期之長短。此實爲推定有無歸意之一標準。不足以爲推定生死之證據也。故日本民法。悉排斥之。祇從生死不明時。及足致死亡之危難。已經過時起算。定爲七年及三年之時期。此最適用於今日者也。

受失蹤宣告之人。視爲已死亡者。不可僅執反證。以推定失其宣告之效力。當尙未取消宣告之時。要有確定之效力。(三二條)此蓋與德國民法之

主義不同。日本民法第三十一條。有視爲已死亡者云云。可知視爲與推定。民法用例。固自有別也。

失踪者於法律上各種關係。皆與死亡者同乎。如以宣告失踪後。全喪其人格。則其與他人所成立之法律行爲。及不法行爲。皆於失踪宣告後。失其效力。但關此問題。學說不一。民法第三十一條。汎曰。視爲已死亡者。無限定適用之範圍。就常理言。失踪者於私法上。爲絕對失其權利能力之人。如以失踪者。在彼視爲死亡者。在此又視爲生人。是使各種法律關係。永不確實。其弊何可勝言。此民法所以視爲死亡者也。苟有相反之事實。時。本人及利害關係人。無論何時。可請求取消失踪之宣告。(三二條一項。然就理論言。則以失踪者爲全無人格。實有不能盡得其當之嫌。且超越宣告失踪之範圍。故不得不更正前說。雖微與法文有背。然執理論以爲適用之限制。亦不可斥以爲非。凡失踪期間未滿之法律關係。因利害關係人之故。或對於利害關係人而視爲死亡者。又公法上之關係。則不屬

民法之領域。民法上之失踪者。不可視為喪失刑法上之人格者也。此無俟喋喋者也。

宣告失踪之效果。既與宣告死亡無異。則確定發生效果之時。甯可少緩。民法以生死繼續不明為本。據之以定失踪宣告之期。故三十一條云。受失踪宣告者。至已滿定期之後。即視為已死亡者。蓋失踪之宣告。猶其他各種判決。生有認定之效力者也。

關於此問題之法制有三。(一)以裁判宣告日。或宣告確定之日為死期。(二)法律上不定死亡之時。視為事實問題。而由裁判官定之。(三)宣告失踪之定期已滿。即視為死亡之期。三說各有長短。不能絕對斷定其得失。然亦自有優劣之差。第一說以裁判宣告為標準。於實際上似甚便利。然保無狡猾之利害關係人。或因裁判事務之遲速。以異其宣告之時期。而陰以左右相續。及其他權利。其弊不可不防。更由理論上言之。既至可以視為死亡之期。而後許其請求失踪之宣告。轉以後生之宣

法。爲有創設效力。於理亦疏。德國法系之法典。多用此說。第二說適與相反。不定死亡之期。專注重於證據問題。然以失踪者爲死亡。而宣告時無明確之標準。則權利所屬。終不能確定。實際上之弊害殊多。法國法系諸法典。皆用此說。是等法典。推定死亡之期。無特別證據者。即以不在者亡失之日。或有最後音信之日（即生死不明之第一日）爲死期。但與事實多不相符。音信雖絕。而人尙生存者。往往有之。故無論宣告之效力如何。不得不設一定之期間。爲宣告之標準。既定之後。苟無特別狀況。則其效力自不能追溯於期間未滿之前。第三說較爲優勝。日本民法所以採用之。德國改正民法。亦採用第三說。惟死亡之期。定於宣告之中。苟無反對證據。即於法定期間已滿之時。推定爲其人之死期也。

失踪者於法定時期。視爲已死亡者。不可僅執反證。推定其失踪之效力。已述之如前。然每與事實相反。如失踪者或現尙生存。或死亡之期。與

法定之期不同。據有可證之事實。法律除於實際甚不便之範圍以外。不欲使違反實事之裁判。永存其效力。故遇事實之有證明者。裁判所可因本人或利害關係人之請求。取消以前之失蹤宣告。(三二條一項)蓋發生失蹤之效果。既必裁判之宣告。則求消滅宣告之效力。亦必由同一之方以取消之。此無俟深論者也。

失蹤宣告之取消。有回溯既往之效力。由其目的上求之。殆無可疑。然對此原則。有莫大之制限。蓋失蹤宣告。既生效力。則利害關係人。皆信失蹤者爲死亡者。各施適當之處置。或其已婚之妻。改適他人。或其相續人。以所得之財產。讓於他人。若以此等行爲。皆爲無效。則有害於社會。豈淺鮮哉。故雖有取消之宣告。而在失蹤宣告之後。取消以前之善意行爲。概不變其效力。(三二條一項但書)如配偶者。與他人再婚之行爲。當事者俱出於善意。則不變其效力是也。

取消之效力。尚有一種制限。因失蹤宣告。而得財產之人。(如相續人及受

遺者)至失蹤宣告取消之時。應返還其所已得財產之全部。然已消費之財產。亦必令其償還。則未免失之過酷。故法律所責其還返之義務。以現所存者爲限。(同條二項)但增殖之部分。(如果實及其他產出物)則從回溯效力之原則。不可不返還之。此當然之理也。

以上所說明。關於取消失蹤宣告之規定。雖不無疑義。然由通常言之。則皆認爲適當之解釋也。

第三章 法人

第一節 沿革

法人制度。非肇於近世。羅馬中世。已有此說。今無暇詳敘其沿革。余謂此制之發達。實始自近世。近世社會。情事日繁。公共之心大彰。經濟之力尤厚。所經營之事業。益見盛大。遂有爲公益或營利之故。而設種種法人。法律於此。不但認組織法人者之團體爲有人格。即以特定目的。供一定之財產。而其財產。直接爲權利義務之主體者。亦可於其目的之下。設立法

人。以經營公益事業。此所以有財團法人。社團法人之別也。

若然。則法人之發達。實為近世社會之一大現象。縱觀歐洲各國法律。法人之規定。在昔多有不備之嫌。法國民法。直接規定法人之條例甚鮮。惟遇特別之事。有間接承認其存在之條文耳。日本舊民法。繼受法國。故法人規定。僅有一條。雖在今日。法國多數學者。謂出於公益目的之法人。為公法人。不屬民法範圍。故不以民法無此項規定為非。不知公益法人。與公法人。性質絕不相同。公法人因國家之公共事務而存在。公益法人。則屬於私人事業。由簡人設立維持之者也。但其目的在於公益。故國家制定設立之要件。設立後。復於定限內監督之。彼以出於公益目的之法人。應為公法人。而屬於公法範圍之說。可不攻自破矣。

以法國民法為模範之諸國法典。關於法人之規定。亦不完備。但自前世紀以來。各種法人。迭興代盛。各國為寔事所迫。始加設關於此項之規定。伊大利、比利士、西班牙、等。莫不如是。數年來。法國亦嘗調查有關法人之

法律案。蓋時勢然也。德國法系之國。法人之規定稍備。而尤以德國新民法爲最。日本新民法。即參考其草案而定。是爲本邦法制之一大改革。在昔日本。於學校、學會、病院、等團體。雖欲使其獨立自有財產。然以校長及理事人爲權利之主體。實際上不便殊甚。幾不能完全達其目的。自新民法發布後。始以此等團體爲法人之組織云。

如上所述。關於法人之規定。在外國法律。尙多不完全者。學說亦不能與其他私法事項。有同一之進步。至法人之本質如何。即其人格之基礎如何。今日尙聚訟莫決。凡法人權利能力之範圍。及其餘問題。學說都不能一致。茲姑就最通行之說述之。

第一節 法人之本質

法人云者。謂非自然人而具有人格者也。質言之。即不具人類之形體。得爲權利義務之主體是也。所以應社會必不可缺之需要也。若僅限自然人爲有人格。終不得與開明社會相應。由法律而言。雖自然人。亦非因其

爲自然人而有應享之人格。亦由法律所賦予者也。故欲明法人爲何物，不得以自然人獨有人格之觀念爲前提。又不必以與自然人同視之實況爲要件。要之法律從社會生活上所認爲便宜者。卽定之爲法人。許其享有人格。自然人以外之有人格者。不可皆作爲變例。又不必以有獨立意思之團體爲限。僅視法人之種類。而定其人格之範圍。互有不同而已。不可泥定其實質如何。卽令定之。亦於實事無益者也。

古來學者。不以前說爲然。務欲究明所謂法人之本質。於是學說紛紛。莫衷一是。舉其要說。約有三端。

一擬制說。從是說則法律本爲自然人而設。自然人以外之人格。本非法律所許。惟因社會生存之故。法律別創一種人格。是曰法人。俗解擬制之語。謂法律反乎自然狀態而假設之。猶言以非自然人。視爲自然人。使獨立爲權利義務之主體。是說爲羅馬以來所盛行者。今日法國之私法學者。猶主張之。德儒薩威尼亞而的、普福特、維達沙德等。亦皆採用之。竊

思法人之語。爲德國學者所首倡。其義亦應取之於此。蓋謂法人與自然人異。乃由法律製造之人格也。

以自然人獨有人格爲前提。抑又何哉。說者紛紛。大體謂自然人。始有意思。意思能力。爲人格之基礎。法律不過承認其人格而已。法人則無獨立意思。故法律特擬自然人之制。而別創一種人格。此說蓋以普通事實。爲學說之根據。夫法律雖爲生存於社會之人類而設。人格則非必與意思能力相附隨。意思能力。爲行爲能力之要件。非爲權利能力之要件也。嬰兒及喪心者。毫無意思能力。而世人固認其爲有人格。然則於法律上。享有人格者。非必以意思能力爲基礎。從可知矣。

二實在說。是說要旨。以爲法人決非法律之假設物。實人類共同生存所必然之生產物也。法律不過承認其與自然人相同。亦予以人格而已。在昔國家及公法上之團體。已承認其有人格。至後世法人之種類日多。良由法人之數增加。非其理有所異也。要之法人爲社會必然之生產物。

惟法律對於某團體之人格。或許可。或否認。或制限。猶往古法律。對於自然。不認奴隸之爲有人格也。安可謂爲法律之假設物乎。此說爲成鐵爾曼及卑賽勒兒首倡之。齊爾克附和之。頗占勢力於法學界。所據雖異。要皆承認人格。必有意思之觀念。以爲法人決非無意思能力。實與自然人同具其能力也。然則其意思果何如乎。蓋即謂組織法人之共同意思。而不與各人意思相混之一種集合意思是也。其意思實在於現在。賴機關以爲代表。此說於財團法人。雖不無異議。但以組織者發表之意思。爲法人之意思一說。信者甚多。近日法國及比利士。都有採此說者。若阿留米修、列尼、諸氏。皆對此說表同情者也。

此說於人格範圍之一端。與擬制說不同。擬制說謂法人惟於不能不執擬制主義。以創造法人之時。始承認之。實在說則不然。除法人性質上不可適用外。有皆與自然人同視之傾向。實則法人有無名譽權。爲二說不同之根本地也。

三不存在說。是說要旨。以爲法人全屬子虛。並無獨立之人格。此說又有數派。有以法人爲一種目的而存之無主財產。有以法人爲假定擬制人之共同財產。有以法人惟於外觀。有獨立之人格者。真實之權利主體。實爲其中之自然人也。其他學者。或視法人之種類而區別。或謂爲有人格。或謂爲無人格。學說紛紛。蓋未有所定云。

主張不存在說者。於法律不明認法人之國。或能行之。若既以成文法承認之後。法人獲有獨立人格。而爲權利義務之主體。則不能更謂其無人格。世之學者。或探究立法之理由。而以法人爲爲自然人而設。此雖別一問題。然說明成文法時。終不能採用之者也。

擬制說與實在說。互相對峙。近時擬制說。雖有漸受凌駕於實在說之勢。而其勢力尙不可侮。然二說關於人格之本源。均以一大疑問之觀念爲前提。認意思能力。爲人格之要件。所異者。在法人爲現有獨立意思之人格與否。二派果各以意思存在之觀念爲然。則試由根本之地。以破其立

論之基礎。嬰兒及喪心者。非毫無意思能力者乎。今不第世人認其爲有人格。法律上亦不剝奪其人格。是有人格者。不必盡有意思能力也。今二說均以意思觀念爲前提。則其謬可知矣。

是故擬制說之謬。在惟以自然人有人格爲前提。有不以意思能力爲根據者。此實以自然界之一生物。與法律上之人格。混而一之之謬想也。夫自然人所固有者。肉體而已。如視爲生物。而又求充生存之需要者。其他生物。亦有此種現象。共受自然界法則之支配者也。由此研究人類。則屬於生物學。非法律之所應論。人類之與他生物不同者。在有相互之關係。或有權利。或負義務。此等事實。非得諸於天然。必先有爲共同生存規則之法律。而後各事實。緣之而起。謂自然人不因法律而得人格者。實誤以自然界之一生物。爲當然具有人格。(參照第四章權利之基念)不知自然人之人格。亦係法律所賦與。不過社會未發達之時代。法律賦予自然人人格之形式不備。遂疑不問何國法律。自然人皆當然具有人格。因之遼

以定其權利義務爲一定之事實。然此惟承認人格之形式。有所不備。決不可謂法律認定以外。別有人格。人格爲法律所賦與。未受賦與者。卽無人格。試觀古來奴隸及準死制。可見人格必經法律所許。自然人與法人之間。祇享有方式範圍。不同而已。質言之。無論自然人法人。皆人也。本無區別。所以有法人自然人之名稱者。不過從舊例以圖便易耳。法律之認無形體之法人爲有人格。與認社會生存上之自然人爲有人格。理實相同。但法人惟限於特定範圍以內。其他各端。不必俱認其爲有人格者也。吾人對於實在說。當先明其何者爲實在。所謂法人實在者。猶言自然人當然存在其人格歟。學者多有採其說者。然是說祇論擬制說。於自然人法人之間。妄立懸隔之非。實以關於自然人之妄想。亦用之於法人。遂以得享人格之團體。與人格之爲物。混而一之。蓋爲自然法及天賦人權論之遺想所誤。與擬制說無異。故求是說之本旨。僅可解爲有獨立意思之組織體。實存於現在。然此爲社會學之問題。不屬法律學之範圍。在法律

上雖有獨立之意思。而法律不與以人格之團體。仍不得謂爲法人。如民法制定以前之各種公益團體。卽其例也。又法律應爲便宜處置之時。於以上所述之外。亦不妨賦以人格。(一〇五一條)不過見諸實際上者甚少。由是觀之。人格非必與意思相伴。不得以法人有獨立意思。斷定爲組織法人之要素。余輩對於社會生存上。不可無法人之制一說。固無間然。然於其悉可稱爲有獨立意思之組織體與否。尙不能無異見存焉。縱無獨立意思。而法人則儼然爲法人。固無所爲擬制也。

近世法人實在說。勢力大盛。蓋基於歷史上之理由。古來流行之擬制說。定人格之範圍。失於狹隘。不足以應現世社會之需要。適有實在說乘時反動而起。遂成對峙之勢。可謂爲近世法律思想進步之一現象。蓋其說固較優於擬制說也。然法人非以有獨立意思之實在團體爲要件。祇依法律之力。而有意思能力。卽與法人之意相似。余今不必確定法人之實體。於法律上如何。惟以法人爲自然人以外之有人格者。是雖不過外形

上之見解。然於法律範圍內。亦作如是解焉可也。

第三節 法人之種別

法人大別爲公法人、私法人二種。

公法人者。因國家及其他國家公共事業而存在之法人也。如府縣郡市町村等是。公法人亦得爲財產權之主體。與私法人無異。但以國家事業爲目的。故關於公法人之規則。定之於公法（如行政法）不屬民法之範圍。私法人者。以經營私人事業（對於國家公務而言）爲目的之法人。由簡人設立維持之。通常分之爲（一）公益法人。及營利法人（二）社團法人。及財團法人。

一 公益法人營利法人 公益云者。關於祭祀、宗教、慈善、學術、技藝、及其他公益之社團財團。而不以營利爲目的之法人也。（三四條）公益法人與公法人相似。而不可混同。蓋公益法人。雖以公益爲目的。非執行國家之公務。公益事業。決非國家之專有物。公益法人。經營公益事業。如私事然。

其目的則在公益。故國家以一定之條件。與以人格。其純然爲私法人也。無疑。此所以置其規定於普通私法之民法中也。

營利法人者。以經營經濟上利益爲目的之法人也。如商事會社是。商事會社者。以商事爲業之法人也。故其規定。悉讓諸商法。若夫以非商事之營利事業（農業、鑛業、漁業等）爲目的之法人。雖非應守有關商事之規定。但目的同在營利。則準用有關商事之規定。亦理之所宜。（三五條）既云有關商事之規定。則商法總則編所定之商業登記及其他商法全體。俱可適用。又可知矣。民法中所列法人之規定。專適用於公益法人。但民法係普通私法。凡商法所未規定者。營利法人。亦可適用民法所定之條例。（如四三條）所以設立之要件。業務之執行。監督之方法。解散之原因等。皆與商法所定不同故也。又凡所規定。除特別指定者外。皆屬強行法。民法中以內國法人。不出公益法人。及營利法人二種。（三四條三五條）一法人無兼以公益及營利爲目的者。然非以公益爲目的者。不可即謂其

以營利爲目的。如產業組合。及相互保險會社等。與其強以爲屬於此二種中之某種法人。不如謂其不屬於此二種中。實由用公益及營利二語。有所難盡之事。德國民法。又以有無經濟上之目的爲區別。亦非至當。但不屬以上二種之法人。各有特別法以統轄之。應受民法之適用者。按諸實際。殆不多觀焉。

二社團法人財團法人 社團法人者。以經營共同事業爲目的。而集合自然人爲團體之法人也。民法雖不定其人數之最少數。要常在二人以上。是爲社團法人之特性。復視其目的之爲公益私益。而區別其爲公益法人。與營利法人。財團法人。由供給於一定目的之財產而成之法人也。故有一定之目的。及供此目的之財產。爲財團法人設立之要件。而關於社團法人、財團法人之法規。其適用相異之點。亦甚應注重者也。設立以上二種法人。視爲其目的之事業性質。及其他事由而定。故法律不設定則。以拘束設立者之意思。就便宜上言。有某會某社之名稱者。通

常作為社團法人。若學校。若病院。則咸稱為財團法人。社團法人。有以公益為目的者。有以營利為目的者。以營利為目的者。多社團法人。財團法人。則常以公益為目的。民法且不認有以營利為目的之財團法人(三四條三五條)者。蓋與實際相應者也。民法於第一編第二章。統括社團法人及財團法人之規定。為兩者共用之規定居多。無用別分章節者也。

第四節 法人之設立

法人非依民法及其他法律所規定。則不得成立。(三三條)人格於自然人。法人之間。無所差別。依國法之所認而存在。然法人非若自然人。凡為法人。俱有人格也。故法人之團體。必明確一定。而享有人格。實係重要之事。故法人之成立。必依民法及其他法律之規定。不可稍有違反者也。依民法以外而成立之法人。以規定於商法之商會社為主。他如取引所。及產業組合等。特別法所規定之種種法人皆是也。社寺亦為有人格

者。

設立法人之法制有三。一特許主義。二準則主義。三放任主義。特許主義者。每設法人。必制定法律。復經國家元首。或行政官廳許可之謂也。此種主義。盛行於昔日法國。今尙以大統領之許可爲要件。許可之時。亦宜審察公益。並諮詢參議院。至以宗教團體。或私立大學爲法人。則必制定特別法律。然此制過嚴。於近世公益事業發達之時代。殊苦其不便。故倡言改正者日衆。然放任主義（或曰自由設立主義）又失於散逸。致生濫設法人之弊。且使國家對於公益團體。有缺保護監督之虞。準則主義。則介於兩者之間。定準則於法律之中。合此準則之團體爲有人格。不合則否。德國民法。於不以經濟上利益爲目的之社團法人。即採用此種主義。凡與法律所定之準則相合。又登記於裁判所之帳簿者。即可成立爲法人。日本民法。鑑近世立法之趨勢。復稽本國之情狀。折衷特許主義。及準則主義。凡設立法人。必具備一定要件。復經主務官廳之許可。（三四條）主務

官廳。即管轄爲其目的之公益事業之官廳也。如祭祀及宗教之法人。由內務省管轄。學術技藝之法人。由文部省管轄。既不曰主務省。則不必定出主務大臣之許可。從官制所定。雖委任於指揮監督下之執行法令之地方官。亦無不可。但亦有與此說相反者。惟以許可設立法人之重要事項。任諸下級官廳。處置實可謂不當。且與立法之趣意不合。

營利法人之設立。應從商事會社設立之要件。(三五條一項)然觀日本新商法。則商事會社(株式會社亦然)除規定於特別法外。均不必官廳許可。是營利法人。則採準則主義。而與民法中公益法人之規定不同。

法人之設立。以主務官廳之許可爲要件外。尙有爲其成立基礎之重要事項。社團法人。以定款爲準。財團法人。以寄附行爲爲定。主務官廳。審查其內容。許可與否。於以決也。

應記載於定款之重要事項。如(一)法人之目的。(二)名稱。(三)事務所。(四)關於資產之規定。(五)關於理事任免之規定。(六)關於社員資格得喪之規定。(三

七條)設更規定其他事項。如通常總會之會期度數、議決之方法、解散之原由等。亦可揭於定款之中。惟以上六項。爲法律上必要事項。無論如何。不得不揭於定款者也。

定款爲社團法人之基本規程。由設立者之同意而成立。有所變更。亦必得總社員之同意。既得總社員之同意而變更之。則不得不謂前法人消滅。而更設立新法人也。然每有因業務之情狀。及其他事情。不得不變更定款之條項者。若變更一條項。亦必得總社員之同意。苟有少數反對。即不能達其目的。是大不便於實際。故民法許從普通議決法(即從多數決定之方法)變更其定款。但情事重大。應格外鄭重。除定款中。特別指定者外。必有總社員四分之三以上之同意。(三八條一項)但此種變更。不得與變更達其既定目的之方法同視。乃法人自變其要件。此於解釋上猶屬一疑問焉。

定款之變更。非得主務官廳之許可。則不生效力。(三八條二項)定款爲設

立許可之根據。有所變更。應履行同一之手續。實行政監督上所應有之事也。

財團法人。無與社團法人中總會相似之機關。故必定其基本規程如法人之目的。及供其目的之財產等重要款目。皆應詳細訂定。而尤以表明設立者之意思爲要。此等事項。宜以寄附行爲定之。

寄附行爲者。以設立財團法人之目的。無償處分某種財產之單獨行爲也。玩其實質。固爲一種法律行爲。就形式觀之。則不外與社團法人定款相對之一種證書也。(寄附行爲之譯語或有未當)寄附者。記載一定款目於證書。申報主務官廳。主務官廳。據之以決許可與否。此與社團法人設立時之定款作用無異。但所載事項。亦與定款中所載之事項無異。財團法人無社員。故前述六種事項中之第六項。關於社員資格得表之規定。可以無事記載者也。(三九條)

社團法人設立時。定額有所缺略。主務官廳可命設立者補充之。財團法

人。則設立者。或於必要事項中。有所疏略。而即瀕於死亡者。往往有之。其以死後處分。爲寄附行爲者。此種情事尤多。如其未定不甚重要之事項。即不許法人之成立。則將爲公益事業進步之阻。而有負寄附者急公好義之心。且疏略之事項。不得由相續人及執行遺言者補充。因寄附行爲之事。適與相續人等之利益相反。使彼等補充之。必致有乖設立公益法人之方法。故民法對於設立財團法人者。未定法人之名稱、事務所、及理事任免之方法。而即死亡者。裁判所可因利害關係人。及檢事之請求而補充之。(四〇條)若關於法人目的及其財產之規定。爲設立法人根本之地。脫有疏略。裁判所亦不得補充之。惟任其終於不成立而已矣。日本民法。不規定變更寄附行爲所定事項之方法。由理論言之。已定之事項。皆不得變更。似非無理。然余姑置重要事項不論。即如事務所。不許其變更。則殊有不便之憾。觀現行民法中。往往統定社團法人、財團法人。事務所移轉之規定。(四六條至四八條)則非絕對不許其變更也可知。此

說雖因法文不備。輒生疑議。要之設立者。宜以寄附行爲。定便宜之方法。以期無爲實際之障礙。如重要事項。則使特設之議事機關議定之。普通事項。則任諸理事。亦其一端也。主務官廳。又宜慎重調查寄附行爲之內容。予設立者以適當之注意。庶乎可也。

寄附行爲爲單獨行爲。雖爲生前處分。亦不得謂之爲贈與。贈與實契約之一種。(五四九條)爲寄附行爲之時。則既無與之對立者。即法人成立後。亦無應受其寄附之當事者。蓋寄附者。供財產於一定之目的。以設立爲其財產主體之法人。非先設立法人。然後與以財產也。在死後處分者。原則亦與此同。至遺言發生效力之時。(即寄附者死亡之時)尙無受遺者。其非遺贈也明甚。雖然。寄附行爲。無論爲之於生前。或爲之於死後。皆係無償行爲。而有影響及於相續人等之利害。與贈與遺贈無異。故民法對於生前處分。準用關於贈與之規定。遺言寄附(即死後處分)則準用關於遺贈之規定。(四一條)是以寄附行爲。有害相續人遺留之部分。則權利者得

請求滅殺之。(一一三四條)

寄附行爲。於財團法人設立之時。生其效力。質言之。寄附財產。自得主務官廳許可之時。卽屬於法人所有。生前處分以爲寄附行爲。自可依此原則。蓋寄附財產。既得設立法人之許可。卽組成法人之財產。(四二條一項)若以遺言爲寄附行爲之時。亦欲適用此原則。則甚失其當。如寄附者死亡於法人得許可而成立之先。則其寄附財產。自發生遺言效力之時。至法人成立之時。必屬於相續人。自寄附財產產出之果實利益。不免爲相續人所有。是與寄附者之本意相反。故法律對於死後處分。定寄附財產。由發生遺言效力之時。(一〇八七條)爲法人之所有。(四二條二項)是亦所以圖實際之便利也。

第五節 法人之權利義務

人格之基本在法律。則法律自有限定有關法人之人格。及其權利能力等範圍之權能。如公益法人。因其目的在公益。所以能享有人格。則不能

享有權利能力。於其目的範圍之外。民法卽本此理由。不問其爲社團法人。財團法人。皆從法令之規定。各使於定款及寄附行爲所定目的之範圍內。享有其權利。擔任其義務。(四三條)如公益法人。不得經營商業。絕無疑議者也。

法人權利能力之範圍。學說互有差異。依從來通說。則謂法人僅有財產上之權利能力。夫法人本爲無形體之人格。不得爲生命、身體、及其他親族關係等。所生權利義務之主體。然以其權利能力。專限於財產權之範圍。則又非所宜。法人既因其有一種目的。而承認其有獨立人格。則欲完成其目的所在之事業。不可無保全其名譽、名譽、信用、等之權利。惟不得與設立法人及組織者。各人之權利相混。民法中本無限定財產權之明文。可以余說爲不謬。且確信法人於第四十三條所定範圍內。不妨爲其他法人之社員也。

關夫法人之行爲能力。擬制說、實在說。各持見解。以相爭競。然法人賴其

機關。以爲法律行爲。固不待論。民法以法人之代表機關。視爲代理人。四條五條五七條雖不免有所非難。然既準爲法定代理人。則適用關於代理之規定。亦理之至當者也。

又法人於目的範圍內。得爲他人之代理人。以爲法律行爲。有以法人爲無意思能力。不得爲他人之代理者。此實混視意思能力之有無。與法律行爲方法之有無之謬見也。法人既得託其機關。代自己爲法律行爲。則亦得以同一方法。使其機關。更代他人爲代理之行爲。又何疑乎。

法人之代表機關。如有加損害於第三者之行爲。以不法行爲爲主。法人應負其責任。從來學說及立法例。各異所見。日本民法。就法人之責任問題。分爲二種。(一)代表者因行其職務而爲之行爲。(二)於法人目的範圍外所爲之行爲是也。(四四條)

法人之代表機關。無爲職務以外行爲之權限。前述之第一種行爲。若依舊習。則法人亦可不任其責。近世則皆以賠償之義務。責諸法人。因代表

者。每無賠償之資力。欲使他人安然與法人爲契約授受。則宜以法人之財產。任賠償之責。非僅保護第三者之利益也。間接亦以保全法人之信用。日本民法。亦採此說。若理事及其他代理人。因行其職務。而加損害於他人。則法人負賠償損害之義務。(四四條一項)是爲有關法人責任之規定。不得適用於法令所定之範圍以外。質言之。必其可視爲代理人者。(五五條至五七條)始可適用。若爲監事及事業上所使用者。(七一五條)則法人對其行爲。不負責任。(雖被用者之行爲亦爲代理人之過失。然屬別一問題)又所謂因行其職務。與執行職務之際之意不同。因執行職務。猶未足爲加害行爲之機會。必其行爲。有關於職務之執行而後可。至適用此種規定。本屬事實問題。如理事於法人之目的範圍內。爲法律行爲。而私行詐欺、強迫、及消耗受託之金。則亦爲職務上之加害行爲。又如學會之理事。售其欺詐。以爲商行爲。則出於法人之目的範圍以外。與現述之部類。蓋不相同也。

以上所述。對於代表者加害行爲之責任。非由於選任與監督有失誤。而生此義務也。此與第七百十五條之根據不同。故不能採用法國通行之學說。法人之生賠償義務。加害者雖必具意思能力。及其他責任之要件。而在法人過失。則俱毋需乎此。至應否從實在說。認法人爲有不法行爲之能力。屬於別一問題。又法人對於加害者。有無求償之權。亦不能無疑焉。(七一五條三項參照)

第二種行爲(即代理者於法人目的範圍外所爲之行爲)屬於法人之人格以外。故無應任之責。行爲者(加害者)應自任其咎。民法欲完全保護被害者。且間接以固法人之信用。故其規定。對於實行加害行爲之理事。及其他代理人。勿論。即贊成其行爲之理事及社員。應共負賠償之義務。民法四四條二項所定。可與七一九條之旨相對照。至定此責任者之制度。雖略有異議。然涉於立法範圍。茲姑闕焉。

法人無形體而有人格。故其存在與組織。必有賴於公示。法律所以定法

人。宜於一定之時與地登記之。登記之義務。民法定其大綱。細目則定之於特別法中。

法人自設立之日。二週以內。宜於各事務所之所在地登記。(四五條一項)苟不於主要事務所所在地登記。則不得以法人之設立。對抗他人。(法人以外之人(四五條二項)法人得官廳之許可而成立。登記非成立之要件。不過法人對於法人以外之人。報告其成立之方已耳。雖不登記。法人依然成立。即他人對法人。亦承認其成立。故不得對抗他人之條。專於法人主要事務所所在地。未爲登記之時適用之。其他事務所。雖各宜於所在地登記。然此種義務。責之理事。怠於登記。即處以罰款。與法人無涉。(八四條一號)又法人設立後。新設事務所。亦必履行同一之手續。但減登記之期爲一週。以其預備較簡也。(四五條三項)有意於登記者。制裁亦與前所述者相同。

法人應登記之事項有八。(一)目的。(二)名稱。(三)事務所。(四)許可設立之年月

日。(五)如預定存立時期者。則登記其時期。(六)資產之總數。(七)如預定出資之方法者。則登記其方法。(八)理事之氏名住所。(四六條一項)此等事項。如有變更。亦必於一週內登記。與新設事務所同。制裁則除罰款外。不登記之變更。不得對抗第三者。(四五條二項)

事務所之移轉。亦登記事項之變更。亦宜於一週以內登記之。如移轉事務所於登記所管轄區域不同之地。則於舊所在地。爲移轉之登記。於新所在地。爲設立法人之登記。(四八條一項)所以使與法人有交際者。無所遺誤也。又移轉事務所於同一登記管轄區域之內。則僅爲移轉之登記可也。(四八條二項)

登記事項。需官廳之許可者。(如定款之變更)則以許可時爲登記期間之起算點。然官廳所在地。與法人事務所遠隔之時。或有所不便。故以許可書到達之時起算。(四七條)蓋採用受信主義是也。但官廳之許可。不可視爲法律行爲之意思表示。故不能執民法第九十七條一項之原則爲根

據者也。

登記主要事務所之效用。在公示法人之住所。法人成立後。於其目的範圍內。與他人之間。發生各種法律關係。必以生計之根據地。定爲住所。其理與自然人之不可不定其住所無異。但住所之語。不適用於無形體之法人。爲其業務之中心點者。惟有主要之事務所而已。故法人之住所。即其主要事務所所在地云。(五〇條)

法人尙有一種義務。即調製財產目錄。及社員名簿是也。調製財產目錄。所以保全法人之財產。且以供監督之用。故設立法人之際。於每歲之三月調製之。或預定事業年度者。於年度之終調製之。置之事務所中。(五一條一項)社團法人。則應使利害關係人。各知組織法人之社員爲何人。故必製社員名簿。社員如有變更。即訂正之。(五一條二項八四條二號)

第六節 法人之機關

第一款 汎論

法人與自然人異。不能自動。必有代表機關。以當活動之任。機關有二（一）業務執行之機關。（二）業務監督之機關。

業務執行機關。曰理事。理事在內則處理一切業務。對外則就各種法律關係。而爲法人之代表。此種機關。所以使法人之活動。不可須臾或缺。故亦稱曰常設機關。業務監督機關。曰監事。監督理事所執行之業務。但監事之設。可因事業之性質範圍。及社員之多寡。而定應設與否。此二種機關。社團財團皆有之。惟社團法人。有最高機關。總社員組織之總會是也。總會之職務。在監督指揮理事。統轄全體業務。三者皆法人設立時所設之機關。又法人解散之際。有清算人。處理未了之事。清算人於清算之目的範圍內。與理事之爲執行機關。并代表法人無異者也。對於理事、監事、及清算人之職務上制裁。定於民法八十四條。處以五圓以上。二百圓以下之罰款。民法求實行有關公益之規定。故特定罰款之明文。他如懈怠職務。或有不法行爲。則更不能免損害賠償之義務矣。

第一款 理事

法人爲無形體之人格。不可無代表者。以爲執行各事之機關。如每一行爲。輒選特別代理人。使行其業務。固無不可。然按諸實際。煩擾殊甚。非所以完成法人事業之方也。又如社團法人。予總社員或各社員以執行業務之權限。亦非不能。然社員稍多之團體。執行業務。或恐不能一致。此民法規定。所以必設理事。爲常置之代表機關也。

理事或爲一人。或數人。法律不定其數。從法人之目的。事業之性質狀況。可據定款、寄附行爲、及總會之決議而定之。如有理事數人。則處理法人事務之方。亦必依定款或寄附行爲之所定。然定款或寄附行爲。苟無特別規定。各理事可獨立裁斷各事。法人事務。如不能統一。則終不能全其管理之功。將以總社員之一致爲準。則細微之事。及急不可待之行爲。不得總社員之同意。不能處決。勢必以一二人反對之故。坐使法人事務。陷於滯滯。不能達其事業之目的。故民法採折衷制。從集議體通例。以理事

過半數。決定法人之事務。(五二條)

理事代表法人。處理各事。實立於有總括權限之法定代理人之地位。通常無權限代理人。僅有爲管理行爲之權限。(一〇三條)然苟如其言。則不能管理無意思能力之法人事務。故必設特例以變通之。迨以定款、寄附行爲、及總會之決議。制限其權限。則自應從其制限。(五三條)

雖然、總會決議。必不反法令及定款者。方足以羈束理事。否則無效力。蓋理事爲法人之代表機關。非社員之機械。總會之決議。既與法人所準據之規程相反。理事自無盲從之義務。但決議果反法令及定款與否。理事宜親任其責以審定之。凡以不法行爲。加害他人之時。雖依總會之決議而行。仍不得免賠償之義務。(商法一七七條參照)

凡以定款、寄附行爲、及總會之決議。爲理事代理權制限之時。固足以拘束理事之行爲。然第三者不能盡知其所加之制限。仍確信理事有統括代理權。而與之爲各種交際之事。如欲以所加之制限。對抗第三者。則不

但第三者將蒙不測之害。而爲互相交際之障礙。且與法人之信用。大有關係。求免此弊。爲法有三。試並陳之。

(一)加於理事代理權之制限皆不得以之對抗第三者。此法雖可以免第三者之損失。然法人遇不得加制限之時。將甚苦其不便。故此非立法上所可採用之說也。

(二)欲以代理權之制限對抗第三者非登記不可。此法與第一說相反。於保護第三者之意有缺。何則。凡欲與法人交接者。必豫檢登記之簿。交接時不有免所躊躇。終且不利於法人。德國民法。實採此制。但第三者並無過失。而仍不知其有制限。則雖有登記。亦不得對抗之。若是則僅以登記爲推定惡意之原由。蓋與第三說無大異云。

(三)區別第三者之善意及惡意。凡代理權之制限不得對抗善意之第三者。此法即日本民法所採用。藉以矯正前二法之弊。(五四條商法六二條二項一七〇條)余謂此折衷法。似甚簡便公平。然意之善

惡。每難確證。究足以保護法人之利益與否。要未可知。但此屬立法問題。茲略之。

據代理通則。法定代理人。遇事可以其責任。選任複代理人。(一〇六條)然公益法人。特注重於理事一人之信用。故不得以事務之全部或一部。別任之於他人。惟對於疾病。及一時不得已之事故。則可別定處分之法。除定款、寄附行爲、及總會決議。所禁止之特定行爲外。可委任他人代理之。(五五條)是爲前述代理原則之例外。故雖屬統括之再任。而是否可以定款、寄附行爲、及總會決議、許容之。實爲可疑之問題也。

禁止以特定行爲之代理。委任他人。即加一種制限於理事代理權之中也。故亦不得對抗善意之第三者。

因死亡及其他事由。而缺理事之時。應依定款、及寄附行爲之所定。選定後任。然選任後任者。必在數日以後。法人事務。必至一時曠廢。此時苟有因遲滯而生損害之虞。(如不速爲時效中斷之行爲則將失利權)則裁判

所宜依利害關係人及檢事之請求。選任假理事。(五六條)茲所謂理事有缺者。非指理事全缺之時。蓋謂有理事數人。合行法人事務。而理事中忽有缺員也。

法人如與理事。有利益相反之事。理事不得復有代理權。(五七條)是爲代理之通則。(一〇八條)無庸特設明文。然法人與理事。應如何各得其當。不可不預定其方法。所以不能僅執代理人之通例爲滿足。因特規定理事與法人利益相反時。裁判所宜依利害關係人及檢事之請求。選任特別代理人之條文云。

第三款 監事

理事有統括之代理權。不能保其無不正之行爲。或懈怠其職務。不得不設最高機關。以監查其所執行之業務。監事即監督機關。與商事株式會社之置監查役。後見人之置後見監督人。其理蓋同。視法人目的所在事業之種類。及其他情事。而定其應否設置此種機關。故可以定款、寄附行

爲及總會之決議。置一人或數人之監事。非不可不置之員也。(五八條)此則與株式會社之規定相異者也。(商法一二三條一三三條)

監事以監督法人之業務爲職。而監督之方法。則在監查法人之財產。及執行業務之狀況。見有不正實跡。則報告社員總會。或主務官廳。因報告社員總會之故。得自行召集總會。(五九條)監事行此職務。如有失誤。則處以相當之罰款。(八四條四號)

不置監事。則此項職務。在社團法人。由理事以外之各社員行之。但第五十九條所揭之監事職務中。招集總會一節。應從第六十一條二項所定之制限。其他社團法人。與財團法人之間。無所差別。皆宜受主務官廳之行政監督。當於次節詳之。

第四款 總會

社團法人。以經營共同事業爲目的之社員。集合而成。故必注重於社員同一之意思。使各自參與事業之執行。民法雖不揭明社員之權利性質。

要不外共同經營之觀念。人員稍多之團體。社員各以獨立資格。自行其權利。則於實事甚難。故總社員之一致。終不可得。因設社員總會之最高機關。依多數議決法。以議定有關法人之各事。此設置總會之所以也。總會爲總社員之集合體。社員中有一人。無與於會議之資格。即不得稱爲總會。民法雖有許其以定款。不與表決權於一部社員之時。然此種議事機關。實六十條所定理事以外之役員會。不可與總會同日而語者也。總會應定期開之。使各聽理事及監事之報告。且決議重要事項。每年至少集會一次。故理事負有通年開社員通常總會一次之義務。(六〇條)理事處理一切業務。或於定期之通常總會外。尙有臨時應報告之業務狀況。及必得總會決議之事。則理事可隨時召集臨時總會。理事以外之社員。遇有不得已事。亦可隨時請求召集。然與之同意者不衆。而徒爲是紛擾之舉。轉妨業務之進步。故請求之際。必有總社員五分之一以上。指示會議之目的。而後請求之效以生。但此項定數。得以定款增減之。(六一

條)

招集總會。至少應於開會前五日。公示會議之目的。從定款所定之方法爲之。(六二條)使各社員有調查考究之時。且可視議題之輕重。而決蒞會與否。由此論之。所謂五日以前。公示招集之會期者。宜依受信主義。(但招集非組成法律行爲之意思表示。故不得依第九十七條一項之原則)然法律有鑒於各種事由。無甚障礙。故祇定招集之方。或以郵便通知。或以新聞廣告。於定期內。發布招集之事而已。但僅限以五日。則對於遠方社員。或不能達其告知之目的。就立法問題言。其期實過於短促。(商法一五六條參照)此事惟賴定款及理事之德義以補充之而已。德國民法。於告知之期。不設規定者。職此故也。

所謂應告知各社員之會議目的之事項。即會議時。應議決之問題也。至表示方法之當否。則隨時就事實問題而判定之。但應決議之事項。與因決議而宜豫知之事項。不可混而一之。決議之準備事項。有財產目錄。及

其他資其查考之材料。不必逐一告知之。如曰購入充用事務所建築物之件。是即告示應決議之事項。不必更告知建築物之所在。構造之法。與夫代價之數。株式會社。表示總會之目的。及決議之事項。屢起此疑。亦可依同一原則而決定之。(商法一五六條二項)近來裁判例有確執反對之見解者。實出吾人之意表者也。

理事對外爲法人之代表。於定款、及總會決議所不禁之範圍內。有統括代理權。然於社團法人之內部關係。不可不注重於爲法人基礎之社員意思。故各事除定款委任於理事。及其他役員外。皆依總會之決議而行之。(六三條)蓋總會爲表彰社員全體意思之最高機關。其所決議。即爲法人之意思表示。但總會僅於不反定款範圍之內。有表決之權已耳。總會之設置及開會。是否不得以定款變更之強行規則。實一疑問。總會以各社員皆有表決權爲要件。所以重社員全體之意思也。然社團法人之社員。或有員數甚多。分散各地。不易招集總社員。則必使代表各地之

社員。組織議事機關。(六三條)以議決法人之事務。此於實事爲最便。德國民法。所以不以總會爲必不可缺之機關。日本民法第六十條云。社團法人之理事。至少每年開社員通常例會一次。故余謂總會之開設。爲必不可缺之事也。

民法雖未特定總會之決議法。要以蒞會者越全體之半數以上爲標準。可以不言而喻矣。(商一六一條一項)

總會中應決議之事項。必豫告社員。迨其終也。凡非預告之事。雖經議決者。當然爲無效。然或因法人事業之性質。及社員相互之關係。於已告各社員之事項以外。尙有不可不決議之事。故民法揭明。定款中有特例者。不在此限云。(六四條)

公益法人。非按社員出資之多寡。而殿最其表決權者也。第六十五條一項云。各社員之表決權爲平等。卽社員各有一票之謂也。與商事株式會社之總會。決議法不同。(商法一六二條)然此非強行法。定款中苟有特例。

即可不適用此項原則。(六五條三項)如定款中。依社員出資之數。而異其表決權。法律固認其爲有效者也。

定款如奪一部社員之表決權。雖屬無妨。然不可稱之爲總會。總會必有總社員之會合。苟有一人無與會之資格。卽與總會之名義不合。故據民法第六十五條三項之規定。而主張可以奪一部社員之表決權者。余未見其當也。

社員有因公務疾病。及其他事由。於開總會時。不能蒞會者。法律許其以書函或代理人。爲之表決。(六五條二項商法一六一條三項)此最適用於民法上之法人。但亦非強行法。定款中苟別有明文。與此相反者。固無妨也。(同條三項)

社團法人。如與某社員有關係之決議。則有關係之社員無表決權。如理事之解任。對社員提起訴訟等問題。決定之時是也。蓋以防有偏頗之表決。及嫌疑之發生。而求得公正之議決也。(六六條)

第七節 法人之監督

以上三機關外。尚有主務官廳。由行政上監督法人之業務。使無與其目的相背馳。法人雖有監事之監督機關。但監督理事之職務。非監督法人全體之職務。且監事非常設機關。偶或設之。監督之度。或失於寬縱。不能全其職務者有之。甚或與理事通謀。爲不正之所爲者。又有之。苟犯其一。則法人目的所在之事業。終有不能完成之恐。此於公益法人。所以必有主務官廳。爲其最高之監督也。

主務官廳之監督權。除已述之認可權（即認可定款之變更）外。隨時可以其職權。檢查法人之業務。及其財產之狀況。（六七條）及取消其設立之認可。（七一條）而取消設立之認可。爲最終之方法。即爲法人解散之原由也。法人業務。有關公益。執行中應受行政官廳之監督。一旦解散。則無需行政監督之繼續。對其所餘之事。惟重在保護私權。故以解散清算等事。由裁判所監督。當裁判所監督時。亦可以用檢查之法。（八二條）

第八節 法人之解散

自然人有生存亡之三時期。法人亦然。關其生存兩時期之法理。前已詳述之。以下試述法人死亡之說。即解散及有關善後處分之清算是也。

第一款 解散之原由

法人解散之原因有六。(六八條)或基於設立者及社員之意思。(同條一項一號二項一號)或基於法人之性質及其業況。(同條一項二號三號二項二號)或基於國家之監督權。(同條一項四號)今就各種事由論之。

(一)以定款或寄附行為而定解散事由之發生。茲所謂解散事由之發生者。如一定之存續期間已滿。及解散所繫之條件已成之謂也。此種原由。毋事瑣論。

(二)法人目的所在之事業已成或不能成。法人必以一定之事業為目的。故其目的所在之事業已成。或因法令之改正。及其他事由。而不能成者。皆無需法人之存續。則其應解散也。為事之當然者也。

(三)破產 法人無完其債務之資力。而請求破產。是爲破產者。驗明無資力之現狀。由利害關係人(如債權者)公平處置其財產。此時裁判所可依理事或債權者之請求。或以其職權。爲破產之宣告。理事亦宜於此時爲宣告破產之請求。(七〇條八四條五號)事已至此。法人已不能繼續其事業。不得不出於解散。至破產宣告之手續及効力。則詳於破產法中。

(四)設立許可之取消 主務官廳。因公益之故。許可法人之設立。法人若爲目的以外之行爲。或違反設立許可之條件。及其他有害公益之行爲。則主務官廳。得以行政上之監督權。取消既與之許可。(七一條)法人至此。亦當然爲解散。不待言矣。

(五)總會之決議 社團法人。其始由總社員之意思而成立。故亦可以社員之意思解散之。設立時。成於設立者一致之同意。解散之時。亦以總社員之同意爲要件。然或有最少數之社員。圖其私利。而妄

起反對者。不敢保其必無。卽出於真誠。而強使贊成解散之大多數社員。繼續其事業。亦於實際不便。法律所定。母俟主務官廳之許可。而取決於社員總會之決議。但解散至爲重大之事。必有總社員四分之三以上之承諾。方可據爲定論。(六九條)

(六) 社員之缺亡。社會之缺亡。社員全不存在之謂也。此亦如總會之決議。爲社團法人所特有之解散原因也。關於此條之立法例及學說。不能一致。或本羅馬法以來之觀念。置重於社員。設社員缺亡一人。卽當解散。或有以社員減至一定之數。爲解散之要件。或必俟社員僅有一人。始得解散。或謂社員全體缺亡。法人尙依然存在。德國民法。不定社員減少之制限。故於社員。僅有一人之時。殊多疑議。然社員全體缺亡之時。則應行解散。實不容疑。或謂減至三人以內。亦可依裁判所之宣告。使失法人之人格。此實一種特別之法制也。前述諸法制中。法人減至一人。不許社團法人存續之主義。自法人

之性質論之。亦非無理。然法人之設立。及其存在。自爲別一問題。條件亦不必相同。法人既已存立。卽與各社員相離。而有獨立人格。故設立時。雖必有二人以上之社員。至其存續之間。則不必以是爲要件。社員雖減爲一人。苟無妨法人目的所在之事業。而必使之解散。轉使公益事業。歸於頹廢。然全體缺亡。猶使法人存續。又甚戾社團法人之性質。既無可視爲法人之意思。復有反設立者之意思。此民法所以定解散之原因。以社員全體缺亡爲標準也。但以定款規定社員減少至一定之數。卽行解散者。仍從定款之所定。是亦一種解散事由之發生也。

民法雖不示社員所以缺亡之原因。所謂缺亡者。要不外退社及死亡之二端。但定款能否在一定範圍內。制限社員之退社。實一可疑之問題。又民法上社團法人之社員權。除定款載有特例外。似不得讓於他人。或爲相續人所繼承。日本民法。關於是等要義。不設定例。

每多疑議。亦遺憾也。

以上六種原由。爲制限之規定。除定款及寄附行爲特定者外。不得更據其他事由而解散。如財團法人。雖全無財產。苟於事業之進行無損。不可以其無財產故。卽爲應行解散者也。

第一款 遺產之歸屬者

法人與自然人異。無相續之人。解散後之財產。幾無應屬之主體。然徒拘理論。恐與設立法人者之意思相反。甚或有屏絕公益事業之虞。故法律專以設立者之意思爲本。且勉以續用於公益事業爲目的。依左列次序。而定其財產之歸屬。(七二條)

(一)解散後。法人之財產。歸屬於定款、或寄附行爲所指定之人。(七二條一項)所以貫徹設立者之意思。且特以爲獎勵公益事業之方法。各國法制。莫不如此。如定款或寄附行爲。委任理事或總會。選定權利歸屬之人。則法律上亦承認爲有效者也。

(二)不以定款或寄附行爲。指定權利歸屬者。并無指定之方法者。則各國立法例。處置之方互殊。或謂應歸屬於設立者。及其相續人。或謂應爲國庫或市町村之收入。前說多與設立者之意思相反。且不合處置公益法人財產之方。後說則以有一定目的之法人財產。忽移供公共之用。亦不協於設立者之意思。余謂處分法之最適當者。則歸屬於與己解散之法人。目的相同。或相類似之事業是也。求達此項目的。有以指定用法之財產。設爲沒入國庫之例。日本民法。祇云理事得主務官廳之許可。得以其財產。供目的相似之事業之用。在社團法人。則必經總會之決議。(七二條二項)所以不任理事專斷者。因判斷其他事業。果有類似之目的與否。甚非易易故也。社團法人。所以必經總會之決議者。因社團財產。本係各社員之財產。雖定款中未定歸屬何人。要不得不求總社員之同意。而遽以歸屬於有類似目的之他法人者也。

(三)不能依前兩說而處分之財產。則歸屬於國庫。(同條三項)是事之當然者也。法律復不指定此項財產之使用法。既入國庫。無論何種目的。皆可以此充用者也。

第三款 清算

法人雖因解散而失人格。然其解散前。所發生之法律關係。不可不有以整理之。而以實行債權。清償債務為主。且以所餘之財產。交付於權利歸屬者。是為清算。當其任者。曰清算人。清算者。於法人解散後。必不可缺之事也。

欲達清算之目的。則已解散之法人。於其目的之範圍內。不得不視之為存續。否則如有債權。將不獲法律之保護。轉非昔日認其為有人格之本旨。雖置清算人。使處理法人未結之事。然法人人格。已歸消滅。清算人不得視為法人之代理人。於是清償債務。提起訴訟等。將於清算人之住所為之。監事及總會。不便為清算之監督。不便孰甚。故日本民法。圖實際之

便利。做近世立法例。對於已解散之法人。於清算之目的範圍內。仍視法人爲存續。至清算事務終結之時爲止。(七三條商八四條一〇五條二三條)當行清算事務之時。以清算人爲法人之代理人。固無待論。卽其他各事。亦宜視法人爲尙未解散。此其例也。

商事會社之清算人。常特行選定。公益法人。則有不便行此法者。而以財團法人爲尤甚。故民法定例。卽以理事爲清算人。但此項規定。非強行法。許以定款及寄附行爲變通之。或經總會之決議。選任理事以外之人。又法人因破產而解散。宜置破產管財人。此時可毋庸特設清算人。(七四條商法八七條至八九條一〇五條二二六條二三四條)

選任清算人。除定款及寄附行爲。有特別規定者外。遇理事有死亡或辭任。而無清算人之時。又中途缺員。有生損害之虞之時。不得不特行選任清算人。裁判所可因利害關係人。及檢事之請求。或以其職權。選任清算人。(七五條)清算人雖不可輕易更迭。至有曠廢其職務等重要事由。則自

以改選爲至當。故裁判所對於以上事由（即曠廢職務）可因利害關係人或檢事之請求而解任之。更選定其後任者（七六條）

清算人之職務。可別爲清算前之職務。清算中之職務。及清算後之職務。清算人。因有清算事務而設置。爲法人之代理人。凡與法人爲契約授受者。必詳悉清算人爲何人。法人因何事而解散。始不至有損其利益。主務官廳。爲最高之監督機關。亦不得不詳知此等事項。故法律所定清算前之職務。卽命清算人。於解散後一週內。將其姓名住所。及解散之原因。及其年月日。至登記所登記。并申告主務官廳。但破產時。依破產規定。既公示破產之宣告。不必復行以上所定之手續。又清算人交迭之際。有於清算中就職者。亦必於就職後一週內。爲姓名住所之登記。且申告主務官廳（七七條八四條一項商法九〇條一〇五條二三四條）

清算人之主要職務。在執行有關清算之事務。其別有三。

（一）現務之終結 卽舉其現行之事務。克底於終結之謂也。

(二)債權之取回及債務之清償。

(三)餘產之移交。除清償法人債務之後。尚有餘資。是爲餘產。卽由清算人。將其所餘之財產。移交於權利歸屬者。

清算人行其職務。必有能爲一切行爲之權。如變產償債。招集總會。控訴他人之類是也。清算人於清算之目的範圍內。權限與理事無異。與權限無定之代理人不同。(七八條商法九一條一〇五條二三四條)

清算人清償債務時。不得不履行一定之手續。蓋法人清算之時。猶破產然。不可不以所有財產。平均計算。使各債權者。俱受清償之益。然法人之債務。或有不明列於簿據之中。必設法探知法人之各債權者。且於定期內。清算終結。法律卽以此事。責諸清算人。由其就職之日始。二月內。公告三次以上。催令債權者。於定期內。申告請求之旨。申告之期。自第一次公告起。不得越二月。屢次公告。債權者仍不於定期內申告。是債權者。自拋棄其權利。清算時。可附記除黜此項債權之旨。但用公告之法。爲探知債

權者。出於不得已也。凡清算人所知之債權者。宜分別催令申告。要之求與債權者以申告請求之機。且使清算人。確知債權之原因。及其數目之故。對於已知之債權者。雖不於定期內申告請求之旨。亦不得除黜之者也。(七九條八四條六號)

清算人於公告期內。是否不得僅行清償一部之債權者。是否能拒絕債務之清償。立法目的。頗有不能貫徹之慮。既無定例。則遇此事後。應爲破產之申告。(八一條)若在公告期內。則自不得拒絕債務之清償。此非立法本旨。實爲解釋上之一大疑問。以余觀之。法律無清算人於期滿前。不能清償債務之條文。誠遺憾也。(一〇三〇條一一〇五〇條二項)

清算人對於定期內申告之債權者。及已知之債權者。清償以後。尙有餘產。即移交於權利歸屬者。凡不於定期內申告之債權者。是自拋棄其權利。對於受餘產之權利歸屬者。不得更有所請求。前已屢次公布。促令申

告。仍置不問。自宜設此嚴峻之制裁。惟於餘產尙未移交之前。可以請求而已。(八〇條)德國民法。保護債權者較密。定例自有解散之公告後。一年內。不得移交餘產於權利歸屬者。

以上歷述催告手續。所以使各債權者。同受公平之清償。然法律不定清償之次序。當法人財產。足以清償各債務時。固無他論。若清算時。法人財產。不能盡完其義務。則不得不別定嚴密之手續。求於債權者之間。均平分配。此時清算人。宜中止其清算。而爲破產宣告之請求。且以其旨公告之。(八一條一項八四條五號六號)宣告破產。及選定破產管財人後。則無需清算人之留任。清算人即舉其事務。移交於破產管財人。清算人之責任。於以終焉。(八一條二項)設有已給債權者。或誤移交於權利歸屬者。破產管財人。可索還之。否則有違破產宣告之目的。而無以確保各債權者之利益矣。(同條三項)

法人始因主務官廳之許可而存立。存立後。恆在其行政監督之下。至清

算終結。全失其人格。清算人宜申告官廳。(八三條)是爲清算人最終之職務。

第九節 外國法人

外國法人。除特例外。以無人格爲通則。卽承認爲有人格者。亦不能與內國法人之權利範圍相同。(三六條)定內外法人區別之標準。實民法及其他法規。於適用上。爲最重要之事也。然此在營利法人(如商事會社)始見其有實用。至應受民法適用之公益法人。設立時。必受行政官廳之許可者。祇視其已備各要件與否而決定之。故於民法上。毫無疑議者也。

民法第三十六條。特認外國商事會社爲有人格。然商法中。有關會社法之全部。不盡適用於外國會社。惟準用其一部而已。(商法二五五條至二六〇條)故商事會社。必區別其國籍之所屬。商法如不明示其區別之標準。則惟有依國際私法之原則而定之。於此一端。爲說甚衆。近時最有勢力者。爲住所地主義。以法人住所所在地之內外。而定其國籍之所屬。但

認知其住所所在地之標準。學說亦不一。以其屬於國際私法之範圍。茲不能詳論。以余思之。住所主義。殆因近世國際私法之關係日繁。按諸實際。有不得不然之勢。方今設立商事會社。以不需官許爲通例。蓋於實際甚便。或可認爲他日之法制。未可知也。

今執純理而言。則設立法人。宜依所準據國法之內外。而別其國籍。按諸日本現行商法。卽商事會社。亦未嘗採用住所地主義。商法二五八條。人格爲國法承認之效果。據一國法律。設立之法人。不能於他國有同一之效力。故住所地主義之於商事會社。僅爲理論之標準。然各國設立商事會社之法制。未統於一。則或有適用此原則之地。至公益法人。則各與本國有利害關係。各國情況互異。於甲國認爲有益者。或乙國認爲有害。故外國法人。宜以依外國法律而成立爲通則。雖由內國法承認後。始有人格。要非因此而失外國法人之性質也。

民法卽本此理。以不認外國法人之成立爲通則。然因國際關係。如通商

等事。遇有某種之外國法人。不得不予以人格。而認其成立之法人。則依國家或行政區劃。商事會社。及法律條約所特許而定。(三六條一項)惟此例適用於外國商事會社。不適用於外國公益法人。此不可不知者也。前述之外國法人。國法既承認其成立。則其人格之範圍。亦不能與本國法所定者相同。民法雖許其與日本成立之同種法人。有同一之能力。但外國人不得享有之權利。外國法人。自亦不得而享有。如土地所有權。及礦業權等是也。又以法律條約。指定外國法人。所不得享有之權利。或於法人所可享有之權利之中。特加以限制。固無所不可。(同條二項)

內國法人。與外國法人區別之標準。既依認其成立之國法而分。則設立者。及組織法人者。國籍所屬。可以不問。雖係外國人設立之法人。苟爲日本法律認許其成立。即爲日本法人。故自土地所有權始。及外國人與外國法人不得享有之權利。皆可享有之。惟法人解散。分配餘產之時。受其分配者爲外國人。則應受土地者。不得即予以土地。必售得金錢以予之。

庶與法律不相悖焉。

外國法人。設事務所於日本。應與日本法人。爲同一之登記。凡日本法律所認許之外國法人。而無事務所於日本。自不必強制其登記。既於日本設置事務所。則可知他日必在日本經營事業。不得不使其登記法人之目的。及組織之方法。否則何所持以公告他人乎。凡登記之事項、期間。及其裁制。可適用與內國法人同一之規定。但發生於外國各事。如資本增減。理事交替等。當通知未達日本以前。無由而知。故以通知到達時。爲登記時期之起算點。(四九條一項)

外國法人。設事務所於日本。是與內國法人無異。故登記義務之制裁亦同。凡於新設事務所所在地。尙未登記以前。不論何人。不認其法人之成立。(同條二項)所以保護與法人有交接者。使不致受其損害也。然怠於登記。不得即謂法人爲不成立。苟他人願認其爲成立。固非法律所不許者也。

以上所述登記之規定。自外國商事會社。至因法律條約所認許之外國公益法人。皆可適用。(但不知有無此種實例)若外國商事會社。則有商法第二百五十五條。至第二百六十條之規定在也。

第四編 私權之客體(目的)

第一章 汎論

凡權利於主體外。不可無一定之客體。(即普通所謂目的)然何爲權利之目的。學說紛呶。莫衷一是。若如世俗普通之說。則所謂權利之目的者。謂能充其利益之物也。如謂某種建築物之所有權。詰其目的所在。即此建築物也。不獨物權爲然。對於債權。亦有採用此意者。如謂受移交某種建築物之債權。其目的亦在所移交之建築物。此說不可謂得當。觀日本民法上之所謂物。以有體物爲限。(八五條)物非存於各種權利之中。又一物同時或有多數之權利。要之以物爲權利之目的。(爲其一要素)按諸理論。殊失其當。今圖簡便之計。姑就物權及債權論之。

先言債權。究其權利關係。債務者或因移交保管。而給付以物者固多。然負有無關於物之行爲或不行爲之義務者亦不少。此時惟要求債務者

之一定行爲或不行爲而已。法國多數學者。因以物或行爲。爲債務之目的。然雖有關於物之債務者。應爲移交等事。亦不外予以一種行爲。與無關於物之債務無異。如謂關於物之債務。以物爲目的。無關於物之債務。以債務者之行爲爲目的。則實與理論相反。故債權之目的。終歸於債務者之某種行爲。或不行爲。民法條文中。亦有以此意釋債權之目的者（四〇〇條四八三條等）然用例不一。條文中亦有以直接受債務者所給付之物。爲債權之目的。或稱爲目的物者（四〇一條四〇二條四二二條等）蓋因有關於物之規定爲不可缺。故權稱之爲目的。或目的物已耳。物權之界說。亦不可不明。物權之目的如何。不得不隨物權本質之說而異。或謂物權爲對於物之權利。全體之人。俱不得損害之。此蓋就其性質所生之效力以爲說。而即以物爲其目的。又有言物之本質。爲絕對權者。則以全體人之消極行爲爲目的。弗論二說孰是。但目的一語。日本民法之用例。固與前說相合（一七九條三四三條三五六條等）指示一物。爲物

權目的之時。猶前述債權之稱爲目的物。(三〇四條三四四條等)但民法之所謂物。以有體物爲限。物權之目的。亦自以有體物爲限。然此種觀念。不能始終一貫。從實際之所需。亦有認無體物之權利爲目的者。(一七九條二〇五條二六四條三〇六條三六二條至三六七條三六九條二項)此與債權之關係相同。於物或權利之中。必設各種規定。遂附以一定之名稱。所以圖利便也。

要之民法所謂權利之目的。或謂爲物與權利。或含有行爲之意。用例雖不一。要之權利者。卽與他人關係之間。所可享受之利益之內容也。如地上權之目的。卽於他人土地上。有工作物或竹木。因而使用其土地。又如賣主債權之目的。在使買主給以一定之代金。曰土地。曰代金。皆爲權利內容之一部。舍物而言使用。或給付之行爲。並不得稱爲目的。必二者相合。始爲權利之目的。

近世學說之最有勢力者。謂權利爲人格相互之關係。爲其要素之一目。

的。恆以一方之行爲或不行爲爲歸束。如物權及其他絕對權。亦以世人全體之不行爲爲目的。是爲排斥物權非對人關係之謬說。遂流而至於極端。茲就物權而言。如僅以世人全體侵害之一端。爲其目的。則終不能明絕對權之特質。苟欲明之。當從權利者之一方觀察之。復審視其利益之內容。始有所得。試取地上權論。因挾有一定之目的。他人不得妨害其使用土地之權。是即地上權之目的也。若是則地上權。亦以人格相互之關係爲基礎。則其目的所在。亦終歸於前所謂權利之內容而已。(即歸於安全使用其土地)更從可以其權利對抗之一方觀察之。則其義務之目的。在不妨害使用土地之消極行爲而已。或言對於全體之人。使用他人之土地。或言全體之人。不得妨害其使用。觀察之點稍異。而於對人關係。定其利益之內容則同。要之余所持權利目的之說。欲調和前所述物權之性質及目的二者之間。決非僅適用於物權之原則也。

觀於以上所述。物之爲物。求得正確之意。則不可稱爲權利之目的。物權

無論矣。即債權亦有以物爲權利目的之一部者。故於此必設各種規定。便宜上因稱之爲目的，或目的物。此非由一種權利所生之事項。實爲物權債權之通則也。故特設規定於民法總則之中。或謂物或爲債權間接之目的。其觀念蓋與前說無異也。

目的之語。有時不傳於權利。而繫於權利之發源者。所謂法律行爲之目的，或契約之目的，是也。（九〇條五三四條五五一條五五二條等）此時直接指其內容一部之有體物。即稱之爲目的物。（五三五條一項五六六條一項等）此所謂目的物。其意與前述權利之目的物無異。然法律行爲之目的。與權利之目的。自不相同。如就債權關係而論。則契約之目的。或在使之發生債權。而債權中自別有所謂目的。按諸各國法例。亦鮮明瞭之區別。因無所用其明瞭之區別也。凡可爲權利目的之一部。而法律上之要件不具。則以給付爲目的之債權。固無從而發生。以債權發生爲目的之法律行爲。亦不得而成立。固無俟深言者也。

民法其他條文中。所用目的之語。又有與法律行爲之當事者。所欲達之目的同意者。(五四二條五六六條)蓋非學術之用語。故法文不曰契約之目的。而曰前爲契約之目的。俾與前所述者。顯然有別也。

第二章 物

第一節 物之定義

物每爲權利目的之一部。故其性質狀態。於權利之存否及得喪。有重大之關係。茲必先示此語之意義。及民法上之用例如左。

物字有廣狹二義。世俗之見。則不問其有形無形。統名之爲物。昔羅馬法。亦認有體物無體物之區別。是蓋謂有體物與所有權相同。無體物即指所有權以外之財產權。與近世對物之觀念不同。後世學者。沿習舊說。以各種權利爲物之一種。而置之無體物名稱之下。此蓋以權利與其目的。混而一之之謬見也。日本舊民法之所謂物。亦含無體物在內。(即各種財產權)於是一切物權債權。皆得爲所有權之目的。如曰地上權。曰債權。

皆屬所有權。苟依此說。將使各種權利之區別。(如財產權)大部分之物權與債權之間)紛淆錯雜。無復可據之標準。其弊可勝言乎。

新民法不復沿習舊例。所謂物者。專指有體物。即謂占有空間面積之物體也。(八五條)故如權利、名譽、信用、行爲、等。不謂爲物。各附以特別之名稱。蓋謂物權。即專以有體物爲目的之權利也。今就學理言之。疑義實多。蓋物權與債權相對。用此說以解財產權之一大部類。則殊失之狹。試觀民法。不得不設變例。以認準占有權、利質、及其他各種規定。以補其缺。可以識其故矣。此與物權之本義。及私法之分類法。有重大之關係。他日宜盡力研究之問題也。

第一節 可爲私權目的之物

凡於宇宙間。占領面積之物體。皆謂爲物。不必其有定形者也。如瓦斯爲氣體。舊民法所定。誤謂爲有體物。又如薰香、音響、煖氣、電氣、等。皆不可爲物。但今日之電氣。不得不與他物同保護其專用之權。且於電流有承認

竊盜罪之成立者。正當與否。當屬別一問題。要之舍物以外。必別有可爲權利之目的者。他日或有特別法。以補現行法之所不備。未可知也。法律上許爲財產權目的之物。首必吾人可以利用之物。如日月星辰。非人力所能支配。即不得使服從於吾人權力之下。在物理上。雖爲一物。而非法律上之物。即不得爲權利目的之物。羅馬法就可爲私權目的與否。而分物爲融通物。與不融通物。近世尙襲用之。然絕對不融通物。世所罕覩。如人皆不得專有之公共物。如空氣光線或海水。其性質固爲不融通。但雖爲公共物。若取其一部專有之。亦無不可。又生存者之身體。亦爲不融通物。死體在埋葬之範圍以內。亦屬同一之部類。如以之資學術之研究。則又可爲財產權之目的。與死體同時埋葬之物。或謂爲相續人之所有物。余則視爲無主物之一種。惟不得以先占爲目的而已。此外有因行政上之理由。禁止某物不得爲授受之目的者。或僅加以制限者。又有因物之目的。專許特定之人所有、占有、或處分者。如鴉片煙及

其他毒藥火藥。皆爲禁制物。各人不得私有。并不得爲授受之目的。所以保護公益也。非其性質上。應爲不融通物也。

公用物之性質。亦非一言可盡。就狹義言。公用物者。因法令所定。以供公衆利用之物也。如道路、公園、河港、等皆是。故公用物於法令規定。及供公衆利用之二端。缺一卽不得爲公用物。又不得發展公用物之作用。證諸事實。凡供公衆通行之私道。屬第一類。既指定爲道路。而尙未開通者。屬第二類。舊民法以供公用之物。爲不融通物之一種。然公用物除屬於一私人外。皆爲國家及公共團體之所有物。惟於供公用之一端。爲公法所支配。非因有公法上之適當處分。至不供公用之時。私法上仍不得以之爲授受之目的也。且對物體。不得爲強制之執行。是亦不可謂爲不融通物者也。

又有不供公衆之用。而以供於公衆爲目的者。曰公有物。如城砦兵營監獄等。是爲廣義之公用物。應受公法之支配。外此之公有物。曰收益財產。

可以受各私法之支配。并可爲授受及強制執行之目的。得爲權利目的之物。必現實存在者。或可以存在者。如來年土地所生之收穫物。亦得爲契約之目的。又對物所能取得之權利。必其種類及數量已定者。或可以定者。如僅云獸畜。不能知其種類。僅云米穀。不能知其數量。是爲不具一定之目的。權利遂末由而發生。但差等可不預定（四〇一條）此等原則。多適用於債權關係。非有關物之本體之問題也。茲不詳述。至物權之目的物。則就通例論。固不僅定其種類及數量已也。

第三節 物之種別

凡可爲權利目的之物。可詳細區別之。舊民法徵引過繁。茲惟舉適用最繁者。及易生疑擬者。列之如左（八六條八七條）

本節無需備舉各物之種別。惟就普通者言之。而以第一款至第三款所述者。爲最重要。第四款以下。則價值稍次。世之學者。每以融通物及不融通物。列於物之種別之中。余則否之。

第一款 不動產動產

不動產。即不能變更其位置之物也。然可以他動力變更其位置之物。或以難於變更之故。或以附合於難以變更。及不能變更之物之故。亦視爲不動產者。往往有之。此爲不動產與動產之分界。（即各自之範圍）而立法例及學說之所以分歧也。

據前述之定義。則有純然不動產性質之物。（即不得以他動力移動之物）惟土地而已。建築物不能移轉其位置。惟附合於土地。與之成爲一體。不費較鉅之勞力。不易使其與土地分離。如斯位置之物。尙不視爲不動產。於實際必多不便。故各國法律。皆以是爲不動產。惟所以爲不動產之觀念。則各不相同。日本民法。則以定著之事實爲標準。土地及土地之定著物。皆爲不動產。（八六條一項）

何爲定著物。疑義殊多。然民法以是爲事實問題。不必明揭其定義目的。余謂土地之定著物。基於自然之形狀。非供一時之用。而常定著於土地

之物也。非毀損其自然之狀態。則不能使與土地分離。或移轉於他方者。是也。

定著爲事實之關係。不得以當事者之意思左右之。凡定著物與土地分離。而獨立存在。即失不動產之性質。未分離時。雖將崩壞之建築物及植木。賣買之際。仍視爲不動產之賣買。法國學說及判決例。誤爲動產之賣買。當建築物植木。未與土地分離之間。買主尙未取得所有權。僅有債權而已。惟賣買植木。同時設定地上權。則不可與前例並論矣。物之可爲土地定著物者。建築物、植物、及附屬於土地之鐵管、皆是也。又與建築物附合。有不可分離之關係者。亦視爲建物之一部分。(非如戶窗屏障等之所謂從物)若僅一時附合於土地。如建築用之小屋支柱。及假植之草木等。無需繼續者。即不得爲土地之定著物。然不得誤以與土地成爲一體之物。爲土地之定著物。如溝渠泉永。非定著物也。

日本民法於土地外。不別著不動產之種目。與法國法係之立法例不

同。又非採用德國民法之主義。德國民法。止以土地爲不動產。而別認物之構成部分。若建築物。若植物。與土地有不可分離之關係。皆視爲土地之構成部分。然偏於理論。與本邦不視建築物與土地爲一體之慣習不合。民法之所以不採用者。職此故也。

土地及其定着物以外之物。概爲動產（八六條二項）然既以土地之定着物爲不動產。復以可受他動力而動之物。汎稱爲動產。則余未見其當也。舊民法做法國民法之例。承認關於用方之不動產。如動產所有者。圖其土地或建築物之便利粧飾之故。於永遠或無定期間。附動產於其土地或建築物。法律即承認所附之動產爲不動產。按諸本邦。實無是等慣習。且新民法已設從物之規定（八七條）更不必目是等動產爲不動產矣。凡因用方之不動產（窗戶之類）大都視爲從物。應隨主物而處分。即無主物從物之可分。亦仍宜使之保全動產之性質。於實際亦無所不便也。動產不動產。爲物之種別。中世以降。權利亦有此別。舊民法對於無體物

之一種。有法律所規定之動產不動產之明文。是即認權利有動產不動產之別也。新民法則否。然物之規定。準用於權利。爲實際之便利固多。故新民法亦有特定明文。以期易達其目的。如第二百五條、第三百二十一條二項、第三百二十六條二項、等所規定。卽其例也。

動產不動產。就通例言。僅指物而不及權利。然法律時或假定一種權利爲物。卽無記名債權（如無記名之公債證書票據等）是也。無記名債權。本質爲債權之一種。然債權恆與證書之占有相伴。證書卽爲債權所寄之地。法律卽視爲動產。自應適用動產之規定。（八六條三項）所以圖實際之便利。不必深論其當否。如就立法論觀察之。則與其以債權爲動產。不如規定證書占有之效力。較爲適當也。

動產不動產之區別。各國法律中。皆視爲重要之區別。在昔咸以不動產爲貴重之物。而賤視動產。近世資產之狀一變。動產之價。不必在不動產價之下。今日法國法係諸法典。兩者之間。尙存舊想。如僅執各物。互較其

價。則不動產自貴於動產。故現行民法。關於處分之能力權限。不得不加重視於不動產也。(一二條一項三號一四條一項一號八八六條三項四號九二九條)

顧今日所以必區別動產與不動產者。非以其價之殊。實以其性質之異也。不動產必有定所。通常不變其位置。動產流通無窮。甚或轉瞬之間。屢易其主。二者之不得適用同一規定也可知。如關於裁判管轄(民事訴訟法二二條)屬於國際私法之規定(法例三條三項)因時效或占有之權利取得(一六二條一六三條一九二條至一九五條)以物權之得喪、變更。爲對抗第三者之要件(一七七條一七八條)其他關於先取特權、質權、抵當權、強制執行、及競賣法、等之規定。各有所不同。余故曰兩者區別之必要。因其性質之各殊也。

第一款 主物從物

主物從物之區別。以二物間一定之關係爲本。區別之效。即在從物主物。

運命相同之一端。民法所揭從物之定義。間接指示主物之爲何。從物者。由物之所有者。爲供其物常用之故。使己所有之他物。附屬於其物。所附屬物。即爲從物。（八七條一項）凡不具此種性質。能獨立顯其效用者。皆爲主物。

從物在舊民法中。卽所謂因於用方之不動產。新民法不認爲不動產。又不列舉各物爲當然之從物。因從物恆隨主物而處分。其終往往與從來之慣習相反。或有蒙其不測之損害者。新民法不明揭從物之種目。惟示其標準而已。至適用之方。則屬事實問題。任裁判官之認定。此與德國民法之例。亦略有攸殊者也。

主物從物之區別。本於二物相互之關係。故從物之第一要素。必與主物爲別物。民法當揭示從物定義之時。所以明示此要件者。因外國法典。尙多襲用羅馬法之觀念。凡果實及因有添附之附合物等。亦包含於從物之中。學者亦不明示其差別。易於誤解故也。果實未與元物分離之間。僅

爲元物之構成部分。分離後。已脫從物之關係。而爲獨立之動產。附合物之性質亦然。(二四二條)蓋皆爲物質上之結合。組成物體之一部分。非別物也。今以屬於從物之部類。實失其當。要之從物對於主物之關係。非物質關係有所附着。惟因用方關繫而附屬之。德國民法。亦明示從物非構成物體之一部分也。

主從兩物。必屬於同一所有者。法律上必分定物之主從。凡當事者無反對之意思表示。則主物如何處分。從物隨之。當指定從物之時。不明示應屬同一所有者。則或有以關於物之事項爲根據。不問所有者爲何人。惟據附屬或物。以供常用之事實。而謂之爲從物。強使與主物同其處分。如土地。及建築物之賃借人。或占有者。因供土地及建築物之利用。而附以某種動產。(如窗戶之類)將因之而失其動產所有權。豈法律之本旨乎。(二四二條)

從物又必供主物之常用。而附屬於主物。供一時之用之物。(如陳列於室

內之美術品)非從物也。舊民法以永遠供用爲要件。供用之期過長。亦未得其當。惟附從關係之非一時者。舉不妨以爲從物。從物有因一時之目的。而與主物分離者。仍不失從物之性質者也。

從物多屬動產。特不必以動產爲限。日本民法。不採德國之制。惟汎稱曰物。可見主物雖多屬不動產。亦不必以不動產爲限者也。

物以外之權利。亦有主從之區別。如地役權(二八一條)及債權擔保。皆爲從權利。但從字意義。大有懸殊。俟第二卷詳之。

區別物之爲主爲從。實用卽在從物應隨主物而處分之一端。(八七條二項)但此說亦非強行法。惟授受時無反對意思表示之時適用之。從物與主物。受同一處分。蓋實兩者爲一物也。

從物應隨主物之處分。如於某建築物。有抵當權之效力。則并及於爲其從物之建築具等。實行抵當權時。是等從物。自可同爲抵當權之目的。此無俟贅言者也。

第三款 特定物不特定物

特定物。即於一種類中。特指定爲某物。授受時。不得代替以別物。如曰某處之家屋土地。某種書籍是也。不特定物。則祇定種類數量。無特別價值之物。蓋不置重於一物特性之謂也。惟以其種類爲主眼。得以同種同量之物代替之。如曰金錢若干。米穀若干是也。

據前述之定義。則二者之區別。惟以授受間。有無代替性爲標準。故亦曰代替物。不代替物。又有稱爲定量物者。即不注重於一物之特性。可於同種物中。以同一之分量代用之之意也。

特定物不特定物。爲民法適用上。最重要之區別。凡以所有權及其他物權之得喪爲目的之法律行爲。僅依當事者之意思表示。而生效力。(一七六條)非特定物。即不適用。因物權之目的物。恆以特定物爲限。此外僅可適用於特定物。或不特定物之規則甚衆。(四〇〇條四八三條四八四條五三四條等)且消費貸借之目的物。以代替物爲限之立法例。不一而足。

尤足以見二者區別之大效焉。

此種區別。與物之性質相關。通常之時。可據之爲標準。若法律行爲之當事者。以不代替物爲不特定物（如曰土地若干秤馬若干頭）或以代替物爲特定物（如某倉庫中之米粟）亦屬無妨。又當事者可於其行爲目的物之代替性質上。設一定之限制。如曰某廐中之馬一頭。則於一定範圍內。可以不代替物爲不特定物。又如曰某田所收穫之米若干石。則於代替物。限定其代替性質之範圍。故必視各種情況。然後可定法律行爲之效力。要以當事者之意思爲依據而已。

要之物之有無代替性。非屬強行法。惟解釋上有疑義之時。以之爲適用之標準。至授受間之性質。則由當事者之意思定之。

第四款 消費物不消費物

消費物。就其物之性質。可以使用之。至於消滅（動產）之謂也。飲食品是也。不消費物。因自然之使用。不失其形體之謂也。器具是也。金錢雖使用之。

後。不失其形體。然就所有者言之。實生自然消滅之結果。故通常以是爲消費物云。

既有特定物及不特定物之區別。則消費不消費之區別。似無實益。惟法國法系之立法例。消費貸借之目的物。以消費物爲限。則此項區別。似不可缺。以余觀之。刑法上消費委託物罪之成立。尤不可無此區別也。

第五款 可分物不可分物

可分物不可分物。卽物之有無分割性之區別也。物之分割。有形體上之分割。及思想上之分割。余之所論。專就形體上之分割言之。

凡物於形體上。似皆可以分割。然分割云者。非割裂一物爲二箇以上之有體部分之說也。必不變其物之本質。分割各部分。各能保存同一之作用而後可。馬一頭。時計一具。由物質上分割之。必失爲馬爲時計之作用。與破壞毀棄何異。故此種物。宜屬不可分物之部類。形體上可以分割之物。如土地。如有數量之動產是也。土地得劃定境界

而分割之。建築物則日本民法中。不作爲土地之一部。如使建築物與土地分離。不得謂爲分割。建築物除別爲楹數外。自宜謂爲不可分物。米穀酒類等之分割。惟變其分量。不失其原有之作用。故稱之爲可分物。又特定動產。苟分離後。各部分尙保分割以前之效用。則亦稱爲可分物。

以上所述。爲民法上之可分物。及不可分物。然性質雖屬可分物。苟當事者有特別之意思。則亦可視爲不可分物。(四二八條)如封金是也。又物不利於分割。(即分割時需巨費或大損其價值等事)則法律上卽視爲不可分物而處置者。蓋亦有之。(二四三條二四五條二五八條二項)

此項區別之實益。以適用於債權者、債務者、有數人之時爲主。(四二八條至四三一條)又共有物分割之法。附合物或混合物之所有者。亦可以得此項區別之實益也。

思想上之分割。卽二人以上。於同一物。各有定量權利之謂也。而各人所有定量之權利。類生自共有關係。不問其爲可分物。不可分物。皆有此種

分割者也。

權利亦有可分不可分之區別。但權利之可分不可分。恆因其目的物之可分不可分而然。(四二八條至四三一條)地役權、擔保權之不可分。別有特定之意義。當於次卷說明之。

第六款 單一物合成物聚合物

單一物。在形體上。爲獨成一體之物。不必其爲天然具形之物。亦不必由同種物質所組成。如盆花亦爲單一物。又有一物獨立。不生價值。必集合若干量。始爲一物者。如米穀在物質上。自多數之單一物而成。法律上則必以一定之量。爲授受之目的。故即以其總量爲單一物也。

合成物由數獨立物。結合而成一體之謂也。如建築物。及飾以寶石之金銀品是也。組成一體之各物。非必失結合以前之性質。既結合後。各部分即應受法律上同一之處置。故多以之爲單一物。(二四二條至二四七條)然則合成物。即單一物之一種。雖構成部分之中。或生有變更。而法律上

之通例。要不失其爲一體也。

聚合物。物質上不相結合之數單一物。互相聚合之謂也。如羣畜、書庫、及店鋪之商品、是也。聚合物。本係數單一物之總稱。故通常不可視爲一物。惟授受之時。間以之爲單一物而已。是蓋依當事者之意思而決定。舊民法以可以增減爲聚合物之本質。未可謂得其當也。普通以統括財產。稱謂法律上之聚合物。然統括財產。固非有體物之一種。且多適用於相續之時。茲不贅述。

第四節 果實

果實之義。不可不定。其故有二。一以明可以取得果實權利之人。一則於應償果實價格之時。定其義務之範圍。凡與占有權（一八九條一九六條）留置權（二九七條）質權（三五〇條三五六條）賣買（五七五條）貸借（六〇一條）等項。有相關者。自有實用可見也。

舊民法及其法國法系之法典。不設有關於果實之性質。及其所屬之通則。

惟於用益權等。偶就一事。揭明關於取得之規定。而許他事準用之。故於果實之本質、及取得。疑問殊多。學說亦不一。果實本爲產出物之一種。有關果實之規定。不妨適用於各種法律關係。民法總則中。既置物之通例。則併定有關果實之事項。益得其宜。此民法第八十八條及第八十九條。所以特揭有關果實之通則也。德國民法。蓋正與此同。果實未與原物分離之間。僅爲元物之一部分。不得爲相異之所有權。及其他物權之目的。迨與元物分離之後。則爲獨立之動產。故果實與元物。非物之一種別也。

第一款 果實之分類及要素

世俗所通稱爲果實者。於一種條件之下。由有體物直接產出之物也。米、麥、果物、牛乳、等是也。法律上所謂果實。則範圍較廣。本於一種法律關係。使他人使用一物。所應受使用之對價。亦併含在內。此所以有天然果實。及法定果實之區別也。

法國民法。於天然果實外。認有人工果實。日本民法。不採其說。凡非法定果實。皆為天然果實。

(一) 天然果實

天然果實。即物之產出物也。凡非產出物。而實為構成部分者。皆非果實。第何等產出物。可為天然果實。則學說不一。今列示有關果實本質之見解有三。

甲說 果實為定期收穫之產出物 法國學者。皆主張是說。以收穫之時期。定收穫物之性質。於義殊誤。天然果實。能定期收穫者固多。而隨時收穫之物。亦多可以為果實者。礦物是也。定期收穫。僅於各種情事。可以知其為物之果實而已。若即以收穫之方。定果實之性質。可為本末顛倒。烏足以網羅一切之種目乎。

乙說 果實為不消耗其原質而收取之產出物 學者倡此說者亦多。然對於果實之觀念。失諸於隘。如僅就有機之產出物言。則其論固是。

然近世所普稱爲果實。非僅屬此部類。如鑛物等。日採日減。漸至於消盡元物。亦不妨爲果實之一種。故吾人於第二說。實不能表同情者也。

丙說 果實爲依物之用方而收取之產出物。所謂依物之用方者。謂就經濟上目的。而施以適應之方法是也。如耕作田地。收穫穀物。飼養牛羊。搾取乳汁是也。若不供採伐目的之森林。又未採之石坑。皆不可稱爲果實。日本民法。採用丙說（八八條一項）蓋取法於德國民法。近時法國學者。亦有以定期收穫。及從用方以釋果實者。

日本民法。以依物之用方而收取。爲果實之正義。與收穫之時期。及元物之永存無涉。然所收取。必爲產出物。可不言而喻（八八條一項）此說與普通立法例及學說。毫無所異。吾輩如嚴釋產出物之義。則當專指有機作用所產出之物而言。如鑛物等非有機產出之物。而僅爲土地構成部分者。似不可謂爲產出物。民法則從近世普通觀念。而以廣義釋產出物。是等分割物。皆統括在內。其他加工之事實。亦不妨爲產出物也可知矣。

(二) 法定果實

法定果實。非由一物直接產出之物。然亦如由土地或樹木產出之天然果實。必有元本而後生。且其交付於權利者時。儼然已成一物。故羅馬法以來。各國法律。皆視爲果實之一種。

關於法定果實之本質。明確之見解甚鮮。法國學者。均稱之曰擬制果實。然終不與以明確之定義。德國民法。則以基於法律關係而發生之收益。爲法定果實。日本民法則以使用一物之對價。所應受之金錢。及其他之物。爲法定果實。(八八條二項)猶言使他人使用一物。而受其報酬也。此與法儒亞哥拉司所主唱。由物所生便益之代表價格之定義。殆無所異。所謂使用一物之對價。如利息、地代、小作費、及借貸費等是也。凡還返元本。移轉所有權等。亦有對價。然非使用之對價。皆非法定果實。又雖不僅以金錢爲限。然亦不舍物體而言。故受使用對價之勞力。亦非法定果實也。

第一款 果實之取得

觀民法定例。除所有者外。亦有可以取得果實者。所謂所有者以外之人。即善意占有者、永小作人、留置權者、質權者、及賃借人等是也。是等果實權利者。應於何時始可取得此項果實。不可無條文以定之。當權利者更迭之時。適用之道至廣也。

舊民法分設各種規定。然既因適法之原由。取得果實。則權利之內容。烏可不同。新民法則倣德國民法之例。置果實取得之通則。(八九條)而仍以天然法定。爲重要之區別也。

天然果實。未與元物分離之間。惟爲元物之一部。未能獨立存在。不得歸於非元物之所有者。雖元物含有收益權。而爲權利目的之時。果實權利者。其分離前。仍不得取得。必取得於分離之始。至分離之出於人工。或出於自然。在所不問。(八九條一項)如賃借人。於賃借權之存續期內。固有收取生自賃借物之果實之權利。若果實尙未與元物分離。而已以賃借物。

違諸貸貸人。則果實應屬貸貸人。因至分離之時。昔日之賃借人。已非果實權利者矣。

法定果實。非與元物爲一體。每時所發生者也。宜勻計其權利存續之期。而平均取得之。至支給時期。固無影響於權利之中。故民法八九條二項曰。法定果實。以收取權利之存續期間。勻計而取得之。蓋依從來通行之慣習。而不以時刻爲標準。以避計算上之煩雜。茲申其例。則賃貸人。讓交賃借權之目的物於他人。則讓交日以前之借賃。爲己所應取得。讓交日以後之借賃。則屬於讓受之人。生產利息之債權。讓交之時。亦與此理無異。

第五編 私權之得喪

第一章 汎論

前二編說明權利二大要素(即主體及客體)之法理。本編則論關於權利之得喪、及變更之普通原則。

第一節 權利之取得

權利之取得。由主動之主體爲之。質言之。卽取權利以爲己有耳。取得之方。分爲二種。原始取得。及繼受取得是也。原始取得。不以他人之權利爲始基。而獨立發生之謂也。如因先占、添附、及時效、而取得是也。就狹義言。原始取得。實以取得無主權利爲限。至因時效而取得。應屬繼受取得之部類。不可爲原始取得。然苟從其說。則除因先占而取得無主物之所有權外。幾無原始取得之時。世人所公認爲原始及繼受之二大區別。不將歸於無用乎。

繼受取得。以他人權利爲始基。而取得權利之謂也。如因買賣而取得一物之所有權是也。法律上稱以前權利者曰前主。稱取得權利者曰承繼人。繼受取得。又分爲移轉取得。及創始取得之二種。

移轉之繼受取得。卽既存在之權利。不變其性質名稱。而移轉於承繼人是也。如因買賣而取得所有權於賣主。又如由抵當權者。讓其抵當權於他人時。承繼人所得之權利。與前主之權利相同。即內容名稱。亦毫無所異。不過變更權利主體而已。

創設之繼受取得。卽基於前主之權利。於新名稱之下。取得其內容之一部是也。質言之。則爲不消滅前主之權利。以其權利爲基礎。而取得別種之權利。如所有者。設定地上權、永小作權、質權、等。此時設定者。非有此等權利。惟分割其所有權中一部之占有、使用、及收益之利益。而別設各種異名之權利。謂爲繼受取得。似未得其當。然其權利之實質。無非承繼於所有者。而發源於設定者之權利之中。苟執廣義以言移轉。亦可加入繼

受取得之部類。民法中之關於物權者。亦欲明其區別。故分用設定及移轉之語也。(一七六條)

繼受取得。又分特定名義之取得。及統括名義之取得。特定名義之承繼。即取得特種財產之謂也。統括名義之承繼。即取得資產之全部或一部之謂也。前者恆以生存者間之契約。及其他事由爲根據。後者則由法定或遺言相續之故而發生。故世之立法例及學說。每謂爲生存者間之權利承繼。及死亡後之權利承繼。日本民法。則不得僅以死亡爲統括承繼之原因者也。(九六四條)

統括名義之取得。以相續人統受被相續人之權利義務爲通例。(九八六條一〇〇一條一〇九二條)羅馬法復本其固有之觀念。定相續人并被相續人之人格而繼受之。余謂義務既與權利同時繼受。即可以見與特定承繼區別之實用。夫以生前行爲。於無害相續人之範圍以內。讓渡其財產之全部或一部。固非不能。然此非統括移轉。僅就其財產之各種類

而爲讓渡也。譬如登記。亦就各種不動產分別爲之。其義務之不隨權利而移轉也。不待言矣。

繼受取得。以前主之權利爲始基而取得。故必以屬於前主之權利爲制限。亦可適用無論何人。不得移轉其既有權於他人之原則。茲舉其與原始取得相異者如左。

(一)承繼人不得取前主所未有之權利。卽在創設繼受取得。亦必使爲彼取得之基礎。屬於設定權利者而後可。若原始取得。則固無此條件者也。

(二)承繼人主張其已取得之權利。不得不證明前主權利之存在。

(三)承繼人取得前主之權利。並可取得其從權利。但不得取得優於前主權利之權利。凡附著於前主權利之制限、負擔、及瑕疵。亦當然承繼之。

其他之繼受取得。如不得移轉於他人之權利。(如親權、夫權、公益法人之

社員權利)自不能適用以上規定。從可知矣。

私權之取得方法。可因取得權利之種類而區別之。或爲物權債權所統用者。或爲各種物權及債權所特有者。舊民法甚重視之。特設財產取得編。且定其目次。然主義不貫。或於財產編中。規定取得方法之一部。或於債權擔保編。又規定其一部。新民法所定編別。則以權利關係之性質爲基礎。於總則編。規定各種權利。及關於物權債權之取得方法。第二編以下。則就各編所規定之權利。特定其取得方法。蓋分類法不與舊民法同也。

第一節 權利之喪失及變更

權利之喪失者。從來之權利主體。與權利關係相離。不復享有其權利之謂也。權利之喪失有二。(一)主觀或相對的喪失。(二)客觀或絕對的喪失。是也。

主觀的喪失者。因有他人爲其主體。而喪失權利之謂也。如權利之移轉

承繼。非權利消滅。主體有變更而已。權利之讓渡。則讓渡人喪失其權利。是僅主體之變更。非權利之消滅也。接近世法理。雖特定人相互關係之債權。主體有所變更。並不視之爲消滅。通常對於權利之消滅。而言喪失者。卽主觀喪失之意也。權利仍在。惟舊主體與權利分離已耳。客觀喪失者。卽權利絕對不存在之謂也。非因有他人之取得。而權利主體。自陷於終止之境。謂爲權利之消滅。亦無不可。如地上權、永小作權。期滿卽歸消滅。所有者非承繼他人之權利。第由不完全之所有權。回復至於完全已耳。又債權及其擔保。因清償、免除、等而消滅。除代位(五〇一條)外。不得移轉於他人。他如權利目的物滅失之後。其權利亦自歸於消滅。凡此情形。不問其消滅事由之本於意思作用與否。由權利者言之。不外權利之喪失而已。欲與主觀喪失。分界明確。則稱其消滅。亦甚得其當者也。

不可與權利之喪失相混者。權利之變更是也。所謂權利之變更者。謂不

失其存立之基本。惟內容或主體。有所變更已耳。關於內容之變更。有生自目的物之分量者。如因添附而致土地之膨脹。或免除債務之一部是也。有因種類之變更者。如以移交特定物爲目的之債務。債務者因有過失。不能履行。易爲賠償金錢爲目的之損害賠償是也。斯時權利之內容既變。有舊權利消滅。新權利更生之狀。實則原債權依然如昨。而其他保證。及其他擔保。亦未嘗消滅。又或變更債務履行之時期。場所。而於權利之效力。生有變更者。如相約於定期內。不得請求履行債務。則在此定期內。亦與權利之消滅無殊也。主體之變更。生於權利移轉(即承繼)之時。主體員數。或因之亦有所變更。如因遺產相續之故。而以屬於一人之權利。忽分屬於數人。而生共有之關係。然從來權利。固未嘗消滅。祇移轉於承繼之人。但更改之性質。與變更不同。解釋者不可漫無分別也。(五一三條至五一八條)

權利之消滅變更。因於當事者之意思居多。最重要之原由有二。曰拋棄。

曰讓渡。

拋棄云者。表示將來遺棄權利之意思之謂也。其以意思作用爲本。固與讓渡無異。至消滅權利。則二者效力。大有懸殊者在焉。

雖然。拋棄非無制限者。蓋無全行消滅權力之效力者也。如僅加制限於其目的之範圍。或行使之時期。則不過爲權利之變更。如表示免除債務之一部。及定期內不請求償債之意思。雖亦可稱爲一部之拋棄。究非債權全歸消滅也。

拋棄權利。必以權利者之意思表示爲本。然於特定之法律關係。祇需一方之意思表示。或必俟他方之承諾。古來立法之例不一。羅馬法謂權利消滅之狀態。宜與成立時之狀態相同。雖欲拋棄。必有契約。債權爲特定人相互之關係。羅馬法於債權。亦欲統以同一主義。不許債權者。以一方之意。讓渡於人。或拋棄之。近世於讓渡一端。咸不襲用其主義。惟債權之拋棄。即債務之免除。西方各國。尙必以契約爲憑。日本民法。承認一方之

拋棄。其說當詳於後。(五一九條)要之物權之拋棄。大抵任諸一人之意。如所有權之拋棄。(所有物之遺棄)是拋棄無特定法律關係之權利。最足據爲余說之證。又安庸與他人爲契約乎。

拋棄之意思。不必明示。即默示(即權利者之行爲或不行爲)亦可以成立。是爲意思表示之通則。如不願其有取消之原因。而仍請求其履行。被請求者。又無異議。即視爲拋棄取消權。但不得僅依單純之消極行爲。以定其有拋棄之意思而已。

拋棄非以現有之權利爲限。即將來所能獲之權利。亦可爲之。但拋棄時效未完之利益。或未開始之相續。則爲無效。(一四六條九八六條一〇〇一條一〇〇八條)是本於公益之理由。以爲之制限。即拋棄現有之權利。亦以以財產權爲目的者爲限。人身權則適用此說者。蓋未之見焉。(九〇條)讓渡云者。移轉其權利於他人之意思表示也。與拋棄不同。此方喪失權利。而同時彼即取得其權利。就通例言。僅爲主體之變更。而非權利之

消滅。惟必基於意使之作用。此所以與因時效、相續、等權利得喪不同也。（時效之原始取得又相續之統括承繼原由亦與讓渡不同）又讓渡必有雙方之行爲。此復與拋棄之性質不同。創設之繼受取得。實質上即讓渡之一種。故亦稱爲廣義讓渡。但非普通之用例也。

第三節 法律上之事實

權利之發生、消滅、及更變。必原於一定之事實。凡宇宙間發生之現象。孰非事實。能爲權利之得喪。或變更權利者。曰法律事實。法學上所宜研究之事實。固不出此種範圍也。

因法律事實。而生權利之得喪或變更者。曰法律之效果。法律事實。雖由法律而定。然非法律所創造。蓋以吾人之意思。及自然界之事物爲起因。若法律之效果。則全由法律之作用。其別有二。一則可以吾人之意思而生者。一則不問吾人意思之有無而生者也。

定法律之效果。(如權利發生之時期)實於物權之取得及其他各事。爲最重要之事項。然權利發生之時期。每有難於確定者。而效果之發生。又與不同時發生之各事。互有關係。是爲易生疑議之時。吾人宜先明權利發生之時。及效力發生之時之區別。蓋權利非必於發生之時完成其效力。如取得一年後清償之債權。未至清償之期。不得行使債權。然債權固已成立也。

凡權利之取得。及其他法律之效果。恆發生於事實完全發生之後。但亦有效果發生以後。復一時停止者。(一二七條一項)又雖發生於一事已顯之時。而尙以他種事實之顯爲要件。要件既充。始追溯前事初顯之時。而生效果。如民法第四十二條二項。卽其例也。又如胎兒有相續權時。必以產出生存爲前提。迨完成其要件。則回溯相續開始之時。而爲相續人。(九六八條九九三條一〇六五條)蓋與上所述者無異也。

法律事實。分爲基於意思者(卽行爲)及不基於意思者(卽事實)之二種。汎

言之。則行爲亦一事實。茲執狹義以釋事實。使與行爲相對。或以非行爲之事實。爲法律所規定之權利得喪之原因。因有分爲基於意思之事實。及基於法規之事實者。不知事實之基於意思者。亦必俟法律之承認。始生權利得喪之效果。二說復有何別乎。

法律事實之行爲。有積極消極二種。吾人之意思。非專因行爲而表現。亦有因不行爲而發動者。如至應履行債務之期。而不履行。此亦不行爲之一種。即爲損害賠償之原由也。

又行爲有單純之意思表示。及與他事連結者。而行爲之成立。恆由於單純之意思表示。惟先占、消費、貸借等。除意思表示外。復以占有之事實爲根據。但是等行爲。亦置重於意思表示。故雖統稱之爲意思表示。亦無不可也。

法律事實之行爲。重大者有二。曰法律行爲。曰不法行爲。法律行爲。以私權之得喪變更爲目的。因而生有效果之謂也。不法行爲。因故意或過失。

侵害他人之權利之謂也。此種行爲。於法律上應生損害賠償之義務。要之不法行爲之效果。每與其本意所願得之效果相反。此即與法律行爲不同之一端也。

不法行爲。應生損害賠償之債務。故以規定於債權編爲通例。日本民法。亦本此觀念。特揭其規定於債權編。當俟第三卷論之。

以上區別。能舉發生私法上效果之各行爲。而統括之乎。此說宜依法律行爲之本義如何而定。近世觀念。執狹義以釋法律行爲。非僅就以發生私法效果爲目的之各行爲而言。苟從其說。則法律行爲。及不法行爲之外。必別有各種行爲。又有以能生法律上效果之行爲。總稱之爲法律行爲。然此非日本民法上法律行爲之意義也。

非行爲之事實。如出生、死亡、添附、發見埋藏物、等是也。而有廣大之作用者。時而已矣。但僅言時。不能爲權利之得喪或變更之原由。必與他事相連結。始生法律之效果。如定期內不行使權利。則其權利因時效及定期

之滿而消滅。時之規定。非僅適用於一種權利。民法所以於第一編。特設時及時效之規定。其他事實。或關於統括名義之權利取得。或關於特種權利之得喪。皆規定於第二編以下。

前述各種區別以外。復由法律事實之效力觀察之。可分爲得權事實。喪權事實。及變權事實之三種。然三者之別。可即據以上各說明之。茲不具述。

第一章 法律行爲

人生需要。類以能生法律上效果之行爲充之。苟能恪守法律所定之制限。宜各出其行爲之自由。以定人我間之法律關係。法律行爲者。即所以遂其私法上生存之一大要具。行爲之中。或如買賣、貸借、及雇傭等。以吾生必不可缺之財產權之得喪。爲其目的者。或如婚姻、養子等。以身分上之變更。爲其目的者。他如相續之承認。遺言之成立。每生極重要之效果。此等行爲。各受成規之支配。然不可不定可以適用於全數或多數之

原則。故必論究其法理。至其理論之深遠。適用之廣汎。實爲私法全體之樞紐也。

法國法系之法典。無法律行爲之通則。本章所述（民法第一編第四章所規定）之事項。彼僅規定於法律行爲一種之契約之下。學者亦有引用法律行爲之語。然有關法律行爲各事。每就契約並論之。德國法系之法學家。始能於法律行爲總義之下。求所以定私法關係之方。觀民法總則編中。特揭法律行爲之通則。即德國編別法最優之一端也。

第一節 法律行爲之本質及分類

第一款 法律行爲之本質

法律行爲者。欲生私法上之效果。而爲能生效果之意思表示也。今析其定義如左。以明法律行爲之本質。

（一）法律行爲爲意思表示

凡百行爲。皆表彰意思於外形之謂也。法律行爲。卽一種意思表示。因欲

生私法上之效果。而表彰於外部。此說於純依意思表示而成立之法律行為。及意思表示外。復加引渡物品等事實者（如消費貸借使用貸借及清償債務等）之間。不設區別。近世多採用之。學者雖有異議。然意思表示。本有二義。或指法律行為中之一要素。或因其為最重要之要素。遂通稱爲法律行為之全體。通常所謂法律行為爲意思表示。是皆屬第二義。所以重視此種要素也。

又以上所述。爲單獨行為。及契約之共同觀念。但契約必俟承諾而成立。故採用雙方意思表示之說居多。是亦以意思表示之語。用於單數。而復以雙方合效之意解之者也。

雖然。法律行為之用例。實際分爲二種。一用於意思表示。一以指意思表示所生之法律關係。如買賣之解除。貸借之終結。婚姻之取消。皆執第二義以解之。

(二) 法律行為者能生法律上效果之意思表示也

茲所謂法律上效果者。使某種法律關係之發生、變更、或消滅（即私權之得喪變更）之謂也。苟無生此效果之意思表示。則雖受道德之拘束。不得稱之爲法律行爲。如約人觀劇。或同往散步。及通知婚姻死亡等事於戚友。皆非法律行爲。必其意思表示。能生法律上之效果者。始爲法律行爲。至其效果爲何。則可以不問。如清償、承認、婚姻、養子、及認知私生子、等是也。（四二四條二項參照）

（三）法律行爲者能生私法上效果之意思表示也

法律行爲爲術語。意義本有一定。普通私法之民法。如有此項規定。自爲有關私權之意思表示無疑。裁判及其他官廳之命令處分。按諸實際。或生私法上之效果。然就其根本之性質觀之。不得視爲私法上之行爲。屬於主權作用之公法上行爲。無論矣。即有關箇人公權之行爲。亦非法律行爲。如拋棄受恩給之權利。及請求營業免許等是也。

關於訴訟行爲之性質。議論甚衆。日本民法。似以是爲私法行爲。（一二條

一項一四條一項)但未明言其爲法律行爲。故對此問題。宜由理論解決之。以余所見。則確信訴訟行爲。實非法律行爲也。

(四) 法律行爲者欲生私法上效果之意思表示也

觀此可以明法律行爲之本質。與前述以娛樂爲目的之約束有別。且與尋常不法行爲之性質不同。故即能生法律上效果之行爲。而所生之效果。尤必行爲者所欲生之效果。而後可也。

然所謂必本於行爲者意思作用之效果。讀者勿誤解其範圍。以此種效果。能發生變更或消滅一定之法律關係。如買賣或婚姻之成立是也。至其行爲更生何等效果。則亦依法律所定而決之。但法律所規定者。或容別種意思表示。或否。然即容別種意思表示(如賣主有擔保之義務)而實未表示其意思。則當事者雖或未知。或非其所望。亦可當然發生其效果者也。

要之法律行爲。非必僅生當事者所豫期之效果。或有不生所豫期一切

之效果者。又或有終局目的之效果。不發生於實際者（如附有條件之行為及可以取消之行為）皆無妨其為法律行為也。

法律行為。不必直接以權利之發生、變更、消滅為目的。如催告、承認、債權讓渡之通知、行使權利、及以保全為目的之行為。皆屬於法律行為。世之學者。每謂法律行為。不必僅以發生法律上之效果為目的。時或生有法律以外之結果。如先占、及管理事務是也。雖然、是等行為。果法律行為為與否。余不能無疑。當於以下詳論之。

（五）法律行為者因欲發生私法上效果而為能生其效果之意思表示也。

依舊傳之說。則法律行為。即以求生私法上效果為目的之意思表示也。然定義如此。殊有所未盡。蓋猶有欲使其發生效果。而為之之後。法律上始發生其效果之一義在也。即行為者之欲望。與發生其效果之間。必有不可缺之因果關係。是為法律行為之特性。近世學者。無不公認之。至不

法律行爲。於法律上。生有損害賠償之效果。雖出於行爲者之所欲。仍不得爲法律行爲。苟從此說。則先占、遺失物之拾得、附合(二四三條)混和(二四五條)加工(二四六條)住所之設定、及事務管理等。不問其欲生法律上之效果與否。其能生效果之行爲。亦將謂爲非法律行爲矣。又有一說曰。法律行爲者。因使發生法律上效果而爲之。其與不法行爲或占有等所謂事實上行爲。實有區別。說明之法雖異。其結果亦未嘗不相同也。

第一款 法律行爲之分類

法律行爲。分類甚多。今示其重要者於左。

(一) 一方行爲 雙方行爲

一方行爲者。謂其法律行爲。由單獨之意思表示而成立者也。如催告、承認、追認、取消、解除、遺言等是也。民法稱之曰單獨行爲。(一一八條)單獨行爲。對於相手方而爲之者固多。然亦有不對何種主體而爲之者。如寄附行爲、相續之承認、或拋棄、及遺言等是也。二者區別之實用。可就第九十

三條但書。及第九十六條二項之例。而別其適用之地焉。雙方行爲者。謂其法律行爲。由二人以上之合意而成立者也。民法稱之曰契約。契約之語。本譯自法文。有以發生債權爲目的之意。民法中則用之於廣義。凡以發生私法上效果爲目的之合意者。皆稱曰契約行爲。第一百十三條至第一百七條。但第三編第二章之所謂契約。尙從法國法系之立法例。定發生債權之源。故吾人於彼之所謂契約。宜以狹義解之。雙方行爲。必於當事者之間。生有法律上之效果。故雖爲數人之行爲。而效果不及於當事者。即非雙方行爲。如數人共爲一種寄附行爲是也。近世學者。或於一方行爲及雙方行爲外。更認一種共同行爲。是亦可以研究之一問題也。

(二)生前行爲死後行爲

生前行爲者。謂其行爲之目的。非以定其死亡時之關係也。故其效力之發生。與行爲者之死亡無涉。死後行爲則不然。其行爲之目的。定死亡時

之財產處分。及其他事故。其效力必發生於行為者死亡之後。買賣及其他法律行為。皆屬生前行為。死後行為。以遺言爲最顯。二者關於財產之處分者多。故或稱之曰生前處分。死後處分。

(三)有償行為無償行為

有償行為者。受有對價。而爲給付財產之法律行為也。如買賣、借貸、借、負擔贈與等是也。無償行為者。不受報償。而爲給付財產之法律行為也。如使用貸借、無負擔之贈與、及遺贈等是也。二者區別。以適用於契約爲主。而關於其他各事。法律之規定有異者。亦未嘗無實益可見也。(一二條五五九條九二九條等)

(四)定式行為無定式行為

定式行為。非依書函及其他一定方式。以爲意思表示。則無效力。婚姻遺言是也。而無定式行為。則無論依如何方法。以爲意思表示。皆有效力。近世法制。法律行為。以無定式爲通則。而以定式爲例外。意思表示之中。有

須加他種事實（如物之引渡）之行爲（如清償寄託及其他實踐契約）不得謂爲定式行爲者也。

（五）主行爲從行爲

主行爲之成立。不賴其他法律關係之存在。從行爲則不然。必有賴於其他法律關係之存在者也。如供消費貸借之擔保。或於婚姻時。定夫婦財產之制是也。凡爲主之法律關係。既不存在。則從行爲亦隨之而不成立。如從行爲無效。則毫無影響及於主行爲。此二者之別也。又爲從之法律關係消滅。爲主之法律關係。決不隨之而消滅。此爲法律上之原則也。

第二節 法律行爲之成立

第一款 汎論

法律行爲。有左列之三種原素。於有關成立及效力之作用互異。甚爲重要之區別也。

（一）要素 茲所謂要素。即組成法律行爲本質之原素也。苟缺其一。法

律行爲。不得而成立。

要素有普通要素。及特別要素之二種。普通要素。爲各種法律行爲。所不可不具。其目當於第二款述之。特別要素。爲特種法律行爲。所必不可缺。如買賣契約之目的物及其代金。必雙方合意而後可。否則雖成其他法律行爲。而買賣契約。則不能成立也。

(二)常素 所謂常素者。雖爲法律行爲之性質及效力。然可以別種之意思表示。變更或除去之。如買賣契約之擔保義務。雖無特約。賣主應任其責。然可以特約輕重其責任。或於法律明定之制限內免除之。(五七二條)蓋無特約時。此種原素尙在。故名之曰常素。

(三)偶素 所謂偶素者。非法律行爲之本質。由當事者特加於法律行爲之條款也。如買賣契約。附加以買還約款。或支給代金之期限。是其例也。

組成法律行爲本質之要素。定之於法律。不得以當事者之意思變更之。

如規定各種契約成立要件之條文。(五四九條五五五條等)皆屬強行法。此要素與其他二原素。性質之所以異也。雖然。法律行爲。非祇備法定要素而已。凡當事者認爲必不可缺之條項。皆宜具備。質言之。卽當事者。如變更或除去常素。而附加偶素。所定條款。爲通常法律行爲之內容。其效力與法定要素無異。故此等條款有誤。則法定要素雖無誤。而法律行爲。要不能成。後當詳述之。

第一款 法律行爲之要素

各種法律行爲之要素。分類法。因法系及學說而異。茲舉其行爲成立所必不可缺者。則意思表示。及目的之二者爲歸束。但二種要素。各具一定之要件。後當更述之。

世之學者。每以當事者及其行爲能力。列入要素之中。若意思能力之說。尙非失當。至以當事者爲法律行爲之要素則不可。由主觀之方觀察之。當定意思表示之效力。不必問當事者爲何人。又意思能力。固爲法律行

爲之要件。然亦僅視爲意思表示之一要件也。至其他行爲能力（民法所謂能力）則與法律行爲之成立要件無涉者也。

法律行爲之成立要件。與完成要件不同。法律行爲。雖具前述之要素而成立。然尙有未能完全成立。而可以取消之者。如欲完全成立。必具別種要件。在日本民法中。計有二說。（一）意思表示。毫無瑕疵（欺詐或強迫等）（二）有能力（民法上之能力）若執廣義以釋法律行爲之要素。則完成要件。亦統括於其中。此所謂能力。自必爲其要素之一。就理論言。或可謂爲得當。然更舉各種要件之效力作用而細別之。不勝紛雜之弊。故不如定成立要件。與完成要件之區別爲便。但缺其要件之行爲。通常仍稱之爲法律行爲。而無效（即不成立）與取消之別。當於第五節說明之。

意思表示。爲法律行爲要素之一。同時成其本體者也。故次節當說明其法理。茲就法律行爲第二要素之目的中。所不可不具之要件論之。

法律行爲之目的。卽當事者所欲發生私法上效果之事項也。質言之。卽

組成其意思表示之內容。法律行爲之目的。必有能受法律保護之性質。今就普通觀念。而示目的中之要件。(一)可能。(二)適法。若以不可能或不適法之事項爲目的。則其法律行爲。不得而成立。

(二)目的必爲可能之事項。不可能之目的。卽絕對不能發生之事項也。若主觀的及一時不可能之事項。要不妨法律行爲之成立。生有債權關係之行爲。債務者或不能履行。而其行爲既已成立。卽不得不任不履行之責。或謂不可能之目的。非必絕對不可能之事項。然其語實反人事之常態。凡法律上事。惟以當時人類智識之程度爲標準。以判斷之而已。當事者明知其爲不可能之事項。而始以爲法律行爲之目的。則其行爲等於兒戲。卽不以目的之不可能爲理由。復可以其無發生法律關係之意思爲理由。而決其行爲爲無效。就實際而論。因目的之不可能。而使法律行爲爲無效者。皆當事者不知其爲不可能之事項也。如爲買賣特定之契約。不知其物早已滅失。尙以爲契約之目的。是也。

使第三者爲某種行爲之契約。因目的之不可能而歸於無效。此法國法系之學說、及立法例所同認。然此等行爲。第三者或以爲可能。卽不得謂爲絕對之不可能。故宜依意思解釋之原則而定其效力。當事者既有意思能力。必能認定能生效果之目的。以爲其行爲。安得爲無效。凡以第三者之行爲爲契約。其所表示之意思。常欲使第三者。負努力行之之義務。迨終不能成功。則可視爲不履行義務。令其任賠償損害之責。亦事之至當者也。

(二)目的必爲適法之事項。法律行爲之目的。因不適法而歸於無效者有二。述之如左。

(甲)以法令禁止之事項爲目的者。法令中所禁止之事。即不許發生此等事項之意也。凡不定特別制裁者。無論直接間接。以發生此事爲目的之行爲。皆爲無效。不隨禁止之方式如何。而有差別。或有不得爲某行爲之規定。或如刑法對於一定之行爲。揭明刑罰之制裁。不必特具禁止之

明文。要以明瞭立法之本旨爲標準。又以不爲法律所命令之行爲爲目的者亦同。蓋所以間接禁止其不行爲也。

然茲所謂法令禁止之事項。止以違反強行法規者爲限。若任意及解釋之法規。僅於當事者不表示別種意思。及認定其無別種意思之時適用之。如不適從者。不可與禁止事項。同日而語者也。(九一條)

(乙)以違反公共秩序或善良風俗之事項爲目的者。所謂違反公共秩序。或善良風俗之事項。不必法令有禁止之明文。第就普通觀念所目爲妨害共同生存之各事。皆隸於其中。故其範圍甚廣。幾與認裁判官有立法之權無異。是誠出於不得不然之原則。各國法律。莫不若此。凡法律所不能保護之事。千差萬別。其勢不能同列明文。故立法者設一抽象之標準。至適用之方。則一任裁判官之認定焉。(九〇條)

公共秩序。與善良風俗之間。非有明確之分界。苟反其一。即未必與其他相合。惟一以公安公益爲主。一則自社會道德觀察之。要之俱爲不可違

反之共同生存之要件也。如親權及其他身分權之拋棄、或制限。以永不讓與他人爲條件。而贈與財產。結終身不營職業之契約。爲婚姻或養子之豫約。與婦女以金錢。使破貞操。及與結終身不與他人結婚之約。皆以違反公共秩序。及善良風俗爲目的之行爲也。又與人以報酬。使爲法律所命令之行爲。及不爲法律所禁止之行爲。亦屬無效。此種實例甚多。不能一一臚舉也。

一說曰。民法第九十條。違反公共秩序。或善良風俗之事項云云。實爲失當。法律上無效之行爲。以違反公共秩序者爲限。若違反善良風俗之行爲。必亦與公共秩序不合。始歸無效。否則雖違反善良風俗。而無害公共秩序。即不應受法律之干涉。此說先定公共秩序之意義。及其範圍。以余所見。僅執以上定義。釋公共秩序之語。尙有不甚明確之嫌。果能網羅一切與否。不能無疑。轉不如姑示兩種標準。較爲完善也。法律雖不詔示吾人。使恪守道德上之本分。然亦未必保護有悖道德

之行爲。夫道德無強制力。與外形上之制裁。及不認違反道德行爲之效力。自別爲一事。至爲保持共同生存之故。則前者可以或缺。而後者不可須臾廢也。茲所謂違反善良之風俗云者。非日常細微不謹之謂也。果違反與否。應本於國民全體之思想定之。德國現行民法。於違反法律所禁止之行爲外。別載違反善良風俗之行爲。不復言及公共秩序。法國之民法解釋者亦然。豈無故哉。

有不可與法律行爲之目的相混者。緣由是也。當決定法律行爲之意思之時。必有所據之理由。非所以組成其內容也。吾人所爲各種法律行爲。無非欲充一定之希望。如出賣一物。或借入金錢。其目的或在轉買他物。或在經營商業。或以清償債務。或以爲救補親友。及其他慈善事業之使用。當事者爲是等欲望所迫。始爲法律行爲。揆其緣由。千差萬別。常存於當事者之心。不可因法律行爲之性質而定。故緣由無影響及於法律行爲之成立。雖並無緣由。或緣由有錯誤時。仍於法律行爲之成立無妨。如

甲因贈乙之緣由而買物。乙適死亡。則其賣買。無因是不能成立之理。又法律行為之目的。必不能與公共秩序或善良風俗相反。至緣由則雖屬不法行為。仍不失為有效。如因謀殺而購凶器。因設妓寮而賃房屋是也。如以緣由通告相手方。仍不得為法律行為之要件。但實行時。表示為法律行為內容之意思。則不在此限。

又有宜與緣由區別者。原因是也。在昔皆以原因為法律行為(如契約)成立之一要素。今法國法系之法典。尙承認真實適法之原因。為契約(契約上之債務)之一要件。其本質如何。學說不一。就通例言。原因實為當事者約束債務之直接(或法律上)理由也。首倡原因論者曰多馬。彼依雙務契約、實踐契約、及無償契約之別。而論原因之不同。其說曰。雙務契約(如賣買)之各當事者。其債務之原因。不外相手方之債務。實踐契約(消費貸借寄託等)之債務原因。在對相手方受一定之給付。又如贈與之原因。則以報恩、賞功、慈善、等緣由為依歸。波智惠復祖述之。遂為法國民法所襲用。

徵諸編纂議事錄。其例甚明。近來學說。則謂原因爲契約之要素。而與緣由有別。以緣由爲間接之目的。而以原因爲直接之目的。此其別也。然近世法國學者。亦有反對以原因爲契約一要素之說者。在雙務契約。則雙方債務。與契約同時發生。如謂其間有因果之關係。實與論理不合。主實踐契約之給付。爲契約之本質。非別有原因在焉。若贈與之原因。卽爲緣由。故觀察實際。覺承認原因爲獨立要素。竟無實益可見。彼雙務契約。所謂無適法之原因。致契約歸於無效者。實以缺適法之目的故也。不可以原因與成立一要件之目的相混。實踐契約之原因(給付)有缺。卽其契約有不能成立之故。無償行爲。亦非僅以單純之適法緣由爲要件。惟以緣由成爲行爲之內容。始應具有一定之要件。是廣義之所謂目的也。法國學者。以贈與之原因。卽無償以與人財產之意。此不但非多馬所倡之原因論。且使原因與贈與之意相混。益見其無益也。以上所論。固非定論。日本民法中。無關於原因之規定。則不以原因爲獨

立之一要件也可知。觀各國立法例。亦多不設有關原因之規定。惟於不當利得之條文以下。設特別之規定已耳。

然尙有一疑議在。即不示一定之原因。而約爲給付是也。如有證書一紙。中載應支給若干金於某人。然給付之契約。不可無一定之原因。代金之支給或借金之返還等。而證書中竟未指示。是爲不完全之證書。不得僅執此種證書。而主張訴訟上之債權。必證明請求之原因而後可。民事訴訟法九〇條四八四條。此與票據債權不同之地也。據是以觀。似亦認原因爲要件。然此爲關於證據之問題。所謂請求之原因。謂其請求基本之法律關係。所生之事實也。與民法學者之所謂原因不同。第於手續法上。不得不有以證明之。非法律行爲成立之要件也。

法國法系之立法例。認原因爲契約成立之要件。有一大效用。即原因有錯誤時。契約爲無效是也。然卽如其說。仍無賴於原因。非第因其與他要件相混之故也。日本民法。於妨害法律行爲成立之錯誤。類以其他觀念

爲本。若意思表示之內容。則偶於一定程度之下。措重而已。當於次節詳之。

法律行爲之內容。依意思表示而定。今日既執此主義。則對於法律上緣由。更特認原因爲成立之要件。似屬無謂。若從意思主義。則當事者所欲達之目的。雖千差萬別。不表現於外部。而要以實行爲要件。然必欲貫徹意思主義。則其弊靡有底止。轉爲安全授受之障礙。迺於當事者。決定爲法律行爲之理由之中。設遠近之別。稱所謂直接之目的曰原因。視爲成立之一要件。其他則悉歸緣由之名以下。而無所顧慮。由此觀之。則原因云者。不外對於意思主義。及裁判官職權之一種制限而已。然後世法律行爲之內容。以定於意思表示者爲主。原因與緣由之別。即在其爲意思表示之內容與否。而內容則以適法爲要。(九〇條九一條)

第三節 意思表示

第一款 意思表示之要件

法律行爲之本質。即意思表示。意思表示。即表彰其意思於外形也。意思發表於外。始成爲行爲。故意思表示。必具意思及表示之二原素。無意思。固無從表示。雖有意思。而未表示於外部。則不過人心內部之作用。與法律行爲無涉。民法既曰意思表示。則必兩者兼備可知。此通例也。即意思主義。亦非可全然不表示者。所與表示主義異者。當意思與表示不一致時。將置重何地。以定意思表示之效力而已。

今舉意思表示成立時。必不可缺之三要件於左。

(一)意思 意思爲法律行爲之基礎。意思不具。爲行爲不能成立之一大原由。當爲法律行爲之時。無決定意思之能力。自不得爲有效之意思表示。如嬰兒、瘋漢、及醉人。是也。

(二)表示 意思必表示後。始生法律之效力。而所表示者。必爲表示者當時欲爲之意思。故近世學者。以行爲意思。與表示意思。同時存在。爲至要之原則焉。

(三)意思與表示之一致 意思表示。即表示一定意思之謂也。故意思與表示。應互相一致。若表示於外部之意思。與其真意不合。即爲無效。然欲知他人意思。莫便於觀其所表示。故定法律者。不可偏執理論。當並考其實際。及於授受上之影響。遇有有意與表示不相一致。將置重於意思。或置重於所表示乎。爲說有三。述之如左。

(甲)意思主義 此主義重視真實之意思。苟所表示者非真意。則全然無效。法國法系之法典。多採用之。德國學者。主張其主義者亦不少。

(乙)表示主義 此主義重視表示。雖所表示者。與真意相反。亦從授受上之通習。以定意思表示之意義。而求依其所表示之意思。近世信此主義者漸多。德國民法。第二讀會草案以後。對於以財產權爲目的之行爲。多偏信此主義。

(丙)折衷主義 此主義執衷前二主義。通常固以真意與表示一致

爲要件。惟於各事劃定適用之界。而注重所表示之意思。蓋不與真意相合之意思表示。既發表於外形。則人皆信爲真意之表示。因是而生各種行爲。若因表示者主觀狀態（或原因於過失）與其真意不合。即謂爲無效。則何由而信他人之意思。欲保授受之安全。其可得乎。故既宜保護表示非真意之當事者。又宜保護無過失之相手方。以期授受之安全。是即日本民法所採用之主義。而所取則者。實德國民法也。

除以上所舉三要件外。完成意思表示之時。尙有任意之一端。即無基於他人不正干涉之瑕疵也。缺此要件。意思表示。雖非不可成立。猶無能力者之意思表示。可以取消之已耳。第三款當詳述之。

第一款 意思表示之方法

意思必表示於外部。而表示時又無一定之方式。可以言語、書信、容態、等方法爲之。又明示與默示無別。在昔固有明示與默示之別。大抵直接以

意思表示爲目的之方法爲明示。由其他情況（行爲又不行爲）使人認知其意思之表示爲默示。但近世德國學說。每謂其無確定之分界。但定其明確之程度而已。

然沈默不得視爲意思之表示。如不復答契約之申告。不可卽謂其承諾。惟因當事者間。所通行之授受上慣習。不必表示承諾之意思者。不在此限。

昔自羅馬法以來。至德法諸國之法律。莫不重視方式。非履行一定之方式。法律行爲不能成立。不但物權之設定移轉爲然。卽發生債權關係之契約。亦必履行特定之方式。中世交通發達。漸知形式主義之不便。近世遂以不用方式爲通則。溯變遷之由來。實以中世法國北部之慣習法爲始。南部所行之羅馬法主義。爲彼所勝。復被採用於千八百四年之民法典。其後影響。乃普及於歐洲各國之法制云。

日本民法。亦採用其制度。法律行爲。以不用方式爲通則。通常不限定意

思表示之方法。(一七六條五四九條等)又以方法雖殊。效力相同爲原則。(五五〇條爲例外)但限定某種法律行爲。宜從特定之方式。而爲明示之意思表示。如遺言、婚姻。以更變身分爲目的之各行爲。及票據行爲等是也。此皆所以使當事者慎重明確。以表示其意思也。

第三款 意思表示之不成立及瑕疵

第一項 汎論

爲法律行爲基本之意思表示。由意思及表示之二原素而成。缺一卽不能成立。然僅意思或表示有缺。尙不至於大困。惟時或意思與表示。不一致。則真實之意思。不發表於外形。而所表示於外形者。非真實之意思。如注重意思。則此時不得成立爲有效之意思表示。日本民法。承認此項原則。又爲保持授受之故。特定適用之界限。而認其意思表示爲有效。本款所欲論者。卽以其適用之範圍爲主。

雖然。於此宜注意者。意思表示之解釋問題也。意思與表示。不相一致。實

即意思之欠缺。然必有以證明之。且非輕易容許者也。意思表示之文辭。宜從文法及慣例。用於適當之地。又裁判官雖不可拘泥文辭。然非使其於意思表示以外。探索表示者之真意。實使其就意思表示外形所生之事。而究明其意義也。日本民法。與多數之立法例不同。無關於意思表示解釋法之規定。則裁判官之事務責任。其重大爲何如乎。

意思不與表示相一致者。其別有二。

(一)表示者知其不相一致而爲意思表示之時。此說又可分之爲二。

(甲)對於相手方。隱蔽其真意者。(心裏留保)

(乙)與相手方通謀。爲非真意之意思表示者。(虛僞表示)

(二)表示者不知其不相一致而爲意思表示之時。(錯誤)

其他意思與表示。雖非全不一致。而因他人之不法干涉。非由其任意成立者。其情形有二。因詐欺及強迫之意思表示是也。此二者。非意思有所欠缺。不過所表示之意思。具有瑕疵。故民法本於普通觀念。不以此種意

思表示爲無效。惟許其可以取消而已。以下當次第說明之。

第二一項 心裏留保

心裏留保。卽故意爲非真意之意思表示也。而其目的所在。非必欺罔或侵害相手方也。亦有出於諧謔者。有無成立其他法律行爲之意。亦不必問。如甲與乙約。貸以某物。財與以金千圓。實則並無與之之意。蓋意思與表示。不相一致。是非真正之意思表示。就理論言。不可不謂其爲無效也。

相手方欲知表示者之真意所在。良苦無術。每誤信其所表示者。爲真實之意思。如以意思表示爲無效。則相手方將受不測之損害。而爲安全授受之障礙。法律欲保護相手方之利益。而以其意思表示爲有效。凡表示者。明知其非真意而表示之。則無妨其效力。蓋以其所表示之意思。爲真意表示。以代損害賠償之救濟法也。(九三條)

此項規定。爲意思與表示。必相一致之例外。故適用範圍。不出所定之制限以外。苟相手方知表示者之真意所在。或因過失而不知。則應從普通原則。以其所表示之意思爲無效。(九三條但書)蓋此時無庸特別保護相手方也。

據以上之說。凡不知表示者真意之相手方。雖他日知其真意。而表示者。亦不得主示其所表示之意思爲無效。意思表示之有效。不外善意得所豫期之結果而已。法文僅曰無妨其效力。又但書知或可知之時。文辭雖含有過去之義。實本表示其意思當時之狀態。而定其效力也。

相手方知表示者之真意與否。或可以知之與否。皆屬事實問題。無從而示一定之標準。如徵諸表示者生平之行狀。知其所表示之意思。必出於戲謔。即不得以其意思表示爲有效。但相手方此時對於表示者。有請求損害賠償之權而已。

相手方如知表示者之真意。或可以知之。必由援用無效原則之人(通常

爲表示者證明之。是實心裏留保爲有效之例外也。如前所述。意思表示之無效。可否對抗善意之第三者。是疑問之一也。本條但書之適用範圍。既非如第九十四條二項。有明定之制限。則由積極解決之。要無不可。因當事者間。無通謀之事實故也。如目爲立法論。則余不能無疑。保護善意之第三者。固與保護相手方。無所異也。如謂第三者。依第九十二條及其他規定。而受保護。應無不測之損害。則何以對於虛僞表示。特設第九十四條二項之規定乎。豈亦屬無用之規定乎。以上所說明第九十三條本文之規定。除有特別身分者之行爲。(七七八條八五一條)各種意思表示。俱可適用。對於特定人之意思表示。及不對特定人之意思表示。(私生子之認知相續之承認或拋棄遺言等)其間並無差別。但實際適用於有相手方之意思表示者居多。同條但書之規定。則專適用於有相手方之意思表示。然亦不以組成雙方行爲爲限。即解約、取消、追認等一方行爲。亦可以適用之。

相手方知表示者之真意。或可以知之之時。則其意思表示爲無效。但所隱蔽之真實意思。能生效力與否。吾輩所不可不研究者也。此問題常發生於表示者。欲成立他種法律行爲。或於同種法律行爲。欲附以其他條件之時。苟表示者不欲成立各種法律行爲。則無可適用。民法雖無特別規定。然就理論言。真意既未表示。自無效力。且相手方雖知其真意。未必從其真意。而欲其法律行爲之成立也。如從表示者之真意。認定當事者間。有暗默之意思表示。則屬於事實問題。而在裁判官之職權以內。若就法律問題言。雖無表示。而以其行爲爲成立。則實有不可通者。

第三項 虛僞表示

虛僞表示者。與相手方通謀。而爲假裝之意思表示。心裏留保。恆對相手方爲之。虛僞之意思表示。則常以欺罔第三者。及藉以達不法之目的。與相手方共爲之。而表示者之真意。在不欲各種法律行爲之成立。或欲成立他種行爲。或欲使同種法律行爲。附以其他條件。如債務者。恐債權者

收押其財產。僞爲讓渡於他人。或欲得選舉資格。而於名義上讓受他人之土地。或欲減納登記料。私減買賣之數。記載於證書。此皆虛僞意思表示也。

虛僞之意思表示爲無效。(九四條一項)不但爲非真意之表示。又與心裏留保不同。既與相手方同謀。相手方自無蒙其損害之虞。當事者之間勿論。即第三者亦無論何時。可以主張其爲無效。如債務者欲俾免收押其財產。僞爲讓渡債權。可主張其讓渡爲無效。而履行其應執行之手續。然對此原則。有一制限。即虛僞表示之無效。不得以之對抗善意之第三者。(九四條二項)如第三者不知其實情。而讓受財產於虛僞之讓受人。則其行爲爲有效。所以保護授受之安全也。

虛僞表示。又有隱匿其他種類。或其他條件之行爲。如假買賣之名。而行貸借。或於買賣證書。記載虛僞之代金額。此時其隱蔽之行爲。非當然爲無效。苟具備法律上之要件。從有關其行爲之規定。而發生其效力。但不

得以之對抗善意之第三者。可不言而喻矣。

然以未表示之意思爲有效。實與普通之原則相反。即隱匿行爲。亦不僅證明其有爲之之意而已足。必證明其有暗默表示之意思。此亦不可不知者也。

舊民法及法國法系之法典。以虛僞行爲爲關於證書之問題。僅設以反對證書變更或消滅本證書效力之規定。然所見失之於狹。蓋意思表示。除書函外。可藉各種方法爲之。虛僞表示。亦若此已耳。

第四項 錯誤

錯誤者。無意中爲非真意之意思表示也。表示者。不自知其表示與意思。不相一致。與前二項情形不同。

關於錯誤之法理。最難解決者。莫如法律行爲成立之問題。各國立法例及學說。紛紛不一。惟根本觀念。要無大殊。凡妨害法律行爲成立之錯誤。以意思與表示不合者爲限。吾人口爲各種授受。不免有所錯誤。而錯誤

之起。則因一己之過失。如過於重視表示者之意思。遇有至微之錯誤。亦播其影響於意思表示之效力。則何以圖授受之安全。故不可執極端之意思主義。然專重於表示主義。而輕視真意。則又不可。宜於適當之範圍內。承認錯誤之效力。各國法律。所以明定錯誤性質之有影響。及於法律行為之效力。且必於重要之程度內。始生效果。至其範圍及效果之規定。則各國不同。

今不能詳列各國法制。而述其異同。或以錯誤生於法律行為中之程度如何。而區別其為無效。或可以取消。或不舉錯誤之種目。惟定畫一之標準。苟與其標準相合。則其意思表示為無效。或可以取消。或列錯誤之種目。皆足以為取消之事由。此可以見各國法制之不同。余當先明有影響及於法律行為效力之錯誤為何物。然後再論其效果焉。

日本民法。本近世立法思想。不舉錯誤之種目。而用統括指示之方法。凡意思表示。於法律行為之要素有錯誤。則為無效。(九五條)故解釋民法者。

欲知有害法律行爲成立之錯誤爲何物。則必先明本條所謂法律行爲之要素之意。

何爲法律行爲之要素有錯誤。語意仍有所未盡。普通所謂法律行爲之要素。卽成立時。必不可缺之要件。定其要件之說雖不一。其意思表示。爲要素之一。則學者所同認。然卽謂意思表示有錯誤云云。則又與法意不合。如釋爲有關目的之錯誤。又與目的之義不合。反足以貽誤世人。如當事者。世人皆知非目的之一部。關於當事者之錯誤妨害法律行爲之成立論之於後條文。又不明言爲目的。故此說斷不可取。卽以當事者爲成立法律行爲之要素。亦不能明當事者之錯誤。有影響及於意思表示效力之故。要之本條所謂法律行爲之要素。終必以普通之意解之。欲得正當之解釋。宜弗泥文字。而從近世之法學思想。究其本義。以闡明妨害意思表示效力之錯誤性質。究爲何如。

凡錯誤之足以妨害法律行爲之成立者。不外意思之欠缺。但何等錯誤

爲有效。何等錯誤爲無效。必不可無區別之標準。在昔學者。類別爲關於法律行爲本質之錯誤。意思之錯誤。及緣由之錯誤。緣由之錯誤。即表示者決定其意思之理由。有所錯誤之謂也。如甲以馬寄託於乙。誤聞其馬已斃。因更買他馬。後乃知其爲虛報是也。緣由之錯誤。通例無妨法律行爲之效力。因雖有錯誤。而法律行爲上之意思。既適宜表示。無兩者不一致之弊。故意思表示之效力。不蒙其影響。但以緣由爲條件。及因詐欺而生緣由之錯誤者。則不在此限。

緣由錯誤。及意思錯誤之區別。固學者所同認。然二者分界。殊難明確。如關於當事者及目的物性狀之錯誤。應屬何者。不能無疑。近世學者。欲得明確之法律標準。以代心理之標準。即視有關於意思表示之內容與否。而定錯誤效力之有無。德國民法。即採此主義而定者也。

關於意思表示內容之錯誤有二。

(一)誤爲意思表示之行爲。誤爲意思表示之行爲。雖非誤解表示之

意義。而文言中適爲其意所不欲之表示。蓋行爲意思。及表示意思。俱有所缺。如欲記百馬克。而誤記爲百元。欲言貸借權。而誤言爲地上權。此種意思表示之解釋法。自屬別一問題。而意思與表示。全然不相一致。故當然爲無效。

(二)誤認意思表示之內容。表示者。雖有爲所欲爲之意思表示。然誤解所表示之內容。而缺所表示中相當之行爲意思。如誤解意思表示之意義。信百馬克與百元同價。因記百馬克爲百元。又信貸借權與地上權。爲同種權利。因不曰貸借權。而曰地上權。學者以前說爲表示上之誤誤。以後說爲內容上之錯誤。是皆有關意思表示內容之錯誤。而意思與表示。不相一致之例也。惟前爲表示者所不欲之表示。後則雖爲表示者所欲之表示。而誤解其內容。此其別也。後說之範圍較廣。每有不缺表示意思者。故果爲內容上之錯誤與否。解決殊非易事。如以下所論。關於目的物品質之錯誤是也。

意思表示之內容有錯誤。則意思與表示。不相一致。故其意思表示爲無效。然以微末之錯誤。必使其意思表示爲無效。甚足以害授受之安全。故內容之錯誤。僅於重要之程度以內。始妨意思表示之效力。然欲定如何錯誤爲重要。決之匪易。決定之方法。有主觀標準。及客觀標準二種。主觀標準者。則純注重表示者之意思。凡有表示者既知之後。必不爲此意思表示之確據。始爲重要之錯誤。客觀標準。則依意思以外之標準。惟以法令中一定事項所生之錯誤爲重要。或謂應本於授受之慣習。及其他標準。以定錯誤之程度。如僅執主觀標準。過於重視表示者之意思。絕不顧相手方之利益。實不足以保授受之安全。客觀標準中。主張限定錯誤目的之事項。則恐鑑別輕重。未能周至。而不適合於實際。以余觀之。客觀標準之最正確者。莫如本授受之慣習。以定重要之程度。然僅依客觀標準。則定錯誤之效力。必至漠視表示者之意思。轉無當於錯誤之本義。故首先應從者。仍爲主觀標準也。

近時學說。及立法之趨勢。每結合主觀客觀兩標準。而定折衷標準。以客觀標準。制限主觀標準。德國民法。本此觀念。設可以認定爲表示者。既知之後。或衡之以理之後。必不爲此意思表示之時。則如何云云之規定。又於主觀標準之外。規定表示者。於所表示特別事情之時。苟有正當判斷之人。則亦有影響及於所表示之意思。(如有辨識事理之人處表示者之地位。認定其不爲此等意思表示。亦爲重要之錯誤)所以改正尊重意思主義。而執主觀標準之普通學說也。

日本民法。祇曰於法律行爲之要素有錯誤時云云。不明示判定重要錯誤之標準。則非排斥錯誤本質上之主觀標準也可知。然又非僅依主觀標準。而排斥客觀標準也。觀法律行爲之要素一語。可無疑議。蓋兼採主觀客觀兩標準也。法律行爲之要素。其意與法律行爲之成立要件不同。又非意思之內容各事之謂。所謂法律行爲之要素。猶言內容中之要素也。惟視表示者或所能得利益(主觀客觀)之輕重以定之而已。質言之。卽

可以認定其利益與意思表示之內容有關。此點如無錯誤。必不爲意思表示。且不爲意思表示之後。世人公認其爲正當者。始爲法律行爲之要素。有錯誤也。

前說果當。則欲判斷法律行爲之內容。有無重要錯誤(即關於法律行爲之要素者)不可以生於行爲中。何等程度爲標準。錯誤者。非必因其有關法律行爲之成立要件與否。而異其效力。如關於法律行爲之性質。及其目的物。有類似(如某村某番地某號屋)之錯誤。通常以爲有害法律行爲之成立。然關於物之數量之錯誤。亦有無影響及於法律行爲之效力中者。至關於同一當事者之錯誤。則僅以注重相手方時(贈與、免除、信用賣買等)可執以爲無效之原因。若現金買賣。並無特定之相手方。則雖有錯誤。仍無害意思表示之效力。與此相反之條件。無論矣。履行之時期及場所。法律行爲之效果。及從物之給付等。雖無與於法律行爲成立之要件。然時或爲法律行爲之要素。又當事者如以緣由爲意思表示之內容。則

遇有錯誤。亦爲重要之事項。凡是諸說。或與立法之趣旨不符。雖不可知。但舍是以求。又不得正當之說明。誠遺憾也。

要之吾人對於法律行爲之要素一語。不得拘泥文辭而解釋之。法律行爲之內容。非由客觀標準。而定於法律之中。實以表示者之意思如何爲基礎。但其意思。必表示於外部而已。就其意思表示之內容各事。生有折衷標準所認定之錯誤。即爲法律行爲要素之錯誤。而生妨害意思表示之效力。是爲有關錯誤之近世法理。原則極簡。惟裁判官應用之時。宜益加慎重已耳。

關於當事者、及目的物、性狀之錯誤（如信相手方爲書畫家或信買受物爲純金）議論尤紛。據最通行之說。則謂具是等性狀者。爲表示者意中所欲之一事。非藉以成意思表示之內容。法律既無明文。則除特示性狀者外。僅爲緣由之錯誤。但證以近時之說。則其錯誤。果與意思表示之內容有關與否。是必從客觀標準。而援授受之慣習定之。譬如授受之時。性狀

不具。幾與別種物品無殊。而表示者默示欲得此種性狀物之意思。即不得主張無效。祇可謂其意思表示之內容有錯誤而已。但是時表示者當證明其重要之程度。如甲欲得書家。適其人非書家。又欲買純金物。而適得鍍金。此皆內容上之錯誤。又有關物之由來、時代、作者、等。無形上性狀之錯誤。其效果亦與物質上錯誤無異。然欲得非常之書家。而適得凡庸者。又欲買甲國製造之純金物。而適得乙國製造之純金物。此僅物品之等級有差。授受之間。仍視爲同類。毫無影響及於意思表示之效力者也。關於人之姓名及商號之錯誤亦然。

關於目的物性狀之錯誤。各國立法例。各主一說。法國法系之法律。則以物品本質之錯誤。爲取消之原由。英國法。則謂物之品質、數量、價格、等。買主宜自鑑定。遇有錯誤。以不予救濟權爲原則。德國民法。則基於客觀標準。視其爲內容上之錯誤與否而決之。其在日本。則據民法草案理由書之趣旨。凡非特別指定品質之錯誤。皆不認其有效力。日本

學者之多主此說。何足怪乎。

錯誤有事實之錯誤。及法律之錯誤。即表示者誤解法律上性質及效果之謂也。如表示者誤信連帶債務之效力。與保證債務無異。實際無負擔保證債務以上之意。而爲連帶債務之約。是爲法律之錯誤。若欲爲保證債務之約。而誤爲連帶債務之約。則爲事實之錯誤。學者或以法律不爲不知者宥之格言。謂對於法律之錯誤。無事救濟。不知格言僅爲公益之準則。不許以不知法律爲口實。而避其適用。非謂無論何人。實際皆知法律也。誤解法律而爲意思表示。其意思與表示。不相一致。亦與事實之錯誤無異。不可不同受法律之保護。日本民法。於此二種錯誤。且不置區別於其間。但法律之錯誤。或由表示意思者之重大過失而然。故其效果。亦有與事實之錯誤相異者。(九五條但書)

關於法律行爲要素之錯誤。實爲意思之欠缺。故應以意思表示爲無效。(九五條)是意思與表示並重之主義也。故錯誤(非因於詐欺者)之效果。不

能發生意思表示之效力。無俟取消爲也。

民法求保授受之安全。對此原則。特加以制限。表示者苟有重大過失。則表示者不得自主張爲無效。所以保護相手方也。去其損害之原因。復何不確實之損害賠償之有。於此可見較之最近之法例。更足以保授受之安全。又雖無重大過失。表示者不可不從通則。而負損害賠償之義務。但相手方知表意者有錯誤。尙與授受。是非善意。法律無事保護。故不能適用以上之規定。

日本民法。規定有關錯誤之效果。皆取則於德國民法第一讀會草案。然其第二讀會草案。復大加修正。錯誤之效果。至取消而止。且既知以後。即可請求。此爲表示主義之一大勝利。其最有力之一理由。在陷於錯誤之一方當事者以外之人。亦援用其錯誤。毫無實益可見也。又一說曰。陷於錯誤之表示者。惟相手知其錯誤。或可以知其錯誤之時。可取消。當時以是說爲不合。惟定表示者賠償相手方。因其取消所受之

損害而已。要之德國民法。欲制限錯誤之效果。以保授受之安全也。日本民法。以關於錯誤之目的程度爲主。欲縮其適用之範圍。而其效果。則因意思之欠缺。然錯誤之範圍。略與德國民法相同。惟效果相異而已。如以是爲立法問題。亦宜加之意也。

第五項 詐欺

詐欺者。故意使他人誤信虛僞事實之所爲也。由其所及於法律行爲效力之影響言之。即使他人陷於錯誤。因此錯誤。遂以決定表示法律行爲上意思之意思。表示虛僞之事實。而即生其效果之謂也。今將敘述此定義中所統括之要件。以明詐欺之性質及其效果焉。

(一) 詐欺恆生錯誤 此性質最易明瞭。猶言因詐欺之錯誤。而有影響及於意思表示之效力也。如錯誤關於法律行爲之要素。則意思表示爲無效。詐欺則意思並無所缺。且仍與表示相一致。第有妨其任意成立而已。各國法律。向本此說。謂詐欺爲意思表示之瑕疵。許取消之。日本舊民法。

則明言可以補償名義。取消其法律行爲。是實一異例也。由是觀之。詐欺雖恆生錯誤。其所及於意思表示效力之影響。則與錯誤不同。僅有錯誤。不足以妨法律行爲之效力。錯誤之原於詐欺者。可取消之。如緣由之錯誤。卽其明證也。又詐欺者不問其有無取消權。凡行詐欺者。皆有損害賠償之義務。

二詐欺必有虛示之事實。茲所論事實。乃客觀事實。惟一無二。卽故意爲違其事實之表示也。如誤認純金爲鍍金。而謂爲純金。不得爲詐欺。因無外形之事實也。又如無支給之意思。而表示爲有此意思。則爲詐欺無疑。又不必確知其事實之虛僞。雖未探知其真僞。亦有可以謂爲詐欺者。所宜注意者。事實不可與意見相混。陳述意見。縱與事實相違。不可卽謂爲詐欺。如豫言價格之騰貴是也。

詐欺常由積極行爲。如言語書函等。固不能默示以爲詐欺者也。惟授受慣習。有應通知相手方而不通知者。是爲默示之詐欺。

(二)詐欺宜有使他人因錯誤而決定表示法律行爲意思之意思。此義最爲重要。若不出於此。雖以其他目的。虛示事實。亦不得爲詐欺。但因詐欺而受損害之人。非必以表示者爲限。又與刑法上之詐欺不同。不必其爲奪取財物者也。

然學者宜勿誤解。詐欺本無二種。不問其民事刑事。要爲欺罔他人之不法行爲。但構成犯罪之要件。及發生民法上之效果。各依法律之所定。刑法上應罰之詐欺。及於法律行爲之影響。亦依民法定之。論者或區別刑法上應罰之詐欺。及民法上之詐欺。民法惟規定不犯罪之詐欺。如因於刑法上詐欺之法律行爲。則當然爲無效。此實謬見也。刑法中所罰之行爲。因其以詐欺之技。騙取他人之財物。實爲盜罪之一種。民法則對於詐欺使人決定表示法律行爲之意思。則許取消其意思表示。二者對於詐欺作用之要件及效果。各有分界。不可侵犯。犯罪與法律行爲。非絕對不能並立。既云犯罪。則處行爲者以刑罰。私法中所論法律行爲之效力問

題。專屬民法之領域。向雖有反對者。近時則莫不承認者也。

(四)詐欺必現使他人因錯誤而決定一種意思表示。詐欺者。必具此要件。始生民法上之效果。猶言苟無欺詐。即無此種意思表示。民法第九十六條第一項云。因欺詐之意思表示。可取消之。即此意也。要之民法上無未遂之詐欺。故詐欺苟於(一)法律行為成立之後。或其要部已有意思表示之時。(二)知相手方虛構事實之時。(三)雖無虛構。而為意思表示之時。皆不生效力。又雖因詐欺。益以大有損害之條件。而實仍當為意思表示者。亦不得取消。惟訂正條件。及生損害賠償問題而已。蓋日常授受。詐欺之弊。所在不免。若詐欺無關意思表示之存立。亦藉為取消之原由。則不能保授受之安全。與錯誤所說何異乎。故必以意思表示之原因為要件也。凡以詐欺對於一人之意思表示。必相手方行之之後。始可取消。(九六條二項不但日本然也。各國法律。亦與強行法不同。蓋詐欺非絕對不可豫防之事。而出於被害者之不注意居多。第三者行其詐欺。而對於相手方

取消。是歸咎於無過失之相手方。大足以生授受之危險。故法律特保護相手方。以完法律行爲。但被害者對於行詐欺之第三者。可請求損害賠償而已。

以上原則。有一制限。第三者行其詐欺。而相手方知其事實之時。則不能適用。當此之時。相手方或與詐欺者同謀。否則以他人陷其術中爲奇貨。而與爲法律行爲。復安俟法律之保護。縱被害者取消其行爲。要不得謂相手方坐是而蒙不測之損害。此時雖因第三者之詐欺。仍可執之以爲取消之原因。(九六條二項)法國法系之法典。無此規定。實爲遺憾。德國法系之立法例。則且許被害者於相手方能知詐欺之時。亦有取消權云。以上所述第九十六條二項之規定。惟於對人之意思表示適用之。(不問契約及單獨行爲)無相手方之單獨行爲。則無論詐欺者爲何人。皆可取消之。

原於詐欺之取消。效果能及第三者與否。各國立法例不一。日本民法。特

探制限主義。不得以其取消。對抗善意之第三者（九六條三項）如甲行詐欺。買受乙之不動產。更讓渡之於丙。丙若不知詐欺之事實。則乙對於丙。不得索還不動產。惟對甲取消買賣。而迫其返還不動產。若甲不能贖還於丙。即負賠償損害之責任。詐欺之行爲。非絕對不能豫防。要爲不注意之結果。故宜保護善意之第三者。以期授受之安全。德國民法。亦本此意。不問其爲過失或惡意。凡非第三者所知之詐欺。法律皆保護之。

第六項 強迫

凡暴行有二種。一爲施絕對暴力之行爲。如以腕力引人之手。強使署名。蓋章於契約書。此時被害者。僅爲他人之機械。所表示之意思。非其本有之意思表示也。自作爲無效。民法對於此種暴行。無特別規定。蓋無實用可見也。舊民法中嘗設此種規定。是爲不可恆見之立法例。又有一種暴行。民法所謂強迫者。余當於下節說明之。以上二種暴行。性質效果。各不相同。慎勿混而一之。

強迫者。即使他人決定表示一種意思。出以不法之舉動。使其人生畏怖之念之謂也。而亦以現有目的所在之結果爲限。影響之及於意思表示效力中者。與詐欺無異。如操白刃而示以金錢借用證券。脅之曰。如不署名蓋章。則卽殺汝云云是也。

從古來之通說。則強迫與詐欺。皆非意思有所欠缺。表示者雖不能抵抗逃避。而從其要求。或被其所害之間。自擇其一。故終不失爲真實之意思表示。不過因強迫而帶瑕疵耳。故法律保護被害者。許其取消（九六條一項）猶遇詐欺之際。表示者雖有重大過失。仍無妨其效果之發生。此與單純之錯誤。有不能相同者也。

強迫必因被強迫者。生畏怖心。致意思表示。生有瑕疵而成。猶以詐欺爲取消之原由。不如謂原於詐欺之錯誤。生有效果之爲當也。當決定表示其意思之時。是否因於強迫。全屬事實問題。法律不問被害人之爲親族。或其他之人。又不問所被害者之爲生命、身體、自由、財產、等。第以有知覺

人。生有畏怖之心爲要件。通常以其重大或切迫之危害爲標準。然此僅爲多數事項。認定畏怖事實之標準。每有對甲生有畏怖之事。而對乙則否者。要之危害之大小。感覺之程度。因老幼男女身體之強弱貧富而殊。決此問題。當就受迫者之性狀而定之。法國法系之法典。設置各種細微之規定。未可謂得其當也。又父母後見人等之威壓。不得視爲強迫。英國法謂爲不當之威迫。由後見人等關係。而推定其有強迫之情形。日本民法則不然。不問如何情形。必有因其強迫（即畏怖）而決定意思表示之確據。始可適用此項之所規定。

強迫必爲不法行爲。如債權者對債務者。脅以苟不清償債務。將爲強制執行。或因得權利實行之豫告。而予以擔保。皆非因強迫而爲之意思表示也。惟以不正之利益爲目的。則不在此限。如謂不與我若干金。則告發某罪是也。要之強迫云者。非僅由其行爲而觀察之。必察其目的所在。欲得不正之結果。始可以爲取消之原因。如因強迫而履行屆期之債務。自

不得取消其所履行。又奚論乎。

因於強迫之意思表示云者。必其所表示之意思。爲實行強迫之結果。故爲非其目的所在之危害。誘起其意思表示。仍不得爲強迫。如水火及其他災難。或他人加暴行於我身之際。而約與厚報於救助者。此非因強迫之意思表示。強迫或爲其機會而已。學者誤以之與強迫同論。對於此種意思表示之效力如何。有無效說、取消說、事務管理說、實費償還說、等。爲便利計。則由裁判官認其報酬爲過當。即爲減至相當之數爲最當。然法律無特別規定。則不得不認意思表示之效力。惟因迫於災害。意思果有所缺。亦可作爲無效。又救助者乘其急難。強索過當之報酬。亦視爲強迫。強迫不必限於相手方之行爲。無論何人行之。皆可爲取消之原由。且其所取消。可以對抗第三者。此與詐欺不同。蓋強迫非如詐欺之可以預避。故不得以過失爲表示者之咎。法律必完全保護之。德法二法系。皆承認此說。學者或有以此區別爲失當者。謂以上各種情形。於意思表示之有

瑕疵則一。而保護表示者則異。故關於詐欺之制限，實爲失當。又或謂使強迫者以外之人，預任強迫之責。於理益形不合。故非相手方行強迫之時，不可以爲取消之原由。然通常則皆認上說爲適當之區別焉。

第四款 意思表示效力之發生時期

凡組成法律行爲之意思表示，應由何時發生其效力。各國立法例及學說，紛紛不一。解此問題，必由各種方面觀察之。庶可明定其範圍焉。凡有相手方之意思表示，應先適用此問題。對於無特定人之意思表示，是否與有相手方者相同。同則當從何時生其效力。余今無暇詳述。惟一種廣告之有特別規定者，自其行爲時始。即生一定之效力。（五二九條以下）

此問題常生於求意思表示，生一定之效力，而通知於相手方之時。至其行爲之爲單獨或雙方。則在所不問。各國昔日之法律及學說，每以此關於契約成立時（即承諾其申告發生效力之時）之問題，實失於狹。夫契約

之成立。與單獨行爲之完成有別。烏可爲同一原則所支配。然亦不過爲意思表示之一種。故契約之承諾。雖有特別規定。茲宜就普通之意思表示。而決定本問題。日本民法。取則於德國民法。規定意思表示效力之發生時期。以爲行爲之通則。又明示適用於各種單獨行爲之原則。以防疑議之生。此非舊民法及其他法國法系之立法例所可及。(九七條)

依普通之見解。以本問題爲對於隔地者之意思表示。日本民法。亦襲用此見解。僅規定對於隔地者之意思表示。(九七條五二六條)隔地者。卽隔地之人也。在不能直接認知表示者意思表示之地之人也。猶言爲其意思表示之時。必賴電信、書函、專差、等之通信方法者也。雖在近鄰。亦無妨其爲隔地者。凡不賴此等通信機關。可直接交換其意思表示者。曰對話者。使與隔地者有別。(商法二六九條)又以電話爲意思表示。則有各種議論。通常不問其距離之遠近。謂爲對話者之意思表示。雖隔數十里。尙可對話故也。然此項區別之標準。終有不明確之點在焉。

本問題以對於隔地者之意思表示爲限。於理論又有所不合。在對話者固可於轉瞬之間。使相手方認知其所表示之意思。自不必設發生效力之規定。然亦有發生同一問題者。如對聾者或睡眠者。爲意思表示是已。以余觀之。此時宜探認知主義。謂相手方既未認知。何從而生效力。對於特定之人爲意思表示。必用通知之法。使相手方藉以認知。故當此相互之間。發生法律上效果之時。即在相手方認知其意思之時。如嚮壁獨坐。而爲意思表示。又何效力之有。對於隔地者之意思表示。亦可適用此種法理。若夫發信主義。則各種單獨行爲。於理論有不能承認者也。又此問題。以明示之意思表示爲限。不適用於默示之意思表示。然默示之意思表示。宜據普通法理。以定其效力發生之時期。要之必以認知意思之時。爲效力發生之時。至有關契約之承諾。則可以特別規定參照之。

(五二六條二項)

對於隔地者之意思表示。效力發生之時期如何。適用之範圍甚廣。余今

先由理論言之。次及日本民法之規定。對於此問題之主義有四。

(一)表白主義 此主義以意思表示。已具外形。爲效力發生之時期。如封緘書函。即有無論何時。可以發送之外形是也。

(二)發信主義 此主義以表示者。置其意思表示於自己管理以外之時。爲效力發生之時期。如投書於郵便箱。或以電報交於電局之時是也。

(三)受信主義 此主義以意思表示之通知。到達於相手方時。爲效力發生之時期。即通常以爲相手方可以認知意思表示之時也。或稱爲到達主義。

(四)認知主義 此主義以相手方已得意思表示之通知。復認知其事。情之時。爲效力發生之時期。非得書函或電報。已啟閱之後。其意思表示。不生效力。

此外尙有各種法制及學說。皆折衷以上各主義。或分爲意思表示。發生

效力之時期。及不可取消之時期。意思表示。雖由已發通知之時。生其效力。而相手方接受通知之時。即不可取消。或謂對於表意者之效力。生自發信之時。對於相手方之效力。生自受信之時。或謂依意思表示之種類。(申告及取消承諾及取消)而異其規定者。或謂意思表示。雖因到達而生效力。其效力仍遡及於發信之時者。是皆有關契約成立之立法例。無庸論述於此者也。

更由理論上觀察之。僅有二大主義。即表白主義。及認知主義是也。單純之表白主義。實與發信主義之觀念相同。發信亦為確實之表白。表示者未通知其意思表示之間。尙可自由變更。不得謂為已確定完成其所表示之意思。欲與實際相應。則必以發信時為生效力之時。要之表白主義。及發信主義。根據之地。未嘗相異。如封緘書函以後。或別有確定其意思之準備。要未可知。以如此不確定之事實。為意思表示之終結。且為效力發生之時期。烏在其為得當乎。是以單純之表白主義。僅為少數學者之

空想。實際立法例之採用者蓋鮮。

認知主義。及受信主義之區別亦然。若由純理上觀察之。以意思表示之通知。達於相手方時。爲效力發生之期。於理猶有所未完。其通知意思表示於相手方者。欲相手方知其內容而已。故應以認知之時。爲效力發生之期。然欲執絕對認知主義。則障礙殊多。如相手方怠於披覽書函之間。則意思表示。終不能生效力。是使意思表示之或爲有效。或爲無效。惟相手手之意是定。如無益於相手方。則必至故以不知爲口實。而表示者又無術以證明之。將何以與授受相應乎。雖理論上以認知主義爲是。而立法上則必採用受信主義。由是觀之。受信主義。實爲認知主義之變態。所以圖實際之便利也。

要之冰炭不相容之兩主義。卽歸著於表白主義（或發信主義）及認知主義（或受信主義）之二種。將以何者爲當。固不易論定。就理論言。宜執認知主義。其理已述之如前。如以通知爲要件之說證之。益不容疑。執發信主

義者。謂意思表示。爲表示者一方之行爲。表示者已盡其權力內之行爲。則自可完成其所表示之意思。然決此問題。非可僅以指定意思表示之存立時期爲目的。意思表示之發生效力。即對於相手方。生有法律上效果之謂也。或因之而得應享之權利。或因之而負應盡之義務。苟於未知意思表示之間。已生法律效果。則悖理孰甚。故近時學者。對於催告。及其他對於某人等。一方行爲之意思表示。稱爲意思通告。而以相手方之授受。爲發生效力之要件。此爲關於有相手方之單獨行爲。非立法者一人之行爲也。所未決之問題。即以相手方之認知爲要件與否而已。或謂是種行爲。可採發信主義。余殊不解其意之所在也。

立法問題。必不偏理論。而採實際上最公平之方案。然發信主義。使相手方尙未認知之時。即生效力。於理實不可通。授受雖以迅速爲貴。而使一方之當事者。無從避不測之損害。於實際曾有益乎。然即依認知主義。而意思表示之效力。每繫於相手方。其弊仍不可免。故自立法上論。於相手

方可以認知其意思之時。發生其效力。蓋宜以受信主義爲通則也。近世立法例。每以相手方所知之事實。及可以知之狀態同視。是亦所以圖授受之利便。不寬假怠慢者而已矣。彼尙未認知。卽受效力之拘束。實例外也。

日本民法。倣德國民法之例。以受信主義。爲意思表示之通則。對隔地者之意思表示。自通知達於相手方時。生其效力。(九七條一項)但關於契約之承諾。第三編有特別規定。(五二六條)故受信主義之通則。專適用於各種單獨行爲。如承認、追認、催告、解約、取消及其他通知等。意思表示。不適用發信主義。已論之如前。(如債權讓渡之通知、貸借或委任之解約等皆適當之例)德國民法。則并可適用於對官廳之意思表示。他如契約之申告、取消。各宜依此原則。以定發生效力之時期。近世立法例之採用發信主義者。蓋甚鮮也。

關於契約之承諾。有採用發信主義者。蓋承諾由申告人之請求。豫期其

於相當期內。必有復答。即依發信主義。亦不至有不利於申告人。故不妨以承諾人完成其權力以內行爲之時。定爲彼此合意。即時成立契約。或足以爲授受之利便。但不得以急報取消其意思表示之無制限發信主義。則近世立法例及學說。不見其例。至有關承諾之效力。皆定於民法第五百二十六條。其意當俟第三卷中詳之。

日本民法。於單獨行爲之意思表示。亦有據發信主義者。如第十九條所規定。無能力者。對於相手方催告之確答是也。蓋此時確答。猶契約之承諾。發議於相手方。雖依發信主義。定發生效力之時期。亦不至使相手方蒙不測之損害。轉可以全確答期間之效用。又第五百二十二條。及第五百二十七條。所定通知條文。亦以發信時爲發生效力之時期。是蓋因所申告者。失其效力。或契約成立後。授受間尙有應注意者。使負一種之義務而已。要之以發信爲發生效力之時期。爲例外之事。無俟深論者也。

日本民法。既採用受信主義。爲意思表示之通則。而於契約之承諾。復

設第五百二十六條一項之規定。此爲立法問題。已多疑義。商法又就多數單獨行爲。採用發信主義。斯可異矣。蓋由立法思想。不能貫徹故也。在商事以迅速簡便爲貴。如催告等事。預定相當期間。則據此主義。或非無理。吾人非謂各事應用同一之原則也。第立法思想之不貫。如此其甚。必原於編纂法典之際。議論之不相和也。吾人對此問題。悉心研究。而望他日有無遺憾之修正而已。

對隔地者之意思表示。無論如何。不通知以表示者之意思。則爲無效。此於受信發信兩主義間。並無差異。如未得表示者之委任。而以其案上之書。送致於可爲相手方者。或偶然聞知其意思而通知之。皆作爲無效。必由表示者或其代理人。通知之後。始爲有效之意思表示。民法探受信主義爲通則。茲舉其結果如左。

(一) 意思表示之通知。未達相手方時。表示者無論何時。可變更或取消之。而變更或取消之通知。亦宜據受信主義。故後之通知。必與前之

通知。同時達於相手方。此所以以書函通知之後。復有以電報、電話、急使、等取消之問題也。此時自不必依發信主義。爲表示者無謂之拘束。契約承諾之對於此點。亦無依發信主義之立法例。其說已見於前。

(二) 意思表示之通知。如於中途有紛失遲延。應由表示者擔其責任。此於契約之承諾。爭議殊多。或謂應視法律所採用之主義如何。而以郵便電信之管理者。爲發信人收信人之代理人。此說甚謬。郵便電信。爲獨立之通信事務。非法律行爲之代理人也。

(三) 方意思表示之通知。達於相手方時。表示者已死亡或喪失能力之時。則意思表示爲無效。或取消之。然實際至有所不便。相手方未知其死亡或能力喪失之事實者居多。從其所通知。爲種種之計畫準備。苟其意思表示。忽歸無效。或取消之。則相手方將蒙無過失之損害。故民法特於受信主義。加一制限。表示者於已發通知後。死亡或

失能力者。所表示之意思。仍有效力（九七條二項）但關於契約之申
告。則宜注意特別之規定。（五二五條）余觀此項變例之義。可知本問
題。無論執如何主義。定為原則。終必酌加制限。始與實際相應。但就
各種有關意思表示之規定而比較之。獲有最穩當之結果者。即吾
人所宜遵從之原則也。

意思表示之相手方。於接受通知時。忽為無能力者。則不無影響及於效
力之中。否則將不能貫徹保護無能力者之趣旨。故民法於此時期。相手
方如為未成年者。或禁治產者。則不得以其意思表示對抗之。（九八條）僅
於未成年者。及禁治產者。加以制限。則以準禁治產者及妻之無能力。與
未成年者及禁治產者不同。惟重要行為。應得保佐人同意。及夫之許可
而已。茲故不必並加以制限也。

以上所規定。出於保護未成年者及禁治產者之趣旨。故所接受之意思
表示。非當然無效。猶之獨斷行為。可以自己之意思。決定其效力之有無。

苟其行爲。於無能力者有利益。則無能力者可援用之。否則卽據本條之規定。拒絕表示者之要求。但未成年者及禁治產者。常有法定代理人。保護其利益。法定代理人。認知其意思表示。則無需法律之保護。仍以認知之時。爲發生效力之時期。(九八條末文)

第四節 代理

第一款 汎論

凡法律行爲。除性質所不許外。皆可使他人代理之。是出於日常生存之所不得不然。否則實際殊多窒礙。如未成年者等無能力者。法律特定其代理人。以達保護無能力者之精神。故各國法律。皆認代理制度。迺使交通之道。益見其發達而不可以已也。

往昔羅馬法。不認代理制度。當時觀念。以一人行爲。直接生效果於他人利害中。爲至奇之事。又當日意思表示之方。都用形式至義。且羅馬夙行家族制度。家長對其所屬之子女奴隸。可取得其財產。故雖無代理。於實

際無所不便。後世授受日繁。漸苦不便。不得不設別法矯正之。要之代理之制。實與近世交通之發達俱來。今日之立法例及學說。猶未定於一。法國法系諸法典。尤不完全之甚者也。

關於代理之法律關係有三。(一)本人與代理人之關係。(二)本人與第三者之關係。(三)代理人與第三者之關係。第一種因法律之規定。及代理權發源之法律行為而定。非真代理關係也。茲所謂代理者。就第二種法律關係而言。與通常法律行為之規定。不可相離者。亦屬此種法律關係。至第三種。本非代理關係。然別有密接之關係。苟從廣義論之。則亦屬此種範圍。日本民法。倣德國民法之例。規定第三者與本人之關係。併規定第三者與代理人之關係。如此而已。

舊民法委任一章。規定委任者與代理人之關係。及第三者與委任者或代理人之關係。夫特揭純然屬於代理關係之規定。似較勝於法國民法。然所規定之最大部分。仍屬委任者與代理人之契約關係。關於第三者

與本人或代理人之關係。轉無完備之條規。是終未離羅馬法之舊習也。

第一款 代理之性質及要件

代理云者。通常明示其爲他人之故。直接使生效果於他人法律行爲上之意思表示。或以其爲代理人。而接受第三者意思表示之謂也。(九九條一〇〇條)此卽近世所通行直接代理之觀念也。

據此定義。欲明代理之性質。有應論之事三端。(一)代理之意思表示。爲代理人或相手方之意思表示。(二)示其常代本人而爲意思表示。(三)其意思表示。直接生效果於本人。今逐次說明如左。

(一)因代理所表示之意思爲代理人之意思表示

凡因他人而爲法律行爲。蓋有二種。代理及傳送意思。是也。二者之別。卽在他人之有無意思表示。代理人者。以自己之意思。爲直接生效果於本人之法律行爲也。傳送者。祇爲傳達本人意思之機械。與書函之作用相同。故維達沙德分爲意思之代理。及表示之代理。又耶稜克就實質上觀

察之曰。代理人。爲法律上行爲之人。傳送人。爲供事實上勞務之人。此說足以明代理之本質。近世德國法系。分割授權之目的。及委任之目的。亦以氏之觀念爲本。法國學說。則仍未脫羅馬法之舊習。尙以代理人爲本人之機械。此關於代理法理。不進步之明證也。

代理必用代理人之意思表示。意思之狀態。如有影響及於意思表示之效力。宜專就代理人之意思究之。如因意思之欠缺（如錯誤）詐欺、強迫、及知情、與過失（如心裏留保）因有影響及於意思表示之效力。則其效力之有無。宜就代理人定之。（一〇一條一項）設此規定。代理之本質。賴以大明。并可以證代理行爲。實爲代理人之意思表示也。

然對此原則。有一制限。委託他人。爲特定法律行爲之時。代理人從其指揮而爲之。其效力由代理人意思之狀態如何而定。雖亦如前所述者。然本人所知者。或因過失而不知者。不能主張代理人之不知。（一〇一條二項）如本人已知代理人之相手方。爲非真意之契約申告。而尙令代理人

予以承諾。此時本人不得藉口於代理人之不知。而援用九十三條之規定者也。

代理之意思表示。為代理人之意思表示。故本人雖為無意思能力。仍不妨其效力。(如嬰兒瘋癲者)而代理人自為代理行為。則必具有意思能力。至法人則依其機關。可為代理行為。蓋無疑也。

代理人不必具有民法之所謂能力。民法所謂無能力之人。乃限定能力之謂。不許專行生有完全效果於自己之行為而已。所以保護無能力者也。代理人之意思表示。直接生有效果於本人。於代理人自身無涉。代理人不必具有行為能力者此也。(一〇二條)但於此規定。有宜注意者二端。

(一)此規定為任意代理。及法定代理之通則。但法定代理人。亦有特別規定者。(九〇八條)凡不在者之財產管理人。及法人之理事等。法律上不設制限。而實際上亦未聞有選任未成年及禁治產者。

(二)此規定可適用於廣義之代理關係。(即本人或代理人與第三者之

關係)本人與代理人之關係。則不能適用。如委任無能力者為代理。無能力者對於本人。可從有關能力之通則。取消其委任契約。但取消前之代理行為。不能引用第一百二十一條之原則。應依本條之規定。而視為有效者也。

代理行為之意思表示。為代理人之意思表示。故代理法律行為之當事者。為代理人。而行為之效果。則及於本人。此近世通例也。在昔本人行為之說盛行。今日法國學者。尚以代理人。為本人之機械。其說之謬。固不待言。然薩威尼派。謂代理人之意思表示。宜依法律之擬制。而視為本人之意思表示。今日其勢尚未失墜。近時又有共同行為說。與代理人行為說相對峙。彼謂代理行為之當事者為本人。代理人僅於權限內。與本人為共同之動作。故宜以本人為第一者。以代理人為第二者。揣其立說之根據。在代理人以本人之名。而為法律行為之一端。要之不問當事者之意義如何。代理行為之當事者。必為代理人無疑。因其行為。而發生法律關

係之當事者。則爲本人。此可斷言者也。(九九條一項)

代理之意思表示。必爲法律行爲上之意思表示。蓋代理必於法律行爲而成立。苟以代理之效果(直接及於本人之法律上效果)及關於代理規定之條文、位置、等證之。更不容疑。故不法行爲。爲別一問題。如爲他人處理非法律行爲之事務。即不得爲代理。就通常言之。可謂爲委任之履行。然民法委任之目的。亦以法律行爲爲限。故處理他人非法律行爲之事務。并不得爲委任。無已因稱之曰準委任。(六五六條)

法律行爲。俱可使代理人爲之。然亦有例外。蓋行爲之性質上。有應本人自爲之者。如婚姻、養子、私生子之認知、遺言等是也。其他因特別理由。法律上亦有特禁其設代理者。(五七條一〇八條八八八條)然則代理之制。僅有實用於財產上之行爲已耳。

(二)代理之意思表示宜明示其爲本人爲之

代理非僅有爲本人之意思而已。必明示其代理之意思。所以使相手方

知其爲代理行爲。從來各國法律及學說。皆曰代理宜以本人之名爲之。然所謂以本人之名。非必明示本人之名也。日本民法。恐生疑問。故不襲其例。祇曰表示(明示及默示)其爲本人而已。(九九條)

因有此項原則。故代理人不明示其爲本人。而爲意思表示。卽缺代理之要件。無效力及於本人。又既不明示其爲本人。復無爲己之意思。則雖爲己之行爲。亦屬無效。此時宜究其出於故意與否。而異其結果。(九三條九五條)然心理上之鑑別甚難。不得不別設保護相手方之規定。夫代理人既不明示其爲他人。則相手方認爲代理人自身之行爲。亦情理之常。故法律卽以代理人之意思表示。爲其自己行爲。以保護第三者。(一〇〇條)然相手方知其爲本人。或可以知其爲本人。則其意思表示。仍生代理上之效果。(一〇〇條末文)如代理人爲本人之後見人。恆爲本人爲法律行爲。其事實甚明。則可謂爲相手方知其爲本人。或因不注意而至於不知。故代理人雖不明示其爲本人。而所爲之行爲。仍生代理上之效果。此皆

事實問題也。

由是觀之。第百條末段之規定。實爲擴張代理之範圍。亦實際上有以迫之使然。可與已表示代理意思者同視。學者莫不承認之。故代理之原則。必明示其爲本人。並不因是而失其精神也。

商法中別有商行爲之通則。代理人雖不明示其爲本人。而彼所行爲。仍有效力及於本人。商法二六六條。蓋商法不採民法中。有關代理之原則。不以前述第百條之規定爲依據者也。商行爲以營利爲目的。常不問相手方爲何人。如必明示其爲本人。則實與以簡便迅速爲貴之商行爲。不相適合。且明示本人之名。亦有不利益者。雖然。此項規定。與直接代理之普通觀念相反。而爲一大異例。在商法上。各種商行爲。設此廣泛之規定者亦甚鮮。故論其立法上之價值。終不免有疑議焉。

(三)代理之意思表示直接於本人利害中生有效果
代理者。以直接生法律關係於代理人之相手方及本人之間爲本旨。與

本人自爲意思表示。及相手方直接對本人而爲意思表示無異。故對於相手方。得權利負義務者。皆爲本人。而非代理人。代理人雖在轉瞬之間。亦無何等權利義務。又非舉其自身之權利義務。移轉於本人也。是爲近世直接代理之效力。與間接代理。不可同日而語者也。

代理行爲所生之效果。於明示其爲本人外。必在代理權範圍以內。(九九條一項)故非本於代理權之行爲。卽無效力及於本人。然代理權。非於代理觀念。必不可缺之要件。所謂無權代理。近世學者。亦謂爲屬於代理之部類。此余述代理定義時。所以不揭此要件也。

當余說明代理之性質效力。已論代理人表示自己之意思。以爲法律行爲之理。至第三者對於代理人。爲催告或契約申告及其他意思表示時。亦宜守同一之原則。要之意思表示。不在代理人之權限以內。復不明示其爲本人。則不得直接及其效果於本人。此通例然也。(九九條二項)

第三款 代理之種別

所謂代理者。從各方面觀察之。種別甚多。茲揭其最普通者如左。

(一)直接代理間接代理

直接代理。爲近世所通行之代理。定義已見於前。從來學說。謂直接代理。卽以本人之名。而爲法律行爲。直接對於本人。生有效力者是也。近來論究代理之性質者。都置重於效果。惟以表示其爲本人。爲代理之要件。亦已於前項詳之。

間接代理。以自己之名。代他人爲法律行爲之謂也。故因其行爲。對相手方得權利負義務者爲代理人。而非本人。欲本人與相手方之間。生有效果。必益以其他行爲。而後移轉於本人。但本人與代理人之關係。則法律行爲之結果。利害一歸於本人。近世不稱間接代理爲代理。蓋通例也。

(二)法定代理任意代理

二者區別。關於代理權之發源。俟次款詳之。

(三)有權代理無權代理

二者區別。關於代理權之有無。夫代理上之意思表示。必於代理人之權限以內。始生效果。故關於代理之規定。多適用於有權代理。關於無權代理之法理。當於第七款詳之。

(四)普通代理特別代理

二者區別。關於代理權之範圍。不外有特定權限與否而已。故亦可爲屬於有權代理之內。當於第五款詳之。

第四款 代理權之發生

代理人必有代理權。而後於所代理之意思表示。能生代理之效果。代理權者。卽能爲發生有效結果之意思表示。或能受相手方之意思表示也。質言之。卽使相手方與本人之間。直接生有法律關係之法律上權能也。代理權發生之原因有二。(一)法律之規定。(二)被代理人之法律行爲。本於第一原因之代理。曰法定代理。本於第二原因之代理。曰任意代理。此種區別。於學理上有無確實之根據。余不能無疑。但爲從來通行之說。故卽

沿用之。

法定代理之範圍。議論甚衆。直接因法律之規定。而爲代理人（卽如行親權之父母或後見人九〇二條九〇三條）者。爲法定代理人。又裁判所及親族會。所選任之後見人。及財產管理人。無論矣。若法人之理事、清算人。亦準據法律之規定而選任。不可視爲授與代理權之法律行爲。故亦屬法定代理。又因法律行爲。而指定之代理人（如遺言之後見人或遺言執行者）似不宜稱爲法定代理人。然非本於被代理人之行爲。故亦不得稱爲任意代理人。由是觀之。欲得法定代理人之完全定義。甚非易事。從普通之說。則謂法定代理者。無論直接間接。要必生自法律之規定。誠不免失於廣漠。余始從消極之說。謂不本於被代理人之法律行爲。而有代理權者。皆爲法定代理人。於義較備焉。

何者爲任意代理權發源之法律行爲。議論更衆。依從來通行之說。則謂代理權。僅因委任契約而生。契約以外。別無代理權之淵源。採此主義者。

以法國法典爲中心。按法國民法。亦分委任代理之意思表示。及委任契約之二種。以爲處理委任事務。不負義務之代理權。類因單獨行爲之意思表示而成立。然學者多不採其說。謂其意思表示。僅爲委任契約之申告。並無效力可言。要之執此主義者。謂委任契約。及代理權之發生。有因果之關係。而委任契約。即以代理權之授受爲目的者也。

德國法系。則謂委任契約。及代理權之發生。全無因果關係。委任契約。以代他人處理事務爲目的。代理權之發源。則成立於別種授權之單獨行爲。授權雖多與委任契約。同時成立。是僅欲受任者。履行契約上之義務。以達委任之目的而已。二者性質。劃然不同。委任契約。非以法律行爲之代理爲目的。雖其契約成立。與代理權之發生同時。然其所生之法律關係。不外本人與代理人之契約關係也。代理權非其契約之結果。蓋因授權之別種行爲而發生。雖有委任契約。未必即予以代理權。而授權亦有成立於無委任契約者。如雇傭請負（俗云包辦）及因於組合之法律關係。

同時成立是也。要之授權非因委任及其他契約而然。爲純然之單獨行爲。不必俟代理人之承諾。惟因本人對於代理人及第三者之意思表示而成立。普魯士索遜等法典。尙採舊主義。委任與代理之分界。猶未定也。日本民法。究探何種主義。尙未可定。因無明定代理權發生之條文故也。然委任既指委託法律行爲之契約而言（六四三條）更觀第一百四條至第一百六條。及第一百一一條等。僅規定因於委任之代理。則可見立法之旨。於委任契約以外。不復認有代理權之發生。卽與雇傭或組合等之法律關係。同時成立。亦暗默間所成之委任契約。是實與近世之觀念相背。每有難於說明之條文（一〇二條六七一條等）但解釋上有不得不然之勢已耳。

余宜於茲說明者。第九條之規定是也。文曰對第三者。表示與代理權於他人。則在代理權範圍內。他人與第三者間。所爲之行爲。本人應任其責。茲所謂對於第三者。不分其對於特定之人。或世間全體之人。所謂表

示者。亦不分其爲明示默示。所謂應任其責者。非祇就損害賠償而言。猶表示者自所行爲。俱有履行之義務也。吾人觀於此項規定。似承認代理權。因單獨行爲而發生。然玩其條文。及前後之規定。則僅爲保護第三者。特設便宜之規定而已。其言曰。表示與代理權於他人云云。又曰應任其責。不規定其可以取得權利。而特列迂曲之文字。則欲謂其承認純然代理權之發生。蓋亦難矣。立法之旨。又恐其以自己之行爲。欺第三者。使蒙不測損害。故捨普通之損害賠償。而以此種有力之條文代之。故適用之時。應加以制限。俾不出條文以外。庶有當也。

由是觀之。民法於表面上。雖有代理及委任之別。而於任意代理權發生之根本問題。尙不脫舊來之謬想。混二者而一之。甚可惜也。揣立法者之意。殆謂已未承諾。而取得權利。不可謂得其當也。試徵諸民法條文之中。(五三七條二項)可以得其故矣。然此僅與近世立法思想。不能相容之一種空想。在日本民法中。因他人之意思表示。而取得權利者。

其例甚多。遺贈是也。(一〇八七條以下)且代理權之發生。非使代理人負義務得權利(所有權債權)也。惟有直接對於本人。為發生效力之法律行為之權能而已。(即法律所認之一種地位)故即不基於委任契約。亦與普通法理。不相抵觸。又不與公共秩序。或善良之風俗相反。承認授權制度。足以圖日常授受之便利。要之日本民法。關於代理規定之一大部分。取則於德國民法草案。而與為其骨髓之授權觀念。不能相容。其遺憾遑有既耶。

第五款 代理權之範圍

代理權之範圍。因法定代理及任意代理之別而異。法定代理人之權限。常規定之於法律。(二八條五三條以下七八條八八四條以下九二三條以下)任意代理人之權限。則依委任契約而定。必視其契約之內容。而後可以決定其範圍焉。

然無論何種代理人。其行為果在權限以內與否。判定之際。不可無一定

之準則。以供判定之利便。夫他人之行爲。可直接及其效果於本人利害之中。本屬異例。故代理權發源之法律規定。及委任契約。當用制限之法以解釋之。如以清償或受清償之事。委託他人。則不能爲相消之意思表示。然行使代理權時。必不可缺之行爲。及當然結果之行爲。是皆在代理人權限之內。如受債權讓渡之委任者。則交付證書。及第四百六十七條所定之手續。皆可爲之。又商法中所定商行爲之委任。則範圍更廣矣。(商法二六七條)

法律或委任契約中。不定代理權之範圍。則代理人所有之權限如何。法定代理人。實際上無此問題。委任代理人。則恆有以廣汎之範圍。定其權限者。從來所稱爲總代理人者是也。明治六年布告代人規則。定代理人可以代本人。爲有關身分及財產等各種行爲。若此則必至代理人。屢反本人之意思。而有無限之代理權。其弊將不知所極。明治三十一年。因以民法施行法廢止之。各國法典。又謂代理人。祇有管理行爲之權限。苟無

特別委任。不得爲處分之行爲。惟德國民法。無此區別。并不設特別規定。代理權之範圍。則依授權行爲之解釋而定之。

日本民法。倣法國法系之立法例。指定權限無定之代理人。所可爲之行爲。但管理行爲之語。意甚廣漠。解釋時又輒生異議。故歷舉其種類以實之。(一)〇三條)凡可視爲管理行爲者。計有二種。

(一)保存行爲 保存行爲。如修繕將崩壞之建築物。賣去易損壞之物。及保全物或權利等之行爲是也。

(二)於不變代理之目的物或權利之性質範圍以內以利用改良爲目的之行爲 茲所謂變代理之目的物。或權利之性質者。如以耕地爲宅地。以賃借權易地上權。變爲種類不同之物或權利是也。如不生此種變更。而以其物質貸。或施以相當之裝飾。因結買賣雇傭等契約。卽所謂於不變代理之目的物或權利之性質範圍以內。以利用或改良爲目的之行爲。應屬代理人之權限者也。

除以上二種行爲外。凡能致喪失權利之行爲（處分行爲）則非有特別委任者。代理人不得爲之。

代理人從一定之制限。可以選任復代理人。復代理人者。代理人就其權限內行爲之全部或一部。所選任本人之代理人是也。此項選任權。非代理權之內容。惟隨代理權而發生之權利也。日本民法。非無混同復代理及復委任之規定。然此爲立法問題。余姑弗論。茲專就關於民法復代理選任之要件及其效果言之。但亦因委任代理。及法定代理。而有不同者也。

關於委任代理人之復選任權。主義有二。法國法系。謂本人苟無禁止。則代理人可選任復代理人。日本民法。則以代理人無此權限爲原則。（一〇四條）蓋委任者。常信用受委任者之本人。使之處理所委任之事務。非信用以受委任者之鑑定。而能得適當之復代理人也。

然則以上原則。非出於公益上之理由。實基於本人之意思。不得無一定

之制限。(一)得本人許諾之時。(二)有疾病及其他不得已事。而選任復代理人。(一〇四條)蓋第二制限。通常亦可視爲已得本人之許諾者也。

凡復選任權之採自由主義者。則代理人對於復代理人之行爲。與自己管理時。負同一之責任。日本民法。既採制限主義。則代理人。僅就自己之過失。負有責任而已。至過失之程度。則各國立法例。互有相異者也。

日本民法。所定委任代理人之責任。即以此觀念爲本。代理人因有本人之許諾。或有不得已事。乃以自己之判斷。選任復代理人。則對於本人。應負相當之責任。但既得本人之許諾。或有不得已事。則所負責任。自不可過重。故代理人僅於復代理人之選任及監督。任其責而已矣。苟所選任者。爲適當之人。又不怠相當之監督。則對其所行爲。可概不負其責任。(一〇五條一項)如從本人之指名。而選任復代理人。則責任更輕。惟於已知復代理人之不適當或不忠實。而不通知本人。又不解任之時。則當任其責。此其例也。(一〇五條二項)

於前述之二種制限外。選任復代理人。卽爲不法之選任。復代理人之行爲。卽爲無代理權者之行爲。非得本人之追認。不生效力。夫復代理既探制限主義爲原則。則當然有此結果。無足怪也。

法定代理人之復選任權。範圍要件。與委任代理人之復選任權不同。法定代理人。恆有統括之代理權。旣難獨裁庶務。又多不能如委任代理人之可以得本人之許諾者。如未成年者。禁治產者。及不在者之法定代理人。皆屬此種。故法律求與實際相應。許其選任復代理人。然旣欲擴張其權限。而不嚴責以重大之責任。則不免有犧牲本人利益之虞。故法定代理人。得以其統括或特定之行爲。選任復代理人。除選任及監督外。復代理人之各行爲。法定代理人。皆當負其責任。惟遇不得已事。則與委任代理人無異。法律祇令其選任及監督之責。(一〇六條)然此爲普通原則。凡特別法定代理人。更有特別之規定。亦爲可知之事。(五五條)各國法律。則認法定代理人。有如此廣大之復選任權者蓋鮮。就其性質言之。誠非

無理。揆諸實際。終不免多所窒礙也。

復代理人與第三者間。所爲之法律行爲。猶代理人之行爲。直接生效力於本人。質言之。復代理人。非代理人之代理人。仍爲本人之代表也。(一〇七條一項)但欲生此效果。必具代理行爲之必要條件。九九條一〇〇條。如不明示其爲本人。而以代理人之名爲之。則此種行爲。雖在代理權限以內。當代理人。尙未移轉其權利於本人之時。不能直接使本人與第三者間。生有法律關係者也。

復代理人與本人或第三者間。亦生直接之法律關係。卽復代理人。對於本人及第三者。與代理人有同一之權利義務。(一〇七條二項)因復代理人與本人之間。本無法律關係。故必設特別條文以定之。苟相互之間。不生直接之法律關係。則他日於代理人。無償還資力之時。勢將與總債權者。立於對等之地位。而受其損害。且於本人與第三者間。所有直接代理之關係。亦至是而失其權衡。故與本人之關係。必以復代理人與代理人。

居於同一之地位也。如復選任委任代理權之全部或一部以後。彼此可以自己之名義。行使委任上之權利。普通所謂直接訴權是也。採此主義。則復代理人。對於第三者。亦有與代理人同一之權利義務。如第百條及第百十七條所規定。代理人之責任。復代理人。不可不負擔之。

茲有不可與復代理人混同者。即與代理人交替時。爲本人之代理人者是也。蓋復代理時。所稱爲代理人者。非能全脫代理之關係。至得委任者之承諾。而移轉其代理權於他人。則消滅昔日之代理權。而更生新代理權也。法國學者。往往混二者而一之。日本民法之所謂復代理。所生效果。必不如斯。

又復代理人。不可與補助者相混。代理人不妨以其責任。任用補助者。不可因此而生代理關係之變更者也。

代理權有一重要制限。即一人之代理人。不得以其資格。與自己或自己所代表之他人。爲法律行爲。詳言之。即對於同一之法律行爲。不得爲其

相手方之代理人。或當事者雙方之代理人。(一〇八條)但此非代理性質上所不能之事。欲使代理人完全盡力於其本分。因而禁制之。夫代理人既圖一方之利益。勢必輕視他方之利益。使一人而兼利益相反之兩當事者之資格。則非以自己之利益為犧牲。必不能盡其忠實於代理人之職務。此為公益上之制限。不可廢也。但債務之履行。為債務者所當為之行爲。即令由他人爲之。亦無所謂不利益。故以之屬於代理人之權限。並無前述之弊害。因著爲例外而容許之。

第一百八條之規定。爲各種代理人通用之原則。但特種法定代理人。尙有特別之規定。(五七條八八八條九三〇條九三一條)又商事會社之取締役(管理人)亦然。(商法一七六條)各國法律。設此種禁止規定者。雖不爲少。惟通常專爲特種代理人。爲特種代理行爲而言。對於各種代理。如本條之說共同規定者。惟德國民法而已。

不基於代理權之代理行爲。無效力及於本人。此通例也。然時或爲公

之故。特別保護第三者。而特使生其效力者。如第九百九條。是其例也。茲所欲述之權限踰越。又其一例也。

代理人爲權限外之行爲。而第三者有應信其爲權限內之正當理由。則本人對於代理人。與第三者之法律行爲。應負其責任。(一一〇條)所以保護第三者。使不意外之損害也。然權限外之行爲。亦使生代理上之效果。微特於理未合。且使本人立於危險之地。故立法者。特設嚴密之規定。非僅第三者爲善意已也。(即信有權限)尙須有應信其爲權限內之正當理由。故本人無過失。而第三者有過失時。即不能適用此項規定。是爲事實問題。如代理人屢爲權限外行爲。本人不拒其履行。又不訂正委任狀。以制限所委任之事項。是爲本人之過失。可以適用本條之規定。若於此謂第三者與代理人。爲法律行爲。應先調查其權限之有無。則非特實際上不堪其煩。亦責難已甚矣。此法律所以歸咎於選任此越權代理之本人也。此理由雖不適於多數之法定代理人。而與民法保持授受之安全。

保護第三者之精神。不可謂其不相符合也。

以上規定。爲圖實際上利便之一變例。不得適用於此項條文及立法之目的以外。既曰代理人之權限外行爲。則第三者對於代理人所表示之意思。卽不能適用。(一一八條)又云有應信其爲權限內之正當理由。故相手方無過失。不知其爲權限外之行爲。(卽善意之相手方)僅可對代理人行使其權利。(一一七條)又云對於代理人與第三者間之法律行爲。應任其責。此爲專定本人與第三者之關係。至本人與代理人之關係。則不得視其爲有代理權者。故本人對於代理人或復代理人。可以請求損害賠償。固無容多論者也。

第六款 代理權之消滅

代理權消滅之原因。有通用於法定代理及委任代理者。又各有特別之規定。法定代理權之特別消滅原因。卽本人既爲能力者。或法定代理人喪失其資格。及其辭任解任。或法人之解散等是也。委任代理權之特別

消滅原因。當於第三卷言之。茲惟就兩種代理所通用之原因述之。

凡代理於通常之時。每以代理人或當事者相互之信用爲基礎。一旦失其信用。代理權卽歸於消滅。又代理權有原於一定之原因。或限於一定之期間而存立者。迨其原因之消滅。或期間之終結。代理權自亦歸於消滅。此爲代理權消滅之普通原則也。

民法所定法定代理委任代理通用之消滅原因。計有二種。(一一一條一項)

(一)本人之死亡 法定代理人。遇本人死亡時。他日非必置代理人者。故代理權應歸消滅。委任代理。則基於雙方之信用。故本人死亡後。或有對於相續人。尙存其代理權者。是爲學者所公認。(六五三條)但近世授受較繁。守此原則。每多不便。如有關商事者。其理益明。(商法二六八條)

若夫本人之能力喪失。爲法定代理權發生之理由。不足以致代理

權之消滅。至本人破產。則爲委任代理權消滅之原因。(六五三條)在法定代理。則此時之代理人。尙不可缺。故普通原則。不執此以爲代理權消滅之理由。但本人因破產而消滅人格。則其終自當消滅其代理權。(六八條)可無疑也。

(二)代理人之死亡。禁治產或破產。代理權所注重者。代理人耳。代理人死亡。則代理權之消滅。毋庸明言。因禁治產而消滅者。卽喪失行爲能力之結果。非與本無能力者。可爲代理人之規定(一〇二條)相矛盾也。又代理權因代理人之破產而消滅。因代理人之信用已失墜也。

委任代理權。尙有因委任關係之終結而消滅者。(一一一條二項)如委任之解除。(六五一條)委任者之破產。(六三五條)委任事務之終結。及任期之到達是也。民法第一百十一條。關於代理權之發源。與德國民法所執之主義不同。故其終於委任契約之解除以外。不認代理權之取消。蓋謂任意

代理權。由委任契約而生。即執此以爲解釋上之根據也。

前述各事。苟遇其一。代理權即因之而消滅。然與代理人授受之第三者。容有不知其實者。若遽以消滅之結果對抗之。則第三者必受不測之損害。而妨全體授受之安全。故民法於代理權消滅之效果。加以制限。不得以之對抗善意且無過失之第三者。(一一二條)此亦各國立法例所同。惟因通知代理權之消滅於第三者與否。或收回委任狀與否。而各異其結果而已。日本民法。以完全保護第三者之故。不設是等區別。舉屬之事實問題。要之代理權之消滅。不可對抗善意之第三者。但第三者因過失而不知者。不在此限。如第三者以代理權之消滅。對抗本人。則固無妨者也。

關於此規定之適用。必明舉證之任責者。余與法國多數學者之意見不同。善意非可以意推定者也。然就本論以觀法文及立法之旨。實爲第三者之利益。故第三者主張不知代理權消滅之時。本人不可不證明其人

之惡意。或因其過失而然。此爲可知之事實也。

第七款 無權代理

不本代理權之行爲。而特生代理上之效果者。前三款已述之。(一〇九條一一〇條一一二條)凡此情形。皆因第三者有誤信爲有代理權之正當理由。故法律爲保護之。使有效力及於本人。本款復論無權代理者(包含越權代理)與第三者間。所生法律行爲之效力。關於所謂無權代理之民法。自第一百十三條以下之規定。皆可適用於此項範圍以內。

凡代理行爲。必有代理權始生效力。是爲普通原則。(九九條)無代理權者。雖以代理人之資格(示其爲本人)爲法律行爲。必無效力及於本人。又未表示爲己之意。故代理人自身與相手方間。亦不能生效力。然代理人所爲之行爲。相手方既願與之授受。而本人亦所樂爲。則本人欲其生有代理上之效力。自有甚便之法。決不至有蒙其損者。此各國法律。所以對於無代理權之行爲。有追認之制也。

法國法系諸法典。除以追認補充代理權欠缺之外。無別項規定。惟應用於有關管理事務之規定。以矯實際之不便而已。是可謂不完全之法制。不足以充近世授受之需要。凡有關追認之要件並其效力。及不追認時。對於相手方自稱代理人之責任。不可無條文以定之。日本民法。倣德國民法之例。對於無權代理之行爲。特設詳細之規定。(一一三條至一一八條)

民法中無權代理之行爲。視其爲契約及單獨行爲而異其規定。余就二種區別而說明之如左。

(一) 契約

日本民法。對於無權代理人所爲之契約。非絕對無效。此與法國法系之立法例不同。因契約之故。於代理人與相手方間。生有一定之法律關係。則代理人對於相手方。斷不能全免其責任。相手方亦於一定範圍內。受其拘束。然其代理行爲。欲對本人而生效力。則以本人之追認爲要件。未

追認時。無效力及於本人。(一一三條一項)惟不以此種契約爲絕對無效。故既無追認。又不拒絕。是爲效力之停止。猶言效力之發生與否。尙未定也。

追認云者。對於權限外之代理行爲。使與授與代理權者。生同一效力之單獨行爲也。而行爲之要件。則必無權代理人。爲現存特定人之代理人。以其資格所爲之行爲。且其行爲。於本人亦爲適法之行爲。既有行爲後。雖本人死亡。而非專屬本人一身之權利。其影響仍無及於追認之權者也。

追認之拒絕者。不爲追認之意思表示。爲有追認權之本人之單獨行爲也。本人無必追認之義務。未追認時。亦不爲無權代理人之行爲所羈束。惟拒絕後。不得復行追認。故追認之拒絕。與追認權之拋棄。實無二致也。追認不得僅就契約之一部爲之。凡追認一種行爲。即有認其行爲全體之效力。一部之追認。通常可視爲追認之拒絕。同時更爲一新申告。但包

含於契約中之事項。有可與他部分離者。則視為有效。亦無不可也。追認及拒絕。無一定方式。或明示。或默示。無論其對於代理人及相手方。皆可爲之。然欲以此對抗相手方。則必對於相手方爲意思表示。因追認及拒絕。直接於本人與相手方間。生有效果故也。但相手方因受代理人之通知。而後知其追認或拒絕。則不在此限。(一一三條二項)德國民法。以追認及拒絕。爲定本人對於相手方法律關係之行爲。故定追認及拒絕。應對相手方爲之。

無權代理人所爲之契約。既未追認。又不拒絕。則其效力。尙在未確定之間。然不確定之法律關係。永久存續。必有大不利於相手方。故法律特爲相手方規定確定其關係之法。相手方於定期內。催告本人。使其亦於定期內。爲追認或拒絕之確答。若本人於定期內。並無確答。即以拒絕論。(一四條)此時相手方之催告權。雖似無能力者之相手方。所有之催告權。然無能力者於定期內。並無確答。即視為追認其行爲。(一九條)今則以無

確答爲拒絕。此其異也。無能力者之行爲。除取消者外。皆爲有效成立。無權代理之行爲。則本無效力。不過爲便利之計。許其追認而已。確答之法。與常況不同。對於相手方。必用明示。又發生效力之時期。亦與無能力者之確答不同。當從受信主義者也。(九七條一項)

相手方既與無權代理人爲法律行爲。必多希望本人之追認。法律與以催告權。使速知本人之意思。然不可謂其不望無權代理人所爲之契約成立者也。無權代理人所爲之契約。本不生代理上之效果。而法律既許本人追認。使生效力。則追認意思。未確定時。自亦有不確定之效力。苟相手方不知代理權之欠缺。而誤信其契約爲代理行爲。具有效力。而繼且不能發生效力。並受其拘束。揆諸情理。豈可謂平。故法律許相手方。於本人未追認時。可以取消其契約。(一一五條)取消之法。除特別定有制限外。可對本人或代理人爲之。如相手方知代理之欠缺。而與之爲契約。是有意欲得本人之追認而爲之。故應與無能力者之相手方。處於同一之地

位不得自行取消。(一一五條但書)惟有催告本人之權利而已。追認所以使無權代理人所爲之契約。生有代理上之效果。而此項效果。回遡於契約成立之時。(一一六條)即追認其於始結契約之時。本有代理之權。民法中所以設此規定者。因無論如何法律行爲。無特別規定者。俱承認其發生效力於始爲行爲之時。然所見實偏。追認云者。本使既往之法律關係。爲有效之行爲。究其性質及當事者之意思。自有回遡之效。不必明設法文以定之。瑞士債務法。及德國民法。皆不設此項規定。其理亦由於此。

追認雖有回遡之效。然有二種制限。(一一六條)

(一)不適用於有特別意思表示之時。所謂有特別之意思表示者。即本人得相手方之同意。表示追認效力。不得回遡既往之謂也。蓋關於追認效力之規定。(百一六條)本非原因於公益。雖無明文。既有特別之意思表示。其爲有效。復何待言。

(二)不可損害第三者之權利。如甲自稱爲乙之代理人。讓渡所有物於丙。丙復讓渡其物於丁。至追認以前契約之時。丙對於丁。不得主張其所有權。民法於此。不問第三者之丁。善意與否。即丁知甲之自稱代理人。讓渡其物於丙。從而讓受之。仍應受法律之保護者也。以代理人之資格。爲契約行爲。已證明其代理權。或已得本人之追認。則對於相手方。代理人不任其責。本人與相手方間。自生直接法律關係。無權代理人。不能證明其代理權。或不得本人之追認。則對於相手方。代理人當自任過失之責。就通例言。代理人僅負損害賠償之義務。不能強責以履行非己名之契約。近世多數立法例。悉本此例。止使負賠償之義務而已。然相手方所受之損害。既難於證明。且代理人無賠償之力。則仍無救濟之實。何以保授受之安全。當此之時。相手方所以受其損害。在誤信其契約爲有效。直接使其履行契約。是爲最適當之賠償方法。若相手方願受損害賠償。則代理人賠償義務。終不可免。日本民法。所以取則於德

國民法。定例代理人應聽相手方之選擇。或任履行之責。或任損害賠償之責。(一一七條一項)固非執之於一者也。

究此責任之基本。實因無權代理人之過失。不待裁判所之認定。已屬咎無可辭。故茲所謂履行。非履行夙認為有效之契約。不過原於過失之一種賠償而已。又損害賠償之標準。非包含相手方於契約有效時。所應享之利益在內。(如因物價之騰貴而生者)僅賠償其信為有效所生之利害而已。如請求其履行。而代理人不應。則更應賠償對於以上利益所生之損害。(四一六條)無可倖免者也。

要之立法者。因彼此授受之故。以無權代理人之過失為前提。不問他人之知代理權有缺與否。賠償之外。尙命以履行義務。是為本條之要旨。(但知其無代理權時則通常或有緣詐欺而為不法行為自有影響及於賠償之中)德國民法。則定善意之代理人。僅於特定範圍以內。負損害賠償之義務而已。

以上規定無權代理人之責任。所以保護無過失。而誤信其爲有代理權之相手方也。相手方既知代理權之欠缺。卽無前述之權利。此時視相手方爲逆探本人之追認。而故意爲不完全之契約。法律復何保護之有。相手方因過失而不知其事實者亦同。過失與惡意同視。非僅於此爲然。如代理人爲契約時。通知無代理權之事實於相手方。相手方怠於披覽其書函是也。惟因過失而不知其事實。相手方可行使第一百十五條之取消權。

又代理人爲契約於無能力時。不負責任。所以保護無能力者。無能力者對於自身行爲。尙可取消。而對於代理他人之行爲。必強其負責任。是悖理之甚者也。然已得法定代理人之同意。而補充其能力。則不在此限。(一七條二項)又有因不法行爲。而負損害賠償之義務者。是爲別一問題。茲不贅述。(七一、二條、七一、三條)

(二)單獨行爲

必認無權代理之效力。多見於契約之中。若無權代理人對於或人爲催告。及其他單獨行爲之時。無與於相手方也。若因本人之意思表示而追認。令於雙方之間。生有效力。雖於本人有益。而相手方因之立於不確定之地位。或受不測之損害。故無權代理人所爲單獨行爲。民法概視爲無效。惟當時相手方承認代理人之無權行爲。或不重視其有無代理權者。卽作爲承認其行爲。準用以上有關契約之規定（一一三條至一一七條）所謂不重視其有無代理權者。非僅知其無代理權。而不與爭議之謂也。不必問其不與爭議之原由如何。凡不主張代理權之欠缺者（卽對於無權代理人不表示反對之意思）皆統括於其中（一一八條）

或對代理人爲單獨行爲。則以得代理人之同意爲限。生有以上所述之效果。（同條末文）代理人必有爲本人之意思。無代理權而欲爲本人爲單獨行爲之相手方。亦不可無此意思。所以與前項之規定。稍有不同。不僅以不主張代理權之欠缺爲已足。又茲所謂無權代理之人同意。非應相

手方之要求。而不可不與者也。

以上所述第一百十八條之規定。惟適用於有相手方之單獨行爲。若無特定人之單獨行爲（如寄附行爲）則可解之爲全無效力。是爲至當之說也。

第五節 法律行爲之無效及取消

第一款 汎論

法律行爲之無效者。因其成立之要件有缺。法律上不認其存在之謂也。取消者。已成立之行爲。因帶有瑕疵。而失其最初效力之謂也。

通常法律行爲之成立及完成。所必不可缺之要件。已於本章第二節第三節。及第三編第二章第二節說明之。茲不再述。茲惟論缺其要件之結果（一一九條至一二六條）已耳。

無效之行爲。及可以取消之行爲。其別不可不明。二者性質不同。效果亦因之而異。試以人身喻之。無效行爲。即不具生命。與屍體相同。可以取消之行爲。則有缺身體之健康。猶病人然。論二者效果之不同。亦猶屍體與

病者之差別也。凡屍體無論投以何等方藥。或歷何年何日。終無蘇生之理。病者則未死以前。尙未失其生命。施以治療之術。因而回復健康者。往往而有。故無效行爲。當時不能成立。永世不得成爲有效之事。至可以取消之行爲。則未取消前。固不失其效力。且可因追認或時效而成爲完全之行爲。迨取消之時。始失其最初之效力。此則與病人不同者也。以上所述。爲普通原則。然法律與自然界之法則不同。不得恆執單一之觀念以貫通之。即無效行爲。亦有因特別事由。而加制限於其絕對之效果者。俟次款詳述之。

第一款 無效之行爲

無效之原因雖多。要爲有缺法律行爲中。普通或特別之要素而已。普通之成立要件。已如前述。至特別之成立要件。則宜就各種法律行爲論之。試略舉其例。如婚姻、遺言之定式行爲。而其方式有缺之時（七七八條一〇六七條以下）又法律特別指定某種行爲。爲無效之時（四七〇條以下）

是也。

無效之行為。自不能成立。凡有主張其不成立而可得利益者。不問何人。皆可主張之。且無論對於何人。皆可主張之。此通則也。又主張其為無效。亦不必別有所行為。惟實際有所爭議。則必俟裁判定之。然其目的所在。祇認定無效事實而已。此種事實。至訴訟之終。無論何時。皆可主張。裁判官尤應以其職權審查之。

然此種絕對之效果。非無制限。如無效行為。亦有限定某人不得主張其無效者。(九五條但書)又有不得以之對抗某人者。(九四條二項)世之學者。遂分為絕對無效。及相對無效之二種。但以上所云。悉係特例。不過基於便宜上之理由。制限無效之結果而已。

無效行為。無直接之效果。若誤有所給付。可從通例。請求其返還。因是而生損害賠償之義務。則必證明其不法行為之成立。及法律有特別之規定。此非無效行為。能生效果。如契約因目的之不可能。而歸於無效。不得

請求賠償其損害。必須證明其有不法行爲（即因過失而侵害其權利）而後可。此爲立法問題。雖非不能論究其當否。而於解釋上則無疑義者也。又無效行爲。不得以當事者之意思。而使之爲有效。質言之。即不能以追認而使其發生效力者也。（一一九條）然追認後。是否不能發生各種效果。此屬別一問題。民法則認其能生其他效果。如當事者知其無效而追認之。即謂之爲新行爲。（一一九條但書）此時之當事者。所欲之行爲。適與以前無效行爲之內容相同。苟其行爲內容。已備法律上之要件。則謂爲有效。無不可。

舊民法及其他法國法系之法典。認有生自無效行爲之自然義務。追認之後。且可以爲法律上之義務。新民法則不然。自然義務。實羅馬法固守形式主義而起之反動制度。無事遺留至於今日者也。故本條所謂新行爲。與舊行爲無絲毫之關係。蓋與普通之所謂追認不同。非追認舊行爲也。其效力即發生於爲新行爲時。此非第理論有所異也。移轉所有權。或

危險之期。計算方法。各不相同。(五三四條)卽其實用之一端也。無效行爲。不得因久歷歲月而爲有效。各利害關係人。可永久主張其無效。猶言主張無效之權利。不因時效而消滅。然無效行爲。亦有因其他事由。而獲同於有效力之結果者。如因無效行爲。而占有一物。繼因取得時效或占有之效力。而取得其所有權是已。(一六二條一六三條一九二條)以上所述之法律行爲。因欠缺成立之要件。遂謂爲無效。凡無效行爲。理皆如此。然法律行爲。亦有已成立後。猝見爲無效原因之事實者。如法律行爲之目的物。至行爲成立後。忽變爲不融通物是也。是時無效之原因。發生於法律行爲成立之後。而其結果。則視其原因。發生於效力未具之前。或已具之後。而有不同。發生於效力已具之後。則惟不能履行而已。若生於效力未具之前。(如停止條件之成就或遺言者之死亡)則必區別無效之原因如何。雖喪失意思能力者。未必致法律行爲爲無效。若法律行爲之內容(目的)不具法律上之要件。(如目的物爲不融通物)則其行爲。終

無發生效力之期矣。法律行爲之無效。有全部無效者。有一部無效者。法律行爲。雖有包含多數之意思表示者。然通常之意思表示。本非互相分立。實相合而爲單一之行爲。故一部無效。則全部隨之。當事者能證明雖無無效之一部。尙有使法律行爲成立之意思。則不在此限。是蓋以意思表示之解釋問題爲歸束也。

第三款 可以取消之行爲

第一項 取消權之發生

可以取消之行爲。與無效行爲。其性質各殊。蓋此種行爲。具成立之要件。未取消時。自發生效果。與完全之行爲無異。但因帶有瑕疵。有人可以取消之。故必有取消權之行爲（對法律行爲之全部）而後行爲始失其效力。若因追認而拋棄取消之權。或因時效而喪失取消之權。則有瑕疵之行爲。卽確定爲完全之行爲。此其例也。

取消之原因。在法律行爲之有瑕疵。然有爲各種法律行爲所通用者。有爲一種行爲所特有者。第一種之原因有二。(一)意思表示之瑕疵。即詐欺及強迫。(二)無能力。第二種之原因甚多。要皆屬於民法各編之範圍。(四二四條五五〇條七七九條以下八五二條以下等)茲有說明之通例。(一二〇條以下)惟於不抵觸特別規定之範圍內。可以適用已耳。

可以取消之行爲。與無效之行爲。性質不同。非無論何人。可以取消。惟應受法律保護之一方當事者。及可以與之同視者。有取消之權。民法即以下列舉者。有此權利。(一二〇條)

(一)無能力者及表示有瑕疵之意思者

(二)承繼人 茲所謂承繼人。即無能力者。及表示有瑕疵之意思者。因其可以取消行爲。所生權利義務之承繼人之總稱也。通常承繼人(相續人及包括受遺者)弗論。特定承繼人(買主受贈者等)亦包含於其中。但以得自取消行爲之權利。讓渡於人。則可爲追認之事由。(一

二五條五號)故特定承繼人之可行使取消權者。惟保留其取消權之時而已。(同條但書)又保證人雖非正確之承繼人。然實負履行主債務之義務。故亦可視為廣義之承繼人。而予以取消權。(四四九條參照)民法不以債權者。置於普通承繼人中。然債權者依第四百二十三條之規定。可行使取消之權。因無俟深論者也。

(三)代理人 茲所謂代理人者。謂無能力者。及表示有瑕疵意思之代理也。代理人。本非自有取消權。惟有為本人取消其行為之代理權。此於法定代理人。及委任代理人間。並無差別。要之代理人之可以行使取消權。猶普通承繼人也。法文恐限定有取消權者之後。或致滋生疑問。因特著明文以示之。

若於代理行為。代理人之意思表示有瑕疵。則其事實宜就代理人判定之。然此種有瑕疵之行為。本人可否取消。猶屬疑問。若以本人為代理行為之當事者。則自無疑議。如執代理人行為之說。及第百

二十條之明文。則本人似無取消之權。以余所見。則代理行為之效果。直接歸於本人。適與本人自爲無異。安可無取消權乎。

(四)夫 妻不得夫之許可。而爲獨斷之行為。則妻自身外。夫亦可取消之。(一、二〇條二項)是重視夫權之結果。但夫之代理人。能行使取消權與否。按諸本條第一項。不無可疑。然夫之取消權。專屬其一身之權利。故其承繼人及債權者。(四、二、三條)皆不得行使取消權者也。除以上所列舉外。不問何人。均無取消權。相手方亦無此種權利。此爲至宜注意之一端。惟無能力者之相手方。可行使第十九條所定之催告權。以求早定不確定之法律關係。其他取消原因。存於當事者雙方之時。則各有取消權。可不具論。

第二一項 取消權之行使

本項專述取消權行使之方法。及其效果。

(一)取消之方法

舊民法定取消必請求於裁判所之例。各國亦有採此說者。然失之過煩。與本國之風俗慣習。不相適合。新民法僅以單純之意思表示爲要件。非特此也。如履行之請求。契約之解除。及其他各種行爲。亦執此主義。而意思表示。如爲契約及其他有特定相手方之行爲。則必對相手方爲之。(一、二、三條)在無特定相手方之行爲。則除第五百三十條所規定外。無論如何方法。俱可爲之。要之取消爲一方之行爲也。

又取消之方法。無制限。有取消權者。不必別有所行爲。相手方請求履行之時。即可行使此權。以與之抗辯。按諸實際。蓋依此方法。而行使取消權者。實居多數云。

取消之時期。亦無制限。不若追認之必於取消原因之情況終止之時。(一、二、四條)凡不因追認或時效。消滅權利之際。無論何時。俱可爲之。

(二)取消之效果

可以取消之行爲。當未取消時。自屬有效。既取消後。則回遡既往。失其最

初之效力。(二一一條)此項回遯之效。實當然之結果。而非法律之擬制也。蓋爲取消原因之瑕疵。早存於行爲之當時。取消之後。尙認取消前之效力。則與認有取消權之旨相背矣。

按法律上取消之語。用例不一。有具回遯之效力者。有僅於將來生效力者。余謂行爲之生有回遯效者。不得輒謂爲變例。但生回遯效時。必證明取消之原因。及其目的。茲所謂可以取消之行爲。猶失蹤宣告之取消。及無權代理行爲之追認。性質上不可不生回遯之效者也。如設立法人認可之取消。(七一一條)則其原因發生於事後。自無回遯之效。前所說明之第二百一十一條。不過因防止疑義。及明示對於取消效果之制限(同條但書)而設者也。

取消者。因回遯之效。而使法律行爲。歸於無效。凡既發生之法律上效果。俱因之而消滅。各回復其舊狀。取消後則因其行爲所受之利益。不可不一律還償。但宜從不當利得之原則。以現存利益爲限。如所得之物。一部

見滅於火。則僅還其所餘者而已矣。又如物價。因市價下落而減少。亦惟償還現在之價而已。

取消之效果。不但於當事者間爲然。亦有發生於第三人者。如以得自取消行爲之權利。讓渡於第三者。此項權利。因取消之效果。不必更爲移轉行爲。卽屬於前主。但因詐欺而取消者。不在此例。(九六條三項)第三者如因時效或占有之效力。而取得其權利。(一六二條一六三條一九二條)則固無妨也。

然對於以上原則。有一制限。無能力者。對於取消之行爲。惟於現受利益之範圍。負償還之義務。(一一一條但書)無能力者。每無深思熟慮。妄耗所受之利益。故法律特保護之。如消費其所受金額之一部。則返其餘額可也。但法文有於現受利益之範圍。負償還之義務云云。非謂原物之全部或一部。存在之時。有還返之義務。如以所受之金錢。購入他物者弗論。卽受醫師治療而獲無形之利益者。亦有償還相當金額之義務者也。

或謂無能力者。償還義務之範圍。祇適用不當利得之原則。〔七〇三條〕
第二百十條。實爲例外。吾輩不取其說。本條明定取消之效果。今以但
書爲第七百三條之例外。第七百三條。所謂利益所存之範圍。與本條
但書所謂現受利益之範圍所包括。蓋不相一致。試舉例證。則無能力
者。消費所受之金錢。或贈與於他人。無償還之義務是也。然在能力者。
通常不爲此等處分。否則與支出同額金錢於自己財產之中無異。故
欲免自己財產。有所減少。則彼既有遺存之相當利益。自不得不負償
還之義務。試以不當利得之原理。及本條保護無能力者之趣旨證之。
可確信其爲正當之論也。

第三項 取消權之消滅

取消權因追認及時效而消滅。今分說如左。

(一) 追認

(甲) 追認之性質 追認者。對於可以取消之行爲。使爲完全行爲之意思

表示也。即拋棄取消權之一方行爲也。非有取消權者。不得爲追認。(一二條)既追認後。不得更取消其所以表示之意思。

民法於無權代理人之行爲。及可以取消之行爲。通用追認之語。似不得其當。余今對於前者。用追認之語。對於後者。則用確認之語。此雖不過文字上之議論。然僅言追認。恐不免滋生疑慮。且二者性質。固有所不同也。

(乙)追認之要件 追認之要件有四。(一)祇對於可以取消之行爲。(二)有取消權者。(三)確知取消之原因。且有除去其瑕疵之意思。(四)於取消原因之情況已止之後。(一二四條一項)第四要件。爲關於追認時期之重要規定。如於有瑕疵之意思表示。則必於確知欺詐之事實。或因強迫之恐怖心已止之後。無能力者。則必於已爲能力者之後。如在此種情況以前。雖追認其爲完全之行爲。而仍帶有瑕疵。是追認亦可以取消。徒生紛擾。而終不能達追認之目的。故民法定不具此要件之追認。爲無效也。

以上規定。僅適用於無能力者。獨斷追認之時。如無能力者。得有法定代理人。保佐人之同意。或夫之許可而追認。則其追認。卽生完全之效力。因既有同意許可之後。固無論何時。可爲完全之行爲者也。

禁治產之宣告。一旦取消。則禁治產者。雖爲能力者。當未取消時。精神不完。故前事容有不能記憶者。於是不能僅以能力者之一端爲足。非更確知其行爲。不得卽行追認。(一二四條二項)余謂此種規定。並無實益可見。無論何等情形。非確知取消原因之事實。不得追認。理之所必然也。

無能力者之法定代理人。及夫。可各以自己之權利以取消。故不必俟至本人爲能力者之後。無論何時。皆可追認。(同條三項)但法定代理人之追認。必具新行爲之要件。如某種類之行爲。必得親族會之許諾是也。(八八六條九二九條)

(丙)追認之方法 追認可以明示或默示爲之。

明示之追認。可用與取消同一之方法。既不必爲裁判上之請求。又不必

用舊民法所定之證書。卽由單純之意思表示而成立。是近世之普通立法例也。惟有特定相手方之行爲。則以對相手方之意思表示爲要件。(一、二、三條)但按諸實際。多製證書。故以證書之生有證據力爲要件。復規定應載各事項之立法例。不可一二數也。

默示之追認。因認定追認意思表示之事實而成立。如民法對於下列所舉。認爲意思之最著明者。不俟證據。卽視之爲追認。(一、二、五條)

(一)全部或一部之履行(生自取消行爲之自己債務)

(二)履行之請求(生自取消行爲之相手方債務)

(三)更改(生自取消行爲之債權或債務)

(四)擔保之供與(生自取消行爲之自己債務)

(五)讓渡權利之全部或一部(得自取消行爲之權利)

(六)強制執行(不問其對於相手方爲之或受於相手方者)

以上六種事實。與單純之推定不同。不容有反證者也。徵諸法文。視爲追

認之規定而益信。法律視爲絕對拋棄其取消權。發生時。知取消之原因與否。概不之問。在立法上所謂默視之追認是也。故其效力之生。必生於可以追認之時期以後。又行爲之當時。當事者無拋棄取消權之意思。不過未嘗明言之時。仍不生效力者也。(一二五條)

前所列舉以外之事實(履行之提供更改之申告擔保之受領等)亦有作爲默示之追認者。但必從通則。證明其意思。且可舉反證以抗辯。與前述之事實不同。

(丁)追認之效果 追認之效果。使可以取消之行爲。爲完全行爲。猶言消滅將來之取消權也。此種行爲。本已成立。非因追認而始生效力。惟追認後。效力始爲確定。與最初爲完全之行爲無異。民法第二百二十二條曰。由最初即視爲有效。雖似因追認之回遡效。而始生效力。措詞容有不盡當者。然立法之旨。則在明示昔日視爲有效行爲所生之效果。毫無變更也。

(二二二條)

然此項原則。亦有制限。即不可有害第三者之權利是也。(同條但書)如甲爲未成年者。賣某種不動產於乙。成年後。更賣之於丙。後又追認前者之賣買行爲。若追認效力。及於第三者之丙。丙將失其已得之權利。甲乙間之賣買行爲。雖非不能成立。然未追認時。仍爲可以取消之行爲。甲苟非詐欺者。則既有後者之讓渡。因丙之故。即默認拋棄其追認之權。此僅保護第三者之丙。加制限於追認之效果而已。當事者間。如爲追認行爲。仍非無效。故甲對於乙。不得免追奪擔保之責任也。(五六〇條以下)

(二)時效

取消權之消滅時效。其別有二。

(一)取消權自可爲追認時始。五年不行使者。即因時效而消滅。(一二六條上段)此項時效期間之起算。對於消滅時效之通則(一六六條一項)爲變例。取消權不俟可爲追認之時。始可以行使。但在可爲追認之前。事實上多有不能取消者。故本第二百二十四條之規定。以可爲有效追認之時。爲

其期間之起算點。夫五年以內。不行使其取消權。則與拋棄相等。此與各種時效。同爲強行規則。不容執並無拋棄之意思。以爲反證者也。

對於同一行爲。有二人以上之取消權。則時效各殊。自爲當然之事。故法定代理人及夫之取消權消滅。而本人或承繼人之取消權。尙未消滅者。往往有之。

取消權時效。定爲五年。對於時效通則（一六七條）爲例外。所以短其時期者。自爲可以取消行爲之當時。至爲取消之時。已久經年月。當事者及第三者間。類生各種法律關係。而彼此不知何時。始因取消而消滅。則當事者及第三者。恆立於不確定之地位。無以保授受之安全。無能力者之相手方。雖可行第十九條所定之催告權。然僅適用於無能力者之規定。而此種權利。實際上亦時有不能行者。此所以特短其時期也。

各國法典。普通消滅時效。爲期三十年。而取消權之時效期間。則或爲十年。或爲五年。若因詐欺或強迫之取消權。則一年不行使。卽歸消滅。對於

無能力者。惟與相手方以催告權。不別定時效期間。要之所以防法律關係。永不確定之弊也。日本民法。則尙多襲用舊民法之規定焉。

前定五年之期間。非豫定期間。而爲時效期間也。觀於法文甚明。近世多數立法例。對於有取消權者。認其時效之中斷。及停止。與普通情形無異。又其他各端。亦可適用時效之通則。此固不待言也。

(二)自可爲追認之時。雖未經五年。而由其行爲之當時。已經二十年。則取消權亦因時效而消滅。(一、二、六條末文)此項規定。非本於默示追認之觀念。所以爲公益之故。不欲使法律關係。永不確定也。其期間及起算點。亦不反時效之通則云。(一、六、六條一項一、六、七條二項)

第六節 法律行爲之附款

凡爲法律行爲者。可任意變更法律上之效果。及其制限。此通例也。以此目的。而繫其行爲之效力於某事實中。必有條款。分爲條件及期限二端。除特別情形外。二者皆可附加於各種法律行爲。民法特設有關於附款之

規定。以爲法律行爲之通例。又有所謂負擔者。亦法律行爲之附款。民法雖不設此項通則。然略示其概念。亦非無益。故茲亦略述其大要焉。近世通例。凡條件期限。皆可附加於各種法律行爲之中。然亦有例外。卽法律行爲性質上。有不得附加之者。如催告、婚姻、養子緣組、私生子認知、相續之承認、及拋棄等是也。又有法律特禁其附加者。如五〇六條一項商法四六九條二項。違者非僅其條款爲無效。法律行爲之全體。皆不能成立者也。

第一款 條件

第一項 條件之性質

條件爲法律行爲之任意附款。使其效力之發生或消滅。繫於容觀不確定事實之謂也。

今舉附條件之法律行爲之例。如甲與乙約。於定期內。買得家屋於丙。則以現住之家屋贈之。又如約不能買收其家屋。則現贈之家屋。仍歸自有。

是也。此皆附以發生何事。則如何云云之條件。其目的在視行爲當時。所不能豫定之事實。發生與否。以定其效力。又或有爲利益之提供者。如甲與乙約。若乙與丙結婚。則贈以某財產。以要求他人之行爲或不行爲者。亦有之。要之皆視將來未確定之事實。發生與否。以定法律行爲之效力。或發生或消滅也。

關於條件之法理。近世論議頗多。而以德國學者所研究。爲最精密。然所說恆失於空微。而反舉簡明之事紛雜之。然德國民法所規定。關於論議最多之條件。不爲學說所羈束。而力以簡明出之。是宜特加注意者也。然本書不暇詳論。惟以最正確之觀念爲基礎。以述民法之原則而已。以下請分析條件之定義。以明其性質。

(一)條件爲法律行爲之附款

條件者。即繫法律行爲之效力於不確定事實中。所定之條項也。故其實質。亦意思表示之一種。條件本有二義。用例不定。或專就使法律行爲效

力。不能確定之事實而言。法國學者。解釋條件。多主此義。日本民法第一編第四章第五節。題曰條件及期限。第一百二十七條以下。又有附條件之法律行爲云云。要爲法律行爲條款之一。卽繫其效力於不確定事實中之意思表示也。然所謂條件之成就或不成就。則宜釋爲事實之意義。較易明瞭焉。

條件爲附款。非於其行爲有附從之關係。不過當事者。附加於法律行爲之條款而已。據法國法系及多數學者之說。則以附條件之法律行爲。爲條件所附隨之法律行爲。於行爲與條件之間。不認其有不可分離之關係。然而誤矣。蓋條件者。爲法律行爲效力之所繫（卽權利義務之存立）近世立法例及學說。莫不同認此說。所謂附條件之行爲。非附有條件之行爲。實具有一種內容之特別行爲。猶言條件爲成其行爲之內容也。現日本民法。規定於條件成否未定之間。法律行爲。不生效力。而別生一種權利義務。（一二七條乃至一三〇條）又條件有誤。或其條件爲不法。則法律

行爲全體爲無效。(一三二條)凡此皆足以證余說之不謬。且意思表示。有附條件者。表示者宜證明之。由是觀之。附款之語。甚未得當。但別無簡便之名稱。姑沿用之而已。

(二)條件爲法律行爲之任意附款

附加條件於法律行爲。即各人於法定制限內。得自定法律關係之結果也。故條件必出於當事者之意思。凡生於法律行爲性質。或生自法律規定之條件。皆非真實之條件。如遺贈之生其效力。必於遺言者死亡之時。受遺者復依然生存是也。(一〇九六條)此不可與條件混同者也。

(三)條件之事實爲客觀不確定之事實

條件之事實。必不確定。翳古以來。皆認此爲條件之特質。條件與期限之差。亦在於是。然所謂不確定者。有二種區別。即客觀不確定。及主觀不確定也。

據羅馬法以來之通說。則條件以未來之觀念爲基礎。凡實際已確定之

過去或現在之事實。爲當事者所不知者。皆不認爲真實之條件。蓋以客觀不確定。爲條件之本義。可無疑也。今日英法德各國學者。亦皆承認此義云。

然近世亦有主張主觀不確定者。謂條件之事實。惟性質不確定爲已足。不必其爲現實不確定者。凡已發生或未發生之確定事實。當事者未知之前。要不失爲條件。究其論據所在。蓋謂事實之不確定。對人而言。如就天地之自然觀之。則雖屬將來之事實。亦奚有不確定者。不過吾人智識不能豫知而已。故從客觀言之。無因時而有確定不確定之別。學者謂日本民法第三百十一條。實探此主義也。

執理論以觀察之。似非無理。然條件之性質。羅馬法以來。久已確定。今日似毋庸特以新思想。變更其意義。彼謂將來事實。於客觀實已確定。是必具出乎人類以上之知識而後可。與吾人普通觀念。大相背馳。又有謂不依主觀標準。於實際不便者。夫當事者以過去或現在之事實爲條件。處

置如何。自屬別一問題。而事實必與條件相同。藉以定當事者之法律關係。是通常所共認。故彼之所說。不足以變更舊來之普通觀念也。日本民法。倣德國民法之例。不示條件之定義。又無直接可以判定其性質之明文。故解此問題。以援據通說爲最宜。卽令第三百三十一條。採用主觀不確定說。而各國法典。亦有此種規定。如就採用客觀不確定說觀之。則不得拘牽條文。下此解釋。本條所謂條件云云。猶以無效之法律行爲。稱爲法律行爲。圖引用之便利而已。無可置重也。且此項規定。未必不以客觀說爲根據。條件之成否。已確定於法律行爲之當時。則當事者雖不知之。而其行爲之效力。卽可決定。(同條一項二項)又當事者不知其成否之間。準用第二百二十八條及第二百二十九條之規定云云。(同條三項)其圖引用之便利。因與純然之條件同視。益可知矣。余今解釋民法。亦從舊來通說。以定條件之性質。已確定之事實。僅得報知。不能卽爲條件之成就也。

(四)條件繫於法律行為效力之發生或消滅

附條件之法律行為。其條件究何所繫。學說不一。或誤謂條件繫於意思。但意思為心理之作用。決定之後。意思即已存在。不隨將來之事而變更。或存在或否。二者必居其一。條件雖不成就。意思則已存在。惟效果未確定已耳。

條件非使意思為不確定。因意思之作用。而繫法律行為之效力於條件也。如為停止條件。則因其成就。而法律行為生有效力。如為解除條件。則因其成就。而法律行為失其效力。(二七條)當事者終結權利義務之發生消滅與否。皆因條件之成否而定。是為近世同認之原則也。

條件繫於法律行為效力之發生或消滅。為其本質。皆屬強行規定。如附條件於以外之事。即非附條件之行為。有誤謂條件有繫於履行者。履行為關於債務之事。凡不以發生債權為目的之行為。俱不能與之相適合。(如以物權及債權之移轉為目的者)即就債權之行為言之。履行為債權

之內容。或履行或不履行之不確定債權。法理上不認其成立。當爲買賣契約之時。預約某事發生。則以某種有價證券。支給其代價。學者設以是爲附條件之契約。則余實不能同意者也。蓋此僅於履行方法上。別立一種特約而已。

條件無定式。或曰某事實發生。則贈與某品。或約贈與某品。但必在某事實發生之後。文例雖異。皆所以使法律行爲之效力。繫於不確定之事實。其事縱無不發生者。然性質上不能確定其發生。即可視爲條件。如汝結婚之日。或汝達成年之時是也。雖具期限之形式。而論其實質。與條件固無殊也。

第一項 條件之種類

條件之種類甚多。今總述其概要於左。

(一) 停止條件解除條件

停止條件者。於成就以前。停止法律行爲之效力是也。如云汝若於年內

任高等官。則贈此時計。即附停止條件之行爲也。解除條件者。因其成就。使失法律行爲之效力是也。如云今贈此時計於汝。但余於年內任爲高等官。則此時計仍歸余之所有。即附解除條件之行爲也。(一二七條)

由理論上觀察之。條件本無二種。蓋祇有停止條件之一種而已。惟有停止法律關係之發生。及停止法律關係之消滅之別。所以以解除條件。爲獨立之條件。當事者對於即時能生效力之行爲。後日欲消滅其效力。因附加第二之意思表示。(如余以千元之價賣此家屋於汝。但汝於一週內不給代價則解除賣買)授受之間。始有所謂附解除條件之行爲。然第二意思表示之效力。繫於不給代價之條件。條件成就。賣買自歸解除。羅馬學者。對於二種意思表示之關係。固未嘗誤解焉。

實際上認此區別。殊形便利。條件雖一。而或取此。或取彼。於法律上效果。則有大不同者。

(二)積極條件消極條件(一名有的條件無的條件)

積極條件者。因某事實發生而成就之謂也。如汝結婚則如何云云。消極條件者。因某事實不發生而成就之謂也。如汝不結婚則如何云云。此項區別。惟於認定條件成否之標準不同。其他則無實用可見。

(三) 偶成條件隨意條件混合條件

偶成條件者。成否無關當事者意思之謂也。即發見於自然界之事項。及由於第三者之意思是也。隨意條件者。成就關於當事者一方意思之謂也。法國學者。又分隨意條件爲二種。單純隨意條件。及純粹隨意條件。所謂單純隨意條件者。如汝若於一週內旅行大阪則如何云云。此非全關當事者之意思。如一方當事者。或因疾病及其他事由。不能於豫定期內旅行。亦未可知。此種附隨意條件之法律行爲。固不失爲有效。純粹隨意條件者。成就全繫當事者一方之意思。如言余欲則如何云云。此條件若繫於債權者一方之意思。固有效力。採擇買賣。卽屬此類。苟繫於債務者一方之意思。則法律行爲。或至於無效。如云我欲則賣。非真能羈束其行

爲之意思表示也。惟在解除條件。則法律行爲。卽生效力。若債務者未表示解除之意思而死亡。則法律行爲。可永保其效力。無需以其最初之行爲爲無效。民法之例。雖在純粹隨意條件。如僅繫債務者一方之意思。而又屬停止條件。則以其法律行爲爲無效。(一三四條)

混合條件者。成就繫於當事者一方之意思。及第三者意思之謂也。如云若與某婦人結婚。則如何云云是也。混合條件。不可與單純隨意條件。明定其區別。二者皆非全關當事者之意思。惟程度有差而已。凡純粹隨意條件。多爲混合條件。皆與偶生之事實相關。第三者之意思。亦其一也。由理論上言之。對於純粹隨意條件。可專認混合之隨意條件。凡於當事者意思外。復需其他事實者。併含於其中。

(四) 假裝條件

(甲) 既定條件

有分條件爲關於將來之事實。及關於過去或現在之事實者。然關於過

去或現在之事實。不可視爲真實之條件。今如亦認其爲條件之一種。則理論上之失當。又奚待言。然條件本與公益無關。苟當事者之意思在是。則亦不能度外視之。故民法定假裝條件。因停止條件。及解除條件。而生區別。如爲停止條件。則苟成就於當時。卽以無條件論。如條件不成就之事實。已經確定。則以其行爲爲無效。如爲解除條件。則正與此相反。條件已經成就。則卽以最初之法律行爲爲無效。不成就之事實。已經確定。則以無條件論。而確定保持其效力。然凡遇以上情形。當事者不知條件之成否。皆可準用關於條件成否未定之當事者。所應有權利義務之規定。

(二三一條)

(乙)不法條件

不法條件者。以違反公共秩序。或善良風俗之事項。及違反強行法規規定之事項爲目的之條件也。如云汝若殺害某人。則如何如何云云。通常之視爲一種條件者。本僅拘於形式。凡不法條件。不得爲法律上條件。其行

爲自歸於無效。(九〇條九一條)然恐有誤分條件及其行爲。而視爲無條件者。且今日於贈與及遺贈二端。尙有採以上之見解者。故民法特明言其行爲爲無效。(一三二條)又有一說曰。雖適法之行爲及不行爲。迨以之爲條件之後。即使法律行爲。帶有不法之性質。如云余若與汝結婚。則汝宜以金若干與我。此種契約。即爲附加不法條件之行爲。然此非不法條件。或視爲有不法目的之行爲。(九〇條)要不能無疑義焉。

以不爲不法行爲爲條件。則其法律行爲。亦爲無效。(一三二條末文)如定余若不殺害某人。則汝宜以金若干與我之契約是也。學者對此條件。欲防遏非行。遂主張此種法律行爲。爲有效者頗多。然不爲不法行爲者。吾人之本分宜然。不俟報酬者也。若以遵守本分。有應得報酬之權利。則保無欲得報酬。而誤爲惡事之弊害。故日本民法。以附此種條件之行爲。爲無效。

以上所述。皆停止條件及解除條件之通例。或謂以爲不法行爲爲解除

條件。并無弊害。然此與以不爲不法行爲。爲停止條件無異。故民法不設此種區別。他國法律。有對於附不法或不能之條件於贈與及死後處分。僅以其條件爲無效者。此各國沿革有以致之。日本民法。則不認有此變例也。

(丙)不能條件

不能條件者。事實上或法律上。不能成就者之謂也。附此條件之行爲。當然爲無效。與附不法條件之行爲相同。然範圍各殊。如以之爲停止條件。則其法律行爲。全然不能發生效力。如汝若昇天則如何。此固與附不法條件之行爲無異。(一三三條一項)若以不能之事項。爲解除條件。則不能以法律行爲之全體爲無效。其行爲既完全成立。自無解除之期。故應視爲無條件行爲。而確定生其效力。(一三三條二項)

第三項 條件之效力

第一目 條件成否未定之狀態

附條件之法律行爲。其效力於條件成否未定之間。常有不確定之狀態。其別有二。

(一)附停止條件之行爲。當事者目的所在之權利義務。尙未發生。卽有債務。不得請求其履行。消滅時效。亦不進行。若誤爲履行。可令反其所給付者。(七〇五條)在物權之設定。及其他權利之處分。則權利仍屬前主。除有特約外。不得求目的物之引渡。遇有危險。亦不得移轉於權利者。其詳當於第三卷言之。(五三五條一項)

(二)附解除條件之行爲。則目的所在之權利義務。雖卽發生。然因條件之成就。當然歸於消滅。故將來能否保持其效力。尙未確定。當條件成否未定時。適與無條件行爲之效力相同。條件成就後。權利義務。始喪失也。

要之條件於成否未定之間。法律關係。猶未發生。惟將來可以發生而已。然則附條件之法律行爲。當其狀態存續之間。彼因條件之成就而應受

利益者。絕無效果可獲乎。是誠可論究之問題也。據波智惠派之說。謂附條件之權利者。當條件未成就時。僅有單純之希望。而無權利。然其說對於因條件之成就。而得成立之權利者。因得其當。對於不能發生何等權利之時。則有不可通者。甚或與承認附條件之法律行為之趣旨相反。法律既認附條件之行為。為有效法律行為。則必生一定效果。以保護因條件成否所應受之利益。當事者亦欲保全將來所應享受之利益。此種正當希望。其始本為權利之一種。安得不有以保護之。

民法第二百二十八條。至第三百三十條。即定此權利之內容也。所謂附條件權利。即於條件成就之際。取得繫於條件之效果。權利取得或回復及債務免除之權利是也。此項權利。與因條件成就而發生或消滅之權利有別。實與附條件之行為。同時成立。非條件可望成就之間。則不存在。又因條件之不成就而消滅。審是則非單純希望。而為一種權利可知。更就其

形式言之。所謂附條件之權利。從民法第二百二十八條。至第三百三條之規定。於條件成否未定之間。保全其成就時所應生利益之權利也。與權利對立之附條件之義務。即相手方有不害其利益之義務也。此種權利義務。雖不可與繫於條件之權利義務有混。其存立之故。要不外欲得條件成就之效果而已。二者之目的。宜其同也。

今更述附條件權利之內容、效力、如左。

(一)附條件法律行為之各當事者。於條件成否未定之間。不得害相手方因條件之成就。由其行為所生之利益。(一二八條)

以上規定。所以定條件成否未定間。各當事者之主權利。附停止條件之行為。及附解除條件之行為。並無區別。所謂不得害相手方之利益。即對於相手方。因條件成就所取得或回復之權利及其目的物。不得為事實上及法律上之處分。背此義務之制裁。即視為條件成就以後之行為。所謂事實上之處分。附停止條件之讓渡物。或附解除條件之讓受物。有

所滅失毀損之行爲是也。如有此種行爲。則於條件成就時。對於相手方。應賠償其損害。所謂法律上之處分。如讓渡以附條件行爲爲目的之物。及權利。又或於其上。設定質權及其他權利之處分行爲是也。若附條件行爲之目的。在負擔債務。則後所讓渡。固非無效。惟於條件成就時。有損害賠償之義務而已。如以附停止條件之讓渡物。及附解除條件之讓受物。讓渡於第三者。則登記問題。固當別論。(一七七條)處分行爲。則因條件之成就。而失其效力。至強制執行。及債權收押。則與任意處分無異。法國法系。皆因條件成就之回遯效。而生前述之結果云。

以上原則。有一制限。即法律上之處分行爲。僅於廢棄或制限條件成就之效果之範圍以內爲無效。如設定第二抵當權。則於次位仍屬有效。又第三者。亦不失其因占有效力及時效所得之權利也。不待言矣。要之以上之處分行爲。爲絕對無效。非僅定債務之關係也。

(二)於條件成否未定間。當事者之權利義務。可從通例以處分、相續、擔

保、或保存之。

前述第二百二十八條之規定。認一種權利義務之成立。故茲可直謂爲當事者之權利義務。雖爲附條件之權利。既謂爲一種權利。則法律上之處置。自不能與無條件之權利相異。是以可從通常權利義務之規定。而處分、相續、擔保、或保存之。

所謂處分附條件之權利。卽讓渡或質入於他人。并爲各種生前處分。及死後處分之謂也。僅於因條件之成否。以確定其運命之範圍內處分之。本條所謂從通例者。如登記質物之交付。及債權讓渡之通知等。各隨處分行爲之種類。而從有關於條件中權利處分之規定是也。又附條件行爲之各當事者。有死亡時。相續人應從關於相續之規定。承繼其權利義務。他如時效之中斷。及假登記等。保存其權利之行爲。皆可爲之。又以質權、抵當權、或保證人、擔保之。此等效果。爲近世各國法律所公認。無俟於明文者。故德國民法草案。卽無此項規定云。

(三)因條件之成就。而受不利益之當事者。故意妨害條件之成就。則相手方可視其條件爲成就。(一三〇條)

條件成否。每以當事者之意思決定之。民法特設一例外。凡違反前述附條件義務之制裁。即視其條件爲成就。當此之時。雖非故意妨害其條件之成就。而條件容亦有不成就者。其責任與不法行爲不同。今民法設特別制裁。似失其當。然一方之當事者。不能確定因妨害其條件之成就。所受損害之範圍。故不能適當定其賠償之數。迺設此變例。以期保護相手方之權利。可以確實而得其當也。

茲有宜注意者。各國法典。皆視其條件爲成就。日本民法。則條件之應否。視爲成就。任相手方之選擇。是因保護相手方而置此變例。苟未至不利益時。固不必定視之爲成就。德國民法。又於本條規定外。定因條件之成就。而受利益之人。故意使之成就。則其條件仍視爲不成就。按諸實際。此事實鮮。不必特設同一之制裁。遵守通例。以損害賠償爲制裁。宜乎可矣。

第二目 條件之成就

無論停止條件。與解除條件。居於積極地位。則其條件因所定事實之發生而成就。又因事實之不發生而不成就。如以定期為條件之一部（如謂某人於一年內結婚則如何云云）可以逾期不發生事實之一端。謂其條件為不成就。居於消極地位。則因所定之事實。不發生而成就。又因其事實之發生而不成就。如條件中有定期（如謂某不於一年內結婚則如何云云）而逾期不發生所定之事實。或於定期內。所定事實。確然不能發生（如其人未結婚而死亡）是為條件之成就。其事實發生。則即謂為不成就云。

以上所述。為普通標準。依此標準。條件於實際上。如何為成就。又於定期間。如何為成就。或不成就。皆視當事者之意思而決定之。

條件成就之效果。因停止條件。與解除條件而異。停止條件成就。則附此條件之法律行為。因之而生效力。（一二七條一項）猶言繫其條件之權利

義務。至是而成立也。債務不可不履行。處分行爲。則爲其目的之權利及危險。不可不移轉於讓受人。解除條件成就。則法律行爲。因之而失效力。(同條二項)債務者免其債務。已移轉於讓受人之權利。復歸於讓渡人。此其別也。

上述效果。皆基於已成立之附條件之行爲。成就時。當事者不必有行爲能力。又法律或變更其行爲之方式。而要不能因是而及影響於條件成就之效果。(民法施行法九四條參照)至權利存立之要件(如目的物之存在)則成就條件時。仍不可缺者也。

條件成就之效果。法律上絕對所應發生者。如解除條件成就之際。非僅生回復原狀之請求權。而法律行爲。不復俟當事者之意思表示。且與第三者之關係。亦卽失其效力。此與契約解除不同之點也。(五四〇條五四五條一項)

條件成就之效果。發生於何時。立法例及學說。紛紛不一。法國法系。許其

效果回遡附條件行爲成立之當時。德國法系。採其說者甚衆。但關於回遡效之範圍各有議論。至近世立法例則否。日本民法。不加區別於停止條件與解除條件之間。以自成就之時。即生效果爲原則。(一二七條一項二項)

竊謂此問題。應以當事者之意思爲基礎而決定之。法律行爲之效力。當未發生或未消滅時。法律非不能視爲已發生或已消滅也。(如四二條二項)無論法律採如何主義。必以當事者之意思爲根據。法國民法。即基於此觀念。而認條件之回遡效云。

然以普通之情形而論。當事者果有使條件成就之效果。回遡既往之意思乎。不能無疑。觀之實際。多附定期之條件。(如或事實於一年內發生則如何云云)當定此條件時。當事者之意思。多欲即成立其目的所在之法律關係。既於條件成否未定中。欲保護將來發生之權利。而認有特種之法律關係。則雖無回遡效。亦不至有失當結果之虞。彼法國法系之立法

例及學說。無非欲確保附條件權利者之地位。因認此種效力而已。於條件成否未定之間。承認附條件之權利。而以附條件義務者之處分行爲爲無效。則承認回遯效與否。結果實無大異。惟附條件之義務者。不必償還條件成就以前之果實利息。及其他使用物之對價。是爲無回遯效之一大結果。至債務之消滅時效。雖必自條件成就之時而進行。實則成就以前。固不得行使也。(一六六條一項)

條件成就之效力。不回遯既往。基於當事者之意思。當事者如表示應有回遯效之意思。即當從其意思。(一二七條三項)如關於果實之取得。欲生此種效力。法律斷無禁止之理。條文汎言條件之成就以前。則不必以回遯效及於附條件行爲成立之當時爲限也。可知。又意思表示。亦如通例。許其爲默示。德國民法。雖有同一之規定。然附條件之法律行爲。必有意思表示。且其效力。僅及當事者間所生債權之關係而止。日本民法。並無是等制限。解釋時能否下同。一之判斷。蓋不能無疑也。

以上所述。爲條件成就之效果。論究回遯效之實益。亦在於是。條件不成。就已確定時。則附停止條件之行爲。無復效力可生。附解除條件之行爲。則與無條件行爲相同。至已生之效果。無所變更。可勿論已。即在將來。固猶有效果可生者也。

第二款 期限

第一項 期限之性質

期限爲法律行爲之任意條款。繫其效力之發生、實行、或消滅。於他日確定到達之事實之謂也。如云至何月何日。當讓渡某種權利。或云應給金額若干。或云於定期內貸貸某物。皆附期限之行爲也。停止法律行爲效力之發生或實行者。爲始期。停止法律行爲效力之消滅者。爲終期。要之期限與條件所異者。即使法律行爲之效力。繫於可以到達之確定事實也。

以下所述。就定義究明期限之性質。分爲三項。

(一)期限爲法律行爲之任意條款。

期限亦由當事者之意思。附加於法律行爲之條款。與條件無異。凡自法律行爲之性質。法律之規定。及裁判所生者。皆非此之所謂期限。又期限亦如條件之有二義。或謂定其條項之意思表示。或指他日到達之時期。此皆與前述條件之性質。無所異也。

(二)期限之事實。爲可以到達之事實。又爲確定屬於將來者。

期限之事實。必在將來。且爲確定可以到達之事實。是與條件之性質不同。古來之法例及學說。皆以之爲準的。但不必據歷日計算。雖不確定。亦屬無妨。惟以何時必可到達爲要件而已。

(三)期限繫於法律行爲效力之發生、實行、或消滅。

期限繫於何事。關於始期之議論甚衆。較之言條件之作用。更苦其難。法國法系。謂始期異於停止條件。非繫於法律行爲之效力(即非繫於權利義務之發生)而僅繫於履行。立法例及學說。互相一致。德國學者。

亦頗有從之者。日本民法。即本其主義。以始期爲停止法律行爲之履行。(一三五條一項)蓋猶蹈襲舊民法之觀念也。

然自理論上觀察之。前說甚爲失當。物權之設定移轉。及其他權利之處分。期限未到達時。皆不生效力。如約定至某日讓渡債權。則某日以前。債權不得移轉。自不待言。債權發生。附以始期者亦然。如約定期日。貸貸家屋。期日未到達時。貸貸借之權利。烏從而發生。要之期限與條件。作用無異。惟法律行爲效力之發生或消滅。初已確定與否之別耳。故德國民法。條件之規定。準用於期限。日本民法。以終期爲消滅法律行爲之效力。(一三五條二項)始期爲停止履行之請求權。其他規定。亦多注重於債權。(一三六條一三七條)明示始期與停止條件。有各殊之效力。斯已奇矣。今由當事者之意思。及實際之狀況觀察之。則就契約上之債權關係。(舊民法及其他法國系法典關於期限之規定皆不出此範圍)以期限僅繫於履行。亦非無理。期限之事實。既屬必能到達。則謂債權行爲。僅生不妨

其發生之債權。而謂其注重之債權。既已成立。惟不得請求其履行。揆諸實際。曾無大異。當事者之意思。亦未必欲設此階級。不過債權即時發生。而別定其履行之期限。是亦恆有之事。此種問題。徒執理論。不如證之於實際。法國民法。及屬其法系之立法例。所以採用前述之見解也。

關於債權行爲。從民法之觀念。實際無所不便。然關於權利之處分。如物權之設定移轉。民法非不認其權利之尙未發生。究不若謂其期限尙繫於履行之爲正當也。雖在期限到達以前。非僅有不妨其權利發生之一種法律關係。實生以設立或移轉物權爲目的之債權。因期限之到達。而生設定或移轉之效果。即可視爲債務之履行。余意不能無疑。然此爲關於以物權之設定移轉爲目的之行爲問題。茲姑置而不論。設以前述見解爲正確。則爲法律行爲目的之物權關係。既未發生。即以期限停止其效力之發生。亦至當之論也。

如以民法第三百三十五條一項爲强行規定。則其終必以附款爲非條件。

又非期限。遺憾殊甚。然期限以適用於債權行為爲主。而此種行為。無權利之發生。及其行使之別。故民法特設解釋之規定。而以之適用於多數事項。當事者苟有反其規定之意思。欲於期限內停止法律行為效力之發生（如讓渡）仍宜從其意思。準用關於條件之規定（一、二、八、條、一、二、九、條）雖似越解釋之範圍。然法文不備。勢不得不出於此。吾輩亦欲適用民法之規定。故下定義曰。期限繫於法律行為效力之發生、實行、或消滅也。期限以可定於各權利中爲原則。惟所有權。不得附終期而處分之。此爲羅馬法以來。多數學者所主張。法國今日。尙認爲通說。因視所有權。爲有永久之性質故也。欲知其詳。當於次卷說明所有權性質時更述之。

第二項 期限之種類

（一）始期終期

始期者。於未到達前。停止法律行為效力之發生或實行之謂也。如云自何年何月。汝當於此土地上。有地上權。或云二週後。當付金若干圓是也。

終期者。於已到達時。使法律行爲之效力消滅之謂也。如云於本年中。當賃此家屋是也。

此實與停止條件。解除條件之區別相對。惟始期之屬於履行者。與停止條件有異。期限又與條件不同。他日到達之事實。確定於其初。且無回遡之效力者也。

(二) 確定期限不確定期限

此視到達之時期。自初確定與否而區別之。確定期限。以通常歷日計算。如云本月末日。或曰今日以後一年是也。不確定期限。以不能預定到達時之事實定之。如云余死亡時是也。此項期限。又有與確定時相混合者。如云余死後一年是也。又有屬於債務者之隨意者。如云當於便利時支付代金是也。但對於最後一端。如以授受之履行爲基。則謂爲有相當之期限。無不可也。

(三) 假裝期限

前述假裝條件之規定。假裝期限準用之。凡既到達之期限。或他日不能到達之期限。皆非真實期限也。不基於當事者意思之期限。亦非此之所謂期限也。

第三項 期限之效力

第一目 期限到達前之狀態

期限爲可以到達而確實者。故不若條件之有不確定期間。然到達前之法律關係。亦有與條件成否未定中之狀態相類似者。請分論如左。

一 始期 更別爲二。

(甲)停止法律行爲效力之發生之時。爲其目的之權利義務。尙未發生。惟他日確能發生之一端。與停止條件相異。於此期間。雖無規定法律關係之明文。然第三百三十五條一項。爲解釋之規定。與條件成否未定中之理由相同。故亦可以準用第二百二十八條第二百零九條之規定。較之附條件之權利。其效力可以益強。而不稍

形薄弱者也。

(乙)停止法律行為效力實行(即履行)之時，其權利本體固已發生。惟不得行使而已。不待特別規定。逕行處分、保存、相續、或擔保。是為當然之事。其與停止條件至不同者。即以目的物之滅失。歸於債權者之損失。(五三四條五三五條一項)及期限前之清償。以有效為原則。是也。七〇六條)然基於行使權利之效果。則不能發生。如消滅時效之不進行。(一六六條一項)及為賣買或其他有償契約。不能取得果實或利息是也。(五五九條五七五條)

二終期 此期限停止法律行為效力之消滅。故與解除條件之作用相同。法律行為。惟於期限到達以前。保持其效力。惟消滅其效力之事實。已確定於前。則與解除條件攸殊。民法恐人誤解期限之原理。不設適用於此之規定。即準用始期之規定云。

第二目 期限之到達

期限以將來必能到達爲本質。惟何時到達。則歸當事者之意思解釋之。然就通例言。凡預定日期或期間者（確定期限）以期日之到達。或期間之終結（一三八條以下）爲期限之到達。如以某種事實定其期限（不確定期限）則以事實之完成時。爲期限之到達。又雖於期限到達以前。因特別事實之發生。即視爲期限之到達。其別有二。

（一）期限之拋棄 有利益者。可隨意拋棄。至何人爲有利益者。應依法律行爲之性質。及當事者之意思決之。如通常無利息消費貸借之期限。爲債務者之利益。如無報酬寄託之期限。爲債權者之利益。如有利息消費貸借之期限。則爲當事者雙方之利益。民法於債權關係。恐有不明當事者意思之時。因設可以適用之解釋規定。謂期限當推定其爲因債務者之利益而定是也。（一三六條一項）

當事者雙方有利益之期限。彼此皆可拋棄之。惟不得有害相手方

之利害。如有利息之貸借。期限前固可清償。仍應付以期限到達時之利息。(同條二項)

民法專就債權關係。設拋棄期限之規定。此誤以期限爲僅關履行之結果也。債權關係。固多所適用。然不能以此爲限者也。

(二)期限之喪失 有期限之利益者。因喪失利益。而視爲期限到達。凡當事者間。有特約者。或於債權關係中。有特別之喪失原因者。則於所說明之範圍以外。民法對各種債權關係。規定債務者失其期限利益之原因。(一)受破產之宣告時。(二)毀滅或減少擔保者。(三)應供擔保之義務而不供者。(一三七條)是也。除破產手續。應歸簡明外。債權者所與期限信用之基礎。已經滅失。復何期限利益之可言乎。期限到達之效果。在附始期之債權行爲。則通常發生債權。即可行使。又爲讓渡及其他權利之處分。當時即生效力。在附終期之行爲。則因期限之到達。而失其效力是也。

前述效果。爲法律上當然絕對發生者。蓋與條件相同。但無論如何。無回遯效。是爲期限之本質。不得以當事者之意思左右之。卽此可見與成否未確定之條件。性質各有攸殊也。

第三款 負擔

民法仿法德及其他立法例。不設有關於負擔之規定。除依契約通則外。僅就贈與遺贈。置特別之規定。(一二條一項七號五五三條一一〇四條一一〇五條一一二九條一一四一條)然此實與條件相似。而不可混同之一種條款。請略述其性質如下。

負擔者。制限或變更法律行爲效力範圍之附款也。卽課義務於因其行爲。而取得財產權之一方當事者也。或以負擔屬無償行爲之附加條款。實則多設定於贈與及死後處分。如受贈與或遺贈者。供其所取得之財產。於一定目的之中。又如定給終身年金若干於某人。是也。

法國法系。負擔與條件。無顯然之區別。於條件總稱之下。混二者而一之。

負擔本與單純之隨意條件相似。然性質效力各有所異。與停止條件異者。在不停止發生爲法律行爲效力之權利。負擔蓋與解除條件相似。不履行時。法律行爲即失其效力故也。所異者。可以先請求其履行而已。且不履行時。法律行爲非當然失其效力。要以當事者之意思定之。(五四〇條五四一條五五三條一一〇四條一一二九條)又不若解除條件之有絕對效力。僅於屬負擔利益之一方。有其權利。要之負擔僅生債權關係於當事者間。至構成法律行爲之內容。則固與條件無異也。

負擔與條件。識別有甚難者。裁判官基於法律之文言。及其他狀況。以解釋當事者之意思。而判定附款之性質已耳。若於其性質有疑。則與其視爲條件。不若僅解爲負擔之爲愈。蓋因負擔。非如條件之有强大效力也。

第三章 期間

第一節 汎論

非行爲之法律事實雖多。適用之最廣泛者。莫如時之經過。茲特述有關

期間之法理如下。

期間者。由一定時期。至其他一定時期。所限定之時間也。期間每生法律上之效果。(一)非於一定期間內或滿期後。不得行使權利。或為有效之意思表示。如提起占有訴訟之期間。(二〇一條)或追認取消行為之期間(一二四條)是也。(二)於一定期間內。發生某事實。或滿期後應取得身分。或致權利之發生或消滅。如於婚姻後何日。或解消後何日。推定所生子為夫之子。(八二〇條二項)或因所定之期限到達。而生讓渡之效力是也。(三)因一定期間狀態之繼續。而有權利之取得或喪失是也。(時效)考此數例。期間於法律上。有重大之效用可知矣。

期間依法令、裁判、或法律行為、以定之。不問其原因如何。計算之方。以一定為最要。視其方法。於權利得喪上。有重大之結果。法國法系諸法典。無期間之通則。因之疑議實多。日本舊民法。專就時效。以定期間。舊商法亦但就契約。設此規定。誠立法上之缺憾也。期間既依法令、裁判、或法律行

爲而定。則計算之方安得不定。新民法第一編，所以特設通則也。（一三八條至一四三條）

期間有二。曰豫定期間。曰時效期間。豫定期間者。法律上固定之期間。不因中斷、或停止、而延長者也。即法律欲權利之速於行使。特定之不變期間是也。（六〇〇條）時效期間者。不必繼續計算。有因中斷、或停止、而延長者。民法恐其多疑義也。故於時效期間。多設條文以明示之。（一二六條）雖然。豫定期間。與時效期間。皆爲法律所定之期間。爲本章所謂期間之一種。計算法當依次節所述民法第一編第五章之規定。惟時效期間。有因特定事由。而妨害其進行。又期限雖非期間。而經過一定期間後。到達之際。亦可謂之爲期間。當從民法第三百三十八條以下之規定。可無容疑也。

第二節 期間之計算法

通常分時。爲年、月、週、日、時。計算期間。亦依此項區別。定之之法有二。或指

一定時日爲滿限。如云來月十五日。或明日正午是也。又有限定時之分數。如云二年間。或三月間是也。計算方法之重要者。蓋屬於後者也。

計算期間之法。亦有二種。一曰天然計算法。一日歷數計算法。天然計算法。由事實發生之當時起算。核計一日之分數。至不足日數爲止之計算法是也。故區分一日爲時、分、秒。以分析精確爲本旨。如一日爲二十四時間。一週爲七日。由事實發生之當時。細計其年月日。如從二月一日午前十一時始。十日間。則以同月十一日午前十一時爲滿期。一週間。則以同月八日午前十一時爲滿期。

歷數計算法。從定歷以計算時日是也。不細分一日爲時、分、秒。由事實發生之日或翌日起算。以計算其期間。自午前零時至午後十二時爲一日。中間不復細分爲本則。此法於以日定期間之際。雖無紛雜。如以週或年月定者。因從定歷之故。不改爲日數。惟以週或年月之數計算之。凡云幾年幾月。月之大小。年之正閏。所包含之日數。不能均一。是與天然計算法

相異之點也。

採用歷數計算法。遇由週、或年、月、之中途。計算期間者。必別設規定。蓋歷法上之期間。言一月則指由朔以訖晦。言一年則指由元旦以訖大除夕。故於右例實際所恆見者。輒於甚長之端數定處分之法焉。

由是觀之。天然計算法。最爲精確。然過煩而不便於實際。除較短於日者。用此法以定期間外。通常計算法。採此法者實鮮。歷數計算法。雖失諸疏。而甚便於實際。故近世多所採用。惟各國法制。稍有不同而已。試舉一例。以明兩者之得失。占有爲取得時效之要素。當決其始於何時之際。倘回遡十數年前。欲確知其始於何日之何時何分何秒。夫豈能爲之事。且如此精密計算。並無實益可見也。

民法上基於前述之趣旨。惟以時定其期間者。依天然計算法。由卽時起算。一三九條。此時既置重最短之時間。自宜卽時起算。以精密之法計算之。其以時以下之分數定期間者。適用亦同。如云一時二十分間。則分數

亦當算入。似無庸有明文以指示。至以日、週、月、年、定期間者。當依其他計算法。欲明其別。始有賴於明文也。

以日、週、月、年、定期間者。定起算點之法有二。一爲併算當日之短縮計算法。一爲不併算當日。而以翌日起算之延長計算法。第一方法。以不滿一日之時間爲一日。殊欠精確。如欲精算。又苦其煩。故民法仿普通立法例。不併算當日。而延長其末日。但期間由當日之午前零時始者。仍宜由當日起算。(一四〇條)

定滿期之法。亦有二種。一以其末日之始爲滿期。(短縮計算法)一以其日之終爲滿期(延長計算法)是也。民法於起算日。既採不併算當日之制。則關於滿期。自當亦採延長計算法。以末日之終爲滿期。如從一月十五日午前十時。定五日間。則由十六日起算。至二十日午後十二時爲滿期。(一四一條)惟慣習上有一定之授受時間者。每以其時間之經過爲滿期。其例甚多。如於午後四時有閉店之慣習者。至末日之同時刻。當履行其債

務。及其他行爲。商事以外。固無需乎此。故民法不採用此制。而專定之於商法。(商法二八三條)

期間末日。如爲大祭日、日曜日及其他休息日。有不爲授受之慣習者。卽以翌日爲滿期。(一四二條)卽令實際並無此種慣習。而必於其日履行債務。或中斷時效。否卽發生不履行之責任。或喪失其權利。甚非所宜。且與以末日爲滿期之旨相背馳。各國法典。大致相似。惟歐美諸國。日曜日及國際日。有全體不爲授受之慣習。日本遇此等日。亦有不休息者。故宜以算入期間以內爲本則。苟有反對之慣習。卽除算之。法文汎云其他休息日。則當觀各地慣習以判斷。如某地尙以舊曆之元旦爲休息日是也。又所謂有不爲授受之慣習者。非獨債務者之一方爲然。債權者之一方。亦應有同一之慣習者也。

以日定期間。則依日數計算。實際上並無紛雜。或依歷數。或依天然。無大差別。以週、或年、月、定期間者。則視計算法之如何。而略異其結果。古來法

例。雖不相同。近世則採用歷數計算法。都不改期間爲日數。所以便實際也。又可適合當事者之意思。民法除別有規定外。通依此種計算法。(一四三條一項)月之大小。年之正閏。於計算毫無影響者也。

以週或年月定其期間。凡由週或年月之始起算者。應從歷數。由中途計算者。應用何法以計算。民法從普通慣例。以爲當併其零數而計算。由中途之起算日。順算週或年月。於最後之週或年月之中。與其起算相當日之前日。卽爲滿期。(同條二項)起算之當日。本不併算。而以末日之終爲滿期。故由當日之翌日起算。至最終之週或年月。與起算日相當之前日。卽爲滿期。如從木曜日午後一時言一週間。則由翌日之金曜日起算。至次週相當日(金曜日)之前日(卽木曜日)午後十二時爲滿期。又如由二月十五日言一月間。則以三月十五日爲滿期。云一年間。則以翌年二月十五日之終爲滿期。

然月有大小。年有正閏。以年月定期間者。於最後之月。每有無相當之日。

如由一月三十一日起算。言一月間。則二月無相當之日。又由閏年二月二十九日起算。言一年間亦同。此時卽以其最後月之末日爲滿期。是爲授受間通行之慣習。又各國法典。多所採用者也。以上所述期間計算法。年齡計算。亦可準用。惟起算點。不依民法第四百十條。而由出生之日起算。此與成年之期。皆爲決定能力之問題。於民法上甚爲重要。舊法以出生之月計算。今特改正之云。

第四章 時效

第一節 汎論

第一款 時效之根基

時效制度之根據。在保全事實上永續之狀態。質言之。卽平穩久占他人之物者。可取得其所有權。又怠於行使權利者。不得主張其權利。是所以圖法律生存之安固。所必不可缺者也。此爲事實上狀態。苟無故障。又能久存。卽成一種秩序。爲吾人生存關係之標準。若法律不重視其狀態。許

其以久過之事實爲根據。而主張權利。則紛爭將百出而未已。且足以紊共同生存之秩序。如清償債務者。不免永保收據之煩。又有久占有他人之不動產。以爲己有。而因原所有者出。爲所索還。亦未可知。此際占有者。雖主張其爲昔日讓受於他人之權利。然欲貫徹其所主張。則不得不回遡既往。欲證明前主或前主以前之權利。既苦其難。而永久成立之關係。將爲招致不測損害之基矣。

時效制度之結果。或至保護不法之占有者。及惡意之債務者。學者或痛誣之。謂爲法律上之奪掠。然欲達立法之目的。其弊誠不可免。保持法律生存之安全。遂不遑顧怠慢者之利害。故自羅馬法以來。咸以時效爲私法制度中。必不可缺一。學者所同認者也。

以上所述。爲時效制度之根據。凡關於時效之規定。當以之爲強行法。如未罹時效之權利。不得以當事者之意思。謂爲已罹時效。又如已罹時效之權利。雖有未罹時效之意思表示。亦屬無效。(一四六條)其他時效間之

起算、中斷、或停止之原因、等各種規定。亦有強行之效力。惟短縮時效之期間。而使時效易於完成。則通常皆視為有效。日本民法。不若德國民法之有特別規定。於解釋上實不能無疑義也。

時效本為公益而設之制度。此學者所通唱。然僅不反時效之性質、目的之範圍以內。認此觀念而已。私法上之時效。反於受利益者之意思。不生效力之一端。究不可與純然公益上之制度（如刑事之時效）同觀。（一）既字成之時效。可以拋棄。（一四六條）（二）時效非常事者援用。裁判所不得依之而為裁判。（一四五條）（三）語其結果。時效不得於上告審時。始行主張。凡不依當事者所未援用之時效而裁判。是能正當適用法律。不得謂為非法之裁判。此與關於公共秩序之刑事時效。效力不同。足為重視當事者利益之證也。

第二款 時效之性質

日本民法所謂時效。即於某要件下。因時之經過。而生取得或喪失權利

事由之謂也。猶言因一定期間。或事實上狀態之繼續。而為權利得喪之方法也。(一六二條一六三條一六七條至一七四條)故時效為非行為法律事實之一。與單純滿期。蓋不同也。

(二)時效以時之經過為要件。時效之要素。為時之經過。固不待言。故動產占有者。以某條件即時於動產上。取得行使之權利。(一九二條)非時效也。法國法系。以之為即時時效。甚屬失當。時效之期間。後當詳述之。

(三)時效以某事實狀態之繼續為要件。所謂事實之狀態。即權利之行使不行使也。如取得所有權者。以具備法定要件之繼續占有為要件。(一六二條)債權之消滅。以不行使債權為要件。(一六七條)一項此要件皆與時之經過。互相連結。而構成時效制度之基礎者也。

(三)時效為取得或消滅權利之方法。時效性質之論議固衆。學者或執為法律上之推定。凡久占他人之物。即推定為正當取得其所有權。又不行使債權者。推定為既喪失其債權。日本舊民法。即基此觀念。以時效為

證據之一種。而定之於證據篇中。然推定說並無沿革上之根據。德國法系諸法典。皆未嘗採用。蓋以設時效制度之理。與時效之爲物。混而一之。謬見也。時效之爲物。不可推定。徵諸民法條文。毫無容疑。(一六二條一六三條一六七條以下)縱有反對之確證。時效仍生效力。謂爲推定。實苦難解。至以推定爲證據。尤爲失當。且視占有者之善意惡意。而異取得時效之期間。烏能以推定之說明之。

時效純爲權利得喪之原因。在日本民法之解釋。殆無所疑。但消滅時效。與古來通念相背馳。以之爲權利消滅之方。似屬失當。徵諸沿革。消滅時效之起源。自羅馬推哇特二世以來。謂爲對於訴權之抗辯方法。其勢力尙及於法國現行民法解釋之中。故時效不以完成之一事。生其效力。必以當事者之援用爲要件。英國法亦以債權之消滅時效。爲發生單純之抗辯權。德意志民法。以時效爲對於請求權之抗辯。因時效之完成。而減殺權利之效力。然非直接使之消滅。必援用時效。而後生此效果。時效之

本旨。非剝奪正當之權利。惟對於與永續不行使之事實。不相容之請求。不許其妄自行使。而與以防禦之術。故時效之爲物。非目的。實達目的之方也。日本民法第四百十五條之規定。則視爲無足重輕。又時效完成後之履行承認。或擔保之供與。不俟拋棄時效。卽爲有效。不知其完成而爲之者。亦有效。

以上所述。在消滅之性質、目的、及其沿革。雖已得其正鵠。然與日本民法之解釋。尙有不盡適合者。如民法第一六七條以下債權。及其他財產權。因經過一定年間。不行使而消滅云云。似時效不俟援用。祇以完成之一事。而生權利消滅之結果。若是則(一)第四百十五條。當專爲加限制於裁判官之職權者。(二)有此制限。則裁判官於當事者不援用時效之際。以非權利者爲權利者。不得不爲之裁判。(三)知時效已完成。尙爲清償之承認。或擔保之供與。則視爲時效之拋棄。其終將創設新法律關係。如附擔保之債權。拋棄時效之時。擔保不能復活。此說究不足聽。後當詳述之。(四)不

知時效之完成。而爲此等行爲者。不得視爲時效之拋棄。應從不當利得之原則。而索還其已給付者。取得時效。非僅限於第三者之關係。及其他理由。而藉以爲抗辯之方也。故德國民法。嚴定其範圍及要件。以爲權利取得之方法。消滅時效。於理論上。爲排斥請求權之抗辯方法。非消滅權利之本體也。然爲明文所拘。不得已遂採前說云。

第三款 時效之種別

時效有取得時效。與消滅時效之二種。取得時效者。以事實上永續之狀態。變更權利之謂也。質言之。卽生權利取得之效果者也。語其要件。在一定之期間。占有他人之物。及行使其他財產權而已。因此取得之權利。爲財產權之全體。非僅以所有權爲限。(一六二條一六三條)消滅時效者。因一定之期間。不行使其財產權。致消滅其權利之謂也。(一六七條)法國法系。謂爲免責時效。是止適用於債權。非得當之說。民法第一編第六章第

一節。(一四四條至一六一條)即爲二種時效通用之規定。而取得時效。及消滅時效之特別規定。則於後文詳之。

取得時效。適用於所有權。及其他可以占有爲目的之物權。德意志現行民法。亦專以取得時效。規定於物權編中。總則編則專規定與請求權相對之消滅時效。但所謂請求權。爲物權債權所通用。其說固則有根據。茲不具論。日本民法。於廣汎之範圍。承認準占有。(二〇五條)又置重於權利行使之觀念。故第一編中。特置取得時效之規定。債權中亦可適用。解釋上殆無所疑。(一六三條)此與普通觀念所不同者也。時效又有長期時效。短期時效之別。(一六二條一六三條一六七條以下其別在期間之長短。性質效力。俱無差異。尙有對於某權利。設特別之消滅時效。(二六條四二六條七二四條)期間及起算。就各種權利規定之。非此所應詳。

第四款 時效之適用

其時效之當事者。及罹於時效之權利爲何物。均於本款述之。

(一)時效之當事者

時效之當事者。因時效之完成。直接受其利益或不利者(關於權利之得失之總稱也)。(一四八條)亦有專爲受其利益之一方者。(一四五條)當事人之承繼人。亦與當事者同視。(一四八條)

權利之當事者。以有人格者爲限。有人格者。皆可爲當事者。不問其爲自然法。或外國人與外國人。亦無差別。惟不在有權利能力之範圍內者。不得因時效而取得權利。如外國人或外國法人。不得因時效而取得土地所有權。又時效對於有停止利益者。不能進行。此當於後文詳述之。

(二)可爲時效目的之權利

因時效而取得或喪失之權利。以財產權爲限。(一六三條一六七條)因其爲物權債權所通用。故規定於總則編中。若人身權。除特定外。(七五九條至項九六六條)○二二條二項)無罹時效者。又財產權亦有因法律之

規定。或權利之性質。而不得爲時效之目的者。俟以下二節詳之。

第五款 時效之效力

時效之效力。在權利之取得或消滅。無特別規定者。其效力發生於法定期間已滿之時。故時效非推定權利得喪之結果。然如是則由時效之起算。至完成日。其間必生錯雜之關係。轉與設時效制度之本旨相違。如因時效而取得所有權者。忽欲令其還返既往十年或二十年間占有物所生之果實。或對時效而免除之債務者。使清償時效完成日以前之利息。則時效之效用。既不得全。復何以保事實上永續之狀態。而確定法律關係。以達立法之目的乎。故法律於取得時效。與消滅時效。不加差別。而以時效之效力。回遡起算之日。以完時效之利益。特設明文以示之。求諸各國法律。其例蓋甚多也。

起算日。即取得時效中占有或行使權利之第一日。(一六二條一六三條)消滅時效中。可以行使權利之第一日。(一六六條一項)亦曰起算日。遇有

時效之中斷。則以中斷後復進行之日爲起算日。(一五七條)

時效之結果。回遡起算日。而生權利得喪之效力。因取得時效而取得權利者。於時效進行中。無還返所取果實之義務。因消滅時效而免除之債務者。無支給完成日以前利息之義務。他如取得時效進行中。占有者所爲之讓渡。及其他處分。皆不失其效力。

時效既爲權利得喪之原由。則受其利益之當事者。雖不援用。裁判所似可以其職權。認定完成之事實。而據以爲裁判。然民法與刑法不同。不認裁判官有此權力。非當事者援用時效。裁判所不得據之爲裁判。(一四五條)時效之目的。在保護無障礙之永續事實。以確保法律生存之安全。雖偶有與受利益者之意思相反。然於理甚屬不當。故立法者力避此不便利之結果。制限時效之效力。以援用與否。委諸當事者之良心。當事者拋棄時效之利益。而應權利者之請求者有之。或有受取證書之時。欲依時效以外之方法。(於良心無作者)而斥其請求者有之。此等情形。若裁判所

強使其受時效之保護。則違立法之本旨。且將生效力於設此制度之範圍以外。此本條之所以特設此規定也。

時效之援用。非發生效力之要件。實爲裁判之要件。然當事者忽起爭端。而爲訴訟。尙不援用時效。則裁判所當以前權利者爲未失其權利。是與以時效致權利之取得或消滅之法律事實。不能相容。因不得不加以限制。且不得不下如斯之解釋。在立法論。則於取得時效。設此要件。不可謂得其實也。

得以援用時效之人。法文稱之爲當事者。(同條)凡因時效而得權利或免義務者。及其代理人。同有此種權利。卽承繼人亦因得承繼人之身分。而在此種權利。關於連帶債務。則有特別之規定。(四三九條四五八條)保證人是否爲主債務者之承繼人。雖關於承繼人意義之廣狹如何。就保證債務之性質言之。實爲廣義之承繼人。亦得援用時效。其他當事者之債權者。雖非承繼人。亦可從第四百二十三條之規定。而行使此種權利。

援用時效。無一定之方式。惟意思表示而已。是爲事實問題。又關於援用之時期。亦無特別制限。故除上告審外。至訴訟終結。無論何時。皆可爲之時效之效力。除有關援用之規定外。尙有應受之制限。最著者。對於有關相殺之消滅時效之效力是也。卽因時效而消滅之債權。於消滅前適足相殺。則債權者。得與對於自己之債權相殺。(五〇八條)岡松博士。言之最明。學者求其所著之內外論叢而參照之。必有得焉。

第六款 時效之拋棄

時效之拋棄。卽不欲得時效效果之意思表示也。與各種權利之拋棄。同爲一方之行爲。不必以受其利益者之承諾爲要件。時效之利益。不得恆自拋棄。今別爲三種說明之。

(一)時效之利益。不問其在進行前進行中。皆不得豫爲拋棄。(一四六條)因時效制度。非僅保護一私人之利益。必以保持社會生存之秩序爲目的。凡時效規定。均屬強行法。不得以當事者之意思。而避其適

用。如可豫約。時效要件。雖已具備。仍不生效力。則權利者之要求必多。義務者必輕忽而承諾。其終不至滅時效制度之效用不止。復何能達立法之目的。各國法律。所以特設禁止之規定也。

前述第一百四十六條之規定。採自法國法系。不備殊甚。蓋不可祇以拋棄未完成之時效利益爲無效。凡變更時效要件之意思表示。使難於完成。皆當爲無效。返觀德意志民法。完備較遠甚云。

(二)雖在時效進行中。如拋棄既往期間之利益。固所不妨。是不外相手方權利之承認。而生時效中斷之效力也。

(三)拋棄既完成時效之利益爲有效。此與拋棄各種財產權無異。絕不反立法之本旨。雖無明文。由第一百四十六條之內容觀之。毫不容疑。普通所謂時效之拋棄。蓋指此也。

時效之拋棄無定式。不問明示默示。可以各種方法爲之。默示之拋棄。卽已知時效之完成。而尙爲債務之清償或承認。或請求清償之猶豫。或供

擔保之行爲等是也。此非可以推定之行爲。必有確認其意思之事實。蓋爲事實問題也。

或以拋棄之效力。爲權利之移轉。然通常僅爲一種承認而已。故以援用時效。爲發生效力之要件。是爲當然之結果。然日本民法。以時效爲權利得喪之原因。故拋棄取得時效。與讓渡無異。拋棄消滅時效。與負擔新債務無異。然苟如此說。則必至消滅擔保。并生其他不便之結果。而與時效之目的。及當事者之意思相反。要之拋棄者。使既生效力之時效爲無效力。卽追認之一種也。

時效之拋棄。雖非讓渡及新債務之負擔。亦與之生同一之效力。故必有其能力及權限。與時效中斷原由之承認。異其性質之一端也。(一五六條)

第七款 時效之中斷

時效有因某事實之發生。而止其進行者。原因有二。卽中斷及停止是也。時效之中斷。因發生與時效不能並立之事實。使已往期間。歸於無益之

謂也。由中斷原由既止之時。復具法律之要件。則新時效更始進行云。時效之申斷。有自然中斷。及法定中斷之二種。自然中斷。通常由外形之事實(占有之喪失)而成。法定中斷。由法律所定當事者一方之行為而成。前者關於取得時效。不規定於總則。(一六四條一六五條)茲述兩種時效所通用之中斷原由而已。

法定中斷之原因有三。(一)請求。(二)收押、假收押、或假處分。(三)承認。(一四七條)但第三原因。鮮有適用於取得時效者。

(一) 請求

此所謂請求。不以裁判上之請求為限。依各種方法。以主張其權利之謂也。此與法德及其他多數立法例不同。所以求適合本國之民情也。不必由執達吏為之。即以私書或口語。亦生中斷之效力。對於履行之請求。為相殺之意思表示。亦屬一種請求。惟裁判外之請求。欲後日可確證其事實。故多由執達吏為之。

請求有種種方法。效力亦因而不同。茲就各種方法。述其概要如左。

(甲)裁判上之請求。此以起訴爲主。實最有力之請求也。不必以本訴爲限。卽依附帶訴或反訴爲之亦可。或謂請求者之有無權利。待判決而定。故請求不應有時效中斷之效力。其實不然。新時效之更始進行。非請求之時。不可不俟之。裁判確定以後。(一五七條二項)請求者之權利。定於請求之日。故訴訟中。時效雖完成。仍爲無效。故必特定明文。以示請求能生時效中斷之效力。蓋不可廢也。

裁判上請求。生時效中斷之效力。以提起訴訟(卽訴狀之提出)爲已足。不必俟諸到達相手方時。(一五一條)但必有可以請求之效力。故訴訟之却下或取下之時。則其所請求。卽不生時效中斷之效力者也。(四四九條)

訴訟之却下。因不當之請求而却下。與因管轄攸殊及其他形式上之缺點而却下之總稱也。各國立法例。凡因管轄攸殊等形式上理

由而却下者。於定期內。復起訴訟。仍無妨其中斷之效力。日本民法。則謂既因形式有缺。即爲違法之請求。却下後不生中斷之效力。無特例可援者也。

裁判上請求。因實質上之不當而却下。則認定請求者爲全無權利。與未嘗請求無異。又何時效中斷之可言。此不過觀察其一方之議論。判決之結果。僅於當事者間。生其效力。對於非代表訴訟當事者之人。(如不可分之債權者)則仍應予以時效中斷之效力。所以特設却下請求。不生效力之明文。蓋無益也。

訴訟之取下。即拋棄其訴訟也。一年間不行訴訟手續者。亦視爲取下。(民事訴訟法一八八條三項)取下與却下。皆足妨害已確定之中斷效力。如於短期間內。再起訴訟。則無影響及其效力之中。

(乙)支給命令 此項請求。即依民事訴訟法第三百八十二條以下。所定裁判上之督促手續。凡有關金錢或其他代替物。及有價證券之

請求。依區裁判所所發之命令。俟其送達。而生時效中斷之效力。(民
事訴訟法三八七條)其效力回遡於申請之日。因其命令之權利拘
束。如失其效力。(如債權者不於法定期間內提起訴訟)則所發之支
給命令爲無效。不生時效中斷之效力。(一五〇條民事訴訟法三九
一條二項)

(丙)和解呼出及任意出席 和解呼出。及任意出席。亦爲請求之法。能
生時效中斷之效力。然不能僅以此事實。即認其確有實行權利之
意思。故和解不協。又不於一月內起訴。即無中斷之效力。(一五一條
民事訴訟法三七八條三八一條)此項時效中斷之原由。出於法國
法系。德意志民法。則不認此例。

(丁)破產手續之參加 破產手續之參加。即於破產手續中。加入財團
之分配。應其催告。而申報其債權之謂也。是爲表明實行權利意思
之行爲。亦屬請求之一種。而生時效中斷之效力。但生此效力。必所

申報者。有效而後可。若債權者取消其所申報。或却下。卽不生時效中斷之效力。(一五二條商法一〇二五條以下)然此項時效中斷之效力。爲債權者申報之效果。與決定破產無涉。故破產決定之取消。不可歸咎於債權者之時。自無影響及其效力者也。

(戊)催告。此爲對債務者履行之請求。通常所行之便法也。民法不方式。故不必有賴於執達吏。雖以口語或私書爲之。亦屬有效。惟方法如何。於後日舉證之難易有關。然催告一事。不足以爲表示其確實主張權利之意思。故民法定例。非於月內爲裁判上之請求。和解呼出。或任意出席。破產手續之參加。假收押。或假處分等手續。則不生時效中斷之效力。(一五三條)外國法典。多不認此項中斷方法。日本民法。防止因時效中斷。濫起訴訟之弊。特設此項規定。以圖實際之利便焉。

(二)收押假收押及假處分

此項中斷原因。爲強制執行。或爲準備手續。與裁判上之請求。同爲確表權利實行意思之行爲。(民事訴訟法五六四條七三七條等)苟於法律上不失其效力。皆足生時效中斷之效力。若其行爲。因權利者之請求。或不從法律之規定而取消者。自無效力可生。(一五四條)

前述行爲之生時效中斷之效力。必直接對應受時效之利益者爲之。或直接通知之。(一五五條)如非債務者。爲債務者質入其財產。或以其財產爲抵當。則收押財產。非對應受時效利益之債務者爲之。然債務者不知其事實。而使受時效中斷之效果。於理非當。故應直接通知之也。以上所舉執行之行爲。多生於裁判之請求以後。偶有依公正證書而爲之者。但中斷後。時效更始進行之起算點。互有不同。故必認爲獨立之原因也。

(三)承認

承認者。應受時效之利益者。不欲受其利益。而認相手方權利之一方行

爲也。承認與請求同。無論用何法爲之。均生時效中斷之效力。不問爲裁判上與裁判外。或因明示。或因默示。皆無差別。如一部之清償。利息之支給。擔保之提供等。皆爲默示之承認也。

承認時必需之能力如何。不能無疑。蓋承認之後。其結果將不能取得因時效所取得之權利。或不能免因時效所應免之債務。故必有處分相手方之能力權限。然此不可與拋棄既得之權利同視。不過變更可取得之權利。或可免之義務之狀態而已。卽僅拋棄已往期間之利益。非承認相手方之各種權利也。後日如發現受取證書。可確證相手方無權利時。固不妨持與之爭。且承認之後。可使於期限內怠於清償者。免其應賠償之義務。又於清償一部時。使減輕將來所應支給利息之負擔。故單純之承認。與其謂爲處分行爲。不如謂爲管理行爲之得其當也。

民法因此理由。承認者。對於相手方之權利。不必其有處分之能力權限。(二五六條)終如準禁治產者。或失踪者之財產管理人。及其他權限無定

之代理人後見人等。皆僅以自己之意思而承認之。(一〇八條但書參照)時效中斷之效力。能使已往期間。歸於無效。迨其事由終止。時效更始進行是也。(一五七條一項)至中斷事由。應於何時終止。則視事由之如何而異。如因收押所生之執行行為既終之時。或依書函之催告到達相手方之時。經法律指定其事由。則斷定自不甚難。惟裁判上之請求。於起訴裁判。或裁判確定之時。應以何時為終止。則疑義較多。日本民法。故仿多數立法例。定以裁判確定時。為新時效之起算點。中斷之繼續期間。(同條二項)可以明矣。

以上所述。法定中斷之原由。悉對人行為。非當事者及其承繼人間。不生效力。(一四八條)與自然中斷不同。(一六四條)如對占有者。請求返其所占有物。對於由占有者讓受其物之人。雖生時效中斷之效力。如占有者有二人時。則對一人之請求。無效力及於他人。又有數人以上之債務者亦然。惟連帶債務及保證人。不在此限。

第八款 時效之停止

時效之停止。因一定事由。時效偶停其進行之謂也。與中斷不同。不以已往期間爲無效。惟一時留保。俟停止原由消滅後。更行算入。以滿所餘之期間。爲時效完成。要之時效之停止。僅於一時期間。有停止其完成之效力而已。

設此制度之理由。因偶遇事實上之故障。不能爲時效中斷。特於故障存續之間。防止其時效之完成。以保護當事者一方之利益。故時效之停止。即不能爲時效中斷時之權利行使也。

- (一) 由權利者之身分而停止。
- (二) 由權利者之性質而停止。
- (三) 由發生不能行使權利之事變而停止。
- (四) 由權利者之身分而停止。

此項停止之發生。更分爲二。

(甲)爲未成年及禁治產者。所設之絕對停止。

無爲法律行爲之能力者。不能爲時效中斷之行爲。法律以保護爲目的。特設時效停止之制度。各國法制。莫不相同。惟應保護之無能力者。及停止之期間。少有差異。法國法系。未成年者及禁治產者。於無能力時。全受時效停止之利益。是保護無能力者。誠無所缺。在受時效之利益者。卽久歷年月。亦不得實受其利益。既不能貫徹設立時效制度之意。又害授受之安全。近世立法者。但以時效之停止。爲保護無能力者不得已之制度。而仍求保持時效之效用。如專以長期時效。許其停止。則反保護無能者之旨。不可爲得其當也。

日本民法。基於前述理由。先受時效停止利益之無能力者。以未成年及禁治產者爲限。準禁治產者及妻。非不能對全體之人。行使其權利。法人於代理人缺乏之時。亦有速行補缺之規定。故不必特別保護。卽未成年者及禁治產者。於時效滿間前六月。無法定代理人。則俟其爲能力者時。

或法定代理人就職時。六月內時效不能完成。(一五八條)因無能力者。恆有法定代理人。日常擁護其利益。任財產管理之責。怠於中斷時效者。實際蓋甚鮮。故無需久停止也。惟時效將次完成。而無法定代理人。一時求防止其完成。始可以見本條之適用。

且於時效完成前六月內。非絕對停止時效之進行也。在其期間內。亦有因無能力者為能力者。或復任之法定代理人就職後。即更始進行其時效者。惟由此時起算。六月間不得完成而已。因調查罹於時效之權利。有關係之書函。必需相當之期間故也。如時效為十年。既過九年又十月。尙餘二月。法定代理人死亡。即選定後任者。則時效完成。當在四月以後。或已過九年又七月。而發生以上事實。則時效完成。僅餘一月而已。

(乙)對於無能力者之法定代理人及夫之相對停止。

無能力者。對法定代理人。雖有權利。而恆不能行使。其權利每因時效而消滅。妻對夫所有之權利亦同。妻於婚姻中。服從夫之權力。對之實行其

權利甚難。且於維持一家秩序之道。亦不相合。故民法定例。無能力者。對於管理其財產之父母或後見人等所有之權利。以其爲能力者之時。或後任法定代理人就職時起算。六月間時效不能完成。妻對於夫所有之權利。由婚姻解消時起算。六月間時效亦不完成。(一五九條)

條文有管理無能力者財產之父母云云。故不問其行使親權與否。要爲管理財產之人。又有對父母或後見人所有之權利云云。故以請求權爲限。取得時效。殆無所適用。但其權利由管理而生。或生於管理中者。則固無事乎此也。

或謂有關停止原因之立法例。有相互之性質。法定代理人對無能力者之權利。或夫對妻之權利。亦可以適用。誠非無理。日本民法。則惟保護不能防衛自己之利益者。以全時效之效用而已。停止期間。亦力避其無能力或婚姻繼續中之互於永久者。實與多數立法例相異者也。

(二) 由權利之性質而停止

民法中規定此項停止之原因。即關於相續財產之時效停止也。相續開始之時。或期間內。相續人容有不確定者。(一〇一七條以下)又有相續人不分明。而暫選管理人。使之管理相續財產者。(一〇五一條以下)又有因相續財產。不能完償被相續人之債務。而受破產之宣告者。遇此等事。無時效停止之制度。則於相續人未確定間。未選管理人間。或各人未知有屬於相續財產之權利之間。其權利難保無因時效而消滅。又對被相續人有權利者。亦有因相續人不分明。不得中斷時效。而失其權利者。故關於相續財產。由相續人之確定。管理人之選定。或破產之宣告時起。六月內時效不能完成。(一六〇條)舊民法及法國法系立法例。對於停止一端。頗有所未備。茲不能論其詳焉。

又法國法系諸法典。由權利性質而生之停止之中。規定對於停止條件。或附始期權利之停止。然此為消滅時效。不能進行之情狀。不可視為單純之停止者也。(一六六條)

(三)由發生不能行使權利之事實而停止

對於因天災及其他不可避之事變。實際不能行使權利者。而以其時效爲完成。不免失之過酷。故民法定例。當時效滿期。遇不可避之事實。又不能中斷時效者。自止其妨礙時。二週內時效不能完成。(一六一條)停止之範圍。立法例雖不一致。原因則衆所公認。法國民法。不設特別規定。舉委諸於學說。究其適用之點。如時效將完成時。欲爲裁判上之請求。而管轄裁判所。遷羅火災。因中止裁判之事務。其他洪水地震等。皆爲不能實行權利之情形。至此等事由。是否妨礙中斷時效。則爲事實問題。卽生結果。亦爲一時之妨礙。爲單純之事實而已。自止其妨礙時。經二週間。卽以爲時效之完成。

以上民法所規定時效停止之各原因。有宜注意者。此等原因。必至時效滿期時而存在是也。凡無用特別保護者。徒然延長時效之期。將轉妨此制之效用。此與法國法系之立法例。顯然相背。亦法制之進步也。又停止

原因已終。尙於一定期間。時效不能完成者。因調查應罹於時效之權利故也。所以使法律保護之旨。益歸確實而已。不致因此過於延長時效之期間。徵諸妨其完成之期間。可以明矣。

第二節 取得時效

第一款 取得時效之範圍

取得時效。卽取得權利之方法也。(一六二條一六三條)在昔皆以消滅時效。爲對於請求權之抗辯方法。而以取得時效。爲對於奪其占有之回復訴權。法國學者。尙以此爲與消滅時效。效力不同之一端。但以援用爲發生效力之要件。則與消滅時效無異。

取得時效之制度。發原於羅馬古法。(因占有所有權之取得時效)爾後漸形發達。所有權外。亦可適用。惟以可爲占有目的之物權爲限。法國法系之觀念。則以占有包含當然權利之行使。故所有權以外之權利。舉可爲取得時效之目的。債權則在適用之範圍以外。日本民法。於此不襲從來

之觀念。一切財產權。皆可適用。(一六三條)凡不得爲占有目的之權利。則認爲準占有。(二〇五條)所以求貫徹保護行使權利之事實之主義也。然財產權。亦有不得爲取得時效之目的者。列舉如左。

一由法律所規定。屬於此類之財產權。爲不繼續或不表現之地役權。(二八三條)夫行使權利之繼續。及公然之性質。爲取得時效之要件。而此地役權。則概不具備者也。

二由權利之性質。凡從權利。不得離主權利而獨立。爲取得時效之目的。又占有權、留置權、及先取特權。其性質無羅此種時效者。親族關係。亦有由之而生財產權。(如受扶養之權利)專屬於不得爲占有目的之身分。故其財產權之性質。不可因時效而取得者也。

取得時效。除以所有權爲目的外。又有一方取得權利。而同時他方並不消滅其權利者。如地上權或地役權之取得。不過減殺所有權之內容。因準占有而取得債權。亦不致消滅他種權利。蓋與消滅時效。並有獨立之

作用。又兩種時效。要件亦有所異。日本民法。則舉其性質。及適用之範圍而同視之。法規則仍以分置爲便。故余亦分說以明之。

第一款 取得時效之要件

民法定取得時效之要件。分爲所有權之取得時效。與所有權以外財產權之取得時效。今即就此二者而述之。

(一) 所有權之取得時效

因時效而取得所有權。必於定期內爲具有條件之占有。(一六二條)即必具占有及期間之二原素也。

(一) 占有

關於占有之普通法理。俟次卷詳之。(一八〇條以下)此專述所有權取得時效之特點。此種占有。必具左列二條件。

(甲)以所有之意思而爲者。以所有之意思而爲者。因欲取爲自己所
有物而占有之謂也。如因賣買或贈與。而占有取得所有權之目的

物是也。故於原權之性質上。認確其無所有意思之占有者（地上權者賃借人質權者受託者）非依定法變其占有之性質。不得因時效而取得所有權。（一八五條）蓋理之當然者也。

（乙）無瑕疵者 占有時無瑕疵者。應具左列三種性質。

（子）繼續 占有之繼續。即日常續行占有之行為也。占有而不繼續。則不足為行使權利之適當表示。即為時效基礎之事實狀態。亦無受法律保護之價值。然此所謂繼續。非片時無間斷。掌握其物之意。是依占有物之性質而決之事實問題也。此要件雖不明記於第六十二條。而有二十年間占有云云。且第六十四條規定占有之中斷。亦屬不可輕之條項也。

（丑）平穩 平穩者。對於強暴之語。非暴行強迫而取得或保持之占有也。但強暴已止之時。亦為有效之占有。通說謂強暴為相對瑕疵。非被害者不得援用。如占有者。因他人以暴力奪其占有。其他

真所有出者。則現占有者。可視為無瑕疵之占有。

(實)公然 公然與隱秘。為相對之語。對於知占有之事實。而可獲利益者。不加隱秘之行爲也。隱秘亦爲相對瑕疵。且有限定時刻之性質。此衆所同認者也。

以上平穩公然二者。不特當具於始占有時。其後亦宜常存者也。(一六二條一項)

占有係推定其爲具備前述之二要件。(一八六條一項)故不必占有者證明。惟繼續之要件。則當證明其於占有之始終焉。(同條二項)

取得時效中必不可缺之占有。亦可從通則。由代理人爲之。(一八一條)於原權之性質上。占有者無所有意思之時。(一八五條)占有者。關於所有權。實使其代己占有之代理占有也。如有地上權者。於地上權。固爲己而占有。然非所有權之取得時效中。必不可缺之占有。故爲其目的之土地。不屬於地上權設定者之所有。如因時效而取得所有權。則必爲地上權設

定者無疑。德國民法。所謂間接之占有是也。此理俟論代理占有之原則時。更詳言之。

(二)期間

取得時效之期間。視占有者之善意。及有無過失而異。動產與不動產。俱以二十年爲完成。(一六二條一項)外國立法例。多定爲三十年。偶有定爲四十年者。日本民法。因近世交通之頻繁。不爲各國法例所拘。而採短縮期間之主義。以確定法律關係云。

又關於不動產。特定短期之取得時效。於十年間。以或條件占有他人之不動產者。因時效而取得所有權。所謂條件者。除前所述外。必爲善意之占有。且無過失。善意即不知爲他人所有物之謂也。無過失即不知其事。實。非有通常不注意之謂也。怠於閱覽登記簿。即爲通常之過失。此二要件。與前述之所有意思、平穩、及公然、等三要件異。此蓋僅於占有之始。具此要件焉可也。(同條二項)

法國法系立法例。於善意外。尙以正權原爲特別時效之要件。正權原者。如買賣贈與。足爲占有取得原因之法律事實是也。此觀念以羅馬法爲根據。按諸沿革。誠非無理。究其本源。僅爲確認無過失之一標準耳。夫視占有者之有無過失。以分法律之保護。理所宜然。僅依權原之有無。而異法律上之結果。則不可解也。故日本民法。特以無過失代之。短期時效之適用。以不動產爲限。其理無他。因動產於占有之始。果善意而無過失。則從特別規定。卽得行使於動產上之權利故也。(一九二條)此非時效。實占有之效力也。

關於所有權取得時效之規定。除特定外。專襲法國法系之制度。德國民法。於不動產。以登記爲權利取得之要件。故占有時。不若所有者之必記名於登記簿中。否則取得時效。不得完成。動產則惟十年間。以善意占有者。得因時效而取得所有權。非僅占有之始。當出於善意。其後亦當保持之。又雖經數十年。不得受取得時效之利益。是與法國法例

根據之不同也。

(二)所有權以外財產權之取得時效

雖所有權以外之財產權。亦得爲取得時效之目的。財產權之範圍。已述於前。取得時效之要件。與前述所有權取得時效之規定相類。惟所有權以外之權利。不得爲占有之目的者多。故以準占有(卽以爲自己之意思而行使權利)(二〇五條)而生效力。二十年間。以爲自己之意思。平穩且公然而行行使者。可以取得其權利。又行使之始爲善意。且無過失。則經過十年。卽生同一之效果。(一六三條)

第二款 取得時效之中斷

所有權之取得時效。除前節第七款所述各種中斷事由外。此種時效。又有因特別事由而中斷者。卽占有或自然之中斷是也。此爲占有者。任意中止其所占有。或爲他人所奪而生。(一六四條)蓋占有由爲己之意思。與有所持之事實而成。(一八〇條)二者缺一。卽喪失其所占有。(二〇三條)而

爲取得時效之中斷。如以所有之意。占有他人之物。而告人後當爲彼占有。則所有權之取得時效。宜歸中斷。失占有物時亦同。皆事實問題也。惟因他人奪其占有。如占有者於一年內提起占有回復之訴訟。則不視其占有爲中斷。(三〇一條三項二〇三條但書)

在法國法系。於占有之中斷。與不繼續有別。謂其有缺別種要件也。一則於占有喪失之點。屬於時效問題。一則但視爲占有之瑕疵。此說雖非無理。然結果無異。故日本民法。不採用也。

占有之中斷。異於法定之中斷。而生絕對之效力。其效力可及於有利害關係之各人。蓋此所謂中斷。非對特定人之行爲。無論何人。皆以同一外形上之事實爲始基者也。(一四八條)

關於前述占有中斷之規定。準用於所有權以外之財產權。(一六五條)是蓋與取得時效之要件。準用第六十二條之旨相同。此際權利之準占有者。拋棄爲已行使之意。或中止其行使之事實。或由他人妨害其行使。

因生時效之中斷。如有汲水地役權者。因某事廢而不用是也。

第三節 消滅時效

第一款 消滅時效之範圍

消滅時效。權利消滅之方法也。適用於各財產權（一六七條）此所謂財產權。除定於特別法外。各種物權債權之總稱也。不以給付金錢爲目的之債權（三九九條）雖與財產權之通義不合。然亦可爲消滅時效之目的。其他各種法律行爲之取消權（一二六條）及身分權。依特別規定。而罹於消滅時效者。已述之如前。

又雖爲財產權。而因法律之規定。或權利之性質。亦有不得爲消滅時效之目的者。茲列舉如左。

（一）所有權 所有權爲絕對之對物權。除法令規定以外。無限制其行使之方法。亦無不行使之事實。取得時效外。無僅因不行使而消滅者（一六七條二項）

(二)擔保權 擔保權爲從權利。故與所擔保之債權。分離而獨罹消滅時效者。蓋未之有。其性質然也。(三九六條)

(三)抗辯權 抗辯權者。卽拒絕他人請求之權利也。如保證人之催告權。及檢索之抗辯權。(四五二條四五三條)或於雙務契約。同時履行之抗辯權等是也。(五三三條)此等權利。必待他人之請求而行使。故請求權存在之間。斷無因時效而消滅者也。

(四)相鄰權 是爲所有權之界限。應屬鄰地所有者之權利。如鄰地之使用權。或通行權。(二〇九條以下)此種權利。於相鄰關係存續之間。亦不因時效而消滅。

(五)分割權 共有物分割之請求權。與相鄰權。同基於公益之理由。故共有關係存續之間。不因時效而消滅。(二五六條)如疆界確定之請求權。固存在於疆界不分明間者也。

第二款 消滅時效之要件

消滅時效。因可以行使權利者。久不行使。致其權利消滅之謂也。故生此效力。必具二說。(一)權利之不行使。(二)不行使之事實。必繼續於一定之期間。(一六七條以下)

權利之不行使。即無行使之事實也。不必權利者自知權利之存在。或不行使者也。又非以受時效利益者之善意爲限。即有權利存在之確證。時效亦爲完成。如債務者之自白。以前述之推完說爲基。除有特別規定外。於時效效力之發生無妨。蓋自白於時效完成前。可以謂爲承認。既完成後。不可視爲拋棄時效者也。

以權利不行使爲要件。則未能行使之權利。無罹於消滅時效者。質言之。消滅時效。由可以行使權利之時而進行。(一六六條一項)是爲起算之原則。如停止條件。及附始期之權利。至條件之成就。及始期到達以前。消滅時效不能進行。其他各事。宜認何時爲不行使之始期。依權利之性質及目的而殊。然皆事實問題。日本民法。惟於恐生疑義之時。設特別之規定

而已。(二九一條)

今就債權言之。可以行使權利之時。以應行清償之時爲始。不必有請求及其他行爲。蓋請求足以中斷既進行之時效。與起算點無涉。然許債權者任意行使其權利之時。則不可囿於第六十六條一項之規定而判決。如分月清償之債權關係。特與債務者相約。如一次怠於清償。則債權者即可請求其清償全部。此爲實際所恆有之事。對於此等債權之時效。不可由第一月怠其清償之時起算。即特約所許行使權利之時宜以債權者請求清償全部之時。爲清償期之到達。此與不定還返期之寄託無異。否則使債務之清償。歸於確實之特約。轉爲債權者之損害。其弊可勝言乎。

消滅時效。與取得時效。要件效用。互有攸殊。其一未進行時。無及於其他之影響。故雖爲停止條件。或附始期之權利。(不問物權債權)自不爲占有其目的物之第三者。妨其取得時效。惟此時權利者。因第三者取得時效

之完成。結果將不能取得其權利。或喪失其權利。故許其中斷時效。無論何時。可對占有者。求其權利之承認。(一六六條二項)然既有關於附條件權利效力之規定。(一二九條)自無可疑之事矣。

消滅時效之期間。依權利之種類及目的而異。此與取得時效相反。但區別甚多。當分款以明之。

第二款 消滅時效之期間

消滅時效之期間。債權與其他財產權有別。債權因十年間不行使而消滅。非債權或所有權之財產權。則因二十年間。不行使而消滅。(一六七條)因行使債權較易。證明則較難於物權。事實上有以致之。且債權關係。時有所遇。苟久不確定。必有害於授受之安全。故消滅時效。適用於債權者多。由實際觀之。可以時效期間。為普通之期間。然消滅時效。不規定於債權編。而規定之於第一編。實因消滅時效。非僅適用於債權也。

關於消滅時效之期間。外國立法例。雖各有不同。而普通時效之期間。定

爲三十年者居多。而債權與其他財產權皆同。如日本民法。採用最短期之制。近世交通之便利。實使之然。但消滅時效最長之期。不越二十年。初提出於議會之政府案。於債權不設特例。衆議院改爲十年。除因上述之理由外。夙定債權之出訴期限。以五年爲限。故不欲亟變其慣習。由立法問題論之。實失於過短。且日本民法。以消滅時效。爲權利消滅之原因。更不能無此種感覺也。

前所述關於債權消滅時效之通則。有一變例。卽定期金債權是也。此點稍涉紛雜。茲先示民法之規定如下。

定期金之債權。自第一次清償期爲始。二十年間。不行使而消滅。自最後清償期爲始。十年間。不行使者。亦同。

定期金之債權者。欲得時效中斷之證據。無論何時。可請求債務者之承認書。(一六八條)

定期金債權云者。定期受金錢或他物之給付之債權也。如受終身年金。

或若干年間。月受定額支給之債權是也。但如利息之別有主權利。與之共罹時效之定期金。則不可適用。定期金不第以金錢爲限。茲稱定期金。固不免失當。惟通用金錢者多。遂沿用此語云。

定期金債權。以定期金全部爲目的之債權也。每期定給付之數。不過定清償之方法。非各種獨立債權相集合也。故可以行使債權之時（全部）實在最後之清償期。由第一次清償期始。苟非期內應行清償之部分。不得請求。由最後清償期之十年。仍適用前述之通則（一六七條一項）如爲無期或長期之定期金債權。則無消滅時效可言（對於各期清償金之債權多羅第百六十九條之短期時效）不能全時效之效用。各國立法例。俱分道而馳。如法國法系。由債權發生時起算。因普通時效之滿期（三十年）而消滅者。蓋因定期金有分日計算。隨時取得之法定果實故也。然未達第一次清償期。要爲不能行使之權利。故日本民法。倣德國法系之立法例。由第一次清償期。爲時效進行之始云。

此爲定期金債權（對於全部）適用之時效起算點。對於前所述起算點之通則（一六六條一項）爲變例。既設此項特例。定普通期間爲十年。實失之過短。故各國法律。時效之最長期爲二十年。日本民法亦如之。（一六七條二項）此又對百六十七條爲例外。故本條第一項末段之規定。似非必不可缺。然僅有同項上段之規定。實不能盡得其當。因定期金有未滿十年而清償已終者。此際如亦執前例。非由第一次清償期後二十年。消滅時效不完成。則將自最後之清償期後十年。時效尙不完成。於理甯可通乎。甚與第六十七條一項所規定相反。所以第一項末段之規定爲不可少也。

由實際思之。殆無適用此項規定者。凡對於各期支給定期金之債權。五年即罹於時效。（一六九條）故由最後清償期不越十年。全部已經消滅。欲此條不爲具文。則必定比年較長之定期金。然按諸實際。非恆見之事焉。本條所謂第一次清償期。不可誤解。若拘泥字句。則必至第一次定期金

清償以後。本條即無可適用。然此誠無謂之結果。與立法之趣旨。必不相合。故此語當解爲第一次延滯其定期金之清償期。第一次定期金。雖已清償。第二次怠於清償。則時效即由第二次清償期而進行。瑞士債務法。言之最爲簡明。

每期定期金之清償。債務者承認後。即生時效中斷之效力。由止其清償之第一次清償期起算。爲二十年。然清償之證據。(受取證書)爲債務者所持。不存債權者之掌握。如有不正之債務者。雖每期支給定期金。而由第一次清償期後。二十年忽停止其支給。主張其債務因時效而消滅。此時債權者。實無證明已受其清償之方法。或竟因此喪失其權利。本條第二項。所以特設規定。許債權者。無論何時。可以請求債務者之承認書。以爲時效中斷之證據也。有某種請求權。(如債權)不可不速即行使。因而特羅短期之消滅時效。(一六九條以下)各國法典。亦有此項規定。惟請求權之種目。及時效之期間。各有不同已耳。皆因給付性質上。不使其延滯清償。

遂成爲普通之慣習。而計授受上之利便。故短縮其時效之期間。日本民法。分爲五年、三年、二年、一年、四種。與法國法系相似。德國法系。不欲細分期間。僅分四年二年之二種而已。

短期時效中。適用最繁者。爲五年之時效。及以年或較年更短之期間。定以金錢及他物之給付爲目的之債權者。(一六九條)如利息、借貸、養料、年金、給料等是也。故不以基本債權爲要件。所以設此短期時效者。因上列各項債權。皆於短期間所應支給。如歷年經月。遞次堆積。他日必有不堪負擔者。故對於債權者之怠慢。而特別保護債務者。又有附屬之理由。當事者因自己之便利。而怠其債權之取索或清償。又久保受取證書者甚鮮。故以短縮時效期間。爲至當之事也。

短期時效之範圍。卽因前述之理由而定。其別有二。(一)必爲以每定期支給爲目的之債權。凡以年或較年更短之時期爲清償期。而在初卽發生於其全部。一時應清償之債權。則不能適用。(二)惟遞次增加之債權。可以

適用。如分年分月清償之債權。即不包含於此。此種情事。不可拘於民法第六十九條之文字而解決之者也。

民法第七十條至七十四條。規定三年以下之短期時效。凡基於當事者之業務而得之權利。遲滯清償者甚鮮。故短縮時效之期間。蓋無妨也。

欲知其種目如何。則第一百七十條。列記關於醫師、技師、等勞務之債權。悉因三年之時效而消滅。此等債權。以速行清償或請求爲常例。且第一號之債權。清償時。恆無受取證書。久歷時日。證明益難故也。又第一百七十一條之中。規定對於物上請求權之三年時效。其理實同。辯護士、公證人、及執達吏。關其職務所受取之書類。每於事件終結後。裁判之確定。訴訟之取下等時。卽行返還。如處理業務。日苦其繁之人。每於返還書類時。必領受取證書。且爲永久保存之。實際上將不勝其擾。烏可見諸施行。故必於相當之短期以內。免其責任也。

辯護士、公證人、及執達吏等。職務上之債權。謝金及代付金等。由爲其原因之事終結時起算。罹二年之時效。(一七二條)是亦從普通習慣。以速定法律關係爲當也。但所擔當之事件。往往延至日久。故關於一部事項終結之時。(如提出訴狀之際代付印紙稅)經過五年。雖在前述期內。而關其事項之債權。應歸消滅。對於第一百七十三條。所列舉之債權。爲二年時效。實際亦鮮有遲延其取索或清償者。故以使其速行確定。以應授受之需要。或謂同條第一號之規定。僅適用於買主爲非商人時。然熟玩法文。決不承認此種制限者也。(商法二八五條末文)

第七十四條。復列記罹於一年時效之債權。第一號所揭。於月或較月更短期間。所定雇人之給料。爲前述五年時效之例外。是亦由於最短期間。卽爲請求或清償之慣習也。由民法以前條所定之時效爲一年。以本條所定之時效爲六月。則不免失之過短云。

以上所述。爲各財產權之消滅時效。民法中復有多數特別時效。而異其

期間者。(一二六條二八九條以下三九六條三九七條四二六條七二四條七五九條九六六條九九三條一〇二二條)皆非本卷所應述。又生自商行爲之債權。以因五年之時效而消滅爲通則。(商法二五五條)其他特別消滅時效。尙不可以僂指計也。(商法三二八條三二九條三五六條四四三條等)

民法原論第一卷終

民法原論勘誤表

八頁 八行

二一頁 九行

四〇頁 一行

四三頁 七行

六八頁 八行

同頁 九行

同頁 九行

八〇頁 十行

八九頁 三行

一〇三頁 七行

一十頁 四行

一六頁 二行

一三五頁 一二行

一五一頁 一一行

一六〇頁 八行

同頁 十行

一六六頁 二行

一八五頁 一二行

一九三頁 四行

同頁 五行

同頁 六行

同頁 八行

爲此不易之公理
不若

第十五字

所制定之德國商法爲模範
甚可險也

僅用通則

蓋以擴張解釋

第二十四字

蓋人當夫未出生時
於一定範圍內

不得不受夫之權限

第二字

非凡二字之間

亦甚應注重者也

而承認其有獨立人格

第二十三字

必以生計

第九字

或可認爲他日之法制

即按諸日本現行商法

即商事會社

僅爲理論之標準上

此爲不易之公理
非若

峻字誤當作峻

以德國所定之商法爲模範
甚危險也

爲通則適用

究宜擴張解釋

此字誤當作有

蓋人當夫未出生時
圍字誤當改圍

權字誤當作制

制字誤當作判

缺解爲二字

亦有需此區別也

而被認爲有獨立人格

定字誤當作於

以字倒排

不字誤當作未

他日或可認爲法制

誤缺卽字

誤多卽字

缺將來雖恐四字

同頁

九行

至公益法人

一九四頁

一一行

故自土地所有權始及外國人

二〇〇頁

一二行

性質及目的二者之間

二〇四頁

一一行

惟不得以先占為目的而已

二〇六頁

十行

及易生疑擬者

二〇九頁

十一行

即無主物從物之可分

二三二頁

十一行

則稱其消滅

二三六頁

一行

第八字

二三七頁

三行

是為易生疑義之時

二四三頁

八行

如有此項規定

二六〇頁

九行

所生之事實也

二六二頁

五行

亦非可全然不表示者

二七〇頁

四行

如日為立法論

二七七頁

九行

第五字

二七八頁

五行

凡有表示者既知之後

同頁

六行

必不為此意思表示之確據

二八七頁

十一行

法律行為之意思

二九二頁

六行

英國法謂為不當之威迫

二九六頁

八行

第九字

同頁

同行

於理論有不能承認者也

三〇〇頁

七行

非立法者

三〇一頁

二行

每以相手方所知之事實及可以知之狀態同視

三〇六頁

一二行

第二十二字

三〇七頁

九行

第二十三字

特為公益法人

故如土地所有權等凡外國人

性質及目的相持之兩說

惟不得為先占之目的而已

及易生疑義者

因之其主物不為定著時

其字誤當改為

使字誤當作思

是實易生疑義之事

如字誤當作既

所由生之事實

亦非謂可全不表示者

以立法論而言

誤字誤當作錯

其表示者苟知之

則必不為此意思表示具有確據

法律行為之意思

英國法設所謂不當之威迫

則字誤當作祇

於理論既有不能承認者矣

即為「非立法者」之

每有視相手方為知某事實及在可以知之狀態者
至字誤當作主
條字誤當作係

三一九頁	三行
三一九頁	一三行
三二二頁	三行
三二九頁	一行
三四〇頁	六行
三四七頁	五行
三五一頁	三行
三五五頁	十行
三五七頁	十一行
同頁	十二行
三六一頁	五行
三六三頁	五行
三七四頁	六行
三七八頁	十行
同頁	十一行
三八八頁	一行
三九三頁	十三行
三九七頁	十二行
四〇三頁	十行
四〇四頁	三行
四〇六頁	一行
四〇七頁	十一行
四一一頁	八行
同頁	十行

然學者多不採其說

如履備清頁(俗云包辦)及因於

第二十四字

如復選任

第十六字

第十二字

當事者能證明

第十字

非謂原物之全部或一部

購入他物者勿論

因認定追認

因丙之故即默認

第五六字之間

第七字

採其說者甚衆

則其終必以附款爲非條件

即準用始期之規定云

亦可謂之爲期間

第十九字

第五字

亦應有同一之慣習者也

第二十七字

此與關於公共秩序之刑事時效

然彼中學者多不採其說

如因於履備清頁(俗云包辦)或

字誤當作殺消

如復任以

其字誤當作全

最字誤當作自

能證明當事者

不字誤當作非

非止謂原物全部或一部

購入他物者不俟論

因可認定爲追認

即默示因丙之故

誤缺者因兩字

保字誤當作不

誤字當作謀字

舊採此說者甚衆

則附款中至生有非條件

如始期之規定所論焉

其時間即謂之爲期間

日字誤當作日

似字誤當作可

有同一之慣習者亦應包含

凡字誤當作以

此足以證與關於公共秩序之刑事時效

同頁 同行

四一九頁 十行

同頁 同行

四二二頁 十行

四二六頁 二行

四二九頁 九行

同頁 十行

四三三頁 八行

同頁 十三行

四三四頁 十行

四四一頁 十行

四四二頁 十三行

同頁 一行

四四三頁 同行

四四九頁 十一行

同頁 二行

四五三頁 六行

四五八頁 一行

同頁 八行

同頁 十一行

足為重視當事者利益之證也

雖偶有與受利益者之意思相反

然於理甚屬不當

第八字

却下後不生中斷之效力無特例可援者也

多生於裁判之請求以後偶有

但中斷後

第末字

第十一字

第二十一字

亦屬不可輕之條項也

第十四字

真所有出者

則現占有者下

即為通常之過失

第六字

第十八字

與之共罹時效之定期金

第一字

第十三字

而為圖當事者利益而設也

然亦有偶與受利益者之意思相反者

如是則於理甚屬不當

恆字誤當作徑

却下後概不生中斷之效力不別設特例焉

雖多生於裁判之請求以後然偶有

即不然而中斷後

者字誤當作力

聞字誤當作期

餘字誤當作後

可知屬不可輕之條項也

用字誤當作被

真所有出而爭之

缺一仍字

即於通常為有過失

說字誤當作事

完字誤當作定

應與共罹時效之定期金

不字誤當作非

由字誤當作舊

