

諸君或ハ云フカ數箇ノ義務有ル場合ニ於テ其辨濟ノ歸スル所ハ此義務ニ在ルモ彼ノ義務ニ在ルモ固ヨリ其義務ノ減少スルハ一ナリ何ソ必ズモ之ヲ詳定スルヲ要センヤト曰ク否必ズ之ヲ明指セサル可カラズ其利モ亦少ナラズ請フ左ニ之ヲ説明セン

此ノ債ハ息銀附キコシテ彼ノ債ハ無息銀ナル場合ニ於テ其辨濟シタル者若シ息銀附ノ債ニ歸スル時ハ義務者ノ利ナリ、之ニ反シテ其辨濟若シ無息銀ノ債ニ當ル時ハ其益ハ必ズ權利者ニ在ル可シ又此ノ義務ハ書入質又ハ其他ノ保證有ル者コシテ、彼ノ義務ハ純粹單箇ノ者ナル時ハ義務者ノ利ハ其辨濟ハ保證セラレタル義務ニ歸スルニ在ルト雖モ之ニ反シテ權利者ノ益ハ初メニ其單箇ノ義務ヲ辨濟スルニ在リ

又一ノ義務ハ商事裁判所ノ管主スル者ニシテ他ノ義務ハ民事裁判所ノ所轄ナル時ハ亦必ズ其辨濟ノ當歸スル所ヲ確定セサル可カラズ

又甲ナル債ハ期滿得免ニ接近シテ乙ナル債ハ猶其期ニ遠隔スル時ハ義務者ハ乙債ヲ辨濟センヲ欲ス可シト雖モ權利者ハ必ズ先ツ甲債ヲ辨濟スルヲ望ム可シ

以上數例ヲ以テ觀ルニ數箇ノ義務有ル場合ニ於テハ必ズ其辨濟ノ歸スル所ヲ明別スルハ權利者義務者ノ利害得失ニ管スルヲ以テ豫メ其爭原ヲ防塞スルニハ實ニ貴重緊要ノ事ナルヤ瞭然タリ

本條ニ「一人ニ對シテ數箇ノ義務ヲ負擔スル者ハ其辨濟ノ時ニ當リ其數箇ノ義務中何レノ義務ヲ盡ス可キヤヲ述フルノ權有リ」と云ヘルハ蓋シ義務者ヲ保護スルノ法條ニシテ特ニ之ニ其權ヲ許與シタル所以ナリ然リ而シテ其權ニ制限有リ載セテ次ノ第一千二百五十四條ニ在リ

〔第一千二百五十四條〕

息銀附キノ債ヲ辨濟セントスル義務者ハ必ズ先ツ息銀ヲ償フニ之ヲ充テ用ヒ然ル後主ナル債ヲ償フニ充テ用フ可シトハ即チ本條第一箇ノ主眼ニシテ所謂其義務者ノ權ヲ制限シタル一證ナリ、左ノ例ヲ以テ之ヲ明詳セン

債主甲者ニ一ヶ年一割ノ利息ヲ以テ千圓ヲ借用シタル者ハ年後百圓(即チ千圓ノ利息ノ額)ヲ償

納セン事ヲ欲スル時之ヲ元金ノ一部トシテ返納スルヲ得ル乎曰ク否、法律ハ之ヲ許サ、ルナリ必ズ之ヲ其利息トシテ辨濟セサル可カラズ

難者或ハ云フ元金ノ中百圓ヲ拂フモ利息ノ百圓ヲ納ムルモ債主ノ得ル所ハ同シク百圓ナリ何ソ其元金ノ中ノ百圓ヲ拂ハバ債主ノ利ト成リ利息ニ百圓ヲ償ハバ債主ノ害トナルノ理有ランヤ又他ニ之ヲ詳言センコト今其百圓ヲ以テ元金ノ一部ヲ辨濟シタリトセハ、元金ハ減シテ九百圓ト成ル可キカ故ニ隨テ以後生スル所ノ利息モ亦自カラ減少ス可シト雖モ之ニ其一年ノ利額百圓ヲ附加シテ復タ千圓ト爲シ直チニ其利息ヲ生セシムル時ハ聊カ債主ニ於テ自カラ償フ可キノ損害無キカ如シ、然ラハ已ニ一ヶ年ヲ經過シタル以上ハ其百圓ヲ以テ必ズモ其利息ヲ辨濟セサルモ之ヲ元金ノ一部トシテ返却スルニ何ノ障礙有ル可ケンヤト、是未ダ推測ノ不足ニ因テ起發シタル說ナリト云ハサル可カラズ難者請フ能ク溯リテ第一千二百五十四條ヲ見ル可シ自カラ其淺見論タルヲ曉ルニ足ラン

息銀ノ息銀(即チ孫利)ヲ生セシムルニハ必ズ其債主ノ訴有ルヲ要スルハ難者ト雖モ尙之ヲ了知ス可シ因テ元金九百圓ニ百圓ノ息銀ヲ增加シ之ニ其利息ヲ生セシメントスルニハ必ズ其債主ヨリ之ヲ訴ハサル可カラズ然ラハ何チ以テ息銀ヲ償還スルモ又其元金ヲ辨濟スルモ一ヶ年過去ノ後ハ決シテ債主ノ利害ニ關係無シト云フ可ケンヤ、然レモ若シ二箇ノ負債有リテ一ハ息銀有リ他ノ一ハ息銀無キ時ハ取テ之ヲ前條ノ場合ト同視ス可カラズ、負債者ハ適意ニ其息銀附キノ者ヲ選テ先キコ之ヲ辨濟スルヲ得可シ法律ハ決シテ之ヲ拒マサルナリ

以上論辨セシ者ハ法ノ制定シタル負債者ノ權限ナリ、今其制定無キ權限ヲ示サン

二箇ノ負債中此債ハ過期シテ彼ノ債ハ期限内ノ者ナル時負債者ニ於テ先ツ其期限内ノ者ヲ辨濟シテ已ニ過期シタル債ハ尙後日ニ讓リテ之ヲ償濟セント云フヲ得可キ乎、曰ク負債者ノ爲メニ預メ其期限ヲ約シタル時ハ假令其期限ノ未ダ來着セサル者ト雖モ既ニ過期シタル債ヨリ先キコ之ヲ辨償スルヲ得可シ、若シ債主ノ爲メニ預メ其期限ヲ定メタル時ハ必ズ其過期シタル者ニ非カレハ之ヲ償還スル能ハズ是蓋シ法ノ明載セサル者ト雖モ通常一般ノ原則ニ依テ定ム可キ制限ナリ



二箇ノ債有リ一ハ百圓ニシテ他ノ一ハ二百圓ナリ共ニ其辨濟ノ定期ヲ過去スレバ債償者ハ一時ニ其義務ノ全部ヲ盡ス能ハス因テ唯其現ニ有スル所ノ百圓ヲ以テ一分ヲ二百圓ノ義務ニ割附ケ他ノ一分ヲ百圓ノ義務ニ割附ケテ其償還ヲ爲サントスルカ如キハ之ヲ許ス可キヤ否ヤ曰ク債主ノ承諾無キ時ハ敢テ之ヲ認許ス可キ者ニ非ス、法律ハ殊更ニ此ニ之ヲ明拒セスト雖ハ猶通常ノ原則ニ依テ推定ス可キ制限ナリ

第三十九號 明治十一年八月廿五日

井田 鐘次郎 筆記

余ハ今會ニ至ル迄義務者ノ物件ヲ拂フコトハ其數箇ノ義務中何レノ義務ヲ盡クスニ充テ用フルヲ定ムルヤノ權有ル場合ヲ論述シ來レリ是ヨリ權利者ハ如何ナル場合ニ於テ其受取リシ物件ヲ何レノ義務ニ充テ用フルヲ定ムル權有ルヤヲ論セント欲スルナリ

〔第一千二百五十五條〕

義務者ヨリ何レノ義務ヲ盡クスト明言セズシテ皆ニ辨償ヲ爲スニ於テハ權利者ハ其受取リシ物件ヲ何レノ義務ニ充ツルヤヲ自カラ定メ而シテ其受取書ヲ義務者ニ與フ可ク義務者既ニ之ヲ收メ終レハ最早彼是ト故障ヲ述フルヲ得サルナリ蓋シ法律ハ辨償ノ物件ヲ或義務ヲ盡クスニ充テ用フルノ權ヲ第一ニ義務者ニ與ヘ義務者ノ之ヲ施行セサルニ及ンテ始メテ之ヲ權利者ニ與フルナリ是ヲ以テ義務者若シ此ノ權ヲ用ユルヲ爲サズンハ此權ハ轉シテ權利者ニ移ル可シ即チ本條ニ載スル場合ノ如キ是ナリ然レバ權利者ニ於テ詐偽若クハ權謀ヲ行ヒシ時ハ義務者ハ受取書ヲ收メ終リシ後ト雖ハ權利者ニ對シ其所爲ニ故障ヲ申立ツルヲ得可シ法文ニ(詐偽若クハ權謀ヲ行ヒシ時云々)ト有ルハ蓋シ之ヲ云フナリ

此法文クミコテハ其意ヲ解スルニ頗ル困難ナルヲ覺ユ何トナシハ其所謂「詐欺若クハ權謀」トハ如何ナル詐偽如何ナル權謀ヲ云フカヲ知リ得可カラサレハナリ因テ余ハ例ヲ擧ケテ之ヲ明解セン

義務者ノ負ヘル數箇ノ義務中現ニ權利者ト義務者トノ間ニ於テ爭論セル者有リ然ルニ其義務者ハ何レノ義務ヲ盡クストモ云ハズシテ唯金額ヲ權利者ノ許ヘ送りタリ權利者乃チ其爭論ノ義務ニ辨償ノ金額ヲ充テ用ヒ而シテ受取書ヲ義務者ニ渡シタリ此所爲ノ如キハ人多ク之ヲ詐偽ニ出クル者ト思考ス何トナレハ爭論ニ係ル義務ニ金額ヲ充テ用フルヲ以テナリ

又受取リシ金額ヲ數箇ノ義務ニ一部分ツ、充テ用フル事モ或ハ之ヲ詐偽ニ出ツルト云フ者有リ本條義務者ハ義務ヲ分チ行フノ權無シト雖ハ權利者ハ之ヲ分チ得ルノ權利無シ、セズ

金額ヲ目的トスル義務ト商品ヲ目的トスル義務トハ負ヘル者有リテ權利者ニ金額ヲ渡シタリ然ルニ權利者此金額ヲ商品ノ義務ニ充テ用ヒタリ是正理ニ適セサルヲ以テ不正ナリ意有リテ爲サハ詐偽ナリ此ノ所爲ハ詐偽ヲ證セストモ唯不正ト云フヲ以テ取消スナリ得

余ハ是ヨリ權利者ニテ其受取リシ金額ヲ義務ニ充テ用ヒシ事ノ義務者ノ利益ニ反スル時ト雖ハ之ヲ取消シ得サル場合ヲ述ントス

權利者ノ得可キ義務中利息ヲ生ス可キ者ト利息ヲ生セサル者トノ二ツ有リ然ルニ權利者ハ義務者ヨリ受取リシ金額ヲ利息ヲ生セサル義務ニ充テ用ヒタリ此所爲ハ義務者ノ利益ニ反スト雖ハ有効ナル者タリ何トナレハ義務者ハ何レノ義務ニ充テ用フルトモ云ハサルヲ以テ其權ハ權利者ニ移リタレハナリ

又同シク權利者ノ得可キ義務ニシテ期滿得免ノ期ニ近キ者ト之ニ遠キ者トノ二ツ有ルニ權利者ハ其期ニ近キ義務ニ其受取リシ金額ヲ充テ用ヒタリ是亦適正ニシテ取消スナリ得サルナリ

又權利者ハ金額ヲ受取リシ時之ヲ保證セラレタル義務ニ充テ用ヒシテ之ヲ保證セラレサル義務ニ充テ用ヒタリ是亦義務者ノ利益ニ反スト雖ハ適正ナル者ナリ

〔第一千二百五十六條〕



余カ強ハ權利者モ義務者モ金額ヲ何レノ義務ニ充テ用フルヤチ定メサル場合ニ違ヒ、此時ニ於テハ法律自カラ之ヲ定ム是此第一千二百五十六條ノ目的ナリ余ハ一般ニ法律ノ爲ス所ヲ以テ總テ義務者ニ利益ヲ得セシムルノ目的ナリト云フヲ得ルト信セリ何トナレハ其規則ハ義務者自カラ金額ヲ何レノ義務ニ充テ用フルカチ定メタル時ト大ニ其趣キチ同フセルヲ以テナリ故ニ利益有ル義務ト利益無キ義務有レハ法律ハ先ツ金額ヲ充足有ル義務ニ充テ用ヒ又二箇ノ利益ヲ生スル義務有ル時ハ先ツ利益ヲ生スルノ輕キ義務ニ充テ用ヒ又過代ノ義務ト單純ノ義務有ル時ハ先ツ過代ノ義務ニ充テ用ヒ又書入質ノ權ニ因テ保證セラレタル義務ト然ラサル義務トノ二ツ有ルニ於テハ先ツ其保證セラレタル義務ニ充テ用フル事トセリ

時有リテハ甲ノ義務ト乙ノ義務トチ輕重ニ難キ者有リ例ヘハ一ツハ過代ノ義務ニシテ一ツハ利息ヲ生スル義務ノ如シ然レ時ハ裁判官其事實ヲ秤量シタル上ニテ適宜ノ處置ヲ爲ス可シ  
法文ニ「假令重大ノ義務ト雖ヒ其辨濟ノ期ニ至ラサル時ハ先ツ義務者ノ渡シタル金額ヲ以テ既ニ辨濟ノ期ニ至リシ義務ニ之ヲ充テ用フ可シ」ト有リ然レ其重大ナル義務ノ期限ハ義務者ノ爲メ定メラレタル事ノ判然タルニ於テハ辨濟ノ金額ヲ以テ先ツ此義務ニ充テ用フルモ未タ之ヲ法律ニ反スル者トハ云フ可カラサルナリ

經營ノ義務ト經營ナラサル義務トノ二ツ有ル時ハ辨濟ノ金額ヲ以テ先ツ經營ノ義務ニ充テ用フ可シ經營トハ抑モ何コ付テノ事ナル乎義務ノ成立セシ日コ對シテ之ヲ云フ平將タ期限ノ滿チシ日ニ對シテ之ヲ謂乎如何曰ク此事コ付テハ其論數種コ別レ一定ノ說無シト雖ヒ余ハ履モ前コ期ノ滿チシチ以テ經營ナリト思惟セリ故コ明治一年ノ生シテ十一年迄ノ期限ナル義務ト明治二年ニ生シテ五年迄ノ期限ナル義務ト二者有ル時ハ余ハ明治二年ニ生シタル義務ヲ以テ最モ經營ノ者ト云フ可シ若シ又二箇ノ義務ノ同等同質ナル時ハ其額ニ應シテ之ヲ平等ニ充テ用フ可シ

〔第四節 義務ノ物件ヲ提供スル事及ヒ之ヲ預リ役所ニ預ル事〕  
物件ヲ提供シ及ヒ預リ役所ニ金額ヲ預ルノ二事ハ其性質コ付テモ權利者コテ義務ノ物件ヲ受取

ルチ肯セサルコ起ルヤ明ナリ是ハ小シク笑フ可ク且ツ怪シム可キコ似タレモ若シ其期限權利者ノ利益タルチ得可キ事ト并ニ之ニ類似セル場合ノ數多有ル事トチ知ラハ何ソ其事ノ實際コ行ハル、サ悟ラサル者有ラソヤ故ニ該件ニ管シテハ義務者ハ常ニ辨濟力ヲ有スル事ト假定セサルヲ得サルナリ義務者ハ金額ヲ借受ルコ當リ自己ノ爲メ期限ヲ定メ置キ後チ更ニ之ヲ拋棄シ以テ辨濟チ爲サント欲スル事有リ此時ニ於テ權利者甘ンシテ之ヲ受クレハ事起ラズシテ止ム可シト雖ヒ若シ之ヲ受クルヲ肯セサル時ハ必ス雙方ノ間ニ於テ其事ノ起ラサルヲ得ス余ハ法律ニ於テ此事ノ處置如何チ左ニ述フ可シ

〔第一千二百五十七條〕

本條ニハ「現ニ物件ヲ提供ス」ト云ヘリ此語ハ即チ物件ヲ携帶シ出ツルノ謂ヒナリ又「權利者」之ヲ受クルチ肯セサル時ハ義務者之ヲ預リ役所ニ預ク可シ「有リ」是即チ義務者ノ爲メ可キ事ニツ有リ一ハ物件ヲ現ニ提供スル事一ツハ之ヲ預リ役所ニ預クル事ナリ若シ義務者ニシテ此ニツノ事ヲ行ハサル時例ヘハ現ニ物件ヲ提供シタルモ之ヲ預リ役所ニ預ケス又預リ役所ニ預ケタルモ現ニ提供セサルシニ於テハ決テ其義務ヲ免カル、能ハサルナリ其義務ヲ免カル、チ得ルハ唯此事ヲ順次ニ行フノ時ノミコ限レルナリ然レモ本條第二項ニ至リ右ノ條件ノ外尙物件ノ提供コ數多ノ條件ヲ要スル者有リ義務者ニシテ是等ノ條件ヲ悉ク充タスニ於テハ其預リ役所ニ預ケタル物件ハ直チコ權利者ノ責ニ歸ス可キナリ

〔第一千二百五十八條〕

余ハ今物件ノ提供ニ必要ナル條件ノ何物タルチ左ニ陳述セントス  
第一ハ「自カラ物件又ハ金高ヲ受取ル可キノ權ヲ有スル者又ハ其者ニ代リテ之ヲ受取ル可キノ權ヲ有スル者」ニ提供スル事ト云ヘル是ナリ此條件ニ付テハ總テ辨濟ノ規則ヲ通シ用フ可シ  
第二ハ「義務ヲ盡クヌチ得可キノ權有ル者」ニ其提供ヲ爲ス事ト云ヘル是ナリ法文ニ義務者ニ代リテ辨濟チ爲スノ權有ル者ト云フ事ヲ載セス是其欠漏ナリ



第三八〔義務者ノ渡ス可キ金高利足及ヒ計算済ノ費用ノ全部ヲ提供スル事但シ未ク計算セサル費用ノ不分明ナル時ハ後ニ之ヲ改定ス可シ〕ト云へル是ナリ此條件モ亦辨濟ヲ爲スニ當リテ履行ス可キ規則ト異ナル無シ

第四八〔權利者ノ爲メ期限ノ定メラレシ時ハ其期限ニ至リシ事〕ト云へル是ナリ尤モ義務者ノ利益ニ付テ期限ノ定メラレタル時ハ其義務者ハ隨意ニ之ヲ拋棄シ得可キヲ以テ之カ物件ノ提供ヲ爲スニ期限ノ満チシト云へル條件ヲ要セス

第五八〔契約ノ時預定シタル未必ノ條件ノ成立シタル事〕ト云へル是ナリ是ハ未必ノ條件ノ成立セサル内ハ其義務モ成立セサルヲ以テナリ

第六八〔義務辨濟ノ爲メ預メ定メタル場處ニ於テ提供スル事又其義務辨濟ノ場處ニ付テ別段ノ契約無キ時ハ權利者ノ面前ニ於テ提供シ又ハ其住所或ハ契約執行ノ爲メ殊ニ擇ヒタル住所ニ於テ提供スル事〕ト云へル是ナリ

結約者雙方ニ於テ辨濟ヲ爲ス場處ヲ定メタル時ハ其場所ニ於テ之ヲ爲サハル可カラザルヤ論ヲ俟タスシテ明ナリ然レモ若シ此場處ヲ定メサル時ニ於テハ何處ニテ之ヲ爲ス可キヤ第三百四十七條ニ依レハ〔義務者ノ住所ニテ之ヲ爲ス可ク又辨濟ス可キ者確定物ナレハ契約ノ時其物ノ存在セシ處ニ於テ之ヲ爲ス可シ〕ト有リ然ルニ本條載スル所ヲ見ルニ之ト違ヒ權利者ノ面前又ハ其住所ニ於テ物件ノ提供ヲ爲ス可シト云へリ豈奇怪ナル者ノ如クナラヌヤ

余思フニ元權利者ヨリ催促ヲ爲サハルニ義務者自カラ之ニ先テ辨濟ヲ爲サントシ而シテ物件ヲ提供スルカ故ニ已ムヲ得スシテ此ノ如キ規則ヲ設ケタルナリ且ツ物件提供ノ如キハ其性質ニ付テ考フルモ義務者ハ之ヲ自己ノ住所ニテ爲ス能ハサルヤ明ナリ將タ義務者ヲシテ權利者ニ此ニ來テシテ催促セシメ然ル後之ニ物件ノ提供ヲ爲サントスルモ果シテ此ノ如クスル時ハ物件ノ提供モ却テ物件ノ提供タル效ヲ生スルヲ得サルニ至ラントス是本條ニ別段ノ規則有ル所以乎

又法文ニ〔契約執行ノ爲メ特ニ擇ミタル住所〕ト有リ其特ニ擇ミタル住所トハ之ヲ權利者ノ撰定ス

タル住所ト解ス可ク義務者ノ撰定シタル者ト云フ意ニ解ス可カラサルナリ何トナレハ若シ此住所ヲ以テ義務者ノ撰定シタル者トスル時ハ此處ニ於テ物件ノ提供ヲ爲ス能ハサレハナリ

第七八〔公正ノ官吏ヲ以テ其提供ヲ爲ス事〕ト云へル是ナリ公正官吏ヲ以テ物件ヲ提供シシメサルヲ得サル所以ノ者ハ其物件ヲ提供シタルノ證ヲ得シカ爲メダリ然ラサレハ假令物件ヲ提供シタリト雖モ或ハ其無効ニ至ランノ恐無キ能ハス而シテ其證トハ公正官吏ノ制定シタル調書是ナリ余ヲシテ民法ノ編纂者タラシメハ右七箇ノ條件ニ加フルニ他ノ一條件ヲ以テス可キナリ即チ物件ヲ現ニ提供ス可シト云へル是ナリ此事ハ法文中ニモ之無キニ非ラサレハ此ニ載セサレハ極メテ陰然ニシテ讀者ヲシテ是亦物件提供ノ一條件タルヲ或ハ知ラサラシメシメテ恐ルハナリ

第四十號 明治十一年 九月四日

〔第一千二百五十九條〕

岩野源平 筆記

前條ニ於テ物件ノ提供ヲ説キ其効有ルニハ七條件ヲ要スルヲ陳シタリ今其物件ヲ寄托スル(役所ニ預ルヲ云フ)ニハ四箇ノ條件有ルヲ説カシ

第一日時及ヒ場處(寄托シタル處)ヲ記シタル呼出狀ヲ豫シメ債主ニ通達スルヲ要ス蓋シ其目的ハ債主ヲシテ費用有ルヲ寄托ヲ爲サ、ラシメンヲ欲スルニ在リ

第二提供ハ只物件ヲ債主ノ面前ニ見示スルヲ以テ足レリトスト雖モ寄托ニ至リテハ其物件ヲ寄托處ニ預ケ置クヲ要ス且又義務ノ目的金銭ニ在ル時ハ寄托ノ日迄ノ利息ヲ附シテ寄托セサル可カラ

第三使吏ノ調書ヲ要ス此調書ハ即チ公書ニシテ物件ノ性質債主ノ拒絕、債主ノ不參及ヒ寄托ノ四事ヲ記ス

第四若シ債主出頭セサル時ハ寄托ノ事有リシヲ通知セサル可カラサルヲ以テ前ノ調書ヲ寫シテ之ヲ送致ス



〔第一千二百六十條〕

凡テ過失ニテ費用ヲ要スル時ハ其費用ハ過失ヲ爲シタル者ノ負擔スル所ナリトハ至公至正ノ原則ナリ今夫レ債主有リテ提供ヲ拒ミ負債主ヲシテ寄托ヲ爲シメ爲メニ費用ヲ要スル有ラハ是債主ノ過失有リテヨリ生じタル者ナリ故ニ之ヲ負擔スル者ハ債主ナラサル可カラズ然レモ其前金ヲ出スハ固ヨリ負債主ナラサル可カラサルナリ

〔第一千二百六十一條〕

本條ニ依レハ初メニ提供シ後ニ寄托シタル物件ハ未ダ權利者ニ屬セス猶義務者其所有者タルナリ是ヲ以テ義務者ハ物件ヲ取返スノ專權有リ若シ義務者、之ヲ取返セハ義務尙未ダ消散ニス其附屬シタル保證人、借入、特權ノ如キ保證ノ約束ハ嚴然存シ滅セス故ニ義務者ハ依然タル義務者ナリ然レモ權利者其寄托ヲ承諾シタル時ニハ寄托ハ即チ義務履行ニ價ス可キカ故ニ義務者ハ義務ノ脱免ヲ得タル者トス既ニ權利者ニテ寄托ノ承諾有ラハ義務者ハ物件ヲ取返スヲ得ス

〔第一千二百六十二條〕

前ニ權利者ノ未ダ寄托ヲ承諾セサル時ハ義務者ハ猶之ヲ取返スヲ得ルト述ヘタリ若シ然ラハ權利者ハ之ヲ承諾セズ義務者モ亦取返ヲ爲サス此時ニ於テハ義務者ノ地位ハ模糊曖昧ノ地位ナリト云ハサル可カラズ義務者ニシテ早ク事ヲ處セント欲スルナラシメハ永ク此地位ニ立ツテ欲セサル可シ本條ハ此ニ見ル所有リ義務者ヲシテ裁判所へ出訴スルヲ許シ對審シテ寄托ノ効驗奈何ヲ判スルヲ請フテ得ルトセリ  
裁判所ノ判決ヲシテ寄托ハ善ナリ効有リト斷セラル、ニ至ラハ即チ權利者ハ寄托物ヲ獲ント承諾シタルニ比シキ者ナリ故ニ物件ノ意外ノ損失ハ皆權利者ノ損失ニシテ而シテ義務者モ亦物件ヲ取返スヲ得ス若シ又裁判所ノ判決ニ或ハ寄托ノ要件ヲ欠キ或ハ物品ノ寡少ナルヲ以テ寄托ノ効驗無キヲ宣告セラル、時ハ義務者ハ義務ヲ免ル、ニ非ス故ニ共同義務者保證人等ハ未ダ義務ヲ免カレサルナリ

今夫レ裁判判決有リテ寄托ハ効有リト斷セシ時ニ權利者ハ承諾ヲ以テ義務者ハ寄托物ヲ取返スルモ他ノ保證人借入ノ約束等ハ既ニ滅シテ復生セズ蓋シ此時ハ權利者ト義務者ト共ニ更ニ新契約ヲ爲シテ全ク前契約ト相離ル、者ナリ是ヲ以テ期滿得免ヲ算スルハ此新契約ノ日ヲ以テ首トセサル可カラズ(此最後ノ觀察ハ前條第一千二百六十一條ニ適ス可キナリ)

〔第一千二百六十三條〕

前ニ云フ如ク既ニ裁判ノ判決有リテ寄托ハ効有リト斷定セシ時ト雖モ權利者ノ承諾セシ時ニハ義務者ハ物件ヲ取返スルヲ得ルハ更ニ新契約ヲ爲ス者ナリ此新契約ニハ前ノ契約ニ附屬シタル保證ノ契約ハ一切再生スル者ニ非ス只雙方ノ契約ヲ以テ新ニ附屬ノ保證契約ヲ爲スヲ得ルナリ之ヲ本條ニ述フルノ旨趣トス

〔第一千二百六十四條〕

以上陳スル所ノ者ハ義務ノ金錢有ルコ管スル者ナリ本條ニハ義務ノ確定物ナル事ヲ述ヘリ抑確定物ナル時ニハ物件提供ノ規則ヲ適施ス可キニ非ス物權ノ移轉シ易カラサル者ニシテ彼ノ處ヨリ此處迄運送ス可カラサルコ際ニ強テ提供ノ法則ヲ用ヒ權利者ノ住處迄送致セサル可カラズトスルハ奇怪ト云ハサルヲ得ス且又其費用ノ如キ住々非常ノ高價ニ至ル可シ是ヲ以テ法律ハ物件提供ノ事ヲ廢シ之ニ換フルニ呼出狀ヲ以テシタリ抑此呼出狀ハ使吏之ヲ作り而シテ之ヲ債主ニ送致シ以テ債主チシテ物件引渡シノ場處ニ來リ物件ヲ受取テシムルノ方法ナリ其所謂引渡シノ場處トハ物件ノ在ル場處チ云フ若シ其引渡シノ場處チシテ債主ノ住所ト定極スル有ラハ固ヨリ物件チ其場處ニ送致セサル可カラサルハ明ナリ此ノ如クシテ呼出狀ヲ債主ニ送り若シ債主之ニ應シテ來ラズ負債主ハ物件ノ在ル場處チ要スル時ハ負債主ハ裁判所ヨリ許可ヲ得テ裁判ノ定ムル場處ニ物件ヲ轉置スルヲ得可シ

法律ハ金錢並ニ確定物ニ付テ提供寄托ヲ規定スト雖モ數量物ニ至テハ未ダ其規則ヲ見ス是ヲ以テ學士ノ論說ニ「ナラズ其正説ト稱スル者ハ第一千二百六十四條實施スル是ナリ」



〔第五節 財産抛棄〕

〔第一千二百六十五條〕

抑佛蘭西ニ於テ民事禁錮ヲ廢シタリシヨリ財産抛棄ノ事ハ實際益無キカ如シ(譯者案スルニ抛棄ノ目的ハ禁錮ヲ免ル、ニ有リ下文ニ明カナリ)

本條ニハ別ニ緊要ナル事有ラス只財産抛棄ノ如何ヲ解釋スルノミ財産抛棄ヲ爲シテ負債主ノ利トスル所ハ財産ヲ費用セシメテ大抵ハ負債ヲ能ク消却シ得ルノ利有リ

〔第一千二百六十六條乃至第一千二百六十七條〕

財産抛棄ニ二種有リ隨意ノ抛棄ト法律上ノ抛棄是ナリ第一千二百六十七條ニハ隨意ノ抛棄ニ解シテ曰ク(隨意抛棄トハ義務者權利者共ニ合意シテ財産ヲ抛棄スルヲ云フ)ト是法律ノ云ハスシテ明カナル者ナリ蓋シ事ノ如何ナルヤヲ問ハス合意有ル以上ニハ爲ス可カラサル者有テス權利者ニ承諾有ル時ハ義務者ハ負債ノ半額ヲ拂フヲ得可ク其他爲ス可カラサル者有テス權利者ハ他ニ云フ可キ事有リテ而シテ之ヲ云ハス即チ財産抛棄ノ約ニ好計有ル時ハ他ノ債主ハ之ヲ廢棄スルヲ得可シト云ハサル可カラス

〔第一千二百六十八條乃至第一千二百七十條〕

本條ニハ法律上ノ抛棄ヲ云ヘリ其隨意抛棄ト性質ヲ異ニスル所ハ法律上ノ抛棄ハ法律ノ不幸ナル負債主ニ許與スル者ニシテ而シテ第一千二百七十條ノ第一項ニ云フ如ク權利者ハ其抛棄ヲ拒絕スルヲ得サルニ在リ  
法律上ノ抛棄ノ效如何ハ第一千二百六十八條及ヒ第一千二百七十條ニ在リ抑隨意抛棄ノ效ハ雙方ノ合意有ル如ク醸生ス可シト雖モ法律上ノ抛棄ニ至ラハ民事上ノ禁錮ヲ脱シテ自由ヲ得ルニ在リ唯禁錮ヲ脱スルノミヲ以テ抛棄ノ目的トセハ民事上ノ禁錮ハ既ニ廢止セラレタルヲ以テ抛棄ハ實際益無ト雖モ猶今日ニ行ハル、ハ他ニ益有ルヲ以テナリ  
凡刑罰有リ其刑罰金ニ當ル時其金額ヲ出シ能ハスシテ禁錮セラレ、者有ラン此場合ニ財産抛棄

ヲ爲セハ禁錮ヲ免ル、ヲ得可シ是抛棄ノ益有ル所ナリ  
第一千二百六十九條及ヒ第一千二百六十七條、第二項ヲ通觀スル時ハ債主ノ權ヲ增加スルカ如シト雖モ然ルニハ非ス實ニ第一千二百六十九條ニ云フ法律上ノ抛棄ハ權利者ニ財産ノ所有權ヲ與フルニ非ス只權利者ハ財産ヲ賣却シ及ヒ其財産ヨリ生スル入額ヲ收取スルヲ得ルニ在リ彼ノ人額ヲ收取スルヲ得ルカ如キハ既ニ財産抛棄ノ以前ニ權利者ノ有スル權利ニシテ更ニ抛棄有ルカ故ニ得ル者ニ非ス只抛棄有リテ權利者ニ至便ナルハ財産差押ヲ爲ス時ニ其手續ノ簡略ナル是ナリ  
第一千二百六十七條ノ第三項ハ只財産ノ不十分ナル時ハ義務完了セズ抛棄シタル財産ノ高ニ應ジテ義務了リタリトス是故ニ若シ其不十分ノ場合ニ其後財産ヲ殖生スル時ハ負債主ハ義務完了スル迄其財産ヲ抛棄セサル可カラサルナリ

第四十一號 明治十一年 九月六日

〔第二款 義務ノ更改ノ事〕

本日ハ第二款ニ移リ義務ノ更改ノ事ヲ講述ス可シ  
別段法律上ニハ更改ナル文詞ノ解釋ヲ舉示シタル條無シ、蓋シ一般更改トハ事物ヲ新ニスル、義ナリ故ニ義務ノ更改トハ即チ新義務ヲ以テ舊義務ヲ更換スルノ謂ヒナリ、然レモ決シテ新義務ヲ以テ舊義務ニ増加スルト云フニ非ス全ク舊義務ヲ廢滅シテ更ニ新義務ヲ其地位ニ置換ヘルト云フ事ナリ  
新クニ義務ヲ更改スルニハ必ス其緊要ナル五基礎ノ一ヲ變換セサル可カラス、義務ノ五基礎トハ所謂權利者、義務者、目的タル事物、原因、及ヒ形狀、是ナリ  
此ニ法律ノ記定スル所ハ前三箇、基礎ノミニシテ後二箇ノ基礎ニ管シテハ營テ其明文ヲ見サル者ナリ、蓋シ法ノ缺漏ナリ、之ヲ補充スレハ余輩學士ノ任ナリ、必ス其五基礎ヲ舉示シテ之ヲ論定セサル可カラス、先ツ其明文有ル者ヨリ之ヲ始メ其法記無キ者ハ本款ノ終尾ニ至テ之ヲ説明ス可シ

一瀬勇三郎 筆記



〔第一千二百七十一條〕  
 本條ヲ分テ二項ト爲シ、其第一項ニハ目的タル事物ノ更改有ル場合ヲ掲ケ、次第二項ニハ義務者ノ更改ヲ記シ、又第三項ニハ權利者ノ更改ノ場合ヲ載セリ  
 第一項ニ曰ク「義務者其權利者ニ對シ、從前ノ義務ニ代ヘ更ニ新タル義務ヲ契約シ、從來ノ義務ノ消散シタル事」ト此「新タル義務ヲ契約シ」ト云ヘルハ實ニ不當ノ法文ナリト考定スルナリ、何トナレハ其他第二項及ヒ第三項ノ場合ト雖固ヨリ義務ヲ更改スルニハ必ス新タル義務ヲ契約セサル可カラズ、然ルニ本項ニ「特ニ之ヲ記載シタルハ實ニ余カ解セサル所ナリ蓋シ立法官ノ意趣ハ更ニ新タル事物ヲ契約シト云フニ在ル可シ然ラサレハ別ニ法意ヲ推定スルニ由無シ」本項ニハ別ニ釋義ヲ要スルノ點無シ獨リ諸君ノ記憶ス可キハ一方ヨリ發約シテ他ノ一方之ヲ承諾シ其雙方ノ合意有ルニ非サレハ其義務ノ更改ヲ成ス能ハスト云フ事ナリ  
 又本項ノ結尾ナル「從來ノ義務ノ消散シタル云々」ハ蓋シ亦不要ノ文詞也何トナレハ前既ニ第五章ノ最首ノ箇條第千二百二十四條ヲ說明セシ時ニ於テ義務ノ更改ハ其消散法ノ一ナルヲ認メタリ、然ラハ義務ノ更改有ル時ハ必ス其從來ノ義務ノ消散スルハ殊更ニ本項ノ末文ヲ俟タズシテ明亮ナリ  
 第二項ニ曰ク「從來ノ義務者其權利者ヨリ義務ヲ釋放チ受ケ新タル義務者之レニ代リタル事」ト本項ノ方法ニ依テ義務ヲ更改スル時ハ必ス其權利者ノ承諾有ルヲ要ス、然ラサレハ其義務者ハ當ニ己レノ詐偽ヲ用テ其義務ヲ遁レ更ニ實力無キ者ヲシテ之ニ代ラシメ漫ニ其權利者ノ損害ヲ贖スニ至ル可シ  
 又本項ノ場合ニ於テ其更改セシ者ハ其義務ノ事物ニ非ス又其權利者ニ非ス、特リ其義務者ノ改新シタルノミ、然リ而シテ其新タル義務者ハ從來ノ義務者ト相共ニ連帶セシ者ニ非ス、全ク更ニ從來ノ義務者ニ代テ新タル義務ヲ負擔ス可キ者ナリ  
 第三項ニ曰ク「新タル結ヒタル契約ニ因リ新タル權利者ニ代リタルニ付キ其義務者從來ノ權利

ニ對シテ其義務ヲ釋放チ得タル事」ト此ニハ前項ニ反シテ更ニ其權利者ノ代リタル場合ヲ記セリ蓋シ權利者ノ更改常ニ大ニ其義務者ノ利害ニ管スルヲ以テ必ス其義務者ノ承諾無カル可カラズ、例ニハ新權利者ハ其舊權利者ヨリ柔和ナル者ニ代更スル時ハ其義務者ノ利ト成ル可シ、又之ニ反シテ新權利者ハ其舊權利者ヨリ嚴酷ナル者ニ代更スル時ハ其義務者ノ害ト成ル可シ、因テ必ス其義務者ノ諾否ヲ俟テ之ヲ決セサル可カラズ  
 實地ニ就テ之ヲ觀ルニ時宜ニ因テハ同時ニ二重又ハ三重ノ更改有ル者少カラスト云フ是固ヨリ法律ノ記定スル所ノ義務ノ更改ハ則チ此ノ如シ其他彼ノ法定無キ二箇ノ更改ハ本款ノ終尾ヲ待テ之ヲ説明ス可キナリ  
 〔第一千二百七十二條〕  
 余ヲ以テ本條ヲ觀ルニ實ニ不要ノ法條ナリト斷言セサル可カラズ、夫レ義務ノ更改ハ一方ノ者ヨリ他ノ一方ノ者ニ迫テ之ヲ執行セシム可キ者ニ非ス必ス其雙方ノ合意ヲ待テ始メテ行ハル、者ニシテ即チ一箇ノ契約ナリ、然リ而シテ總テ契約ハ其能力ヲ有スル者ニ非サレハ之ヲ結行スル能ハサルハ既ニ諸君ノ詳認スル所ナリ故ニ曰ク本條ハ不要ニ屬スト  
 〔第一千二百七十三條〕  
 本條ニ「義務ノ更改ハ思料ヲ以テ之ヲ定ム可カラズ、必ス證書ヲ以テ其意ヲ詳明スルヲ要ス」ト云ヘリ會テ第千二百二條第一項ノ「義務者ハ連帶スル事ハ思料ヲ以テ之ヲ定ム可カラズ、其契約有ルヲ必要トス云々」ノ法文ヲ解説セシ時ニ於テハ余ハ該條ハ全ク其義務者ヲ保護セシカ爲メニ設爲サレタル者ナルヲ明證セリ  
 今第千二百二條、第一項ト此第千二百七十二條トナ比較シテ之ヲ觀ルニ實ニ其文詞ノ相類似スルヲ以テ諸君或ハ本條モ亦等シク義務者ヲ保護スルノ意ニ因テ記定セシ者ナリト思惟ス可シ是ナラハ誤謬ナリ、本條ハ決シテ其義務者ヲ保護スル者ニ非ス、左ノ一例ヲ以テ之ヲ證スルニ足ル可シ



甲者ニ金額若干圓ノ負債有ル乙者ニシテ後又其債主ニ或ル物件ヲ讓渡サント約セリトモ、此ノ如キ場合ニ於テハ乙者ハ甲者ニ對シテ二箇ノ債ヲ負擔スルナリ然レモ法律上若シ義務ノ更改ハ其思料ヲ以テ之ヲ推定スルヲ得キ者トモハ乙者ノ或ル物件ヲ讓渡サント約シタル義務ハ必ス彼ノ金額ノ義務ト更改ス可シ、是ニ因テ之ヲ觀レハ此條ハ決テ義務者ヲ保護スルノ法意ニ非サルヤ瞭然タリ

右ノ例ハ其契約ノ事物ノ代リタル事ニ付テ辨明シタル者ナリ、又其義務者又ハ權利者ノ代リタル場合ト雖モ必ス明瞭ニ之ヲ記セサレハ其義務ヲ更改スル能ハス然レモ余ハ之ニ因テ直チニ其不要ニ屬スルノ法條ナリト排駁シタルニハ非サルナリ、立法者ノ殊ニ本條ヲ設定シタルハ果シテ故無キニ非ス蓋シ若シ義務ノ更改ハ常ニ其思料ヲ以テ之ヲ推定シ得キ者ト爲ス時ハ必ス夫レ權利者ノ意ヲ以テ其義務ヲ釋放スルノ場合ト明別スルニ難カル可シ是本條ノ存在スル所以ナリ然レモ余カ主說ニ因レハ本條ハ實ニ嚴酷ニ過キタル法條ニシテ罕ク之ヲ取消スルノ愈レルニ如カストス、而シテ其義務ノ更改ノ成否ヲ決スルニハ常ニ之ヲ新義務ノ原因ト看做ス可シ故ニ適正ニ其更改ヲ爲シタル時ハ新義務モ其正効ヲ生ス可シ之ニ反シテ若シ其更改ハ法律ニ背違シタル時ハ隨テ其新義務モ亦其効ヲ生スルヲ得ス何トナレハ既ニ其原因タル更改ニ於テ不適法ノ點有ルカ故ナリ、日本民法編纂ノ主任者ハ能ク其意ヲ注キ此ノ如キ不要ノ條文ハ決シテ其法典中ニハ之ヲ記載セサル可シト信スルナリ

〔第一千二百七十四條〕

余ハ先キニ義務ノ更改ハ必ス其契約ヲ以テ之ヲ爲ス可キ事ヲ辨明セリ、蓋シ本條ノ記スル所ハ義務者ノ代更ニ有ル場合ニシテ此ニハ權利者ト其新義務者トノ承諾有ルノミニテ正シク其義務ヲ更改スルヲ得可ク舊義務者ト新義務者トノ間ニ於テハ別段其契約有ルヲ必要トセス、父其子ニ告知セズ直ニ代テ自カラ其義務ヲ執行スルノ例ハ數々實踐スル所ナリ

〔第一千二百七十五條〕

本條ノ記スル所ハ二箇ノ負債ニ付テ其義務者ハ兩人有ル場合ナリ、因テ今其義務者ノ質如何ヲ探究セサル可カラズ舊義務者ト新義務者トハ全ク連帶ノ義務者ト之ヲ看做ス可キカ又ハ新義務者ハ舊義務者ノ保證人ト之ヲ認ム可キ乎、若シ新義務者ハ全ク舊義務者ノ保證人ナリト之ヲ認ムル時ハ必ス舊義務者無資力ニシテ終竟自カラ其債ヲ償却スル能ハサルノ地ニ陥入りタル場合ニ至ラサレハ尙其新義務者ハ自カラ之ニ代リ其義務ヲ執行セサル可シ

若シ又果シテ新義務者ト舊義務者トハ全ク連帶シタル者ト看做ス時ハ權利者タル者ハ適意ニ舊義務者ハ措テ之ヲ罷メ直チニ其新義務者ヲ訴フルヲ得可キカ故ニ其新義務者ノ地位ハ却テ先キニ自カラ舊義務者ノ保證人タリシ場合ヨリ一層惡シカル可シ

蓋シ新義務者ハ舊義務者ノ保證人タルヲ得ス何トナレハ第一千二十五條ニ於テ「保證ノ事ハ思料ヲ以テ定ム可カラス必ス明瞭ニ之ヲ記ス可シ云々」ノ明文有レハナリ

又新義務者ト舊義務者トハ之ヲ連帶ノ義務者ナリトハ看保ス可カラス何トナレハ法律ハ彼ノ第一千二百二條ノ明文ヲ以テ義務者ノ連帶ハ思料ヲ以テ之ヲ定ムルヲ禁スレハナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ新義務者ハ舊義務者ノ保證人ト云フ可カラス、又其連帶ノ義務者タルヲ得ス、然ラハ之ヲ如何ト云フ可キ乎、曰シ夫ノ所謂不完全ノ連帶トハ即チ是ナリ、蓋シ羅典語ニインソリ、ユドムト云フ者ナリ、蓋シ新舊ノ義務者ハ各其義務ノ全部ニ付テ自カラ其權利者ノ訴ヲ受ク可キナリ、故ニ其新舊ノ義務者ノ間ニハ必ス其連帶有ルハ敢テ疑フ可キニ非ス、然レモ其新舊ノ義務者ハ未ダ當テ相互ノ名代ヲ受任セシ事ノ無キヲ以テ其連帶ヲ以テ直チニ完全ノ者ト云フ可カラス因テ之ヲ不完全ノ連帶ト名稱シタルハ蓋シ故有ルナリ

第四十二號 明治十一年 九月十一日 〔第一千二百七十六條〕

井田 鐘次郎 筆記



本條載スル所ハ權利者ニテ從來ノ義務者ニ義務ヲ免カレシメ更ニ其義務者ノ指シ定メタル人ニ義務ヲ負ハシムル場合ヲ述ヘ而シテ此場合ニ於テハ後ノ義務者無力ト成ルトモ權利者ハ既ニ義務ヲ免カレタル舊ノ義務者ニ對シテ要求ヲ爲ス可カラサル旨ヲ云フ者ナリ此一事ハ勿論其第一ノ例外ニ於テモ余ハ毫モ異論有ル無ケレヒ其第二ノ例外即チ更改約ヲ行フニ當リ「新クニ義務者ノ身分ノ分散ヲ爲シ又ハ身分衰頹ニ至リシ時ハ格別ナリトス」ト云フニ至リテハ余焉ンゾ之ヲ非難セサルヲ得ンヤ蓋シ之ヲ非難スル所以ハ二箇ノ理由有ルヲ以テナリ

夫レ契約ハ詐偽暴行等ノ瑕瑾有ルニ非サレハ其効ヲ生スルヲ障礙シ得サルヲ以テ一般ノ法理トス然ラハ則チ更改約ニ付テモ亦此ノ法理ヲ擴充シ從來ノ義務者ニ詐偽暴行等ノ所爲無クシテハ假令新義務者ハ身分ノ分散若クハ衰頹ヲ爲セシ時ニ其約ノ成ル有ルモ權利者ト舊義務者トノ間ニ於テハ須ク之ニ効ヲ生セシメ以テ其義務者ニ全ク義務ヲ免カレシメサル可カラズ復何ノ新義務者ノ貧富如何テ問フニ及ハソヤ然ルニ法律ハ新義務者ノ指シ定メラレシ時既ニ之カ身分ノ分散若クハ衰頹ヲシタルニ於テハ權利者更ニ舊義務者ニ對シテ要求ヲ爲シ得可シト定メ以テ此義務者ヲシテ其義務ヲ免カレサラシム余ハ如何シ之ヲ以テ更改約ノ効ヲ妨クルノ所爲ナリト云ハサソヤ是其不當ナルノ一ナリ又佛蘭西ニ於テハ八身分ノ分散若クハ衰頹ヲ爲ス有レハ直チニ世上ニ公告スルヲ以テ容易ニ之ヲ知ルヲ得可ク且ツ權利者更改約ヲ爲サント欲スル時ハ大抵舊義務者ノ貧富如何ヲ搜索ス可キカ故ニ一旦更改約ヲ爲シ漸義務者ヲ以テ舊義務者ニ更ニ取消ス能ハサルヤ論ヲ俟タスシテ明ナ足ラサル所有ルモ其約既ニ成ルヲ以テ何人ト雖ヒ更ニ之ヲ取消ス能ハサルヤ論ヲ俟タスシテ明ナリ然ルニ之ヲ願ヒスシテ權利者ヲシテ殊ニ新義務者ヲ訴ヘシムルハ何ソヤ是其不當ナルノ一ナリ

〔第一千二百七十七條〕  
 本條ノ如キハ殆ト無用ニ屬スル者ナリ何トナレハ第一項ニ「義務者ニテ己レニ代テ辨濟ヲ爲ス者ヲ指シ定メタルノミ」トハ更改約ノ成立スル無カレ可シト云ヒ又第二項ニ「權利者ニテ己レノ爲シ辨濟ヲ受タル者ヲ指シ定メタル時モ亦更改約ノ成立スル無カレ可シ」ト云フノミニテ即チ名義

ハテ定メタルヲ以テ更改約ト考フ可カラズト云フニ異ナラズ且第一千二百七拾三條ニ於テ既ニ更改約ノ推定ス可キ者ニ非ス」ト云ヒタリ是余カ本條ヲ無用ノ者トスル所以ナリ

〔第一千二百七十八條〕  
 更改約ハ義務ヲ消滅スル一箇ノ方法ナリ故ニ更改約ノ成ル時ハ其義務必ス消滅ス可シ義務既ニ消滅スレハ亦之ニ附屬セル諸件モ自カラ消滅セサルヲ得ス蓋シ從ハ主ニ從マト云ヘル原則有ルヲ以テナリ是本條ノ由テ起ル所ナリ然レハ權利者ハ敢テ別段ノ契約ニテ其諸權例ヘハ特權書入質ノ權等ヲ保有スルヲ得サルニ非サルナリ故ニ本條ニ「但シ云々」ノ文詞有リ此場合ニ於テハ舊義務者ハ其義務ヲ免カル、ヲ得ルモ其財產ハ特權書入質ノ權等ヲ脫スル能ハス此事ハ唯義務者ノ更リシ時ノミニ限ラズ義務ノ事物ノ更ハリシ時ニ於テモ亦然リ

〔第一千二百七十九條〕  
 本條モ亦無用ニ屬スル者ナリ何トナレハ別段ノ契約無キニ甲者ノ財產ニ係ル權利ノ乙者ノ財產ニ移ルノ理無キヤ更ニ論ヲ俟タスシテ明ナレハナリ但シ權利者ニテ新義務者ノ財產ニ付テ更ニ或ル權利ヲ得ルカ如キハ全ク別ノ事ナレハ決シテ之ヲ以テ本條ノ載スル所ト同視ス可カラサルナリ

〔第一千二百八十條〕  
 本條ハ道理ニ適セサルノ最モ甚ダシキ者ナリ何トナレハ權利者有テ連帶義務者ノ一人ト更改約ヲ爲シ從來ノ義務ヲ保證セル特權書入質ノ權ヲ其各義務者ノ財產ニ移シ以テ新義務ヲ保證セント欲スト雖ヒ本條有ルカ爲メニ其目的ヲ達スルヲ得サレハナリ夫レ契約者ノ爲メ所法律風儀ニ反セサル上ハ法律ト雖ヒ敢テ之ヲ妨クルヲ得サルニ非スヤ然ルニ今權利者ト連帶ノ義務者トノ正當ナル所爲ヲ妨ケ新義務者ノ財產ニ非スニハ舊義務ヲ保證セル特權書入質ノ權ヲ負ハシムルヲ得スト定メタルハ豈不正ノ甚シキ者ニ非スヤ

〔第一千二百八十一條〕  
 本條ノ第一項及ヒ第二項ハ一般普通ノ法理ニシテ其述フル所殆ント無用ニ屬スル者ト云フモ可ナ



リ蓋シ權利者ニシテ義務者又ハ連帶ノ義務者ト更改約ヲ爲ス時ハ保證人又ハ他ノ連帶ノ義務者ノ義務ヲ免カル、ハ論ヲ俟タズシテ明ナリ是他無シ保證人ハ舊義務ヲ保證スト雖モ未タ新ノ義務ヲ保證スルト云フ契約ヲ爲サス又連帶ノ義務者ハ其義務ヲ消滅スルニ於テ相互ニ名代ヲ爲スノ權有ルヲ以テ其一名ノ爲シタル所他ノ一名ノ利益トナレハナリ加之此第二項ノ述ル所ハ第一千二百七十一條ノ第二項ヲ一見シタルノミヨテモ亦之ヲ知ルニ足ル可シ請フ其文詞ヲ看ヨ「從來ノ義務者權利者ヨリ釋放ヲ受ケト有ルニ非スヤ然ラハ更改約有ルニ因テ舊義務ノ消滅セルヤ之ヲ知ルニ難カラストス既ニ之ヲ知ラハ保證ノ義務ノ之ニ從テ消滅スルハ理ノ最モ見易キ者ナリ是本條ノ第一項ト第二項トハ殆ト無用ニ屬スルト云フ所以ナリ

總テ立法者ノ法律ヲ制定スルハ唯法ノ原則ヲ記スヲ以テ充分ナリトス何ソ本條ニ於ケルカ如ク其效果迄ヲ記スルヲ須シヤ蓋シ原則ノ效果ハ裁判官有リテ之ヲ究ムレハナリ且ツ立法者ニシテ原則ノ效果ヲモ記スルニ於テハ屢事ノ前後ニ齟齬スルノ弊無キ能ハス遂ニ裁判官ヲシテ迷誤ニ陷ラシム可キナリ本條第三項モ亦無用ニ屬ス其文詞ニ「然レモ權利者連帶ノ各義務者ニ更改約ヲ承諾ス可キヲ求メ又ハ保證人ニ之ヲ承諾ス可キ事ヲ求メシ時其連帶ノ義務者又ハ保證人其承諾ヲ爲サ、ルニ於テハ從來ノ義務ハ消滅スル事無シ」ト有レモ此事ハ唯一般ノ法理ニ因テ之ヲ知ルヲ得可ク何ソ特別ニ法條有ルヲ要セシヤ故ニ之ヲ刪除スルモ敢テ不可ト爲サ、ルナリ

更改約ノ事ニ管シ法律ニ二箇ノ洩漏セル者有リ即チ義務ノ原因ニ付テノ更改約ト義務ノ狀態ニ付テノ更改約トノ二者是ナリ

借家人有リ家賃ヲ拂ハサル者數月ニ及ヒ遂ニ止ムヲ得スシテ家主ニ云テ曰ク我ハ家賃ヲ拂ハサル可カラズト雖モ今現ニ金額ヲ有セサルヲ以テ之ヲ借受ケントス請フ之ヲ承諾セヨト然ルニ家主其請ヲ許シ更ニ金額ノ貸主ト成レリ此場合ニ於テノ更改約ハ即チ原因ニ付テノ更改約ニシテ法律ノ記載セザル所ナリ

又或ニ云ハシ更改約ハ義務ノ原因ニ付テ成ルモ又何等ノ變換ニ付テ成ルモ一旦成ル有レハ即チ可

ナリ何ソ其成ルノ根原ヲ問フニ及ハソヤト曰ク然ラス夫義務ナル者ハ其原因ノ差違ニ因テ大ニ權利者ノ利害ニ管スルナリ例ヘハ家賃ハ五年ノ經過ニテ期滿得免ノ期ニ至リ大賣代價ハ十年小賣代價ハ五年ニテ其期限ニ至ルト雖モ借借ハ三十年ヲ經過セザレハ其期限ニ至ラサルナリ又家賃ハ家屋中ノ動産ニ付テ特權ヲ帶ヒ賣買ノ代價ハ賣物ニ付テ特權ヲ帶フル者トス

貸金賣物ノ代價ヲ家賃ニ變スルヲ得可キヤ如何曰ク此ノスル時ハ權利者ハ期滿得免ノ期限ニ付テハ損失スル所有レモ家屋中ノ動産ニ特權ヲ得ルヲ以テ大ニ利益有リ然レモ是爲ス可カラサル事ナリ凡ソ事其因無キハ爲スヲ得可カラサル者ナリ因無シテ事ヲ行フ時ハ其事自カラ虚ダラサルヲ得ス今家賃代價ヲ貸金ニ變スルカ如キハ權利者其取ル可キ者ヲ取ラスシテ更ニ之ヲ貸渡スニ外ナラサレハ之ヲ因無シトハ云ヒ難シト雖モ貸金ヲ家賃若クハ代價ニ變スルニ至テハ毫モ其因無シ全ク虚ダラサルヲ得ス何トナレハ家賃ハ家屋ヲ貸渡スニ及ヒテ始メテ之ヲ請求スルノ權ヲ得可ク又此權ニ付テ家屋中ノ動産ニ特權ヲ有スルヲ得可ケレハナリ焉未タ家屋ヲ貸渡サスシテ家賃ヲ請求スルノ權ヲ得未タ家賃ヲ請求スルノ權無クシテ其家屋中ノ動産ノ特權ヲ得ルノ理アラソヤ故ニ家賃若クハ代價ハ之ヲ貸金ニ變スルヲ得サルナリ

第四十三號 明治十一年九月十六日

岩野新平 筆記

本日ハ契約ノ形様變換シテ義務ノ更改有ルヲ說カシ蓋シ形様變シテ更改有リト云フ可キニハ唯連帶未必ノ條件及ヒ分ツ可カラサルノ義務ニ變化有ルヲ要シテ債主負債主事物及ヒ原因ニ變化有ルヲ要セス何トナレハ若シ是等ノ物ニ變化ノ有ル時ハ義務ノ更改有ルヤ明瞭ナレハナリ

義務ノ形様ノ變化トハ未必ノ條件ヲ變シテ單純ノ契約ト爲シ單純ノ契約ヲ變シテ未必ノ條件ト爲スカカ如キヲ云フナリ蓋シ是等ノ變化ニ於テハ物件ニ必ス増減ノ變更有ル可シ何トナレハ夫レ未必ノ條件ヲ單純ノ契約ニ變シテ物件ヲ減殺トサレハ負債主ニ於テ損失スル有ル可シ夫ノ未必ノ條件ノ時ニハ條件ノ成就スル有ラサルハ負債主ハ義務ヲ免レ成就スル有ラハ債主ハ義務ヲ執行セ



權利有り此損徳ハ未ダ現在ニ知ル所ニ非ス故ニ義務者或ハ僥倖ヲ萬一ニ得テ義務ヲ免ル  
ハチ得可シ然ルニ今必ス可ラサル者ヲ變シテ必ス可キ者ト爲ス於テハ負債主ハ僥倖ヲ得ル能ハ  
ス却テ現時ニ義務ヲ履行スルノ重任ヲ負擔セサル可カラズ此ニ於テ義務者ハ其損失ヲ償フノ策ヲ  
謀ラサル可カラズ物件ヲ滅殺スルハ負債主ニ於テ必要ナルノ變更ナリ又單純ノ契約ヲ變シテ未必  
ノ條件ト爲ス於テハ權利者ニ損スル所有ルカ故ニ義務ノ目的タル物件ヲ増加セサル可カラズ抑  
票必ノ條件ト單純ノ契約トハ霄壤ノ差有リ未必ノ條件ハ前ニモ云ヒシカ如ク不確定ノ契約ニシ  
テ單純ノ契約ハ現ニ確定スル者ナリ今確定ヲ變シテ不確定ト爲セハ權利者ハ或ハ條件ノ成ラサル  
有リテ義務ヲ得ル能ハサル事有リ是ト以テ權利者ハ其不幸ノ運有ルヲ見込テ義務ノ物件ヲ増加ス  
ルヲ必要ト爲スナリ又未必ノ條件ノ事實ヲ變更スル事有リ假令未必ノ條件ヲ變シテ有期單純ノ契  
約ト爲ス無シト雖ニ義務ノ形樣ニ變更有リト云フヲ得可キナリ

今茲ニ有期ノ契約有リ或ハ其期限ヲ短縮シ或ハ其期限ヲ伸長スル者ト假定セヨ形樣ノ變化有ルカ  
故ニ義務ノ更改有リトス可キヤ余ヲ以テ之ヲ觀ルニ更改有ラサルヲ信スルナリ蓋シ形樣ノ變化ハ  
之有リ是唯義務執行ノ方法ノ變スルニ凡ソ義務ノ更改ニハ書入特權保證契約等ノ消スルヲ要ス  
ル者ナリ然ルニ今權利者ノ期限ヲ伸長シタル場合ヲ看ヨ其伸長ハ權利者ノ義務者ヲ愛憐スルニ出  
テタルニ在リテ契約ニ附屬スル書入特權等ヲ變スルニ非ラサルナリ契約ノ元素ニ至テハ變更スル  
ヲ見ス且又更改ナル者ハ第一千二百七十三條ニ依ルニ推測ヲ以テ定ム可キ者ニ非ス必ス書面ヲ以テ  
更改ヲ明記スルニ非サレハ更改セサルナリ此例ノ如キニ於テハ其書面有ルニ非ラス何ヲ以テ更改  
有リト云フヲ得

今連帶ノ契約ヲ變シテ非連帶ノ契約ト爲サハ義務ノ更改有リトス可キヤ否更改ハ有ラサルナリ抑  
前ニモ云ヒシ如ク義務ノ更改ニハ其附屬ノ保證契約ヲ變スルヲ要ス而シテ今連帶ヲ變シテ非連帶  
ト爲スニ於テハ此ノ如キ變更有リヤ故ニ義務ノ更改ハ有ラサルナリ然レハ連帶ヲ非連帶ニ變スル  
場合ニ眞ニ更改有ルヲ信思セシムル明瞭ナル情狀有ラシメハ格別ナリ例ハ權利者カ義務者ニ

シテ連帶ヲ解キ而シテ負債ヲ増加スル(八拾圓ヲ増シテ百圓ト爲スカ如キヲ云フ)カ如キニ於テハ  
更改有ルナリ

單純ノ義務、變シテ連帶ト成ルニ於テハ義務ノ更改有リヤ此變更ニ於テハ權利者ニ益有ル明ナリ  
然ラハ則チ權利者ニ益有リト云フヲ以テ義務ノ更改有リトス可キヤ蓋シ此變更ニ於テハ義務ノ目  
的ハ決シテ變化セズ故ニ保證ハ常ニ存シテ滅セズ是ヲ以テ更改ハ有ラサルナリ

今夫レ契約上ノ分カツ可カラサルノ義務ノ變シテ分カツ可キノ義務ト爲スカ或ハ分カツ可キ義務  
ヲ變シテ契約上ノ分カツ可カラサルノ義務ト爲サハ猶連帶ノ變化ノ時ノ如シ

契約上ノ分カツ可カラサルノ義務ヲ變シテ自然ノ分カツ可カラサル義務ト爲サハ是全ク義務ノ目  
的物ヲ變スルナリ例ハ金銀ヲ目的トスル契約上ノ分カツ可カラサル者ヲ變シテ爲スノ義務土地  
ノ義務ト爲スニ於ケルカ如シ是形樣ノ變化有ルカ故ニ更改有リト云ハスシテ物件ノ變化有ルカ故  
ニ義務ノ更改有リト云ハサル可カラズ

今又期限ノ契約ヲ變シテ未必ノ條件ト爲シ未必ノ條件ヲ變シテ有期ノ契約ト爲サハ如何義務ノ更  
改有ルキ明カナリ

遼ニ本論ヲ結フニ當リ最終ノ觀察ヲ爲サントシテ余將ニ云ハントス未必ノ條件ハ變化ハ即チ原因  
ノ變化中ニ入ル者ナリト抑原因ノ變化ニ二種有リ一ハ通常ノ原因ノ變化ナリ例ハ貸貸買賣ノ如  
ク二ハ第二ノ原因ト云フ可キ者ノ變化ナリ例ハ未必ノ條件ノ變化ノ如キ是ナリ夫ノ未必ノ條件  
ノ變化ヲ以テ原因ノ變化ト云フ所以ヲ論究スルハ頗ル難事タルヲ以テ丁辯論辯セサル可カラズ

余所有ノ家屋ヲ賣却スルヲ約スルニ若シ某號ノ郵船歐洲ヨリ到着セハト云フノ未必ノ條件ヲ附加  
セハ此契約ニハ二ノ原因有リ又余若シ長崎裁判所ノ判事ニ任セラル、チ得ハ余ノ家屋ヲ賣却セシ  
ト約シタルニ於テモ亦二箇ノ原因有リ抑原因トハ何ソヤ吾人ノ因リテ以テ契約ヲ爲スノ故ヲ云フ  
ニ非スヤ前ノ二例ニ就テ云ハハ一ハ賣主ニテ家屋ノ所有權ヲ讓ルハ代價ヲ受取ント欲スルカ故ナ  
リ又買主カ代價ヲ拂フハ所有權ヲ得ルカ故ナリ一ハ長崎ノ判事ニ任セラル、ノ事ト郵船ノ到着



ルトノ二ツノ故有ルヲ以テ代價ヲ拂ヒ又所有權ヲ讓ルナリ是ニ由テ之ヲ親レハ未必ノ條件モ亦原因ト云フヲ得可キナリ時トシテハ買賣ヲ爲スニ未必ノ條件ノ有ラサル事有リ此時ニ於テハ賣主ノ旅行ヲ爲サンカ爲メナリトカ或ハ他ニ使用スル所有リトカ應答ス可シ此應答ハ契約ヲ爲サシメタルカ故ニ其原因ナリト思フ可ケレ共是所謂違因ナル者ニシテ眞ニ余カ所謂原因ナル者ニ非サルナリ茲ニ未必ノ條件ヲ増加シテ原因ノ變スルヲ例セシ頃日橫濱ニ於テ一事有リ是余ノ論理ヲ證明スルニ足ル者ナリ即チ橫濱ニ於テ西班牙國ノ公使書記官某ハ本國ヨリ歸國ス可シトノ命ヲ受ケ直チニ其所有ノ品物ヲ盡ク賣却シタリシカ後兩三日ヲ經過シテ本國ヨリ來狀ニ歸朝ニ及ハサル旨ヲ記シタルヲ以テ書記官ハ猶日本國ニ駐在スルニ決シタリ此ノ如キ場合ニ於テハ書記官某ハ猶日本國ニ駐在スルカ故ヲ以テ物品ヲ取還スヲ得可カラサルナリ然ルニ買賣ノ契約ニ若シ西班牙國ニ歸朝スルニ於テハ物品ヲ賣却セシト云フヲ附加セハ書記官某ハ十分賣品ヲ取戻スヲ得ルノ權有リ何トナレハ未必ノ條件ノ附加有リテ一ノ原因ヲ増シ爲メニ原因ノ變化スルカ故ナレハナリ

〔第二款 義務ノ釋放〕

第一千二百八十二條乃至第一千二百八十三條

本款ノ題言ヲ觀察スルニ權利者直チニ其自己ノ權利ヲ無報ニテ拋棄シタルヤ明瞭ナリ然ルニ不幸ニシテ往々民法ハ此題辭ニ依ラサル者アリ  
 若シ夫レ義務ノ釋放ヲシテ無報ノ拋棄ナラシメハ是贈與ト異ナル無シ然ラハ即チ義務ノ釋放ニハ贈與ノ規則ヲ適用セサル可カラサルカ例ニハ無能力者ハ贈與ヲ爲スヲ得可カラズ又贈與ヲ受ケルヲ得ス而シテ贈與ヲ爲ス者ハ自由ニ使用シ得可キ財產高チ越ユ可カラズト云フノ規則ヲ釋放ニ施用セサル可カラサルカ贈與ノ契約ヲ爲スニハ嚴整ノ法式ヲ要ス贈與ハ二人ノ證人ト公證人トノ面前ニ於テ爲サハル可カラズ故ニ釋放ヲ爲スニハ此ノ規則ヲ施用セサル可カラサルカ曰ク否釋放ヲ爲スニハ贈與ノ規則ヲ履行セサルナリ是釋放ハ贈與ト異ナル所有レハナリ

法律ハ證書ヲ渡ス事ト義務ヲ釋放スル事トヲ混合セリ  
 吾人成文律無キノ地ニ在リト假像シテ試ニ之ニ問ハンニ如何シテ義務ノ釋放ヲ爲ス可キヤト曰ク釋放ヲ爲スニハ雙方ノ合意有ルヲ要ス一ハ釋放ヲ爲スノ意ヲ陳述シ一ハ釋放ヲ受ケント承諾スルノ合意無カル可カラズ蓋シ權利者釋放ヲ爲ス可キノ意ヲ陳述スト雖モ義務者ノ承諾セサル有ラハ釋放ノ效無キナリ

此ノ第一千二百八十二條ニハ法律ハ私證書一通ノ原本義務者ノ手ニ在ルヲ以テ義務ノ免脱ヲ証スト爲セリ其所謂免脱トハ單ニ義務ヲ免ル、ノ謂ヒナリ義務ヲ免レタルハ其履行ニ因ルカ將ダ無報ノ釋放ニ因ルカハ證書ノ義務者ニ至ルヲ以テ之ヲ斷スルヲ得サルナリ又第一千二百八十三條ニ於テハ公正證書ノ副本ヲ釋放スルヲ以テ義務ノ釋放有リ或ハ義務ノ履行有リト證スルニ足ルト云ヘリ此ノ二條ハ證據ニ管スルカ故ニ證據ノ理論ノ篇ニ在ラサル可カラサル者ナリ  
 今茲ニ一問題有リ彼ノ義務者ハ既ニ證書ヲ有スレ時ニハ其證書ハ權利者ノ意ヲ以テ義務者ニ付與シタリト證スルハ誰ノ任ナルヤ證據理論ニハ此問題ヲ判セリ其原則トスル所ハ常ニ原告人初メニ證據ヲ爲サハル可カラズ故ニ義務ヲ要求スル原告人ハ故意ヲ以テ證書ヲ附加セサルヲ證シ或ハ錯誤有ルヲ證セサル可カラズ

余ヲシテ民法編纂者ナラシメハ則チ云ハン第一證書ノ義務者ノ手ニ在ルハ權利者ノ故意ヲ以テ附加シタル者ナリト推測セシムト第二、其證書ノ義務者ノ手ニ在ルヲ以テ義務ノ履行有リト推測セシムト

若ノ推測ハ固ヨリ反證ヲ舉ケテ破毀シ得可キ者ナリ證書ヲシテ公書ノ寫本ナラシメハ推測ハ甚ダ輕易ナリ故ニ權利者ヨリ種々ノ證據ヲ以テ破毀セラル、ナリ證書ノ私書タル時ハ推測ハ頗ル重難ニシテ容易ニ破毀シ得可キニ非ラズ蓋シ公書ノ證書ハ其原稿ハ常ニ公證人ノ手ニ在リ而シテ契約者ノ所持スル者ハ其寫本ナリ故ニ其寫本ノ義務者ノ手ニ在ルハ權利者ニテ全ク義務者ニ義務有ルヲ通知セシカ爲メ貸付セシヤモ知ル可カラズトノ想像ヲ起サシムレハ證書ヲシテ私書ノ原本ナラ



シメハ權利者ノ容易ニ義務者ニハ貸付セサル可シ故ニ其推測ハ重且ツ難ナル所以ナリ

第四十四號 明治十一年 九月廿五日

一 瀬 勇 三 郎 筆記

義務ノ釋放ノ何物ナルハ既ニ前回ニ於テ略ホ之ヲ辨明セシト雖モ諸君尙或ハ理會セサル所アラマ  
ト推考スルヲ以テ爲メ本回ニ於テ更ニ其要ヲ粹テ之ヲ覆説ス可シ  
其レ義務ノ釋放トハ即チ權利者自カラ無報ノ名義ヲ以テ其權利ヲ拋棄スルヲ云フ蓋シ諸君ノ既ニ  
了スル所ナリ、故ニ義務ノ釋放ハ必ス其義務ノ免脱タルヲ免カレズ而シテ又必ス無報ノ名義ニ因テ

之ヲ行爲シタル者ト看做サ、ル可カラズ何トナレハ若シ之ヲ其要償ノ名義ニ因テ成リタル者ト爲  
ス時ハ義務ノ釋放ニ非スシテ却テ其義務ノ更改ト成ル可キヲ以テナリ  
義務ノ釋放ハ即チ其義務ノ無報ノ免脱ナリトノ原則ナルヲ以テ必ス彼ノ贈與ノ諸規則ヲ使用シ且  
ツ其制限ヲ遵守セサル可カラズ然レモ義務ノ釋放ハ専ラ雙方ノ合意ニ因ルカ故ニ公證人ノ面前ニ  
於テ之ヲ行成スルヲ必要トス

本款ノ諸條ヲ閱スルニ彼義務ノ釋放所謂贈與ノ事ヲ記シタル者ハ蓋シ其終尾ノ第千二百八十五  
條及ヒ第千二百八十七條ノミニ過キサルナリ其他諸多ノ條々ハ總テ證書ノ釋放ノ事ヲ記セリ、蓋  
シ義務ヲ辨濟シタルニ因テ其釋放ヲ得タル場合ナリ即チ要償ノ免脱ナリ無報ノ免脱ニ非ス、請フ  
左ノ辨論ヲ以テ必ス其要償ノ免脱タルヲ證明セシ

凡ソ證書ヲ釋放スルニハ二箇ノ方法有リ、載セテ第千二百八十二條及ヒ第千二百八十三條ニ在リ、  
逐次之ヲ詳陳ス可シ

第千二百八十二條ニ曰ク「私證書ノ正本ヲ權利者ノ意ヲ以テ義務者ニ渡シタル時ハ其義務ノ免脱  
ノ證有リトス」ト法律ハ明クニ其義務ノ免脱ノ證有リト云フト雖モ未其免脱ハ何ノ方法ニ因テ成  
ラヌルカヲ詳カニセズ、之ヲ無報ノ免脱ト推測ス可キ乎、將タ之ヲ要償ノ免脱ト假定ス可キ乎之ヲ  
無報ノ免脱ト測量スルハ固ニ難シ、必ス之ヲ要償ノ免脱ナリト推測セサルヲ得ズ、何トナレハ凡ソ  
已レノ權利ヲ確明センカ爲メニ豫テ自カラ保有セタル證書ヲ以テ空ク之ヲ其義務者ニ拋棄スルハ  
彼ノ權利者タル者ノ行フ可キ常儀ニ非ラサレハナリ、若シ果シテ之有ルモ必ス至稀萬一ノ場合ニ  
適キサル可シ

本論ノ益如何、其益實ニ大ナリ、請フ之ヲ説明セン是ハ無報ノ免脱所謂單純ノ贈與ナリト看做サシ  
乎若シ其免脱セラレシ義務ノ價額其權利者ノ諸子ノ得可キ部分ヲ超過シタル時ハ其權利者ハ自カ  
ラ之ヲ要求シテ復其義務ヲ返還セシムルヲ得可シ、之ニ反シテ要償ノ免脱即チ義務ノ辨濟有リト  
思料セン乎、權利者ハ何ノ事故有リト雖モ最早其義務者ニ對シテ再ヒ其義務ヲ取戻ス能ハス

又按ニ既ニ後見ヲ免カレタル權利者有リトセンニ（後見ヲ免カレタル者ハ自カラ人ノ讓渡ヲ受得  
スルノ權有リト雖モ未自カラ他人ニ贈與スルヲ得サル者ナリ）若シ本條ノ義務免脱ヲ以テ之ヲ無  
報ノ者ト見ル時ハ權利者ハ既ニ其證書ヲ義務者ニ渡シタル後之ニ對シテ我ハ實ニ未タ贈與ス可キ  
能力ヲ有セサルカ故ニ假令一旦汝ニ其證書ヲ渡シタリトモ遂ニ其効無カル可シト主張スルヲ得可  
シト雖モ、之ニ反シテ若シ其義務ノ免脱ヲ以テ要償ノ者ト推測スル時ハ義務者ハ直ニ之ニ應シテ否、  
汝ハ過テリ決シテ之ヲ贈與ト云フ可カラズ我ハ現ニ其適償ヲ辨濟シテ全シ其義務免脱ヲ得タル者  
ナリトノ推測有リ因テ汝最早我ニ向テ復其義務ノ返還ヲ要求スルノ權無シト云フテ斷然其需要ヲ  
拒絕スルヲ得可シ

又本條ニハ「權利者ノ意ヲ以テ云々」ト云フト雖モ法律ハ尙誰カ其意ノ眞否ヲ證スルヤチ明定セス、  
權利者自カラ之ヲ證ス可キ乎、將タ義務者ナル乎

余カ考フル所ニ因レハ其證書ハ固ニ義務者ノ掌中ニ在ルヲ以テ先ツ其權利者ヨリ反對ノ明證ヲ  
爲スニ非サレハ法律ハ必ス其權利者ノ意ヲ以テ其證書ヲ渡シタル者ト推測スルナリ  
以上ノ辨解ニ因テ之ヲ觀ルニ此ノ第千二百八十二條ニハ其義務者ノ爲メニ二箇ノ推測ヲ記セリ、  
曰ク義務ノ免脱ハ要償ナリトノ推測、又證書ヲ渡シタルハ至シ其權利者ノ意ニ出テタルトノ推測、



是ナリ、然リ而シテ此二箇ノ推測ヲ擧破スルニハ其義務者ノ自認又ハ誓證有ルニ非サレハ能ハス  
 自認又ハ誓證ヲ許シテ之ヲ爲サシムル事ハ本條ニハ記定セスト雖モ、此ノ二箇ノ證據ハ必ス之ヲ  
 許用セサルヲ得サル所以、後日其自認及ヒ誓證ノ款ヲ講スルノ日ヲ待テ之ヲ知ル可キナリ  
 第一千二百八十三條ニ曰「權利者ノ意ヲ以テ公證書ノ副本ヲ義務者ニ渡シタル時ハ其義務ヲ釋放シ  
 又ハ其義務ヲ執行シタルト推測ス可シ、但シ其反對ノ證有ル時ハ格別ナリトス」ト  
 本條ノ推測ハ之ヲ前條ニ比スレハ其力大ニ輕弱ナリト云ハサル可カラス、何トナレハ本條ニテハ  
 總テ其反對ノ證ヲ爲スヲ明許スト雖モ前條ニテハ決シテ之ヲ認許セサルカ故ナリ、前第一千二百八  
 十二條ハ權利者ヨリ其義務者ニ私證書ノ正本ヲ渡シタル場合ナリ、故ニ其權利者ハ最早己レノ權  
 利ヲ證明スル爲メ他ニ據ル可キ證書ヲ有セス又之ヲ得ルノ方法無シ、之ニ反シテ本條ニハ公證書  
 ノ副本ノミヲ渡シタル場合ヲ記シタル者ナリ、公證書ノ正本ハ常ニ其公證人ノ手中ニ在ル者ナリ、  
 故ニ請フテ復其寫ヲ得ルハ容易ナリ是本條ノ推測ノ輕弱ニシテ且ツ其反對ノ證ヲ法許シタル所以  
 ナリ

余ハ又本條ノ推測モ全ク前條ノ如ク必ス其要價ノ免脱ナリト云フノ說ヲ固執スルナリ、絶テ無觀  
 ノ者ナリトハ之ヲ思料シ難シ  
 以上ノ說明ニ由テ之ヲ觀ルニ第一千二百八十二條第一千二百八十三條ト相異ナルノ點ハ唯其第一千二百  
 八十二條ノ場合ニ於テハ其推測ノ力大ニ強固ナルヲ以テ其反對ノ證ハ唯自認ト誓證トニ限リ敢テ  
 他ノ反證ヲ認可セスト雖モ之ニ反シテ第一千二百八十三條ノ場合ニ於テハ其推測ノ力甚ダ輕弱ナル  
 ナリ以テ總テ其反對ノ證據ヲ允許シタルニ在リ

第一千二百八十四條

本條ニ曰ク「權利者其連帶義務者ノ一人ニ私證書ノ正本又ハ公證書ノ副本ヲ渡シタル時ハ他ノ連  
 帶義務者ノ爲メモ亦同一ノ效有リトス」ト本條ニ於テモ尙其證書ヲ渡シタルハ無報ノ名義ヲ以  
 テ之ヲ爲シタル乎、將タ要價ノ名義ニ因リタル乎、其何レノ名義タルノ法定無キヲ以テ亦前條ノ場  
 合ト等一ノ問題ヲ生ス可シ、然レモ余ハ正ニ前說ヲ固執シテ必ス其要價ノ免脱ナリト確信スルナ  
 リ、故ニ今復別ニ之ヲ辯明セズシテ可ナリ

又本條ノ場合ニ於テモ尙其私證書ニ管スル時ハ第一千二百八十二條ノ制規ニ依遵シテ自認及ヒ誓證  
 ノ外他ノ證據ヲ以テ其推測ヲ破ル能ハサル可ク、之ニ反シテ其公證書ニ管スル時ハ第一千二百八十  
 三條ノ法則ニ從ヒ其推測ヲ擧破スルニ何レノ證據ヲ使用スルモ固ヨリ法ノ認可スル所ナル可シ、  
 本條ニハ未ダ嘗テ此ノ如キ區別ヲ記セスト雖モ當ニ理ヲ以テ推定ス可キナリ

茲ニ一大議論有リ尤モ諸君ノ注意ヲ要ス連帶義務者ノ一人其權利者ヨリ其證書ヲ受取リタル時ハ  
 法律ハ推測シテ之ヲ要價ノ名義所謂義務ノ執行ヲ以テ其義務ノ免脱ヲ得タル者ト看做ス事ハ余カ  
 主說ニシテ且ツ理ノ當ニ許ス可キ所ナリ然ルニ今溯リテ彼ノ連帶義務者ノ原質ヲ顧ルニ其中一人  
 ニテ其義務ヲ執行シタル者ハ後復其他共同ノ連帶義務者ニ對シテ自カラ其各自ノ部分ヲ要求スル  
 ナ得ル事ハ諸君モ尙之ヲ記憶ス可シ

是ニ由テ之ヲ觀レハ本條ノ場合ニ於テモ一旦法律上其義務ヲ執行シタル者ト推測シタル上ハ尙其  
 證書ヲ受取リタル連帶義務者ノ一人ハ自カラ他ノ共同義務者ニ對シテ各箇ノ部分ヲ要請スルノ權  
 有リト斷言ス可キカ曰ク否、本條ノ場合ニ於テハ其證書ヲ受取リタル連帶義務者ノ一人ハ復自カ  
 ラ他ノ義務者ニ向テ各自ノ部分ヲ要求スル能ハス、請フ之ヲ左ニ詳明セン

義務者ノ一人トノ間ノ適當ス可キ推測ニシテ敢テ之ヲ其連帶義務者ノ間ニ及ホス可キ者ニ非  
 ス故ニ其證書ヲ受取リタル一人ハ之ニ因テ既ニ自己ト其權利者トノ間ニハ確乎タル義務執行ノ推  
 測有リト主張シ之ヲ以テ直ニ其證ト爲シ復他ノ共同ノ義務者ニ對シテ自カラ各自ノ部分ヲ需ムル  
 事得テ必ス別ニ自カラ其義務ヲ辨濟シタル確證ヲ爲ス可シ  
 始メテ此論決テ觀レハ法ノ推測ハ之ヲ當用ス可キ人ニ從テ其效果ノ異ナルヲ以テ諸君或ハ大ニ疑  
 惑ス可シト雖モ是固ヨリ理ノ當然ナリ敢テ深ク怪シムニ足ラヌ後日方ニ推測ノ款ニ達シ詳カニ其



原則ヲ論究スルニ至ラハ自カテ其疑ヲ解クニ足ル者有ル可シ今又茲ニ無報ノ名義ヲ以テ其義務ヲ  
釋放セテレタルノ確證有リトセシニ其釋放ヲ得タル連帶義務者ノ一人ハ自カテ他ノ連帶義務者ニ  
對シテ直ニ各自ノ部分ヲ要求スルヲ得ル乎曰ク否、法律ハ之ヲ許サ、ルナリ彼ノ第千二百十四條  
第一項ノ明文ヲ以テ之ニ證スルニ足ル、該條ニ曰ク「連帶義務者ノ一人其義務ノ全部ヲ執行シタル  
時ハ其他ノ數人ニ對シテ復各箇ノ部分ヲ取戻サント要求スルヲ得可シ」ト、蓋シ其義務ヲ執行シタ  
ル場合ノミニ適施ス可キ箇條ナリ故ニ本例ニハ敢テ之ヲ當用ス可カラズ  
第千二百八十六條ハ自カテ明亮ニシテ殊更ニ辯論ス可キ事無シ

第四十五號 明治十一年 九月廿七日

井田 鐘次郎 筆記

〔第千二百八十五條〕

余カ輩ハ是迄本款ノ主眼タル義務ノ恩惠ノ放釋ヲ說明セシテ義務ノ證書ノ引渡ニ論及セリ是敢  
テ余ノ好ム所ニ非スト雖法律ノ述フル所此ノ如クナレハ暫ク其述フル所ノ順序ニ從ヒ以テ其説  
說ヲ爲シタル也然ルニ本款ハ第千二百八十五條ニ至リ始テ其本然ノ主眼タル義務放釋ノ事ヲ陳述  
シ續テ其解説ヲ第千二百八十七條ト第千二百八十八條トニ及ホシタリ  
本條ニ所謂義務ノ放釋ハ恩惠ノ贈與ニシテ即チ價ヲ得スシテ義務者ニ其義務ヲ免レシムルヲ云フ  
ナリ何トナレハ其文詞中義務ノ釋放即チ解免（譯本ハ之ニ略セリ）等ノ語有レハナリ故ニ其述フル  
所前數條ノ如ク證書ノ引渡ニ於ケル推則ノ事ニ非サルヤ明カナリトス  
法律ノ此處ニ於テ義務放釋ノ事ヲ通常ノ權利者ト通常ノ義務者トノ間ニ規畫セサル所以ノ者ハ  
蓋シ其事ノ明瞭ニシテ一モ疑義ノ進出ス可キ恐無キヲ以テナリ故ニ唯連帶ノ義務ニ付テ其二人ノ  
關係ヲ述フルノミナリ已ニ法律ハ第千二百八十四條ヲ以テ權利者ヨリ連帶ノ義務者ノ一人ニ證書  
ヲ引渡サハ他ノ義務者モ亦其義務ヲ免レタリト看做ス可キ旨ヲ述ヘシカ本條モ亦之ニ類スル事  
ヲ掲ク即チ連帶ノ義務者ノ一人權利者ヨリ其義務ヲ放釋セラレシ時ハ他ノ義務者モ亦之ヲ免レタリ

カ、看做ス可シト云ヘル是ナリ故ニ證書ノ引渡モ義務ノ放釋モ其結局皆一途ニ歸ス可シ然レモ本  
條ニハ一箇ノ例外有リテ權利者義務者ノ一人ノミチ放釋セント欲スル時ハ其旨ヲ明白ニ記載シタ  
ル上ニテ始メテ之ニ爲スチ得可シ例ヘハ茲ニ四名ノ義務者有ランニ權利者其一人ノミニ義務ヲ放  
釋セント欲セハ他ノ三名ニハ其義務ヲ放釋セサル旨ヲ分明ニシ以テ之ニ對スル權利ヲ保全ス可キ  
ナリ此ノ如キ時ニ於テハ義務ノ額放釋セラレタル分丈ケ其高チ減ルニ付キ放釋ヲ得サル三名ノ義  
務者モ亦其減シタル分ノミチ之チ已ニ利スルチ得ルナリ是第千二百十條ノ豫見スル所ト大ニ其趣ヲ  
同フセリ

前段陳述スルカ如ク本條ニハ義務者ノ一名ニ放釋ヲ爲シタル權利者他ノ義務者ニ對シ其權利ヲ保  
全スルチ得可キノ例外有ルモ第千二百八十三條ハ其例外無キ所以ノ者ハ何シヤ曰ク第千二百八十  
三條ハ權利者ニテ義務者ノ一人ニ義務ノ證書ヲ引渡シタル時ハ其引渡シノ有リシヲ以テ既ニ義務  
ノ辨濟有リシ者ト推測スルナリ故ニ義務者ノ中ニテ義務ヲ免カレサル者有リトノ例外ヲ立ルチ得  
ス〔第千二百八十六條〕

此條ノ事ハ既ニ前ノ第千二百八十四條ノ處ニ陳述セリ  
〔第千二百八十七條〕

權利者有リテ義務者ニ其義務ヲ放釋シタル時ハ保證人ハ之ニ因テ其保證ノ義務ヲ免カル、ニ至ラ  
ン何トナレハ保證ノ義務ハ之ニ附屬スル者ナリ且ツ若シ保證人ハ其義務ヲ免カル、能ハストセハ  
彼自カラ權利者ニ對シ其義務ヲ盡サ、ル可カラズ然ラハ則チ義務者ハ一旦其義務ヲ盡シタル後更  
ニ又保證人ニ之ヲ盡サ、ル可カラズ是不當ノ最モ甚ダシキ者ニ非スヤ  
法律ハ證書ノ引渡シニ付テ未タ此點ニ一言スル無シト雖モ義務者ノ保證人ト與ニ義務ヲ免カル、  
チ得可キハ更ニ疑ヲ抱クニ足ラサルナリ  
本條ハ其第二項ニ於テ權利者ノ保證人ノミチ放釋ヲ爲シタル時チ掲ク此場合ニ於テハ義務ヲ免カ  
ル、ハ保證人ノミチシテ義務者ニ其義務ヲ免カル、能ハス何トナレハ保證人ノ義務ハ全ク別種ノ



者ナレハナリ又第三項ニ「保證人中ノ一人ノ放釋セラル、有リト雖モ他ノ保證人ハ之ニ因テ其義務ヲ免カル、ヲ得ス」ト云ヘリ其理由モ亦右ト同一ニシテ保證人各自ノ義務ハ主タル義務ニ附屬スル一種特別ノ義務ナルノミナラス尙他ノ保證人ノ義務ト相管セサル者ナレハナリ

〔第一千二百八十八條〕

保證人若干ノ金額ヲ出シテ權利者ヨリ其保證ノ義務ヲ免カル、ハ義務者ノ貧困ナル時ニ在テハ其例證シトセサル也蓋シ保證人ノ此方法ヲ行フ所以ノ者ハ他日義務者ニ代テ其義務ヲ盡ス可キニ降テシテ恐レテナリ然ルニ法律ハ保證人ノ出シタル金額ヲ主タル義務ノ額内ニ算當シ義務者ノ盡ス所ヲシテ其殘額ノミヨ止マラシム是正當ノ處置ト爲ス可キヤ曰ク否正當ノ處置ト爲スヲ得ス是保證人ハ危險ニ陷ラシテ恐レテ金額ヲ放棄シ又權利者ハ危險ニ當ルヲ知テ此金額ヲ受ケタルナリ然ラハ則チ保證人ト權利者トノ契約ハ保證人ニ取リテハ危險ヲ免カル、ノ具ト成リ權利者ニ取リテハ金額ヲ占得スルノ具ト成ルニ非スヤ故ニ此ノ契約ハ何等ノ點ニ於ケルモ義務者ノ義務ト相管セサルヤ明ケシ夫レ此ノ如ク權利者ト保證人トノ契約ハ義務者ノ義務ト關係セサルノ理有ルニ法律ハ強テ此二者ヲ關係有ル者ノ如クニ看做シ以テ保證人ノ出シタル金額ヲ義務者ノ義務ノ額内ニ加算ス可シト明言セリ余ハ之ヲ如何シ其當ヲ得ルト云フヲ得ンヤ此法律ノ條規ヲ避ケンカ爲メ權利者ハ保證人ト契約ヲ爲スニ當リ其契約書ニ金額ヲ受ケタル旨ヲ記載スル無キヲ常トス蓋シ此如クナル時ハ義務者ニ於テ權利者ノ金額ヲ受ケタル旨ヲ證スル方法無ケレハナリ

立法者ハ何ヲ以テ此ノ如キ條規ヲ制定セシヤ其意ノ存スル所如何ノ點ニ歸スルヤ曰ク佛蘭西ニハ利息制限法有リテ金額ノ貸主チシテ制限外ノ利息ヲ得ル能ハサラシム故ニ往々貸主ハ保證人ニ義務ヲ放釋スルヲ名義ト爲シテ保證人ヨリ金額ヲ受ケルノ約ヲ結ビ之ヲ以テ己レノ得ント欲スル利息ノ足ラサルヲ補フナリ然ラハ則チ貸主ハ其貸渡シタル金額ヨリ生ズル法律上ノ利息ヲ得ルカ上ニモ尙保證人ヨリ若干ノ金額ヲ受ケルヲ以テ其實法律上ノ利息ノミヲ生ス可キ金額ニテ制限外ノ利息ヲ得ルニ均カル可シ是ニ於テ立法者ハ保證人ノ權利者ニ金額ヲ與フルハ不正ノ利益即チ制限外ノ利息ト同一ノ所以ナリト考察シ遂ニ保證人ノ拂ヒシ金額ハ之ヲ義務者ノ義務ノ額内ニ算當

分カ其用ヲ爲サハルニ非スト雖モ利息制限法無キノ國ニ於テハ其用有ルノ理無シ  
諸君請フニ勿レ法律ノ條規ニ從フニ於テハ權利者ト保證人トノ契約ハ爲メニ其効チ生ズルヲ得スシテ保證人ノ拂ヒシ金額ハ義務者ニ代テ出シタル者ノ如ク看做サ、ルカ故ニ其保證人ハ諸リ義務者ニ對シテ之ヲ請求スルヲ得可キニ至ル可シ  
茲ニ法律ノ預見セサル一箇ノ場合有リ家屋又ハ土地ヲ書入ト爲シ以テ義務ヲ負ヘル者有リ此者此家屋又ハ土地ニ附帶セル書入質ノ權ヲ消滅セント欲シ權利者ニ乞ヒ之ニ若干ノ金額ヲ與ヘ以テ家屋又ハ此ノ土地ニ書入質ノ權ヲ免カレシメタリ是保證人ニハ非スト雖モ本條ニ預見セル場合ト殆ト其趣キチ同フナル者ニ非スヤ何トナレハ保證人ト云ヒ書入質ノ權ト云ヒ等シク義務ノ執行ヲ確

保スルノ具タレハナリ然ラハ則チ義務者ニテ書入質ノ權ヲ消滅セシメンカ爲メ權利者ニ與ヘタル金額ハ之ヲ其書入質ノ權ヲ消滅スルノ具ト爲スヲ止メ更ニ之ヲ以テ其義務者ノ義務ノ全額ニ算當シテ可ナラン乎余以爲テク然リ

〔第四款 義務ノ相殺〕

義務ノ相殺ハ實際人ノ履行ヲ所ナリ其相殺ノ原語ハ「コンパンサシヨ」是ナリ「コンパンサシヨ」ノ語ハ其ニト云フ意有ル「コン」ナル羅典語ト秤量スト云ヘル「パンサレ」ナル羅典語ノ二者相合シテ之ヲ織成セリ故ニ其字義ハ二箇ノ物件ヲ同時ニ秤量シ且其等差ヲ除キ之ニ平均ヲ得セシメ以テ其秤數ヲ相殺セシムルノ謂ヒナリ即チ二箇ノ義務ニ付テハ其額ヲ比較シ且ツ其等差ヲ去リ而シテ其均一ノ部分ヲ相殺セシムルノ意ナリ是ヲ以テ義務ノ相殺トハ二箇ノ義務ヲ其高ノ相當ルニ至ル迄消滅セシムル所ノ方法ナリト知ル可シ

〔第一千二百八十九條乃至第一千二百九十條〕  
義務ノ相殺ヲ爲スニ缺ク可カラサル條件ハ義務者ノ二名有ル事是ナリ二名ノ義務者有リテ雙方相



互ニ盡ス可キ義務ヲ有スルニ於テハ其一名ノ義務者ハ他ノ義務者ニ其物件ヲ渡シ而シテ又之ニ同  
一ノ物件ヲ受ケルカ如キ二重ノ事ヲ行フヲ要セス此ノ如キハ同一ノ物件ヲ人ノ懷ニ收メ而シテ復  
直チニ之ヲ取戻スニ類スル者ナリ事ハ其渡ス可キヲ渡サス其受ケ可キヲ受ケスシテ唯差引ノ分ノ  
ミ之ヲ本式ニ處置スルヲ謀ルノ便ナルニ如カス是義務相殺ノ由テ起ル所ニシテ其主眼ノ目的ハ業  
爲ノ手數ヲ省略スルニ在ル也

義務相殺ノ目的ハ實ニ此一點ノミナラス尙他ニ其目的ト成ル可キ者有リ即チ危險ヲ避クル方法ダ  
ル事是ナリ若シ二名ノ義務者有リテ其一名ノ者ヨリ他ノ一名ノ者ニ物件ヲ渡シ而シテ更ニ其要  
ス可キ物件ヲ得ント欲スルモ既ニ其物件ヲ受取リシ者ハ之ヲ消費シ終リ且ツ他ニ其義務ヲ盡ク  
可キ資本ヲ有セザル場合ナリ果シテ此場合ニ遇ハ、既ニ己レノ義務ヲ盡シタル者如何ノ損失ヲ負  
ハサルヲ得ン然レハ若シ義務ノ相殺ヲ爲スニ於テハ決シテ此危險ニ當ルヲ要セス是義務ノ相殺ヲ  
爲ス第二ノ利益ナリ

義務ノ相殺ハ何レノ時ヲ以テ之ヲ爲ス可キヤ裁判所ニ於テ義務ヲ得ント請求ス可キ時カ將タ又結  
約者雙方ニテ承諾ヲ爲シタル時ナルカ曰ク否第千二百九十九條ニ據ルニ義務ノ相殺ヲ爲スニハ裁判  
所有ルヲ要セス又契約者雙方ノ承諾有ルニモ及ハス之ヲ爲スハ獨リ法律ノ力ニ因ルニミ故ニ結  
約者雙方ノ知ラサル時ト雖モ義務ノ相殺ハ自カラ得テ行ハル可シ  
法律ノ文面ニ(雙方ノ者之ヲ知ル無シト雖モ)ト記セルモ之ニ因テ其雙方ノ者ハ終始之ヲ知ラサル  
事トハ決定ス可カラス必ス後日之ヲ知ル可キナリ唯法律ハ義務ノ相殺ヲ爲ス得可キ時ハ必ス之ヲ  
爲ス可ク假令雙方ノ者之ヲ知ル無キモ取テ之ヲ以テ其妨ケト爲サ、ル可シト云フニ過キサルナ  
リ例ヘハ將ニ相殺ス可キノ期ニ至ラントスルノ義務有リ然ルニ其義務ヲ負ヘル者其相殺ノ期ニ至  
ラサル内ニ死セリ此場合ニ於テハ其死後ニシテ且ツ又其相殺ノ人ノ之ヲ知ラサル時ト雖モ其義務ハ  
自カラ相殺ス可ク何ソ必スシモ結約者又ハ其相殺ノ人ノ之ヲ知ルヲ待タシヤ法律ノ文面ニ(雙方ノ  
者之ヲ云々ト)云ヘルハ蓋シ此ノ如キ場合ヲ指シテ云ヘルノミ

人有リ既ニ義務ノ相殺ヲ知ラズシテ之ヲ盡シタル時ハ聊カ其處斷ニ於テ困難無キ能ハサル  
可シ然レハ此事ヲ第千二百九十九條ノ預見セル所ナレハ余今之ヲ此ニ贅セズ  
第千二百八十九條ニハ「義務ノ高ノ相當ルニ至ル迄」ト云ヘル語無クシテ却テ千二百九十九條ニ有  
リ余以爲シ此ノ語ハ之ヲ千二百八十九條ニ記ス可キ者ナリト何トナレハ其述フル所ハ相殺ノ方法  
ヲ指スニ在ラスシテ其解説ヲ爲スニ在レハナリ且ツ「其義務ノ高ノ相當ルニ至ル迄」ト云ヘルヲ改  
テ最小ノ高ニ至ル迄ト云フニ作ルヲ善トス  
義務相殺ノ事ハ實際其事有ル處ニシテ就中商人仲間ニ於テハ其行ハル、ノ夥キ猶一層ノ甚ダシ  
キヲ加フ可シ蓋シ商業ヲ營ム者ハ其事務ノ繁劇ナル他ノ一箇人ニ對シ或ハ買主ト成リ或ハ賣主ト  
成ル枚擧スルニ遑マアテサレハナリ故ニ此業ニ從事スル者ハ勉テ義務ノ相殺ス可キ日ヲ審  
シ以テ取引ヲ爲サ、ル可カラズ然ラズンハ往々辨濟又ハ利足ノ計算上ニ付テ不慮ノ不都合ヲ醸ス  
可キナリ

余カ輩ハ是ヨリ義務ノ相殺センニハ之ニ若シノ種別ナル性質有ルヲ要スル所以ヲ論セントス  
〔第千二百九十一條〕

本條ニ據ルニ總テ相殺シ得可キ義務ニハ三箇ノ必要ナル條件無カラサル可カラス此條件トハ第一  
解合スルヲ得可キ物件ヲ目的ニ有スル事第二高ノ明定スル事第三渡シ期限ノ至リシ事是ナリ此三  
者ノ具備スルヲ以テ義務ノ相殺ヲ爲スニ缺ク可カラサルハ人將ニ自カラ之ヲ知ル有ラントス其解  
合スルヲ得可キ物件トハ金貨米麥等ノ如ク其一ヲ以テ其二ニ換ユルモ敢テ差支無キ者ヲ云フ也此  
解合スルヲ得可キト譯シタル佛蘭西語ハ即チ「ボンジョーブル」ニテ相換ユルヲ得可ク相雜ユルヲ得  
可キト云ヘル意ナリ而シテ其「ボンジョーブル」ノ佛蘭西語ハ相換フヲ得可キト云フ「フボンジョー」ナル  
羅典語ヨリ來レルナリ此ノ如ク解合スルヲ得可キ物件トハ相換ユルヲ得可キ者ナレハ相殺スルノ  
義務ハ皆同種ノ未タ確定セサル物件ノ目的ナラサル可カラズ例ヘハ甲乙二人有リ甲者ハ乙者ニ對  
シ米穀ヲ引渡ス可キ義務有リ乙者モ亦甲者ニ米穀ヲ引渡ス可キ義務有リ此二箇ノ義務ハ以テ相殺



スルニ至ル可キ乎曰然リ何トナレハ其義務ハ何レモ相換ニルヲ得可キ物件ノ目的ナレハナリ然レモ若シ甲者ハ乙者ニ薪ヲ引渡ス可キ義務有リ乙者ハ甲者ニ金額ヲ引渡ス可キ義務有リトセハ其義務ハ決シテ相殺スル無カル可キナリ何トナレハ其義務ノ目的ハ相換ニルヲ得可キ同種ノ物件ニ非ス甲者ノ欲スル所ハ金額ニシテ乙者ノ欲スル所ハ薪ヲ得ルニ在リ然ルニ其二箇ノ義務ヲ互ニ相殺セシムル時ハ甲乙二人ノ欲スル所ヲ害スルニ至ル可ケレハナリ但シ甲乙二人ノ者其都合ニ因リテ協議ヲ爲シタル上ニテ其二箇ノ義務ノ相殺ヲ爲スハ敢テ妨ケ無カル可キナリ然レモ此ノ如キハ豈ニ法律上ノ相殺ト云フヲ得ンヤ

右ニ述ヘシカ如ク相殺スルヲ得可キ義務ノ目的ハ相換ニルヲ得可キ物件タルヲ要スト雖モ本條ノ第二項ニ至リ少キク之ヲ寬クスル例外ノ規則ヲ揭ケタリ其例外トハ何ソヤ曰ク穀物又ハ日用品ノ如キ物件ハ時價目録ニ因リ其價ノ定マリシ時ハ既ニ渡シ期限ノ至リシ明定ノ金額ト互ニ之ヲ相殺スルヲ得可キ事是ナリ法律ノ文面ニハ「争ノ生スル無キ」譯本ハ人ヨリ得可キト譯セリ穀物又ハ云々ト有リ此「争ノ生スル無キ」ノ語ハ一方ノ者ノ引渡ス可キ穀物等ノ高又ハ其之ヲ引渡ス可キ義務ノ事ニ付キ紛議ノ起ル可キ原因無キ旨ヲ云フ也故ニ穀物等ヲ引渡ス可キ義務ヲ以テ金額ヲ目的トスル義務ト相殺セシムル其穀物ノ價ノ定マリシト其穀物引渡シニ付キ紛議ノ起ル可キ原因無キトノ二件有ルヲ要ス可キナリ若シ此二件ノ具備スルニ於テハ穀物又ハ日用品ヲ引渡ス可キ義務ト雖モ之ヲ以テ金額ヲ目的ト爲ス義務ト差支無ク相殺スルヲ得可シ是誠ニ道理ニ適スル者ト云フ可シ何トナレバ此二箇ノ義務ハ雙方ニテ特別ニ之ヲ盡スモ格別ノ利益ト成ル無ク又之ヲ盡クス無クシテ各其引渡ス可キ物ヲ保持スルモ敢テ許多ノ不都合ヲ生スル無ケレハナリ

余カ輩ハ歩ヲ進メテ第二ノ條件即チ高ノ明定セル事ト云フノ件ヲ論ス可シ此明定ノ原語ハ「リキ」ト「リ」ニテ透明明白ト云フ羅典語「リ」リ「シ」ウ「ス」ヨリ生セリ故ニ明定セル義務トハ確乎不動ノ義務ナリ進犯罪ヨリ生スル義務ノ如キハ明定セル義務ニ非サルナリ何トナレハ其義務ハ額未定ハラズシテ鑑定人ノ審査有ルヲ要スル者ナレハナリ

義務ノ明定セルハ結約者雙方ノ之ヲ知ルト否トニ管セサルナリ總テ義務ナル者ハ結約者雙方ノ知ラサル時ト雖モ其明定セサル事有リ是他無シ其明定スルト明定セサルトハ單ニ其最初ノ原因之ヲ以テ然ラシムルカ故ナリ是ヲ以テ義務ハ結約者雙方ノ之ヲ知ル時ニ非スハ明定セサル者ナリト考ラカラス

第三ノ條件即チ渡シ期限ニ至ラシ事ハ佛蘭西語之ヲ「エキヤ」ビ「リター」ト云フ元來此「エキヤ」ビ「リター」ノ語ハ於ケルト云フ意有ル「エツキスト」裁判所ニ訴フルト云ヘル「アツエ」ナル二箇ノ羅典語ヨリ成立シタル者コト即チ請求スルヲ得可シ裁判所ニ訴フルヲ得可シ義務ノ物件ヲ引渡サシムルヲ得可キト云フ義務ヲ包含セリ故ニ渡シ期限ニ至リシトハ義務ノ物件ヲ引渡ス可シト裁判所ニ訴フルノ期ニ至リシト謂フナリ

今夫レ二箇ノ義務有ラシコ其一箇ノ義務ノ物件未ダ渡シ期限ニ至ラストセハ何レノ點ニ考察スルモ余カ輩ハ之ヲ相殺ス可キ正當ノ理有ルヲ發見シ得サルナリ何トナレハ若シ此二箇ノ義務ヲ相殺スル事トセハ契約ニ因テ義務者ノ得タル期限ヲ故無シ剝奪スルト相等シケレハナリ且ツ義務者相殺スルノ目的タル雙方ノ利益ヲ計リ事ヲ簡便ニスルニ在レハ其結約者一方ノ者ニ故無シ期限ヲ奪フカ如キハ其目的ニ反スル者ト云フ可キナリ故ニ義務者相殺セシムルハ其渡シ期限ニ至リシト切要ナリトセサル可カラス

茲ニ最モ耳目ヲ喜ハシムル一問題有リ請フ之ヲ舉ゲシ二箇ノ義務有リ何レモ今ヨリ後一ケ年ノ期限ヲ有セリ此時ニ當リ其二箇ノ義務ハ其期限有ルニ管セズ以テ之ヲ相殺スルヲ得可キヤ余以爲シ然ラズ其義務ハ期限ヲ有スト雖モ其長短相同キカ故ニ今之ヲ相殺スルニ於テ毫モ不都合無キカ如クナレハ是皮相ノ淺見ナルニ例ヘハ期限相均キ義務ト雖モ其利息ヲ生スルノ高者相同シカガ如ク者有リ又義務者ハ其身代表額ニ因テ其期限ヲ失フ場合モ有ル可シ是ヲ以テ若シ右ノ義務ヲ相殺スル者ト爲ハ間々一方ノ義務者ニ其利益ヲ失ハシムル有ル可シ是期限相均キ義務ト雖モ其期ニ至ラズシテ之ヲ相殺スルヲ得サル所以ナリ



第四十六號。明治十一年

野新平筆記

〔第一千二百九十二條〕  
 余第一千二百九十一條ヲ請スル時ニ義務相殺ヲ爲スルハ期限ノ來ルヲ要スト述ヘタリ然ルニ本條ニ於テハ縱令猶豫ノ期限アリト雖モ義務相殺ヲ爲スル妨礙ヲラスト云ヘリ  
 余既ニ猶豫ノ期限ヲ法律上ノ期限トシテ比較シテ其差異ヲ陳シタリ今又他ノ差異アルヲ陳セザル可カラズ法律上ノ期限ハ義務相殺ヲ妨礙スル雖モ猶豫ノ期限ハ然ラサルナリ蓋シ猶豫ノ期限ハ義務執行ヲ直ニ阻礙セザル薄命ナル義務者ニ許與スル者ナリ然ルニ若シ其義務者相殺ヲ爲シテ義務ノ履行ヲ阻礙スルハ及ハサルニ至ラハ更ニ猶豫ノ期限有ルヲ要セサル可シ故ニ猶豫ノ期限ハ義務相殺ノ妨礙ヲラセザルナリ

〔第一千二百九十三條〕

本條ハ總則ヲ揭ケテ其例外ヲ記セ、契約ノ原因ハ或ハ質貸或ハ質買等ニ在リテ種々ナル可シト雖モ其目的物ヲ同一ナラシメハ義務相殺ハ行ハルハナリ是吾人ノ知リ易キ者ニシテ法律ノ明言ヲ要セザル所ナリト雖モ此點ニ付テハ羅馬律ト旨趣ヲ異ニシ羅馬法ニテハ目的物ハ同一ナルニ原固異種ナル時ハ相殺ヲ爲スル得可カラザルニ成規タルガ故ニ佛蘭西ニ於テハ之ト異ナル所有ノ表示ニカ爲テ法律ハ特ニ此ニ掲記シタルナリ此總則ニ例外三有リ  
 第一ハ甲者千圓ヲ乙者ヨリ借用シ而シテ乙者ハ不正ノ所爲或ハ竊盜又ハ賭博等ノ原因有リテ千圓ヲ甲者ニ還付セザル可シ然ラズモ乙者ハ義務有リテ之ヲ金銭ノ同一ナリト雖モ是ハ相殺ヲ爲ス可カラズルガリ其理由ハ蓋シ此相殺ハ公安ヲ妨害シ最モ道德ヲ汚スカ故ナリ若シ此ノ相殺ヲ許可セハ不良ノ效果ヲ見シ金銭辨償ヲ爲ス能ハサル義務者有ランニ權利者其住宅ニ至リ金銭ヲ竊取シ來リ汝我ニ執行ス可キニ義務有リト雖モ我モ亦汝ニ還付ス可キ金銭有ルガ故ニ幸ニ義務相殺ヲ爲サン

〔第一千二百九十四條〕  
 本條ハ分ツテ三項ト爲セリ其中一項ハ相殺有ラサル者ヲ云ヘリ  
 第一項ハ債主ハ義務者ト相殺有リテ償還ヲ要求スル能ハサルヲ知リ其保證人ニ對シテ負債辨却ヲ求メクランシハ保證人ハ義務者ト相殺ヲ引用シテ要求ヲ拒絕スルヲ得可シ  
 第二項ハ保證人ト債主トノ間ニハ義務相殺有リ然ルニ債主ニ對シテ要求ヲ爲シタル時ハ負債主ハ保證人ト相殺ヲ引用シテ義務ヲ免ルヲ得可キヤ白ク法律ハ之ヲ許サズ之ヲ許スルハ甚ダ不可ナリ抑保證人ヲ設クル旨趣ハ義務者ノ義務ヲ辨セサル時ノ預備ニ非スヤ果シ然ラハ義務者ニテ保證人ト相殺ヲ引用スルヲ得ル時ハ是猶未ダ義務者ノ義務ヲ執行スルヲ否ヤチ知ラズ

〔第一千二百九十四條〕  
 本條ハ分ツテ三項ト爲セリ其中一項ハ相殺有ラサル者ヲ云ヘリ  
 第一項ハ債主ハ義務者ト相殺有リテ償還ヲ要求スル能ハサルヲ知リ其保證人ニ對シテ負債辨却ヲ求メクランシハ保證人ハ義務者ト相殺ヲ引用シテ要求ヲ拒絕スルヲ得可シ  
 第二項ハ保證人ト債主トノ間ニハ義務相殺有リ然ルニ債主ニ對シテ要求ヲ爲シタル時ハ負債主ハ保證人ト相殺ヲ引用シテ義務ヲ免ルヲ得可キヤ白ク法律ハ之ヲ許サズ之ヲ許スルハ甚ダ不可ナリ抑保證人ヲ設クル旨趣ハ義務者ノ義務ヲ辨セサル時ノ預備ニ非スヤ果シ然ラハ義務者ニテ保證人ト相殺ヲ引用スルヲ得ル時ハ是猶未ダ義務者ノ義務ヲ執行スルヲ否ヤチ知ラズ



ルノ前ニ保護人ニテ前拂ヒテ爲メ云テ可キナリ是始メモ義務ノ重任ヲ保護人ニ任スル者ナリ故ニ義務者ハ保護人ノ相殺ヲ引用スルヲ得ス

第三項、債主ニテ連帶義務者ナル甲乙二人ノ中甲者ト相殺ヲ爲シ而シテ乙者ヲ相手取り出訴シタル時ハ乙者ハ甲者ノ相殺ヲ口實ト爲シテ義務執行ヲ拒ムヲ得ス必ス先ツ全部ノ義務ヲ履行セザル可カラズ而シテ後ニ甲者ニ其負擔ノ部分ヲ請求ス可キナリ

茲ニ一問題ノ發起スルアリ今夫レ乙者(相殺有ラサル者)ハ債主ヨリ出訴セラレタル時ハ自己ノ部分許リ執行シ而シテ甲者(相殺有ラサル者)ノ部分ハ相殺ヲ陳シテ執行ヲ拒絶スルヲ得可キ哉ノ問題是ナリ大抵ノ學士ハ此疑問ヲ然ラズト斷定スト雖モ余ヲ以テ之ヲ視ルニ然ル可シト思ハルハナリ蓋シ乙者ハ必ス義務ノ全部ヲ執行セズンハ有ル可カラズトセハ乙者ハ甲者ノ部分ハ甲者ニ要求シ甲者ハ又債主ニ取戻シテ求メサル可カラサルニ至ル可シ果シテ然ラハ一箇ノ訴訟ニシテ三回ノ訴訟ヲ爲サハル可カラズ然ルニ若シ乙者ヲシテ自己ノ部分ノ執行シテ可ナリトセハ此煩勞ヲ省クニ非スヤ實ニ第三項ニ云フ如ク一人ノ相殺ヲ以テ義務ノ全部ノ執行ヲ拒絶スルヲ防止スルヲ得ス然レハ相殺ノ有ル可キ部分ハ之ヲ拒絶スルヲ得可ト思ハルハナリ第千二百九條ニ其條理ヲ記セリ就テ觀ル可シ

第四十七號 明治十一年 十月四日

一瀬勇三郎 筆記

〔第千二百九十五條〕

本條ハ頗ル困難ナル者ナリ一讀以テ之ヲ詳解スルハ固ヨリ諸君ノ難シト云ル所ナル可シ又本條ハ故ノ債主權賣買ノ章ヲ講解スルノ日ヲ待テ之ヲ説明スルニ最テ不可無カル可シ然レモ荷モ一箇條ヲリテ後日ニ譲リテ之ヲ講説スルト云フハ余カ本意ニ非ス故ニ本會ニ於テハ先ツ債主權賣買ノ章中其尤モ本條ト相關係スル者ヲ舉示シテ其ニ之ヲ研究セシムルヲ欲スルナリ

債主權賣買ノ章中本條ニ緊要ナル者トハ即チ第千六百九十九條是ナリ曰ク債主權ヲ受得ル者ハ

義務者ト其旨ヲ報告シタル上ハ他人ニ對シテモ亦其權利ヲ受得ルヲ爲ス可シ又權利ヲ受得シタル者ハ義務者自カラ公證書ヲ以テ其權利ノ移轉セシメテ承諾シタルニ因リ亦他人ニ對シテ其權利ヲ受得ルヲ爲ス可シト

夫レ債主權ナル者ハ恰モ諸多ノ財産ト等一ノ方法ヲ以テ之ヲ處理ス可キ者ナリ債主權ハ賣買スルヲ得可ク又贈與スルヲ得可キ者ナリ然リ而シテ之ヲ賣買スルモ又他ノ方法ニ依テ之ヲ處理スルモ雙方ノ間ニ於テハ特リ其讓入(甲者)讓受人(乙者)ノ合意有ルニモテ直チニ確定ノ效ヲ生スル者ナリ然レモ其讓入ノ義務者(丙者)ニ對シテハ更ニ報告書ヲ以テ其債主權讓渡ノ旨ヲ之ニ送達シタル上ニ非サレハ尙其正效無キ者トス因テ丙者ハ未タ其報知ヲ得サル間ハ必ス其當初ノ權利者ナル甲者ニ對シテ其義務ヲ辨濟ス可シ

又更ニ報告書ヲ要セスレテ其債主權ヲ讓渡スヲ得ルノ方法有リ即チ讓入ノ義務者ナル丙者ヲ以テ其讓渡シヨリ出會セシメ明カニ其承諾ヲ爲サシムル是ナリ

此第二ノ方法ハ彼ノ第一ノ方法(報告書ヲ要スル者)ニ比スレハ實ニ其諸費ヲ減省スルノ便益有ルモノナラス其效驗ニ至テモ亦大ニ鞏固ニシテ第一ノ方法ノ及フ所ニ非サルナリ

第一ノ方法(報告書ヲ要シタル場合)ヲ以テ債主權ノ讓渡シタル時若シ爭訟等ノ發起スルニ於テハ其義務者ハ尙レノ故障アリハ自カラ適意ニ之ヲ陳述スルヲ得可シ之ニ反シテ第二ノ方法(承諾ヲ要シタル場合)ニ依リテ其讓渡シタル時ハ則チ然ラズ固ヨリ其義務者ノ承諾シタル上ニ於テ之ヲ執行シタル者ナレハ復之カ故障ヲ陳フルハ敢テ法ノ許サハル所ナリ諸君觀ル可シ

債主權讓渡シ方法ニ様々中其效驗ノ相異ナルヤ此ノ如ク明且ツ大ナルヲ

第千六百九十九條ヲ説明スルヤ右ノ如クニシテ然ル後此第千二百九十五條ニ移テ之ヲ觀ル時ハ諸君或ハ容易ニ其條文ヲ解スルノ便ヲ得可シ

本條ヲ分テ二項ト爲シ利項ニ承諾ノ事ヲ記シ次項ニ報告書ノ事ヲ載セタリ

第二項ハ正ニ彼ノ第千六百九十九條第二項ニ適スルナリ讓入ノ義務者自カラ其讓渡シテ承諾シ更



之ヲ故障ヲ陳ヘザリシ時ハ假令其讓渡ノ以前ニ差引勘定ヲ求ムルノ權利有ラシト雖モ最早其讓受人ニ對シテ之ヲ要スル能ハサル者トスルハ理ノ當リ然ル可キ所ナリ蓋シ其讓渡シノ時ニ於テ別段其義務者ノ立會ヲ要シ殊更ニ其諾否ヲ待ツハ豫テ後ノ爭訟ヲ防止スルノ方便法ナリ因テ若シ一旦自カラ之ヲ確認シタル義務者ヲシテ之ニ復其故障ヲ陳フルノ便ヲ許與スル時ハ果シテ大弊ヲ醸シ隨テ其讓受人ハ遂ニ自カラ多少ノ損害ヲ蒙ルルヲ免カレサル可シ是即チ本條第一項ノ存在スル所以ナリ

第二項ハ恰モ第六百九十條第一項ニ當ルナリ一旦報告書ヲ以テ貸主權讓渡ノ旨ヲ既ニ義務者ニ通知シタル後ニ至リ其義務者亦更ニ其讓受人ニ對シテ一ノ貸主權ヲ得ル有リト雖モ最早其讓受人ニ向テ之レカ差引勘定ヲ要スル能ハス蓋シ當理ノ法文ナリ

今測リテ本條第一項ヲ觀考スルニ取テ之ヲ以テ正理ヲ貫徹シタルノ法制トハ云ヒ難シ請フ試ニ之ヲ辨セシ

茲ニ差引勘定有リ雙方(甲乙)互ニ其義務ヲ免カレタリ且ツ雙方共ニ其義務及ヒ權利ノ既ニ消散シタルヲ詳知セリ然レニ甲者其一自消滅シタル貸主權ヲ以テ之ヲ丙者ニ賣渡シ乙者モ亦之ヲ承諾シリ此ノ如キ場合ニ於テ法ノ決スル所ハ乙者ハ其讓渡シテ承諾スル前ニハ直チニ甲者ニ向テ其差引勘定ヲ要スルノ權利有ラシト雖モ既ニ其承諾有リシ後ハ最早之ヲ以テ其讓受人ナル丙者ニ攻擊スルハ便具ト爲ス能ハスト云フコト在リ是他無シ法律ハ全ク甲乙丙ノ間ニハ未ダ初ヨリ其差引勘定ヲ爲サザリシ者ト看做シテ其決テ定メント望ミシタルナリ故ニ先キコト既ニ差引勘定ニ因テ消散シタル三箇ノ權利モ亦再生スルニ至ル可キ而シテ其一ハ義務者(乙者)ニ對シテ讓受人(丙者)之ヲ行フ可キ又他ノ一ハ讓受人(甲者)ニ對シテ義務者(乙者)之ヲ行フ可キ

谷ニ適施スル時ハ必ス適理善良ノ結果ヲ生ス可シ尤モ讓受人其義務者ト共ニ詐偽ヲ行ヒ其讓受人ヲ害シ自利ヲ其利ヲ得シト謀ルハ蓋シ例外ノ場合有ルニ至ラズ可キ通常ノ貫例ナラシテ其萬一又場合ノ爲メニ殊更ニ其法律ヲ設成シタルハ豈怪マサルヤ

茲ニ亦本條ニ付テ諸君ノ注意ヲ要ス可キ一點有リ假令義務者自カラ其讓渡シテ承諾シテ既滅ノ權利ヲ再生セシムルヲ得ルト雖モ其附從ナル書入質又ハ其他ノ保證ノ權ハ復之ヲ再生セシムル能ハサル可シ何トナレハ若シ之ヲ認許スル時ハ必ス許多ノ特權ノ順序ヲ紊乱スルニ至ル可キヲ以テ遂ニ果シテ他人ヲシテ其多少ノ損害ヲ蒙ラシムルヲ免カレザレハナリ

第千二百九十九條ハ本條トハ寔ニ接近類似シタル法文ニシテ大ニ相關係スル者ナレハ直チニ移法之ヲ說明セシテ欲スルナリ

第千二百九十九條ニ曰ク「互ニ差引勘定ニ因テ消散シタル義務ヲ更ニ此一方ヨリ彼ノ一方ニ盡シタル時ハ復此一方ハ彼ノ一方ニ對シテ其義務ヲ受得スルニ付キ特權又ハ書入質ノ權利ヲ述ヘ他人ノ權利ヲ害ス可カラス但シ其義務ヲ盡シタル此一方ハ既ニ自己ノ權利ト互ニ差引勘定有リシヲ全ク知ラサルノ正證有ル時ハ格別ナリトス」ト蓋シ此條ノ場合ハ夫ノ貸主權讓渡シノ事ニハ非サルナリ

甲乙ノ間互ニ其差引勘定有リシ後之ニ拘ハラヌ甲者ニ對シテ自己ノ義務ヲ盡シタル乙者ハ其無理ノ辨濟ヲ爲シタルヲ以テ必ス復之ヲ取戻スルノ權無カル可カラス而シテ之ヲ取戻スルハ彼ノ無理ノ辨濟ナル名義ニ因ル可キ平將ク先キノ權利ヲ再生セシメ之ヲ以テ直チニ其要求ヲ爲ス可キ乎曰ク乙者ハ必ス其先キノ權利ヲ以テ其要求ヲ爲シ其義務ヲ受得ス可シトノ法決ナリ然レモ乙者自カラ其權利ヲ便用セシカ爲メニ曾テ其權利ニ屬從セシ書入質又ハ其他ノ特權ヲ陳ヘテ他人ノ權利ヲ害スルハ亦法ノ敢テ認許セサル者ナリ

同條ノ結尾ノ法文ニ曰ク「但シ其義務ヲ盡シタル者既ニ自己ノ權利ト互ニ差引勘定有リシハ全ク知ラサル正證有ル時ハ格別ナリトス」ト他ノ語ヲ以テ此ノ條文ヲ解スル時ハ蓋シ其差引勘定ヲ明



知セラル。人確證有ル時、假令他人ノ權利ヲ害スル有リトモ、其害入質ノ權又ハ其他ノ特權ヲ賦ク  
 ノ權有リト云フ。外ナラス。之ヲ原則ニ背反シタル制法ナリト云ハス。シテ何ソヤ、立法者ノ不注意  
 モ亦怪シム。餘リ有リ、日本民法編纂ノ主任者ハ深シ此ニ注意シ、此ノ如キ不條理ノ法條ハ決シテ  
 其法典中ニハ之ヲ記定セサル可シト信スルナリ

今此第一千二百九十九條ノ講ヲ終ラントスルニ當リ、佛蘭西ノ立法官ハ何チ以テ第一千二百九十五條第  
 二項及ヒ本條ノ如キ不便不當ノ法條ヲ記シタル乎、其誤謬ノ因テ起リシ所ハ果シテ何レノ原由ニ根  
 スル乎、爲メニ之ヲ一言セサル可カラズ

蓋シ此差引勘定ニ管スル箇條ハ諸多ノ法條ト等シク總テ彼ノ羅馬法典ヨリ傳來セシ者ナリ、然リ而  
 シテ羅馬ニ於テモ尙右ノ如キ殊條ノ設成有リシト雖、其決シテ之ニ因テ其原則ヲ漫亂スルノ不都合  
 ヲ生シタル事ハ無シ、何トナレハ羅馬法ニテハ其差引勘定ヲ爲スニハ必ス其爭訟ノ際、原被雙方ノ論  
 辨駁議ノ確定シタル上ニテ始メテ其裁判所ニ於テ之ヲ宣告セシメタルハナリ、然レハ佛蘭西立法者  
 ハ自カラ其羅馬法ヲ譯述スルニ當リ「差引勘定ハ裁判所ニ於テ之ヲ宣告ス可シ云々」ノ文詞ヲ誤解  
 シ更ニ雙方ノ者ハ其差引勘定ヲ知ラズトモ自然法律上ニテ之ヲ爲スヲ得可キ者ナリト決定シタル  
 ヲ以テ遂ニ此ノ如キ不當理ノ決果ヲ觀ルニ至リシハ實ニ余輩學士ノ憾嘆ニ堪ヘサル所ナリ

余チシテ尙モ日本法律編纂ノ地ニ在リシニハ、余ハ佛蘭西ノ法律ハ外ニシテ問ハズ、羅馬ノ法規  
 ニ依テ差引勘定ハ必ス其裁判所ニ於テ之ヲ宣告セシメタルトノ主說ナリ、故ニ若シ幸ニ日本立  
 法當局ノ君子チシテ果シテ余カ持說ヲ用ヒシメハ、彼ノ第一千二百九十五條第一項及ヒ第一千二百九十  
 九條ノ如キ法文ヲ以テ尙之ヲ其法典中ニ記載スルモ更ニ其原則ニ違反スルノ恐レ無カル可キ

〔第一千二百九十六條〕  
 本條ニ曰ク「若シ二箇ノ義務ハ同一ノ場處ニ於テ之ヲ盡クス可カラサル時ハ此一方ヨリ彼ノ一方  
 ニ對シテ其運送ノ費ヲ償フル上ニ非サルハ差引勘定ヲ爲ス可キヲ要スル能ハス」ト

甲者乙者ハ共ニ「巴里」ノ住民ナリ、甲者乙者ニ對シテ馬耳塞港ニ於テ辨濟ヲ受ク可キ金額五百圓ハ

貸與セリ、然ルニ後日乙者モ亦甲者ニ對シテ當「巴里」ニ於テ辨濟ス可キ金額五百圓ヲ貸與セリ、此ノ  
 如キ場合ニ於テ若シ直チニ其差引勘定ヲ爲ス時ハ甲者ハ乙者ニ貸與シタル五百圓ヲ以テ馬耳塞港  
 ニ於テ之ヲ使用スルノ益ヲ失スルヲ以テ必ス復爲替其他ノ手續ヲ以テ多少ノ費ヲ要シ、其金額ヲ送  
 達セサル可カラズ、故ニ法律ハ乙者チシテ其費用ヲ負擔セシメタル上ニ非サルハ其差引勘定ヲ爲ス  
 能ハスト明定シタルハ理ノ當リ然ル可キ者ナリ

〔第一千二百九十七條〕  
 本條ハ別段其釋義ヲ加ヘサルモ明亮ナリ、差引勘定ハ固ヨリ雙方ノ者共ニ之ヲ明知スルヲ要セザ  
 ルカ故ニ本條ノ場合ニ於テハ其數箇ノ義務中ノ一ヲ盡クシテ充テ用フル事ヲ確定スルハ決シテ雙方  
 ノ者ニ非ス、必ス彼ノ第一千二百五十六條ニ從テ法律自カラ之ヲ爲スナリ

第一千二百九十八條ハ頗ル困難ノ法條ナリ、次會ニ至テ之ヲ辨明ス可キ

明治十一年十月九日

岩野 菰 西 樂 齋

第四十八號  
 再々第一千二百九十六條ノ事ヲ説カントス  
 義務相殺ハ其履行ノ場處ヲ異ニスト雖、能ク之ヲ爲スヲ得可キナリ、然レハ一方ノ義務者ハ時宜ニ  
 依リ運送費ヲ拂ハサル可カラサル場合有リ

右ハ同條ニ云フ所ノ旨趣ニシテ余ハ既ニ前會ニ於テ之ヲ陳說セリト雖、其諸君ハ未ダ運送費ノ何物  
 ナルヤヲ詳悉セストノ事ナレハ余ハ此ニ之ヲ復說セン

世上ノ實際ニ於テ往々遠國ノ人ト相殺ヲ爲ス者有リ、此時ニ於テ假令金額ハ同數ナリト雖、甲乙二  
 國ニ於テ金銀ノ相場ヲ異ニスルヨリ何レカ一方ノ者ニテ其差異ヲ拂ハサル可カラサルナリ、金銀甲  
 乙高少レハ乙ハ相殺ヲ不足スル所ヲ拂ハサル可カラズ、又乙ニ高ケレハ甲之ヲ拂ハサル可カラズ

例ニシテ日本人乙者有リ、友人佛蘭西在留ノ甲者ニ書籍ノ購求ヲ依頼シ、甲者ハ速カニ其依頼ニ應シテ  
 書籍ヲ送致シ、爲シテ甲者ハ個ヨリ甲者ニ代價ヲ拂ハサル可カラサルナリ、然レハ甲者ハ個



ナ乙者ニ金銀ノ借用有リテ其金數ハ恰モ書籍代價ニ同等ナルヲ以テ(例ハ書籍ノ代價ヲ日本ノ金銀ニ計算シテ百圓ト爲シ而シテ甲者モ亦乙者ニ百圓ノ負債有ル時)甲乙二人共ニ相殺ヲ爲スヲ得ルカ如ク見ユルト雖モ乙者ハ幾許カ過分ノ金銀ヲ拂ハサル可カラサルナリ即チ乙者ニテ甲者ニ拂フノ代價ハ甲者ノ佛蘭西ナル書籍ニ拂ヒシ代價ナラサル可カラス抑甲者ノ佛蘭西ニ於テ書籍ニ拂フタルハ佛蘭西ノ貨幣ヲ以テシタルナル可シ果シテ然ラハ乙者ハ甲者ニ拂フノ代價ノ若干圓ナリヤチ知ルルハ現ニ佛蘭西ノ貨幣ハ日本國ニ於テ幾許ノ相場ヲ有スル者ナリヤチ知ラサル可カラス若シ現時佛蘭西ノ貨幣ハ日本ノ貨幣ヨリモ高價ナル時ハ假令相殺ヲ爲スト雖モ尙拾圓ノ殘額有ル可シ乙者ハ之ヲ甲者ニ拂ハサル可カラサルナリ

今夫レ同國中ニ於テ東西相殺ヲ爲スニハ相場ノ差異ハ送金ノ費用ト保險料トヲ以テ其差異ト稱スルヲ得ケレ共既ニ佛蘭西ト日本トニ於ケルカ如ク國域ヲ異ニスルニ至リテハ是等ノ費用ヲ以テ相場ノ差異ト稱ス可カラス

今長崎ト東京トチ比較スルニ長崎ノ千圓ハ東京ノ千圓以上ニ價シ長崎ノ富家ハ東京ノ富家ヨリモ富饒ナル可シ蓋シ長崎ニ於テハ貨幣寡少ニシテ自然其價格高キガ故ナリ其所謂價格ノ高キト云フハ長崎ニ於テハ同シク一圓ノ金貨ヲ以テ東京ニ於ケルヨリハ多分ノ物品ヲ買得スルヲ得ルヲ云フナリ今此貨幣ノ高價ナル長崎ニ金銀ヲ運送スルニハ二様ノ方法有リ一ハ郵便ヲ以テ之ヲ送り一ハ銀行ノ手形ヲ以テ之ヲ送致スルニ是ナリ

此ノ條ニ云フ所ノ運送ノ費トハ即チ銀行ノ手形ヲ以テ金銀ヲ送致スルノ費用ヲ云ナリ之ヲ簡單ニ云ハハ商法第百八十一條ノ第四項ニ云フ所ノ爲替相場ナリ此爲替相場ナル者ハ金貨ノ高低ニ因リテ高低有リ東京ト長崎トニ於テハ大ニ金貨ノ相場ヲ異ニスルヲ以テ今東京ヨリ長崎ニ銀行手形ヲ以テ百圓ヲ送ラントスルニハ百圓以上ヲ拂ハサル可カラス時ニ或ハ東京ニ於テ金貨長崎ヨリ高價ナル時ハ百圓ノ手形ヲ買フニ百圓以内ヲ拂フテ可ナル場合有リ此高低ヲ稱シテ爲替相場ト云フ今夫レ東京ト長崎トニ於テ互ニ義務有ル者ノ義務執行ヲ爲スニ現ニ履行ヲ爲サスニテ義務相殺ヲ以

テスル時ニ何レノ方ダリトモ金貨ノ低價ナル地方ノ者ヨリ相場ノ差異ヲ拂ハサル可カラス

日本人ト佛蘭西人ト互ニ通商ヲ爲シ日本人ハ佛蘭西ヨリ物品ヲ買ヒ入レ佛蘭西人ハ日本ノ物品ヲ購求スルニ付キ互ニ義務者トナルニ於テ其義務ヲ執行スルニハ一國中ニ於テ金銀ヲ運送スルカ如ク容易ニ爲スヲ得可キニ非ラズ此時ニ於テハ銀行ナル者有リテ兩國ノ間ニ立チ東京ノ銀行ハ巴里銀行ニ對シテ東京ニ於テ負債主ト成リ巴里ニ於テ債主ト成ル又巴里ノ銀行ハ東京銀行ニ對シテ巴里ニ於テハ債主ト成リ東京ニ於テハ債主ト成リ以テ互ニ義務ノ相殺ヲ爲ス其相殺ニハ何レカ金貨ノ低價ナル方ヨリ差異ヲ一方ノ銀行ニ拂ハサル可カラス之ヲ稱シテ爲替相場ト云フナリ

(按スルニ銀行ニ兩國ノ間ニ立チテ互ニ義務者ト成ルハ蓋シ日本人ヨリ佛蘭西ニ金銀ヲ送ラントスルニハ東京銀行ニ至リ金銀ヲ拂フテ其手形ヲ購求シ之ヲ佛蘭西ニ送ルナリ尤モ其手形ハ巴里銀行ノ拂フ者ト定ム又佛蘭西人ノ日本ニ金銀ヲ送ルニモ巴里ノ銀行ニ至リ金銀ヲ拂フテ其手形ヲ買メ之ヲ日本ノ商人ニ送致シ而シテ其手形モ亦東京銀行ノ拂フ者ト定ム此ニ於テカ東京巴里ノ兩銀行ハ互ニ義務者トナリ各義務ヲ負擔ス然ルニ今兩銀行ハ現ニ義務ヲ執行セズ互ニ相殺ヲ爲シテ義務ヲ消滅セシムルナリ之ヲ兩銀行ノ相殺ト云フ)

〔第百九十八條〕

本條ノ頗ル困難ナルハ訴訟法ニ關係スルカ故ナリ

本條ニハ、差押事ヲ云ヘリ先ツ初メニ差押ヘノ何物タルヤチ知ラサル可カラス茲ニ甲者ハ乙者ニ金銀ヲ借用シ之ヲ返還セズ又之ヲ返還スルノ資力無シ然ルニ甲者ハ曾テ丙者ニ金銀ヲ貸與シタルヲ以テ乙者ハ丙者ヨリ甲者ニ金銀ヲ返還スルヲ差留ムル事有リ之ヲ名ツケテ差押ト云フ又或ハ之ヲ名ツケテ抗ト云フ蓋シ丙者ノ甲者ニ金銀ヲ拂フニ抗スルノ謂ヒナリ此ノ差押ヘノ事ハ訴訟法第百五十七條以下ニ詳カナリ

今夫レ乙者ニテ差押ヘテ爲ス時丙者ハ甲者ト既ニ相殺ヲ爲シテ義務消滅シタル旨ヲ述フルニ至テハ其差押ヘハ無効ナリ然レモ其相殺ハ差押ヘノ以前ニ在ルヲ要スルナリ若シ差押ヘシ後ヨリ雖



相殺スルヲ得ルトセバ非常之困難有り後ノ乙者ノ丙者ニ差留ヲ爲シタルニ丙者ト甲者ト通謀ヲ  
 丙者ハ甲者ニ賣約ヲ爲シ或ハ金錢ヲ貸與シテ相殺ヲ爲ス有ラン之ヲ惡意ノ相殺ト云フ此惡意ノ  
 相殺ヲ避ケンカ爲メニ法律ハ差留以前ニ非ラサレハ相殺ヲ許サストス  
 右ノ如ク陳シ來リタレハ余ヲ第千二百九十五條ニ説キシ者ヲ喚起セシム蓋シ本條ハ第千二百  
 九十五條ト類チ同フスル所有ルカ故ナリ今夫レ甲者ト乙者ト互ニ負債有ルヲ以テ相殺ヲ爲シ得ル  
 ニ甲者ハ丙者ニ債主ノ權ヲ賣却シタリトセヨ乙者ノ債主ハ更マリテ丙者ヲ債主ト爲スニ至ル固  
 リ債主權ノ賣却ヲ爲スニハ必ス其義務者タル乙者ニ告知セサル可カラサルノ法式ナリ既ニ其告知  
 有ル時ハ乙者ハ其後甲者ト賣却金銀貸與等ヲ爲シテ相殺ヲ爲スノ手段ト爲シ以テ丙者ニ相殺ヲ申  
 立ルヲ得ス此事ハ記シテ第千二百九十五條ノ第二項ニ在リ此ノ如ク告知後乙者ハ甲者ト相殺ヲ爲  
 スヲ得サルハ猶權利者ノ差留ヲ爲シタル後ニハ差留メラレタル者ハ相殺ヲ爲スヲ得サルニ均シ是  
 第千二百九十八條ト第千二百九十五條トハ類チ同スト云ヒ所以ナリ

〔第千二百九十九條〕  
 此條ハ前ノ第千二百九十五條ノ處ニ於テ併セテ之ヲ講説セリ

〔第五款 權利ト義務ト渾同スル事〕

相殺ト渾同ノ區別ハ相殺ニハ二箇ノ義務有ルト渾同ニハ一箇ノ義務有ル是ナリ左ニ渾同ノ例ヲ舉  
 示ス可シ  
 義務者ニテ權利者ノ相續人ト成リタル時又權利者ニテ義務者ノ相續人ト成リタル時ニハ渾同有リ  
 看ヨ此例ニ於ケルカ如ク渾同ハ義務者ト權利者トノ身分ヲ滅スル者ニシテ決シテ二箇ノ權利ヲ滅  
 スル者ニ非ラサルヲ是其一例ナリ又權利者、義務者ノ二人皆死シ他ノ一人其死シタル二人ノ相續  
 人タル時ニモ渾同有リ其相續人ハ權利者ニ付テ云ヘハ權利者タリト雖モ義務者ニ付テ云ヘハ義務  
 者ナリ則一人ニモ權利ト義務ト併有スル者ニシテ權利義務皆渾同シテ消滅スルナリ

法律ハ渾同ノ如何シテ成ル可キ者ナルヤヲ云ハス只(權利義務ヲ兼有スル云々)ト有ルノミ然レモ  
 其之ヲ兼有スル者ハ果シテ同ツヤ相續是ナリ

〔第千三百一條〕

本條ニ於テハ法律其連帶ト渾同ト併セ説ケリ例ヘハ權利者死シテ義務者其相續人タルニ於テハ  
 無論渾同有リ然レモ其相續人ハ保證人ニ對シテ出訴シ金額ヲ要求スルヲ得ス何ントナレハ若シ金  
 額ヲ要求スルヲ得ルトセハ保證人ハ金額ヲ出シテ又之ヲ相續人ニ求ムルニ至リテ誠ニ奇妙ノ事ト  
 成ルナレハナリ

又、權利者死シ保證人之ニ相續セシ時ニ於テハ一身ニシテ保證人ヲ兼有スル能ハサルヲ以テ保證  
 ノ義務ハ消滅ス保證人權利者皆死シ他人有リテ二人ノ相續人ト成リタル時ニ於テモ保證人ノ義務  
 ハ消滅ス

又、連帶義務者ノ中一人死シ權利者、其相續人ト成ル時ハ則チ相續人ハ其部分ノミノ連帶ト義務ト  
 ヲ免カル何ントナレハ人、自身ノ爲メニ自カラ義務ヲ負擔スル能ハサルハナリ而シテ權利者ノ要  
 求シ得ルノ義務ハ自己ノ部分ヲ除去シテ他ノ義務者ノ負擔スル者ナラサル可カラサルナリ

第四十九號 明治十一年

〔第六款 義務ノ物件ノ滅盡スル事〕

井田 鐘次郎 筆記

余ハ本款ノ題目ヨリ説キ始メテ抑本款ニ於テハ總テ義務ノ目的ヲ以テ確定物ナリト假想シ敢テ之  
 ナリテ物件ノ高ナリト假想セサルナリ蓋シ滅盡スルヲ得可キハ獨リ確定物ノミ物件ノ高ノ如キハ  
 決シ滅盡スル者ニ非サルナリ法文ニハ(義務ノ物件)ト有リ是約束シタル確定物ナリ聞ク譯本ニハ  
 (引渡ス可キ物件)ト記セリト引渡ス可キ物件ト義務ノ物件ヲ譯スルハ余以テ之ヲ當然ニ爲ス能  
 ハズ義務ノ物件ノ引渡ス可キ物件ナルハ十中ノ八九ニ居ルト雖モ然レモ義務ノ物件ニシテ其引渡  
 ヲ要セサル者之無キニ非ス例ヘハ既ニ他人ニ預ケ置キシ馬ヲ或人ニ賣却シ代人ヲ往テ之ヲ取テ



シム然ルニ此ノ馬預リ主ノ手ニ在リテ死去セリ此時ニ於テハ其馬ノ滅盡ニ因リ賣主ハ其義務ヲ免  
 カル可キナリ然レハ此物件ハ賣主ノ引渡シテ要セサル所ノ者ナリ又海港ニ捨置シ船ヲ或人ニ賣却  
 シ之ニ歸スルニ其之ヲ持去ランヲ以テセリ其後大風有リ遂ニ流失セリ此場合ニ於テモ賣主ノ物件  
 既ニ消滅セリト着徹ス可キカ故ニ賣主ハ又其義務ヲ免カル、ナ得此二箇ノ例ニ於テハ賣主ハ賣買  
 契約ノ從更ニ其物件ヲ引渡ス可キ者タルハ獨リ買主ノ所爲ニ存スルノニ然ルモ尙本款載  
 スル所ノ規則ニ從テ賣主ノ義務ハ消散ス可キ者タルハ疑テ容ル可カラサルナリ夫レ然リ而シテ  
 本款ノ題目ヲ譯シテ「引渡ス可キ物ノ滅盡云々」ト書スル時ハ遂ニ人ヲシテ前二箇ノ場合ハ其題目  
 中ニ入ル可キヤ否ヤノ疑問ヲ起サシムルニ至ラン且ツ原書載スル所ノ題目ノ語ハ「義務ノ目的  
 物件ノ滅盡スル」ト云フノ意ニシテ「引渡ス可キ物ノ滅盡スル」ト云フノ意ニ非サルナリ故ニ  
 曰ク本款ノ題目ヲ譯シテ「引渡ス可キ物ノ滅盡スル事」ト書スルハ未ダ以テ其宜キヲ得タリト爲  
 ス能ハス寧ロ之ヲ以テ義務ノ目的タル物件ノ滅盡云々ト譯スルノ正且ツ適ナルニ若カサルナリ  
 【第三三二條】  
 宗ハ本條ニ立入ルニ先ンシ預メ誰カ物件ノ滅盡ヲ擔當ス可キヤノ論理ヲ示言シ因テ以テ諸君ノ之  
 ニ注意セシメテ圖ラント欲ス蓋シ此論理ハ本條以下載スル所ノ事柄ニ大ニ關係有ル者ナレハナリ  
 先キニ余ノ第一千三百二十八條ヲ讀ミタルヤ總テ義務ノ物件ノ滅盡ヲ擔當シ以テ其責ニ任ス可キハ何  
 以ナルヤ義務者タルカ將シ權利者タルカヲ詳細ニ論究シ又期限ト未必ノ條件ヲ説明シタル時ニ於  
 テモ更ニ此論理ヲ開陳シタルハ諸君ハ之ヲ記憶セラル可シト信スルナリ因テ余ハ尙此コ聊カ之ヲ  
 示言スル有ラントス諸君請フ之ヲ思ヘ當時我法律ハ所有權ハ合意ノニ因テ轉移ス可シト云ハル  
 ノ原則ヲ其要領ト爲スニ非スヤ是義務ノ物件ノ滅盡スル有ラハ其引渡シテ請求ス可キ權利者ニ其  
 損失ヲ擔當セシム可キ所以ナリ但シ權利者ノ之ヲ擔當スヘキハ管ニ此故有ル而已ナラズ尙ホ他ニ  
 其適正ナル理由有ルナリ此ノ理由有ルカ故ニ古法ニ於テハ彼ノ原則無シト雖モ物件ノ滅盡ハ權利  
 者ノ責ニ歸セシナリ

雖由トハ何ソヤ日ク契約既ニ結ヒ終ラハ結約者ハ雙方共義務ヲ負ヒ權利ヲ得ルニ付キ即チ其二人  
 ノ間ニ權利義務ノ交換有ルニ均シ而シテ此交換ハ確平不動ノ者タルニ因リ假令權利ハ滅スルトモ  
 義務ハ滅スルニ至ラサル可キナリ是ヲ以テ物件ヲ得可キ權利者ハ其物件ノ滅盡スル時ハ自カヲ其  
 權利ヲ失フニ至ル可シト雖モ敢テ之ニ因テ其代價ヲ拂フ可キ義務ヲ免カル、能ハサル也故ニ彼ノ  
 原則無シトスルモ到底物件ノ滅盡ハ權利者ノ損失ニ歸セサルヲ得スト然ラハ則現今ニ於テ權利  
 者ノ物件滅盡ヲ擔當ス可キ所以ハ其理二箇有リト云フモ毫モ可ナラサル無シ  
 權利者カ物件ノ滅盡ヲ擔當ス可キ所以ノ理ハ前段陳述スル所ノ如クナルモ未必ノ條件ニ管スル義  
 務ニ付テハ敢テ此理ヲ以テ之ニ直行スル能ハサル也何トナレハ未必ノ條件ニ管スル義務ハ其條件  
 ノ如クナルニ因テ始メテ成立スル者ニテ其條件ノ如クナラザレバ他ノ義務ノ如ク其契約ノ時ニ  
 リ直ニ成立スル者ニ非サレハ也故ニ契約成立ルト雖モ義務ノ目的タル物件ハ未ダ權利者ノ得ル所ト  
 成ラス而シテ之ヲ所有スル者ハ矢張り以前ノ如ク義務者タルヲ免カレストス是其物件ハ滅盡シタ  
 ル時其損失ヲ負フ可キ者ハ權利者ニ非スニテ義務者タル所以ナリ且ツ假令未必ノ條件ノ如ク成ル  
 モ其事ノ物件滅盡後ニ在ルニ於テハ爭カ義務ノ成立スル有ルヲ得ンヤ何トナレハ其目的トスル所  
 既ニ消失シタルカ故ナリ余今ニ及ソテハ又更ニ此ノ事項ニ管スル例ヲ舉クルヲ欲セス蓋シ之ヲ欲  
 セサル所以ハ既ニ諸君ニ陳述セシ所ナレハナリ唯諸君ニ望ム所ハ未必ノ條件ニ管スル義務ハ契約  
 ノ日ヨリ直ニ成立ス可キ者ニ非サル旨ヲ忘レサルノ一事ナリ  
 是ヨリ余ハ本條即チ第一千三百二條ニ立入テ之ヲ説明ス可キナリ本條ニハ未必ノ條件ニ管スル義務  
 ト他ノ義務トノ區別有ルヲ見ス此區別ハ此ノ處ニ於テハ不用ニ屬ス可キナリ本條ノ文中「確定  
 物ノ滅盡云々」ト有リ然ラハ則チ確定物ノ滅盡ニ非サレハ本條ノ規則ヲ以テ之ニ當ツルヲ得サル  
 ヤ明ケシ  
 義務者有リ確定物ニ非サル者ヲ引渡ス可キ義務ヲ有ス乃チ之ヲ盡サント欲シテ其引渡ス可キ物件  
 ナ一纏ニ爲シ例ヘハ一袋ニ收メ將ニ之ヲ送ラントセリ然ルニ不慮ノ難有リテ其物件盡ク滅盡スル



ニ至リ又材木ヲ引渡ス可キ義務者有リ其材木ヲ纏メテ之ヲ運輸セリ然ルニ洪水有リテ其材木或ハ破壊シ或ハ散亂シ遂ニ悉ク消滅セリ此二箇ノ場合ニ於テハ義務ノ目的タル何レモ確定セル物ニ非ス故ニ本條ノ規則ヲ以テ之ニ適行スルヲ得ス從テ義務者ノ義務ハ消散スル所ト成ラサル可シ何トナレハ義務者ハ他ノ同種ノ物件ニテ義務ヲ盡クスト得可ケレハナリ

次キニ「商法外ノ物ト爲サレタル時」ト有リ是即チ政府ヨリ或種ノ物件ヲ賣買ス可カラスト發令シタル時ノ如キヲ云フ此文詞ニ據テ考按テ下ス時ハ義務者ハ物件引渡ノ義務ヲ免カレタル上ニモ尙其代價ヲ請求シ得可キハ猶物件ノ滅盡ニ因テ義務ノ消散シタル時ノ如クナル可シトノ思ヲ發セシムルニ至ラン然レハ此場合ハ物件ノ滅盡シタル時トハ少シク其趣キヲ異ニスルナリ余ハ左ニ其例證ヲ舉ケテ之ヲ明解ス可シ

關シ頃日政府ハ令ヲ出シテ函館産ニ非サル氷ノ賣買ヲ禁止セリト此禁令ノ發スルニ先ツ此ノ氷ヲ賣買シタル者有リトモハ其賣主ハ最早其氷ヲ引渡ス可キ義務ヲ免カル可シ然レモ單ニ物件ノ滅盡シタル時ト違ヒ其代價ハ悉ク之ヲ請求スルノ權無キナリ其故何ソ曰ク義務ノ目的タル氷ハ應禁物ト成リタルニ付キ假令發令前ノ如キ價ニハ至ラストモ亦幾分カノ價ヲ有スル可シ蓋シ氷ノ如キハ飲料ニ用フルノ外或ハ獸肉ヲ蓄ヘ或ハ疫者ノ身體ヲ冷ス等其用亦尠シトモ然テハ則チ義務者ハ之ヲ以テ己レニ利ヲ收ムル豈ニ難シトモヤ若シ義務者ニ於テ其物件ノ代價ヲ買主ヨリ悉ク請求スルヲ得可シトモハ是故無シテ己レヲ富スノ一大原則ニ反スルニ至ラン余カ賣主即チ義務者ハ其物件ノ代價ヲ悉ク請求スルノ權無シト云ヒシハ單ニ此理有ルヲ以テナリ

又政府ヨリ令ヲ發シ兵器ノ賣買ヲ禁止シタリ然ルニ其前ニ兵器ニ付テ賣買契約ヲ爲シタル者有リトモハ其賣主ハ此發令ニ因テ物件引渡シノ義務ヲ免カル可シト雖モ其代價ハ之ヲ請求スル能ハサル可シ是他無シ其賣物ハ未ダ多少ノ價額ヲ具フル而已ナラズ之ヲ外國ニ輸出スルニ於テハ公然賣却スルヲ得可ケレハナリ

以上論陳セル二箇ノ場合ヲ除キ尙他ニ義務免カレ、一箇ノ場合有リ即物件ノ遺失シテ其現存スル

ヤ否ヤ知ル能ハサル時是ナリ此場合ハ物件ノ應禁物ト成リシ時ト大ニ其趣キヲ異ニスセリト雖モ物件ノ滅盡セル場合トハ殆ンド相同キ者ナリ蓋シ物件ノ遺失シテ其現存スルヤ否ヤ知リ難キハ猶其滅盡シテ義務ヲ盡クス能ハサル時ノ如クナレハナリ故ニ此場合ニ於テモ義務者ハ其義務ヲ免カレタル上ニモ尙物件ノ代價ヲ請求スルヲ得可シ然レモ義務者ノ義務ヲ免カレ、ハ其之ニ過失無シテ拒拒ス可カラサルト意外ノ場合トハ人多ク其用ヒ處テ同フスト雖モ其真正ノ字義ニ至リテハ二者各相異ナル無キ能ハス唯義務消散ノ一點ニ付テ其用方チ同フスルニ

意外ノ場合トハ多クハ事偶然ニ起リ預メ之ヲ防クノ方法然キ時チ云フナリ例ヘハ天火ニテ家屋ノ燒失スルカ戰爭ニテ物件ヲ掠奪セラル、カ如キ是ナリ抗拒ス可カラサルトハ重ニ人力ノ得テ防遏ス可カラサル者チ云フ例ヘハ年ノ不作ナルカ大雨ニテ洪水ノ起リタルカ如キ是ナリ

抗拒ス可カラサルカ若シハ意外ノ場合ニテ物件ノ滅盡シタル時ト雖モ若シ義務者ニ怠リノ咎有ルニ於テハ其義務者ハ其滅盡ノ責ニ任セサル可カラズ何トナレハ義務者ニ怠リ無クシテ其物件ハ既ニ權利者ノ手ニ移リ滅盡スルカ如キノ事ハ有ラサル可ケレハナリ諸君ハ義務者ニ怠リノ咎有ルハ如何ナル場合ナリヤハ既ニ會得セサルニ付キ今更此ニ之ヲ陳述セスト雖モ殊ニ期限ノ經過セシメテ以テ義務者ニ怠リノ咎ヲ歸スル能ハサル旨ヲ忘レサルニ注意ス可シ

又義務者ハ怠リノ咎有リト雖モ物件ノ滅盡ヲ以テ己レヲ責ムルヲ要セサル場合有リ是此物件ヲ以テ權利者ノ手ニ在リトスルモ其滅盡シタルニ相違無キ旨ヲ證シ得タル時チ云フ實ニ此時ニ於テハ義務者ニ引渡シテ遲延シタルノ過失有ルモ此過失ハ權利者ノ損害ヲ受ケタルノ原因ニ非サルナリ何トナレハ義務者ニ過失無シトスルモ到底權利者ハ損害ヲ受ケルチ免カル、能ハサレハナリ

時有リテハ物件ノ滅盡スル單ニ其瑕瑾有ルニ因スル者有リ例ヘハ馬其持病ニ因テ死スルカ如キ是ナリ此ノ如キ時ニ於テハ其馬ハ義務者ノ手ニ在ルモ權利者ノ手ニ在ルモ到底死スルチ免カレサルヤ明カナリ故ニ義務者此ノ馬ヲ引渡ス可キチ怠リタルモ未ダ之ヲ以テ之ニ責ヲ負ハシムルノ因ト爲スチ得ス



法律ノ文面ニ「物ノ滅盡シタル時其責ニ任ス可キ事豫メ約スル」ト有リ若シ此預約有レハ如何ナル場合ト雖モ義務者ハ其責ヲ負フ可キナリ然レモ此ノ如キ約ヲ結フハ實際稀ナル所トス  
 義務者其義務ヲ免カレントモハ必スヤ其意外ノ事ニ遭遇シタル旨ヲ證セサル可カラズ此證ヲ立ツルハ隨分困難ナル事ナリ然レモ此ノ事ニ付テ義務者ハ法律上苛刻ニ待遇セラル、事ト考フ可カラズ蓋シ義務ヲ免カレント申立ツルニ付テハ義務者ハ原告人ノ地位ニ居ルナリ而シテ原告人ノ總テ其申立ヲ證明セサル可カラサルハ是一般ノ法理ナレバナリ且ツ更改約相殺混同等ノ如キモ亦義務者ノ證セサル可カラサル所ナリ  
 本條ノ第四項ハ物件ノ盜取セラレシ場合ヲ舉ケ總テ盜者ハ如何ナル時ト雖モ其略取セシ物件ノ滅盡ヲ償ハサル可カラサル旨ヲ陳述セリ余以爲シ此規則ハ少シク嚴ニ失スル者ト思ハル、ナリ人或ハ之ヲ適當ノ者ナリト主持セシカ爲メ盜賊ニハ常ニ怠リノ咎有リ此咎有ルニ因リ物件ノ滅盡シタル原因ノ如何ヲ問ハスシテ總テ之ニ其滅盡ノ價ヲ爲サシムルナリ何ソ法ノ嚴ニ失ズルト云フヲ得ンヤト其言ヤ以テ此規則ノ不當ナラサルヲ證スルニ足ラサルナリ今假ニ論者ノ言ノ如ク之ヲ解スル時ハ之ヲ以テ適當ナリト云フヲ得可キカ如クナレモ若シ此ノ如ク之ヲ解スルニ於テハ是本項ノ述フル所ヲ其効無カラシムルナリ何トナレハ怠リノ咎有ル義務者ニ物件滅盡ノ責ヲ擔當セシム可キハ既ニ本條第一項ノ述ル所ナレハナリ然ラハ則チ此規則ノ眼目タル何レノ點ニ存シ何レノ事ト云ハントスルニ在ル乎曰ク法律ハ一步ヲ進メ通常ノ義務者ハ怠リノ咎有ルモ第二項ニ載スル所ノ事柄即チ物件ヲ權利者ノ手ニ引渡シタリトスルモ其滅盡シタルニ相違無キノ事ヲ證スレハ其滅盡ノ責ヲ免カル、ト雖モ盜賊ニ至リテハ假令此事柄ヲ證明ナラシムルモ其滅盡ノ責ハ免カル可カラサル旨ヲ云ハント欲スル也然ラズンハ此規則ハ無用ノ者ナリト云ハサル可カラズ故ニ法律ハ之ヲ以テ第二項ノ例外ト爲スヤ明カナリ  
 今余ハ此ニ盜マレタル事ニ付キ三箇ノ場合ヲ說出シ以テ各之ニ當ツ可キ規則ノ如何ヲ陳述ス可

茲ニ盜者馬ヲ奪ヒ騎シテ逃走セリ然ルニ捕縛ニ遇ハソテ恐レテ之ヲ鞭ウツ甚ク強カリシヲ以テ馬遂ニ倒レテ死セリ是抗拒ス可カラサルカニ因テ死シタルニ非ラズ又意外ノ場合ニ因テ死シタルニ非ラズ其死シタルハ全ク盜者ノ過失ニ因レリ此場合ニ於テハ其裁判言渡タルヤ第一項ニ付テ之ヲ決定ス可シ  
 又盜者馬ヲ奪ヒ家ニ歸リテ之ヲ畜養セシニ偶火災有ルニ會シ其馬遂ニ燒死ス權利者即チ被盜人ノ家ニハ火災無シト考フ可シ此例ニ於テハ矢張り第一項ニ因リ怠リノ咎有リト云フ廉ニテ其裁判言渡ヲ爲ス可シ  
 又盜者馬ヲ奪ヒ之ヲ自己ノ家ニ繋キ置キシカ非常ノ大火有リテ其馬燒死ス其時被盜人即チ權利者ノ家屋モ亦此大火ニ會シ火勢甚クシカリシ故ニ其馬假令盜マレサリシトスルモ之ヲ救フノ手段無シ此場合ニ於テハ若シ盜者ヲシテ通常ノ義務者タラシメハ本條第二項ニ因テ馬ノ代價ヲ償フノ義務ヲ免カル可キナリ然レモ彼ハ盜者タルヲ以テ此第二項ヲ引用スル能ハズ是非償金ヲ出サ、ルヲ得サル也  
 今何故此末項ノ規則ハ嚴ニ失スルカト云フニ若シ之ヲ遵行スル時ハ物件ノ所有者ハ結局故無クシテ己チ富マシ盜者ノ出スチ要セサル者ヲ之ニ出サシムルノ場合ニ陷ヒル、ヲ得レハナリ共ニ燒失ス可キ大火災等ノ場合ニ於テハ若シ盜者ニ物件ヲ奪ハレシトスルモ其所有者ハ必ス之ヲ失フニ付キ其損失ハ之ヲ自己ニ擔當セサル可カラズ然ルニ盜難ニ罹ルニ於テハ盜者ヲシテ其損失ヲ償ハシ得ルニ因リ本來自己ノ負フ可キ損失ヲ自己ニ負ハスシテ却テ之ヲ盜者ニ負ハシムルニ至ラン是嚴ニシテ不當ナル者ニ非スヤ  
 【第一千二百二條】  
 義務者ニ過失無シテ物件ノ滅盡シタル時又ハ其物件ノ商法外ノ者ト成リシ時又ハ其物件ノ遺失シタル時ハ自カラ償金請求ノ權利ノ生スル事有リ此權利ハ義務者之ヲ其權利者ニ移サ、ル可カラズ是本條ノ云フ所ナリ例ヘハ義務者ノ引渡ス可キ物件ヲ過失ニテ滅盡セシムル者有ルカ又ハ政府



ヨリ賣買禁止ノ事ニ付キ其價ヲ與フルトノ場合ニ於テハ義務者ハ過失ヲ爲シタル者又ハ政府ニ對シ價金ヲ求ムルノ權有リ然レモ義務者ニシテ若シ此權ヲ專用スル時ハ權利者ハ只損失ヲ負ヒテ其價ヲ得ル能ハサル可シ其故ハ義務者ノ義務ハ消滅スト雖モ權利者ノ代價仕拂ノ義務ハ消滅スル無ケレハナリ故ニ義務者ハ之ヲ權利者ニ與ヘサル可カラズ  
時有リテハ物件ノ悉ク滅盡セシテ其幾部分ヲ存スル事有リ例ヘハ金貨ノ燒爛シタルカ如ク器具ノ損壞シタルカ如キ時ハ亦右ト同一ノ理由ニ因テ義務者ハ之ヲ權利者ニ與ヘサル可カラズ

第五十號 明治十一年十月十六日

一 瀨 勇 三 郎 筆記

〔第一款 契約ヲ取消スノ証〕

本款ハ專ラ彼第二章第一款ニ記載セル諸條ト大ニ相關係スル者ナルヲ以テ必ス互ニ參觀シテ之ヲ講説セサル可カラズ夫ノ立法者モ亦此ニ注意スル所有リテ殊更ニ第一千七百十七條ノ終尾ニ於テ〔唯本卷第五章第七款ニ記スル所ノ場合ト方法トニ循ヒ之ヲ取消サントスル訴ヲ爲スヲ得可シ〕ノ文ヲ設成シタルナリ

夫レ完全適法ノ契約ハ必ス其必要ナル條件ヲ具備シタル者ナリ因テ一旦具ニ其條件ヲ遵守シテ結成シタル契約ハ復更ニ之ヲ取消ス能ハサル可シ  
契約ノ條件ニハ適法ノ者有リ、又不適法ノ者有リ、適法ノ條件ハ今更ニ之ヲ論スルニ及ハス、唯本款ハ其不適法ノ條件所謂條件ノ瑕瑾有ル者ニ付テ之ヲ講ス可キ者ナリ蓋シテ條件ノ瑕瑾ハ訴訟ノ由ヲ起ル所ナリ而シテ其訴訟ハ亦其條件ノ管スル所ノ契約ヲ取消ス爲メノ要具ナリ  
又本款ハ彼ノ原因無キカ承諾無キカ目的物無キカニ因リテ元來成立無キ契約ニハ決シテ之ヲ當用ス可キ者ニ非ラズ蓋シ本款ニ記スル所ノ契約取消ノ訴トハ即チ義務消滅法ノ一ナリ然リ而シテ當初ヨリ其原因ノ欠漏スルカ、又ハ承諾無キカ、又ハ目的物無キカノ契約ハ原來成立セズ隨テ又其義務ヲ生セサルヲ以テ之ヲ取消サントスルノ訴ヲ起シ始ムルト云フハ固ヨリ人ノ行爲ス可キ事ニ非サ

ルナリ故ニ本款ハ彼ノ取消ヲ得可キ契約即チ不完全ノ承諾(錯誤、暴行、詐偽)有ルカ契約者ノ不能力(幼者、治産ノ禁ヲ受ケシ者、婚婦)ナルカ、又ハ損害有ルノ契約ノヨリニ適法ス可キ者ナリ、何トナレハ此ノ如ク其條件ニ瑕瑾有ルノ契約ハ固ヨリ全備ノ者ニハ非スト雖モ又敢テ之ヲ原來成立無キ者トシテ云フ可カラズ、瑕瑾有ル契約ハ之ヲ矯正スルヲ得可ク又之ヲ取消スヲ得可シ、蓋シ本款ニ記スル所ノ契約取消ノ訴トハ此瑕瑾有ル契約ヲ取消ス爲メノ訴是ナリ  
原語ニハ〔契約ヲ取消スノ訴〕又ハ〔契約ヲ取消スヲ得可キ訴〕ト記載スト雖モ是固ヨリ異音同意ノ文詞ナレ、敢テ怪ムニ足ラサルナリ

〔第一千二百四條〕

第一項ニ曰ク(別段ノ法律ニ因リ取消ス可キ訴ヲ爲スノ期限ヲ特ニ定メタル事無キ場合ニ於テハ十年内ニ其訴ヲ爲ス可シ)ト法律ニテ別段訴期ヲ定メタル場合ハ左ノ二例有リ

第一例ハ即チ彼ノ不動産賣買ニ管スル第六百七十六條ノ記スル所ニシテ其訴期ヲ限リテ二箇年ト定ムルナリ蓋シ不動産賣買主ノ爲メ十二分ノ七以上ノ損失有ル時ハ法律ハ爲メニ二箇年期ヲ限リテ之ヲ訴ヘ其契約ヲ取消スヲ明許スト雖モ其定期ヲ超過スル時ハ最早全ク之ヲ訴フルノ權ヲ失フ可キ者トス

第二例ハ載ゼテ第六百二十二條ニ在リ該條ハ蓋シ其賣價ノ増減シタルニ因リ賣主又ハ買主ヨリ其適價ヲ要求シ又ハ其契約ヲ取消サントスルノ訴訟ニ管スル者ナリ、其訴期ヲ定メテ一年トス凡ソ契約ニ理有ルヲ以テ之ヲ取消サントスル爲メ別段法律ニテ定メタル訴期ハ蓋シ右ノ二例ニ過キサル可シ

佛蘭西成典ハ本條第一項ニ於テ其契約取消ノ訴期ヲ限リテ十年ト爲シタルモ若シ立法ノ點ヨリ之ヲ觀ル時ハ十年ノ期ハ長遠ニ過ク者ト云ハサル可カラズ、就中契約ノ後直チニ其瑕瑾ヲ發見セシ者ト雖モ尙之ニ十年ノ長期ヲ與ヘテ其訴訟ヲ爲スヲ認許スト云フニ至テハ豈當理ノ法規ト云フ可クナリ



第二項及第三項ハ其ノ其期限起算ノ點ヲ定ムル者ナリ該項ニ由テ之ヲ觀ルニ蓋シ期限起算ノ點ハ決シテ其契約ノ日ニ始マルコト非ス常ニ其被害者日カラ其訴權ヲ行フノ自由ヲ得タルノ日ヲ以テ其期限ノ始メトスルノ法定ナリ、各區別シテ之ヲ説明セサル可カラズ

第一「契約ヲ結フコト付キ暴行脅迫有ル時ハ其止ミタル當日ヨリ其十年ノ訴期ヲ算定ス可シ云々」夫レ暴行ニハ常ニ輕強ノ差長短ノ別有ル可シ、若シ又永久不歇ニ渉ルノ暴行有ル時ハ其訴權モ亦隨テ陸續永久ス可シ、又其暴行者ノ死去シタル時ハ其當日ヲ以テ十年ノ訴期ヲ起算セサル可カラズ

第二及第三「錯誤又ハ詐僞有ル時ハ之ヲ覺知シタル日ヨリ其期限ヲ算フ可シ云々」ト是ハ錯誤又ハ詐僞有ル時ハ必ス之ヲ發顯シタル當日ヨリ其訴期ヲ起算ス可シトノ法定ハ固ヨリ當理公正ノ者ニシテ一言以テ之ヲ駁ス可キノ事ニ非スト雖モ尙之ニ十年ノ長期ヲ許與シテ其訴訟ヲ爲サシムルト云フニ至テハ正理ヲ貫徹シタルノ法文ナリトハ云ヒ難シ是既ニ余カ辨明セシ所ナリ

第四「婚婦其夫又ハ裁判所ノ允許ヲ得スシテ結成シタル契約ニ付テハ其婚姻ヲ解消シタル日ヨリ其期限ヲ算定ス可シ云々」トハ蓋シ婚婦ハ總テ其婚姻ノ存續スル限リハ常ニ自カラ不能力ナル者ナルカ故ニ其婚姻ヲ解除シタル後尙十年間ハ其婚姻中ニ結行シタル契約ノ取消シヲ要求スルノ權有ル可シ

第五、及第六「治産ノ禁ヲ受ケシ者ノ結ヒタル契約ニ付テハ其禁ノ免シテ受ケタル日ヨリ其訴期ヲ算ヘ、幼者ノ結ヒタル契約ニ付テハ其丁年ニ至リシ日ヨリ之ヲ算ス可シ云々」ハ治産ノ禁ヲ受ケタル者ハ法律ハ常ニ恰モ瘋癲人ノ如クコトヲ看做スヲ以テ其禁ノ存續スル限リハ尙其十年ノ訴期ヲ起算スル能ハス必ス其免シテ受ケタル日ヨリ之ヲ始メサル可カラズ幼者モ亦不能力者ノ一ナルヲ以テ其訴期ハ丁年ニ達シタル日ヨリ非サレハ之ヲ起算ス可カラズ

茲ニ諸君ノ注意ヲ要ス可キ一點有リ、蓋シ既ニ後見ヲ免カレタル幼者ハ其財產支配ノミニ管スル事件ハ自カラ正當ニ之ヲ處置スルヲ得ル者ナリ、故ニ未タ其後見ヲ免カレサル幼者ニ自カラ是等ノ事件ヲ處置シタル時ハ其後見ヲ免カレタル日ヲ以テ其契約取消ノ訴期起算ノ始點ト爲サハ

ル可カラズ、是法ノ明文無キ者アリト雖モ當ニ理ヲ以テ推定ス可キ者ナリ

以上辨明セシ六箇ノ場合ニ於テハ各法ノ明文ヲ以テ其訴期起算ノ點ヲ確定セリト雖モ彼ノ第七、所謂損害有ルノ契約ニ付テハ更ニ法定有ルヲ見ス、亦當ニ余カ法學士ノ考量ト正理トニ因テ之ヲ論定セサル可カラズ

凡ソ幼者ノ結行シタル契約ニ付テ損害有ル時ハ其多少ニ拘ハラズ必ス以上説明セシ幼者ニ管スル所ノ原則ニ依遵シテ之ヲ決定セサル可カラズ然レモ之ニ反シテ丁年者ノ結成シタル契約ニ付テハ即チ然ラス、其法律上ニテ制定有ル損害ヲ蒙リタルニ因リ之ヲ取消サントスル時ハ必ス其契約ノ當日ヲ以テ其訴期ヲ起算スヘシトノ法定ナリ

丁年者自カラ損害ヲ蒙リタルニ因テ其契約ヲ取消サント要求シ得ル場合ハ僅々二三ニ過キサルナリ、即チ其一ハ第六百二十七條「損害二十分ノ一以上ヲ要ス」ト記スル所ノ者ニシテ、又他ノ一ハ第六百七十六條「損害十二分ノ一以上ヲ要ス云々」ト録スル所ノ者ナリ共ニ不動産賣買ニ管スル條文ナリ

又茲ニ丁年者自カラ其契約取消ノ訴訟ヲ爲スヲ得ルノ一原因有リ、即チ遺物相續分派ニ因テ自カラ其四分ノ一以上ノ損害ヲ蒙リタル場合はナリ、是第八百八十七條ノ記スル所ナリ、該條ニハ特ニ其原則ノミヲ舉示スルコト止マリ彼ノ訴期起算ノ點ニ付テハ全ク之ヲ條外ニ附シタル者ノ如シ此遺物相續分派ノ場合ハ決シテ例外ノ者ナリトハ之ヲ看做ス可カラサルヲ以テ尙第千三百四條ノ法規ニ依遵シ十年ヲ以テ其訴期ト定ム可シ、又其十年ノ期限ハ恰モ彼ノ不動産賣買ニ付テ損害有ル場合ト等シク必ス其分派ノ當日即チ契約ノ當日ヲ以テ其起算ノ點ト定メサル可カラズ、是固ヨリ法ノ明文無キ者ナリト雖モ正理ノ然ラシムル所ナリ請フ之ヲ辯陳セン

蓋シ遺物相續ノ分派ニ付テ其損害ヲ蒙リタル者ハ既ニ丁年ニ達シタル者ニシテ自カラ十分ノ能力ヲ有シ詐僞モ無ク又暴行モ無ク獨リ其自カラ得有ス可キ分派ニ付テ不足チ生シタルノミニシテ全ク彼ノ不動産賣買ニ付テ其損害ヲ生シタル場合ト一點ノ差異有ル無シ、然リ而シテ不動産賣買ニ



管シテ其損害ヲ生シタル時ハ必ス契約ノ當日ヲ以テ其起算ノ點ト爲ス可キ事ハ明カニ法ノ定  
條有リ、因テ遺物相續分派ニ付キ其損害ヲ生シタル場合ニ於テモ尙亦此不動産賣買ニ管スル所ノ  
法則ヲ便用適施シテ訴訟起算ノ點ハ必ス其分派當日ニ在リト云ハサル可カラズ然ラサレハ別ニ  
其起算ノ點ヲ正定スルニ由無カル可シ

〔第一千三百五條〕

本條ニ曰ク「何レノ契約ト雖モ後見ヲ免カレサル幼者ハ其契約ノ爲メ單ニ損害ヲ蒙リタルニ因リ  
之ヲ取消スヲ得可シ、又後見ヲ免カレタル幼者ハ第一篇第十卷ニ定メタル如ク其權限ヲ過キタル  
契約ヲ結ビ之カ爲メ損害ヲ蒙リタルニ因リ其契約ヲ取消スヲ得可シ」又第一千三百十三條ニ曰ク丁  
年者ハ別段法律ニ記シタル場合ト規則トニ據ラサレハ其損害ヲ蒙リタルノミニ因リ契約ヲ取消ス  
能ハスト此二箇條ヲ比較シテ之ヲ觀ル時ハ其損害有ル契約ヲ取消スニ付テハ丁年者ト幼者トノ間  
ニ於テ自カラ巨大ノ差違有ルハ辯ヲ俟クスニテ判然ス可シ

蓋シ丁年者ニ損害有ルヲ以テ其契約ヲ取消サントスルハ正ニ第一千三百十三條ノ命スル如ク余カ先  
キニ例證セシ三箇ノ場合即チ十二分ノ七、二十分ノ一、四分ノ一以上ノ損害有ル時ニ過キサル可シ  
ト雖モ、幼者ハ則チ然ラス、幼者ニ損害有ル時ハ第一千三百五條ニ法定セル如ク其損害ノ輕重ニ拘ハ  
ラズ如何ナル契約ト雖モ之ヲ取消スヲ得可シ

此第一千三百五條ニハ先ツ未ダ後見ヲ免カレサル幼者ノ事ヲ記載シ、次ニ既ニ後見ヲ免カレタル幼  
者ノ事ヲ登錄セリ其間自カラ多少ノ差異無キコト非ス、蓋シ未ダ後見ヲ免カレサル幼者ハ何レノ契  
約ナリトモ單ニ自カラ損害ヲ蒙リタルノミニテ其契約ヲ取消スヲ得可シト雖モ、之ニ反シテ既ニ  
後見ヲ免カレタル幼者ハ第一篇第十卷即チ幼者後見等ニ管スル法條ニ定メタル如ク其權限ヲ超過  
シテ結爲シタル契約 因リ其損害ヲ蒙リタル場合ニ非サレハ之ヲ取消ス能ハサル可シ、後見幼者  
後見等ノ卷ニ達スルノ日ニ至リテ復之ヲ細説ス可シ

第五十一條

明治十一年  
十月十八日

岩野漸平筆記

第一千三百五條ニ於テ二箇ノ問題有リ一ハ先ツ此ニ論辨ス可キ餘ノ一ハ本款ノ末ニ至テ脱カントス  
第一問題ニ曰ク幼者ノ契約ヲ破毀スルコトハ幼者ノ名義ノミ有リテ可ナル乎將テ幼者ノ名義ニ加フ  
ルニ損害有ルヲ要スルカ本條ニハ「損害云々」ノ語有リ是幼者ノ名義ト損害ト有ルニ非ラサレハ其  
契約ヲ破毀スルヲ得サルヲ證ス可キ若シ損害ノ文字ニ此ノ意無カラシメハ其字ノ甚タ益無キヲ覺  
ス

婚婦又ハ治産ノ禁ヲ受ケシ者ニ付テハ法律ハ損害ノ事ヲ云ハス其之ヲ云ハサルハ婚婦ト治産ノ禁  
ヲ受ケタル者ハ唯其名義ヲ以テ契約ヲ破毀スルニ足ルヲ證スルナリ然ルニ幼者ニ至テハ之ト異ナ  
リ幼者ノ名義ト損害ト有ルニ非ラサレハ契約ヲ破毀ス可カラズ

後見ヲ免レタル幼者ハ其權限ヲ越ヘタル所行ニ損害有ル時ハ之ヲ破毀スルヲ得可シ何トナレハ是  
等ノ所行ニ於テハ未ダ後見ヲ免レサル者ト看做セハナリ  
茲ニ觀察ス可キ最大事件ノ在ル有リ後見ヲ免レサル幼者ノ損害有ラサルニ破毀シ得可キ契約有リ  
凡テ特別ノ例式ヲ要スル契約即チ是ナリ

佛蘭西ニ於テハ幼者ハ何等ノ事ナリト云フハ一切處置スルヲ得ス其財產ノ如キモ幼者ノ着手スル  
能ハサル所ニシテ後見人ノ統治ニ得ル所ナリ然レモ後見人ノ權ニ階級有リ所行ノ類ニ因リ之ヲ分  
チテ三等ト爲セリ第一ハ後見人ノ自由ニ處置シ得可キ者第二ハ親族會議ノ許諾ヲ要スル者第三ハ  
裁判所ノ許諾ヲ要スル者是ナリ（按スルニ後見人ノ自由ニ處置シ得可キ者トハ家屋土地ノ賃借ヲ  
爲シ動産ヲ賣買スルカ如キヲ云フ又親族會議ト裁判所ノ許諾ヲ要スルノ所行ハ金錢ヲ借用シ家屋  
ヲ賣却シ或ハ之ヲ質入ニ爲ス等ノ如キヲ云フ）此第二第三ノ所行ハ即チ特別ノ例式ヲ要スル所行  
ト云フ者ナリ

今後見人ニテ例式ヲ要スル所行ヲ例式無クシテ爲シタル時ハ其所行ハ無例式ナルカ故ニ無効ナル  
可キナリ幼者ニテ後見人ノ例式ヲ以テ爲サル可カラサル所行ヲ例式無クシテ爲シタル時モ亦其



所行ハ效有ラサルナリ何トナレハ後見人ダリトモ例式ヲサレハ效無シ況ンヤ幼者ニ於テヤ其效無キヤ明カナリ且又幼者ハ是等ノ事ニ於テ親族會議又ハ裁判所ノ許諾ヲ得ル能ハサルナリ例ハ不動産ノ賣買ニハ裁判所ト親族會議トノ許諾ヲ得サル可カラサルニ後見人、幼者ニテ其例式ヲ履マズシテ爲シタル時ニハ其所爲ハ效有ラサルナリ

第二問題ハ今後見人ノ自由ニ處置シ得可キ事即チ借屋ノ契約ノ如キヲ爲シテ幼者ニ損害有ル時ニハ其契約ハ後見人ノ爲シタル者ト雖モ幼者ハ損害有ルヲ名トシ契約ヲ破毀シ得可キ哉此問題ハ本款ノ末ニ於テ論辨セント欲スル者ニシテ此ニハ説明セサル可シ然レモ若シ幼者ニテ此ノ事ヲ爲シタル時ハ損害ヲ名トシ判然破毀セラル可キナリ

是ヨリ以下ハ幼者ノ自カラ爲ス所行ニ付テ設立スルノ規則ヲ説述ス可シ

〔第一千三百零八條〕

例式ヲ要セサル所行ニシテ無式ヲ名トシ破毀セラル可キ者ニ非サルモ幼者ハ損害ヲ名トシテ之ヲ破毀スルヲ得可シ然レモ其損害契約後ニ發生スルニ於テハ之ヲ口實ト爲シテ契約ヲ破毀スルヲ得ズ例ハ借家ノ契約ニ其初メハ損害無キカ故ニ契約ハ行レシモ後大火有リテ家屋ハ烏有ニ歸シ幼者ハ再築セサル可カラサルニ至レリ此ノ如キハ此ノ損害ヲ以テ契約ヲ破毀スルヲ得ス又幼者米ノ田畝ニ在ル者ヲ相當ノ價ヨテ賣却シ後凶年ノ報有リテ米價俄ニ騰貴シ先キニ約束シタルノ價直ハ甚タ廉ナルカ故ニ現然損害有ルニ至ルモ此ノ損害ヲ名トシテ其契約ヲ廢棄ス可カラサルナリ

〔第一千三百七條〕

本條ハ幼者自カラテ年ナリト陳シテ債主ヲ欺キ契約ヲ結成シタル場合ヲ云ヘリ此契約ニ損害有ル時ハ縱令浮詐有リト雖モ幼者ハ契約ヲ廢棄スルヲ得可シ何トナレハ債主ハ出產證書ヲ以テ其眞偽ヲ正スヲ得可キニ徒ニ之ヲ爲サス幼者ノ言ニ一任シ漫ニ契約ヲ結成スルハ自カラテ不注意ナレハナリ但シ本條ニハ單一ノ陳述ト有ルヲ觀レハ彼ノ出產證書ヲ製造シテ丁年ナリト偽稱スル者ノ如キハ本條ノ庇護スル所ニ非サルナリ

〔第一千三百八條〕

抑佛蘭西ニ於テハ商業ヲ爲スノ幼者ハ後見ヲ免カル技術ノ幼者ハ後見ヲ免レズ技術者及商人ハ幼者ノ位地ニ在リト雖モ損害ヲ名トシ契約ヲ廢棄スルヲ得ス蓋シ商人ノ幼者ハ既ニ後見ヲ免カレ技術者ハ其職業ヲ精知セサル可カラサル者ナルカ故ニ若シ損害有レハ其過失ト爲ス商人ノ幼者ノ契約ヲ廢棄スルヲ得サルハ後見ヲ免カレルカ故ナリ是ハ法律ノ明言ヲ俟スニテ知ル可シト雖モ技術者ニ至テハ其明言有ルヲ必要トスルナリ例ハ大工ノ未ダ後見ヲ免カレサル幼者其必要ナル器械ヲ高價ニ購求セシカ如キ其契約ヲ廢棄スルヲ得サルハ何ソヤ蓋シ大工ハ自己ノ職業ニ必要ナル器械ナレハ必ス精シク知ラセサル可カラサルカ故ナリ

〔第一千三百九條〕

婚姻ノ契約ノ如何ナル者ナルヤ諸君ノ知了スル所ナル可シ此契約ヲ爲スニハ尊族ノ親ノ許諾ヲ要セサル可カラス既ニ此ノ例式ヲ履テ契約ヲ爲シタル時ニハ假令損害有リト雖モ契約ヲ廢棄スルヲ得可カラサルナリ今夫レ幼者尊族ノ親ノ許諾ヲ得スシテ契約ヲ爲シタル時ニハ契約ハ假令損害有ラスト雖モ無例式トシテ廢棄セラル可キナリ是等ノ契約ハ最モ注意セサル可カラサルカ故ニ鄭重ノ式ヲ要セリ此例式ヲ履マサルハ則チ損害有リト推量ス可キカ故ニ契約ハ廢棄セラル、者ナリ此事全ク不動産賣買ノ時ニ於ケルカ如シ其式ヲ要スルハ蓋シ保護ヲ目的トスルニ外ナラス

〔第一千三百十條〕

幼者民事上ノ犯罪或ハ準犯罪ヲ犯ス時ハ必ス其損害ヲ償ハサル可カラサルナリ契約ニテ幼者ニ損害有ル時ハ一方ノ者ハ爲メニ利益ヲ受ケ幼者ニハ損失有ルヲ以テ能ク其契約ヲ廢棄スルヲ得ルト雖モ此ニ云フ所ノ犯罪、準犯罪ニ至テハ之ニ異ナリ其損害ヲ受ケタル者ハ不幸ニシテ些少ノ利ヲ受ケルニ非ズ故ニ幼者ハ必ス其償金ヲ出サ、ル可カラス然レモ十二歳以上ノ幼者ニ非テサレハ其責ニ任セズ十二歳以下ノ幼者ニ至テハ刑法民法ノ責ニ任セズ民事ノ償金ノ如キハ皆其後見人ノ責トス



〔第一千三百一十一條〕

本條ハ前事ニ異ナルノ意ヲ起載セリ凡テ幼者ノ自カラ爲シタル所行ハ廢棄スルヲ得キ者ト雖也  
丁年ニ至リテ之ヲ許諾スル時ハ廢棄ノ原因ハ全ク滅消ニ屬シ其契約ハ十分行ハル、ノ效驗有ルナ  
リ且ツ本條ニ「例式ニ協ハサルニ因リテ無効ト成ル」ノ契約、及ヒ單ニ廢棄ト成ルノ契約ヲ許認スル  
時ハ其契約「效能有リ」ト云ヘリ是ニ由テ之ヲ觀レハ後見人及ヒ幼者ニテ例式ヲ履マシテ爲シ  
タル所行キ幼者ノ自カラ爲シテ損害有ル所行モ共ニ幼者ニテ丁年ノ後一旦之ヲ許認スレハ則行ハ  
ル、ノ效有ルナリ

〔第一千三百一十二條〕

本條ハ三ノ不能力者ノ契約ヲ廢棄シタル時ノ效ヲ云ヘリ幼者、婚婦及ヒ治産ノ禁ヲ受ケン者其  
結ヒシ契約ヲ廢棄スル時先方ノ者此ノ三人ノ不能力者ニ對シテ返却ヲ求ムルヲ得ルニハ不能力者  
ノ受取リタル物品ヲ以テ利益ヲ獲タル時ナラサル可カラサルナリ本條ニ此ノ原則ヲ云フ甚巧ナラ  
ス凡テ不能力者ハ受取リタル物品ヲ返還セサル可カラス但シ不能力者ノ利セサルハ此限ニ在ラス  
ト云ハサル可カラサルナリ

茲ニ證據ニ管スル疑問有リ不能力者ノ利スルヤ否ヤチ知ルニ管シテ不能力者ハ利セサルヲ證セサ  
ル可カラサル手將タ他ノ一方ノ不能力者ニテ利シタルヲ證セサル可カラサルカ此ノ疑問ハ甚ダ緊  
要ナルカ故ニ吾人ハ之ヲ講究セサル可カラサル者タリト雖也是ハ必竟證據ノ總論ニ屬ス可キ者ナ  
ルカ故ニ今措テ論セサルナリ

〔第一千三百一十三條〕

本條ノ此ニ在ルハ其地位ニ非ス宜シク本款ノ末ニ移ス可キナリ故ニ余ハ之ヲ款末ニ説明セントス  
尤モ千三百五條ノ處ニ於テ少シク説キシ所有リ

〔第一千三百一十四條〕

不動産賣買ト幼者ニ管スル相續分配トノ二事ノ例式即チ裁判所ノ附陪或ハ親族會議ノ附諾ヲ履キ

ヤ幼者或ハ治産ノ禁ヲ受ケル者ノ自カラ爲シタル者ナリト雖也之ヲ丁年ノ時、治産ノ禁ノ前ニ爲  
シタル者ノ如ク看做ス」ト云ヘリ何故ニ法律ハ特別ニ此二事ニ付テ此ノ如ク云ヘルヤ蓋シ此ノ二  
事ハ丁年者ト雖也不動産賣買ニ二分ノ七、相續分配ニ四分ノ一ノ損害有ル時ハ契約ヲ廢棄スル  
ヲ得可ケレハ人必思ハシ假令此二事能ク例式ニ適スト雖也既ニ損害有レハ即チ其大小ヲ問ハス幼  
者ハ幼年ノ名義ヲ以テ廢棄スルヲ得可シト是ヲ以テ法律ハ其然ラサルヲ明示センカ爲ニ此ニ公言  
シタルナリ按スルニ是ハ第一千三百一十三條ヲ此ニ併セ説キタルナラン蓋シ丁年者ニテ損害有ルヲ以  
テ廢棄スルヲ得ルノ契約ハ不動産賣買ト相續分配トノ二ニ止マルナリ其損害ナリトモ賣買ニ十二  
分ノ七以上相續分配ニ四分ノ一以上有ルヲ要スルナリ  
今夫レ後見人ニテ例式ヲ履ミテ此二事ヲ爲シタルニ於テ幼者ニ損害有レハ即チ其大小ヲ論セス幼者  
ハ損害ナク口實トシテ廢棄スルヲ得可キヤ又後見人ノ自由ニ爲シ得可キ事ヲ爲シテ幼者ニ損害有ル  
時、幼者ハ之ニ廢棄スルヲ得可キヤ此二問題ニ於テハ解モ推理モ皆同一ナルヲ以テ之ヲ一問題ト  
看做モ妨ケ無キナリ

余ノ前ニ此ノ問題ハ甚ダ困難ナリト云ヒタリシモ今ニシテ之ヲ觀レハ其容易ナルヲ覺ユ

第一推理第一千三百五條以下ニ記スルノ所行ハ幼者自カラ爲ス者ヲ云フナリ論者或ハ第一千三百五條  
ニ幼者ノ爲メニハ總テ如何ナル種類ノ契約ナリトモ損害有レハ則チ廢棄セラル可シト有ルヲ以テ  
後見人ノ爲シタル契約モ亦云フ者ナリト説ク者有リト雖也是允當ノ説ニ非ラサルナリ第一千三百五  
條ニハ幼者ノ爲シタル契約ノミヲ云フヤ明ナリ此ノ如ク夫レ第一千三百五條以下ニハ幼者ニ管スル  
所行ノ損害ヲ名トシテ廢棄スルヲ得ルト雖也後見人ノ爲シタル所行ニ至テハ損害有ルヲ以テ廢棄  
スルヲ得ルノ理由有ラサルナリ

第二ノ推理、第一千三百一十四條ニ於テハ各種所行中最モ利益ヲ害スル甚シキ者ヲ掲ケテ幼者ノ些少  
ノ損害ヲ以テ廢棄ス可カラサル者ト定メリ况ヤ他ノ小事ニ於テヤ其日常ノ小益有ル者ニシテ實  
際ノ損益些少ノ損害ヲ以テ之ヲ廢棄セサルヲ要スルカ故ニ後見人ノ爲シタル所爲ハ損害有リト云



フテ以テ幼者ハ之ヲ廢棄スルヲ得サルナリ。第三推理今假ニ幼者ハ後見人ノ爲シタル所行ヲ損害有ルヲ以テ廢棄スルヲ得ルトモハ何人モ幼者ト契約スル者有ラサルニ至ラン是幼者ノ爲メニ甚ク痛嘆ス可キノ不幸ナリ是故ニ幼者ハ後見人ノ所行ヲ廢棄スルヲ得スト斷定セサルヲ得サルナリ。

第五十二號 明治十一年十月廿三日

第六章 契約又ハ契約ヨリ生スル義務ノ證據

井田 鑰次郎 筆記

〔第一千三百十五條乃至第一千三百十六條〕

宗カ輩ハ證據ノ本論ニ入ルニ先シ預メ之ニ管スル若干ノ問題ヲ講究スル所有ラントス凡ソ訴訟ノ事件ニ於テ最モ人ノ難シ最モ人ノ憂フル所ハ通常證據ノ事ニ管セサルハ無キナリ若シ原被告兩造ノ訴フル所其事皆明瞭ナルニ於テハ唯法律ノ條規ヲ執行スル有ル耳復何ソ事ノ困難ナルヲ憂ヘンヤ然リト雖モ訴訟ノ起ルハ多クハ錯雜ニ出テ一方ノ述フル所見ヲ以テ真正ナリト思フモ他ノ一方ノ者ソ言ヲ聞クニ及ンテ又疑ヲ起スノ事無キ能ハサル等種々ノ情況有リテ人ヲ殆ト其要點ノ存スル所ヲ知ルニ苦シマシムルヤ滔々皆是ナリ是人ノ證據論ヲ以テ緊要ノ者ナリトスル所以ナリ又刑事ノ訴訟ニ於テモ其難シトスル所法律ノ執行ニ在ラズト犯人ノ罪狀如何ヲ知ルニ在リト云ヘリ宗ノ現今ニ至ル迄數十回講説ヲ爲シタルヤ皆法律ニ適スルノ事實ヲシテ明定セリト思ヘリ例ハ暴行ノ事ヲ論スルニ付テハ既ニ暴行ヲ爲シタル者有リト看做シ又錯誤ノ事ヲ云フニ付テハ既ニ錯誤ニ陥リシ者有リト看做シ乃此事ニ付テ其處置如何其適例如何ト考ヘ以テ立論スル事トセシカ之ヲ證據スルニ於テハ未タ如何ノ手續ヲ履ミ如何ノ方法ヲ用フルカ推及セシ事ハ有ラサルナリ是實ニ緊要ナル事トハ雖モ證據ノ事ニ付テハ余ハ唯二三ノ之ニ管スル件ヲ陳述セシニ過キス即チ意外ノ事ハ之ヲ證據セサル可カラヌ又證書ノ引渡ハ義務ヲ免カレタル證據ナリト云ヒタルカ如シ證據トハ裁判官ヲシテ價ヲ置カシムルカ爲メ法律ニテ允許セル所ノ方法ヲ云フ此方法ハ法律ノ根據

載スル所ニ付テ其何タルヲ知ルヲ得可シト雖モ實際之ヲ行クニ於テ往々困難ナル場合無シトモ例ヘハ證人ヲ用フルヲ知ルトモ其方法ヲ知ラサル有リ又證書ヲ用フルヲ知ルト雖モ之ヲ裁判所ニ出ス能ハサル有リ是ニ於テ平證據ヲ立ツルハ何人ノ任ナルヤト云ヘル問題ノ生スル有ルニ至ル凡ソ訴訟ニ於テハ原告人ト被告人ト之有ルニ夫レ然リ而ルモ先ツ證據ヲ立ツルノ責ハ原告人ニ在ル平將テ被告入平余ハ例ヲ舉ゲテ之ヲ明解セン

甲者有リ家屋取戻シノ爲メ乙者ニ對シ訴ヲ起シタリ此時ニ於テハ甲者其家屋ノ所有者タル旨ヲ證據セサル可カラサル平又乙者ニ對シ訴ヲ起シタリ然ル時ハ甲者ニ於テ權利有ル旨ヲ證據セサル可カラサル平乙者ニ於テ我ハ義務者ニ非スト證據スルヲ要スル乎此二箇ノ場合ニ於テハ先ツ證據ヲ舉グルハ原告人ナリト決定セサル可カラヌ是天下一般ノ法理ニシテ何レノ國ト雖モ之ニ反スルノ論有ルヲ見サル也蓋シ原告人ハ裁判所ニ向ヒ某ノ物ハ我カ所有物ナリ某ノ權ハ我曾テ得タル所ナリト陳述シ裁判官ニシテ其述フル所ヲ採用セシメントスルナリ然レモ總テ人ニ信ヲ置カシメンニハ唯陳述ノミヲ以テ足レリト爲ス可カラヌ是他無シ人ノ言ハ往々其實事ト反スル者有レハナリ況ヤ裁判官ニ信ヲ置シムルニ於テチヤ然ラハ則チ述フル所ト事實ト相反セサル旨ヲ示サズンハ裁判官ノ疑團ヲ氷解セシムル能ハサルヤ明カナリ是原告人ニ先ツ證據ヲ立ツルノ義務有ル所以ナリ然リト雖モ原告人ノ證言既ニ終ラハ被告入モ亦之ニ續テ證據ヲ立ツルノ義務有ルヤ以下記スル所ヲ以テ之ヲ見ル可シ前文ノ家屋取戻シノ例ノ如キ原告人ヨリ其陳述引證據ニ終ラハ被告入ハ唯之ヲ不當ト述フルノミニテハ其意ヲ通スル能ハメ必スヤ之ヲ破セサル可カラヌ而シテ之ヲ破スルノ方法タル單ニ之ヲ反對ノ證據ヲ舉グルカニ在リ其證據トハ例ヘハ原告人ノ出シタル所有ノ證書ハ既ニ取消シト成リシ旨又ハ隱匿ノ者タル旨ヲ明ニスル等ナリ若シ被告入ニシテ是等ノ事ヲ明ニスル無クシハ則原告人ノ陳述其宜キヲ得タル者ト爲サ、ル可カラサルニ因リ被告入ハ終ニ負ケ訴訟ト成ルニ至ル可キナリ又義務證據ノ條ニ於テモ原告人ニシテ義務ノ證書ヲ出サハ被告入モ暴行詐欺ヲ受ケ止ラ得ス



此證書ニ姓名ヲ手署シタル旨又ハ此ノ證書ハ既ニ取消シト成リシ旨ヲ反證セサル可カラズ  
 原告人ニ於テ被告人ノ證ス可キ事ヲ證ス可キ者トシ之ニ命スルコト未ダ辨濟セズ詐欺無シ錯誤無シ  
 等ノ事ヲ證スルヲ以テセズ是原告人ニ能クシ難キノ事ヲ命スル者ト云フ可シ是等ノ事ハ何人ト雖  
 モ皆證スル能ハサル所ナリ且ツ是等ノ事ハ例外ノ者ニシテ既ニ義務ノ成立セル證ヲ立ツルニ於テ  
 ハ未ダ辨濟セズ又詐欺暴行等ノ事モ無シト直チニ推定セサルヲ得サルナリ故ニ原告人ニシテ其述  
 フル所ヲ證シ終ラハ其述ヘシ所ニ例外ナル事實ハ被告人之ヲ證セサル可カラズ此重要ナル原則ハ  
 第千三百十五條ニ詳ナリ  
 第千三百十五條以下ハ唯義務ニ管スル證據ノ事ヲ云フニ過キサルカ如ク何トナレハ第六章ノ題目  
 ハ義務及ヒ辨濟ノ證據ト有ルノミナレハナリ故ニ物權所有權ノ證據ハ他ノ箇條ニ之有ル可キ等ナ  
 レルニ余ハ何レノ條ニ於テモ未ダ之有ルヲ見サルナリ是ヲ以テ此證據ノ事ニ付テモ亦該條以下ノ規  
 則ヲ準シ用ヒサルヲ得ス  
 義務ノ執行ヲ請求スル者ハ其彼ニ義務有ル旨ヲ證シ又之ヲ負ハスト陳述スル者ハ其義務ノ既ニ消  
 滅シタルヲ證ス可キハ是第千三百十五條ノ明言スル所ナリト雖モ茲ニ一箇ノ問題ノ生スル有リ原  
 告人ノ有リ證書ヲ出シ以テ其請求スル所ノ義務有ルヲ證ス然ルニ被告人ハ此證書ヲ以テ我カ作爲セ  
 シ所ニ非スト答辨セリ此場合ニ於テハ原告人其證書ヲ以テ被告人ノ作爲セシ所ニ相違無シト証セ  
 カル可カラサル乎又ハ被告人ニ於テ此證書ハ我カ作爲シタル者ニ非スト證セサルヲ得サル乎余以  
 テ原告人ハ總テ其申立ツル所ノ事柄ヲ明瞭ニ證セサル可カラサルカ故ニ若シ被告人ニ於テ原  
 告人ノ出シタル證書ヲ以テ其原告人ノ作爲セル者ト明言セシ時ハ原告人ハ又々愈被告人ノ作爲セ  
 シニ相違無シトノ證ヲ立テサル可カラズ且ツ若シ原告人ヲシテ之ヲ證セシメシテ被告人ニ其作  
 爲セサルノ證ヲ立テシムル者トセハ權謀術數ヲ以テ事ト爲ス者ハ妄リニ證書ヲ製造シ被告人ノ之  
 ナ證シ得サルニ僥倖スル者有ルニ至ルモ知ル可カラズ然リ而シテ原告人ハ何ノ方法ヲ以テ被告人  
 ノ作爲シタル證書ニ相違無キ旨ヲ證ス可キ乎曰ク此方法ハ訴訟法ノ舉クル所ニシテ即チ鑑定人ヲ

用ヒ被告人ノ書入頁ト相違キヤ否シカヲサレヤチ驗査セシムルニ在リナリ是ハ一種特別ノ訴訟手  
 續ニシテ人之ヲ名ケテ證書ノ驗査ト云フ  
 原告人ノ有リテ其中立ノ證タル證書ヲ出シ之ヲ以テ被告人ノ作爲セシ所ト陳述スル時ハ被告人ハ自  
 己ノ作爲セシ者ナルカ然ラサルカヲ明白ニ述ヘサル可カラズ唯知ラズ又ハ忘レタリ杯云フカ如キ  
 曖昧ノ辨ヲ爲スハ法律ノ禁スル所ナリ  
 第千三百十五條ノ文面ニ「又既ニ義務ノ釋放ヲ得タル事ヲ述フル者ハ其義務ヲ盡シタル事又ハ義  
 務ノ釋放云々」トノミ有ルヲ以テ或ハ義務ヲ無効ナリト證スル事ハ其中ニ入ラサルカト疑チ起ス  
 者有ル可シ然レハ法律ノ精心如何ヲ探求スル時ハ義務ヲ無効ナリト云フ答辨モ亦其中ニ包含セラ  
 ルハヤ明カナリ故ニ承諾ニ環理有レハ之ヲ以テ契約ノ無効ナル旨ヲ證セサル可カラズ又契約ノ目  
 的タル物件ノ應禁物タル時ハ又之ヲ以テ其契約ノ無効ナル旨ヲ證セサル可キナリ  
 茲ニ原告人ノ證ス可キ者カ將テ被告人ノ證ス可キ者カ其論ノ未タ一定セサル一事有リ即チ被告人  
 ニテ原告人ノ請求スル所ノ義務ヲ以テ原因無シト申立ツル是ナリ此原因無シト云フ一事ハ原告  
 人何レニテ之ヲ證ス可キヤ此問ヲ解スルノ說種々有リ或人曰ク無効ノ證據ハ人ノ無シ難キ所ナ  
 リ而シテ此原因無シト云フ證據ヲ以テ被告人ヲシテ之ヲ立テシメントスルモ得ル可カラサルナリ故  
 ニ原告人ヲシテ原因有リト云フ有効ノ證據ヲ立テシメサル可カラズト然レハ此ノ場合ニ於テハ通  
 常ノ原則ヲ適施ス可キ所ニ非ス蓋シ契約ニ原因有リト看做スハ法律ノ明言スル所ナレハナリ是  
 以テ矢張り被告人ニ原因無シト云フ事ヲ證セシメサル可カラサル也但シ此原因無シト云フ證據ハ  
 餘程困難ナル者ナレハ被告人ハ先ツ原告人ニ向ヒ汝ハ如何ナル原因無シト云フ乎ト問チ起シ而シ  
 テ其指示シタル原因ヲ取リ以テ其原因無シト證スルヲ得可シ  
 以上述ヘシ所ヲ約言スルニ詰リ原告人ハ其中立ツル所ノ事實ヲ證セサル可カラズ被告人ハ又他ノ  
 證據ヲ以テ之ヲ擊破セサル可カラサル也  
 證據トハ何ソヤ曰ク第千三百十六條ニ記載セル所ノ者ニシテ即チ證書證人推測自認誓詞ノ五種是



考此五種ノ證據ハ之ヲ再別シテ十二下爲メテ得可シ證書ニ以公正ノ證書有リ私ノ證書有リ思料  
ハ力ノ甚ク異ナル五箇ノ類有リ自認ハ裁判所ニ於テ爲シタル者ト裁判所外ニ於テ爲シタル者ト  
分別シ摺詞モ亦裁判所ニ於テ爲シタル者ト裁判所外ニ於テ爲シタル者トノ區別有リ是等證據ノ  
種類ヲ以テ證人ノ證據ト合算スル時ハ都合其數十二箇ト成ルナリ余ハ次會ヨリ順次ニ之ヲ講説セ  
テト欲スル也

〔第一款 證書〕

〔第一節 公正證書〕

〔第一千三百十七條乃至第一千三百十八條〕

是ハ暫ク他日ニ譲リ第千三百三十六條ヲ講説シテ了ルコト當リテ説カントス

第五十三號 明治十一年 十月三十日

〔第一千三百十九條〕

岩野新平筆記

本條ヲ説クニ當リ先ツ公正ノ證書ヲ略説セシメ公正證書ニ要スル第一條件ハ官吏ノ之ヲ記スルヲ  
要ス第二官吏各々其管轄内ニ在ルヲ要ス蓋シ官吏ノ管轄ニ三種有リ一ハ書ノ性質ニ因リテ管轄  
與ニス二ハ場處ニ就テ管轄ヲ異ニス三ハ身位ニ因リテ管轄ヲ異ニス是ナリ  
第一書ノ性質ニ因リテ管轄ヲ異ニスルトハ蓋シ書ノ性質ニ因リテ公證人ノ擔當ス可キ者有リ使吏  
ノ擔當ス可キ者有リ又邑長ノ擔當ス可キ者有リ此ノ如ク官吏ハ各々其擔當スル所ヲ異ニスルヲ以  
テ其管轄スル官吏ノ證書ヲ作爲スルニ非ラサレハ效驗有ラサルナリ  
第二場處ニ因リテ管轄ヲ異ニスルハ官吏各々管轄スル場處有リテ其場處外ニ公正證書ヲ作クルヲ  
得ス又之ヲ作クルモ其效驗有ラサルナリ故ニ官吏ノ證書ヲ作爲スルニハ其管轄内ニ在ルヲ要ス  
第三ノ要件ノ身位ニ付テ管轄ヲ異ニスルトハ官吏ハ自己ノ親族ノ爲メニ證書ヲ作爲スルヲ得サル  
是レ官吏ニテ親族ノ故ヲ以テ證書ヲ作爲ス可カラサルニ管轄ハ前ノ證書ノ性質ト場處トニ因

テ管轄ナルニ比スレバ甚ク小隘ナリ蓋シ官吏ノ親族ノ其管轄スル場處中ニ在ルハ僅々二三人  
ニ過キサル可シ故ニ官吏ノ親族ノ爲メニ管轄ト成ルハ甚ク少シ  
第四官吏ニ能力有ルヲ要ス官吏ノ能力トハ其官吏刑罰ノ名義ニテ職務ヲ停止セシメタル時  
リ官吏ノ證書ヲ作爲スルハ宜シシ其能力ナラサル時ニ在ルヲ要スルナリ  
第五證書ノ其書式ニ適フヲ要スルナリ  
右ニ記スル所ノ要件ハ法文ニ盡ク明記セズ只法律ハ能力書式及ヒ管轄ノ一種ヲ記スルノニ故ニ法  
律ハ未ク完全ナラスト云フ可キナリ  
今官吏公正證書ヲ作爲スルニ右ノ要件ノ一チ欠ク時ハ其效有ラサルナリ然ラハ則チ其證書ハ要件  
無キヲ以テ全ク無効ナル可キカ否其效驗無キニ非ス法文ニ曰ク公正證書ノ要件ヲ履マサル者ハ  
縱令私證書ノ要件ヲ備具セスト雖モ私證書ノ效驗有ルナリト有ルヲ見レハ要件ヲ具セサル證書  
ノ效有ルヲ證スルニ足ル  
今ヤ公證ニシテ其條件ヲ備具スル者ハ如何ニ效驗ヲ生ス可キヤヲ尋ルニ是等ノ效ハ記シテ本條ニ  
在リ本條ヲ看ヨ本條中ノ大旨趣ト云フ可キ者ハ公正證書ハ十分ノ證信有ルト云フ是ナリ故ニ公  
證書以テ證明ヲ爲ス者ハ其公書ノミヨシテ十分ナルニ付キ他ノ證據ヲ用フルニ及ハス然レモ公正  
ノ證據ハ打テ勝ツ可カラサル者ニ非ラズ或ハ官吏ノ贗造ニ係ル有リ或ハ平人ノ贗造ニ係ル有ルヲ  
以テ此公證ハ贗造ナリト云フテ之ヲ攻撃スルヲ得可シ官吏ノ之ヲ贗造スルヲ無形ノ贗造ト云フ蓋  
シ官吏不當不實ノ事ヲ記述シテ詐偽スルヲ以テナリ而シテ平人ノ贗造ヲ有形ノ贗造ト云フ蓋シ證  
書ヲ偽作シ又ハ官吏ノ既ニ作爲シタル者ヲ或ハ毀傷シ或ハ其必要ノ條件ヲ抹殺シ變造スルカ故ナ  
リ  
何レノ國語タリトモ無形ト有形トヲ區別セサルハ無シ所有物ヲ害スルハ之ヲ有形ノ損害ト云ヒ人  
ノ榮譽ヲ害スル之ヲ無形ノ損害ト云フ贗造ノ證書ニ至テモ亦然リ有形無形ノ別有ラサルハ無シ無



形ノ贖造トハ何ヘハ公證人ニテ其面前ニ於テ爲シタル事或ハ其面前ニ陳述シタル事ヲ悉皆記述セ  
 サルニ成ル而シテ官吏ニ於テモ有形ノ贖造無キニ非ラス官吏法式ヲ履ミテ證書ヲ作爲スルニ當リ  
 一々其事ヲ寫シ少シモ偽詐無キニ後官吏ハ之ヲ變更スル時ニハ官吏ハ有形ノ贖造ヲ爲ス者ニ非ス  
 ヤ  
 今夫レ有形無形ノ贖造有ルニ因リ證書ヲ攻撃スル者ハ通常ノ手續ニ依ルテ訴サス法律ハ特別ニ其  
 訴訟手續ヲ明記セリ蓋シ法律ハ公正證書ヲ保護セシメカ爲メニ出ルナル可シ  
 時ニ因リテハ檢事ト訴訟人ト共ニ證書ノ贖造ナルヲ主張スル事有リ之ヲ名ツケテ主ノ贖造ト云フ  
 又檢事ニテ其贖造ヲ訴ヘサル事有リ或ハ贖造人ノ死スルニ因ルカ或ハ期滿得免ノ既ニ來ル有リテ  
 出訴ノ期過キタルニ因ルカ或ハ檢事自カラ其贖造タルヲ信思セサルニ因リ檢事ノ贖造ヲ主張セシ  
 ル時ニ於テ民事訴訟人ハ贖造ヲ訴フルヲ得之ヲ稱シテ民事從ノ贖造ト云フ  
 右ノ如ク贖造ノ訴ニ二種有ルヲ説キタルカ故ニ至難ナル本條ノ第二項モ容易ニ會得シ得ラル可シ  
 蓋シ主ノ贖造ノ訴有ル時ハ證書ノ效力ヲ兩ナカラ停止セラル可シ其停止セラルハ時ハ即チ  
 重罪問擬局ヨリ犯罪人ヲ重罪裁判所ニ送致セラレタル時ナリ然ルニ民事從ノ贖造ノ訴有ル時ニ  
 ハ證書ノ效力ト其證力トノ停止ハ裁判官ノ意見ニ在ルヲ以テ出訴スレハ直チニ停止セラル可キ事有リ  
 右ニ記スル所ヲ見ルニ刑事ノ贖造ノ訴訟ノ時ニハ證書ノ效力ト停止スルハ甚ダ遲シ故ニ其  
 停止ニ以前ニ既ニ證書ノ如ク執行セラルノ恐レ有リ然レモ又其贖造ヲ救フノ道無キニ非ラス今  
 刑事ノ贖造ノ訴ヲ爲スニ訴訟人ハ民事裁判所ニ至リ以テ贖造ノ訴ヲ爲スチ得可シ既ニ出訴ヲ爲セ  
 ば民事裁判所ハ時情ニ因リ直チニ證書ノ效力ト停止スルナリ故ニ刑事裁判所ノ之ヲ停止  
 スルノ遲キニ因リテ生ムルノ害ヲ救フヲ得可シ  
 佛蘭西ニ在テハ誠ニ至難ナル事有リ公證人ニテ證書ヲ下ニ此ノ證書ニ因リ執行ス可シトテ證書ヲ記  
 シ以テ執行ヲ爲スニハ決シテ裁判所ノ助力ヲ俟タサルヲ示シ證書ノ巧用實ニ大ナルカ故ニ贖造ノ  
 訴訟ヲ俟タスレテ執行セラルハナリ然レモ其執行ヲ前以テ停止スルハ術無キニ非ス即チ裁判所入

使吏將ニ證書ヲ以テ動産不動産ヲ差押スル時ニ際シ贖造ノ訴ヲ爲サント欲スル者ハ其差押  
 入ニ抗抵ヲ爲シ以テ其執行ヲ拒絕スルヲ得可シ此ノ時ニ於テハ使吏ハ調書ヲ作リ其由ヲ記録シ以  
 テ裁判所ニ訴ヘシ贖造訴訟人ハ其時間ヲ以テ又自カラ裁判所ニ贖造ノ訴訟ヲ爲シ以テ證書ノ效力  
 其證力ト停止スルヲ得可キナリ然レモ贖造ノ訴訟ハ容易ナル者ニ非ラス若シ其訴訟者曲者ト判  
 斷モラルハ時ハ公證人ニ償金ヲ爲サ、ル可カラス且ツ費用ノ夥シク罰金ノ多キ(六拾圓)以テ狂暴  
 ヲ訴人ヲシテ猛省スル所有ラシムルナリ

第五十四號 明治十一年  
 (第一千二百二十條)

井田 鐘次郎 筆記

本條ニ於テ先ツ第一ニ注視ス可キハ之ヲ公正ノ證書ニモ私印ノ證書ニモ適施スルト云フノ一事ナ  
 リ此一點ニ付テハ本條ハ其所在ノ宜キヲ得タル者ト云フ可カラス何トナレハ私印ノ證書ハ未ダ會  
 テ法律ノ云ハサル所ナレハナリ  
 本條ハ公正ノ證書ニ幾許ノ力有ルヤヲ述フル者ナリ此事ハ既ニ前條ニ於テモ略云ヒシ所ナリ然レ  
 モ唯公正證書ハ契約者代權人ノ間ニ於テ契約ノ確證ナリト云ヒシノミニテ未ダ其證書ノ文詞ハ悉  
 シ契約ヲ證ス可キ力有ルヤ又ハ其文詞中信心置ク可キカニ管シ若干ノ區別ス可キ者有ルヤヲ開陳  
 セルナリ是本條ノ補ハントスル所ナリ蓋シ本條ハ公正證書ノ文詞ヲ三段ニ區別シ之ニ各自ノ力  
 ナリ附與セリ第一段ノ文詞ヲ主說ト云ヒ第二段ノ文詞ハ直接ノ解說ト云ヒ第三段ノ文詞ハ間接ノ解  
 說ト云フ余ハ今不動産賣買ノ公正ノ證書ヲ取り何ヲ以テ主說ト云ヒ何ヲ以テ直接ノ解說ト云ヒ又  
 何ヲ以テ間接ノ解說ト云フ乎ヲ述セントス  
 公正ノ證書ハ不動産ノ賣買ヲ證スルニ其眼目ト爲スナリ而シテ其賣買ヲ證スル文詞ハ即チ主說ナ  
 リ然レモ主說ハ實ニ何誰ヨリ賣渡シタリト云フ文詞ノミニ止マラス賣買ヲ證スル以上ハ必ズ賣買  
 契約ノ切要ナル條件例ニハ代價ノ高ノ如キモ亦之ヲ含ツル者ト考フ可シ然リ而シテ此主說ハ契約



者代權人ノ問ニ於テハ總テ契約ノ完全ナル證據ト成ルナリ  
 次キコ此證書ニ其不動産ノ代價ハ借金ト相殺ス可シト云フカ如キ是直接ノ解説ニシテ其ノ證據ノ  
 カハ更ニ主説ト異ナル無シ隨テ代價ト借金ノ相殺ス可キ事モ其以前ニ貸借ノ契約有シ事モ皆結約  
 者間ニ於テ此證書ニ因テ證スルヲ得可ク決シテ之ヲ見認メサルヲ得サルナリ故ニ假令賣買外ノ紛  
 議ニ於ケルモ此證書有ル以上ハ以テ貸借ノ契約ヲ証スルニ足ル  
 又此證書ニ賣買ノ不動産ハ父ニ相續シテ得タル者ナル旨ヲ記載シ得可シトセンコ此ノ如ク不動産  
 ノ所出ヲ詳ニスルカ如キハ刪除スルモ敢テ賣買ノ契約ニ影響スル所無シ是直接ノ解説ニ非スシテ  
 間接ノ解説ナレハナリ間接ノ解説ハ完全ノ證ニ非スシテ證據ノ端緒タルニ過キサルナリ其理由ハ  
 後文ニ於テ之ヲ述フ可ク又證據ノ端緒トハ何ヲ云フカノ事モ亦後文ニ之ヲ譲リ余ハ直ニ間接ノ解  
 説ハ證據ノ端緒タルニ止マルノ意ニ繼キテ陳言ス可キ者有リ  
 今茲ニ相續ノ事ニ付キ訴訟起リ相續法ノ財產限定ノ事ニ爭有リトセンコ此場合ニ於テハ彼ノ證書  
 ニ不動産ノ出處明カナリト雖モ之ヲ以テ完全ナル證據ト爲ス能ハス唯證據ノ端緒ト爲スヲ得ルノ  
 此ク云ハ、人或ハ云ハソ買買ヲ爲シタル契約者相續上ノ訴訟ニ付テ其證書ヲ引用ストハ豈ニ奇  
 怪ニ至リナラスヤト成程賣買ヲ爲シタル者ノ相續ノ訴訟ニ關係スルトハ奇怪ノ至リナリト雖モ若  
 シ其契約者ヲシテ相續ニ管スル利益ヲ有スル者ト爲サハ彼ノ財產限定法ニ不動産ノ代價ノ超過ス  
 ルヤ否ヤノ紛議ニ付テ之カ賣買ノ證書ヲ引證スルハ何ソ其例無シト云ハソヤ何トナレハ賣主ハ會  
 テ死者ノ贈遺ニ因テ得タル不動産ヲ賣渡シタリト假定スルヲ得可クハナリ以テ此例ノ怪ムニ足  
 ラサルヲ知ル可シ  
 證據ノ端緒トハ本來完全ナラサル證據ニシテ只之ヲ以テ事實ヲ證明スルノ力無ク人證ノ加ハルハ  
 及ソテ始メテ完全ナル證據ノ效力生スル者ヲ云フ佛蘭西ニ於テ人證ヲ許スハ例外ノ場合ノミニシ  
 テ百五十「フランク」以下ノ事物ニ限レリ故ニ若シ百五十「フランク」以上ノ事物ニ付テハ人證ヲ以  
 テ之ヲ証スル能ハス然レハ證據ノ端緒有ルニ於テハ百五十「フランク」以上ノ事物ト雖モ人證ヲ用

ヒ毫モ差支ヘサル事トス  
 余カ輩ノ今間接ノ解説ハ何故ニ此ノ如ク證據ノ端緒タルニ過キサルヤチ説カシテ總テ契約ヲ爲ス  
 者ハ目的ヲ達スルヲ以テ其主眼ト爲ス故ニ其目的ヲ達スレハ又他ニ要ス可キ者無シトス然レハ主  
 説ト直接ノ解説トコハ成丈ケ注意シテ其目的ヲ誤ラサル様ニ可ケレハ間接ノ解説例ニハ賣買ノ  
 不動産ノ出處ノ如キハ之ヲ載スルモ益無ク之ヲ載セサルモ害無キヲ以テ若シ之ヲ取糺スニ於テハ  
 契約ノ成ラサルト云フ恐有ルカ又ハ賣主ニ對シ不敬ト成ルト思フカ又ハ之ヲ取糺スハ無益ノ勞ナ  
 リト考フルカノ情實有ルニ於テハ敢テ賣主ノ云フ所ヲ探求スル無ク此一點ニ付テハ其云フ所ニ任  
 セテ契約書ノ認方ヲ顧ミサル事有リ是ニ於テ法律ハ間接ノ解説ニ附スルニ證據ノ端緒タル力ヲ以  
 テシテ充分ナル證書ノ力ヲ以テセサルナリ  
 (第一千三百二十一條)  
 反書ハ外見ノ爲メ作爲シタル主タル證書ニ反スル者ニテ即チ主タル證書ニ載スル所ニ反對セル事  
 ヲ舉クルヲ以テ其性質ト爲ス是之ヲ秘密ノ證書ト云フ所以ナリ然ルニ法律ヲ犯シ又ハ權利者ヲ欺  
 シカ爲メ反書ヲ用フル者有リ是不正ノ甚シキ者ナリ然レハ法律ニハ預メ其害ヲ防クノ規則有ルコ  
 因リ敢テ愛トスルニ足ラサルナリ  
 又時有リテハ讓渡稅ヲ免レンカ爲メ反書ヲ用フル者有リ例ヘハ二百「フランク」ノ價ニテ地所ヲ賣  
 買スルニ讓渡稅百「フランク」ニ付キ六「フランク」ヲ拂ハサル可カラサルコ因リ讓渡證書ニ二百  
 「フランク」ト記載セシメテ百「フランク」ト記載シ本來十二「フランク」ヲ拂フ可キニ六「フランク」  
 ヲ拂フ事ヲ濟マストナリ然レハ其實二百圓ノ賣買ナルコ付キ他日ノ證ト爲サンカ爲メ反書ヲ制定  
 スルナリ但シ此所爲ハ之ヲ罰スルノ刑無シトセス其刑ハ免カレタル稅額ノ三倍ヲ科スルナリ故ニ  
 前文ノ場合ニ於テハ犯人ハ六「フランク」ノ三倍即チ十八「フランク」ヲ科セテハ可キナリ  
 反書モ之ヲ用フルノ不正ナラサル事有リ又假令不正ナリト雖モ其不正ノ實ニ細微ナル事有リ其例  
 ハ現時日本ニ於テ往々行ハル、ナ見ル日本政府ハ外國人チシテ其居留地外ニ於テ土地ノ所有者



ラシムルヲ許サズ外國人ハ此規則ヲ避ケンカ爲メ日本人ノ名目ヲ假リテ土地ヲ買フ者有リ此所以  
ハ日本ノ法律ニ反スル者ニ付キ即チ不正ナリ然レモ政府ハ損害ノ他ニ及フノ事有テハ政府豈之ヲ禁遏セサルノ理有ランヤ況  
ニ之ヲ許スノ狀有ルカ如シ若シ損害ノ他ニ及フノ事有テハ政府豈之ヲ禁遏セサルノ理有ランヤ況  
ヤ之ヲ禁遏スルハ現行條約ノ許ス所タルニ於テオヤ然ルコ余未タ之ヲ聞知セス以テ其所爲ノ不正  
ト稱スルコ足ラサルヲ知ル可シ

今ハ又更ニ反書ヲ用フルノ不正ナラズシテ却テ正當ナル場合ヲ舉ゲントス例ハ余ニ數名ノ姪有  
リ余其一人ニ贈遺ヲ爲ス可キ譯柄有ルヲ以テ之ヲ爲サント欲スレモ他ノ姪ノ嫉妬センキ恐レテ公  
然之ヲ爲ス能ハス因テ贈遺ノ證書ヲ制定セスシテ賣渡ノ證書ヲ制定シテ之ニ反スル反書ヲ作  
爲セリ此ノ如キハ毫モ不正ナル者ニ非ス唯姪ノ間ニ不和ノ生センテ恐ル、ノ致ス所ニシテ毫モ法  
律ヲ避ケンテ害スル者ニ非ルナリ

是ヨリ余ハ反書ノ効ニ論及セントス法文ニ依レハ「反書ハ締約者ノ間ニ非スハ其効ヲ生セサル  
可シ」ト民法ノ頒布前ハ反書ハ何人ニ對スルモ總テ無効ト成ルノ成規ナリキ故ニ反書ヲ制定シテ  
主タル證書ニ反對ノ事ヲ舉グルモ一旦事有ルニ當テハ反書有リト雖モ無キカ如クニ看做サレ主タ  
ル證書ノ通り裁判セラル、ニ至リシナリ是當ニ他人ニ對スル時ノミナラス締約者間ニ於テモ亦此  
ノ如クナリキ民法ハ此ノ苛刻ノ制ヲ廢シテ反書ハ締約者間ニ於テノミ其効ヲ生スル事ト爲セ

本條ノ文面ニ「反書ハ他人ニ對シテ効ヲ生ス可カラズ」ト云ヘリ其他人トハ抑モ誰ヲ指シテ云フ  
ノ語タルヤ契約ニ管セサル他人ノミチ云フカ將タ又幾分カ契約ニ關涉スル者ヲモ指シ云フ乎是余  
カ輩ノ注意セサル可カラサル件ナリ諸君ハ第一千九百九十九條ニ於テ總テ契約ハ締約者代權人ノ間ニ効  
有ル耳ニテ他人ニ對シテ効ヲ生セサル者ナル所以チ知リシナラシ今若シ本條ノ他人ノ語ヲシテ  
果シテ第一千九百九十九條ニ云ヘル他人ノ語ノ如キ意ナリトシテ之ヲ解セハ是本條ヲシテ無用ノ者ク  
シムルナリ然ラハ則チ其他人ナル語ハ何トカ異様ノ意味ヲ有スルナル可シ而シテ其異様ノ意味ト

ハ別財ノ代權人ト云フ事ナラン是公論ノ歸着スル所ナリ故ニ本條ニ於テハ其他人ノ語ヲ別財ノ代  
權人ト解ス可シ

茲ニ余ハ例ヲ引キ反書ハ別財ノ代權人ニ對シテ効無キ場合ヲ述ヘン甲者有リ其權利者乙者ノ訴ヲ恐  
レテ丙者ニ其不動産ヲ讓渡シタル外見ノ證書ヲ作爲シ而シテ反書ヲ以テ之ヲ賣渡サ、ルノ證トナ  
セリ然ルニ其丙者ノ權利者丁ナル者甲者ヨリ丙者ノ陽ニ買受ケタル不動産ヲ差押ヘタリ此ノ場合  
ニ於テハ甲者ハ丁者ニ對シテ反書ヲ引證シ以テ其不動産ノ所有者ナリト云フヲ得ス是代權人ニ對シ  
反書ヲ引證スル能ハサル一例ナリ又丙者其不動産ヲ他ニ賣渡セタル時モ又之ヲ書入質ト爲シ之ヲ  
與ヘタル時モ其結局ニ至リテハ皆同一ナリトス

反書ノ代權人ニ對シテ効無キハ其事ノ德義ニ反スルト否トニ管セス且ツ其區別ヲ立ツルニ及ハサル  
ナリ何トナレハ到底他人ニ對シテモ又代權人ニ對シテモ効ヲ生セサル者ナレハナリ

余カ輩ハ前文居留地外ニ於テ外國人反書ヲ用ヒテ土地ヲ買受ケタルノ例ヲ舉ゲシカ總テ反書ハ他  
人ニ對シテモ又權人ニ對シテモ効無キ者ナルヲ以テ假令之ヲ不正ナリトスルモ毫モ愛ヲ來サ、ル  
ノ理ヲ更ニ此ニ述フ可シ例ハ佛蘭西人ナル余ハ日本人某ノ名前ヲ借り之ニ反書ヲ出サシメ内地  
ノ土地ヲ買取リタリ然ルニ其隣地ノ所有者余カ爲シタル工業ニ付テ故隙ヲ述ヘントスル時ハ彼レ  
余ニ對シテ訴ヲ起ス可キニ非ス其相手取ル者ハ獨リ余ノ名前人タル日本人ナリ又之ニ反シ余ヨリ隣  
地ノ所有者ヲ訴フ可キ事有ル時モ之ヲ訴フル者ハ余ニ非スシテ余ノ名前人ナリ故ニ如何ナル紛議  
ノ生スルモ此土地ノ事ニ付テハ佛國領事官ノ裁判ハ受ケス隨テ日本政府ノ望ニ害スル無ク又日本  
人ノ利益ヲ傷フコ至ラサルナリ

余以爲テシ外國人ヲシテ其居留地外ニ土地ヲ所有スルヲ許サ、ル日本ノ法律ハ蓋シ内地ノ不動産  
ニ管シ外國領事官ノ裁判ヲ避ケンカ爲メナリト若シ苟モ此愛有ラスンハ日本政府ト雖モ何ソ外國  
人ノ土地ヲ所有スルヲ忌ム有ランヤ故ニ外國人ニシテ日本人ノ名前ヲ借り反書ヲ用ヒテ内地ヲ所  
有スルハ日本政府ニ於テ嚴ニ防カサルナリ若シ外國人ニ名前ヲ借シタル日本人其外國人ノ土地ヲ



他ニ賣渡シタル賜ハ假令外國人反書ヲ有スルモ之ヲ以テ代權人タル買主ヨリ其土地ヲ取戻ス能ハ  
ス是前文云フ所ニ於テ明カナリ然レモ名前人ニ對シ其違約シタルヲ訴ヘ而シ之ニ償金ヲ請求スル  
ヲ得可キハ固ヨリ論ヲ俟タサルナリ蓋シ反書ハ結約者ノ間ニ於テハ何處迄モ效有ル者ナレハナリ

第五十五號 明治十一年  
十一月八日

一 瀬 勇 三 郎 筆記

〔第二節 私證書〕

公正證書ノ講義ハ既ニ前回ニ於テ其肩ヲ終レリ本日ハ移テ第二節ニ進ミ所謂私證書ナル者ヲ説明  
セント欲スルナリ是亦緊要ノ事件ナリ諸君請フ能ク注意ス可シ  
夫レ公正證書ト私證書トハ其文詞ノミニ付テ之ヲ觀ルモ現ニ公私ノ別有ルヲ以テ隨テ其證效ノ勢  
カニ於テモ亦表裏ノ差異有ルカ如シト雖モ精細其蘊奧ヲ極ムル時ハ其差異ナル者ハ僅々下文ノ二  
個ニ過キサルナリ

第一ノ差異ハ公正證書ハ常ニ自カラ執行ノ勢力ヲ有スルヲ以テ復更ニ其裁判所ノ認許有ルヲ必要  
トセス之ニ反シテ私證書ハ則チ然ラス都テ私證書ニハ自カラ執行ノ勢力ヲ有スル者無シ  
第二ノ差異ハ專ラ其證書ノ實力ニ管スル者ナリ蓋シ公正證書ハ悉ク確乎不拔ノ證據ナリト云フニ  
ハ非ラスト雖モ虛欺ノ申立有ルニ非サレハ總テ其公證タルノ外貌ヲ具備シタルノミヲ以テ直チニ  
之ヲ信實ノ者ト推定シ又安リニ他ノ方法ヲ以テ之ヲ破回スルノ便ヲ許サス私證書ハ之ニ異ナリ、  
私證書ハ具サニ其私證タルノ外貌有ル者ト雖モ尙未タ其信實ノ勢力ヲ有スル者ナリトハ爲ス可カ  
ラス必ス又別ニ之ヲ補助ス可キ徵證有ルニ非サレハ全ク其正效ヲ生スルヲ得ス以上ノ辨論ハ公正  
證書ト私證書トヲ比較シテ專ラ其異同ノ大意ヲ述ヘタル者ナリ然レモ其所謂私證書トハ如何ナル  
者ナルヤハ未ダ余カ諸君ニ告ケサル所ナリ因テ復其法條ニ就テ之ヲ研究セサル可カラズ  
私證書ノ事ヲ記載有ルハ第一千三百二十二條ニ始マルト雖モ余ヲ以テ之ヲ觀ル時ハ法律ノ順序ハ全  
ク其當テ失シタル者ト云ハサル可カラズ故ニ余ハ法ノ順序ニ從ハス先ツ第一千三百二十三條及ヒ第

千三百二十四條ヲ講説シ終リ而後邁テ第一千三百二十二條ニ論及セント欲スルナリ  
第一千三百二十三條第一項ニ曰ク「私證書ヲ以テ攻撃セラレシ主者ハ其書ノ手記又ハ其姓名ノ手記  
ヲ認ムル事又ハ認メサル事ヲ明カニ申述フ可シト凡ソ何人タリト雖モ一見以テ自己ノ筆跡ナル  
ヤ否ヤヲ識別スルハ常ニ容易ノ事タル可キヲ以テ其被告タル主者ハ必ス自カラ其證書又ハ姓名ノ  
手記ナルヤ否ヤヲ確認セサル可カラズ妄リニ曖昧ノ意ヲ表シ全ク之ヲ覺知セサルナリト云フヲ得  
サル者トス、蓋シ亦常理ノ法制ナリ  
又立法官ノ特ニ本項ヲ設成シタル主旨ヲ觀ルニ若シ被告人ニ其書ノ手記ナルヤ否ヤヲ認知スルニ  
及ハサルノ便途ヲ許與スル時ハ果シテ其書ノ驗眞ヲ爲シタル場合ニ於テ之カ爲メニ使用シタル諸  
多ノ入費ハ誰カ之ニ任ス可キヤ原告人ニテ負擔 可キ乎、將タ被告人ナル乎ト云フニ至テ忽チ不  
慮ノ困難ヲ生スルノ恐レ無キヲ保シ難シ是法ノ明文ヲ以テ其難ヲ未萌ニ防止シタル所以ナリ  
第二項ニ曰ク「其遺物相續人又ハ代權人ハ本人ノ手記又ハ姓名ノ手記ヲ知ラサル旨ヲ申述フルヲ  
得可シト本項ハ偏ニ遺物相續人及ヒ代權人ノ爲メニ設爲セシ法文ナリ、蓋シ是等ノ人ハ必スシ  
モ其本人ノ書跡ヲ熟知スル者ナリトハ敢テ證言ス可カラサルヲ以テ自カラ之ヲ確認セサル限リハ  
全ク之ヲ覺知セサルナリト申述フルモ固ヨリ已ムヲ得サルナリ是本項ノ存在スル所以ナリ  
第一千三百二十四條ノ行文ハ自カラ明瞭ニシテ且ツ常理ノ法條ナルヲ以テ別段余ガ講説ヲ要セスシ  
テ可ナリ、獨リ彼ノ辯論驗眞ノ如キハ頗ル困難ノ點有リト雖モ是固ヨリ民法ニ用無ク專ラ訴訟法ノ  
管スル所ナリ故ニ今之ヲ辯陳スル時ハ貴重ノ時間ヲ徒費スルノ恐レ有ル而已ナラス又其民法ノ講  
法ニ背クヲ免カレサル可ク且ツ諸君ニ於テモ亦果シテ之ヲ會得スルヤ否ヤヲ保シ難シ、因テ余ハ  
後日訴訟法ヲ解説スルノ時ヲ俟テ之レカ講明ヲ爲サント欲スルナリ  
總テ證書ノ驗眞ヲ爲スニハ或ハ常ニ本人ノ書跡ヲ詳知シタル證人ヲ以テシ或ハ本人ノ手記シタル  
諸多ノ書類ニ之ヲ比較シ又或ハ認庭ニ於テ本人ニ筆紙ヲ貸與シ即坐ニ若干行ヲ書記セシムルナリ  
先ツ諸君ハ之ヲ記憶スルヲ以テ足レリトス



以上ノ辨明ニ因テ第千三百二十三條及ヒ第千三百二十四條ハ既ニ之ヲ論定セリ、今ヤ迦テ第千三百二十二條ヲ解説スルノ時ニ違セリ

〔第千三百二十一條〕

本條モ亦別段困難ト云フ可キ法文ニハ非ラスト雖モ貴重ノ定條ナリ諸君請フ能ク之ヲ記セヨ凡ソ私證書ハ或ハ裁判訟庭ニ於テ被告ハ自カラ之ヲ真正ナリト承認スル事有リ或ハ法律上ニテ之ヲ真正ナリト認定スル事有リ、何レタリモ其證效ハ必ス公正證書ニ等シキ者トス可シトノ法決ナリ然レモ余ハ正サニ法律ヨリモ尙一步ヲ進メテ云ハントス此ノ如ク被告ハ又ハ法律上ニテ一旦真正ナリト確認セラレシ私證書ハ最早彼ノ證書驗眞又ハ其他ノ徵證ヲ以テ之ヲ破回スルヲ得ス故此點ニ付テハ私證書ハ密ニ公證書ト等一ナル勢力ヲ有スル而已ナラス却テ其右ニ出ルノ效力有リト斷言セサル可カラス蓋シ自認ハ常ニ之ヲ爲シタル者ニ反抗シテハ十分ノ信據ト成ル可キ事ハ載セテ後ノ第千三百五十六條ニ在リ然リ而シテ被告ハ又ハ法律上ニテ正認シタル私證書ハ即チ其書記シタル自認ナリ、故ニ自カラ之ヲ爲シタル者ニ抗シテハ十分ノ信據ト成ル可キヲ以テ他又之ヲ破回スルノ便無カル可キナリ

〔第千三百二十三條乃至第千三百二十四條〕

此二條ハ第千三百二十二條ノ前ニ於テ解説セリ

第五十六號 明治十一年十一月十三日

岩野新平 筆記

〔第千三百二十五條〕

曩ニ雙務ノ契約ト片務ノ契約トノ別ヲ説キシ時證據ニ管スル一大區別有ル旨ヲ述ヘタリ本日之ヲ詳述セントス本條ニハ數事ヲ述ヘリ故ニ項ヲ分ツテ之ヲ説ク可シ第一項凡ソ證據篇中ニ在ル無効ノ文字ハ契效ノ効無キヲ云フニ非ラス其證據ノ効無キヲ云フナリ本項ニ曰ク〔雙務ノ契約ヲ證スル私證書ハ各自ノ權利ヲ有スル者ノ數ニ準シ其證書數通ヲ記シタ

ルニ非サレハ其効無カル可シ〕ト此理由如何ヲ尋ヌルコ先ツ其會得シ易カラシ欲シ簡ヨリ煩ニ入り初メニ二人ノ契約者ヲ例ト爲シ終ニ數人ノ契約者ニ論究ス可シ雙務ノ契約ヲ數フレハ或ハ賣約或ハ會社或ハ家屋ノ賃貸等ノ如キ種々有ル可シト雖モ今假リニ賣買ノ契約ヲ以テ論センニ買主ハ代價ヲ拂フノ義務有リ賣主ニハ賣物ヲ引渡シ之ヲ保證スルノ義務有リ此ニ余カ賣主ニハ所有權ヲ與フルノ義務有リト云ハサルハ蓋シ所有權ハ合意ヲ以テ直チニ移轉スルカ故ニ賣主ノ義務ハ其物品ヲ引渡スニ在ルニミナレハナリ此ノ如ク買主買主ノ雙方ニ義務有リ然ルニ今一通ノ證書ヲ作ラハ其證書ハ賣主ニ渡ス可キカ將テ買主ニ渡ス可キカ賣主ニテ其證書ヲ所持スル者トセハ契約ヲ行フト行ハサルトハ賣主ノ隨意ニ在リテ少シシ満足セサル所有ル時ハ契約ヲ行ハサルニ至ラン或ハ又最大ノ利ヲ得ンカ爲メ他ノ者ト賣買ヲ約スルヲ免レスニ通ノ證書ヲ作爲シテ雙方ニ有スルニ於テハ此ノ如キ危難ハ有ラサルナリ二通ノ證書ヲ作爲スルノ理由ヲ臆測スル者有リテ曰ク證書一通ヲ作ルハ是單一ノ證書案ニ過キス證書案ハ未ダ以テ重大ノ權利義務ヲ證スルニ足ラズト是眞ニ一箇ノ妄想タルニ過キサルナリ抑證書ハ一通タリト雖モ眞正ノ法式ヲ履ミ或ハ印紙或ハ騰記或ハ調印ノ如キ一々式ニ協ハサルハ無キニ之ヲ單一ノ證書案ニ過キストハ過言ナリト云ハサルハ可カラズ法律ノ理由トスル所ハ雙方チシテ同等ノ兵器ヲ持シテ各々爭訟ヲ爲シ得ルノ權利ヲ有セシメンカ爲ナリ證書二通ヲ作爲スルノ理由ハ前ニ陳スルカ如シ其二通ノ證書ヲ作ルニハ雙方必ス調印セサル可カラサルカ或ハ一方ノ調印ヲ以テ足レリトスルカ學士往々雙方ノ調印ヲ要スト云フ者有リト雖モ是過謬ノ説ト云フ可キナリ蓋シ證書ニ因リ或ハ雙方ノ調印ヲ要スル者有リ或ハ一方ノ調印ノミニ足レル者有リ故ニ一概ニ二通ノ證書ニ必ス雙方ノ調印ヲ要スト云フヲ得サルナリ雙方ノ調印ヲ要スル者ハ證書ノ文面ニ甲者及ヒ乙者ハ下文ニ記スル者ヲ合意スル云々ト記スル時是ナリ又一方ノ調印ヲ要スル者ハ證書面ニ余ハ物件ヲ賣却ス或ハ余ハ物件ヲ買得ス云々ト記スル時ニ在リ一ハ賣主ニ管スルノ書ニシテ賣主ノ調印ノミヲ以テ足レリトシ一ハ買主ニ管スル書面ニ



シテ買主ノ調印ノミコト足レル者トス佛蘭西國ニ於テハ專ラ雙方調印有ル證書ヲ施用ス  
 茲ニ三人四人ノ契約者有ルノ場合ヲ説明セシメ例ヘハ三人ノ兄弟有リテ共ニ相續物ヲ一人ノ買主  
 ニ賣却シタリ此場合ニ於テハ縱令人員八四人有リト雖モ兄弟三人ハ同シク買主ナルヲ以テ買主ニ  
 對シテハ同一ノ利益有ルノミ故ニ證書ノ數モ二通有ルヲ以テ足レルナリ又夫婦有リテ其財產ヲ或  
 ル夫婦ニ賣却スル時ニハ人員八四人ナリト雖モ賣主ノ二人ハ同一ノ利益ヲ有シ買主ノ二人モ亦同  
 一ノ利益ヲ有スルヲ以テ證書ノ數ハ二通ヲ以テ足レルナリ之ヲ要スルニ證書ノ數ハ利益ヲ別ニス  
 ル契約者ノ數ニ準スル者ナリ

第二項ハ前項ヲ重複スルカ如シ余ハ其甚ダ益無キヲ覺ルナリ  
 第三項ハ前項ニ言フ如ク證書數通ヲ作為シタリトモ證書ハ完全ナルニ非ラス數通ヲ作為シタル上ニ  
 證書ノ數ヲ證書ノ下ニ記セサル可カラズ即チ二通三通四通ノ證書ヲ作為シタル旨ヲ記スルヲ云フ  
 ナリ若シ此數ヲ記スルヲ要セストセハ危難有ルノ恐レ有リ例ヘハ買主ニ證書二通ヲ作為シ一ヲ賣  
 主ニ渡シ一ハ買主ニ渡スト雖モ契約執行ノ期ニ至リ一方ニテ執行ヲ欲セサル時ハ自己ノ所有スル  
 證書ヲ藏匿シテ云ハシ汝ハ證書ヲ所持スルモ我ハ證書ヲ所持セズ抑此契約ハ雙務ノ性質ナルカ故  
 ニ證書二通ヲ要セサル可カラズ汝ニハ證書有ルモ我ハ些少ノ賣買ヲ證スル書無シ而シテ又何以テ  
 證書二通ヲ作為シタルヲ證スルカ汝ノ引用スル證書ハ我ニ向テ證書ノ效用有ル者ニ非ラスト然  
 ルニ證書面ニ其數ヲ記スル時ハ此ノ如キ危難ハ有ラサルナリ

第四項 今若シ證書數通ヲ作為シ而シテ其數ヲ記セサル時ニ一方ノ者之ヲ知ラスシテ執行ヲ爲ス  
 ニ於テハ後之ヲ發見スト雖モ執行者ハ契約ノ效能ヲ履マサル可カラサルナリ或ハ曰ク若シ契約書  
 ニ數通ヲ作為シタル旨ヲ明記セサル時ニハ執行ヲ受ケタル者ハ其明記無キヲ口實ト爲シテ自身負  
 擔ノ執行ヲ爲サハル可カラサルニ至ラント此言非ナリ抑一方ニテ執行ヲ爲ス時ハ他ノ者ハ之ヲ受  
 取ラサル可カラズ既ニ之ヲ受取ラサル可カラサル時ハ是レモ亦義務ヲ執行スル者ナリ故ニ決シ  
 テ執行ヲ拒絶スル能ハサルナリ此ノ說世人ノ知ル至テ稀ナリ

本條ニハ一大問題有リ即チ雙務ノ契約ニ只證書一通ヲ作りタル時ニハ此書ハ證據ノ端緒ト成ル可  
 キヤ否ヤノ問題ナリ然レモ余ハ此ニ說明セサル可シ余カ第千三百四十七條ヲ讀ムニ當ラハ之ヲ詳  
 解ス可シ

〔第千三百二十六條〕  
 今ヤ余ハ片務ノ契約ノ證據ヲ說カント固ヨリ此契約ニハ一通ヲ作為スルハ明カナリ然レモ其書式ノ  
 在ル有リ

此ニハ總テノ片務契約ヲ云フニ非ス其說ク所ノ者ハ金錢ヲ目的トスル片務ノ契約ト高ニテ計量ス  
 可キ物件(案スルニ數、權衡、尺度ニテ定ムルヲ得ル物件ヲ云フ米麥ニハ何石何斗ト云ヒ砂糖ニハ  
 何斤何匁ト云ヒ絹帛ニハ何尺何寸ト云フカ如シ)ヲ目的トスル片務ノ契約トノ二ノ者ヲ云ヘリ  
 高ニテ計量ス可キ物件ノ文字ハ佛蘭西民法ノ原文ニ於テハ甚ダ曖昧タリ原文ニハ計量ス可キ物件  
 トノミ有リテ其計量ス可キ物トハ金錢ヲ以テ計量ス可キ者ヲ云フカ將タ高ニテ計量ス可キ者ヲ云  
 フカ吾人ハ原文ノ儘ニテハ見解チ下シ得スト雖モ本條ノ下ニ(金錢或ハ物件ノ高チ正字ニテ記セ  
 サル可カラズ云々)ト有ルヲ見レハ法律ハ高ニテ定ムル物件ヲ云フヤ明瞭ナリ

抑右ニ云フ如ク金錢或ハ高ニテ定ムル物件ノ義務ハ其證書ハ義務者ニテ自カラ之ヲ記シ之ニ花  
 押セサル可カラズ且ツ義務者ハ其證書ノ下ニ若干圓或ハ若干石ノ義務ヲ許ルシ或ハ善シト爲スノ  
 意ヲ明ニスルカ爲メニ善或ハ許ノ文字ヲ記セサル可カラズ但シ若干石若干圓ト記スルノ數字ハ正  
 字ニテ記セサル可カラサルナリ此クノ如ク義務者ハ證書ヲ自筆ニテ記シ或ハ正字ニテ金數或ハ高  
 ヲ自筆スルハ權利者ノ狡猾ナル術策ヲ避ケンカ爲メナリ若シ此豫防策無カラシメハ權利者ハ自カ  
 ラ證書ヲ書記シ隨意ニ金數ヲ記シテ義務者ノ負擔セサル義務ヲ記載スルニ至ラン豈之ヲ防禦スル  
 ノ策無カル可ケンヤ

本條ノ第二項ニ於テハ前項ノ式ヲ履マズシテ可ナル者ヲ列記セリ即チ事業ノ急速ナルカ故ニ其之  
 チ履ムノ暇無キ者ニテ商買ノ如キ是ナリ又或ハ無學文盲ノ故チ以テ法式ヲ履ム能ハサル者有リ工



作者、農夫菊浦ノ裁丁ノ如キ是ナリ  
 本項ヲ駁スル者曰シ本條第一項ハ是等ノ人ニ向テ實行スルカ故ニ利益有リト雖モ今此人ヲシテ  
 法式ヲ履マサルヲ許ルハ保護ノ主意ヲ失フニ非スヤ特ニ無學文盲ノ工作者農夫ノ如キハ權利者  
 ニテ金額ヲ増加シテ證書ヲ記スル有ルモ其何事タルヲ知ルヲ得ス是實ニ恐ル可キノ危難ヲラスヤ  
 ト蓋シ法律ノ此ノ如ク例外ヲ設ケタルハ故有ルナリ今夫レ是等ノ人ヲシテ前項ノ法式ヲ履ムヲ要  
 スル事トセハ證書ヲ作爲スル毎ニ己レ之ヲ記ス能ハサルカ故ニ公證人ノ面前ニ於テセサル可カラ  
 ス然ル時ハ莫大ノ費用ヲ要スルノ憂有リ是ヲ以テ法律ハ之ヲ例外ト爲シタルナリ  
 又之ヲ難スル者有リテ曰シ法律ハ費用ヲ省クヲ以テ策ヲ得タリト爲スト雖モ余ヲ以テ之ヲ觀ルニ  
 金錢ヲ費スハ却テ權利者ノ欺詐ヲ受ルニ勝レルナリ金錢ヲ費スチ厭テ證書ヲ確固ナラサシムル  
 時ハ權利者ニ欺カル、チ奈何セント蓋シ是等ノ人ハ思慮スルノ性有ル者ナルカ故ニ他人ノ作爲セ  
 シ證書ハ必ス一度親族ノ者ノ閱見ヲ求メタルノ上ニ非サレハ花押ヲ爲サ、ル可シ是ヲ以テ法律ノ  
 例外ト爲シタルモ些少ノ弊害有ラサルナリ

〔第一千二百一十七條〕

今夫證書ノ首ニ千圓ト題シ而シテ又其尾ニ百圓ヲ許諾スト記スルカ或ハ上ニ百圓ト題シテ下ニ千  
 圓ニ許諾スト記スル時ノ如キハ何レヲ取ルヤト云フニ必ス小數ヲ取ルヲ以テ一般ノ規則トス然レ  
 ニ大數ノ義務有ル明證有ル時ハ此例ニ非ラサルナリ

第五十七號

明治十一年十一月十五日

井田 鐘 次 郎 筆記

〔第一千二百一十八條〕

凡ソ契約ヲ爲スニ當リ其證書ノ日附ヲ前後シ又ハ前後セント企ツルハ實ニ易々ノ業ナルヲ以テ結  
 約者間ニ於テハ或ハ其利益ヲ圖リ或ハ其權謀ヲ行フノ餘リ遂ニ之ヲ爲ス無キヲ得ス然レモ此事ヤ  
 或ル種ノ人ニ取リテハ大ニ其權利ヲ損ヒ其禍社ヲ傷フ者ナルコト付法律上預メ其害ヲ防禦スルノ規

則テ設ケタリ是下文記スル所ニ就テ之ヲ着ル可シ余ハ其日附ヲ前後スル事ノ大ニ或ル種ノ人ノ害  
 ト成ル可キ所以ヲ述フ可キナレモ先ツ結約者間ニ於テ之カ如何ナル影響ヲ及ボスヤヲ説カントス  
 日附ヲ前後スル事ハ結約者間ニ於テモ取テ其害無キニ非スト雖モ其害タルヤ自業自得ノ結果ニシ  
 テ或ル種ノ人ニ於ケルカ如ク其所爲無クシテ受クル者ニ非サレハ法律モ強テ之ヲ防禦セサルナリ  
 例ヘハ契約ヲ爲サント欲スル幼者有リ幼年ノ分限ニ妨ケラレ遂ニ之ヲ取結フ能ハス然ルニ彼レ之  
 チ取結フニ熱心シ其相手方ト謀リテ證書ノ日附ヲ進マセ恰モ丁年ニ至リテ之ヲ取結ヒシカ如クモ  
 歸リ爲シタリ此場合ニ於テハ幼者ハ自カラ法律ノ保護外ニ出テ危險ニ當リシナリ是自業自得ノ所  
 爲ナレハ他日契約ノ不當ナルヲ發見スト雖モ亦奈何トモスル能ハサル可シ唯此事情ヲ證シ得ル時  
 ノミ再ヒ法律ノ保護ヲ受クルニ過キストス  
 凡ソ契約ノ日附ヲ前後スルノ利益ト成ル事ハ其結約者中ニ婚姻シタル婦治産ノ禁ヲ受ケタル者等  
 ノ不能力者有ル時ニ限レル者トス若シ結約者チシテ雙方トモ丁年者ナリト爲サハ或ル種ノ人ニ對  
 スルノ外其間ニ於テハ敢テ著シキ利益有ルヲ見サルナリ結約者ノ總財ノ代權人ハ有ル時モ亦然リト  
 ス法律ハ此理ニ基キ證書ノ日附ハ結約者間ニ於テハ確實ノ者ト看做シ強テ其之ヲ前後スル事ニ注  
 意セサルナリ

右ニ揭載シタル分限有ル人ノ外尙他ニ二種ノ分限有ル人有リ是前文或ル種ノ人ト稱セシ者ニテ即  
 チ別財ノ代權人及ヒ他人ナリ然ルニ法文ニハ他人ノ事有ルノミニテ別財ノ代權人ノ事無シ之ニ因  
 テ他人ト此代權人トヲ屢々混スル者有ルニ至ル實ニ憂フ可キナリ且ツ法文ノ此事ニ付テ曖昧ナル  
 ハ當ニ此處ノミナラス余カ輩ノ既ニ講究シ終リシ所ノ箇條(第一千二百一十一條)ニモ亦之有ルヲ見  
 タリ  
 抑他人ナル語ノ本來ノ義ハ證書ニ載スル所ノ事實ニ關涉セサル者チ云フナリ今本條ノ他人ナル語  
 此意ニ解シ一モ其眞意ヲ探求セサル時ハ是其述フル所ヲシテ粗野ナリト稱シ得ルノミニ止マラ  
 ズ併セテ契約ノ一大原則ニ反スルヲ免カレズ



法律ニ於テハ既ニ第一千六百六十五條ニ總テ契約ハ他人ニ對シテ效有ル可カラスト明言シタルヲ以テ其證書ノ他人ニ對シテ效無キハ論ヲ俟タズ况ヤ其日附ニ於テヤ然ルニ本條ニ「私印ノ證書ハ其登記セラレタル日又ハ云々ノ日ヲ以テ他人ニ對スル確實ノ日附ト定ム可シ」ト有ルコト因リ即チ日附ヲ確實ナリト申立ツルヲ得可キ日ヨリ私印ノ證書ハ他人ニ對シテ效有リト云フ者ノ如シ本條ニ在ル所ノ他人ナル語ハ前ノ他人ト異ニシテ別財ノ代權人ト解ス可キ所以ナリ

抑證書ハ法律ノ本來ノ要則ハ第一締約者間ニ於テノ契約ノ確證第二締約者ト其總財ノ代權人トノ間ニ於テモ亦其契約ノ確證第三他人ニ對シテハ契約ノ確證ニ非スト云フニ在リトス是ヲ以テ別財ノ代權人ト他人トヲ區別シテ其各相異ナル所ヲ講究セサル可カラス若シ此ノ區別ニシテ判然タルヲ得ハ本條ノ規則モ亦明瞭ナル者ト成リテ日附ノ確實トナリシ時ヨリ他人ニ對シ證書ノ効チ生スルト云フカ如キ誤謬ニ陷ルノ憂ハ無キナリ

余不動産ヲ或ル人ニ賣却セリ此買主ハ此契約ニ因テ其不動産ノ所有者ト成ル可シ是余カ別財ノ代權人ナリ而シテ其別財ノ代權人ナル所以ノ者ハ余ノ相續人ニモ非ス遺囑ノ被贈人ニモ非サレハナリ然ルニ余ハ此賣却ヲ爲ス前ニ其不動産ヲ余ノ權利者ニ書入質ト爲シタリ是其權利者モ亦彼ノ買主ノ如ク余ノ別財ノ代權人ナリ何トナレハ余ヨリ書入質ノ權ヲ得タレハナリ此ク二名ノ代權人有ル場合ニ於テハ必ス其間ニ於テ紛議ノ起ル可キ者アリ是買主ニテ其所有ノ全權ヲ有スルヲ得可キヤ將ク權利者ノ得タル書入質ノ權ヲ重シセサル可カラサルヤノ疑チ生スレハナリ

今若シ右二箇ノ證書即チ賣渡ノ證書及ヒ書入ノ證書ナシテ二ツナカテ確定ノ日附有ラシメハ買主ト書入質ノ權有ル權利者トト申ニテ孰レカ最モ良善ナル地位ヲ占ム可キヤ曰ク是書入質ノ權有ル權利者ナリ何トナレハ其權利者ハ買主ニ向ヒ我ハ汝ニ先ニシテ契約ヲ結ビ而シテ書入質ノ權ヲ得タリ故ニ賣主ハ勿論汝ト雖モ我カ既ニ得タル書入質ノ權ヲ害スル能ハス須ク之ヲ尊重ス可キナリト云フヲ得可キレバナリ若シ又之ニ反シテ買主ノ證書(書入ノ證書)日附ヨリ以前ノ日附チ有スルニ於テハ買主(書入質ノ權ヲ尊重スル)及ハスニテ其買受タル不動産ノ所有者ノ全權ヲ有スル

ヲ得可シ何トナレハ買主ノ既ニ所有權ヲ得タル後ハ何人ト雖モ之ヲ害スルノ權無ケレハナリ

右ノ一例ニ於テ如何ナル者カ別財ノ代權人ニシテ如何ナル者カ他人ナルヤト云ハシニ總テ前ニ契約ヲ結ビシ者ニテ他ノ契約有ルカ爲メ己レノ權ヲ害セラル、無キ者若シ他人ナリ又後ニ契約ヲ結ビ他ノ契約ヲ打消ス能ハサル者若シ別財ノ代權人ナリ故ニ他人ト成リ代權人ト成ルハ總テ其證書ノ日附ノ前後ニ管セサルハ無シ學者夫之ヲ忘ル、勿レ

前文ノ例ニテ買主ノ證書ハ某月十五日ノ日附ニシテ書入質ノ證書ハ同月一日ノ日附ナリト云フニ書入質ノ證書ノ日附ハ本條載スル所ノ方法ニ依テ確定セシ者ニ非サル時ハ書入質ノ權利者買主ニ對シ其證書ノ日附ノ前ナルチ申立テ以テ其書入質ノ權ヲ保有スルチ得トナレハ未タ確定セサル者ニシテ其確定セサル者ハ完全ナル證據ノ力ヲ生スル能ハサレハナリ況ヤ既ニ確定セル證書ノ日附ト對峙スルニ於テチヤ之ニ反シテ買主ノ證書ノ日附ハ確定セス書入ノ證書ノ日附ハ確定セシ時ハ買主ハ書入質ノ權ヲ尊重セサル可カラサルヤ明カナリ是日附ノ確定セルト確定セサルトニ因テ此ノ如クナルノミ敢テ日附ノ前後ニ付テ然ルニ非サルナリ

又日附ノ事ニ付キ一ノ場合ノ此ニ舉ク可キ者有リ即チ書入ノ證書ノ日附モ買受ノ證書ノ日附モ共ニ確定セサル者ニシテ此ノ場合ニ於テハ證據法ノ一大原則ニ照シ(原告人ハ總テ其要求スル所ヲ證セサル可カラス)ト云ハシニ依リ先ツ訴ヲ起シタル者チシテ其證ヲ舉ケシム可シ而シテ其訴ヲ起ス者ハ必ス書入質ノ權利者ナル可シ何トナレハ買主ハ既ニ土地ノ所有者トナリテ現ニ之ヲ占有シ居レハナリ然レハ書入質ノ權利者ハ日附ノ確定セサル證書ヲ有スルノミニ付キ其申立ツル所ノ事實ヲ證明シ能ハサル可キナリ故ニ到底良善ノ地位ヲ得可キ者ハ買主ニシテ其利益有ルヤ恰モ其證書ノ日附ノ確定セル時ト異ナル無シトス此ノ論理ハ一方ノ者買主ニシテ他ノ一方ノ者ノ入額所得者タル時ニ於テモ亦適當ス可キナリ其時ハ先ツ訴ヲ起シ證ヲ立ツ可キ者ハ他ノ者ニ非ス即チ買主ナリト雖モ其證書ノ日附チ確定セサルチ以テ自カラ失敗ヲ取ラサルチ得ス隨テ其權利モ害セラ

ルハニ至ル可シ是ハ小作人借受人ニ對シテモ皆同一ナリトス



以上記スル所ヲ以テスルニ一箇ノ證書ニ對シ他人タル別財ノ代權人タルハ皆日附ノ前後ニ管セホ  
 ルハ無シ然ラハ則チ日附ノ前後ニ付テ他人ト別財ノ代權人トチ區別スルヲ至當ノ書方ナリト云フ  
 可シ然ルニ之ヲ顧リヨスシテ其區別ヲ立ツルヲ爲サス者ニ他人ト記載シテ事ヲ終リシハ余カ輩其  
 可ナルヲ知ラサルナリ是本條ノ文詞ノ儘カ一語ノ用方ヲ誤リシヨリ其意曖昧トシテ遂ニ人ヲシテ  
 其要旨ノ存スル所ヲ知ルニ困難ナラシムル者ト云フ可シ  
 是ヨリ余カ輩ハ何等ノ方法カ有リテ日附ノ確定スルニ至ルヤヲ講究セント欲スルナリ若シ今云フ  
 所ノ證書ヲシテ公正ノ證書タラシメハ其日附モ文詞ト均ク墮造ノ訴訟ハ確定ノ者ト看做サハル  
 ニ至ル可シ亦何ノ手續カ之有ルヲ要セシヤ然レハ本條ノ擧ケル所ハ公正ノ證書ニ非スシテ私印ノ  
 證書ナリ私印ノ證書ハ公正ノ證書ト同一視ス可キ者ニ非ス隨テ其規則モ亦異ナラサルヲ得ス即チ  
 確定ノ日附ヲ得ルニ特別ノ方法有ルカ如キ是ナリ然レハ私印ノ證書ハ何カ故ニ日附ヲ確定スルニ  
 特別ノ規則有ルヲ要スル乎曰ク私印ノ證書ノ日附ハ結約者ノ容易ニ前後シ得ル所ナルヲ以テ若シ  
 其日附ヲ其儘確定ノ者トスル時ハ代權人ハ屢其權利ヲ害セララ、ニ至ル可シ是ニ於テ法律ハ其制  
 限ヲ立テ凡ソ私印ノ證書ハ此ノ第一千三百二十八條ニ載スル所ノ三箇ノ方法ニ依ルニ非スハ別財  
 ノ代權人ニ對シ確定ノ日附ヲ得ル能ハスト明言シタルナリ其三箇ノ方法ハ本條ニ於テ何物タルヲ  
 知り得可ケレハ更ニ明解セシカ爲メ下文ニ之ヲ述フ可シ  
 第一ノ方法ハ登記ナリ登記トハ公正ノ官吏有リテ其簿冊ニ證書ノ本趣ト證書ヲ受取リテ見聞セシ  
 日附トヲ記載シ併セテ定額ノ稅ヲ取立ツルヲ云フ而シテ其公正ノ官吏ノ記シタル日附ハ即チ私印  
 ノ證書ノ確定シタル日附ニシテ別財ノ代權人ニ對シ申立ツルヲ得可キ所ノ者ナリ實ニ此時ヨリ以  
 後ハ結約者雙方ノ者ト雖モ官吏ノ記セシ日附ヲ變スルニ由無シ故ニ其契約ヲ取結フハ遲クモ官吏  
 ノ證書ヲ見聞セシ日ヨリ以後ニ非サルヤ明カナリ  
 第二ノ方法ハ公正ノ官吏其制定シタル封鎖ノ證書又ハ財産ノ目錄ノ如キ公正ノ證書ニ私印ノ證書  
 ノ本趣ヲ掲載スル事ニ付テ成立ス可シ此ノ如キハ分散ノ場合ニ於テ其例有リ蓋シ人ノ分散ヲ爲ス

時ハ公正ノ官吏其家ニ臨ミ其財産證書類ノ目錄ヲ制定シ而シテ其目錄ニ日附ヲ記ス可シ此日附ハ  
 即チ私印ノ證書ノ確定シタル日附ト成ル可シ又公證人其作爲セシ後見人ノ計算書ニ私印ノ證書ヲ  
 掲載シタルカ如キモ亦右ノ一例ト成ル可シ  
 第三ノ方法ハ姓名ヲ手署シタル者ノ死去スル是ナリ此死去ノ日ハ其證書ノ確定ノ日附ナリトス  
 法文ハ第一登記ノ事第二死去ノ事第三官吏其公正ノ證書ニ證書ノ本趣ヲ掲載スル事ト云フノ順序  
 ナレハ余ハ此順序ヲ履マヌシテ第三ノ方法ヲ以テ第二ト爲シ第二ヲ以テ第三ノ方法ト爲ス者ハ敢  
 テ其故無キニ非サルナリ凡ソ人死スレハ公證人其家ニ至リ直チニ財産書類等ヲ驗閱シ其目錄ヲ制  
 定ス可シ然レハ假令法文ニ姓名ヲ手署シタル者ノ死去ノ日ヨリ其證書ハ確定ノ日附ヲ有ス可シト  
 記セサルモ其死去ノ日ヨリ若干ノ時日ヲ經ル時ハ右ノ目錄ノ制定ニ因テ其證書ハ確定ノ日附ヲ有  
 スルニ至ル可シ然ルニ此規則有ルヲ以テ其目錄ノ制定ヲ竣タヌシテ其證書ハ確定ノ日附ヲ得ル時  
 ハ第二ノ方法ハ第三ノ方法ノ例外タルニ異ナラサルナリ是余カ法文ノ順序ヲ變換シタル所以ナリ  
 第五十八號 明治十一年 十一月廿日 一 瀬 勇 三 郎 筆記  
 〔第一千三百二十九條〕  
 本條以下第一千三百三十二條ニ至リ記載セル諸書類ハ總テ結約人ノ調印有ル者ニ非ラサルヲ以テ決  
 シテ之ヲ私印ノ證書ト云フ可カラズ必ス私書ト稱ス可キナリ  
 此第一千三百二十九條ニハ商賈ノ帳簿ニ管スル事ヲ記セリ曰ク「凡ソ商賈ノ帳簿ハ總テ平人（此ニ至  
 人トハ總テ商賈ニ非ラサル者ナリ）ニ對シテハ物品引渡ノ證ト爲ス可カラズ但シ誓詞ノ事ニ管シ  
 テ記載セル場合ハ格別ナリトス」ト適理ノ法文ト云フ可シ  
 商賈ニ非ラサル平人ハ常ニ自カラ其帳簿ヲ設置スルヲ得ス又之ヲ設置スルノ義務無キカ故ニ若シ  
 商賈ノ帳簿ヲシテ必ス平人ニ對シテモ猶之ヲ物品引渡ノ確證ト爲ス者ナリト云フ時ハ遂ニ屢茲商  
 ノ妄計ニ陥リ爲メニ不當ノ利ヲ射ラル、者有ルヤ必然ナリ是本條有ルノ所以ナリ



又本條但書ニ但シ、誓詞ノ事ニ管シテ記載セラルル場合ハ格別ナリト云ハルヲ觀ルニ商賈ノ帳簿ハ只之ノミチ以テ平人ニ對シ物品引渡ノ確證ト爲スニハ足ラヌト雖モ又全ク無益ニ屬スト云フニ非ラズ以テ證據ノ端緒ト爲スチ得可シ是立法官ノ特ニ本條但書ヲ設成セタル所以ナリ所謂誓詞ナル者ニハ二種ノ別アリ一チ決定ノ誓詞ト云ヒ他ノ一チ補助ノ誓詞ト云フ證據ノ端緒有リト雖モ裁判官コテ之チ不足ナリト思量スル時ハ則チ命シテ補助ノ誓詞ヲ爲サシメ以テ其不足ナル所ノ證據ヲ充全セシムルナリ凡ソ商賈ノ帳簿ニシテ平人ニ對スル者有ル時ハ裁判官ハ常ニ之チ以テ證據ノ端緒ト爲シ以テ補助ノ誓詞ヲ命スルチ得本條但書ニ記スル所ノ誓詞トハ即チ補助ノ誓詞ノミチ指示シタル者ニテ彼ノ決定ノ誓詞ニハ更ニ關係セサルナリ

本條ノ場合ニ反シ其帳簿ハ全ク商人間ノ取引ノミニ管スル時ハ裁判官ノ考案ニ因テ之チ確正ノ證數有リト斷定スルチ得可シ是即チ商法第十二條ニ於テ「總テ規則ニ依遵シタル商業ノ簿冊ハ商業ノ事ニ付商賈等ノ間ニ之チ證據ト爲ス可キチ裁判官ヨリ允許スルチ得可シ」ノ明文有ル所以ナリ今商業ノ帳簿ニシテ商賈ト平人トニ管スル場合ト又商賈ト商賈トニ管スル場合トニ於テ此ノ如ク其證效ノ差別ヲ定メタル法意ヲ推究スルニ蓋シ平人ハ既ニ前ニモ云ヒシカ如ク常ニ各自ノ帳簿ヲ設爲スル者ニ非ラサルカ故ニ若シ法ヲ以テ其商賈ノ帳簿ハ總テ確的ノ證據ト爲ス可キ勢力チ有スル者ナリトスル時ハ之ニ依テ必ズ大弊ヲ醸ス可シ商賈ニ於テハ則チ然ラズ商賈ハ各其規則ニ協遵シタル簿冊ヲ所持シ心其日常ノ取引ヲ記ス可キノ義務有ルヲ以テ彼ノ平人トハ大ニ異ニシテ安リニ他人ノ爲メニ貪欲ヲ逞フセラル、ノ恐レ無シ是即チ二個ノ場合ニ於テ其帳簿ノ證效ノ異ナル所ナリ

〔第三百二十條〕  
本條ニ曰ク「商賈ノ帳簿ニ記スル所ハ其商賈ノ損ト成ル可キ證據ト爲スチ得可シ但シ其簿冊ニ因テ權利ヲ得ントスル者ハ之ニ記シタル諸事件中ニテ自己ノ義務ニ管シタル箇條ヲ除キ其權利ノミチ得可キノ證ト爲ス可カラズ」ト是亦前條ト等シシ商賈ト平人トニ管スル場合ヲ記シタル者ナリ

蓋シ商賈ノ帳簿ニ記スル所ハ其商賈ニ抗シテハ總テ十分ノ證據ト成ル可キ勢力チ有スル者ナリト雖モ之ニ反シテ其商賈ノ爲メニハ決シテ之チ確證ト爲ス可キ者ニ非ラサルナリ然ラサレハ爲メニ屢大弊ヲ生スルニ至ルヤ必然ナリ是本條ノ設ク有ル所以ナリ

又本條但書ヲ見ルニ其帳簿ニ記載セル諸件ハ總テ之チ分切ス可カラズト云フノ意ニシテ亦當理ノ法制ナリ抑自認ナル者ハ決シテ之チ分切ス可カラサル事ハ後日其款ヲ講説スルノ時ニ至テ明亮ナラン而シテ彼ノ商賈ノ帳簿ニ記載セル者ハ所謂書記シタル自認ト云フ可キ者ナルカ故ニ妄リニ之チ分切ス可カラサル者ナリ是本條ノ但書ヲ以テ方正當理ノ法文ナリト云フ所以ナリ

〔第三百二十一條〕  
家事ノ帳簿又ハ書類ハ總テ何レノ者タリモ之ヲ設備スル者ノ爲メニハ其證據ト成ル可キ勢力チ有セサル者トス又原則上ニテハ其者ニ抗シテモ亦之チ證據ト爲ス可カラサルナリ然レモ左ノ二個ノ場合ニ於テハ法律ハ特ニ例外ヲ設ケテ其帳簿又ハ書類ハ之ヲ設備スル者ニ抗シテハ十分證據ト成ル可キ勢力有リト成定セリ亦當理ノ法制ト云フ可シ

第一「其簿冊又ハ書類ニ既ニ人ヨリ辨償セラレシ事ヲ明記セシ時」此場合ニ於テハ其書記シタル者ニ抗シテハ之チ十分ノ證據ト爲ス可足レリト云ヘトナレハ眞ニ未ダ其義務ノ執行ヲ受得セサル者預メ此ノ如キ記載ヲ爲ス時ハ果シテ其條理ニ背反スルチ免カレサルカ故ニ必ズ其辨償ヲ受ケタル後ニ之チ記載シタル者ナリト看做ス可キチ以テナリ是其書記ノ信スルニ足ル所以ナリ

第二「其簿冊又ハ書類ヲ記シタル者其權利者ノ證書ノ缺ケタルヲ補フ可キ爲メニ其簿冊又ハ書類中ニ自カテ其義務ヲ負荷スル事ヲ記シタル旨ヲ附記シタル時」是亦其書記シタル者ノミニ抗シテ證據ト爲スチ得ル者ナリ此ノ場合ニ於テハ其義務ヲ負荷スト記シタル而已ニテハ尙不足ニシテ必ズ又其權利者ノ證書ノ缺ケタルヲ補フ可キ爲メナル旨ヲ記載スルチ要ス若シ此別段ノ記載無キ時ハ其義務ノ結行ハ全ク相違無カル可シト雖モ猶其義務ノ成立スルヤ否ヤハ未ダ認知ス可カラズ假令一旦成立セシ義務ト雖モ辨償又ハ其他ノ事故ニ因テ既ニ消滅ニ屬セシ場合無シト云ヒ難



シ然レモ或ハ其執行ノ記載ヲ忘却シ又ハ其記事ヲ塗抹スルヲ失念スル等ノ事モ有ル可シ若シ之  
コ反シテ其權利者ノ證書ノ缺カタルヲ補フ可キ爲ナル旨ヲ附記シタル時ハ最早其辨濟ヲ執行シタ  
ル義務者ハ自カラ其記事ヲ塗抹スルヲ忘却セリト測量ス可キ者コハ非ラサルナリ

〔第一千二百二十二條〕

本條第一項ニハ二箇ノ要件ヲ記セリ權利者自カラ其附記ヲ爲シタル事ト權利者自カラ之ヲ保有シ  
タル事トノ二件ナリ此二要件ヲ具備シタル附記ニ非ラサレハ更ニ其證效無キ者トス請フ其所以ナ  
陳ヘン

第一權利者自カラ其附記ヲ爲スヲ要ス若シ此第一ノ要件ヲ缺ク時ハ其附記ハ全ク無効ニ屬ス可シ  
何トナレハ義務者或ハ其他ノ者ヨリ未タ其權利者ノ諾否ヲ待タズテ適宜ニ其附記ヲ爲スノ場合  
無シト云フ可カラサレハナリ

第二權利者自カラ之ヲ保有スルヲ要ス蓋シ權利者自カラ其證書ニ既ニ辨償ヲ受取リタル旨ヲ附記  
シテ其義務者ニ送達シタリト雖モ義務ハ直チニ之ヲ辨償スル能ハサルヲ以テ復之ヲ其權利者ニ反  
還スルカ如キノ場合ハ常ニ其例証ニ乏シトセサルナリ然リ而シテ假令一度タリモ其證書ハ權利者  
ノ掌中ヲ離レタルニ於テハ未タ其義務ノ辨償ヲ執行セサル前預メ其附記ヲ爲シタル者ナルモ知  
ル可カラス是此ノ第二要件有ル所以ナリ

本條第二項モ亦全ク第一項ト同義ノ法理ヨリ起リタル者ナレハ別段余カ講説ヲ要セスシテ可ナリ

第五十九號

明治十一年十  
二月廿二日

〔第三節 符木〕

〔第一千二百二十三條〕

本條ニハ符木ノ証據ヲ舉示セリ抑符木トハ二箇ノ木片ニシテ二人各其一ヲ所持シ一方ノ者ニテ日  
常同量ノ物品ヲ供給スル毎ニ三箇ノ木片ニ鑄記シ以テ其度數ヲ證スル者ナリ例ハ麵包商人又ハ

岩野新平筆記

牛乳商等日々同量ノ物品ヲ供給スルニ當リ賣主買主各木片ヲ有シ麵包一箇牛乳罐合ト定メタル者  
ヲ持テ來リ其兩個ヲ合シ之レニ一書字ヲ鑄シ以テ供給ノ度數ヲ證スルカ如キ是ナリ然レモ供給物  
常ニ一定セサル者ナル時ハ決シテ符木ノ証據ヲ用フルヲ得ス夫ノ魚鳥ヲ供給スルカ如キハ魚ニ大  
小有リ鳥ニ品位有リ代價モ亦日々ニ變遷シテ極マリ無シ故ヲ以テ符木ヲ用フルヲ得ス  
今若シ兩個ノ符木ニ鑄記セシ所ノ度數ノ相合ハサル時ハ商人ノ所持スル符木ヲ信センカ將テ買主  
ノ符木ヲ以テ信憑ス可キカ法律ハ此ニ一言セサルヲ以テ第一千二百二十七條ヲ適用シ即チ其度數ノ  
嚴モ低少ナル者ヲ取ル可キナリ

符木ノ証據ハ私印ノ証據ニ非ラズト雖モ又以テ書證トスルコ足ル此証據タルヤ世界開始ノ時ヨ行  
ハレ文盲者ノ用ヒシ者ナルモ今日ニ於テハ罕ニ之ヲ實施スル者ヲ見ルヨ余ノ幼時ニハ佛蘭西巴  
里府ニ於テモ符木ヲ用フルヲ見ダリト雖モ今日ニ在テハ之有ルヲ見ス

〔第四節 證書ノ副本〕

〔第一千二百二十四條〕

本條以下隨分大切ナル事ヲ記セリ其事タル論理ノ險難ナルニ非ラス細目ノ險難ナルナリ  
法律ハ前ニ證書ノ原本ノ事ヲ詳記シ此ニ至テ其寫本ノ事ヲ記述ス蓋シ法律ハ寫本ニ如何ニ觀察ス  
可キ乎寫本ハ原本ト同一ノ效力ヲ有ス可キ乎ト自問シ而シテ若シ其證書ノ原本現存スル時ハ寫本  
ハ同一ノ效力ヲ有セス公證人ノ手ニ在ル所ノ原本ヲ求ムルヲ得可シト自答セタルナリ然レモ公證  
人ノ證書ハ常ニ公正ナル者ト看做サレカ故ニ原書ヲ求ムルカ如キハ實際ハ有ラサルナリ

〔第一千二百二十五條〕

本條以下ハ公正證書ノ寫本ノ原本ト同一ノ效力ヲ有スル事ヲ云ヘリ私證書ノ寫本ヲ云ハサルハ私證  
書ニハ寫本ナル者有ラス只原本有リテ契約者ノ所持スル者タレハナリ然レモ公正證書ニ至テハ其  
原本ハ常ニ公證人ノ手ニ在ルヲ以テ契約者ノ所持スル者ハ其寫本ナルカ故ニ其寫本ノ如何ヲ此  
記セシナリ



證書ノ原本ヲ失却シタル時ハ其原本ヲ失却セタル事實ヲ明證スレハ其寫本ハ原本ト同一ノ効力ヲ有スル場合數多アリ本條ノ數項ニ記スル者即チ是ナリ

第一項ニハ陳ス可キ事數多アリ

第一ハ公証書ノ初度ノ寫本蓋シ公証人ハ先公正証書ノ原本ヲ作り而シテ其原本ヲ以テ初度ノ寫本ヲ作り之ヲ結約者ニ渡ス抑此寫本ハ結約者及証人ノ面前ニ於テ爲ス可キ者タルカ故ニ高大ノ効力ヲ有セサル可カラズ是則チ原本ト同一ナル所以ナリ

第二ハ裁判官ノ作爲スル寫本此寫本ハ原本ヲ作爲シタル後若干ノ時日ヲ經過シ作爲シタル者ニシテ裁判官ノ何人ニテ之ヲ作りタルカハ知ル可カラズト雖也裁判官ノ命令ニ因リ法式ヲ以テ呼出シタル結約者或ハ自カラ出頭シタル結約者ノ面前ニ作りタル以上ハ原本ト同一ノ効力ヲ有スル者トス

第三ハ裁判官ノ命令有ラズト雖也結約者ノ同意ヲ以テ其面前ニ於テ作りタル寫本ハ亦原本ト同一ノ効力ヲ有ス

右三箇ノ場合ニ於テハ初メノ者ニハ些少ノ條件有ラズト雖也第二ノ者ニハ裁判官ノ命令有リテ結約者ノ面前ニ於テスルヲ要シ第三ノ者ニハ裁判官ノ命令有ルニ非ラズト雖也必ス結約者ノ面前ニ於テスルヲ要スルノ條件有リ

第二項ハ裁判官ノ命令モ結約者ノ同意モ亦之有ルニ非スト雖也只公証人ノ作りタル第二回ノ寫本ニシテ經舊ノ者タルハ原本ト同一ノ効力ヲ有スルナリ然レ其經舊ト稱スルハ頗ル漠然タリ若干年ヲ經ルヲ以テ經舊ト稱スルヲ得可キ乎法律ハ三十年ヲ經過スルノ寫本ハ則チ之ヲ經舊ノ者ト爲ス其三十年ヲ經過セサル者ニ至テハ只証據ノ端緒ニ用フルヲ得ルノニ則チ其効力タル証據ノ端緒タルノ名義ヲ以テ人証ヲ用フルヲ得ルナリ

第三項ニ記スル寫本ハ右ニ記スル條件ヲ盡ク欠ク者ニシテ其寫本ノ何人ノ手ヨリ出テタルヤチ知テ可カラサル者ナルカ故ニ假令三十年間ヲ經過スト雖也唯証據ノ端緒タルニ過キサルノニ

第四項ニ云フ者ハ寫本ノ寫本ナルカ故ニ唯參考ノ効用ヲ爲スニ過キサルノニ是ヲ以テ續キ足シノ入證ヲ用フルヲ許ス可カラサルハ勿論ナリ唯參考ノ効能ハ裁判官カ補助ノ誓詞ヲ爲スヲ得ルノニ

刑事ニ於テハ參考ナル者ハ重大ナル力ヲ有スル者ニシテ刑罰宣告ノ基礎ト成ル可キナリ何トナレハ刑事ニ在テハ犯罪ヲ爲スニハ書面ヲ認メテ後爲ス者ニ非サレハ確平タル犯罪ノ書證ハ得可カラサレハナリ故ニ參考書ヲ以テ刑罰宣告ノ基礎ト爲スハ止ムヲ得サルニ出ル者ナリ

(第一千二百二十六條)

本條ニハ登記(原語之ヲ「トランスクリプション」ト云フ原語「アノルジストルマン」ヲ譯シテ記録ト云フ者ト混スル勿レ登記ト云フモ其意ハ一ナリト雖也此ノ兩原語ヲ區別スルノ適譯ヲ得サルヲ以テ今假リニ登記ト記録トノ文字ヲ用テ之ヲ區別ス)ノ事ヲ述ヘリ登記トハ書入質保存吏ノ司掌スル簿冊ニ公証人ノ寫本ニ記スル事件ヲ其官吏ノ登載スルヲ云フナリ是故ニ登記ハ寫本ノ寫本タルニ過キサルナリ然レ其素登記ハ官吏ノ爲ス者ニシテ法律ノ命スル所ナルカ故ニ通常ノ寫本ノ寫本ヨリ効驗有ル可キナリ是故ニ法律ハ登記ヲ以テ証據ノ端緒ト爲サシメ以テ證人ヲ用フルヲ得ル者ト爲セリ尤モ登記ヲ証據ノ端緒ト爲スニハ必ス左ノ二條件有ルヲ要ス

第一(當テ證書ノ正本ヲ記シタル一年內ニ公証人ノ記シタル諸般ノ證書ノ正本ヲ盡ク失ヒタル事ハ分明ナル事或ハ又意外ノ事變ニ因リ時ニ其一箇ノ證書ノ正本ヲ失ヒタルノ證有ル事)此ノ後大ナル者ハ先公證人コテ證書ノ正本ヲ裁判所ノ書記局ニ送致スル途中ニ於テ之ヲ失ヒタル者ト想像セサル可カラズ

第二證書ノ正本ヲ記セル公證人ノ目録ニ登記ノ日附ノ日ニ於テ公證人正本ヲ記シタル旨ヲ明記スルヲ要ス

登記ハ右ノ二條件ヲ具有シテ証據ノ端緒ト成ルコハ證書ノ正本ヲ記セル時ノ證人猶生存スルニ於テハ其中述テ聽クニ必要トス



第六十條 明治十一年十一月廿五日

一瀬勇三郎 筆記

佛蘭西成典第千三百十六條ニ明記スル所ノ證據ノ數ハ僅々五個ニ過キスト雖モ復之ヲ細別スル時ハ分レテ三箇ニ成ル可キ事ハ余既ニ前會ニ於テ之ヲ辨陳セリ即チ二箇ノ證書(公證書、私證書)一箇ノ人證二箇ノ自認(訟中ノ自認訟外ノ自認)二箇ノ詞證(確定ノ誓詞補欠ノ誓詞)及ヒ五箇ノ推測是ナリ各其處ニ至テ之ヲ再説ス可キ

本日復少シク其形狀ヲ變テテ尙證據ノ事ヲ論定セント欲スルナリ

學士常ニ證據ヲ講説スルニ彼ノ十二箇ノ證據ヲ區分シテ二類ト爲スノ習例有リ第一本然ノ證據即チ自認人証自認誓詞及ヒ第二推測是ナリ本然ノ證據ト雖モ密ニ其原由ヲ探究シテ以テ之ヲ論定スル時蓋シ又一個ノ假想所謂推測ニ過キサルナリ請テ之ヲ証明セシ

第千三百四十九條ニ曰ク(推測トハ法律又ハ裁判官自カテ其認知シタル事爲テ以テ其認知セサル事爲テ推定シタル決果ヲ云フ)ト該條ハ單ニ推測ノ解義ヲ舉示シタル法文ナリ然レモ余テ以テ之ヲ觀ル時ハ設令此解義ヲ以テ直ニ彼ノ本然ノ證據ニ恰用スルモ更ニ支障無シト斷言セサル可カラズ請テ又之ヲ辨セシ推測ノ例ヲ舉ケテ最終裁判ヲ經テ甲者ニ理有リテ乙者ニ理無シト宣告セラレタル時ハ法律ハ此ノ宣告ヲ以テ方正道理ノ者ト看做スカ故ニ乙者ハ復之ヲ攻撃破回スルノ道無シトス此ニ法律ノ認知シタル事ハ即チ最終裁判ノ宣告ナリト雖モ元來其事ノ是非曲直ハ何レモ在リシガハ當テ法律ノ認知セサル所ナリ然レモ法律ハ認知シタル最終裁判ノ宣告ヲ以テ其未タ認知セサル事ニ推定シテ元來其訴事ノ直ハ甲者ニ在テ其曲ハ乙者ニ在リシ者ト推測スルナリ

又婚姻中ニ懷妊シタル子ハ法律ハ推測シテ之ヲ其夫ノ實子ナリト看做スナリ此ニ法律ノ認知シタル事ハ即チ婚姻中ノ懷妊ニシテ其未タ確認スル能ハサル所ハ正ニ其夫ノ實子ナルヤ否ヤト云フ者是ナリ以テ擧ゲル所ノ二例ノ推測ハ蓋シ其最も堅強ナル者ナリ

前據ノ例ヲ説ガシ今本然ノ各箇ノ證據即チ誓証ナリハ人証ナリハ自認ナリハ又誓詞ナリハ

正ニ其由來ヲ探テ之ヲ觀ル時ハ必ス一個ノ推測ニ非サルハ無シ、抑方正眞實ナル事ニ非ラサレハ常ニ言外ニ出カス又所爲ニ表ハサストハ固ニ人ノ順道ナリト雖モ亦必シシモ之ニ反スルノ場合無シトハ敢テ吾人ノ共ニ發言シ能ハサル所ナリ故ニ彼ノ誓証、人證、自認誓詞、ノ如キ法ノ明認ト本然ノ證據ト名稱シタル者ト雖モ亦必スシモ常ニ誤認欺ノ事無シトハ云フ可カラサルナリ裁判官自カテ其實場ニ下テ一時其事ヲ驗スルノ場合ト雖モ是固ヨリ尋常一個人ノ所爲ニ過キス且ツ自カテ其事ノ委曲ヲ始終監視セシト云フコト非サレハ其檢閲ノ間ニ於テ或ハ未タ其職力ノ及ハサル所有ル可キヲ以テ亦正ニ全ク誤謬過失無シトハ發言スル能ハサル者ナリ方正眞實ナル明法官ニシテ然リ況ンヤ特ニ他人ノ表徴ノミニ據ルカ如キニ於テテヤ且ツ常ニ欺僞ヲ逞フコト頗ル偏頗ナル保證ヲ顯ハシ虛ヲ飾リ安テ隱シ巧ニ法官ヲ眩シテ遂ニ其決テ過マラシメント欲スルノ姦徒有ルテヤ又彼ノ所謂自認ノ如キハ本然ノ證據中ニ於テ最も強盛ナル勢力ヲ有スル者ナリト雖モ其原因ニ溯リテ之ヲ觀ル時ハ蓋シ亦一個ノ推測ニ過キサル可シ義務者其權利者ト共ニ奸計ヲ肆ニシ妄リニ他人ヲ害シテ自己ノ利ヲ貪ラシカ爲メ自カテ好テ其義務者タルヲ自認スル場合有ルハ世上其例ニ乏シカラス

以上論定セシカ如ク所謂證據ナル者ハ總テ一個ノ推測ニ過キス然レモ其法律或ハ裁判官ノ自カテ認知シタル事ハ人爲ノ直接ノ表ニ因ル時ハ之ヲ指シテ證據ト稱シ又其認知シタル事ハ全ク其原爲ノ形狀事業ノ想像ニ因ル時ハ之ヲ稱シテ推測ト云フノ習慣ナリ

右ノ說明諸君モ會得セシナラン苟モ確適正實ノ事ヲ認定スルハ實ニ至困至難ナリ自カテ國法ヲ執リ之ヲ以テ民ノ善惡ヲ決スルノ大任有ル裁判官ノ斷決ト雖モ之ヲ要スルコト其甚ク所ハ一個ノ推測ニ外ナラス公明確正ノ證據ヲ得ルハ實ニ難シト云フ可キナリ

先キ第一節第一節第千三百十七條第千三百十八條ハ暫ク其認説ヲ他日ニ譲ラント云ヒテ今ヤ第一節ハ證據ノ事ヲ舉ゲテ證據ニ二種有リ第一公正証書第二私証書是ナリ各其趣ヲ異ニセリ先







令一時ノ過失ニ因テ其職務ヲ停止セシムルハ、ノ科ト受テタリト雖モ尙一官吏タルノ名義ヲ失ハス且  
 ツ其常人ト等シテ其職務ヲ行ハル所ハ未ダ其停止ヲ受ケサル時ト少シモ差別有ル無シ故ニ若シ其官吏自カ  
 ラ欺妄ヲ爲ス時ハ之ヲ罰スルニ必ズ常ノ官吏ニ適用スル所ノ刑即チ刑法第百四十五條ニ明記セル  
 無期ノ徒刑ヲ以テセサル可カラズ諸君觀ル可シ免職ノ官吏ト停職ノ官吏ト相異ナルヤ此ノ如ク夫  
 天ナルチ  
 以上細論セシ所ノ要件ヲ盡ク具備シタル者ニシテ始メテ完全ノ公正書ト云フ可キナリ若シ其要件  
 中其一個タリハ闕漏シタル時ハ公正證書者タルヲ得サル可シ  
 又具ニ其條件ニ依テ成就シタル公正證書ハ實ニ鞏固確實ノ勢力ヲ有スルヲ以テ更ニ之ヲ破回  
 セシトスル時ハ必ズ第千三百十九條ノ場合ニ非ラザレハ能ハサルナリ  
 第千三百十八條ハ民法中頗ル有名ノ法文ナルヲ以テ余ハ尙歩ヲ進メテ爲メニ之ヲ辯明セシト欲ス  
 ルナリ  
 當時其權ヲ有セサル官吏ニシテ自カク其證書ヲ記シタル時ハ法律ノ定條ニ違背スル者ナルヲ以テ  
 固ヨリ公正證書トハ非ス隨テ其効ヲ生スル能ハサルハ以上余既ニ論定セシ所ニシテ又諸君ノ領得  
 セシ者ナリ然リ而シテ其證書ハ全ク無効ニ歸ス得キ者乎將テ假令公正證書タルノ効力無シトモ尙  
 私證書ノ効力ヲ有ス可キ乎ト云フニ此問題ハ蓋シ法ノ明決スル所ナリ曰ク「其權ヲ有セサル官吏  
 ノ記シタル證書ハ公正證書ト成ス可カラズト雖モ其結約者ノ姓名ヲ手署シタルニ於テハ之ヲ以テ私  
 證書ノ効力有リトス」是實ニ法律上重大ナル優恩ヲ以テ特ニ其證書ニ許與シタル者ト云ハサル可カ  
 ラズ  
 記者或ハ云ヘンガ一旦其結約者ノ姓名ヲ手署シタルニ於テハ之ヲ以テ直チニ私證書ノ効力有リト爲  
 スハ固ヨリ理ノ當ニ然ル可キ所ナリ何ソ其法許有ルヲ要センヤ然ルニ法律上重大ナル優恩ヲ以テ  
 特ニ之ヲ私證書ノ効力有リト爲セリト云フニ至テハ單口過言ト非ラザル乎ト曰ク否記者ハ徒ニ其  
 事知テ未ダ其二三ヲ知フサル者ナリ請フ左ニ之ヲ辯明セシ

若シ夫レ私證書ヲシテ果シテ其遵守ス可キ要件無カラシメハ勸者ノ言モ亦正理ノ當ニ然ル可キ所  
 ナリト雖モ奈何セン私證書トハ亦私證書ノ要件有リ載セテ後ノ第千三百二十五條及第千三百二十  
 六條ニ有リ必ズ之ヲ遵守セサル可カラズ然レサレハ私證書タルノ効力ヲ生スル能ハサル可キ次第  
 ハ後日其處ニ至テ講明ス可シ而シテ彼ノ「權利ヲ有セサル官吏ノ記シタル證書ニ云々其結約者ノ姓  
 名ヲ手署シタルニ於テハ之ヲ以テ私證書ノ効力有リト爲ス」ノ條文ハ他ノ語ヲ以テ之ヲ解スル時ハ  
 即チ其證書ハ私證書タル可キ要件ヲ具備セスト雖モ特ニ私證書タル可キ効力有リト云フニ外ナラ  
 サル可シ之ヲ如何ニ法ノ寬恩ナリト云ハサル可ケンヤ  
 以上ノ辨論ニ因リテ既ニ說者ノ疑惑ヲ溶解スルニ餘リ有ル可シト雖モ說者尙能ク其詳細ヲ領會セ  
 ント欲セハ後日第千三百二十五條及ヒ第千三百二十六條ヲ説明スルノ時ヲ俟ツ可シ必ズ會得スル  
 所有ラン

第六十一號 明治十一年十一月廿七日

井田 鐘 次 郎 筆記

〔第五節 義務ヲ認ムル書及ヒ義務ヲ確的ニ爲ス書〕

本證書ノ義務ヲ再認スル書ハ佛蘭西語之ヲ「アクトレコギチーフ」ト云フ蓋シ「アクト」ハ證書ノ事  
 ナク「レコギチーフ」ハ再書スルト云フ形容詞ナリ此形容詞ハ素「ナルコンチツサンス」ナル  
 語ニ出テタル者ニテ往古ニ在リテハ殆ント之ト其意ヲ同フセリト雖モ現今ニ至リテハ少シク變  
 換セシ所無キニ非ス凡ソ「ナルコンチツサンス」ト云フハ新ニ生シタル義務ヲ認ムル事ナリ公證人  
 ノ面前ニ於テ義務ノ「ナルコンチツサンス」ヲ爲スト云フカ如キハ此ノ意ニテ之ヲ用ヒシナリ「レ  
 コギチーフ」ト云フ時ハ曾テ證書ニ記載セラレシ義務ヲ認ムルノ意ニシテ新生ノ義務ヲ認ムル事  
 ニハ成スルナリ然ラハ則チ「アクトレコギチーフ」ハ本證書ノ義務ヲ再認スルノ書タルヤ明カ  
 故ニ本證書ノ義務ヲ再認スル書ハ新タニ生セシ義務ヲ認メシ者ニハ非スシテ從來成立シテ證書  
 記載セシ所ノ義務ヲ認ムルノ證書ナリト知ル可シ



又「アクト」云々セルマ「ア」ト名ツケタル證書有リ是義務ヲ確定スルノ證書ト譯シタル所ノ者ナリ此證書ハ是迄取消スル得可キ義務ヲ更ニ補正確定シテ適法ノ者ト爲スヲ以テ其本質トス故ニ幼者ノ其旨ヲ負ヒシ義務ヲ丁年ニ至リテ確定セント欲シテ其旨ヲ記スルノ證書ヲ制定シタル時ハ其證書ハ即義務ヲ確定スルノ證書ナリ

法律ハ第一千三百三十七條以下ニ於テ此ノ二種ノ證書ヲ掲載セリ

〔第一千三百三十七條〕

本條ノ文面ニ「本證書ノ義務ヲ再認セシ書有リト雖モ其本證書ヲ出サ、ルヲ得ス」ト有リ是第一千三百三十四條ノ云フ所ト殆ント其趣ヲ同フセリ此文面ニ據ル時ハ本證書ノ義務ヲ再認スルノ書ハ全ク無用ニ屬スル者ノ如シ何トナレハ其書有ルニ拘ハラス常ニ其本證書ヲ出サ、ル可カラサレハナリ然ラハ則チ人或ハ該書ヲハ果シテ何等ノ用ヲ爲スヲ得ルカト問フ事有ル可シ余ハ此問ニ答フルニ證書ノ寫本ニ付テノ如キ言ヲ爲スヲ好マズ證書ノ寫本ハ唯其正本ノ有ラシテ限リ裁判所ニ於テ證據タル能ハサル者ナリ此條ノ場合ニ於テハ義務ヲ再認スルノ書有リト雖モ本證書ヲ出サ、ルヲ得ズト云フニ在リテ必スシモ之ニ證據ノ力無シト云フニハ非ズ唯本證書ノ代用ヲ爲スノ力無シト云フニ過キス然リ而シテ其用有ルハ期滿得免ノ經過ヲ妨碍スルニ在リトス

人有り將ニ期滿得免ニ至ラントスル證書ヲ有スル時ハ預メ其經過ヲ防クノ策ヲ爲サ、ル可カラズ此策ハ其ノ類數多有レハ要スルニ或ハ煩多ノ手續ヲ踏ミ或ハ行フニ不都合ナル等ノ者ノミナリ唯義務ヲ再認スルノ書ハ義務者ヲシラ之ヲ認メシムルノミナレハ期滿得免ノ經過ヲ妨碍スルニハ最モ簡便ナリトス

或人曰ク本證書ノ義務ヲ再認スルノ書ハ其本證書ハ等シク義務者ノ自認ヲ記セル者ナラスヤ既ニ自認有レハ是完全ノ證據ナリ復何シ他ニ要スル者有ラシヤ然ルニ法律ハ何ヲ以テ本證書ヲ要スルヤト余之ニ答ヘテ云ハシ「義務者ハ權利者ノ訴ヲ恐レ義務ヲ再認スルノ書ニ本證書ノ額ヲ増加スル者有ル可シ是實際行ハレ賜キ所ナリ故ハ法律ハ義務者ヲ保護スルカ爲メ本證書ヲ出スヲ要スルナ

リ然レハ法律ノ此規則ハ屬人ノ誹謗スル所タルヲ免カレズ是其故無キニ非ルナリ余モ亦之ヲ正當ナラサル者ト思考ス蓋シ此ノ規則ハ封建制度ノ法例ヨリ出テタル者ナレハナリ

往古封建ノ國ヲ立ツルヤ「セーギニール」ト云フ諸侯有リテ各所ニ割據シ其下ニ「ハツソ」有リ此ノ「ハツソ」ハ其「セーギニール」ニ對シ奉ス可キノ職務有リ收ム可キノ賦金有リ以テ之ニ臣タリ而シテ其奉ス可キノ職務收ム可キノ賦金ハ皆「ハツソ」ヨリ出シタル誓紙ニ詳カナリ然レハ此ノ誓紙ハ數十年ヲ經ル時ハ他ノ證書ノ如ク期滿得免ニ因テ無効ト成ル可キ者ナレハ「セーギニール」モ其期ニ至ルニ先シテ義務ヲ再認スルノ書ヲ之ニ記サシムル事ナリ然ルニ「セーギニール」ハ權威ノ盛ナルヨリ義務再認ノ書ニ其義務ヲ増加セシムルノ弊ヲ爲セリ是ニ於テ封建制度ノ法律ハ義務再認ノ書有リト雖モ本證書ヲ出サ、ルヲ聽サ、リキ其時代ニ當リ封建法律ノ論理ニ有名ナル「マニムーラン」ト云ヘル學者有リシカ其著述シタル書籍ニ義務再認ノ書ハ以テ本證書ノ代用ヲ爲ス能ハスト云ヘリ後又有名ナル法學者「ホテニ」氏世ニ出テ又其著書ニ之ト同一ノ文詞ヲ載セタリ

此ノ如ク此ノ規則ハ往古ノ風俗ニ因テ制シテ之ヲ正當ナル者ノ如ク主張セシモ亦古人ナルニ我立法者ハ其原ヲ究メズ其本ヲ知ラズシテ唯其規則ヲ民法ニ擧ケシヨリ遂ニ今日ニ至ルモ猶之ヲ遵守セサルヲ得ズ是嘆ス可キ事ナラスヤ

余ハ此規則ヲ宜シカラスト云ヒシニ因リ此ニ其理由ヲ陳述ス可シ此ノ規則ハ素義務者ヲ保護スルニ出テタル者ナリト雖モ此保護ハ實ニ過度ナリト云ハサルヲ得ズ若シ義務者ニシテ脅迫又ハ暴行ヲ受ケ已ムヲ得ズシテ義務ノ額ヲ増加シタル時ハ唯之ヲ證スル有ルノミ何リ此保護ヲ要セシヤ何トナレハ脅迫暴行ヲ受クルニ於テハ假令義務再認ノ書ニ其義務ヲ増加セサルモ更ニ新證書制定ス可シト追マラル、事有ル可ケレハナリ加之法律ハ此ノ如ク義務者ヲ保護スルモ決シテ其目的ヲ達スル能ハサル可シ請フ法律ノ文面ニ注意セシ「義務再認ノ書ニ其本證書ノ文詞ヲ特ニ記入シタル時ハ格別ナリ」トスト云ヘリ故ニ此時ニ於テハ其本證書ヲ出スニ及ハサルナリ然レハ其本證書ノ文詞ハ之ヲ記入セシヤ否ヤハ其本證書ヲ一見セズハ決シテ知ルヲ得可カラサルヲ以テ若シ義務



者ノ暴行脅迫ヲ受ケ本證書ノ文面ヲ變シ而シテ之ヲ其再認ノ書ニ記入セシ時ハ彼ノ保護ハ全ク無効ノ者ト成ラサルヲ得サル可シ

或著述者ハ本證書ノ文詞ノ特ニ記入セシヲ認ムルニハ再認ノ書ニ此書ニハ全文ノ記入有リト掲載スルヲ要スト云ヒ又他ノ著述者ハ一步ヲ進メテ再認ノ書ニハ此書ハ本證書ノ代用ヲ爲スヲ得可シト記スルヲ要スト云ヒ何レハ本證書ノ文詞ノ記入ヲ推測スルニ務メテ鄭重ナラント望ムト雖モ權利者ハ唯義務者ニ此掲載ヲ爲サシムルノミニテ其本證書ヲ出スノ責ヲ免カル、カ故ニ彼ノ保護ハ到底無効ト成ルニ至ル可キナリ

實際上ニ於テハ人多ク義務再認ノ書ヲ制定セシテ通常ノ證書ヲ制定シ以テ舊ノ證書ニ換ユルヲ常トス此方法ハ就中商事上ニ於テ最モ盛ニ行ハル、所ナリ何トナレハ商法ノ期滿得免ノ期限ハ僅カニ五ヶ年ナレハナリ是亦法律ニテ其保護ノ目的ヲ達シ得サルノ證ナリ

既條ノ第二項ハ敢テ余ノ明解ヲ竣タスシテ明カナリ何トナレハ義務再認ノ書ニ載スル所本證書ヨリ更ニ多キヲ加フル時其多キ者ノ無効ニ歸スルハ法律ニテ本證書ヲ出スヲ命スル事ニ付テ自カラ然ラサルヲ得サレハナリ

本證書ヲ出スヲ要スルニ第二ノ例外有リ是第三項ニ詳カナリ其例外ノ成立ニ三箇ノ條件有リ第一ノ條件ハ義務再認ノ證書數通有リテ何レモ其文詞ノ同一ナルヲ要シ第二ノ條件ハ其數通ノ證書ニ因テ曾テ本證書ノ義務ヲ維持シ第三ノ條件ハ其數通ノ證書中三十年ヲ經過シタル者有ルヲ要スルナリ而シテ第三ノ條件有ルハ詐偽ヲ防カンカ爲メナリ是詐偽ハ三十年以前ヨリ人ノ企ツ可キ者ニ非サルヲ以テノ故ナリ又第二ノ條件ノ義務ヲ維持ストハ例ヘハ義務再認ノ書ヲ以テ其義務ノ消滅セサル様ニ注意シタルカ如キ是ナリ又第一ノ條件ハ前述ノ如ク義務再認書ノ數通有ル者ニテ第一第二ノ條件ヲ合シテ等シ義務ノ正實ナラント保證スル所ナリ此ノ三件有ラハ以テ本證書ヲ出サ、ルヲ得可シ

本條ノ事ニ付キ參照ト成ル可キ條有レハ今此ニ之ヲ擧ケ以テ本條講説ノ局ヲ結フ可シ其條トハ即

第六百九十五條ニシテ本條ノ如ク(再認ノ書有リト雖モ本證書ヲ出サ、ルヲ得ス)ト云ハサルナリ然レモ是唯期滿得免ニ因テ得可カラサル土地ノ義務ニ適當スル者ノミ故ニ彼通常義務ニ至リテハ本條ニ循ハサルヲ得ス又例外ノ場合ニ非スハ本證書ヲ出スヲ免カル、能ハサル可シ然レモ土地ノ義務ニ管シテハ如何ナル場合ニ於ケルモ再認ノ書ヲ以テ之ヲ証スルヲ得可ク決シテ本證書ヲ出スヲ要セサルナリ

茲ニ或ル土地ニ付テ義務ヲ得可キ人有リテ其義務ノ本證書ヲ失ヘリ因テ更ニ其土地ノ所有者ニ乞フテ再認ノ書ヲ得タリ若シ此時ニ於テ第六百九十五條無シトセハ在テ本條ノ規則ニ循ハサルヲ得ズ既ニ之ニ循ハ、再認ノ書有リト雖モ之ヲ以テ權利ノ證ト爲ス能ハサルニ付キ此人ハ遂ニ其土地ニ付テノ權利ヲ失フニ至ル可シ然ルニ幸ニシテ第六百九十五條有リテ再認ノ書ノ證タルヲ許スカ故ニ人此愛ニ罹ルヲ免カル、ヲ得此一點ニ付テハ第六百九十五條ハ遙カニ本條ニ勝レル所有リト云フ可シ何トナレハ再認ノ書モ本證書ト均シク義務者ノ自認ヲ記セル者ナレハ之ニ完全ナル證據ノ力ヲ附與スルハ最モ證據ノ論理ニ適合スレハナリ

(第一千三百二十八條)

先ツ第一項ヲ説カシ總テ契約ニ承諾ノ三種ノ瑕疵損害又ハ不能力ノ附帶セル時ハ其契約ハ無効ノ者ヲナスト雖モ取消スヲ得ル物ト成ル可シ取消スヲ得ル契約ハ例ヘハ病ニ罹リテ未ダ死セサル者ノ如シ之ヲ死ニ至テシメント欲セハ更ニ取消ノ訴ヲ以テ襲撃セサル可カラサルナリ而シテ之ヲ襲撃スルハ十年内ニ行フヲ要ス可シ若シ十年間ニ行ハサル時ハ其期限ノ經過ニ因テ契約ハ病癒ヘリシテ全ク有效ノ者ト成ル可シ故ニ取消スヲ得ル契約ヲ確的ト爲ス第一ノ方法ハ十年ノ期限ヲシテ經過セシムルニ在リ

同上ノ契約ヲ確的ト爲ス他ノ方法有リ是義務ヲ確的ト爲スノ証書ヲ作爲スル事ニシテ則チ本條ニ載スル所ノ者ナリ此証書ノ事ハ前文ニ略陳シタルハ略其何タルヲ知ルヲ得可キナリ然リ而シテ取消スヲ得可キ契約ヲ確的ト爲スニハ此方法ヲ用スル者前ノ期限ヲ經過セシムル方法ヨリ多



キニ居ル何トナレハ此方法ハ速カニ行フヲ得ケレハナリ例ハ幼者ノ取結ヒタル契約有リ而シテ其契約ハ幼者ニ損害有リ又ハ法式ヲ缺ク者ナリ然ルニ其幼者ハ丁年ニ至リ其契約ヲ正當ナル者ト考ヘリ此場合ニ於テハ之ヲ確的ノ者トスルニ第一ノ方法ヲ用ヒシカ長キ期限ヲシテ經過セシメサル可カラズ是實際不都合ノ事タルヲ免カレズ然レハ第二ノ方法ニ依レハ唯新クニ義務ヲ確的ニスルノ證書ヲ制定スルノミ故ニ第二ノ方法ハ第一ノ方法ニ比スレハ最モ履行ハル、者ナリ

認書ノ事ニ付テハ法律ノ要シ望ム所三件有リ請フ之ヲ述ヘン其第一ノ條件ハ本証書ノ要旨ヲ記載スル事ニテ例ヘハ何物ノ賣買ト記スルカ如シ是他ノ証書ト混スルヲ防クカ爲メナリ第二ノ條件ハ本証書ノ義務ニ附帶セル瑕瑾ノ何タルヲ舉ケル事ナリ故ニ幼年中ニ契約ヲ結ヒシ譯ナレハ其幼年甲ノ事ナルヲ記ス可シ又詐偽ニ陥リシ譯ナレハ其詐偽ノ事ヲ記ス可シ又其他錯誤暴行損害等ノ事有ラハ皆之ヲ記サ、ル可カラス第三ノ條件ハ契約ノ瑕瑾ヲ補正スルノ存意有ルヲ記スル事ナリ然レハ唯某ノ契約ノ瑕瑾ヲ補正スト云フノミコテハ不可ナリ須ク其ノ契約ニハ何々ノ瑕瑾有ルニ付キ其瑕瑾ヲ悉ク補正シ而シテ取消シノ訴ヲ爲ス權ヲ放棄ス可シト記ス可キナリ是契約ヲ補正スルコハ充分其事實ヲ明知スルヲ要スト云ヘル法理ノ然ラシムル所ナリ

第六十二號

明治十一年十一月廿九日

一瀬 勇三郎 筆記

第一項ハ既ニ前會ニ於テ精細之ヲ講説スレハ尙其大要ヲ畧言セン該項ニハ三個ノ要件ヲ明記セリ其行文中或ハ困難ノ點無シトハ敢テ斷言ス可カラスト雖モ又純瞭單簡ニシテ能ク其意ヲ盡シタル者ナリト云ハサル可カラス

所謂三個ノ要件トハ即チ第一義務ノ要領第二其瑕瑾(條文ニハ取消ノ訴權ヲ生ゼシメタル理由ト記セリ)第三其瑕瑾ヲ更改スルノ意趣是ナリ必ス此ノ三要件ヲ具備シタル者ニ非ラサレハ更ニ其義務ヲ確的ニ爲スノ證書タルヲ得サレ可シ是余カ既ニ前會ニ於テ論究セシ所ナリ以下ハ第二項ヲ說明セシト欲スルナリ

第二項ニ曰ク(義務ヲ確的ニ爲スノ證書無シト雖モ法ニ適シテ義務ヲ確的ニ爲スヲ得可キ期限後

ニ至リ隨意ニテ其義務ヲ執行シタル時ハ其義務ヲ確的ニ爲シタルノ證有リトス)

法律上ニハ義務ヲ補正スル爲メニ二箇ノ方法ヲ記載セリ第一明認ノ補正第二默認ノ補正是ナリ明認ノ補正ハ前項ノ揭示スル所ニシテ余カ既ニ辯論セシ所ノ者ナリ本項ハ所謂默認ノ補正ノミニ屬スル者ナリ

本項ノ記スル所ノ所謂默認ノ補正トハ蓋シ其義務ヲ確的ニ爲スノ期限後即チ承諾ノ欠缺、迷誤、強暴詐詭、損亡、受禁者、放蕩者、癩疾者、幼者、婚婦、是等總テ契約取消シノ原因ノ消散シタル後義務者自己ノ隨意ニテ其義務ヲ執行シタル場合ナリ

此ニ法律ノ恰用シタル隨意ナル文詞ハ其義甚ダ廣濶ニシテ總テ其事ノ委曲ヲ詳認シテ其義務ヲ執行シタル場合ハ悉ク此隨意ナル語ニ包含ス例ヘハ幼者甲ナル者ト結約セシ乙者ヨリ甲者既ニ丁年ニ達セシ後之ニ其義務ノ執行ヲ要求スルニ甲者ハ自カラ之カ辯護ヲ爲スノ道ヲ誤リ其契約結行ノ當時ハ猶幼年中ナリシ事ヲ以テスル無ク單ニ嘗テ此ノ如キ契約ヲ結爲シタル無シト云フ而已ニ止リ專ラ之ヲ主唱シテ其責ヲ免カレント圖レリ然レハ審判ノ後甲者ノ申陳スル所遂ニ無理ニ歸シ必ス其契約ヲ執行ス可キ旨ヲ宣告セテレタリ因テ甲者ハ已ムヲ得ス其義務ヲ執行スルニ至レリ此語行モ猶本項ノ所謂隨意ノ執行中ニ包含セサル可カラス是即チ隨意ナル文詞ハ其義甚ダ廣濶ナリト云フ所以ナリ法律ハ唯其義務者自カラ其事由ヲ知テ之ヲ執行スル場合ヲ指示センカ爲メニ隨意ナル文詞ヲ常用セシ者ナリ

以上論辯セシ者ハ即チ義務默認補正ノ第一ノ方法ナリ

契約取消シノ訴期トシテ法定セル期滿得免ノ時間ヲ空ク經過シタル時ハ最早默認シテ其契約ヲ補正シタル者トス是即チ默認補正ノ第二ノ方法ナリ蓋シ此ノ補正ノ方法ハ嘗テ本條ノ明記セサル者ナリト雖モ必ス其契約ノ補正ト成ル可キ原則タル事ハ先會ニ於テ余カ既ニ諸君ノ爲メニ講説セシ所ナリ故ニ契約取消シノ訴權ヲ有スル者空ク其法定ノ期限即チ十年ノ時間ヲ經過シタル時ハ之ニ



因テ全ク其契約ヲ補正シテ者トス。茲ニ一問題有リ曰ク契約人ノ一方其取消シノ訴權チ有スル所ノ甲者ヨリ他ノ一方ナル乙者ニ對シテ其契約ノ執行ヲ要求セシメ乙者ハ直チニ之ヲ執行セリトセシメ甲者ハ復其契約ノ取消シヲ要求スルヲ得ル乎曰ク否其契約ハ既ニ十分ノ補正有リシ者ナリト斷言セサル可カラズ何トナレハ法律ハ決シテ其隨意ノ執行ハ契約人中誰カ之ヲ爲シタルヤチ區別スル無ク單ニ隨意ノ執行ト云フニ止マルヲ以テナリ

第三項ヲ説ク同項ニ曰ク「法律上ニ定メタル法式ト期限トニ循ヒ義務ヲ確的ニ爲シタル時又ハ隨意ニテ其義務ヲ執行シタル時ハ其契約取消シノ訴權ヲ拋棄シタルト看做ス可シ但シ他人ノ權利ヲ害スル無カル可シ」先ツ此本文ノ「法律上ニ定メタル法式ト期限トニ循ヒ義務ヲ確的ニ爲シタル時又ハ隨意ニテ其義務ヲ執行シタル時云々」ナル冗長ノ文詞ヲ改メテ「明認ノ補正又ハ默認ノ補正」ト記シテ之ヲ「ハ其條文甚ダ簡單ニシテ且讀者モ亦容易ニ之ヲ解スルヲ得可シ」

本項ノ終尾ニ於テ「但シ補正ハ他人ノ權利ヲ害スル無カル可シ」ト云ヘリ蓋シ亦諸君ノ注意ヲ要ス可キノ點ナリ本文ノ所謂他人トハ決シテ平凡純粹ノ他人ヲ云フニ非ス專ラ其代權人ヲ指示シタル者ナリ即チ其取消シノ訴權チ有スル者ノ最後ノ債主ノ如キ者ナリ此債主ノ如キハ固ニ純粹ノ他人ト云フ可カラズ唯其補正ニ管シテノニ他人ト稱ス可キナリ請フ爲メニ一例ヲ舉示セン  
幼者自カラ其家屋ヲ以テ一旦甲某ニ賣渡シ而シテ丁年ニ達セシ後復同家ヲ乙某ニ賣渡セリ此ノ如キ場合ニ於テハ幼者ハ其後ノ締約者乙某所謂他人ノ權利ヲ害シテ其最初ノ締約人甲某ノ爲メニ其契約ヲ補正スルヲ得ス何トナレハ初メ甲某ト結爲セシ契約ハ不全不備ノ者ナルモ之ニ反シテ後ノ乙某トシテ契約ハ適理完全ノ者ナレハナリ是法律上其適理ノ契約ヲ害シテ其不完全ノ契約ヲ補正スルヲ制止シタル所以ナリ  
右ノ一例ハ特ニ幼者ノ契約ヲ以テ辯陳セシ者ナリ今其例ヲ更メテ強迫、詐偽、損失、等其他ノ瑕疵有ル契約ニ就テ之ヲ論定スルモ尙必ス等一ノ結果ニ至ル可シ

前例ハ前後ノ契約共ニ賣買ノ場合ニシテ所謂物權ニ管セシ者ナルヲ以テ從テ後ノ賣約ヲ害シテ初メノ賣約ヲ補正スルヲ得スト云フノ論決ニ至レリ然レモ今若シ其例ヲ變シテ最初ノ契約ハ賣買即チ物權ニ管スル者ニシテ後ノ契約ハ貸借即チ人權ニ管スル者ナル場合ニ於テハ若シ前例ト等一ノ論決ヲ爲ス時ハ必ス大過ヲ免カレサル可シ此場合ニ於テハ假令最初ノ賣買契約ヲ補正スルト雖モ之ニ因テ果シテ其最後ノ貸借契約ニ障害有リト云フ可カラズ是本來自然ノ勢ニ因テ發生スル所ノ結果ナレハ何ツ又法律ノ明條ヲ待テ要センヤ抑負債者資力ノ強弱有無ヲ考フルハ蓋シ其債主タル者ノ任ナル可キヲ以テ苟モ債主ダラン者ハ必ス自カラ其負債者ノ位置ノ善惡如何ヲ勘定シタル後ニ其契約ヲ結爲シタル者ト看做サ、ル可カラズ因テ本例ノ場合ニ於テモ假令最初ノ賣買契約ヲ補正スルト雖モ後ノ貸借契約ヲ爲シタル者ハ其補正ニ因テ自カラ障害セラレタリト陳フルヲ得ルノ理無カル可シ

余ヲ以テ之ヲ觀ルニ本項末尾ノ但書ハ固ヨリ性法ノ正理ノ然ラシムル所ナルヲ以テ敢テ須要ノ法文ナリトハ云フ可カラサルナリ假令豫メ之ヲ明記セサルモ余ハ何レノ法官ト雖モ決シテ其決ヲ認ラサルヲ證スルナリ

〔第一千二百二十九條〕

余曩ニ諸君ニ明言セシ如ク總テ生存中ノ贈遺ハ必ス其法式ニ依遵セサル可カラズ法式トハ即チ其公証人ノ面前ニ於テ之ヲ爲スチ云フ是佛蘭西法律ノ命スル所ナリ然レモ余ハ之ニ因テ敢テ其法式ハ全ク彼ノ正理純道ニ背戻スト云フニハ非ラス唯若シ預メ之ヲ明定シタル成條無キ時ハ常ニ性法ノ原則ヲ引用シテ妄リニ適宜ノ法式ヲ設爲シ之ヲ施行フハ敢テ各法官ノ特權ニ任ス可キ者ニ非ラスト云ハント欲セシナリ  
總テ其公証人ノ面前ニ於テ行成セサル贈遺ハ全ク本來成立セサリシ者ニ等シキヲ以テ隨テ又之ヲ補正スルヲ得スト云フハ理ノ當ニ然ル可キ所ナリ故ニ公正ノ法式ニ依遵セサル贈遺ハ更ニ改テ之ヲ行爲スルニ非ラサレハ他ニ之ヲ補正スルノ道無シトス



今茲其公正ノ法式ハ正シク之ヲ遵奉セシト雖他ニ承諾ノ不完全ナルカ或ハ不能力者ナルカ  
ニ因テ直チニ以テ充備ノ贈遺ト看做ス可カラサル者有リ此ノ如キ贈遺ハ更ニ之ヲ補正スルヲ得ル  
乎將タ前例法式ノ欠漏シタル場合ト等シク遂ニ之ヲ補正スル能ハサル者乎曰ク此場合ハ前段トハ  
全ク異ニシテ必ス之ヲ補正スルヲ得可キハ第八百三十八條ノ法文ニテ明瞭ナリ

〔第一千二百四十條〕

前條ニ於テハ其公正ノ法式ヲ遵奉セシテ行爲シタル贈遺ハ決シテ其贈遺者自カラ之ヲ補正スル  
ヲ得スト明言シ今又本條ニ於テハ其贈遺者ノ相續人ハ總テ明認ニ拘ハラス自カラ之ヲ補正スルヲ  
得ルトノ明文有リ實ニ奇怪ノ法條ニ非スヤ贈遺者自カラ補正スル能ハサル契約ヲ以テ其相續人ニ  
ハ特ニ許シテ之ヲ補正スルノ權ヲ與フルト云フハ抑モ不當ノ法制ナリ是他ニ理由有リテ然ル乎曰  
ク然ルナリ請フ爲メニ之ヲ辯セシ

或人之ヲ解シテ曰ク夫ノ贈遺ノ法式ハ原來其贈遺者ノ爲メニ設爲セシ者ニ非スシテ獨リ其相續人  
ノ利益ノミヲ謀リテ預定セシ者ナリ因テ其相續人タル者自カラ好テ利益ヲ拋棄シ其贈遺ハ法式ヲ  
闕漏セリト雖他其贈遺者ハ事ノ委曲ヲ詳認シタル上正實ニ之ヲ執行シタル者ナリト云ハント欲ス  
ル時ハ之ニ許シテ其補正ノ權ヲ與フルモ何ノ障礙有ルノ理有ラン是即チ立法官ノ其補正ノ權ヲ贈  
遺者ニ與ヘスニ特ニ其相續人ノミニ許ルシタル所以ナリト

余ハ之ヲ以テ眞ニ穩當ノ解義トハ斷言スルヲ得サルナリ果シテ或人ノ說ノ如クニ其法意ヲ解スル  
時ハ必ス又若シ贈遺者自カラ其法式ヲ欠失シタル贈遺ノ契約ヲ補正スト雖他決シテ其相續人ニ於  
テ寸毫ノ損害無キ時ハ之ヲ許ルスモ敢テ法律ノ防止セサル所ナリト云フニ至ル可シ然レモ法律ノ  
明條ニハ全ク其ノ反對ノ事ヲ記載シテ相續人ノ利害有ニ拘ハラス何レノ場合ト雖他都テ其贈遺  
者ヲシテ公正ノ法式ヲ欠漏シタル贈遺ヲ補正スルヲ得セシメスト云フナリ  
法律ノ此ノ如キ成條ヲ設成シ贈遺者ト其相續人トノ間ニ於テ此ノ如キ差異ヲ定メタル所以ハ蓋シ  
又他ニ其理由有リテ然ルナリ試ニ之ヲ辯明セシ

公正ノ法式ヲ闕漏シタル贈遺ハ必ス自由正實ニ之ヲ執行シタルヤ否ヤヲ確認証定スルニ由無シ因  
テ此ノ如キ贈遺ハ法律ハ全ク之ヲ曖昧模稜ノ者ト看做スナリ然ルニ今其法式ヲ遵守セシテ行爲  
シタル贈遺ヲ以テ贈遺者直ニ自カラ之ヲ補正スト雖他法律ノ疑點ハ尙依然トシテ消散セサル可シ  
何トナレハ其贈遺者ハ猶情欲ニ迷眩セラレ暗ニ自由ヲ失シテ止ムヲ得ス其補正ヲ爲シタルヤモ知  
ル可カラサレハナリ然レモ相續人ハ則チ之ト異ナリ其相續人自カラ先人ノ意望ヲ繼續シテ其贈遺  
ヲ補正スルモ尙先人ト等一ノ情欲ニ引誘セラレテ之ヲ行爲シタリト思量スル時ハ必ス又過慮ニ失  
シ正理ヲ誤マルヲ免カレサル可シ故ニ相續人ハ常ニ自カラ自由ノ便ヲ得以テ正實ニ其贈遺ヲ補正  
シタル者ナリト云ハサル可カラズ是即チ法律上贈遺ノ補正ヲ贈遺者ニ許サスニテ獨リ其相續人ノ  
ミニ許與シタル所以ナリ

第六十三號 明治十一年 十二月四日

〔第二款 證人〕

本會ハ最モ緊要最モ面白キ事ヲ説明スルニ違ヘリ即チ人證ノ事是ナリ抑人證ハ特別ノ性質ヲ有シ  
一般ノ證據ナル者ニ非ラスシテ例外ナル者ナリ  
何故ニ人證ハ例外ナルヤ蓋シ法律ハ證人ノ實施ヲ制限シテ百五十「フランク」以下ニ非サレハ證人  
ヲ以テ證ス可カラズト規定スルカ故ナリ然ラハ則何故ニ證人ノ實施ヲ此ノ如ク制限スルヤ凡ソ法



律ノ理由ハ法文ニ記スルノ慣習ニ非ラサレハ固ヨリ法律ニハ此理由ヲ明記スルヲ見ス故ニ此理由ヲ探究スルハ法律學士ノ任タリ今其理ヲ説ク者皆各所見ヲ異ニス

証人ヲ用フルヲ許ルサス今夫レ百五十「フランク」以下ノ訴訟ナル時ハ証人ニ賄賂スルノ餘金ハ有ラサル可シ且ツ又証人ニ於テモ百五十「フランク」以下ノ些少ノ金銭ヲ受ケテ証人タルヲ欲セサル可シ故ニ法律ノ恐ル、收賄ノ弊害ハ絶テ有ラサルナリト此説タル至當ノ者ニ非ス法律ハ收賄ヲ恐ル、ナリテ百五十「フランク」以下ニ定メタリト云フハ甚ダ誤レリ若シ立法官ニテ收賄ヲ恐ル、ノ理由ヲ以テ百五十「フランク」以下ト定メタル者トセハ立法家ハ國民皆收賄ノ如キ汚行ヲ爲ス者ト賤視スル者ナリ立法者ニテ焉ソ此ノ如キノ事有ランヤ若シ偽證人有ラハ之ヲ重罰シテ可ナリ然ルニ立法者ハ國民皆偽證ヲ爲ス者ト看做スハ過大ノ輕蔑ニ非スヤ立法者ハ焉ソ此ノ如キノ事ヲ爲サンヤ今若シ立法者ノ百五十「フランク」以下ニ非サレハ証人ヲ許ルサスト定メタルハ收賄ヲ恐ル、ルノ理由ニ因ルト假定スルモ時ニ百五十「フランク」以下ノ事件ニシテ証人ヲ許サハル場合無キニ非ラス又百五十「フランク」以下ノ事件ニシテ証人ヲ用フルヲ得ル場合有リ然ラハ則チ人證ヲ制限シタルハ收賄ノ理ニ基カサルカ如シ

夫ノ百五十「フランク」以下ノ事件ニシテ既ニ證書アラサレハ証人ヲ許サス又假令百五十「フランク」以下ノ事件ニシテ證書ノ有ラサル時タリト雖モ法律ハ証人ヲ用フルヲ許サハル場合有リ例ヘハ借屋賃訴訟ノ如キ僅ニ十「フランク」ノ訴訟タリトモ証人ヲ以テ證書可カラスト定メリ此ノ如ク百五十「フランク」以下ノ訴訟タリト雖モ法律ハ証人ヲ用フルヲ許サハルヲ觀レハ法律ノ理由ハ必スシモ証人收賄ニ在ラサルヲ徵スルニ足ル且ツ又百五十「フランク」以上ノ事件ニシテ証人ヲ用フルヲ許ス事有リ即チ證據ノ端緒ノ有ル時ハ縱令事件ハ百五十「フランク」以上タリト雖モ証人ヲ許スト有リ是又人證ヲ許サハルハ收賄ノ理ニ因ルニ非ラサルヲ證ス可シ

實ニ法律ノ與ニ理由トスル所ハ訴訟ノ増加ヲ恐ル、ニ在ルナリ此理由ヲ以テ吾人ハ法律ニテ人證

ヲ百五十「フランク」以下ニ限リタルト其例外トチ明記スルヲ得可シ其例外ノ理由ノ如キハ之ヲ其條々ニ細説ス可シ

〔第一千二百四十一條〕

本條ニハ原則ト例外トヲ記セリ今原則ト例外トチ分別スル其原則ハ凡テ物權人、權附托及ヒ義務執行ヲ證スルニハ必ス書證ヲ作爲セサル可カラスト云フ是ナリ

本條ニハ〔隨意ニ附托シタル物ト雖モ書證ヲ作爲セサル可カラスト〕ト有リ抑此語ハ奈何ナル意義ニヤ蓋シ古昔チ回顧スルニ附託ノ契約ハ信憑ヲ基礎トスル者ナレハ人他チ信スルニ非ラスンハ輕々附託ヲ爲サハル者ト看做シタルカ故ニ其契約ニハ書證ヲ要セスト規定シタルチ其後新法ニテ此例外チ廢シタリ佛蘭西民法編制スルニ當リ此廢去チ此ノ如ク明示シタルナリ

右ノ如ク何レノ契約タリトモ必ス書證ヲ作爲スル時ニハ大ニ訴訟ヲ簡省スルニ至ル縱令契約ニ書證有ル時ト雖モ其證書ノ意義又ハ契約ノ執行ニ紛紜有レハ訴訟ハ起ル可シト雖モ既ニ證書有レハ其成立不成立ニ至テハ之ヲ爭フ者有ラサル可シ果シテ然ラハ訴訟ヲ簡省スルヤ明カナリ

契約ニ證書有ラサレハ其契約ノ成立ヲ證スルニハ必ス証人ニ據ラサル可カラスト裁判所ハ証人ノ言ヲ聽クモ未ダ眞證ヲ得サレハ遂ニ訴訟ヲ却下スルニ至ラン然ラハ則チ原告人ハ書證ヲ作ラサルニ因リ出訴ノ效ヲ得サル不幸ニ至ル可シ是法律ハ總テ契約ニ書證ヲ作ル可シトノ原則チ設クル所以ナリ

今ヤ例外ノ如何ヲ觀ルニ金額百五十「フランク」以下ノ訴訟ニシテ既ニ書證有レハ原告人被告人皆証人ヲ以テ證スルヲ得ス夫レ此ノ如ク百五十「フランク」以下ノ訴訟タリト雖モ証人ヲ以テ證スルヲ得サレハ証人收賄ヲ恐ル、ニ在ルカ既ニ百五十「フランク」以下ナラシメハ証人云フ如ク收賄ノ弊有ラサル可キカ故ニ証人ヲ以テ證スルヲ得可キ筈ナルニ法律ハ却テ之ヲ拒絕スルハ抑何ソヤ余ハ斷シテ云ハシ法律ノ証人ヲ拒絕スルハ訴訟ノ増加ヲ恐ル、ニ在リト是故ニ縱令百五十「フランク」以下ノ契約タリト雖モ既ニ書證有リテ出訴ヲ避クルヲ得、何ソ人證ヲ以テ證明ヲ爲スチ用



ヒソヤ是法律ハ既ニ書證有レハ證人ヲ用フルヲ許ルカ、ル所以ナリ  
 商法ノ諸契約ノ證據篇第九條ニハ「裁判官ハ實況ニ因テ訴訟人ヲシテ證人ヲ用フルヲ許ス」ト有  
 リ（按スルニ裁判官ノ證人ヲ用フルヲ許スニ豫審裁判ヲ以テス豫審裁判トハ辭典ニ豫審ヲ爲スチ  
 令スルノ裁判ヲ云フト有り）然ラハ則チ證人ヲ用フルト用ヒサルトハ裁判官ノ意見ニ在リテ甚ダ  
 自由ナリ是蓋民事ニ於テ證人ノ用ヲ制限シタルハ收賄ヲ恐ル、ニ出テタルニ非サルヲ證スルニ足  
 ル而シテ商事ニ於テ此ノ如ク證人ヲ用フルノ自由ナルハ蓋シ商業ハ迅速活潑ナル者ナレハ書證ヲ  
 作爲スルノ暇無キカ故ニ法律ハ商事ニ於テハ些少ノ制限ヲモ設ケス一般ニ證人ヲ以テ證スルヲ得  
 ル事ト爲スナリ

又茲ニ一箇ノ原則ノ在ル有リ如何シテ百五十「フランク」ト制限シタルヤノ問題是ナリ蓋シ法律ニ  
 テ此ノ如ク百五十「フランク」ト定メタル所以ヲ考フルコ百五十「フランク」以下ノ小金ニ係ル契約  
 ニ至テハ恰モ商事ノ契約ニ於ケルカ如ク往々急遽ヲ要スル者ナルカ故ニ書證ヲ作爲スルヲ要セス  
 ト明言シタルナリ且ツ又百五十「フランク」以下ニ係ル契約ハ往々細民ノ所爲ニシテ無學文盲ナル  
 者多シ既ニ無學文盲ナル者ナリハ一々書證ヲ作爲セサル可カラストセハ必ス公證人ニ依頼セサル  
 ヲ得ス既ニ公證人ニ依頼スル時ハ非常ノ費用ヲ要スルヲ奈何セン是法律ノ書證ヲ要セスト爲ス所  
 以ナリ

〔第一千三百四十二條〕

今元金ト利金ト合シテ百五十「フランク」ヲ超過スル時ハ證人ヲ以テ證スルヲ得サルナリ例ヘハ甲  
 者ニテ五十「フランク」ノ金額チ一ヶ年ヲ期シテ一割ノ利息ヲ以テ乙者ニ貸附ケタランニ辨濟ノ期  
 ニ至リ百五十「フランク」ヲ越ユルチ以テ證人ヲ用フルヲ許サス蓋シ債主ハ貸附ケノ初メニ元利共  
 ニ若干圓ト成ルヤチ計算シ其額百五十「フランク」ヲ越ユルヤ否ヤチ知了シテ若シ百五十「フラン  
 ク」ヲ超過スルニ於テハ必ス書證ヲ作爲セサル可カラサル等ナルニ其思慮此ニ出テサルハ其不注  
 意ナルニ非スヤ是亦條ニ記セズ所ノ原則ナリ

元利合シテ百五十「フランク」ヲ越ユルト雖モ債主ハ利息ヲ棄捐シテ元金百五十「フランク」ニ越  
 ヘサル時ニハ之ヲ證人ニテ證スルヲ得可キヤ是必ス然ルヲ得可キナリ抑利金ト元金トハ別物ナル  
 カ故ニ之ヲ分離シ一チ棄捐スルヲ得ルハ明カナリ然レハ彼ノ一箇ノ負債タル百五十「フランク」以  
 上ノ元金ノ如キハ其一部ヲ分配シテ百五十「フランク」以下ト爲シ證人ニテ之ヲ證スルヲ得サルナ  
 リ

〔第一千三百四十三條〕

今債主有リテ百五十「フランク」以上ノ金額ヲ出訴シタリ固ヨリ書證有ラサレハ人證ヲ用ヒサルチ  
 得ス然ルニ例ノ制限ヲ越ユルヲ以テ人證ノ許可ヲ得大因テ出訴ノ金額ヲ減シテ百五十「フランク」  
 以下ト爲シタル時ノ如キハ縱令金額ハ減少シテ制限ニ適フト雖モ證人ヲ以テ證スルヲ得サルナリ  
 然レハ狡猾ナル債主ハ奸計ヲ用ヒ初メヨリ百五十「フランク」以上ノ額ヲ減シテ百五十「フランク」  
 以下ト爲シテ而シテ裁判所ヘ出訴スル者有ラン此場合ニ於テハ如何ノ方法ヲ以テ此奸計ヲ發見シ之  
 ヲ防止スルヲ得可キ哉

今假リニ債主ハ右ニ云フ如ク出訴ヲ爲シタリトセンニ債主ハ必ス證人ヲ用ヒテ債權ヲ證セサル可  
 カラス果シテ然ラハ證人ノ義務ハ事ノ眞實ヲ供述スルニ在レハ眞ニ百五十「フランク」以上ノ負債  
 タルハ際スルナル可シ既ニ百五十「フランク」以上ノ負債タルノ明白ナルヲ得ハ原告人ハ自カラ證  
 人ヲ供シテ忽チ失敗ヲ取ル可シ  
 余曾テ佛蘭西ニ在テ諸生ニ問フニ此防止策ヲ以テゼシニ大槪諸生ノ所見ニハ義務者自カラ百五十  
 「フランク」以上ノ負債タルヲ陳シテ以テ債主ノ要求ヲ却退ス可キナリト是防止ヲ求メテ却テ害ヲ  
 招ク者ナリト云フ可シ抑債主ニテ百五十「フランク」以上ノ負債有リト陳言スルハ是白狀ヲ爲ス  
 者ナリ既ニ白狀自認スレハ負債ノ證之ヨリ善キハ莫シ負債主ハ其額ノ眞辨ヲ宣告セラル可シ故ニ  
 白狀ハ奸計防止ノ用ヲ爲サスニテ却テ負債主ニ禍タルニ至ル者ナリトス

〔第一千三百四十四條〕



甲者有り千圓ヲ乙者ニ貸附シ證書ヲ作ラサル時ニハ其現金或ハ一部分ノ金銀總百五十「フランク」以下アリト雖ハ人證ヲ以テ之ヲ證スルヲ得サルナリ  
此ニ復人証ヲ制限シタルノ理由ハ證人ノ收賄ヲ恐ル、ニ在ラサルヲ證明スルニ足ル何トナレハ若收賄ノ弊ヲ恐ル、者トセハ百五十「フランク」以下ノ金銀ナルカ故ニ人證ヲ許サ、ル可カラサルニ之ヲ許ルサル、ハ全ク訴訟ノ増加ヲ恐ル、ニ在レハナリ  
諸君或ハ云ハシ人證ヲ制限シタルハ訴訟ノ増加ヲ恐ル、ニ在ルヲ證明ス可シト雖ヒ今大金ノ殘額ナル其一部分等ニ就テ出訴スル者有ラハ是既ニ法庭ヲ煩ハスニ非スヤ果シテ然ラハ訴訟増加ヲ防止スルノ效何クニ在ルヤト曰然レハ既ニ原告人ハ前コ云フ如ク法庭ニ訴ヘテ失敗ヲ取ル有ラハ是他ノ詞訟人ノ爲メニ好事例ト成リ妄リニ詞訟ヲ起ス者有ラサルニ至ル可キナリ故ニ大ニ詞訟ヲ簡ニスルヲ得可シ

第六十四號 明治十一年十二月六日

井田 鐘次郎 筆記

〔第一千三百四十五條乃至第一千三百四十六條〕

本條ハ訴訟ノ増加セシテ避ケンカ爲メノ新規則ナリ而シテ其像見セル所ハ貸主權數多有りテ其額ノ皆百五十「フランク」以下ニ居ル場合ナリ此時ニ於テハ本來ノ規則ニ照合スレハ何レモ人證ヲ以テ證スルヲ得可キ者ナリ然ルニ此第一千三百四十五條ハ之ニ制限ヲ立テ其合額百五十「フランク」以上ニ至ル時ハ人證ヲ用フルヲ許サスト云ヒ又次キノ第一千三百四十六條ニ於テ此制限ヲ確保センカ爲メ證書ノミヲ以テ證シ得サル數多ノ貸主權ヲ請求スル訴ハ必ス同一ノ訴狀ヲ以テ之ヲ爲ス可シ而シテ其訴ノ終リシ後ハ自餘ノ貸主權ハ百五十「フランク」以下ノ者ト雖ヒ人證ヲ用フルヲ得スト明言セリ此二箇ノ規則ハ相連屬シテ離ル可カラサル者ニテ二者皆訴訟ノ増加セシテ防クノ目的ヲラサルハ無キナリ法文ニハ第一千三百四十五條ヲ先ニ第一千三百四十六條ヲ後ニスレハ余ハ却テ此順序ヲ顛倒シ第一千三百四十六條ヲ先ニスルヲ至當ノ事ト思ヘリ

人有り數多ノ貸主權ヲ有スルモ其組合シテ百五十「フランク」以下ニ居ル時、最モ之ヲ別段ノ證明有ルヲ要セシテ唯人證ヲ以テ之ヲ證スルヲ得ルナリ然レハ此人若ク同一ノ義務者ニ對シテ借主權ト合シテ百五十「フランク」以上ニ至ル金高ナ更ニ貸渡ス時ハ假令其更ニ貸渡シタル金高百五十「フランク」以下ナリト雖ヒ必ス其貸金ノ證書ヲ取ラサル可カラス然ラサレハ還シ人證ヲ以テ其貸金ヲ證スル能ハサルニ至ル可キナリ例ヘハ初メコ五十五「フランク」ヲ三度ニ貸渡シ而シテ四度目ニ又五十「フランク」ヲ貸渡シタリ因テ其總高二百「フランク」ニ至レリ然ル時ハ二百「フランク」中、人證ヲ用ヒ得ル者幾許ナルヤ曰ク百五十「フランク」ニ過ク可カラス而シテ残りノ五十「フランク」ニハ人證ヲ用フル能ハス隨テ之ヲ請求スルノ權利ハ裁判所ニ於テ伸張シ得サルニ至ラン何トナレハ此第一千三百四十五條有リテ百五十「フランク」ノ限界ヲ超過スレハ人證ヲ用フルヲ得スト云ヒ第一千三百四十六條ハ證書ヲ以テ證スル能ハサル數箇ノ貸主權ハ皆同一ノ訴狀ヲ以テ之ヲ請求ス可ク而シテ之ヲ請求シタル後ニ於テハ他ノ貸主權ヲ證スルニ人證ヲ用フルヲ得スト云ヘルヲ以テナリ觀ル可シ最後ニ貸渡シタル五十「フランク」ハ證書ノ力ニ因ルニ非スシテ之ヲ失フニ至ル可キナリ

茲ニ一事ノ問ニ附ス可キ者有リ最初五十「フランク」ヲ貸渡スニ四回及ヘリ次キニ又百「フランク」ヲ貸渡シタリ然ル時ハ百五十「フランク」以下ニ人證ヲ許セルヲ以テ其貸金中コテ百五十「フランク」ヲ人證ニテ證スルヲ得ルヤ曰ク否人證ヲ用フルヲ得ルハ唯最初ノ二箇ノ貸金カ最後ノ貸金ノ一ノミニ過ク可カラス故ニ百「フランク」ノミナリ而シテ他ノ百「フランク」ハ之ヲ證スル能ハサルナリ若シ夫レ此ノ場合ニ於テ百五十「フランク」ヲ要求スルヲ得可シトスル時ハは一箇ノ貸主權ノ一部ヲ人證ニテ證スル者ナリ然ル時ハ第一千三百四十三條ノ載スル所ノ原則ニ戻ルニ至ラン是百五十「フランク」ヲ要求スルニ於テハ一箇ノ貸主權ヲ二分シテ之ヲ裁判所ニ訴フルト事相同シケレハナリ第一千三百四十四條ニモ亦之ニ類似セル場合ヲ掲ケ而シテ元金ト利息トヲ合シテ百五十「フランク」ヲ超過スル時ハ人證ヲ用フルヲ得スト云ヘリ是右ノ場合ト殆ト其趣向ヲ一ニセリ



前段ノ規則ニ例外トス可キ者有リ即チ相續贈遺又ハ其他ノ方法ニ因テ人ユリ貸主權ヲ得タル時は是ナリ此時ニ於テハ數多ノ貸主權有リテ相合シテ百五十「フランク」以上ニ至ルト雖モ亦人氣ヲ用フルヲ得可ク例ヘハ余ノ父ニテ或人ニ百五十「フランク」ヲ貸渡シタリ然レモ余モ亦此人ニ百五十「フランク」ヲ貸渡セリ其後父死シ余之ニ相續セリ此場合ニ於テハ余ハ父ノ百五十「フランク」ノ貸主權ト余ノ五十「フランク」ノ貸主權トヲ同時ニ人証ニテ證スルヲ得ルナリ其故何シヤ曰ク法律ハ元來訴訟ノ増加セシムルヲ恐ルカ故ニ人証ヲ百五十「フランク」以下ノ事物ニ限レリ又此第一千三百四十五條第一千三百四十六條ヲ設ケタルナリ然レモ是故テ爲シ難キノ事ヲ命スルニ非ズ唯證書ヲ取ルヲ得可キ時ニ命スルノニ故ニ百五十「フランク」以上ノ金高ヲ貸スニ當リ證書ヲ取ラサル時ハ法律ノ命令ニ循ハサルト云フヲ以テ其貸金ヲ人証ニテ證スルヲ聽サハルナリ然レモ今ノ場合ニ於テハ金額ヲ貸渡シタル者ニ名ニシテ何レモ法律ノ命令ニ循ハサル者有ル無シ何トナレハ百五十「フランク」以下ノ金額ヲ貸渡シタルノニシテ後ニ二箇ノ貸主權ノ一人ニ併合シタルハ全ク他ノ事故有リテ致ス所ナレハナリ是本條ニ於テ此例外有ル所以ナリ

〔第一千三百四十七條〕

前數條ニ普通ノ原則ハ總テ人証ヲ百五十「フランク」以下ニ限レルコ在ルナリ百五十「フランク」以上ノ事物ニ付テハ證書又ハ其他ノ證據有ルニ非ンハ裁判所ニ於テ其證ヲ立ツル能ハサル者トス是法律ノ制限ナリ然レモ余ハ度々此制限ハ普通ノ規則ニシテ其例外ナル者即チ百五十「フランク」以上ノ事物ト雖モ人証ヲ用ヒ得ル場合有ル事ヲ云ヒタリシカ本條ノ如キ即チ其一ナリ何トナレハ本條ハ「證據ノ端緒有ル時ハ前數條ニ記シタル規則ト異ナリトス」ト云ヘハナリ  
證據ノ端緒何物ゾルヤハ本條ノ第二項ニ之ヲ舉ク其文ニ曰ク「證據ノ端緒トハ原告人ノ訴フル事柄ヲ正實ナルト思料スルヲ得可キ所ノ被告又ハ其名代人ノ記シタル書面ヲ云フ」故ニ被告ノ延期ヲ原告人ニ乞ヒタル書面又ハ減額ノ事ヲ乞ヒタル書面ノ如キハ皆證據ノ端緒ナリ  
法文ニ原告人ノ訴フル事柄ヲ正實ナルト思料スルヲ得可キ云々ノ書面ト有ル其事柄トハ唯原告

人ノ指示シタキ事例ヘハ何某ヨリ取ル可キノ金額有リ若クハ何某ニ何ノ義務ヲ負カセタリト云フカ如キテ指スノミニテ敢テ義務ノ額ヲモ包含スル者ニハ非サルナリ義務ノ額ノ如キハ證人有リテ之ヲ供述ス可キナリ若シ被告ノ記シタル書面ニテ義務ノ額ノ明ナルニ於テハ是完全ノ證據ナリ何シ他ニ證人有ルヲ要セシヤ  
又正實ナリト思料スルヲ得可キト云フニ至リテハ多ク原被雙方ノ申立ツル事柄ノ摸樣ニ管スル者ト雖モ要スルニ皆裁判官ノ斟酌スル所ニ管セサルハ無シ故ニ例ヘハ原告人ノ訴ヲ起シタルニ當リ被告ノ於テ自己ニ義務有ル旨ヲ述ヘ而シテ延期ヲ乞フカ如キ事有ラハ假令其義務ノ額ニ付テ紛議有リトモ裁判官ハ原告人訴フル所ノ事柄ヲ正實ナリト思料シ斟酌シテ証人ヲ用フルヲ許ス可キナリ

本條ニ「前數條ニ記スル所ノ規則ト異ナリトス」ト云ヘル語有リ此語ハ本條述フル所ノ規則ハ前數條ノ例外ナリト云フヲ示スナリ然レモ余以爲テク本條ハ前ニ記セル各條ノ例外ニ非スト前數條中ニモ本條ニ因テ例外ヲ受ケサル者無キニ非ス即チ第一千三百四十六條ノ如キ是ナリ其文ニ曰ク「証書ヲ以テ證ヲ立テサル數箇ノ貸主權ニ付テノ訴ハ其貸主權ノ種類如何ナルヤヲ問ハス一通ノ訴狀ヲ以テ之ヲ爲ス可ク但シ其訴狀ヲ相手方ニ送りタル後ハ證書ヲ以テ証ヲ立テサル其他ノ貸主權ノ訴ヲ爲スト雖モ裁判所ニテ之ヲ許サス」ト其証書ヲ以テ證ヲ立テサル數箇ノ貸主權トハ證書ノ力ノミヲ以テ證スルヲ得サル者ナリ故ニ百五十「フランク」以下ノ貸主權ト雖モ其成立後ニ於テ他ノ數箇ノ相合シテ百五十「フランク」ニ至リシ貸主權ニ付テ訴ヲ起シタル上ハ假令證據ノ端緒有ルモ證人ヲ以テ其證ヲ立ツル能ハサル可シ況ヤ百五十「フランク」以上ノ貸主權ニ於テチヤ然ルニ本條ハ百五十「フランク」以上ノ貸主權ト雖モ證據ノ端緒有ル上ハ證人ヲ以テ之ヲ證スルヲ得ルト云ヘリ是本條ハ第一千三百四十六條ノ例外ニ非スシテ彼ノ前數條ノ規則ト異ナリト云ヘル語ノ當ラサルヲ知ル可シ  
法文ニ此ノ如ク前後齟齬スル處有ル所以ヲ尋スルニ蓋シ民法編纂ノ時ニ當リ初メ其草案ヲ制セ



カ第千三百四十六條ノ文詞ハ職ヒテ其草案ノ中ニ在ラザリシナリ然ルニ後日ニ至リ更ニ此ノ文詞有ラスンハ他ノ條ノ殆ント效ノ生スル無キニ至レル者有リト云フノ議起リ因テ之ヲ第千三百四十五條ト第千三百四十七條トノ間ニ挿ミシナリ是法文ニ齟齬スル處有ル所以ナリ然レハ第千三百四十六條ヨリ上ノ條々ハ皆本條ニ因テ例外ヲ受ケサルハ無シ是亦一々詳論ス可キナレハ法文ヲ一見シテ略察知スルヲ得可キカ故ニ余ハ敢テ之ヲ此ニ贅セス唯少シク解シ難キハ第千三百四十五條ニ於ケルカ如キナレハ聊靜意講究セハ其事得テ自カラ明カナル可シ何トナレハ同一ノ訴狀ニ記載シタル數箇ノ貸主權相合シテ百五十一「フランク」ヲ超過スルモ其中ノ貸主權ニ證據ノ端緒有ルニ於テハ証人ヲ用フルヲ得可ケレハナリ

〔第千三百四十八條〕

本條ニ於テハ權利者ノ證書ヲ得ル能ハサル場合ヲ示セリ此場合ニ於テハ人證一般ノ規則ニ例外ヲ設ケ百五十一「フランク」以上ノ事物ト雖モ亦人證ヲ用フルヲ許ス事トセルナリ  
夫レ法律ニ於テ百五十一「フランク」以上ノ事物ニ付テハ必ズ證書ヲ制定ス可シト命スルハ蓋シ契約ノ時證書ヲ得ルノ時問有ルヲ見テ然ルナリ若シ其時間無クハ何ソ證書ヲ取ルヲ得ンヤ又如何ノ證書ヲ取ルニ及ハンヤ何ントナレハ證書ヲ得ントスルモ能ハス又之ヲ取ラサルモ一モ過失トス可キ難無クハナリ是故ニ法律ハ本條ニ於テ凡ソ證書ヲ得難キノ情實有ル時ハ亦前數條ノ規則ニ異ナリトストテ公言シタルナリ義務者ニシテ其姓名ヲ手署スル能ハサル時ハ是證書ヲ得難キノ情實有ルナリ又公證人ニ公證ヲ乞フントスルニ當リ其公證人有ラサルハ是亦證書ヲ得難キノ情實有ルナリ其他手無クシテ書スルヲ得サル者有ル時又ハ證書ヲ制定スルニ紙筆ヲ缺ク時又ハ急迫ノ事有クテ證書ヲ制定スルノ間無キ時、如キモ亦證書ヲ得難キノ情實有ルナリ  
本條ニ於テハ證書ヲ得難キノ情實有ル四箇ノ場合ヲ舉指セリ

第一ハ「準契約犯罪及準犯罪ヨリ義務ノ生スル場合」ト云ヘル是ナリ人有リ契約無クシテ隨意ニ余ノ事務ニ管理シ又ハ余ノ義務ヲ辨償シ又ハ余ノ家屋ヲ補修シタリ然ル時ハ余ハ此人ニ對シテ其

費ヤセシ所ヲ悉ク辨償ス可キヲ義務有リ此義務ハ準契約ヨリ生シタル者ナリ人有リ余ニ傷ヲ蒙ラシメ又ハ余ノ物品ヲ奪掠シ又ハ余ノ榮譽ヲ害シタリ此時ニ於テハ此人余ニ債金ヲ拂フ可キ義務有リ是犯罪ヨリ生スルノ義務ナリ

準犯罪ニ至リテハ其成立スル固故意ニ出ツルニ非スシテ懈怠ニ出ツル者ナリ然レハ其成立他人ノ損害ヲ加フルニ根スルカ故ニ亦犯罪ト均シク義務ヲ生スルノ原因ト成ル可シ例ヘハ誤テ人ヲ傷シ又ハ人ノ家屋ヲ損シタルカ如キ是ナリ此場合ニ於テハ矢張り金高ヲ出シテ之ヲ償フノ義務ヲ負ハサルヲ得ス是準犯罪ヨリ生シタル義務ナリ

以上三ツノ場合ニ於テハ預メ證書ヲ得難キノ情實有ルハ一見シテ知ル可キナリ

第二「已ムテ得サル附託ヨリ義務ノ生スル場合」ト云ヘル是ナリ已ムテ得サル附託トハ意外ノ事變ニ遭逢シ附託ヲ爲サ、ラントスルモ能ハス附託ヲ受クル證人ヲ擇ハントスルモ其間無ク又他ニ物件ヲ移サントスルモ其方法無ク全ク已ムヲ得スシテ爲ス附託ヲ云フ例ヘハ火災崩潰騒亂破船等又時至急爲ス所ノ附託ノ如キ是ナリ

法文ニ「又ハ旅舎ニ宿シタル旅客其物件ヲ附託シタル時」ト有リ蓋シ法律ハ旅客ノ爲シタル附託ヲ以テ已ムテ得サルノ附託ト看做スナリ因テハ旅客ハ旅舎ノ主人ニ爲シタル附託ヲ證スルニ人證ヲ以テスルヲ得可シ是旅客ハ所用有リテ道路ヲ往來シ商業又ハ他事ヲ行フ者ナルヲ以テ旅舎ニ投シ其荷物ヲ預クルノ際一々證書ヲ得ントスルモ到底不都合ノ事ニ過キサレハナリ故ニ法律ハ旅客ノ爲シタル附託ヲ以テ已ムテ得サルノ附託ト看做スナリ然レハ若シ總テ旅客ハ人證ヲ用フルヲ得可シトスル時ハ或ハ無頼ノ徒由テ以テ詐偽ヲ企ツルモ知ル可カラサルカ故ニ法律ハ「其人ノ摸樣ト其時ノ景狀ト」ニ從テ定ム可シト云ヘリ而シテ人ノ摸樣ト時ノ景狀トハ裁判官ノ斟酌スル所ニ係ル例ヘハ旅客中ニモ近郊近在ニ徘徊シ機ニ乘シ惡計ヲ逞マシフスルカ如キ者法廷ニ出訴シ人證ヲ用ヒント企ツル時ハ裁判官之ヲ禁止シ命スルニ他ノ證ヲ以テスルヲ得ルナリ是誠ニ便法ト云フ可



第三ハ「證書ヲ記シ能ハサル意外ノ事ニ因テ契約シタル義務ヲ得可キ場合ト」云ヘル是ナリ此ノ場  
 合ハ例ヘハ火災ノ難ニ際シ「ボンブ」ヲ借受ケ破船ノ時修履ノ器械ヲ借受クルカ如シ實ニ此場合ニ  
 於テハ證書ヲ製セントスルモ其間無シ且ツ證書ヲ製セント欲スレハ契約ヲ爲スノ時無カル可キナ  
 リ  
 第四ハ「義務ヲ得可キ者抗拒ス可カラサル意外ノ事ニ因リ其證書ヲ失ヒタル場合」ト云ヘル是ナリ  
 權利者有リ當テ契約ヲ爲シタル時其證書ヲ取リ置キタリ然ルニ後意外ノ事有リテ遂ニ其證書ヲ失  
 フニ至レリ是權利者ニハ毫モ責ムヘキノ過チ無シ因テ法律ハ權利者ニ其證書ヲ失フタル事ヲ證セ  
 シメ其證ノ畢ルヲ待チ人證ヲ以テ其權利ヲ證スルヲ許スナリ

第六十五號 明治十二年  
 一月十五日

岩野新平 筆記

余ハ義ニ第千三百二十五條ヲ説クニ際シ一問題ノ突起スル有リシモ之ヲ説明セシテ第千三百四  
 十七條ヲ講スル時ニ至リテ辯説セント約シタルニ前會第千三百四十七條ヲ講スルニ當リテ圖ラヌ  
 之ヲ遺忘シタリ故ニ今其問題ヲ掲ケテ前約ヲ履マントス  
 右ノ問題トハ私證書ノ其正本一通ナル時ト雖モ證據ノ端緒ニ供スルヲ得可キヤ否ヤト云フ是ナリ  
 此問題ノ私證書ハ縱令一通タリト雖モ之ニ記スル事ハ完全ニシテ事實ヲシテ正實ナリト推測セシ  
 ムルニ足ル可キカ故ニ證據ノ端緒ニ供セラル可シトハ裁判例又ハ諸學士ノ決言スル者ナリト雖モ  
 余ノ異見ハ之ニ異ナリ蓋シ法律ノ私證書ニ數通ヲ要スル所以ハ結約者雙方ヲシテ各出訴シ得ルノ  
 方法ヲ保タシメンカ爲メナリ然ルニ今若シ一通ノ證書ノミヲ作り之ヲ一方ノ結約者ニ所持セシム  
 ルニ於テハ此人ノヨハ出訴スルモ出訴セサルモ其隨意タル可シト雖モ他ノ一方ニ於テハ出訴ヲ爲  
 スニ何等ノ手段有ルヤ畢竟證書ヲ有スル者ノ專意ニ左右セラル者ト云ハサル可カラヌ是ヲ以テ  
 觀レハ一通ノ證書ハ能ク法律ノ意ヲ達スルヲ得サル者ナリ安ソ之ヲ證據ノ端緒ト爲スヲ得シヤ  
 之ヲ難スル者曰ハ「然ラハ則チ第千二百四十七條ハ單ニ片務契約ノミヲ適施ス可クニ雙務契約

ニハ適セサル者乎ト曰ク然レ蓋シ同條ハ雙務契約ニ付テ云フ者ナルカ將タ片務契約ニ付テ云フ者  
 ナルカチ明言セサル以テ其何レタルチ知ラサルカ故ニ只單ニ片務契約ニハ適施ス可キ者ナリ  
 ト云フモ決シテ不可無キカ如シ然リト雖モ雙務契約ニ過ズル場合無キニハ非ス夫ノ雙務契約ヲ證  
 スル書面ノ或ハ晦澁ニシテ大切ノ事物ノ明瞭ナラサル時ノ如キ以テ同條ヲ適施スルヲ得可キナリ  
 然ラハ則チ難者ノ言其當チ得サルニ非スヤ

〔第二款 推測〕

〔第千三百四十九條〕

證據ヲ講スルノ初會ニ於テ總テ證據ハ推測ナリト述ヘタリ其故ハ證人證推測及ヒ誓詞ニ於テ  
 ハ皆多分ノ意有リテ決シテ確實ナルニハ非カルチ以テナリ例ヘハ公正證書ニ於ケルカ如キモ其證  
 スル事件ハ一々確實ナルチ保ス可カラズ隱微有ルモ知ル可カラズ既ニ公證書ニ隱微有ル旨ヲ中立  
 ル者有リテ種々眞偽ヲ證スル手續キヲ爲シ然ル後其眞書タルチ知リ得タル者ナリト雖モ未ダ確實  
 ナル者ト云フ可カラズ唯々多分確實ナル可シト推知スルニ過キサルナリ私書ニ在テ其記者ノ之ヲ  
 自筆ナリト陳述スル場合モ亦然ルナリ又自狀ノ場合ニ於テ我ハ義務者ナリト陳スルモ或ハ眞ノ義  
 務者ニ非スシテ會テ其債主ヨリ恩愛ヲ受ケタル事等ノ有ルチ以テ聊カ報恩セント思ヒ偽ハリテ義  
 務者ナリト自陳シタルモ亦知ル可カラサルコト以テ自狀モ未ダ確實ノ者ナリト云フ可カラズ此ノ如  
 ク總テ證據ハ推測ナリト論スルモ理ニ於テハ不可ナル無シト雖モ實際ニ於テハ特別ノ證據ト推測  
 トヲ分別スルヲ以テノ慣習トセリ

此第千三百四十九條ノ推測ノ釋義ニ「推測トハ法律或ハ裁判官カ明知スル事實ヨリ未ダ知レサル  
 ノ事實ヲ惹出ス結果ヲ云フ」ト有リ是ハ茲ニ明知ノ事有ラシニ吾人ハ其明知ノ事ノ生存如何ヲ探  
 求スルニ非スシテ此事ヨリ他ノ未知ノ事實ノ生存スルヤ否ヤヲ探求スルニ在ルナリ例ヘハ途中  
 於テ醉人ニ逢ハ、此人必ス飲酒シタルナラント推測セン醉人ハ明知ノ事ナリ飲酒シタルヤ否ヤハ  
 未知ノ事ナリ此明知ノ事ヨリシテ飲酒シタルヤ否ヤヲ推知スルナリ又頃日ノ大試験ノ時ノ如キ證



君カ平日如何ナル勉勵ヲ爲シタルヤハ余ノ未ダ知ラサル所ナリ然レ其口ニ當テ諸君ノ答議ハ余ノ能ク明知スル所ナリ明知スル所ノ答議ノ可否ヲ以テ余ハ彼ノ未知ノ事ナル平常ノ勉勵如何ヲ推知スルヲ得可キナリ

法庭ニ在テ未知ノ事實トハ民事ノ時ニハ所有權ヲ有スルヤ否ヤ債主ナルヤ否ヤ又刑事ノ時ニハ此人ハ何々ノ所爲ヲ爲シタル本人ナルヤ否ヤノ事等ナリ而シテ之ヲ明知スルノ事實ハ文書類證人等ニ在リ證人ニテ之ヲ實見シタリト云フモ其實見ニ誤謬無シト云フ可カラズ故ニ其言未ダ確實ナルニ非スト雖モ唯多分確實ナル可シト推測スルニ過キス其他文書類證詞皆然ラサルハ無シ是本條ノ釋義ハ管ニ推測ニ適スル人ニミナラス又他ノ證據ニモ適ス可キナリ然レモ公私書證ナリ人證ナリ証詞ナリ之ヲ云ヒテ特別ノ證據トスルハ蓋シ是等ノ證據ニハ人ノ直チニ證スル有ルヲ以テナリ即チ公正證書ハ官吏有リテ其面前ニ經過スル事實ヲ親シク閱見シテ之ヲ記シ私證書ハ又筆記セシ白狀ニ異ナラサル者ナリ此ノ如ク人ノ直チニ證スルノ事ニ因リ法庭ニ於テ明知スルノ事實ハ則チ特別ノ證據ナリ若シ其明知ノ事實チシテ其他ノ事實ヨリ流出スル者ナラシメハ之ヲ單ニ推測ト稱スル者ト知ル可シ

以下本款ヲ分ツテ二節ト爲シ第一節ハ法律ノ推測ヲ述ヘ第二節ハ裁判官ノ推測ヲ述フ

〔第一節 法律ノ推測〕

〔第一千二百五十條〕

本條ニ曰ク「法律ノ推測トハ別段ノ法律ヲ以テ或ル所爲(譯書ニ證書ト有ルハ誤レリ)又ハ或ル事情ニ附スル者ヲ云フ」ト此ノ如ク法律ノ推測ヲ釋義シ下ニ於テ其適例ヲ揭示セリ  
適例中末項ニ於テ白狀ト誓詞トヲ掲ケタルハ法律ノ誤謬ナリ何ントナレハ白狀ト誓詞トハ特別ノ證據中ニ入ル可キ者ナルカ故ニ宜シク之ヲ推測中ヨリ除去ス可シ  
第一項ノ「所爲ノ模様ニ因リ法律ニテ規則ニ違背スル者ト推測スル所爲」ト云ヘルヲ解スルニハ先贈與其始ニ管スル規則ヲ挾セサル可カラズ法律ハ醫者ノ其治療ヲ施シタル病人ヨリ受クル所ノ贈與ハ無効ナリト公言セリ是醫者ハ贈與ヲ受ク可カラザルノ不能力者ニルヲ云フナリ蓋シ醫者ノ不能力ナル所以ハ法律ハ患者ノ氣力衰弱シテ無理ノ要求ヲ拒絕スル能ハス唯々諸々醫者ノ勢力ニ屬伏ナルヲ恐ルカ故ナリト推測スルヲ得可シ然レモ此推測ハ本條ノ云フ所ノ推測ニ非ス是ハ法意ヲ解明スル者ナリ且ツ第九百一十一條ノ第一項ニ推測ノ文字ヲ用ヒサルヲ以テ證ス可シ  
法律ハ此ノ如ク先ツ醫者ノ不能力者タルヲ公言シ次ニ其意ヲ承ケテ若シ患者ハ醫者ニ直チニ贈與セシメテ或ハ其婦又ハ子等ニ贈與スト雖モ其婦ヤ子ハ只取次人タルノミニシテ實ハ其父ノ受クル贈與ナリト推測シ以テ其贈與ヲ無効ト爲セリ之ヲ贈與ニ管スル法律ノ推測トス(民法第九百一十一條參看)

又再婚スル者ノ贈與ヲ新配偶者ニ爲スノ不能力タル事ハ記シテ第九百八十八條ニ在リ曰ク「夫又ハ婦前婚ノ子有リテ更ニ再婚ヲ爲ス時ニハ其前婚ノ子中ニテ最モ少量ノ財產ノミチ新配偶者ニ贈與スルヲ得可シ而シテ其部分ハ財產ノ四分一ヲ超過ス可カラズ」ト蓋シ法律ハ新配偶者ニテ其配偶者ノ前婚ノ子ヲ厭忌シ之ヲ敵視シ獨リ財產ヲ占有セントスルヲ豫防スルノ旨趣ナリ此ノ如ク新配偶者ノ贈與ヲ受クルノ制限ヲ立テ第九百九十九條ニ於テ法律ノ推測ヲ記シ凡テ新配偶者ニ贈與セカルカ如ク見セ掛ケタル者ニシテ此制限ヲ超過スル者ハ新配偶者ニ爲ス者ト推測シテ無効ト爲セリ贈與ヲ新配偶者ニ爲サ、ルカ如ク見セ掛ケルニハ種々ノ方法有リテ或ハ門番人又ハ家僕ニ爲スル可シト雖モ是等ノ人ニ在リテハ眞ニ新配偶者ニ贈與シタルヤ否ヤノ證據ヲ爲スニハ甚ダ困難ナルカ故ニ是等ノ人ノ身分ヲ以テ十分ノ推測ノ爲スチ得ス是ヲ以テ法律ハ第一千百條ニ於テ推測ヲ得可キノ場合ヲ規定シ即チ「前婚ノ子或ハ贈與ノ時配偶者ノ一方ノ預定相繼人タル親族等ノ贈與ヲ受クル有テハ是等ノ人ハ唯取次人タルニ過キスト看做ス」ト云ヘリ第一千百條ヲ讀テ其詳ヲ悉ス可シ

「第二項ニハ法律ニテ事情ニ因リ物品ノ所有主ナリ又ハ義務ヲ免カル、ナリト推測スル事ヲ云ヘリ  
所有者ナリト推測セラレ、ノ好事例ハ期滿得免ヨリ明カナルハ無シ即チ若干ノ時間物品ヲ所有ス



ル者ハ其所有者ナリト推測セラル、ナリ又義務ヲ免カレ、ノ推測ニハ期滿得免ノ例有リ即シ若志  
 年間債主ノ催促無キ時ハ義務ヲ免カレ、者ト爲ス是ナリ  
 又余ハ曾テ義務釋放ノ篇中第千二百八十二條及ヒ第千二百八十三條ヲ講スルノ際公私ノ証書義務  
 者ノ手ニ在ル時ニハ是義務ノ釋放(無報ニ義務ヲ免ルニ云フ)有リト推測ス可キニ非ス是義務ノ  
 消滅方法ノ一有リテ義務ヲ免レタルノ推測ヲ爲サ、ル可カラスト陳述シ且ツ此事ハ他日證據篇ノ  
 推測ヲ講スル時ニ當リ之ヲ陳述ス可シト云ヒタリ故ニ今此ニ之ヲ説明ス  
 茲ニ私證書ヲ有スル義務者有リ其證據ヲ有スルハ推測者ノ眞意ニ出ルカ將タ義務者ノ脅迫盜取ノ  
 惡業ニ出ルカヲ知ル可カラスト抑其義務ヲ免カレ、ニハ義務者ハ權利者ノ眞意ヨリ渡シタルヲ受取  
 ルヲ要ス可シ然レモ何ヲ以テ之ヲ證スルカ若シ夫レ權利者ノ書簡有リテ眞意有リテ之ヲ渡シタル  
 ナ明言スルカ如キハ勿論事ノ議ス可キ無シト雖モ此ノ如キ文書無キニ於テハ義務者ハ爲メニ失敗  
 ナ取ル可キカ否此ニ於テ義務者ハ權利者ヨリ其眞意ニテ證據ヲ受取リタルノ推測出ルナリ蓋シ推  
 測ハ善事ヲ想像ス可シテ惡事ヲ想像ス可ラズ推測ヲ攻破スルコトハ反對ノ證據ニテ敢テ之ヲ攻破  
 スルヲ得サルコトニ非スト雖モ其證據ニハ限り有リ因テ白狀誓詞ノ二者ニ非ラサレハ之ヲ攻破スル  
 ナ得ストス其之ヲ白狀誓詞ノ二箇ニ限ル所以ハ蓋シ法律ハ反對ノ證據ヲ以テ攻破シ得ルノ文字ヲ  
 掲ケサルカ故ナリ(第千二百八十二條參看)  
 茲ニ公正證書ノ寫本ヲ有スル者有リ其之ヲ有スル者ハ即チ義務ヲ免カレ、タルノ推測ヲ受ク可キカ  
 如シト雖モ未ダ義務釋放ノ推測ハ下ス可キニ非ス然レモ此ノ推測タルヤ反對ノ證據ノ在ルルコ  
 於テハ之ヲ攻破シ得ルナリ而シテ其反對ノ證據ハ私證書ノ時ノ如ク數ニ制限有ルニ非ス何トナレ  
 ハ第千二百八十三條ニ於テ反對ノ證據ヲ許スト明言セサルカ故ニ誓詞ナリ白狀ナリ其他何レノ證  
 據アリトモ盡ク之ヲ用ヒテ攻破スルヲ得可キナリ此ノ如ク公證書ニ於テハ反對ノ證據ニ制限無シト  
 雖モ私證書ニ至テハ白狀誓詞ノ二證ニ非サレハ反對ノ證據ト爲ス可カラサルノ差異有ルハ是私證書  
 ハ公證書ヨリ其力ノ強盛ナルヲ徵ス可キナリ(第千二百八十三條)

右ノ論辯ハ第千二百八十二條及ヒ第千二百八十三條ニ於テ論セサリシ者ナルヲ以テ此ニ論辯スル  
 此ノ如シ蓋シ義務者ニテ公私ノ證書ヲ有スル時ニハ之ヲ以テ義務者ハ義務ヲ免レタルノ證ト爲ス  
 可キ平將タ義務釋放ノ義務ノ釋放ヲ得タリトスル乎此分別ハ明解セサル可カラサルノ利益有リ之ヲ  
 シテ果シテ義務釋放有リトセンカ抑々釋放ハ贈與ニ等キカ故ニ其要件ヲ履踐スルニ非ラサレハ其  
 效能無カル可シ例ヘハ贈與スルニ不能力者ナル者ハ之ヲ受クモ亦不能力タルカ故ニ釋放ヲ得可  
 カラス若シ夫レ贈與ヲ爲スニ能力有ル者トスルモ自己ノ財產ハ盡ク之ヲ贈與スルヲ得可カラズ必  
 ス其子ノ爲メニ財產ハ幾部ヲ貯蓄セサル可カラサルカ故ニ釋放ヲ爲ス者モ亦此ニ着意セサル可カ  
 ラス然レモ若シ義務ノ釋放有リト推測セシメテ義務ノ消滅有リト推測スル時ハ此ノ如キ條件ヲ要  
 セサルナリ是之ヲ分別スルハ大利益有リト云フ所以ナリ

第六十六號 明治十二年 一月十七日 井田 鐘次郎 筆記  
 本會モ亦法律上ノ推測第千三百五十條ノ前會議シ終ラカリシ者即チ裁判ヲ適法ト爲スノ推測ヲ講  
 ス可シ

第三項ノ推測ノ事ニ管シテハ既ニ知り得タル者ハ裁判言渡ノ有リシ事ニテ未ダ知り得サル事ハ其  
 裁判言渡ノ正否ナリ既ニ知り得タル者即チ裁判言渡ヲ以テ未ダ知り得サル者即チ裁判言渡ノ正否  
 ナ法律ニ於テ推測スルナリ而シテ法律ノ推測スル所ハ裁判言渡ヲ以テ正ナリト看做スニ在リトス  
 今余カ輩ハ此推測ヲ以テ如何ナル場合ニ行ハル、カヲ辯陳セントスルナリ  
 人權若クハ物權ノ事ニ管シテ原告ノ問ニ起レル有リト假想セヨ此時原告ヨリ毫末モ間然ス可カ  
 ラサル證據ヲ出シ其申立ツル所ヲ主持セリ然ルニ若シ被告ニ於テ此訴訟ノ事ニ付テハ既ニ裁判ノ  
 言渡シ有リシト陳言シ其言渡書ヲ法官ニ呈スル時ハ法官ハ唯一見シタルニモニテ之ヲ適正ノ者ト  
 推量シ直チニ原告ノ訴ヲ斥ク可キナリ又何ノ其言渡書ノ當不當ヲ論スルヲ爲サンヤ是裁判  
 ナ適正ナリトスル推測ノ行ハル、一場合ナリ



裁判言渡ノ此ノ如ク推測ノ力ヲ生スルヲ以テ裁判言渡ノ效ト考フ可カラズ裁判言渡ニ付テノ推測ハ裁判言渡ノ效ニ非ス裁判言渡ノ效トハ使吏ヲシテ動産不動産ヲ差押ヘシメ以テ之ヲ執行スルノ謂ヒナリ裁判言渡ニ付テノ推測ハ其裁判ヲ適正ト看做シ反對ノ證有ルモ之ヲ破ルヲ許サ、ルヲ云フ故ニ裁判言渡ノ效ハ唯訴訟ノ手續ニ管スル者ナリ然ルニ彼ノ推測ハ何等ノ點ニ於ケルモ訴訟ノ手續ニ管スル無ク單ニ證據ノ列ニ加フルノミナリ

裁判言渡ノ此ノ推測ヲ生スルニハ其裁判言渡ノ取消スチ得サルニ至リシヲ要スル乎曰ク否凡ソ裁判ハ取消シ得サルノ時ニ至ラサルモ此ノ推測ヲ起スノ力ヲ生スル者ナリ例ヘハ原告人初審裁判所ニ於テ裁判ヲ受ケ之ニ不服ナルヲ以テ他ニ其取消シヲ求ントス然ルニ其旨ヲ控訴院ニ訴ヘスシテ他ノ初審裁判所ニ訴ヘタリ此場合ニ於テハ此初審裁判所ハ其訴ヲ斥ケテ受理セサルナリ蓋シ其然ル所以ハ初審裁判所ニ於テハ他ノ初審裁判所ノ裁判言渡ハ適正ノ者ト看做セハナリ是ニ由テ觀ル時ハ譯書ニ控訴ス可カラサル語有ルモ此語ノ其當ヲ得サルヤ明ナリ且ツ原本ニハ此ノ如キ語有テサルナリ讀者夫レ之ヲ諒セヨ

又控訴院ニ於テ負訴訟ト成リシ者ノ他ノ控訴院ニ向テ同一ノ事ヲ訴フルモ右ノ場合ニ於ケルト等ク裁判官ハ同一ノ理由ニ於テ此訴ヲ斥ケテ受理セサル可キナリ

余カ輩ハ此推測ノ緊要ナル所以即チ之カ眞理ニ適シ公益ニ基キ且ツ我社會ニ於テ缺ク可カラサル所以ノ理由ヲ證明ス可シ凡ソ裁判官ハ一國ノ仰テ以テ長トスル所ノ君主ノ命ニ因リ公ニ選ハレテ其職ニ任セラル、者ナルヲ以テ法律文學藝術ノ識ヨリ其他百般ノ事物ニ至ル迄皆通曉セサルハ無キ筈ナリ因テハ其規畫セル處斷モ亦法律ニ協ヒ實際ニ適スル者ト見認メサルヲ得サル可シ然リト雖モ人智ハ限り有リ數百ノ裁判中一モ誤謬ノ件無シト必スルヲ得ンヤ其證ハ初審裁判所ノ裁判言渡ニシテ控訴院ノ取消シチ受ル有リ控訴院ノ裁判言渡ニシテ破毀院ノ破毀ニ係ル有リ是其裁判言渡ノ處置ノ不當ナルニ因ル者ナリ以テ裁判言渡ノ履實理ニ適セサルヲ知ル可シ

既ニ裁判言渡ノ實理ニ適セサル有ラハ公益上ノ都合ニ因リ成丈ケ此憂ノ起ラサルヲ防カサルヲ得

是裁判所ニ二三ノ等級有ル所以ナリ故ニ初審裁判所ノ言渡ニ不服ナル時ハ則チ控訴院ニ其趣キチ訴ヘサル可カラズ又控訴院ノ言渡シテ不法ナリトスル時ハ則チ破毀院ニ之ヲ上告セザル可カラズ然ルニ控訴ヲ爲スチ肯シセシテ不服ヲ他ノ初審裁判所ニ唱ヘ又上告ヲ爲サスシテ不法ヲ他ノ控訴院ニ訴ヘ以テ更ニ裁判ヲ請フカ如キハ道理ト公益トニ合ハサルノ最モ甚クシキ者ナラスヤ且ツ若シ此ノ如キチ行フチ得可シトセハ同等ノ裁判所ヨリ意見ノ相反スル言渡シヲ爲ス有ル可シ例ヘハ權利者ニテ連帶ノ義務者ノ一人ニ對シ訴ヲ起シ又更ニ他ノ連帶ノ義務者ニ對シ他ノ初審裁判所ニ訴ヲ起シ而シテ此訴ノ受理セラレタルカ如キ是ナリ是ニ由テ觀ル時ハ同一ノ裁判所ニ同一ノ事ヲ再ヒ訴ヘ又ハ同等ノ裁判所ニ同一ノ事ヲ更ル々訴フルハ大ニ不可ナルヲ知ルヲ得可シ況ヤ此ノ事ハ他ニ二箇ノ公益ヲ害スルニ足ルチヤ何トナレハ若シ此事ノ行ハル、有ルニ於テハ一旦裁判言渡シチ受ケ因テ以テ權ヲ伸張シ得タル者ト雖モ異日又相手方ヨリ訴ヘラル、ノ恐無キチ保ス可カシサレハ毫モ安堵ノ思チ爲ス能ハサル可ク加之裁判所ハ爲メニ無數ノ訴ニ沮マレ遂ニ裁判事務ノ繁劇ナルニ遇ヒ隨テ經費モ夥シク増加スルニ至ランハ自然ノ果效ナレハナリ

余ハ同一ノ裁判所ニ再度訴フルチ得スト云ヒシカ是同一ノ事件ヲ再度訴フルチ得サルノ謂ヒナリ同一ノ人ト雖モ二箇殊別ノ訴ハ固ヨリ之チ同一ノ裁判所ニ爲スチ得可キナリ然レモ是ハ彼ト同一ノ事件ナリ彼ハ是ト同一ノ事件ニ非サルナリト鑑定チ爲スハ人ノ大ニ難シトスル所ナリ故ニ余ハ如何シテ二箇ノ訴ノ同一ナルヤ否ヤヲ知り得ルカヲ論セントス是第千三百五十一條ノ規畫スル所ナリ

〔第千三百五十一條〕

本條ノ第一句ハ裁判言渡ニ付テノ推測ハ目的ノ同一ナル訴ニ適スル旨ヲ述フルナリ今語ヲ換ヘテ云ハ、今日起リシ訴ト昨日起リシ訴ト同一ナルニ非スハ此推測ヲ當ツルヲ得スト云フノ場合ナリ

余ハ是ヨリ二箇ノ訴ノ同一ナルニハ何等ノ條件ヲ要スルカヲ論セントス其條件トハ即チ第一ハ願



訴ノ事物ノ同一ナル事第二ハ訴ノ由テ起ル原因ノ相等シキ事第三ハ訴ヲ起シタル者ノ同一ノ人ナ  
ル事第四ハ其訴ヲ起シタル者同一ノ分限ヲ以テ事ヲ行ヒシ事はナリ此四ツノ條件有ル時ハ必ス二  
箇ノ訴ノ同一ナルヲ知ル可シ然レハ第三第四ノ條件ハ詰リ一箇ノ旨趣ニ基キシ者ナレハ余ハ第四  
ノ條件ヲ除キ之ヲ第三ノ條件中ニ包含セシメ以テ該件ノ講説ヲ爲ス可シ  
抑該件ハ之ヲ解スル最モ難シトスル所ナリ是ヲ以テ余ハ敢テ之ヲ詳論セズシテ唯簡明ニ其事ノ  
如何ヲ陳述ス可シ且ツ余ハ講説上ノ都合ニ因リ第三ノ條件即チ訴ヲ起シタル者ノ同一ノ人ナル事  
ト云ヘル條件ヨリ説キ始メントス  
茲ニ甲者ヨリ乙者ニ對シテ起シ遂ニ裁判言渡ヲ受ケタリ此裁判言渡ハ控訴若クハ上告ス可カラ  
サルニ至ラハ甲者モ乙者モ亦之ヲ如何トモスル能ハサルナリ然レハ此ノ事ヤ唯甲乙二人ノ間ニ効  
有ルノミ他人ニ對シテハ其效有ルヲ得サル可シ余カ輩營テ契約ハ以テ他人ヲ害スル無ク又之ヲ利  
スル無シト云フ事ヲ見タルカ裁判言渡シモ亦之ト同一ニシテ決シテ他人ノ利害ニ係ルカ如キノ事  
ハ有ラサルナリ故ニ甲乙二人ノ間ニ取消ス能ハサル裁判言渡シ有リト雖モ其他ノ者例ハ丙者ハ  
更ニ之ニ反對ナル裁判言渡ヲ受クルヲ得可キナリ  
訴ノ由テ起ル原因ノ相均シキ事ト云ヘル條件ヲ説ク可シ甲者貸借ノ契約ニ因テ訴ヲ起シ以テ金額  
ヲ請求シタリ然レハ他ノ事件ニ付テハ再ヒ前ノ被告人ニ金額ヲ請求スルニ差支無シ是訴ノ目的ハ  
金額ナレハ其原因相同シカラサルヲ以テナリ唯甲者ノ再ヒ金額ヲ請求シ得サルハ一ニ之レカ貸借  
ノ契約ニ因テ訴ヲ起シタル時ニ過ク可カラズ何トナレハ同一ノ原因ヲ以テ同一ノ事ヲ訴フレハナ  
リ  
同一ノ人ニ對シ同一ノ原因ヲ以テ訴ヲ起スヲ得サルハ敢テ裁判所ノ異同ヲ問フニ及ハサルナリ前  
ニ訴ヘシ時ト後ニ訴フル時ト裁判所ヲ異ニスルモ其事何ソ異ナランヤ又前ニ訴ヘシ所外國ノ裁判  
所ナリト雖モ一旦其裁判ヲ受ケシ以上ハ最早同一ノ原因ヲ以テ同一ノ人ニ訴ヲ起スヲ得サルナ  
リ

訴ヲ起シタル者ノ同一ノ人ナル事ト云ヘル件ニ管シ吾人ノ最モ注意セサル可カラサル事有リ即チ  
訴ヲ起シタル者假令一箇ノ人ナルモ前ニ訴ヘシ時ト後ニ訴フル時ト其分限ヲ同フセサルニ於テハ  
其後ニ訴フル所ヲ適法トシテ受理セラル、ヲ得ル是ナリ例ハ後見人ノ如キ初メハ幼者ノ利益ノ  
爲メ其名前ヲ以テ訴ヲ起シ而シテ裁判言渡ヲ受ケシト雖モ後自己ノ名前ヲ以テ更ニ前ノ場合ト同  
一ノ事柄ヲ訴フルモ差支無シ何トナレハ前ニ訴ヘシ時ト云ヒ後ニ訴フル時ト云ヒ其訴ヲ爲シタル  
者ハ均シシ一箇ノ後見人ニ過キサレハ法律上ニ於テハ之ヲ一箇ノ人ト看做サ、レハナリ  
願訴ノ事物ノ同一ナル事ト云ヘル件ヲ論ス可シ凡ソ願訴ノ事物ニシテ其同一ナルヤ否ヤヲ知ルハ  
敢テ難キニ非サルカ如シト雖モ時有リテハ其事物ノ異ナルカ如クニシテ却テ然ラサル事無シトモ  
ス例ハ余會テ物件ヲ賣却セシヲ以テ其代價ヲ請求セシカ爲メ訴ヲ起シタリ然ルニ事成ラズシテ  
止ム此ニ於テ更ニ又賣買ノ契約ヲ解除セント訴ヘリ此二箇ノ場合ニ於テハ一ハ金額ヲ請求スルノ  
目的ニ出テ一ハ契約ヲ解除セント爲メノ目的ニ出ツルヲ以テ願訴ノ事物ハ各相異ナル者ノ如クナラ  
スヤ然レハ是唯外面ノ状態ノミナレハ能ク本ヲ尋テ推ス時ハ其事物ノ毫モ異ナラサルヲ知ル  
可シ何トナレハ何レノ場合ニ於テモ雙務ノ契約ニ因テ生シタル權利ヲ行ント望ムニ外ナラサレハナ  
リ  
余ハ民法上ノ犯罪ヲ名義ト爲シ償金千圓ヲ請求シタルニ途ニ償訴訟ト成ルニ至レリ因テ又同上ノ  
名義ヲ以テ五百圓ヲ請求ス此ノ二箇ノ場合ニ於テハ願訴ノ事物ハ同一ナルヤ否ヤ曰ク同一ナリト  
セサル可カラサルナリ蓋シ請求ノ金額ハ其價額コソ違ヘ其償金タルニ至テハ則チ一ナレハナリ何  
ソ價額ヲ異ニスルヲ以テ願訴ノ事物ヲ異ナリト云フヲ得ンヤ且ツ裁判所ニ於テハ千圓ヲ請求スル  
者有ルニ過ハ、百圓ナリ貳百圓ナリ五百圓ナリ宜シク其見ル所ニ任セテ之ヲ増減スルヲ得可ク必  
スシモ其許與スル所チ千圓ニ限ルニ及ハサルナリ亦以テ價額ハ願訴ノ事物ノ異同ニ影響スル者ニ  
非サルヲ知ル可シ  
余最初ニ所有權ヲ得ント訴ヘ其目的ヲ達スル能ハスヲ止ム後更ニ又入額所得ノ權ヲ得ント請求



六此二箇ノ訴ハ皆同一ナル事物ヲ以テ其目的ト爲ス者ナリ因テ最後ノ訴ハ受理セラル、無シ  
 同一ノ原因ト云ヘル件ハ余既ニ之ヲ略陳セシト雖モ其中一二ノ重要ナル事ヲ洩漏セシテ以テ今又  
 重テテ之ヲ論ス可キナリ凡ソ訴ノ由テ起ル所ノ契約前後ニ相異ナル時ハ其原因モ亦必ス異ナル事  
 ト考ヘサルヲ得テ例ヘハ甲者有リ乙者ヲ義務者トシテ之ニ訴テ起シタルモ其事遂ニ成ラズ然レモ甲  
 者ハ此事ニ因リ敢テ之ヲ保證トシテ訴フルノ權ヲ失ハサル可シ是保證ノ契約ハ主タル契約ト別種  
 ノ者ナルヲ以テ訴ノ原因前後相同シカラサルカ故ナリ  
 甲者ハ乙者ヲ通常ノ義務者トシテ訴テ起シ其目的ノ達セサルヨリ又之ヲ連帶ノ義務者トシテ訴ハ  
 タリ此場合ニ於テハ其原因ハ何レモ同一ナル者ナリ  
 最初契約ヲ取消サント訴フルニ幼者ト云フヲ以テシ後更ラニ之ニ瑕疵有リト云ヒ以テ其取消シテ  
 請求ス此時ハ第二ノ訴ハ適正ノ者トシテ受理セラル、ニ至ル可シ此ノ事ニ付テハ余未ク異論有ル  
 大膽カサルナリ  
 最初ノ訴ハ物質上ノ錯誤ノ事ヲ以テシ第二ノ訴ニハ詐僞ノ事ヲ以テスルニ於テハ此ノ二箇ノ訴ハ  
 同一ノ原因ニ出テシト云フヲ得可キヤ曰ク此問題ニハ頗ル種々ノ論有リテ之ヲ解スル者其說ヲ一  
 ニセスト雖モ著述者多クハ此二箇ノ訴ヲ同一ノ原因ニ出テシト云ヘリ然レモ余ハ之ニ反シテ同  
 ノ原因ニ出テサル者ト論ス可シ何トナレハ詐僞ト云ヒ錯誤ト云ヒ皆均シク契約ノ瑕疵ナリト雖モ  
 而モ其瑕疵ノ種類ハ各相異ナル者ナレハナリ

第六十七號 明治十二年 一月廿二日 一瀬勇三郎 筆記  
 法律上ノ推測ニ管スル成條中第千三百五十條ト第千三百五十一條トハ既ニ前回ニ於テ精細之ヲ論  
 究セシ者ナリ、蓋シ此二箇條ハ共ニ制限ノ法文ニ非ス全ク例示ノ條規ナルヲ以テ法律上ノ推測ハ  
 此ニ記載セル者ノミニ止マラス尙他ニ諸多ノ者有ル可キハ推シテ之ヲ知ル可キナリ  
 【第千三百五十二條】

本條第一項ニ曰ク「法律上ニハ權稱ニ在ルモノハ推測ヲ受ルル者ナラズ」及「成爲ニ  
 殊更ニ本條ニ於テ法律上推測ノ實力ノ度量ヲ確定ナリ、蓋シ未ク嘗テ諸君ノ爲メニ諸說セザル者ナ  
 ズ

本條第一項ハ法律上ノ推測ヲ喚起スル者ハ別段他ノ證據ヲ備ヘ以テ其推測ヲ堅固ナラシムルニ及  
 マスト云フノ法意ナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ法律上ノ推測ハ他ニ補助ノ力ヲ借リシテ自カラ充備  
 ナル者ナルカ故ニ之ヲ彼ノ證據ノ端緒ヲ要スル人證ニ比シテハ遙ニ其右ニ出ルノ勢力有リト云ハ  
 サル可カラズ然レモ單ニ他ノ證據ヲ立ルニ及ハスト云フノ性質ノミヲ以テ直ニ法律上ノ推測ハ  
 他ノ諸多ノ證據ニ勝レル者ナリトハ斷言ス可キニ非サルナリ、別段他ノ證據ヲ要スル無ク自カラ  
 充分ノ勢力ヲ存スル證據ハ他ニ又數多行ル事ハ既ニ諸君ノ詳了スル所復徒ニ余カ辯解ヲ俟タズ  
 テ明カナリ、故ニ本條第一項ヲ識明シタル而已ニテ未ダ法律上推測ノ實力ヲ度量スルニ足ラズ  
 更ニ其第二項ニ及ヒ以テ之ヲ知ル可キナリ  
 第二項ニ曰ク「法律上ノ推測ニ因リ、事業ノ無効ナル事又ハ、出訴ヲ許サハル事ヲ法定セシ時ハ其推  
 測ニ反シタル證據ヲ立ルヲ許サス但シ之ニ反シタル證據ヲ立ルヲ得可キ旨ヲ別段法律上ニ定メタル時  
 ハ格別ナリトス又整詞若シクハ自認ニ付テハ規則モ亦例外ナリトス」此法文ニ因テ始メテ法律上  
 ノ推測ニハ遠ク諸多ノ證據ノ及ハサル所ノ實力有ルヲ詳認スルヲ得可キナリ  
 何レノ證據タルヲ論セス凡ソ其實力ヲ測量スルハ唯之ヲ攻破スルヲ方便ノ多少輕重ヲ鑑定スルニ  
 在ルノミ、攻破ス可キ方法多キ證據ハ其勢力必ス輕弱ナリ、之ニ反シテ其方法少キ者ハ其勢力モ亦  
 必ス重強ナラサル無シ  
 今此原則ニ基キ法律上推測ノ實力ハ果シテ如何ナルヤヲ論定セシコト法律ハ第千二百五十二條第二  
 項ニ於テ斷然凡ソ法律上ノ推測ニ因リ、事業ノ無効ナル事若クハ出訴ヲ許サハル事ヲ法定セル時  
 ハ其推測ノ反證ヲ用フルヲ許サス」ト云フノ明文ヲ揭示セリ、之ヲ以テ直ニ其重強ナル實力ハ  
 定度ヲ測量スルニ足レリ



本文中「事業ノ無効ナル事」トハ蓋シ彼ノ第一千三百五十五條第一項ノ場合ヲ指示シタル者ナリ其文ニ曰「凡ソ事業ノ旨趣ニ因リ法律ニ違背シタル事ヲ推測シ以テ其効無キ旨ヲ法律上ニ定ムル事業」ト此場合ニ於テハ最早其推測ヲ攻破ス可キ方法無シト云フヲ以テ原則ト爲ス

又出訴ヲ許サザル事トハ即チ彼ノ期滿得免ノ權ヲ得タル者若クハ既ニ裁判ヲ經タル事等ヲ指示シタル者ナリ又第一千二百八十二條ニ記載セル所ノ權利者ノ意ヲ以テ私證書ノ正本ヲ渡シタルニ因リ義務者其義務ノ釋放ヲ得タル場合モ亦此出訴ヲ許サザル事ノ一例ナリ更ニ其反證ヲ立ツルヲ許サズ

今本項ノ但書ニ移テ之ヲ觀ルニ其第一段ニ因レハ「別段其推測ニ反對ノ證據ヲ立ツルヲ得可キ旨ヲ法律上ニ定ムル時ハ格別ナリトス」ト云フ蓋シ又當理ノ制條ナリ其例證モ亦甚ダ多シトス

先ツ第一千二百八十四條ノ如キハ即チ其一例ナリ該條ハ既ニ諸君ノ瞭知スル所ナルヲ以テ之ヲ再說スルハ徒勞ナリ宜シク本文ニ付テ其反對ノ證據ヲ認許シタル所以ノ詳細ヲ熟了ス可シ其他又反對ノ證據ヲ立ツルヲ得可キ推測ノ例證ヲ舉示セシモノ第三百十二條ハ夫婦婚姻中ノ子ニ付キ父系ニ定ムルノ推測有リ又第七百二十條ハ同難ニ罹リタル死者ニ管シテ年齡及ヒ男女ニ從テ死去ノ先後ヲ定ムルノ推測有リ又期滿得免ノ要件ニ管スル諸條中先ツ第一千二百三十條ニハ物件所有及ビ占有ノ推測有リ又第一千二百三十一條ニハ他人ノ爲メニ物件ヲ占有シタルノ推測有リ

又第一千二百三十四條ニハ連續シテ物件ヲ占有シタルノ推測有リ

以上此等ノ推測ノ實力ニハ固ヨリ大同小異ノ別有リ或ハ實力ノ重強ナル者有リ或ハ實力ノ輕弱ナル者有リテ各其度量ヲ別ニシ其趣向ヲ異ニスト雖モ悉ク多少ノ反證ヲ認許シテ以テ之ヲ攻破スルヲ得可キハ右掲指シタル各法條ニ因テ明瞭ナリ

又諸君ノ爲メニ傍ラ一言ス可キ事有リ期滿得免ノ諸要件ハ尙其反對ノ證據ヲ立テザル限リハ悉ク推測ヲ以テ之ヲ確定ス可キ事ハ以上既ニ說明セシ所ナリ以テ明カナリト雖モ彼ノ然ラズ物作ヲ占有ス可シト云フノ事ニ至テハ法律上未ク管シテ之ヲ推測スルト云フノ條文無キ蓋シ諸君ノ疑

タル所ナラシハ是果シテ法律ノ缺文ナリト云フ可キ乎將テ他ノ理由有リテ然ル乎尚諸多ノ要件ト等一ノ推測法ヲ恰用シテ之ヲ確定ス可キ者ナル乎又ハ其便法ハ決シテ之ヲ活用適施スル能ハザル者乎曰ク公然ト物件ヲ占有スルノ事ハ決シテ推測ヲ以テ之ヲ確定ス可キ者ニ非ザルナリ法律ノ管テ其明文無キハ蓋シ故有リテ然ルナリ何トナレハ常ニ公然タル事ヲ證スルハ之ヲ他ノ要件ニ比スレハ實ニ容易ノ事ニシテ必ス其證人ニ乏シカラサル可シ若シ果シテ其證人無キ時ハ是乃其占有ノ公然ヲササルノ確證ナリ

以上ノ辯解ニ由テ之ヲ觀ルニ凡ソ法律上ノ推測ニハ或ハ鞏固不拔ノ實力ヲ有スル者有リ或ハ其勢力輕弱ナル者有リテ各其趣旨ヲ異ニシ隨テ之ヲ攻破スルノ道モ亦相等シカラスト雖モ之ヲ大別シテ二箇ト爲シ第一何レノ反證ニ據ルモ更ニ之ヲ攻破ス可カラサル推測ヲ指シテ確強ノ推測ト云ヒ第二多少ノ反證以テ攻破シ得可キ推測ヲ總稱シテ輕弱ノ推測ト云フヲ以テ常慣ト爲ス

是ヨリ又法律上ノ推測ハ若干ノ反對ノ證據即チ誓詞若クハ自認ヲ以テ悉ク之ヲ攻破スルヲ得可キヤ否ヤヲ論定ス可シ

先ツ彼ノ裁判ヲ經タル事件及ヒ三十年ノ期滿得免ヲ過タル事件ノ如キハ敢テ誓詞若クハ自認ヲ以テ之ヲ攻破ス可カラサルハ固ヨリ法理ノ然ラシムル所ニシテ法律博士ノ諸說モ亦既ニ一定セシ者ナレハ徒ラコ之ヲ論辯セズシテ可ナリ殊ニ法文上ニテ誓詞或ハ自認ヲ以テ其推測ヲ攻破スルヲ得可シト命シタル場合モ是亦自カラ明瞭ナレハ更ニ之ヲ解說スルモ果シテ徒勞ニ歸ス可キナリ

特リ彼第一千三百五十五條第一節ニ記載セル法律ニ違背シタル事ヲ推測シ其効無キ旨ヲ法律上ニ定ムル行爲ニ付テハ法學士中或ハ誓詞及ヒ自認ヲ以テ之ヲ攻破スルヲ得ルト言ヒ或ハ決シテ其反證ヲ用フ可キニ非スト云ヒ諸說紛々互ニ其主張スル所ヲ固執スルノミニ止リ當今尙一着シタルノ說無キカ如シ然レハ余ハ應ニ第一論者ノ說ヲ採リ斷然右ノ場合ニ於テハ誓詞又ハ自認ヲ以テ其推測ヲ打破スルヲ得ル者ト云フ可シ請ラ左ノ一例ヲ以テ其詳細ヲ論セン

甲者有リ誓詞ナリ乙者ノ病ヲ診察セリ乙者生存中甲者ノ子丙者ニ贈遺シ後終ニ死シタリハ本例



不當ニ第千三百五十條第一節ニ適ス可キ者ナリ此場合ニ於テハ法律ハ全ク甲者ノ介入ヲ許スル者ト推測シ以テ之ヲ無効ニ歸セシムルト云フ、即チ第九百一十一條ノ明記スル所ナリ

是ヨリ右ノ例ニ付キ反對ノ證據ヲ立ルノ當否ニ論及シ先ツ彼ノ自認ヲ適用シテ之ヲ觀ル可シ、此時訴訟ヲ起ス可キ者ハ辯明申者ニ非ス又死人乙者ニ非ス必ス乙者ノ相續人丁者ニシテ甲者ノ子丙者ニ對スルノ詞訟ナル可シ、然ルニ丁者ハ第千三百五十二條ノ推測ノ外他ニ依ル可キ證據ヲ有ススト雖モ若シ丙者ヨリ其推測ノ反證即チ誓詞又ハ自認ヲ立ル能ハサル時ハ丁者ハ必ス其法律上ノ推測ニ因リ自カラ勝利ヲ得可キナリ

被告二人者ノ推理陳辯スル所皆能ク其度ヲ得終ニ原告人丁者ヲシテ其贈遺ハ決シテ介入者ノ名義ヲ以テ授受シタルニ非ス全ク丙者ノ爲メニ之ヲ行フタル者ナリト自認セシムル場合ニ於テモ尙丙者ノ敗訴ナリト云フ可キ乎、法律上ノ推測ハ敵手ノ自認ヲ以テ之ヲ攻破ス可カラスト爲ス可キ乎、曰ク否、余ハ固ヨリ其說ノ不當理タルヲ確信スルナリ、余ハ原告人ノ自認ハ決シテ之ヲ空無ニ歸ス可カラス、被告人ハ決シテ敗訴ス可カラス、法上ノ推測ハ必ス其自認ヲ以テ之ヲ攻破セサル可カラスト云フヲ以テ正當道理ノ主說ト爲ス

以上論陳セシ者ハ自認ヲ以テ法律上ノ推測ヲ攻破スルノ一證據ナリ今又誓詞ニ就テ之ヲ陳フル必ス同一ノ結果ニ至ル可シ、例ハ被告二人者ヨリ原告人丁者ニ向ヒ汝若シ自カラ其贈遺ハ必ス介入者ノ名義ヲ以テ授受セラレタル事ヲ確信セハ更ニ之ヲ誓フ可シ余ハ偏ニ其誓詞ニ任スルナリト發言シタルトセンニ、原告人果シテ其誓詞ヲ陳ヘタル時ハ被告二人ハ無論敗訴ス可シト雖モ、若シ之ニ反シテ原告人ハ更ニ被告二人ノ應セズ絶テ其宣誓ヲ爲スヲ拒ミタル時ハ尙其被告ノ敗訴ナリト云フ可キ乎、曰ク決シテ然ラサルナリ、必ス其原告人ノ失訴ト成ル可キナリ

以上ノ例證ニ由テ之ヲ觀ルニ、凡法律ニ違背シタル事ヲ推測シ以テ其効無キ旨ヲ法律上ニ定ムル行爲ハ悉ク其過手ノ自認若シハ誓詞ニ因リ其反證ヲ得以テ之ヲ攻破スルヲ得ルハ敢テ疑フ可キト非サルナリ此說モ主唱スルハ索ヨリ余一人ニ非シ他ニ同論ノ學士モ亦少シトモ、且ツ本條第千

三百五十二條終尾ノ文ニ「誓詞又ハ自認ヲ付テ規則ニ例外ナリトス云々」又自認ノ款第千三百五十六條第二項ノ文ニ「其自認ヲ爲シタル者ニ對シテハ之ヲ以テ證據ナリトス云々」又誓詞ノ款第千三百五十八條ノ文ニ「訴訟審判ノ誓ハ何レノ訴訟ニ付テモ之ヲ爲ス可キノ求テ爲スヲ得可シ云々」等ノ法條ニ付テ之ヲ觀ルモ果シテ余カ主說ノ虛妄ナラズシテ法意モ亦自カラ此ニ在ルヲ了知ス可キナリ

難者或ハ云ハマカ、子ハ此ノ如ク自家ノ持論ヲ主唱シ以テ自カラ其虛妄ナラサルヲ證スルカ如クナルモ之ニ因テ却テ自家ノ說ヲ駁スルニハ非スヤ、前段ニ第千三百五十八條ノ法文ヲ引用シテ以テ自家ノ主論ヲ確證セント欲セシモ奈何セン子ハ先キニ彼ノ裁判ヲ經タル事柄及ヒ三十年ノ期滿得免ヲ得タル事件ニ付テハ假令誓詞若シハ自認タリト決シテ其反證ヲ立ルヲ許ス可カラスト明言セリ、子カ說ハ前後相相齟齬スル者ナリト云ハサル可カラス、前說ヲ是トセン手、後說必ス非ナラサル可カラス、抑モ又他ニ理由有リテ然ル乎ト曰然リ、余カ主說ノ前後相異ナル所以ハ固ヨリ其理由有リテ然ルナリ、妄リニ之ヲ失當ナリト云フ可カラス、難者請フ能ク其事件ノ公私ヲ判シ輕重ヲ量リ以テ之ヲ觀ル可シ、自カラ其駁議ノ不當ヲ悟ルニ至ラン、蓋シ一旦既ニ裁判ヲ經タル事件及ヒ期滿得免ヲ過キタル事件ノ如キハ實ニ至重至要ノ事ニシテ社會ノ公益ニ管スル者ナリ、故ニ誓詞或ハ自認ニ因リ其反證ヲ立ルヲ認可スル時ハ果シテ其重要ナル公益ヲ毀傷シ遠ニ收拾ス可カラサルノ大弊ヲ醸スニ至ルチ免カレサル可シ、之ニ反シテ法律ニ背反シタル事ヲ推測シ以テ其効無キ旨ヲ法律上ニ定メタル行爲ノ如キハ定ニ輕少ナル事件ニシテ一個ノ私益ニ管スル者ナリ、前段ノ二大事件ト共ニ之ヲ論ス可キ者ニ非ルナリ、假令誓詞及ヒ自認ヲ用テ其反證ヲ爲スヲ許スモ獨リ其私益ニ管スルノミニシテ更ニ公益ニ大害ヲ及ボスノ恐無シ、是即チ余カ前後ノ論ヲ異ニスル所以ナリ

〔第二節 法律上ニ定メサル推測〕

法律上ニ定メサル推測ヲ稱スルニ常ニ異音同義ノ文詞ヲ使用シテ或ハ事柄ノ推測ト云フ、或ハ人(即チ裁判官)ノ推測ト云フ、其ニ法律上ノ推測ニ反對スルノ語ナリ



〔第一千三百五十二條〕

本條ヲ一讀スルニ事柄ノ推測ハ別段之ヲ法ニ記セス偏ニ其裁判官ノ遠識ト思慮トニ任スト云フノ語氣有ルヲ以テ裁判官ハ常ニ其事ヲ理スルニ當リ自斷專橫ナル所置ヲ行フノ恐レ有ルカ如シト雖此是決シテ然ラサルナリ、法律ハ自カラ裁判官ノ專橫ノ弊有ルヲ測知シ以テ豫メ其權限ヲ確定セリ「重大且ツ詳明ニシテ又符合シタル事柄ノ推測ニ非サレハ裁判官ハ之ヲ用フル能ハス」ト云フハ蓋シ裁判官ノ權限ヲ減殺シタル法條ナリ、凡ソ事柄ノ推測ノ重大且詳明ナルヲ考定スルハ全ク其裁判官ノ思慮ニ任托スルノ外他又依違ス可キ程式無シト雖此彼ノ符合ノ事ニ付テハ大ニ區別ス可キ者有リ事柄ノ推測單一ナル時ハ之ヲ以テ直チニ其事ヲ處理スルニ足レリト云フヲ以テ常例ト爲セ也若シ之ニ反シテ事實ノ推測數多ナル時ハ必ス其符合スルヲ要ス然ラサレハ妄リニ之ニ據テ其審判ヲ爲ス可カラサル者トス

以上論辯セシ者ノミコテハ未タ裁判官ノ專橫ナルヲ防クニ足ラサルカ故ニ法律ハ尙又其權限ヲ減殺スルノ一法ヲ按シ更ニ「人證ヲ許シタル場合ニ非サレハ其推測ヲ爲ス可カラス」ノ文ヲ附加シタリ、是其裁判官ノ權限ヲ限界シタルノ最モ大ナル者ナリ

夫レ人證ナル者ハ殊更ニ法律ノ之ヲ認許シタル場合ニ非サレハ妄リニ之ヲ適用スル能ハサルハ余ノ先キニ人證ノ款ニ於テ辯解論定セシ所ニシテ諸君猶之ヲ記憶ス可シ、事柄ノ推測モ亦然リ、事柄ノ推測ヲ行フコトハ必ス人證ヲ用フルヲ得可キ定限ニ依違セサル可カラス

證據ニ對抗シテハ證人ヲ用フ可カラス事柄ノ推測モ亦然リ證據ニ反シタル推測ヲ爲スハ法ノ認許セサル所ナリ、「百五十」ヲランク「以上ノ金額ノ殘金ヲ證スルニモ亦人證ニ據ルヲ得ス、事實ノ推測モ亦然リ之ヲ以テ其殘額ヲ證スルヲ許サス又實際證據ヲ得ル能ハサル場合若シハ百五十」ヲランク「以上ノ金額ト雖此證據ノ端緒有ル場合ニ於テハ人證ヲ以テ之ヲ證スルヲ得故ニ事柄ノ推測モ亦之ヲ用ルヲ得可キナリ其他諸多ノ要件ノ詳細ハ諸君宜ク人證ノ款ト共ニ相照顯ス可シ

本條ノ末文ニ「尤モ詐偽ノ原山ト爲シテ證據ヲ取消サント斷ツル時ハ格別ナリ云々」ノ文ヲ加ヘ

是無條ノ條文ナリ、何トナレハ若シ詐偽恐迫等ノ事有ル時ハ其事柄ハ固ヨリ證據ヲ以テ之ヲ證スル能ハス必ス證人ヲ用フ可キハ萬々理ノ然ラシムル所ナレハナリ、何シ徒ニ法條ニ明記スルヲ要シヤ

本回ヲ終ラント爲ルニ當リ尙一言ス可キ事有リ事柄ノ推測ニ管シテハ法律上嘗テ其反對ノ證據ヲ許ルヌヤ否ヤノ明文無シト雖此是ハ容易ニ決スルヲ得可キナリ

法律ハ固ヨリ此推測ヲ以テ彼ノ人證ニ比適スルノ旨趣ナルカ故ニ反對ノ許否ヲ判スルハ唯人證ニハ之ヲ法許有リシヤ否ヤヲ照視スルニ在ル而已、人證ニ其反對ヲ許ルニ時ハ事柄ノ推測ニモ亦必ス之ヲ許サル可カラス

第六十八號 明治十二年 一月廿四日

岩野新平 筆記

本會ハ猶推測ノ事ヲ復説セントス

推測ニ五等有り其五等ハ素推測ノ證力ノ度ニ因リテ之ヲ分別スル者ナリ

第一ハ法律ノ完全推測ニシテ決シテ反對ノ證據ヲ許サル者ナリ其數ニ二有り裁判ヲ經タル者及ヒ三十年ノ大期滿(期滿ニ得權ト得免トノ二種有り)是ナリ

第二ハ法律ノ完全ノ推測ニシテ白狀ト誓詞トノ反對ノ證據ヲ許ス者ナリ此等級ニ入ルノ推測ハ第一千三百五十條ノ第一項六ヶ月、一ケ年、五ケ年ノ小期滿(第二千二百七十五條商法第百八十九條參看)及ヒ權利者ニテ隨意ニ義務者ニ私證書ヲ與ヘタル時是ナリ彼ノ三十年ノ大期滿ニ反對ノ證ヲ許サスニテ是等ノ小期滿ニ反對ノ證ヲ許ルニ蓋シ六ヶ月、一ケ年、五ケ年ノ期滿ノ如クハ其推測力ハ彼ノ三十年ノ大期滿ニ若カサルカ故ナリ是ヲ以テ第二千二百七十五條及ヒ商法第百八十九條ニハ小期滿ニ反對ノ證ヲ許スト明言セリ其反對ノ證ハ唯誓詞ノミニ限ルト雖此余ヲ以テ之ヲ觀レバ白狀モ亦反對ノ證ト爲スヲ得可シ

第三ハ中完全ノ推測ナリ中完全ノ推測トハ完全ノ推測ニシテ十分ノ勢力有ル者ト不完全ノ推測ニ



シテ勢力ノ最少ナル者トノ中間ニ推測ヲ云フナリ蓋シ此推測ハ強ハ強ナリト雖モ法律ハ特ニ反對  
 證據ヲ許容ス此等級ニ入ル者ハ第一千二百八十三條ハ權利者ニテ公證書ノ副本ヲ義務シテ渡シ  
 ル時又第三百十二條及第三百十三條ニ記スル父タルノ推測ノ如キ是ナリ此ノ如キ推測ノ反證ニハ  
 何レノ證據クリトモ之ヲ以テ攻撃スルヲ得可シ然レハ證人ヲ用フルカ如キハ一般ノ成規ニ從ヒ百  
 五十一條ヲシテ以下ノ金額ニ非ラハレハ許容ス可カラズ  
 第四ハ不完全ノ推測ニシテ都テ反對ノ證據ヲ許ル者ナリ此ノ等級ニ入ル者ハ第七百二十條  
 第七百二十一條及第七百二十二條ニ記スル所ノ相續ハ時先後存ノ推測ナリ此ノ推測ハ數人有  
 リテ同一ノ變事ニ死去スルノ時ニ在リト知ル可シ第二期滿得權ノ條件ノ推測ナリ此ノ推測ハ數人有  
 トハ期滿得權ヲ得ルニ必要ナル條件ヲ云フ例ヘハ不動產ヲ所持スル者ニハ所有者ノ名義平和ノ所  
 持及ヒ所持ノ斷絶無キヲ要スル是ナリ茲ニ若意ス可キ者有リ期滿得權ヲ直チニ推測スルトハ期滿  
 權ノ條件ノ推測トヲ分別セサル可カラズ此分別クルヤ之ヲ説明スルニ緊要ナルカ故ニ此ニ之ヲ數  
 符ス可シ余夫レ手ヲ見テ其何物タルヲ問ハ、手ヲ即チ掌ト指トニ由リテ成ル者ナリト答ヘン夫レ  
 此ノ如ク手ヲ分析スル時ニハ掌ト五指トヲ發見スルカ如ク期滿得權ニ至テモ亦然テハ掌ト五指ト  
 ニ期滿得權ヲ精細ニ知ラント欲セハ須ラシ其成ル所ノ元素ヲ求メサル可カラズ期滿得權ノ元素ハ  
 左ノ如シ  
 第一ハ所持スルノ事是ナリ所持ノ事亦數元素ニ由リテ成ル彼ノ平和ノ所持斷絶無キ所持及ヒ所有  
 者ノ名義有ル所持是ナリ抑人ノ手ノ強剛ナル所以ハ蓋數箇ノ元素相集合スルカ故ナリ然ルニ此數  
 元素ヲシテ各一分離シテ其動用ヲ爲サシムル時ニハ其勢力ノ些少ナル知ル可キナリ彼ノ期滿得權  
 人推測ノ勢力ニ至テモ亦然リ數元素相集合スルカ故ニ其勢力強剛ナルニ非ラズ余此比喩ノ太  
 確ナルヲ喜フ今茲ニ不動產ヲ所有スル甲者有ラン乙者來リテ此物ハ我カ所有スル所ナリ宜シ  
 之ヲ還付ス可シト取リ還シテ請求ヲ爲シ官廳ノ授付スル所ノ地券ヲ持テ來リ其所有權ヲ證スル有  
 事ハ甲者ハ何ヲ以テ之ヲ答ヘ得可キヤ甲者ハ三十年間期滿得權ノ要件ヲ備具シテ不動產ヲ所持ス  
 ルカ故ニ期滿得權有リト主張スルヲ得可キナリ然レハ甲者ハ素ニ期滿得免有ル旨ヲ主張スル  
 者ニ以テ可ナルニ非ラズ必ス期滿得權ノ要件ヲ備具スルヲ明證セサル可カラズ即チ甲者ハ先所有  
 者ノ名義ヲ以テ不動產ヲ所持スル事ヲ證セサル可カラズ甲者ハ之ヲ證センカ爲メニハ他ノ方法有  
 ルニ非ラズ唯所有者ノ名義有ルト云フ法律ノ推測ヲ陳述スルノ一法有ルニ此推測タル不完全ノ  
 推測ニシテ總テ反對ノ證據ヲ以テ攻撃シ得ルカ故ニ乙者ハ或ハ貸地ノ證書或ハ證人有リテ其眞ナ  
 ラサルヲ證スルヲ得可シ此證有ル以上ハ此推測ハ大ヒニ其勢力ヲ失スルナリ若シ又乙者ニ此如キ  
 反對ノ證據有ラサル時ニハ甲者ハ堂々法律ノ推測ヲ引據シテ期滿得權ヲ主張スルヲ得可キナリ  
 第二ハ右ノ如ク所有者ノ名義有ルヲ證シ畢ニタル後其證ス可キ者ハ期滿得權ノ起算ノ日はナリ起  
 算ノ月ヲ確證シタル後ハ法律ハ其日ヨリ今日ニ至ル迄些少ノ斷絶モ無ク不動產ヲ所持スル事ヲ推  
 測ス此推測タル又反對ノ證據有ル時ニハ十分ニ之ヲ破碎スルヲ得可キ者ナリ  
 第三ニ甲者ノ證セサル可カラサル者ハ平和ノ所持是ナリ平和ノ所持トハ甲者ノ所持中一人ノ口喙  
 ナ容ルハ者モ無ク又甲者ニ對シテ其不動產ニ管スル訴訟ヲ爲ス無キヲ云フ平和ノ所持ニ付テハ法  
 律上ノ推測無シト雖モ通常事物ノ順理ヨリ推ス時ニハ平和ナラサル可カラサルヲ以テ此推測ハ未  
 必要ナリ然レハ此推測ハ法ニ明文無キヲ以テ事實ノ推測ト云ハサル可カラズ  
 第四所持ノ公明ナルヲ要ス所持ノ公明ナル事ニ付テハ法律ノ推測有ラスシテ事實ノ推測有リ蓋シ  
 所持ノ公明ナルハ何人ナリトモ之ヲ知ルヲ得可キヲ以テ容易ニ證人ヲ得可シ既ニ證人ヲ得レハ又  
 何ソ法律ノ推測ヲ要センヤ證人ヲ以テ實際ニ之ヲ推測スルニ如カサルナリ若シ夫レ其證人ノ有テ  
 サルニ於テハ公明ノ所持無キ者ト看做ス可シ  
 第五ハ所持ノ斷絶無キ是ナリ所持ノ斷絶無キノ事ニ於テハ法律ノ推測モ事實ノ推測モ之有テサル  
 ナリ然レハ第一第二ノ要件ニハ法律ノ推測有リテ其勢力ハ反對ノ證據ヲ以テ破碎スル以上ニ非ラ  
 サレハ決シテ消滅スルニ非ラズ第三四ノ要件ニ至テハ法律ノ推測ハ無シト雖モ事實ノ推測之有リ  
 此ノ五要件ヲ備具スル以上ハ期滿得權ノ強勢ハ恰モ掌ト指トニ由リテ成ル手ニ勢力有ルカ如シ是

シテ勢力ノ最少ナル者トノ中間ニ推測ヲ云フナリ蓋シ此推測ハ強ハ強ナリト雖モ法律ハ特ニ反對  
 證據ヲ許容ス此等級ニ入ル者ハ第一千二百八十三條ハ權利者ニテ公證書ノ副本ヲ義務シテ渡シ  
 ル時又第三百十二條及第三百十三條ニ記スル父タルノ推測ノ如キ是ナリ此ノ如キ推測ノ反證ニハ  
 何レノ證據クリトモ之ヲ以テ攻撃スルヲ得可シ然レハ證人ヲ用フルカ如キハ一般ノ成規ニ從ヒ百  
 五十一條ヲシテ以下ノ金額ニ非ラハレハ許容ス可カラズ  
 第四ハ不完全ノ推測ニシテ都テ反對ノ證據ヲ許ル者ナリ此ノ等級ニ入ル者ハ第七百二十條  
 第七百二十一條及第七百二十二條ニ記スル所ノ相續ハ時先後存ノ推測ナリ此ノ推測ハ數人有  
 リテ同一ノ變事ニ死去スルノ時ニ在リト知ル可シ第二期滿得權ノ條件ノ推測ナリ此ノ推測ハ數人有  
 トハ期滿得權ヲ得ルニ必要ナル條件ヲ云フ例ヘハ不動產ヲ所持スル者ニハ所有者ノ名義平和ノ所  
 持及ヒ所持ノ斷絶無キヲ要スル是ナリ茲ニ若意ス可キ者有リ期滿得權ヲ直チニ推測スルトハ期滿  
 權ノ條件ノ推測トヲ分別セサル可カラズ此分別クルヤ之ヲ説明スルニ緊要ナルカ故ニ此ニ之ヲ數  
 符ス可シ余夫レ手ヲ見テ其何物タルヲ問ハ、手ヲ即チ掌ト指トニ由リテ成ル者ナリト答ヘン夫レ  
 此ノ如ク手ヲ分析スル時ニハ掌ト五指トヲ發見スルカ如ク期滿得權ニ至テモ亦然テハ掌ト五指ト  
 ニ期滿得權ヲ精細ニ知ラント欲セハ須ラシ其成ル所ノ元素ヲ求メサル可カラズ期滿得權ノ元素ハ  
 左ノ如シ  
 第一ハ所持スルノ事是ナリ所持ノ事亦數元素ニ由リテ成ル彼ノ平和ノ所持斷絶無キ所持及ヒ所有  
 者ノ名義有ル所持是ナリ抑人ノ手ノ強剛ナル所以ハ蓋數箇ノ元素相集合スルカ故ナリ然ルニ此數  
 元素ヲシテ各一分離シテ其動用ヲ爲サシムル時ニハ其勢力ノ些少ナル知ル可キナリ彼ノ期滿得權  
 人推測ノ勢力ニ至テモ亦然リ數元素相集合スルカ故ニ其勢力強剛ナルニ非ラズ余此比喩ノ太  
 確ナルヲ喜フ今茲ニ不動產ヲ所有スル甲者有ラン乙者來リテ此物ハ我カ所有スル所ナリ宜シ  
 之ヲ還付ス可シト取リ還シテ請求ヲ爲シ官廳ノ授付スル所ノ地券ヲ持テ來リ其所有權ヲ證スル有  
 事ハ甲者ハ何ヲ以テ之ヲ答ヘ得可キヤ甲者ハ三十年間期滿得權ノ要件ヲ備具シテ不動產ヲ所持ス  
 ルカ故ニ期滿得權有リト主張スルヲ得可キナリ然レハ甲者ハ素ニ期滿得免有ル旨ヲ主張スル  
 者ニ以テ可ナルニ非ラズ必ス期滿得權ノ要件ヲ備具スルヲ明證セサル可カラズ即チ甲者ハ先所有  
 者ノ名義ヲ以テ不動產ヲ所持スル事ヲ證セサル可カラズ甲者ハ之ヲ證センカ爲メニハ他ノ方法有  
 ルニ非ラズ唯所有者ノ名義有ルト云フ法律ノ推測ヲ陳述スルノ一法有ルニ此推測タル不完全ノ  
 推測ニシテ總テ反對ノ證據ヲ以テ攻撃シ得ルカ故ニ乙者ハ或ハ貸地ノ證書或ハ證人有リテ其眞ナ  
 ラサルヲ證スルヲ得可シ此證有ル以上ハ此推測ハ大ヒニ其勢力ヲ失スルナリ若シ又乙者ニ此如キ  
 反對ノ證據有ラサル時ニハ甲者ハ堂々法律ノ推測ヲ引據シテ期滿得權ヲ主張スルヲ得可キナリ  
 第二ハ右ノ如ク所有者ノ名義有ルヲ證シ畢ニタル後其證ス可キ者ハ期滿得權ノ起算ノ日はナリ起  
 算ノ月ヲ確證シタル後ハ法律ハ其日ヨリ今日ニ至ル迄些少ノ斷絶モ無ク不動產ヲ所持スル事ヲ推  
 測ス此推測タル又反對ノ證據有ル時ニハ十分ニ之ヲ破碎スルヲ得可キ者ナリ  
 第三ニ甲者ノ證セサル可カラサル者ハ平和ノ所持是ナリ平和ノ所持トハ甲者ノ所持中一人ノ口喙  
 ナ容ルハ者モ無ク又甲者ニ對シテ其不動產ニ管スル訴訟ヲ爲ス無キヲ云フ平和ノ所持ニ付テハ法  
 律上ノ推測無シト雖モ通常事物ノ順理ヨリ推ス時ニハ平和ナラサル可カラサルヲ以テ此推測ハ未  
 必要ナリ然レハ此推測ハ法ニ明文無キヲ以テ事實ノ推測ト云ハサル可カラズ  
 第四所持ノ公明ナルヲ要ス所持ノ公明ナル事ニ付テハ法律ノ推測有ラスシテ事實ノ推測有リ蓋シ  
 所持ノ公明ナルハ何人ナリトモ之ヲ知ルヲ得可キヲ以テ容易ニ證人ヲ得可シ既ニ證人ヲ得レハ又  
 何ソ法律ノ推測ヲ要センヤ證人ヲ以テ實際ニ之ヲ推測スルニ如カサルナリ若シ夫レ其證人ノ有テ  
 サルニ於テハ公明ノ所持無キ者ト看做ス可シ  
 第五ハ所持ノ斷絶無キ是ナリ所持ノ斷絶無キノ事ニ於テハ法律ノ推測モ事實ノ推測モ之有テサル  
 ナリ然レハ第一第二ノ要件ニハ法律ノ推測有リテ其勢力ハ反對ノ證據ヲ以テ破碎スル以上ニ非ラ  
 サレハ決シテ消滅スルニ非ラズ第三四ノ要件ニ至テハ法律ノ推測ハ無シト雖モ事實ノ推測之有リ  
 此ノ五要件ヲ備具スル以上ハ期滿得權ノ強勢ハ恰モ掌ト指トニ由リテ成ル手ニ勢力有ルカ如シ是



故ニ期滿得權ヲ主張スル甲者ハ之ヲ以テ不動産ヲ永遠ニ所有スルヲ得テ而シテ法律ハ此所有ノ原  
 因ハ往時ノ賣買ニ在リト看做ス  
 人ナリ期滿ヲ駁シテ曰ク期滿ハ性法ニ非サルナリ純粹ハ成文律ナリト是混淆錯雜ノ駁論ナリト云  
 ハサル可カラズ抑期滿ヲ考察スルニハ之ヲ二點ニ分別セサル可カラズ  
 期滿ノ期限ト期滿ノ本理是ナリ期限ハ純粹成文律ノ定ムル所ニシテ其年數タル各國皆同  
 カラス佛蘭西ニ於テ期滿得權ヲ三十年ト定メタルハ即チ立法者ハ此年數ヲ以テ十分ナリト考定  
 シタルカ故ナリ今日本帝國ニ於テ其期限ヲ定ムル時ニハ必スシモ佛蘭西律ノ成定スル所ニ拘泥ス  
 可キニ非ラス日本ノ立法者ハ或ハ之ヲ四十年五十年ニ定ムルモ或ハ之ヲ二十年二十五年ニ定ムル  
 モ勝手隨意ナリ是蓋シ期滿ノ期限ハ全ク成文律ニ出ルカ故ナリ然レモ彼ノ期滿ノ本理ニ至テハ然  
 ラス其本理ハ性法ヨリ出ル者ナリト斷言セサル可カラズ夫レ日本帝國ニ於テ不動産ニ付テ期滿得  
 權ヲ許サ、ルハ蓋シ官ニ府縣廳有リテ其一切ノ帳簿ヲ藏シ本人ハ更ニ其券面ヲ所持スルカ故ニ火  
 災等ノ難有テサルヨリハ一般ノ所有主ハ皆確然所有ヲ證スル書面ノ嚴然存スルヲ以テ知ラズ識ラ  
 ス他人ノ所有ト成ルノ不幸有テサルヲ以テナリ然リト雖モ他日或ハ火災又ハ地震兵亂ノ如キ不幸  
 ノ生出スル有リテ所有權ヲ證スル書面ハ一朝烏有ニ歸シタル時ニハ何ヲ以テ其所有主ヲ分明ニ知  
 リ得可キ哉是期滿得權ノ必要ナル所以ナリ且又人他人ノ所有物ヲ所持シテ三十年間ノ長ニ及フモ  
 眞ノ所有者ハ一言半句ノ故障ヲ述ヘサル者實際豈之有ラヤ何人ト雖モ我物ヲ他人ニ占有セラル  
 ヲ時ニハ速ニ故障ヲ述フルヲ信スルナリ故ニ故障無キニ於テハ此物ハ其所持者ノ物ナリト斷定ス  
 ルハ太條理ノ然ル可キナリ  
 今夫レ純粹ノ性法ニ付テ之ヲ考フルニ期滿得權ニハ反對證據ヲ許ルシ縱令三十年間ノ所持者ナリト  
 雖モ眞ニ其年限中ハ止ムヨリ得サル事故有リテ自己ノ所有物トハ知リナカシ之ヲ取戻ス能ハサルノ  
 事情ヲ陳述シテ自己ノ所有ナル證據ヲ述フルヲ得セシメサル可カラズ例ヘハ其年限中物件ノ所  
 有者ハ支那國ニ在テ禁錮セラルル爲メニ物件ノ他人ノ掌裏ニ在ルヲ知ルト雖モ遂ニ之ヲ取戻ス能

ハサルカ如キ是其一例ナリ此如キ場合ニ於テハ性法ノ反對ノ證據ヲ許ルシ其所有者タルヲ證スル  
 ヲ得セシメ且又性法ニ於テハ期滿ノ期限ニ定數有ルニ非ス或ハ十五年ナリトモ或ハ十年ナリトモ  
 實際ノ景況ニ因テ之ヲ定ムルヲ許ス例ヘハ他ノ物ヲ所有スル者有ラシニ眞ノ所有者ハ日常自己ノ  
 物件ノ他人ノ手ニ在ルヲ見テ能ク之ヲ知ルト雖モ些少ノ故障ヲモ爲サ、ルカ如キニ於テハ性法ハ  
 十年或ハ十五年ノ期滿ヲ實地ノ景況ニ因リ適用スルヲ得ルトセリ  
 右ノ期限ヲ定メサルト反對ノ證據ヲ許ストノ二點ハ未ダ成文律ニ在テサル所ナリ然リト雖モ余  
 以テ之ヲ觀ルニ期滿ノ事ニ一々性法ニ任セシテ成文律ノ此ニ干與スルハ甚至當ナリト信ス何  
 トナレハ成文律ハ確然期限ヲ定メ以テ詞訟ヲ斷絶スルノ大益有レハナリ古羅馬ノ法律ニ期滿ヲ談  
 立シタルハ蓋所有權ヲ堅固ナシムルノ意ナリ是ヲ以テ土地ヲ有スル者ハ皆其所有ヲ失ハント恐  
 レ人々注意ヲ其所有ニ致シ懈惰無カリシナリ  
 以上ハ凡テ期滿得權ニ付テ陳スル所ナリ今ヤ一層ヲ進メテ期滿得免ニ付テ右ノ原則ヲ適用シテ陳  
 述セントス  
 抑期滿得免ヲ得ルニハ二要件有ルヲ要ス其一ハ三十年間出訴ヲ受ケス平和ナルヲ要シ其二ハ三十  
 年間ノ經過ニルヲ要スルナリ例ヘハ茲ニ義務者有リ權利者ニ義務ヲ負擔スル旨ヲ記スル書ヲ與ヘ  
 他日三十年間ヲ經過スル時權利者其證書ヲ持出シテ初メテ義務者ヲ訴フルニ於テハ義務者唯三十  
 年間平和ニ經過シタルカ故ニ期滿得免ノ利ヲ得ルト公言スルノ答辯有ルノミ豈亦他ノ喋々ノ辨ヲ  
 要セシヤ  
 何テ以テ三十年間出訴ヲ受ケスシテ經過シタルヲ證明スルカト云フニ此ニ推測有リテ之ヲ假想ス  
 然レモ其推測ハ反對ノ證據ヲ容ルカ故ニ權利者ハ其三十年間ニ會テ出訴シ平和ノ所持ヲ妨害シ  
 ダリシ時ハ之ヲ證明シ此ノ推測ヲ破スルヲ得可キナリ  
 期滿得權ト期滿得免トノ二ノ者ハ所謂大期滿ナル者ナリ故ニ一切ノ反對ノ證據ヲ以テ此期滿ノ全  
 體ヲ攻撃ス可カラズ彼ノ小期滿ニ至テハ然ラス誓詞ヲ以テ之ヲ破回スルヲ得可キナリ大期滿ノ中



期滿得免ハ期滿得權ヨリモ其推測ハ一層強盛ナリト云ハサル可カラス例ハ土地ノ所有權ハ元地  
 券有リ府縣廳ノ與カリ知ル所ニシテ所有主確然ダリト雖モ期滿得免有リテ義務者其義務ヲ免ル  
 ニ至テハ義務ヲ記スルノ書ニ拘ハラヌ多分義務ノ履行ハ有リシナル可シト看做スチ得ルナリ  
 右ノ如ク余ハ期滿ノ性法ニ適スル所以チ辨明シタレハ諸君ハ之ヲ至極公正ナル者ナリト思想ス可  
 キチ信スルナリ而シテ余ハ既ニ推測ノ四等迄ヲ陳シ畢リタレハ今ヤ第五ノ推測ヲ陳セントス  
 第五ノ推測ハ裁判官ノ推測是ナリ裁判官ノ推測トハ裁判官ノ意見ヲ以テ推測ス可キヲ云フ此推測  
 ニハ總テノ反對ノ證據ヲ許容スルナリ此推測ニ於テハ裁判官ニ莫大ノ自由ヲ付與スルチ以テ實際  
 大ニ弊害ヲ生センヲ恐レ制限ヲ定メ證人ヲ許ルス可キノ場合ニ非テハハ其推測ヲ許ルサストス  
 之ヲ第五ノ推測トス

第六十九號 明治十二年 一月廿九日

井田 鐘次郎 筆記

〔第四款 一方ノ者ノ自認〕

自認ハ人證ノ如ク人ノ爲ス所ノ證據中ニ屬スル者ナリ然レモ自認ニハ自カテ格別ノ性質有リテ他  
 ノ人ノ爲セル證據トハ大ニ其效力ヲ異ニス其然ル所以ハ余ノ下文ニ述フル所チ以テ之ヲ見ル可シ  
 自認ニ至大ノ效力有ルハ之ヲ爲ス者自己ノ利益ニ反シテ事ヲ申述スルニ根底セリ是他ノ證據ト大  
 ニ異ナル所以ナリ但シ之カ至大ノ效力ヲ生スルハ毫モ他ヨリ壓抑セラル、無ク全ク自己隨意ニテ  
 之ヲ爲ス時ニ限レリ人之ヲ名ケテ隨意ノ自認ト云フ佛蘭西ノ法律中ニハ隨意ノ自認ト云ハル語  
 間、有リ又審ニ自認トノニ記スル所モ頗多シ而シテ其審ニ自認ト有ルモ亦隨意ノ自認ト云フヤ明  
 ナリトス然ラズンハ自認モ却テ自認タルノ效力ヲ生スル理無シ是故ニ民法ノ未タ頒布セラレタル前  
 ノ草按中ニハ本款ノ題目ヲ隨意ノ自認ト爲セリ然レモ自認ハ隨意ニ非スンハ其效無キチ以テ隨意  
 ノ語ノ不用ニ屬スル旨ノ議論起リ遂ニ此語ヲ刪除スルニ至レリ  
 〔第一千三百五十四條〕

自認ニ二種有リ一チ裁判所ニ於テノ自認ト云ヒ一チ裁判所外ニ於テノ自認ト云フ此二箇ノ自認ハ  
 各其力ヲ異ニス請フ之ヲ左ニ開陳セン

〔第一千三百五十五條〕

裁判所外ニ於テノ自認ハ書面チ以テノ自認ト言語チ以テノ自認トノ二者チ包含セリ書面チ以テノ  
 自認ハ即チ私印ノ證書ニ外ナラサシハ余カ輩既ニ之ヲ講究シタリ法律ノ此ニ云フ所ハ唯言語チ以  
 テノ自認ニ過キサルナリ  
 裁判所外ニ於テノ自認ハ場合ノ何タルチ問ハス總テ人證チ以テ之ヲ證セサル可カラス是裁判官ハ  
 之ヲ知ルニ由無キカ故ナリ而シテ人證チ以テ之ヲ證スルニハ人證ニ於ケル規則ノ如ク百五十一「フ  
 ランク」以下ノ事物ニ限レリ何トナレハ裁判所外ニ於テノ自認チ人證ニテ百五十一「フランク」以上  
 ノ事物ニ證スルチ許ス時ハ人證ニ於テノ制限規則ハ自カテ效無キニ至レハナリ是ニ於テ法律ハ裁  
 判所外ニ於テノ自認ハ百五十一「フランク」以下ノ事物ニ非サレハ人證チ以テ之ヲ證スルチ許サスト  
 定メナリ  
 本條ニ付テハ余他ニ論ス可キ事無シ

〔第一千三百五十六條〕

本條第一項ハ裁判所内ニ於テノ自認チ解釋シタル者ナリ蓋シ其解釋方ヲ見ルニ「裁判所内ニ於テ  
 ノ自認トハ原被一方ノ者又ハ殊ニ名代ノ任ヲ受ケタル者裁判所ニ於テ申立ツル所ノ事チ云フ」ト  
 有リ其原被一方ノ者トハ原告人ノ申立ツル事ト被告入ノ申立ツル事トヲ問ハス概シテ其申立ヲ自  
 認ナリト云ハシカ爲メナリ「又ハ殊ニ名代ノ任ヲ受ケタル者」ト有ルハ總務ノ名代人例ハ支配人  
 手代等チ除キ殊ニ自認チ爲スノ任ヲ受ケタル者ヲ云フ  
 右ノ解釋ハ不充分ナル者ニテ自認ニ最大ナル要件チ缺ケリ原被一方ノ者ノ裁判所ニ於テ申立ツル  
 事ハ皆自認ナル者ニ非ス例ハ權利者有リ裁判所ニ於テ余ハ金額ヲ貸渡シタリト申立又義務者有  
 リテ余ノ義務ハ既ニ消滅シタリト申立ツルモ誰カ之ヲ自認ナリト云フ者有ラシヤ



自認ノ解釋ニ最大ナル條件ニシテ本條ノ洩漏セル者トハ自己ノ利益ニ反シテ申立ヲ爲スト云ハル  
是ナリ即チ權利者ニシテ辨濟ノ全部又ハ一部ヲ受ケタリト申立ツルカ如キ是其利益ニ反スルノ申  
立ナルヲ以テ自認ナリトス義務者ニテ何々ノ義務有リト申立ツルモ亦自認ナリ此事ハ余前文ニ於  
テモ之ヲ論セリ

本條第二項ニ「自認ハ確證ナリ」ト有り故ニ自認ハ之ヲ爲シタル者ニ對シ完全ノ證據ト成ル可ク而  
シテ法律上ニ一ノ制限モ之無ケレハ此事ハ如何ナル事項ニモ適スル者トス  
自認ニ反對ノ證據ヲ立ツルヲ得可キヤ如何此ノ問題ニ付テハ唯確證ナリト云フ一語ヲ以テスルモ  
否ト答フルヲ得ル者ノ如シ然レハ此ノ如キ答ヲ爲スヲ少シシ過激ニ失スル者ト云フテ可ナリ何ト  
ナレハ公正ノ證書ヲ看ユ其條ニ確證ナリトノ語有ルモ之ニ反對ノ證據ヲ許セルニ非スヤ以テ是答  
ノ當ヲ得サルヲ見ル可シ

余ハ是ニリ自認ヲ打破ルニ何ヲ以テスルヲ得ルカヲ論ス可シ是本條ノ第四項ニ詳カナリ今其文面  
ニ據リテ之ヲ見ルニ「自認ハ事實ノ錯誤ニ因テ取消スヲ得可ク法律上ノ錯誤ニ因テ之ヲ取消スヲ  
得ス」ト有り余ハ例ヲ舉ケテ此二種ノ錯誤ヲ説明シ併セテ其自認ニ及ス各自ノ效力ヲ述ヘントス  
余裁判所ニ於テ何々ノ義務ヲ負ヘリト自認セリ然ルニ後日此ノ義務ヲ盡シタル受取書ヲ發見ス然  
ラハ則チ此自認ハ錯誤ニ出タル者ナリ而シテ此錯誤ハ事實ノ錯誤ナリ何トナレハ余ハ受取書有ル  
ヲ忘却シタルノミニテ他ニ一モ法律ニ管スル事有ラサレハナリ

事實ノ錯誤ヲ爲シタル時ニハ裁判官渡前ニ之ヲ發見シタルト裁判官渡後ニ發見シタルトノ區別ヲ  
爲サ、ル可カラズ若シ裁判官渡前ナレハ毫モ事起ラズシテ止ム可シ裁判官渡後ナレハ控訴ヲ爲ス  
カ敬慎願書ヲ出スカノ手續ヲ爲スヲ要ス而シテ敬慎願書ヲ出シテ裁判官渡ヲ取消サントスルニ相  
手方ニテ意有リテ受取書ヲ留置キタル等ノ事無カラサル可カラズ然ラズンハ事實ノ錯誤有リト雖  
モ以テ裁判官渡シテ取消スヲ得サルナリ(訴訟法四百八十條)  
自認ハ法律上ノ錯誤ニ因テ取消スヲ得サルナリ蓋シ法律上ノ錯誤トハ法律ノ條則ヲ知ラズシテ自

認ヲ爲スルニ故ニ法律ノ禁ヲ知ラズシテ或ル事柄ヲ自認シ相手方ノ辯論ヲ開クニ及マテ始  
メテ事ノ法律ニ觸レシテ覺ユルカ如キハ即チ法律上ノ錯誤ニ外ナラザルナリ是ニ由テ考フレハ法  
律上ノ錯誤ヲ以テ取消ス能ハサルヤ理既ニ明カナリ  
法律上醫師病者ヨリ贈遺ヲ受ケルノ禁有ルヲ知ラズシテ之ヲ受ケタリ後病者死シ其相續人訴ヲ起  
シテ被贈者(即チ醫師)贈遺ノ額ヲ減セント請求ス此時ニ當リ醫師裁判所ニ於テ答辯ノ際我ハ病者  
ヨリ千圓ノ金額ヲ贈遺セラレタリト自認セリ此場合ニ於テ若シ相續人此贈遺ヲ不正ノ者ト云ヒ以  
テ其取消ヲ求ムル時ハ醫師ノ自認ニ錯誤ノ瑕瑾有リト雖モ是法律上ノ錯誤ナルカ故醫師ハ亦之ヲ  
奈何トモ爲シ能ハサル可キナリ

義務者裁判所ニ於テ自認ヲ爲シ遂ニ其義務ヲ辨濟シタリ然ルニ後此義務ハ既ニ期滿得免ノ期ニ達  
セシ者タルニ裁判所ニ於テ之ヲ申立テサリシテ悔メリ是法律上ノ錯誤ナリ故ニ此錯誤有リト雖モ  
既ニ爲シタル自認ハ最早取消スヲ得サルナリ然レハ法律上ノ錯誤ヲ以テ自認ヲ取消ス能ハサルノ  
場合無キニ非ス請フ之ヲ述ヘン

權利者義務ノ何タルヲ云ハスシテ唯義務者ニ若干ノ金額ヲ請求ス義務者ハ乃チ自認シテ此金額ヲ  
辨濟スルノ義務有リト云ヘリ此ノ如ク自認ヲ爲シテヨリ更ニ此義務ハ賭博ヨリ生シタル者ニ付キ  
之ヲ盡クス責無キヲ發見セリ然ラハ則チ先ニ義務有リト自認シタルハ單ニ法律ノ條則ヲ知ラサル  
ニ出テシカ故ニ取リモ直サス法律上ノ錯誤ニ出テシト異ナル無シトス然レハ此場合ニ於テハ此法  
律上ノ錯誤ヲ以テ既ニ爲シタル自認ヲ取消スヲ得ルナリ

法律ノ禁制セル彈藥ヲ賣リタル者有リテ其買主ニ代價ヲ請求スルノ訴ヲ起シタリ然レハ唯金額ヲ  
得ルノ權利有リト申立ツルニモニテ其權利ノ原因如何ヲ云フヲ爲カス是ニ於テ買主ハ代價ヲ拂フ  
ノ義務有リト自認セリ而シテ此自認ハ法律ノ禁制ヲ知ラズ即チ法律上ノ錯誤ニ出テタリト雖モ之  
ヲ以テ之ヲ取消スヲ得可キナリ

右二箇ノ場合ニ於テハ義務ノ原因不正ナルニ法律上其義務ヲ以テ無効ト爲スナリ原因ノ不正ナル



ハ自認セリトモ其不正ノ處ヲ脱スル能ハサル可キ是此場合ニ於テハ法律上ノ錯誤ヲ以テスルモ其  
 自認ヲ取消シ得ル所以ナリ  
 本條ノ二項ヲ看ム原被一方ノ者其相手方ノ自認ニ付テ引證スル所有ラント欲セハ須ク其全部ヲ取  
 シサル可カラズ決シテ之ヲ分ツ可カラズト云フノ意ナリ蓋シ自認ハ數事ヲ包含スルヲ得可キ者ニ  
 テ其一部ハ原告人ノ利益ト成リ他ノ一部ハ被告ノ損害ト成ル事有リ然ルヲ若シ之ヲ分テ得ル事  
 トモハ是之ヲ崩スナリ何ソ之ヲ取ルト云フヲ得ンヤ例ヘハ義務者有リ余ハ千圓ヲ拂フノ義務ヲ負  
 フモ既ニ五百圓ヲ辨済シ終レリト自認ヲ爲シタル時ハ權利者其自認ノ全部ヲ悉ク取ラサルヲ得ス  
 人或ハ云ハシ義務者ノ自認中千圓ヲ拂フノ義務有リト云フ部分ハ即チ義務者ノ利益ニ反スルヲ  
 以テ正實ナリト認メサルヲ得サルモ既ニ五百圓ヲ辨済シタルトノ部分ハ義務者ノ利益ニ反セサル  
 ガ故ニ豈之ヲ正實ト認ルヲ得ンヤト此辯論ハ最モ思ハサルノ甚ダシキ者ナリ試ミニ思ヘ義務者ハ  
 他ノ完全ナル證據ニテ理詰ニセラレサルニ本心自カラ好シテ自認ヲ爲シタルナリ彼若義務ヲ盡シ  
 非ラント欲セハ唯自認セサルニ在ルノミ然ルチ誠意甘シテ之ヲ爲ス人焉ソ之ヲ信セサルヲ得ン  
 ヤ既ニ之ヲ信スルヲ要ストモハ必ス其全部ニ付テ信ヲ置カサル可カラズ故ニ既ニ五百圓ヲ辨済シ  
 テリト云フ部分モ亦之ヲ正實ナリト認メサルヲ得サル可シ況ヤ此部分ヲ排除シテ取ラサル時ハ自  
 認モ分裂シテ自認タルノ効ヲ生スルノ理無キニ於テチヤ然レハ自認ヲ分テ得可キノ場合無シトハ  
 セサルナリ

自認ヲ分テ得可キ場合トハ例ヘハ義務者ニテ我ハ千圓ヲ借受ケタルニ相違無シト雖モ原告人ニ  
 品ヲ千圓ニテ賣却シタルカ故ニ我ガ義務ハ既ニ相殺ニ因テ消滅セリト自認シタルカ如キ是ナリ此  
 場合ニ於テハ權利者ハ義務者ニ對シ買賣契約ノ證ヲ求メ而シテ義務者ノ此證ヲ立ツル能ハサル時  
 ハ其爲シタル自認ヲ分テ第一ノ部分ノミヲ取ルヲ得可キナリ  
 又義務者ニシテハ我ハ千圓ヲ借受ケタルニ汝我ヲ傷ツケタルヲ以テ我ニ償金ヲ拂フノ義務有リト  
 自認セリ此時ニ於テモ若シ義務者ノ傷ツケラレシ證ノ舉ヲサル時ハ權利者其自認ヲ分テ取ルヲ得

可シ  
 自認ハ本來分ツ可カラサル者ナリト雖モ右ノ場合ニ於ケルカ如キハ亦之ヲ分テ得ルナリ余ハ何ノ  
 規則ニ從テ之ヲ分テ得ルヲ知ル可キヤト述フ可シ  
 總テ自認ノ分ツ可カラサルハ其第一ノ部分ハ第二ノ部分ノ自然ノ效果タル時ノミニ在リト故ニ  
 義務ヲ負ヘリト雖モ既ニ之ヲ辨済セリト云フ自認有リトモハ既ニ之ヲ辨済セリト云フ部分ハ義務  
 ヲ負ヘリト云フ部分ノ自然ノ效果ナルヲ以テ此自認ハ之ヲ分ツ得サルナリ何トナレハ義務ハ辨  
 済ヲ爲スノ約有ルニ非スハ之ヲ負フヲ得サレハナリ之ニ反シテ金額ハ借受ケタリト雖モ其貸主  
 ニ物品ヲ賣却シタルト云フ自認ノ如キ其第二ノ部分ハ第一ノ部分ノ自然ノ效果ニ非スニテ全ク別  
 種ノ者ナリ因テ之ヲ分ツ得ルナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ自認ヲ分テ得ルヤ否ヤヲ知ルハ其第二ノ  
 部分ハ第一ノ部分ノ效果ナルト否トヲ探求スルニ在ルナリ若シ第二ノ部分ハ第一ノ部分ノ效果ニ  
 非スト雖モ總テ自認ハ分ツ可カラサル者トモハ其事實ニ云フ可カラサル者有ラン何トナレハ果シ  
 テ此ノ如クナル時ハ第二ノ部分ハ第一ノ部分ヨリ高額ノ權利ヲ申述スルニ在ルモ亦之ヲ分ツ能ハ  
 サレハナリ然ラハ自認ヲ爲シタル者ハ之ヲ爲シテ却テ其相手方ニ權利ノ幾分ヲ請求スルヲ得ルニ  
 至ラン豈弊ノ大ナル者ニ非スヤ

第七十號 明治十二年  
 一月卅一日

【第五款 誓詞】

【第一千二百五十七條】  
 本條ニ曰ク「裁判所ニ於テ爲ス處ハ誓詞ハ一様ナリトス」○第一誓詞ニ據テ訴訟ノ審判ヲ爲シ  
 ル爲メ一方ノ者ヨリ相手方ニ求メタル誓詞但シ此誓詞ヲ名ケテ確定ハ誓ト云フ○第二裁判官ノ特  
 權ヲ以テ一方ノ者ニ命ジタル誓詞「本文ニ由テ之ヲ觀ルニ、法律ハ殊更ニ誓詞ノ種類ヲ區別シ以テ  
 之ヲ明記シテリト雖モ誓詞ハ果シテ本然ノ證據ナルカ、將シ推測ナルカ、未ク誓テ其解義ヲ揭示シ

一 瀧 勇 三 郎 筆 記



タル成條有テス、又第一、誓詞ハ名ケテ之ヲ「確定」ト云フ、ノ明文有リト雖モ、第二ノ誓詞ハ更ニ之ヲ名指セス、豈ニ不當ノ法章ナリト云ハサル可クンヤ、常ニ此第二ノ誓詞ヲ稱シテ補足ノ誓ト云フナリ

第一ノ誓詞所謂確定ハ誓ハ自カラ充足スル者ニシテ敢テ他ノ援助ヲ要セス直チニ以テ訴訟ノ審判ヲ確定スルコト足ル可シト雖モ、之ニ反シテ第二ノ誓詞所謂補足ノ誓ハ充分ノ勢力無ク唯他ノ證憑ノ不完全ナル所ヲ補補スルコト足ルノミ後段ニ於テ其詳細ヲ再説ス可シ  
先ツ誓詞ノ解義ヲ舉示ス可シ、誓詞ハ推測ニ非ス、本然ノ證據ナリ、誓詞ハ人證ナリ、誓詞ハ彼ノ自己ノ利益ニ反シテ爲ス所ノ自認トハ表裏ノ差別有リ、誓詞ハ訴訟人ノ一方對訟人若クハ裁判官ノ挑撥ニ因リ自己ノ利益ノ爲メニ自カラ白陳スル所ノ證據ナリ  
誓詞ハ常ニ宗門ノ式ニ從テ陳述ス即チ天帝ヲ證人ト爲シ以テ自カラ眞實ノ事ノヨリ陳ルヲ表スルナリ

佛蘭西ニ於テハ民事ニハ只有手ニテ天上ヲ指シ以テ誓詞ヲ爲スノミヨ止マリ更ニ天帝ノ前ニテ宣誓スルトハ云ハサルナリ、天帝ノ前ニテ宣誓スルノ程式ヲ定メタルハ即チ刑事ノミナリ、載セテ治罪法第三百十二條及ヒ第三百四十八條ニ在リ、初メ第三百十二條ニハ「天ト人トニ誓フ」ト云ヒ又次ノ第三百四十八條ニハ「我カ而目及ヒ本心ニ從ヒ天ト人トニ誓フ」ト云フ、又「ト云フ」ト云フノ文詞ヲ附加セリ  
現今草按申ナル日本新治罪法ニハ「天ト人トニ誓フ」ト云フノ文詞ヲ刪除シ單ニ「我カ而目及ヒ本心ニ從ヒ誓詞ヲ宣フ」ト云フ事ノミヲ記載セリ、蓋シ立法者ノ旨意ハ必ズシモ天神ヲ以テ人事ニ干渉セシムルヲ欲特スセリ其而目及ヒ本心ニ從ヒ宣誓ヲ爲サシムルノミニテ事充分足レリト爲セシナリ  
誓詞ハ前既ニ陳辯セシ如ク常ニ宗門ノ式ニ循テ之ヲ爲スノ慣例ナリト雖モ、敢テ之カ爲メニ其効力ヲ増ス者ナリトハ云フ可カラサルナリ抑、裁判所ニ於テ常ニ訴訟人ノ一方チシテ誓詞ヲ宣ヘシムルニハ固ヨリ之ヲ天裁ニ委シ以テ其信虛ヲ判セシムルヲ表シ其陳述スル所果シテ信ナラハ天ニ之ヲ賞セヨ然ラサレハ天ニ之ヲ罰セヨト云フノ旨趣ニ出タル者ナリト雖モ敢テ之カ爲メニ具サ

宗門ノ教法ヲ奉シ悉シ其程式ニ依遵シ以テ其誓詞ヲ陳フルニハ非サルナリ、是誓詞宗門ノ式ニ因テ其勢力ヲ得タルニ非サル第一證ナリ  
又誓詞ハ訴訟人ノ一方宗教ノ式ヲ奉シテ自カラ好テ我天帝ニ誓詞ヲ宣フナリト陳言セザリト之ニ因テ何レノ効力モ生スル能ハサル者トス、是宗教ノ式ニ依テ誓詞ノ効力ヲ増フ無キノ第二證ナリ  
又甲者ヨリ乙者ニ對シ誓詞ヲ求メタル時ハ乙者ハ之ニ應セス更ニ甲者ニ向ヒ其主張スル所ノ眞實ナル事ヲ誓フ可キ旨ヲ反シ求ムルヲ得可シト雖モ宗門ノ款式ニ於テハ決シテ之ヲ認許セサルナリ  
是宗教ノ法式ノ毫モ誓詞ノ効力ニ影響ヲ及ボサ、ルノ第三證ナリ  
誓詞ノ實力ノ鞏固ニシテ且ツ其信用ノ重大ナル所以ハ誓詞ハ常ニ對訟人若クハ裁判官ノ挑撥ニ應マテ之ヲ爲スニ在リ、對訟人ノ挑撥ニ應シテ爲シタル誓詞ヲ名ケテ確定ノ誓ト云フ此第三百五十七條ノ明記スル所ナリ、又裁判官ノ挑撥ニ應シテ爲シタル誓詞ヲ稱シテ補足ノ誓ト云フ前段既ニ之ヲ辯明セリ  
諸派ノ宗教中彼ノ猶太教及ヒ新教ノ如キハ其教法ニ於テ絶テ天帝ニ誓フ宣フルヲ拒ムト云フ、因テ是等ノ宗教ヲ信崇スル者ニハ一切宗門ノ式ニ依遵セシメテ唯其誓詞ヲ爲サシムルニ止マルナリ然レモ若シ偽誓ヲ爲シタル者有ル時ハ必ズ其罰ヲ受ク可キ事ハ全ク宗門ノ程式ヲ遵奉シテ誓詞ヲ宣ヘタル場合ト更ニ異ナル無カル可シ  
〔第一節 確定ノ誓詞〕

〔第三百五十八條〕  
本條ノ場合ニ於テハ必ス一方ノ者其對訟人ノ誓ニ依テ自カラ補助ヲ求ムルノ外他ニ依ル可キ證據ヲ有セサル者ナリト想像ス可シ然テサレハ事必ス他ニ屬ス可キナリ  
本條ニハ「何レノ訴訟ニ付テハ確定ノ誓、爲ス可キノ、求メテ爲スヲ得可シ」ト云フノ明文有リ、一讀以テ之ヲ觀ル時ハ確定ノ誓ハ何レノ場合ト雖モ之ヲ求メテ爲サシムルヲ得ルノ語有ルヲ以テ此



誓詞ノ實力信用ノ有ル所ハ之ヲ彼ノ前回ニ講説シタル自認ニ比スレハ遙カニ其右ニ出ル者ノ如クニ考定スヘキニ似タリト雖也、其實決シテ然ラサルナリ、請フ之ヲ説明セン

既ニ自認ノ款ニ於テ論究シタル期滿得免ヲ得タル事件及ヒ裁判ヲ經タル事件ハ必ス本條ノ「何レ」ヲ訴訟ニ付テモ云々」ノ文詞外ノ者ナリト云ハサル可カラス、蓋シ一方ノ者ヨリ對訟人ニ向ヒ常ニ其誓詞ヲ求ムルハ全ク之ニ因テ共ニ和解ヲ爲サント欲スル者ナリ、然ルニ訴訟人共ニ和解ヲ爲スハ必ス私益ニ管スル者ノミニ限ル可キハ殊更ニ余カ辯解ヲ要セサルモ固ヨリ法理ノ然ラシムル所ニシテ且ツ成典ニモ亦其明條有リ然テハ則チ彼ノ至重至要ナル公益ニ管スル期滿得免ヲ得タル事件若クハ既ニ裁判ヲ經タル事件ハ敢テ雙方ノ所望ニ因テ其和解ヲ爲スヲ得可キ者ニ非ザルナリ故ニ云フ期滿得免ヲ得若クハ裁判ヲ經タル事件ハ本條ノ規則ニ措ク可キ者ナリト

又人ノ身上ニ管スル諸件ハ誓詞ヲ以テ之ヲ證スル能ハスト云フノ原則ナリ、是亦等シク公益ニ管スル者ナレハ敢テ疑怪ス可キニ非サルナリ又吾人ノ身分ニ管スル諸件ニ付テハ固ヨリ誓證ヲ許サスト雖也却テ彼ノ人證ヲ以テ之ヲ證スルヲ得可キ場合有リト云フ事他ニ涉レハ今此ニ贅セズ

誓詞ハ其確定ト補足トヲ問ハス必ス裁判所ニ於テ之ヲ爲ス可キ者トス一切誓詞ニ付テハ自認ノ如ク裁判所外ノ者ヲ許ルニタル法條無シ、又假令之ヲ許ルスト雖也必ス無益ニ屬ス可キナリ

〔第一千二百五十五條〕

誓詞ハ一個ノ證據ナルヲ以テ常ニ之ヲ求メテレタル一方ノ一身ニ管セタル事件ニシテ自カラ認知シタル者ニ非ザレハ之ヲ爲スヲ得ス又之ヲ求ム可カラストハ即チ本條ノ眼目ニシテ實ニ方正適理ノ法制ナリト云フ可キハ多辯ヲ俟タスシテ明瞭ナリ然レモ第二千二百七十五條第二項コハ全ク此原則ニ反對ノ事ヲ記シタル者ノ如シ、其文ニ曰ク「又期滿得免ノ權ニ付テハ其權利ヲ得トスル者ハ寡婦及遺物相續人又其相續人ノ幼年ナル時ハ其後見人ヲシテ既ニ代金雇料、謝金ヲ拂フ事ヲ思惟シタル旨ヲ述ヘシムル爲メハ是等ノ者ニ對シテ誓ヲ求ムルヲ得可シト、此法條コ由テ之ヲ親ル時ハ全ク其誓ヲ求メテレタル一方ノ一身ニ管セサル事ニ付テ之ヲ爲ス者ニ似タリト雖也其實

候シテ然ラサルナリ其事件ノ模様ヲ變シテ全ク其者ノ一身ニ管ス可キ者ト爲シ以テ其誓ヲ求ムルナリ即チ其事ノ有無ヲ知ルカ或ハ之ヲ知ラサルカト云フノ誓詞ヲ求メ且ツ之ヲ爲サシムルナリ

〔第一千二百六十條〕

本條ハ必ス第一千三百五十八條ト相連續スル者ナリ、曰ク「訴訟ヲ爲スニ付テハ證據ノ端緒又ハ訴訟ヲ拒ムニ付テハ證據ノ端緒無キ時ト雖也訴訟ヲ爲ス間何時ニ限ラズ誓ヲ爲ス可キヲ求ムルヲ得可シ」本條ニハ兩意ヲ含蓄ス一ハ即チ他ノ證據ヲ以テ其誓詞ノ援助トスルヲ要セスト云フ事ニシテ又他ノ一ハ即チ訴訟ノ形狀ハ何様ナル時ト雖也誓詞ヲ求ムルヲ得ルト云フ事ナリ、蓋シ確定ノ誓ハ常ニ其訴訟ヲ審判スル爲メニ自カラ充分ノ勢力ヲ有スル者ナルヲ以テ又他ノ證據有ルヲ要セス且ツ其訴訟ノ初頭ニテモ又其中間ニテモ又或ハ其末尾ニテモ之ヲ求ムルヲ得ルト云フハ理ノ當然ル可キ所ナリ

被告人ヨリ原告人ニ對シテ誓詞ヲ求ムル事有リテ、曰ク汝我カ未ダ其負債ヲ辨濟セサルヲ誓フ可シト抑被告人其原告人ニ向ヒ此誓詞ヲ求ムルハ常ニ被告人ノ主唱スル所悉ク不理ニ歸シ終ニ原告人ノ誓詞ニ依ルノ外他又自カラ依頼ス可キ證據ヲ有セサル場合ナリトス又權利者ヨリ義務者ニ例ヘハ請取書ヲ差出シタル者ニ對シテ此誓詞ヲ要ムル事有リ、曰ク汝我ニ其負債ヲ辨濟セシテ誓フ可シト

是ヨリ又其確定ノ誓詞ヲ以テ審理ス可キ訴訟ノ終極如何ヲ觀ル可シ

第一、權利者ヨリ其義務者ニ對シテ負債ノ成存セサル事ニ付キ確定ノ誓ヲ求メ義務者之ニ應シテ誓詞ヲ宣ヘタリトセン乎、義務者必ス勝利ヲ得可シ、又之ニ反シテ義務者自カラ其誓詞ヲ爲サズ權利者ニ向ヒ尙其負債ノ成存スル事ニ付キ誓詞ヲ求メ而シテ權利者直ニ之ニ應シ以テ其誓詞ヲ陳ヘタリトセン乎、權利者必ス勝利ヲ得可キナリ

第二、誓詞ヲ爲ス可キノ求ム受ケタル者之ヲ爲スチ背セサル時ハ、其原告人タルト被告人タルトト問ハス、必ス自カラ敗訴ス可シト云フヲ以テ一般ノ通則ト爲ス、然レモ又之ヲ誓スルノ一方法有リ、



即其誓詞ヲ求メタル者ニ對シテ更ニ之ヲ反シ求ムル是ナリ若シ其誓詞ヲ反シ求メラレタル者之ニ應シテ宣誓シタル時ハ其者必ス勝訴ス可シ若シ之ニ反シテ其者自カラ誓詞ヲ爲スチ肯セサル時ハ必ス自カラ敗屈ス可キナリ

以上陳述セシ概略第八千三百六十一條ニ明記有リ請フ其條ニ就テ其詳細ヲ觀ル可シ

〔第一千三百六十一條〕  
本條ニ曰ク「誓ヲ爲ス可キノ求メテ受ケシ者其誓ヲ爲スチ肯セサルカ又ハ其求メテ爲シタル者ニ誓ヲ反シ求メサル時ハ其訴訟ヲ爲スノ權又ハ訴訟ヲ拒ムノ權ヲ失フ可シ又誓ヲ爲ス可キノ求メテ爲シタル者其相手方ヨリ誓ヲ反シ爲ス可キノ求メテ受ケ之ヲ肯セサル時ハ亦是等ノ權ヲ失フ可シ」ト諸君能此ノ法條ヲ孰思セヨ即チ其記スル所ハ全ク余カ前段ニ説明セシ者ヲ約陳シタルノ外ニハ非サルナリ

又一旦既ニ誓ヲ反シ求メラレタル者ハ其相手方ニ對シテ復更ニ其誓ヲ反シ求ムル能ハサル可キハ本條ニ因テ充分明瞭ナリ是亦當理ノ法制ナリ若シ果シテ之ヲ許ルストセハ常ニ訴訟蔓延シテ遂ニ其結極ヲ見ルニ由シ無キニ至ルチ免カレサル可シ

日本ニハ未ダ嘗テ民事ノ訴訟ニ誓詞ヲ適用シタル例證更ニ無シト云フ余ハ常ニ訴訟ノ原告人ヨリテ自カラ何レノ證據モ有セサル時ハ日本裁判官ハ實際何レノ方法ニ從テ其判決ヲ爲スヤ其間大ニ疑怪ニ堪ヘサル者有リ

余若シ幸ニ日本裁判官ノ位ニ在ラハ必ス此誓ヲ實踐スルヲ難シトセサル可シ何トナレハ誓詞ハ即チ自己ノ利益ヲ保持スル爲メニ對訟人ノ求メニ應シテ之ヲナス者ナリ然ルニ若シ其對訟人ノ求メニ應シテ宣誓スルチ肯セサル者有ル時ハ是即チ彼ノ黙諾ノ自認ヲ以テ果シテ自己ノ不條理ナルチ證スル者ニ外ナラス然ラハ假令日本法典ニ明條無シト雖モ如何ソ誓詞ヲ允許シ以テ之ヲ懲處ス可カラスト云フノ理有ランヤ

〔第一千三百六十二條〕

夫レ誓ヲ反シ求ムル事ハ即チ再ヒ之ヲ求ムル事ナリ然ルニ誓ヲ求ムルニハ必ス其對訟人ノ一身ニ管シタル事ニ非サレハ妄リニ之ヲ爲スト云フハ前第一千三百五十九條ニ於テ之ヲ解説シ以テ該條ノ適當ナルチ認メタリ因テ誓ヲ反シ求ムルニモ亦必ス此原則ニ基キ以テ其對訟人ノ一身ニ管スル事柄ニ非サレハ之ヲ爲ス能ハスト云フハ又理ノ當ニ然ル可キ所ナリ是本條ノ存在スル所以ナリ曰ク「誓ヲ爲ス旨雙方ノ者管シタル事ニ非ス唯其誓ヲ爲ス可キ求メテ受ケシ者ノ一身ノミニ管シタル時ハ其者ヨリ更ニ其求メテ爲シタル者ニ誓ヲ反シ求ムルチ得ス」蓋シ此場合ニ於テハ其事柄ハ全ク誓ヲ爲ス可キ求ヲ受ケシ者ノ一身ノミニ管シニ之ヲ求メタル者ニハ更ニ關係無キカ故ニ法律ハ又之ヲ反シ求ムルチ許サスト云フ然レモ此ニモ亦第一千三百五十九條ノ場合ト等シク假令其者ノ一身ニ管セサル事件ナリト雖モ之ヲ其一身ニ管スル事ニ變改スルチ得可キナリ即チ其事ノ有無ヲ知ルカ又ハ之ヲ知ラサルカノ誓詞ヲ反シ求ムルチ得可キナリ

〔第一千三百六十三條〕

此條ハ次ノ第一千三百六十四條ノ後ニ廻シテ説カントス

〔第一千三百六十四條〕

誓詞ハ常ニ之ヲ求メラレタル時直チニ之ヲ宣フルヲ以テ通例ト爲スト雖モ又暫ク猶豫シテ之ヲ爲ス事有リ又或ハ數日ヲ經テ之ヲ爲ス事有リ然ルニ此猶豫ノ間尙其求ヲ受ケタル一方ヨリ誓ヲ爲ス可キ旨ヲ承諾セサル限リハ之ヲ求メタル一方ハ復之ヲ斷辭スルヲ得可シ法律ハ之ヲ防カサルナリ然レモ若シ之ニ反シテ其誓ヲ求メラレタル者既ニ自カラ之ヲ爲ス可キ旨ヲ承諾シタル時ハ之ヲ求メタル他ノ一方ハ最早其斷辭ヲ爲スチ得ス法律ハ之ヲ許ササルナリ是蓋シ本條ノ存在スル所以ナリ曰ク「一方ノ者相手方ニ誓ヲ爲ス可キ求メテ爲シ又ハ誓ヲ反シ爲ス可キ求メテ爲シタル時相手方既ニ其求メテ承諾シタルニ於テハ一方ノ者斷辭ヲ爲スチ得スト」

第七十一號 明治十二年 二月五日



憲法第百六十三條ヲ説カントス  
 茲ニ權利者義務者ノ詞訟有リテ義務者ハ權利者ニ誓詞ヲ求メタルニ權利者ハ債主權ヲ有スル旨ヲ  
 誓フナリ其後義務者ハ既ニ負債ヲ償却シタルノ領收ヲ見出シタランニハ是則チ權利者ハ所謂偽誓  
 ナ爲シタル者ナリ刑法第百三十六條ニ依ルニ偽誓ハ一年ヨリ少カラズ五年ヨリ多カラサルノ禁  
 錮ト百「フランク」ヨリ少カラズ三千「フランク」ヨリ多カラサルノ罰金トヲ科セラ、ルト有リ(偽  
 誓ノ刑ハ前日剽奪公權タリシモ今日ニ於テハ一年ヨリ五年ノ禁錮ト百「フランク」ヨリ三千「フ  
 シク」ノ罰金ヲ以テ罰セラル、事トナレリ刑ノ長短多寡ノ此ノ如ク差異有ルハ蓋シ偽誓ノ詞訟ハ  
 千種萬端ノ情狀アリテ決シテ一樣ナルニ非ラサレハ立法者ハ其刑罰ヲシテ其情狀ニ適當ナラシメ  
 シテ欲シ長短多寡ノ差ヲ大ニ以テ判事ヲシテ斟酌スル所有ラシメタル者トス)則チ偽誓ノ有罪  
 タル言ヲ俟クナリテ明カナリ故ニ檢官ハ能ク公訴ヲ爲シ刑ノ適用ヲ求ムルヲ得可シ然リトセ  
 ハ義務者ハ偽誓ノ證ヲ爲シ之ヲ取消シ得可キカ如シト雖モ本條第百六十三條ハ之ヲ許ルサ、  
 (ルナリ)

或人ノ曰ク本條ノ禁スル所ノ者ハ民事主ノ訴ニシテ民事附從ノ訴ニ非サルナリ是ノ故ニ偽誓ニ因  
 テ損害ヲ受クタル者ハ直チニ偽誓ヲ證明シ裁判ノ當否ヲ論スルヲ得スト雖モ間接ニ刑事ノ公訴ニ  
 附從シテ損害ノ償ヲ求ムルヲ得可シト此説タル往々諸學士ノ唱道スル者ナリト雖モ余ハ之ヲ信ス  
 ル能ハス余ヲ以テ之ヲ觀ルニ本條ハ民事主從ノ訴訟共ニ之ヲ禁スルナラン何トナレハ夫レ從ハ主  
 ニ隨ヒ附從ノ訴ヲ起スノ權利有レハ必ス主訴ヲ起スノ權利有ルハ普通ノ原則ナリ然ルニ民事主ノ  
 訴ニシテ宣誓 詐偽タル言フ可カラサルコ民事附從ノ訴ニシテ損害ノ要求ヲ爲スヲ得ルトハ抑  
 何ソヤ是主從ノ分ツ可カラサル者ナリト云ハサル可カラス猶左ニ之ヲ例シテ論ゼン  
 ニ余ハ竊盜ニ逢ヒ爲メニ若干ノ物品ヲ盜取セラレタリト假想セシコ被害者ノ余ハ公訴ノ發端ヲ起  
 シ兼テ要償ヲ爲スノ權利有ルハ明カナリ檢官ハ余ノ起訴ヲ俟クスニテ公訴ヲ爲スヲ得ルト雖モ余  
 亦起訴ヲ爲スヲ得ルハ則チ公訴ノ附從トシテ民事ノ要償ノ訴ヲ爲スヲ得ル所以ナリ今ヤ然ラズ

主タル公訴ヲ爲スヲ得可カラズト定メ其附從ノ訴ハ之ヲ爲スヲ得ルトモ吾人之ヲ何トカ云ハシ  
 不理ノ甚クシキ者ニ非ラズヤ是ニ由テ之ヲ觀レハ本條ハ民事主ノ訴ヲ爲スヲ許サズ民事附從ノ訴  
 モ亦爲スヲ得可カラズト斷言セサル可カラズ  
 且又宣誓ノ要件ニ因リテ民事主從ノ訴ハ本條ノ許スル所ニ非スト斷言セサル可カラズ抑宣誓ハ訴  
 訟人ノ義務ニ非ラス之ヲ爲スト爲サ、ルトハ單ニ其隨意ニ在リ故ニ宣誓ヲ求ムルハ能ク自家ノ利  
 益ヲ酌量シ一方ニ向ヒ汝宣誓ヲ爲サハ我ハ汝ノ主唱スル所ノ者ヲ以テ眞實ナリトセン我カ利益  
 ハ信僞ヲ問ハス汝ノ信心ニ委セント云フノ意ニ在リ一度一方ニ宣誓ヲ爲シ己レノ信スル所ナリ  
 ト陳述シタル以上ハ詞訟ノ終局ヲ爲シタル者ナルカ故ニ宣誓ヲ求メタル者ハ宣誓ノ信僞ヲ論スル  
 ヲ得可カラズ宜ナル哉宣誓ヲ以テ和解ニ比スルヤ蓋シ和解ハ爭論人共ニ此契約ヲ爲シタル以上ハ  
 詞訟ノ道ヲ退絶シタル者ナルコ因リ他日事實ノ偽詐ヲ發見スルモ復爭論ヲ發起スルヲ得可カラサ  
 ルナリ此ノ如ク宣誓ヲ求ムルハ一方ノ信スル所ニ委任スルヲ以テ復宣誓ノ如何ヲ論ス可カラズ此  
 宣誓ヲ名ケテ訴訟審判ノ誓ト云フ蓋シ又將來詞訟ノ道ヲ禁遏スルヲ以テナリ然ルニ論者ノ言ノ如  
 ク民事附從ノ訴ヲ爲スヲ得ルトモハ訴訟審判ノ實ハ何クニ在ルヤ且又民事從ノ訴ルヲ許ス時ニハ  
 是間接ニ宣誓ノ詐僞ヲ論争スル者ト云フ可シ果シテ然ラハ民事主ノ訴ヲ禁スルモ何ノ益カ有ル是  
 本條ノ民事主從ノ訴ヲ禁止スト爲ス所以ナリ  
 右ノ論辯ハ專ラ成文律ニ就テ爲シタル者ナリ之ヲ性法上ニ於テモハ余ハ云ハントス和解ノ契約ニ  
 一方ノ者ノ他ノ一方ニ信任スルハ則チ他ノ一方ノ陳述スル所ノ信僞ヲ問ハス其言ヲ信任スルニ在  
 ルカ故ニ若シ惡意有ラハ之ヲ取消シ得可シト  
 (第百六十五條)

第二項ニ記スル所ノ原則ハ既ニ吾人ノ了知スル者ナリ契約ハ契約者其相續人及ヒ代權人ニ對シテ  
 其効驗ヲ生スルモ他ニ對シテハ之ヲ生セサルナリ宣誓ノ効驗モ亦然リ  
 茲ニ諸君ノ注意ヲ要スル者有リ本項ヲ看ルニ唯宣誓ヲ爲シタル事ニ即チ宣誓シタル者ノ利益ノ



ミヲ云ヒテ宣誓ヲ拒絕シタル方即チ宣誓ヲ拒絕シテ利益ヲ失スル者ヲ云ハス是法律ノ不備ナル所ナリ(譯者曰シ法文ノ不備ハ原文ニ存スト雖モ譯書ニハ之ヲ見ス)

第二項玆ニ連帶ノ權利者有リ其一人ニテ義務者ニ宣誓ヲ求メ義務者之ヲ爲シタル時ニハ義務者ハ此宣誓ヲ求メタル權利者ノ部分ニ對シテ利益ヲ有ス可シ又連帶ノ權利者ノ一人ニテ義務者ニ宣誓ヲ求メ義務者ハ之ヲ拒絕シタル時ニハ權利者全體ニ對シテ利益ヲ有ス可シ何トナレハ連帶ノ權利者ノ一人ハ他ノ權利者ノ權利ヲ害スルノ權利無シト雖モ他ノ代理人ト成リテ其利益ヲ保全スルノ義務有レハナリ

今夫レ義務者ニテ連帶ノ權利者ノ一人ニ宣誓ヲ求メタルニ權利者宣誓ヲ爲シタル時ニハ他ノ權利者モ亦其利ヲ受ク可シ又義務者ハ連帶ノ權利者ノ一人ニ宣誓ヲ求メタルニ權利者宣誓ヲ拒絕シタル時ニハ其宣誓ヲ拒絕シタル權利者ノミ損失ヲ受ク可シ是亦連帶ノ權利者ハ各他ノ利益ヲ保全スルノ義務有ルモ之ヲ害スルノ權利無シト云フノ原則ニ基ク

法律ハ分ツ可カラサル義務ニ管スル宣誓ノ効チ云ハス余ハ之ヲ此ニ說明セシ夫レ分ツ可カラサルノ義務ニ於テハ數人ノ權利者ハ互ニ利益ヲ保護シ互ニ損害ヲ加ヘサルカ爲メニ共同スルニ非サルナリ權利者ハ各自ノ利益ニ若目スルニ在ルノミ之ヲ原則トス是故ニ權利者ノ一人ニテ宣誓ヲ爲スモ之ヲ拒絕スルモ又義務者ニテ宣誓ヲ爲スモ之ヲ拒絕スルモ其損益ノ效能ハ宣誓ヲ爲シ之ヲ拒絕シタル者ノ一人ニ止マルノミ然リ而シテ此ニ一箇ノ困難ナル事有リ元義務ハ分ツ可カラサル者ナルカ故ニ宣誓ノ効能モ亦分ツ可カラス即チ數人有ル權利者ノ各部分ヲ定メ其部分ニ向テ損益ヲ充ル能ハサルノ困難有リ此困難タル宣誓ノ時ノミニ在ルニ非ス或ハ分ツ可カラサル權利者ノ一人獨リ義務者ヲ相手取リ出訴ヲ爲シ遂ニ敗訴ト成リタル時ノ如キ又或ハ分ツ可カラサル權利者ハ一人自己ノ部分ノ義務ヲ釋放シタル時ノ如キ皆各自ノ部分ヲ定ムル能ハサルノ困難有リ然ラハ則チ如何シテ可ナランカ曰ク第千二百二十四條ニ掲クル原則ノ如ク爲シテ可ナラン

第千二百二十四條ニ求文ニ曰ク(若シ遺物相續人中ノ一人其義務ノ一部ヲ釋放シ又ハ物件ノ一部

ニ代ヘテ其價ヲ受取リタル時ハ與ニ相續人爲ス者其義務ノ一部ヲ釋放シ又ハ物件ノ一部ノ價ヲ受取リタル者ノ部分ヲ差引テ其分ツ可カラサル義務ヲ得ント訴フ可シト

右ノ原則チ推シテ一例ヲ舉ク論センニ分ツ可カラサル權利者ノ一人ニテ宣誓ヲ求メタルニ權利者ハ宣誓ヲ爲シタルト想像セヨ此ノ時ニハ義務者ハ宣誓ヲ求メタル權利者ニ對シテ利益ヲ得又宣誓ヲ求メタル權利者ハ自己ノ部分ヲ損ス然ラハ則チ如何シテ其部分ヲ引キ去リ他ノ權利者ハ能ク各自ノ部分ヲ得可キヤ蓋シ第千二百二十四條ニ依ルニ他ノ權利者ハ宣誓ニ因テ敗訴シタル者ハ部分ヲ金錢ニ計算シ之ヲ引キ去リ其他ノ部分ヲ求メント訴フルヲ得之ヲ原則トス

第四項ニハ(然レトモ)ノ文字有ルヲ以テ(譯書ニハ之有ルヲ見ス)本項以下ハ一項ノ例外ナルカ如ク見ユルト雖モ其深底ニ於テ然ルニ非スト知ル可シ此ニ第三項ヲ説カスシテ第四項ヲ説クハ蓋シ事物ノ順序其當然ヲ得ルヲ以テナリ

一人ノ權利者ニテ連帶ノ義務者ノ一人ニ宣誓ヲ求メタルニ其義務者宣誓ヲ爲シタル時ニハ夫レカ爲メニ生スルノ利益ハ其義務者一人ニ止マラス他ノ義務者モ亦其ニ利ヲ得ル者トス蓋シ連帶ノ義務者ハ皆互ニ利益ヲ保全スルノ代理タルヲ以テナリ

今若シ宣誓ヲ求メテレタル連帶義務者ノ一人之ヲ拒絕シタル時ニハ其效果如何シヤ蓋シ義務者皆連帶ヲ爲セハ互ニ代理人タルノ狀ナリ是以テ今一人有リ法庭ニ出テ宣誓ヲ拒絕シ爲メニ不利ノ裁判ヲ受ケハ其不利ハ法庭ニ出テタル一人ニ止マラス他ノ連帶義務者ニ及フ可シト余ハ信スルナリ連帶權利者ノ一人連帶ノ義務者ノ一人ヲ相手取リ出訴ヲ爲シタル時ニハ期滿得免ヲ妨礙シ音ニ出訴ヲ受ケタル一人ニ對シテ期滿得免ヲ障礙スルノミニ非ス他ノ連帶義務者ニ對シテモ亦之ヲ障礙ス然レハ連帶義務者ノ一人宣誓ヲ拒絕シテ之ヨリ生スル損害ヲ他ニ及ハス亦是ト一般ナリト云フ可シ蓋シ思フニ義務者互ニ連帶ヲ爲スハ之ヲ見テ一箇ノ物體ト爲スヲ以テナリ

第三項債主ニテ主タル義務者ニ宣誓ヲ求メタルニ義務者ハ之ヲ爲シタル時ハ其義務者及ヒ保證人ハ其ニ利益ヲ得若シ又義務者ニテ之ヲ拒絕シタル時ハ保證人モ其ニ不利ト成ル但シ此最後ノ場



各即チ義務者宣誓ヲ拒絕シタル時ニハ義務者ハ自カラ義務ヲ負擔スル事ナレバ其保證人モ亦義務有ルヲ認メサル可カラズ此ノ如ク保證人其義務者ノ動作ト共ニ隨行セサル可カラサルノ場合ハ宣誓ノ時ノミニ非ズ義務者ノ自カラ證書ヲ作為シ義務有ル旨ヲ認ムル時ニハ保證人モ亦此證書ニ依リ義務有ルヲ認メサル可カラズ證書ヲ作為スルト宣誓ヲ拒絕スルトハ物其類ヲ異ニスト雖也證書ヲ作為スルノ事ハ猶宣誓ヲ拒絕スルカ如キナリ

第五項保證人ニテ元來義務者ト訴ヘラレタル者ニ義務有ラスト宣誓シタル時ニハ義務者モ亦其宣誓ノ利ヲ得ル者トス

今若シ保證人宣誓ヲ拒絕シタル時ニハ其不利ハ義務者ニ及フ可キカ否義務者ハ又法庭ニ於テ義務有ラサルヲ陳スルヲ得可シ其保證人ノ宣誓ヲ拒絕シタルノ不利ハ決シテ其義務者ニ及ハサルハ蓋シ保證人ハ元義務者ノ利益ヲ辨護スルノ任有リト雖也和解其他ノ方法ヲ以テ義務者ノ地位ヲ惡クスルノ任有ラサレハナリ

第六項ニ「此最後ノ二項ノ場合云々」ト記シタルハ二項三項四項五項及ヒ分ツ可カラサルノ義務ノ場合云々ト誤正セサル可カラズ

余カ前ニ論辯シタルノ事ハ元ヨリ本項ニ云フカ如ク其宣誓ハ義務成立ノ如何ニ在ル者ニシテ其義務ノ形狀ニ在ルニ非サルナリ

右ニテ第一千三百六十五條ノ數項ヲ説キ畢リタリ抑此條ハ頗ル繁雜ヲ極ムト雖也之ヲ四例ニ分テ一ハ原告人ヨリ宣誓ヲ求メ被告人之ヲ宣誓シニハ被告人之ヲ拒絕シ三ハ被告人宣誓ヲ求メタル時原告人、之ヲ爲シ四ハ原告人之ヲ拒絕シタル者ト分別シテ之カ説明ヲ下セハ一目瞭然タルナリ

猶又此ニ第六項ヲ他ノ例ニ擴充シテ云ハノ代理人ノ出訴ヲ受クル有ラン其原告人ハ代理ヲ任シタル者ニテ義務ヲ負擔スルヤ否ヤノ問題ニ付キ宣誓ヲ求ムルヲ得可カラズト雖也其義務有ルヲ知ルヤ否ヤ辨濟ヲ爲シタルヲ知ルヤ否ヤノ問題ニ在テハ宣誓ヲ求ムルヲ得可シ而シテ其宣誓ヲ爲スル之ヲ拒絕スルトニ因リ代理ヲ依頼シタルハ其影響ヲ受クルナリ然レハ代理有ルヤ否ヤノ問題

於テハ宣誓ヲ爲スモ之ヲ拒絕スルモ代理ヲ任シタル人ハ義務ニ影響スル所無シ絶

第七十二號 明治十二年 二月七日 井田 鐘次郎 筆記

【第二節 裁判役其職務ニ因リ命シタル誓(補足ノ誓)】

誓キニ余ハ誓ニ二種有リト開陳セリ一ハ原被告一方ノ者ヨリ求ムル所ノ誓所謂審判ノ誓一ハ裁判官職務ニ因テ命スル所ノ誓所謂補足ノ誓是ナリ而シテ審判ノ誓ハ既ニ之ヲ講シ終リシカ故ニ余ハ今ヨリ裁判官ノ職務ニ因リテ命スル誓即チ補足ノ誓ヲ講述ス可シ此職務ニ因リ命スト云フ語ハ裁判官訴ヲ聽クニ當リ吟味ノ都合ニ因リ自己ノ權力内ニテ命スルト云ヘル意ナリ

【第一千三百六十六條】

本條ニ「一方ノ者ニ誓ヲ爲スヲ命シ」ト云ヘリ故ニ裁判官ハ原告人ト被告人トヲ問ハス何レノ者ニモ誓ヲ命スルヲ得ルナリ

又「訴訟ノ裁判ヲ爲スカ爲メ」(譯本ニハ裁判ヲ爲スニ付テ一證トシテト有リ是誤ナリ)又ハ償還ノ高ヲ定ム可キカ爲メト有リ(其裁判ヲ爲スカ爲メトハ唯證據ノ一端ヲ得テ事實ヲ明カニシ以テ裁判ノ便利ト爲スノミニ止マラス裁判ス可キ要點ノ理非曲直ヲ斷定センガ爲メト云フノ意ナリ然レモ償還ノ高ヲ定ム可キカ爲メトハ裁判ス可キ要點既ニ定マリ唯返還ノ高幾許ナルヤヲ定ムルカ爲メノミトス

本條ノ規則ハ屢人ノ駁撃スル所タリ審判ノ誓ハ原被告一方ノ者他ノ一方ノ者ニ信ヲ置クヨリ求ムル者ナレハ以テ訴訟ノ理否ヲ決定スルニ足ルト雖也補足ノ誓ハ原被告一方ノ者ニ出ツルニ非ズ裁判官訴訟ノ事件ヲ決センカ爲メ自己ノ權内ニテ一方ノ者ニ命スル所ニシテ其誓ハ訴訟ノ事件ヲ決定シ得ル者ナリ然ラハ則チ此權利ハ之ヲ過大ノ者ト云フモ敢テ不可ナル無シト此論ハ至極適正ナレハ余思フニ裁判官ノ權利ハ次條ニ於テ制限セラルレハ以テ少シク其過大ニ失スルノ弊ヲ防クヲ得可シト



余ハ次キノ條ニ移ルコ先ンシ「訴訟ノ裁判ヲ爲スカ爲メ又ハ償還ノ高ヲ定ムルカ爲メ」ト云フノ例  
 主有リ其賣物ノ代價ヲ請求セシカ爲メ裁判所ニ訴テ起シタリ然レモ其權利ヲ證スルニ於テ充分  
 ノ證據無キニ其申立ツル所遂ニ證明セラル、コ至ラス此場合ニ於テハ裁判官其職務ニ因リ原告  
 入若クハ被告入ニ爲テ爲サシテ命シ以テ其訴訟ノ裁判ヲ爲スヲ得ルナリ  
 被告入若シ代價ヲ拂フノ義務有ルチ自認シ唯代價ノ高ニ付テ原告入ノ申立ヲ承認セストセハ即チ  
 償還ノ高ヲ定テサルナリ此時ニ於テモ裁判官ハ其職務ニ因リ原告入若シハ被告入ニ爲テ命シ以テ  
 償高ヲ定ムルヲ得ルナリ  
 貸借ニ付テ例ヲ舉タルモ亦右ト同一轍ナリ何ントナレハ裁判官ハ證據ノ充分ニ舉ラサルヲ見レハ  
 貸借ノ契約ノ成立ニ付テモ又貸金ノ高ノ事ニ付テモ總テ補足ノ爲ニ與フルヲ得可ケレハナリ  
 凡訴訟ハ其何ナルチ問ハス總テ之ヲ二箇ニ區別スルヲ得可シ一ハ權利義務ノ有無ニ關シ一ハ權利  
 義務ノ高ニ關スル者是ナリ  
 裁判官ハ原告入ト被告入トヲ問ハスニテ爲テ爲ス可キ者チ其中ヨリ採擇スルヲ得可シト雖モ其採  
 擇ヲ爲スニ當リ決シテ安リコス可カラズ宜シク原告入中ニ於テ最モ信ヲ置クニ足ル可キ者ニ爲  
 テ命スルヲ要ス之ヲ一定ノ規則ト爲ス  
 原告入中何レカ最モ信ヲ置クニ足ル可キヤチ知ント欲スルニハ或ハ之ヲ言論ニ考ヘ或ハ之ヲ舉  
 動ニ照シ又或ハ之ヲ位置ニ徵ス可シ例ヘハ商人ト青年者トノ間ニ訴訟有リテ之ニ充分ノ證據無シ  
 トセシニ若シ此商人ハ屢訴テ起シ屢不法ノ事ヲ申立テシ者ニテ其相手方ハ潔白廉直ノ聞ヘ有ル者  
 ナレハ最モ信ヲ置ク可キハ青年者ナリ故ニ之ニ爲テ命シテ商人ニ爲テ命ス可カラサルナリ  
 又裁判官ハ訴訟人平生ノ行狀ヲ知ラスト雖モ訴訟中其人ノ心志如何ヲ察シ得可シ例ヘハ被告入初  
 メハ義務ヲ負ハスト主張シ後辨論ノ際ニ當リ誘問セラレテ遂ニ義務有リト自認シタル時ノ如キ裁  
 判官此被告入ノ偽ヲ述ヘタルヲ見テ其人ノ薄情ナルヲ知ルニ足ル可シ因テ其義務ノ高ニ付テ更ニ

争ノ起リシ時モ裁判官ハ爲テ此被告入ニ命ス可カラサルナリ  
 右ノ如ク爲テ與フルニ付テ裁判官ノ心得可キ者有リト雖モ法律上ニ於テハ尙一層弊ノ起ルチ防カ  
 ノカ爲メ更ニ裁判官ノ權力ヲ制限セリ  
 第一千二百六十七條

請フ本條ニ於テ補足ノ爲テ與フル場合ノ制限セラル、チ看ユ人苟モ此制限ニ若目セハ裁判官ノ命  
 スル爲テ何故ニ補足ノ爲ト稱スルヤチ知ル可キナリ蓋シ此ノ補足ノ語タル未ダ充分ナラサルチ更  
 ニ充分ナラシメント云フノ義ナルカ故ニ補足ノ爲ニ命スルニ至ルハ何カ其前ニ充分ナル事無カ  
 ラサルチ得サル可シ本條ニ「訴訟又ハ答辨ニ付キ云々」ト云ヘル文詞ハ其意甚タ廣クシテ何レノ場合ニモ適合ス可シ  
 リ「法文ニ「訴訟又ハ答辨ニ付キ云々」ト云ヘル文詞ハ其意甚タ廣クシテ何レノ場合ニモ適合ス可シ  
 故ニ裁判官ハ訴訟ノ事ニ付テ原告入ニ爲テ命スルヲ得可シ又被告入ニ爲テ命スルヲ得可シ而シ  
 テ答辨ノ事ニ付テモ亦然リトス因テ訴訟ノ事ニ付テハ被告入ニ爲テ命スルヲ得ス答辨ノ事ニ付テ  
 ハ原告入ニ爲テ命スルヲ得スト思考ス可カラサルナリ例ヘハ買賣契約ノ成否ニ爭論有ルヨリ原告  
 入ハ其契約ヲ成立セル者ト訴訟セリ此場合ニ於テモ若シ證據ノ分明ニ舉示セラレサル時ハ裁判官  
 原告入ニ爲テ命セス被告入ニ爲テ命スルヲ得ルナリ  
 又賣買代價ノ高ニ管シ被告入原告入ノ申立ツル所ニ抗抵シテ答辨ヲ爲セリ然レモ裁判官若シ被告  
 入ニ信ヲ置クニ足ラサル者ト思惟セハ被告入ニ爲テ命セシテ原告入ニ爲テ命スルヲ得可シ  
 余ハ是ヨリ本條ノ第二項ト第三項トヲ説明ス可シ  
 第二項ニ「訴訟又ハ答辨ノ證全ク備ハラサル時」ト有リ例ヘハ原告入訴訟ヲ爲スニ證據ノ端緒ノミ  
 ヲ有シテ證人ヲ有セサル時ノ如キ原告入ノ申立ツル所ニ充分ノ證據無シ即チ訴訟ノ證全ク備ハラ  
 サルカ故ニ裁判官ハ原告一方ノ者ニ爲テ命シ以テ訴訟ノ判決ヲ爲スヲ得  
 試ニニ問フ證據ノ端緒無キモ證人有ル上ハ以テ爲テ命スルニ足ル可キヤ語ヲ換ヘテ云ハ、證人ト  
 證據ノ端緒トハ同一ノカヲ有ルヲ證據ト稱スル有テ止ニ證人無キモ裁判官爲テ命スルヲ得可



ト雖証據ノ端緒無クハ證人有ルモ未ダ之ヲ以テ誓ヲ命スルノ原因ト爲ス能ハサルナリ何トナレハ證據ノ端緒タル百五十一ヲ以テハ證人ヲ用フルニ缺ク可カラサル基  
 本ナレハナリ今之ヲ家宅ニ譬フルニ證據ノ端緒ハ猶其基礎ノ如ク證人ハ猶家根ノ如シ基礎有レハ家根有ルヲ得可クシテ基礎無クシテ家根獨リ能ク其形ヲ存スルヲ得ヤ故ニ基礎ハ獨リ其基礎タルノ用ヲ爲ス可シト雖証據ノ端緒無クハ證人モ亦之ト同一ニシテ證據ノ端緒有ルニ因テ其用ヲ爲スニ何シ獨リ其用ヲ爲スヲ得ンヤ  
 右ハ訴訟ノ事ニ付テ述ヘン所ナルカ余ハ答辨ノ事ニ付テモ亦之ト同一ノ言ヲ爲ス可シ故ニ被告人有リテ其申立ヲ誠實ナリト思惟スルニ足ル可キ書面ヲ差出ス時ハ證人無シト雖証據ノ端緒無クハ證人モ亦之ト同一ニシテ命スルヲ得可キナリ然レハ若書面ノ如キ證據ノ端緒無キニ於テハ證人有ルモ之ニ誓ヲ命スル能ハサル猶前文ニ記スル所ノ如クナリトス

第二項ハ前文送フル所ノ事柄ニ付テ既ニ說明セラレタルカ如シ因テ余ハ更ニ之ヲ說明スルヲ欲セサルナリ  
 法文ノ趣意頗ル廣潤ナルニ付事實上ノ推測モ亦之ニ誓ヲ命スルノ原因ト爲スヲ得可キカ如クナレハ余ハ斷然ト之ヲ其原因ト爲ス可カラスト主持ス可キナリ  
 本條ノ第四項ヲ看ミ此二箇ノ場合ノ外ハ裁判官誓ヲ命スル無ク其訴訟(譯本ニハ訴訟又ハ答辨ノ申立ト有レハ原文ニハ又ハ答辨ノ語有ル無シトス)ノ申立ヲ全ク取上ケ又ハ取上ケサル可シト有ラスヤ此(申立ヲ全ク取上ケ又ハ取上ケサル可シ)トハ裁判官ニ採擇ノ權ヲ附與シタルヲ云フナリ然レハ余ヲ以テ之ヲ觀ルニ裁判官ハ此採擇ヲ爲スヲ得ス唯訴訟ノ申立ヲ取上ケサルノ外他ニ爲ス可キノ事無シト思ハル是證據法ノ原則ニ照シテ知ルヲ得可キ所ニシテ余カ前文ニ舉示シタル證據ノ端緒ノ例ヲ以テ証スルニ足ル可シ  
 法律ハ(訴訟ノ申立ヲ全ク取上ケ又ハ取上ケサルヘシ)ト云フノモニシテ答辨ノ事ニ付テハ一言ヲモ爲サル所以ノ者ハ少シク怪ム可キカ如クナラスヤ然レハ若シ訴訟ト答辨ト二者ヲ取リテ精細

ニ之ニ考察ヲ下ス於テハ法文ニ答辨ノ語無キモ其述フル所恰モ之有ルト同一轍ニ出ツ可キ旨ヲ知ルニ足ル可キナリ其理由ヲ左ニ開陳セン  
 試ミ思ヘ若シ原告人ヨリ證據ノ端緒ヲ出サレハ裁判官其訴訟ノ申立ヲ退ケサル可カラス然レハ若シ之カ證據ノ端緒ヲ出シタル時ハ裁判官其申立ヲ取上ケサルヲ得サル可シ然リ而シテ訴訟ノ申立ヲ退ケルハ答辨ヲ取上ケサルニ等シク又(訴訟ノ申立ヲ取上ケサル)ト有レハ即チ答辨ヲ取上ケサル旨ヲ暗ニ表シタル者ト解ス可ク又(訴訟ノ申立ヲ取上ケサル)ト有レハ即チ答辨ヲ取上ケサル者ト解セサル可カラサルナリ何トナレハ訴訟ノ答辨ト二者ハ決シテ相離ル可カラサルヲ以テナリ看ル可シ法文ニ答辨ノ語無キモ其述フル所恰モ之有ルト同一轍ナルヲ

〔第一千二百六十八條〕  
 此條ハ審判ノ誓ト補足ノ誓ノ差違ヲ述フル者タリ然レハ此二者ノ差違ハ其擧クル所ノ外尙他ニ數箇有ルカ故ニ余ハ次回ニ於テ審判ノ誓ニ管スル條ト補足ノ誓ニ管スル條トヲ順次ニ比較シ以テ之ヲ諸君ニ明示セント欲スルナリ

〔第一千二百六十九條〕  
 本條ハ裁判官ノ權利及ヒ其權利ノ制限如何ヲ陳述スルヲ以テ其目的トセリ是物件ノ價ニ付キ誓ニ非サル方法ヲ用ヒ證據ヲ立ツル能ハサル時ノ外裁判官其者ニ對シ誓ヲ命スルヲ得スト云フ文詞ヲ以テ之ヲ徵スルニ足ルヘシ然リ而シテ其豫定セル所ハ裁判官原告人ニ誓ヲ命スルト云フニ在リトス譯文ニハ(一方ノ者)ト有レハ原文ニハ原告人ト有リ譯文ノ誤リ知ル可キナリ  
 前條ハ原告人ト被告人トヲ區別セシメテ其中何レノ者ニモ誓ヲ命スルヲ得可シト記載セルニ非スヤ然ルニ本條ハ何故ニ被告人ニ誓ヲ命スルノ事ヲ記載セシメテ唯原告人ニ命スル事ノミヲ記載スル乎余以爲テク裁判官ノ誓ヲ命スルヤ權利義務ノ有無ヲ決定センカ爲メカ又ハ其權利義務ノ幾許ナルヤヲ知ル爲メカ蓋シ其一ヲ出テサル可シ且ツ前文既ニ記載シタルカ如ク裁判官ハ何レノ場合



ト雖原告人ニモ被告人ニモ誓ヲ命スルヲ得可ケルハ願ミルニ本條ニ被告人ニ誓ヲ命スルノ事無キハ蓋シ立法者行文ノ粗漏ニ外ナラサル可ク敢テ其意ノ然ラシムル所ニ非サルナリ何ソ裁判官ニ於テ被告人ニ誓ヲ命スルヲ得サルノ理有ル可ケンヤ然ラハ本條ニ被告人ニ誓ヲ命スルノ語無キハ之ヲ法文ノ闕失ニ出テシ者ト斷言シテ可ナリ然レハ第二項ニ唯原告人ノミト有ルハ敢テ法文闕失ニ非ス全ク立法者ノ意向ニ因テ然レハ凡ソ償還ノ高ニ付テ誓ヲ命スルニ其誓ノ及フヲ得可キ限無キハ却テ當然ノ事ト思ハル何トナレハ凡ソ償還ノ高ニ付テ誓ヲ命スルニ其誓ノ及フヲ得可キ限無ク定ムルハ一般ノ正例ニ非スシテ變例ナリ而シテ變例ハ法律ノ明文外ニ出サルヲ要ス可キ者ナリ然ルニ本條ハ誓ノ及フヲ得可キ最上ノ高ヲ定ムルニ付キ即チ變例ヲ舉ケシ者ナルニ其文詞中原告人ノ語有リテ被告人ノ語無キハ其意蓋シ原告人ニ誓ヲ命スルノ場合ノミチ指シ云フニ在ルヤ明カナリトス若シ被告人ニ誓ヲ命スル場合モ其指シ云フ所ナリトセハ必スヤ被告人ニ誓ハシムルハ最下ノ高ヲ定ム可シトノ語無カラサル可カラサルニ今其語無キヲ見レハ假令法文ニ被告人ノ語有ラサルモ決シテ之ヲ其闕失ト云フ可カラサルナリ

今ヤ余ハ本條ノ本旨ニ立歸リ更ニ例ヲ舉テ之ヲ説明セントス  
 建築者有リ或人ノ依頼ニテ家屋ヲ構造ヲ引請ケタリ然ルニ其建築者約條ニ違背シテ擅ニ事ヲ行ヒ或ハ怠慢ニ流レ或ハ失策ヲ爲シ遂ニ依頼者ニ大ニ損害ヲ蒙ラシムルニ至レリ是ニ於テ平依頼人裁判所ニ訴ヲ起シ以テ被告人ニ誓ヲ命スルヲ拂フリ義務有ル旨ヲ認メシメタリ故ニ義務ノ有無ハ既ニ判然セリ然レハ償金ノ高ニ至リテハ原告人各其說ヲ異ニシ互ニ其前議ヲ固執シテ動カス裁判官モ亦償金ノ高ヲ定ムルニ方法ヲ發見スル能ハス此ノ場合ニ於テハ裁判官如何シテ可ナラシカ曰ト裁判官ハ本條ノ規則ニ因テ原告人若シハ被告人ニ誓ヲ命シ之カ誓ヒシ迄ノ金額ヲ以テ償還ノ高ト定メサル可カラサル然レハ此ノ如クスル時ハ原告人ニ誓ヲ命スルト被告人ニ誓ヲ命スルトニ隨テ一箇ノ區別ヲ立ツ可ク即チ被告人ニ誓ヲ命スルヲ欲セハ唯其申立ツル所ノ高迄ヲ誓ハシメテ足レ

カトスルモ若シ原告人ニ之ヲ命ゼントセハ先ツ豫メ最上ノ高ヲ定メ其誓ヲ所メシテ之ヲ超過セハ

余ヲ以テ之ヲ觀ルニ此法則ハ其宜キヲ得タル者ニ非サルナリ蓋シ裁判官ニ於テ原告人ニ誓ハシムル最上ノ高ヲ定ムル時ハ原告人ノ誓ヲ所如何ナル場合ト雖其最上ノ高迄ニ至ルヤ必セリ假令最上ノ高迄ニ至ラサルトスルモ其近キニ接スルハ勢ノ止ムヲ得サル所ナル可ク例ハ五百圓以上ニ誓ヲ及ホス可カラスト命スレハ原告人五百圓ヲ得ルノ權有リト誓フ可ク然テスレハ四百九十九圓ヲ得ルノ權有リト誓フ可ク決シテ大ニ其以下ニハ降ラサル可キナリ然ラハ則チ裁判官チシテ其最上高ヲ定メシムルハ之ヲシテ自カラ償還ノ高ヲ定メシムルト事相等シキカ如何シテ誓ヲ命スルチ須ヒンヤ且ツ本條ノ第二項ニ物件ノ價ニ付キ誓ニ非サル方法ヲ用ヒ證ヲ立ツル能ハサル時ト有ルハ裁判官將テ何チ根據下シテ誓ヲ爲サシムル最上ノ高ヲ定ムルチ得ル乎其定ムル所ハ恐シハ實情ニ適中セサル多キニ居ル可キナリ故ニ余ハ右法則ヲ以テ宜キヲ得タル者ニ非スト云フナリ  
 羅馬法ニ於テハ裁判官義務ノ高ヲ定メンカ爲メ誓ヲ命スル時先ツ豫メ其最上ノ高ト最下ノ高トヲ定メ其誓ヲ所メシテ之カ以外ニ出ラサシムルヲ法トセシメ因リ佛蘭西立法者モ之ニ模倣シ遂ニ奇ノ法則ヲ民法中ニ見ルニ至レリ

此法則ハ前文記載シタルカ如ク償還ノ高ヲ定ムル他ノ方法無キ時ハ極メテ裁判ニ必要ナル者ノ如クナレト靜カニ事理ノ如何ヲ考レハ決シテ其必要ナラサルチ知ル可シ何トナレハ若シ償還ノ高ニ管シ原被告雙方各其申立ツル所チ異ニセハ則チ證據法ノ一大原則ニ循ヒ原告人ノ證シ得可キ分チ以テ其高ト定ム可ク然リ而シテ其充分ノ證據無キ時ハ證ノ擧ラサルト事相等シケレハ敢テ補足ノ誓ヲ以テ之ヲ補フ無シト雖其唯被告人ノ申立即チ其自認シタル分ノモヲ以テ償還ノ高ト定メサルチ得サルナリ



前會ニ於テ約セシ如ク是ヨリ第千三百六十八條ノ事ヲ説カントス  
 原被兩造ノ中裁判官ノ選ニ因リ補足ノ誓詞ヲ爲ス可キ旨ヲ命セラレタル者ハ其相手方ニ對シテ之  
 ヲ反シ求ムルヲ得ス是同條ノ主眼ニシテ寔ニ當理ノ法制ト云フ可キナリ  
 訴訟審判ノ誓詞ヲ求メテレタル一方ハ必ズシモ自カラ宣誓スル無ク更ニ他ノ一方ニ向ヒテ之ヲ反シ  
 求ムルヲ得可キ事ハ前會第千三百六十一條ノ講説ニ於テ既ニ之ヲ辨明セリ補足ノ誓詞ハ則チ然ラ  
 ス法律ハ斷然之ヲ反シ求ムルヲ許ルカスト云フ故ニ訴訟人中補足ノ誓詞ヲ爲ス可キノ命ヲ受ケ  
 タル者ハ固ヨリ其求メテ爲シタル裁判官ニ對シテ之ヲ反シ求ムルヲ得ルノ理無ク又法ニ成條有リ  
 テ其對訟人ニ向テモ亦之ヲ反シ求ムルヲ得ス請フ其理由ヲ説カ  
 夫レ裁判官自カラ訴訟人ノ一方ニ求メテ誓詞ヲ爲サシムルニハ必ズ正ニ其信用ノ最モ厚大ナル者  
 ヲ選擇セサル可カラズ然レモ一旦其裁判官ヨリ選指サレテ誓詞ヲ爲ス可キ旨ヲ命セラレタル一  
 方ヨリ自カラ宣誓スル無ク更ニ他ノ一方ニ對シテ之ヲ反シ求ムルヲ得ルト云フ時ハ遂ニ必ズ其  
 裁判官ノ信任セサル者ヲ誓詞ヲ爲サシメ因テ以テ訴訟ヲ審判スルニ至ルヲ免ガレサル可シ是  
 即チ法律上誓詞ノ補足ヲ反求スルヲ制止シタル所以ナリ  
 更ニ一問題有リ裁判官ヨリ補足ノ誓詞ヲ爲ス可キ旨ヲ命セラレタル者ハ自カラ之ヲ宣フルヲ拒  
 更ニ其對訟人ニ向ヒ審判ノ誓詞ヲ求ムルヲ得ル乎曰ク然リ法律ハ之ヲ防カサルナリ然レモ之  
 ニ因テ或ハ奇怪ナル結果ヲ生スルヲ免カレサル可シ例ヘハ補足ノ誓詞ヲ命セラレタル一方甲者自  
 カラ之ヲ拒ミ更ニ其對訟人乙者ニ向ヒ審判ノ誓詞ヲ求メタルコト乙者モ亦自カラ宣誓スルヲ否シ復  
 甲者ニ對シテ其審判ノ誓詞ヲ反シ求メタル此場合ニ付テ之ヲ觀ルコト甲者ハ一旦既ニ補足ノ誓詞  
 ヲ拒ミタリト雖モ此ニ至リテ必ズ訴訟審判ノ誓詞ヲ陳ヘサル可カラズ然ラサレバ必ズ自カラ敗訴  
 可キナリ是實ニ奇怪ノ結果ナリ然レモ亦罕ニ有ル者ナル可シ本例ノ如キ場合ニ於テハ或ハ審判  
 誓詞ノ補足ヲ誓詞ニ付テハ法律ハ甚ダ簡短ニ過キタル所有ルヲ以テ此誓詞ニ引用適施ス可キ審判誓詞  
 補足ノ誓詞ニ付テハ法律ハ甚ダ簡短ニ過キタル所有ルヲ以テ此誓詞ニ引用適施ス可キ審判誓詞

ノ諸規則ヲ搜索セサル可カラズ又審判ノ誓詞ノ諸則中等シク補足ノ誓詞ニ恰用ス可キ者ヲ選擇  
 スルニハ必ズ復逐次ニ審判ノ誓詞ニ管スル諸箇條ニ依テ之ヲ定メサル可カラズ  
 第千三百五十八條ハ補足ノ誓詞ニモ亦必ズ之ヲ適施セサル可カラズ同條ニハ何レノ訴訟ニ付テ  
 モ云々ノ明文有リト雖モ必ズ吾人ノ身分ニ管スル者ニテ凡ソ公益ニ管涉スル事柄ニ付テハ決  
 テ訴訟審判ノ誓詞ヲ用フル能ハサル事ハ前會ニ於テ既ニ諸君ニ警告シタル所ナリ補足ノ誓詞モ亦  
 然リ必ズ貸主權若クハ其他私益ニ管スル事柄ニ非サレハ公益ニ管スル事柄ニ付テハ更ニ此補足誓  
 詞ヲ以テ的證ト爲スヲ得ス  
 第千三百五十九條ハ補足ノ誓詞ニモ亦審判ノ誓詞ノ如クニ之ヲ適行ス可キ者ナリ裁判官常ニ訴  
 訟人中ノ一方ヲ選ミ其補足ノ誓詞ヲ命スルニハ必ズ其者ノ一身ニ管シタル事柄ニ非ラサレハ能  
 カル可シ然レモ又其一方ノ一身ニ管セサル事柄ナリト雖モ裁判官ハ之ニ對シテ自カラ其事柄ヲ  
 知ルヤ若クハ之ヲ知ラサルヤノ誓詞ヲ求ムルヲ得可キナリ  
 第千三百六十條ハ決シテ補足ノ誓詞ニハ之ヲ適用ス可カラサル者ナリ先ツ其第一段ニ付テ之ヲ觀  
 ルニ(訴訟ヲ爲スニ付テノ證據ノ端緒又ハ訴訟ヲ拒ムニ付テノ證據ノ端緒無キ時ト雖モ云々)ノ法  
 則ハ更ニ補足ノ誓詞ニハ之ヲ恰行スル能ハサル者ナル事ハ他辨ヲ待タズシテ明瞭ナリ何トナレ  
 ハ法律ハ第三百六十七條第二項ニ於テ殊更ニ明文ヲ掲ケ以テ(補足ノ誓詞ハ訴訟又ハ抵拒ノ證據  
 ノ端緒有ル時ニ非サレハ決シテ之ヲ許サズ)ト云フヲ以テナリ  
 今又第千三百六十條第二段ニ移テ之ヲ觀ルニ(訴訟中何レノ時ニ限ラズ誓ヲ爲スヲ求ムルヲ得可  
 シ云々)ノ法文有リ是補足ノ誓詞ニハ決シテ當行ス可カラサルナル者ナリ蓋シ訴訟審判ノ誓詞ハ  
 其訴訟ノ形狀ハ何様ナル時ト雖モ(即チ未ダ裁判ヲ言渡ササル間ハ訴訟ノ初頭ニテモ又ハ其中間  
 コテモ又ハ其末尾ニテモ)之ヲ求ムルヲ得可キハ既ニ前會ニ於テ解説セシ所ナリ然レモ補足ノ誓  
 詞ニ付テハ大ニ異ナル所有リ補足ノ誓詞ハ必ズ其訴訟ノ末尾ニ至ラサレハ之ヲ求ムルヲ得サルナ  
 リ何トナレハ既ニ證據ノ端緒有ルニ因テ訴訟ノ繼續スル間ニ終ニ自カラ證據ノ充分スルニ至ル



事有レハナリ。若シ果シテ充分ノ證據ヲ發見セシムル時ハ法律ハ最早補足ノ誓詞ヲ求ムルヲ許サズ是  
ハ裁キテ第千三百六十七條第一項ニ在リ曰ク「訴訟又ハ其抵拒ノ證據ヲ備ハラザルニ非サル時」ト  
故ニ曰ク第千三百六十六條ノ第二段ノ規則モ亦第一段ノ規則ト等シク決シテ補足ノ誓詞コハ之ヲ適  
用スル能ハズト

第千三百六十一條ハ前段ニモ既ニ述ヘタル如ク其誓詞反求ニ管スル者ヲ除去シ、其他ノ規則ハ悉  
ク補足ノ誓詞ニモ亦等シク之ヲ適行ス可キナリ故ニ裁判官自カラ訴訟人ノ一方ヲ選ミ以テ之ニ補  
足ノ誓詞ヲ求メタル時其者之ニ應シテ誓詞ヲ宣ヘタル時ハ必ス自カラ勝訴ス可キナリ、若シ又之  
ニ反シテ補足ノ誓詞ヲ爲ス可キノ求メテ受ケタル者之ヲ拒否シテ其誓詞ヲ宣ヘサル時ハ必ス敗訴  
ス可キナリ  
難者曰ク夫レ審判ノ誓詞ト補足ノ誓詞トハ大ニ其趣旨ヲ異ニシ隨テ其法則モ亦相等シカラズ審判  
ノ誓詞ハ訴訟人ノ一方ヨリ他ノ一方ニ對シテ之ヲ求ムル者ニシテ其意蓋シ對訟人之ヲ誓ヘハ自カ  
ク敗訴シ之ヲ拒メハ自カラ勝訴ス可シト云フニ在リテ必ス其誓詞ニ依テ互ニ和解ヲ爲サント欲ス  
ル者ナリ故ニ裁判官ハ必ス其誓詞ヲ宣ヘタル事若クハ之ヲ拒ミタル事ニ依テ其判決ヲ爲サ、ル可  
カラスト云フハ固ヨリ當理ノ審判敢テ難敷ス可キ者ニ非ス然レモ子モ既ニ自カラ明言セシ如ク補  
足ノ誓詞ハ則チ之ト異ナリ、補足ノ誓詞ト審判ノ誓詞トハ表裏ノ差有リ、補足ノ誓詞ハ訴訟人一方  
ヨリ他ノ一方ニ求ムルニ非ス裁判官自カラ其雙方中ノ一方ヲ選指シ以テ之ニ誓詞ヲ求ムルニ且  
ク補足ノ誓詞ニハ雙方ノ間互ニ和解スルノ意趣無シ因テ裁判官ハ其詞訟ヲ審判決定スル迄ハ補足  
ノ誓詞ノ前後ニ拘ハラズ常ニ自己ノ專權ヲ以テ其證據ヲ鑑察シ其強弱輕重ヲ測量スルノ自由無カ  
ル可カラズ、然ルニ若シ果シテ子ノ説ノ如ク裁判官ノ求メニ因リ一旦補足ノ誓詞ヲ宣ヘタル者ハ必  
ス自カラ勝利ヲ得可ク又之ヲ拒ミタル者ハ必ス自カラ敗訴ス可シト斷定スル時ハ遂ニ之ニ依テ尙  
未ダ詞訟ノ審判ヲ爲サ、ル前ニ既ニ其裁判官ノ自由ヲ束縛シ以テ其專行ス可キ主權ヲ奪取セサル  
ヲ得ズ、是果シテ法律ノ意ナル乎、何レノ法條ニ基キ此ノ如キ結果ヲ生シ可キ乎抑又他ニ所以有

然ル乎

余曰ク確乎タル法條有リテ然ルナリ、決シテ余カ一己ノ想像説ニハ非ラサルナリ、難者請フ能ク第  
千三百六十六條ヲ參考熟察ス可シ、該條ニハ「訴訟ノ裁判ヲ爲ス可キ爲メニ裁判官補足ノ誓詞ヲ命  
ズ」ト云フノ明文有リ、是補足ノ誓詞ヲ述ヘタル者ハ必ス自カラ勝訴ス可ク、之ヲ拒ミタル者ハ必  
ス自カラ敗訴ス可キ第一證ナリ、又第千三百六十九條第二項ニ曰ク「原告人ノ誓詞ヲ以テ信據ト爲  
ス可キ云々」ノ法文有リ、是亦補足ノ誓詞ヲ爲ス可キノ求メニ應シタル者ハ必ス自カラ勝利ヲ得可  
ク又之ニ反シテ其求ヲ拒否シタル者ハ必ス自カラ敗訴ス可キ第二證ナリ、是ニ由テ之ヲ觀レハ一旦  
裁判官訴訟人ノ一方ヲ選ミ以テ之ニ補足ノ誓詞ヲ爲ス可キ旨ヲ命ゲタル時ハ其訴訟判決ノ結果ハ  
被ノ訴訟審判ノ誓詞ノ場合ト全ク等一ナルハ明カナリ裁判官ハ必ス其求メタル補足ノ誓詞ヲ爲シ  
タルト否トニ因テ其訴訟ヲ裁判ス可キナリ

第七十四號

明治十二年  
二月十四日

一 願 勇 三 郎 筆記

本會ハ尙前會ニ續テ審判ノ誓詞ト補足ノ誓詞トノ比較ヲ説ク可シ  
第千三百六十二條ハ補足ノ誓詞コハ之ヲ適行スルヲ得ズ、何トナレハ此條ノ記スル所ハ即チ誓詞  
ヲ反シテ求ムル事ナリ然レニ補足ノ誓詞ハ更ニ之ヲ反シテ求ムルヲ得サレバナリ  
第千三百六十三條モ亦補足ノ誓詞ニハ適當セサル法章ナリ何トナレハ既ニ前段ニモ辨陳セシカ如  
ク彼ノ審判ノ誓詞ハ雙方之ニ據テ共ニ和解ヲ爲スノ意ヲ決シ以テ之ヲ採メ又之ヲ宣フ者ナルカ  
故ニ復其偽誓タルヲ申立ルヲ得サル可シト雖モ補足ノ誓詞ハ則チ然ラズ、雙方ノ者ハ補足ノ誓詞  
ニ據テ以テ互ニ和解ヲ爲スノ意ヲ表スルニ非ス且ツ補足ノ誓詞ハ一方ヨリ他ノ一方ニ對シテ之ヲ求  
ムルニ非ス裁判官自カラ其一方ヲ選ミ以テ之ヲ命ゲルナリ裁判官モ亦必ス之ヲ誤謬無キヲ得ズ、又  
訴訟人ハ總テ其原告ト被告トト問ハ大妄リニ裁判官ノ誤謬ニ因テ自ガヲ損害ヲ受ケルノ理無シ、故  
ニ每ニ補足ノ誓詞ニ詐詭有ル時ハ彼ノ敬慎願書若クハ其他ノ方法ニ依テ之ヲ取消スチ得可キナリ、



是余一人ノ説ニ非ス諸學士ノ論モ亦既ニ此ニ一着セリ  
 第千三百六十四條ハ前條ト異ナリ、此本條ハ補足ノ誓詞ニモ亦等シク適施スルヲ得可キ者ナリ、訴  
 訟人ノ一方甲者ヨリ他ノ一方乙者ニ對シテ誓詞ヲ求メタル時乙者自カラ之ヲ爲ス可キ旨ヲ承  
 諾シタルニ於テハ最早其翻譯ヲ爲スヲ得サル事ハ先會ニ於テ之レヲ解說シタルリ補足ノ誓詞モ亦  
 然リ、裁判官自カラ訴訟人ノ一方ヲ選指シ以テ之ニ補足ノ誓詞ヲ命ジタ時其者自カラ之ヲ爲ス可  
 キ旨ヲ承諾シタル上ハ最早其翻譯ヲ爲スヲ得ス、其理由ハ前會審判ノ誓詞ニ付テ説明セシ者ト等  
 ナレハ今復之ヲ再説スルヲ要セス  
 第千三百六十五條ハ自カラ諸項ニ分カレ、各項ノ記スル所モ亦相異ナル者有リト雖也、之ヲ要スル  
 ニ其全文ヲ擧テ必ス之ヲ補足ノ誓詞ニ適用セサル可カラス、請フ左ノ一例ヲ以テ之ヲ證セシ  
 保證人ト權利者トノ間ニ一詞訟ヲ生シ、其保證人ハ自カラ充分ノ證據ヲ有セサルニ付キ、裁判官ニ  
 少其權利者ニ對シテ補足ノ誓詞ヲ求メタル時權利者之ニ應ジテ直チニ誓詞ヲ宣ヘタリトセン平  
 權利者勝訴ス可ク、保證人敗訴ス可キナリ、之ニ反シテ權利者自カラ宣誓スルヲ拒否シタリトセン  
 平、彼レ自カラ敗訴ス可ク、保證人勝利ヲ得可シ  
 又裁判官ヨリ其保證人ニ命ジテ補足ノ誓詞ヲ求メタル時、保證人果シテ其誓詞ヲ陳ヘ以テ勝利ヲ得  
 タリトセン平、義務者モ亦之ニ因テ其義務ヲ免カレタルノ的證ト爲スヲ得可シ、之ニ反シテ保證人  
 自カラ宣誓スルヲ拒否シ以テ自カラ敗訴シタリトセン平、此結果ヲ以テ安リニ其義務者ニ及ホス  
 ヲ得ス、義務者ハ之ニ因テ自カラ敗訴スルノ理無シ、是亦訴訟審判ノ誓詞ヲ講スル時ニ既ニ辨明シ  
 タル理由ニ因テ然ルナリ、徒ニ再説スルヲ要セスシテ可ナリ、又連帶ノ義務者ニ付テ之ヲ論ズルニ必  
 ス審判ノ誓詞ノ場合ト等シク結果ヲ生ス可キナリ、諸君宜シク其適例ヲ察シ以テ反覆熟視ス可シ  
 今本條ノ講テ終ラントスルニ際シ諸君ニ一言テ可キ事有リ、權利者常ニ其義務ノ執行ヲ要求スル  
 ニ當リ其主者ナル義務者ハ指テ之ヲ訴ヘス直チニ其從者ナル保證人ニ對シテ訴フルハ實際上補有  
 ノ者トス、若シ果シテ之有ルモ其保證人ハ必ス又注タル義務者ヲ呼出シ以テ相供ニ其訴訟ニ關涉ス

可キナリ

復第一號 明治十二年 二月十八日

二 函 三 郎 筆 記

〔第四卷 契約無シシテ生スル義務〕

本卷ニ記スル所ノ者ハ略諸君ノ聞知スル所ナリ、夫レ義務ナル者ハ五個ノ原由ヨリ生ス、曰ク契約  
 曰ク准契約、曰ク犯罪、曰ク准犯罪、曰ク法律即チ是ナリ、是義務篇ヲ講スルノ頭初ニ於テ既ニ諸君ニ  
 辨明シタル所ナリ而シテ彼ノ契約ニ管スルノ諸規則等ハ既ニ百餘回ノ講説ヲ爲シ詳細ニ之ヲ解釋シ  
 以テ漸ク其局ヲ結ヘリ、餘ス所ノ者尙四原由有リ(准契約、犯罪、准犯罪、法律)逐次之ヲ講究ス可シ  
 〔第千三百七十條〕

本條ノ主眼トスル所ハ第一項及ヒ第二項ニ在リテ第三項及ヒ第四項ハ其解義ヲ擴充シタルモノナ  
 リ、第一項ニ曰ク、義務中ニ義務者モ又權利者モ契約ヲ爲ス無クシテ生スル者有リト、余本項ヲ  
 觀ルニ(義務者モ又權利者モ契約ヲ爲ス無クシテ生スル者有リト)ノ語ハ全ク立法者ノ錯誤ニ出ラタル者ニシテ甚  
 難當ナラサル者ト云ハサル可カラス何トナレハ凡ソ契約ナル者ハ一人一己ノ間ニ成立スルヲ得可  
 キ者ニ非サル事ハ諸君ノ既ニ熟知スル所ナリ、然ルニ本文ニ依レハ義務者一人若クハ權利者一人  
 ニテ契約ヲ爲ス有ルカ如クニ見ユルナリ、是決シテ事實ニ於テ有ル可カラサル所ニシテ全ク立法  
 者ノ不注意ニ因テ此ノ如キ失當ノ法文ヲ揭示シタル者ナルヤ明カナリ、故ニ今之ヲ改メテ義務者  
 及ヒ權利者ノ間ニ契約ヲ爲ス無クシテ生スルカ、若クハ寧ろ(義務者モ又權利者モ云々)ノ文詞  
 ヲ刪除スルニ如カサルナリ  
 第二項ニ曰ク「此義務ハ法律上ニテ生スル者有リ又ハ義務ヲ負フ可キ者ノ所爲ニ因リ生スル者有  
 リ」ト、此法律トハ即チ成文法律ヲ指シタル者ナリ、性法上ニ於テモ亦此ノ如キ義務ヲ生スル事有ルヤ  
 否ヤハ後ノ第三項ニ至テ之ヲ驗ス可シ  
 第二項ニモ亦允當ナラサル行文有リト云ハサル可カラス、何トナレハ此項第二段又ハ義務ヲ負フ



可キ者ハ所爲ニ因リ生スル者有リ云々ノ法文ハ正ニ犯罪及准犯罪ニハ適當ス可シト雖モ彼ノ准契約ニハ全ク本文ノ揭示スル所ニ反對スルノ所爲ヲ現出スル場合有ルヲ以テナリ、左ノ一例以テ之ヲ證スルニ足ル可シ

甲者旅行乙者其事務ヲ管理シ以テ若干ノ費ヲ辨シタリ（此所爲ヲ稱シテ事務管理ト云フ、蓋シ准契約ノ一例ナリ、後段ニ之ヲ詳説ス可シ）甲者歸郷ノ後乙者ヨリ甲者ノ留守中其事務ヲ管理スル爲メニ自カラ消費シタル金額ノ辨償ヲ要請ス、此場合ニ於テハ乙者ハ權利者ニテ甲者ハ其義務者ナリ、然リ而シテ其事務ヲ管理シタル者ハ乙者即チ權利者ナリ故ニ事全ク權利者ノ所爲ニ因リテ起リ以テ其義務ヲ生シタル者ニシテ決シテ義務者ノ所爲ニ因テ發シタル義務ニハ非サルナリ、是余カ立法者ノ不注意ヲ責メ以テ「又ハ義務ヲ負フ可キ者ノ所爲ニ因リ云々」ノ法文ノ失當ナルヲ咎ムル所以ナリ因テ本文ハ必ス又義務者若クハ權利者ノ所爲ニ由リ云々ト改ム可キナリ

第三項ニ曰ク（法律上ニテ生シタル義務トハ即チ相隣シタル所有者ノ間ニ在ル所ノ義務又ハ後見人又ハ支配人等總テ已レノ任セラレタル職務ヲ行ハサルヲ得サル者ノ義務ノ如ク人ノ意ニ因ラズシテ生シタル義務ヲ云フ、此文ハ即チ前第二項第一段ノ法意ヲ擴張シタル者ナリ、此第三項ニモ亦不當ノ語有リ蓋シ立法者ハ法律ニ因テ生スル義務ト義務者又ハ權利者ノ所爲ニ因テ生スル義務トヲ區別セシカ爲メニ本項ニ於テ殊更ニ（人ノ意ニ因ラズシテ生シタル義務云々）ナル文詞ヲ適用シタリト雖モ之ヲ以テ其二個ノ義務ノ相異ナルノ主點ヲ認定スルコト足ラズ、何トナレハ義務者又ハ權利者ノ所爲ニ因テ生スル義務ナリト雖モ彼ノ事務管理ノ如キハ前段ニモ既ニ明陳セシ如ク其人ノ意ニ因ラズシテ生スル義務有ルヲ以テナリ

「相隣シタル所有者ノ間ニ在ル所ノ義務」トハ即チ第二篇第四卷ニ記定セル土地ノ義務ヲ云フ、又後見人若クハ支配人等ノ義務ハ民法第一卷第十卷ノ揭示スル所ナリ是ハ事他ニ涉レハ此ニ贅セズ、又彼ノ婚姻ヨリ生スル所ノ夫婦ノ義務親子ノ義務ノ如キモ亦法律上ヨリ生スル所ノ義務ナリ今若シ民法ノ區域ヲ離レ或ハ政法ニ移リ、或ハ公法ニ轉シ、以テ之ヲ觀ル時ハ契約ヲ成サズシテ生

スル者甚多シト是亦此ニ辨説ス可キ者ニ非サルナリ

以上論陳セシ者ハ悉ク成法律ニ因テ生スル所ノ義務ナリ是ヨリ又性法ヨリ生スル所ノ義務ノ有無ヲ研究ス可シ蓋シ純然タル性法ニ根據スル所ノ所謂事ヲ爲ス可カラサル義務ハ實ニ稀有ノ者ナリ就中此第一千三百七十條第三項ニ明載セル（相隣シタル所有者ノ間ニ存在スル所ノ義務）ノ如キハ性法ヨリ生セサル義務ノ最モ見易キ一例ナリ

夫レ吾人ノ安リコ行爲スル能ハサル事件ハ世間幾許ナルヤ實ニ勝テ數フ可キ者ニ非サルナリ然レ其事件ヲ行爲スル能ハサルハ悉ク性法上ノ義務ニ因テ然ルナリト云フ時ハ必ス大過失タルヲ免カレズ法學士中ニモ尙之ヲ混同シ更ニ其間ヲ明別スル能ハサル者甚多シトス例ハ盜ヲ爲ス可カラサルトハ即チ性法ノ義務ニ因テ然ルナリトス主唱スル論者ヲ見ルハ古今甚ダ少ナシトセズ定ニ一個淺見説タルニ過キサルナリ請フ其所以ヲ辨セシ

盜ヲ爲ス可カラサルトハ蓋シ人間社會ノ義務ナル可キモ決シテ彼ノ純平タル性法ノ義務ナリトハ云テ可カラサルナリ性法ノ義務有ル時ハ必ス又之ヲ遵奉セシメ且ツ其執行ヲ要スルノ權無ガレ可カラズ權利ト義務トハ敢テ成文法ヲ以テ之ヲ造成シタル者ト云フ可カラズ權利義務ノ相成リテ又相離ル可カラサルハ固ヨリ性法ニ因テ然ルナリ何ソ必スシモ成文法ヲ俟ツテ要センヤ然リ而シテ盜ヲ爲ス可カラサルトハ果シテ性法ノ義務ト云フ可キ乎此爲ス可カラサル義務ヲ遵奉執行セシムルノ權有ル乎平曰ク否、決シテ性法ノ義務ニ因テ然ルニ非ス之ヲ遵奉セシメ以テ其執行ヲ要スルノ權利有ル無シ、請フ又次會テ俟テ其詳細ヲ説カシ

後第二號 明治十二年 二月十九日

井田 鏡次郎 筆記

余ハ前會ニ引續キ或ル事ヲ爲ス可カラサル義務ト權利ノ缺亡トノ論理ヲ講セントス

蓋シ義務トハ人ノ必ス爲シ又ハ爲サ、ル可カラサル事ニテ若シ之ヲ爲シ又ハ爲サ、ルコト於テハ他ヨリ其制裁ヲ受ク可キニ至ルヲ云フ乃チ借家ノ契約ニ付テ云ハ、家屋內ノ或ル場所ニ於テ燭ヲ照







可ラサル義務ニ付テハ他人義務者權利者トノ間ニ介立シテ其義務ヲ保證スルヲ得可シト雖  
 他權利ノ缺亡ハ他人ニ於テ之ヲ保證シ以テ之ヲ犯セシヨリ生スル損害ノ償ヲ自己ニ擔當ス可キ旨  
 ヲ約ス可カラサル是ナリ例ニハ借家ノ契約ニ於テ貸主ハ借主ニ爲ス可カラサル義務ヲ負ハシメタ  
 リトセハ他人其間ニ立テ此義務ヲ保證スル約ヲ結フヲ得ルナリ然レハ此人ハ借主ニ權利ノ缺亡ヲ  
 犯サ、テシム可ク若シ之ヲ犯シタル時ハ其事ニヨリ生スル所ノ損害ノ償ヲ拂フ可シト云フ約ハ之ヲ  
 爲スヲ得サル可キナリ  
 相隣レル土地ノ所有者ニ付テ云フモ亦右ト一般ニシテ其甲ノ所有者ヨリ乙ノ所有者ニ對シ又ハ乙  
 ノ所有者ノ甲ノ所有者ニ對シ爲ス可カラサル義務ヲ負ヒシ時ハ他人其間ニ立テ其義務ヲ得可キ者  
 ニ對シ之ヲ保證スルヲ得可シト雖他權利ノ缺亡ヲ犯サ、テシム可シトノ保證ハ之ヲ爲スヲ得サル  
 ナリ此ノ如ク爲ス可カラサル義務ハ之ヲ保證スルヲ得テ權利ノ缺亡ハ保證スルヲ得サル所以ノ者  
 他無シ爲ス可カラサルノ義務ハ目的トスル所確固トシテ一箇又ハ數箇ニ其事物ノ限レルモ權利ノ  
 缺亡ニ至テハ目的トスル所極ク實地ノ經驗ヲ踏ムニ非スハ豫メ其境界ヲ定メ得サルヲ以  
 テ之ヲ故ナリ

余ハ右ニ述ベシ所ノ趣意ニ付キ法律ノ文詞上ニ立テ戻リテ更ニ講述スル有ラントス  
 總テ權利ノ缺亡ハ決シテ成文法ヨリ出ツル者ニ非ス又性法ヨリ出ツル者ニモ非ス其由テ來ル所ハ  
 天世ノ公道事物ノ法則ニ在リトス故ニ一箇ノ權利ト雖他敢テ吾人ヨリ之ヲ剝奪スル能ハス權利無  
 シテ之ヲ行フヲ裁制シ懲罰スルニ止マルノミトス  
 爲ス可カラサル義務ハ之ニ反シ成文法ヨリ生シ又ハ性法ヨリモ生シテ決シテ人世ノ公道事物ノ法  
 則ニ出テサル者ナリ然レハ成文法又ハ性法ノ之ヲ生スルハ其普通ノ法理ニ付テハ故ニ非ス間  
 變例ノ場合ニ於テ然ルナリ是故ニ性法ハ土地ノ所有者ニ池ヲ鑿リ山ヲ築キ或ハ樹木ヲ植ヘ井  
 ヲ穿テ又ハ鑛物ヲ出ス等總テ其土地内ニ於テ隨意ノ事業ヲ爲スヲ許スト雖他間ニ之ニ制限ヲ立テ  
 所謂爲ス可カラサル義務ヲ負ハシムル場合有リ例ニハ土地ヲ發テ鑛物ヲ採取スルカ如キハ是所

有者ノ權内ナルヲ以テ假令隣地ノ家屋ヲ轉倒スルニ至ルモ敢テ之ヲ阻ミルニ及ハカレカト云フ  
 決シテ然ラス性法ハ固ク之ヲ禁止ス性法猶然リ況ヤ成文法ニ於テヤ  
 成文法ニ於テハ殊ニ細密ノ條件ニ立入り或ハ隣地ニ沿フテ距離ヲ定メ或ハ穴ヲ鑿ルノ深サヲ限リ  
 以テ其損害ヲ生スルヲ防止ス是即チ爲ス可カラサルノ義務ナリ權利ノ缺亡ニハ非サルナリ何トナ  
 レハ此ノ法律ノ防止スル所爲ノ如キハ土地ヲ其儘ニ爲シ置キテ生スル者ニハ非スマテ人力ニテ其  
 自然ノ形ヲ變スルヨリ成ル者ナレハナリ  
 茲ニ甲乙相接スル土地有ラシニ其間ニ二箇ノ川流有リ此川ハ尋常ノ流ナルカ故ニ甲乙ノ土地何  
 レモ其害ヲ受クル無シト雖モ若シ之ヲ合シテ一ト爲ス時ハ水流大ニ激スルカ故ニ乙ノ土地ハ其害  
 ヲ受ケサルヲ得ス然ルモ甲ノ土地ノ所有者ハ之ヲ顧リヨシシテ其土地内ニ於テ之ヲ一ニスルヲ得  
 可キヤ曰ク是法律ノ爲スヲ禁スル所即チ爲ス可カラサルノ義務ナリ權利ノ缺亡ニ非サルナリ何  
 ナレハ其事タル人力ヲ用ヒ以テ土地ノ自然ノ形ヲ變スル者ナレハナリ  
 羅馬法ニ於テハ土地ノ自然ノ形ヲ變スルヲ新造ト稱シ而シテ人ノ此ニ着手セシ時ヨリ訴テ起シ以  
 テ損害ノ未タ生セサルニ先ニ豫メ爲ス可カラサルノ義務ヲ承認セシムルヲ許セリ是權利ノ缺亡  
 ニ付テ爲スヲ得サル所ナリ然ラハ則チ爲ス可カラサル義務ハ性法ヨリ生シ又成文法ヨリ生スル有  
 リト云フヲ得可キヤ明カナリトス  
 爲ス可キノ義務ハ子ノ父母ニ食ヲ給スル義務ノ外一ツモ他ニ性法ヨリ出ツル者有ルヲ見ズ然レハ  
 其成文法ヨリ出ツル者ハ敢テ之無キニ非ス例ニハ隣地ノ所有者ノ爲ス可キノ義務子ノ父ニ從フ可キ  
 義務ノ如キ是ナリ

後第三號 明治十二年 二月廿一日 岩野新 筆 記  
 前會ニ於テ余ハ成文法律ニ就テ爲ス可カラサルノ義務有ルヲ説キ相隣ルノ所有者ニ爲ス可カラサル  
 ノ義務有ルヲ例シタリ今會ハ性法ニ於テ爲ス可カラサルノ義務有ルヤ否ヲ説述ヘ何カ故ニ爲ス



義務ハ性法ニ少クシテ道義ニ多キヲ説明セシ之ヲ説明スルニハ數例ヲ揭示シテ而シテ其原則ヲ探求セサル可カラズ先ツ始メニ道義ニ性法ノ義務モ有ラサルノ事ヲ云ヒ次ニ道義有リノ事ヲ云ヒ終リニ性法ノ義務有ルノ事ヲ云ハン

人有リ余ノ愛惜スル家屋地面ヲ購求セント希望スト雖也余之ヲ其人ニ賣却セサル時ニ於テハ如何物余ニ於テ道義上性法上ヨリ之ヲ賣却セサル可カラサルカ之ヲ賣却セサレハ此二ツノ者ヲ侵破スル者ナルカ性法上ヨリ之ヲ觀レハ其罪人タラサルハ明クシ又道義上ヨリ之ヲ考フルモ之ヲ侵破スル非サルヤ明確ナリ何トナレハ買フ者ハ之ヲ得テ之ヲ樂メハ之ヲ賣ル者モ亦之ヲ所持スルノ樂ミ有リ然ルニ一旦買フ者ノ歡樂ニ供センカ爲メニ之ヲ讓渡ス時ハ賣ル者ニ於テハ爲メニ歡樂ヲ減スルナリ故ニ賣却スルトセサルトハ賣ル者ノ隨意ニシテ之ヲ賣却セサルモ決シテ道義ニ背戻スルニ非ス

入有リ余ノ友人タラシク欲ス甚ク切ナリト雖也余ハ其人ト友タルヲ嫌ヒ兵ヲ閉テテ之ヲ入レサル時ハ道徳ニ背戻スル所有ルカ又人有リテ金錢ヲ借ラント欲シ書入其他ノ十分ナル保證ヲ爲シ余ニ乞フタルニ之ヲ肯セサル時ニハ余ハ道義ニ背戻スル所有ルカ否右ニ記スル所ノ事例ハ皆道義ニ於テモ性法ニ於テモ些少モ背戻スル所有ラサルナリ

路傍ニ貧人有リ禁令ヲ憚リ敢テ行人ニ向フテ公ケニ施惠ヲ乞ハスト雖也暗ニ金錢ヲ求ムルノ情目カラ顯然タル時ハ之ヲ見ル者金錢ヲ施與セサル時モ道義ニ背戻セサル者ナルカ其道義ニ背戻スルヤ明瞭ナリ

永遠ニ小兒ノ溺ル、有リ杖ヲ以テ之ヲ救フテ得可シ又小兒ノ水桶ニ溺死セントスル有リ手ヲ以テ之ヲ救フテ得可シ然ルニ之ヲ見テ救ハサル者ハ道義ニ背戻スル所有ラサルカ道義ニ背戻スルヤ明カナリ

今若シ隅田川ノ如キ大河ノ中央ニ溺死スル者有リ之ヲ救フ容易ナラス之ヲ救ハントスレハ却テ己ノ溺死セントスル時ノ如キ之ヲ救ハサルハ道義ニ背戻スル者ナルカ否決シテ道義ニ背戻スル者ニ非ヤ

ルナリ然ラハ爾ヲ溺者ヲ救フト救ハサルトハ河川ノ大小廣狹ニ因リテ分界ヲ定ムル者ナルカ否河川ノ幅員ヲ以テ之ヲ分別ス可キニ非ス余請フ後ニ之ヲ説明セン

茲ニ家宅ヲ賣拂ハントスル者有リ眞價若干圓ト代價ヲ定メタルニ人有リ切ニ其家ヲ願望スト聞キ賣主ハ價ヲ騰起セシメ以テ利ヲ得ント欲シタリ其代價ヲ騰起セシノ一事ハ則チ道義ニ背戻スル者ナルカ曰ク然リ

又家屋ヲ賣ラントスル者有リ莖美ノ外面ヲ買フ者ニ示サンカ爲メニ或ハ庭園ノ小池ニ金魚ヲ入ルニ其金魚ヲ購求スルニ當リテ故ヲ粗惡ナル者ヲ買ヒ數日ヲ經過スレハ忽チ死ス可キノ金魚ヲ選ヒ之レヲ小池ニ入レ置キタルガ如キノ賣主ハ性法ニ背戻スル所有ルカ又家屋ヲ賣ラントスル者ハ外觀ヲ善クセンカ爲メ將サニ破壞セントスルノ古柱ヲ飾リ之ヲ隱蔽スルカ如キ亦性法ニ背戻スル所有ルカ曰ク二者皆共ニ性法ニ背戻ス

余從來所持ノ家有リ此儘ニテ賣却セハ僅少ノ代價タルヲ以テ之ヲ取り崩シ再築シテ新屋ヲ賣却シテ利ヲ得ント欲ズルカ如キ道義ニ背戻スル所有ルカ否道義ニ背戻セサルノミナラス性法ニ於テモ亦背戻スル所無キナリ

余米價ノ廉直ナル時若干石ヲ購求シ置キ其代價ノ騰貴スルニ於テ之ヲ一時ニ賣却シ以テ利ヲ得ン

今又極貧ノ者有リ其家ヲ賣ラントス買主ハ其貧ナル好機トシ平常千圓ハ其至當ノ代價ナルニ之ヲ百圓ニ減セシメ其家屋ヲ買得タラシムルニ是道義ニ背戻スル所有ルカ曰ク然リ是大ニ道義ニ背戻スル者ナリ

佛蘭西國ナトニ道傍ニ肆店有リ時々貴重ス可キ品物ヲ賣ル事有リ能ク物品ヲ識ルノ人其店ニ行キ意外ノ貴重ナル價ナレハ眞ノ代價ヲ識ルヲ以テ廉直ニ之ヲ買フハ果シテ道徳ニ背戻セサルカ此問題ニ決答スルノ前ニ余ハ猶一言ス可キ事有リ茲ニ赤貧ノ商人有リ歲末ニ際シテ金錢ヲ得シカ爲メニ眞價ノ賣主ヲ變ハシテ其價ヲ減價シ



テ物品ヲ購求スルハ元ト百圓ノ價ナル物品ヲ幾分カ減殺セシメテ購求スルヲ以テ賣主ニ於テハ幾分カ損スル有所ルカ故ニ道義ニ背戻スルノ標目ト爲スモ彼沿道ノ肆店ニ貴價有ル物品ヲ安直ニ賣リ買客有リテ之ヲ購リ之ヲ購求スルカ如キハ賣主ニ於テハ特ニ損スル所無クハ道義ニ背戻セサルカ如クト雖モ然レモ道義ニ背戻スル者ナルコト

又肆店ニ限ラズ都テ商店ニ於テ賣主ハ物品ノ貴價有ルヲ知ラズ而シテ買主ニ對シテ賣買ヲ約スル時傍觀者有リ能ク物品ノ價價ヲ知リ賣物ノ甚安キヲ知ル此時ニ於テハ傍觀者ハ果シテ之ヲ賣主ニ告知セサル可カラザルカ若シ之ヲ告ケサル時ハ果シテ道義ニ背戻スルカ諸君ハ之ヲ以テ道義ニ背戻セサルト思惟スルカ之ヲ道義ニ背戻セストセンカ今茲ニ橋上ヲ通行セシトスル人馬有リ其橋索ヨリ脆弱ニシテ人馬共ニ通行スレハ忽チ破壊シ人馬共ニ死亡ヲ免レサルハ明カナリト假想シ之ヲ知ル人此事ヲ通行人ニ報告スルハ其職分ナルカ之ヲ報告セサルハ道義ニ背戻スルカ又鐵道ノ車中ニ於テ紙入ヲ忘却スル者有リ人ニ之ヲ知ル時ニハ之ヲ通知セシムルハ有ル可ラサルカ之ヲ通知セサルハ道義ニ背戻スルカ此ノ二者ニ於テ諸君ノ答應ハ一途ニ通知セサル時ニハ道義ニ背戻スルト爲スカ如シ余モ亦其然ルヲ信スルナリ然ルニ諸君ハ彼ノ賣主ノ知ラズシテ貴價ノ物品ヲ賣却セントスルヲ傍觀スル者ハ之ヲ告ケサルモ道義ニ背戻セストスルハ抑何シヤ余ハ斷シ云ハントス傍觀者ノ知リテ告ケサルハ道義ニ背戻スル者ナリト然リ而シテ彼ノ道傍ノ肆店ニ廉價ノ品物ヲ發見シ之ヲ知リテ購求スルノ場合ニ於テハ管ニ道義ニ背戻スルノミナラス又性法ノ許スル所ニ非サルナリ蓋シ佛蘭西民法ニハ此ノ如キ賣買ノ契約ハ取消サハル者ト稱シ賣主ハ物質上ニ錯誤有ルト云フテ理由ト爲シ之ヲ取消シテ求ムルヲ得再々例ハ今此肆店ニ往時ノ有名ナル「ルトソー」氏ノ杖及ヒ「ウオルテ」氏ノ烟草入ノ如キ者ヲ販賣シ賣主ハ其何物タルヲ知ラズ尋常ノ杖及ヒ烟草入ナリト思惟シ廉價ニ買却セシメ若シ博識ノ人有リテ此物ハ即チ「ルトソー」ノ杖ナリ此物ハ即チ「ウオルテ」氏ノ烟草入ナリト鑑定シ廉價ニ買却セシメテ購求スル者有ラハ此ニ賣買ニ於テハ賣主ノ方ニ物質上ノ錯誤有リ品物ノ由來ヲ誤リ有名ナル物ヲ尋常ノ物品ト看做シ物質ヲ誤ル者ナルカ故ニ法律ハ物質上ノ錯誤ヲ理由トシ其契約ヲ取消サシムルナリ

右ノ如ク數例ヲ掲ケテ道義ニ背戻セルヤ否ヤヲ問答スルコト諸君ノ答フル所大抵余ノ所見ト異ナル無シ然レモ是ヨリ後原則ヲ説明シテ何故ニ道義ニ背戻スルカ又何故ニ背戻セサルカヲ説明スルハ甚ク緊要ナリ

錯誤有リ品物ノ由來ヲ誤リ有名ナル物ヲ尋常ノ物品ト看做シ物質ヲ誤ル者ナルカ故ニ法律ハ物質上ノ錯誤ヲ理由トシ其契約ヲ取消サシムルナリ

右ノ如ク數例ヲ掲ケテ道義ニ背戻セルヤ否ヤヲ問答スルコト諸君ノ答フル所大抵余ノ所見ト異ナル無シ然レモ是ヨリ後原則ヲ説明シテ何故ニ道義ニ背戻スルカ又何故ニ背戻セサルカヲ説明スルハ甚ク緊要ナリ

後第四號 明治十二年 二月廿六日

井田 鐘次郎 筆記

第一問ハ子有リ其父ノ爲メニ非理ノ兇行ヲ加ヘテ其父ヲ殺スルコト雖モ之ヲ正當防禦トシ刑法第三百二十八條ニ因テ其罪ノ問ハサル者トス右子ノ所爲ハ此ク法律ノ問ハサル所ト雖モ現ニ所生ノ父ヲ殺スルハ倫理上忍テ可カラサルヲ忍フニ似タリ故ニ道徳上ニテハ罪有ル者トスルヤ果シテ然ラハ非理ノ兇行ヲ受クテ子タル者ハ正當防禦ヲ行ハサルヲ以テ道徳ノ義務トスル乎

第二問ハ甲乙二家ノ書肆有リテ相隣ス甲肆獨リ其利ヲ龍斷セントシ價ヲ廉クシ賣物ヲ美クシ以テ衆客ノ愛顧ヲ招ク此ニ於テ乙肆ノ花主悉ク去テ甲肆ニ趨キ甲肆ハ愈盛ニ乙肆ハ愈衰ニ遂ニ産子數リ飢寒ニ陥ルニ至ル乙肆ノ破産ハ甲肆ノ致ス所ト雖モ甲肆ノ所爲法律ニ於テハ固ヨリ背ク所無ク然リト雖モ隣ヲ愛スル己ノ如クスルノ大義ニ反スルヤ疑フ可キニ非ス愛恤ヲ以テ旨トスル道徳上ヨリ之ヲ觀レハ間然スル所無シトス可カラズ甲肆ノ所爲果シテ道徳ノ義務ニ背クヤ否ヤ

第三問ハ世ニ投機商法ナル者有リ物品ノ缺亡或ハ急ナル需メニ乘シ車機ニ投テ非常ノ利ヲ貪リ人ノ窮ニ因テ己レノ利ヲ圖リ又ハ布帛米穀ノ屬チ一己ニ占斷シテ時價ニ變動ヲ生セシメ或ハ金銀貨ヲ收メテ散セス以テ世間ノ流布融通ヲ失ハシムル如キ法ニ背クノ所爲ニハ非スト雖モ皆他人ノ利害ヲ顧ミス一己ノ私欲ヲ逞フスル者ナルヲ以テ道徳ノ累ヲ爲ス者トスルヤ



第一問答義左ノ如シ  
 自己ノ生命ヲ防禦スルカ爲メ已ムテ得スシテ其父ヲ殺スハ毫モ德義ニ反スル者ニ非ス管ニ德義ニ反セサルノミナラズ併セテ法律ニモ反セサル者トス是余ノ疑ヲ容レサル所ナリ何トナレハ自己ノ生命ヲ防禦スルハ天與ノ權ナレハ父ニ對スル時ト雖モ其權ノ消滅セル理有ラザレハナリ但毆打暴行等ノ所爲ヲ受ケ憤怒ノ心ニ堪ヘズシテ人ヲ殺スカ如キハ生命防禦ノ爲メ人ヲ殺スト大ニ其義ヲ異ニスルカ故ニ法律上ニ於テモ他人ニ對スル時ト父ニ對スル時トノ區別ヲ爲シテ他人ニ對スル時ハ其罪ヲ宥恕シ父ニ對スル時ハ其罪ヲ宥恕セサルナリ余ハ後日ニ至テ先ツ生命防禦ノ爲メ父ヲ殺スモ德義ト法律トニ反セサル旨ヲ說キ而シテ後チ更ニ憤怒以テ人ヲ殺スノ大ニ之ト異ナル所以ノ理由ヲ講明セントス

第二第三問ノ答義左ノ通りナリ

此ノ二問ノ答義ヲ爲スニ付テハ先之ヲ合シテ一ト爲スチ便トス蓋シ其由テ起ル所ノ旨意相同キヲ以テナリ  
 此ノ二箇ノ問題ニ掲クル場合ノ如キハ皆權利ヲ濫用シ競争ヲ恣ニスルニ在ラサルハ無シ權利ヲ濫用シ競争ヲ恣ニスルハ道德ニ反スルノ所爲ナル而已ナラス時有利テハ法律モ亦之ヲ罰セリ然リ而シテ第二問ノ場合ニ於テハ其度弱少ナレハ第三問ノ場合ニ於テハ其度更ニ甚シトス然レハ競争ハ善ナル者ニテ其社會ニ於ケルヤ一日モ缺ク可カラサル者ナリ唯惡ム可キハ之ヲ恣ニスルノ一事ニ過キストス例ヘハ學生ノ如キ早夜勉強シテ各業ヲ講シ以テ衆ニ卓越センチ求メ試験ノ期ニ至ルニ會セハ銳意勵精各力ヲ盡シテ教師ノ問ニ答ヘ互ニ高等ノ地位ヲ占ント欲セサル可カラズ何ソ故テニ躊躇シテ答ヲ爲スチ止メ其學友ニ之ヲ讓與スルニ及ハンヤ若シ衆ヲ害センチ恐レテ知レハ辨セズ問ハル、モ答ヘサルカ如キハ是皆義舉德行ノ事其意更ラニ悲ム可キナリ焉ソノ之ヲ凡人ニ望ムヲ得ンヤ故ニ業ヲ勵ミ智ヲ益シ而シテ衆ニ秀テ望ムハ道德ニモ法律ニモ戾ラサルヤ明カナリトス然レハ試験ノ期至ルニ臨ミ竊ニ教師ノ力ヲ借り又ハ學友ト密議シ又他人ノ答ヲ竊取スル等ノ

事ヲ行フハ則チ不可ナリ是其目的ハ同ク衆ニ秀テ望ムルニ在ルモ之ヲ達スルノ方法同シカラサル故ナリ概シテ云ハ、業ヲ競ヒ處テ争フハ場合ノ何タルチ問ハスシテ毫モ道德ト法律トニ反スル者ニ非スト雖モ其目的ヲ達スルノ方法ニ至リテハ或ハ正不正ノ區別無キ能ハサルナリ  
 是ヨリ競争ハ如何ナル場合ニ正ニシテ如何ナル場合ニ不正ナルチ論セント欲ス  
 茲ニ一箇ノ商人有リ商務ニ精勵シ費用ヲ節減シ家政ヲ整理シ日夜心ヲ此ニ止メ敢テ奢侈ニ耽ケル無ク又敢テ怠惰ニ流ル、無ク以テ他商ト競争セリ故ニ商品ヲ廉價ニ販賣スルチ得テ來客日ニ月ニ夥シク遂ニ繁昌シ極ムルニ至レリ又他ノ一箇ノ商人ハ其性遊惰ニシテ商務ヲ勉勵セズ加之家政ヲ整理シ費用ヲ節減スル極メテ拙劣ナレハ廉價ヲ以テ物品ヲ販賣スル能ハズ買人ノ來ル者日ヲ追フテ其數ヲ減セリ今此ノ二箇ノ商人チ以テ孰レカ道德ニ協ヒ孰レカ道德ニ協ハサルカト云ハ、誰カ第一ノ商人チ以テ道德ニ協ヒ第二ノ商人チ以テ道德ニ協ハスト云ハサランヤ  
 又一商人有リ其性慧敏ニシテ能ク時勢ニ通シ機ニ臨ンテ事ヲ處スルニ頗ル妙ナリ常ニ自カヲ奮テ商人中ニ傑出セント圖リ四方ニ奔走シテ商業ノ景況ヲ窺ヒ或ハ新聞紙ニ照シテ物價ノ高低ヲ考フル等其業ニ注意シ其勉ヲ充タヌヤ至ラサル所無ク遂ニ家ヲ富マスト得タリ之ニ反シ他ノ商人ハ迂濶ニシテ加フルニ懈怠ナレハ其業漸々衰頽シ人ト對峙スル能ハサルノ域ニ至レリ此商人ノ此ノ業ヲ落スハ第一ノ商人ノ如キ者有ルニ因テ然リト雖モ其此ニ至リシハ自カラ爲セル過失ナルカ故ニ其咎ヲ誰ニカ歸センヤ况ヤ第一ノ商人ハ道德ニ適スルノ事ヲ行ヒ第二ノ商人ハ道德ノ貶スル所ト爲ルニ於テチヤ  
 右ニ述フル競争ノ如キハ毫モ不正ナル者ニ非ス  
 不正ナラサル競争モ亦不正ナリト見ユル場合有リ請フ之ヲ述ヘン  
 試ミニ思ヘ家富ニ業昌ヘ夥多ノ雇人ヲ使役シ盛ニ商品ヲ積集ソ之ヲ廉價ニ販賣シ支店ヲ開キ出張所ヲ設ケ以テ無數ノ買人ヲ誘引シ鉅大ノ利潤ヲ得テ同業者中ニ秀ツル豪商有リ而シテ又其近傍ニ僅少ノ資本チ以テ同一ノ商事ヲ營ミ歲ニ生計ヲ立ツル小商有リ一ハ富盛ニ因テ益々己レチ利シ



ハ貧困ニ因テ富チ致ス能ハス唯手ヲ束テ人ニ利益ヲ占メテハハ傍觀スルノ如キハ古今各國ニ於テ目撃スル所ニシテ少シク嘆息ス可キニ似タレハ世俗ノ勢ノ自カラ然ラシムル所ナレハ亦奈何トモ爲シ難シ是猶慧敏ナル學生ノ其才智ヲ以テ魯鈍ナル學生ニ卓出スルカ如ク小樹ハ大木ノ傍ニ生長シ得サルカ如ク畢竟各々其有スル者ニ因テ己レヲ益スルニ歸スレハ假令其得ル所不同ナリト雖モ敢テ之ヲ道德ニ反スル事ト云フ可カラサルナリ

右ノ如キ景況ハ固ヨリ人性ノ悲嘆ス可キ者ナレモ若シ眼ヲ放ツテ其一方ヲ考究スル時ハ亦自カラ其價有ルヲ見ル可シ何ソヤ曰ク買人ノ便利是ナリ買人ハ其要用ナル物品ヲ廉價ニテ購求スルヲ得レハナリ加之買人ハ貴賤貧富ヲ問ハズ凡ソ國內ニ住スル無數ノ人民ヨリ成立スルヲ以テ其便利ハ即チ全國ノ便利ナリト云フモ可ナリ之ニ反シ彼ノ悲嘆ス可キ景況ハ唯僅々數個ノ商人ニ就テ見ル所ナレハ其害タルヤ全國ニ對シ之ヲ論スレハ殆ント齒牙ニ掛クルニ足ラサル者ナリ何ツ全國ノ便利ヲ棄テ、數人ノ便宜ヲ圖ル可ケンヤ況ヤ自己ノ富貴ニ因テ鉅大ノ利益ヲ得ルハ道德ニ反スル所爲ニ非サルニ於テヤ

余ハ今ヨリ競争ノ道德ニ反スル場合ノ如何ヲ述フ可シ

他商チ壓倒セシカ爲メ元金ヲ損シテ物品チ格外ノ廉價ニ販賣スルカ如キハ道德ニ反スルノ競争ナリ何トナレハ商業ハ己レヲ損スルカ爲メニ非ス已レヲ利スル爲メナレハ物品チ格外ノ廉價ニ販賣スルハ之ヲ商業ト云フ可カラズ唯同業者チ壓倒セシカ爲メタルニ過キサルヲ以テナリ且ツ此競争ハ物品チ非常ノ廉價ニテ買人ニ給スレハ是一時ノ事ニシテ同業者ノ倒ル、ヤ否ヤ直チニ其價ハ騰貴シテ通常ニ復スルニ付キ買人ハ決シテ之ニ因テ其便宜チ永遠ニ享受スル能ハス否ニ享受スル能ハサルノミナラス或ハ後日ニ於テ格外ノ代價ヲ拂フ可キニ至ルモ亦未タ知ル可カラサルナリ

商品ヲ多分ニ積集シテ之ヲ市場ニ缺失セシメ自カラ其商權チ占メントスル事モ亦道德ニ反スル所爲ナリ而シテ其然ル所以ヲ尋ヌルニ商品チ多分ニ積集スレハ其價必ス騰貴シ其利益ハ獨リ積集者ニ歸シ從テ無數ノ貧民ノ生計ヲ困難ナラシム可シ此ノ如ク商權チ占メ獨リ其利益チ得シ

カハ固ヨリ自己ノ富チ圖ルニ出ツルト雖モ其結局ニ至リテハ即チ世上ノ害ト成リテ利ト成ラカ

ルカ故ニ余ハ之ヲ道德ニ反スル者ト云フナリ

右ノ如ク商品チ積集スルハ猶醫師ニシテ疾病ヲ醸サシメ築造者ニシテ火災ヲ誘セシムルカ如ク其道德ニ反スル誰カ之ヲ疑フ者有ランヤ疫疾其他ノ病有ルハ是醫師ノ因テ生チ立ツル所家屋ノ損壞スルハ是築造者ノ因テ己レヲ利スル所ナリト雖モ若シ醫師ニシテ人ヲ欺キ惡水ヲ飲マシメ或ハ毒藥ヲ世ニ流通セシメ以テ無數ノ人ノ病ニ罹ルノ策ヲ行ヒ築造者ニシテ故意ニ家屋ヲ損毀シ又ハ放火ヲ行フカ如キ實ニ人性社會ノ損害之ヨリ大ナルハ無カル可シ其道德ニ反スルハ勿論刑法ト雖モ之ヲ不問ニ附スルヲ爲サルナリ今商品ヲ積集シテ獨其利益チ專ニシテ他チ壓倒セシムトスルハ何ソ之ニ異ナランヤ唯其惡行ニ大小輕重ノ差有ルノミナリ

夫レ商品チ積集スレハ其價騰貴シ其價騰貴スレハ買人犬ニ其弊ヲ受ク其弊ヲ受クルチ幸トシテ獨リ利益ヲ得ントスルハ所謂人ニ害チ蒙ラシメテ其機ニ投ズル者ニ非ズヤ醫師ノ病原チ醸生シ築造者ノ家屋ニ放火スルカ如キモ又等シク人ニ害チ蒙ラシメテ己レノ利ヲ得ル者ナリ然ラハ則チ商品ヲ積集スルハ此二者ト其性質チ同フシ利益ヲ貪ラント欲スルニ熱心シテ人ノ害チ受クルチ願リヨ

カル者ト云フ可シ余カ之ヲ道德ニ反スルト云ヒシモ亦宜ナラスヤ

病原チ醸生セシメ放火スルカ如キハ刑法上一箇ノ罪犯ニシテ至嚴ノ罰有ルニ非スヤ然ルニ商品チ積集シ獨リ其商權ヲ專ラシメ其價ヲ騰貴セシムル者有ルモ刑法ニ於テ之ヲ不問ニ付スル所以ハ何ソヤ曰ク是已ムチ得サルニ出ツルナリ敢テ之ヲ罰スルチ欲セサルニ非サルナリ何トナレハ凡ソ科罰ス可キ所爲ハ外面ニ顯ハレテ容易ク證シ得可キ者ニ限ルナリ臆斷推察ニ過キサル所爲チ罰シテ可ナランヤ若シ臆斷推察ヲ以テ行事チ科罰スル者トセハ假令其事實ニ適中スルモ其裁判言渡ハ廉正ナリト云フチ得サルナリ彼ノ商品積集ノ所爲ノ刑ニ觸レサルハ蓋シ此理有ルチ以テナリ然レハ此ノ所爲ノ刑ヲ免カルハ何レノ場合ニ於テモ然ルニ非ス唯證ノ舉ヲサレ時ノミニ限ル可シ而シテ其證ノ舉ヲサレハ一經普通ノ事ナレハ亦或ハ其變例無キニ非ス因テ此ニ之ヲ云ハント刑法ノ



第四百十九條(一)如何ナル方法ヲ論ゼス爲計ヲ用ヒ商品ノ價ヲ貿易ノ自由ニ因リ相競フテ自然ニ定マル可キ價ヨリ更ニ低昂セシメタル者ハ云々ト有レハ商品積集ノ所爲モ僞計ヲ用フル有ルニ於テハ亦以テ科罰スルヲ得可キナリ是僞計ハ本來證シ難カラサルニ非サルカ故ナリ然レハ此僞計ヲ用ヒスシテ管ニ商品ヲ積集スル者ノ如キハ安ソ容易ニ之カ物價ヲ騰貴スルノ念有リシテ證スルヲ得ンヤ若シ強テ此ノ者ニ其念慮有リシ旨ヲ證セント欲セハ彼レ必ス答辨シテ云ハシ余ノ商品ヲ集積スルハ後日其價ノ騰貴シタル時ニ及ンテ之ヲ廉ニ發賣セントスルニ在リ敢テ之ヲ世上ニ缺亡セシメ以テ其利益ヲ恣ニセントスルニ非サルナリ若シ今ニ及ンテ之ヲ買込マシムルハ余モ亦之ヲ高價ニ發賣セサル可カラス然ラハ世上ノ貧民何ニ因テカ苦マサルヲ得ンヤト以テ其所爲ノ惡念ニ出ツルヲ證シ難キヲ見ル可シ

人或ハ云ハシ商品積集ノ害ヲ防禦セント欲セハ唯其買入ノ制限ヲ立テ而シテ其制限ヲ超過セシ者ヲ罰スルニ在ルニミト余將ニ之ニ答ヘテ云ハシ此ノ如キ制限ヲ立ツルニ於テハ人ヲシテ能ク物價ヲ非常ニ低昂スルヲ得サラシムルニ足ル可シト雖也其之ヲ實行セシムルニ至テ必ス煩勞ノ規則ヲ設ケサルヲ得サルカ故ニ其商業ニ害有ルヤ得テ名狀ス可カラサル者有ラン加之其弊ノ及フ所ハ遂ニ良商ヲシテ物品ヲ廉價ニ販賣スルヲ得サラシムルニ至ラン假令其商業ニ害無ク又良商ニ妨ケ無シトスルモ此規則ハ到底之ヲ實際ニ施行スルニ易カラストス何トナレハ商品ヲ多分ニ集積セント欲スル者ハ自己ノ名目ノミヲ以テセシメシテ他商ト通謀シテ其名目ヲ借受クレハナリ右ニ論スル所ニ據レハ商品積集ノ所爲ノ刑ヲ免カレハハ證ノ舉リ易カラサル事ト商業ニ害有ルヲ避ケントノ二者是因ルニ敢テ道德ニ反セサルノ故ニ非サルナリ(第二問ニ付テ云フ)

又商標ヲ贗造シ以テ買客ヲ誘引スルハ道德ニ反スルノ所爲ナルヤ否ヤト云ヘル問題ニ管シテハ余ハ一言ニシテ之ヲ不正ノ事柄ト云フ可シ何トナレハ他人ノ商標ヲ竊ニ己レノ用ニ供シ而シテ其利益ヲ得ントスルニ付キ即チ不正ノ競争ヲ行ヒ以テ他人ヲ害スル者ナレハナリ且ツ此所爲ハ敢テ證シ難キ者ニ非ヤレハ刑法ニ於テモ亦之ニ刑ヲ科スルナリ

余ハ右ノ論決ニ因テ左ノ原則ヲ引出ス可シ  
 道德ニ反スル所爲ニシテ易ク證ノ舉ル可キ者ハ皆法律ニ於テ之ヲ罰スルヲ得  
 此原則ハ次會ニ於テ更ニ擴充シテ之ヲ論セントスルナリ

後第五號 明治十二年 二月廿七日  
 本日ハ諸君ノ爲メニ宿述フ可キ者有リ歐米諸洲ノ刑典ニハ往々子ノ父母ヲ正當防禦ノ時ニ殺害スルヲ以テ無罪トスルハ果シテ條理ニ適スルヤ否ヤノ事是ナリ

抑日本刑法草案佛蘭西刑法等ニハ正當防禦ニ因テ子ノ父母ヲ殺傷スルヲ罰セサルハ蓋シ人タル者ハ自身ヲ保存スルノ性情有ルト云フノ原則ニ據レルナリ而シテ法文ニハ自身危難有ルト他人ニ危

難有ルトト區別セサルヲ以テ他人ノ危難ニ遭フヲ見テ兇人ヲ殺スモ正當防禦有ルヲ以テ無罪ナリト判セサル可カラス自身ト他人トト區別ス可キヤ否ヤハ後ニ之ヲ説明ス可シ

今又此問題ヲ性法ヲ以テ論スルモ同シシ罪無シ蓋シ人命ハ幸福ヲ得ルノ本ナルニ付キ人々皆生命ヲ保存スルノ權利有リ是故ニ自己ノ生命ノ危難ナルニ際シテハ之ヲ保存セサル可カラス之ヲ保存

セシカ爲メニ兇人ヲ殺傷スルモ罪有ルニ非ラサルナリ  
 今父母將サニ其子ヲ殺サントスルノ場合ニ際シテハ其子ハ己カ生命ヲ保存センカ爲メ父母ヲ殺傷スルモ可ナルナリ子タルノ身分ニ居テ父母ヲ殺傷スルハ隗ノ最モ醜ナル者ナリト雖也抑父母ハ輒

ニ其子ニ非道ヲ加フルノ權利ヲ有スル者ニ非ス子ハ原來父母ヨリ生命ヲ受ケシ者ナレハ其生命ヲ奪取スルモ亦父母ノ權利ナリト云フヲ得ス子ノ生命ヲ有スルハ父母ヨリ受ケシニ非ス所謂天帝ヨリ受ケタル者ナリ父母ハ唯其取次キ機關タルニ過キス父母ハ其子ニ兇行ヲ加フルヲ得可カラサル

所以ナリ既ニ爲スヲ得可カラサル事ヲ犯シ非道ヲ子ニ爲シ因テ殺傷セラル、ニ至ルハ是父母自ラ之ヲ招クナリ條理ノ宜シキハ子ニ在リテ父母ニ在ラズ是故ニ何レノ成文律ニモ皆無罪ナリト

岩野新平 筆記



往古未開ノ世ニ當リテ「ゴローア」ノ古國(今ノ佛蘭西國是ナリ)ノ法律ニハ父母ハ其子ヲ殺傷スル  
 ノ權利有リト明認シタリ此ノ如クナル時ニハ子ニ於テ正當防禦ノ時タリト雖モ父母ヲ殺傷スルヲ  
 得サルハ明カナリ然レモ是古代野蠻ノ法律ナレハ今日ニ實施ス可キニ非ス今世ノ法律ニ在テハ既  
 ニ前開陳セシカ如ク嚴然タル原理ノ在ル有リテ正當防禦ノ時父母ヲ殺害スルモ亦子タル者ノ所行ハ些少  
 シリ右ニ記スル所ノ理由ヲ擴充シテ道德ノ點ニ付テ右ノ問題ヲ論スルモ亦子タル者ノ所行ハ些少  
 モ道義ニ背戻セサルナリ若シ縱令正當防禦ノ場合タリトモ子ノ父母ヲ殺傷スルハ少シク道義ニ背  
 戻スル者ト爲スモ之ヲ父母ノ其子ニ兇行ヲ加フルニ比スレハ猶輕キハ論ヲ竣ス  
 抑道義ノ吾人ニ於ケルヤ甚ク詳密ナリ是ヲ以テ子トシテ父母ヲ殺傷スルハ縱令正當防禦ノ場合  
 リト雖モ道義上罪有リトモハ父母ノ子ニ兇行ヲ加フルモ亦道義上罪有リト爲サ、ル可カラズ而シ  
 テ元子ノ殺傷ヲ爲スハ父母之レカ原因ヲ爲シテ害ヲ開クナリ然ラハ則チ父母ハ罪人ノ甚クシキ者  
 ニシテ道義ヲ犯スヤ其子ヨリモ重大ナルニ非スヤ夫レ此ノ如ク子ノ父母ヲ殺傷スルハ少シク道義  
 背戻スルトスルモ父母ノ兇行ヲ爲スニ比スレハ甚ク少ナリトス況ンヤ眞ニ道義ニ背戻セサル  
 ニ於テオヤ今夫レ父母ノ兇行ヲ爲スニ加フル場合ニ際シ其他ノ子激怒シテ遂ニ父母ヲ殺傷スル  
 例ヲ揭示シテ其罪無キヲ證明セシ茲ニ甲乙二人有リ甲ハ乙ヲ毆殺セントス丙之ヲ見ルニ忍ヒス遂  
 ニ甲ヲ殺セリ夫レ此ノ如キ場合ニ於テ一ハ害惡ヲ初ムルノ人ニシテ一ハ善良ノ人ナリ此害惡ノ甲ト  
 善良ノ乙ト闘争ニ遭逢セシ丙ハ之ヲ如何ニ處置ス可キヤ害惡人ヲ殺サ、レハ善良人爲ノニ害セラ  
 ル、ニ至ル可シ是司法官モ社會ノ公力モ干與シテ善良ノ人ヲ保護シ害惡ノ人ヲ懲罰スル能ハサル  
 場合ナリ故ニ丙者有リテ乙ノ善良ナルヲ保護センカ爲メニ害惡ナル甲ヲ殺スモ萬々己ムヲ得サル  
 茲ニ父母互ニ爭論ヲ爲シ遂ニ一方ヲ殺サントス此時ニ際シ子タル者之ヲ見テ如何ニ處分ス可キヤ

美レ弱チ扶ク強チ抑ク無罪ヲ保護シ有罪ヲ刑罰スルハ自然ノ理ナリ今此理ニ依テ子ノ父ヲ殺スモ  
 些少モ罪ス可キニ非ラザルナリ又父有リ其子ヲ非道ニ殺サントスルニ際シ其兄弟見テ遂ニ父ヲ殺  
 ス此場合ニ於テモ亦其罪ス可カラザルヤ疑フ可キニ非ス  
 父ノ他人ヲ殺サントスルニ際シ其子其父ノ非道ナルヲ知リ遂ニ父ヲ殺ス是モ亦其子ハ排難ス可キ  
 ヲサルカト云ハ余ハ他人ヲ殺サントスル父ハ其子ノ之ヲ殺スモ正理ニ適シテ罪無シト斷言ス可キ  
 此ノ如ク子ノ父ヲ殺スハ正理ニ適スルノミナラス又大ヒニ父ノ榮譽ヲ保存スルノ利有リ蓋シ父ヲ  
 シテ其兇行ヲ遂ケシメ遂ニ他人ヲ殺ス時ハ司法官ノ問フ所ト成リ到底刑辟ニ當ルヲ免レズ果シテ  
 然ラハ父タル者爲メニ醜名ヲ世上ニ流スニ至ル然ルニ父ヲ殺シテ此難ヲ避ケシム亦善ナラスヤ  
 右ノ如クナルカ故ニ子ノ父母ヲ殺スハ正當防禦ニ際シテハ決シテ不條埋ナルニ非ス固ヨリ父母ハ  
 敬重セシムルハ有ル可カラザルハ論ヲ竣タスト雖モ父母ヨリ其權域ヲ超過セル時ニハ子タル者敬重  
 ノ禮ヲ欠クモ不可ナルニ非ス是余カ正當防禦ノ時子ノ父母ヲ殺スハ成文法律ハ勿論性法上ヨリ論ス  
 ルモ道義上ヨリ論スルモ至當ノ事ニシテ決シテ罪ス可キニ非スト爲ス所以ナリ  
 余ハ前二三會ニ於テ數例ヲ掲ケ道義ト性法ト背戻スルヤ否ヤヲ問答シテ唯其答案ノミヲ揭示シ後  
 其原則ヲ解説スルヲ約シタリ今ヤ其約ヲ履ミ此ニ原則ヲ説明ス可シ  
 第一露肆ニ於テ往々貴重ノ物ヲ廉價ニ賣却スルヲ好機ト爲シ其眞價ナラサルヲ知リテ之ヲ買フ時  
 此ハ是性法ト道義トニ背戻スル者ナリト云ヒタルハ何故ソヤ蓋シ他人ヲ損セシメテ自己ヲ富マズ  
 ハ條埋ノ許サ、ル所ナレハナリ彼ノ露肆ニ於テ高價ナルノ物品ヲ廉價ニ得ルハ是商賈ヲ損セシメ  
 テ買入自己ヲ富マスニ非スヤ是。不義ノ富有ルカ故ニ道義ト性法トニ背戻スト云フ可シ  
 第二商店ノ賣買ヲ傍觀シテ商人物品ノ眞價ヲ知ラス高價ノ物品ヲ廉價ニ賣却スルヲ見ナカテ之ヲ  
 商人ニ忠告セサルト人ノ物品ヲ忘却スルヲ告ケス危難ノ橋梁ヲ通行スルヲ其人ニ知セサル皆道義  
 ニ背戻セリト述ヘタリ今其原則ヲ尋ルニ蓋シ人タル者ハ皆他ノ爲メニ善事ヲ爲サ、ル可カラザル  
 事道義ノ職分ト爲ス是故ニ何事タリトモ吾人ノ爲シ得可キ事ニシテ苟モ他人ニ益有ル事ハ之ヲ爲







ルカ如キハ其水深淺等有リテ事ニ變様有リ是故ニ立法者ハ預メ其罪タルヲ明示スルヲ得可ガラス  
此ニ於テ余ハ云ハント道義ノ命スル所ニシテ必スモ法律ノ命ヒサル者ハ唯證明ヲ舉クルト  
テサルトノ別ニ管スルノミナラス又事實ノ變様有ルニ依リ立法者ノ明示シ得ルト得サルトニ管ス  
ル者ナリト

又右ノ原則ヲ明瞭ナラシメノカ爲メニ施惠ノ一例ヲ掲ケテ之ヲ説明セン  
夫レ貧人ニ恩惠ヲ施スハ道義ノ令スル所ノ者ナリト雖モ性法(又ハ法律)ノ令スル者ニ非ス蓋シ道  
義ノ本體タルヤ凡テ吾人ニ非常ニ損害ト成ラサル善事ヲ爲ス可シト云フニ在ルカ故ニ施惠ノ如キ  
ハ道義ニ於テ吾人ニ命スル者ナリ然レモ性法(即チ法律)ニ在テハ施惠ヲ爲スチ命セサルハ何リヤ  
蓋シ法律ニ於テハ果シテ施惠ヲ爲サス爲メニ法律ニ違反スルノ證據然ラサルヲ以テナリ  
且又法律上ヨリ吾人ニ施惠ヲ命スル時ニハ施惠ヲ乞フ者夥多ニシテ吾人ハ爲メニ貧困スルニ至ル  
可シ然レモ法律ニ記スル所ニ依ルニ父貧窮シテ今日餓死ニ至ラントスルカ如キハ子父ヲ給養スル  
ノ義務有リ此ノ如ク法律ニ父ヲ給養スルノ義務ヲ明記セスト雖モ一般ニ貧人ニ施惠ヲ爲ス可シト  
ハ云ハス施惠ヲ一般ノ人ニ爲スチ以テ法律上ノ義務トセハ吾人ハ容易ニ其義務ヲ履行スルヲ得可  
カラス若シ此義務ヲ履行セント欲スレハ鉅萬ノ家産ヲ以テスルモ足ル可キニ非ス何人カ能ク此義  
務ヲ履行ス可キヤ是故ニ法律ニハ測知ス可カラサル無限ノ義務ヲハ記載セスシテ只之ヲ道義ノ威  
力ニ任スルニヨリ而シテ夫ノ父ヲ給養スル義務ノ如キハ是限有ル者ナレハ法律上明文ニ掲ケテ吾人  
ノ義務タルヲ指示セリ之ヲ道義ト法律トノ區別有ル理由トス

第六號 明治十二年 三月五日

一 瀬 勇 三 郎 筆記

夫レ法律ヨリ生スル所ノ義務ニハ事ヲ爲ス可キ義務有リ又事ヲ爲ス可カラサル義務有リ請フ左ノ  
相隣ニタル所有者ノ例ヲ以テ之ヲ證セン  
相隣ニタル所有者ハ特別ノ規則ニ循フニ非サレハ分界ノ牆壁ニ傍ラテ井戸又ハ厠甕ヲ設ケルヲ除  
キテ餘タル所有者ハ特別ノ規則ニ循フニ非サレハ分界ノ牆壁ニ傍ラテ井戸又ハ厠甕ヲ設ケルヲ除

サストハ第六百七十六條ノ明記スル所ナリ是即チ事ヲ爲ス可カラサル義務ノ一例ナリ  
又第六百七十一條ニ依レハ(特別ナル規則若シクハ慣習ニ因リテ定リタル距離ニ非サレハ大木ヲ植  
ユ可カラス又其規則及ヒ慣習有ラサル時ハ大木ニ付テハ二箇ノ土地ノ經界線ヨリ二(メートル)ノ  
距離内其他ノ樹木及ヒ植籬ニ付テハ半(メートル)ノ距離内ニ其樹木ヲ植エ又ハ植籬ヲ造ルヲ許サ  
ス)ト云フノ明文有リ是亦事ヲ爲ス可カラサル義務ノ一例ナリ

若ノ如ク法律ハ殊更ニ明條ヲ設ケテ吾人ニ命シテ事ヲ爲ス可カラサル義務ヲ擔負セシムル所以ノ  
者ハ他無シ彼ノ確固不拔ノ(他人ヲ害スル勿レ云々)ノ大原則ニ因テ然ルナリ  
是ヨリ又(善ヲ施ス可シ云々)ノ原則ニ基キテ定メラレタル法章ヲ舉示ス可シ

余カ所有地ハ大ニ清水ニ富メルモ家ハ之ニ乏シ余ハ必ス其水ヲ隣家ニ讓ラサル可カラス(伊太里  
法律)是法律ノ余ニ命シテ他人ニ善ヲ爲ス可シト云フノ義務ヲ負擔セシムル者ナリ

又佛國法律ノ例ヲ舉ントスレハ分界牆壁ノ所有者之ニ傍ラテ法ノ許ス所ノ部分内ニ建物ヲ造作シ  
タル後其隣人モ亦其同一ノ部分内ニ物ヲ建造作セントスル時ハ必ス其半部ヲ分テ之ニ讓リ以テ  
其分界ヲ定メサル可カラス是亦(人ニ善ヲ爲ス可シ)ト云フノ大原則ニ依テシタル法章ナリ

又最近ノ親族ハ必ス孤兒ノ後見人ト成ル可シトハ佛朗西成典ノ命スル所ナリ又性法上ヨリ之ヲ觀  
ル時ハ獨リ其孤兒ノ近親ノミニ止マラズ尙其親友ヲシテ之カ後見人タルヲ命ス可シ而シテ常ニ其  
後見人タル可キ者ノ身分及ヒ其能力ヲ觀察スルハ裁判官ノ任ニシテ決シテ危難ノ專ニハ非サル可  
シ

右ノ數例ハ都テ「善ヲ施ス可シ」ト云フノ理由ニ基キ定メラレタル法條ナリ

此ニ一言ス可キ事有リ余ハ常ニ民法ノ講義中ニ屢ニ性法ヲ討究シ偏ニカヲ其原則ニ委スル事有リ  
ト雖モ之ニ因テ直チニ余ハ成文法律ヲ非賤スル者ナリト認ム可カラス成文法律ハ社會ノ秩序ヲ維持シ  
人民ノ便益ヲ保安スルニハ一日モ缺ク可カラサル必要ノ具タルハ余カ常ニ諸君ニ切論セシ所ナリ



後第七號 明治十二年三月七日

岩野 平 筆記

本會ハ不義ノ富ト不正ノ損害トノ二原ヨリ生スル合意無キ義務ヲ説明セントス佛蘭西法律ニハ不義ノ富ニ管スル原則ヲ記セス且ツ其不義ノ富ノ意ヲモ記セス是余ノ甚ク遺憾トスル所ナリ然レモ法律ハ不義ノ富ノ事項ヲ記セリ余ハ先ツ「カシコントラー」(準契約)ノ文字ヲ排難セサル可カラス羅馬ニ於テ義務ノ原因ハ契約犯罪ノ二箇ノミナリシ其後實際ニ於テ義務ノ原因ヨリ生スルヲ發見セリ其一ハ契約ニモ非スシテ契約ニ類スルヲ以テ之ヲ名ツケテ契約ヨリ生スル義務ノ如キ者ト稱シ他ノ一ハ犯罪ニモ非スシテ犯罪ニ類スルヲ以テ之ヲ稱シテ犯罪ヨリ生スル義務ノ如キ者ト云ヘリ羅馬法ノ時ニ於テハ此名稱ハ語ヲ爲シテシト雖モ今日佛蘭西法典ニ於テ單ニ「カシコントラー」準契約ト云フハ其可ナルヲ見サルナリ故ニ「カシコントラー」ヲ廢シテ不義ノ富ト云ハハン然レモ「カシテリ」ノ語ニ至テハ左程不都合ヲ見スト雖モ寧ロ之ヲ止メテ不正ノ損害ト云ハ

〔第一章 準契約〕

〔第一千三百七十一條〕

本條ニ「人ノ隨意ニテ行フタル所爲」ト有ルヲ見ルニ法律ハ人ノ隨意有ルヲ以テ準契約ノ性質ヲ看做セルカ如シ是甚ク不可ナリ何トナレハ他ノ契約ニシテ人意ヲ要スル者有リテ必スシモ準契約ノミナラサレハナリ思フニ本條ノ釋義ニ「カシ」(準)ノ文字無カラシメハ此釋義ハ契約犯罪準契約ニモ適用ス可キナリ是本條ニ於テ第一不可ナル者ナリ  
第二本條ノ不可ナル處ハ法律ニテ人意ノ文字ヲ加ヘテ不用ノ性質ヲ準契約ニ附セントスルニ在リ何ントナレハ下ニ記スル二箇ノ例ニ於テ人意ノ性質ヲ要セサレハナリ  
第一例第一千三百七十六條ニ曰ク「錯誤ニ因リ得可カラサル物ヲ請取リタル者ハ之ヲ其渡シタル者ニ還ス可シ」ト其錯誤ニ因ルト有ルヲ見レハ請取リタル者ニ意無クシテ請取ル事ヲ云フニ非ス法

然ルニ之ヲ請取ルニ縱令意無シト雖モ之ヲ還ス可カラストスレハ是其還スノ義務ニ人意無キニ非スヤ故ニ法律ノ人意ヲ要スト釋義スルハ誤リナリトス

第二例第一千三百七十二條ニ「自己ノ隨意ニテ他人ノ事務ヲ管理スル時ハ他人其管理ノ事ヲ知ルト否トヲ問ハスト有リ其意ハ管理者ニ於テハ人意有リト雖モ他人ノ其管理ノ事ヲ知ラサル時ハ他人ニ於テハ全ク人意無シ然ラハ此ノ例ニ於テモ又人意無キニ非スヤ即チ本條第一千三百七十一條ノ釋義ノ不可ナルヲ證スルコト足ル

且ツ本條ノ不可ナル所以ハ何故ニ義務ヲ生スルカ其義務ノ度ハ幾許ナルヤノ原則ヲ云ハサルコト在リ蓋シ其義務ノ原因ハ不義ノ富ニ在テ其義務ノ度ハ不義ノ富ヲ以テ限界トス可キナリ

右ノ如ク釋義中原則ヲ欠クノ弊害ハ其釋義ヲシテ法律ノ記スル所ノ例ヨリ他ニ推究スルヲ得可カラス蓋シ法律ニハ事務管理ノ事ト已レノ得可カラサル物ヲ請取ルトノ二箇ノ例ヲ記シテ之ニ適用スルノ釋義ヲ設ケタルナル可シト雖モ準契約ノ例ハ此二例ニ止マラス尙他ニ有ルカ故ニ之ニ適用セシカ爲メ始メニ原則ヲ掲ケテ數例ニ適用セシムルヲ可トス

後第八號 明治十二年三月十二日

一瀬 勇三郎 筆記

成典ノ記スル所ノ準契約ノ例二個有リ、一ヲ事務管理ト云ヒ、他ノ一ヲ非理ノ受償ト云フ、(負債ニ非サル者ヲ辨償ノ名義ヲ以テ領受スルヲ謂フ)先ツ此二個ノ準契約ヲ逐次論究シ終リ而シテ後又其他ノ準契約ニ講及ス可シ

第一事務管理ノ事ハ第一千三百七十二條乃至第一千三百七十五條ノ成定スル所ナリ  
第二非理ノ受償ノ事ハ第一千三百七十六條乃至第一千三百八十一條ノ明記スル所ナリ

〔第一千三百七十二條乃至第一千三百七十三條〕  
抑事務管理ト云フ即チ他人ノ事務ヲ管理處理スル事ニシテ彼ノ所謂名代ノ契約トハ大要相類スル者ナリト雖モ又相異ナルノ點無キニ非サルナリ



事務ノ管理ニハ必ス其義務有リ、名代ノ契約ニモ必ス其義務有リ、是其相類似スルノ一點ナリ、然レハ其義務ノ由テ生スル所ノ原因ニ至テ事務管理ト名代契約トノ大差異ヲ認ムルヲ得可シ、蓋シ名代契約ノ義務ハ即チ其本人ト名代人トノ合意ヲ以テ其ニ結行シタル確固ノ契約ニ因テ生スル者ナリ決シテ其一方ノ適意ニ生セシメ得ル所ノ義務ニハ非サルナリ、之ニ反シテ事務管理ハ契約ニ非ス、所謂準契約ノ一ナリ、事務管理ノ義務ハ其本人ト管理者トノ合意ヲ以テ生シタル者ニハ非サルナリ、獨リ其管理者一己ノ意ヲ以テ發生セシメタル義務ナリ、是其二個ノ義務ノ根據スル所ノ各原因ニ於テ重大ナル差異有リト斷言セシ所以ナリ

他人ノ事務ヲ管理スル時ハ必ス二個ノ義務ヲ生ス、一ハ即チ其事務ヲ管理セラレタル本人ノ義務ニシテ、他ノ一ハ其管理者ノ義務ナリ、是亦成典ノ明定スル所ナリ、各其法條ニ付テ之ヲ詳辨セサル可カラズ

第千三百七十二條ニ曰ク「人自己ノ隨意ヲ以テ他人ノ義務ヲ管理スル時ハ他人其管理ノ事ヲ知ル可キトテ問ハス其管理者自カラ爲シ始メタル管理ヲ繼續シ以テ他人自カラ其事務ヲ管理スルヲ得可キニ至ル迄其管理ヲ成就スル手續ヲ爲シ可キ默諾ノ契約ヲ爲シタリトス又其管理者ハ其事務ニ附帶シタル諸件モ亦悉ク自カラ之ヲ擔任セサル可カラズ又此管理者ハ其本人ノ明諾シタル名代契約ヨリ生スル所ノ義務ト等シキ義務ヲ負擔ス可シ」

又第千三百七十三條ニ曰ク「若シ本人其管理ノ事務終成スル前ニ死去スト雖モ管理者ハ其死者ノ遺物相續人自カラ管理ヲ爲スヲ得可キニ至ル迄其管理ヲ繼續シテ行ハサルヲ得ス」

先ツ此ノ二箇條ヲ詳細講究ス可シ

第千三百七十二條ノ行文ニ「其管理ヲ成就スルノ手續ヲ成ス可キ默諾ノ契約ヲ爲シタリトス云々」ト有リ、是立法官ノ不注意ノ最モ大ナル者ナリ、何トナレハ本條ノ記スル所ハ雙方ノ合意ヲ以テ結行シタル契約ニ非ス、全ク一方ノ者ノ適意ヲ以テ自カラ負擔セシ所ノ責務ナレハナリ、故ニ今此法條ヲ改メテ默諾ノ義務ヲ負擔シタリトスト爲ス可キナリ

又同條ニハ「他人其管理ヲ知ルト否トヲ問ハス云々」故ニ營テ雙方ノ問互ニ結行シタル契約有ラハ限リハ本人之ヲ知ルト否トヲ問ハス必ス事務管理ノ義務有リト云フ可キナリ

又本文ニ據レハ常ニ他人ノ事務ヲ管理スル者ハ必ス其自カラ着手シタル管理ハ悉ク之ヲ繼續シ以テ其本人自カラ之ヲ管理スルヲ得可キニ至ル迄其管理ヲ成就スルノ手續ヲ爲ス可キ義務有リト云フ是亦適理ノ法章ナリ、殊更ニ多辨ヲ要セズシテ明瞭ナリ

第千三百七十三條ハ此ニ併セ記ス可キナリ、何トナレハ前段ハ専ラ事務ヲ管理セラレタル本人自カラ其事務ヲ管理スルヲ得可キニ至ル迄ノ場合ヲ記シ第千三百七十三條ニハ本人既ニ死去シタル後其遺物相續人自カラ管理ヲ爲スヲ得可キニ至ル迄ノ事ヲ記シタル者ニシテ、其旨趣ノ關係大ニ相接觸スル所有ルヲ以テナリ、是亦別段説明セズシテ明カナリ

第千三百七十二條ノ中ニ「又管理者ハ其事務ニ附帶シタル諸件モ亦悉ク之ヲ擔任セサル可カラズ」ト云フ、是條理ニ適シタル法文ナリ、蓋シ附帶シタル諸件ハ異狀百體勝テ數フ可キニ非ラズト雖モ究ツ家ヲ以テ例スレハ其地代ヲ納メ若クハ其番地届ヲ爲スカ如キヲ云フナリ

同條第二項ニ移テ之ヲ觀ルニ法律ハ全ク事務管理ヲ以テ彼ノ名代契約ニ比附センカ爲メニ殊更ニ本項ヲ設ケタル者ナリ、抑事務管理者ハ初ヨリ其義務有ルニ非ス、自カラ着手シテ其管理ヲ始メタルニ因リ隨テ之ヲ繼續シ且ツ之ヲ終成スルノ義務有ル者ナリ、之ニ反シテ名代人ハ則チ然ラズ、名代人ハ自カラ其契約ヲ爲シ其代理ヲ承諾シタル上ハ必ス又之ヲ爲シ始メサル可カラズト云フノ義務有リ、是蓋シ義務管理ト名代契約ト相異ナルノ一點ナリ、然リ而シテ事務管理者モ亦一旦其管理ヲ着手シタル上ハ名代契約ヨリ生スル所ノ義務ト等シキ義務ヲ負擔セサル可カラズ、尙又後段ニ至リ事務管理ト名代契約トノ關係ヲ詳説ス可シ

〔第千三百七十四條〕

本條第一項ニハ他人ノ事務ヲ管理スルノ方法ヲ指示シ第二項ハ其効果ヲ揭示ス

第一項ニ曰ク「事務ヲ管理スル者ハ之ヲ爲スニ付キ懇切ニ注意スルヲ必要トス」ト此（懇切云々）



語ハ善キ家長若クハ善キ支配人ト云フカ如キ意ナリ、諸君宜シク注意ス可シ法律ハ決シテ事務ノ管理ヲ爲ス者ハ極メテ懇切ニ注意ス可シト云ハサルナリ、蓋シ極メテ懇切ナル文詞ハ最善ノ家長若クハ最良ノ支配人ト云フノ義ニ適恰スルカ故ニ若シ此極メテナル文詞ヲ附加スル時ハ必ス又其義務ノ廣狹注意ノ厚薄ニ於テ多少ノ差異有ル可キナリ、抑最善ノ家長ノ如ク極メテ懇切ニ注意ス可キ義務ハ單ニ善キ家長ノ如ク懇切ニ注意ス可キ義務ニ比スレハ猶一層廣大貴重ナル可キナリ、法律ハ獨リ善キ家長ノ如ク懇切ニ注意スルヲ以テ足レリト爲シ敢テ最良ノ家長ノ如クニ管理スルヲ望マサルナリ

事務管理者若シ法ノ命スル所ノ義務ヲ怠リ懇切ニ注意セサルニ因リ遂ニ其事務ヲ管理セラレシ本八ノ爲メニ多少ノ損害ヲ贖シタル時ハ其決如何ス可キ乎、法律ハ之ヲ明定セサルナリ、然レモ事務管理者ハ必ス其償ヲ爲サ、ル可カラズ、法律ノ意モ亦自カラ然ラサル可カラズ、蓋シ略シテ之ヲ明記セサリシナリ、第二項ヲ以テ之ヲ證スルニ足ル

第二項ニ曰ク「然レモ其事務ノ管理ヲ爲シ始メタル時ハ情實ニ因リ、裁判官管理者ノ過失又ハ懈怠ノ償ヲ減少スルノ言渡ヲ爲スヲ得可シ」ト本項ニハ情實ニ因リ償額ヲ減少スルヲ得ルト云フノ明文有ルヲ以テ前段ニハ法ノ命スル所ノ義務ヲ執行セサリシ管理者ハ必ス其償ヲ拂フ可シ云々ノ語ヲ略セシヤ明カナリ

又本項ノ（其事務ノ管理ヲ爲シ始メタル時ノ情實ニ因リ裁判官管理者ノ過失又ハ懈怠ノ償額ヲ減少スルヲ得ル）ト云フノ注意ヲ討テ之ヲ觀ルニ假令一旦他人ノ事務ノ管理ヲ爲シ始メタリト雖モ或ハ兵亂或ハ洪水又ハ其他ノ大變有ルニ因リ管理者自己ノ諸件ヲ處分スルニ困ニ竟ニ其管理ヲ繼續スルニ餘暇無キ傷合ニ於テハ其懈怠大ニ恕ス可キ所有ルカ故ニ裁判官ハ其情狀ヲ酌量シ以テ其償額ヲ輕減スルヲ得可キナリ

平常ノ場合ニ在リテハ則チ然ラズ、自カラ他人ノ事務ヲ管理スル者ハ必ス善良ナル家長ノ如ク老實ニ注意セサル可カラズ然ラサレハ必ス其懈怠過失ノ罪ヲ免カル可カラサルカ故ニ隨テ相當ノ償

額辨濟セサル可カラズ

以上辨陳セシ者ハ法ノ明記スル所ノ事務管理者ノ義務ナリ、是ヨリ又名代人ノ義務ヲ研究セサル可カラズ、蓋シ法律ハ事務管理ヲ以テ名代契約ニ比シ管理者ハ全ク名代人ト等シキ義務ヲ行フ可シト云フノ明文ヲ揭示セシヲ以テ深ク名代人ノ義務ノ如何ヲ講究スル時ハ自カラ事務管理者ノ義務ヲ詳了スルニ難カラサル可キナリ

第千九百九十一條第一項ニ曰ク「名代人ハ其任ヲ受ケタル時、間名代人ノ事務ヲ執行フ可ク若シ之ヲ行ハサルニ因リ本人ノ爲メ損失ヲ生シタル時ハ之ヲ償フ可シ」ト同項ニハ二個ノ原則ヲ記セリ、第一一名代人其名代ノ義務ヲ執行ス可キ事第二之ヲ執行セサル時ハ其損失ノ償ヲ爲ス可キ事是ナリ、既ニ前段ニモ述ヘタル如ク事務ノ管理者ハ名代人トハ少シク異ナル所有リテ始メヨリ其管理ヲ爲ス可キ義務有ルコト非スト雖モ一旦自カラ之ヲ始メタル以上ハ必ス又之ヲ執行成就シ且ツ若シ本人ノ爲メ多少ノ損失ヲ贖シタル時ハ必ス其相當ノ償ヲ辨濟セサル可カラズ

又同條第二項ニ曰ク「本人死去ノ時名代人既ニ爲シ始メタル事有リテ名代人之ヲ停止スル時ハ後ニ其事ヲ爲スノ阻害ト成ル可キ恐有ルニ於テハ名代人其事ヲ成就ス可シ」ト同項ヲ以テ彼ノ第千三百七十三條ニ比シテ之ヲ觀ルニ本人ノ死去シタル場合ニ於テハ名代人ノ義務ハ之ヲ管理者ノ義務ニ比スレハ稍寛慢ナリト云フ可ヘシ蓋シ名代人ハ其爲シ始メタル事ヲ停止スルニ因リ後ニ至テ復阻害ト成ル可キ恐レ有ル場合ノミニ之ヲ成就スルノ責有リト雖モ之ニ反シテ事務管理者ハ則チ然ラス管理者ハ何レノ場合ト雖モ必ス其死者ノ遺物相續人自カラ管理ヲ爲スヲ得可キニ至ル迄運

綿其管理ヲ行ハサル可カラズ、是本人死去ノ場合ニ於テハ管理者ノ義務ハ名代人ノ義務ヨリ一層嚴重ナリト斷言セシ所以ナリ

第千九百九十二條第一項ニ曰ク「名代人ハ己レノ爲メ所ノ詐偽ノ責ニ任ス可キハ非ス己レノ過失ノ責モ自カラ之ヲ擔當ス可シ」ト蓋シ同項ノ記スル所ハ一般ノ大原則ニシテ其全文ヲ擧テ必ス事務ノ管理ニ適用ス可キ者ナリ故ニ管理者ハ毎ニ自カラ詐偽ノ責ニ任ス可ク又其過失ノ責ニ當