

MG
C61
8

政法類典

法律
之部

作新社藏版



3 1796 5813 7

政法類典 (丙)法律之部

總目錄

- 一、法學通論
- 二、民法要論
- 三、刑法汎論
- 四、商法汎論
- 五、國際法公法
私法
- 六、羅馬法大綱

法學通論

作新社藏版

新編 法學通論目錄

第一編

第一章 序論

第一節 國家之概念

第一款 國家之意義

第二款 國家之發達

第三款 國家之目的

第二節 國體及政體

第一款 國體之種類

第二款 政體之種類

第三節 法之概念

一 二 二 四 六 七 八 九 一

第四節	法之分類	一六
第五節	法之制定及公布	二一
第六節	法律之効力適用及解釋	二六
第一款	法律之効力	二六
第二款	法之適用	三三
第三款	法之解釋	三七
第七節	法之消滅	四二
第二編	權利及法律	四五
第一章	權利	四五
第一節	權利之定義	四六
第二節	權利之分類	六四
第一分類		六五

第二分類	六六
第一款 私權	六七
第二款 公權	七七
第三款 國權	八〇
第三節 權利之主體客體及其生滅變轉之事項	八一
第一款 私權之主體客體及其生滅變轉之事項	八一
第一 私權之主體	八一
第二 私權之客體	八四
第三 私權生滅變轉之事項	八六
第二款 公權之主體客體及生滅變轉之事項	九二
第一 公權之主體	九二
第二 公權之客體	九二

第三	公權生滅轉變之事項	九三
第三款	國權之主體客體及生滅轉變之事項	九四
第四節	義務	九五
第五節	制裁	九七
第一	民事制裁	九八
一	強制履行	九八
二	賠償損害	九九
三	無效取消及解除	一〇一
四	失權	一〇一
五	罰款	一〇二
第二	刑事制裁	一〇二
第三	警察制裁	一〇五

第四 行政制裁

第三編 私權及私法

第一章 私權

第一節 財產權

第一款 物權

第一 物權爲主

一 占有權

二 所有權

三 地上權

四 永小作權

第二 從物權

一 地役權

一〇五

一〇六

一〇七

一〇七

一〇七

一〇八

一〇八

一一〇

一一二

一一二

一一三

一一三

二	留置權	一一四
三	先取特權	一一五
四	質權	一一六
五	抵當權	一一六
第二款	債權	一一八
第三款	智能的所有權	一二六
第二節	人身權	一二七
第一款	身分權	一二八
甲	戶主權	一三〇
乙	夫權	一三〇
丙	親權	一三二
丁	相續權	一三三

第二款 人格權

甲 生命權

一三五

乙 身體權

一三六

丙 名譽權

一三七

丁 自由權

一三八

(一) 人身自由之權

一三九

(二) 居住來往自由之權

一四〇

(三) 住所安固之權

一四一

(四) 信書祕密之權

一四二

(五) 思想自由之權

一四三

(六) 信教自由之權

一四四

(七) 教育自由之權

一四五

(八) 言論出版自由之權	一四五
(九) 集社結會自由之權	一四六
(十) 遺言自由之權	一四六
(十一) 契約自由之權	一四七
(十二) 職業自由之權	一四八
第二章 私法	一四九
第一節 民法	一五〇
第二節 商法	一五五
第三節 民事訴訟法	一五八
第四編 公權及公法	一六一
第一章 公權	一六二
第一節 國民權	一六二

選舉國會議員之權利	一六二
被選舉于國會議員之權利	一六三
爲官吏之權利	一六三
公民權	一六四
保有國籍之權利	一六五
政談集會及設政社之權利	一六七
充兵役之權利	一六七
爲辯護士及公證人之權利	一六八
第二節 國家之機關	一六九
第一款 統治者	一七〇
第一 統治權之本體	一七〇
第二 統治權之作用	一七二

第二款 議會

一八〇

甲 議會之組織

一八一

(一) 貴族院

一八二

(二) 衆議院

一八三

乙 議會之權限

一八五

第三款 政府

一八七

甲 中央政府

一八九

(一) 內閣

一八九

(二) 各省大臣

一九〇

(三) 府縣知事

一九二

(四) 郡長

一九三

乙 地方團體

一九三

(一) 府縣	一九四
(二) 郡	一九五
(三) 市町村	一九六
甲 議事機關	一九七
乙 理事機關	一九九
丙 監督機關	二〇〇
第二節 裁判所	二〇二
第二章 公法	二〇四
第一節 憲法	二〇四
第二節 行政法	二一〇
第三節 刑法及刑事訴訟法	二一一
第五編 國權及國際法	二一六

第二章 國權

第一節 平時之權

第一款 獨立權

第二款 對等權

第三款 交際權

第二節 戰時之權

第一款 交戰國之權

第一 戰爭之發端

第二 戰爭之效果

第三 戰爭之終局

甲 交戰國一方服從之際

乙 平和條約之際

一一二七

一一二七

一一二七

一一二四

一一二五

一一三一

一一三二

一一三一

一一三三

一一四〇

一一四〇

一一四〇

第二款 第三國之權

二四一

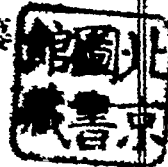
第二章 國際法

二四三

法學通論目錄終

新編 法學通論

作新社編纂



第一編

第一章 序論

法學通論一書。關於法學之全體。蓋以示其大綱者也。凡物必先明其大綱。而後詳其細目。欲修法學者。非先修法學通論不爲功。今舉法學通論之效用。厥有二端。一曰明法學全體之概念。一曰知法學各科之關係。

法學全體之概念。當知法律之性質、淵源、効力、及其生死等。且宜畧知憲法、刑法、民法、商法、等之大要。即各科也此爲專門法學者必要之豫備科。又爲國民全體所必需之普通教育一科也。蓋專學法律者。當其入門之始。突然取法學中之一科。如憲法

民法。不知其概念。憑空學之。其精微奧妙。斷難理解。尋常之國民。雖不必精通法律各科。而法律之概念。實爲緊要事項。萬不能不使知之。西諺有云。生於法律。生活於法律。動作於法律。死於法律。誠以人民在世。不可一日缺法律之概念耳。

法律各科之關係。法律中之一科與他一科。如憲法與行政法。或刑法與刑事訴訟法。各有密接之關係。故欲知其一科。必先知其全體。是亦法學通論之一效用。而學專門法律學者。亦當以此點。爲必要之豫備科也。

法學通論之性質、效用、價值。大畧如右。學專門法律學者。固不可不先修之。即非專門者。亦不能不肄習也。然欲講此學。當本於其國現行之法律。乃爲有益。並須知普通之法理。是其本旨也。中國無完全之現行法律。今既講法學通論。當一面依據日本之現行法典。一面尋繹普通之法理。夫而後精確之法律思想。庶乎可勗焉。

第一節 國家之概念

第一款 國家之意義

國家云者。以一定之土地人民爲基礎。而唯一之統治權之主體之團體也。故國家以土地人民統治權三者爲成立之要素。

國家不可無一定之土地。倘僅以一定之人民多數相羣。無一定之土地。逐水草爲轉移。是不成其爲國家也。又各地互相閼隔之若干人民。一旦會合。組成一團體。是亦不成其爲國家也。即使一定之人民。各存在於一定之土地。仍不足稱爲國家也。必也住居同一之地。其地與人民相密接。成一團體。而不相分離。則其地始得謂爲國家之領土。

國家不可無一定之人民。倘僅有一定之土地。全無人民居住。固不成其爲國家。即令人民有時居之。而苟僅一時存在。去就不常。是亦不成其爲國家也。必也居住於當處者。有一定之人民。與其土地相依。成爲一體。則所謂人民者。始得謂之爲國民。

國家不可無統治權。縱有一定之土地。一定之人民。猶不得遽謂之爲國家。蓋以多

數人民。罔有衆人一體之意思。與夫一體之行爲故也。今有人羣於此。同其言語。同其風俗。同其祖先。而於共同之利害。共同之好惡。必協心戮力。互相扶持。若此類者。即學術上之所謂社會也。苟其好惡相反。利害少異。則必至東離西乖。相爭相犯。而望其秩序整然。以一定之意思。爲一定之行爲。以達其共同生存之目的。不可得也。社會之所以異於國家者。實在於此。

蓋國家所以與社會相反者。無他。必有獨立之統治權。有無上之權力。立一定之意思。而以一定之行爲。命令人民。人民服從。無有違心。以是芸芸億兆。盡歸一致。始終相貫。而共同生存之目的。於是乎達。國家於是乎存矣。

要之。國家以一定之土地。一定之人民。爲基礎。於土地人民之外。成一無形之團體。此團體者。即以獨立之意思爲獨立之行爲者也。

第二款 國家之發達

國家之意義。畧如以上所述。雖然。凡物始生。必難大成。蓋依自然之順序。而逐漸發

達者也。國家亦然。當其發達。大約須經四期。第一期爲孤立時代。第二期爲部落時代。第三期爲封建時代。第四期爲國家統一時代。

第一期 孤立時代

在創始之時。有家無國。家各孤立。各族皆服從於家長權力之下。各家毫無關聯。不相統一。僅知有各人之自由行動。故名之曰孤立時代。

第二期 部落時代

各家孤立。爲自由之行動。其結果必凌弱暴寡。互起衝突。加以人口增殖。生活上難免爭奪之患。由是漸生團結之心。以期相依相助。共謀安全。於儕輩中擇其優於體力智力者。推崇而依賴之。服從之。遂成一小團體。謂之部落。其命令者謂之酋長。所謂治者被治者之關係。由是始生。故名之曰部落時代。

第三期 封建時代

以無數稱爲部落之小團體。相對並存。勢必互相併吞。爭奪之禍。既不能免。而有力

之部落。有力之酋長。必征服無力之部落。無力之酋長。部落之數。於是漸減。故團體漸加膨大。文物制度。亦漸有進步。酋長遂進而爲諸侯。其優勝者更進而爲盟主。掌握霸權。遂成封建之勢。故名之曰封建時代。

第四期 國家統一時代

封建之基礎。在於武力。故爭奪之弊日甚。戰亂相踵。爲盟主者及其他有力之諸侯。遂征服他諸侯。而統一國內。於是國家得以大成。故名之曰國家統一時代。

考宇內各國發達之迹。畧如以上所說。第一期第二期之時代。概無明確之歷史。至第三期。始有歷史可證。然國家發達之順序。固當如是。無容疑也。

第三款 國家之目的

國家之目的。自古以來。見解不一。今述其要。古代國家之目的。專在維持公安。即以維持安寧秩序爲目的者。其治者之職務。在豫防制止內外之紛爭危害。政府之事務。以警察司法軍事爲主。其與外國有交際者。更有外交事務。不過豫防制止國際

上之紛爭危害而已。

至於近世。則國家之目的。不僅維持公安而已。更當以公益之維持發達爲目的。治者之職務。不僅加維持發達國家人民之利益幸福一事。且其事却占其職務之大半。故政府之事務。於警察、司法、軍事、及外交之外。更加農商工務、教育、衛生、土木交通、及殖民等事。

以是國家之目的。在公安公益之維持發達。既保持過去之國力。又希望擴張於將來也。

國家之目的如此。而政治者。所以實行其目的者也。法律者。因實行其目的。而表示一定之意思者也。租稅者。因充實行目的時必要之費用。而以強制徵收於國民者也。

第二節 國體及政體

國家之意義。各國皆同。而國體及政體。則往往有異。蓋國體及政體。關係於統治權

統治權
即主權之問題。而主權既如以上所述。各國原無異同之分。若主權之所在。及主權行動之形式。則各國不能無異。同此國體及政體之所以有差異也。國體因主權之所在而分。政體因主權行動之形式而分。而主權之所在之所以有異者。由於歷史。主權行動之形式之所以有異者。由於法制。

第一款 國體之種類

國體既因主權之所在而分。而主權所在之異。乃根據於歷史。實難依單純之理論。而明確以區別其種類也。茲就歷史上最顯著之事例觀之。僅有二種。曰君主國體。曰民主國體。此外又有所謂寡人國體者。

主權歸於特定之一人者。謂之君主國體。其國體即以帝王之尊稱。居國民最高之位置。以掌握主權。而統治其國。若今日之英、俄、普、意、日、韓等國。皆此類也。主權在國民之全體者。謂之民主國體。其國體即以國民全體。掌握主權。而統治其國家。古昔雅典。其國民會於一處。躬理國政。可爲明證。若今日之法國及北美合衆國等。皆此

類也。主權歸於國民中之數人者。謂之寡人國體。其國體以二三貴族。掌握主權。以爲通例。往古有一二邦國。屬此國體。今則環顧宇內。殆無一存者矣。考歐洲歷史。其國體之最古者。爲民主國體。而君主國體。則厥後發生者也。如羅馬。如法國。或爲民主國體。或爲君主國體。變遷無常。有如是焉。

第二款 政體之種類

政體因主權行動之形式而分。而主權行動形式之異。亦原因於歷史。然概以法制規定之。其種類亦千差萬別。欲明確以區別之。固非易事。而最顯著者。則有二種。曰專制政體。曰立憲政體。

主權之行動。不爲各部之機關所分配。而專存於一人之手者。謂之專制政體。蓋主權雖屬唯一不可分割者。然其作用。得大別之爲三種。曰立法。曰行政。曰司法。所謂專制政體。則併此三種。爲一人所獨斷。如俄、清、韓等國。皆此類也。

主權之行動。不專存於一人之手。而爲各部機關所分配者。謂之立憲政體。立憲之

制。其立法權在國會。其行政權在政府。其司法權在裁判所。英、美、德、法等國。皆此類也。

凡專制政體立憲政體之區別。其通例僅見於君主國體之國。而民主國體之國。則概爲立憲政體。然民主國體。亦非必與立憲政體相伴者。如昔羅馬共和國。以國會爲專權之機關。舉立法行政司法諸作用。一任之於國會。又拿破侖三世時代之法國。以國民所選舉之皇帝。爲全權專制之機關。名雖稱爲皇帝。然爲國民所選舉。實純然之民主國體。而非君主國體也。此等諸國。又皆以民主國體。而行專制政體者。惟據今日法、美等民主國體之國。則俱屬立憲政體。至於或爲立憲政體。或爲專制政體。則僅於君主國體之國見之。而民主國體之國無聞也。

專制政體。其主權行動之形式。極爲單純。故其施行政治。有敏捷簡便之益。然全權在握。爲所欲爲。得任意施行政治。故易陷於壓制暴虐之弊。不若立憲政體之有所限制也。故立憲政體。比之他種政體。最爲完全無缺。而宇內各國。多採用之。

第三節 法之概念

人。之。身。心。俱。有。無。限。之。自。由。所。謂。獨。立。不。羈。是。也。內。不。爲。性。理。之。是。非。所。拘。束。外。不。爲。他。人。之。欲。望。所。左。右。爲。善。爲。惡。唯。意。所。嚮。反。其。意。思。之。思。想。行。爲。無。論。何。人。莫。得。而。強。制。之。雖。然。人。也。者。有。社。交。之。性。質。非。相。依。相。輔。而。成。社。會。則。不。能。完。全。其。生。存。於。是。有。不。可。不。服。從。之。責。務。所。謂。責。務。者。即。爲。人。之。本。分。也。亦。即。爲。國。家。之。一。人。之。通。義。也。其。語。有。應。爲。與。不。應。爲。之。義。乃。加。限。制。於。內。外。二。部。之。自。由。者。也。故。有。內。部。責。務。與。外。部。責。務。之。名。稱。內。部。責。務。稱。之。曰。道。外。部。責。務。稱。之。曰。法。蓋。對。內。部。之。自。由。則。有。內。部。之。責。務。道。是。也。對。外。部。之。自。由。則。有。外。部。之。責。務。法。是。也。故。法。與。道。二。者。內。外。相。須。以。制。限。人。之。自。由。使。遵。守。其。本。分。與。通。義。惟。二。者。之。間。固。劃。若。鴻。溝。各。不。相。混。蓋。道。也。者。惟。關。於。人。之。心。意。行。仁。施。慈。而。勿。幸。人。之。災。者。皆。屬。此。類。我。縱。不。守。亦。決。無。被。人。抑。制。之。理。譬。之。吾。不。盡。施。行。仁。慈。之。義。務。則。貧。賤。之。徒。亦。無。途。以。要。求。之。矧。公。力。之。命。令。乎。法。則。反。是。尊。重。人。類。交。際。上。相。互。之。自。由。實。行。之。於。適。當。之。

範圍。而不使有所侵害。故不問心意如何。必使遵守。苟不遵守。得用公力以強要之。格言有曰。勿害他人。正謂此也。倘背此而加害於人。則蒙害者。可抵抗之。公力可抑制之。是爲國家最要之事。即人類之所以相生相養也。約而言之。道也者。對於人事之動作。以指導其心意之方向者也。法也者。則不問心意之如何。專對外部之動作。以規矩其實跡者也。

道者。倫理也。法者。法律也。顧法律之定義。其類甚多。茲舉其最簡約而最確切者。則所謂法律者。乃一國之主權者所制定或認定之國民行爲之規則也。如彼自然法。所謂存在於自然者。無形體之可徵。唯依道理而知之。至其遵守與否。各任其人之意。未由強之。即使違背。亦未由制裁之。非所以保持國家人民之安寧與福祉也。故國家之主權者。因所具之定體。制定法律。或認定存在於民間之一定慣例以強行之。背此則從而裁制之。藉以保持其安寧與福祉。此法之所以爲必要也。法與道之區別如此。明此區別。即所以保護人心之自由不羈也。反此。而一國之統

治者。越乎法之範圍。侵入道之區域。其威力及於人心。而責人以必行內部所關之規律。則是壓抑其本心之自由矣。二者之區別。其可忽乎。

雖然。二者亦不得相分離乖戾者也。使法與道全然分離。全然乖戾。則其弊尤有甚於不能明其區別者。故立法之人。苟立一法制。必宜與道符合。毋使有所牴牾。不然。則雖獲一時之利。終必釀國民永遠之不幸。其見諸外國史乘之例證。蓋已不可勝數矣。

故法與道之不可混同之區別。與夫又不可分離之關係。其關係與區別。要不外左舉之二原則。

第一 法有所命。或有所禁。則道亦必命之禁之。

蓋內部之責務。固在使人盡其外部之責務。故外部責務之所命者。內部責務亦必命之。外部責務之所禁者。內部責務亦必禁之。彼有德之士。不敢犯法者。非懼於刑禍而然也。蓋以犯之即爲背道。必有不堪其良心之誅責故也。故道所以助法之綱

領。增其勢力。而法以必基於道。而其力始充焉。

第二 道有所命或有所禁。而法有不得命之禁之者。

是即由法與道之區別而生之自然結果也。蓋道所管者。內心之事。法則不然。故道之所命所禁之處。法有未必能命之禁之者。譬如希望他人之不幸。於道則當禁之。於法則不能禁。救濟他人之不幸。於道則可命之。於法則不能命。甚至有包藏禍心。以謀害他人者。其背道也大矣。然苟其事跡尙未顯見於外部。則法亦不得而制裁之。夫道者原以理勸其實行。其範圍甚廣。法者則以威責其必行。其範圍不得不狹。何也。因內心之意念。與外部之行爲。苟盡以威逼迫之。則人之自由全然泯滅。即頃刻之間。亦不得安堵矣。

夫法者。國民行爲之規則也。故無論何人。皆當明之。惟其爲物複雜多端。種類條項。從世之文明。祇有增進而無減少。有非國民所易知者。故爲某國之民。但知某國之現行法。斯亦足矣。至於專修法學之人。則不得不通其條項。詳其精神。適用之於千

狀萬態之事實。以期無稍過誤。此欲學法律。萬不得祇以通曉現行法。即爲通曉法律學。須注眼於現行法以上之事。如明法之原理原則。創定改正等事。必至無往不可之地而後已。由是觀之。修習法學。豈易易哉。依修學方法之異同。而區別其學派。則有所謂分析法學。沿革法學。比較法學。哲理法學種種之別。

所謂分析法學者。即精密分析關於法之觀念。以明其所以爲法。譬之分析請求及其承諾之二要素。始得明契約之性質之類。蓋就一事一物。肢分節解。是分析法學之要也。

沿革法學者。一稱歷史法學。由法之淵源興廢以立論。而明其法之真相焉。蓋一法一律。莫不有多少之歷史沿革。加意研究亦必要之事也。

比較法學者。比較各國之法。辨識其規定之同異。性質之差違。以推知其法理。或證說法之旨趣者也。

哲理法學者。專於理想上研究法學。可否取舍。一依純理。而論究法理者也。

學派之多如是。雖然。此非甲乙相反者也。即如分析法學派。決非不願沿革者。沿革法學派。亦非不比較各國之法者。彼此相需。互有短長。若欲完全研究。則不可不兼學各派。雖就一法。亦當取各種方法以砥礪之。

第四節 法之分類

法也者。得由種種之點而分類之。或因其創定之方法。或因其規定之目的。或因其規定之効力。或因其其他各種觀察點之異同。而爲之區別。其要畧有五。第一、成文法、不文法。第二、公法、私法。第三、主法、助法。第四、普通法、特別法。第五、強要法、聽許法。是也。

第一 成文法不文法

成文法與不文法。不過關於創定法律之方法之區別而已。前章所謂法乃一國主權者所制定或認定者。即示此成文法與不文法之區別者也。

成文法者蓋以立法權。從一定之法式以制定之。而立法權之所在及立法之法式。

又因各國而異。不文法一稱習慣法。則反是。乃因國民之習慣。於冥冥間自然成立之規律。而經主權者之認許者也。故其濫觴。有出諸學說者。有出諸判決例者。有出諸古來之沿襲者。無論如何。皆爲國民自古所慣用。而自成公然之規則。且於裁判上亦屢次採用。無一人爲之反對。即主權者亦未常禁止。遂於不識不知之間。儼然成爲一定之規則。與彼成文法同爲國民所遵守。且往往有爲成文法之淵源者。其效力亦甚強大。夫不文法既出諸國民之意思。經主權者之默許。而爲自古以來所採用。而不敢更改者。蓋必有至理存乎其間焉。

成文法與不文法。互有利害。自古以來。或專重前者。或專趨後者。然亦未常遽執其一而廢其他也。蓋一見即可知其法規之如何。因而便於遵守適用者。則後者固不若前者。至因其自然。成於國民之意思。而得適切於社會實際之事情。且可隨時勢風俗之變遷。得圓滿以增長法規之改正進步者。則前者或讓於後者。近世各國。多依立憲制度。每制定一法。皆經國民協贊。且其改正進步。亦非難事。故以成文法爲

可。而舉從來之不文法。亦定爲成文法。遂編成整然之法典。此立憲各國之所同者也。

第二 公法私法

凡法也者。規定人與人之關係者也。公法與私法。則因其關係者之相異而生之區別也。公法者。規定國家與人民之關係。私法者。規定人民相互之關係。故公法以保護公益爲主。私法以保護私益爲主。

憲法者。規定國家及主權者與人民之關係也。行政法者。規定行政各部與人民之關係也。刑法者。規定國家與犯罪人之關係也。餘如民刑訴訟法。則規定國家之司法機關爲訴訟當事者之關係也。故此等法。總稱之曰公法。

民法者。規定關於民事之人民相互之關係也。商法者。規定關於商事之人民相互之關係也。故此等法。總稱之曰私法。

第三 主法助法

規定權利義務之法。名曰主法。規定執行主法之方法及其手續即展轉益手之謂之方法。名曰助法。故主法爲體。助法爲用。主法稱之曰實體法。助法稱之曰形式法。然主法非有助法。則不能致其實效。助法非有主法。則不能爲其實用。二者相須。而法之效用始大顯。譬之憲法、刑法、民法、商法。乃規定權利義務之本體。而屬於主法者也。民刑兩訴訟法。則規定遇有侵犯權利義務時。所以救濟裁制之方法手續。而屬於助法者也。

第四 普通法特別法

普通法與特別法。其區別之點有二。一依法律所施行之土地之範圍。一依法律所規定之事項之性質。

所謂土地之範圍者。乃一國或一地方之全體及其一部分之差異也。譬之日本市制。乃適用於全國各市之普通法。至其特別市制。則可謂之限於東京、京都、大阪三市之特別法。又如北美合衆國憲法。乃全國之普通法。至其紐約州法。則可謂之特

別法。

自事項之性質言之。則民法者。普通法也。商法者。特別法也。蓋人民相互之行爲。悉依民法而定。至屬於商事之行爲。則獨依商法也。又凡公司通常皆依規定之商法。至於營關於銀行或鐵道之事項（商事）又必依銀行條例。或鐵道法。故自此點言之。則商法者。普通法也。銀行條例及鐵道法者。特別法也。

普通法與特別法之關係。後者常勝前者。如丙者之規定相矛盾時。則舍普通法而從特別法。蓋特別法者。因對某土地或某事項。於普通法有不相適者則設之。其優勝於普通法。亦當然之理也。

第五 強要法聽許法

強要法及聽許法者。關於法之適用之分類也。其規定有二種。一爲強要某種行爲者。一爲聽許其自由取捨者。更詳言之。則於某事有使人民當爲之定規。某事有使人民必不當爲之定規。又有於某事爲人民所不必遵奉之定規是也。

所謂強要法者。包含命令法及禁止法。蓋命爲某事之定規。爲命令法。而禁爲某事之定規。爲禁止法。二者皆強要其當爲或不當爲者。故總稱之曰強要法。公法可概稱爲強要法。而在私法。則聽許法頗多。其於一法一制之全體。雖屬強要法。然一條一項之屬於聽許法者。其事例亦極夥也。

以上雖有五種之分類。然非謂凡法俱分五種也。特每法各有此五種之區別耳。譬之憲法本屬公法。然又爲主法及強要法。自餘各法。則非公法即私法。非主法即助法也。又成文法之與不文法。普通法之與特別法等。二者必居其一。

第五節 法之制定及公布

法之制作。依各國之政體而異。其在君主專制國。王言即法也。或有諮詢元老樞密兩院。而後制定法律者。雖然是唯君主任意之行爲。非法律制定之要件也。其在民主共和國。即以人民之總意爲法。不待國家元首之裁可。其立憲體君主國。則以經國會之決議與君主之裁可。爲法律制定之要件。然或有君主與國會共同而行立

法權者。或有國會僭參贊君主立法權之行使者。皆無一定通則。茲僅於立憲君主國。略述法律制定之方法順序如左。

立憲君主國制定法律。大抵經提案、議決、裁可、公布、及周知期間、等五段。始能竣事。一提案 提案云者。謂提出法律案於國會也。提案之權。恒屬於君主及國會。亦有專屬於君主。而國會不過定其可否者。若日本憲法。法律提案之權。屬於政府、貴族院及衆議院三者。（日本憲法二八條）由政府提出之法律案。於貴衆兩院。皆可隨意提出。惟豫算案必須先於衆議院提出。（日本憲法六五條）議員發議之法律案。及修正之動議。非有二十二人以上之贊成。則不得爲議題。（日本議院法一九條）於兩議院之一。所否決之法律案。同會期中。不得再行提出。（日本憲法三九條）提案之前。必有起草。無論何人。皆可執筆。

二議決 議決云者。謂國會從憲法及法律之規定。而確定法律案之可否之方法也。凡議決法律案。每先托諸委員。待其審查報告而議決之。議決分爲二種。可決否

決是也。法律案之可決者。即爲定案。否決者。即爲廢案。其決可否之方法。必依多數。可否數同。由議長決之。議決須經三讀會。三讀會者。即同一法律案。須經三次審議之謂。故法律案苟依議決而確定之後。即不得變更之。

三裁可 裁可云者。謂君主於國會所可決之法律案。與以效力之方法也。尋常裁可之法。君主於法律案署名鉗璽。由大臣副署。副署者。所以明大臣之責任也。法律案依裁可而生法律之力。即變法律案而爲法律也。君主若不裁可法律案。謂之不裁可。亦有特定不裁可方式之國。於一定之期內。通知國會。或令其再議者。若日本帝國憲法。定有不裁可之方式。至次期之議會。尙不公布之法律案。即爲不裁可。（日本帝國議院法三二條）

四公布 公布云者。謂君主發表裁可之法律。命官吏執行。使人民遵守之方法也。法律依裁可而成立。然有法律之效力。而無人民之執行力。法律仍無所用也。執行力者。必由公布而生。公布之法。古今各國不同。或以鐘鼓喇叭之類。齊集人民於一

定之處。朗誦公布之新法律。或於市街及人民輻輳之地揭示。或登錄諸官廳之公簿。以供衆覽。自近世印刷術開創以來。發行官報。以登錄法律。以爲普通之方法。誠至便也。

五周知期間 周知期間者。謂由法律公布後。可推測一定之時間。必使人民得以徧知也。夫法律雖因公布而生執行力。然僅以公布。人民猶未負遵守之義務。何也。即使有公布之法律。而不知時間。雖欲守之。勢有不能。故法律公布之後。須設一定之期間。使人民於此期間。得以徧知法律。固至當之事也。然周知期間。亦不過推測一定之時間。使人民得以徧知而已。於此期間之內。其人民果能徧知與否。非所問也。凡法律一經公布。經過周知期間。即視爲人民已知之法律。遂有遵守之義務。縱令有所未知而誤犯者。亦不過免其制裁。故法語曰。不論何人。必須知法律也。

關於定周知期間之方法。其主義有二。第一。登載公布法律之官報。達於各地方官廳之後。經一定之期間而實施者也。第二。法律公布之後。經一定之期間。而國內同

時實施者也。如法國則取第一主義。如比利時、意大利則取第二主義。

右爲普通之規定。凡關於法律之施行日期。無特別之規定時。往往依此。雖然。凡法律中關於施行日期。而設特別之規定之時。亦宜從之。其特別以規定施行日期之方法有三。

(甲)由公布之日而施行者。(乙)另定施行之日期。由其日而施行者。(丙)以施行日期之規定委任他法令者。

就周知期間所起之問題。如遇天災事變。官報有所阻礙。而於達到日數內。不能達到之時。人民當有遵守之義務與否。此必不可免之難問題也。據日本公文式第十一條。有由達到之翌日起算。經七日而後施行之規定。而法例中關於此者。不設何等之規定。倘人民因天災事變。逾周知期間。尙不知法律之公布。自必由其實際得知之時。始有遵守之義務。其在外國。臣民於遵守其國之法律之情形亦同。故法語曰。不論何人不能拘束以不能之事。

法律制定之方法順序。大略如右。約而言之。法律始於提案。依決議而確定。經裁可而完成。依公布而生執行力。經周知期間而生遵守之義務也。

第六節 法律之效力適用及解釋

第一款 法律之效力

法律之效力有二。一關於時之效力。一關於地之效力。蓋法律者。所以支配人物事三者也。而人物事三者。有一定之時與地。法律即由其支配之點。分爲關於時之法律之效力。及關於地之法律之效力。

甲 關於時之法律效力

關於時之法律之效力有三則。

第一則 法律自成立至廢止。皆有効力。

第二則 法律在成立以前無効力。

所謂法律者。乃不遯其既往之有名之原則也。此原則自第一則所流出。何則。蓋明

知法律自成立始有効力。成立以前。必無効力故也。即從今日施行之法律。可以支配今日以後之事。而其効力不可及於昨日之事也。據此原則觀之。雖甚明瞭。然用之者不免生種種疑問。故條陳其要領如左。

一 此原則於純理上及實際上爲正當者也。

何謂於純理上爲正當也。如指未成立之法律而謂之有効力。無論何人。皆所不解。倘法律能遡既往而生効力。是即以未成立之法律而謂之有効力也。故法律者。雖於將來有命令禁止及許容之能。而於過去則無命令禁止及許容之能。是亦自然之理矣。

何謂於實際上爲正當也。凡有秩序之社會。各人能保其身體財產之安固。而不生擾亂。是爲社會繁榮進步之原因。倘法律能遡既往。恐不能保此安固矣。何則。於今日遵由現行之法規。始得正當以取權利。明日又突出新法律。遡既往而奪去其權利。是設陷穽以擠人民。人民得一日以保其身體財產之安固者鮮矣。人懷疑懼之

心。日有不妥之勢。欲社會之繁榮進步。其可得乎。

二 此原則之必要。生於新舊二法相牴觸之時。

舊法時代已完之事項。用舊法支配之。新法時代已完之事項。用新法支配之。二者不相侵奪。豈不甚善。無如新舊二法之分界。常不得截然劃清。往往有成立於舊法時代。而其效果反生於新法時代者。當是時新舊二法。全然相同。則不論何者。皆可遵守。倘有牴觸。則或依舊法。或依新法。二者之間。其傾向頗難定也。故立法者。往往有發經過法而設特別之規定者。然苟無此規定。則將如何。此原則之必要。所由生也。

三 此原則之意義。法律雖得遡既往而侵害一個人之利益。究不得侵害其既得之權。

凡制定法律。總以社會之公益爲目的。故舊法不及新法。以新法最適合於社會之公益也。新法早一日施行。則社會早得一日利益。即令有害於一個人之利益。非所

顧也。何則。一個人之私益。不能不讓步於社會之公益。又不能不讓步於一個人之既得權。使侵害其既得權。則一個人之生命財產。不能安固。必致釀成社會之大禍。故執法者當直用新法。於侵害一個人之利益。可以置之不問。苟因此而侵害一個人之既得權。則又必定用新法。仍用舊法可也。羅明曰。苟法律剝奪人民之權利。則社會必不能存在。

然則利益與既得權。有何差異耶。

所謂利益者。得權利於將來之單純希望。而得以他人所爲而消滅之者也。譬如相續人即繼嗣之人。有財產相續之希望。被相續人得依其賣却財產或贈與等事而消滅之。又因時效而有取得所有權之希望。亦得依所有者之行爲而消滅之。如此則不過將來可得權利之單純希望而已。不得遽謂爲權利而得以他人之所爲而消滅之。故雖爲新法所侵害。亦不得謂爲無理也。

所謂既得權者。乃確歸一個人之所有之權利。他人不得而侵奪者也。譬之開始之

相續。相續人得相續財產上之權利。又依買賣借貸贈與等各種契約。買主貸主受贈者等所得之權利。此等權利。業已確定。而歸權利者所有。權利者以外。無論何人。不得搖動。故新法亦不得而侵害之也。

四 此原則爲解釋上之原則。非立法上之原則。

此原則非憲法所規定。故不得羈束立法者。立法者得於必要之處。因政治上及其他之理由。制定遡効力於既往之法律。使憲法絕對禁止立法者。不得制定此種法律。則于實際。必有不便。故此原則。雖一時揭于美法二國之憲法。其後皆因此理由而廢。今既無將此原則規定于憲法中之國。則此原則僅爲解釋上之原則。不得謂爲立法上之原則也。當執法者解釋法律而適用之時。立法者特遡其法律之效力於既往。以示明其意思。或于法律之性質上。當遡于既往之外。皆宜服從此原則。總之不過謂不可侵害人民之既得權而已。

第三則 法律在廢止以後無効力

此原則亦由第一則當然流出。何則。法律至廢止時。尙有効力。則廢止以後之無効力。此理至易明也。但第二則之結果。或于新法之時代。尙有舊法効力所及之處。自外視之。似乎舊法廢止以後。猶有効力。雖然。是不過支配舊法施行中所生之事項而已。非廢止以後。仍有効力也。

乙 關於地之法律之効力

關於地之法律之効力。有二則。

第一則 本國法行於國內全部

凡一國之法律。以行於國內全部爲原則。然有時亦有行於外國者。是其例外也。試舉之如左。

一、國際公法上有治外法權者。即帝王、大統領、公使、及其附屬員等。雖在外國。亦當從本國法。但此等人。或因濫用其特權。擾亂在留國之平和。則在留國可依其法律而拘束之。又帝王秘密遊歷於外國或既經遜位之時。固不得享有此特權。

但可依在留國之好意。而得帝王之優遇。

二、留居於有治外法權條約之外國之本國人。仍從本國之法。如現留於中國及朝鮮之外國人。皆服其本國領事之裁判。而受本國法律之適用是也。

三、本國軍艦在外國之領海內者。行本國法。但普通之商船。在外國之領海內。則當從其國之法律。惟在大洋之中。關於本國法所及之領海或區域。其學說甚多。至今日普通所行者。則距海岸三海里以內爲領海。但港灣內海等。別有特別之測量法。

四、得外國之承諾。通行於其國及駐屯於其國之軍隊。皆得行本國法。

五、憲法上國民之義務。雖在外國。亦有於一定之範圍內從本國法者。如納稅、兵役、諸義務。皆當從本國法所規定也。

六、外國之國際私法。許在留於其國之外國人通用其本國法之時。則本國法可行於外國。如日本人所在之外國之國際私法。如設有人之能力從其本國法之

規則。則可就日本人之能力。以行日本法律於外國。

第二則 外國法不行於本國之內

一國之統治權。行於其國土內。完全無缺。所以排斥外國之統治權也。一國中不可並存二國之統治權。如二個物體不能占有同一之空間也。法律爲統治者所強行於國內全體者。則外國法之不得行於本國。不待論矣。雖然。第一則既有本國法可行於外國之說。似外國法亦可行於本國。不知外國法之行於本國。必因本國之統治權所認許。或暗默。或明言。決非外國之統治權。當然行於本國之內也。列舉於第一則者。自一至四。屬於國際公法。大抵爲各國暗默承認。其五。屬於國內公舉。其六。屬於國際私法。

第二 款法之適用

法當制成時。即隨生効力。可適用於實際。然果何人適用之。又如何適用之。是關於其適用之論點也。

法律之適用。爲統治權作用之一。即所謂司法權也。司法權由裁判官行之。當裁判官適用法律時。其原則有三。

第一、裁判官不得藉口法律之不明、不備、或欠缺等。以拒絕裁判之事。裁判官之適用法律。非如行政官之執行法律也。惟據訴訟之提起。以適用法律而已。不得自進而行其裁判權也。必就所提之訴訟而盡其裁判之義務焉。蓋人民之是非邪正。苟任其自行判定。必至弱肉強食。紛擾相踵。國家秩序。因之不得保持。故國家豫爲制定法律。以判定人民之爭論。示以標準。且此標準。適用於實際。爭論者不得任各人之私見。惟裁判官得掌握之。凡有訟事。必由裁判官裁判。而裁判官亦不得藉口法律之不明不備、或欠缺等。拒絕裁判之事。蓋人事變幻不一。有非立法者思想所能到。而法律上網羅所能盡者。故於實際。法律之不明不備或欠缺等。殊爲不尠。特不明者。可依解釋而明之。不備與欠缺等。苟無法律明文。即依習慣法。無習慣法。即以法理之原則以補之。斷不能置其是非邪正。而不爲判定也。據日本刑法第二百

八十三條。背此義務之裁判官。當禁錮。或罰金。其他文明諸國。亦莫不然。右概就民事而言。刑事亦復如是。但刑法與民事。各有不同。刑法無正條者。雖有類似於正條中應行處罰之行爲。或較此可憎之行爲。亦不得據其正條。比附援引以罰之。此亦文明諸國所採用之原則也。然刑事訴訟之無正條可稽者。裁判官不得不爲裁判。不爲處理。蓋雖無正條。而裁判官實有處理及裁判之義務。與民事訴訟無異。其所異者。惟民事無正條時。可比附援引而爲適宜之裁判。若刑事無正條。則不得不目爲無罪耳。至於二者均有裁判之義務。固無所區別也。

第二。裁判官不得以法律不正不理爲口實。而爲特別之裁判。裁判官無制定法律之權。惟就既成之法律。從其旨趣。以適用之而已。故裁判官不得以自己之私見。斷定法律之不正不理。而取舍左右之。蓋立法之人。斷不能毫無過誤。其制定之法律。或有違於正理公道者。又或有因時勢之變遷。曩爲適當之法律。今爲不當過酷之法律者。顧救正之道。惟有改正及廢棄一法。倘於法律效力尙存之時。裁判官不

可枉之適用。如裁判官矯之法律。自託名於正理公道。而爲適宜之裁判。是不獨侵害立法官之職權而已。必使立法官所制定之法律爲徒法。而所謂正理公道者。必至人人異其見解。裁判之規矩。不出一途。人民遂無所適從。而不得保其權利財產之安固矣。故託名於正理公道。而倡言法律之不正不理。以左右取舍而爲裁判者。其弊殆有甚於惡法苛制者矣。法皇法蘭索華第一之征服撒波亞也。居民請於法皇曰。願勿本於正理公道而裁判也。此事雖甚奇異。然實恐有前述之弊。求其固守一定之法律。俾得法律界之肯綮也。法語曰。惡法亦法也。亦不外此原則之意。

第三、裁判官關於已受申告之訴訟事件。決不得以制定普通之例規之方法爲裁判。此原則亦以防司法官之侵犯立法權爲目的者也。否則裁判官不僅適用法律。將依之以制定法律。而併有立法之大權矣。蓋立法官制定法律。而不得適用裁判官適用法律。而不得制定。二者各守其職。不相侵越。始免專橫偏私之弊。故立法官之制定法律。其效力僅對於將來。而不及既往。又對於一切之事物。而不能遍就

各特別之事也。裁判官適用法律則反是。惟對於既往之事實而適用之。決不關於將來之事實。又僅適用於特別之一事件。決無對於一切事物之効力也。如裁判官侵此界限。是不獨侵犯立法權而已。恐各裁判所。將生種種異別之例規。必至破壞法律劃一之制。夫全國法律劃一。實爲文明國之要素。若司法權侵犯立法權。則文明必至破滅。此亦必然之勢。不可不慎。

第三款 法之解釋

法之文辭。或有意義不甚明確。或涉於兩歧者。裁判官既不得因其不明不備。而拒絕其裁判。則不可不以解釋明定之。故法之解釋。甚爲重要。

法之解釋。蓋推究法文之不甚明確或涉于兩歧者。即明定法之真意之謂。其方法不一。其解釋之効力。解釋之種類。亦因解釋之人而異。今約分爲三種。曰立法上之解釋。曰裁判上之解釋。曰學問上之解釋。

立法上之解釋 爲法之制定時及制定後立法之人。自爲解釋。而公示其適用之

方法也。此解釋更須細別之。

甲、加于法文中之解釋。即對於法文中之用語及文義而下解釋。于公布時附加者也。故此種之解釋。直可謂爲法之一部分。又有于法文之中。揭明通例。將適用之例挿入者。是亦不外解釋之一。

乙、特定之法令。此因欲明確法之文義法意。別公布一新法令以昭示者也。制定此解釋之法令。雖屬於有立法權者之事。然有時行政官亦得爲之。此事係行政官因其執行法律之位置。而于立法權之委任權內。行其解釋。有時因此手段。而于冥冥中改正其法。否則不免有多少之變更。固已踰越解釋之範圍矣。

以上爲立法上之解釋。而公布以明示者。與法文有同一之效力。國民皆有服從于其解釋之義務也。

裁判上之解釋。此適用法於裁判事件時。裁判所所下之解釋也。此種解釋之効力。僅對於其所裁判之一事件。使該事件之當事者服從而已。甚有制限者也。故除

該事件外。不獨他裁判所。不能引爲成例。即同一之裁判所。同一之裁判官。其一時所下之解釋。斷無永久遵守之義務。雖他日所遇事件。與該事件有同一之性質。然採用前之解釋與否。亦聽該裁判官之意。

學問上之解釋。此法學者于學問上。私下之解釋。原無一定之效力。雖有因裁判所之意見相同。而採用其解釋者。然決不爲其解釋所拘束。其無一定之效力。不待言矣。雖然。此解釋于實際上。却有至大之勢力。常有被裁判官採用。遂得確定法之意義之實效者。

解釋之種類及效力如上所述。然其裁判官或學者所爲之解釋如何。及其解釋之方法如何。是亦有數多之原則在也。

今大別解釋之方法。爲文理解釋、法理解釋、二則。文理解釋者。本於法之文辭用語。及前後條章之編制方法。直接以推究法之旨趣者也。法理解釋者。本於理論及其法全體之精神制定之理由。及關於其法之一切事情。以推究條項之旨趣者也。故

此二者交相爲用。足以明法之眞意。雖然。若二者解釋之結果。互相矛盾。則孰取孰舍。亦爲困難之問題。而學說不能歸於一。但現今裁判上之狀況。實有取文理解釋之傾向。蓋恐依廣汎之理論。動輒有以解釋之名。侵犯立法之實之弊。故寧以文章辭句爲據。直接推揣。較爲容易。且無危險之虞。

然法之用語。當因其法制定時之意義。而下解釋。又用語之意義。如有一種時。當依普通之意義以爲解釋。如以特別之意義爲解釋。須有特別之理由。其一項一句中。於全體之意義。得有二樣解釋者。則舍無効之解釋。而取有効之解釋。無徒列無用之理也。

立法者之意思。不可措解釋上至大之價值。蓋法之至要。不在立法者之意思。而在立法者所制定之論文。故法文與立法者之意思。如有少許不合。寧依法文爲是。倘引用立法時之議事筆記或理由書等。妄爲解釋法文。則謬甚矣。惟解釋或有二端。當其難定之時。亦間以立法者之意思爲標準。是立法者之意思。亦有十分之價值。

也。

凡法文解釋。于可及之廣義。不免有限制解釋之弊。然變則例外法、特別法、及制限法。又宜爲嚴格之解釋。寧失于狹隘。勿失于廣汎。如刑法與其他之刑罰法。及負義務或責任之法皆是也。

法之解釋。有補充解釋者。乃比附、援引、以補充法之不明、不備、及欠缺者也。雖超脫解釋之範圍。亦爲必要而不可缺。惟于刑事則嚴禁之。蓋刑法之解釋。宜出于嚴正之意義。不許有類推補充之解釋也。

法之解釋必不可缺。立法者所定之法文。無論如何明晰確實。苟欲適用於實際。畢竟不能不賴解釋之力。然其解釋。亦最可懼。法之寬嚴當否。一因此解釋而異。甚至有以此解釋。而變更法之本旨者。故此一事。最宜重爲注意。拿破崙一世之作法國法典也。自信爲完全明瞭。不必復用解釋。既而見民間續出之解釋書。乃歎曰。我法之精神。泯矣。此言實可深思。

第七節 法之消滅

法既因人而成立。又有因人而消滅者。其消滅有二種。一爲立法者之廢棄。一爲法之自滅。

法之廢棄 所謂法之廢棄者。其中包含單純之廢棄與變更單純廢棄者。不過廢止一法而變更者。法既廢止。同時即制定新法以更換之。故事實雖覺少異。至其廢棄舊法則一。而代之以新法。其制定與否。與此毫無關係。

法皆因必要而制定者。若其必要既消滅。或因時勢變遷。其法反見弊害。勢不得不廢棄之。于是廢棄之事起。其制定之權力。固限于立法者。然法之廢棄。有涉于其法之全部者。有僅止於一部者。又有其廢棄已經豫定者。有因以後所生之原因者。茲細說其預定者如左。

一期限之豫定 如法之施行期間。豫定爲若干年。或至某時期爲止。已明記于法文中者。因其期間之滿足。或時期之已至。而歸于當然之廢棄。

二法之目的上之事物全消滅者。如僅關於貴族之世襲財產法。貴族之制度既廢。則世已無貴族。其法自歸廢棄。

三經過法。經過法者。當新法之布告時。因調和新舊二法之施行。而特別以制定者也。若舊法之効力已熄。新法之効力全行。則此經過法亦遂失其用而自歸于廢棄。

又因以後所生之原因。而廢棄其法者。細別之如左。

一 明示之廢棄。無論單純之廢棄與新法之變更。明明公示其廢棄者也。

二 默示之廢棄。凡制定新法。當公布時。有與舊法矛盾而不能兩立者。雖未公示廢棄舊法之旨。固已屬於當然之廢棄。故曰默示之廢棄。此專存于變更之時。倘新舊矛盾之點。涉於舊法之全部。則廢棄其全部。如涉于舊法之一部。則惟廢其一部而已。

法之自滅。法當永久不適用之時。縱令立法者無明示默示之廢棄。則法因永久

不適用之故。自有不得不消滅者。故曰法之自滅。歐洲大陸派之學者。多與此相反對。謂法也者。縱令經幾百年之久而不適用。要非可因之而自滅者。否則法之威嚴自輕。人民必侮蔑之。在往古野蠻時代。固無不可。在國憲既定立法權已確立之文明國。則背反立法之旨趣。現壞大利。有凡法令未經立法者所變更。或明示廢棄。以前皆有效力之明文。蓋以表示其不能自滅也。夫法之消滅。必須有廢棄之公式。是於立國之體。亦屬當然之理。特於實際恐難一一爲廢法之手續耳。或有一時遺忘。至數百年後。突于故紙堆中提起。以爲此法律未經廢棄。尙有效力。遂啟用之。而于時勢實不相宜。則爲害於人民者必不少。故時勢習俗。日進月移。而法律之種類。亦須隨之改正。數十年前之死法。當視爲法之自滅。然其自滅。又備有二個條件。即雖有適用之處。而不適用之實例甚多者。及不適用已經有最長久之時日者。是也。時日長久云者。其語固不甚明晰。然實不得豫爲明定者也。是皆因法之性質。或有數年卽爲長久者。或有數十年數百年始爲長久者。如每日見爲適用之法。其不適

用苟及數年。已可謂爲自滅。然亦視人民之遺忘與否。苟此二件皆備。即斷爲立法者亦有廢棄之意。亦無防礙。縱令不踐行廢棄之公式。而立法者亦不得不認諾矣。

第二編 權利及法律

第一章 權利

德國奈布尼都曰。法律學。者。權利學也。西洋諸國。法律權利。大抵用同一之語。蓋法律爲權利之外表。權利爲法律之內容。就主觀而言。謂之權利。就客觀而言。謂之法律。二者雖有內外之別。而其本質則一也。故權利爲法律之精髓。無權利即無法律。權利之意象。實爲法律之原理。然則權利究爲何物。乃學法律學者所不可不知者也。既云權利。即有所謂義務。違背義務。則有制裁。權利義務制裁三者。表裏相因。最爲密接。今可分本章爲數節而說明之。

第一節 權利之定義

所謂權利者。因使各人全其本性。而得以強制他人之人之本分也。今設數項于左。以說明此定義。

第一 權利者。使各人全其本性者也。

此係指示權利之目的。所謂權利使各人全其本性之語。因權利既非絕對無限者。即含有多少制限之意義在內。

第二 權利者。得以強制他人者也。

此係指示權利之作用。夫權利因使各人全其本性而存。則甲苟侵害乙之權利。當強制之。使息其侵害。又既經侵害其權利之時。亦不可不強制之。使回復其侵害。此所以不可無強制之權利也。

所謂權利由強制他人之思想而當然流出者。即權利存於人與人之關係是也。蓋法律之目的。在劃定人人之權利義務。正其畛域。不使互相侵犯。則權利爲存於人

與人相對之關係明矣。人對於物。則無權利義務之關係。如所有權雖爲行於物上之權利。實爲排除他人而專有其物之權利。非所有者對於物而有權利。亦非物對於所有者而負義務。不過所有者以外之人。負不可侵害所有權之義務耳。又人對於禽獸。亦無權利義務之關係。法律中亦有保護禽獸者。如狩獵規則。或禁捕鳥類保護家畜規則。及罰人之虐使牛馬等。是乃統治者本於公益上之理由而禁止之。人之所以不得捕獲鳥類。虐使牛馬者。亦不外乎服從統治者之命令。即人對統治者。不過負不可作此等舉動之義務而已。不得謂依狩獵規則而被保護之鳥類。對於人而有不被捕獲之權利。亦不得謂人之對此種鳥類。應負不得捕獲之義務也。其保護家畜規則亦然。又人對於己。無權利義務之關係。如生命權固以自己之生命爲目的者。然不過爲使他人不侵害自己生命之權利。至自己對於自己之生命。原無權利義務可言。即人無自殺之權利。亦無不可自殺之義務。蓋自殺者。各人之自由也。被殺則非各人之自由也。若夫人之對於鬼神祖先。負尊崇之義務。是專爲

宗教道德之談。若法律上。則鬼神祖先之對於人。不得謂有應受尊崇之權利也。故曰權利者。必在人與人之關係者也。

權利既存于。人與人之關係。即權利義務。又必相對相當。故有權利。必有對當之義務。有義務。必有對當之權利。權利爲強制他人者。義務爲服從權利者。如主權者有命令之權利。人民有服從之義務。對於親權有爲子之義務。對於夫權有爲妻之義務。對於他人之身體名譽。有不毀損之義務。則謂之身體權名譽權。有債務則有債權。其餘皆可類推。無容贅述也。

第三 權利者。人之本分也。

此係指示權利之實質也。夫人生息於世。非徒有其體質而已。必有當爲與不可爲之本分焉。如全自己之本性。則人所當爲者。損害之事。則人所不當爲者。人之所以爲人。當因其本分而保持其位格。故人苟踐其本分。無論何人。不可得而妨害之。權利即所以確保其復踐本分。亦所以保持其位格也。我之對於彼。而有權利者。因我

有當盡之本分。故彼對於我而負義務也。苟非我之本分在先。則彼可得負對於我之義務耶。故權利者。決非使人滿足其私利私慾。或徒苦役他人而存者。如主權者有統治權。即以其對於國民有治安之本分也。父母之有親權。即以其對於子女。有監護教養之本分也。人有所有之權利。即以人有保育其肉體精神之本分也。有婚姻之權利。即以人有子孫繼續之本分也。有債務之權利。即以人有互相救護之本分也。其餘皆可推知。由是觀之。權利爲人之本分所發動。而確保其履踐者。其實質要不外乎人之本分。故曰權利者人之本分也。

人之本分之種類亦多。如謂苟爲人之本分。皆可以爲權利。而確保其履踐。則又不然。蓋人之本分中。有對於自己者。有對於他人者。有對於祖先者。其對於自己與對於祖先。固非可爲權利之本分。而對於他人之本分。亦惟使各人全其本性者乃。可以爲權利。而確保其履踐。非一切本分。皆可以爲權利。而確保其履踐者也。關於權利之實質。古來論說甚多。然其大者不過三說。一曰利益說。二曰威力說。三

日本分說。爾餘百說。大抵皆爲此三說牽合附加。請略論之如左。

甲 利益說

利益說者。以利、益爲權利之實質也。此說爲英國學者所鼓唱。他國學者多和之。然此說之非。已有定論矣。

既以利益爲權利之實質。則無利益必無權利矣。然利益者。所謂主觀之意象。因人而異。非一定不易者也。故有甲以爲利益。而乙以爲非利益者。今謂無利益即無權利。是權利者。苟不以權利爲利益。則此權利之對於人。又不可不認爲非權利矣。然則所謂權利者。僅依權利者之。以爲利益與否。或爲權利。或爲非權利。如此曖昧不定。是決非權利之實質也。所謂權利者。權利者以爲利益。固爲權利。即不以爲利益。亦爲權利。非依權利者之意思。而有所變易者也。譬之有一盲人。眼鏡爲其所有。然既屬盲人。必不以此爲利益。如云無利益即無權利。是此盲人無有眼鏡之權利也。天下奇怪之論。寧有是耶。又如財產。人之多欲者以爲利益。使遜世脫俗之人有之。

反以爲累。如云無利益即無權利。然則此遜世脫俗者。無所有財產之權利乎。決不然也。雖無利益。其權利果尙存矣。觀此。則利益說之謬誤益明。

利益爲行爲之動機。然行爲之動機。又不僅利益也。尙別有爲行爲之動機者。即本分之意象是也。從本分之旨趣言之。其結果多爲利益。然亦時有不爲利益者。如兵士爲國家戰死。反之利益之說。其行爲未必合本分之旨趣。由是而利益正邪之別生矣。適合於本分之利益。謂之正利。如爲人勞作而得報酬之類。不適合於本分之利益。謂之邪利。如收賄竊盜之類。正利邪利。其利益同。皆爲行爲之動機也。由是觀之。不可以一切利益爲行爲之標準明矣。所謂權利者。獨含正利。不含邪利。固不待論。如謂一切利益悉爲權利。則收賄竊盜。亦可謂之爲權利乎。故權利之中。不包含利益全體。總之有爲利益而非權利者。有不爲利益而爲權利者。既云有爲利益而非權利者矣。則權利之利益與非權利之利益。將以何爲標準。而分別言之耶。無他。唯視適合於本分之旨趣與否而已。要之一切利益。非權利也。必適合於本分者。乃

爲權利。利益常因權利之結果而生。而權利非必皆有利益之結果。故利益者。實不
得謂爲權利之實質也。

乙 威力說

威力說者。以威力爲權利之實質也。按此說乃德國某學者所創。其所謂威力者。腕
力之謂乎。抑意力之謂乎。倘謂腕力即是權利。則盜賊之禦人國門。奪取財物。亦不
得不謂之爲權利之行爲矣。又如法人

凡關於公益之團體謂之法人
如學校善堂公司之類皆是

或兒童。皆將

因其無腕力。而不能有權利。而勇猛多力者。當有多量之權利矣。然以盜賊之行爲。
爲權利之行爲。無論何人。恐無韙之者。且法人與兒童。皆當有權利。而勇猛多力之
人。亦不過與尋常之人有同等之權利而已。由是觀之。腕力非權利之實質。蓋可知
已。其以意力爲權利者。亦得就同類之事言之。蓋威力者。實行權利之方便也。強制
義務者之手段也。非權利之實質也。苟義務者能從權利之本旨。而踐行其義務。固
無待乎威力。特義務者蔑視權利。而不踐行其義務。則不得不用威力以強制之耳。

故威力者。非權利之要素。而屬於權利之常素者也。

丙 本分說

本分說者。以本分爲權利之實質也。此說爲法國學者所主唱。余輩亦深韙之。故茲就其大要以論述之。

按權利乃無體物。非有體物也。何以知之。以其無物質之可以目擊手撫也。且無體物中。權利又非如上帝宇宙等外界之意象。乃福利正善等可以爲人之意思及行爲之準繩之內界之意象也。權利之實質。大抵不外利力正三者。權利所以利權利者。故謂權利之實質爲利。亦無不可。但權利之爲利。僅指正當之利而言。則權利之實質。亦不得不包藏正之元素。雖不可謂之爲正當之利。要不可不謂爲利之正當者也。又就其力。亦得以相類之事言之。權利予權利者以遂其所欲爲之力。然權利之力。實非暴力。乃正當之力。本於正理者也。必本於正理。其權利始得權力。故謂權利爲正當之力。寧謂爲力之正當者。如此則正之元素。即通一切之權利而存。然所

謂正者。果何所指乎。從來理想家。輒謂正爲人之理性之直覺。殊非洞中肯綮。余輩之意。以爲人於肉體及精神上之諸需用。不可不使之滿足。即人不可不全其本性之謂。夫使人全其本性。是善也。是本分也。使人而各全其本性。則爲正矣。由是觀之。權利之目的。即爲正。其作用。即爲強制其實質。即爲本分。此余輩所以不得不認本分之說也。

余輩從權利之目的。及其作用實質三端。而下定義。既於以上三項。聊解述矣。然尙有未盡之意。因更設左之三項。以闡明其性質焉。

第四 權利者。法律之根本原理也。

夫權利之意象。貫串法律之全體。實爲法律之根本原理也。故法律關係。實爲單一之權利關係。而世間有一種學說。劃法律關係。截然爲權力關係及權利關係之二。使其間互不相涉。其說謂公法爲規定權力關係者。私法爲規定權利關係者。而權力關係。乃爲命令服從之關係。權利關係。則爲權利義務之關係。命令服從之關係。

即有權力者與無權力者之間不平等之關係。而權利義務之關係。即無權力者彼此相互間平等之關係也。是說乃日本今日有名學者所唱。殆有籠罩一代法律思想之概。然以吾等觀之。亦屬謬妄。而有害于實際者。便撒謬曰。凡有毒於社會者。莫過于大家之謬見。余輩於此說。亦云然。今請聊辯其妄。

夫法律者。對道德宗教政治經濟等諸種之學術制度。而成一渾圓之完具體者也。且其中不可無貫串之根本原理。其貫串之根本原理維何。即權利之意象。是已。今以權力爲公法之原理。以權利爲私法之原理。將渾圓惟一之法律。截然兩分。斷其脈絡。使其不得互相交涉。是毀損法律之完全。而破滅其綱目也。夫法律之于權利。猶人身之于靈魂。無靈魂則必死。無權利則法必滅。今不認權利之意象爲貫通法律全體之根本原理。是不啻褫奪法律之生命矣。人生在世。棲棲遑遑。皆有相互之關係。當其初生。有父母焉。于是生親子之關係。及其漸長。有男女焉。於是生夫婦之關係。至于爲家長時。又生戶主家族之關係。爲地方自治體之一員。又生自治體與

公民之關係。爲國中之一員。又生統治者與被治者之關係。其他各種之點。亦莫不與他人有關係焉。故法律之目的。在就各人相互之關係。而劃定其權利。爲之保障。使各人全其本性。夫既於親子夫婦之間。認其有權利義務之關係矣。則統治者與被治者之間。詎無權利義務之關係乎。特統治者與被治者之關係。比之親子夫婦之關係。雄大複雜。故二者不能無殊別之觀耳。非可以其關係之大小輕重而變其性質也。總之權利義務之關係。二者本無稍異。故統治權（君權）選舉權（民權）親權。夫權。戶主權。所有權。債權等。俱可作權利論。無分爲權力。權利之理由也。

權力爲保障權利之威力。所以擁護權利者也。所以確保權利之實行者也。唯有權利。故有權力。非因有權力始生權利也。前於威力說中。已述之矣。故統治者有統治之權利。其有侵害此權利者。則用其權力以防止之。回復之。所有者有所有之權利。其有侵害此權利者。則藉統治者之權力以防止之。回復之。至於其他之權利。亦與此同。故權力者。通一切權利而存者也。屹立隨伴於一切權利之後。以爲防止回復。

其侵害之用者也。如指統治權而謂之權力。則所有權亦不可不謂之權力。指所有權而謂之權利。則統治權亦不可不謂之權利。不得以其一爲權力。以其他爲權利也。惟統治權被侵害時。統治之得直用其固有之權力。以防止回復之。所有權被侵害時。則所有權不得不呼號於有保護權利之天職之統治者。而求其援助。是其所異耳。至於以權力爲掩護權利之用。則二者相同。若以法律關係。謂爲權力關係。縱其立論之根據。有所謬誤。尙可謂爲貫徹理論。倘以其一部爲權力關係。而以他部爲權利關係。則未免流于偏頗矣。

統治者之天職。治國安民。是其本分也。唯欲行此本分。始有統治之權利。故統治之權利。即統治者之所以踐行其本分也。被治者之負服從統治權之義務。亦職是故。若謂統治者因有權力。而有統治權。則統治者得究其力之所能爲。而任意施行虐政矣。彼被治者之服從之也。非因有不可不服從之義務也。惟以力不足以抵抗。故不得已而飲泣含恨。爲之下耳。苟其力足以抗敵。則不服從可也。即擊倒之。亦無不

可也。故以統治權爲權力之說。殆勸獎統治者之爲虐政煽動被治者之起反亂者也。余輩謂此說有害於實際。豈無故哉。要之統治權實權利也。非權力也。

是故權利爲法律之生命。無權利則無法律。又爲法律之脈絡。該其始終貫通其首尾。如於法律一部不認權利之意象。則法律當解體破滅。故曰權利之意象乃法律之唯一根本之原理也。

第五 權利者。乃法律之所認定。非法律之所創定也。

此所謂法律。乃單指成法。(即人作法)非指成法所標準基礎之自然法也。蓋權利約有二種。一理想之權利。一現實之權利。理想之權利。即自然法之所論。現實之權利。即成法所規定者。理想之權利。與自然法。若合符節。無前後上下之別。現實之權利。與成法亦同。權利及法律。其內外本無異也。不過就主觀言之。則爲權利。就客觀言之。則爲法律之別而已。然就理想之權利與成法之關係而言。則理想之權利。在成法之前。又在成法之上。理想之權利。乃從各人依理性而領畧之根本之意象之

公理。以推論演繹而得者也。理想之權利。完全圓滿。毫無缺點。凡有理想之人類。雖欲不認而不能者也。又理想之權利非依成法之認定與否而有所增損變易者也。通古今。亘東西。而浩乎獨存者也。倘成法認定理想之權利之一部。明定其範圍。確保其效力。而理想之權利。遂變爲現實之權利矣。故現實之權利。乃理想之權利之表象。理想之權利。乃現實之權利之直身。彼人之不免有認爲爲山之迷謬者。其於現實之權利與理想之權利。不能一致。固無論矣。乃立法者。往往認非理想之權利而保護之。此所以致二者之互相反背也。將來混合爲一。則萬物協和。各得其所。即社會學者之所謂黃金時代。性法學者之所謂調和時代也。人類方向此理想。猛往奮進。然以現代光景考之。則所距尙遠。今之法學者。所稱權利。每僅指現實之權利。夫現實之權利爲成法所認定而保護者。故其效力頗爲確實。理想之權利則不然。若理想之權利與現實之權利相反背時。仍當從現實之權利。蓋惡法亦法。如認反背於理想之權利之成法。固有不免爲惡法。而不能無所改革者。然當法有效力之

間。固不得不認受其結果也。如謂權利爲依成法之規定而生。此真狹隘之見。彼立法者。有何魔力。能無中生有乎。使嚮非權利。而一經立法者之點化。忽變爲權利。是與古語所述點石成金之仙人技倆何異。天下寧有此奇怪之理耶。余輩于權利中。既知有理想之權利及現實之權利二種。理想之權利。爲人類之理想。非經立法者所創定。倘理想之權利。一經立法者之點化而爲成法。再受統治者威力之保護。卽爲現實之權利。大抵二種權利相異之處。前者不受成法之保護而存在。後者必依法之保護。而始存在也。有成法之保護。乃可得而強行之。無成法之保護則否。是以實際上之效力作用。二者頗不相同。至其元質本體。實未常有異也。且立法者。認理想之權利。爲現實之權利。不必記載于成法之條文而後認之也。可使裁判所責罰違背於習慣及條理者而默許之。是其習慣條理。既受統治者威力之保護。而爲不文之法律。從前爲理想之權利而存在者。乃轉瞬間受其保護。忽變而爲現實之權利矣。無成法保護之權利。與有成法保護之權利。須明別之。惟二者又有密接之關

係亦不可不知者。試舉一例。如人類必資外物而遂其生。故人類所有外物之事實。皆由人類始生之時而存。不容疑也。然人依其勞力而得有一物。他人決不得有侵害之思想也。人類之德義心。必存於發達之處。故所有之權利。於原人時代。業已存在。不過其初僅有所謂理想之權利。不能受十分之保護。迨統治者起。以其威力擁護各人之權利。禁止他人之侵害。其受侵害者。必回復之。因此所有之權利。愈得鞏固。

學者于此等事實。或以權利爲成法所創定。是又不然。權利之實質。在人類之本分。人類本分。乃其性格所固有。非成法所作出。故其所本。尙在成法之前。不過藉成法之表彰。始得確然成立耳。非成法之前。全無形影也。由是觀之。權利爲成法所認定。而決非成法所創定矣。但認定云者。僅認識既存之物象。毫無更變之義。於名似有不當。然不更變舊物之元質本體。即稍修飾其外形效用。亦不妨其爲認定也。故曰權利者。乃成法所認定。非成法所創定也。

第六 行使權利與否乃權利者之自由也。

依今日普通之學說。行使權利與否。專屬於權利者之自由。權利者非必定有行使權利之義務也。譬之有土地所有權者。倘十年廢耕。蕪其田園。固其自由。無不可不舉闢之而收成果之義務。蓋無論何人。法律所命爲義務者。始得被其拘束。其非命爲義務者。各人皆可自由以行使權利者也。其說本于苟非法論所命之義務。無必須行使之理由。及權利不過保障人類之本分。人之踐履其本分與否。一任其德義心。而無強制之理由。近時伊林克之說起。頗聳世人聞聽。謂行使權利者。有權利之義務。其所以行使權利。乃所以對國家之義務也。何則。以國家盛衰。恒視國民尊重權利之思想之強弱爲消長故也。

以行使理論上權利爲一種義務。其結果更至權利滅亡。而僅存有義務。故伊林克之論曰。權利者。爲道德上之本分。務求以行使權利爲可。其意旨頗極通切。余輩亦深韙之。惟其謂法律上權利者。有行使權利之義務。則余輩所不能服也。

對伊林克之說。而爲正反對者。即踐行義務。乃爲一種權利之說是也。是說爲法人坡喜爾所倡道。世人知者尙尠。然以余輩觀之。其功烈價格。當與伊林克之論。駢鑣並馳。蓋坡喜爾之論。如前本本說所述。權利乃淵源於人類之本分者。而踐履其本分之事。即所謂權利也。唯其所謂本分者。雖可以至廣之義解之。然法律上之義務。固爲人類本分之一端。故擴充其理論。雖踐履法律上義務之事。亦非不得謂之爲一種權利。今日之法律中。亦往往有本此精神之規定。

謂權利爲淵源於人類本分。其說固極醇正。然謂有履行法律上義務之權利。則矛盾之言也。夫法律上之義務。乃必不可不履行者。而權利則行與否。屬於權利者之自由。使謂履行義務之權利。必不可不履行之。是背權利之本義矣。倘謂行與否。屬於權利者之自由。則是反義務之主旨也。故謂履行義務之事爲權利。實與謂義務即權利無異。乃混同法律上性質各異之權利義務者也。

伊林克曰。有行使權利義務。坡喜爾曰。有履行義務之權利。伊林克之言。乃以權利

爲主之人權論也。坡喜爾之言。乃以義務爲主之人義說也。伊林克爲振作奧國人
之權利思想立論。坡喜爾爲裁抑法國人之權利思想立論。此二說互異之原因也。
夫人權之論如火不戢則將自焚。西洋各國之狀態是矣。人義之說如水不涸則將
自腐。東洋各國之現況是矣。西洋諸國人權之論業既盛熾。若獎勵之。譬猶注薪以
澆油。東洋諸國人義之說浸潤人心。若猶勸說之。譬猶繫奴隸以鐵鎖。將有不勝其
卑鄙枉屈者。坡喜爾爲法人權利思想所驅逐。遂輕浮躁動。流蕩不反。以冀提唱人
義之說而裁抑之。其在西洋諸國可謂縮夜晨鐘矣。若伊林克之人權論。其果能與
奧國之人心以幾何刺擊。雖不得知。然其於今日毫無權利思想之中國可謂最對
症之藥石矣。

第二節 權利之分類

權利存于人与人之關係。故由關係之差異。而分別私權公權國權三種。是權利之
分類最大者。當更就其中而細別之。私權者存于一個人相互間之權利。或稱爲人

權。公權者。存于統治者與被治者間之權利。或稱爲政權。國權者。存于各國統治者相互間之權利。或稱爲國際權。私權者。私法所規定也。公權者。公法所規定也。國權者。國際法所規定也。

或大別權利爲二。即一個人之權利及統治者之權利是也。更別一個人之權利。爲私權公權之二。私權者爲一個人與他一個人之關係之權利。公權者爲一個人與統治者之關係之權利。更別統治者之權利。爲統治權及國際權之二。統治權爲統治者與被治者之關係之權利。國際權爲一國之統治者與他國之統治者之關係之權利。此分類與前所揭之分類。其揆一也。所異者不過分類之形式而已。今因便宜之故。採用前揭之分類分爲二種于左。

第一分類

私權 存于一個人相互間之權利

公權 存于統治者及被治者間之權利

國權 存于各國統治者相互間之權利

第二分類

一個人之權利

私權 對於他一個人之權利

公權 對於統治者之權利

統治者之權利

統治權 對於被治者之權利

國際權 對於他國統治者之權利

唯第一分類所謂公權與第二分類所謂公權者其語同而其意異。即第一分類之公權乃包含第二分類之公權及統治權者。其間有廣狹之別。又第一分類所謂國權與第二分類所謂國際權者其語異而其意同。蓋僅以文字駢列而觀則其語不得無異耳。

若夫理想權利及現實權利之區別則皆存于私權公權及國權三者公權之中。有理想權利及現實權利。即第二權中亦有之。理想之權利爲自然法所論。現實之權

利。爲人作法所定。今日法學者普通所謂權利者。則以現實之權利爲主。前已述
以下設私權公權國權三款而說明之。

第一款 私權

私權者。存于一個人相互間之權利。如生命身體財產名譽自由諸權利是也。私權乃伴于人類之資格者。凡法律所制限者。無論外國人與內國人。皆得享有。且不問男女年齡財產。無論何人。莫不享有。是私權爲一個人對於統治者之權利。即與狹義之公權有異。

從來法學者之論權利。專重私權。一若權利僅限于私權也者。故關於私權之論說甚多。就其實質。或爲威力。或爲利益。或爲持分。持分者譬如一物割爲十分而己應占得其中若干分之謂也。或爲自由。紛紛辯說。不知所歸。然一切之權利。既爲人類履踐本分之保障。則私權之實質。亦在人類本分之中。凡此諸說。一無所取。今以私權之種種分類於左。

(甲) 絕對權及雙對權即對世權及對人權

絕對權者。對於一般人之權利也。如由人類之性質而生之生命身體名譽自由等權利及財產權之一種物權是也。對於此等權利。世人皆有不可侵害之義務。即不作爲之義務也。故又謂之對世權。所謂雙對權者。對於特定人之權利也。如由財產權之一種之債權。及親族關係而生之戶主權夫權親權等是也。對於此等權利。特定人有爲與不爲之義務。即作爲與不作爲之義務也。故又謂之對人權。

此權利之類別。或以此爲以上所述私權全體之類別。或以此爲與財產權細別之物權債權異語同義。英國學者。大抵從第一之意義。法國學者。大抵從第二之意義。物權及債權之類別。將次述之。若以絕對權及雙對權與物權債權爲異語同義時。則雖重複。而于類別亦無重要。今揭此類別者。乃從第一之意義。即私權全體之類別之意義也。

(乙) 財產權及人身權

財產權者。謂各人以得以處分之利益爲目的之權利也。或曰財產權者。謂有交換

價格之權利也。二者蓋同義云。如物權債權著作權特許權等。以得有買賣讓與相續之目的爲通則。此財產之特質也。

人身權者。由親族關係及人類之性格而生之權利。專屬於人之一身。其中又分二種。一曰身分權。一曰人格權。身分權者。自親族關係而生。即戶主權夫權親權等類是也。身分權者。自人類之性格而生。即生命身體名譽自由諸權利是也。人身體專屬於人之一身。故不得爲買賣讓與之目的。又其權利與死亡共消滅。故不得相續。是其與財產權相異之處。

(丙) 物權及債權

此類僅得爲財產權中之一部分。蓋財產權者。于物權債權之外。尚包含所謂智能之所有權。如著作權特許權等類皆是。故此二者不能盡財產全體之區別。物權者。謂行于物上之權利。故又稱爲物上權。握此權利者。無庸他人紹介。可直接加意思于其物上。且得排除他人。或先他人而行其權利。此權利必限於有體物。故

物權之目的物。必爲有體物。而權利名譽行爲等之無體物。必不得爲物權之目的物矣。日本民法所認爲物權者。僅有占有權、所有權、地上權、永小作權、地役權、留置權、先取特權、質權、及抵當權、九種。然物權之種類。不盡于此。用特別之法律時。此外尙得創設幾種之物權。如日本鑛業條例所認之鑛物採掘權。亦物權之一。然有一言。不可不注意者。權利之無體物。不得爲物權之目的物。固爲通則。如右所述矣。特法律亦有例外。而有時以權利爲物權之目的者。即如準占有權。雖非以有體物爲目的物之權利。亦得以之爲目的。又如一般之先取特權。雖屬動產不動產以外之權利。亦包含于其目的中。又如權利質。如作保人之類亦以權利爲目的。是皆在例外者也。債權者。謂使他人而爲某事之權利也。故債權之目的。在于他人之行爲。而行爲中又包含作爲及不作爲。作爲者。爲積極之行爲。即使爲某事之謂。如使賣主交出賣品。使借主反還借品。使僱人服勞役。使請負人完成其事。使爲不法行爲者賠償損害等皆是。不作爲者。爲消極之行爲。即使不爲某事之謂。如土地之所有者。與其相

鄰者訂立契約。使相鄰者不得于其所有地內。建築家屋。或栽植竹木。劇場之主。與俳優訂立契約。使不得出演于他人之劇場。營業讓受人。使其讓渡人不得于一定之地域及一定之期間內。爲同一之營業等皆是。故使他人爲某事或不爲某事之權利。即債權也。債權者。必於一方有使他人爲某事不爲某事之權利。于他方又有爲他人爲某事或不爲某事之義務。指其權利者曰債權者。指其義務者曰債務者。債權必與債務對當。以人之行爲爲目的。物權乃直行于物上者。二者頗異其趣。故又稱之爲人權。

物權及債權。雖皆爲財產權。然其性質有大異者。且此分類。在法律上。頗屬重要之區別。故畧述其異同如左。

(一)物權及債權。皆得對抗于一般之人。

此點爲二權所同者。從來論物權及債權之區別。大抵皆謂物權爲對于一般之人之權利。債權爲對于特定之人之權利。以是爲相異之要點。因此而物權及債

權之區別。與絕對權及雙對權（對世權及對人權）之區別同義。然如前所述。債權亦得對抗于一般之人。其對抗于一般之人。原二權之所同也。故徒以對抗于一般之人與否。不可謂爲分別此二權之根本標準。唯觀其大體。則物權以對於一般之人爲主。債權以對於特定之人爲主耳。

(二) 物權之種類。爲法律所限定。債權之種類。不爲法律所限定也。

物權之種類。由法律限定之。故各人不得隨意創設異樣之物權。唯得循其法律一定之模型。設定毫釐無異之物權而已。至于債權。則與此相反。其性質效力。自有一定。且多限于特定之人相互之關係。其對於一般之人。而爲流通之目的者。甚少。故苟不戾于公益。則異樣之債權。各人皆可隨意創設。法律上不限定其種類也。

(三) 物權及債權。異其原因。

物權原因。依其種類而異。如占有權之原因。在于物之占有。所有權之原因。在于

占有無主物、拾得遺失物、發見埋藏物、添付、契約、相續、遺贈、等。地上權、永小作權、質權、抵當權之原因。在於契約。留置權先取特權之原因。在於法律。其類至爲不一。而債權原因。不過爲契約、事務管理、不當利益、不法行爲、及法律之直接規定、五者。

(四) 物權及債權。異其成素。

物權由權利者及目的之二元素而成。債權由權利者義務者及目的之三元素而成。故物權爲人與目的有直接之關係。債權於人與目的之外。更有立於其間之人。即義務者是也。蓋債權比于物權。多一義務者之元素。但一般之人。對物權及債權。負不侵害之義務。故一般之義務者。乃通此二權而存之元素也。試列表如左。

一 權利者

一 權利者

二 特定之義務者

物權之元素二目的

債權之元素三目的

三一般之義務者

四一般之義務者

(五) 物權及債權。異其目的。

物權之目的為有體物。但於例外。亦可以無體物之權利為目的。債權之目的為有體物行為或權利。但所謂有體物者。不過以存于有體物上之所有權為目的。非直以有體物為目的也。故債權之目的。僅謂為權利及行為二者。固無不可。惟所有權及其目的之有體物。常與普通之觀念混同。故不得不列有體物于債權目的之中。

(六) 物權之中。或有以優先權、追索權、及不可分權、與權利者。

優先權者。謂得先他人而行權利之權也。如凡有先取特權者。就債務者之財產。得先他債權者而領受自己之債權之辨濟。即收回債
還之意然通常之債權者。無此優先權。故對債務者一人。而債權者或有數人。債務者之財產。不足辨濟總債權之

時。則各債權者。不得不依各人之債權額。平均計算而分配之。追求權者。謂凡權利之目的物。無論歸何人所有。得直就其物而行權利之權也。如於不動產上設定抵當權。爾後債務者雖讓其不動產于他人。而有抵當權者得就其不動產而求債務之辨濟。然通常之債權者無此追求權。故債務者讓其財產于他人。債權者亦無如何。唯債務者明知有害債權者而故爲之。則可依巴爾訴權。取消其行爲。不可分權者。謂對於物之各部而行債權之全部。及對於物之全部而行債權之各部之權也。如以一百元之債權之擔保。取質兩錢。質權者雖因天災或自己之行爲而失一錢。而對於他一錢。亦或得一百元之債權取立。即收取又質權者雖受五十元之辨濟。而因餘金五十元。可得占有兩錢。

(丁) 原始權及救濟權

原始權者。謂因法律之保護。無待他人之侵害。而自當初所存之權利也。權利之多數。大抵皆是。若人身權之全部。及財產權之大部分皆屬之。救濟權者。因他人侵害

原始權而生之權利也。苟債務者不踐契約。侵害債權者之權利時。則債權者對於債務者。有強制其踐約及要求其賠償之權利。又有因他人之故意或過失。而生命身體財產名譽自由之權利。被其侵害。則被害者對於加害者。有要求其賠償之權利。故救濟權。因原始權被侵害而始生者。可謂為惹起法律之制裁之權利。凡原始權不得全其效力者。專賴救濟權。倘我有權利而被他人侵害。竟無要求回復之權利。則權利之為權利。果何在耶。是救濟權之所以萬不可缺也。

(戊) 主權及從權

主權者。不從屬於他權利。而獨立以存者也。權利之多數。大抵皆是。從權者必從屬於他權利而始存者也。如地役權為所有權從屬之物權。非有所有權。則地役權不能獨存。又留置權。先取特權。質權。抵當權。乃擔保債權從屬之物權。非債權先存。則此等權利決不得存也。

凡所謂從者。以從于主為通則。故從權者。與其所從屬之主權。同其存亡消長。主權

消滅。則從權亦消滅。然主不從從。故從權即消滅。主權必不因之而消滅也。

第二款 公權

公權者。爲存于統治者及被治者間之權利也。公權中含有統治者對於被治者之權利。與被治者對於統治者之權利二種。統治者對於被治者之權利。即爲統治權。其中包含立法權、施政權、裁判權、刑罰權、徵兵權、收稅權等。被治者對於統治者之權利。即爲國民參與國政之權。如選舉權、被選舉權、就文武官職及其他公職之權。公民權等。統謂之國民權。或以公權爲有廣狹二義。以前者爲廣義公權。以後者爲狹義公權。

公權中既含統治者對於被治者之權利。與被治者對於統治者之權利。則其結果對於統治者之權利。有被治者之義務。對於被治者之權利。有統治者之義務。請分二段而論述之於左。

第一 統治者對於被治者有權利

既謂統治者對於被治者有權利。則于其反面。即爲被治者對於統治者負義務也。余輩既謂法律之關係。可以權利之關係貫串之。則統治者及被治者之關係。固亦可爲權利義務之關係也。統治者之對於被治者有權利。固不待論。統治者有保安萬民之本分。因確保其踐履本分。遂有統治之權利。故被治者有服從之義務。使統治者無統治之權利。則被治者安得有服從之義務。如統治者因保持國家之秩序安寧。而有裁判之權利。有刑罰之權利。故被治者遂有受裁判之義務。服刑罰之義務。被治者決不得自行裁判。又決不得逃脫刑罰也。統治者因防護國家。而有徵兵之權利。故被治者遂有兵役之義務。統治者因料理萬庶之政務。而有收稅之權利。故被治者遂有納稅之義務。餘可類推。是足見統治者與被治者之關係。無非權利義務之關係也。

第二 統治者對於被治者負義務

既謂統治者對於被治者負義務。則于其反面。即爲被治者對於統治者有權利也。

今可述其理由如下。

統治者之所以有統治權。因盡其保安萬民之本分。使萬民全其本性也。是統治權存在之理由。即統治者之所奉爲目的者也。統治者決不能出于目的之外。苦累萬民。以逞一己之私利私慾。故統治者既有保安人民之權利。即有保安萬民之義務。而人民之對之也。亦遂有受其保安之權利。是統治者對於被治者負義務。極彰明較著者也。

或曰統治者有絕大之權力。無論何人。不足以抵抗之。故統治者可任意用其方法。行使其統治權。生殺與奪。惟其所命。不復有所顧忌。爲此論者。直不知法律爲何物矣。法律上。統治者因遂行其統治權。乃有絕大之力。無統治權。則無何等力量。若離權利之意象。專就實力立論。是事實之談。非法律之論也。即以事實言。統治者亦非有絕大之力。何也。古來暴虐君主。罹敗亡之禍。其事迹不可勝道。於此見天壤間必有優于統治者之強力者。論者之言。反之法律事實。皆不免有謬。

第三款 國權

國權者。存於國家與國家間之權利也。蓋國于地球。若僅一國。則權利問題。無自而起。今區劃地球之表面以建國者。屈指計之。且無慮五十矣。此等諸國。雖有文野強弱之別。然各有獨立自主之權。自比肩並立之點言之。固各各平等也。夫以多數平等之國家。競爭生存。則其間或和親或戰爭之關係生。而權利義務之關係亦隨之而生。乃勢所必然也。國際間權利義務之關係。乃依習慣學說及條約而定。其論之者。即謂之國際法。

欲求國權所在。曩述以爲統治者之權。是僮本形式上之便宜而言也。國家爲統治者及被統治者之團體。不能以統治者爲國家。與不能以被治者爲國家。無以異也。論者嘗以國家與統治者爲一。而以國權爲統治者之所有。於論理上。未免謬誤。又以國家與統治者全然相異。以國權或國際權。爲被治者之所有。是說亦仍有未當焉。蓋國權者國家之權。非統治者之權。亦非被治者之權。乃統治者及被治者之團

體之權。然私權及公權必賴統治者行使之。始得保全。國權亦同爲國家組織之要素。統治者之依機關而被行動。無庸疑也。故國權屬國家之權利。統治者不過代表國家。以當其行使之任耳。如此解釋。殊得要領。國權之區別有二。一曰平時之權利。一曰戰時之權利。其細目詳後章。

第三節 權利之主體客體及其生滅變轉之事項

第一款 私權之主體客體及其生滅變轉之事項

第一 私權之主體

私權之主體。謂有私權者也。有私權者。即人及法人是也。

何謂人。謂其有形之肉體。而爲私權之主體者。故又稱曰有形人。或曰自然人。人自初生至死亡。皆享有私權。有時胎兒亦有享私權者。今僮謂之人。則包含內外國人。老幼男女。商人非商人等一切之有形人。無待言矣。

私權不可不區別爲享有及行使二者。私權之享有者謂私權之主體也。私權之行

使者謂法律之行爲也。夫法律之行爲維何。請述之如下。得爲私權主體之法律上之資格者。爲權利能力。得爲法律行爲之法律上之資格者。爲行爲能力。凡有私權主體之資格。莫不兼有法律行爲之資格。是法律一定之原則。然有某種類人。雖有私權主體之資格。而無法律行爲之資格。有權利能力而無行爲能力。是之謂無能力。無能力者。是在定例之外。能力者。除民法中所特定爲無能力者外。其餘悉爲有能力者。

分無行爲能力者爲二。一曰絕對之無能力。一曰相對之無能力。絕對之無能力者。謂於法律行爲要素之意思。全然缺如。無辨別心之幼孩、與喪心者、及法人之類是也。相對之無能力者。非全無法律行爲要素之意思。特不完全耳。絕對之無能力者。唯其無意思。是以不能有所行爲。縱令爲之。亦不奏效也。

相對之無能力。更分爲二。一曰尋常之無能力。一曰特別之無能力。尋常之無能力者。謂從法定之條件。不能爲法律行爲之全部。或其重要之部。如未成年者、禁治產

者、准禁治產者、及妻之類是也。特別之無能力者、謂不消爲某種特定之法律行爲也。如夫婦之間、有所契約、無論何時、得由其一方而取消之。又如破產者、不得爲抵抗債權者之行爲之類是也。

何謂法人。乃依法律之擬制。爲私權主體之人。或財產之團體者。夫人與財產。原屬有形。然其團體。則無形也。故法人又稱曰無形人。又由法律之擬制。以其成立之點。而稱曰擬制人。與有形之人類。性質大異。故其享有權利之範圍。亦頗狹。不過於法律之制限。及目的之範圍內。有置財產、結契約、及訴訟等之權利而已。

法人又分別之爲二。一曰公法人。一曰私法人。公法人者。謂成國家政治組織之一部。而以政務施行爲目的者。如日本之府縣郡市町村。公共組合、水利組合、商業會議所等是也。私法人者。謂係一私人之設立。無關於政務施行者。如日本之同業組合、取引所、商事會社、民事組合、學校、醫院、慈善會等是也。

更分私法人爲二。曰社團法人。曰財團法人。社團法人者。謂有二人以上之人。以共

同之目的而設立者。如民事組合之法人及商事會社等。財團法人者。謂以財產供一定之目的。因創生財產之主體而設立者。如有一定之資本財產。因公益而設學校、病院、慈善會等。

夫社團法人與財團法人差異之點。其主要安在。蓋社團法人以人爲基礎。財團法人以財產爲基礎。社團法人以公益私益爲目的。財團法人僅以公益爲目的。社團法人以定欸定其組織。財團法人以審附行爲定其組織。

又由私法人之目的而觀察之。分爲公益法人。私益法人。公益法人者。以祭祀、宗教、慈善、學術、技藝及其他公益爲目的。私益法人者。僅以祭祀爲目的。公益法人含有社團法人。財團法人在內。私益法人則以社團法人爲限。公益法人之設立。須受主務官廳之許可。私益法人之設立。須從商事會社設立之條件。是其區別之實用也。

第二 私權之客體

所謂私權之客體者。以私權之所在。而現其效力者也。

私權之客體。其類甚多。今大別之。則爲有體物與無體物二種。

甲 有體物

有體物。乃因人之五官而認識者。日本民法。僅稱物者。皆指有體物而言也。財產權中物權之客體。大抵爲有體物。凡物權之設定。及以移轉爲目的之債權。亦類以有體物爲客體。如因贈與、賣買、交換、借貸等之契約而生債權之客體是也。

今分有體物之種類如下。其主要者有六。(一)動產及不動產。(二)主物及從物。(三)通融物及不通融物。(四)特定物及不特定物。(五)消費物及不消費物。(六)天然果實及法定果實。

乙 無體物

無體物乃因人之智能而認識者。如生命身體之完具。及名譽、自由、行爲之權利是也。生命權之客體。生命也。身體權之客體。身體之完具也。名譽權及自由權之客體。

名譽自由也。若夫後見人權利之客體。在被後見人之監護。監護者行爲也。此行爲非義務者之行爲。乃權利者之行爲也。債權則多以債務者之行爲爲客體。如使債務者演歌舞、作書畫、爲建築、皆是也。即不使爲營業。不使爲建築栽植亦是也。以上諸權。皆以無體物爲客體者。由是觀之。則私權之客體。決非限於有體物也明矣。

第三 私權生滅轉變之事項

所謂私權之生滅轉變者。即私權之發生消滅轉移變更也。通常則謂爲私權之得喪。蓋生滅由私權之物而言。得喪由私權體而言。其言雖異。其意實同。

私權之發生。乃連結私權於一定主體之謂。其發生又別爲二種曰絕對之發生。曰相對之發生。

絕對之發生。乃與他人之權利無關係。新設定之私權也。如占有無主物。則物之所有權於此發生。新築家屋。則家屋之所有權於此發生。蓋因添附及時效而所有權發生。與因契約而債權發生無異也。

相對之發生。乃承繼他人之權利也。如因相續、遺言、契約等。得承繼他人之所有權者是也。

或謂私權之發生。爲私權之取得。絕對之發生。及相對之發生。爲原始取得。及傳來取得。

私權之消滅。乃由一定主體分離私權之謂。其消滅亦別爲二種。曰絕對之消滅。曰相對之消滅。

絕對之消滅。所有權物消滅之謂也。如經天災。而所有物滅失。或權利者。拋棄其權利。及已受債權之辨濟等是也。

相對之消滅。乃所有權物。並未消滅。但變更其主體而已。故有因前主而消滅。復因後主而發生者。如買賣、贈與、相續等。甲之權利。移轉於乙者是也。

或謂私權之消滅。爲私權之喪失。絕對之消滅及相對之消滅。爲絕對之喪失。及相對之喪失。私權之轉移。乃私權由一主體。歸屬於他主體之謂。即前所云相對之發

生。及相對之消滅是也。故言私權之生滅得喪。則移轉之義。已合於其中。然生滅得喪之語。及轉移之語。其意義之範圍。又各有異。姑臚列之。

私權之變更。乃不變私權之本質。僅變其形態之謂。若變其本質。則是舊權利消滅。新權利發生矣。如變地上權爲貸借權。變抵當權爲不動產質權。變賣主之權利爲貸主之權利。是皆非變更也。所謂變更者。唯變私權之形態而已。形態之變。或有變其主體。或有變其客體。或有變其條件。或有變其期限者。今不備舉。

私權之生滅轉變。其意義如此。惟其關於生滅轉變之事項。不得不大別之。其項有四。一、行爲。二、事件。三、時。四、地是也。而行爲事件可總稱之爲事。事也者發現于一定之時與地之現象是也。今可順次而略說之。

一 行爲

行爲者表示人之意思也。僅言行爲。其範圍頗廣。有宗教上之行爲。有道德上之行爲。有政治上經濟上之行爲。此行爲乃專指以私權之生滅轉變爲目的者。故民法

中特名之爲法律行爲。僅以私權生滅轉變爲目的。則不必能達其目的。而使現實中有生滅轉變之效果。是無效之法律行爲也。

二 事件

事件者。不因人之意思。乃本於天然作用所發出之現象也。如地震、雷火、洪水、暴風、生死等事是也。譬之人子。因出生取得爲人之資格。從而取得生命身體自由諸權利。爲之父母者。亦取得親權於子。及至死亡。則一切權利。皆喪失矣。相續人可取得相續之權利。如因地震雷火等。土地家屋及一切物件。皆被毀壞。則於其物之所有權。亦共歸消滅。此外可引之例甚多。不勝枚舉。總之事件爲法律行爲之條件。而左右其效力者也。如明日降雨。某某死亡。則可爲某事等。其影響皆及於私權之生滅轉變中者也。

三 時

時者。乃於期限、期間、時效等名稱之下。而其影響及於私權之生滅轉變中者也。

期限者、轉瞬之間、停止其實行私權。或消滅其私權是也。如某月某日可支付金額。或某月某日解除之類是也。期限與條件相同。乃附隨於法律行為而成其狀態者。期間者、延長於兩期限之間。以幾何學例之。期限猶點。期間猶線。二種權利有不能過一定之期間者。如永小作權。不得過五十年。賃借權不得過二十年。又某種權利。不行使於一定之期間內者。則自然消滅。譬之無能力者之取消權。自能力回復之時五年。又自行爲之時二十年不行者。則消滅之。

時效者、經過一定之時間。從法律之條件。取得其權利或消滅其權利之方法之謂也。今分時效爲取得時效與消滅時效二種。蓋時効之要素。在時間及法律之條件之二者而已。而時間又因時効而異。日本民法。短不下一年。長不過廿年。法律之條件。亦依時効而異。要之既得時効。以占有物其或行使權利爲條件。消滅時効。以不行使權利爲條件。故取得時効因一定之時間。占有物。其行使權利。爲取得權利之方法。如甲領乙之不動產。以所有之意思。占有二十年。甲因時効取得其不動產之

所有權。乙不能取回也。消滅時效。則因一定之時間。不行使權利。爲消滅權利之方法。如甲借乙金。期限後經十年。乙不向之請求。則乙之債權因而消滅。而甲無辨濟之義務矣。由是觀之。時效之制度。徒因時間經過。以剝奪他人之權利而已。

四 地

中國人在外國。不能享有在本國之同量私權。外國人在中國亦然。可見地也者。其影響亦可及於私權得喪之中者也。

某種之權利。非一定之場所。則不得行使者。如訴訟不可不提出於債務者所住地之裁判所中。債務之履行。以於債權者所住之地爲原則。如債務者有立保證人之義務。則保證人須於管轄履行債務地之控訴院所轄境內。有住居之所。或有寓居之地。如不在從來住居之所。或寓居之地。且生死不明。經過七年。受失蹤之宣告者。以死亡視之。運送人之損害賠償。則依運送品所到地之價額計算。是皆地之及於私權之效也。

第二款 公權之主體客體及生滅轉變之事項

第一 公權之主體

公權之一種。爲國民權。被治者對於統治者所有之權利也。故國民權之主體。即被治者。所謂被治者。即服從於一國統治權下之人民。及獨立之自然人之謂也。有謂法人爲被治者。或此法人有特定之目的耳。如云被治者以全體法人而服從於統治權者。則不可也。

公權之他一種爲統治權。以統治者爲統治權之主體。然亦因國體而異。在君主國。即以君主一人爲統治者。在民主國。則國人全體皆爲統治者。在貴族國。則國人之。一。部。少。數。貴。族。爲。統。治。者。

第二 公權之客體

國民參與行使統治權之權利。即國民權。故其客體。在行使統治權而率由國家之目的。目的維何。前編既述。茲不贅焉。

統治權之客體。通常教科書。指爲國土及國民。然所謂權利之客體。即權利目的之義。從此意義。則國土及國民。不得稱爲權利之客體。彼國土者。不過統治權所行之範圍耳。統治權非利用國土之權利。統治權之目的。唯於國土內支配事物而已。與國土無涉。國民對於統治權。亦有義務。是互相對峙。而爲權利關係之主體也。譬之對於債權之債務者。以債務者爲債權之客體。即目的也是誠未之前聞。故國民亦非統治權之客體。若謂權利之客體。指其權利所行之範圍。則國土及國民。不可不爲統治權之客體。違理甚矣。然則統治權之客體維何。亦唯一切之政治事項耳。

第三 公權生滅轉變之事項

國民權伴於國民之資格而生。故國籍之得喪。其影響及於國民權之生滅。最爲重大。取得國籍時。國民權發生。喪失國籍時。國民權消滅。取得之原因。出生、婚姻、歸化、擴張國土等。喪失之原因。亦略同之。唯有反面之事實而觀。則有所差異耳。然國民權不得僅以有國籍。遂足以取得也。須具有一定之資格而後可。通常之國民權。必

有本國之國籍。爲成年以上之男子。限於有獨立之生活。其未成年者及女子。不得有國民權。若私權於人之始生。即可取得。且男女皆得平等而享有之者。其趣頗異。其得享有國民權一定之資格。則因國民權之種類。略有相異者。

法人爲有國民權者。法人之設立及解散。亦國民權發生消滅之原因也。

國民權專屬於性質上權利者之一身。故其轉移變更。不得而想像之。

統治權之發生。與國家之起原不同。蓋國家爲統治者與被治者之團體。統治者握有統治權。故國家成立。然必有統治者。統治權始隨而發生。

統治權之消滅。亦與國家滅亡之原因不同。當國家新成立時。其反面即舊國滅亡。如混合、分割、侵略、移住等是也。又因革命之故。遂無政府。必歸滅亡。國既滅亡。則統治權不能獨存。

統治權之轉移變更。今不特述。或於論統治權之相續。及國土之割讓之時論之。

第三款 國權之主體客體及生滅轉變之事項

國權之主體。爲各國之統治者。其客體則關於外交政治之一切事項也。其生滅轉變之事項。略與統治權同。

第四節 義務

義務者。服從權利之所至要。服從權利所至要云者。從權利之本旨。有可爲有不可爲也。義務之目的。與權利之目的相同。在使各人全其本性而已。義務之實質。乃人類之本分。亦與權利之實質相同。且不僅全權利者之本分。又必使對當之義務者全其本分。如子服親之監役。債務者當辨濟債務。扶養者當扶養近親。皆義務者之全其本分也。唯權利之作用。在於強制他人。義務之作用。在於受他人之強制。爲相異耳。

或曰。義務爲法律所命令之作爲與不作爲之責任也。此說是以義務爲責任矣。惟責任乃義務之結果。制裁之原因也。違背義務。乃有責任。既有責任。始有制裁。如有不可侵害他人所有權之義務。倘能恪守此義務。則無責任可言。唯背此義務。始生

賠償損害之責任。從而受其制裁。又債務者。從其本旨而履行之。固無責任。唯不履行其債務。始生強制履行或賠償損害之責任。從而受其制裁。如是則義務與責任。非同一物也明矣。

對於債權之債務。雖屬一種義務。然就此語。亦有特定之意義。債務云者。特定之人。對於他人。或與某物。或爲某事。或不爲服從法律上之羈絆。通常法學者。所稱爲義務者。則專指此債務。惟不得以義務之一種之債務之定義。有尋常義務之定義。是不待論而知也。

義務與權利爲對當者。故義務之種類與權利之種類相同。凡對當于公權者爲公義務。對當于私權者爲私義務。有國際上之權利。則有國際上之義務。對當于人身權財產權者。爲人身義務。財產義務。債權有債務。物權有物務。然所謂物務者。非普通人所言。權利之分類如此。雖義務分類亦可如此。但非必要者也。關於義務之分別。即積極義務。消極義務也。積極義務。或作何事之義務。即作爲義務也。消極義務。

或不作何事之義務。即不作爲義務也。

第五節 制裁

制裁者。侵害他人權利。應受責罰之謂。侵害權利。與違背義務相同。故制裁者。即所以責罰違背義務者也。違背本分。亦有制裁。如違背宗教上之本分者。受神明之責罰。違背道德上之本分者。感良心之痛苦。違背衛生上之本分者。釀身體之疾患是也。然此等制裁。皆在法令以外。或稱爲自然之制裁。其於法律上所謂制裁者。則專稱違背義務侵害權利之受責罰。

制裁之性質方法。以違法者侵害權利之種類爲差別。如侵害統治權者受刑罰。侵害私權者。任賠償損害之責。唯制裁者對於違法者。與以多少之痛苦。是一切制裁之通例也。

義務對權利。制裁對義務。故制裁分類。亦可與權利相同。對於公權有公義務。違背公義務。爲公犯。有公制裁。要求公制裁之方法。即公訴。規定公訴之法則。即刑事訴訟

訟法也。對於私權有私義務。違背私義務。爲私犯。有私制裁。要求私制裁之方法。即私訴。規定私訴之法則。即民事訴訟法也。對於國際上之權利。有國際上之義務。違背國際上之義務。有國際上之制裁。雖然。無確實強制執行之方法。制裁雖與權利之分類相同。然不得不爲區別。試由制裁方法之點。以民事制裁。刑事制裁。警察制裁。行政制裁。四類爲主。依其序而說明之。

第一 民事制裁

民事制裁者。即侵害私權者。所應受責罰之謂。其種類如左。

一 強制履行

強制履行者。乃債務者不任意履行時。債權者請求于裁判所。強制債務者使其履行之謂也。凡債務必從其本旨而履行之。乃爲合當事者之意思。故債務之性質上。除不得爲強制履行者外。餘皆許其強制履行。債權之性質上。雖不得爲強制履行。或依他方法。與強制履行。生同一之結果。亦可採用其方法。如以作爲爲目的之債

務。則不得爲通常強制履行。譬之使債務者作繪畫。演歌舞等。是以作爲爲目的之債務。如建築工事及旅行等。雖債務者非其人。亦得爲之。故債權者使第三者爲之。使債務者負擔其費用。又以法律行爲爲目的之債權。債務者不肯爲法律行爲。債權者請求于裁判所。使債務者受爲法律行爲之旨。以此代爲表示債務者之意思。而法律行爲得以成立。是皆債務之性質上。不得爲強制履行者。或依他之方法。與強制履行。得同一之結果者也。

二 賠償損害

賠償損害之原因有二。一不履行債務。一不法行爲是也。不履行債務者。乃債務者故意或過失。不從債務之本旨而履行之。則債權者因之而得之損害。應由債務者賠償。不法行爲者。乃過失或故意。侵害他人之權利。則被害者因之而得之損害。應由害之者賠償。

先就賠償損害之原于不履行債務者述之。更分此賠償爲二。一爲填補賠償。一爲

遲延賠償。填補賠償者。乃債務者不履行債務之全部或一部時。則因其不履行全部與一部。而賠償其所受之損害。遲延賠償者。乃債務者履行全部。不在期限內。則因其履行之遲延。而賠償其所受之損害。

定賠償損害範圍之標準。其結果之關係。必存于不履行債務與損害之間。故有不履行債務。而于債權者無損害。則債務者無賠償之義務。又有雖損害于債權者。非原因于不履行債務之損害。則債務者亦無賠償之義務。然則因不履行債務之損害。必不可不賠償乎。是不盡然。法律之中畧設制限。通常所生之損害。必賠償之。因特別之事所生之損害。則當事者之所豫見。或可以豫見者。始在賠償之限。

次就賠償損害之原于不法行為者述之。凡因不法行為。侵害他人之權。不可不賠償其損害。其賠償之也。不僅任其行為之責。尚于法律之制限內。在自己威權下所為者。及屬于自己所占有物所生之損害。亦任其責。即父母後見人。加于未成年者。或禁治產之第三者以損害。亦任賠償之責。主人之雇人職工等。行其職務加損害

于第三者。亦任賠償之責。土地之工作物。竹木動物之占有者。由此等物。所生之損害。亦有賠償之責。

三、無效取消及解除

無效者。某種行爲。因無發生效力必要之條件。自其當初即不生效力是也。如不依法律所規定之行爲。行意思之行爲。及錯誤之行爲。無目的之行爲等。皆是也。

取消者。某種行爲。於發生完全効力之中。缺必要之條件。至一旦發生効力之後。當事者依其他行爲而消滅其効力之謂。如無能力者之行爲。因於詐僞強迫之行爲。債務者害債權者之行爲等皆是。至其終之取消行爲。謂之廢罷亦可。

解除者。於完全行爲之後。或依所生之事實。失其効力之謂也。解除者。原就契約而言。如彼此契約之當事者。于債務者不履行債務之時。得據理解除其契約。即夫婦離婚。親子離緣等。亦爲解除之一種。

四、失權

失權者。因一定之原因。喪失其權利之謂也。如依取得時效及消滅時效之結果。而有權利者。喪失其權利。又如對於善意所占者。喪失其占有物之權利。或喪失由占有物所生果實之權利。或夫管理妻之財產不當。而喪失其管理權。或親濫用其權利。而喪失其親權。或後見人相續人因其他事故。將其權利喪失等皆是也。

五 罰款

罰款者。乃違背私法中之公益規定。依裁判所之宣告。應納之款之謂也。罰款爲民事制裁。如不納付。則受強制執行。唯與刑事制裁之科罰金額有異。

第二 刑事制裁

刑事制裁者。謂侵害統治權者所受之責罰也。即爲刑罰。夫統治權爲國家之目的。而存國家目的。在使各人全其本性。所以保持其秩序安寧。故有侵害國家之秩序安寧者。即爲侵害統治權。侵害統治權者。不可無回復之權利。然其權利必因刑罰權而存。故不可無刑罰權。刑罰權。即救濟權。統治權。即原始權。若有統治權。而其侵

害仍不能回復者。是不能全其效力也。故刑罰權之目的。在回復侵害之統治權。其基礎亦即在是。然權利之目的。既言在使人各得其所。如刑罰者。非所以使人得其所。反所以奪人之所矣。究之奪人之所者。即所以使人人各得其所也。是以刑罰至全無所用之時。始可謂達其目的。即古人刑期無刑之意。故刑罰權者。不得已之權利也。倘因回復侵害統治權之權利。不得已而用之。決非背馳于權利之目的者也。既認統治權之存在。亦不能不認刑罰權之存在。立憲國之刑罰。非依法律不得加於人民。此其通則。故規定刑罰。必以法律。以法律許其設罰。則於命令。則命令之中。亦得設有罰則。

刑罰種類甚多。古今東西。各異其方法。往往有非常可怪者。詮索其種類方法。法律學中頗有興味。窮究刑罰。則似剝奪爲人類幸福基礎之生命、身體、財產、名譽、自由之全部或一部者。今分爲五類如左。

一 生命刑 生命刑者。剝奪罪人生命之刑罰。即死刑也。在昔各國野蠻時代。皆用

車裂、火炙、釜煮、腰斬、斬首、切腹、種種酷刑。今日文明各國，類用絞殺。軍人之刑，則用銃殺。如美國某州，則以電殺。

二身體刑 身體刑者，毀損罪人之身體，或與以苦痛之刑罰也。在昔各國盛行。今則無之。即斷手足、殘支體、截耳、剝鼻、黥、宮、笞、杖等刑皆是。

三財產刑 財產刑者，剝奪罪人財產之刑罰也。即罰金之類。爲今日所盛行。如于法律所禁制之物，供犯罪所用之物，或因犯罪沒收其物等，亦財產刑也。然沒收罪人之土地家產，及以財產贖罪等，今皆不用。

四名譽刑 名譽刑者，剝奪罪人名譽之刑也。即剝奪或停止其公權之類皆是。今日文明國之法律，不以名譽刑爲主刑。大抵以爲附加刑。在昔中國之髡刑、西洋之奴隸、俱屬名譽刑。嘗聞日本天正年間，有上杉謙信者獲罪，禁止帶刀。武士以爲失名譽，親族連署，求換以切腹之刑，是禁止武士帶兵，亦名譽刑之一。即此可想見日本當時武士道之盛矣。今軍人之刑，尙有類於是者。棄市梟首等，亦爲生命刑與名

警刑相兼。

五自由刑。自由刑者。剝奪罪人自由之刑罰也。即禁錮禁獄懲役徒刑流刑之類。今日所最盛者。然必國民知自由之精神爲可重。及富力增進之時。乃可適用。

第三 警察制裁

警察制裁者。以保持公共之安寧秩序爲目的。別之爲二。行政警察及司法警察是也。行政警察。所以防止人爲或天然之危害於未發之先。司法警察。所以搜索犯罪蒐集證據等。鎮壓危害於既發之後。故司法警察。爲刑事制裁之豫備。其于此謂之警察制裁者。依行政警察之作用。防止不法之行爲。即侵害權利之行爲也。如解散有害於公安之集會。及禁止結社。或禁止不法之營業等。其他防止殺人。及闖入他人家宅等事。凡屬刑事上民事上之犯罪者。皆爲行政警察之職掌。亦爲對於人民全體之一種制裁也。

第四 行政制裁

行政制裁者。乃行政官廳。依法律處分。責罰其侵害人民之權利者。又責罰官吏違背服役規律者。凡依行政官廳之違法處分。爲他人傷害我之權利。得從法律所規定。提起訴訟于行政裁判所。若行政裁判所。是其所訴之時。則判決之以消取其違法處分。是即對於行政官廳一種之制裁也。又官吏爲國家之機關。于其分限之中。對國家最高機關之統治者。有服從特定之義務。然官吏違背其義務。或曠廢其職。或反抗長官之命令。或素行不修。失墜官吏之威嚴。則從行政官司法官武官等特別之懲戒規則。受證責罰俸免職之懲戒。是即對於官吏一種之制裁也。警察制裁。亦得謂爲行政制裁之一種。惟其對於全體人民。則不得不爲別種之制裁耳。

第三編 私權及私法

本編先述私權之種類。次述私權所棲之私法。述私權之種類。大別爲財產權人身權之二種。分財產權爲物權債權及智能之所有權。分人身權爲身分權（親族權）

人格權。各述其細目。次畧述私法之種類。民法商法及民事訴訟法之意義沿革等。以終是編。

第一章 私 權

第一節 財產權

第一款 物權

物權非法律不得創設。日本新民法所認之物權。有占有權、所有權、地上權、永小作權、地役權、留置權、先取特權、質權、抵當權、九種。雖然。物權種類。不僅此也。尚有以法律所創設之物權。如鑛業條例所認之鑛物採掘權。即與物權相似。就以上物權中所舉者。其占有權。由他物權而生。與他物權並存爲一種特別之物權。所有權、地上權、永小作權。皆得獨立而存爲物權。惟以所有權爲最完全。地上權、永小作權。是其支分權也。地役權。爲從所有權之物權。自留置權以下。爲擔保債權之物權。總之留

置權下。皆爲從債權之物權。稱爲物上擔保。蓋擔保債權。有以人之信用與物之價格二種。一稱爲對人擔保。即不可分債務、連帶債務、保證債務是也。一稱爲物上擔保。即留置權、先取特權、質權、抵當權是也。此等物權之性質。當逐次簡明細說於左。

第一 物權爲主

一 占有權

占有權者。因自己之意思。得享其物之權利之謂。乃由心素體素而成。何謂心素。因自己之意思是也。因自己之意思。比所有之意思廣。所有之意思。不過爲因自己之意思之一種耳。何謂體素。得持其物是也。得持其物云者。特置有體物於自己威力之中。非必把握之也。其行使權利。不以有體物爲目的者。稱爲準占有。

占有權。或有與所有權並立者。或有與地上權及其他權利並立者。凡與占有權並立之權利。皆稱爲本權。本權與占有權。以屬於一人爲通例。然或有時本權與占有權分屬於兩人者。但無論何時。占有者僅有占有權。受法律十分之保護。

爲占有權效力之主要者。厥有四端。一、占有者無反對之證據。爲本權者所推定。二、善意之占有者。取回其占有物于本權者之時。有取得果實之權利。三、善意之占有者。動產即時取得其權利。不動產因十年之時效。乃取得其權利。惡意之占有者。因二十年之時效。乃取得其動產不動產之權利。四、占有者得提起占有之訴。又分占有之訴爲占有保持之訴。占有保全之訴。占有收回之訴三種。占有保持之訴。乃有占有之妨害生於現在時。得請求停止其妨害賠償其損害之訴也。占有保全之訴。乃有占有之妨害生於將來之虞。請求豫防其妨害。望其擔保賠償損害之訴也。占有收回之訴。乃有占有之妨害生於過去時。得請求返還其物。及賠償其損害之訴也。如占有者同時有本權者。則不由占有之訴。可起本權之訴。雖得如右請求。而占有之訴。以之證明占有之事實。則容易迅疾。以之證明本權者。則往往不免困難也。且非本權之占有者。不由占有之訴。則不能受法律之保護。是占有之訴。極便利於占有者之處也。

二 所有權

所有權者。於法律之制限內。可自由使用收益。及處分所有物之權利也。（日本民法二百零六條）分析此定義。先以所有權爲使用收益及處分所有物之權利。使用云者。不毀損其物。以之供於己用。如乘馬住屋之類。收益云者。收取物之果實。如耕種土地。收穫五穀。借貸家屋之類。處分云者。毀損其物。或變更其性質。如變田園爲池沼。崩壞其家屋之類。咸解處分一語。爲讓交或拋棄其權利之義。是皆大誤。何也。讓交或拋棄其權利。爲一切財產權中共通之性質。不必特於所有權中。明言而揭出之。故併合使用。收益。及處分三權。稱爲完全之所有權。或有時以使用收益二權與他人。而所有者僅有處分一項。是爲不完全之所有權。唯處分權爲所有權之精髓。無處分權。則非所有權也。是以處分權。不得爲他人所占。次以所有權爲使用收益及處分所有物之權利。既云所有物。則所有者因相續契約。時效。添付。等正當之權原。取得其權利。但不得使用收益及處分他人之物。又所云物者。所有權之

目的。惟限於有體物。權利不得爲所有權之目的也。故所有物之所有權。與地上權之所有權。債權之所有權。決不得存也。次以所有權爲自由使用收益及處分其物之權利。自由云者。從所有者之意思。不受他人拘束之義。由是則所有權有排斥之性質。排斥之性質者。乃所有者專行使其所有權。排斥他人。不使干與之謂。故二種所有權。不可同時並存于一物之下。猶之二物。不能占有同一之空間也。唯共有之事。數人有一種之所有權。非一物之上。並存數種之所有權也。其終則所有權者。爲存于法令制限內之權利也。所有權之生存于世。與人之生命權同。人一日無所有權。即不免枯死。是所有權之至尊至貴。不可侵犯之所以也。故日本憲法第二十七條曰。日本臣民。不可侵其所有權。其保護之意至矣。然億兆京垓。同其棲息。不得使各人之所有權爲絕對的。漫無所制限耳。故日本民法。以所有權爲存于法令制限內之權利。以法律命令得以制限之故也。其所以得以制限之者。亦與警察之以命令制限之無異也。故曰所有權爲不可侵之權利。非無制限之權利也。

三、地上權

地上權者。於他人之土地。建设工作物。或所有之竹木。使用其土地之謂。嚮稱地上權爲地借。乃借他人之土地。築造家屋。以爲住居營業之用。然與賃借權又大異。所不可不注意者。即賃借人於他人之土地。有工作物。或所有竹木等。使用其土地之一方法也。蓋所有者。其權利之目的在於土地。不然。則工作物竹木等。爲權利之目的。而於土地上別有所爲。則無上權利。要之地上權則爲物權。賃借權則爲債權也。

四 永小作權

永小作權者。於法律所定之期間內。付小作費。因於他人之土地。耕作或牧畜之謂也。嚮稱永小作權爲永小作。或謂永代小作。專以耕作之目的。存立於地主及小作人之間者也。關於小作費之支付。及永小作權之消滅。地主與小作人。屢生激烈之爭論。如日本之新民法所制定者。頗斟酌舊習。設適當之規例。在新民法施行以前。存立之永小作權。由施行之日起。不得過五十年。

第二 從物權

一 地役權

地役權者。謂當事者設定行爲。從所定之目的。以他人之土地。供自己土地利益之權利也。地役權既因土地之便益。則其性質上。無一定之期間。且爲永久無期者。故設定地役有二條件。說之於左。

一 有土地二其所有者不同 因一土地而有他土地上之權利者。必爲二個土地。且其土地。必屬於二人。始有所謂地役權。倘共屬一人。即無權利義務之問題。其有權利之土地。稱爲要役地。負義務之土地。稱爲承役地。

二 土地之便益 便益者。使用者便其收益之謂。如甲地引水。乙地通其水管等類。地役權。以契約及法律行爲所設定者。無論何種地役。皆得自由設定。其性質上別有三種。

一 繼續地役不繼續地役 地役因地方之位置不因人力。自行無間者。謂之繼

續地役。時須人力行爲者。謂之不繼續地役。如高地排水。低地爲其通路。則屬於前者。通行隣地。必須人力行爲。則屬於後者。

二 表現地役不表現地役 地役因外見之工作及其形跡顯露者。爲表現地役。反是爲不表現地役。如通行權。設籬柵于通路。是因工作而表現者。倘無此等工作。即以田畝中不能耕作之一部分。作爲通路。是因形跡而表現者。又加工作理設引水管于地中。是屬於不表現者也。

三 有形地役無形地役 或取便益。或爲工作。行其權利于積極的者。爲有形地役。或禁止行爲。或避止其事。行其權利於消極的者。爲無形地役。如通行隣地。由隣地汲水。皆屬於前者。如使隣地不得觀望。及由疆界不隔若干之距離不得植樹木爲工作等。皆屬於後者。

右之分類。自各種地役之點觀察其結果。凡一地役於三種分類中。必屬其一。

二 留置權

留置權者。占有他人之物者。關於其物所生債權之辨濟。尙未受之之前。有留置其物之權利之謂也。留置權之名稱。僅有留置他人之物之權利。倘占有之物已失。則留置權即歸消滅。故賣却留置物時。留置權者。應就其代金。不得先於他之債權者。受自己債權之辨濟。

留置權頗有相肖而實異者。即取戻權是也。取戻權者。如賣主送其賣品於買主。其物尙未爲買主所占。有時。忽遇買主破產。或有破產之虞。賣主有由途中取戻其物之權利。蓋留置權取戻權者。或因保護債權者所與之權利也。

三 先取特權

先取特權者。由特定之原因而生。有債權之債權者。就債務者之財產。先於他之債權者。受自己辨濟債權之權利。故有先取特權者。當債務者不復行其債務時。可從法律之區別方式。差押其財產競賣之。由其代金中。先於他之債權者。受自己債權之辨濟。就中分爲普通之先取特權。動產之先取特權。不動產之先取特權三種。普

通之先取特權者。行於債務者之總財產上者也。動產之先取特權者。行於債務者之特定動產上者也。不動產之先取特權者。行於債務者之特定不動產上者也。

四 質權

質權者。乃債權者擔保其債權。從債務者或第三者受取之物而占有之。且就其物。先於他之債權者。受自己債權之辨濟。質權分爲動產質權。不動產質權。及權利質權三種。據日本民法。流質契約爲法律所禁。不動產質權。不得以十年以上之期間而設定之。

質權似留置權而實非也。彼因擔保債權。雖不得取得占有物。而此因擔保得取得之。故質權之成立。與占有權相伴不離。又彼雖得留置。必限於債務者之所有物。此則爲債務者第三者可將自己之所有物交付於債權者。此其相異也。

五 抵當權

抵當權者。乃債權者不移債務者所占。有。但供債務之擔保。就不動產。先於他之債

權者。受自己債權之辨濟之謂也。抵當權之目的物。限於不動產。移其目的物之占有於債權者。是其與質權相異之處。如同一之不動產。設定數個抵當權時。則其抵當權之次序。依登記之前後而定。

以上列記物權中。有留置權、先取特權、質權、抵當權、四權。是皆擔保債權之物權也。故其擔保債權消滅時。此等物權。亦與之同歸消滅。無有異也。其所異之處。在先察其原因。若留置權。若先取特權。則皆由法律之規定而生。若質權。若抵當權。則皆由契約而生。次考其目的。若留置權。則存於不動產。若先取特權。若質權。則僅存於總財產之上。若抵當權。則僅存於不動產之上。終究其效力。若留置權。則於留置物之占有中。則較他三權為優。先取特權與動產質權競合時。則動產質權者。與在於動產之先取特權者之第一位。有同一之權利。不動產保存及工事之先取特權。於登記適法時。則先於抵當權及不動產質權。其他不動產買賣之先取特權。不動產質權及抵當權。皆從登記之次序。而前者制其後者。

第二款 債權

債權與債務爲對當之語。乃一人或數人對於他定之一人或數人。要求其作爲或不作爲之權利。如或爲某事。或不爲某事之權利是也。

債權之目的。在債務者之行爲。所謂債務者之行爲。即移轉物之所有權及其他之權利。及或作爲或不作爲之意。亦包含在內。列舉通俗債權之目的。其要有四。(一)物。(二)權利。(三)作爲。(四)不作爲是也。爲債權目的之物。其要有三。(一)存在或可以存在之物。(二)可以讓交之物。(三)確定或可以確定之物是也。債權目的之行爲。其要有三。(一)可以。(二)合法。(三)或與債權者以利益。至債權目的。通例雖以金錢核計。然決非以此爲限者也。

債權之效力。在使債務者從其本旨而履行之。若債務者不履其債務時。則債權者請求於裁判所。得強制債務者履行。或賠償其不履行之損害。強制履行及賠償損害。爲債權效力中最著大者也。

債權之當事者。或債權者債務者各有一人。或債權者數人債務者一人。或債權者一人債務者數人。或債權者債務者各數人。當債權者債務者各有數人之時。則債權於數人債權者之間。債務於數人債務者之間。以分割平等爲原則。對此原則。有三個例外。即不可分債務。連帶債務。保證債務是也。不可分債務者。其債務之目的。因其性質。或表示其當事者之意思。不得分割之謂也。連帶債務者。多數債務者之一人。是猶一人之債務。對於債權者負擔債務全部之謂也。保證債務者。爲債務主者履行其不履行之債務之謂也。此三者稱爲對人擔保。猶言以人擔保債權之義也。

債權與他之財產權同。以可以讓交爲原則。處明債權。其在當事者之間。雖無須何等方式。然因第三者對抗其效力之時。則當指明其債權之讓交處。由讓交人通知於債務者。又債務者對讓交人。須得其承諾。在讓交指圖債權。則須爲裏書。如讓交無記名債權。與動產同。讓交債權。須此等方式者。其讓交不動產。當登記之。讓交動

產。非引交則不得對抗于第三者。全出于同一之主旨。指名債權者。債權者確定之謂也。即普通之債權也。指圖債權者。辨濟于債權者或指圖人之謂也。即爲替手形約束手形。貨物引換證、預證券、及質入證券、船荷證券之類是也。無記名債權者。債權者不確定之謂也。即無記名公債證書、小切手、鐵道切符、酒切手之類是也。債權因辨濟、相殺、更改、免除、混同、履行之不能、取消、解除、消滅時效、等而消滅。辨濟從債權之本旨履行。此債權消滅之通常方法也。相殺者。二人互爲債權者。彼此債權。有同種之目的。在辨濟時。其對當之數。互相消滅之謂也。即所謂差引勘定也。更改者。當事者據契約以新債權代舊債權之謂也。免除者。乃債權者拋棄其債權之謂也。混同者。乃債權者及債務者。不可兩立。其資格集合于一人之謂也。債權發生之原因。通常分爲五種。一契約。二事務管理。三不當之得利。四不法行爲。五法律之直接規定。

契約爲債權原因中之最重要者。據從來之說。契約云者。生于債權之合意也。故據

此說。則債權之移轉、變更、消滅、爲目的合意者、非契約也。又物權爲目的合意者、亦非契約也。此等合意、僅得稱爲合意、不得謂之契約。此即契約與合意之區別也。而本來所區別之契約與合意者、非有何等之實用也。故近來有擴張契約一語之意義。謂契約以私權之設定移轉、變更、消滅、爲目的之二人或數人之意相合是也。從此說者甚多。故吾輩亦姑取此說、而從之。

契約之分類有五。(一)雙務契約。及片務契約。(二)有償契約。及無償契約。(三)諾成契約。要物契約。及要式契約。(四)主契約。及從契約。(五)有名契約。及無名契約等是也。

契約爲法律行爲之一。故法律行爲成立必要之條件中。所不可不具備者也。而契約成立必要之條件。即爲合意。合意者。申込如有物件須保險者至保險行中報明有某物件保險云云是爲申込及承諾之合致也。契約有合意而後有成立。合意爲契約之基礎。無合意亦無契約也。

契約效力之主要有三。一、雙務契約之當事者。彼此同時履行其債務。二、以特定物

爲雙務契約之目的。有時因其物不可歸責于債務者之事由。滅失或毀損之時。歸債權者負擔。三、因第三者之契約。由第三者對於債務者。表示享受契約利益之意思之時。所生之效力等是也。

契約解除之時有四。一、當事者以契約定解除之條件。二、彼此不復行其債務。三、因歸責于債務者之事由。不能履行契約。四、其他法律就各契約中。于當事者一方。與以解除之權。

日本民法。揭有名契約之種類十三。各設有特別之規定。(一)贈與。(二)買賣。(三)交換。(四)消費貸借。(五)使用貸借。(六)質貸借。(七)雇傭。(八)請負。(九)委任。(十)寄託。(十一)組合。約云(十二)終身定期金。(十三)和解是也。此外商法有六。(一)交互計算。(二)匿名組合。(三)運送。合建(四)保險。(五)會社。即公(六)手形等之特別有名契約之規定是也。今將此等契約定義。列記於左。

贈與云者。當事者之一方。表示其無償已之財產。而與相對人之意思。而相對人承諾之契約是也。

賣買云者。當事者之一方。或有負擔其移轉財產權於相對人之義務。而相對人負擔支出代金之契約之謂也。

交換云者。當事者移轉彼此無金錢所有權之財產權之契約也。

消費貸借云者。當事者之一方。由相對人受取金錢。或受取他物。返還其同種同類同數量物之契約之謂也。

使用貸借云者。當事者之一方。由相對人處受其物件。使用收益後。仍以相同物件返還之契約之謂也。

貸貸借云者。當事者之一方。因相對人使用收益其物。而相對人給其貸錢之契約之謂也。

雇傭云者。當事者因相對人爲之服務務。而與以報酬之謂也。

請負云者。當事者得一方。或完成某事。而相對人對其事之結果。與以報酬之契約之謂也。

委任云者。當事者之一方。以法律行爲委託於相對人。而相對人承諾之契約之謂也。

寄託云者。當事者由相對人受取何物。而保管之契約之謂也。

組合云者。各當事者出資。以營共同事業之契約之謂也。

終身定期金云者。當事者之一方。自己。或相對人。或第三者。至死亡時爲止。定期給與金錢或他物。於相對人或第三者之契約之謂也。

和解云者。當事者互相讓步。使存於其間之爭鬥。俱中止之契約之謂也。

交互計算云者。商人間。或商人及非商人間。平常取引。于一定之期間內。將債權債務之總額。互相殺滅。支給其餘額之契約之謂也。

匿名組合云者。當事者因相對人營業出資。由其營業。分配其所生之利益之契約

之謂也。

運送云者。運送人由送行李人受取何物。送達于收受之人。或運送旅客。則送行李人及收受人或旅客與其報酬之契約之謂也。

保險云者。當事者之一方。于相對人填補其或由事故所生之損害。又或關於人之生死。支給一定之金額。而相對人與其報酬之契約之謂也。

會社者。以商業爲目的之社團法人。手形者。或金額無條件而支給之指圖式。及無記名式之信用證券也。此二者自其結果觀之。法人雖爲證券。自其原因觀之。則皆由當事者間之契約所生也。故亦得爲有名契約之一種。

次于契約而亦爲債權之原因者。事務管理也。事務管理云者。無義務而爲他人管理事務之謂也。由事務管理。而本人與管理者。生權利義務之關係。譬如管理失踪者之財產。債權者管理債務者之財產。共有者管理共有之財產是也。

不當之得利者。無法律上之原因。而由他人之財產或勞務所受利益。因之有損失

及於他人之謂也。爲不當之得利。不可不還之。其最著之處。非債務者誤辨濟債務是也。

不法行爲者。故意或因過失侵害他人之權利之謂也。或謂之民事犯。又謂之私犯。作不法行爲。侵害他人之生命身體財產名譽自由者。不可不賠償其損害。

由法律之直接規定所生有之債權。如善意之占有者。取得果實之權利。近親受扶養之權利。相隣者間之權利等是也。

第三款 智能的所有權

智能的所有權者。乃學者發明者。關於其智能的製作物之發行或製作等。專有權利之謂也。如著作權、特許權、意匠權、商標、商號、專用權、等類。此等權利。與財產權同。以相續讓與爲目的。即爲財產權之一種。夫法律所以保護此等權利。即所以保護學者發明者之利益。獎勵有用之著書機械等製作于世間也。蓋學者發明者。有一著述。或發明一機械。經營慘憺。勞其心身。耗費財產。不知幾何。漸而奏其功效。公之

于世。世間爭模倣之製作之。廉價而販賣之。則學者發明者。不能得分厘利益。而期年辛勞。歸于無補。彼良心之滿足。世間之感謝。名譽等無形之利益。雖或受之。以爲滿足。然人非聖人。于權利不能無介意。不爲法律以保護其權利。何以獎勵學者發明者之勤勞哉。據日本現行法。屬于文書、演述、圖畫、彫刻、模型、寫真、其他文藝學術。或美術之範圍。爲著作物之著作者。從法定之條件。受其登錄。于一定之年限。作者及其相續人。關於發行與行。得專有利益。是之謂著作權。至于特許權、意匠權、商標、商號、專用權、等略同。特許權者。是受特許而發明。得有製作使用販賣擴布其發明之物品之權利也。意匠權者。應用工業上之物品。係于形狀、模樣、色彩及其結合。新規之意匠案出者。或承繼人。從于法定之條件。受其登錄。有專用之權利。商標者。商人因表彰其商品。用以標記。商號者。表彰商業上各商人之名稱也。此二者登記時。于一定之年間。或一定之地域內。有專有之權利。

第二節 人身權

第一款 身分權

由親族關係所生。總稱其權利。謂之身分權。又云親族權。今欲說明身分權之種類。可一言其親族關係之概略。

按日本新民法中。所謂親族者。據血統及婚姻之關係而言。親族相互之關係。則謂之爲親族關係。親族之範圍(一)六親等內之血族(二)配偶者(三)三親等內之姻族是也。血族者乃血統相聯結之人。如親子兄弟之謂。配偶者。由夫婦一方指他方之謂。姻族者。由夫婦一方與配偶者之血族相互之謂。而夫之血族與妻之血族。在法律上無親族之關係。指親族之連絡。謂之親系。又分親系爲直系旁系之二者。直系者。由彼直下于此之親系。如祖父母父母子孫等。旁系者。非由彼直下于此。同出于始祖之親系。如兄弟姊妹伯叔父姑甥姪從兄弟姊妹等。又分直系爲直系尊屬及直系卑屬之二者。直系尊屬者。自己所從出之親族。如祖父母父母等。直系卑屬者。由自己所出之親族。如子孫曾孫等。存于二人親族間之距離。曰親等。親等者。

算親族間之此數而定之。定直系親之親等。由一人貳配偶者至于他一人之此數而計之。如父與子爲一親等。祖父與孫爲二親等。父與子之配偶者之間。祖父與孫之配偶者之間亦同。餘皆準此。定旁系親之親等。一人貳配偶者。適于同始祖。又由同始祖下于他一人之此數而計之。如計兄弟之親等。由兄弟一人適于同始祖之父。數其一等。由父于他一人加其一等。故兄弟者二親等也。兄弟之配偶者與兄弟之間亦同。計從兄弟之親等。由從兄弟一人適于其父。數其一等。更適于同始祖之祖父又數其一等。由同始祖下于伯叔父加一等。更下于他之從兄弟又加一等。故從兄弟者。四親等。伯叔父姑與甥姪之間。較從兄弟之間少一等。故爲三親等。餘皆準此。夫婦雖爲親族。其間不有此數。故無親系親等。此親族關係之概略也。

親族關係與家族關係不同。家族關係者。一家內戶主與家人之關係也。所謂戶主者。即一家之長。家族者。謂爲戶主之親族。而在其家者及其配偶者也。故親族不與家族同。爲家族則不能爲親族也。如戶主之兄弟姊妹。因養子結緣婚姻等。入于他

家時。既不爲其家族。反之則戶主之從兄弟。在其家時。是爲戶主之親族。且爲其家族也。所謂在戶主之家者。戶籍與戶主相同之謂也。

由家族關係及親族關係所生之權利之主要者。即戶主權、夫權、親權、後見人權、後見監督人權、親族會員權、受扶養權、相續權、受遺權、等是也。
今姑就其中之戶主權、夫權、親權、相續權之梗概述之。

甲 戶主權

規定戶主及家族之關係者。爲日本民法之特創。近世西洋諸國之民法中所無者也。隱居者謂父將戶籍讓於其子而已不預家政之謂。養子緣組家督相續等。皆認爲戶主權之結果。要之出于東洋家族制度之主旨而已。其詳姑從略也。

乙 夫權

夫權者。爲婚姻效果之一。男女婚姻時。取得夫婦之身分。其間生權利義務之關係。而國家公權。俱爲夫有。一切私權。則夫婦之間。無有不平等者。

婚姻本出人類之天性。且男女結合。俱定有法律條件。夫婚姻者所以繼續祖先之血統也。所謂蕃殖子孫也。所以滿足精神上之愛情。及肉體上之情欲也。所以夫婦協力。扶殖一家之經濟也。所以使男女守貞節。高潔其個人及社會之道德也。是皆婚姻之目的效果。無非本于人類之天性而已。故曰婚姻者本于人類之天性也。雖然。男女之間。僅肉體上精神上財產上之結合。不得謂之婚姻。必其備法律上之諸條件。乃得謂之婚姻。蓋婚姻者。不僅關係于夫婦親族之利害而已也。又大有關係于社會之利害者。不明夫婦之關係。則人類之道德壞亂。而父子之關係不確定。即懷胎分娩。亦不能保護。子女亦不能養育。若此。則人類社會之進步發達殆無可望矣。由是言之。婚姻者由一家而成社會之基礎也。故古來立法者。婚姻設種種之條件。雖其制度或因時因地而異。然亦自有一致之道。婚姻必適合于此等規定。然後生法律上婚姻之效果。故婚姻者。乃具有法律條件之男女之結合也。

離婚者。解消婚姻之方法也。關於離婚。有禁止離婚制限離婚自由離婚之主義。禁

止離婚之主義者。禁止絕對的離婚。皆行于耶蘇教國者也。制限離婚之主義者。以法律特定離婚之原因。是限于此原因者。乃許離婚。歐洲諸國。大抵皆取此主義也。自由離婚之主義者。其別有二。一爲任夫之意。一爲夫婦相合之意。今日各國鮮有行之者矣。

丙 親權

有夫婦而後有親子。親子又有實親子。養親子二種之別。實親子者。依于自然之作用。生有親子之關係。養親子者。依法律之概制。非實親子而與實親子有同一之關係。實親子有嫡出子。私生子之二種。所謂嫡出子者。謂婚姻之男女生于夫婦間之子也。私生子。非婚姻之男女。生于非夫婦間之子也。私生子更別爲庶子。單純之私生子二種。所謂庶子者。父所認之私生子也。單純之私生子者。僅母所認之私生子也。即世俗所謂無父之子者此也。非無父也。父不知也。非父不知。父不認也。養子雖有單純養子。婿養子。夫婦養子。遺言養子等之別。而養子之身分權利則一也。

子不分爲實子養子。不達于成年或無獨立之生計者。則不可不服從親權。親權者。父母在家。監督其未成年之子。或已成年而無獨立之生計者。管理其財產權利之全體也。故親權得別爲對于子之身體之權利。與對于子之財產之權利二種。對于身體之權利者。監護教育。于必要之處。懲戒其子。指定其居所。許其爲志願兵及營業是也。對于財產之權利者。管理子之財產。凡其財產有與法律行爲相關係者。則爲其子之代表。親權者通常父行之。無父則母行之。父母俱無。則使後見人行之。故曰後見者親權之延長也。雖然。後見人每有不如父母之慈愛其子。往往被後見人欺其幼弱無知。陰懷私曲。或難免騷其財產之弊。故法律最嚴密規定其財務。使後見監督人以監視其行爲。且後見人或有重大之行爲。必受親族會之同意。以保護被後見人之利益。但後見人不僅因無父母未成年者而存。即禁治產者亦因之而存也。

丁 相續權

相續云者。相續人承繼被相續人之權利義務。爲相續之權利。即相續權也。相續人以被相續人之親族爲原則。間有非被相續人之親族爲相續人者。是其例外也。相續權之原則由親族關係而生。是相續權所以列于身分權之中也。據日本民法。別相續爲家督相續遺產相續二種。所謂家督相續者。承繼戶主之權利義務之謂。遺產相續者。承繼其家族之權利義務之謂也。但被相續人之權利義務。專屬於其一身者。相續人不得承繼之。略而言之。人身權不得相續。財產權則可相續者也。雖然。財產權之中。期于被相續人之終身而設定。又被相續人之人物技藝等爲目的者。不得移轉于相續人。于人身權之中。人格權雖不能移轉于相續人。而于身分權之中。移轉于家督相續人者也。但嚴論之。則家督相續人非承繼前戶主之戶主權。而依家督相續取得戶主之身分。同時新取得之者也。唯前戶主之戶主權與相續人取得之戶主權。性質相同。有承繼之觀而已。

家督相續之原因。(一)戶主死亡隱居或國籍喪失。(二)戶主因婚姻養子結緣之

取消而去其家。(三)女戶主之入贅婚姻或入贅之離婚是也。遺產相續之原因。僅家族之死亡是也。家督相續人及遺產相續人之順位。一定之于法律。而其大相異之一點。於家督相續。取長子相續主義。于遺產相續。取分頭相續主義是也。其理由之要點。家督相續。爲戶主權之相續。以家之繼續爲主眼。故其財產宜與長子一人。遺產相續。僅財產相續。故宜均平分配于數人之間。被相續人不分其爲戶主爲家族。以遺言得處分其財產全部或一部。雖然。對於法律上特定之相續人。不可不遺留其財產之半或三分之一。如系譜祭具墳墓之所有權。家督相續人有取得之特權。不可不與之者也。

相續之效力。自相續開始之時而發生者也。家督相續人。報明其相續于戶籍吏。登記于身分登記簿及戶籍簿。是所以公告其身分及戶主之變更也。無相續人之財產。則歸于國庫。故國庫爲最終之相續人也。

第二款 人格權

甲 生命權

生命爲肉體精神之連鎖。萬事之基本也。故保全生命之權利。因凡百權利所出。然認爲生命權者。比所有權頗屬于後。夫親主人。對於妻子奴隸。無生殺之權。大抵皆近世諸國所同者也。國家足以保護人之生命之方法。不一而足。先依刑法。害他人之生命者。從謀殺故殺誤殺之區別而處分之。吾人因有刑法保護。得有生命之權利。然生命權非因出生後而始生者。刑法有規定墮胎之罪。是于屬毛離裏之先。已有此權利矣。其他刑法罰害健康者。製造販賣阿片者。污穢飲水者。違背傳染病之豫防規則者。以危害品害人之健康者。違背製造物品之規則者。販賣食物藥劑者。及爲私醫業者等。其主旨無非出于保護人之生命。國家設埋葬規則。侵害豫防規則。道路橋梁船舶鐵道之取締規則。及各種之行政法規。其主旨亦同。侵害他人之生命權者。不僅負刑事上之責任。且負民事上之責任也。當侵害他人之生命權。因之賠償被害人之父母妻子之財產上所受之損害。是不待論。其精神

上所受之苦痛。亦酌量其數。而以金錢賠償之。但死亡者不得爲權利之主體。故原因侵害生命權之損害要償權。屬於被害者之父母妻子。不屬於被害者也。總之侵害生命權者。就被害者之生命。賠償其有利益之損害。非賠償被害者其人之損害也。

乙 身體權

身體權者。保全身體完具之權利也。侵害他人之身體權者。任刑事上民事上之責。其任民事上之責也。恰與侵害財產權同。直接對於被害者賠償其損害。故被害者對於加害者。有損害要償權。于侵害生命權之時。則被害者無損害要償權。而被害者之父母妻子。有損害要償權。此其相異也。

刑法規定墮胎之罪。害健康之罪。及其他國家之關於衛生爲各種之設備者。當保護其生命權。同時亦得保護身體權。禁止住居於有害健康之工場中。及制限勞動時間者。亦出于此旨也。

丙 名譽權

名譽爲人類最尊貴之表章。以對於外。足以保持其面目。以對於內。足以滿足其自重心之所以也。故名譽與生命財產。同爲人幸福之一部也。故國家因法律而設保護之道。誹謗侮辱。毀損他人之名譽者。依刑法責罰之外。又依民法。命其負賠償損害之義務。但名譽爲無形寶物。黃金所難買者。故賠償名譽之毀損。不必以金錢回復其名譽。如廣告其謝罪文于新聞紙。是普通之賠償方法也。

丁 自由權

自由者。各人不受他人制縛。從自己之意思而行動之謂也。自由權者。以法律保護其無制縛之狀態也。蓋自由有法律所保護者。有法律不干涉者。有法律所禁止者。法律保護之自由。合于正理之自由也。如人身自由。言論自由。信教自由是也。即所謂自由權也。法律不干涉之自由。雖不合于正理。法律不得制縛之。如自殺眠食坐臥是也。是不過自由而已。非自由權也。法律禁止之自由。背反于正理者也。如殺人

奪財姦淫是也。偷人甘鬪刑辟。甘羅縲紲。不顧羞恥。此等行爲。固得自由。然法律在所必禁。是各人之事實上。有此等自由之行爲。而法律上無此等自由也。由是觀之。所謂自由權者。謂適于正理。合于公益之自由。則法律必保護之也。自道德上而言。自由者。如人從自己之本心而行動之謂。苟從己之私慾。行于不義。出于不法之舉動。則決非自由。如自殺放蕩。殺人奪財。祇知放棄攢縱。邪侈淫逸。豈真自由哉。

自由權者。必爲法律所保護。如人依法律之保護。得安全享其自由。而法律保護各人之自由。必不侵犯他人之自由。及有害于公益之範圍。故各人偏于法律之制限範圍內。享有自由。非得享有絕對無限之自由者也。蓋自由權有特于憲法中保障者。憲法之保障自由權。必經國會協議。非以法律。則不能示其制限之義。然法律亦不能全然剝奪此等自由權。若全然剝奪。是以法律變更憲法也。故非廢憲法。不能奪去人民保障之自由權。是憲法可重之所以也。

自由權大別有三種。一有形的自由權。二無形的自由權。三有形無形的自由權是

也。何謂有形的自由權。人身自由之權。居住來往自由之權。住所安固之權。信書秘密之權等是也。何謂無形的自由權。思想自由之權。信教自由之權。言論出版自由之權等是也。何謂有形無形的自由權。集會結社自由之權。遺言自由之權。契約自由之權。職業自由之權等是也。今畧論此等權利于左。

(一) 人身自由之權

日本憲法第二十條曰。日本臣民非依法律。不受逮捕監禁審問處罰。是即保障人身自由之權利也。在昔官吏任其私情。無辜良民。往往有無故被其拘禁處罰者。今藉文明之恩賜。予規定法律之時。非依法定之手續。決不得拘束其身體之自由。故官吏苟有不法逮捕監禁人民之事。以刑法從重處罰之。不獨官吏爲然。即私人擅行逮捕監禁之事。亦不能免刑法上之制裁。

(二) 居住來往自由之權

在文明國國土內。無論何地。得使人民自由來往居住。唯旅行于海外者。須受政府

之許可。徵兵適齡者。及服監視之刑者。不得隨意他行。是警察行政雖有因其他事故。制限此自由。然必依法律所規定者。決不得以行政之處分。妄剝奪其自由者也。

(三)住所安固之權

英諺有云。我之家屋。爲我城郭。蓋以雖王公之威。官權之力。不得擅入也。夫住所爲人之安宅。人所秘密伏藏。若他人妄自侵入。安能保其住所之安寧。故各國憲法。無有不保障此利權者。有侵害此利權者。則受刑事上民事上之制裁。警察司法或收稅等必要之事。雖得直入人之住所搜索。亦必從法律所規定。依法定之手續行之。

(四)信書秘密之權

信書乃載其思想。傳達于隔地者。凡人之交際上所決不可缺者也。若妄自開拆。擅行破毀。侵其秘密。則與禁人表示其意思於他人之前相同。滅殺人之自由幸福者不少。故非戰時事變。搜查犯罪及破產等。及法律所規定之外。決不得侵其秘密。以上諸權。皆屬于有形的自由權。但住所安固之權。自他方觀之。雖爲財產權之保

障。自于住所內得爲自由之舉措之點觀之。則爲牽聯人身自由權一種之權利也。又信書秘密之權。自不破壞其書狀之點觀之。爲財產權之保障。自思發表其思想之點觀之。則屬於無形的自由權。然在此謂之自由通信。由外形的行爲之點而觀。姑列記于有形的自由權可耳。

(五)思想自由之權

思想之自由。于內界爲絕對無限。而發表于外界。則不得不從法律之制限。法律皆以不侵害他人之權利。且不破壞社會之秩序爲制限。故各人于法律之制限內。得自由發表其思想。是謂之思想自由權。其于內界所以言絕對無限者。以思想無形。目不可睹。手不可捫。倘不發表于外界之動作。欲以法律威力羈束之。決不能也。夫人能桎梏其軀幹。不得制縛其思想。昔孔多塞在獄。死迫旦夕。視若無事。從容想念世界人類之幸福。著書垂于後世。當是時。孔多塞之身。雖在幽暗小室。而心在萬里之外。千載之後。思想自由之不可奪。有如是者。雖然。孔多塞君子也。思念光明。其

能自由固宜。即在小人。亦不得謂爲無思想自由也。小人閒居。想念不善。非冀奪人之財產。即圖姦人之妻女。是亦自由思想。法律所不得禁。惟由宗教道德而言。惡心邪念。決不可起。煩惱雜慮。決不可生。是皆嚴禁者也。至人有自由意思之根本問題。哲學所論。據一派之說。人之意思。與萬有相同。因果支配于必然之法則。其思想之生滅。必有不得不然者。然又非以人之意思而左右之也。昔希臘王懼北古馬利翁之刺客。居于金城鐵壁之中。終不能去其畏怖心。英王茄兒士懼不眠之病。雖盡如何手段。不能散解其憂思。此可謂思想之不能自由矣。但如此類。皆以人類自由爲非。余不謂然。蓋人類於自由與必然之法則。並行而不相悖者也。凡人發表其思想于外界。其主不外乎宗教、教育、言論、出版等。故此等自由權。皆思想權之分派也。而法律對於此等自由權。各有規定之制限者也。

(六) 信教自由之權

政治者。保護肉軀之安全。宗教者。保護精神之安全。精神安全而肉軀不安全者。尙

得爲幸福之人。肉躰安全而精神不安全者。不得爲幸福之人。此宗教所以較政治爲可貴。亦人之不可無信教之心之所以也。蓋宗教必適合于真理。真理唯一單純。宗教亦唯一單純。惟人類各有所信仰。至今尙不見宗教一致。然其信仰。決非由外強之。如國家以一宗教。命令人民。不奉者戮殺之。又剝其公權私權。奪其安心立命之地。悖理行爲。無所不至。是非誘民奉教。徒釀成世界紛擾之禍。尙有能奏其信教之效者乎。故今日文明諸國。無不認信教自由之大則。但信教自由之分派。故囿于內心之作用。爲絕對無限。而禮拜儀式布教演說等。發表于外形之動作。自保持公共秩序之點。不得不服從于警察行政制限之內。苟不觸此制限。僅主張己之所信。雖攻擊他宗派。亦不得謂之爲侵害信教之自由者也。

(七) 教育自由之權

往昔歐洲教育。屬于僧侶。異宗之人。往往有不能受教育之陋風。自法國革命以來。自由思想。勃然興起。教育自由之原則。遂揭于憲法之中。夫教育自由之語。有何意

義。受教育與不受教育。亦各人之自由。然終以受教育爲自由。不受教育爲非自由者何也。蓋受教育者。足以啓發智能。不獨爲人類道德上之本分。又爲法律上之義務。子弟就學。大抵各國之法律所命令所強制。故教育自由之謂。由正面解之。苟不至紊亂國家之秩序風紀。則不論受何等教育。或施何等教育。皆各人之自由也。

(八) 言論出版自由之權

言論者。據言語以發表其思想之方法。夫人既有思想之自由。即不可不自由發表其言論。然言論爲社會上政治上之勢力。往往足以紊亂國家之秩序風紀。故國家有以法律制限言論自由者。即以警察監視國民之政談演說。以刑法罰譏誹人者。罰作流言浮說以狂惑人者之類是也。

出版者。以文字發表其思想之方法。與言論同爲發表其思想之自由者。惟言論不過一時所發。勢力甚狹。出版則永久不替。勢力甚廣。故出版者。其爲法律所制限。較言論爲稍嚴。即于著作權法、新聞紙條例等。規定其著書及定時刊行發行者。于刑

法責罰人以文書圖畫侮辱譏誚人者。又責罰陳列販賣敗害風俗之書畫者是也。

(九) 集社結會自由之權

集社結會者。交通衆思。聯結群力之方法。集會不過一時。無論何人。得以參集。結社期于永久。且非一定之社員。不得與之。語曰。集合者勢力也。此二者爲社會上政治上之勢力。國家不能全放任各人之自由。而結社比集會之勢力尤大。故法律於結社稍嚴。關於社交上之集會。毫無制限。關於政治上之集會。則有刑法集會法之制限。對於以私益爲目的而結社者。則有登記公告于民法商法之規定。對於以公益爲目的而結社者。則有受主務官廳許可之規定。對於以政治爲目的而結社者。則于政社法中。規定其種種之制限。要之人民于此等法律範圍內。有集會結社之自由而已。

(十) 遺言自由之權

相續有單純相續遺言相續二種。被相續人。無遺言而死亡者。其相續也。依法律所

規定者而支配之。是爲單純相續。然被相續人。得以遺言與其財產于相續人以外者。但須留其半。或三分之一。遺留于相續人。是謂之遺留分。即遺言相續也。所謂遺言自由權者。被相續人于法律制限內。以遺言自由多分其財產之權利也。唯對於遺言之自由。乃關法律之制限。各國立法學說。寬嚴有差。故有遺言禁止主義。遺言無制限主義。折衷主義三種。遺言禁止主義者。禁止遺言于絕對者。使被相續人于其死後。不得以遺言處分其財產之謂也。遺言無制限主義者。放任遺言者之自由。毫無所制限之謂。今日之立法。恰在此兩極端之間。諸國法律。大抵認遺留分之制度。遺言者不反于遺留分之規定。得以遺言自由處分其財產。唯關於遺留分之數量。有多少之差違。是即折衷主義也。

(十一) 契約自由之權

凡不反于公共之秩序。善良之風俗者。無論何人。得自由訂結契約。此民法上之大原則也。蓋契約自由之原則。從來爲自由家所崇重。且極擴張。近來社會主義之徒。

每與反對。有謂契約必不放任當事者之自由。當以法律干涉之。歐洲諸國之勞働時間制限法。勞働者保險法。婦女及幼者之勞働制限法等。皆以次制定者也。

(十二) 職業自由之權

昔人職業。依其階級而定。公卿之子。雖極凡庸。不失其位。匹夫之子。雖極材能。不能自拔。在農工商謂之職業組合。非入其中。不能營其職業。即入亦須有一定之資格。殊非易事。職業如此。就保持社會之秩序而言。似頗便利。就發達其文化而言。實不適當。夫社會之文化。人人各發揮其天分。無有餘蘊。則奇異變幻之材。紛然雜出。相盪相摩。相衝相激。蓄積醞釀。于是得以呈其燦爛之美。今當認此真理。使各人應用其材能。自由從事于所欲之職業。人必有一種職業。依己力以圖其生活。乃為道德上之本分。而法律則無命人以必有職業之權。故不從事于何等職業。亦其自由也。以上諸權。屬于有形的無形的自由權者也。有形的自由權。或謂之身體自由權。無形的自由權。或謂之思想自由權。有形的無

形的自由權。或謂之行爲自由權。雖然。法律所以定行爲之準則。而本于保護客體中主要之性質。分別大體之稱呼而已。單純自由。與自由權利所異。前已述之。單純自由。在法律不干涉行爲之範圍。自由權利。乃以法律保其自由。既云權利。其中已含有制限之義。非謂絕對無限之權利也。何也。權利者。人與人之關係。二人相對。一方之權利。依他方之權利。不免爲所制限。故自由權利云者。亦于法律之制限內。享有自由。得受法律保護之義。然法律保護之自由。非絕對無限之自由。即法律先劃定其自由之範圍。以保護其所劃定之範圍而已。法律以何者爲標準。制限劃定。保護其自由之範圍。則是立法上之問題。學者所見各異。非可容易解決者矣。

第二章 私法

規定私權者。私法也。私法之主要。民法商法及民事訴訟法是也。私權之一部。存于憲法刑法及其他公法中。其特例也。今畧述民法。商法。及民事訴訟法之意義。及其

相互之關係。

第一節 民法

民法定義。有實質上及形式上之別。

由實質上而下民法之定義。則民法云者。規定關於民事普通私法原則之法令全體也。其指民法曰原則法者。乃立區別於定民事手續之民事訴訟法、破產法、登記法、及特別法中者也。指民法曰普通私法者。乃立區別於特別私法之商法中者也。以民法爲關於民事之法令。則不可不確定民事之意義。何謂民事。即人生活上所當有之事。如人生不能無財產所有。故買賣、貸借、保證、代理、等事端因之而生。是爲財產事項。人生又不能無身分事項。如夫婦、親子、後見、隱居、相續、遺言、等之事項。是爲身分事項。此財產事項及身分事項。爲人生所不可缺者。即所謂民事是也。故曰民法者。定關於民事普通私法原則之法令全體也。

由形式上而下民法之定義。民法云者。乃名民法之法典也。此定義最爲嚴正明確。

通常學者所呼爲民法者。即從此意義也。

述民法之沿革。屬于法律歷史之區域。請就簡明者言之。民法之在歐洲。有三千年之生命發達。以羅馬十二銅標爲之濫觴。十二銅標者。乃紀元前四百五十年。羅馬貴族與平民軋轢。現平民勝利之結果。先是羅馬政權。皆在貴族。裁判之事。貴族學之。有閹閹家。依古昔遺傳之法律而行。其法律爲文字記載而傳。抑藉口語而傳。於今無從稽攷。蓋深自秘密。唯掌裁判之貴族知之而已。然人民以其法律如此曖昧。不欲以生命財產托之。遂迫貴族。刻於十二銅標之上。揭示於霍洛摩市。此市乃人民定期聚會之康衢。裁判及一切政治。皆於此處舉行。後世公開國會及裁判所。即本於此。其後羅馬日臻強盛。疆土愈大。及至近傍各國之民流入。而羅馬人頗有排外氣象。遂分法律爲二種。一國民法。二普通法。又置內國判事及外國判事。使內國判事。依國民法。裁判羅馬人相互之爭訟。外國判事。依普通法。裁判羅馬人與外國人之間。或外國人相互之爭訟。其判事由人民公舉。以一年爲限。於就任之初。發告

知書。此告知書。乃判事於就任中。以行裁判之標準原則。此於羅馬法之發達爲最有力者也。今美國大統領就任之初。發布教書。宣言其政綱。即本於此。判事之通例。以法律大家任之。其未就任之間。則以從事於代言辯護之業務。且教授法律學者代之。當時學風。非逾一定之順序。其討究學理。互發難問。惟以辯駁攻擊挫折他人爲能事。聞今日美國之研究法律。頗有此風。當羅馬成立帝國。發歷代帝王多數之法令。且碩學鴻儒之著作亦繁。而不過編纂輯錄其發達於共和時代法律之理論耳。其最顯著者。爲鳩期齊尼亞帝之法典編纂事業。帝於紀元五百二十七年至五百六十五年之治世。編纂法典數種。有名者二。一半璩克特及齊裁司特會典。二因切憂特教科書是也。迨羅馬滅亡之後。爲中古暗黑之世。學問制度。蕩然無存。及第十一世紀。意大利之帕洛那府。有伊爾耐里挨司其人者。唱羅馬法法釋學。至十六十七世紀間。法國德諸齊摩拉帕阡等之法律大家。先後輩出。更講究羅馬法。迨今世紀初。拿破崙法典之編纂出焉。爾來歐洲各國。編纂民法。互相競爭。莫不淵源於

羅馬法。英國雖不編纂民法。而所謂衡平法者。實羅馬法也。僅由英國固有之自尊心。而不附以羅馬法之名稱而已。麥因曰。羅馬法者。爲法律之寶藏。倘研究之。則所未知者。益得發見。今日法律。未及其半。可見羅馬法之精神。其勢力及于今日之法律。固如是哉。伊林曰。羅馬三次統一世界。第一以政治。第二以宗教。第三以法律。近世民法可大別其編纂法爲二種。一佛蘭西派民法。二德意志派民法。佛蘭西派民法者。以一千八百四年之拿破崙法典爲首。其後比利時、意大利、西班牙、和蘭、澳大利、皆模倣之。故總稱此等諸國民法曰佛蘭西派。拿破崙法典。分全典爲四編。曰前加編。曰人事編。曰財產編。曰財產取得編。其餘各國之民法。稍有修正。但大體與之相同。而拿破崙法典。又實本於羅馬之教科書也。德意志派民法者。以一千八百六十五年之撒克孫民法爲首。次即依之而編排哈利亞民法。及德意志帝國民法。故總稱此等諸國民法曰德意志派。德意志帝國民法。近年始得確定施行。撒克孫民法。分全典爲五編。曰總則編。曰物權編。曰債權編。曰親族編。曰相續編。此編纂法。

對從前之編纂法。實出一新機軸。其差異之要點。乃顛倒身分法與財產法之位置。蓋羅馬法置身於編首。以古代人之權利義務。依其身分而定也。今日社會狀況。爲之一變。權利義務。多依契約及財產上之關係而定。故宜以財產法置民法編首。此不易之理矣。排哈利亞民法。倣撒克孫民法。然獨顛倒物權編與債權編。分全典爲五編。曰總則編。曰債權編。曰物權編。曰親族編。曰相續編。其顛倒物權債權之理由。大概以債權編。不僅法律之諸關係中重要之部分。其原則由私法中他部分援引者不少。反多爲他部分之準則者。故可使先於物權編。而德意志帝國民法。又採排哈利亞民法者也。夫德意志派民法。對前代民法。加如斯之改革。固近世研究法理之結果也。然於德意志從來研究羅馬會典。極有進步。是以發見種種之原理。遂至有新民法之編纂。要之。德意志派民法。其根底出於羅馬法。不容躊躇。故曰佛蘭西派民法。本於羅馬法之因司切愛特。而德意志派民法。本於羅馬法之半堞克特。蓋各以當時之理論而裁節之。均不能脫羅馬法之窠臼者也。東洋諸國。法律制

度。朦朧粗雜。殆任於自然習慣者。而人民相互間。其權利義務之觀念。尙未發明。原無民法可稱。唯日本維新以來。首效拿破崙法典。以編制民法。後又就撒克孫民法以改正之。稱新民法之源流。由法蘭西派而入於德意志派者也。雖非固有。亦可謂有民法者矣。

第二節 商法

商法定義。亦與民法相同。有實質上及形式上之別。

由實質上而下商法之定義。則商法云者。謂規定關於商事特別私法原則之法令全體也。其對於定民事手續之民事訴訟法登記法等而爲原則法者。與民法相同。然民法關於民事之普通私法。商法則關於商事之特別私法。是其所異也。商事之語。亦與民事相同。解之甚難。若謂關於商行爲之事項。則當無大過矣。商行爲者。謂以射利之目的。爲他人間之仲介。即介紹之意然於商行爲外。亦有以射利爲目的之行者。又商行爲未必僅爲他人間之仲介。故此定義。決不可謂爲完全。若是則下商

行爲之定義甚難。是以近來商法。不揭其定義。但取列記其種類之方法而已。蓋以商法中所列記之行爲爲商行爲。所謂商事。謂關於此等商行爲之事項耳。如此言之。或以商事爲規定於商法之事項者。可爲直截簡明。若對民事而定商事之意義。則謂此商事爲人生活上偶然所生之事項。亦無不可。

由形式上而下商法之定義。則商法者。乃名商法之法典也。又與民法形式上之定義相同。

商法沿革。與民法行徑全異。商法之起原最古。非出於羅馬法。皆本于地中海沿岸諸港及諸都市之習慣。其基礎實爲一千六百七十三年及一千六百八十一年。法國路意第十四之海上令。爾來歐洲商業極盛。生幾多之法令習慣。遂湊合而成今日之商法。其規定也。可大別爲二。一爲陸上商法。一爲海上商法。夙有立法之目的。具備立法之體裁者。爲海上商法之部。陸上商法。大抵從民法之原則。惟不得已。就其必要之處。設特別之規定於商法耳。當初之商法。以海上商法爲主。故海上之商

法多。而陸上之商法少也。其後陸上商務。非常發達。不得不設種種規則。馴至今日。陸上商法。占其主要之部分。海上商法。反漸形退步。主從之位置。殆全相顛倒矣。夫商事亦個人相互之關係。海商特別事項。姑置不論。陸商則全從民法規則。有何不可。必設特別之規則者。其理由果安在耶。蓋民法者。其繼承羅馬法以來之原則。雖頗公正。但其規則。往往迂遠煩雜。有不能信用安全。以應崇重商業上之需用者。於商業微小之時。尚可勉強從之。若在商業極昌隆之近世社會。則決不能從也。是爲商法獨立於民法外理由之一。且民法之規定事項。與商法之規定事項。如買賣。公司。寄託代理等。非無同一之理。但就此等依上述之理由。不可不設特別規則。再如海商手形保險。運送倉庫販買等。全屬商法特別之事項甚多。故規定亦不可少。加之對各種商業。有認特別原則之必要。畢竟不得編入一部民法法典之中。是爲商法獨立於民法外理由之二。今日歐洲各國。爲有以上之理由。大抵民法商法之二法典。莫不兩存。

民法爲普通私法。商法爲特別私法。其關係前已詳述。茲不贅矣。惟尙有一言。乃關於民法及商法中。共通事項之規定。漸有歸一之傾向是也。而占勝獨立於後者。屬商法之規定。蓋民法爲數百年來所因襲慣用。其規定往往有不適于現代之事情。商法則應于當世之需用而成。皆合今日之事態。然社會進步之程度。民事與商事。其絕對上同一之法規。未達於服從同一法規之域。又以民法及商法編纂於同一法典之論。亦爲未決之問題。蓋民法爲普通法。商法爲特別法關於同一之規定事項。先揭關於民事之原則。次置關於商事特別之規則。則此二者。非不得編入於同一之法典中。即如瑞西義務法典。是依此方式者。爲學者嘖嘖稱道。但民事與商事。未能全然服從同一之法規。且民法與商法。各含特別之事項。若編入同一之法典中。或不免有錯雜混淆之憂。要之在今日之狀況。以民法商法。分爲二個法典。可謂副于實際上之便宜矣。

第三節 民事訴訟法

民事訴訟法者。就私法上之權利義務。而規定個人相互間爭訟疑義裁判之手續規則全體也。民事訴訟法之關係於民法商法。猶刑事訴訟法之於刑法。有體法用法之關係也。民法及商法。乃規定個人間權利義務之本體。民事訴訟法。乃規定遇有侵害其權利與違背其義務者。使回復之履行之之作用者也。刑事訴訟法及民事訴訟法。雖皆屬于用法。然刑事訴訟法。當有侵害統治者公權之際。則統治機關一部之檢察。代爲原告。以提起公訴。而刑事裁判所。定裁判之手續者也。民事訴訟法。當有侵害個人私權之際。被害者提起私訴。而民事裁判所。定裁判之手續者也。刑事訴訟法。以防禦公益爲主。民事訴訟法。以保護私益爲主。因之刑事訴訟法嚴正。民事訴訟法寬大。在刑事訴訟。檢察不得自由拋棄其公訴。而民事訴訟。原告可得隨意拋棄其私訴。此刑事訴訟法及民事訴訟法相異之要點。民事訴訟法中之所謂民事。最用廣汎之意義。而包含民事及商事者也。

民事訴訟法。私法歟。抑公法歟。或曰公法。或曰私法。或曰公私混濬之法。議論紛紛。

莫衷一是。其以爲公法者。乃由規定統治機關之裁判所。與訴訟當事者。相關係之點而觀察之。其以爲私法者。乃由規定訴訟當事者。互用關係之點而觀察之。其以爲公私混淆之法者。乃由民事訴訟法之一部。規定裁判所與當事者之關係而觀察之。而彼一部規定當事者相互之關係。若公法及私法之區別。非爲法律全體之區別。而爲法律中各條規之區別。則第三說或爲穩當。然就今日普通之見解。以公法及私法之區別。爲法律全體之區別。唯依其大體之性質。究應屬于何說。雖以民事訴訟爲公法之學者甚衆。但就余輩所見。則民事訴訟法。必爲私法之一種。既謂民法及商法。定私法之本體。民事訴訟法。定私權之作用。爲規定救濟侵害私權方法之法律。夫規定私權之法律者。必私法也。民法者。規定私權之法律者也。故民事訴訟法爲私法。或以民事訴訟法。規定裁判所與訴訟當事者之關係。故以爲公法。誠然則民法及商法。亦不得不謂爲公法矣。蓋民法及商法。規定個人相互間之權利義務者也。其規定之者。即爲統治者。依統治者之規定。而個人得有權利。由是而

言。則民法商法。亦可謂爲統治者與個人有相互之關係。而即謂之爲公法矣。民事訴訟法有侵害個人權利之際。得規定其救濟之方法。其爲救濟者。即統治者機關之裁判所也。但受其救濟。仍不外個人之權利。統治者既於民法商法。規定個人之權利。於民事訴訟法。規定侵害私權之救濟方法。是統治者干涉個人相互之關係。且保護其權利。不可不謂爲同一也。唯統治者于民法商法。僅單純規定個人之權利。於民事訴訟法。使裁判所救濟侵害私權。其相異者。如是而已。申言之。於民法商法中。統治之意思。存於隱暗。於民事訴訟法中。統治之意思。發于顯著。示規定其私權則全相一致者也。故既以民法商法爲私法。則民事訴訟法。亦不得不爲私法。此亦一定之理也。

第四編 公權及公法

本編次序。先分述公權之國民權及統治權。次略述公法之憲法行政法刑法及刑事訴訟法。其所以先國民權而後統治權者。蓋從思想推移之自然順序。期與前編

之私權相聯續。先明個人之權利。後推及統治者之權利。即可接續于第五編之國權。非敢設差等于其間也。

第一章 公權

第一節 國民權

國民權爲被治者對於統治者所有之權利。乃國民之所專有者。其主要在參與國政。細別其種類如左。

選舉國會議員之權利

選舉國會議員。即係國民舉其所信賴之人。使之協贊立法事務。因此間接參與國政。蓋依集合衆人。而組織國家之機關之謂也。然設定國家機關。乃國家之作用。選舉權之主軸。與組織國家機關之主軸。同係國家之所定也。故所謂國民之選舉權者。得有選舉機關之地位之權。即承認選舉機關之地位之請求權也。國家對於國民。唯有承認其選舉者地位之義務。國家既承認國民選舉者之地位。國民之選舉

權始生。故所謂選舉權者。指承認選舉機關地位之請求權而言。國民爲選舉機關。得有可以作用之權利是也。

被選舉于國會議員之權利

國會議員之被選舉權。乃國民所賴以得參與國家之立法事務者。公權中最重要者也。被選人之資格。各國互有異同。概規定于議院選舉議員法中。

爲官吏之權利

日本憲法第十九條曰。日本臣民。有依法律命令所定之資格者。均得任文武官及其他公務。於是乎從來門閥流品之惡習。蕩然一空。故日本國民。均有任爲官吏之權利。然爲官吏者不可不有相當之資格。必于法律命令上定其資格而具備之始可。其資格又依行政官司法官武官等名目。而互有異同。

日本任命文武官之權。屬于天皇。官吏必依任官之形式而任用之。任官形式。又依親任官勅任官奏任官判任官等各級而異。或天皇親任之。或待國務大臣之上奏

而任之。或委任于國務大臣以下使任命之。蓋官吏負有官制所定之國家公務之任者也。是任爲官吏之權利。即爲國民權。列于參與國政權利之一。

從來被選舉權及爲官吏之權利。固儼然爲權利。無足怪者。然探查其實質。實不含權利之要素。其資格全含他動的之性質。決非含有自動的之性質者。當未爲官吏時。不能自己請求任爲官吏。誠不得謂之權利也。又因法律規定。凡居某職。必須有特別之資格。即有時有特別之資格。又不能有請求任爲官吏之權利。此等法文。不過示任爲官吏之標準。故有被選舉資格及爲官吏資格之國民。仍無直接參政權。唯有此等資格。可得謂爲參政權之基礎而已。

公民權

公民權者。謂參與地方團躰公務之權利也。如爲市町村長助役。爲市町村會郡會府縣會議員是也。凡地方團躰之公務中。有關於國家政務者。有僅關於地方團躰固有之政務者。關於國家政務時。則公民權即爲國民權。方享有參與國政之權利。

倘僅關地方團體固有之政務。則不可稱之爲公權矣。

以上所舉權利。爲國民參與國政之權利。所謂政權是也。以下所舉權利。雖亦專屬國民所公有。然與政權之性質頗異。

保有國籍之權利

環球有多數之國家。各有其國民。故定其國籍。即爲國民權利義務中最重要之問題。今就其取得及喪失大略述之。

據日本憲法。有爲日本臣民之要件。當依法律所定之語。是即國籍之得喪。必以法律規定之謂也。規定其要件之法律。爲國籍法。

第一 國籍之取得 國籍有因親族上之關係。當然取得者。又有因國法上之法律行爲而取得者。

因親族上之關係而取得者。有出生、認知、婚姻、出贅、養子、五種。今單就因出生取得國籍者說之。

凡定國籍有兩主義爲標準。血統主義。生地主義是也。血統主義以血統爲標準而定。生地主義則于領地內出生者皆可爲其國民。各國若異其主義。則必生國籍之衝突。此衝突可依條約及各國國法所規定者解之。

血統主義與生地主義互有利害。探生地主義者。證明國籍有無。甚爲簡便。然偶然出生于領地內者。即指爲其國民。頗覺不適人情。反之而採血統主義。凡爲人子。皆屬于父母所屬之國籍。可謂適于自然矣。然外國人之子。常不視爲國民。唯任保護之責。不使負擔義務。誠爲不利。故立法上。宜斟酌兩主義而規定之。據日本國籍法。其原則採血統主義。唯有時或採用生地主義。

依國法上之法律行爲而取得者。凡附與國籍。乃屬于國務大臣之權限。固爲國法上之法律行爲。且係兩意的行爲。即欲得國籍者須先經其承認。然後始取得國籍。故稱此法律行爲爲國法上之契約。

國籍取得行爲。有關於生來外國人者。與關於本國人嘗保有外國國籍者兩種。屬

于前者謂之歸化。屬于後者謂之國籍之回復。

第二 國籍之喪失 國籍之喪失。亦有因親族上之關係者。

其一 認知 即外國國籍之父認知其子是也。

其二 婚姻 即本國人之女。與有外國國籍者婚姻是也。

其他有因歸化喪失國籍者。領土變更等時。不但喪失國籍。亦有取得國籍者。

政談集會及設政社之權利

政談集會及設政社之權利。亦可爲國民權。夫人以文章言論。發表其思想。皆原於人性。然此等權利。不得謂爲私權中由人性所生之人身權之一種。何者。爲政談集會。與設立政社。亦有不得盡以原於人性目之。如社會上尋常之集會結社。亦各有不同。不可執一以論之者也。

充兵役之權利

充兵一事。自一方而觀。雖爲國民之義務負擔。自他方觀之。實爲國民之權利名譽。

外國人決不得享有此權利者也。

爲辯護士及公證人之權利

凡欲爲辯護士者。必須成年以上男子。有民法上之能力。始得充之。日本辯護士法。載有明文。謂辯護士之權利爲日本臣民之特權。其于英國。則屬于素里西德爾（代訟人）之公務者。外國人不得有其資格。而屬于巴里司德爾（代言人）之職業者。外國人不妨有其資格也。但于英國訟廷。行代言之職。限于在英國得巴里司德爾之資格之人。無此資格。雖在他國得代言之資格。亦不準行。美國除紐約及其他二三州外。凡他國人。皆得充辯護士。德意志聯邦中。波拉文秀伊國。凡外國人有辯護士之資格者。得于其訟廷行代言之職。其他諸國。無令外國人行辯護士職務之例。

各國於公證人。雖無特別之明文。然亦爲行公務者。故其性質上。僅限于本國臣民者爲多。

第二節 國家之機關

凡國家之意思。乃由法律所特定之自然人或法人之意思而成立者。故自然人或法人爲國家作成其意志。即國家之機關也。爲此等國家機關者。分爲二種。或有違依憲法。爲其機關之作用者。或有依他機關之所委任而爲其作用者。稱其前曰直接機關。稱其後曰間接機關。蓋對於在機關地位者之階級而爲此區別。非因其作用之效力而爲此區別也。何則。機關所發表之意思。皆直接有效力故也。苟國家發表其意思。則無論以如何機關代之發表。其效力固無差異者也。

國家之機關。無有人格。在機關地位者之意思。于其權限內。爲國家之意思。故機關者不過發表國家之意思而已。國家因機關爲媒介。以發表其意思。而有作爲者也。若分離機關爲一人格。則國家之觀念。亦不得不消滅矣。

國家者。由數多之機關而動作者也。即國家之作用。分布于衆機關中之謂。其作用之分布者。即爲其機關之權限。一切行動。須在此權限中。出此權限。則不得認爲法

律上之國家意思。故機關唯于其權限內代表國家而已。各機關不得爲獨立著人格。以相對立。其相對立者。乃權限耳。則甲乙兩機關之爭。乃權限之爭也。權限實非權利。不過爲法規之限界耳。故權限裁判所之裁判。不在乎決定權利。而在乎決定法規之限界。

國家機關之發表意思。僅國家人格內部之現象而已。僅制定其確定意思之手段而已。凡國家機關之組織皆以保持國家之意思爲單一目的。凡百決議。以最高權爲標準。故有最高之權限者。其所決定。即可拘束他之機關。既確定之國家意思。凡對於參與國家意思成立之機關。均有拘束力。

第一款 統治者

第一 統治權之本躰

統治權者。統治國家之權利也。所謂國家。有政治目的之國人團體也。政治目的。在保持國家之秩序。增進人民之幸福。統治國家。即行此目的之謂也。行此目的之統

治者。乃國家最上之機關。掌握國家作用之全體。然所謂統治者。乃執行國家作用之權利主體也。蓋劃其權限而執行之之機關也。此機關所掌握一切之政務。稱曰統治者之大權。或謂之統治。故所謂統治者之大權者。即統治者爲國家機關而所有之權限。蓋以國家之權利爲其權限而行之之謂也。故國家統治權之實質。原含于大權之中。統治者之大權。實總轄國家一切之政務。而包含國家作用之各部。職是之故。凡行于國家內之國家作用。無不歸于統治者之手。

統治權者。一國政治上最高之權利也。統治權以上無復有統治權。其餘權利。皆賴統治權之掩護。始能全其效力。凡統治權通行于一國之內。不能行之于國疆之外。故一國內。不能有兩統治權。而以排斥外國之統治爲要。若二個統治權互相並立。則非和親交通之日。僅敵軍侵略之時爲然。蓋不能自一方而行命令於他方也。立憲政體。依憲法而行主權之政體也。夫憲法有二義。一謂關於統治權之本體及作用之成文與不文法律之全體。依此意義。無論何國。皆有憲法。然通常不能用此

意義以解釋之。特指限定統治權之行使。及保障國民權利之成文法律而言。若從第二意義。則立憲政體皆依憲法以行政治。蓋憲法者。乃統治者恒久之意思。而實最高之意思也。凡統治權之行動。皆淵源於此。統治者亦實負遵守之責。苟非踐行一定之方式。則不得任意變更廢止之。至於其制定之方法。或有本于君民合議者。或有出于君主欽定者。此不過制定之方法差異耳。至統治者必當遵由憲法。實爲二者所同。雖然。憲法果能完全無缺與否。或未易判斷。苟不能完全無缺。亦未始不可變革。唯當其不更革時。不可不以爲神聖不磨之大典。而尊敬擁護之耳。人道正義。依之而行。國民利福。依之而達。不愆不忘。率由憲章。是誠立憲政治之真相。

第二 統治權之作用

統治權之本體。完全圓滿。不可分割。然其作用。則發動于種種之形式。故對其作用之形式。而與以各異之名稱。即通常所謂立法權、行政權、司法權是也。今日普通學說。別統治權之作用。分爲立法權及行政權。又細別行政權及司法權。蓋

統治權之作用。在立法行法二者。其曰行政曰司法。皆不過行法權之分派而已。但統治權之作用。無論分爲立法行政司法三權。或立法行法二權。皆僅因其分類之形式而異。至其精神則一也。何則此特統治權作用之分類耳。至其本躰。則唯一圓滿之權能而不可分。故統治權固非併合此等權利而組織者。如所有權。雖包含使用權收益權及處分權三者。然究非此三權之併合。乃別成完全獨立之權利也。立法行政司法諸權。其相互之關係。依各國之國躰及法制而異。難以一定之理論明之。英國大儒陸克。以立法權比人之理性。以行法權比人之意思。蓋謂立法權。所以定政治之大則。而行法權所以實行其大則者也。康德以立法司法行政三權。與論理之方式相比。彼以立法權爲大命題。司法權爲小命題。行政權爲結論。蓋謂立法權爲制定普通之原則。司法權爲判斷特別之事實。而行政權乃實行其判斷者也。此等言論。雖足明示諸權之性質。然不得移之以說明諸國法制。在民主國及議院制立憲君主國。大抵立法權屬于人民。行政權屬于國之元首大統領或君主。司

法權屬於人民所選舉或君主所任命之裁判官。而當元首任命裁判官時。或有以行政權左右司法權之弊。故以裁判官爲終身官。使元首不得任意免黜。要此皆出于孟德斯鳩遺意。在君主制立憲國則不然。立法行政司法三權。皆君主所總攬。唯設各種機關。使輔弼之而已。即立法權使國會參與。行政權令政府主持。司法權令裁判所裁判是也。凡此各種機關。皆使互相箝制。而君主握其權衡于上。如日本即屬此類。故就三權相互之關係而論。在民主國。或議院制立憲君主國。則權利與權利直相對抗者也。在君主制立憲國。則權利之機關。與權利之機關相對抗者也。至專制君主國。其立法權不屬於人民無論矣。即君主行使其權利時。一出于君主之任意。不必委于一定之機關而使之施行。是以三權相互之關係。不必細論。其當然之結果。因國躰差異而生。彼此有不得混同者。

試先就立法權及行政權之關係述之。凡民主國。其立法權在人民。其行政權在大統領。而人民所選出之國會。與大統領所主宰之政府。各有固有之職域。然亦有互

相影響感應。協和融合。以期政務執行之圓滿者。彼國會勢力之及于政府。其大著者。且舉內閣而更迭之。夫組成內閣之首相及諸省卿。雖皆爲大統領所任命。然苟非在國會中黨與衆多者。則亦不得任之。蓋爲國會中多數所推戴。以居其職。故實從輿論以行政治。若國會之多數。有時對內閣有不滿不信之意。則內閣員不得不一朝引退。此謂之責任內閣。一曰政黨內閣之制。且國會之于內閣。不獨有變更易置之力。並對於其所信用推戴者。亦有監督其行爲之權利義務也。其手段之最有力者。爲質問及彈劾二事。國會見政府之行爲。有違法不當者。直質問之。求其辯明。于內閣員之行爲。倘有危害國家之虞。可調查之。得其事實。則告發之。即當付上院議員所成立之特別裁判而審判之。又受人民之請願。所以間接監督政府之行爲也。立法權及于行政權之勢力如此。然行政權亦非無拘束立法權之事。如民主國。大統領雖無法律不裁可之權。然見國會議決之法律。有反國利民福。則可于法律案內。加入一己之意見。返送國會。求其再議。其對國會。有解散之權。倘國會行爲

頗失常規。非代表國民真正之意見。則大統領可解散之。但須得上院之同意方可。不得以一己之意而決行之也。又如政府有法律提案之權。亦行政權影響之及于立法權者。民主國立法權及行政權相互之關係。其滙略如此。至君主制立憲國。則頗有異。其立法及行政二權。亦均爲君主所有。故此二權不相對抗。惟爲立法機關之國會。與爲行政機關之政府。互相對抗而已。姑就日本國會與政府之關係言之。其國會初無變更易置內閣之勢力。然此非制度上有所不能。蓋其習慣如是。其得失姑不論。而大勢所趨。日本不遠亦必行責任內閣之制。此可豫料者也。蓋設國會乃依多數之意思。而立行政之制度。則苟非國會多數所信任推戴之內閣。其不能圓滿以行政治亦明矣。但果行責任內閣之制。則國會不可不以真誠代表國民之意見利益。而爲公議輿論之府。日本國會。有質問政府之權。此質問權。頗有拘束政府行動之効力。然日本國會。無彈劾國務大臣之權。如大臣有紊亂朝綱害國家靜謐之舉動。刑法有正條。彼司法權者。能保持獨立態度。自不待躊躇而處罰之。即無

煩國會之彈劾也。雖然。如大臣誤其政策。大損國利民福。則對於國會。當任其責。退其職。此屬必要之事。而日本國法。無大臣對國會負責任之規定。其國法上。免黜大臣之權。獨在天皇。而不在國會。故大臣雖有背戾暴濫行爲。天皇苟不免黜。國會莫敢誰何。惟望爲大臣者。于德義上引責辭職耳。國會固無免黜大臣之權也。然政府有建議上奏天皇之權。故大臣有非法時。可建議于政府而求其反省。並得上奏天皇。請免黜之。則所以制政府者。亦不憂無其道矣。蓋國會得依決議之方法。以發表其意思。使政府有所警戒顧忌。又可受人民之請願。其可採納者。則轉送政府。以供政務之資料。使政府知人民希望之所存。是國會對政府勢力之概略也。

次述立法權與司法權之關係。此二權者。皆統治權之作用也。立法權爲制作法律之作用。司法權爲依法律而爲裁判之作用。如前所述。國家存立之要具。爲兵與法。故立法者。因欲保持國家之秩序。保障個人之權利。故制定法律。使國人皆遵率之。不少愆忘。法律爲國家綱紀。人事儀則。立法者所認爲適于正義。合于福利者也。苟

一日無法律。則國家之崩壞。可計日而待矣。國人有不遵法律之規則。以破壞國家之秩序。侵害個人之權利者。必強制束縛之。以全法律之効力。此司法權之所以不可缺也。雖立法者之所制定。不盡醇正。而司法官不可不忠順之。其所忠順者。唯對于法律之正文而已。決不可捨法律之正文。而曲從立法者之意思。爲立法權所左右。而甘心奴隸之也。蓋必與立法權相對。而保持獨立之態度。不然。立法者或欲中傷他人而制作法律。難保司法官不爲其爪牙。法律與裁判有親密之關係。雖如右所述。然其性質亦頗有異。法律乃向將來而定普通之原則者。裁判乃處分過去之特別事項者。法律有亘于久遠之意思。裁判特本于法律一時之意思。裁判往往有不正非理者。法律則概皆公正適理。此爲二者之性質相異處。故不得委之于同一之機關也。

終述行政權與司法權之關係。此二權有目爲全然獨立之政權者。有目爲行法權之細別者。前已述之。然此不過政權分類之形式相異。于其實質。此二權誠不相混。

一。蓋立法權制作法律。必適用於實際。而收其實效。然適用法律。又有二個方針。一依裁判之形式者。一依行政之形式者。此司法行政二權之所由分也。故二權之根本。雖共為法律適用之作用。而其目的及行動之形式。則大有異。行政權之任務。在于法律範圍內。行其手段。以達其政治之目的。即以展發國人之生活及文化為目的。而適用法律。蓋在喚起事實之作用。非若司法權必待事實既來而後行動也。故行政權常得自發其意思而活動之。于法律及職權之範圍內。制定命令規則。若司法權則以保持國家之秩序。保護個人之權利為目的。而適用法律。故有違背法律之人。或生法律上之爭訟疑議者。則依法律以裁判之。蓋必待事實既來而後行動。不能自進以喚起事實。司法官之職務。在當特別之際。而為應用法律原則之論理作用。要之行政權為積極的。司法權為消極的。行政權活動。司法權靜止。行政權為實質的。司法權為形式的。行政權有附屬之性質。拘束于一切施政之方針。司法權具獨立之本能。除單純適用法律之外。毫不感受他之勢力。且行政權者。求其敏捷活

而適于機宜。當如單獨制。司法權者求其慎重而無誤謬。當如合議制。二權性質之相異如此。決不得而混同之。司法權對于立法權爲獨立。而對于行政權亦爲獨立。今苟欲對行政權以保障司法權之獨立。則莫若用終身官之制。當法國革命時。雖嘗使人民選舉司法官。而司法官往往欲得選舉人之歡心。或有屬于黨派等之弊。故其法終廢。凡司法官大抵歸國家元首所任命。然國家元首。或任其喜怒哀憎。妄爲黜陟。則司法權又不能保其獨立。故各國憲法。凡司法官皆爲終身官。除因刑法宣告及懲戒之處分外。無得免其職者。

第二款 議會

關於國家最高機關之統治者。既于前款論之。今更試直接機關之議會。政府、裁判所。與間接機關之府、縣、郡、市、町、村等。逐款論述如後。

統治權之機關。因各國之國體及政體而異。苟欲一一比較論究。決非法學通論所能盡。故概以日本制度爲基礎。間加以歐美事例。試先就議會言之。

議會者。發表國民之公心。參贊統治者行使統治權之機關也。蓋議會爲憲法所創設。故憲法苟不改不廢。則議會必仍其舊。是與由法律命令所創設之機關所以相異也。蓋由法律命令而創設者。亦可由法律命令而廢止之。日本國會制度。告成于明治二十三年。憲法實施之時。以前固無所謂議會也。歐洲則不然。其國會制度。早已發達。最舊者爲英國。其他諸國。皆採用百年以來英國之制度。日本更折衷而模倣之。其組織及權限如左。

(甲) 議會之組織

議會由貴族院及衆議院而成。(日本憲法三三條)此二院爲公共一牀。同時成立。彼此相倚。以行其職務。不能孤立獨行也。至關於一局議院。及二局議院之利害得失。其議論本甚多。然就今日理論及實事觀之。皆確定一局議院之制。蓋一局議院。每不能適當代表社會上下之階級。且其行動。亦易陷于極端急激。而二局議院反之。試分貴族院及衆議院以說明之如左。

一 貴族院

貴族院以皇族華族及勅任議員組織之。(日本憲法三四條貴族院令一條)
皇族之男子。達于成年者。皆終身列于議席。(貴一條)

華族中有公侯爵者。年滿二十五歲。皆當終身為議員。其有伯子男爵者。年滿二十五歲。各由其同爵中選舉。當選者。充議員七年。但伯子男爵議員之數。不得超過伯子男爵各總數五分之一。

勅任議員有二種。一因有勳勞於國家。或有學識而被勅任者。一從各府縣多納稅額者之中。互選一人。而被勅任者。勳勞學識之議員。須在三十歲以上之男子。其職終身。多納稅額之議員。亦須滿三十歲以上之男子。從各府縣納多額直接國稅(地租所得稅及營業稅)者。十五人之中。互選一人。當選者。勅任為議員七年。凡勅任議員之數。不得過於華族議員之數。貴族院議員之數。不能一定。大約為三百人內外。(貴四條乃至七條)

貴族院議長副議長。由議員中勅任。每七年一任。(貴一一條)

二 衆議院

衆議院以公選議員組織之。(日本憲法三五條)依選舉法。議員定數凡三百餘人。分割各府縣爲數選舉區。使由各選舉區。選出議員一人。有時二人而享有選舉權及被選舉權者。必有一定之資格。且選舉時。順照選舉法定章。據日本選舉法。凡有選舉權者。(即選舉人)宜備有資格如左。

一、日本臣民之男子。年齡滿二十五歲以上者。

二、從選舉人名簿調製之期日前。於其府縣內。定爲本籍。已滿一年以上。而仍蟬聯住居者。

三、從選舉人名簿調製之期日前。於其府縣內。納直接國稅五圓以上。已滿一年。而仍蟬聯納稅者。且須從人名簿調製之期日前。已納所得稅滿三年以上。而仍蟬聯納稅者。(選六條)

凡有被選權者（即被選人）其資格與右略同。唯相異之點有二：（一）被選人年齡須滿三十歲以上。（二）不必從人名簿調製之期日前。於其府縣內。定爲本籍滿一年以上者。其他全與選舉人之資格無異（選八條）

議員任期四年。議長副議長。各從議員中選舉候補者三名勅任之。任期與議員同。

議會集散開閉之事

議會每年召集一次。謂之常會。會期凡三個月。其召集之勅諭。至少須於集會期前四十日發布。兩議院既於集會之日成立。乃更以勅命。定開會日。兩議院員。齊集於貴族院。行開院式。自此日始。議院得行其職務。閱三個月閉會。亦有于必要之際。延長會期者。又有因緊急之務。而開臨時會者。臨時會之會期。以勅令特定之。如會期中。議會與政府之間生衝突。則限定十五日內。命其中止議事。謂之停會。又有議院自行休止會議者。謂之休會。如議會與政府之衝突益激烈。而否決政府之提出案。或自提出不信任政府案。苟其意見非代表國民真正之輿論者。君主得而解散之。

並敕令新選議員。自解散之日起。五個月以內召集。但解散事。僅限於衆議院。不行於貴族院。惟衆議院解散時。貴族院亦當停會。凡開會閉會會期延長及停會等。貴衆兩院。均同時行之。

(乙) 議會之權限

議會權限。定於憲法及議院法者。大凡如左。

(一) 立法協贊之權

制定法律之權。本屬元首。而議會唯有協贊元首立法權之行使而已。然議會之協贊。實爲法律制定之必要條件。倘不協贊。則法律不得成立。故議會雖無立法權。而其權限決不得謂之輕微也。凡以法律所定之事項。大別之爲立法事項及法定事項二類。立法事項者。謂于憲法上。必以法律規定之事項也。法定事項者。謂暫時以法律所定之事項也。蓋命令不得變更法律。(日本憲法九條)爲憲法之原則。故法律所定之事項。苟不以法律不得變更廢止之。唯其範圍包括現在

及將來其所定事項之全體。不得一一列舉。至於立法事項。會明載憲法。其範圍甚易知也。

憲法爲立法事項。其所規定者。大抵皆直接間接關於臣民之權利財產事項。此等事項。必當以議會協贊之法律定之。至立法事項及法定事項以外之事項。有以法律定之者。或有以命令者。立法者可任意行之。

(二) 豫算議定之權

國家因處理萬般政務而需費用。此費用出於臣民之負擔。然國庫之收入支出。關於臣民之利害休戚甚大。此所以與豫算之權于代表人民之議會也。故議會于費用上。有間接干涉行政事務之實權。

(三) 緊急命令承諾之權。

(四) 臨時財政事件協贊之權。

此云臨時財政事件者。蓋指國債。及豫算以外。國庫所負擔之契約而言。

(五) 受決算報告之權。

(六) 提出法律案之權。

(七) 上奏之權。

(八) 建議之權。

(九) 質問之權。

(十) 受臣民請願之權。

(十一) 設議院內部整理規則之權。

(十二) 懲罰議員之權。

日本議會行其權限之事。必以出于兩院之共同者爲原則。故前所揭自(一)至(五)之權限。必須有兩院之協贊承認。而自(六)至(十二)之權限。各院得獨立行之。不在此例。而議會權限。限於憲法及法律上所特與者。其以外事項。不得隨意行之。

第三款 政府

政府者。對立法權機關之帝國議會。及司法權機關之裁判所。而總稱行政權機關之官府也。即概指屬於國務大臣統督之行政官府。因欲施行法律命令。以保持國家之秩序。增進人民之幸福。而措置百般之政務者也。政府由諸種官府而成。官府者。為行政務一部之機關。行官府之政務者曰官吏。官府中有單獨制。有合議制。單獨制者。以一人掌握職權。其他皆為補助官。合議制者。謂數人同充其職也。

既述政府。則地方團體。亦不可不畧及之。蓋行政機關。大別為二。中央政府及地方團體是也。中央政府。為普通行政之機關。地方團體。為自治行政之機關。普通行政。即政府施行於全國之政務。自治行政。僅地方團體施行於一地方之政務而已。區別普通行政與自治行政。自形式上而言。則行於全國者為普通行政。行於一地方者為自治行政。自實質上而言。則關於全國之利害者為普通行政。關於一地方之利害者為自治行政。然自治行政。要亦不外國家之政務。或謂中央政府。為統治者直接行政之機關。地方團體。為統治者間接行政之機關。亦無不可。

中央政府與地方團體之組織及權限之梗概。述之于左。

甲 中央政府

屬於中央政府之官府。爲內閣、各省大臣、府縣知事、及郡長。

一 內閣

內閣者。即內閣總理大臣及各省大臣所組織之合議官府也。此等大臣。皆爲國務大臣。同時爲內閣員。唯總理大臣。無各省大臣主任之職務耳。且內閣員。不僅爲此等大臣。有于各省大臣之外。由特旨爲國務大臣。而列于內閣員者。獨宮內大臣。不同于國務大臣。蓋其職務。專關於帝室之事。與國務不相關也。

內閣總理大臣。爲各大臣之首班。奏宣機務。承受勅旨。保持行政各部之統一。又有時。必待敕裁。以得中止行政各部之處分及命令。

內閣之權限。在議決左之事項。

(一) 法律案及豫算決議案。

- (二) 外國條約及重要之國際條件。
 - (三) 關於官制及規則並法律之施行敕令。(此云規則者制定法律前之規則而制定法律之後尙有效力者)
 - (四) 各省各局間主管權限之爭議。
 - (五) 自天皇下付。並自議會送致之人民請願。
 - (六) 豫算外之支出。
 - (七) 勅任官及地方長官之任命及進退。
 - (八) 就各省主任之事務中。關係于高等行政之事體稍重者。
 - (九) 不問何等事件。由主任大臣之所見。提出于閣議者。
- 據此。則內閣有一定之職權。與各省大臣之主任事務。自不相同。故內閣非在各省之上。而指揮監督之。蓋別爲一官府。以保國家之統一。防多歧分裂之弊耳。各省大臣。入參閣議。出當各省事務。直對天皇以任其責。無必從閣議之義務。

二 各省大臣

各省大臣。擔任普通行政一部之單獨官府也。次官以下。僅爲大臣之手足。以準備補助其事務而已。初非有獨立之職權。

各省大臣權限。依官制而定。蓋就其主管事務以執行法律命令。且于其範圍內。達行政之目的。因有發行政命令之權。監督權及代表國家之權。

甲 發行政命令之權 各省大臣。就其主任事務。得依其職權。或特別委任。于法律勅令之範圍內。而施行法律勅令。又因保持安寧秩序。得發省令。

乙 行政處分之權 各省大臣。得爲各種之行政處分。如命令、禁止、准許、裁決等事。或大臣自爲之。或令下級行政廳爲之。

丙 監督權 各省大臣。就其主任事務。以指揮監督地方機關。得對於地方機關。下指令或訓令。如地方機關之命令與處分。有違成規害公益侵權限者。則停止其命令與處分。或註消之。

丁 代表國家之權 各省大臣。皆得代表國家。以管理處分官有之物。又得爲各

種之契約。于對於國家之民事訴訟。得爲原告被告。

各省之外。有樞密院。行政裁判所。及會計檢查院。亦爲屬於中央政府之官府。樞密院爲最高之顧問府。應天皇之諮詢。以審議重要國務。不得目爲行政官府之一也。行政裁判所。因行政訴訟而設。會計檢查院。因會計監督而設。皆爲特別之官府。占中央政府之一部。特其組織權限。與普通之行政官府。稍有差異。

三 府縣知事

府縣知事。施行普通行政于其府縣內之單獨官府也。其知事亦隸屬於中央政府之官府。而出宰于一定之行政區劃內。行其職務。稱其所在之地方。曰地方官府。府縣書記官以下。皆爲知事之補助官。無獨立之職權。

府縣知事。受內務大臣之指揮監督。又就各省之主務。受各省大臣之指揮監督。以指揮監督其所部之官吏。而執行法律命令。管理部內之行政事務。凡部內之行政事務。得依其職權或特別之委任。於法律命令之範圍內。以發命令。即府縣令是也。

倘遇非常急變之時。可移牒於師團長及旅團長。請其出兵。對於下級官府。如郡長島司等。有訓令及監督之權。

府縣知事。又統轄地方團體。以盡其施行自治行政之職分。然于此際。僅爲地方團體之機關。非中央政府之機關也。其資格全屬相異。

四 郡長

郡長。施行普通行政于其部內之單獨官府也。受府縣知事之指揮監督。於其部內執行法律命令。以監督部下官吏。掌理部內之行政事務。又就行政事務。指揮監督其部內之町村長。得依法律命令。或由府縣知事所委任之事件而發郡令。以勅令所指定之島地。置有島司。其職權與郡長同。

乙 地方團體

地方團體。爲自治行政之機關。府縣郡市町村是也。其最下級爲市町村。町村總括於郡。而市則獨立於郡之外。市郡總括於府縣。府縣總括於中央政府。是其階級也。

府縣郡市町村。雖均爲地方團體。而其自治行政之範圍。廣狹大異。蓋府縣郡之自治行政。限於地方財政之一部。其範圍極狹小。市町村之自治行政。包括關於市町村之一切公務。其範圍極廣汎。

地方團體之外。有稱公共合同者。公共合同。多因特定之公務而設。如水害豫防合同。商業會議所之類是也。

一 府縣

府縣在市及郡之上。爲上級之地方自治團體。有公法人之資格。

府縣之機關。爲府縣會。府縣參事會。府縣官吏及府縣吏員。

府縣會。以府縣內各選舉區中有府縣會議員之選舉權者。從其有被選舉權者中。所選舉之議員組織之。府縣會議決事件之主要。(一)定歲入歲出豫算之事。(二)除法律命令中所定者外。而關於使用料。府縣稅。徭役及現品之賦課徵收等事。(三)關於府縣所有財產之管理及處分等事。此外依法律命令。議決一切事項之

屬於府縣會權限內者。

府縣參事會。以府縣知事府縣高等官二名。及名譽職參事會員等組織之。以知事爲議長。名譽職參事會員。就府縣會之議員中選舉。府縣參事會之職務權限。大抵與府縣會同。其主要者。(一)屬於府縣會權限之事件。而臨時急施。府縣知事無暇集會府縣會者。可代府縣會以議決一切。(二)就府縣知事所提出於府縣會之議案。可對府縣知事。述其意見。(三)於府縣會議決之範圍內。議決關於財產及營造物管理之重要事件。(四)議決以府縣費支辦已經議決之工程。此外依法律命令。以處理屬於府縣參事會權限之事項。

府縣知事。兼有地方官吏之資格與府縣官吏之資格。爲地方官府之知事職權。極爲廣大。爲府縣官吏之知事職權。則極狹隘。

二 郡

郡者。於市制未行之土地。以町村爲基礎。而成立之地方自治團體也。有公法人之

資格。

郡之機關。爲郡會、郡參事會、郡官吏、及郡吏員等。

郡會。以郡內各選舉區。有郡會議員之選舉權者。從其有被選舉權者中。所選舉之議員組織之。選舉區。悉依町村之區域。郡會之職務權限。殆與府縣會同。唯郡中無賦課郡稅之事。故無議決其賦課徵收方法之權限。

郡參事會。以郡長及名譽職參事會員組織之。

三 市町村

市町村。爲最下級之地方自治團體。有公法人之資格。得於法律命令之範圍內。處理市町村一切之公務。制定條例及規則。得有財產。結契約。爲訴訟。

市町村施行之自治行政範圍。較府縣郡爲廣。此所以稱市町村爲完全之自治團體也。然市町村不獨施行自治行政。又依法律命令之委任。有施行普通行政於其域內之權。

組織市町村之要素。爲土地及住民二者。土地爲市町村施行自治行政之範圍。市町村之境域。以不妄變更爲本則。蓋本於地勢習俗等而天然成立發達。非如府縣郡爲人所劃定者也。住民。謂住居於市町村之內者。凡住居者。不問爲本籍爲寄寓。概爲住民。所謂住居。於法律上未嘗示一定之標準也。要之住居者。不外在留于市町村內。而營一定之業。及有土地家屋等者。

住民中有特稱爲公民者。謂其有法律上一定之資格。有參與市町村公務之權利及義務者也。故有參與市町村選舉之權利。又有爲其名譽職之權利及義務。名譽職者。謂無祿而任市町村之公務者也。

市町村之機關。大別爲三。曰議事機關。曰理事機關。曰監督機關。

甲 議事機關

市町村之議事機關。爲市町村會。市町村會。由市町村公民中選舉之議員組織而成。唯關於選舉之事。微有差別。蓋市取三級選舉之法。町村取二級選舉之法。凡選

舉人。必如此分割等級。使多額納稅之人（即於其市町村。有利害之關係較多者）有多量之選舉權。蓋防少數富民。爲多數細民所壓倒之弊。

市町村會之職務如左。

(一) 議決 議決事項之主要者。爲條例、規則、歲計豫算、決算報告、市町村稅之賦課。市町村所有財產之管理處分。及關於市町村之訴訟等事。

(二) 選舉 市町村會選舉市參事會員。市町村吏員。如市町村長、助役、收入役、區長、委員等。

(三) 監查 市町村會。應檢閱關於市町村事務之書類。及計算書。又對於市町村長。或求其事務報告。以監查市町村之行政。

(四) 意見 市町村會。凡見有關於市町村公益之事。可呈書于監督官廳。又當官廳諮問時。有陳述意見之權利及義務。

(五) 議決 市町村會。于市町村住民公民權利之有無。選舉權被選權之有無。及

關於市町村會選舉効力之訴願等。有第一次審決之權。

乙 理事機關

市町村之理事機關。在市爲市參事會。在町村爲町村長。即市之理事機關爲合議制。町村之理事機關爲單獨制。

市參事會及町村長之職務。在統轄市町村。擔任其行政事務。其他又依法律命令及上官之指令。所委任於市參事會町村長之一切事務。均處理之。市參事會之市長及町村長。又爲國之吏員。於市町村內。有施行國、府、縣、郡、行政之責。

市町村長。爲國之吏員。而行其職務時。爲絕對之單獨官府。除受上級官府命令之外。初無待市町村會及市參事會之議決。若町村長。爲市町村之吏員。而行其職務時。則上級官府。雖得而監督之。然無受其命令之理。唯執行市町村會及市參事會之議決而已。由此觀之。可知國家委任普通行政於市町村之方法有二。一委任於市町村議事機關之權限。即市町村會是也。一委任於市町村理事機關之權限。即

市町村長是也。委任於市町村會者。即委任於市町村團體也。委任於市町村長者。非委任於市町村團體。實委任於團體之機關也。而委任於市町村長之普通行政。其範圍甚廣。而委任於市町村會之普通行政。其範圍頗狹。故曰市町村行自治行政。同時亦有行普通行政者。此之謂也。

丙 監督機關

市町村之監督機關。由市與町村而異。

監督町村行政者。第一次有郡長。第二次爲府縣知事。第三次爲內務大臣。但於法律有明文之際。則郡長或府縣知事。當求郡參事會或府縣參事會之同意以行其監督。如行政訴願及行政訴訟。亦監督之一法也。若對町村吏員之處分而爲訴願及訴訟。則關於國之普通行政者。應先訴願於郡長。次訴願於府縣知事。終訴願於內務大臣。又出訴於行政裁判所。此其定例也。但一日訴願於內務大臣。則不得出訴于行政裁判所。其關於町村之自治行政者。則先訴願于郡參事會。次訴願于府

縣參事會。終訴願于內務大臣。又出訴于行政裁判所。

監督市行政者。第一次爲府縣知事。第二次爲內務大臣。但於法律有明文之際。則府縣知事。當求府縣參事會之同意。以行其監督。若對于市吏員之處分。而爲訴願及訴訟者。則關於國之普通行政者。應先訴願于府縣知事。次訴願於內務大臣。又出訴于行政裁判所。其關於市之自治行政者。應先訴願于府縣參事會。次訴願于內務大臣。又出訴于行政裁判所。

以上府縣郡市町村之制度。已述其大要。蓋統治者當施行其政務時。區劃全國爲數地域。各建首長。使于其地域內。施行國政。誠於實際之便宜上。有不得不然者。惟事權既分。苟無以統一之。則必散漫分崩。不可收拾。故于其地域設有等級。俾小區總于中區。中區總于大區。大區會于中央。爲上下交通之溝渠。而施行政務。釐然一揆。若是者。謂之中央集權之制。然事權既集。若國家政務之繁雜。悉任於統治者一人。誠爲困難。故統治者獨握大綱。使其政務簡單。而後分與各地方以自治之權。凡

地方公共政務。倘與國家之盛衰興敗。無大關係者。使得任意施行。謂之地方分權之制。此所以集權及分權二制。折衷兼用。期以保持國家之秩序。增進民生之福利。此今日地方制度之大略也。

第三節 裁判所

裁判所者。以統治者之名。依法律而行司法權之官府也。所謂以統治者之名。乃代統治者之義。所以明司法權之出于統治者也。然必依法律以行裁判。所謂法律。即議會所協贊之統治者之命令也。

裁判所大別爲二。曰通常裁判所。曰特別裁判所。通常裁判所。如區裁判所。地方裁判所。控訴院及大審院是也。其非通常裁判所。則皆稱之曰特別裁判所。如以行政裁判所入於司法機關之中。亦可爲特別裁判所。

於通常裁判所。所裁判之訴訟。爲刑事及民事二種。刑事訴訟。謂裁判反悖法律者。以刑法及其他諸治罪之規則爲標準而裁判之。其定裁判刑事訴訟之次序。即刑

事訴訟法也。民事訴訟。謂裁判于財產上及親族上每人相互之爭訟。以民法商法之規定爲標準而裁判之。其定裁判民事訴訟之次第。即民事訴訟法也。

凡裁判必經三段而後確定者。其主旨有二。一圖裁判之統一。一重人民之權利。使不至有誤謬之裁判。其第一段裁判。謂之第一審。又曰始審裁判所。第二段裁判。謂之第二審。又曰控訴裁判所。第三段裁判。謂之第三審。又曰終審。又曰上告裁判所。其訴訟之始于區裁判所者。則地方裁判所爲第二審。控訴院爲終審。訴訟之始于地方裁判所者。則以控訴院爲第二審。以大審院爲終審。第二審與終審之異。即控訴與上告之異。控訴者。就第一審之裁判而覆審之。另下裁判。上告者。則就第二審之裁判。察其法律之誤用與否。以裁判之。

通常裁判所。更別之爲單獨及合議二制。單獨者。謂由一人之判事而行裁判。合議者。謂由三人以上之判事而行裁判。蓋區裁判所。爲單獨裁判之制。地方裁判所以。上。爲合議裁判之制。裁判所之管轄區域。據法律而定。區裁判所。限于地方裁判所。

地方裁判所。總于控訴院。控訴院總于大審院。大審院爲最高等之裁判所。管轄全國。故大審院。全國僅一所。

第二章 公法

公法者。所以定公權之法令全體也。故公權所憑藉。其中所最著明者。爲憲法、行政法、刑法、及刑事訴訟法四者。憲法者。乃定統治權之本體及其作用者也。行政法者。乃就統治權作用中之行政權以定之者也。刑法者。乃就統治權作用中之刑罰權以定之者也。刑事訴訟法者。則定刑罰權之運用而已。茲就此等諸法律之意義沿革及編制等。述其大略如左。

第一節 憲法

憲法云者。有廣狹二義。廣釋之。謂關於統治權本體及作用之大綱。成文或不文法律之全體也。狹釋之。謂限定統治權之使行。以保障國民權利之成文法律也。其通

常所謂憲法。蓋從此狹義之意義。前已述及。顧以上界說。均就上所舉之廣狹二義。由實質上立憲法之定義。若從形式上立憲法之定義。則直謂憲法者。係稱爲憲法之一種法律而已。

關於憲法之意義。其解說甚多。茲舉其主要者有二。或則謂憲法者。所以定國家之組織。國家之職分。及爲國家機關之公權分配。或則謂憲法者。所以保障國民之權利。以定國權之組織及其相互之關係。斯二說也。皆解憲法之義。爲國法公法之字義。至所謂國家之組織。或國權之組織。蓋以爲國家與統治者同義。而憲法乃定統治權之所在。與其機關之構成。誠如此說。則亦以憲法爲定統治權之本體作用及其機關。其說誠當。特因其語義不定。致不能明瞭。或謂憲法者。係國家構成法。與國民以參政之權利者也。然其所謂參政之權利。謂使國民參與制定法律乎。抑謂使國民就文武官及其他公職。而施行國政之一部乎。若就文武官及公職而言。則非憲法中所專定。而實定于他法律之中。則此所謂參政之權利。蓋指國民參與制定

法律而言。憲法中定若是之參政權利。固屬不謬。且定此權利。誠爲憲法之特質。特憲法所定。不僅此事。則此說僅窺憲法之一斑。而未見憲法之全豹。或又曰。憲法者。爲國家之根本大法。所以爲制定法律之準則者也。云云。夫所謂國家之根本大法。不過形容誇張之言。無足論者。至云制定法律之準則。其說誠是。然亦與前說相同。止可認爲憲法效力之一端耳。要之憲法之解說。雖多。類皆擇焉不精。語焉不詳。竊謂憲法之第一義。在制限統治權。故以前述之狹義爲最當云。

憲法於今日狀況。殆若爲歐美文明各國所特有之物。其他邦國。未制定者甚多。亞細亞洲之有憲法者。唯日本一國而已。夫叙述此等文明各國憲法之沿革及其要綱。固非法學通論所能盡。然亦不能全略攷。歐洲憲法之淵源。雖甚久遠。至其大臻發達。則僅百年耳。英國之有憲法也。先於其他邦國者凡四百年。故英吉利國實可謂爲憲法之祖國。近世歐洲各國。制定憲法。莫不取法於英國。然英國憲法。當索遜人移住英國時。傳入其自由平等之精神。與選舉代議之制度。爲之基礎。厥後始成

爲今日之憲法。孟德斯鳩之言曰。今日之代議制度。乃由日耳曼之森林中所發出者。其言誠當。惟據近時歷史家之考究。則歐洲國會制度。其發生最早者。尤推瑞典與那威。蓋由九世紀十世紀之頃。已有國民所成立之會議。以決議國王之選舉。租稅之賦課。終審之裁判。及其他重要國事。或謂此種風習。由瑞典那威入日耳曼。更轉而入英國。誠如此說。則今日之代議制度。或出于歐洲極北之半島。未可知也。要之英國憲法。乃由成文及不文之諸法規而成。唯雜駁混沌。故難知其全體。苟欲舉其主要者。則有條約、普通法、憲法、及法律四種。

夫英國憲法。既由種種法規而成。而有曖昧不明之處。此蓋由英人有固有保守之精神。而苟欲設劃一明瞭之法規。恐與實際之便宜反有所牴牾。故保持其往日之狀態。隨社會進運而留其運用自在之餘地。此誠英國憲法之特色。亦即英國憲法之長處也。英諺有之曰。君主若與國會協同。除使海天相激之外。無論何事。皆得爲之。是蓋謂主權爲君主與國會所共有。故英國名雖君主國。實則君民共和國也。其

國會由上下兩院而成。上院以世襲及終身之貴族議員組織之。下院以有一定財產資格之人民中。所公選之議員組織之。至其上下兩院議員。悉由人民公舉。無君主勅任者。此英國所以不認歐洲大陸諸國所行之普通選舉制度也。

法國憲法。于一千七百八十九年大革命後。始行制定。但前此亦非全無國會制度。嘗攷史乘。當一千三百三年。當希立查魯伯爾之世。即有由貴族僧侶及市民成立之國會。然其權限則極微弱。不過於國費之擔負。予以同意而已。迨富郎沙亞一世廢此國會。以君主隨意勅命之議員代之。而構成名族議會。於是法國王權。絕對無限矣。至路易十六世。因欲補足國帑之缺乏。召集當初之名族會議。及從前之國會。而革命之亂適起。此國會遂變爲立憲議會。以發人權宣言。制定憲法焉。人權宣言者。於一千七百八十九年八月二十六日始發布之。雖僅十七條成典。然所包藏之主義。則極雄偉。實爲第十九世紀新制度之基礎。而一世人心大爲所震盪者也。沙爾羅曼紐大帝歿後。法國成君主統一之勢。而德國則有諸侯分裂之狀。宜普魯

斯之弗列特利克大王。評德國爲有選舉元首之諸侯共和國也。未幾果由諸侯倡及市府所選出議員而成之國會。以選舉元首。且議定其他一切國事。厥後一千八百四十九年之頃。制定德意志帝國憲法。然未及實行。旋即廢棄。顧德意志成立統一帝國。乃普澳戰爭一千八百六十六年及普法戰爭一千八百七十年以後。僅三十年以來之事耳。此時變選舉元首爲世襲元首。當初雖有大統領之稱號。未幾復用皇帝之稱號。故德意志至今尙爲戴世襲皇帝之諸侯共和國。其現行憲法。若關海陸軍事、帝國財政、關稅、商業、郵便、電信、軍事、鐵道及憲法之施行。法律之制定等。概屬帝國之專權。聯邦諸侯不得干預。其行政權屬普魯西王。即德意志皇帝。皇帝之統治其國。則輔以惟一之責任大臣。稱曰大宰相。其立法權屬上下兩院。上院以聯邦各國之代表者組織之。下院則以依普通選舉之方法。於人民中直接選出之代議士組織之。十萬人中選一人以爲率其法律由兩院贊成之多數而定。皇帝無不裁可之權利。蓋皇帝者一面爲普魯西國王。而遣其代表者詣上院參列於議事故也。此憲法乃一

千八百七十一年四月十六日所規定。至聯邦各國亦各有其特別之憲法。

第二節 行政法

行政法。定行政權作用之法律也。詳言之。則法令之一種。所以定國家間接機關之行政官府之組織權限。及行政官府與人民之關係者也。故憲法者。乃定國家直接之機關。行政法者。乃定國家間接之機關也。

行政法之編制。分爲三區。曰行政組織。曰行政事務。曰行政訴訟。行政組織所以論行政官府之構成。行政事務所以述各行政官府所擔任施行之準則。行政訴訟所以說明行政監督中形式之違法處分裁判等事。是爲普通之順序。行政組織。已於統治權機關章述之。行政訴訟。亦於行政制裁章述其一斑。故僅述行政事務之概要如左。

行政事務。通常大別之爲五。曰外政。曰內政。曰軍政。曰法政。曰財政。

外政外務行政者。含關於外國之一切政務。其主要有二。一曰宣戰議和。一曰訂定條約。

其外政之機關。乃外務大臣及公使領事。至其行政。亦於法令之範圍內行之。與他之行政同。其所謂國際法者。雖非外務行政之準則。然於法令及條約上表示其意。照此國際法之意思。則其効力與法令同。亦如民法於習慣上認法律之効力也。

內政內務行政者。廣釋之。則包括國內一切之政務。然此所謂內政。乃指國政之一部。即專以保持公共之安寧秩序。及增進國民之福利。爲直接之目的。然其範圍頗汎博複雜。如戶籍、警察、衛生、土木、宗教、教育、通信。及農、工、商等。皆爲其一部。至其行政之機關。則爲內務、文部、逓信、農商務各大臣。及府縣知事等地方官。至據各種之法令。以論究內務行政之性質範圍者。則所謂行政法之主要目的也。詳見後章。

軍政軍務行政者。含關於海陸軍事之一切政務。其海陸軍之統帥及設備。則由參謀本部、軍令部、師團、鎮守府等機關而行。至兵員之徵集。武器及其他營造物之設備等。皆屬海陸軍大臣所掌管。

法政司法行政者。蓋不關訴訟事宜。而凡司法大臣或裁判所所掌與之一切事務。如裁

判所之興廢。及管轄區域之變更。裁判官與所部官吏之任免進退。辯護士、公證人、執達吏之監督。裁判準備執行及凡百之登記。并其他之非訟事件等皆是。裁判所行此等事務。必受司法大臣之監督。唯裁判事務。則全屬裁判所獨立之職權。無受司法大臣之干涉者。

財政財務行政者。含關於國家資財之一切政務。蓋國家行百般之政務。不可無資財。既有資財。則有關於資財之政務。是即財政也。其行政之機關。爲大藏大臣及會計検査院。國家之歲入歲出。每年豫算後。提出國會。經國會之議決。及主權者之裁可。即準據此數。以制國用。而其經過年度之會計。則決算之。以報告於國會。蓋以國家之財政。其關於人民休戚。至重大故也。至於地方。亦各有特別之財政。其關財務行政者。有四要點。一曰國家財產之管理。二曰歲入。各種之關稅三曰公債。四曰會計。豫算現計決算等事。凡關此等事項。各有其細密之法令。今皆略之。

第三節 刑法及刑事訴訟法

刑法者。定刑罰權作用之法律也。蓋統治者。有保持國家安寧秩序之權利及義務。故有妨害國家安寧秩序之行爲者。則不可無控制壓抑之術。使不能逞其非行。此統治者所以有刑罰權也。刑法即爲定此刑罰權作用之法律。詳言之爲處治妨害國家安寧秩序者之法律。即處罰犯罪人之法律也。蓋凡有侵害權利之行爲。必有制裁。侵害一個人之權利。則受民法上之制裁。侵害統治者之權利。則受刑法上之制裁。然則刑法者。即謂之對侵害統治權之制裁法可也。

刑法在各科法律中。其發達爲最早。東西各國。莫不如是。蓋無論如何蒙昧粗野之社會。苟有妨害公共安寧秩序之行爲者。必爲人所指摘。爲人所遏抑。亦勢所應爾也。

刑法之學。不可不自刑法、治罪、及監獄之三端而研究之。夫刑罰制度。乃究犯如何之罪案。即科以如何之刑罰。治罪制度。乃論裁判犯罪者之辦法。罪犯之逮捕審問及其處罰之手續監獄制度。則講懲戒罪人。及訓化罪人法。

近來刑法學上有所謂一種新學派者。與其所論往往駭人聽聞。特敘述其要旨。供讀者之參考焉。

新學派。專由社會學心理學人類學等。以研究罪犯。謂罪犯者。其身體之構造。心神之發達。頗不完全。而有類乎劣等動物。加之遺傳習慣。及所處之境。自有異於常人。於是育孕其犯罪之性質。有不期然而然者。故其犯罪也。有是非之辨別。有自由之意。實非故意犯罪。蓋一身之事情。社會之境遇。驅之使然。即爲因果必然之法。則所管轄。不得已而犯罪。決非出自中心。譬之身體虛弱者。一觸寒風。必罹疾病。嗜酒者。過酒家。則必入飲。固其所也。而犯罪人之中。又有慣性者。有偶然者。其慣性之犯罪人。始終不可訓誨。使適應社會之生活。故爲社會之公敵。必屠戮之。或終身禁錮之。流竄之。使不與共社會生活而後已。若偶然之犯罪人。則可得而矯正之。使適應社會之生活。故寬遇之可也。社會中而生有罪人。其社會亦不得謂之無罪。蓋社會之境遇。有以使人犯罪。則犯罪人。決非生而好犯罪者。故社會亦不得不分其責云。

云。新學派之說雖各有不同。其大略則如此。此學派又謂從來刑法。專重誅犯罪人之心術。徒以暴虐懲治之手段。脅之改悔。其弊何可勝言。故欲救此弊。須改刑罰之制度。近日主此說者甚多。如意大利之朗索羅。叔佛黎。法蘭西之吉拉爾。登巴洛。非愛等是也。

刑事訴訟法者。定裁判辦法之法律也。申而論之。即定適用刑法方法之法律也。夫刑法雖定犯罪與刑罰之條目。然無適用之方法。亦屬徒法空文。效力仍不能見。此刑事訴訟法所由不可缺也。蓋刑法譬猶刀然。刑事訴訟法譬猶柄然。刀雖銳利。然苟無柄以運用之。則其銳利。又安得而見。或刀質稍鈍。而運用之柄極良。則其作用。自與利刀無異。是以刑事訴訟法。較之刑法尤爲重要。民法中之民事訴訟法亦然。故稱此等法律。曰主法助法之關係。或曰體法用法之關係。

刑事訴訟法之主眼。在證明罪犯。處之以罰。罪犯云者。侵害統治權之行爲也。統治權爲人所侵害。不可不要求而恢復之。故代表統治者。而爲原告以要求公權之回

復者。名曰檢事。其要求回復之方法。名曰公訴。既有原告。遂生被告。犯罪人即被告也。然被告者。於判決上恐有偏抑。其對檢事之要求。不得不用其所有之手段。以防禦自己之權利自由。此刑事訴訟法中。所以定有法則。以保護被告之身體。使伸張其權利自由。其立於原被告之上。而下公平之裁判者。名曰判事。蓋檢事提起公訴。被告抗辯之。判事裁判之。其間一切細則。即爲刑事訴訟法。而立法者苦心所在。蓋既欲壓抑罪犯。又不欲侵人之自由。即欲調和社會之公益與個人之私益也。其有侵害私權者。亦不可不要求而回復其侵害。其回復侵害之方法。名曰私訴。有附于公訴而提起於刑事裁判所者。有獨立而提起於民事裁判所者。其通常罪犯。則公訴私訴一併提起。然亦有一種罪犯。單提公訴而不提私訴者。如未遂犯是也。若僅害私權。而無害公權者。則但生私訴不生公訴。譬之因過失而害他人之財產。其一例也。至關於私訴之規定。則在民事訴訟法中。

第五編 國權及國際法

本編先述國權中之平時權及戰時權。次述國權所憑據之國際法。然有一言。不可不豫及之於此。蓋在國際法上。不論何國。皆爲法人。而認爲國權之主體。而國權之主體。初非統治者。實爲國家。所謂國權即指國家所有之權利而言。而代表此權利之人。則謂之統治者。故論國際法上之權利。須先知統治者爲國家之元首。而代表國家。其對外國有某種權利者。非爲一己之私。乃爲國人全體之利益也。

第一章 國權

第一節 平時之權

第一款 獨立權

國家爲獨立之政治團體。故可用其所有之手段。以確保一己之生存。如編制或保持軍隊。艦隊。築造地峇。及因是而課稅於國土內之一切人民是也。此蓋國家之正當防衛權。亦其自衛權也。此等之防禦方法。雖不受一切限制。然其設備或有違于特別之條約。或有害他國安全。則其關係之國。可向詰問。至爲所詰問之國。若苟以

德義與利益並重。自不吝答其詰問也。

若因國家自衛權。而生干涉之權利。則自干涉者視之。固爲自衛權之一種。而必須保持己國之利益。然自受之者視之。亦可爲國家獨立權之被害。故干涉權利。苟非萬不得已。用以避至重之危害者。則皆不可用也。蓋干涉有正不正之分。如干涉某國之內政。強制武斷。必欲使維持一種之政體。是爲不正之干涉。若甲國之臣民。侵害乙國之權利。乙國對甲國。要求回復。併設必要之方法。以保持甲國國內之秩序。是爲正當之干涉。至對不正之干涉。而亦行其干涉。或因條約上義務之結果而行其干涉。及因他國人民。爲其政府虐遇。起而爲救護之干涉。則亦正當之干涉也。國家爲自由之政治團體。故苟不侵害他國之權利。則無論何如行動。亦得爲之。即使更改國內之制度。而易置其元首。亦固其自由也。故除與他國有特別之條約。或其改革之危害。波及他國外。他國決不得干涉之。是謂國家之自主權。故一國內有革命之動亂。當顛覆政府。或篡奪君位之際。舊主權者。既已拋棄其權利。則他國即

不得不承認其新主權者。

國家有隨意制定國法之權利。是國家自主權之結果也。如關乎私法。已國人民旅居外國。其人身權尙可從己國之法。其國土內之不動產。雖屬外國人所有。亦可從己國之法。其關公共秩序之事項。則不論內外國人。均須嚴行其己國法。至其行爲之方式。則從所行國之法律而定。裁判管轄及訴訟手續。則從判決國之法律而定。是即所謂國際私法也。至刑罰法及刑事訴訟法。爲關於公安之法律。故不問國籍。苟爲住居其國土內之住民。自可以法律治之。其犯罪人。亦可於犯罪之地而裁判之。然某國罪犯遁逃他國。則可求其交出。於是犯罪人引渡即交出罪之問題生焉。願犯罪人之引渡。果爲國家之自然權乎。抑爲人定權乎。學者聚訟已久。惟於今日實際。則定爲人定權之說。蓋前世紀末。各國皆以條約定此事故也。今試述犯罪人引渡原則之要領於左。

一 國家決無引渡己國臣民之理。以損傷其自主及體面故也。

二引渡僅重罪之常事犯行之。其政事犯及輕犯罪人。則不得行。

三引渡苟非呈示刑之執行命令。則不得行之。凡要求引渡。須先由裁判官送必要之書類。然後政府對政府。直要求之。

四引渡若于同時爲數國政府所要求。則當送犯罪人至本國。若犯罪人之本國未曾要求。則當送至罪人所犯罪最重之國。

五引渡于引渡條約締結以前之犯罪。亦得行之。蓋條約也者。不過定引渡之手續。即無條約。亦得行引渡故也。

保護政事犯一事。學者久有爭論。一千八百八十三年。比利時之國法。始確認之。其引渡之簡便者。則軍隊或艦隊逃亡者之引渡也。若海陸軍之兵卒有所逃亡。則司令官及公使領事。得直對其地方之官衙。要求逃亡者之逮捕引渡。商船之水夫亦同。

國家之領有權。在排除外國。而其中包含一切權利。如使用收益或處分其國土之

權利。及使行主權於其國土上之權利等。至公領私領及一私人之所有地。則均屬其版圖。故於戰爭及復仇之際。一私人之財產。反有爲國家而負其責者。至國土及其包藏物。或國土內之作業。則均爲國家所管轄。然國家在外國之財產。則不可不服從其所在地之主權。夫國家之版圖。爲由土地及水澤而成。且包有人民。固無論矣。卽無人之境。未闢之區。以及國境內之海水。亦皆屬其版圖。其中天然及人工之出產物。亦悉屬國家所有。

國家之境界。有天然者。有人爲者。天然之境界。如山脊、河床、壑谷、海濱等是也。人爲之境界。如界標、溝渠等是也。至於海上之境界。常依經緯度劃之。然亦往往以砲彈之到達處。或海里。測定其距離。在川河則以河床之中央爲境界。但川河之全部。若顯然屬隣國之一方。則不在此限。至湖水及河湖中之島嶼。亦係均分。在昔雖有以大洋爲國家領域之說。然於今日論定。則謂大洋者。不能爲一國所專有。當爲各國國民之自由航路。至其海洋之一部。則有得爲國家所領有者。試列其種類如左。

一 港灣 港灣屬於領有海濱之國。但須其門口可以砲丸或若礁砂洲之便爲防禦者。始得隨意開放或閉鎖其所有港灣。但于暴風之際。則不在此限。又或有特訂條約。制限軍艦。不許三艘四艘或六艘以上。同時入港。

二 內海 內海與大洋相連絡之海峽兩岸。若同屬一國。且得以砲丸防禦其海口者。則內海爲其國所領有。若其海濱屬於數國。則合議而定其界線及使用等。如一千八百四十一年七月十三日。以法澳普俄土五國間之條約。而禁達爾德奈爾及薄斯里爾海峽中外國軍艦之通行。其一例也。

三 海峽 連絡兩海之海峽。而不能以砲丸扼要者。則屬各國國民之自由航路。如直季拉爾泰海峽是也。若得以砲丸扼要之海峽。則屬沿岸地所領有。然其沿岸地之主權。不得拒各國國民之平和通行。且對漁獵或航海而徵收習慣上之稅金外。不得課通行之稅。

四 領海 論領海之區域者。各倡學說。莫衷一是。有謂當由海岸起。以砲丸到達之

最遠距離以內爲領海者。有謂當由海岸起。以視線所及之範圍內爲領海者。有謂當以海底可測量之處爲限。劃其內爲領海者。有謂當由潮落後最低之海岸起。限五海里或三海里爲領海者。至其通常所行。則爲三海里之主義也。

國家領有權之取得方法有四。占領。添付。讓與。時效。是也。占領者。唯無主之物爲然。故分爲二條件。一爲假定之占有。一爲現實之占有。如發見一地。而建設標識。尙不得謂之占領。其占領荒漠土地者。亦惟就其現實所占領之部分。而取得其領有權。不能及于他地。其於戰爭中軍事上之占領。惟予占領者以管理權。倘欲確實得其土地之領有權。則須訂平和條約。故戰勝者。不過予以取得領有權之機會而已。添付者亦有二。一曰天然之添付。一曰人爲之添付。曷謂天然之添付。如川河湖水中。生砂洲或島嶼。則本于原境界線。而分割領有之。是天然之添付也。曷謂人爲之添付。如國家依其自衛權。而建設道路橋梁城砦之類。縱有害於他國。亦取得其地之領有權。是人爲之添付也。讓與者。亦取得領有權之一法。區之爲二。一爲平和之讓

與。一爲戰爭結果之讓與。且從民法之原則。當讓與條約成立之時。已移轉其領有權於讓受人。至其後履行條約以引渡土地。則不過移其占有而已。時效一節。今姑從畧。

第一款 對等權

國家之外形。雖頗相異。而國家之所以爲國家。則無不同也。蓋國家本屬平等。故不可不以敬禮相待。敬國家之道有二。一爲承認其國之制度。不爲牴牾之行動。一爲恪守外交上一定之禮式作法。顧外交上之禮法。頗極繁縟。試略述其大要如左。國家元首。或稱帝。或稱王。或稱大公。或稱公。或稱君。或稱法王。或稱大統領。雖非有所等差。然亦不與階級。其中占第一位者爲帝王。帝王稱陛下。大公稱殿下。公君稱閣下。法王稱聖位。惟大統領無特別之尊稱。以上各稱。苟一誤稱。則爲不敬。夫主權者。在國內之名號尊稱。固可隨意。然欲對外國之主權者而用之。則必得其承認始可。凡主權者若在外國。則有治外法權。不服從其駐蹕地之法律。不納租稅。又有裁

判其從者之權。至主權者之家族。則不得享治外法權之利益。但攝政不在此例。

國家元首及使節相會。最重席次。其順序如左。

當其入室。必有大卓。或方或圓。聚會之人。團聚於其周邊。或立或坐。以對其室門之正面爲第

一座。順次列席于其左右。其最後者。正與第一座相對。皆右爲上左爲下。故入室或上階。在右者必先于左而就上座。

軍艦者。殆可謂國土之一部。故在他國領海。有治外法權。商船則否。凡船舶于海上相遇。必接以禮。其禮式。或下帆。或下旗。或發定數之砲。據現行之習慣。約有五類。其一單艘之船遇艦隊。必先行禮。其二副艦隊遇主艦隊。必先行禮。其三兩軍艦相遇時。先行禮者。乃爲下級軍艦。其同級。則上帆而航行者先行禮。其揭提督旗者。雖爲下級。亦受上級者之禮。其四對搭載主權者或使節之船艦。雖要塞砲臺。亦必行禮。其五商船遇軍艦。必先行禮。惟張全數之帆而航行軍艦之前者。不在此例。

第三款 交際權

有無相通。長短相補。無論個人與國家。俱所不免。故國家有與他國交通之權利及義務。其關國家之交際權。則爲派遣公使及締結條約二事。

各獨立國。有派遣公使及接受公使之特權。此特權雖在半獨立國。亦得以國體之範圍內而有之。然國家雖有派遣公使之權利。初非有不可不接受之義務。故亦有拒絕外國公使者。惟在平時爲此舉動。則有碍親好。不可不對派遣國辯明理由。又公使各有等級。如全權公使、辦理公使、代理公使之類。外交上每由公使之名稱。而異其待遇。其得受與派遣國之主權者同等之待遇者。唯全權公使而已。辦理公使以下。皆不得受此待遇。此外有所謂特命全權公使者。其受待遇。較平常公使稍優。故往往有平常公使。而畀以此等之名稱者。

公使有治外法權。其範圍在往時則甚廣。然今日則僅身體之不可侵。及免脫駐劄國裁判權二事。蓋公使及公使之家族從者。其身體及動產。皆依法律之擬制。而認爲國土以外之物。故不歸駐劄國裁判權之管轄。凡此對等人之訴訟。不可不依其

公使本國之法律而處理之。若其公使有關於駐劄國不動產之訴訟。及公使爲原告之訴訟。則須服駐劄國裁判權之管轄。公使之新被派遣也。必携帶其本國政府致駐劄國政府之信任狀。此信任狀。係指示其任務之大要。每於進見時呈奉之。其僅任以外交之常務者。則攜帶其本國外務卿致駐劄國外務卿之信任狀。其被任爲特別之談判者。則須有全權委任狀。是指示其代理之範圍。以證明其行爲之有效。故當談判開始之前。必互易其委任狀。以驗其合式與否。若本國政府之訓令。則不過指揮公使之行動而已。其通告全部或一部於彼國者蓋甚稀。且必限於本國政府所明示之命令。公使之任務了結後。乃於進見告別之時。呈奉其本國政府之召還狀。倘兩國間之裁判破裂。則公使須請取通行券。而委託公使館之緊要書類於親好國之公使。然後歸國。其受委託之公使。於兩國外交停止中。自有保護其所託國人民之任務。

公使已畧述如左。試更言領事。中世以來。地中海沿岸之港市漸開。始因保護商業

之故。任命吏員以裁判在留其港市之外國人相互間所起之紛爭。或外國人與土人相互間所起之紛爭。此等吏員。係甲國所派至乙國諸港市者。是領事之濫觴也。迨後屬地主權之說甚行。領事乃唯保護其本國人民商業上之利益。及掌其警察。非有特別之條約。不能行其裁判也。夫領事行其職務。必須其在留國承認且其治外權不如公使。故刑事民事。俱不得不服從在留國之法律。但免夫役等身體上之擔負耳。試述締結條約之事於左。

夫締結條約及使之履行。皆公使之任務也。顧條約爲國與國之合意。其結約國。實肩有依條約履行之義務。且有要求其履行之權利。如所謂通商條約。乃關於重大事項之契約。此外關其他事項者。則用約定等之名稱。又條約大別之爲政治條約及通商條約二種。政治條約者。以定均勢和戰等之事項者也。通商條約者。以定通商、航海、稅關、郵便、電信等之事項者也。其餘如犯罪人引渡條約。則以保國內之秩序爲目的者。

條約與一切之契約同。須具有必要諸條件。即適法之目的。合意之自由。當事者之能力是也。所謂適法之目的者。如以條約設立奴隸制度。或割讓第三者之權利。或契約其所不能之事。是皆無適法之目的者也。此其條約皆屬無效。所謂合意之自由者。即申請與承諾。互相合一之謂。故申請與承諾。非特必須吻合。且其意思表示。必極自由。不使有障害。如錯誤欺詐或強迫等。當有害意思自由之時。亦可隨時以條約爲無效。且得註消之。其中以用暴力威嚇他國。或強迫其主權者或代表者所締結之條約。尤爲無效。申請及承諾。或以口傳。或以文告。但以口傳之意思表示。應即筆之於書。以豫防將來之爭論。至條約之語言。雖久用拉丁語。然十六世紀以來。遂轉用法蘭西語。習以爲常。此非有必用之義務。不過從其習尚耳。若夫條約之文章。則與其雅馴。不如明確。所謂當事者之能力者。各依其國之憲法而定。在君主國。有條約締結之權者。爲主權者。即君主也。在立憲君主國。其條約結果。倘欲增國民之擔負。或變更境土。則必得國會之同意。在共和國。大統領及國會。有條約締結之

權者蓋鮮。大抵委任于全權公使。元首不過予以批准。然必經批准。始爲有效。其在國內動亂之際。則正當主權者。或不締結條約。而歸假主權者締結之。或未經主權者所委任。自行締結條約。事後再求主權者之追認。亦無不可。至條約之終了。則出于以下所列事項。

一 完全之履行。但須不以永久之給與爲目的者。

二 當事者之拋棄。

三 解除條約之成就或滿期。

四 爲條約所指物件之滅失。但其滅失。須非出於當事者一方之所爲。

五 因條約國一方之國狀變化。而不能履行其條約。如獨立國爲半獨立國之類是也。條約國間。當戰爭之際。則雖關於戰爭以外各事之條約。亦一律停止。

其在個人相互之條約。如拘束終身之自由。或以永久之給與爲目的者。則得由一定期間後。由當事者之一方面而隨意解除之。此法果能適用於國際間之條約與否。

學者各持異論。莫衷一是。惟於條約締結。若多歷年所。國狀大變。而履行條約。顯有害於國利民福。則取而廢棄之。固其所也。

條約之事。述之已詳。茲更叙不法行爲之事。如甲國或出于故意。或因過失而侵乙國之權利。因之而大有損害。則不可不賠償之。其賠償之法有三。曰賠款。曰辯解。曰謝罪是也。

海賊爲世界共認之罪犯。故不可不從捕拿國之法律以聽其裁判。若在現行犯。或使用武器者。則必處以死刑。所謂海賊者。蓋不經政府之認許。以私利爲目的。而奪掠船舶及貨物者也。據前所述。則國際間之關係。其于條約。殆與個人間之關係同。特個人間之權利義務。有國法裁判。國際間之權利義務。則無裁判者也。故勉從民法之原則。使順適於正義公平。是國際法學者所盡力也。

第二節 戰時之權

國家權利。若爲人所侵害。則不得不請求于加害國而回復之。彼加害國。苟即行聽

從。則亦已耳。否則不得不用兵力以求其回復。蓋個人間。無論何人。不能自施制裁。故權利之被侵害者。不得不訴諸裁判所。求其救濟。然在國際間。無強制加害者之裁判所。則被害者。自施制裁。亦固其所。此戰爭之所由起也。惟其作用。則須使之合于正義與人道。俾減輕其毒害。乃爲人間慶福。而戰時國際法之目的。亦在乎此。

第一款 交戰國之權

交戰國之權利。蓋關於戰爭之發端、效果、及結了。而逐次發見。茲特就此順序以說明之。

第一 戰爭之發端

當戰釁之開而調停之。其法有三。一爲受親好國友誼之調和。二爲委托某國而使其敵國爲調和之提議。三爲結仲裁。即周旋和解之意契約。選出仲裁人受其裁斷。其有用此三法而不能奏功者。則公表一切爭論之書類。以特輿論之判斷。倘問題甚小。則僅述其異議而已。至境界線之爭論。及其他類此之爭論。往往由抽籤而決。其更進

一步者。則用還報及復仇。是亦避戰爭之手段也。還報云者。謂他國加於己國臣民之處分。我亦以同一之處分。加於彼國之臣民。所謂法律上之相互條件。亦即此意。復仇云者。謂甲國之權利。爲乙國所侵害時。對乙國而自施裁制也。既盡此等手段。而尙不能達調和之目的。則必用戰爭。所謂最後之手段也。但於此際。當宣言開戰。以告戒己國及第三國之臣民。并敵國。其宣戰之方法。昔時乃派遣軍使於各方。依一定之儀式。以宣言戰爭。今則僅載宣戰之布告於官報。或通知外國而已。

第二 戰爭之效果

戰爭之主旨。在挫折敵國之戰鬥力。敵國之戰鬥力者。人及物是也。且其效果又及交戰國相互之通商條約。故交戰國間之戰爭效果。得自人物及其行爲之三點而觀察之。

甲 關於人之戰爭效果

陸上之兵力。由戰鬥隊守備隊及義勇隊而成。戰鬥隊中。隨有教士醫師人夫樂隊

酒保等。此等人除防衛一身外。不得用武器。敵軍亦不得攻擊之。凡此等人。則全立於傍觀之地位。而不與戰鬥者也。

海上之兵力。由軍艦及私船而成。私船者。受政府之許可。以助戰鬥者也。一千八百五十六年之巴黎條約。除西班牙合衆國墨西哥不入約外。其他各國。爾後概不許用私船。計加盟於此條約者。實有三十四國。

戰爭之際。昔時殘忍之風盛行。苟可以獲勝利者。無論如何殘忍。亦所不顧。今則不然。如附有毒物之器。加以苦痛之器。或有所傷痕。不能平復之器。如雙頭彈玻璃粒彈等類。俱嚴禁使用。

個人、軍隊、守兵等。有表示降服之意者。敵軍須亟停戰。且勝者見敵軍力有所不足。有催告其降服之義務。其對城砦。有於抗敵前。或抗敵中。催告其降服之慣例。戰場被捕獲。或既降服之兵卒。暫與羈留。至平和之日。或俘虜交換之期。則歸之。俘虜交換原則。乃一人與一人交換。同階級者與同階級者交換。在昔有以贖金買回俘虜

之習。如將官司令官。則每人十萬留布。(當二萬五千元)兵卒則每名七留布。或八留布。(當二元五角至三元)又有士官一名與士卒若干名交換之例。今皆廢止。又于俘虜中。有使設誓不再與戰爭而放還者。若背此誓。則處以死刑。其謀逃亡或反抗者。亦處以死刑。且于其國主權者不得加以兵力。其常例也。然有被俘虜者。則于此際。予以特別之待遇。

自一千八百六十四年八月二十二日糾奈李條約以來。凡野戰病院之醫員、看病夫、負傷者、搬運夫、會計官、及僧侶等。悉視爲中立。敵軍不得俘虜之。嚮則此等人與樂隊酒保。同爲戰員之屬從。而得爲俘虜者也。此條約又有病兵及負傷兵。不問國籍爲何。皆收容看護之。且司令官。可交付其敵軍之負傷兵於其前營。至埋葬死者。則由戰勝者主之。其于兩軍交綏之際。得約以數日休戰。

凡不與戰爭之人民。以不侵害其生命及名譽爲本則。萬一爲敵所有。亦僅供驅使。決無使服戰役之理。

乙 關於物之戰爭效果

關於物之戰爭效果。即論陸上及海上之戰利品也。請先論陸上之戰利品。據最新之學說。則陸上之戰利品。皆認數則如左。

一 不與戰爭之敵國人民之私有財產。不論其爲動產爲不動產。不得犯其秋毫。蓋戰爭者。乃交戰國相互之關係。非交戰國一個人相互之關係。故敵國人民之。不與戰爭者。不得謂爲敵人。即不得侵害其財產。苟侵害之。即爲強竊盜之所爲。唯敵國人民。有因戰爭而財產爲所徵發者。然必受相當之賠償。

二 敵國所有之財產。惟足以助戰鬪力者。得掠奪之。餘則不得掠奪。若主權者之私有財產。亦與一個人之財產同。不得而掠奪也。

三 敵兵占有之物件。如各種兵器馬匹輜重旗幟等。即爲敵國之財產。而成其戰鬪力者也。故得而奪掠之。然敵兵之私有財產。如衣服金銀寶石等。又不得奪掠之也。

四戰利品所有權取得之原因。乃戰勝者之權利。即本於戰權也。從來論此原因。其說甚多。大抵依無主物占有之原則而說明之。其言以爲敗者臨去戰場。不能攜帶。或以力爲敵人所取奪者。皆可認爲遺棄之物。然此等推測。大有反敗者之意。思敗者拋置其所有物於戰場。或爲敵人所奪取。誠出於不得已。初非有遺棄之意思。故此等物件。應以遺失物視之。不得以遺棄物無主物視之。要之戰勝者取得戰利品。實本於一種特別取得名義之戰權。

五戰利品之所有權。乃依動產即時取得之原則。而一旦落於占有者之手。即其權移轉于占有者。其關乎移轉之時期。亦有種種之學說。或謂占有者已置其物于安全之地。不致爲敵人取去。則其權遂移轉于占有者。或謂當於占有之後經二十四句鐘。而其權始移轉。或謂當於戰爭終結之時。而其權始移轉。今則前述諸說已歸一致。

六戰利品當歸爲戰爭張本之國家。或君主所有。國家君主。可依法令之規定。或任

意處分之。關於戰利品之國際法。其所論要旨。約畧如右。然亦非一定不移者。且理論雖公明正大。至其實際。則大異焉。

一千八百六十年十月。英法兩軍之侵入北京也。其大將孟脫。旁於圓明園聲言。許將校士卒。各略取一物。然其掠奪。自午前八時起。至午後八時止。舉凡數百年間所積累之珍器寶物。一掃而空。其兵卒等。莫不身纏錦繡綾羅。凡此等之掠奪品。爲英法兩軍所分。除選出各物。獻納法國皇帝及英國女皇外。餘悉賣却。以所賣之值。犒賞兵卒。聞每名平均獲一百佛郎。一佛郎當三角有餘

厥後未經十年。普魯西軍。忽對法國國民。爲無理之舉動。至法國外務卿約特爾。治將其情況通知其駐外公使。是役普人自稱軍規最嚴。秋毫無犯。其實不然。普軍所至。莫不恣行掠奪。器具寶石等。滿載車輛。送之本國。計其價額。實逾二億六千四百萬佛郎云。

次述海上之戰利品。就海上之戰利品與陸上之戰利品而論。其原則大異。在陸上

者。頗尊敬個人之所有權。不許侵害。即死者之私有財產。其可取與否。且審慎而討論之。在海上者。則以妨害敵國之商業。爲有利于戰爭。故雖個人之私有財產。亦爲當然掠奪。然今日學者多以爲非。蓋於海上陸上。認爲同一原則。一個人之所有權。決不得而侵害之。此其理由。不僅道義上以爲正當。即中止交戰國之商業。杜絕各國人民之需用。於理財上。亦爲不利。諸國漸知此說。惟尙未能實行。

關於行爲之戰爭效果

戰爭。則交戰國之商業。必大有影響波及之處。故交戰國有禁止其人民與敵國通商者。或有限于某項商業而禁止之者。更有以某種商行爲作爲無效者。如關於敵國財產之保險契約。必爲無效。此等制限。恒明示於宣戰之布告中。或以平時之通商條約。豫定戰爭之時。兩造人民。離去敵國之期限。及商業之制限。特交戰中。亦有繼續商業之關係者。如一千八百六十年。英法與中國戰爭之際。宣言謂英人法人及中國人間之商業。均不受障礙。即交戰國之一方。或無明約。亦不能使同盟各國。

全廢敵國之通商。但同盟國不得顯與敵國以便利耳。

第三 戰爭之終局

戰爭必由交戰國一方之服從。或平和條約之調印。始爲終局。

(甲) 交戰國一方服從之際

於交戰國一方服從之際。則戰勝國必取得主權於戰敗國之上。但於一切人身權及由法律所既得之私權。不得不敬重之。且戰勝國於名義上。本係繼續戰敗國者。故既取得一切權利。亦須負擔一切義務。

通常戰敗國。有爲戰勝國所合併者。其合併之狀態。可大別四種。一人之合併。二物之合併。三混合之合併。四附庸。故戰勝國。往往依投票法。諮詢戰敗國住民之意見。

(乙) 平和條約之際

平和條約。亦爲適用於條約中一切之規則者。其條約施行日期。若無明約。則以調印之日爲準。自此日始。條約即生效力。凡抗敵之行爲。即使善意。亦有損害賠償之

責任。夫平條和約締結後。即生解放俘虜。及未經收受之徵發免除等效果。戰爭中所停止之現存條約。由此時再行實施。敵軍戰鬥所占領之地。由此時復歸舊主。而對於土地之舊主主權。則認爲未嘗斷絕。其人民于戰爭之際。或被殺害。或被俘虜。其俘虜者。法律上與失踪者視同一律。故依平和條約之結果。其被解放而歸國者。舊時所有財產。均可與管理人與相續人返還之。

第二款 第三國之權

分第三國爲三類。曰同盟國。曰應援國。曰中立國。但同盟國及應援國。皆視爲交戰國之一方。或視爲共同交戰國。其實所謂第三國者。惟中立國而已。

同盟國與交戰國。同有干與戰爭之義務。大抵於同盟條約內。定同盟國救助之情形。及干與戰爭之程度。若有所疑難。則準用民法組合契約之規則。以組合資本及共同之目的爲比例。而配當利益。分擔損失。若由戰爭之異動。而同盟一方被不時之損失。則專歸其負擔。至他一方若有過失。則不在此例。然同盟國於他一方之所

有物。倘被敵國奪去。當取回時。必須互相返還。於攻守同盟之際。同盟國可審查他一方宣言戰爭之正當與否。於防禦同盟之際。同盟國於敵國之侵擊。可審查果出于他一方之挑發與否。而其戰爭。苟于同盟之全條約。有所不能豫見者。則作爲同盟國一方之戰爭。其他一方。可享受中立之利益。

應援國對交戰國之一方。僅負補給軍兵金錢及輜重等之義務。非若同盟國須親當戰爭之衝。其地大抵與同盟國相同。故應援國又曰不完全之中立國。

中立國者。當他國戰爭。而保平和之狀態。由國家獨立之原則而生者也。關於中立國者。僅可述其權利義務之大體而已。中立國之義務。一防止交戰國。於中立國境內。爲一切抗敵之行爲。二不得與于戰鬪。及其他一切之軍事。三對兩交戰國。保其最完全之公平。彼此毫無救助。此等義務之結果。乃中立國不得供戰時禁制品於交戰國。并不得破正式宣言之封鎖。苟破之即爲與于戰鬪。交戰國有檢查中立國船舶之權利。並稽查其國籍與其裝貨之性質。及到達之地方。

凡中立國。但不違背其義務。無論何事。皆得爲之。其國土。無論藉何口實。皆有不被侵害之權利。所謂國土。含其國土內之財產及住民而言。雖交戰國之人民。苟在中立國內。不爲抗敵之行爲。則其身體財產。永不被害。即交戰國之軍隊或船舶。入中立國。及其領海。固爲抗敵之行爲。亦不得而侵害之。中立國之人民。在交戰國內。身體財產。固不受害。但關於商業者。自古議論不一。當初盛行之主義。爲交戰國能在中立國之船舶中。捕獲敵國之商品。不得在敵國之船舶中。捕獲中立國之商品。其後則與此主義相反。蓋交戰國能在敵國之船舶中。捕獲中立國之商品。惟不得在中立國之船舶中。捕獲敵國之商品。至近時所行主義。則不得在中立國之船舶中。捕獲敵國之商品。並不得在敵國之船舶中。捕獲中立國之商品。頗擴張中立國之權利。今學者更進一步。倡議凡個人之私有財產。不問其在中立國之船舶中與在敵國之船舶中。皆不得捕獲。但此論雖當。尙未爲各國所採用。

第二章 國際法

國際法者。定國權之法律也。國權者。存于國與國間之權利也。詳言之。則一國之統治者。對他國之統治者所有之權利也。依此意義。則國際法。僅所謂國際公法而已。其國際私法。不過爲一種關於國際事項之國內法。非國際法也。前于法律之分類。已詳論之。然國際法爲法律與否之問題。亦視所謂法律之意義廣狹如何。而論斷因之有異。今日通行之學說。以國際法爲法律。故法律之定義。苟不能包含國際法。即謂爲不完全之定義。蓋即謂國際法非法律。然不得謂無國際法也。世皆認國際法與宗教道德並行。而望其大行於國際之間。而吾示決其爲法律之一種。

國際法淵源之最重要者。首爲學說。伯倫知理氏曰。學者論說。惟有道德之勢力而已。然因國際法規之缺乏。而學說頗增其價值。蓋講明道德之力。所以管轄國際關係之原則。而補充數多之缺點云云。然今日諸家意見不一。故當國際間爭議紛起。各援用己國便利之學說。而不相下。比比然也。其次於學說者爲條約。夫條約爲二國以上之合意。故多數之條約。苟就同一之事件。而認同一之條款。則關於其事件

者。所以示各國之意思互相一致。以確定表彰國際法之原則爲其基礎。其他若各國所共認之實行之國際上習慣。決定國際爭議之各國委員之宣告。關於戰時海上捕獲之諸國法令。捕獲審檢所之判決等。皆國際法之淵源也。

國際法爲萬國所遵奉之法律。雖屬近代之事。然國際關係。則自古有之。又爲東西各國所同。蓋數多國家。並存于地球之上。其間戰爭和親之關係。勢所不免。按諸歐洲歷史。在昔各國。大抵視外國人如禽獸夷狄。攻伐相奪。率以爲常。但由人類相愛之感情。往往有優遇外人之習。羅馬之盛也。打破當時之閉明諸國。而成一團隊。及其末路。漸破滅民間之等級。而爲平等。其時適逢日耳曼蠻族侵入。遂土崩瓦解。開中古封建之端。自是耶穌教勃興。唱人類平等之大義。布一視同仁之教理。國際關係。其基礎亦托於此。故國際法。實發源于耶穌教。然耶穌教之對異教。不能一視同仁。且封建制度之結果。諸侯有強戰之俗。故國際關係。有動搖不定之狀。其後王權強大。外國人亦受其保護。國際關係。頗有鞏固之勢。當此之時。恰有葛洛失斯司出。

本於國際關係之人道正義。大開宏議。各國頗傾聽之。葛氏之前。雖有論國際關係者。皆不精詳。至葛氏始集大成焉。雖然。國際法者。僅行於歐洲耶穌教國民之間。其他諸國。尙未能享其利益。此後當非爲耶穌國民所特有。將爲世界萬國共同之規則矣。亞細亞諸邦。受其規則之適用者。惟有日本耳。中國自道光二十二年七月。即西歷一千八百四十二年七月二十七日。始與英國締結條約。次與各國交際。每遇交涉。猶置於國際外。不以平等相待也。

民法要論

作新社藏版

民法要論目錄

言緒

第一 民法之名稱

第二 民法之意義

第三 民法之編成方法

第一編 物權

第一章 總論

第二章 占有權

第一節 占有權之取得及消滅

第二節 占有權之効力

第三節 准占有

一

二

三

七

七

二

三

一七

二〇

第三章 所有權

第一節 所有權之取得

第一 先占

第二 拾得遺失物

第三 發見埋藏物

第四 添附

第二節 共有權

第四章 地上權

第五章 永久佃作權

第六章 地役權

第七章 留置權

第八章 先取特權

二〇

二三

二四

二五

二六

二六

二九

三一

三三

三五

三九

四三

第一節	先取特權之種類	四四
第一款	一般之先取特權	四五
第二款	動產之先取特權	四七
第三款	不動產之先取特權	四九
第二節	先取特權之順位	五〇
第三節	先取特權之効力	五四
第九章	質權	五七
第一節	總論	五七
第二節	動產質	六二
第三節	不動產質	六四
第四節	權利質	六六
第十章	抵當權	六九

第一節	抵當權之意義	六九
第二節	抵當權之効力	七一
第一款	抵當債權者之効力	七一
第二款	對於第三取得者之効力	七四
第一	辦了	七四
第二	滌除	七五
第三	拍賣	七八
第三節	抵當權之消滅	八〇
第二編	債務	八三
第一章	總論	八三
第一節	債權之意義	八三
第二節	債權之目的	八四

第一款	總論	八四
第二款	物之給付	八七
第三款	金錢債權	八九
第四款	利息	九二
第五款	選擇債權	九四
第三節	債權之効力	九八
第一款	履行	九八
第二款	損害賠償	九九
第三款	對於第三者之効力	一〇五
第四節	多數當事者之債權	一〇八
第一款	總論	一〇八
第二款	不可分之債務	一〇九

第三款 連帶債務

一一二

第一 連帶債務之性質

一一二

第二 連帶債務之起因

一一六

第三 求償權

一一六

第四款 保證債務

一一八

第一 保證債務之性質

一一八

第二 保證人之求償權

一二一

第三 數人之保證人

一二三

第五節 債權之讓付

一二四

第六節 債權之消滅

一二九

第一款 辦了

一三〇

第二款 相殺

一四一

第三款 更改

一四四

第四款 免除及混同

一四六

第二章 契約

一四七

第一節 總論

一四七

第一款 契約之意義

一四七

第二款 契約之類別

一四九

第一 雙務契約與單務契約

一四九

第二 有償契約與無償契約

一五〇

第三 諾成契約與要物契約

一五一

第四 爲主之契約與爲從之契約

一五一

第五 有名契約與無名契約

一五二

第三款 契約之成立

一五二

第四款 契約之効力	一五八
第一 雙務契約	一五八
第二 爲第三者而生之契約	一六〇
第五款 契約之解除	一六一
第二節 贈與	一六五
第三節 賣買	一六七
第四節 交換	一七五
第五節 貸借	一七五
第一款 消費貸借	一七六
第二款 使用貸借	一七八
第三款 貨貸借	一八〇
第六節 雇傭	一八三

第七節	包辦	一八六
第八節	委任	一八八
第九節	寄託	一八九
第十節	合併事宜	一九一
第十一節	終身定期金	一九三
第十二節	和解	一九四
第三章	事務管理	一九五
第四章	不當利得	一九七
第五章	不法行爲	一九九

民法要論目錄 終

民法要論

作新社編譯

緒言

第一 民法之名稱

所謂民法云者。其義寔譯自法蘭西語特祿和希卑爾 (Droit Civil) 與戈特希卑爾 (Code Civil) 一語而來。法蘭西之特祿和希卑爾 (Droit Civil) 者。其源又出於羅馬語之及斯希卑爾 (Jus Civil) 當羅馬之武力强大也。盡征服近隣諸國。而編之爲屬隸。迨屬隸既多。屬隸國與羅馬之間。交通漸繁。於是遂生支配屬隸國民法規之必要。然羅馬國。固有從來種種之法規存在也。然羅馬人則以爲此羅馬固有之貴重法規。但可以之支配我貴重之羅馬人。而非可以之支配屬隸諸種之賤屬。支配此屬隸之賤屬。則用通行於意大利各地之習慣法。此習慣法。遂稱之爲及斯程吉 (Jus gentium) 而從來固有之法規。則稱之爲及斯希卑爾 (Jus Civil) 譯

其意。及斯程吉者。萬民法之義也。及斯希卑爾者。國民法之義也。是故。今之所謂民法。即及斯希卑爾。其始爲區別萬民法之名稱。今之憲法、行政法、刑法、訴訟法、悉皆包含之。時勢變遷。而此及斯希卑爾之一語。漸變爲區別公法而指私法之名稱。輾轉又變爲區別刑法與商法之名稱。究之。其語意漸移而漸狹者。實由法律之進步。由單純而至複雜。分化而各別其名也。

第二 民法之意義

規定法律之關係有二種。一、則國家與人民之關係。一、則人民與人民間相互之關係是也。於法學上。規定前者之關係。則謂之公法。規定後者之關係。則謂之私法。（此公法私法。蓋已詳於法學通論。）此民法也者。即屬於後者之私法。而規定人民相互間關係之法律也。然或有謂民法非私法之全體。特規定關於人民日常最普通之生活而已。其外尚有規定不關於普通之特別法。如商法。則僅規定關於商人之事。如出版法。則僅規定關於出版之事之類是。

由是觀之。則下此民法之定義。當如左所云。

民法者。普通之私法也。

第三 民法之編成方法

編纂民法典之方法。雖有種種。然至近世。皆以論理的分類而編纂之。而此論理的編纂。蓋有二種。其一、爲羅馬式。(Institute System) 其一、爲德意志式。(Pandekten System) 羅馬式起於耶斯地尼安帝之教科書法典。(Institute) 教科書法典者。仿堪約司氏著書體裁。而分全典爲三編。第一編、爲人法。第二編、爲物法。第三編、爲訴訟法。第一編之中。規定家長權、婚姻、養子、保護人等。第二編之中。規定所有權、其他財產權、相續義務等。第三編之中。規定民事訴訟之條例。法蘭西意大利等之民法。悉效此順序。彼日本之舊民法。亦不出其範圍。德意志式。德國之研究法律學者所創設也。一千八百六十五年。(同治四年) 始採用之爲法典。爲索遜民法。其法典之順序。第一、爲總則。第二、爲物件法。第三、爲債務法。第四、爲親族法。第五、爲

相續法。日本往年發布之新民法。則與此稍異。即脫胎於此。而稍改之者。第一爲總則。第二爲物件法。第三爲債務關係法。第四爲親族法。第五爲相續法。因日本之新民法之次序觀之。則實與索遜民法之次序相同。第一編所謂總則者。即揭明關於權利主格之人。及關於法人之規定。權利之目的物者。爲權利發生。移轉。消滅。等原因。法律。行爲。期間。權利得喪之法定原因。與時效之規定。第二編所謂物權者。始通諸種物權而定規則。如占有權。所有權。地上權。永久佃作權。地役權。留置權。先取特權。質權。抵當權等。凡關於各種之物權者。爲之揭其規定。第三編所謂債權者。始揭債權之目的。效力。體樣。讓與。消滅。等。以爲總則。次揭爲債權原因之契約。與事務管理。不當利得。不法行爲。等。第四編所謂親族者。揭家族親族間之關係。如婚姻。親子。保護人等之規定。第五編所謂相續者。揭家督相續。遺產相續。遺言。等之規定。如上所言。則民法者。實以此五編而成。而此書。則以民法要論爲題。雖如不可不論五編之大意。然諸君既讀法學通論。則民法總則之大意。必已通曉。故此篇除去總

則。且如親族相續之二編。因各國風俗習慣不同。立法亦異。不能一率論之。即論之而讀者亦苦難索解。姑俟他日。研究中國原有法律之理。及按合中國風俗習慣等。別編成一書。而此篇獨論物權、債權、親族、相續之大意。以後即論述此二編之大意者。論述大意雖似甚易。而其實卻難。過密則不易了結。過粗則難於了解。惟採繁簡得宜之法行之焉。

第一編 物權

第一章 總論

(一)物權之意義。物權者。財產權之一種也。財產權者。組成人之資產之權利也。資產者。各人得自處分之。而以爲生存之材料者也。例如土地。如空氣。皆爲人生存之材料。然空氣則人不能處分之。而不得謂之資產。如土地。則人得處分之。而得謂之資產。又名譽與身體等。亦均爲生存材料。與此無異。雖然。非各人所得處分者。則不得謂之財產。然則財產權者。實與人格權對稱之名也。故物權者。行於物（即有體物）之上。而非對於特定人之權利也。即直接其物而置於自己勢力之下。一切排斥他人。而使他人無不服從其勢力。申言之。則物權者。可抗對舉世之人者也。若如債權。則雖亦以物爲目的。然不能直接而支配其物。直接之目的。在特定人之作爲。與不作爲也。例如所有權者。物權之一種也。故如土地之所有權。則其土地之如何

處置。得以自由。而舉世之人。悉不得干涉之。

(二)物權之創設。物權者。得對抗舉世之人。其權利甚大。故不許各人擅以自己之創意。而定新物權。如許之。必至害於公益。所可創設者。獨有依於法律而已。所謂依於法律者。即民法與其他法律所認為物權者是也。此即所謂物權以外則無所謂物權。如以一私人而擅自設新種之物權。則不可。日本民法所認之物權者。為占有權、所有權、地上權、永久佃作權、地役權、留置權、先取特權、質權、抵當權、之九種。其他法律所認為物權者。即對於礦物權利等也。例如日本舊民法。如用益權者。認為物權。而新民法。則不認之。故如有甲與乙相約。以其所有土地之收穫。畢世贈與乙。此合意上之物權。則非所謂物權也。故其土地之所有權。若已移於他人之後。即乙亦不能命此土地之新所有者。以其收穫與己也。

(三)物權之設定轉移。物權之設定云者。與創設異。既於法律認為有物權之權利者。即使發生之於實際之謂也。例如我所有地之上。許他人以永久佃作權。永久佃

作權者。有規定於民法之物權也。故即爲物權之設定。所謂物權之轉移者。權利之主體。變更之謂也。即既存在之物權。自甲而移於乙之謂也。例如甲賣其所有地於乙。即物權之轉移也。

物權之設定轉移。法律之主義有二。一、爲形式主義。一、爲意志主義。形式主義云者。法律上於物權之設定轉移。有必履行一儀式之要。凡不履行者。不得謂之設定轉移也。其主義蓋如此。例如登記、作證書、或則於見證人之前。爲一種之行爲。發一種之語之類。此即所謂形式主義也。意志主義云者。唯於物權之設定轉移。有關係者之心向如何。此外無復餘事。其主義蓋如此。古昔法律之行爲。凡事皆須儀式。自後漸漸重人之意志。而不拘於儀式。日本新民法。亦執行意志主義。其設定轉移物權也。不必用儀式。僅以當事者意志之表示而成。例如甲有賣之意志。乙有買之意志。互表示之。而其兩意志適合。則賣買物之所有權。即自甲而轉移於乙。其外不要他事。

然如右所述。僅以表示意志。而即成立物權之設定移轉者。僅對於當事者之間而云耳。若欲以之對抗當事以外者。則不可不有公示。公示之方法。在不動產。則爲登記。在動產。則爲交付。例如甲賣其土地於乙。而未登記。又賣之於丙。甲丙間之買賣。既爲登記。則乙不得對於丙。而主張其土地所有權。而丙既取得其土地所有權。對於乙。而主張其所有權。何則。蓋物權之設定移轉。其對抗於第三者。（即買賣外之人）須有公示之方法。若或隱秘爲之。則不得對抗。而此第三者。必因之起損害。例如有一土地。設定爲抵押權。有抵押權者與抵押債務者之間。祇求合意。而其事即成。然只就二者之間言之而已。非能以此對抗於世人也。故第三者。倘不悉其爲抵押之物者。則信爲無抵押權而買受之。則第三者。必受不測之損害。故如登記交付等公示之方法。決不可少也。

(三)混同。同一物上之所有權與他物權歸於同一之人是。例如甲自乙而借有永久佃作之土地。則於其土地有甲之永久佃作權。與乙之所有權。然其後甲自乙而

讓受其土地。則其地之所有權。與永久佃作權。全歸於甲之一人。於此等處。理論上。雖如所有權。爲所有權。永久佃作權。爲永久佃作權。各各存在。然若兩存之。則法律上之關係。仍無少異。唯從來法律上混雜。而無實益。故此所有權以外之權。即前所謂永久佃作權。可即時消滅。若此者。謂之混同。

所有權以外之物權。與以其物權爲目的之權利。同歸於一人者。亦如此。例如甲有永久佃作權。乙則於此永久佃作權上。有抵當權。乙若自甲而讓受此永久佃作權。則此抵當權亦可消滅。

雖然。如前揭二者之可消滅時。又有其權利爲他權利之目的者。例如甲爲所有者。乙爲永久佃作人。丙又對其永久佃作權。有抵當權。此時若爲其權利亦消滅。丙之抵當權亦從而消滅。則丙必至受損害。故所謂可消滅之權利。尙爲他權利之目的。則不可消滅。

占有權。不依於混同而被消滅。縱令所有權歸於一人。而亦不消滅。苟消滅之。則以

其占有爲權利。而保護之效力。必減其半以上。觀於後述自明。

第二章 占有權

占有 (Possession) 者。只不過事實歟。抑即爲權利歟。此自古學者之所爭論。而至今尙未歸於一定者也。雖然。於日本新民法中。名之爲占有權者。即亦爲一權利。而規定之於物權篇之中。今試詳論之。

法律。何以保護此占有乎。是亦一問題也。或謂保護占有者。所以保護人身也。占有者。若爲他人侵害其所占有。則占有者之人身。爲受變更故。而至招幾分之損失。必無用疑。法律者。不可不回復此損失者也。故云保護占有者。全爲保護人身也。或謂人之占有其物者。其人必置其物於自己意志之範圍內也。於日本民法。則以爲保護物權故。而保護占有。實較妥切。例如所有權者。最強大之物權也。得自由使用之。而處分之之權利也。然苟其所持物。一旦非其所持。則不得使用之處分之矣。苟於此被人侵奪之時。說明其所有權而得回復之。則自被侵奪至其回復之時。其間經

時甚多。且其爲證明也甚難。故法律即保護其現時所持之狀態。而名之曰占有權云。其他如地上權、永久佃作權、質權、以及種種物權。非有保護其所持之狀態。則其効力必不完全。占有者、實爲諸凡物權之基礎。故於法律以占有爲一種之權利而保護之。以全物權之保護。

第一節 占有權之取得及消滅

(一) 占有權之二要素。占有權有二要素。一爲心素 (Animus) 一爲體素 (Corp-
us) 心素者。指占有人之意志。與所占物之關係。以所占物。爲自己所有之意志。又有排除他人而自己管理之之意志。如是者心素也。體素者。指占有者與所占物之關係。直接握持其所占有物。而置於自己勢力之下。且又排除他人之干涉。此所占有物。如是者體素也。

羅馬法學者。於占有之心素。則要有所有之意志 (Animus domini) 於體素。則要有保持所有之狀態。如法蘭西。則探此主義者。然如此則所謂占有者。實失之狹。所

有權外之物權。至不能依占有而得保護。何則。蓋所有權外之物權。有欠所有之意志也。例如永久佃戶。如質舖。其永久佃作之土地。或質物。無自己所有之意志。明白也。則永久佃作權。質權。不依占有權而得保護之。以故日耳曼與英吉利之學者。以爲占有之心素。不要有所有之意志。有排除他人之意志。則足矣。近世之立法者。實傾於此主義。於日本之民法。則心素者。以爲自己之意志爲足。即無論所有之意志。與保有物權之意志。苟排斥他人。而視同自己所有者。無所不可。善意與惡意。權利原因之有與無。皆所勿問。又體素者。定要有所持之物。所謂所持者。即置有體物於己之勢力之下。而在得排斥他人之干涉之地位。有體物者。無論握於手。藏於懷。即所住之家屋。與所管理之土地。無一非是。

(二)取得及消滅。以上所述之二要素。以自己之意。則爲心素。有所持之物。則爲體素。備具此二者。即爲取得占有權。苟欠缺其一者。即爲消失。但此外又有一例。占有之體素。(即所持物)或因被橫奪而消失者。於此時也。被奪者得提起占有回復之

訴。而請追取占有物。然提起此訴也。尙須原告有者。於被橫奪之時起。至得還附之時。其間爲失此占有權者。不但背於道理而已。且其保護此占有權之道。亦未爲得宜。即如此提占有權回復之訴。而始爲不消滅其占有權。

(三)代理占有。權利由代理人取得者。爲法律之原則。然占有權者。固基於事實要有所持之目的物。既如前述。故以事實言。則他人所持其目的物。如無保護之必要。又如前述之人身保護說。則使他人爲占有者之身體。不以占有侵奪而受影響。則於占有有不許代理之結果。故於占有權。得適用此法律之原則與否。尙屬疑問。然於日本民法。則以明文排除此疑義。定占有權亦依代理人而取得之例。

(四)占有權轉移。物權之轉移。不要必有形式。只以意志而已足。既如前述。然占有權於自己意志之外。要有所持之目的物。爲外形的形體。以爲要素。故凡讓與者。不得但依自己之意志而讓與之。是爲當然之道。凡欲爲讓與者。即意志之外。要有目的物之受授。即爲所持物之轉移。

(五)性質上之意志。法律上對占有者。下四項之推定如左。

一 以所有之意志而占有。

二 以善意而占有。

三 平穩占有之。

四 公然占有之。

占有者。或僅爲自己之意志。而有所持物。或爲質物。而有所持物。或爲永久佃作權之目的。而有所持物。又或爲所有物。而有所持物。其意志雖有種種。然法律則限於無反對之證據。占有者所有之意志。與有所持之物而可。何則。所有之意志者。於占有者所有意志中。最爲強大。無論有若何意志。占有者決不依之而受害。例如質舖看做有所有之意志。而占有之。則當毫不見受害。不但如此而已。則占有之保護。必得因之而全。

善意者。非於道德上有善心之意。而爲無瑕疵之謂也。信自己之有權利。而不知自

自己之無權利者。皆善意也。法律限於無反證者。看作占有者信自己爲有權利。而不知自己無權利。如此而已。

平穩者。無強迫暴行之謂也。公然者。非秘密而有盡人皆知之態之謂也。法律限於無反證者。看作占有者。不以暴行強迫。且無隱秘他人之事。而有所持占有物者是也。

以上四項之推定。關於占有之性質者。取得時効之規定。並如次述之於占有効力上之推定。有至大之關係。必彼此相待而後占有權之効力始全。

第二節 占有權之効力

(一) 推定。占有者。行於占有物上之權利。有種種。以之爲己之所有物。行所有權。於質物。行質權於地上權之目的物。行地上權。無論行於何之權利。苟依法律上所認許正當之方法而取得者。即爲法律所推定。如行所有權之占有者。即爲正當之所有者。行質權之占有者。即爲正當之取質人。證以此事實。而若反對者。則不是。例如

不能舉示其事實之憑據者。即爲非所有者。非取質人。若此。而占有者始得立於安全之地位。

(二)果實之取得。善意之占有者。無論天然之果實。與法定之果實。皆可取得。天然之果實者。如自樹木而生之蜜柑、柿子等類。法定之果實云者。如金錢之利息、家屋之貸賃等類。

(三)動產之即時取得。動產之占有。而備具左之四條者。則可即時取得而行動產上之權利。

第一 平穩占有之。

第二 公然占有之。

第三 占有有善意。

第四 占有無過失。

占有之平穩、公然、善意、既說明如前矣。如所謂無過失者。亦爲普通之留意而已。例

如自一面不識之人而受金剛石。則占有者不得爲無過失。又如於陳列之店。謂之擺攤以其物件爲無主物而占有者。則不得爲無過失。

動產之上。行所有權。則占有者。須備具右四者。而後取得所有權。行質權時。得質權等。即占有者取得行使之權利。其所以有如此定理者。蓋動產者。極易輾轉者也。若不設此定規。則真所有者。真權利者。當爲誰。實不易知也。而受授必至於困難。但占有物爲盜品。或爲遺失品。則有例外。其本主可對占有者而求其回復。

(四) 占有之訴。物權之訴有二種。本權之訴與占有之訴是也。本權之訴者。占有權以外之物權之訴也。關於占有權者。其訟訴之法。貴乎簡易迅速。故於現行法。裁判所之管轄。且占有之訴與本權之訴。全爲獨立。而不相關。裁判官不得以本權之理。以裁判占有之訴。例如甲爲乙橫奪其占有權。因而起回復占有之訴。以求回復。裁判官不得以乙所有之理。以宣告甲之敗訴。當探究甲果占有者乎。乙果橫奪之者乎。如此推究。而後下其裁判。

占有之訴有三種。有保存占有之訴。有保全未來占有之訴。有回復占有之訴。三者是也。保存占有之訴者。占有者既受妨害時。求停止其妨害之訴是也。保全未來占有之訴者。於未來慮有受妨害之事。求豫防之訴是也。回復占有之訴者。其占有物既爲人奪去時。求返還占有物之訴是也。

第三節 准占有

信自己權利。或不知自己無權利者。間有爲財產權之行使。例如非債權者。信爲債權者。迫債務者以履行之事。其狀態酷似占有。然占有之目的。有形之物也。於此則其目的之權利爲無形。名如此狀態。爲准占有。適用於關於占有之規定。

第三章 所有權

所有權者。最強大之財產權也。所有權之起源。或曰起於最先占有無主物。或曰起於加力於人類共通之物件。或曰起於人民之訂約。諸說紛紛。茲不詳述。於此只云所有權。起於法律而已。凡權利者。法律之所創定者也。所有權者。亦權利之一種也。

故亦必待法律而始存。法律之範圍內有所有權。法律之範圍外無所有權。所有權者，於法律命令之範圍內，完全無缺，得支配有體物之權利也。

所謂完全支配其物者，即其支配之關係，不限於一定之方面，即所有者得逞其意向之所之，而處置其物之謂。他人不得妨害其處置。雖然，如前所云，則所有者，唯限於法律範圍之內，而所謂完全者，亦唯完全於法律（廣義）之內而已。試再以圖明之。所有權者如乙圖，而非如甲圖也。

圖 甲

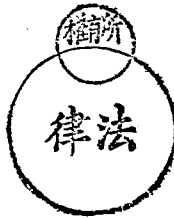


圖 乙



所有權者。既如右述。有完全支配物之權利。能得自由使用收益、處分、之權利。自由云者。無限制之意也。絕對之意也。無論用如何方法。如何目的。皆得隨意使用。

收益處分之意也。但其自由。必須在於法律命令之範圍內。不可待言。

使用云者。直接以物供自己利益之謂也。如用筆以書字。用書以誦讀。用椅子以坐倚之類皆是也。收益云者。不損物之本質。以收果實之謂也。如自土地以收穀菜。自房屋收賃金之類。皆是也。嚴格言之。則收益亦使用之一方法也。處分云者。自己消滅其物之謂也。毀壞其物者。處分也。賣其物於他人者。亦處分也。

所有權之在於法律之限制內者。如前所述。而所有權上有如何限制。則動產之限制。多依於警察命令而屬公法。如限制銃器之使用。則有狩獵法。限制車馬之使用。則監督之街路法。是也。而於民法上。殆無限制。

土地之所有權者。均及於土地之表面。與土地之上空。與土地之下至地球之內部。然自公益上有所限制。與相隣者之私益上亦限制之。自公益上限制者。如以軍備。衛生。安寧。等而存者是也。自相隣者之私益上限制者。如關於隣地使用。隣地通行。流水。境界等。與相鄰者爲互益而存者是也。今試言其一二。若所有權無限制。則

人有使他人不得侵入我所有地內之權利。然如袋地。即四邊爲他人土地所圍之地。或如一方臨懸崖河海。三方爲他人所有地。則非通過他人所有地。必不能出公路。或則欲出公路而極困難。若不得通過他人之土地。則其土地必爲廢物。國家經濟上甚不利益。故此等處。法律上必限制其隣地所有權。如袋地之所有者。許通過我之所有地。又如低地之所有者。若築壁以阻鄰地之自然流水。必致鄰地水溜。成爲廢物。故法律上。亦限制之。於其所有權內。定不得爲妨害鄰地自然流水之工事等。

法律命令之外。無限制所有權者。例如十年間之所有權者。此所有權存在間。所有者得使他人使用我所有物。而因之以收益。雖然。使用收益之權利。非組成所有權本質之要素。只不過其一作用。故增與之於他人。而其本質。則仍未嘗損也。不過爲所有權之實行而已。

第一節 所有權之取得

所有權之取得，亦與他之權利同一方法。即依時效、占有、契約、等而取得。不待言矣。雖然，此有獨限於所有權取得之方法。所謂所有權之特殊取得方法，即先占、拾得遺失物、發見埋藏物、及添附是也。

第一 先占

先占（羅馬 *Occupatio* 英 *Occupancy*）者，以自己所有之意志，持無主物之謂也。

欲得所有權，必須要有所有之意志。此當然之理也。而若但有所有之意志，而不知先占物為無主物，或信其為無主物故，縱令意在竊取其物，而物屬無主，則不妨先占而得所有權。先占之目的物，要為無主物。無主物云者，現無所屬於人之謂也。則未曾有一為所有權之目的物者。無主物也。即前曾為所有權之目的物，而放棄之者，亦無主物也。

古昔因先占而取得所有權者。無動產不動產之區別。學者往往以先占為所有權

之起原。然至近世。以先占而取得之所有權。僅限動產。若不動產之無主者。歸於國家之所有。其所以然者。以不動產者。爲國之基礎。而貴重之物也。在古昔無主之不動產雖多。至近世而極少。且此不動產。不能如動產而現實有所持。則欲判別爲何者爲最先之占有者甚難。故一有無主之不動產生。則人人競欲爲最先占有者。致爭鬥而害國家之安寧。

無主之動產。至今亦不甚多。其例如山野之鳥獸。河海之魚介。海濱之砂石等即是。

第二 拾得遺失物

遺失物者。因某種限制而其物歸拾取者之所有。

遺失物者。占有者無拋棄之意志。而他人亦無奪取盜取之意志。蓋偶然失其所占有之動產之謂也。

遺失物。有特別之規定。如拾得者呈之於官。自官公告之後。經一年。而所有主尙不明者。則其物歸拾得者所有。蓋經一年而所有主尙不明者。以推測而知其無所有

主也。(日本明治九年布告第五十六號參照。)

第三 發見埋藏物

埋藏物者。蓋其物隱匿於他之物內。或埋沒之。而所有主不明之物也。例如埋於地下之寶物。塗於壁內之紙幣是。

埋藏物。公告後經六個月。所有主不自出認者。其物歸發見者所有。若發見者與埋藏物(如前例之地與壁)之所有者。異其人。則各取得埋藏物一半之所有權。

第四 添附

添附(Accession)有三種。附合、混和、及加工、三者是也。

(一)附合。附合有二種。一不動產上之附合。一動產上之附合。

不動產上之附合。例如寄洲。

寄洲者即日俗稱貯魚之水洲外圍籬笆中類地語蓋漁家用以畜養所捕之魚也

從一不動產而附著

之物之謂也。又如附於家戶之材木。若棟柱等。亦不動產上之附合也。如家屋。若從純理上言之。則亦為土地之從物。而附著於土地者。然日本之習慣。則土地與在其

上之家屋。全別爲獨立物。故家屋不得爲土地之附合物。

凡不動產之所有者。即可取得其附合物（即附着之從物）之所有權。

動產上之附合物。如二個以上之動產。合爲一體。若非毀損之。或投過分之費用。不能分離者。如此之物。名曰合成物。於此合成物。若增合以前之所有權。依然存在。則不但經濟上甚不利益。而且各物之所有者。均不利益。故不得不全消滅所有之權利。而成新合成物。此新合成物。將歸於何人所有乎。則須判別合成物中之部分。以何者爲主而組成。組成中爲主之部分。其所有者。即可取得此所有權。例如寶石之指輪。則所有指輪之人。即取得所有權。附圖繪之書籍。則所有書籍者。即取得所有權。

依附物之方法。有不得如上區別主物從物者。則應以前所有物之價額。以共有此合成物。

(二)混和。混和云者。有二個以上之動產。混合融和。而至不能辨別之謂也。此混和

也。可與動產上之附合。依同一之原則。例如一斗酒與一升醬湯混合。上海米與燕湖米混和之類。

(三)加工。加工云者。他人之動產上。施工作之謂也。例如於他人之水晶。而施雕刻加工。則以歸於加工物材料之所有者為原則。唯苟加工之價值。非常超過其材料之價值。則為例外。而歸加工者之所有。例如有名之畫工。繪畫於他人所有之畫絹。畫絹之價值。僅僅無幾。然因畫而生數十圓。或數百圓。則此工物。(即畫絹)當歸畫工之所有。

又有加工者。自供幾分之材料。即為兼附合。與加工之二者。例如於他人所有之鐵板。嵌以金象等。於此。則加工者材料之價。與因加工而生之價。當合計之。若超過他人所有材料之價。則加工者。可取得所有權。其外則所有權悉歸有材料者之所有。以上之添附者。或者得利益。或者招損失。故其被損失者。可自得利益者。以應於不當利得之原價要求償金。

第二節 共有權

共有權者。所有權之變體也。一則所有權屬於一人。而爲常體。一則所有權屬於數人。而爲變體。變體者。稱之爲共有權。共有權發生之原因。爲同業契約。遺產相續。附合混和。及其他種種。

各共有者所持之分。雖多由於共有權之發生之原而定。然其不能明白之處。亦實不少。此不明白時。則法律每以其所持之分爲平等。以推定之。

各所有者所持之分云者。非共有物所有之部分之謂。而各共有者所有權之比例之謂也。各共有者。非僅有共有物一部分之所有權。而對其全部所有權也。即有支配其共有物全部之權利也。若此。故各共有者之權利。或於共有物上相衝突。因而爲各共有者相互之利益。而遂限制其權利行使之範圍。如次。

各共有者。對其共有物之全部。皆得使用其所持之分。例如二人共有家屋。其所持之分。苟相均。則所謂各共有者。非各有其家屋之半分。而各有二分其家屋全部之

一權利之比例也。故苟其家屋。一人一日使用。而他之一人。亦能一日使用之。此一人使用一月。則彼一人亦使用一月。又如甲乙二人共有一馬。若甲所持之分。爲三分之二。乙所持之分。爲三分之一。則甲使用二日。而乙使用一日。各應其所持之分。而定其使用之多少。

所有權屬於一人。則所有者得隨意變更其所有物之狀態。例如變金塊爲指輪。破毀家屋爲材木。均任其主人意志之自由。然於共有權。如使以共有者一人之意志。而爲之。則他之共有者。必因而受害。故非共有者皆同意。則不得變更共有物之狀態。然若僅爲保存共有物之行爲。爲維持共有物。而其利益歸於共有者之全體。則亦得以共有者中一人之意志。而爲之。又如共有物之利用。或改良等。非爲保存上所必要。其變更物之狀態。亦非大事。則應於共有者所持之分之多少。依過半數之同意。而爲之。例如有甲乙各三分。丙二分。丁戊各一分之共有物。若甲乙。或甲乙丙同意。則得利用改良之。若丙丁戊同意。甲乙不同意。則不得爲之。共有者之權利既

此。故各共有者對其所持之分。而亦各任共有物之擔負。可不俟論。

如以上所述。共有物非經共有者全體之同意。則不能變更。又其對於保存利用改良等。不如專有者注意周到。則一般人情。經濟上不利益處甚多。故法律欲成共有物之分割。而與各共有者分割請求之權利。且無論何時。均許其請求。

第四章 地上權

地上權者。借地權之一種也。於民法所認爲借地權者。有四種。地上權。永久佃作權。賃借權。使用借權。是也。其中地上權。永久佃作權二者。爲物權。賃借權。使用借權。二者。爲債權。

地上權云者。於他人之土地。或爲工作物。或爲所有竹木。或有償。或無償。而使用其土地之權利是也。

地上權之目的。即土地之所有權。存於他人者。於存於他人所有物上之權利。名之曰他物上權。

地上權之權利者。使用他人土地之權利也。而其使用之範圍。則限於如有工作物。所有竹木之程度。其外則不得使用。所謂工作物云者。如家屋池沼等。凡依人工而製造之物是。

於地上權有有償者。有無償者。然有償者。爲常事。而無償者。甚稀。於有償者。則自有地上權者。與土地所有者之報償金。名之曰地租。

地上權。依契約。遺言。時效。等而取得之。因其行爲。而設定其相續期間。例如以契約而設定地上權。則於其契約得隨意定之。然若其期間無定。則裁判所得參酌諸般事情。而定之以短則三十年。長則五十年之範圍內。

有地上權者。得讓其地上權於他人。或爲質（權利質）又爲抵當。

有地上權者。對其地上之工作物。竹木等。有完全所有權。故於地上權消滅時。得取去其工作物。竹木等。只須回復其土地之原狀。如掘池則埋平之。竹木則拔去之。有泯其跡之義務。然若於土地之所有者。有以時價買取地上之工作物。或竹木之意。

則可不要除去工作物竹木之勞。而即以之賣之於土地所有者。若此。則彼此均有利益。而國家亦因之而得利益。

故於此等處。如地上權之所有者。非有正當之理。則不得拒絕土地所有者之收買。然有如何之理而後始可爲正當也。則當應各地而定。爲事實之問題。今試舉其一二例。如有地上權者。於此之作物竹木等。有使用於他處之目的。或如有現時價更高之買取者。若此。即可爲正當之理。

第五章 永久佃作權

永久佃作權者。亦借地權之一種也。其異於地上權者。在永久佃作權必爲有償者。永久佃作權所用之的當。在耕作或牧畜。即所謂永久佃作權者。出永久佃作料。自二十年至五十年之間。得於他人之土地上。耕作或牧畜之權利也。永久佃戶之權利如左。

(一) 永久佃戶。得讓其權利於他人。或爲質爲權利質爲抵當。

(二) 永久佃戶。得於耕作或牧畜之範圍內。自由賃貸其永久佃作權之目的。而使用其土地。

(三) 永久佃戶。得賃貸其權利之目的物即土地於他人。唯不得以視己所有之權利更大者。賃貸於人。但得於自己所有權之範圍內。賃貸之而已。即賃貸之期限。不得超過自己永久佃作權所有之期限。又賃貸之目的。仍不過爲耕作畜牧之目的之類。

(一) 永久佃戶之義務如左。有出佃料之義務。佃料者。使用土地之報酬金也。依定期而付與者也。其佃料。不必限於金錢。以土地之所收穫者與之亦可。若永久佃戶二年以上。不出佃料。則土地之所有者。得請求消滅其永久佃作權。

(二) 永久佃戶不可不保存其土地之原狀。不得有所變更。致生永久之損害。如設耕作必要之水道。永久佃戶雖有此權利。然若掘受圖上之土。而搬運於他處。以爲水田。則永久佃戶不得有此權利也。

第六章 地役權

(一)地役權之意義。以廣義言。則地役權(Servitude)云者。特定他人所有之土地。而使用之之權利也。其爲一定之人之便利而存者。則謂之爲人的地役(Personal Servitude)。其爲一定之土地之便利而存者。則謂之爲地的地役(Praedial Servitude)。

地役權(即地的地役以下仿此)者爲一土地之利益。而使用他人所有土地之謂。故地役權之存在。必要有兩個所有者。相異之土地之存在。其爲地役權而受便益之土地。名之曰要役地。其供便益之土地。名之曰承役地。在或國雖認建築物。有地役權。然於日本之民法。則不認之。蓋爲家屋之便利而使用他人之土地。關係於債權。

地役者。必爲土地而存於土地上。如於鄰地有爲漁獵之權利者。其土地之價值增加。然在不好漁獵之人。一無所益。即其利益專爲好漁獵之人而存。非爲土地而存。

不得謂之地役。此日本新民法。所以不認人的地役而獨認地的地役也。

(二)地役之分類。地役有種種之分類。今試舉其最緊要之二種。

其一爲繼續地役與不繼續地役之區別。繼續地役者。得實行無間斷之謂也。不繼續地役者。其實行僅於一時期之謂也。例如所謂眺望權地役者。使承役地不得自要役地。遮斷其眺望。其權利一無間斷。故即繼續地役也。又有所謂通行權地役者。則通行鄰地之權利。其實行有間斷。故即不繼續地役也。

其二爲表現的地役與不表現的地役之區別。表現的地役云者。現於外見之地役也。不表現地役云者。不現於外見之地役也。例如所謂引水權者。通他人之土地。以引水於自己之土地之權利也。其水管或則通過於他人之土地上。或則通過於他人之土地下。如通過於他人之土地上。則得外見。即表現的地役也。如通過於他人之土地下。則不得外見。即不表現的地役也。

(三)地役權之性質。關於地役權之性質。爲法律上所規定者有二。其一爲附從於

所有權之物權。其一以地役權爲不可分者是也。

地役權者。從於要役地（所有權）之物權也。故依於從者從於主之原則。與所有權共爲轉移。例如設定永久佃作權質等權利於要役地上時。則地役權亦得爲其所設定之永久佃作權質等權利之目的。又地役權者。得自甲地分離而爲乙地之地役權。然苟合意者。原爲許自由。如始設定地役權之時。約不與要役地所有權共轉移。亦無妨。例如於甲地有汲水於乙地權利。甲地即賣於他人。而汲水之權利仍在。然若甲地所有者。唯賣其汲水權。或存汲水權於自己。而不能賣之於他人。然或於甲地所有者。與乙地所有者。設定汲水權之時。定甲地所有者。苟賣甲地於他人。則汲水權即可消滅。此等契約亦有效。

地役權。不得分割。故於地役權之設定。要有承役地共有者。全體之同意。於地役權之消滅。要有要役地共有者。全體之同意。不許共有者對於各所持之一分。或設定。或消滅。

(四)地役權之取得。地役權爲一權利。故亦得依合意、遺言、及取得時效而取得。於合意遺言、則地役權之設定。無限制。然於取得時效。則地役權設定之原因。其範圍甚狹。

依取得時效而所取得之地役權。要有繼續的。及表現的。蓋時效者。基於有權利者。自怠其權利之使行。拋棄其權利。或讓其權利而來者也。然若地役之不表現者。其例如通水道於地下。有不知此事實。而過時者。其過時。不得謂之懈怠也。又若不繼續的。則爲承役地者。從其爲隣地之好意。而寬恕之。亦不得謂爲怠慢其權利使行也。故取得時效者。僅適用於表現。與繼續之地役而已。

(五)地役權之消滅。地役權依混同與時效而消滅。
從前述混同之原則。承役地之所有者。或爲要役地之所有者。要役地之所有者。或爲承役地之所有者。無論如何。只爲要役地者與承役地之所有者。歸於同一人。則地役權。即時消滅。

地役權之依時效而消滅者。有二方法。一則爲承役地之所有者。依取得時效而得完全所有權時。一則因消滅時效也。

承役地之所有權者。依地役權而受限制。自完全所有權而滅地役權。(參見前章) 然承役地之所有者。如其完全所有權於其土地之上。則能依取得時效之規則。取得其完全所有權。(參見前章) 因而地役權亦歸消滅。例如甲地爲要役地。乙地爲承役地。更有第三者。不知其爲承役地而買取此乙地。且取得時效之期間。占有之。則此買取第三者。依取得時效之理。而自取完全之所有權。則其結果。附著於甲地之地役權。即時消滅。夫地役權者。爲要役地之便利。而設定者也。故苟長期間不使用其權利。則必可無繼續地役權之必要。是故地役權者。依消滅時效而消滅者也。

第七章 留置權

(一) 物上擔保、留置權、先取特權、抵當權、皆所謂物上擔保也。物上擔保云者。爲確

實債務之憑信。故以一物充當之之謂也。即所謂債權之從物也。擔保不爲物權之從。而爲債權之從之物權。彼直接支配其物之權利。則有侵害者。得請訴而求救正。別無附以擔保之必要也。然若債權者。對於特定之人之權利。而恐有其人減少其資財。不能辦之危險。故不可無附以擔保而示確定。

(二)留置權之意義、所謂留置權云者。有債權之人。占有債務者之物。迨至債務受辦了。繼續占有其物之權。

(一)占有他人之物、於留置權之發生。要有占有他人之所有物。而占有者。要自始依正當之原因。依不正之原因。而得占有權。則不能生留置權。例如債權者。欺罔債務者。以債務者之所有物。爲歸於自己之所有。則不得爲留置權之發生。

(二)關於其物而有債權、於發生留置權時。關於占有之物。要有直接所生之債權。即爲其物而加費用。或爲其物而被損害之事等。然無對於其物之所有主而生債權之必要。例如物之借用人。其借物之人。存其物於人。而其受物之人。爲存其物而

有費用。遂生留置其物之權利。留置權者，無論何人，均得對抗。故即物之所有者，亦不得不服從此權。

右之債權。要有達到辦了期。夫留置權。一方則有付物之義務。一方則關於其物有債權之時。若自己受債權之辦了。而有履行付物之義務。是為不公平。蓋盡自己義務。而權利不得實行也。欲其公平。故有留置權之設。又自債務者言之。則使怠慢之債務者。欲不得不顧自己之債務。獨主張權利而設也。然如物之占有者之債權。若尚未達辦了期。則債務者無少怠慢。不能抑留其物。例如金之賣買。於買主未付價之前。得對此物而有留置權。然若欠賬。則無留置權。

(三) 留置權者之權利。

(甲) 留置權者。不受債權全部之辦了之間。有留置物之全部之權利。即留置權者。不可分也。以物之全部。擔保債權之各部分。以物之各部分。擔保債權之全部。故如債權之全部。尚未辦了。則尙得留置其物之全部。又如失其物之一部占有。而尙有其

殘部。爲債權全部之擔保。有留置之權利。（此規定用於凡物上擔保。）

留置權者。不得使用留置物。及質貸之。入質之。或賣卻之。於此等處。視他之擔保權爲薄弱。

(乙)留置權者。於留置物之果實上有優先權。即自留置物所生之果實。得先他之債權者。而取得之。以充當自己辦了之債權也。

(四)留置權者之義務。留置權者。不可不善其管理之注意。以占有此留置物。所謂善其管理之注意者。必視普通人而加注意。其注意實視自己所有物而更謹慎之謂。

(五)留置權之消滅。留置權之要占有。既如前述。故苟失占有者。即爲留置權消滅。

但若留置權者。得債務者之許諾。而質貸留置物。或入質留置物。斯爲例外。

留置權者。爲擔保而存。故苟債務者以他物爲擔保。則留置權亦即消滅。

右之外。苟債權全部受辦了。則留置權之原因。因而消滅者。可不俟言。

第八章 先取特權

先取特權云者。依法律之所規定。而附屬於特定之債權。對於債務者之總財產。或特定之財產。先受辦了之權利也。

(一)先取特權因法律之規定而生。先取特權。不得依當事者之意志而設定之。須因民法。或他法律之規定而生。於日本民法所規定之先取特權。如下所述。於他法律所規定之特權。即多關於徵收租稅者。

(二)先取特權者。附屬於特定之債權。先取特權。爲物上擔保。而擔保權。從之物權之一種。既如前述。故其存在。必要有爲主債權之存在。債權不存在。則先取債權亦不存在。而可爲先取特權附隨之債權。其種類明定於法律。

(三)先取特權者優先權也。債權者。於特設擔保者之外。與其他之債權者。受債務者之財產辦了時。有常屬於平等之原則。例如對於債務者之丁。甲則有五百兩。乙則有三百兩。丙則有二百兩之債權。而丁之財產。僅有五百兩。則甲當得二百五十

兩。乙當得一百五十兩。丙當得百兩。即當得於各債權額二分之一。而受辦了。然若依法律而有先取特權之債權。則當不依此原則。而先於他之債權者受其債權之辦了。如前例。於丙之債權。苟屬於先取特權。則丙當先取二百兩。而甲僅得取百八十七兩半。乙僅得取百十二兩半而已。法律之所以如此者。蓋欲保護於或種類之債權。或增進公共之利益。或維持善良之風俗而然也。

(四)先取特權之目的物。先取特權之目的物者。債務者之財產也。而其爲如何之財產。則當依所附屬債權之種類而異。無論其如何之財產。其先取特權之效力。不獨止於爲先取特權目的之財產而已。即其爲目的之財產已爲變體。即其目的物。或賣卻。或借貸。或滅失。或損毀。而債務者。或已變爲金錢。或已變爲他物。而此特權。仍得行之。例如債務者賣卻先取特權之目的物。則有先取特權者。得取其代價。或遭毀損。則有先取特權者。得請求損害賠償。若借貸。則有先取特權者。得取賃料等。

第一節 先取特權之種類

先取特權。有對於債務者總財產而存在者。名之曰一般之先取特權。又有不對於總財產而對於一定之財產。而存在者。名之曰特別先取特權。特別先取特權中。有對於一定之動產而存者。名之曰不動產先取特權。又有對於一定之不動產而存者。名之曰不動產之先取特權。

第一款 一般之先取特權

一般之先取特權者。即對於債務者所有之總財產。而所存之特權也。附屬於此之債務。其種類有四。共益費用。葬式費用。雇人之給料。日用品之供給。四者是也。

第一 共益費用 所謂共益費用之先取特權者。爲生總債務者。共同之利益。如其保存清算債務者之財產。或附屬於關於配當債權之費用。若是則先取特權也。夫所謂保存者。爲防債務者財產之價值或減少。或失其存在之謂也。清算云者。計算債務者之債權及債務。調查其實況之謂也。配當云者。以債務者財產分於各債權者之謂也。以上之費用。債權者爲因得辦了之故而費之。不費之。不能得辦了

也。故先要有此等之費用。而後能施方法而受辦了。先於債務者。所得而取去此費用。亦當然之理也。然苟此等方法。其利益不在於總債權者。而僅在於債權者之一部分。則受利益者。不得對於總債權而有此先取權。

第二 葬式費用。所謂葬式費用者。債務者及其當扶養之親族。或則其家族之死亡。須以其身分相當之葬式。而爲之出費用之謂也。蓋葬式者。一重要之儀式也。然因之而生債權。例如葬具之代價。又或借貸等。若此債權。亦與他之債權者。受同等之辦了。則對於債務者。多不肯賣葬具。以欠賬而有不得營葬之憂。故法律爲維持善風之故。而以此等債權。附隨於先取得權。

第三 雇人之給料。所謂雇人者。凡從事於使役者之通稱。其資薄。而其情可憫。故使用人於破產時。以最後六個月之給料。其金額限於不得過六十兩。有先取特權。

第四 日用品之供給。米、鹽、薪、炭、油、等。爲供給日日生活所必不可欠者。於此債

權。則依最後之六個月間之供給。而亦附屬於先取特權。蓋此等債權。苟亦與其他之債權者。立於同等之地位。則貧乏者。於日用品。欠賬之事不可得。而生活有妨礙。

第二款 動產之先取特權

對於特定動產而有先取特權之存者。蓋以不動產之貸借。旅店之寄宿。旅客或貨物之運輸。公吏職務上之過失。動產之保存。動產之賣買。種苗或肥料之供給。農業之勞動。八種原因。而生之債權也。

第一 不動產之貸借。貸借不動產。即土地。或建築物者。對其借貸而備附於其土地或建築物之動產上。有先取特權。例如建築物之貸主。於借家人備附於借家之衣裳等。有先取特權。

凡附屬於不動產之貸借。所生之債權。其先取特權。則不動產之貸借人。假令有借貸滯延之事。於備附於賃借物。可自賃借人之所有物。而得辦了。雖常云此備附賃借物。歸於賃借人所占有。然不若謂備附品。爲質入之近似。

第二 旅店之寄宿、旅店者對於旅客之寄宿料、飲食料、於旅客所持之貨物物上、有先取特權、亦與前者同得謂之質。

第三 旅客或貨物之運輸、運送人對於旅客、或貨物之運送債、及附屬之費用等、於現運送人所占有之貨物、有先取特權、是亦如質。

第四 公吏職務上之過失。公吏即公證人、吏等、供保證金者、即擔保職務上、有過失之時、則以之爲損害之賠償也。故其人果職務上有過失、則對其債權、於保證金上、有先取特權之存在、亦當然之結果也。

第五 動產之保存、爲保存動產而生債權者、其保存動產上、有先取特權、例如工師修繕火爐、則對其修繕費、於火爐上有先取特權、此先取特權者、或爲動產共益費用之先取特權者、蓋其他之債權者、自其特定之動產、得受辦了、則因保存者爲保存、故先給保存費、當然之理也。

第六 動產之賣買、賣卻動產者、其對其代價及利息、此賣卻之動產上、有先取

特權。爲賣主者。當受代價。賣買物既加入買主之資產中。則動產之賣主。得對買主債權者。主張曰。於賣買物上。要受辦了。不可不出其代價。亦當然之理也。

第七 種苗肥料之供給。供給種苗肥料者。於其代價與利息。其自種苗肥料所生之果實上。有先取特權。此先取特權者。謂種苗肥料。爲耕作上所必要之物。供給者得安心供給之。即獎勵農業之法也。且以此果實者。亦此種苗肥料之所生長者也。

第八 農工業之勞役。農業之勞役者。最後之一年間。工業之勞役者。最後之三個月間。對其償金。得於因其勞役而生之果實上。或於製作物上。有先取特權。葦果寔及製作品者。即爲其勞力之結果也。

第三款 不動產之先取特權

特定不動產之先取特權者。迺自不動產之保存。不動產之工事。不動產之賣買之三者而生。其對於債權所保存之不動產。因施工事。今現存之不動產。於其賣出時。得以增價。其理則可依動產之先取特權而了解之。

第二節 先取特權之順位

同一物上。不但有一先取特權。而有數種之先取特權。則當何者先取。此問題亦當有之義也。故凡當此一物而有數種先取特權之時。其得想像者有五。第一、一般之先取特權。有數種相競時。第二、一般之先取特權。與特別之先取特權相競時。第三、對於同一之動產。而有數種之特別先取特權相競時。第四、於同一之不動產上。有數種之特別先取特權相競時。第五、於同一之財產上。有同種類之先取特權數人時。以下當順次述之。

(一)同一物之上。有數種一般之先取特權相競時。則當依左記之順序而受辦了。

第一 共益費用之先取特權。

第二 葬式費用之先取特權。

第三 雇人給料之先取特權。

第四 日用品供給之先取特權。

共益費用之先取特權。寔視其他之先取特權。而立於優等之地位。蓋以他之三種特權。亦得於共益費用上受利益也。對於他三種特權之順序。別無他義。只依立法者認爲必要保護之而已。即立法者。認爲雇人之給料。視日用之供給品爲先之必要。葬式之費用。視雇人之給料爲先之必要而已。

(二)一般之先取特權。與特別之先取特權相競時。則以特別之先取特權。先於一般之先取特權爲原則。夫一般之先取特權者。於債務者之總財產上。有優先權者也。故其不能受辦了者甚稀。而常立於安全之地位。而特別之先取特權者。特於債務者特定之動產與不動產爲目的。而受先取特權。故苟特別之先取特權。不能比一般之先取特權先取。則必至有不能辦了之事。故以特別之先取特權。視一般之先取特權爲先。依右之原則。而共益費用。寔在例外。何則。蓋共益費用者。爲他之債權者有公共之利益。故不可不先他之債權而受辦了。故共益費之先取特權。對於共被其恩惠之總債權者。而有優先之權利。

(三)特別之先取特權。於同一之動產上相競時。則依左之順序。

第一 不動產貸借。旅店寄宿。及運輸之先取特權。

第二 動產保存之先取特權。

第三 動產賣買。種苗肥料供給。及農工業勞役之先取特權。

如右之順位。記載於同一順位之先取特權者。不相競。又公吏職務上之過失。其先取特權。亦與他特權不相競。

關於果寔。則又別爲第一農業之勞役。第二種苗肥料之供給。第三土地貸貸之先取特權之順位。

在第一順位之先取特權者。可準於質之先取特權也。質物者。屬於質權者之所有。可最先受辦了者也。故置之於第一之順位。然第一順位之先取特權者。所得債權時。自己所看做質物者之上。知有第二第三順位債權之存在。則對之而不能得優先。蓋在第二第三順位之債權者。可增目的動產物之價值。而在第一順位之債權

者。亦因之而受利益故也。對應先取特權之依賴。而保存其物者。亦不能得優先。其理與前相同。於遞次保存動產時。則先取特權之順序。以後之保存者爲先。而以前之保存者爲後。蓋前之保存者。因後之保存者爲保存而有利益也。

關於果窠而別定順位者。以此三種之債權者。爲果窠產出之原因之故也。

(四)於同一不動產之上。有種種之特別先取特權相競時。其順位如左。

第一 不動產保存之先取特權。

第二 不動產工事之先取特權。

第三 不動產賣買之先取特權。

不動產保存之先取特權。置於第一順位者。以他之債權者。自不動產而受辦了。是他之債權者。窠受保存者之恩澤也。不動產之工事之先取特權。視不動產之賣買先取特權爲先者。謂工事之先取特權者。增價額而無害於他之債權者而言也。不動產有逐次之賣買者。例如自甲而賣於乙。又自乙而賣於丙。則各賣主。從賣買之

順序。而先後賣者於買先者。蓋不動產之賣買者。必爲登記。否則不得對抗於第三者。則可以此而得後之買取主。知不動產上之負擔。

(五)於同一目的物之上。有同一順位之先取特權數人時。則其間先後之理由不存。當依原則而爲平等之分配。

第三節 先取特權之效力

(一)先取特權之追及。先取特權者。對於動產。如債務者已付之於第三者後。不得行之。蓋於動產不如不動產之登記。以公示其擔負之方法。如付之於第三取得者之後。尙得行其先取特權。則凡欲受動產之讓與者。須預思索此動產上。有先取特權之存在否。因而賣買間。必來澁滯之苦。故先取特權。無令澁滯賣買而尙保護之。故凡讓與動產。既付了後。早已無及其効力於第三者。若不動產之先取特權。則異之。對於第三者而可追及。

(二)一般之先取特權執行之順序。一般之先取特權。對於債務者之總財產者。故

有一般之先取特權之債權者。無論何等之財產。均得受辦了。以視僅有特別擔保之債權者。其權利執行之範圍爲廣大。故若權利執行之順序。任債權者所自擇。則恐有特別擔保之債權者。受不當之害。以故法律上避之。而定權利執行之順序。有一般先取特權之債權者。第一對於不動產以外之財產而受辦了。第二則對於非特別擔保之目的之不動產而受辦了。若尙不足。則及於爲特別目的之不動產。如是先取特權之實用時。債務者之不動產。常爲特別擔保之目的。故此規定能多實用。

(三)先取特權之登記。不動產上之物權。非登記之。則對於第三者不能有效力。此原則既如前所述。然一般之先取特權。屬於此原則之例外。縱不爲登記。對於通常之債權者。亦有效力。蓋一般之先取特權者。性質上不爲登記。爲普通之法。而如不得不從原則。則一般先取特權。於不動產上。幾與不存在等。對爲登記之債權者。尙及效力。則爲先取特權之保護太過。而有害於第三者甚。故對爲登記者之第三者

不得對抗也。

不動產之先取特權。則反於右所云。而不具登記之要件者。則其效力不能及於第三者。

不動產保存之先取特權。保存行為完了之後。直登記之。不動產工事之先取特權。則於工事之始。先算其費用之預算額。而先登記之。不動產買賣之先取特權。則於買賣登記時。同登記其價或利息未了者。

(四) 動產質與先取特權之關係。於第一順位之先取特權。即不動產貸借、旅店寄宿、及運輸之先取特權。即準於質之先取特權也。其位於第一順序者。既如前述。故於當然之結果。動產質亦在於此同地位。如動產質與第一順序外之先取特權相競。則先動產質。又或與一般之先取特權相競。則亦先動產質。動產質與第一順位動產之先取特權相競。則實際所無。

(五) 抵當權與先取特權之關係。不動產保存。與不動產工事之先取特權。亦及利

益於抵當權者。故先於抵當權。

不動產賣買之先取特權。則依登記權利之常則。從登記之順序。

一般之先取特權。則不登記者先於抵當權。登記者從登記之順序。

先取特權與不動產質之關係。同於與抵當權之關係。

第九章 質權

第一節 總論

(一) 質權之意義。質權云者。債權之擔保也。即自債務者或第三者所受之物而占有之也。且或賣卻其物。於其代價中。先他之債權者。而辦了其自己債權之權利也。

第一 質權者。他物上權也。質權者。亦如既述之地上權。永久佃作權。留置權等。存在於他人所有物上之權利。自己所有物上。不得有質權。質物之所有者。雖常屬債務者。然債務者以外。亦不妨有之。債務者以外之人。為債務者供質物者。則債務者。苟不能辦了債務時。不可不賣卻自己所有物故也。故供質物者。代債務者而為

債務之辦了者不少，亦有遂賣卻其質物者。於此等處，供質物者之地位，恰如立於保證人之地位。故遂於後論保證債務之規定，亦如保證人。得對於債務者，而有質權。

第二 質權者占有物件之權利也。質權者得受質物之交付而占有之，且持續之。即質權者，有留置權也。然質權者，不得如留置權之無論對於何人，而留置質物。苟對於親自已有優先權者，即不得持續其占有。蓋留置權者有優先權者，假令質權者有留置之權利，亦至結局，當質權者賣卻質物而受辦了時，則先質權者可受辦了。質權者留置質物，不但毫不得利益而已，而有優先權者，當辦了期達到時，當得即時受辦了，若使之必待質權者債權辦了期之達到，無此理也。

質權爲物之占有之權利之結果，法律定曰不但以依當事者之意志爲質權之成立，必有質物之交付。即質物之占有移轉於質權者，而後始得爲成立。

占有得以代理人爲之，則質權者，亦得依代理人而爲占有。雖然，質權者，不得遷定

其代理人爲債務者。何則。質權者有占有質物之權利。於適當之時期。得自由賣卻其質物。然使債務者爲占有。則其實不移轉占有。而債權者必至不能賣卻質物。以達其目的。且於動產質他人不能知債務者之占有。爲債權者之代理。是反於法律之質物。必要有占有之理也。

第三 質物者債權之擔保也。質物亦爲物上擔保之一種。故於質權之存在者。必要有爲主之債權之存在。爲主之債權不存在。則債權亦即不存在。又質權亦爲物上擔保之常。其性質亦不可分。

依質權而所擔保債權之範圍如何。則當債權者債務者始設定質權時。而置定之。於此等處。不但其定在範圍內者。即當其質權設定時。單爲債權之元本。或則元本與利息亦多置定之。於此等處。則有元本。利息。違約金。質權實行之費用。質物保存之費用。或因債務之不履行。或因質物有隱秘之瑕疵。而所生之損害賠償等。元本者。無他謂。利息云者。於債權苟爲有定利息。則即依其所定之利息。否則可依不履

行之法定利息。(年五分息) 違約金云者。慮債權之當事者。不履行時。於不履行時可出之金額。其金額有定者。謂之違約金。質權實行之費用云者。賣卻質物。或評價等之費用也。質物保存費用云者。為保存質物而所要之費用也。自不履行而生之損害云者。包含為債務者不辦了而出訴等之費用也。自質物瑕疵而生損害云者。不能一見而知之瑕疵。存於質物上。因而生債權者之損害之謂也。

第四 質權者。有賣卻物之權利也。債務者。既達到當辦了債務之時期。而尙怠於辦了債務。則質權者。得賣卻其質物。自其代價。得如前述受債權之辦了法。

如右所云之結果。質權之目的。限於得讓了物。何則。蓋能不讓於其人之權利。視自己之所有而更大者。假令質入者。為不得讓付之物。質權者。至辦了期。不得賣卻之。從而不能達質權之目的。

第五 質權者。優先權也。債權者。如有多數。或則有先債權而發生。質權者。悉得

排除此等之債權者。自質物之代價。而先受辦了。其與先取特權之關係。則如前所述。

(一)轉質 質權者。其附屬之權利上。得以其質物質之於他人。稱爲轉質。轉質者。固自與債務者毫無利益。一不過爲質權者之利益。爲質權者之轉質。第一不可不定其期間於自己質權之存續內。第二。自質權而生之損害。一切不可不爲質權者之負擔。即令其損害不可抗力。例如因落雷地震而生之損害。尙不得免其責任。但其不可抗力之害損。即不爲轉質。而亦生者。則可免責任。例如質權者。爲轉質於其鄰人。而後質權者之家屋。落雷而爲雷火延燒。且其鄰家亦轉而延燒。而轉質之物。因而燒失。若是。則質物即不轉質。亦不能免燒失之害。故於此等處。質權者無責任。

(二)流質 日本之慣習。於債權之辦了期限達到後。而尙不爲辦了者。名之爲流質。則質物盡歸於質權者之所有。不問質權擔保之債權額。與質物之價額相當與否。故質物之價少於債權額。而歸於質權者之損失者。雖不可謂之爲絕無。而可謂之爲極稀。於此等處。多質權者取得視質物之普通價額。過少債權之額。例如擔保百

兩之債權者。常要有百五十兩乃至二百兩價值之質物。限於物價之不大暴落。則質權者可以債務者之不履行而得利益。夫設定質權者。固爲確實債務之辦了也。則質權者。實以得受辦了而已足。如日本之慣例。取得債權額以外之金額。是背於道理者也。然或設定質權之債務者。必當不得已而迫於通常金錢之必要。因而設定。自設定時至辦了期。其間生非常之損失與否。不能不熟慮。或即甚留意。自借至辦了期得辦了。又或迫於然眉之急。而債權者迫以當爲此契約。於法律。既不認背於道理之習慣。而尙慮有明約承諾流質之事。故於辦了期以前。無論如何名義均不得結流質之契約。

第二節 動產質

凡得讓付之物。則得爲質權之目的。故動產者。得爲質權目的之物也。以動產爲目的而質者。名爲動產質。於前節既述外。尙有特別之規定如次述。

(一) 占有之繼續。在動產質。質權者不可不繼續質物之占有。不繼續之。則對於第

三者而無效。於動產質。不但以其物之交付而已。且必要有占有之繼續。蓋於動產。無由設登記之方法。故非質權者占有之。則第三者無由知此動產上。有質權之存在。誤以爲無質權。而或買受之。則有被不測之損害之恐。

若質權者。被橫奪占有物時。則可提起收回占有之訴。依收回占有法。而得取還占有。遂作爲從始繼續。而質權仍不消滅。

(二)質權實行之特別方法。質權者。可以拍賣此質物。自此拍賣所得之代價中。以受辦了。此實行質權之通常方法也。然拍賣須要費用。且須常視市價爲廉。故又設特別之方法。即從正當之理。而質權者得請求裁判所。從鑑定人之評價。而許即以質物充辦了。於此等處。以其與債務者有非常利害之相關。故不可不豫通知債務者。然必如何而後始可謂之正當之理。則可從裁判所之所定。而爲事實問題。如拍賣人之範圍少。豫想拍賣之價必過廉。亦爲正當之理之一例。

(三)動產質權之順位。於動產質。必要有占有之繼續。故於同一動產之上。有數個

質權相競之時極少。然亦不得謂爲絕無也。例如一人使代理占有其代理人。又爲質權者。於此等處。則遂生定順位之必要。其順位則先前之質權者。而後後之質權者。即後之質權者。不詳知有前之質權者之存在。而前之質權者。其債權既辦了。而不見有餘剩。則當不再設定債權。而亦可不至被損害。

第三節 不動產質

以不動產爲目的而質者。名爲不動產質。以不動產供債權之擔保。則有抵當權。抵當視質。其弊害較少。因抵當之制度完備故也。故不動產質。其用減少。或且有禁制不動產質之國。

對於不動產。如第一節所述之規定外。尙有如左之規定。尙有得準用關於抵當權所定之規定。

不動產質權者。不止如動產質權。僅爲質物之占有而已。且得以通常之法。使用質物。而收益利。蓋不動產者。爲使用。收益利。決不如動產之有紛失滅損之憂。不但此

也。且質權之所以設定者。所以使質者不得占有此質物而使用之。以收利益也。若質權者亦不得使用之。則此不動產。於此質權存續中。徒供荒廢而已。亦太不利也。故許質權者得使用而收利益。

不動產質權。以得使用質物而收利益。故如維持不動產必要之費用。及租稅等。皆在此不動產上受任負。且不得對於債權而請求利息。蓋可以使用不動產而所收之益利充當之也。

以上之所述。苟當事之意志。與法律上之定規反對。則從當事者之意志。而反此定規。亦無不可。即質權者不為使用而收利益。或定為不付利息亦無妨。

不動產之存續期。不得遙過十年。如此期間有限制。則不動產質權者。以非所有者。故不計土地永遠之利益。而但於質權存續中。計收最多之利益。而所有者。又無使用收益之權。而於質權存續中。苟不投為土地永遠利益之費用。則所質之不動產。或漸次減其價值。故凡長久繼續者。甚不宜也。

第四節 權利質

苟有價值者。無不可供辦了債務之用。故地上權、永久佃作權、債權、版權、等之權利。無論何物。均得爲特別擔保之目的物。凡若此者。則名之爲權利質。權利質雖甚似乎質。然非純粹之質。何則。權利質者。爲有一權利行於物上。而權利非物也。以此編入之於質權規定中。乃取其便。

權利質者。凡前述之質權規定。皆得準用。此質權之通則。如權利質之目的。可看作不動產。則用不動產之規定。如權利質之目的。可看作動產。則用動產之規定。例如地上權。永久佃作權。則可看作不動產。故地上權永久佃作權之質。可準用不動產之規定。而質權之於質。又有如左特別之規定。

(一) 債權成立之要件

(甲) 證書之交付。於質權。則要有目的物之交付。既如前述。然債權者。無形者也。故不能爲交付之事。而不得有證書。證書者。非滙票也。因債務者不爲辦了而用之。

而證書之交付。恰如與債權之交付。同一效力。故證書之交付。實爲債權質成立之要件。

(乙)指名債權。指名債權云者。明示債務者以債權。即普通債權也。指名債權。爲質權之目的。則從讓付債權之原則。而通知設定質權於指名債權之債務者。又或經指名債權之債務者承諾其設定質權者。二者苟非有其一。則不得與指名債權之債務。及其他第三人對抗。其故以設定質權之後。債務者不得濫爲辦了於債權者。若不知設定質權時能辦了。而毫無過失。則無咎之之理。又如讓付債權。或爲取質之第三者。必就債務者而問其債權之存否等。一切事情。債務者苟不知質權之設定。則第三者無告之之理。而第三者或以之而受不測之損害。

記名股份。亦指名債權之一種。爲計商業上之便利。而適用如右所述之通知或承諾法。

會社依商法第二百六條第二項。記載債權者之名。依發行之證券而爲債權者。即

記名之社債。亦爲指名債權之一種。於會社則備記名社債之債權者之名簿。其名簿中。記入設定質權之旨。債務者即會社。得以之使第三者依之而知設定質權之事。於通常之時。當通知承諾者。於會社。則記入賬簿以代之。

(丙)指圖債權。指圖債權云者。如銀鈔。得依裡書而讓受之債權也。若有質權之設定。則讓受之人。要依證券而知其設定。

故非設定質權之裡書。則對於第三者無效力。

(丁)債權質實行之方法。債權質實行之通常方法。則質權者收爲質權目的之債權。而債權之目的物。或爲金錢。或爲他物。各異其規定。

債權之目的物爲金錢。則其辦了期。質權者之債權。於辦了期經過之後。質權者直對於第三債務者。(以質權爲目的債權之債務者)收債權。以其所收之金額。得充自己債權之辦了。但只能充質權者之債權額。而不得收債權額以外者。是不待論。又債權之辦了期到。質權者之債權辦了以前。則質權者不能收之。只能使第三債

務供托（供托者謂托現金於裁判所）而已。而質權者對於此供托金有質權。債權之目的爲金錢以外之物。則不問質權者之債權以前以後。對於第三債務者。得收之。其於所收物上有質權。如右之外。又於民事訴訟法有對於債權強制執行之方法。即債權拍賣債權轉付之方法。債權者亦得依之。

第十章 抵當權

第一節 抵當權之意義

抵當權云者。先他之債權者受債權之辦了。於他人之所占有不動產上。有物權之謂也。

(一) 抵當權者。其爲物上權。如質權永久佃作權等。故爲抵當目的之不動產。要爲他人之所有。然不要爲債務者之所有。爲他人而設定抵當權者。則立於保證人之地位。如質權所述。

(二)於抵當權。抵當目的物之占有。不移付於債權者。是與質權相異者也。比質權爲利便。而不移付占有之故。債權者。無管理物件之煩累。而供抵當者。亦得使用收益。抵當物之利便。

(三)抵當之目的物。限於不動產。而不適用於動產。蓋動產如所在不確。且此占有不移付。則第三者不知有抵當權之設定。而必受不測之損害。

地上權。永久佃作權。亦得爲抵當權之目的。

設定抵當權之後。抵當之目的物。如或膨脹。則抵當權。亦存於此膨脹物上。以爲通則。例如依寄洲而爲土地之膨脹等。

右通則之例外。第一爲家屋。家屋固爲土地之附屬。與土地爲一體而非獨立者也。不過土地之膨脹也。然如日本之習慣。則土地與家屋以爲各自獨立。故土地之抵當權。其效力不及於家屋。第二爲果實。以果實爲抵當之目的物。則設定抵當權時。有不能自抵當物收益之結果。其實背乎抵當權之本質。

抵當權之及效力於抵當物之代價。同於先取特權。

(四) 抵當權者。物上擔保之一種也。故其性質。不可分者也。所謂不可分者。即以抵當權之全部。擔當債權之各部分。以抵當物之各部分。擔保債權之全部也。又抵當權者。得先他之債權者。對於此抵當物而受辦了者也。

第二節 抵當權之效力

對於抵當權之效力。抵當債權者之效力。與對於第三者之效力有區別。不可不述。

第一款 抵當債權者之效力

(一) 抵當權之順位。對於同一不動產。而數個抵當權之存在。則其順位可依登記之前後。抵當權者。不動產上之物權也。故不爲登記。則對於第三者無效力。故於一人之抵當權有登記。而一人之抵當權無登記。則無登記之抵當權者。不得向有登記者。主張抵當權。故決無生抵當權順位之爭。有數人之抵當權。均爲登記者。則後之登記之抵當權者。必因登記而知前抵當權之設定。其辦了債權後。尙有餘剩否。

如否。則斷無抵當同一不動產。而成立債權之理。以故以登記之前後。而定抵當權之順位。最爲適當。

(二) 抵當權之處分。 抵當權者得處分抵當權。而日本民法上所許可者。如左述。

(甲) 抵當權。得更供他之債權之擔保。例如甲對於丁而有抵當權。對於乙而有債務。則甲得以對於丁之抵當權。更爲對於乙債務之擔保。

(乙) 對於同一之債務者。爲他之債務利益之故。而得讓與抵當權。例如甲乙均對於丁而有債權。而甲則有抵當權。乙則無抵當權。則甲得讓其抵當權於乙。既讓之則甲爲無抵當之債權者。而乙則爲抵當債權者。

(丙) 對同一之債務者。得爲他之債權者。而拋棄其抵當權。例如前言甲得爲乙而拋棄其抵當權。於此等處。則甲乙當爲無抵當權者。而受平等之分配。然甲之所拋棄。其利益不及於乙以外之人。此可不俟論而知。

(丁) 對於同一之債務者。爲他之債權者之利益。而得讓抵當權之順位。例如甲乙丙

對於丁而共有債權。而以抵當權附屬之故。甲當在第一順位。乙當在第二順位。丙當在第三順位。若甲讓其第一順位於丙時。則丙當代甲而居第一順位之抵當權者。若再以數說明之。甲乙丙之債權額各二千兩。而抵當物之價額爲三千兩。依元來之順位。則甲得二千兩。乙得千兩。而丙則無一錢可得。然甲若讓其順位於丙。則丙得二千兩。乙得一千兩。而甲則無一錢可得。

(戊)對於同一之債務者。爲他之債權者之利益。而得僅拋棄其抵當權之順位。例如前言。則甲爲丙。而但拋棄其抵當權之順位。則丙不得位於第一順位。而甲亦不得於丙而有優先權。以數言。則甲對於乙而有優先權。乙既受一千兩辦了之後。而尙有剩殘之二千兩。甲對於丙不得主張優先權。丙對於甲亦不得主張第一順位。若是。則其結果。甲與丙各得一千兩。

以上所云。可稱爲處分抵當權之方法。而此等處分。如不登記。則亦對於第三者無效。如不通知債務者。或不得債務者之承諾。則債務者對於保證人。及設定抵當權

者及承諾人俱無效。

第二款 對於第三取得者之效力

抵當權亦爲物權。故對於抵當不動產上取得權利之第三者亦及其效力。第三取得者不可不受抵當料之實行。因此第三取得者爲免抵當權之追及者。有特別之權利。故第三取得者得於辦了滌除拍賣之三方法。自擇其一。

第一 辦了

抵當不動產之所有權。或於地上權之賣買時。則抵當權得追及其代價。有抵當權者可爲抵當權之實行。對於買取人而追求其代價之辦了。於此等處。買取人若對於有抵當權者而爲辦了。則抵當權即對於此買取人而消滅。抵當不動產之所有權。或地上權之代價。抵當權者得以時價拍賣抵當物。抵當權者得從買取人而受代價之辦了。然若於其不動產上尙得行抵當權。則是二重行抵當權也。是害於買取人者。

第二 滌除

滌除云者。或提供金額。而消滅抵當權之謂也。抵當權者。物權也。故無論對於何人。皆得抵抗。雖爲對於抵當物而取得權利之第三者。亦在所難免。抑抵當權之目的。在於確實債權之辦了也。故抵當權者之利益。不存於抵當不動產之本身。而在於抵當不動產之價額。故第三者如既供抵當權者以滿足之金額。則抵當權者。斷無強爲實行抵當權之要。而第三取得者。能供金額而免抵當權之實行。亦可得大便宜。是所以有滌除之制也。

(一)得爲滌除之人。得爲滌除者。對於抵當不動產而取得所有權地上權永久佃作權之第三者。占有權地役權等。如無所有權等強大之權利。則取得此權利之第三者。無消滅不動產之必要。故不許滌除。(假令許之者可無供充足抵當權之金額)又如爲債務者。保證人者。尊重爲主之債務。到底不可不辦了債務之金額。則供債務額以下之金額。而得消滅抵當權。或則使債權者受金額之辦了。而致有困

難之恐。故亦不許滌除。若得供債務額以上之金額。而可辦了債務。則抵當權自然消滅。

(二)滌除之時、抵當權者。當實行抵當權而得預爲滌除。對於第三之取得者。要通知其旨。而第三之取得者。從此抵當權者受通知以前。可不必論。自受此通知以後。凡一個月內。無論何時。均得請求滌除。抵當權者。負預告之義務。於抵當權者雖煩累。而如以上所言。設此滌除制。則使第三者得爲滌除之猶豫。固出於不得已也。

(三)滌除之方法、爲滌除之第三取得者。不可不先爲三種登記之書。以送於各債權者。債權者。依此書而決定承諾滌除與否。三種之書如左式。

第一 賣買、交換、贈與、等。取得不動產之原因。取得之年月。讓受人及取得者之名氏住所。抵當不動產之田、或旱地、或家宅、或家屋、等之性質。悉記載於此。

第二 登記簿之謄本。

第三 一定之金額。從債權之順位辦了。或供託之旨。悉記載於此。此一定

之金額。於因賣買而取得。則有代價。因贈與等而取得。則無代價。又有代價。則讓授之人。受交付。或慮債權者之不承諾代價。爲滌除者可特爲協定。

抵當權者。受右之書後。一月內。不可不決定諾否。抵當權者。承諾之。又縱不明諾。於一個月內。不請求如次所述之增價拍賣。則看作第三取得者申出之承諾。而抵當權者以第三取得者之提供。充當債權辦了之金額。而即消滅抵當權。此即行滌除之謂也。

(四)增價拍賣之請求。抵當權者。如不滿足第三取得者之提供金額。則可對於第三者而請求拍賣。爲此請求而行拍賣。以視第三取得者提供金額得十分以上之高價。例如第三取得者。提供千金。而行滌除。無以千百兩以上買抵當不動產者。則請求者。不可不自以十分之一之高價買取之。故云增價拍賣之請求也。抑滌除者爲保護第三取得者而設也。抵當權者。恣拒滌除而請求拍賣。則徒投拍賣費而毫無利於抵當權者。徒害第三取得者。甚無謂也。故抵當權者。非確見拍賣之價視第

三取得者之提供金額爲高。則不得拒滌除。此規定之所以置也。

第三 拍賣

第三取得者。於適當期間內。不爲滌除之方法。或不爲債務之辦了。則抵當權者。可請求抵當不動產之拍賣。得以拍賣所得代金。充當辦了。

於拍賣時。土地之上。有家屋之存在。若或唯土地。或唯家屋。以爲抵當之目的物。則土地與家屋。同爲一人之所有時。如日本國之習慣。則土地與家屋。各爲獨立物。而其實則土地與家屋同爲一體。而拍賣之上。卻生困難。或但拍賣家屋。或但拍賣土地。則土地與家屋。必歸兩人所有。家屋之所有者。與土地之所有者。以互有關係。而家屋不得不毀之。其結果實不利之甚。故於法律爲避此不利。而設方法。日本民法於此處。設定抵當權之時。假令已有家屋之存在。則設定之當時。豫想拍賣時。看作設定地上權。其地租得請求於裁判所。若設定抵當權後而建築家屋。則抵當權者。合土地與家屋而拍賣。自其拍賣土地之價額而受辦了。土地與家屋。關於二人所

有。則於各所有者間有法律之存在。而拍賣上不生困難。

債權者。爲擔保同一之債權。而於數個不動產上。有抵當權時。則債權者。拍賣抵當不動產之總數。而受辦了。與拍賣不動產之一部。而受辦了。固可任意。然苟任債權者之意。則恐徒害他之債權者。故於法律。少置限制。其限制。第一若同時配當數個不動產之價額。則應以各不動產之比例而受辦了。不但一不動產而已。以爲價額之配當。而有抵當數個之不動產。則債權者。受債權全部之辦了。而其對不動產。則依次之順位。抵當權者。同時配當數個不動產之代價。則受配當至滿金額。而立於先位者之地位。得自他之抵當不動產之價額受辦了。例如第一債權者以甲乙兩個之土地。爲第一次抵當。有二千兩債權。第二債權者以甲之土地。爲第二次之抵當。有千兩之債權。如拍賣甲地。則得二千兩。拍賣乙地。則得千兩。若任第一債權者之所欲。則僅從甲地之代價而受辦了。則第二之債權者。於所抵當物之代價。竟至不得一錢。故第一債權者。不得任其意以受辦了。而以自甲地之代價。得千三百三

十三兩三十三錢餘。自乙地之代價得六百六十六兩六十六錢餘。以受辦了。而第二債權者。亦得自甲地而受六百六十六兩六十六錢餘之辦了。若或僅配當甲地之價額。則第一債權者。得全額二千兩。而第二債權者。不有乙地之抵當權。恰如立於第一債權者之地位。而似有乙地之抵當權。同時從乙地之代價。而得配當二地之代價之金額。即得六百六十六兩六十餘錢。抵當權者。若從抵當物以外之財產。而受辦了。則恐有害於無擔保之債權者。故抵當權者於抵當不動產價額不足。而後可自他之財產而受辦了。此爲第二之限制。

第三節 抵當權之消滅

抵當權者。與他之權利同。依目的物之滅失。抵當權之拋棄。混同。等而消滅。又依滌除。拍賣。及代價之辦了。等而消滅。唯時效與拋棄。有特別之規定。

抵當權爲從於債權之權利。故對於債務者及設定抵當權者。苟爲主之債權。不至消滅時效時。則無依時效消滅之事。又對於其以外之人。無至消滅時効之事。只有

對於第三者。依取得之時效。而取得抵當不動產上完全之所有權後。則其結果。抵當權消滅。

凡權利均得拋棄。故於地上權。永久佃作權。亦得拋棄。可不贅論。然以之爲抵當之目的物。而苟拋棄之。則決定於其地上權。永久佃作權上。抵當權亦消滅。是有害於抵當權也。故拋棄者。對於抵當權無效。

第二編 債權

第一章 總論

第一節 債權之意義

債權云者。要求於特定人之作爲不作爲之權利也。

(一) 債權者。以人之作爲不作爲爲目的。所謂作爲云者。使之爲某事之謂也。例如賣主則付其賣物。買主則付其價金。畫工則繪畫。匠人則建家屋。優俳則演藝。所謂不作爲云者。使之不得爲某事之謂也。例如小說家與一新聞社約。不許其草新聞以外之小說。甲商人與乙商人約。在乙商人之店一里以內。不許開設同種之商業。或曰於債權之目的。作爲與不作爲外。又有一給與。然所謂給與云者。如賣主則付賣物。即指付與品物之語。不過作爲之一種類。作爲與不作爲。有時合稱之而爲給付。債權者。以給付爲其目的。恰如物權者之以物爲其目的也。然非云債權關係無

物也。依於債權之種類。而關係於物。有要求其作爲之權利。例如物之交付。於此等處。債權之目的。爲物之交付。即爲一種之作爲。此固勿待論。而便宜上稱交付之物。爲債權之目的物。

(二) 債權者。對於特定人之權利也。即必限於有債權關係。而要求作爲與不作爲之一人或數人之謂也。對於一般之世人。則無債權之存在。

(三) 債權者。亦財產權之一種也。故假使要求人之作爲與不作爲之權利。非一人所得處分者。則無債權。

(四) 債權之語。其源起於拉丁語 (Obligatio)。(Obligatio)云者。指對人的權利義務關係之謂也。從權利之面觀之。則爲債權。從義務之面觀之。則爲債務。

第二節 債權之目的

第一款 總論

債權之目的。即作爲不作爲。成立債權之要素上。不可缺者也。今先於論關係乎債

權目的之各種類之前。略述其無論何等種類目的。均得通用之事。

(一)債權之目的。不得以不可能者。詳言之。即不得以「不能」之作爲及「不作爲」做債權之目的。債權者。蓋要求作爲不作爲之權利。以存在於債權者也。若以不能之作爲不作爲爲目的之債權。而得存在法律強制債務者以不能之事。世間豈有是理。不能云者。當有主觀的不能。與客觀的不能之類。主觀的不能云者。僅爲當事者不能而已。客觀的不能云者。世人一般皆不能之事之謂也。例如使之往月世界。則客觀的不能也。使失足者步行。則主觀的不能也。債權之目的。無論爲主觀的不能。爲客觀的不能。若自始而即見不能。則債權即不發生。若債權既發生。而及其不能。則債權即消滅。作爲不作爲之不能。與其困難。不可無區別。作爲不作爲之困難。其影響。不及於債權者也。例如使貧人付金錢。雖爲困難。而非不能也。雖爲貧人。決無不能自他人借錢。又法非無取金錢之道。

(二)債權之目的。固要適法。不獨以法律之明文。所禁制之作爲不作爲。凡反於公衆之秩序。與善良之風俗者。若以之爲目的之債權。亦無效。其故蓋不待言而可知。例如以殺人爲目的之債權。以賭博爲目的之債權。以姦通爲目的之債權等。皆無效。舉債務者之作爲不作爲。爲債權者之目的。即以債務者一生之作爲不作爲。爲債權者無限制權之目的。例如往昔奴隸之制。有反於公之秩序。與善良之風俗者。可不待論。

(三)債權之目的。要確定。或能得確定之事。債權之目的。不可不確定。作爲與不作爲。苟不確定。則無由拘束債務者。而到底不能有要求之期。或如交付一張之几。則確定之作爲也。又如交付一斤之茶。則亦能得確定之作爲也。

(四)債權之目的。須計及於金錢者。是古來諸國立法例。又多數學者之所稱道者也。然日本之民法。則反之。不必計及於金錢之規定。其意蓋以近世社會之進步。人事之關係複雜。而物質的利益之外。多以精神的利益爲目的也。而當事者之意思。則

苟有確守此權利。而不反於公共之秩序。與善良之風俗者。則法律必保護其權利。例如教育精神上之快樂。及執掌訴訟事等。亦非金錢之計及也。如此等事。法律無不與以保護之理。然以余觀之。雖精神上之利益。苟法律保護之爲債權。則誠爲世人幸福之必要。非得計及金錢者乎。例如使人教我子以學問。可得計及金錢也。若云不可得計及之。則給與以外之作爲不作爲。皆將不可得計及金錢矣。

第二款 物之給付

(一)物之特定者。以物之交付爲目的之債權。其可交付之物。譬如與以書籍。有定時者。則債務者至交付之時。不可不以善良管理者之注意。以防禦其物之毀損滅失。以守其占有。債務者苟注意不足。而至物或毀損滅失。或失其占有。則債務者對於債權者。不可不爲損害之賠償。

所謂善良管理者之注意。卽用心周密之人所加於其財產之注意。且不以債務者加自家財產之程度爲足。如債務者而性質輕忽之人。則其人用最深之注意。或有

尙有不足之虞。

關於右所云注意程度之規則。以非關於公共之秩序者。如於當事者以視右所云之注意。稍輕者而已足。或要視右所云而重者。無妨隨其意以定注意之程度。

(二)物之不特定者。當債權發生之時。非如此凡一張。此米百石。給付之物而特定。而單云米百石。茶千斤。只依種類而指示其物亦不少。於此等處。不得定當給付如何品質之物。於如何時期。而後爲特定物。

對於品質。而若當事者有定時。則不可不給付於其所定之品質之物。此亦不待論。例如指定一等上白米一石。則一等上白米云者。即不得不給付其品質之米也。又如當事者雖不明指品質。然得依法律行爲之性質而定之。則亦不得不給付其所定之品質之物。例如上等之家屋。所用之席。則其給付時。其席不得不用上等。下等之租房。則給付以下等之席。

依當事者之意思。或依法律行爲之性質。其給付物之品質。均無定之者。則依理論

上。而以最下等品質之物。給付之。亦得免債務。何則。蓋債權者。苟要上等及中等之物。則須明指之。既不拘束債務者。而任債務者之所欲爲。其意固甚明也。然此法。亦有定爲給付中等品質之物者。此蓋不偏於債權者。亦不袒於債務者。不但極公平也。且能適合於多數事情之事。

不特定物。至何時始變爲特定物乎。斯問也。則以債務者。得債權者之同意。而指定給付物時。即爲特定物。例如始於當事者之間。約交付米百石後。債務者得債權者之同意。而指定債務者現存於倉庫百石之米。其指定之百石米。即爲確定債權之目的物。又債務者對於物之給付之事。其終了期。即其物爲特定。例如百石之米。在上海。約送至天津。債務者選定米百石。而付之於運送人。既畢。則其後此百石之米。定爲債權之目的物。

第三款 金錢債權

金錢債權。亦以種類。爲指示之目的物。而爲債權之一種。然金錢。則與他之代替物

異其性質。故有特別之規定。

於金錢有通貨（爲交換之媒介物價之標準）之價。與金錢制作材料（卽金銀銅）之價。其兩價不必一致。以通貨之金錢給付爲目的之債權者。稱之爲金錢債權。通貨金錢之價。自法律定之。（法定價格）故當無彼此之差。例如金貨之百兩。與銀貨之百兩。與銅貨之百兩。（此云兩者貨幣名非一枚之謂）同一也。故有金錢債權之債務者。無論以何種通貨付之。均得自由。例如借金貨之百兩。債務者得以銀貨之百兩返之。亦得以銅貨之百兩返之。亦得以紙幣之百兩返之。只須完全歸還債數。則債權者必不能拒。然如日本明治三十年三月法律第十六號貨幣法之完全實施之後。則爲貨幣之本位者。特限於金貨而已。餘則僅爲補助貨幣。故唯金貨得無限制。他貨幣則有限制。即銀貨一時不得用十兩以上。銅貨一時不得用一兩以上。

右適用當事者間。或特別以某通貨不爲目的物之時。適用之規定。或當事者。定以

某種通貨之必要。以某種通貨之給付。爲債權之目的。蓋亦不少。而法律亦無禁制之理。由故此等處。當以特種之通貨爲辦了。可勿論。然假令以特種之通貨給付爲目的。則金錢債權。仍依然不失爲金錢債權。唯辦了之方法。不過加幾分之限制而已。故至後如其指定之通貨。雖失強制通用之效力。苟金錢尙不滅失。則債權亦不消滅。而債務者。不得不以他之通貨爲辦了。

然若以通貨爲一商品。爲債權之目的物。則至所指定之通貨不存在時。其債權依不能履行而消滅。例如日本一兩之銀貨。明治三十一年四月一日以後。因強制通用而失其效力。限於五年內換盡。而以之爲金錢債權者。假令可以一兩銀貨爲辦了者。則亦不消滅。以一兩銀貨爲商品之目的物之債權。則或消滅。

通貨依國法之所定。唯行於法境以內有效。若外國之通貨。則非通貨。不過一金塊一銀塊而已。然交通貿易頻繁如今日。外國之通貨。亦可爲通貨。故如上所述之規定。以外國之通貨爲給付目的之債權者。亦準用。故以英國通貨給付爲目的之債

權。無論以英國何種之通貨爲辦了。亦無妨。若以英國之磅貨爲給付之目的。則不可不以磅貨爲辦了。

金錢債權。有非以外國之通貨爲目的物。而單以外國通貨之名。指示金錢之數額者。則債務者得以自國之通貨爲辦了。而依其地之時價而兌滙之。例如買入代價百磅之器械。約於東京付與。而當時東京之兌換。付價格以一磅換九兩八十六錢之日本通貨。則當付日本通貨九百九十六兩正。

第四款 利息

利息云者。爲金錢或其他之代替物。利用之對代價。從一定之率。而以同種類之物。自債務者。給付於債權者之謂也。

通常生利息之債權者。金錢債權也。然金錢債權。非當然生利息者也。凡欲生利息。則要法律有特別之規定。或當事者之間有特約。依法律之規定而生利息者甚多。今試舉其一例。凡賣買。買主自所買物之交受之日起。對於代價而付利息之義務。

(日本民法七二五之二項)利息依一定之率而算出者也。而又以年或以月爲其單位。而定百分比例爲常。例如月一分(百分之一分)年二十分(百分之二十分)。然以日算之。依金錢之數而定者。亦不少。例如對於百兩而一日付一錢五厘云。無論爲法律所生之利息。爲特約所生之利息。凡其利息有定率者。則依定率付之。可不待論。然若法律與特約。單言生利息。而不言及其利息之率。是爲無定率。則其定率可作爲年五分利。蓋依民法。以百分之五爲通常之利用方法也。於一年間。從金錢所生之利益。算爲如此也。

利息之高低。本可依當事者之自由。而無所限制。然於日本。則曾有利息限制法。於此法未廢止以前。不得不於此法之範圍內。定利率。

重利。即利息上生利息之謂也。自古爲法律上所最忌。然於日本民法。則重契約之自由。而不禁止之。故當事者得自由以立重利之約。假令不約。而利息一年以上延滯不付。則債權者催告之。尙不付。則其利息算入債權額中。而得更生利息。此亦

定法也。金錢以外之債權。而生利息者。於日本其例甚少。然如貸米十石。對其代價而一年受百分之二十之米。蓋亦有之。凡代替物利用之對價。依一定之率而算出者。則有利息。不依一定之率而算出者。則是貸貸。而非利息也。

第五款 選擇債權

(一) 選擇債權之意義。選擇債權云者。於數個之給付物中。當事者或於當事外之第三者。選擇而受其一個之給付之債權之謂也。例如與以米百石。額面百兩之公債證書六枚。而可付以馬一匹牛一匹云之債權。於選擇債權。則為債權之目的。非一個之給付。而有數個之給付也。如前例。米百石之給付。與公債證書六枚之給付。共為債權之目的。而非限於僅交付米百石。或僅交公債證書六枚為目的也。但數個之給付。如有相互之關係。則債務者單以一個給付之。亦得付債務。選擇債權。與任意債權。不可不區別。任意債權云者。非如選擇債權之有數個給付為目的者。其目的物自始不確定。則債務者得某物給付而得免債務。此等債權之

之謂也。例如以米百石之交付。爲債權之目的。而債務者付以公債證書六枚。亦得其義務之債權。

(二)選擇者。數個之給付中。選擇其一個之權利。或使債權者有之。或使債務者有之。或使第三者有之。皆聽當事者之隨意。若當事者不定何人。有選擇權。則依法律爲其選擇權存於債務者。何則。蓋債權者如欲選擇。則必先定之。今置之而不定。自任債務者所選擇。已可見也。故其理爲至當。

若任選擇於第三者。而第三者不能選擇。或不欲選擇。則純理上爲債權不生效力。亦正當也。然是蓋多反當事者之意。故此法於此等處。反於原則。而定其選擇權於債務者。

債權苟不關於達到辦了之期。則有選擇權之債權者。或債務者。即不爲選擇。對手者如爲債權者。則不能要求確定其目的物。又或對手爲債務者。則不得爲辦了之準備。此實煩累之甚者也。故對手之對於有選擇權之債權者。或債務者可催告定

期而爲選擇。若於其期內。不爲選擇。則此有選擇權之債權者。或債務者。即作爲自拋棄其選擇權。而其選擇權。即移於對手者。

(三)選擇之方法。選擇云者。依有選擇權者之所表示之意思。而行之之謂也。故若債權者。有選擇權。則可對於債務者。而表示其意思。若債務者。有選擇權。則可對於債權者。而表示其意思。而對於對手者。既表示意思。而行選擇後。對手者。而爲債權者。則有可讓與其目的於他。如爲債務者。則可設諸種之準備。故如得輕消除表示之意思。則必生損害於對手者。故非得對手者之承諾。則不得消除之。

如第三者。得爲選擇時。則於理論上。對於債權者債務者之兩者而表示其意思。因而爲正當之選擇。然事避繁雜。貴簡便。故僅對於債權者。或債務者之一人。表示其意思而已足。

(四)不能給付。選擇債權之目的。有數個之給付。可選擇而應給付之數。併存債權。故有給付中自始而不能者。則債權不成立。或或有至後而不能者。從而債權消滅。

然以所殘存者爲給付之目的之債權獨存。此不待論。然其不能之原因。在不有選擇權之債權者。或在債務者之過失。則無因一人之過失。而兩者失選擇之利益之理。則與此原則不見適用。而對手者依然當有選擇權。例如有以兩個之給付爲目的之選擇權。因債務者之過失。而生一個不能給付。則債權者以其所爲利益。而選擇其不能給付者。得緣之以求損害賠償。又得求選擇他之給付。而履行之。又如選擇權之存於債務者。苟因債權者之過失。而至生一個之不能給付。則債務者得選擇此不能給付者。而給付之。以免債務。又或選擇殘存之給付。而於此所不能履行者。得對於債權者。而請求相應之賠償。

(五) 選擇之效力。在選擇債權。則其目的初有數個之給付。有選擇權之當事者。或第三者。爲選擇之時。其所選擇之給付。可看做債權發生之初。爲債權之單一目的者。故例如凡賣買者。所選擇物之所有權。自買賣之時。歸買主。迨至選擇定時。自其物所生之果實。亦歸買主。然若在選擇以前。第三者於其物上。取得權利。不得害之。

第三節 債權之效力

第一款 履行

債權之效力。在對於債務者。而求其債務之履行。若債務者任意不履行時。則國家得因債權者之請求。而加強制於債務者。使債權者得履行之結果。若是者名之曰強制履行云。債權者之請求強制履行法。於民事訴訟法上規定之。例如債務者不履行交付金錢之債務。則債權者出訴於裁判所。而得確定判決。則執法吏依債權者之委任。而自債務者取金錢。以交付債權者。若債務者無金錢。則賣卻債務者之家產。以其金錢爲辦了。

依債務之性質。縱令加國家之強制。到底不得令爲債務之履行者。作爲以外之債務者。大抵皆然。然債權者以得債權之目的（作爲與不作爲）爲滿足者多。故法律許債權者。以採左之方法。債權之目的爲作爲。則債務者不一定要自身爲之也。債權者可請求於裁判所。使第三者爲之。而使債務者出其費用。例如木工不履行建

築家屋之事。則可使他之木工建築之。而使不履行之木工。出其費用。

債權之目的。若法律行爲。假令債務者不爲其法律行爲。則法律爲要其行爲之判決。可認爲代表債務者之意。而以爲有法律行爲。例如保證人不爲債務之履行。則債權者可出訴於裁判所。則債務者得爲保人之判決。其判決確定。則債務者爲保人也。債權之目的。在不作爲時。則請求於裁判所。除卻所已爲者。而使債務者出其費用。且尙得爲豫防將來供擔保等適當之處分。依以上之方法。而終難得履行之結果者。如要技巧之作爲者。大抵然也。例如使畫工畫。使彫刻師彫刻。使音樂師奏樂。使俳優人演劇等。於此等處。不得依以上之方法而請求。即請求之。亦無益。故不出乎如次所述之損害賠償之外。又如採以上之方法而實行之。尙有損害者。則仍得請求其損害賠償。

第二款 損害賠償

債務者至當履行債務者。不可不爲適當於債務之給付。不爲之。則債權者得請求

損害賠償。債務者至履行債務。而不關於欲爲適當於債務之給付。而債權者不受之。則債務者對於債權者。得請求因之所生損害之賠償。

(一) 債務者之遲滯。債務者之當履行債務。有自法律之規定。有自當事之意思。而其履行之時。凡有三種。

第一。對於債務者之履行。如定某年十一月二十九日。或曰今日以後三十日。有期限之確定者。於此時也。自生債務之時。而債務者已確知履行債務之時期。以故即其後債權者不爲何等之方法。(例如催告等)債務者苟於其期限內。不履行。則有遲滯之責。而即不可不負由遲滯而生之損害賠償。

第二。對於債務之履行。爲不確定期限者。不確定期限云者。其期限之到來。不確定之謂也。例如以人之死亡爲履行之期限。則人必有死亡之時。而死亡之在何時。則不得而知之也。故於此。則債務者或有不知其期限到來之事。故必自其知期限到時。始任遲滯之責。

第三。對於債務之履行。爲全無定期者。於此。則債務者之對於履行債務。分毫不得預備。使債權者逼其即時履行。則其對於債務者未免過苛。故定爲自受債權者。請求履行時。而始任遲滯之責。

(二) 債權者之遲滯。債權者於債務者當履行債務時。從債務之本旨。而履行債務。債權者不能無故拒之而不受。若不受。則即自其時而任遲滯之責。例如約以百兩。送付於債權者之住所。於成立債務時。則亦以百兩交付於債權者之住所。而債權者拒之而不取。或債權者不在而不能取。則自其時以後。債權者當受遲滯之責。然如債務者途上逢着債權者。而出二百兩之紙幣一枚。以求找還所殘餘。則爲背於債務之本旨之履行。而可拒絕之。而債權者不任遲滯之責。

(三) 不能履行。債務之不能履行者。則可使債務者免債務。此既如前所述。然此蓋言其債務之不能履行。或自天災而生等。其責不歸於債務者也。若爲債務者所生之不能履行。則例如債務者當交付之物。或自故意。或自過失。而致毀損。以至不得

交付。則其責任當在債務者。對於債權者而生損害。則不得不爲損害賠償。

(四)損害賠償之範圍。對於債務之不履行。債務者當賠償之損害。其範圍如何。則除自特別之事情而生。爲當事者所不能豫見者外。苟其不履行。有原因與結果之關係。則不可不總其損害而賠償之。詳言之。則債務者苟其不履行之結果。生於通常之故。則可勿論。假令自特別之故而生。而其生也。爲當事者所豫見。或因過失等。雖非豫見。而其實亦得以豫見者。則亦不得不爲損害賠償。例如債權者。自債務者爲其女買禮服。而債務者至履行日期不交付。則至履行期後。債權者不得不使債務者賠償其不得使用禮服而生之損害。然其禮服爲債權者之女。爲婚儀所使用。因債務者不履行故。至延遲其婚期。雖債權者因之而生損害。然於其始賣買時。苟不告其故於債務者。則亦不得使債務者爲損害賠償。

賠償也者。於債權者現在所受之損害。而賠償之。即將來。可以得利者。亦不得不爲之。將來可以得利云者。依通常之事。無論何人。均得豫期之者。或如債權者。能得之

於通常之業務者。或依債權者。以特別之準備而生於將來等之謂。而不包含單純之希望。金錢者利用之甚容易。於法律凡通常之利用方法。以年得五分利息爲推定。而定之爲法定利率。夫以金錢爲目的物之債務。而有不履行。則債權者不別證明所損害。但推爲有法定利率之損害。又如當事者間。所約之利息。苟視法定利率爲高。則其利率爲其當事者間。爲金錢使用之利益故。而其約爲至當。債權者如此。則不必證明損害。假令證明損害。而或過於法定利率或約定利率。則不能得賠償。又債務者。如依天災而遲延其履行。則亦不得求賠償之減少。

(五)損害賠償之方法。當事者如爲損害賠償。或則與之以一物之所有權。如債權者有負於債務者。則或免其債務。其爲有定損害賠償方法。則依其定法。當事者如不別定方法。則總以金錢爲之。蓋金錢者。爲交換之媒介。以之量定損害。最容易也。無論何事。均得爲之。以之爲賠償損害。最爲適當。

(六)債權者之過失。債務之不履行。其故有由於債權者之過失者。苟其故但由於

債權者之過失。則債務者可無損害賠償之必要。若其故而自債權者與債務者。兩者之過失。則裁判所可參酌債權者之過失。而後定債務者當賠償之金額。

(七) 預定賠償額。因債務之不履行而生損害之額。從不履行之時之事而異。於不履行之前。不能預定之。然既自不履行後而生損害。若必至裁判所而證明其實際上之損害。甚非易事。且自裁判所而定賠償金額。恐於事實亦未必適當。故當事者欲避此困難。而預定不履行時。賠償之金錢。或其他物數之額。然有時債權者。不要證明損害。而亦得自債務者受預定之金額。或物件。又假令證明損害。超過預定額。亦不能得既豫定額外金錢之賠償。雖裁判所。亦不得而左右此豫定額。

當事者。豫定損害賠償額。但爲遲延。或爲全不履行。或欲代爲履行之意。或則拋棄解除權之意。則當應於各時。而定之事實問題。而定之。或有困難。則以當事者之意。可看做於履行或解除請求外。預定賠償額者。

當事者。但約定違約金於債務不履行。而支付金額。其金額則爲損害賠償之豫定

額乎。抑或恐債務履行之不確實而爲違約之懲罰金乎。甚不分明也。若此。則可視爲損害賠償之預定額。

(八)債務者之代位。債務者如失債權之目的物。或與之於他人。又或怠債權之目的。即權利之行使。則債權者得對於債務者而要求損害賠償。而債權者對於損害賠償。或受其物價額之全部。或受其權利價格之全部。則債權者不得於其物其權利。尙得有屬於自己之意思。即以損害賠償代其物或其權利。故若此者。謂爲對於債務者而拋棄。誠至當也。故債務者。可無要讓付之方法。而關於其物其權利者。則立於債權者之地位。例如有入受存他人百兩價額之物。而或失之。則與以損害賠償金百兩。而其後如發見此物。則此物即爲存主所有。而不及歸還。又如有乙應爲甲自丙處取百兩之義務。而或怠而不取。則當付損害賠償百兩於甲。而後乙對於丙。代甲而有取百兩之權利。

第三款 對於第三者之效力

(一) 間接訴權。債權者不可不自債務者之財產。而受債務之辦了。或損害之賠償。然在債務多之債務者。行使自己之權利。到底不可不供債務之辦了。於已無所得益。故或怠於行使其權利。以至減少其財產。或至全無資力。而使債權者有不得受辦了與賠償之憂。故日本民法。欲使債權者無此憂。除如夫自婦之財產。而為收益之權利等。專屬於債務者一身之權利外。有財產上之價值之債務者。苟怠行其權利。則可使債權者代債務者。而行債務者當行之權利。例如債務者怠登記。其所有不動產。則債權者代為登記之。債務者對於他人而有債權之當取。而怠而不取。則債權者代取之等。

債權者。於其債權之辦了期限未到之時。而妄干涉屬於債務者之權利。可謂太過。故辦了期達到以前。中斷屬於債務者。權利之消滅時效等。為保存行為外。非經裁判上代位之方法。而受裁判所之許可。債權者不得行屬於債務者之權利。

(二) 廢罷訴權。行廢罷之訴權者。不可不有如左所云之要件。

第一。凡法律行爲有害債權者。如許債權者。消除他人之法律行爲。以其害及於債權者。如無害於債權者。無令人干涉他人行爲之理。例如債務者已無資力。而贈與其所有物於他人。債權者以此贈與而有受不能辦了債權之害。則得消除之。然使債務者有足辦了債務之財產。因而贈與。若得消除之。斷無是理。

第二。凡債務者明知有害於債權者之事。知有害於債權者。不必要有惡意也。例如債務者爲酬恩而贈與。爲贈與而減其資財。爲減其資財而致不能爲債務之辦了。債務者如明知之。則亦得請求消除其贈與。

第三。債務者之對手者。亦須知法律行爲之當時。爲有害於債權者。但知之而已足。第四。須以財產權爲目的之法律行爲。如爲非以財產權爲目的。而以身體權爲目的之法律行爲。例如相續。如私生兒之認識等。則不得消除之。

既備具右所云之四要件。則可請求於裁判所。而爲消除。然爲消除。無債權者獨得特權之理。但爲令債務者財產中以不法之行爲取去之物。回復於債務者之財產。

中而已。夫消除者。爲總債權者。有利益也。

第四節 多數當事者之債權

第一款 總論

夫債權之關係。須有債權者與債務者兩個之當事者。而後債權可成立。此則本編之第一章第一節既述之。當甚明瞭。然此當事者之兩方。有各一人者。有一方一人。而一方有數人者。有兩方各數人者。

當事者之兩方。各爲一人。則別無所疑問。然若其一方荷有兩人以上。即不能無疑問之生。

當事者之兩方。或一方。有二人以上。而當事者別無他約。且其債務又非不可分者。則債權者。各各以平等之分割。而有權利。而債務者。各各以平等之分割。而負義務。若此者。關於多數當事者債權之通則也。例如甲乙丙之三人。自下而借銀三千圓。每人各借一千圓。則甲乙丙三人。各負辦了一千圓之義務。又如甲乙丙三人。貸丁

銀三千圓。每人各貸一千圓。則甲乙丙三人對於丁而各有一千圓辦了請求之權利。

第二款 不可分之債務

(一)不可分之給付。凡給付有可分者。有不可分者。分割之而無損其物之本質。亦無損其價值。此給付之可分者也。反此者爲不可分。不可分者。有性質上之不可分。與意思上之不可分。有性質上雖可分。而因當事者曾表其意思。而定爲不可分之給付。則即意思上之不可分也。例如給付馬一頭。與屋一椽。此性質上之不可分也。或爲起一事業。而需千金。苟欠此千金。即不能起其事業。則此千圓之給付。可約爲不可分者。此即意思上之不可分也。

凡以不可分之給付。爲目的之債務。則名之不可分債務。夫不可分之債務。苟兩方而各爲一人。則不許部分履行外。無少困難。然若債權者。或債務者。有二人以上。而又不不得應債權者與債務者之數。而以之分割債權。則有如左特別之規定。

(二)債權者有多數時。如關於不可分債務。債權者有數人。則當總債權者。共同而請求其履行。而債務者。對於總債權者。而履行之。此最適當之理也。雖然。其實際。則多不便。如債權者不同居於一地。則然。依此法而求實際之便利。則各債權者之一人。均有請求履行全部債權之權利。債務者對於債權者之一人。履行一債務。則免一義務。而此債務履行之利益。歸於總債權者。而各債權者均受其履行利益之一部分。(親受履行之債權者亦然)以此爲定則。

如右所定之則。欲令債務履行完全。則出不得已者。使不可分債權之各人。獨以一人對於債權全部。而占權利。但關履行而已。故各債權者。不得以一人之意見。而用其履行以外之法。或更改。或免除。以消滅此債權之全部。若其債權者之一。以其屬於自己債權之部分。而或更改。或免除之。以消滅其債權之部分。則於不可分債務之性質上。不得爲之。唯於無害於不可分債務性質之範圍內。得行之。而有效力耳。即債權者。受全部之履行後。欲爲更改或免除之債權者。以如非爲更改或免除。則

當受之利益。即償還之於債務者。

以上所云之外。不可分債權者一人之行爲。或對於一人而所生之事項。不及其影響於他之債權者。

(三)債務者有多數時。如不可分之債務者有數人。則亦爲總債務者。而共同任履行之責。於理上誠至當也。苟不如是。則甚不便。故各債務者之一人。對於其全部。不可不任其履行之責。債權者如對於債務者之一人。而欲爲更改。或免除。則不可不以債務者負擔部分。爲履行後。而償還之於債務者。

如右所云之外。對多數債務者之不可分之債務。對於連帶債務者一人所生之事項。及其影響於他之連帶債務者。準用除次款(一)至(六)之外之連帶債務之規定。

(四)債務之變更。不可分債務。有變而爲可分債務者。則債權者債務者。各對於自己之部分。而請求履行。任履行之責。例如有交付乘馬一頭之義務。變而爲損害賠償之義務之時。

第三款 連帶債務

第一 連帶債務之性質。

有數人負擔連帶債務時。則各人當作爲唯一之債務者。債權者對於債務者之一人。而亦得請求債務全部之履行。又得同時對於總債務者而請求之。亦得順次對於總債務者而請求之。可隨意也。例如甲乙丙之三人。負三千圓之債務。於通常之方法。則甲乙丙各任履行一千圓之責任。債權者不得對於債務之一人。而請求二千圓。或三千圓之履行也。然若此甲乙丙之三人。其債務爲連帶債務。則債權者對於此甲乙丙三人中之一人。有請求三千圓之權利。對於甲乙丙而請求三千圓。是同時請求於總債務者也。始請求之於甲。後請求之於乙。終請求之於丙。是順次請求於總債務者也。此可以隨意行之。甲乙丙之一人。各有辦了全部三千圓債務之義務。

如右所述數人之連帶債務者。各任債務全部履行之責。故有各別之債務。但其各

債務者。如互有一種之關係。則可因一個之債權辦了。而他之債務亦消滅。故如連帶債務者之一人。或爲強迫差誤等。而表示其意志。以至法律行爲之無效。又或因有請求消除之原因。則與他之連帶債務者。不少及其影響。

又如對於連帶債務者之一人。所生事項。則與他之連帶債務者。有不及其效力之原則。

如右之原則外。對於連帶債務者之一人。所生之事項。有與他之連帶債務者生效力之事。則如左。

(一)履行之請求。債權者。對於連帶債務者之一人。而爲債務履行之請求。則其請求對於他之債務者生效力。履行請求效力之重者。爲遲滯。或中斷其時效。所以設此例外者。履行之請求。對其不受請求之債務者。不得生效力。則債權者對於債務者之一人。得爲債務全部之請求。唯以總債務者爲遲滯。或對於總債務者而中斷其時效爲目的。則對於總債務者。不得已而爲請求。以至有徒受煩累之弊。

(二)更改、更改云者、負擔新債務。而消滅舊債務之謂也。更改之當事者間。必視新債務與舊債務之價值相等。而後可更改。更改之實與辦了同視。故債權者。如與連帶債務者之一人。既為更改。而仍得與於他之連帶債務者有債權全部之請求。則是使行二重之債權矣。以故對於債權之全體。可消滅其債務。

(三)相殺、為債權者所請求之連帶債務者之一人。對於債權者而亦有債權。而其債權與連帶債權相殺。則債權亦歸消滅。而此相殺。實與辦了同視。故此消滅。對於總債務者而有效。

受請求以外之債務者。對於債權者而有債權。則受請求之債務者。斷無求與他人之債權相殺之理。蓋對於債權者有債權之債務者。其債務之負擔。僅有其一部分。若得相殺。則受請求之債務者。再求償於有債權之債務者。如此請求太繁。故有規定。對於債務全部。不得援用相殺。蓋因斷無使受請求之債務者。強使不受請求之債務者。履行全部債務之責之理也。

(四)免除。債權者苟對於連帶債務者之一人，而免除其債務，則他之債務者不受其影響。而債權者對於他之債務者，仍得請求全部債務之履行，而為履行之債務者，亦得向其受免除之債務者，求償其當負擔之部分。受免除之債務者，更得向債權者，以不當利得之故，收回負擔之部分。若此則其結果，所歸於債權者，不過債務全部中，扣除債務者擔負之部分。夫以經如是繁雜之方法，而其結果不過與不經此展轉者，同一而無所優。故欲為免除於債務者之一人，則受免除之債務者，全免其債務，而他之債務者，亦得免其受免除債務者所負擔部分之義務。

(五)混同。混同云者，債權與債務，歸於一人之謂也。是亦債權消滅之一原因也。連帶債務者之一人，與債權者之間有混同，則此一人之債務之消滅，固不言而喻。然於理論上，則他之債務者，尚依然而存，則債權者對於他之債務者，仍得請求全部之履行。更當以自己當履行之部分，償還之於履行之債務者。雖然，若是亦徒增其繁雜而已。故凡有混同者，定為對於總債務者而消滅其所自擔當之部分，而對於

他之債務者。則僅有各部分之求償權而已。

(六)時效。連帶債務者。如於其債務履行之期限各異。則又請求以外。有中斷時效之方法。例如承認假押收。則對於他之債務者。不生效力。如有連帶債務者之一人。時效已完成。而他之債務者。時效尙未完成者。於斯時也。債務者。既斷無爲此一人之時效既完成。而被損害之理。而時效既完成之債務者。又斷無受他之債務者之賠償之理。故於此。則對於此時效既完成之債務者。所擔負他之債務。亦即時免其義務。

第二 連帶債務之起因

連帶債務之所以起者。如合名會社之社員。又如因共同之「不法行爲」而生之義務也。其義務有因法律之規定而生者。有因當事者之法律行爲而生者。

第三 求償權

連帶債務者之一人。因辦了更改相殺等。捐自己之利益。而使連帶債務者。得共同

免其責。則此債務者對於他之債務者。而得有各自負擔部分之求償權。負擔部分者。依各債務者。負連帶之債務。於實際得利益之相當者以爲準。

債務者之一人。因債權者之請求。而爲辦了。則須通知於他之債務者。蓋他之債務者。或有相殺時效等。可與債權者相抗之事。若其債務之全部。或一部。既已消滅。則亦無能爲謀也。故若債務者之一人。不爲通知。而即應債權者之請求。致共同免責。他之債務者。因之而被損害。則如前所云。得對抗於債權者之事。可以之對抗於此履行之債務者。又如以不通知之故。而他之債務者。因不知而爲之辦了。得共同免責。則後之履行債務者。當視已之辦了爲有效。而對於前之債務者。得行求償權。於是其先之辦了者。對其求償。舍更對於債權者。取回其「不當得利」之外。無他術也。

連帶債務者之一人。以無資力而不能償其所負擔之部分。得共同免責之債務者。無獨受損失之理。故他之債務者。各應於己所擔負之部分。以爲比例。而代償此一人之債務。於此如債務者之一人。有受連帶債務之免除。則其應當代償之部分。可

使債權者分擔之。蓋他之債務者。決無因債務者之一人受免除。而受損失之理故也。

第四款 保證債務

第一 保證債務之性質

保證云者。爲主之債務者。苟至不履行其債務時。則代債務者。而履行其債務。以此承諾於債權者之契約也。

(一) 保證債務者、從債務也。保證債務者。不過擔保主債務者之從債務而已。故與主債務而共其運命。主債務苟不成立。則保證債務亦不成立。主債務而苟已消滅。則保證債務亦必消滅。此事保證人。雖與主債務者。如爲連帶。而任負擔。然而相異也。

保證債務之範圍。如當事者有表示之意思。而有定者。則依其所定。可不必論。若未有所定。則附屬於爲主之債務。以爲債務。例如利息、違約金、損害賠償、訴訟費等。均

包含之。然假令有特約。則保證債務者。於其債務之目的或體式。不得視為主之債務較重。若重則必減至為主債務之限度。例如為主債務之負擔為一千元。而保證人之負擔。約以一千五百元。則於保證債務目的。視為主債務而重。但付千元而有効。又如為主債務為有條件。保證債務為無條件。則保證債務。以於體式視為主債務較重。而亦付以條件。

保證債務。為從債務。故苟對於為主之債務者。而有履行之請求。及他可以中斷時効者。對於保證人。亦可以中斷時効。

(二)保證者、充補之債務也。保證債務者。為為主之債務。有不履行而始生履行之責任者也。故即補充為主之債務也。保證債務既有此性質。故其結果。保證人對於債務者。有催告及檢查之利益。然若保證人與債務者。苟為連帶債務。則無此利益。(甲)催告。保證人自債權者受履行請求後。對於債權者。得先為催告債務者之請求。債權者非從保證人之請求。為催告後。則不得迫保證人履行。然若為主之債務

者。既受破產之宣告。或其人既行踪不明。則此催告必無實效。亦既明瞭。則保證人於此不得請求催告。

(乙)檢索。債權者對於爲主之債務者。苟不爲履行之催告。可勿論。若應保證人請求而爲催告。雖對於爲主之債務者。尙未受辦了。然若保證人固知爲主之債務者。爲債務之辦了。有十分財產。且其對於財產之執行。亦甚容易。苟能證明之。則債權者。不可不先對於爲主之債務者而執行之。若此者。名之曰保證人之檢索利益。保證人不拘爲催告檢索之請求。苟債權者而自怠於執行。以至不能自債務者而得全部債務之辦了。即債權者無怠慢。而自對於爲主債務者不爲催告。不爲執行。則於辦了限度中。保證人得免其義務。蓋債權者。不得全部辦了者。其自己怠惰之結果也。

(三)保證即契約也。保證者。債權者與保證人之間。有契約者也。保證人有因爲主之債務者所委托。而爲保證者。有不受債務者之委托。而爲之者。又有反於爲主債

務者之意思。而爲之者。

保證在古昔。要有定式之契約。今則不必有形式。

第二 保證人之求償權

保證人對於爲主之債務者之求償權者。因受爲主債務者之委託與否。異其範圍。保證人苟因受爲主債務者之委託。而爲保證。則於爲主債務者。自己不履行債務時。而委任之保證人。苟代爲履行。則保證人得對於爲主之債務者。請求凡爲債務者免債務而所受之損害賠償。即保證人得請求爲消滅債務。而債務者得免以後之五分利。及其他種種費用之損害賠償是也。

受爲主之債務者委託。而任保證之保證人。雖在不消滅債務以前。亦得求償者。如左。

保證人因確定判決。而受辦了之命。而到底不得不辦了者。則雖在未辦了以前。亦得行求償權。

爲主之債務者。既受破產之宣告。保證人必至爲債務者辦了。可以豫想。而爲此辦了。既在破產後。則債務者。無資力以賠償保證人。甚明也。故保證人。得爲配當加入。然苟債權者。既加入配當時。則保證人不得更加入。何則。同一債權。不得二重使行也。(配當加入者。謂將其款加入破產分配中也)

債務者。既在辦了期。則保證人。無論何時。均不得不應債權者之請求。而爲辦了。故保證人。得預行求償權。而爲主之債務者。保權契約之後。不得以債權者所許與之期限爲抗辯。拒絕保證人之請求。何則。蓋債權者。既得自保證人而受辦了。而無爲主之債務者無力不得辦了之危險。故容易許與期限。則保證人恐有不得求償之患也。

債務之辦了期。如不確定。且其最長期亦不能確定。則保證人將何時而得免債務乎。此不可知也。故定爲保證契約之後。經過十年。而後得行求償權。

如以上所云。苟債務者爲賠償於保證人。而保證人不爲之消滅其債務。而有債權

者。再來請求債務之憂。故必須使保證人供擔保。或則爲供托以供擔保。或令保證人得免責。即保證人可免其義務。

保證人雖非受爲主債務者之委託而爲保證。然其保證也。亦不爲爲主債務者所拒絕者。則保證人出捐而使爲主債務者得免責。其消滅債務之當時。不超過爲主債務者所受之利益之限度。則保證人得有求償權。蓋債務者所受利益云者。即若非保證人爲之消滅債務。則已所實受之損害額。爲免責上不可避之費用。雖欲自爲消滅其債務。亦到底不能免者。故賠償之於保證人。適當然者也。

凡保證人。不拘爲債務者所拒絕。而爲保證。於債務者現受利益之限度內。亦有求償權。然至求償之前。如與債權者。爲更改或爲相殺而取得債權者。則爲主之債務者。以非依保證人之辦了而得利益故。故得拒其求償。

第三 數人之保證人

對於同一之債務者。而有數人之保證人。則各保證人之擔負如何。夫有於同時同

所而其擔負保證債務者。有各保證人於異時異所。而爲擔負互不相關之保證者。如各保證人對於債務全部而擔負之。於法律。則數人共保證同一之債務者。則保證債務。當定爲數人間可分割。若此者名之爲分別利益。

如右之規則。非以之限制保證人。而更得任意行爲者也。故此數人之保證人。如約互爲連帶而負擔此保證債務。則亦可任全部債務履行之責。亦任人之自由。又或無如此特約。而爲主之債務。苟爲不可分之債務。則保證債務。亦必爲不可分。而各保證人。不得不一人而爲債務全部之履行。夫無論如何而成履行全部債務後。則其一人之保證人。其於自己辦了之額。苟超過而辦了他人之部分。則此保證人之求償權。同於一人之於連帶債務之求償權。

第五節 債權之讓付

(一) 債權者。得以讓付者乎。債權之讓付云者。不問有償與無償也。從一人而轉移之於他人。即讓付之謂也。債權以得讓付爲通則。例如甲對於乙而有索取千元之

債權。而甲得移轉其權於丙。而丙遂得對於乙而有索取千元之請求權。

債權雖以得讓付爲通則。然亦有例外。例外第一爲性質上不得讓付之債權。例如主人有使僕婢供勞役之權利。會社（公司也）有使役員執業務之權利。此不得讓付之於他人者也。又如於性質上可讓付。而當事者不喜讓付。而特爲表示禁制讓付之意思者。於此。蓋對於不知讓付禁止之第三者。無禁止之效。故債權者。或竟仍爲讓付。則債務者對於讓受人。不得不爲辦了。但仍得對於舊債權者有求損害之賠償而已。此規則爲保護善意之第三者而設。使債權得圓轉通融也。

債權之讓付。只須依當事者之合意而成。即讓付人與讓受人之合意也。其餘不必有他方法。然唯恐債務者或其他第三者。對抗之。故必須有方法。

（二）指名債權。指名債權者。對於「指圖」債權。及無記名債權。而名通常債權之謂也。

欲以指名債權之讓付。有對抗債務者。則要自讓付人通知之於債務者。或經債務

者之承諾。二者必須有其一。此規定。爲保護債務者而設。恐有人詐爲既得讓受。而請求履行。又恐不知債權之有讓付。對於前債權者爲辦了。而又來讓受人之請求。故以此防之。然必定爲自讓付人而通知者。蓋若從讓付人與讓受人兩者通知。則過於繁雜。若僅自讓受人通知。則又恐詐稱讓受債權。無故而來受辦了之憂。

債務者。如有相殺等。有可對抗於債權讓付者之事由。欲以之對抗於債權讓受人。則當承諾債權讓付之時。必預預爲說明之。若不說明而無異議。承諾讓付則債務者不得對於讓受人。以對抗讓付人者對抗之。於此。債務者得爲既消滅債務。而回收所交於讓付人之物。或得看做擔負之不成立。

讓付人爲債權讓付之通知。債務者尙未承諾。則債務者接其通知以前。得對於讓付人所生之事。對抗於讓受人。例如通知以前。債務者對於讓付人。本有債權。則可對於讓受人而有相殺等之抗辨。

以指名債權之讓付。欲對抗於債務者以外之第三者。必於如右之通知。或承諾時。

須有確定日月之證書。確定日月之證書云者。則於此日以後。不得製作之證書也。例如公正證書。則於成立日後。能依此日而爲製作。至公簿登載之日後。不能再製作。故公簿登載之日。爲確定日月。

如右之通知承諾。必要有如此特別之方式者。蓋防止債權者爲二重債權。而詐稱前之讓受者。未爲通知。未承諾。以讓付歸於無效。以害前之讓受人。或則詐稱前之讓受權。爲有通知承諾。以害後之讓受人。又或顛倒通知承諾日月之前後。以詐害讓受人等。

(三)指圖債權。指圖債權者。對於債務者。或對於指定之人。而有履行債權之謂也。指圖債權之債務者。蓋自始而認爲得以轉轉相受者也。例如匯票、約束票、船貨證券等之債權。(指圖債權者認憑信而不認人者也。)

指圖債權者。爲財產自由通融而設。得移轉於數人。故如無證書。則移轉不易。且動啓紛爭。故於指圖債權。須製作證書。

以指圖債權之讓付。欲對抗務債者及第三者。須於證書。爲一讓付之證書。及交付證書於讓付人。裡書云者。凡記載於通常證書裡面之名稱。不必定記載之於裡面。不問證書何處。記載之於證書面上可也。或時有附其補箋於證書亦無妨。

指圖債權之債務者。受證書之呈示時。有查看所持之人是否真實之債權者。其署名捺印果真實否等之權利。查看之後。如發見其虛僞。則得拒其履行債務之請求。然若債務者不查看。而所持之人。非真正之債權者。而既履行其債務。則亦得免其責任。雖真正之債權者後至。亦不得請求其履行。唯債務者。苟有惡意。或有重大之過失。則其辦了。可視爲無效。例如債務者知所持證券之人。爲竊取者。又或知其署名捺印之爲虛僞者。而仍爲辦了。是惡意也。苟畧爲經意。即能知其爲虛僞。而竟鹵莽辦了之。是重大之過失也。

指圖債權。如右所言容易轉轉者。則要讓受人得依賴證書。以爲受持。故除記載於證書之事項。及證書之性質。所生之結果外。無論其有何等抗辯。均不得以此對於

當事者以外之人而主張。例如對於騙取證書者。其於被騙取者。依證書而當負之義務。苟不知其證書爲騙取而讓受之人。不得以騙取故。而拒其辦了。

依證書之性質而當然所生結果云者。依法律或習慣而一定。債權者之不可不爲之事項也。例如以船貨證券收受貨物。不得不給運送費是也。

(四)無記名債權。無記名債權云者。唯對於持證書之人。而爲履行債務之債權之謂也。民法上視之爲動產。其受授一依動產之方法。而務債者以證書上記載以外之事項。不得對抗於善意之所持人。其理同於指圖債權。

第六節 債權之消滅

債權。因消除、時效完成、期限到來、不能履行、解除、辦了、相殺、更改、免除、混同等而消滅。對於消除、時效、期限。則有總則編之規定。對於不能履行。亦既如前述。若解除及當事者之死亡。當說之於契約上。本節所當述者。即所殘餘之消滅原因。即辦了、相殺、更改、免除、混同之五者也。

第一款 辦了

(一)辦了之意義。辦了云者。適於債務之本旨。而爲履行之謂也。不獨限於金錢之給付。凡實行債權之目的。而爲給付者。皆是也。債權之目的。爲服勞務。則勞務即辦了也。債權之目的。在不許爲某事。則不爲某事即辦了也。

(二)何人當爲辦了乎。辦了者當債務者爲之。此爲本則。可不待論。然債權者。固於財產上。以有利益爲目的者也。故無論何人辦了。若能達其債權之目的。皆可受之。而債務者或以知終不能免辦了。而恐其債務之加重。因而請人代爲辦了者。則雖第三者爲辦了。亦無不可。此爲通則。雖然。亦有依債務之性質。而僅爲債務者能辦了。他人不能辦了者。如以技巧作爲爲目的之債務是也。例如某俳優有演藝之債務。某畫工有繪畫之債務。是以某俳優某畫工以特別之技能。爲債務之目的也。故他人不得代爲辦了。又當事者苟不欲第三者之辦了。而曾表示其意思。則法律斷無禁止其表示意思之理。可任當事者之自由。他人遂不得代爲辦了。

如保證人及供擔保之人等。有利害相關之第三者。則不論爲債務者所拒否。而亦得爲辦了。如與債務者無利害相關之第三者。則其代爲辦了。可以拒之。若定爲債務者不得拒絕利害無關係之第三者而代爲辦了。易致煩累。故債務者得拒絕無關係之第三者之辦了。又不拘其爲拒絕而爲辦了。則其辦了者。得對債務者爲求償。

(三)當辦了於何人乎。辦了於債權者。或代理人爲之。對於其外之人。則其辦了爲無效。此爲本則。然若非眞債權者。而爲行使之債權者(即借權之準占有者)當即視之爲眞債權者。苟對之而爲辦了。則亦無咎債務者之理。例如以某原因而其相續歸於無效。則相續人即爲非眞之相續人。然至其無效之原因發現時。自表面觀之。這與眞之相續人無異也。債務者如不知而信以爲眞相續人而爲辦了。若亦以其辦了爲無效。則未免太酷。故定爲債務者苟以善意而爲辦了於債權之占有者。則其辦了亦爲有效。

除右之所云外。凡對不有辦了受領權者。而爲辦了則其辦了也爲無效。然若眞債權者。得因之而受利益。例如受辦了之人。將其所受辦了之物。交付之於眞債權者。若仍以其辦了爲無效。則債務者勢必更爲辦了於眞債權者。而眞債權者。又以其所受之利益。爲「不當利得」返送之。則徒增繁雜而已。不如以眞債權者所受利益之限度內。爲辦了有效。則債權者與債務者間。可免二重授受之煩。

齊來債權者之受領證書之人。自債權者得附與受領辦了之權限。此爲通則。時或有無受領辦了權限者。如許債權者得主張辦了爲無效。則債務者。有人持受領證書而求辦了時。必不得不先查看其人之眞有辦了受領之權限與否。而後始爲辦了。則其受授未免澁滯。故法律。凡受領證書之執持人。定爲有受領辦了之權限。不許債權者以反證。然爲辦了者苟既從債權者受。某也雖持受領證書。而無受領辦了權之通知。則爲辦了者。既知執持人無受領辦了之權。而仍爲辦了。則債務者爲有過失。又或受領之而不按閱則亦以爲過失。於此則無保護辦了者之理。而不得

不以其辦了爲無效。

(四)當爲如何給付乎。債權之當事者。無對手者之承諾。不可不依債務本來之目的。而受授給付。債權者視債務本來之目的。爲高價之給付。無受之責。債務者視債務本來之目的。賤價之給付。無爲之責。當事者兩造一意。則可以他之給付物。以代債務本來之目的。亦聽當事者之自由。而債權即可因之消滅。於此苟以不給付本來債務之目的故。而爲非辦了。則又必視爲新債務之發生。故不別爲更改。而爲一消滅之原因。當事者之意思。苟欲以之爲辦了。則其辦了亦爲有效。

右之定規。爲從來代物辦了之擴張。代物辦了云者。以一物之給付。代他物之給付之謂也。右之定規。則以一給付。代他給付之謂。其所包含者廣。不必限於物與物之替代也。

債權之目的。爲限於特定物時。則債務者當善爲管理。而不可不注意以保存其物。既如前述。然債務者苟加應當之注意。而其物復不免有所損壞減少。則債權者不

得不甘受損害。債務者至當交付時。則以當時之現狀而交付。可免其義務。又至交付時之前。苟於其物而得增加。則其增加不得爲債務所取得。而當歸還之於債權者。

(五)辦了之地。當辦了於何地乎。此迴當事者所豫定也。不然。則於辦了時協議而後定之。此爲常事。然苟或不定。則其債權之目的。苟爲特定物之交付。則於債權發生之當時。其物存在之地。即爲辦了之地。其債權之目的物。苟爲其他之給付。則當至其時債權者之住所。而爲辦了。特定物以外之給付。其要者如金錢之給付。而爲金錢之辦了。則以債權者之住所。爲辦了地。是亦日本從來之慣習。

(六)辦了之費用。凡人皆當擔負自己行爲之費用。而辦了則爲債務者之行爲。而當事者之間。無特別之定則。故辦了之費用。爲債務者所擔負。然苟因債權者之行爲。而致增加辦了之費用。則債務者斷無爲債權者而受損害之理。故此增加之費用。當歸債權者所擔負。例如爲債權者轉移住所。而致運送費之增加。則增加之費。

當歸之債權者。

(七)證書、對受領證書者。爲辦了之證。辦了者視爲極重要之件。辦了者對於受領辦了者。得請求其交付。若受領辦了者不交付。則得拒辦了。如債務全部既辦了。而證書尙存在債權者之手。則至後日。恐或再請求辦了。故辦了者。欲防禦之。不可不長保存此受領證書之煩。故債務全部之辦了者。其權利上得請求債權證書之交還。債權證書不存於債權者之手。則債權者必無再迫辦了之事。

(八)辦了之充當、債務者對於同一之債權者。而有數次之債務。各債務之目的。爲同種類。而債務者之爲辦了。其給付不足消滅債務之總額。則其給付。不可不定爲充當何者之辦了。例如甲對於乙。而有百圓、百五十圓、三百圓之三次債務。而爲二百圓之給付。則必生充當何次債務之辦了之疑問。

夫辦了者。爲債務者之行爲。故先辦了何次之債務。可任債務者之意思。故債務者於辦了時。得指定爲充當何次債務之辦了。若債務者不自爲指定。則債權者得於

受領之時指定之。蓋債權者亦得於數次債務中。可自由請求何次債務辦了之權利也。故次於債務者而有充當辦了之權利。亦至當也。辦了充當之時期。限於辦了或辦了受領之時者。爲恐此債務久懸於不確定故也。

債權者。或債務者。爲充當辦了之於對手。如既表示其給付。爲充當何次債務辦了之意思。則於領受證書記載何次債務之辦了。是便宜之方法。

然如債權者。與債務者。均不指示辦了之充當。則此給付。當爲何次債務之充當。法律所定之方法如次。

數次之債務中。有已達辦了期者。有未達辦了期者。則以達辦了期者爲先。蓋既有在辦了期者。捨而置之。而反辦了其未達辦了期者。決非債務者之意也。且亦決非債權者之意也。

總債務。均既達辦了期。或則總債務。均未達辦了期。則以爲辦了而債務者受利益多者爲先。例如有有利息債務。有無利息債務。則先有利息者。

無論辦了何者之債務。而債務者之利益均相同者。則不能依右之規則。而爲充當矣。故以總債務而既達辦了期者。則以曾先到辦了期者爲先。總債務而均未達辦了期者。則以將先到辦了期者爲先。爲之通則。

然或辦了之利益同。辦了之期限同。數次債務之間。難爲差等。則應依各債務之攤派。而充當辦了。

與以上所云相異者。對於本金之外。而有利息及費用者。而債務者不足以付本金利息費用之金額。則第一先充當費用。次則利息。次則本金。

此順位。雖得因當事者之同意而得變更。然如有數次債務之併存者。則不得但因債務者之意思。而變更之。

(九)辦了之提告。辦了之提告云者。債務者對於債權者。而表示將爲辦了債務之意思也。債權者。應提告而受領辦了。則消滅債權。若不受領。則不消滅債權。雖然。若不受領。則債權者當自受提告時。任遲滯之責。而債務者可免其後因不履行而所

生一切之責任。

提告於當履行債務時。適於債務之本旨而爲之。此固不待論。且也不得獨以言語表示辦了之意也。當表示之於事實。以此爲原則。例如爲千圓辦了之提告。則不可不取出現金千圓。但以言語。以辦了千圓通知債權者。則不得爲提告。然於此原則。亦有例外。其一。則債權者預爲拒絕辦了之受領者是也。於此則即令爲實際之提告。而債權者亦不受領。甚明白也。其二。對於債務者之履行。要與債權者相參合者是也。於此。則欲債務者單爲實際之提告。而有所不能也。故於此二者。則債務者爲辦了之準備。以通知債權者。催告其辦了受領。即爲提告。

(十)供託。提告辦了之後。債務者雖可免因不履行而所生之責任。然債權則仍未消滅也。故債務者依然不得不負擔債務。而債務者苟欲早免債務。則仍無法也。於是有供託之法。債權者拒辦了之受領。或則因債權者之有故而不得受領辦了。如有數人互爭爲債權者。而不得確知何人爲真正之債權者。則債務者之辦了物。

爲債權者而不能履行。則或則預入其物於其他之供託所。或則託裁判所所選任之保管者。以保管之。亦得免債務。而託之後。則供託物當爲債權者所處分。故債務者不得遲滯。而急將其供託物通知之於債權者。

供託所。如日本。則依現行之供託規則。而於金錢及有價證券。則付之於中央金庫。於其他之物。則無定規。至日本民法實施之後。始制定新規則。

辦了之目的物。如爲不動產等粗大之物。則不適於供託。如魚類。則有失損之虞。如動物。則保存之當有費用。則辦了者可得裁判所之許可。而拍賣其目的物。以其代價爲供託。所以必須得裁判所之許可者。蓋以防辦了者以不便爲名。而亂恣賣其目的物故也。

(十二)代位辦了。代債務者而辦了其債務。則依債務者之法律。而得對於各債務者爲求債。例如保證人。則依前述代理人之規則。管理他人之事務。而爲辦了者。則依管理事務之規則。而各對於債務者爲求債。雖然。若因辦了而取得之權利。則

與因辦了而消滅之債權無關係。假令如因辦了而消滅債權。其債權上有擔保之附屬。則債務者爲他人代爲辦了。而得僥倖消滅其擔保。則爲辦了者。恐至有不得自實際債務者。得償還之憂。故於法律。設使辦了者。繼承債務者權利之方法。名之爲代位辦了云。代位辦了云者。聞之如爲代債務者爲辦了之意。實則爲辦了代位。而爲債權者之意也。

對於爲辦了而有正當之利益者。例如保證人以自己之財產。而供他人之擔保。如質權或抵當權之目的。爲不動產之第三取得者。則無須用何等之方法。債權者亦不須債務者之同意。因辦了之一事。當代位而爲債權者也。若其他。則辦了之時。須得債權者承諾。始得代位而爲債權者。而指名債權之讓付。則須通知於債務者。非經債務者承諾。不能與債務者或第三者相對抗。

代位辦了者。有債權之效力。而有債權者之權利。例如損害賠償及違約金等。均得有請求之權利。及擔保。亦爲債權者所有之權利。故一切均得行之。然其行使權利

也。限定於自己對債務原有求償權之範圍內。例如前述。背債務者之意。而爲保證者。則僅能求償於債務者現受利益之範圍內而已。故假令代位債權者。超過債務者現受利益之限度。則不得行債權者之權利。

第二款 相殺

(一)相殺之意義。二人互負債務。互至當辦了時。例如甲負百圓之債務於乙。乙亦負百圓之債務於甲。則乙對於甲而受領百圓之辦了。甲對於乙而亦受領百圓之辦了。於理爲最當。然所以不如此者。不惟憚其繁雜已也。且二人中或甲一人爲辦了。而二人無辦了資力。則甲有損失之虞。故於法律。當此等處。設爲便宜之法。省互爲授受之勞。而兩者之債務。共爲消滅。若此者。名曰相殺。故相殺云者。有互相對立之債務。因計算而消滅之意也。

(二)相殺之要件。相殺須有債務之對立。而其對立之債務。(第一)須爲同種之目的。例如兩者之債務。共爲支付金錢。或則共付米。則得相殺。若一人爲付金錢之債

務。一人爲付米之債務。則不得相殺。如得相殺。則無論爲得金錢交付而發生債權。因而得米。又望米之交付。而發生債權者。因而得金錢。其結果無分金錢與米。致成同一。誠背當事者所以發生債權之本意。故不許之。(第二)兩者之債權。須同在辦了期者。若以已達辦了期之債務。得與未達辦了期之債務。許相殺。則爲債務者利益而設之期限。豈不失其效。而其結果。甚有害於有期限之債務。故不許之。(第三)債務之性質。須許相殺者。例如木工互約若干日之工事助力。若許相殺。則其約歸於無效。故不許之。(第四)當事者。須未嘗表示不許相殺之意思者。當事者如欲互爲實際之辦了。而表示其意思。則法律斷無禁制之理。然其所表示之意思。對於第三者。而不得有效力。若有效力。則第三者。或不知之。而債權者自對於第三者所負之債務。以爲相殺。而有力取他人債務之事。恐被不測之害。故對於善意之第三者。不得以有表示相殺禁制故而對抗。

(三)相殺之方法。債務如互適於相殺。則當事者不必用何等之方法。而得直行其

相殺。若當事者之心。以債務之消滅有不合而相殺。則自當事者之一方。爲表示相殺之意。而後對手方依之以行。

(四)相殺之效力。爲相殺。則當事者對於債務之對當額。而免債務。即債權消滅也。例如甲有百圓之債權於乙。乙亦有百圓之債權於甲。如爲相殺。則甲與乙之債權。均歸消滅。又或丙有五十圓之債權於丁。丁有百圓之債權於丙。爲相殺。則丙之債權全消滅。而丁之債權。則消滅百圓中之五十圓而已。

爲相殺。則以表示相殺意思時。爲其生效力時。是理論上。或以爲然者也。然當事者。至受履行之請求之前。其間空爲經過。而非其本意。其本意則自債務適於相殺時。爲始。是爲普通。故民法相殺意思之效力。以兩者之債務。適於相殺之時爲始。而逆遡之。

(五)例外。因不法行爲。而債務者對於債權者。不得爲相殺。何則。若許之。則無受辨了之望也。債權者得亂對於債務者而行不法行爲。而自不法行爲而生之債務。則

可相殺而消滅。是法律默許人以不法行爲也。烏乎可。

第三款 更改

更改者。發生新債務而消滅舊債務之契約之謂也。故於更改要有舊債務之存在。更改者。以消滅舊債務爲目的。故如無舊債務。則無可消滅之目的。而更改不成立。更改者。以發生新債務爲契約者也。故須有新債務。如無新債務。則更改亦不成立。又如新債務雖一旦發生。而至後消除之。則當視爲自初已無效。更改自初爲無效。而舊債務亦不得消滅。

如債權者債務者。及爲債務目的之第三者。三者如或有所欠。則亦不成立。是三者。迺成立債務不可欠之要素也。換言以明之。則債務之關係。因此三者而成形者也。故此三者之一。如有變更。則變更後之債務。與變更前之債務。全然相異。即舊債務因而消滅。因是故更改者。有因債權者之交替。而更改者。有因債務者之交替。而更改者。有因目的物之變更。而更改者。有此三種類之更改。

因債權者之交替而更改。則與讓付債權相類似。故與讓付債權同一理由。非以確日期之證書而更改。則其更改更不得對抗於第三者。又準用於指名債權讓付之規則。即關於債權者承諾之規則。因債權者之交替而更改之。

因債務者之交替而更改。則舊債務。有免其債務之利益。而絲毫無受損害之憂。故不必經舊債務者之承諾。而債權者與新債務者得立約而為更改。然舊債務如曾表示其不欲如是之意思。則債權者與新債務者。不得行之。

如滙票之為主之債務者。則為支付人而出款。然支付人者不以支付而負償還之義務者也。故出滙票等以視之為債務者之交替而更改。

債務之目的云者。有謂為債務之內容全體者。有謂但因債務而得利益者。有如是相異之議論。例如約云。本月中如降雪。則甲與乙以千圓。苟有此債務。從前說。則以「本月中降雪。則與千圓。為債務之目的。從後說。則僅以「與千圓。為債務之目的。故有以附以條目之債務為不附以條目之債務者。（例如以降雪則與千圓之債

務。爲單言與千圓之債務是也。有不附以條目之債務。爲附以條目之債務者。例如僅以與千圓之債務。爲降雪則與千圓之債務是也。又有變更其條目者。例如以降雪則與千圓。變而爲降雨亦與千圓之類是也。若此者。從前說。則爲更改。從後說。則爲不更改。

變更其條件者。於理。則債務之目的爲變更乎。抑否乎。此不可不知者也。以實際之債務關係言。其重大之變更。則民法上當視之爲更改。

第四款 免除及混同

(一) 免除。免除云者。僅以債權者之意思。以消滅債權之謂也。凡拋棄權利。而不反於公益者。不能不聽權利者之任意免除。拋棄其權利也。故不必要債務者之同意。但以債權者一人之意思而得爲之。而債權者之意思。則以曾對其債務者之本人或其代理人表示爲生效力。而不必用特別之形式。

(二) 混同。混同云者。併有兩資格而歸屬於一身之謂也。所謂併有兩資格者。即債

權之資格與債務之資格同歸於一人也。無論何人。均對於己而無少權利。故債權以混同而消滅。混同。有債權者繼續債務者。有債務者繼續債權者。然更不但限於繼續已也。非無因債權讓付而生者。

如債權之權利質之目的。為第三者權利目的。則因混同而債權既消滅。第三者之權利亦不得不消滅。如此。則其損害及於第三者。故至此等處。雖有混同。而債權亦不消滅。

第二章 契約

第一節 總論

第一款 契約之意義

契約云者。欲令當事者間。生私法上之效力為目的。而有二人以上之對手人。共表示其意思合一之謂也。

此契約之定義。於下當再說明之。

契約須有二人以上之當事者。而此二人以上之人。須立於相對之地位。假令有二人以上之當事者。共立於一方面。則無契約。例如一人有買者。一人有賣者。而後契約成立。如二人以上之人。其立於賣者之地。則無契約。

契約須二人以上之當事者。有合致之意思。假令當事者之意思相齟齬。則無契約。例如一人有賣馬一匹。百二十元之意思。而對手者則有以百元買之之意思。則無契約。

契約則當事者之意思。不可不互相表示。假令當事者之意思。雖已一致。而不發表之於外界。則無契約。例如一人有賣之意思。對手方有買之意思。然互藏之於心。而不表示。則無契約。而其意思之表示。則有明示。有默示。明示云者。以寄之於書面。口頭。容態等。發表其意思於外界者也。默示云者。沉默而不言。或自他之行爲推測而知其意思之表示者也。

契約。以私法上主效力爲目的者也。故如二人之意思雖一致。而其効力生於公法

上者。則非契約。例如合議裁判所之裁決。數人之判事。表示同一之意思。而生權利之創生轉移等效力。然此爲表示公法上之意思。故非契約。又爲表示之意思。不爲法律有效力者。則非契約。

從來契約之語。獨於發生債權之合意者。則稱之。而於他之法律。所生之關係相合意者。則與契約區別。而稱之爲合意。普通合意云者。不但爲指稱爲契約之基之意思。合致已也。若僅限債權發生之意思。相合以爲契約。則物權之創設。移轉。消滅等。均不包含之。而其義失之於狹。故日本民法契約之爲語。其義廣。若法律上生效力。而意思合致者。均得用之。

第二款 契約之類別

契約之種類雖多。然其最重要者。則別之爲五。餘悉省畧之。而此五者。各異其觀。而各契約。則必自第一至第五類中。必入其一。

第一 雙務契約與單務契約

雙務契約云者。當事之兩者。均有債務之契約也。單務契約云者。唯當事者之一人。生債務也。例如買賣契約。則賣主爲交付物件。買主爲交付價值。兩人各有義務。故雙務契約也。贈與契約。則唯贈與者負義務而已。若受贈與者則無義務也。故單務契約也。其他若交換、賃貸、借、和解等。則雙務也。消費、賃借、寄託等。則單務也。契約之雙務與單務。定於契約成立之時。例如不約報酬。而受委任。則唯受任者有義務。而委任者無義務。故單務也。而至後爲委任事務。故受任者出費用。則委任者遂生償還之義務。然仍不能變契約而爲雙務契約。

第二 有償契約與無償契約

有償契約云者。當事者兩人均爲交付之契約之謂也。無償契約云者。唯當事者之一人交付之契約之謂也。例如買賣。則賣主不可不交付物件。買主不可不交付價值。故有償契約也。贈與。則唯贈與者爲交付。而受贈與者不少減殺其利益。故無償契約也。有如委任寄託而約報酬。則爲有償。否則爲無償。

雙務契約。與有償契約。決不可混同。何則。雙務誠必爲有償。而有償契約。則非必爲雙務也。例如對於有利息之消費借貸。貸主不少負義務。故爲單務契約。然借主則出其利息。而貸主則自借時始至返時。失使用元本所收之利益。故爲有償契約。

第三 諾成契約與要物契約

唯以當事者之意思。相合致而成立契約者。諾成契約也。當事者意思合致之外。而尙須有物之交付者。要物契約也。消費借貸。使用借貸。寄托。等。必爲契約之目的物交付。而後成立契約。故要物契約也。買賣交換。借貸。等。唯因當事者之合意而成立。故諾成契約也。

第四 爲主之契約與爲從之契約

爲主之契約云者。不關其他之契約成立與否。而獨自成立之契約也。爲從之契約云者。因他之契約成立。而其契約始有效者也。例如保證契約。則爲從之契約也。如右之別。其實用則在爲主之契約無效。則爲從之契約亦無效。然爲從之契約無

效。則爲主之契約非無效。

第五 有名契約與無名契約

有名契約云者。法律有特別之名稱也。無名契約云者。法律無特別名稱也。例如買賣、贈與、交換、貸借、委任、寄託等。有名之契約也。不得以如此名稱相稱者。即無名契約也。

爲此區別之實用。在適用其法律之方法。有名契約。則以其法律所特定之規則適用之。無名契約。則依類似之有名契約規則而適用之。

第三款 契約之成立

如前述。契約者。爲兩者表示相合致之意思者也。而此二者意思之表示。必先有其一。而後再有其一。若是者。爲當事。先表示其意思者。名申請。後表示其意思者。名承諾。申請與承諾。共爲表示同一之意思者。則爲意思表示之通則。而不必論。今試畧述申請承諾之特別規則。

(一)對於隔地者之承諾，則以其發通知之信時爲成立。若兩人對話而表示其意思，則表示意思時，即得對人之了知時，而其實際即爲表示意思期之發生。固毫無疑義。然苟在隔地，則表示意思時，不能即到達於對手者，而得對手者同時之了知，故表示意思之時期，不免生困難之問題。從來對此問題，則有三說。一說以對手人了知表示之意思時，始生效力。一說以意思表示之通知，置表示意思者之管理外時，即生效力。一說，表示意思之通牒，到於對手者時，即生效力。於此法，則以爲平常之表示意思，則採用受信主義，即表示意思之通牒，到於對手人時，即爲生效。爲關於承諾之事，則採用發信主義。以承諾者發通牒時，爲生效。即發承諾狀時，爲契約成立時。故發承諾狀後，雖有如何之事，均與契約之成立無影響。例如承諾狀，或不到申請者之手，亦與契約之成立無少差池。以理言，固貴速爲約諾，然爲不得已言也。

(二)申請者，無未承諾間，無論何時均得消除申請者，待承諾而成一契約。未承諾間，

則申請尙未成一完全之法律行爲也。以未有定約。而申請者。無論何時。均得消除其申請。是爲原則。

在兩人對話之間。則受申請者。得即時了解申請者之意。而決諾否。故申請者無論何時。消除其申請。均無害於對手者。雖然。若在隔地。則對手者或欲爲承諾之準備。若既爲準備後。而遇消除。則必至被不測之損害。故對於隔地者之申請。則申請者受承諾之通知相當之期間。不得取消除之。然幾時幾日。而可爲相當之期間。則當應實際之情況。而爲事實之問題。

爲契約之申請者。至何日何時求承諾。此爲申請期間。此期間。多爲申請者之所定。於此。則申請者之意。於其期間中。不得消除。若經過其期。則得消除。此蓋以期間限消除也。轉言以明之。則申請者於其期限中。示有效力之意。故若許其期中而得消除。是自失其申請之效力也。故定爲在其期間中則不得消除。若其期內無承諾之通知。則爲無效。

右之所云。若承諾之通知。後於時期。而到於申請者。則申請之效力既廢。故雖意致相合。而不得成契約。然申請者之心。或欲仍踐前言者。亦不少。若然。則承諾者以遲致承諾之通知故。而當視此承諾之通知。爲一新申請。對之再爲承諾。而後成立契約。以繼續前之申請。而發遲到之通知時。爲契約成立之時可乎。若不可。則以申請者之發承諾狀時。爲契約之成立。如以更承諾而後爲契約成立。即成立之時期。正爲承諾之時期。則少有背於承諾之意思也。雖然。承諾者之欲成立契約。而爲承諾。其於成立之時期。毫無異於想像。故謂爲契約之不成立。毋寧謂之爲成立之爲當。

(三)承諾要與申請相合。契約者。致合意思者也。若承諾而與申請有所不一。則其意思非合致也。故契約不成立。例如對於買黑馬之申請。而承諾賣赤馬。對於千元賣一物之申請。而承諾以九百五十元買之。則爲不承諾。而一人當視爲拒絕申請。一人當視爲新申請。故非在先之申請者。對之而爲承諾。則契約不成立。

(四)申請毋須對於特定人。申請者。必要依特定人之承諾。然自始不必對於特定

人。不必要對於特定人之申請之特例。如懸賞廣告等。例如以有人尋得逸狗來者。則與若干金。以此載於新聞上。爲之廣告。

於廣告。有單獨行爲論與申請論相分者。從前說。則單爲廣告行爲。而爲廣告者。擔負之義務也。然如日本民法。則以契約之總則中。置關於廣告之定規。故不問學說如何。而日本民法之解釋。則以廣告算入一契約之申請爲正。

申請則至承諾時之前。無論何時。均得消除。故懸賞廣告。亦不得不然。然對於懸賞廣告之承諾。不得以行爲明爲之。故於廣告所指定之行爲。未完了間。而消除之。然他之申請者之消除。則以通知對手者爲之。而懸賞廣告。則無對手者之可通知。故消除之方法。不得不少變。其方法。即用與前同一之廣告法。而爲消除之告白。例如上海申報所載之懸賞捕殺康有爲廣告。則不得不仍於申報載消除廣告。某地揭懸賞廣告。則不得不仍於其地揭消除廣告。然或以前之新聞。或廢刊。前之揭廣告地。或毀壞。則不得不用他方法而消除。然如用他方法而消除。則其消除之效力。僅

及於知者。而不能及於不知者。此規則對於廣告者。雖不免少酷。然爲保護不知消除。而爲指定行爲之人。故不得不然。

有數人同爲廣告所指定之事者。則此廣告。如定爲無論何人。均與報酬者。則不必再論。如廣告者不定如右通常之語。而其意思。僅指定爲一回之報酬者。則最先爲之者。得受報酬。若其行爲而難分先後者。則各以平等而分割其報酬。又若其報酬之物而僅爲一個。其性質爲不能分割者。則行抽籤法。當籤者。則得受所指定之報酬物。

如懸賞小說、詩歌、或論文、等。募集之廣告。如廣告之指定其行爲者。則唯與報酬於優等者而已。如此廣告。非定應募之期。則應募之範圍無定。而不能定優劣。故在應募期者。視爲有效。而不在應募期者。視爲無效。而定應募者之若何爲優劣。則有先定其說於廣告中者。有否者。如爲先定者。則可依先定之方法而判決之。可勿論。若先未定。則亦一從爲廣告者所判定。而無論如何。受判定者。均不得對之而生異

議。

第四款 契約之效力

第一 雙務契約

(一)同時履行、雙務契約。而當事者不定履行之期限。則以兩者同履行爲最當。而亦最公平。故民法規定曰。雙務契約者。當事者之一人。至依辦了提告之規則。而爲提請之前。則對手者得拒其債務之履行。以此爲定規。苟無此定規。則雙務契約之各當事者。其債務之發生時。雖相爲牽連。而至發生以後。則各爲獨立之債務。若自一人請求之。則不能不應。然若履行後。而不能受對手者之履行。則履行者恐有被損害之虞。甚不公平之事也。

(二)危險負擔、雙務契約當事者之一人。至不能履行其義務。則其對手者。將仍有履行其義務之責耶。抑將免之耶。此即危險負擔之問題也。欲答此問題。則須問契約之目的物。爲特定物之給付與否。而因之而異。

契約之目的物。爲特定物之給付。則不問其所有權之轉移與否。而其特定物之命運。爲有定。故即其物增加。而債務者亦不得求其價之增加。反之。則即其物減少。債權者亦不得求其價之減額乎。例如爲特定之米之賣買。在賣主未交付其於買主時。其間米價荷騰貴。賣主亦不得求其價之增加。又或米價下落。買主亦不得求其價之減少。若是故。凡一旦變其物而爲契約之目的物。則其物所生之損益。亦變而歸於債權者所有。故如其物非以債務者過失而滅失或毀損。則其滅失毀損。亦均歸於債權者。此固甚明瞭之理也。故滅失毀損之時。仍不得免其履行義務之責任。如以不特定物。爲契約之目的。則至確定其物以後。而其理亦如此。而確定後之危險負擔。則亦如此。

附以停止條項之雙務契約。則與右之定規稍異。附以停止條項之契約者。自條項之成就時。已生其效力者也。故條項成就時。而既滅失其目的物。是契約生效力時。即爲無目的物。若是則欠債權之一要素也。故契約不生效力。而債權者無支付對

價之義務。反之而物止毀損而不至消滅。以目的物存在之要素無所缺。而債權者不可不對之而付對價之全部。

雙務契約之目的。在特定物以外之給付。（即不特定物之給付。）而限其他之作爲不作爲爲目的者。則目的物之命運。爲不定於給付以前者。故危險之擔負。與以特定物爲給付之目的者。正相反。即如因天災而至不能履行債務。其責不可歸於債權者。亦不可歸於債務者。則債務者當免其債務之履行。而同時亦失受領對價之權利。換言之。則其危險。歸於債務者所擔任。

第二 爲第三者而生之契約

依契約。當事者之一人。與其對手人相約。付其給付物於第三者。例如甲與乙結契約。而使乙付一時辰錶於甲之子丙。當事者間若其契約成立。則甲可對於乙而請求付時辰錶於丙之權利。固不必論。然丙非此契約之當事者。則得因此契約而能有取得之權利耶否耶。若自純理言。則契約者。發生其權利義務於當事者。而當事

以外之人。則絲毫不得受其影響者也。故丙不得因甲乙間所立之契約而得權利也。然若其契約固欲使第三者得取利益爲目的。則第三者與當事者之意思適合。實際上誠多便宜。故既表示第三者契約上所受利益之意後。則第三者即對於債務者。而有受領給付之權利。如右所云。第三者之權利。既發生後。則人即不得左右其權利矣。故契約之當事者。即不得再變其契約或消滅其契約。右所云第三者之權利。因當事者之契約而生。非債務者與第三者別爲契約也。故債務者如得以之對抗債權者。則亦得以之對抗於第三者。固不待言而可知。例如契約之得消除者。債務者對於第三者亦得消除之。

第五款 契約之解除

(一) 解除之方法。契約之解除云者。消滅契約之謂也。

依法律之定規。或依契約。而當事者之一人。有解除契約之權利。其解除之方法。則自有三說。一說。謂解除不必用何等之方法。當事者至契約之當解除時。即爲解除。

例如有契約之不履行者。即爲當然解除之事。然若如此解除。則往往使當事者不知不識之間。而失其權利。被意外之不利。且不特此也。當事之兩者。倘無履行適當之時期。則又不得不更立新契約。若是則大有戾於當事者之意也。故此說不可採。一說。契約之解除。當請求之於裁判所。若從此說。則契約解除之方法。確寔鄭重。而過於干涉。爲之者。不但當事者要有費用而已。或以請求於裁判所爲嫌忌。有解除權而不行之。則有不能全解除權效用之恐。故此說亦不可採。然則日本民法所採用者何也。則又有一說在此。此說以表示其意思於對手者。依此說。則既無不知不識中失其權利之憂。亦無裁判所方法繁雜之害。故最爲適宜。

(二)解除之起原。解除權。有因法律之定規而生者。有因契約上所定而生者。其起因雖有種種。然最普通者。則爲以不爲履行及不能履行而生者也。

契約當事者之一人。苟不爲債務之履行。則其對手者。定相當之期限。以催告其履行。若催告之。而其定期內仍不履行。則對手者得爲契約之解除。在約債務履行之

期間而不爲者。是違背契約也。違背契約。則對手者即時解除其契約。而不得囑不平也。然於實際。怠爲債務之履行者。人之常情也。若以直爲解除之權利與對手者。則待債務者。未免失之於酷。故少爲之餘豫。而設此定規。然若契約之性質。或以立契約之當時。有表示之意思。而不可不一定之時日。或一定之期限內履行者。則非其期日內爲履行。則不能達契約之目的。苟後其期日而履行。不但於對手者毫無利益而已也。且恐又有害。故如於所約之期而不履行。則對手者不待催告。而即得爲契約之解除。例如爲婚禮而定酒筵。苟過婚禮之日期。則受此酒筵實有害而無利。

債務之全部。或其一部。如因債務者之事故。而至不能成者。則債權者得爲損害賠償之請。既如前述。且債權者又得即爲解除契約之請。此則債權者。雖爲履行之催告。而債務者決不能應其催告。此理固甚明也。故亦不必催告而得直爲契約之解除。

(三)解除之效力。契約解除之效力，在爲契約之當事者，復其未有契約當時之狀態。例如因契約而受金錢物件，及自其物件而生之果實，均不可不返還之於對手者。而金錢，則又非輕易使用者也。故無論受領者，實際上未曾使用，而亦不得不付自受領時至返還時之息利。

契約之解除，唯當事者間生效力而已。而不能對第三者有效力。例如契約當事者之一人，自對手者受之物上，而有取得之權利者，則即契約既解除，而此權利取得者之權利，絲毫不受其影響。蓋契約之解除，苟其效而及於第三者，則與第三者立約時，第三者必慮及彼當事者間，得毋爲契約之解除與否，而受授必至滯滯而不能圓滑。故以此爲定規。

(四)解除之消滅。解除之時期，漫無限制，則契約必至長在於不確定之地位。夫權利義務，長懸於不確定之地位，是甚可嫌之事也。故解除權之使用，不得不有時期之限定。其限定之方法，有解除權之對手者，得對於有解除權者，先自考定其契約

之解除與否。定相當之期日。以問於有解除權者。於此期內解除與否。以求有解除權者之確答。苟爲此問。而對手者爲不解除之返答。則卽爲解除權消滅。而契約確定。

解除契約時。不可不使對手者。復於未立契約前之地位。然有解除權者。其爲契約之目的物。或損毀。或且至於不能返還。又或爲加工改造故。又變其目的物爲他種。則以有解除權者。不能使對手人立於未有契約以前之地位故。而解除權卽消滅。例如因契約而改受金瓶以爲受皿等。反之而契約之目的物。其滅失損毀。非爲有解除權者之行爲及過失而生者。則其滅失損毀。縱不立契約。亦不能免。則解除權不消滅。

第二節 贈與

贈與云者。以當事者一人之財產。無所取償。而付於對手者之契約也。

(一)贈與者。契約也。或有以贈與爲單獨行爲。不待受贈者之承諾。而卽爲法制之

成立者。然日本民法。則以贈與者表示贈與之意思。經受贈者之承諾。始爲成立。故贈與亦一契約也。

(二)贈與者、無償者也、贈與云者、以贈與者之自願捐其利益、以與受贈者也、故贈與者有損失、而受贈者無損失。

(三)贈與者、諾成也、贈與之成立、多有公正證書、裁判上公證登記等、一定方式之必要、何則、贈與之爲事、贈與者有損失、而受贈者無損失也、若輕率爲之、則至後日恐反悔其意思、而生紛擾、故有須逾方式之必要、然日本民法、則爲契約自由故、而定爲贈與但依當事者之承諾而成立契約、不必用特別之方式、且又爲防後日之紛擾故、而定爲不立筆據之贈與、則贈與者受贈與者均得消除之、故贈與者、諾承契約也、然欲確實之、則不可不用筆據。

(四)贈與者、以付與贈與者之財產爲目的者也、贈與本有廣狹二義、廣義則以一切之無償行爲、均以之爲贈與、故如所有權之轉移、地上權永久佃作權等之轉移、

設定債權之付與等。贈者但爲債務之免除。權利之拋棄。及無償賃借。無償勞役給付。即以爲贈與。然行於普通者。則不取此廣義。於日本民法。則亦如普通所用者。而不取此廣義。必以贈與者之財產。付之於人者。方得謂之爲贈與。故民法之所謂贈與者。其間不包含債務免除。權利拋棄等事。

(五)贈與者。無擔保義務者也。贈與基於贈與者之好意而爲之。受贈者唯有利益。而贈與者唯有損失也。故以贈與者之意思。而定贈與之目的物。或則其目的權利。而即以其物。其權利。現存之形狀。以贈與之。即其物其權利上。稍有瑕疵欠缺。亦毫不任其責。而受贈者。亦決無以瑕疵欠缺而責之之理。故日本民法斟酌之而定爲贈與者不任贈與物之瑕疵欠缺之責之規則。但贈與者苟知其瑕疵。而不告之於受贈者。則是以其瑕疵欠缺之物之權利。裝爲完全之物與權利。而其迹類於欺詐。而贈與者對其瑕疵欠缺。不可不任損害賠償之責。

第三節 賣買

(一) 賣買之意義。賣買云者，從當事者之一人（賣主）約轉移其所有之某財產於對手人（買主）而自對手人約付以價值之契約也。

(甲) 賣買者，諾承契約也。賣買者一人云賣，一人云買，而其契約即成立，非必付物付價後，而後成立契約。

(乙) 賣主者，負轉移財產之義務者也。賣買爲雙務，而當事者一人之賣主，則負轉移某某財產於對手人（買主）之義務。而所有權、地上權、永久佃作權、債權、板權等之財產權，皆得爲賣買之目的物。凡賣買之目的物，必屬於賣主之財產權。若以他人之權利爲賣買之目的物，則法律禁制之。其故蓋以特定物之賣買，必要契約同時所有權之轉移。若其物而爲他人所有權，則不得即時隨意轉移也。然特定物之賣買，通常契約，雖與所有權同時轉移，而亦有以特別之意思，而其所有權之轉移，延至於後日者，亦聽當事者之自由也。故以特定物之賣買，爲所有權與契約必同時轉移者，不得也。況更有不特定物之賣買，爲賣買之目的物，多非屬賣主之所有

者耶。若此，則可知所有權與契約同時轉移者，非賣買之要件矣。誠然則賣主唯擔負權利轉移之義務而已，而亦得賣他人之權利也。何則，蓋自取其權利於他人，而轉移之於買主，則其賣買亦不得謂爲無效也。

如右所述，則賣主有完全賣買之權利，以轉移之於買主之義務，其結果，則即有所謂追奪擔保、疵瑕擔保之義務。

賣主賣卻他人之權利時，賣主苟不能自他人取得而轉移之於買主，則即所謂全部追奪也。則以賣主不能履行其義務故，而依前所述之通則，而爲契約之解除。此固不待論矣。且此雖自買主爲履行之催告，而亦明知其無效，故買主得不必爲催告之方法，而直爲契約之解除。

若此，則買主如有已付之價金及利息，均得請其償還，又得要以損害賠償。然若買主成立契約之當時，苟已知爲賣買之目的物不屬於賣主之權利，而豫知日後有不得不返還於賣主之憂者，則日後雖返還之，而不得請求損害賠償。

賣主立契約之當時。其所賣卻之權利。自信爲自己之權利。而其實則爲他人之權利者。至日後必將其賣卻之權利返還之於真正之權利者。若然。苟其物而未付於買主。亦不得拒買主之交付請求。其物而已付於買主。亦不得請求返還。則其待賣主未免過酷。故定爲賣主得解除賣買之例。而得不交付其目的物於買主。或得收回其目的物於買主。然賣買而至契約之解除。究爲賣主誤信他人之權利爲自己之故。而其過失爲賣主所不能辭。更無使買主反至被損害之理。故凡買主因此而被損害者。賣主不可不賠償之。

賣買之目的物之權利。其一部分爲他人之所有。而賣主不能轉移之於買主者。即所謂一部之追奪也。則買主可於其不能轉移之一部分。應其部分之價額。而求減殺。且得請求損害賠償。又如但爲減殺價金。請求損害賠償。而受其所殘餘之部分。而買主仍有甚不利者。則買主得全廢其契約。例如建築住宅而買幾畝之土地。其內數畝非賣主之所屬。而不能轉移其所有權於買主。其所能轉移者僅少土地。而

決不能以之建築住宅。則買主僅買此僅少之土地。寔非其本意。而契約得以解除。其次所謂瑕疵擔保者。則凡賣買之目的物。結契約時。其瑕疵得而見者。雖賣主不告之。而買主亦得而知之。然若其瑕疵不見於表面。而在隱微者。則苟賣主不告之。買主實無由知之。然賣主苟不以瑕疵不外見之物。告以有瑕疵。則買主以其物爲無瑕疵而購之。賣主亦以爲無瑕疵而賣之。此自然之理也。故如實有疵瑕。而賣主隱而不言者。則買主得對於賣主而要求損害賠償。且如買主如買其物。或以疵瑕故而不能達其買物之目的。則亦得解除契約。

(丙)買主則負交付價金之義務。賣買當事者之一方之買主。則對於對手之賣主。而擔負與所受之財產相當之價值。付以價金之義務。而其財產價值相當之價。必用金錢。是稱價金。價金之交付。如契約有定期者。則依其期限而交付。可勿待論。若契約上無定期。則即以交付賣買之目的物時。即爲交付價金時。故法律定無期限之價金。與交付貨物事同一時日。誠屬當然。

(二) 賣買之豫約。賣買自兩造而豫約者。實無所用。蓋欲行賣買於後日。則可定其期限。例如賣買者之一人。欲來月三十日。以百圓買馬一頭。而對手人亦欲來月三十日。以百元賣其馬。則其賣買之期日。彼此同一。而其自豫想時至來月三十日之間。實無絲毫豫約之必要。何則。蓋賣主與買主。彼此均定於來月三十日。豫約則在來月三十日。不豫約亦在來月三十日。故無用其豫約也。

反之而賣買者之一人爲豫約。則例如有甲對於乙。而負擔以一定之價金。賣百樽之酒之義務。乙如承諾之。則即無不依之而行。若從通常之規則。則必自豫約履行之時。上遡乙豫約之時。而爲賣買之約。而以此賣買爲有效。是甚不免迂遠也。故日本民法。以豫約之對手人。卽如前例所云之乙。表示賣買完結時。直爲賣買之成立。反覺簡捷。

(三) 定金。當結賣買契約時。爲欲確實其賣買故。而買主付賣主以若干金。名之曰定金。既有此定金。而當事者之一人。未至履行契約間。買主則拋棄其交付之定金。

賣主則賠償定金之倍額。而以解除契約。其外無有何種之損害賠償。此乃日本古來之慣習。日本民法亦用此慣習。雖然。若當事者苟立與此慣習相異之約。亦非不可得也。

(四)費用。賣買。則買主取得財產權。賣主取得價金。其兩者之利益相當也。故關於賣買之費用。兩者不可不平分之而擔負之。雖然。是亦聽當事者。得立與此相異之契約。

(五)還買。還買云者。自其字面視之。若為賣買既交易後。賣主更自買主而買其物之謂。而其實不然。若賣主買其既賣於買主之物。則又為一新賣買。而非還買也。故所謂還買云者。與賣買契約成立時。同時有一特約。言明賣主日後得解除賣買契約者。

還買之契約。不可不與賣買契約同結於一時。為賣買契約之當事者。契約成後。得以解除契約。固勿論也。然此所謂解除者。其解除之效力。唯生於解除後而已。非邇

解除前而生效力也。而此還買。則直視爲當初未有賣買者。同一效力。故其特約不可不結於賣買契約同時。

動產。則不如不動產之有登記之公示方法。唯依現時之所占有。而即得轉移其權利於善意之第三者。故還買之特約。殆無其效。故動產不認還買。而還買唯限於不動產。

禁止流質之契約。則前既述之矣。然還買。如得約價金及費用之外。賣主付買主以其他金錢。則或此還買之名下。得免流質禁制規則之適用。故爲還買故。而賣主付買主之金額。唯限於價金及契約之費用。當事者於不動產之果實。及金錢之利息。如有特約。則當依其特約。可勿待論。若無特約。則以金錢之利息。與不動產之果實。兩兩相殺。

在還買權之存在間。買主不但因不知何時賣主執行還買權而失權利已也。且對此買得之物。而不肯十分施改良。又其物之通融不自由。且所有權之所在。亦曖昧。

不明。然則還買權之期過長。誠某所爲厭惡也。以故還買之期限。定以十年爲最長期。若其約之期。長於十年者。則短縮之。而至於十年爲止。又或當事者之間。不定還買之期限者。如英美兩國。則定以五年爲期。

還買之契約。如與賣買之契約同時成立者。則對於第三者而亦生效力。是蓋還買契約之特質也。若平常契約之解除。則其效力不及於第三者。得於第三者對抗者。唯限於還買之契約而已。所以定爲與賣買之契約同時成立者。爲防至日後賣主與買主通謀。爲特約之登記。以害第三者故也。

第四節 交換

交換云者。互轉移其財產之契約也。夫買賣固亦交換之一種也。至近世而事繁。不但商賈之事繁。即民事亦甚繁。故行以金錢之媒介。而因之區別而爲賣買。而限於金錢以外。以轉移財產權者。名之曰交換。交換可用買賣之定規。

第五節 貸借

貸借有消費貸借、使用貸借、質貸借之三種。而其性質各不相同。

第一款 消費貸借

消費貸借云者。當事者之一人（借主）自其對手人（貸主）受金錢或他物。而約以同種同類同數同量之物。以還之之契約也。

（一）消費貸借者。物成契約也。消費貸借者。以借主自貸主受所欲借之目的物。而其契約始為成立。若但經當事者之承諾而已。不得為成立也。例如甲向乙借千金而乙承諾之。此為消費貸借之豫約。而非消費貸借之成立也。如乙與甲以千金而甲受之。而後始為消費契約之成立。然此有一例外之事。例如有非因消費貸借而負金錢及其他物之給付者。當事者苟即約以其物為消費之目的物。則消費貸借。即自其時而成立。不必更為金錢他物之授受。例如甲自乙買物而負交付價金千元之義務。甲乙相約。而即以此千元為消費貸借之目的物。則消費貸借之千元。不待授受而即成立。

(二)消費貸借者、單務契約也。消費貸借。既如前所述。因交付目的物而後成立。然成立後。則貸主一無義務。其負返還之義務者。惟借主而已。故單務契約也。

(三)消費貸借者、有償或無償者也。消費貸借。有約借主付利息於貸主者。有否者。其不約付利息者。貸主有損而無益。借主有益而無損。故爲無償。其約付利息者。貸主與借主共有益。故爲有償。如爲有償之時。則貸主之物。如有疵瑕而隱而不言。則有責任。無償時。則無責任。

消費貸借之借主。有返還之義務者也。消費貸借之借主。則負返還之義務。然不必即以自貸主所借之原物返還之也。但以與原物同種同類同數同量之物返還之而已可。

消費貸借之最重者。金錢之貸借也。金錢貸借。則可用如前述之關於金錢債種之定規。

(四)返還之時期。當事者如自定返還之期時。則依其時期而返還之可勿論。若不

定返還之時期。苟從無期限債權之通則。無論何時苟有債主之請求。即不可不返還。則不但對於借主。不免失之於酷也。且又有戾於消費貸借之性質。故以貸主定相當之時期而爲催告。反之而定爲貸主至何時受返還而無害。借主即以其時返還之。

第二款 使用貸借

使用貸借云者。當事者之一人（借主）自對手人。受其物。使用之。因而收其益。無所償而即以原物返還之之契約也。

（一）使用貸借者。物成契約也。使用貸借。亦不得但以貸主借主之承諾。而爲契約之成諾。必自其爲貸借之目的物。自貸主交付於借主後。始爲成立。

（二）使用貸借者。雙務契約也。使用貸借。則貸主有使借主使用之而收其益之義務。借主則有返還之義務。故爲雙務契約。而借主因使用物而收益。不可不從因契約而定。或因借用物之性質而定之方法。例如書籍則讀之。此性質上所定之使用

方法也。若借主借之而不爲使用之收益，則貸主得解除其契約。又使用收益，非得貸主之承諾，則借主不得令他人使用之。蓋使用貸請者，基於貸主之好意，而苟使用者，而粗暴以收益，則借主之利害，必大受其影響。借主不經貸主之承諾，而以其物供他人之使用，則貸主得請求解除其契約。

使用貸借，則借主返還時，不可不以貸主之原物。

(三)使用貸借者，無償者也。使用貸借，性質上無償者也。若借主而與貸主以使用收益之對價，則即非使用貸借矣。

使用貸借者，無償而貸主無利益者也。故貸借無瑕疵擔保之責。又使用貸借，借主不可不擔負借用物通常之必要費。

(四)期間，契約定返還之期間，則依其定期，而返還之，可勿論。若契約無定期，則從其使用物之目的。使用既終，即爲返還之期。又如既過可以使用之時期，而借主不於其期內使用而收益，則貸主自己怠惰，而貸借得請求其返還。

契約不定返還之時期。而使用收益之目的。亦不能定。則使用貸借爲無償貸借。而不可不從貸主之利益。故有貸主無論何時。皆得請求返還之定規。如前述。則使用貸借者。出於貸主之好意。信借主之爲人。故許以無償使用而收益也。如借主死亡。則失其效力。而相續人不能移續之。

第三款 貸貸借

貸貸借者。當事者之一人。(貸貸人)與對手人。(貸借人)約貸以某物。俾得使用收益。而對手人。則約以使用後。償以借值若是者。謂之貸貸借契約。

(一) 貸貸借者。諾成契約也。 貸貸借之成立。不必要目的物之交付。只須貸貸人與貸借人互相諾而已足。是蓋與前二種之貸借異者也。

(二) 貸貸借者。有償者也。 貸貸借。貸借人不可不付使用其物之對價。是蓋與使用貸借異者。借值多以金錢。然與以金錢以外之物者亦不少。日本建築物宅地等之貸借。多付以金錢。田地之貸借。多付以米麥等。有此習慣。

(三) 賃貸借者、雙務契約也。賃貸借。貸主有使借主得賃貸物使用收益之義務。借主則有付借值。及返還借物之義務。故爲雙務。賃貸人有使賃借人使用收益之義務。故不可不爲使用收效。故而爲修繕。且賃貸人是否爲其物之所有者。若否則更不可不有保存行爲之必要。故賃貸人又有保存行爲之權利。而賃借人不得拒之。例如建築物之基址。既已朽敗。苟置而不顧。則賃貸主將來非常損害。而賃借主。則不於現時及其害。然若欲修繕之。則工事中。有幾分妨害建築物之使用。賃借人雖不欲修繕。而賃貸人爲以根基工事故。而賃借主不得拒之。但爲保存行爲。而苟使賃借人至不能達所以賃借之目的者。則賃借人得解除賃貸借契約。賃借金交付之時期。當事者有特約。或從來有習慣者。則依其特約與習慣。若無特約與習慣者。則動產及建築物。定爲每月末。其他土地。定於每年末。爲交付。月年末末。而不能算使用之對價者。則物之使用終後。交付之。亦相當也。而季節收穫。則當於季節交付。而勿遲滯。蓋以有收穫者。即以其所收穫。爲交付。亦日本古來之習慣。

然也。

(四)登記、賃貸借者、債權也。故不得對抗於第三者。然不動產之賃貸借、而亦不得對抗於第三者。則甚多不便。且賃貸借、依登記而使第三者知之。亦甚容易事。故不動產之賃貸借、爲登記。則對於第三者而有效力。

(五)讓與及轉賃、賃借人之爲人、與賃貸人之利害、大有關係。例如住家之賃貸借、賃借人家族之多數與少數、粗暴與慎重、與賃貸人之利害、大有關係。故賃借權之讓與、及賃借物之轉賃、非賃貸借之當時有特約、或其後經賃貸人之承諾不可。

(六)期間、賃貸借不得超過二十年。蓋在賃貸借期中、貸主則以當時不得使用收益故、而必怠於賃貸物之保存改良、而借主亦以其物非己所有故、更不爲之保存改良。故若其期間過長、必大有所不利。迺定限制。

賃貸借期間、當事者苟無別約、則賃貸人或賃借人、無論何時、均得申請解約、而因之即爲賃貸借契約之終了。

解約申請後。如於土地。則限一年。於建築物。則限三日。於客座及動物。則限一日。即爲終了。然有收穫季節土地之貸借。而耕作中途爲終了。是甚不利之事也。故以申請解約之後。次之着手耕作之前。爲終了期。然亦有以次之收穫後。爲終了期者。凡解除契約之效力。在當事者間。則以上週既往爲通則。既如前述。雖然。貸借。則不適用之。何則。使貸借人。而以其所受之貸值及利息。必返還之於賃借人。使賃借人以使用而所收得之果實及利益。必返還之於賃借人。其計算頗繁雜。而兩者均必受其害。故貸借契約之解除。唯對於將來生效力而已。不遡其既往也。

第六節 僱傭

僱傭云者。當事者之一人。(勞務者)對於對手人。(使用者)約服勞務。而對手人。則約與以報酬之契約是也。

(一) 僱傭者。諾成契約也。僱傭者稱爲勞務之貸借。故與貸借同。因當事者之承諾。而成契約。別無他方式。

(二) 僱傭者、有債者也。 僱傭者、一人則服勞務、一人則與報酬、故爲有債。

(三) 僱傭者、勞務也。 僱傭勞務者、有服勞務之義務、而其勞務、不僅指體力上之勞務。如僕婢木工等。即高尚精神上之勞務。例如教師律師等。亦指之。

使用者、有與勞務者以報酬之義務、而其報酬、不僅限於金錢、即其他各物亦可。只須爲勞務者之所許。

凡雙務契約、當事者同時履行其義務。此所既言之矣。雖然、此原則獨不適用於此僱傭契約。何則、蓋與報酬與服勞務、必不能同出於一時。故定爲於一人先行其義務。而勞務者先行其義務。此迺亞洲人之習慣也。故日本之民法、亦採用此習慣。而定爲勞務者勞務服終之後、迺得請求報酬。

(四) 讓受等。 僱傭契約、以特定之使用者與特定之勞務者爲目的而結條約。故使用者異於普通之債權。不經勞務者之允許。決不讓其權利於第三者。而勞務者不經使用者之允許。亦決不能以第三者代之。

(五)期間。雇傭契約之期間過長。不但束縛勞務者之自由。有傷其品位已也。且此長期間者。勞務之價格有變動。勞務者之狀況。亦有變更。故決不可因一時之承諾。而拘束十數年或數十年之期間。以其有妨於勞務之利用。與社會經濟上之利益不少也。故雇傭之期間不得超五年。或勞務者之一人。或第三者之終身繼續。則當事者得拘束五年間。若經過五年後。無論何時。均得解除契約。但如突然解除。則對手人有大不利。故須三個月前為解除之預告。

商工業之學習者之雇傭契約。則通常多定為超過五年之期間。且以學習者年少。若其雇傭期而亦定以五年。則社會經濟上甚不利益。故以五年之期為十年。經過十年。得自兩者解除其契約。

當事者苟不定雇傭之期間。則當事者無論何時。均得為解除契約之申請。雖然。若突然解約。則對手者實受不利益甚。故定為凡申請後。經兩星期始為雇傭契約之終了。

雇傭之期間無定者。固可勿論。假令雖定之。而以不得已之事故。而使用者或勞務者。不守豫告期間。即爲解除契約。此亦無不可也。然必如何事而方可爲不得已耶。此乃事實之問題。而不能豫定者。如使用者赴外國。此其一例。

苟有不得已之故。則可不問其原因之正當與否。何則。苟真不得已時。雖欲強爲繼續其契約。而於實際上亦多所窒礙。且即繼續之。恐亦非當事者之益也。然若不得已之事。因當事者一人之過失而起。則其對手人得請求損害賠償。

雇傭契約之解除。唯對於解除以後生效力而已。無異於貸貸借契約之解除也。

第七節 包辦

包辦云者。當事者之一人。約爲一事。而對手人約以事成後。與以報酬之契約也。包辦同於貸貸借。雇傭。而爲諾成契約。有償契約。雙務契約也。包辦與雇傭相類。唯雇傭則以勞務者爲契約之目的。而重在爲勞務者之人。包辦則以勞務之結果所成之事爲契約之目的。而重在事。此稍異耳。

包辦之報酬。非於事成後即與之。必俟其事之目的物既交付時。始同時與之。故自始至交付時。包辦人不可不擔負一切之危險。然亦有但供勞務而不必交付目的物者。若然。則包辦者所包辦之事既成後。當時即與以報酬。

包辦契約。例如賣買作事之結果。包辦人有擔保瑕疵之義務。所事之目的物如有瑕疵。則包辦者。應命令者之求。而當修補其瑕疵。然瑕疵如極重大。修補之。需極大之費用者。例如建築家屋之工事。石礎當爲圓形。而誤爲方形。苟欲變之。則與破全部之家屋無異。於此。如欲修改之。則大有害於社會之經濟。故命令者。不得請求修改。但得請求損害賠償而已。又如雖既修補之事。而若有損害。則亦得請求損害賠償。

包辦之目的物。以瑕疵故致不能達其目的者。則命令者得解除契約。然如建築物及土地之上。工作物。欲回復原狀。則不得不破壞其工作物。經濟上甚有不利。故如此者。不得請求包辦契約之解除。

契約不得以當事者一人之意思而隨意解除者也。故此包辦契約亦不得以包辦者一人之意思而解除之。然命令者於包辦工事之未完成間。無論何時。均得與賠償於包辦者。而隨意解除其契約。此蓋包辦契約之特別解除權也。其所以設此特別解除權者。則以包辦者之所以爲此事。原爲命令者之有利益也。若命令者既不欲此事之完成。則雖完成之而無所益於命令者也。使包辦人盡力而爲此無益於人之事。是社會之經濟上必有大不利也。故包辦者受損害賠償。則可免此不利益。

第八節 委任

委任云者。自當事者之一人。爲法律行爲。而委托之於對手人。而對手人。承諾之之契約也。

委任諾成契約而無償者。常事也。故如無特約。則受任者不得請求報酬。

委任又帶以單務。唯以受任者爲善良之管理人。而委托之。故但受任者有法律行

爲之義務而已。雖然，若有特約而與以報酬，則即爲雙務。而委任者亦有付與報酬之義務矣。又委任者，不可不付處理委任事件之費用於受任者。

委任必以法律行爲爲目的。而其外則非委任。是蓋與僱傭異者也。又凡委托之法律行爲，必示以委托者，不示以委托者，其所不委托者也。故委任無代理。

委任以當事者間相信用而生者，故無論當事者之何人，至不信用對手人時，則即無繼續之理。故無論何時，均得解除。又有與此同一理者，則當事者苟有一人而死，則亦即委任終了。委任之解除者，其效力唯生於將來而已。亦同於借貸借契約。

第九節 寄托

寄托云者，當事者之一人（受寄者）自對手人（寄托者）所受之物，約爲對手人保管之契約也。

（一）寄托者，物成契約也。寄托爲物成契約，故受寄者必自寄托者受所寄托物後，而始爲契約之成立。若但承諾而已，則非成立也。

(二) 寄托者，無償或有償者也。寄托以無償爲常事。受寄者非有特約，不得請求報酬。

(三) 寄托者，單務或雙務也。寄托之原則，唯受寄者有保管此寄托物，以及返還之義務。故爲單務。若有報酬之特約者，則寄托者當如約而付以報酬，故又爲雙務。

受寄者，保管其物，其留意之程度，當視報酬之有無而差。有報酬之約，則不可不特選善良之保管人，而使之專心保管之。若無報酬之約，則受寄者視爲自己之財產，同一保護之而已足。有此區別，故寄托者而欲觀受托者之如何保護我物，只視我寄托之意如何。且如無報酬者而責以特別之保護，是爲過酷。有報酬者而責以特別之留心，則非過酷也。

(四) 期間。寄托爲寄托者之利益而結之契約，故其期限亦一視寄托者之利益而定。甚至當也。故即令有期約之定者，而其期中寄托者苟有故而欲取還，則得請求取還之。反之，若受寄者，期限之期內，非有萬不得已之事，則不得返還之。若期限之無定者，無論寄托者與受寄者，不論何時，均得請求返還，可不埃論。

第十節 合件事宜

合伴契約云者。各當事者。約資而營一共同事業之契約也。

合伴員各有出資之義務。所出之資。則無論動產與不動產之所有權。又以版權債權爲資。又或以勞務爲資。亦無不可。

合伴契約。以二人以上之當事者。營一共同事業爲目的。而此共同事業。不限於金錢上得利益也。凡共同事業舉包含之。

合伴契約而生之團體。稱之爲合伴。合伴非離合伴員而別有一人格也。故合伴之財產。爲總合伴員所共有。

合伴之執行業務。依合伴契約而定。以合伴員或以外之人擔當之。或亦有合伴契約上不定執行業務之規則者。然無論定與不定。苟以非執行業務者之總員（若不定業務擔當時則總合伴員即執行業務者也）之一致。不得執行業務。則合伴之業務。必失之於澁滯。然或以各員獨立而執行業務。則各人之行爲必至多所不

盾。一人之所爲。或至反他之執行業務者之意思。故合伴之業務。定以合伴員或業務擔當者之過半數所決定者。而決行之。

合伴契約。或因合伴員之退去。或因合伴團體之解散。即爲終了。因合伴解散而終了者。爲各合伴員而終了也。因退去而終了者。爲一合伴員而終了也。

合伴契約不定期限者。非必永久爲合伴員也。其合伴員非在合伴不利之時期。則無論何時均得退去。又或合伴之期間定爲終身者。則其期間甚長。究至何時止。是不能預知也。故其期間。當視爲無期間者同。但如有不得已之事。合伴上有定期者。則即合伴上有不利亦得退去。

關於如右所云合伴員任意退去之定則。有因他合伴員之死亡、破產、禁治產、除名、而可退去者。蓋合伴原因。合伴員之互相信用而起者也。故合伴員權利義務。與他合伴員有關係。故如死亡。則相續人不得繼續之。以破產禁治產爲退去之原因者。則以破產者禁治產者。全失其行爲效力故也。又若合伴員之除名。則必其爲有害

於合伴員之名譽之甚者。故除名須有正當之理。例如其人有不正之行爲。則他之各合伴員。得一致而爲之。

合伴所定之契約。其期限既到。或解除之條件既成就。或合伴員之全體同意。因而解散。又或合伴之目的事既成功。或則知終不能成功。因而解散。或則因有必不得已之故。爲合伴員之請求。因而解散者。凡合伴之解散。其效力亦不遑其既往。

第十一節 終身定期金

終身定期金契約云者。當事者之一人。約對手人或第三者。至死亡之間。與以金錢或他物之契約也。例如甲約每年與其女乙之夫丙以百元。迨至乙死亡爲止。定期金契約者。有有償。有無償者也。有償者。債務者所受之報酬。稱爲定期金之本。例如如有甲不受乙之報酬。每年約付乙以百元。以至乙死。又如甲受乙金一萬元。而於乙之終身間。每年付以五百元。前例爲無償。後例爲有償也。

後例之一萬元。即所謂定期金之元本也。

如受定期金元本之債務者。而苟怠於定期金之給付。則債權者得請求元本金之返還。此則債權者既受之定期金。扣除元本之利息金外。餘額不可不返還之於債務者。蓋債權者斷無因債務者之不履行。因而得利者也。

定期金契約債務者。必以所期之人之早死爲有利益。故恐有圖短縮所期者之生命之憂。因定爲凡所期以終生者之死亡。其故或因債務者而生者。則得依債權者或債權者相續人之請求。而裁判所得宣告相當之期間。爲債權之存續。以防此弊。

第十二節 和解

和解云者。當事者約互爲讓步。以止其所爭之契約也。

和解契約之成立。當事者間。必因爭而存在。若但恐啓爭而預爲防之之契約。則非和解契約。

和解者。當事之兩者。互爲讓步之契約也。若但一人讓步者。非和解契約。

和解者。將認原有權利之存否歟。抑將新付與以權利。與消滅其權利歟。此其說自古有相爭者。日本之民法。則折衷前後之兩說焉。因和解而認所爭之目的爲有權利者。能確證其爲從來所有之權利。則認爲原有。若不能確證爲從來所有之權利。則即以和解爲新轉移。而爲付與。又因和解而認所爭之目的爲無權利者。能確證爲從來所不有者。則認爲原不有。若不能確證之者。則即以和解爲新轉移。而爲消滅。

第三章 事務管理

事務管理云者。無義務而爲他人管理事務之謂也。

契約上。或法律上。有管理之義務。而管理他人之事務者。非事務管理也。

例如受任者。管理委任者之事務。或法定代理人。管理本人之之務。則非事務管理也。

因事務管理後。而管理者迺負左之義務。

第一、事務管理者。不可不以管理事務之性質。與本人之利益最爲適合者。又不可不以所知之本人之意思。或由推測而得知之者。從其意思而爲管理。蓋干涉他人之事。而行非其所欲爲。不可也。

第二、管理者本無管理之義務也。然一旦既任管理之責。則不得無故而中止之。以至對於本人。而反致生損害。故至其本人或相續人。或法定代理人。爲管理之間。不可中斷其管理。然如管理者之管理繼續。有利益於本人。而本不欲其繼續。又或管理繼續。明知爲不利益於本人。則不必繼續其管理。

第三、管理者。無論何時。均當應本人之請求。而報告其管理之現狀。又如管理既終了。當即報告其顛末於本人。不可遲滯。又管理者如爲本人所受之金錢。及其他之物。不可不交付於本人。又或爲本人以管理之名。取得之權利。不可不轉移之於本人。因事務管理。而本人生左之義務。

如管理者因爲本人有益之故。而出其費用。則本人有償還之義務。又或管理者因

爲本人有益故。而負債者。則本人當代爲之辦了。或則供擔保。

第四章 不當利得

不當利得云者。無法律上之原因。而受他人之財產。或因他人之勞務而受利。他人因而受其損失之謂也。受利益者。稱之爲受益者。

有契約。及其他法律上之原因。而受他人之財產。或因勞務而生之利益者。非不當利得也。不當利得云者。無法律上之原因。

因自己之財產或勞務而受利益。縱令他人因之而受損失。亦非不當利得也。不當利得云者。必爲他人之財產。或勞務而所生之利益也。例如商賈跌價販賣商品以取利。因而鄰近之商賈。受其影響以損失者。非不當利得也。

以他人之財產。或他人之勞務而所生之利益。因而受利益。而其受利益之原因。斷無使他人被損失之理者。非不當利得也。不當利得云者。必他人受其損失者也。

不當利得之受益者。有返還所受之利益於被損害者之義務。蓋使受益者受利益

而不返還。是無故使他人受害。而利受益者也。是極不公平之事也。故法律爲之定返還於當受益者之義務。然此義務。非爲填補對手人之受損失也。蓋受益者雖有返還之義務。然有自始而受利益之全部。或失其全部。或失其一部者。使令受益者出自己之財產以補益之。是對於受益者未免過酷也。且與不當利得之定規相徑庭也。故唯限於受益者現存之利益。以負返還之義務。若既消滅之利益。則置不復問。而此利益之消滅。不必問爲天災。與偶然之過失等也。例如當付麥五十斛。二十斛已因火災而燒失。則受益者但以現存之三十斛返還之。如此三十斛已賣於他人。則即以其價金返還之。又如十斛爲供自己之用途而消費。則以現存之四十斛與供己用所得之利益返還之。

不當利得之著者。例如不當辦了而爲辦了。(即無債務而爲人辦了債務)而爲給付等是也。此給付自知無債務之存在者。則其決無給付於對手人。甚明白也。若給付之。則至後不得再求其返還。又或原爲非債務者。因差誤而爲債務之辦了。善意

之債權者。誤信其爲眞債務者。而受其辦了。毀棄其證書。放棄其擔保。因而失其債權之時效。然若至此而辦了者。對於債權者。謂在先之辦了爲誤而無效。以求其返還。則債權者對於眞正之債務者。已無證書等之存在。其債權已消滅。必受非常之損害。夫所以至此差誤者。以辦了者之過也。故其責任當辦了者任之。是爲至當。故此辦了。不得向債權者而爲返還之請求。

有爲不法原因。而爲給付者。例如賭博之敗者。即無法律上之原因而爲給付者也。亦如不當利得。而可取還者也。雖然。若許之取還。是彼自爲背法行爲。而求法律之保護。而法律認許之也。是反於公益也。是必生種種之弊害而無疑也。故法律不許之。雖然。若背法行爲。而唯受益者爲之而已。則法律斷無使不法行爲者。反得利益之理。故許取還之。

第五章 不法行爲

(一) 不法行爲之意義 不法行爲云者。或因故意。或因過失。以侵害他人之權利。而

使他人人生損害之行爲也。亦爲債權發生之一原因。而加害者。任賠償被害者之損害之責。

不法行爲。有因過失或故意。與侵害他人之權利。並損害之三要質。

(甲)故意或過失。苟行爲與損害之間。有原因結果之關係。則無論其人於其行爲十分留意。又毫無加害之意思。而損害賠償之責。亦不可免。斯義也。日本之民法。則不取之。何則。以其實際上偏於酷也。爲其有妨害於各人之活動也。日本之民法。以其加害於他人之行爲。而爲故意。即以實行之決心。而有意爲之也。或則爲其過失。即缺應當留意之留意也。則負責任。否則無損害賠償。是爲定規。

(乙)侵害權利。或以故意。或以過失。雖其損害不及於他人。而侵害他人之權利者。則生損害賠償之責。而其所侵害之權利。無論其爲身體權。爲自由權。爲名譽權。爲物權。爲債權。以及其他之各權。均有損害賠償之責。

害他人之生命時。而被害者至於死。被害者已死。雖不得權利之主體。而其遺族又

不得云關被害者之生存時必有權利。然被害者之父母妻子。必因失所倚賴。而致非常之悲悼。則其父母或妻子之被害。實視普通權利之被害而更大。故法律上設有特例。凡害他人之生命者。對於被害者之父母妻子。即不害及其財產權者。亦有損害賠償之責任。是爲定規。

(丙)損害。因故意或過失。而侵害他人之權利。而生損害於他人者。則有損害賠償之責任。而其損害。則不限於金錢上有價值者也。苟能證明其損害。則無論如何之損害。均不得不賠償之。

(二)不法行爲之責任者。任不法行爲之責者。必即爲不法行爲者也。斷無他人任其責也。

有監督未成年者、及喪失心神者、之法定義務者。例如其父母其保傳人等。則有賠償未成年者、喪失心神者、損害他人之責任。爲一事業。而使用他人。則使用者有賠償被用者因爲事業而損害他人之責任。工作物之占有者。爲工作物設立。或保存

工作物瑕疵。因而他人受損害者。有賠償之責任。又如動物之占有者。動物或損害他人。則有賠償之責任。凡若此者。皆似爲他人爲物而負責任也。然實則皆爲自己不法行爲而負其責任者。已有監督之義務。而無其能力。至自怠監督之義務。是以負損害賠償之責也。若不自怠其監督之義務。即無此責任矣。使用者當留意以選擇其被用者。且當善監督之也。迺不留意。而致有損害。是以負賠償之責任也。若能守相當之留意。即無此責任矣。工作物於占有者。有防止損害發生之必要。動物之占有者。有保管動物之必要。而自怠之。是以有損害賠償之責任也。若不自怠。即無此責任矣。故曰皆爲自己之不法行爲也。

(三)共同不法行爲。有數人共同爲一不法行爲。以加損害於他人者。則各人當連帶以任賠償之責。又如數人非共同爲一不法行爲。而各自爲己之不法行爲。然其爲之也。不能知其加害者果爲何人。苟必被害者證明加害者之本人。而後得請求損害賠償。則其證明之也甚難。而被害者往往至有不得請求賠償之結果。故其爲

不法行爲者。亦有連帶賠償之責任。

(四)正當防衛。對於他人之不法行爲。而自己或第三者權利之防衛。如自怠而不爲。不得謂爲加害行爲者之故意或過失者。則無論何人。無損害賠償之責任。

(五)損害賠償之方法。因不法行爲。而爲損害賠償。與不履行債務而爲損害賠償。通常均以金錢爲之。但毀損名譽時。則裁判所依被害者之請求。而代爲損害賠償。或則損害賠償之外。爲回復名譽之適當處分。例如命以揭謝罪之廣告於新聞紙上等。

民法要論 完

刑法
汎論

作新社藏版

刑法汎論目錄

緒論

第一章 刑法之概論

第二章 刑法之沿革

第三章 刑罰權主義

第一節 絕對主義

第二節 相對主義

第三節 折衷主義

第一編 犯罪

第一章 犯罪之定義及區別

第二章 犯罪之成立

第一節	犯罪之主體	二八
第二節	犯罪之物體	三五
第三節	犯罪之手段	四八
第四節	所爲與責任之關係	五〇
第五節	所爲與責任其關係之消滅	五二
第六節	所爲之狀態	六〇
第七節	犯意	六一
第八節	過失	六六
第三章	既遂犯與未遂犯	六九
第一節	既遂犯	六九
第二節	未遂犯	七〇
第四章	未遂犯之種類	七四

第五章 數人共犯

第一節 正犯

第二節 教唆

第三節 從犯

第四節 共犯者身分上之關係

第二編 刑罰

第一章 刑罰之制度

第二章 刑罰之手段

第三章 囚徒放免後之處分

第四章 生命刑

第一節 死刑之性質

第二節 死刑之執行

八一

八三

八六

九〇

九二

九五

九九

一〇二

一〇三

一〇三

一〇三

一〇四

第五章	身體刑	一〇六
第六章	自由刑	一〇八
第七章	加增之自由刑	一一一
第八章	財產刑	一一二
第一節	主刑	一一三
第二節	加增刑	一一四
第九章	名譽刑	一一八
第三編	刑罰之適用及其消滅	一一九
第一章	刑法典之體裁	一一九
第二章	刑法之管轄	一二一
第一節	關於時之刑法之管轄	一二一
第一款	刑法之頒布	一二一

第二款	刑法之廢止	一三二
第二節	關於處之刑法之管轄	一三三
第一款	國內刑法之管轄	一三三
第二款	外國刑法之管轄	一三四
第三款	國外刑法之管轄	一三六
第三節	關於人之刑法之管轄	一三七
第一款	外國之君主及公使	一三七
第二款	治外法權	一三七
第三章	數罪俱發	一三八
第一節	一罪及數罪	一三八
第二節	關於數罪俱發之諸主義	一三〇
第一款	吸收主義	一三〇

第二款	併科主義	一三二
第三款	折衷主義	一三三
第三節	反覆罪處分	一三四
第四章	刑之消滅	一三六
第一節	總論	一三六
第二節	犯人之死去	一三七
第三節	期滿免除	一三八
第一款	期滿免除之理由	一三八
第二款	期滿免除之起原	一三九
第四節	恩典	一四〇
第一款	總說	一四〇
第二款	大赦	一四二

第二款 特赦

一四三

第四款 復權

一四四

刑法汎論目錄畢

刑法汎論

作新社編譯

緒論

第一章 刑法之概論

刑法概論中。所最不可不注意者。刑法學之範圍是也。刑法學者。以學術考究刑法原理原則之學科也。且其所研究之學科。所謂制定法而非如彼前世紀之所謂性法。所謂制定法者。凡立法論、解釋論、無一不屬其範圍內。而此學科之要。所以凡爲立法官、爲裁判官、爲代言人者。必研究之。而一日不可忽。其範圍可謂極廣。是故此刑法學者。不第拘泥其成文解釋之而已也。其立法論既亦包含於刑法之範圍內。則凡爲立法官者。必不可不研究此學科。且研究此學科以前。不但必先研究政治、經濟、各學科而已。即歷史學、物理學、心理學、化學、動物學及其他社會學等。亦無一

不當研究。何則。蓋至立法之需用既去。則其法既爲成文法。而其所要者祇在稱法理學。與解釋學。然而成文法不伴社會之進化而共進。是實所不可免之弊。故其法雖於制定之時。無論如何完備。而至數年之後。或有以所制定之條目。爲不能支配其社會者。至此而欲論其當否如何。則又自不得不依立法論之力以論之矣。

論刑法者有兩種之區別。是蓋學者之所論定者也。區別維何。即汎論及各論是也。何則。刑與罪二者。刑法學之目的也。而論之者。則有族與種之分。所謂族與種云者。蓋理論上之語也。彌爾有言。此非絕對語而爲比較語。試以動物學譬之。如有時言動物。則動物爲族。而其中獸類禽類即種也。有時言獸類。則獸類即爲族。而其中馬牛羊犬即種也。而於刑法。則汎論論其族。而各論論其種也。

此外又有爲刑法學範圍之所當知者。明刑法與他之法律有如何關係是也。蓋即明刑罰權與其他權力。有如何關係者也。今說明之。

第一 行政法與刑法之關係。此關係即行政權與刑罰權之關係也。而所謂行

政權者。其意義廣。所謂刑罰權者。不過行政權之一部。故刑法者亦行政法之一部。其義甚明。故有行政規則之制裁中用刑罰者。例如彼關於爆發物之規則。酒稅規則等。原是行政規則也。而加以與刑法同一制裁。即在刑法之中。亦宜屬於行政。而爲科以刑法制裁者。正復不少。

第二 警察權與刑法之關係。凡所謂國家之行政權者。即兵事、警察、司法、財務之行政是也。而刑法則屬於司法。故警察權與刑法。則有三方向之關係。所謂三方向者。即消極方向、積極方向、及兩極方向是也。消極方向者。除害是也。積極方向者。保存所已有者是也。

消極方向。警察權者。即消極方向之作用也。凡有害於社會之公權私權時。則防之以除其害。故其主義即在犯罪之豫防。明言之。則警察權者。實預防乎發生社會之害惡於未發。而使之免於刑法上之勞者也。

積極方向。警察權者。不第爲消極的作用而已。亦爲保護公私之權利而搜查犯

人。捕緝惡事。盤查罪犯。蒐集證據之類。即爲積極作用。因而有與司法權相關係者。

兩極方向。此則活動於陰陽者也。常現於違警罪。夫刑法法中所以設違警罪者。即使警察權得作用於陰陽者也。例如於違警罪。雖些細之事。亦必規定之。其所以規定此些細之事者。蓋恐其或有殺人等重大之罪惡。遂爲違背刑法之行爲。故豫設法令以防備之也。

第三 民法與刑法之關係。凡刑事之裁判權。與民事之裁判權。或有屬同一之裁判所。然而民法上之定規。則有不能適用於刑法上者。則如歐美諸國之民法。分財產爲動產與不動產。而其不動產中。則有因其用法而屬於不動產者。即如房屋之窻門是也。夫所謂因用法而屬於不動產者。則於賣卻其房屋時。不可不同時附屬之。故如有盜之者。則不能將民法上之事適用於刑法。何則凡竊盜者。以不正之手段。竊取他人所有之有形動產之謂。故竊取之目的物。必爲動產。則於民法則以

憲門爲因用法而屬於不動產。而於刑法。則竊盜行爲者。只限於得以轉移之物件。是以憲門一與房屋分離之時。即得視爲竊盜之物件。又如於刑法上。則罰重婚罪。若依民法之定規。則凡爲法律上之夫婦。必須爲戶籍之轉移。故即二年。或三年間。同住於一家。爲夫婦之事。而不注戶籍。則民法不認之爲夫婦。故即此婦人而欲他嫁。亦決不妨。然於刑法則不然。縱無戶籍之轉移。而其事體上。苟有夫婦之形跡。則即認爲正眞婚姻之成立。而得科以重婚之罰。

第四 刑法與刑事上政畧之關係。此則恐社會之幸福安寧。與司法上之正義相抵觸。故起而謀協同一致之術也。夫刑事上之政畧云者。得一言以蔽之曰。便宜與正義之關係也。然人或謂某刑法備其政畧於其法中。然余則未曾覩也。假令有之。則不必定此關係。亦無不可。然學術上既定此關係。亦非無益。夫既定此關係矣。則關於刑事上之政畧。刑罰之制度上。世人皆有大議論。而在意大利與德意志諸國之學者。其義論爲最隆。今就監獄問題一言之。夫監獄者。自刑法之正理而論之。

則其構造不可不壯麗。其室不可不清潔。其衣食不可不盡善盡美。何則。其犯罪之惡雖有餘。而其人則非可惡也。反之。若自刑事上之政畧言之。則以如斯鄭重之供給。以對待罪人。則罪人皆樂監獄之待。已如賓客。而國庫必爲之一空。其費用殆不能支。而其尤甚者。則貧乏者。見此寬大之供養。而好自犯罪。以求入此監獄。以免一時之急。因而至不能維持國家之秩序。故刑事上政畧。自相反於刑法之正理。其正義與便宜或相抵觸。故立法者。必於制定刑法之際。防備此二者之牴觸。而謀施協同一致之術。以調和之。是則立法者所當致意之事者也。

第二章 刑法之沿革

刑法之沿革云者。即言古來刑法發達之事蹟也。推言之。即言凡歷史上進步之事蹟也。故無進步之歷史。斷無沿革。何則。沿革者。進步之事蹟也。近世歷史家。嘗言之矣。無進步之國民。原無沿革。因而無編入歷史中之資格。斯言誠不吾欺。然則如何之刑法。始有發達而有沿革耶。余嘗觀古來刑法之事蹟矣。凡刑法者。皆

基於宗教者也。當時受其支配者。皆以爲是神之所作。故信之仰之。刑法與宗教。必相一致。而不分離於其範圍之間。則刑法決不能發達進步。而有沿革。何則。宗教者。基於神者也。故其根本之神之不進步。則宗教必不進步。宗教不進步。則在其範圍內之刑法。亦無進步之理。夫神者。經幾千年而未曾發達進步。依然不改舊物。故基於宗教者。無沿革之法。決不足怪也。要之刑法也者。雖從宗教出。苟不脫宗教之範圍而自立。則雖經幾千百年之久。亦終無進步之跡。余也由此以觀。若何之刑法。始能依違沿革法理。而得發達。則有三種之基址如左。

一 基於復仇主義者。

二 基於社會之利益者。

三 基於報應者。

非基於此三主義。則刑法無沿革。今更以簡單之詞。說明之如左。

第一 復仇主義。基於此主義者。蓋認各人有各人之權利也。即知人也者。非宗

殺之奴隸。而各人皆具獨立之思想。而各有自己之權利者也。各有自己之權利。故人若有害之者。必互爲報仇。以恢復自己之權利。受此主義支配之時代。其人皆以復仇爲無上之美事。爲之者亦以爲盡莫大之義務。自己誇之。世人贊之。無不以此爲名譽。是故有復父母故舊之仇者。人皆相應相助。以爲成人之美。遂至一村一國。波及此風。以暴易暴。殆達無極。於是不得不設限制以爲之制。斬左手者亦斬以左手。奪生命者亦奪以生命。然此報復主義。漸次不行於世。於是轉訴之於裁判所。報斬手者以斬手。報殺生命者以殺生命。均無所利益。遂相爲和解。以償金和解於兩者之間。是爲贖罪 (Compositio) 之制。

第二 社會之利益。基於此主義者。以保護公衆爲刑法之目的者也。故其意以爲若有害社會之利益者。則即裁制之。

第三 報應。基於此主義者。以爲惡必有惡報。爲善必有善報。故其意以爲科犯罪者以刑罰。

試更以此三者爲基。而分刑法之沿革爲上古中古近世之三時。論之如左。

上古 上古時代之世界。唯地中海沿海各國而已。東則埃及、小亞西亞、波斯、印度。西則希臘羅馬。東西異其國。故亦異其刑法。且有執反對之主義者。因而其發達進步。亦各異其趣。於東方之刑法。則不識各人獨立自由之意。人人皆爲神之奴隸。專服從於宗教。心中只知有神。不知有國家。至於一人之私權。更未曾思及也。故爲國家之主宰者。即宗教上之僧官。而宗教上之僧官。所以主宰國家者。即爲僧官之經文。而經文即與刑法同視。故在古代。如彼印度之「牧經」法典。及「哥蘭」法典。皆信爲傳之自神。若法華經若無量壽經若基督教信徒所尊重之聖書。均尙以之爲法律。而專遵奉之。是上古所行於東方之狀態。可謂法律與宗教相混同者矣。西方刑法則反是。咸認有個人之權。而且區別國家與宗教爲二。今試以法律上之語。而言東西刑法之起源。則東方之刑法。基於天權（*Jus deventum*）而西方之刑法。基於人權（*Jus humanum*）者也。又探究希臘羅馬法律之淵源。則其始亦非不基於

宗教。惟能早脫其範圍。故其感染宗教之主義少。而其發達進步。亦視東方諸國爲速。是東西各國刑法發達遲速之所以然也。故謂東方諸國之刑法。其發達之所以遲者。皆由受於宗教主義之化。而不能脫其範圍者也。

夫希臘羅馬二國之刑法。以早脫宗教之範圍。而能速爲發達進步。雖然此二國之刑法。其所基亦各不同。其立於反對之地位者。恰如東西之相異。蓋即希臘則以公權 (*Jus publicum*) 爲基。而羅馬則以私權 (*Jus Privatum*) 爲基是也。夫以公權爲基之希臘刑法。則但認公有之權利。而不認各人自有之私權。凡事無不以公法定之。是但爲國計而不爲個人計也。是亦若東方諸國之以萬物皆包含於宗教。人人知有神而不知有國家者也。故以國家之權力。以干涉人民之私權者不少。試繙斯巴達歷史觀之。一國皆兵。國家如一軍隊。以武立。以武治。其視一人。如一銃砲。倘害一人。如失一銃砲。是即斯巴達知有國而不知有個人之證也。反之。如羅馬之刑法則不然。只認私權。而於國家及宗教。則度外視之。此法即只認個人之私權者也。

夫既只認個人之私權。則其處事也。皆從其意思之所嚮。人若犯罪。則即取其意思而罰之。蓋其法律之意。不罰其有形行爲。甯罰其無形之意思。其意以爲搆成犯罪之一惡素。必因其意思之如何。以定其刑之輕重。如彼未遂犯與既遂犯同處一刑。是其最適例也。

中古 在中古之時代。則以基督教主義。與日耳曼主義。占歷史之舞台者也。所謂基督教主義者。占於歐洲之南部。所謂日耳曼主義者。占於歐洲之北部。基督教主義。則戴奉羅馬法皇。而以宗教爲代表。日耳曼主義者。亦戴奉羅馬法皇。而以國家爲代表。然當是時也。羅馬既衰。其領地漸滅。其威權漸墮。其秩序漸紊。國家之危急。始如累卵。而斯時此激急之二主義。來於羅馬。爲激烈運動。競破壞羅馬舊物。世界黑暗一時。達其極。此二主義既激戰。後遂得結一致和協之好結果。此黑暗之世界。轉得大放光明。以徧照歐洲全土。此即歐洲文明之所由來也。歐洲文明者。即此兩主義之競爭。而始得產出者也。夫此兩主義之方爭而未合也。則稱爲天人

兩立權時代。

試更進言之。以此兩主義爲之基。而探究刑法。則據基督教主義者。以心中之害惡即爲犯罪也。以爲刑罰者對於心中害惡之報也。故人苟有惡意。縱令不外見。亦得謂之爲犯罪。此主義最適於今日理論上之材料。所謂以惡意或故意爲要素之理論。即此主義之所遺留者也。又據此主義。則刑罰者非僅使人感痛苦。且將使其人改良。彼心中之害惡。既即爲犯罪。則科以刑罰。當矯正其害惡之念。此當然也。又以萬民有同等之權利。亦基於基督教主義。蓋神也者。但裁決事之邪正曲直。而不當有貴賤上下之分。上自王侯。下至庶民。皆以同等之主義。及於法律。故以法律視。皆在同等之中。而無少異也。然於日耳曼之主義則不然。其犯罪以外形爲主。其犯罪也。乃外形之所爲。而決不關於其內部之意思善惡何如也。故其所爲。或出於過失。亦必痛罰之。即有惡意而其事未遂者。則不科以重刑。其結果則以爲犯罪者須有外形上所爲之形跡。即此主義所遺留者也。彼爲刑罰權國家須自有之論者。亦此

主義所遺留者也。蓋日耳曼主義者。其初胚胎於曠味時代之復仇主義。而自社會進步。以各人之互相復仇爲不宜。而國家遂代其受害者爲之。因而刑罰之權。遂起國家有之之思想。

近世 近世折衷主義之時代也。蓋一則有日耳曼主義。而以犯罪爲外形上所爲。一則有基督敎主義。以犯罪爲心中之罪惡所爲。至近世。而兩主義遂合爲一折衷之說。以僅有心中之害惡。不得謂之犯罪。凡犯人。而爲刑法所責罰者。必要其所爲與其意思相伴。學者金坭爾氏以爲非合此二者。不足爲罪犯之成立。然爾後經公法家之研究。始有博頓徒布。哥勒蓄斯諸家。主張性法主義。又有花底立野。培革立氏等。主張改進主義。專以理論論刑法。於此又有反之之議論者。即孟德斯鳩。撒培尼。二氏等之沿革法理家是也。此等學派之爭。一時極熾。後遂合爲一折衷之說。至於以爲刑法者。則由理論與沿革二者而成立。

第三章 刑罰權主義

關於刑罰權主義。有左右學者理論之勢力者。雖有數種。然於學術上大別之。不過有三種。今說明之如左。

第一 絕對主義。

第二 相對主義。

第三 折衷主義。

絕對主義者。謂刑罰之目的。爲刑罰而存也。卽基於犯罪則必罰之正理。而爲之也。相對主義者。謂刑法爲達他之目的之一手段也。卽刑罰以外尙有其目的也。折衷主義者。連合以前二主義者也。卽謂刑罰者。基於犯罪必罰之正理。與夫爲達他目的之一手段。相併以成立者也。今試依順序而說明此三主義。如左。

第一節 絕對主義

此主義之說曰。國家者。爲維持道義而立。決非由契約而生也。人間者。自有社會的爲國之性者也。別言之。則國家之存在。爲道義上之必要而生。故國家者。非但爲各

個人之利益及其他目的而存也。國家者。國家自存之目的。即存於國家之自身。其自存也。不過充人類之天性。義上之當然而已。故其執行刑罰也。則爲國家職務之一部分。其罰犯人。原基於道義上之必要。何則。犯罪者。背於正理者也。國家者。欲維持正義也。故設刑罰以罰之。故刑罰之執行。非爲各個人之利益。及爲達其他目的之手段也。故曰刑罰之目的。即存於刑罰自身。而非存於刑罰以外。國家既非由契約而成。則其刑罰之目的。不存刑罰以外可知。又曰絕對主義。其區別亦有二。今再說明之。如左。

第一 治癒主義 (Healing theories) 以此爲主義者。視犯罪如疾病。罰之則爲癒其疾病也。此治癒主義中。亦有二派。其一。則爲復舊主義 (Rescission) 德意志有名之學者曲克氏主張之。此主義之罰罪人者。謂至復於其舊之無罪也。其一。則爲賠償主義 (Atonement) 謂有被損害者。則訴於裁判所。與人民之自爲賠償者同。故刑罰者。亦賠償犯罪者也。唯於民事則在寔物上之損害。而刑事則在無形上之

賠償。其間稍有差異而已。

第二 反坐主義。(Retribution theories) 以此爲主義者。則以刑罰爲犯罪之報應也。即報善者以善。報惡者以惡。此人間天賦之本性也。故苟有反於國家之正義。而爲不正之行爲者。則不可不以刑罰報之。此羅特氏所主張者也。然主張此主義。亦有異其趣者。如彼亨起氏。則以主觀上論之。即自犯人之心意論之也。謂無論何種刑罰。總以消滅犯人之惡意而止。惡意既消滅。則刑罰亦自此而終局。若依此說。則雖爲輕罪之犯人。苟其惡意不消滅。亦必施以嚴重之罰。然齊禮氏則反對之。謂必全依物觀上。即全爲顯於外形上所爲之結果。其說明此主義也。謂凡犯罪者。侵害他人之自由者也。故其當反坐之刑罰。亦用自由刑。所以用刑罰之輕重。必視其害人自由之大小爲比例。然若依此說。則未遂犯。當付之不問。於理論上不免亦有所抵觸。故二氏之說。毫不免有多少之非難。雖然若海蓋羅之說。則有難於駁擊者。其說曰。法律者。代表總社會之意思者也。故各人特別之意思。決不能勝社會衆人

之意思。而犯罪者。則欲以一人特別之意思。而破眾人共同之意思者也。是故法律者。即罰其破眾人共同之意思。而罪與罰互相殺者。以欲保存社會全般之意思也。故謂犯罪者。即拒絕法律者也。(Negation of law) 轉言之。則拒絕公共之意思。即爲犯罪也。而刑罰者則拒絕此拒絕法律者也。(The negation of the negation of law)

第二節 相對主義

相對主義者。起於前世紀之終。近世紀之初。學者多以國家爲達各人之利益而存者。此原理。亦適用於刑法上。謂刑罰之執行者。不過爲國家職務之一手段。設刑罰之目的。亦不過爲保各人之利益。而以刑罰爲謀之一軍師。故刑罰者。其目的在刑罰以外。而非在刑罰之本身。此等議論多似基於民約主義。此主義中。於學理上。又有七派之分。今試說明之。如左。

第一 脅嚇主義。(Deterrence theory) 此主義。以爲罰一犯人。以威嚇其他一般之

人民。使其他之人民。恐怖而不敢犯罪。故其主眼。則以嚴刑峻法臨民。然依此主義。則實際上不得達其目的。何則。蓋刑罰失於嚴酷。則於德義上必隱蔽犯罪之事。或則法官有不能確寔用刑之弊。

第一 改良主義。(Moral correction theory) 此主義。以刑罰爲改良犯人。消滅其害惡之心。使不再陷於犯罪。然依此主義。則如有非常之惡漢。究不能使之改良者。則似無施刑之必要。夫欲使犯罪者歸於善。其犯人之歸善。人各不同。故執此主義之法者。必不能預爲規定罪罰二者之權衡。

第二 防衛主義。(Defence theory) 此主義。以刑罰權爲國家之正當防護權。有加危害於國家者。則對之而施刑罰。以使防護之權歸於已。然此正當之防護權。唯得用之於未犯罪以前。若既犯罪。則此權必不能用。此主義者。可謂混同性質各異之刑罰與防衛。

第四 豫防主義。(Prevention theory) 此主義。以爲犯罪者不但現反於法律。即

爲不法之行爲也。且憂其或再犯。凡刑罰者。爲之除去其再犯之具也。故國家當有刑罰之權。以預防之也。然預防其犯罪云者。非爲既犯之罪而罰也。苟依此主義。如有決無再犯之憂。則將措而不顧。

第五 制心主義。(Psychological restraint theory) 此主義。以爲令刑罰之苦痛。比犯罪者不再犯。所得利益而更大。蓋使人制犯罪之心也。如現在之「褒章利」刑法。寔基於此主義者也。然以予所見而考之。則於寔際上亦決不能達其目的。何則。爲此主義者。忘卻刑罰之苦痛也。即犯罪之時。犯罪之人。非比較刑罰之苦痛與犯罪之利益者是也。

第六 警戒主義。(Warning theory) 此主義。以爲國家之禁制犯罪。須寔行教育、警察、及刑罰之三段。故刑罰。不但如第一主義之不可不有脅嚇之性質。亦如第五主義之對於犯罪者而制其心。且不但制其心。尙欲對於一般之德義心。而爲不可犯罪之警戒。然此主義。亦不能免第一第五之批評。

第七 民約主義。(Contract theory) 此主義以爲凡人皆爲社會之一員也。以默諾而有當受刑罰之義務。國家者依此默諾而有當執行刑罰之權。然反於正理之契約。則不當有履行之義務。故契約之有無。寔不足以論定刑罰權之正否。此缺點亦所不免也。

第三節 折衷主義

如前所述。絕對主義。則以國家者。有國家自存之目的。刑罰者。有刑罰之物之目的。國家者。保護正義者也。刑罰者。回復正義被傷害者也。其說雖非無一理。然不如相對主義。則以無論國家。無論刑罰。無何等之目的。均自然而生。均爲保護人民而設。是故人民者。非國家刑罰而生存於此社會。而爲有人民而始有國家有刑罰也。以增進國家之正義。與社會之利益爲精神者。即折衷主義之說也。而調劑國家正義與社會利益。則又有三說。第一說謂正義即利益也。正義與利益。決不可區別者也。第二說謂社會之利益或可枉。國家之正義。即不可不伸。第三說謂凡在不違背國

家之正義之限內。不可不增進社會之利益。

今日不主張折衷主義之學者曰。凡犯罪者。反於正義而爲不正之行爲者也。刑罰由使其毀損之正義。回復其舊位。而除去其不正行爲者也。是即反坐主義之說也。然既反坐此犯罪人。而其直接所生之結果。即人民滿足之念。此人民滿足之念。亦由此反坐主義所生之一目的。可無疑也。但刑罰者。不但此刑罰而已。亦有他之目的。即增進社會利益之目的也。然則定犯罪與刑罰之權衡何如。當詳言之。以上所述。即刑罰之目的也。爲達目的而所施之刑罰之分量果如何。正是折衷主義。所可考究之要也。今試假用物理上之原則以說明之。如左。

一 有形物性質上之存在。(Qualitative physical existence)有一定分量(Quantity)之關係者。則不得超其定量。或減其定量。如超其定量。或減其定量。則其物質必至消失。或至變化。例如水性質上之存在。其與溫度有關係。若變其溫度之定量。則即變其性質。而或爲冰。或化而爲蒸氣。此有形物存在之原則也。而其無形物

存在。則亦有一定之原則。亞力斯度爾有言曰。無形物性質上之存在。而有分量之關係者。亦不得超其定量。或減其定量。則物之分量性質相關係。不可不守一定之分量。如彼寬大之爲美德。苟失其度。則其極爲疎放。而其美德消滅。如彼儉約之爲美德。苟失其度。則其極爲吝嗇。而其美德消滅。又如勇氣。亦爲一美德。苟失其度。則爲暴亂。如謹慎。亦一美德。苟失其度。則爲怯懦。國家所有之正義。亦如之。有無形上之性質。或有定量之關係者。則其量或多或少。至此必變。而不得稱之爲正義。而刑罰亦有毀損正義之罪之反坐。故不可不受其罪同量之刑罰。即有定量之關係者。如過之則刑罰變爲復仇。而不免來苛酷之評。如不及之則不能生刑罰之效。而來無益之評。必也罪與罰。守相當之分量。而後爲適當。

二 不問有形物之存在。與無形物之存在。其性質上之存在。或有定量之關係。則不可不守其定量。固也。然其定量之內。則必有幾分之餘地。以存於其範圍。在其範圍內。縱爲何等調理。決不變其性質。例如一冰。其冰再加以冷氣。自華氏寒暑表之

零度至三十二度之間。則其冰依然冰也。又如加暖氣於水。自華氏寒暑表三十二度至二百十二度之間。則其水依然水也。故若於範圍內而寒之暖之。其分量之多少。毫無所變其物質。以上即有形物上之證例。即於無形的感想上亦如此。如彼人間美德之寬大也。儉約也。勇氣也。謹慎也。必在一定之程度。而始爲美德。至如其程度以上或以下。而失其質。是迺自古人心上之感想。無一定之標準者也。雖然可向人之良心上而立一定程度。以判斷之。亦非不可得也。刑罰亦如是也。例如於盜罪。則有科以二月以上。四年以下之刑之定規。是其刑罰之期限。有三年八月之餘地也。其餘地內。如處以五月之刑。處以四年之刑。其期雖有差異。而其盜罪之性質。則終無所失。是故採用此折衷主義之立法官者。不劃然確定此犯罪與刑罰之程度。縱欲確定之。終不得二者真正之權衡。故其大體上定刑罰之範圍。而於其範圍內。則使裁判官應其罪情而科以相當之罰。

三 如此刑罰。蓋設廣濶範圍之故也。在其範圍內。計量社會之利益及人民之幸

存在。則亦有一定之原則。亞力斯度爾有言曰。無形物性質上之存在。而有分量之關係者。亦不得超其定量。或減其定量。則物之分量性質相關係。不可不守一定之分量。如彼寬大之爲美德。苟失其度。則其極爲疎放。而其美德消滅。如彼儉約之爲美德。苟失其度。則其極爲吝嗇。而其美德消滅。又如勇氣。亦爲一美德。苟失其度。則爲暴亂。如謹慎。亦一美德。苟失其度。則爲怯懦。國家所有之正義。亦如之。有無形上之性質。或有定量之關係者。則其量或多或少。至此必變。而不得稱之爲正義。而刑罰亦有毀損正義之罪之反坐。故不可不受其罪同量之刑罰。即有定量之關係者。如過之則刑罰變爲復仇。而不免來苛酷之評。如不及之則不能生刑罰之效。而來無益之評。必也罪與罰。守相當之分量。而後爲適當。

二 不問有形物之存在。與無形物之存在。其性質上之存在。或有定量之關係。則不可不守其定量。固也。然其定量之內。則必有幾分之餘地。以存於其範圍。在其範圍內。縱爲何等調理。決不變其性質。例如一冰。其冰再加以冷氣。自華氏寒暑表之

零度至三十二度之間。則其冰依然冰也。又如加暖氣於水。自華氏寒暑表三十二度至二百十二度之間。則其水依然水也。故若於範圍內而寒之暖之。其分量之多少。毫無所變其物質。以上即有形物上之證例。即於無形的感想上亦如此。如彼人間美德之寬大也。儉約也。勇氣也。謹慎也。必在一定之程度。而始爲美德。至如其程度以上或以下。而失其質。是迺自古人心上之感想。無一定之標準者也。雖然可向人之良心上而立一定程度。以判斷之。亦非不可得也。刑罰亦如是也。例如於盜罪。則有科以二月以上。四年以下之刑之定規。是其刑罰之期限。有三年八月之餘地也。其餘地內。如處以五月之刑。處以四年之刑。其期雖有差異。而其盜罪之性質。則終無所失。是故採用此折衷主義之立法官者。不劃然確定此犯罪與刑罰之程度。縱欲確定之。終不得二者真正之權衡。故其大體上定刑罰之範圍。而於其範圍內。則使裁判官應其罪情而科以相當之罰。

三 如此刑罰。蓋設廣濶範圍之故也。在其範圍內。計量社會之利益及人民之幸

福。科以適當之刑罰。則不失刑罰上反坐之性質。且得謀社會之利益也。

第一編 犯罪

第一章 犯罪之定義及區別

犯罪之定義。欲完全而下犯罪定義之說。勢不得不涉及立法論而論議之。然若欲據成文律而定犯罪之爲何。則各國之刑法全篇所載之事情。可謂盡爲犯罪。此外無下定義之方法。然非無少涉立法論之嫌也。若德意志之碩學皮兒納兒氏所下之定義。則爲輓近學者之所採用。而普通所行者。則其論如左。皮兒納兒氏曰。

犯罪云者。以各人獨自之意思。而反於社會共同之意思。因之而或破公權。或破私權。或紊亂所維持國家之風範與道德。而爲不正之行爲之謂也。

依此定義。則犯罪者。以個人特別之意思。而反社會共有之意思也。此個人特別之意思。發表之於外形上。而致破國家所有之權利。(公權)或一人所有之權利。(私權)又或紊亂國家爲保護其秩序安甯之必要之風範與道德也。欲明此定義。

請揭一例以說明之。今試有一問。問何故侵犯他人之所有權。而必加之竊盜爲該當也。則以社會一般之人民者。互當尊重其各自所有權。如有犯之者。則必嫌惡之。然於茲有一兇漢。竊取他人之所有物。而直以爲己有。是兇漢以一人之意志。以犯衆人共有之意志也。然其兇漢。而若僅含竊取之意志於內部。而尙未發表於外形。則不得下以犯罪之名也。若一旦顯其意志於外形。則即奪卻一私人之權利。(即所有權)而爲犯罪矣。

犯罪之區別。當今所謂文明諸國之刑法。分其罪爲重罪、輕罪、違警罪之三者。何爲重罪。重罪者罰以死刑、徒刑、懲役、及禁獄之刑之一也。何爲輕罪。輕罪者罰以禁錮、罰金之刑之一也。何爲違警罪。違警罪者罰以拘禁、科料之刑之一也。然於法律之最初。則其罪無此區別三者之標準。以立法官之意思。與其所犯之罪之性質以觀。始判其輕重之程度。而區別之。是則以罪之輕重。而後定刑罰之輕重。非先定刑罰之輕重。而後知罪之輕重也。然問立法者以如何性質之輕重。而定此三者

之標準。是則不能知立法者之意。立法者之意志。一旦表見於法律上。以爲重罪。則科以重刑。以爲輕罪。則科以輕刑。以爲微罪。則科以微刑。其結果以刑罰之輕重。而推度其原因。即立法者之意思之外。別無他法。

如此犯罪之區別。一依立法者之意志。則立法者。可分罪爲五種六種。均隨其便。而必限於重罪、輕罪、與違警罪之三者何也。曰此區別也。於刑法上固無大必要也。但以爲整理裁判所之構成管轄事務等諸手段之必要。故設之也。何以言之。曰使重罪、輕罪、違警罪。而在同一階級之裁判所審理之。則或犯輕微之罪。而其手段方法失於鄭重。或爲重大罪犯。而其手段方法失於疎畧。故必從其罪質之輕重。而異其所審理裁判之裁判所之構成。訴訟之方法。是以諸國法律上。對於重罪、輕罪、違警罪之區別。而有重罪裁判所。輕罪裁判所。違警罪裁判所之區別也。然則欲知犯罪之輕重者。可依適用於犯罪之刑罰之輕重而知之。若以重罪之刑罰科重罪者。而以輕罪之刑罰科輕罪者。則在可爲自首減輕。恕宥減輕。酌量減輕

等之時。而因所減輕之刑。定其所行之罪名。如有酌量減輕之情狀之罪犯。非裁判宣告之後。則不能定裁判所之管轄。而必有所支吾。故此一般之原則。僅能適用於未經法律上加減輕重以前而已。

第二章 犯罪之成立

蓋犯罪者。即一行爲而已。所謂犯罪之成立者。則於此一行爲之外。尙有其他必要之條款。若其條款或欠其一。則決不得爲犯罪之成立也。其條款維何。曰有行所爲者。（即犯罪之主體）曰受所爲者。（即犯罪之客體）曰有行所爲者對於受所爲者所施之手段。（即犯罪之手段）此三者是也。今試依次述之。如左。

第一節 犯罪之主體

犯罪之主體云者。所謂犯罪者。成立犯罪之必要之件也。然如何而始可謂之犯罪者耶。則第一不可不爲有生命之人類。若夫大木倒而殺人。天火降而焚家。猛獸來而害人。怪物現而惱人等。皆無犯罪者之資格。而不得訴之於法廷。

學者或分法律上之人爲有形人無形人之二者。然此區別。僅於民法。行政法之範圍內許容之。非一般之法律上承認之也。特於刑法上。則所謂人者。唯限於有肉體之感覺之有形人而已。如無形之國家公司等。不得謂爲犯罪之主體也。然如罰金之刑。似有時科無形人之感者。然其寔決非科於無形人。即公司以罰金也。若果向無形人之公司而科以罰金。則其結果必至生大支吾。試舉一例而言。如有某公司犯罪。而當科以罰金。萬一其公司不聽其罰而納罰金。則刑法當以罰金之額換算日數。而不可不科此公司以輕禁錮。然此公司者。事實上決不能禁錮也。則不可不召喚此公司之監督者。而科之以罪。我故曰。刑法上之所云人者。唯限於有肉體之感覺之有形人而已。

夫犯罪之主體。唯限於有肉體之感覺之有形人。而此有形人之外。尙須視其人之能力。而其能力之原素則有三。如左。

第一 須有自己生存之知覺。……即自知生存於此世界之智識也。例如彼幼者。

不知我身之所以自存。假如其爲一事。其所爲也。我自己所爲乎。抑他人所爲乎。尙無區別之智識。若此者。謂之無生存之知覺。

第二 須有知自己以外之知覺。……即知吾身以外外界的事物之關係之智識也。如或爲一事。不但不可不知爲此事之於我身有關係而已。且不可不知我爲此事。由我而及於外界之人與事物。所生之結果如何。例如有舉刀而傷人者。揮其刀之行爲。即知己之所爲而加其刀於人。而不自知其結果之如何。此恰如彼幼者之所爲也。

第三 須有辨別是非之知覺。……即已知爲一事。爲自己之所爲。且知爲其事而所生之結果。其對於外界之物與人爲何若。然此所生之結果。爲惡事歟。爲善事歟。是又不可不知者也。如彼幼者。振刀而傷人。其振刀也。亦知其爲己之所爲也。其舉刀而加之於人也。亦必知其有必傷之結果也。然其傷人之爲善事與惡事。則其知識固未曾有也。

斯三者。稱之曰智能。若此三者之中而欠其一。即決不得爲犯罪之主體。何則。犯罪人者。非可輕易加之也。非具堂堂人間之資格者。即不得謂爲犯罪之主體也。如彼瘋癲白痴。均無犯罪之資格者也。然則刑法上。如何而始得謂之不備此三原素。而爲無能力者耶。則更說之如左。

第一 瘋癲人。此瘋癲人者。如前所述三者中之知覺無一備具者也。無一備具。則即從而無受刑罰之責任。故瘋癲人。爲犯罪之所許者也。而其殺人也。盜物也。可任其便而爲之者也。何也。蓋狂人之見其自己也。自以爲皇也。帝也。仙也。佛也。是毫無自知之智識也。其所受監禁之處。則以爲宮也。殿也。雲霄也。其所著之敝衣。則以爲錦繡也。荷衣也。凡關於己之物事。毫無所知。更有辨別其行爲是與非之智識。是故不得謂之犯罪之主體。於日本刑法之第七十八條。但言犯罪之時。喪失知覺精神而不能辨別是非者。不論其罪。初閱此條。似乎不包含瘋癲人於此中。然而立法者之意。則以瘋癲人之所爲爲無罪。故不以人之能力上而定其不論罪。因於學

理上不免稍有相違也。雖然，若此條中廣言之，則如發症之瘋癲人，在精神靜止之時而犯罪，其所犯之罪，皆不付之不問，於實際上爲甚方便。

第二 幼者。於日本之刑法上，幼者年齒分爲三時期。第一期之幼者，在十二歲以下。第二期之幼者，自十二歲以上，十六歲以下。第三期之幼者，自十六歲以上，二十歲以下。而在第一期之幼者所爲，則全爲無犯罪者。（如第七十九條）在第二期之幼者所爲，則或以爲犯罪者，或以爲不犯罪者，不能一定。即爲犯罪，亦必減本刑二等。（如第八十一條）在第三期之幼者所爲，則必以爲犯罪者，唯常減本刑一等。（如第八十一條）蓋第三期之幼者，已有犯罪主體之能力，而其所以減刑者，有他故也。若論自負犯罪之責任之點，則唯在第一期與第二期之幼者。

第一期中之幼者，全無關於自己之知覺者也。不但如是，是幼者所見聞世間萬物之現象，如在夢幻之域，而自己之所爲，與因所爲而所生之結果如何，均不知之。故其視強盜殺人，與大木倒而殺人，與自己殺人，其間毫無區別，而不知其自己行爲

之是非。固昭昭然也。

若第二期之幼者。則已有關於自己之知覺。又有關於外物之知覺。必自知舉刀斬人。則人死於自己之手。撲物而物破。則自破之。然其殺人破物也。尙不自知其爲善爲惡。故法律上於其能辨別是非與否。而判斷其有罪與否。

第三 白痴。白痴者。智識發達之緩慢者也。若欲示其定義。則甚有不易者。若自醫學上以下定義。則以但知一三四之數而不能知他數者。謂之白痴。白痴亦無犯罪之能力者也。

第四 瘖啞者。瘖啞者。口不能言。耳不能聞者也。其智能之發達極緩慢。亦無辨別是非善惡之良心。總之無犯罪之責任也。雖然。自社會漸進步。而瘖啞之發育法亦漸以整備。若如日本刑法之第八十二條。但言瘖啞者之犯罪。不論其罪。而無智能有無之區別。其義不免失之寬。而致有能辨別善惡之瘖啞。幸免法網之恐。

凡此四者。所謂無能力者。皆言生來無犯罪主體之資格者也。至以下所述。即一時

喪失其智能者。夫人每云憤怒如火。夫如火云者。不過一形容詞而已。人決不能至如火也。故其所爲。決不能以之爲不論罪。然若其怒而至於甚。竟至喪失精神。則無犯罪之責任矣。

又如睡夢之中。不覺而犯罪。則謂之夢狂。夢狂者。無關於自己及外界之知覺者也。何則。蓋此等犯罪之動作。其境域在夢世界。而非在現世界。故以我現世界之法律治之。不得其所。故亦不得爲犯罪之主體也。

又如醉狂者之犯罪。如日本刑法之七十八條。則不論其醉時之醉度如何。而唯審案犯罪時智覺精神之有無。以定其罪之有無。故今有一犯罪者。爲計犯罪之便利。而必先大醉以求達其目的。而寔則其犯罪之時。喪失知覺精神。亦必以之爲無罪。然而其犯罪之當時。果喪失其知覺精神者。則行其犯罪。決不能如預謀。故定其犯罪之時。喪失知覺精神與否。是又裁判官不可不當辨明之之任也。

如上所述。凡無犯罪責任之能力者。即是免許犯罪。無論爲如何之惡事。以紊亂社

會之秩序。亦決不顧慮之。是誠放任其所爲乎。雖然是決不然。如日本刑法。則又有相當之處分。其處分之法。無他。即滿八歲以上之幼者。至未滿十六歲之間。十二歲以上未滿十六歲之幼者。至未滿二十歲之間。瘖啞者不過五年之間。捕而留置之於懲治場是也。然此等之人。初無犯罪之責任。其留置之也。決非有刑罰之性質也。如幼者。則國家代其父母而施以強迫教育。於瘖啞者。則以警察豫防之目的。出而處以行政之處分也。然如日本刑法之第七十八條。則以瘋癲白痴等。爲無能力者。而毫不加以處分。然如暴亂社會之瘋癲人。則無以無罪而放免。使之逸出社會之理。如此則放任於行政處分者也。

第二節 犯罪之物體

於前節既說犯罪主體之必要有能能力矣。而於此節則說犯罪之物體亦同之。而當有能能力也。如無能能力。亦不得爲犯罪之成立也。而其物體之能能力。則有二。曰物理上之能能力。曰法律上之能能力。

物理上之能力云者。謂物理上。有能受犯罪者所爲之能力也。欲殺人則不可不有人之生命。欲盜物則不可不有物之體質。若斫無生命之偶像。而入無一物之倉庫。則於物理上終不能謂之爲殺與盜也。若是者即謂之不能犯。普通之學者。多不稱之爲不能。然所謂不能犯者。則始終不能爲之行爲也。向偶像而發砲。對人影而割切。彼之所爲。決不能有犯罪之物體也。然若向人而發砲。以彈藥不足。或砲術未熟。而不能如願。則爲未遂犯。而非不能犯也。

法律上之能力云者。其犯罪物體。必爲有權利之目的物也。即犯罪之物體。其權利必存於他人之限內者也。例如人於其物件上。有所有權。而盜取其物件。則是破他人之權利。然若其人而早已拋棄其所有權。而後竊取之。則其物件已不得視爲權利之目的物。而盜取之亦不爲破人權利。因而亦不得謂構成犯罪。是故若問如何而始可謂刑法上之權利。則於前言犯罪定義時既言之矣。即所謂公權私權是也。而所謂犯罪者。必於此二權利而破其一也。破私權。即對於人之財產或身體而搆

成罪者也。是以間接而破公權者也。（即國家之權利）是故破私權者，必至及於公權，而破公權者，未必害及私權也。何也。如彼犯關於風化與宗教之罪，決不至有害於私權也。試思或向神殿佛閣而爲不敬之爲，或於道路而行夫婦猥褻之事，其有害於風化與宗教果無論。而於一私人之權利固無稍及也。要之所謂犯罪之物體者，必對於有權利者。而具有權利者，必限於人間。若對於天帝與禽獸草木，則固無所謂犯罪也。

如前所述。凡犯罪之物體。於物理上有能力之外。又當於法律上有能力。即公權私權上之目的物。然而物體上之公私權者。時或其所有者（即一私人或國家）因其意思拋棄之。亦無不可。但於其已拋棄之後。因即失其物體上之能力。即繼於物理上有能力。而亦不得謂爲犯罪成立之目的物矣。如欲說明此棄權之事。則有二區別。其一各私人棄權上之不論罪。其二國家棄權上之不論罪。

第一 各私人棄權上之不論罪。 假如於運動會。爲擊球。或擊劍。因而創傷他人。

則不得以毆打創之罪罰之。何則此時對手之人。既拋棄其身體安固之權。所謂法律上之能力。已不備具也。又如拾取他人之拋物。亦不得謂之犯罪。其理蓋相同也。是即適用羅馬所謂凡所爲而出於人之承諾者。非害人權利之原則也。然則人不同何等權利皆得拋棄之乎。亦決非漫無限制者也。如彼殺人、放火、竄買人身之爲。即對手人既自承諾。亦不得免犯罪之責任。然問其拋棄權利之限制定於何點。則以無害於第三者之權利。與國家之公義。與人類之道德。可得自由買賣讓與者爲限。如彼殺人、放火、對手人即承諾。而於社會之公安。國家之道義。則有害也。故此生命權及財產權。不得隨意拋棄也。如彼近世之一問題。所謂決鬥者。以無自由拋棄生命權之理故。亦爲一種之殺人罪。

於茲所最不可不注意者。各私人以自己之意思。於犯罪物體上自拋棄其權利。與因被害者之告訴可受理之犯罪。而被害者以自己之意思。而放棄其告訴之權利。是大有差別也。何則。放棄其犯罪物之權利者。其放棄之結果。爲犯罪之不存。故不

得謂爲犯罪之成立也。放棄其告訴權者。其放棄在犯罪以後。僅爲不告訴之於裁判所而已。其結果非犯罪之不存。唯全免刑罰而已。

尙有一言即爲自殺。於純理上爲犯罪否之問題是也。自殺者。以純理言之。則既如前述。吾人之生命權者。不得自由買賣讓與之於他人者也。但國家與他人亦斷無強吾人而生於此社會之權利者也。吾人之對於國家與他人。亦未嘗負必須生存於此社會之義務者也。故自殺者。害自己之權利外。於國家與他人之權利。毫無所侵害者也。故於刑法。決非所問。然自殺之事。寔紊社會之道義。害國家之公安者也。故於政治上。當罰之以除自殺之弊害。是亦刑事上之政畧也。如於西洋諸國。以宗教上立論。則生命者爲上帝所下賜。我人類非得隨意左右之也。如自殺者。自己處分自己之生命。而實污上帝之甚也。故不可不罰之。以一國之憲法論。（有成文法。有不成文法）則人類非爲其國之人民也。爲其國之一分子也。而自殺者。是滅其國之一分子。自衰弱其國也。故不可不罰之。雖然。採用此主義而加之罰者。祇能加

之於自殺未遂者。若既死矣。雖加以刑法。而又無所關係。是故印度之刑法。則但認自殺未遂者爲犯罪。羅馬之刑法。則但於兵士之自死未遂者罰之。若其既遂。則無此體刑可罰之物。而僅以罰金及其他財產刑。及於宗教法。則亦僅以破門法爲罰而止。然以純理上立論。則自殺者究於國家與他人之權利無所傷害。而不得謂爲構成犯罪。且其自殺。既於其本人無罪。因而幫助自殺者。亦無罪也。何則。從犯者。因正犯有罪。而爲犯罰。若其正犯既無罪。則從犯安得有罪乎。夫自殺者自斷其生命之所爲。彼假手於他人而行自殺。又有人教唆之者。則其動手者。與教唆者。爲純然一殺人罪。雖經本人之承諾。亦不能免其罪也。

第二 國家棄權上之不論罪。於國家上棄權。而論其不論罪。則當有三者之區別。第一、國家不但放棄其公權而已。且法律上尙有命令犯權之意者。第二、國家之放棄公權者。第三、國家不但放棄公權。且以犯權之權利。付之於對手人者。其區別如是。以下依次述之。

第一。國家不但放棄其公權而已。且法律上有命令之者。如是之時。其所爲。爲通常犯罪者。然是法律所命之者。則其所爲。不但不得爲犯罪而已。且不得不謂之爲正義上不可不行之所爲。例如彼之殺人。或捕人。侵害人之生命權身體權。是重大之犯罪也。然苟爲獄丁而執行死刑。爲捕吏而逮捕犯人。則正爲職務上當行之義務。而不但不得謂爲犯罪。且爲可嘉之事。（立法例日本刑法參照）如於日本刑法第七十六條有曰。從本屬長官之命。而爲其職務而爲之者。不論其罪。若此。依本條以爲無罪者。有二故。即第一爲本屬長官之命。第二爲自己之職務上爲之。是也。例如捕吏則依豫審判事之命而捕盜犯。兵卒則依將校指揮而攻擊敵軍。是備具以上之二故者也。其屬官決無犯罪之責任甚明也。雖然。若其本屬長官之命。爲越權而不正者。則行其命之屬官之責任當何如。是蓋一難解之問題也。今試再舉一二例以說明之。如有捕吏知豫審判事所命拘捕之某甲。決非犯人也。而捕吏尙捕縛之。若是則豫審判事以職權命之。而捕吏以職務執行之。是豈得以犯罪爲在捕

吏耶。又如兵士知將校所命爲攻擊之一軍。正爲官軍也。然以將校之指揮而攻擊之。則是亦將校以職權命之。而兵士以職務行之也。亦豈得爲犯罪之責任在兵士耶。然今更少變其例而說明之。則有如豫審判事向捕吏而命以有犯違警罪者盡捕縛之。或則云某甲無罪者也。故當捕之。將校向兵士而命以苟有官軍來。悉以砲擊之。或則云山上之一軍。官軍也。故當以砲擊之。若然。捕吏與兵士或應其命令而捕違警罪之犯。或砲擊官軍。則決不可付之以不問也。然則前例之所以異於後例者何在乎。蓋於前例。則豫審判事所命拘捕之某甲。果犯人否。將校所命攻擊山上之一軍。果敵人否。其事則爲事實上之問題。其定事實之如何。則全在本屬上官之權內。而捕吏與兵士不當爭其當否也。即知上官所定之事失其當。亦以其命令之故。而於其職分上不可不盡。是迺法律之所命。何必知其事實之當否。如後例。則豫審判事所命拘捕之違警罪犯人。或無罪人。應爲逮捕否。將校所命攻擊之官軍。果應攻擊與否。則全屬法律上之問題。苟捕吏與兵士應知悉者。彼捕吏兵士雖不知

法律規定。而以誠意奉其命。而法律上視爲知悉者。則亦不得免其犯罪之責任矣。要之、本屬上官命令之當否。屬於法律上之見解。則不問其屬官知法律與否。苟其屬官之行爲而不法。則直視之爲犯罪。若本屬上官命令之當否。屬於事實上之見解。則不問其屬官真知其實與否。苟以其職務而執行之。不得視爲犯罪也。

第二、國家之放棄公權者。（立法例日本刑法參照）於此則可以參照日本刑法第七十五條之定規。第七十五條有曰。遇不可抗拒之強制。爲之而非其意者。不論其罪。又於第二項有曰。若遇天災及意外之變。其危難不可避者。出於防衛自己之身體及親屬之身體。而所爲者亦同。是故人臨危急不得已之時。而或絕人生命。傷人身體者。則國家拋棄保護被害者之公權。而不罪之也。今日舉一例以說明之。今有一人。於水難之時。見一木板。因借之以存生命。然又有一人見之亦欲保己之生命。因而奪其木板。以致始憑木板之人。遂以溺死。是迺毀傷各私人之權利者也。於理則當罪之也。然於此時。則國家放棄其保護被害者之公權。而決不罪之。其故

何哉。豈國家於此放棄保護被害者之公權乎。曰其人非殺他人。則不能全自己之性命。所謂危急存亡之秋。損他人以自全。此人之常情也。若自損以全他人。則義俠者之所爲。而決不可以之望於平常之人也。夫刑法者。爲通常之人而設也。對此通常之人。而望仁人君子之行爲。決不能達其目的。故不得已而出於此者。雖不得謂爲適當於正理。亦不過國家酌量通常之人情。而放棄保護被害者之權利而已。然與正當防衛之不論罪。則又大異。何則。蓋正當防衛之不論罪。國家不唯放棄其保護被害者之權利。且付行害者以權利。行害者即爲執行此權利而行害也。反之。若此不得已之所爲。則非執行正當之權利。以他故。故付其所爲於不問。

日本刑法第七十五條之所謂強制者。蓋有二種。第一爲有形之強制。第二爲無形之強制。所謂有形之強制者。如有有鳥獲之力者。握甲之手而命以毆乙是也。所謂無形之強制者。如有人向甲云汝苟不殺乙。則余必殺汝是也。夫有形之強制。決不得謂之爲不得已之所爲。何則。蓋鳥獲之膂力。斷非甲之所及。於形迹雖爲甲毆乙。

而其責則甲唯爲烏獲犯罪之一機械而已。決不當爲甲自己之所爲也。故甲無犯罪之責任也。如無形之強制。則甲不殺乙。則有自己被殺之恐。爲欲免其危難。不得已而殺人。則其殺人謂爲甲之所爲。亦無不可。

夫如此日本刑法第七十五條之所論。雖有有形之強制與無形之強制之區別。而其爲不論罪。則二者相同。然至不論罪之理由。則二者又相異。何則。蓋一則因國家之棄權爲不論。一則初無所爲。因而爲犯罪之不成立也。

或有論者曰。犯罪者當有自由。若無自由。則即不得爲犯罪。如前所云之二者。於有形之強制。則其人欠外部之自由。於無形之強制。則其人欠內部之自由。故無犯罪之責任。雖然。爲此言者。決不得謂之爲正鵠也。何也。於有形之強制。不過犯罪人使用之一器械。不必問其外部之自由何如也。若以之爲有犯罪之責任。則如彼毆人之杖。殺人之刀。亦不可不論其責任矣。是決不然也。於無形之強制。於行害者之行爲。較生疑問。然以之爲失內部之自由。是亦決不得也。何則。如今有人迫我以殺某。

不殺某則必殺汝者。於此則我尙有殺某與殺己二者選一之自由。決不得謂爲失內部之自由也。福斯吞愛利亦以爲第二者爲失內部之自由。故不論罪也。然尙有多少之疑點。故謂之爲失幾分之自由。夫云失幾分之自由。則其言甚曖昧。而不得以之斷罪案也。要之以不得已而犯罪。而以之爲不論罪者。決不爲其關於意志之有無。而以國家放棄其保護被害者之權利而然也。

又於此條之中（即日本刑法第七十五條）所謂非其意而所爲之行爲者。只謂非其人之本意也。非謂其出於過失之所爲也。何則。如於無形之強制。則有非十分意志之存在。於前引之例觀之。當甚明也。故本條中之所謂無意志者。特言其無希望之念耳。例如遇脅迫而取他人之物。其所爲素有意也。唯出於不得已而行之也。非希望之也。

又此條之中。於第二項。限以防衛自己與親族之身體之限制。於第一項無此限制。若以第一項爲專爲自己而言者。其實決不然也。假令其親族而係近親。其於無形

上。苟蒙不可抗拒之害。則其所爲亦視爲不得已而爲之可也。特其親族之疎遠者。則不在此限耳。故欲定此問題。則宜由親屬之親疎。而定其責任。又如於此條之第二項。有云由天災及意外之變。或逢不可避之危難。而爲防衛自己或親族而爲之者。此文字。其意蓋僅爲防衛身體而言。而決不可用之於防衛財產。

第三 國家不但放棄公權而已。且以犯權之權利付之於對手者。此則可稱之爲正當之防衛。出於正當之防衛而爲之者。其與出於不得已而爲之者。其區別之大要如左。

一 出於不得已而爲之者。害個人之權利。國家唯放棄其保護各私人之權利而止。不更付與之以殺人之權利也。若出於正當之防衛而爲之者。則國家放棄保護被害者之權利。且同時又以殺人之權利與之。

二 出於不得已而爲之者。縱令被害者與爲害者。共立於正然防衛之地位。而其一方必爲不正者。詳言之。則即爲攻擊者爲不正者之所爲。而防衛者爲正者之所

爲也。

三 於正當防衛之時。則攻擊者雖陷於若何危急之地位。而決不能對於防衛者而生反擊權。若於不得已而爲之者。則爲害者至急迫之時。有反擊權。

四 出於不得已而爲之者。單爲保護自己之身體而止。決不許其殺他人也。故若其人肯棄自己之生命。以助他人之生命。則可以之爲非常之德義者。若爲正當之防衛。而爲之者。苟放棄自己所有之防衛權。而甘受他人之非行。則當視爲卑劣之極。而爲愚者之所爲也。

以上之所述者。唯示立法上區別之理而已。而尙有一端之相異者。則正當之防衛者。見有人將蒙他人之害。則得爲之救拯。而防衛不正之攻擊。若爲不得已而爲之者。則其所爲僅限於其人之一身。而一切他人之事。均不得用之。

第三節 犯罪之手段

犯罪之手段。與他之要素。即上一節之所云者。合而後成立犯罪。是故一方雖有

犯罪主體。一方雖有犯罪物體。而其間無犯罪手段以爲之連絡。則決不能成立犯罪也。然則其所謂手段者何也。曰即隨犯罪者之意志而所動之機械也。夫人之意志。存於胸中而不可見。故必其存於胸中之意志。現於外面令人而感知之。而後其犯罪乃見。然其令人知覺也。其間不可不有媒介。而其媒介之如何。即所謂手段也。是故手段也者。導其幽界之意志。而顯之於明界之橋梁也。由此橋梁以現其意志於外形。而令人感覺也。則手段者可謂由心界渡於現世界之一橋梁也。若是者。即謂之爲手段。然則爲其手段者爲何物。曰。世間萬物。多足爲犯罪之手段者。吾人所有之四肢五官。亦得爲犯罪之手段也。然此等之手段。不可不具犯罪之能力。即聾者必不能有聽政談演說犯罪之手段。啞者必不能有罵詈人犯罪之手段。且也其所使用手段之能力。其結果果能遂其希望乎。此又非可問之要事也。詳言之。即非謂要得其結果十分之能力。例如毒殺人而飲之以糖水。縛捕人而結之以燈心。此其爲犯罪手段之能力未有。而亦不得謂之爲成立犯罪也。反之。若其犯罪手段上

有能力。而其結果不能得十分之成績者。則不得不謂爲犯罪之成立。何則。如有人欲毆殺人。而以少量之毒物。而其人不至於死。夫其人雖不至於死。然其物則有足以毒殺人之性質。故雖其毒殺之結果未見。而究不得以之爲無犯罪之能力也。又如有人。已知中毒氣。直飲消毒藥。而其人得不至於死。是亦其毒殺之結果雖未見。而論爲未遂犯。而不得謂之爲無罪。蓋知犯罪手段上無能力。則其犯罪之不成立。甚明也。

第四節 所爲與責任之關係

凡所爲云者。謂發生於犯人心中之意志。與其意志之所向之事實相連絡者也。故所爲者。因其手段而連絡意志於事實者也。故言及所爲。則不可不有意志事實二者之連絡。是故以外貌觀之。所爲與事實。若爲同一物。而其實則決不然也。何也。如彼人被殺而流血。大風俄起而吹倒家屋。或則降雨降雪。凡若此者。皆所謂事實也。然是等以無主體之關係故。不過言旁觀之光景。不得謂之爲所爲。若云有某殺人。

或強姦人女。則是某者先有殺人或強姦人之意志。以與其殺人或姦人女之事實相符合。而後從主觀上得稱之爲所爲。是所爲云者。其意志之根源。在於其人。自人觀之而稱之也。若從客觀上視之。則殺人與強姦人女。亦不過爲事實之一而已。要之所爲與事實。同物而異名也。唯因觀察之方向異。其名稱亦因而異也。

夫如前所述。犯罪之意志與事實。相連絡而後爲所爲。則不可不無擔負此所爲之結果之責任者。而此責任之所由生。則即第一爲意志。第二爲事實。第三爲意志及事實之連絡。蓋責任云者。某事實上。賦與一個意志者也。既有一事實。則必審查其事實出於何人之意志。若審查而知其事實與意志有連絡。則其人即不可不擔負此責任。

犯罪者之所爲。有爲法律之所禁止者。(即所爲)有不爲法律之所命令者。(不爲)是二之區別。又有爲出於故意者。有否者。出於故意者。論之於後。茲先述其不爲而當罰者。如左。(諸國立法例參照)

一、安審警察之必要上。有違警罪。例如不修理將破壞之家屋者。不爲井溝凹處之標記者。不爲溝水之掃除者等。

二、因公職上或業務上之性質。而賦課義務於官吏或人民者。例如官吏不發布法律規則。又由巡查及人民受有犯罪之訴而不捕之者。又如受供給陸海軍物品之委任。至交戰之際而致軍備欠乏者。又如律師醫師技術師等。受裁判所之呼召。而不應者。

三、不執行一般人民之義務者。例如有水火及其他變故之際。官吏命以防禦。而袖手旁觀不肯爲之者。又如知關於國事之陰謀而不告者。

第五節 所爲與責任其關係之消滅

如前所述。生犯罪之責任者。不可不有意志與事實二者之連絡。故二者若或欠其一。則所爲與責任之關係。即爲消滅。今詳述之如左。

第一 無意志者。此則於日本刑法之第七十條。其第一項有曰。無犯罪之意

志而爲之者。不論其罪。故有人如誤落馬而傷行人。又或誤倒洋燈而燒家屋。則於法律上因無其意志。皆以爲無罪。然於此有不可不注意者。此條之不論罪。與第七十五條（即國家放棄公權而不論罪）之不論罪。不可混合也。蓋第七十七條之所爲。爲全無犯罪之意志。而第七十五條之所爲。則於前既詳言之。其動不動有決擇之自由。而決不可謂之爲全無意志也。然若第七十五條中之遇有形之強制。而不可抗拒者。又或非爲保全自己之身體。而因天災及其他之變而爲之者。則其所爲亦爲無意志。固甚明也。故若此者謂之純然含蓄之於第七十七條之中。亦無不可也。是故第七十五條者。可適用於十分有意志者。若無意志者。則可於第七十五條第一項內。而學者往往以有形之強制爲在第七十五條。此拘泥法文。（謂法律上之文字）而不知學理之誤謬也。故余謂有形之強制。不於第七十五條論之。寧於第七十七條。即無意志之所爲。不論其罪之條下論之。較爲正當。

第二 無事寔者。意志者尙匿於心中。而不顯其作用於外形者也。若其無事寔

之存在。則其無犯罪之責任更明也。

第三 意志與事實無連絡者。日本刑法第七十七條之第二項。有曰。不知其事爲有罪。而犯之者。不論其罪。又第三項有曰。其罪本爲重。而犯之時不知者。不論其罪。即指此意志與事實不連絡之說也。例如有某者。不知此女爲有夫之女。信爲處女而欲通之。則某雖有姦通之事實。然某不知其爲有夫之女。則某之意志唯在通處女。而與事實不連絡也。故某當無犯罪之責任。雖然此條之第一項。則曰無犯罪之意志之所爲。不論其罪。故於第二項第三項等意志與事實不連絡者。則不可不謂本無犯罪之意志。而包含之於第一項中。故以余意。則此第七十七條之無意志而犯罪云云。當解爲非故意而爲之者。方爲穩當。何則。蓋所謂刑法汎論即總則。關於犯罪一般之成立而論。非關於特別犯罪之成立而論也。而此第七十七條。則屬於總則者也。就一般罪犯之成立而規定之也。故無意志而犯罪云云者。爲一般犯罪之必要。而解之以非故意。甚適當也。

又如第七十七條之第一項。則曰法律規則中。別定爲罪者不在此限。蓋此固爲過失罪。而非故意甚明也。故於此而以無意之犯罪。亦如余輩所解。以非故意解之。則恐有爲無用之文字者。何則。已無犯罪之意者。決無有故意之理。豈於過失罪中。更當設一非故意罪之例耶。由是觀之。則此第七十七條之無意犯罪云云者。解以非故意之所爲。誠至正而至當也。雖然。於日本刑法特定無犯罪意者。亦非無理也。何則。其爲成立一般犯罪之所必要者。故意而已。而因豫算其犯罪不成立之故。遂不憚越總則之定規。而併記載於刑法各論中之特別成立犯罪之原素。是亦萬一之慮也。

於茲尙有一言以說明犯罪之意思者。即所謂犯意中之事實其所含蓄者何如也。今試說明之。如左。

第一 知未來結果之事實者。

第二 知現在之事實者。

第三 知現在事實之當重者。

第四 知法律規則者。

如右所云之四者。今試更以例說明之。如有人以巨石擲人頭。而知人必負傷。即第一說知未來結果之事實也。知巨石之所向。必當人頭。即第二說知現在之事實也。知巨石所向之人頭。即爲其父之頭。即第三說知現在所重之事實也。而知此等之所爲。皆反於法律。即第四說知法律規則也。具備此四者。即所謂有犯意。蓋犯罪者。即謂心之狀態。即犯罪之意也。其知第一也。即所謂故意也。其知第二第三第四也。即所謂惡意也。然學者或不解此意。每解故意爲惡意。是以惡意與故意之說相混合也。而併知右之第一第二第三。始得謂爲犯罪之成立。三者之中苟或欠其一。即不得謂爲罪犯之成立。至若第四項。則知與不知不問也。知以上之三者。而謂罪犯之成立者。於日本刑法第七十七條之第四項有云。不得以不知法律規則爲無犯罪之意者。恰似不知第二第三項之事實而犯之者之例外。且有學者之視爲例外

者。然第四項決非第二第三項之例外。而示第一項之例外者也。何則。第一項所示。漠然曰無罪犯之意之所爲。夫不知法律。亦無犯罪之意志者也。故當入第一項之範圍內。假如有人以爲姦通他人之妻。爲非法律所罰而通之。固亦爲無罪犯之意之所爲。而不可不入於第一項之不論罪。則此結果豈不奇怪乎。故設此第四項。而定不知法律。非不論罪之限之意也。故此第四項即第一項之例外。決非與第二第三項有關係也。

第二項不知現在事實之說中。尙有可區別者。即目的物之誤認與所爲之差誤是也。所謂目的物之誤認者。即犯罪之物體。非犯罪者所信之物體。而爲他物體是也。例如誤信以爲甲而殺害之。而其實則非甲而乙也。所謂所爲之差誤者。即犯罪之物體。與犯罪者其初所志之物體相同。但誤其方向。而及於他物體也。例如甲欲狙擊乙。因向之而發砲。其彈外出而殺丙。是也。

目的物之誤認。關其犯罪目的物之物體上。其有能力與否。又不可不區別者也。若

其目的物而有能力。則其犯罪成立。不爲不能犯。若其目的物縱有被殺被傷等之能力。而於特殊犯罪無能力。則卽爲不論罪之原因也。如有甲欲與乙之妻姦通。其欲既遂。不圖其女非乙之妻而爲丙之處女。若然則其女固爲有犯罪物體之能力者。然所謂姦通罪者。必對於有夫之婦之謂也。而丙之女。則非有夫之婦。而不有特別犯罪。卽姦通上之能力者也。因而無姦通之事實。又某甲欲銃殺其父乙。而誤認丙爲乙而銃殺之。是其罪本重。然既銃殺者爲通常之人。則決不得以殺親之罪科之也。此乃誤認目的物之一例也。然如所爲之差誤。則以偶然之事變。致罪人之意志與事實解除。反於犯人之意。而生其他之結果。若然。則生未遂犯與過失罪之二罪。例如有某欲狙擊甲而斃之。以誤擊而致殺乙。則誤擊者全非某之意志。事實與意志破關係。而致來乙之死也。是卽某有銃殺甲之意志而不果。是爲未遂犯。流彈中於乙而殺乙。是爲過失罪。故曰生未遂犯與過失罪之二罪也。

以上目的物之誤認。與所爲之差誤。其區別既說明之矣。自後卽當論其所爲之結

果。其責任之程度如何。夫所謂所爲之結果者。其永遠無極。如計日月之運行而浩無涯際者也。例如有人以偶不經意故。觸机之上短銃。此誠單一之行爲也。然此行爲雖單一。而從此而生種種之事實。此短銃中有裝置之火藥。因此一觸。火藥爆發。而彈丸飛出。因彈丸飛出。而中甲身。而甲受重傷。而臥病。而死。因甲死而其遺族苦生計。而其長子乙遂至中止其修醫業。因其學醫中止。而業不精。他日有丙有病。而診察之。誤投藥而致丙死。夫丙之死。此不經意而觸短銃之某。當負其過失之責任否。此誠極端之論也。是對於其所爲。而其責任之區域。不可不定者也。夫試以今日之所謂定論者言之。則此區域者。如其所爲之結果而得豫想。而直接者。（即對此所爲而有必然之結果）則當擔負其責任。若不然者。則否。故如前例以觸短銃而生種種之結果。致未熟練之醫師誤人而致死。此則決非觸短銃者所可豫想而爲直接之結果也。其誤人致死也。爲其醫師自己之過失也。何則。蓋所謂結果之可豫知者。必其結果自其行爲所必生者也。若觸短銃。則其結果非必生誤致丙死也。又

如知人之群集於劇場而放火。因其所爲而劇場遂歸於烏有。而觀客悉焚死。若此之所爲。則於其所爲時。得豫知其結果。故不可不負其犯罪之責任。不待言而盡人知也。蓋以其自然而生之結果。非難知也。若如前言之醫師。則由醫術未熟而致人死。當初觸短銃之人。固有欲知而不能者矣。故曰。不負其責任也。又若探撫人體而其人死。或二人對談而其一死。則此人之死也。咸非人所得豫想所生之結果。而決不負其責任也。縱令其所爲而或出於過失。而非直接所得之結果。則決不負其責任。

第六節 所爲之狀態

意志與事實相連絡。則稱之爲故意之所爲。意志與事實不連絡。則稱之爲不注意之所爲。或則稱之爲過意。故若自己之心而視之。則其所爲。有出於過意。及故意之二者。若自所受者而觀之。則其所爲。有已遂與未遂之區別。故犯人心中之故意與過意。常與受者之已遂與未遂爲比例。

今以殺人之例解之。同一殺人。而其所爲出於故意者。即謀殺與故殺也。其所爲出於過意者。即過失殺也。此爲其犯者言之也。若自其受者言之。則有被殺而至死者。或被傷而未至於死者。是爲已遂與未遂之區別。是故曰故意。曰過意者。自主觀上而下論者也。曰已遂。曰未遂者。自客觀上而下論者也。

第七節 犯意

凡人之意志。欲滿足其所必要。因其意志之發動。而遂滿足之者。此意志即稱爲人之欲望。此欲望卽爲犯罪之旨趣。又爲成犯罪之目的。例如欲報君父之仇。或則欲得貨財以飽食煖衣以消磨一世。是皆人之意志也。而欲滿足此意志者。即所謂欲望。爲犯罪之旨趣也。然若犯人轉其意思而奪人之財。絕人之命。則爲其結果所向之方向。是所謂故意也。故故意者所求其結果之所爲。謂其意志向此結果而來者也。故故意者。對於結果之語也。有此故意。而後有此結果。若再於此意志進一步。而顯之於外形。則即名之曰決心。決心者。例如欲絕人之命。奪人之財。已有此意志。而

依此意志而爲之之謂也。是故其始其人欲絕人之命。奪人之財者。故意也。其繼充其所殺。而即爲絕人奪人之事者。決心也。故自犯罪者之心之順序而言之。則第一有犯罪之旨趣及目的。第二爲故意。第三爲決心。自其發於外形者觀之。逆溯其順序而言之。則第一爲決心。第二爲故意。第三爲有目的及旨趣。今試據此順序而一一詳述之於後。

第一 決心。決心即與所爲實行之原因爲直接。其決意之深淺輕重之度。依其決心而異。而此決心發現於外形之時。即爲實行犯罪之端緒。而決心之所自來。則或出於深思熟慮者。或出於一時之憤激者。出於深思熟慮者。名之曰豫謀。出於一時之憤激者。名之曰感激。

(甲) 豫謀。豫謀者。由深思熟考所出決心之謂也。自有此決心始。至著手而爲犯罪之所爲。其間或經長久之歲月。或否。其經歲月之長短。決不與決豫謀之有無有關係。故縱令決心與著手犯罪之間。經幾多之歲月。而亦不可謂之爲豫謀。反之

若經歲月甚短。而亦不得不爲豫謀。何則。蓋經幾多之歲月。其間或中止其初謀。而更爲決心與否。決非人之所能速斷。然其既經過長久之歲月。而爲豫謀之證據。則甚明也。蓋豫謀之有無者。於犯罪之成立不成立雖無關係。然以定罪科之輕重。則大有關係。何則。同是殺人。而或則爲謀殺。或則爲故殺。皆以豫謀之有無而定。故誠爲一要事也。

(乙) 一時之感激。感激有種種之程度。若至其極。則以全無意志而爲不論罪。故不可以一概論。然於普通之時。則此感激雖於犯罪之成立亦無所關係。而論其對身體之罪。則因出於感激與出於豫謀。其間大有分別。然其分別混淆錯雜。頗苦分界。故揭三個之規則於左。

一 縱令因一時之感激。而決心犯罪。而至於深考熟慮。而後實行之者。豫謀也。何則。蓋犯罪之決心。雖出於一時之感激。然其實行。則既深思熟慮。而其間已經幾多之間隙。故此犯罪實行之時。早已消滅犯罪實行前之感激。例如有入

當殺人之時。含怒已久。因而久爲勦掠之後。遂一刃殺之。則其殺意即雖出於感激而亦不得不以之爲豫謀也。

二 縱令經深思熟考。而決犯罪之意。而因一時之感激。而實行之者。即出於感激之所爲也。何則。此蓋因一時之感激。而受犯罪之刺激也。其實行也。不外感激也。例如甲思與乙不共戴天。深考熟慮而謀復讎。偶甲爲乙所非。常侮辱。感憤激昂。一意拔刀而殺乙。則乙之被殺。不得謂爲豫謀。何則。甲之實行犯罪時。出於一時之感激。而使之然也。

三 深思熟慮之上。而決意犯罪。其犯罪已至實行之中間。而忽發感激。則此時之感激。不必消滅其豫謀。宜臨機定之。例如甲預謀殺乙。因而要擊乙於山道。乙遇之而極口詆罵。因而甲大憤怒。而立即殺乙。若此則甲決不得不謂之爲豫謀。何則。蓋乙之所感激。非因之以成甲之實行也。不過爲增甲實行之急劇已耳。

第二 故意。學者別故意之說。有如左之三者。

一 期其必得結果之故意。例如自思取裝彈之短銃。向甲而彈之。則甲必失生命。因而發銃。此故意一名一定之故意。

二 不期其必得結果之故意。例如甲思若銃口正對乙而發之。恐或殺乙。若不正對乙而其彈他出。而失正路。則可以全乙生命。因而發銃。致乙死者。此為不期得結果之故意。此故意一名不定之故意。

三 混合之故意。即同一之所為。而生二三之結果。其一之結果可以豫期。其他之結果為所不豫期者。例如甲豫思銃口向乙而發。則彈丸必貫乙之體。而絕乙生命。若此彈丸通過乙體。但不知併貫乙背後之丙。果能絕丙生命與否。因而發銃。而果絕乙丙二人之生命。是則甲之殺乙丙。是混同豫期不豫期之一故意也。

此三者之故意。雖如此區別。然其無必要之利益。唯得知故意之範圍擴張至

如何而已。

第三 旨趣及目的。旨趣及目的云者。犯人得犯罪之結果而滿足之謂也。例如殺人以報仇。奪金以充欲之類是也。今試言故意與目的所異之點。則目的者。各人無共通之性質。而故意者各人有同一之性質也。

是故故意者。望欲得結果之意。無論何人。皆無不同。而可以一般論之也。目的者。各人而異。故不可以一般論也。例如彼故殺罪。有殺人之事實。與殺人之意志。而後構成其罪。其結果與意志。無論何人皆可以適用也。故法律上得定其有無。而目的則各人而異。如彼殺人。或爲報仇。或爲奪金。其奪金也。或爲放蕩。或爲孝養。千態萬狀。其變無極。而法律上不能定之。僅屬道德上之問題。唯其目的而爲邪惡。則爲加重之原因。目的而爲正善。則爲減輕之原因而已。

第八節 過失

過失之所爲云者。以有可避而不避之過。因而來意外之結果之謂也。故過失之所

爲必視其可避之程度何如。然以普通言之。則過失者欠通常之注意。而生意外結果之謂也。夫罰犯罪者必不可無其人之故意。若過失則非其人故意也。故罰之者必爲曾有明文者。若無明文。則不當罰之也。今於諸國刑法之罰過失而有明文者。有三類。述之如左。

第一 犯罪之物體。甚貴重。如犯之則生重大之結果。而可恐者。例如販賣害人康健之飲食或藥品等。或則關人性命。或關往來通信等者。

第二 官吏或人民。有當特加注意之義務者。例如官吏解送囚人之際而被逃。又如水火震災之際。而官吏怠解囚人之監禁等。

第三 爲達安寧警察之目的者。例如過半之違警罪。皆此類。過失之種類。又有二。再述之如左。

第一 疎虞。疎虞云者。非不知或生意外之結果。特以不用十分之注意。而輕信或未來此結果者。例如有人因爲射的而揭木片之標於邱園。因對之而發銃。不意

銃彈貫牆壁。而殺行人。是則其人於置的之際。不十分查看此牆壁之堅固。能擋此彈丸與否。而遽爾施放。而遂生意外之變。是所謂以疎虞殺人。

第二 懈怠。懈怠云者。不自知因不注意。而生意外之結果也。例如不知射的之射場。既已損破。因此損破之處。而致流彈以殺行人者是。

疎虞懈怠。共爲過失之一種。然其分界。往往混雜而難區別。爲區別此分界之故。試再舉一例。如有甲取銃而擊在乙傍之狂犬。甲若非不知彈丸外流。恐或中乙。但自信其技之妙。而不防此差誤。輕信而發銃。終至不殺狂犬而殺乙。是疎虞也。然若甲當擊犬時。不知乙之傍又有丙在。而誤殺丙。是懈怠也。

今試再以故意與過失之混合者而論之。

故意與過失。其混合者有二種。一曰因同一之所爲而混合者。一曰因二三之所爲而混合者。試分論之如左。

(一) 因同一之所爲。出於故意。而有不正之結果。又縱不出於故意。可豫料不正

之結果。二者同時發生。若是者稱之曰故意與過失之混合。例如有入強姦婦女。而致死者。強姦之所爲。出於故意者也。而致之死。則過失也。

(二) 一人之犯罪者。行二三所爲之際。於第一之所爲。則爲故意。而終不能奏功。第二之所爲。則爲非故意。而反生其結果。若是者亦稱之曰故意與過失之混合。例如有甲伴乙於河岸。急揮刃而殺乙。欲俟其死而投死骸於水中以滅跡。不料乙不死於甲之白刃。墮於水而溺死。若是則第一之所爲。出於故意。而爲謀殺未遂。第二之所爲。出於過失。而爲過失殺人。或有學者論之曰。是非故意與過失之混合也。是同爲一體之故意也。嗚呼。是矛盾之說也。何也。蓋其第二投入水中之所爲。若爲貫徹其第一之所爲。而後爲之。則誠故意也。若自思第一之所爲。必得十分之結果。因而致第二之所爲。則不能謂之故意也。過失也。

第三章 已遂犯及未遂犯

第一節 已遂犯

已遂犯云者。寔行其犯罪之所爲。而既得其結果也。以大概言之。則已遂犯者。多出於故意。已遂者。已達其故意之謂也。然凡已遂犯者。實際能遂故意之實行。即爲已足。不敢問其所達之目的十分與否。因而已遂犯者。亦得有時減輕其罪。或免除之。但決不爲不論罪。即如除謀殺殺外。其餘所犯之內亂、隱謀、僞證、貨幣僞造等罪。不必無依自首而全免其刑。或減等也。

第二節 未遂犯

未遂犯云者。犯罪之實行。既着手而未結局之謂也。其至於要故意之處。已遂犯與未遂犯。固毫無差別也。其所異者。唯其已奏符合故意之效與否而已。故如無故意之存在者。亦不得謂其有未遂犯之存在。日本之刑法。於重罪之未遂犯。則皆罰之。於輕罪之未遂犯。則唯限於本條特記者處罰之。如違警罪等。則皆不問之也。然若對於皇室之罪。對於國事之罪。則雖爲未遂犯。猶必科之以本刑。至關於國事之罪。不但其未遂犯與已遂犯同罰而已。且有未至未罪犯。而但爲豫備之手段者。亦必

罰之。蓋此等皆不要適用於刑法總則。但於各本條上處斷其罪而已。可。今試詳論未遂犯。

第一 豫備。凡犯罪之意志。自最初發生於心中。至終結之間。必不可不涉數級。其第一級。則爲預備之所爲。

豫備之所爲。與犯罪之所爲。其所爲全相異。豫備之所爲。與犯罪之所爲。自必有所關係。而後發顯。然以二者本非同一之所爲故。而於法律或有罰與其主犯罪不關係之豫備。此則不以其預備所爲。爲附隨主犯罪之所爲者。以其豫備所爲之本體。有視爲獨立別個之犯罪而罰之也。例如有某爲殺甲而竊乙之短銃。是則某之竊取乙銃。雖爲謀殺豫備之所爲。然於法律。則某之所爲。論以竊盜罪而非罰以謀殺備豫罪也。又若法律有禁賣買毒物之條例。有某欲殺甲而買之。其買之也。雖爲欲殺甲之豫謀。然其毒物苟未使用。而不至殺甲。則法律全置謀殺豫備之罪而不問。而但以違犯禁制賣買毒物之罪罰之。何則。蓋某雖竊短銃買毒物。然其殺甲之際。

不能確定其必使用短銃與毒物也。試以日本刑法第百十一條觀之。有云縱令謀犯罪。或已爲豫備之所爲。而未行其事者。非本條上別記載其刑名。則不科以刑。此即謀犯罪未至實行其所爲。如此者則處以特定條例。但不爲豫備之所爲處斷之也。然法律者。如有罰豫備所爲之必要。譬如所犯之情節重大。而恐有害於公安者。即爲內亂之預備陰謀等之所爲。特揭明文。而其刑罰則不遵未遂犯例而處斷之。

第二 實行之着手 實行之着手云者。已行其犯罪之事之謂也。而此實行之着手。即欲至屬於犯罪所爲範圍中之所爲。則不可不爲必直接生犯罪之結果者。故若間接之所爲。則不得視爲犯罪所爲之一部分。例如欲毒殺人而配其毒物於其所常食之膳中。縱令其人適不食。是已爲犯罪實行之着手。然若其豫備毒殺其人之毒物。尙置於已宅。而其危險毫不及之於被害者。則不能入之於犯罪所爲之範圍內。

雖然執行之着手。與犯罪之豫備。其間之行爲。尙有多少之階級。故宜於此事實。而爲二者之區別。例如爲殺室內之人。而開室之窓戶。則尙不能以之爲謀殺之未遂犯也。若爲竊取室之物。而開室之窓戶。則即得以之爲竊盜之未遂犯矣。是故犯罪之着手。與豫備之區別。當以犯罪之性質。犯人之意志等而異。預設以一定之規則。而劃然爲之立界限於其間。不能也。宜因各事實而推測之也。

如前既述犯罪之手段。及物件上。無能力者。則不能爲犯罪之成立。因而斷無成立未遂犯之理也。斬人影偶像無生命之物體。買咖啡以謀毒人。元無成立犯罪之能力。故亦決無成立未遂犯之理也。何則。其全不成立犯罪之所爲。則不能分其一部以爲未遂犯。然若與此相反。而其手段物體上。有能力者。則縱令其實際上。未生犯罪之實效。而亦或得以未遂犯處罰之。欲毒殺人而用毒藥。其量太少。而其效驗不見。又如以銃擊人。而其人着堅固之甲冑。其彈丸不能透其體。而其效驗不見。但其所用毒藥及銃丸。有十分殺人之能力。又其犯罪物體即爲有生命之人。則其有犯

罪之能力。固不待論。而當以未遂犯罰之。

如前所云。犯罪之物體。無能力者之論理。則可以移之以適用於無犯罪物體者。例如有賊欲竊取一香爐。因而竊入邸宅。不意其香爐已收入倉庫。搜索之而不能得。因而去。則其去時。縱令犯罪物體有能力。而其物體不存在。因而不成立犯罪。亦不得以未遂犯而罰之。若此香爐。未嘗收入倉庫。而賊自不能發見。而空手以去。則犯罪之物體雖未入手。然以其犯罪物體有能力。犯罪已成立。而得以未遂犯罰之。又如掏摸亦同之。如入手於無一物之囊中。則不得爲犯罪之成立也。如入手於有錢物之囊。則即未取去。亦得以未遂犯處罰之。

第四章 未遂犯之種類

以豫備爲未遂犯第一段之說。其說既陳腐。於今多無採取之者。今之所採取者。唯於新說。新說之視爲未遂犯也。自執行之着手起。而未遂犯分二種類。其一則止爲執行之着手。而尙未生犯罪之果效者。其一則執行之所爲。既已了結。而尙未生犯

罪之果效者。而第一則爲着手之未遂犯。第二則爲實行之未遂犯。以例證之。則如甲欲殺乙。既拔其所攜之刀。而加於乙之頸上矣。偶因有丙在傍。扼甲之手。而終全乙之命。是着手之未遂犯也。又如甲欲殺乙。已拔白刃而加於乙頸。因有意外事。而乙得免於死亡。或則甲欲殺乙。而飲之以毒物。毒未發而乙先覺。即服消毒藥而免死亡。是實行之未遂犯也。(又名缺效犯)今之學者自學理上論究之。則於第一種之未遂犯。爲純然之未遂犯。事頗單一而別無所異論。於第二種之未遂犯。則事頗複雜。其異論實不少。今舉之。有如左之三者。

第一說 第一說。謂凡爲缺效犯者。不問犯者自知與否。凡已遂犯罪上盡行所可行。而其果效尙不生者。此說也。缺效之原因。若因有犯人意思未思及處。或執行之方法拙劣。即不得謂之爲缺效犯也。不得爲缺效犯。即不得從而罰之也。何則。如犯者失於輕舉。而用意或不周到。則雖行其事。而未至能得其結果。例如欲縊人而用腐敗之繩。至中途而斷絕。欲毒人而用不足分量之藥。不能絕其生命。即是未遂犯。

而不得謂爲缺效犯矣。何則。蓋縱人而不用堅牢之繩。殺人而不用適度分量之藥。是皆其方法有未盡也。其說難免有矛盾也。故主此說。是天下無缺效犯時也。雖然若赫奴蒲兒。胡兒騰坡克等。於德意志諸邦之刑法。曾採用之。

第二說 第二說。謂凡爲缺效犯者。必要犯罪者。盡行所自信以爲可遂其罪者。從此說。則犯人先盡行自己所以爲已足者矣。故不如第一說之例。以腐敗之繩縱人。以不足量之藥毒人。而付之不問者。非也。雖然依此說。亦不免有生奇怪之結果者。何則。洵如是也。以盡行犯者自信足以遂罪者。即爲足矣。罪之所爲爲已足之故。縱不以毒藥飲人。或不置之食桌上。若其犯人愚而以爲置毒藥於其人之室。亦必死。而但置毒藥於其室者。亦得謂爲缺效之未遂犯也。是又不免矛盾者也。而其說過於賅博。然其說爲從來行之已久。而甚有勢力。故如薩克遜國。曾採用之。

第三說 第三說。與第一第二說相異者也。謂凡爲缺效犯者。不必犯罪執行之方法盡善也。亦不必問犯罪者自信爲犯罪之方法已盡善與否也。唯以犯人直接執

行結果犯罪之所爲。即爲足矣。此其理甚簡單而明白。以之判別未遂犯。近世學者多採用之。

此又有一種非未遂犯。而非缺效犯者。名之曰中止犯。中止犯者。犯人既着手爲犯罪之執行。而忽自中止之。以防止其所欲之結果之發生。其中止也。非特停止其一時之執行之謂。必要全行拋棄其所爲之實行也。犯人已一中止其寔行之所爲。至後日而有再爲之故意。亦得謂爲中止犯。例如今有盜。欲乘深夜侵入其家。然見其家燈火輝煌。似有人知覺之象。恐其顯露。而即翻然中止而去。則即爲中止犯。而無罪者也。即日後再有窺好機而再犯之故意。尙且不得不爲中止犯。是故中止犯者。通常着手所爲之未遂之時而現出者也。若缺效犯。則其行爲早已行。雖欲中止之。而其爲中止也已晚。蓋其行爲決無可中止者也。例如振白刃而斬其人爲兩斷。而後忽欲中止其人之死。亦不可得。何則。蓋已斬爲兩斷。不待新加一行爲。而其結果。亦來其人之死。此必然之理。而無可疑也。

雖然缺效犯。亦有得爲中止者。即其所爲執行之結果。而未發生。則爲缺效犯。而得中止之。不任之於自然之結果。其結果未發生以前。更用別種之手段以防止之。以令不生目的之犯罪。例如欲毒殺人。已服其人以毒藥。更服以消毒藥以救止之。而其人遂不至於死。是服之以消毒藥者。即犯人用別種之手段。以防止其自然結果之發生也。是即中止犯也。夫如此犯人既以自己之意志。而中止其已着手之所爲。則爲缺效犯也。固已甚明。則此不得爲未遂犯而問其罪也。雖然至其中止之前已行之行爲。不得中止之。而不得付之不問。宜問之以別罪。如其人服人以毒藥。而又服之以消毒藥。其人之性命既得保全。不問之以毒殺未遂罪。唯以害人康健之物。而與人以疾病。其罪固不得不論之也。

尚有一言不可不注意者。以自己之意志。中止犯害云者。則不過指爲非自己意外舛錯。而不問其犯人所以中止之原因如何。故如犯人或以恐怖心中止。或以真實悔悟心中止。或當犯罪之時。來意外之障礙。因而中止。例如犯人方爲其所爲。

因偶值巡行之巡查。恐咎其所爲。因而中止者。其間毫無彼此之區別者也。然而學者往往以不出於真心之悔悟。爲不得謂之中止犯。各邦國雖非無採用此說者。然而不足以試駁論。

以學理上論之。不罰中止犯之理。蓋有二。其一爲律上之理。而其二爲政略上之理。

第一 法律上之理。以法律上之理觀之。而中止犯之所以不罰者。蓋以凡以自己之意志。而中止其所爲之執行。則其所爲已失未遂犯之性質。故不得問其罪也。何則於中止犯時。其犯罪之故意。雖於外形已發現其幾分。然其滿腔鬱積之意志。尙未悉發現之。犯人尙未實行之部分。而尙得自取消之。此法律上所以不問中止犯也。亦不問所以中止之趣旨何如也。

第二 政治上之理。以政治上之理觀之。而中止犯之所以不罰之者。蓋犯人一旦於其既着手而將發生之結果。自防止之。則自減少其惡結果。而其事甚可嘉。是

法律之所希望也。若罰其中止。而毫不爲之假借。則是使凡百之犯罪者。不盡見其惡結果而不止也。是社會欲防犯罪。而暗獎之也。此立法者政治上不問中止罪也。

巴丁薩克遜等諸國之刑法。唯以着手未遂之中止犯。則爲無罪。若缺效犯之中止。則以已行其所爲。故唯減其刑而止。於法德日等之刑法。則咸排處罰中止之說。蓋中止犯者。不問着手未遂之中止犯。缺效未遂之中止犯。其執行所爲之着手。或執行之已了。以獨立之別罪罰之。不得爲未遂犯罰之也。

又如數人共犯時。中止犯者。即令其中止者。僅爲此數人中之一人。而其他之共犯者。亦皆不罰之。何則。蓋所謂共犯者。數人合同而犯此事。苟其中一人中止或進取。則其力實足以左右其全體也。此爲一原則。

既遂犯與未遂犯之混合

一犯罪之未遂犯。或有爲他之犯罪之既遂犯者。即同一所爲。而一爲未遂犯。一爲

既遂犯。稱之曰既遂。未遂罪。想像上之混合。例如甲欲燒殺乙。因而放火於乙之居室。偶因乙不在。而不及於難。是甲於放火爲已遂罪。於謀殺爲未遂罪也。是甲犯此混合之二罪也。

然已遂犯之所爲。如爲未遂犯所爲。所必不可缺者。則不得視爲已遂未遂之混同。如前例甲放火於其家。不必爲殺上所不可缺者。何則。蓋殺乙之道。自必多端。而不必其定放火也。今既用放火之策。是二罪混合而一時併發者也。但不問何人。欲殺人而不能不傷其身。而行謀殺故殺。又欲無用暴力。強姦人女。此亦不得爲已遂犯也。

第五章 數人共犯

凡犯罪。有一人獨犯者。有數人同犯者。其種類實不一。一人獨犯者。依普通刑法之規則可也。數人同犯者。不可不觀其犯時之情形如何。又不可不定其犯時各人之責任如何。此於刑法所以有數人共犯之定規也。共犯云者。數人一意以共犯一事

之謂也。即於定義上。當加之意。

第一 囚徒藏匿之罪。如有藏匿囚徒。則非共犯罪。而不得以數人共犯罪論之也。然若其囚徒於犯罪前。先與藏匿者謀。謂如其罪發覺。則當藏匿之。以免逮捕之憂。若有此約。則其藏匿爲豫謀。而當以共犯論。其藏匿者。當爲治之以從犯。試舉一例以言之。如突有盜賊來某之家。哀乞救助。某憐而藏匿之。則某者。不當以共犯罪論之也。何則。蓋凡藏匿囚徒者。大抵皆於囚徒既犯罪後也。非囚徒之罪有所加也。故藏匿囚徒之罪。別爲一獨立之罪。而罰之。亦別以獨立之罪。而不得與囚徒同罰也。是故英法之學者。有事前從犯。事後從犯之二者。以區別從犯。若茲所謂藏匿囚徒之從犯。屬於事後從犯者也。以理論。則有不得不謂之誤者。何則。蓋共犯者。必犯罪之當時。共同一致者也。必於同一之罪上。爲之加功者也。既云必於同一之罪上加功。則必於犯罪之前加功。而必非於犯罪之後加功也。何也。若加功於犯罪之後。則其加功已晚。雖欲加功。其事已過。而無功可加矣。

第二 以過失而加功於犯罪者。則亦不得爲共犯。何則。蓋過失本爲無意志之所爲。而斷無共同一致之理也。然其爲加功於過失罪。則固不能免也。例如有甲教唆馬丁。而使疾馳馬車。因而殺傷行人。又如有甲教唆持銃者。使發銃。因而中殺他人。是固皆爲加功於過失者也。其教唆之意思。出於過失。而非望其結果也。然教唆之而致使他人負傷。則爲過失罪之共犯者。在所不能免也。

如右所述。共犯之定義。其不可不注意之點。當再述之如次。夫共犯者。惹起犯罪之謂。抑亦幫助犯罪之謂。將直接以加功犯罪之謂歟。抑間接以加功犯罪之謂歟。雖然是直接間接。以加功於犯罪者。皆所不問。唯如共同一致。以企同犯一罪。則即以共犯論。故犯罪之發起者。即無形上互相一致。而有形上放任之而聽人之所爲者。亦不得不謂之爲共犯。是故共犯者。有當知有形上與無形上之區別。

第一節 正犯

數人公同一致。而共實行一罪。則各自以正犯論。夫犯罪者。自其平素之意思。而顯

出之於外形之所爲也。故即令其所爲之實行。但加功於其犯罪之一部分。亦必以之爲正犯。是故苟着手於實行犯罪之所爲者。悉以之爲正犯。而決不問其加功於犯罪之輕重如何也。雖然。有一罪而爲幾多之所爲而成立者。有一罪而爲單獨所爲而成立者。是又不可不區別也。例如強盜罪。一人縛家人。一人自衣箱奪取衣類。一人徘徊戶外防人之來襲。其所爲雖各人各別。而其所爲唯分擔其役務而已。實互通謀而同犯一罪也。故皆以之爲強盜之正犯。英國之學者。區別正犯。如此例之所云者。則以犯人相互距離之遠近。以區別之。以其犯人相互之距離。能否援救。如在能援救之距離內。則即爲正犯。雖然。是亦不過證明其在能援救之距離內。得加功於犯罪而已。若其人雖在得援救之距離內。而不得以之爲正犯者。亦有之也。又如有數人共同而強姦一婦女。甲捉婦女之兩手。乙抑婦女之兩足。而丙強姦之。若以皮相。則犯強姦罪者。唯有丙之一人而已。甲與乙不過爲丙之援助。是亦從犯也。直接強姦婦女而爲正犯者。唯丙也。雖然。是決不若是也。甲乙丙三人。共當以正

犯罪論也。何也。凡強姦罪者。對於婦女而必加暴行迫脅。是固不待論也。然所以罰強姦罪者。非但罰其侵害婦女之身體已也。其犯罪之主旨。在以獸心而破婦女之貞操也。若唯以破婦女之部面。不足爲強姦也。若抑其手足而使其破婦女之貞操。則其爲強姦罪之正犯無疑也。在昔多以強姦罪爲僅在侵婦女之部面者。是甚誤解也。雖至今日而尙有主張此論之學者。然既陳腐而不足採也。

又凡所謂共犯者之加功所爲者。不可不於犯罪之已着手或實行中。苟非於犯罪之着手或實行中而加功者。不得以共犯論。故如唯於犯罪之豫備中。供給犯罪之器用者。非直接以加功於犯罪。而不得謂之爲共犯。而謂之爲從犯。

由此觀之。則正犯從犯之所區別者。唯視其加功時之何如。或則於犯罪之着手與實行中。或則於豫備中之相差而已。如加功於着手與實行中。則無論其所加者若何輕微。而決不得以正犯論。何則。蓋其所加之功。雖若何輕微。而其對於犯罪全體之負責任則一也。蓋爲主之犯罪者。即正犯者一人而已能行其事。既偶來他之

共犯者。而爲之加功。自犯者之各人視之。如得天然之助勢焉。

第二節 教唆

以教唆者爲正犯。而負責任者。其說有三主義。述之如左。

第一 客觀主義

第二 主觀主義

第三 折衷主義

第一 客觀主義者。其論犯罪。以全顯於外形論之也。自形跡上論教唆者以責任。而決不以心術上論教唆者以責任也。是故教唆者。非犯罪之發起者。亦非犯罪之幫助者。而決不得以有罪而罰之也。何則。苟爲犯罪之發起者。或幫助者。則決不可不自進而實行其所爲。若教唆者。則秋毫無與犯罪事件無干涉也。彼被教唆者。不係教唆之有無而得自由以中止其所爲。或實行其所爲也。

第二 主觀主義者。其論犯罪。則全以心術上論之。故主此主義者。以犯意全爲教

唆者所作爲。而被教唆者。唯從教唆者之命令而已。被教唆者。唯爲教唆者犯罪之器械而已。其原因。或全在於教唆者也。夫視被教唆者爲教唆者犯罪之器械。則被教唆者爲無惡意。而不得罰之也。明甚。若欲罰之。是如彼供人犯罪用之銃砲刀劍。亦必罰之也。是無是理也。故主此主義者。不但幼年瘋癲白痴等。視爲教唆者犯罪之器械。即強壯活潑之大丈夫。亦視以爲教唆者犯罪之器械。而以爲無自斷之能力焉。

第三 折衷主義者。於第一第二之主義。皆採用之。而皆取其長而舍其短者也。如彼執行者。則以自客觀主義觀之。而以爲有罪。教唆者。則以自主觀主義觀之。而以爲有罪。二者共爲有罪。而共罰之。然所謂教唆者有罪者。非無論如何教唆。而皆以爲有罪也。其所謂有罪者。其於教唆必有贈與、契約、強迫、威權等。使通常之人。足爲犯罪之執行者。然後教唆者。與被教唆者。始共罰之。然若教唆者之所爲。雖足爲被教唆者之實行之決心。然使被教唆者。但有決心而無實行。則亦不足以罰教唆者。

也。其得以罰之者。唯被教唆者依教唆者之所爲。而實行之。然後教唆者始從而生責任也。

所謂教唆者云者。不但教唆正犯者之謂也。如教唆從犯。及教唆教唆者。亦不得不謂之爲教唆者也。即教唆從犯者。如從犯。教唆教唆者。如教唆者。故於此雖教唆者有二人。亦必以之爲數人共犯。而各問其罪焉。然罪教唆者。必先於其被教唆者。依其教唆而着手於犯罪也。故教唆從犯。及教唆教唆者。其根源必在於正犯。故如正犯而不着手。則其教唆從犯及教唆教唆者之罪。亦必不成立。又如正犯爲未遂犯。則教唆者亦爲未遂犯。其故蓋被教唆者不實行其所爲。而尙以罰教唆者。是使法律至有罰人意思之舉也。是必不可也。然如新聞條例。及其關於重大之公安者。則以別故而罪其教唆。又凡罰教唆者。止罰及重罪輕罪。而違警罪則不罰之。是爲通例。

如上所述正犯之犯罪不成立。則教唆者之犯罪亦不成立。既明之矣。雖然。若正犯

者既死亡逃亡。或爲無能力者。則教唆者亦不得免其罪。故教唆者爲無罪者。必要其正犯本爲無罪者也。若教唆者乘人之無能力而犯罪。則教唆者必以正犯論。何則。蓋無能力者。本不得爲唆罪之主體也。唯爲教唆者之器械而已。故教唆者不得免其罪也。

苟已教唆某犯罪。則縱令正犯者行事之際。或以過急。或以不熟練而致不爲教唆之罪。而爲他之罪。則教唆者亦不得免。因此而生之責任。何則。蓋正犯者。因教唆而行事。與教唆者之自行。爲一體者也。然若教唆者豫以執行之方法。示犯罪者。而正犯者犯其所指定外之罪。則不能以前法推論。而須比較被教唆者之寔行方法。與教唆者之教唆方法。以定教唆者之責任如何。即如所犯者。視所指定者而重。或其方法異。則唯科以所指定之刑。如所犯者視教唆之罪而輕。則唯科以當時所犯之罪。其故。蓋法律者。非罰未發露於外形之意思也。故正犯之罪。如視教唆之所爲而輕。則唯科以所犯之罪也。

由是觀之。被教唆者。苟行其所爲於教唆者指定之外。則教唆者之責任。視被教唆者或爲同等。或爲輕。然若其教唆之事寔。苟有自然而生之結果。則教唆者亦不得不負其責任。例如教毆毆打罪者。其人因毆打而至於死。則教唆者亦不得免毆打致死之責任是也。

第三節 從犯

就從犯之責任而言之。亦有三個之主義。

第一 (客觀主義) 從此主義者。全以其犯罪之所爲。顯於形迹者以考察之。故正犯與從犯。各爲一獨立之犯罪。而從犯之所爲。與正犯毫無所關係。

第二 (主觀主義) 主此主義者。其說全與第一之客觀主義異。其考察從犯之犯罪也。自犯入之心考察之。以從犯爲正犯所爲之第二原因。其理不外以正犯從犯爲同一所爲之原因。

此二主義皆不得爲當。何者在客觀主義。正犯雖中止其犯罪。而不違行之。而於從

犯尙不得不問其罪。於主觀主義。則其罪之有無。全以正犯之爲犯罪與否而異。若其犯罪既成立。則即不得不以正犯之罪論之。於是而折衷主義起。

第三（折衷主義）主此主義者。則以從犯之所爲。爲全異於正犯之所爲。爲主之正犯。雖不寔行其犯罪。而苟有助正犯之意志。而足爲正犯所爲之原因者。即以之爲從犯。而定其罪之有無。則以其犯罪寔行之現狀以定之。

於前教唆之說。有曰教唆者不但教唆正犯者。即教唆教唆者。亦必罰之。雖然。若於從犯。則不若是。從犯之當罰者。惟對於正犯者則然。若爲從犯之從犯。則不問之也。何則。其所以不罰之者。與不罰違警罪之教唆者同一理也。其與正犯之關係。極淺薄故也。

從犯之所爲。對於正犯之所爲。而秋毫無所加功者也。故正犯之所爲中。無少含從犯之所爲者也。是乃正犯與正犯數人間相互之關係。所以異於正犯與從犯間之關係也。是故縱令有千百之從犯。而於正犯所爲。毫無所減少。何也。蓋縱令有千百

之爲豫備者。亦決不能視之爲執行之着手也。

尙有從犯者。非知正犯所爲之爲犯罪。不負其責任。故正犯而苟犯從犯所知以外之罪。則從犯之責任。只在能知之範圍內也。

日本刑法。有從犯視正犯之刑減一等之說。所謂減一等者。謂與平常爲正犯之刑相當而減一等之謂。非謂與現在之正犯所受之刑而減一等也。故有時從犯之刑。視當時之正犯所受之刑而重者。又凡所謂從犯者。不但以腕力助正犯者之謂也。如或貸之以器具。或語之以誘導指示之言語。凡足以幫助正犯者。皆從犯也。

第四節 共犯者身分上之關係

凡共犯者之身分。不必能同一也。因其異。而處之之方。迺有三說。

第一說。以共犯中一人之身分。而以概其他共犯者之身分。例如教唆殺親者。則雖非其子。亦必治以殺親之罪。與再犯者共犯罪。則雖爲初犯者。亦不治以再犯之罪。

第二說。共犯者之身分。伴隨於各共犯者。雖其與共犯者有如何身分。亦必不及他共犯者。例如有人教唆其子而殺其父。則其子以有爲子之身分。而問以殺親之罪。教唆者以不受其子之身分。而唯以通常之殺人罪問之。又如如有教唆官吏以收受賄賂者。其罪唯在官吏。他人無所罪。何則蓋官吏之有濫職罪者。唯官吏之身分而始有之。人不爲官吏。則人無此身分。從而不成立其罪也。

第三說。以共犯者之身分。能及於他之共犯者與否而區別之。卽如基於正犯之身分。而所得之加重減輕等。雖不及於他之共犯者。而如正犯身分之存否與罪之有無有關係。或則又構成別種之罪犯。則卽及於他之共犯者。例如官吏收賄罪。非因其有官吏之身分而始加重之也。使其不爲官吏。則其罪必不成立也。子孫缺奉養之罪。則亦非因其爲子孫之身分而始加重之也。使其不爲子孫。則其罪必不成立也。又如子而殺其親。則於法律。特設殺親之條。是以其身分而特設一罪也。是正犯之身分。能及於其他之教唆者。從犯者等也。然若如再犯之加重罪。則其罪唯以

再犯故而加重之。而罪之有無。不關於再犯者之身分如何。從而不構成別罪也。則其正犯之身分。亦不與他之共犯者相關。

第二編 刑罰

第一章 刑罰之制度

夫法律之制度。國家固各有古來之沿革。而各異其形狀與性質。然至今文明諸邦之刑制。則各國均棄固有之特性。轉歸於同一之制度。何則。歐洲各國。皆一洗古來之陋習。而群求治獄之改良也。因之而監獄之制度。非成二種之模範。而諸洲咸舉而法之。所謂二種之制度者。何也。第一爲沈默法。(Auburn System) 第二爲隔離法。(Pensylvanian System) 不採沈默法者。則採隔離法。

因附一言於此。

古昔之獄制。不問年齡之老幼。不問犯罪之輕重。均舉而投之於同舍之中。因致大罪人。於其舍中。語其所經歷。以巧爲犯罪之方。教之同輩。是以懲戒爲目的之監獄。變而爲養成犯罪之府也。因此而起世人之注意。而立如上所述之

二種方法。所謂沈默法者。是禁制犯人談話之法也。離隔法者。各異其幽室。而使犯人不相往來之法也。此即所謂二種之制度也。

今試述此制度之行於歐洲。其始以英國爲嚆矢。即有名之哈特氏。以千七百七十四年。清國乾隆三十九年。始以監獄制度爲不得其宜。因而著一書。名曰英威兩國監獄之寔況。因而喚起世人之注意。而英國國會遂採用其意見。自是以後。監獄之改良。着着進步。至於今日。而哈特協會尙存。其勢力極廣大。年年以其關於刑事之事。建議於國會。又發刊一機關雜誌。以鼓吹世人。次而美人甫耶古倫氏。恰滯在歐洲。聞哈特氏監獄說。心竊左袒之。及歸本國。欲實行之。於是設立費府監獄協會。至千七百八十六年。遂亦從自己之意見。於扁西白業州。設一監獄。今離隔法之濫觴也。其後至千八百十九年。於紐約州。做沈默法之制。亦設一監獄。

由是觀之。監獄制度之改良。發源於英國。生長於美國。德人培南兒曾評之曰。英美二國之監獄制度。向全歐之監獄制度而與一大改革之動波。此誠適當之評也。而

其餘波。遂震動乎日本。

倣英美改良家之爲。改良監獄制度者。法人蒲立克氏等。於一千八百十九年。設立監獄改良協會。至今尙在。而其所計改良。尤活潑而爲歐洲所注目者。美國與歐洲諸國相競。故特遣委員。以視察其實況。及該委員歸國後。遂各施多少改良之方策。其所遣委員之國如法國。於一千八百三十一年。遣蒲門得杜克比二氏。於一千八百三十六年。遣杜美。破爾予二氏。英國。一千八百三十七年。遣普魯波兒氏。德國。一千八百二十四年。遣游路斯氏。均派往美國。以觀其監獄之制度。

及其後。一千八百四十六年。有名萬國監獄改良會。開於弗倫克佛脫。其次於一千八百四十七年。開於蒲路材。又其次於一千八百五十七年。開於法國。又其次於一千八百七十二年。開於倫敦。又其次於一千八百七十八年。開於斯特克堡。開議會既五次。其自倫敦開會以來。爲派遣委員。以討論之者。有二十四國。而其議事。則明載之於議事錄。

如上所陳述。英美改良之制度。傳播於全歐。而歐洲學士大夫等。皆大注目於刑制之學理。而學術上之著書。亦遂不少。因而其說亦遂不能歸一。今試枚舉學者所採用之學說。足以爲良刑之性質者。如左。

第一 刑罰不可違正理。

第二 刑罰不可不使之觸感覺而知痛苦。

第三 刑罰須各人平等。

第四 刑罰不可不從罪惡之大小而定其輕重。

第五 刑罰須能分割者。

第六 刑罰須使之止及於犯者之一身。

第七 刑罰須使之得中止其執行。

具備如右所云之七條者。則可稱之爲良刑之性質。然於實際。則恐能具備此性質之刑罰。不但其稀而不數見也。且恐若是之刑罰。欲一發見之而無由也。如彼第三

條之所云。各人科以平等之刑。則恐永無能至之日也。何也。世界之等級。尙未能平也。故凡此七者。共認爲實際上不能適用。但學理上示其梗概而已。

第二章 刑罰之手段

夫刑罰者。反對犯罪者之意志。而施以強制之術者也。然存於犯罪者心中之意志。則到底不能強制。故不得已唯強制其意志之表於外形者而已。世人稱此強制曰刑罰。而施此刑罰之物體。則第一須有意志之根源。即其人的生命。第二須其意志表於外形者。即其人之身體及自由。第三須有存於犯人身外之物。即其人之財產及名譽。

故今自適用刑罰之物體上而區別之。如左。

第一 生命

第二 身體

第三 自由

第四 財產

第五 名譽

右之五種。稱之曰五刑。然自施之物體上區別之。雖有此五種。而其爲主眼之物體。則唯自由及財產之二者。故以自由刑及財產刑。爲最適當之刑罰。

夫刑名數多。而其性質上。無十分大區別。則徒增刑罰執行之費用。且不便於達刑罰之目的。是則爲學理所許可。又爲所基寔際上之經驗。萬國監獄會議之所議決者也。

試以日本刑法所設之刑名。列記之如左。

主刑

重罪

一 死刑

二 無期徒刑

- | | |
|---|------|
| 三 | 有期徒刑 |
| 四 | 無期流刑 |
| 五 | 有期流刑 |
| 六 | 重懲役 |
| 七 | 輕懲役 |
| 八 | 重禁獄 |
| 九 | 輕禁獄 |
| | 輕罪 |
| 一 | 重禁錮 |
| 二 | 輕禁錮 |
| 三 | 罰金 |
| | 違警罪 |

一 拘留

二 科料

附加刑

一 剝奪公權

二 停止公權

三 禁治產

四 監視

五 罰金

六 沒收

右所述之外，尚有妨者瘋癲者之犯罪，定爲留置於懲治場者。此則固非刑罰，而亦不得混入之於刑名中也。

第三章 囚徒放免後之處分

囚徒放免後之處分有二。一爲自國家行政上所出之監督。一爲自私人慈善心所出之救護。

(第一)久呻吟於獄室之下。一旦放免而得身體之自由。或恐不免有再犯之患。故文明之國。有數事以爲之豫防。設特別監視與通常監視之制即是也。蓋設此制者。乃爲行監督於囚徒放免後者也。

(第二)政府既設此監視之制。以監督放免後之囚徒。以豫防其再犯。然囚徒當初放免之日。未得生業。必來衣食之缺乏。因不得已而復陷於監獄者實不少。故英美德法等文明之國。皆有爲救護放免後之囚徒。而設救護放免囚徒協會。以慈善會之財產充其費用。此等協會。各國雖爲個人所設置。而與政府亦非全無關係。如英國。則此協會甚宏大。而國庫亦爲之支給其費用之幾分。

第四章 生命刑

第一節 死刑之性質

死刑可廢止乎。死刑可久存乎。此疑問也。古來學者之說紛紛不一。誰是誰非。寔難判其黑白。

今試以死刑之性質。於學理上考之。則如前之所謂良刑之性質者。殆缺其大半。其中以刑罰之目的。爲改良犯人之主義。則又爲所不容之刑。死刑多行於野蠻之國。而少行於文明之國。如國事犯之處以死刑。尤爲東洋獨有之蠻俗。雖然死刑之所以存而不絕者。亦非無說。主張廢止死刑之說雖極多。而死刑尙至今存者。蓋其目的。以有恐嚇以豫防未犯罪之良民也。夫人既絕其生命。則欲使之改良。是必不能也。故死刑之所以設。唯以犯人爲一示人之器械。而以此禁來者而已。此固雖似有反於人生平等之理。而決不然也。何也。所謂人生平等之理者。行於人與人之間。而非行於人與國家間也。是以死刑之尙行於今日也。

第二節 死刑之執行

古昔死刑有數種。其執行之法亦各異。然於今日。則諸國之刑法。所謂死刑者。唯有

絞首。而不用他法。且如古之執行。許衆庶之縱覽。又執行時。打鐘鼓。而報之於人民。此等之迂策。東西諸邦行之者不少。而今亦皆廢之。其廢之也。蓋以其徒長人殘酷之風。而無少益也。故今之諸國。其執行死刑也。皆以密。

又如死刑之確定於裁判所。自原裁判所之檢察官。而上申之於司法大臣。司法大臣。如認以爲有特典之可赦。則上奏之於主權者。而乞其裁可。若無特典之可赦。則直下命令。而執行死刑。然苟無此命令。死刑即不能執行。蓋所以乞司法大臣之命令者。實恐死刑一執行。決不能復償也。故鄭重以防裁判所之誤謬也。又如雖有此命令。而適值大祝日。令節。國祭日等。則亦禁死刑之執行。

又如受死刑宣告之婦女。當懷胎時。則亦停止死刑之執行。至分娩後。經過一定之時期。然後始行刑。此其故。蓋以刑者。只刑其一身。若殺懷胎之婦女。是其結果。殺二人也。

尙有當注意者。所謂絞首。唯以示執行死刑之方法也。非一刑罰之名也。夫死刑者。

絕人生命之謂也。絞首云者。所以絕人生命之手段也。故以一定之時間。置犯者於絞台上。而行絞首。若其生命尚不絕。俄而復生。則亦再加以刑。若其生命既絕。則禁毀棄其遺骸。或梟首等之處置。

第五章 身體刑

身體刑云者。直接而與痛苦於人。身體之刑罰也。即如笞杖火刑等是也。此等刑。於古代曾大行之。然如文明之今代。則不見其用。如英國之刑法。則雖尚存笞刑之名。而於其寔際。則用之者甚少。

學者之中。往往有以身體刑生命刑與自由刑等混而論之者。此等論者。未知死刑之爲何故。而遂以死刑與懲役與禁錮。皆爲同一及於身體。而遂生爲同一刑之迷。不知奪人生命之刑。非使人身體感痛苦之刑也。又非有毀棄人身體等之目的也。故執行死刑之方法。唯計不與受刑者以痛苦。而法律上亦不許毀棄其遺骸。至如徒刑懲役等。則唯限其囚徒以服勞役。決非對其身體而施之以痛苦。

又如禁獄。固亦非以痛苦與其人爲目的也。夫囚徒之入獄舍。而鎖其外圍者。所以豫防其逃走而已。法律之所奪者。唯其人之自由而已。豈有他哉。若有他法而能使其囚徒均無逃走之患。則亦豈必繫之於獄舍哉。因此而知禁獄之刑。非加於身體之刑。而但爲削其自由之刑。固甚明也。

於學理之進步如今日。身體刑既屬廢止。今試窺其廢止之由。其說如左。

第一 身體刑者。唯限於一部分之囚徒。有其效而已。非不問老幼男女。而均可科之也。此寔破萬民平等之原理。

第二 身體刑。對於破廉耻之犯者。無其效。對於重名譽廉耻之犯者。則徒損其德義。罪與刑。卻失其權衡。

第三 身體刑。使犯者忘其以法律之故受痛苦。却誤爲因執行其刑之官吏之獨斷而得左右其程度者。若是。則視刑罰。非法律之所命令。而爲執行官所命令矣。

第四 身體刑。甚有害於囚徒身體之康健。時或有因是而至死者。是如科以法律

命令以外之刑等。

以此諸故。故近日各國均不用身體刑。然身體上之強迫。因獄內之規則。爲懲戒囚徒故。而利用適當之程度。則不得謂之不合也。何也。蓋此強迫者。司獄官唯以有司獄之資格。而嚴守獄則之手段也。此非法律對於犯者之罪惡。所命之刑罰也。

第六章 自由刑

自由刑云者。以拘束犯人自由。爲目的者也。例如日本刑法之徒刑、流刑、懲役、禁獄、禁錮、拘留等。是也。

執行自由刑者。設相當之獄舍。置相當之司獄。以整理是等執行之事務。而其構成之法則。則議論不少。今且暫省之。茲所述者。於執行關於囚徒身體精神上之事項。及勞役之性質。而畧論之。

第一 囚徒之衣服、食料、寢室等。不可不注意之。使足以維持囚徒之康健。然必非與尋常人之衣食住同等也。其人既觸法律。則視良民之生計。自必當稍低其度。此

則治獄上必要之政策也。

第二 爲發達囚徒之精神。兼使之了知其修身之道。因而施之以相當之教育。及相當之道德。是又不可輕忽者也。宜於獄則用相當之方法。

第三 囚徒所執定役之性質。學者與政治家之議論。紛紛不一。然學理上論之。則歸着於左之數者。

(甲) 說。監獄者非以營利爲目的之工作場也。世有以執行自由刑之所。徒以圖作業之利益。而使監獄徒呈一商社之觀。是決不得爲治獄之必要也。然若全不以取利益之定役爲目的。使監獄之費。與海陸軍事業同視。是亦非策之得也。其間有以地方稅維持監獄之費者。此則終不能實行之也。是故以囚徒勞役之利益。以之補充監獄幾分之費用。此乃實際上所必要而不得已者也。然若擴張監獄之工作事業。使與良民之工作事業競爭。是乃苦良民。而又經濟上所嫌惡者也。故爲政治家當注意之。

(乙)說、定役決非包含以刑罰苦其身之目的也。雖然、或於定役、亦有以痛苦與囚徒者。故亦有人論謂以刑罰之輕重、定罪之重者多與以痛苦之勞役。然誤認此痛苦之勞役爲刑罰、是混同身體刑與自由刑也。其議論究陷於以勞役爲直施於囚徒之身體上之僻說也。不可用也。

(丙)說、以獎勵囚徒爲目的。而以囚徒勞力所得之金錢之幾分、賞與之於囚人。是誠爲獄務行政上必要之事也。雖然、若以囚人工錢之多寡、以定其賞與之多寡。是大誤治獄之要制者也。何也。人有強弱之分。性有男女之別。賞與金錢之多少。基於工錢之多少。工錢之多少。基於勞役之大小多少。幼者與婦女。終日服非常之勞役。而其工尙不及壯丁兇漢惡徒一舉手一投足之勞。是何法律厚兇徒惡漢而薄幼者與婦女也。故此賞與金錢之方法。宜以囚徒之勤惰而定。不宜以勞役之大小多少而定。

(丁)說、以工錢之幾分與囚徒。是誠良法也。然若直付之囚徒之手。而俾之自

由使用。則非也。此賞與之金錢。獄吏當掌管之。至放免之日。而與之囚徒。是寔至當之事也。或則欲使一部之囚人。得生計之方法。而此放免囚徒救護之方法。已確定之邦國。則更爲有益。

第七章 加附之自由刑

各國之刑法。多以監視爲加附之自由刑者。

(第一) 凡加附刑者。加附於主刑者也。有主刑而後始有加附刑。然科以加附刑者。決不併科以二刑。故如期滿免除之死刑。及無期徒刑。若遇特赦免者。主刑既失。其從刑之監視法無存之之理。蓋監視者。雖爲拘束期滿免除後犯者之行狀。然於刑期滿限時。用之云者。謂於主刑了結後用之。而非爲主刑未用前行之也。故於期滿免除等處。決不附之以監視也。若不然。則加附刑者。是離加附刑之性質。而爲純然一獨立之刑也。

(第二) 監視云者。爲被監視者。及公安上起見。警察官吏監視放免囚徒之行狀。

也。故其目的專以便利監視其行狀之方法。如定一定之住所。禁制旅行於他所。又與警察官吏。以自由搜索其家屋之權利。此誠爲監視所不可少也。雖然若欲使被監視者行一種之義務。則是使被監視者不堪其煩也。是實難行者也。況也。往往有使被監視者。不與良民同一爲正當之生計。是誠不可也。是誠反乎監視之本性也。使被監視者。而或不爲其所爲。則必又爲反其命令而別成一他罪也。是又必不得不從而罰之也。

夫監視者。不過行政上之查察也。故所謂執行監視之規則者。非監視者自己執行之也。若使監視者自己執行之。則違犯監視之規則。即不得不謂爲逃監視之罪矣。果如此。則是刑罰之上施刑罰。而法律之制裁上更加以制裁也。是刑罰失法律終局制裁之性質。而法律之制裁。遂至循環無端也。夫法律之制裁。宜直以刑罰了結之也。刑罰之上施刑罰。法律制裁之上加法律。此決不得謂爲合於學理之說也。

第一節 主刑

分財產刑之主刑爲二。曰罰金。曰科料。

第一 各國刑法。定罰金唯作最下點。其所以不定爲最上點者。蓋以罰金以上。別無他之財產刑也。但以之區別科料而已。若以之爲最上點。則其最上點以外之罰金。即不得科之。因而財產刑必生幾分之除外。而依犯罪之種類。其價額亦不能一定。

第二 罰金科料。同爲主刑。必不可不使本人自行上納。於日本刑法。雖得使其親屬及其他之人。代之上納。然直以其親屬及其他之人之名義而上納之。則甚有違於學理也。故於其刑法。許可民事上起罰金代納請求之訴。且有此訴。則使人始生全行刑罰之感。何則。蓋本人雖可依他而上納罰金。而本人日後決不可不付還之。若不付還其人。尙不得謂爲免責也。又以刑者祇刑其一身之原則。而於私訴損害賠償之外。不得使共犯者對其罰金而負連帶之責任。

第三 罰金科料之判決。其判決時。對其金額。置犯者於負債者之地位。置政府於債權者之地位。而政府遂有請求金額於犯者之權。

第四 如不完納罰金科料。而換爲自由刑。處之以禁錮或拘留者。謂之換刑處分。換刑處分。於執行處分時。不必別用裁判。依檢察官之請求。而裁判官即可命之。又如一旦當此換刑處分中。或在禁錮。或在拘留間。繳納罰金或科料金者。則當扣除其經過之日數。收其罰金與科料。而免其禁錮與拘留。

第二節 加增刑

加附財產刑云者。分罰金及沒收二者。而所謂罰金。則主刑與加增刑之罰金。於性質上。執行上。一無所異。其所異者。唯加增之罰金。僅加增於輕罪上而已。非加增於重罪上。而其金額。亦有一定之差。其所不同者。唯如是而已。故今所論者。專論加增刑之沒收。

第一 沒收必當宣告。但於法律規則。定有沒收之例者。則依其法律規則。而或宣

告。或不宣告。然以大體論。則必宣告之。

第二 於法律規則。別無沒收之定例者。如（一）凡於法律當禁制之物。（二）凡供犯罪之用之物。（三）因犯罪而所得之物。則均可沒收之。然如古者。則犯者全體之財產。盡沒收之。

第三 法律禁制之物。如或則製造。或則輸入。或則私有。或則所持。均禁令之。其禁令之物。例如彈藥、銃砲、爆裂彈、猥褻之圖畫等類是也。凡沒收此等之物。則要爲法律所預定爲禁制物者。則如法律已定沒收之例。可依其法律之加附刑而處分之。刑法總則。不必定之也。

第四 供犯罪用之物。指爲犯罪手段之物而言也。夫犯罪之成立。不可不具備犯罪之主體。犯罪之物體。犯罪之手段之三者。而犯罪之手段。則有爲屬於犯罪人身體之手足等者。有爲他之物件者。然於加附刑所得沒收者。唯限備具左所云之二者。而如人體之手足等。則決不得沒收之也。

第一、須爲爲犯罪之手段者。

第二、其手段不可不爲人體外之物件。

是故如彼爲賭博之家屋。又如爲便竊盜逃路之橋梁等。原非爲供犯罪用者。故不得沒收之。又如毆打人之兩腕。則非物件。而不得沒收之。

第五、依犯罪而得之物云者。指因爲犯罪所爲。而收獲者也。或因犯罪所爲。而產出者也。例如盜賊之贓品。及反於法律所產出之品物是也。故凡竊取之金。及賣卻竊取貨物而所得之金。又或以竊取之金圓。買取貨物。其物以間接而得。非以直接而得者。不得沒收。然若因被害者之請求。應私訴之賠償。則不在此限。

第六、供犯罪之用。及因犯罪所得之物件。苟非係犯人之所有。或無所有主。則不得沒收。又如不知所有主爲誰者。則用行政之法。而定爲經過一定之年月日後。如仍無所有主來認。則始得以行政之處分沒收之。不得以附加刑處之。

第七、加附刑沒收之性質。可分爲三種。(第一)凡沒收。不可不使犯人感痛苦。即

沒收之物。必爲犯人之物。若沒收非犯人之物。是與犯人風馬牛不相及也。(第二)沒收之物。須有危險社會之性質。爲豫防其危險故。即沒收之。即其物件爲供犯罪之用者。恐他日犯者又用以犯罪也。例如奪狂人之刃。以去社會之危險等。(第三)沒收者。使犯人不得其犯罪上所獲之利益。雖然。若爲不正之所爲。則不能得所有權。此乃民法上一大原則也。故凡犯人因犯罪而所得利益。刑法上雖不明爲沒收。而觀民法之性。則不得歸之於犯人也。然如其物而非犯人依之以爲犯罪之利者。則加附刑亦不得而沒收之。如彼英國之刑罰。則全廢沒收之制。而其物一從行政上之處分。此蓋英人固有之長。經驗之結果。而甚合於理論者也。

第八 有物件不必沒收。但變其形狀。或破毀之而已足者。例如有人持他人所造之僞造貨幣。(如銅洋類)者許之使用。是以危險與社會也。若直沒收之。則持者非僞造者。未嘗犯罪。而使之受加附刑。是過酷也。且此僞貨幣。雖以僞造之故而無貨幣之價值。然於物質。尙有幾分之用。而得用之於他處。故於此則不即沒收之。唯破

毀之。以去社會之危險而已足。

第九章 名譽刑

名譽刑有二種。一則與犯人以耻辱者。一則於犯人之某權利。或剝奪之。或一時停止之者。於第一種。專行於野蠻時代。今日文明之邦。舉無行之者。其法如黥首剃髮游街以及於新聞廣告。公布其犯罪。又或建立標札。榜示其犯罪等。千態萬狀。至極醜惡。其意不外與犯者以耻辱。以道德賠償其罪惡。不知此刑罰之手段。遑使人民釀成殘忍之風。此今日文明諸邦之所以廢棄之也。

於第二種。剝奪權利。或停止權利之刑罰。則專行於今日文明諸邦。雖然若舉犯者一生之權利。而悉剝奪之。固亦不可也。今之文明諸邦。亦無用之者也。其所剝奪者。唯於某權利。或一時停止之而已。即如日本刑法之名譽刑。唯於加附刑科之。而決不以之爲主刑也。而所認爲名譽刑者。即剝奪公權。停止公權。及禁治產等。是也。

第三編 刑罰之適用及其消滅

第一章 刑法典之體裁

刑法者。定犯罪處分之法律也。而其達之之方法。則各不一。或則整然依法典而列條律。或則一任自然之習慣法。而不設法典。然苟在文明之邦。則無一不編法典者。苟非立法律之正條。則無論何事。均不得罰之。是乃法律之原則。是蓋基於無法律則無犯罪。亦無刑罰之格言也。

然法律之解釋。如何而爲得當。非正當之解釋。則必有受害者。如解釋而及於既往之事。寔害及既得之權利等是也。若夫刑法之比附援引。亦不得濫許之者。若濫許之。則其害有甚於設嚴酷之正刑也。何則一設嚴酷之正刑。其刑雖嚴酷。而人民之慎品行者。尙得不觸其刑。若解釋之失當。而漫爲比附援引。則其觸法律。非所豫知。即謹行之士。亦在所不免。人民愈愼其行。而法律且愈恣其附會。故曰甚於設嚴酷之

正刑也。

今試舉關於刑法之通用者。爲編纂法典之體裁者有三。如左。

第一 以刑法之各條。固定適當於各罪犯之刑罰。使法官對於各事件。而用其刑罰。不再少有所斟酌。

第二 法律者。唯定所爲之有罪。而其刑。則全任法官之所酌定。

第三 法律者。唯就各犯罪所適用之刑罰。而立之範圍。於其範圍內。則許法官對於各事件之適用。而定其刑罰。於其範圍外。則不許越一步。

今之研究此三種之方法者。則以第一之方法。爲有流於以法官爲一器械之恐。何則。依此方法。則法官專斷之惡弊。自然絕跡。而於法律正條特定之刑罰之外。有不能適用之患。是法律之力不必更有裁判官。而法官但爲法律之器械也。是決不能應於各事。適當於各人。而施刑罰也。是亦非法律之目的也。若第二之方法。則有法官專斷之患。何則。依此方法。雖可免第一法之弊。得應各事而施適當之刑。然刑罰

全爲裁判官所自由創定。而其弊又不能免。第三之方法。則折衷於前二者。而得中正者也。然有爲國情所不許。時勢所不適。而或傾於第一法。或傾於第二法者。如日本之刑法。則以第三法爲基。而傾於第一法者也。如英與德之刑法。則以第三法爲基。而傾於第二法者也。

第二章 刑法之管轄

第一節 關於時之刑法之管轄

第一款 刑法之頒布

觀犯罪責任之發生。凡刑法者必俟頒布而始得知。故法律之狀態。必至施行期而始有效力。若經過此期限。則不問其人之知與否。直以之爲犯罪之發生。故犯罪之責任。與法律之知否無關係。與法律之有效力與否。則有關係。是其理蓋甚明也。然學者往往有誤此原則。推測而以爲人盡知法律。然若其人而真不知法律。則不得不破此推測。而以犯人爲不得免其罪。是法律之效。所以直以犯罪爲關係。而與人

之知不知爲無關係也。

第二款 刑法之廢止

(第一) 無明文之非文法。及有明文之不必適用之成文法。久之而無適用之事。則自然終至於廢滅。此名曰自然廢滅。然若於寔際適用之成文法。則非用他之明文。以廢止之。則決不得以之爲廢滅。

(第二) 前發之法律。與後發之法律相抵觸。則依後者勝前者之原則。而前發之法律。以後發之法律而滅。然用此規則時。須審明新舊二法之不相容者。果爲同一事耶。如新舊兩法可併用而尙認爲抵觸者。亦甚不少。

(第三) 憲法與刑法相抵觸時。則以憲法爲無效。又刑法與行政法相抵觸時。則以刑法爲無效。

(第四) 前所發布之刑法既廢止。改正之刑法復廢止。當是時雖別無明文。而必以回復舊法。而再生效力。

第二節 關於處之刑法之管轄

第一款 國內刑法之管轄

公法上。苟爲一獨立國。則必有不羈獨立之主權者。既有主權。則於其範圍內。不問何人犯罪。不論何人犯何種之罪。皆有處罰之之權利。故犯罪之地。即有管轄其犯罪之權。是則稱之爲刑法管轄之屬地主義。故如本國人之在其地者。可不必論。即外國人之在其地者。亦不得以犯罪地之刑法問其罪。然所謂犯罪地者。何也。蓋即指犯罪所生結果之地也。然若犯者之意志。非必於其地思生犯罪之結果者。則不得稱之爲犯罪地。故以故意而生犯罪結果之地。與偶然而生犯罪結果之地。二者當區別之。例如有。人於滿州與俄羅斯接壤之地。欲殺一在俄領地之人。因舉槍而於中國領地內。向俄國領地內之人而發彈。則被害者不問其在俄國領地絕命。與中國領地內絕命。必不可不以俄國之法律問之。何則。蓋犯人所生犯罪之結果。在俄國也。且其生犯罪結果之意志。亦在於俄國也。若反之而於中國領地內彈擊。

之。而偶然逃入俄國領地而絕命。則不得不以中國之刑法問之。何則。蓋其結果被害者之死亡。在俄領內者。究屬偶然之事也。

第二款 外國刑法之管轄

如前項所述。屬地主義之管轄。若超國境。則必忽失其效力。然亦不盡然。亦有別故。而於外國犯罪。而亦得本國法律處斷者。今欲述其理。則須先區別行於外國之犯罪人。爲本國人。爲外國人。方能立論。

第一、在外國國界內本國人之犯罪。

第二、在外國國界內外國人之犯罪。

(第一) 於外國國界內本國人之犯罪。本國人有服從本國法律之義務。不但其居於本國時然也。即去而滯留於外國之時。先不能脫却此義務。故於各地方固有之違警罪外。尙得依本國之刑法。而問其所犯之罪。此則謂刑法管轄之屬人主義云。

然其犯人既在外國。則本國之法權。決不能及於外國之領地。則犯人不能逮捕。犯人不能逮捕。則不得使其歸本國而處之以刑罰。雖然。有時亦得爲缺席裁判者。況如其犯罪而本國之刑法。爲法規所無。又或於法規上無何等關係之外國。而犯人爲甲國人。而其犯罪也。但案外國之安寧而止。則無甲國刑法處斷之必要也。夫關於外國安寧刑法之管轄。各國蓋異。如德意志諸州之過半、俄羅斯、葡萄牙、諾威、諸國。則如此犯罪。悉處罰之。如英美法等之刑法。則悉依屬地主義。或在僅少之區。有罰在外國之本國人。

(第三) 於外國國界內外國人之犯罪。基於屬地主義。則以行犯罪之國爲管轄。又基於屬人主義。則以犯人所屬本國之刑法爲管轄。然終不得及於第三國之刑法也。雖然。若其犯罪而及於第三國。或害及第三國之人。而又無外國法律以保護之者。則遇犯人來第三國之管內。則其刑法得及於外國之外國人。(所謂外國之外國人者如日本人於中國又與暹羅人有事是) 此則謂之刑法管轄之自然

主義。

第三款 國外刑法之管轄

國外、即於未屬何國之地。本國人所犯事。亦必待其歸內國後。始得以本國之刑法治之。何則、苟屬內國人。則依屬人主義。不問何地。皆有服從本國法律之義務。故犯罪而受當然之處分。其理甚明也。雖然、外國人。姑且不論。即本國人。苟在國外。而其所犯之罪。亦不得以本國之刑法罰之。何則、蓋此時本國即有刑法。而其犯罪之地。無刑法。則不依其地之法律而輕重之也。

其國遠航之船舶。即其國土之一部也。故如於其船舶內。而有犯罪之事。則即以其國之刑法處理之。然其船舶苟一入於外國之港河內。則即從其所謂屬地主義。而其管轄之權。即屬之於外國。但如船中水夫等之犯罪。則仍得以本國之刑法處理之。亦得以外國之刑法處理之。是謂彼我均等之管轄。

如上所說。蓋言通常之船舶。即如船面等。乃適用之也。至若軍艦則無論至何地。依

然在本國之範圍。故即至外國之港河內。亦必從本國之法律。而有治外法權。

於昔盛行奴隸之賣買時。各國之法律。共認是爲犯罪。故有賣買者。是爲萬國公法上之犯罪。故無論在遠洋。在不屬何邦之土地。有犯之者。萬國皆有同等管轄之權。

第三節 關於人之刑法之管轄

第一款 外國之君主及公使

刑法之權力。唯及於屬其主權配下之人民而已。若其國之主權者。則不能及也。何則。蓋主權者。若有受此刑法之責任。則即爲非主權者。而不得不爲其所屬之臣民矣。因此而一國之主權。或代表君主而駐在他國之公使。及其家族。隨員。及外屯之軍隊等。如有犯罪。則均不受駐在國之處理。此乃近世一般所認爲萬國公法上之原則也。

第二款 治外法權

治外法權云者。依特別之條約。雖在外国。得以己國之法律處理被告人之謂也。例

如在我國之日本人（他國人皆然）苟或犯其國之罪。不依我國之法律處理，而仍以其本國之法律處理之。故駐在我國之日本領事，帶判事之職，日本人之犯輕罪者，即於領事廳處理之。如或對其裁判而有所控告，或上告，或又在重罪，則於長崎重罪裁判所管轄之。是則日本人於我國之治外法權也。

第三章 數罪俱發

第一節 一罪及數罪

數罪俱發云者。以一人。一罪未經判決。而又犯他罪之謂也。或則一罪已經判決。而餘罪又發於其後。此則謂之數罪俱發。

數罪俱發。有二種。一則謂之想像的數罪俱發。一則謂之寔體的數罪俱發。說明之如左。

想像的數罪俱發云者。犯罪者於為一事中。而包含構成數罪之事寔之謂也。犯罪者。為一事。得一結果。而有數罪之名義也。又或於一動作。而生數果也。例如強姦有

夫之婦。其不法之所爲。唯生破婦女貞節之一結果。然此一結果。則有有夫姦。及強姦之二名義。又如一言而併毀數人。則一言即爲一動作。而數人各受誹謗。是爲生多數犯罪之結果。

寔體的數罪俱發云者。以數多之犯罪之所爲。構成數多犯罪之事實之謂也。此數多之所爲者。非單以故意之多數。或結果之多數也。必以數多之所爲。構成數罪之事實。且須各各有獨立之動作。故如犯罪之所爲唯一。而其中包含數多之動作者。亦不得爲包含數多犯罪之所爲也。例如以銃殺人時。有數多之動作。即先則有裝置彈藥之動作。後則有揚銃之動作。有狙擊之動作。有引機之動作。有傷害身體之動作。此各動作者。雖皆出於故意。然其犯罪之所爲。則唯一殺人之所爲而已。固不過一而已也。

然想像的數罪俱發者。所謂數罪。寔則有名而無寔也。若從寔際上言之。則唯以一舉動而觸數多之刑名而已。故罰之者亦唯擇其數罪中其罪之最重者。罰之而已。

若處理寔體的數罪俱發之道。則從來學者之間。其主義有二。今畧述之如左。

第二節 關於數罪俱發之諸主義

第一款 吸收主義

此吸收主義。又分之爲二派。一爲吸罪派。一爲吸刑派。

(第一)吸罪派主義。於此主義。有數罪一時俱發者。則輕罪吸收之於重罪。輕罪即埋沒之於重罪中。問罪時唯以重罪論。而不論輕罪之刑。故其定罪也。定其罪之輕重。全以罪情之輕重。定其標準。

然依此主義。則有二條之批難。(第一)條之所批難者。爲數罪俱發。而其多數之罪。各各爲獨立之犯罪。苟其罪尙未處理者。則唯問其最重之一罪。固無妨也。若既經處理。而結其義務。後有再犯之發見。則必不能並科其刑也。若以再犯罪而加刑。則此再犯罪之加刑。與吸罪派之刑。必有大失權衡之嫌。此第一條之批難也。(第二)條之所批難者。如當大赦特赦非常上告。以及依他之方法。而至重罪。或至其刑消

滅者。則其餘之罪。有不可付之不問。而付之不問之患。此第二條之批難也。有此二批難。而主吸罪主義者。寔不能置一言。

(第二)吸刑派主義。於此主義。當數罪俱發時。雖非唯從一最重之刑以處理之。而唯舉一最重之刑以科罰之。既科以一最重之刑。則他之輕刑悉置之不問。故執此主義者。則以非消滅此最重之刑後。不能執他之輕刑。而其比較刑罰之輕重也。則重罪之刑。其刑期長。若刑期等者。則服役重。設刑期長短之範圍。而就輕罪之刑。以從法官所指定之刑之長短。若其所犯之情狀重者。則重其刑。若法官所指定之刑。亦或同一。則單依犯罪之情況。而定其輕重。此純然之議論。決不得謂與前所論吸罪派主義相同也。何則。以刑言。固同為無輕重。而茲所異者。唯法官不得不依其罪狀而定其罪之輕重也。

由是觀之。此吸刑派之主義。亦不免有多少之非難。以視吸罪派主義。雖得脫第二之批難。而第一之批難。仍不能免。何則。蓋再犯加重與數罪中。從一最重之罪處刑。

則仍不免大失權衡也。要之所謂吸刑派主義者。可一言以蔽之曰。於數罪俱發時。併科其罪而不并科其刑者也。

第二款 併科主義

併科主義亦得再別之而爲二。其一單純併科主義。其二限制併科主義。

(第一)單純併科主義。此主義即所謂(有其罪則有其刑)依此原則。而以數罪俱發。爲從數多之作爲。以成數多之罪惡。則當各各科以其所應得之刑。

單純併合之真意如此。而批難之點亦有二。(第一)之批難。謂其主義甚涉於殘酷。蓋從此主義而併科數罪。則即犯一微小之罪。而次數稍大。則當處以非常之長期。而受重大之刑。是定殘酷之甚也。第二之批難。謂其失刑與罪之關係。蓋刑與罪本相當者也。用併科之刑。則其罪亦必與併科之刑相當。而不得過之。若依此主義。是過之也。何則。例如有犯竊盜三次者。不得謂其有惡三倍也。以二三之輕罪。爲一重罪。不知二三之輕罪。尙視一重罪爲輕也。且不獨其刑如是而已。尙有不權衡之事。

自此而生者。

第三款 折衷主義

折衷主義亦再別之爲二種。一則混同主義。一則加重主義。再述之如左。

(第一)混同主義。混同主義云者。依犯罪之情況而定併科其刑與否也。如日本刑法。則採用此主義。取其便利也。故混同主義者。寔可謂無主義也。何也。蓋混同主義者。寔附之於吸收併科兩主義者也。故此兩主義之批難弊害。混同主義亦不得不自擔任之。

(第二)加重主義。此主義。非併科數罪者。亦非科一最重之刑者。先於數罪中。科一最重之罪。而其他之罪。則應其數而加入幾分。故持此主義者。必不可不先想像三種之刑。(第一)數罪中之最重刑。(第二)於諸刑加重幾分。(第三)至可寔行刑。此三者是也。然用此主義者。如英國則加重刑之程度。法官得自由定之。故因此主義。而寔行刑遂成一種新創設之新刑。故如因大赦、特赦、等而數罪之中。其刑有消

減者。不可不更經裁判而定其刑。是則可謂完全之刑云。

然如以純然之理論推之。則即令數罪之中。消滅其一。亦必更爲之裁判。此甚不易行於實際者也。然其定刑。亦非無方法。其方法。蓋唯定其加重之數罪。以計刑期計算方法而已。

第三節 反覆罪處分

反覆罪云者。以數多之動作。具各各構成同一罪之事實。而視爲一罪之謂也。例如有人數十回或數百回。連續而毆人。非每毆一回即構成一罪也。必也此數多之動力相合而成一罪。則即所謂構成反覆罪云。

若此數多之動作。對於數多之人。而共被其害。則不得爲反覆罪。此通則也。然或依犯罪之性質。而其結果。視爲法律上一個之犯罪。則此數多之動作。害及數多之人者。尙必謂之反覆之一罪。例如有數人所共有之物。自同一之倉庫中竊取之。則不問其被害者有幾人。而總爲竊取之一罪。其他凡對於財產之犯罪。與被害者之多

少。則無少關係也。夫法律之關係。不僅保護一般之財產。故如有害及人之生命、身體、及人身之自由者。又如因間接而對於人身有犯罪者。皆爲法律所保護。此種之犯罪。有數多之動作。以害數多之人。是構成數罪。而決不止一罪也。

然此數多之動作。成一反覆罪者。則此各動作。必出於同一之決意。苟決意而不同等。(Mqnas) 或故意而始終不同一。(Same) 則反覆罪之性質。忽然消滅。而構成數罪。假如以前例言之。於茲有一倉庫。藏有他人之米穀。而犯者欲使他人失其所有權。或失其占有權。此乃故意也。犯者決然欲竊取之。是乃決意也。今犯者以此決意。而竊取之。如其米穀有數斛。而竊取之數有數回。則此數回之動作。即得爲構成反覆罪之一罪也。反之而犯者苟以最初之決意。而爲竊取。一旦竊取既了。已完結此決意。及次回更以他之決意而竊取之。則此決意雖同等而不同一。而不得以之爲一罪。何則。蓋犯罪次回之決意。與初回之決意。固同等也。然此乃出於偶然者也。假令欲使他人失其米穀占有之故意。雖始終同一。而於次回。犯者或不用竊取之

手段。而用欺騙之手段。亦未可知也。若以反覆罪之原素言之。則此多數之動作。互隔其時日。往往謂之連續犯云。

又組織反覆罪之數多動作。須有具各各構成同一之罪之事實。如前所云者。此竊取之動作。假令有二三次。爲此反覆之罪。雖亦無妨。然此二三之動作。而一則爲竊取。一則爲騙取。以此二者。對於同一之財產。則決不可以之爲反覆罪也。淺言以明之。則此數多之動作。不可不爲同種類者也。故若此動作之狀態。雖有多少之異同。而此多少之異同。於性質上。犯罪之種類。毫無所變。則已可也。

第四章 刑之消滅

第一節 總論

凡刑皆以左之各事而消滅。

一 犯人之死去。

二期滿免除。

三 恩典。

四 告訴人除却告訴之時。

又刑之因事故而停止其執行者。如左。

一 犯人之疾病。

二 犯婦於懷胎時。不爲執行死刑之命令。

如前段所揭之四項。共爲判決既定後。而消滅其刑者。後段所揭之二項。亦爲判決既定後。而停止其刑者。然此外尚有於裁判未定前。而被告人先死去者。或則公訴之期滿免除者。或則所訴之事缺無者。凡此數者。於日本之法律。雖亦稱之爲罪之消滅。然若依此而一一說明之。似失之於繁雜。故簡之。

第二節 犯人之死去

犯人既死去。則施刑罰之物體。既消滅。而刑自消滅。此不待言而知者也。然學者往往誤此原理。而於原則外。如財產刑。則本犯死後。得對於其相續人而執行之。是於

法理誠有誤也。然主此論者。則謂財產刑者。於犯人之生存時。裁判已定。而於此裁判定時。既對於政府而有負債之金額也。現於德法之刑法。雖亦採此。然究不能免二者之非難。何謂二者之非難。(第一)凡罰金之徵收。對於犯者一身感痛苦之原。則全然忘卻。(第二)若相續人不納完時。則法律不得行換刑之處分。亦全然忘卻。此二者是受非難之要點也。然學說雖如此。而日本之刑法。及比利時之刑法。則凡犯人受罰金之宣後。尙未完納而死去者。則不徵收之。此其說頗合於近世之學理云。

第三節 期滿免除

第一款 期滿免除之理由

加於社會之上之罪跡。不復得掃蕩而去之。恰如生命既切斷之後。不得蘇生之也。然其犯罪之行。若經歲月既久。則自世上之人觀之。或轉忘卻。其所餘者。僅爲歷史上一之罪跡而已。其犯罪之結果既散亂。而犯罪起原之惡意。亦已枯死。則其時是

無罰之之必要也。若強罰之。是徒破社會之平和。而爲亂階也。是法律所以爲公益。而設公訴及期滿免除之制。而付其罪於不問也。

然有學者。以公訴期滿免除之理。爲若罰在前既久之犯罪。則犯罪之證據既已散亂。而不能收拾。以此不完全之證據。以求犯人之刑。則徒冤無辜。故不問之。雖然。此說也。究不得以之爲正鵠也。何則。此說之欠點。述之如左。

(第一)公訴期滿免除之理由。即刑之期滿免除之理由也。主此說者忘之。
(第二)經過幾多之歲月。若犯罪之證據尙顯著者。則固不能付之不問也。

第二款 期滿免除之期限

犯人當既經裁判之宣告。無間斷而經過一定之期限。其間苟得逃過其執行。則依前之所說而得期滿免除。故此期滿免除者。係犯罪而裁判既定者。如日本刑法。則以各刑之輕重。而定其期限。今試畧述日本刑法之爲主刑。而得期滿免除者。以供餘考。

- 一 死刑、三十年。
- 二 無期徒刑、無期徒刑、二十五年。
- 三 有期徒刑、有期徒刑、二十年。
- 四 重懲役、重禁錮、十五年。
- 五 輕懲役、輕禁錮、十年。
- 六 禁錮、罰金、七年。
- 七 拘留、科料、一年。

第四節 恩典

第一款 總說

凡於法律所以設恩典之故。其故有三。如左。

第一 恩典者。所以補立法上不能避之缺點。以防法律與正理之抵觸。以醫法律之澁滯膠固者。

第二 使法律與正義相融洽。而有二因。

甲 於犯罪所爲之外。犯人一般之行跡。改良顯著時。

乙 國家社會之所公認。爲無科刑之必要者。

第三 犯人既嘗得刑罰之辛苦幾分後。顯真心悔悟之情狀者。則亦得行恩典。

夫於此以施恩典。則凡恩典者。非施於各個人之私惠。而基於社會之公義。是甚明也。故受恩典之犯人。固無論矣。即被害者與被害者之親族等之利害。均不足以妨行恩典與否。故（第一）中世之學者。以私事犯罪。（即犯對於身體財產等之罪）國家決不得行恩典。（第二）恩典得拒絕之說。誤也。

今試分恩典之說爲三。如左。

一 特赦 即受裁判後。全免犯人當受之刑。若減等。

二 復權 即依裁判而剝奪之權利。得回復其能力。

三 大赦 即不問裁判之前後。放棄其公訴權。及刑罰權等。

第二款 大赦

大赦云者。依主權之作用。對於犯罪事件。放擲其公訴權及刑罰執行權是也。試詳論之。

(第一)大赦者。對於犯罪事件。而行之。非對於犯罪之人。而行之。故不問爲主犯。爲從犯。苟對於犯罪事件而負責任者。盡得受此恩典。

(第二)大赦者。以遺忘犯罪事件。而不認犯罪之嘗成立也。故犯人如於大赦後。而再犯。不得視爲再犯。而以之爲加罪之原因。又有當然復權之權利。

(第三)大赦者。消滅公訴權與刑罰執行權也。故不問裁判之前後。均有其效力。但雖爲大赦。而至私訴之權。則無消滅之效。

夫大赦者。非破裁判確定之效力也。何則。如前所述之大赦者。犯罪事件之全體。既消滅。且併其公訴而亦消滅之。其裁判既消滅。則不得以大赦爲破其裁判之效力。若猶以爲破裁判之效力。則是以裁判爲尙存在也。

又大赦者。非以行政之處分行之也。何則。蓋大赦者。於革命之際之外。行之者其實例甚少。於平安行政之時。豈可屢次行之。如彼英國。則有英國憲法之特性。而往往有行之。何則。蓋英國之君主。憲法上無廢止停止法律條例之權。然當凶歲饑饉之甚時。勢不得不禁食料品之輸出。則君主不得已而一任其責於當局之大臣。當局之大臣。則以自己一身之責任。破法律而斷然停止現行之條例。以禁止食料品之輸出。其越權專斷之罪。俟後國會處分之。若國會以爲真能投合危急存亡之機。則發大赦條例 (Indemnity act) 而特免其罪。此乃常常爲之而成爲習慣者也。是蓋出於一時之權宜。而行政之處分。則此大赦之處分。實視爲通例之例外也。

第三款 特赦

特赦云者。對於確定之罪人。免其刑之全部。或一部之謂也。試更詳言之如左。
(第一) 特赦者。不過就其人而免其刑。故免其刑者。唯限於特定之人爲有效。
(第二) 特赦者。唯免其刑而不消滅其罪。故對於犯罪者。其後得爲再犯加罪之原

因。又無復權之權利。

(第三)特赦者。於裁判確定後行之。唯對將來而有其效。對於既往而無其效。特赦之破裁判確定之效力與否。從來學者之議論。尙未一定。然舉今之學說言之。則有學者以特赦單爲刑罰執行上之處分者。依此說。則特赦決不足爲能破裁判決定之效力也。雖然。是尙未適於學理之論也。何則。使特赦而果爲刑罰執行上之處分。則固不必論。若變更已所下之裁判之刑期。則其破裁判之效力。固不容疑也。安得謂爲不破裁判決定之效力耶。是故特赦者。國君破裁判決定之效力。而變更其裁判者。不過科以至當之刑罰者也。

第四款 復權

犯人依特赦而免刑。則被剝奪之公權。尙不得回復。何則。如前所述。特赦者。惟免犯者以現犯之刑而已。至於公權之剝奪。則非其刑既執行了後。不能免之也。若免之。亦屬既晚。是與既行死刑而免之無異也。爰於法律特立復權之制。以附與一旦剝

奮後之能力。

然則復權云者。果何謂也。曰復權者。以主權者之裁可。付與既被剝奪之能力也。決非回復一旦所奪之權利之謂也。

刑法汎論終

商法汎論

作新社藏版

商法汎論目錄

第一編 緒論

第一章 商法之地位

第二章 商事及適用之之法

第三章 商法之沿革

第四章 商之行爲

第二編 商之主體

第一章 概說

第二章 商行爲之能力

第三章 商業註冊

第四章 商號

一 一
三 三
六 九
三 三
三 三
五 一
六 一

第五章	商業賬簿	一八
第六章	營業所	一九
第七章	商人	一九
第八章	商業補助人	二二
第一節	商業使用人	二二
第一款	司理人	二三
第二款	司事人	二四
第九章	公司	二四
第一節	公司之觀念及其種類	二四
第二節	公司之住址設立停閉	二六
第三節	合名公司	二八
第一款	合名公司之觀念	二八

第二款	設立	二八
第三款	合名公司之對內關係	二九
第四款	合名公司之對外關係	三三
第五款	退公司	三四
第六款	停閉	三七
第七款	清理	四〇
第四節	合資公司	四三
第一款	合資公司之觀念	四三
第二款	設立	四四
第三款	合資公司之對內關係	四五
第四款	合資公司之對外關係	四六
第五款	退公司	四七

第六款	停閉	四七
第五節	股分公司	四八
第一款	股分公司之觀念	四八
第二款	設立	四九
第三款	股分	五九
第四款	股分公司之機關	六四
第一項	股東會議	六四
第二項	董事	六八
第三項	查賬人	七一
第五款	賬目	七四
第六款	章程之變更	七六
第七款	停閉	七八

第八款	清理	七九
第六節	股分合資公司	
第一款	股分合資公司之觀念	八一
第二款	設立	八三
第三款	股分合資公司之機關	八五
第四款	停閉	八七
第五款	清理	八八
第七節	外國公司	八九
第三編	商之客體——商行爲	九三
第一章	總則	九三
第一節	商行爲	九三
第二節	代理及委任	九八

第三節	契約	九九
第四節	連帶之推測	一〇〇
第五節	有償主義	一〇一
第六節	債務之履行	一〇一
第七節	買置權及質權	一〇四
第八節	時效	一〇四
第二章	買賣	一〇五
第三章	交互結算	一〇七
第四章	匿名組合	一〇七
第五章	代理營業	一一〇
第六章	中人營業	一一二
第七章	牙行營業	一一三

第八章	辦輪營業	一一五
第九章	運輸營業	一一八
第一節	運送貨物	一一九
第二節	運送旅客	一二四
第十章	寄託	一二六
第一節	總則	一二六
第二節	倉庫營業	一二七
第十一章	保險	一二九
第一節	保損害	一二九
第一款	總則	一二九
第一項	保損害之觀念及其訂定	一二九
第二項	被保險之利益	一三二

第三項	危險	一三四
第四項	保險費	一三五
第五項	保險之目的之讓與	一三六
第六項	保險契約之解除	一三六
第七項	損害之填補	一三八
第八項	時效	一四〇
第二款	火災保險	一四一
第三款	運輸保險	一四一
第二節	人壽保險	一四二
第四編	銀票	一四五
第一章	總則	一四五
第一節	概說	一四五

第二節	票上債務之性質	一四八
第三節	銀票之嚴格	一五〇
第四節	偽造或改造之銀票	一五〇
第五節	時效	一五一
第六節	退還不當得利之請求權	一五二
第二章	滙票	一五三
第一節	發出	一五三
第一款	滙票之要素	一五三
第二款	滙票之偶素	一五六
第三款	發出人之責任	一五七
第二節	裏書	一五八
第三節	承認	一六〇

第四節	滙票之支付	一六二
第五節	擔保之請求權	一六三
第六節	求償權	一六五
第七節	保證	一六七
第八節	參加	一六八
第一款	參加承認	一六八
第二款	參加支付	一六九
第九節	拒絕證書	一七一
第三章	應交銀票	一七二
第四章	錢條	一七四
第五編	海商	一七九
第一章	船舶	一七九

商法汎論目錄終

第二章 所有船舶者	一八一
第三章 船員	一八五
第一節 船長	一八五
第二節 海員	一八七
第四章 運送	一八九
第一節 運送貨物	一八九
第二節 運送旅客	一九三
第五章 海損	一九四
第六章 保險	一九六
第七章 船舶債權者	二〇〇

商法汎論

作新社編譯

第一編 緒論

第一章 商法之地位

商法者。法之一部也。凡法之本旨。以命令防個人逞其利己心。使人類得以共同生存也。商法亦然。關於所稱商之行為。即加特別之限制。而以保護增進社會之安甯幸福爲目的。至其規定。則因時與地。及開化之程度。與國民之特性。各國不同。然其以保護利益爲目的。則一也。

人之營共同生活也。必於人與人之間。生諸種之關係。而其爲關係也。有對於物而生者。有對於人之行為而生者。保護因此關係所生之利益。是法之目的也。其所保護之利益。若屬於私人者。則名私法。其屬於公人者。則名公法。

公法之中。有規定國家與臣民之關係者。有規定國家與國家之關係者。前者以保護一國家之利益爲目的。故稱之曰國內公法。又名國法。後者乃由國家間之共同利益而起者。故稱之曰國際法。

以上所述之私法公法國際法。皆支配人類行爲之全體。或規定家族關係。或規定個人關係。然以規定經濟的關係者獨多。而其關於商者。則稱之曰商法。

商之觀念。詳晰言之。殊匪易易。概而言之。可謂媒介物品轉移之營利行爲。商法者則規定關於媒介行爲之全體也。故商法亦與他法同。得分爲商私法、商公法、及商國際法之三段。

甲商私法 商私法者。私法中之一部。而規定商之私法上關係者是也。

乙商公法 商公法者。謂由於國家之利益視之。凡關於商之獎進。及確實。及制限。所設之規定。是也。如關稅法規、租稅法規、警察法規、皆屬焉。

丙商國際法 謂國際法中。關於商之法規也。

三者之中。以商公法。最便於研究行政法。商國際法。最便於研究國際私法。學者當循是例。余著是書。唯以釋明商私法上必要之處。其餘兩法。第取供參照耳。

第二章 商事及適用之之法

商事謂屬於商之事項。即凡關於商之行爲及其主格并目的之法律上事項也。夫商之行爲。乃一種之行爲。故對於各種方面而觀察之。則有三者。即其行爲之主格（即人）及其行爲之目的物。（行爲之目的雖常存在。然多有無目的物之時）并其行爲自體是也。商事者。即總稱關此三者之法律上之事項也。故其範圍。須由商之行爲之觀念而定。而在日臻進步之今日社會。商交易（Handelverkehr）之發達漸盛。關於商之新事項亦日多。故又須因商交易之發達而定也。如斯商事依商行爲之觀念及商交易之發達而決定。而商行爲之觀念。明定之於法典中。（即商行爲篇）至商交易之發達。則不得豫知。故商事之範圍。亦不得明定也。

商事第一次適用商法。第二次適用商習慣法。第三次適用民法之規定。

甲商法 第一次適用商法者。以商法爲關於商之特別法也。

乙商習慣法 商習慣法先於民法而適用者。因商習慣法爲商法之一部。而與商法先於民法而適用者。同一理也。然所以後於商法典而適用者。因商習慣法之存否。學理上決定之。殊非易易。倘稍誤判定事實。背乎公理之秩序。即有誤認害公益之惡習爲善法之弊。且適用於商業之法律。既未確定。則商人必有迷於適從之虞。就習慣法之成立。議論各殊。然以慣用爲必要。則一也。習慣法。非僅因慣用而成立者。此慣用之外。以何爲要乎。是議論之所從歧也。有探國民確認說者。有探法律確信說者。有探命令說者。有探時效說者。有探永續慣行說者。此外尙有許多學說。然以余之所見。信以國家默認說爲最安。蓋法之爲物。乃表示國家之意志。倘國家無意志表示。則自無存法之理。至習慣法則間接而表示國家之意志者。何以言之。蓋近世之國家思想。國家有爲臣民而訂法律制度等設備之任務。然國家於臣民中。知有某習慣。從無禁之者。又不設代之之法。則國家得認爲默認之者。

習慣於商法有何如之效力乎。習慣於商法雖無特別之效力。然通例有補充力解釋力之兩效力。習慣之補充力者。謂補充當事者表示意志之效力也。當夫當事者爲某行爲。雖不特示以其習慣爲行爲之一部。然由各種事情認爲有隨其習慣之意志。則習慣當爲其行爲之一部。以拘束當事者。習慣之解釋力者。爲解釋當事者所抱之意思。不斟酌習慣之解釋。則反有背於當事者意志之虞。以上乃就習慣法及習慣而言。茲舉二者效力之差異。如左。

一習慣法可通商法之規定而通用者。不問其規定爲命令規定。抑爲容聽規定。舉不得廢止變易商法之規定。若夫習慣。乃商法規定中之容聽規定。故得排斥之。

二習慣法。蓋適用之時。當事者援引舊事自爲遵循。此可補充當事者之意志。及爲解釋之材料已耳。

丙民法 民法之關於商事也。得最後之適用。商法則唯關於商事而設規定。故唯

商事適用之。然商法第關於商事獨一之法。而民法則爲通常法。對於商行爲及其主格并目的。均適用之。故民法商法之關係。有相對之性質。商法僅爲商設特別之規定。若一切之原則。則讓之民法焉。

第三章 商法之沿革

凡法律之發達。在夫人文開通盛極之今日。各國不泥用其法。甲國之所長。則乙國取以補其短。如斯相循而臻完美。在商法尤然。商法之與商業。有不可須臾離者。商業非一國民之特業。而實世界之業也。故商法之發達。亦合世界而宏利益。然則今叙世界商法沿革之大要。誠非無益之業矣。

一商民混同時代 其在羅馬。無所謂特別商法。故其商業。不甚發達。而其所立之萬民法。(Jus Gentium) 主由旅居羅馬外國商人間之習慣而訂者。最富於伸縮之力。故於商業每得實地適用之。

二商人法時代 自中世以來。商業漸發達。羅馬私法與實際不相合。商法遂至與

普通私法相分離。蓋在羅馬法一面則有如於契約自由之原則。如於雇傭請負組合買賣無須繁雜之形式。如 *Actio Institoria*。（即營業主對於經理人之責任）如 *Actio Exortoria*。（即船舶所有者對於船長之責任）如 *Lex Rhodia*。（即共同海損）如 *Foenus Nauticum*。（即對於船舶載物之借款利率之無制限。）皆各有行於商業實際之規定。他面則有如 *Lex Anastasiana*。（即債權讓與之限制）者。其外有如於契約要約。因如低法定利率。以損失爲口實。而許契約之作廢。如與檢索利益及分割利益於保人。以減保證之效力。皆盛行於商業之實際者也。於是乎商人甚冀受特別商法之節制。藉以保護其利益。如中世之商人。尤喜聯爲團體。故有組織所謂 *Colegia Mercatoria* 團體者。使其長者裁判各商人間之訴訟。而是時代之商法。乃商人之法也。

三制定商法時代 制定關於商事之法律者。以一六七三年法王路易十四世之納教敕司獨孔密 *Ordonnee de Commerce* 爲其嚆矢。是商律一稱葛伯黎 *Code*

De Vattel 全文共十二章百二十六條。如商事之裁判管轄及錢條并倒賬等。均規定焉。其後一六八一年又制定一法典。後一八〇七年又將以上兩法典重加修正增補。而由翌年正月初一日實施。荷蘭則一八三八年始師法國商法。而制定商法焉。德國則一八六一年始制定一切商法。一八四八年始制定票法。一八七七年始制定倒賬法。而新商法則一八九七年制定之。瑞西則一八八三年始制定債務法。是法於關乎契約債權原則之外民及各種之商事契約。皆一一設有規定。意大利則一八八二年始折衷德法商法而作法典。西班牙則一八八五年始師法國而制定商法。葡萄牙則一八八八年始師德國而制定商法。比利時先直採用法國商法。後於一八六八至一八八七年之間復加改正。釐爲法律十一條。稱之曰改正商法。即現行法是也。英吉利爲最乏於成文法之國。然於商事。則成文法稍備焉。有一八八二年之票法。有一八八三年之倒賬法。有一八八九年之組合法。有一八九四年之海商法。有一八六二年之公司法。

日本古來無商法。惟有慣習法而已。至明治二十三年。由法律顧問列斯列爾氏。編成商法典之草案。氏之起草。皆基於歐洲諸國之商法典。與日本商習慣之點相反者不尠。因之政府設法典調查會。大施修正。以補不備之點。後經帝國議會之協贊。即爲現行之日本商法。故本編取例於日本商法者亦甚多。

中國古來無所謂商法之法典。惟有商之習慣法。與對於商賈之敕諭。而適用他普通法典關於商之項而已。近年新設商部。亦曾攷究各國商法。而發布欽定大清律云。

第四章 商之行爲

商之行爲。媒介物品轉移之營利行爲也。其範圍一由商之觀念而定。在昔人智未開。以爲商乃所謂商人行爲之觀念。而商法則爲商人法。迨夫近世。思想一變。以爲商乃媒介品物轉移之營利行爲。如是觀念。殆通行焉。至商之行爲。不獨謂商人因其營業而所爲之行爲也。非商人所爲之行爲。亦有爲商之行爲者。故商法乃商行

爲法。而商人商業之觀念。亦至以商之行為爲基礎矣。

商之行為。爲通用商法之本。故其範圍不可不於商法而明定之。今考各國之法制。則有左列各主義。

一定義主義 西班牙葡萄牙之商法屬之。

二列舉主義 此中有左列之三小別。

甲人的主義 以商人之觀念爲基礎。而定主義也。德國新商法稍近之。

乙物的主義 由商行爲之性質而定之主義也。

丙折衷主義 限於某種行爲以本質爲商行爲。某種行爲以營業爲商行爲之時。而以之爲商行爲之主義也。

以上各主義中之定義主義。不似列舉主義有遺漏之虞。初觀之頗覺適用。然不可信爲完全之定義。惟古來學者所立定義之中。無一完全者。故不得採用之。而列舉主義之中人的主義。乃鑒於商法之規定。普用於非商人之不利而設。似稍足取。然

其如非商人之行爲其性質上有適用商法之必要者甚多何。又物的主義亦非無一定之理。然如以保險運送及仲立爲營業而不爲之。猶以之爲商行爲。則不獨背乎商之觀念。且未見有適用商法之必要也。至折衷主義。則適於商之觀念。最能應用於今日之實際。蓋極妥當之主義也。

第二編 商之主體

第一章 概說

商之行爲。乃一種之法律行爲。故其爲之。須具兼人能力也明矣。而此能力與民法上之行爲能力相同與否。不可不首論之。蓋商行爲之主體。有商人。有非商人。其以商行爲爲業者。稱之曰商人。商人有公司與個人之別。個人之商。有成丁。有未成丁。及既婚婦之別。蓋商人有備商業賬簿。而受登記之義務。用商號。定營業所。得使用商業補助人。是編即就如是之事。而詳叙之。

第二章 商行爲之能力

分商行爲之能力爲二。曰各個商行爲之能力。曰營商業之能力是也。

甲、各個商行爲之能力 契約能力者。舉得爲之。然亦立限制某種之人。不得爲某種之行爲。

一 經理人無主人之許諾。不得由自己或他人而爲商行爲。日本商法 三三條

二 代理商無本人之許諾。不得由自己或他人而爲屬於本人營業部類之商行

爲。日本商法三八條。下文略曰
爲。本商法四字。而作「日某某條」

三 凡合名公司之合資人日六及合資公司之無限責任合資人日一井股分公

司之董事。公司律七四 日一七五無其餘合資人或股東總會之許諾。不得由自己或他人

而爲屬於公司營業部類之商行爲。又股分公司之董事。無查賬人之承諾。不

得由自己或他人而與公司行貿易。日一 七六

以上三者。禁止違背之行爲。非失其効。而唯期違背者之責任。

乙 營商業之能力。當日本封建時代。採用營業特許主義。迨夫維新以後。遂通行

營業自由主義。無論何人。皆得自由選其營業爲原則。然亦畧有限制。

一 如營某種營業必須官予證可。

二 奉行某種職務者。無官長之許可。不得營商業。例如現役軍人及官吏是也。

三如曾犯某種罪案。則禁營某種商業。

違背以上限制之行爲。不得因其行爲爲無效。或變其商行爲之性質。

第三章 商業註冊

商人之爲營業也。非各自爲其商行爲也。又非各自因顧客而爲之也。須以普與公眾貿易爲目的。故不可無普生效力之法律關係及其廢止并變更。以公應用於世。則商業註冊之制是也。爲之特備之賬簿。名曰商業註冊簿。

一 所宜註冊之事項 註冊者。公示關於商人營業之法律關係。以保護世人爲目的。是故雖以多註冊事項爲宜。然一面不可不重乎商業上之密秘。於斯則以註冊事項之少爲宜矣。法律者則於兩者之間圖其宜。而定註冊事項。以保護兩造也。

二 註冊之地方 註冊之地方者。當事者之營業各所在地之裁判所也。而裁判所爲之備商業註冊簿。待當事者之呈報而註冊焉。於營業所。有本店。有支店。其於本店所可註冊之事項。於支店之所在地。亦可註冊之。

三 註冊之效力。註冊而出諸保護公眾之目的者。則不可不設公示之方法。公示法中最有顯效者。公告是也。於日本商法。以註冊事項之公告爲裁判所之職務。日

一 註冊則非公告之後。無何等之效力。其在公告之後。可目爲人已周知之者。唯因正當之事由有未能澈底通曉者。許其反證之耳。日一

在本店所註冊之事項。不於支店註冊之者。則對於支店所爲之貿易。不得以其在本店所爲註冊之效力而對抗之。毋待論矣。日一

註冊與公告相抵觸者。是乃裁判所之過失。非其呈報者之所知也。故當是之時。須使其註冊有效力焉。日一

第四章 商號

商號乃商業上商人之名稱也。

一 商號自由之原則。商人得自由以其姓名及另立名稱爲其商號。國家之法律。認商號而保護之者。固出於圖商人并公眾之利益。商人雖得自由建立商號。如其

名使公衆易陷於誤解。則亦不可不禁止之。

甲 凡一商人不得用其公司所示之文字於商號之中。日一

乙 公司不可不從其種類。而於其商號社名之中。用合名公司、合資公司、股分公司、及股分合資公司之文字。公司律八、日一七、

二商號之登記 登記商號者。取得於同縣同府同村以內之專用權。公司律三、日一九、登記商號與否。雖爲商人之自由。然苟欲得其專用權。則不可不登記之。凡用權利者。對於僱用牌號者。則禁止僱用及賠償損失之訴權。日二〇

三商號之讓渡 商號者。得與營業分離而讓渡。又得與營業而共讓渡之。其讓渡之效力。在當事者生於合意時。然對於他人。則以登記而始生焉。日二一

營業之自由。經濟上最可重者。不可任一私人之自由意志。而猥限制之。須因時與地而加之限制。其在商業發達交通夙開之社會。則讓渡人不難改地而營從前之業。使讓渡歸於無效。然禁讓渡人全營從前之業。則未免過酷。且於一國之經濟。亦

大不利。故讓渡人唯見有不正之競爭。則不得營同一之業。是歐美諸國所認之條理也。

第五章 商業賬簿

夫商人相交易。其流毒多至不可紀數。故使商人明瞭其財產狀況。則可以保護公眾。是法律之命備商業賬簿者。正爲此也。

三商業賬簿之製法 商業賬簿有三。曰流水簿。曰財產目錄。曰借貸對照表。

甲流水簿。乃商人每日銀錢貨物出入。及日用等之事項。均宜逐日登記。商人通例六、日二五

乙財產目錄。乃營業上財產之總目。商人每年須將本年之動產不動產。及債權。

并其餘之財產。載明當時之價格。價格者謂交換價格。其在商品。其市面價格。有

價證券。須載明當時之市價。其在債權。須扣除所可推知之損失額。而載明其剩

額也。商人通例七、日二六之一

丙借貸對照表。以財產目錄爲基礎。而記載人欠人之各目者也。商人通例七、公司律一〇九

三商業賬簿保存期間 強制商業賬簿之制。在便於了然商人財產之現況。以保護公眾。然則不可不定保存期也明矣。至其期間須鑒於商業之實際。法理上不得定爲何年。大概十年爲妥。而其起算點。則爲收存賬簿之時。商人通例八、二

第六章 營業所

商人之營業也。必選定可爲中心之地方。而其地方有爲其人之住所者。亦有不然而者。其爲營業中心之地方。謂之營業所。申而言之。則營業所乃營業之根據地。而關乎營業之一切指揮及命令。悉出於茲。故以本店及支店而論。則本店乃營業所。而支店則非營業所。然於支店所爲之交易。則當以其支店。目爲營業所焉。

第七章 商人

普通商人者。指販賣貨物之人。然商法上之所謂商人。則非如斯狹意。而廣以自己之名爲商業者。是稱商人。故所謂商人者。不可不備左揭之二要素。
甲以自己之名而爲之者 以自己之名爲之者。謂對於他人而得權利且負義務。

故如資本金及勞力之關係，亦無影響於商人之觀念焉。

乙以商行爲營業者。商行爲之意義，於緒論既說明之。不贅。而茲謂商人之所爲業者，即收入之源泉無間之意也。欲使收入之源泉無間，須具備左揭之諸要素。

一 秩序的收入之源泉。商人由其業而得之利潤，不須爲獨一之源泉。又不須所得之爲主位者也。

二 繼續而爲同種之商行爲者。夫既謂爲不絕收入之源泉，其須繼續而爲商行爲也。明矣。其繼續而行商行爲之間，無所謂同種類之關係者，則單獨之商行爲也。是不得謂之爲業。

三 以得利益爲目的者。商人不以單獨之商行爲爲目的，而以一團之商行爲營之也。故就單獨之商行爲而觀察之，雖不免於損失，然由一團之商行爲觀之，則所得利益亦多。故不妨謂之營業。但自始，無得利益之意，而僅有欲償費用之意者，則不得謂之商業。

具備以上之要件者。乃商法上之商人。而備商業賬簿。以有商業登記之義務。又可得商號之專用權。然沿門求售。或在道路中買賣貨物者。及其餘所謂小商人者。不獨無須適用。而關於商業賬簿。商業註冊。及商號等之規定。其勢亦無須於適用。此等要素。歐洲諸國及日本之商法。皆採用之。然中國商律。不認如斯要素也。

商婦 各國之民法商法。俱不以男女而異其法律上之地位。中國商律亦然。商人

三 唯婦女爲人之妻。乃一種之無能力者也。據商人通例第四條。妻無夫之允准。不得營業。其許營商者。則與獨立人無異。然亦不能無疑義也。如錢債轉讓折等事。爲之夫者不能辭其責。由此點觀之。雖經夫之允准以營業。亦不能認爲完全之獨立人也。

未成丁商人 日本商法。未成丁者。無法定代理人之許可。概不得營商業。其經法定代理人允准者。則與成丁者有同一之能力。然於中國商律。則不許未成丁者。出而營業。據商人通例第二條。凡男子自十六歲成丁後。方可爲商。則男子至十六歲

爲成丁。始可獨立營商。若未成丁之人。即有法定之代理人。亦不得獨立營商也。

第八章 商業補助人

夫商人之補助營業者有二。則有爲獨立營業者。與非然者。如仲立營業者批發商等。則爲獨立商人而補助他人之營業者也。如司理人司事人者。自補助他人營業之點觀之。則雖與前者無異。然營業上之機關。不能自爲獨立營業之商人也。稱爲機關之營業補助人。謂爲商業之使用人。

商業使用人中。有爲商行爲者。亦有不可爲者。中國商律之商業使用人。則司理人司事人是也。今說明之如左。

第一節 商業使用人

第一款 司理人

司理人者。乃有最廣代理權之商業使用人也。與其餘商業使用人相異之點。則有得爲關於其營業全部之一切行爲。且司理人之選任及解任。不可不註冊。然於中

國商律。則未有註冊之制。

一司理人之選任。司理人之選任。不可不於其營業所（總號或分號）而註冊之。其註冊也。須依商業註冊之原則。而其選任。無須特別之方式也。無待論矣。

二司理人之代理權。司理人代理權之範圍。由法律而定。一旦被選而爲司理人。則自當有左揭範圍之代理權。

甲關於營業全部。得爲裁判上及裁判外一切之行爲。

乙得選任司事人。又得解任之。

主人雖得限制此代理權。然其限制。不得抵抗於善意之他人。且此限制。不許登記之。

三代理權之消滅。代理權之消滅。須於置經理人於商業所總號或分號之所在地。而註冊之。其註冊也。須依商業註冊之原則。而對於代理權消滅之原因。須從民法雇傭及代理之規定。然據第二百六十八條之規定。本人之死亡。不爲代理權消

減之原因。

第二款 司事人

曰會計。曰副手。乃向來普通之用語。至其權限。則由店舖而異。唯會計必在副手之上。又由其位置觀之。究不能由其權限而區別之。其與司理人相異者。在司理人有關於商業全部之代理權。而會計及副手。則僅有關於營業中之某種類。或關於特定之委託事項。而有其代理權耳。主人當選任會計及副手。得限於營業中之種類而委任之。又得僅委任特定之行爲。即委任之範圍。一由主人所定。然在於其委任事項之範圍內。則會計或副手。不受特別之委任。亦有代理之權。且三

司理人及司事人以外之用人。亦有時而得授代理權。是無待論。然據理推之。則以不授代理權爲妥。且三

第九章 公司

第一節 公司之觀念及其種類

一公司之觀念。公司者。謂以商行爲爲業之社團法人也。

甲公司乃社團法人。法人與組合之區別。合資人有獨立之人格。爲權利義務之主體。若組合員互訂之法律關係。不得獨立而爲權利義務之主體。雖亦組合財產。其實不過組合員之共有。而公司乃以二人以上相組織之法人。即爲社團法人也。乙公司以商行爲爲業者。公司乃法人而以商行爲爲業者。故爲商人也。凡關於商人之規定。（例如關於商業註冊商業賬簿及商號等之規定）限於公司篇中無特別之規定者。則得適用之焉。

二公司之種類。公司因公益而認之者。故其種類。由各國國情而畧有異。然商業之爲世界的性質。則各國概無大差。大陸諸國。概認爲四種類。即合名公司、合資公司、股份公司、及股份合資公司。是也。至日本之舊商法。則認合名公司合資公司股份公司之三種。然改正商法。則新認股份合資公司。中國商律。則認爲合資公司、合資有限公司、股分公司、股分有限公司之四種。

公司得由許多方面而分類。然歐美及日本所執之標準。合資人有對於公司債務之責任。其在合名公司。合資人之責任。無所限制。在股分公司。則合資人之責任。爲其股分之所限。在合資公司及股份合資公司。則有二種之合資人。一種合資人之責任無限。他種則有責任。所以此兩者因而歧。前者之責任。爲出資之所限。後者之責任。爲股分之所限。是兩者之所以異也。

中國商律所執之標準。非如各國。以合資人之責任情形而分之。據湊集資本之情形如何。而區別之。故合資公司與合資有限公司之差。唯有集資有限之與否而已。股分公司與股分有限公司之區別。亦相同焉。按之人文未開。法律關係不複雜。而不必如各國以合資人之責任情形而區別之也。然社會愈發達。而商行爲亦因而愈繁激。其必至改正如斯幼稚之規定也明矣。是故。吾儕所據之標準。不採用中國現行法。而須據各國現行之商法以說明焉。讀者諒之。

第二節 公司之住址設立停閉

一公司之住址 各國民法。人之住址者。以其生活之根據地而定之。故其住址之在何地乎。屬於事實之問題。然商法之對於公司。則公司生存之根據地。概為總號。是免據於事實之不便也。中國商律亦然。公司律一一之六、一六之六、二一之六、四二之二。

二公司設立之註冊 公司非因註冊而始成。蓋合資公司及合資有限公司。俱以作合同規條而成立。股份有限公司及股份合資公司。亦以創立總會之終結而成立。然對於他人不有其効力。必呈報商部註冊。聲明衆人而後生其効力。唯註冊之効力。不過得着手於開業之準備耳。公司律六、七、一一、一二、一六、二一、

三公司之停閉命令 公司之停閉命令。乃剝奪法人之資格也。剝奪法人之資格。以不得爲之爲原則。特於定法之時。裁判所得爲之耳。日四七、四八 而中國商律則無如斯之規定。

甲公司既爲設立之註冊。如未長久開辦其商。若有背於公司之宗旨。則得直命停閉之。日四七

乙凡公司之設立。不得背於公共秩序及善良之風俗。而營業又既成立之公司。苟有背乎公眾秩序或善良風俗之行爲者。則其行爲之無効。自不待言。且公司之爲如斯行爲者。實背乎公司之宗旨。故得直停閉之。日四

第三節 合名公司

第一款 合名公司之觀念

合名公司者。以連帶無限責任之合資人。組織而成之公司。合名公司之特質。在合資人。皆擔負連帶無限之責任。申而言之。則合資人以其全財產而擔負公司之全債務也。雖然。此連帶無限之責任。唯合資人之對於公司債權者有之耳。而對於公司。則不必擔負如斯連帶無限之責任。

第二款 設立

一章程 合名公司。因造章程而成立。章程者。各國現行商法中。所謂公司契約。蓋欲設立公司者。負無限之責任。而營商業之契約也。

二章程之必要事項。通常以章程而定之事。不一而足。然商法之保護貿易上必要之事項。(苟無此章程亦無效力)則約有六端。即一目的。二名號。即公司名。三合資人之姓名及住址。四總號及分號之所在地。五合資人出資之種類及價格并評價之標準。六各合資人之署名。^{日五}

三設立之註冊。設立之註冊。在營業所。(總號或分號)不可不爲之。註冊之事項有八。即一目的。二名號。三合資人之姓名及住址。四總號及分號。五設立之年月日。六定於存立時期或停閉事由之時。須載明其時期及停閉之理由。七合資人出資之種類及以財產爲目的之出資價格。八定公司之代表者時。須記其姓名。^{日五}

第三款 合名公司之對內關係

合名公司之法律關係。可分公司與合資人之關係。公司與他人之關係。合資人與合資人之關係。及合資人與他人之關係之四種。前二者。謂之公司之對內關係。後二者。謂之公司之對外關係。

對內關係。乃基於章程（公司契約）者。而當事者（合資人）得自由而定其關係。如公司業務之執行。如出資之種類價格。如利益分配之率。如虧折分擔之率等。皆據章程而定。

一出資 出資之目的、價格、地方、時期、及其餘一切事項。以章程定之。出資之目的。種類甚繁。有爲金錢者。有爲動產或不動產之所有權者。有爲不動產之使用權者。有版權、特許權、意匠權、商標權等之財產權者。有爲勞務者。民六六有以信用充之者。其多蓋如是。

倘有不履行出資之義務者。日本設規定而適用之。

甲合資人以債權爲出資之目的之時。債務者至於辦濟期。倘不辦濟。則合資人任其辦濟之責任。有損害者。亦當使之賠償。日五

乙凡社員不能出資者。或催促之後。仍不願於相當之期內出資者。則公司得除其名。日七

二執行業務 執行業務者。乃對於公司代表之語。而在公司內部。爲事實的之行為也。例如處置商品及其保管並關於營業之通信等。皆是也。

甲執行業務之權 業務之執行。乃合資人之權利及義務也。日五 得以章程從合資人而奪權。或委一切之事務執行於二三合資人。均以此法行之。

乙執行業務之法 公司之業務。以總合資人之過半數而決之。至公司之常務。則各合資人專行之。且有故障權。日五 障權者。合資人唱異議於他合資人之專行業務。而使中止之權也。

丙司理人之選任及解任 司理人之選任及解任。事稍重大。故恒以總合資人之過半數決之。一面選適宜者。以繼其任。一面妨執行業務合資人之專斷焉。日七

丁章程之變更 章程者。關於公司之基礎。故其變更也。須由總合資人之同意。夫公司之目的。在公司之所以生存。其事甚爲重大。故凡爲其目的範圍外之行

爲者。必須裁決於總合資人之同意。日五

戊監視權 雖無執行業務權之合資人。然於其業務之執行。亦有至大之關係。故當畀以監視之權。監視權者。查檢公司業務及財產實況之權也。

三損益之配分 損益之配分。亦以章程豫定之。其章程未定者。則如左例。

甲唯於損失或利益之一方面而定之者。其率兩面均攤。日五

乙全未定者。則準出資之價格而定。日五

損失配分之率。得於章程而自由定之。然一合資人不得全受利益之分配。如是。則背乎公司之性質。若夫定爲一合資人全受損失之分擔者。則有效矣。

四持分之辦理 持分。乃社員對於公司之一種債權。其辦理在合資人之間而有。效。是無庸疑。然合名公司。則以人爲重。故一認持分之讓與。則背乎合名公司之性質。於是。非得其餘合資人之同意。不得以其讓與而抵抗公司焉。日五

五禁止競業 合資人當執行業務之任者。及非當執行業務之任者。俱不得爲屬

於公司營業之商行為。又爲同種之他公司之無限責任合資人者。何則因不免與公司之利益相衝突。故嚴禁之。然是禁也。非命令規定。故苟得其餘合資人之同意。則仍當許之也。日六一〇

第四款 公司之對外關係

合名公司之對外關係。如前述乃謂公司與他人之法律關係。及合資人與他人之法律關係者。合資人有無限責任。於此對外關係驗之。是爲合名公司之特質。

一公司之代表 公司之代表。乃對於執行業務之語。而謂代公司而與他人爲法律行為者也。

蓋公司代表權。乃各合資人所共有之者。而各合資人。乃公司當然之代表者。夫此代表權。非由章程而生。雖章程中無特別之規定。而已有代表權之意矣。

代表合資人。乃公司之代理人。故其爲本人之公司。則不可不得限制其權力。然合名公司與其合資人之法律關係。往往複雜。故以其限制對於他人而爲有效力者

則不可。蓋如是則害商業上交易之安全甚多矣。故其區別善意與惡意。唯對於善意之他人爲無效則可也。日六六之二

二合資人之責任 合資人對於公司之債務。有連帶無限之責任。日六 此責任不得以章程而變之也。蓋此連帶責任。乃一獨立債務。而非保證債務也。然其履行者。非公司不能完濟甚債務之時。無須爲之也。日六之三

第五款 退公司

學者或論曰。合名公司。乃以其人爲基礎而設立者。故合資人之變更。即公司之變更也。然一合資人死亡或受禁治產或倒賬之宣告。勢必致公司之停閉者。是極不便之說也。故雖有以一合資人之退公司。而目其爲停閉原因之法律。然依定款。而可認其繼續此公司。日本商法亦認之。其屬於一合資人之事由。不以之爲停閉之原因。而屬於全合資人之事由。則當目爲停閉之原因。

一退公司之事由 退公司之事由。分之二。曰有意之退公司。曰無意之退公司。

甲、有意之退公司如左

一總合資人之同意 以章程而定公司之存續時期者。合資人不得妄退公司。其欲退公司也。即定款之變更。日五 故須總合資人之同意。日六九

二不得已之事由 丁斯時也。不問章程中有存續期間之定與否。合資人無論何時。(不限營業年度之終) 俱得不豫告而退公司。然一般商法之所認。則在於營業年度之終結前。豫告其退公司。亦章程中所定事由之發生時。得當然退公司也。

乙、無意之退社事由如左 但有此種事由。則合資人退公司者當然之理也。日六

一死亡 合資人因死亡而退公司者。無待論矣。然相續人或承繼人。得代死亡者。而猶繼續其公司。

二倒賬 合資人之倒賬。唯為退公司之事由。而不為停閉之事由也。

三禁治產 合名公司者。以人為重。故凡合資人受禁治產之宣告者。則當退公

司。唯章程中有特別規定者。方可自由。

四除名 除欲被除名之合資人外。必得總合資人之同意。方可除名。縱令有其餘合資人之同意。然非有定法上理由之存。不得除名。定法之理由如左。日七

甲、不能出資者。或經催促之後。而不於相當之期間內而出資者。

乙、違背於競業禁止之行爲者。

丙、執行公司之業務。或當代表公司。而對於公司有不正之行爲者。

丁、於無執行業務權之時。而關與其業務之執行者。

戊、合資人不盡主要之義務者。乃事實問題。如合資人私用公司之名號。或私用公司之財產者。是也。

己、裁判所慮公司之停閉。而除名一合資人者。日八三

一退公司之結果

甲、合資人不問出資種類之如何。皆有持分。故退公司之時。不可不受其持分之

退還。然章程中有特別之規定者。則無妨矣。^{日七}

乙、公司之名號中許用其姓名者。退公司後。得請求停其姓名之使用。以保護之。^{日七}

丙、既退公司者。則非合資人。故對於公司之債務。不擔連帶責任。然貫此理論者。則合資人之連帶責任。歸於有名無實。其害他人甚酷。故於退公司前。所生公司之債務。須負連帶責任。然其退公司後。或已經過。或在期間。則依時效而消滅其責任。^{日七} 然亦要得其餘之合資人之承諾。其讓與持分之合資人亦同。^{日七三}

第六款 停閉

公司之停閉。謂公司失其公司之存在也。夫公司乃因營商之目的而設。故苟失此目的。則失為公司之存在。是謂之停閉。蓋停閉非直消滅各項法律關係。唯止於營業上停其行動耳。

公司之營業。因其停閉而終。故豫想其營業之存在。當列之於定規中。此為特別之

行爲。迨此特別行爲既畢。則公司仍未全消滅。如日本商法於第八十四條。當公司停閉之後。而清理未終之間。尙許其存續者。即此意也。中國商律。雖有規定停閉之事。然清理之後。可於何時認其停閉。其規定中。未曾明言。公司律一二〇。惟可於公司律一百二十一條。乃至一百二十四條。推究其意。而認其於清理中。其公司尙存續耳。

第一、停閉之情事。停閉之情事。有依公司之意志而定者。有因法律之規定而定者。前者曰有意之停閉。後者曰無意之停閉。

甲、有意之停閉

一、公司期滿。定其存立時期於章程中之時。其時期既至。則公司之停閉無疑。

公司律一二〇之三、日七四之一

二、總合資人之同意。日七四之三、公司律一二〇之一

三、公司之合併。公司律一二〇之四、日七四之四

公司之合併。有二。一則一公司併吞他公司者。二則數公司合而設立一新公司

者。合併者公司間之契約。故皆以總合資人之同意。而決定公司之意思。本此意思。則不可不訂定合併契約於公司之間也。

合併乃公司間之契約。然有害公司債權者之虞。故不可不講保護之道。

合併之効力。在承繼公司之權利義務。即合併後存續之公司。或因合併而設立之公司。可將因合併而消滅之公司之權利義務。而承續之。日八

乙、無意之停閉

一、公司之倒賬。公司倒賬時。則公司失其營業的團體之性質。而執行業務之權能。遂亦消滅。日七四

二、合資人爲一人者。公司者謂社團法人也。故其設立之際。及存續之日。須有創辦人數人。日七四

三、公司目的事業之成功及不能成功。公司以營事業之目的而設立者。故其目的。能成功則已。若不能成功。則其須停閉也。無待論矣。

第二、解散之註冊。公司停閉時。除合併及破產之時。在其總號或分號之所在地。而行其註冊。日七
六

第七款 清理

清理者。了結公司業務之法也。如了結現務。如聚收債權。如辦濟債務。如分配殘餘財產等。皆清理人所應行之職務也。

公司雖經停閉。而清理猶未畢。則其於清理中。猶目之爲存續。故不與清理之目的相抵觸。俱可適用公司存續中所適用之規定。

公司停閉之時。不可不處分其財產。其處分也。除公司之合併及倒賬之外。公司得定其方法。(例如將公司財產。或配分於各合資人。或讓與其營業而配分其價金是也。)其方法。或有以章程豫定之。或有停閉之後。以總合資人同意而定之。如是公司財產之處分。公司可得自由定之。然其自由之範圍。須限於無害債權者之程度。

公司於未定其財產處分法之時。須依法律所定之清理法而處分之。但公司因合併或倒賬而停閉之時。則各有特別之法。故不依清理法也。日八六

一清理人之選任及解任。合資人如當爲執行業務者及代表者。亦當爲清理人。

日八七則公司是以合資人之同意而選任合資人。或合資人以外者。爲清理人。日八七

此清理人。亦得依合資人過半數之同意而解任。日九六然若合資人減至一人。

或因裁判所之命令。而停閉公司者。則因關係利害者之請。而停閉公司也。

又清理人之選任。無論由合資人選任。與由裁判所選任。均須註冊。日九清理人之

解任。有重要之事由者。則因關係利害者之請。而裁判所行之。日九七此解任。亦須

註冊。日九七

二清理人之職務及權限。清理人以清理爲其職務。其職務者。債權之聚收。債務

之辦濟。及配分所餘財產。皆是也。

清理人因行此職務。有爲必需行爲之權限。日九一而清理人有數名者。則其清理

行爲。以其過半數而決之。此唯與他人之關係。各自代表公司也。日九

加於清理人代理權之制限。對於不知其制限之他人爲無効力。然於公司與清理人。及公司與知其限制之他人之間。則有效也。日九一之三

三、清理人之權利義務

甲、清理人就職之後。須速調查公司財產之狀況。而製財產目錄及借貸對照表。交與創辦人之。日九四之一

乙、清理中。若公司財產不足相償其債務者。則清理人得使合資人出資補充。日九二
二、尙有不敷。可直請其倒賬之宣告。且公告其意旨焉。日九一之四

丙、配分公司財產者。非理楚債務之後。不得行之。日九五

四、清理之了結。清理人之任務既畢。清理人須速行計算。請各合資人之承認。而其合資人不持異議。則自爲既承認者。日九八又清理之了結。不可不註冊也。日九九

五、公司之消滅。清理了結之時。公司遂全然消滅。然關於公司賬簿、營業之書信。

及關於清理之文件。停閉之後。必須留存十年。十年限滿後則聽便。公司律一〇二五、日一〇二

第四節 合資公司

第一款 合資公司之觀念

歐洲及日本之所謂合資公司者。以無限責任之合資人。與有限責任之合資人。而組織之商業公司也。日一中國商律所認之合資公司。其性質與各國異其趣。公司律第四條曰。合資公司。係二人或二人以上。集資營業。公取一名號者。而合資有限公司。則又另行規定。公司律六其兩者之區別。唯有集資之有限與否而已。若是合資公司所取之標準。在集資之情形如何。比之日本商法以人爲重者。判若雲泥。讀者若研究日本商法。則自知中國商律之不全備矣。

日本合資公司。有兩種合資人。一則無限責任之合資人。一則有限責任之合資人。無限責任之合資人者。與合名公司之無限責任合資人同。是爲對於公司之債務。負連帶責任之合資人也。而有限責任之合資人。對於公司債務之責任。則止於其

出資之額耳。

所以合資公司與合名公司之相異者。在合資公司。僅合資人一部。擔負其無限責任。而合名公司。則總合資人。皆擔負無限責任也。即總合資人爲無限責任者。合名公司也。而合資人一部爲有限責任者。乃合資公司也。是故兩者之間。無須異其規定之處甚多。唯必須異其規定之時。始設特別之規定。餘皆準用合名公司之規定焉。日一○五茲述其與合名公司相異之處如左。

第二款 設立

一合資公司之設。其須作章程者。與合名公司無異。其章程。則除合名公司章程中切要事項之外。各合資人之責任。爲無限乎。抑有限乎。是不可不記載之。日一○六何則合資公司。有無限責任之合資人與有限責任之合資人之別。日一○七
二合資公司之註冊事項。除合名公司之註冊事項外。各合資人之責任。爲有限及無限是也。日一○七

第三款 合資公司之對內關係

一出資 有限責任之合資人。唯得以金錢及其餘財產。爲出資之目的。而不似無限責任之合資人。得以勞務及信用。爲出資之目的也。日一○八

二執行業務 執行業務。乃無限責任合資人之權利及義務也。日一○九若夫有限責任之合資人。則無執行業務之權利及義務也。日一一五無限責任之合資人有數名者。得由其中選任執行業務者一名或數名。是時執行事務。可依於執行業務者之過半數。又未定執行業務者。則各無限責任合資人。當執行業務之任。

三司理人之選任及解任 當以無限責任合資人之過半數決之。而不關於執行業務之定與不定也。日一一〇

四持分之辦理 無限責任合資人之讓與其持分也。須其餘無限責任合資人及有限責任合資人之承諾。然有限責任合資人。則得僅以無限責任合資人之讓與之讓與之。日一一二

五禁止競業。雖有限責任合資人。然據公司營業之成蹟。則有失其出資之虞。故必畀以監視之權。然有限責任合資人與公司之利害關係。則與無限責任合資人大異其度。故不得與不當執行業務之任之無限責任合資人。同日而論也。故加限制於監視權之行使。唯於營業年度之終。有重要事由之時。得裁判所之許可。得行其監視之權。如是限制其監視權。故有限責任合資人。通曉公司之內情頗難。隨而無須適用禁止競業之規定。故有限責任合資人不適用禁止競業之規定也。日一

第四款 合資公司之對外關係

一公司代表。乃無限責任合資人之權利及義務也。故以章程或總合資人之同意。而由無限責任合資人中選定代表者。固亦無妨。日一特未定代表者。則無限責任合資人。得各自獨立而代表公司。日一若夫有限責任合資人。則無代表公司之權利及義務也。日一

二合資人之責任

甲、無限責任合資人。就公司之債務。有連帶責任。是與合名公司之無限責任合資人無異。

乙、有限責任合資人。就公司之債務。除出資之外。無有責任。然爲無限責任合資人之行爲者。則保護於未知爲有限責任合資人之他人。須使與無限責任合資人。負相同之連帶責任。日一
一六

第五款 退公司

有限責任合資人。止於出資及受利益之分配已耳。非執行業務或代表公司者。故不以其死亡爲退公司之事由。得使其相續人代而爲合資人。日一
一七又社員雖受禁治產之宣告。亦無須使之退公司。故亦不認爲退公司之事由。日一
一七

第六款 停閉

合資公司。以有限責任之合資人。與無限責任之合資人。而組織之者。故有限責任合資人。或無限責任合資人之全體退公司者。則公司以缺成立之要素而停閉焉。

然有限責任合資人之全體退公司。而無限責任合資人之全員一致欲繼續而為合名公司者。則亦無須禁止。故當此之時。認其繼續為合名公司。可也。日一其繼續為合名公司者。須為解散合資公司之註冊。又須為設立合名公司之註冊焉。日一之五

第五節 股分公司

第一款 股分公司之觀念

股分公司者。謂以各股東而組織之商業公司也。

股東者。謂繳納股銀者。或承買股票者也。其責任。以其繳納或承買之股分金額為限。日一四之一

股分公司。商事公司也。得以營商之目的而設立之。茲舉股分公司之性質。如左。

甲、股分公司之資本。以金額而確定之者。股分公司之資本。由各股東出資而成。股東之出資。不限於金錢。亦有以金錢以外之有價物而為出資者。唯如是。必先評

定價值。又出資之分量。常以金錢爲比例。故由出資而成之資本。須於金額而確定之。乙、股分公司之資本。不可不各分別其股分。股分。乃分拆公司資本之單位。而股東於公司中之地位。皆本諸股分而定之。如一人而納數股者。則須從其股分之數。而優予以位分與權利。

丙、股份公司之社員。必須出資。而出資之目的物限於財產。社員之將出資也。至少須承認一股。其既承認之股份。有呈繳公司之義務。而無執行業務及理楚公司債務之義務。（公司之債務。唯公司之財產。爲其理楚之資。）

丁、社員於股分公司所有之股分。得自由轉賣他人。社員於股份公司中之地位。與其所承認股分之數。爲比例。不注重於人。故股分轉賣之自由。乃股分公司之特質。但得以章程禁之或限制之。日一四九

第二款 設立

公司之設立。以法人格予公司也。自此義觀之。私人不得設立公司。其得設立之者。

唯國家爲然耳。然法律則定一定之要件。其有具備者。廣予人格。則充實此要件之行爲。稱之曰公司之設立。凡所謂公司之設立者。即此義也。

一 設立之創辦 股分公司與合名公司及合資公司相異。至少須創辦人七名公司律一九〇日。凡欲設立公司。皆有爲之創辦者。然在合名公司及合資公司。無須設立之要件。而在股分公司。則須爲設立之要件也。蓋股分公司廣募附股人者。欲使多數之人。生出法律關係也。故凡設立之行爲。必須有任其責者。

二 章程之作成 章程之作成。創辦人之任務也。而創辦人於章程所得定之事項。無所限制。然必有章程中所不可不定之事項。是謂之章程之絕對的必需事項。雖非謂章程中必不可不定之者。然揭諸定款。則有有效力者。是謂之章程之相對的必需事項。

甲、絕對的必需事項如左日一。

一、公司之目的。即公司作何貿易。

二、名號。即公司名。

三、公司總共股分若干。及每股銀數若干。

四、董事所有股分之數。公司律無此規定

五、總號及分號之所在地。

六、公司設立後。布告股東或衆人之法。或登報。或通信。均須聲明。

七、創辦人之姓名住址。

八、創辦人之署名。

日本商法。於右所舉者。自一至八之中。苟缺其一。則章程即爲無效。然董事所有之股數。總號分號之所在地。及公司行公告之法。假令創辦人未將此數欸。定之於章程。則其章程亦非不爲無效。日後於創立總會或股東會議。得由章程變更之方法而決之。以彌其缺。日一

中國商律之絕對的必要事項。比之日本。相去不遠。唯有不載董事所有股分之數。

而獨舉創辦人每人所認股數而已。公司律一一

乙、相對的必要事項如左

一、存立時期及停閉之事由。

二、逾於股票所定數而刊發。

三、創辦人所當受特別之利益及受之者之姓名。

四、以金錢以外之財產爲出資之目的者之姓名。其財產之種類價額。及所與於此之股份之數。

五、歸於公司擔負之設立費用。及創辦人當受報酬之額。

右舉由一至五之事項。其定之與否。一任創辦人之意。又假令定之。而未載於定款。亦不得諉爲無效。唯對於公司無效力耳。又公司之存立時期及停閉之事由。關於公司之生命。爲最重要者。故定之者。必須揭諸章程之中。日後欲變更之。須依章程變更之方法而行。又逾每股銀而發行與否。於股分之募集。有至大之關係。故必須

揭之於章程。至三以下之款。則與之異趣。蓋在公司當設立之時。防其起欺詐耳。當夫公司設立之際。創辦人費其勞力及金錢。而當受相當之報酬者。亦理所應然也。然人往往貪不當之報酬。或竊稱特別之利益。或明稱公司之設立費。而暗占不當得之利者。此所屢耳者也。故凡定三以下之事項者。須揭之章程。但此章程。得於創立總會時而變更之。日一三五

中國商律。無記載如此相對的事項於章程中之規定。別據公告之法。如須招股。必先刊發知單並告白。使布告衆人。其知單及告白中。所應聲明者。則絕對的必要事項中一、二、三、五、七之五事項。與相對的必要事項中三款之事項也。其他所聲明者。則如左之二事項。公司律一六

一、現招股若干。及分期繳納之數。

二、創辦人爲所設公司。先與他人訂立有關銀錢之合同之類。

三、認股章程之作成者。不過於創辦人間有効力之契約耳。未足以爲公司之

成立。公司之成立。須有認股也。夫認股厥有二法。因而公司成立之期。亦有差異。甲、即時設立。創辦人認總股。公司即因之而成立。日一學者謂之即時設立。此設立之法。創辦人數爲多。且皆富於資力。而設立公司甚易。然據此設立之法。不要舉行創立總會。因而於開創立總會之前。不得使繳納第一次股銀。且不得選任董事及查賬人。故於日本商法第百二十三條。第一次繳納。設立後須速行之。其額不得下於股金四分之一。又董事及查賬人。設立後須速以創辦人之過半數。而選任之。又依此法。無調查設立公司之處置之機會。故當使裁判所選任之檢查役而調查之。而董事選任之後。須直請裁判所。選任檢查員。日一二四之二

乙、漸次設立。創辦人不認總股。則須新招附股人。日一三五凡公司無認總股者不得成立。故創辦人不認總股。則對於創辦人不認股之部分。不可不招附股人。然凡漸次設立者。如即時設立。僅有認總股者。則公司未成立。認總股之後。使繳納第一次股銀。開創立總會。待其終結。而始成立焉。日一三九

一、招附股人。招附股人之法。法律不限制之。故如招股之方法。創辦者得隨意定之。然附股人者。須記載其所認之股數於入股單上。按式填寫簽押。送交公司指定收單之處。依期繳納股銀。公司律三四於日本商法。恐有創辦者貪非分之利益。隱匿以欺衆股東者。則規定不可不訂明於入股單上之事項。其事項如左。日一六之二

一、章程作成之年月日。

二、章程之絕對的必要事項。日一及相對的必要事項。日二

三、各創辦人所認之股票數。

四、第一次繳納之金額。

中國商律。無此等之記載事項。然如須招股。必先刊發知單或告白。而使布告聲明於衆人。公司律一六

所謂入股者。乃請求乎。抑亦承諾乎。學者議論不一。然余所謂入股者。乃表示其所認股之意也。其與通常請求相異者。有應其所認之股數而擔負繳股銀之義務。日一

二七、公司
律三三

二第一次之繳納銀 依前述之法。而有所認總股者。則創辦入須速通知各附股人繳納其股銀。公司律四〇、日一二八之二及日一二九之一

認股者不繳納第一次應納之銀者。其處分法規。定於公司律四十一條。是時創辦入宜立一定期。在半月期內。通知於認股人。使其於期內繳納。倘仍延緩。則當褫其權利。認股人經此通知。猶不於指定之期間而繳納。則認股人。即失其股東之權利。創辦入可將其所認之股數。招人承買。得價不足。仍向原股東追繳。公司律四二、日一三〇

三創立總會

甲、創立總會之召集 第一期繳納之後。創辦入須速行召集創立總會。日一三然無認總股者。或有認總股。而在第一次繳銀未清之時。均不得開創立總會。即既開總會。則創立總會可歸無效。然貫此理論。實匪易。故使創辦入認其未認之股票。或使繳納其未繳之銀。以使創立總會為有效焉。日一三六

中國商律。無稱創立總會之會議。然據公司律第六十二條及第七十九條。有公司設立後。初次招集衆股東會議時。由衆股東。公舉董事及查賬人之事。其初次衆股東會議者。即日本商法之所謂創立總會也。故不可不認其實際有創立總會也。（今編中皆依日本之名詞。稱爲創立總會。其不依中國商律之所謂初次衆股東會議者。求省文耳。閱者諒之。）

乙、創立總會之權限如左

一、董事及查賬人之選任。公司律六二、七九、日二三三

二、章程之變更。及設立之廢止。

三、相對的必要事項中。第三號至第五號。所揭事項之變更。

創立總會。當行以上權限之時。須知其必要之事實。故創辦人須報告關於公司創立之事項於創立總會。日一三二然中國商律所認之創立總會之權限。未有如斯之廣濶。唯有公舉董事及查賬人。與酌定其酬勞薪俸耳。

四、設立之註冊。設立公司之時，須於其總號及分號之所在地而註冊之。而其期間，於即時設立者，在日本商法，則由其第一百二十四條所定調查完畢之日起，限於二星期內行之。（中國商律無此限定。）若漸次設立者，則由創立總會完畢之日起，限於二星期內行之。其所宜註冊之事項，如左。日一四二、公司律二一

甲、公司之目的、名號、及資本之總額、創辦人之姓名住址、及每股銀數之若干、乙、總號及分號。

丙、設立之年、月、日。

丁、定其存立時期、及停閉之理由、如無期限、亦須聲明。

戊、每股已交之銀若干。

己、開業前、定配分利息者、須記其利率。

庚、董事及查賬人之姓名住址。

今就于註冊事項、比較中國商律與日本商法、無甚等差、惟日本商法所認之註冊

事項中(己)之事項。中國商律無之。而中國商律所定之註冊事項中。第五號之事項。『所謂公司設立後。布告股東或衆人之法。或登報。或通信。均須聲明』等事。日本商法不認之。其所差異者。如斯而已。

第三款 股分

股分者。分拆公司資本之單位。而亦組織公司資本之單位也。至股東之權利義務。亦因其所有股數而定之。

一股份 股份乃謂分拆公司資本之單位也。

甲、股份銀數。必須畫一。不得參差。公司律二四、日一五之一。即所謂不得某股之額爲百圓。而

某股之額爲五十圓也。每股之銀額。不得在五圓以下。蓋因每股之銀額過少。則股票落於小資本家之手。而供其授機之用故也。

乙、每一股不得析爲數分。公司律二六。不得爲數分云者。每股必屬一人之意也。且不得割其股份之一部。轉讓他人。此股份之分割。與股銀之變更。不可混同而論。又

股份之分折。不可與股份之共有相混。股份之共有。乃公司律第三十七條所認。而共有者。須定對於公司。可行股東之權利者一人。日一四六一、公司律三七丙、股份不得合併。即不得合二股以上。而爲一股也。

二股票 股票者表股東之權利之證書也。在股分公司。由其資本團體之性質。而不可不認股東之轉賣。既認其自由轉賣。則不可不認其股票。然股東之權利非因股票作成而生。實有股東之權利。而後發行股票也。

甲、股票之發行 股票。非於總號所在地。行設立註冊之後。不得發行之。設立註冊前。所發行之股票。概歸無效。然因其無效而所生之損害。則須發行者賠償之。日一四七

乙、股票須記載定法之事項 據日本商法第百四十八條。附股人之姓名住址。非股票必須記載之事項。故爲無記名股票之一種而認之。而其定法之事項。如左。
一、公司名號。

二、公司註冊之年月日。

三、公司總共股分若干。

四、每股銀數若干。

五、股票之號數。及董事簽押。

六、股銀分期繳納者。應將每期所交數目。詳細載明。

中國商律與日本商法所異之點。有以附股人姓名住址。而爲須記載之事項。故於中國商律則無記名之股票者。不可認之也。公司律二八

三股東權。股份。有用爲所謂股東權之意者。此股東權之大要。由左舉之三種權利而成立。

甲、從法律或章程之所定。而參與公司事業之權。

乙、異其當分派利益之權。

丙、當公司停閉之際。異其分派所餘財產之權。

右之所舉。甲之內。如會議加諸決議之權。得與其餘股東獨立而行者。如小數股東。非與有一定股數之股東共同。不得行之。但有一定股數之股東。僅一人亦得行之一。公司律乙之權利。則於股東會議決議。當分派利益之時。股東始得與其餘股東獨立而行。是蓋所謂債權也。

四股票之讓與即股東權之讓與

甲、股東得讓與其權利於他人。日一四九、公司律三八股份公司乃資本團體。非注重於人者。故認讓與股票之自由。實理所應然也。唯不可不豫防全然供其投機之用耳。

乙、公司買回自己之股票。乃於自己之財產上有持分者。而其持分與財產。為經濟上同一之物。故公司不得言買回其股票。而特取獲財產。蓋因其交付之金額。供資本幾部分於犧牲者。是則資本薄弱。可謂有損公司之債權者矣。至公司以自己之股票。為抵押者亦同。故法律。禁公司買回自己之股票。或抵押所出股票。

公司律三九、日一五一之一

五股銀之繳納。股分公司得依一定之資本而設立。故爲之股東者。有辭出其資本幾部分之義務。蓋此出資之義務。僅對於公司有之。而股東對於公司之債權者。不直接負其責任。故股東緩納股銀者。公司之債權者。不得申請其繳納。

又此出資之義務。屬於法律之命令規定。故不得以章程或總會之決議。而變更之。或免除之。股東既納股銀。不得請其返還於公司。公司亦不得返還之。

甲、股東有繳股銀之義務。然其納交時期。公司定之。（或公司以定款定之。或單以總會之決議定之。）不可不向股東而催告。此催告須依通知之法。惟於應繳納期限之半月前。催告之。公司律四〇、日一五二

乙、股東至期而不繳納者。公司得請求損害賠償。及章程所定之違約金。又得於一定之期間內。通知股東所當繳納之旨。及再不於其期間內繳納。則須褫其股東權利之旨。既行此通知之後。股東猶不於其指定之期間內而繳納者。則褫其股東之權。公司律四一、日一五二之二

丙、股東於展限期內。不續繳股銀。公司可將其所認股數。招人承買。得價不足。仍向原股東追繳。公司律四二、四五三之三

第四款 公司之機關

股分公司。乃法人也。故其欲生存也。必藉意思以經緯之。不可無造作其意思。表發其意思。執行其意思之機關。其機關有三。即股東會議。董事及查賬人。是也。股東會議。乃造公司意思之機關。董事乃表發公司之意思。且執行之機關。查賬人則立於股東會議與查賬人之間。而監督公司內部之業務。及圖公司之利益之機關也。故學者。稱股東會議。曰意思機關。稱董事曰執行機關。稱查賬人曰監督機關也。

第一項 股東會議

股東會議。乃決定公司意思之機關。而股分公司之最高機關也。故得於其餘機關（如董事查賬人）之上。而指揮命令焉。然凡為公司之機關者。則公司所不得行之事項。即不得行之。如彼不予決議權於股東之決議。或公司停閉時。不分配所餘財

產於股東之決議。則皆歸於無效。

一 股東會議之專屬事項 凡股分公司之事項。一委之於董事及查賬人。不得謂爲有害。然於資本團體之重要事務。若委諸少數之人。則往往有損於公益。故不可不定股東會議所專屬之事項也。詳而言之。其所謂專屬事項。不可不經股東會議之決議。而立爲章程。然不得委之於其餘機關也。然如何之事項。可謂之爲專屬事項乎。曰關於公司基礎之重要事項。則可謂之專屬事項。舉之於左。

甲、章程之變更。資本之增減。決議權之變動。固爲最重大之事。然就他項比較之。又爲不甚重大之事。凡章程所定之事項。關於公司之基礎者。故宜盡歸於股東會議之專屬事項。公司律一一六日二〇八

乙、任意之停閉。章程中。於定其存立時期之時。倘於其期限已滿之前。而停閉之。是爲章程之變更。而入於甲之內。至未及章程之期。而停閉者。謂之任意之停閉。公司律一二〇、一二一之二

丙、董事及查賬人清理人之選任。公司律六二、七九、一二一、日之一六四、一六七、一八九

丁、利益之分派。日一五八

戊、公司之合併。公司律一一四、日二二二

日本商法之會議專屬事項中。決議之法有二。一則以股東在場者全數之半而決議。是謂之通常決議。一則以股東及股分全數之半而決議。是謂之特別決議。日二〇九

二二 然中國商律。則如斯決議之方法。未有區別。必須股東在場者有股東全數之半。其所得股分。必須有股分全數之半。不然。則登報並通知衆股東。限一月內。重集會議。從衆決定。公司律一一五

二股東會議之種類 會議分之爲二。曰尋常會議。曰特別總會議。

甲、尋常會議。每年於一定之時期開之。其開會之次數。每年定以一次。其在每年二次以上者。則分派利益之公司。每值分派之期。須開會一次。公司律四六、日一五七

於尋常會議所議決之事項雖多。然如董事所作之年報賬目。及查賬人之關此

年報等之調查。併配分派利益利息。公舉次年董事等決議。則須於尋常會議決之。公司律四八、日一五八、一九二

乙、特別會議。每於必須之時開之。其開會之次數及期日。不得豫定。公司律四三特別會議。公司遇有緊要事件。董事局可隨時招集衆股東。舉行之。

三、招集股東會議之辦法。召集股東會議。須遵行法律及章程所定之辦法。

甲、招集會議之通知。招集會議。須作一通知書。載明會議之目的。及會議所當決議之事項。於開會十五日內。分致之於各股東。公司律四七、五〇、日之一五六

乙、招集會議之權。凡董事及清理人。俱有招集會議之權。公司律四六、四九、一二四而股東無獨立而招集會議之權。然有股本十分之一以上之股東。則得記載會議之目的。及其招集之理由於文書。提出於董事。而請其招集會議。董事不可不應此請求。而招集會議。決無調查其招集應否之權。然若董事於其請求後十五日內。不豫備招集會議者。則請求之之股東。可稟由商部。覈准自行招集會議焉。公司律五〇

四決議權。決議權。乃股東權中之最重要者。故必每股。而界以一個之決議權。不許以章程奪之。唯有十股以上之股東之決議權。則得以章程而限制之。公司律一〇六二。股分公司。乃資本團體。注重於其出資。而不注重於股東。故其決議之權。得以代理人行之。然代理人所出憑證。應於三日。前送交公司總辦或總司理人查核。公司律一〇六。股東須各應其股份。而有決議之權。然自己加諸有特別利害關係之決議。則爲不當之理。故公司律第四百四條中禁之。公司律一〇四、日一六一之四。

第二項 董事

董事。乃執行公司意志之機關。而代表公司。執行公司業務者。全與會議相異。蓋乃常設之機關也。

一 董事之選任及解任

甲、董事須由股東中選任。試觀各國之法制。其選任董事也。有二主義。一爲祇欲得適任之執行業務者。並不拘求之於股東。一則注重於有利害關係於公司

事業之點。必由股東選任。中國商律及日本商法。乃採用後之主義。公司律六二、日一六四

乙、董事須於股東會議選任。不得以章程定之。公司律六九、日一六四 但第一期之董事。則於

創立總會選任。公司律六二、日一三三

丙、董事之員數。至少三人。至多不得過十三人。惟必須舉成單數爲合例。公司律六三

丁、日本商法。董事之任期。得以總會之決議。自由定之。然中國商律。董事任事之

期。以一年爲限。期滿即退。最初一年。應掣籤定留三分之二。以後按舉輪替。然如

人數不能合三分之二者。即取其相近之數。公司律六八、日一六六

戊、董事限定任期者。得以總會之決議而解其任。然董事遇有以下各事。雖不至

解任之期。亦即行退任。公司律七二、七三

一、倒賬。

二、被控監禁。

三、患瘋癲疾。

四、董事局會議時。並未商明他董事。接連三月不到者。

二、管理員之職務及權限。管理員乃執行公司之業務。而代表公司。故無論大小

應辦應商各事。總辦或總司理人。悉宜秉承於董事。公司律六七、日一六九、二七〇

甲、董事之執行業務。其得各別行之乎。抑非數人或非全員一體。則不得行之乎。

是得以章程或會議之決議。而自由定之。又得於董事中置一辦理業務之專務

董事。然若無特別章程者。則以董事之過半數決之。公司律九〇、日一六九

乙、董事之在內部執行業務。如前所述。然對於外部。代表公司而行法律行為之

時。則董事各有其代表之權。得各自獨立對於公司。而行法律行為。而加於此種

代理權之限制。不得抵抗善意之他人。而中國商律。則無如斯之規則。日一七〇、六二

三、董事之權利及義務

甲、董事之權利。得因其勞力。而受酬報。其額須以章程為定。其未定者。則以股東

會議定之。公司律六六、日一七九

乙、董事之義務。

一、董事須將章程及創立總會併股東會議之決議錄。存諸總號及分號。且股東註名簿及債原簿。亦須存諸總號。而股東及公司之債權者。於營業時間內。欲覽閱之者。須應其請。公司律一一〇—九日一七一

二、公司虧蝕。股本至半。應即招集股東會議。籌定辦法。公司律七六—一七四之一

三、董事有執行業務代表公司之全權。其通公司之情事。與合名公司之合資人同。故不得為與該公司相同之貿易。此等禁制。緣保護公司之利益而設。故得以股東會議之應允而解除。公司律七四、一七五之一

第三項 查賬人

查賬人乃公司內部之監督機關。

一查賬人之選任及解任

甲。查賬人須於股東會議選任之。公司律八〇、日一八九、一六四 雖第一期之查賬人。亦不得以

定款定之。

乙、查賬人須由股東中選任。查賬人之員數。以二名爲限。然如日本商法不敢限其員數。故得以章程自由定之。公司律七九

丙、查賬人之任事。以一年爲限。任期既滿。猶可再選。公司律八〇 而其任期定爲一年者。蓋較短。則彼不能盡其監督之任。較長。則不能與董事相親。盡舉監督之害。故定之爲一年。

二查賬人之職務 查賬人立於股東會議與董事之間。而以監督董事之機關也。故其任務。在公司內部。監督董事之行爲。詳言之。則監督董事遵奉法律及章程與否。遵守會議之決議與否。又董事提出股東會議之書冊。須調查之。而報告其對之意見於股東會議。以證其監督之實蹟。公司律八四、八一、八三

查賬人乃監督機關。故不可無監督之手段。爰揭如左。

甲、查賬人隨時須索營業報告於董事。又得調查公司之業務。及財產之狀況。公司

律八四、日
八一、

乙、查賬人見有要事。無論何時。均得招集股東總會。且得特選檢查員。使於此總會。調查公司之業務。及財產之狀況。日一此監督之方法。規定於日本商法。然中國商律不認之。蓋全不使查賬人招集股東會議也。

三查賬人之權利義務

甲、查賬人之權利。有因其勞務。而受酬報之權利。其額得以章程定之。若章程未定者。則以股東會議之決議定之。日一八九、一七九然中國商律。不以章程定之。必由股東會議酌定。是即與日本商法相異之點也。公司律七九

乙、查賬人之義務

一、查賬人乃公司之監督機關。而監督公司內部之董事以下。不能兼任董事。公司律八二、日一八四之一然董事中缺乏人員。則不得執行公司之業務。故於此時。經股東會議舉為董事。即開去查賬人之職。公司律八二

第五款 賬目

一利益之分派。公司原以營業爲目的而設立。故分派其純利之幾分於股東。亦當然之事。未聞有反對之立法例及學說也。然董事往往不應實際之利益而分配。或假言其事業隆盛。而使股票騰貴。因取以肥私囊。股東亦圖目前小利。不甚留意於公司事業之成蹟。而依股票之轉賣。以獲利益者。比比而然。是實股分公司之通弊也。故法律不可不設規定。以防此弊。

利益分派。於尋常會議決議之。然其爲之也。不可不計算贏虧之數。

甲、贏虧之數。以董事所提出之書冊爲基礎。而確定之。

董事於尋常會議。須提出記載如左事項於年報。公司律一〇九

一、公司出入總賬

二、公司本年貿易情形節畧

三、公司本年贏虧之數

四、董事局擬派利息並撥作公積之數

五、公司股本與所存產業貨物以及人欠人之數

凡此者應於十五日內分送衆股東查核。至開會時求其承認。公司律四五、四七、一九〇、一九二

董事須於招集股東會議前將結賬時所應用之一切賬冊提出與查賬人。公司律一

〇八、日又董事應於十五日前分存於總號分號任憑衆股東就閱。公司律一一、一九一

填補因損失而減少之資本。且扣除法定公積銀之後始得將存於法律上之利

益而分派於衆股東也。唯算此利益之法乃命令規定。雖以股東之同意亦不得

變更之。故公司對於股東約以支給一定之利息以保證其所宜分派利益之額。

若不扣除資本之填補及法定公積銀而分派利益者則公司之對於債權者遂

無分派之效力。公司之債權者得使股東返還之。公司律一一、一九五之二、

二、公積銀 備公積銀。有種種之目的。有因充推廣事業之用者。有因充分派利益

者。有因償還社債者。且此等公積銀須一任章程所定。法律不得強制之。故謂之任

意的公積銀。若夫公司所積資本。已達四分之一。則每次分派利益。至少須以其利益二十分之一。爲公積銀。此種公積銀。乃法律之所命。不得以章程而變更之。故謂之強制的公積銀。或稱爲法定公積銀。此項公積銀之目的。主使公司之財產。不下於資本之額。蓋慮將來虧折之年度。故於有利益之年度。豫爲積蓄一定之資金也。其用途在按照人欠人之數。而賠補其所損失。凡法定公積銀。不得用之爲分派利益之基金。又雖一營業年度之間。受大損失。其營業年度之利益。足以補之。則不得以法定公積銀。而爲填補。蓋法定公積銀者。乃填補按照人欠人之數而生之損失。故其額不一定。中國商律採用任意的公積銀法。故公司以章程定之。亦可得變更之也。

第六款 章程之變更

章程之變更。乃專屬於股東會議之事項。而欲變更此章程。須依所謂特別會議之法。其行此特別會議也。須須有股東全數之半及股分全數之半。若不及此定數。則

不得行決議。然往往以股東不滿其數。而致不能決議者。故於第一百十五條設一種權宜之法。無定數之股東蒞會者。則以既蒞會股東之過半數。而爲假決議。將決議之事登報。並通知衆股東。限一月內重集會議。從衆決定。然此假決議之法。特一種權宜之法。如公司非有重大事件。則不能適用之也。公司律一五、日二〇九之四。章程之變更畧如前述。茲更於章程變更之細目中。就股本之增加。而叙之。

一 股本之增加

甲、公司欲增加股本。必須衆股東得原定每股銀數繳足之後。方能舉辦。公司律一一七。蓋全股本繳納之前。當以納交其餘股銀爲足。而無須乎增加股本。若許其遽增股本。必生種種之弊竇。

乙、股本之增加。僅依新股發行之法而行。以是爲增加股本之一法者。乃使股東爲繳股銀以外之擔負也。是有背於股分公司之性質。

丙、因增加股本而發行之新股。得爲通常之股分。又得爲優先股。其爲優先股者

須載其旨於章程中。

丁、公司增加股本。其新股票因漲價所得之利。應歸公司。公司律一一八

股本增加之性質何如。學說互異。然余之所信。則以公司之一部立說爲最善。但全據是說。恐關於公司設立之規定。或不能盡適用之。蓋當此時公司既存。股本雖增加。公司則依然舊日之公司也。公司之機關。不因股本之增加而變動。蓋既無爲辦創人者。復無爲創立總會者也。然其性質上大有相似之處。故日本商法就設立之際。其所發行之股分及股票。其所規定之第二百二十七條至第三百二十條。第四百十條。第四百十二條及第四百十七條第三項。皆準用之。

第七款 停閉

一、停閉之事由如左。公司律一二〇

甲、公司期滿

乙、股東會議之決議。此停閉之決議。須依第一百五條會議例而行之。

丙、股東不及七人

丁、與他公司合併

二、停閉之註冊 準用合名公司停閉註冊之規定。

三、停閉之通知 公司因有停閉之事由而停閉。然其事由之發生與否。股東除由總會決議之外不得知之。又據會議之決議者。凡未臨會議之股東。亦不得知之。故公司當停閉之時。董事須速行通知其停閉之事於股東。唯倒賬之時。不在此例。蓋當是之時。不可不行特別之通知故也。

第八款 清理

股分公司清理之目的。與合名公司及合資公司之清理無異。清理人之職分四。即現務之完結。債權之聚集。債務之償清。及所餘財產之分派是也。又公司因停閉而失其營業之力者。亦當目爲於清理之圍範內。猶存續者。故爲公司機關之股東會議及董事仍存。唯董事失其職務。則清理人代之而已。

公司停閉時。除倒賬及合併之外。雖依清理而辦理公司之財產。然公司之設立爲無效者。則無公司之停閉。因而不可行清理也。蓋一旦開辦事業。而發見其設立之無效者。則得照停閉之時。而論行現務之了結。債權之聚集。債務之償清。及所餘財產之分派也。故日本商法得按照停閉之例。而行清算之辦法。是時裁判所須因利害關係人之請。而選任清理人。^{日二}三二若中國商律則無此規定。

清理之目的及清理人之職分。皆與合名公司無異。故準用關於合名公司清理之規定。然將如是空漠之規定。置諸弗問之列。則有生疑義之虞。故中國商律及日本商法列舉其所當準用之規定。^二^三且此外又於股份公司之清理。而設特別之規定焉。茲略叙之如左。

一清理人之選任及解任 清理人。章程中有特別規定者。先從其規定而定之。章程無特別規定者。則得於股東會議而選任之。然若章程無特別規定。又不於股東會議而選任之者。則董事即爲清理人。^二^二其不據以上之法。而決定清理人者。不

數數觀。如或有之。則商部派人清理。公司律一二一、一二二、一二三、一二六之二

於股東會議而選任之清理人。無論何時。得以會議之決議而解任之。日三二倘有

重要之事由。則有公司股本全數十分之一之股東。若以清理人辦理不善。可呈請

商部派人接辦。公司律一二三、一二八之二

二公司至於要清算之時。新賬目算結始於茲。向來之賬目算結銷於茲。故清理人

就職之後。須速行稽查公司財產之現狀。而將賬目算結。款項清還後。應開具清冊

招集股東會議。決定允准。方能了結。公司律一二二、一二七

三雖清算辦畢之後。然於十年之間。凡關於公司賬簿及營業之書信併理清書類。

均須保存之。公司律一二一、一二二、一二三、一二五

第六節 股分合資公司

第一款 股分合資公司之觀念

股分合資公司。其成立之原因。於經濟上與合資公司相同。其執公司之業務。以有

代表公司之權之無限責任合資人。與無此權利之有限責任合資人。而組織之。其有限責任合資人之出資。分之爲股分。其公司之設立。較之合資公司爲尤易。何則。凡有限責任合資人所當擔負之出資。分折之爲股分。得由小合資家而募集故也。若無資力者。則爲門外漢。是與合資公司實相同矣。且擔負無限責任之有資力者。立於表面爲股東。趨利避害。致有害於他人。亦事之所恆有也。如前述。股分合資公司。以無限責任合資人與有限責任合資人之股東而組織之。故無限責任合資人相互間之關係。無限責任合資人與股東間之關係。無限責任合資人與他人間之關係。及無限責任合資人之退公司。凡此諸端。均可準用合資公司之規定。唯必須之特例。須另設耳。餘如股分、股銀、股票、股東會議、及停閉、清理等事。其大體無以異於股分公司。故可準用股分公司之規定。惟特別規定數款。須股分合資公司。自行另設耳。日二
三六

股分合資公司。雖可用合資公司或股分公司之規定。然是固股分合資公司兼備

兩者之性質而然也。其須特別之規定明矣。茲叙之如次。

第二款 設立

一 無限責任合資人。有爲創辦人之權利。日二三七。若夫有限責任合資人之股東。則無爲創辦人之權利。無限責任合資人。爲創辦人。不可不作章程。而章程之必要事項。(苟闕其一則爲章程無效之事項)厥有數端。即公司之目的。名號。股銀之額。一股之金額。無限責任合資人之姓名住址。無限責任合資人之股銀以外出資之種類及價格。併評價之標準。總號分號之所在地。公司公告之法。及創辦人之署名等是也。日一三七。

二 即時設立。與股分合資公司之性質不相容。故無限責任合資人。必須募集附股人。而欲領受股分。須呈出入股分之書。其書中當記之事項。爲章程作成之年月日及章程直接必須之事。與間接必須之事。又無限責任合資人入股者。其各自入股之數。及第一次應繳銀亦須記載之。日二三三。日一三二。

三創立總會。在股分合資公司。則無限責任合資人。自當代表公司而執行業務。故不似股分公司。於創立總會。不選任董事。惟選任查賬人可耳。日二二、日二三、日二四又無限責任合資人。不得爲查賬人。日二三、日二四無限責任合資人。章程中無特別之規定。則可代表公司而執行業務。故不得兼任查賬人。且雖不代表公司。執行業務之無限責任合資人。而既爲無限責任合資人。則與代表公司執行業務之合資人。同其利害之關係。日二四三、日二四四故不得爲查賬人。

創立總會。乃入股者之總會。故無限責任合資人。不得出於此會。而加決議之列。如無限責任合資人。入股之時。以股之故。雖可得出於創立總會。而加決議之列。然若許之。則全爲無限責任合資人所左右。有背於使無限責任合資人。與股東總會相對峙。日二四之立法之精神。是不可以不禁。日二四然無限責任合資人。與公司同有重大之利害關係。故得出創立總會。而述其意見。日二四然無限責任合資人。無論入股與否。不附諸創立總會之決議。故其入股及其餘之出資。不附入於決議權

之算定。^{日二四}
〇之一

於創立總會。所選任之查賬人須查看日本商法第三百三十四條第一項所揭事項。
(即於股份公司創立總會監查員所當查看之事項)及無限責任合資人股銀以
外出資之種類。及格價併評價之標準。報告之於總會。^{日二}
四、股分合資公司。以創立總會之終結而成立。^{日一三九、}由其成立之日起。凡二星
期內。須於其總號或分號之所在地。而行設立註冊。

第三款 公司之機關

一 股東會議 股東會議。準用股分公司所立股東會議之規定。故合資公司所須
合資人全體同意之事項。(如定款、變更等)須得合資人全體無限責任合資人
及股東之同意。然如此。則於以股東多數為通例之股分合資公司。頗為不便。故依
各無限責任合資人之一致。與股東會議之特別決議焉。

股東會議。乃股東之會議。而無限責任合資人。不得附其決議。其為股東者亦同。而

其決議權之算定。無限責任資合人之出資及股份。亦不算入之。唯得出席於總會而述其意見耳。日二四○之二是與創立總會同焉。

二代表公司之無限責任合資人。章程中無特別規定者。則有代表公司之權利。且負其義務焉。日三六一、一〇九而代表公司之合資人定於章程者。唯此合資人可代表公司。固無待論。凡代表公司之無限責任合資人。相當於股分公司之董事。故可用董事之規定。日二三四然亦有不得悉用董事之規定者。各無限責任合資人。以章程及各無限責任合資人之一致及股東總會之決議。而有未定可代表公司之合資人者。則以有代表公司之權利。不得於股東總會而選任或解任之。又定代表公司合資人之最少數或定其最長期者。則與股分合資公司之性質不相容。

三查賬人。查賬人得用關於股分公司之查賬人之規定。日二三六之二然在股分合資公司。僅以股東會議之決議。而不得羈束代表公司之合資人。使之行股東會議之

決議。

第四款 停閉

一停閉之事由。停閉之事由。與合資公司無異。唯其無限責任合資人。如合資公司。以不得已之事由。不得請求停閉。日二 四六

二公司之繼續。總無限責任合資人之退公司。在股分合資公司。則為停閉之事。由。日二 四六然股東依特別會議。苟欲繼續其公司。則得以繼續。惟股分公司所必須之事項。不可不決議之。日二 五 七之一當斯之時。須於二星期間。凡於總號或分號之所在地。就股分合資公司。行停閉註冊。就股分公司。而行設立註冊焉。日二 四 七之二

三組織公司之變更。股分合資公司變為股分公司者。固不甚困難。且為實際上之必要。故特許之。其行之也。須各無限責任合資人之一致。及股東會議之特別決議。日二 五是時。股東之會議。須直決議組織股分公司所必要之事項。而行此決議也。無限責任合資人亦得應其所入股分之數。而行其決議之權。日二 五三

股分公司。無無限責任合資人。故變有無限責任合資人之股分合資公司。而爲股分公司者。則有害於公司債權者之虞。故公司就其組織變更。得債權者之承認。又償清債權者。或供相當之擔保。則組織之變更成矣。故公司於其後二星期內。須在總號或分號之所在地。以其股分合資公司行停閉註冊。而股分公司。則行設立註冊焉。日二五四

第五款 清理

清理之目的及清理行爲之範圍等。大體無異於股分公司。得用關於股分公司之規定焉。故茲僅就委分合資公司之特別之處而叙之。

在委分合資公司。使無限責任合資人與股東會議相對峙。以調和兩者之利益。故章程無特別規定者。則無限責任合資人之全員及其選任者並股東會議之選任者。各舉同數。爲其清理人。日三四八之一又無限責任合資人之選任清理人。則以其過半數而決。日二四八二又無限責任合資人中或有死亡。其相續者有兩名以上。則須擇定

一人以行其權利焉。日三
五〇

無限責任合資人所選任之清理人。無論何時。依得無限責任合資人之過半數而解其任。當決其解任之時。無限責任合資人之相續人有數名者。則須遴選可行其權利者一人焉。日二
五〇清理人就職。而其清理事務完畢後。所作清冊呈請於無限責任合資人及股東會議之承認。日二
五一

第七節 外國公司

外國公司。謂在外國而設立之商務公司也。抑人格者。因法律而定。決非自然存在者。自然人之人格。亦同爲法律之所界。僅於其法律範圍之內。乃有人格。古代於此種觀念。凡自然人出其國境。則無人格。即不得受法律之保護也。然近世德義之觀念與實際上之必要。不許其如斯。是以普認外國人之人格。外國公司同此例。不獨與之以人格之國。認爲法人。雖外國亦不得全然蔑視其人格。且如商務公司。雖普認其人格。亦無弊害。故各國普認外國商務公司之人格焉。而其能力。於條約或法

令無特別規定者。則與內國所設同種公司之能力相同。

外國公司。既如前述。謂在外國設立之商務公司。故雖於內國設總號。或於內國營商爲主要之目的者。若在外國設立。亦爲外國公司。故除特別明文之外。不得用此公司律之規定。然如斯者。在設立條件或監督寬大之國。則有先設立之。而後營業者。是不免有潛逃法網之虞。故雖爲內國公司。然既於內國設總號或以營商於內國而爲目的者。則與於內國設立之公司同。皆不可不使之從吾商律也。

外國公司。不有總號分號於吾國者。於吾國生法律之關係亦甚少。故不須設何等之規定。然既在吾國設分號。而關係於吾國法律既多。則必由保護公益之點。使知公司之情況。故外國公司於吾國設分號者。則須如吾國所設立之公司。使行同一之註冊及公告。且設分號於吾國之外國公司。須選定在吾國之代表者。在載之於設立註冊中。此分號設立註冊之效力。在得以公司而抵抗他人。其未呈報註冊之間。不得不認否其成立。是與普通之註冊而稍異其效力者也。

以上所述者。乃照各國之法例。而不過指示吾國當認外國公司之程度也。現時雖不見如此法規之發布。然於實際。外國公司接踵而起。內外貿易日益繁盛。於是乎。由保護公益之點。勢必不可於法律上認許外國公司而不爲之監督也。是故陳述對於外國公司之規定焉。

注意 以下第三編商之客體。至第五編海商。專據日本商法而說述。中國商律未有此規定。請讀者諒之。

第二編 商之客體（商行爲）

第一章 總則

第一節 商行爲

日本商法所認之商行爲。厥有四種。即絕對的商行爲。相對的商行爲。附屬的商行爲。及推定的商行爲是也。茲列叙其性質於左。

一 絕對的商行爲

甲、投機的買入行爲。因得利益而讓與之動產不動產。及有價證券之有價取得是也。日二六三之一

今請畧說明之。

一、此行爲之目的必爲動產、不動產、或有價之證券。

何謂動產不動產。此無待說明者也。若有價證券。則不能不一叙之焉。有價證

券者。謂其權利之發生、利用、執行、及消滅、或其使用及執行、有必不可與證券相離之關係。例如銀票、保險證券、及提貨單、是有價證券中、有生物權的效力者。如提貨單是。^{日三}三四又有僮生債權的效力者。如銀票等是。又有價證券中、有記名式者。有指圖式者。有無記名式者。

二、其行爲須有價取得。

有價取得。謂與對價而取得所有權也。故如先占、漁業、採藻、狩獵、及其餘由自己土地而收穫物產。如由相續及贈與而獲所有權。則不得謂有價取得也。

三、須有讓與他人之意思。

此讓與他人之意思。當取得之時。不可不存在。故當取得之時。因供自己之用而取得者。則其後雖讓與之。亦不得爲商行爲。若當取得之時。有讓與之意思。則日後雖變其意思。亦不防其爲商行爲。

乙、投機的賣却行爲。由他人而取得之動產。或有價證券之供給契約。^{日六二}三之一

茲畧叙之

一、供給契約之目的。必爲動產或有價證券。決不得爲不動產也。

二、必爲以轉移所有權爲目的之行爲。若契約之成立時。給付既訖者。則不得稱供給契約。

三、他日須有由他人而取得之意思。此意思於供給契約之時。必使存在。故轉移自己所有權之契約。非供給契約。若訂約之時。有由他人而取得之意思者。則他日雖給付自己之所有權。亦不防供給契約焉。

丙、以實行甲及乙之行爲爲目的之行爲。日二六三
之一及二

在投機的買入。以取得行爲爲先。他日讓於他人。是實行取得之際所存之意思也。又在投機的賣却契約。則以給付契約爲先。因後日履行其契約。而由他人取得者。是實行契約之時所存之意思者也。

丁、在交易所之交易。日二六
三之三

交易所。有交易股票及其餘證券之股分交易所。有交易米穀之米穀交易所。有交易事品之事品交易所。是等皆絕對的商行爲也。

戊、關於銀票及其餘商業證券之行爲。日二六
三之四

何謂銀票。於銀票篇說明之。至商業證券。則皆指事業上所使用之有價證券而言。商業證券必爲有價證券。然有價證券。不必爲商業證券也。其重要者。爲銀票、股票、債券、提貨單、預證券、及質票、保險證、裝貨證等。銀票及其餘商業證券之行爲。則謂其發行、裏書、及支給、等之行爲也。

二相對的商行爲。日二
六四

相對的商行爲。即營業之時之商行爲也。而各自獨立。則不得謂爲商行爲。若製物之時專以得資金爲目的。或勞役者之行爲。則不得爲商行爲也。日二
六四

一、以借貸意思之動產或不動產之有償取得、或賃借、及以賃借取得物、或賃借物爲目的之行爲。日二六
四之一

二、因他人而行之製造。或關於加工之行爲。日二六四
二之二

製造加工。非商行爲也。關此之法律行爲（即交易）乃商行爲也。

三、關於電氣或煤氣之供給之行爲。日二六
四之三

四、關於運送之行爲。日二六
四之四

五、作業或勞務之承辦。日二六
四之五

作業之承辦。謂一方約完結某種之事業。他方約對之而與報酬也。

六、關於出版印刷或攝影之行爲。日二六
四之六

七、以集客爲目的之青樓之行爲。日二六
四之七

八、交換銀及其餘之貿易。日二六
四之八

九、保險。日二六
四之九

十、寄託之承認。日二六四
之一〇

十一、關於中人或紹介之行爲。日二六四
之一一

十二、商行爲之代理之承認。日二六四

三附屬的商行爲。日二六一

商人因其營業而行之法律行爲。均謂之商行爲。故其行爲不得限定。

四推定的商行爲。日二六五之二

商人所行之法律行爲。類皆因乎營業者。其結果。得推定之爲商行爲焉。

第二節 代理及委任

一代理

甲、代理之効力。據日本民法之原則。代理行爲者。不有對於對手人。使代理人亦知爲謀本人之利益者。不生其効力也。然直以此原則而適用商行爲。則不免其不便。是故無論代理人亦知因本人而行與否。對本人均有効力。日二六六然此規定非害於對手人之精神。故對手人不知因本人而行者。則得請求履行於代理人。固無待論也。

乙、代理權之消滅。由委任之代理權。因本人之死亡而消滅。是爲民法之原則。然商法之所謂代理人。則爲營業者之代理。故不因本人之死亡而消滅焉。日二六八

二委任。受任者。必從委任之本旨。而辦理委任之事務。是爲日本民法之原則。若商業以營利爲目的。必須敏活。固受任者。必從委任之本旨。否則委任者。有不利之虞。然於不背委任之範圍內。雖未受委任之行爲。亦得使之焉。日二六七

第三節 契約

一申請。彼此接談。而爲契約之申請者。無論何時。皆得取消其申請。苟不取消之。則其申請依然繼續。是爲民法之原則。不可用之於主敏活商行爲之申請。故受申請而不直承諾者。則其申請即歸消滅。日二六九

二承諾。於隔地者。不定承諾期間。而申請契約。則不得取消之於相當期內。雖經過相當之期。迄於取消之時。得繼續申請。是爲民法之原則。然若用之於商事契約之申請。則與第一項同。爲酷於申請者。故經過相當之期。則申請即歸於消滅。日二七〇

而經過相當期之後。所發之承諾。當日之爲新申請焉。日二七〇之二

三 諾否通知之義務 申請者。不得由申請而縛束對手人。因而申請者。不得因申請而使對手人擔負諾否之通知義務。當申請之時。附記當行諾否之通知者。是亦爲民法之規定。若商人由主顧受其契約申請之時。則商人之信用上及慣例上。須使負通知諾否之義務。若商人怠此義務。可目爲既已承諾焉。日二七一

四 保管之義務 據民法之規定。契約之申請。品物之送付。均無保管之義務。然商人受屬於其營業申請契約之際。亦被托物品之送付。是實際上所恒有。縱令商人拒絕其申請。而其物品必以自己之費用而保管之。亦常有之事。是故當是時商人不可必不保管其物品焉。然其保管乃由申請而來。故其保管費用。可使申請者擔負之。日二七二

第四節 連帶之推測

據民法。使數人共擔負債務者。則採分擔主義。而不取乎連帶之法。然由商行爲而

生之債務。則採連帶負擔之主義。日二是蓋重於商業上信用故也。故有數人之債務者之時。得對於其一人。而使要求債權全體。又其數人所爲之一行爲。雖爲其一人爲之者亦各自負連帶之債務焉。

第五節 有債主義

商業之性質。以營利爲目的。故於商事。當取有債主義。固無待論。

甲、商人於其營業上。因他人而法律行爲。或供勞役者。得請求相當之報酬。日二
四七

乙、商人間金錢之消費、借貸。或商人於其營業之範圍內。爲他人而交付金錢。則貸主或支付者得請求法定利率。日二
七五

第六節 債務之履行

一履行地 履行之地方。據民法之規定。當事者未表示特別之意思。則特定物之支付。於其債權發生之時行之。其餘辦畢。則可在債權者現住之地方行之。然當行

商行爲之際必在債權發生之時。於其物存在之地方行之。則甚爲不便。何則。商人各有其營業所。皆於此營業所而行各種之行爲。故商事必以住所爲履行地。稍不免於不妥。又指圖債權。無記名債權。及持來人付債權之辦畢。則債務者不能知債權者之爲誰。故不可不設特例。所以商法中定履行之地方。今錄日本商法所定者如左。日二七八、二八〇。

甲、指圖債務、無記名債務、及持來人付債務。

履行是等債務。須在債務者之現時之營業所行之。（在分號所行之貿易。則以其分號爲營業所）若無營業所。則於其住所行之。

乙、指圖債務、無記名債務、及持來人付債務、以外之債務。

是等之債務。其履行地首須因其債務所生之法律行爲之性質而定。次須因當事者之意思而定。其不依此法而定者。如左兩例。

一、特定物之支付。於其物之存在地方行之。

二 特定物支付以外之履行。於債權者現時之營業所行之。若無營業所。則於其住所行之。

二 履行之時

甲、履行時間。債務者無論何時。亦得履行。又債權者無論何時。亦得請求履行。若法令或習慣上。有定貿易時間者。限於其貿易時間內而履行之。或得請求履行。日一
八三

乙、指圖債權。無記名債權及持來人付債權之履行期。雖為證券所定之時期。然此種之債務。多不能知債權者為何人。及其所居為何處。故經過限期則直可不負其責。苟雖經過限期。然債權者持有證券。因呈出其證券。而請求其履行者。亦無不任遲滯之責。二七九、
二八〇

丙、持有指圖證券之人。喪失其證券時須公示聲明之。使其證券為無效。然由公示至於判決除權之間。(以證券為無效之判決者)須費許多之時日。其間債務

者有蕩盡其目的物或財產之虞。故債權者。得使債務者託供其目的物或相當擔保。而使債務者從其證券之本旨而履行之。日二

第七節 留置權及質權

據日本民法之原則。債權者。留置屬於債務者之某物。其債權與其物必要有一種連絡。然以連絡爲切要者。非確實商行爲上債權之道也。故日本商法。商人間因商行爲而生債權債務之關係之時。則所歸其占有之債務者之所有物。不拘無連絡。直得悉行留置之。然有表示特別之意思者。則可依其意思。固不待言。日二

日本民法嚴禁流質。蓋債務者急於得金。不得不一從債權者之意。債權者乘此而結流質之約。以恣其貪婪。因此弊害而有此禁令。學者猶有非難之者。何也。蓋因得金之急。比之於約流質者爲大。則約流質不過避大害而就小害。故無禁之理由。況夫商事必重契約之自由。故由商行爲所生之質權。不可用禁止流質之規定焉。日二

第八節 時效

據日本民法之規定。債權之時效期間。長則爲二十年。短則僅一年。然商行爲之性質上不得認如斯長期之時效。故因商行爲而生之債權。以五年之時效而消滅爲常。由各種之商行爲而所生之債權。既定特別之時效者。皆可依之。固無待論。又此五年之時效。適用民法之時效。則失之長。故日本商法特設之。第於民法及其餘法令。而設較短之時效者。則可依之也。日二八五

第二章 買賣

商事買賣與民事買賣同。一方則轉移所有權。一方則供代價之契約。雖概從民法之規定。然商業以簡易迅速爲主。市面變動頻繁。故商事之買賣與民法相異。須設特別之規定焉。其應此必要而設之規定如左。

一 賣主不問提供目的物之交付與否。買主拒其收受。或不能爲領受者。則賣主如左二例。

甲、得供託其物。而免債務。日二八六之一

乙、定相當之期間。而向買主催告其收受。買主如不應。則得拍賣之。其物易毀損者。可不催告而直拍賣之焉。日二
八六

拍賣之時。賣主須速通知買主。其所得之金額。須供託於裁判所。

二、買主賣主俱爲商人。而買主收訖其目的物時。須速檢查之。而通知其瑕疵及其量數之不足。量數之不足雖得直行檢出。而瑕疵則未易檢出。故不能直發見之瑕疵。當以六個月爲之限。日二八
八之一買主意此義務。則失其民法上所有之契約解除權。及減退價銀或賠償損害之請求權。

買主收訖其目的物直檢查之。發見其所隱之瑕疵。通知之於買主。而其瑕疵不能達契約之目的者。則買主得解除其契約。日二
八二斯時買主不可不保管其目的物或供託之於裁判所。若目的物有失滅毀損之處。經裁判所之允準拍賣之。而可保管供託其價銀。惟其行拍賣者之時。須通知之於賣主。此保管或供託。乃因賣主之利益而起。故其費用。賣主當擔負之也。日二
八九

第三章 交互結算

交互結算。乃就商人間或商人與非商人間。由一定期內之貿易。而以所生之債權債務之總額。而行相殺或支給之契約也。日二

一交互結算契約之當事者。不可不於一方有商人。若不有商人。則不得訂此契約。

二交互結算。乃就一定期內所生債權債務之總額。而行相殺或支給之契約也。

三交互結算之爲目的之債權債務。必須爲由貿易而生之債權債務。而由貿易而生之債權債務。皆爲交互結算之目的。如銀票及其餘商業證券之貿易。亦可編入交互結算焉。

交互結算。乃以當事者之信用爲基礎之契約。故當事者無論何時。得解除其契約。解除其契約後。直可停止其結算。其迄於停止前所生之債權債務之總額。亦相殺之。其殘銀則債權者得直請求之焉。日二

第四章 匿名組合

一匿名組合之觀念。匿名組合。乃當事者一方。因他人之營業而出資。以分配由其營業所生之利益之契約也。日二九七

甲、須有供出資者。供出資者。名曰匿名組合員。無論其爲個人。爲公司。又有數人出資者。應其出資者之數。而成立匿名組合。

乙、須有營業者。凡因各商行爲而出資者。非匿名組合也。

丙、須他人之營業。因己之營業而出資。亦無生法律關係者。此營業之主人。名曰營業者。

丁、須供出資。在匿名組合。其營業乃營業者之營業。而因其營業而出資者。故其出資歸於營業者之財產。日二九八而營業者獨當執行業務之任。故組合員之出資。限於金錢及其餘之財產。不得以勞務或信用。爲出資之目的。日三〇四、一〇八

戊、分配利益之必要。組合員必不可不與於利益之分配。凡相約而不分配利益者。非匿名組合也。然損失之分擔。則非匿名組合契約之要素。

二 匿名組合員與營業者之關係

甲、組合員惟有擔負其契約所定出資之義務。決弗擔負執行營業之義務及權利也。日二〇四、一一五

乙、組合員之出資。因損失而減者。非經填補。不得請求利益分配之。日三〇〇若一旦分配利益之後。不問既收受之與否。雖出資減少。亦得請求之。固不待言。

丙、營業者從其契約中所定之目的。有使用之之義務。

三 匿名組合員與他人之關係 營業爲營業者之營業。而營業者乃代表組合員。非行商行爲也。故組合員。就營業者之行爲。無向他人得權利負義務者。日二九八之二然組合員。用其姓名於商號之中。或應允已之商號。使用營業者之商號。則其用後所生之債務。須與營業者連帶而任其責。日二九九

四 匿名組合之終局

甲、終局原因。

一、解除。有不得已之事由。各當事者。不問其存續期間之定與否。無論何時。得解除其契約。日三〇 一之二 又雖無不得已之事由。然無定存續期間或某當事者定存續於終身間。則各當事者。於六閱月前豫告。得於營業年度之終。而解除契約。日三〇 一之一

二、事業之成效。或不能成效。日三〇 二之一

三、營業者之死亡或禁治產。日三〇 二之二

四、營業者或匿名組合員之倒賬。日三〇 二之三

乙、組合終局則營業者不可不退還其出資於匿名組合員。若因損失而減其資者。則退還其餘銀。斯已足矣。日三〇 三

第五章 代理營業

一代理營業之觀念 代理營業謂以代理或媒介附屬於一定商人之商行爲營業者。而此業遂謂之爲代理商。如保險申請處是也。

甲、代理營業亦一營業也。故雖代理或媒介於各商行爲。皆不謂之代理營業。又使用人平素雖代理或媒介於主人之商行爲。亦非爲營業者。故不得謂之爲代理商。

乙、代理營業乃以代理或媒介於商行爲爲營業者也。故雖代理或媒介非商行爲之法律行爲。亦非代理營業也。

二代理商之權利

甲、代理商因其商行爲而所生之債權。得留置爲本人所占之貨。

乙、被委託賣貨之代理商。販賣其貨物之時。有受關於其貨物之瑕疵或其量數之不足等通知之權限。隨而就是等之件。由買主而通知於代理商之効力。與所行之於賣主本人之効力亦相同。日三
九

三代理商之義務

甲、凡代理商。代理或媒介其商行爲之時。必須速通知本人。日三
七

乙、代理商不得爲自己或他人行屬於其本人營業部之商行爲。及不得爲以同
情營業爲目的之公司無限責任合資人。日三八

四契約之解除 本人與代理商間之契約。不問其有定期與否。凡有不得已之事
由。則當事者無論何時。得解除其契約。日四〇

第六章 中人營業

一 中人營業之觀念 中人營業。謂以媒介他人之商行爲爲業也。行此營業者。名
曰中人。日三五

甲、中人營業雖媒介商行爲於他人間。然非以此媒介爲業者。即非中人營業也。
乙、中人營業。媒介商行爲之營業也。故媒介非商行爲之法律行爲之業者。非中
人營業也。又中人止爲商行爲之媒介耳。故不由其媒介之行爲。而直接得權利
負義務。固無待論。

二 中人之權利 中人媒介他人間之商行爲。乃其營業範圍中之行爲。故得就此

行爲而請求相當之酬報。日二擔負此種酬報者有其特約，則照約而行。無特約者，則各當事者平分而擔負其一半。日三一 二之一

三、中人之義務。中人供其媒介之樣本，由其媒介行爲而所生之權利義務之關係未消滅之間，有保管之義務。日三○七蓋樣本者，彼此相爭之時不可缺少之者也。

第七章 牙行營業

一、牙行營業之觀念。牙行營業即以自己之名爲他人，而買賣貨物之營業也。日三
二、執此爲業者，謂之牙行。其人謂之委託者。

甲、牙行營業，以買賣貨物爲業也。故非買賣貨物之商行爲，縱令爲他人而用己名，亦非牙行營業也。

乙、牙行之買賣貨物，因他人而爲之。因他人云者，謂依他人之結算爲之之意也。
丙、牙行之買賣貨物，以自己名而爲之。故牙行由其買賣，而須對於對手人得權利而負義務。日三一 四之一委託者則無對於他人而得權利負義務也。牙行者與代理人

或代理商。唯於此點不相同耳。

二、牙行與委託者之關係。牙行與對手人之關係，乃普通法律行為之當事者之關係。委託者與對手人之間，則不在何等之法律關係。茲專就牙行與委託者之關係而敘述焉。

牙行與委託者之關係。本買賣之委託。其爲一種之委任契約上之關係也。蓋無庸疑。

甲、牙行之義務

- 一、牙行販賣或購入貨物之時。須速通知其旨於委託者。日三三九、三七一
- 二、牙行販賣或購入貨物之後。對手人不履行其債務者。自不可不爲其履行。
- 三、牙行不得背乎委託之本旨。是非牙行特別之義務。日二六七若牙行背此義務。委託者由指定之金額。以廉價販賣。或以高價購入。則牙行不可不任其責。

乙、牙行之權利

一、牙行因委託者。爲之販賣或購入而所生之債權。既代委託而占有之。則不問其原權何如。得以留置之焉。日三、九、四一、

二、牙行受購入委託之時。委託者拒其貨物之收受。或不能收受之者。則牙行得供託其貨物於裁判所。或催告之後拍賣之。

第八章 辦輸營業

一辦輸營業之觀念 辦輸營業者。謂以己名而紹介輸貨之營業也。其爲此營業者。謂之辦輸人。蓋亦商人之一種也。日三、二一、四、二六、四之。蓋辦輸營業乃紹介輸貨之營業也。輸貨之紹介者。謂依他人（委託者）之結算而訂輸貨契約或委託輸貨契約於他人也。是辦輸人與運輸人相異之點也。

如上所述之辦輸營業。乃以己名爲他人。而紹介輸貨之營業也。其性質與牙行營業相同。故日本商法關於牙行營業之規定。凡不背乎辦輸營業之性質。或關於辦輸營業。無特別之規定者。皆準用之。日三、二、一之二

二 辦輸人之義務

甲、辦輸人受委託而紹介輸貨之時。關於行路、選擇運輸人、及訂立運輸契約等諸務。必豫爲酌量其當留意者。^{日三二之二、三一四之二、}

辦輸人關於輸貨之收取、支付、保管、運輸、及其他諸務。若因疏忽而致損失。須任其賠償之責。斯時之損害。因辦輸人之過失而定。故辦輸人無證明其不怠留意之緣由者不得免其責。^{日三}而其貨物到彼地之後。則辦輸人須因運輸契約而負擔於委託者之義務。以是而負擔於受貨人。^{日三三〇、三四三之一}

乙、辦送人之責任。除有惡意之外。比普通時效。依較短時效而消滅。其定此短期時效之理由。有三。一、商事之完畢須迅速。二、其過失之有無。經時既久。則不能全然證明。三、輸貨之時。辦輸人、運送人、仲人等。多數人關係之。故其間之求償權。須因短期之時效使消滅。是以辦輸人之對於輸貨之消滅、毀損、或遷延之責任。經過一載。即歸消滅。

三辦輸人之權利

甲、辦輸人得就其商行為而求酬報。日二此與牙行無異。此種酬報非支付貨物於運送人之後。則不得請求之。日三其以辦輸契約而定運輸之費者。其酬報乃括於運輸費之中。其無特別約或特別之商習慣者。不得別請求其酬報。日三

乙、辦運人其對於委託者之各種債權。不得留置運輸之品。唯關於運送品。因所宜領取之酬報及運送費等。得留置其運輸貨。日三

丙、辦輸人乃以己名而與運送人訂立運送之約。故對於運送人。唯辦輸人有其權利而負其義務。故辦輸人對於運送人。而履行其義務者。則得取運送人之權利。日三

丁、辦輸人。數人相繼而紹介運送者。必代前者。行使屬於前者之權利。日三例如有之債權中。日三

戊、辦輸人對於委託者（送貨人）所有之權利。受貨人既收了其貨物。則其權利遂對於受貨人而有之。日三〇之三、四三一

己、辦輸人對於委託者或受貨人所有之債權。經過一年。則因時效而消滅。日三二九
辦輸人所有之債權。有酬報、運輸費、前貸立替等之各種。是種之債權。各由其履行之期。經過一年而消滅。蓋各債權非同時消滅者也。

第九章 運輸營業

運輸營業者謂於陸上或湖川港灣而運輸貨物或旅客之營業也。爲此營業者謂之運送人。日三一

甲、運輸營業。乃運輸貨物或旅客之營業。其運輸之貨物。謂之運輸貨物。其運輸之旅客謂之運輸旅客。

乙、運輸營業。行之於陸上或湖川港灣者。故於海上。運輸貨物或旅客者。須從海商篇之規定。非茲所謂運輸營業也。

第一節 運送貨物

(一)運貨契約之觀念及其訂定 運貨契約者。謂當事者之某人。約於陸上或川湖港灣。而運送貨物。又他人約其給付運費之雙務契約也。以如斯運送爲業者。謂之運送人。

運送契約。於運送人與委託運送人之間。所訂立之契約。而以當事之合意而成立者。非要式契約也。運送人必爲商人。若受貨人。則不問爲商人與否。又運送人得自爲受貨人。

運送契約。雖非要式契約。然通常用兩種之書式。

甲、送貨單 送貨單者。因運送人之請。送貨人製之。其記載事項。如運送品之種類、重量、及容積、其包裹之種類、件數、并記號、運往之地、受主之姓名或商號、製成送貨單之地、及其製成之年月日、由送貨人署名於中。日三三

此送貨單。非運送契約之要素。唯不過送貨人與運送人之間。證明運送契約之

成立耳。而送貨人者。謂與運送人訂立運送契約之委託者也。故經辦輸人之手。而運送貨物者。則辦輸人即送貨人也。

乙、提貨單。提貨單者。運送人須負與其提貨單交換。而交付貨物之義務。即有價之證券也。此證券。如有送貨人之請求。則運送人須即交付之。^{日三}如運送品之種類、重量、及容積、并件數、記號、運往之地、受主送貨人之姓名或商號、運送費、提貨單之作成地、及作成之年月日、并運送人之姓名、皆其證券中當載之事項。^{日三三三三之}

製成提貨單。即運送人與受貨人之關係。皆因其證券而定。^{日三}此證券中所未載之事項。雖定之於運送契約。然對於受貨人亦無其効力。^{三四}

提貨單之讓與。有物權的効力。^{日三}而使提貨單之讓與有効力者。須作裏書而讓與之。^{三五}裏書謂記載讓與之旨於提貨單背面。

(二) 運送人之義務

甲、運送人於正當之時期。毋失滅或毀損其運送品。庶可交付於受貨人或受讓人（發行提貨單而受貨人讓之於他人之時）。

若運送人背其義務。而滅失毀損運送品。或致遷延。則必任損害賠償之責。斯時滅失毀損或遷延者。不有證明運送人。或辨輸人等。無疏忽之處者。則不得免其責。日三三七

乙、對於其餘運送人之行為之責任。運送契約之一。故凡無特約者。則運送人不自運送其貨物。而得使他運送人運送之。如斯數人相繼運送者。則各運送人。對運送品之滅失毀損或遷延。須連帶而任其賠償損害之責。日三三九

丙、從送貨人或受貨人之指示之義務。運送品。以在送貨人之處分權內為原則。故送貨人向運送人而請求運送之中止。運送品之退還等。則不可不應允。日三四
四一、運送人未製成提貨單。則雖貨物到於彼地之後。受貨人請求其交付之間。可必從送貨人之指示。日三二又運送人製成提貨單者。則運送人非遇送貨人

退還提貨單。則無應其請求之義務。反必從持其提貨單者之指示焉。日三四之二一

丁、交付運送品之義務。運送人於正當之時期。則可必於其所擬運抵地。而交付其貨物於受貨人。運送人作成提貨單者。則必交付於其持單主。

運送人。不能確知受貨人。或因交付運送品。而啓爭端者。當如左例。

一、運送人得供託其運送品於裁判所。日三四五之一、三四六之一

二、得拍賣其運送品。凡易損敗之物。得直行拍賣。若有其餘物件。則必按一定之條件。日三四五、三四六

運送人供託或拍賣之者。須速告其旨於送貨人及受貨人。如未能確知受貨人。則僅告送貨人亦可。日三四五、三四六、三四七、二八六之三

戊、運送人或有數人。而相繼運送者。其代理前運送人之權利之義務。後之運送人。當交付運送品之時。凡未訂特約者。則有行使前運送人之權利之義務。又如後之運送人。向前之運送人。已辦畢其運費。及其餘費用之時。（此事於互通

聯絡之運送人之間。屢有所見。則後之運送人。得取前之運送人之權利。日三
四二

(三)運送人之權利

甲、運送人。得請求運送書之交付。日三
二二

乙、運送人。得請求運送契約所定之運費。其契約未定。則依商習慣而定。無商習慣者。則對受貨人。而請求相當之運費。及其一切之費用。惟是此等債權。交付運送品之後。始得而請求之。

運送品。不於最初所定運往之地而交與者。則運送契約雖既經訂定。運送人依其既運送之率。得請求其運費及其他費用。日三四
二之一

運送品之全部或一部。因不可抗之力。而消滅者。運送人不得請求所滅失部分之運費。且其既收了運費之全部或一部。亦不可不返還之。日三三
六之一若夫運送品之全部或一部之滅失。係出諸運送品之性質。或瑕疵。或送貨人之過失。則運送

人得請求運費之全部。日三三六之二

丙、運送人因運送品之留置而得擔保之債權範圍。與辦輸人之規定者亦無以異。日三四九、三四四、

丁、運送人對於送貨人及受貨人之債權。與辦輸人之規定亦無以異。皆因一年之时效而消滅焉。日三四九、三二九、

第二節 運送旅客

(一) 旅客之觀念 旅客運送契約。乃於陸上川湖港灣。而運人之契約也。其被運送之人。名曰旅客。例如甲之運送人與丙約。由上海城內將乙運送。至美租界。則丙為旅客。而乙非旅客。而乙何時為旅客乎。是不得以契約成立之時期而定。何則。運送契約訂定之後。往往遲至數日。而始運送。此定期航船所恒見者也。雖運送契約成立之時即行運送。然使被運送之人。拒而不受。則不得謂為旅客。故吾人亦不得以運送契約之履行期。而定旅客之時期。蓋吾人為旅客之時期。乃欲被運送者。即欲

被運送。不可不在運送者允諾之之時。例如欲乘火車之人。至火車站而買票。以待次回之發車者。即旅客也。

(二) 運送人之義務

甲、運送人對於旅客身體之責任。運送人當運送旅客之時。不必施相當之留意。日三五〇之一而所以需其留意者。以關於人命也。運送人若不注意。而及害於旅客。運送人必須賠償之。抑旅客因運送。而受損害者。當爲本諸運送人或其使用人之過失。故非運送人證明自己或其使用人。未闕於相當之注意者。則不免其賠償損害之責。日三五〇之一

斯時。定賠償損害之額。裁判所得酌量其被害者及其家族之情況而定。日三五〇之二
乙、運送人對於旅客所攜之物。須負其責任。此種責任。運送人因旅客之交付手攜物與否不同。

(一) 運送人受其交與者。運送人對於其手攜物。不問曾受運費與否。與運送

貨物人。負同一之責任。日三五
一之一

(二)運送人未受手携物之交與者。手携物之遺失及毀損者。則運送人惟於自己或其所用人有過失之時。乃任賠償損害之責。其過失。則以旅客之指明為斷。日三
五二

第十章 寄託

第一節 總則

寄託者。當事者之一人。為對手人而為保管之契約也。其效力。因物之交付而生。

寄託以適用民法之規定。為原則。然商人於其營業之圍範圍內。而受寄託者。有必其設特例也。須因商人之種類。而區別之。

(一)以客之來集為目的者。而(二)以外之商人。於其營業之圍範圍內。而受寄託者。則須注意。日三
五三、

(二)以客之來集為目的者。而(一)以外之商人。(例如棧店飲食店浴室等之主人)

(甲)收自外客寄託品。則主人於其物之遺失或毀損。必任賠償之責。日三五此種商人得免此嚴重之責任者。唯寄託品之遺失或毀損。證明因力不能禦之時爲然耳。日三五
四之一

(乙)其在高價之品。除客明告其種類及價額(此明告限於寄託之際)者之外。其主人無須賠償其因物品之遺失或毀損所生之損害。三五

上述營業人之責任。除主人有惡意外。以一年之時效而消滅。日三五
一及三

第二節 倉庫營業

一倉庫營業。乃爲他人保管其物品於倉庫之營業。而爲此營業者。謂之倉庫營業。日三
五七

二倉庫營業者。與託存者所訂之寄託契約。乃無式契約。其條項。當事者得自由定之。若有託存者之請求者。則必交付備具定法事項。日三之受託券及抵押證券。日三
入五是兩券須同時交付焉。

受託券乃受託寄託物之證券。而同時代表寄託物者也。申而論之。乃爲有債權及物權之效力之指示證券。四三六而抵押證券。則因供抵押寄託物之用而作之證券也。而法律認此兩者。不使持有證券之人。失其讓與寄託物之機會。而使享受抵押之便而已。

倉庫營業者與寄託者之關係。雖作受託券及抵押券之時。非僅因此等證券而定者。然倉庫營業者與其所持人之關係。則僅因此證券而定。日三六二又受託券之裏書。與寄託物之讓與。有同一之效力。日三六五

三倉庫營業者之權利義務

(甲)倉庫營業者於保管其託存物。必須加以相當之注意。其因怠此注意。致寄託物之遺失或毀損者。須任賠償之責。是時。如辦輸人及運送人等。非證明曾加相當之注意者。則不得免其責。其使用人之行爲亦然。日三七六

(乙)倉庫營業者。若已定保管之期。則於其期中保管之。其未定之者。則由寄託物

入庫之日起。凡六個月。必爲之保管。日三七八

(丙)倉庫營業者。有退還寄託物之義務。若作受託券及抵押券之時。非與之交換。則無須退還。日三七九而倉庫營業者。不拘提供寄託物之退還。寄託者或受託券之持有人。拒其取受或不能取受者。則準用買主拒其請取或不能領取之時所立之規定。日三八一、二八六

(丁)倉庫營業者。有請求其酬報及其他費用之支付之權。日二七四若非託存物出庫之時。則不得請求之。

第十一章 保險

第一節 保損害

第一款 總則

第一項 保損害之觀念及其訂定

保損害之契約。乃填補當事者一人偶因一定事故而所生之損害。對手人對之。而

與一定之酬報之契約也。

一保險者 約填補損害之當事者。謂之保險者。保險者。以公司爲通例。然一個人亦非不得爲保險者。蓋保險乃相對的商行爲。日二六然不以此爲營業。則非商行爲。故受適用商法之保險者。必爲商人。如彼相互保險。由其釀出之金額而論。則立於保險者之位置。而由其請求其損害之填補之點而論。則立於被保險者之位置也。蓋是乃一種之無名契約。而非以營利爲目的者。故不得謂之商行爲。然其爲保險者之權利義務。及爲被保險者之權利義務。則與商行爲之保險契約相同之處甚多。故凡無背於其性質者。舉得用關於保損害之規定也。日四 一八

二被保險者 受損害之賠償者。謂之被保險者。被保險者。以保險契約之當事者爲通例。而保險契約者。因他人之利益。而訂保險契約。則他人即爲被保險者。日四斯時被保險者。止得取由保險契約而所生之利益。日本民法 五三七故保險費須由保險契約者支付之。日四若保險契約者。忽遭倒賬。被保險者。亦不棄其權利。而不可不

支付其保險費焉。日四〇六

三被保險之利益 保險乃賠償損害之契約。故損害之生。即有被損害之利益。此利益名曰被保險之利益。此被保險之利益。得以金錢估計之焉。日三

四保險費 對於填補保險者之損害之契約。而予以酬報。名曰保險費。保險費。據保險契約所定。或一時。或分數期。而支付之焉。

五危險 侵被保險之利益。而生損害之事項。名曰危險。此事實之發生。未可預定。
(於一定之期內發生與否。未可預定。然確定其發生者亦無妨。又其事實之範圍。須由當事者之意志而確定焉。)

六保險契約 此乃無式契約。無須作書式也。然以爲證明之具。頗見便利。故保險者。有因保險契約者之請。而交付保險證券之義務。其證券須記載定法之事項焉。
日四〇
三之二

當訂立保險契約之際。與其餘之契約異。保險契約者。有告知之義務。故保險契約

未告其主要之事實者。其告不實即歸無效。其出諸惡意者。更無論焉。蓋所以設告知之義務者。則有使保險者知其主要之事項也。故若保險者所得知之事。則無此義務焉。日三 九八

第二項 被保險之利益

保險契約。須載明所謂被保險之利益。前既述之矣。而保險契約。乃賠償損害之契約。故被保險利益之全部消滅。則保險者於所當支付之金額。(即保險金額)不得逾於被保險利益(保險之目的)之價格。若定之者。則其效力當如左述。

(甲)單數保險。(即一個之保險契約者)斯時保險金額。逾於保險目的之價格者。則唯其超過之部分為無效耳。日三 八六

(乙)重複保險。(即就同一目的。而有數個之保險契約者)此時各保險契約。各自獨立。雖對於保險者之一人。而拋棄權利。然其餘保險者之權利義務。則無所影響。日三 九〇唯其數個之保險契約。總計其保險金額。逾於保險價額者。則不得僅

謂以其超過部分而爲無效。斯時其數個之保險契約。必因同時訂立與否而區別之焉。

(一)同時訂立者。各保險者依其各自保險金額之率而負擔之。例如保險金額甲五百元。乙三百元。丙則二百元。而同時丁之所保房屋價額爲八百元者。則甲須擔負四百元。乙百四十元。丙百六十元。是也。日三 八七

(二)異時訂立者。則前之保險者先擔負其保險金額之全部之損害。若猶不足。填補其損害之全部。則後之保險者擔負之焉。日三 八八

保險金額不得逾於保險目的之價格。(保險價格)故將保險價額之全部。付諸保險之後。則雖就同一之目的。而更訂立保險契約。亦歸於無效。法律所以禁超過保險者。爲其類乎賭博或彩票之類故耳。如非類此者。則雖超過保險。亦無禁止之理。日三 八九

保險金額較保險價額而少者。則部分保險中保險者擔負之額。因其對於保險價

額之保險金額而定。例如保險價額爲千圓。保險金額爲五百圓。損害爲六百圓者。則保險者擔負之額。即三百圓也。日三九一

保險價額。於保險契約訂立後。在保險期內。着其減少者。致何如之影響於保險契約乎。使定保險金額者。爲超過保險。則超過保險之禁也。止行於訂立保險契約之際耳。故其始之保險。依然不失爲有效。唯保險契約者。得對於保險者。而請求酌減其保險金額及保險之費。而保險費之減。僅於將來有效力。至從前之保險費。則非減額者也。日三九三

第三項 危險

凡於被保險利益而生損害之事。其不確者。得爲保險契約上之危險。（如火災、洪水、地震、家畜之疾病及死亡、并汽罐之破裂等是也。）所以謂其生發之不確實者。以主觀的不確實爲足。即保險者。保險契約者。及被保險者。不知危險之生。或既發生者。則得爲保險契約上之危險。是等事有一人知之者。則保險契約。即歸於無效。

日三
九七

被保危險之圍範。當事者得自由指定之。然若戰爭及其餘之變亂（例如內亂）則非當然之被保危險。只得謂之被保危險耳。日三
九五

保險之目的、性質、或瑕疵。因其自然之消耗而所生之損害。及因保險契約者。或被保險者之惡意。或重大之過失。而所生之損害。非由被保危險而所生之損害。則保險者無賠償之責焉。日三
九六

第四項 保險費

保險費之額及其支付之期并保險契約之無效者。則退還保險費。及其餘關於保險費之事項。均以保險契約而定之。商法關此之規定。乃推測當事者之意志之補充的規定也。

一保險契約之全部或一部。歸其無效之時。保險契約者及被保險者。美意昭彰。而無重大之過失。則得向保險者。請退還其既支付之保險費。

二保險契約之當事者。當訂立保險契約之時。因有特別之危險。而保險費之額。視通常爲多者。則於保險期內。其特別之危險或既消滅。則無昂其保險費之理。故保險契約者。得請減保險費之額。此減額唯將來乃爲有效耳。日四〇〇

第五項 保險之目的之讓與

被保險者。非就其受保險之目的。而制限其處分權者也。故其保險之目的。得自由讓與。固不待言。惟無被保險利益之保險。則爲無效。故讓與人之被保險者。則失被保險之利益。而自失保險契約上之權利。讓受人。亦不得爲保險契約之當事者。自不得取得保險契約上之權利。然讓與保險目的之時。並讓與保險契約上之權利者。則保險契約之存在也明矣。又讓與保險之目的者。則讓與人輒失其被保險之利益。而讓受人反可有之。

第六項 保險契約之解除

保險契約之解除。據民法之原則。然保險契約之性質中。有特別者。請述之如左。

一 保險契約者之得解除者如左。

(甲) 保險者之責任未起以前。(即保險者未至擔負其所當擔負之危險之時) 當此之時。保險契約者得解除契約之全部或一部。日四○七 既解除之後。保險者須退還其既支付之保險費之全部或一部。惟可得扣其保險費之半額以爲酬勞之費。而請求之。

(乙) 保險者受倒賬宣告之時。當此之時。保險契約者得請求相當之擔保。又不行擔保之請求而得解除契約焉。日四○五之一 其解除與一般之原則不同。僅向將來而有效力耳。日四○五之二

二 保險者得解除之時

(甲) 保險契約者受倒賬宣告之時。當此之時。保險契約者除既支付保險費全部之外。保險者得行契約之解除。日四○五之三 其解除。唯向將來而有效力耳。日四○五之二及三

(乙) 保險期中。危險著有變更或見增加之時。當此之時。其變更或增加。因歸責

於保險契約者或被保險者之事由。則契約即失其效力。日四一〇若不可歸責於是等者之時。則契約遂不失其效力。保險者唯得以解除之耳。是時之解除。亦僅向將來而有效力耳。日四一一之一

因不可歸責於保險契約者或被保險者之事由。而致危險者有變更或增加。而保險契約未之知之時。必速行通知於保險者。若保險契約者。或被保險者。怠此義務。則保險者得由其危險之變更或增加之時。而目其契約爲已失效力。日四一一之二若保險者既受通知。而不速解除其契約。則保險者置其通知於不問。其危險之變更或增加者。亦當目爲既承認其契約焉。日四一〇之二

第七項 損害之填補

保險者必填補因其擔負危險所生之損害。夫一旦因保險者擔負之危險。而發生損害者。則保險者之目的。日後雖因其他事由而消滅。亦不得免填補之責。日四一三其所當填補損害之額。當事者得以預定。當事者所豫定之填補額。謂之保險金額。當

事者未定保險金額者。則保險者所當賠償之損害額。須由保險價額而定。此保險價額。保險之目的之價額。當事者得以豫定之。斯時。保險者非證明其價額之著爲過當。則以之爲保險目的之真正價額。因之而定賠償之額焉。日三九四若當事者未定保險金額。並保險價額者。則保險之目的。於損害發生之時。須以其發生之地所有價額爲其價額。因之而定賠償之額焉。日三九三一而算定損害額之費用。保險者擔負之焉。日三九三之二

一 保險契約者。或被保險者。知損害之由乎保險者所擔負之危險而發生。則必速向保險者通知。日四一二

二 被保險者。必力防損害。而因其防止所需之必要費及有益費。保險者須擔負之焉。其必要費、有益費、及賠償額之總計。雖逾於保險金額。亦由保險者擔負之。日四一四
一 但在一部保險者。則保險者之擔負。因對於必要費、有益費、及損害額之保險金額之率而定。日四一四之二

三保險目的之全部失滅者 全部失滅。非謂目的物之盡滅也。實指保險之目的至不存在而言之也。(例如保火險、房屋全部、化爲燎原、則木材之有否殘留、固不問也。)斯時保險者支付保險金額之全部。則保險者得取被保險者目的上所有之權利。若惟一部保險。則保險者之權利。以保險金額之對於保險價額之率而定之。日四
一五

四損害因他人之行爲而生。則他人不免賠償損害之責。斯時保險者對於被保險者。支付其擔負之額。亦以其既支給之金額爲限度。保險契約者。或被保險者。得請求對於他人者而損害之賠償。日四
六一 若保險者支付其擔負額之一部。則保險契約者。特於不害被保險者之權利。而得行其取得之權利。日四
六一

第八項 時效

(甲) 支付保險金額之義務。以二年之時效而消滅。日四
一七

(乙) 支付保險費之義務。以一年之時效而消滅。日四
一七

第二款 火災保險

保火險者。謂填補因火災所生損害之保險也。

一、所當填補損害之範圍。

- (甲) 凡因火災所生之損害。其火災之原因。不問由人火與天雷。保險者均當填補。
- (乙) 因救火。或避難等。所生之損害中。保險目的所受之損害。保險者必行填補。日四
- 二、保管他人之物者。有對其所有者。而保管其物之義務。怠此義務。致因火災而損失者。則對於所有者。必任賠償損害之責。諸如此類。得因其賠償損害。而付其物於保火險。是時。所有者。得直向保險者。而請求其填補損害焉。日四

第三款 運輸保險

一運輸保險。謂填補運輸中所生之損害。故保險者於當事者之間。僅有單純的保險。而無特約者。則由運送人領取運送品之時。以迄交付於受貨人之間。如遇生有損害。則保險者。必須填補之。日三

二保險價額之算定。與其餘保險不同。日三蓋運送品之時價。并由運送地而至於運往地之運費。及其餘費用。均謂之保險價額。日四二故因運送品之抵當所得之利益。不算入保險價額之中。若特約算入者。則隨其便。日四二

第二節 人壽保險

一人壽保險契約。當事者之一人。(保險者)關於對手人。(保險契約者)或他人(被保險者)之生死。而相約死亡之時。必支付一定之金額。如或經過一定期之後。則對手人必與以酬報(保險費)之契約也。人壽保險之保險金額。無填補其損害之額。且未確定其支付之期日者。此二項。與其他損害保險雖有差異。其於大體之性質。則大有類似之處。故日本商法。關於損害保險之規定。凡不背乎人壽保險之性質者。俱準用之。日四
三三

二保險契約者。或被保險者。當訂立保險契約之際。有告明其重要事項之義務。且有就重要事項。不爲浮告之義務。是之謂告知義務。凡因惡意或重大之過失。而破

此義務者。則保險契約。即無効力。而保險者關於此等事項。無告知之義務。固無待言。日四
二九

三訂立保險契約。無須何等之方式。當事者得以合意訂之。保險者（以保險公司爲通例）通常發行保險證券。法律亦有保險契約之請求者。則命之作成。且列舉所當記載之事項。日四
三〇若然其作成者非保險契約成立之要件。特以爲證明之具耳。故此當事者之關係。不得僅以保險證券而定之也。

四保險契約者。得因己之生死。而訂保險契約。亦得因他人之生死。而訂保險契約。保險契約者。得以被保險者或他人。而定保險金額領取之人。惟如有害被保險者之生命。及恣行欺詐之弊。故領取保險金額之人。必爲被保險者。或其承繼之人。或其親族。日四二
八一則保險契約上之權利。得限於被保險者之親族而讓與之。是爲通常之主義也。

五保險金額之支付

(甲) 被保險者既死亡。則保險者必支付保險金額。

(乙) 保險者不問被保險者死亡之原因何如。而常有支付保險金額之責也。然其無責任者。述之如左。

(一) 被保險者因自裁、及犯罪、并死刑、而死亡者。當此之時。保險者無支付保險

金額之義務。然其為被保險者積存之金額。則不可不支付之也。日四三一之一

(二) 領取保險金額之人。故致被保險者於死。當此之時。保險者雖得免其責。然

若領取保險金額之人有數名。其中一人致被保險者於死。則保險者於其餘領

取保險金額之人。所當領取之部分。不得免其責任焉。日四三一之一及二

第四編 銀票

第一章 總則

第一節 概說

銀票者記載債務之證書也。所謂銀票上之債務者。於一定之時日及地方。自己或使他人支付一定金額於債權者之債務也。銀票上之債務。乃一種特別之債務。不得以普通民法上債務之理論。而說明之焉。

債務者約自行支付者。則其銀票爲應交銀票。而債務者約使他人代爲支付。則其銀票。謂之滙票。或曰錢條。

發行滙票者。謂之發行人。以受支付之目的而領受滙票者。謂之領受人。應交銀票只此二人爲重要。若滙票及錢條。則此外猶須有被委託支付之人。是謂支付人。其載於滙票中之金額。即滙票上之債務之目的。謂之票銀。

應交銀票之發出人。乃約自行支付者。故爲票上之主債務者。然滙票之發出人。只約使支付人行支付。而不自行支付也。故非票上之主債務者。又支付人對於發出人。非不擔負所當支付之債務。然對於領取人或所有票者。則不擔負票上所當支付之債務。故凡發出滙票之時。若未有主債務。則支付人不擔負應支付之義務。然因承認而爲主債務者。與應交銀票之發出人。擔負同一之責任。是謂之承認人。錢條無承認。因而亦無主債務者。

滙票之領取人。無論何時。得提示其滙票於支付人。而求其承認。是謂承認之提示。支付人應之者。則爲承認人。若不應之。則爲拒承認者。領受人。得使作成拒絕承認書。向其發出人。擔保請求焉。

滙票之受取人。至滿期日。可提出而請求支付。是謂因支付之提示。若應交銀票。則提示之於發出人。若滙示及錢條。則提示之於支付人或承認人。受取人如不支付。得使作成拒絕支付書。向發出人。請求其償還。而拒絕支付書。即爲行其請求償還

權之要件。然對於票上之主債務者。則執行票上之權利。不見爲必要也。

銀票之領受人。其票中無反對之記載。則可得因裏書。而讓之於他人。其裏書之式。以法律定之。讓與人。稱之爲裏書人。讓受人。稱之爲被裏書人。被裏書人。更得爲裏書。而讓之於他人。凡一票經數次之裏書者。則其裏書必連續焉。即裏書人。須爲其前裏書之被裏書人。是謂裏書之連續。裏書人之責任。與滙票之發出人。同其責任。須對於其後者。而擔負擔保義務。及償還義務焉。

滙票之發出人。得記載豫備支付人於票中。豫備支付人者。謂支付人拒絕承認或支付之時。當代之而爲承認或支付者。

又不記載於票之人。有任意爲特定之人。而爲承認或支付者。是謂之參加。參加有二種。一曰承認參加。一曰支付參加。

非預備支付人或參加人。而爲票上之債務者。而保憑其債務之履行者。謂之票上之保人。與主債務者（被保之債務者。而非謂滙票上之主債務者）同。須擔負連帶

之責任焉。

第二節 票上債務之性質

票上之債務。有不可與票湏臾相離之關係。不獨其成立之時而已。即於其讓與或執行或消滅之時。亦莫不然。故票上之債務。不依票則不得成立。又非與之相共。則不得使之爲讓與。或執行。或消滅也。

一票上之債務。乃絕對債務也。絕對債務者。乃不問其原因之債務。或謂之爲不要因之債務。在絕對債務。雖不問其成立之原因。然亦非全無原因。或因贈與。或因使消滅現存之債務。或因債務之變更等。原因之多如斯。然其原因之何如。則非所問也。

二票上之債務。乃證券的債務也。證券的債務者。謂記載證書之文詞。有決定其債務之效力者。日本商法第四百二十五條曰『凡署名於銀票者。須從其文詞而負責任』即此意也。

銀票上之債務。乃最完全之證券的債務。據其由此思想所生之結果如左。

(甲) 票爲債務成立所必需之條件。而債務得僅因票而成立。又非與之相共。則不得使之轉移或消滅之。故債務者。雖履行其債務之後。若他人無惡意。且無大過失。而取得之者。則可取得票上所載完全之權利。

(乙) 債務乃各自獨立而成。故獨立而有效力。署名票中而擔負票上之債務者。必從票中所載之文詞。而履行其債務。一旦署名票中而擔負債務者。則與其餘債務者之債務。無稍關係焉。故票中之署名。不問其出於僞造或爲無能力之人所手成者。而其他債務者之債務。均不稍受影響焉。日四三七、四三八

(丙) 債務之履行。以其票之提示及交付爲條件。持有人向承認人。而請求支付者。則必當爲提示。而受其支付之時。交付其票焉。

三票上之債務。得僅以其一定之金額爲目的。不得以不定之金額或物品。而爲票上債務之目的也。日四四五之二、五二五之二、五三〇之二、

四票上之債權。乃法律上之指示債權。故雖記名式之時。苟無禁止裏書之文詞。得依裏書而讓與之。日四五五、五二九、五三七、

第三節 銀票之嚴格

票上之債務。乃絕對的債務。而各自獨立者。發出人、承認人、裏書人、及保人等之債務。不互相關連。故滙兌之債務。不得以銀票篇中所未嘗規定之事由。而抵抗票上之債權者。是謂之銀票之嚴格。至於得直接抵抗之事由。則因保當事者之公平。故許之焉。聊以調劑銀票之嚴格焉。日四四〇

第四節 偽造或改造之銀票

銀票之偽造。謂假他人之名。(姓名或商號)而爲發出人、承認人、及其餘票上之債務者而署名之。銀票之改造。則謂變更票上債務者之署名。及票之金額并支付之地方或時日。受取人之姓名或商號。及其餘票之重要事項也。在偽造之票。凡其偽造者及被假姓名者。不擔負票上之責任。何則。偽造者不署名於票。且僞名者之署

名。非真正之署名故也。若夫署名於偽造之票上者（承認人、裏書人、及保人）則其擔負票上之責任。與署名於真正之票上者。無以異焉。日四三七、之一及二、

在改造之銀票。改造發出人之署名者。則固有之發出人。其署名遂被抹消。故不擔負票上之責任。亦改造者。不署名於票上。故不擔負票上之責任。又其承認人、裏書人、及保人之署名。被變更者亦同。然變更署名以外之改造。則不能同日而論。須依各種情況。而判定之焉。凡署名於改造之銀票者。俱從改造之文詞。而擔負票上之責任。於是凡存於改造銀票之責任。欲定其改造前所為與否。固一大難問題也。日本商法欲避此困難。而設一推定。則署名於改造銀票者。推定其為之於改造前者。而署名者。唯其推定之。故必許其反證焉。

署名於改造銀票者。從改造之文詞。而擔負票上之責任。唯對於善意之取得者。乃擔負之耳。若對於有惡意或重大之過失者。則不擔負之焉。日四三七

第五節 時效

票上之債務。比之其餘商法上之債務。有設短期時效之必要。各國之法制。無不應此必要。而設短期之時效焉。日本商法。亦規定之於第四百四十三條。

(甲)對於滙票之承認人及應交銀票之發出人。自期滿之日經過三年。則因時效而消滅焉。

(乙)持有人對於其前者(裏書人發出人)之請償權。由拒絕支付書作成之日起。經六個月。則因時效而消滅焉。

(丙)裏書人。對於其前者(發出人。自己之前裏書人)之要償權。由償還之日起。經六月。則因時效而消滅焉。

第六節 退還不當得利之請求權

票上之債權。限於短期之時效。且其保全亦須嚴格之辦法。故其辦理若有所闕失。或經過時效者。則持有人即失其票上之權利。如是者。可期銀票之確實。亦可使其票易於流通。然其對於持有人。則未免甚酷。故日本商法。予持有者。以退還不當得

利之請求權。以融洽之焉。此請求之權。非對於各債務者皆有之。特對於發出人。或承認人。乃有之耳。何則。發出人。常由受取人。而得對價。而承認人。常由發出人。而得資金。故也。

第二章 滙票

第一節 發出

第一款 滙票之要素

列舉滙票之要素如左。

一 當示爲滙票之文字。此要件。因與應交銀票及錢條。對其餘證券。須用此之區別也。如於滙票之端。寫滙票者。爲最通行之法。然亦不必要寫滙票也。特以示滙票爲足耳。

二 一定之金額。是謂票金。……是票的債權之目的。而必需之要件也。固無待言。至票金。無何等之限制。又其記載。不間用文字與用數字。凡於同一滙票上。記載票

金於兩處以上。而其金額相異者。則以記載主要部分之金額。爲正當之金額。日四
四六而以如何之部分爲滙票主要之部分乎。是一大問題也。

三 支付人之姓名或商號 不須記載。支付人之姓名。惟記其姓。或記其名。斯可矣。又支付人之住址。亦不須記載。支付人通常惟一人。然亦有時用數人者。又支付人通常非發出人。然發出人得定自己爲支付人焉。日四
四七

四 受取人之姓名或商號 受取人亦不並載其姓名。惟記載其一人足矣。受取人有爲一人者。有爲數人者。其爲數人者。若記載甲及乙。非甲乙共同。則不得裏書於其滙票。或請求支付。若夫記載甲與乙者。則甲乙均得爲裏書。或請求支付焉。

五 單純支付之委托 滙票。由發出人委托支付人。而支付一定之金額於某人。以其要件爲切要。固不待言。其支付之委托。須極單純。申而言之。卽支給之委托。不得附以條件於此。惟有單純支付之委托。則其票爲有效也。

六 發出之年月日 此其所以爲一要件者。理由有三。列之如左。

(甲) 發出人因欲知其發出之時。有能力與否。所以爲必要。

(乙) 在發出人停止支給之時。因欲知其發出與停止支給。何者爲先。所以爲必要。

(丙) 其在日後定期支付之滙票。因欲知何日爲期滿之日。所以爲必要。又一覽支付或一覽後定期支付之滙票。則因計算呈示期間。所以爲必要。

七、一定之滿期日 滿期日之種類。有寬嚴之差。各國皆以法律定之。日本商法所認之種類如左。四五

(一) 確定之日。

(二) 發出日後。經過確定期間之日。

(三) 一覽之日。

(四) 一覽後經過確定期間之日。

發出人。未記載滿期日於滙票者。則爲闕其要件。故其滙票不能有效。然法律以之

爲一覽支付之滙票。則獨爲有效也。日四五、五之一、

入支付地。此要件。因欲知所當支付票金之地。及國際私法上關於支付票金所適用之法律。所以爲必要也。

發出人。得以支付人所居之地。定支付之地。又得以發出地及其餘支付人所居以外之地。定爲支付之地。發出人未記載支付地者。則以支付人之住所地。爲支付之地。因此。其滙票不爲無效焉。日四、五二然以支付人所居之地。爲支付之地者。則支付人所居之地。限於載諸票面之時。故未嘗記載支付之地者。及未嘗記載支付人之居址者。其銀票即爲無效。

九發出人之署名。署名者。謂自寫其名也。商號。則爲營業上營業主之名。故無論寫姓名及商號。均得謂爲發出人之署名。又發出人不必自行署名。得使代理人爲之署名焉。

第二款 滙票之偶素

滙票之偶素者。與要素相異。蓋雖不備於其滙票。亦不致無效。若記載之。則謂有爲票上之效力。日本商法所認滙票之偶素如左。

一 支付擔當人 發出人。非常得記載支付擔當之人也。其得以記載之者。以他處付滙票爲限。(即支付地與支付人之居址相異之滙票) 日四 五三

二 於支付地支付之地方 記載支付之地方者。實爲切要之務。故發出人得以記載之。 日四 五四

第三款 發出人之責任

滙票之發出人。於滙票之支付及承認。有票上之責任。(即擔保義務。償還義務)此責任。發生於發出成立之時。 日四 七四、四 八六、四 四五

其在指示自己之滙票。非發出人爲裏書者。則無票上之責任。何則。不得自己對於自己有法律關係也。

數人之發出人有署名者。則連帶而擔其責任。 日二 六三之四、 二七三之一

發出人之責任。除因免除或時效者外。均因支付票金而消滅焉。

第二節 裏書

一裏書之性質、方式及效力。裏書有二。一曰固有之裏書。一曰非固有之裏書。固有之裏書。於既成立之匯票。更加新債權者及新債務者之行爲也。笛兒氏謂之曰票之新發行。裏書雖加新債權者及新債務者於銀票。然其餘之點。(例如票金支付人、滿期日、及支付地等。)則以既存票之實質。爲其內容焉。

裏書法律上之性質。乃裏書人之擔保支付之要式行爲。此行爲。乃持有票人指示於支付人。而使支付票金於代自己(裏書人)之他人(被裏書人)也。

裏書之方式。裏書。記載被裏書人之姓名或商號。及裏書之年月日。裏書人署名之。其當裏書之地方。乃票之裏面及其謄本。或附於票及其謄本之補箋也。日四又行裏書之權利。苟非禁止裏書之銀票。則悉屬於各持有票人。故第一之裏書人。乃銀票之受取人。而各被裏書人。亦順次行裏書焉。日四
五六

裏書之效力有二。述之如左。

(甲)裏書之轉移力。裏書人之權利。因裏書而轉移於被裏書人。此種效力。謂之裏書之轉移力。若發出人禁止裏書者。則無此種效力。又裏書與普通之讓與亦異。被裏書人所獲取之權利。與裏書人所有之權利。各自獨立。故被裏書人之權利。往往比裏書人所有之權利爲大也。

(乙)裏書之擔保力。裏書人。因裏書而任擔保之責。是謂裏書之擔保力。若無擔保之裏書。則無此效力。固無待論。又爲裏書於禁止裏書之票。則無票上之效力。故亦不生擔保之效力也。

裏書人乃票上之債務者。與發出人同。當擔負擔保義務。及償還義務焉。以上所述。乃固有之裏書。即最完全之裏書也。茲更就僅有此完全裏書效力一部之各種裏書。而敘之焉。

(甲)裏書禁止之裏書。即當行之裏書。而附記禁裏書之旨之裏書。日四六〇

- (乙) 無擔保之裏書 即當行之裏書。而記載不擔負票上之責任之裏書。日四 五九
- (丙) 無記名式之裏書 即當行裏書。而不載讓受人之姓名或商號之裏書。其轉移之力。與擔保之力。均無異於固有之裏書。日四 六一
- (丁) 作成拒絕支付證書之期間後之裏書 如是。則擔保力全然無之。其轉移之力。亦大受限制。被裏書人。唯不得取裏書人所有之權利耳。日四 六二
- (戊) 因抵押之裏書 乃附載抵押之旨之裏書也。日四 六三
- (己) 委任取收之裏書 乃附載委任取收之旨之裏書也。日四 六三
- 裏書不問其種類如何。均須連續。持有不連續之銀票者。不得行使票上之權利。如彼無記名式裏書。雖無須乎連續。然如是者。無記名式裏書之次之裏書人。得目爲因無記名式之裏書。而取獲銀票者。法律上猶有裏書之連續也。日四 六四

第三節 承認

一、承認之呈示 銀票之持有人。於期滿日前。就支付人承認其支付委託與否。深

有利害關係。其承認之呈示。則知之之一捷徑。而承認之呈示云者。謂持有票人。以票提示於支付人。而預使支付人承認可支付票金於支付日期。持有票人。

無論何時。得爲承認之呈示。日四六五然若不呈示之。亦不蒙何等之不利。惟如左揭二例。則不可不呈示焉。

(甲)一覽後定期支付之滙票。此種之票。由發出人所定之呈示期間內。若發出人未定呈示期間者。則於一年內。必不可不呈示之。日六四六一持有人不呈示之。則失其對於前者票上之權利。(擔保請求權及償還請求權)四六六

(乙)他處支付之滙票。他處支付之滙票。謂支付地與支付人不相同之滙票。又他處支付之滙票。其發出人得記支付擔當者。日四五三若發出人未記支付擔當者。則支付地。付付人於承認之時。當記載支付擔當者。若承認人不行此者。則承認人於支付自任支付之責。日四七二之一

二承認。支付人。雖因持有有人爲承認而呈示滙票。然無可承認之之票上之義務。

固無待論。除支付人與發出人間有特約者外。不擔負民法上之義務焉。

承認云者。支付人承諾支付票金之委託。其方式。則支付人記載其承認之旨於票上。且署名焉。其未載承認之旨。僅有支付人署名者。亦有承認之效力。日四六八

三承認之效力 承認人因承認。而擔負期滿之日支付票金之義務。日四七〇其支付

票金之義務。微特對於求其承認之持有人有之。即對於被裏書人之各持有人。亦擔負之焉。且對於發出人及其餘持有人以外之票上權利者。亦擔負票上之義務。承認不可不單純。即不得與支付人之委託相異。雖不單純之承認。(附條件或限制之承認及一部之承認)亦非全然無效。承認人雖從其承認之文詞而擔負責任。然對於持有人及其餘票上關係之人。則無承認之效力。

第四節 匯票之支付

支付當從票上之文詞及銀票之規定。而債務者無須尋持有人而支付之。持有人得呈示其匯票。而請其支付焉。

一 支付期 支付期（即期滿之日）乃票上之一要件。未記載之者。則當日爲一覽支付之票。持有人至於期滿日。則不可呈示其票而請求支付。若持有人於其期間。未能呈出。或雖於其期內呈出。然未作成拒絕支付證書而不能證明其呈示者。即失其對於前者票上之權利。日四八二

二 支付之地方 支付於載諸票中之支付地方而行之。日四五四、四七三 其未載支付之

地方者。則支付人支付之。在他處支付之票。有記載擔當支付者。則由其擔當支付者之營業所支付之。日四八七、四九〇、四四二

三 領受者 支付人提供正當之支付者。其金額不問爲票金之全部與否。及不問有承認與否。持有票人均必領受。日四八四之一 若持有人拒絕之。則失其對於前者票上

之權利。若在支付一部者。則持有人必載其旨於票中。且製其謄本。署名之後。付之於支付人。日四八四之二

第五節 擔保之請求權

匯票之目的。(即內容)在支付人支付其一定之金額於持有票人。而有未能達此目的之虞者。則持有票人。有對於其前者。而請求擔保之權。稱之曰擔保之請求權。

(一)持有票人。呈示銀票於支付人之時。支付人拒其承認者。則持有者不得不疑其於期滿之日。而有以支付與否。於是乎。持有者得向發出人及其餘之前者。而請求擔保。又被求擔保之裏書人。亦得依同一之理由。而向其前者請求擔保焉。是謂之因承認缺欠之擔保請求之權。日四七四之一、四七六之一

(甲)當受請求擔保之人。持有者或受擔保通知之裏書人。得行擔保請求於其前者。無論對於何者。均得行之。又雖通知擔保請求於其前者之一人。然因之而不失對於其餘前者之請求擔保之權也。

受擔保請求者。不可不供相當之擔保。然亦得供託相當之金額。以免供此擔保之義務。日四七七

(乙)擔保之效力。受擔保之請求者。供其擔保。或為託供之時。當目對於其後者

員而爲之者也。日四七八之一 故其後者免供擔保之義務。而不得向其前者而請求擔保焉。

(二) 支付人雖行承認。然於期滿日前。受倒賬之宣告者。則其支付不能無疑。故持有票人。得對於承認人。請求擔保。若承認人未供擔保。而另有預備支付人。則使承認人作拒絕證書。且通知此旨於預備支付人。而後得求其承認。日四八一 若預備支付人不爲承認。則持有者得向其前者請求擔保焉。

第六節 求償權

求償權。乃票上權利者向其前者。而請求票金及費用之權。是權有二種。列之於左。

(甲) 持有者之求償權 不問承認之有無。持有者於期滿日。呈示票於支付人。而支付人不能支付之。則持有者得向其前者而請求償還。日四八六、四九〇

(乙) 裏書人之求償權 裏書人由持有者及其餘之後者。而受償之。還請求之時。則得向其前者而請求償還。日四八五

一 償還金額 日本商法所規定之償還金額。因持有人與裏書人而設差等。

(甲) 持有人之請求償還額。日四九一

(一) 未支付之票金。及滿期日後之法定利息。

(二) 作成拒絕證書之費。及立替金。(暫時代人給付之金) 并其餘之費用。

(乙) 裏書人之請求償還額。四九二

(一) 其支付之金額。及支付後之法定利息。

(二) 其支出之立替金。及其餘之費用

二 償還之時期 償還義務者。非與匯票及拒絕支付證書并償還結算書相交換。

則無須行之。蓋不行之。亦不任濡滯之責也。日四九
五之一

償還者。須使受之者。記載受其償還之旨於償還結算書中。且使之署名焉。日四九
五之二

三 回的銀票 滙票之持有人或裏書人。不直接請求其償還金額。而以前者為

支付人。得更發出滙票。(即回的銀票) 此票乃一覽支付。而其支付之地。為償還義

務者之所在地。

第七節 保證

一由滙票所生之債務。不問其爲承認人之債務。與爲發出人之債務。抑爲裏書人之債務。均得而保證之。然在未明其保何人之債務者。則法律可推測之。其在有承認人之滙票。則目爲保承認人之債務。在未承認之滙票。則目爲保發出人之債務。
日四
九八

二保之效力

(甲)保人須與主債務者(即被保之債務者)擔負連帶責任。日二六三之四、二七三之二

(乙)保人於主債務者無效之時與主債務者有效之時。擔負同一之責任。而保人於保證之當時。不問主債務之無效與否也。日四
九七

三保人之權利。票篇中有特別者一。即保人履行其債務之時。取得持有人對於主債務者所有之權利。及主債務者對於其前者所有之權利。(即請求償還權)日四
九九

第八節 參加

匯票未達其固有之目的（即支付人之支付票金）之時（拒絕支付之時）或有不得達之之有危險之時。（即拒絕承認之時）有除其危險或達其目的之補助方法。是之謂參加。參加有二。一名承認人之參加。一名支付人之參加。

參加人。有既記載於票面者。如是者。謂之預備支付人。又有未記載於票上。而承認人或支付人參加之者。謂之榮譽參加人。

參加之目的。在省畧償還之請求而節其費用也。又參加人之參加。在達此目的。而保持票之信用或擔保者（發出人或裏書人）之信用。而被參加之人。謂之被參加人。

第一款 參加承認

（一）支付人以拒承認。而有作成拒承認證書之時。有預備支付人。則持有人須於對於其前者。於請求擔保之前。以求支付人之承認。若預備支付人未行承認者。則持

有人須記載其旨於拒承認證書中。日五 ○○

(二) 參加承認有兩種效力。一曰生義務之效力。一曰免義務之效力。

(甲) 創設義務之效力。

(一) 參加承認人。於支付人不能應支付之時。宜代爲支付票金及費用。而此參加承認人之義務。非向於被參加人或其前者而有之。特於被參加人之後者而擔負之耳。日五 ○六

(乙) 免除義務之效力。

因豫備支付人及其餘之參加人而承認者。則持有人及被參加人之後者。即失請求擔保之權利。日五 ○六。然被參加人及其前者。則不失此種權利。日五 ○七。

第二款 參加支付

參加支付。有預備支付人(不問其承認與否)而行之者。有非預備支付人(不問其承認與否)而行之者。

因支付人或承認人而支付者（例如支付擔當者）非參加支付人。隨而對於承認人或裏書人，均不得取獲票上之權利。參加支付常因償還債務者而行之者也。

一 呈示之義務 持有拒支付之匯票之人，其使作成拒支付證書之時，則持有人向其前者而行償還之請求，亦有參加承認人者。則滿期後不逾二日，而呈示票於參加承認人而求其支付。若無參加承認人，或有參加承認人而不行其支付者，則不可不呈示票於豫備支付人，而請其支付。若參加承認人或豫備支付人未行支付之時，則持有人不可不載其旨於拒絕支付證書。持有人若未用此辦法，則對於豫備支付人或被參加人及其後者，而失票上之權利矣。日五〇八

三 參加支付之效力

(甲) 由參加支付而所生之權利 參加支付人，須使持有人記載參加支付之旨於拒絕支付證書。且支付票金及其費用之時，須使交付其拒絕證書及匯票者，則取獲持有票人所有之票上之權利。日五二一、五二三

(乙)免除參加支付之義務之效力。法律鑒於商業之實際。欲強其參加之效力。故若參加支付人有數人。則持有人不可不使最多數者免債務之效力之支付。
一〇五

第九節 拒絕證書

拒絕證書。具定法之方式。所以保全票上之權利及憑據。其行為之結果。唯一文書也。依日本之規定。此書蓋因持有票人之請求。而由公證人或執事製作之焉。
一四五

一 拒絕證書之種類。舉之如左。

一、拒絕承認證書。二、拒絕支付證書。三、拒絕擔保證書。四、拒絕參加證書。五、拒絕票複本之退還證書。六、拒絕票原本之退還證書。是也。

二 拒絕證書之方式。凡拒絕證書。不可不載左列之事項。
一五五

(甲)記載滙票。及其謄本并補箋之事項。

(乙)拒絕者及被拒絕者之姓名或商號。

(丙)對於拒絕者所行請求之旨趣。及拒絕者不應之。或不能面會拒絕者之理由。
(丁)行上之請求。或不能行之之地。及年月日。

(戊)未知拒絕者之營業或所在地。

(己)有參加承認或參加支付者。則須載參加之種類及參加人並被參加人之姓名或商號。

(庚)作成拒絕證書之公證人及執事吏之署名。

對於數人而行票上之請求者。就其總請求。而作拒絕證書一通足矣。日五一六又作成拒絕證書時。其作成之公證人或執事吏。不可不載其證書之全文於其賬簿。

第三章 應交銀票

應交銀票。謂記載於一定之時期。(期滿之日)而支付一定之金額。(票金)於特定人。(受取人)或其指示人之證書也。凡滙票之規定。概適用於應交銀票。然關於支付委託之法規。則不見其適用也。故無難發出人而為支付人者。又關於支付人或

承認之規定。亦不見其適用也。應交銀票之發出人。乃直接之支付義務者。非如滙票以作拒絕證書爲條件。而擔負票上之義務也。又應交銀票類爲指示證券。然其得禁止裏書。與滙票無以異焉。

一應交銀票之要件 觀於上述。得知應交銀票與滙票相一致之處。今舉日本商法所揭應交銀票之條件者如左。

- (甲) 可示爲應交銀票之文字
- (乙) 一定之承額
- (丙) 受取人之姓名或商號
- (丁) 應交單純支付
- (戊) 一定之滿期日
- (己) 發出人之署名
- (庚) 發出之年月日

(辛)發出之地 支付地雖必揭之。然非要件。若夫發出之地。則要件也。苟其闕之。則其應交銀票即歸無效。

二滙票與應交銀票之差異 應交銀票無支付之委托及支付人。故無承認者。其關於支付之委托及承認之規定。應交銀票不得而適用之。因有左揭相異之點。

(甲)應交銀票發出人乃主債務者。故僅須發出人及受取人二者而已。又無支付人。因而無承認及參加承認。

(乙)應交銀票無承認。故無請求擔保之權。

(丙)應交銀票無票之謄本。

(丁)指示自己之應交銀票。是為無效。

(戊)對應交銀票之發出人。而主張票上之權利者。無須因支付之呈示及拒絕支付證書之作成。但於發出人以外之前者。則視之為重要。因保全票上之權利也。

錢條乃一覽支付之滙票。凡與錢條性質相同者。均可按用關於滙票之規定。日本商法列舉其當適用之規定者。最爲明瞭。

一 錢條之要件 日五
三〇

- (甲) 示其足爲錢條之文字。
 - (乙) 一定之金額。
 - (丙) 支付人之姓名或商號。
 - (丁) 受取人之姓名或商號。或當支付之持有人。
 - (戊) 單純支付之委托。
 - (己) 發出之年月日。
 - (庚) 發出人之署名。發出人得定自己爲其受取之人。 日五
三一
 - (辛) 支付之地。
- 二 錢條之支付

(甲) 發出人不可不豫供資金於支付人。或得其信用。

(乙) 宜短其支付之呈示期。故錢條之持有人。非於其附載日之後一禮拜內呈示

錢條。而求其支付者。則不得向其前者而請求償還。三五

錢條之持有人向其前者而請求償還。須與滙票同。作成拒絕支付證書。然錢條

取於簡便。故須使支付人於其附載之日凡一禮拜內。而載其拒絕支付之旨及

其年月日於錢條之中。且使署名。若違此辦法。則不作拒絕證書亦可。三四

三畫線錢條 畫線錢條者。非銀行不得受其支付。

畫線錢條。於條之表面。畫兩條平行線。載銀行或與之同義之文字。於其線內。

發出人當發出錢條之際。得以之爲畫線錢條。持有人得變非畫線錢條。(即普通

之錢條) 而爲畫線滙票。

四錢條與滙票之差異

(甲) 錢條須爲一覽支付。而滙票則不泥於此也。

- (乙) 錢條無須常承認，滙票則須常承認也。
- (丙) 錢條之支付呈示，須於其附載之日一禮拜以內而行之，而滙票則否。
- (丁) 錢條之不支付者，則設代拒絕證書之簡易方法。
- (戊) 錢條得爲畫線，滙票則不得爲畫線也。

第五編 海商

海商法乃海法之一部。海法者。謂關於航海法規之全體也。其所規定之法律關係。或直接或間接而關於海船者也。其義頗廣。海船亦解爲廣義。則不獨海商艦。即軍艦、曳艦、漁船。及因學術或娛樂而使用之船舶。亦括於其中。此廣義之海商法。得大別之爲二。

(甲)公法的海法。分之爲二。即一國中海之公法及國際海法是也。而關於船籍註冊等之一國之規定屬於前者。關於通商航海條約及中立封鎖等之原則。則屬於後者也。

(乙)占私法的海法之一大部分者。乃海商法也。

日本商法第五編。其題海商而規定海商法與公法的海法之一小部分焉。

第一章 船舶

一本編所謂船舶之意義。本編所謂船舶之義。謂由普通之狹義。而以商行爲之目的。而供航海之船舶也。日五三如彼漁船。雖以營利爲目的。然非以商行爲目的也。故非本編之所謂船舶。又縱令以商行爲目的。而供航海之船舶。而僅以端舟及其餘以櫓權而運轉之小船。亦無適用本編規定之要。

二船舶乃合成之物。組成艦船之各部。乃船舶之成分而非獨立之物也。此外於船舶有供其需用之各種副物焉。如錨、錨綱、羅盤針、端艇等。是稱之曰船具。又如航海所用之晴雨計及電話具。係船長之所有者。則非船舶之副物。凡主張副物者不可不證明之。必記載於船具目錄者。方得推定爲船舶之副物。日五三九故凡船具目錄中所載之物。主張非船具者。有舉證之責。而此船具目錄乃船長作之。蓋其職務也。日五六二

三船舶註冊及船籍證。船舶之所有者。不可不行註冊。而其辦法據特別法所定。又不可不請受船籍之證。然此規定。在小舟則不適用之也。日五四〇

四所有船舶權之讓與 所有船舶權之讓與。當事者之間以合意而定。而船舶乃動產。故未經交付。則不得與他人相抗。然船舶與其餘動產不同。其價格頗大。故與不動產同。其辦法。以註其讓與於冊中。且載之於船籍證而生對於他人之效力。日五一又航海中。讓與船舶而無特約者。則因其航海而所生之損益。悉歸諸讓受人。日二五

第二章 所有船舶者

一所有船舶者之意義 所有船舶者。謂以商行爲之目的。而所有供航海之船舶者也。故軍艦之所有者之國家。及供用於學術探險或娛樂之船舶之所有者。非茲所謂船舶之所有者也。其以商行爲之目的。而以他人之船舶而供航海者。亦非所有之船舶也。然最後所述者。對於他人。則與所有船舶者擔負同一之責任。日五五七之一

二所有船舶者之責任 限制所有船舶者之責任。自古行之。蓋有二端。一爲使圖航海之利便與安全。而廣其船長之權限也。二船長一旦開駛航海。則所有船舶者殆無監督之之途。若非限制所有船舶者之責任。則有害航海發達之虞故也。

日本商法關此當留意者。厥有二端。

甲、責任之被限制之債務。四五

(一) 船長及其餘之船員。當行其職務之時。賠償加於他人之損害之債務。

(二) 船長因其定法之權限。四五內之行爲而所生之債務。第因僱傭契約。而對於

船員而所生之債務。不在此例。

乙、海產之圍範。分財產爲海產陸產之二。於海產之圍範。學說上非無議論。然日

本商法。則獨不限於船舶及運費。而所有船舶者之損害賠償權。及請求酬報之權。

亦括於其內。四五右舉之責任限制。所有船舶者未得債權者之同意。而更航海者。

不見其適用。當此時而所有船舶者之委付權遂消滅焉。四五

三船舶共有者。船舶之所有。有歸諸一人者。有分於數人者。後者謂之共有之船

船。本編特別規定之焉。

甲、本編所特別規定者。蓋數人依商行爲之目的。而以其共有船舶而供航海者。(

共同計算上）故公司爲船舶之所有者。則非爲船舶之共有者也。

乙、船舶共有者之關係

(一) 船舶共有者。得讓其持分（如股分）之全部或一部於他人。其共有者有合同之關係者亦然。而各共有者之讓與其持分也。不須其他共有者之同意。且其他共有者。亦無有先買權。唯持分既轉移。則限以船舶喪失其本國國籍之時。其他之共有者得有先買之權焉。日五
五五

(二) 船舶共有者。於共同之計算。將其船舶而供航海之用。故其損益必均平分派。而其無特約者。則隨股份之價額而定。其分派之時期。皆在航海之末焉。日五
五〇

(三) 各船舶共有者。必隨其持分之價額。而支付船舶之費用。日五
四七

(四) 利用船舶之事項。從各共有者之持分價額。以過半數而決。日五
四六其餘事項。例如背於共有目的之事項。則須由各共有者之一致而定。

如新航海或船舶之大修繕。亦爲利用船舶之事項。故因各共有者之持分價格

之過半數而決之。日五當此之時。倘有一人異議。得向其他共有者。請求相當之價。而購己之持分焉。日五其欲行此請求者。必於一定之期中。通知於管理船舶之人。日五四

丙、船舶共有者對於他人之責任

由利用船舶而所生之債務。各共有者隨其持分之價格而分擔之。日五

丁、船舶管理人

一、船舶管理人。乃船舶共有者之共同代理人。必由共有者選任之。日五其由共有者中選任者。因其持分價格之過半數而決定。若由共有者以外之選任。須得共有者之同意。日五四其選任亦必註冊焉。日五九

二、船舶管理人雖代共有者行一切之行爲。(利用船舶之行爲)然關於船舶之讓與、委付、借貸、或大修繕、或擔保、或保險、或新航等。必須得特別之代理權焉。日五

三五

代理權之已消滅者。須註之冊。不問其原因何如也。日五五
二之三

第三章 船員

凡船員分而爲船長及船員之二。

第一節 船長

船長乃指揮以商行爲之目的而航海之船舶。航海中監督船舶及裝貨者也。有時以船舶之持有者或共有者之一人而爲船長者。當斯之時。一面受關於其持有者或其共有者之所規定之支配。一面則受關於船長之規定之支配焉。茲之所述者。乃非其所有者或其共有者之船長之權利義務也。

一船長之責任 船長乃所有船舶者之所選任。其職務必施相當之留意。若不留意而所生之損害。不獨對於所有船舶者負賠償之責。且對於傭船者及送貨人等。亦負其賠償之責焉。此其責任。不得以船長從所有船舶者之指示故。而免之焉。其得以免之者。必須有以證明其未嘗忽於留意而後可也。日五五
五八船長又有監督船員

之職務。故船員當行其職務之時。其加損害於他人。亦必須應其賠償。此責任唯有以證明未嘗怠於監督者。始得免之耳。日五
五九

二船長之權限 船長當船在港外之時。有爲一切之行爲之權限。當船在港內。唯無特別之委任。則有雇黜海員之權限耳。

船長欲支辦船舶之修繕、救援之費用、及其餘繼續航海必需之費用。即得抵押其船舶或貸款或拆賣裝貨而以充之。日五
六八又繼續航海必需用款之時。得以積貨供

航海之用。日五
七二其當船在港外。至不可修繕者。船長得由管海官廳之許可。而拍賣之焉。日五
七〇

當不得已之時。船長得選任代理船長。斯時對於所有船舶者當任其責。日五
六〇

三船長之義務 船長必據左列條項。而保護所有船舶者之利益。

甲、船長當航海之前。須查檢船舶之耐航海與否。又航海所必須之準備之整頓與否。例如停泊船舶之艙裝、糧食之準備、積貨之配置、海員之充足等事是也。日五
六一

乙、船長須於船中備定法之書類。日五
六二

丙、船長除不得已之時外。由裝載貨物。及乘客登船之時。以迄貨物起運及乘客上岸時之間。不託人代理者。即不得自離其船舶焉。日五
六三

丁、船長不得無故而停滯航期。或變更豫定之航路。日五
六四

戊、船長必依航海中最適於利害之法。而處分積貨。日五六
五一

己、船長有重要之事項。須速報之於所有船舶者。又每航海之終。須製結算之報告。而呈之於所有船舶者。而請其承認。又所有船舶者有請求。則無論何時。須速製結算之報告而上呈。日五
七三

四、船長之解任 所有船舶者。不問船長任期之有定與否。無論何時。皆得以解任之。若無正當之理由而被其解任者。則有請求損害之賠償之權。若共有船舶者而為船長。背於其意而被解任者。得向其餘之共有者。請購入其持分。日五
七四

第二節 海員

海員乃執船中事務者。有奉船長之指揮之義務。如機關師、水夫、火夫、厨夫、茶房等皆是也。所有船舶者與海員之間。有雇傭契約之關係。此關係於航海中。不得以所有船舶者之變更而更換之。日五八四

一海員之權利

(甲) 請求工資之權 工資迄於航海之終。不得請求其支付。日五七八之二、五八〇、五八一、二、三

(乙) 請求無償送還之權 海員有時得至雇入港。而請求無償送還者。日五八一之一、三、五八七、二

(丙) 受看護及療治之權 海員無重大之過失。而罹疾病或受傷者。有受看護及治療之權利。日五七八之一

二海員之義務 海員必奉船長之命令。如船長命其入乘某船。不得擅於其船中離其職守。日五七六

三海員之僱黜

船長，不問雇入之有期與否。無論何時。得雇黜海員。然海員從其定法。日五八得請求雇黜。又未定雇入之期者。唯當船舶碇泊。且積貨起運乘客上岸之後。得請求雇黜耳。日五八六

第四章 運送

第一節 運送貨物

一海上運送契約（當事者之一方（所有船舶者）運送其貨物於海路。對手人（傭船者或送貨人）所支付運費於運送者之無式的雙務契約也。此契約之性質有二。揭之如左。

(甲)以船舶之全部或一部爲其目的者。

(乙)以各箇之貨物爲其目的者。

二所有船舶者及傭船者并送貨人之權利義務 是先依運送契約而定。其不因運送契約而定者。以法律之規定而決之。所有船舶者之責任。與運送人之責任無

稍異焉。日六一九、三
三七—三四一所有船舶者雖得以契約而免此責任。然其因自己船員及其餘用人之重大之過失。或船舶不堪航海等。而所生之損害。則不得以契約而免之。

日五
九二

備船者更與他人訂運送契約者。然其契約之履行。屬於船長之職務。唯所有船舶者任其責。而備船者不任其責也。日六一二所有船舶者之權利。在請求運費及其餘副費。此請求對於備船者或送貨人而爲之。然受貨人領取其貨物之時。所有船舶者須從運送契約書或船貨證書之旨趣。而應請求運費及其餘副費於受貨人。日六一三之所有船舶者爲全此權利。得由裁判所之認許。而拍賣其貨物。日六一一若所有船舶者不行此權利。則失其對於備船者或送貨人之請求權矣。日六一二三契約之解除 解除契約之事由有二。一由定法之事由者。一由當事者之意思者。

(一)航海或運送反背法令之時。又不能依天災而達契約之目的時。各當事者得

解除其契約。

(二)全部備船者於發航之前。得支付運費之半額而解除契約。但既搭載貨物者。其船積或起運之費。備船者須擔負之焉。又發航之後。支給運費之全部及費用。且有所有船舶者之請求者。得供擔保而解除契約。日五九八。六〇〇。一部備船者非與其餘備船者及送貨人相共同。則雖於發航之前而解除之。亦不可不支付運費之全額。其既搭載貨物之後。則不得解除之矣。日六一。

以各個之貨物而爲運送契約時。送貨人須從船長之指揮。而可速裝積貨物於船中。若送貨人怠之。船長得直發航而向之請求運費之全額。日六一。至發航前之契約解除。與一部備船之情形迥異。日六三。

四船貨證券 在海上運送。除運送契約書之外。有爲船貨證券者。船貨證券。乃有物權的效力之指示式之證券。日六二。而船長或其代理人。可依備船者或送貨人之請求。於裝船之完畢後。速製成一單或數單而交付之。日六二。

各證券不可不記載同一之事項。且賴記載其作成之單數。又有船長之請求者。備船者或送貨人須速作船貨證券之謄本。署名之後。畀之於船長。日六三三

船貨證券中當載之事項。凡十一款。(一)船舶之名稱及國籍。(二)船長未作船貨證券者。則載船長之姓名。(三)貨物之種類、重量、或容積。及其種類、個數、並記號。(四)備船者及送貨人之姓名並商號。(五)受貨人之姓名或商號。及當交付貨物於持有人之旨。(六)裝船之港。(七)起運之港。(八)運費。(九)製作數單之船貨證券者。須載其員數。(十)船貨證券之製成地。及其製成之年月日。(十一)證券製成者之署名是也。日六二二

所有船舶者與受貨人之間。唯船貨證券定其關係。而運送品之交付。從船貨證券之所定而行。日六二九。三三四

船長非與船貨證券相交換。則無交付貨物之義務。而在起運之港。不可不因數單船貨證券中持有一單者之請求而交付其貨物。(交付之後。其餘之船貨證券。遂均歸於無用。)日六二七然在起運港以外之港。則船長非受各軍船貨證券。不得交付

之。日六二四
六二五

五、運送契約之完畢。船舶凡沈沒、被逮、或不可修繕之時。或其貨物因人力難施而失滅者。則其運送契約即完畢焉。

第二節 運送旅客

旅客運送契約。亦如貨物運送契約。

(甲)以船舶之全部或一部爲目的者。其所有船舶者與傭船者之關係。可按用貨物運送之規定焉。日六
四〇

(乙)所有船舶者有與各乘客而訂運送契約者。

所有船舶者與乘船者之關係。由其間所訂之運送契約而定。而乘船者則不得讓與其權利於他人。第無記名之乘船證券不在此例。日六
三〇

所有船舶者與旅客之關係。先因運送契約而定。法律不過爲其補充之規定耳。其規定乃關於船舶所有者之責任。船舶所有者之義務。乘客之乘船期間。旅客之手

携物。運送契約之完畢。及船舶所有者之債權之特別時効等者也。

第五章 海損

一、共同海損。乃船長欲免共同之危險。而由處辦船舶或貨物而所生之損害費用也。日六四一之。故共同海損以三要素而成焉。(一)船長之有意的行爲(二)使免共同之危險(三)因船長之行爲而得保存其船舶或貨物之全部或一部是也。具備上述要素之海損(即共同海損)以船舶及貨物之利害關係人而分擔之。其不在此例者如左。

(甲)無船貨證券及其餘書類而不能評定其價格之貨物之損害。日六四六、一及三

(乙)甲板上所積載之貨物之損害。日六四六、二及三

(丙)未明告種類及價格之貴價品之損害。日六四七、之三三八

以上三種損害。雖屬共同海損。然利害關係人不分擔之。而此物之利害關係者。不免共同海損之分擔也。日六四六

二共同海損之分擔者 共同海損之分擔者。乃瀕於危險之船舶或積貨之利害關係人也。故受共同海損之損害者。亦不免其分擔。若夫危險既過之後。搭載貨物之利害關係人。即不分擔之也。^{日六}四二又就商品以外之積貨。而別設條例。則各國商法蓋一其軌。日本商法亦列舉其例外之款。而規以限制焉。^{日六}四五、

三共同海損分擔之率 共同海損。須應其得保存之船舶及貨物之價格。運費之半額。并共同海損之額。而各利害關係人分擔之。^{日六}四三

(甲)船舶以航抵之地及時之價格爲其價格。^{日六}四三

(乙)積貨視起運之地及時之價格而減落者。則以除去無須支付之運費及其餘之費用者爲其價格。^{日六}四三然亦有不在此例者。

(丙)共同海損之損害額。以由航抵之地及時之船舶之價格。或起運之地及時之積貨之價格。而除去因失滅或毀損而無須支付之費用者。爲基礎而定之。^{日六}四七

四、投棄物之回復。因共同海損而投棄之貨物。非遺棄物。故舊所有者不失其所
有之權。若利害關係人日後欲回復其投棄之物者。則不可不由償金之中。除去救
助之費用及因一部失滅或毀損而所生之損害額者而返還之。四九
五、時効。由共同海損而所生之債權。由其計算完結之時起。因一年之時効而消
滅。日六
五一

第六章 保險

一、保海險契約。謂填補因航海事故而所生之損害之契約也。其於法律上之性質。
與各項之保險無異。故得適用保險之總則。然被保危險。則以限於關於航海之事
故。故須特別之規定也。

保海險契約。乃無式之契約。然保險者不可不因保險契約者之請。而交付保險證
券。其證券中。不可不記載定法之事項。日四〇三。
六六一

二、禁止逾分保險之規定。日三
八六亦得用之於保海險。故須算定保險價格焉。

(甲) 船舶以保險之價格爲其價格。日六五六

(乙) 積貨以其船舶之地及時之價格。及船積並保險之一切費用爲其價格。日六七

(丙) 積貨因抵埠而所生之利益。除以契約而定保險價格外。以其保險金額而推定其價額。唯其推定之。故得舉反證而證明其真正價額焉。日六五八

三、保險者之責任

(甲) 責任之範圍

(一) 關於損害之範圍 保險者因航海事故而所生之損害。不得不賠償之。日四六然日本商法則限定其責任之範圍。其限定之法。有積極者。有消極者。

(二) 關於時之範圍

(一) 附船舶於保險者。乃保險者之責任。以貨物運至船中之時。或契約成立之時爲始。至運往之地起運貨物既畢之時爲終。日六五九

(二) 因積貨或其抵埠而所得之利益。或付其酬報於保險時。則保險者之責任。

始於其積貨之離陸地之時。終於運往之地起運上岸之時。○日六六之七

(乙) 損害額之算定

第一 全部失滅者。則保險者不可不填補保險金額或保險價格（未定保險金額者）之全部。而全部失滅厥有二種。一事實上之全部失滅者。二法律上之全部失滅是也。法律上之全部滅失者。被保險者得委付保險之目的。而請求保險金額之全部。

(一) 委付不得附條件。又須就保險目的之全部而行之。然委付之原因。就其一部而生者。則僅得因其部分而定之。又一部保險者。則得應其保險金額對於保險價額之率而定之。日六
七五

(二) 凡行正當之委付。無保險者之應允。亦爲有效。然保險者既應允委付者。則不問其委付之正當與否。保險者日後均不得有異議。日六
七六又保險者未應允之件。則被保險者不可不證明其委付之原因。被保險者行此證明。則保險者

無須支付保險金額焉。日六
七九

(三) 委付之效果 保險者取獲被保險者就其保險目的而所有之一切權利。故被保險者須交付關於保險目的之一切證書於保險者。又不可不通知關於保險目的之保險契約。並有無屬其擔負之債務。及其種類。日六七七、
六七八

第二 一部損害之時

(一) 保險目的之積貨之損壞者運至起運港之時 斯時保險者不可不以其毀損狀況之價格。比例於未毀損狀況之價額之率。而賠償保險價格之一部。日六
六九

(二) 航海中遇不可抗力之事賣出保險目的之積貨之時 斯時當以其賣價中扣除運費及其餘費用之殘額與保險價額之差。為保險者之擔負。其在一部保險者。則保險者當以其差額之對於保險價額之率。而擔負保險金額之一部。日六七
〇之一

第七章 船舶債權者

船舶債權者。謂於船舶及其屬具並未收之運費上。而有物權之債權者也。其物權有因法律之規定而所生之先取特權。有因當事者之合意而所生之抵當權。

第一、先取特權

船舶債權者所有之先取特權。存於船舶及其屬具并未收運費之上。其商法上之性質。與民法上之先取特權無異。故本章無特別之規定者。可按用民法之規定焉。^{日六} 八〇而其與民法上之先取權相競合之時。則船舶債權者之先取特權占優位焉。

第二、船舶之擔保

一、擔保不必要占有。故以註冊為切要。可謂為擔保權之物權上所應有之事。故船舶非註冊不得為擔保權之目的。^{日六} 八六若夫註冊者則又不得為質權之目的。^{六八} 後者於實際無關緊要。故不認之也。

二、擔保權之効力。微特於其船舶。且及於其屬具焉。然無特約者。則可無須運費。^{日六}

八六、
之二

三、船舶之性質雖屬動產。然有多同於不動產者。如認船舶為船舶權之目的。即其一也。故船舶之擔保權。得按用關於不動產之擔保權之規定。日六八
六、之三

第三、船舶之先取特權與擔保權之競合。

船舶之先取特權。蓋以法律上對於其餘債權而均有與先取特權之必要。故因之而設者。是所以得先於擔保權而行之。日六
八七

上述之先取權及擔保權之規定。即在製造中之船舶。亦為切要。故日本商法第六百八十九條之中。明言製造中船舶可據而按用之。

商法 汎論 終

國際法

作新社藏版

國際公法目錄

第一編 總則

第一章 國際公法小史

第二章 國際公法之意義

第一節 國際公法之本源

第二節 國際公法可爲法律否

第三節 諸家所關於國際公法意義之學說

第三章 國際公法之淵源

第四章 國際法上之人格

第一節 國家當受國際法管理之資格

第二節 國家之種類

一

一

六

六

一〇

一二

一五

一八

一八

二二

第一款	獨立國	一一
第二款	不完全之獨立國	一一
第三節	於開明國之國際法	二六
第五章	平時國際法之原則	二七
第一節	生存發達之權	二八
第二節	財產之權利	二九
第三節	獨立權	三〇
第二編	平時國際公法	三七
第一章	國家之發生消滅及變更	三七
第一節	國家之承認	三七
第二節	新國與母國之關係	三九
第三節	土地割讓之效果	四一

第四節	國家併吞之效果	四二
第二章	國家之領土	四二
第一節	國家之領土成立	四二
第一款	先占取得	四三
第一項	先占之目的物	四三
第二項	行先占之人	四四
第三項	先占地之境界	四五
第二款	契約	四六
第三款	時效	四七
第四款	添附	四七
第二節	領土之境界	四八
第三節	保護國之作成	四九

第四節	勢力之範圍	五〇
第五節	川河	五二
第六節	海	五四
第一款	公海	五四
第二款	領海	五四
第一項	領海之沿革	五五
第二項	現今之法則	五七
第三款	海峽	五九
第四款	海灣	五九
第五款	港	六〇
第六款	內海	六〇
第七節	漁業及沿岸使用之權	六〇

第八節	對於航海自由之制限	六二
第九節	地役權	六三
第三章	土地以外之國家財產	六四
第一節	公船	六四
第二節	懸有國旗之私船	六五
第三節	外國船內之貨物	六六
第四章	關於領土之主權	六六
第一節	外國人於身體財產上之管轄之權	六七
第一款	治外法權之性質	六七
第二款	君主之特權	六八
第三款	外交使臣之特權	六九
第四款	軍隊之特權	七四

第一項	軍艦及公船	七四
第二項	陸軍軍隊	七六
第五款	商船之特權	七七
第二節	對於外國人而行徵發之權	七七
第三節	在外國之外國人所行之犯罪	七八
第四節	收容外人之權及與以特權之權	七八
第五節	國家之責任	八〇
第五章	關於臣民之主權	八三
第一節	總論	八三
第二節	國籍明瞭者	八四
第三節	國籍有疑似者	八四
第一款	生於他國領內之子	八四

第二款	外國婦女之私生子	八六
第三款	嫁於外國人之婦女	八六
第四款	歸化	八七
第一項	歸化之許否	八七
第二項	歸化前之子	八九
第三項	準歸化人	九一
第五款	無國籍者	九二
第六章	疆土以外之主權	九三
第一節	總論	九三
第二節	航海中之商船	九五
第三節	公海中之軍艦及船舶	九八
第四節	已國船舶中之外國人	九八

第五節	船舶之追捕	九九
第六節	海賊	九九
第一款	海賊之定義	九九
第二款	海賊犯之種類	一〇四
第三款	對於海賊之管轄權	一〇六
第七章	國家防衛權	一〇七
第一節	總論	一〇八
第二節	對於領地外之暴徒之防衛權	一〇八
第三節	對於局外中立國之防衛權	一一〇
第四節	對於公海上他國船舶之防衛權	一一一
第五節	外國在留臣民之保護	一一二
第八章	國際干涉	一一四

第一節	干涉之意義及性質	一一四
第二節	正當干涉與不當干涉	一一四
第一款	本諸國家防衛權之干涉	一一五
第二款	對於一國非行之干涉	一一六
第一項	對於不正干涉之干涉	一一六
第二項	對於殘虐處置之干涉	一一七
第三項	關於宗教上之干涉	一一八
第三款	本諸條約之干涉	一一九
第四款	對於內亂之干涉	一二〇
第五款	列國連合之干涉	一二一
第六款	因權力平均之干涉	一二二
第九章	國際上國家之代理者	一二三

第一節 君主及大統領	一一三
第二節 公使	一一五
第一款 公使派遣及拒絕之權	一二五
第二款 信任狀及委任狀	一二七
第三款 公使之等級及種類	一二八
第四款 公使之職務	一二九
第一 對於己國者	一二九
第二 對於駐荷國者	一三〇
第五款 公使之權利	一三〇
第六款 公使於第三國之權利	一三一
第一項 公使於善隣國之權利	一三一
第二項 公使於敵國之權利	一三二

第三項	公使於敵軍占領地之權利	一三三
第七款	公使之終任	一三四
第三節	軍隊司令官	一三六
第四節	秘密節使	一三七
第五節	特派委員	一三八
第六節	領事	一三八
第一款	領事之職掌及性質	一三九
第二款	領事之種類任命及終任	一四一
第三款	領事之特權	一四三
第七節	對於國家代理者之行為本國之責任	一四四
第十章	條約	一四五
第一節	條約之性質	一四五

第二節	條約之成立要件	一四七
第一款	關於主體之要件	一四七
第二款	合意要完全	一四八
第三款	關於客體之要件	一五〇
第三節	條約之形式	一五〇
第四節	條約之批准	一五一
第五節	條約之解釋	一五五
第六節	保證條約	一五九
第七節	條約之效果	一六〇
第八節	條約之擔保	一六一
第九節	條約之消滅	一六二
第十節	條約之更新	一六八

第十一章	國際爭議調停	一六九
第一節	總論	一六九
第二節	平和手段	一七〇
第一款	直接談判	一七〇
第二款	第三國之調停	一七〇
第一項	周旋	一七〇
第二項	仲介	一七一
第三項	列國會議	一七二
第四項	仲裁裁判	一七三
第三節	強行之手段	一七五
第一款	報復	一七六
第二款	復仇	一七六

第三款 平時之封鎖

一七九

國際公法目錄終

國際公法

作新社編譯

第一編 總則

第一章 國際公法小史

國家之文明漸進。其程度至於能解交通之利益。於是有國際公法出。往昔希臘人以優等人種自居。蔑視外國人爲野蠻。且以野蠻與敵爲同義之語。故其於戰爭。以殺敵奪財爲主。暴棄敵屍。無復有惻怛之意。如碩儒亞里斯度多爾亦曰。野蠻人有爲希臘奴隸之天賦。嗚呼豈不奇哉。

未幾希臘市府。以保其生存之目的。而同盟結合。以守衛國家。雖當時之結合。極不完全。然希臘國際公法之發生。實原於此。如有名之安飛克沙尼克同盟。學者論之所說不一。依埃休捏斯解此同盟誓約之要曰。同盟市府必不可攻擊他市府。又不

間平時戰時。不可絕水源。苟有相背。同盟市府當攻擊之。又有犯阿伯羅之神。或掠取其財寶者。當誅罰之。蓋其尊敬迭爾飛神堂。如爲此同盟之主旨。舍是。則同盟無可成。然同盟規約中。固有可見以爲國際公法之萌芽者。曰收歛戰場之死軀。曰敵人。有潛入神堂中者不殺。曰犯神之罪人。不葬其遺骸。曰不爲戰勝紀念建凱旋標。曰希臘人來觀祭典者不虐待之。是也。

羅馬人於國際公法之思想。無甚進步。如有名學者西沙羅之論。謂以腕力洩憤者。爲惡意之行爲。是其目的不外戰爭破平和一語。他無關於公法之要也。學者遂認國際權利義務之觀念。爲發達於羅馬。然不無可疑。推對敵宣言。用其形式之一事。則希臘人所未知。若其優遇降服者。雖少有國際法觀念。然不過買敵人悅服之政畧耳。故所謂發荃亞爾律。其結局不過羅馬人對他國人。而設特別之法。不能認爲定各國共通之原則者也。

羅馬之休斯嚴沙母。不能認爲各國合意或慣例之國際法。則依羅馬法學者所說

休斯嚴沙母。雖其原理適合人情。從當時開明之程度。而可適用。然究與規定國際無關係也。

國家權利。爲世人所認。國際公法元則之發生。實在中世。由歐洲各國基督教所傳播。在維西莪斯之法律。不但保護外國商人。又使之享有自國法之利益。在細細利處破船掠奪者以重刑。在巴維里亞。保護外國人入其領地。且授以特權。如英國大憲章。亦保護外國商人。且獎勵之。又十字軍及騎士制度。使歐洲商業擴張。而精神發達。漸啟其研究公法之途。若夫爲戰爭之宣言。認公使之特權等。亦莫非當時文明之結果。而羅馬寺院。自以羅馬法理。止能適用於基督教國。其思想甚偏頗。惟其勢力則盛大。不特裨益於歐洲文化。居歐洲政治之中心。以獨立之權大。裁斷國際之關係。則助國際法之發達亦不少。近世國際公法之大發達。基於左二原因。

一、近世政治之組織。使各國間關係複雜。

二、格羅西亞斯及其他學者相踵而起。研究斯法。有所著述。

爲第一原因之基礎。事實之大者如左。

一、意大利戰爭。

二、宗教革命以來。所關宗教之事項。

三、爲抵制土耳其故。

四、殖民地之商業及其結果。關於各國商業之利害。

五、依印刷術及電信之發明。而交通發達。

六、歐洲各國起源相同。是以法律習慣。互相類似。

七、羅馬法皇既覆。日耳曼帝國勃興。而爲歐洲政治之中心。

八、歐洲一般設立君主政體。政權歸寡少之人。國際政畧因之敏捷。

關第二原因。揭有名之學者如左。

法朗亞士哥。維克特利亞。一千五百二十五年。始教授於瓦拉德里特。其所著述。有戰爭時之權利義務。戰爭原由之正否。及其適當之目的等。

其次爲維克特利亞門人脫密尼克·索持。學說類似其師。一千五百六十八年著一書公之於世。

其次有名之國際法學者爲阿爾白利克斯·仙基里士。意大利人而爲拉以沙斯太伯所舉。爲牛津大學私法教授。一千五百八十三年梓其著書「迭列格基奧尼布」行世。一千五百八十九年復刊迭由列自利之一書。

國際公法之不單以法行。而得爲一科學之大成者。不能不歸其功於有名學者格羅西亞斯氏之力。何以故。以彼毅然排斥古來戰爭之習。慣使之適乎人道倫理故也。氏爲人溫和和平。而有慈愛之精神。觀其著書。可見一斑。彼初刊「迭由列自利阿克盤司」於巴里。一千六百二十五年。呈於路易第十三世。此書於政治大有影響。英雄阿德爾發斯王。酷好讀之。雖於戰爭中。亦必齎一本。恒置之於枕上云。

格羅西亞斯以來。公法學大家輩出。如沙密爾·普很德爾夫。可謂能繼其學統者。專基自然法主義。以研究國際公法。氏爲一千六百三十三年至一千六百九十四年

間之人。爲巴拉基奈之卡爾、路德利希所舉。而爲哈以典堡之教授。所著自然法。以一千六百七十二年刊之。

賓格爾休克者。和蘭人。精於是學。生於一千六百七十三年。至一千七百四十三年卒。著書數種。皆見重於世。其學多以各國間之慣例爲主。

爾後格羅西亞斯、普很德爾夫、賓格爾休克等學者所著之書。盛行一時。

森、哇爾特、迭典、夫利芝克、馬爾典等學者輩出。如顯理和伊頓。近時尤爲著名。自是英美及歐洲大陸。講斯法者如鱗。克留白爾、黑格爾、馬爾典、黑洛、斯特連嘉爾典、皮尼洛、黑連拉、奧爾特蘭、夫威利莫爾、維爾塞、洛連司、格斯連爾、索倫基利等。皆後起之最著者也。

第二章 國際公法之意義

第一節 國際公法之本源

國際公法。謂規定國與國間。互相關係之行爲。而得依一種權力。以強制之。是也。其

權力之性質程度。與強行於個人間關係之法律無大異。

國際公法之性質本源。約舉之。其說有二。

一、國際公法。基國家固有之權利。而現行之國際法。其固有之權利關係。發表不
完全者也。

二、國際公法者。國家道德之發達。與國家生存之外貌。反映者也。

第一爲理想派之說。從此說。則國家權利之關乎國際者。與國際之法規。全爲區別。即國家有自然之權利。而生國際之關係。可爲法規者。又雖實在之規則。苟不基於國家自然之權利。則無強行之力。第二爲實際派之說。從此說。則以實在之規則。爲國家行動唯一之標準。不可復求權利之淵源於他也。

以上二說中。以第二說爲正。以下所記二點。則駁擊第一說。使彼無能置辦。

(第一)天然固有之權利。何也。或曰。基於神法。或曰。基於自然法。或曰。可依理想而發見之。學者所說不一。若使彼等草國際法原則。毫無關國際之習慣。則從其所見

之異。而覺法典之不同。例如格羅西亞斯曰。國際法生於人生固有之自然法。離神法而獨立者也。普很德爾夫則曰。與其謂自然法基於人性。毋寧謂基於神之命令。唯自然法維持社會。苟損害之。是爲違法。氏之說與格羅西亞斯無異。特馬喬斯措法之範圍。於已所不欲勿施於人之格言。以脫此範圍者。悉背於道德。維爾夫曰。人皆有基於天性之法。而達最高尙最完美之域之義務。爲盡此義務。得自由平等安全之權利。故如苟侵害他人。則必有罰。康特曰。自由者基於純粹辨理心之觀念。而發爲意思。意思爲行爲之根原。則法也者。各基自由之意志。以選擇其目的焉。然不可成立於國際間。何則國各有機關。名曰立法。依拘束意志之方法。以謀社會之安甯。唯國際間爲無法之狀態。苟有紛爭。訴之兵力而已。雖然此狀態與辨理心相背馳。故國之結平和條約。從辨理心命之。毋庸疑也。以上所言。學者各異其見。若於一國之法律。則學者所見雖不一致。亦可依所謂自然之大法以論定之。獨至國際間之法律。不能同日語耳。抑近世文明諸國之法。必以主權強行之。個人間之合意與

否。非所復問。主權之命令。實爲絕對。個人非立法者。服從主權之法而已。然國家反之。上無主權。國家之服從條規。非自信其當服從不可。則定其所當服從之原則。必須互相合意也。

(第二)假令固有之權利。爲一般所承認。一國服從之程度。何由而定。舍國際法之成立外。必無他術。例如個人之義務。依法律定之。故不得以社會所認理想之道德爲標準而強行。某國對他國。不能強使之依由諸國所認道德之標準。故純理標準。雖於國際法規之改良。有其關係。然若以之爲國際法有效之標準。則亦徒滋弊竇耳。

由是觀之。國際公法。可謂依關於國際行爲而國家當服從之原則條規。以成立者也。於是生以下疑問。曰國際公法之原則條規。何由而證其存在。蓋既無文明諸國間所採用之法典。又別無協定之原則。對此疑問。唯以國際慣例答之而已。國際慣例之大部分。爲表示文明諸國共同生存之要項者。藉曰無之。而國家有此

觀念。亦爲國際行爲之所基。故國際法定其有法律之力。而爲國際法之淵源也。國家表示其立法。多以條約之力過於他行爲。至有對未締約國。亦以是爲法之淵源者。然此說未可全信。蓋當事者間之所約束。固不可以律第三者。然條約之力所以優於國家他之行爲者。蓋條約發露國家之意思。似有其價值。惟條約不能作法律。固明甚也。

第二節 國際公法可爲法律否

前節所述。謂國際公法。與國內法律。同一性質。即令不同。亦有類似之點。然反對此說者頗多。近來奧斯典和伊頓、黑龍、普布他、埃命克、阿哥拉斯諸氏所言是也。其畧曰。可別法與德之原理者。惟在於一主權之命令。而其他則否。雖同是法也。一則具備強行之機關。一則除社會非難之外。無復裁制。以此標準論之。國際法者。不外以公論爲制裁道德之規則。此說含蓄眞理。蓋國際法。非有法律完全之模型者。不能與文明諸國之法。同其性質。然法律之範圍。必限於完全發達之法律與否。屬一問

題。非取各時代各社會法律之觀念。悉比較分析而研究之。則未能盡其定義。法律之範圍未定如此。則左項二事。尙費思索。曰國家習慣。認國際法以爲法律而措辦之。及今日認以爲法者。非無與國際法區別其性質者是也。

夫國際慣例。初旣成法律之一部。故國家以是爲法律。而適用之。學者亦以是爲法律。而論列之。不能謂無關於今日國際法之性質也。抑國際法之理論。依法律之論理。以研究國際事件之生。常以法律之解釋。援引前例。且學者所論國際法。亦猶之國內法。於國際法之範圍內。以評論國家之行爲。亦基於法律之觀念。而國際法外。別無有國際道德者。亦以對其違犯道德者。無一定之請求權也。

謂國內法常依一定權力而強行。亦不必然。在某時代。以社會公論爲法律最後之制裁。若有背法者。則被害者。有以其力之所及。救正之之權利而已。例如條頓種族諸國。有背法者。則被害者。得索賠償。而得捕加害者之家畜留之。或如檢訴訟之證據等。足知當時法律強行之如何。且於發達最優之社會。尙有慣習法者。若夫依慣

習法而爭訟。裁判官即由慣習法。下有強制力之判決。其所以適用此法者。亦以慣習法已爲社會認其有法律之効力也。

故所稱國際法規則。未有一定之制裁。欲觀察國際法於法律之性質。不得不先觀察國際法之地位。蓋國際法者。雖在法律幼稚之地位。然屬之於道德範圍。則甚謬也。

第三節 諸家所關於國際公法意義之學說

格羅西亞斯分國際法爲自然法及制定法之二。又分制定法以爲人法及神法。瓦德爾分國際法以爲必要的任意的之二。此等定義。以研究國際法學之發達。不過資參考耳。格羅西亞斯之自然法。謂辨理心之所合。而其行爲。必須出於神意。其背之者。神之所禁也。然區別自然法與國際法。則以國際法爲基於各國之利益而設也。

普很德爾夫不別自然法與國際法。其說曰。凡國際之權利。例如公使之特權。亦自

然法之權利也。然從此說。則不能區別法與德。至使講斯學者。抱國際法者不脫道德範圍之見解。

賓格爾休克以國際法爲道理及慣例。其說曰。國際法依開明諸國所認爲合理者而成。而以推定慣例爲合理。故其反對意思之發表。則此推定失其効力。且國際法之原則。非依默認而承諾者。不能適用。從此說。則國家主權。有至大之力。國際法猶將從主權者之意。以爲轉移。誠如是則國際法範圍內之事項。同時可爲。或正或不正。或適法或不適法者也。烏乎可。

瓦爾夫分國際法以爲左之三項。

- 一、各國推測其當一致之法則。
- 二、成於明約之法則。
- 三、成於默認之法則。

瓦爾夫以各國關係爲一大共和國。曰國際法。亦不過爲此共和國之國內法。

培夫迭爾曰。國際法之發生。必基於純粹物質的。故其拘束力之所基。亦爲道德。其強行力之所基。則在於他國家。亦生同一感情之道德理由。然國際法以無主權而發達。有最自由之精神。其所爲強行機關者。不外於公論。而欲知其公論所判斷之是非。則唯有歷史而已。

和伊頓以國際法爲一成於各國之條約協議等。一成於可適用於國際關係之正義。故和伊頓中立於實際派與理想派之間者也。

飛里摩爾亦與和伊頓同說。以國際法爲成於慣例正義之二者。其他學者曰國際法基於各國之利益。例如便沙母即是。

賽維尼曰。一國慣習法之成立。以社會有思想之一致也。思想一致。於國與國之間。尙可存在。以其基於共同之原因及信仰。所以生國際法也。是爲特見於歐洲耶蘇教國。而古代人民鮮知之。國際法雖爲法律。然未爲完全。何則不如一國法律有強行機關之權力也。而從耶蘇教國文明之進步。故於他宗教國之交際。亦不得不認

此法也。

第三章 國際公法之淵源

國際公法非一定主權者之所制定。其發生必先顯於種種之形體。乃名其可爲本源者。謂之國際公法之淵源。揭其重要者如左。

一、學說。

二、條約。

三、判決例。

四、所下官吏若法。國家訓令書。

五、外交文書。

六、戰役談判條約及其他外交歷史。

學者所著之書。述國際慣例及國際之輿論不謬者。可爲國際公法之淵源。雖著者見識不一。而公平無私。原爲學者本色。故敘述開明國之感情與慣習。殊得其當。當

局者不能不據其所論以處事也。

條約有講和條約。同盟條約。貿易條約。新規約。變更既成條約等之別。揭其種類之重者。則如左。

一、特利地。Treaty。所譯曰條約者是也。

二、孔溫先。Convention。謂關通商航海工業郵便電信鐵道等。特別問題之條約。

三、迭克拉列先。Declaration。發表一國之意思而宣言。他國表其同意者是也。

四、卡特爾。Cartel。交換捕虜等之際。所締結之條約。而條約中不必重要者也。

五、阿克特。Act。多數諸國會同所訂之條約是也。

六、普洛特科爾。Protocol。一種之條約。名曰外國始末書者是也。

條約亦爲國際法之淵源。而多數之條約。雖不能左右國際法。然若關一種之原則。重其同一之條約。則遂爲慣習。至垂爲法則焉。近世開明國所重之國際法則。發其

源於條約者不少。

列國會議之裁判。比之一國捕獲裁判所之判例。尤有價值。但在歐洲大陸。雖輕視捕獲裁判所之判例。在英美兩國。見於通常裁判所之判例。有法律之効力。學者亦殊重之。

一國主權者。有示捕獲裁判所以認爲國際法則者。且與以訓令。蓋國際慣例。關乎捕獲。未與以判決適當之法廷。故各交戰國。欲得正當之裁斷。常以訴於己國主權所組織之裁判所爲例。此裁判所所適用之法則。非國內法。而基於國際法之規則。若自條約而判之。故其判事。自可依所認爲國際法者。或可依主權者所與。傳識者所定之訓令也。

關乎國際事件之書類。概不宣播。然當事者。必可諮詢之於通國際法者。依其意見而決之。亦猶個人對他人之行爲。欲求賠償之際。先諮之於法律家也。故外交官衙若公之於世。則裨益斯法之研究者大矣。

依外交之沿革。得發見國際法之原則。自不容疑。於一方言之。則沿革雖不過示在某時代某地人類所認以爲法者。又於一方言之。以關同一事件。屢適用同一法則。推論之。非無發見現今之法則者也。

第四章 國際法上之人格

第一節 國家當受國際法管理之資格

國際法之成立。依於規定國家相互之關係之法則。前章既述之。而其國家雖以獨立國爲本則。或非獨立國之類似團體。亦可得同立國際法之下。

獨立國者。謂有政治之目的。而爲永久建設。有一定土地。不受外部管理之團體。

在無永久之目的。而存續不定之國家。於義務履行。難與充分之保證。又不能享有一般之權利。對他國家。雖勸以將來期履行之締約。然無應之者也。

國之全然獨立。於國際法之關係。非必要。惟與國際行爲之國家。相互獨立則足。夫法者。若基於中世時代之思想。則國家之獨立。當不置意。當時家族政治之思想充

滿。法律者非使羅馬帝國之主權強固。則莫不出法皇之立法。法律生於最高權力者。宗教時代自然之理想。而此理想。爲宗教與政治之權力相衝突。不能見諸實行。寺院與帝國。亦遂不能建設國際法。而國際關係遂歸烏有。至第十五世紀。群雄割據之時。國際共同生活。殆將絕其命脈。當此時則又反乎前象。倘離獨立之思想。法律即不能發生。亦自然之勢也。

有一定之土地。於國際關係。本非必要。自理論言之。若夫逐水草而轉移之部屬。爲一定團體。非不能對他國家而有權利義務。但對如此之團體。難與以裁判。又不能確認其團體之存在。然未能以此等事實。謂爲國際法上無人格之理由。蓋一定土地之觀念。因開明諸國起於殖民地。而其理由。則因酋長管理人民之權力。及土地所有權之結合。印於國際法基礎初定時代。法律家之腦髓。主權及土地所有權不可離之思想。與封建時代共起。及代封建以羅馬法之觀念。使二者結合益強。迄第十六世紀。一定土地之上。酋長之權。於土地爲絕對所有者。土地與主權之結合。

更有進步。使人生土地所有者。即爲其土地人民主權者之觀念。此自然之勢也。國家於有其資格時。可立國際法之下。故國家須備具諸要點。而表示其立法律之下之意思。則可得受國際法管理之權利。

以上人格。爲國際法上之人格。不受國際關係變化之影響。即有變化。而不害主張國際權利履行義務之資格。又不害國際法上之人格也。

依以上所論。國家內部之變更。無影響國際法上國家之存立。君主國變而爲共和國。一朝廷之政治顛覆。而爲新朝廷。無妨國家有權利義務之點。一國政府非國際法之重要者。政府不過代表其國者也。如政府變更其憲法。欲廢與他國所締結之條約。則他國必依自衛之理。而拒絕之。且內部之變更。爲無政府及國土割裂等。雖其國一時土崩瓦解。然非建設新國。或永無恢復政府之望。則尙認以爲國際法之一國也。

又領土增減。不妨一國之存續。領土增加之際。其增加部分。爲其國之一部分。故凡

立其國權利義務之下。依同一道理。而膨脹國家。非繼承其併合部分之舊債權債務者。但併吞他國全部。則以相續其權利之全部。又當繼承其債務。在失領土一部分之際。一國雖有不能履行保證。或同盟等特別之義務。然此等事項。無害一般國際之權利義務也。

國家之消滅。第一。因戰爭或條約之結果。爲他國所併合。第二。分裂而爲二個以上之國家。第三。數國合而新建設一國是也。

第二節 國家之種類

第一款 獨立國

凡獨立之國。於法律範圍內。不可無充分之自由。雖或一時受其拘束自由之契約。然不論何時。可解除之。其性質非屈於他權力之下。則國之自由。未能謂之消滅。但其契約。若自一方不得解除。而國家受治他權力之下。則其國已消滅自由而非獨立矣。

第二款 不完全之獨立國

國家無充分獨立之資格。尙可受國際法之管理。屬此種之國家。以人之合同國、土地之合同國、聯邦國、同盟國、保護國、半主權國等之名分之。

(第一)人之合同國。不得爲問題。人之合同國者。例如自一千七百十四年至一千八百三十七年之間。英國與哈諳巴二國全獨立而唯戴同一君主。二國全有獨立之人格。其戴同一君主者。不過爲某目的而置同一代表者。二國相互之間。非受他拘束者也。

(第二)自反對之推論。聯邦國諸州。亦在國際法。不必以不完全之獨立國視之。自國際法而觀。則聯邦者。舉所對外部關係之一切行爲。悉任之於中央政府。各邦無分離於團體之權利。例如北美合衆國。依憲法之所規定。中央政府。有營通商。派遣公使。締結條約。備處外寇。宣戰講和之全權。各邦反之。不得國會之許可。無與他國締約之權。又例如瑞典及諾威二王國。其世襲之君主。有外交之全權。一千八百七

十一年以來。德意志帝國。亦爲有同一性質之國。但其聯邦中。或自接外國之使臣。及自派公使。似非無外交之特權。且德意志國民。有共同國民之性質。依帝國政府。代表聯邦之意思。帝國政府。掌握締結一切條約之全權也。其他屬此種國家者。爲黑西哥。科命比亞。維捏瑞拉。瑞西。及亞爾然丁聯邦等。

(第三)土地之合同國。自國際法觀之。與聯邦國。無些區別。如某國與某國。結合於同一君主之下。在內部即或異其法律憲法。而至於外交。直爲一國焉。故土地之合同。人之合同等區別。委之國法學可也。

在國際法。見爲不完全獨立國者。第一。爲聯合國。蓋某獨立國。欲達其一目的。而合意放棄自由之一部。以成此聯合國。在國際法。不能認爲一國者也。自一千八百二十年。至一千八百六十六年。所存立日耳曼同盟。爲此適例。此聯合之目的。在圖日耳曼全體內治外交之維持。而使聯合國之獨立強固。國會爲聯合國之機關。掌握外交事務。接外國之使臣。派遣公使於外國。爲聯合國締結條約。聯合國之被侵襲。

也。有宣戰之權。然此國會之權力。於外部非有全權者。如派遣公使。及接受之。締結條約。及在不損聯合國利益之範圍。可與他國同盟。要之。在此聯合國。無立各邦上之主權。又無爲一國民之特權。唯於維持共同之平和。於防衛國土之範圍內。以拘束聯合諸國之自由耳。

(第二)保護國。謂以國力薄弱。居於他國保護之下之國。雖保護之程度不一。然在國際法。認爲保護國者。有一國民之特性。倘其受保護之國。與他國交戰。須保局外中立。保護國之適例。如愛奧尼安島共和國。一千八百十五年。受英國所保護。其大統領爲英國政府所任命。而凡行政事務。權在英國政府。外交屬大統領之權。但關乎條約締結。英國政府稍干涉之。可納外交官。船舶懸己之旗。克利米亞戰爭時。得守局外中立之承認。現今歐洲中。稱保護國者。爲安德拉、撒摩里那、摩那哥等。

(第三)半主權國。謂某國有獨立權之一部。得爲通商條約。及納領事之類。其地位與前二者相異。在國際法之主格。半主權國。可受消極之推定。如聯合國及保護國。

推定其獨立。於其權利。除指明無者之外。餘皆有之。然半主權國則否。本爲某國之一部。故限其許與之權利。若僭其所許與者以外。則以反逆目之。

今即交戰國而言。若一國將離其所屬國而獨立。創設政府以敵之。比之半主權國。有現完全獨立國之狀態。然止於一時。而不能永久。則在國際法之主格。不免有所缺。唯此際依交戰國承認之方法。於國際法。有使之得一國之權利。而須第三國或舊本國承認之。其承認之效果。(第一)承認之國。與局外國同視。交戰國與獨立國同視。(第二)本國不以國賊待其背叛之臣民。而視爲敵國。可使他國爲局外。又他國與以承認。本國對其與承認之國。又自與承認。至於叛亂者之行爲。對一般之國。不負責任。又叛亂之結果。在本國管理不及之領土。本國亦無履行國際法之義務之責任。

交戰國。何由得主張受爲交戰國之承認之權利乎。又第三國。何由可承認爲交戰國乎。

第一問題。實不脫道德之範圍。多數人民。宣言政治之目的。從事于戈。若捕其人民爲罪人。以處之刑。殊背人道。又外國若捕獲其軍艦。而以爲海賊。尤爲酷暴。以德義論之。則處以交戰國之道。最當者也。但如何得主張爲交戰國之權利之點乎。抑一時獨立之人民。不以犯罪人視之。而承認其爲交戰國。爲本國之義務。然此不過出於道義。非國際法之問題。蓋此交戰國法律之人格未備。永久之目的未立。不過一時獨立。不能享有國際法之權利。即不能基於法律之理由。以請求承認。若本國或第三國與以承認。自法律觀之。不過爲恩惠已耳。

然第三國。若無與國際法承認之義務。則尙有權利。以主張其自衛之權。蓋既開戰釁。而其一方無交戰國之特權。則大有關於第三國之利害故也。

第三節 於開明國之國際法

學者有言。世界文明。於是國際公法之名詞現出。而其高尚精緻之原理。惟文明諸國。足以解之。若歐洲以外之國家。其得受國際公法之管理者。尙鮮也。故歐洲文明

諸國。常生活此法之下。苟欲脫其羈絆。依積極的行爲。而表示之。歐洲以外之國異是。如特有屬此法管理之行爲。即不可。無許其受此法管理之行爲。倘國際法所管理之各國行爲。於締結條約。或有未足。則接受公使。或派遣公使等。未能充分。然未明許可之行爲。如一千八百五十六年依巴黎條約。宣言土耳其可享歐洲公法之利益。然假令無明許之。得調印所伴條約之宣言之許可。則此宣言。爲改國際公法中之某原則者也。故土耳其限此改正規定之範圍。得權利負義務而已。又在新建一國之際。其國爲歐洲文明之繼承者。苟於國際行爲。不表反對之意。則可定爲國際法管理之國。然其國於歐洲文明以外。而無特別之行爲。則不能以國際法管理之國視之。是固西人之誇言。未必有其理。然接之現今世界之實際。大抵如是也。

第五章 平時國際法之原則

國際法所論。爲國家之權利義務。國家獨立以生存。爲財產之主體。故繼續其生存。

且使之發達。爲達其維持獨立取得財產及享有之之目的。於不害他權利之範圍內。有各種必要之權利。

第一節 生存發達之權

國家自生存發達之權利中。含左之內容。

一、國家從其所好。而自經營之。

二、國家在其領土內。圖增進幸福。有行爲自由之權。

三、占領無主之土地。依其人民之承諾。可自由組織新州。

故國家之建立政體。設備制度也。不問主義之如何。均可任意爲之。唯不得侵害他國之權利。

又國家不妨執最利己之商業政策。又在其領內。築城壘。設砲臺。不論何地。不拘何式。皆可爲之。至於編制軍隊。即有時兵力強大。使鄰國懷危懼之心。然他國無制止之權也。惟亟修己國之兵備。庶可與之匹敵而已。

有生存繼續權之結果。有自衛權。關乎自衛權之保護。有抑制他國之權利。若一國恫喝他國之狀態既露。如養國防以外之兵力。爲脅迫之準備。待有機可乘。則襲擊之意等。他國可爲之要求保證。或要求撤去其脅迫之準備。若拒之。則惟有兵戎相見而已。

第二節 財產之權利

國家關於財產之權利。得占領土地。或占有其領土之財產。於其所得之財產。可行使完全之所有權。

從普通學說。所有權屬一私人。國家不能爲所有權之主體。國家本來所有者。爲人民財產之最高權。故國家以有此權力。而得處理其領土內一切之財產。然所有權與國家最高權之區別。屬之國法學應研究之問題。而在國際法。則毋庸論及。蓋國際間。以國家爲有人格者。則國家之財產權。對於他國家。不可不完全。猶夫法律一私人對他人之處分。其專有物之權也。在國際法。謂國家有完全之財產權。復何疑。

哉。

第三節 獨立權

獨立者。有實行自由意思之能力之謂。而國家獨立權者。在不害他國獨立權之範圍內。而得縱行國家意思之權利之謂。故獨立權者。雖含有生存發達之權利。然國家獨立權。則指對他國有交際之權。又在其統治權之範圍內。對人及物。有行自由意思之能力之權。

故國家對他國。在不破交際義務之範圍內。可自由定交際之方法。或加入同盟。或結特別恩惠之契約。皆可自由爲之。又對他國之不法行爲。亦可要求損害之賠償。其次權利。爲統治權。又國內主權。國家於其領土。有絕對之權力。故管理其領土之人及物。不問其爲自國人與他國人。皆施以司法權。但對他國人行之。於其入國內時始。出境時止。

論者謂主權之結果。國家在其領土內。不別內國人與外國人。皆可行其管轄權。然

對我國民。雖在他國內。尙行我國法。此則國家所有於其人民之權力。誠以國家人民關係之結果。其法律不可不隨人民之所在也。故其人民雖在國外。常遵守已國之法律。若違則於歸國之後罰之。人民不能以去領土之故。而免服從之義務也。例如生於外國。其嫡出與否。又成年之爲何年。總可從本國法。若在外國犯罪。外國既罰之。而本國可再問其罪也。

如以上所記。在理論。關於領土上之行爲。不問內國人與外國人。俱當以國法治。而外國人亦與內國人。可享同一之權利。然至國際慣例。則未達此域。而有以制限之。以爲若使他國人民與自國人民。享有同一之權利。其主義甚不利。故各國法律。定外國人之於政界。無一切臣民之權利義務。唯有於所到之國。營安安全生活之權利而已。關其國政。全無權利。有不得害其國之公安秩序之消極的義務。故今日國際法之原則。國家對外國人所有之權利。大概如左。(第一)得使之服從政治之制度。(第二)得命之以臣民資格外之公擔負。(第三)爭訟事項。自國裁判所管理之。

關於外國人之行為財產。對原則尙有制限。於私法之關係。近世立法。比之實行主權之絕對主義。則務爲保護私法關係從來之面目。欲達此目的。於外國人不適用自國法之際。及於法律有所抵觸。多從本國法定之。故文明各國。於不適用自國之法律。而適用外國法律之慣例。構成所謂國際私法。然所謂國際私法。不得爲國際法之一部。夫國際法者。規定國與國之關係之法律。若關乎一私人而有規定。是背此宗旨也。至國際私法。不過單爲國法之一部。其有法律之力。不外依國內主權之力。於國際私法。見爲一私人與一私人之關係而已。一國裁判所。遇有某事。以適用自國法律爲衡平乎。以從外國法律爲衡平乎。又可屬何國裁判所之管轄乎。可以此法決之。故在國際法。以不論之爲當。

開明國之法律。大概大同小異。故曰國之裁判。無論民事刑事。必與乙國之裁判相類。在國際法。必其國家備有如此之法律之義務。方能受國際法之保護。若對文明程度未達之國。則不許其受國際法之保護。此又一限制也。

如以上所述。一國有絕對主權之權利。則必有伴之之義務。(第二)一國不可違反法律。務使其領土內無違法。苟有對侵害他國之權利之行爲。須以國法預防之。(第二)有不可害他國獨立之義務。蓋侵害他國之獨立。爲不法行爲。但非無害他國之獨立權。以主張自己權利之際。猶個人之法律。有自衛權。國家亦爲防衛自己。而有此權利。譬如甲國有非常之變。勢將脅迫乙國。甲國不肯鎮壓之。或無鎮壓之力。又雖事變未發。若不施預防之策。則其變必起之際。則乙國不得不行防衛自己之權。縱有害甲國之權利。不恤也。

一國關重大事項。有違反國際法之所爲。防止之於其未發。則於他國無害。蓋行爲之自由。祇許於法律範圍內。而非保護違法者之權也。然他國對違法者。不可爲過當之干涉。有時對違法者。止可忠告之。使不止忠告。而施過當行爲。可謂侵國家獨立之權。但國際法不別設權力機關。隨事時所執之方策。皆委之於他國所信以爲適當者。

以上義務之外。本不過社交義務。而有認爲法律義務者。(其一)爲交通義務。普通學說曰。國家有與他國家交通之權。絕對拒絕交通。則背法律元則之意。而拋棄國際法之保護者也。即爲法律以外之國家。特以交通之目的。使用領土內之水陸。且無拒絕必要品之通商。但慮交通權之濫用。故設交通貿易諸制度以防之。則不在此論也。(其二)爲犯罪人交出之義務。學者所論。各持一理。有謂國家有使他國交出犯罪人之權利。亦有反對之者。如甲曰。犯重罪之人。破國法之秩序。害社會之安寧。爲一般人類所共惡。須併力防之。乙則曰。諸國一般防止犯罪。有共同之利害。若犯罪人逃至他國而得安全。是獎勵犯罪者也。故救濟之方。必須有犯罪人交出之義務。是說雖當。然其理由未足。證明國家有此法律義務。若爲他人利益爲之。而其爲之者。亦有利益之論。其結論未云以是故而有其義務也。又第一說反之。而失於廣漠。彼意不問何事。但對害社會之安寧者。則人類有共同防壓之義務。是說未免稍背事實。夫交出犯罪人。諸國尙鮮認爲義務。其爲之者。不過聊盡友誼耳。近世交

通益便。使犯罪人易於逃亡。而國家希望其交出也亦愈甚。於是特設對犯罪人之某條件。而締結交出條約。故在國際法。未認交出罪人之義務也。

多數學者。以整理國際行爲之諸儀式。爲國際法之一部而論之。蓋名譽品格等之感情。不但使其重名譽品格之希望已也。且對所表示其意思之外形禮式。爲與法律之效果者。故破禮式之不正行爲。殊傷國際之友誼。然對破友誼之行爲。無訴腕力而求賠償之權。唯有報之以無禮。或絕友交之途而已。

第二編 平時國際公法

第一章 國家之發生消滅及變更

第一節 國家之承認

由理論言之。凡國家須具備其爲國家之資格。由證明其具備之時。而列入其權利於國家之時者也。然於實際上國家之起源。乃由他國之承認時始。承認時者。簡言之。即指他國遣使臣於其國。或訂條約。或依其他方法。而構成國際關係之時。是也。蓋欲得承認之國。則於國家之具備與否。不得不與以調查判斷之自由。若不待承認。雖可爲國家。而其主張權利所必須之證明方法。則須承認也。

國家之起也。有於野蠻之地域。由人工而建設者。有未開國進其開明之度。而得爲當受國際法支配之國家者。然統言之。則新國之發生。多本諸舊國之分裂。而承認之。有由母國者。有由第三國者。前者所行之承認。與後者所行之承認。種類互異。此

學者所論也。然於理法上欲別其二者之所以異。則頗難。又母國所行之承認。乃對於被承認國而拋棄各項要求者。故證其爲獨立國之力。視第三國所行之承認爲優。而母國既行承認。則可否承認之問題。已消滅矣。然承認非授與獨立之行爲。惟認其獨立之要求爲正當行爲耳。彼第三國亦然。又於實際上兩時候亦有差異。然決非重要也。如母國承認其反叛之一州之獨立者。則他國之承認。不容以違咎之。若母國猶未承認。而他國先承認之。或有付諸疑問。然料反背國之獨立能久固。則不得目其爲由母國而分離者。要之承認過速。對於母國爲不法。故目爲不當之干涉。亦勢所應爾也。

北美合衆國及英國之承認南亞美利加各共和國。可爲適例。今摘錄其原則於左。

- 一、母國方力圖恢復。而戰爭繼續時。其獨立非確定者。不能以其承認爲正當。
- 二、母國非力圖實際恢復。而如僅行宣言。或徒有戰事。而終無勝算之役。則不妨承認。

行承認之方式。不一而足。就中最嚴者。乃向新國而發明示之宣言。或招諸與新國條約中之宣言也。前乃英國政府承認孔哥獨立時所執之方式。後則於同時德國政府所採用之方式也。然無論方式如何。但足明其意者可也。希臘之獨立。以外交始末書。而由英法俄三國承認之。德意志帝國。亦於一千八百七十年正月二十四日。以倫敦議會之外交始末書而承認。比利時國。則因許歐洲各大國之條約當事者而被承認。餘如前述受新國所遣之外交官。及遣派外使於新國。認許新國所遣之領事等。皆默示之承認也。

第二節 新國與母國之關係

夫由母國分離而建設之新國。於國際法上均爲有人格。故一般享有權利。並擔負義務。無論矣。然母國所負契約上之義務。於新國之關係如何乎。即母國所有財產特權。共有財產之關係。并分離後。母國之臣民爲新國臣民時。其關係如何乎。是皆當研究之問題也。

抑母國契約上之權利義務。乃屬於債權債務者。是新國毫不與知也。何者母國未嘗致消滅。固無妨享有其權利且履行其義務。若新國。則全屬新生。無與他國代表既訂契約之母國之人格。故他國對此新國。理當不予舊國所訂契約之利益。又何獨強其負義務乎。新舊兩國之關係。與新國對於第三國之關係。不異其理。蓋新國之一就獨立也。即非母國之一體。故凡舊國之繼續其生存者。則舊國保存其未明失之各種權利。例如財產上之權利。或依條約上而得之權利。悉屬於舊國者也。至於舊國因建設新國而失之關於土地之權利。唯關於土地而所負契約上之義務。附於土地之財產。及因土地而設之屬於制度之財產。則俱當多歸新國。

唯然。而關於同盟保證及通商等之條約。不能羈束新國。且母國之公債。新國亦不任其責。新國固保有爲其土地人民。依條約所得之特權利益。例如航行其土地與他國間河川之權利是也。又新國須擔負關於其土地之義務。例如整理河川航路之義務。於其土地沿岸。不徵收定額以上之關稅之義務。或承當其地方特別之負

債等是也。地方特別之負債云者。不問其生負債之原因如何。凡於以地方收入爲擔保之時。若其地方之區域。跨於新舊兩國。其負義務則依區域之比例而分擔之。割讓土地。何地爲界。是有訂條約者。亦有不訂條約者。不訂條約者。則以現在占領統轄之地面。定分離國之領土。至訂條約者。則以指定之界限而定。然有時因約文不明。或訂約者不通地理等原因。往往致生轉轄。未能知其所歸宿。斯時則以條約締結時占有之國。領其所爭地。以俟條約之成議。是爲至當。何則。兩國俱立於同等之地位。故於條約意義有所疑之部分。當目爲無條約。若既訂定條約。無論何國。亦不行占有者。無一方之承諾。俱不能行主權於其地也。

母國與分離國所訂之境界條約。非有與約定割讓同一之效力者。而承認新立國直定領土之條約也。若無領土。則必不能有此條約。而此條約若未訂定。則新立國雖有領土。亦無其主權。

第三節 土地割讓之效果

國家依割讓之法。而分裂領土之一部之時。關乎其權利義務。其國家所立之位置。與由分裂而新得獨立之時。無以異也。

又其既割讓部分之地位。於或範圍與新生獨立國相同。凡取得割讓地之國。皆得繼承其地所有特別之權利義務。且割讓地。立於所得國之主權下。故例如其國家與他國所訂條約之效果。必及乎割讓之地。

第四節 國家併吞之效果

凡併吞國家者。其行併吞之國。則爲各種權利義務之繼承者。故其行併吞之國。與他國所訂條約之效果。亦及於被併吞之土地。

第二章 國家之領土

第一節 國家之領土成立

國家之財產。厥有二種。曰土地者。曰非土地者。國家財產之土地。謂之領土。領土者。國家占有而行其主權之境界也。若水若陸。俱括於其內。但依先占、時效、條約等之

效果。而定其境界。其陸地若濱海。則海之部分。自當算人領土之中。

第一款 先占取得

第一項 先占之目的物

國家占有無主之地。而表示保持其土地之意思者。則國家獲得其土地之權利。他國不可不承認之。如斯而取獲領地者。名之曰先占。

可行先占者。唯在無所屬之土地。無所屬之土地云者。謂無人民居住。且不屬何人之土地也。然雖畧有人住而屬野蠻之地域。非在一國主權統治之下。亦括於其內。此今日通常之說也。故對於無主權觀念之野蠻人。先占其土地。於理亦無碍。

先占者。必須即行占領。然若行占領。唯限于實力所及之範圍。得行其權利。則未足以飽殖民的國民之吞噬心也。且其範圍狹隘。殊有害於殖民地之發達。故以爲將來占領之地者。可暫時假占有之。至若殖民於大陸或巨島。而以其現在所領以外之大部分。亦爲附屬之土地。則爲殖民上之習慣焉。

當歐羅巴國民盛行探檢世界之各部時。一經發見之土地。即行占領。使屬之於其國家。然至今日。而反對之慣例立。所謂發見者。無充分之領土權。唯於先占事實不無疑義之時。畧有效果耳。

第二項 行先占之人

凡有國家之資格者。皆得爲先占之事。而其法有二。(一)派遣代理者。(二)國家追認某人所行之先占是也。其(一)乃依國家之權力而行。而代理者有不限於己國人之例。其(二)多爲一私人或一公司之事業。若是者。唯行其占有之行爲。而無先占之效也。例如入無主之地而殖民者。必宣言此土地屬吾國家之所有。而國家亦追認之。則占有之事實及保續占有之意思遂顯然矣。然例如未奉國命之航海家。假其主權者之名。以占領某地。然無殖民之行爲而退去者。則占有之事遂消。縱令表示其占有之意志。法律上亦不認爲有效。以上兩法中之第二法。乃今日所通行。又問個人得因自己之利益而行先占乎。夫個人得占有無主之地。固無待論。惟個

人爲國家之一員。不能行其領土主權。是因有背於國家之性質故也。若欲行領土主權。則不可不成國際關係。

第三項 先占地之境界

當行先占之際。關於土地境界之原則。凡行殖民者。雖占現在居處而直接統轄之地域外。必娶於殖民安全之地域。或以附屬殖民地可見之各土。亦有其權利。此種原則。行占領於區域不廣之島嶼之時。可以實行之。即其有一部分之先占者。則舉全島而使屬於先占之國可也。然在大陸或巨島。則不能無疑。夫殖民輒先始於海岸。而其相接之空漠山野。雖認可以爲殖民地之附屬者。然殖民地之內部境界從何而定乎。鑒之慣例。則以殖民地之水源之最高項爲其境界。申言之。則占領海岸。依其注於海岸之川河。可灌全部地方者。取其權利。而海岸廣狹。與地方廣狹。須爲適當之比例。如殖民於一河口。而沿岸地方之權利悉獲之。是說極通行。然不可採用。夫占領河之一岸。而於他岸。尙無權利。况隣其他方之岸之土地乎。若於同一生

兩處殖民地。而彼此境界又未分明者。則不拘自然之形勢何如。各以現所占海岸之極端之中爲界。

以上所述。乃往昔之慣例也。今者日進文明。每以隣於殖民地之土地爲附屬。而其所有之制限。不得不進一步。當昔者占領土地而殖民之最盛時代。凡進入內地者。以沿水流而上溯。爲最便利最切要之法。今則不然。欲入亞非利加內地空漠之區。不必沿水流而前進。可如鐵道之方法。橫山野以過也。自今而想像大陸最後之分割。其必非依水流而定境界也明甚。安可泥於從前之慣例乎。

第二款 契約

夫國家既得所有土地。其權利可移於他。或由他而受其移轉。就此問題。可應用民法之原則。不止於國與國間。即國於個人間。亦可由此例推。唯在國家則其讓付土地。或讓受之權限。將委諸何人之手乎。是爲實際上之問題。而屬於國法上之研究。茲不論之。

國內法之讓付。體例頗多。於國際法。亦有贈與、買賣、交換諸類。不遑枚舉。要之悉從左記之原則。

一、行讓付之國及讓受之國。須具有意思與能力。

二、讓付之原因。務須正當。

三、由是法而取獲權利。不以占有爲條件。又不以其他之形式爲切要。凡彼此合意即可。

第三款 時效

時效者謂無權利者久占一地因而有得權利之效力。要之時效與國內法所採用者。同其理論。唯於國際法無可以判其爭端之裁判所。故適用畧異耳。其於國際間時效之目的。在維持國際間之秩序。故徵特保護合理之占有者。即其占有或非正理。然經過時間而根據已固者。亦當保護之而與以權利也。（參觀波蘭之分割章）

第四款 添附

因水流之作用。而接於一國領地之海中。或於他國之境界。有新生土地者。有增長領地之面積一方者。又有因河流之變動。而由一國移其河底於他國領內者。此土地權利之問題所由起也。羅馬法於是等問題之規定。頗得其宜。故國法亦當採用之。夫一國領土。因接於河海而成天然境界。如是者。則因水流作用而附着之新地。爲其國所有。若河床堆積砂土。久而變更其河流位置以添附新地。雖跨於隣國領地範圍處。亦與前例相同。然一國之境界。不依水流等而爲一定畫線者。則土地之添附。屬其畫線以外之國家。若河床等分而爲兩國之所有者。則河中所生之島地。以水流最深部分之中央爲界。屬於較近之國。生於其最深中央之島。則以水流最深部分之中央線爲界。分割以定其所有。

第二節 領土之境界

領土之境界。有由人工畫線而成。有依天然形勢而成。其依天然形勢而成者。於境界之不明時。則以通行之原則定之。即其以山嶺邱陵爲境界者。則依水源之所分

爲界線。其以水流爲境界者。凡沿岸之國。於河床全體。若無所有之證據。則以河之中央爲界線。但既得航行之河。則以最深水流之中央爲界線。其於湖沼。無可別稱航路者。故界線當在中央。若一國占領河岸或湖濱之一方者。若在先於他國而行占領於他岸。則就其可爲境界之河湖全體。亦當推爲占領。若在兩岸同時占領。或就先後有所爭執者。則當推爲有平等之權利。又無論原因何如。但就河湖全體而取獲權利者。則爲使用水流之附屬權利。而於他岸亦可畧獲權利焉。此通例也。

第三節 保護國之作成

有非行先占取得。而行權力於未開國及半開國以作保護之國。是固非以其保護國爲己之所有。他國不得爲其先占取得也。蓋保護國與殖民地異。不能謂爲主國之屬地。且每有於某部分得保其幾分之主權。故爲保護之者。固有一國之組織。而非可爲先占取得之目的物也。然於實際則有以保護未開國之名義。而遂眞行其先占取得者矣。

國際法。僅於一面與保護國有關係。其保護國與主國之關係。非國際法所定。唯主國對他開明國當負其責任者。如因保護國行某事所起之問題。又如保護國之人民。或酋長。以不法行為侵害他開明國之人民。他開明國雖欲訴於腕力以自救。而往往爲主國所妨。故外國人居留於保護國土地者。主國宜保其生命財產之安全。而施適當之義務。惟主國以保是等之安全。故亦有相當之權利。

第四節 勢力之範圍

所謂勢力範圍者。其意義曖昧。難於確定。然果何指乎。蓋指與先占取得之地。或保護國與相隣地之範圍也。開明國之主權。雖尙未及此。然除於此範圍有勢力之國外。無論何國。概被斥排。是緣勢力主體之國。以在此範圍之地。爲將來之占領。或於推廣保護。爲政策上所切要。或防止他國以軍事占領之要點故也。

抑在勢力範圍之國家。有多少之拘制力與指導力。故圖發達其商業。而力保旅人之安全。思改良其風氣。而誘導制度之建設。苟非背其一國相沿之習慣。侵其酋長

內外之主權。皆可毅然爲之。然勢力主體之國家。與保護國相異。無特定責任者。若外國人入其範圍。則其危險須自負之。故對外國人而實行此勢力者。乃由德義之觀念。非必須保其某事之安全。如斯勢力範圍之國家之地位。頗屬漠然。因之起左列之二問題。

一、有此勢力之國家。其於他之開明國。得主張何種特權乎。

一、地理上勢力之範圍。當以何如之法而定乎。

欲解是等問題。則勢力範圍一語。與其謂爲真正權利。毋寧謂爲道德上之請求爲至當。若數開明國訂定合意之條約者。則各國縛束於合意之範圍無訛矣。今譬一開明國與酋長訂約。而未開之國。未稍讓其主權。惟與開明國以某特權或商業上之特別利益。則亦可證勢力之建設。若於其勢力範圍內。排斥其勢力之主體國者。是則顯背友誼。然合意之範圍。不縛束當事者以外。且非依勢力而生征服判讓保護等之法律效果。故於所謂勢力範圍內。雖有排斥友國之力。然於公然爲敵者。則

無何等之抵抗權利也。

若其他之開明國。有抱侵畧之野心者。則土地勢力之範圍。必終歸政治上。有實權之勢力範圍也。斯時。勢力之主體國。勢不可不自負保護之責任。蓋由勢力之主體國。與友國間之勢力關係。決不能謂爲永久。勢力之主體國。須無怠於保護外國人之安全。使酋長不得妄施壓制手段。此對於友誼國之義務。與對於競爭國之防衛。能使其支配力遠馳於強固。遂不久而勢力之範圍。行將如馬來半島。進化於不完全之保護國之力耳。

第五節 川河

國家之義。謂於領土內有絕對之權利也。故流其領土內之川河。國家得從其所好而使用之。並可任意使他國不得遂其航行。或對他國之船舶而課稅。他國於其水流之上獲權利。必不可不原因時効或合意等

又據普通學說。凡沿於川河之各國。其因通商起見者。則於他國之領土內。有使用

水流以事航行之權。且雖不沿川河之國。亦或有主張斯種權利者。其意謂國家不可以各自之權利。而誤人類共通之利益。是與不得以箇人之財產權而害公益者。無以異也。此種議論。亦殊近理。然則各國之實例。其取如何之主義乎。請揭三例於左。

一、全流於一國以內之河水。無自由開放之實例。

二、流通兩國以上之河水。非嘗被閉鎖。則須認外國船之通航爲有權利。第於課稅或其餘制限之下許其通航耳。

三、許通航江河。本諸條約或協議。而其關閉之權。則固在江河所屬國之掌中。要之於。慣例之條約。皆認其自由通航。以爲權利。然其主義今猶未建設也。唯解禁止外國船之通航。並減其制限。俾商業獲以發達。則爲十九世紀中顯著之傾向。其所以然者。非在服從法律之結果。而在於政策之改良。即於國際法之範圍內言之。則國家得隨其所欲而開鎖河川。又得隨其所欲而課稅。或定以制限。然此課稅及制限。若施之於不必要之時。或以專橫之法行之。則殊乖乎德義。可謂爲不得其宜。

之政策焉。

第六節 海

第一款 公海

凡公海不得爲所有之目的。故不立於何等主權之下。且公海乃所謂人類之共有物。無論何人。均得自由使用之。故實行公海自由之原則。其期蓋不遠。顧十八世紀之末。各國尤持公海當爲一己所領之說。而今則不然。公海自由之原則。既經確立。據此原則。各國得自由而使用大洋。但關此制限。不妨他國行使同一之權利耳。

第二款 領海

海於原則。不爲所有權之目的。然海之某部分。可爲沿岸國之所屬者。則近世國際法上之原則也。

近世某學者。謂海無論如何部分。不能爲所有之目的。唯畧許主權之存在耳。然細究其沿革。則此等學說之謬。不難知之。且國家不得專有沿海漁權之權利。而國家

主權之存在。與國際法上之財產所有。則決不能分離也。

海之如何部分。爲所有權之目的乎。申而言之。卽如何之部分。附屬於沿岸國之領土乎。是種理論。今尙未發見明瞭之原則。而欲說明此未明瞭之原則。不可不先溯已往之事實。

第一項 領海之沿革

第十七世紀之初。歐洲沿海之大部分。必不免在某國所有權之下。顧是等主張之所本。固出諸通商之利益。且於一方中世時代沿海到處。有猖獗之海賊來襲之警。又於一方保護外國之貿易者。俾有益於己國。故有警備沿海之必要。於是制御沿海之權。遂爲世認。因之而行課稅之法。以償其所須勞力及費用。而在制御之觀念與所有之觀念彼此混同之時代。則沿海所有權之思想之發生。亦不可避。

又據第十八世紀之學說。視實際上之沿革。尤傾於欲其海水占領之範圍。其說曰。海水非人力之所可分。且不滅而有生產。若割據之。是天所不容也。故萬不能占有

之。是說也。精確無誤。非唯海之一部爲然。蓋全體皆然也。學者之所論雖如是。而於事實則有不然者。其時陸地所圍之海。其隣於陸地之部分及海峽。固得占領者也。且砲彈由海岸而達之距離。或迄於地平線之區域。沿海之國。得認爲所領。又一說謂由海岸之表面算起。凡百英里之境。得認爲沿岸國之所領。若此之說。殆與實際之慣例。同其結果。然學者於理論上。尤爲相傳海水可占有之見解所拘束。固顯然矣。蓋彼等謂水爲流動體而不可占。幾成套語。其意固欲縮小海之所領之範圍。而限於適乎一國實際上制御之部分也。蓋主張海之不能占有之學者。因欲維持一國之安全。故定以上之占有範圍。亦不得已也。又無論何人。無全然放棄海爲所有之目的說者。亦無全然採用其反對之說者。唯國家不據有海岸之土地。而不得遠占領海水。則世所共認也。又爲通商自由航海。實爲近世世界之要務。故大洋當作爲自由公海。不得屬於一國。唯國家不妨占有海水之一部。爲其領土之附屬耳。且不可禁他國船舶來航此內之慣例。有漸趨明顯之勢焉。

降及第十九世紀之初。而學說實例之傾向。又一大變。謂海之爲物。固得爲所有。且証之于事實。其例甚多。唯其要求過大。根據薄弱。不能得事實之所有。而徒致妨害於他國者。可不容其要求。卒至唯於必要維持一國安寧之部分。及適於制御之部分。認以爲有所有之權已耳。然則海之不能占有之學說。有如何影響。固可瞭然。第是不過口邊之議論。而實無重要之效能。至跡其國際法上之發達情形。則占有之效。歸於所謂占有須爲現實之理論。是主義。乃二百五十年來經驗之結果也。且加之謂海之占領者。無禁止外國船入於其占領海域之權。適圓滑調和一國與他國之利害。此調和其利害衝突之制限漸確定。固其根底。雖至十九世紀之初。其適用猶未精確。然其爲國際法上之法則。則毋庸疑也。

第二項 現今之法則

領海乃沿海。故一國欲主張其權利。充其所謂實現占有之條件。當非難事。即巨礮等之力。可以制御沿海也。且沿岸之國。漁獵於其沿海。以供其人民之需。若無統轄

沿海之權利。則一國人民之身體。及財產之安全。悉不可望。何者。有於沿海暴行者。若不知其沿海屬於何國。則無從告訴而乞其賠償。然則沿岸國之危險甚大。故推定海水爲可占有。則沿岸之權利。亦有所歸宿。故名一國所屬之沿海曰領海。

領海者。謂得由陸上依兵器之力。而得行一國權力之圍範之沿海也。

其就領海之性質而爲之說者。彼此各異。有謂領海之權利。乃所有權。而領海所屬之國家。有獨行漁業及其餘之使用收益之權。故謂爲所有權也。有謂領土者乃主權也。有謂不過僅於沿海之上行使其主權。然領海之權利。全屬領土主權。而領海與領土之一部相同者。則徵之以上之沿革。而自明。而所謂領土主權。則今日之定論也。

領海之區域。迄今尙無定制。通例以由海岸三英里爲準。然此距離。乃以砲彈所達之區域而定。而砲術日臻進步。彈丸之力亦日增。故國家制御沿海之區域。因之增大。且沿海居民之生命財產。亦因之而愈危險。然前此推定領海之區域。則猶未見

改革也。今未嘗以三英里之區域爲當。此區域亦未能謂爲不變之法則。蓋關於領海區域之議論紛紜百出。畧無定則。是實輓近之事。而各國之拋棄其大要求。爲日猶淺。且關於領海區域於國際問題之實例頗少。故三英里之規定。不必株守。而由理論上言之。領海之區域。有隨砲丸之力之進步。而行擴張之權。但不依有力海國之全意。或與他國之條約等。而一國據此理論。欲當實際上之問題者。其可否須由其國之政策而言。而於法律上之解釋論。則非可得而判斷也。唯一國領海之區域。未爲明顯之要求者。則三英里之慣例。可適用之。是通常所共認也。

第三款 海峽

海峽當與領海同一法則。故例如過幅六英里之海峽。則其中央。即生公海。其在六英里以內者。則爲海岸國之領海。

第四款 海灣

海灣中之領海當何如。學說與實例。俱與領海之原則不相一致。如深進入一國領

地之海灣。悉謂爲其國之領海。是通常所採用也。而實例則各不同。要而言之。表面大。而有廣口之海灣。則不得主張權利。又雖視此益大之海灣。而有狹小口者。或如深馳於陸地者。則均得行實現之占有。可認爲無害原則之精神也。

第五款 港

港亦爲領海之一部。自古謂港爲國之所有。而一國得專使用之者也。故各國得就外國船舶之出入。而設有種種之規則。特軍港尤可禁外國軍艦及商船之出入。通常之港。亦得就外國軍艦之出入而設制限。行種種之約束焉。

第六款 內海

內海云者。謂全然在土地之內部。而不通外海者。其在一國之內地者。其爲一國之領土。與湖水同。至沿岸之地。屬於數國者。無特別之條約及習慣。則從領海之原則。故有大內海之中央。而生公海者。

第七節 漁業及沿岸使用之權

公海不屬於何人。何人亦得使用之。故得於公海而自由從事漁業。而沿岸國之人民。得於領海而事漁業。固無論焉。然有以條約或國法。而許領海之漁業於他國人民者。爲比利時、瑞典、挪威、荷蘭、希臘、北美合衆國等皆是也。如英國、法國及日本。則反之。領海漁業之外。有所謂沿海漁業。是於領海之區域以外行之者也。如一千八百八十二年關北海漁業。嘗於荷蘭訂定條約。許隣國之人民。於一定辦法之下爲之焉。

以通商目的而航公海。其有航行他國領海之必要者。無論何國。不得妨此權利。夫昔時關於海之所有。主張頑固說之學者。亦莫不認此無害航海之權利。二百五十餘載以來。歐洲各國之領海。已無拒因貿易而航海之例。況於今之文明各國乎。故此權利最可主張也。唯所當留意者。不得推此權利於軍艦耳。抑各國之商船到處。有自由航行之權。乃由於世界一般之共同利益。而他國之軍艦。飄飄然航入一國之領海內者。微特有危害於一國。且有害於第三國。不過僅爲軍艦所屬國之利益。

已耳。故於載兵力之他國軍艦。有拒其入領海內之權。

第八節 對於航海自由之制限

平時受航海自由之限制者。海賊及買賣奴隸是也。

海賊爲萬國共同之敵。無論何時。各國船舶。得隨意捕獲。而任其國法廷之處斷。而審訊之。通例不依正式之裁判。而直處以死刑。但今日此例。大加限制。非出正當防衛之時。或無拘禁海賊之場所。不能處此刑。而裁判海賊之裁判所。多爲海上裁判所。可各依其國法而用刑罰。然其罪概重。通常多處死刑。且收沒其船舶。又無論何國軍艦。露有海賊船舶之形跡者。有捕而審查之權。而在一國之領海內者。雖軍艦亦不得捕海賊船舶。

買賣奴隸。雖在往時屬於有益商業。然今日文明各國。則均認爲大有罪惡之行爲。故如英國丹麥國及合衆國。俱已廢棄此制。其餘各國。亦漸次仿行。如英法兩國。且互訂條約。各於其地理上之範圍。有防禦買賣奴隸之權。又如英美兩國。美法兩國。

亦互訂條約。得用兵力而防禦奴隸之買賣焉。

第九節 地役權

國家有類乎地役之種種役務。是國際法學者所持之說也。茲揭其役務之主要者如左。

一、城壘中容外國軍隊之義務

二、領海漁獵之權

三、電信及鐵路之特權

四、因供給石炭。而使用港灣之權

五、於領地之某處不設城壘之義務及類此之義務

是等之特權或義務。本諸條約及其他之合意者。而非因法律而起也。唯畧有習慣之基礎者。有領海通航之權。使用接壤之森林牧場及流水之權。并於外國領地內。軍隊通行之權耳。是皆所謂他人土地上所起之權利。無論其起原爲合意與否。

價。均須執嚴格之解釋。故若是等權利之存在。廣狹性質。而起紛爭者。則可謂權利者之不利益矣。

第三章 土地以外之國家財產

國家得所有財產之例有三。第一得以一私人之資格。而於他國之管轄內。而所有財產。第二得以一私人之資格。而於自己之領地內。而所有動產及不動產。第三得以國家之資格。而於他國之管轄內及管轄外。而所有財產。第一第二。無須具論。而第三之國家財產。則由三類而成。即(一)國家之公船。(二)懸國旗之私船。(三)外國船內裝載私人之貨物是也。

第一節 公船

公船云者。謂軍艦及非軍艦之公用船。並因臨時公用。而僱入之船舶也。而臨時僱入之公用船。其使用之目的。全在公用。有公選之船長。且須具備公法所定條件。而因其旗幟。證其爲公船與否。又有時而以發砲證之者。若缺是等標彰。或於其爲公

船與否。有所疑義者。船長聲言其船之爲公船。亦得認爲公船。然如是者。固屬交誼上之事。若夫船長係國家委任。則固足徵其爲公船。而他國則不得非之也。以上所述。乃普通之公船。入他國之管轄。或在公海之規則。然於外國管轄內之船舶。則有變去其性質者。如斯者。則不能依普通之規則矣。又在外國而購入船舶。或行製造修繕等者。則船舶與普通之商品同。不過爲所有國之一私產耳。雖其船長來而執指揮之務。若無外國政府之認許。則不得行運轉之役。蓋船艦運轉。乃行使其主權。凡於外國之管轄內。而行使主權。國際法之所不許也。故其無外國政府之認許者。必其船舶既一去其國領。方得行運轉之役。否則。雖軍艦亦不得行公船之特權。船艦一旦去其領海。越數分時而再航入者。亦全有其公船之資格。

第二節 懸有國旗之私船

私船之懸有國旗者。如構造、船長、船員及所有權。須各從其國法之所定。而各具備其條件。私船亦然。然如商船。其與國家關係。不似公船之密。且其船長。亦非國家之

代表者。故欲證明其船之資格。不可不以其爲從於國法之私船之證書也。

第三節 外國船內之貨物

外國船內私人之貨物。得目爲國家之財產者。必其所有者。住居外國。或爲外國執役務。而不變更其財產之性質者。斯爲然耳。

第四章 關於領土之主權

國家得於其領土之上行使主權。故領土內外國人之身體財產。於或制限之範圍內有管理之權。又於其領土內之行爲。關係於外國或外國人者。亦於或制限之範圍內有其責任。前已述之。茲更述其特別之法則及慣例於左。

- 一、外國人於身體財產上之管轄之權。
- 二、爲維持國家之安寧秩序。對旅居外國人行徵發之權。
- 三、外國人於外國爲某行爲。而入內國之時。而管轄其行爲之權。
- 四、收容外人之權及許外國人以與內國人同一特權之權。

五、國家之責任。

第一節 外國人於身體財產上之管轄之權

第一款 治外法權之性質

外國之君主外交官及軍隊。皆有其特權。而管轄權不及於其身體。又君主及外交官之從者。亦有此特權。在外國政府之船舶內者。亦於某程度有同樣之特權。如斯特權之關係。名曰治外法權。蓋其設想直認爲一國領土之延長者。而不立於國家之管轄權之下者也。則自法律上論之。恰與在國外者等。此固勢之所不免也。故若以治外法權不但認爲某特權之名稱。且目之爲法律上之原則。則是蔑視領土主權之大原則者。用之或恐陷於危險之度。故縱令現在有此事實。然於國際法上。則不容以如斯設想之說動其大原則也。故欲說明是等之特權。而不依治外法權之語。則不可不依此特權所因以起之道理及慣例之真相也。

如上述之特權。一因敬禮而生。一因必要而起。即如軍隊及外交官。乃代表其國之

主權。故自爲威嚴之府。他國亦當以相當之敬禮遇之。而一國之君主更無論焉。抑敬禮者實由國際上不得已之所生也。例之一國之君主在他國。則不可不服從其國之法權。是關於本國之利益固非淺鮮。又如軍隊。乃專從一國之命。故在他國而受其國之拘束。則大損將帥之威權。且礙於軍隊之自由運動。而害本國之威信殆不可測。若夫外交官。則尤當敏捷自在而行其職務者。若服從外國法權。則不能達其爲外交官之目的。故因敬禮而生云云。在昔時固爲主要之一原因也。蓋昔者國與國之關係。多屬君主與君主之關係。然於今日不可必泥如斯敬禮之道。寧從必要或便宜而行之也。是今日之國情所宜然。亦於敬禮而當執之標準也。

第二款 君主之特權

君主之在外國領土者。凡有爲君主之資格之間。則其國之管轄權無所及。且君主無受民事刑事上之追訴者。無命一切之課賦者。無受行政上之縛束者。其所居決無被侵者。而是等特權。且及於其從者。若君主妄行有害其國公安之行爲。或使其

從者而爲之者。則外國政府。唯有用適當之手段。逐還于國外耳。是即行使其防衛己國之權利也。故因其必要。雖加縛束於其君主。亦未爲不可。且君主之在外國。不得行使其權力。例如其從者有犯罪者。而君主無於其所居而行審訊處刑之權。亦無裁判外人與其從者之間所肇爭訟之權。其犯罪人須護送之於本國。凡民事上之爭訟。當從法律。而一任其國之管轄。又君主不得保護非其從者之犯罪人而使潛匿其居宅。其有求隱匿而來者。當解交之於官焉。

君主得有兩種之資格。即得有時而爲一私人。例如爲將帥而盡外國之軍務或微行外國是也。然當斯時。不過爲一時的私人耳。無論何時。得隨意復其君主之資格以行其特權也。又君主於外國有私產者。則關於此之爭訟。在外國裁判所之管轄下。固無待論矣。

第三款 外交使臣之特權

外交使臣之特權。其大綱與君主無異。唯君主旅行外國。事不恒見。且勾留之期大

都甚短。故關於君主而起權利上之爭端者。實所罕見。而關於其特權之原則。亦止於大體耳。然外交官之特權。則與迥異。蓋屢生紛議。經許多實例而後設定者也。是與君主相比較。若君主於同一之問題。則固有其特權。然外交官不與焉。

外交官無於駐在國之法庭而被審問者。又無被逮捕者。然其犯罪時則全不服從法權乎。是不能無疑。若外交官對於一私人或國家而犯罪者。通例告之於本國而請其召還。又若犯重罪者。得不通知其本國而命其退去。若犯案非常重大。可直捕縛其外交官或監禁之以行懲辦。然實際絕無此事也。至其理由。亦與君主無異。蓋勢若如彼。用腕力而行使國家自衛之權。亦所不得已也。丁斯之時。則外交官之特權。非所能及者也。

外交官之民事上之特權。其限界未能判然。夫外國之法權。固不能拘束外交官之行爲。又不可及於附屬外交官之財產。然有時不能全越在留國之管轄者。例如公使以一私人而所有之不動產。則全服從在留國之法權。且受公安警察及其餘行

政上之支配。然外交官於外國而生之子。則與普通人民異。而目爲與本國所生者同一也。關於其他事項。學者不一其說。或曰除上述不動產之外。外國之法權。經外交官之承諾而始有效。故於非訟事件。非外交官自訴或應訴。則不得使服從法權。其自訴或應訴者。乃就訴訟之結果而豫承諾也。例如於賠償損害或訴訟費用等。亦當以其財產而支給者也。其他凡百關涉。則外交官唯有從其本國法耳。故欲請求於彼者。不得不假本國之裁判所或政府之手。又有學者謂凡與外交官之公職無關係之事件。悉有訴於在留國之法廷之義務。且不關公之地位職務之財產。均須服從於法律之效力。例如因賠償損害而被訟。或公司員或股東而徃往有受債權者之差押者。

外交官之特權。可及於其同居之家族及書記生并從者。是因公之地位所宜然也。且其特權並及於不掌外交事務之婢僕等焉。是因維持其品位所必要故也。然是等特權。非本爲國家代表之理由。而專因公使之所必要者。是以就實地而論。婢僕

等與公使之關係頗薄。故特權亦不甚完全也。唯彼等爲被告人而無被逮捕者。又彼等無受民事上之追訴者。則通例所共認也。然有公使（主人）之承諾。則可得逮捕或追訴也。且或付在留國之管轄。或使受本國裁判所之裁判。一由公使之意。又是等雇傭者之有特權。唯限於始終爲公使而任事者。非必要起臥於公使館中也。但公使館亦有欲保護某人而故意主張其爲從僕者。此勢所不免也。故公使館必製特權者之人名表。送之在留國之政府。而其後倘有調動。亦當通知。此常例也。公使館爲執行公使之職務。在留國法權之管轄以外。然政府本諸正當之理由而逮捕公使搜索公文信件之時。則此特權即歸消滅。蓋其特權。本諸欲使他特權之行使安全。故其他特權之不被保護之時。此特權自不得不消滅也。除如斯非常之時外。則無公使之承認。外國政府不得妄行侵入公使館中。或於外交上無關係之事件。若無公使之承諾。則亦不得逕入使館也。茲又有一慣例。譬如公使館在駐在國之領土以外。駐在國之犯罪人有潛匿於公

使館者。則駐在國政府。非從犯罪人交付條約。不得請求將犯罪之人交出。然歐洲之慣例。其無論常事犯人與國事犯人。公使館俱無庇護之權利。公使拒絕逃亡人潛匿。而仍入館內者。則當依請求而交付。然中央亞美利加及南亞美利加各國則異之。故其公使館。幾無異乎犯罪人之逋逃藪焉。

公使館內有犯罪行為之時。或公使之雇傭人有犯罪者。則必以公使或其家族從者。為裁判上之證人。然當是時。駐節國政府。不得使此等特權者以供證據。或躬至裁判所也。故外務大臣。往往以好意而向公使協商。於法律上公使雖有拒之之權利。然當是時。絕無徒主張權利而致他國之不便者。又往往由公使館之參贊官等蒐集證據。繕為函件或公文。送之法衙。然若於國法上要以口頭供述。則公使等當遵一般之法則。使裁判所便於審決焉。

無對於外交官其人或其財產而課稅者。然對國家代表者所不須之私產。則固不得免稅。唯各國多顧念睦誼而不課入市稅焉。

第四款 軍隊之特權

第一項 軍艦及公船

軍隊之在外國所有特權。從來隨時勢之遷變。而有種種之變動。故不可執一而言。然在今日。則第一軍艦。雖在外國之領海。亦無屬外國之管轄者。

軍艦及其餘政府之船舶。雖有以上之特權。然船員及在艦內之一切之人。則不能免所在地之法律之管轄也。蓋服從所在地之法律。實為通行之原則。第船內之行爲。始於船內亦終於船內。無影響於外界者。則所在地法不能及之。其類畧分爲三：(一)船內之所爲。止於船舶之經濟上或船員互相之關係之時。(二)所在地之法別委任於習慣之時。(三)所在地法與所謂文明國之行政兩相反對之時。是三者。舉不服從所在地法也。又船內之行爲影響於外界者。則其特權。稍被限制。卽如檢疫規則及港內規則。則均不得不服從之也。抑凡有特權之船舶內之人。若違於其所當遵由之所在地法者。則所在地政府。得向船舶所屬之政府而請求救濟。因不得對於

船內之人而直施通常之執行故也。至於有大害國安之行爲。則得直對於船舶而處置。即命其退去。不聽。則以腕力而逐斥。是猶前述對於君主之例也。

欲就以上之原則而說明。則船舶中藏匿犯罪人。或非國事犯之刑事被告人。殊失正理。然若是等之人。得潛於船內。則無論因何如目的。亦不得直入船內而捕去。唯得以政策上之手段。使之交出耳。又船內之行爲。雖影響於船外。然船長不肯救濟者。例如船內之人鎗斃船外之人。船長不罰其犯罪人或不交出之者。則得向船舶所屬之政府而請求救濟。又或船長藏匿國事犯人。使與陸上互通氣脈。幾如以船舶而爲陰謀之中心者。是則非常之事。不獨危害頗甚。且極輕侮主權。故應以腕力而驅逐其船舶。若夫僮以情義而容國事犯之逃亡者。則固慣例之所認也。而逃亡者苟無危險之舉。則所在地政府決不得請其交出。或驅逐其船舶。至於所在地法。與所謂文明國之行政主義兩相反對。於今日其實例如何。欲詳言之。頗極繁難。要而言之。船舶概有收容奴隸之權焉。

軍艦乃由船體及船員而成立之一體。而因特別之目的以使用於國家者。自應享有特權。故其其成立之各分體。不能獨立而有特權也。例如因船員而放棄之船體。僅爲一個之財產耳。又船員之一離軍艦。則不得不服從土地之法律。縱令船長。然苟脫其資格。則不能獨爲特權之主體。

第二項 陸軍軍隊

陸軍軍隊有入其他交友國之時。即有因往還隔離國之領土。而通行他國之土地者。又有爲同盟軍以攻守之目的而入他國者。於前者因隊伍之通行頻繁。故多豫以條約而定其通路。且訂明當勿與秋毫之害於居民。若兵卒中有對居民而犯罪者。當按照軍法處辦。蓋軍隊之管轄。若一任土地之政府。不便就甚。故不獨通行交友國之際。即駐在其地之時。凡軍隊之將官。皆當就其部下之犯罪。而有專行管轄之權。固不許其他容喙也。又若信用土地之裁判所。或久滯在者。則固以委任土地之裁判所爲便宜。是雖往往有之。然如斯複雜之方法。多不合軍隊規律之精神。故

前述之規定。實出諸不得已也。

第五款 商船之特權

商船之碇泊外國之港。乃各國之習慣。而當享有多少之特權焉。得幾分不服從所在地法。某學者嘗言此習慣當爲國際法之規則。抑特權之觀念。與船爲其所屬國之一部之理論有密接之關係。恐非此定論之援。則特權之觀念不得獲其勢力焉。然此習慣與此理論。則決不得而分離也。

商船之有特權。其見解之根底雖頗鞏固。然未足以自爲國際法之法則也。其習慣通行未久。且不一致。蓋視以爲土地之主權爲大元則之例外。尙甚薄弱也。第關此特權。由 (Convention) 國際約定之多。與好意上無須管轄之例。今頗盛行。則殆近乎一般之慣例也。

第二節 對於外國人而行徵發之權

外國人雖不得不服從土地之主權。然不得參與國家之政權也。故土地之臣民。概

免對於國家所負之責任。然外國人固當受充分保護以營生業而獲利益者也。故不得不負多少之義務。即一旦有緩急。爲維持其國家之安寧。須投身以當其役也。即有時對於外患。亦不得不分防禦之勞。茲揭爲世所共認之原則如下。(一)外國人無其承諾。則不得以適當國防之目的。徵發之而編入軍隊。(二)於警察之範圍內。凡因維持國家之秩序。不妨役使外國之人。(三)外敵迫國家危急之際。(即受野蠻人襲擊之際)得使外國人而服從防禦。

第三節 在外國之外國人所行之犯罪

開明國之法律。凡認外國人在外國所行之犯罪。則當按律處刑。其當懲辦之犯罪。或限之於對國家之罪。或廣其範圍。及關於個人者。其規定之趨意。非謂於外國而行之。一國之管轄權也。蓋外國人在外國所犯之罪。有危一國之生存發達者。則一國固不得不對之而有刑罰之權。故其犯罪人之入領土之內者。則當施以刑罰焉。

第四節 收容外人之權及與以特權之權

凡一國對於他國。無直接加危害之範圍者。得於己國領土之內而自由行事。雖受容移住民或使逃亡之人而潛匿其間。亦所不妨。固不問其有違本國之法與否也。且一旦收容之。則有相當於一國之責任。彼等對於本國苟有危害之舉。不可不施必須之防壓手段。不然。則本國得請求其逐斥。第無論如何。於本國無請求其交付之權。本此理而言。一國固有拒絕外國人之入之權。然近世開明國實行權利之習慣。必要多被所限制。何則。若全杜絕外國之人。則有背於文明國民之友交故也。苟非有正當之理由。則外國政府有自保護其人民而試干涉之權。故於如何之限制。得拒絕外國人。知之固不難。例如一國發布因其安寧秩序而禁有害外國人來朝之法律。無外國政府對之唱不服之理由也。對既被許入內國之外國人或居留之外國人。命其退去。則屬於別種之問題。其處置之當否。可因其時之情事而判斷焉。對居於其領土之外國人。授與如何權利。是領土主權之效力。而無何等之妨。故許外國人以內國人同樣之權利。素為自由也。然此授權之效力。不能及於領土以

外。其授權之國家。強不脫離對於其本國之服從義務之外國人。不能以其於領土以外。而享有之特權也。又賦與臣民之特權於外國人。欲使外國人脫其外國主權之羈絆者。則兩國之間。須有關歸化之契約。不然。則其外國人。須有無論何時。脫其外國之民籍。而入他國之權利也。又雖以國民同一之特權與於外國人。然國家不能強之以臣民之義務。又不得強其放棄本國之民籍也。

第五節 國家之責任

凡一國內所起之行爲。對於外國或外國人。有不當之損害者。則不免其責任。其欲免此責任。則其一國之行爲或不行爲。乃通常不可免之事實乎。或以適當之注意。尙不足防之乎。抑或於今日普通社會制度爲所不可避者乎。不可不證明此三者之中而有其一矣。

由理論上言之。國家就其於領土內之行爲。雖平等負其責任。然實際爲其行爲者之如何而異其體樣乎。蓋一國之行政官及海陸軍之司令官。乃行主權之命令者

也。而其職務上之行爲。凡國家不認爲非者。則恒與國家之行爲有同一之效力。故其行爲凡有危害於外國或外國人者。則國家當先認否之。或有必須出於此者。則可懲罰之。且任賠償之責。

司法官有獨立之裁判權。他人不得妨其所爲也。且其所爲。雖爲國法上之適法。時或有於國際上不當之處。當斯之時。以司法官不能懲罰之。國家不可不賠償損害於被害之國。且改正其不當之法律也。

至一私人之行爲。與國家之關係頗遠。故凡政府所須認知之行爲。且以防止爲切要者。則有對之之責任。故不正之行爲而公然顯著。或有重要關係者。則不得不盡其防止之之適當方法。然不正行爲之真相。間有隱蔽者。斯時國家當留意至如何程度而豫防之乎。蓋事件之真相。有歷時既久而後發見者。雖稍不留意。則其結果如何。無論何人。亦難豫知矣。故凡定責任之程度。當依其事件當時情況之輕重性質焉。顧如一國政府。關夫對於外國之不法行爲所當注意者。無他。唯有依國家內

部機關之行政官或司法官之權力已耳。故是等機關之權力。於其權限誠實行動則足矣。縱令外國。於其所爲無嫌。然國家則無責任者也。若夫國家之制度未臻完備。而對於外國有須改正之者。則屬他之問題焉。

概而言之。無論何國。須具備其國際上。果其義務之方法。苟其法律不備。是雖持干戈而跋扈。以攻擊隣國者。亦無以防止之矣。又若其司法陷於偏頗。如默視對外人之重大害惡者。須圖其刷新。且對於被害者任賠償之責。然由他方面論之。無論何國。若無能果其國際上之義務。則必須盡人爲之極度之理。在專制政府。得自由而遂其意思。故視權力爲法律所縛束之政府。得敏捷而履行國際上之義務。然爲力行保護外國之利益。國家遂變更政體組織之義務。是則所未聞也。若有如是之義務。則本末倒置。亦云甚矣。直可謂爲蔑視國家之獨立權者矣。要之履行國際上之義務。須與國家制度之性質兩立。第其制度。爲通常之國家制度而非可耻者。夫國家固有因其生存目的。選擇政體之權利。然使自好陷於無政府之狀態。不得謂爲

對於外國無何等之責任矣。

第五章 關於臣民之主權

第一節 總論

夫國家乃互相獨立存在者。故關其國內居住人民之身分何如。附與爲國民之特權。而且其人民於其國家以外之行爲。苟有侵害他之國家或臣民之權利者。則自行進而負其責。是亦爲獨立國家之自由行爲。國家有保護旅居其管轄地以外之己國人民之權利。且其國臣民雖在他國之時。而對於其本國猶應有臣民之義務。故如國籍如何之問題。往往有關係於他國。而不得僅以其國法而自由規定之。是研究國際法之所以切要也。

向來國際法上於此問題。無一定之原則。又不認一定之習慣。第可目爲各國不變之原則者有一。曰若明爲他國之臣民而毫無疑似者。則不能更以之爲己國之臣民是也。因不可侵害他國之獨立之權故也。

第二節 國籍明瞭者

屬此者有二。即(甲)父母共爲己國臣民之資格尙存續中。於己國之領地內而生之子。(乙)凡棄子。其父母俱不分明。故無國籍存於他國之理。

第三節 國籍有疑似者

第一款 生於他國領內之子

凡生於他國領內之子。定其國籍。從來有兩種主義。(一)曰血統主義。(二)曰產出地主義是也。

血統主義。重基於羅馬國法。在古代羅馬。凡羅馬市民與外國人。其於公法上及私法上所享權利。大相懸殊。又羅馬市民外之人民。雖住於羅馬市內。然財產權能。頗不完全。且無結婚之權及選舉官吏之權。故羅馬市民權。誠未易獲得之也。據塞里格法。(Ia Salica)外國人之欲爲羅馬市民者。必須得羅馬人民全體之同意。故本此主義。雖生於羅馬市內之子。然爲外國人之子者。則尙目爲外國之人。不能得其

產出地之國籍。是統系主義之所由生也。

至於產出地主義。則肇於封建制度。蓋當夫封建時代。其領地屬於領主之私有。凡生存於其領地內之人民。與草木禽獸同。領主悉目之爲私有財產。故於其領土內所生兒女。雖外國人之子。亦屬領主之管轄。依其產出之地而定國籍焉。

以上兩主義中之產出地主義。廣行於歐洲各國。而法蘭西學者。且稱之曰歐羅巴法。迄於拿破侖法典之出。殆皆採此主義。然自此法典出後。凡兒女之國籍。始悉從其父母之國籍。其後各大文明國。或直師此法典。或別以法律而漸採用此血統主義。唯純然確守此主義者則頗少耳。

試觀各國立法之例。多取折衷主義。然其所歸。仍傾於血統主義。即除本人表示其爲產出地臣民之意思之外。凡外國人之子。固皆爲外國人也。顧如產出地主義。不獨有父子兄弟異其國籍之弊。且如今日交通之便大開。各國人民互相往來互通商務之時代。行該主義。實多窒礙者也。

第二款 外國婦女之私生子

由法律而論。私生子乃其父所不知者也。故其國籍從母爲便。其在今日。各國多採此主義。然在南美各國。則限於其子占據住所於其國內者。方採以上之主義。在葡萄牙。或依其子所定住所而定其國籍。或由選擇而定其國籍。在法蘭西。則依父或母之認知而定其國籍。在意大利。則由父之認知。而入其父母之國籍。其在英國。則全反是。其國婦女之私生子。皆得其產田地之國籍。蓋該國凡生於其管轄地以外之子。而爲該國國民。則須特定法律。而關於私生子則無規定之法律故也。又外國婦女於該國生私生子。亦爲該國國民。是因該國關於私生子之產田地主義之法律尙未廢止故也。

第三款 嫁於外國人之婦女

婦女由婚姻而取獲夫之國籍。是近世各國所共認之主義也。故已國婦女一旦嫁於外國之人。則其婦女即失已國國籍而入夫之國籍矣。然爲美國及南美各國。其

主義則頗與此懸殊也。

是以結婚之後。夫歸化於他國。致易其國際者。則婦之國籍。多隨夫而變更。各國皆採此法。唯法國之立法例及學說則大反是。然夫婦若不同其國籍。則於保一家統一而防法律關係之錯綜。有極不切要者。故當以前者爲優。此易視之理也。

第四款 歸化

第一項 歸化之許否

歸化云者。外國人而爲內國臣民之方法也。而既歸化者。居於其國內。得受其國之保護者也。第一國臣民脫其國籍而爲他國臣民之權利。各國人皆有之乎。此種問題。國際法有不能決之者。何者。凡人民唯爲一國之臣民。而於國際法上有某關係者。遂全然離爲一個人。則非有何等之位置也。顧凡國民歸化之權。當依其國法而定。國際法不過認其國所許之權利。然於是點也。各國所採主義。彼此不同。故國際法不能設一定之規則。凡國民至其國家之承諾而歸化他國。國際法認之。以爲國

民與其國家之關係永久不變。(此原則被種種之學說及慣例所破壞)又國家得設便於一己之規定焉。二者必頃由其一也。而後者與從來之慣例頗相一致。故各國得顧己國之利害。依條約而應其條約國之便否。而自由設歸化之規定也。

茲就各國之立法例而觀。大概國家非從其某條例之規定。則不許喪失其國籍。或又有別設法律而許脫其國籍者。夫國家設如是歸化條件。又如國家莫不許歸化者。是即國民忠誠之義務。永不能自由脫免之證也。現今各大國其條文雖畧有異。然其精神則皆出諸此者也。是種原則。無論於理論與實際。均甚妥洽。若能永採用此原則。是誠國家之幸福也。至於背此原則。使國民有自由脫去其國籍之權利。則國民不有叛逆國家之權利乎。蓋國民之對於國家。唯與己有同等之狀態者。皆有同等之權利。且有不被冷遇之權利耳。其認視此優等之權利者。則殊過當。且若有如是權利。是個人之意思顯無爲社會公同之意思所羈束。若一旦認如是權利。則國民得自由而去其國籍。其弊伊於胡底矣。故國家基國民對國家忠誠之義務。須

爲永久之原則。而握有歸化許否之全權。應時勢之必須。而定其適用之寬嚴。又各國得以條約而明此原則之適用。以應其利害者也。唯關此事無特殊之條約時。勉從此原則。乃可以得避實際上之不便。而免國際間之危難也。又各國皆定國籍喪失之條件。非充其條件。則不能脫己國之國籍。而獲他國之國籍。是其利益之大可知。在各國未以條約慣例而各認此原則之間。則國家許外國臣民歸化於己國。且有充分權利以保護其歸化人也明矣。然猥許歸化於己國。遂以歸化使外國臣民免其當盡於本國之義務。則可謂大背乎國際交誼矣。故若己國臣民僅因免其義務而歸化他國者。則其本國得用追放是等臣民等之非常手段。而其許歸化之家。亦不能不默許之也。例如一千八百六十六年。普魯西合併法蘭克佛特府之後。其府內壯年。悉改入瑞西國籍。藉免兵役。既得該國國民之資格。而後歸居該府。是時普魯西人。悉將是等人民驅逐。而瑞西政府反以此舉爲應然是也。

第二項 歸化前之子

歸化前所生之子。於歸化之時尙未成年者。則其國籍亦隨其父而易之乎。各國法律彼此互異。其在合衆國及瑞西國。當是之時。其子之國籍。乃隨父之歸化。在法蘭西。則不由父之歸化而易其國籍。依然續其產出地之國籍焉。此主義本諸一國主權之原理。於理論頗洽。唯較前者爲不便耳。顧各國之規定。既如是歧異。故往往生不便之結果。是以一千八百七十年法蘭西及瑞西兩國之間。亦互訂條約。凡歸化前之子未滿丁年者。免對於兩國之兵役及對於其他國家之一切義務。迨達於丁年。再使自行選定其國籍焉。又在法蘭西亦認未成年之子與父異其國籍殊爲不便。觀於該國國籍法最新條例。既脫舊來之主義。而採用家族合致之主義。以定夫或父因歸化或其他理由而脫國籍者。則其餘響可及乎未成年者及其婦者也。尙有當注意之一事。即母既歸化。其子依然不變國籍。何者。因母之於子。無與父相同之權利故也。至於其子幾齡方爲成年。則主由各國向有之國法而定。何者。蓋因人之成長。大有關於其國之氣候風俗及習慣等也。

第三項 準歸化人

第一 取獲國籍所須之方式。今尙未完結。其僅有居籍於他國。而有欲爲其國民之意志者。則其移住者之權利義務當如何乎。此問題肇端於千八百四十八九年。反叛匈牙利之瑪丁哥斯達事件。當時合衆國政府以爲受其國之保護之權利。以發表歸化之意思而得之。如麥西氏說明之曰。凡居籍者直與以國民之權。當垂爲國際法之原則也。爲如一經爲其國臣民者。則不能猥脫其國籍。故有時背於其人之志望。且致有損於其人。而亦使強行其臣民權者。夫國際法唯知何國家有保護之權。而見其國籍如何。其國籍乃從萬國法。依其居籍而定者也。然謂居籍爲國際法上取得國籍之方法。是僅關於戰時法而言之耳。蓋麥西之說。全背乎法理者也。

其後一千八百六十三年。合衆國北部諸州。因欲大增殖人口。遂發布條例。規定表發欲爲市民之意思之外國人。有直服兵役之義務。至其後改之於一定期間內。而

得消失前意志。且此消失。非強國家之許之也。而以爲依萬國法而應有之權利也。其一旦表發其消失之意志者。則國家即失統治其人民之權利及保護之權焉。由斯觀之。固不能僅以居籍而取獲國籍自明矣。

第二 外國人未獲國籍。而實行其移住國臣民所有之權利者。當如何乎。國家雖誤認爲己之臣民而許實行其權利。然是別有所問也。何者。苟外國人有如是行爲。是其外國人顯欲附與其國臣民之特權者。而不能隨之而免其責任故也。當亞美利加內亂之際。英國政府不肯干涉。以如是臣民爲英國臣民者是也。然是俾外國人不能得其本國之保護耳。固不可斷爲外國人對於移住國或第三國。而視通常外國人占最優之地位也。故是等外國人欲全受移住之保護。則不可不具備其國規定之歸化條件焉。

第五款 無國籍者

有時至無國籍者。例如奧大利未經其國之許而徙居於他國者。則失其國籍。故當

斯時。是等移住者尙未有他國國籍之間。則爲無國籍之人。又如阿賽敦聯邦國。凡嫁於其國臣民之外國婦女。無因之而獲其國籍者。而其婦女依本國之法律則以嫁於外國人之故而失其國籍矣。又如英國婦女於俄國所舉之私生子。在俄國目之爲英國臣民。而英國則不以之爲己國臣民也。外此之例尙多。而胎出國際問題亦復不少。如德國及瑞西兩國。往時多因國籍不明之人民居於其間。而生種種困難。是以兩國互訂條約。凡如斯人民。若於現在居住之地達於丁年之後。居住五年以上。或結婚之後勾留六禮拜之譜。或於其地而結婚者。則其國籍當屬於住在之國。然則無國籍者之弊。固各國所共避也。故無國籍者之國籍。須依居籍而定。是國際法上最切要也。

第六章 疆土以外之主權

第一節 總論

凡非一國所領之海洋。及未開國之版圖。於國際法上不得認其管轄權之土地。則

無論何國均得於其地之己國人民及財產而行其管轄權。然其行使權利也。厥法有二。一則國家全與他獨立而專於己國臣民財產之上而行之。二則與他國家共於是等國家之臣民財產之上而行之是也。兩者之中。推前者爲最適理法。何者。縱令己國臣民在管轄地以外之時。然無損於他國之管轄權者。則其國家有統轄之全權。又管轄權以不及於其管轄以外之財產爲原則。然無優等之權利者。則以自爲其財產所有者之故。而有專統轄之權利。然則如上所述第一方法。唯一國獨立而行使管轄其臣民及其財產之權者。固屬當然之理矣。若夫第二法。不過於理論上爲便宜耳。於是從來之習慣。凡一國家臣民之財產。自行占有之間。決不服他國管轄權。是各國所共認也。

然此外尚有他法。是本諸特別之理由者。約畧計之。厥有四端。(一)凡在戰時。中立國隨其臣民於己國之管轄以外所行之事。則其臣民而非爲國家之使臣者。則不負其責任。而全使戰國自由而處分之。唯其交戰國之處分。則從戰時法。攻擊敵國之

間。不可越其權利之範圍而已。(二)一國之臣民僱於他國所屬之船舶。或乘組其船舶之中。則其管轄權屬於船舶所有之國家。(三)屬於己國船舶之乘組人。爲海賊而犯案者。則其餘各國悉有其管轄權。(四)碇泊或通行於外國領內之時之乘組人。皆於其地之法律者。則其地方官吏。得於海洋之中追擊而逮捕之。第船舶若既逃避航向公海者。則被害之國不得追向公海而逮捕。當斯時。國家管轄之權何如。分節叙之如下。

第二節 公海中之商船

凡航行公海之商船。當屬於其本國管轄。是各國所共認也。故其邦國有其管轄權。且不可不負其責任。無於此而唱異議者。唯其所行生此管轄之理。則其說互相歧異。

(甲)以船舶爲國土一部之說 是派之說曰。船舶乃本國領地之一部。浮於海上者也。故其管轄之權。當歸其本國。夫船舶乃爲國土延長之說。實自古行之。今雖有仍

持其說者。然欲堅持是說。則船舶既爲國土一部。雖有如何之事。而他國亦莫能侵奪之矣。故如捕拿運輸戰時禁制品之中立國之船舶。是至背於國際法上之原則。遂不可設例外而不爲認許之。抑自己領海內之外國商船。亦當謂爲其國土之延長者。於是乎國際法上商船之位置。不得不因之而變更矣。故是說究不能採用之也。

(乙)國家乃船舶所有者之說 是派之說曰。公海固無管轄之者。而管轄其航行公海之船舶。是於種種之目的所切要也。故凡他無優等之權利者。則船舶所屬之國家當有其管轄權。而邦國非俱於公海上有管轄權者。故其船舶管轄之權。無優於所有之國家也。然是說非斷定以船舶所有者。爲有至大之權利也。何者。財產上之權利。有時尤劣於自衛之權利故也。而此自衛之權利。凡交戰者皆得主持之也。且交戰者有時得屢屢侵害所有者之權利焉。故從是說。則管轄是等船舶之權之要素有二。(一)國家爲船舶之所有者。(二)他無管轄其船舶之較優權利是也。由斯以觀。

是說能補前說之不完備。無與其餘國際上之習慣相牴觸者。是可謂適於法理者矣。故從是說。則能維持海上之秩序。又它無重大之原因。得全排拒他國之管轄。然則是說所謂管轄權之範圍如何。請分爲三種而叙之。

第一、國家於己國臣民或他國人於己國商船內所行之事。有行政上及刑事上之管轄權。而是二種之行爲。使因管轄船舶而設之官吏。及其國家裁判官而管轄之。

第二、國家對於己國船舶內之己國臣民。有相應民事上之管轄權。其對於外國臣民。亦有相應民事上管轄之權。但以其國法而另有規定。待遇其國商船中之外國人者。則非此限。

第三、國家有保護其船舶以防他國干涉之權。然其船舶。抗敵他國。或戰時犯交戰國所定之禁制。或於他國領內背其國法。而逃往公海者。則他國有處辦其船舶之權利。凡國家有己國商船抗敵外國之行爲。全然期其責任。其船舶或乘組員有

向外國臣民而爲非理之事者。則須就其訴訟而予以救正之之途。第以上行爲。雖交際之國。亦得自由而處分之。然於公海中爲其非理之事之時。則國家不負其責任也。

第三節 公海中之軍艦及船舶

若夫軍艦及其餘官船。別無所論。蓋是等船舶。其於海上。固代表其國家之主權。而具備其國家獨立不羈之性質者。故稱是等船舶爲國家之一部。亦別無損益其特權也。時或有於其船舶與船舶所有之國家。有同等之權力者。然不能以此權力。而排他權力也。是以無論有如何事情。苟外國人干涉其船舶者。是可直謂爲交戰行爲者也。

第四節 己國船舶中之外國人

夫既明己國船舶於公海上所有管轄權之範圍。則無論何國。其國民僱於外國船舶或乘外國船舶者。皆當付與其管轄權於船舶所屬之國家者也。何者。凡於此時

所起之事變。關於刑事或民事者。每與其起於外國領地內者。生同一結果。又斯人民之本國。有時管轄其事變。得使與於己之領地內者相同。然不能因之而侵害其船舶所屬國之管轄權也。固顯然矣。

第五節 船舶之追捕

一國之商船或其船員。於他國之領內。違背其法律。而逃於公海者。則被害之國。得追向公海而逮捕之。然其得於公海而逮捕之者。唯其船舶尚在領內之時。或甫脫其領內之時。而可追捕之。若既遠遁於公海。固不能得而追捕之也。是無他。蓋一足以目爲繼續管轄權之行使者。一因苟不許如是追捕。則不能行使其管轄權也。夫船舶既遁公海之後。所以不得追捕之者。因於公海未易認出犯罪之船及犯罪之人。若許追捕。則未免陷於妄用其權之弊故耳。

第六節 海賊

第一款 海賊之定義

海賊者何。向無定說。有謂海賊乃於海上加暴行脅迫於航海者。而強奪其財產者也。亦有謂海賊乃無權利者。以爲社會公敵之惡意。而於海洋行強奪者也。又或曰。無一國主權之承認。或交戰國臣民互由交戰國之認許。而於海上互行強奪者。是謂海賊也。又或曰。海賊乃無一國主權之承認。而於海上或陸地而行掠奪者也。此外尙有許多定義。然或過於廣。或失於隘。不能得其正鵠。今舉予所信之定義曰。海賊者。無一國主權之承認。或與國家全絕關係。而於海洋或邦國之版圖以外。或上岸於一國之版圖內。而爲暴舉者也。茲就此定義而分別叙之。

(甲)海賊犯無論何國均不負其責任。海賊犯之形態。不一而足。然足謂爲海賊犯之要素者。則就其行爲。無可期望之一邦國是也。夫海賊不屬於一國家。縱令其初雖爲某國家之人民。然得由其海賊行爲。而明拒服從其國家之權力者也。故無於其暴行而有當負責任之國家之理。若夫其行爲未拒其國權之支配。或全於其國家主權之下而爲之者。則國家有專管轄之之權。且當擔負其責任者也。例如一

國軍艦爲不法行爲。則其本國須負救濟之之責任。至於水夫若於船舶內犯謀殺者。則其本國法律。可處斷之。然未明其爲何國之民者。相集而強奪船舶。橫行海洋。恣行奪掠者。是顯爲海賊。無對之而負責任之國家。又船舶之水夫相讓而殺害船長。或監禁之。而擅自左右其船舶者。其船中早已無代表船舶所屬國之威權。故得認之爲海賊也。是等海賊。究不免爲萬國之敵。故謂海賊爲世界人間之公敵也。

(乙)海賊不必有掠奪之意思。海賊之重要點者。爲不屬於國家或政治社會之權力之下。故謂以掠奪或盜奪之暴行爲海賊之一大要素。則不可也。何者。例如亡國之船舶。欲覆沒其戰勝國之船舶。或殺戮其臣民者。是固非出掠奪之意。而不過僅出諸服讐之心。或雪餘忿已耳。然是猶不免爲海賊。何者。是等暴行。微特決非出諸國家或政治社會之意。且於其暴行。無可擔負其責任者故也。尤有當留意者。則未脫去國家或政治社會之權力者。不可使一切行爲。含於海賊犯中。然其於實際。欲入是等行爲於海賊犯中者。學者中往往有之。故有時就于通常之賊犯。不無懷其

疑者也。

海賊犯之主要條件。乃無歸因於一國主權者之承認而爲之也。故若是等行爲。出於一國之訓令者。則非海賊行爲。而交戰行爲也。故雖未至爲獨立國家。然既認爲交戰之主體者。則其戰爭。與獨立國家。毫無所異。故以是等社會之威權所爲之行爲。得稱之爲交戰行爲。反是。既爲政治上之一社會。然不得認爲交戰之主體者。其所爲之行爲。則議論尙未有決也。蓋是等雖爲政治上之一社會。然於國際法上。無何等之位置者。故認其交戰行爲。爲海賊犯。亦所不得已也。然凡獨立邦國創始之初。出諸如是行爲者。而其邦國之所以獨立。亦多由此行爲而證明。至交戰國之有特權與否。須由其勝負何如而決。能制勝者。即得承認爲獨立之國家。然則僅以他國之未承認爲獨立國家。因而不能爲交戰主體之理由。而使其欲創始獨立國家之行爲。與海賊犯同一視之。則甚不可也。海賊行爲。固僅欲充己之私慾或報私仇。而於邦國之版圖以外。行強奪殺戮者也。然則其目的既欲圖公共之便益者。其背

德之程度。難與海賊同視。且出諸如是之行爲。不可必包含一切之海賊行爲者也。故爲是等行爲者。實非人間一般之公敵。唯不過對於其一國之敵耳。然或曰。國際間未認爲交戰主體之社會。於各國無保證之信用者也。故如斯社會之行爲。以之爲海賊犯可也。然是亦不適於理。何者。如是社會之行爲。然在達於政治上之目的之圍範內。則不可強視之爲海賊故也。由斯以觀。凡政治上之一社會所爲之行爲。皆目之爲邦國之行爲。頗爲得當。而其社會之行爲。果出諸政治上之目的與否。則全屬事實上之問題也。

(丙)海賊不必起於海洋。所謂通常之海賊者。雖指彼在大洋者。然於陸上。亦有之焉。例如海賊之一隊。於不屬於開明各國版圖之島嶼上陸。殺戮其與土蠻貿易之商人。又或奪掠其財產者。則其行爲。當以海賊犯論。抑海賊之定義。往往舍陸上之所爲。然是實怠注意者。而非除去陸上所起者之意也。蓋離海而爲海賊者頗難。而在近時文明時代。究不能行。然非僅以上陸之故而失其海賊之性質也。故海賊若

上陸於某國之沿岸而剽畧民家者。是亦可謂海賊犯也。

第二款 海賊犯之種類

可認爲海賊犯者之種類及不屬於海賊犯者。分別論之如左。

第一、由襲擊或謀叛。而劫奪其船舶或剽畧其貨物者。是即海賊犯也。

第二、於戰時受交戰國互相之訓令。乘杙而剽畧一方者。是乃以逞其狡猾私利。亦當爲海賊犯也。

第三、於海上奪掠一國公私之船舶。或不據政治社會之威權而上陸於一國之管轄地。是皆爲海賊犯。而其目的。初不問其出於政治上與出於私慾者也。

蓋僅出諸政治上之目的者。是爲交戰行爲。而於國際法之管轄範圍內而行之。國際法上固不得以之爲不正。故若未充其必要條件者。則不得以之爲海賊也。第其目的僅出諸政治上者。則多不過敵視一國家。故唯有損傷其國臣民之生命財產耳。當是之時。對於其國家。雖爲海賊。然對於其他之國家。則不必然。何者。是等不獨

毫不害國家之安寧。并不紊海上之秩序故也。故向來習慣。於此類海賊。與其餘所謂海賊者。異其處置。容後更詳述之。

第四、非交戰國之臣民。由交戰國之他一方而受捕船免狀者。是亦爲海賊犯也。其意蓋謂非交戰國之船舶。爲如是行爲。其於一方。國家拒其爲己國所轄之船舶。且對於其所爲。不肯負責。而於他方。縱令其船舶受免許狀。然不可謂其船舶屬於交戰國也。然則如斯船舶。不得不謂爲全脫國家之管轄者矣。故當目之爲海賊。然此理未爲確無可疑者。何者。僅以其船舶國籍不明之故而以之爲海賊。是甚失策也。夫船舶之國籍不明者。其類不一而足。例如戰時同盟國之船舶。及戰時外國之僱船是也。而是等船舶所行交戰行爲。其國籍不明。則不得以之爲海賊犯也。何者。因是等顯於國家之權力之下而行動故也。是故其爲海賊與否。不由其國籍之不明而決之。而當由其當負責任之國家之有無而決之也。如前述給與捕船免狀之國。則因之而明負其責任者也。其於實際。給與是等免狀與他國船舶者。則國際上

有起危難之弊。然以其有免狀之船舶。而爲海賊。則未免失諸輕忽矣。第欲避是等之弊。莫若各國互訂條約。而定明不出是等免狀之爲愈也。一千八百五十六年係于海上法之巴黎宣言。其第一款。定明廢止捕拿私船之例。邇後加盟於此宣言之國頗多。是種難問題。已無須更行研究矣。

第五、官船較之於商船。與本國之關係爲密切。故官船之所爲。無論如何。苟無反抗之證據者。則當推斷爲應從其本國之訓令而行之。故其官船與本國不絕其關係。或非本國布告其爲海賊。則不得以之爲海賊犯也。當此時。得要求本國政府。對於其所爲而加之救正也。

第三款 對於海賊之管轄權

海賊之出沒變幻。大有害於海上之靜謐及安寧。而社會全體之公敵也。故無論何國船舶。俱得捕拿一切海賊及其船舶。於己國法廷裁判而處罰之。此乃通例。而其海賊及其船舶之國籍。則非所顧也。且航行海洋之船舶之海賊。所以有足疑者。因

各國之軍艦。得審查船舶以探其性質。然海賊之所爲。出諸政治上之目的。唯對於某種之國家而抗敵者。則其他國家。不得捕獲之。況於處罰之乎。此今日慣例也。然固出諸政治上之目的。而其水夫。若對於其目的以外之國家之船舶而爲暴行者。是則社會全體之公敵。而得捕獲之也。而凡捕獲海賊處斷之之辦法。當依審判之之國家之法律。然海賊類皆處以死刑也。

國際法上之海賊之圍範。如上述。殆無餘蘊矣。然各國之法律。尙有於國際法上不認海賊者。然認爲海賊犯之例頗多。例如英美兩國。則認買賣奴隸爲海賊犯。其在法國。凡平時持有不正船書而航行海洋之軍艦之乘員。不問其爲暴行與否。僅以其持有不正船書之故而認之爲海賊犯。然如此以一國之法律而廣其海賊之圍範。而其海賊犯。固非國際法之所當管轄者也。特於制定是等法律之國之臣民。及犯於其領內之外國人。有處罰之效耳。

第七章 國家防衛權

第一節 總論

凡國家之獨立而存在者。各國有互維持其獨立之權利。而爲其欲達維持之目的。凡一國不侵害於他國之權利者。得自由擴張海陸之軍備。築各種城砦。與外國訂攻擊及攻守同盟。且得排他國之干涉。而退他國之襲擊。然以維持國家爲名。妄行侵害他國之主權者。則不能爲也。於一箇人自己防禦之權。優於其財產權。國家之管轄權亦同之。有時不能勝於國家之防禦權者。故國家往往因免己國之危害。或完全保護其臣民。而有時畧害他國之主權。是即行其國家之防衛權也。第因行國家之防衛權而侵害他國之權利者。國際上須勉避之。故非不得已之時。則不許以下分節而述之。

第二節 對於領地外之暴徒之防衛權

凡在一國之領地內。現受其保護之人民。相謀而攻擊他之一國者。若其事變。起於不意。或由其他事情而受攻擊之國。則無要求鎮壓於其暴徒所在國家之暇。得自

進入他國之領地內。以暴力而鎮壓之。是雖顯然侵害其主權。而對於其國一似有抗敵之行爲也者。然實則毫無抗敵之意。且事出於急。故當謂爲不得已之處置。是以國際法上。於如斯處置。無須負其責也。然容許其所爲者。則不可不具備下列之兩條件。即(一)其暴行突如而來。危難甚大。且暴徒所在之國家。與其防侵害自己之主權。寧保護被攻擊之國家。爲其急務。(二)以保護自己之目的而所施之行爲。不脫必須於其目的之圍範是也。

然國家之防衛權。侵害他國之權利。固是屬於特別之際者。且在普通國際法之例外。故決不可亂用之。唯須以顯迫於自己防衛之必要。且不越乎其目的之外。而爲限度。故以國家之防衛權爲名。而於其目的以外。害他國之權利。而獲一己之利益者。是國際上毫不假借者也。例如在外國之一國臣民。因侵擊其本國。而將出發於外國之時。若於其外國。直被捕縛。則得拘留之以待危難之全然肅清。然不能審訊處罰也。如此之事。唯在於內國以國事犯被拘留者得行之耳。

第三節 對於局外中立國之防衛權

同盟國或局外國之地勢國情。趨利於敵國。而敵國一旦據之。則己國之命運危矣。故敵國欲據之意志既經顯露。而其同盟國或局外國。其力夙弱。又不足以抵抗之。或內外相應而有招敵之狀者。則己國得依防衛自己之權。爲作其豫防。而止其敵國之謀畧焉。即得率先侵入其同盟國或局外國而占領其領地。然當斯之時。有與前述稍異者。何者。於斯時也。非對於一國之暴行者。而全對於其國家故也。且斯時可於他國之版圖內。設己國之軍團。或沒收他國之軍械。是等行爲。雖非全有敵意。然被侵入之國家。非爲犧牲己國主權之一部。尙有保護侵入國之必要也。故同盟國或局外國。認以爲因之。而主權被侵害者。得敵視之。然其未敵視及未與交戰之間。則侵入之國家。須用力維持友誼。表無敵意。決不可有其侵入目的之圍範外之行爲。且對於同盟國或局外國。於其所受損害。不可不悉賠償焉。（例如一千八百七年英法交戰之際討丹麥之英國之處置是也。）

第四節 對於公海上他國船舶之防衛權

以上之處置。而尙爲國際上不可非難之者。設侵害一國主權。不似以上之大者。則固得許之。故如懸他國國旗之船舶航行於公海。其中乘員。有意紊亂一國之平和者。縱在平時。亦不得審查扣留善隣國之船舶。於斯時也。得依防衛自己之權。捕獲其船舶。而拘留其乘員也。蓋當是時。比之前節之事情。雖不甚違背普通國際條規。然猶不許妄施如是處置也。故國家欲採如是手段。限於其危難迫於目前而不可避之時。且限於其船舶所屬國之代表者。未易鎮壓之時者也。而此兩條件。與前文所述相較。毫不寬大也。（例如一千八百七十三年維亞尼阿事件是）

由一般之原則而推考之。則船舶決不可目爲其船舶所屬國土之一部。然在公海之上。則其船舶之管轄權。固全屬於其本國者也。唯他國不過以自己防衛權爲名。而得行必須之行爲耳。固不得因之而處斷其船舶之犯罪也。且被害國家。唯得於己國之安寧所必須圍範。而統轄其船舶耳。要之。他國於公海上捕拿犯人者。與在

其犯人所屬國家之領土以內而捕獲之。於法理全然相同。故捕縛之後。須直交與其國政府。

第五節 外國在留臣民之保護

顧一國之臣民。入他國之領土內者。不可不服從其國之法律。故苟其國法官不誤其法之適用者。縱令個人之不便如何其大。是等人民。不得訴其國家之所爲也。若夫其國法官全誤法之適用。或對於不法行爲之救濟法。全不具備。或如壓制外國人之法律。則一國政府。得爲其臣民而求救正。是即國家保護在外已國臣民之權之作用也。蓋國家於一方。凡其領土內之臣民。加於旅居外國人之損害。須全負其責。且有講救正方法之義務。故於他方。有保護在外已國臣民之權利也。是以若已國臣民。受其旅居國之政府或其官吏不法之待遇者。無得救正之道。縱令有之。亦究不能達救正之目的者。則本國政府。可進而行使其臣民之保護權。而得要求其救正之焉。因同一之理。國家其對於旅居外國政府可要求爲其旅居外人。以與

其內國臣民同等之保護。且受同等之裁判焉。是皆國家防衛權之行使。而國際法上所不能拒也。

然以上已國民之保護。非必國家爲之。例如英國。凡已國之臣民。應外國國債募集。而其外國政府。不償還之。或不給其子金。以致蒙損害者。則政府悉不干涉。是不特英國爲然。亦各國之慣例也。且國家之保護臣民也。當從事之輕重而設施。或以外交上之照會而乞其救正。或訴之于戈。以貫徹其主張。然如金錢上之保護。則全屬特例。蓋政府一旦干涉斯事。不特不勝其煩勞。且應其國債募集者。必至陷於危險之境。又其債務者之國家。不償還其負債者。必多屬於不得已。故國家亦不忍迫之。然是止於各國之慣例耳。非國際法上有國家不得干涉之理也。蓋國家得行其適宜之處分焉。

然一國臣民欲永居外國者。則與以上大異。何者。以上所述。是已國臣民旅行外國。或適用於一時滯在之時者也。若夫欲永居外國者。則自始與其國風同化。而得已

之利益者也。然更欲全受外國人特別之保護者。則於理亦無不可。故國家保護旅居外國臣民之程度。因時而異。不能以一般之概則而總括之。

第八章 國際干涉

第一節 干涉之意義及性質

干涉云者。謂不經紛爭國兩造或一造之承認。而介入於其兩國之關係。或不經他國之承諾。而以維持或變更其國之狀態之目的。而立於其國之內事也。故從此定義。則第一干涉之手段。不必須依暴力。有時止於外交上之照會者。第二干涉者。則非謂獨干涉他國之內政。且謂干涉於其外政也。

第二節 正當干涉與不當干涉

凡國家各以獨立之主權而存在。無受他國之侵害者也。而干涉則箝束他國之自主權者。故不易許之。其理甚明。然國家雖有尊重他國自主權之義務。然時有他重大權利。若其權利與其義務不能兩立者。則國家得不全盡其義務。所謂干涉。乃侵

害他國之自主權而不外此權利之行使者也。故干涉之正當與否。當以其權利比之於尊重他國之自主權之義務。尤爲重大與否而決。蓋自主權者。固爲國際法之基礎。而各國共貴重之者。故國際法不許容易輕重之。而干涉則例外也。故欲許之。當極嚴密。而國際法上號稱有多少干涉之理由根據者。厥有數種。有本諸國家防衛權。有反對非行。有本諸條約。有關於內亂者等。以下就此數種而詳論之。

第一款 本諸國家防衛權之干涉

本諸國家防衛權之干涉。乃因防衛其國家之自主權。故凡由有害於干涉國之憲法秩序及外交者。譬有一國之政府。(被干涉國)其力微弱。其國民有騷擾隣國之舉。亦不能鎮壓之。或挑發外國革命。或表敵對之行爲者。則蒙其危害之國家。(干涉國)得施必要之方策。以維持己國之安全。蓋是乃受干涉之國家。及怠於外交義務。或故意破之者也。故干涉國或可以之進開戰端。一旦戰爭既起。迨至平和。得使創立新政府。爲講和條款之一。以保證確守爾後之國際義務。例之一千七百九

十三年。法國革命之際。法國國會決議可助他國之民主黨。而公布之。是顯欲煽動他國之人民而釀內亂者。故國家得干涉之。而施保全其安寧靜謐之處斷。當時歐洲各國之處置。決非違背於國際法者也。然雖有以上之危險。而其危險。若非直接由國家之行為。或不行為而生。唯因其國一種政體之存在。生間接之結果。或由其國所唱道主義。與隣國之思想相反。而所生之結果。則隣國不得據以為干涉之理由。何者。凡一國無論執何如政體。唱何如主義。皆在其國家自主之權內故也。故以間接所生之危險責其國。可謂過酷。由斯以觀。前世紀始行于歐洲之神聖同盟。所為干涉之宗旨者。固未免不法也。

第二款 對於一國非行之干涉

第一項 對於不正干涉之干涉

凡一國濫行干涉他國之行政者。是侵害國家之獨立權。而實不正之行為也。故第三國得進而防止其不法之干涉。以除去其結果。蓋由國家法律之眼而觀之。凡不

正之行爲。不特自由得反對。且有因其不正行爲。而欲蒙危害之恐之時。則得以兵力而抗之。而一國加不當干涉於他之獨立國家者。是不正之尤者也。李倫基利其他各學者。嘗謂一國以不正干涉加於他國之時。第三國因防止其干涉而干涉之。以維世界之秩序。是國家當然之行爲也。

第二項 對於殘虐處置之干涉

國際法乃規定國家間之關係者。故縱令一國之君主虐遇臣民。或乘一國之內亂。而兩黨互恣殺戮者。是不過一國內之事件。國際法固不許爲防止是等不仁不義之行爲。而干涉他國之內政也。唯於實際。許多學者輒謂如以上背於正義之行爲。全係蔑視人道者。故國家爲國際團體之一員。不可不防止之。然是說也。視國家爲國際法下之一團體。其說似過誇大。故未易首肯之焉。方今則國家於自主權內。得自由圖己國之改革。其改革也。雖至國內之騷擾。而他國不得干涉之。是不可動之理論也。然或論者尙主張曰。因壓抑一國君主之虐政。救其國民於塗炭之域。而干

涉其內政者。不可謂爲不當也。是說也。與其謂爲申法理上之觀察。無寧謂爲本諸人類之情誼。故由理論上觀之。反得稱爲正當之處置。然國際法上。一旦許如斯干涉者。則直陷於濫用之弊。其爲強國併吞弱國之好餌也明矣。故由國際法之眼而觀。不如概括而規定之爲愈。所謂概括之規定者。卽凡干涉者。非出于諸國家之防衛權。又違背國際間之條約。而非文明各國舉認以爲可者。則概不許之也。

第三項 關於宗教上之干涉

信教自由。乃國際法上之原則。故對於不認信教自由之國。亦可強使認此原則。然是不過出諸私言耳。何者。與宗教信仰之自由與否。乃國家之自主權之作用。故無論何國。苟依其國情何如。認特種宗教。以爲有害國家之安寧秩序者。則國家得自由而禁其信仰。歐洲各國多以異教國。目之爲不脫野蠻之域。往往加種種干涉者。現今得以認爲不法之行爲。故一國君主。可有制限其信奉別派教義之臣民之權利。若他國以其同宗同派之故而干涉之者。則甚不可也。

若夫一國以宗教之異爲理由。而虐遇他國臣民。毀損其權利。而蒙損害者。則其臣民所屬國家。因保護其臣民。而回復權利。得求賠償損害焉。是決非干稅也。蓋不外國際法上行使其應有之權利而已。

第三款 本諸條約之干涉

凡一國與他國訂條約。有擔保維持其國之王室或特種之政權者。於斯時也。其行擔保之國。得依其條約之主旨。而干涉被擔保國之內政與否。就此問題。議論紛歧。今尙無決。持積極論者曰。凡數國因條約而擔保維持其國憲法者。例如俄奧普三國。保證波蘭國法之拒否權。而干涉波蘭之內事者。是履行條約。固屬正當者也。然持消極論者則曰。當今之時。如是條約。毫不緊要。且訂之已反於正道。何者。就實際而觀。一國有爲不當之干涉者。固不別待條約。而有防止其干涉之權者也。若夫於國內之騷動。雖有由其條約而助一造之黨派者。然其條約固自始與其一黨派相訂定而不能自爲國家全體之條約也。是因本其條約之干涉。歸於不法故也。蓋決

此種條約之正否之最良標準。即一國因條約而讓與自己之主權於他國與否是也。而由此標準而觀。一國之讓與己國之主權者。是既與國家之自主之權不相容。故其條約。當自始而無效也。由無效條約之干涉。其不當固無待論。然則消極說可謂得其當矣。

第四款 對於內亂之干涉

凡一國當兩黨分裂相爭之際。兩黨共求他國之干涉者。則他國當得容其請。是索倫基利等公法學者所共持之說也。若夫僅出于其一造黨派之請求者。他國得應其請求而干涉之與否。索倫基利嘗就此而論曰。因現政府之請。可盡力於叛黨鎮壓。然哈布迭兒則曰。不問現政府與叛黨。唯遵據正義而援之。則無不可。然是等之說。皆不適於理法。何者。是等干涉之所本。不外友誼或正義。若僅以是等理由。謂干涉爲正當。則國家自主權之所以貴重。不能知其在何處矣。今若反對某政府之意。而欲強干涉他國之內亂。是侵其國家自主之權者也。然則如索倫基利之欲因鎮

壓叛黨而干涉者。斯時政府求外國之援。是叛黨之勢力。業既強大。因現政府不能耐平之所致。故兩黨之勝負孰歸。猶未顯明。或叛黨今反爲國家之代表機關。要未可知也。然則其始以爲叛黨。妄行反對之。是亦害一國之獨立權者也。又從哈布迭兒之言。而定內亂爭點之邪正。就其正義而干涉。是即行干涉之國。有判定兩派中孰正孰非之權也。法律上不得不謂爲濫用權利矣。由斯以觀。國家當他國內亂之際。雖由一面之黨派而受請求。然決不可應之。是甚公平且適於理法者也。然在實際。則是說不行。蓋因應現政府之請而鎮壓叛亂者之干涉。是所恆見也。（如千八百四十九年普國對於奧葡爭擾之處置及千八百二十七年英法俄向希臘之干涉即其例也。）

第五款 列國連合之干涉

一國獨行干涉。則未免不當。若數國連合。因其共同利益而干涉者。則或無不可。例如關於歐洲一般之利益者。則歐洲諸國連合以強行鎮壓一國之內亂。或使維持

一國特種之王家。或使建設特種之政體。然其所謂一般之利益。須全然爲國際上者。且其所爲。爲達其目的。而不可不出於萬不得已也。蓋不當之干涉。乃侵害國家之獨立權者。故無論一國爲之。抑數國集而爲之。均於國際法上所不許。是以雖爲列國共同之干涉。然越法律之範圍。而計自己之利益者。則決不可默過也。唯於實際。則各異其利害之數國相集。其所爲之干涉。較之一國獨行之干涉。頗爲公正。且一般之利益亦較多。蓋數國互相而圖一事者。則一國不得恣營其私利故也。（如千八百三十年英法普奧俄五大國援比利時之獨立及千八百八十六年德英奧意四大國脅希臘而解兵備等即其例也）

第六款 因權力平均之干涉

夫國家各以自主之權而存在者。故苟欲保持其獨立。增張其國勢。則須改良紀綱。擴張軍備。且不侵他國之權利者。則得自由開富源畧土地焉。故自主權行動之末。遂致其國勢強。因之影響於他國之勢力。然以此爲干涉之理由。則甚不得其當矣。

是僅因保政治的均勢之干涉。迄於格洛迭烏斯以來十七世紀。所以決非適法也。然在近代。歐洲各國。以權力平均爲名而干涉之者。往往有之。例如一千八百七十八年伯靈會議。防俄國之勢力增漲於土耳其。又如英國之占領賽普拉斯島。且置小亞細亞於一己國保護之下。而以防俄國之吞併之者。即此例也。然國際法上若認均勢主義之干涉者。則國家徒以維持權衡之理由。屢試干涉。國際上國家固有之獨立權。遂易於滅失也。故不可不定以爲國家凡不害國際團體之利益者。他國不得而干涉之也。然國際團體之利害。當依何如標準而定乎。是甚漠然也。故往往難保其不爲干涉之好辭柄也。蓋一國得干涉他國者。限於己國之權利毀損之時。或各國互依條約或其他之決議。而以定某時得行干涉也。依此標準而定干涉之曲直。則庶與國家自主之權無相牴牾矣。

第九章 國際上國家之代理者

第一節 君主及大統領

國家外交之權。依其國法而定。有在一人之手。亦有屬於數人者。其在君主國。最高外交之權。輒在君主。而共和國則在大統領或議院焉。蓋是等悉依其國法而定者也。其國體政體之何如。非他國可得而問。唯所見在一國有其外交權以代表其國家之機關之有無也。而其機關之組織如何。雖有以異。然國際法上。常日之爲完全一國之代表者。其所爲凡是其國家之行爲。而國家對之。則不能免其責也。且他國不問其一國國內之事情何如。唯依其外面所表形式。而決其爲代表機關與否者也。故其機關。苟未顯然喪失代表之權。則他國得常以一國之機關待之。又國家因革命變亂等。而變更其代表機關者。則他國不問其變更者果背其國憲法與否。對其新立之機關。而認以爲有國家之外交權者也。然其變更未確定者。則國家當從新設國承認之法則。或以其新立機關。爲全依國家之代表機關。或應一時之切要。而輒假認以爲外交機關。是一任他國之自由也。

一國之首長。在外國之時。其威權如何乎。國家若僅有首長一人者。則其首長。不問

其爲一國主權者。抑爲共和政體之大統領。凡一國主權者可受之尊敬。則首長一身擔之。是蓋尊重一國之主權也。一國首長雖身在外國。亦得自由行其固有之權力。故國際間欠是等之欺禮者。是即辱其國家者也。而其國家得詰問之焉。而無世襲君主與由選舉之首長之別。均當受此同一之尊敬。然是兩者從一國首長資格之異。而其間不無少差。蓋世襲之君主。除徵行外國。不顯其爲主權者。或對於外國君主而取臣禮之時之外。則恒目爲與其國家同體。然如大統領。則顯其爲國家之代表者時。始膺其國家主權之尊榮耳。

第二節 公使

第一款 公使派遣及拒絕之權

方今國家。加入國際團體。而受國際法之支配。故不得全與他國而絕交誼也。而公使能維持國家間之交誼。爲處理事務所不可缺者。故於現今。各國互派遣使節。駐劄他國。此慣例也。而於國際欺禮。則彼此互遣之公使。須其等級相同焉。然國家非

必有派遣公使之義務。例如瑞西國。外國遣來駐劄之公使甚多。而已國則不遣公使往外國。土耳其國至十九世紀。始遣公使駐劄外國焉。蓋因其國之政策及利益何如。而定其派遣公使與否。非屬必要之義務也。

又國家例以接待他國之節使爲通則。然若有正當之理由。則得拒絕之也。例如(一)他國使臣之全權若有損己國之國權者。(二)使臣身上之位地若與其任受外交事務之履行不相容者。(三)如使臣之政見全與己國之國體不相容者。(四)使臣不適所在國主權者之意者。均得拒絕之也。又有依使臣之妻之品位如何而被拒絕之例。(五)一國之臣民。爲他國使臣之時。則其臣民之本國。無接受之義務。是一千六百八十一年萬國議會所決議也。諸如是類。一國拒絕他國使臣者。往往有之。然本國則不必因此而召還也。而其拒絕之理由不甚重大者。則本國多不應其拒絕。故時雖有其使臣之名。實則有不能盡職者。故現今各國之派遣使臣也。輒先將其本人之姓名履歷等。通知駐劄國之政府。探其內意。而定拒否。蓋避前項之不便也。若駐劄國

之政府。不欲接受該公使者。則本國另簡得他員代之。以重睦誼。

第二款 信任狀及委任狀

凡使臣將國家主權者任命之證據。示於駐劄國政府。或所當會見之外國節使。而後始得行其職務也。而派遣公使之時。君主必與以信任狀以爲其證據。蓋信任狀之目的。在明其姓名位記及階級。且其持有者。乃於國家之名。而示其有交涉之權者也。

抑信任狀乃昇與公使一般之職權者。故欲商議其外特別之事件。則必加入其事項然。特別之事件。多更授委任狀焉。委任狀之目的。一以示其權限之範圍。一以明其權限內之行爲。直致其責於本國政府者也。抑訂定條約之權。必須另畀以委任狀。故公使雖有通例之信任狀。然無處理條約或重要事件之權力。此原則各國所通行者也。

然非命駐劄一國。而唯遣往各國會議者。則不必有信任狀。第交換其全權之謄本。

斯已足矣。

第三款 公使之等級及種類

公使之等級。乃中世貴族之遺物。而於實際。今日所不必要也。然向來各國公使相會合者。徒爭其席次。往往致各國互生紛議。故一千八百十五年。維也納開列國會議。就各國公使之等級。設委任而使調查。議章七條。其第一條。分外交官爲大使及特命全權公使并代理公使之三種。而同級之外交官。則由到任之先後而定席次。即帶特別使命之外交官。或親戚國及同盟國之使臣。亦無變更其席次。而受特別之待遇者。此該會議之所定也。

後一千八百十八年。法國哀克斯辣沙別爾列國會議。又加一種所謂辦理公使。居於特命全權公使之次位焉。

代理公使之就職。不過由外務大臣向駐割國之外務大臣而照會之。若夫其他公使。則由一國君主。移於駐割國之君主者也。故其職權之範圍。彼此相同。唯異其禮

遇已耳。各國公使之附屬員。以各國之國法而定。於國際法固無一定之規則也。通常公使館例置參贊官及文案等。然濫增公使附屬員之數。則駐劄國之政府。得向之阻撓焉。

第四款 公使之職務

公使之職務。在代表國家。而處置國際間之外交事務。如外交談判。如使館日記。如發受外交公文電報。如報告外交等。皆係公使之職務。然概而言之。則一切外交事務。莫不管理。其餘外務官之責務。尤有當遵據者。叙之如左。

第一 對於己國者

(甲) 從本國政府之訓令 公使於其權限之內。得自由而處置外交事務。然當常遵據本國政府之訓令而行之焉。

(乙) 其外交極爲秘密 是外交之性質所當然者。若輕忽洩漏之。則不能奏外交之功。緣有時繫乎一國之安危故也。

第二 對於駐劄國者

(甲)守其國法 是固無待論者也。而如刑罰法警察法。乃關乎其國之安寧。有當遵奉之義務。不然。則有害駐劄國政府之感情。必至請求其本國召還其公使也。

(乙)不可批難駐劄國之政策或干預其內政 是亦易明之理。而外交官當互敦睦誼之任。所宜恪守之義務也。

第五款 公使之權利

公使一旦就其職務。則得不可侵權。治外法權。及受尊敬之權等。蓋苟不與以是等權利。則不能圓滿而保其國際交誼。且尊敬之者。因其爲一國主權之代表者故也。至不可侵權。固防其因政治上之理由而蒙危害。或欲免押留以爲質。或爲戰時之囚虜故也。又有治外法權。故對於外國公使之犯罪。當與對於駐劄國之犯罪同一視之。而科以重刑也。至於公使之治外法權何如。前第四章已叙之。茲不復贅。又公

使受尊敬之權。固屬於國際法者。然皆與君主之尊榮權共屬於國際之欵遇焉。茲姑弗論之。

凡公使不經其駐劄國之接待。則不得就其職務。然公使之赴任旅行中。則對於其駐劄國政府。猶有不可侵權。且既來駐劄之國。而未至接待之間。或被駐劄國政府之請求退去。而未去其駐劄國之間。猶悉有治外法權也。蓋是等之際。僅以旅行券爲公使之資格。斯已足矣。

第六款 公使於第三國之權利

第一項 公使於善隣國之權利

夫凡一國公使之資格。非不可常離乎其一身者。又與海陸軍司令官異。蓋公使於駐劄國以外。通常全無職務。故公使對於駐劄國以外之國家。則決非本國之代表者。且不得享有治外法權。故公使當通行駐劄國以外之善隣國之際。有時因己之負債。或非行而被捕縛。甚至有被科刑罰者。唯公使對於是等第三國。所以與普通

外國一私人異者。赴任之必要上。得自由而通行其領內是也。然此自由通行之權。亦有時受制限。公使須先通知其通路於其第三國政府。又有禁長勾留於其國內者。甚至有第三國使誓於必要以外。不稍勾留於其地。而始許其通行者。顧公使之於第三國。其特權如斯其小。然由國際禮讓而觀。則第三國政府。當予以特別保護。非有重要事由。不猥以些少之規則而羈束。是文明各國所當互守之德義也。然凡民事刑事之責任。則不得使免焉。又派遣萬國會議之使節。是非派遣於一國之政府。然其使節。固爲本國之代表者。且係擔負外交事務。故於其會議地之國內。應享有公使之全權焉。

第二項 公使於敵國之權利

公使自由通行第三國內之權。行於本國與其第三國保有平和之間者也。而一旦兩國兵戎相見。則公使遂不能受其利益。蓋許敵國之公使。自由通行己國。或任其滯留。則頗危險故也。是以敵國之公使。至駐節國之途次。未經其第三國之許。而通

行其國內者。則第三國得捕縛之。或拘禁之。而其駐節之國。與第三國之關係。固不問其爲善隣國與否也。

第三項 公使於敵軍占領地之權利

以公使於第三國之權利論之。雖欠穩妥。然因便宜起見。故畧叙之。今使一國之公使。駐於交戰國一面之國內。其國之一部。爲敵軍占領者。則其公使。於其占領地內。有如何之權利乎。於斯時也。其公使無怠於中立之義務。則爲對於其占領軍。而全有自體之不可侵權者也。然斯時之特權。獨止於此。不可侵權與否。公法學家尙無研究之者。（如千八百七十年德相俾士麥克牽兵圍繞巴黎之處置。即其例也。）

抑由法理上面觀。謂公使本國之利益。常優於交戰國之利益。是無根據之說也。夫國家固有派遣公使之權。然是不過兩國間公使派遣接受之權耳。申而言之。不過兩國得互保持其交誼耳。故不可以派遣公使之權利。而直壓交戰國之權利也。抑公使之特權。於平時尙唯於駐節國有之耳。蓋其特權。固着附於公使之職務者也。

故今若單考交戰國與外國公使之關係。則交戰國不可侵害其公使之身體。固甚顯然。然又無異與其以外之特權於公使之義務也。然則一旦交戰國之利益。與公使之權利兩相衝突。則交戰國限於不害其公使身體之不可侵權。乃得自由而圖利益。而於外交官之特權。尙加制限。又所宜然也明矣。

若更由國際款禮之點而觀。則一國家與他國保持外交關係。是通常國際間所不免也。自不能無兩國文書之往復。而是等外交上之交通。非必害他之交戰國者。然交戰國若欲強絕是等一切之交通。則反傷國際間之交誼。唯是等之交通。有與交戰國非常危害之虞者。則與絕交通。固不得已。不然。則不過反招中立國之嗟怨耳。

第七款 公使之終任

公使終任。厥有十端。列左。

(一) 由本國召還。

(二) 由駐節國政府請其退去。

- (三) 因之而自辭其職。
- (四) 本國與駐節國既失平和。
- (五) 定任期而派遣之使臣。經過其時者。
- (六) 因一定之談判派遣之。而其委任職務既完畢者。
- (七) 其本國爲君主國。其君主既死亡者。
- (八) 駐節國君主之死亡者。
 有謂於斯時也。公使不可不新得委任狀。而呈示之。然關此事其說亦不一。唯通常輒以新與委任狀爲例。第大統領變更之際。則非此限。
- (九) 駐節之國因革命變政體之時當何如。是有兩說。一說謂新要委任狀與否。一任新政府或本國之自由。一說謂新委任狀實爲必要之務。蓋所以示外交官與領事之有以異也。而實際多採用第二說。
- (十) 本人之死亡。委任狀即失其效力。故另行任命之時。當更搜以委任狀。固不待

言矣。

此外一國請求外國使臣之退去。亦有兩種。一本於駐節之國與本國之失和。一由使臣身上之關係也。而前者退去。乃因駐節國政府之行爲何如。而後者雖駐節國政府請求退去。然使臣之進退。亦不可輕忽之。故其請求退去之理由。須頗重大。若其理由未充足者。是污本國之品位也。苟其理由頗少。且不足取。或全出於虛構者。是隱然侮辱本國也。故本國政府。於其理由不大者。固無應其請求而召還使臣之義務也。

又本國政府。得審查其使臣之行爲符於其請求之理由與否。就實際而觀。駐節國之政府。請求其使臣之退去者。雖往往有之。然應其請求而直召還者。則近來甚稀也。故是等請求。反害兩國間之交誼。而陷於干涉他國內政之弊焉。第由本國而受召還者。則以有解任狀爲例。

第三節 軍隊司令官

軍隊司令官。其在善隣國之間。一因盡其任務。一因部下之代表者。而有多少之特權。前既述之矣。抑軍隊司令官戰時於敵國內。亦有一種之管轄權。且有關於戰爭而訂定特種合意之權。是亦於戰時國際法所當論究者也。唯茲當一言者。則凡在留外國之軍隊司令官。及其部下之兵士。全因其公務之行為。則不負民事上及刑事上之責任是也。故今國家因行使防衛權。而鎮壓善隣國內之一黨對於己國之暴舉。遂遣其軍隊於其國者。雖爲其平定或殺戮暴徒。或損傷其財產。兵士毫無負刑事上及民事上之責。第兵士於他國。離軍人之資格而所行之者。則不能免其責矣。

第四節 秘密節使

秘密派遣外國之節使。雖無前述公使之特權及治外法權。然猶得受其維持秘密所不可缺之保護。是故不特應有身體之不可侵權。且於其任務所必要之範圍內。有外交官固有之治外法權之一部焉。例如其使節之居宅。當與公使館同受保護。

是也。又刑事上之犯罪。國家可爲告發者。則國家對於其使節。不爲其訴訟處置。照會之於本國。若唯刑事上或民事上之訴訟。經一私人告發者。則不妨於其國裁判所而審斷之。然國家猶不違其憲法。務避其刑罰之執行。是國家之義務也。

第五節 特派委員

如境界確定委員。條約施行視察委員等。凡以特種目的。遣往他國者。是固非代表其國政府。又由其職務上而觀。亦決非有外交官固有之治外法權者也。然國家猶不可不予以特別之保護。且由國際禮式而觀。亦當予以多少之特權。第於此向無國際間之爭議。故未見一定之國際慣例也。然齎一國之公文而旅行他國者。則同一國公使有身體之不可侵權。且有自由通行他國之權利。然有是等之權利者。須有其爲公文攜帶者之證明。而其證明。通常載之於其旅券焉。

第六節 領事

領事不得爲純然之外交官。然猶得謂爲特種國家之代理者。故畧叙之。

第一款 領事之職掌及性質

領事乃受本國政府之任命。且因外國之承認。而居於其國。保護本國臣民之利益。以處理其必需事務者也。而通常領事之行爲。無須直接關係其駐留國之權利。茲舉其職掌之重者如左。

- (一) 本國之船舶。航海中而蒙損失者。則受其船長提出之願書及報告。
- (二) 法律或其他職務上之行爲。當於本國使用者。押己之官印。以證明其正實。
- (三) 證明旅居在任國之本國臣民之生出死亡。
- (四) 管理於在任國死亡之本國臣民之遺產。
- (五) 遇難船失其職業之水夫及其他之籍民。送回之於本國。
- (六) 關於商業或船舶內所生之爭端。裁判本國臣民出訴之事件。
- (七) 非全依治外法權。然尙司本國船舶內之水夫之裁判。
- (八) 對於本國臣民。注目於在任國裁判所法律適用之曲直。若有不正之事蹟。則

報告之本國政府。

(九)報告在任國之農工商之景況。及關於財政政治之事件。

要之領事之行爲。無外交上之性質。蓋領事者。不過於外國執行一國特種之職務也。又特別之條約。例如千八百七十年美國與奧大利之條約。一千八百七十四年日耳曼與普魯西之條約。同年法蘭西與俄羅斯之條約等。領事於保護已國臣民及其在任國違背條約者。則代表本國政府而與在任國官廳交涉。且若不應其交涉者。限於已國公使離任之時。有直與本國政府通信之權利。唯領事就是等事件。不得與本國政府直接往還公文也。故領事苟有關於自己處理者。或其他事件。認爲必須照會在任國政府者。不可不經由駐節該國之本國公使。又領事雖時有帶外交上性質之行爲。然是不過因扶助本國人民。屬于其地位之權力使用於職務外者耳。又在任國政府。因履行領事之任務。許居住於其國內。然是非以領事爲一國代表者之故。而不過認爲官吏之一耳。然他國一旦認許領事之居住者。復加之

暴行。以妨害其執行職務。則有背乎國際法。所宜切戒者也。又領事館有懸掛國旗之榮譽焉。

第二款 領事之種類任命及終任

領事通常分爲四種。(一)總領事(二)領事(三)副領事(四)代理領事。此外尚有以其在任國臣民及旅居在任國第三國臣民充當之者。是之謂名譽領事。然名譽領事與其餘領事。不過國籍之差。其餘區別。則依各國之法律而定。且畧異其職務之範圍焉。領事有以領事爲專務者。有兼營商業於其在任國內者。而兼營商業者。多爲名譽領事。至於總領事及領事。必以君主之委任狀而任命。而其委任狀。不可不呈之在任國政府。由之界與認可狀焉。蓋以認可狀始使執其任務。且與以殊遇也。又副領事及代理領事。雖亦以委任狀而任命。然有時亦僅以所屬領事之指命爲足者。而如是者。駐節國政府。通例亦畧與認可狀焉。第畧與代理領事之認可狀。多不依一定之方式。抑認可狀。通例由君主署名。而外務大臣副之。然不必須一定之式。其在

普魯西及丹麥。則通知認可之旨。在奧大利。則書認可之旨於委任狀。且蓋御璽於其上焉。

終任之時亦有數端。(一)由本國政府昇與解任狀。命其解任。(二)領事之死亡。(三)認可狀之拒絕或取消。是皆終任之節也。抑國家有重大之理由者。得拒絕認可狀之昇與。且一旦既昇與認可狀。若領事有越權之行爲。容喙於政治上者。則消滅之。得向本國政府請求其召還。

然則在任國政府致有變更者何如。曰領事之職務。固不帶政治之臭味者。故其政府之變更。不致關係於領事之位地也。抑一國設領事署於他國。不必可斷以其他國之政府。承認爲正當之政府者。又一旦領事駐在之地。後合併於他國。亦無須新得認可狀。得依然於其地而行領事之職務也。例如英國遣領事於南美各共和國。是先於英國承認是等諸國爲一國家。凡十八閱月。然其後猶繼續而爲駐在該各國之領事。是明示領事派遣。與國家承認。全然爲別事也。

第三款 領事之特權

領事之特權。由各國之條約而互異。然如前述。領事之職務者。全不有外交上之性質。有以在任國之臣民。任命之者。又領事得在任國政府之認可狀。而始獲行其職務。由斯以觀。其不得與一國代表者之公使。享有同等之權利也明矣。故領事不可不與駐在國之臣民同服從該國之法律。然一國既畀與認可狀。則不可不畀與關於其行職務之特典殊遇。故領事無因政治上之理由而被捕縛者。又無被課人頭稅者。又有時領事館得駐屯兵士。且於其門戶高懸國旗焉。此外領事凡無害於在任地之民事及刑事裁判管轄權者。皆得享有其執行職務所不可缺之特權。例如領事館公文及記錄等。無受駐在國政府之檢閱扣留。又雖其一身之上。義務與其職務不相容者。則無負擔之義務。故例如被命在任國裁判所陪審官。又無兵役之義務。蓋負擔是等之公務。則有曠領事職務之虞故也。又領事無被禁錮於獄內。裁判所有訊問領事之必要者。則判事當自就領事之居宅而調查。以上領事之特權。

於駐在國認可己國臣民爲外國領事者。亦不可不與焉。

領事駐在之地。若爲交戰之地者。則各國領事館。以懸本國之國旗爲例。當是之時。交戰者不得砲擊之。或用其餘之手段毀壞之。若有侵犯之者。是背於國際禮讓。而爲國際上之罪惡也。然實出於軍事上不得已。及領事館爲敵軍防禦之具者。則不在此例。

迨夫近世。領事之特權。往往以各種條約爲種種規定。唯以領事爲證人得召至法庭與否。及領事違背在任國國法者。得捕縛之與否。是其所異也。第其大體。則殆出諸一轍。而無論以各國條約如何增減領事之特權。然國際法則無須一一述之。何者。因是等各國條約。非一一爲國際慣例者故也。

第七節 對於國家代理者之行爲本國之責任

以上國家之代理者。以本國憲法上之權能。或任務範圍所行之行爲。國家不可不全負其責。唯是等代理者。有越其職權之行爲。則國家不負其責。然是等行爲。有害

於其他國家。則本國不可不直消滅之。而滅却其效果。且若爲刑事上之犯罪者。則本國不可不處罰之。然是等之代理者。越其職權而訂定之條約。則國家得後批准之。又代理者權限外之所爲。確定之而任其責。亦一任國家之意也。而於後者。國家之責任。非始於其確認之時。而遡於其行爲之當時者也。

第十章 條約

第一節 條約之性質

凡國家爲國家而存在者。與一個人同。有自己之意思。而常隨其意思而動者也。而在一個人凡不違背其國法者。則個人得自由而創設權利。且負擔其義務焉。抑國家亦國際法不禁之行爲。得自由行之。其未命之行爲。亦得自由不爲之。此種權力。乃國際公法之所承認。故國家於其權內。得自由與他國約束行爲或不行爲。是即國際條約也。而於私法上。亦適於一定條件之契約。則拘束當事者。條約亦依國家意思。具備其成立條件而訂定之。是當然拘束當事國家者。而如不遵行條約。則顯

背乎國際法之原則者也。

若由歷史上而觀察。其在古代。各國條約。皆畧爲宗教之原則所支配。而依僧侶之手而訂定者頗多。且誓於神。故爲擔保條約之方法焉。其後宗教之勢力衰。專制君主政治大行。國君即國家之思想。風靡一時。因而條約主關於君主間之利害者。就中推關於皇位繼承相續或財產分配之條約。最占多數。然至今日所謂條約者。乃國家間之合意。而其效力。直拘束國家者也。夫旣爲君主間之合意。則凡非代表國家而訂定者。則不得論爲條約。茲叙與條約易混者如左。以限制條約之範圍。

(一) 羅馬教皇與他國帝王之盟約。是非羅馬教皇因代表一國而訂定。實爲宗教上之首長而訂定者。故不能稱之國際條約。

(二) 永續特種之王朝。又約使某皇子即君位。或訂定以保護國內之革命爲目的之條約。則非多顧國家之利害。而代表國家之意思以訂定者。而以個人之利益爲之主眼。故不能稱之國際條約。

(三) 國家與他國臣民之契約。例如國債契約。則不能稱之條約。

(四) 一國王朝間之合意又與他國王室之約束。例如關於王位相續者。則不能稱之爲國際條約。

第二節 條約之成立要件

條約之成立要件。有二。(一) 關於主體者。即條約訂定國有訂定之能力。及使國家之代理者訂定條約。則其代理者。當被附與權力是也。(二) 合意之完全。即條約訂定者。要意思之自由是也。(三) 關於客體者。即條約之目的爲適法是也。又條約之成立。固須批准。然批准之事。須別述之。

第一款 關於主體之要件

凡獨立之國家。咸有完全條約訂定之能力。然國際公法上無所謂主權之國家。則不能爲國際公法上之主格。故無條約訂定之權。又聯邦國之一國或強國之保護國附庸國。乃獨立國固有之條約訂定權之一部。爲讓與於其聯邦國或其強國者。

故是等之國。於其讓與範圍內之事項。則無條約訂定權。然於其他之關係。則得自由而與他國訂定條約。不待言矣。

有條約訂定權者。由各國憲法而不同。然苟由一國之憲法而有權力者。爲本國訂定之條約。乃直羈束本國者也。又國家有特種職權者。有關於其權限內之事項使合意者。海陸軍司令官訂定戰時之合意是也。此合意不經批准。而直生拘束之力。國家不可不遵守之。然是等之人。越其權限而訂定之條約。則全無效。故國家對之不負責任。特其對手國。既從其條約而行事。又已國因之而顯獲利益者。則國家直使之回復於原狀。又有賠償其損害之義務焉。然其條約之事項。則早已越其訂定條約者之權限明矣。而對手國之訂定之全出於疎忽者。則對手國不可不擔負其損失。

第二款 合意要完全

訂定條約。須意思之合致。而其合致。不可不出諸意思之自由。是以與個人間之契

約無所異其原則。然條約所須合意之自由。較之私法上之契約。有稍寬大者。於私法上之契約。其暴力脅迫。雖爲契約無效之條件。然在條約則不然。何者。於國際法求一國所蒙損害之救濟。往往由於此暴力脅迫之手段故也。故爲求其救濟。用是等手段。而所訂定之條約。究不能以之爲無效。蓋國家之條約。不過對手國自進而賠償過去之損失。欲豫防將來之非行者。縱令由暴力使訂定。然在國際法上。則不可謂乏於意思之自由。且國家無論於如何之時。用如何暴力。就如何事件。施如何脅迫。凡無別於國際法精密規定者。故縱令國家用是等手段。然無害一國之獨立。則一切條約。均爲有效。然若以之害一國之獨立者。則是國家自殺。以賠償損害於他國。而保護他國者。故其條約。自爲無效。今若苟缺於意思之自由。悉爲無效。則戰爭終局而所訂之條約。無一有效矣。苟如是。則戰爭非使一國臣服。或兩國盡滅。則不止也。

然加暴行脅迫於一國之君主。或軍隊司令官。或訂定條約全權大臣者。則其條約。

全爲無效。蓋由國家與代表者之一身。顯有差別也。

因對手國之詐僞而訂定之條約。是欠於意思之自由。故爲無效。例如訂定國境條約。若對手國故出不正之地圖。以得他之合意。則非及其拘束之力者。

第三款 關於客體之要件

條約之目的。須爲適法。適法者何。不背於國際法之原則及國際慣例是也。苟背於是等之條約。則全爲無效。而得銷廢者也。例如使一國臣服。或使一國分轄之條約。苟非國際團體之平和上不得已者。則全爲無效。又如占領大洋。或於國際河流。禁第三國船舶通航之條約。亦爲無效。又如與國家道德上不可不守之原則相背之條約。亦爲無效。例如買賣奴隸之條約是已。

第三節 條約之形式

條約不須依一定之刑式。故苟有意思之合致。則無論由於口約。由於文書。均不失其爲條約之性質。且其拘束之力。於兩者之間。亦無差異。故兩國之意思。顯相一致。

則條約直成立。而生其效果。第又有時條約不依文書或口約。只以一種之標號而訂定者。例如兩軍互懸白旗。自其瞬間而約休戰。可以知條約非要式契約之一種矣。然在今日。訂定條約。輒繕於書面。訂定者各署名於上。是恐國際間互生紛議也。又條約乃相約國際間之重要事項者。故有時作條約書數十通。存之各處。定爲皆有同一之效力。如是之例。蓋甚夥也。

第四節 條約之批准

無論何國。有訂定條約之權者。又有特種之職權者。除其權限內訂定之條約合意之外。則一切條約。皆不可不受訂定國主權之批准。批准云者。國家兩造之使臣。彼此合意所定約款。經國家之最高權力者所承認。以之確定條約之效力者也。批准有默示明示之別。默示之批准。即因越特種之權限而訂定。其爲無效之條約。又以無明示之批准。不完全之條約。既見實行。而其訂定國家。於看過之時即是也。又一國公使。單奉本國政府之命。不過執掌外交事務者。與其駐節之國。爲特種合意之

時。若其合意。習慣上不須明示之批准者。且本國政府。亦不廢止之。則尤視爲有默示之批准焉。若夫明示之批准。凡不存反對之規定者。則全權大臣所訂條約。乃不可缺。從來之公法學者中。往往爲之說曰。於私法上。代理者權限內之行爲。直對於本人而生效。於國際法上。亦受國家之委任者。於其權限內訂定之條約。直有拘束其國之力者也。然思私法上之契約。與國家之條約。不可論之於同一理法之下。何者。通常條約者所爲之目的。在國家之重要且複雜之事項。并關於國家之盛衰國民之利害者也。故單委之於全權委員。則不保無因其過失或疎忽。而及非常之危險於國家。是以國家須檢閱精查之也。故以批准使條約爲有效。實自十八世紀之初。所共認之習慣也。而訂定條約全權委員。不過僅有從本國之訓令。談判條約之事項。訂定以主權之批准。爲條件之合意之權限也。

夫批准之切要如斯。然則批准得拒之否。蓋批准如前述。非形式的者。而爲檢閱國家之利害。而後出諸承認。即起于實質上之必要也。故理法上不問爲何時。凡國家

之權力皆得拒條約之批准也。是與立憲國君主。裁可議會議決之法律案相同。然由國際上之德義而觀。凡無故而不批准已國全權委員合議承諾之條約案者。是有關於國家之信用。故國家權力者。非有確鑿理由。則未易拒其批准。且通常得拒批准者。厥有五端。(一)全權委員越其權限之時。(二)新訂條約與既存之義務互相抵牾之時。(三)全權委員設背於其國憲法之條款之時。(四)批准之際。卒有事情變更。至條約之效力消滅滅殺之時。(五)關於條約之要點而有錯誤之時等是也。當此國際關係甚複雜之時。欲臚舉得拒絕之時刻。實非易易。然至國家之握有拒絕之權利則明甚。唯國家不毀損己國之名譽。且不蒙其危害者。則不可不務行其權利也。批准非有確鑿之理由。則不得拒絕之。前既述之矣。然對之尙有特別之事例。例如北美合衆國。凡條約均須上院之裁可。而訂定條約全權委員。乃受大總統領之訓令而訂定之。故其條約。往往有不得上院之裁可而不能行者。又在一國之財政立法之權。與訂定條約之權。互異其機關之國。則關於其財政立法之條約。須受其權力

者之承認。在是等之國。乃須豫爲通知其權力之範圍。故是等之國之代理者。所訂定之條約。可以稱有是等之裁可承認爲條件默示者。故在是等之國。其條約之非認較爲自由。而不必以前所列舉之理由爲切要也。又國家與全權委員之委任狀或條約書中。時有明記其批准權之有控者。然是法理上無一價值。因而國家不得而自由拒絕批准焉。

訂定條約者。兩造有於條約中定爲其條約不經批准。而直生效力者。如一千八百四十年七月之奧英普俄及土耳其間之條約是也。或有以之爲例外者。然全是無理由者也。何者。訂定條約全權委員。固不能約束特種目的以外之事項。故若兩國之間非有特別之條約存在。則全權委員。不得制限國家之批准之權故也。故如不須國家之批准之條約。則是臨時之假條約。而不外於其條約施行之後。而得國家之默示之批准也。

國家訂定條約。經批准之後。互相交換。批准交換之式既終。而條約始得實施者也。

然無特別之明文者。條約之效果。若有遯及力。則其效力。以遯於條約畫押之日爲常。例如割讓地之人民。由條約畫押之時。當日爲其國之國籍者。又若條約中。訂明自其簽押之日直當執行者。則履行其義務之訂約國。若對手國拒其條約之批准。則得回復原狀或要求其賠償。何者。若反之。其條約得批准。而其義務執行之國家。怠於執行者。不可不遯訂定條約之日。而負義務懈怠之責任也。

批准文之書式。以據條約國互相同樣爲例。而批准文須一國主權者之署名。然若條約訂定之權。存於特種之團體者。則團體之代表者署名焉。抑批准以書條約全文。且記批准之旨爲原則。然亦有畧記其條約之名稱、主文、年月及訂定者。而載批准之旨焉。

第五節 條約之解釋

就條約之意義。兩國各異其見解。致生紛爭。自古往往有之。於是公法學者。論述條約解釋之法則者不少。然其法則中。有難實際適用者。又有足容疑似者。茲僅揭通

常所共認之法則於左。

第一則 條約之用語。解之於普通之意義。而明瞭且有理者。須解之於其意。然其字義若有時慣用於條約之意者。則不可不探其慣用之意。若解之於普通之意義。則生無理之結果。又背於國際法之大本者。則得探別義焉。

第二則 條約中之用語。若於訂定國彼造。有法律上特種之意義者。則須隨於條規適用其語之國。而行之解意也。然若其條款適用於訂定國兩造者。則各隨其固有之意而可解之也。

第三則 條約之用語。若欠明瞭且有理之意者。則從左列方法而解釋之。

(一) 條約中不完全不適當不分明之條項。可從其條約之精神及其大體之意義而解釋之。

蓋條項以無相牴牾爲例。故當事國家之意志未明者。則決不可爲如前後相衝突之解釋。蓋不可不掬其條約之精神焉。

(二)文理之意義與論理之意義相牴牾者。則可採論理的解釋。

第四則 凡國家非顯關於己國之根本之權利而訂定條約者。則不可以其條約之解釋。而致效力於權利。

故一國之自主權財產權或防衛權。非由明文。則不能制限之。

第五則 從以上列舉之法則。於條約顯許與之物件。必當附從之權利義務。則雖無明文。亦當目爲許與者。

第六則 同一條約中之條項。互相牴牾。或與他條約不相容者。可從左列之規則而解釋。

(一) 一般或特別之禁止。乃優於一般之許與者。

例如今依條約。而許與一國領海內之漁獵權。而於他方則爲其乾製獵獲之魚類。而禁漁人之登岸。縱令其上陸爲行使漁獵權所不可缺者。亦不可不從其禁止。

- (二) 特別之許與。優於一般之禁止者。
- (三) 條約中禁止的條項。其一附以制裁。而他附不附之。則從於有制裁者。又兩個之裁制中有輕重者。則從其重要條項。又若無其裁制者。則其禁止可從最明細之條項。
- (四) 條約之條項。互相牴牾。而從以上列舉之規則。不能定其優劣輕重者。則義務國不可不遵行其中最緊要之條項。然若權利國保留其選擇之權者。則非此限。
- (五) 同一訂定國間。有兩條約相衝突者。則須推後訂定之條約。而代前訂之條約。然後之條約。比前之條約爲劣等之權力所訂定之者。則縱令後之條約。於正當之權限內而訂定之。然其效力則不及前之條約。
- (六) 一國先與甲國訂定條約。後更就同事件與乙國訂定條約。而此二條約相牴牾者。則以與甲國所訂之條約爲有效。何者。甲國既得之權利。無由於與他國之條約被妨害之理也。故甲國凡不放棄其既得之權利者。則與乙國之條約。乃

未完成。而甲國終不肯放棄其權利。則衝突於此之乙國條約。乃爲無效。然乙國條約。若得分爲其衝突之部分。與不衝突之部分者。則唯其不衝突之部分爲有效耳。

第六節 保證條約

條約之種類甚多。自格洛基烏士以來。分類尤夥。然不見諸實用。茲故不述。唯名爲一種保證條約者。則有特別之性質。請畧論之。保證條約者。謂由某單獨之條約。而約維持事物一定之狀態。或約附從爲主之條約。而使其確實履行也。

保證條約有數種。(第一)條約國互供約因。互因利益而訂定者。例如因千八百七一年迭希多條約。而法國與俄國則互相保證其所領之不可侵是也。(第二)一國或數國。因第三國之利益而訂定者。例如千八百五十六年英法與三國。保約土耳其之獨立是也。(第三)訂定國因互相利益。而欲確守條約之條項者。例如由千八百三十一年及千八百三十九年之條約。以比利時國爲獨立永久中立國。以圖條約

國互相之利益。又依一千八百五十五年之條約。而瑞典及腦威。相約不交換或讓與兩國之領地於俄國。又不許其占有其他漁場牧場之權利。亦決不讓之。英法兩國保證之是也。而以上(第一)(第二)之時。保證國待被保證國之要求。而始得干涉之。蓋是等保證。固因被保證國之利益而訂定者。故被保證國。非求自進而得其利益之時。則不得干涉之。縱令干涉之。可爲保證國之利益。然保證國不能自進而干涉者也。若夫(第三)即此種之保證條約。固以訂定國各自之利益爲目的者。故各訂定國。得自進而強制其條約之履行焉。

第七節 條約之效果

國家一經訂定條約。則不可不從其條約之本質而履行之。若其條約。乃有一定之期限者。則其期限間須遵守之。其以某事業爲目的者。則迄至於其完成。不可不遵守之。又條約有欲永遠履行特種之行爲者。有約永遠保持事物之狀態者。如是條約之效力。乃亘乎永遠者也。然條約消滅之原因既生。則不在此限矣。

夫私法上之契約力。唯於當事者間有效。而不能拘束第三者。條約亦同之。不過爲拘束當事者之國家已耳。然若條約之目的非不法。且不害第三國之安寧者。則第三國自有尊重其條約之義務。唯戰時之不得已。則不在此例。然以條約爲侵害第三國之權利者。則第三國得出而抗言也。

第八節 條約之擔保

古來行許多方法。使國際間條約之履行確實。然至近世。則漸減其數。唯有左列數種耳。

第一、人質。古來爲確實條約之履行。必義務國以重要地位之人。付於權利國。使其身體及自由係於條約履行者。甚多。然至今代以人質爲野蠻的行爲。且於實際。不能舉擔保之實。故其方法。不見實行也。

第二、第三國之保證。保證者。爲今日最鞏固之擔保也。是既述於保證條約之節。茲故畧之。

第三、動產之擔保 以動產爲條約履行之擔保。其例頗少。如波蘭王曾以王冠之金剛石。質於普魯西王。是最終之例也。蓋條約多關於國際間之重大事項。故難以動產而舉擔保之實也。

第四、土地之占領 欲確負債之辦濟。以土地爲抵當而占領之。是自古所行也。是等占領地。若債務國非於一定之期限內辦畢其債務。則全歸債權國之所領。又有時是等占領地。依時效而爲占領國之所有者。其在近世。常有戰勝國欲確償金之支給。而占領敵國領地之一部。又有時以占領土地。而爲平和條約條項之一部者。

第九節 條約之消滅

凡條約第一消滅於遂其目的之時。第二消滅於使爲無效之事情發生之時。第三消滅於一時之停止。或得廢棄之事情發生之時。一時或永久失其效力。今請畧叙之。

第一目的之既遂 凡條約若如通商條約、航海條約、有一定之期限者。則因其期

間之經過而消滅。又雖無限期然以一定之行爲爲目的者。則由其履行而消滅之。例如一國因己國臣民加於他國臣民之不法行爲。而訂其賠償損害之條約者。則以其賠償金之支給爲消滅條約是也。或兩國同盟。相約與第三國訂特種之條約者。則以其條約之訂定。爲其同盟條約之消滅是也。然有履行條約之目的既終而尙不消滅者。例如以土地割讓或新立國承諾爲目的之條約是也。是等之條約。其目的在割讓或承認。故行是等行爲。則似乎全盡其義務者。其實不然。何則。凡此等條約。皆非以一回之行爲爲目的。實有永遠之性質者也。故非另生以條約爲無效之原因。則其條約決無消滅焉。

第二、無效事情既發生條約消滅之例如左

- (一) 因訂定國兩造之合意。而訂定與從來條約不相容之新條約。以爲舊條約廢棄之默示。或公然以條約無效之布告。爲明示之廢棄之時。
- (二) 因條約而受利益之國。顯廢棄條約之時。

(三)訂定國之一造。控有廢止權之時。又如通商郵便等一方之意思可以得廢棄之條約。則僅由其一造意思之表示。其條約自歸於無效。

(四)不能履行條約之時。例如一國與他兩國訂定攻守同盟。後至其兩國交戰是也。

(五)付加廢止條件以訂約之條約。其條件發生之時。

(六)國際法上之法則或列國間之道德致生變更。遂與條約之義務相牴牾者。例

如某條約中有關於奴隸輸入者。此條約方今背於各國間之德義。故爲無效。第三、條約之廢棄。以上第一第二所舉因目的之已遂、履行不能、當事國家間之明示或默示之合意、及與法律或道德之背馳。而全失條約之效力者。關於是等。學者間無一異論。然茲所論第三事例及訂定國之一造。得因自己之意思而免條約之羈束者。則不易舉正確之法則。第條約訂定者。於其訂定當時所豫想條件發生以外。則不得以一方之意思而自由廢棄其條約明甚。然若條約訂定當時。既爲其條

約效力之默示條件之事件。至後日變更。則條約即失其拘束之力。然則欲知條約於某時期。全有拘束之力與否。則先須確其何者爲默示之條件。然後乃明其條件之存否也。而一旦得確。則條約廢棄權之存否。得易知之。茲分類而論之如左。

(一) 訂定國之一造破約之時

條約訂定國兩造。履行其條約之各款項。其爲默示條約效力之條件。固無庸疑。而於私法上之契約。若當事者之一造破約。則對手一造尙不可不履行其契約乎。抑其條約得廢棄乎。是各國國內法所明定者。然在國際上。則無最高主權者也。又是等破約國之對手國。若尙有履行其條約之義務。則大害其國之利益。故於國際法雖不能如於國內法設其規定。然由國際間之利害而考。則如是之際。對手國與其任意履行其條約。孰若任意廢棄之。申而言之。則國際條約訂定國之一造破約之時。其條約得謂爲不拘束對手國者。是固適於法理者也。雖然。尙有當研究者。在何也。試觀各國間之條約書。其條項不一而足。而其條項中。有大

異其重要之程度。又有不同其目的者。然則破約云者。不問其條項之重要何如。亦不論其目的何如。惟謂其一國不履行條約之一部乎。抑對手國因之而全免其約條之拘束。而得自由廢棄之乎。於此向有兩種學說。

(甲) 條約之各條項。不可分離之。故破其一。則對手國得廢棄其條約全部。

(乙) 條約中有主部有從部。凡破主部者。對手國得廢棄其條約。

然是兩說。俱不可爲國際法之原則。蓋欲決條約廢棄權之存否。不可不先究其條約主要之目的如何。故定以若因一造破約致不得達其條約之主要目的者。則對手國得自由而廢棄之。而破約之條項。不問其關於條約之主部。抑關於從部。凡因之而不害其條約之真目的者。則不爲廢棄之理由。第對手國得求補正因其破約而蒙之損害。且關於破約之條項。不可不以爲免履行之責者。但破約之事項。雖未全害條約主要之目的。然其條項占與對手國之約因之主部者。則尙得爲廢棄之理由。如千八百七十年俄國對於千八百五十六年之巴黎條約之宣言。即其例也。

(二) 條約至與訂定國一造之自衛權相抵牾之時

凡條約不與其國家之自衛權相抵牾者。始爲其效力之默示條件。是無待論。第有時國家非不得讓與自主權之一部。或訂與他國合併之條約。然凡訂是等條約。須於最初明確表示其意思。故凡訂定之時。不明以是等事項爲目的之條約。若其條約成後。與國家之獨立權不相容者。或有危害於國家之生命者。則其條約得廢棄之。例如同盟或保護條約訂定國之一造。爲對手國受請求其履行條約。偶其受請求之國家。其時與他國交戰。而至敗軍之際。則其國家得不應其請求。又條約以維持訂定國之特種政體爲目的者。若其後國家之憲法有所變更。至與其政體不能相容。則其國得廢棄條約。凡此皆本諸國家之自衛權者也。

(三) 訂定國家失其意思之自由之時

凡非其初訂定放棄自由之條約。則訂定之國。關於其條約之事項。須常保持其意思之自由。是爲條約效力之默示條件。故其訂定之國。若降服他國。或因與他

國聯合。而無履行條約之自由者。則得廢棄其條約。蓋無論何國。凡捨其意思之自由而與他國訂定條約者。乃殆在想像之外。而獨於一國危難之時。罕有其特例耳。故如因戰敗而訂定之議和條約。降服於他國。或聯合於他國等。凡受脅迫而成立之條約。不可以普通所謂條約論之。蓋條約効力之默示條件。以訂結國有意思之自由者。可以爲必須之項領也。

第十節 條約之更新

凡欲於一次消滅之條約繼續其效力。須有明示或默示之合意。明示之合意。國家與新訂定條約無異。故得直適用前述之法律。無須另生問題。然默示之合意。則不可不稍述其詳。蓋默示之合意者。因當事國家之行爲。於其國家繼續前條約之意。思明白之時始有之也。今引例以叙之。譬有一條約。一國爲一定之勞務。而他國對之每年支給金錢。其條約依其期間之充滿而既消滅。然訂定國之一造。尙連續支給其條約規定之金錢。對手國受畢之。是以上之行爲。顯然繼續以前之條約者。而

對手國尙有一年間供給其條約規定之勞務之義務。是即默示之合意也。然當事國家之兩造欲繼續以前條約之意思未明者。則縱令有條約規定之行為。亦究不可以爲默示之合意焉。

第十一章 國際爭議調停

第一節 總論

國際法不似國內法具有強制之機關。且在古代。於國際間之道德觀念。法律思想。未見發達。且各國交通之道不開。語言風俗宗教亦互異。倘一旦國際間有所紛議。直致兵戎相見。以決其是非。正如國內法未完全之時代。則私人之爭執。亦以暴力決之已耳。迨交通之道開。國際關係。從而益密。始認國際間之道德。而重國家之權利。且知戰爭有害於國家之利益頗大。縱令兩國間偶生紛議。亦先互謀有以調和之。不遽以干戈相向。即調和未克。平和終局。亦止以強硬手段而脅迫之。蓋非至萬不得已。斷無輕啓釁端者。今分調停國際爭議之法爲二而論。即平和手段與強硬

手段是也。

第二節 平和手段

由平和手段之終局。或稱之曰外交終結。平和終局之手段有二。分別敘之於左。

第一款 直接談判

直接談判。謂紛爭國或由外交文書之往復。或由外交官之會議。而直接決定爭議者也。顧許多之爭議。輒先開直接談判。不至談判告終。則不另施手段。其終局也。或由紛爭國家之一造放棄其主張。或由他之一造承諾其主張。或由於兩造均相退讓。若直接談判不能終局。則某一造之國家。有召還公使以全破國際關係者。有由第三國之調停而告終局者。

第二款 第三國之調停

第一項 周旋

周旋云者。謂第三國因紛爭國兩造或一造之依賴。或全不待是等依賴。而純以好

意立於紛爭國之間。使紛爭國相近。俾談判易於告成者也。蓋周旋之國。不過傳達兩造之意思。而非直接參與兩國之談判也。且周旋不過第三國之好意上之行爲。而紛爭國間或紛爭國與周旋國之間。無因之而生權利義務之關係。故紛爭國得拒絕第三國周旋之意焉。

第二項 仲介

仲介視周旋而進一步者。蓋仲介乃得紛爭國兩造之承諾。而自參與其爭議也。且聽兩國間之提言。或示一造之方針。或作和睦之根柢。蓋得施種種之行爲。而使其爭議告終焉。第仲介之調停。務得公允。若對紛爭國之一造有偏心。或乘機以圖己國利益。是國際法之所嚴禁也。又仲介之效力。於法律上非拘束紛爭之國者。故紛爭國有自由採仲介者之提供與否之權。且縱令依仲介而訂定條約。然仲介者非其當事者。故日後無請求其履行之權利。又仲介者。於爭議終局之條約書。雖記載調和之旨。并署名於上。然并非因之而爲其條約之擔保者。

凡仲介無紛爭國之要求。亦得爲之。蓋有以之爲國家之權利者。又有當他國紛爭之際。以提供仲介爲國家之義務者。然自今猶爲國際法上之一疑問。而未有一定也。蓋此問題。全爲事實問題。而依國家保持世界共同之平和之義務。與保護己國之利益之國家權利相容與否而決定者也。然顯以條約爲約束者。例如一千八百五十六年三月三十日之巴黎條約中。就歐洲各國與土耳其國間之關係。定約國之一國。與土耳其國生爭議者。約於戰爭以前。他國必爲仲介。則歐洲各國。因之而有仲介之義務是也。

第三項 列國會議

列國會議。分之爲二。曰主權者之會議。曰外交官之協議。又有分之爲各國外務大臣之會議與各國使臣之協議者。然是非正當之區別。第於實際。會議乃就純然之政治上之國際關係。而廣決其問題。協議則似就較狹之特別之時而會合決議也。是等列國會議。其決定數國之爭議。最爲便利。何者。列國議會得合國際爭議之直

接談判與仲介而併行故也。且列國會議。乃各以其利益爲目的之國家相集合。故各國務維持其權衡。以防一二國之專橫。是其決議所由較得公允也。故列國議會。不獨調停國際爭議。且定爲國際法上之原則者。正復不少。

凡有國際關係之國家。咸得自行斡旋而開列國會議。其斡旋之國。先定會議之目的。而通知其場所。且其餘一切辦法。應使外交官協議。其議長多以其國之外務大臣當之。列國會議之決議。須全會之一致。非以多數而決議者。故全會不一致者。則或削去其條項。或其會議全爲無效。或反對國有自由分離不預於其決議之權焉。

第四項 仲裁裁判

仲裁裁判。謂紛爭國兩造所選擇之人。裁決其爭議之法也。紛爭國兩造之依賴仲裁者。每以通常條約或請託書。而定其請託之範圍及條件。而其條件之中。往往含其裁判所當適用之法則。若不含是等法則者。則仲裁者可依己國之國法而裁決。紛爭之國。得選一國之君主或大統領一人爲裁決者。亦得選政治家法律家數人。

而爲之。又有時悉委任第三國而不別選之者。然凡有一人以上之裁判。則多採奇數之員數。或別置裁判長。若贊否同數之時。使之取捨裁斷焉。不然。則恐不能得裁決之結果也。又一國之元首。選而爲裁決者之時。亦不須元首自行裁判。得悉委之於臣下。第以元首之名而裁決之耳。然受其委任之臣下。則不得更委之他人。是等仲裁裁判之裁決。關於其爭議。全有拘束紛爭國之力焉。

然其裁決。亦往往有無其效力者。例如(一)裁決者越其請託書所界權限之時(二)裁決者顯拒正義之時(三)裁決由僞作或敗德之手段而得之時(四)裁決之條項未明確之時。則均爲無其效力也。某學者嘗謂仲裁裁判之裁決。全與正義相背者。則無拘束之力。又伯倫知理嘗曰。凡背於國際法之裁決。悉爲無效。伯氏又云。紛爭國兩造含有不能自訂條約之條項。則紛爭國可不服從其裁決。然熟考之。則是等皆不得其當也。若夫由實際上之目的而觀。則裁決不有前述之缺點。縱令雖畧缺公平。亦當從之。其於實際。仲裁者爲自己之感情。或屬身的或國民的偏頗。或法律之誤

謬及其餘己國之利害所誘惑。往往下不正之裁決。紛爭國不得已而從之者。亦復不少。且國際間之輿論。多不深顧事件之真相。而概以仲裁裁決而直認爲正理者。故若紛爭國以些少之理由而蔑視其裁決者。則必大受輿論之裁制之虞。故非有重大之關係。則當依其裁決。總之國際爭議。非屬異常重要。且其爭點單爲事實上之問題者。則付之仲裁裁決。頗爲便利。第於十九世紀凡不甚重要之爭議。付之仲裁裁決者。都十有八件。然其裁決。無一受非難者。而如仲裁裁決。調停國際爭議。以一掃紛爭國間將欲起之惡感情者。亦不一而足。夫仲裁裁決之得良結果也如是。而在今日。凡於國際間之重要爭議。不能全委之於仲裁裁決者。是實國家之不幸也。

又仲裁裁決之裁決者死亡之時。而未別定選補其後任者。則仲裁之請託。遂因之消滅。又不待仲裁者之裁決。而紛爭國自訂代之之條件者。其請託亦歸於消滅。

第三節 強行之手段

第一款 報復

凡一國對於特種之他國。而缺於國際上之交誼。又冷遇其他國之臣民。而與之利益者。縱令其行爲。無破國際法上之通則。或條約上之權利。然被害國家亦得以同一手段而報於加害之國也。是即所謂報復矣。凡報復之手段。不可不採其與自受之手段全相同者。或酷似者。然不能破國際法上所當守之義務。及侵其所當遵奉之權利而報復也。例如他國。若於我國之貨物。課特別之輸入稅。或外國人中特予我國臣民以不利益者。則我國得依同一手段而與不利益於其他國。是國際法之所認也。

凡報復許於不得已之時行之。然於法理上必非正當者。何者。無論何國。不能不因行報復而變更對於其餘外國人之己國法例。且因之而違背國際上之正義。并有時不促他國之反省。而反使增加敵意者。亦往往有之。

第二款 復仇

凡一國背於國際法上之通則。或違特別之條約。或不受理裁判他國人。或延引損害之補正。以侵害他國或其臣民之權利者。則被害國得對之而行復仇之手段。夫復仇有數種。或拘押屬於加害國及其國民之財產。以爲所蒙損害之賠償。或加暴力於加害國民。以報復其所加之非行。又有停止兩國間之條約而爲之者。然復仇之手段。不關於財產者。則多以通常已國所受相同者或酷似者之手段以報復之。例如一千七百八十年荷蘭國於英國受他之攻擊之時。不履行前所訂出援兵之條約。故英國停止兩國間自由航海貿易之條約以復其仇是也。

復仇之行爲。由行爲自身而觀。全與戰爭無異。然戰爭行爲。非無用於平時國際間者。如出於國家之自衛權之暴力手段是也。而復仇容認爲平時之行爲。亦以有其理由存焉故也。理由者何。其於自衛權。乃以避灼眉之急爲理由。其於復仇則不然。蓋復仇非出於急迫之必要。而唯於不足爲戰爭之原因之時而用之耳。申而言之。一國既受不正之侵害。然不足直訴之於戰爭。且不得以平和手段而救正之者。尙

不可採戰爭之暴力手段也。要之凡復仇對於事體不重大者而用之。亦國際法上所認許也。蓋抑束非行之國家。是往往爲國際上所切要。而欲達其目的。則必由於復仇。何者。凡復仇之手段。比之戰爭行爲。稍爲溫和。且其手段。限行於其目的所切要之圍範故也。抑復仇由其意思而觀。初非戰爭行爲。然由其行爲而觀。則全與戰爭行爲無異。故凡受復仇之國家。得直認之爲開戰行爲。猶與干涉及自衛權同。得直目爲戰爭行爲也。

復仇之法。厥有多種。然近世最多行者。則停船及拘押是也。停船者。謂扣留泊於己國港灣內之加害國之船舶也。拘押者。謂拘押加害國存於己國內之公私財產也。然是等停船及拘押。亦非永久沒收之也。一俟復仇之行爲平和結局。則前此停船或拘押者均當解放之矣。然因復仇而遂致開戰者。則多沒收之焉。又因復仇而拘押之船舶。及其餘財產。不必由右例。若以是等拘押爲猶不得救正者。則更沒收之。然在近世。因復仇而沒收者極稀。縱令開戰。亦未有遽因復仇而沒收所拘押之財

產者。(如千八百二十九年英國施於希希利島之復仇即其例也)

近世之復仇。雖多用拘押或停船。然非不許用其餘之方法也。蓋國際法上容認復仇者。是爲避戰爭之一手段。故復仇之方法。乃未至戰爭之行爲。是實無背乎理也。況求其救正之法。常不一致。大都從其所蒙惡害而變更之。然如此復仇之法。凡無限制者。其行爲往往大背乎平時國際法之規則。故凡欲爲復仇之國家。不可不證明其復仇所用之方法。實出於不得已也。若復仇越乎其所蒙惡害之範圍。或出諸求其救正所必要之範圍外。則是顯爲國家之非行。且就實際考之向例。則越乎必要程度之復仇。較之其餘惡害。尤爲國際間非行之最大者。故毫忽不可假借之也。

第三款 平時之封鎖

自十九世紀以來。平時封鎖。常屢行之。一千八百二十七年英法俄之軍艦。未與土耳其破其平和之際。既封鎖希臘之海岸。邇來各國亦往往行之。

抑平時之封鎖。有害第三國之利益。亦得圖救正己國之損害與否。學者不一其說。

然國家因得己國之便益而致損害於他國者。則究未免不法矣。故禁他國與己之敵國相交通。是僅得行於戰時。其在平時。決不許之也。又一國因圖國際爭議之終局。而不訴之戰爭。是信其事件未甚危險故也。然既無須訴之戰爭。且悉其非甚危難。猶因調停其爭議而行使戰時所許之特權。是可謂不理之甚者矣。

然封鎖不害第三國之利益者。則屬他問題。且封鎖較之其他戰爭行爲。固爲較溫和之手段。故欲以封鎖而達其目的。寧以容許爲可。抑封鎖不似戰爭之危險。故比之欲採封鎖手段之國而訴之戰爭者。頗爲便利。故強國之於弱國。往往行封鎖也。其因之而達其目的者。亦復不少。何則。弱國目此封鎖爲戰爭行爲。而抗敵強國者極稀故也。是封鎖之所以有效也。然有時弱國。初自恃爲弱國。以爲縱令與損害於強國。強國亦必不訴之戰爭。而反以封鎖促其改正。然侵害強國之權利。未可謂爲絕無。故封鎖於強國固大有利益。而於弱國亦未始不便也。抑封鎖之所以切要者。如一千八百八十六年對於希臘之封鎖。不由平時之封鎖。則有全不能奏其效者。

抑希臘之疎慢。殊有害於世界之平知。故歐洲各國。雖屢經忠告。屢經威嚇。亦毫不
能奏其功。於是各國乃聯合而行封鎖之。而希臘之迷夢遂醒。始悟歐洲各國之深
願避夫戰爭也。此因封鎖而奏之效也。而封鎖之不可廢亦可以知矣。要之封鎖非
無如他之手段而陷於亂用之弊。然凡不害第三國之利益者。則所共便也。何者。封
鎖之效果。其害對手國不似戰爭之甚。且有時其爭議不致出於戰爭。故施封鎖實
爲國際上之政策也。

國際公法 終

國際私法目錄

第一章	國際私法之概念	一
第二章	國際私法之沿革	二
第三章	國際公法與國際私法之關係	四
第四章	國際私法之目的及範圍	六
第五章	國際私法之淵源	八
第六章	外國人之法律上之地位	一二
第一節	上古外國人之地位	一二
第二節	中世及封建時代之外國人之地位	一五
第三節	十九世紀外國人之地位	一六
第四節	外國法人之地位	一八

第七章 國籍

第一節 緒言

第二節 國權之取獲

第三節 國籍之喪失

第四節 國籍之回復

第五節 船籍

第八章 住所

第一節 緒言

第二節 住所之類別

第三節 住所之變更

第九章 資格

第一節 身分及能力

一八

一八

一九

二九

三一

三一

三三

三三

三四

三六

三七

三七

第二節	學說	三九
第十章	戶籍登錄	四二
第十一章	失踪	四四
第一節	失踪之推定	四四
第二節	失踪之宣告	四七
第三節	失踪之效果	四九
第十二章	婚姻及離婚	五一
第一節	婚姻之條件	五一
第二節	婚姻之效果	五七
第三節	婚姻之解除	六三
第十三章	親子之關係	六四
第一節	嫡出子	六四

第二節	私生子	六七
第三節	收養結緣之要件及方式	六九
第四節	收養結緣之效力及其離緣	七一
第十四章	無能力者之保護	七二
第一節	無能力者保護之法律	七二
第二節	親權	七四
第三節	扶養之義務	七六
第四節	後見人	七七
第十五章	債務法	七九
第一節	債務之成立	七九
第二節	契約之效果	八二
第三節	債務之履行	八四

第四節	義務之消滅	八五
第五節	契約以外之義務	八六
第十六章	相續及遺囑	八七
第一節	遺言及相續權	八七
第二節	施於相續之法律	八八
第二節	遺囑	九〇
第十七章	財產權	九一
第一節	總論	九一
第二節	所有權	九二
第三節	占有及地役	九四
第四節	物上擔保	九四
第十八章	商法及航海法	九五

第一節 總說

九五

第二節 銀票

九六

第三節 海法

九七

第四節 破產

九九

第十九章 訴訟法

九九

第一節 總說

九九

第二節 民事訴訟辦法

一〇〇

第三節 刑事訴訟法

一〇二

國際私法目錄

終

國際私法

作新社編譯

第一章 國際私法之概念

凡立國於地球上者。莫不有種種複雜之組織。是蓋本諸風土人情而各異者也。故地球上之法律不能劃一。爲自然之勢。扶哈倭雷氏嘗言。宇內之人種不歸於一。則人類社會之法規亦決不能統一。此國際法之所由起也。抑各國法制之源泉。乃國家主權之一作用而行其立法之權者也。然各種法律之與規則。其效力自有所限。而於一方國家者。普通以確定之領土爲範圍。則法規亦不能越其圍範以外。而有屬地的性質。謂之屬地法。又於他方則國家乃專屬於一定之人民。有屬人的性質。謂之屬人法。是爲兩界限。此固世人所共認。然亦時有對外國人而適用己國之法

者。或另有效力及於已國以外之規定。而各國法規中固有人類共通之性質者。此種法規之集合名曰國際法。當社會事物未甚錯雜之時代。往往自國際法爲行於列國間之性法。然現今世人所稱之國際法。則決非如斯單純者也。蓋人智日進。列國之交涉亦日繁。而古代之思想漸化雲煙而去。遂釐章訂正以成立一定之法則。國際法有公法私法之別。國際公法云者。乃以純然國家主權之直接行動爲主。此外如兩國以上。互訂郵便電報鐵路貨幣等同盟。以共謀利益。而定互有權利義務之關係。則國際公法爲之準則。若國際私法。則規定國家與個人。或異其國籍之個人間之權利義務之法則也。

第二章 國際私法之沿革

在古代人智未開之世。視外國人如禽獸。一若不屑與之求生存。故非敵視之。則輕賤之。排外爲其一般之主義。以爲凡百權利。除已國民之外。均不能享有。若有離本國者。直謂之喪失權利焉。

交通機關既進步。商業隨之發達。於是通商條約以立。而畀他國人以特權。蓋由排外主義一變而爲互相主義矣。自是無論何國。莫不畀多少之特權於外國人。然他國人仍無權利之能力也。迨夫今日歐洲各國法制。多採用平等主義。於其所屬國民之權利。不止保護已也。又從而推重之。立人類共同生活之方。以謀倖福。於社會更進而他國人之權利自由。亦推重之保護之。昔茫基泥氏有言。不認他國人有其權利者。不獨侵害其人之權利。是實侵害人類一般之權利也。旨哉斯言。

昔羅馬不得享有私權者。不僮他國人爲然。即羅馬之平民。亦每不能實行其遺囑之特權。而法律上處置他國人。依市民法及族人法爲區別。族人法雖認他國人爲有能力。然市民法則與他國人絕其關係。故亦無須論定其何如法律爲適用於外國人者。及後各國交通益繁。商業日盛。他國人與羅馬人往來者日以夥。而羅馬人與他國人之間所起訴訟。亦日增加。於是特設外人裁判官之制度。以司其事。外人裁判官採羅馬法及各國法律中之原理原則。以爲裁判標準。其所採用者。乃羅馬

法及其隸屬各國之法律中之普通規則也。厥後與外國之關係愈繁。普通規則亦逐次增廣。遂爲羅馬法中最要之法規矣。此普通規則名曰族人法。與今日所謂國際私法其性質固殊。然族人法乃定箇人間之關係之私法規則。故後世學者當研究國際法例之際。每以其基於羅馬。仍其羅馬法之名稱。而冠以儒斯根舒木一語。儒斯根舒木者。雖爲羅馬法（即內國法）之一種。然其規定之精神。殆如支配國際關係之規則。而爲羅馬人與他國人之法律行爲之標準者也。即謂爲現今所謂國際私法之淵源。亦豈過言哉。欲悉國際私法之沿革。請畧叙國際私法之意義。以明之。

國際私法之稱。自古不一。其意思亦往往因名稱而殊。有稱爲法律之衝突或抵觸者。有稱爲法規場所之境界。或治外之承認者。有稱爲並列法原之關係或禮讓之意者。在現今則通稱國際私法。

第三章 國際公法與國際私法之關係

夫國際法從各國之現象而有二目的。蓋凡組織一國以出現於國際場裏。彼此交通。自不能免種種繁雜之相接。如平和條約。如同盟條約。如郵便電報之合同。皆各國互營利益。因而及乎公益者也。然各國主權不同。彼此私益之衝突。亦勢所必至。例如甲國人留學於乙國。遇不得已提起訴訟之時。則從何國之國法而得主張其權利乎。是一問題也。又於居留甲國之乙國人亦然。各國有鑑於此。立法以平其衝突。名曰國際公法。而決斷國籍不同之個人間所起私益之衝突。或裁判駐於一國之各外國人間之爭訟者。名曰國際私法。二者區別之標準。蓋據其所決定問題之利益爲公爲私也。

國際公法與國際私法。亦有相同之點。蓋兩者俱屬規定國際關係之法律。實國際法而非國內法也。又非如民法商法訴訟法等依主權作用而制定發布之者。且無拘束各國家之權力。二者俱無法律之明文。如上所述。不過指國際公法與國際私法相類似之點。然兩者目的既異。相歧自多。更揭其要如左。

甲 目的上之差異

國際公法。主適用於各國間之公益問題。而國際私法。適用於個人間之利益衝突者也。

乙 裁判上之差異

國際私法。可行於一國之裁判所。而國際公法則除特別之故。非一國裁判所所能行。

丙 方法上之差異

國際私法上。主張個人之權利者。依其所欲主張權利之國之訴訟方法。爲通則。然國際公法上。欲主張權利者。則不可不依外交手段。

第四章 國際私法之目的及範圍

國際法分爲公法私法之二。雖附以法之名稱。然凡法律者依主權之作用。而所制定發布之法規之集合是也。至國際法。則無其制定之律法者。故無儼然成文法之

規定。唯基於學說。決定國際間私法之牴觸之規則。稱爲國際私法耳。顧國際私法於各國之律法中。極其幼稚。學者間唱異論。謂國際私法非法律而事實也。亦有謂爲一種之法律。唯無如民法商法之完全規定耳。甲論乙駁。莫衷一是。然其歸宿。則在法律之定義如何。

國際私法之目的何如乎。夫各種法律。皆對人或對物爲其限度。又以公布之土地爲境域。以適用於生存其邦土之國民。唯然而兩界限迥然各別。不足怪也。夫人類皆依法律而保有其人格。享用其權利。又依法律之行爲爲通則。而在內國。則在內國法之支配。若在外國。則不可不服從國際私法也。何則。國家政體各異。風土人情亦各不同。例如人之能力。當由何國之法律而定乎。如本問題各國異其主義。有採用本國法者。亦有採用住所地法。或屬地法。或行爲地法等。各從其所便。無衷一是。然則甲乙兩國人間之法律行爲。當依何國之法而判其曲直。是亦不可避之一大疑議矣。方今各國交通日益發達。於是乎國籍及其餘相續贈與契約等私法關係。

亦益致複雜。蓋當然之勢也。要之。國際私法者。乃斷定各國民相互間私法關係之管轄。並其應用之法律。以及於不屬何國領土之地。所起之同一國民或數國民間私法問題者。是也。

國際私法之圍範何如乎。歐美之國際法學者。多別國際法。爲公法私法之二。國際公法乃定多數國家間所起之國際關係者。而國際私法則集合規定國家與他國人之關係。並兩國人間之關係之法規也。然則國際刑法。乃以各國公益爲目的之刑事法規。而可屬於國際公法也。然沿其習慣。多述之於國際私法之中。訴訟法無論民事刑事。皆所以定國家與個人之關係。而非如民法商法等就個人權利義務之關係而集合之法規也。當述之於國際公法之部。然民法商刑法則與訴訟法有主從之關係。故因其便於研究。其屬國際關係者。於國際私法中論之。

第五章 國際私法之淵源

國際私法非依一國主權之作用而制定發布者。本無成文之法規。況於法典乎。而

國際私法所由生之原因。可分爲四類。

第一 條約

第二 國際習慣

第三 各國法律及裁判之例

第四 學說

第一條約 關於條約之項。既於國際公法之部述之。此處從畧。

第二國際習慣 國際習慣爲國際私法之第二淵源。然學者或以之爲國家之承諾。謂國家之承諾。有明示默示兩種。如國際條約。及國際裁判所之判決。爲明示之承諾。而國際習慣。爲默示之承諾。不可列舉於淵源之中。所論如斯。然彼此無一定之標準。

國際習慣者。乃各國人民一般相沿之積習。而其行爲無悖乎事實與正義之謂也。故徵之歷史。或檢閱各國之外交紀錄。自可信其爲國際私法之淵源。學者或曰國

際法乃表發國際社會共同之精神者也。然則國際習慣。乃表示國家共同之意志。而為國際私法之淵源。無可疑也。

第三各國之法律及裁判之例

(甲) 各國之法律

夫國家立法。乃表示其國家之意志。而非表發國際社會之精神。然衷考其所以制定法律之由。則實為豫防與各國之法抵觸。而定其國際交涉主權之限度。此種法規。即國際私法之淵源。夫甲國之法規。止可行於甲國內有其效耳。迨各國皆制定同一之法規。遂可普行於國際社會。終至構成國際私法焉。歐洲各國法典。咸制定於十九世紀之初期。其時國際關係尙未頻繁。故關乎此項之法規。亦未臻完備。及輒近。始有精密之法典頒行。就中以日本之最新編纂者。較歐洲各國之法典。猶為美善云。

(乙) 內國裁判之裁決例

一國之法。僅於其制定發布之之國有其效力。非可行於他國也。內國裁判所之判決亦然。然其訴訟之事有關乎國際條件者。則亦有時爲國際私法之淵源。抑判決者所以補國法之不備。使其解釋歸一爲目的。甲國是之。乙國贊之。則與國法爲國際私法之淵源相同。當他國補定成文法闕失之際。亦以爲標準。遂至爲國際私法之淵源。

(丙) 國際裁判所之判決

凡決國際上紛議。有脅制平和之兩手段。國際裁判所則屬於後者。蓋以兩國或數國之合意而組織之者也。國際裁判所有臨時與常設之二種。臨時國際裁判所。謂國際上起紛爭之時而臨時設立以判決之之裁判所也。例如彼阿拉巴事件之仲裁裁判是已。至常設國際裁判所。則謂因裁斷某地方所起國際事件。而由數國之條約。而組織之國際裁判所也。例如來因河畔之航海裁判所。或多腦河畔之各國委員會。是其顯著者也。是等國際裁判所之判決。雖

不能斷其皆爲組成國際私法。然其當事國若受裁判。則不可不服從之。而其餘各國亦援以爲準。則因而組成國際社會之通則。此所以爲國際私法之淵源也。

第四學說

國際法之書。學者之意見。本無與於法規之效力。唯在裁判所補成文法之不備。解釋疑義之際。畧供參考之資耳。其在英國。設有王室顧問之制度。爲條約及其餘重要外交事件之諮詢機關。其在法。意兩國。外務省內設置外交顧問府。以諮詢國際事件。唯然。學說之有大效於學術進步。固昭然矣。故吾人不可不分拆國際關係及法律關係之實想。并適用於法律牴觸之法規。而使法律之解釋歸宿一定。以補充成文法之不備焉。

第六章 外國人之法律上之地位

第一節 上古外國人之地位

上古之法律。乃本諸屬人主義。而制定。唯本國之人受其保護。若旅居其國之外國人。不能享其利益。而反禁爲婚姻相續。或遺贈之事。或課重稅。是皆與本國之人大異其待遇者也。當夫人智未開之時代。爭奪吞噬。殆無甯日。及世漸進化。交通益繁。遂悟賤外主義之非。而採用平等主義。茲叙其要領於左。

在蒙昧固陋之時代。視外國人如仇敵。斥爲賤奴而輕侮之。甚至視爲無人格之動物。而恣行生殺奪與之權。茲舉其數例證之。(一)糾伊人信人種之混合。乃神所禁止。故殊忌與外國人共居。是實醉心宗教所致。反以爲虐待外國人。深合乎神意云。(二)古代希臘信外國人無不野蠻。決非可附與法律之保護者。(三)阿迭奴亦甚蔑視外國人。特課苛稅以窘之。又如斯巴達則以爲外國人不能居於市內。(四)在希臘共和國。則人種各異。因而風俗習慣。亦各不同。互相容讓。因市之決議或條約。均享有民權所有權。並得通婚姻。其他允許於旅居希臘國之外國人。以提起訴訟之權。

在阿迭奴。其享有特種權利之外國人。謂之「伊唆雷士」。界與居住之權。且因條約

而享有其他之民權。又所謂『伊陵坡利基』之外國人。亦享有稍與內國人同一之私權。唯其數極微耳。至羅馬。則分居住本國者。爲市民與非市民之二。而羅馬市民。雖受市民法之保護。然外國人則不能享何等之保護焉。且往往視外國人如仇敵。呼外國人曰敵人。其蒙昧至此。然後世人智日開。交通機關漸備。外人之往來日增。頻繁。商務隨而大盛。乃悟慮遇外人有損無益。曩者呼外人曰敵人者。今則改稱『倍咧克利奴斯』矣。『倍咧克利奴斯』者。友朋外人之義也。自是其凡百政策。亦唯冀獲外人之歡心是圖。泊乎歷歲既久。朋友外人中遂生許多階級。有享有完全無缺之權利者。有止得主張其商業上之權利。而此外毫不能享法律之保護者。有羅馬人之奴隸。不能居住於一定之地域。非去羅馬市百里以外之地。則不許居住者。然自卡喀帝以來。大行改革國政。迨至儒斯基尼安帝。大悟排斥外人之非。凡服從羅馬之主權者。與羅馬市民受同一之待遇。廢除舊來彼我間許多之階級。大別爲『波斯求姆』及『巴獨羅拿斯圖』二級。而『波斯求姆』級與羅馬人享同等之權利。

義務。至「巴獨羅拿斯圖」亦稱被保護者。蓋定主人而受其保護者也。

第二節 中世及封建時代之外國人之地位

中世之外國人。猶未得具獨立之人格。而與內國人同其權利負義務也。非受貴族保護。則不能保全自己之權利。

故在此世紀之外國人。以不能享有私權爲常例。然至邁爾麻格帝。則有特認土地之所有權。而封建時代貴族。有一定之領土。世世爲其領主。凡居於領域內者。不可不服從之。苟他國人居其領內。欲受領主之保護。須先納百金。并宣誓爲其臣民。若死亡時。則領主代爲相續。又外國人欲於其領土以內提起訴訟者。非豫立保證。則不受其訴狀。此制度晚近至爲歐洲各國所採用。然隨社會之進步。而排外主義之法制漸致廢止。故雖在封建時代。從商業之發達。而人類交通日繁。於是諸侯互競勢力。強弱攸分。權力之消長亦顯。貴族之於外國人。獨不許結婚。且使之負納特別稅之義務已耳。此外無敵視外人。或排斥外人爲野蠻。鄙夷外人爲不潔動物等之

謬見。且反冀他國人之移住。得以振其權力。是時又許外國人提起訴訟。而認買賣貨貸抵當贈與等之法律行爲。然尙以爲外國人不應有相續之權者。僅得遺贈五索路於寺院已耳。餘悉納之於國庫。厥後歷年既久。乃漸得遺贈多少之財產。而至有相續之權。

第三節 十九世紀外國人之地位

夫在人智蒙昧。未悟交通利益之時代。其行排斥主義者。亦自衛之所使然。蓋斯時國力微弱。不能公然豎旗色。而立於世界之生存競爭場內也。然後世社會之文化日漸發達。通商貿易日益進步。若不認外國人之權利。反有礙於己國之福利。遂變排斥利己主義。而爲對外互相主義。當法國革命時代。盧騷孟特等輩盛唱自由制度。而開優遇外人之端。迨十九世紀之初。雖保護外國人之權利。然僅於國際權衡上爲然。如己國保護外國人之權利。而其外國並不保護己國人之權利。是蓋恐有損其國之福利也。所謂對外互相主義是也。互相主義之視敵視主義或排斥

義。其待遇外人。呈一大進步。固無待論。然揆之現今社會之法律思想。則未足云至當之主義也。故科昂氏嘗曰。互相主義不足爲一原理。猶爲排外利己主義。且毀道義損權利。是仍不免有利欲之念存也。斯語誠然。現今之法律制度。則不問其爲何國之人。莫不認外國人之人格。私法上亦明載外國人與內國人享有同等之私權。立法上名此主義曰。內外人平等主義。

夫人之自由享有權利而負義務也。猶夫空氣與清水。無論內國人與外國人。均獲享用之共有物也。若國家不認各國人之權利而保護之。則反有礙其國之進步。馴至不能保其生存。故十九世紀後半期以來之國際法學者。咸認內外平等主義。亦勢所使然也。一千八百八十年英國牛津所開之國際法協會。衆無異議。遂揭內外平等主義於國際私法之第一條。凡外國人不問其屬何國籍屬何宗教。除特設例外者。俱依現行法律。與內國人享有同一之私權。且各聯盟國非得其餘聯盟國互相承諾。則不特妄設例外。現今凡設有例外之各國。皆相約迅改其法制。俾各國之

規定相一致焉。

第四節 外國法人之地位

法律上別人爲有形人無形人之二。是近世文明各國所共認之制度也。凡人非自然享有人格者。實依法律而後有之。法人亦然。凡一國中有法人之資格者。至於他國。則無其人格。何則法人者依主權者之假裝而設立。主權者之權利毫無及己國以外。則己國法人之於他國。無自然享有人格之理。固無疑也。故無論何國。皆設有制限。然其制限也。止於登記課稅並檢査帳簿等已耳。別無嚴重之規定。唯有特別法人之稱者。即國及國之行政區畫。則國交上互爲容讓認之爲法人耳。

第七章 國籍

第一節 緒言

凡人之國籍。皆依其所屬國之法律而定。故吾人所服從之國籍法。須勉從生產國之人事法。而由此取獲之國籍。謂之根源國籍。然各人有依其境遇而喪失其根源

國籍者。有歸化他國而新獲國籍者。然則欲詳人之國籍。須如何調查乎。或謂須先調查其爲何國之民。或謂子女生產時。必從其父之國籍。故須先調查其父子之關係。要之近世所定國籍主義。概歸宿於左列三種。

第一 產出主義

第二 血統主義

第三 折衷主義

第一、人之國籍據其產地而定。第二、依其父母之血統而定。第三、有時從父母之國籍而定。有時從產地而定。是主義近世大陸各國咸採用之。

第二節 國權之取獲

國籍者。使各箇人繼續於一國土之連鎖也。非明國籍。則不知其爲何國之人。而若適用法律之際。無從求其準的。故世人欲論國際私法。每以辨明國籍之性質。爲第一問。是不止防國籍之抵觸已也。懼因而惹起許多之國際問題也。凡獨立之國。各

有主權。得自由制定法律。而執行其政務。他國決不能干涉。國籍法之制定。亦如斯。故於他國本諸同一主義而制定者。雖不致有牴觸之虞。然若一旦採用反對主義。則勢不免有所牴觸。

誠然依如何之法。而避斯牴觸乎。無他若非使各國共設同一主義之法規。則依條約可補其缺點耳。然各國法規互異。有一人而有兩國籍者。有入他國軍隊以致失其國籍者。若是則國籍爲混淆矣。國際法協會欲避此弊。故盡力於各國採用同一主義之法制也。

取獲國籍之法。亦因言語風俗之異而各國原由不同。然概括其大要。則無大差。茲區爲左列四種。而一一論之。

- 一 依產地之取獲法
- 二 依法律效果之取獲法
- 三 依歸化之取獲法

四·依合同之取獲法

一、依產地之取獲法 此法因立法上又有三個主義。而各異其原由。

甲、血統主義

古代人之權利義務。不依住所而定。而依統系而定。何以之故。以個人之權利義務與統系有密接之關係。故希臘羅馬最重血統。不問產出地何如。俱從父母之國籍。如德意志羅馬尼瑞西奧地利匈牙利瑞典等。皆從此主義而編訂其法典者也。

乙、產地主義

蓋從封建制度之觀念。人乃附屬於土地。產地主義實取法於斯。苟產出於甲國者。即爲乙國之人。亦不得不隸籍於甲國。是王義行於英美。如一千八百七十年之英國法律。明依產出主義而定國籍。唯達於丁年。始有選擇之權利耳。

丙、折衷主義

此主義乃折衷前兩主義者。凡居於一國內之外國人。產出子女。以從其父母之國籍爲原則。而屬內國之國籍亦有之。歐洲法比丹西各國近世之法典。多採用此主義。

茲更就血統主義及產地主義之缺點而言之。

二、血統主義之缺點

試覽現今社會之狀態。各國交通大開。不問風俗習慣人情宗教之何如。內外國人均獲同一之權利。又得自由爲一國之國民。若泥於統系之說。以從父母之籍貫爲可。是既壓制選擇國籍者之意思。而又顯背世態之所趨也。烏乎可。

二、產地主義之缺點

(子)唯採用此主義者。有疎遠家族情誼之缺點。例如父有法國之國籍。子則有德國之國籍。若是則微特疎遠家族之情誼。且往往有致父子相爭而肇人倫之變者。

(丑)產地主義。有背乎意思。而定國籍之弊。

(寅)產地主義。有因偶然。而獲國籍之弊。

如上所述。不問從何主義。俱有缺點。所以今日文明各國不採用絕對主義。而採用折衷主義也。

二、依法律效果之取獲法

凡取獲國籍。雖因出生當然取獲者。亦莫非法律之效果。然此云依法律效果者。乃指新取獲他國國籍者而謂。日本國籍法第五條以下。載有外國人取獲日本國籍之規則如左。

- 一 爲日本人之妻時
- 二 爲日本人之贅婿時
- 三 爲日本人之父或母認之爲子之時
- 四 爲日本人之養子時

五 歸化日本之時

是等條件。各國大同小異。相去不甚遠。如外國人之女爲日人之妻。則援從夫例入日本國籍是爲通則。又外國人入日本人家爲贅婿。則視爲日本人。養子亦然。又因認知而爲日本人。以貫血統主義。觀於國籍法第六條瞭然矣。

三、依歸化之取獲法

歸化云者。謂甲國人失甲國之國籍而爲乙國臣民。取獲乙國人所享有之一切權利能力者是也。故雖以名譽及其他特權與他國人。仍不能稱爲歸化。凡許可歸化者。必使居於其國。而加之保護者也。在古代以歸化爲個人移住之結果。即有背乎個人意思猶以歸化強之。今則因歸化而爲一國民者。不可無意思能力及行爲能力。故德意志歸化法第八條所載得與歸化證書於外國人者。限於其人從本國法而有行爲能力之時。法律未定者。則須有父或後見人或補佐人之同意。日本國籍法亦本此宗旨。於該法第七條以下規定之。其餘各國莫能外是。

歸化之種類二。一曰完全歸化。一曰不完全歸化。是因界政治上之權利於歸化人與否而生之區別也。然其爲歸化。於國際上固無差異也。在比利時及匈牙利。區別歸化爲大歸化與通常歸化之二。通常歸化效力甚微弱。惟大歸化。則界以政治上之權利。然德國則凡歸化者。概以完全之效力與之。而於政治上有其權利。日本則依歸化法案並國籍法。而於與政治上之權利於歸化人。有所限制。又無論何國。有拒絕外國人歸化之權利。許之與否。爲一任國家之意。又許其歸化之際。必附以種種條件。日本國籍法限一定之期間。其期間內有住所者則得歸化日本。其在法國人口逐年減少。故歸化之法至爲簡易。日本則否。蓋日本人口歲有增益。加之外人旅居日益繁盛。無須容外人爲我國民。且若漫然許其歸化。恐闖入無行之徒。反致擾亂日本之秩序。馴至損害於國家。故日本國籍法第七條。其規定頗嚴。

因變更國籍而起法律牴牾之時。當適用何種法律乎。請詳言之。裁判官所屬國

法或與外國法生牴牾時。則從前者。一國之裁判官於關乎兩外國法之問題。宜用其當事者之住所地法。若無住所。則用當事者之國法中最近於裁判官所屬之國法。

四、依合同之取獲法

合同云者。謂割一國之領土而併於他國也。故被割讓之國以變更其主權爲常。而其合同無論有正當之理由與否。被割讓之國之人民。均須服從割讓國之主權。然割讓土地則無何等之影響於國籍。在古代。戰勝者以戰敗者爲奴隸。於羅馬屢見之。然至近世大異其趣。被割讓國之人民已不視爲無人格之奴隸而待之。與己國人民無殊。然或有因兩國人間之人種習俗宗教等不同。而不與以臣民之資格者。而因合同所起之國籍變更。多生於條約既經簽押之時。非僅因戰爭之占領土地一事而直變更國籍者。割讓之國蓋不可不表示合併其占領邦土之意思焉。

如上所述。國土之割讓必變其被割讓國居民之國籍也明矣。如於新時。欲依然爲舊國家之國民者。可於一定之期內申明維持舊籍之意。方得選擇其舊國籍。是國際法之原則也。然割讓地之居民不選擇國籍者。當屬何國籍乎。是有五說。臚列於左。

一 住所說

二 產地說

三 折衷說一

四 折衷說二

五 折衷說三

第一住所說 住所說。乃封建時代之陳思想。而謂割讓國土之際。凡居於其割讓之地者。皆爲新國家之國民也。

是說以住所爲生活之中心點。故當從之。然其住所地若無利害關係者。徒以有

住所而直視爲割讓國之人民。則實背乎住所者之意思也。

第二產地說 是說當定割讓地人民之國籍時以產地爲標準。而產於割讓地者。不問住所之爲何。悉爲新國家之臣民也。

是說也。由現今之法理思想而觀。殊失妥洽。今之欲推廣版圖者。其謀增加人口。較謀割讓土地猶切。各國多注重於此。而土地不過爲其副物已耳。然現今社會之人類。決非僅以產地爲一己之中心點者。而有選擇。適於一己之國籍之權利焉。故曰以產出其土地者。悉爲新國家之臣民。其說未臻妥洽也。

第三折衷說一 是說謂以居所及產出爲根據。以決國民之去就也。即謂居於其割讓之地者。皆爲新國家之臣民。而產出其地者。不問居所之何如。悉爲割讓國之臣民也。然依是說。以產其地者。皆爲割讓國之人民。輒有損於新國家。故是說亦未爲盡善也。

第四折衷說二 於單純國。有居所者。以居所爲根據。而定其屬何國之民。其在

復雜國。則以產出地。爲決定國籍之標準。

第五折衷說三 是說謂非兼任住所與產出。則不得爲新國家之人民。然具此兩者極罕。故得新國家之國籍者頗少。而於割讓國。亦多蒙不利也。

茲更就幼者及有夫之婦之合同效果而畧叙之。在英德意等國。幼者及有夫之婦定例從父母或夫之選擇。而父母及夫之對於幼者及婦。認合同之效果。則不得不失其舊國籍。若夫法國。則以歸化爲單獨不可分者。而其效力不及於幼者。有夫之婦亦然。若是則幼者及有夫之婦。雖有選擇國籍之權。然實行之際。不可不求父母及夫之許可。若不能受其許可。或拒絕變更國籍之時。則不可不訴諸裁判所而求其判決。

第三節 國籍之喪失

凡人不能有數個國籍。故既入他國國籍。則原有國籍隨時喪失。日本國籍第二十条載明由一己之志望而入外國國籍者。則失日本之國籍。即此意也。一以防無國

籍者之發生。一以防隨意而離日本之弊。凡入外國之籍者。強使之爲日本人。是於本國不獨毫無利益。且一人而有數個國籍。遂不免致啓紛爭之嫌。所以制定凡入他國之籍者則失本國籍之法也。此外如歐洲各國。亦莫不皆然。然如上古斯巴達則以望軍人日衆故。利人口之增加。因不許人民脫其國籍。在中古屬地主義盛行之時代。各國亦概不許人民脫本國之國籍。英美俄三國亦採此主義。然現今則無採此壓制主義者。而人民得隨意選擇之。又在日本若犯左列三款。遂失本國之國籍。

一、官廳之宣言

二、婚姻

三、入外國軍隊

凡離日本而入外國國籍者。不可不經日本政府之許可。又既失本國籍者之妻子願隨其夫其父而入新國籍者。亦遂失本國之國籍。外如日本人之婦與外國人通

婚。其子願隨其父而入國籍者。亦遂失日本之國籍。又日本人編入外國軍隊者亦然。是國籍法第二十四條之所定也。又年逾十七歲之男子。非既服海陸軍之現役。或無服之之義務。則雖備具右之三款。亦不令其喪失國籍。蓋兵役爲國民之一大義務。故不使之免也。又身膺文武官職者。非得其所屬長官之許可。不得脫日本之國籍。

第四節 國籍之回復

國籍之回復。雖亦取獲國籍之一法。然與他法相異者。在失其國籍而更獲得之也。日本國籍法。設有回復國籍之規定。然非具備左列三款不可。

一、 婚姻離解後

二、 於日本有居所

三、 經內務大臣之許可

凡有依自己志望。而失日本國籍者。並失日本國籍者之妻及子而隨之入新國籍

者。若定居所於日本。且得內務大臣之准許。則得回復日本之國籍。然歸化人及歸化人之子。獲得日本國籍。或爲日本人養子贅壻。因而歸入日本國籍者。彼固爲外國人。一旦失日本人之國籍後。則無須使之回復。其在英國因歸化外國。而失英國籍者。非具備外國人歸化英國之要件。則不得復入英國籍。

第五節 船籍

商船及屬於一人所有之船舶。若入外國之領海內。有遵守其國法之義務。故不可不明其船籍。俾知彼我之區別。

國家有定與以船籍之權能。故可使其享有懸掛船旗之權利而保護之。查各國登記船籍之例大同小異。茲舉左列各款以見一斑。

- 一 船舶之構造
- 二 船舶所有者
- 三 船長及主務者

四 乘組員總數

外如海商法中所規定。關於船舶裝載貨物。及於敵國或中立國之港搬運商品等。俱不可不遵守其國法。

吾人既得歸化外國變更國籍。故船舶亦得自由選擇其船籍。船舶當變更船籍之際。不可不登載船籍國之公簿。又須揭特定之記號。以明何國民之所有。

第八章 住所

第一節 緒言

住所之定義。古來歐美學者各異其說。莫衷一是。然日本新民法第二十一條所載。以各人之生活本據。而定其住所。似稍穩妥。

據意國法。非必永久住居始能名曰住所。唯有欲長住。而無變更之念則可。德國裁判所依此主旨爲判決。不問有永久居住之意與否。唯期間不定。而無移住之念。斯足耳。故納稅之有無。非定住所之要件也。要之定居某所。無轉徙之念。是不外表示

法律上關係及生活中之意思之一法也。

第二節 住所之類別

住所之種類不一。茲則以產地必要任意三點別之。

- 一 固有住所
- 二 必要住所
- 三 選擇住所

第一固有住所者乃本諸產地之住所也。苟未選定住所於他。則依產地而定。亦當然之理也。固有住所或根原住所。以誕生時父所在之住所而定。又遺腹子或庶子及不詳所自出之子。則以母之住所。爲固有住所。若父母俱不分明。則認產出之地。爲根原住所。倘產出之地亦不明者。則以發見之地定之。

第二必要住所者乃法律假想之住所而不許反證者也。此住所謂因於法律行爲有權利義務而意欲永久居住之地也。故個人而無一定住所者。則於法律指定之

地設立之。例如婦孺往往由法律指定住所。外如下婢公吏放逐人流刑者等亦然。已婚婦以夫之住所爲其住所。幼者以親族之住所爲其住所。男僕女僕以主人之住所爲其住所。官吏之住所非臨時者。則以當辦理公務之地爲住所。其一時拘留於他地者。若不表示其意。則仍以原住所爲住所。他若外交官及領事。則以駐在之地爲住所。或以代表國之住所爲住所。又公司法人則以店舖所在之地爲住所。倘法人於各處有營業之所者。則以直接營業店所在地爲住所。

第三選定住所者。謂一人而有數個營業所之時。則於訴訟及其他關係甚多不便。故法律就其確定之業務。使選定特別住所以避之。謂之選擇住所。又名假住所。而此住所從其目的而定。故目的以外則無住所之效力。斯時非以固有住所。則於法律上不能爲有效。

此外有別住所爲自然住所任意住所及法律住所三種者。有別住所爲民事上之住所商業上之住所裁判管轄上之住所及遺產上之住所四種者。然皆不出前述

之各住所之圍範也。

第三節 住所之變更

吾人得自由變更住所。或遷徙店舖於適當之地。然其欲變更或遷徙之也。不可不履行法律所定之條件。凡更動住所。非有變更其住居之外形。與棄其舊住所之意。思則不可。故因不歸於住所年之長短。斷定拋棄舊住所者。則狂暴之甚。茲揭出左二則。以爲欲變更住所者告。

一 表示變更住所之意思

二 住所之變更

非具備右列條件。則不認其變更住所。此英國制度也。又英國凡現在居住者。以其居住之事實。視爲有永住之意思。惟有與真實定居之意思相左之證據時。則不能以此推測。外又有以納繳人丁稅認爲變其住所者。又如美國。納繳所得稅者。則爲定住所於美國。特不能認以爲變更住所。

第九章 資格

第一節 身分及能力

何謂身分。何謂能力。是實體法上之問題也。人之身分能力爲人事法之一原素。故必須明其性質。而非可混同。身分云者。謂一個人於親族上所有之地位。而有成年。已婚。後見人。嫡出子。私生子。等之性格之義。若夫能力。則謂得爲權利主體之力也。是蓋由身分而生之結果。而擔負義務。爲法律行爲。及實行權利等之力也。是二者相待而爲完全之動作。故吾人深冀各國就身分能力而設定普通之法規。何則因各國之法律認成年者或未成年者。每有喪失既得權之虞故也。然則何如之法律適用於茲乎。是吾人所宜研究之一大問題也。

往昔羅馬市民以爲市民法決非外國人所能享有。特設外國裁判官之制度。使審判外國人間之爭訟。後至封建時代。各町村異其習慣。譬如於人之身分。當訂成年與否時。一方以爲可適用其人根源住所之法律。他方則以爲可適用現今住居地

之法律。迨夫近世。學說分爲兩派。一爲本國法主義。一爲住所地法主義也。前者主張人之身分能力當依本國之法而定。後者則謂當依住所之法律而定。又住所地法論者。分爲根原住所地法論者。與現在住所地法論者兩種。根原住所地法論者。謂人之身分能力不可不依生來之住所地法而定。現在住所地法論者。則主張當適用事實上居住地之法律。要之住所地法論者。是誤解國籍之觀念。何則當交通頻繁之今日。住所既不爲世人所注重。唯隨一己之便而定之。各種法律行爲之效果。不能收之於住所地。故人人身分能力。由其本國法律而決。誠爲適於理論之主義也。

欲訂關於人身分能力之法規。不可不考察其國氣候風俗及宗教之何如。而後訂適於其國土人情之規定。故關此之問題。須適用其本國法。一千八百八十年牛津所開之國際法協會。即認此主義而議決三款。茲揭於左。

一 身分能力。從本國法。

二 國籍不明者。則從住所地法。

三 一國內有種種相異之法規者。則從其所當服從之地之法律。

日本法例亦揭有同一主義之注文。然國內訂有許多規定。若彼此牴牾。則必起關於國籍之問題。設一旦至是。則依習慣法而決定之。

現今住所與國籍之觀念顯相分離。除關乎一國公安之規定外。人之身分能力。須適用具有其國民性質之本國法。若夫適用住所地法者。則往往致法律之接觸。顧如今日交通貿易十分發達之社會。人得隨意變更其住所。且變更頗易。不如變更國籍之煩難。然國籍易於證明。而住所則否。每與居所混同。故證明之法。較難於國籍法。

第二節 學說

定人之身分能力之主義。厥有四說。前已述之。茲更就學說而一叙。

甲 本國法說 是說意謂。人之能力依其人之國土風俗人情等而定。雖欲適用他

國之法律。然不能依國體之何如氣候之寒燠人智之程度。而下適當之判斷。故謂須從適於其國民性質之本國法而定之也。近世各國學者。多持是說。於外國人旅居他國時。不問一時旅居。抑定有住所。得辨其人容貌語言衣服等而知其本國。故無因住所之何如而爲無能力者或有能力者之憂。是可謂合乎理法之說矣。

乙住所地法說 主張住所主義之學者。古來甚夥。蓋爲中世普通之學說。是說分爲二派。一爲根原住所說。是人之身分能力依產地法律而定者。如現有之住所。唯爲一時之居所耳。居住者非明表示服從其地之法律之意。則不可適用現住所地法。故斯時須從根原住所地是爲正理。二爲現在住所說。是說意謂人之能力不可不依其人現在住居地之法律而定。何則住所者與其人關係最深。直接定其行爲之關係。於行爲之效力。所最適合者也。故曰人之身分能力因其人現在住所之法律而定。是又於理無悖也。

兩說之得失姑措弗論。然住所主義論者。其駁本國法論者曰。雖謂人之能力須依

本國法定。然一國之法律必非一率。在各州異其規定者。則不能從本國之法。又無國籍或有數個國籍者。亦奚得從本國之法。外如當事者不欲用本國法而用其所屬國法。則其暴壓個人之自由。未免過甚。若採用住所地法說。則無是等之弊。

丙、屬地法說。是說行於封建時代。以人爲土地之附屬物。此種思想深入腦中。意謂若甲國人來乙國居住。則以受其主權者之支配爲當然。否則一國之公安不能維持。故外國人之旅居其國者。不可不遵守其國法。現在認此主義之智利國。猶拘守是說也。

丁、行爲地法說。是說謂人之能力依本國法而定。或依住所法而定。然其本國爲何國乎。又所謂住所者。果指有始終居留之意而爲一切法律上之關係或生活中心之地乎。是未易知也。然欲知行爲之地。則事殊易易。故以依行爲地法而定爲妥洽也。然行爲地不屬於何國。如在火車輪船中。則何以定之。且火車輪船日日駛行。前日無能力者。而今日忽有能力爲恒事。若是則與之訂契約者。必不免有意外損

失之弊。

要之諸說各有其理。而最合乎事實者。則推甲說。謂人之能力。通國民而定。不可依地之何如而定。故一千八百八十年。牛津所開之國際法協會。亦本此主義。定爲身分能力須從其本國法。國籍不明者。則從住所地法。蓋本國法主義爲原則。而採用住所地法主義。則例外也。

第十章 戶籍登錄

登錄旅居外國之內國人戶籍。由駐紮其國之本國公使或領事任之。而登錄戶籍時。雖對於本國而有效力。然登錄駐在外國之己國軍人戶籍。則非申告駐外軍衛。即爲無效。若夫登錄旅居內國之外國人戶籍。則以內國之戶籍官吏掌之。然在治外法權之諸國。則公使領事或外國軍衛掌登錄其臣民戶籍之務。然此屬於例外耳。

於外國登錄戶籍。在內國亦有證據之力乎。請就此種問題。下答案於左。

甲 在外國之外國公吏爲內國人而登錄戶籍

外國公吏之登錄戶籍也。於內國亦當有證據之力。何則戶籍之登錄。乃一法律行爲。而從場所乃支配行爲之原則。而外國公吏依其本國法爲登錄者也。故爲有效也。

乙 內國公使在外國而登錄戶籍

公使領事或駐在外國之內國軍衛有掌己國人戶籍之職權。故其登錄戶籍。於內國有完全之證據力。毫無所疑也。

然內國官吏從外國法而登錄。或外國公使依己國法以外之形式而登錄。其對於本國有證據之力與否。不能毫無所疑。顧若貫徹場所支配行爲之原則。則甲國公吏登記乙國人身分之時。依乙國之法而登錄。則不能對於甲國而認有證據之力。又內國公吏從外國之法而登錄亦然。其在法國。法國公吏之駐紮外國者。則非從法國法而登記。即對於本國無證據之力。其在日本無關此之法文。故只有訴諸裁

判官之心證。它無良法。此外遺失身分證書。或未明其果編成與否之時。如有死亡產出婚姻等事實。依如何之方法而證明乎。是爲自古學者之一大難問。某論者嘗謂不可不依受理此事件之裁判所之法律而決。何則此種問題非審判。則不能發見事實之真相。蓋之當裁判時。訴訟當事者提出證據。不可不決其採否故也。然於實際不能提出身分證書者。則須參照其本國法以決其申請之當否。是由屬人主義而來之自然結果也。

第十一章 失踪

第一節 失踪之推定

歐洲各國之法典。有別失踪之時爲二期。亦有別爲三期者。其在法國。則別失踪之時期爲三。茲列如左。

第一期 失踪推定時期

第二期 失踪宣告時期

第三期 失蹤確定時期

其在第一期止去其從來之居所耳。其歸國與否不得而知。故裁判所須宣告失蹤之推定。依利害關係人之申請。而就不在者之財產之管理命處分焉。在第二期去居所經過一定之年月。則認爲死亡。而行失蹤之宣告。第三期失蹤後經過三十年。或失蹤者已達於百歲。則與其遺產之相續權於利害關係之人。據日本民法。其第二十五條所載。凡去從來之居所者。不置管理其財產之人。則裁判所得因利害關係人或檢事之請求而就其財產之管理命所需之處分。蓋去者既拋棄其財產。遂至失滅。於國家之經濟上大有不利。故國家命財產管理人以保管之也。若然則甲國人徙居乙國。去從來之居所。而不置管理遺產之人。則因利害關係人或檢事之請求。管理其財產。而何裁判所有管理其財產之權乎。此種問題。歐有數說。

(甲)說謂財產所在地之裁判所。有管理之權。

善財物之失滅。於其所在國之公益。大有關係。故乙國之裁判所。當有其管理之權也。而去者之財產管理。遂得用乙國法以豫防其財產之毀損紛失。

(乙) 說謂曩者住居地之裁判所。有其管理之權。

是說乃法國學者之通說。謂不在者之財產。當歸其住居地之裁判所而管理之。而當裁判其申請之際。得乞其財產所在地之裁判所。相助爲理。以判斷事實之真相焉。

不在者於數國皆有財產。則住所裁判所得求其財產所在地之裁判所。相助爲理以決申請之可否。然在須保護財產時。得直命處分。何則財產之失滅。於國家之經濟上。大有利害之關係故也。

(丙) 說謂最後居所地之裁判所有管理之權。

去者既他適一國。則故居地之裁判所無管理其財產之權。何則當彼去其居所時。可直認之爲歸國。故其財產管理權不在故居地之裁判所。而在後居地

之裁判所。亦事理之最當者也。

右舉三說中最適於法理者則財產所在地說是也。謂遺留財產之存亡。於財產所在國之公益大有影響。然則何種法律適於管理其財產乎。有謂宜用住所地法。有謂宜用財產所在地法。是亦本諸與管理權相同之理。後說似爲妥洽。

第二節 失蹤之宣告

失蹤云者。謂人之生活上不明之地位也。夫人之去其所居。閱時既久。生死莫卜。則向死亡者或第三者而宣告失蹤。使行處分於遺留之財產。故失蹤宣告。可豫想左記三種利益以設此制度。

- (一) 拋棄資產而去者之利益
- (二) 第三者之利益。例如甲去者之幼兒而無保護者之利益。(乙)去者之財產上有利害關係之債權者及相續人之利益。
- (三) 關於其財產之失滅或減少。而有利害關係之公司之利益。

(四) 國家之公益。

失踪當至如何時期而宣告乎。此種問題各國之規定。有異其限。期由三年以至三十年。依乎時候而有長短。然從境遇可推測其爲死亡時。則須宣言失踪。故身臨戰場或在沉沒船中者。遇此危難。無論何國。皆短其宣告失踪之期限。茲舉一例如左。

日本民法載曰

(甲) 普通之時候 七年。

(乙) 特別之時候 三年。(自死亡原因之危難既去之後算起) 例如(一) 臨戰場者。(二) 在沉沒船舶之中者。(三) 遇大洪水者。(四) 遇大地震者等。是也。

關於宣告失踪之法律各國互異。當依何法而決定乎。有謂宜用本國法。有謂宜從財產所在地之法。夫失踪乃身分之變更。而停止不在者之能力者。故失踪之宣告。雖依本國之法而決。然管理不在者之財產。則以後說爲可。何則若其財產失於管理。至毀損消滅。則其害國家之公益。誠非淺鮮。然反對論者則謂。失踪之宣告。乃關

於人之身分能力者。故管理不在者之財產。亦不可不據其本國之法而定。

第三節 失蹤之效果

失蹤之效果。謂去者之離其居所。闕一定之期間。不通音信。其生死不明。依利害關係人之請。而由裁判所宣告失蹤而發生之效力也。至其效果。各國規定不同。然無大差。茲示其要領。

- 一、宣告失蹤時。失蹤者之財產須移轉於相續人。而其財產之占有者。可對於第二三者爲該財產之所有者。
- 二、宣告失蹤時。失蹤者之遺書。得因利害關係人之請而開其緘。
- 三、於失蹤者之去居所。及最後音信之日推定之相續人。并其他因失蹤者死亡。而於其財產有利害關係之人。俱得取其財產。
- 四、失蹤者之財產所生之利潤。則由其去居所之日。或最後音信之日起算。於若干年內歸者。則得取回其某分之一。然若若干年間未出現者。則遂失其全部。

如上述。不在者未於一定期內出現者。則推定相續人及利害關係人。雖得取其財產之占有。然除推定相續人外。自餘占有者。不可不立裁判所認為相當之保證人或物上擔保。以豫為退還財產之擔保。日本民法第二十九條。載有得使管理人就財產之管理。及退還而為相當之擔保。其使立擔保與否。乃裁判所之所留意。而因宣告失踪。而得財產者。則失踪者之出現。註消宣告時。雖因之而失權利。然唯限於現受利益。有退還財產之義務。是近世文明各國之通則也。

然則失踪宣告之效力。當依何國法而定乎。

甲國人於甲國而受失踪之宣告者。當依甲國之法而決。然甲國人於乙國而受失踪之宣告者。當依何國之法而支配其效果乎。是有三說。茲揭如左。

第一、財產所在地法說。是說謂失踪宣告之效果。多主關於失踪者之財產。故不可不依其財產所在地之法律決之。

第二、失踪者之住居地法說。是說謂失踪宣告之效果。為失踪者致莫大之影響。

故宜適用住居地之法律也。唯是說較爲陳腐。現今無採之者。

第三、本國法說。是說謂失踪宣告之效果。乃人身分之變更。故由本國法而定其效果。其理易見。則甲國人來乙國而受失踪宣告者。其效果當以甲國之法定之。要之。主絕對主義者。不能認爲適於國際私法之原理。何則主持第一說者。雖謂可適用財產所在地法。然其財產之散在數國者。則不可不適用數國之法律。然在不動產。倘依外國法而支配之。是於一國之經濟上政策上。殊非得計。故須適用不動產所在地之法也。至於動產則雖適用何國之法律。利害關係頗少。故宜適用本國之法焉。

第十二章 婚姻及離婚

第一節 婚姻之條件

第一、實質上之條件

甲、在外國之內國人間之婚姻。

關於婚姻之實質條件。當適用何如之法律乎。是有種種之立法例及學說。有採舉行地法主義。有採男子之本國法主義。有採婚姻當事者各自之本國法主義。又如學說。有謂須從本國法。有謂須從住所地法。有謂須從行為地法。茲舉各國之實例如左。

(一) 甲、實質的要件各本國法主義

乙、形式的要件舉行地法主義

(二) 甲、夫之本國法主義

乙、舉行地法主義

(三) 甲、實質的要件舉行地法主義

乙、形式的要件舉行地法主義

(四) 關於領事婚姻之特別規定

以上止示各國之立法主義已耳。故茲再示該主義之根據

一、本國法說

甲、婚姻當事者兩面之本國法說 是說日本法例第十三條所採用者也。而其定婚姻之實質要件也。不可不依欲結婚者之各本國法。故如有青年男女欲成配耦。同其國籍。則其事甚容易。然國籍既殊。則不可不從夫並婦之本國法。何則凡本國之法。各具有國民的性質。而從其本國之氣候人情風俗等而制定者也。故於各當事者定其身分能力之際。猶爲妥適。

乙、夫之本國法說 是說謂從欲爲夫婦者之一面。(即夫之本國法)而定婚姻之實質條件也。顧爲婦之身分非婚姻成立後不存在者。而婚姻之前固無夫婦之關係也。此是不察。逕謂宜從夫之本國法。是說可謂破而不完。

二、住所地法說

甲、婚姻當事者兩面之住所地法說 是說爲隨屬地主義觀念之舊說。而本諸住所變更人之資格之邪說也。或曰人之資格乃隨於人者。而於其在

留國所採用之制度不得背之。故甲國人至乙國而欲結婚者。則其實質的條件。不可不從乙國之法。

乙、夫之住所地法說。是說謂當依夫之住所地法而定婚姻成立之要件也。是亦本諸婦須服從其夫之謬說之屬地法說也。與前說(甲)所述同一謬誤。何則人之身分能力。乃依當事者所屬國之國民的本國法而定。而非可由住所而定故也。

三、行爲地說法

是說美國國際法學者主張之。謂婚姻之成立要件不可不從其欲爲婚姻之地之法律。不然則在他國結婚而還美國者。則不認其婚姻爲有效。故可再婚。又其間所生之子在婚姻成立國。認爲嫡生子。在美國則目爲私生子。例如甲國人至乙國與乙國人之婦結婚。乙國以之爲有效。而甲國則以之爲無效。而謂爲不適法。

然是說乃不知關於公共秩序之法規其爲例外與否之辭說也。例如甲國目爲適法之婚姻。然在其他各國認爲背於公共秩序之婚姻者。則於婚姻地之法律上爲有效。然文明各國尙以爲無效也。又漫遊各國者。於旅行中結婚。暫作勾留。固不可不從諸國之法律。果然因各異其國法。故一旦成立之婚姻。亦屬無效。而近世文明各國所忌多妻主義。即因是而徧傳者也。

乙、在內國之外國人間之婚姻

甲國人至乙國而欲結婚者。其實質上之條件不可不依甲國國法而決。故外國人於內國結婚。雖可適用其當事者之本國法。然關於內國公安之規定。則無內外人之別。皆可適用之。何謂國際公安。如(一)結婚年齡。(二)重婚。(三)再婚時期。(四)通姦。(五)父母之同意。(六)親族結婚等之規定。其猶顯著者也。

丙、於內國之內外人間之婚姻

外國人至內國。欲與內國之婦結婚。當從何國國法而定婚姻之實質條件乎。是

有三說。第一說謂當從爲夫者之本國法。第二說謂當從爲婦者之本國法。第三說謂夫之條件從夫之本國法而定。婦之條件從婦之本國法。然如前所述。斯時非兩造具備其本國法訂定條件。則不能結婚。

第二、婚姻之形式上之條件

欲講明婚姻之形式上之條件。不可不區別內國人之於外國結婚與外國人之於內國結婚。然關於形式之國際私法原則。則甚單純。一言蔽之則場所支配行爲是也。故從此原則。內國人間或內國人間之結婚。從其舉行地所命之方式。是於內國。亦爲有效。

然日本民法第七百七十七條。載謂在外國之日本人而欲結婚者。得稟請於駐節其國之日本公使或領事。若在留之國無適當機關之設者。則從本國法之規定。申明於本國公使或領事。如是則其結婚於國際法上即爲有效。要之依場所支配行爲之原則與否。一任當事者之意。而非可強制者也。唯當事者從本國法

而舉行結婚之式。凡有害於所在國之公共秩序及善良風俗者。須謹避之耳。

第二節 婚姻之效果

第一婚姻效果所當適用之法律

婚姻乃致效果於夫婦之親族及財產者。當適用如何法律以處之乎。是古來學者之所爭論也。

第一項住所地法說 婚姻之效果有不可不適用夫之住所地法者。撒彼尼氏曰。婚姻契約。宜於夫之住所地訂結爲通則。故由此而生之效果。亦當依住所地法而決。此種思想與於羅馬法以前之學者。有謂當從妻之住所地法者。有謂當從夫婦之住所地法者。要之既從住所地法。則普乎當事者之意。恐生意外之憂。是故以任意得變更之住所地法爲標準。不能認其爲得當也。

第二項本國法說 是說厥有三種。一說謂宜用夫之本國法。一說謂宜用夫婦之本國法。一說謂宜用結婚當時之夫之本國法。又有謂妻因婚姻而取得夫之

國籍。以從夫之國籍而變其國籍爲通例。故依夫之現在本國法而定婚姻效果。是得其正鵠之說也。

第三項合意法說。凡契約須依當事者合意而成立。故從豫爲承諾之法律。而定其效果。是近世文明各國通例也。則婚姻效果亦不可不適用婚姻契約之當時所訂之法律。此種思想固適於契約原則。然不能適用於婚姻契約。夫各契約俱本諸夫婦之承諾。然婚姻關於國家之組織。實爲德義上之效果。故非可由夫婦任意而選定其法律也。

如上之說不一而定。然現今多數學者所共認爲正當者。則婚姻效果以夫之本國法定之之說也。是因婦依婚姻而得夫之國籍。而其夫婦間所生子女。乃構成夫之所屬社會之一要素。故凡不肯於所在國之國內公安者。當依夫之本國法而定婚姻之效力。

第二及於婚姻效果之本國法之適用

(甲)夫婦所宜尊重之權利義務。關於夫婦互當尊重之權利義務之法律。各國互有異同。故彼此牴牾之處甚多。何則夫婦擔負互守貞節相補助之義務。是有夫保護妻妻服從夫之義務故也。然則不盡此義務者。則加何如之裁判乎。各國規定彼此互盡。若甲國法所指示之裁判。有背於乙國公安者。則不能適用之。然至於夫婦之義務。則各國法制殆同其規定。唯程度有輕重。裁判有強弱。爲不同耳。

在英國夫有懲戒其妻之權。可監禁之。法國妻之逃亡者。可請求拘回。然其餘各國禁止拘束身體以妨其自由。又如姦淫罪。其裁判各國不同。有認夫之姦淫爲犯罪。判決既定。則妻得據此而請求離婚。又有夫犯姦淫之罪而以之爲離婚理由者。唯蓄妾於其本宅之時爲然。然妻以夫之被處姦淫罪爲理由而請求離婚。夫不能以未蓄妾於本宅爲理由而拒其離婚。何則據日本民法。因姦淫之罪而被處刑者。妻得提起離婚之訴。是關於國內之公安之法規。而外國人不能主張

本國法而拒其離婚之請求故也。

(一) 夫婦同居之義務 夫婦同居之義務。乃關於國內公安者。雖其婦主張本國法無此規定。亦不能免。故各國同其法規。在法國。妻不可不與夫同居。又夫亦有優遇其妻且照其門第而供給生活上所需各物之義務。日本民法第七百八十九條。亦載明妻負與夫同居之義務。夫亦當挈妻同居。亦本此意也。此外無論何國國法。莫不謂夫婦有同居之義務。然此項義務得強制與否。則各國之法例及學說。不出一途。如日本現行民法。則謂得強行之。若妻不肯同居者。則籍公力而使同居。其隱匿逃亡者。得尋覓拘致使其夫同居。

(二) 扶養之義務 夫婦俱負互為扶養之義務。其法規各國俱同。

(三) 夫婦間之契約 夫婦之契約有效否乎。歐洲各國限於夫婦間之買賣及贈與為無效。又有以買賣為有效而以贈與為無效者。有夫婦間之契約日後得註消者。其意蓋謂夫婦之間與他人異。其訂契約也。妻為夫所威壓。不能十分表示

其意思也。然僅限於買賣或贈與。而不問其餘者。則毫無正理。故日本民法第七百九十二條謂。夫婦間訂契約者。其契約於婚姻中無論何時。均得由夫或婦之一面而註消之。第不得有損第三者之權利。由是觀之。無論契約之有償與無償。凡婚姻中之契約舉得註消也。然如斯之規定。不能認爲於國內公安有密接之關係。故夫或婦之一面表示從本國之法而訂定契約之意思。而對手人諳之。則其效力當由本國之法而定。

(乙) 婦之能力 羅馬法以來。以婦由婚姻而絕無能力爲原則。然近世各國立法。於規定妻之能力。大與之異。然則婦之能力當依夫婦之本國法而定乎。抑從其所在地之法律而定乎。曰人之身分能力。乃以從本國法爲原則。故由是斷以爲依夫婦之本國法似可也。然妻因婚姻而入夫家者。則以適用夫之本國法爲妥洽。

(丙) 夫婦之於其子之義務 人之身分能力。以從其本國法爲原則。故關於親族

組織之事項。亦當依之。奧大利國之女子在外國結婚而無財產者。得向其父母請結奩資。又外國婦女之從本國法。雖無夫之許可。亦得提起訴訟者。如日本民法第十四條所定。雖須夫之許可時。亦可從其本國法不待夫之許可而得行訴訟。然事苟關於國內公安者。則不許適用外國法。是國際私法不能移動之原則也。其在法意兩國子女之於父母不能提起義務履行之訴訟。然在英國則男子之於父得請求分給收入之幾分。故從本國法與否不可不調查其國法之性質以決之。

第三對於夫婦財產之婚姻效果。婚姻不獨於當事者之身分能力而生變更已耳。並大有影響於其財產上也。關於夫婦之財產。當欲結婚時。因當事者之合意或法律之規定。而異其所有權之體例。而婚姻之際。夫婦財產上之契約各國概許自由。日本民法第七百九十三條以下定有對於夫婦財產之效果。謂夫婦當未申明婚姻之前。於其財產未特別訂約者。其財產關係。從次款所載之規定。又第七百九

十五條謂外國人訂夫之本國之法定財產制相異之契約者。婚姻後取得日本之國籍。或定住所於日本者。非一年內登記其契約。則在日本不得以之對抗夫婦之繼承人及第三者。此亦本諸自由之意也。

第三節 婚姻之解除

外國人於內國請求離婚者。則內國之裁判所當從何國國法以決此問題乎。學說紛歧莫能論定。而各國之立法例。亦彼此互異。有採本國法。有採用婚姻地法。日本法例第十一條所定。凡離婚者。於其原因之事實發生時。當依夫之本國法。但裁判所非於其原因之事實雖依日本法律亦為離婚原因之時。則不得行離婚之宣告。此無他。各國離婚之法規。彼此互異。有不許離婚者。有許離婚而異其原因者。但本國不認離婚。而於日本行離婚之宣告者。其婚姻於日本解銷。若其本國猶認為成立。則亦徒招紛議。故離婚唯於其本國法之所認原因得宣告之。而離婚之原因。固關於公共秩序者。故認其本國法而不認日本國法。則日本國之裁判所決非可行。

離婚之宣告者。此日本所以與本國法主義共採訴訟地法主義也。然各國主義各異。故畧揭數類於左。以供參考。即(一)本國法兼訴訟地法主義。(二)本國法主義。(三)住所地法兼婚姻地法主義。(四)訴訟地法兼婚姻地法主義。(五)訴訟地法主義。(六)外國離婚宣告之承認。是也。

第十三章 親子之關係

第一節 嫡出子

嫡出子謂因父母正當之婚姻而生之子女也。其子女之產於所屬國內者。則得適用其國法以定其爲嫡出子與否。然於本國以外而產出者。各國之法制規定不同。然則提起關此之訴訟。將依何法律以定子女之身分乎。是亦各國互異其主義。有謂當依訴訟地法。有謂當依父之本國法。有謂當適用子女之本國法。其論當適用訴訟地法者。謂爲生出子認否之問題。是屬乎證據之問題。當依訴訟法之規定而決其採否者也。而訴訟法是爲公法。故一國之裁判官不得採用己國

法所不認之證據。因而子女之認否不可不適用裁判所在地之法律。然論者每混同所當提出證據與證據之形式。遂往往陷於謬誤。夫法律行為之形式。須適用行為地之法律。而當從場所支配行為之原則。不言而喻。然證據之爲物。非依提起訴訟地之何如而變更者。於其本國法所許之證據方法。於外國亦得引用。不啻唯是。且產出子女之爲嫡出子與否。固屬親族關係。故當因親之本國法或子之本國法而定。決無從偶然之結果因訴訟地之何如而異其結果之理也。

其主張當適用產出之女子本國法者。謂凡子女之爲嫡出子與否。皆有重大關係於其子女之權利義務。故以從子女之本國法爲妥當。然否認訴訟權。乃因父而設之權利。而子之國籍則待否認訴訟權結果而始確定也。故子女當適用本國法之說。亦不能謂爲得當。蓋子之爲嫡出與否。乃其父果爲眞父與否之問題。故父未確定。則雖欲從父之本國法。亦屬難定。故最當者。則依其子產出時母之夫所屬國之法律而定。日本現行法例即採此主義。其第十七條所訂子之爲嫡出與否。當依其產出

時母之夫所屬國之法律定之。若其子爲遺腹。則當依其最後所屬國之法律而定。頗爲得當。

由上述。子之爲嫡出與否。固當定自其產出時母之夫所屬國之法律爲合理矣。然本國法之規定有背於所在國之國內公安者。則雖欲依夫之所屬國法而定而有所不能。如何爲有背於所在國之國內公安乎。是爲事實問題。殊難臆斷。然以下所云固其一也。例如外國人引用其本國法而以結婚中患陰萎症爲詞而提起認否訴訟。是即有背於所在國之國內公安。而決不能認其如斯之訴權者也。誠然則認否訴權之期限亦得謂爲關於國內之公安乎。苟國法上定有認否訴權之期限者。固本諸謀一家之安寧以避身分之無確定也。是則認否訴權之期限亦不可不認爲有關係於一國之公安。故各國規定其執行之期間各異。有定爲三閱月。有定爲六閱月。又有定爲一年者。唯甚稀耳。日本民法則定爲一年以免繁瑣。故第八百二十五條於定期以內未提起認否訴權者。則爲拋棄其權利。而推定爲承認其子之

屬嫡出。第凡如斯之事。其子產出之日。往往曖昧。考證頗難。是不能無慮耳。然則認否訴權之規定。固非以個人之利益爲目的。而實以國際之公安爲目的。尙奚疑。

第二節 私生子

私生子云者。謂未舉行法律上婚姻典禮而苟合所生之子也。如甲國人與其婦以外之甲國女通。而於乙國產有子女。則其父或母未認知之時。目之爲乙國人。此爲通例。然至日後。其爲甲國人之父母欲認知其子者。則其要件當依何國之法而定乎。其主義各國互異。茲類別而叙之。

第一項 認知私生子之要件

認知私生子之要件其法規各國不同。多採用左揭各主義

- 一 子之產出地法主義
- 二 居住地法主義
- 三 婚姻舉行地法主義

四 父或母之本國法主義

五 子之本國法主義

古之國際法學者多謂。爲父母者。行日後適法之婚姻。則認知其私生子之要件。不可不依產私生子之地或其兩親結婚之地之法律而定。然產出地法用於未知其父之時。雖亦得當。唯父既認知。猶係產出地法。則徵特有背私生子之意思。而身分能力且有背於從其本國法之原則矣。至謂日後可適用兩親結婚地之法律者。則未免過迂。何則。蓋定產出子之身分。於父母婚姻舉行之地。無甚關係故也。外又有持住所地法主義者。其說頗不明瞭。而近世持適用本國法之說者爲較多。然亦未完全之說也。何則。因認知之成立與否。而有利害之關係者。乃爲認知者及被認者。故從利害關係者之本國法而決其可否。最爲妥當也。日本現行法例第十八條定私生子認知之要件。關於其父或母者。則依認知之當時父或母所屬國之法律而定。其關於子者。則依認知之當時子之所屬國之法律而定。

第二項 認知私生子之效力

認知私生子之效力當從何國國法而定乎。是種問題亦如前述。學說紛歧。然是係認知私生子。於既生親子以後。所起之問題。則以從親之本國法而定其效力爲妥當。

第三項 認知私生子之方式

認知私生子之方式當從何國之法而定乎。是當適用場所支配行爲之原則。而從行爲地法之形式。或從父母或私生子之本國法定之。然父子異其國籍者。則當事者失選擇之權。不可不依所在地法。要之認知私生子之方式。當定於行爲地法也。

第三節 收養結緣之要件及方式

養子結緣者。謂依法律而生養親與養子間之關係者也。乃使之承繼之嗣者之宗祧者也。外又有因財產相續而養他人子女以生親子關係之制度。而養子制度各國不同。又有全不採用其制度者。英荷蘭坎拿大露西亞等是也。彼以爲若濫許其

得爲養子。則勢必至破敗婚姻制度。何以故。以附與父母之資格於未嘗爲婚姻者故也。故法律爲避此弊。非具符定例。則未易許可也。

今若有甲國人居於日本。欲以丙國人爲養子。當從何國之法律乎。是則不可不從各當事者之本國法定之。以其關乎人之身分也。故日本現行法例第十九條。亦本此主義。曰養子結緣之要件。當依各當事者之本國法而定。又雖明記當定以各所自屬之國法。然其本國法所定要件之有背日本秩序或害日本風俗者。則不可不捨其本國法而從日本國法。

日本人於外國或爲養子或收養子。其例與外國人於日本同。非具備日本之法律所定諸要件不可。然其法規有背於在留國之公安者。則不能依日本法。是國際法之原則也。如不認養子制度之英國。亦唯無養子制度耳。固無禁止之意。故得從日本法收養子或爲養子也。然因姦生之子。則不得爲養子。此種規定實有關於該國國內之公安。故他國人不得違之。

養子結緣之形式。不問國之內外。須依場所支配行爲之原則。而適用行爲地法。然爲同國籍之人者。則依此原則與否。一任當事者之意。或依行爲地法。或依所屬國法。然所在國之公吏。拒其執行本國法之形式。或本國公使及領事無其權限者。則雖欲依本國之法而亦不能。譬如日本人於德國而欲與法人爲養子結緣。彼此異其國籍者。則不可不適用場所支配行爲之原則。而從行爲地法所定之形式。

第四節 收養結緣之效力及其離緣

養子結緣之效力。亦與定養子之要件同。多謂當適用本國之法。然定養子結緣之效力。而各自從其本國之法者。則未免難於適用。且養子者由結緣之日起。而取得爲養親嫡出子之身分。與養親之親族生親族關係。故其效力當依養親之本國法而決定也。

又養子以結緣而入養親之家。認其與親生之子無異。故依養親之本國法而定。設一旦有離緣之變。而其本國法無確定離緣之原因。且或認日本法律所不認之原

因者。則若之何。凡事貴融通。苟揆之公共秩序及善良風俗無背。亦不必以日本法所定原因而限制之。故日本法例明定養子離緣當依乎養親之本國法。然養子之離緣有主張不可不由養親之本國法並訴訟地法而決者。是任讀者之研究可也。

第十四章 無能力者之保護

第一節 無能力者保護之法律

甲未成年者 各國法制雖有異同。然無不設許多法規以保護無能力者之身體財產。而無能力者之中有年幼者。有體魄脆弱精神頹靡者。有因癡顛而不能治產者。此外有基於刑罰及政治上宗教上之失權者。諸如是類不一而定。故定是等無能力者之法律。當依何國之法。其學說殆相一致。茲擇其要領叙之。

保護未成年者之法律。乃關乎人身分能力之法規。而身分能力當從國際法之原則以適用本國法爲主旨。故其於未成年者。亦可適用本國法。是現今多數學者所贊同也。然本國法之認爲成年者。則無論到何國。莫不認其具有法律行爲之能力。

惟有背於旅居國之公安者。不在此例。

乙、不具者。不具云者。謂當受禁治產或準禁治產之宣告者。故外國人之常時喪失心神者及心神耗弱者與夫聾者啞者等所謂不具者。若旅居某國。則該國裁判所得因保護其生命財產而行處分乎。如其可。則依何國國法而行處分乎。是等處分若關於保持安寧之警察權者。則不可不從該國法。因保護公益而保護不具者之身體並保存其財產焉。然保護不具者之立法精神。則一因公益而設。一因不具者而設。故適用其本國法而無背於該國公安之秩序者。則適用其所屬國法。亦未始爲不可。就中如對於不具者行禁治產之宣告以立保護人。是頗利於不具者。然被禁治產與否。固於其人身分能力有影響。故以從其本國法爲得策。

丙、本於失權之無能力者。刑事法乃集合關於國內公安之規定。因而甲國人來乙國居住者。不可不從其刑事法。然違背之而被處刑罰者。則乙國判決之效力。對於已國以外。仍有效果否。夫凡一國之刑罰法。乃設以維持國家之安寧秩序。而其

效力非可及夫他國。故雖於其國而被處刑。然至他國。則回復其能力。惟外國人於本國裁判所被處刑罰而禁治產者。則雖至外國。亦依然無能力。何則人之身分能力當依其本國法而定。故雖行於他國。其無能力如故。不異於本國也。

第二節 親權

親權云者。謂父母於其子之身體財產權也。如甲國人欲於乙國而行其親權。有謂當由親之現住居地之法律而定。此種主義於瑞西及德國普通法皆採用之。然住所立義之不合理法。既如前述。又有謂非由行使親權之地之法律則由財產所在地之法律而定者。然若親子異其國籍者。猶依親權行使地法。是背於當事者之意。而反生無益之結果也。又關於動產及不動產之權。則依其目的物所在地法。雖非不可。然當定親族關係之際。欲適用所在地法者。則未免違背國際法之原則矣。故日本現行之法。採用本國法主義。以依親之本國法。爲適於倫理之思想。親子間之法律關係。則依父之本國法。若無父者則依母之本國法。是日本現行法所定也。

故外國人欲於日本而行其親權者。則依父或母之本國法以決法律抵觸之問題。茲類別而畧叙之。

甲、行親權者 行親權者爲何人乎。是不可不依父母之本國法而決也。

乙、對於身體之親權 凡親懲戒教育其子。並使之居住等。皆關乎其身體之親權。亦當依父之國法而定。然於在留國而拘束其身體之自由者。則無論何時亦不允許。是其國之公安規定。例如甲國人於甲國法若子女不端可使之入懲治場者。於在留國亦則不能有此權利。

丙、對於財產之親權 父母於其子之財產。行管理或收益之權利。當以何國國法定其圍範。是亦一問題也。而解釋此問題者。或謂當依財產所在地法。或謂當依其本國法。又財產所在地法論者謂。凡關於動產及不動產之法律。依所在地法。是國際法之原則也。故德國人欲於日本管理其子之身體財產者。不可不依日本之法律。而本國法論者謂。親之對於其子之權利。乃親族上之關係。而決非可適用財產

法之原則者。故非依父之本國法。則依母之所屬國法。要人之能力雖依本國法而定。然依親族法及相續法規定之法律行爲。與夫關於在外國不動產之法律行爲。則須問其有背於所在國之公安與否而決。故關於親族相續之法律行爲。雖當由其本國法而定。然關於動產與不動產之物權及其他當行登記之權利。則不可不依其目的物所在地法而定也。

丁、養父之親權 依養子并合家得親權者。欲行使其親權之時。不可不依養父之本國法而定。而親權告終。亦決以父母之所屬國法。唯須留意者。則親子異其國籍。則適用子之本國法一事。何則所以設親權制度之目的在子之利益。因受其利益者之國法。而定親權之圍範。孰云不當。唯在日本。父子不同其國籍者。以依親之本國法爲適於其國體之眞理。故現行法例第二十條。規定親子之關係。依父或母之本國法而定云。

第三節 扶養之義務

日本現行法第九百五十四條。規定凡正統血族及兄弟姊妹有互扶養之義務。然有被扶養之權利者及有扶養之義務者。異其國籍。或外國人來內國。對於扶養義務者。而於內國裁判所。請求履行扶養義務。則當依扶養權利者及義務者之本國法。而決義務之有無。故各國法典。悉定當適用扶養義務者之本國法。或依兩面之本國法。或依權利者之住所地法。然唯依扶養權利者之住所法。則請求扶養者。可自由變其住所。而至設有有益於己之制度之國矣。夫扶養之義務。由親族互相扶助之德義上關係而生。故其義務之發生及其範圍。當依義務者之本國法而定爲妥洽。是所以日本法例第二十一條規定扶養之義務當依扶養義務者之本國法而定也。

第四節 後見人

後見人凡未成年者及禁治產者居常喪失心神。由裁判所禁止其治產者。但裁判所宣告禁治產。須於由本人配偶者近親檢事等稟請之後。日本民法第七條以下

載有規定不能自行管理其財產者。由戚中遴選一人。經官長之許權。攝其家政。迨孤兒成年。乃解其權。如斯之人。稱之曰後見人。當依何國國法而選定乎。若當爲後見人者與被後見人。係同一國籍者。則適用其本國法殊無困難。然彼此異其國籍者。則當從後見人之本國法乎。當從被後見人之本國法乎。當從住所地法乎。抑當從行爲地法乎。是不能無所疑也。然後見之制度固因被後見人之利益而設。故當定其從被後見人之本國法爲妥洽。然各國之法典。互異其主義。茲揭數例於左。

(一) 本國法主義中分兩類

甲、本國法兼法廷地主義

乙、純然本國法主義

(二) 住所地法主義

(三) 所在地法主義

如上述雖有數種主義。然日本法則採用被後見人之本國法立義。而悉擯其餘。何

則後見法。乃因被後見人之利益而設。故當採用被後見人適於教育及業務之本國法也。

第十五章 債務法

第一節 債務之成立

國際法上債務之法律相抵牾。當依何國國法而定乎。有謂當用屬人法。有謂當用屬地法。然契約得乎自由。是各國所共認。而各國設其法規。亦無非欲圖當事者之便而防日後之紛爭也。故近世法理謂。契約當先以當事者之意爲標準。如日本現行法例第七條。亦謂就法律行爲之成立及效力。從當事者之意而定。當依何國之法律。是亦不外此意也。若當事者之意未明。則當據左列原則。是多數學者所共認也。

一、契約之書式。須依訂定契約之地之法律而定其當否。

二、解釋契約。當從起約地之法律。

三、履行契約之法。當從契約履行地之法律。

四、契約辦法。當從訴訟地之法律。

第一、海上保險及賃船舶之契約。此契約亦得依右列原則。而決法律之牴牾。即契約當事者之間。無特別之合意者。則船舶賃借契約。不可不適用上陸之地之法。故商品之交付船賃之支給等。亦當從上陸地法。然契約當事者。有同一國籍者。則當依其本國之法。故如條件附債務。乃發於最初契約當事者之合意之地。而條件成立之地。則非義務發生之地。何則條件之效力。當溯及該契約之成立之日故也。又當契約成立之際。須某形式者。例如當後見人當處分幼者之不動產時。要裁判所之許可者。則以各當事者之合意成立之地。爲訂定契約之地。

第二、通牒契約、書面契約、及電信電話契約。書類電信及電話等之契約成立之地。爲何地乎。此等契約承諾當事者之提議則直爲成立乎。抑尙須通知其承諾於對手人乎。彼此學說紛歧。尙無歸宿。然近來多數學說及立法之例。則採用發信主

義。其契約依確定之方法而承諾者。則不問書面之達到與否。其契約直爲成立。故日本法例第九條從此主義。而於法律相異之地表示其意者。則當以目其發信通知之地爲行爲之地。

第三、代理契約。關於代理契約之法律。當訂定契約時。依其明示爲代理人與否。而異其適用。又代理人非訂定契約。而僅爲其豫約者。則適用豫約地之法律。以異其所當適用之法律也。茲揭通行數例如左。

(甲)代理人當訂定契約之際。若本人不表示該契約爲本人計之意思。並不通知己爲其代理人於對手人。則不能適用本人之住所地法。

(乙)代理人表示因本人而訂定契約之意。則不可不適用本人之住所地法。又於代理權之圖範及存續。亦依本人之住所地法。或設定代理權之地之法律。爲原則。

(丙)代理人非訂定契約。僅擬契約草稿。而受本人之承諾者。則依草案作成地之

法律。或代理人住所地之法律。或依習慣。皆可定之。

第四、契約之解釋 解釋契約。當依何國國法。未敢斷言。然除推測契約當事者之意思。或酌量契約地之習慣。照普通法以下適當之判斷外。恐無他法也。

第二節 契約之效果

第一、契約效果所宜適用之法律 契約自由。是各國所共認也。而當訂定契約之際。依當事者之明示或默示之意。而豫想可定由契約所生之效力之法律者。須適用其法律。然當事者之意苟未明。則依行爲地法。是日本法例之規定。而隔地者之契約。則當以其發信提議之地爲行爲地。其受信者。爲承諾時。不知發信地者。則以發信者之住所地。爲行爲之地。又國籍相異之契約當事者。不明從何國國法之意思者。則以從訂定契約地之法。爲可。

第二、契約之效力 凡契約之效力。從同一國內契約當事者之意。而意不分明者。則同國之人。可適用本國法。異其國籍之人。則適用契約訂定地法。至在異其法律

之地。則適用行爲地法。而在左列之時。亦當由右舉原則而定者也。

甲、定債務者懈怠之類之時

乙、定由不履行義務所生之損害賠償時

丙、遲滯之時

丁、執行及分配

戊、擔保義務及其程度

己、定金之種類並性質等

第三契約之追認 契約之追認爲新契約。故有謂當用追認者之本國法。然契約之追認。非如論者所謂新存於無效之契約以外者。實則抵抗其主張契約無效者之一方行爲也。故不問當事者明示與否。凡爲同國者。當從本國法。而異國者。則當從契約訂定地法。

第四、利息額 一國之利息制限法。不能適用於外國成立之利息契約。故凡外國

訂定之借貸契約。於甲國而生效果。或於甲國而使用其由契約而生之利潤。則該借貸契約。即實行於甲國者。然利息制限法。則不能謂宜依甲國之法。須從使用元本國之財制制度而計算。若於設有利息制限法之國。而成立借貸契約。則於未設此制度之國。殆爲無效乎。抑有效乎。夫利息限制法。固本於其國之經濟制度。然實許之之法規而非禁之之法規也。故從生其效果之國之法律。不能不謂該契約爲有效。

借貸契約之於甲國訂定。於乙國清算者。其利息當從何國國法定其額數乎。有謂不可不依訂定地之法。又有謂當用提還借金之地之法律。即執行地法者。余意亦以是法爲妥。何則執行地。固爲使用本金而收獲利益之所。故曰最適用於定利息之法律者。首推執行地法也。

第三節 債務之履行

履行債務。通例以適用所當履行其債務之地之法律爲妥。故交付物品及斷定目

之物之爲商品與否等俱不可不依履行地之法律。然須視執行地之程度。例如因民事而羈押人身。爲現今文明各國所不認之執行方法。苟於認之之國而訂定契約之債務權者。則不能於不認之之國主張其債權以行羈押人身之事。何則羈押人身。乃侵害個人自由之制度。而有害於國內公安故也。

義務之執行。雖可依執行地法而定。然示其所宜執行之處。則頗難。蓋屬乎事實問題也。然以不動產爲目的之契約。則當於不動產所在地執行之。而以保存行爲爲目的之契約。則當於其債務發生地執行之。又動產之爲特定物者。則以其目的物所在地執行之。至於非特定物者。則債務者可於自己之住所執行之。

第四節 義務之消滅

契約義務消滅之原因。有單純辦了、代位辦了、更改、免除、目的物之消滅、相殺、混同、时效等。然當定之之時。宜適用何國國法乎。蓋廣義之辦了。則執行義務亦包含其中。而所當完結支給之方法。如交付目的物、或寄託之。及關此之條件形式等。俱不

可不適用執行地法。代位辦了亦然。至更改及免除。爲同國籍者。則用本國法。異國籍者。則依契約訂定地法。此爲通例。又相殺及混同。則當依所行之地之法律。若夫時效。自古有種種學說。而各國法典規定亦異。然合意地法。乃契約當事者所豫期之法律。當事者能熟知其法規。則可謂於契約者兩面均有利益。故雖非明示合意。然爲同國人者。則從其本國法。而異國籍者。則當從契約訂定地法。

第五節 契約以外之義務

欲叙本章之意義。當分爲列左三項。

甲、法律上自然發生之義務。此種義務。當依事實發生地之法律而定。例如後見人之義務。當依被後見人之本國法。然於管理其財產。行在外國之不動產之貸貸借者。則須從事實發生地之法律。此外海上法之規定。亦多從此原則。

乙、由準契約而生之義務。由準契約而生之義務。通例用事實發生地之法律。然若契約當事者。無依之之意。則以從住所地法爲可。日本法則第十一條。對明採用

事實發生地主義。若因所謂事務管理。不當利得並不法行爲而成立債權者。則依事實發生地之法律。然於外國發生之不法行爲。依日本法律無不法者。或於日本法律上有不法者。則被害者非日本法所認之處分。不能請求於日本裁判所。

丙、由犯罪及準犯罪而生之義務。由犯罪及準犯罪而生之義務。當用行爲地法。蓋即事實發生地之法律也。如船舶相撞。必生法律抵牾之問題。而相撞於領海內者。則可用其領海所屬國法。然在公海相撞者。則當因船舶所屬法而定賠償之額。第顯爲一面過失者。則有過失之船舶。擔負賠償。固不待言。然兩面均有過失者。則應審其過失之度。以定之。

第十六章 相續及遺囑

第一節 遺言及相續權

近世各國之法律。徵特生存中爲法律行爲。雖死後亦可轉移其財產於可爲相續之人。外如贈遺等。亦得爲之。而表示其行贈遺之意。有明示默示兩種。明示者乃因

遺言而定其相續人也。其被指定之相續人。有相續死者之權利。默示者謂不能公然證明。不過由法律想像死者之意思耳。稱之曰無遺言相續。至於遺言之合乎法律者。則無論何國。皆爲有效。然於其遺言有疑義者。則當依遺言者之本國法而決之。

相續贈遺法。關於一國公安。且與一國制度有密接之關係。故居於其國之外國人。亦不可不遵之。學者所唱如此。然其說屬陳腐。今人不認也。何則相續贈遺法。乃任意之法。得以個人之意而取捨之。且相續法常從死者之意。即於外國。亦往往適用其本國法焉。是此制度非關於一國公安之法規之證也。

第二節 施於相續之法律

甲國人旅居乙國。欲爲相續者。當依何國之法而定其有相續權與否乎。各國法典互異其主義。茲揭四例於左。

甲、財產所在地法說 是說謂簡人之財產當屬於其所在地者。故所有者死去。而

無相續人者。則當屬於所在之國。凡處分其財產。乃關於一國之公安。則相續亦當依財產之所在地法而決。然關於居於其國之外國人之相續。而用其本國法者。不能認爲背於財產所在國之公安。故是說近世各國之法典所不採。

乙、住所地法說 所謂住所地法者。謂行於死者之最後住所地之法律也。其主張是說者。曰不安死者之住所地法。而依他國之法律。以使相續。則往往反於被相續者所願。使別人相續。非特背被相續者之意。且不得想像死者有當從他國法律之意。此住所地法之所以不可行也。然住所地法之不可。前既屢述之。茲不復贅。

丙、不動產所在地法說。兼動產本國法說。是說廣行於英美法等國。其意以爲相續不動產。宜從其所在地法。至於動產。則當從被相續者之本國法。蓋動產隨附個人之身體。而不動產則否。使於在一國之不動產。而用本國法。是殊有害於所在國之公益故也。

丁、本國法說 是說謂相續當依被相續人之本國法而定。此關於財產所在國之

公安之法規。雖外國人不可不遵守之。

如上述有各種學說。然推第四說。最爲合宜。不獨適於被相續人之意。且被相續人無因自己不豫知之法律。而喪失權利之虞。故日本現行法例亦採用是說。其第二十五條。訂明凡相續必據被相續人之本國法。

第三節 遺囑

甲、遺囑者及受遺者之能力。遺囑者及受遺者之能力。當依何國國法而定乎。夫身分能力以從其本國法爲主。故遺囑亦當因遺囑者及受遺者之本國法而定。然其本國法有背於在留國之公安。或有害於善良之風俗者。則不可不採用其居留地法以決其有能力與否。如英國普通法。謂遺囑者之能力當因遺囑之目的物爲動產與否。而異其所用之法。其於動產。則從遺囑者之本國法決之。於不動產。則從其所在地法決之。而遺囑證書之效力如何乎。凡變更後之住所地法以遺囑證書爲無效。雖於當時作證書之住所地法有效。然猶謂之無效也。但製作遺囑證書時

有能力。後日即變更遺囑者之能力。亦決無影響於其他。何則一經成立之有效證書。無論何國。均當視爲有效故也。

乙、遺囑之方式。遺囑之方式亦當適用場所支配行爲之原則。而從欲行其遺囑之地之法律。然此原則非可強制者。當事者之依違。一任其意。故雖從遺囑者之本國法所定方式。亦爲有效。

丙、遺囑之效果。遺囑之效果。亦以依當事者之本國法爲主。然遺囑者若表示反對之意。則當任其自由選擇。然本國法或選擇法。有害於效力發生地之公安者。則不得視爲有效。

第十七章 財產權

第一節 總論

財產權。有物權債權智能權三種。關此之法律有牴牾者。亦以屬人主義爲原則。然其關於國際公安時。或從個人之意時。及從場所支配行爲之原則時。不必依屬人

主義。

物權之理論有種種學說。然日本現行法。則無動產不動產之區別。定爲凡屬物權皆當依其所在地法。又法例第十條。載凡關於動產及不動產之物權。及其餘所宜登記之利權。悉當依目的物之所在地法。以確定其所有者之國籍居所。以避非知其本國法或住所地法之規定。則不能明其物權之實質。而有妨動產之融通。於國家經濟有害等弊。故排斥從前盛行動產不動產之區別說。而規定二者皆當從其所在地法焉。

第二節 所有權

甲、關於所有權之法律之牴牾。所有權之行使取得及轉移等方法。不問其所有者之國籍何如。輒當適用其物之所在地法。蓋限制所有權。大有關於一國之公安。故從所在地法於理爲當。然止保護所有者之利益耳。凡不關於公安之法規。則無須使他國人服從。而應許其從本國法。

乙、主物從物 凡物之爲主與否。當依何國國法而定乎。蓋當事者若不表示其意。則當因所謂從物之所在地法判定。而適用所謂主物之所在地法焉。

丙、取還占有物 因主張所有權。以取還動產。而夬訟於居留國之裁判所者。其裁判所當適用何國之法而定其請求之當否乎。學說輒謂宜棄訴訟提起地法。而適用取還物所在地法以決之。

丁、所有權之限制 限制所有權。乃物件所在國之經濟上最要之制度。而關於一國之公安者也。例如因公利用而收取土地及其餘物件。禁阿片燻發物等有危社會者之自由營業。及地役權並相隣權。俱爲國家公益上所不可缺之制度。故依其物之所在地法而決。

戊、取得時效 不動產之取得時效。古今學者所共持之說。即適用物之所在地法是也。然於動產。則有謂當適用本國法。有謂當適用所在地法者。唯輒近各國學者謂。凡以正道取得有體動產者。則依物所在地法。而認爲占有之效。

第三節 占有及地役

因占有而獲得所有權者。關於公共之秩序。而於國家經濟。大有影響者也。故不問其爲動產與不動產。悉當從物所在地法。然由占有而生之果實。及因保存占有物而支給費用者。則當請求其賠償於回復者之時。有謂當適用訴訟地法。有謂當適用占有其物時之所在地法者。要之實體法上之規定。唯於存在其國之物可適用。若訴訟法上之限制。則不可不從訴訟提起地之法。

地役乃以土地爲目的之一種物權。而關於一國之公益者也。若與此法律抵觸之問題。不可不依承役物之所在地法而決。又地役權之取得及消滅之方法。須從普通原則。而當事者之能力。則須從其本國法。其形式則須適用場所支配行爲之原則。其從行爲地之法與否。可一任當事者之意。然地役權之設定行爲或時效之制度。則不可不適用承役物之所在地法焉。

第四節 物上擔保

日本現行法。分物上擔保。爲留置權、先取特權、質權、抵當權之四種。其與此法律抵觸之問題。須依法例第十條從其目的物所在地法而決。故外國人居留日本。雖欲從外國法而設定動產之抵當權。然於日本則以爲無效。唯設定擔保權之當事者之能力。當依其本國法而定之。而擔保權之性質先取得權之原因擔保權者之次序及登記事項等。頗有影響於一國之公安。故外國人亦不能不受其適用也。

第十八章 商法及航海法

第一節 總說

甲、商行爲 乃個人之營業行爲。而其行爲於實質上。果爲商行爲與否。當依何國國法決之。此種問題止於判斷其行爲。而無關乎行爲者之身分能力。故不可不依可爲決定之法廷地法。

乙、商人 其營業者爲商人與否。此問題關乎人之身分能力。當從其本國國法而定。然如製作商業賬簿。而錄之於商業登記簿。則關於營業地之公益者。故不可不

從其居留國營業地之法。

丙、營業使用人 營業使用人之能力。當依何國國法而定乎。有謂當依其本國法而定。然依使用人之本國法。則背於主人之意。往往多所損失。故不可不依主人之住所地或營業地所行之法。是說現今學者咸公認之。

第二節 銀票

甲、銀票能力 身分能力。須從其本國法。是爲國際私法上不可移之原則。然就銀票能力而固守此原則。則於銀票之流通不便殊甚。故各國法規俱設例外於此原則。例如於本國法雖無銀票能力者。然於行爲地而有能力。則以有能力目之。又於行爲地而無能力者。然於本國法有能力。則以有授受銀票之能力者目之。

乙、銀票之方式

(一)行爲地法兼內國法主義 銀票之方式。當依擔負銀票義務之地之法而定。然唯依行爲地法。則銀票當事者。往往因不知其契約地法。而蒙損失。故欲避此弊。從

內國法而作成銀票者。雖於內國亦爲有效。

(二) 銀票義務履行地主義。此主義當發出銀票之際。從其發行地法。固爲有效。否則依履行地法而發行銀票者。亦爲有效。

(三) 銀票之實質效力。銀票之實質效力。當依銀票義務履行地之法律而定。故支給之方法。當依支給地之法律。或商之習慣而定。其支給日。亦當依支給地之曆日而定。若夫對於銀票義務者。請求償還之要件。即拒絕書作成之形式場所及時期。當依製作其拒絕證書之地之法律而定。然銀票義務者之權利義務。則當依行爲地法即契約地法而定。而銀票義務之擔負。則當從其銀票記載之地之法律而定。若記載其地者。則適用其債務者之住所地法而定。而於義務者。則當依履行地之法律而定。

第三節 海法

甲、海損 海損當依何國國法而定乎。此問題國際法協會曾議決之謂不可不依

訴訟地法。然一千八百八十八年之萬國商法會議。則議決海損當從船舶所到地之法律。或航海終了地之法律。唯所到地爲豫期之場所。苟因暴風雨而行抵他處。猶從其所到地之法律。未免背於當事者之意。且船長可任意駛往有益於己之港。以爲遷就。是此決議亦不得謂之完全無缺也。故海損又有謂當從契約訂定地之法者。然在公海無行爲地法者。則不可不另求良策。若認訴訟地法爲最便。則雖招背當事者意思之非難。然爲之因不知法廷地法而蒙海損者。則非唯當事者之一面受害。原被兩造均同其利害也。

乙、海上保險 凡海上保險保險者。有遷海損之確定計算義務之責。故當適用定其海損之法律。即法廷地法。然普通學者。則謂海上保險以適用其爲海損標準之法律爲原則。而關於船舶保險之利益之限制。當從船旗所屬之法律。至於欺詐保險。則當依保險者之住所地法。而避其陷於保險賭博之弊之限制。則當適用保險者之住所地法及法廷地法焉。

第四節 破產

破產法爲關於一國公安之法規。非任意法乃強行法也。故無論當事者之合意與否。裁判所均得適用其所屬國法以定之。

第十九章 訴訟法

第一節 總說

民事訴訟法。其爲公法乎。爲私法乎。是古來學者之所爭論也。有謂民事訴訟法固爲適用私法之方法。當屬於私法。有謂民事訴訟法以保護私法爲目的。而法律保護乃純然之公事而非私事也。且達其保護之目的者。則屬於國權之作用。當爲公法。至於刑事訴訟法之爲公法。不待言矣。誠然則訴訟法乃公法。故當屬於國際公法之圍籠。然有以便於研究故。而於國際私法中講述之者。是蓋未熟於國際法之本質。而致陷此謬誤也。顧國際法雖皆似公法。然國際公法乃因鎮靜國際上之障礙而設。而國際私法則裁決個人與國家或異其國籍之個人間之爭訟也。二者之

別如此。故古來學者之所謂公法私法。實異其性質。因而設有公法私法之區別者也。故於國際私法中。論民事刑事訴訟法。於理無未洽。

第二節 民事訴訟辦法

第一、訴訟方法之原則

訴訟方法。當從訴訟地法。爲古來學者之所認。而由所謂場所支配行爲之原則而發生者也。然其發生之事實。其爲訴訟法之問題乎。抑爲實體法之問題乎。各國蓋異其規定。故非先依法廷地而決定此問題之後。則雖決方法上之問題。亦無其效。

第二、裁判管轄

甲、專屬裁判籍 當受理某事件也。於何國之裁判所而審理之。其在日本分裁判籍爲專屬裁判籍普通裁判籍兩種。專屬裁判籍。乃不動產、婚姻、收養、結緣、禁治產事件、及執行方法、督促手續等是也。雖外國人亦不可不與訟於專屬裁判所

乙、普通裁判籍

普通裁判籍。亦依當審判某事件之地之法律而定。然甲國人居

住乙國。與乙國人貿易。而擔負債務。逃走本國之時。則向何裁判所而興訟乎。凡人之普通裁判籍。乃依其住所而定者。而住所之裁判所。對於其人之一切訴訟。皆有管轄之權。然今於乙國無住所。將如何乎。斯時非第三債務者之住所。則除訴於管轄財產所在地之裁判所外。別無他道。

第三、訴訟能力

訴訟能力。亦當適用人之身分能力。從本國法之原則。而當依訴訟當事者之屬人法而判定。然外國人於日本行訴訟行為。而依本國之法。則雖可爲無能力者。然依日本法律爲能力者之時。則當以能力者目之。

第四、證據

舉證之責任。或證據之採否。當依何國國法而決乎。夫證據固與可證之之實體上權利不可離。而其所當適用之法律。亦不可不謂爲實體法。故定同國籍人權利關係之證據問題。須從各自之本國法。而當事者若各異其國籍。則當適用行爲地法。

(即契約地法)以決其可否焉。

第五、囑託

當於國內裁判所審理某事件之際。每請求他裁判所共助之時甚多。又必須求外國裁判所共助之時。則囑託在外公使或領事。又可囑託外國之裁判所而請其調查證據及其餘事件等。外國官吏即應其囑託。而無可行報告之義務。惟因條約定有國交上當互相補助者。則不得無故而拒絕之。

第六、判決之國際效力

外國裁判所報告之判案。於他國亦有其確定力。是為通說。然外國裁判所之判決。不能直於內國執行之。

第三節 刑事訴訟法

第一、犯罪人交出之性質

甲國犯人逃至乙國。或於甲國而犯丙國罪。其犯罪國政府或被害國向犯罪人現

居之國而乞其交出者。則被申請之國。亦有應之之義務乎。凡應其交犯之請求。不外乎國際公法上之好意。現今各國處罰犯罪者之制度。概無大差。而於一國有犯罪行為者。他國亦必認爲有罪。故於一國處犯罪者以刑罰。微特有利於被害之國。抑亦他國之所望也。

罰犯罪人。爲人類社會最要之務。然必有應被害國請求之義務。則患有喪害於一國主權也。故法國千七百十五年與隣國訂有許多條約。以交出犯罪者。爲條約國互認之義務。邇後各國相繼仿之。

第二、犯罪人交出之程度

當交出犯罪人之際。有以刑之輕重爲交出之標準者。有以犯罪之種類爲標準者。前者即違警罪及輕罪不敢交出。惟重罪始有交出義務。然罪之輕重以各國立法而異。且又屢有變更。凡所以納其請求而交之於請求國而處刑法者。因驅除社會一般之危害也。然如政治犯或對於國家財政之犯。則無害於一般社會。故如斯犯

罪。自古各國不允交出。所以謂因犯罪之種類而定之也。

第三自國臣民

歐洲大陸各國之現行法。多以不交出已國之臣民爲原則。其在英美兩國。無此原則。故雖已國臣民。亦有交出者。例如千八百七十六年旅居奧地利之英國人某毒殺其妻。逃回本國。英國納奧國之請而交出之是也。然德法等各國則概無其例。蓋一國政府有保護其人民之義務。而一國人民有受其所屬裁判所裁判之權利也。然交出犯罪人。固本諸信用外國司法處分之制度。今若蔑視之而不交出。且夫犯罪地則於摘撥證據最爲利便。然而拒而不交出。則共犯者有多人時。於各國審理同一事件。遂至不能得事實之真相也。

第四交出方法

凡交出犯罪人。其爲罪人果無歎否。所犯之罪當交出與否。犯罪證據充分與否。必一一確定而後。始可實行交出。其在歐洲大陸各國實行交出時。例命警察官押解

犯罪人出國境。以交與囑託國之官吏。若英美兩國。則先命官吏。到於獄領犯罪人。使之押解犯人。倘押解時。須經過第三國之境者。則非得其國認許若相助。不可。第五、數個國之罪犯。及交出費用。

甲國人於數個國犯罪。而逃亡丙國。由犯罪之國請求交出。則丙國政府當交出於何國乎。別此問題。如左數例。

(一) 於被申請國犯罪。既付豫審。或起訴者。則無交出之義務。

(二) 犯罪人之本國。及犯罪國。同時請求交出者。則以犯罪之地爲先。但犯罪國無請求交出之權。而本國有之者。則非此限。

(三) 設如一犯罪人於數個國所犯之罪均異。而徘徊於犯罪之國者。則從左列順序而交出之。是爲通例。

一、犯罪國。

二、犯罪最重之國。

三、請求之先後。

交出犯罪人之費用。當由請求交出之國支給。然現今各國多由被申請之國任其費用。而不求賠償。若日美兩國。則仍由請求國負之。

國際私法 終

羅馬法大綱

作新社藏版

羅馬法目次

緒言

- 第一 研究羅馬法之必要
- 第二 羅馬法歷史之大要
- 第三 中古以降研究羅馬法之史略

第一編 總論

- 第一章 法律
- 第二章 法律之類別
- 第三章 法律之解釋
- 第四章 權利

第二編 物權

第一章 物

第一節 物之爲何

第二節 物之類別

第二章 物權人權之區別并所有權

第三章 占有

第一節 總說

第二節 占有及握有之根本的性質

第三節 占有及握有之保護

第四節 關於占有及握有之各種類別

第四章 地役權

第五章 用益權使用權及居住權

第六章 永借權地上權

第七章 物權獲得之方法

第二編 債權

第一章 法律行爲

第一節 法律行爲之意義

第二節 表示意思

第三節 原因

第四節 強迫

第五節 欺詐

第六節 錯誤

第七節 法律及事實之不知

第八節 無效及抹殺

第九節 代理

第十節 條件

第十一節 前定

第十二節 期限

第二章 期間

第三章 債權

第四章 契約

第一節 物約

第二節 口約

第三節 書約

- 第四節 合意約
- 第五節 無名契約
- 第六節 自然契約
- 第七節 巴克大
- 第八節 贈與
- 第九節 和解宣誓及仲裁
- 第五章 準契約
- 第六章 私犯
- 第七章 準私犯
- 第八章 過失及注意
- 第九章 連帶債務
- 第十章 保證

第十一章 遲滯

第十二章 債務之消滅

第一節 辦濟

第二節 相殺

第三節 免除

第四節 混同

第五節 更改

第六節 消滅時效

第十三章 債權之讓與

第四編 人之法

第一章 人

第一節 人者何也

第二節 人格

第三節 行爲能力

第四節 住所

第二章 法人

第三章 奴隸、土着農夫及自由人

第一節 奴隸

第二節 被釋放者

第三節 土着農夫

第四節 自由人

第四章 羅馬之市民及外國人

第五章 家父及家子

第一節 家父與家子之關係及家父權

第二節 家父權之獲得

第三節 家父權之喪失

第六章 婚姻

第七章 夫妻間財產上之關係

第一節 嫁時資資

第二節 娶故贈與

第八章 婚姻之解除

第一節 離婚之原因

第二節 離婚之方法

第三節 解除婚姻之後當事者應擔負之義務

第九章 獨身者及無子者

第十章 親族

第十一章 保人

第一節 保人

第二節 財產管理

第五編 相續

第一章 無遺言相續

第二章 相續人之種類

第三章 遺言

第四章 遺贈財產

第五章 信託

第六章 因死贈與

第六編 訴訟

羅馬法目次
終

羅馬法

上海作新社編譯

緒言

欲講羅馬法。有不可不先說明者三。(一)研究羅馬法之必要。(二)羅馬法之歷史。(三)研究羅馬法之歷史。是也。茲先述明其概畧。以當緒言。

第一 研究羅馬法之必要

夫今日研究羅馬法之要。果何在乎。曰其要端有三。(一)欲比較各國之法律而研究之。不可不知羅馬法。(二)欲知法律之歷史。不可不知羅馬法。(三)欲從學術上而攻究法律之原則。不可不知羅馬法。以下分解此三要點焉。

(一)比較各國之法律制度。而研究其利害得失。而發見其真理之學問。稱之曰比較法學。顧近世之比較法學。研究日盛。德法兩國。有發行關此之雜誌者。英國雖無發行雜誌之舉。然學者論其切要者。實繁有徒。其發行恐亦不遠。日本各種法制。模範歐洲。比較法學之研究。實爲切要之圖。羅馬法。乃比較法學之至重資料也。故苟欲研究比較法學。自不能置羅馬法於度外。

羅馬法之由來甚遠。非一朝一夕所形成。實自十二標之法律出世後。始大成。耶斯地尼安之法典。蓋闕時已九百八十四年矣。今溯羅馬建國。(紀元前七百五十三年)而計之。則凡亘千二百八十七年之久。如斯法律。未見其比。日本大寶令。如貞永式目發布之後。未幾而絕其命脈。又如德川氏之百條。亦不過僅保二百四十餘年之效力。更稽之支那。又未免朝令夕易之感。至徵諸歐洲各國之法律歷史。亦莫不皆然。唯羅馬法則卓爾經九百八十四載而益見發達。此所以欲研究比較法學。不可不知羅馬法。

(二)欲討究法律之歷史。不可不先知羅馬法。勢固然也。何則。今日英美所行各種法

律。無一不源於羅馬法。而歐洲大陸諸國。更無論焉。若就歐美之法律而講明之。頗極繁難。故特示德法英三國之法何如。而本於羅馬法之理焉。

德國之法。受羅馬法之影響。實在中古時代。先是日耳曼干戈繼起。兵亂無已時。迨社會漸歸鎮靜。羅馬之文物。滔然而入。法律思想。大受其影響。羅馬法遂至壓倒德國之固有法。其最盛也。由第十五世紀半。至於第十六世紀半之間。凡百有餘年云。

歷史家通常稱此時代曰黎賽普森賽特。Rezeptionszeit 賽特 Zeit 者乃定時之義。而黎賽普森 Reception 則謂採用羅馬法之義也。故綴合之。則有德國採用羅馬法時代之義。抑羅馬法侵入於德國之原因何如乎。當時德國人。猶信相續羅馬皇帝者。即德國皇帝。故將羅馬皇帝所發法律。行於德國。亦當然之理也。且由實質上而言。羅馬法亦優於德國之固有法。故德國逐漸用之。習以爲常。千四百九十五年德國之高等法院。獎勵採用羅馬法。亦與有力。雖然羅馬法之傳入。其原必不儘在是也。實德國人民間。目爲習慣法而用之而已。所傳入德國之羅馬法。乃羅馬最發達

最大成之耶斯地尼安法典。而經遊於意大利坡尼阿大學之註釋名家。加之註釋者也。此法典及註釋。非直接爲德國人所研究。而實由後期之註釋家介紹之者也。羅馬法之傳入德國也。其同時而傳入全部乎。抑先後而傳入各部乎。是德國法學者未定之問題也。國粹派之學者。主張各部異時論。而羅馬派則主張全部同時論。此兩派之爭。一時頗極激烈。雖今日猶未滅。總之羅馬法傳入德國。而大見用。則無可疑也。又據德國法學者之言。羅馬法傳入德國以來。目爲習慣法。即普通法。普通法者。乃行於德意志帝國全體之法律。彼僅行於各聯邦境域之內者。則特別法也。凡遇一事。有特別法之規定。則適用特別法。若無特別法。可從羅馬法之規定焉。如斯之羅馬法其適用之也。限於無特別規定之時。故在德國稱之曰附屬之普通法。彼所謂「旁迭克丁」者。即指此也。

德國普通法。乃採羅馬法之精神。如特別法之規定。亦淵源於羅馬法。普魯士著名之布列特立克第二世。於千七百四十九年。着手編纂法典。千七百五十二年中止。千

七百八十年復從事於此。由千七百八十四年。迄千七百八十八年間。公其草案。千七百九十四年二月初五日。垂爲成典。而公布之。由是年六月初一日實施。所謂昂蒲辣司是也。但布列特立克第二世。殁於千七百八十六年。故不及見法典之公布。此法典採用普魯士舊來之習慣。及學者之論理者不少。然其規定之大部分。乃出諸羅馬法之法條。薩克遜王國千八百六十三年正月。始發布法典。由千八百六十五年三月實施。又來因河西岸。德領阿爾沙斯及洛林二州。并巴丁國。則用法國民法。是等之特別法。其淵源皆在羅馬法。千八百七十年。普法戰後。德意志聯邦。益有統一之感。冀編纂各聯邦通行法典。因而選定委員。草擬德意志民法。千八百九十六年七月初一日。通過德意志帝國議會。是年八月二十日。經德皇裁可。公布之。爲通行德意志全體之法典。期於千九百年正月初一日。將見實施。此法典較之舊法典。其新出機軸者頗多。其實本於羅馬法之規定。亦不少也。羅馬法與德國之關係。既如前所述。故雖謂德國法學者。無不研究羅馬法。蔑不可也。

法蘭西昔分全國爲習慣法國與成文法國之二。在習慣法國。一採舊來之習慣。以爲法律。故隨其地之各異。其法律亦不得而同。如柏迭兒嘗遊歷法國。每過一驛。而法律即異。是簡明而得其實者也。又在成文法國。則廣行羅馬法。更概而言之。則北部近德意志之處。乃習慣法國。而南部近意大利者。則成文法國也。大革命以降。各種之成文法律踵出。迨拿破侖掌握政權。千八百年。又選員着手編纂法典。後經四年而大成。垂至今日。其間雖屢易法典之名稱。然除離婚法外。其實質未有以異也。而此法典之規定。由於舊慣者固不少。而本諸羅馬法者尤多。此學者之定評也。

法國民法。當廣用於歐洲大陸也。不獨德國之阿爾沙斯及洛林二州。俱採用之。且行於比利時及瑞西之坡侖州康弗州。并比利時東方之羅賽堡。又千八百六十五年之意大利民法。專師法國之民法。則其引羅馬法之統系也。無待論矣。千八百十一年之奧大利民法。亦多本於羅馬法。又現時最著名之瑞西債務法。亦折衷法國

民法。與德國民法草案而出。如此研究。則歐洲大陸各國之法典。其不本於羅馬法者。蓋幾稀矣。

若夫英國法。其受羅馬法影響之程度。學者之議論不一。如塞達普士派曰。英國法乃全由古來之習慣。毫不受羅馬法之影響。而利威士則大與之相反。謂英國法。同於大陸諸國之法律。其受羅馬法影響者甚多。今且平心考之。英國法之被羅馬法波及也。固較少於德法之法律。然必以爲全無則誤矣。例如關於契約遺言之原則。如信託法。其外形雖異。其精神之胚胎於羅馬法。則歷歷可數。蓋英國之國情。原迥異於德法諸國。故謂爲皆受羅馬法之影響。不無可疑。然中古以來。英國之法律書。本於羅馬法之載籍者。不一而足。可斷言也。試展普拉克敦之書。不有直抄意大利法學家阿倭之文字者乎。要之謂英國法不受羅馬法之影響。則未免謬誤。唯受其影響之程度。較少於大陸諸國之法律已耳。

如上所述。歐洲大陸。及英國之法律。其繼承羅馬法之精神明矣。其在日本。明治十

三年始輸入歐洲之法律思想。而制定刑法及治罪法。其後各種法律亦悉採用歐洲之原則。惟新民法。乃師諸德國民法之草案。及瑞西債務法。并其餘歐洲各國法律者。故欲悉日本法制之沿革者。不得置研究羅馬法於度外。此所以謂欲學法律之歷史。不可不知羅馬法。

(三) 欲從學術上而修法律之原則。則必研究羅馬法。古以哲學著名之國。推印度及希臘。而羅馬則無秀拔之哲學者。出乎其間。雖有一二。如基堯羅及賽涅加者。然皆不過嘗希臘人之糟粕而已。至羅馬之法律學。則冠絕古今。卓越東西者也。當時雖出法律學者之議論。不敢流於空想。專留意於應用實務。而亦能適合理法。世人稱贊羅馬法學而不置者。職是故耳。第十七十八兩世紀間。所興之德國哲學者。揀普華。嘗擬羅馬法律爲數學。可謂妙喻。因其原則有髮髮數學原理故耳。以故英國實務家。嘗謂欲研究英國法而活用之。不可不學羅馬法。又康布列基及牛津等大學。亦盛行研究羅馬法。夫以地理相異。民情風俗不同之英國。猶然。況其餘各國乎。

是所以謂欲從學術上面研究法律之原則者。不可不知羅馬法。

或曰羅馬法必依羅馬人之力而發達。蓋羅馬人具有通平法律學之特性。非他國人所能企及也。以余考之。羅馬法學之發達。不得僅歸之於羅馬人之特性。實由羅馬人應用之銳敏。與希臘人理想之高尙。二者相合。遂助羅馬法。隨學術上面發達也。試觀羅馬著名法律家之出。實在與希臘盛行交通之後。凡讀羅馬史者。罔不知羅馬之開化。在征服希臘之後。如何而帶有希臘之風。羅馬雖以武力征服希臘。而希臘反以文化征服羅馬。蓋希臘爲富於理想之國。一經爲羅馬征服。其理想遂漸次而傳入羅馬。羅馬之文物制度。俄然改其面目。法律學亦隨之而繁其學術上發達之基。且夫羅馬之法律學。極其隆盛者。實在第二世紀與第三世紀之交。其間聲譽卓著之法律學者。無一與希臘無關係。如彼巴比尼安。倭比昂。及卑爾士。或生於希臘。或以希臘人爲師。故其所言。大足使羅馬之法律學。增其進步。然則羅馬法所以便於實務。且整然不離平理法者。未始非羅馬人與希臘人之所長。互相提携之所

致。而羅馬既滅亡。其隆盛已成一夢。而羅馬法則至於今日。猶爲法律學者所重視。且於各國之法制上。有非常之勢力。無他其實質優於其餘之法統故也。德國法學大家愛林革歿於千八百九十二年嘗曰。研究羅馬法者。必就羅馬法神而明之。有以凌駕乎羅馬法。斯可貴耳。是言也可謂洞中肯綮矣。故吾人不可徒汨沒於羅馬法。然苟欲求關於法律之完全智識。則非由羅馬法而先行研究。不可以達彼岸也。

第二 羅馬法歷史之大要

羅馬之建國。乃紀元前七百五十三年。先於日本神武天皇即位者九十餘年。而當支那魯隱公之時代。羅馬帝國分爲東西者。乃紀元後三百九十五年。而西羅馬帝國之滅亡。實紀元後四百七十六年。東羅馬帝國因土耳其而陷孔斯坦丁堡者。實
在紀元後千四百五十三年。其於日本適當足利義政之時代。在支那則當明景帝之時代。羅馬之政體。固爲王國。然至紀元前五百九年。遂爲共和政治。同二十七年。又易爲帝政。瓦格斯他司皇帝即位。至於東西羅馬帝國之滅亡。其間皇帝之權力。

雖有消長。然政體固仍爲帝政也。

由羅馬建國之時。凡三百年間。法律之大畧。無載籍可徵。末由詳悉。僅依想像所得。則紀元前四百五十年頃。十二標之法律始出於世。此法律記載於十二片銅版之上。揭示之於裁判所。故有斯名。或謂方其制定之也。嘗遣人赴希臘。使研究其國法律。唯其數甚少云云。然其時羅馬國法。並無希臘之風。仍帶羅馬固有之惡習。則其說似不足信。若果有此事。則恐在蘇克拉第時代云。十二標之法律。實甚幼稚。然其後所制定之法律。則似皆本乎此。歷史上頗重視之。此種法律。今日已散逸而不得窺其全豹矣。唯法國有名耶哥布。格德夫禮者。當第十七世紀。冀十二標原文之復舊。自公布其結果以來。後世學者。因大得其便。十二標法律之殘編。今日尙存。英文亦有譯譯之者。

十二標法律既出。羅馬之法律學。遂漸見隆盛。自是三百五十年後。即至基地愛羅及查賽爾時代。遂大進步。降而至於瓦格斯他司帝之時。遂有辣坡奧及克比都二

人互張門戶。不相上下。辣氏之門下。有普格士。克氏之門下。有塞比諾斯。故世呼辣坡奧學派曰普格士派。稱克比都學派曰塞比諾斯派。兩派之爭論。結而不解者。亘百六七十年。故於羅羅法律學之發達上。著有影響。其後最著名之學者輩出。法律學之隆盛。殆達極致。而兩派之爭論乃止。即第二世紀與第三世紀之交。凡百年之間是也。此間輩出學者中。最博聲名。而垂於後世者五人。曰格以阿士。曰巴比尼安。曰倭比昂。曰卑爾士。曰麥迭斯奴。是也。此五學者。聲名遙駕先哲。遺範千載之下。中如巴比尼安。羣尊為空前絕後之大法律家。然耶斯地尼安帝之編纂法典。則主採用倭比昂之說焉。

格以阿士所著法學階梯。乃耶斯地尼安法典。部法學階梯之模範。此世人所熟知也。然羅馬滅亡後。干戈繼起。兵亂無已時。故其實質久不為人知。然于八百十八年。無端忽為德國學者尼伯兒。發見於意大利之維諾拉。是近世最著名。且有益之發見也。羅馬之訴訟處置。因此發見而始分明。羅馬法之研究。因之益見便宜。顧尼伯兒

之始爲此發見也。其爲何書。末由而悉。塞維尼則謂係格以阿士之法學階梯。而其發見始末。載在塞維尼所編輯之雜誌。今請述其概要。文曰。尼伯兒嘗在威諾拉圖書館。涉獵關於宗教之古畫。偶發見一皮紙印刷之耶蘇經文。展而讀之。見經文之下。尙有別行文字。是即著名之法學階梯也。蓋當羅馬時代。未有今日所用之紙。以獸皮書文字。其價因而奇昂。大抵用過一次。輒不遽捨去。必抹消原文。留爲再用。尼伯兒所發見之經文。亦據此慣例。削抹格以阿士之文字。而更書之。故法學階梯之文字。往往摩滅。殆難辨其字體。據長於鑑定古文字者之言。實第六世紀以前之手記。云加以當時之羅匈語。字字接續。無分明之區別。故非多讀古文字。而通其意者。未易解之。經德國法學家。後先赴意大利刻苦磨練。始得盡窺其全豹。遂用化學藥品。浮其文字。然欲讀之者。頗費想像。最後乃撮其影於寫真版。千八百七十四年始印刷其原文出版。以公諸世。直至今日。無不可得讀之處矣。嗚呼。是實德國法學家之熱心於學問。研定所致。其功豈不偉歟。

五大法律家沒後。羅馬著名學者極稀。止於祖述彼五大法律家之說已耳。未有以一己之意見。而表發翻新之理法者。法律之學問。頓見衰退。然法律之自見發達者。則駸駸日上。無所底止。當時頒布施行之一條一例。堆積如山。而編纂法典之運以興。如東羅馬皇帝耶斯地尼安之時。遴選委員。着手編纂法典。以五百三十三年告成。是爲著名『耶斯地尼安』法典。後世立法者及學者等。皆仰爲模範。今以此時代與日本之歷史相對照。適當繼體安閑宣化欽明四帝在位之頃。而與支那歷史相對照。則當梁武帝之朝。與昭明太子編纂彼著名文選者。畧同其時。

『耶斯地尼安』法典乃由三部而成。其第一部名『因斯地去森』(Institutiones) 即法學階梯。共有四卷。第二部名『迭革斯垣』(Digestum) 即學說彙纂。五十都卷。第三部名哥迭克。(Codex) 即法令類典也。中如法學階梯。乃法典之一部。實因初學而著之法律學教科書也。次如學說彙纂。不僅載五大法律家之學說。凡著名法學者之學說。悉薈萃焉。而法令類典。則揭載瓦格斯他司帝以降。歷代皇帝所發之敕令。及

其餘一切成文法律焉。

耶斯地尼安法典。如上所述。乃網羅耶斯地尼安帝以前之學說敕令及成文法律而無所遺矣。而其後迫於必要時頒布其敕令者。猶不尠。此謂之敕令。以別於耶斯地尼安之法典。不過一單行法非法典之一部也。新敕令中。現存者。其數都五百十二。後世學者。總稱耶斯地尼安法典。與新敕令。曰民法大全。此名稱用於中古時代。而傳之於世。學者爲誰。乃法人迭賴糾斯。格德夫禮氏。聲名卓著。於第十六十七兩世紀之交。而耶哥布。格德夫禮之父也。自氏將法學階梯。學說彙纂。法令類典。及新敕令。四者合名之曰民法大全。而公諸世以來。於是民法大全之標題。遂普行於世間矣。耶斯地尼安。乃東羅馬之皇帝。故編纂法典之處。非意大利之羅馬。而實現時土耳其首府孔士坦丁諾堡也。耶斯地尼安係磊落之豪傑。故其品行可議者甚多。彼巧於收攬人心。頻征服各方。又脫羅馬之羈絆。回復意大利而君臨之。於是堯基尼安法典。不獨行之東羅馬。且普行於意大利焉。耶斯地尼安後之東羅馬。於耶斯地

尼安之法典。及新敕令。均譯爲希臘文。且有希臘文所著法律諸書。陸續出世。遂改正法典。亦有欲廢止之而不行其原文者。八百七十八年更編纂新法典。遂有「巴濟黎革」法典。刊行於世。此法典。於後世之法律學。及立法例。無甚顯著影響。若夫耶斯地尼安法典。則爲近世歐美各國之立法例。及學說之模範。且遠傳入日本焉。其有功於法學社會。可謂重且大矣。

第三 中古以降研究羅馬法之史畧

在中古意大利古文學再興。第十二世紀之初。有伊涅留司者。設法律學校於伯羅那。養成許多秀才。或謂伊涅留司。即譯德國人維奈兒之名爲羅甸語者。此恐出於左祖德意志者之說。未足信也。伊涅君之高足著名者有四人。曰布革兒。曰麥基奴。曰耶哥布。曰扶葛。世稱之曰四博士。而伯羅那之法律學者。主就耶斯地尼安法典之正文而研究之。其重要之條項。悉能諳誦。故是等學者。於羅馬法。精通耶斯地尼安法典之正文。遠非今日學者所得而及。且此等學者。又著有一種註釋之書。名

曰克諾賽。故世人稱之曰註釋家。如阿傑如、阿克料。皆其錚錚者也。而此註釋中。存於今日者。皆阿克料之編纂也。

註釋家繼起者。乃後期註釋「耶斯地尼安」法典之正文。其意在於就成於註釋家手之書籍而研究之。其所著之書。文學失於冗長。意味淡泊。無異囁嚅。後世學者。莫之貴重。然後期註釋之所長。在於最通實務。故當中古時代。歐洲採用羅馬法時。其本諸後期註釋家者。亦甚夥也。

後期註釋家繼起者。乃法國之學派。其盛也。乃千五百年。至千六百五十年。凡百五十年之間。法蘭西士一世。嘗由意大利延聘法學者昂阿亞嘉氏。往普料。使講羅馬法。自是法國之研究羅馬法。遂漸旺盛。至千五百五十五年。又有卡料斯者。在普料宣講羅馬法。聲名益盛。淺蘊前人。其議論主用沿革的研究。是為沿革法理學派之鼻祖。然與今日所謂沿革法理學派之研究法。又迥異。卡料斯頗富於著述。其全集篇幅浩瀚。引證德國之「旁迭克丁」者甚多。卡料斯時代。又有名脫涅斯者。為教習

於普科之二人者。并鑿而馳騁於羅馬教皇之講座。脫涅斯之研究法。專以探尋羅馬法之原理原則爲主眼。資望不亞於卡科斯。其著述即今日講羅馬法者。猶獲其益。德國之卑革。稱揚之不絕口。千五百七十二年。聖巴索留之行虐殺也。脫涅斯懼害及其身。逃往荷蘭之辣汀。猶汲汲宣講羅馬法。是時迭賴科斯葛脫勒芝。避難於瑞西之賽捏瓦。後更移於斯脫拉士堡。於此開講羅馬法。嗣是之後。法國之研究法學。忽焉稍衰。迭賴科斯之子。名亞克布。葛脫勒芝者。學問淵博。有出藍之譽。脫如涅斯及迭賴科斯。皆去法國。於是法國之研究羅馬法。日見衰退。繼是而從事研究者。乃荷蘭之學者。在荷蘭由十七世紀至十八世紀。其間有賓紐斯。弗脫哀等學者。彬彬輩出。如彼以國際法著名之葛辣科。亦是時之學者。其得力於羅馬法無待論矣。

荷蘭研究羅馬法之風既衰。執牛耳於羅馬法學者。德意志是已。德意志由十五世紀之半。至十六世紀之半。輸入羅馬法。其學者之著名者。有哈安德。德國之法學者。

所以能負其固有之特質者。實始於第十七世紀。此時代之著名學者。有孔林革喀爾阿等。是等學者。雖力行研究羅馬法。然未將德國固有法之研究。置之不講。故絕無沈溺於羅馬法之弊。就中如孔林革。誠見尤爲卓越。嘗提唱德國必編纂德語之法典。此實千六百四十二年之事。至千七百九十四年。普魯士先實行之。德意志全國。於千八百九十七年亦實行之。孔林革九泉有知。能無含笑。當孔林革時代。英國有哈普士者。亦唱言編纂法典。而英國終未聞有編纂法典之舉。蓋英國富於保守之精神。法典固爲切要。而舊慣又未易改除也。第十七世紀之末。有「納魯列希特」學派。即自然法學派起。其泰斗爲脫麻嘉。先是德國學者。概醉心於羅馬法。凡所謂羅馬法之規則。不問適於己國之風俗民情與否。悉尊之爲金科玉律。故其弊亦隨之而大。迨一旦脫麥糾斯出。主持自然說法。從理法上而研究之。且釐其研究之次序。而論定其規則之取捨。當普魯士之布列特立克二世。編纂蘭迭列希特法典之時。大受此學派所說之影響云。降而至第十八世紀。沿革法理之學派起。此學派之

首唱者。爲美賽及扶葛兩君。而集其大成者。乃著名之塞維尼。此學派之勢。極其盛大。一時風靡各學派。學者競步其後塵。雖英法學者。其對於塞維尼之議論。亦無敢稍施攻擊。至今日則塞維尼之勢力。漸次墜地。而依梭格及溫脫迴德之學說。反爲世所最重。此二氏均於千八百九十二年作古。若夫現存學者中。最著名者。唯有迭倫布希敗革賴革爾斯卑爾格等云。

法國及和蘭研究羅馬法之盛。既如前所述矣。雖在今日。從事研究之者。猶甚夥也。然無足介紹法律之大家。若英國則自古未出一著名羅馬法學者。唯蘇格蘭較之英倫。研究之者稍盛耳。

第一編 總論

第一章 法律

羅句語有法律意義之文字有二。Jus。曰。Lex。是也。

如前所述。古代羅馬。乃王國。其王所制定之法律曰 *Lex*。其後爲共和政治也。由貴族與平民而成之羅馬民會。決議之法律。亦稱之曰 *Lex*。以別於其餘之法律焉。其意義始雖狹隘。後亦漸變爲一般之法律。*Lex* 之語源。有二說焉。謂一說由 *Legare* 有拱聯之義 文字而出。他說則謂由 *Legare* 有讓之義 之文字而出。兩者相較。余以後說爲安。

羅句語。顯法律意義之最適切者。「耶斯」是也。此字有時指權利而用。有時指法律而用。然其有權利之意義者。非自古而然。蓋因權利之思想。至近世人文發達之時代而始生故耳。其於耶斯之語亦有二說。或謂由 *Jurare* 有所謂命令之義 之文字而出。蓋法律爲主權者之命令乎。抑爲人民間自然發達者乎。是理法學者所爭論也。而法律則主持主權者之命令。奧斯丁一派學者。欲鞏固其論據。謂 *Jus* 乃 *Judex*。即由命令之文字而出者。余則謂於古代印度 *Yu* (*Ju*) 之梵字。有關係爲妥適。抑 *Yu* 固有掛聯適合等義。又變而含秩序之義。遂生 *Ju* 之文字焉。

法律對於「言」之文字。而下最著名之定義者。爲階兒智氏。其定義曰。法律在謂善及公正之術。古來羅馬創法律之定義者。不知凡幾。而以階兒智之定義爲最著名。後世所著理法學之書。殆無不引用之。又有加詳細之批評者。此定義中。所謂善者。關於德。所謂公正者。關於正義。而曰德曰正義。皆希臘之「斯脫依克」哲學者。所熱心研究之義也。故此定義。與所謂「斯脫依克」哲學。有不可離之關係。而羅馬法之受「斯脫依克」哲學之影響。當不言而喻矣。

「斯脫依克」哲學。與羅馬法之關係。茲姑約而言之。以便初學。夫「斯脫依克」哲學。發於希臘。首唱者名賽奴。賽奴生於紀元前三百四十二年。歿於二百七十年。與支那歷史相對照。畧與秦之白起、齊之田單、趙之藺相如。同其年代。在埃及則與幾何學著名之由克立德同時。賽奴之後有克里基普。生於紀元前二百八十一年。歿於二百八年。與秦始皇同時。克氏識見高明。著作頗富。譬之孔孟之學。賽奴乃孔子而克里基普則孟子也。而克氏之勢力。極其疆盛。反有凌駕賽奴者。

「斯脫依克」哲學之始輸入羅馬者。名巴涅科斯。其後輩出者有賽涅革。摩索紐愛比克迭。馬克斯。阿勒留斯等。皆屬於此學派。

如前述階兒智。乃第一與第二世紀之交之羅馬法學者。而吸收「斯脫依克」哲學之流者也。故其於法律所下之定義。亦帶「斯脫依克」之學風。此定義五大法律家中之威配阿奴。嘗採用之。揭於耶斯地尼安法典中。學說彙纂之書首。是此定義之所以著名。而今日未之知者。則不能全其爲法律家之面目焉。

階兒智之法律定義中。公正云者。關於正義。前既言之。夫正義果何謂乎。威配阿奴答之曰。正義云者。使人恒久各得其所之意也。使人各得其所。乃「斯脫依克」哲學者。慣用之語。而威配阿奴之法律格言中。有曰生活正直。不害他人。使人各得其所。是等之語。皆淵源於「斯脫依克」之哲學焉。

何謂法律學。威配阿奴之定義曰。法律學者。審夫神事及人事。與夫正及不正之學也。此定義中之正及不正之學。與前述正義之定義。及法律之格言。彼此相應。若所

謂審夫神事及人事。人多論及之。古昔宗教與法律。無所區別。故法律學之定義。擄入知斯字句。不過爲古昔之遺物。是唱進化說之社會學者。所恒言者也。余不讓非其說。然以如斯淺陋之言。而評法律學之定義。蓋未免隔靴搔痒之譏。何則威配阿奴所下法律學之定義。與斯脫依克哲學。互有關係。故須由斯脫依克哲學之上。而下觀察焉。試觀斯脫依克哲學。克里基普所下法律之定義。其言曰法乃神事及人事之君。此種定義。揭諸耶斯地尼安法典之中。然則編纂耶斯地尼安法典之人。其重斯脫依克派哲學者如何。從可知已。又較之威配阿奴之法律學定義。則威配阿奴之重斯脫依克哲學如何。又從可知已。古來哲學者。不讀法律書。研究哲學者。亦寥寥。故羅馬法與斯脫依克哲學之關係。未易瞭然。是徵特日本爲然。歐洲各國。亦莫不爾。良可嘆也。

第二章 法律之類別

第一 公法、私法

希臘羅馬。俱分法律爲公法私法。公法者規定神聖之事物。及關於此之儀式。僧侶之職分權限。及官吏之職權等之法律也。私法則反是。乃規定私人之身分。及財產上所有權利等之法律也。此種區別。學說紛歧。然謂爲羅馬法之研究。寧謂爲關係法律哲學之問題。故余不論述之。

第二 自然法、*Jus Naturale* 萬姓法、*Jus Gentium* 市民法、*Jus civile*

此種區別。互相錯雜。至難判定。然於羅馬法實有重要者。茲概論之。如次。

威配阿奴分法律爲以上三種。格以阿士則謂。自然法與萬姓法或譯爲萬民法又有譯爲萬族通法者。

無所區別。故分法律爲市民法。及萬姓法。一名自然法。或分爲二。或分爲三。學者紛紛

聚訟。據塞維尼之說。羅馬法學者。大抵信二分之說。然賴普基哈大學長秀們德。

則謂羅馬之法學者。概信三分之說。以余觀之。羅馬古代學者。多採二分之說。若

新學者。則多採三分之說。欲徹究其理。事極繁雜。茲姑從畧。

市民法乃羅馬固有之法律。昔羅馬之市民。獨受法律之支配。故名之曰市民法。

如前述十二標之法律。即以市民法而編制爲法典者也。市民法無論何事。必貴方式。例如對於買賣奴隸。必須踐行「芒泊基係」之方式。欲踐行之。須使證人五。共預其席。又須用衡器以量物件價值之青銅重量焉。且買賣必發一定之言語。以相問答。奴隸之買賣。繁雜如斯。則解放之爲自由人。其處置亦頗繁雜。當收養螟蛉。及結婚時。亦然。是等之複雜方式及處置。在蒙昧之社會。固不得不如此。俟社會漸進步。得書文字於篇幅。以供日後稽查之便。則不獨無須如彼繁雜之法。且各人間交際頻繁之方式處置。亦漸化繁爲簡。加以市民法。僅爲支配羅馬市民之法律。外國人不能一概受其保護。後羅馬版圖日益廣濶。各國之人。陸續旅居羅馬。所有買賣等。一切法律行爲。至依市民法所未認之法而行之。於是不得不置裁判官。處理羅馬人與外國人之訴訟。或外國人所與之訴訟。此裁判官之下裁判。不泥於市民法。而本諸自然正義。及公衆利益。而以通行於一般人民之法律規則爲主眼。此即萬姓法之起源。其名稱蓋因對於市民法而起也。

羅馬著名之法典有二。一爲十二標之法律。一則耶斯地尼安法典是也。十二標之法律。乃市民法之法典。而耶斯地尼安法典。則萬姓法之法典。是研究羅馬法者之所宜留意者也。何謂自然法。威配阿奴說明之曰。自然法者。自然施教於一切動物之規則也。故自然法乃適用於一切動物之法律。不僅可施之人而已。如結婚。如養育子弟。皆宜從之。或有難之曰。如此是混同動物之本性與法律矣。以余觀之。威配阿奴之言。乃本諸「斯脫依克」哲學。據「斯脫依克」哲學者之言。天下事物。無一不從自然法之規則。而威配阿奴所下自然法之說明。即本於此。是等之說。不獨希臘哲學爲然。即東洋亦有之。老子有物混成之章。有人法地地法天。天道自然云云。莊子知北遊之篇。謂尿溺之中。亦有道存焉。又詩經「蒸民」。有天生蒸民。有物有則云云。皆同其旨。又「斯脫依克」哲學者之說。道德之大本。在於自然。人乃從自然而生活者。是與莊子駢拇篇說性命之任情。馬蹄篇亦敷衍之者。相似。威配阿奴乃羅馬法律家之中。最受「斯脫依克」哲學之感化。

者。關於種種之事項。均採用其說。自然法之說明。亦依乎此。蓋羅馬之法律家。雖不皆醉心於『斯脫依克』哲學。而自然法之思想。固非羅馬所固有。實由希臘而入者也。唯由希臘而入之哲學中。其較有強大勢力者。實推『斯脫依克』學派。故羅馬法律家。自然法之觀念。實有『斯脫依克』之學風焉。

羅馬之法律家。輒以爲人間乃爲一致之法則所支配。故人皆有爲一致之事之傾向。故法律家。欲研究自然法。不獨求之於羅馬。且須比較各國之法律。而求其通行者焉。是即自然法規則之思想所由起也。此思想與萬姓法。有密接之關係。故古代之法律家。自自然法與萬姓法爲相同者頗夥。在羅馬法學之最發達時代。如格以阿士乃保守之人物。故以同一視之。分法律爲市民法及萬姓法一名自然法二種。若夫分法律爲市民法萬姓法及自然法三種者。則威配阿奴是也。夫威配氏何以分法律爲二。據其說。奴隸乃萬國所共有。故奴隸之制度。乃萬姓法之一部。然蓋嘗乎自然。故不得爲自然法之一部。

夫萬姓法與自然。既有如斯不符之處。則安得不三分之。威配阿奴之說。於此亦受『斯脫依克』派之波及。主持國家主義之普拉圖、阿里斯度德等。亦謂奴隸之制度。合乎自然。而人世所不可缺者。惟『斯脫依克』派哲學者。則採世界主義。謂奴隸之制度。背乎自然。至於威配阿奴之三分說。亦本於此觀念焉。

威配阿奴以前之法律家。皆視自然法與萬姓法二者。爲名雖異而物則同。溯其起源。則自然法之觀念。乃由希臘哲學中之『斯脫依克』哲學而出。而萬姓法之觀念。則由社會之情事而生。前者乃抽象的。後者則具體的也。又一爲主觀的。一則客觀的也。然則自然法與萬姓法。其實本同一物。唯其觀察之方面各異。故有自然法與萬姓法之別耳。

第三 市民法、大官法。 *Jus honorarium*

有名大官法者。與市民法相對。茲所謂市民法者。與前所述者同。即民會所定法律。及舊習慣是也。大官法云者。司國家之政務。且有裁判權之大官所定之法律。

大官之重者曰『普列脫』(Praetor)『普列脫』之在職期限。乃一闌年。就職之始。頒發法令。豫告其在職中所欲執行之法律於人民。習爲常例。此等法令。所規定事項。每歲大抵相同。故稱之曰恒久令。恒久令之內容。與市民法所規定之事項不同。蓋隨社會之情事。應必要而發布者。故往往有關於外國人之事項。直如以萬姓法爲藍本者。萬姓法與大官法。其類似有如此。唯萬姓法之範圍。視大官法爲較廣耳。

第四 成文法、不文法。

何謂成文法。耶斯地尼安法典記之詳矣。蓋即貴族及平民集合之國民會。所議定之法律。及平民會所議定之法令。并元老院之決議。與夫大官所發之命令。即久令之類。并法律學者之答案。皆是也。就中唯法律學者之答案。可謂爲成文法之一部。又羅馬法律學者。無直接而作法律之權。是無待論。然若法律學者。答人之問。其答案爲裁判所所採用者。則有法律之効力。又法律學者。最初往往祇以口答。厥後則以書

爲答。此書之答。亦有法律之効力焉。

羅馬當制定十二標之法律以前。皆從習慣之法。至十二標之法律。乃純然爲成文法焉。後又有各種之成文法出。然亦不能無習慣法。雜乎其中。且羅馬又有以習慣而廢止法律者。以習慣而廢止法律。與依習慣而作法律。其理一也。惟一則爲消極者。一則爲積極者。不無稍異耳。

茲更就習慣法之所以有効力而畧述之。羅馬人所謂習慣法。與近世之所謂習慣法。其性質無異。蓋無論何國。習慣法之所以爲有効法律者。以其本諸人民之同意。即人民全體之所是故也。然亦有經立法者之手。而爲成文法者。有因裁判所而採用爲法律者。又有因人民之慣用。於不知不識之間。而成爲法律者。第一乃成文法。第二第三則習慣法也。故習慣法可大別爲二。一因裁判所而爲法律者。他則因人民之慣用而爲有効法律者。德意志學者。稱前者曰「耶勒斯典列希特」Juristenrecht。稱後者曰「弗克斯列希特」Volksrecht。英國則不用相當

其義之文字。在羅馬亦無區別之名稱。然其實物之存也。固不待言。要之習慣法。乃本諸人民之意向而生。是必不可忽者也。

習慣法所以生法律效果者。必備左列之要素。

(一) 同一之行爲。時時循環者。是即所謂習慣。其數次循環。而又有數次反之之行爲者。則其習慣法。遂歸廢滅乎。是隨其事而各異。不能概而言之也。

(二) 永遠日月之間。存其習慣。此亦無若干年月間存在之明白規定。蓋亦依其事而各異者也。

(三) 永遠之習慣關係於法律上之規則。彼無關係於法律上規則之習慣。則雖幾度循環。或永久存在。均不得爲法律例。如物價之漲落。非法律有效之習慣是也。

(四) 行爲之循環。不因乎法律之誤解。學者於此。議論互異。據迭命堡之說。雖因法律誤解之行爲。然數度循環。則有時而成爲法律。惟不能推及之。於與此相似

者耳。溫脫霞特之說。則大與相反。謂凡因法律誤解之行爲。循環至於數次。則不得復爲法律。而余之解釋羅馬法。則以溫脫霞特之說爲較妥。

(五)習慣無背乎風紀。於此有一問題。即久不適用之成文法。其自歸消滅否乎。是也。蓋不適用成文法。皆已放任。則習慣法。即隨之而起。必然之勢也。故此種問題。與得以習慣法而取消成文法否乎之問題相同。耶斯地尼安法典之學說彙編。載有法律學者。由里昂之學說曰。得以習慣法而取消成文法。然該法典之法令類典。則載有孔士坦丁皇帝所作之法令曰。習慣法。與無取消成文法之效力同。於耶斯地尼安法典中。載有如斯相牴觸之兩種法文者。可謂奇事。中古以還。羅馬法律學者。則多採左列之說。

習慣法雖有取消成文法之力。然不得以特別之習慣。而取消一般之成文法也。夫孔士坦丁皇帝之所以謂習慣法。不得取消成文法者。因特別之習慣。不得取消一般之成文法故耳。

是說頗有勢力。然法令類典。不明言爲特別之習慣者。蓋其所謂習慣。必指一般之習慣法而言。荷蘭之學者費埃脫設於千七百十四年曰。在共和政體之國。習慣法得取消成文法。君主國則大反是。何則。君主直掌握主權。非得君主之同意。則不得取消法律。故學說彙編所載。由里昂之說。不適於君主國。余以爲是說實足以調停耶斯地尼安法典外面之牴觸。按由里昂乃哈脫利安帝時代之人。此時代人民。尙未脫共和政治之思想。深信皇帝止可揮其人民所委託之權柄。此時代中由里昂之論。以爲習慣法。可以取消成文法也。固宜。若孔士坦丁皇帝。則即位於君主專制政治。殆達極致之後。故君主所制定之法律。不能因人民之習慣而消廢。可斷言也。由是觀之。照羅馬法律之沿革。古昔雖得以習慣法而取消成文法。及夫孔士坦丁皇帝之頃。則不得以習慣法而取消成文法焉。

五 人法 *Jus personarum* 物法。 *Jus rerum*

格以阿士之法學階梯。與耶斯地尼安法典之法學階梯。俱由三段而成。第一人法。

第二物法。第三訴訟 (Accionas) 是也。其中訴訟一種。即近世法律所謂助法是也。蓋羅馬法無與主法助法之名稱相當者。然當時已有其物之存在。則毋庸疑。而法學階梯。及耶斯地尼安法典。均分主法爲人法及物法之二種。而助法不與焉。人法乃關於婚姻及後見人日本民法凡孤兒寡婦不能自行管理其財產者則由戚族中擇一人使代爲管理迨孤兒成年始畀以管理之權其從戚族中選出之人稱之曰後見人之法律。而物法則關於財產契約等之法律也。格以阿士之法學階梯。及耶斯地尼安法典。皆先載人法及物法。而訴訟則最後載之。十二標之法律。則大反乎此。首載訴訟處辦之法。後載主法之規定。是以近世歐洲之法律家。於社會幼稚之時。首重助法。及人文漸次進步。則先主法焉。此種理論。歐洲最爲適用。若用之於東洋諸國。則余之所躊躇也。

第三章 法律之解釋

近世之法理學者。分法律之解釋法爲二。一曰法律的解釋。二曰學理的解釋。是也。法律的解釋。謂以法律解釋法律也。又分之爲二。一爲成文法的解釋。二則習慣法

的解釋也。若立法機關發布成文法。而解釋其餘之成文法。則謂之成文的解釋。又依習慣法而解釋成文。或解釋其餘之習慣法。則謂之習慣法的解釋。諸如此類。不獨為被解釋之法律。且為行解釋之法律。亦有法律之效。故與一私人所為之解釋不同其價值。次如學理的解釋。乃立法機關以外之解釋也。亦分之為二。一曰文字的解釋。二曰論理的解釋。又一為法文之解釋。而一則法律之精神之解釋也。

當羅馬時代。關於法律之解釋。無如此之名稱。然其實物之存。固不待言。惟在古代羅馬。則注重於文字的解釋。而輕視精神的解釋。因此之故。法律之適用上。致生不便。迨其轉而為帝政之時代也。遂專重法律之精神。據學說彙編所引用賽爾芝之言。在羅馬法律學最進步之時。其解釋法律也。不拘牽文字。乃本諸法律全體之精神。而解釋之焉。

第四章 權利

權利乃羅旬語。所謂賽塞(Sais)是也。今日各國人民。皆富於權利之感。法律上

亦規定各種之權利。然在羅馬時代。權利之思想。尙未十分發達。如十二表之法律。及耶斯地厄安法典。皆不得謂爲本諸權利思想而制定者。近世歐洲之人。所有權利思想。反依羅馬法之解釋而養成。斯亦奇矣。如前所述之羅馬人。雖注重於訴訟。然中古時代之法律家。其解釋羅馬法律之所謂訴訟。悉本諸權利之思想。而解釋之。蓋在羅馬時代。權利之思想。尙未造乎極致。然不得謂絕無之也。故中古學者。漸擴張之。迨夫今日。歐洲各國。殆無權利思想之所不及者矣。權利思想之發達。徵特爲羅馬法學者之功。且代羅馬而握歐洲之霸權。德意志人種。於權利思想。有案因焉。此素因實解釋羅馬法而來也。

近世之法律。有物權人權。債權一名之別。至羅馬法則有對物訴訟。對人訴訟之別。中古時代之羅馬法學者。其解釋之也。忽生物權人權之名稱。夫對物訴訟。從物之所在而提起之訴訟也。例如甲之物件。在乙之手中。甲對乙而興取回物件之訴。若其物既由乙而轉移於丙。則得向丙而興訟。由其結果論之。與甲向物權而興訟。蓋無以

異。故稱爲對物的訴訟也。對人訴訟者。對於人而興訴訟也。例如貸金請求之訴訟。損害賠償之訴。皆是也。因對物訴訟而保護之權利。乃中古學者之所謂對物權。即物權是也。其因對人訴訟而保護之權利。則所謂對人權。即人權是也。

第二編 物權

如前述耶斯地尼安法典之法學階梯。分爲三段。始人法。次物法。又次訴訟。而關於相續之規定。則置之物法之中。此順序。乃當時本諸羅馬人之思想而定。較之今日之研究羅馬法。似反減其便宜之趣味。故予專據近世之法理。而先叙物權人權之法。後叙親族相續及訴訟之法焉。

第一章 物權

第一節 物之爲何

羅馬法之所謂物。其意義頗廣。蓋凡有用於人。及便益於人者。悉稱之曰物。物也者。

強半得估計之以金錢。故學者多釋爲得估以金錢之物件。然必以是爲羅馬法之解釋則誤矣。蓋羅馬法尙有不能估計以金錢者。而稱爲物者。例如所謂共用物。共用物者。謂空氣流水海洋等。爲萬人所共用者。而不得估計以金錢。羅馬法則亦視之爲物之類焉。

近世之法律。以物爲權利之目的。在羅馬則權利思想。未十分發達。是以不得解釋爲權利之目的。即如空氣不得謂爲權利之目的。而羅馬法且加於物之中是也。蓋羅馬法無爲權利主體意義之文字。若強求近似之語。其唯「巴索那」Personas乎。然苟用嚴格解釋。則「巴索那」乃謂人之義。而非指權利之主體也。故如奴隸。亦入諸「巴索那」之中。夫既無爲權利主體之文字。又何有權利爲目的物之觀念乎。

第二節 物之類別

第一 有體物。無體物。

有體物。存在於客觀的之物件。即謂得以手而觸之者也。如奴隸。金銀是。無體物。

存在於主觀的之物件。即謂不得以手而觸之者也。如債權用益權是。又如相續物亦無體物也。所謂相續物者。包括人死所遺權利義務之總稱也。

古代之羅馬法。無有體物與無體物之別。至共和政治之末。而始區別之焉。

第二「里斯芒基比」(Res mancipi) 里斯涅克芒基比。(Res nec mancipi)

是爲羅馬法中僅有之區別。未易翻譯之也。里斯芒基比者。得依所謂「蒙泊基俄」Mancipatio 之方式。及擬訴棄權。(In iure cessio) 之方式。而移轉所有權之物件也。里斯列克芒基比。則不依是等方式。而得移轉所有之物件也。

「蒙西巴基俄」之方式。有足奇者。茲請叙其大畧。以十四歲以上之羅馬市民五人以上爲證。又以具相同之資格者。爲携衡人。使持青銅衡器。凡欲買物件者。進携衡人之前。對其物件而唱曰。此物件依羅馬固有之法律。爲余之物品。余依此青銅之片及衡器而買之。且以青銅之片敲衡器。青銅之片。即物件之價也。當界之賣主。夫何以知是而用青銅之片子。蓋古代羅馬。未嘗鑄錢。故以青銅片爲買

賣之媒介。其用青銅之片。須一一限於重量。此所以須用衡器也。而「里斯芒基比」乃因此「蒙西巴基俄」之方式。而轉移所有之權。故得其名焉。

茲更畧叙其擬訴棄權之方式焉。凡欲購物件者。須先赴裁判所。於裁判官前。聲名其物件。爲自己之物。裁判官即向賣主詢曰。汝對原告之請有抗辯否乎。賣主若答曰無所抗辯。或默而弗答。則裁判官即將其物件。畀與買主。即原告。是因非訴訟。唯爲擬訴訟之方式耳。即被告應原告之請。而畀與物件。故作買賣物件也。蓋「里斯芒基比」固依「蒙西巴基俄」之方式。而爲買賣。若不如是。則有無效之虞。擬訴訟權。即所以防此弊竇之制度也。

如何物件。謂爲「里斯芒基比」乎。在意大利。凡田地家屋及奴隸牛馬等。皆謂之「里斯芒基比」。概而言之。古代羅馬人所知之物件。皆謂之「里斯芒基比」。厥後征服意大利以外之土地。始爲羅馬人所知之物件。則稱之曰「里斯涅克芒基比」。在羅馬之後。世謂爲「里斯芒基比」。不動產亦含其內。若古代。則僅指動產

而言。然則後世廣其圍範。至不動產亦含其內者。無庸疑矣。又「里斯芒基比」之歷史。於羅馬財產法之沿革上。頗爲緊要。惟頗涉乎繁縟。茲姑畧之。

「里斯芒基比」與「里斯涅克芒基比」之區別。在耶斯地尼安以前。久不之用。殆歸消滅。迨至耶斯地尼安之時。更以成文法而廢止之矣。

第二 可有物與不可有物。

一 私人得有之物件。謂之可有物。不係一私人所有之物件。稱爲不可有物。不可有物。不得買賣讓與。故又稱之不通融之物。

可有物不可有物之別。載之於格以阿士之法學階梯。並耶斯地尼安法典之法學階梯之中。今請叙其大要。蓋凡分物件爲神法物與人法物二種。神法物舉爲不可有物。而人法物之中。則有可有物有不可有物焉。茲詳如左。

(甲) 神法物有三。一曰神用物。二曰安魂物。三曰神護物是也。

(一) 神用物者。合於相當之辦法。而僧侶供神之物也。例如神之殿堂地積。及其

餘凡供神用之各種器物。俱不得賣。亦不得典質。若羅馬則市民爲敵所捕者。得賣是等物件。或典質之。以爲贖回之費。

神用物。不許一私人擅行製作。必得羅馬人民之同意。發爲法律。或經元老院之決議。而後得製之焉。

(二)安魂物乃墓地。即埋葬人死體之處也。羅馬人之意。以爲墓地。乃人之魂魄居處。若讓與之。則魂魄失其居處矣。此所以不許其賣也。希臘及印度。亦嘗本諸是理。不許買賣墓地。往古且不獨墓地爲然。凡土地皆爲一村一部落之共有物。殆別之於所有權之觀念以外焉。

神用物不許一私人自由製作。而安魂物則得由一私人隨意作之。例如於自己所有地內。埋葬死體。則其土地即爲安魂之物。若共有之土地。非得共有者之同意。則不得爲安魂之物。

(三)神護物。受神之保護。與神無直接關係者也。例如市府之墻壁及門。即爲神護

物。若破壞之。則處以至重之刑罰。

(乙)人法物則與神毫無關係。列舉之則有共用物。公有物。府有物。及私有物之四種。

(一)共用物。即萬人所通共。而非人所能視為私有之財產者也。如空氣流水及海洋是。海岸之爲共有物。抑爲公有物。是於羅馬法律之原文。互相牴觸。近世之德國法。乃從羅馬法。海岸乃採用其爲公有物之說。夫海岸既爲公有物。則海洋亦必爲共用物也。故據羅馬法。無論何人。悉得使用海岸。例如取來海水。及其餘海中之砂土岩石等。皆得自由使用。如是者由今以觀。雖其草簡。在中古則因此紛議。惟此事乃關乎國際法。茲不贅述焉。

(二)公有物。謂直接爲公共之用者。凡國家之財產。大別之爲二。一爲私有財產。與尋常一般之人之私有財產無異。如官署所使用器具是也。二爲公有物。如河州港灣國道城管及率獄是也。關於公有物之規則。與關於私有財產之規則。

不同。公有物雖爲公共之物。然非人人必用之也。例如城砦牢獄等。不許供人
人之用。若港灣國道。則人人皆得而使用之矣。

公有物之性質何如。法理學者。議論互歧。某派謂公有物乃無主物。雖國家亦
不得爲其所有主。唯對之有至高之權耳。故惟國家所欲用者。而私人用之。始
可以排斥。若國家所不用。則個人皆得用之矣。個人之用之。乃從乎無主物之
規定。故首先占領之者。得以之爲自己之所有物。譬有古碧所在之土地。國家
不之用。則個人得占領之爲家屋以居住焉。德國學者喀辣。即唱是說。若夫反
對派。則謂公有物即國家之所有物。故國家得貸與私人。而收其賃金。又得自
行用之。夫公有物之性質。近世議論如斯。在羅馬時代。則未有如是之紛議也。
以余觀之。前說不適於羅馬法之精神。何則。往古無論何國。其土地非屬於部
落。即屬於村邑。未嘗有無主之物。羅馬建國之時。村邑共產之制。既歸廢滅。然
遺風猶在。故無主物之規定。不適用於土地也。

(三)府有物。市府人民得共同用之者也。夫如前述。羅馬以市府爲法人。而市府之財產有二。一爲市府之私有財產。與通常一般之人之私有財產無異。二則所謂府有物。是也。如屬於市府之演劇場。及競馬場。皆爲府有物。

(四)私有物。乃個人之私有財產。如棲息山野禽獸等無主物。得變之爲私有財產。然如前述之神法物。則不得爲私有物也。

何謂無主物。如山野禽獸海中之魚介。皆非人之所有。格以阿士之法學階梯。乃以神法物爲無主物之一。然詳晰之。無主物實非指此。乃僅指動產中之無主物而已。

第四 動產。不動產。

據英國美因之言。羅馬法有動產不動產之別。實在近世。昔雖有「里斯芒基比」與「里斯涅克芒基比」之別。然頗不便。故漸爲動產不動產之區別。第動產不動產之別。與近世法理大相徑庭。茲不贅述焉。

第五 替代物。不替代物。

如穀物、油、酒等。乃替代物。其借用之者。可以同性質同分量之物而歸還之。若夫馬及奴隸。則爲不替代物。若有借用。必以原物歸還。蓋替代物得轉移其所有權。而不替代物。則不能轉移其所有之權也。借主不過僅得使用其物件之權耳。

第六 消費物。不消費物。

物有非消費不能使用之物件。又有不消費而得使用之物件。概而言之。替代物多爲消費物。如油、酒、米是。然替代物又不可斷爲消費物也。

第七 爲主之物。爲從之物。

羅馬有主物從物之區別。有關於附從 (Accessio) 之規則焉。例如織入金絲於綢緞。則綢緞爲主物。而金絲爲從物也。

第八 可分物。不可分物。

夫萬不可分割之物件。世間殆絕無之。然分割之。則毀損物件之本質。法律上謂

之不可分物。如書畫及奴隸牛馬是也。又分割而大減價值者。亦爲不可分物。如金剛石是也。

第九 單純之物。集合之物。物之集合。

是區別之最奇者也。單純之物。謂奴隸材木及瓦石也。集合之物。謂合種種之物。而爲一者。如房屋船舶是也。至物之集合。則集種種之物。而立於一名稱之下。即謂羊羣。圖書館。書畫室等是也。

夫所謂物之集合。目物之全體爲一物乎。抑將目爲數物乎。學者久無定論。據羅馬之訴訟處置。於取回羊羣之訴訟。乃以羊羣爲一物。夫既以助法而爲一物。則主法亦自當目之爲一物。今則就羊一匹而言。其各別之所有權。固得同時存在也。

物之集合 (Universitas facti) 有稱爲權義之集合 (Universitas iura) 者。例如相續物即權義之集合也。蓋有死者。則其積極之財產。與消極之財產。均謂之相

續物。又子孫奴隸之特有權。(peculium)乃權義之集合。在羅馬法。財產悉屬於家主。然子孫奴隸亦得蓄特有之產。又嫁時賸資亦爲權義之集合。當少女結婚。所賸之金。及其餘牛馬犬豕之類。總稱之曰脫斯。(Dos)余譯爲嫁時賸資。嫁時賸資。實由各種權利義務而成。故法律上目之爲一物也。

物之集合。與權義之集合。其別何如。學者之議論又紛紜。德國著名學者卑哈曼謂物之集合因人之意思。而目各種之物爲一。而權義之集合。則因法律之力。而目種種物件爲一也。其反對是說者。則謂權義之集合。乃異種物件之集合。而物件之集合。則同種物件之集合也。此兩說之中。余信卑氏之說爲尤正。何則。雖權義之集合。其實際亦有爲同種物件之集合故也。如以羊羣爲嫁時賸資。亦不失爲權義之集合是也。

第二章 物權人權之區別。并所有權。

羅馬無相當於物權人權之文字。羅旬語雖有「耶斯映拉摩」Jus in rem「耶斯映巴

索那摩 *Plus in personam* 之文字。此究不過中古時代之學者。因譯羅馬法律而用之。非羅馬所固有也。然羅馬之認物權人權之區別。則毋庸置疑。物權即因對物訴訟 (*Actio in rem*) 而保護之。人權則因對人訴訟 (*Actio in personam*) 而保護之。是也。羅馬法律之所有權何如。須從歷史上觀察之。今曠觀各國財產法之歷史。凡個人之財產。其發達之率。皆極遲。蓋在上古時代。一村邑一部落之財產。最先發達。其財產多關於土地者。英語謂之孔芒斯 (*Commons*)。今日猶有其遺物焉。例如同爲漁業。同營牧畜等等之權利。皆習焉而存是也。又現今倫敦之市。有所謂孔芒斯公園。即其舊跡。德國又有爾們脫 (*Allmende*) 之語。法國有維奴泊料 (*Vaine pasture*) 之語。其義皆與英語之孔芒斯相脗合。其爲上古之村邑共產制之遺物信矣。古昔日本亦有二村以上之人民。於一山林共同採伐樹木者。或拾取落葉者。是亦不外村邑共產制之遺物。又古昔羅馬人之生活於村邑共產制之下者。其證據不遺枚舉。如羅馬無指示土地所有權之文字。所謂財產權僅關係於奴隸家畜等。其一例

也。

羅馬之制。各項財產。全屬於家畜。而非屬於個人者。是古代人民腦中所有之思想也。據十二標之法律。宗族及同姓之人。皆有相續之權。是亦關乎村邑共產制者。概而言之。非由村邑共產制。一躍而爲個人主義。大約其間。無不經過家族制度之時代。而關於羅馬財產之規則。亦從此順序而發達。即宗族及同姓人之有相續權者。亦不外乎家族制度而已。

個人制度。在羅馬不得謂爲完備。然關於子孫之特有產。則認爲個人之所有權也。又家主管理家族之財產。似專屬於自己一人。然據羅馬末葉之法律。則家主得贈其遺產於其餘家族。關於遺贈各節。後當詳言之。

古昔羅馬所有權。轉移之法。頗爲繁雜。因而生出最奇之結果。則二種所有權之發達。是也。如前章所述羅馬法。分物爲『里斯涅克芒基比』。『里斯涅克芒基比』之二種。就中『里斯涅克芒基比』不用何等方式。僅因引渡而轉移其所有之權。故其事實極

爲單簡。若『里斯芒基泊』則非因『芒基泊倭』之買賣式。或擬訴棄權之方式。究不得轉移其所有權也。蓋引渡爲自然獲得之一種。即本諸萬姓法之獲得方法也。芒基泊倭之買賣式。及擬訴棄權之方式。則大反乎此。蓋本諸市民法之獲得方法之一種也。故『里斯芒基比』不依市民法之獲得方法。不得轉移完全之所有權。即市民法之所有權也。然『芒基比俄』之買賣式。及擬訴訟權之方式。處辦俱極繁雜。故多避而弗用。其僅因引渡而轉移所有之權者。則又不能轉移真正之所有權。於是法律於定期之間而占有之者。則許以獲得所有之權。據古代之羅馬法律。其時效(Uauepio)之年限。關於不動產者。限二年。關於動產者。限一年。尋樣。武芝卡彼之字義。一式芒之乃處屬之意。卡彼則如前述由克專而出。蓋捉捕之意也。時效之規則。利用於『里斯芒基比』之買賣。可謂奇極。近世之法律。則用時效之規則。俾於所有權不確定之時。而確定之焉。若古代羅馬之時效。一方雖有與近世時效相同之目的。而他方則又有相異之目的。蓋時效之規則。用爲買賣之具者也。約而言之。轉移『里斯芒基比』之所有權。而履行『芒基比俄』

之買賣式。或擬訴棄權之方式。則頗爲繁雜。故合引渡與時效而併用之焉。如是處辦。似頗離奇。然不獨財產爲然。即婚姻之時亦用之。則尤可驚矣。婚姻之事後編更詳論之。

『里斯芒基比』之買賣經過時效年限以前。賣主欲向買主取回物件者。當此之時。買主雖受物件之引渡。然時效之年限。尙未經過。則不能得民法上之所有權。而賣主反有真正之所有權。由民法上。而論其物件。不可不還之於賣主。羅馬之裁判官。所以補市民法之缺點。買主得提出抗辯。以拒賣主之請。然則時效之年限。尙未經過。因第三者而奪取物件。又如何而可乎。據市民法。買主未得所有權。故不能遽與取回所有權之訴訟。若依賴賣主而與訴訟。則有與第三者共謀而不應之處。於是羅馬之裁判官。欲保護買主。得以買主之名義。而提起訴訟。無論買主經過時效之年限與否。均得提起訴訟。要而言之。凡轉移『里斯芒基比』者。雖併用引渡與時效之規則。然不得謂爲完全。故以裁判官而補其缺點焉。羅馬之所有權。截然

爲二者。職是故也。即一爲市民法之所有權。一則裁判官所作之法律。即大官法之所有權也。若此兩所有權。互相抵觸。則大官法之所有權。乃可以制勝。比之英國。類乎普通法之所有權。及平衡法之所有權。在英國普通法與平衡法相衝突者。必歸勝於平衡法。此種區別。今雖廢止。其實則猶存也。羅馬市民法所有權。與大官法所有權之區別。亦如斯耳。惟此種區別。至耶斯地尼安時代。則已公然廢止矣。

第三章 占有

第一節 總說

法理學與羅馬法。於占有之問題。皆最爲困難。著書論文。關於此事者。頗爲不少。然其是非得失。有未可遽爾論定者。德國有著名塞維尼之占有論。千八百三年印第一版。千八百六十五年印第七版。由第一版印出至第七版印出。凡六十餘年間。與之相頡頏之論文。殆絕無焉。其能與之雁行者。僅有佈倫士之論文。千八百四十一年出版。已耳。其餘皆徒拾塞維尼之糟粕而已。無一能出新機軸者。至近世關於占有之論文。流行一時。甲論乙駁。不遑枚舉。就

中著名者。爲蘭特之占有論。及梅雲脫。卑卡。愛林革等之論文。愛林革出三種論文。均爲世所稱許。而佈倫士亦嘗著第二之論文。欲詳叙占有之事。當先舉一二實例以證之。在羅馬之法律。乃以質取主爲占有者。又於一物件甲乙互爭者。至其爭之結局。使丙保管其物。稱之爲爭物之保管。是時丙即保管者即爲占有者。然據羅馬法律。當使用借貸之時。貸主乃爲通常物件之所有者。而又占有之者也。借主則僅握有之已耳。據有云者。乃近世所用之羅句語。而謂爲『迭典西俄』(Dexantio)者也。『迭典西俄』之文字。雖爲羅句語。實則往昔羅馬人之所用羅馬法律。凡寄託之時。物件之受寄者。非爲占有。不過握有已耳。又貸借貸之時。貸貸主爲占有者。而借主亦不過握有其物件耳。此外類此者頗多。不遑悉舉。以此類推之可也。

占有之爲言。一面與所有異。一面又與握有異。占有與握有。必詳爲區別。蓋占有受法律之保護處甚多。而握有受法律之保護處甚少。至占有與握有之區別。則於次節論之。蓋先就占有之爲事實。抑爲權利。而言之。夫占有之爲事實。抑爲權利。古來

學者異論紛歧。然在羅馬法。視爲事實。則勿庸疑也。

第二節 占有及握有之根本的性質

欲解釋占有與握有之根本的性質。須先決占有以何如之意思爲必要。其組成占有者何乎。無論何人。莫不知其爲體素與心素之二。體素乃形而下之原素。而保有物件。且排斥他人者也。欲獲占有。此實爲其必要。然據學者之說。則一旦欲保全所獲之占有。惟以意思爲足。是羅馬法原文所嘗言也。至心素則形而上之原素。不外指畫而言而已。然占有之意思爲何如種類之意思乎。學者又議論紛紜。莫衷一是。今果能決此問題。則占有之性質自明。占有與握有之區別。亦自判然矣。

關於占有意思之學說。大別爲二。一曰主觀說。又稱意思說。二曰客觀說。其竭力主持主觀說者。乃塞維尼之議論。而唱客觀說以與反抗者。則愛林革氏也。茲就主觀說及客觀說而縱論之。

一、塞維尼之說。據塞維尼派之說。占有所必須之意思。乃「阿尼摩士脫米尼」(Animo)。

res solani) 即所有者之意也。詳言之。則所有者。欲占有物件之意也。然通覽羅馬法之正文。則無「阿尼摩士脫米尼」之熟字。故有時單用「阿尼摩士」之字。又有時僅用「阿尼摩士波希典基」(*Animus possidentis*) 「阿尼摩士波希典基」(*Animus possidenti*) 「波希典基阿飛克」(*Possidenti Affectus*) 等之熟字。而未嘗不用「阿尼摩士脫米尼」之語也。然據塞維尼之說。是等文字。皆指「阿尼摩士脫米尼」即所有者意思之義也。

塞維尼派之學者。尙用「阿尼摩士列摩希費哈便迭」(*Animus rem Sibi habenti*) 之文字。直譯之則謂因自己所持物體之意義也。而塞維尼則於所有者之意思。及爲自己而所持物件之意思。同一視之。然是二者。果爲同與否。仍爲未定之問題。又「阿尼摩士列摩希費哈便迭」之文字。雖亦爲羅甸語。然羅馬法之正文。則無此字。不過註釋家用之已耳。塞維尼嘗言。占有必含所有者之意。而握有則否。夫羅馬法之正文。如前所述。乃不能見所有者之意思。彼塞維尼。則私心自用。爲其立論之根。

據。遇有不得適用其說者。則擴諸原則之外焉。

二、溫脫震特之說。是說謂占有不獨無須爲所有者之意思。且不須知所有者管理物件之意思也。唯目爲因所有者而獨占物之管理之意思。其庶幾乎。蓋溫脫震特等之說。固由塞維尼派之說而改良者也。然由其說之實質而觀察。則與塞維尼派之說。大相類似。是故塞維尼之說。謂其誤於實質。而溫脫震特之說。遂一躍不據焉。然曰塞維尼曰溫脫震特。其爲區別占有與握有之意思之標準。則一也。

三、迭命堡之說。迭命堡曰。占有所須之意思。非爲所有者之意思。又非行所有權之意思。實因自己管理物件之意思也。當占有之時。雖爲切要。若在握有。則不爲切要。故因他人而有管理物件之意思者。苟從迭命堡之言。則爲握有者。而非占有者矣。是說也。亦一種之主觀說。而區別占有與握有。以標其意思。較之塞維尼及溫脫震特之說。爲稍近於客觀者也。

四、愛林章之說。愛林章之客觀說。視迭命堡之說爲進一步。據迭氏之說。占有屬

必須者。在自己管理物件之時。而愛氏之說。則反此。謂不以因自己爲要。不問何人。苟有管理物件之意。斯可以爲占有矣。

愛林革區別握有爲有對握有與無對握有者二種。無對握有者。不認他人之占有。而保有一物件。例如占領寺院之建地。及墓地等。是也。寺院之建地。及墓地等。法律上不得買賣。蓋即不融通之物也。夫既爲不融通之物。縱令占領之。亦不受法律上之保護。然由法律上觀之。止於握有物件已耳。有對握有者。有一物件於此。他真正之占有者。置之不認。而我暫視爲己有。此即所謂握有也。例如借用他人之物。即爲握有者。何則。認他爲真正之占有者故也。彼物件之貸主。轉不得爲真正之占有者矣。據愛林革之說。握有亦由體的要素。與心的要素而組成。其於握有之意志。與占有之意志。固二而一者也。形而上之原素。即主觀的原素。二者毫無差異。然則所以一面爲占有。而一面爲握有者。將何以判之乎。無他。握有爲外部之故障所割。不能終占有之。占有與握有之區別。必以客觀的原素。即事實爲標準。如前述塞維尼

區別占有與握有。其意固無所異也。世人往往誤謂愛氏之說。爲僅屬法理上之議論。而無關於羅馬法律。是豈知愛林革。而愛氏之解釋羅馬法。固嘗唱道之。且自明其事焉。

其公然辯駁愛塞兩氏之說者。始於千八百四十六年。惟其著述之出。則在千八百八十九年。即相距四十餘載之後也。至近來塞維尼之說。遂日衰。而愛林革之說。則日盛。愛氏爲克新根大學之教授。其抱負極宏。而塞維尼之後。所興之學派。則大言炎炎。謂不可措我而他求。蓋塞愛兩氏。俱爲學者社會之豪傑。而卓然自立者也。若僅就占有之意思而言。始則塞維尼之說。風靡世界。至今日則愛氏之說。漸有恣其勢力之概。然適合於羅馬之精神。且無背於其正文者。果爲客觀說。抑爲主觀說乎。是又宜悉心研究之問題也。即令以主觀說爲善。然當採溫脫特之說乎。抑當採孫會靈之說乎。是亦須研究之問題也。

按羅羅馬法之實例。客觀說可謂勝於主觀說矣。即揭占有之實例。與握有之實例。

比較而推考之。若取主觀說。究未能貫徹。故不如惟以客觀說而解釋之。蓋羅馬果饒於實務之才。而乏於學術之才。往古之時。未嘗有就抽象的而研究占有之意思。而切要說明者。唯每當爭端之起。判斷其爲占有與否。其爲占有者。則從而保護之耳。意者古之羅馬人。雖未能理解客觀說。而實則已隱隱而實行之矣。然其跨第二世紀。與第三世紀。聲名鼎盛。推爲五大法律家之一人之派爾。則始唱主觀說焉。據其言占有須爲占有者之意思。而耕作代理人。及他人之土地之農夫。則無如斯之意志。故不得爲占有。然所謂占有者之意思。果何如乎。即派爾亦未說明。派爾在時。或已說明。亦未可知。唯其遺稿。未曾登載爲可恨耳。且當此時代。於占有之意思。他人亦無說明之者。所以直至今日。學說紛然而未有定也。

第三節 占有及握有之保護

占有及握有所通行之訴權。即關於對身私犯之訴權也。而占有於此之外。又受「曠他迭克達摩」(Interdictum)之保護。曠他迭克達摩者。帶有公之性質。其詳容

述之於後。惟受「啖他迭克達摩」之保護者。不僮占有爲然。公共土地之握有。亦受此保護。若占有者。則惟於占有而受特別之「啖他迭克達摩」之保護也。

占有何爲而保護之乎。羅馬法保護占有之目的有二。列之如左。

一、羅馬之保護占有。係因維持秩序。蓋「啖他迭克達摩」之目的。在維持社會之秩序也。故法律上保護占有之目的。亦不得不謂爲維持秩序。

二、保護占有。因使不受對身私犯也。故凡侵害占有者得與對身私犯之訴訟。德國哲學者康脫氏。論保護占有之目的曰。保護占有者。所以保護自由之意也。凡人自由之意。及於物件之上者頗夥。法律則保護人之自由之結果。遂至必占有其物件。而一保護之。是固純然法理上之議論。然羅馬法之因使不受對身私犯而保護占有者。亦不外是也。

以余所見。羅馬法之所以保護占有者。如右舉之二。古來雖有唱異此之說者。蓋姑從略。

第四節 關於占有及握有之各種相異之類別

占有及握有之性質區別。及保護之理由。如前所述。茲更明各種之類別。占有及握有之規則焉。

(甲) 占有之時。

第一布列革留。(Precarium) 即容假之占有也。容假之占有。謂因其請求則耐與物品之約束而權行占有之謂也。例如羅馬之貴族。貸與其所有土地。於所謂克利英迭士之一種賤民是也。昔羅馬之貴族。占領公地之一部。不自耕作。貸與出入其家之賤民。不受酬報。其貴族無論何時。得以隨意索回。賤民耕作如斯之土地者。名之曰法律上容假之占有。蓋即占有之一種也。夫容假之爲占有。由羅馬貴族與賤民之關係而生。即因古代羅馬中特別之狀態者。而在現今之法律。則可謂爲迂遠矣。

第二則典質契約也。在典質契約之時。質取主爲占有者。徵諸羅馬法之正文。固無

可疑。然是亦無所有者之意。且無行其所有權之意也。

第三關於一物。甲乙有所爭論之時。則使丙從而保管之。謂之保管爭物。是時占有者。即丙。而無所有者之意。及行其所有權之意也。

以上三種情形。占有者均無所有者之意。又無行其所有權之意。故溫脫霞特等以之爲原則之例外也。然欲考其何故而設此等之例外乎。則鮮有能言之者。迭侖堡謂占有所必要之意。乃因自己而支配物件之意。由是觀之。以上三種情形。不爲原則之例外。得稍免非難矣。

第四永借權者。其有占有與否。學者議論紛紜。然羅馬法學者。多謂爲可以占有。唯溫脫霞特派學者。則不以爲占有者焉。

第五地上權者。其有占有與否。據迭侖堡之說。乃有占有者。而溫脫霞特之說。則謂非占有者也。又據愛林革之說。地上權者於某種情形。乃物件之占有者。而於其他。則爲權利之占有者也。

第六所有者之意。即有純然之「阿尼摩士脫米尼」(Animus domini)而處置他人之物件。與我物相同者。亦爲占有者。此種占有者。世多有之。然是種之占有。非真正之所有主也。例如盜賊。即處置他人之物。與我物相同者。然非法律上真正之所有者。惟猶得謂爲占有已耳。

據右舉者考之。羅馬法律之所謂占有。非悉以所有者之意。及行其所有權之意爲切要。惟於某種之占有。而偶現如斯之意耳。

(乙)握有之時

第一。在使用借貸之時。則貸主乃所有者。且爲占有者。而借主則僅爲握有者耳。

第二。寄託之時。是亦物件之受託者。故同爲握有者。

第三。則賃借貸之時也。此時占有者。乃賃貸主。而賃借主。則爲物件之握有者。

第四。家子及奴隸。保管物件之時。是非法律上完全之占有。而自然之占有。蓋即握有也。

第五占領寺院之建地及墓地。非法律上占有者。特爲握有者耳。

第四章 地役權

羅馬法於地役權之規定。與近世之法律。無甚差異。不必詳爲說明。茲就其性質言之。地役權者。非所有權之分支權。而一種特別之物權也。譬有一蛇於茲。以石抑其尾。自不能振動。然不得以其蛇爲無尾也。特其尾不能動耳。所有權亦若是也。他人有地役權於己之所有物之上。則所有權即略受限制。不得完全。故地役權者。非所有權之分支權。而實限制他人之行使所有權之一種物權也。

羅馬法所認爲地役權之種類。有限與否。學者議論紛紜。據余所考。種類雖有限。而法律則漸有多其種類之傾向焉。例如關於木石牧畜等之地役權。於古代羅馬法。不甚發達。迨成帝政。則列於地役主之中。然其效力固甚微。未能十分發達也。地役權與近世法律所異甚鮮。容有所異。然無可述之趣味。茲從略焉。

第五章 用益權使用權及居住權

用益權羅旬語曰「唔斯夫拉克達司」(Usufructus)使用權曰「唔支斯」(Uaus)
居住權曰「哈卑達基俄」(Habitatio)

五大法律家中之一人之卑爾士其定用益權之義曰用益權者得使用之且爲獲益之權利而無害物件之本質也。用益權與所有權得互相分離者也。例如甲瀕於死。遺言與所有地之用益權於乙。而丙與其所有權者。則乙有用益權。丙有所有權。斯時丙之所有權。謂之虛有權。(Nuda Proprietas)蓋丙雖有所有權。唯其名爲然耳。實則不能行使故也。日本有濫用虛有權文字之習。然解釋羅馬法。則以此爲限也。

用益權得因遺言而定。又得因相約而定。又得設定於土地及建物之上。與奴隸並獸類之上。於奴隸而設定用益之權。奴隸生子。其子不得收益。故歸奴隸之所有主。而不屬於有用益權之人。在獸類。則其子得入於收益之中。用益權者之爲物。例如一匹牝牛。有其用益之權。迨其牝牛產犢。則爲用益權者之所有是也。

據古之法律。不許於金錢之上而設定用益之權。後則得以元老院之決議而設定之。第若此者。不稱爲用益權。而稱準用益權 (Quasi Usufructus) 焉。於金錢而設定準用益權。無須納交現金。得讓與債權。以設定準用益權。譬有甲於茲。由乙取保證。而讓與已之債權。以已贖所約之期。直使退還債權者。則乙於其期內。得向負債者。請求利息。然乙固保證於甲。而擔負退還債權之義務者也。故乙之債權不爲永續。蓋乙非純粹之所有者。不過爲有準用益權之人耳。

要而言之。用益權爲使用物件。且得其收益之權。然又有單使用物件之權利。謂之使用權。然握有土地之使用權者。於其果實花卉及草木。限於供自己家族並賓客之用。乃得收取。唯然凡非有收益之權者。不得取果實花卉而售之也。

使用權不許舉而售之他人。及讓與之。是法律之所禁也。
家屋之有使用權者。唯自身得使用之。無使他人而使用之之權也。且其家族或賓客相與使用之。而毫無不可也。

茲更就居住之權而言。在羅馬凡家屋之居住權。乃與用益權或使用權相異之一種權利也。而執有此種權利者。不獨得居住於其家屋。且得賃貸之於他人。然據羅馬之習慣。則不受酬報而賃之於他人也。

第六章 永借權地上權

永借權 (Emphyteusis) 謂無期永遠。或附以長久期限。而借土地及房屋之權利也。永借權之區域。頗爲廣濶。而髣髴於所有權。然無破壞借用之房屋。或售出土地之權利。固不待言。此外其行使權利。殆無限制焉。

永借權者。一面有如斯廣大之權利。一面又必支給租金與所有主。且售與其權利於他人者。必通知之於所有主。其受此通知之所有主。有先他人而買之之權利。故所有主之不買者。永借權者始得售其權利於他人。是時所有主。有受其價金百分之二之權利。由通常買主而支給之。稱之曰『辣迭基倭』 (Laudesimum) 又若永借權者。三年間不納交租金者。則所有主得沒收其權利。而羅馬法律之所謂永借權。

雖主關於土地。而亦關於房屋也。

地上權主關係於房屋者。在羅馬。已無土地。欲建築者。須先納租金。由人租借土地。是家屋祇爲其一部。故其家屋仍歸於所有主也。然地之借主。固住居於其房屋。且殆有所有主同一之權利。稱此權利曰地上權。地上權者。關係繁冗。茲姑從略。

第七章 物權獲得之方法

一 先占

先占適用於無主物之獲得方法。凡人於先占無主物以爲自己物之意者。則爲其物之所有主。如馴養之鳥獸。概非無主物。故雖捕獲。亦不得爲其所有主。然如山野之鳥獸。及海中魚介之類。則得爲捕獲者之所有物也。

土地之所有主。雖得禁他人出入於其地。然不拘禁令。侵入其內。而捕獲鳥獸者。則得以之爲所有物。此規則不可適用於埋藏物 (Trespass) 也。埋藏物者。謂寶玉金銀之類。曾屬人之所有。而久埋藏於土地之內。致不明其所有主者是也。據

羅馬古代之法律。埋藏物屬於所有主。然其後至哈脫利安皇帝時。大易其旨。人若於己之所有地。而發見埋藏物。則爲其所有主。又在神社之境內。或墓地。而發見埋藏物者。亦然。若於他人所有地內。而發見之者。則爲發見者之所有。其一半則歸所有主焉。又或屬於羅馬皇帝之土地。屬於市府之土地。而發見之者。亦半屬皇帝。或市府。半歸發見者之所有焉。

二 附隨

例如河岸之地。從土壤之積。逐漸增加。即附隨之一也。然因激急之洪水。漂流地面。附着於他地面。則不在此例。又河中生洲。其洲地分屬於兩岸所有主。若在近於其一方河岸而生者。則專屬於近岸之所有主。又河流分而爲二。至下流而再合。則其中間之地。不適用之。蓋中間之地。依然屬於舊所有主也。

以他人材料。建設房屋於己地。其房屋須屬於土地之所有主。然材料之所有主。決不失其所有之權。故及其房屋破壞。得以取回其材料焉。惟其房屋存在之時。

不能請其毀壞。而收回其材料也。然得請給其材料價額之二倍。如是者。失其材料之所有權。固無待論矣。

又草木亦附隨於土地。若以甲地之草木。而移植於乙之地面。既生根蒂者。則爲乙之所有物。又以甲所有之種。播諸乙之地面。亦如是。若甲以善意而占有其土地。以播種子者。則乙非支給價金。不得收其穀物。

又關於動產。亦適用附隨之規則。例如甲將乙所有紫色之絲。而縫入己之衣服。則紫色之絲。即從附隨之規則。而爲衣服之一部分。然乙得訟甲爲盜竊。并得請求賠償損害也。其關於竊盜之事。詳之於後。在羅馬。則以之爲私犯之一。而使受民法上之裁制。又紙上記金文字者。則其金文字。即附隨於紙。然描畫於畫面者。則以畫爲主物。以畫布爲從物。是法律上特別之規定。乃羅馬法律家之所述也。

三、加工

加工。謂操務於他人財產之上。而別行造出新財產也。此造出之財產。屬於材料

之所有主乎。抑歸加工者之所有乎。此法律之當否。理法學者議論紛紜。其在羅馬。夙有兩派學者。一曰普洛古士派。一曰薩比奴士派。普派謂此物非屬於材料之所有主。而屬於加工者。薩派則謂須歸之材料之所有主。耶斯地尼安之時。折衷兩派之說。若其物件得復舊狀。則屬於其材料之所有主。如不能復舊狀。則屬於加工者。又加工者。用己之材料。與他人之材料。而製作新物件者。則屬於加工者之所有。

四 混同

在羅馬法。就一人之材料。與他人之材料。以兩面之同意而混同者。其混同之物。爲兩人之所共有。例如合酒及金屬之類。即得適此原則也。又取兩人之材料。以兩人之同意。而製造一相異之物者。亦得適用同一之原則。例如取金銀而混舍之。以製一種相異之物。即爲共有物。又不依兩人之同意。因不慮之事件。而二人之物件。兩相混同者。亦須適用同一之原則。

五 混合

混合與混同稍異。混同既如前述。關於酒及金屬之類。混合則關於穀類也。在羅屬于斯二者。立有區別。今使關兩人之穀物。以同意而相混合。則其穀物固爲兩人之所共有。若不依兩人之同意。因一人之專斷。或不慮之事件。而相混合者。則其穀物。即不爲兩人之共有。而其配分之法。一任裁判官。是即混同之所以異于混合也。第其規則之得失。則屬于他問題耳。

六 收益之獲得

握有用益權者。有獲得收益之權利。前既述之。然用益權者之外。猶有非物件之所有主。而獲得收益者。例如以善意而占有他人之物件者是也。以善意而占有他人之物件。所獲得之收益。縱已消費。亦無須賠償。唯返還現有之收益可耳。若所有主。既已興訟。請其退還物件。而達于爭訟期者。則其後占有者所獲得之收益。必還之所有主。若使消費。則必擔其賠償損害之義務。且占有者加之相當之

注意。則所獲得之收益價金。亦必支給于所有主。又收益之獲得。羅馬法律之規則。未經明揭。故學者議論紛歧。余茲就最妥者叙之焉。

七 「滿知巴基瓦」之方式

八 擬訴棄權之方式

擬訴棄權之方式。與「滿知巴基瓦」之方式。前章既詳述之。今特數其可爲物權獲得之一方法耳。

九 引渡

引渡者。謂以轉移所有權之意志。而與占有也。凡行引渡。不必由己手而引渡物件於他人之手。雖稍在遠方之物件。亦得由一人而向他人而與其占有。要之使欲爲所有主者而獲得占有而已。又物件之賃借主。購得其物件。則賣主雖不別爲引渡之辦法。然明其欲售與之意志。引渡之事乃完。稱之曰略式之引渡。又如售倉庫中之物者。僅引渡其鍵。則不須引渡物件之全體也。

十 分配之聲明

所謂分配之聲明者。即於分配共有物之訴訟之分配聲明也。若其共有之物件。易于分配者。則裁判官可分配之于各訴訟人。至其難分配者。則分配未能平等。或彼多而此少。亦無妨也。例如分配共有地。以洩貫其中之川爲境界。右與甲左與乙。即其例也。然受多量之分配者。須應其所多之率。而給與償金於受少量之分配者。此所以保其權衡也。又因不能分割之物件。遂致一方與訟者。當使對他之一方給與償金。例如分配所共有之金剛石是也。

如斯分配之聲明。與通常之裁判不同。通常之裁判。無論原告獲勝被告獲勝。俱確認其存在之權利。而非始設權利也。若分配之聲明。則廢其共有權。而以一獨立權利而代之者也。

十一 時效

時效有兩種功用。即於一方補其取獲所有權方法之闕點。一方則簡易證明所

有之權者也。蓋在羅馬法。因法律之規定。而處理所有權之轉移。未免闕失。又讓與者非所有之人。則無完全所有權之移轉。故當此之時。於一定期間。備時效所必須之條件。而繼續占有者。遂得取獲完全之所有權。是第一之功用也。又據羅馬法之規定。欲與收回所有權之訴訟者。必證明原權者（即所有權讓與人）之權利正當與否。而已之所有權之正當與否。亦於是證明。證明之法。必溯夫取獲原始所有權之人而證明之。若其所有之權。屢移轉者。則未易證明。是時所有者。備時效所必須之條件。而證明繼續占有者。得以代所有權之證明。此第二之效用也。

時效分之爲二。一曰「唔斯格培」(Usucapio) 一曰「普列斯克基」(Prescription)。「唔斯格培」乃市民法上之時效。惟可用於動產及意大利國內之土地。并羅馬之市民已耳。蓋據市民法之規定。彼「里斯基基比」非踐彼「世基比俄」之辦法。則不能讓與其所有之權。又非所有者。而讓與所有之權。則所有權亦無爲

之轉移者。又因先占而取獲所有之權。則其目的物。須爲無主之物乃可。苟關是等之要件。則取獲所有之權。未免多所窒礙耳。若斯時。所有權之取得者。不知其有所窒礙。而因正當之權原。可以占有目的之物。然究不得而移轉完全之所有權也。唯於一定之期。因繼續其占有。而始獲完全之所有權。其年限在動產爲一年。在土地則爲二年。

「普列斯克利普基」乃取得州之土地時效也。在羅馬古代。州之土地屬于國領。而不認法律上個人之所有權。實則私人所有之。亦得買賣或贈與也。而因正當之權原且以善意。而取獲州之土地。于一定之年限間而占有之者。則司州裁判權之知事。須認其權利而保護之。此裁判官法之所有權之所由生也。其年限因當事者住居于同州與否而差。在同州爲十年。而異州則爲二十年。

始夫耶斯地尼安帝。又折衷此兩種時效。而新立一時效之制度。改動產時效之期。爲三年。而土地時效之期。則無論意大利國之土地。奧州之土地。凡居于同州

者。爲十年。居于他州者。爲二十年。其時效。同于從來之時效。取獲之原因。必爲正權原。（正權原謂無他人可爲窒礙之關點。而足移所有權之原因。如買賣及贈與是也。）其餘取獲者。必爲善意。目的物必爲通融物。且據十二銅標以來之規定。藏品或以暴力而占有之土地。雖具備正權原。或善意之條件。亦不得依時效而取獲也。

以上所舉制度。名曰通常之時效。而耶斯地尼安法典。則別有一種制度。名曰非常之時效。其年限爲三十年。或四十年。而其目的物。則不得因通常時效而取獲之物。即藏品及以暴力而奪獲之土地也。第關此無須正權原之存。而占有者之善意。則當視爲切要也。

第三編 債權

第一章 法律行爲

第一節 法律行為之義意

法律行為。謂以生法律上之效果爲目的之行為也。據某學者言。法律行為。乃以生權利關係爲目的之行為。蓋法律行為之觀念。至輒近而後發達者。此事學者議論紛紜。欲下定義。自不得無種種之見解。法律行為之語。乃德國學者所用之語。在德語謂之「列希特格霞夫特」(Rechtsgeschäft)法語謂之「阿克特糾立基克」(Acte juridique)英語昔謂之「特蘭沙克相」(Transaction)近則多用「糾利斯基克阿克特」(Juristic act)此語之起源何如。學者亦議論紛歧。莫衷一是焉。

其在羅馬。有法律之行為存焉。固勿庸疑者也。然欲求其相當之名稱。則未嘗有通用之者。唯各種之法律行為。各有其名稱耳。例如有要式之口約。使用借貸。及消費借貸等之名稱。皆總括是等之名稱。而不通行者也。強爲判斷。則「奈葛糾摩」(Nehem)之語。略足以當之。然以法律行為之語比之。則於某事所含之意義太廣。於他事則又太狹。耶斯地尼安法典中有「阿克賴格基」(Actus legitimi)之語。此

與法律行爲亦有同一之義意。然據某派學者之言。則謂僅限於市民法所認爲法律之行爲也。然此語未能通用。不過存於法典中之一條已耳。

在羅馬法律。於法律行爲之理論。未十分發達。茲就近世之法律行爲。與羅馬法之關係。而叙之焉。

註釋羅馬法規則之學者。分法律行爲爲無數種類。然與近世之法律毫無所異。其名稱唯羅甸語有之。茲姑從略。

第二節 表示意思

表示意思之語。在羅馬法無相當之文字。且關此理論。亦不發達。然所以表示其意思者。則固存在也。

法律行爲。即表示意思之結果。或有以法律行爲謂爲表示意思之自身者。余以爲謂之爲表示意思之結果則較妥。夫表示意思。有必以方式者。有不必者。其必以方式者。非踐行其方式。則不成爲法律行爲。例如遺言即如是也。又在羅馬之市民法。

凡法律行爲。莫不以方式爲必要。不獨羅馬爲然。他國往古。亦莫不然。從文物制度之開化。始漸注重於當事者之意思。蓋方式爲表示意思之具。拘泥之則有誤事之虞。故至後世。遂注重於意思。英國學者美因氏之古代法中。嘗論法律之沿革。乃由方式而移於意思。羅馬亦然。上古頗重方式。然其後萬姓法之法律行爲。則無須方式。例如買賣是也。

無須方式之法律行爲何如。其表示意思不須以語言。據語言以外之行爲。亦得爲之。要之得了解其意思。斯已足矣。又表示意思。有直兼法律行爲者。例如占領物件是。而占領。實於法律行爲之時。而兼表示意思者也。然雙方之法律行爲。例如在雙務契約之時。一面須知他方之意思。即非於雙方而表示意思。使彼此相洽。則法律行爲。決不成立。故法律行爲。謂爲表示意思者。莫若謂爲表示意思之結果。爲妥洽也。

第三節 原因

原因羅旬語曰「高查」。是語有種種之義意。例如其於時效。有爲正當之原因者。於

強迫。有復權利爲原狀之正當之原因是也。然於契約及其餘法律行爲。亦有以「高查」爲原因者。茲請就此原因而叙之焉。

所謂原因。不外指何以爲法律行爲之目的乎。詳言之。原因別之爲二。一爲遠因。一爲近因。在羅馬語。無論遠因近因。均用「高查」之語。

第一 茲請先叙遠因。遠因。於法律行爲之有效無效。無何等之關係。故當決定法律行爲之有效無效。何以爲遠因乎。此不待問也。譬有甲於茲。欲嫁其女於某。至乙之商舖。購買各種物品。當此之時。乙商舖之主人。可悉其爲結婚之準備。而甲對之語其目的。亦無不可。縱令其結婚爲無效。而甲與乙商舖主人之買賣。則爲有效。第買主以婚姻成立之件。而與訂買賣契約者。則固不可同日而論。於斯時也。婚姻乃條件。而非單純之遠因也。單純之遠因。以不致影響於法律行爲之有效無效爲原則。古今學者。其引用之格言曰。「虛僞之原因不爲害」者。即關於遠因者也。而遠因之真否。決不外昧其不致直接之影響於法律行爲之有效無效

而已。

第二 何謂近因。例如甲貸金千圓於乙。則乙之對甲。須擔負償清千圓之義務。而乙之所以必擔負之者。因由甲而借金千圓也。又甲向乙貸金千圓。其後乙願以所有之地與甲。代償債務。是爲債務之更改。自其原因而精確言之。則乙所以擔負以地與甲之義務者。因償其舊債務故也。又甲欲與金千圓於乙。是即因於無償贈與之意思。當此之時。據英國法。雖無約報。而羅馬法及師此之大陸各國之法律。則謂有「高查」即原因也。

凡吾人締結契約。或轉移財產。無一非有所爲者。蓋各有其目的。其無目的而漫然爲之者。殆不能想像之矣。此目的稱之曰「高查」。蓋即原因也。

與結果相距甚遠之原因。如前所述。無影響於法律行爲之有效無效。然與結果相距不遠。而有直接親密關係之原因。(即近因)則其影響於法律行爲之有效與否也頗大。申言之。無何等之近因。而所行之法律行爲。則無效也。故近因實可

謂法律行爲之要素。是固羅馬法之所說明也。然近因離羅馬法。而於法理上。獲爲法律行爲之要素與否。則屬於他問題矣。

羅馬法之解釋。近因爲法律行爲之要素。但在某要式契約。則近因不爲要素。若更詳細分析羅馬人之思想。則近因爲法律行爲之要素。然於某特定之要式契約。而提起訴訟者。則無須證明近因也。故近因非要素之語。即謂無須證明近因也。要之羅馬法分法律行爲爲兩種。一爲表面上要近因之法律行爲。他則不要近因之法律行爲也。

第四節 強迫

遠因無關於法律行爲之有效與否。前節既述之矣。然亦非無限制之之規則也。規則維何。即強迫欺詐及錯誤等規則是也。本節請先就強迫叙之。

夫強迫由三要素而成。一曰暴行。二曰恐怖。三曰從事於法律行爲是也。因暴行而生恐怖。以使從事於法律行爲者。是謂強迫。在羅馬法律。無適當強迫之文字。然用

「威斯」(Vix)即暴行之文字。又「密塞」(Mentis)即恐怖之文字。遂致有「威斯阿密塞」(暴行及恐)之文字焉。抑暴行有二：一對於人心者。它則對於人體者。舉其例。譬有甲於茲。捕乙之手而使蓋印於證書。是即對於身體之暴行也。如是者其證書遂無效力。若其證書中。載有契約之文字。而契約斷無成立者。何者。蓋乙(即被強迫者)原無蓋印於證書之意故也。後此所叙。則非對於身體之強迫。實對於人心之強迫矣。

據羅馬之市民法。雖受強迫而從事於法律行爲。猶謂有完全之效力。然羅馬之裁判官。於所謂大官法。漸加多少之改正。以講對於強迫者之相當救濟之策。此救濟之策。厥有三種。

(一)地位之復舊。使被害者回復舊位是也。是爲最古之救濟法。其後法律本此者極鮮。

(二)本諸強迫之訴訟。是爲關於強迫之訴訟。而被害者得向暴行者。而求賠償。

害及退還物件。據羅馬之訴訟辦法。暴行者既受退還物件之命。若又不從。須賠其物件價額之四倍。然由暴行之時。經一閱年。則被害者止得請求單純之價額。至關於強迫之訴訟。乃對於世界一般者。申而言之。被害者。微特得向加害者而提起之。且得向因強迫而獲利益之第三者。而提起之焉。然於強迫無關係之第三者。則縱令受此訴訟。亦不必向被害者而賠償損害。第返還其所得之物件斯已耳。

(三)以強迫爲理由之抗辯。夫訂因他人而意思被強迫之契約。就其契約而受訴者。則被告得提出強迫爲理由之抗辯。以拒原告之請求。且此抗辯。無論對於何人。均得行之。

抑救濟當施諸如何程度之暴行乎。非有重大危險之虞之時。則裁判官不當救濟之。據耶斯地尼安法典所載。凡於生命身體及自由而生危險之時。當施以救濟。如對於污名譽或起訴等之強迫。未足施於救濟也。第解釋其條文。學者議論

紛紜。如對於財產而生危險之虞之時。果可爲救濟之原由否。亦有一番議論也。

第五節 欺詐

羅馬之裁判官。於受欺詐者。每施以左列三種之救濟。

- 一、復被害者於舊位。
- 二、欺詐之訴訟。
- 三、欺詐之抗辯。

被害者於欺詐之訴訟。得請求取消法律行爲及賠償損害。其爲被告者。即欺詐者。或其相續之人也。故於欺詐無關係之第三者。縱因欺詐而受利益。然無因之而爲訴訟之被告人者。此欺詐之所以異於強迫也。由法理上論之。是固不甚完全。然羅馬法之規則。實如斯也。

被害者得請求取消因欺詐而成立之法律行爲。固無待論。然若其被害者。欲求賠償損害。則得一面請求物件之市價。一面請求與受欺詐而支給金額相差之額。

第六節 錯誤

羅馬法學者。於錯誤多所論斷。觀於耶斯地尼安法典之學說彙纂第十八卷可瞭然矣。故羅馬於如何之際。而下如何判決。雖易推知。然從如何之大原則。而下此等之判決。實不易知。蓋羅馬之法律學者。鮮哲理家。多實際家。故無說明抽象之原則者。茲僅就管見所及。而叙羅馬法之原則焉。

一、羅馬僅於錯誤者。無何等過失之時。始受法律之保護。蓋謂非無過失之錯誤。不受法律之保護也。

二、羅馬分錯誤為四種。茲請簡而叙之。

(甲)關於人之錯誤。譬如甲有與乙從事法律行為之意。誤而與丙共從事焉。其法律行為是為無效。在今日此類錯誤。已不為法律行為不成立之原由。而如現金買賣之時。殆與不誤人之時相同。

(乙)關於法律行為之種類之錯誤。譬如甲欲買乙之土地。乙欲貸之。當此之時。

無論買賣與借貸。均不成立。則致不生何等之法律行為焉。蓋合意爲法律行為之要素。而此合意不成於兩造故也。

(丙)關於目的物之錯誤。譬如甲之意欲售其在於上海之土地。乙欲購在於北京之土地。於斯時也。兩造既不合意。買賣即不成立。

(丁)關於物質之錯誤。譬如誤認鍍金之物品爲真物。又以男奴隸爲女奴隸。是也。

第七節 法律及事實之不知

如前節所述。錯誤者。非無何等之過失。不得受法律之保護。然則於如何之際。可認爲有過失乎。又於如何之際。錯誤者乃無過失乎。羅馬之法律家嘗論之曰。不知法律者。是即不知者之過失。而不知事實者。則非不知者之過失也。雖因不知法律而陷於錯誤。法官亦不救濟。然因不知事實而陷於錯誤。法律上即可加以救濟。然則法律之錯誤。法官絕不過問。何也。羅馬之法律家曰。凡人皆得知法律故也。

雖然以實際言之。羅馬法律書。浩瀚如彼。決非通常之人。咸得以知悉。上述之理由。不過表面上之理由。若夫以不知法律故。遂置之不問。則法官將不能舉一切司法之事務。況人之果知法律與否。未易判別。是非特羅馬法爲然。凡諸國之法律。亦莫不然。唯若死守。縱不知法律。陷於錯誤。法官亦不可救濟之律。又不免生弊。故羅馬法於不知法律。而陷於錯誤者。有時或爲之救濟。又或因不知事實之故。陷於錯誤者。法官亦非必不爲之救濟。如當局者過於懈怠。致不知事實。則雖陷於錯誤。法官斷不爲之救濟。反之如當局者。既已留神。尙不能知法律。則法官必加以適當之救濟。又有一種之人。因不知法律。故常受法官之保護。如婦女兵卒等是也。

第八節 無效及抹殺

何謂無效。如法律行爲。其外觀似已成立。而其實不成立者是也。抑法律行爲。或有其初即無效。或有後來乃無效。其成立之初。已缺要素。則其初即已無效。如無

結契約之能力者。而結契約是也。又或於爲要式口約之時。不踐其方式。而爲契約。亦其初即無效者也。若當法律行爲成立之時。未缺要素。後來其要素。歸於消滅。如此之法律行爲。由其要素消滅時。歸於無效。如遺言雖爲有效。後來遺言者失遺言之能力。則以其遺言爲無效也。

所謂可得抹殺之法律行爲如何。如從羅馬固有之市民法。雖其事爲有效。而其法律行爲有缺。爲官遂抹殺之。如受他人之脅迫。而爲法律行爲者。其被害之人。以其脅迫爲理由。得請求法律行爲之抹殺。又雖其法律行爲。局外之人。尙時或有抹殺其法律行爲之能力。

羅馬法律。所謂抹殺者。與近世法律之抹殺。稍有所異。前已略言之。凡法律行爲。於市民法。則爲有完全之能力。今於羅馬法律之區域內。試比較無效與抹殺。無效即打破法律行爲之成立。而抹殺則斷絕法律行爲之效力。其效力既斷絕。雖法律行爲尙存。而其無實效也。不待言矣。然抹殺但由法官之救濟。而市民法之

權利。終不能抹殺。故市民法上之效力。猶依然繼續也。

第九節 代理

羅馬史上。不見有代理規則發達之迹。惟其末路。始顯發達之兆耳。然則羅馬法中。代理規則之不發達。如此。何也。其原因有二。

第一 往古羅馬。凡欲從事於契約。及其他所有法律之行爲。必有頗嚴正之方式。如不履行。則其行爲歸於無效。其重方式之極。遂至不許使代理人爲方式。當局者自己可以履行。如此思想。深浸羅馬人之腦。苟非後世無方式之法律行爲。日漸增加。尙墨守不許用代理之規則。

第二 往古羅馬。有奴隸之制度。奴隸常辦代理人之事。因此之故。自由人不必爲代理。奴隸者。固無獨立之人格。故法律的觀念上。視同物件。又家子所得之物。皆歸家父之領有。此皆羅馬法特有之規則。與近世代理之規則不同者也。雖然由其成果觀之。則儼似直成爲代理。唯其似之。適所以阻代理規則之發達也。

羅馬人於一般之原則上，不認代理。已如上所述。若據稍近之法律家，即的母斯賽奴斯時代之法律，則對此原則，設一例外。例外何也？曰凡佔有得經自由人之手而獲得是也。今徵之耶斯地尼安之法令類典，蓋即某時代對原則所設之唯一例外也。此原則至羅馬滅亡時，尙無變更。然或設例外之規則，或設類似代理之規則，以應時用。惟在商業類繁盛之時代，不許使自由人爲代理之原則，於實際上，甚覺不合。欲矯此弊，必發生諸規則。故使羅馬不滅，則代理規則，亦必漸次發達矣。

第十節 條件

近世法律，認停止條件與解除條件之別。而羅馬法中，無合於此等之言。然其實則已有之。固不容疑也。據古代羅馬法律，不許以解除條件移轉物件於他人。至後世於 (*Lex commissoria*) 及 (*Aditio in diem*) 之時，則許以解除條件移轉物件於他人。所謂 (*Lex commissoria*) 者，即當買賣之時，如買者不給價錢。

則賣者得解除其買賣之附從契約也。今之法律。以雙務契約爲包含解除條件者。即當爲雙務契約。縱結約者。無何等之特約。苟一人不履行義務。則他之一人得解除其契約。然此特近世發達之規則。而於古代羅馬之法律。則未之有者也。故爲買賣之時。如結約者。欲得解除契約之權利。則必預結 (Lex commissoria) 所謂 (Addictio in rem) 者。例如甲賣其土地與乙。甲謂乙曰。如一月間。有出比汝多額之金者。應解除今所訂之契約。如此之約。即 (Addictio in rem) 也。故如有出比乙多額之金而買之者。甲固得解除其買賣之契約也。然解除未行之時。尙有買賣上之效力。而此兩種條件。初亦視爲停止條件。自耶斯地尼安帝。以此爲解除條件後。法律家皆認爲解除條件。而物件之轉移。得用解除之條件。亦爲法律家所承認。此原則。至今尙採用之者也。

據普拉大選倫堡及列格爾斯格嚶氏等所論。凡條件必關未來之事。若據耶斯地尼安帝法典。則凡條件。不必關未來之事。不問現在與過去之事實。皆無不可。如其

條件曰。如此汽船沈沒海中。則應爲云云之事。而結契約者。當其結契約之時。其汽船已沈沒海中否。不可測知。又現在沈沒之海中否。亦不可測。然此時其條件尙有效力。故其汽船之沈沒。縱令客觀的。已確實。在契約之當事者。尙未確知。則可以此爲條件。惟於羅馬如以過去或現在之事實爲條件。則不遑既往之效果也。

又有所謂不淨條件者。即法律上不可許之條件。如違背風紀之條件是也。以如此條件爲停止條件。附於契約。則其契約爲無效。與其初即不成立者同。又以如此條件爲解除條件。而附於契約。縱其契約。不爲無效。而其條件。亦不生効力。又以如此條件。附於贈遺。則不問其爲停止條件。與爲解除條件。總之其條件皆爲無效已耳。不必待有遺言。而始爲無效也。

今又有所謂不能條件者。不能條件者。終不能行之條件也。今試舉耶斯地尼安法典之例。如謂汝能昇天。我應與汝錢。即爲附帶停止條件之行爲。然其條件。原

屬不能。則其法律行爲。即爲無效。然則於訂約之際。附一條件曰。如汝不昇天。必還吾錢。此果爲附帶解除條件之行爲否乎。竊嘗思之。亦不過附帶停止條件之行爲。唯措辭稍別而已。其法律行爲固依然無效也。關於不能條件之效力。普洛克爾斯派與沙比奴斯。立說不同。耶斯地尼安。採用沙比奴斯派之說。以爲不能條件。亦可用不淨條件之規則。

第十一節 前定

前定者。當以物與人。附加用其物件之一部。或全部。必爲某事之義務之謂也。例如甲以金萬元與乙。謂之曰。汝每年應給余五百金。即謂之前定。又甲臨死時。贈金十萬元於乙學堂。立一約曰。學堂在時。每年必用此金以徵文。此亦歐洲諸國前定之一例也。前定與條件。本極相似。以廣義解此條件。則含有前定之意。故近世於贈與物件。而附以前定之時。或記之曰。此條件云云。然遵法律家所用之意義。則條件與前定。稍有不同。蓋附停止條件。贈與物件於人之時。至其條件之成

就間。受贈者尙未得享有其物件。若附前定贈與物件於人之時。受贈者唯有爲某事之義務。又如附解除條件贈與物件於人之時。其條件成就。則受贈者當失其物件上之權利。如附前定者則不然。受贈者不至直失其權利。此其所以異也。

前定者時或有附加之贈遺。及或有附加生存間之贈與。

第一附加贈遺之前定。

於贈遺附帶前定者。受財產贈遺之人。須擔負爲某事之義務。如不盡義務。則必以其所受之財產之一部或全部。歸諸贈遺者之相續人。然如受贈遺者。因某事。不能爲遺言者所命之事。有時受贈者。或可領有其財產。

第二附加生前贈與之前定。

如此者。贈與之人。及其相續人。有要求履行義務。於受贈者之權利。如受贈者不行其義務時。或得請還其物件。或請履行其義務。比之解除條件成就之事。一則

解除條件成就。則必以其行為爲無效。一則贈與者。或其相續人。可使還其物件也。凡羅馬法。第三者雖因其利益所在。而表其同意。而究不有其訴權。是其原則也。如爲第三者之利益。附加於前定。則第三者亦有其訴權。

第十二節 期限

(Dies) 之語在通俗含有日之意義。而法律上用以爲期限。期限者。例如某月某日交某物件。又如某月某日。可支金錢之語是也。期限與條件。原有不同。蓋條件原屬未可必之事。未知其果發生與否。若期限者。則決定必然。而預知其事之必發生者也。期限有二。曰確定。曰不確定。今之理法亦然。茲略述之以備參考。例如曰某月某日可爲云云。是爲確定。其曰從某月某日起。其第幾日可爲云云。亦爲確定之期限。其不確定之期限。更分爲二。

第一雖確知事實之發生。而其事實果何日發生乎。即未確定之期限也。例如曰某死之日。其死也可得預知。但果何日死乎。則不能確定也。

第二事實之發生與否。不得預知者。例如曰某人達成年之日。其人生存。固可達成年之時。然其人果生存與否。或其人未幾即死。皆不可知。此亦不能確定之類也。今且更一言始期與終期。始期者曰從何月何日而起之類是也。終期者何月何日而止之類是也。始期有一疑問。於附記始期之法律行為。當事者之權利義務。從何時而生。例如有某月某日支給金若干元之契約。則至其日之前。當事者果不生債務關係乎。或於締結契約時。即生權利義務乎。此等疑問。學者大有議論。今則遵羅馬法解釋之曰。兩造之權利義務。於締結契約時。既已成立。惟其效果。則生於指定履行之日。此余所信者也。

第二章 期間

關於期間。而說羅馬法之規定。必先一言羅馬之曆。曆之最古者。稱爲 (Romny 曆)。據此曆則以十月爲一年。其一年之日數頗短。僅有二百零四日耳。繼而行世者稱爲 (Numa) 曆。此曆頗進步。以三百五十五日爲一年。分一年爲

十二月。然此與太陽之運行。實形不便。於是別設閏月。以補其缺。

至共和政未造。改正曆法。以實行之。既而至科里亞司。愷撒時。又行改正。作所謂科里亞司曆。即純乎太陽曆。從紀元前四十五年行之。迨此曆則以三百六十五日及六句鐘爲一年。通常所謂一年。即三百六十五日也。但四年置一閏日。此閏日與現今之太陽曆異。置之二月二十四日之後。依某人之說。於二月二十三日與二十四日之間。置之附加二十四日之後之說。似得正鵠。然而附加之二十四日之後之事。如由名目上言之。即以其閏日爲二十四日之一部分者也。以二十四日與閏日之二。得四十八時。視此爲一日。其初之二十四時。謂之前半日。其餘二十四時。謂之後半日。

科里亞司曆。久行歐洲。中古時代。亦通用之。至羅馬教皇克利哥利第十三世之時。即西紀一千五百八十二年。重復更改。作所謂克利哥利曆。天主教人雖直用之。而新教派則久不之用。至今以其便於用故。乃皆用之。惟希臘教徒。今尙不之用。

也。

羅馬人所用曆法。如上文所說。在羅馬隆盛時代。一年爲三百六十五日。算人之年齡。算時效之年限等。均以三百六十五日爲標準。而閏年原多一日。但以此爲二月二十四日之一部。故不別算入閏日。又一月爲三十日。曆法上。月有大小之別。然算月之時。以三十日視爲一月。又一日即二十四時也。如欲計算將來之一年。一般原則上最初之一日。不必滿二十四時。不論從其日何時起。以至其日之夜半。皆視爲一日。以加之計算之中。

又有繼續期間有用期間之別。今略說之。繼續期間者。從某時至某時。繼續之期限也。是不以一日爲計算。有用期間者。唯計算有用之日。而不顧其無用之日者也。例如於法廷不執事務之日。即不加於計算之中。由一般原則言之。可用繼續期間之計算方法。然如法律上。命其有用期間之計算。則不可不從之。

第三章 債權

羅馬法中。未嘗見合於債權之文字。欲強求之。其(Obligatio)之字乎。然此字有債權之義。又有債務之義。又或有債務關繫之義。今探其字源。蓋著落之義也。故從來譯之爲法鎖。可謂適切。

據耶斯地尼安法典之定義(Obligatio)以爲違國法遂行某事之法鎖。而羅馬法分之爲四。一曰從契約而生者。二曰從准契約而生者。三曰從私犯而生者。四曰從准私犯而生者。是也。以下次第說之。

第四章 契約

凡契約者。由當事者兩造之間。生債務關繫之合意也。今試用圖式示之。



契約別爲四種。曰因物之契約。即物約。因言語之契約。即口約。因文書之契約。即書約。因合意之契約。即合意約是也。

第一節 物約

第一 消費貸借。

於羅馬法酒麥等代替物之貸借。稱爲消費貸借。即借者本以消費之意借之。不必以原物相還。唯以其同分量同品質者還之可也。今以關於所有權者言之。則物品之所有權。由貸者移轉借者之意也。故借者得以消費之。如所有權而不移轉。則不得消費之。

消費貸借者。即無償之貸借也。金錢之貸借。其性質上亦爲無償。雖然貸者。因要式口約之方法。得附加利息。在羅馬利息之訂約。必用要式口約之方式。

第二 使用貸借

使用貸借者。借者以使用物件之意。而借之之契約也。貸者關於物件之返還等。得對借者而起訴訟。而借主因保存物件。須巨額之金錢。或因貸者之過失。而受損害之時。對其金額及損害之賠償。亦可提起訴訟。羅馬法中之使用貸借。亦無償之契約也。借者不與報酬於貸者。如貸者受其報酬。則稱之爲貸貸者。與使用貸借。原有區別。即貸貸借不入於物約中。而爲合意約之一種是也。

第三 寄託

亦無償之契約也。寄託者關於物件之返還等。得對受寄者而提起訴訟。又受寄者因保管物件。必須費用者。得以償還費用爲理由。對寄託者而提起訴訟。又如因寄託者之過失。受寄者致受損害。則受寄者亦得提起訴訟焉。

使用貸借寄託。及委任等。皆無償之契約也。故於區別契約。而爲片務雙務之學者。多以此等無償之契約。入於片務契約之中。

第四 入質契約

於入質契約。受質人於其質物上。有佔有權。是入質契約。所以異於寄託。及使用貸借者也。蓋於寄託。則受寄者。其受寄之物件上。不有其佔有權。使用貸借亦然。即借者非佔有者。只爲握有者而已。惟在入質契約。其受質人。得有其佔有權。入質契約者。本爲擔保債權所締結之契約。故負債者。償其負債。則受質人必還其質物。於入質人。如受質人或賣其質物。則將其所得之價錢中。取去貸金。而尙有

剩餘。則必還之於入質人。故入質人得請還剩餘金。又或受質損害質物。則入質人得請其賠償。然受質人對於入質人。有時亦得提起訴訟。如受質人爲保存質物。須特別之費用。可提起請求之訴訟。又例如由入質人之過失。損害質物。則受質人得提起賠償損害之訴訟。

通常之入質契約。既如上所說。受質人得物件之佔有權之謂也。此外尚有抵當質及信任入質。信任入質者。以某物件爲抵當。一旦移其所有權於受質人。然後加返還之訂約者也。羅馬法視爲入質契約之一種。古代羅馬。或寄託物件。或以無償之法。貸與物件。又或入質。皆必移轉其所有權。苟不爲所有權之移轉。則凡寄託貸借及入質等。皆爲無效。而欲轉移所有權。則必行滿知巴知我之方式。前編已述之矣。如此而移轉其所有權。然後受質人。因信任契約而擔負返還之義務。然如以此法入質物件。入質人實多不利。何者。入質人雖爲償其負債。而果得回復其所有權否。尙不可知。由法律及社交上之裁制觀之。則受質者雖必返還。

然受質人之中。不能保其無破廉耻之人。故入質人不得安然轉移其所有權於受質人。於是乎不能不觀所謂入質契約之發生。要之考其沿革。古代雖以轉移所有權。爲入質之性格。而後來至不過轉移其占有權焉。

今試就抵當質而言。蓋此種質法。最新之方法也。在羅馬信任入質。普通之入質契約。及抵當質。三者一時并行。然信任入質。不久而自絕其跡。在隆盛時代。入質契約及抵當質二者盛行。抵當質者。及抵當人。有物件之占有權。而受抵當者。不有其占有權。且不有其所有權。惟負債者不爲償還。則受抵當人。當使抵當人。賣其物件。以償其負債焉。

第二節 口約

口約唯有一要式口約耳。當結要式口約。當事者從一定方式爲問答。例如債主即要約者發問曰。汝約余以支給金一百元乎。負債者答曰。余與汝爲此約。於是其契約完結。要約者得其權利。而諾其要約者。則擔負其債務也。此方式。古昔行

於羅馬。而近世則無聞焉。羅馬人特置重於要式口約。故要式口約之用甚廣。例如當貸借金錢。而結利息之契約。則必依要式之口約。又因更改債務及結保證之契約。往往採用此法。要式口約。其性質上爲片務。何者。一人先發問。他之一人答之。而答者即擔負其義務也。由沿革上而言。要式口約。頗屬古式。而汎言之。則片務契約古。雙務契約。則稍新也。關於要式口約。則詳於後章。

第三節 書約

古羅馬人。各家皆有其金錢之出納簿。如債主得負債者之同意。其金錢出納簿上。記入債權。則所謂書約已成立。債主因此書約。而得債權。負債者因此而擔負義務。在共和政時代。書約之制。盛行於世。至帝政時代。則遂絕其跡焉。

第四節 合意約

合意約有四。一曰買賣。二曰借貸。廣義。此總名之下。又有借貸。雇傭。包工三者之別。三曰公司。四曰委任。是也。

第一 買賣

前節所說之物約口約書約等。或要方式。或要交給物件。獨合意約。則唯合意而成立契約。買賣亦合意約之一類也。故亦唯因合意而成立。詳而言之。買賣之目的物及價目。既已成立。則買賣即已成立。而買賣與交換又不同。蓋交換者一人已交給物件。則其時可使對手者。交給我以物件。否則對於對手者。得提起訴訟。然或兩造皆未交給物件。則其交換。在法律上。不爲有效。是固羅馬特別之規則。而以交換爲無名契約之一種之故也。無名契約。詳於後節。夫交換有如此之性質。而買賣則大不同。因彼此合意而買賣成立。則雖買者未交給其價金。而契約已爲有效。然據耶斯地尼安時代之法律。買賣上如有作成證書之約。則非完成其證書後。猶未成爲買賣。故在證書之完成以前。結約者不論何時。得抹殺其契約。惟當作成其證書。結約者非由自己作成。則必自署名。如使公證人作成證書。則在其作成以前。結約者得抹殺其契約。

第二 賃貸借

原名稱爲 (Locatio conductio) 求之譯語。頗不易易。今假譯爲廣義之賃貸借。庶幾無誤。其中可分爲三種。

第一 物件之賃貸借。原不必詳說。不過爲貸主之得賃錢。即工錢。借主交給工錢而已。

第二 勞力全部之賃貸借。即雇傭賃貸借也。勞力之賃貸借有二。一則一人之勞力。全部之賃貸借。謂之雇傭契約。雇主給工錢。被雇者有得工錢之權利。

第三 包工契約。即所謂勞力賃貸借之一。然此非一人之勞力全部之賃貸借。唯其一部分之賃貸借而已。

近世法律。以上三者。各爲一事。而不相關繫。而羅馬法之規則。則此三者一括於 (Locatio conductio) 總名之中。今姑說明雇傭契約與包工契約之區別。在包工契約。其任事者。往往從事獨立之業務。不必受契約者之命。此與雇傭契約異。

焉者也。又在雇傭契約。被雇者必自爲雇主所命之事。若包工契約。則包工者果不可不自爲之否乎。尙煩議論。余以爲因事業之性質而異者。亦包工與雇傭之所以不同者也。

第三 公司

公司有二種。一則全部財產之公司。謂之全產公司。二則特別事業之公司。謂之特業公司。

第一種即合併財產之全部者。

第二種則關某特別之事項而合爲公司者也。

例如因買賣之業而合公司者。其屬第二種固不待論。然第二種之公司。固專屬於商業。而第一種之全產公司。亦往往有關係於商業者。故或以爲關商業之公司。其由來舊矣。其他皆起於後世者也。此言實誤。夫公司之中。最舊者非關商業之公司。實爲關於農業之公司也。

據羅馬法。凡公司員可受利益之分配。且擔負其損失。故如立一約曰。某一公司員。不可受利益之分配。如此之約。原屬無效。有此類契約之公司。謂爲獅子之公司。蓋因古語有曰。昔曾有一獅子。與他獸並行出獵。而不分配其所獲。自獨食之。於是稱殺一公司員之利益之公司。爲獅子公司。在法律上。爲無效云。

第四 委任

委任亦無償契約之一種。如受任者不遂行其被委任之事。則委任者對受任者有訴權。又受任者。如因被委任之事。而支出費用。則亦有請求辦償之訴權。委任之實例。多載耶斯地尼安法典中。今示其二。例如甲爲乙買丙之土地。則委任也。又如甲執行乙之事務。亦爲委任之一。委任者其性質上爲無償之契約。然據羅馬一般之慣習。則委任者可給謝金於受任者。而受任者之請求其謝金。不據尋常一般之方法。而據非常之方法焉。

第五節 無名契約

前數節所述。皆有特別之名稱之契約也。此外尚有不帶特別之名稱。而受法律之保護者。後世註釋家稱爲無名之契約。今據包斯爾之說。無名契約。厥有四種。

- (一) 日贈與及贈與之交換。
- (二) 日贈與及勞力之交換。
- (三) 日勞力及贈與之交換。
- (四) 日勞力與勞力之交換。

以上四者。契約之一人。徑行自己之債務。始得受法律之保護。此其與今日之法律異焉者也。

羅馬法所謂無名契約。與近世法律之無名契約不同其區域。例如交換。近世之法律上。爲有名契約之一種。羅馬法則以爲無名契約。惟羅馬人非不用交換之文字。而必以此爲無名契約。其意何居。蓋凡法律有主法與助法之別。而羅馬人特重助法。即訴訟之方法。夫在有名契約。當爲訴訟。各有其名稱。例如關買賣之

訴訟。必稱爲賣者之訴。或買者之訴。又如關使用貸借之訴訟。亦必用特別之名稱。惟在無名契約。則無特別之訴訟方法。依所用他事項之訴訟方法。以提起訴訟。所以謂之曰無名契約也。有名契約無名契約之目。原指訴訟上之有名無名而言。而非謂契約之有名無名也。

第六節 自然債務

何謂自然債務。今試舉其例。在羅馬法。如被保人不受保人之許諾。而爲之行爲。則生自然之債務。故對手之當事者。不得直對被保人。提起訴訟。然如至後來。受其辦償。則不返還之亦可。又據元老院之議決。貸金於家子者。不得提起訴訟。以求其返還。然其家子已返還。則債主得收之己手。故指貸金家子爲生自然債務。又據元老院之議決。以爲不得使婦女擔負他人之負債。例如婦女爲他人之保證人。亦爲無效。其結果不生何等之債務。即自然債務。亦且不生。其與貸金家子之不同可知矣。

此外尚有生自然債務種種之機會。今日各國之社會組織。與羅馬大異。即雖爲女子時。咸得爲保證人。又古之家子。不在於今日之社會。故今日之自然債務。與羅馬之自然債務。其實質大不相同。然至於自然債務之本性。則古今一揆。蓋今日之債務規則。實由羅馬法而來也。今且就羅馬法律所以保護自然債務者。畧叙之。羅馬之保護自然債務。其社會之組織。使之然也。古代羅馬家父握一家之全權。家子行爲之曲直。家父得以判定之。其曲者罰之。直者賞之。家父於家子之行爲。對外部之責任頗大。家父居如此之地位。故設有貸金於家子者。或借金於家子者。二者之間不生何等訴權。其負債特由於內部。關其負債之償却。亦唯爲德義上之義務而已。主人之貸金奴隸及奴隸之貸金主人。亦不生法律上之義務。惟於德義上負其義務。家子與家子相互貸借之事亦然。然設法律上亦以此爲德義上之義務。棄而不顧。則不能維持社會之道德。不免有家子借家父之金而不還者。或主人借奴隸之金而不還者。社會之道德爲之墜落。秩序爲之紊亂。

於是乃漸認自然之債務。債主雖不得因其債務而提起訴訟。然如因訴訟以外之方法。受其返還。則生不必返還之負債主之規則。例如家子貸金於家父。後因正當之法。別成一家。其子仍不得對其父而提起返還負債之訴訟。然如已受其返還。則其父無對其子而再請其還金之權利。奴隸貸金於主人。其後被釋放之時。亦用此規則。故考沿革上。羅馬法之自然債務。則在羅馬之家族中而發達者也。此自然債務與自然占有。與握有者相似。學者最宜注目。又羅馬後世。至用自然債務之原則。於家族以外。此與自然占有之沿革。極爲相類。今姑勿問自然占有如何。惟察自然債務之根據何在。而據沿革上而言。固出於欲維持社會之道德。又保護其秩序已耳。

第七節 巴克大 (Pacta)

巴克大 (Pacta) 者。在文法上爲複數。而其單數爲巴克都母 (Pactum) 又巴克知我 (Pactio) 之文。亦同此意義也。皆有合意或約定之義。然巴克大者。在羅

馬法上。有特別之意義。即含有以近世之法律思想不能說之一種意義。惟由法律之沿革上而生之者也。巴克大。本有許多種類。然皆不爲訴訟之原因。即當事者締結巴克大。亦不得因此而提起訴訟。然如爲人所訴。則可以結巴克大之故。與之抗辯以拒絕其請。故人謂爲裸體之約訂。若夫渾而言之。巴克大原不爲訴訟之原因。然或有爲訴訟之原因。謂之着裝之約訂。如附加之約訂者是也。何謂附加之約訂。例如當結買賣契約之時。賣者與買者相約曰。如某月某日前。不交給物件。則余應給幾元罰金。如有此約。買主得因此提起訴訟。然如已結主要契約後。再爲如此附加之約。則不爲訴訟之因由。結約者唯得以此爲抗辯之理由而已。據羅馬法官所作法律。以爲關於既存之負債。結一巴克大曰。某月某日可支給此金。如是爲有效。故結約者得基於此約。而提起訴訟。又據耶斯地尼安法典。以爲贈與物件之約。得結巴克大。然此規則有諸種之制限。詳於次節。

第八節 贈與

茲所謂贈與者。稱生存間之贈與。據羅馬法律。其始如欲結贈與之約。則必經要式口約之方法。其後至於唯因巴克都母。乃得爲贈與。於羅馬巴克都母。不爲訴訟之原因。已詳前節。即當事者已行締結。不得執此而提起訴訟。惟爲對人所訴之時。得以此爲抗辯之理由。以拒絕其請求而已。然有一例外。以贈與之巴克都母爲訴訟之原因。而定此規則者。即耶斯地尼安帝也。在五百元以上之贈與。只結巴克都母。猶爲未足。而必於法廷經公明之方法。即贈與者到某法廷爲贈與之申告。記入於法廷之簿中。或必作成文書。提出於法廷。今更略言贈與者之責任。如贈與者因重過。或以詐欺。與第三者之物件於受贈者。第三者乃追奪其物件於受贈者。則贈與者有對受贈者賠償損害之責任。然以通常者言之。贈與者。固不任交給物件遲滯之責也。

第九節 和解宣誓及仲裁

第一 和解

兩當事者之間。互相爭訟。不能預知其著落之時。兩者互相讓與。以息其爭之謂也。如一人對他一人。有完全之權利。而已不得爭之時。則不得用和解之規則。例如已經法官判決確定之事。雖敗者力爭。亦無效力。故關此等事件。縱爲和解。不能用和解之規則。蓋和解之原則。必在原被兩造。不能預知其勝敗之時。乃可適用也。然不問何事。皆得適用和解之原則。惟一方之當事者。息主張自己之權利。不得爲和解。直拋棄權利已耳。其性質近於贈與。彼和解者則兩造互爲讓與者也。

和解有種種方法。或贈與動產。或支給金錢。或別作契約書等。和解之結果爲物件之讓與之時。如爲第三者追奪物件。或其物件有缺。則讓與者宜擔其責任。是恰與買賣相似。又或當爲和解之時。只爲「巴克都母」亦不爲訴訟之原因。不得因此而提起訴訟。然如當事者之一人。實行其「巴克都母」則適用無名契約之原則。得提起訴訟。又和解之結果。不結單純之「巴克都母」而時或結要式口約。

如此則可得基於其要式口約。以提起訴訟。又如結買賣契約。或消費貸借之契約。亦得因此以提起訴訟。

如欲決和解之有效與否。必遵一般之原則。若以詐欺暴行爲和解。則得以抹殺之。然若無如此原因。當事者以己意爲和解。則後雖發見證書。或由其他之理由。判明前日所爭之曲直。未可以其和解爲無效也。

第二 宣誓

兩造爭訟。有時宣誓以息其爭。則其一人。誓自己之權利爲正當。而對手人即許諾之。此古代於歐洲所常見者也。

宣誓與和解相類。如因宣誓而息爭。而提起訴訟。則被告即曩日爲宣誓者。可提出抗辯。以拒原告之請求。若因宣誓以確定其有權利。得對手人之許諾。則得因此以提起訴訟。今日雖不認此例。然如此實大便利於當事者。

第三 仲裁

仲裁亦似和解。兩造爭訟之時。當事者不自定讓步之條項。而別選定第三者。以爲仲裁人。使判定所爭之事項。謂之爲仲裁。所謂第三者非必法官。惟一私人可耳。其數亦不拘定一人。二人三人。皆無不可。仲裁之效力。與和解亦相似。即當事者不可不從仲裁人之判定是也。

第五章 準契約

由準契約而生之債務關係。謂之(Obligatio quasi ex contractu)雖當事者不結契約。由其結果而觀之。儼如結契約者。而由法理上觀之。則與契約全異其性質者也。羅馬法律家之所謂準契約中。最爲較著者。即事務管理是也。事務管理者。即不受他人之請託。而行他人可行事務之謂。例如他人不在家。而其家屋損壞。代其所有者。爲之修理之類是也。其修理者與所有者之關係。恰似委任者與受任者之關係。修理者得對所有者。而請求償還修理之資費。又或修理者。有不正行爲。則家屋所有者。得對之而提起訴訟焉。

凡因錯誤而交給金錢，得提起訴訟以收回之。例如某甲誤認某乙爲自己之債主，及交給金錢之後，始知某乙之非債主，則某甲得對某乙請收回其金錢，此亦準契約之一種也。又或由正當之原因，贈其物於他人，而不能達其贈與之目的，則亦生準契約。例如某甲欲使其女某乙嫁與某丙，先與嫁時賚資一千元於某丙，其後如結婚不成立，則如之何，則當其結婚之前，某乙死亡，某甲得對某丙請收回其嫁時之賚資也。

第六章 私犯

據耶斯地尼安法典之法學楷梯中，所列舉私犯有四種：一竊盜，二強盜，三對財產之私犯，即對產私犯，四對身體之私犯，即對身私犯是也。以下次第說明之。

第一 竊盜

羅馬法所謂竊盜，其意義頗廣。今舉其主要者：(一)物件之竊盜也。例如某甲侵入某乙之家，取某乙所有之物件。(二)使用之竊盜也。例如基於寄託契約，存置他人

之物件者。不得所有者之同意。而使用其物件。(三)占有之竊盜也。例如某甲以其所有物件爲質物。入之某乙。其後竊入乙之家。而奪其物。即所謂占有之竊盜也。何者某甲所盜之物。本自己所有之物。故不能目之曰物件之竊盜。惟盜去乙之占有權而已。

竊盜又有二種。一現行之竊盜。即於爲盜之處。直被捕捉者是也。二則非現行之竊盜也。據十二銅表之法律。奴隸而爲現行之竊盜犯。可得而殺之。如自由人而爲現行竊盜。則可以其自由人爲奴隸。而交諸被害者。後世法官改正此規則。不問自由人與奴隸。凡爲現行竊盜者。使被害者。得請求其物件價之四倍。耶斯地尼安帝之時亦然。關於竊盜犯。被害者得於提起之訴訟有三。一曰竊盜之訴訟。即以請求罰金爲目的者。不但其所有者而已。凡於其物件有利害關係者。皆得提起訴訟。又雖所有者。而於其物無直接之利害關係。則不得提起之。二曰對物之訴訟。即因收回物件。而所提起之訴訟。其有訴權者。即其物件之所有人。請求

罰金外。尙可請還其物件。又此訴訟不但對盜人如是。凡對占有物件者。皆得而提起之也。三曰關於竊盜之對人訴訟。即所有主因請求物價而起之訴訟。但無論被告之占有其物與否。均得對於盜犯。或其相續人。而提起之。故此訴訟。往往有代取回物件之請求而提起者。

第二 強盜

據法官判定之法律。凡爲竊盜者。當受強盜之訴訟。如被害者。一年以內。提起此訴訟。可請求物價之四倍。此四倍中。其二倍屬罰金。其餘則以賠償其損害。強盜者。其於此點。與竊盜異。竊盜之現行犯。四倍之罰金中。不含物件之價錢。故罰金之外。尙得請還其物件。或賠償其損害。強盜則不然。四倍之中。其三倍屬罰金。他一倍。即以賠償其損害也。且不問罰金與賠償金。而皆入於被害者之手。然如被害者。至一年以後。興此訴訟。則僅得請求其物件之價錢。在羅馬上古時代。強盜與竊盜。原無區別。蓋據知知也洛之言。紀元前七百七十年。法官始爲此二者之

區別。至現時。則竊盜強盜。皆列入刑法規定之犯罰中。然在羅馬。則以此爲私犯之一。與支那及日本之古代法皆大異。則於此點。謂羅馬法之發達。晚於東洋可也。

第三 對產私犯

對產私犯。乃特別之訴訟。紀元前二百八十六年之交。所認定者也。蓋在當時。關於對產私犯。發布特別之法律。即如有殺他人之奴隸。或家畜者。則以其奴隸或家畜。於最終之一年內。徵收其最貴之價額。以爲罰金。又或傷奴隸及家畜。則亦必出罰金。在此時則以最終三十日內。所有之最貴價額。爲損害之標準。

第四 對身私犯

對身私犯者。即對身體及名譽之私犯也。例如毆打他人。或爲讒謗之類是也。又無故押收他人之財產者。亦入其中。惟人如受破產之處分。則必當押收其財產。而被押收其財產者。即類乎受破產之處分。故凡押收他人之財產者。即爲對身

之私犯。

第七章 準私犯

準私犯者。以其事之性質言之。與私犯無以異。然其發達在私犯之後。故羅馬不加於私犯之中。例如羅馬之法官。有審理法律之人。與審理事實之人。審理法律之人。即真正法官。而為官吏者也。審理事實之人。則為一私人。而非官吏。審理事實之人。其數不多。與今日英國之陪審官。甚相類。羅馬人稱之為 (iudex)。譯為審理事實人。庶幾近矣。如審理事實人妄行構造事實。與以不正之判決。則對被害者必賠償其損害。此外關於準私犯。尚有種種之例。然其性質。皆同於私犯。茲不縷說。

第八章 過失及注意

關注意及過失之規則者。逐漸發達。據其發達極盛時代之法律。則分過失為重過失。輕過失二種。依多數學者之說。則如為債權一方之利益。而寄託物件。債務者唯任重過失之責而已。即關其物件。不必精密之注意。即其原則也。今假稱之為第一

原則。惟此原則亦有例外。例如委任。即爲債權者一方之利益。所結之契約也。然受任者可任輕過失之責。又於管理事務之事情。如不得已而受其管理事務之責。則任重過失之責。如自進管理他人之事務。則雖輕過失。亦有其責任。

今試更說第二原則。汎言之。如債務者得利益。則債務者任輕過失之責。例如使用貸借買賣貸借等。無不皆然。而於此等之時。其輕過失之標準者。抽象的也。即不以債務者平生所加自己物件之注意。爲其標準。而以普通人周到之注意爲標準。稱爲精密之注意。又別稱之爲善良家父之注意。即以善良之家父平生所加之注意爲標準也。

更據第三之原則。如債務者不能不於同時而併行自己之事務。與他人之事務之時。則任具體的輕過失之責。即債務者於他人財產上。必加以與自己同一之注意。古羅馬之法律家說明之曰。債務者平生所加自己之財產上之注意。然此種古語。甚難了解。中古以來。至用具體的輕過失之文字。例如對共有財產。公司事業。妻之

財產。被保人之財產。所加注意之程度。要與加自己財產之注意之程度同等。如此之時。立證之責任。在債務者。即債務者。非證明以加自己財產之注意。加他人之財產之事實。則不能免其責任是也。

第九章 連帶債務

債權者及債務者之數。在二人以上。羅句語均稱之曰 (Solidum)。債務者有二人以上之時。 (Solidum) 有二種。即連帶債務。全部債務是也。凡連帶債務稱曰二人之當事者。或曰二人以上之當事者。或曰二人以上之債權者。又或曰二人以上之債務者。全部債務。有廣狹二義。由廣義而言則 (Solidum) 包含連帶債務。全部債務二者。而單在全部債務之時。其學說不一。學者皆隨意而用其字焉。

連帶債務與全部債務之有區別。近世學者已無異說。然至於區別之標準。則大煩議論。而據正當之說。則連帶債務者。因當事者之意思。而生連帶之狀態者。例如以契約負連帶債務之類是也。又全部債務者。無關係於兩者之意思。而唯由解釋上。

存連帶之狀態者。如私犯是也。

茲更畧述連帶債務與全部債務之性質。於連帶債務之事。債務之數。僅一個乎或二個以上乎。學者又議論紛紛。因之又有貴兒拉利便脫爾夫二氏之說。即據其所主張。連帶之債務。其債務之數。定爲一個。其根據在 (*Litis contestatio*) (*Litio contestatio*) 者。訴訟方法中之一時期。即謂已爲訴訟之時。今詳言之。連帶債務與全部債務者。關此時期。各有異其規則之點。今於連帶債務之事。如債務者中之一人。被債權者之訴。而 (*Litis contestatio*) 之時期已來。則他之債務者。免其債務也。故既被訴之債務者。如無資力而不能了其債務。而已經 (*Litis contestatio*) 之時期。則債權者不得對他之債務者。請償其負債。此即連帶債務之規則也。若全部債務。則以債務之完濟。爲債務之消滅。故不問 (*Litis contestatio*) 之經過與否。然則連帶債務之時。因 (*Litis contestatio*) 而免債務何也。據貴兒拉氏之說。以爲債務之數。唯有其一故也。又據貴兒拉及其他學者之說。則在全部債務之時。債務之

數不止於一。所以 (Iuris contestatio) 之時期之經過與否。於債務之消滅。毫無關係。反對之學者。如迭侖堡氏。則評之曰。賈兒拉之言。終不足明連帶債務與全部債務之關係。如爲連帶債務。而債務中之一人被訴 (Iuris contestatio) 之時期已來。則他之債務者免其債務。此說本由羅馬古代之訴訟方法而生。必然之結果。不得以此卜知連帶債務之本旨。抑據羅馬古代之訴訟法。其判決之效力所及。僅止訴訟之當事者。此即爲其原則。然如以此原則。適用於連帶債務。則其結果或陷於不正。故設此變法焉。由此觀之。連帶債務之時。如 (Iuris contestatio) 之時期已來。則不爲其訴訟之被告者。免債務之理。此固由訴訟法上而生之結果也。而不關繫於連帶債務之本質。故不能即此而斷之曰。連帶債務之時。債務之數。惟一而已也。以上即迭侖堡氏之所說。於解釋羅馬法。余以爲迭氏之說。最得正當云。

又關連帶債務之時。債務之數不止於一之理由。尙有他之根據。凡於羅馬法律。擔負連帶債務者之時。債務者之一人。附以條件或期限。而擔負其債務。其他一人。則

不附之而擔負其債務。亦無不可。如債務之數一。而不可得如此一人。附以條件或期限。他之一人。又不附之而擔負債務。則數名之債務者。皆必擔負其債務。可知連帶債務之時。債務之數。僅爲一個之說之誤謬也。

以下更說全部之債務。如數名共同而行私犯。則生全部債務。試說明此等之原則。凡對純然損害之金額。總加害者。必共同擔負之。惟帶罰金之性質者。（例如竊盜現行犯。徵物件價格之四倍者。）則總加害者。不可不各自擔負其全部。故雖在原則上。債務者中之一人。賠償其全部。若其他之債務者。則尙不得免其債務也。

第十章 保證

於古代羅馬之法律。有稱（Vadimonium）者。其性質即一種之保證也。然與近世所謂保證契約又大異。蓋於（Vadimonium）則保證人之要約。曰如本人不盡某義務之時。可出罰金。故本人擔負之債務。與保證人擔負之債務。不以同一事項爲目的。本人所約者在可爲某事。而保證人則只約其出罰金而已。

其有與近世之保證同一之性質者。在最古則(一)名(Sponsio)者。(Sponsio)者基於要式口約之方法。而保證契約之謂也。要式口約之事。前已說明。今再略爲叙之。蓋實爲債權者之人發問。而爲債務者答之。以結契約之方式也。(Sponsio)者本宗教而來。凡兩造問答。必用(Spondes)之語。故稱此契約曰(Sponsio)〔(Spondes)之語。有汝爲契約乎之意。〕而(Sponsio)者。只羅馬之市民得結之。外國人則不得結之也。其後外國人增加。則如認定稱(二) (Fidepromissio)者。(Fidepromissio)亦是依要式口約之方法。而所結之契約。其問答中。用(Fide promittis)之語。故稱之曰(Fidepromissio)。(Fide promissio)之語。有汝實欲訂約乎之意。此保證契約。羅馬市民外國人皆得結之。多關係於宗教上。最後發生之保證契約。稱(三) (Fidejussio)者。此契約固無關係於宗教上。然亦與前二者相同。基於要式口約而締結者。其問答中。用(Fide)與(Jubes)之語。故稱之爲(Fidesio)〔(Fide)者真實之意。而(Jubes)者則汝命令乎之意也。〕

於耶斯地尼安帝時。保證人有左之利益。

第一財產檢索之利益。 第二訴權承繼之利益。 第三分別之利益。
以下次第說明之。

第一財產檢索之利益。 即先訴保證人。使債主訴負債者即本人之利益也。如債主不訴負債者。而直訴保證人。則保證人得述抗拒之理由。使債主先訴負債之本人。

第二訴權承繼之利益。 如債主使保證人辦償債務。則債主從前對負債者所領有之一切權利。必讓與之保證人。例如債主由負債者取質物。當此之時。如保證人辦償債務。則債主必讓其質權於保證人。但債主如不止此債權。又與他債權相合而取其質物。則非受其總額之債務之辦償。不必讓質權於保證人也。

第三分別之利益。 分別之利益者。即分割受請求之債務金額。以爲擔負之利益也。如有數名保證人。而獨一人被訴。則其保證人。得請受此利益。據古代法律。保

證人不能受此利益。故債主得隨意請求其保證人中之一人。然至哈脫里安帝之時。保證人乃得主張此利益。

據紀元後四十六年元老院議決。禁止女子爲他人之保證人。不但如是而已。亦不許擔負他人之負債。故女子無論依何等方法。均不得擔負他人之負債。偷結擔負之契約。則全爲無效。而不生所謂自然之債務也。余曾說明曰。家子爲負債之契約。不爲全然無效。而生自然債務。然如女子擔負他人之債務。而自然債務則不生也。

第十一章 遲滯

遲滯有二種。曰債權者之遲滯。曰債務者之遲滯是也。債權者之遲滯。可說明者少。故茲祇說明債務者之遲滯。

債務者之遲滯者何。即於當行債務之時。仍不徑行之之謂也。是與利息之交給。實有關繫。蓋債務者。雖其初不交給利息。至於應行債務之時。尚不行其債務。則必交給此後之利息也。

債務者當遲滯之時。債權者可施以遲滯上之方法否乎。遲滯上之方法者何。公然催告其債務是耳。凡關遲滯最初所起之問題。即債務之履行。欲使債務者。在於遲滯之狀態。必爲公然之催告否乎。關於此點。古來學者。議論紛紛。據中古意大利波路尼亞地方之註釋家。及後期註釋家之說。曰預定之時期已來。則直視爲在於遲滯之狀態者。因此生一法諺。曰期限者代人督促。苟預定之時期已到。則不必催告。其事已入於遲滯之狀態中也。今由法理上言之。此法諺庶幾得其當乎。然羅馬法之規則。則與此異。羅馬法之正文中。不見有如此之語。彼法諺云云。特後世註釋家所自作者耳。且由羅馬法之精神言之。亦不以預定時期之來。遂謂爲已入於遲滯狀態之中。亦必別爲催告之方法而後可耳。

上文已說定債務履行之期限者之遲滯。以下則並說不定期限之規則。如此者。債權公然自行催告。使債務者入於遲滯之狀態中。今試舉債務者遲滯之主要效果。則關於利息之交結。是前所已說者也。即債務者縱由其初之契約。不要交給利息。

而入於遲滯之後。不可不出利息也。

第十二章 債務之消滅

第一節 辦濟

債務之辦濟者。即債務者遂行其所擔負之事之謂也。如因契約而負債務。則必基於其契約之條項。辦濟債務。如無權利者之同意。則債務者不能爲其初擔負事項以外之事。以免其債務。然苟有權利者之同意。則以他物爲辦濟。亦無不可。如是者謂之曰代物辦濟。或曰他物辦濟。如債權者與代物辦濟者。表其同意。則其債務即歸於消滅。

在羅馬法。辦濟債務者。不必債務者之一人。第三者亦得爲債務者。代爲辦濟。又據羅馬法典之所記。如欲爲債務者。代爲辦濟。不必得債務者之承諾。又進一步。雖反債務者之意。而爲辦濟。亦爲有效。近世歐洲諸國。採用此規則者甚多。又據羅馬法之正文所記。如第三者。欲爲債務者。代爲辦濟。債權者無拒絕之權利。譬如甲貸金

於乙。已至辦濟期限。如丙欲代乙爲辦濟。則甲不得拒絕之也。

凡辦濟者。必對債權者爲之。然債權者亦必有領取之能力。如債權者年幼。無領取之能力。則必對其保人而爲辦濟。若無領取之能力之債權者。一旦受債務之辦濟。而以爲其財產。增加若干。再對債務者。請求同一之物。則債務者。固可用抗辯以拒絕之也。

第二節 相殺

相殺者。羅甸語曰 (Compensatio) 和蘭之學者諾都氏 (一千七百二十五年死) 之定義曰。相殺者依法律之解釋。而所用略式之相互之辦濟。據此定義。不過曰相殺即辦濟之一種。此本註釋羅馬法者有勢力之說。然於羅馬法之正文。則不以此爲辦濟之一種。唯由其結果上觀之。則與辦濟爲同一耳。

相殺有二。曰依訂約者。曰不依訂約者。依訂約之相殺。固無可論。若不依訂約之相殺。學者間有異說。羅馬法正文中。有一語曰。因法律自身被相殺也。又類此之文字。

散見法典諸處。而因此一語之意義。無端引起學者之議論焉。

第一說 如原被告兩造。均有債權。則必生相殺。不必何等之行爲。而必被實行者。即馬爾丁之說也。

第二說 被告不要求相殺。如不好爲相殺。則淵默亦可。然如欲求相殺。則有提出抗辯之必要。而債務者提出相殺之抗辯。則相殺之效果。邇既往理推上即可推知債務並立之時。早已有相殺。此即高名註釋家阿早之說也。

第三說 德國學士迭俞堡氏者。又主張他一說曰。因法律自身被相殺。即法官因法律之規則。必許相殺之謂也。是非法官隨意許之。而以法律之力相殺之意也。

以上三說。孰得其當乎。余以第三說爲可。然近者涉獵諸書。漸知第一說之爲最善。所謂因法律而受相殺者。即當事者。不因何等行爲。如債權與債權相對。則法律上應生相殺之意。余深思之。此說實得其正鵠也。

相殺與 (Deductio) 不可不區別。Deductio) 姑譯爲兩抵消訖。又或爲兩楚。羅馬上古。相殺與兩楚已有區別。蓋相殺者。同物與同物之相殺也。例如金錢與金錢。米與米。酒與酒。相殺之類是也。若兩楚者。雖非同物。而得以相互消訖。即得麥與酒消訖。加以兩楚者。雖後來可交之金。尙與現在可交之金。相互消訖。亦無不可。相殺者則不然。非現在可受授之金物。不得行之。此外尙有種種之差異。今姑略之。

第三節 免除

債務之免除有二種。曰正式之免除。曰依法官法律之免除。即略式之免除是也。

第一正式之免除。據古代羅馬法。凡債務之免除。必依其創設同一之方法。例如依要式口約之方法。所創設之債務。必用問答之方式。以免除之。而依問答方式之免除方法。稱之曰 (Acceptilatio) 耶斯地尼安法典中。曾載此方式。今摘其要而言之。債務者問債權者曰。汝既領取余曾所約之物乎否。債權者答曰。余既領取之。故於實際。債權者未受辦濟。唯依上述之方式。假爲恰受辦濟者之狀。以

免除其債務也。又因書約而創設之債務。則爲賬簿上之記入。以免除之。又因合意契約而生之債務。亦因合意而免除之。要之。凡創設債務之方法。即得免除債務也。

因以上之諸方法。而免除債務。則債務全然消滅。如有保證人。則保證人亦免保證之義務。又有二人以上之債務者。其中之一人。若受免除。則債務者之全員。皆免其債務也。

第二依法官法律之免除。如債主爲不訴債務者之約。則稱爲不請求之約。而法官以此約爲有效。如債主背其約。而訴債務者。則債務者可提出抗辯。以拒原告之請求。亦免除之一種也。然與前項所述正式之免除異。正式之免除。一掃其債務。此免除則不然。由羅馬市民法之理論上言之。債務尙存。唯據法官制定之法律。即大官法。得依抗辯以拒其履行而已。又正式之免除。無條件而生。而此約者。得附加條件而結。或必附加期限而結之焉。

第四節 混同

混同者債權債務同歸一人之謂也。例如債務者爲債權者之相續人。則生混同。又如債權者爲債務者之相續人。亦生混同。要之混同之生也。因自己不得訴自己之故而已。混同本不但關乎債權。亦有關物權而生者。例如地役。要役地與承役地。屬二人不相同者。則存有地役權。若二處土地。同歸一人。則爲混同。債權物權。本不相同。但混同之原則。則可得適用兩者耳。據耶斯地尼安法典所記。縱因混同而消滅其債務。而其債務往往再生。例如有甲乙兄弟二人。甲貸一百元於乙。其後乙死。甲爲之相續人。如此則生混同。然如甲一括乙之財產而賣之他人。則甲之債權可再生。其於物權上亦然。

第五節 更改

更改者。以使舊債務關繫歸消滅之目的。而創設新債務關繫之謂也。今舉其例。如甲乙之間。有買賣一器物之契約。今代其器物以土地。以完其買賣。即謂之更改。但

當時時直與某物。而使之消滅債務。即是代物辦濟。如上文所述矣。若使舊債務消滅。而創設新債務。正債務之更改也。代物辦濟與債務更改。其目的本同。其於使債務歸消滅之點亦全相同。然一則代舊債務。而直與以物。一則創設新債務。此其所以異也。

茲欲說明更改之種類。約有三種。其一債權者及債務者。依然如舊。而債務關繫之性質。或其內容變更者。於羅馬。結合意約書約及物約之人。或有以兩造之一致。變之爲要式口約者。亦更改之一種。即變更債務關繫之性質。特在欲免除債務之時。先行如此之更改。然後用問答之方式。行債務之免除也。其二舊債權者引退。而新債權者代之。此多因舊債權者之囑託而生。通常以爲舊債權者。對新債權者。擔負債務之時機。其三舊債務者免其責。以新債務者代之。是多於新債務者對舊債務者。擔負債務之時機而生者。即以新債務者。負債於舊債務者之故。而代任其責也。今舉更改之要素。如下。

第一 舊債務之存在。舊債務雖爲自然債務，亦無不可。惟必其爲法律上有效之債務耳。

第二 新債務之創設。新債務不必法律上之完全者。雖自然債務亦可也。

第三 必有更改之意思。如無爲更改之意思，則新債務與舊債務仍並立也。

第六節 消滅時效

於羅馬之某時代，以出訴期限之經過，爲債務關繫消滅之一原因。所謂消滅時效是也。余曾已說明取得時效，爲獲得物權之一方法。以下更說消滅時效，爲債務消滅之一原因。

羅馬古代，無所謂消滅時效者。「烏斯嘎比我」之規則，盛行之時代，蓋消滅時效之規則，猶未發其萌芽也。其發之也，實在法官之法律發達之時代。羅馬本區別訴訟爲二。於法律所定之年限內，可提起之訴訟（短期訴訟）及不論何時得提起之訴訟（永久訴訟）是也。此外又有二種之別。曰市民法之訴訟，曰大官法之訴訟是也。

汎而言之。則大官法之訴訟。常有出訴期限。其出訴期限甚短。即爲一年以內。此亦有理由存焉。於羅馬。法官皆以一年更迭。從無終身居其職者。故出訴期限。亦爲一年。降至於的我土收斯帝（紀元後四百一四年）之時。一定消滅時効之規則。永久訴訟上又設期限。以爲此種訴訟。必於三十年以內提起。又於其特別之事情。則以四十年以內爲限。的我土收斯帝以後。則所有訴訟。皆有限期。故至無所謂永久訴訟者。但其名稱尙仍舊用之耳。且依此法律之出訴期限。與從來所行之規則。大異其趣。即據從來之規則。如一年以內不提起訴訟。則權利者不但失救濟方法。亦並失其權利。即債務者。全免其債務也。故此時代之出訴期限。則爲真消滅之時効。而爲消滅債務之一原因。然據的我土收斯皇帝之時所定之規則。如債權者。在法律所定之期限內。不提起訴訟。則失救濟之方法。惟不并失權利已耳。此規則發生以來。關出訴期限之規則。漸變其精神。在短期出訴期限之訴訟。出訴期限之效力。以使救濟方法歸於消滅。而不使其權利歸於消滅。近世諸國之法律。亦採用之。故據

近世法律。則債務消滅之原因中。不能算人消滅時效。則債權者雖不得提起訴訟。然固不失權利。其債務固依然存在也。但其債務。非法律上完全之債務。而爲自然之債務。蓋因時效之經過。法律上完全之債務。變爲自然債務故也。

要之羅馬法中消滅時效之制度。可分爲四期。於第一期之古代。全無消滅時效之制度。於第二期。法官自作所謂消滅時效。以爲債務消滅之原因。於第三期的我土收斯皇帝。關其訴訟。設三十年之消滅時效。變法律上完全之債務。爲自然債務。於第四期。卽近世諸國之法律。凡消滅時效者。變法律上完全之債務。爲自然債務。此卽爲其原則也。

第十三章 債權之讓與

於羅馬古代之法律。定爲不得讓與債權。故欲以一債權代金錢者。如由負債者。不直受返還。則得其同意。以行債務之更改。然於債務之更改。舊債務與新債務。非同
一之債務。故如欲以同一之債務。讓與他人。而當時之法律。不認許之。至於後世。債

權得依間接之方法。以爲讓與。所謂間接之方法有二。一則債權者以訴債務者之事。委任之讓受人之方法。如此則讓受人得訴債務者。故生得實際行使債權之結果。蓋於羅馬古來之訴訟方法。如欲爲他人之代人。而起訴訟。則用其本人之名。然當受裁判之時。則用代人自己之名受之。故由其結果上言之。讓受人即代人。與其始用自己之名者。無大異也。第二於債權讓與之事。苟法官已保護其讓受人。則做舊債權者所用之訴訟方式。作一訴訟方式。而讓受人依此而得自己起訴權利之方法也。然則一可謂爲軌範。一則可謂模倣也。

第四編 人之法

第一章 人 (Persona)

第一節 人者何也

現時歐洲諸國之法律中所用 *Persona* 之文字。權利之主體。即得享有權利之人

也。而爲天然人之義者實十居八九。然在羅馬法。未能爲直有權利主體之義。蓋羅馬人不甚解所謂權利之觀念。所以亦不甚有權利主體之觀念。如曰羅馬人絕無權利之觀念者。亦非也。惟其觀念未能十分發達耳。蓋羅馬人未有一定之文字。以指示權利之主體。即此亦足以知其乏於權利之觀念矣。

Persona 之字。蓋有二義焉。一曰人格。羅馬人所常用之言曰。父死則其人格移於其子。二曰人即世俗所謂人之義。今從此意義則不可不謂奴隸亦人也。蓋在羅馬法所定之意義。奴隸者非權利之主體。而屬權利之目的物。故一般人得領有奴隸。而奴隸不得享有私法上之權利。雖然奴隸亦屬羅馬法所謂人也。要之羅馬法中 *Persona* 之文字。有人格之義。有人間之義。而未有權利主體之義也。明甚。然則現時歐洲諸國所用之意義。與羅馬法所示之意義。大相徑庭。然以此文字。爲有權利主體之義者。解釋羅馬法所必至之事也。夫羅馬法未有全權利之觀念。既如前所說。後世之註釋家。解釋羅馬法之際。因權利之觀念。十分發達。遂使 *Persona* 之文

字。亦含有權利主體之意義焉。至中世時代。奴隸制度漸次衰廢。故僅稱之曰人。則常爲權利之主體。又僅曰權利之主體。則即直指人。沿襲既久。此文字所含之觀念。益以牢固。凡欲研究羅馬法者。必知上文所說 *Persona* 之意義及沿革。若以爲此語。與現時歐洲諸國所用之意義。本同一而無異。則大謬矣。歐洲諸國之法律家。陷於此弊者不尠。或曰區區文字之末。何必辨折精微。乃爾。嗚呼。是實知余微意之所存耶。要在羅馬法。此語汎指乎人。在人法之中。網羅奴隸制度。固無可疑也。

第二節 人格

在羅馬法曰。人欲享有權利。則必有人格。蓋德國之法律書中所常見權利能力之觀念。實淵源羅馬法人格之語。羅馬法分別人格（即人之權利能力）爲三。畧如下文。

第一 自由 自由者即非奴隸之謂。生而自由者。謂之自由民。脫奴隸而始獲得

自由者。謂之被釋放者。

第二 市民權 市民權者。羅馬市民特權之謂。今列舉之。

(一) 選舉權及名譽權 選舉權者。選舉大官之權利。而名譽權。即被選爲大官之權利也。

(二) 結婚權 即遵民法所定。以爲結婚之權利也。

(三) 財產權 即遵民法所定。領有財產之權利。及爲契約之權利也。

(四) 遺囑能力 即遵民法所定。而爲遺囑。又由遺囑而受財產。及爲遺囑之見證人之能力也。

以上之市民權。間有分與外國人。譬如與一私人以羅旬權。與都府以意大利權。當其與一私人以羅旬權也。仍不與以市民權之全部。而唯與以一部耳。至第三世紀之初。廢羅馬市民與外國人之區別。惟俘虜之人。不能全享有其私權。至耶斯地尼安帝之時。又無此區別。俘虜亦得全享有私權矣。

第三 家族權 例如子之資格。父之資格。羅馬俗有所謂家父。掌握一家之全權。且對於外部。代表一家。有完全之權力。欲爲則爲。若其他家族。皆無獨立行爲之權利。故稱家父爲自權者。而其他則稱爲他權者。

以上畧說人格爲何物。以下則說及人格之減等。凡自由市民權家族權三者失其一。謂之人格之減等。此又有三階級。

一 人格大減等 即喪失自由而爲奴隸之謂。人如喪失自由。則彼市民權及家族權亦從而喪失。故人格大減等。即人格之消滅。凡自由市民權及家族權三者皆失。則屬此減等。

二 人格中減等 即失市民權之謂。譬如住於昔時所謂羅甸地者。不有羅馬市民所有之特權。故羅馬市民。一去羅馬。而永住於羅甸。即失其市民權是也。失其市民權者。即失其家族權。惟不失自由爲奴隸而已。凡失市民權家族權二者。皆屬此減等。

三 人格小減等 即只失家族權之謂。譬如爲人家之養子。則無父家之家族權。即失已於父家所有之地位。故因此舊法而論。則爲他人養子者。受人格小減等之刑。惟在耶斯地尼安帝時代之法律。雖爲他人之養子。不失其父家所有之地位。故雖爲他家所養。其父家人苟死。有繼續其父家之權利。其詳將於後章言之。格以阿士之法學階梯及耶斯地尼安法典之法學階梯中。說曰人格減等者。人格之變更耳。雖然。黑甫納及塞維尼評之曰。縱今變更人格。未必爲人格之減等。譬如自權者。一朝而易爲他權者。即所謂人格之減等。如以父死之故。他權者繼續父家。以爲自權者。豈可謂之人格之減等。故曰人格之減等者。變從來所享有之資格而爲劣等。此說蓋得其正鵠云。

以下更進說及令名之減少。所謂令名者。不必卓越於衆之令名。惟不傷常人所有令名而已。故人如關於公權及私權之行使。不受何等之制限。則爲全其令名。反之如喪失令名之全部。則爲令名之消滅。猶之受人格之大減等者。例如或則失其名

譽權及選舉權。或則失結婚權。或被禁於法廷。代他人爲訴訟之行爲。更有爲他人之保人而被禁。即受託管者。又有雖爲見證人。而法廷往往不採用其證言焉。

令名減少有二類。一曰破廉耻。二曰被污辱。羅馬國民會所制定之法律。及法官所定之法律中。有若干條例爲令名減少者。人如準此條件。致其令名減少。則謂之爲破廉耻。又在法廷之自由權限內。處於世人所擯斥之刑。以制限其公權或私權。則謂之爲污辱。破廉耻亦有二種。一曰直接破廉耻。二曰間接破廉耻。直接破廉耻者。如犯某種之罪。令各自然喪失者。譬如用卑劣手段以謀免兵役。或爲重婚。若此者。不待法廷刑罰之宣告。已爲世人所藐視。此爲直接破廉耻。其所謂間接破廉耻者。必待法廷之宣告。而後始視其爲破廉耻。例如保人不盡其職。爲人所訴。及公司之一員。浪費公司之財產。又受人寄託物件者。動自擅用。爲寄託者所訴。經法廷之宣告。而後爲破廉耻之類是也。

人之生死。亦有大關係於人格。即權利能力之消長。凡人生而負有人格。死而喪失

之。或偶失其一部。今述出生之條件一二如左。

第一 母受胎後不可不經過六個月以上而生。如受胎之後。未經六個月而生。

謂之不熟胎兒。雖一旦離於母體。終不能成育。故不與人格。即視為不生出者。

第二 要完全之分娩。當分娩之時。死則不能領有人格。故雖其分娩在受胎六個月之後。苟無生命之兒子。不得為權利之主體。

第三 凡所生之兒子必有人之身體。如所生之兒子。但具有人體。四肢雖稍有殘缺。亦所不妨。

具以上各條件。其所生之兒子。即有人格。故生即有其財產及其他之相續權。如生後直死。則相續權移於繼續其兒子之人也。尙待詳言。兒子生後。不久而其父死。則父之人格。直移於其子。遂可相續其父之財產。凡相續之事。常以子為標準。以定相續之順序。一以父為標準也。

汎論之。則子因其生而領有人格。惟胎中兒子偶有視為有人格者。即於相續之例

見之。當父死之時。其兒子尚在胎中。當時如欲定相續者。則分其胎兒應享有之財產。保存之。以待其胎兒之生。如其胎兒而具備上文所列各條件而生。則直相續其部分。不然則其所生兒子。未能具備此等條件。則其初視爲兒子未曾在胎中者。其所保存之財產相續權。移於父之相續人焉。凡胎兒被人視爲人格者之時。間有立一管財人。

人之生死。有利害之關繫者。必出而證明之。例如當子之生死未明白之時。其親戚某。欲相續其子之財產。則某必證明其子之死。又據近世之法律。人如若千年間。失其踪跡。則推測爲既死。若羅馬法。則未定其失踪之年。唯人或久無踪跡之時。則視其事之性質如何。以爲死亡之推測耳。又如同一事件。多人同時死亡。不能知其死之先後。則下法律上之推測以定之。譬如船舶航行海中。猝遭沉沒。父子同時死亡。其子如未滿十四歲。則推測爲先父而死。如十四歲以上。則爲後父而死也。

第三節 行爲能力

行爲能力者。對前節所說之權利能力之辭。今所說者。則關此能力。羅馬法之規定也。凡羅馬人核計年齡。以七歲爲一段。又以男子十四歲女子十二歲爲一段。由第二世紀之末。又以二十五歲爲一段。此等年齡之各段。各有特別之稱呼。惟未有適當之譯語耳。今姑由余之臆想而譯之。

(一) 幼者 卽七歲以下者。其行爲於法律上。不生何等之效力。惟或受他人所贈之物品。乃生效力。雖然此例外之事也。世稱羅馬人好用七數。殆以此乎。

(二) 未及婚年者 卽未達結婚之年齡者。據耶斯地尼安法典所定。則指十四歲以下之男子。十二歲以下之女子。此等未及婚年者。無遺囑之能力。知欲用自己之財產。非得保人協贊。不得自爲。又有必須留心之一事。如惟曰未婚年。則由初生至十四歲(男)十二歲(女)之意。其七歲以上。十二歲以下者。則謂之爲長於幼年之未婚年者。除用自己之財產外。皆不待保人之協贊。有爲法律行爲之能力。

(三) 成年者及未成年者 成年者卽年齡滿二十五歲以上之人。未成年者未滿二

十五歲之人。當在古代。未有此別。二十五歲以上。二十五歲以下。具同一之能力。至第二步尼克戰役後。則二十五歲以下之人。得受管財人之保護。其後更進一步。遂必受管財人之保護焉。

以上略說羅馬法中。年齡與行為能力之關繫。今且復說心神錯亂及浪費者之行為能力。

(一)心神錯亂者 古代羅馬法。分別心神錯亂者爲二種。一則心神喪失者。二則心神耗弱者。心神喪失者。即心神之錯亂。永無治愈之期者也。心神耗弱者。縱一時錯亂。後猶可治愈者也。心神錯亂。必要管財人之保護。即其心神錯亂中。不待管財人之援助。其所爲之法律行爲。全歸於無效。及其已愈。則所爲之法律行爲。雖無管財人之干與。亦爲有效。

(二)浪費者 浪費者。無所思慮。濫費財產之謂。據法廷之決議。須禁其治產。然受禁治產命令以前。其所行者固爲有效也。故可任其行爲之責。如浪費者被禁治產。

必立管財人。此與七歲以上未婚年。最爲相似。抑禁浪費者之治產。本基於羅馬之慣習法。因其濫費財產之行爲。視爲心神錯亂者。其與心神錯亂者不同之處。浪費者縱無用其自己財產之行爲能力。而有增殖之行爲能力。心神錯亂者。其用費與增殖。皆無以異。除一時治愈外。所有行爲。皆全然無效也。

今更略說行爲能力。男女之區別。女比男實多所闕。如爲法律行爲之能力。在女子縱得爲自己子孫之保人。不得爲官吏。而從事於公務。不能爲見證人。又不能爲遺囑之證人。又以不有家父權。故不得爲養子。此外種種之例尙多。今姑不必列舉。

第四節 住所

住所之文。原出於家屋之文。古者此兩意義。一爲客觀的。一爲主觀的。據客觀之意義。則住所者。當人之享有權利。又行使之之時。有緊要之關繫。故人若於一處。領有財產。且有主要之職業。則其地即爲住所。又據主觀之意義。則住所之語。非指其地。而指其人領有之關繫。今自沿革上言之。則古代之羅馬。住所有客觀之意義。其後

乃兼有主觀之意義。

凡人不必住於其自己所在地。惟時時來住。亦無不可。即一人而有二處以上之住所。亦所不妨。其有主要之關繫與否。可視一般之情況。以爲決定。惟有時遵法律之規定。定其住所。即以妻之住所與夫之住所。爲同一之類。是也。如此者不必問當事者之意如何。雖然人之意思。於定住所。原有至大之關繫。故人苟變其住所。則不惟發表其事實。且必有變更之意思。更詳論之。則不便有變更之意思。且必有變更之事實。故凡定住所。必具備意思與事實焉。

第二章 法人

法人者。不具有人體。而爲權利義務之主體者也。雖近世之法律。皆有法人之名目。羅馬法中。惟有類似之名而已。其名稱。亦惟指法人之一部分。非總括法人之全體。然其實則早已存也。所不待言。故余不論法人名目之有無。惟於以下就羅馬法中。說明法人之實體如何。凡羅馬法之法人。蓋有許多之種類焉。

第一 國庫 共和政治之時代。稱國庫 (Aerarium) 爲對他人有權利。又得負其義務。後政體一變爲帝政。分州爲二種。一曰帝有州。二曰民有州。民有州在元老院管轄之下。帝有州直隸羅馬皇帝。民有州所得之歲入。稱之爲 (Aerarium)。帝有州所得。即皇帝之歲入。稱之爲 (Fiscus)。然從哈脫里安帝之時代。皇帝之權力。頗爲盛大。而元老院之權力。乃大衰退。故共和政治之遺物 (Aerarium) 漸次減少。遂爲皇帝歲入所併合。皇帝之倉庫。即國庫。有 (Aerarium) 與 (Fiscus) 之兩名。然多數之人。多用後名。今攸 (Fiscus) 之語源。則籠籠之意也。蓋古代之羅馬人。貯金錢於籠籠中。遂至轉爲國庫之義 (Fiscus) 又一種法人。得爲權利義務之主體。且有許多之特權。例如 (Fiscus) 出訴期限。比常人之出訴期限頗短。此等特權。其後至適用於皇帝及皇后之私有財產焉。

第二 地方自治體

地方自治體。亦法人之一種。其權利義務。與其所組織自治體之人民權利義務

不同。而以此爲法人之觀念。由共和政治之末俄然發達者也。地方自治體中。其主要者市府也。其制度一皆法羅馬府。又有所謂殖民地者。亦是自治體之一種也。

第三 寺院

寺院亦法人之一。即可以寺之資格。領有財產。其始獨以耶穌教以爲法人。其後至耶穌教之盛傳。其寺院亦均得法人之資格。

第四 公司

法人之公司有二種。一則所謂十人羣。二則所謂會社。十人羣者。與政府有多少之關繫。且爲營特種職業之羣。例如公證人羣。會社者。有爲法人與不爲法人之二種。其不爲法人者。前章論契約時已詳言之。今畧說爲法人之會社。蓋羅馬之俗。業鍛冶者。相集爲一法人。業販賣麵包者。相合爲一法人。所有船艙者。亦相合爲一法人。凡欲組成法人。不論事情如何。必有政府之允許。

第三章 奴隸土著農夫及自由人

羅馬法者。當區別人之時。必基三種之人格。既如前章所說。本章所欲說者。則根於自由。以區別人者也。

第一節 奴隸

蓋羅馬法。自認定奴隸後。分人爲自由人及奴隸二種。自由人獨有權利能力。奴隸則皆無之。等於禽獸及諸種之物品。爲權利之目的物。不得爲權利之主體。故法律上。與物品毫無以異。夫奴隸本亦有意思之自由。不同於物品。然其意思之自由。毫無所益於己。特爲其主人權利之用具已耳。蓋奴隸無自己取得權利之能力。不論其意思。出於主人。與出於自己。而主人皆得據奴隸所爲之行爲。取其權利。而不爲怪。雖主人亦可以拋棄其權利。終不得與之奴隸。奴隸縱得主人之允許。而取得權利。亦不能使之有效。何者奴隸不能取得權利。乃公益上所規定。而公益上之規定。非私人之所得。左右。是羅馬所認定之原則也。

夫奴隸於法律上。不但不得自取權利。即負其義務之能力。亦未嘗有焉。蓋奴隸如有不法之行爲。其直接之責任。皆在於主人也。故非主人自爲賠償。交給其奴隸於被害者。不得免其責。然奴隸一旦既得其自由。而自爲權利之主體。則其昔日所爲之事。不可不任其責。

奴隸本非權利之主體。故如男女兩性之關係。及諸種親族之關係。亦與禽獸無異。即自然的關係也。然亦非無不同於禽獸者。蓋關於神事法。奴隸亦受一般人之待遇。即奴隸之神誓者爲有效。奴隸之墓地爲供神之地。是主人對奴隸之權利。其範圍頗廣。即主人有生殺奴隸之自由。漸而至帝政之時代。始少制限主人之權利。如欲殺奴隸。必預受官廳之允許。其後至安土寧斯。比由斯帝之代。與奴隸以一種之權。即主人如加酷烈之虐待。奴隸自有請求主人。使主人賣自己於他人之權。是加虐待奴隸之主人。以一層之裁制也。

凡奴隸有二種。曰私人之奴隸。曰官署之奴隸。官署之奴隸地位。在私人奴隸之上。

當官署之役使。及其他卑賤之役。又獨特有產二分一以下。有爲遺囑之權利。且比私人之奴隸。得被釋放之機會甚多。而人之爲此二種之奴隸。基於下文所說之事實。

第一 母爲奴隸。其子亦爲奴隸。惟從胎孕至誕生。不論爲日多少。如其母爲自由人。其子即不爲奴隸。

第二 其始戰役之中。生擒敵人。常施以殺戮。使之爲奴隸。其利却多。故後來戰役之俘虜。皆以爲奴隸。羅馬之奴隸。此種最多。

第三 債主使負債者爲奴隸。賣之於外國。

第四 以犯罪故。而爲奴隸。從事鑛山之採礦。亦爲一種之奴隸。其實可謂之懲役刑。非真奴隸也。以上既說明種種奴隸之別。此下更略說釋放奴隸之事。以結本節。

第一 依棍棒之釋放 基於擬訴棄權之釋放。而原告即第三者。於法官之前。使

棍棒接觸於奴隸之身。以主張其爲自由人。乃奴隸之主人。不敢背原告之主張。直認定其人爲非奴隸。法官察兩造間已無爭執。即隨下判決證其爲自由人。若是則奴隸可全爲自由人也。至後世。簡其擬訴訟之方法。以奴隸主人及第三者。均請求其釋放。則奴隸即可直爲自由人矣。

第一 依戶籍簿之釋放 往古羅馬。每五年則稽查人口。記之以戶籍簿。此爲常例。稽查人口之際。奴隸之主人。苟令官吏具奴隸既被釋放爲自由人之狀。則奴隸即直爲自由人。用此法而釋放奴隸。必遵宗教上之儀式。洗淨奴隸之身體。又主人欲以此法釋放奴隸。其人必有市民法所謂所有主之資格。至紀元後第一世紀之末。此法遂絕跡焉。

第三 依遺囑之釋放 在羅馬法。稱釋放奴隸之人爲庇護人。對被釋放之奴隸。有多少之特權。譬如被釋放者對釋放者。提起訴訟。則必須預得法官之允許之類是也。然在依遺囑以釋放奴隸。非遺囑者死後。則其效果不生。故遺囑者不能立

於庇護人之地位。因此之故。遂有無庇護人之被釋放者。故用間接之方法。以釋放奴隸。即主人託自己之相續人。使釋放奴隸。如此則相續人。從其遺囑。以釋放奴隸。而自立於庇護人之地位。而相續人欲從其遺囑。以釋放奴隸。必實行棍棒之法。依戶籍簿之法。或其他方法。惟依如此法。則奴隸不能受遺囑者直接之釋放。唯因其遺囑。得間接而釋放之也。故如此之釋放。遺囑已有效力之時。尙未生其效力。至相續者實行其遺囑之時。乃生其効力也。

以上所說之三方法。當釋放奴隸。廣行於世。尙有其他種種之方法。即據孔士坦丁帝之敕令。如主人於寺院內。爲適當之方法。釋放奴隸。即以其釋放爲法律上之効力。又自共和政治時代以來。逐漸發生之無式釋放法。即主人於證人之前。宣言可釋放其奴隸。則其奴隸即直得自由也。而耶斯地尼安法典之規定曰。如此之時。必有五人以上之證人。且必作釋效之文書。又有一法。當釋放之初。先作文書。以放奴隸是也。耶斯地尼安法典又規定之曰。其文書必有五人以上之證人爲之署名。又

奴隸違死者之遺命。或基相續人之同意。葬死者之時。許其戴自由人之帽。則視為奴隸。因此以得自由。據市民法。則無式之釋放。不爲有效。唯法官保護之。則視無式之釋放。猶正當之釋放。惟據紀元後十九年之法律。則如奴隸因無式之方法而被釋放。立於法官保護之下者。雖得自由。而不能得市民權。唯享有羅甸殖民地人民所享之特權而已。在耶斯地尼安法典。雖此種被釋放之人。亦獲完全之市民權。又紀元後四年之法律之規定曰。曩時曾犯重罪之奴隸。縱被釋放。不能獲市民權。唯可受俘虜之待遇。又曰。人非年至二十以上。不許釋放奴隸。惟二十以下之人。如得法廷顧問官之同意。獨據所謂依棍棒之方法。得釋放奴隸。又奴隸之年齡。如不及三十。不能得完全之釋放。不論其釋放方法如何。僅得受羅甸殖民地人民所受之權利。然耶斯地尼安法典。廢此等之規定。凡被釋放之奴隸。不論其曾犯重罪。與其年之在三十以下。皆可獲完全之市民權。且滿十八歲以上之人。得依遺囑而釋放奴隸。又紀元後四年之法律所規定。如負債主欲欺瞞債主。爲奴隸之釋放。法律上

不爲有效云云之一項。爲耶斯地尼安法典所採用。又據紀元後八年之法律。則依遺囑而放奴隸之權利。以其人所有奴隸之數而定。又爲耶斯地尼安法典所廢。總而言之。此時代之羅馬法律。或漸趨於獎勵奴隸之釋放。或全與相反。即如上文所示紀元後四年及八年之法律。蓋羅馬之征服四方也。俘虜極多。故奴隸之數。亦隨而增加。且大生奢侈之風。至奴隸之數益增。大半屬於細細利腓尼西亞及希臘之人民。縱或釋放。終不能爲有體面之國民。故於釋放奴隸。設種種之制限。

第二節 被釋放者

稱釋放奴隸之主人爲庇護人。對被釋放者。有多少之特權。即被釋放者。非有法官之允許。不得對庇護人提起訴訟。如庇護人陷於貧窮。則被釋放者。有扶養之義務。如被釋放者已無子嗣。則死後財產皆歸庇護人所有。又被釋放者若必有保人。則庇護人有爲之保人之權利。(蓋在羅馬法。相續權與保人權。常相並行。故有相續權者。又有保人權。庇護人原爲有被釋放者之相續之權。所以亦有爲保人之權。

也。其他主人釋放奴隸之時。相約使其奴隸代自己爲某事業。則奴隸必負其義務。而爲其所約之事。如庇護人已死。則此等特權。必移轉於相續人。若被釋放者之子。業已純乎爲自由人。對其父之舊主人。不擔其義務。

被釋放者。本爲一羅馬之市民。惟不有完全之市民權。即被釋放者。於其選舉權。不止受多少之制限。亦不得有名譽權。隨之亦無任大官之權。又不得與元老院議員及其子女結婚。即與純乎爲自由人之權利大異。然如皇帝之勅令。使被釋放者得爲純乎之自由人。其例亦不尠。被釋放者。如受此恩典。則有與自由人同一之權利。對庇護人。不擔負法律上之義務。然庇護人喪失其對被釋放者之特權。且或有受損害之事。故使國庫任其賠償之責。又皇帝於奴隸。並有自與穿黃金指環之權。蓋至共和政治變而爲帝政。純乎自由人。以穿黃金指環爲常例。故苟與奴隸以此權。即與以純乎自由人之權利也。然庇護人因此。亦不失其特權。其後耶斯地尼安帝施新勅令。與一般之被釋放者。以穿黃金指環之權利。又庇護人。既拋棄對被釋放

者之特權。則被釋放者。無論何事。皆得有與純乎自由人之權利也。

第三節 土著農民 (Colonus)

(Colonus) 者。出於 (Colo) 之文字。即耕之義也。此語之原。不過有農夫之義而已。後來至指爲農夫中一種特別之人。迭我克列西地安帝 (由紀元後二百八十四年至三百五十年之間君臨) 之時代以後。土著農夫之數漸增。然土著農夫。以無受身體之拘束故。實與奴隸不同其性質。土著農夫。常附着於土地。恰可視爲土地之一部分。故不得妄離其土地。而移住他處。如領有其地者。賣之他人。則土著農夫。受新領有者之統治。由此觀之。以土著農夫。爲附着土地之奴隸。似亦無不可。要之土著農夫之地位。在於自由人與奴隸之間已耳。

第四節 自由人

自由人者。生而爲自由人之謂。父母皆自由人。則其子固自由人。父母原爲奴隸。一旦釋放。其子亦不失爲自由人。父母中一人自由人。其一人爲被釋放者。其子亦不

失爲自由人。又或其父雖爲奴隸。其母苟爲自由人。或被釋者。其子亦爲自由人。又其母爲自由人。或被釋放者。則雖未知其父之爲何人。其子仍不失爲自由人。而其子在母胎之時。其母尙爲奴隸。分娩之時。已爲自由人。則其子亦爲自由人。又母孕胎中爲自由人。則縱分娩之際爲奴隸。其子更不失爲自由人。然母孕胎之時爲奴隸。其後爲自由人。後或再爲奴隸而分娩。其子果爲人乎。抑爲奴隸乎。是羅馬法律家之所紛紛議論者也。或曰自由人。或曰奴隸。其中有馬爾謝兒斯之說。遂爲耶斯地尼安法典所採用。其說曰。其子在母胎之時。如一日爲自由人。則雖分娩之時。再爲奴隸。其子不得不生而爲自由人。此說者於論理上。果正當與否。雖有所疑。茲姑不論。自羅馬人欲自由人漸趨於多數。此說始大得勢力。又耶斯地尼安法典之規定曰。凡人生而爲自由人。後忽爲奴隸。然一旦被釋放。則再爲完全之自由人。

第四章 羅馬之市民及外國人

羅馬人視市民權之存否。分人爲羅馬市民外國人二種。其於法律關係上。異其保

護之法律。耶羅馬市民有市民權。而外國人無之。故羅馬市民。結婚遺囑。及其他財產之領有等。皆得受市民法之保護。外國人則不然。凡外國人對於其妻。不有市民法之所謂夫權。對其子。又不有市民法所謂家父權。又不得違市民法之保人制度。然外國人不但受萬姓法之保護而已。又得其本國法律之保護。而關於外國人立於本國法律保護下之事。更略說之如下。蓋在昔之希臘人及羅馬人。皆奉所謂祖先教。宗教與政治二者。固有緊密之聯繫。而人民之奉同一宗教。祭祀同一祖先者。皆必使受同一法律之保護。夫觀於有共通之宗教。而後立於共通法律之下。可以知此兩者有至大緊要之聯繫。故羅馬之市民法。本惟羅馬市民。得受其保護。惟羅馬以下之諸國。亦有其社會固有之法律。即所謂市民法之法律。獨保護其一社會之人民。無可疑也。在羅馬極盛之時。痛加壓制。於他地方之人民。羅馬市民之權力。比他社會之人民。甚重且大。故羅馬人所謂外國人。唯各遵其本國之法律。得為結婚及遺囑。領有財產而已。不得受所謂市民法之保護。蓋羅馬市民與外國人之別。

噶拉噶拉帝（由紀元後二百十一年至二百十七年）之時廢之。獨俘虜享有私權之分量稍減耳。此外之外國人。有與羅馬市民同一之權利。至耶斯地尼安帝之時。百尺竿頭進一步。不論何等之外國人。皆享有與羅馬市民同一之私權。此則其原則也。

據古羅馬之法律。則羅馬市民與外國人之間。有所謂羅馬人民。即同盟羅馬之諸國人民與普通外國人不同。遵市民法。得爲結婚及遺囑。又領有財產。然不有選舉權及名譽權。此則無異於普通之外國人。惟至共和政治之末年。羅馬人民。乃全得羅馬市民之特權。

第五章 家父及家子

人格者。以自由市民權及家族權。三者組織而成。此已於人格章詳說之矣。其基於自由之人之區別。則於第三章詳說之。基於市民權之人之區別。亦於第四章已詳說之。今欲詳說關於家族權家父與家子之區別如何。

第一節 家父與家子之關係及家父權

家父即一家之長。稱其權力爲家父權。總稱在其權力之下者爲家子。故祖父已死而父存。則父即家父。其子即家子也。若祖父尙存之時。其子及孫。皆在其權之下。則均爲家子。然則如祖父壽考。而子孫曾元咸在。則無論其年之老少。均必爲家子。以立於祖父權力之下。一旦其家父死。則其子爲家父。然羅馬之相續法。以均分財產爲原則。故其家父死時。不但長子爲家父。其子皆得爲家父。其子孫則皆爲之家子。立於家父權之下。羅馬法又有自權者他權者之別。自權者即得獨立行使自己之權利者。他權者即在他人之權力下者。本章所謂家父者。即自權者之謂。而家子者他權者也。羅馬法所謂家父者。即羅甸語之 (Pater Familias) 也。(Pater) 者原有權者之義。在希臘及羅馬各人皆以爲一家之有家父。猶天之有日國之有王。而羅馬之俗。有一奇習。曰凡一家族不可不祭其家神。所謂家神者。即其家之祖先。及由比質兒之神等。蓋由比質兒神者。即一國之神。而兼爲一家之神也。其祭祀使他家

族參與之。不惟宗教上之事爲然。即裁判之事。亦殆類是。則何異乎以國王而兼裁判官乎。家父亦立於一家裁判官之地位。凡其家所生之事。常對其子孫而爲之裁判。德國之俗其祖先也亦然。夫如是則家父已爲一家之法官。家子犯罪。即直罰之。羅馬法曰。家父對其子孫。有生殺之權。蓋謂此也。於時則有不通事理之家父。殺傷其子孫之禍。然常人之情。莫不愛其子。如家父妄行虐遇其子孫。則親族會議。得行干涉。以防止其暴虐。加以羅馬人有一種迷信。惟恐觸其祖先之怒。因此虐待子孫之弊。大爲所制限。

如其家之子孫。加害他人。家父必負賠償之責。古昔之時。家父得以其子與被害者。以免其責。由此觀之。在家父權下之家子。較之奴隸與家主。其境遇恰相類。至後世乃全行禁止焉。

羅馬人一家之財產。歸其全家族之領有。然其支配權。則爲家父所握。家子不能吞喙。加以家子所獲之財產。亦必受家父之支配。故其外觀上。恰似歸家父一人之領

有。又或家子負債。其債務使家子自任之。家父不任其責。換言之。凡爲家子者。於財產無積極的能力。唯有消極的能力耳。夫如是則家子於財產上。立於非常不利之地位。至後世則使家子有自己特有產之支配權。家子之特有產。與奴隸之特有產。恰同其性質。然其特有產上所領有之權力。不可同日而語。所謂家子之特有產。分爲四種。

第一依武功所得之財產。

第二依文事所得之財產。

此二種之財產。家子有完全之處分權。

第三依使用家父支配之財產。所得之財產。

此種財產。雖在家子掌握。其處分權尙存於家父。

第四家子於其父以外如外祖等所得之財產。

往古此種財產。專屬家父。至後世父唯有有益權。故父不得處分其財產。而一己

學生由此所得之利益。有使用之之權。

在羅馬之私法。則有家父家子之別。於公法則不必有此。何者家子亦羅馬市民也。原有選舉權及名譽權。因而亦得爲大官也。

第二節 家父權之獲得

獲得家父權有種種之方法。今舉其重要者如下。

第一 子之生育

對所生之子。如其家父有可視爲非己子之正當理由。得以否認之。如此者。以其子非同一家族故。不得參與祖先之祭祀。然家父若認之爲子。則可得其家父權。又如與羅甸人或外國人結婚而生子。則不能得家父權。若其結婚由於錯誤。則可以此爲理由。而得其家父權焉。

第二 更正

依更正之故。其父可得私生兒之家父權。今舉更正之重要者有一。

(甲) 以後日之結婚而更正。如其父與一婦女同居生子後。與其女結婚。則其父對結婚前之子。可得家父權。然欲使此更正有効者。則必有諸種之條件。今試略示其主要者一二以爲例。其一要其父於結婚前同居一室儼如夫婦之狀態。其二必同居之男女。不論何時。得任意舉行結婚式之狀態。如關於此等事項。阻碍於法律。則當時所生之子。不得以父母後日之結婚。立於父權之下。

(乙) 依皇帝之指令而更正。如父無正當之子。唯有私生子之時。苟其母死。或無爲結婚之價值。則父認其子爲正當之子。請願於皇帝。而獲得其家父權。如是者。得以皇帝之令旨而認許之。或其父不循此法而死。其遺族。得以其父認其私生子爲正子之遺言。請願於皇帝。而行其更正焉。

此外尚有種種更正之類。然皆無關緊要故略之。

第三 養子

羅馬人古來奉祖先教。以成家族制度。如一家之血統斷絕。無以承祖先之祭祀

者。則以爲祖先之魂魄。不其餒而夫死而不祀。中國人所最忌者也。羅馬人亦復如是。可謂東西一揆。故一家之中如不有子女。必再迎養子。以續其家。由是觀之。羅馬之養子制度。本不僅養他人之子。以娛老境。全出於宗教之觀念也明矣。且養子制度。亦非始於羅馬人。與羅馬人同人種之印度人及希臘人。亦本於同一之理由。早已認養子之制度。據印度 (Mamu) 之法律。凡無子者。得養他人子以爲子。又據希臘第一流之演說家。迭莫斯的涅司 (紀元前三百八十五年生。三百二十二年死) 之言。似於雅典之地。亦有子之家。不得養他人子以爲子。對於養子設如是之法規。則養子之制。固以防一家之斷絕。如已無斷絕之慮者。則不在此例也。其次則說明以自權者爲養子之事。凡羅馬人不許人有正當之子者。以自權者而立養子。自此點以觀。古昔不惟於自權者制限之。凡養子者皆有如此之制限。其後一變此制。雖已有子者。尙得立養子。

羅馬法之所謂養子有二。一則以自權者立養子。二則以他權者立養子。據羅馬

古代法律。無論何種養子。既爲他人之養子。必脫離其家。蓋古代羅馬之宗教。祖先之祭祀。唯其家族。得參與其儀式。他家之人。不得與之。一人之身固不能兩屬。既爲他家之養子。脫離其家之後。即失其家之家族權。故不問其爲自權與他權。皆不免人格小減等之例。

更據耶斯地尼安帝法律。凡欲立養子者。其年齡比所養之子。必在十八歲以上。蓋立養子。固假擬天然之事實。故假父與養子。其年齡之差等。必與父子相若而後可。

至於依其父之遺言。而得爲養子與否。在羅馬法中。尙一疑問也。至其後以法律定爲不得依遺言爲養子。乃一掃此疑問。

耶斯地尼安帝時代。羅馬之家族制度頹敗。其立養子之趣意。亦大異於昔日。上古時代之養子制度。專關繫於宗教。凡立養子之目的。在使繼續祖先之統系。以綿其祭祀。故養子必立於爲所養者家父權之下。而全脫其本生父之家父權。降

至耶斯地尼安帝時代。養子之制度。一變而全視其愛情。養他人子。而以己子視之。以爲晚境之娛。此養子制度唯一之目的也。故據耶斯地尼安法典。養子不必立於養父家父權之下。特及其死之時入而繼其後耳。或爲尊屬親之養子。則養子必立於爲所養者家父權之下。是即例外也。惟以自權者爲養子之時。則不能用此規定。

第三節 家父權之喪失

家父權如何而喪失。又有種種之方法。今畧說之如下。

第一 令去其家

如家父使其子離其家族。則喪失對其子之家父權。而家父去其家子之方法與養子之受授頗相類。據十二銅表之法律。凡父賣其子至三次。則定爲喪失其家父權。家父使家子去其家。亦用此法。譬如甲家父。欲使乙家子去其自己之家。則甲賣之丙。丙依釋放奴隸之法釋放之。乙再立於甲家父之權下。甲更賣乙於丙。

丙又爲第二次之釋放。於是乙三立於甲家父權之下。而甲又賣乙於丙。此時丙不爲釋放之方法。而賣之甲。甲乃爲釋放之方法。夫如是則乙得脫於甲之家。不復立其家父權之下。而最後釋放乙者即甲也。故甲對乙立於庇護人之地位。如丙爲最後之釋放。則丙可爲其庇護人。然以父爲其子之庇護人。在實際上甚爲方便。故如前例。甲從丙買乙。以爲第三次之釋放。是常法也。又或去家者爲女子。則不必待三次之買賣。惟一次之買賣已可矣。即甲家父賣乙女子於第三者丙。甲更買之於丙。以爲釋放之方法。此等釋放之法。與釋放奴隸者對於被釋放者。有同一之特權。

昔時如家父使其子去其家。必如上文所述煩雜之方法。至紀元五百三年。凡欲使其子女去自己之家者。惟須得皇帝之允許而已。尋至耶斯地尼安帝之時。其方法更爲簡易。其父携其所去之子女到裁判所。陳述其意。法官註之簿中。以完結之而已。又古來使子女去家者。不必待子女之同意。至耶斯地尼安帝之時。其

子女不願。不能強之使去其家。而其子孫。亦不能背家父之意。而去其家。凡由以上所說之諸法。去其家之子女。皆喪失其本生之家之家族權。因而受人格之少減焉。

第二 家父之死亡

家父死亡。則家父權消滅。其子女直爲自權者。其孫則不然。蓋其祖父即家父雖死亡。其父猶存。則其孫不得不立於其父家父權之下。

第三 人格大減等。及中減等。

(甲)人格大減等 父及子孫之一爲奴隸。則家父權因此消滅。惟其父或爲敵所虜。而爲奴隸。喪失其家父權與否尙待詳言。如父縱爲敵所奴隸。及歸羅馬。依然領有家父權。直視如始終在於羅馬者。此特法律上之擬制耳。然如其父爲敵所虜。後死於敵地。其子女猶生存於敵地。則當其父未被虜以前之子女。當爲自權者。而其子爲敵所虜之時。其家父權之消長。亦猶其父被虜之時也。

(乙)人格中減等

被處終身流刑者。受人格大減等乎。將受其中減等乎。此學者之所聚訟也。耶斯地尼安帝定爲人格中減等。家父被處此刑。則其子脫其家父權。如其家父爲皇帝所赦。得歸羅馬。則其父再領有其父權。又羅馬古代。有今日所謂退去之刑。使某種犯罪人。不得出入於特定之地域。其期限或爲終身。或爲一時。雖其父受此等刑。或其子受此等刑。其家父權皆不爲之消長也。

第四 家父對家子。爲重大不法行爲之時。

家父對家子。爲重大之不法行爲。則家父喪失其家父權。譬如家父使其子與狂獸格鬪。以供衆覽。又家父賣女子爲娼妓。或逼使與人私。則喪失其家父權。

第五 家子得某種官職之時

家子得某種之官職。家父對其家子。喪失家父權。例如家子中之男子。爲由比賓兒之神官。據古昔之法律。凡家子不論任何等大官高位。皆必在家父權之下。即

在共和時代。家子縱爲執政官。左右天下之政令。尙不得脫家父權。然當耶斯地尼安帝之時。家子任某種之大官。卽僧官知事陸軍將官等。則當脫其家父權。

第六章 婚姻

據羅馬市民法。婚姻之法有三。

第一共食式。第二買賣式。第三使用式。是也。

第一 共食式 羅馬有一種麥製之食物。爲此方式最後之方法。夫婦俱喫此物。故名此種之結婚。爲共食式。

第二 買賣式 欲遵此方式爲結婚者。其夫依一定之方式。行收買女子之法。據某派之說。不但男子行收買女子之法而已。女子亦得收買男子。以結婚。然此說恐未免誤謬。德國黑爾達以爲。獨男子得收買女子。以結婚。此說是也。

第三 使用式 如男子誘致女子。於自己之家。一年間。以妻禮相待。則其女子在法律上。可得其爲妻之身分。市民法中。有一規定曰。如人以他人之不動產。爲自

己之物。於二年間用之。又或於一年間。用其動產。則可得其物之債有權。然則觀女子爲動產。一年之閨爲男子以妻相待。則法律上即謂爲妻。此以時效而定者也。又如女子經過一年之前。三夜不在夫家。則不能得市民法所定妻之身分。惟爲萬姓法上之妻而已。

以上共食買賣使用三式。羅馬市民法。所認定爲正當之結婚方法也。遵此等方式而結婚。則其妻即立於市民法所謂夫權之下。夫夫權者。酷似家父權。即妻立於夫權之下。則視之如子。詳言之。即妻在夫家族中。其地位權力多與家子相類而已。凡遵共食買賣使用三方式之結婚。皆立於市民法所謂夫權之下。如遵萬姓法所定之方式而結婚。則其妻不必立於夫權之下。是制定十二銅表之法律時代而已。然者也。十二銅表之法律規定曰。夫妻同居一年者。則其夫得對妻之夫權。如一年中其妻連續三夜不在夫家。則夫不復得對妻之夫權。此基於所謂時效中之規則而生者。夫十二銅表之法律既有如此之規定。則其妻得據其連續三夜不在夫家之

點。以不立於夫權之下。而有一年間同居之事實。亦可以推定其有結婚之意。故不拘法律上之明文如何。得由一般之習慣。而認爲兩者之結婚。抑十二銅表法則之時代。羅馬之結婚法有二種。一則履踐定法之方式。妻立夫權之下者。後世學者所稱爲嚴正之結婚。即據共食買賣使用之三方式者也。二則不履踐定法之方式。妻不立夫權之下者。後世學者所稱爲自由結婚者是。前者則市民法之所保護。後者則萬姓法之所保護。又前者唯羅馬市民得用之。後者不但羅馬市民。外國人亦得用之。古昔市民法所定之結婚。盛行於世。然由共和政治。變爲帝政之時代。共食式買賣式之結婚。漸次衰頹。使用式。亦漸失其勢。連續三夜。不在夫家。則妻不得立於夫權之下。至不適用。獨萬姓法之所謂結婚者。專行於世。至耶斯地尼安帝時代。市民法所謂結婚。全絕其跡。由此以後。其妻至不屈於夫權之下。然則夫妻全然同權乎。曰不然。男子之權尙優於女子。何者據萬姓法之規則。妻有必隨其夫之義務。今畧述關係於妾之羅馬法。凡男子與其妾之關係。與上文所說諸種之結婚。大異

其趣者。古者法律上不認有妾之制度。至帝政時代。始漸認之。妾所生之子女。稱爲自然兒。不立於父權之下。然妾之制度。在法律上本同於結婚者。故概而言之。則凡有妻者。不許有妾。有妾者則不娶妻。是一般之習慣也。比之中國。既有一妻。又有數妾。大不相同。惟羅馬帝國之版圖極廣。不能必其地絕無一夫多妻之慣習耳。

第七章 夫妻間財產上之關係

第一節 嫁時資資

據羅馬法。凡男子娶妻。一家之會計。子女之教育等。一切皆屬夫之責任。故結婚之際。必由其妻或其親族等。而帶來多少之財產。所謂嫁時資資者是。此制度在古昔。行於世者。不止依萬姓法之結婚。即依市民法之結婚。亦均有此。

而十之七八。由妻之父出嫁時資資。時或有由妻之母。或第三者出之。至後世遂至或妻自己亦出之。而嫁時資資。本非其夫對其妻。或妻之父。可以請求者。唯因社交的德義上。於嫁時帶來之耳。然妻則可對其父而請求。又或對母請求之。惟是關於

嫁資上存置。夫與妻父。若訂有特約。則夫執其特約。有主張其存置之權利也無疑。又嫁時賚資。至其夫已爲家父之時。則使夫取之。如其夫尙爲家子。則家父代爲管理。且有用役之權。又有養夫（即家子）及其妻之義務。

嫁時賚資。於結婚時直出之。或約於結婚後出之。亦可。古時如此之契約。必依要式口約。至後世則不必也。

今且更略說。必如何之時。乃由夫還其嫁時之賚資。(一)據古昔之法律。縱解除婚姻。其夫無還其嫁時賚資之義務。後則其夫當離婚之時。可還之於其妻所生之家。然非法律上之義務。(二)羅馬建國後。至六百年之交。風俗極其頹敗。無故離婚之事。盛行於世。故通常定爲要式之口約。於離婚時。必還嫁時之賚資。於妻所生之家。即縱無此約。法官亦必保護其妻。於離婚及其夫先死之時。許其妻得請求還其嫁時之賚資。(三)據耶斯地尼安帝時代之法律。雖無要式口約。而其妻當離婚及解除婚姻之時。可請求還其嫁時之賚資。且其訴權。可移轉之相續人。又其夫對嫁時賚資之

留置權。亦大異於前代。例如因其妻有過而離婚。夫有留置其全部之權。其當返還之者。不動產。則可以直還。動產於一年內。亦必返還。如夫不容妻之請求。則妻得以領有者之名。訴求其返還焉。

今更畧說嫁時資與妻之特有產關係如何。凡妻之特有產。不立於市民法所謂夫權之下。爲妻所私有之財產。或曰結婚之時。妻所帶來之財產。一時視爲嫁時資。此說大爲誤謬。在萬姓法。採用與此反對之原則。即夫與妻。別異其財產。不許混同。是其原則也。故妻所帶來之財產。一時視爲特有產。惟稱之爲嫁時資。而呈出之者。乃爲嫁時之資。此種區別。實際上生甚要之成果。如舉妾所帶來之財產全部。爲嫁時資。則當其妻有過。而離婚之時。妻失其財產之全部。若以妻所帶來之財產。爲特有產。則不生如是之成果也。

第二節 娶故贈與

娶故贈與者。即夫贈與其妻之謂。此名稱在耶斯地尼安帝之時代。始有之。在其以

前。則稱爲婚姻前之贈與。據羅馬法。夫婦間之贈與。法律上爲無效。然婚姻以前。男子對可爲妻之女子。而贈與之者。則定爲有效。夫男子。何以爲如是之贈與乎。蓋藉爲防備離婚之手段也。羅馬之版圖。漸已廣大。風俗亦大頹敗。至滅希臘及噶兒塔表後。實達於極點。離婚之數。從而增加。於是乎始有前節所述返還嫁時資資之法。然此法律。猶未盡能保護妻之地位。故遂生未婚以前。由男子贈與於可爲妻之女子之慣習。而婚姻前贈與之額。不必一定。在東羅馬帝國。以嫁時資資之半額。爲婚姻前之贈與。在西羅馬國。以其全額爲贈與。如嫁時資資既已存置。則以直交與其夫爲常例。而婚姻前之贈與。只爲訂約已耳。不直交於可爲妻之女子。娶之娶故贈與。即婚姻前之贈與。由男子贈於可爲妻之女子者。其存置之者。即在可爲夫之男子。然其男子如在家子之地位。則家父得代其子而存置之焉。

嫁時資資。與婚姻前之贈與。本兩兩相對。故東羅馬國。當婚姻之際。以此兩者。記之文書。以結所謂婚姻財產之契約。近世夫婦財產之契約。即由此而生也。據耶斯地

尼安帝之新勅令第九十七號。不因妻之過失而離婚之時。妻有領受娶故贈與全部之權利。其處分無以異於嫁時之賚資。至其夫死亡之時。娶故贈與之財產。果歸何人乎。於此有二說焉。一曰歸妻之領有。二曰不歸妻之領有。據羅馬法之解釋。則乙說爲尤當。惟如有契約。以爲夫死之後。娶故贈與之財產。可歸於妻之領有。則不在此例。

夫娶故贈與。本由夫而贈之妻。然其實所贈與之財產領有權。在婚姻繼續之中。可屬之其夫。其贈與財產中。若有土地。夫不得讓之他人。或以爲抵當物。

耶斯地諾斯帝（耶斯地尼安帝之前世）時代。婚姻前之贈與。雖至舉結婚儀式之後。尙可得增加。至耶斯地尼安帝之時。則雖至舉結婚儀式後。尙可得再爲贈與。從此以後。所謂婚姻前之贈與名目。不副其實。遂至用娶故贈與之名目焉。

第八章 婚姻之解除

婚姻解除之原因有二。一曰結婚者之死亡。二曰離婚是也。凡結婚者之死亡。爲婚

姻解除之原因。原極明白。故今置之不論。若離婚之原因。及其方法。有種種緊要之條件。分別解之如下。

第一節 離婚之原因

離婚者。或出兩造之意。或出一人之意。今先叙出於兩造之意者。此種離婚。法律本不加限制。故兩造之意苟相一致。則無論何時。皆得自由而離婚。耶斯地尼安帝之新勅令第百十七號。關於離婚。設多少之制限。然不合於當時之人情。故帝崩後。即行廢止。至於因兩造之合意。得以離婚。

因當局者一人之意。許爲離婚。此規則古代羅馬原已有之。羅馬拉斯王之時。有一種習俗焉。即夫得因妻之姦通。及其他一二重要之事。與其妻離婚。此史家之所傳也。羅馬人之家。必祭一神。他家之人不得與焉。其基地亦不許埋他人之骨。有如是之風俗。宜乎以姦通爲最重大之罪惡也。且爲夫者得殺其通姦之妻。縱或不殺。亦必使其妻立去其家。降至紀元後九年。設一法律。於離婚上加以種種之制限。又屢

經改正。至耶斯地尼安帝之時。以新勅令第百十七號。全廢舊來之法律。新定離婚之制限。據此法律。人若不據法定之理由。漫爲離婚。則有罰。其已據法定之理由而爲離婚者。則有過之人。必受其罰。古昔由一人之過失而離婚。分其有過失者之財產。與之無過之人。前章已言之矣。至後世。耶穌教之傳播。大影響於法律。離婚者中之有過者。不惟失財產之若干分。又必受體刑焉。又據耶斯地尼安帝之法律。不預設嫁時資及娶故贈與。則離婚之際。有過失者。可以其產之四分之一。與他之一人。如夫婦之間有子女。即與之其子女。無過失之父或母。可得其財產上之用益權。且關於離婚法律之制限。不一而足。或失財產之若干分。或受體刑。或受體刑又失其財產。若置是等法律於度外。一旦離婚。決不能免於罰。又依共食式爲結婚者。不易離婚。必行一定之方法。

古昔其妻既脫家父權。或在市民法所謂夫權之下。或雖不在夫權之下。其女既去父家。則家父不得背其女之意。使爲離婚。然女尙在家父權之下。則家父得依已意

使其女離婚。至安土寧斯蒲斯帝（從紀元一百三十八年至一百六十一年之間君臨）之時。乃規定之曰。凡家父不得背其女之意使之離婚。至馬克斯奧列留斯帝（從一百六十一年至一百八十年之間君臨）之時。又設一特例。如有極重要之理由。家父可背其女之意。而使之離婚。

第二節 離婚之方法

依共食式結婚者。非行 (Difarnatio) 之方法。則不得離婚。其方法之詳。已無可徵。故不能說之。惟其大要同於結婚之時。以麥製之餅。置之夫婦之前。兩皆不食。而即於神前。告離婚之意。以解除之。又羅馬之僧正本司神事。故離婚必得僧正之同意。蓋古昔羅馬之法律思想。於某種之行爲。非與曩日爲同一之行爲者。不得據行抹殺。故欲解除共食式之結婚。非行結婚之時所爲之共食式。則無効。此所以必用麥製之餅。置夫婦之前也。

依買賣式及使用式之結婚。非行奴隸之買賣及其釋放之方法。則不能消婚姻之

效果。詳論之。凡離婚者。夫先賣其妻於他人。買者必更爲釋放之方法。蓋據羅馬之市民法。妻與家子。宜受同一之待遇也。故使去其家之方法。亦必等於家子。當去其家子之時。其家子原屬買賣之目的物。非買賣之當事者。故不必家子之同意。夫去其妻之時。亦不必妻之同意。

依萬姓法之結婚。離婚上不必有何等之方法。惟由一人對他一人。通告其離婚而已足。且不必通告之於其妻之前。如有名知知也。洛者。當去其妻。惟與以一片之文書。羅馬之始皇帝瓦格斯他司之時代以來。設一制度。以十四歲以上之市民七人爲證人。且當於其前。作離婚之證書。以爲離婚。如以夫去其妻。則公記之簿上。必消卻曩日結婚之記入。凡依買賣式及使用式以爲結婚者。其妻原爲買賣之目的物。而非其當事者。已如前所說。然依萬姓法以結婚者。如欲去其妻。則其妻爲離婚之當事者矣。

第三節 解除婚姻之後當事者應擔負之義務

於解除婚姻時。處分嫁時資。及娶故贈與。既已詳述。至解除婚姻之後。有應撥資之各義務。今於本節解釋之焉。凡離婚後。其子女果何人取之乎。古者夫婦所生之子。男子則屬之父。女子則屬之母。然非法律上有如此之規定。特一任審理官之所定已耳。至迭我克列西安及馬克斯密利安二帝（從二百八十六年至三百五年）時代。以明文宣言之曰。無如此之規則。耶斯地尼安帝之時。始發關於此類之法律。據其法律。因父之過失而離婚。其母不再嫁於他家。則其子不問男女。母必取之。父必給以養育之資。若因母之過而離婚。則使父取其子女焉。如父貧母富。則其母有取其子女。而養育之之義務。

耶斯地尼安帝之時。有一法律。以限某種被離婚之妻。禁再嫁於他人。帝崩後此律即廢。唯妻在亡夫喪期中。不得再嫁而已。古昔法律。定喪期爲一年即十個月。至耶斯地尼安帝之時。以十二個月爲一年。故喪期亦爲十二個月。一年之間何以不許再婚乎。蓋如使夫死之後。即許其再婚。則後此所生之子女。果前夫之子乎。抑後夫

之子乎。不易辨別。故特設此法以限制之焉。妻在喪期中。若遽再婚。則以爲破廉耻之行爲。又或配偶者之一人死後。既有子女。而再婚者。其財產中。因前夫或前妻贈與。遺贈嫁時資資。娶故贈與等名目所受之財產。皆可歸其前夫或前妻之子女。領有。再婚之父母。於財產。唯有終生之間用益之權而已。

第九章 獨身者及無子者

據希臘里克路克斯王（紀元前第九世紀司巴達之王）之法律。獨身者（即達一定之年齡不娶妻者）有罰。在羅馬之法律。達一定之年齡。尙未娶妻者。亦定爲宜受種種之不利。是蓋因古昔有宗教思想。不可斷絕家系故也。至後世雖宗教思想。大不如前。因欲蕃殖其人民。對獨身者。仍加種種不利之法律。譬如不娶妻者。不得受相續物。又不得因遺言而受物品之類。是也。

抑羅馬。又有種種之法律。與無子者以種種之不利。譬如無子者。不論有無遺言。無受相續物全額之權利。僅許受其半額而已。

然下文所說對獨身者及無子者諸法律。至孔士坦丁帝後。則相繼廢止云。

第十章 親族

研究關奴隸家父家子及婚姻諸規則。則羅馬之親族關係。可得而畧知。余今更進而畧說其關於宗族血族等者。

(甲)宗族

宗族者。男系即父之親族。在同一家父權之下。又如家父壽考。尙不能不立於家父權下之諸人是也。故凡同父者皆爲宗族。同祖父及曾祖父者亦皆然。其他從可類推。

在市民法所謂夫權下之妻。視如家子。故其所生之子。與母皆爲宗族。然如其妻不在夫權之下。則母子皆不爲宗族也。其爲他家之養子者。與其所生者亦同。故對其家之尊族親。有宗族之關係。然如依所謂「蒙西巴基俄」之方式。去家者。與其尊屬親。不有宗族關係。其在受人格之減等者。縱祇爲少減等。然既脫其家。

族。則對其父與兄。皆無宗族之關係。又某一人與其兄弟之子。雖爲宗族。而與姊妹之子。則不爲宗族。何者。姊妹之子。不在同一家族之中。即不立於同一家父權之下。加之縱爲姊妹。既遵市民法之方式以結婚。則不在其兄弟同一家父權之上。故亦不爲宗族。又嫁於他家之女子。所生之子。對其母之尊屬親。不爲宗族也。

(乙) 血族

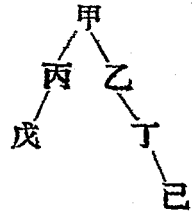
血族者。對宗族而言。設有一人於此。與其姊妹之子。相互爲血族。父之血族。及母之血族。與其人皆有血族之關係。而血族關係之標準。視其立同一家父權之下與否。故得因各自之意。自由破壞其關係。而血族關係之標準。則在於血族。故不得隨人之意。而破壞其關係也。

宗族關係。乃市民法之所認。而血族關係。則萬姓法之所認。故在市民法盛行之時。則重宗族關係。在萬姓法盛行之時。則重血族關係。是即親族關係之沿革。隨羅馬法而變遷者也。

以下就親族關繫。次第略說羅馬法重要之規則。

(一)親族等級之計算法 欲定宗族關繫及血族關繫之遠近。兩者用同一之方法。

觀上圖即可知親族關繫之遠近。即其法可以算各人間之線焉。例如甲之子爲乙二人。丙之子爲戊。乙之子爲丁。丁之子爲己。則甲與乙丙爲一等親。甲與丁戊



爲二等親。甲與己爲三等親。而丙與丁。亦同一三等親。丙與己即四等親也。此算親族等級之法則也。

(二)同姓人與宗族之關繫 其姓同者。即同姓人也。其同宗教

上儀式甚多。在實際雖與種種之擬制相混淆。而由理論上

言之。則同姓人者。同父系之祖先之謂也。故同姓人酷類於宗族。唯宗族之系統。得以明知。而同姓人之系統。則多不明瞭。此其所以異耳。蓋貴族之族籍統系甚明。故同姓之人亦甚多。若平民多由諸地方而集合。故同姓之人不多。古代同姓之人。得領有相續權。至知知也洛之時。此法尚行於世。至格以阿士之時。乃全消

滅。其同姓人與宗族之相續關係。當於講相續法時言之。

(三) 姻戚

甲娶乙之妹以爲妻。則甲與乙爲姻戚。

(四) 親族會議

古代羅馬有所謂親族會議者。當家父濫用其家父權之時。親族會議得以干涉之。

第十一章 保人

近世法律中。關保人之規則。或有不可入於親族法之中者。而德國普打氏則編入之於債權法之中。然在古代。凡保人之規則。皆屬親族法。故羅馬法亦編入之於人法之中。羅馬之保人有二。純粹之保人。及財產之管理是也。今特分別言之。

第一節 保人

保人有種種之區別。茲分別略說之。

(甲) 未婚年者。即未滿十四歲者之保人。據某派之說。以爲未滿十四歲之保人。特繼續家父權。此說雖不得全斥爲誤謬。而亦不可謂爲正當。蓋家父對家子之權力。本甚強大。而保人對被保人之權力。則極弱小也。

保人之職掌。可別爲二。一曰管財行爲。一曰能力補充。能力補充者。十四歲以下之幼兒。其能力未完全發達。故保人補充其缺點。又或被保人而未滿七歲。則保人必代之管理一切財產。且爲法律上必要之行爲。

夫保人既有上述二職掌。故苟可爲被保人利益之事。可以爲之。如移轉被保人財產之事。爲被保人之利益。則保人得扶被保人。以轉移其財產。不惟如是。有時或有爲如此行爲之義務。又保人必以正當之方法。保存被保人之財產。且謀其增加。譬如被保人領有巨額金錢。則保人必存於正當之處。以收其利。

凡保人對被保人之財產。必與自己之財產同其注意。換言之。保人關被保人財產之保管。任具體的輕過失之責者也。保人有如此之責務。故既爲之確保。除特

別之事外。保人必對於被保人而立保證。即立適當之證人。或且以自己之財產爲擔保。據羅馬之中世以後所發之法律。雖不立證人。被保人對保人之財產全部。領有其抵當權。故如保人有過。及有損害於被保人。則保人必以自己之財產爲之賠償。又保人立證人之時。證人亦可任其責。固不待言。反之如保人在其職務中。爲被保人支出金錢。則保人對於被保人。得求其賠償。

凡保人因設定方法之如何。有三種之別。

第一法定之保人

據市民法。凡可爲被保人之相續人者。亦有爲保人之權利。故宗族之最近者。當爲保人。如無宗族。則同姓人爲保人。此即法定保人也。至耶斯地尼安帝時代。血族關係之最近者。亦可以爲保人。如被釋放者。未滿十四歲。則舊主人即庇護人。有爲保人之權利。又如去其家者。未滿十四歲。亦用此規則。爲釋放奴隸方法之家父。有爲保人之權利。

第二依遺言之保人

家父得以遺言定家子之保人。如是之時。遺言所指定之人爲保人。故凡可爲法定保人者。不得爲保人。

第三 依法廷設定之保人

如家父不以遺言定保人。又無可爲法定保人者。則於法廷設定之。以下略說保人之各種規則。

(一) 爲保人之資格

據羅馬之法律。外國人。及必立於保人或管理財產人之下者。即未滿二十五歲者。無爲保人之資格。又依一般之原則。凡女子不得爲未滿十四歲者之保人。但其母或祖母。則得爲保人。若已嫁者。則喪失爲保人之資格。保人之制度。本半有公之性質。故雖在家父權下之家子。尙得就保人之職。

(二) 保人之辭職

在古昔。爲保人。即爲保人之權利。帝政時代之後。爲保人。即爲保人之義務。故於遺言定保人之時。被指定保人者。雖得辭其職。他之保人。就中裁判上之保人。非有正當之理由。則不得辭其職。據耶斯地尼安法典。縱在遺言指定保人之時。一旦就職。亦非有正當之理由。則不得辭之。

(三) 有二人以上保人之時

同時有二人以上之保人設定之時。或以其內之一人。以爲管財行爲。於此其保人不惟行管財行爲而已。且當領有補充能力之權利。故如被保人欲自己爲法律行爲。則不論保人爲誰。即不問保人之爲主者與否。固可得補助被保人。然此種保人。或僅自己一人。則不能代被保人爲何等之行爲。

(四) 保人之終了

爲未滿十四歲者定保人。至被保人既達十四歲。則保人之事自了。又或保人有不能繼續保人之事。則保人得以法廷之允許。而辭其職。又或保人有不正之行

爲法廷得從而罷免之。保人不正行爲。無論何人。皆得攻擊。何者。凡保人本半有公之性質也。又因不正之行爲。被罷免保人者。爲有破廉耻之行。即可受其刑罰。

(五) 代理保人

據羅馬法。雖現在行保人之實務者。如法律上非真正之保人。則稱爲代理保人。例如遺言定保人之時。其遺言効力之有無。未判明之時。即眞保人未定時也。此間現行保人職務之人。即所謂代理保人也。又如有無可爲保人資格。尙在未定之時。現行保人之職務。亦是所謂代理保人也。此類保人。依法廷之命。爲眞正之保人。不復存議論之餘地。縱法律決定其不爲保人。亦不失其爲代理保人也。

(乙) 婦女之保人

婦女不論其年齡若干。必立保人之下。但如此者。其保人無關管財行爲之權利。唯有補充能力之權利而已。故婦女雖得自管財產。如欲爲市民法所定之法律行爲。及爲遺言。則必有保人之同意。在古代。保人應被保人婦女之求。同意與否。

一任其自由。至後世。保人之同意。至僅爲方式。遂至婦女得強求保人之同意。惟宗族基於法律所附與之權利。爲保人之時。則得拒絕婦女之要求。無異於古代。然宗族爲保人之規則。紀元後四十五年已廢之矣。

第二節 財產管理

財產管理。與保人之區別如何。曰保人者。爲保護被保人身體而設。財產管理者。爲保護財產而設。又保人主要之職務。全補充能力。而管財行爲。或特附於補充能力。然管財人之職務。只在於財產行爲耳。雖然以上二職掌。時或有不能區別者。

下文舉財產管理之種類。

(一) 未成年者之財產管理

據紀元前一百八十六年之法律。如二十五歲以下之人失其父。許申告其特別事情於法廷。請求管財人之任命。後定一原則。曰二十五歲以下。當立於財產管理之下。即關於通常一般之事。不必立財產管理之下。然如欲提起訴訟。則必有

管財人之補助。

(二)心神錯亂者。及浪費者之財產管理。

心神錯亂者。及受禁治產之命令之浪費者。皆立於財產管理之下。此種之浪費者。及未成年者。凡可爲自己利益之行爲。得自爲之。然轉移財產。或可負責任之行爲。必有管財人之同意。

此外老者病者。時或設定管財人。又有設定管財人。以使爲保人之補助。然與上文所說者。大同小異。故茲略之。

凡管財人。皆法廷之所設定。不許以遺言設定之。故爲心神錯亂者浪費者及其他。欲設定管財人。則必得法廷之同意。縱最近之宗族。管理財產。亦如是也。而法廷既命爲管財人。則受其命者。決不得辭。惟有法律規定特別之理由。則不必然。又關管財人之保證。全同於保人。宜參照前節所說。

如管財人於其職務上。有不正之行爲。則法廷得以罷免之。又不問何人。皆得攻擊。

亦同於保人。何者。管財人之職務。亦半有公之性質也。

第五編 相續

羅馬法。分物爲二。曰有體物。曰無體物是也。而以相續物及債權爲無體物。故「耶斯地尼安法典」中。關相續物之法。及關債權之法。則皆規定於物法之中。余既於第二編第三編。述物權及債權。然則物法中所剩者。則相續法之規則。而與人法。有最密接之關係。如本編所說是也。

第一章 無遺言相續

凡無遺言相續之變遷。可分之爲三期。

第一期 依十二銅標之法律之無遺言相續

十二銅標之法律中。關無遺言之規定相續。如下文。

(一) 正流之相續人

正流之相續人者。在同一家父權之下。爲自權之候補者也。即家父死則獨立爲自權者也。彼先代之養子。原爲正流之相續人。而有相續權固也。然去家者。即分家獨立者。及依婚姻立於他家夫權之下之女子。不得爲實父之相續人。凡死者之財產。均分於有相續權之家子。

(二)如無正流相續人。則宗族之最近者。爲相續人。

羅馬之古代。家族制度盛行。遂有一思想。以爲一家之財產。即一家之共有物也。故如無正流之相續人。則宗族之最近者。可爲相續人。其制蓋基於此。

(三)如無宗族。則同姓人。爲死者之相續人。

第二期 十二銅標法律後。至耶斯地尼安帝時代之無遺言相續。

十二銅標之法律。常爲法官所變更。法官所改正之法律。亦每變更。然其變更改正之方針。則始終同一。而皆注重於血族。故十二銅標後。至耶斯地尼安帝時代之相續法。約言之。則雖去家而別爲家者。尙有相續實父之權利。又據古代法律。

則雖以不宗族故。不有相續權。苟有血族之關繫。則法律上固有相續之權。

第三期 耶斯地尼安帝所定之無遺言相續

耶斯地尼安帝之法律。據其所謂新勅令中所載。則第一繼續死者之人。爲其卑屬親。而家子均分相續。孫以下之卑屬親。亦可相續自己之父當相續之部分。如無繼續死者之人。則尊屬親與兄弟姊妹均分之。以爲相續。如無兄弟姊妹。則獨尊族親相續之。又或無尊族親。則血族之最近者。可爲之相續人也。

第二章 相續人之種類

相續人有三種。述之如下。

第一 必然之相續人

所謂必然之相續人。即奴隸也。此頗有其理存焉。如主人已無資力。不辦償於債主而死。則大損死後之名譽。當此釋放奴隸。以爲自己之相續人。使其被釋放者不得辭。此亦發見一制度者。所必有相續人之名稱也。

第二 正流且必然之相續人

正流且必然之相續人。即普通正流相續人之謂。在於死者之家父權是也。蓋此等之人。不問如何。皆不得辭爲相續人。故有此名。至後世。其人相續與否。全隨其人之意。而決定之焉。

第三 除以上所揭者外。古來定爲無相續死者之義務。

第三章 遺言

據羅馬古法。遺言之方式有三。第一曰貴族得於國民會爲遺言（平民不得爲之）。第二曰際軍隊出陣。凡兵士可不遵方式。以爲遺言。謂之武裝遺言。第三曰凡遺言者。於十四歲以上之證人五名。携稱人及家產購買人。合計七人之前。遂「滿知巴基瓦」之方式。而爲遺言。然上述之三種方法者。是市民法所認定。後至不行。尋又行於世者。即法官所想出之方式也。惟經數次變更。至耶斯地尼安帝之時。更加以正文之變更。至此時代之遺言方式。其源流皆發於「滿知巴基瓦」之方式。則一也。

又羅馬凡爲遺言者。皆可作文書。至口頭之遺言。於七名證人之前爲之。則於法律上亦爲有效。

由以上所述觀之。則羅馬遺言方式。原屬公事。即得於公衆之前爲之。若近世諸國之法律。則以遺言爲一家私事。遂至於重其秘密。比之羅馬法律。其懸隔實甚也。又關於爲遺言。有所謂相續人之設定。及相續人之除去者。此亦有說述之要。以一家之財產。即爲家族之共同所有物之思想。常在羅馬人之心。故當爲遺言。則必特示以正流相續人。爲其相續人乎與否。如不以正流相續人爲相續人。又不對之爲除去相續權方法之遺言。常爲無效。此規則後經多少之變更。至其精神。則尙存於耶斯地尼安帝之時代。

如有爲相續之權利者。無正當之理由。而被除去相續權。則可以提起「排斥不正遺言」之訴訟。以攻擊其遺言。若於此訴訟獲勝。則原告得受死者財產之幾分。後定其額。爲財產總額之四分之一。至耶斯地尼安帝之時。少改正此規則。法國民法第

九十三條以下之規定。實胚胎於此羅馬之規則。

其末略說所謂遺言能力者。欲使遺言有效。則必有遺言之能力。何謂遺言能力。曰(一)爲遺言之能力。(二)依遺言得受物件之能力。(三)參與遺言之能力。是也。例如未滿十四歲之幼者。無爲遺言之能力。又無爲證人參與遺言能力。又獨身者無受相續物之能力。外國人亦無因遺言而受物件之能力也。

第四章 遺贈財產

遺贈財產。與遺言不同。遺言之目的。在相續人之設定。若遺贈財產者。惟以財產遺贈於人。即非承繼死者之人格。雖時或有對相續人而爲此事。亦不過例外已耳。古代羅馬人。設遺贈財產制度之目的。全在使親族得財產上之權衡。蓋就多數之子。選其中之一人。爲相續人。則經濟上社交上。皆覺其便利。故時或有遺言設定一人之相續人。對他之正流相續人。除去相續權之事。然如此則於相續人與他子女之間。財產上生非常之懸隔。故別設所謂遺贈財產之制度。以對他之子女分配財產。

至後世。遺贈之目的。漸次變化。特基督教傳播羅馬帝國後。遺贈其財產於寺院者。逐年增加。且羅馬。又有一慣習。凡生存時受他人恩顧者。當死亡之時。必遺贈財產以報其恩。

羅馬人本重家族制度。故苟欲遺贈財產。則必設定相續人。如不設定相續人。只遺贈財產。則爲無效。且設定相續人前。遺贈之財產。亦爲無效。耶斯地尼安帝。改此規則。以爲縱不拘上述之順序方法。亦可。故據「耶斯地尼安法典」。則必設定相續人。與古代之法律。略無以異。唯遺贈財產。不問設定相續人。可以任便。

遺贈財產之制度。一生。至其甚。乃有舉財產之全部。與之相續人以外者之人。如此者。相續人。不能得其相續上之利益。故有相續人自拒其相續者。而在彼受遺贈之人。亦時或不能得其遺贈上之利益。是以至紀元前四十年。以一法律規定之曰。凡相續人以其被相續財產之四分之一。爲自己之領有。從而相續人得相續上之利益。不肯自拒其相續。又對他人而所爲之遺贈。亦生實際之效力。

第五章 信託

信託之性質。與前章所說之遺贈財產。殆無以異。唯形式上不必有何等之方式耳。凡信託者。慣習上用小文書爲之。即財產之所有者。其小文書上。記其關於處分財產之事。而託其相續人。已之死後。遵文書所記之意。以處分。故其成果。與遺贈財產無以異。古代之法律。不以如此之請託爲有效。至瓦格斯他司帝之時。與之以法律上之效力。與遺贈財產之制并行。於此時代。關於用小文書之事。不必何等之方式。後至基督教傳播之時。遂生一方式。曰於五人之證人前。作成文書。又凡信託不必用文書。於五人之證人前。口述其意。亦無不可。

又當爲信託。如遺贈者舉財產之全部。與相續人以外之人。則時或有相續人拒其相續之事。如此之時。其信託歸於無效。故至維斯巴治安帝之世。設一法曰。凡相續人當取遺留財產四分之一。是正同於遺贈財產。

信託與遺贈本非同一。至耶斯地尼安帝之時。此兩者之規則。乃得以互相利用焉。

第六章 因死贈與

因死贈與。亦頗似遺贈財產。蓋因死贈與者。贈與者有因危難死亡之虞。往往約與其財產於他人。其約曰。如余死。則汝領有余之財產。如不死。則返還之。當爲因死贈與之時。必有五名之證人否。學者猶紛紛議論。其論定之材料甚乏。竊思古昔或不必如是。至後世則以爲必要。學者或以因死贈與爲同於遺贈財產。或以爲與生存之因死贈與同一。然「耶斯地尼安法典」則採用前說焉。

由第二章以至本章。說明遺言遺贈財產。信託及因死贈與。今就此四種制度之大體上。一言羅馬法之歷史。

於羅馬最古時代。本無遺言之制度。後做養子制度而設之。當其初。以爲遺言非家父因以遂其私意之方便。而設定相續人。以維持家族制度之精神也。至於此等時代。家父唯在不得已之時。乃用其遺言。而設定相續人。然後世乃生不關自己有多數之子女。用遺言以其中一人爲相續人之習慣。而其成果。至於不得已設遺贈財

產之制度。以維持親族財產之權衡。然遺贈財產之方法。頗極煩雜。故又生出信託之制度。至因死贈與之制度。若不甚緊要焉。然尙與遺贈財產及信託。達同一之目的者也。

至遺贈財產信託及因死贈與之制度。盛行於世。羅馬之家族制度。漸顯衰退之狀態。所謂個人制度者。因之而萌。由是雖家族以外之人。如適家父之意。得受其財產之分配。遂至一家之財產。不必爲家族所共有。當羅馬帝國未亡之時。個人制度。未完全發達。然歐洲各國。皆受羅馬開化之影響。羅馬之遺言制度。或全以其形式。或少變其形式。而行於各國。故個人制度。次第發達。遂爲今日之狀態。惟余不必曰遺言制度。懼其爲破壞家族制度之獨一原因也。然破壞家族制度上。與有力之事。所不憚斷言。曩日遺言制度。原屬公事。行於公衆之前。漸次變爲私事。遂至貴其秘密。是所已述。然而如此之變遷。決非偶然之事。與夫家族制度之破壞。同其運命者也。

第六編 訴訟

第一 召喚之方法

按史籍。羅馬之訴訟者。最初以此擬爲爭鬪。法官唯歸於有仲裁人之資格者。召喚之法亦然。於十二銅標之法律。召喚一種私事。縱或不應。不受刑罰。又以腕力引致被告於法廷。亦所不妨。然據法官所設之法律。則少有不同十二銅標之法律。而法官所設之法律。又受多少之改變。今說當時召喚方法之特性。凡爲人所訟者。必到法廷。如有人使被告不應。認爲犯罪。處其召喚。又使被告逃走。或故意遲延。致踰出訴之期限。則法廷固應處罰。然當此時代。召喚之事。本原告所自行。如原告與被告互有爭訟。則兩造協約。於某日到法廷。亦所不妨。又原告通知於被告。促其到法廷。亦可行之。召喚方法。原告固可自爲之也。

至孔士坦丁帝（紀元三三六十二年）之時。改正召喚方法。由原告人對法廷。爲出

訴之申告。法廷更通知之被告人。如被告不應。則必受刑罰。尋至迭瓦德西阿司帝之時。更改正其方法。凡出訴。必呈出文書之訴狀。其訴狀中。記載原告所請求之要領。現今所行於各國之訴訟方法。實做此云。

第二 召喚以後之方法

關於訴訟方法。羅馬之訴訟歷史。可分爲三期。

第一期舊式訴訟之時代。

第二期方式之時代。

第三期非常方法之時代。

第一期。由羅馬之建國。至紀元前二十五年之交。第二期則至紀元二百九十四年。其以後即第三期之時代也。然由第一期以移第二期。又由第二期以移第三期。本以漸而移。非各期移遷之間。有截然之判別。唯觀變遷之迹。有如是已耳。以下述各期訴訟方法之要略。

第一期 舊式訴訟之時代。

在此時代。訴訟方法。擬之爭鬪者。則於所有權之爭訟。一人以槍觸於所爭之物。以主張其所有權。而他之一人詰問其理由。倡言其非。此時法官立於二人之間。先使之止其爭。一爲法律上之查察。而後送附之事實審理人。事實審理人者。乃與最終之裁判。法廷本爲公之官府。事實審理人者。即私人也。而其方法。用爲沿革法理之材料。大有可觀。今姑略之。

第二期 方式之時代

此時代即訴訟方法上。最要緊之時代。羅馬法律之爲長大進步者。蓋在此時代。訴訟方法使用方式。其方式有諸種。今示其一例。

命甲爲事實審理人。(即事實審理人之設定) 乙賣奴隸於丙。(即事實之要領) 丙宜償却一萬元於乙。(原告之請求) 事實審理人者。與一判決。或使丙償却一萬元於乙。或與無償却之義務之判決。(判定)

要之。凡爲訴訟。其方式上。分爲事實審理人之設定。事實之要領。原告之請求。及判決諸項。法官先作此形式之指揮書。使事實審理人。遵其趣旨。查察事實。且與以判決。而稱法官之查察。爲法律的查察。稱事實審理人之查察。爲事實的查察。

以上所說之方式。不過方式之一例。各種訴訟之方式不一。如被告提出抗辯。則記載之原告請求之末。又如原告反駁被告之抗辯。亦記載其要領於方式中。被告之抗辯。原可記載於原告請求要領之末。惟其種類之抗辯。或記載之於原告請求之前。例如時效之抗辯是也。又有所謂 (Interdictum) 者。酷似訴訟。蓋係法官所發一種之令狀也。法官禁令所生於神社之境內。或河川中之某事項之時。或保護占有。保護人之自由之時。發此令狀者也。由斯以觀。此令狀即關公共之秩序。由法官所發爲之保護者也。

第三期 非常方法之時代

於第一期第二期之時代。法官爲法律的查察。事實審理人爲事實的查察。然至第三期。即非常方法之時代。一變古來之風習。法官自爲法律的及事實的兩者之查察。加以法廷設爲等級。對下級之法廷之判決。如有不服。許其控訴。而皇帝自爲至高之法官。現今歐美諸國及日本之控訴上告之方法。實淵源羅馬之非常方法。

第三 爭訟期

爭訟期者。原告爲請求。被告確定拒絕之意思之時期也。第一期舊式訴訟時代之爭訟期。終了法律的審理。移事實的審理之時也。第二期方式時代之爭訟期。作訴訟之方式之時也。第三期非常方法時代之爭訟期。對原告之請求。被告爲之答辯之時也。

爭訟期。法律上與諸種之事項有關繫者。茲述其大要。

第一 在爭訟期以前。不生時效之中斷。申而言之。即出訴期限之經過。至爭訟期

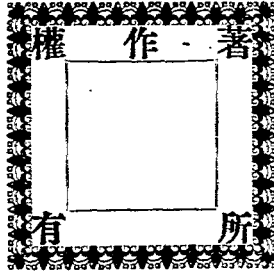
始被中斷也。

第二 經過爭訟期。對於同一事件。失其再提起訴訟之權利。如強起訴訟。則被告得抗辯其事件既交在事實審理人之手中。又如既經事實審理人之判決。亦得以爲抗辯之理由。近世之訴訟方法中。有一事不再理之原則。蓋由於此也。

第三 事實審理人所爲之判決。考求爭訟期者。即與爭訟期爲判決者同一視之。以上爭訟期效果之大要也。其他關於爭訟期。尚有種種效果。以事涉煩雜。姑省略之。

羅 馬 法 終

光緒三十一年四月十二日印刷
光緒三十一年四月十五日發行



譯者
發行者

上海英租界四馬路惠福里第五十五號

新
作
社

印刷所
作
新
社
印
刷
局

上海英租界四馬路惠福里第五十三號

上海英租界四馬路惠福里第五十五號

總
販
賣
所

作

新

社

