價ヲ代表スル青銅ノ塊片トヲ携ヘ來ラサルヘカラス此方式ヲ羅甸語ニテ「ペンエイス、エット、リブラム」(Per aes et libram)ト云ヘリ譯シテ青銅及衡器ニ依ルノ方式ト云ヘハ可ナルニ庶幾カラン然ルニ此方式ノ外尚ホ「ネキズム」(Nexum)ナル方式アリテ金錢ヲ貸與スル場合ニ之ヲ用ヒタリ「ネキズム」ノ方式ニ於テモ亦青銅ノ衡器ト塊片トヲ携ヘ來ルコトヲ要シ且貸主カ借主ノ前ニ於テ一定ノ語ヲ述ヘテ以テ借主ニ返濟ノ義務ヲ負擔セシメタリ而シテ其返濟ノ期限到來セルニ拘ラス借主カ之ヲ返濟セサルトキハ貸主ハ之ヲ奴隷トスルコトヲ得ヘシ英國ノ有名ナルメイインノ說ニ據レハ「ネキズム」ナル名稱ハ古代青銅ノ塊片及青銅ノ衡器ヲ用ヒタル場合ノ總名ナリシカ其後分レテ二トナリ一方ハ古來ノ名ヲ存シ他方ハ「マンチパチオ」ナル名ヲ得タリ即チ「マンチパチオ」ハ之ヲ所有權ヲ移轉スル場合ニ用ヒ「ネキズム」ハ契約ヲ締結スル場合ニ用フルニ至レリト云フコアリ(メイイン古代法參照)此說カ果シテ肯綮ニ中レルヤ否ヤハ其證跡ノ據ルヘキモノナキヲ以テ之カ判斷ヲ與フルニ苦マサルヲ得スト雖モ「ネキズム」ニセヨ又「マンチパチオ」ニセヨ皆青銅ノ塊片及衡器ヲ用フル方式ナルカ故ニ其本源ハ即チ一ナルカ如シ唯其總名カ果シテ「チキズム」ト云ヒシヤ否ヤハ頗ル判然セサルノミ兎ニ角「チキズム」ナル方式ハ金錢ノ貸借ニ之ヲ用ヒタルモノナルコト分明ニシテ疑フヘカラス嘗テ述ヘタルカ如クエスナニアンノ時代ニ於ケル金錢ノ貸借ハ之ヲ「ムーツウム」ト稱セリ今日ハ之ヲ消費貸借ト譯ス然リ而シテ多數學者ノ說ニ據レハ「ムーツウム」ハ古昔ノ「チキズム」ヨリ脫胎シタルモノニシテ其方式ヲ廢シテ其趣意ヲ採用シタルモノナルカ故ニ變シテ「ムーツウム」トナリシト云フコアリ孰レニセヨ「ネキズム」ニ付キハ學者間種々ノ說アリテ一定セサルナリ獨逸人ダンツ氏ノ著羅馬法律史第二卷ハ其說ノ概畧ヲ揭ケタレトモ今其紛雜ヲ避ケテ之ヲ省畧ス

又古昔ハ物ヲ質入スルニモ之ヲ寄託スルニモ又無償ニテ之ヲ貸與スルニモ一旦所有權ヲ移轉セサルヘカラス此等ノ場合ニ於テハ皆必ス「マンチパチオ」ノ方式ヲ履メリ然ルニ其後ニ至リ漸ク「マンチパチオ」ノ方式ヲ廢シタルカ故ニ所謂質入契約、寄託、使用貸借ト云フカ如キ個々ノ契約ヲ生スルニ至レリ

之ヲ要スルニ古昔ハ契約ト所有權移轉トノ間ニ區別ナカリシカ漸ク之ヲ區別スルニ至リ質入契約、寄託、使用貸借ハ所有權ノ移轉ニ關係ナク獨立ノ法律行爲トシ

テ法律ノ保護ヲ受クルコトヽナリタルナリ茲シ古代ニ於テハ總テノ事項ハ方式ノ支配ヲ受ケタレトモ年ヲ經ルニ從ヒ專ロ當事者ノ意思ニ重キヲ置クノ傾向ヲ生スルニ至ルハ自然ノ順序ナリ故ニ「マンチパチオ」ノ方式モ亦之ヲ廢セラルヽニ及テ種々ノ契約ハ當事者ノ意思ニ基キ獨立ノ法律行爲トシテ法律ノ保護ヲ受クルニ立至レルハ亦此趨勢ニ從ヒタルモノト云フヘシ

又メインノ說ニ據レハ要式口約(Stipulatio)モ亦古昔ノ「ネキズム」(Nexum)ト關係アリト云フニアリ然レトモ是レ亦之ヲ確ムル所ノ證據ヲ發見スルコト能ハス之ニ反對スル人ノ說ヲ聞クニ「スチプラチオ」(Stipulatio)ハ神ニ誓フコト即チ「スポンシオ」(Sponsio)ヨリ出テタリト云ヘリ成程「スチプラチオ」ノ方式ヲ按スルニ「スポンデスネ」(Spondesne)及「スポンデオ」(Spondeo)等ノ語ヲ用ヒタリ(前者ハ約束スルカト云フ意ニシテ後者ハ約束スルト云フ意ナリ)此等ノ語ハ固ヨリ古字ニシテ其外形ヨリ見ルモ亦「スポンシオ」ニ關係セルモノノ如シ是ニ由テ之ヲ觀レハ法律上ノ債務ヲ負擔スルノ觀念ト神ニ誓フノ觀念ト相合シテ一ノ要式口約ヲ生スルニ至リタルモノト思惟セラルヽナリ

次ニ借約ナルモノハ按外早ク發達シタルモノナリ多數ノ學說ニ據レハ恐ラクハ是レ亦古昔ノ「ネキズム」ヨリ出テタルモノナラント云フ

合意約ハ有名契約ノ中ニ就テ最モ後レテ發達シタルモノナリ即チ賣買、賃貸借、組合、委任ノ類ハ皆後ニ至リテ發達シタルモノトス

交換ノ如キハ無名契約トシテ法律ノ保護ヲ受クルニ至リタルハ後世ニ屬スト雖モ其事實ハ極メテ古キ時代ヨリ羅馬人間ニ行ハレタルコト疑ヲ容レス抑モ何レノ社會ナルヲ問ハス其幼稚ナル時代ニ於テハ賣買ヨリ寧ロ交換ノ方多ク行ハルルヲ常トス羅馬ニ於テモ亦然リ唯夫レ羅馬ニ於テハ交換ヲ無名契約ノ中ニ加ヘタル結果無名契約一般ニ適用スヘキ一種ノ保護ヲ受クルニ至リシコト甚タ後レタルノミ而シテ交換カ無名契約ノ一種トシテ法律ノ保護ヲ受ケタルハ如何ナル事由ニ基クヤト云フニ蓋シ羅馬法律カ發達ヲ始メタルハ社會頗ル進歩シタル後ニアリシカ故ニ此時ニ當リテハ既ニ賣買ハ盛ニ行ハレ從テ賣買ノ方ハ正式ニシテ交換ハ却テ變體ト見ラレタルニ由ラスンハアラサルナリ

第五章　準契約

準契約ヨリ生スル債務關係ハ之ヲ「オブリガチオ、クアシ、エ、ッキス、コントラクツ」(Obli-

gatio quasi ex contractu) ト云ヘリ即チ當事者ニ於テハ敢テ契約ヲ結ハサルモ其結果ヨリ見レハ恰モ契約ヲ結ヒタルカ如キモノアリ而カモ法理上ヨリ之ヲ觀察スレハ全ク契約ト其性質ヲ異ニスルモノアリ之ヲ準契約ト云フ羅馬法律家ノ所謂準契約中最モ著シキモノハ即チ事務管理(Negotiorum gestio)ナリ事務管理トハ他人ノ依賴ヲ受ケスシテ他人ノ爲スヘキ事務ヲ爲スヲ謂フ例ヘハ他人ノ不在中其家屋カ破損シタル場合ニ於テ所有者ニ代テ之ヲ修理スルノ類即チ是ナリ而シテ其所有者ト修理シタル者トノ關係ハ恰モ委任ノ場合ニ於ケル委任者ト受任者トノ關係ニ似タリ即チ修繕ヲ加ヘタル者ハ所有者ニ對シテ訴訟ヲ起シ其修繕ノ入費ヲ償却セシコトヲ請求スルヲ得ヘシ又其修繕シタル者ニシテ不都合ノ行爲アラン乎其家屋ノ所有者ハ之ニ對シテ訴訟ヲ起スコトヲ得ヘシ又他ノ例ヲ以テ之ヲ說明セン二後見ノ場合ノ如キ後見人ト被後見人トノ關係ハ恰モ委任ノ場合ニ於ケル委任者ト受任者トノ關係ノ如シ然レトモ注意ノ程度ニ關シテハ後見ノ場合ト委任ノ場合トハ大ニ其趣ヲ異ニセリ即チ後見人カ被後見人ノ財產ニ對シテ加フヘキ注意ノ程度ハ自己ノ財產ニ對シテ加フヘキ注意ノ程度ト同樣ナリト雖モ委任ノ場合ニ於テハ之ニ反シ委任者ハ頗ル重大ナル注意ヲ加ヘサルヘカラス是レ所謂良家父ノ注意ナリ尙ホ注意ノ程度ハ後ニ之ヲ說明スヘシ

錯誤ニ因リテ他人ニ金錢ヲ支拂ヒタルトキハ訴訟ヲ起シテ之ヲ取戻スコトヲ得例ヘハ甲カ乙ヲ以テ自己ノ債主ナリト誤信シ乙ニ金錢ヲ支拂ヒタル後乙ハ債主ニアラサルコトヲ發見シタルトキノ如キハ甲ハ乙ニ對シテ金圓拂戻ヲ請求スルコトヲ得是レ亦準契約ノ一種類ナリ何トナレハ甲ハ使用貸借ニ基テ乙ノ負債主トナリシモノニアラサレハナリ又正當ノ原因ヨリシテ物ヲ他人ニ贈與スルモ之ヲ贈與セル所以ノ目的ヲ遂スルコト能ハサルトキハ準契約ヲ生ス例ヘハ甲カ乙ナル女ヲ丙ニ嫁セシメントシ先ツ金千圓ヲ嫁時費資トシテ丙ニ與ヘタリ然ルニ其後ニ至リ丙トノ結婚ニシテ成立スレハ可ナリト雖モ若シ成立セサルトキハ如何即チ乙カ婚姻以前ニ死亡シタルカ如キコトアリトセハ甲ハ丙ニ對シテ嫁時費資ノ取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘキナリ又不正ノ原因ノ爲メニ他人ニ財產ヲ與ヘタルトキハ之ヲ理由トシテ財產ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ例ヘハ羅馬法律ノ下ニ於テ金ヲ借リテ高利ヲ拂ヒタルトキハ之ヲ取戻スコトヲ得トセルカ如キ

是ナリ高利貸ニ關スル法律ハ諸國區々ニ出ツト雖モ羅馬法ノ規則ハ實ハ斯クノ如キモノナリキ又風紀ニ背反シタル原因ノ爲メニ物ヲ與ヘタルトキハ之ヲ理由トシテ物ノ取戻ヲ請求スルコトヲ得但是レ受贈者ノ一方ニ過失アリシ場合ニノミ起スコトヲ得ル訴訟ニシテ若シ贈與者ノ方ニモ不都合アリシトキハ之ヲ起スコトヲ得サルナリ又原因ナシテ物ヲ與フルトキハ之ヲ取戻スコトヲ得例ヘハ甲カ乙ニ金百圓ヲ返還スルノ義務アリト信シテ之ヲ支拂ヒタリ然ルニ乙ハ之ヲ貰受シルノ意思ニテ受取リタリト假定セヨ此場合ニ雙方間ニ合意ナシ故ニ此場合ニ於テハ消費貸借ヲ生セス又贈與ヲモ生セス結局甲ハ乙ニ對シテ無原因 (Ding. causa) ヲ理由トシテ其金圓ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス

第六章　私犯 (Obligatio ex maleficio)

「ユスチニアン」法典ノ法學階梯ニ列擧セル所ニ依レハ私犯ニ四種類アリ第一、竊盜第二、强盜第三、財產ニ對スル私犯(對產私犯)第四、身體ニ對スル私犯(對身私犯)是ナリ以下順次之ヲ說明セン

第一、竊盜

羅馬法律ニ所謂竊盜ハ其意味頗ル廣シ羅甸語ニテ之ヲ「フルツム」(Furtum)ト云ヒ此中ニハ「フルツム、イプシウス、レイ」(Furtum ipsius rei)即チ物其自身ノ竊盜アリ例ヘハ甲カ乙ノ家ニ侵入シテ乙ノ所有セル物件ヲ持去ルカ如シ又「フルツム、ウーズース」(Furtum usus) 即チ使用ノ竊盜アリ例ヘハ寄託契約ニ基キテ人ノ物件ヲ預カル者カ所有主ノ同意ヲ得スシテ其物件ヲ使用スルカ如シ彼ノ賃取主カ賃物ヲ使用スルカ如キモ亦此中ニ入ル又「フルツム、ポッセッシオニス」(Furtum possessionis)即チ占有ノ竊盜ナルモノアリ例ヘハ甲カ其所有物ヲ乙ニ質物トシテ差入レ而シテ其後乙ノ家ニ潛ミ入リテ之ヲ奪取シ來リタルトキハ之ヲ占有ノ竊盜ト稱ス何トナレハ甲ノ竊取シタル物ハ自己ノ所有物ナルヲ以テ物其レ自身ノ竊盜ト云フコトヲ得スト雖モ乙ハ其物ニ對シテ占有ヲ有スレハナリ又盜竊ニハ「フルツム、マニフェスツム」(Furtum manifestum)ト「フルツム、ネック、マニフェスツム」(Furtum nec manifestum)トノ區別アリ前者ハ即チ現行ノ竊盜ニシテ其場ニ於テ捕ヘラレタルモノヲ謂フ又人ノ物ヲ竊ミ之ヲ奪取シ將ニ往カントスル場所ニ達スル前其物ヲ持ナヲヽ捕ヘラレタルトキハ之ヲ現行ノ竊盜トセリ後

者ハ即チ非現行ノ竊盜ナリ十二標ノ法律ニ依レハ奴隷ニシテ現行ノ竊盜犯アルトキハ之ヲ殺スヘシトシ若シ又自由人ニシテ現行ノ竊盜ヲ爲シタルトキハ奴隷トシテ之ヲ被害者ニ渡スヘシトセリ其後裁判官ハ此規則ヲ改正シテ自由人カ現行ノ竊盜ヲ爲シタルトキモ將タ奴隷カ現行ノ竊盜ヲ爲シタル場合ニ於テモ共ニ被害者ハ物ノ代價ノ四倍ヲ請求スルコトヲ得トシタリコスチニアン皇帝ノ時ニ於テモ亦然リ

非現行犯ノ場合ハ如何ト云フニ十二標ニ據レハ奴隷カ之ヲ犯シタル場合ニ於テモ自由人カ之ヲ犯シタル場合ニモ被害者ハ物ノ代價ノ二倍ヲ請求シテ請求スルコトヲ得トセリ此規則ハ後ニ至リテモ之ヲ改メスシテコスチニアンノ時尚ホ之ヲ用ヒタリ今何カ故ニ現行犯ト非現行犯トノ間ニ斯クノ如キ區別ヲ設ケタルヤト云フニ愛爾ノダブリン大學教授チェルレー(Cherry)曰ク若シ私人ニシテ現行ノ竊盜ヲ發覺スルトキハ直チニ自ラ之ヲ殺害スルノ虞アリ故ニ此殺害ノ行ハルヽコトヲ減セントト欲シテ現行犯ヲ罰スルコト特ニ非現行犯ヨリ重クシタル所以ナリト(チェルレー氏若古代ノ社會ニ於ケル刑法ノ發動ト題スル書ニ之ヲ論ス)

竊盜ノ場合ニ於テ被害者ノ起スコトヲ得ル訴訟ニ三アリ第一ハ竊盜ノ訴訟(Actio furti)ト稱ス是レ即チ罰金ヲ請求スルヲ以テ目的トスルモノニシテ所有主ニ限ラス苟クモ其物ニ對シテ利害關係アル者ハ之ヲ起スコトヲ得ル訴訟ナリ又所有主ト雖モ若シ其物ニ付テ直接ノ利害關係ナキトキハ之ヲ起スコトヲ得ス例ヘハ衣服ノ破綻ヲ修繕スル爲メ之ヲ仕立屋ニ預ケタリシ場合ニ於テ若シ竊盜アリテ仕立屋ヨリ其衣服ヲ竊取シ去リタルトキハ羅馬法ニ依レハ竊盜ノ訴訟ヲ起シテ以テ罰金ノ請求ヲ爲スコトヲ得ル者ハ即チ仕立屋ニシテ而シテ所有主ハ却テ此訴權ヲ有セサルナリ何トナレハ所有主ハ仕立屋ニ對シテ請負契約ヨリ生シタル訴權ヲ有スルカ故ニ直接ニ其物ニ付テ利害ヲ感セサレハナリ然リト雖モ若シ其仕立屋ニシテ無資力ナルカ爲メニ所有主ニ對シ物ノ價ヲ辨償スルコトヲ得サル場合ニ於テハ所有主ハ盜人ニ對シテ竊盜ノ訴訟ヲ起スコトヲ得ルモノトス理論上ハ正當ニアラサレトモ羅馬法ノ規則ハ實ニ斯クノ如キモノナリキ

第二ハ對物ノ訴訟(Vindicatio)ト稱ス是レ即チ物件ノ取戻ノ爲メニ起スコトヲ得

ル訴訟ナリ而シテ之ヲ起スコトヲ得ル訴權ヲ有スル者ハ所有主ニシテ罰金ノ外尚ホ物件ノ返還ヲモ併セテ請求スルコトヲ得ルモノトス又此訴訟ハ盜人ノミナラス苟モ物件ヲ占有スル者ニ對シテハ之ヲ起スコトヲ得ルナリ

第三ハ竊盜ニ關スル對人訴訟(Condictio furtiva)ト稱ス此訴訟ハ所有主カ物ノ價ヲ請求スルカ爲メニ起スコトヲ得ルモノニシテ盜人又ハ其相續人ニ對シテ訴ヲ起スコトヲ得ルナリ但被告ニ於テ其物件ヲ占有セルト否トヲ問ハス故ニ此訴訟ハ往々ニシテ物件取戻ノ請求ニ代ヘテ提起セラルヽコトアリ

第二、強盜(Rapina)

裁判官ノ判定セル法律ニ依レハ竊盜ヲ爲シタル者ハ強盜ニ關スル訴訟ヲ受ク被害者カ若シ一个年以内ニ此訴訟ヲ起ストキハ物ノ價ノ四倍ヲ請求スルコトヲ得ヘシ然レトモ此四倍中三倍ハ罰金ニシテ他ハ損害ノ賠償ナリ強盜ハ此點ニ於テ竊盜ト異ナレリト謂フヘシ即チ竊盜ノ現行犯ノ場合ニ於テハ四倍ノ罰金ハ物ノ價ヲ含マス故ニ罰金ノ外尚ホ物件返還又ハ損害ノ賠償ヲ要求スルコトヲ得ヘシ強盜ノ場合ハ之ニ反シテ四倍ノ中三倍ハ罰金ニシテ一倍ハ損害ノ賠償ナリ而シテ此罰金ニセヨ又賠償金額ニセヨ其ニ被害者ノ手ニ入ルモノトス然レトモ被害者ニシテ若シ一个年以後ニ此訴訟ヲ起セルトキハ單ニ其物件ノ價ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マルノミ羅馬ノ極メテ古キ時代ニ於テハ強盜ト竊盜トノ間ニハ區別ヲ認メサリシカナチュローノ言ニ據レハ紀元前七十七年ニ至リテ始メテ裁判官カ此二者ノ間ニ區別ヲ立テタリト云フ抑モ竊盜ト云ヒ強盜ト云ヒ今日ハ之ヲ刑法ニ規定スル犯罪ナレトモ羅馬ニ於テハ之ヲ私犯ノ一ニ數ヘタルハ支那及日本ノ古代法ト異ナル所ニシテ此點ニ於テハ羅馬法ノ發達ハ東洋ニ遲レタルモノト謂フヘシ

第三、對產私犯(Damnum injuria)

對產私犯ニ對スル特別ノ訴訟アリ此訴訟ハ紀元前二百八十六年頃ニ認メラレタルモノトス當時對產私犯ニ關スル特別ノ法律發布セラレタリ此法律ノ第二章ハコルネリアノ(紀元後五百有餘年)ノ頃ニハ行ハレスシテ唯其第一章ト第三章トノミ行ハレタリ而シテ其第一章ノ規定ニ依レハ他人ト奴隸又ハ家畜ヲ殺ストキハ其奴隸又ハ家畜カ最終ノ一个年内ニ有シタリシ最高價額ヲ罰金トシテ拂ハサ

ルヘカラスト云フコアリ又第三章ノ規定ニ依レハ奴隷又ハ家畜ヲ傷ケタルトキハ罰金ヲ拂ハサルヘカラスト而シテ此場合ニ於テハ最終ノ三十日間ニ有シタリシ最高價額ヲ以テ損害ノ標準トス又同章ノ規定ニ依レハ犬又ハ野獸等總テ家畜中ニ入ラサル所ノ動物ヲ殺シ又ハ傷ケタルトキハ家畜ヲ傷ケタルト同樣ノ規則ヲ適用ス此他詳細ナルコトハ必要ナキヲ以テ之ヲ略ス

第四、對身私犯 (Injuria)

對身私犯トハ即チ身體又ハ名譽ニ對スル私犯ナリ例ヘハ人ヲ毆打シ又ハ誹謗スルノ類是ナリ又故ナクシテ人ノ財產ヲ押收スルトキハ此中ニ入ルヘシ蓋シ身代限リノ處分ヲ受クルトキハ必ス其財產ヲ押收セラルヽヲ以テ今若シ財產ヲ押收セラルヽトキハ恰モ身代限リノ處分ヲ受ケタルカ如キ觀ヲ呈スヘシ故ニ人ノ財產ヲ押收スルモノハ之ヲ對身私犯ト爲シタルナリ

第七章　準私犯 (Obligationes quasi ex maleficio)

準私犯ハ其ノ性質ヨリ云ヘハ私犯ト何等ノ異ナル所ナシ然レトモ私犯ヨリ後ニ發達シタルモノナルカ故ニ羅馬ニ於テハ之ヲ私犯中ニ加ヘサリシナリ例ヘハ羅馬ノ裁判官ニハ法律ヲ審理スル人ト事實ヲ審理スル人トアリ法律ヲ審理スル人ハ即チ眞ノ裁判官ニシテ官吏ナリ事實ヲ審理スル人ハ私人ニシテ官吏ニアラス事實審理人ノ數ハ少ナシト雖モ今日英國ノ陪審官ト甚タ相似タリ羅馬ニ於テハ之ヲ「ユーデックス」(Judex)ト云ヘリ譯シテ事實審理人ト云ハヽ可ナルニ庶幾シ事實審理人カ擅ニ事實ヲ構造シテ不正ナル判決ヲ與フルトキハ被害者ニ對シテ損害ノ賠償ヲ爲サヽルヘカラサルナリ此他準私犯ニ付テハ種々ナル例アレトモ其性質若私犯ト異ナラサルヲ以テ一々之ヲ述ヘス

第八章　過失及注意

注意ハ之ヲ「ディリゲンチア」(Diligentia)ト云ヒ其裏面ナル過失ハ之ヲ「クルパ」(Culpa)ト云フ羅馬ニ於テハ注意及過失ニ關スル規定ハ漸ヲ逐フテ發達セリ其發達ノ極ニ當ル時代ノ法律ニ依レハ過失ヲ分テ重過失 (Culpa lata) 輕過失 (Culpa levis) ノ二ト爲セリ多數ノ學者ノ說ニ依レハ債權者一方ノ利益ノ爲メニ物ヲ寄託シタルトキハ債務者ハ唯重過失ノ責ニ任スルノミ即チ其物ニ付テハ精密ナル注意 (Exacta diligentia) ヲ加フルニ及ハス是レ即チ原則ナリ假ニ之ヲ第一原則ト稱セン此原則ニ

對シテハ例外アリ例ヘハ寄託ノ場合ニ於テ若シ債務者自身ヨリ申込ミヲ受託者トナリタル場合ニ於テハ輕過失ニ付テ責任アルカ如シ又例ヘハ委任ハ債權者一方ノ利益ノ爲メニ締結スル契約ナリ然レトモ受任者ハ輕過失ノ責ニ任スヘシ又事務管理ノ場合ニ於テモ止ムヲ得スシテ事務管理ノ責ニ任スルトキハ重過失ノ責ニ任ス若シ自ラ進ミテ他人ノ事務ヲ管理シタルトキハ輕過失ニ付テモ責任アルモノトス

第二原則ヲ述ヘンニ一般ニ云ヘハ債務者カ利益ヲ得ルトキハ債務者ハ輕過失ノ責ニ任ス例ヘハ使用貸借賃貸借ノ場合ノ如キ皆然ラサルハ莫シ而シテ此等ノ場合ニ於テハ其輕過失ノ標準ハ抽象的ナリ即チ債務者カ平常自己ノ物ニ對シテ加フル所ノ注意ヲ以テ標準ト爲サスシテ一般ノ注意周到ナル人人ノ注意ノ程度ヲ以テ標準トス之ヲ稱シテ精密ナル注意(Exacta diligentia)ト云フ又一ニ「ボヌス、パテルフアミリアス」(Bonus paterfamilias)即チ善良ナル家父ノ注意ト云フ我日本ノ民法ニ於テ往々使用セル善良ナル管理人等ノ語ハ即チ此等ノ原語ヨリ轉化シ來リタルモノトス斯ノ如ク一般ニ云ヘハ羅馬法ニ於ケル輕過失ノ標準ハ抽象的ナリ即チ善良ナル家父カ平常加フル所ノ注意ヲ以テ標準トスル中古以來ノ註釋家ハ此輕過失ヲ抽象的輕過失即チ「クルパア、レヴィス、イン、アブストラクトー」(Culpa levis in abstracto)ト云ヘリ

然ルニ又第三ノ原則ニ依レハ債務者カ他人ノ事務ト自己ノ事務トヲ併セテ取扱ハサルヘカラサル場合ニハ具體的輕過失即チ「クルパア、レヴィス、イン、コンクレートー」(Culpa levis in concreto)ノ責ニ任ス即チ債務者自身カ其財產ニ對シテ平常加フル所ト同一ナル注意ヲ他人ノ財產ニ對シテモ亦加ヘサルヘカラス斯ノ如キ注意ヲ古代羅馬法律家ノ說明ニテハ左ノ如ク云ヘリ

Diligentia quam suis rebus adhibere solet.

之ヲ飜譯スレハ即チ債務者カ平常自己ノ財產ニ對シテ加フル所ノ注意ト云フ意味ナリ然レトモ此種ノ古語ハ甚タ解シ難キヲ以テ中古以來具體的輕過失ナル文字ヲ用フルニ至リシナリ例ヘハ共有財產、會社事業、妻ノ財產、被後見者ノ財產ニ對シテ加フル注意ノ程度ハ自己ノ財產ニ對スル注意ノ程度ト同等ナルコトヲ要スシテ此場合ニ於テハ立證ノ責任債務者ニアリ即チ債務者ハ自己ノ財產ニ對シ

テ加フルト同等ノ注意ヲ他人ノ財産ニ對シテモ亦加ヘタルコトヲ證明スルニアラザレハ以テ其責任ヲ免カルヽコト能ハサルナリ

之ヲ要スルニ羅馬ニ於テハ過失ニ二等アリ重過失輕過失是ナリ而シテ又輕過失ニ二種類アリテ後世ノ註釋家ノ說明ニ依レハ之ヲ抽象的輕過失、具體的輕過失ト云ヘリ前世紀ニハ輕過失ノ外尙ホ最輕過失(Culpa levissima)ナルモノアリシトノ說盛ニ流行セリ然レトモ獨逸人ハッセ(Hasse)アリ千八百九十五年過失論ヲ草シテ羅馬法ニ於ケル過失ニハ二等アルニ止マルコトヲ論シ且其所謂最輕過失ハ其實輕過失ニ異ナルコトナシト斷言セリ其第二版ハ千八百三十八年ニ出テタリハッセカ此論ヲ唱ヘテヨリ以來學者皆之ヲ贊成シ今日ニ至ルマテ反對ナシ蓋シ最輕過失ナル語ハ多シ之ヲ使用シタルモノニアラスヨナニアンノ學說彙纂第九卷第二章第四十四節ノ首項ニ唯一個所之ヲ見ルノミ而シテ其意味ヲ尋スレハ單ニ輕微ナリト云フノ外深キ意味アルニアラス故ニ最輕過失ト云フモ特ニ甚タ輕微ナル過失トノ義ニアラサルナリ

茲ニ重過失ハ詐欺ト同等ナリヤ否ヤノ問題アリ中古時代伊太利ノボロニアニ起リタル註釋家ハ此二者ヲ同等ノ地位ニ置キ後世ノ學者亦之ヲ採用シ重過失ハ詐欺ニ等シトノ語ハ法律學者ノ口癖トナルニ至レリ近世ニ於テモウインドシャイド及モムセンノ如キハ之ヲ同等ノ地位ニ置クト雖モイエリング等ノ說ニ據レハ羅馬法上之ヲ同等ニ置ケル條項ハ多ク見ルコトヲ得スト云ヘリ即チ或場合ニ於テハ之ヲ同一視スルモ他ノ場合ニ於テ之ヲ區別セリト云フニアリ

(過失及注意ニ付テハ法理研究會ヨリ出版シタル過失論ニ於テ之ヲ詳說セリ諸君若シ一讀ノ勞ヲ取ラハ蓋シ思ヒ半ハニ過クルモノアラン)

第九章　連帶債務

債權者又ハ債務者ノ數カ二人以上ナルトキハ羅甸語ニ其狀態ヲ稱シテ「アリツム」(Solidum)ト云フ債務者二人以上アル場合ノ「アリツム」ニ二種アリ連帶債務、全部債務即チ是ナリ全部債務ノコトハ我舊民法ニモ規定アリシ所ナリ連帶債務ハ獨逸語ニ於テ之ニ相當スル文字ハ「コルレアル、オブリガチオン」(Korreal obligation)ト云ヒ全部債務ヲ「ブロス、ブリダリセ、オブリガチオン」(Bloss solidarische obligation)ト云フ獨逸語ニ於テハ斯ノ如ク右兩者ヲ區別スルコトヲ得ト雖モ羅甸語ニ於テハ之ニ相當

スル文字ナシ然レトモ其實物ハ無論之アリシヤ疑ナシ連帶債務ノ場合ハ之ヲ稱シテ二人ノ當事者(Duo rei)ト云ヘル語ヲ用ヒ或ハ二人以上ノ當事者(Plures rei)ト云ヘル語ヲ用ヒ或ハ二人以上ノ債權者(Plures credendi)ト云ヘル語ヲ用ヒ又或ハ二人以上ノ債務者(Plures debendi)ト云ヘル語ヲ用ヒタリ全部債務ノ場合ハ羅甸語ニ於テハ「ソリヅム」(Solidum)ナル文字ヲ用ヒ時トシテハ「イン、ソリヅム」(In solidum)ナル文字ヲ用フルコトアリ故ニ「ソリヅム」モ「イン、ソリヅム」モ共ニ廣狹二義アルナリ即チ廣義ノ方ヨリ謂ヘハ「ソリヅム」ハ連帶債務、全部債務ノ二者ヲ包含スルモノトス又佛蘭西語ニ就テ按スルニ文字ノ用方一定セス連帶債務ハ普通之ヲ「オブリガチオン、ソリデール」(Obligation solidaire)ト云フ此點ハ學者間ノ說一致スル所ナリ然ルニ全部債務ノ場合ニ於テハ學說相同シカラス或學者ハ「オブリガチオン、イン、ソリヅム」(Obligation in solidum)ナル文字ヲ用フト雖モ或學者ハ此文字ノ用方ヲ以テ不適當ナリトナス斯ノ如ク佛蘭西ニ於テハ用方一定セス又英國法ニ於テハ其文字羅甸語ト差異アルヲ以テ之ニ相當スル語無シ但羅馬法ヲ說クニ當テ英國ノ學者ハ皆各隨意ニ文字ヲ使用セリ

連帶債務ト全部債務トノ間ニ區別存スルノ點ニ付キテハ近世ノ學者間異說ナシト雖モ此區別ノ標準ニ至リテハ大ニ議論アリ余カ正當ナルモノト信スル說ニ據レハ連帶債務トハ當事者ノ意思ニ因リテ連帶ノ狀態ヲ生スル場合ニシテ例ヘハ契約ヲ以テ連帶債務ヲ負ヒタルノ類ナリ又全部債務トハ雙方ノ意思ニ關係ナクシテ唯解釋上ヨリ連帶ノ狀態カ存在スル場合ニシテ私犯ノ場合ノ如キハ即チ是ナリ

次ニ連帶債務ト全部債務トノ性質ヲ略述セント欲ス連帶債務ノ場合ニ於テ債務ノ數ハ一個ナリヤ又ハ二個以上ナリヤニ付テハ學者間議論アリ之ニ關シテ「ケルラー、リベントルプセ、テオリー」(Keller Ribbentorp'scho Theorie)ト云フ學說アリ此學說ハ「ケルラー、リベントルプ」ノ二氏カ主張セシヲ以テ此名アリ即チ其主張スル所ニ據レハ連帶債務ノ場合ニ於テ債務ノ數カ一ナリト云ヘリ此說ハ「パンデクテン」家トシテ有名ナル「ウィンドシャイド」等ノ贊成スル所ニシテ其根據ハ「リチス、コンテスタチオ」(Litis contestatio)ニアリ「リチス、コンテスタチオ」トハ訴訟手續ノ一ノ時期ニシテ愈訴訟トナリタル時ヲ謂フ今之ヲ詳言スレハ連帶債務ト全部債務トハ「リチス、コ

ソテス、タナオ」ニ付テ各其規則ヲ異ニセシ點アリ今夫レ連帶債務ノ場合ニハ債務者數名ノ中一名カ訴ヘラレテ「リナス、コンテスタナオ」ノ時期來レハ他ノ債務者ハ債務ヲ免カルヽナリ故ニ既ニ訴ヘラレタル債務者カ無資力ニテ債務ノ辨濟ヲ終ラサルモ「リナス、コンテスタナオ」ノ時期ヲ經過シタル以上ハ債權者ハ他ノ債務者ニ對シテ負擔ノ償却ヲ請求スルコトヲ得ス是レコスナニアン以前ニ於ケル「コルレアル、オブリガナオン」(Korreal obligation)即チ連帶債務ニ關スル規則ナリ然ルニ全部債務ノ場合ニハ債務ノ完濟ヲ以テ債務消滅スルモノニシテ「リナス、コンテスタナオ」ノ時期ノ經過如何ヲ問ハサルナリ然ラハ何故ニ連帶債務ノ場合ニハ「リナス、コンテスタナオ」ニ依リテ債務ヲ免カルヽヤト云フニケルラーノ說明ニ據レハ債務ノ數個ニ一ナルカ故ナリトス又ケルラー其他ノ學者ノ說明ニ據レハ全部債務ノ場合ニハ債務ノ數カ一ニ止マラサルヲ以テ「リナス、コンテスタナオ」ノ時期ノ經過スルト否トハ債務ノ消滅ニ毫末モ關係ナシトスト云ヘリ之ニ反對スル學者例ヘハデルンブルヒノ如キハ之ヲ評シテ曰ク「ケルラーノ言ハ到底連帶債務ト全部債務トノ關係ヲ明カニスルニ足ラス連帶債務ノ場合ニ債務者ノ一名カ訴ヘラレテ「リナス、コンテスタナオ」ノ時期來レハ他ノ債務者ハ債務ヲ免カルヽト云フ說ハ羅馬ノ古代ノ訴訟手續ヨリ生スル必然ノ結果ニシテ之ヲ以テ連帶債務ノ本旨ヲ知スルコトヲ得ス抑モ羅馬ノ古代ノ訴訟手續ニ依レハ一判決ノ效力カ單ニ訴訟ノ當事者ニ及フニ止マルヲ以テ原則トシテ然レトモ此原則ヲ連帶債務ニ適用セハ其結果頗ル不都合ナルコトアリ例ヘハ債務者ノ中一名カ訴ヘヲ受ケタル場合ニ於テ右ノ規則ヲ嚴格ニ適用スルトキハ他ノ債務者ニ對シテハ何等ノ影響ヲ及ホサヽルコトヽナルカ故ニ債務者ハ更ニ他ノ債務者ヲ訴フルコトヲ得ヘシ果シテ然ラハ數名ノ債務者ノ受ケタル判決カ個々別々ニ效果ヲ生シ縱令一人カ債務ヲ辨濟スルモ他ノ債務者ハ之カ爲メニ債務ヲ免カルヽコトヲ得サルニ至ラン從テ總テノ債務者ハ各債務ノ全部ヲ負擔シ終ニ債權者ハ二重ニ辨濟ヲ求ムルコトヲ得ルニ至リ從テ其弊害モ亦少ナカラス故ニ羅馬ニ於テハ此弊害ヲ除却スル爲メニ「リナス、コンテスタナオ」ノ時期ニシテ到來セン乎他ノ債務者ハ債務ヲ免カルヽコトヲ得トシタルナリ連帶債務ト「リナス、コンテスタナオ」ノ關係ハ即チ以上述ヘタル所ノ如シ是ニ由テ之ヲ觀レハ連帶債務ノ場合ニ於テ「リナス、コンテス

タサオ」ノ時期來レハ訴訟ノ被告トナラサル者カ債務ヲ免カルヽハ訴訟手續ヨリ生スル必然ノ結果ナリト謂フヘシ敢テ連帶債務ノ本質ニ關係セサルナリ故ニ之ヲ以テ連帶債務ノ場合ニハ債務ノ數カ一ナリト論結スルコト能ハスト余ハ羅馬法ノ解釋トシテハ「デルンブルヒ」ノ說ヲ正當ナリト信ス

尙ホ連帶債務ノ場合ニハ其數一ニアラスト云フ理由ノ他ノ根據ヲ擧クレハ羅馬法律ニ於テハ連帶債務ヲ負擔スル場合ニ債務者一人カ條件若クハ期限ヲ附シテ其債務ヲ負擔シ他ノ一人カ之ヲ附セスシテ債務ヲ負擔スルモ亦不可ナシ若シ果シテ債務ノ數一ナリトセハ到底斯ノ如シ一人ハ條件若クハ期限ヲ附シ他ノ一人ハ條件若クハ期限ヲ附セスシテ連帶債務ヲ負擔スルカ如キコトヲ爲スヲ得ヘカラス數名ノ債務者ハ必スヤ同一ノ態樣ノ上ニ債務ヲ負擔セサルヘカラサルナリ知ルヘシ連帶債務ニ於ケル債務ノ數ハ一ナリトノ說ハ誤謬ナルコトヲ

是ヨリ全部債務ニ付テ述ヘント欲ス前ニ一言シタルカ如シ數名カ共同ニテ私犯ヲ行ヒタル場合ノ如キハ全部債務ヲ生スヘシ此場合ニ關スル原則ヲ云ヘハ純然タル損害ノ金額ニ付テハ總テノ加害者共同ニテ之ヲ負擔セサルヘカラス但罰金

ノ性質ヲ帶フルモノ(例ヘハ竊盜現行犯ノ場合ニ物件ノ價額四倍ヲ支拂フカ如キ是ナリ)ハ總テノ加害者各其全部ヲ負擔セサルヘカラス故ニ原則トシテハ債務者中ノ一人カ全部ヲ支拂フモ他ノ債務者ハ債務ヲ免カルヽコトヲ得サルナリ然ルニ例外ノ場合ニハ「ラベオ」ノ說ニ從ヘハ「リナス、コンテスタナオ」ノ時期到來スレハ他ノ債務者ハ債務ヲ免カルヘシト云フニアリ之ニ反シテ「サビヌス」ノ說ニ從ヘハ縱令「リナス、コンテスタナオ」ノ時期到來スルモ他ノ債務者ハ之カ爲メニ債務ヲ免カルヽコトナクシテ債務全部ノ辨濟ヲ待テ始メテ債務ノ消滅ヲ見ルト云フニアリ此二說中サビヌスノ說勝利ヲ得ニスナワチアンノ時代ニモ之ヲ採用セラレタリ獨逸ノ「パンデクテン」家「ブリンツ」(Brinz)ノ說ニ據レハ全部債務ノ場合ニハ債務ノ數一ナリトスレトモケルラー、デルンブルヒ等ノ說ニ據レハ全部債務ノ場合ニハ債務ノ數一ニアラストス余モ亦ケルラー、デルンブルヒ等ノ說ヲ以テ正鵠ヲ得タルモノト認ムヽ要スルニ余ノ考フル所ニ依レハ連帶債務及全部債務ノ場合共ニ債務ノ數一ニアラサルナリ

第十章　保證

古代羅馬ノ法律ニ於テハ「ヴァディモニューム」(vadimonium)ナルコトアリ其性質一種ノ保證ナリト雖モ近世ノ所謂保證契約トハ大ニ異ナレリ即チ「ヴァディモニューム」ノ場合ニ於テハ保證人ハ本人カ或義務ヲ果サヽル場合ニ罰金ヲ拂フヘシトノ約束ヲ爲スモノトス故ニ本人ノ負擔セル債務ト保證人ノ負擔セル債務トハ同一ノ事項ヲ目的トスルニアラスシテ本人ハ或事ヲ爲スヘキコトヲ約束シ保證人ハ唯罰金ヲ拂フ約束ヲ爲スノミ

抑モ近世ノ保證ト同一ノ性質ヲ有スルモノヽ中最モ古キハ「スポンシオ」(Sponsio)ト名クルモノナリ「スポンシオ」トハ要式口約ノ方法ニ基ク保證契約ヲ謂フ要式口約ノコトハ既ニ前ニ說明セシカ今之ヲ略言スレハ債權者トナル人カ問ヲ發シ債務者トナル人カ答ヲ爲シテ以テ契約ヲ取結フ所ノ方式ナリ而シテ「スポンシオ」ハ宗教ニ關係スルモノニシテ當事者雙方カ問答スルニ際レ必ス「スポンデス」(Spondes)ナル語ヲ使用セリ故ニ此保證契約ヲ呼ヒテ「スポンシオ」ト云ヒシナリ(「スポンデス」ナル語ハ汝(ハ眞實ニ汝ハ約束スルカト云フ意味ナリ)「スポンシオ」ハ羅馬ノ市民ノミカ之ヲ結フコトヲ得ルモノニシテ外國人ハ之ヲ結フコトヲ得ス然レトモ後年漸ク外國人ノ增加スルニ從ヒ「フィデプロミッシオ」(Fidepromissio)ナルコトヲ認ムルニ至レリ「フィデプロミッシオ」モ亦要式口約ノ方法ニ依リテ結フ所ノ契約ニシテ其問答中ニハ「フィデ、プロミッティス」(Fide promittis)ナル語ヲ用フ故ニ之ヲ呼ヒテ「フィデプロミッシオ」ト云ヒシナリ(「フィデ、プロミッティス」ナル語ハ眞實ニ汝ハ約束スルカト云フ意味ナリ)此「フィデプロミッシオ」ト稱スル保證契約ハ羅馬市民モ外國人モ共ニ之ヲ結フコトヲ得タル契約ナリ然レトモ其多少宗教上ニ關係アリシヤ疑ナシ最後ニ發生シタル保證契約ハ「フィデユッシオ」(Fidejussio)ト稱スル契約ナリ此契約ハ宗教上ニハ關係ナシト雖モ亦前二者ト同シク要式口約ニ基キテ締結スルモノニシテ其問答中ニ「フィデ」(Fide)ナル語ト「ユベス」(Jubes)ナル語トヲ用ヒタリ故ニ之ヲ呼ヒテ「フィデユッシオ」ト云ヒシナリ(「フィデ」ハ眞實ト云フ意味ニシテ「ユベス」ハ汝カ命令スルヤト云フ意味ナリ)此「ユベス」ナル語ハ動詞ニシテ種々ニ變化スルヲ得ヘキヲ以テ「ユッスム」(Jussum)トナリ更ニ變化シテ「ユッシオ」トナリシモノナリ

之ヲ要スルニ要式口約ニ基ク保證契約ニハ三種アリ第一ハ即チ「スポンシオ」ニシテ第二ハ即チ「フィデプロミッシオ」第三ハ即チ「フィデユッシオ」ナリ以上三種ノ中ニ就テ「スポンシオ」ト「フィデプロミッシオ」トハ本人カ要式口約ノ方法ニ依テ主タル契約ヲ結フ

トキハ附加スルコトヲ得ル契約ナリ之ニ反シテ最後ニ發生シタル「フィデユッシオ」ハ如何ナル契約ニモ附加スルコトヲ得タルモノトス即チ負債者本人カ要式口約ノ方法ニ依ラスシテ主タル契約ヲ結ヒタル場合ニ於テモ尚ホ且保證人カ「フィデユッシオ」ノ方法ニ依リテ保證契約ヲ締結スルコトヲ得タルナリ又私犯ヨリ生スル債務關係ニモ「フィデユッシオ」ヲ附加スルコトヲ得タリ加之「スポンシオ」ト「フィデプロミッシオ」トハ元來宗教ニ關係スルモノニシテ保證人ノ責任ハ其相續人ニ移轉セス且之ニ依リテ訴ヲ起サント欲セハ二个年間ニ於テセサルヘカラス(即チ出訴期限ノ定メアリ)之ニ反シテ「フィデユッシオ」ヨリ生シタル責任ハ保證人ノミニ止マラスシテ其相續人ニ移轉シ且訴權ハ永久ノモノニシテ何時ニテモ之ニ依テ訴ヲ起スコトヲ得ヘシ「スポンシオ」ト「フィデプロミッシオ」トハ之ヲ連帶債務ナリト論斷セリ今何カ故ニ之ヲ連帶債務ナリト云フヤト尋スルニ學者間其理由ヲ異ニスレトモ要スルニ保證人モ亦負債者本人ト同一ノ事項ヲ爲スヘキコトヲ約束スルモノナルカ故ニ之ヲ連帶債務トセサルヲ得スト云フニアルカ如シ然レトモ之ニ反對スル一派ノ學者ハ保證契約ヨリ生スル債務關係ハ連帶債務ニアラスト主張シテ相讓ラス此二說ハ果シテ孰レカ正當ナリヤ余ヲ以テ之ヲ考フレハ保證契約ヨリ生スル債務ノ連帶債務ナリヤ否ヤハ時代ニ依リテ異ナルモノト信ス即チ或時代ニハ連帶債務ナリシコトアリト雖モ而モ最モ發達シタル羅馬法律ニ據レハ保證人ノ債務ト負債者本人ノ債務トハ連帶債務ニアラスト云フヲ原則トセリ本人ノ結ヒタル契約ハ主タル契約ニシテ保證人ノ結ヒタル契約ハ附從ノ契約ナリ故ニ本人ト保證人トハ原則トシテ連帶債務ヲ負擔セサルナリ

ユスチニアヌノ時代ニ於テハ保證人(Fidejussor)ハ左ノ利益ヲ有セリ

第一、財産檢索ノ利益

第二、訴權繼承ノ利益

第三、分別ノ利益

以下順ヲ逐フテ之ヲ説明セントス欲ス

第一、財産検索ノ利益　是レ即チ保證人自身ヲ訴フルニ先チテ債主ヲシテ負債者本人ヲ訴ヘシムルノ利益ナリ債主カ若シモ負債者ヲ訴ヘスシテ直チニ保證人ヲ訴フルトキハ保證人ハ此利益ヲ主張シテ故障ヲ述ヘ債主ヲシテ先ツ負債者本人ヲ訴ヘシムルコトヲ得ヘシ

財産検索ノ利益ニ付テハ種々ノ沿革アルカ故ニ茲ニ其大要ヲ述ヘント欲スユヘナニアンノ新勅令ニ掲ケタル所（第一四號第一章）ニ據レハ古代ノ法律ニ於テハ債主ハ先ツ負債者本人ヲ訴ヘ負債者ノ財産ヲ以テ辨済ニ充テシメ尚ホ足ラサルトキハ保證人ヲ訴フルコトヲ得ルモ負債者ヲ訴フル前直チニ保證人ヲ訴フルコトハ断シテ之ヲ爲スヲ許サヽリシナリ然レトモ此規則ノ爲メニ債主カ不便ヲ感シタルコト尠ナカラス例ヘハ負債者本人カ裁判所ノ管轄以外ノ土地ニ住居スルカ爲メニ之ヲ訴フルコトヲ得サルトキノ如シ此場合ニ於テハ債主ハ負債者本人ヨリ辨済ヲ受クルコト能ハス去レハトテ又保證人ニ對シテモ訴ヲ起スコト能ハス其不便實ニ云フニ堪ヘサルモノアリ是ニ於テ有名ナル法律家パピニアヌスハ熱心ニ此規則ノ改正ヲ促カセリ而シテ其後ニ出テタル法律ニ據レハ債主ハ必スシモ先ツ負債者本人ヲ訴フルコトヲ要セスシテ直チニ保證人ヲ訴フルモ亦可ナリトス然ルニユヘナニアンノ時ニ及ヒ新勅令第四號第一章ニ於テ再ヒ之ヲ改正シタリ今其要旨ヲ述フレハ負債者本人及ヒ保證人カ同一ノ裁判所ノ管轄内ニ住居スルトキハ債主ハ直チニ保證人ヲ訴フルコトヲ得ス先ツ負債者本人ヲ訴ヘ其財産ヲ以テ辨済ニ充テサルヘカラス若シ夫レ負債者ノ財産ヲ以テシテハ不足ナル場合ニ於テハ茲ニ始メテ保證人ヲ訴フルコトヲ得然レトモ負債者本人カ裁判所ノ管轄以外ノ土地ニ住居スルトキハ債主ハ直チニ保證人ヲ訴フルコトヲ得ヘシ尤モ保證人カ相當ノ時日内ニ負債者本人ヲ裁判所ニ出廷セシムルコトヲ申請スルトキハ其時日ノ到來スルマテ負債者本人ヲ捜索スルコトヲ得セシム而シテ負債者本人ニシテ其時日内ニ裁判所ニ出廷スルトキハ保證人ハ一時訴訟ヲ免カルヽモノトス然レトモ若シ其時日内ニ負債者本人ヲ出廷セシムルコトヲ得サルトキハ保證人ハ代テ其債務ヲ辨済セサルヘカラサルナリユヘナニアンハ其後他ノ勅令ヲ以テ右ノ規則ニ除外例ヲ設ケ

クリ此除外例ハ銀行ニ關係スルモノニシテ即チ銀行ハ負債者本人ヲ訴ヘスシテ直チニ保證人ヲ訴フルコトヲ得トセルコト是ナリ

第二、訴權繼承ノ利益　債主ハ保證人ヲシテ債務ヲ辨償セシメタルトキハ從前債主カ負債者本人ニ對シテ有シタル一切ノ權利ヲ保證人ニ讓與セサルヘカラス例ヘハ債主カ負債者本人ニ對シ債權ノ擔保トシテ質權ヲ有シタリト假定セハ此場合ニ於テ若シ保證人カ代テ債務ヲ辨償シタルトキハ債主ハ其質權ヲ保證人ニ讓與セサルヘカラス但債主カ有セル質權ハ當ニ此債權ノミナラス他ノ債權ヲモ併セテ擔保スルモノナルトキハ債主ハ總テノ債務ノ辨償ヲ受クルニアラサレハ其質權ヲ保證人ニ讓與スルコトヲ要セサルモノトス

保證人數名アル場合ニ於テ其中ノ一名ヨリ債主ニ對シテ質權ヲ設定シタルトキハ他ノ一名ヨリ負債ヲ辨償スレハ辨償者ハ債主ニ對シテ質權ノ讓與ヲ請求スルコトヲ得ヘシ是レ亦訴權繼承ノ利益ノ一種ニ外ナラサルナリ

第三、分別ノ利益　分別ノ利益トハ即チ請求ヲ受クタル債務ノ金額ヲ分割シテ負擔スルノ利益ナリ保證人カ數名アル場合ニ於テ一名ノ保證人カ訴ヘラレタルトキハ其保證人ハ此分別ノ利益ヲ受ケンコトヲ申立ツルコトヲ得古代ノ法律ニ據レハ保證人ハ此利益ヲ受クルコト能ハサリシカ故ニ債主ハ全部ノ金額ヲ保證人中ノ一名ヨリ隨意ニ請求スルコトヲ得タリ然レトモ中世ニ及ヒ保證人中ノ一名カ訴ヘラレタルトキハ訴訟手續中ノ「リナス、コンテスタチオ(Litis contestatio)」ト稱スル時期ニ於テ辨濟ノ資力アル保證人カ一同ニテ之ヲ分割シテ負擔センコトヲ主張スルヲ得而シテ若シ此時期ニ於テ保證人中ニ無資力者アルトキハ他ノ資力アル保證人ノ負擔金額ヲ增加スヘキ道理ナリ斯ノ如キ保證人中ノ一名カ訴ヘラルヽトキハ此利益ヲ主張スルコトヲ得ヘシト雖モ苟クモ之ヲ主張セスシテ債主ノ請求シタル金額ヲ悉ク支拂ヒタルトキハ最早分別ノ利益ヲ主張スル餘地ヲ存セス即チ總テノ金額ヲ支拂ヒタル保證人ハ負債者本人ヨリ償却ヲ受クルノ外他ニ救濟ノ途ナキナリ

右述ヘタル所ニ依リテ保證契約ノコトヲ終レリ然ルニ茲ニ保證契約ト相似タル結果ヲ生スルモノ二アリ一ハ即チ委任(Mandatum)ニシテ他ノ一ハ即チ「パクシ

ム、デ、コンスチツーチオ」(Pactum de constitutio)ナル契約ナリ今先ツ委任ニ付テ一言センニ他人ニ對シテ金錢ヲ貸與セヨトノ依頼ハ羅馬ニ於テハ之ヲ委任ノ一種ナリトセリ例ヘハ甲者アリ乙者ニ向テ丙者ニ金若干圓ヲ貸與セヨト依頼スルカ如キ是ナリ此場合ニ於テハ保證契約成立スルモノトス即チ乙者ニシテ丙者ニ對シ金若干圓ヲ貸與シタルトキハ丙者ハ主タル債務者ニシテ甲者ハ實ニ其保證人ナリ或一派ノ學者ノ說ニ從ヘハ是レ純然タル保證契約ニアラストセリ然レトモ余ノ思考スル所ハ保證契約ト同一ノ結果ヲ生スルモノナルカ故ニ亦一種ノ保證ナリト云フモ過言ニアラス古代羅馬ノ法學者モ往々保證ト委任トヲ相對立シテ記載セルモノアリ次ニ「パクツム、デ、コンスチツーチオ」ニ付テ述ヘンニ其一種タル「コンスチツーツム、デビチ、アリエニ」(Constitutum debiti alieni)ハ時ヲ定メテ他人ノ負債ヲ代償スル契約ナリ例ヘハ甲者カ乙者ニ負債アル場合ニ於テ丙者カ乙者ニ向テ余ハ何時何日甲者ノ爲メニ之ヲ代償セント契約シタリトセハ甲者ハ主タル債務者ニシテ丙者ハ保證人ノ地位ニ立ツモノトス然レトモ此契約ハ保證契約トハ少シク其結果ヲ異ニセリ

羅馬ニ於テハ紀元後四十六年ノ元老院議決ニ據レハ女子カ他人ノ保證人トナルコトハ之ヲ禁止セリ曾ニ保證人トナルコトノミナラス他人ノ負債ヲ引受クルコトハ皆悪ク之ヲ許サヽルニ至レリ凡ソ他人ノ負債ヲ引受クルコトヲ稱シテ「インテルツエッシオ」(Intercessio)ト云フ他人ノ負債ヲ一身ニ引受クルモ「インテルツエッシオ」ナリ他人ノ負債ヲ引受クル爲メニ質物ヲ差入ルヽモ亦「インテルツエッシオ」ナリ而シテ女子ハ凡ソ此等ノ「インテルツエッシオ」ヲ禁止セラレタルモノトス即チ如何ナル方法ニ依ルモ他人ノ負債ヲ引受クルコトヲ得ス若シ之ヲ引受クル契約ヲ締結スルモ全然無效ニシテ所謂自然債務ヲモ生スルコトナシ余ハ嘗テ家子カ負債ヲ爲スノ契約ハ全然無效トナラスシテ自然債務ヲ生スヘシト說明セリ然レトモ女子カ他人ノ負債ヲ引受ケタル場合ニハ自然債務ヲモ生スルコトナキナリ

第十一章　遲滯(Mora)

遲滯ハ獨逸語ニテ之ヲ「フエルツグ」(Verzug)佛蘭西語ニテ之ヲ「ドメウル」(Demeure)ト云フ遲滯ニハ二種アリ債權者ノ遲滯(Mora creditoris)債務者ノ遲滯(Mora debitoris)是ナリ債權者ノ遲滯ニ付テハ說明スヘキコト少ナキヲ以テ茲ニハ主トシテ債務者

ノ遲滯ニ付キ說明セントス

債務者ノ遲滯トハ債務ノ履行ヲ遂ゲヘキ時ニ之ヲ遂ケサルヲ云フ是レ實ニ利息ノ支拂ニ關係アルモノトス即チ債務者ハ縱令當初ハ利息ヲ支拂ハサルモノト假定スルモ若シ債務ヲ遂クヘキ時ニ遂ケサルトキハ其時以後ノ利息ヲ支拂フヘキ義務ヲ生スルナリ

債務者ヲシテ遲滯ノ狀態ニ在ラシムル爲メニハ債權者ハ之ヲ遲滯ニ付スルノ手續ヲ施サヽルヘカラサルヤ否ヤ茲ニ之ヲ論セン抑モ遲滯ニ付スルトハ公然債務ノ履行ノ催告ヲ爲スコトヲ云フニ外ナラス羅甸語ニ於テハ之ヲ「インテルペラチオ」(Interpellatio)ト稱シ獨逸語ノ「インテルペラチオン」(Interpellation)佛蘭西語ノ「アンテルペラシオン」(Interpellation)ハ共ニ之ヨリ脫胎シタルモノナリトス然レトモ佛蘭西ニ於テハ通常此語ヲ用ヒスシテ「ラ、ミーズ、アン、ドメウル」(La mise en demeure)ナル文字ヲ擇フ者多シ蓋シ公然債務ヲ辨濟セシコトヲ催告スルノ意味ヲ表明スルニ付テハ最モ此文字ヲ適當トスレハナリ遲滯ニ關シテ第一ニ起ル所ノ問題ハ債務ノ履行例ヘハ金錢ヲ支拂フニ付テ一ノ時期ヲ定メタル場合ニ於テ其時期カ到來スレハ當然遲滯ニ付セラレタルモノト見ルヘキヤ將タ別ニ遲滯ニ付スルノ手續ヲ爲サヽルヘカラサルヤ換言スレハ債務者ヲシテ遲滯ノ有樣ニ在ラシムルカ爲メニハ必ス公然ノ催告ヲ爲スコトヲ要スルヤ否ヤト云フ點ニアリ此點ニ付テハ古來學者間紛々タル議論アリ中古伊太利ノボロニアニ起リタル註釋家及後期註釋家ノ說ニ據レハ豫定ノ時期カ到來スレハ直チニ遲滯ニ付セラレタルモノト看做スヘシト云フニアリ爾來一ノ法諺ヲ生セリ曰ク

Dies interpellat pro homine

之ヲ飜譯スレハ則チ期限ハ人ノ爲メニ催促ストノ意ナリ故ニ苟クモ豫定ノ時期ニシテ到來セン乎別ニ催告ノ手續ヲ要セスシテ當然遲滯ニ付セラレタルモノトス獨逸ノ普通法ニ於テハ此規則ヲ採用シ其新民法第二百八十四條第二項モ亦之ヲ襲用セリ英國ニ於テモ亦一ノ格言ヲ有ス曰ク

The debtor must seek the creditor.

之ヲ飜譯スレハ則チ負債者ハ債主ヲ探サヽルヘカラスト云フノ義ナリ英國法ニハ遲滯ニ相當スル文字ナシト雖モ此格言ノ意味ハ期限ハ人ノ爲メニ催促ス」ト云

ヘル法語ト相同シキコト恰モ符節ヲ合スル如シ今夫レ法理ヨリ論スルトキハ此法語ハ恐ラクハ當レルナラン然レトモ羅馬法ノ規則ハ却テ之ニ異ナリ同法ノ正文中ニハ斯ノ如キ語ヲ發見スルコト能ハス蓋シ後世ノ註釋家カ之ヲ作リシモノナルコト疑ナシ但羅馬法ノ精神ヨリ言フモ豫定時期ノ到來シタルヲ以テ當然遲滯ニ付セラレタルモノト看做サスシテ別ニ催告ノ手續ヲ要スルモノトセリ今日ノ佛國西民法第千百三十九條ハ即チ羅馬法ト同一ノ規則ヲ採用シ豫定ノ期限ノ到來スルヲ以テ直チニ遲滯ニ付シタルモノト看做サス要スルニ獨逸ノ普通法ハ羅馬法ノ誤解ニ基キ佛國西民法ハ羅馬法ノ正當ノ解釋ニ基クモノト謂フヘシ然リ而シテ法理上ヨリ觀察スレハ獨逸普通法、新民法及英國法ノ方却テ勝レルモノノ如シ我新民法ハ第四百十二條ニ於テ之ヲ採用セリ

上來余ハ債務履行ノ期限ヲ定メタル場合ニ於ケル遲滯ニ付キ說明セリ是ヨリ期限ノ定メナキ場合ニ於ケル規則ヲ說カン即チ此場合ニ於テハ債權者ハ公然ノ催告ヲ爲シテ以テ債務者ヲ遲滯ニ付セサルヘカラス債務者ノ遲滯ノ重モナル效果ヲ言ヘハ前ニモ一言セルカ如ク利息ノ支拂ニ關ス即チ債務者ハ縱令當初ノ契約ニ依レハ利息ヲ支拂フコトヲ要セサルモノナルモ遲滯ニ付シタル以後ノ利息ヲ支拂ハサルヘカラス

第十二章　債務ノ消滅

第一節　辨濟

辨濟ハ羅甸語ニテ之ヲ「ソルーチオ」(Solutio)ト云ヒ獨逸語ニテ「エルフユルンク」(Erfüllung)ト云ヒ又「ツアールンク」(Zahlung)ト云フ佛蘭西語ニテハ「ペーアマン」(Payement)英語ニテハ「パーフォルマンス」(Performance)ナリ債務ノ辨濟トハ即チ債務者カ其負擔シタル事項ヲ悉ク遂行スルコトヲ謂フニ外ナラス若シ契約ニ因リテ債務ヲ負擔シタル場合ニ於テハ其契約ノ條項ニ基キテ債務ヲ辨濟セサルヘカラス故ニ債權者ノ同意ナキ以上ハ債務者ハ當初負擔シタル事項以外ノ他ノ事項ヲ爲シテ其債務ヲ免カルヽコト能ハサルナリ然レトモ苟クモ債權者ノ同意アルニ於テハ他物ヲ以テ辨濟ニ充ツルモ亦不可ナシ此場合ニ於テハ之ヲ代物辨濟ト云フ羅甸語ニ之ヲ「ダチオ、イン、ソルーツム」(Datio in Solutum)ト云フ

債權者カ代物辨濟ニ同意スルトキハ債務ハ茲ニ消滅スルモノトス然ルニ之ニ關

シテ一ノ問題アリ即チ代物ヲ受取リタル債權者ヨリモ更ニ優等ナル權利ヲ有スル第三者アリテ其代物ヲ持去リタル場合ニ於テハ當初ノ債權者ハ如何ナル方法ニ依テ其權利ノ保護ヲ受クルコトヲ得ルヤ是ナリ此點ニ付テハ羅馬法ノ正文前後相一致セサルモノアリ延ヒテ學者ノ議論亦一致セス先ツ羅馬法ノ正文ニ就キ按スルニ法令類典ノ第八卷第四十四章第四節ニ載スル所ニ據レハ斯ノ如キ場合ニ於テハ債權者ハ債務者ニ對シテ損害ノ賠償ヲ要求スルコトヲ得ト云フニアリ然ルニ又學說彙纂ノ第四十六卷第三章第四十六節ノ首項ニ載スル所ニ基キテ立論スレハ債權者ハ最後ノ契約ニ立戻リテ前債務ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ此場合ニ於テ若シ前債務ニ關シテ保證人アルトキハ債務者ハ之ニ對シテ訴ヲ起スコトヲ得又若シ賣入ノ契約アリシナラハ債權者ハ賣權ヲ實行スルヲ得ヘシ獨逸ニ於テハ多數ノ學者殊ニヴィンドシャイド、ブリンツ、ファンゲロー(Vangerow)レーメル(Römer)等ノ說ニ據レハ債權者ハ債務者ニ對シテ損害賠償ヲ要求スルコトヲ得ヘシ又前債務ニ立戻リテ辨濟ヲ請求スルコトヲモ得ヘシト云フニアリ是レ蓋シ前ニ擧ケタル羅馬法ノ抵觸セル正文ヲ調停セシムルカ爲メノ解釋ナリトス之ニ反シテベッケル(Bekker)ノ說ニ依レハ債權者カ損害ノ賠償ヲ要求スルヲ得ルカ又ハ前債務ニ立戻リテ請求スルコトヲ得ルカハ場合ニ於テ異ナルト云フニアリ又デルンブルヒノ說ニ依レハ債權者ハ唯損害賠償ヲ要求スルノ權利アルノミナリトス其理由ヲ問フニ曰ク凡ソ代物辨濟ハ無條件ニテ行ハルヽモノナリ決シテ第三者カ其代物ヲ持去ルナラハト云フカ如キ條件ヲ附シタルニアラス故ニ債權者ハ第三者ノ爲メニ其物件ヲ追奪セラルヽモ前ノ債務關係ニ立戻リテ請求スヘキ理由ナシト之ヲ要スルニ羅馬法ノ解釋ニ付テハ以上ノ如ク三說アリト雖モ余ハ羅馬法ノ解釋トシテハウィンドシャイド等ノ說最モ肯綮ニ中レリト信ス尙ホ此點ニ付テハ更改ノ規則ト比較對照シテ研究セラレンコトヲ望ム

如何ナル人カ辨濟スヘキヤト云フニ必スシモ債務者タルヲ要セス羅馬法ニ於テハ第三者ト雖モ債務者ノ爲メニ債務ヲ辨濟スルコトヲ得ルナリ加之羅馬法ノ法典ニ記スル所ニ依レハ債務者ノ爲メニ辨濟スルニハ敢テ債務者ノ承諾ヲ得ルコトヲ必要トセス一歩ヲ進メテ債務者ノ意思ニ反シテ之ヲ辨濟スルモ尙ホ之ヲ有效ナリトス近世ニ及ヒテモ歐洲大陸ニ於テハ此規則ヲ採用セルモノ多シ又羅馬

法ノ正文ニ明記スル所ニ依レハ第三者カ債務者ノ爲メニ債務ヲ辨濟セントスルトキハ債務者ハ之ヲ拒ム權利ナシ例ヘハ甲者アリ乙者ニ對シテ貸金ヲ爲シ其辨濟期限ニ至リタルトキ丙者乙者ノ爲メニ之ヲ辨濟セントスル場合ニ於テハ甲者ハ之ヲ拒ムコトヲ得サルナリ

如何ナル人ニ對シテ辨濟スヘキヤト云フコ凡ソ辨濟ハ債權者ニ對シテ之ヲ爲ササルヘカラス然レトモ債權者ハ之ヲ受取ルノ能力アルコトヲ要スルカ故ニ若シ債權者カ幼年ナルカ如キ理由ヲ以テ受取行爲ノ能力ナキ場合ニ於テハ後見人ニ對シテ辨濟セサルヘカラス然レトモ受取ノ能力ナキ債權者カ辨濟ヲ受ケ爲メニ其財產カ多少增加シタル場合ニ於テ再ヒ同一ノ物ヲ請求スルトキハ債務者ハ抗辯ヲ以テ之ヲ拒ムコトヲ得ルヤ勿論ナリ

第三節　相殺

相殺ハ羅甸語ニテ「コンペンサチオ」(Compensatio)ト云フ今其字源ヲ尋スレハ「クム」(Cum)ト「ペンソー」(Penso)トノ二字ヨリ來リシモノニシテ「クム」ハ共ニト云フ意義ヲ有シ「ペンソー」ハ重量ヲ衡ルノ意義ナリ和蘭ノ學者ニシテ千七百二十五年ニ死シタルノート(Noodt)ハ相殺ノ定義ヲ下シテ相殺ハ法律ノ解釋ニ依ル略式ヲ以テスル相互ノ辨濟ナリト云ヘリ此定義ニ據ルトキハ相殺ハ辨濟ノ一種類ナリト謂フコトヲ得ヘシ是レ實ニ羅馬法ヲ註釋シタル者ノ間ニ勢力ヲ占メタル說ナレトモ羅馬法ノ正文ニ於テハ却テ之ヲ辨濟ノ一種類ナリトセス「ユスチニアン」法典ニ揭ケタル相殺ノ定義ニ據ルモ亦之ヲ辨濟ノ一種類ナリトハ見サルナリ又法理上ヨリ論スルモ相殺ハ辨濟ノ一種類ナリト云フコト能ハス唯其結果ヨリ觀察スレハ辨濟ト同一ナルノミ

パウルスノ言ニ據レハ返還セサルヘカラサル物ヲ請求スルトキハ詐欺ナリト云フ此言ニ徵シテ之ヲ考フルニ羅馬ニ於テ相殺ヲ許シタル理由明カナリ即チ之ヲ許シタル所以ハ自己カ債務者ノ位地ニ在ルニ拘ハラス其債務ハ之ヲ高閣ニ束ネテ顧ミス專ラ自己ノ債權ノミヲ主張スルハ最モ穩當ヲ缺クモノニシテ之ヲ默過スルハ國ノ秩序ニ害アルモノナリト云フニ在リ

相殺ニハ約束ニ因ルモノト否サルモノトアリ約束ニ因ル相殺ニ付テハ別ニ論議スヘキコトナシ然レトモ約束ニ因ラサル相殺ニ付テハ學者間多少ノ異說アリ

元來羅馬法ノ正文中ニ左ノ如キ語句アリ

Ipso jure compensatur（法律ニ依レ自身ニ相殺セラル）

又之ニ似タル文字ハ法典ノ諸所ニ散見スルモ此語句ノ意義ニ付テ端ナク學説ノ議論ヲ惹起セリ即チ左ノ如シ

第一説　伊太利〔ボロニア〕派註釋家ノ一人タルマルチヌス(Martinus)ノ説ニ據レハ原告、被告ノ雙方カ債權ヲ有スルトキハ當然相殺ヲ生シ別ニ何等ノ所爲ヲ爲スコトヲ要セス今夫レ原告ト被告トノ債權債務カ同一人ノ手ニ歸スルトキハ混同(Confusio)ヲ生スルト同シク債務者カ自己ノ債主ノ債主トナルトキハ相殺ハ自ラ行ハルヽモノト謂ハサルヲ得スト云フニアリ又佛蘭西ノドーネルス(Donellus)ノ説モ前説ト相似タリ即チ相殺ハ人爲ナシニ生スルモノニシテ被告ニ於テ何等ノ所爲ヲ行ハストモ二個ノ債權カ併立スルトキハ相殺權ハ自ラ生スヘシト云ヘリ近年獨逸ノブリンツモ亦之ヲ主張セリ佛蘭西民法第千二百九十條ハ此説ニ基キテ制定セラレタルモノトス然レトモ之ヲ註釋セル白耳義ノローラン(Laurent)ノ如キハ此法文ヲ以テ羅馬法ノ誤解ニ出テタルモノナリト論斷セリ

（ローラン氏著佛國民法原論第十八卷四百六頁參照）

第二説　前説ハ歐洲ニ於テ一時勢力ヲ逞ウシタル所ニシテ現ニ佛蘭西民法第千二百九十條ノ如キモ之ニ基キテ制定セラレタルモノナレトモ今日獨逸ニ於テ最モ盛ナルハ彼ニアラスシテ寧ロ此ニアリ即チ此第二説ニ據レハ被告ハ必スシモ相殺ヲ求ムルコトヲ要セス若シモ相殺ヲ好マサル場合ニ於テハ沈默ヲ守リテ可ナリ然レトモ相殺ヲ求メントナラハ抗辯ヲ提出スル必要アリ而シテ債務者カ相殺ノ抗辯ヲ提出シタル曉ニハ相殺ノ效果ハ既往ニ遡リテ債務併立ノ時ヨリ法律ニ依リ相殺アリシモノト看做スヘシト云フニアリ是レアッオ(Azo)ト云フ有名ナル註釋家ノ説ニ基ケルナリ近世ノ法律家時トシテ法律上ノ相殺及裁判上ノ相殺ナル語ヲ用ヒ何レモ之ヲ相殺ノ分類ニ加ヘサルヘカラスト而シテ其沿革ヲ探レハ即チ法律上ノ相殺ナル語ハ第一説ヨリ出テ裁判上ノ相殺ナル語ハ實ニ此第二説ニ胚胎セルモノニシテ畢竟〔法律其レ自身ニ因テ相殺セラル〕トノ一句ノ解釋ヨリ出テタルナリ今日ニ於テ法律上ノ相殺裁判上ノ相殺ヲ相殺ノ分類中ニ數フルモ亦羅馬法ニ於ケル解釋ヨリ出テタルモノニシテ其末分

レテ二トナリシモ其根本ハ元來一ナリシナリ

第三說　獨逸ノヴルンブルヒハ更ニ他ノ說ヲ主張セリ今之ヲ述フルニ先ナテ羅馬ノ訴訟ニ

「ボネー、フィデイ、ユディチア」(Bone fidei judicia)

「ストリクチ、ユリス、コイディチア」(Strieti faris judicia)

ノ區別アリシコトヲ說カサルヘカラス今字義ニ付テ言ヘハ「ユディチア」ハ訴訟ノ意ニシテ「アクチオ」(Actio)ト殆ト相同シ又「ボネー、フィデイ」ハ善意ト云フ意ナリ「ストリクチ、ユリス」ハ嚴正ナル法律ト云フ意ナリ前者ハ即チ「ボネー、フィデイ、ネゴナア」(Bonae fidei negotia)ニ關スル訴訟ニシテ後者ハ即チ「ストリクチ、ユリス、ネゴナア」(Strieti juris negotia)ニ關スル訴訟ナリ「ストリクチ、ユリス、ネゴチア」ハ太古時代ニ發達シタル法律行爲ニシテ「ボネー、フィデイ、ネゴチア」ハ羅馬ノ裁判官ノ保護ニ依リテ後年發達シタル法律行爲ナリ此二個ノ法律行爲ノ區別ヲ詳說セントスルトキハ勢ヒ訴訟ノ方式(Formula)ニ付テ說カサルヘカラサレトモ煩雜ニ亘ルノ虞アルヲ以テ之ヲ略シ直チニ二者ノ區別ヲ推究スルニ「ボネー、フィデー、ネゴチア」ハ善意ヲ要スル法律行爲ナリ裁判官ハ善意ノ當事者ヲ保護シ敢テ善意ニアラサル當事者ヲ保護セス故ニ訴訟ノ方式中ニ必ス善意ナル文字ヲ記セリ之ニ反シテ「ストリクチ、ユリス、ネゴチア」ノ場合ニ於テハ裁判官ハ當事者ノ善意、惡意ニ拘ハラス嚴正ニ古來ノ法律ニ從テ裁判ヲ下セシモノトス概言スレハ新シキ法律行爲ハ「ボネー、フィデイ、ネゴチア」ニシテ即チ賣買、賃貸借ノ類ハ悉ク此中ニ入ルヘキナリ

「ボネー、フィデイ、ユディチア」ノ場合ニ於テハ裁判官カ自己ノ職權ヲ以テ相殺ヲ許スコトヲ得タリ但必ス之ヲ許サヽルヘカラスト云フニアラス之ニ反シテ「ストリクチ、ユリス、ユディチア」ノ場合ニ於テハ一二ノ例外アルモ一般ニ相殺ヲ許サス然ルニ時ヲ經ルニ從ヒ「ストリクチ、ユリス、ユディチア」ノ場合ニ於テモ亦若シ被告カ詐欺ノ抗辯ヲ提出スルトキハ相殺スルコトヲ許スニ至レリ而シテマルクス、アウレリウス皇帝(Marcus Aurelius)ノ時ニ及ヒテ被告カ若シモ「ストリクチ、ユリス、ユディチア」ニ於テ相殺ヲ求メントシテ詐欺ノ抗辯(Exceptio doli)ヲ提出スルトキハ裁判官ハ必ス被告ノ抗辯ヲ採用シテ相殺ヲ許サヽルヘカラサルモノトセリ

（十一年クロスハアツレリサスハ紀元後百六十年マテノ島帝ナリ）此以前ニハ裁判官ハ唯相殺ヲ許スノ權限ヲ有スルノミニシテ之ヲ行フト否トハ其隨意ナリシカ爾後裁判官ハ必ス相殺ヲ許サヽルヘカラストスルニ至レリ然レトモ裁判官ハ何時ニテモ必ス相殺ヲ許サヽルヘカラスト云フニアラスシテ之ヲ許スニハ被告カ相殺ヲ求ムルカ爲メニ抗辯ヲ提出スルコトヲ要スルモノトス

右ニ述ヘ來リタル所ハ羅馬ニ於ケル法律沿革上ノ事實ナリアルンブルヒハ即チ此事實ヲ論據トシテ說ヲ爲シテ曰ク「法律其レ自身ニ因テ相殺セラル」トハ裁判官カ法律ノ規則アル爲メニ必ス相殺ヲ許サヽルヘカラストノ意味ナリ換言スレハ裁判官ノ隨意ニテ之ヲ許スニアラスシテ法律ノ力ヲ以テ相殺スルノ意味ナリト

以上三個ノ說ハ孰レカ果シテ其當ヲ得タルモノナリヤ余ハ從來第三說ヲ以テ可ナリト信シタレトモ近者諸書ヲ涉獵シテ第一說ノ優レルヲ發見セリ即チ「法律ニ因リテ相殺セラル」トハ當事者カ何等ノ行爲ヲ爲サストモ債權ト債權ト相對セハ法律ニ於テ當然相殺ヲ生スト云フ說明カ正鵠ヲ得タルモノト思惟ス

相殺ハ之ヲ「デツクチオ」(Deductio)即チ差引ト區別セサルヘカラス羅馬ニ於テハ太古相殺即チ「コンペンツチオ」ト「デツクチオ」トノ間ニ區別ヲ爲セリ即チ相殺ノ場合ニ於テハ同物ト同物トヲ相殺スルコトヲ得例ヘハ金錢ト金錢、麥ト麥、酒ト酒トヲ相殺スルコトヲ得ルノ類是ナリ然レトモ「デツクチオ」ノ場合ニ於テハ之ニ反シテ同物ニアラストモ互ニ之ヲ差引スルコトヲ許ス即チ麥ト酒ト差引スルコトヲ得タリ加之「デツクチオ」ノ場合ニハ後日支拂フヘキ金錢ナリトモ現ニ支拂フヘキ金錢トノ間ニ差引スルコトヲ得タリ之ニ反シテ相殺ニ於テハ現ニ支拂フヘキ物ノ間ニアラサレハ互ニ相殺スルコトヲ得サルモノトス此他尙ホ相殺ト差引トハ種々ナル差異アレトモ事細密ニ亘ルヲ以テ今之ヲ省カン

差引ハ主トシテ身代限ニ關セリ太古ノ身代限規則ニ依レハ其處分ヲ受ケントスル者ハ全財產ヲ公賣ニ付シ其最モ高價ニテ之ヲ買ハント云フ者ニ賣却シタリ之ヲ稱シテ「ボノルム、エンプトル」(Bonorum emptor)即チ財產ノ買主ト云ヘリ而シテ此財產ノ買主ハ總テノ債主ニ對シテ自己ノ約束シタル金額ヲ支拂ハサルヘカラス之ヲ譬ヘハ猶ホ家資分散ノ周旋請負人ノ如キ者ナリ故ニ財產ノ買主ハ身代限ヲ

受クル者ニ代リテ訴權ヲ行フコトヲ得ルモノニシテ身代限者カ債權ヲ有スルトキハ財產ノ買主ハ之ヲ催促シ之ヲ訴求スルコトヲ得タルモノトス然ルニ此訴權ヲ行フニ付テハ「クム、デヅクチオネ」(Cum deductione)ニ依リテ訴ヲ起サヽルヘカラス「クム、デヅクチオネ」トハ殘メ差引スルコトヲ云ヒ若シモ被告ヨリ身代限ヲ受ケタル者ニ對シテ貸金アルトキハ財產ノ買主ハ訴ヲ起スニ方リテ必ス其金額ヲ差引シテ然ル後訴ヲ起サヽルヘカラサルナリ然レトモ其後ニ及ヒテ身代限ノ規則ハ變更セラレ且又相殺ニ關スル規則モ漸ク變更ヲ受ケ相殺ト差引トハ之ヲ區別スルノ必要ナキニ至レリ

又古代ノ規則ニ依レハ銀行營業者ハ必ス「クム、コンペンサチオネ」(Cum Coupensatione)即チ相殺ヲ以テ訴ヲ起サヽルヘカラス換言スレハ被告ノ抗辯ヲ俟タスシテ相殺ヲ爲シ以テ其訴ヲ起サヽルヘカラサルモノトセリ今日ニ於テモ銀行ニ於テハ帳簿ヲ調製シテ貸借金額ヲ明カニセルカ故ニ實際ハ之ト同一ニ歸スヘシ

之ヲ要スルニ銀行ノ場合身代限ノ場合ハ特別ノ規則ニ依リテ殘メ差引シ殘メ相殺セサルヘカラサリシモノニシテ一般ノ原則ヨリ言ヘハ原告ハ殘メ差引又ハ相殺スルノ必要ナシ被告ノ抗辯ヲ俟テ始メテ相殺ヲ爲シタルモノトス

第三節　免除

債務ノ免除ニハ二種類アリ正式ノ免除及裁判官ノ法律ニ從ヘル免除(即チ略式ノ免除)是ナリ

第一、正式ノ免除　古昔ノ羅馬法ニ依レハ債務ヲ免除スルニハ之ヲ創設シタルト同一ノ方法ニ依ラサルヘカラス例ヘハ要式口約ノ方法ニ依テ債務ヲ創設セシト假定セハ之ヲ免除スルニモ亦問答ノ方式ニ依ラサルヘカラス此問答ノ方式ニ依ル免除ノ方法ハ之ヲ「アクツェプチラチオ」(Acceptilatio)ト云ヒ「ユスチニアン」法典ニ掲ケタリ今之ヲ摘言スレハ債務者ハ債權者ニ向テ問ヲ發シ余カ汝ニ約束セル物ヲ汝ハ既ニ受取レルヤ否ヤト言ヒ債權者ハ答ヘテ余ハ既ニ之ヲ受取レリト云フヲ以テ茲ニ免除ヲ完了スルモノナリ故ニ實際ニ於テハ債權者ハ未タ辨濟ヲ受ケサレトモ右ノ方式ニ依リテ恰モ辨濟ヲ受ケタルカ如ク裝フヲ以テ債務ヲ免除スルナリ又書約ニ依リテ創設シタル債務ハ之ヲ免除スルニ方テモ亦帳簿ニ其旨ヲ記入スルヲ要シ合意ノミニ依リテ結ヒタル契約ニリ生シタ

ル債務ハ合意ノミニ依リテ之ヲ免除スルコトヲ得タリ要スルニ債務ヲ創設シタルト同一ノ方法ヲ倒マニ行ヘハ則チ債務ヲ免除スルコトヲ得タルモノトス然ルニ紀元前六十五年頃ニナチェローノ友人アクイリユス、ガルルス(Aquilius Gallus)ハ問答ノ方式ニ依テ如何ナル債務ヲモ免除スルコトヲ得ル方法ヲ發明セリ其方法ハ即チ要式口約以外ノ方法ニ依テ債權ヲ創設シタルトキハ之ヲ要式口約ニ引直シ(之ヲ更改(No-ratio)ト云フ)然ル後之ヲ「アクッェプチラチオ」即チ問答ノ方式ニ依リテ免除スルコアリ抑モ此時代ニ於テハ何故ニ問答ノ方式ヲ尚ヒタルヤト云フニ皆神ニ誓フトノ意ヲ顯ハセルナリ

右ノ方法ニ依リテ債務ヲ免除スルトキハ債務ハ全ク消滅ス故ニ若シ保證人アリシトキハ其保證人モ亦保證ノ義務ヲ免カルヘシ又債務者二人以上アリテ其中ノ一人カ免除ヲ受ケタルトキハ債務者ノ全員カ債務ヲ免カルヽモノトス

第二、裁判官ノ法律ニ從ヘル免除　債主カ若シ負債主ヲ訴ヘサル旨ノ約束ヲ爲ストキハ之ヲ稱シテ「パクツム、デ、ノン、ペテンドー」(Pactum de non petendo)即チ請求セサルノ約束ト云ヒ裁判官ハ此約束ヲ以テ有效トナセリ而シテ若シ債權者カ約束ニ乖キテ債務者ヲ訴フルトキハ債務者ハ抗辯ヲ提出シテ以テ原告ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ヘシ是レ亦免除ノ一種ナレトモ前項ニ述ヘタル正式ノ免除ト異ナルモノアリ即チ正式ノ免除ハ債務ヲ一掃シ去ルト雖モ此免除ハ然ラス羅馬ノ市民法ノ理論ヨリ言ヘハ債務ハ尚ホ依然トシテ存在シ唯裁判官ノ側定セル法律大官法ニ依リ抗辯ヲ以テ其屬行ヲ拒ムコトヲ得ルノミ又正式ノ免除ハ無條件ニ生スルモノナリト雖モ此約束ハ條件ヲ附シテモ亦結フコトヲ得或ハ期限ヲ附シテモ結フコトヲ得ルナリ例ヘハ二个月ノ終ニ於テ汝カ若シ余ニ金百圓ヲ支拂ハヽ余ハ其殘額ヲ免除セント約束スルコトヲ得ルカ如シ又債務者數人アル場合ニ於テ其一人ヲ訴ヘストノ約束モ亦有效ニ成立ス此場合ニ於テハ他ノ債務者ハ其債務ヲ免カルヽコトナシ是レ亦正式ノ免除ト異ナル所ナリ」

第四節　混同

混同(Confusio)ハ債權債務カ同一人ノ手ニ歸スルヲ云フ例ヘハ債務者カ債權者ノ相續人トナルトキハ混同ヲ生ス又債權者カ債務者ノ相續人トナリ若クハ債權者債務者ソ兩人カ死亡シテ他ノ一人カ兩人ノ相續人トナルトキニ於テモ混同ヲ生ス

要スルニ混同ハ自己カ自己ヲ訴フルコトヲ得サル場合ニ生スルモノナリ而シテ混同ハ債權ノミニ限ルモノニアラス物權ニモ亦之ヲ生スルコトアリ例ヘハ地役ノ場合ニ要役地ト承役地トカ二人ノ相異ナレル者ニ屬スルトキハ地役權ナルモノアリテ存スト雖モ若シ其二個ノ土地カ同一人ノ手ニ歸スルトキハ茲ニ混同ヲ生スヘシ債權ト物權トハ其性質固ロリ相異ナレリト雖モ混同ノ原則ハ其何レニモ適用スルコトヲ得ルナリ(ユスチニアン)法典ニ記載スル所ニ據レハ混同ニ因リテ一旦債務ヲ消滅セシムルモ其債務ハ往々再生スルコトアリ例ヘハ甲乙二人ノ兄弟アリ甲カ乙ニ金百圓ヲ貸シタルニ乙死亡シテ甲之カ相續人トナレリト假定セヨ此場合ニ於テハ混同ヲ生スヘシト雖モ甲若シ乙ノ財產ヲ一括シテ之ヲ他人ニ賣却スルトキハ甲ノ債權ハ再生スヘキモノナリト是レ亦物權ノ場合ニ於テモ發生スルコトヲ得ルノ例ナリ

第五節　更改

更改(Novatio)ハ舊債務關係ヲ消滅セシムルノ目的ヲ以テ新債務關係ヲ創設スルコトヲ云フ例ヲ擧ケテ之ヲ說明センニ例ヘハ甲乙ノ間ニ一ノ器物ヲ賣買スルノ契約アリト假定シ其器物ニ代ヘテ地面ヲ賣買スルモノトナサハ即チ是レ更改ナリ但即時ニ或物ヲ與ヘテ債務ヲ消滅セシムルトキハ代物辨濟ナルコト前ニ述ヘタルカ如シ之ニ反シテ舊債務ヲ消滅セシメテ新債務ヲ創設シタルトキハ債務ノ更改ナリトス代物辨濟ト債務ノ更改トハ共ニ債務ヲ消滅セシムルモノニシテ其目的ニ於テハ二者相同シト雖モ一ハ舊債務ニ代ヘテ即時ニ物ヲ與フルモノニシテ一ハ新債務ヲ創設スルノ點ニ於テ差異アリトス

更改ノ場合ニハ舊債務ヲ變造(Umwandlung)シタルモノナリヤ又ハ新ニ債務關係ヲ創設(Neuschöpfung)シタルモノナリヤハ學者間ニ爭論アル所ナリ一派ノ說ニ據レハ更改ノ場合ニ於テハ新債務ト舊債務トハ同一ノ材料ヲ用ヒテ作リシモノナリ故ニ新債務ハ舊債務ノ變造タルニ過キスト云フニアリ然レトモ他ノ一派ノ說ニ據レハ新債務ハ舊債務ト毫末モ關係スル所ナシ即チ新ニ創設シタルモノナリト云フニアリ蓋シ此問題ハ近年起リシモノニシテ前世紀ノ學者ノ如キハ概シテ後ノ說ヲ採レリ然レトモ古羅馬ノ五大法律家ノ一人タルウルピアヌスカ更改ニ下シタル定義ヲ見レハ其文意第一ニ前說ニ合スルモノアリ今參考ノ爲メニ左ニ之ヲ引

用ヰ〜シ

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio.（學說彙纂第四十六卷第二章第一節首項）

其意蓋シ更改トハ原債務ヲ他ノ債務關係ニ移シ替フルコトヲ云フ而シテ其所謂他ノ債務關係ハ完全ナル債務關係ナルト自然ノ債務ナルトヲ問ハスト云フニアリ是ニ由テ之ヲ觀レハツルピアヌスノ言ハ即チ變造說ニ合セルモノト云フヘシ我國ノ新民法ハ變造說ヲ以テ說明スレハ了解シ易キニ似タリ即チ其第五百十七條ニ曰ク更改ニ因リテ生シタル債務カ不法ノ原因ノ爲メ或ハ當事者ノ知ラサル事由ニ因リテ成立セス又ハ取消サレタルトキハ舊債務ハ消滅セスト是レ豈ニ更改カ成立セサルカ又ハ取消サレタル場合ニ於テハ舊債務カ復活スルモノナリトノ說ヲ採用シタルモノニアラスシテ何ソヤ尙ホ理論ヨリ言ヘハ變造說ハ更改ノミナラス代物辨濟ニモ亦之ヲ適用スヘキモノナリト信ス

茲ニ更改ノ種類ヲ說明セント欲ス更改ニハ三種類アリ第一ニハ債權者及債務者ハ依然舊ノ如シニシテ債務關係ノ往質又ハ內容カ變更スル場合ナリ羅馬ニ於テハ合意約舊約又ハ物約ヲ結ヒタル者カ雙方ノ一致ヲ以テ之ヲ要式口約ニ變更スルコトアリ是レ亦更改ノ一種類ニシテ債務關係ノ性質ヲ變更スルニ外ナラス殊ニ債務ヲ免除セントスルトキハ先ツ斯ノ如キ更改ヲ行ヒ然ル後問答ノ方式ヲ用ヒテ債務ノ免除ヲ行ヒシナリ第二ニハ舊債權者退キテ新債權者之ニ代ル場合ナリ是レ主トシテ舊債權ノ囑託(Delegatio)ニ因リテ生スルモノニシテ通常舊債權者カ新債權者ニ對シテ負債アル場合ナリトス第三ニハ舊債務者其責ヲ免カレ新債務ヲ以テ之ニ交替スル場合ナリ是レ主トシテ新債務者カ舊債務者ニ對シテ負債アル場合ニ於テ生スルモノニシテ即チ新債務者カ舊債務者ニ對シテ負債アル爲メニ代リテ其責ニ任スルナリ而シテ舊債務者ノ債務ヲ免カレシムルコトヲ稱シテ「エッキスプロミッシオ」(Expromissio)ト云ヒ舊債務者カ新債務者ニ對シテ囑託スルコトヲ稱シテ「デレガチオ、デビチ」(Delegatio debiti)ト云ヘリ

終ニ更改ノ要素ニ付テ一言セント欲ス

第一、舊債務カ存在スルコト　舊債務ハ自然債務ナリトモ不可ナシ兎ニ角法律上有效ナル債務ナルコトヲ要ス

第二、新債務ヲ創設スルコト　新債務ハ必スシモ法律上完全ナルヲ要セス自然債務ナリトモ亦可ナリ

第三、更改ヲ爲サントスル意思アルコト　若シモ更改ヲ爲サントスル意思ナキトキハ新債務ハ舊債務ト共ニ併立スヘキナリ

第六節　消滅時效

羅馬ノ或時代ニ於テハ出訴期限ノ經過ヲ以テ債務關係消滅ノ一原因トセリ消滅時效即チ是ナリ消滅時效トハ羅甸語ニテ「プレースクリプチオ、エクキスチンクチヴァ」(Praescriptio extinctiva)ト云ヘリ按スルニ羅馬時代ニ於テ斯ノ如キ名稱ヲ用ヒタルニアラスシテ後世ノ註釋家カ之ヲ作リタルモノナリ後世ノ註釋家ハ取得時效ヲ「プレースクリプチオ、アクイシチヴァ」(Praescriptio aquisitiva)ト稱セリ共ニ皆古語ニアラサレトモ便宜ナルカ故ニ之ヲ慣用シタルモノト知ラル而シテ余ハ既ニ取得時效ヲ物權獲得ノ一方法トシテ說明セリ仍テ是ヨリ債務消滅ノ一原因トシテ消滅時效ヲ說明セント欲ス

羅馬ノ古代ニ於テハ消滅時效ナルモノ存在セスシテ「ウーズカピオ」ノ規則カ盛ニ行ハレタル時代ニハ消滅時效ノ規則ハ未タ其萌芽タモ發セサリシナリ而シテ之ヲ發スルニ至リタルハ即チ裁判官ノ法律ノ發達セル頃ニアリ元來羅馬ニ於テハ法律ニ定メタル年限內ニ起スヘキ訴訟ヲ「アクチオ、テンポラリス」(Actio temporalis)ト稱シ又何時ニテモ起スコトヲ得ル訴訟ヲ「アクチオ、ペルペツア」(Actio perpetua)ト稱セリ然ルニ此區別ノ外ニ他ノ一方ニ於テハ訴訟ヲ市民法ノ訴訟ト大官法ノ訴訟トノ二ニ分テリ一般ニ云ヘハ大官法ノ訴訟ハ「アクチオ、テンポラリス」ニシテ即チ之ニ關シテハ出訴期限アルモノトス而シテ其出訴期限ハ甚タ短クシテ一年以內トナセリ是レ全ク理由アル所ニシテ羅馬ニ於テハ裁判官ハ一年交替トシ終身其職ニ居ルト云フカ如キコトハ決シテ之ナカリシナリ故ニ出訴期限モ亦之ヲ一年トセリ

英國ノ法律格言ニ曰ク

Statute of limitation bars the remedy, but not the right.

ト其意蓋シ出訴期限ハ救濟ニ妨害ヲ與フト雖モ權利ハ依然トシテ存スト云フコトアリ救濟ニ妨害ヲ與フトハ即チ訴訟ヲ起スノ途ヲ失ハシムルノ意ニシテ爲メニ

權利其者ヲ失ハシムル意ニアラス故ニ若シ債權者カ債務ヲ盡サントスルトキハ債權者ハ之ヲ受領シテ可ナリ要スルニ債權者ハ訴訟ノ方法ニ依リテ其權利ヲ主張スルヲ得サレトモ訴訟以外ノ方法ニ依リテ其權利ヲ行使スルコトヲ得ルナリ即チ英國ニ於テハ出訴期限ヲ經過スルトキハ蕩債務ハ自然債務トナルモノニシテ唯英國人ハ自然債務ナル文字ノ代リニ不十分ナル債務(Imperfect obligation)ナル文字ヲ用フルヲ常トスルノミ今夫レ羅馬法ノ所謂「アクチオ、テンポラリス」ノ場合ニ於テハ債權者ハ救濟ノミナラス又併セテ權利ヲモ失ヒタリ而シテ大法官ノ訴訟ハ概シテ「アクチオ、テンポラリス」ニシテ一年ノ出訴期限カ之ニ附着スルトリ雖モ是レ一ノ原則ナルヲ以テ時トシテハ例外ナキ能ハス例ヘハ竊盜現行犯ノ訴訟ノ如キハ何時ニテモ之ヲ起スコトヲ得タルナリ之ニ反シテ市民法ノ訴訟ハ概シテ「アクチオ、ペルペツア」ニシテ何時ニテモ起スコトヲ得タルモノトス然レトモ是レ亦例外ナキニアラス例ヘハ不正ノ遺言ヲ爲シタルトキハ其取消ヲ求ムルコトヲ得而シテ其取消訴訟ハ必ス五年内ニ起サヽルヘカラストセルカ如シ

稍降リテオドシウス皇帝(紀元後四百十四年)ノ時ニ及ヒテ消滅時效ノ規則ヲ定メ從來ハ何時ニテモ起スコトヲ得タル訴訟ニモ亦期限ヲ設ケ此種ノ訴訟ハ三十年以内ニ起サヽルヘカラストシ又或特別ノ場合ニハ四十年以内トセリ抑モ「アクチオ、ペルペツア」ナル文字ハ永久訴訟ト云フ意義ナレトモテオドシウス皇帝ノ時以後ハ總テノ訴訟ニ期限ヲ附シタルカ故ニ所謂永久訴訟ナルモノナキニ至レリ然レトモ其名稱ハ尚ホ舊ニ依リテ「アクチオ、ペルペツア」ナル文字ヲ用ヒタリ且此法律ニ依ル出訴期限ハ從來行ハレタル規則ト大ニ其趣ヲ異ニセリ即チ從來ノ規則ニ依レハ一年以内ニ或訴訟ヲ起サヽルトキハ權利者ハ救濟ノミナラス權利ヲモ亦併セテ之ヲ失フトセリ語ヲ換ヘテ之ヲ言ハヽ債務者ハ全ク其債務ヲ免カルヽモノトス故ニ此時代ニ於ケル出訴期限ハ眞ニ消滅時效ニシテ債務消滅ノ一原因ナリシト云フヘシ然レトモテオドシウス皇帝ノ作リタル規則ニ依レハ債務者ハ法律ニ定メタル期限内ニ訴訟ヲ起サヽルトキハ救濟ノ方法ヲ失フモ決シテ權利ヲ失フコトナシテオドシウス皇帝カ此規則ヲ出シタル以來出訴期限ニ關スル規則ハ漸ク其精神ヲ一變シ短期ノ出訴期限ヲ附シタル訴訟即チ「アクチオ、テンポラリス」ノ場合ニモ亦出訴期限ノ效力ハ救濟ヲ消滅セシムルモ權利ヲ消滅セシメストス

ルニ至レリ近世諸國ノ法律ニ於テモ之ヲ採用シタリ故ニ近世ノ法律ニ依レハ債務消滅ノ原因トシテ消滅時效ヲ數フルコトヲ得ス即チ債權者ハ訴訟ヲ起スコトヲ得サレトモ權利ヲ失フコトナキカ故ニ之ニ對スル債務ハ依然トシテ存在スルモノト云ハサルヘカラス但其債務ハ法律上完全ナル債務ニアラスシテ自然ノ債務ナリ即チ時效ノ經過ニ因リテ法律上完全ナル債務カ自然債務トナルモノトス」之ヲ要スルニ羅馬法ニ於ケル消滅時效ノ制度ハ之ヲ四期ニ分ツコトヲ得ヘシ第一期ノ古代ニ於テハ全ク消滅時效ノ制度ナク第二期ニ於テハ裁判官カ消滅時效ナルモノヲ作リテ債務消滅ノ原因トナシ第三期ニ於テハテオドシウス皇帝カ或訴訟ニ關シ三十年ノ消滅時效ヲ設ケテ法律上完全ナル債務ヲハ變シテ自然債務トナスモノトシ第四期即チ近世諸國ノ法律ニ於テハ消滅時效ハ法律上完全ナル債務ヲ自然債務ニ變スルモノナリトスルヲ原則トス

第十三章　債權ノ讓與

羅馬古代ノ法律ニ於テハ債權ヲ讓與スルコトヲ得ストセリ故ニ一ノ債權ヲ有シテ之ヲ金錢ニ引換ヘシト欲スル者カ若シモ負債者ヨリ直チニ支拂ヲ受ケサルトキハ其同意ヲ得テ債務ノ更改ヲ行ヘリ然レトモ債務ノ更改ニ於テハ原債務ト新債務トハ同一ノ債務ニアラス故ニ同一ノ債權ヲ他人ノ讓與スルコトハ當時ノ法律ニ於テ之ヲ認メサリシ所トス其後ニ至リテ債權ハ間接ノ方法ニ依リテ之ヲ讓與スルコトヲ得ルニ至レリ其所謂間接ノ方法ニ二アリ第一ニハ債權者カ債務者ヲ訴フルノ委任ヲ讓受人ニ爲スノ方法ナリ此場合ニ於テハ讓受人カ債務者ヲ訴フルコトヲ得ルカ故ニ實際債權ヲ行使スルコトヲ得ルノ結果ヲ生ス元來羅馬古來ノ訴訟手續ニ於テハ他人ノ代人トシテ訴訟ヲ起スコハ本人ノ名義ヲ以テスト雖モ其裁判ヲ受クルヲ方リテハ代人自身ノ名義ヲ以テ受ケタリ故ニ其結果ヨリ言ヘハ讓受人即チ代人ハ始ヨリ自己ノ名義ヲ以テ訴訟ヲ起シタルト大差ナシ第二ニハ讓與者カ「アクチオ、ヴレクタア」(Actio directa)ヲ起スノ訴權ヲ有シ「アクチオ、ウチリス」(Actio utilis)ハ訴權ヲ讓受人ニ與フルノ方法ナリ此場合ニ於テハ讓受人ハ自己ノ名義ヲ以テ「アクチオ、ウチリス」ノ訴權ヲ有ス「アクチオ、ヴレクタア」ナリ訴ニ模倣シテ作リシ訴訟ニシテ其基本トナレル訴訟ハ「アクチオ、ヴレクタア」ナリ即チ債權讓與ノ場合ニ於テハ原債權者ハ讓與以前ニ於テハ自己ノ名義ヲ以テ債

權ヲ實行スルコトヲ得タリ然ルニ裁判官カ愈〻讓受人ヲ保護スルニ至リシヨリ原債務者ノ起スコトヲ得ル訴訟ノ方式ニ倣ヒテ訴訟ノ方式ヲ作レリ而シテ讓受人ハ實ニ之ニ依リテ自ラ訴訟ヲ起スノ權ヲ與ヘラレタルナリ故ニ讓與者ノ起ス訴訟ヲ「アクチオ、ヂレクタア」ト云ヒ讓受人ノ起ス訴訟ヲ「アクチオ、ウチリス」ト云ヘリ此等ノコトハ皆訴訟ノ方式ニ關係スルモノニシテ一ハ軌範トナリ一ハ之ヲ模倣シタルナリ

讓渡シタルコトヲ債務者ニ通知シタル後ハ讓與者ハ「アクチオ、ヂレクタア」ヲ起スコトヲ得ス若シ之ヲ起ストキハ債務者ハ抗辯ニ依テ之ヲ排斥スルコトヲ得可シ佛蘭西ノ「ドーネルス」ノ言ニ依レハ羅馬ニ於ケル法律ノ發達シタル時代ニ於テハ債權ハ直チニ之ヲ讓與スルコトヲ得タリト云ヘリ然ルニ獨逸ノ「ツンツェ」ノ如キハ之ニ反對セリ余ヲ以テ之ヲ見レハ畢竟言語上ノ爭フルニ過キサルナリ若シ讓受人カ「アクチオ、ウチリス」ヲ起スコトヲ得ルヲ以テ債權ノ讓與アリタリト言フコトヲ得ルトスレハ「ドーネルス」ノ言モ強チ非ナリト謂フ可カラス

第四編　訴訟

(第一)召喚ノ手續

我邦ニ於テハ公法ハ私法ニ先チテ早ク發達シタルヲ以テ裁判官ノ如キ古昔ヨリ既ニ強大ナル權力ヲ有セリ之ニ反シテ歐洲ニ於テハ古昔ハ裁判官ノ權力甚タ微弱ニシテ羅馬ニ於テモ亦然リト爲ス羅馬ノ訴訟ハ最初之ヲ關爭ニ擬シ裁判官ハ唯仲裁人タルノ資格ヲ有スルニ過キス召喚ノ事項ニ付テモ亦然リ十二表ノ法律ニ於テハ召喚ハ唯一個ノ私事ヲ以テ過セラルヽノミ故ニ之ニ應セサルモ別ニ刑罰ヲ受クルコトナシ又原告ハ腕力ヲ以テ被告ヲ法廷ニ引致スルモ差支ナカリキ然レトモ裁判官ノ立案セシ法律ニ依レハ聊カ十二表ノ法律ト異ナル所アリ而シテ此裁判官ノ制定セシ法律モ多少ノ變改ヲ受ケタレトモ其當時ニ於ケル召喚手續ノ特性ヲ述フレハ人ノ爲メニ訴ヘラレタル者ハ必ス裁判所ニ出頭セサルヘカラサルモノトシ若シ被告ヲ助ケテ召喚ニ應セサラシメタルカ又ハ逃走セシムルカ或ハ故ラニ出頭ヲ遲延セシメテ出訴期限ヲ經過セシメタル者ハ裁判所ハ之ヲ以テ一ノ犯罪ト爲シ科スルニ刑罰ヲ以テセリ然レトモ此時代ニ於テハ召喚手續ハ原告ノ自ラ之ヲ行ヒタルモノニシテ若シ原告ト被告トノ間ニ爭アルトキハ約

次ノ上日ヲ定メテ裁判所ニ出頭スルヲ得ヘク又ハ原告ヨリ被告ニ對シテ通知ヲ與ヘ裁判所ニ出廷ヲ促スモ差支アルナシ要スルニ召喚手續ハ原告自ラ之ヲ爲スヘキモノトス

然ルニコンスタンチヌス皇帝(紀元後三百二十二年)ノ時代ニ於テ召喚手續ヲ改正シテ原告ヨリ裁判官ニ對シテ出訴ノ屆出ヲ爲シ官ノ手ヲ經テ之ヲ被告ニ通知スヘキモノト爲シ被告若シ之ニ應セサルトキハ刑罰ヲ受クルヲ免カレス幸テオドシウス皇帝ノ時ニ至リ更ニ其手續ヲ改正シテ出訴ヲ爲スニハ必ス書類ニ認メタル訴狀ヲ差出スコトヲ要スト爲シ其訴狀中ニハ原告請求ノ要領ヲ記載スルモノナリ現今諸國ニ行ハルヽ訴訟手續ハ實ニ此訴訟手續ニ倣ヒタルモノトス

(第二) 召喚以後ノ手續

訴訟手續ニ關シテハ羅馬ノ訴訟歷史ハ之ヲ三期ニ分ツコトヲ得即チ

第一、 舊式訴訟(Legis actiones)ノ時代

第二、 方式(Formulae)ノ時代

第三、 非常手續(Extraordinaris Judicia)ノ時代

是ナリ而シテ第一期ハ羅馬建國ヨリ算ヘテ紀元前二十五年ノ頃迄ニ跨リ第二期ハ其後紀元二百九十四年迄繼續シ其以後ハ總テ第三期ノ時代ナリトス然レトモ第一期ヨリ第二期ニ移リ第二期ヨリ第三期ニ移リタルハ漸ヲ以テシタルモノニシテ其各期ニ於テ急ニ變更シ其區劃截然タルモノニアラス唯大凡此等ノ變遷ヲ觀ルコトヲ得ルノミ以下各期ニ於ケル訴訟手續ノ大要ヲ說述スヘシ

第一期 舊式訴訟ノ時代

此時代ニ於テハ訴訟手續ハ之ヲ鬪爭ニ擬シタルモノニシテ所有權ノ爭ニ於テハ一方ハ鎗ヲ以テ係爭物件ニ觸レ以テ所有權ヲ主張シ他ノ一方ハ其理由ヲ詰問シテ以テ其非ヲ唱フ然ルトキハ裁判官ハ其二人間ニ立入テ其爭ヲ止メシメ一應法律上ノ取調ヲ爲シ後之ヲ事實審理人ニ送附ス而シテ事實審理人ハ最終ノ裁判ヲ與フルモノトス裁判所ハ即チ公ノ官吏ニシテ事實審理人ハ即チ私人ナリ而シテ其手續ハ沿革法理ノ材料トシテ大ニ觀ルヘキモノアルモ茲ニハ煩ヲ恐レテ之ヲ略ス

第二期 方式ノ時代

此時代ハ訴訟手續上最モ須要ナル時代ニシテ羅馬法律カ長大足ノ進歩ヲ爲シタルナリ此時代ニ於テハ訴訟手續ニ「フオルムレー」即チ方式ヲ使用セルモノニシテ其方式ニハ種々アリト雖モ今其一例ヲ擧クレハ左ノ如シ

甲ニ事實審理人タルヲ命ス(事實審理人ノ設定)乙カ丙ニ奴隸ヲ賣買セリ(事實ノ要領)丙カ若シ乙ニ一萬「セステルチユム」ヲ支拂フヘキモノトセハ(原告ノ請求)事實審理人ハ丙ヲシテ乙ニ一萬「セステルチユム」ヲ支拂フヘキ旨ノ判決ヲ與フヘシ(判定)

トキハ義務ナキ旨ノ判決ヲ與フヘシ(判定)

之ヲ要スルニ訴訟ヲ爲スニ其方式トシテ事實審理人ノ設定、事實ノ要領、原告ノ請求及判決ノ要旨ヲ掲クヘキモノニシテ裁判官ハ斯ノ如キ形式ノ指圖書ヲ作リ事實審理人ヲシテ其趣旨ニ從ヒ事實ヲ調査シ且判決ヲ與ヘシメタルモノナリ此裁判官ノ取調ヲ稱シテ法律的ノ取調ト稱シ事實審理人ノ取調ヲ稱シテ事實的ノ取調ト云フ

以上掲ケタル方式ハ即チ唯方式ノ一例ニ過キサルモノニシテ各種ノ訴訟ニ因リ其方式同シカラス而シテ若シ被告ニ於テ抗辯ヲ提出スルトキハ之ヲ原告請

求ノ末ニ記載ス今詐欺ノ抗辯ヲ包含スル方式ノ實例ヲ擧クレハ左ノ如シ

甲ニ事實審理人タルコトヲ命ス(事實審理人ノ設定)原告ハ被告ニ奴隸ヲ賣却シタリ(事實ノ要領)被告ハ其代價トシテ原告ニ一萬「セステルチユム」ヲ支拂フヘキモノト爲シ(原告ノ請求)而シテ原告ハ同事件ニ付キ詐欺ヲ行ハストスレハ(被告ノ抗辯)事實審理人ハ被告ヲシテ原告ニ一萬「セステルチユム」ヲ支拂ハシムヘキ旨ノ判決ヲ與フヘシ若シ然ラサルトキハ義務ナキ旨ノ判決ヲ與フヘシ(判定)

夫レ斯ノ如ク被告ノ抗辯ハ原告請求ノ次ニ記載スヘキモノトス

原告ニシテ若シ被告ノ抗辯ヲ反駁スルトキハ其反駁ノ要領ヲモ亦方式中ニ記載ス而シテ一般ニ云フトキハ被告ノ抗辯ハ原告請求ノ要領ノ末ニ記載スヘキモノナレトモ或種類ノ抗辯ハ原告請求ノ前ニ記載スルコトアリ例ヘハ時效ノ抗辯ノ如キ是ナリ例ヘハ被告ハ時效ノ經過ニ因リ永ク地面ヲ占領スヘキモノニシテ原告ニ之ヲ返還スルノ理由ナシトノ抗辯ノ如シ此時效トハ之ヲ「プレスクリプチオ」(Praescriptio)ト稱シ「プレ」トハ前ノ義(スクリプチオ)トハ書クノ意味ニシテ畢竟前書ナルコトヲ意味スルモノナリ

次ニ方式時代ニ於ケル訴權ノ移轉即チ如何ナル訴權カ相續人ニ移轉スルヤノコトヲ說述スヘシ

契約ニ關スル所ノ訴權ハ債權者ノ相續人ニ移轉スルコトヲ普通トス然レトモ此點ニ付キテハ例外ナキコアラス即チガイユス時代ノ法律ニ依レハ副要約者ハ自ラ訴訟ヲ提起スルコトヲ得サルモノナリ副要約者トハ即チ債權者カ要式曰約ヲ取結ヒタル後ニ死去スルトキハ債務者ヲシテ其契約ヲ履行セシムルコト難シ故ニ第三者ヲシテ其要式口約ニ從事セシメ而シテ其第三者生存中ハ主タル債權者ニ代テ債務者ニ對シ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ斯ノ如ク他人ノ依賴ヲ受ケテ其ニ要式口約ヲ爲シタル者ヲ副要約者ト云フガイユスノ法律ニ依レハ副要約者自身ハ債務者ニ對シ訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモ其相續人ハ訴訟ヲ起スコトヲ得ス即チ副要約者ノ有スル訴權ハ相續人ニ移轉セサルモノナリ又私犯ニ關スル訴權ハ概シテ相續人ニ移轉スルコトヲ常トスレトモ對身私犯ニ關スル訴權ハ債權者ノ相續人ニ移轉スルコトナシ例ヘハ人ノ爲メニ毆打セラレタルトキハ被害者ハ加害者ニ對シテ訴權ヲ有スルモ被害者ノ相續人ハ之ヲ有セスウルピアヌスノ說ク所ニ依レハ被害者カ訴訟ヲ起シテ既ニ訴訟ノ爭點期ニ達シタル時ニ死去スルトキハ其相續人ハ依然其訴訟ヲ繼續スルコトヲ得ルモノト主張セリ

次ニ訴權ハ如何ナル債務者ノ相續人ニ移轉スルヤヲ說述スヘシ

契約ニ因テ債務ヲ負擔シタル場合ニ於テ債務者カ死亡スルトキハ其責任カ債務者ノ相續人ニ移轉スルヲ一般ノ原則ト爲ス故ニ債務者ノ相續人ハ債權者ヨリ訴ヲ受ケサルヘカラス然レトモ此原則ニ付テモ亦例外ナキヲ得ス即チ古昔ノ法律ニ依レハ要式口約ニ因テ保證人ト爲リタル者ノ相續人ハ訴ヲ受クルノ義務ナシ然レトモ其後ニ至リテ用語ノ變更ヲ來シ其結果此等ノ相續人モ亦訴訟ヲ受ケサルヘカラサルニ至レリ又私犯ニ關スル訴訟ニシテ刑罰ノ性質ヲ有スルモノハ非行者自身之ヲ受クルニ止マリ相續人之ヲ受クルノ義務ナシ例ヘハ竊盜强盜ニ關スル訴訟又ハ對身私犯ニ關スル訴訟ノ如シ

次ニ訴ニ酷似セル「インテルヂクツム」(Interdictum)ノ概要ヲ說明スヘシ「インテルヂクツム」トハ裁判官ノ發スル一種ノ命狀ナリ裁判官ハ神社ノ敷地又ハ河中ニ

於ケル或事項ヲ禁令スルニ當リ又ハ占有ヲ保護シ人ノ自由ヲ保護スルニモ此令狀ヲ發スルモノナリ是故ニ此等ノ點ヨリ觀察スルトキハ「インテルヂクツム」ハ總テ公共ノ秩序ニ關シ之ヲ保護スルカ爲メ裁判官ノ發スル令狀ナリ

「インテルヤクツム」ハ占有ニ大關係ヲ有スルモノニシテ占有ヲ研究セントスルトキハ併セテ之ヲ研究セサルヘカラス今不動產ノ占有ヲ保護スルカ爲メニ發スル「インテルヤクツム」ノ一例ヲ擧クレハ「當事者ノ一方カ暴力ニ因テ又隱秘ニ因テ若シハ請求次第引渡ヲ爲スノ約束ニ因ルニアラスシテ本件ノ家屋ヲ占有スル場合ニ於テ其占有ヲ妨害セントカ爲メ暴力ヲ用フルコトヲ他ノ一方ニ對シテ禁令ス」ト云ヘルカ如キ是ナリ

「インテルヤクツム」ハ一般ニ消極的ノ性質ヲ有スルモノナルカ故ニ禁令ヲ名稱其當ヲ得ルニ近キモ往々積極的ノ性質ヲ有スル場合アルカ故ニ必スシモ此名稱恰當スルヲ得カ積極的ノ場合トハ動產ニ關スル占有ヲ保護スル爲メ「インテルヂクツム」ヲ行フ場合ニシテ其一例ヲ擧クレハ本件奴隸本年中最多ノ日月間何ノ所ニ在リトスルモ其占有物ヲシテ之ヲ自己ノ好ム所ニ持チ行カサラシメンカ爲メ暴力ヲ用ヰルニ他ノ一方ニ對シテ禁令ス」ト云ヘルカ如シ

第三期　非常手續ノ時代

以前第二期第二期ノ時代ニ於テハ裁判官法律ノ點ヲ攻擊シ事實審理人事實ノ點ヲ攻擊スルモノトナセリ然ルニ第三期即チ非常手續ノ時代ニ於テハ裁判官カ事實ニ併セテ法律ノ攻擊ヲ爲スモノト爲セリ加之裁判所ニ關シテ等級ヲ設ケ下級裁判所ノ裁判ニ對シテ不服ナルトキハ控訴ヲ爲スコトヲ得タリ而シテ皇帝自身ヲ以テ最高ノ裁判官トス現今歐洲諸ニ我國ニ於テル控訴上告ノ手續ハ實ニ羅馬ノ非常手續ニ淵源シタルモノナリ

(第三)　爭訟期(Litis contestato)

爭訟期トハ原告ニ於テ請求ヲ爲シ被告ニ於テ之ヲ拒ムコトヲ確定シタル時期ヲ云フ第一期書式訴訟時代ニ於テル爭訟期トハ法律的審理ヲ終リテ事實的審理ニ移ル時ヲ云ヒ第三期方式時代ニ於テル爭訟期トハ訴訟ノ方式ヲ作リタル時ヲ云ヒ第三期非常手續時代ニ於テル爭訟期トハ原告ノ請求ニ對シ被告之ニ答辯ヲ爲ス時ヲ云フ

此爭訟期ハ訴訟上種々ノ事項ニ關係ヲ有スルモノニシテ今其大要ヲ述フレハ凡ソ左ノ如シ

(第一)爭訟期以前ニ在テハ時效ノ中斷ヲ生セス換言スレハ爭訟期ニ至リ始メテ出訴期限ノ經過カ中斷セラルヽナリ

(第二)爭訟期ヲ經過スルトキハ同一ノ事件ニ付キ新ナル訴訟ヲ提起スルノ權利ヲ失フ若シ强テ訴訟ヲ起シタルトキハ被告ハ其事件カ既ニ事實審理人ノ手ニ渉リタルコトヲ抗辯トスルコトヲ得ルナリ既ニ事實審理人ノ裁判ヲ經タルトキハ亦之ヲ抗辯ノ理由トスコトヲ得近世訴訟手續ニ於ケル一事不再理ノ原則ハ實ニ是ニ基ツキタルモノナリ

(第三)事實審理人ノ爲シタル裁判ハ爭訟期マテ遡ルモノナリ即チ爭訟期ニ於テ裁判ヲ爲シタルモノト同一視セラルヽモノトス

(第四)對身私犯ニ關スル訴權ハ被害者ノ相續人ニ移轉セサルコトヲ原則トスルコト前述ヘタルカ如シナルモ若シ被害者ノ生存中訴訟ヲ提起シ爭訟期ヲ經過シテ後死亡シタルトキハ其相續人ハ訴訟ヲ繼續シテ進行セシムルコトヲ得ルモノナリ

右ハ爭訟期ノ效果ノ大要ナリ此他爭訟期ニ付テハ尙ホ述フ可キコトアルモ事煩雜ニ渉ルヲ以テ茲ニ之ヲ省略ス

羅馬法終

シ
ラ/

9161

030819-000-8

シ－1ラ

羅馬法

（日本大学41年度法科第1学年講義録）

戸水　寛人／述

〔M41?〕

BBB-0398