

ノ占有者等ヲ云フ而テ是等ノ者其辨濟ヲ爲シタルハ第千二百五十一條ノ第二項及ヒ第三項ノ規則ニ從ヒ當然代位ノ利益ヲ受ク可キ者トス
 代位トハ義務者外ノ者義務者ニ代リテ其義務ヲ辨濟シタルハ其權利者ノ權利ヲ讓受ケタル者ト見做ス可キ法律上ノ假定ヲ云フナリ故ニ其代位ヲ得タル者ハ元トノ權利者ノ權利ヲ其儘受繼キ元トノ權利者書入質權ヲ得タレハ亦其權ヲ繼シ可キ者トス是其辨濟ヲ回收スルノ權利ヲ保維セシカ爲メナリ是以テ若シ此ノ代位ヲ得サルハ唯通常ノ債主權ヲ有スルノミニシテ一旦義務者ノ身代限ニ遇フカ如キアテハ他ノ一般ノ債主ト均シク唯其財產ノ平等分配ヲ受クルニ過キス然レハ終ニ其辨濟ヲ回收スルノ權利ヲ保維スルヲ能ハサルナリ是法律上此ノ代位ヲ附與セシ所以ナリ

第三 其義務ニ關係ナキ者ナリ即チ本條第二項ニ從テ辨濟ヲ爲スヲ得可キ者ヲ云フ然レ該項ハ甚タ不分明ナル者ナルヲ以テ宜ク之ヲ精密ニ説明セサルヘカラス抑モ該項ニハ二箇ノ場合ヲ包含セリ第一ハ其義務ニ關係ナキ者義務者ノ名義ヲ以テ且ツ義務者ノ利益ノ爲メニ辨濟センヲ求ムルノ場合ナリ第二ハ自己ノ名義ヲ以テ且ツ自己ノ利益ノ爲メニ辨濟センヲ求ムルノ場合ナリ而テ其第一ハ義務者ノ爲メ苛酷ナル權利者ヲ避ケント欲スル者ナリ其第二ハ自己ノ爲メ有益ナル債主權ヲ得ント欲スル者ナリ是故ニ法律ノ處分スル所モ亦自ラ其差異ナカル可カラス今其差異ヲ左ニ示サン
 第一ノ場合 其義務ニ關係ナキ者義務者ニ代リ義務者ノ名義ヲ以テ且ツ其利益ノ爲メニ辨濟センヲ求ムルハ權利者其辨濟ヲ拒ムヲ能ハス若シ之ヲ拒マハ其辨濟センヲ求メ

タル者第千二百五十七條以下ニ從ヒ實物ノ提供ヲ爲スヲ得可シ然レ遂ニ其辨濟ヲ爲スモ法律上其權利者ノ代位ヲ爲スヲ能ハス故ニ義務者ニ對シテ其辨濟物ヲ返還セシメントハ他人ノ事務管理上ヨリ生スル訴權ヲ有スルニ過キス
 然レ義務者ニ代リ辨濟ヲ爲ス者其權利者ノ承諾ヲ得ハ之ニ代位スルヲ得可キヤ曰ク第千二百五十條ノ第一項ニ據レハ權利者ノ意思ヲ以テ代位セシムルヲ得可シ而テ本條第二項ニ於テ「代位セシメサルヲ要ス」ト云フハ此場合ニ適用ス可キ者ニ非ラスシテ唯第二ノ場合ニ適用ス可キノミ

第二ノ場合 其義務ニ關係ナキ者義務者ニ代リ自己ノ名義ニテ辨濟センヲ求ムルハ之ヲ承諾スルト否トハ全ク權利者ノ意思ニ在リ而テ權利者之ヲ承諾シテ其辨濟ヲ受クルハ其義務及ヒ附屬ノ義務セ共ニ消滅ス可シト雖モ然レ其辨濟者、義務者ニ對シテ其返還ヲ求ムルニハ唯不當利益取還ノ訴權ヲ有スルノミ故ニ權利者之ニ代位セシメント欲スト雖モ法律ハ決シテ之ヲ許サ、ルナリ何トナレハ此辨濟タル義務者ノ利益ノ爲メニ非ラスシテ自己ノ利益ノ爲メナレハナリ而テ此ノ如キ所爲ハ原ト辨濟ヲ爲ス者ニ非ラスシテ專ラ債主權ヲ買受クル者ナリ然レハ則チ之ニ適用スルニ債主權讓渡シノ規則ヲ以テセサル可カラス而テ債主權讓渡ノ規則ハ法律上最モ嚴重ニ設定セシ者ナリ故ニ外面義務者ノ辨濟ヲ假粧シ内心自己ノ利益ヲ企圖スル者ノ如キハ設ヒ權利者ノ承諾ヲ以テスト雖モ猶ホ之ニ代位ヲ許サ、ルハ彼ノ嚴重ナル債主權讓渡ノ規則ヲ履行セシメントカ爲メナリ

(第千二百三十七條)

本條ノ諸壇ニ登リ先ツ法文ノ直譯ヲ示シ然後漸次其說明ニ及ハントス

法文ニ曰ク「爲ス」ノ義務ハ權利者ニ於テ之ヲ其義務者自カラテ行ハシム可キ理由ヲ有スルキハ其權利者ノ意思ニ拘ハラス第三ノ人カ之ヲ行フヲ得ス」ト今之ヲ理解セシムハ左ノ如ク區別セサル可カラス

第一 其義務ノ性質義務者自身ニ執行スルヲ要ス可キ正當ノ理由有ルキハ權利者ニ於テ第三ノ人ノ執行ヲ拒ムノ權利有ル者トス若シ之レ無シトセハ是權利者ノ權利ヲ變更セシムル者ナリ又時トシテハ之ヲ減少セシムルヲ無シト云フ可カラス權利者タル者豈ニ此ノ權利無カル可ケンヤ例ハ余ハ有名ナル畫工ニ對シ其揮毫ヲ約セシメタリトセンニ是余ハ義務者自身ノ執行ヲ要ス可キ正當ノ理由アル權利者ナリ然ニ無名拙劣ノ畫工余ノ義務者ニ代リテ其義務ヲ行フハ余ノ損害少々ナラサル可シ是本條ニ於テ權利者ノ意思ニ拘ハラス第三ノ人カ其義務ヲ行フヲ許サ、ル所以ナリ

第二 假令ヒ爲ス「ノ義務ト雖モ其性質何人ニテモ行フヲ得可キ者ナルキハ權利者ノ意思ニ拘ハラス第三ノ人カ其義務者ニ代リテ之ヲ行フヲ得可キ者トス此場合ニ於テハ夫ノ物ヲ與フルノ義務ト區別スルノ要用ナシ

此ノ如キ場合ニ於テハ第三ノ人唯權利者ノ意思ニ拘ハラサルノミナラス亦義務者ノ意思ニ拘ハラス其義務者ニ代リテ辨濟ヲ行フヲ得可キハ誰有テ非難スル者ハ無カル可シ然レ其辨濟者義務者ニ對シテ其返還ヲ請求スルヲ得可キヤ之ヲ得可シトセハ又如何ナル訴權ニ據ル可キヤ此問案ニ答フルニハ又左ノ數箇ノ場合ヲ區別セサル可カラス

第一 第三ノ人義務者ニ代リテ辨濟セントスルニ當リ義務者之ヲ拒絕シ且ツ己レカ爲メ何等ノ利益ナキヲ證明センニ其人猶ホ代テ辨濟セシ時其意贈與ニ非スシテ自己ノ利益ノ爲メナルキハ到底其返還ヲ請求ス可キ目的ナリ然ハ之ヲ請求スルニ何等ノ訴權ニ據ラントスルヤ事務管理ノ訴權ヲ用ヒンカ否ナ能ハサルナリ義務者ノ爲メニセサル辨濟ハ義務者ノ事務ヲ管理スルニ非ラサレハナリ故ニ第三ノ人唯夫ノ不當利益取還ノ訴權ニ據ルノ一方アルニ而テ義務者ニ於テハ己レカ拒絕セシニ拘ハララス既ニ前ノ義務ヲ免レタルヲ以テ更ニ後ノ義務ヲ負ハサル可カラス然ラサレハ故ナク他人ノ利益ヲ得タル者ニシテ決シテ法理ノ許ササル所ナリ然レ其辨濟ニ因リ既ニ得タル所ノ利益ヲ返還スルノ外又更ニ負擔ス可キ義務アルヲナシ此理由ニ因リ義務者若シ此辨濟ナカリセハ舊權利者ヨリ輒ヤスク猶豫期限ヲ得タラントシテ證明スルキハ裁判所ハ第一千二百四十四條ニ據リ恩惠期限ノ外尙ホ其既ニ得タリシ猶豫期限ヲ與フ可キ者トス加之舊義務ノ期滿免除近時ニ在ルキハ新義務ノ期滿免除モ亦其同時ニ得可キ者トス

第二 第三ノ人代リテ辨濟セントスルニ當リ義務者頑陋ニシハ他人ノ助力ヲ得ルヲ潔シトセサルヲ以テ之ヲ拒ミシニ其人猶ホ之ヲ辨濟スル時其意贈與ニ非ラスト雖モ訴訟ヲ豫防シ又ハ之ヲ止メントスルノ目的ナルキハ設ヒ其承諾ヲ得サルモ全ク義務者ノ利益ノ爲メニシテ真正ノ事務管理ニ外ナラス然ハ唯不當利益取還ノ訴權ヲ有スルノミナラス真正ナル事務管理ノ訴權ヲ有スル者ナリ是以テ義務者ハ猶豫期限ヲ求ムルモ裁判所ハ第一千二百四十四條ニ從ヒ恩惠期限ニ非ラサレハ與ヘス又其訴權ノ期滿免除ハ普通法ニ依リ辨濟ヲ爲シタル日

ヨリ三十箇年ヲ經サレハ到着セサル者トス

第三 第三ノ人義務者ノ承諾ヲ經ス贈與ノ意ヲ以テ辨濟ヲ爲シタル時又一ノ區別アリ即チ義務者ノ爲メニスルト權利者ノ爲メニスルトニ因リ各其結果ヲ異ニセリ其義務者ノ爲メニスルキハ固ヨリ贈與ナルヲ以テ之ニ對スル訴權ナキハ勿論ナリ然レモ權利者カ義務者ノ返還ヲ得難キヲ苦ムヲ憐ミ義務者ニ代リテ辨濟スルキハ是權利者ノ爲メニスルナリ故ニ辨濟者ハ更ニ義務者ニ對シテ其返還ヲ請求スルヲ得可シ然レモ事務管理ノ訴權ヲ有スルニ非ラスシテ唯不當利益取還ノ訴權ヲ有スルニ過キス何トナレハ其辨濟ハ義務者ノ利益ノ爲メニ非ラスシテ權利者ノ利益ノ爲メナレハナリ

(第一千二百三十八條)

辨濟ヲ爲サントスル者ハ如何ナル能力アルヲ要スルヤ本條ニ曰ク「有効ニ辨濟ヲ爲スニハ其辨濟ノ爲メニ與ヘタル物ノ所有者タルヲ及ヒ之ヲ讓渡ス可キ能力アルヲ要ス云々」或人本條ヲ駁シテ曰ク必ス辨濟ノ爲メニハ其物ノ所有者タルヲ要ストセハ預リ主借主ノ如キハ有効ニ辨濟スルヲ得サル可シ何トナレハ是等ノ人ハ其辨濟セントスル物ノ所有者タラスシテ之ヲ受ク可キ權利者ノ所有ナレハナリ今一步ヲ進メテ之ヲ論スルキハ確定物ノ賣主又ハ贈與者ハ其賣贈物ヲ辨濟スルヲ得サル可シ何トナレハ其物ハ其賣買又ハ贈與契約ニ因リ已ニ買主又ハ受贈者ノ所有ニ屬セシ者ナレハナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ夫ノ不確定物ヲ引渡ス可キ義務ニ非ラサレハ本條ヲ適用スルヲ能ハサル者ノ如シ果テ然ハ本條ノ適用ヲ單ニ不確定物ニ限リ而テ本條ヲ左ノ意味ニ改メサル可カラス物件引渡ノ節所有權ヲ移轉

スル義務ノ辨濟ノ爲メニハ其物ノ所有者タルヲ要スト

此ノ論可ナラス唯與ヘタルノ字ヲ讓渡シタルノ意味ニ解スレバ敢テ法文ヲ改ムルニ及ハス何トナレハ物ヲ讓渡スニハ必ス其所有者タルヲ要スレハナリ故ニ盜品ヲ他人ニ讓渡タリト雖モ其讓渡ハ有効ナラス是其所有權ナケレハナリ又設ヒ其物ノ所有者タリト雖モ之ヲ處分スルノ能力アラサレハ其辨濟ハ有効ナラス今其規則ヲ略言スレハ即チ左ノ如シ

第一 所有權ヲ移轉スル義務者ハ其物ノ所有者タルヲ要ス

第二 其物ヲ讓渡ス可キ能力アルヲ要ス

右二箇ノ規則ハ同一ノ裁制力ヲ有セス故ニ左ニ之ヲ區別セシ

第一 所有者ニ非ラスシテ爲シタル辨濟ハ眞ノ所有者之ヲ受取タル者ニ對シテ其物ノ取戻ヲ請求シ得可キハ勿論ナリ但シ動産ニ關シテハ其辨濟ヲ受取タル者第二千二百七十九條ノ規則ニ循ヒ其所有權獲得ヲ主張スル時ハ格別ナリトス

此ノ如キ辨濟ヲ受ケタル權利者カ他ノ眞ノ所有者ヨリ故障ヲ受ケタルキハ其辨濟物ヲ義務者ニ返還シ更ニ適法ノ辨濟ヲ請求スルヲ得可キハ勿論ナリト雖モ若シ其權利者他ノ故障ヲ受ケサルモ已ニ義務者ハ其所有者ニ非ラサルヲ覺知スルキハ亦前ノ如ク適法ノ辨濟ヲ請求スルヲ得可キト否トニ至テハ未ダ疑ヒナキ能ハス

蓋シ羅馬法ニ據レハ權利者ハ義務者ノ所有ニ非ラサル物ノ辨濟ヲ受ケタリト雖モ他ヨリ故障ヲ受ケサルキハ義務者ニ對シテ何等ノ請求ヲモ爲スヲ得可カラサル者トス何トナレハ同法ニ於テハ假令ヒ賣買ナリトモ其賣渡物件ニ付賣主ハ唯他ヨリ故障ナキヲ保證スルノ

ニシテ其所有權ニ付テハ保證セサル者ナレハナリ
 佛國法律ニ於テハ之ト異ナリ凡テ所有權移轉ニ關スル義務者ハ他ヨリ故障ナキヲ保證ス
 可キハ勿論其所有權ニ付テモ猶ホ之ヲ保證ス可キ者トス故ニ權利者ニ於テハ他ノ故障ナキ
 モ已ニ其辨濟物ノ義務者ノ所有ニ非ラサルヲ覺知セハ何時コテモ之ヲ返還シテ更ニ適法
 ノ辨濟ヲ請求スルヲ得可キナリ然レ其物原ト義務者ノ所有ニ非ラスト雖モ義務者永年ノ
 間之ヲ占有セルヲ以テ期滿所得ヲ得可キ者ナレハ權利者之ヲ主張セハ直ニ其所有權ヲ得可
 キ者ニシテ必シモ適法ノ辨濟ヲ請求スルヲ要セスト雖モ義務者ハ之ヲ辭柄トナシ以テ其
 請求ヲ拒絕スルヲ許サ、ルナリ何トナレハ期滿所得ヲ主張スルハ元來人ノ大ニ耻ツ可キ
 所爲ナレハ義務者ハ權利者ニ對シテ其所爲ヲ命スルノ道理ナケレハナリ
 然ハ義務者己レカ所有ニ非ラサル物ヲ辨濟シ後ハ權利者ニ向テ更ニ適法ノ辨濟ヲ爲サント
 述ヘ最初ノ辨濟物ノ取戻ヲ請求スルヲ得可キヤ曰ク單ニ法理ノ原則ニ據レハ之ヲ請求ス
 ルヲ許サ、ルナリ何トナレハ他ヨリ取戻サル、トナキヲ保證シナカラテ自ラ取戻サントス
 ル者ナレハナリ然レ佛國法律ニ於テハ然ラス其物猶ホ權利者ノ手裏ニ存セハ之ヲ取戻スト
 ナ得可シト規定セリ故ニ義務者ハ權利者ニ對シテ左ノ如ク陳請スルヲ得可シ
 余誤テ他人ノ物ヲ以テ辨濟ヲ爲シタリ故ニ余更ニ適法ノ物ヲ以テ之ニ代ユ可シ因テ先キノ
 辨濟物今尙ホ子カ手ニ在ラハ之ヲ返還セラレノヲ請フ子若シ肯ンセサレハ余ハ莫大ナル
 損失ヲ受ク可シ子モ亦公義上ニ於テ余ヲシテ此ノ如キ損失ヲ受ケシメサルノ義務アル者ナ
 リト然レ權利者善意ヲ以テ既ニ其物ヲ消費セシキハ義務者亦之ヲ奈何トモスルヲ能ハサル

ナリ
 第二 讓渡ス可キ能力アラサル者ノ爲シタル辨濟ハ權利者ニ付テ論スレハ有効ナリ是第千
 百二十五條ニ於テ無能力者ト契約シタル能力者ハ之カ取消ヲ求ム可キ分限ヲ有セスト豫定
 セシテ以テナリ之ニ反シテ義務者ニ付テ論スレハ無効ナリ即チ第千百二十四條等ニ於テ無
 能力者ハ概シテ其契約ヲ取消ヲ得可シト規定シアレハナリ然レ無能力者終ニ之ヲ取消サ
 、レハ全ク有効ノ者トス
 右ノ理由ニ因リ其辨濟物若シ天災ニ罹リテ滅盡セシキハ實際上重大ナル結果ヲ生セリ即チ
 左ノ如シ
 所有者ニ非ラスシテ爲シタル辨濟ハ義務者ニ付テ論スルモ權利者ニ付テ論スルモ共ニ無効
 ナリ故ニ其辨濟物天災ニ罹リテ滅盡セシ損失ハ專ニ義務者ニ歸シ權利者更ニ正當ノ辨濟ヲ
 請求スルヲ得可シ然レ幼年者及ヒ禁治産者ノ如キ讓渡ス可キ能力ナキ者ノ辨濟ハ權利者
 ニ付テ論スレハ有効ナルヲ以テ其滅盡ノ損失ハ全ク權利者ニ歸ス可キ者トス何トナレハ權
 利者ハ其辨濟ヲ取消シ得可キ權ナシト雖モ其權アル義務者ニシテ之ヲ取消サ、レハナリ
 以上陳ヘタル如ク無能力ノ義務者ハ其辨濟ヲ取消ヲ得可シト雖モ之ヲ取消スニハ最初ノ
 辨濟物ニ代ヘ更ニ他物ヲ供ス可キ義務ヲ負擔セサル可カラズ
 或曰ク無能力者ノ辨濟ト雖モ自ラ之ヲ取消サ、レハ法律上之ヲ有効ト爲シ之ヲ取消セハ無
 効ト爲スト云フト雖モ其之ヲ取消スニハ更ニ他物ヲ供ス可キ義務アリトセハ其利益果テ何
 シニ在ルヤト其言誠ニ然レ未ダ全ク其利益ナシト云フ可カラス即チ左ノ場合ニ於テ之

ヲ知ル可シ

一 無能力者ハ時トシテハ期限前ニ辨濟スルヲナシト云フ可カラス然キハ之ヲ取戻シ其期限ニ至ルマテ其物ヲ使用スルノ利益アリ

二 義務ノ目的不確定物ナルキハ第一千二百四十六條ノ規則ニ據リ中等ノ物品ヲ以テ辨濟スルヲ得タリシ者ナリ然ニ無能力者ノ不注意ニ因リ既ニ上等ノ物品ヲ以テシタルキハ之ヲ取戻シ更ニ中等ノ物品ヲ以テ辨濟スルノ利益アリ

三 二箇中一ヲ撰ムノ義務ニシテ其撰擇權モ亦己レニ在リト雖モ無能力者ノ不經驗ニ因リ二箇中ノ一ノ高價物ヲ辨濟シタルキハ之ヲ取戻シ更ニ低價物ヲ辨濟スルノ利益アリ

此ノ如ク無能力者ニ於テ取消ノ利益アリト雖モ前ニモ述ヘシ如ク概シテ取消ヲ求ムルヲ得可シトアレハ必ス其例外即チ取消ヲ求ムルヲ得可カラサルノ場合アルヲ暗ニ示メセシ者ナリ而テ如何ナル場合ニ於テ其取消ヲ許サ、ルヤト云フコ本條ニ於テ現ニ其場合ノ一ヲ示メシ即チ權利者善意ニテ其物ヲ消費セシキハ之ヲ取戻スヲ得スト規定セリ故ニ無能力者ニ於テモ其取消ヲ求メ得キハ彼ノ第一ノ場合ノ如ク其辨濟物ノ猶ホ權利者ノ手中ニ存在スルノ間ニ限ル者トス

或曰ク無能力者ノ取消ヲ求ムルハ自己ノ不經驗ニ因リ既ニ爲シタル辨濟ノ爲メ幾分カ其損失ヲ受ケタルヲ覺知セシニ由ル者ナル可シ然ハ無能力者ノ損失ハ自ラ權利者ノ利益トナル可シ權利者設ヒ其物ヲ消費セシト雖モ無能力者ノ損失ニ相當スル利益ハ更ニ之ヲ返還セサル可カラスト

余ハ此說ヲ以テ決シテ穩當ノ者トハ思考セス故ニ亦決シテ其返還ヲ促カサ、ル者ナリ何トナレハ權利者假令ヒ一方ノ損失ニ因リ其利益ヲ得タリシヲアリトスルモ其辨濟タル原ト彼ヨリ好ンテ爲セシ者ニシテ此ヨリ要求セシニ非ラス況ンヤ善意ヲ以テ既ニ消費シ盡クセハナリ

然レ權利者善意ニ非ラスシテ惡意ヲ以テ其物ヲ消費シ無能力者ヲシテ直接ノ取戻ヲ請求スルヲ得サラシメタル場合ニ於テハ無能力者ハ權利者ニ對シ更ニ相當ノ損害賠償ヲ請求スルヲ得可シ況ンヤ其物尙ホ權利者ノ手ニ在ルニ於テハ之ヲ取戻シ得可キ權アルハ勿論ナリトス

(第一千二百三十九條乃至第一千二百四十一條)

辨濟ハ何人ニ爲スヲ得可キヤ左ノ人々ニ爲スヲ得可シ

第一 權利者但シ其辨濟ヲ受取ル可キ能力ヲ有スル時

第二 其代理者

第三 債主權占有者

右ノ外總テノ人々ニ爲シタル辨濟ハ無効ナリ今一々之ヲ說示セン

其一 權利者ニ對シテ爲シタル辨濟ト雖モ其之ヲ受取ル者自ラ己レカ財産ヲ處分スルノ能力ヲ有スル時ニ非ラサレハ有効ナラサルナリ何トナレハ凡ソ辨濟ヲ受取ル可キ者ハ自己ノ財産ノ一部分タル債主權ヲ處分スル者ナルヲ以テナリ是以テ幼年者又ハ禁治産者ノ如キ無能力者ノ受取リタル辨濟ハ義務者ヲシテ其義務ヲ免レシメス他日再ヒ其辨濟ヲ請求スルヲ

ヲ得ルナリ然レハ義務者亦其請求ヲ免ル、道ナキコト非ラス夫ノ故ナシ人ノ財産ヲ以テ自ラ利
スルコト能ハスト云フノ法理ノ原則ニ從ヒ先キコト己レカ爲シタル辨濟ニ因リ無能力者ニ於テ
相當ノ利益ヲ得シコトヲ證明スルキハ則チ再度ノ辨濟ヲ爲スノ義務ヲ免ル、コトヲ得可シ設ヒ
無能力者ト雖モ復々之ニ抗辯スルノ辭ナシ(第千二百二十二條參看)

無能力者ニ爲シタル辨濟ハ無効ナリト雖モ全ク無効ト云フコト非ラス唯不完全ト云フノ意味
ナリ故ニ其無能力者他日能力ヲ有スルニ至リ其辨濟ヲ認定スルカ然ラサルモ法律上相當ノ
手續ヲ以テ之ヲ認定スルキハ其辨濟ハ有効トナルナリ即チ後見ヲ免レタル幼年者カ財産管
理人ノ立合ナクシテ元金ノ辨濟ヲ受取タルキハ其辨濟ハ無効ナリト雖モ再ヒ財産管理人立
合ノ上ニテ之ヲ認定スルカ又ハ丁年ニ達スルノ後之ヲ認定スルキハ其辨濟ノ無効ハ正シク
變シテ有効トナルナリ

然レハ義務者遂ニ其認定ヲ得ス又其辨濟ニ因リ無能力者ノ利益トナリシコトヲ證スルコト能ハ
サルキハ結局再度ノ辨濟ヲ免ル、コト能ハストセハ其困難實ニ言フ可ラス隨テ此ノ規則モ亦
甚タ苛酷ナル者ノ如シト雖モ未タ必シモ然ラス然ラハ義務者其辨濟ノ取消ヲ求ムルコトヲ得
ルヤ否ナラシラス其取消ヲ求ムルノ權利ハ獨リ無能力者ニ屬スルノミ然ラハ義務者如何シテ
終ニ其困難ヲ免ル、コトヲ得ルヤ曰ク其後見人ヲ裁判所ニ呼出シ以テ其辨濟ヲ認定セシムル
ノ一方アルノミ此事原ト法律ニ明文ナシト雖モ亦之ヲ拒ムノ道理ナカル可シ何トナレハ是
其辨濟ノ取消ヲ求ムルコト非ラスシテ却テ其辨濟ヲ認定セシムル者ナレハナリ

其二 權利者ノ代理者ニ爲シタル辨濟ハ其權利者ニ爲シタルト同一ノ効力ヲ有スルナリ而

チ代理者ニハ契約上ノ者アリ法律上ノ者アリ又裁判所コトテ命スル者アリ今其區別ヲ述ベ併
セテ契約上ノ代理者ニ爲シタル辨濟ニ付又一ノ區別アルコトヲ示サン

一 其辨濟セシ時代代理ノ任現在セシコトヲ要ス故ニ權利者ニ於テ其代理ノ任ヲ解キ義務者ニ
之ヲ告知スルコト必要ノ手續ヲ爲サ、リシニ因リ義務者其解任ヲ知ラスシテ元ノ代理者ニ辨
濟シタルキハ權利者之カ爲メ其苦情ヲ訴フルコトヲ得ス何トナレハ其辨濟ハ權利者其解任ヲ
告知セサルノ過失ヨリ出アシ者ニシテ自ラ其責ニ任セサル可カラサレハナリ但シ權利者ハ
其元ノ代理者ニ係リ其辨濟物ヲ受取ラシコトヲ請求シ得可キハ勿論ナリ

二 其辨濟ヲ受取タル者ハ正當ニ之ヲ受取ル可キ權アルコトヲ要ス故ニ義務者誤テ代理者ニ
非ラサル者ニ爲シタル辨濟ハ無効ナリ義務者自ラ其責ニ任セサル可カラス

右二箇ノ場合ハ特ニ契約上ノ代理者ニ關スル者ナリ而テ法律上又ハ裁判所コトテ命スル代理
者ハ唯其代理者タルノ分限明瞭ナルヲ以テ別ニ此區別ヲ爲スヲ要セス

然レ何レノ場合ニ於テ法律上ノ代理者又ハ裁判所コトテ命スル代理者アルヤト云フコト是等ノ
代理者本法中固ト少ナカラス今茲ニ其二三ヲ示サン

法律上ノ代理者トハ即チ幼年者及ヒ禁治産者ノ後見人(第四百五十條及第五百九條)又或ル
場合ニ於テハ婦ノ代理者爲ス夫(第千四百二十八條第千五百三十一條及第千五百四十九條)
等ナリ裁判所ヨリ命スル代理者トハ即チ失踪者ノ財産ヲ管理セシムル爲メ(第百二十二條)又
ハ請願ニ因リ治産ノ禁ヲ受ケントスル者ノ財産ヲ其裁判官渡ノ時マテ假ニ管理セシムル爲
メ裁判所ヨリ命スル財産管理者(第四百九十七條)等ナリ

其三 善意ヲ以テ債主權占有者ニ爲シタル辨濟ハ有効ナリ其債主權占有者トハ如何ナル者
 ナ云フヤ眞正ノ債主權ヲ有セスト雖モ眞正ニ有スル者ト思量スルニ足ル可キ地位ヲ占ムル
 者ナ云フ語ヲ換ヘテ言ヘハ衆人皆之ヲ視テ眞正ノ權利者ト爲ス者ナ云フナリ即チ外見ノ相
 續人ノ如キ是ナリ外見ノ相續人トハ眞正ノ相續人ニ非ラサルヲ云フ例ハ甲生存中遺囑證
 書ヲ以テ自己財産ノ全部ヲ乙ニ贈遺セリ而テ乙之ヲ知ラス甲ノ法律上ノ相續人モ亦之ヲ知
 ラサレハ甲ノ死後其財産ノ全部ヲ相續スル者ハ甲ノ法律上ノ相續人ナル可シ是即チ外見ノ
 相續人ナリ何トナレハ眞正ノ相續人ハ乙ナレハナリ然レ乙ニ於テ他日其遺囑證書ヲ發見シ
 以テ其財産ヲ取戻スコアルニ當リ嘗テ甲ノ義務者ヨリ外見ノ相續人ニ對シ辨濟ヲ爲シタル
 コアリト雖モ之カ爲メ故障ヲ述フルコトヲ得サルナリ但シ乙ハ其外見ノ相續人ニ係リ其受取
 タル辨濟物ヲ取戻スコトヲ得ルハ勿論ナリトス

證書ノ所持人ハ決シテ債主權占有者ニ非ラズ亦固ヨリ權利者ナリト思量スルニ足ル可キ理
 由ナキナリ何トナレハ假令ヒ證書ヲ所持スルモ之ヲ借リタルカ拾ヒタルカ又ハ竊ミタルカ
 モ知ル可キヲサレハナリ故ニ其所持人ニ爲シタル辨濟ハ無効ナルノミナラス更ニ權利者ノ
 請求ヲ受クルハ先キノ辨濟ニ因リ權利者既ニ其利益ヲ得シコトヲ證明シ能ハサル以上ハ到
 底再度ノ辨濟ヲ免レサルナリ

(第一千二百四十二條)

本條ハ權利者カ義務者ノ義務者ニ對シ其者ヨリ己レカ義務者ニ義務ヲ辨濟スルコトヲ差留メ
 タルニ背キタル場合ヲ規定セシ者ナリ此差留メヲ名ツケテ渡方差留メト云フ即チ本條ノ命

スル所ハ渡方差留メニ背キ自己ノ權利者ニ辨濟シタルハ其辨濟ハ差留人ニ對シテ無効ナ
 リ故ニ差留人再ヒ辨濟セシムルコトヲ得可シト云フニ在リ例ハ甲ハ乙ニ對シテ金千圓ノ債
 主權アリ乙又丙ニ對シテ金千五百圓ノ債主權アリ故ニ甲ハ乙ノ權利者ニシテ乙ハ又丙ノ
 權利者ナリ此場合ニ於テ甲ハ乙ニ辨濟ヲ督促セシト雖モ乙之ヲ果サハルヲ以テ相當ノ手續
 ニ據リ直ニ丙ニ對シテ乙ニ辨濟ス可キ金額ノ渡方ヲ差留メタリ然レ丙ハ其差留メニ背キ乙ニ
 對シテ其金額ヲ辨濟シタルハ甲其損害ヲ受ケタルヲ以テ再ヒ丙ニ係リ辨濟セシムルコト
 得可キナリ本條ハ又但シ丙ハ乙ニ對シ先キニ辨濟シタル金額取戻ヲ請求スルコトヲ得可シト
 云ヘリ

猶ホ先例ニ據リ爰ニ一問題ヲ示サシコト丙ノ乙ニ辨濟ス可キ金額ハ甲ノ乙ヨリ得可キ金額ニ
 リ正ニ五百圓ノ過剩アリ故ニ丙ハ此過剩ノ五百圓ヲ乙ニ辨濟スルモ有効ナルヤ曰ク之ヲ速
 斷スレハ有効ノ者ノ如シト雖モ決シテ然ラス今之ヲ辯明セン

渡方差留メヲ行フタル者ト雖モ其差留メタル金額ニ對シテ先取特權アルニ非ラス(訴訟法
 第五百七十九條參看)故ニ他ノ債主ト共ニ其金額ヲ分派セサル可カラス而テ各得可キ金額
 ノ多少ニ因リ亦其分派ニモ多少アル可シ然レ甲ノ差留メタル金額ハ千五百圓ナリ乙丙其
 中五百圓ヲ乙ニ辨濟セハ分派上已ニ五百圓ヲ減少シ甲ノ受ク可キ分派モ亦自ラ減少ス可シ
 而テ其減少ハ全ク丙ノ不注意ニ出テシ者ナルヲ以テ丙ハ更ニ甲ニ對シテ其辨償ノ責ニ任セ
 サル可カラス

(第一千二百四十三條乃至第一千二百四十六條)

第一千二百四十三條第一千二百四十五條及第一千二百四十六條ハ義務者如何ナル物ヲ辨濟スル
 一ヲ得ルヤノ問題ヲ規定セシモノナリ故ニ第一千二百四十六條ノ次ニ第一千二百四十四條ヲ説
 ク可シ

(第一千二百四十三條)

第一 總テ義務者ノ約シタル物ヲ辨濟スル一ヲ要ス故ニ其約シタル物ニ代ヘ他物ヲ以テ強
 テ權利者ニ受取ラシムルノ權利ヲ有セス設ヒ其受取ラシメント欲スル物ノ價格既ニ約シタ
 ル物ノ價格ヨリ多キ時ト雖モ亦同一ナリ何トナレハ義務者ハ權利者ノ意思ヲ量定スルノ權
 利ヲ有セサレハナリ然レ權利者ニ於テ其他物ヲ受取ラシメテ承諾セシキハ格別ナリ此ノ辨
 濟ヲ名ツケテ代償辨濟ト云フ

此代償辨濟ニ因リ實際上緊要ナル結果ヲ生スル一アリト雖モ是ハ他日義務更改ノ契約ヲ説
 明スルニ方リテ之ヲ論ス可シ但シ義務更改ノ契約ト代償辨濟トヲ混同ス可カラズ義務更改
 ノ契約ハ從來ノ義務ヲ免レ其代リニ改テ一ノ義務ヲ負フヲ云ヒ代償辨濟ハ從來ノ義務ノ目
 的物ノ代リニ他物ヲ引渡スヲ云フ故ニ義務更改ノ契約ハ其義務消滅セスト雖モ代償辨濟ハ
 其義務直ニ消滅ス

然レ權利者ニ於テ其約シタル物ニ代ヘ他物ヲ受取ラサル可カラサル場合アリ即チ法律上又
 ハ特別ノ契約ニ因リ義務者ニ他物ヲ以テ其義務ヲ盡クス一ヲ得可キ能權ヲ付與セシ時是大
 リ名ツケテ能權義務ト云フ其法律上ニ付與セシハ第八百九十一條及第一千六百八十一條ノ
 場合ニアリ

(第一千二百四十五條)

第二 義務ノ目的物此ノ馬彼ノ家ト云フカ如キ確定物ニ關スルキハ假令ヒ其物毀損セシト
 モ其辨濟ス可キ時ノ現在ノ形狀ニテ之ヲ辨濟セハ其義務ヲ免ル可キ者トス蓋シ其毀損ノ原
 由義務者ノ責ニ任ス可キ事故ヨリ出ツルキハ義務者其權利者ニ對シテ其損害賠償ヲ拂ハサ
 ル可カラズ然レ如何ナル場合ニ於テ義務者其責ニ任ス可キヤハ第一千二百四十五條ノ法文及
 ヒ第一千二百四十六條以下ヲ參觀シテ之ヲ知ル可シ

(第一千二百四十六條)

第三 義務ノ目的物一ノ馬十俵ノ米ト云フカ如ク唯種別シタル物ニ關スルキハ義務者其物
 ノ最上品ヲ辨濟スルノ義務ヲシト雖モ其最下品ヲ辨濟シ以テ其義務ヲ免ル一ヲ得ス必ス
 中等品即チ普通ノ需用ニ供ス可キ物ヲ辨濟セサル可カラズ而テ此法律ヲ適用ス可キハ偏ニ
 契約上其品位ヲ明指セサルノ場合ニアリ然レ強チ其品位ヲ明指セサルモ其代價ノ高低ニ因
 リ亦其品位ヲ知ル一ヲ得可シ

第四 義務ノ目的物金額ニ關スルキハ佛國法律ニ於テハ法律上貨幣ノ通用相場ヲ變更スル
 ノ場合ヲ除ク外義務者ハ毎ニ通用相場ノ金額ヲ以テ其辨濟ヲ爲ス可キ者トス故ニ特別ノ
 契約ヲ以テ其辨濟ス可キ貨幣ヲ豫定スル一ヲ許サス(第一千八百九十五條參看)

(第一千二百四十四條)

如何ナル理由ヲ以テ義務者ハ其義務ノ一部分宛テ辨濟スルノ權利ヲ有セサルヤ他ナシ權利
 者ノ不利益ナレハナリ凡ソ多數ノ金額ヲ一時ニ受取レハ人各其業ヲ爲スニ便益アリト雖モ

少數ノ金額ヲ數回ニ受取ル時ハ動モスレハ之ヲ費消スルノ損失アリ故ニ權利者一時ニ之ヲ受取ルニ非サレハ利益ナキナリ蓋シ本條ハ唯金額ノミニ關スル義務ニ非ラズシテ總テノ物件ニ關スル義務ナリト雖モ今諸君ヲシテ會得シ易カラシメンカ爲メ假リニ金額ニ關スル義務トナシテ説明セシナリ以下亦此例ニ依ラン

以上ノ理由ニ因リ權利者ハ義務ノ全部ノ辨濟ニ非ラサレハ受取ルニ及ハスト雖モ其主タル義務者死去シテ其相續人數人アル場合ニ於テハ其義務ハ相續人各自ノ間ニ分擔スルヲ以テ權利者亦其各自ニ對シテ其一部分宛テ請求セサル可キラス相續人此ノ如ク分擔スレハ權利者終ニ一時ノ辨濟ヲ得ルヲ能ハス其害少小ナラスト雖モ亦止ムヲ得サルノ理由アルニ出ツルナリ若シ其害ヲ防クントセハ又更ニ一ノ大害ヲ生セサルヲ得ス其大害トハ何ソヤ親族間ノ爭訟ヲ醸生スルヲ是ナリ何トナレハ相續人各自ノ分擔ヲ許サ、ルキハ其一人先ツ其義務ノ全部ヲ辨濟シ然後他ノ相續人ノ返還ヲ受ケンカ爲メ遂ニ其訴訟ヲ要スルニ至レハナリ茲ニ義務者ハ權利者ヲシテ一部分宛ノ辨濟ヲ受取ラシムルノ權利ヲ有セスト云フノ原則ニ三箇ノ例外アリ即チ左ノ如シ

第一 權利者ト義務者トノ間ニ義務相殺ヲ行ヒ雙方ノ者ノ負債高同一ナラサル時例ハ甲ハ乙ニ金千圓ノ負債アリ乙亦甲ニ金五百圓ノ負債アリトセンニ甲乙ノ間其義務ヲ相殺セハ甲ノ辨濟ハ五百圓ニシテ尙ホ五百圓ノ負債ヲ餘マセリ是即チ甲ノ辨濟ハ其一部分ナリ(第一千二百九十條參看)

第二 一箇ノ義務ニ數人ノ保證人アル時此場合ニ於テ其權利者カ保證人ノ一人ニ對シ其義務ヲ請求スルキハ其保證人ハ他ノ保證人ヲシテ其義務ヲ分擔セシメンコトヲ請求スルノ權アリ(第一千二十五條參看)

第三 義務ノ請願ニ因リ裁判所ニ於テ數回ニ一部分宛ノ辨濟ヲ允許セシ時此場合ニ於テハ權利者之ヲ拒ムコトヲ得ス是本條ノ第二項ニ據テ然ルナリ蓋シ本條第二項ニハ種々ノ議論アリ其一說ニ裁判官ハ辨濟期限ヲ猶豫スルコトヲ得可シト雖モ數回ニ辨濟スルコトヲ許スノ權ナシ法文中唯延期ヲ許ス可シトノ文字アリト雖モ數回ノ辨濟ヲ許ス可シトノ明文ナシト主張セリ然レ方今ニ至リテハ一般ニ其說ヲ排斥シテ左ノ說ニ左袒セリ

曰シ設ヒ法條ニ明文ナシトモ其字面ニ就テ討究セハ亦以テ法意ヲ推知スルニ足ル可シ即チ本項ノ冒頭ナル(然レ)ノ文字ニ因テ推知セハ足ラン此字ハ固ト反對ヲ示セシ者ニシテ彼レニ許サ、ルモ此ニ許ストノ意ナリ加之(期限)ノ文字モ亦複數ヲ用ヒ數多ノ期限ヲ示シタリ數多ノ期限ハ即チ數回ノ辨濟ヲ許ス可シトノ意義ナリ

唯是ノミナラス猶ホ本條ヲ設定セン原由ヲ示メセハ亦以テ前論ノ妄ナラサルヲ知ル可シ抑モ本條ハ原トボチエー氏ノ所說ニ根基セル者ナリボチエー氏ハ義務者ニ數回ノ辨濟ヲ許ス可カラスト雖モ裁判官ハ時宜ニ因リ又之ヲ許サ、ル可カラスト論斷セリ故ニ本法設定ノ際佛國參事院ニ於テ討議セシ所モ亦此旨意ナリ學者此意ヲ以テ本條ヲ熟讀セハ終ニ曉ル所アル可シ

裁判官此ノ如キ特權アリト雖モ若シ之ヲ濫用セハ契約ノ自由ヲ妨ケ一般ノ信用ヲ害スル等

其弊害擧ケテ言フ可カラス是本項ノ末尾ニ於テ嚴ニ其注意ヲ促ガシタル所以ナリ

本項ハ原ト義務者ノ危急ヲ保護スルニ在リ故ニ契約者雙方豫メ特別ノ契約ヲ結ビ以テ本項ノ適用ヲ免レントスルヲ得ス然ハ本項ハ義務者ノ危急ニ方リテハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ適用スルヲ得可キヤ曰ク然ラス左ノ場合ニ於テハ決シテ猶豫期限ヲ與フルヲ得ス

第一 義務者身代限ヲ爲セシ時

第二 義務者ノ所爲ニ因リ營テ權利者ニ與ヘ置キタル特別抵當物ヲ減少セシ時

第三 他ノ權利者ノ訴ニ因リ義務者ノ財産ヲ賣拂タル時

第四 義務者禁錮以上ノ刑ニ處セラレタル時

第五 闕席裁判ニテ重罪以上ノ刑ニ處セラレタル時(第千八百八十八條及訴訟法第二百二十四條)

第六 爲換手形及ヒ仕拂切手ノ辨濟等ニ關スル時(商法第五百七十七條及第百八十七條)

(第千二百四十七條)

如何ナル場所ニ於テ辨濟ヲ爲スヲ要スルヤ本條ニ辨濟ヲ爲ス可キ三箇ノ場所ヲ豫定セリ

第一 契約者雙方ニ於テ其場所ヲ豫定セシキハ其場所ニ於テ辨濟ヲ爲ス可シ

第二 其場所ヲ豫定セス且義務ノ目的確定物ナルキハ其契約ノ時其物ノ在リシ場所ニ於テ辨濟ヲ爲ス可シ例ヘハ余ハ余カ倉庫中ニ在ル所ノ米ヲ賣渡セシニ余ハ之ヲ引渡スコハ敢テ倉庫外ニ持出スニ及ハス唯買主ニ其倉庫ノ鍵ヲ渡シ且ツ其倉庫ニ入テ持出スヲ許容セハ余カ義務已ニ了レリ

第三 其場所ヲ豫定セス且義務ノ目的確定物ナラサルキハ義務者ノ住所ニ於テ辨濟ヲ爲ス

可シ但シ第千五百五十一條ハ此規則ノ例外ナリ

然レ契約後義務者其住所ヲ變ヘルキハ新舊例レノ住所ニ於テ辨濟ヲ爲ス可キヤボチエー氏ノ說ニ據レハ此場合ニ於テハ權利者其請求ヲ爲スヲ得可キ場所ニテ爲ス可シト云ヘリ然ハ之ヲ請求スルニハ必ス義務者現在ノ住所ニ往カサル可カラス故ニ其辨濟ハ義務者現在ノ住所ニテ爲ス可キ者ト決定セサル可カラス此ノ如クナレハ權利者ノ不利或ハ少ナカラサルヲ有ル可シト雖モ亦自ラ速クノ禍ナリト言ハサルヲ得何トナレハ義務者ノ移住ヲ豫メ察セサルノ不注意アレハナリ

(第千二百四十八條)

辨濟ノ費用ハ何人ノ之ヲ負擔ス可キヤ權利者ハ自己ノ當サニ受取ルヘキ物ヲ受取ラサル可カラズ然キハ其辨濟ニ關スル費用ハ自ラ負擔ス可キ理由ナキナリ是法律上義務者ニ負擔セシムル所以ナリ但シ反對ノ約定アルキハ格別ナリ然レ或ハ其約定アリシ者ト法律上推測スルコアリ(第千九百四十二條)

引渡ノ費用ト運搬ノ費用トヲ混合ス可カラス引渡ノ費用ハ義務者ノ負擔ス可キ者ナリト雖モ其引渡ト同時ニ之ヲ受取リ更ニ運搬スルノ費用ハ權利者ノ負擔ス可キ者ナリ

(第二節) 代位辨濟

(第千二百四十九條)

凡ソ義務者自己ノ所有金ヲ以テ其負債ヲ辨濟スルキハ其義務全ク消滅シ隨テ先取特權、書入費及ヒ保證契約ノ如キ附從ノ義務モ共ニ消滅スル者ナリ然レ他人ヨリ之ヲ辨濟スルカ又

ハ義務者自ら辨濟スト雖モ他人ヨリ借受ケタル金額ヲ以テ辨濟スルモハ猶ホ其義務消滅ス
ト雖モ義務者ハ又其他人ニ對シテ更ニ其義務ヲ負ハサル可カラズ而シテ其辨濟金立替者又ハ
金額ノ貸與者ハ原ト義務者ノ依頼ヲ受ケタル者ナレハ代理契約ヨリ生スル訴權ヲ有シ依頼
ヲ受ケサル者ナレハ事務管理ヨリ生スル訴權ヲ有ス可キ者トス故ニ義務者カ相當ノ資力
ル者ナレハ其立替金ヲ失フノ懼レナカル可シト雖モ素ト此二箇ノ訴權ハ通常ノ訴權ナルヲ
以テ若シ義務者カ無資力ニ至ルモハ終ニ其立替金ヲ失フノ憂アル可シ何トナレハ唯義務者
其人ニ對シテ其返還ヲ請求スルヲ得可キノミコシテ更ニ何等ノ擔保モ有ラサレハナリ
右ニ異ナリ時トシテハ最初ノ權利者ニ屬セシ權利ニハ先取特權、書入質又ハ保證人等ノ如
キ擔保ノ存スルヲアル可シ此場合ニ於テ義務者ヲ救助セン爲メ其立替金ヲ失フノ憂ナク隨テ之カ立替ヲ爲ス
最初ノ權利者ニ屬セシ訴權ヲ承諾セシムレハ其立替金ヲ失フノ憂ナク隨テ之カ立替ヲ爲ス
ヲ肯シスル者モ亦少ナカラサル可シ是レ此代位辨濟ヲ設ケタル目的ナリ
之ヲ難スル者アリ曰ク抑モ辨濟ハ義務ヲ消滅スルニ因リ隨テ權利ヲ消滅スルニ非ラスヤ假
令ヒ他人ノ辨濟ナリト雖モ其義務既ニ消滅セハ獨リ權利ノミ消滅セサルノ謂レナシ(第千
二百三十六條)既ニ消滅セハ復タ承繼ス可キノ權利ナキナリ然ハ其立替ヲ爲シタル者最初
ノ權利者ノ權利ヲ承繼セント欲スルモ能ハサルナリト
此難題ハ羅馬以來ノ事ニシテ其理論上ニ於テハ當時ノ學士モ之ヲ間然スル者ナシト雖モ奈
何セシ此代位辨濟ハ實際ノ利益少ナカラサルヲ以テ之ヲ拋擲スルニ忍ヒス遂ニ假設ノ一法
ヲ案出シ以テ其難題ヲ調和セリ假設トハ他ナシ權利者ハ其債主權ヲ代位者ニ賣渡シ代位者

ハ之ヲ買受ケタル者ト見做セシコアルナリ故ニ權利者ノ受取タル者ハ辨濟コアラズシテ其
賣渡シタル權利ノ代價ト見做セリ
此假設ノ讓渡ハ代位辨濟ノ原則ナリ故ニ真正ノ讓渡ト異ナル所ハ左ノ三箇ニアリ
第一 代位辨濟ノ假設ハ固ト完全ノ者ニ非ラス故ニ代位者ハ最初ノ權利者ニ對抗スルヲ
得ス最初ノ權利者ヨリ見レハ其辨濟ハ通常ノ辨濟ノ効力ヲ生スルニ過キス即チ第千二百五
十二條ニ於テ代位辨濟ハ權利者ヲ害スルヲ得スト規定セシ所以ナリ尙ホ其詳細ハ該條ニ
至テ之ヲ解説ス可シ
右ノ理由ニ因リ代位者ト義務者及ヒ義務者ノ關係人トノ間ニ於テハ其辨濟ハ債主權ノ讓渡
トナリ其効力タルヤ代位者ヲシテ最初ノ權利者ノ地位ヲ占メシムル者ト雖モ代位者ト最初
ノ權利者トノ間ニ至テハ通常ノ辨濟ニ過キサル者トス
第二 代位辨濟ハ自己ノ利益ヲ謀ルノ目的ニ非ラスシテ全ク義務者ヲ救助スルノ主意ニ出
ツルヲ以テ最初ノ權利者ノ權利ノ讓渡シト見做サル、ハ其立替金ノ限度ニ止ル者トス故ニ
其金額ノ返還ヲ受ケタル以上ハ已ニ其假設ノ存ス可キ理由ナシ何トナレハ代位者ニ讓渡シ
タル權利ハ原ト其立替金ヲ失ハシメサル爲メナレハナリ
第三 假設ハ專ラ代位者ノ利益ノ爲メナレハ代位者ノ隨意ニテ之ヲ拋棄シ更ニ通常ノ權利
ヲ行ラフヲ得可シ此場合ニ於テハ其立替金ノ請求ハ代理契約又ハ事務管理ヨリ生スル訴權
ニ據ル可キ者トス
右三箇ノ論理ハ代位辨濟ノ的實ナル性質ヲ示メセシ者ニシテ即チ代位辨濟ト真正ノ債主權

讓渡シトノ重立チタル區別ヲ知ルニ足ル可シ
(第一千二百五十條)

凡ソ代位ハ契約者雙方ノ契約ヲ執行スル爲メ法律上之ヲ許容スルコトアリ其契約ナクモ法律上當然許容スルコトアリト雖モ要スルニ皆法律ノ認定ニ出ツル者トス而テ契約ヨリ出ツル者ヲ契約上ノ代位ト云ヒ他ヲ法律上ノ代位ト云フ今其契約上ノ代位ヲ説示セン

契約上ノ代位ハ義務者ノ關涉ナク權利者ト直ニ結約スルコトアリ又權利者ノ關涉ナク義務者ト直ニ結約スルコトアリ或ハ權利者義務者ト共ニ結約スルコトアリ而シテ義務者ノ關涉ナク權利者ト直ニ結約センニハ左ノ二條件アルヲ要ス

第一 代位ノ事ヲ契約書中ニ明記スル事

第二 辨濟ト代位トヲ同時ニ爲ス事

契約書中代位ノ事ヲ明記スルヲ要スト雖モ必シモ代位ノ文字ヲ明記ス可シト云フノ意ニ非ラス唯代位ノ主意明瞭ナルヲ要スルノミ例ヘハ受取證書中辨濟ヲ爲シタル他人ハ權利者ノ地位ヲ占ム可キコト記載スルヲ以テ十分ナリトス而テ辨濟ト代位トヲ同時ニ爲スヲ要スルハ他ナラス假令ヒ他人ノ爲シタル辨濟ト雖モ其債主權ヲ消滅スルハ尙ホ義務者自ラ辨濟シタルキト同一ナリ而シ一旦消滅シタル債主權ハ其以後ノ所爲ヲ以テ再ヒ之ヲ成立セシムルコト能ハサルハ猶ホ人ノ死シタル後チ如何ナル良醫ト雖モ之ヲ再生セシムルコト能ハサルカコトシ故ニ代位ハ其辨濟ト同時ニ爲スニ非ラサレハ債主權ノ讓渡シト見做スコト得サルナリ」義務者其辨濟ニ用ユル金額ヲ貸與ヘタル他人チ代位セシメント欲スルキハ左ノ條件ヲ完備

セサル可カラズ

一 其借入證書及ヒ辨濟受取證書共ニ公證人ノ記シタル者タルヲ要ス

二 其借入證書ニハ借入レタル金額ヲ以テ舊負債ヲ辨濟ス可キ旨ヲ記載シ又辨濟受取證書ニハ貸與ヘラレタル金額ヲ以テ辨濟ヲ受ケタル旨ヲ記載スルヲ要ス

右ノ場合ニ於テ其債主愚昧ナル者ナルキハ種々ノ疑惑ヲ抱キ或ハ其辨濟受取證書ニ金額ノ由來ヲ記載スルコト拒ムコトナシト云フ可カラズ此ノ如キ時ハ義務者ト其金額ヲ貸與ヘタル他人トノ契約ノ妨害トナル可シ則チ之ヲ防グノ方法有ルヤ曰ク有リ義務者ハ債主ニ對シ公ノ官吏チシテ其金額ノ由來ヲ記載シタル受取證書ヲ持來リ以テ其金額ヲ受取ル可キ旨ヲ通知シ併セテ現金ノ提供ヲ爲サシム可シ而テ債主向ホ之ヲ受取ルコト肯シセサルキハ第一千二百五十七條ニ從ヒ其金額ヲ預リ役所ニ附托シ其預リ役所ハ更ニ債主ニ命シテ前同様ノ辨濟受取證書ヲ指出サシム可シ然ルキハ其證書ハ公證人ノ記シタル者ニ等シキ効力ヲ有スル者トス

(第一千二百五十一條)

法律上ノ代位ハ左ノ四箇ノ場合ニアリ

第一 書入質又ハ先取特權ヲ有スル權利者カ同シキ權利ヲ有シテ其己レヨリ先順ニ辨濟ヲ受ク可キ他ノ權利者ニ辨濟ヲ爲シタル時

205
後順ニ辨濟ヲ受ク可キ權利者先順ノ權利者ニ辨濟ヲ爲スニ付テハ最モ有益ノ者トス何トナレハ權利者ノ人数少キ時ハ義務者ノ財産ヲ公賣シ以テ其代價ヲ配當スルノ費用ヲ省キ自然

自己ノ得可キ金額多キニ至レハナリ加之先順ノ權利者ハ時ノ良否ニ拘ハラス義務者ノ財產ヲ公賣シ其辨濟ヲ得ント欲スルヲ屢之レアリ而テ其公賣宜キヲ得サルハ後順ノ權利者時トシテハ全ク自己ノ辨濟ヲ得ルヲ能ハサルニ至ル可シ故ニ彼レカ如キ危險ナル權利者一時辨濟ヲ爲シ置キ尙ホ好時機ヲ待テ其財產ヲ公賣セハ隨テ其代價モ多額ナル可シ則チ當ニ後順權利者ノ利益ナルノミナラス亦義務者ニ於テモ相當ノ利益アル可シ是法律上其權利者ニ代位ヲ付與シタル所以ナリ

本條ノ第一項ニ據レハ後順ノ權利者ヨリ先順ノ權利者ニ辨濟ヲ爲シタル時ニ非ラサレハ法律上ノ代位ヲ許サストアリ是諸學士ノ常ニ非難スル所ナリ其論旨ハ前ニ説明セシ如ク權利者ノ人數少キ時ハ義務者ノ財產公賣等ノ費用ヲ省キ權利者ノ利益トナル可キ者ナレハ正當ノ目的ヲ以テ辨濟ヲ爲シタル者ニハ其順位ノ先後ニ拘ハラズ之ニ代位ヲ付與シテ其權利ヲ保護セサル可カラスト云フニ在リ

第二 書入ニ供シアル不動産ヲ買入レタル者其代價ヲ以テ其書入權ヲ有スル權利者ニ辨濟シタル時

論者曰ク買主ニシテ舊權利者ニ代位スル者トセハ是自己所有ノ財產ニ付テ書入權ヲ有スル者ニシテ定ニ不通ノ論ナリト云ハサル可カラズ時ニ代位ハ其辨濟シタル金額ヲ失ハシメサルノ方法タルニ過キス而シテ買主ハ義務者ニ渡ス可キ代價ヲ以テ權利者ニ辨濟シタル者ナレハ復タ義務者ヲシテ其辨濟金ヲ償還セシム可キ理由ナキナリ然ハ買主代位ヲ爲スモ果テ何ノ利益アルヤト

買主ハ其不動産ニ付確定ノ所有權ヲ得タル者ナレハ此論正當ナル可シト雖モ未ダ之ヲ然リトスルヲ得ス蓋シ其買入代價ヲ以テ其不動産ニ付書入權ヲ有スル諸他ノ權利者ニ辨濟スルニ足ラサルヲ往々之アリ然キハ他ノ權利者其買主ニ對シテ其不動産ヲ取戻シ之ヲ公賣セント要求スルヲナシト云フ可カラズ而テ裁判所ニ於テ其要求ヲ許容シテ其賣買ヲ解除セシメントセシニ買主若シ代位ヲ有セサルハ唯通常ノ辨濟者タルニ過キスシテ其公賣ヨリ生スル代價ニ付其頭分配當ヲ受クルニ過キサル可シ之ニ反シテ買主代位ヲ有スルハ他ノ權利者ト共ニ書入權ヲ有シ殊ニ先順ニ辨濟ヲ受ク可キ者ノ代位者ナルヲ以テ假令ヒ其不動産ヲ公賣ニ付スルモ決シテ其代價ヲ失フノ憂アルヲナシ是買主ノ爲メニ代位ヲ付與セシ所以ナリ

代位ハ獨リ其買主ノミ之ヲ有ス可キニ非ラズ書入ニ供シアル不動産ヲ他ノ方法ニ因テ獲得シタル者ト雖モ其負債ヲ辨濟シタルハ亦其代位ヲ有ス可キ者トス例ハ交換者又ハ受贈者ノ如キ是ナリ即チ第八百七十四條ニ於テ書入ニ供シアル不動産ヲ遺囑贈遺ニ因リ獲得シテ之ニ關スル負債ヲ辨濟シタル者ハ其權利者ノ代位者トナリ遺物相續人ニ向テ其辨濟ノ償還ヲ請求スルヲ得用シトアリ抑モ遺囑贈遺ニ因テ得タル者ハ即チ恩惠ヲ受ケタル者ナリ然レ猶ホ代位權ヲ許レセリ況ンヤ交換ノ有償ナルニ於テチヤ殊ニ第二千六百六十八條及ヒ第二千七百七十八條ヲ比較シテ能ク其精神ヲ討究スルハ總テ不動産ノ所持人ニシテ其書入ニ關スル負債ヲ辨濟シタル者ハ其義務者ニ對シテ之カ償還ヲ求ムルヲ得可シトアリ其償還ヲ求ムルヲ得可キ者ハ即チ義務者ノ爲メニ辨濟シタル者ナリ而テ本條第二項ノ買主モ亦義

務者ノ爲メニ辨濟シタル者ニ外ナラス是交換者及ヒ受贈者モ亦買主ト同ク代位チ有スルヲ得可キ所以ナリ

第三 他人ト共ニ義務ヲ負擔シ又ハ他人ノ爲メニ負擔シテ其義務ヲ盡シタル時

他人ノ爲メニ義務ヲ負擔スルトハ保證人ノ如キチ云ヒ他人ト共ニ義務ヲ負擔スルトハ連帶義務者ノ如キチ云フナリ然ハ他人ト共ニ義務ヲ負擔スル者カ其義務ノ全部ヲ辨濟シタリト雖モ其一部分ニ付テハ自己ノ負擔ス可キ義務ヲ辨濟シタル者ニシテ全ク他人ノ爲メニシタルニ非ラス又固ヨリ他人ト共ニシタルニ非ラス而テ其他人ノ負擔ス可キ部分ニ付テハ其辨濟ハ固ヨリ他人ト共ニシタルニ非ラスシテ全ク他人ノ爲メニシタル者ナリ然ハ(共ニ)ノ文字ヲ刪除シテ可ナル者ノ如シ何トナレハ其保證人ト云ヒ連帶義務者ト云ヒ其辨濟チ爲シタル後他人ノ負擔ス可キ部分ノ償還チ求ムルヲ得可キハ毎ニ他人ノ爲メニ負擔シタル者ナレハナリ蓋シ本項ハ別段困難トスル所ナシ故ニ敢テ他ノ説明ヲ要セス

第四 豫メ相續財産ノ取調ヲ爲シテ相續シタル者其財産ニ關スル負債チ自己ノ財産ヲ以テ辨濟シタル時

此相續人ハ自己ノ財産ヲ以テ其辨濟チ爲シ以テ代位チ有スルキハ亦自ラ其利益アリ何トナレハ其相續ノ計算タル其權利者ノ人數多少ニ因テ難易アリ又其費用ニ多少アレハナリ

(第一千二百五十二條)

代位辨濟ハ最初ノ權利者ヨリ見レハ通常ノ辨濟タルニ過キストノ原則ヨリ左ノ結果チ生ス
第一 貸高ノ一部分ノミチ受取タル書入質及ヒ先取特權チ有スル權利者ハ代位者ニ拘ハラ

ス其殘額ニ付書入質ノ權利チ行フヲ得ルナリ故ニ最初ノ權利者ヨリ見レハ代位者ハ通常ノ權利者タルニ過キス例ヘハ茲ニ貸金千二百圓ノ書入質チ有スル權利者アリ辨濟期限ニ至リ他人即チ代位者ヨリ金六百圓ヲ受取タリト雖モ其後義務者身代限チ爲シタルニ因リ其殘額六百圓ヲ得ンカ爲メ其書入質ノ不動産ヲ公賣セシニ金七百圓ノ代價チ生シタリ此場合ニ於テハ權利者ハ代位者ニ先チ己レカ受取ル可キ六百圓ヲ得可シト雖モ代位者ハ僅カニ其殘金百圓ヲ得ルニ過キス何トナレハ代位ノ効力ハ最初ノ權利者ニ及フニ非ラスシテ唯義務者若シハ其他ノ債主ノミチ及フ者ナレハナリ是本條ニ於テ代位者ハ權利者チ害スルヲ得スト規定セシ所以ナリ本條後段ニ曰ク但シ舊債主自己ノ權利ノ一部分ノミチノ辨濟チ得タルキハ代位者舊債主チ害スルヲ得ス舊債主ハ其殘額ヲ得ンカ爲メ一部分ノ立替チ爲シタル代位者ヨリ先キコ自己ノ權利チ行フヲ得ヘシト之ニ反シテ權利者ハ代位ニ因リ債主權一部分ノ辨濟チ得タルニ非ラスシテ其一部分チ他人ニ讓渡シタルキハ其結果全ク前例ト異ナリ債主權一部分ノ讓渡シハ其債主權及ヒ附從ノ權利チ分割スル者ニシテ讓渡人及讓受人ハ即チ共同權利者トナルナリ故ニ書入質ニ付シアル物件チ公賣シテ其代價僅ニ貸金ノ半額ナリトモ讓渡人及ヒ讓受人ノ分配ハ之ヲ平等ニ爲サ、ル可カラス

第二 代位セシメタル權利者ハ其債主權ノ成立チ保證ス可キ者ニ非ラス故ニ若シ其債主權元來成立セサル者ナルキト雖モ代位者ハ其權利者ニ對シテ辨濟金ノ返還チ請求スルニハ唯不當ノ利益取還ノ訴權チ有スルニ過キス之ニ反シテ權利者其債主權チ他人ニ讓渡シタルキハ其債主權ノ成立チ保證ス可キ者トス故ニ若シ其債主權元來成立セサル者ナルキハ其讓受

人ハ權利者即チ讓渡人ニ對シテ其保證ヨリ生スル訴權チ有ス可キ者トス
 不當ノ利益取還ノ訴權ハ唯相手方ノ故ナク得タル利益チ返還セシム可キニ過キスト雖モ保
 證ヨリ生スル訴權ハ唯相手方ノ得タル利益チ返還セシム可キノミナラス其債主權不成立ニ
 因リ債ハシメタル損失チモ共ニ償却セシム可キ者トス其損失トハ即チ其不成立ニ因リ讓受
 人敗訴シテ自ラ負擔シタル訴訟入費ハ勿論之カ爲メ失フタル利益等チ云フナリ

第三 代位辨濟ハ其辨濟チ確認シタル受取證書ノ日附確定ノ者トナリタル時(第千三百二
 十九條)ヨリ他人ニ對シテ對抗シ得可キ者トス之ニ反シテ債主權ノ讓渡シハ公正ノ方法ニ
 因リ義務者之チ承諾シタル後カ又ハ相當官吏チノ義務者ニ之チ通知セシメタル後ニ非ラサ
 レハ他人ニ對抗シ得可カラサル者トス

代位者ニ讓渡シタル權利ハ其立替金チ失ハシメサル爲メナリトノ原則ヨリ左ノ結果チ生ス」
 第一 代位者五百圓チ立替テ義務者ニ千圓ノ負債チ免レシメタルモ義務者ニ對シテ請求ス
 可キ金額ハ猶ホ立替タル五百圓ニ過ク可カラス之ニ反シテ五百圓チ以テ千圓ノ債主權チ讓
 受ケタル者ハ義務者ニ對シテ其千圓チ請求スルヲ得可シ
 此ノ如キ差異アル理由ハ甚ダ簡單ナル者ナリ債主權讓受人ノ目的ハ己レチ利スルニ在リ故
 ニ讓受代金以上ノ請求チ爲スヲ得可シ代位者立替ノ目的ハ己レチ利益スルニ非ラスシテ
 義務者チ扶助スルニ在リ故ニ立替金以上ノ請求チ爲スヲ得ス
 第二 利息制限法發布前ノ債主權チ發布後ニ讓受ケ其利息ハ制限ニ超過スト雖モ猶ホ其利
 息チ請求スルヲ得可シ然レ此場合ニ於テ代位ノ立替チ爲スルハ其超過ノ利息チ請求スル

ヲ得スシテ全ク制限法ニ從フ可キ者トス
 代位ノ利益チ拋棄シテ更ニ通常ノ權利チ行フヲ得可シトノ原則ヨリ左ノ結果チ生ス
 代位者其立替金チ請求スルニハ左ノ二箇ノ訴權中其一チ擇ムヲ得可シ第一自身固有ノ訴
 權(代理ノ訴權又ハ事務管理ノ訴權)第二舊權利者ノ訴權ナリ然レ概チ第一ノ訴權チ行フヨ
 リハ第二ノ訴權チ以テ利アリトスト雖モ或ハ反對ノ場合ナキニ非ラス即チ舊權利者ノ債主
 權無利息ナル時ノ如キ是ナリ此ノ場合ニ於テハ第二ノ訴權チ以テセハ裁判所へ訴ヘタル日
 ヨリコ非ラサレハ其利息チ生セスト雖モ第一ノ訴權チ以テセハ其立替タル日ヨリ當然其利
 息チ生ス可キ者トス之ニ反シテ債主權ノ讓受人ハ舊債主權ノ外他ノ權利ナキチ以テ若シ其
 權利チ拋棄セハ復タ其讓受代價チ請求スルノ道ナキ者トス
 却說代位者場何人ニ對シテ代位チ主張スルヲ得可キヤト云フニ左ノ人々ニ於テス可シ

第一 義務者ニ對シテ主張スルヲ得可シ
 第二 義務者ノ他ノ權利者ニ對シテ主張スルヲ得可シ但シ他ノ權利者チシテ舊權利者ニ
 屬セル抵當物チ平等ニ分配セシムルヲ妨ケンカ爲メナリ
 第三 保證人ニ對シテ主張スルヲ得可シ
 第四 舊權利者ニ屬セル書入ノ不動産チ占有スル者ニ對シテ主張スルヲ得可シ

(第三節) 數箇ノ義務中ノ一ニ算入

(第千二百五十三條乃至第千二百五十六條)

一箇ノ人ニ對シテ同性質ニ係ル數箇ノ義務チ負フタル者其義務ノ一箇又ハ二箇チ辨濟シタ

ルハ數箇中何レノ義務ノ辨濟ニ充テタルヤチ指定スルヲ要ス之ヲ辨濟ノ算入ト云フ而テ其算入ヲ爲スノ權利ハ義務者ニ屬スル者トス(第一千二百五十二條)何トナレハ義務者ニ自己ノ金額ヲ隨意ニ處分スルノ權チ有スレハナリ然レ義務者若シ其算入ヲ爲スヲ怠リタルハ其之ヲ爲スノ權ハ權利者ニ移リ權利者又之ヲ爲サ、ルハ法律上雙方ノ意思ヲ推測シテ之カ算入ヲ爲ス者トス

義務者ハ自ラ算入スルノ權利アリト雖モ左ノ規則ニ制限セラレ可キ者トス

第一 數箇中一箇ノ義務チ全ク辨濟スルニ足ラサル金額ヲ提供スルハ其辨濟ニ算入スルヲ得ス何トナレハ權利者ハ其一部分ノ辨濟ヲ受ク可キ義務チ有セサレハナリ(第一千二百四十四條參看)

第二 辨濟ノ期限權利者ノ利益ノ爲メニ設ケタルハ其期限ニ至ラサル者ニ算入スルヲ得ス

第三 利息ニ算入セスシテ元金ニ算入スルヲ得ス

此第三ノ場合ニ於テ權利者カ受取タル金高其利息ノ高ニ超ユルモ其超高元金ノ辨濟ニ足ラサルハ元利ノ中へ受取タル旨ヲ記載シタル受取證書ヲ渡シタリト雖モ之ヲ以テ元金ノ中若干及ヒ利息ノ中若干チ受取タル者ト推測スルヲ得ス是法律上受取證書ノ文面ニ拘ハラズ其受取タル金額ハ先ツ利息ニ算入シ其殘額ヲ元金ニ算入ス可シト規定セシ所以ナリ(第一千二百五十四條)

自ラ算入セスシテ辨濟シタル義務者ハ其算入ヲ權利者ニ委任シタル者ト云ハサル可カラズ

故ニ其權利者ノ算入ヲ記載シタル受取證書ヲ受取ルハ則チ其算入ヲ默認シタル者トス但シ權利者是ニ付詐欺アル時ハ格別ナリ因テ義務者其算入ニ故障ヲ爲サントスルハ其詐欺ヲ證明セサル可カラズ(第一千二百五十五條)

受取證書中辨濟算入ノ記載無キ時ハ左ノ順序ニ從テ算入スルヲ要ス

第一 數箇ノ義務中請求期限已ニ至リシ者ト未タ至ラサル者ト有ルハ其期限ノ至リシ者ニ算入ス可シ

第二 數箇ノ義務共ニ請求期限ニ至リシ者ナルハ之ヲ辨濟スルニ付テハ最モ義務者ノ利益トナル可キ者ニ算入ス可シ例ヘハ其義務ニ書入質アル者ト是等ノ保證ナキ者トアラハ先ツ其書入質アル者ニ算入ス可シ

第三 數箇ノ義務共ニ同一ノ性質ニシテ孰レチ先キニスルモ義務者ニ利害ナキハ日附ノ最モ舊ルキ者ニ算入ス可シ若シ其日附モ亦同一ナルハ其辨濟ハ數箇ノ義務ノ全部ニ平分ス可シ(第一千二百五十六條)

日附ノ最モ舊ルキ者トハ其義務チ生セシ日附ヲ云フヤ將タ請求期限ノ先キニ至リシ日附ヲ云フヤ一般ノ說ニ據レハ請求期限ノ日附ナリト云ヘリ是余ノ取ラサル所ナリ蓋シ立法官モ亦平常ハ普通ノ語ヲ用ユル者ナリ故ニ普通ノ語ニ據テ論スレハ日附ノ最舊ノ者トハ其證書ニ記載アル日附即チ其義務ノ生セシ日附ヲ云フヤ明カナリ加之第一千二百五十六條ハボチエ一氏ノ草案ヲ寫來ル者ナリ而テ其草案ニハ左ノ文面ヲ掲載セリ

數箇ノ義務同一ノ性質ナルハ日附ノ最モ舊ルキ者ニ算入ス可シ若シ又其義務同日ニ生シ

〇〇者ナルハ請求期限ノ先キニ至リシ者ヲ以テ最モ舊ルキ者ト見做ス可シト右ノ文面ニ據レハ請求期限ノ先後ニ因テ日附ノ新舊ヲ定メタルハ特ニ其義務同日ニ生シタル者ノミニ關スルヲナルヲ知ル可シ今此反對ニ據リ若シ其義務ノ生シタル日附ニ先後アルハ固ヨリ其先後ニ因テ日附ノ新舊ヲ定メサルヲ得サル可シ亦以テ請求期限ノ先後ニ非ラサルヲ知ルヲ得可シ

(第四節) 辨濟ノ提供及ヒ其附托

(第一千二百五十七條)

凡ソ義務ナル者ハ義務者ノ財産ニ影響ヲ及ホシ其處置如何ニ因テ動モスレハ其信用ヲ害スル者ナリ加之其義務ノ目的確定物ニ關スルハ義務者之ヲ執行スルマテ其保存ノ責ヲ免レヌ又不確定物ニ關スルハ天災ノ滅盡ト雖モ其損失ヲ免レサル者ナリ故ニ其執行期限ニ至リ之ヲ執行スルコト於テハ大ナル利益ヲ有スル者トス
然レ若シ權利者ニ於テ其執行ヲ拒ミテ受ケサルハ義務者之ヲ如何シテ可ナラシヤ法律ハ提供ト附托トノ方法ヲ設ケ義務者有効ニ之ヲ行フハ則チ其辨濟ニ等シキ効力アル者ト爲セリ

何チカ提供ト云ヒ又何チカ附托ト云フヤ提供トハ義務者使吏ヲシテ其義務ノ目的物ヲ權利者ニ指出サシメ以テ之ヲ受取ル可キ旨ヲ請求スルノ所爲ヲ云フナリ故ニ其物件ヲ指出サシテ唯之ヲ受取ニ來ル可キ旨ヲ通知スルノミニテハ提供ニハアラサルナリ何トナレハ其現物ヲ指出サスシテ唯其通知ノミニテハ辨濟ノ眞實ナルヲ證明スルニ足ラサレハナリ

權利者又其指出シタル物件ヲ受取ルヲ拒絶スルハ使吏ハ其提供セシト其受取ルヲ拒絶セラレタルトテ調書ニ記ス然後義務者ハ使吏ニ左ノ如キ報告書ヲ作ラシメ以テ其權利者ニ送達セシム曰ク某ノ日某ノ時某ノ處ニ參會シ既ニ提供シタル物件ヲ受取ル可シ若シ參會セサレハ其物件ヲ附托ス可シト

右ノ報告書ヲ送達セシモ權利者猶ホ參會セサルカ又ハ參會スルモ猶受取ルヲ拒ミタルハ乃チ義務者其物件ヲ附托ス可キ者トス是提供及ヒ附托ノ總則ナリ
然レ其義務ノ目的物ノ種類ニ因リ左ノ差別アリ

- 第一 金額ニ關スル義務
- 第二 確定物ニ關スル義務
- 第三 金額外ノ不確定物ニ關スル義務

(第一千二百五十八條)

金額ニ關スル義務ハ其提供ヲシテ有效ナラシメシムコトハ左ノ七件ニ循ハサルヲ得ス

- 第一 辨濟ヲ受取ル可キ能力ヲ有スル權利者又ハ適法ノ代理者ニ提供スル事
- 第二 辨濟ヲ爲ス可キ能力ヲ有スル義務者ヨリ提供スル事何トナレハ權利者ハ法律上瑕玼アル者ト認ムル辨濟ヲ強ヒテ受取ルニ及ハサレハナリ
- 第三 元金及ヒ利息并ニ敗訴シタル者ナレハ訴訟入費等盡ク辨濟スルニ足ル可キ金額ヲ提供スル事何トナレハ第一千二百四十四條ノ規則ニ從ヒ權利者ヲシテ一部分ノ辨濟ヲ受取ラシムルヲ得サレハナリ

第四 辨濟ノ期限權利者ノ利益ノ爲メニ設ケアルキハ其期限ニ至リシ後ニ提供スル事

第五 義務ノ成立未必條件ニ關スルキハ其條件ノ成就シタル後ニ提供スル事

第六 辨濟ヲ爲ス可キ場所ヲ豫定シアルキハ其場所豫定シナキハ權利者其人ニ對シテカ又ハ其住所ニ提供スル事蓋シ一般ノ規則ニ據レハ辨濟ノ場所ヲ豫定セサルキハ權利者カ義務者ノ住所ニ來テ請求ス可キ者トス然レ提供ノ場合ニ於テハ此規則ヲ適用スルコト能ハス何トナレハ權利者唯ニ來テ請求セサルノミナラス反テ義務者ノ辨濟ヲ拒絶スルノ場合ナレハナリ

第七 提供ハ是等ノ手續ヲ行フ可キ性質ヲ有スル公ケノ官吏コテ之ヲ行フ可キ事概ス使吏之ヲ行フヲ以テ通常トナセ然レ公證人モ亦等シク之ヲ行フ可キ權利ヲ有ス

(第一千二百五十九條)

本條ニ附托ヲ有効ニ爲サンコハ敢テ裁判所ノ允許ヲ受クルニ及ハストアリ允許ヲ受クルコ及ハサルコト何故殊更コ之ヲ記載セシヤ曰ク他ナシ本法制定以前ノ慣習ニテハ義務者提供ヲ爲シタル後ニ附托ヲ爲サントスルニハ必ス裁判所ノ允許ヲ受クルコトヲ要セシナリ故コ本條之カ反對ヲ示メシ以テ其慣習ヲ廢棄セシコトヲ知ラシメシ者ナリ

本條ノ附托ハ義務ノ目的物金額ニ關スル場合ニアリ而テ其附托ヲ有効ニ爲サンコハ左ノ手續ヲ要ス

第一 提供シタル金額ヲ更ニ附托セントスル前其附托ス可キ場所及ヒ日時ヲ記載シタル通知狀ヲ權利者ニ送達スル事此通知狀ノ目的ハ其附托ヲ爲サ、ル前權利者ヲシテ其金額ヲ受

取ラシメントスルコアリ何トナレハ其附托モ亦多少ノ入費ヲ權利者ニ負ハシムル者ナレハナリ

第二 提供シタル金額ニ其附托ノ日迄ノ利息ヲ加ヘ之ヲ法律上指定スル所ノ預役所ニ附托スル事此役所ハ貯金役所ノ如キ者ナリ

第三 提供シタル金額ノ種類及ヒ權利者之ヲ受取ルコトヲ拒ミシコト又ハ受取ノ爲メ參會セサルコト又ハ附托ノコトヲ記シタル公ケノ官吏ノ調書ヲ備フル事

(第一千二百六十條)

第四 權利者參會セサル場合ニ於テハ其附托調書ヲ權利者ニ送達シ以テ其金額ヲ預リ役所ヨリ受取ル可キ旨ヲ通知スル事

提供ヲ爲スニ付テノ費用ハ權利者ニ於テ之ヲ擔當ス可キ者トス何トナレハ權利者其受取ル可キ者ヲ受取ラサルコト因テ生セシ費用ナレハナリ

(第一千二百五十七條第一千二百六十一條第一千二百六十二條及第一千二百六十三條)第十七條再出

此諸條ハ提供及ヒ附托ノ効力ヲ規定セシ者ナリ就中第一千二百五十七條ニ於テハ義務者其提供ノ後ニ附托ヲ有効ニ爲シタルキハ全ク其義務ヲ免ル可キ者トス然レ其義務ノ免除ハ其提供ノ日ニ在ルヤ又ハ附托ノ日ニ在ルヤノ一問題アリ

或人ハ其免除ハ提供ノ日ニ溯ル者ナリト云ヘリ而テ其論旨ハ本法ノ提供シタル後ニ引續ヒテ附托シタルキハ其提供ハ義務者ヲ免除ストノ文面ニ基礎セリ然レ一般ノ說ニ於テハ其義務

務ノ免除ハ附托ノ日ニ在リト云ヘリ而テ其論據トスル所ハ第千二百五十九條ノ提供シタル金額ニ其附托ノ日迄ノ利息ヲ加ヘ云々又第千二百五十七條ノ義務ノ目的物ヲ附托シタル後コ非ラサレハ其目的物ハ權利者ノ擔當ス可キ者トナラスト云フノ規則ニ根底セリ故ニ其義務ノ免除ハ提供ノ日ニ在ラシテ附托ノ日ニ在リト斷定シテ不可ナキナリ

然レ訴訟法第八百十六條ニ據ルニ其利息停止ノ時期ニ關シテハ人チシテ亦一塊ノ疑團ヲ生セシムル者ノ如シ其文ニ曰ク提供ヲ有効ノ者ト爲シタル裁判言渡シニハ其提供シタル金額ヲ權利者受取ラサルニ因リ之ヲ附托シタル時ハ其實行ノ日ヨリ利息ノ停止ヲ言渡ス可シト而テ其實行トハ如何ナル意義ナルヤト問フニ一般ノ說ニ於テハ實行トハ即チ提供シタル金額附托ノ實行ナリトノ答辨ヲ得タリ是ニ於テ手疑團忽チ氷解シ則チ該法條ハ本法ノ規則ト毫モ背馳サセルコト知ルナリ

又一說アリ曰ク實行ノ意義ヲ了解センニハ本法制定前巴理府裁判所ノ判決例ニ據ラサル可カラス該例ニ依レハ提供ヲ爲シタル義務者ハ之ヲ附托スル爲メ裁判所ノ允許ヲ得ルコトヲ要シタリ而テ其允許ヲ得ルニハ其提供シタル金額ヲ再ヒ認庭ニ提供スルコトヲ要シ即チ其所爲ヲ實行ト稱シタリ本法ニ於テハ豫メ裁判所ノ允許ヲ要セスシテ有効ニ附托ヲ爲スコト得ルト雖モ亦時宜ニ因リ其允許ヲ得ルコト妨ケサルナリ故ニ訴訟法第八百十六條ハ其時宜ニ因リ允許ヲ得ル爲メ既ニ提供シタル金額ヲ再ヒ認庭ニ提供スルノ場合ニ適用ス可キ者ナリト

此說ノ歸着スル所ハ裁判所ノ允許ヲ得スシテ附托シタル者ハ其附托ノ日ヨリ利息ヲ停止シ又其允許ヲ得ンカ爲メ既ニ提供シタル金額ヲ再ヒ認庭ニ提供シタル者ハ其提供ノ日ヨリ利

息ヲ停止スト云フニアリ

又此說ヲ證明スル爲メ左ノ理由ヲ附セリ

第一 訴訟法第八百十六條ノ編纂委員ハ巴理ノ裁判所ニ於テ久シク事務ヲ執リタル實際家ナリ

第二 其編纂委員ハ從來其裁判所ニ慣用ノ語ヲ用ヒシ者ニシテ其語ニ別段ノ意義ヲ付シタリトハ見做シ難シ

第三 若シ第八百十六條ノ實行ナル語ヲ附托ナル語ト同意義トセハ該條ハ終ニ無用ニ屬ス可シ何トナレハ其既ニ民法ニアル所ノ者ヲ再記シタルニ過キサレハナリ

此說原ト余輩ノ取ラサル所ナリト雖モ聊カ茲ニ陳辨シテ諸君他日ノ參照ニ備ヘンノミ是ヨリ將サニ提供ノ後チ附托ヲ爲シタル義務者ノ得タル免除ノ性質ニ講及セントス

本法ニ曰ク「附托ハ辨濟ニ等シキ効ヲ有ス」ト既ニ等シキト云ヘハ真正ノ辨濟ニ非ラサルナリ辨濟ハ固ヨリ其義務及ヒ之ニ附屬スル保證又ハ書入質等ヲ全ク消滅シ附托モ亦權利者ニ於テ再ヒ其義務ヲ請求スルコトヲ得ス及ヒ利息ヲ停止シ若クハ其附托シタル物件ハ權利者ノ擔當トナル等ノ點ニ於テハ其効力全ク辨濟ニ等シキカ如シト雖モ然レ義務者其附托物ヲ取戻スコトヲ得可シト云フノ點ヨリ觀レハ其効力全ク辨濟ニ異ナルナリ

然ハ何レノ時ヨリ附托ハ辨濟ニ等シキ効力ヲ有スルヤ曰ク權利者其附托ヲ受クシハ勿論之ヲ受ケサルモ其附托ハ有効ナリトノ裁判言渡ヲ受クレハ則チ辨濟ニ等シキ効力ヲ有スル者トス何トナレハ其裁判言渡ハ即チ權利者ノ受諾ニ代ル者ナレハナリ

然其裁判言渡ハ必シモ辨濟ニ等シキ効力ヲ有ストセス今之ヲ二箇ニ區別シテ然ル所以ヲ示メサン

第一 義務者ノ附托ハ有効ナリトノ裁判言渡ヲ受クレハ權利者ニ於テ其控訴ヲ爲サ、ル間ハ義務者其附托物ヲ取戻スヲ得ス何トナレハ其裁判ハ權利者ノ控訴ヲ爲サ、ル間ハ常ニ確定ノ効力アル者ナレハナリ故ニ此場合ニ於テハ辨濟ニ等シキ効力アリ

第二 右ニ反シテ權利者控訴ヲ爲シタルハ義務者ハ何時ナリトモ其附托物ヲ取戻スヲ得ルナリ何トナレハ其控訴ヲ爲セシ後ハ一時始メノ裁判言渡ヲ取消ス可キ者ナレハナリ故ニ此場合ニ於テハ前ト反對ノ結果ヲ生セリ

(第一千二百六十四條)

確定物ノ義務ニ關スルハ現物ノ提供法ヲ行フ能ハス殊ニ不動産ニ關スルハ如キハ之ヲ權利者ノ住所ニ運搬セシムル者トスルコトハ實際能ハサルコトナリ故ニ法律上現物ノ提供ヲ要セス之ニ換フルニ其物ヲ受取ル爲メ相當ノ場所ニ來會センコトヲ求ムルノ催促書ヲ權利者ニ送達スル者トセリ而テ權利者其書ヲ得ルモ尙ホ來會シテ其物ヲ受取ラス又義務者ニ於テ其物ノ存在スル場所ノ入用ナル時ハ裁判所ノ允可ヲ得テ之ヲ其指示スル所ニ附托スルコトヲ得可シ

故ニ確定物ニ關スル義務ト金額ニ關スル義務トノ差異アルコト左ノ如シ

第一 現物ノ提供ニ換ユルニ一ノ催促書ヲ送達スル事

第二 附托ヲ爲スコ裁判所ノ允可ヲ要スル事

第三 附托ノ場所ハ裁判所ヨリ之ヲ指示シテ法律上之ヲ定ムルニ非ラス若シ急速ヲ要スル場合ニ於テハ義務者自ラ撰ム所ニ附托シ後テ裁判所ヲシテ之ヲ認可セシムル事

此說ニ對シテ三箇ノ非難アリ

第一說ニ曰ク確定物ノ義務ニ關スルハ現物ノ提供ヲ要セスシテ催促書ヲ送達スルハ唯其物件ヲ運搬スルノ勞ヲ省クガ爲メナリ然ハ不確定物ト雖モ亦其勞ヲ省カサル可カラズ隨テ確定物ノ義務ニ關スル規則ヲ適用セサル可カラズ若シ確定物ハ運搬ノ勞ヲ省ク可シ不確定物ハ其勞ヲ省ク可カラズト云ハ、是非理ノ最モ甚シキ者ナリト

其レ然リ然リト雖モ余輩ハ今法律ノ當否ヲ論スルコトアラズシテ法律ノ意想ヲ探究スルコトアルナリ勿論第一千二百五十七條ニ於テ「自ラ義務ヲ免レント欲スル義務者ハ其辨濟ス可キ物件又ハ金額ヲ權利者ノ住所ニ送附ス可シ」ト記セシハ終ニ人ノ非難ヲ免カレサル者ナリト雖モ現ニ其法律ノ存在スル以上ハ亦之ニ從ハサル可カラサルヲ奈何セシ

第二說ニ曰ク確定物ノ義務ニ關スルハ現物ノ提供ニ換ヘ其物ヲ取受リコ來ル可シトノ催促書ヲ送達ス可シトハ第一千二百六十四條ニ明記スル所ナリ然ハ不確定物ヲ變シテ確定物ト爲スコトヲ得可シ例ヘハ米穀ノ如キハ義務者自ラ其分量ヲ定メ又其引渡シノ爲メ豫定シタル場所ニ備ヘ置クハ是即チ確定物ト爲スコ非ラスヤ然ハ則チ該條ヲ適用スルモ聊カ憚カル所ナカル可シト

221
余之ニ答テ云ハントス抑モ確定物トハ原ト不確定物ヨリ生スル者少ナカラスト雖モ權利者時ニ其物ヲ指定シ以テ之ヲ受取ランコトヲ確認セシノ謂ヒナリ然ニ義務者自ラ恣ニ其物ヲ指

定スルモ豈ニ之ヲ確定物ト謂フヲ得ンヤ此說固ヨリ取ルコ足ラサルナリト

第三說ニ曰ク第一千二百五十九條ハ第一千二百五十七條以下補助規則タルニ過キス而テ其文面ニ據レハ附托ハ法律上指定セシ場所ニ之ヲ爲ス可シトアリ而テ法律上指定ノ場所トハ夫ノ貯金役所ニ外ナラス然ハ第一千二百五十條以下ノ規則ハ唯金額ノ義務ノミニ關スル者ナリ何トナレハ貯金役所ハ金額外ノ附托ヲ受ク可キ所ニアラサレハナリト

此論ノ如キモ亦大ニ其當ヲ失ヒシ者ナリ如何ニモ法律ノ指定スル場所ハ特ニ金額ニ限ル者ナリト雖モ是固ヨリ攻撃ノ力アル者ニ非ラス即チ金額外ノ不確定物ノ附托ノ場所ヲ定ムルハ裁判所又ハ義務者ニアレハナリ

茲ニ二箇ノ注意ヲ促ス可キコアリ之ヲ述テ本節ノ局ヲ結ハン

第一 爲換手形若クハ裏書切手ノ所持人其期日迄ニ持參セサルニ方リ義務者其義務ヲ免レント欲セハ其金額ヲ預リ役所ニ附托スルヲ以テ足レリトシ必スシモ現物ノ提供ヲ要セス否ナ提供セント欲スルモ其人ノ誰タルヤ又何クニ在ルヤヲ知ル可カラサレハナリ而テ其後チ權利者持參セハ義務者ハ唯其附托證書ヲ交付スルニ止ルノミ蓋シ此事普通ノ規則ニ異ナルハ其物ノ性質然ラシムルナリ

第二 法條中一言モ爲ス可キノ義務ノ事ニ及ハス故ニ義務ノ性質權利者ト共行人ノ肖像ヲ畫クノ義務類ノスルコ非ラサレハ其義務ヲ免ル、コ能ハサル事ニシテ權利者之ヲ拒ムキハ義務者如何シテ可ナランヤ此場合ニ於テハ義務者ヨリ權利者ヘ共行ス可キ旨ノ催促書ヲ送達シ權利者尙ホ之ヲ肯ンセサルキハ第一千八百八十四條ニ據リ其義務ノ解除ト損害ノ賠償トヲ要求スルコチ

得可シ

(第五節) 財産拋棄

(第一千二百六十五條及第一千二百六十六條)

財産ノ拋棄ニ雙方ノ承諾ニ出ツル者ト裁判官渡ニ因ル者トノ二種アリ本條ニハ之ヲ釋義シテ曰ク「義務者其義務ヲ盡クスコ能ハサル時已レノ所有スル諸般ノ財産ヲ盡ク權利者ニ委任スルコト云フ」ト

此釋義ハ穩當ナラサル者トス蓋シ承諾上及ヒ裁判上ノ拋棄ニ於テモ共ニ穩當ナラサルナリ何トナレハ承諾上ノ拋棄ハ義務者其權利者ト同意ナルキハ未タ其義務ヲ盡クスコ能ハサルノ地位ニ至ラサルキト雖モ已レノ所有スル諸般ノ財産ヲ權利者ニ委任スルコト得ヘシ又裁判上ノ拋棄ハ義務者ニ於テ其拋棄ヲ求ムル爲メニハ唯其義務ヲ盡クスコ能ハサルノミヲ以テ足レリトセス猶ホ正實且ツ不幸ニシテ殊ニ民事上ノ禁錮(現今ハ民事上ノ)ニ處セラル可キ者タルヲ要スレハナリ

(第一千二百六十七條)

雙方ノ承諾ニ出ツル財産拋棄トハ義務者ガ數人ノ權利者ト協議シテ其承諾ヲ得タル者ヲ云フナリ而テ其拋棄ノ効力ハ豫メ之ヲ知ルコ能ハス其之ヲ規定シタル證書面ニ據テ始メテ知ル可キ者トス語ヲ換ヘテ云ハ、凡ソ財産拋棄ノ効力ハ權利者義務者雙方ノ定ムル所ニ由テ生スル者ナリ即チ左ノ如シ

第一 義務者ハ己レノ財産ニ付總テ其所有權ヲ權利者ニ拋棄シ以テ其義務ヲ免ル可シト權

利者義務者雙方ノ間ニ於テ之ヲ約スルコトヲ得可シ此拋棄ハ真正ノ代償辨濟ト云フ可キナリ
代償辨濟トハ即チ他物ヲ以テ辨濟スルノ謂ヒナリ

第二 權利者ハ義務者ノ拋棄シタル財産ノ所有權ヲ得スシテ唯之ヲ賣却シ其代償ニ付テ辨濟セシムルノ權ノミヲ得可シ權利者義務者ノ雙方ニテ之ヲ約スルコトヲ得可シ或曰ク權利者ハ常ニ義務者ノ財産ヲ差押ヘ且ツ之ヲ賣却シテ辨濟セシムルノ權アル者ナリ然ラハ其雙方ニ於テ故サラコ此ノ如キ契約ヲ爲スモ果テ如何ナル利益アルヤト蓋シ其利益甚ク大ナル者アリ凡ツ普通法ニ從ヘハ義務者辨濟ヲ怠リ權利者之ヲ得ント欲セハ必ス義務者ノ財産ヲ差押ニルノ訴ヲ爲サハル可カラス而テ其訴タル時多ク時日ト費用トヲ要シ且ツ極メテ繁雜ナル者ナリ財産拋棄ハ則チ此ノ繁雜等ヲ避ケンカ爲メコシテ酷ク簡單ナル者ナリ何トナレハ義務者只左ノ一陳辨ヲ以テ權利者ノ承諾ヲ得ハ其專了スレハナリ余今義務ヲ辨濟スルコト能ハス故ニ余カ總テノ財産ヲ以テ足下等ニ委附ス可シ足下等之ヲ公賣シテ各自ノ得可キ部分ヲ得可シト

(第一千二百六十八條乃至第一千二百七十條)

裁判言渡ニ因ル財産拋棄トハ權利者其拋棄ヲ拒ミタル時義務者ヨリ之ヲ強ユルヲ云フナリ是民事上ノ禁錮ヲ受ク可キ義務者ノ爲メ法律上許與シタル所ノ利益ニシテ義務者之ニ據テ其身ノ自由ヲ保ツノ權利ヲ有スル者トス

然レ此權利ヲ有セントスルニハ左ノ五條件ヲ具備スルニ非ラサレハ能ハサルナリ
第一 自己ノ義務ヲ盡クヌク能ハサル事

第二 自己ノ諸般ノ財産ノ權利者ニ委任スル事但シ法律上差押ニ可カラスト定ムル財産ハ此限ニ非ラス

第三 自己ノ不幸ナル事

第四 自己ノ正實ナル事

第五 民事上ノ禁錮ニ處セラル可キ者タル事但シ千八百六十七年七月二十二日ノ法律ニ依レハ此禁錮ハ商事民事及ヒ外國人ニ對スル事件ニ付テハ之ヲ廢止シ重罪輕罪及ヒ違警罪ヨリ生スル賠償事件ニ付テハ猶ホ之ヲ保存ス

義務者無資力ニ至リタルハ不幸ナル事實ニ原由セシコトハ義務者自ラ之ヲ證明ス可キ者トス何トナレハ法律ハ非常ノ事ヲ推測ス可キ者コアラサレハナリ然レ其正實ナルコトハ證スルヲ要セス何トナレハ其權利者ニ於テ反對ノ證據ヲ舉グルマテハ人ハ皆正實ナル者ト推測ス可ケレハナリ

以上ノ五條件具備スル時ハ豫メ義務者ニ於テ其財産ヲ拋棄セサル可シト特約セシ時ト雖レ法律ハ權利者ヲシテ終ニ其拋棄ヲ拒ムコトヲ得セシメス何トナレハ凡ソ國民ノ自由ニ關スル法律ハ即チ公ケノ秩序ニ關スル者ニシテ私約ヲ以テ其法律ヲ擾亂スルコトヲ許サハレハナリ

裁判言渡ニ因ル財産拋棄ノ効力ハ左ノ如シ
第一 義務者ヲシテ民事上ノ禁錮ヲ免レシム

第二 權利者ヲシテ拋棄財産ヲ賣却シ其代償ニ就キテ辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有セシム若シ其賣價義務者ノ負債高ニ超過スルキハ其過額ハ義務者ニ返付シ而テ義務者全ク其義務ヲ免

ル、ハ勿論ナリトス又其實價義務者ノ負債高ニ不足スルキハ義務者ハ尙ホ其殘額ノ義務ヲ負擔スル者ナルヲ以テ若シ新ニ自己ノ財産ヲ得ルキハ則チ權利者ノ抵當物トナル可キ者ナリ故ニ權利者ハ又之ヲ差押ヘテ賣却セシムルヲ得可シ

第三 義務者ニ於テ其拋棄シタル財産ヲ他人ニ讓渡シ又權利者ノ損害トナル可キ義務ヲ約スルノ權利ヲ剝奪ス

訴訟法第八百九十條以下ニ就テ財産拋棄ノ利益ヲ得可キ手續キヲ見ル可ク又同法第九百五條ニ依テ該利益ヲ得サルハ何人ナルヤヲ知ル可シ

(第二款) 義務更改

(第一千二百七十一條)

義務更改トハ一箇ノ新義務ヲ生出シテ舊義務ヲ消滅セシムルノ方法ヲ云フ故ニ一面ヨリ見レハ義務ヲ消滅スト雖モ又一面ヨリ見レハ義務ヲ生出スル者ナリ

然ハ如何ナル場合ニ於テ義務更改アルヤ凡ソ義務ハ三箇ノ原素ヲ以テ組成スル者トス即チ義務者權利者及ヒ義務ノ目的物是ナリ故ニ此三原素中ノ一ノ變更アレハ則チ義務ノ更改アル者トス

第一 義務ノ目的物ノ變更

第二 義務者ノ變更

第三 權利者ノ變更

今ヤ逐次ニ之ヲ講究セン

例ハハ義務者カ權利者ニ對シテ金若干ヲ拂渡ス可キ義務ニ代ヘテ更ニ米幾干ヲ引渡ス可キ義務ヲ約スルキハ是即チ義務ノ目的物ノ變更ニ因リ義務ノ更改アリタル者トス

又他人ヨリ權利者ニ向テ義務者ニ代リ其義務ヲ辨濟セント約スルキハ即チ義務者ノ變更ニ因テ義務ノ更改アリ

又義務者ハ權利者ノ指定シタル他人ニ對シテ更ニ義務ヲ負擔シタルニ因リ其權利者ニ對シテ己レノ負フタル義務ヲ免ル、トハ是權利者ノ變更ニ因テ義務ノ更改アリタル者ナリ

(第一千二百七十二條及ヒ第一千二百七十三條)

此兩條ハ第一千二百七十七條ノ次ニ讓ル但シ兩條ノ位地ヲ倒置ス

(第一千二百七十四條)

義務者ノ變更ヨリ生スル義務更改ハ權利者ト新義務者トノ承諾アルヲ以テ足レトス必シモ舊義務者ノ承諾ヲ要セス何トナレハ他人ノ義務ヲ辨濟スルノ所爲ハ其義務者ノ爲メニ利有リテ害無ケレハナリ

之ニ反シテ權利者ノ變更ヨリ生スル義務更改ハ義務者ト新舊權利者トノ三人ノ承諾ヲ必要トス何トナレハ舊權利者ハ己レノ債主權ヲ消滅シ義務者ハ新ニ義務ヲ負ヒ新權利者ハ其義務者ト結約ヲ爲ス等ニ付各其承諾ヲ必要トスレハナリ

義務更改ハ法律上三箇ノ方法ヲ指定セシニ過キスト雖モ其他猶ホ一箇ノ方法アリ即チ義務ノ原由ヲ變更シテ例ハハ借家賃ニ拂フ可キ若干金ヲ貸借金ノ名義ニ改ムルカ如キ是ナリ

此更改ニ於テハ二者大ニ其結果ヲ異ニセリ即チ借家賃ノ義務ハ五年ニシテ期滿免除ヲ得可

キ者ナリト雖モ(第二千二百七十七條參看)貸借金ノ義務ハ三十年ニシテ始メテ期滿免除ヲ
得可キ者トス又他ノ一方ヨリ論スレハ借家賃ニ對スル權利ニハ法律上其借主ノ動産ニ付テ
先取特權ヲ附與シアルヲ以テ其權利ヲ失フコト甚ク稀ナリト雖モ貸借金ニ對スル權利ニ至テ
ハ何等ノ擔保ヲモ附與シアラサルナリ(第千二百七十七條參看)

以上ハ皆新義務ヲ以テ舊義務ニ代ヘタル者ナリ然レ一義務中ノ附屬義務ノ變更ニ因テ其更
改ヲ行フニ足ル者ト速了ス可カラズ例ヘハ從來信用貸ニ成立タル義務ナルニ更ニ書入質ヲ
設ケ又ハ保證人ヲ定メ若クハ辨濟期限ヲ猶豫シタルカ如キハ決シテ其更改ヲ行フタル者ニ
非ラス何トナレハ此等ノ場合ハ義務ノ目的物、義務者、權利者及ヒ義務ノ原由ニ變更ナケレ
ハナリ

(第千二百七十五條及ヒ第千二百七十六條)

此兩條ハ第千二百八十一條ノ次ニ解ク可シ

(第千二百七十七條)

義務者ハ其辨濟ニ付自己ノ代理者ヲ權利者ニ指名シ權利者ハ之ヲ受取ニ付其代理者ヲ義務
者ニ指名シタル場合ノ如キモ亦義務ノ更改トハ云フ可カラズ何トナレハ夫ノ三原素一原由
ニ變更ナケレハナリ

(第千二百七十三條)

義務更改ハ動モスレハ他ノ許多ノ事爲ト混合シ易キ者ナリ故ニ權利者、義務者ノ雙方ニ於
テ豫メ其目的ヲ明言セサレハ其雙方ノ意思孰レニ在ルヤヲ知ルコト甚ク難シ例ヘハ金額ヲ拂

渡ス可キ義務者カ米穀ヲ引渡シタリトセンニ其契約證書ニ其所爲ヲ記載シナキハ義務更
改ナルヤ將ク別ニ米穀ノ義務ヲ負フタル者ナルヤ之ヲ知ルコト甚ク難シ

羅馬ノ上古法ニ據レハ此ノ如キ所爲ヲ以テ義務更改ト推測セリ而テ其法律ノ意ハ凡ソ義務
者既ニ己レノ義務ヲ盡クサスシテ同一權利者ニ對シ又別ニ義務ヲ約セントスルモ其權利者
ノ之ヲ肯ニスルハ甚ク稀ナリト爲スニアル者ノ如シ故ニ其所爲ヲ別ニ約シタル義務ト爲サ
スシテ更改義務ト推測セシナリ蓋シ未開ノ法律ナリ

其後「ジュスタニアン」帝ノ時ニ至テハ更改ノ意思ヲ明記スルニ非フサレハ別約ノ義務ト見
做セリ是レ世運漸ク進歩シ人事隨テ繁多ナルニ至リ古法ノ時勢ニ適セサルヲ察シ此改正ア
リシ者ノ如シ本法ニ於テ其二法ノ中ヲ採リ更改ハ決テ之ヲ推測セス又必スシモ明記ヲ要セ
ス唯更改ノ意思事實上明瞭ナルヲ以テ足レリトス

如何ナル義務ヲ以テ義務ヲ更改スルコトヲ得可キヤ義務更改ハ二箇ノ目的ヲ有スル者ニシテ
舊義務ノ消滅ハ新義務發生ノ原因トナリ新義務ノ發生ハ舊義務消滅ノ原因トナル故ニ消滅
ス可キ義務ナキハ發生ス可キ義務ナシ又發生ス可キ義務ナキハ消滅ス可キ義務ナキナ
リ是ニ由テ觀ルルハ不成立ノ義務ハ更改スルコトヲ得ス有効ノ義務ハ不成立ノ義務ヲ以テ更
改スルコトヲ得ス

今ヤ左ノ問題ヲ掲ケテ逐次ニ之ヲ辨解セン

第一 取消スルコトヲ得可キ義務ハ有効ノ義務ニ因テ更改スルコトヲ得可キヤ曰ク得可シ蓋シ取
消スルコトヲ得可キ義務ハ義務者之ヲ取消ス迄ハ民法上當然成立スル者ナリ故ニ義務者其取消

シ得可キヲ知テ猶ホ其義務ヲ履行スルカ又ハ之ヲ認定セハ則チ固ヨリ其履行ヲ妨ケサルナ
リ

第二 有効ノ義務ハ取消スルヲ得可キ義務ニ因テ更改スルヲ得可キヤ曰ク此事タル其更
改シタル義務ノ取消スルヲ得可キ者タルニ拘ハラズ義務者之ヲ履行スルト又之ヲ取消スト
ニ因テ其結果ヲ異ニス若シ之ヲ履行スルハ則チ有効ノ義務ヲ以テ有効ノ義務ニ更改シタ
ルト同一ナルヲ以テ右ノ問題ヲ可決セサル可カラズ若シ又之ヲ取消スルハ則チ原ト其取消
ノ効力タル嘗テ其義務無キ者ト看做ス可キ者ナルヲ以テ直ニ既往ニ溯テ再ヒ其舊義務ヲ發
生ス可キ者ト是右ノ問題ニ對スル一般ノ規則ナリ然レ若シ權利者ニ於テ偶生ノ性質ニ因
テ其更改ヲ承諾シ即チ他日義務者ニ於テ設ヒ之ヲ取消スモ決シテ舊義務ヲ再生セシメサル
ノ意思ヲ以テ結約シタル場合ニ於テハ格別ナリ

第三 未必條件ニ關スル義務ハ單純ナル義務ニ因テ更改スルヲ得可キヤ曰ク普通ノ規則
ニ依レハ未必條件ニ關スル義務ヲ以テ單純ナル義務ニ更改スルハ其單純ナル義務モ亦自
ラ未必條件ニ關ス可キ者トス故ニ未必條件成就スルハ其更改義務モ亦有効トナル者ナリ
何トナレハ其條件成就シタルト始メテ其更改ニ緊要ナル原素即チ舊義務ノ消滅ト新義務ノ
發生トヲ具備スレハナリ之ニ反シテ其條件成就セサルハ其更改義務ハ成立セス何トナレ
ハ此場合ニ於テハ舊義務ノ成立セザリシ者ト見做スヲ以テ義務更改ニ因リ消滅ス可キ者有
ラサレハナリ

然レ權利者若シ未必條件ニ關スル舊權利ヲ拋棄シ之ニ換ユルニ寡額ノ單純ナル新權利ヲ得

タリシ時ハ格別ナリトス例ヘハ金千圓ヲ目的ト爲シタル未必條件ニ關スル義務ヲ金五百圓
ニ充テサル單純ナル義務ニ因テ更改ヲ爲シタルハ其條件ノ成否ニ拘ハラズ其新義務ハ全
ク確定ノ者トス

第四 單純ナル義務ハ未必條件ニ關スル義務ニ因テ更改スルヲ得可キヤ曰ク此問題ヲ決
スルハ前ノ第三ト同一ニシテ新義務ノ効力ノ有無ハ亦未必條件ニ關ス可キ者トス故ニ若シ
其條件成就セサルハ新義務嘗テ成立セサル者ト見做スヲ以テ舊義務再ヒ發生スル者ナリ
若シ又其條件成就スルハ茲ニ始メテ其更改ノ義務行ハル、者ナリ然レ初メ更改ヲ約セシ
ル未必條件ニ關スル義務ヲ以テ單純ナル義務ヲ全ク消滅セシメタル事情有ルハ格別ナリ
トス

(第一千二百七十二條)

義務更改ノ契約ハ義務ヲ消滅スル者ナリ故ニ自ラ債主權ヲ處分スル能力ヲ有スル者ニ非テ
サレハ之ヲ爲スヲ得サルナリ是ヲ以テ幼年者ノ爲シタル更改ハ之ヲ取消スルヲ得可キ者
トス既ニ之ヲ取消セハ雙方共ニ舊位ニ復スルヲ以テ其舊義務再ヒ發生ス可キ者ナリ
又一方ヨリ觀レハ義務更改ノ契約ハ義務ヲ生出スル者ナリ故ニ自ラ義務ヲ負擔スルノ能力
アル者ニ非ラサレハ之ヲ爲スヲ得サルナリ是ヲ以テ幼年者ノ爲シタル更改ハ之ヲ取消ス
ルヲ得可シ尙ホ第一千二百七十三條ノ講述ヲ參考スヘシ

(第一千二百七十八條)

更改義務ニ於テモ主タル舊義務既ニ消滅セハ從タル舊義務モ亦共ニ消滅セサル可カラズ是

所謂主ハ從ヲ合ハスノ原則ニ依テ然ルナリ然レ其雙方ニテ特別ノ契約ヲ爲シ其舊義務ノ附從物ヲ以テ更ニ新義務ニ附從セシムルヲ得可シ
或曰凡ソ社會ノ秩序ヲ害セス法律ノ禁セサル所ハ何事ニ限ラス結約者雙方ノ自由ニ任スルハ民法上ノ原則ナリ設ヒ更改義務ナリト雖モ相互ノ承諾ヲ以テ其附從物ヲ移轉シ得可キハ固ヨリ雙方ノ自由ニ任シテ可ナリ法律上故サテ之ヲ明言スルヲ要セサル者ノ如シ然レ本條ニ於テ特ニ之ヲ明定シタルハ抑モ河ノ理由ナルヤト余之ニ答テ曰ク此附從物ノ移轉クル若シ法律之ヲ明定セサルハ決シテ相互ノ承諾ヲ以テ之ヲ行フヲ得可カラサルナリ蓋シ民法上相互ノ承諾ヲ以テ行フ事ハ其効力ノ獨リ將來ニ在ル者ニ許ルシテ既往ニ及ホス者ニ許ルサス而テ本條ノ附從物移轉ノ事ハ專ラ其効力ヲ既往ニ及ホス者ナリ故ニ之ヲ明定セサルヲ得サルナリ

(第一千二百七十九條)

義務者ノ變更ニ因テ更改ヲ爲シタルハ舊義務者ノ財産上ニ在リタル先取特權及ヒ書入質ノ如キ者ヲ新義務者ノ財産上ニ移ストヲ得ス蓋シ新義務者ハ更ニ書入質ヲ與フルヲ承諾スルハ妨ケ無シト雖モ其書入質ハ之ヲ承諾シタル時ノ日附ヲ要シ舊義務者ノ書入ノ日附ニ溯ルヲ許サス何トナレハ新義務者ニ對スル他ノ權利者ヲシテ其損害ヲ被ムラシムルノ虞アレハナリ但シ舊義務者ノ財産上ニ在リタル書入質ヲ其儘存在シ得可キヤ否ヤハ次條ニ於テ之ヲ知ル可シ

(第一千二百八十條及第一千二百八十一條)

權利者主タル義務者ト其義務ヲ更改シタル時ハ保證人其義務ヲ免ル可シ何トナレハ主タル義務消滅スレハ其附從タル保證ノ義務モ亦必ス消滅ス可ケレハナリ但シ保證人又新義務ヲ保證スルヲ承諾シタルハ格別ナリ

佛國學士ムールロン氏ノ說ニ依レハ舊義務ノ保證人ヲシテ更ニ新義務ノ保證ヲ爲サシムルニハ必スシモ其承諾ヲ要セスト主張セリ而テ其論旨ハ新義務ノ保證モ亦舊義務ノ保證ノ分量ノ外ナラスシテ其負擔スル所ノ義務彼是輕重ナシト云フヲ以テ根據トナセリ

余ハ此說ヲ取テサルナリ何トナレハ本條ノ保證人ノ承諾ヲ要スルハ其義務ノ分量ノ輕重ニ淵源セシニ非ラズシテ凡テ契約ハ本人ノ承諾ヲ要スト云フノ法理ノ原則ニ基礎セシ者ト思惟スレハナリ

權利者其連帶義務者中ノ一人ト義務ノ更改ヲ爲シタル時ハ其連帶義務ノ消滅スルヲ猶ホ辨濟ニ因テ消滅スルカコトクナルヲ以テ其更改ヲ爲シタル者ト共ニ他ノ連帶義務者モ同ク其義務ヲ免ル可キ者トス但シ權利者ニ於テ其新義務ニ付總テノ連帶義務者ノ承諾ヲ得テ更ニ連帶セシメタル時ハ格別ナリトス

此更改ニ付舊連帶義務ニ書入質有リタルハ其書入ニ爲シタル財産カ義務更改ヲ爲シタル者ノ所有ナルト他ノ連帶義務者ノ所有ナルトヲ區別スルノ必要アリ

其財産カ義務更改ヲ爲シタル者ノ所有ナルトハ固ヨリ其新義務ニ附着セシムルヲ得可シト雖モ他ノ連帶義務者ノ所有ナルトハ其所有者ノ承諾ヲ得ルニ非ラサレハ其新義務ニ附着セシムルヲ得可カラサルナリ此點ニ於テモ亦「ムールロン」氏法律ヲ駁斥セリト雖モ其根

據トズル所ハ前ノ保證人ノ論旨ト同一ナルヲ以テ復タ爰ニ再言セス然レ左ノ問題ニ於テハ同氏ノ意見ノ益、非ナルヲ覺フ今之ヲ辨明セサル可カラズ
權利者ハ第三ノ人ト約シテ其義務者ニ代リテ義務ヲ負擔セシメ以テ義務者ノ義務ヲ免レシムル時舊義務者ノ承諾ヲ得シテ其者ノ不動産ヲ新義務ノ書入質ト爲スヲ得可キヤノ問題是ナリ

「ム十ルロン」氏此問題ニ答テ曰ク若シ余チシテ法律ヲ制定セシムレハ斯ノ如キ權利者チシテ舊義務ニ附着セシ書入質チ直ニ新義務ニ移スヲ允許ス可シ蓋シ此ノ如クスルモ敢テ舊義務者ノ損害トナルニ非ラズ又其義務ニ關係ナキ者ノ財産ト雖モ有効ニ書入質ト爲スヲ得可シト此論旨タル甚ダ事情ニ迂濶ナル者ノ如シ蓋シ第三ノ人ニシテ義務者ノ義務ヲ負擔シ其義務者チシテ義務ヲ免レシムル者ハ一面ヨリ觀レハ單ニ舊義務者チシテ其義務ヲ免レシメンカ爲メ自ラ代リテ新義務ヲ負ヒシ者ノ如クナリト雖モ其新義務ヲ負ヒシ者ハ十ノ八九ハ舊義務者ノ義務者ニシテ自ラ其義務ヲ免レント欲スルカ爲メナリ然ニ權利者ニ舊義務者ノ承諾ヲ竣タスニテ其義務ニ附着セシ書入質チ直ニ新義務ニ移スヲ許スハ舊義務者ハ實ニ危殆ノ地位ニ陥ヒル者ト云フ可シ即チ舊義務ハ消滅スト雖モ尙ホ書入質ハ依然トシテ存在スルヲ以テ其書入質執行ノ請求ヲ受クルニ至ル可シ然ハ則チ舊義務ノ消滅セサルト何ソ擇ハン又新義務者ニ對シテハ嘗テ自ラ有セシ權利ハ義務更改ニ因テ既ニ消滅セシテ以テ復ク之ヲ請求スルヲ能ハス唯其書入質執行ニ因テ受ケタル損害賠償ヲ請求スルヲ得ルニ過キサル可シ而テ其賠償ノ請求ニ付テモ唯其人ニ對スルノミニシテ他ニ何等ノ擔保ナシ

故ニ其實効ヲ奏スルヲ亦甚ダ稀レナル可シ「ムールロン」氏ニシテ舊義務者ノ是等ノ危殆ニ陥ヒルヲ豫見セサリシハ抑モ何ノ謂ソヤ

(第一千二百七十五條)

本條ハ義務者ノ代理人ト義務者ノ變更ニ因リ義務更改ヲ爲シタル者トチ混同セシメサランカ爲メ之ヲ設定セシニ過キズ其他ハ法文チ一讀シテ其意ノ有ルトコロチ了解シ得可シ但シ義務者ノ代理人ト義務者ノ變更トノ場合チ區別スルハ全ク事實ノ審問ニ屬ス可キ者ナルヲ以テ專ラ裁判官ノ判定ニ任ス可キ者トス

(第一千二百七十六條)

本條ハ義務者ヨリ代理人チ權利者ヘ指定シテ權利者其代理人チ向後義務者ト見做シ以テ從來ノ義務者チ全ク免除シタル以上ハ其後右代理人無資力トナリ義務ヲ完済スルヲ能ハサルノ地位ニ至ルモ權利者ハ再ヒ舊義務者ニ對シ自己ノ權利ヲ主張スルヲ得サル原則ヲ擧ケ而シテ又此ノ原則ニ對スル二個ノ例外ノ場合アルヲ指示シタルモノトス

右原則ノ理由ハ他ナシ權利者一旦義務者ノ代理人チ義務者ト見認メテ從來ノ義務者チ免除シタルハ此レ其代理人チ信スルノ厚キニ出テタルモノナレハ他日ノ無資力トナリタルハ從來義務者ノ與リ知ル處ニアラスシテ全ク權利者ノ過信ニ因セシモノナレハ自ラ其失チ忍容セサルヘカラサルヲ猶信容貸ノ後義務者無資力トナリタル時ト同一ナレハナリ

是ヨリ前ニ述ヘシ二個ノ例外ノ場合チ説明セン而シテ其一ハ法文ニ在ル如ク別段ノ説明チ殆ト要セサルモノナリ乃チ他ナシ權利者ト舊義務者トノ約束上萬一右ノ代理人無資力トナ

レハ舊義務者之ヲ償フヘシト定メタル場合はナリ又第二ノ例外ハ義務者ヨリ權利者ヘ當テ
右ノ代理人ヲ指定シタル際其代理人ハ既ニ身代限ノ處分中ニアリシ場合はナリ實ニ斯ノ如
キ場合ニ於テハ義務者ノ惡意ヲ以テ斯ル代理人ヲ指定シタルモノト云フヘクシテ此ニ於テ
ハ法律其欺カレントシタル權利者ヲ保護シ以テ其情ヲ知ラス一旦右ノ代理人ヲ義務者ト見
認メタルモノ之ニ拘ハラヌ舊義務者ニ對シテ請求スルヲ許容スル所以ナリ

(第三款) 義務釋放

義務釋放トハ汎博ノ意味ニ解スレハ權利者其權利ヲ拋棄スルノ所爲ヲ云フナリ而テ其拋棄
ニハ有償ノ名義ヲ以テスルヲアリ無償ノ名義ヲ以テスルヲアリ其有償ノ名義ヲ以テスル時
ハ或ハ辨濟ニ出ツルヲアリ或ハ代償辨濟ニ出ツルヲアリ又或ハ義務更改ニ出ツルヲアリ其
無償ノ名義ヲ以テスル時ハ則チ專ラ恩惠ニ出ツル者トス然リ而テ本款ノ規定スル所ノ義務
釋放ハ無償ノ名義即チ恩惠ニ出ツル所ノ權利ノ拋棄ナリ
其恩惠ノ所爲タル原則ヨリ左ノ結果ヲ生ス

第一 設ヒ辨濟ヲ受取り有効ニ其受取證書ヲ渡スノ能力ヲ有スト雖モ無償ノ名義ニテ財產
ヲ處分スルノ能力ヲ有セザル者ハ義務釋放ヲ爲スヲ得ス例ヘハ財產ヲ分括スル婦ハ自己
ノ義務者ノ辨濟ヲ受取り其受取證書ヲ渡スヲ得ルト雖モ其義務ノ釋放ヲ爲スニ至テハ其
夫又ハ裁判所ノ允許ヲ得ルヲ要スルカ如キ是ナリ(第九百五條第千四百四十九條及ヒ第
千五百三十六條)

第二 權利者ヨリ贈與ヲ受クルノ能力ヲ有セサル義務者ニ對シテ爲シタル其義務ノ釋放ハ

無効ナリ例ヘハ義務者ハ權利者ノ爲メニ治療ヲ爲シタル醫師タルカ如キ場合はナリ(第九
百九條)

第三 義務者其釋放ヲ得タル後チ其舊權利者ノ相續人トナリタルモ他ニ共同相續人アルキ
ハ曩キニ釋放ヲ得タル金額ヲ其相續財產中へ持出シ更ニ其財產ヲ分派ス可キ者トス

第四 釋放ヲ爲シタル金額權利者ニ於テ無償ノ名義ヲ以テ處分スルヲ得可キ財產ノ部分
ニ超過シタルキハ其部分高ニ至ル迄之ヲ減少スルヲ得可キ者トス

第五 釋放ヲ得タル者其恩義ヲ忘却セシカ又ハ釋放ヲ爲シタル者後ニ子ヲ擧ゲシニ因リ其
釋放ヲ廢棄スルヲ得可キ者トス

右第三ヨリ第五ニ至ル迄ノ規則ハ第九百五十五條ヨリ第九百六十條ニ至ル迄ノ條章ニ就テ
看ル可シ

義務釋放ハ恩惠ノ所爲ナリト雖モ其之ヲ爲スニ當リテハ普通贈與ノ法式ヲ遵守スルヲ要セ
ス唯雙方ノ承諾ヲ以テ足レリトス而テ之ヲ明カニ契約スルヲアリ又暗ニ事實ノ推測ヨリ生
スルヲアリ

義務釋放ハ雙方ノ承諾ヨリ生スルニ因リ只權利者其權利ヲ拋棄スルノ意思ヲ示メシタルノ
ミコテハ未ダ以テ其釋放アリタル者ト爲ス可カラス必スヤ其義務者ノ受諾アルヲ要セサル
可カラス故ニ權利者其受諾ヲ得サル間ハ何時ニテモ拋棄ノ意思ヲ取消スヲ得可シ今一步
ヲ進メテ言ハ、權利者其拋棄ノ意思ヲ示メシタルモ義務者之ヲ受諾セサル前ニ死去スルキ
ハ其拋棄ハ何等ノ効力ヲモ生セサルナリ

或問テ曰ク釋放ハ義務者ノ受諾ノミチ以テ足レリトスルカ將タ其受諾アリシヲ權利者了知セシコ非ラサレハ其効ナキカト此問題ハ甚ク重要ナル者ナリ何トナレハ其受諾ノミチ以テ足レリトセハ權利者ニ於テ其釋放ヲ爲スノ能力ヲ有シタルヤ否ヤヲ審査スルコハ其受諾ノ時其能力アルヲ以テ足レリトシ而テ其後ノ變化ニ關セス若シ其受諾アリシヲ權利者了知セシニ非ラサレハ其効ナシトセハ其受諾書ノ權利者ニ到達セシ時尙ホ其能力アルコ非ラサレハ其効ナキナリ

右二問題中余ハ其義務者ノ受諾セシ時既ニ成立セシ者ト決定セントス蓋シ此時已ニ雙方ノ意思合同シテ法律ノ要望スル所モ亦之ニ外ナラサレハナリ勿論第九百三十二條ニ據レハ普通ノ贈與ハ受贈者其贈ヲ受ル可キ旨ヲ贈與者ニ知ラシメタル上ニ非ラサレハ完全ナラスト記載セリト雖モ是普通ノ贈與契約ヲ規定セシ特別ノ法律ニシテ立法官ノ深意ヲ以テ最モ容易ニ爲シ得可カラシメン爲メ規定シタル義務釋放ニ適用スルヲ得可カラサルナリ故ニ甲ハ乙ニ對シ書面ヲ以テ其義務ヲ釋放ス可キ意思ヲ示メシ乙亦書面ヲ以テ之ヲ受諾セシトテ答フルルハ其答書未ダ甲ニ達セサルモ其釋放ハ已ニ行ハレタル者トス

(第一千二百八十一條乃至第一千二百八十四條)

義務釋放ニ二種アルヲハ前既ニ之ヲ陳述セリ即チ明カニ契約シテ之ヲ爲スヲアリ暗ニ事實ノ推測ニ因テ生スルヲアリ其事實トハ何ソヤ法律上唯一ヲ揭示セリ即チ權利者其權利ヲ證スル證書ヲ義務者ニ渡セシ時是ナリ此事實ハ第三百四十九條ニ記載セシ法律上ノ推測ノ一ナリ蓋シ推測トハ既知ノ事實ヨリ未知ノ事實ニ推及スルヲ云フ

今其推測ノ性質ヲ討究センニ抑モ權利者ハ義務者ニ對シ果テ其義務ヲ釋放セシヤ否ヤハ即チ未知ノ事實ナリ而テ權利者其權利ヲ證セシ證書ヲ渡タセシヲ義務者ヨリ證明スレハ是既知ノ事實ナリ此既知ノ事實ニ因リ權利者其權利ヲ拋棄セシ者ナラント法律之ヲ推及スルナリ

蓋シ此推及アル最モ道理ニ適スル者ナリ凡ソ權利者己レカ權利ヲ保存セント欲セハ豈ニ其權利ヲ證スル證書ヲ義務者ニ渡スヲ有ランヤ或ハ之有リトスルモ萬ニ一チ期ス可カラス是本條ノ推測アル所以ナリ

今又本條ノ推測ハ終ニ動カス可カラサル者ナルヤ將タ之ニ對シテ反證ヲ許ス者ナルヤト問フ者アランニ之ニ答フルニハ其義務者ニ渡シタル證書ノ公私ヲ區別セサル可カラス其證書ノ私印證書ナルルハ其推測ハ終ニ動カス可カラサルナリ之ニ反シテ公正證書ナルルハ之ニ對シテ反證ヲ許ス可キナリ

其證書ノ性質ニ因リ此ノ如ク推測力ニ輕重アルハ何ソヤ他ナシ私印證書ヲ渡シタルルハ又更ニ其證書ヲ得可キ手段ナシト雖モ公正證書ニ至テハ其渡シタル者ハ副本ニシテ其正本ハ常ニ公證人ノ手ニ在ルヲ以テ更ニ其副本ヲ得ント求メ得可キヲ以テナリ

然レ義務者ハ如何シテ權利者ヨリ證書ヲ渡シタルヲ以テ其權利ヲ拋棄セシ者ト證明スルヲ得可キヤ唯義務者ハ其證書ヲ占有スルノミチ以テ之カ證書ト爲スヲ得可キヤ義務者ハ權利者ニ對シテ必ス言ハン余今此證書ヲ占有スルハ是子カ余ニ渡シタル故ナリト權利者又之ニ答テ子カ其證書ヲ占有スルハ誠ニ然リ然レ是余ヨリ渡シタル者ト證明スルニ足ラス

願フニ子ハ之ヲ拾取セシカ將タ盜取セシ者ナラント云ハ、其孰レヲ以テ信ス可キ者ト爲ス
カ此場合ニ於テハ義務者ノ言ヲ信セサル可カラズ但シ權利者別段其反對ヲ證明スルキハ格
別ナリトス而テ其反對ノ證據ハ諸種ノ方法ニ因テ證明スルコトヲ得可シ

抑法律上其證書ヲ渡シタルニ因リ義務釋放アリタル者ト推測セシ以上ハ之ヲ證明スルコトハ
又書類ノ證據ヲ要セサルヤ明カナリ若シ之ヲ要ストセハ此推測ハ終ニ無益ニ屬ス可シ何ト
ナレハ其要スル書類中ニハ義務釋放ノコトヲ記載スルハ必定ナレハナリ故ニ證書ヲ渡シタル
コトハ書類ノ證據ニ因ラスシテ之ヲ證明スルコトヲ得可シ總テ書類ニ因ラスシテ證明シ得可キ
事實ハ證人ヲ以テ證明スルコトヲ得可シ而テ證人ヲ以テ證明シ得可キ事實ハ唯裁判官ノ思量
ノミニ因テ判定ス可キ者トス(第一千二百五十三條)

然レハ義務者ノ證書ヲ占有スル以上ハ權利者之ヲ渡シタル者ト推測セサル可カラズ若シ然
ラストセハ如何ナル因由アリテ之ヲ占有セシヤ之ヲ盜取セシカ又ハ拾取セシカ將タ權利者
ヨリ附托セシ者ト推測ス可キヤ蓋シ此ノ如キ事實ハ皆非常ノ者ニシテ稀有ノ事ナリ豈ニ之
ヲ以テ其推測ヲ下ス可ケンヤ

故ニ義務者ハ權利者ニ對シ子カ余ニ義務ノ釋放ヲ爲シタル證據ハ其權ヲ證スル證書ヲ余ニ
渡セシニアリ而テ子ノ余ニ渡セシ證據ハ余ノ現ニ占有スルコトアリト云フヲ得可シ語ヲ換テ
言ハ、證書ノ引渡シハ義務釋放ヲ推測セシメ證書ノ占有ハ證書ノ引渡シヲ推測セシム可シ
右二箇ノ推測中緊要ナル差異アルコトヲ注意ス可シ即チ義務者ノ證書ノ占有ハ權利者之ヲ渡
シタル者トノ推測ハ法律上ノ推測ニ非ラサルヲ以テ裁判官必シモ之ヲ遵守スルヲ要セス唯

其判定如何ニ委テタル事實ノ推測ナルヲ以テ之ニ付テハ權利者ニ於テ諸種ノ方法ニ因リ其
反對ヲ證明スルコトヲ得可キ者トス之ニ反シテ證書ヲ渡シタルニ因リ義務ヲ釋放シタル者ト
ノ推測ハ則チ法律上ノ推測ナリ故ニ裁判官必ス之ヲ遵守セサル可カラズ而テ其渡シタル證
書ノ私書ナルキハ決シテ其反證ヲ許ス可カラサルナリ

以上説ク所ノ推測ニ因リ證書ヲ渡セシ證據アリタル者トスルモ尙ホ玆ニ一ノ論究ス可キコ
トアリ即チ其證書ヲ渡セシハ辨濟ヲ爲セシ者トスルカ將タ無償名義ヲ以テ義務ヲ釋放セシ者
トスルカノ問題はナリ此問題ハ甚ダ重要ナル利益アル者トス今之ヲ辨濟ヲ爲セシ者トセン
カ其證書ヲ引渡セシ者無償名義ニテ財産ヲ處分スルノ能力ナキモ有償名義ニテ之ヲ處分ス
ルノ能力アルニ於テハ其引渡ハ有効ナリ又之ヲ無償名義ヲ以テ義務ヲ釋放セシ者トセシカ
渾テ贈與契約ニ關スル規則ヲ適用セサル可カラズ且又之ヲ辨濟トセハ其證書ヲ渡サレタル
義務者ハ他ニ己レト連帶シタル義務者アルニ於テハ之ニ對シテ其各自ノ擔當ス可キ部分ノ
還償ヲ請求スルコトヲ得可シ之ニ反シテ義務ノ釋放ナルキハ決シテ之ヲ請求スルコトヲ得可カ
ラサルナリ

今此論題ニ付キ左ノ如ク決定セントス

其證書ノ引渡ハ義務ノ釋放ナリト推測セシムルモ辨濟ナリト推測セシムルモ共ニ義務者ノ
好ム所ニ任ス可シ何トナレハ第一千二百八十三條ニ於テハ大字ニ書シタル證書ノ副本ノ引渡
ハ義務ノ釋放又ハ辨濟ヲ推測セシムトアリ又第一千二百八十二條ニハ姓名ヲ手署シタル證書
ノ引渡ハ義務者ノ免除ヲ推測セシムトアリ而テ此免除ノ語ハ廣博ナル意義ヲ含蓄シ義務ノ

釋放又ハ辨濟ノ語ニ通ス可キ者ナレハナリ

(第一千二百八十五條)

本條ハ次條ノ次ニ解ク可シ

(第一千二百八十六條)

權利者當テ抵當物又ハ質物ノ名義ニテ受取リ置キタル物件ヲ其義務者ニ還返シタルモ之ヲ以テ其權利ヲ拋棄シタル者ト見做ス可カラス是法律上權利者ハ義務者ヲ信スルコト唯一層ノ深キヲ加ヘタルニ過キサル者ト見做セハナリ

(第一千二百八十五條及第一千二百八十七條)

凡ソ義務釋放ハ總テノ義務者ニ及ホスコトアリ又義務者中ノ一人若クハ二人ニ限ルコトアリ而テ夫ノ暗ニ爲シタル釋放即チ權利者其證書ヲ渡シタルヨリ生スル釋放ハ總テノ義務者ニ及ホス者トス何トナレハ權利者總テノ義務者ノ爲メ其權利ヲ拋棄スルノ意思ナカリセハ亦其證書ヲ委棄スルコト無カル可キヲ以テナリ因テ左ニ其結果ヲ示メサシ

第一 連帶義務者中ノ一人ニ證書ヲ渡シタルキハ總テノ義務者ハ其釋放ヲ受ク可シ

第二 連帶ノ義務ニ非ラサルモ一通ノ證書ヲ以テ數人共同シテ負フタル義務者中ノ一人ニ證書ヲ渡シタルキハ亦總テノ義務者其釋放ヲ受ク可シ

第三 保證人中ノ一人ニ證書ヲ渡シタルキハ其他ノ保證人ハ勿論主タル義務者モ亦其釋放ヲ受ク可シ

第四 主タル義務者ニ證書ヲ渡シタルキハ無論其保證人モ共ニ釋放ヲ受ク可シ

之ニ反シテ明ニ爲シタル釋放ハ總テノ義務者ニ及ホスコトアリ及ホサハルコトアリ即チ左ノ如シ

第一 連帶義務者中ノ一人ニ義務ヲ釋放シタル時權利者ニ於テ其何人ノ爲メニ釋放セシヤ又ハ其何人ノ爲メニ尙ホ其權利ヲ保有スルヤヲ明瞭ニ約セサルニ於テハ法律上總テノ義務者ヲ釋放セシ者ト推測スルナリ此點ニ付テハ前日連帶義務ヲ講セシ時既ニ詳悉セシヲ以テ今復タ茲ニ贅辨セス但シ權利者他ノ義務者ニ對シテ尙ホ其權利ヲ保有スト雖モ既ニ釋放ヲ受ケタル者ノ擔當ス可キ部分ヲ減却シタル以外ノ者ニ非ラサレハ請求スルコトヲ得可カラサルナリ

第二 連帶義務ニ非ラスシテ一通ノ證書ヲ以テ數人共同シテ負フタル義務者中ノ一人ノ爲メニ釋放シタル時ハ唯其一人其利益ヲ受ク可シ何トナレハ其證書ハ一通ナリト雖モ其義務ヲ負擔スルハ皆各別ニシテ相互ノ間何等ノ關係ナケレハナリ

第三 保證人中ノ一人ニ爲シタル釋放ニ付テハ一ノ區別ヲ爲サハル可カラス即チ其釋放ハ只保證ノ義務ニ止マルヤ將タ主タル義務者ニ及ホスヤノ問題是ナリ而テ主タル義務者及ホス者ナルキハ其釋放ハ唯總テノ保證人ノ利益トナルノミナラス猶ホ主タル義務者ノ利益トナル可シ之ニ反シテ唯保證ノ義務ノ釋放ニ止マルキハ是即チ第一千二百八十七條ニ豫定セシ場合ニシテ獨リ其者一人其利益ヲ受ク可シテ主タル義務者ノ利益トナラサルハ勿論又他ノ保證人ノ利益トナルコトナカル可シ

然ニ他ノ保證人ニ關シテハ法律ノ文面甚タ嚴酷ナル者ノ如シ其文ニ曰ク「保證人中ノ一人

ヲ釋放スト雖モ他ノ保證人ヲ釋放スルヲ無シト今其文面ニ固着シテ之ヲ解セハ保證人中ノ一人既ニ其釋放ヲ受ケシニ拘ハラズ他ノ保證人ハ猶ホ其義務ノ全部ヲ擔當セサルヲ得サル者ノ如シト雖モ是固ヨリ正當ノ義解ニ非ラズ他ノ保證人ハ既ニ釋放ヲ受ケタル者ノ擔當ス可キ部分ヲ減却セシ以外ノ者ニ非ラサレハ其義務ヲ擔當スルノ理由ナキハ勿論ナリト是第千二百八十五條ノ連帶義務者中ノ一人カ釋放ヲ受ケタルキト其主意全ク同一ナレハナリ但シ其釋放ヲ受ケタル保證人ハ他ノ保證人ノ義務ヲ約セシ後チ一人ニテ特別ニ約セシ保證人ナルキハ格別ナリトス何トナレハ是保證人ノ保證人タル性質ヲ有シ他ノ保證人ノ訴ヘラレタル後ニ非ラサレハ其義務ヲ履行スルニ及ハサル者ナルヲ以テ設ヒ其釋放ヲ受ケタルモ他ノ保證人ニ影響セサレハナリ

第四 主タル義務者ニ爲シタル釋放ハ常ニ保證人ノ利益トナル可キハ勿論ナリ若シ其義務者ノ釋放アルモ其保證人ヲ利セサルキハ義務者モ亦釋放ヲ受ケタル利益ヲ全フスルヲ能ハサル可シ何トナレハ保證人ニ於テ尙ホ其義務ヲ辨濟セハ其保證人ハ義務者ニ對シテ其償還ヲ論求スルニ至レハナリ

(第千二百八十八條)

義務釋放ノ終局ニ方リ殆ント解シ能ハサル者アリ即チ本條ニ曰ク「權利者保證ノ義務ヲ釋放スル爲メ保證人中ノ一人ヨリ受取タル物ハ之ヲ負債ニ算入シ其受取高ニ應シテ主タル義務者及ヒ他ノ保證人ノ義務ヲ減除ス可シ」ト
例ヘハ爰ニ一萬圓ノ負債アリ十五年ノ後チ辨濟ス可キ約定ニシテ保證人之ヲ證セリ此場合

ニ於テ義務者若シ無資カトナラハ保證人之ニ代テ其負債ヲ拂ハサル可カラス保證人ノ地位實ニ危險ト云フ可シ故ニ保證人此危險ヲ免レント欲シテ權利者ニ請フテ曰ク子若シ今ヨリ余カ保證義務ヲ釋放セハ余ハ子ニ一十圓ヲ呈セント而テ權利者之ヲ承諾セハ之ヲ如何ナル契約ト爲スヤ是眞ニ要償ニシテ偶生ノ契約ナリ蓋シ權利者既ニ一十圓ヲ得タルハ利アルニ似タリト雖モ十五年ノ後チ義務者若シ無資カトナラハ其辨濟ヲ得ルニ所ナクシテ終ニ一十圓ヲ得テ一萬圓ヲ失フノ害ヲ免ル、一能ハサルヤモ知ル可カラス又保證人ハ既ニ一十圓ヲ失フタルハ害アルニ似タリト雖モ終ニ一萬圓ヲ償フ可キ義務ヲ免カル、ノ利ヲ得ルニ至ルヤモ亦知ル可カラス到底雙方ノ利害得失ハ十五年ノ後チニ非ラサレハ之ヲ識ルヲ能ハサレハナリ既ニ此契約アリトシ單ニ法理ニ據テ之ヲ裁定セハ權利者猶ホ主タル義務者ニ對シテ一萬圓ノ債主權ヲ保有セン何トナレハ權利者ノ得タル一十圓ハ義務者ノ負擔ス可キ負債ノ計算ニ非スシテ保證人ノ危險ヲ免カレタル代價ナレハナリ然ニ本條ニ於テ「之ヲ負債ニ算入云々」ト規定セシハ實ニ不適當ノ極ト云フ可シ即チ權利者ハ既ニ保證人ノ危險ヲ擔當セシモ毫モ之ニ換ユ可キ利益ヲ得サレハナリ此ノ如ク要償ニシテ偶生ノ契約ナルニ法律ハ強ヒテ權利者ノ恩惠ニ出ル契約ト爲ス豈ニ之ヲ不適當ニ謂ハサル可ケンヤ

(第四款) 義務相殺

(第千二百八十九條)

245
二箇ノ人互ニ義務者ナリ且ツ其義務ノ目的物件モ亦同種ノ物タルヲ實際上往々之レ有リ此ノ如キ場合ニ於テハ法律上二箇ノ義務者互ニ其償フ可キ所ノ者ヲ以テ之ヲ其己レニ得ヘキ

辨濟トシ各自ニ之ヲ保持セシム名ツケテ義務相殺ト云フ

義務相殺ハ便益ニシテ且ツ正當ナル理由アルニ依テ設定セシ者ナリ何チカ便益ト云フヤ義務相殺ハ雙方ノ損害タル可キ往復ノ勞ト遲滯ノ弊ヲ避ケテ相互ノ利益ヲ保護スル者トス例ヘハ甲ハ乙ニ對シテ米十石ヲ渡スノ義務アリ而テ乙亦甲ニ對シテ米十石ヲ渡ス可キ義務ヲ負フ者ノ相續人トナリタルトセンコ此場合ニ於テ若シ義務相殺ナカリセハ甲ハ先ツ乙ニ渡ス可キ米ヲ送り乙復タ之ヲ甲ニ送ラサル可カラス故ニ義務相殺ハ是等無益ノ手數ト費用トヲ省略スル者ナリ

何チカ正當ト云フヤ二箇ノ人互ニ義務者トナリ其一人己レニ得可キ義務ハ之ヲ請求シ己レヨリ盡クヌ可キ義務ハ之ヲ拒絕スルキハ其不正ナルハ固ヨリ論ヲ待タス故ニ義務相殺ハ此不正ヲ防キテ正當ヲ維持スル者ナリ

然レ雙方ノ者互ニ義務者タリト雖モ法律上常ニ其義務相殺ヲ許スニ非ラス之ヲ行フコハ左ノ三條件ヲ具備スルヲ必要トス

第一 義務ノ目的雙方共ニ金額若クハ同種類ノ代用物タル事

第二 義務ノ目的額量ノ定マリタル物タル事

第三 雙方ノ義務共ニ請求期限ニ至リタル者タル事

第一ノ條件即チ義務ノ目的金額若クハ同種類ノ代用物タルヲ必要スル理由ハ之ヲ會得スルヲ難カラス蓋シ義務相殺ハ亦一ノ辨濟ナリ辨濟ハ權利者ヲシテ當ニ受取ルヘキ者ニ非ラサル他ノ物件ヲ強テ受ケシムルヲ能ハス故ニ義務相殺ニ於テモ亦強テ他物ヲ受取ラシムルヲ

ヲ許サス

故ニ二箇ノ義務ノ目的共ニ代用物ナリト雖モ其種類ノ同シカラサルキハ亦義務相殺ヲ許サス代用物ニシテ猶ホ然リ況ヤ二箇ノ義務ノ一ノニ確定物ヲ以テ目的ト爲シタルキニ於テハ固ヨリ義務相殺ヲ許サ、ルナリ

以上述ヘタル要點ヲ略言セハ法律ノ望ム所ハ義務相殺ニ因リ雙方ノ者共ニ其義務ヲ履行シタルト同一ノ地位ニ置カントスルニ在リ又一般ノ規則ニ因テ義務相殺ノ原則ヲ概言セハ即チ左ノ如シ曰ク凡ソ二個ノ人互ニ義務者ニシテ其各自ノ受取ル可キ者ヲ以テ各自ノ辨濟ニ用ヒ得ラル、時ハ則チ義務相殺ヲ行フ可キ者トス其他ハ左ノ一例外ヲ除クノ外總テ之ヲ行フコヲ得ス

一例外トハ二箇ノ義務互ニ異類ノ物ヲ以テ其目的ト爲スキト雖モ其一ハ金額一ハ穀物ニシテ公ケノ物價表ヲ以テ其價ヲ定メタル者ナルキハ義務相殺ヲ許ス是ナリ例ヘハ甲ハ乙ニ對シテ金額ヲ辨濟ス可キ義務アリ乙ハ甲ニ對シテ穀物ヲ辨濟ス可キ義務アリトセンコ穀物ハ物價表ニ因テ其價ヲ知ルヲ得可クシテ之ヲ賣却セハ其金額ヲ得ルヲ甚ク容易ナルヲ以テ之ヲ金額ニ均シキ者ト見做セハナリ

然レ若シ右ノ例ヲ以テ總テノ場合ニ適用セントセハ實際上奇怪ナル結果ヲ生スルニ至ラン例ヘハ甲ハ乙ニ對シ價五百圓ヲ以テ穀物百石ヲ賣渡サント契約シ而テ其取引ヲ他日ニ期シタリトセンニ甲ハ穀物ヲ引渡ス可キ義務ヲ負ヒ乙ハ代價ヲ拂フ可キ義務ヲ負フ者ナリ然レ前例ニ據レバ此契約タル甲乙雙方ノ義務互ニ相殺スルヲ得可シ果シテ然ハ物價表ニテ價

ノ定マリタル物件ノ定期賣買契約ハ皆盡トシ無効トナルニ至ル可シ是レ豈ニ法律ノ意ナラシヤ
 然ハ如何シテ此論旨ヲ排撃スルコトヲ得可キヤ之ヲ排撃スルコト難カラス抑モ義務相殺タル雙方ノ便益ト意思トヲ推測スルニ根基セシ者ナリ然ニ本例ニ於テハ其義務互ニ相殺スルコトヲ得可キ者トセハ雙方ノ便益ナラサルハ勿論亦其意思ナラサルコト明瞭ナル可シ何トナレハ雙方契約ヲ爲スヤ又其契約ヲ破壊スルノ意思ナリトハ想像シ難ク且ツ雙方ノ便益義務相殺ヲ行ハサルニ在レハナリ

第二ノ條件即チ二箇ノ義務共ニ額量ノ定マリタル物タル事ヲ要スルトハ其義務ノ高ノ明白ナルコト云フナリ例ヘハ金千圓又ハ米百石ト云フカ如キ是ナリ然ニ其義務ハ必スシモ雙方ニ於テ之ヲ認定スルコト要セス何トナレハ義務者ノ一方自己ノ義務高既ニ明白ナル證アルコト拘ラス惡意ヲ以テ謂ハレ無キ訴訟ヲ企テ無根ノ苦情ヲ申立ルモ之レカ爲メ決シテ義務相殺ノ妨ケトナル可カラサレハナリ然ニ其義務ノ性質至當ノ訴訟ヲ生ス可キ者ナルキハ則チ額量ノ定マラサル義務ナリトシ以テ義務相殺ヲ妨ケ可シ例ヘハ未タ計算セサル出入勘定ノ如キ是ナリ抑モ額量ノ定マラサル義務ハ何故ニ其相殺ヲ許サ、ルヤ曰ク義務相殺ハ原ト雙方ノ便益ヲ主トシテ設定セシ者ナリ故ニ若シ其一方ノ者義務ノ額量定マラサルキハ其相殺ノ爲メ或ハ損害ヲ被ムルニ至ルヤモ知ル可カラサレハナリ

(第一千二百九十條)

本條ハ第一千二百九十七條ノ次ニ述ヘン

(第一千二百九十一條)

此條ハ第一千二百九十二條ノ次ニ説ク可シ

(第一千二百九十二條)

第一千二百八十九條ニ於テ説明セシ三條件中第三ノ條件即チ雙方ノ義務共ニ請求期限ニ至リタル者タル事ヲ要スル理由ハ他ナシ一方ノ義務已ニ請求期限ニ至ルモ一方ノ義務未ダ其期限ニ至ラサルニ其義務相殺ヲ許スキハ未ダ其期限ニ至ラサルノ義務者ハ其相殺ニ因リ期限ノ利益ヲ失ヘハナリ故ニ未必條件ニ關スル義務者ニ於テモ其條件成就前義務相殺ヲ行ハシメラル、コト有ル可カラス亦未必條件ノ利益ヲ失ヘハナリ

然ニ此規則ニ二箇ノ例外アリ

第一 恩惠期限ハ義務相殺ノ妨ケトナラサル事蓋シ此期限タル義務者ニ於テ直ニ其義務ヲ盡クスト能ハサルノ情狀ヲ酌量シテ之ヲ付與シタル者ニ過キス然ニ義務者一朝己レカ權利者ニ對シテ又請求シ得可キ權利ヲ有スルノ地位ニ至リタルキハ則チ發キニ得タル所ノ恩惠期限ハ自ラ消滅ニ屬セシメサルヲ得サレハナリ

第二 身代限ノ言渡ヲ受ケタル者ノ義務ハ其言渡ニ因テ請求シ得可キ者ト爲ルト雖モ其義務者カ權利者ニ對シテ請求シ得可キ權利ト相殺スルコト得ス此理由ハ他ナシ蓋シ義務者ノ身代限ヲ爲シタルキハ其先取特權ヲ有セサル債主ハ其債主權ノ多少ニ應シテ分配ヲ受ケル者ナリ然ニ其債主一人ニシテ其己レノ受取ル可キ金額ノ辨濟トシテ其義務者ニ拂フ可キ金額ヲ拂ハスシテ義務相殺ヲ爲スキハ此者ハ完全ノ辨濟ヲ受ケ他ノ債主ハ分配ノ辨濟ヲ受

クルコ過キス此ノ如クナルキハ法律上定メサル所ノ一箇ノ先取特權ヲ設クル者ト謂フ可キナリ

(第一千二百九十一條)

義務相殺ノ爲メニ必要トズル所ノ者ハ以上陳述シタル三條件コ外ナラヌ故ニ其義務相殺ノ爲メニハ左ノ諸件ヲ必要トセス

第一 義務ヲ行フ可キ雙方ノ者共ニ義務ノ存在スルヲ知了スルヲ必要トセス蓋シ義務相殺ハ法律ノ特權ニ據テ行ハル、者ナリ是以テ二箇ノ義務共ニ存在シ且ツ法律上必要トスル所ノ條件ヲ具備スル以上ハ其義務者雙方コ於テ之ヲ知ルト知ラサルトニ關セス其義務相殺ノ効力ヲ生シ即チ其二箇ノ義務ヲ消滅スル者トス

第二 二箇ノ義務共ニ其額量ノ同一ナルヲ必要トセス故ニ其額量均シカラサルキハ二箇ノ義務中最少ノ高ニ至ルマテ互ニ之ヲ相殺ス可シ抑モ此規則ハ權利者ヲシテ其渡ス可キ物ノ一部分ノミヲ強ヒテ受取ラシムルヲ得スト云フノ第一千二百四十四條ノ原則ノ例外ヲ示セシ者ナリ此例外ヲ示セシ理由ハ他ナシ法律上二箇ノ考察スル所アレハナリ其一ハ義務相殺ノ便益ヲ以テ其一部分ノ辨濟ヲ爲スコ因リ生スル弊害ヲ防クニ足レリト思考シ其二ハ權利者ニ於テ其相殺ヲ爲シタル上ニテ其不足高ヲ直ニ請求スルキハ輒スル其全部ノ辨濟ヲ得ルノ便益アリト思考セシ者是ナリ

(第一千二百九十二條)

本條ハ第一千二百九十六條ノ次ニ説述ス可シ

(第一千二百九十四條)

該條ハ第一千二百九十九條ノ次ニ講セン

(第一千二百九十五條)

本條ノ講説ハ第一千二百九十條ノ次ニ讓ル

(第一千二百九十六條)

第一千二百九十一條ニ於テ義務相殺ノ爲メニ必要トセサル諸件中第一第二ノ條件ヲ説述セリ今又茲ニ第三第四ノ條件ヲ略述セン

第三 二箇ノ義務共ニ同一ノ場所ニ於テ辨濟ス可キ者タルヲ必要トセス故ニ東京ニ於テ拂フ可キ者ト長崎ニ於テ拂フ可キ者トヲ相殺スルヲ妨ケス然レ之カ爲メ運送ノ費用ヲ負擔ス可キ者之ヲ償却セサル可カラス

第四 二箇ノ義務共ニ其原由ノ同一ナルヲ必要トセス故ニ契約ニ出テタル義務ト犯罪ニ出テタル義務ト相殺スルヲ妨ケス然レ二箇ノ義務共ニ同一ノ契約ヨリ生シ一方ノ者ノ義務ハ他ノ一方ノ者ノ義務ノ原由タルキハ之ヲ相殺スルヲ許サス例ヘハ賣買契約ニ於テ其賣品ヲ引渡ス可キ義務ト其代價ヲ拂フ可キ義務トヲ相殺スルヲ許サ、ルカ如キ是ナリ

(第一千二百九十二條)

二箇ノ義務ノ原由如何ナルヲ問ハス互ニ相殺スルヲ妨ケスト云フノ原則ノ例外アリ即チ左ノ如シ

第一 法律上差押ユ可カラスト定ムル所ノ財産ニ付テハ義務相殺ヲ許サス其差押ユ可カラ

サル物件ハ宜ク之ヲ訴訟法第五百八十一條ニ就テ見ルヘシ即チ養料ノ如キハ其一ナリ故ニ其養料ヲ請求シ得可キ權利者カ之ヲ給與ス可キ義務者ノ義務者ト爲ルト雖モ其義務ト養料ト相殺スルコト許サ、ルナリ

第二 他人ノ物品ヲ奪取リタル者之ヲ返還ス可キ義務ト奪取ラレタル者ヨリ得可キ義務ト相殺スルコト許サス蓋シ此規則ハ盜偷且ツ權利者自ラ裁判セントスルノ弊害ヲ防クカ爲メ之ヲ設ケン者ナリ例ヘハ甲ハ乙ヨリ金千圓ノ辨濟ヲ得可キ權利アリ然ニ甲ハ乙ノ其辨濟ニ足ル可キ金額ヲ匿有スルコト偵知シ乙ノ家ニ至テ之ヲ盜奪セリ其後チ乙其返還ヲ要求スルニ方リ甲之ヲ相殺セント抗辨スト雖モ法律ハ決シテ之ヲ許サス必ス甲チシテ其盜奪金ヲ返還シ更ニ普通ノ手續ニ由リ其得可キ辨濟ヲ請求セシモノコト要ス

第三 受託人及ヒ使用借主其物件ヲ返還ス可キ義務ト附托人又ハ使用貸主ヨリ得ヘキ義務ト其目的同一ノ物ナリト雖モ互ニ之ヲ相殺スルコト許サス蓋シ借主ノ義務ハ貸主ノ恩惠ニ出タル者ニシテ即チ名譽上ノ義務ナリ故ニ之カ返還ヲ拒ムコト得ス但シ此規則ノ適用ハ無償ノ名義ニ於ケル借主ニ限ル者トス又受託ヨリ生スル義務ハ附托人ノ信用ニ出タル者ニシテ等シク名譽上ノ義務ナリ故ニ受託人ハ附托人ノ權利者ナルコト口實トシテ其返還ヲ拒ムハ法律ノ許サ、ル所ナリ

(第一千二百九十七條)

二箇ノ義務者中ノ一人數箇ノ義務ヲ盡クス可キ時ハ如何シテ義務相殺ヲ爲ス可キヤ凡ソ數箇ノ義務ヲ盡クス可キ者實物ヲ以テ辨濟ニ爲スニ際シテハ其義務中何レノ義務ヲ辨

濟セント欲スル旨チ申立ルノ權利アリ此申立チ辨濟ノ算入ト云フ而テ義務者ニ於テ之カ申立チ爲サ、ル時ハ之ヲ爲スノ權利ハ其權利者ニ移ル若シ義務者權利者共ニ之チ申立サル時ハ法律ヲ以テ其算入方法ヲ定ム可キ者トス

然モ義務相殺ノ場合ニ於テハ二箇ノ義務者共ニ辨濟算入ノ申立チ爲スコト得ス何トナレハ義務相殺ハ二箇ノ義務者其相殺ヲ爲ス可キ理由アルコト知ラサルモ法律上當然行ハル、者ナリ故ニ法律ヲ以テ豫メ之ヲ定メ第一千二百五十六條ニ定メタル規則ニ循フ可キ者トス

(第一千二百九十條)

如何シテ義務相殺ヲ爲スチ得可キヤ且ツ其効力ハ如何

羅馬法ニ於テハ義務相殺ヲ爲サンコトハ雙方ノ中一方ノ者ヨリ他ノ一方ノ者ニ對シ其相殺ヲ申立且ツ裁判官之ヲ言渡シタル上コト非ラサレハ其効力チ生セサル者ト爲セリ然ニ佛國ニ在テハ義務相殺ニ必要ノ條件具備スルコト於テハ雙方ノ者互ニ義務有ルコト知ラサルトチ問ハス法律上當然其相殺ヲ爲スノ効力チ生ス可キ者トス此ノ如ク雙方ノ者互ニ義務有ルコト知ラサルモ雖モ法律ノ特權ヲ以テ義務相殺ノ行ハル可キ者ナリト云フノ原則ヨリ左ノ結果チ生ス

第一 雙方ノ者ノ無能力ハ義務ヲ相殺スルノ妨ケト爲ラス

253 第二 二箇ノ義務共ニ存立シテ之ヲ相殺スル爲メ必要ノ條件具備スル時ハ其義務共ニ消滅ス可キ者ナルヲ以テ其時ヨリ其利子チ生セシメス

第三 其主タル義務ノ消滅スル時ヨリ先取特權、書入質權及ヒ保證等ノ如キ附從ノ權利モ共ニ消滅ニ歸ス

義務相殺ハ雙方ノ者之ヲ知ラサル時ト雖モ法律上當然行ハル、者ナルコトハ既ニ聞キ得タリ然レ雙方ノ者互ニ其相殺ヲ拒ムニ於テハ之ヲ如何ス可キヤ曰ク雙方ノ中一方ノ者之ヲ拒ムモ他ノ一方ノ者之ヲ拒マサルキハ相殺ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリト雖モ其雙方ノ者互ニ之ヲ欲セサルニ於テハ之ヲ如何ス可キヤノ問題ニ付テハ其論一ナラス

或説ニ依レハ一旦義務相殺ノ効力ヲ生シタル以上ハ決シテ雙方ノ意思ヲ以テ之ヲ拋棄スルコトヲ許ス可カラサル者ナリト云ヘリ即チ義務相殺ハ設ヒ雙方ノ承諾アルモ決シテ之ヲ拋棄スルコトヲ得スト云フノ意ナリ

是余輩意見ノト異ナル所ナリ抑モ法律上義務相殺ヲ設定セシ所以ハ其雙方ノ者ノ便益ナリト思考セシニ在ルナリ既ニ雙方ノ便益ニ供セシ者トセハ雙方ノ隨意ヲ以テ之ヲ拋棄スルモ亦其自由ニ任ス可シ果シ然ハ雙方一致シテ義務相殺ヲ爲サ、ルコトヲ約スルニ於テハ法律上毫モ之ヲ妨クルノ理由アルヲ見出サ、ルナリ然レ其契約タル唯其雙方間ニシテ其効力ヲ有シ他人ニ對シテハ決シテ其効力ヲ有セサル者トス故ニ他人ニ於テ其雙方間ノ契約ノ爲メ自己ノ損害ヲ來スルハ其者雙方チシテ其義務ヲ相殺セシメント申立ルコトヲ得可シ

義務相殺ヲ拋棄スルコトハ明瞭ニ私印證書ヲ以テスルコトヲ得可キノミナラス猶ホ暗黙ニ之ヲ爲スコトヲ得可シ暗黙トハ例ヘハ一方ノ者他ノ一方ノ者ニ相殺ス可キ義務アルニ拘ハラス他ノ一方ノ者ニ對シテ己レカ義務ヲ盡シタルカ如キ是ナリ斯ノ如ク明瞭ニ又ハ暗黙ニ拋棄シタル以上ハ嘗テ其義務ヲ相殺ス可キ原由ナキ者ノ如ク見做シ主タル義務ハ勿論其附從ノ義務ト雖モ再ヒ之ヲ發生ス可キ者トス此原則ニ據リ左ニ第一千二百九十五條及ヒ第一千二百九十九條ヲ研究セン

(第一千二百九十五條)

本條ニ曰ク「權利者其權利ヲ他人ニ讓渡シタル時單純ニ之ヲ受諾シタル義務者ハ其受諾ノ前ニ於テハ讓渡人ニ對シテ義務相殺ヲ言立ルコトヲ得タル可キモ既ニ其受諾ノ後ニ至テハ最早其讓受人ニ對シテ之ヲ言立ルコトヲ得ス」ト

蓋シ義務相殺ハ雙方ノ承諾ヲ待タスシテ法律上當然行ハル、者ナルコトハ余輩ノ已ニ了知スル所ナリ然レ本條ニ於テ此ノ如ク規定セシニ據テ觀察テ下スルハ是即チ法律上義務相殺ノ便益ヲ拋棄スルコトヲ暗ニ許容シタル者ト云ハサル可カラス果テ然ハ雙方ノ者其相殺ス可キ義務有リシコトヲ既ニ知得タル者ト想像セサル可カラス何トナレハ凡ソ拋棄ト云ヒハ已ニ其拋棄ス可キ事物アルコトヲ要スレハナリ

然ラハ其相殺ス可キ義務有リシコトヲ知ラスシテ義務者前ノ如キ讓渡シテ受諾シタル時ハ其効力終ニ如何ソヤ

此問題ニ付テハ學士ノ過半ハ其知ルト知ラサルトニ關セス共ニ同一ノ結果ニ歸セシメント論決セリ曰ク義務者ハ一旦權利者ニ其權利ノ讓渡シテ受諾シタル以上ハ設ヒ相殺ス可キ義務有リシコトヲ知ラサル時ト雖モ亦讓受人ニ對シテ其相殺ヲ言立ルコトヲ得スト而テ其知ト不知トニ付テハ法律上更ニ之カ區別ヲ設ケスト云フテ以テ其論據ト爲セリ

然に余輩ハ「ムールロン」氏ノ所説ニ從ヒ右ノ論旨ノ反對ヲ維持セント欲スル者ナリ即チ前
ニモ述ヘシ如ク法律上義務者ヲシテ讓受人ニ對シテ義務相殺ヲ言立ルコトヲ得セシメサルハ
是其便益ヲ拋棄セル者ト見做スカ故ニシテ若シ其相殺ス可キ義務有リシコトヲ知ラサル時ニ
於テハ又更ニ拋棄ス可キ事物ナシ既ニ其事物ヲケレハ亦拋棄セル者ト見做スコト能ハサレハ
ナリ

故ニ義務者ノ相殺ス可キ事ヲ知ラサリシハ是其拋棄ニ非ラスシテ錯誤ナリ既ニ錯誤ナリト
セハ亦之カ取消ヲ求ムルコトヲ得可シ然に義務者己レカ錯誤ニ因リ讓受人ヲシテ其損失ヲ被
ムラシムルハ自ラ其賠償ノ責ニ任セサル可カラス

(第一千二百九十八條)

本條ハ第一千二百九十四條ノ次ニ講セン

(第一千二百九十九條)

本條ノ意味ハ相殺ニ依リ法律上既ニ消滅シタル義務ヲ誤テ辨濟シタル者ハ自己ノ有セシ債
主權ヲ行ヒ以テ他人ヲ害スルコトヲ得ス但シ己レノ義務ヲ相殺ス可キ權利アルコトヲ知ラサリ
シ正當ノ理由アル時ハ格別ナリト云フニアリ

蓋シ本條ハ二個ノ問題即チ法律上義務相殺アリタルニ義務者中ノ一人之ヲ知ラスシテ尙ホ
其義務存在セリト思惟シテ辨濟シタル時ハ其相殺ニ至ラサル前嘗テ己レカ有セシ權利ヲ行
フコトヲ得可キヤ將タ故ナク辨濟シタル麻チ以テ之ヲ取戻シ得可キニ過キサルヤチ決定セシ
者ナリ

此ノ如ク辨濟シタル義務ハ法律上互ニ相殺シテ既ニ消滅セシ者ナリ然ハ復タ何等ノ所爲ア
ルモ之ヲ再生セシムルコト能ハス既ニ再生セシムルコト能ハサルノ義務ヲ辨濟セシ者ハ是原由
ナキ義務ヲ履行セシ者ナルヲ以テ之ヲ取戻スコトヲ得ヘキ者トス而テ其相殺ニ至ラサル前嘗
テ己レカ有セシ權利ヲ行フコトヲ得可カラサルナリ何トナレハ義務ヲ相殺セシ以上ハ其權利
全ク消滅スレハナリ故ニ其者ノ利益ノ爲メニハ唯一個ノ訴權即チ故チキ辨濟ヨリ生スル訴
權ヲ有スルコト過キサル者トス

然に本條ノ末文但シ己レノ義務ヲ相殺ス可キ權利アルコトヲ知ラサリシ正當ノ理由アル時ハ
格別云々トアルニ據レハ義務者中ノ一人義務相殺ノアリタルコトヲ知ラサル正當ノ理由アリ
テ辨濟シタル時ハ嘗テ己レカ有セシ權利ヲ行ヒ以テ他人ノ權利ヲ害スルモ妨ケナシ

以上説ク所チ約言スレハ本條ハ二個ノ場合ヲ設定セン者ナリ即チ其一ハ義務者其辨濟ヲ爲
スニ方リ少ク注意シタランニハ義務相殺ニ因リ既ニ其義務ノ消滅シタルコトヲ容易ニ發見シ
得タル可シ然ニ之ヲ得サルハ是其不注意ナリト云フノ場合其二ハ義務者其義務ノ相殺アリ
シコトヲ知ラサル正當ノ理由アリテ辨濟シタル場合はナリ而テ其一ノ場合ニ於テハ唯之ヲ取
戻シ得可キニ過キサレ其ニノ場合ニ至テハ嘗テ有セシ權利ヲ行フコトヲ得可キ者トス
而テ其正當ノ理由トハ又如何ナル場合ナルヤチ指定スルハ專テ事實ノ問題ニシテ今茲ニ豫
言スルハ甚タ易カラスト雖に左ノ事例ニ因テ亦其一端ヲ知ル可シ

爰ニ甲乙アリ共ニ長崎人ニシテ東京ニ住シ甲ハ乙ヨリ金千圓ヲ借受ケ其期限ニ至テ既ニ之
ヲ辨濟シタリ然ニ甲乙ノ父共ニ長崎ニアリ乙ノ父ハ甲ノ父ヨリ家屋抵當ヲ以テ金千圓ヲ借

入レ其辨濟期限ハ甲ノ乙ニ對スル辨濟期限ト同シ然ルニ其期日ノ前夜兩父共ニ死去セリ而テ甲乙辨濟授受ノ當時ハ互ニ未タ其父ノ死去ト貸借トヲ知ラス若シ之ヲ知ラハ甲ハ乙ニ對スル義務ヲ相殺シテ殊更ニ辨濟ノ煩ヲ取ラサル可シ何トナレハ甲ハ舊ト乙ノ義務者ナリト雖モ其父ノ權利ノ相續人ナルヲ以テ新ニ乙ノ權利者トナリ又乙ハ舊ト甲ノ權利者ナリト雖モ其父ノ義務ノ相續人ナルヲ以テ新ニ甲ノ義務者トナレハナリ即チ義務相殺アリタルヲ知ラサル正當ノ理由アル者トハ是レ此ノ類ナリ

(第一千二百九十四條)

義務相殺ハ如何ナル人ノ間ニ行フ可キヤ且ツ如何ナル人ヨリ如何ナル人ニ對シテ言立ルヲ得可キヤ

第一 保證人ハ主タル義務者ノ言立テ得可キ義務相殺ヲ言立ルヲ得可シ何トナレハ主タル義務者其權利者ノ權利者トナルトハ其義務ハ相殺ニ因テ當然消滅シ隨テ保證人ノ義務モ消滅スレハナリ

第二 主タル義務者ハ其保證人ノ己レノ權利者ヨリ得可キ權利ヲ以テ其己レノ義務ト相殺セント言立ルヲ得可キヤ義務相殺ニ關スル法理ノミニ因レハ之ヲ言立ルヲ得可シト云ハサル可カラス何トナレハ義務相殺ハ辨濟ノ効力ヲ有シ即チ其相殺ヲ以テ辨濟ト同視スルトハ其保證人ヨリ爲シタル辨濟ハ主タル義務者ヲシテ其義務ヲ免カレシムレハナリ然レ法律ハ爰ニ一箇ノ區別ヲ爲セリ即チ左ノ如シ

若シ權利者ヨリ保證人ニ請求セスシテ直ニ主タル義務者ニ請求スルトハ義務者其保證人ノ

得ヘキ權利ヲ口實トシテ其辨濟ヲ拒ムヲ得ス何トナレハ義務者自己ノ負フ可キ義務ヲ以テ之ヲ保證人ニ負ハシムレハナリ然レ若シ權利者ヨリ主タル義務者ニ請求セスシテ直ニ保證人ニ請求スルトハ保證人自己ノ有スル權利ト互ニ相殺スルヲ言立テ以テ其辨濟ヲ拒ミシトハ義務者ハ其義務相殺ノ便益ヲ得可シ何トナレハ權利者其保證人ニ渡ス可キ者ヲ渡サレハ則チ保證人ヨリ辨濟ヲ得タルト同一ノ結果ニ因リ已ニ權利者タルノ性質ヲ有セサレハナリ但シ義務者ヨリ保證人ニ對シテ自己ノ義務ヲ盡クス可キハ勿論ナリトス

第三 連帶義務者中ノ一人其權利者ニ對シ權利ヲ得タルトハ他ノ連帶義務者モ亦其權利ニ據テ義務相殺ヲ言立ルヲ得可キヤ若シ權利者ヨリ自己ノ權利者ト爲リシ義務者ニ對シテ請求ヲ爲シ其義務者既ニ義務相殺アルヲ言立テ以テ其請求ヲ拒ミシ時ハ他ノ連帶義務者ニ於テモ亦之ヲ拒ムヲ得ルハ勿論ナリ若シ又權利者ヨリ自己ノ權利者ト爲リシ義務者ニ請求セスシテ直ニ他ノ連帶義務者ニ對シテ請求スルトハ是等ノ義務者ハ權利者ト爲リシ義務者ノ權利ニ據リテ義務相殺ヲ言立ルヲ得サルナリ然レ其義務者等義務ノ全部ニ付キ相殺ヲ言立ルヲ得サルモ其權利者ニ對シテ權利ヲ得タル義務者ノ擔當ス可キ部分ニ至ル迄ハ相殺ヲ言立ルヲ得ルヤ否ヤノ點ニ付テハ既ニ第一千二百八條ニ於テ之ヲ細説セリ故ニ今復タ茲ニ贅セス

第四 第一千二百九十五條ノ權利ノ讓渡シアリタル場合ニ於テハ被讓入即チ義務者ハ讓受人ニ對シテ其讓渡シナキニ於テハ讓渡人ニ對抗シ得タル義務相殺ヲ言立ルヲ得可キヤ此ノ問題ヲ決定センニハ先ツ其權利ノ讓渡ハ如何ナル原則ニ循フ可キ者ナルヤヲ了知セサル可

抑モ其讓渡ヲ爲シタル旨ヲ被讓人タル義務者ニ通知セサルカ又ハ義務者ニ於テ公正證書ヲ以テ其讓渡ヲ受諾セサル間ハ其義務者ニ在テハ未タ其讓渡ノ成立セサル者ト見做ス可キ者トス故ニ其義務者ノ權利者タル可キ者ハ其讓受人ニ非スシテ其讓渡人ニ在リトス然レ一旦被讓人ニ通知シタルカ又ハ被讓人ニ於テ之ヲ受諾シタル以上ハ其讓渡ハ完全セシ者ナリ故ニ其以後ハ被讓人ノ權利者タル可キ者ハ讓渡人ニ非スシテ讓受人ニ在リ右ノ原則ヲ會得シタル以上ハ今茲ニ其讓渡ノ旨ヲ通知シタル者ト假定シ其二箇ノ場合ニ因テ前ノ問題ヲ決斷セン

其一 被讓人其讓渡ノ通知ヲ得タル後ヲ其讓渡人ニ對シテ權利ヲ得タル場合此場合ニ於テハ其被讓人ハ讓受人ニ對シ自己ノ得タル權利ヲ以テ決シテ義務相殺ヲ言立ルヲ得ス何トナレハ義務相殺ハ互ニ其權利者タル者ノ間ニ非ラサレハ之ヲ爲スヲ得スシテ此場合ノ如キ被讓人ハ固ヨリ讓受人ニ對シテ權利ヲ有セサレハナリ

其二 被讓人其讓渡ノ通知ヲ得タル時既ニ其讓渡人ニ對シテ權利ヲ有セシ場合此場合ニ於テハ其被讓人ハ讓受人ニ對シテ義務相殺ヲ言立ルヲ得可シ語ヲ換ヘテ之ヲ略言セハ其讓渡ハ無効ナリ何トナレハ讓渡人ノ讓渡シタル權利ハ法律上既ニ義務相殺ニ因テ消滅シ即チ既ニ存在セサル者ナレハナリ

然レ被讓人其讓渡ヲ承諾センキハ則チ其讓受人ニ對シテ義務相殺ヲ言立ルヲ得ス蓋シ讓渡人ノ讓渡シタル權利ハ法律上ノ義務相殺ニ因テ既ニ消滅セリト雖モ被讓人其讓渡ヲ承諾

シタルハ即チ義務相殺ノ利益ヲ拋棄セシ者ナレハ讓受人ニ對シテハ會テ相殺ス可キ義務ナキ者ト見做サルノナリ

(第一千二百九十八條)

第一千二百九十四條ヲ講スルニ方リ義務相殺ヲ言立テ得可キ場合ヲ列舉シテ第一ヨリ第四ニ及ヘリ今本條ニ至テ更ニ第五ノ場合ヲ説示セン

第五 義務相殺ヲ以テ他人ノ既得權利ヲ害スルヲ得ス故ニ甲ノ義務者タル乙ハ甲ニ渡ス可キ金高又ハ物件ヲ甲ノ權利者タル他人ヨリ其渡シ方ヲ差留メラレタル後チ又甲ノ權利者トナルト雖モ甲ニ對シテ義務相殺ヲ言立ルヲ得ス例ヘハ乙ハ甲ニ對シテ金五百圓ノ負債アリ甲ハ又丙ニ對シテ若干金ノ負債アリ而テ其辨濟ヲ怠リシヲ以テ丙ハ乙ニ對シテ其甲ニ渡ス可キ金五百圓ノ渡シ方ヲ差留メタリ爰ニ又二箇ノ場合アリ

其一 丙ヨリ差留メラレタル乙ハ既ニ甲ニ對シテ相殺ス可キ權利ヲ有セシ時ハ其義務相殺ノ效ヲ述ヘ以テ其差留メヲ拒絕シ得ルハ勿論ナリ何トナレハ其差留メヲ以テ甲ノ有スル法律上ノ利益ヲ奪却スルヲ得サレハナリ

其二 其差留メラレタル後チ乙甲ノ權利者トナリシ時ハ義務相殺ヲ言立テ其差留人ニ抗スルヲ得ス何トナレハ其差留メラレタル以上ハ甲ノ爲メ相殺ハ勿論眞ノ辨濟ヲ行フヲモ能ハサル者ナレハナリ

261
以上陳述スル所ハ總テ法律上ノ義務相殺即チ法律上當然行ハル、所ノ義務相殺ニシテ其二箇ノ義務者中ノ一人之ヲ言立テ且ツ裁判官ノ言渡ヲ得ルヲ要セサル者ナリ之ニ反シテ其義

務相殺ノ効力ヲ生セシメシムルニハ必ス義務者中ノ一人之ヲ言立テ且ツ裁判官ノ言渡ヲ得ルヲ要スル者アリ之ヲ隨意ノ義務相殺ト云フ例ヘハ甲ハ乙ニ金五百圓ヲ附托シタル後チ甲ハ乙ニ同金額ヲ借入レタル人ノ相續人ト爲リントセシム此場合ニ於テ乙ハ甲ニ對シテ義務相殺ヲ言立ルヲ得ス何トナレハ乙ノ義務ハ附托ヨリ生スル者ニシテ法律上相殺シ得キ者ニ非ラサレハナリ然レモ甲ハ其附托シタル金額ト乙ニ負フタル金額トヲ相殺セント乙ニ對シテ言立ルヲ得ルノ類即チ是ナリ

又反訴ト云フアリ即チ被告人ヨリ原告人ニ對シテ自ラ有スル所ノ權利ヲ認定セシメ且ツ之ヲ算定セシムンヲ求メ而テ原告人ニ於テ之ヲ認定シ且ツ算定シタル後チ互ニ其義務ヲ相殺セン爲メノ附帶ノ訴ヲ云フナリ例ヘハ甲ハ乙ニ對シテ金五百圓ノ辨濟ヲ得ント訴ヘシ時甲ハ又乙ニ對シテ不注意或ハ其他ノ事故ニ因リ損害ヲ償フ可キ義務ヲ負ヒントセシム此場合ニ於テ乙ハ甲ノ對シテ法律上ノ義務相殺ヲ言立ルヲ得ス何トナレハ甲ノ償フ可キ損害ノ金額ハ未ダ算定セラレサルヲ以テ法律上其義務ヲ相殺スルヲ能ハサレハナリ然レモ乙ノ損害ノ償ヲ得可キ權利ハ速ニ之ヲ算定シ得可キ者ナルカ故ニ乙ノ求メニ因リ裁判官其權利ヲ算定スル爲メノ猶豫ヲ乙ル付與シ而テ之ヲ算定セシ後チ甲乙互ニ其義務ヲ相殺スルヲ得可シ

(第五款) 義務混同

(第一千三百條)

混同トハ二箇併立ス可カラサル分限ノ一人ニ集合スル場合ヲ謂フ今之ヲ義務ニ適用セハ一

箇ノ物件ニ付キ權利者タルノ分限ト義務者タルノ分限トチ一人ニ集合スル場合ヲ謂フ此ノ如ク權利及ヒ義務ヲ一身ニ兼有スル中ハ終ニ其義務ヲ請求スルヲ能ハサルヲ以テ其義務及ヒ權利ハ共ニ消滅スル者トス

然ハ如何ナル場合ニ於テ義務混同ヲ爲ス可キヤ左ノ場合ニ於テ其混同ヲ爲ス

第一 正常相續又ハ遺囑相續若シハ財産全部ノ贈與ニ因テ義務者其權利者ノ相續ヲ爲セシ時

第二 權利者其義務者ノ相續ヲ爲セシ時

第三 一人ニシテ權利者及ヒ義務者ノ相續ヲ爲セシ時

右ノ如キ場合ト雖モ其財産ヲ取調ヘタル上ニテ相續セシ時ハ其權利義務相混同スルヲ無シ何トナレハ此相續ノ効ハ其相續人ト其相續財産トハ全ク二箇異別ノ人ト見做シ以テ其相互ノ權利義務ヲ其儘存在セシメ置ク者ナルカ故ナレハナリ

今爰ニ混同ノ性質及ヒ其効力ヲ講究セン抑モ混同ハ義務消滅ノ他ノ方法ト同一視ス可キ者ニ非ラス故ニ其混同ニ因リ義務消滅スト謂ハンヨリ寧ロ實際其義務ヲ執行スルヲ能ハサルニ至リシ者ト謂フ可キナリ蓋シ其義務消滅スルハ義務者又自ラ權利者タルヲ以テ其義務ヲ執行スルヲ能ハサレハナリ

右ノ規則ヨリシテ義務混同ハ其執行スルヲ能ハサル者ニ付テハ之ヲ消滅スト雖モ其他ノ者ニ付テハ決シテ義務ヲ消滅セサルモノナルニ因リ即チ左ノ事項ヲ生ス

第一 他人其義務ノ存在スルニ因リ現ニ正當ニシテ且ツ判定シ得可キ利益ヲ有スル時ハ其

混同ニ拘ハラス其義務ハ存在スル者トス而テ此ノ如キ義務ノ存在ハ特ニ其者ノ利益外ニ及ハサル者トス何トナレハ義務混同ニ因リ決シテ他人ヲ害ス可カラサレハナリ例ヘハ甲ハ乙ノ父ヨリ若干金ヲ借受ケタル後乙ノ父自己ノ財産ノ別ニ部分ヲ指定メスシテ甲ニ遺囑贈與セリ此ノ場合ニ於テハ甲ヨリ乙ノ父ニ對スル義務ハ消滅ス何トナレハ此義務ハ甲自ラ之ヲ己レニ請求シ又自ラ之ヲ執行スルヲ能ハサレハナリ然レ此義務ハ乙ニ對シテ存在ス何トナレハ乙ノ父甲ニ對シテ有セシ權利ハ乙ノ父乙ニ屬ス可キ財産ヲ量定スルノ際之ヲ其相續財産中ヘ算入ス可キ者ナレハナリ

第二 數人同一ノ義務ヲ擔當セシ時其中ノ一人權利者ノ相續ヲ爲シタルカ又ハ權利者其中ノ一人ノ相續ヲ爲シタルキハ其權利者ノ相續人タル義務者又ハ義務者ノ相續人タル權利者ハ其擔當ス可キ一部分ニ付テハ混同ヲ行フヲ得可シト雖モ他ノ部分ニ付テハ依然トシテ其義務存在スル者ナリ之ヲ義務混同ノ總則トス猶ホ次條ニ至テ其詳細ヲ講究セントス

(第一千三百一一條)

第一 主タル義務者其權利者ノ相續ヲ爲セシカ又ハ權利者其義務者ノ相續ヲ爲セシ時ハ其保證人ハ其義務ヲ免ル、者トス然レ此義務ヲ免ル、ハ混同ヨリ直接ニ來リタル効力ニ非ラズ蓋シ義務者ニシテ權利者ノ分限ヲ兼有スル者其保證人ヲ訴フルヲ能ハサルハ原ト其義務者ハ保證人ニ損害ヲ受ケシメサルヲ擔保セシ者ナルヲ以テ設ヒ保證人ヲ訴ヘ其義務ヲ盡クサシムルモ又再ヒ保證人ニ之ヲ返還セサル可カラサレハナリ

第二 保證人權利者ノ相續ヲ爲セシ時(又ハ權利者保證人ノ相續ヲ爲セシ時)ハ保證人其義務ヲ免ル、者トス何トナレハ其保證人自ラ己レニ對シテ保證スルヲ能ハサレハナリ然レ主タル義務者ヲシテ其義務ヲ執行セシムルヲ固ヨリ妨ケナキノミナラズ尙ホ他ニ保證人アルニ於テハ亦此等ノ者ヲシテ其義務ヲ執行セシムルヲ妨ケサル者トス然リト雖モ其保證人等ハ其混同ヲ爲セシ保證人ノ擔當ス可キ義務ノ一部ヲ減省セシ上ニ非ラサレハ訴テ受ク可キ者ニ非ラズ何トナレハ其保證人等ヲシテ權利者(即チ混同ヲ爲セシ保證人)ニ對シテ義務ノ全部ヲ辨濟セシムルキハ又其權利者嘗テ保證人タリシ時擔當セシ義務ノ一部ノ償還ヲ得ント求ムルコ至レハナリ

第三 連帶義務者中ノ一人其權利者ノ相續ヲ爲セシ時(又ハ權利者其義務者中ノ一人ノ相續ヲ爲セシ時)ハ其者其義務ヲ免ル、ハ勿論ナリ何トナレハ義務者自ラ己レカ權利者タルヲ得サレハナリ然レ他ノ連帶義務者ニ對シテハ其義務ヲ保存スルヲ以テ固ヨリ之ヲ請求スルヲ得可キ者トス但シ之ヲ請求スルニハ嘗テ自ラ義務者タリシ時擔當セシ所ノ部分ヲ減省スルコ非ラサレハ能ハス其理由ハ前第二ノ場合ト同一ナリ

然レ此混同ヲ廢棄又ハ止息スルノ場合アリ而テ廢棄ト止息トハ全ク異別ノ者ナリ若シ其混同ヲ生シタル原因ニ瑕璫アリテ其將來及ヒ既往ノ効ヲ取消シタルキハ其混同ヲ廢棄セシ者トス例ヘハ權利者ノ相續ヲ爲シタル義務者其相續ヲ爲シタル原因由詐欺又ハ脅迫ニ出テタルヲ證明シテ其相續ノ受諾ヲ取消サシメタルキハ其混同ハ廢棄セラレ未ダ嘗テ混同セサル者ト見做ス故ニ諸事從前ノ景狀ニ復シ其義務ハ勿論之ニ屬スル書入質又ハ保證ノ如キモ其ニ消滅セサル者ト見做サルハナリ

若シ又新ナル事實ヨリ其混同ヲ生セシ原由ヲ取消シタルキハ其混同ハ止息セラル、者トス例ヘハ權利者ノ相續ヲ爲シタル義務者其相續權ヲ他人ニ賣渡シタル場合ノ如キ是ナリ即チ此賣買ハ其相續人ノ新ナル所爲ナリ故ニ其止息ハ唯其將來ニ行ハル、者ニシテ決シテ既往ニ溯ラサル者トス是以テ其義務ハ唯義務者ニ對シテノミ存スト雖モ一旦混同ニ因リ消滅シタル書入質及ヒ保證ノ如キハ再ヒ其原狀ニ復セサルナリ

(第六款) 義務ノ目的物ノ滅盡

(第一千三百二條)

本款ニ所謂義務ノ目的物ノ滅盡トハ最も廣キ意義ヲ用ヒタリ即チ其語中ニ左ノ場合ヲ含蓄ス

第一 (現ニ其物件ノ滅盡セシ場合)

第二 其物件ノ賣買ヲ爲ス可カラサルニ至リシ場合例ヘハ公益ノ爲メ或ハ土地ヲ政府ヘ買上ケタル時其物件ハ滅盡セシ者ト見做ス

第三 其物件ノ所在ヲ知ル能ハサルノ場合例ヘハ甲ハ乙ニ一箇ノ時計ヲ賣渡シ未ダ引渡サ、ル前甲之ヲ竊取セラレ其所在ヲ知ラサル時其物件ハ滅盡セシ者ト見做ス

右ノ如ク物件滅盡セシ時其損失ハ之ヲ引渡ス可キ義務者ニ歸ス可キヤ將チ其權利者ニ屬ス可キヤ概シテ之ヲ言ハ、物件滅盡ノ効力ハ如何ナル可キヤ此點ニ付テモ亦三箇ノ場合ヲ區別セサル可カラス

第一 義務者引渡ニ付キ遲滞ニ附セラレサル前天災又ハ抗拒ス可カラサルカニ因テ義務ノ

目的物滅盡セシ場合

第二 義務者既ニ遲滞ニ附セラレタル後チ天災又ハ抗拒ス可カラサルカニ因テ義務ノ目的物滅盡セシ場合

第三 其物件義務者ノ所爲又ハ過失ニ因テ滅盡セシ場合

其第一ノ場合ニ於テハ義務者ノ義務全ク消滅スル者トス而テ若シ其物件權利者ノ占有セシキハ決シテ之ヲ滅盡セシノ無カリシヲ證明スルキト雖モ亦同一ナリトス何トナレハ義務者ニ於テ其責ニ任ス可キ不注意アルニ非ラサレハナリ

其第二ノ場合ニ於テハ二箇ノ區別アリ蓋シ其物件ノ引渡ヲ遲滞シタルハ則チ義務者ノ過失ナリ凡ソ過失ニ因リ他人ニ損害ヲ醸セシキハ其過失者之ヲ償フノ義務アリ然レ其過失ニシテ他人ニ損害ヲ醸サ、ルキハ固ヨリ何等ノ義務ヲモ生スルヲ無シ此原則ヨリシテ左ノ結果即チ二箇ノ區別ヲ生ス

其一 其物件ノ滅盡セシハ原ト義務者之ヲ所持セシカ爲メニシテ若シ之ヲ其權利者所持スルニ於テハ天災ノ爲メ滅盡スルヲ無カリシヲ證明スル場合ニ於テハ其義務者ノ引渡ヲ遲滞シタルハ則チ他人ニ損害ヲ醸ス可キ過失トナル故ニ義務者ハ其滅盡セシ物件ノ價額ニ等シキ金額ヲ權利者ニ償却セサル可カラス

其二 右ニ反シテ其物件ヲ權利者所持セント雖モ猶ホ其滅盡ヲ免ル、ヲ能ハサリシヲ證明スル場合ニ於テハ義務者權利者ニ償却ス可キ義務アルヲ無シ何トナレハ義務者ノ遲滞ハ過失ナリト雖モ毫モ損害ヲ醸ス可キ者ニ非ラサレハナリ

是故ニ義務執行ヲ遲滞シタル義務者ハ總テノ天災又ハ抗拒ス可カラサル力ニ付其責ニ任ス可キ者ニ非ラズ唯其物件ヲ所持セシカ爲メ遭際セシ所ノ天災又ハ抗拒ス可カラサル力ニ付テノミ其責ニ任ス可ク其物件權利者ノ所持セシニ於テモ亦等シク遭際シタル可キ天災又ハ抗拒ス可カラサル力ニ至テハ決シテ其責ニ任セサル者トス

第三ノ場合ニ於テハ義務者遲滞ニ附セラレシ前ト又ハ遲滞ニ附セラレシ後ナトテ問ハス其義務ハ消滅スト雖モ直ニ之ニ續ク可キ他ノ一ノ義務ヲ生ス即チ其物件ノ滅盡ニ付テ權利者ニ賠償スルノ義務是ナリ蓋シ法律確言ニ義務者ノ所爲又ハ過失ハ其義務ヲ繼續シ天災又ハ抗拒ス可カラサル力ハ全ク其義務ヲ消滅スト謂ヒシモ亦此理ニ外ナラサルナリ
義務ノ目的物分ツ可カラサル者ニシテ義務者中一人ノ過失ニ因リ之ヲ滅盡セシキハ其過失アル義務者ノミ其責ニ任ス可ク他ノ義務者ハ全ク其義務ヲ免ル、者トス(第一千二百二十一條下參看)

數人ノ連帶義務者中一人ノ過失ニ因リ其義務ノ目的物ヲ滅盡シタルキハ前項ノ場合ト異ナリ總テノ義務者其滅盡セシ物ノ價額ニ等シキ金額ヲ償フノ責ニ任ス可キ者トス但シ過失アル義務者其金額ノ外尙ホ他ニ權利者ニ加ヘタル損害アラハ獨自ラ之ヲ賠償セサル可カラズ(第一千二百二條及第一千二百七條下參看)

主タル義務者ノ過失ニ因リ其義務ノ目的物ヲ滅盡セシキハ保證人其實ニ任ス可キ者トス何トナレハ確定物ノ義務ヲ保證スル者ハ其物件ノ保存モ猶ホ之ヲ擔保シタル者ト見做サルレハナリ若シ又其滅盡保證人ノ過失ニ因ルキハ主タル義務者全ク其義務ヲ免ル可キ者トス何

トナレハ保證人ハ主タル義務者ヲ保證スト雖モ主タル義務者ハ保證人ヲ擔保セサルヲ以テナリ

故ニ義務者ノ所爲又ハ過失ニ因リ遂ニ確定物ノ義務ヲシテ損害ヲ償フ可キ義務ニ變セシメタルキ其最初ノ義務ヲ保證スル爲メノ連帶及ヒ保證ハ等シク其變體即第二ノ義務ニ當然附著ス可キ者トス何トナレハ確定物ノ權利者ニシテ他ノ保證ヲ約セシメタルハ豫メ其確定物ノ或ハ滅盡センコトヲ推量スルコト因レハナリ

天災アリト雖モ義務者總テ其責ニ任ス可キヲ約セシキハ義務執行ノ遲滞ト否トコ拘ハラズ渾テ其物件滅盡ノ責ニ任ス可キ者トス故ニ其物件既ニ權利者ノ所持セシキト雖モ亦等シク滅盡シタル可キヲ證明スルト雖モ猶ホ其代價ハ之ヲ償ハサル可カラズ

盜偷ヲ爲セシ者其竊取セン物件ヲ返還スルコト付テハ遲滞ニ附セラレ、チ必要トセス唯其竊取セン時直ニ遲滞ノ地位ニ在ル者トス故ニ天災ニ因リ其物件ヲ滅盡セシ場合ト雖モ亦其責ニ任セシム然ハ其物件ヲ所有者ノ所持シタランモ亦等シク其滅盡ヲ免レサリシコトヲ證明スルト雖モ猶ホ其滅盡セシ物件ノ代價ヲ償ハサル可カラサルヤノ問題起ル可シ此問題ニ付テハ法律ハ既ニ左ノ如ク決定セリ

即チ本條ノ末項ニ「竊取シタル物ノ滅盡シ又ハ之ヲ遺失シタル方法ノ如何ヲ問ハス其滅盡ハ之ヲ竊取シタル者チシテ其代金ノ返還ヲ免カレシメサル者トス」是法律ハ其物件所有者ノ所持シタランコトモ亦等シク滅盡シタルヤ否ヤニ付キ其所有者チシテ盜偷ト辨論セシムルコト欲セサレハナリ蓋シ此ノ如キ場合ニ於テハ其所有者ハ己レカ損失ヲ盜者ニ嫁セシメ

以テ自ラ利スル者ナリト雖モ到底此利益ハ盜者ノ其所有者ニ損失ヲ加ヘント欲スル所業ノ報酬タルニ過キサレ可シ

(第一千三百二條)

本條ハ滅盡セシ物件ノ附屬物及ヒ其滅盡ニ因テ生スル權利ノ一ヲ規定シタル者ナリ抑モ義務ノ目的物天災又ハ抗拒ス可カラサル力ニ因テ滅盡セシ時ハ義務者其義務ヲ免ル可シト雖モ其滅盡シタル物ノ附屬物及ヒ殘存物ハ悉ク之ヲ其權利者ニ引渡サ、ル可カラズ即チ左ノ諸件ノ引渡ノ責アリ

第一 滅盡セン物件ノ附屬物例ヘハ馬具附ノ馬ヲ賣渡シ未タ之ヲ引渡サ、ル前天災ニ因リ其馬死亡セシキハ其死體ト馬具トヲ引渡サ、ル可カラサルノ類

第二 滅盡セシ物件ノ殘存物例ヘハ其滅盡物家屋ナルキハ尙ホ殘存セシ木材ノ類

第三 天災ニ非ラスシテ他人ノ所爲ニ因リ其物件ヲ滅盡セシキ其他ノ人ニ對シ求メ得可キ損害賠償ノ訴權例ヘハ甲ハ乙ニ一ノ家屋ヲ賣渡セシニ丙其家ニ放火セシキノ如キ民法ノ決定スル所ニ據レハ甲ヨリ丙即チ放火ノ本人ニ對シテ求メ得可キ損害賠償ノ訴權ヲ乙ニ讓ラサル可カラズ

右第三ノ規則ハ羅馬法及ヒ佛國古昔ノ法律ニ在テハ論理ニ適シタル者トナセシモ已ニ現今ニ至テハ則チ然ラス抑モ古昔ニ於テハ雙方ノ契約ノミニテハ其所有權ヲ移轉セサリシチ以テ夫ノ贈與者又ハ賣主等ハ依然トシテ其契約セシ物件ノ所有者タリ故ニ受贈者又ハ買主等ハ唯其權利者タルニ過キス是以テ他人ノ所爲ニ因リ其義務ノ目的物件ノ滅盡セシキ之カ損

害賠償ヲ求ムルノ訴權ハ贈與者又ハ賣主ノ爲メニ生シタリ故ニ賣主ハ其訴權ヲ買主ニ讓與スルヲ要シタリキ

然ニ現今ニ至テハ總テ確定物ヲ以テ目的ト爲シタル契約ハ其契約ノミニテ其物ノ所有權ヲ移轉スル者トス故ニ受贈者又ハ買主等ノ如キハ一旦其契約ヲ爲スニ於テハ設ヒ其物ヲ受取ラサルモ直ニ其所有者ト爲ルナリ此方法ニ據レハ損害賠償ヲ求ムルノ訴權ハ賣主即チ義務者ノ爲メニ生スル者ニ非ラスシテ買主即チ權利者ノ爲メニ生スル者トス然キハ義務者ヨリ權利者ニ讓與ス可キ權利ナキハ寔ニ瞭然タリ

其レ然リ然ニ本條ニ於テ「賠償ノ訴權アルニ於テハ義務者ヨリ之ヲ其權利者ニ讓渡ス可キ者トス」ト規定セシハ蓋シ編纂者ノ過謬ニ出テシナラン何トナレハ編纂者ハ既ニ確定物ヲ目的ト爲シタル契約ハ其契約ノミニテ以テ所有權ヲ移轉スルトノ原則ヲ掲ケナカテ再ヒ茲ニ古昔ノ原則ヲ襲用スルヲ以テナリ既ニ過謬トセハ宜ク之ヲ刪除シ更ニ左ノ如ク追正スヘシ曰ク他人ノ所爲ニ因リ義務ノ目的物件滅盡セシ時ハ其損害賠償ヲ求ムルノ訴權ハ直ニ權利者ノ爲メニ生スト

此追正タルヤ實際上大ナル利益アリ何トナレハ若シ其損害ノ償ヲ求ムル訴權義務者ノ爲メニ生スル者トセハ其訴權ハ只其物ノ引渡ヲ受ク可キ權利者ノ爲メノミニナラス又他ノ總テノ權利者ノ爲メニ擔保物ト爲ルニ至ル可シ然ルニ追正ノ論旨ニ基ケハ其引渡ヲ受ク可キ權利者其訴權ニ付キ特權ヲ有ス可ケレハナリ

以上講セシ所ハ物件ノ滅盡ニ因リ其義務消滅スルノ方法ナリ而テ其義務消滅ノ方法ハ滅盡

スルコト有ル可キ物件ヲ目的ト爲シタル義務ニノミ適用ス可キ者トス故ニ唯種類ノミヲ以テ定メタル物件ヲ目的ト爲シタル義務ハ茲ニ謂フ所ノ義務消滅ノ方法ヲ適用ス可キコト非ラス其契契約書中ニ指定メタル種類ノ一部コトモ現ニ地球上ニ存在スルコト於テハ其義務ヲ執行セシムルコトヲ得可キ者トス固ヨリ義務者之ヲ得ルニ或ハ困難ニシテ隨テ其執行ヲ爲シ難キコト有ル可シト雖トモ然ルモ唯之ヲ以テ其義務ヲ消滅セシムルコト足レリトモ必ズ其執行ノ全ク爲シ能ハサルコト至リシコト要スルナリ例ヘハ甲ハ乙ニ特定シタル某ノ馬ト言ハス唯一ノ馬トノミ言テ之ヲ賣渡サンコト甲カ乙ニ賣渡サント欲セシ馬ト共ニ甲カ所有セシ他ノ總テノ馬ヲ天災ニ因テ滅盡セシト雖モ甲カ義務依然トシテ存立ス何トナレハ甲ハ更ニ他ノ馬ヲ得テ之ヲ乙ニ引渡スコトヲ得可ケレハナリ

右ノ例外ヲ除キ他ノ總テノ義務ニ此義務消滅ノ方法ヲ適用ス可キ者トス即チ左ノ義務ニ適用ス可シ

第一 確定物ヲ目的ト爲シタル義務

第二 特定シタル財産ノ部分ヲ目的ト爲シタル義務

此二種ノ場合ニ於テハ其義務消滅ス何トナレハ此等ノ場合ニ於テハ全ク其義務ヲ執行シ能ハサルハナリ實ニ既ニ存在セサル物件ヲ如何シテ引渡スコトヲ得可キヤ蓋シ民法ニ於テ爲シ能ハサルコトハ何人ニ限ラス義務ナシト云フノ古語ヲ採テ其法文ニ掲ケタル者ナリ故ニ今其法意ヲ擴充セハ物件ノ滅盡ニ因テ其義務消滅スト言ハンヨリ寧ロ義務ヲ執行シ能ハサルコト至レハ毎子ニ其義務消滅スト言フヲ以テ優レリトス

此ノ如ク論シ去ラハ此義務消滅ノ方法ヲ取テ夫ノ爲ス可キノ義務ノ天災ニ因テ其義務ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リシ場合ニ適用スルコトヲ得可シ例ヘハ余ハ諸君ノ爲メニ法律ヲ講讀スルコトヲ約シタル後チ余ノ瘋癲ト爲リシキ余カ義務ハ則チ消滅スルカ如キ是ナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ本款ノ題目ニ掲ケル所ノ義務ノ目的物ノ滅盡ナル語ハ甚ダ狹隘ニ失セル者ノ如シ故ニ左ノ如ク改正シテ可ナランカ曰ク義務ヲ執行シ能ハサル異變ノ生セシニ因リ其義務消滅スル事ト

(第七款) 契約不存及ヒ解約ノ訴權

(第一千二百四條)

契約ニ不成立ノ者アリ取消スコトヲ得可キ者アリ不成立ノ者トハ唯其契約ノ外形ノミ成立スル如クコシテ其實全ク存在セサル者ヲ云フ又取消スコトヲ得可キ者トハ其契約全ク存在スト雖モ其成立上既ニ瑕瑾アル者ヲ云フ然ハ如何ナル契約ヲ以テ不成立トスルヤ又如何ナル契約ヲ以テ取消シ得可シトスルヤ

契約ノ不成立ハ其契約ヲ組成スルコト緊要ナル原素ノ一ヲ全ク欠ク時即チ全ク雙方ノ承諾ナキ時又目的物若クハ原由ノナキ時ニ在リ蓋シ雙方共ニ契約ノ性質又ハ目的物ヲ錯誤シタルキハ即チ全ク其承諾ナキ者トス例ヘハ一方ノ者ハ賣買ヲ爲サント欲シタリシニ他ノ一方ノ者ハ貸借シタル者ト信セシ時又ハ一方ニ在テ一番地ノ土地ヲ賣リシト思ヒシニ他ノ一方ニ在テハ二番地ヲ買ヒシト思ヒシ時ノ如キ是ナリ其他一方ノ者狂疾又ハ幼年等ニテ是非ノ識別ナキ時ノ契約ニ於テモ亦全ク承諾ナキ者ト見做サルハナリ

目的物ナキ時トハ例ヘハ爰ニ家屋賣買ヲ約セシニ當時其賣主其家屋ノ燒失シテ既ニ存在セサルヲ知ラサリシ時ノ類實ニ此ノ如キ場合ニ於テハ其目的物ナキカ爲メ其契約成立セサル者トス

原由ナキ時トハ例ヘハ余カ父足下ヨリ借受ケタル金千圓ヲ辨濟セシ時其證書ノ返付ヲ得スニテ唯其受取證ヲ取置キ其後余カ父死シタリ然ニ足下ハ其證書ヲ以テ再ヒ余ニ對シテ其辨濟ヲ促カス余ハ原ト其受取證アルヲ知ラス因テ其金額ノ辨濟ニ換ヘ余カ住スル所ノ家屋ヲ足下ニ賣渡サント約シタリシニ偶マ其受取證ヲ發見セリ是ニ於テ乎先キ余カ家屋ヲ賣渡セシ契約ハ已ニ其原由ナキ者トス故ニ其契約ハ成立セサルナリ

此外法禁ヲ犯セシ時即チ未タ開始セサル相續財產ヲ目的ト爲シタル契約例ヘハ父ノ生存中其子將來相續ス可キ財產ヲ抵當ト爲スノ類此ノ如キハ無論成立セサル者トス又法式ヲ要スル契約ニシテ其法式ヲ履行セサルキハ猶ホ其契約ハ不成立ナリ即チ贈與及ヒ不動産書入質ノ如キ是ナリ

取消ス可キ得可キ契約トハ其契約ヲ組成スル緊要ノ諸原素ヲ欠クコトナシト雖モ唯其原素中ノ一二ノ者其性質微弱ナルノ契約ヲ云フ譬ヘハ病者ノ死生ヲ期ス可カラサルモ之ヲ生セシムルモ之ヲ死セシムルモ唯醫藥ヲ施スト否トニ在ルノ場合ノ如シ故ニ其契約ヲ保全セント欲セハ其醫藥ヲ施サ、ル可カラス之ヲ取消サント欲セハ之ヲ施サ、ルニ在リ而テ左ノ契約ハ取消ス可キ得可キ者トス

曰ク契約者ノ一方自ラ錯誤シタルカ又ハ他ノ一方ノ脅迫或ハ詐欺ヲ受ケタルカ若クハ無能

力者ナル時即チ是ナリ

不成立ノ契約ハ嘗テ其契約ノ存在セサルヲ以テ民法上更ニ其効力ヲ有セサル者トス故ニ何人ニ限ラズ其契約ノ有リシコトヲ言立ツルヲ得ス又之ヲ以テ何人ニ對スルモ抗抵スルコトヲ得ス又如何ナル長キ歲月ヲ經ルモ又雙方ノ好意ニ出ツルモ決シテ其契約ノ効力ヲ生セシムルコトヲ得ス何トナレハ既ニ存在セサレハ亦之ヲ認定スルノ術ナケレハナリ故ニ若シ相手方ニ於テ余ニ對シテ其契約ノ執行ヲ訴求スルキハ余ハ唯其契約ノ不成立ヲ證明シ以テ其訴ヲ却クルヲ得ルナリ

今尙ホ一歩ヲ進メテ言ハシ余其契約ヲ有効ノ者ト信シテ之ヲ執行シタリシキハ余ハ其相手方ニ對シテ其引渡シタル物件ヲ取戻ス可キ得ルナリ而テ余ハ此取戻訴權ノ成効ヲ見シコトハ豫メ其契約無効ノ言渡ヲ得ルノ豫審裁判ヲ受クルヲ要セス余ハ其相手方ニ對スルコト猶ホ余ニ屬スル物件ニシテ原由ナク占有セル他ノ諸人ニ對スルカコトシスルコトヲ得可シ然レ此物件取戻ノ訴訟ハ其相手方ニ引渡シタル時ヨリ三十年内ニ之ヲ爲ス可キヲ要ス若シ既ニ其期限ヲ經過セハ相手方ハ期滿所得ノ効ニ因リ其物件ノ所有權ヲ獲得スルニ至ル可シ是時ニ方テハ其不成立訴權ノ消滅セシニ非スシテ余ノ失ヒタル所ノ者ハ余ノ取戻ノ訴權ナリ故ニ余ノ相手方ハ毫モ其契約ノ有リタルコトヲ言立テス又其契約ノ有効ナル旨ヲ主張セス唯其物件ヲ所得ト爲ス可キ原由即チ三十年間占有セシヲ以テ期滿所得ヲ主張スルコトヲ得可シ

取消ス可キ得可キ契約ハ不成立ノ契約ノ如ク唯其外形ヲ有スルノミニ非ラズシテ現ニ成立スル者ナリ然レ其成立不完全ト云フノ罅隙アルヲ以テ常ニ之ニ乘シテ襲撃セラル、ノ慮ナ

キニ非スト雖モ若シ幸ニシテ此襲撃ヲ免ル、キハ則チ法律上完全ナル契約ニ等シキ効力ヲ付與スル者トス故コ此契約ノ取消ヲ求ムルノ權アル者之ヲ取消サント欲セハ其不完全ナル事實ヲ證明スルニ非ラサレハ能ハス又其契約ヲ認定セント欲セハ固ヨリ之ヲ爲スヲ許與スルナリ而テ其認定ヲ爲スノ方法二種アリ即チ明ニ之ヲ爲スヲ又暗ニ之ヲ爲スヲ是ナリ其暗ニ爲スノ法即チ左ノ如シ

第一 契約ノ取消ヲ求ムルヲ得可キ者ニシテ隨意ニ其契約ヲ履行シタル時

第二 同上ノ者ニシテ之ヲ襲撃スルヲ十年間ヲ經過セシメタル時此遠久ノ黙過ハ暗ニ其契約ヲ認定シタル者ト見做ス

以上ノ論旨ヲ略言スレハ不成立ノ契約ハ何人ニ限ラズ其不成立ヲ言立ツルヲ得且ツ年限ノ長短ニ拘ハラズ何時ニテモ之ヲ言立ツルヲ得可キ者トス而テ取消スヲ得可キ契約ハ其取消ヲ求ムルノ權アル者ニシテ且ツ法律上定メアル年限内ニ於テ之ヲ襲撃スルニ非ラサレハ終ニ取消スヲ得可カラサル者トス

抑モ本款ハ不成立ノ契約ニ適用ス可キヤ將テ取消スヲ得可キ契約ニ適用ス可キヤ前述ノタル論旨ニ據レハ既ニ本款ハ不成立ノ契約ニ適用ス可キ者ニ非ラサルヲ明瞭ナル可シ蓋シ本款ノ訴權ハ義務消滅ノ方法トシテ掲ケタル者ナリ而テ不成立ノ契約ニハ嘗テ義務アラサルヲ以テ固ヨリ義務ヲ消滅スルノ訴權アル可キ理由ナシ故ニ本款ハ取消スヲ得可キ契約ニノミ適用ス可キ者トス

取消スヲ得可キ訴權ハ法律上最短ノ期限ヲ定メアル場合ヲ除クノ外概テ十年ヲ以テ其訴

權ノ期滿免除ヲ得可キ者トス今其最短期限ノ一例ヲ舉クレハ不動産買買ニシテ賣主之カ爲メ損失ヲ受クレハ其買買ノ取消ヲ求ムルノ訴權ハ其買買ノ時ヨリ縱ニ二年ノ間ニ非ラサレハ之ヲ爲スヲ得ス

又其十年ノ期限ハ其取消ヲ求ムルノ權アル者ニシテ自由ニ之ヲ求ムルヲ得ルニ至リタル日ヨリ起算スル者ナリ故ニ其契約ノ脅迫ニ出テタル場合ニハ其脅迫ノ止ミタル日、錯誤又ハ詐欺ノ場合ニハ其錯誤又ハ詐欺ヲ發見シタル日、禁治産者又ハ幼年者タルノ場合ニハ其治産ノ禁ノ解ケシ日又ハ丁年ニ至リシ日ヨリ起算スル者トス

其十年ノ期限ハ真正ノ期滿免除ト見做ス可キヤ將テ豫メ特定シタル期限ト見做ス可キヤ此問題タル甚ク緊要ナル者トス本條ニ所謂ル十年ノ期限ヲ以テ真正ナル期滿免除ト見做スハ普通ノ期滿免除ニ存スル諸般ノ停止ノ原由ヲ適用セサル可カラズ故ニ其取消ヲ求ムルノ權ヲ有スル人十年間内ニ禁治産者トナルカ又ハ幼年ノ相續人ヲ遺コシテ死去スルハ其十年ノ期限ハ自カラ禁治産者ナリ又ハ相續人ノ幼年者タルノ時間其經過ヲ停止スルモノトス若シ又一箇特定ノ出訴期限ト見做スハ右ノ如キ事故アルモ其期限ノ經過ヲ停止スルヲ得サル可シ

今余ノ思考スル所ニ據レハ十年ノ期限ハ真正ナル期滿免除ヲ定メタル者ト見做サ、ル可カラズ何トルレハ其訴權ヲ十年内ニ行ハサレハ之ヲ失フ可シト云フハ即チ十年ヲ經過スレハ期滿免除ス可シト云フニ外ナラサレハナリ

訴權即チ原告ニ期限アリ答辯即チ被告ニ期限ナシトノ確言ハ今尙ホ存スルヤ羅馬法ニ據レ

ハ取消シ得可キ契約ノ訴訟ニ付テハ其契約ヲ執行セシ後ト否トコ因テ之カ區別ヲ爲セリ
 未タ其契約ヲ執行セサルハ未タ其契約ノ物件ヲ引渡サ、ルヲ以テ取消ノ訴訟ヲ用ユルヲ
 要セス唯原告ノ請求ヲ待テ其契約ノ取消ス可キモノナルヲ答辯ヲ爲スノミヲ以テ足レリ
 ト爲ス何トナレハ未タ執行ノ要求ヲ受ケサルニ率先シテ其契約ヲ毀壞スルコ及ハス或ハ相
 手方ヨリ其執行ノ要求ヲ爲サスシテ終ルモアル可キヲ以テ自分ヨリ相手方ノ舉動ヲ見ル
 ニ如カサルナリ而シテ若シ相手方ニ於テ其執行ヲ求ムルニ至レハ其契約ヲ取消シ得可キ原
 由ヲ以テ抗辯ノ憑據トシテ可ナレハナリ
 之ニ反シテ其契約ヲ執行セシトハ當時其取消ス可キ契約ナルヲ知ラスシテ其物件ヲ引渡
 セシ者ナルヲ以テ之ニ付與スルコ取消ヲ求ムルノ訴訟ヲ以テセサル可カラスシテ最早原告
 ノ請求ヲ待テ答辯ス可キ地位ニ在ランヲ望ム能ハス何トナレハ答辯ハ執行ヲ防禦スルノ
 具ナリ然ニ其相手方ニ於テ既ニ其物件ヲ得タルヲ以テ復タ更ニ執行ヲ要求スルヲナケレハ
 ナリ

而テ同法(羅馬法)ニ於テハ訴訟ハ一年間繼續スル者ニシテ答辯ハ無期ノ者ト爲セリ此差異ア
 ル理由ハ左ノ如シ抑モ取消ノ訴訟權ヲ有スル者ハ何時ニテモ隨意ニ之ヲ行フヲ得ルナリ故
 ニ之ヲ行フノ期限ヲ設クルモ實際ノ危害少ナカル可シ然ニ其答辯ニ至テハ相手方ニ於テ契
 約執行ヲ求ムルノ訴訟ヲ起スルニ非ラサレハ之ヲ行フ能ハス且ツ同法ハ其相手方ヨリ其訴
 辯ヲ爲サ、ルニ於テハ他ニ其契約ヲ取消ス可キ術ヲ與ヘス夫レ此ノ如クナルヲ以テ若シ其答
 辯ニ於テモ亦取消ノ訴訟ノ如ク其期限ヲ設クルハ相手方ハ必ス其期限ヲ經過セシ後ニ非
 ラサレハ其訴訟ヲ起サ、ル可シ是豈ニ其答辯ヲ用ユルヲ得可ケンヤ之ヲ夫ノ確言ノ生起ス
 ル因由トス

然ニ佛國民民法ニ於テハ此確言ヲ保存セス何トナレハ該法ハ取消シ得可キ契約ヲ爲シタル者
 ハ其契約ヲ執行シタルト否トコ拘ハラス之カ取消ヲ求ムルノ權ヲ有シ亦相手方ヨリ自己ニ
 對シテ契約執行ノ訴訟ヲ爲スヲ待ツヲ要セサレハナリ故ニ若シ其人ニシテ十年間之ヲ默過シ
 又別ニ其期限ヲ停止ス可キ事故有ラサルハ其特權ハ期滿免除ニ因テ消滅ス
 此規則タル或ハ危殆ナル結果ヲ生スルヲナキニアラス例ヘハ癡狂ノ爲メ治産ノ禁ヲ受ケシ
 者ニシテ契約ヲ爲シ後ニ其病癒ヘ其禁ヲ解カレタルハ如キ若シ既ニ其契約ヲ執行シタル
 件ハ現ニ其引渡シタル物件ノ存在セサルニ因リ多クハ其禁治産中ニ契約ヲ爲シタルヲ發
 覺スルコ有ル可シ此場合ニ於テハ治産ノ禁ノ解ケ日ヨリ其期限ヲ起算スレハ更ニ危殆ナ
 カル可シト雖モ若シ未ダ其契約ヲ執行セザリシハ之ヲ發覺セサルコ往々ニシテ之レ有ル
 可シ此場合ニ於テ尙ホ十年ノ期限ノ經過ニ因テ取消シ得可キ權ヲ消滅スル者トセハ其相手
 方ハ其期限經過ノ後ニ至テ契約執行ノ訴訟ヲ爲ス可シ然レハ其禁ヲ受ケシ者到底之ヲ執行セ
 サル可カラサルニ至ラン是或ハ法律ノ欠點ナランカ
 然レ裁判上ノ治産ノ禁ヲ受ケサルモ癡狂院ニ入療スル癡狂人ニ關スル千八百三十八年六月
 三十日ノ法律ヲ以テ此危殆ヲ避クルノ方法ヲ設ケタリ該法律ニ於テハ十年ノ期限ノ起算ハ
 癡狂人其病癒ヘ其院ヲ出テ後ニ相手方ヨリ其人ニ對シテ義キニ契約ヲ爲シタルヲ告知
 シ又ハ其他ノ方法ニ因リ其人ヲ知リシ時ヨリ始ム可シ但シ其癡狂人死去セハ其相續人ニ

於ケルモ亦同一ナリト定メタリ或ル二三ノ學士ハ此法律ヲ取テ裁判上ノ治産ノ禁ヲ受ケシ者ニモ亦適用ス可シト主張セリ其說ニ曰ク癲狂院ニ在リシ者ハ是全ク事實上ノ癲狂者タリ而テ裁判上ノ禁治産者ハ則チ法律上癲狂者ト認定シタル者タリ法律ハ既ニ事實上ノ者ヲ保護セリ況ンヤ法律上ノ者ニ於テハ豈獨リ之ヲ保護セサルノ理アラシヤ何トナレハ法律上ノ癲狂者ハ事實上ノ癲狂者ニ比スレハ更ニ一層ノ重キヲ加ヘタル者ト見做サ、ル可カラサレハナリト是レ或ハ然ン然レトモ千八百三十八年ノ法律ハ一箇ノ特別規則ナリ

其特別規則中ニアルモノヲ以テ普通規則ニ引用スルコト得ルモノトハ余敢テ信セサルナリ前回ニ於テ契約ヲ取消ス訴權ノ性質及ヒ其期限ヲ講述シタリ本回ニ於テハ如何ナル際ニ結ヒタル契約ハ取消スコト得ルモノナルヤヲ論セサル可カラズ而シテ相手方ノ詐偽若クハ暴行脅迫ニ出タル契約又ハ自己ノ錯誤ニ出タル契約ハ取消シ得可キモノナルコトハ第一千九條以下ヲ説明シタルキ精細ニ論シタルヲ以テ今茲ニ重複セサルナリ主トシテ茲ニ論ス可キモノハ無能力者タル幼年者又ハ婦ノ結ヒタル契約ヲ取消シ得可キ場合ニ在リトス蓋シ第一千三百五條以下第一千三百十四條ニ至ルマテハ專ハラ幼年者ノ結ヒタル契約ヲ如何ナル場合ニ取消スコト得ルモノナルヤヲ規定シタルモノニシテ其内第一千三百十二條ハ取消シタル後ノ結果ヲ指示シタルモノナリ而シテ其條文ノ意味錯雜縱橫彼此ノ條ニ涉ルヲ以テ逐條講述スルコト能ハス故ニ余ハ第一千三百五條乃至第一千三百十四條ヲ左ノ如ク分別シテ説明ス可シ

- 〔イ〕 第一千三百五條第一千三百十一條及ヒ第一千三百十四條
- 〔ロ〕 第一千三百六條

〔ハ〕 第一千三百七條
 〔ニ〕 第一千三百十三條
 〔ホ〕 第一千三百十二條
 〔ヘ〕 第一千三百八條第一千三百九條及ヒ第一千三百十條
 〔イ〕(第一千三百五條第一千三百十一條及ヒ第一千三百十四條)

此三ヶ條ハ幼者又ハ其後見人ノ爲セシ契約ハ如何ナル場合ニ取消スコト得ルモノナルヲ規定セシモノトス

第一 單一ナル損失ハ後見ヲ免カレサル幼者ノ結ヒタル總テノ契約取消シノ原由トナルモノトス(第一千三百五條)

第二 單一ナル損害ハ後見ヲ免カレタル幼者其能力ノ定限ヲ超ヘテ結ヒタル契約取消ノ原由トナルモノトス(全條)

第三 違式ハ契約無効ノ原由トナルモノトス(第一千三百十一條)

是ニ由テ之ヲ觀レハ幼者ニ關スル契約ハ或ハ損失ノ爲メ取消シ得可キコトアリ或ハ法式ニ違フタルカ爲メ無効トナルコトアルナリ然レ如何ナル場合ニ於テ其契約ハ損失ノ有無ニ拘ハラズ法式ニ違フタルカ爲メ無効ニ歸ス可キヤ又如何ナル場合ニ於テ其契約ハ法式ニ協フタルモ唯損失ノ爲メ取消シ得可キヤ將タ如何ナル場合ニ於テ其契約ハ有効ニシテ取消シ得可カラサルヤ法律上是等ノ區別ヲ明記セス故ニ學者ノ間種々ノ議論ヲ生シ今ニ至テ尙ホ未ダ一定セズ余ハ乃チ茲ニ其議論中最モ勢力ヲ有スル所ノ二說ヲ示サン

其第一説

第一 幼者後見人ヲシテ己レノ代ハテシム可キコ之ニ爲サシメスシテ自ラ爲シタル契約ハ其性質ノ如何ト其損失ノ有無トニ拘ハラズ唯其無能力ノ理由ノ爲メ取消シ得可キ者トス(第一千二百二十四條)

第二 後見人法律ノ豫定シタル法式ニ從ヒ其權限内ニ於テ爲シタル契約ハ損失ノ理由ノ爲メ取消シ得可キ者トス(第一千二百五條)但シ法律ノ特別規則ヲ以テ此取消ノ方法ヲ制限セシキハ格別ナリ(第一千三百十四條)故ニ不動産讓與、分派ノ契約、相續又ハ贈與ノ承諾、婚姻ノ契約(第四百六十一條)第四百六十三條)第一千二百九十四條及ヒ第一千二百九十八條)等ヲ除クノ外總テ後見人ノ適法ニ爲シタル契約ト雖モ損失ノ理由ノ爲メ消取消シ得可キ者トス

第三 法律上豫定ノ法式ニ從ハサル契約ハ幼者ノ爲シタルト後見人ノ爲シタルトヲ問ハス又損失ノ有無ニ拘ハラズ法式ニ違フタルカ爲メ無効ト爲ス者トス(第一千二百一十一條)其第二説

第一 幼者其後見人ニ於テ更ニ法式ヲ履行スルコト無クシテ爲シ得可キ所爲ヲ自ラ爲セシ時ハ其損失有ルニ非ラサレハ無効ノ者ト爲サス(第一千二百五條)

第二 幼者其後見人ニ於テ法律上豫定ノ法式ヲ履行スルコト非ラサレハ爲スコト得サル所爲ヲ自ラ爲セシ時ハ法式ヲ欠缺スルカ爲メ其損失ノ有無ニ拘ハラズ無効ノ者トス(第一千三百一十一條)

第三 後見人ニ於テ適法ノ所爲ヲ爲セシ時ハ有効ノ者トス(第一千三百十四條)

此第二説タル頗ル第一説ニ優サレル者ノ如シ今將ニ之ヲ研究セントス

第一 幼者其後見人ニ於テ更ニ法式ヲ履行スルコト無クシテ爲シ得可キ所爲ヲ自ラ爲セシ時例ヘハ家屋賃貸又ハ動産買賣等はナリ此所爲ハ損失ノ理由有ルニ非ラサレハ取消シ得可キ者ニ非ラス故ニ幼者之カ取消ヲ求ムルニ唯其幼年中心此所爲ヲ爲セシコトヲ證明スルコト以テ足レリトセス必ス他コ己レカ損失ヲ受ケシコトヲ證明セサル可カラズ是其取消ヲ求ムルハ幼者ニ因ルニ非ラスシテ損失有ルカ爲メナリ但シ第一説ニ據レハ此所爲ハ損失ノ有無ニ拘ハラズ無能力タルノ理由ヲ以テ取消シ得可キ者トナセリ而テ余輩ノ第一説ヲ疎却シテ第二説ヲ贊成スルハ是法律ノ由來ト正文トニ據ル者ナリ

法律ノ由來ニ據ルトハ何ソヤ千五百年代佛國ノ法學士ドマー氏曰ク幼者ニ契約ヲ取消シ得可キ特權ヲ付與セシハ是其能力ノ足ラサルニ因リ往々事物ヲ錯誤ス可キ情狀有ルニ基キシ者ナリ即チ幼者ニ於テ多少ノ損害ヲ受ケシキハ其損害ヲ來タシタル所爲ヲ取消サシメ以テ之ヲ保護スル者ナリト故ニドマー氏ノ説ニ據レハ幼者ハ契約ヲ爲スノ能力無キニ非ラスシテ唯損害ヲ受ク可キ契約ヲ爲スノ能力無キ者トス

之ト同一ノ理論ハ民法編纂論ニ於テ亦之ヲ見出シタリピエープレアムノ一氏ノ理由説明書ニ曰ク幼者ノ無能力タル結果ハ損害ヲ受クルヲ得サルニ在テ契約ヲ爲スコト得サルニ在ラスト又ジョーベル氏ノ審査局ヘ差出シタル報告書ニ曰ク幼者ハ契約ヲ爲スノ能力ヲ有セスト雖モ亦幾分カ其知覺ヲ有スル者ナリ故ニ其者ノ爲シタル契約ト雖モ亦自ラ其効力ヲ有セ

シム可キ者ナシト云フ可カラス然ハ則チ唯幼者タルノ故チ以テ概シテ其契約チ取消シ得可キ者ト爲ス可シト
 キ者ト爲ス可カラス唯損害チ受クルノ故チ以テ取消シ得可キ者ト爲ス可シト
 法律ノ正文ニ據ルトハ何ソヤ第千三百五條ニ言フ所ハ果シテ如何單一ナル損失有ルコ於テハ幼者ノ結ヒタル總テノ契約ハ取消スヲ得可シト云フコ非ラヌヤ
 蓋シ其總テノ契約トハ丁年者ト雖モ損失ノ原由チ以テ取消シ得可キ財産分派若クハ不動産賣買ニ關スル時ト動産賣買又ハ貸貸等ニ關スル時トチ問ハスト云フコ同ヤ抑モ法律ハ原ト是等ノ契約ニ付幼者ト丁年者トチ區別ス即チ丁年者ハ不動産賣買又ハ財産分派ニ關スルコ非ラサレハ損失ノ原由チ以テ其契約チ取消シ得可キコ非ラヌ而テ其損失ハ不動産賣買ノ場合ニ於テハ十二分ノ七以上(第千六百七十四條)財産分派ノ場合ニ於テハ四分ノ一以上タルコチ要ス(第八百八十七條)

然コ幼者ノ爲メニハ損失ノ高チ定メス唯單一ナル損失タルチ以テ足レリトス故コ該條ハ唯幼者自ラ爲シタル契約ニノミ適用ス可クシテ其代理者タル後見人ノ爲シタル契約コハ決シテ之チ適用ス可キコ非ラヌ即チ該條中後見人ノ文字無キチ以テ亦其一證ト爲ス可シ蓋コ該條ノミナラス該條以下ニ於テ或ハ該條チ解釋シ或ハ之チ抑制スル爲メノ諸條ハ盡ク幼者自ラ爲シタル契約ニ關スル者ナリ
 即チ第千三百七條コ曰ク「幼者單コ丁年ナリト陳述セシノミニテハ其契約チ取消スノ妨ケト爲ラサル者トス」ト是幼者其後見人ノ立會チ待タスシテ自ラ契約チ爲セシ場合チ法律ノ規定シタルコ明瞭ナルコ非ラヌヤ若シ之チ後見人ノ爲セシ契約ナリト假想セハ其幼者自ラ

丁年ナリトノ陳述ハ何等ノ理由ナルヤ知ル可カラス否チ其陳述ノ偽リナルコハ已ニ其後見人ノ立會有ルニ因テ明白ナル可シ
 又第千三百八條チ看ヨ「商人銀行者又ハ工作者タル幼者ハ其商業又ハ技藝ノ爲メコ結ヒタル契約チ取消スヲ得ス」ト記シタリ即チ此規則ハ第千三百五條ノ原則ノ例外チ示メセシ者ナリ是亦幼者自ラ爲シタル契約ニ關スル者コ非ラヌヤ
 然コ或曰ク幼者ニ關スル契約ハ幼者自ラ之チ爲ス可キコ非ラヌ必ス其代理者タル後見人ノ爲ス可キ者ナリ(第四百五十條)故コ幼者自ラ爲シタル契約ハ法式ニ因テ爲シタル者コ非ラヌ依テ損失ノ有無コ拘ハラヌ法式ノ欠缺ノ爲メ取消シ得可キ者ナリト(第千三百一十一條)余輩之コ答テ言ハントス法律ハ後見人ノ立會チ以テ素ヨリ其法式ト爲スコ無シト法律ノ所謂ル法式トハ親族會議ノ允許及ヒ裁判所ノ認可チ指スナリ而テ今余輩ノ研究スル所ノ者ハ是等ノ法式チ要セサル契約ニ關スル者ナリ
 是ニ由テ之チ觀レハ夫ノ幼者ハ全ク契約チ爲スノ無能力者ト論決セシハ是第千三百五條ノ正文チ濫用セシ者ト云ハサル可カラス蓋シ該條ハ幼者ノ無能力チ説明セシ者ニシテ即チ幼者己レノ損失ト爲ル可キ契約チ爲スコ付キ無能力ナリト云フコ止マルナリ
 第二 後見人ニ於テ法律上豫定ノ法式即親族會議ノ允許及ヒ裁判所ノ認可チ得タルコ非ラサレハ有効コ爲スヲ得サリシ契約チ幼者自ラ爲セシ時例ハハ幼者自ラ金額チ借用シ又ハ不動産チ賣却シ或ハ之チ替入質ト爲セシ場合ノ如キ是ナリ此契約ハ損失ノ有無コ拘ハラヌ無効ニ歸スル者トス是即チ第千三百一十一條チ適用スル者ナリ

第三 後見人ニ於テ法律上特別ノ法式ヲ定メサル契約即チ單一ナル財産管理上ノ契約ヲ爲シタル時其契約ハ有効ナルヤ將テ幼者ヨリ損失ノ原由ヲ以テ之ヲ取消スルヲ得可キヤドモ一氏曰ク後見人ノ權限ハ幼者ノ有益ト爲ル可キヲ爲スコ止マル故ニ後見人ノ爲シタル契約ニシテ幼者ニ損失ヲ及ホスルハ幼者ハ之ヲ原由ト爲シ以テ其契約ヲ取消スルヲ得可シト之ニ反シテボヤエー氏ハ此契約ヲ以テ適法ニシテ且ツ有効ナリト爲セリ而テ其理由トスル所ハ最モ切實ナリ曰ク其理由ハ則チ幼者ノ利益ニ根底ス若シ此後見人ノ爲シタル契約ヲ損失ノ原由ヲ以テ取消シ得可キ者トセハ遂ニ幼者ノ財産管理ヲ爲スル能ハサルニ至ラン何トナレハ幼者ノ財産ニ付テノ契約ハ將來或ハ其取消ヲ求メラル、ノ虞アルヲ以テ何人タリトモ後見人ト契約スルヲ欲セサルニ至ル可ケレハナリト

然ハ此二說中民法ハ何レヲ採リシヤボヤエー氏ノ說ヲ取リシト毫モ疑ヒナシ何トナレハ民法中ドマー氏ノ說ノ如ク幼者ハ其後見人ノ適法ニ爲セシ契約ニ對スルモ損失ノ原由ヲ以テ之ヲ取消スルヲ得可シトノ正條ハ余輩ノ嘗テ見出サ、ル所ナレハナリ且又後見人其權限内ニ於テ爲セシ契約ヲ損失ノ原由ノ爲メ取消シ得可キ者トセハ其後見人ノ爲セシ契約ト幼者自ラ爲セシ契約トノ間ニ何等ノ差異ナキヲ以テ人遂ニ後見人ヲ評シテ一箇無用ノ長物ト爲スニ至ラン

第一千三百一十一條ニ據レハ幼者ヲ保護スル爲メ定メタル法式ヲ履行セシメテ爲シタル契約ハ其法式ノ欠缺スルカ爲メ之ヲ無効ト爲ストアリ而テ此契約ハ不成立ノ者ト爲スカ將テ唯取消シ得可キ者ト爲スカ是ニ付テ二說アリ

第一說ニ曰ク此契約ハ不成立ナリ蓋シ後見人ハ法律上ノ代理者タルニ過キス故ニ代理者契約ヲ爲スニ當リ其權限ヲ超過セハ其代理ヲ任セシ人決シテ其義務ヲ負擔スルニ及ハサルハ是代理契約ノ原則ナリ是ヲ以テ其契約ハ全ク幼者ニ關係ナキ他人ノ爲セシ者ト同一ニ見做スル可カラスト此說ニ基ツケハ其契約ヲ無効ト爲スノ訴權ハ幼者ノ丁年ニ至リシヨリ十年ニテ消滅ス可キニ非ラスシテ無期ノ者トス

又曰ク然レ此契約ハ他ノ不成立ノ契約ト異ナリ幼者丁年ニ至レハ有効ニ之ヲ認定スルヲ得可キ者トス是他ノ不成立ノ契約ハ認定スルヲ得スト云フノ原則ノ例外ト爲スト(第一千三百一十一條及ヒ第一千九百九十八條參看)

第二說ニ曰ク此契約ハ唯取消シ得可キ者タルニ過キス抑モ契約上ノ代理者ニシテ其權限ヲ超過セハ決シテ委任者ノ代理セシ者ト見做ス可キニ非ラス其契約ハ委任者ニ對シテハ何等ノ効力ヲ有セサリシハ固ヨリ論ヲ待タスト唯モ法律上ノ代理者ニ至テハ則チ然ラス蓋シ後見人ノ所爲ハ毎ニ其委任者タル幼者ノ指揮ヲ受ク可キ者ニ非ラス故ニ其所爲ハ方法ノ如何ニ拘ハラヌ第四百五十條ニ據リ常ニ幼者ノ代理者タルノ分限ヲ有スル者ナリ若シ又其所爲不適當即チ幼者ノ利益ノ爲メ豫定シタル法式ヲ履行セサルノ契約ナリトセハ其不規則ナルヲ固ヨリ論ヲ俟タスト唯モ然レ全ク其効力ヲ有セサル者ニ非ラス其トナレハ其契約者タル幼者ノ代理者ノ爲セシ者ナレハナリ故ニ其契約ハ幼者丁年ニ至テ之カ取消ヲ求ムレハ無効ニ歸ス可シト雖モ然ラサレハ尙ホ其効力ヲ有スル者トスト此說ニ據レハ其取消ノ訴權ハ幼者丁年ニ至ルヨリ十年ニシテ消滅スル者トス

右二說中余ハ第二說ヲ取テ第一說ヲ取ラサルナリ而テ其ノ例外ヲ以テ不成立ノ契約ヲ認定スルコトヲ得可シト云フニ至テハ最モ取ラサル所ナリ思フニ設ヒ例外ナリト雖モ實際上人ノ想像シ得可キ事物ニ非ラサレハ之ヲ設定スルコト能ハサル可シ然ハ不成立ノ契約ヲ認定スルコトハ誰人カ之ヲ想像シ得可シト謂ハシヤ

〔ロ〕(第一千二百六條)

既ニ後見ヲ免レタル者ト未タ後見ヲ免レサル者トヲ問ハス凡テ幼者ノ爲シタル契約ハ或ル場合ニ於テハ損失ノ爲メ之ヲ取消シ得可キ者ナルコトハ業ニ既ニ之ヲ講述セリ然レ如何ナル場合ニ於テ其損失アルヤ又如何ナル場合ニ於テ其取消ヲ求メ得可キヤニ至テハ未タ講及セサリキ今其損失ノ場合ヲ示スコト左ノ如シ

第一 幼者己レノ與ヘタルヨリ寡少ノ物ヲ受取リシ時

第二 幼者其價額ノ多寡ニ拘ハラズ自ラ必要品ヲ與ヘテ奢侈物ヲ受取リシ時又ハ保存シ易キ物ヲ與ヘテ保存シ難キ物ヲ受取リシ時

又其取消ヲ求メ得可キ場合ハ左ノ如シ

第一 契約ニ因リ直ニ幼者ノ財産ニ損失ヲ生ゼシ時

第二 契約ニ因リ直ニ損失ヲ生ゼスト雖モ其契約ニ因リ幼者ヲシテ終ニ損失ヲ生ゼシメサルヲ得サル時例ヘハ金額ヲ借用シタル幼者其金額ヲ浪費セシキノ如キ決シテ之ヲ返還スルヲ要セス

之ニ反シテ幼者何程損失ヲ受ケタルモ其損失ハ契約以後ノ天災ニ出テ且ツ其天災ハ契約ノ

際豫知シ得可カラザリシ者ナルキハ其損失ヲ口實トシテ契約ヲ取消スコトヲ許サス

〔ハ〕(第一千二百七條)

本條ハ幼者偽テ自カラ丁年者ト稱シ結ヒタル契約ノ運命ヲ定メタルモノナリ則チ法文ニ在ル如ク單ニ丁年者ト申立ルノミノコトヲ信シテ約束シタル相手方ノ者ハ其契約ノ取消ヲ免ルコト能ハサルモノトス何トナレハ人ノ年齢ヲ知ルコトヲ得可キ方法ハ豫テ民法上設定シアルモノナルコト其方法ニ因ラスシテ幼年者ノ口頭ヲ信シテ之ト契約シタル者ハ輕卒ノ振舞タル責メニ任ス可キモノナレハナリ而シテ其方法トハ他ナシ其者ノ出產證書ヲ區役所ニ行ヒテ査定スルニ在ルナリ若シ又其幼年者遠國ノ者ニシテ其住所所在シ區役所ニ行キ右證書ヲ査定スルノ勞ヲ厭ヒ或ハ其他事實疑ハシキ場合ニ於テハ斯ノ如キ者ト契約セサルニ如カサルナリ此ノ疑シキ場合ニ於テハ手出シスルコトヲ止メヨトノ格言古來存スル所以ナリ

然レトモ法文上「單ニ丁年者ト」陳述ハ「云々ノ字義ヲ注目セサル可カラス故ニ若シ單一ノ陳述ニ止マラスシテ他ニ詐欺ノ手段譬ヒハ偽造ノ出產證書ヲ指示スルカ如キ手段ヲ用井テ相手方ヲ欺テ爲メコ眞ニ丁年者ナリト信認セシムルニ至リタルキハ最早本條ヲ適用スルコトヲ許サスシテ其契約ヲ完全有効ノモノトセサル可カラス何トナレハ假令其者幼年ナリト雖モ其惡計ニ長シタルコト丁年ノ相手方ヲ欺ク程ノ者ヲ尙ホ民法上普通ノ事物ニ不經驗勝ナル幼年者ト之ヲ同視シテ同一ノ保護ヲ與フルコト及ハサルモノナレハナリ(第一千三百十條ヲ見ル可シ)

〔ニ〕(第一千三百十二條)

本條ハ今日殆ント無用ノモノト云フ可シ實ニ丁年者兩名相ヒ協議シ彼是ノ間ニ錯誤脅迫若クハ詐欺アルヲナク各自自在敢テ瘋癲ノ様子モナクシテ相ヒ結ヒタル契約ナ一方ニ多少ノ損失アリタルヲ口實トシテ無効ニ爲スヲ得可キモノトハ條理ニ於テ想像シ得サル可シ然ルニ斯ノ如キ言ハスシテ當然ノ事ヲ本條ニ記載シアルハ蓋シ故アルナリ

民法以前ノ舊慣ニ於テハ互易ノ契約上一方ノ者ノ受クル所ノモノカ他ノ一方ノ者ニ有セシムルモノヨリモ價值上ニ差等アルハ其損失ヲ受タル者ヨリ契約ノ取消ヲ求ムルヲ得タルモノトス余此事ハ本篇講義ノ始メニ於テ互易ノ契約ト偶然ノ契約トノ區別及ヒ利益ヲ説キタル際既ニ各位ニ注目セシメタルモノト思考ス

然ルニ本法ニ於テ斯ノ如キ不都合ナル舊慣ヲ廢止シタルモノナルカ故ニ其趣意ヲ茲ニ明瞭ニ斷リ置キ以テ將來ノ迷誤ヲ豫防シタルモノトス而シテ現今ニ至テハ民法上損失ヲ受タルカ爲メ契約ヲ取消スヲ得ル場合ハ二箇ニ止マルナリ則チ左ノ如シ

第一 不動産ノ賣主其物價十二分ノ七以上ヲ損シテ之ヲ賣渡タル場合(第千六百七十四條以下ヲ見ル可シ)

第二 共同財産ノ分派ニ於テ其受ク可キ部分四分之一以上ノ損失ヲ受タル場合(第八百八十七條ヲ見ル可シ)

第三 相續ヲ受諾シタル者遺囑證書ノ發見ニ因リ其相續財産一半以上ノ損失ヲ受タル場合(第七百八十二條ヲ見ル可シ)

是レ本條ニ所謂ル特定ノ例外ニ係ル場合ナリトス蓋シ斯ノ如キ例外ヲ法律上設ケタルコトハ

種々ノ理由アリト雖モ余ノ責任ハ各位ニ向テ一般ノ契約ヲ説明スルニ在ルヲ以テ其各例外ニ入テ説明ヲ爲スヲ忌避スルモノトス

〔ホ〕(第千三百一十一條)

裁判所ニテ言渡シタル契約取消ノ効力ハ猶ホ夫ノ解除ノ未必條件ノ成就ニ因リ裁判所ニテ其解除ヲ言渡シタルト同一般ニシテ嘗テ其契約ナキ時ノ形狀ニ復スル者トス故ニ契約者雙方ニ於テ其既ニ得タル物ヲ互ニ返還セサル可カラス然レ一般ニ契約ヲ取消シタル効果ナリ本條ノ規則ハ契約者ノ一方無能力者ニシテ其契約ヲ取消シタル場合ニ關スルモノナルヲ以テ其効果同一ナラス即チ其一方ノ無能力者ハ他ノ一方ヨリ得タル物ノ中唯自己ノ利益ト爲リシ部分ノミヲ返還ス可キニ止マル者トス例ヘハ幼年者己レカ家屋ヲ賣渡シ且ツ其代價ヲ受取テ後チ其賣買ヲ取消シタルトセンニ此場合ニ於テハ其代價ヲ返還スルノ責アルカト問フ者アラハ若シ其幼年者尙ホ其代金ヲ所持スルカ又ハ之ヲ有益ノ事業ニ使用セシキハ之ヲ返還スルノ責アリト答ヘン然レ其代金ノ全部又ハ一部ヲ無益ニ使用セシキハ其使用セシ者ヲ返還スルノ責ナキ者トス而テ幼年者ニ在テハ其無益ニ使用セシキヲ證明スルノ責ナシト雖モ其相手方ニ於テハ則チ幼年者ノ利益ト爲リシヲ證明スルノ責アル者トス

〔ハ〕(第千三百八條第千三百九條及ヒ第千三百十條)

右ノ三ヶ條ハ幼年者ト雖モ或ル場合ニ於テハ其幼年タル原由ヲ以テ自己ノ義務ヲ取消スルヲ得サル例外ヲ規定シタルモノトス其場合左ノ如シ

第一 商法第二條ノ規則ヲ遵守シテ商業人タル資格ヲ得タル幼年者其商業上ニ關シテ結ヒ

タル契約ハ總テ有効ナリトス是レ他ナシ商業ハ一種特別ノ知識ト實驗トヲ要スル者ナルニ
 假令幼年ト雖モ既ニ其資格ヲ得タル以上ハ其商業ノ事ニ關シテ丁年者ト看做ス可キヲ以テナ
 リ然レモ此幼年者ハ單ニ商業ノ事ニ關シテノミ丁年者ト同視サル、モノニシテ其他ノ事ニ
 關シテハ眞ノ幼年者ニ復シ他ト一般他事ニ關スル契約ハ之ヲ取消ス可キ得ルナリ何トナレ
 ハ右ノ幼年者ハ自カラ從事スル商業ニ長シタリトテ萬事萬端ノ事ニ付キ丁年者ト同様ノ知
 識實驗ヲ有スルモノト看做ス可カラサレハナリ(第千二百八條)

第二 幼年者自己ノ結婚ニ付キ將來夫婦間財產上ノ契約ヲ爲スニ際シ其結婚ノ爲メ承諾ヲ
 與フ可キ人ノ承諾ト立合トテ得タルモノナレハ其契約ハ全ク有効ナリトス蓋シ結婚ヲ肯ン
 スル者ハ年齢ノ幼長ヲ問ハス一家政ヲ統轄スルノ能力アルモノト自認セシモノト想像セサ
 ル可カラス加之其父母若クハ後見人ニ於テ右ノ結婚ヲ承諾スル以上ハ其者共モ亦右ノ者
 其能力アルヲ認定シタルモノト論決セサル可カラス故ニ其契約ヲ有効ノモノトシテ之ヲ
 取消サ、ル所以ナリ(第千二百九條)

第三 幼年者ト雖モ自己ノ惡意若クハ不注意ヲ以テ他人ニ損害ヲ加ヘタル中ハ之ヲ賠償ス
 ルノ責メヲ免レサルナリ蓋シ幼者ノ爲メ契約ヲ取消ス可キ法律上得セシムルモノハ其事務
 ニ不經驗ナル所ヨリシテ他人ニ欺カレ易キモノナレハ之ヲ保護セサル可カラスト云フノ意
 ニ外ナラスシテ幼年者ハ社會ニ於テ其所爲上無責任ト云フノ意ニハ決シテアラサルナリ是
 レ本條ノアル所以ナリ(第千二百十條并ニ第千二百七條ノ說明ヲ參照ス可シ)

(第六章) 義務ノ證及ヒ義務ヲ盡クシタルノ證

本章ノ題詞タル甚ダ狹隘ニ失スル者ナリ何トナレハ人若シ其題詞ノ文字ニ拘泥シテ其義ヲ
 解スルキハ本章ハ單ニ義務ノ證據ト辨濟ニ因テ義務ヲ消滅シタルノ證據ノミヲ掲ケタル者
 ナリト云フニ至レハナリ然ニ平素人ノ證スル所ハ唯茲ニ止マラスシテ物權ノ存在及ヒ其消
 滅又ハ辨濟外ノ方法即チ義務更改、義務相殺、義務釋放等ニ因テ義務ノ消滅ヲ證スルコトアリ
 故ニ其題詞ハ物權人權及ヒ其消滅ノ證據ト改正スルヲ以テ穩當ト爲ス

抑モ證據トハ既知ノ事實ニ因リ未知ノ事實ヲ推究スル者ニシテ即チ一箇ノ推測タルニ外ナ
 ラス例ヘハ甲ハ乙ニ對シ汝ハ余ニ金千圓ヲ返還ス可キ義務ヲ負擔セリト唯申述スルノミニ
 テハ其言漠然更ニ憑據有ルコトナシ故ニ法官之ヲ聞クモ未タ以テ乙ノ義務ノ存否ヲ知ルコト能
 ハス是所謂ル未知ノ事實ナリ然レ甲ハ其憑據ト爲サンカ爲メ乙カ自ラ其義務ヲ認メテ署名
 シタル所ノ證書ヲ差出セハ其證書ハ即チ所謂ル既知ノ事實ナリ法官ハ此既知ノ事實ニ因リ
 彼ノ未知ノ事實ヲ推測シ以テ其義務存在スト決定ス是之ヲ證據ト云フ

(第千二百十五條)

舉證ノ任ハ何人ニ在ルヤ義務ノ存在スルコト證ス可キノ任ハ其義務ノ執行ヲ請求スル者ニ
 在リ既ニ此證ノ舉リシ以上ハ其義務ノ消滅セシコト證ス可キノ任ハ其敵手ニ在リ法律ハ茲
 ニ羅馬法以來人ノ能ク知ル所ノ二箇ノ原則ヲ適用ス

第一舉證ノ任ハ原告ニ在リ

第二 抗辯ニ付テハ被告即チ原告ト爲ル

此規則ノ第一第二ニ常ニ並行ス可クシテ須臾モ離ル可カラサル者トス若シ其第一ノミヲ以

テ舉證ノ原則トセハ被告ノ利益ニ關スル事ト雖モ猶ホ原告ニ於テ之ヲ證明スルヲ要スル
ニ至ル可シ豈ニ不條理ナルニ非ラスヤ故ニ一方ノ者他ノ一方ノ者ニ對シテ言立ツル事實ハ
固ヨリ自ラ之ヲ證明セサル可カラスト雖モ他ノ一方ノ者之カ反對テ言立ツルキハ亦自ラ之
ヲ證明セサル可カラス

此論旨タル太々條理ニ適シ事物ノ自然ニ出テタル者ト謂フ可キナリ蓋シ法律ハ民人相互ノ
關係ニ於テハ世間普通ノ常態ヲ以テ其基礎トス而テ民人相互ニ獨立自由ニシテ他ニ檢束セ
ラレサルヲ以テ世間普通ノ常態ト爲ス試ニ偶然二人ノ者ニ向ヘ其間ノ關係ヲ問ハ、多クハ
相互ニ何等ノ關係モナク又何等ノ義務モナカル可シ然モ若シ一人他ノ一人ニ對シ汝ハ余ニ
此ノ如キ關係アリ又此ノ如キ義務アリト言立ツレハ是普通ノ常態ニ反シ即チ非常ノ事實ト
云フ可キナリ既ニ非常ノ事實トセハ之ヲ言立ツル者必ス之ヲ證明セサル可カラス而テ其證
舉リシ後チ他ノ一人既ニ其關係ヲ脱シ既ニ其義務ヲ免レタリト申述スルキハ亦必ス之ヲ證
明セサル可カラス

此原則ハ物權ニ關スル事件ヲ處理スルニ於テモ亦之ヲ適用ス可キ者トス凡ソ物件ノ占有者
ハ多クハ其占有スル物件ノ所有者ナリ故ニ人アリ余ノ占有スル家屋ヲ指シ余ノ有ニ非ラス
シテ他人ノ有ナリト言立ツルキハ是普通ノ常態ニ反スルヲ言立ツル者ナリ故ニ其非常ノ
事實ヲ證明セサル可カラス

以上陳述スル所ノ主旨ヲ略言スレハ左ノ如シ
何人ニ限ラズ敵手ノ現有スル所ノ地位ニ反對ナル事實ヲ言立ツル者ハ其事實ノ真正ナルヲ

ヲ證ス可シ

或曰ク無的ノ證據ハ之ヲ舉クルコト能ハスト蓋シ誤ルノ甚キ者ナリ夫レ無的ノ證據タル我ニ
義務ナシ我ハ受取ラスト云フヲ證明スル者ナルヲ以テ敵手ニ於テ有的ノ證據即チ汝ニ義務
アリ汝ニ引渡シタリトノ證據ヲ舉ケサル以上ハ先キンシテ之ヲ證明スルニ及ハスト雖モ無
的ハ固ヨリ之ヲ證明スルコト能ハサルニ非ラス之ヲ證スルコト實際上往々之レ有リ例ヘハ余ハ
子ノ東京人ニ非ラサル(無的)ヲ證明セント欲セハ子ノ西京人ナル(有的)ヲ證スルヲ以
テス可ク又余カ自由ナル承諾ヲ以テ契約ヲ爲セシニ非ラサル(無的)ヲ證明セント欲セハ
余カ脅迫セラレタル(有的)ヲ證スルヲ以テス可ク又余カ罪ヲ犯サル(無的)ヲ證明セ
ント欲セハ余カ他所ニ在リタル(有的)ヲ證明スルヲ以テス可キカ如キ是ナリ

然モ或ル場合ニ於テハ無的ノ證據ヲ舉クルコト能ハサル可シ例ヘハ子ハ余カ常ニ上野公園内
ニ行カサルヲ證明スルコト能ハサル可シ何トナレハ子カ之ヲ證明スル爲メニハ毎日毎時其
公園外ノ地ニ於テ余チ目撃セシヲ確言スル所ノ證人チ出スチ要スレハナリ然モ是每事實
ノ無的ニ因ルニ非ラス有的ノ事實ニ於ケルモ亦同シク爲シ能ハサルナリ例ヘハ余カ三十年
來毎日上野公園内ニ行キシヲ證明セントスルモ其爲シ能ハサルコトハ猶ホ前例ト同一ナル
可シ故ニ無的ト有的トナ問ハス其際限ナキ事實ハ總テ證明スルコト能ハサル者トス

(第一千二百十六條)

法律上證據ヲ五箇ニ區別ス曰ク書證、人證、推測、自白、及ヒ宣誓是ナリ然モ其實三箇ニ過キ
ス即チ自白、人證及ヒ推測ト爲ス而テ自白ニ口述有リ記述有リ記述ノ自白トハ義務者自ラ

己レカ義務ヲ認ムル所ノ私印證書ヲ云フ即チ書面ニ記シタル自白ナリ其口述ノ自白トハ即チ世人常ニ云フ所ノ自白ナリ

又公正證書ハ人證中ノ一種トス即チ一箇ノ官吏カ某々ノ人ノ面前ニ於テ斯々ノ契約ヲ爲シタリト記シタル證書ハ是筆記セン人證ナリ而テ公正證書中契約者雙方ノ署名捺印アル者ハ則チ人證ト自白トヲ兼ヌル者トス

4

又宣誓ハ推測ノ一種トス其詳説ニ至テハ之ヲ後會ニ於テス可シ

(第一款) 書證

第一節 公正證書第二節私署證書

第三節 符木

第四節 謄本

第五節 認知及ヒ補確證書公正證書

(第一節) 公正證書

(第一千二百十七條)

公正證書トハ或ル事件ニ關シ其證書ヲ記ス可キ場所ニ於テ之ヲ記ス可キ權利ヲ有スル官吏カ法律ノ定メタル法式ニ從ヒ記シタル證書ヲ云フ而テ其官吏トハ公證人、身分取扱人、裁判所書記及ヒ使吏等ヲ云フナリ

然レ其證書ヲ公正ト爲サンカ爲メコハ其官吏ノ身分ヲ以テ之ヲ記スルヲ必要トス故ニ左ノ場合ニ於テ記シタル證書ハ則チ常人ノ記シタル者ト少差ナクシテ公正ノ性質ヲ有セス即チ

其官吏カ其職務ヲ停止セラレタルカ又ハ免黜セラレタル時又其在職中ト雖モ其權限外ノ事件ニ關スル證書ヲ記シタル時例ヘハ裁判所ノ書記ニシテ出產及ヒ婚姻證書ヲ記シタルカ如

キ是ナリ又在職中ニシテ且ツ其權限内ノ事件ニ關スル證書ナリト雖モ管轄外ノ場所ニ於テ記シタル時又法律上定メタル法式ニ違フタル時例ヘハ公證人ニシテ他ノ一名ノ公證人若クハ二名ノ證據人ノ立會ナクシテ證書ヲ記シタルノ類

(第一千二百十八條)

此條ハ第一千二百十九條第二項解説ノ次ニ講述ス可シ

(第一千二百十九條)

凡ソ公正證書ハ其諸般ノ性質ト其外面ノ形狀トヲ具備スル者ヲ以テ眞正ノ者ト見做ス可キナリ

或曰ク茲コ人アリ是ハ公正證書ナリト云テ差出スキハ其證書ノ署名ハ果シテ偽筆ニ非ラサルヲ證スルヲ能ハサルニ非ラスヤ然ハ如何シテ之ヲ眞正ノ者ト信ス可キヤト是誠ニ然リ然レ其證書ヲ贗造ナリト推測スルヲ許サ、ルノ理由アリ即チ左ノ如シ

第一 公正證書ヲ贗造スルヲ甚ダ難シ何トナレハ公吏ノ署名ハ公衆ノ普ク知ル所ニシテ且ツ其筆蹟太ク細密ナリ是其贗造ノ難キ所以トス加之公吏ノ署名ニハ必ス一種特別ノ印章ヲ捺ス而シテ其印章ヲ偽造センニハ必ス數人ノ共謀ニ非ラサレハ能ハサル者トス

第二 公正證書ノ贗造ハ一箇ノ重罪ニシテ之ヲ犯ス者ヲシテ有期徒刑ニ服セシム蓋シ法律ハ確固タル證據ナキニ此ノ如ク犯シ難ク且ツ此ノ如ク恐ル可キ重罪有ルヲ推測

ス可ラサルナリ

或曰ク公正證書價造ノ推測ヲ許サ、ルノ理由ハ已ニ了解セリ然レ其公證人タル者果シテ契約者雙方ノ欲望スル所ヲ眞實ニ記載シタル者タルコトヲ證明ス可キ者ナキニ非ラスヤ然ハ又如何シテ眞正ノ證書ト信ス可キヤト是亦信ス可キ理由アリ即チ左ノ如シ

第一 公證人ニシテ證書ヲ價造セハ徒刑ニ處セラル然ハ社會ニ貴重セラレ且ツ幸福ヲ享クル所ノ公證人ニシテ不正ノ利益ヲ得ンカ爲メ其貴重ナル身分及ヒ幸福ヲ拋棄シテ恐ル可キ重刑ニ處セラレンコトヲ甘ンタル者トハ推想ス可カラサルナリ

第二 公證人ハ常ニ證書ヲ記スルニ必ス他ノ一名ノ公證人及ヒ二名ノ證據人ノ立會ヲ要ス故ニ其價造ヲ爲サントスルコトハ其者等ノ監視ヲ誤ラシムルカ又ハ其者等ト共謀ヲ爲スニ非サレハ能ハス是誠ニ至難ノコトス蓋シ法律ハ此ノ如キ至難ノ行爲アリトハ推測ス可カラサルナリ抑モ公正證書ノ効力ハ其之ヲ眞正ノモノト推測シタルヨリ生スル者トス而テ其効力ハ唯契約者間ニ限リ存スルヤ將タ總テノ人ニ對シテ存スルヤ本條ノ法文ニ據ルキハ唯其契約者及ヒ其關係人ノ間ニ限リ存スル者ト言ハサル可カラス然レ法律ハ茲ニ公正證書ノ効力ト其證書ニ記載スル所ノ事實ノ効力トヲ混淆シタルコトハ蓋シ衆人ノ知悉スル所ナリ

夫レ公證人ハ總テノ人ニ對シテ眞實ニ其證書ヲ記シタル者ト見做サ、ルナリ故ニ其記シタル證書ノ事實ハ總テノ人ニ對シテ眞正ノ者ト證スルニ足ル倍テ其事實ノ効力ハ亦總テノ人ニ對シテ言立ツルコトヲ得可キヤノ問題ニ至テハ全ク異別ノ案件ニシテ之ヲ決定スルニハ契約ノ一般ノ原則ニ從フ可キ者トス今其一例ヲ舉示セシ

茲ニ一箇ノ公正證書アリ甲乙某ノ日某ノ公證人ノ面前ニ於テ契約ヲ爲シ甲ハ乙ニ己レノ所有地ヲ賣渡シタルコトヲ記スルトセンニ此公正證書ハ總テノ人ニ對シテ眞正ノ者トス而テ乙ハ其買得チ甲及ヒ其關係人ニ對シテ言立ツルコトヲ得ルト雖モ其賣買以前其土地ニ付己レヨリ先キニ或ル物權ヲ有シタル者ニ對シテハ之ヲ言立ツルコトヲ得ス何トナレハ其公正證書ハ眞正ノモノナリト雖モ其契約前既ニ他人ニ有セシメタル所ノ權利ヲ減縮スルコト能ハサレハナリ是即チ第千六百六十五條ノ適用ナリ

本條第二項「然レトモ」以下ハ第千三百二十條ノ次ニ述ベ其次キニ前條ヲ説ク可シ但シ法理ノ連續ヲ中斷スルコト忌ムカ故ナリ

(第千三百二十條)

公正證書ニハ主タル條件ト説明ノ條件トヲ併記スルコトアリ其主タル條件トハ契約者雙方ノ主タル目的ト爲ス所ノ條件ヲ云ヒ而テ其説明ノ條件トハ證書中之ヲ記セサルモ其主タル條件ノ成立ヲ妨ケサル可キ事實ノ記載ヲ云フナリ

公正證書ハ其説明タルニ過キサル條件ニ付テモ眞正ノ證據ト爲ス可キヤ法律ハ茲ニ一箇ノ區別ヲ爲シ其契約ノ主タル條件ニ直接ノ關係ヲ有スル所ノ説明ナレハ眞正ノ證據ト爲ス而テ其主タル條件ニ關セサル事實ヲ目的ト爲ス所ノ説明ナレハ則チ唯其證據ノ端緒タルニ止マル者トス

直接ノ關係ヲ有スル説明ノ條件ハ眞正ノ證據ト爲スノ理由ハ他ナシ凡ソ契約ノ際一方ノ者ニ於テ證書中其事實ヲ記セサルヲ以テ利益ト爲スルハ必ス之ヲ記載スルコトヲ拒ム可シ然ニ

之ヲ記載セシメタルハ是暗ニ其事實ヲ認メタル者ト見做スヲ得可ケレハナリ
直接ノ關係ヲ有セサル説明ノ條件ハ證據ノ端緒タルニ止マルノ理由ハ他ナシ凡ソ契約ノ際
證書中記入スル事實ニシテ敢テ著シキ利害ニ關セサルハ雙方ニ於テ殊更ニ之ヲ注意セサ
ルヲ有ル可ケヘハナリ

以上述フル所ヲ會得シ易カラシメンカ爲メ左ニ二三ノ例ヲ示サン

爰ニ一ノ公正證書アリ其文面ニ曰ク甲ハ乙ニ對シ從來金千圓ノ義務ヲ負フ但シ今日マテノ
利息ハ既ニ辨濟セリト

其甲ハ金千圓ノ義務ヲ負フトハ是即チ主タル條件ナリ而テ利息辨濟云々トハ即チ説明ノ條
件ナリ然レ此説明ハ主タル條件ト直接ノ關係ヲ有ス故ニ真正ノ證據ト爲ス何トナレハ乙ハ
其説明ノ事實即チ利息辨濟ノ事ハ眞實ナルニ非ラサレハ之ヲ記載セシムルノ謂ハレナケレ
ハナリ又乙ハ此ノ如キ場合ニ於テ其注意ヲ怠タリシト云フヲ得ス何トナレハ其事タル證
書ノ主タル條件ト直接ノ關係ヲ有シ隨テ其利害ニ關スル大ナルヲ以テ之ヲ疎漏ニ默過セシ
者トハ想像シ得可カラサレハナリ
今又茲ニ一ノ公正證書アリ其文ニ曰ク甲ハ嘗テ丙ヨリ贈與セラレタル所ノ金千圓ヲ乙ニ貸
與シタリト

其甲ハ乙ニ金千圓ヲ貸與シタリト云フハ是即チ主タル條件ナリ而テ丙ヨリ贈與云々ハ即チ
説明ノ條件トス此説明ハ主タル條件ト直接ノ關係ヲ有セシテ全ク別事ナリ故ニ真正ノ證
據トナラスシテ唯證據ノ端緒タルニ過キス然レ如何ナル場合ニ於テ證據ノ端緒トナル可キ

ヤ請フ更ニ一例ヲ掲ケテ之ヲ會得セシメン

各位ハ佛國相續法ノ概略ヲ知得シ居ラル、モノナラン即チ相續人間ニ於テ會テ死者ヨリ受
タル贈與ヲ其相續財産中ニ持出シテ之ヲ分派スルヲ法トス(第八百四十三條參着)茲ニ
甲ハ丙ノ相續人トナリシトセシムル其共同相續人甲ニ向テ曰ク死者生存中足下ニ金千圓ヲ
贈與セリ今余等相續財産ヲ平分セシムル爲メ其金額ノ返還ヲ得之ヲ相續財産中ニ加ヘテ更ニ
計算セサル可カラスト此場合ニ於テ甲若シ其贈與ヲ受ケシコトナシト立ツル時其共同相
續人等他ニ其贈與ヲ證明ス可キ事ナキハ則チ甲ノ公正證書ノ説明ニ因テ之ヲ證明ス可
シ然レ其説明タル固ヨリ主タル條件ト直接ノ關係ナキヲ以テ甲ノ不注意ニ因リ誤テ無實
ノ事ヲ記入セシヤモ知ル可カラス是唯證據ノ端緒タルニ止マルト爲ス所以ナリ然レ共同
相續人ニ於テハ其證書ノ外尙ホ第千二百四十七條ニ循ヒ人證ヲ以テ其證據ヲ補充スルヲ得
ルナリ

(第千二百十九條)再出本條第
二項ノ解説

本項ハ公正證書ノ執行力ヲ規定セシ者ナリ凡ソ公證人タル者ハ其自ラ記スル所ノ證書ノ正
本ヲ保存スルノ義務アル者トス抑モ公正證書ノ執行力ヲ有スル者ハ其正本ニ非スシテ其寫
本ニ在リ之ヲ大字ノ副本ト云フ(正本ハ細字ヲ以テ記シ副本ハ大字ヲ用ユルカ故ナリ)即チ
公證人之ヲ契約者ノ雙方ニ渡ス而テ此副本ノ執行力ヲ有セシムルカ爲メニハ左ノ法式ヲ備
フルヲ必要トス

第一 控訴裁判所々在ノ地ニ住スル公證人ノ記シタル副本ヲ該裁判所ノ管轄外ニ於テ施行

之ヲ記載セシメタルハ是暗ニ其事實ヲ認メタル者ト見做スヲ得可ケレハナリ
直接ノ關係ヲ有セサル説明ノ條件ハ證據ノ端緒タルニ止マルノ理由ハ他ナシ凡ソ契約ノ際
證書中記入スル事實ニシテ敢テ著シキ利害ニ關セサルコトハ雙方ニ於テ殊更ニ之ヲ注意セサ
ルコト有ル可ケハナリ

以上述フル所ヲ會得シ易カラシメンカ爲メ左ニ二三ノ例ヲ示サン

爰ニ一ノ公正證書アリ其文面ニ曰ク甲ハ乙ニ對シ從來金千圓ノ義務ヲ負フ但シ今日マテノ
利息ハ既ニ辨濟セリト

其甲ハ金千圓ノ義務ヲ負フトハ是即チ主タル條件ナリ而テ利息辨濟云々トハ即チ説明ノ條
件ナリ然レ此説明ハ主タル條件ト直接ノ關係ヲ有ス故ニ真正ノ證據ト爲ス何トナレハ乙ハ
其説明ノ事實即チ利息辨濟ノ事ハ眞實ナルニ非ラサレハ之ヲ記載セシムルノ謂ハレナケレ
ハナリ又乙ハ此ノ如キ場合ニ於テ其注意ヲ怠タリシト云フコト得ス何トナレハ其事タル證
書ノ主タル條件ト直接ノ關係ヲ有シ隨テ其利害ニ關スル大ナルヲ以テ之ヲ疎漏ニ默過セシ
者トハ想像ヲ得可カラサレハナリ

今又茲ニ一ノ公正證書アリ其文ニ曰ク甲ハ嘗テ丙ヨリ贈與セラレタル所ノ金千圓ヲ乙ニ貸
與シタリト

其甲ハ乙ニ金千圓ヲ貸與シタリト云フハ是即チ主タル條件ナリ而テ丙ヨリ贈與云々ハ即チ
説明ノ條件トス此説明ハ主タル條件ト直接ノ關係ヲ有セシテ全ク別事ナリ故ニ真正ノ證
據トナラシムク唯證據ノ端緒タルニ過キス然レ如何ナル場合ニ於テ證據ノ端緒トナル可キ

ヤ請フ更ニ一例ヲ掲ケテ之ヲ會得セシメン

各位ハ佛國相續法ノ概略ヲ知得シ居ラル、モノナラン即チ相續人間ニ於テ會テ死者ヨリ受
タル贈與ヲ其相續財産中ニ持出シテ之ヲ分派スルヲ法トス(第八百四十三條參着)茲ニ
甲ハ丙ノ相續人トナリシトセンニ其共同相續人甲ニ向テ曰ク死者生存中足下ニ金千圓ヲ
贈與セリ今余等相續財産ヲ平分セン爲メ其金額ノ返還ヲ得之ヲ相續財産中ニ加ヘテ更ニ
計算セサル可カラスト此場合ニ於テ甲若シ其贈與ヲ受ケシコト言立ツル時其共同相
續人等他ニ其贈與ヲ證明ス可キ事ナキハ則チ甲ノ公正證書ノ説明ニ因テ之ヲ證明ス可
シ然レ其説明タル固ヨリ主タル條件ト直接ノ關係ナキヲ以テ甲ノ不注意ニ因リ誤テ無實
ノ事ヲ記入セシヤモ知ル可カラス是唯證據ノ端緒タルニ止マルト爲ス所以ナリ然レ共同
相續人ニ於テハ其證書ノ外尙ホ第千三百四十七條ニ循ヒ人證ヲ以テ其證據ヲ補充スルコト
得ルナリ

(第千三百十九條)再出本條第

二項ノ解説

本項ハ公正證書ノ執行力ヲ規定セシ者ナリ凡ソ公證人タル者ハ其自ラ記スル所ノ證書ノ正
本ヲ保存スルノ義務アル者トス抑モ公正證書ノ執行力ヲ有スル者ハ其正本ニ非シテ其寫
本ニ在リ之ヲ大字ノ副本ト云フ(正本ハ細字ヲ以テ記シ副本ハ大字ヲ用ユルカ故ナリ)即チ
公證人之ヲ契約者ノ雙方ニ渡ス而テ此副本ノ執行力ヲ有セシムルカ爲メハ左ノ法式ヲ備
フルヲ必要トス

第一 控訴裁判所々在ノ地ニ住スル公證人ノ記シタル副本ヲ該裁判所ノ管轄外ニ於テ施行

セントスルキハ其副本ノ檢證ヲ受ケルヲ必要トス而テ其檢證ハ公證人住所ノ始審裁判所長ノ管掌トス畢竟此ノ檢證ノ目的ハ其裁判所長カ公證人ノ署名ノ真正タルコトヲ保證スルニ在ル者トス

第二 其副本ノ前書ニ法律ニ等シキ文言即チ司法官吏及ヒ公ノ使吏ハ此證書ノ執行ニ關シ其助力ヲ爲ス可シトノ命令ノ語アルヲ必要トス(訴訟法第五百四十四條)蓋シ權利者カ執行ヲ拒ミシ義務者ノ財産ヲ差押ヘ且ツ之ヲ賣却セシメ又ハ所有者カ不當ニ奪ハレタル物件ヲ己レニ回復スルコトヲ得ルハ皆此ノ文言アルニ因ル

總テ執行力ヲ有スル證書ハ皆公正ノ者トス何トナレハ公正證書ヲ除クノ外他ニ此執行力ヲ與フル文言ヲ記載スルノ證書ナクハナリ然レ公正證書ハ皆執行力アルニ非ラス前述セシ如ク其正本ニハ執行力アルコトヲ加シ其執行力ヲ與フルノ文言ヲ記入スルコト能ハサル者アリ即チ治安裁判官ノ勸解始末書ノ如キ是ナリ(訴訟法第五十四條參看)

公正證書ハ如何ナル方法ニ因テ攻撃セラレ、コトアルヤ又其攻撃セラレ、キハ其證據力及ヒ其執行力ニ如何ナル影響ヲ及ホスヤ

公正證書ニ付テ故障ヲ述ヘ以テ其證書ヲ攻撃セントスル者ハ相手方チシテ其真正タルコトヲ證明スルノ任ヲ負ハシムルコトヲ得ス是他ナシ既ニ前述セシ如ク凡ソ公正證書ハ其反證ナキ以上ハ常ニ真正ノ者ト見做サルコトナリ故ニ其證書ヲ攻撃スル者自ラ其贋造タルコトヲ證明スルノ責ニ任セサル可カラズ而テ法律ハ其贋造ノ訴ヲ爲スコ付二箇ノ方法ヲ設ク即チ一ハ刑事ニ因ル贋造ノ主訴ニハ民事ニ因ル贋造ノ附帶ノ訴是ナリ尙ホ其手續ハ訴訟法第二百十

八條ニ就テ見ル可シ

右贋造ノ訴ハ刑事ニ因ルト民事ニ因ルトト問ハス既ニ裁判所ニ於テ其偽證タルコトヲ認定セラレタルキハ其證書ノ證據力及ヒ執行力ノ直ニ消滅スルコトハ勿論ナリトス然レ未ダ之ヲ判定セラレサルキハ其訴ノ結果ハ如何ナル可キヤ其訴アルニ拘ハラズ其證書ハ執行セラレル可キヤ將テ其執行ハ停止セラレ可キヤ

佛國ノ舊法ニ從ヘハ公正證書ハ其贋造ヲ認定セラレサル以上ハ其執行力ヲ失ハサリキ其說明ニ云ク人ノ犯罪ハ決シテ推測ス可カラサルカ故ニ其證書ハ假リニ真正ノ者ト見做サ、ル可カラサルナリト

此説明タル重大ナル弊害アル者トス何トナレハ現ニ種々ノ情狀アリテ其證書ノ贋造タルコト稍々信ス可キ時ト雖モ未ダ其認定ナキ間ハ權利者其義務者ノ財産ヲ差押ユルコトヲ得可ケレハナリ故ニ本法ハ此説ヲ排斥シ其贋造タルコト稍々信ス可キノ情狀アル時ヨリシテ其證書ノ執行力ヲ失フ可キ者ト定メタリ然レ其信ス可キ情狀アル時トハ如何ナル時チ云フヤ此點ニ付テハ其訴ノ刑事ニ因ルト民事ニ因ルトニ從テ之ヲ區別ス其刑事ニ因テ主訴シタル場合ニ於テハ其證書ノ執行力ハ重罪豫審局カ檢察官ニ其公訴ヲ許ス時ヨリ直ニ停止セラレ蓋シ重罪ニ關スル訴ハ其之ヲ爲スノ前重罪豫審局ニ於テ先ツ其訴ヲ起ス可キ理由アルヤ否ヤヲ調査シ果シテ其理由アリト信スルニ於テハ則チ檢察官ニ其公訴ヲ爲スヲ許スナリ而テ其之ヲ許スハ已ニ贋造ノ罪アリト信スルニ因ル故ニ其證書ノ執行ハ直ニ此時ヨリシテ停止セラレ、ナリ

又民事ニ因テ附帶ノ訴ヲ爲シタル場合ニ於テハ其訴訟ノ手續ニ付法律上別段指定シタル時期ナキヲ以テ其裁判所ハ其時ノ模様即チ隨造ノ罪アリト推測ス可キ事アルト否トニ因リ其證書ノ執行ヲ停止シ若クハ之ヲ繼續セシムルノ權アル者トス

(第千三百十八條)

公正證書トシテハ無効ナル證書ハ復タ何等ノ効力ヲモ有セサルヤ凡ソ公正證書ハ管轄、能力及ヒ法式等諸般ノ要件ヲ備フルヲ要シ若シ其一ヲ缺クモ其證書ハ公正タルノ性質ヲ失フコトハ前既ニ説述セシ所ナリ

然レ其公正證書ハ無効ニ歸スト雖モ其證書中記載スル所ノ契約ハ皆悉ク無効ニ歸スルコト非ラス夫ノ生存中ノ贈與及ヒ嫁資契約若クハ書入書契約ノ如ク特ニ公正法式ヲ要スル者ヲ除クノ外ハ公正證書ノ無効タルニ拘ハラズ其證書中記スル所ノ契約ハ依然トシテ存立スル者ナリ故ニ是等ノ場合ニ於テハ自白、宣誓或ハ人證ニ因ルモ亦其契約ヲ證明スルコトヲ得可キナリ

又法律上公正證書トシテハ無効トスル所ノ證書ヲ以テ之ヲ私印證書ト見做シ以テ其契約ヲ證明スルコトヲ得可キヤ如何此問題ニ於テハ其證書ニ契約者雙方ノ署名有ルト否トニ因テ之ヲ區別セサル可カラス若シ其署名有ラサルハ裁判上何等ノ効力ヲ有セスト雖モ正ニ其署名有リ且ツ第千三百二十五條及ヒ第千三百二十六條ニ定メタル法式ヲ具備スルハ之ヲ私印證書ト見做ス可キハ勿論ナリ加之本條ノ法式ニ據ルハ設ヒ右兩條ノ法式ヲ具備セサルモ唯其署名有ルニ於テハ亦私印證書ニ等シキ効力有ル者ト言ハサル可カラス即チ本條ニ曰

「公吏ノ管轄違ヒ又ハ無能力又ハ法式ノ欠缺ニ因リ公正ノ者ヲラサル證書ハ雙方ノ者ノ署名シタル時ハ私印證書ニ等シキ効力アリ」ト法文其レ既ニ此ノ如クナレハ其證書ハ唯雙方ノ署名有ルノミニテ私印證書ニ等シキ効力ヲ有スル者タルコトハ疑ヒナシ而テ法律モ亦他ノ條件ヲ具備スルヲ要望セサルナリ故ニ本條ハ第千三百二十五條及ヒ第千三百二十六條ノ法式ヲ具備セサル所ノ證書ニ關スル者タルヤ明ナリ今其理由ヲ左ニ示サン

第一 私印證書ヲ有効ナラシメンカ爲メ設定セラレタル所ノ條件ニ適スル證書ハ其私印證書ノ効力有ルコトヲ別段法律ヲ以テ之ヲ示メスコト及ハサル可シ若シ本條ノ所謂私印證書ヲ以テ總テノ條件ニ適スル私印證書ヲ指シタル者トセハ是私印證書ハ私印證書ニ等シキ効力ヲ有スト云フニ同シ立法官豈ニ此ノ如キ迂拙無用ノ冗言ヲ費ヤスコトヲ爲サンヤ

第二 第千三百二十五條及ヒ第千三百二十六條ニ制定セラレタル法式ノ理由ハ公吏ノ管轄違ヒ又ハ無能力若クハ法式ノ欠缺ノ爲メ公正ノ性質ヲ失フタル證書ニ適用ス可カラス抑モ第千三百二十五條ニ制定スル所ノ雙務契約ニ關シテハ締結者ノ員數ニ准シ其證書ノ正本數通ヲ作り各人ノ所持スルヲ要スルノ理由ハ是其各人ヲシテ其契約ヲ證明セシムル爲メノ方法ニ非ラヌヤ然ハ本例ニ於テハ縱ヒ公正ノ性質ヲ失フタル證書ナリト雖モ其正本ハ常ニ之ヲ記シタル公吏ノ書庫中ニ存在スルヲ以テ各締結者ハ何時ニテモ之ヲ得テ其契約ヲ證明スルコトヲ得可シ故ニ第千三百二十五條ノ法式ヲ充タヌヲ要セサルナリ又第千三百二十六條ノ金額又ハ評價シ得可キ物件ヲ辨濟ス可キ義務ヲ認定手署スルヲ要スルノ理由ハ是義務者ノ信憑ヲ確實ナラシメンカ爲メニ非ラヌヤ然ハ公吏ノ記シタル證書ニ於テハ更ニ其法式ヲ

充タサ、ルモ將タ何ノ權レカ之レ有テシ

是ニ由テ之ヲ觀レハ第一千三百十八條ハ左ノ如ク解釋セサル可カラズ曰ク公吏ノ管轄違ヒ又ハ無能力若クハ法式ノ欠缺ニ因テ公正證書ト爲ス可カラサル證書ハ第一千三百二十五條及ヒ第一千三百六十五條ニ於テ私印證書ノ効力有ルカ爲メ制定スル所ノ條件ニ適セスト雖モ契約者雙方ノ署名有ル時ハ私印證書ニ等シキ効力有ル者トス
本條ハ特別ノ條則タルヲ以テ其豫定以外ノ場合ニ之ヲ推及スルヲ得ス今左ニ之ヲ講究セ

第一 法式ノ欠缺ノ爲メ公正タラサル證書トハ法律ノ要望スル所ノ證據人等ノ立會無クシテ記シタル者ヲ云フ

第二 公吏ノ管轄違ヒニ因テ公正タラサル證書トハ其職務ノ管轄違ヒヲ云フニ非ラスシテ其土地ノ管轄違ヒヲ云フナリ例ヘハ東京ニ於テ横濱ノ公證人ノ記シタル證書ハ公正證書タラサルカ如キ是ナリ然レ其契約者雙方ノ署名有ルキハ私書ニ等シキ効力有ル者トス而テ其職務ノ管轄違ヒニ因テ公正證書タラサル者ニ至テハ之ト全ク異ナル例ヘハ區長又ハ裁判所ノ書記ノ記シタル買賣契約書ノ如キハ設ヒ其證書上契約者雙方ノ署名有ルモ尙ホ其他私書ニ必要ナル法式ヲ具備スルニ非レハ終ニ私書ノ力ヲモ有セサルナリ況ンヤ公吏ノ性質ヲ有セサル者公證人ノ職務ヲ侵シテ記シタル證書ニ於テテヤ實ニ法律ハ裁判所ノ書記ト公證人トヲ混淆シ若クハ公吏ニ非ラサル者ヲ公吏ト誤認シタルカ如キ契約者ヲ保護スルヲ望マズ何トナレハ此ノ如キ輕忽ナル錯誤ハ毫モ宥恕ス可キ情狀有ラサレハナリ

第三 公吏ノ無能力ニ因リ公正タラサル證書トハ其證書ヲ記シタル公證人カ結約者ノ直統ノ親族若クハ其姻族又ハ分統ノ親族若クハ其姻族ナルノ場合ノ如キヲ云フ又職務ノ停止若クハ免退セラレタル公證人ノ記シタル證書ニ付テハ一ノ區別ヲ爲サ、ル可カラズ即チ停止又ハ免退ヲ公證人ニ通知セラレタル後ニ記シタル證書ハ公正タラサルナリ然レ契約者雙方ノ署名有ルキハ又私書ノ効力ヲ有スル者トス何トナレハ人皆其通知ノ當時直ニ其之レ有リシヲ知ル能ハサレハナリ之ニ反シテ其通知前ニ記シタル證書ハ公證ノ者トス何トナレハ其通知有ル迄ハ公證人ハ依然トシテ尙ホ其公吏ノ性質ヲ有スレハナリ

又政府ノ錯誤例ヘハ外國人ニ公證人ノ職務ヲ命シタル場合ノ如キニ在テハ其公證人ノ記シタル證書ト雖モ亦公正ノ者トス何トナレハ原ト結約者ニ於テハ毫モ不注意ノ責有ルヲ無クシテ其責ハ則チ政府ニ在リ而テ政府ノ不注意ヨリ生スル損失ハ各人ヲシテ之ヲ負ハシムルヲ得サレハナリ

(第一千三百二十一條)

秘密證書トハ契約者ノ間ニ於テ秘密ニ取換ハセタル證書ニシテ之ニ據テ他ノ公衆ニ示ス可キ公正又ハ私印證書ニ記シタル契約ヲ取消シ又ハ之ヲ變改スル所ノ證書ヲ云フ

此秘密證書ハ契約者雙方ノ外決シテ其効力ヲ有セス故ニ第三ノ人ニ對シテハ固ヨリ効無キ者トス例ヘハ爰ニ一ノ證書有リ甲ハ乙ニ金千圓ノ代價ヲ得テ其家屋ヲ賣渡シタル旨ヲ記シ又第二ノ證書ヲ以テ第一ノ買賣契約ハ正實ニ非ラス甲ハ其家屋ヲ乙ニ賣渡シタルニ非ラズト記ス即チ此第二ノ證書ヲ秘密證書トス而テ此證書ハ甲乙間ニ於テハ其効力ヲ有スルヲ

以テ若シ乙其家屋ヲ占有セハ甲ハ乙ニ對シテ之ヲ取戻スヲ得可シ若シ又乙其第一證書ニ因テ其取戻ヲ拒ミシキハ甲ハ固ヨリ其第二證書ヲ以テ之ヲ駁撃スルヲ得可シ然レ其賣買契約書中ニ記スル所ノ事ニ關シテ他ニ其利益ヲ得可キ第三ノ人ニ對シテハ秘密證書ハ其効無キ者トス故ニ前例ノ場合ニ於テ設ヒ乙ハ其家屋ノ占有中之ヲ他人ニ賣却シ又ハ書入質ト爲シタリト雖モ甲ハ其賣却又ハ書入質ニ付テ故障ヲ述フルヲ得ス但シ乙ニ對シテ損害ノ賠償ヲ請求スルハ格別ナリトス

借テ賣買契約證書ニハ實價ヨリ寡額ノ價ヲ記シ更ニ秘密證書ヲ以テ其實價ヲ證認スルヲ實際上往々之レ有リ是其契約證書ノ價額ノ減少ハ官庫ノ所有權轉移稅ニ對スル一種ノ詐欺アリ何トナレハ其價額多ケレハ官庫ノ收受ス可キ稅額モ亦隨テ多ケレハナリ

夫ノ登記稅ニ關スル共和七年凍月二十二日ノ法律第四十條ニ於テ二箇ノ罰則ヲ定メ以テ其詐欺ヲ豫防センヲ務メアリ即チ左ノ如シ

第一 登記稅トシテ收ム可キ金額ニ三倍ノ罰金ヲ科ス

第二 秘密證書ハ契約者間ニ於テモ亦無効タル可シ故ニ賣主ハ其契約證書ニ記スル所ノ外請求スルヲ得ス

此第一ノ罰則ハ今尙ホ存在スト雖モ第二ノ罰則ニ至テハ既ニ之ヲ廢止セラレタリ蓋シ詐欺者ノ一方タル買主ヲ利スルニ至レハナリ

(第二節) 私印證書

本節中ニハ契約者雙方ノ署名セシ證書ト其署名セサル證書トヲ含蓄セリ先ツ其署名セシ證

書ヨリ講究セン

借テ私印證書トハ公吏ノ參與無ク唯契約者雙方ノ署名ノミヲ以テ作リシ證書ヲ云フ此證書ハ其種類ノ何タルヲ問ハス總テノ契約ヲ證明スルヲ得可キ者トス但シ法式契約ニ關スル者ハ此例ニ在ラサルナリ

法式契約ニ於テハ其證書ノ公正ナルコトハ其契約組成ノ原素タルヲ以テ契約ヲ爲セシ雙方ノ者其法式ニ據ラサル證書ヲ以テ之ヲ組成スルヲ得ス然レ唯雙方ノ承諾ノミニ因テ組成スル契約ニ於テハ其證書ヲ公正ニスルト否トハ全ク雙方ノ隨意ニ在リ故ニ賣買賃借交換等ニ付テ其契約ノ證ヲ得ント欲セハ或ハ自ラ其契約ノ證書ヲ記スルモ或ハ公證人ヲシテ之ヲ記セシムルモ皆其欲スル所ニ任ス但シ私印證書ハ公正證書ト同一ノ利益ヲ有セサルコトハ後チニ之ヲ解説ス可シ

(第一千三百二十一條乃至第一千三百二十四條)

此數條ニ於テハ私印證書ノ効力ノコトヲ規定セシ者ナリ蓋シ佛國舊法ニ於テハ私印證書ハ元來何等ノ効力ヲモ有セサリキ故ニ其證書ヲ以テ自己ノ權利ヲ證セント欲スル者ハ豫メ證書ヲ驗真セン爲メ其署名者ナリト自カラ言立タル相手方ヲ裁判所ニ呼出サ、ル可カラズ而テ其署名者ナリト言立ラレタル者己レカ署名ニ相違無キヲ自認ズルカ又ハ之ヲ非斥シテ自認セサルコト因リ裁判官之カ驗真ヲ爲セシ時ニ非ラサレハ原告人ハ其證書ヲ以テ權利ノ證據ト爲スコト得サリキ然レ現今ニ至テハ最早此ノ如キ手續ヲ要セス故ニ其證書ヲ保有スル者直ニ之ヲ裁判所ニ出シ以テ己レカ權利ノ證據ト爲スコト得ルナリ是以テ私印證書ハ猶ホ公

正證書ノコトク確實ナル者ト見做サル、ナリ但シ被告人之ヲ非斥スル時ハ格別ナリトス又被告人之ヲ黙止セシ時ハ其證書ノ真正ナルヲ暗ニ自認セシ者トス
 被告人若シ之ヲ非斥シテ己レ自ラ署名セシ者ニ非ラサル旨ヲ陳述スルキハ其信偽果シテ何レコ在ルヤ蓋シ原被ノ言共ニ信スルコ足ラス何トナレハ其雙方ノ陳述スル所ハ畢竟一人己ノ言ニ過キサレハナリ是ニ於テカ其證書ノ眞偽確然タラサルヲ以テ其證書ニ因リ利益ヲ得ント欲スル者其證書ノ眞實ナルヲ證明セサル可カラス而テ法律上其證書ヲ以テ訴ヘラレタル者カ署名者ニ關スル時ト又其相續人ニ關スル時トニ付一箇ノ差異ヲ設ケタリ
 第一ノ場合 即チ署名ノ者訴ヘラレタル場合ニ於テハ被告人明カコ其署名ニ非サルヲ述ヘ以テ之ヲ非斥セサル可カラス是其者ニ於テ容易ニ爲シ得可キ事タリ何トナレハ其者ハ其證書ニ存スル署名ヲ調査シテ其己レノ爲シタルヤ否ヤチ申立ルコ過キサレハナリ
 第二ノ場合 即チ其相續人ノ訴ラレタル場合ニ於テハ被告人其證書ニ存スル署名ハ死者ノ署名ニ非ラサルヲ證明スルノ義務無シ是其者ニ於テ常ニ之ヲ證シ得可カラサル者タリ何トナレハ其者ハ時トシテ死者ノ筆蹟ヲ知ラサルヲ有レハナリ故ニ其相續人ハ唯其署名死者ノ自筆ニ出タルヤ否ヤチ知ラスト申立ルヲ以テ十分ナリトス
 右ノ理由ナルニ據リ被告人其證書ヲ非斥シ又ハ知ラスト述フルキハ其證書ノ真正ナルヲ證明スルノ責ハ原告人ニ歸ス是ニ於テ乎其原告人ヨリ證書驗真ノ爲メ豫審裁判ヲ求メ而テ其豫審ノ終結ニ至ラサル間ハ本案ノ訴訟ヲ停止スル者トス
 或人此法律ヲ難シテ曰ク私印證書ヲ以テ己レカ權利ヲ證明セント欲スル者其證書ノ真正ヲ

證スルノ義務有ル者トセハ此種ノ證書ヲ有スルモ將タ何ノ益有ル乎又之ヲ證明スルハ債主權ヲ證明スルノ難キハ殆ント同一ナラスヤ、此非難ハ稍其當ヲ得タル者ノ如シト雖モ決シテ然ラス蓋シ私印證書ハ左ノ二箇ノ點ニ付利益有ル者トス
 第一 被告人ハ其證書ヲ明カニ非斥スルノ義務有リ然ニ若シ其者ノ記シタル者ナルキハ容易ニ之ヲ非斥セサル可シ何トナレハ無實ノ非斥ハ唯人ノ本分ニ悖ルノミナラス亦名譽ヲ損スルノ恐シ有ルヲ以テ自ラ之カ詐術ヲ防シニ足レハナリ
 第二 證書ヲ保有スル者其證書ノ真正ナルヲ證明センカ爲メ別ニ書面ノ證據ヲ得ルヲ能ハサル者トス何トナレハ假令ヒ義務者ヨリ更ニ其證書ヲ自認スルヲ書面ヲ得ルモ是亦一ノ私書タルニ過キサレハ固ヨリ前證書ニ優レル効力ヲ有スル者ニ非ラサレハナリ故ニ其證書ヲ保有スル者第千三百四十八條及ヒ第千三百五十三條ノ原則ニ據リ諸種ノ證據法ニ因テ其證書ノ眞正ナルヲ證スルヲ得ルト雖モ若シ其證書ヲ保有セサルキハ其債主權百五十「フランク」以下ニ關スル場合ヲ除クノ外ハ唯被告人ノ自白又ハ宣誓ニ因ルニ非ラサレハ其權利ヲ證スルヲ得サルナリ
 今其證書ヲ裁判所ニ於テ被告人之ヲ眞正ナリト自認セシカ又ハ驗真セラレタリト假想センニ其證書ノ効力ハ如何此ノ如キ場合ニ於テハ公正證書ノ眞偽ニ付爭論ノ起リシキ其證書ヲ出セシ者ヨリ其實ナルヲ證明スルニ及ハス其之ヲ難スル者ヨリ其偽造ナルヲ證ス可シトノ差異ヲ除クノ外ハ總テ法律上公正證書ニ付與スル所トス故ニ其證書ニ記載スル事實ハ諸人ニ對シテ證明セラレタル者ト見做サル可カラス

然其事實ハ何人ニ對抗スルヲ得可キヤ之ヲ詳言スレハ其證書ニ記載スル事實ハ如何ナル人ニ對シテ法律上ノ効力ヲ生スルヤ此問題ニ答フルハ甚ク容易ナリ即チ證書ニ記載セシ事實ノ關係人及ヒ其相續人ニ對シテ法律上ノ効力ヲ生スル者ニシテ之ヲ其他ノ人ニ對抗ス可カラサル者トス而シテ又關係人トハ如何ナル人及ヒ其他ノ人トハ如何ナル人ヲ指スヤチ會得セサル可カラズ即チ其關係人トハ契約者自身ハ勿論其契約ノ後チ契約者ノ身分チ承繼セシ者チ云ヒ其他ノ人トハ其契約ノ前既ニ其契約ニ關スル事物ニ付多少ノ權利ヲ有セシ者チ云フナリ今此説ヲ明ニセン爲メ左ニ一例ヲ示メサン

爰ニ私印證書有リ甲ハ乙ノ爲メ乙ヨリ幾許ノ金額ヲ以テ某ノ所有地ノ入額所得權ヲ賣渡セシ旨ヲ記セシ者トセンニ此賣渡シ事實ノ真正ナルヲハ其證書ヲ以テ世人一般ニ對シテ證明スル者トナラシメ然而テ其人額所得權ヲ尊敬スルノ任即チ其權利ヲ妨碍ス可カラサルノ義務ハ果シテ何人ニ在ルヤ是其證書ノ署名者タル甲及ヒ其相續人若シハ入額所得權ヲ賣渡セシ以後ニ其所有地ヲ讓受ケタル者即チ事ノ關係人等ニ在リ何トナレハ是等ノ承繼者ハ其承繼ノ當時其所有地ノ現狀ノ儘マ所得セシ者ナレハ甲ノ其所有地ニ付有スル所ノ虛有權ノ承繼者タルニ過キサレハナリ之ニ反シテ其入額所得權ヲ賣渡セシ以前既ニ其所有地ニ付甲ヨリ其所有權ヲ讓受ケタルカ又ハ其他一切ノ物權ヲ讓受ケタル者ハ其入額所得權ヲ尊敬スルニ及ハス何トナレハ甲ハ其入額所得權ヲ賣渡サンカ爲メ其以前ニ讓與セシ權利ヲ妨害スルヲ得サレハナリ以上説ノ所ハ即チ第千三百二十二條ニ規定スル所ノ事例トス

(第千三百二十五條)

私印證書チシテ有効タラシメシモノハ右ノ條々ニ從ヒ署名ノ真正ヲ査定スル手續ノ外尙ホ或ル條件ヲ具備セサル可カラズ而テ其條件ハ證書ニ記シタル契約ノ性質ニ從ヒ自テ異別有リ故ニ此點ニ付三箇ノ場合チ區別セサル可カラズ

第一ノ場合 雙務契約ニ關スル證書此證書ハ左ノ三箇ノ條件ヲ具備スルニ非ラサレハ有効ナラズシテ裁判上ノ證據ト爲スヲ得ス

第一 契約者ノ各自共ニ署名スル事此點ニ付テハ別段説明ヲ要スルヲ無シ

第二 契約者各自ニ特別ノ利益ヲ有スルニ於テハ其契約者ノ數ニ應ジテ證書ノ正本ヲ作ラサル可カラズ又契約者ノ各自同一ノ利益ヲ有スルハ其同一ノ利益ヲ有スル者間ニ唯一通ノ正本ヲ以テ足レリトス例ヘハ甲ハ乙ニ一箇ノ家屋ヲ賣渡シタリトセンコ此場合ニ於テハ二通ノ賣買證書ヲ作ラサル可カラズ何トナレハ甲ノ利益ハ代價ヲ受取ルニ在リ乙ノ利益ハ家屋ヲ受取ルニ在リテ各特別ノ利益ヲ有スレハナリ又例ヘハ甲乙丙ノ三人其共有スル所ノ土地チ丁ニ賣却セシ場合ニ在テハ尙ホ二通ノ證書ヲ以テ足レリト爲ス何トナレハ買主ハ一通ヲ有シ又共通即チ同一ノ利益ヲ有スル三人ノ賣主中ニテ他ノ一通ヲ有スルヲ以テ足レハナリ

第三 證書ノ各本ニ法式ニ據リ二通以上ヲ作リシヲ記入スルヲ要ス此記入ハ誠ニ至要ノ者トス蓋シ此記入無ケレハ契約者中其契約ヲ爲セシヲ悔ヒ之カ義務ヲ免レント欲シテ自己ノ有スル證書ヲ破毀シ而テ他日其相手方ヨリ義務執行ノ求メヲ受クルニ方テハ證書ノ正本唯一通ノミヲ記セシハ法式ニ從ハサル者ニシテ其契約ヲ證スルコ足ラズト主張スルヲ有

ル可ケレハナリ故ニ此記入ヲ爲シ以テ其詐欺ヲ豫防スルナリ何トナレハ各正本ニ其數ヲ記
 スルヲ以テ契約者ノ各自ハ其證書ヲ有セスト言立ツルコトヲ得サレハナリ
 然レ契約者ノ雙方共ニ其契約ノ全部又ハ一部ヲ執行セシキハ則チ證書ノ數ヲ記入セサリシ
 ヨリ生スル證書無効ノ原由ヲ消滅スル者トス而テ其一方ノニ契約ノ全部又ハ一部ヲ執行セ
 シ場合ニ於テハ唯其執行ニ關セサル者ノ利益ト爲リ其執行ヲ爲セシ者ノ不利益ト爲ル可キ
 コ就テノニ其證書取消ノ原由ヲ消滅スル者トス是以テ契約ノ執行ニ關セサリシ者ハ己レ
 ノ有スル取消ノ原由有ル證書ヲ以テ其契約ノ存在スルコトヲ證明シ得可シト雖モ若シ其者ニ
 於テ其契約ヲ爲セシコト無シト云フキハ其執行ヲ爲セシ者己レノ有スル證書ヲ以テ其契約ノ
 存スルコトヲ證明スルヲ得ス

右ノ論理ハ一目スル所ニ於テ容易ナルモノ、如シ然レトモ茲ニ一ノ難事アルナリ即チ他ナ
 レ抑モ雙務契約ノ性質タル一方ノ者其義務ヲ負ヒシ物件ヲ引渡スニ當テハ他ノ一方ノ者之
 チ受取ラサルヲ得サルコト非ラスヤ既ニ之ヲ引渡シ己ニ之ヲ受取レハ則チ契約ノ執行ニ非ラ
 スヤ然ニ一方ノ者其執行ニ關セシテ唯他ノ一方ノ者執行ヲ爲ストハ果シテ何レノ場合チ
 云フヤ之ヲ解スル甚タ苦ム

蓋シ雙務契約ニ於テハ其一方ノニ契約ヲ執行スルコトハ甚タ稀有ノコトナリト雖モ亦絶テ之レ
 無シト云フ可カラス例ヘハ甲乙一箇ノ訴訟ヲ爲シ未タ其判決ヲ得サル前甲乙更ニ相約シテ
 仲裁人ヲ撰定シ其調和ニ因テ訴訟ヲ解カントシ而テ二通ノ證書ヲ作レリ然レ其證書中二通
 ナ作リシコトヲ附記セサリシヲ以テ其證書ニ無効ノ原由有ル者トス然ニ其契約者中ノ一方ナ

ル甲ヨリ其訴訟ニ關スル一切ノ書類ヲ其仲裁人ニ差出セシキハ甲ニ於テ其書類ノ差出ハ則
 チ契約ノ一部ヲ執行セシ者ト爲ルト雖モ乙ハ毫モ其執行ニ關セサル者ト爲ル此場合ニ於テ
 甲若シ證書ノ附記無キヲ以テ其證書無効ナリト述フルモ乙ハ甲ノ書類ノ差出シ即チ契約一
 部ノ執行ニ因リ己レカ有スル證書ノ有効ナルコトヲ言立ツルコトヲ得可シ
 契約ノ全部又ハ一部ノ執行ハ唯其證書ニ其數ヲ附記セサリシコトヲナス又其證書ノ數契
 約者ノ數ニ充タサリシヨリ生スル無効ノ原由ヲ消滅ス可キヤ此點ニ付テハ法律ニ明文無
 シト雖モ其場合ハ前段ノ場合ト全ク同一ナルヲ以テ亦前段ノ原則ヲ適用スルコトヲ躊躇ス可
 カラス

契約者ノ數ニ應ニテ其證書ヲ作ル可シトノ規則ハ不完全ノ雙務契約ト稱スル契約ニ適用ス
 可カラズ其不完全ノ雙務契約トハ即チ其初メハ片務契約ナリシニ後チ其契約ニ關シテ生ス
 ル新ナル事件ニ因テ其初メコ義務ヲ負ハサル者ニ對シテ義務ヲ負ハシムルコト有ル可キ契
 約チ云フ例ヘハ附托契約ノ如キ即チ是ナリ

又一般ノ說ニ據レハ假令完全ナル雙務契約ナリト雖モ其契約ヲ爲スノ際雙方中ノ一方直ニ
 己レカ義務ヲ執行セシキハ亦二通ノ證書ヲ作ルヲ要セス何トナレハ一方ノ者コシテ既ニ其
 執行ヲ受クシレハナリ又之ニ證書ヲ認メシムルノ要用有ラサレハナリ今己ニ本條ノ主旨ヲ解
 說シ了セリ尙ホ其理由及ヒ精神ヲ左ニ略述セン

或曰ク雙務契約ヨリ生スル權利ハ其契約者ノ雙方共ニ同等ノ勢力ヲ有スルコトヲ要スル者ナ
 リ而テ其勢力ヲ有スルカ爲メニハ契約者ノ各自チシテ其權利ヲ證明スル方法ヲ保持セシメ

サル可カラス然ニ若シ其雙方ノ契約ヲ證明スル所ノ證書ヲ唯一通ノミ作りシ時之ヲ保有スル一方ノ者己レニ損害有リト認ムルキハ則チ其契約ヲ無効ニスルコト得可シ是ニ於テ乎其雙方ノ者終ニ同等ノ勢力ヲ有スルコト得スト

此ノ理由ノ如キハ最モ取ルニ足ラサル者ナリ何トナレハ雙方ノ承諾ニ因リ一通ノ證書ヲ以テ満足セハ法律上敢テ之ヲ拒ムノ事由無ケレハナリ若シ一方ノ者之カ爲メ其損害ヲ被ムルコト有ルモ是自ラ招ク所ナリ法律固ヨリ其事ニ關セサルナリ

又他ノ論者曰ク抑モ雙務契約ニ於テハ其雙方ノ者互ニ最モ完全ナル利益ヲ得ント務ムル者ナリ故ニ如何ナル場合ニ於テモ一方ノ者カ他ノ一方ノ者ノ意向ニ一任スルコト承諾セシトハ見做スヲ得ス若シ此契約ニシテ唯一通ノミノ證書ヲ作りシトセハ其證書ニ記載セシ事件ハ決シテ確定ノ者トハ見做ス可カラス是唯一箇ノ目論見ヲ記載セシ廢紙タルニ過キスト此說モ亦取ル可キ所有ルヲ見出サス若シ果シテ一箇目論見ノ記載トセハ豈ニ又故サラニ己レカ姓名ヲ手署スルノ煩ヲ取ランヤ然リト雖モ此說タル全ク法律ノ精神ニ適合スル者ノ如シ

以上述フル所ヲ略言セハ證書一通ノミヲ記シタル雙務契約ハ眞ノ契約ニ非ラスシテ唯其契約ノ單一ナル目論見ナレハ其雙方ノ間ニ何等ノ義務ヲモ生セサル者ト推測セラル、者トス然レ此推測ハ敢テ動ク可カラサル者ニ非ラス即チ契約者雙方ノ者ハ宣誓、自白又ハ證人ヲ以テ其契約ヲ證明シ以テ其推測ヲ打破スルコト得可シ例ヘハ甲ハ乙ニ一箇ノ物件ヲ賣渡シ雙方ノ間其賣買契約證書ヲ唯一通リミヲ作りシトセシ甲ハ左ノ如ク言フコト得可シ即チ其

契約ハ單一ナル賣買ノ目論見ニ非ラスシテ全ク確定ノ契約ナリ故ニ若シ乙ニ於テ其反對チ申立テント欲セハ余ハ乙ニ宣誓ヲ求ム可シト此場合ニ於テ乙其宣誓ヲ爲スコト拒ムカ又ハ甲ニ對シテ宣誓ヲ反シ求メサルハ則チ其乙ノ拒絕ハ契約ノ確定シタル證據ト爲ルナリ是故ニ證書ノ無効ハ必シモ契約ヲ無効ト爲スニ非ラス是即チ本條正文ニ因テ之ヲ了知スルコト得可シ蓋シ本條ニ於テ無効ト爲ス者ハ契約ニ非ラスシテ其不規則ナル證書ニ在レハナリ故ニ其證書ノ不規則ナルニ拘ハラズ契約ノ執行ヲ請求スル者ハ其證書ニ據ラスシテ他ノ方法即チ宣誓證人等ヲ以テ之ヲ證明セサル可カラス茲ニ證人ノ事ニ付一言セサル可カラサル者アリ凡ソ證人ハ契約ノ目的百五十「フランク」以下ニ關スルモノミ之ヲ許容スル者ナリ故ニ若シ其百五十「フランク」以上ニ關スル場合ニ於テハ他ニ其證據ノ端緒有ルニ非ラサレハ之ヲ許サ、ルナリ然ハ茲ニ夫ノ不規則ナル證書ハ證據ノ端緒ト爲スコト得可キヤ否ヤノ問題ヲ起サ、ル可カラス人若シ之ニ答テ然リト云ハ、即チ證人ヲ用ユルコト得可キナリ之ニ反シテ然ラスト云ハ、即チ證人ヲ用ユルコト得可カラサルナリ尙ホ第千三百二十六條ニ至テ之ヲ詳説ス可シ

(第千三百二十六條及第千三百二十七條)

第二ノ場合 金額又ハ量定物ノ辨濟ヲ目的ト爲シタル契約ニ關スル證書

此證書ハ義務者自ラ其全部ヲ記スルカ又ハ他人ニ記セシムルキハ義務者自ラ之ニ署名シ且ツ自筆ヲ以テ金額若クハ量定物若干ノ爲メ認可セシ旨ヲ附記セシニ非ラサレハ裁判所ニ對シテ其義務ヲ證明スルコト得ス

茲ニ人有リ證書ノ本文中ニ記シタル金額ト認可セシ旨ヲ附記セシ金額ト互ニ差異有ルハ何レヲ以テ義務ノ存在スル者ト爲スヤト問ハ、法律即第三百二十七條ハ直ニ之ニ答テ左ノ如ク決定セシ曰ク其義務ハ寡少ノ金額ノミニ在ル者ト見做ス可シト然ハ其過額ノ金額ノ如キハ畢竟疑似ニ涉ル者ナリ尙モ疑似トセハ固ヨリ之ヲ證據トスルニ足ラス且裁判上確證有ル者ニ非ラサレハ之ヲ得ルヲ能ハサルヲ以テ全ク權利無キ者ト見做サ、ル可カラス然レ此決定ノ如キハ夫ノ錯誤ノ場合ニ適施ス可カラス即チ該條ニ又曰ク「但シ何レノ方ニカ錯誤有ルノ證有ル時ハ格別ナリトス」ト蓋シ證書中記載スル所ノ各種ノ事項チ一々調査セハ遂ニ其多額ニ付義務ノ存在スルヲ發見スルヲ無シト云フ可カラス例ヘハ證書ノ本文ニ一石ニ付十圓ノ割ヲ以テ米百石ヲ買受ケ此代價千圓ト記シ又其紙尾ニ買主ノ自筆ニテ九百圓ノ義務ヲ認可スト附記セシ時ノ如キ假令ヒ本文ノ金高附記ノ高ヨリ多額ナリト雖モ賣主ハ之ヲ請求スルヲ得可シ何トナレハ其附記ノ金高本文ノ高ヨリ寡額ナルハ即チ買主ノ錯誤ナルヲ明瞭ナレハナリ

夫 義務者ノ自筆ニテ認可セシ旨ヲ附記スルヲ要スル所以ハ夫ノ白紙ニ署名シテ渡シ置クヲアルヨリ生スル弊害ヲ豫防センカ爲メナリ蓋シ不正ナル權利者、義務者ニ代テ其證書ヲ記スルニ際シ其得可キ金高ヨリ更ニ過分ノ金高ヲ記シ以テ其詐術ヲ逞フセントスル者往々ニシテ之レ有レハナリ然レ此認可ノ附記ハ商人、工作者、農夫、葡萄ノ栽丁、雇工、雇人ヨリ出シタル證書ニハ之ヲ必要トセス是等ノ場合ニ於テハ唯義務者ノ署名ヲ以テ十分ナリトス成人此例外ニ難シテ曰ク此等ノ人多クハ世務ニ慣レサルヲ以テ最モ法律ノ保護ヲ要ス可キ

者ナリ然レ夫ノ白紙署名ノ弊害ノ豫防ヲ與ヘスシテ唯署名スルヲ以テ十分ナリトスルハ是法律ハ全ク其目的ヲ失ヒシ者ナリト然レ人又之ニ答テ曰ク凡ソ此等ノ者ハ自己ノ姓名ヲ書スルノ外他ヲ知ラサル者滔々皆是ナリ故ニ之ヲシテ其署名ノ外又認可セシ旨ヲ附記セシムルヲ要セハ遂ニ私書ヲ以テ契約ヲ爲スヲ能ハサルニ至リ勢ヒ公證人ノ手ヲ假ラサル可カラズ然レハ或ハ其目的トスル所ノ義務ノ高ニ等シキ費用ヲ拂ヒ且ツ其取引ヲ遅延スル等實ニ言フ可カラサルノ不便ヲ生セン且又是等ノ者ハ白紙ニ署名スルノ弊害ヲ被ムルヲ他人ヨリモ最モ多シト謂フハ誠ニ事實ニ通セサルノ言ノミ何トナレハ夫ノ農夫及ヒ葡萄栽丁等ノ如キハ概テ子猜疑ノ心最モ深キカ故ニ己レノ義務ヲ負フ可キ證書ヲ作ルニ方リ容易ニ白紙ニ署名シテ之ヲ他人ニ托スル者ニ非ラサレハナリ

第千三百二十六條ノ規則ニ據ラサル證書中ニ記シタル義務ハ唯其規則ニ據ラサルノミヲ以テ無効ト爲ス可キ者ニ非ラス蓋シ證書無キト權利無キトハ決シテ之ヲ混淆ス可カラス若シ證書無キ場合ニ於テ自ラ權利者ナリト訴フル者ハ其相手方ノ自白又ハ己レノ宣誓ニ因リ其義務ノ存在スルヲ證明スルヲ得可シ且ツ其義務ノ目的百五十「フランシ」以下ニ於テハ亦證人ヲ以テ證明スルヲ得且又百五十「フランシ」以上ト雖モ證據ノ端緒有ルコ於テハ亦等シク證人ヲ以テ證スルヲ得可キナリ然ラハ則チ又茲ニ疑キニ雙務契約ニ關スル證書(第千三百二十五條)ニ付テ論セシ所ト同一ノ問題ヲ起サ、ル可カラス即チ第千三百二十六條ノ規則ニ從ハサル證書ハ證據ノ端緒ト爲スヲ得可キヤ如何是ナリ蓋シ此問題ニ付テハ余輩ハ猶ホ雙務契約ニ關スル證書ト一様ノ見解ニ因テ之ヲ論決スルヲ以テ正當ナリト信ス

Poronja

ルナリ或ル學士ハ夫ノ不規則ナル證書ハ雙務契約(第一千三百二十五條)ノ場合ハ之ヲ以テ證據ノ端緒ト爲スヲ得可シト雖モ片務契約(第一千三百二十六條)ノ場合ニ在テハ之ニ反スト論定セリト雖モ其言泛然更ニ證據ス可キ理由ヲ明ニセス又率由ス可キ原則ヲ示サ、ルヲ奈何セン是余輩ノ最モ取ラサル所ナリ

第三ノ場合 爲ス可キノ義務又ハ確定物ヲ引渡ス可キ義務ヲ生スル片務契約又ハ辨濟受取證書

此等ノ證書ハ何人ニ出ツルヲ問ハス苟モ義務者ノ署名有ルニ於テハ完全ナル證據ト爲ス蓋シ第一千三百二十五條ハ雙務契約ニ關シ又第一千三百二十六條ハ金額又ハ量定物ヲ目的ト爲シタル義務ニ關スル者ナリ而シテ其他ノ義務即チ爰ニ所謂ル爲ス可キノ義務以下ヲ證ス可キ證書ニ付テハ法律上更ニ豫定ノ正文有ルヲナシ故ニ唯義務者署名有ルヲ以テ足レリト爲スナリ

尙ホ證書ハ其證書中ニ記載アル日附ヨリ契約者及ヒ其關係人即チ權利義務ノ承繼者間ニ完全ノ効力ヲ有スルモノナリト雖モ第三ノ人ニ對シテハ其日附ニ何等ノ信ヲ置カサルモノニシテ即チ第一千三百二十八條ニ定メアル條件ノ一ニ從ヒ其證書確定ノ日附ヲ得タル上ニ非レハ第三ノ人ニ對シテ効力ヲ有セサルモノトス其細說ニ至テハ第一千三百二十八條ニ於テ陳述ス可シ

(第一千三百二十八條)

證書ノ日附ハ他人ニ對シ左ノ三箇ノ場合ニ於テ確定スル者トス

第一 其證書ヲ公簿中ニ記録シタル時

抑モ證書ノ記録トハ動産不動産ヲ問ハス苟モ財産上ノ契約ニ關スル證書ハ其事實ヲ記録役所ノ公簿ニ記録スルヲ云フ若シ一タヒ此記録ヲ爲セハ其契約ハ實際何レノ時ニ在ルモ其證書ハ後日ニ至リ遅クトモ其記録ヲ爲セシ日ト同日ニ之ヲ作りタリトノ確證ヲ有ス而テ記録役所ハ其記録ノ爲メ定額ノ爲メ取立ツル者トス然レ此ノ記録ト彼ノ第四百四十條ニ於テ説明セシ登記法トハ混同ス可カラス蓋シ登記法ノ目的ハ不動産所有權移轉ニ付他人ニ對シテ其契約ノ効力ヲ鞏固ナラシムルニ在リ而テ此記録ノ目的ハ單ニ收税ニ在テ契約ノ効力ニ關セス故ニ若シ其記録ヲ乞ハサル者有リテ脱税ノ罰ヲ受クルト有ルモ決シテ其契約ノ効力ヲ妨ケス尙ホ下文ノ二條件中其一有ルニ於テハ假令ヒ證書ノ記録ヲ得サルモ亦其日附ヲ證明スルヲ得ルナリ

第二 其證書ニ署名セシ者又ハ其署名セシ者ノ中一人ノ死去シタル時

此場合ニ於テ其證書ノ作爲ハ實際何レノ時ニ在ルモ後日ニ至リ遅クトモ其死去ノ日ニ作りタリトノ確證ヲ有ス而テ他人ニ對シ其日ヲ以テ之カ日附ト爲ス或人曰ク此ノ如ク死去ノ日ヲ以テ確定ノ日附ト爲スニ因レハ若シ他ニ事故有リ己レカ姓名ヲ手署スルヲ能ハサルノ場合例ヘハ意外ノ變災ニ因リ兩手ヲ失ヒシ時ノ如キハ其變災ノ日ヨリ確定ノ日附ヲ有スル者ト爲スヲ得可キヤト蓋シ此ノ如キ事例ヲ舉レハ之ニ類似スルノ場合亦少ナカラサル可シ果テ然ラハ終ニ底止ス可カテサルニ至ラシテ隨テ其事實ノ判定ニ付テモ亦裁判官ニ委スルニ危險ナル專權ヲ以テセサル可カラサルニ至ラシテ故ニ法律ハ最モ明確ナル死去ヲ以テ其限度

ト爲セシナリ

第三 公正證書中ニ其私證書ノ存在ヲ證明シタル時

例ヘハ甲ヨリ乙カ若干金ヲ借入レシヲ證明スル私印證書ヲ甲ハ旅行其他ノ事故ニ因リ丙ニ附托セシニ其後丙ノ死去シタルヲ以テ其者ノ財産及ヒ證書類ノ目錄ヲ作ランカ爲メ公證人來タリ甲カ發シテ附托セシ證書ヲ發見シ而テ公證人ハ其財産目錄ノ調書中ニ其事ヲ證明セシ時ノ如キ其證書ハ則チ他人ニ對シ其公正證書中ニ記名セシ日ヲ以テ其確定ノ日附ト爲ス本條ノ規則ハ亦之ヲ單一ナル受取證書ニ適用スルヲ得可キヤ例ヘハ本年六月十五日ニ甲ハ乙ヨリ借受ケシ金千圓ヲ辨濟シ而テ乙ヨリ唯受取證書ヲ取置キシカ未タ之ヲ記録セシメサリシニ乙ハ尙ホ甲ノ證書ヲ有セシテ奇貨トシ其日二十日ニ至リ其債主權ヲ丙ニ讓渡シタルキハ甲ハ其受取證書ヲ示メシテ丙ニ對抗スルヲ得可キヤ蓋シ本條ノ法文ノミニ據ルハ固ヨリ之ヲ以テ對抗スルヲ得サルヤ明カナリ何トナレハ法文ニ唯證書トノミ有テ別ニ證書ノ種類ヲ區別セサレハナリ然レ從來ノ裁判事例ニ依レハ常ニ本條ハ受取證書ニ適用ス可キ者ニ非ラス即チ受取證書ハ縱ヒ記録セサルモ亦之ヲ以テ他人ニ對抗シ得可キ者ト決セリ且ツ古昔ノ裁判例ニ於テハ同一ノ決定ヲ下タセリ是寔ニ自然ノ理ニ適シ且ツ實際ニ適スル者ト謂フヘシ若シ之ヲ然ラスナセハ爰ニ人有リ數箇ノ辨濟ヲ同日ニ爲スヲ有レハ其人ハ各辨濟ノ爲メ一々記録役所ニ行キ其受取證書ヲ記録セシメサル可カラス果テ然ラハ爲メニ無益ノ時日ト費用トヲ要スルヲ終ニ幾何ソヤ此ノ如キハ蓋シ法律ノ欲セサル所ナリ然レ此ノ記録セシメサル受取證書ヲ以テ其辨濟ヲ證セントスルニハ其證書ヲ示メス可キ場

合(或ハ訴訟ノ起リシ時或ハ債主權讓渡ノ報告ヲ得シ時等)ニ方テ直ニ之ヲ示メスヲ要ス若シ然ラスシテ在舊時日ヲ經然後始メテ之ヲ示メスキハ其日附ヲ偽作セシトノ嫌疑ヲ免レサルヲ以テ其之ヲ示ス者其受取證書ノ真正ナルヲ證明セサル可カラス以上私印證書ノ諸般ノ關係ニ付略ホ之ヲ説述シ了セリ以下將サニ公正證書ト私印證書トノ區別ヲ示メサントス

第一 若シ公正證書ノ眞偽如何ニ付爭論ノ起リシ場合ニ於テハ其證書ヲ差出セシ者ヨリ其真正ナルヲ證明スルニ及ハス其之ヲ非斥スル者ヨリ其贗造タルヲ證明ス可シ之ニ反シテ私印證書ノ眞偽如何ニ付爭論ノ起リシ場合ニ在テハ其之ヲ非斥スル者ヨリ其贗造タルヲ證明スルニ及ハス其之ヲ差出セシ者ヨリ其真正ナルヲ證明セサル可カラス

第二 公正證書ハ他人ニ對スルモ其日附ヲ以テ真正ノ者ト爲ス然ニ私印證書ハ其契約者間ニ於テハ其日附ヲ以テ真正ノ者ト爲スト雖モ他人ニ對シテハ其證書ヲ記録セシメタルカ又ハ其證書ノ存在スルヲ他ノ公正證書中ニ記載シ在ルカ若シハ其證書ノ署名者中ノ一人ノ死去セシ等ニ因ルニ非ラサレハ確定ノ日附ヲ有セサル者トス

右二箇ノ證書ニ付其差異アル理由ハ其之ヲ記スル者ノ公正ノ官吏ナルト單一ナル常人ナルトノ別有ルニ基礎ス蓋シ公正ノ官吏ハ事實ノ真正ヲ詐ラサルニ於テ重大ナル利益ヲ有スル者トス何トナレハ若シ其者之ヲ贗造スルキハ最モ畏ル可キ嚴刑ニ處セラレ且ツ其贗造ヲ遂シルハ甚タ難事ナレハナリ故ニ法律上其者ノ贗造ナリトハ容易ニ想像ス可カラサル者トス然レ單一ナル常人ニ於テ一人ハ私印證書ノ真正ナルヲ申立テ他ノ一人ハ之ヲ詐欺ナリト

申立ツル場合ニ於テハ其一ヲ信シテ他ノ一ヲ信セサルノ理由無シ
 第三 公正證書ハ其法式ニ因リ自ラ其執行力ヲ有スト雖モ私印證書ハ決シテ其執行力ヲ有セス故ニ之ヲ保有スル者其證書中ニ記シタル契約ノ執行ヲ得ント欲シテ之ヲ其相手方ニ求メ而テ其相手方猶ホ之ヲ執行セサルキハ必ス裁判言渡ヲ得ルニ非ラサレハ其執行ヲ得ルヲ能ハサル者トス

(第千三百二十九條及ヒ第千三百三十條)

余ハ今將サニ署名無クシテ證據ト爲ル可キ書類ノ一ニ講及セントス
 商人ノ簿冊ハ之ヲ有スル商人ノ義務ト爲ル可キ事實ヲ記載シ在ルキハ是其完全ノ證據ト爲ル者タリ而テ其簿冊ノ記載ハ規則ニ適セシヤ否ヤ又其證據ト爲ス所ノ相手方ハ商人ナルヤ否ヤヲ區別スルヲ要セス又其簿冊中ノ記載ハ必シモ其簿冊ヲ有スル者ノ自筆タルヲ要セス何トナレハ此簿冊ハ其者ノ所有ナルヲ以テ其記載ハ假令ヒ自筆ニ非ラスシテ他人ノ記載ナルモ必スヤ其所有者ノ承諾セシ者ナル可シトノ推測ヲ生スレハナリ
 然ハ此簿冊ニ之ヲ有スル商人ノ權利トナル可キ事實ヲ記載シ在ルキハ亦其證據ト爲ル可キ乎此點ニ付テハ左ノ二件ヲ具備スレハ以テ其證據ト爲スヲ得可シ曰ク其簿冊ノ記載其規則ニ適セシ事曰ク其簿冊ニ記載セシ事實ハ他ノ商人ニ關セル商業上ノ事務タル事是ナリ故ニ雙方商人ニシテ且ツ商業上ノ事務ニ付規則ニ適シテ記載セシ商業上ノ簿冊ハ其雙方ノ者ノ爲メ義務又ハ權利ノ證據ト爲ル者トス
 抑モ此規則タル人自ラ權利ノ證據ヲ作爲スルヲ得ストノ原則ニ悖戻スト雖モ實際上爲メ

ニ危難ヲ生スル者ニ非ラス何トナレハ凡ソ商人ハ簿冊ヲ有セサル可カラサルノ義務有ルヲ以テ其簿冊ヲ雙方ヨリ差出スルハ其記載スル所ヲ彼是對照鑒査スルヲ得可ケレハナリ而テ若シ其記載符合セサルキハ更ニ其普通法即チ商法第十二條ニ據ル可キ者トス
 設ヒ簿冊ハ規則ニ適シテ記載セシト雖モ其事實商人ニ非ラサル人ニ關スルキハ其簿冊ヲ有スル商人ノ權利ノ證據ト爲スヲ得ス又商人ニ非ラサル者己レカ申立ツル所ノ證據トナサンカ爲メ商人ノ簿冊取調ヲ裁判所ニ請フキハ其之ニ記スル所ノ己レニ關スル事實ハ其全部ヲ以テ證據ト爲ス可シテ之ヲ區別スルヲ得ス語ヲ換ヘテ言ハ、其己レニ利益ナル事ハ之ヲ真正トシ不利ナルコトハ之ヲ虛偽ナリト申立ツルヲ得ス例ヘハ甲農人乙米商ニ若干ヲ賣渡シ後チ其代價受取方チ訴求ス裁判官其米商ノ簿冊ヲ取調フルニ左ノ記載有リ一米百石中ヨリ買入レ此代金五百圓内二百五十圓拂濟ミト此場合ニ於テ甲ハ五百圓ヲ以テ賣渡シタルハ真正ナリト雖モ二百五十圓ノ拂濟ハ虛偽ナリト申立ルヲ得ス即チ其簿冊ニ記スル所ノ全部ヲ以テ證據ト爲サル可カラス
 商人ノ簿冊ハ商人ニ對スルト商人ニ非ラサル者ニ對スルト其効力ノ同一ナラサル理由ハ甚ダ簡單ナル者トス商人ハ其簿冊ヲ設クルノ義務有テ以テ其雙方ノ簿冊ヲ鑒査シ以テ其證據ヲ得可シト雖モ商人ニ非ラサル者ニ於テハ簿冊ヲ有スルノ義務アラサレハナリ
 商人ノ簿冊ハ商人ニ非ラサル者ニ對シテ證據ト爲スヲ得サルコトハ前既ニ之ヲ説明セリ然ルニ第千三百二十九條ニ於テ宣誓ニ關シテ後ニ記スル所ハ格別ナリト言ヘリ其所謂ル宣誓トハ決審ノ誓ト名クル者即チ總テノ訴訟ニ付其證據無キ時其裁判ヲ決セシメシカ爲メ一方

ヨリ相手方ニ對シテ求ムル所ノ誓ヲ云フコト非ラスシテ補助ノ宣誓即チ訴訟ノ證據完備セサル時裁判官ヨリ訴訟人中ノ一方ニ對シテ其職權ヲ以テ命スル所ノ誓ヲ云フヤ明カナリ蓋シ法律ノ意ハ則チ商人ノ簿冊ハ商人ニ非ラサル者ニ對シテハ其記スル所ヲ以テ完全ノ證據ト爲スコト得スト雖モ是ヲ以テ證據ノ端緒ト爲スコト得テ裁判官ニ許容スルコト原被中一方ノ者ニ誓ヲ命シ以テ其心證ヲ補足スルノ權ヲ以テセシモ在リ

右ニ付茲ニ一ノ問題有リ曰ク其商人ノ簿冊ヨリ生スル證據ノ端緒ハ管ニ補助ノ宣誓ヲ以テ之ヲ補足スルコト得可キノミナラス又人證ヲ以テ補フコト得可キ乎ト

余輩ハ此問案ニ同意スルコト能ハス抑モ人證ハ百五十「フランク」以上ニ關スル事件ニテハ之ヲ許容セサルヲ以テ原則トス然レ原告人書面ニ據ル證據ノ端緒ヲ有スルキハ該金額以上ト雖モ亦之ヲ許容ス可キ者トス而テ其書面ニ據ル證據ノ端緒トハ被告人ノ記シタル證書ニシテ原告人ノ申立ヲ多分眞實ナル可シト見做ス可キ者ヲ云フナリ

然レ夫ノ問案ノ如キハ其中立ヲ正實ナル可シト見做ス可キ書面ハ則チ商人ニ非ラサル被告人ノ記セシ者ニ非ラスシテ商人タル原告人ノ記セシ者ナリ是余輩ノ同意スルコト能ハサル由因ナリ

然レ或ル二三ノ學士ハ之ヲ許容ス可シト主張セリ其言ニ曰ク凡ソ事其多キヲ爲シ得ル者ハ必ス少ナキヲ爲シ得ル者トス若シ簿冊ヨリ生スル證據ノ端緒ヲ商人ノ宣誓ヲ以テ補足スルコト得ル者トセハ亦人證ヲ以テ之ヲ補フコト得ルハ勿論ナリト言ハサル可カラズ何トナレハ人證ハ宣誓ニ比ズレハ更ニ一層ノ信ヲ置クニ足ル可キ者ナレハナリト

(第一千三百三十一條)

商人ニ非ラサル者ノ有スル家内ノ簿冊又ハ書類ハ決シテ之ヲ記シタル者ノ權利ノ證據ト爲ズコト得ス又其者ノ義務ト爲ル可キコトハ左ノ二箇ノ場合ニ於テノミ證據ト爲ルコト過キス

第一 其簿冊又ハ書類ニ既ニ人ヨリ辨濟ヲ受ケシコト明カニ記セシ時

第二 其簿冊又ハ書類ニ義務ヲ負ヒシコト記載シ且ツ其記載ハ權利者ノ證書ニ換ユ可キ爲メナルコト明カニ附記セシ時

抑モ辨濟ヲ受ケシコト記載セシ時ハ完全ノ證據ト爲リ義務ヲ負ヒシコト記載セシ時ハ其記載ハ權利者ノ證書ニ換フ可キ云々ノ附記有ルコト非ラサレハ其證據ト爲サ、ルハ果シテ何ノ理由ニ因ル乎ボチエー氏之ニ答テ曰ク辨濟ヲ受ケシトノ記入ハ以テ完全ノ證據ト爲スニ足レリ何トナレハ法律ハ義務ノ釋放ヲ容易ニ爲ス者ナレハナリト此説明ノ如キハ余輩ノ未ダ満足セサル所ナリ抑モ權利者ノ損失ニ拘ハラス義務者ヲ保護スルハ果シテ何ノ理由カ有ル蓋シ雙方ノ者共ニ同一ノ保護ヲ受ク可キ者ニ非ラスヤ故ニ今余輩ノ見ル所ハ現ニ其簿冊ニ辨濟ヲ受ケシ旨ノ記載有ルハ是其眞實辨濟ヲ得タル爲メナルコト人ノ毫モ疑ヲ容ル可キコトニ非ラサルヲ信スルナリ之ニ反シテ其簿冊ニ義務ヲ負ヒシ旨ノ記載有ルモ其事頗ル疑ハシ何トナレハ是既ニ其義務ヲ辨濟セシコト或ハ其簿冊ノ記載ヲ塗抹スルコト遺忘セシヤモ知ル可カラサレハナリ然レ若シ義務ヲ負ヒシ旨ノ記載ノ外尙ホ此記載ハ權利者ノ證書ニ換フ可キ者ナリト明カニ附記セシキハ斯カル鄭重ナル記入ナルコト因リ之ヲ塗抹スルコト遺忘セシトハ想像シ得可カラサルナリ故ニ其記載尙ホ簿冊ニ存スルキハ其義務未ダ釋放ヲ得サルヤ

上來説明セシ如シ商人ノ簿冊ハ其商人ノ自筆ヲ以テ記セサルモ其者ノ權利及ヒ義務ノ證據ト爲ル可シト雖モ商人ニ非ラサル者ノ簿冊ハ則チ之レト同シカラス凡ソ是等ノ人ニ在テハ皆其自筆ニ非ラサレハ決シテ證據ト爲ル可キ者ニ非ラス何トナレハ本條ニ家内ノ簿冊云々ハ之ヲ記シタル者ニ對シテ證據ト爲ス可シトノ語アレハナリ

(第一千三百三十一條)

債主權ノ證書中ニ其辨濟ヲ受タルコトヲ記載アルキハ設ヒ之ニ日附無ク又署名無シト雖モ其權利ノ消滅セシ證據ト爲ル然レ此ノ如キ効力ヲ有セシムルカ爲メニハ左ノ二箇ノ條件ヲ有スルコト必要トス

第一 權利者ノ自筆ニテ記載セシ事

第二 其記載ヲ爲セシ證書ヲ常ニ權利者ノ手ニ保存セシ事

此二箇ノ要件ニ付キ又左ノ諸件ヲ生ス

第一 權利者ノ自筆ニ非ラサル記載ハ設ヒ其證書ヲ常ニ權利者ノ手ニ保存スルキト雖モ其効力ヲ有セサルナリ

難者曰ク其記載ヲ爲セシ證書ヲ常ニ權利者ノ保存スル以上ハ其記載ヲ權利者自ラ爲セシト又他人ノ爲セシトヲ區別スルノ必要無カル可シ若シ權利者未タ其記スル所ノ辨濟ヲ受取サレハ豈ニ他人ヲテ之ヲ記セシムルコトヲ爲サンヤ若シ之ヲ記セシメタルハ是固ヨリ權利者ノ承諾ニ出テシ者ニシテ權利者自ラ記セシト何シ擇ハシ是レボチエー氏ノ意見ナリ願フコ

民法モ亦之ヲ排斥セサリシナラント

或人之ニ答ヘテ民法ハ全ク其意見ヲ排斥セシト斷言セリ其言ニ曰ク權利證書中辨濟ヲ受ケタル記入ヲ以テ證據トナサントスルカ爲メニハ左ノ二件ヲ要ス即チ第一其記載ヲ權利者ノ自筆ニテ爲セシ事第二其記載ヲ爲セシ證書ヲ常ニ權利者ノ手ニ保存スル事是民法上明カニ掲記スル所ナリ又曰ク此ノ二要件ハ難者ノ言ノ如ク決シテ無益ニ屬スル者ニ非ラス難者ハ曰ク權利者ハ其證書ニ他人ヲシテ己レカ辨濟ヲ受ケシ旨ヲ記セシムルハ是其承諾ニ出テシ者ナルヲ以テ即チ權利者自ラ記セシト蓋シ其記載ハ權利者ノ面前且其承諾ヲ得テ記セシコトノ證據明白ナルキハ固ヨリ難者ノ說ノ如クナル可シト雖モ若シ權利者ノ知ラサル間ニ義務者又ハ他人ノ之ヲ記セシ場合ニ在テハ難者復タ其說ヲ主持スルコト能ハサル可シ果シテ然ラハ權利者ノ自筆ニ非ラサル記載ハ決シテ其承諾ニ出テシコトヲ證スルコト足ラス是他人ノ記載ヲ以テ證據ト爲スコトヲ許サ、ル所以ナリ

第二 權利者ノ自筆ニテ辨濟ノコトヲ記載セシ證書ナリト雖モ其權利者常ニ之ヲ保存セサルキハ其効力ヲ有セサルナリ

難者又曰ク果シテ其記載ハ權利者ノ自筆ナリセハ其權利者常ニ其證書ヲ保存セシト否トヲ區別スルノ要用無カル可シ唯其權利者カ辨濟ヲ受ケシ旨ヲ記載セシ所爲ノミヲ以テ正ニ其辨濟ヲ受取リシコトヲ證スルコト足レリ是亦ボチエー氏ノ意ニシテ民法モ亦之ヲ排斥セサリシナラント

或人又之ニ答テ民法ハ亦其意見ヲ排斥セシト斷言セリ曰ク之ヲ排斥セシ證據ハ則チ本條ニ

於テ飽クマテ前ノ二要件ノ完備センコトヲ期望セシニ在レハナリ因テ今茲ニ難者ノ説甚ダ危殆ナル所以ヲ開陳セン蓋シ權利者辨濟ヲ受取リシ旨ヲ豫メ附記シタル證書ヲ他人ニ預ケテ其受取方ヲ委託スルコト往々之レ有リ又此ノ如ク附記セシ證書ヲ權利者ヨリ直ニ義務者ニ送付スルコト有リ故ニ其證書ノ附記ヲ以テ辨濟ノ證據ト爲スニ足ラス何トナレハ其附記ハ毫モ辨濟ヲ受ケタル後ノ所爲タルコトヲ證明セサレハナリ之レニ反シテ權利者常ニ其證書ヲ保存スルキハ其記載ヲ以テ辨濟ノ證據ト爲スニ足ル何トナレハ此ノ如キ場合ニ於テハ又他ニ其記載ヲ辨明スルノ方法有ラサレハナリ

證書ノ副本ニ爲シタル受取ノ記載又ハ單一ナル受取證書ハ義務ノ釋放ヲ爲セシコトヲ證明スルニ關シテハ設ヒ之ニ日附無ク又署名無クトモ之カ證據ト爲スコトヲ得可シ然レ其効力ヲ有セシメンカ爲メニハ左ノ二條件有ルヲ要ス

第一 權利者ノ自筆ニテ記載セシ事

第二 其記載ヲ爲セシ副本又ハ受取證書ノ義務者ノ手ニ存スル事

今茲ニ二箇ノ事例ヲ示メサン例ハ、爰ニ借家人有リ其家主ノ宅ニ來テ曰ク余ハ先月分ノ家賃ヲ後刻更ニ來テ之ヲ辨濟ス可シ仍テ今余カ攜ヘ來リタル證書ノ副本ニ余カ後刻爲サントスル所ノ辨濟ヲ附記セラレヨト是ニ於テ乎家主其言ヲ信シ其副本ニ辨濟ヲ受ケシコトヲ記シ借家人復タ來リ前約ノ如ク辨濟シ了リテ其證書ヲ持歸レリ此場合ニ於テ其記載ハ則チ借家人ノ辨濟ノ證據ト爲スニ足レリ之ニ反シテ前例ノ場合ニ於テ家主既ニ副本ニ記載セシモ借家人約ノ如ク再ヒ來テ辨濟ヲ爲サ、ルコト付キ家主其副本ヲ己レニ保存セリ此場合ニ於テハ

設ヒ其記載ハ權利者ノ自筆ナリトモ之ヲ以テ辨濟ノ證據ト爲スコトヲ得ス

又義務者有リ余ニ對シテ負フ所ノ千金ノ内五百金ヲ余ニ辨濟セリ故ニ余ハ之ニ授クルニ規則ニ適セシ受取證書ヲ以テシタリ義務者又來リ余ニ約シテ曰ク後刻殘額五百金ヲ辨濟ス可シ仍テ爰キニ與ヘラレタル受取證書中ニ更ニ殘金ノ受取證ヲ附記セラレヨト余乃チ之ヲ附記セリ然ニ其受取證書ヲ余ヨリ義務者ニ授ケテ義務者ノ手ニ在ルキハ法律ハ余ノ既ニ約ノ如ク受取リシ者ト推測ス若シ又其受取證書ヲ余ノ保存スルキハ法律ハ余ノ未ダ約ノ如ク受取ラサル者ト推測ス

(第三節) 符木

(第一千三百三十三條)

符木トハ兩箇ノ木片ニシテ甲乙間日々賣買スル所ノ物品ノ數即チ甲ヨリ乙ニ日用ニ供給スル飲食物等ノ數ヲ記スルノ用ニ供スル者ナリ而テ之ヲ用ユルノ法甲乙各其木片ノ一箇ヲ有シ其物品ヲ供需スルコト方リ必ス其兩木片ヲ合シテ一々之ニ横線ヲ刻シ其一線ヲ以テ一供物ノ證據ト爲ス

此證據ハ證書ニ代ユルノ用ヲ爲シ其賣買金額ノ多少ニ拘ハラズ常ニ其物品ノ量數ヲ證スル者トス故ニ若シ買主己レノ有セシ符木ヲ紛失シタルカ又ハ其他ノ事故ニ因テ之ヲ示サ、ルキハ則チ賣主ノ符木ヲ以テ完全ノ證據ト爲サ、ル可カラス何トナレハ賣主ハ其買主ノ過失ニ因リ己レニ損失ヲ被ムル可キノ理無ケレハナリ

(第四節) 證書ノ謄本

(第一千三百三十四條)

證書ノ謄本ニ原本ノ現存シテ之ヲ差出スヲ得可キ證書ノ謄本ト原本ノ最早存在セサル證書ノ謄本トノ二種有リ而テ原本ノ現存シテ之ヲ差出スヲ得可キ證書ノ謄本ハ其原本ニ記載スル所ノ事項ニ付テノミ證據ト爲ル故ニ謄本ノ効力ハ其原本ニ符合スル事ニ付テノミ保
有スル者トス此理由ヨリシテ其謄本ヲ以テ對抗セラレタル者ハ其原本ト符合スルヤ否ヤテ
檢視センカ爲メ其原本ヲ差出サンコトヲ要求スルヲ得ル者トス
故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ原本ノ現存スル謄本ハ畢竟何等ノ効力ヲモ有セスト雖モ若シ其
相手方ヨリ之ヲ差出サンコトヲ要求セシテ黙止スルハ其黙止ハ則チ其謄本ノ原本ト符合
スルコトヲ暗ニ自認シタル者ト爲シ即チ其謄本ヲ以テ證據ト爲スヲ得可キ者ナリ但シ之ヲ
證據ト爲シ得可キハ特ニ此場合ニ存スル者トス

(第一千三百三十五條及第一千三百三十六條)

原本ノ最早現存セサル證書ノ謄本ニ付テハ私印證書ノ謄本ト公正證書ノ謄本トヲ區別セサ
ル可カラズ私印證書ノ謄本ハ假令公證人ノ記セシ者ト雖モ何等ノ効力ヲモ有セサル者トス
何トナレハ公證人ハ私印證書ヲ謄寫スルニ付公吏タルノ分限ヲ有セシコト非ラサレハナリ而
テ公正證書ノ謄本ヲ一箇ノ平民ノ記セシキモ亦上ニ述フル所ト同一ナリトス
然而テ公正證書ノ謄本ヲ公吏ノ記載セシコト於テハ法律上其効力ヲ三種ニ區別ス其第一種ハ
則チ原本ト同一ノ證據力ヲ有スル謄本其第二種ハ則チ書面ニ據レル證據ノ端緒ト爲リ人證
ヲ許與ス可キ効力ヲ有スル謄本其第三種ハ則チ唯事實參考ノ用ニ供スルニ過キサル謄本トス

第一種 原本ト同一ノ證據力ヲ有スル謄本ハ即チ左ニ列記スル所ノ者ニシテ最早現存セサ
ル原本ト同一ノ證據ヲ爲ス者トス

第一 大字副本又ハ第一ノ副本

總テ公正證書ノ第一ノ謄本ニシテ之ニ執行力ヲ具フル文例ヲ記セシキハ之ヲ大字副本ト云
ヒ之ニ反シテ其第一ノ謄本ヲ細字ニ記セシキハ之ヲ第一ノ副本(第二以下單ニ細字副本ト
云フ)ト云フ公證人ハ結約者一人ニ對シテハ大字副本ハ一通ノ外之ヲ渡スヲ得ス若シ此規
則ニ背シキハ其職ヲ奪ハルハナリ(共和十一年風月二十五日ノ法律第二十六條)之ニ反シテ
細字副本ハ結約者又ハ其關係人ノ需メニ應シテ何通コトモ之ヲ渡スヲ得ル然レ唯其第一
ノ副本ノミ原本無キ場合ニ於テ完全ノ證據力ヲ有スル者トス此副本ノ完全ノ證據力ヲ有ス
ル理由ハ元來此副本ハ其原本ヲ記セシキ直ニ共和十一年風月二十五日ノ法律ニ規定シタル
法式ニ循ヒ之ヲ結約者ニ渡スヲ以テ概チ真正ナル謄本ナル可シトノ證據ヲ有スレハナリ
第二 雙方ノ面前ニ於テ其相互ノ承諾ヲ以テ作りシ謄本法律上之ニ付與スル證據力ハ素ト
雙方ノ承諾ニ基礎スル者トス誠ニ雙方ノ者其謄本ヲ作ルコトヲ承諾セシハ是レ暗ニ其原本無
キ場合ニ於テハ之ヲ以テ證據ト爲サンコトヲ約セシ者ナレハナリ

第三 裁判官ノ命令ニ依テ雙方ノ面前又ハ法ニ適シテ呼出シタル上ニコト作りシ謄本

凡ソ此等ノ謄本ヲ得ント欲スル者ハ其願書ヲ裁判所長ニ差出シ而テ裁判所長ハ其願書ノ末
尾ニ何月何日何時何ノ場所ニ雙方ノ者出席シ何ノ證書ノ原本ニ就テ其謄本ヲ作ル可シト附
記シ之ヲ願書差出人ニ付與シテ其相手方ニ送達セシム可キ者トス而テ相手方ハ其命令書ヲ

得テ出席シ雙方立會ノ上其謄本ヲ作リシキハ則チ前ノ第二ノ場合ニ屬ス若シ又相手方ノ出席セサリシキハ其謄本ヲ作ルニ付其者ノ承諾ヲ爲セシ者ト見做シ即チ其謄本ハ其者ノ面前ニテ其承諾ノ上作リタルト同一ノ効力ヲ有ス

第四 雙方ノ承諾無ク又裁判官ノ命令ヲ受ケズシテ大字副本又ハ第一ノ副本ヲ渡セシ後チ嘗テ其原本ヲ作リシ公證人若クハ其承繼人又ハ公吏タルノ分限ヲ以テ原本ノ受托者タル裁判所書記等ノ作リシ謄本

然レ此謄本ハ舊キ者ニ非ラサレハ完全ノ證據ト爲スニ足ラス而テ其舊キ者トハ即チ其謄寫セシヨリ三十年ヲ經過セシ者ヲ云フ

蓋シ此謄本ノ完全ノ證據ト爲ルハ之ヲ作リシ時ト其之ヲ使用スル時トノ間甚ク長キ歲月ヲ經タルヲ以テ其謄本ハ訴訟ノ用ニ供センカ爲メ之ヲ作爲セシ者ト推想スルコト得ヌ何トナレハ三十年以前ニ於テ詐欺ヲ豫謀スル者有ラサレハナリ

第二種 完全ノ證據ト爲スニ足ラスト雖モ書面ニ據レハ證據ノ端緒ト爲リ人證ヲ許容スルノ効力ヲ有スル謄本

此謄本ハ即チ左ノ如シ

第一 前第四ニ所謂ル舊キ者ニ非ラサル謄本即チ其謄寫ヨリ三十年ヲ經過セサル者

第二 其謄本ハ舊キ者タリト雖モ法律上原本ノ受托者タル公吏ニ非ラサル者ノ作リシ者

例ヘハ裁判官己レカ爲シタル裁判言渡書ノ謄本ヲ記シタルト如シ蓋シ法律上裁判言渡書ノ原本ノ受托者トハ即チ書記ヲ云フ故ニ謄本ヲ渡スノ權獨リ此者ニ在リ

第三種 書面ニ據レル證據ノ端緒ト爲ラスト雖モ唯事實參考ノ用ニ供スルニ過キサル謄本
此謄本ハ複寫ニシテ即チ謄本ノ寫本ヲ云フナリ而テ此謄本ノ寫本ハ雖事實參考ノ用ニ供スルニ過キスト云フノ原則ニ二箇ノ例外有リ

即チ其一ハ民法第千三百三十六條ニ掲グル所ノ官署ノ簿冊上ニ證書ノ登記是ナリ此登記ハ書面ニ據レル證據ノ端緒ト爲ストナリ得ル蓋シ其登記ナル者ハ固トニ謄本ノ寫本ニ外ナラス何トナレハ夫ノ書入質保存局ノ官吏カ其簿冊ヲ登記スルコト方テハ之ヲ原本ヨリ寫スニ非ラズシテ其謄本ヨリ寫シ原本ハ曾テ其官吏ニ差出スト無ケレハナリ

然レ其登記ヲ書面ニ據レル證據ノ端緒ト爲スカ爲メニ左ノ二條件ヲ具備スルヲ必要トス

第一 其證書ノ原本ヲ作リタル一年内ニ公證人ノ作リタル總テノ證書ノ原本ヲ失ヒタルノ正確ナル事又ハ特ニ其證書ノ原本一箇ノミチ別段ナル事變ニ因リ失ヒタル旨ヲ證スル事
第二 其證書チ同一ノ日附ニテ作リシ旨ヲ證スル公證人ノ規則ニ適セシ目錄ノ現存スル事

又其二ノ例外ハ則チ訴訟法第八百四十四條ニ掲載セリ而テ其場合ニ於ケル謄本ノ寫本ハ嘗ニ書面ニ據レル證據ノ端緒ト爲ルノミナラス亦原本ニ等シク完全ノ證據ト爲ル者トス

(第五節) 義務認知證書及ヒ義務補確證書

認知證書トハ義務者既ニ原始證書中ニ明記シタル己レカ義務ヲ猶ホ確實ナラシメンカ爲メ

更ニ作リシ證書ヲ云フナリ凡ソ原則ニ於テハ權利者認知證書ヲ差出スモ更ニ原始證書ヲ差出スニ非ラサレハ其權利ヲ證明スルヲ得サル者トス故ニ認知證書ノミニテハ何等ノ證據力ヲ有セズ

抑モ認知證書ハ義務者ノ署名セシ自白ヲ記シタル者ナレハ唯是ノミヲ以テ證據ノ一手段ト爲スヲ得可キ者ナラスヤ然ニ此自白ヲ終ニ何等ノ効力ヲモ生セシメサルハ將タ何ノ理由ニ出ツルヤ惟フニ法理上ヨリ之ヲ論スレハ終ニ正當ノ理由ヲ以テ之ヲ辯解スルヲ能ハサル可シ而テ諸學士ノ說ニ據レハ法律ハボチエー氏ノ錯誤ヲ襲用セシ者ナリト云ヘリ其說ニ曰ク昔者佛國ノ貴族カ其隸屬ノ人民ニ對シ一ノ權利ヲ得ル毎ニ更ニ再認知證書ヲ記セシメ竊ニ其權利ヲ增加スルノ詐術ヲ用ヒタリ故ニ當時ニ在テハ假令ヒ認知證書ヲ差出スモ貴族ヲシテ更ニ其原始證書ヲ差出スノ責ヲ免レシメサルヲニ決定セリ是ニ其弊害ヲ防制セシカ爲メノミ

然ニボチエー氏ハ此理論ヲ以テ頗ル有益ノ者ト爲シ遂ニ之ヲ一般ニ擴張セリ蓋シ同氏ハ之ヲ貴族ニ用ヒテハ適當ナリト雖モ之ヲ一般人民ニ用ヒテハ不適當ナルニ注意セカリシナリ今夫レ原始證書ヲ以テ義務ヲ證スルニ足ルト爲ス者ハ義務者ノ署名セシ自白ヲ記スルカ故ニ非ラスヤ然ハ認知證書モ亦均シク義務者ノ署名セシ自白ヲ記スル者ニ非ラスヤ然ニ其獨立ノ證據力ニ至リテハ唯彼レニ許ルシテ此レニ許ルサルハ抑モ何ソヤ願フニ民法編纂者ハ夫ノボチエー氏ヲ信スルノ厚キニ失シ遂ニ氏ト同一ノ錯誤ニ陷リシ者ナラント此說寔ニ然リ然リト雖モ法律既ニ明文有リ認知證書有リト雖モ其原始證書ヲ差出サレハ

義務ノ存在ヲ證明スルヲ得サル者トセリ然ハ則チ認知證書果シテ何ノ要力カ有ル唯却滿免除ノ期限ヲ中斷スルノ効有ルノミ

然レ認知證書ハ更ニ原始證書ヲ差出スニ非ラサレハ義務ノ存在ヲ證明スルヲ得ストノ原則ニ二箇ノ例外有リ即チ左ノ如シ

第一 原始證書ノ全文ヲ認知證書ニ記載セシ時ハ其認知證書ハ原始證書ト同等ノ効力ヲ有シ且ツ之ニ代ハル事

第二 假令認知證書ニ原始證書ノ全文ヲ記載セサルモ其文詞ノ互ニ相符合シタル者數通有リ且ツ其證書ハ權利者常ニ之ヲ保有シ及ヒ其中ノ一通之ヲ記シタルヨリ三十年ヲ經過セシ事」是等ノ認知證書ハ皆以テ義務ノ存在ヲ證明スルヲ得可キ者トス

凡ソ認知證書ヲ記スルノ義務者ハ決シテ新義務ヲ負擔スルノ目的ニ非ラス唯其己レカ舊位ヲ確認スルニ過キスシテ之ヲ變更スルニ非ラス是即チ認知證書ニ記シタル附加又ハ變更ハ何等ノ効力ヲモ有セストノ規則有ル所以ナリ故ニ今茲ニ原始證書ニ記スル所ノ義務ハ認知證書ニ記スル所ヨリ寡少ナルキハ其孰レヲ以テ眞ノ義務ト爲ス可キヤト問フ者有ラハ余ハ直チニ法文ニ據リ認知證書ニ記シタル附加又ハ變更ハ何等ノ効力ヲ有セスト答ヘン然レ其之ヲ證明スルハ則チ義務者ノ責ニ在ルナリ

又假令ヒ其證書ニ認知スル旨ヲ記載セシト雖モ其雙方ノ者ノ意思全ク其義務ノ更改ニ在ルヲ明瞭ナルニ於テハ其證書中ニ記シタル附加又ハ變更ハ則チ義務ヲ生スル者トス此場合ニ於テハ其證書ハ最早認知證書ニ非ラスシテ即チ義務更改ノ原始證書ト爲ルナリ既ニ認知證

書ノ原始證書ニ化シタル以上ハ復タ原始證書ヲ差出スノ必要無キハ勿論ナリトス
(第一千三百二十八條)

本節中本條以下ニハ二箇ノ事項ヲ含蓄セシメタリ即チ取消シ得可キ契約ノ義務補確ノ方法
及ヒ其補確ヲ證明スルコト是レナリ

其保確ハ有効ナルモ其補確證書ヲ取消シ得可キコト有リ又補確證書ノ規則ニ適スルモ其補確
ヲ取消シ得可キコト有リ此區別ハ後ニ之ヲ講説ス可シ

何チカ義務補確ト云ヒ又何チカ補確スルコトヲ得可キ契約ト爲スヤ義務補確トハ或ル契約ニ
付之ヲ取消シ得可キ原由有テ雙方ノ中一人其原由ヲ消滅セシムルノ方法ヲ云フ之ヲ別言ス
レハ雙方ノ中一人其契約ヲ取消サシムル權利ヲ有スル者カ其權利ヲ拋棄スルノ所爲ヲ云フ
ナリ

凡ソ契約ハ不完全ノ者ト雖モ之ヲ成立セシムルコトヲ得可シ然レ此場合ニ於テハ其契約ハ瑕
疵有ル者即チ取消シ得可キ者ト云フ而テ其契約ニ存スル瑕瑾ハ其義務ヲ補確シテ之ヲ消滅
セシムルコトヲ得可シ故ニ補確ヲ爲スコトヲ得可キ契約ハ特ニ取消スコトヲ得可キ契約ニ止マル
之ニ反シテ不成立ノ契約即チ法律上毫モ成立セサル契約ハ全ク常ニ無効ノ者トス故ニ瑕瑾
有ル契約ハ之ヲ補確スルコトヲ得可シト雖モ不成立ノ契約ニ至テハ固ヨリ之ヲ補確スルコトヲ
得サルナリ

義務ノ保確ニ明許有リ即チ書面又ハ口述ノ補確之ヲ明許ノ確認ト爲シ又雙方ノ
中其契約ヲ取消シ得可キ權利ヲ有スル者十年間其訴ヲ爲サスシテ默過セシカ又ハ隨意ニ其

契約ヲ履行セシキハ之ヲ默許ノ補確ト云フ但シ十年ノ期限ハ結約者其契約ノ取消ヲ求メ得
可キ時ニ至ルヨリ起算ス可キ者トス又隨意ノ履行モ亦自由ニ其取消ヲ求メ得可キ時ニ至ル
ノ後チ尙ホ其權利ヲ拋棄シテ其契約ヲ履行セシ場合ニ限ル

然ハ其契約ノ取消ヲ求メ得可キ時トハ何レノ時チ云フヤ曰ク其契約タル脅迫ニ出テシキハ
其脅迫ノ止ミタル時詐欺又ハ錯誤ニ出テシキハ其詐欺錯誤ヲ發見シタル時又無能力ニ因リ
シキハ其能力ヲ有スルニ至リタル時チ云フナリ蓋シ法律ハ其義務ヲ補確スル者ノ自由ニ之
ヲ爲シ且ツ全ク其原由ヲ知り以テ其契約ヲ取消サシメントチ欲スレハナリ故ニ人有リ某ノ
日某ノ契約ヲ補確ストノ文言ヲ以テ己レカ義務ヲ補確スルキハ其意味何程汎博ニ涉ルモ其
補確セシ時現ニ熟知セシ瑕瑾ニ非ラサレハ之ヲ補確セシ者ト見做サス例ヘハ幼年者丁年ニ
至テ後チ己レカ幼年ニ結ヒタル契約ヲ補確シ而テ其契約ハ原ト唯無能力ノ原由有リシノ
ミナラス又詐欺ノ原由有リシ者ナレハ補確ノ當時唯其無能力ノ原由ノミヲ知テ又詐欺ノ原
由有リシコトヲ知ラサル者ト假想センニ此者ハ他日其詐欺ノ原由ヲ發見スルニ至テハ設ヒ一
旦補確セシ契約ナリト雖モ更ニ之ヲ取消スコトヲ得ルナリ

諸テ義務補確ハ眞ノ契約ニ非ラス故ニ之ヲ爲スニハ雙方ノ承諾ヲ要セズ唯其契約ヲ取消サ
シムルノ權利ヲ有スル者ノ意思ノミヲ以テ之ヲ補確スルニ足ル者トス是他ナシ其相手方ニ
於テハ初メヨリ有効ノ契約ヲ爲シタルヲ以テ其初メニ與ヘタル承諾ハ依然トシテ保存スル
者ト見做セハナリ明許又ハ默許ノ補確ハ其契約ヲシテ最初ヨリ有効ノ者ト見做サシムルノ
効力有リ然レ此既往ニ溯ルノ効力ヲ以テ他人ノ權利ヲ妨害ス可カラズ今其規則ヲ左ニ理解

セン

凡ソ結約者中ノ一人ニシテ其契約ヲ取消サシムルノ權利ヲ有スル者ハ明許ト默許トヲ問ハス其取消ノ訴權ヲ他人ニ讓渡スルヲ得ル者トス而テ之ヲ讓渡シタルキハ最早補確ニ因テ其權利ヲ拋棄スルヲ得ス何トナレハ若シ其權利ヲ拋棄シ得ル者トセハ是他人ノ權利ヲ處分スルニ至ル可ケレハナリ語ヲ換ヘテ之ヲ言ハ、契約ヲ取消ノ訴權ヲ有スル者其權利ヲ他人ニ讓渡シタル以上ハ其後ノ補確ニ因テ其讓受人ノ權利ヲ褫奪スルヲ得サルナリ例ヘハ甲幼年中心レカ家ヲ乙ニ賣渡シ丁年ニ至リ又其家ヲ丙ニ賣渡シ其後甲ハ乙ト結ヒシ賣買契約ヲ補確セシトセンニ此補確ハ丙ニ對シテ無効ナリ何トナレハ甲カ丁年ニ至テ其家ヲ丙ニ賣渡シタルハ是甲カ其家ニ附テ有セシ總テノ權利ヲ暗ニ丙ニ讓渡シタル者ニシテ即チ甲ノ管テ有セシ賣買取消ノ訴權ヲモ共ニ丙ニ讓渡シタル者ナレハ復タ其訴權ヲ拋棄スルヲ能ハサレハナリ

(第千三百二十九條及第千三百四十條)

此兩條ハ法式ヲ欠クニ因リ無効ト爲ル可キ贈與契約ニ關スル者ナリ蓋シ贈與契約ニシテ其法式ヲ具備セサルキハ管ニ其契約ヲ取消シ得可キノミナラス元來其契約ノ不成立タルヲ管テ人ノ知悉スル所ナリ故ニ其法式ヲ履行セサル贈與契約ハ法律之ヲ認メス隨テ之ヲ補確スルヲ許サス仍テ法式上無効ノ者ハ更ニ其法式ニ從テ改正センヲ要ス(第千三百二十九條)然レ其補確ノ禁止ハ獨リ其贈與者ノ一身ノミニ限ル而テ其相續人ニ至テハ先人ノ爲メタル贈與契約ハ設ヒ法式上無効ノ者ト雖モ之ヲ保確スルヲ得可キ者トス(第千三百四十條)

十條)

法式ヲ欠クニ因リ無効ナル契約ヲ補確スルニ付贈與者自身ト其相續人トノ間此ノ如ク甚キ差異有ル所以ヲ論述スル者管テ數多有リト雖モ今其一ニテ取テ之ヲ示ス左ノ如シ曰ク贈與契約ノ法式ハ原ト贈與者己ノ隨意ヲ以テ其親族相續人ノ困難ヲ醸スカ如キ弊害ヲ豫防センカ爲メコシテ即チ其親族相續人ノ利益ノ爲メニ設定セシ者ナリ故ニ其贈與者ノ相續人ニ於テモ其先人ノ爲セシ贈與ハ正當ノ者ト認ムルキハ其法式ヲ履行セサリシヨリ生スル無効ノ事由ヲ拋棄スルモ妨ケ無シト

此說タル頗ル道理ニ適スル者ノ如シト雖モ未タ以テ之ニ同意スルヲ能ハス今論者ノ言ニ據テ其意ヲ察スレハ法律上贈與者自身ノ補確ヲ禁セシハ其相續人ノ利益ヲ保護セント欲スルカ爲メナリト云フ者ノ如シ果テ然ラハ何故ニ又其相續人ニ對シテモ其保確ヲ禁シ以テ第二ノ相續人ノ利益ヲ保護セサルヤ若シ贈與者自身ノ補確ハ其相續人ノ爲メニ危險ナリトセハ將タ何ノ道理有テ其相續人ノ補確ハ第二ノ相續人ノ危險トナラサルヤ是論者ノ未タ辯解セサル所ナリ

又一說ニ曰ク法式ヲ欠クノ贈與ハ法律ノ嫌疑ヲ免レサル所ナリ何トナレハ其贈與ヲ正當ノ理由ニ因リ且ツ自由ニ爲セシハ毫モ之ヲ證明セサレハナリ設ヒ贈與者自身ニ之ヲ補確スルモ亦之ヲ法律ノ嫌疑ヲ斷絶スルニ足ラス何トナレハ其補確モ亦公ケノ法式ヲ以テセサルニ因リ前ト同様ノ情態ト同様ノ虛弱心ノ爲メニ掩ハレタル者ナルヤモ亦知ル可カラサレハナリ而テ其相續人ニ於テ其先人ノ意思ヲ尊敬シ以テ其贈與ヲ補確セシキハ則チ其贈與ノ正

當ナルコト示スニ足ル者トス蓋シ贈與者及ヒ其相續人ノ共ニ同様ノ情態ニ制セラレタル者トハ思考シ得可キコ非ラサレハナリ然ル上ハ法律ノ嫌疑ハ爰ニ始メテ斷絶シ即チ法律上死者ノ爲シタル贈與ハ有効ノ者ト認定スルナリト余ハ此説明ヲ以テ大ニ第千三百四十條ノ精神ニ適合スル者ト思考セリ

(第二款) 人證

(第千三百四十一條)

人證ハ佛國往古ノ法律ニ於テハ甚ク之ヲ賞用セラレ人證ハ書證ニ優レリト爲シタリ是他無シ當時ノ人一般ニ敦朴ナルト宗教ヲ信スルノ篤キトコ因リ猥リコ偽書ヲ作爲スルカ如キ詐謀者有ルノ恐レ無カリシカ故ナリ然ニ千五百六十六年ニ當リ全ク其原則ヲ顛倒シテ書證ハ人證ニ優ルト爲スニ至レリ即チシヤル、第九世ハ左ノ二箇ノ禁令ヲ頒布シシタリ

第一 金額百「フランク」以上ニシテ其書面ノ證據ヲ得ルコトヲ得タリシ者ハ人證ヲ以テ之ヲ證スルコトヲ許サス但シ百「フランク」以下ナル時ハ此限ニ在ラス

第二 金額百「フランク」以下ト雖モ其書面ノ證據ノ存在スルコト於テハ人證ヲ以テ其書面ニ反對スルコトヲ許サス

此制限ハ嘗テ路易第十四世ノ頒布セシ訴訟手續ニ關スル千六百六十七年ノ有名ナル勅令中ニ之ヲ保有シ且ツ本條ニ於テモ殆ト同一ノ文字ヲ以テ復タ此制限ヲ掲載セリ唯其金額ニ於テ百「フランク」ト百五十「フランク」トノ差異有ルノミ

而テ其之ヲ制限スルニ二箇ノ理由有リ其第一ハ訴訟ノ増加セシコトヲ恐ル、ニ在リ其第二ハ

證人ヲシテ欺カシムルヲ恐ル、ニ在リ苟モ其訴訟ノ増加セシコトヲ恐ル、者トセハ亦百五十「フランク」以下ニ付テモ均シク人證ヲ禁セサル可カラサル者ノ如シト雖モ又更ニ二箇ノ理由有テ之ヲ禁セサルナリ

第一 其目的百五十「フランク」以下ノ契約ヲシテ人證ヲ許サ、ラシメハ其證書ヲ作ルノ必要又ハ其契約者ノ無筆ナルキハ公證人ノ方ニ行キテ其證書ヲ作ラシムルノ必要ナルカ爲メ往々迅速ヲ要スル所ノ些少ノ取引ヲ妨クルニ至ラン

第二 其原告人ノ請求高此ノ如ク僅少ナルキハ故サラニ證人ヲシテ欺カシムルニ足ラス
第一規則

百五十「フランク」ノ金額又ハ價額ニ超過スル總テノ事物ニ付テハ假令ヒ隨意ノ附托ニ關スルキト雖モ公正證書又ハ私印證書ヲ作ルニ必要トス

「證書ヲ作ルニ必要トス云々」此規則ハ法律上各人ニ負ハシムル所ノ一箇ノ義務ニシテ且ツ公ケノ秩序ニ關スル義務アリ何トナレハ法律ノ必要トスル所ノ證書ハ其目的訴訟ノ滅却ニ在レハナリ

然ハ若シ此義務ニ背ク者有ルキハ如何ナル制裁ヲ受ク可キヤ曰ク其制裁ハ人證ヲ許サ、ルニ在リ然レ法律ハ原ト人ノ爲シ能ハサルコトヲ要求スル者ニ非ラズ故ニ實際其證書ヲ作ルコト能ハサルノ事情有リシニ於テハ其之ヲ作ルノ義務ハ毫モ存セサルヲ以テ此場合ニ於テハ特ニ人證ヲ許ス可キコ有リ

「公正證書又ハ私印證書云々」此二箇ノ證書中孰レヲ用ユルヤハ唯雙方ノ承諾ヲ以テ組成ス

ル所ノ契約ニ限り之ヲ雙方ノ者ニ委ヌ可シト雖モ然モ贈與又ハ書入質設定等ノ如キハ特ニ
法式ヲ要スル契約ニ至テハ必ス公正證書タルヲ要ス

「總テノ事物云々」夫レ此ノ規則ニ由レハ法律上證書ヲ作ルヲ必要トスル者ハ唯契約ノ爲メ
ノミナラス義務ノ消滅ノ爲メモ亦之ヲ必要トス故ニ百五十「フランク」ヲ超過スルノ金額
ヲ辨濟スルキハ義務者ハ必ス其受取證書ヲ取置カサル可カラズ然ラスハ決シテ證人ヲ以
テ其義務ノ消滅ヲ證明スルコトヲ許サズ

「百五十」フランク」ノ金額又ハ價額ニ超過スル總テノ事物云々「百五十」フランク」ニ超過ス
ルト否トハ其義務金額ニ關スルキハ固ヨリ之ヲ分明ニ知リ得可シト雖モ其義務金額外ノ事
物ニ關スルキハ更ニ其價額ヲ量定スルコト非ラサレハ之ヲ判知スルコト能ハス而テ其之ヲ量定
スルハ通常裁判官ノ特權ニ委ヌル者コシテ又必スシモ評價人ヲ用ユルヲ要セス是他無シ此
ノ如ク僅少ノ訴訟ナルモ尙ホ評價人ヲ用ユルキハ爲メニ其費用ヲ要セサル可カラズ則チ終
ニ其得失相償ハサルノ恐レ有レハナリ然モ其評價人ノ必要欠ク可カラサルノ場合ニ於テハ
格別ナリトス

「隨意ノ附托ニ關スルコト雖モ云々」此ノ別段ノ場合ニ付民法上故サラニ之ヲ規定セシハ抑
モ故有ルナリ他無シ往昔ノ裁判上屢々生セシ三ノ疑問ヲ防制センカ爲メナリ往昔數多
ノ學士ハ隨意ノ附托ハ毎ニ之ヲ證スルニ人證ヲ以テスルコト得ルト主張セリ其說ニ曰ク總
テ權利者其權利ヲ證スル書面ヲ得難カリシコトノ場合ニ於テハ則チ人證ヲ許サル可カラズ
而テ夫ノ附托者ノ如キハ其受托者ニ對シテ其受取證書ヲ要求スルハ頗ル難事ナリ何トナレ

ハ受托ハ原來恩惠ニ出ツル者ナレハ附托者其恩惠者タル受托者ニ對シテ其受取證書ヲ要求
スルハ是其恩人ヲ辱シムルニ似タレハナリ

此說甚タ非ナリ元來此規則タル其受托者ニ對シテ設ケシ者ニ非ラスシテ其相續人ニ對シテ
設ケシ者ナリ何トナレハ其相續人ハ人ノ豫メ知ルコト能ハサル者ナルノミナラス又其者善意
ヲ以テ其附托ノ有リシコトヲ知ラズト申立ルモ計リ難ケレハナリ故ニ附托者ハ受托者ニ對シ
テ遠慮無ク其受取書ヲ要求スルコトヲ得可シ誰カ復タ受托者ヲ辱シムルト云フ者有ランヤ然
ニ之ヲ求メサルキハ終ニ其者ノ過失タルヲ免レズ是此規則有ル所以ナリ

法律ハ訴訟ノ煩ヲ省クト證人ノ偽證ヲ避ケンカ爲メ總テ百五十「フランク」以上ノ事物ハ必
ズ書面ヲ以テ之ヲ證センコトヲ要セリ是法律ノ命スル所ノ義務トス而テ其義務ノ裁制力ハ即
チ書面ノ證據ヲ有セサルキハ證人ヲ以テ證スルコトヲ許サ、ル者是ナリ然而テ其始ニ爲セシ
過失ハ其後ニ生セシ事ニ因リテ除去スル者ニ非ラサルヲ以テ夫ノ法律上ノ裁判力ハ確定ノ
者ナリ故ニ其訴訟ノ時ニ方リ原告人ハ請求スル所百五十「フランク」以下ナリト雖モ其契約
ノ目的百五十「フランク」以上ニ在レハ證人ヲ以テ證スルコトヲ許サ、ルナリ是ニ於テカ左ノ
三箇ノ結果ヲ生ス(但シ本條ノ「及ヒ」以下ハ都合ニ因リ第一千三百四十六條ノ次ニ説ク可シ)

(第一千三百四十二條)

此條ハ第一千三百四十四條ノ次ニ讓ル

345 (第一千三百四十三條)

第一「百五十」フランク」以上ノ高チ得ント訴ヘタル者ハ假令ヒ其訴フル所ノ高チ減スル

ト雖モ最早證人ヲ以テ之ヲ證スルヲ許サス「蓋シ百五十」フランク」以上ノ高ヲ請求シ而テ其求ムル所ヲ書面ヲ以テ證明セサル原告人ハ是即テ法律ノ規定ニ背キシヲ自白セシ者ナリ故ニ其過失ニ付其裁判ヲ受ケサル可カラズ

(第一千三百四十四條)

第二「百五十」フランク以下ノ高ヲ得ント訴フル時ト雖モ其高ハ別段書面ヲ以テ證セサル百五十「フランク」以上ノ残り高タルヲ又ハ其一部タルヲ申立ルニ於テハ證人ヲ以テ之ヲ證スルヲ許サス」此理由ハ前ノ第一ノ場合ト同シ

第三「百五十」フランクニ付訴ヲ爲セシ際若シ證人ニ於テ百五十「フランク」以上ノ義務ナリト申立ルキハ其訴ヲ却下セサル可カラズ是證人ノ申立ル所ハ即テ法律ノ規定ニ背ク所ノ金額ナルヲ以テ裁判上之ヲ無効ノ者ト爲スニ由ルナリ

法律ハ獨リ契約ノ目的タル權利ノ百五十「フランク」以上ノ時ノミナラス又其權利ノ漸々増加シテ終ニ百五十「フランク」以上ニ至ル時又此ノ權利ト彼ノ權利ト併セテ百五十「フランク」ト爲ル時モ亦書面ノ證據有ルヲ欲セリ是ニ由テ又左ノ結果ヲ生ス

(第一千三百四十二條)

第一「元金ト其息銀トノ請求ヲ爲ス時其元金ト息銀トヲ合算シテ百五十「フランク」ノ高ニ過クル場合ニ於テハ證人ヲ以テ之ヲ證スルヲ許サス」故ニ書面ノ證據ヲ得スシテ百五十「フランク」以下ノ金額ヲ貸與ヘタル權利者ハ每期ニ其息銀ヲ拂ハシムルカ然カセサレハ其息銀ト元金トヲ合算シテ百五十「フランク」ニ充ツルキ直ニ義務者ヲシテ其證書ヲ作ラシメ

サル可カラス又然カセサレハ其權利者己レノ權利ヲ證明センカ爲メニハ唯義務者ノ自白又ハ宣誓ニ因ルノ外他ニ手段無キナリ然レ其訴訟中ニ生セシ息銀ト元金ニ加ヘテ百五十「フランク」ニ過クル場合ニ於テハ證人ヲ以テ證スルヲ許ス者トス蓋シ義務者ノ惡意ヲ以テ其辨濟ヲ怠タリシニ因リ遂ニ權利者ヲシテ人證ヲ用ユルノ便益ヲ失ハシムルヲ得サレハナリ

(第一千三百四十五條)

第二「若シ同一ノ訴訟ニ於テ一方ノ者ヨリ書面ノ證據ヲ有セサル數箇ノ請求ヲ爲シ而テ其數箇ノ請求ヲ合算シテ百五十「フランク」ノ金額ニ過クル時ハ假令ヒ其一方ノ者ニ於テ其數箇ノ債主權ハ各異ナル原由ヨリ生シ且ツ相異ナリタル時日ニ於テ成立シタル旨ヲ述フルト雖モ證人ヲ以テ之ヲ證スルヲ許サス但シ其債主權ハ相續又ハ贈與等ニ因リ相異ナレル人ヨリ發生シタル時ハ格別ナリトス

(第一千三百四十六條)

本條ハ百五十「フランク」以上ノモノニ付テハ人證ヲ許サ、ル元則チ確保セン爲メニ設ケタルモノニシテ即チ書面ノ證書ヲ以テ證明シ得サル訴訟ハ其事件數箇アルモノ之ヲ一度ニ訴ヘサル可カラス若シ其後ニ至テ更ニ他事件ヲ訴ルモ書面ノ證據ナキハ金額百五十「フランク」以下ト雖モ之ヲ受理セスト定メタルモノトス是レ他ナシ斯ノ如ク爲サ、レハ數箇ノ權利ヲ有スル者其百五十「フランク」以下丈ケテ始メニ訴ヘ而シテ漸次ニ其金額以內ツ、數度ニ訴ヘ以テ始終人證ヲ許容セシメ以テ終ニ巨額ノ金額モ證人ニテ證スルニ至ルヲ以テナリ

(第一千三百四十一條ノ「及ヒ」以下説明)

「百五十」フランク以下ノ金高又ハ事物ニ關スルキハ證書外ノ事ト雖モ證人ヲ以テ之ヲ證スルヲ得可キ

第一千三百四十一條ニ循ヘハ假令ヒ百五十「フランク」以下タリト雖モ證書ニ記スル所ヨリ以外ノ事ハ證人ヲ以テ證スルヲ許サス若シ之ヲ許シ人證ヲ以テ證書ヲ襲撃スルヲ得可カラシメハ是更ニ訴訟ノ門戸ヲ開ヒテ故サラニ爭者ヲ招キテ云フ可シ豈ニ法律ノ本意ナランヤ

然レ法律ノ證書以外ノ事ヲ證人ヲ以テ證スルヲ許サ、ルハ獨リ其契約者ニ於テ證書以外ノ事ヲ襲撃スルニ足ル可キ證書ヲ得ルヲ能クシ得タル場合ニノミ限ル者トス故ニ左ノ場合ニ在テハ人證ヲ以テ證書ニ對抗スルヲ得可キナリ

第一 其證書ヲ襲撃スル者ニ於テ其契約ヲ承諾セシハ畢竟暴行ヲ受ケ又ハ錯誤ニ出テ又ハ相手方ノ詐欺ニ陥ヒリシニ因ルト申立ツル時其暴行錯誤及ヒ詐欺ハ則チ證書ヲ得ルヲ能ハサルノ情狀ナリ

第二 其證書ノ爲メ害ヲ受ク可キ他人ヨリ之ヲ襲撃セシ時是其他人ハ適實ナル證書ヲ記ルサシムルノ地位ヲ有セサルニ由レリ例ヘハ余カ負債主甲某身代限ヲ爲サントスルノ際豫メ己レカ不動産ノ糶賣ヲ免レンコトヲ謀リ其不動産ヲ乙某ニ賣渡セシ旨ヲ記セシ證書ノ如キ余ハ證人ヲ以テ其證書ノ賣買ハ偽リニシテ其實糶賣ヲ免レンカ爲メナルヲ證スルヲ得可シ

第三 商事ニ關スル場合ナリトス(第一千三百四十八條參看)

(第一千三百四十七條)

「百五十」フランク以上ニ關スル金額又ハ其他ノ事物ニ付テハ人證ヲ許サストノ原則ニ例外有リ即チ左ノ如シ

第一 書面ニ據レル證據ノ端緒ノ存在スル時其書面ニ據レル證據ノ端緒トハ被告人又ハ其名代人ノ記シタル書面ニシテ原告人ノ訴フル所正實ナル可シト思量スルニ足ル可キ者即チ左ノ如ク記載セシ書面ヲ云フ過日御依頼申上候金五百圓借用之儀早速御承諾被下有リ難ク云々此書面ノ承諾ノ如キハ原告人ニ於テ後チ或ハ之ヲ取消シタルヤモ知ル可カラサルヲ以テ其貸與セシコト證スルニ足ラスト雖モ然レ多分貸與セシ者ナラント思量スルニ足ル故ニ此場合ニ於テ更ニ人證ヲ許シ以テ其證據ノ不十分ナル所ヲ補充スルヲ得可キナリ

(第一千三百四十八條)

第二 原告人已レニ對シテ負ヒタル義務ノ證書ヲ得ルヲ能ハサルノ情狀有リシ時抑モ法律ハ人ノ爲シ能ハサルヲ要求スル者ニ非ラス故ニ法律上人證ヲ禁スルハ獨リ證書ヲ得ルヲ能シ得タル場合ニ限ル者トス是以テ原告人其證書ヲ得ルヲ能ハサリシ場合ニ於テハ總テ人證ヲ許サ、ル可カラズ此ノ第二ノ例外ハ則チ左ノ義務ニ適用ス可シ

第一 犯罪又ハ准犯罪ヨリ生シタル義務蓋シ是等ノ義務者ハ常ニ豫メ證書ヲ記シ以テ其罪ヲ犯ス者ニ非ラサレハナリ

第二 准契約ヨリ生シタル義務然レ此義務ノ如キハ一ノ區別ヲ爲サ、ル可カラズ即チ准契

約ノ一種タル事務管理ニ付テ言ハシニ其管理ヲ受ケシ者ハ證人ヲ以テ准契約ノ存在スルヲ得ルヲ能ハスト雖モ管理者ニ於テハ則チ然ラス蓋シ管理ヲ受ケシ者ハ其管理ノ證書ヲ濟テ受ケタル權利者ヨリ其請求證書ヲ得ルヲ能クシ得ル者ナレハナリ

第三 止ムテ得サル附托物其止ムテ得サル附托物トハ即チ火災地震騒亂又ハ破船等急遽ノ際ニ爲セシ附托物ヲ云フ蓋シ此ノ如キ場合ニ在テハ附托者其受取證書ヲ記ルサシメ又受托者之ヲ記ルサントスルモ共ニ其暇有ラサレハナリ又旅客ノ旅舎ニ爲セシ附托物ハ止ムテ得サル附托物ト同視セサル可カラズ何トナレハ旅舎ノ主人ハ數多ノ旅客ノ附托物ニ付キ一々其受取證書ヲ與フルノ暇無ケレハナリ

第四 證書ヲ記スルヲ能ハサル意外ノ事變ニ由リ契約シタル義務例ヘハ甲ノ一身ニ迫マレル危難ヲ避ケンカ爲メ急ニ他所ニ往カントスルノ際乙ヨリ甲ニ貸與ヘシ金額ヲ他日乙ハ證人ヲ以テ證スルヲ得可キノ類又豫見ス可カラス且ツ抗拒ス可カラサル力ヨリ生シタル意外ノ事變ニ因リ書面ノ證書ヲ遺失シタルト申立ツルノミニテハ證人ヲ以テ證スルヲ許容ス可カラズ必ス原告人ヲシテ天災又ハ抗拒ス可カラサル力ヨリ生シタル意外ノ事變ニ因リ書面ノ證書遺失セシヲ證明セシムルヲ要ス又必ス證人ヲシテ其事變ノ前原告人ニ於テ現ニ其書面ノ證書有セシヲ見タル旨ヲ證明セシムルヲ要ス

第五 其原告人ノ請求シタル權利ノ商業上ノ取引ヨリ生シタル場合但シ特別ノ規則ヲ以テ禁止シタル場合ハ格別ナリ(商法第四十九條第百九條及民法第千三百四十一條參看)然レ此ノ場合ニ於テハ入證ヲ受理スルト否トハ一ニ裁判官ノ權内ニ委テタル者ナリ尙ホ商法第百九條ニ就テ之ヲ知ル可シ

(第三款) 推測

(第千三百四十九條)

本款ニハ推測ノ釋義及ヒ其區別ヲ掲ケタリ本條ハ則チ其釋義ナリ曰ク「推測トハ法律又ハ裁判官ノ知り得可キ事實ヨリ知り得可カラサル事實ヲ惹出ス所ノ結果ヲ云フ」ト此ノ釋義ハ總テ他ノ證據ノ種類ニモ亦之ヲ適用スルヲ得可シ何トナレハ凡ソ證據ハ常ニ知り得可キ事實ヨリ惹出シテ遂ニ知り得可カラサル事實ヲ發顯スルニ至ル可キ結果ナレハナリ夫ノ證書ニ記スル所ノ事實ハ即チ知り得可キ事實ナリ然レ其事變ノ果シテ存在スルヤ否ヤハ現ニ其事實ヲ目撃セシ者ニ非ラサレハ知り得可カラズ而テ此ノ知り得可カラサル事實ヲ發顯スルハ彼ノ知り得可キ事實ヨリ惹出ス所ノ結果ニシテ是即チ證據ナリ

然ハ眞正ノ推測ト總テ他ノ證據ノ種類トノ間ニ如何ナル差異有ルヤ此差異タル知り得可カラサル事實ヲ發顯センカ爲メ人ノ推及スル所ノ知り得可キ事實ノ性質ニ由テ生スル者トス故ニ若シ其知り得可キ事實ハ公私證書ノ記載又ハ證人ノ陳述有ルキハ人ノ是ヨリ惹出ス所ノ結果ハ則チ證據ナリ

之ニ反シテ知り得可カラサル事實ヲ發顯センカ爲メ推及スル所ノ知り得可キ事實ハ公私證書ノ記載又ハ證人ノ陳述ニ非ラスシテ他ノ知り得可キ事實ヨリ惹出ス所ノ結果ハ即チ推測

ナリ例ハ愛ニ夫婦有リテ一子ヲ舉シ其子ハ果シテ夫ノ子タルヤ否ヤハ知り得可カラサル事實ナリ然レ其婦ノ生ミシコトハ知り得可キ事實ナリ是ニ於テカ其子ハ遂ニ其夫ノ子ナリト推測セサル可カラス何トナレハ婦ハ常ニ其夫ト住所起臥ヲ同クスル者ナレハナリ

凡ソ推測ニ法律上規定ノ者ト裁判官ノ判定ニ委任シタル者トノ二種有リ是皆世間普通ノ事情ニ基テ設ケタル者ナリ例ハ權利者ヨリ義務者ニ證書ヲ返還スルキハ法律上其負債ハ既ニ辨濟セラレタル者ト推測ス何トナレハ世間普通ノ權利者ハ其辨濟ヲ受ケタル後ニ非ラサレハ其證書ヲ義務者ニ返還スルコト無ケレハナリ

(第一節) 法律上ノ推測

(第一千三百五十條)

「法律上ノ推測トハ法律ノ特定ニ據リ或ル證書又ハ或ル事實ニ附スル所ノ推測ヲ云フ」是ニ由テ之ヲ觀レハ裁判官ハ必ス此規定ノ推測ニ從ハサル可カラス故ニ裁判官ニ於テ或ル事實ニ關シ其推測ハ適當ナラスト思料スルキト雖モ決シテ其推測ニ違フコトヲ許サ、ル者トス

又「法律ノ特定ニ據リ」ト有ルニ由レハ甚ク嚴格ナル規則ナルヲ以テ法律ニ據リ別段規定シタル場合ニ非ラサレハ之ヲ適用スルコトヲ許サス故ニ此規定ノ場合ト相類似スル場合ニ遇フト雖モ決シテ其推測ヲ擴充スルコトヲ得サルナリ

又「或ル證書又ハ或ル事實ニ附スル」此證書又ハ事實ハ民法中數多有リ即チ第一條第百九十七條第百九十二條第百九十四條第百九十五條第七百二十條第七百二十一條第七百二十二條第百九十二條第百九十三條第百九十四條及ヒ第百九十八條是ナリ

而テ本條ニ於テハ唯其事例トシテ左ノ諸件ヲ掲ケタリ

第一「法律ノ規則ニ背キ爲シタル者ト推測シテ法律上無効ノ者ト規定シタル所ノ所爲」例ハ贈與者ヨリ其贈與ヲ受ク可カラサル者ノ配偶者又ハ父母或ハ子ニ爲シタル贈與ハ即チ法律ノ規則ニ背キ他人ノ名義ヲ借リテ其贈與ヲ受ク可カラサル者ニ直接ニ爲シタル贈與ト推測スルカ如キ是ナリ(第九百九條第百九十一條及ヒ第百九十九條參看)

第二「所有權又ハ義務釋放カ或ル情狀ヨリ生スル旨ヲ法律上規定スル場合」例ハ地界ニ在ル溝渠ハ其兩地ノ共有ニ屬スルカ將タ特ニ兩地中ノ一方ニ屬スルカ是レ知り得可カラサル事實タリ而テ其溝渠ヲ浚ヒ其泥土ヲ一方ノ地ニ掘上ケタルハ是レ知り得可キノ事實タリ故ニ法律ハ其溝渠ヲ其泥土ノ在ル地ニ屬スル者ト推測スルナリ(第六百五十四條第六百六十七條第六百六十八條及ヒ第六百七十條參看)此ノ外期滿得免モ亦均シク法律上ノ推測ナリ(第一千二百十九條)

第三 法律カ裁判ヲ經タル事件ニ附與スル所ノ勢力

第四 法律カ一方ノ者ノ自白又ハ其宣誓ニ附スル所ノ効力

(第一千三百五十一條)

抑モ裁判ヲ經タル事件ノ勢力カハ推測中最モ緊要ナルヲ以テ最モ注意ス可キ者ナリ蓋シ何レノ時何レノ國ヲ問ハス裁判官決シテ誤謬無キニ非ラス故ニ其判決ハ必シモ完全無缺ノ者ト爲ス可カラス然レ一旦裁判ヲ經タル事件ヲ又更ニ裁判所ニ訴ヘ以テ其裁判ノ執行ヲ延滞

スルコト許セハ遂ニ底止スル所無キニ至ル可シ故ニ法律ハ公益ノ爲メ訴訟ノ程限ヲ定メ
ト欲シテ止ムヲ得ス裁判官ノ判決ハ總テ適實公正ノ者ト看做セリ是羅馬以來裁判ヲ經タル
事件ハ必ス真正ノモノト看做スノ規則存スル所以ナリ

然レ此規則モ亦至當ノ程限内ニ置カサレハ爲メニ公益ヲ害スルコト極メテ大ナリ若シ甲ニ對
シテ裁判セラレタル事ハ乙ニ對シテモ亦同様ノ効力ヲ有セシムル者トセハ是カ爲メ却テ姦
黷ノ徒ヲシテ非理ノ訴訟ヲ起シ不正ノ利ヲ占ムルニ至ラシムルコト少ナカラサル可シ故ニ法
律ハ又裁判言渡ハ他人ヲ害セス又他人ヲ利セストノ原則ヲ附加セリ

而テ法律上裁判言渡ニ附與スル所ノ推測ハ完全動ス可カラサル者ニ非ラス唯其裁判ヲ受ケ
タル訴訟人ニ關シテノミ存スル者トス例ヘハ甲ヨリ乙ニ對シテ不動産取戻ノ訴ヲ爲シテ之
カ勝ヲ得タリ其後又乙ヨリ甲ニ對シテ同上ノ不動産取戻ノ訴ヲ爲シキハ甲乙ノ間何レカ
其所有者タル可キヤハ是レ知リ得可カラサルノ事實タリ然レ甲ハ先キニ其所有者ナリトノ
裁判言渡ヲ受ケタルハ是レ知リ得可キ事實タリ故ニ法律ハ此ノ事實ヨリ推測シテ甲ヲ所有
者ト爲スヲ以テ裁判官乙ノ請求ヲ却下スルコト得ルナリ然レ丙ヨリ甲ニ對シテ同上ノ不動
產取戻ヲ訴フルルハ設ヒ甲ヨリ其所有者タルノ裁判言渡ヲ以テ抗辯スルモ丙ハ必ス其裁判
言渡ハ他人ヲ害セス又他人ヲ利セストノ原則ニ據テ左ノ如ク答ヘン曰ク汝ハ乙ニ對シテ所
有者ナリトノ裁判ヲ得タルモ余ノ如キ其訴訟ニ關セザリシ者ニ對シテハ毫モ其効力ヲ有セ
ス假令汝ト乙トノ間ニ如何ナル關係有ルモ余ハ所有者タルノ證據ヲ供スル以上ハ汝ハ先
キノ裁判ヲ以テ余ヲ害スルコト能ハスト主張スルコト得ルナリ

抑モ此結果ヲ生スル理由何レニ在ルヤ蓋シ甲ハ乙ニ關シテハ所有者ナリト見做サレタルモ
丙ニ關シテハ所有者ナラズト見做サレタルコト因ルナリ

此論理タル畢竟契約ヲ支配スル原則ノ適用タルコト外ナラス蓋シ裁判言渡ハ一ノ契約ト同視
スルコト得可シ何トナレハ裁判言渡ニハ暗ニ和解ノ契約ヲ含蓄シ即チ其原被告ハ暗ニ裁判
官ノ判定ニ依頼シ且ツ其判定スル所ニ因テ互ニ其終局ト爲サンコト承諾セシ者トナセハナ
リ

故ニ契約ハ其契約者又ハ其相續人ノ外ニ其効力無キト等シク裁判言渡モ亦原被告又ハ其相
續人ノ外ニ其効力無キ者トス是ニ由テ之ヲ觀レハ夫ノ第一千六百六十五條ノ規則ハ全ク之ヲ裁
判言渡ニ適用スルコト得可シ

又茲ニ注意ス可キコト有リ假令ヒ原被告ノ間ト雖モ既ニ裁判ヲ經タル勢力ヲ以テ再度ノ訴訟
ヲ却下セシメントスルコトハ其再度ノ訴訟ハ既ニ裁判ヲ經タル訴訟ト同一ナルキコト非テサレ
ハ能ハス而テ其訴訟ト同一トハ再度ノ訴訟ノ事件其最初ノ訴訟ノ事件ト同一ナルヲ云フナ
リ

以上説ク所ハ則チ裁判ヲ經タル事件ノ勢力ニ關スル概論ナリ以下將サニ其詳細ヲ説述セン
トス而テ其詳細ハ左ノ問題ニ關係ス即チ如何ナル場合ニ於テ再度ノ訴訟ハ最初ノ訴訟ト同
一ナリト云フコト得可キヤ又如何ナル徵憑ニ因テ其二箇ノ訴訟ノ同一ナルコトヲ認定スルコ
ト得可キヤ是ナリ

此問題ニ對シテ第一千三百五十一條ハ左ノ三條件ヲ示シ此條件相合スルキハ則キ其二箇ノ訴

訟ハ同一ナリトセリ

- 一 目的ノ同一
- 二 原由ノ同一
- 三 訴訟人ノ同一

(目的ノ同一)抑モ訴訟ノ目的トハ其訴訟ヲ爲スニ當リ自ラ要求スル所ノ利益ヲ達セントスル直接ノ志望ヲ云フナリ故ニ二箇ノ訴訟ノ目的同一ナルキハ其再度ノ訴訟ヲ却下セサル可カラズ又之ニ反スル場合ニ於テハ其問題ヲ同フセス則チ最初ノ訴訟ノ裁判言渡ハ再度ノ訴訟ニ毫モ其影響ヲ及ホサルナリ

(原由ノ同一)二箇ノ訴訟共ニ同一ノ目的ヲ有スルキト雖モ其訴訟ノ原由同一ナラサルキハハ最初ノ訴訟ノ裁判言渡ハ再度ノ訴訟ニ其影響ヲ及ホサス例ヘハ甲ヨリ乙ニ家屋ヲ贈與セシト無シト裁判セラレタルキト雖モ乙ハ更ニ甲ヨリ買受ケタリト裁判セシムルコト得可キカ如キ是ナリ故ニ訴訟ノ原由トハ其訴訟ヲ生スル基本ヲ云フナリ

抑モ訴訟ノ原由ト其原由ヲ組成スル論辯ノ方法トハ決シテ之ヲ混同ス可カラス蓋シ二箇ノ訴訟共ニ同一ノ目的ト同一ノ原由ト有スルモ若シ其訴訟ヲ起シタル論辯ノ方法最初ノ訴訟ニ於ケルト同一ナラサルキハ其再度ノ訴訟ヲ却下セサル可カラス故ニ訴訟ノ目的又ハ其原由及ヒ其論辯ノ方法ハ務メテ之レカ區別ヲ爲サル可カラス而シテ其目的トハ則チ要求スル所ノ權利ナリ又其原由トハ則チ其權利ヲ生スル所ノ事實ナリ又其論辯ノ方法トハ則チ訴訟ノ原由ノ原由ヲ云フナリ

或ル學士ハ此區別ヲ指示センカ爲メ左ノ一例ヲ掲ケタリ曰ク人有り承諾ノ瑕瑾ヲ以テ契約ノ取消ヲ求ムルニ當リ其相手方ニ詐欺有リシ旨ヲ以テ論辯ノ方法ト爲シ遂ニ敗訴セリ然レモ後チ更ニ自己ノ錯誤ニ出テシ旨ヲ以テ論辯ノ方法ト爲スカ如キ其方法前後同一ナラスト雖モ二箇ノ訴訟共ニ承諾ノ瑕瑾ヲ以テ取消ノ原由ト爲スカ故ニ再度ノ訴訟ハ最初ノ訴訟ニ依テ却下セラル可キ者ナリト

夫レ此論旨ノ如キハ余ノ決シテ服從セサル所ナリ蓋シ錯誤ト謂ヒ詐欺ト謂ヒ共ニ承諾ノ瑕瑾アル者ト雖モ二者各其事實ヲ異ニセリ故ニ契約ヲ取消サントスルニ方リ錯誤ヲ以テ其原由ト爲サハ其錯誤ハ契約ノ物質上ニ在ルチ要スト雖モ然レモ詐欺ヲ以テ其原由ト爲スニ至テハ其詐欺設ヒ契約ノ遠因上ニ在リト雖モ亦其契約ヲ取消スコト得可キナリ

故ニ錯誤、詐欺、脅迫ハ各訴訟ノ一原由ト爲ス可クシテ決シテ論辯ノ方法ト爲ス可キ者ニ非ラサルナリ而テ前ニ所謂ル物質トハ普通ノ所謂ル物質ニ非ラスシテ法律上ノ物質ヲ云フ即チ物品ノ新古ニ付テ云フコト有リ又其製作者或ハ所有者ニ付テ云フコト有リ其他種々ノ差別有ルコトハ過般既ニ之ヲ説述シタリ故ニ二箇ノ訴訟共ニ錯誤ヲ以テ其原由ト爲スモ其物質同一ナラサルキハ亦其論辯ノ方法同一ナラスト云ハサル可カラス

(訴訟人ノ同一)凡ソ裁判言渡ハ其訴訟人ノ間ニ其効有リ而テ爰ニ所謂ル訴訟人ノ同一トハ其人ノ同一ヲ云フニ非ラスシテ其人ノ身分ノ同一ヲ云フナリ故ニ其人同一ナラスト雖モ其人ノ身分同一ナルキハ則チ再度ノ訴訟ヲ爲スコト得ス例ヘハ幼者ノ後見人余ニ對シテ訴訟ヲ爲シ遂ニ敗訴シ後チ其幼者丁年ニ至リ再ヒ同上ノ訴訟ヲ爲スキハ余ハ既ニ裁判ヲ經

タルノ効力ヲ主張シテ其訴訟ヲ却下セシムルコト得可シ何トナレハ最初ノ後見人ノ訴ハ幼者ノ身分ニ代理シテ爲シタル者ナレハナリ

凡ソ裁判ヲ經タル事件ノ効力ハ夫ノ契約ノ効力ヲ其締約者ノ承續者タル諸人ニ及ホスト一般亦其訴訟人ノ承續者ニ及ホス者トス故ニ其訴訟人ノ利益又ハ損害トナリタル裁判言渡ハ左ノ者等ニ對シテモ亦其効力ヲ生ス

第一 訴訟人ノ相續人

第二 訴訟人ヨリ裁判言渡以後ニ其訴訟ニ關スル財産ヲ讓受ケタル者

之ニ反シテ訴訟人ヨリ其訴訟以前ニ其財産ヲ讓受ケタル者ニ對シテハ毫モ其裁判ノ効力ヲ生セス此原則ニ據リ左ノ數箇ノ問題ヲ決定スルコト得可シ

其一 負債主ノ敗訴シタル裁判言渡ヲ勝訴者タル債主ハ其負債主ノ他ノ信用貸債主ニ對抗スルコト得可キヤノ問題ハ之ニ對抗スルコト得可シト決ス可シ蓋シ負債主ノ財産全部ハ其債主ノ普通ノ質物ナリト定メアリ(第二千九十二條)ト雖モ原ト此質物ハ甚タ不確定ノ者ニシテ債主ハ其増減ニ付苦情ヲ述フルコト得サレハ信用貸債主ハ其負債主自己ノ財産ヲ正當ニ處分スルコト付テハ豫メ之ヲ認可セシ者ト言ハサル可カラス若シ之ヲ認可セサレハ特ニ書入質又ハ保證人等ノ抵當ヲ約セシメサルノ謂レ無シ然ハ信用貸債主ハ豫メ其負債主ニ其財産ニ付或ハ他人ト契約ヲ爲シ或ハ訴訟ヲ爲ス等ノ權利ヲ附與セシ者ニシテ終ニ他ノ債主ニ對抗セラル、モ亦如何トモスルコト能ハサルナリ但シ信用貸債主ト雖モ其負債主カ己レヲ害ス可キ爲メ其財産處分ヲ爲シタルハ第一千六百六十七條ニ據テ其處分ヲ打破ルコト得可シ然

是唯負債主ノ惡意ニ出ツル時ニ限ル者トス

其二 例ハハ負債主其債主ヨリ負債償却ノ訴訟ヲ受ケ遂ニ敗訴シタリトセンニ其裁判言渡ハ保證人ニ對シテ其効力ヲ有スルヤ曰シ其効力ヲ有セス蓋シ裁判言渡ハ畢竟義務者ト權利者トノ間ニ其義務權利ノ存在スルコトヲ裁判官ノ認定シタル一箇強制ノ中裁タルニ過キヌ又一步ヲ進メテ之ヲ論スルハ其中裁ノ性質タル亦一種特別ノ和解即チ義務者ト權利者トノ和解タルニ過キヌ而テ此和解タル素ト其効力ヲ保證人ニ及ホス者ニ非ラヌ何トナレハ義務者ハ其和解ニ付テハ決シテ保證人ノ代理者タルニ非ラサレハナリ既ニ義務者ハ和解ニ付保證人ノ代理者タラストモハ豈ニ獨リ訴訟ノ時ニ限り之ヲ代理者ト爲スコト得シヤ又假リニ義務者ハ保證人ヲ代理スル者ト爲スモ其裁判言渡ハ決シテ保證人ニ對シテ其効力ヲ有セス故ニ若シ其權利者ヨリ保證人ニ對シテ義務者ハ足下ノ代理者ナリト立ツルモ保證人ハ必ス之ニ答ヘテ言ハン夫レ或ハ然ラン然ハ該事件ノ問題ハ義務者ハ保證人ノ代理者タルヤ否ヤノ點ニ在ラスシテ余ハ敗訴シタル義務者ノ保證人タルヤ否ヤノ點ニ在ルナリ而テ余ハ決シテ其義務者ノ保證人ニ非ラスト主張スルモノナリ然ニ權利者ニ於テ義務者ハ余ヲ保證人ト爲シ以テ余ノ代理者ナリト云フハ亦奇怪ナラスヤト

其三 例ハハ權利者カ連帶義務者ノ一人ニ對シテ訴訟ヲ爲セシ時之カ訴ヲ受ケタル者其義務ハ無効ナリト答ヘタリシモ其證據ノ不十分ナルニ因リ遂ニ敗訴シタリトセンニ其裁判言渡ハ他ノ共同連帶義務者ニ對シテ其効力ヲ有スルヤ曰ク連帶義務者ノ負擔スル所ノ責任ハ夫ノ保證人ヨリ一層重大ナリト雖モ是唯義務者間ノ關係ニ止マリ其實互ニ保證人タルノ性

質チ有スレニ過キサルヲ以テ此問題ハ前例ノ結局ト同シク其裁判言渡ハ他ノ連帶義務者ニ對シテ其効力チ有セス之ニ反シテ其義務者ノ勝訴トナリタルハ其裁判言渡ハ他ノ連帶義務者ニ其効力チ有ス者トス是他ナシ然セサレハ其義務者間各自ニ擔當スル所ノ義務償還ノ精算チ爲スヲ能ハサレハナリ(連帶義務ノ所チ見ル可シ)

(第一千三百五十二條)

凡ソ法律上ノ推測ハ其保護ヲ受クル者チシテ一切ノ證據ヲ提供スルノ責チ免レシム然レ其相手方ハ其推測ニ對シテ之カ反證ヲ舉クルヲ得可キヤ否ヤノ問題ニ付テハ茲ニ一箇ノ區別チ爲サ、ル可カラス即チ法律上ノ推測ニ完全ノ者ト單一ノ者トノ二種有ル是ナリ而テ完全ノ推測トハ法律上特ニ其反證ヲ許容スル場合チ除クノ外決シテ之チ攻撃スルヲ得可カラサル者チ云ヒ又單一ノ推測トハ常ニ其反證ヲ舉ケ以テ之チ攻撃スルヲ得可キ者チ云フ「單一ノ推測ハ普通ノ法則タリ故ニ完全ノ推測チ除クノ外皆悉ク單一ノ推測ナリト知ル可シ今左ニ完全ノ推測チ説示セン

第一 法律上或ル所爲チ無効ノ者ト定メタルハ完全ノ推測タリ爰ニ所謂ル所爲トハ法律上規則ニ違ヒタリト見做シテ無効ノ者ト定メタル所爲チ云フ(第一千三百五十條第一項)例ヘハ贈與チ直接ニ受クルヲ得サル者ノ父母妻子ニ贈與チ爲シタルハ其贈與チ受ケシ者ハ外見ノミニシテ其實之チ直接ニ受クルヲ得サル者ニ渡ス可キ秘密ノ約束ナリト法律上推測シテ其贈與チ無効ノ者ト爲スノ類即チ是ナリ蓋シ此贈與ハ全ク其受贈者ニ爲セシ者ニシテ法律ノ推測實際ニ適セサルヲ無キニ非ラスト雖モ然レ一般ノ公益ノ爲メ法律ハ直接ニ其贈與

チ受クルヲ得サル者ノ爲メニ爲シタル贈與ト推測シテ其反證ヲ舉クルヲ許サ、ルナリ」
第二 法律上訴訟チ爲スヲ許サスト定メタルモノモ亦完全ノ推測タリ例ヘハ確定裁判ノ効力及ヒ期滿所得ノ如キ是ナリ蓋シ確定裁判ト雖モ決シテ誤判無キチ保タス又一旦成立セシ義務ハ數十年ヲ經タルモ尙ホ存在スルヲ無キチ期セス然レ一般ノ公益ノ爲メ法律ハ確定裁判ハ適實ナリ又一旦成立セシ義務モ既ニ三十年ヲ經過セハ全ク消滅セシ者ト推測シテ之カ反對ノ證チ立ツルヲ許サ、ルナリ

本條ニ於テ右二箇ノ推測チ掲ケシ後チ但シ法律上別段反證ヲ舉クルヲ許シタル時ハ格別ナリト附記シタリ然レ法律上或ル所爲チ無効ノ者ト定メタル推測ニ付テハ法律ノ別ニ反證ヲ許セシ場合無シ之ニ反シテ法律上訴訟チ爲スヲ許サスト定メタル推測ニ付テハ其反證ヲ許セシ場合往々之レ有リ即チ第二百八十三條ニ於テ公正證書ノ大字ノ副本ノ拋棄ハ義務ヲ釋放シタル者ト推測セシムト言ヒ而テ其權利者ニ其推測チ攻撃スルヲ許セシ等ノ如キ是ナリ

又本條ハ自白及ヒ裁判上ノ宣誓ヲ以テ反證ヲ許サ、ルノ例外ト爲シタリ抑モ此事タル果シテ如何ナル意味チ有スルヤ嘗テ之チ解釋スル者一二ニシテ足ラスト雖モ今近來最モ勢力チ有スル所ノ一説チ取テ左ニ之チ示サン

自白及ヒ宣誓ハ特別ナル證據ノ性質チ有スル者ニシテ他ノ證據チ拒斥スル時ト雖モ之チ許スヲ妨ケサル者トス何トナレハ自白宣誓ハ爭訟ノ判定チ全ク法律上ノ推測ノ保護ヲ受クル者ノ良心ニ委子タル者ニシテ毫モ錯雜ナルニ非ラス又危險ナルニ非ラサレハナリ然レ自

白又ハ宣誓ニ因リ攻撃スルコトヲ得キ推測ハ特ニ其推測ノ保護ヲ受クル者ノ利益ノ爲メニ設ケタル時ニ限ル者トス故ニ確定裁判ノ効力又ハ妻ノ子ハ夫ノ子ナリト推測スルカ如キ公益ノ爲メニ設ケシ推測ハ決シテ白白宣誓ヲ以テ攻撃スルコトヲ得サル者トス

(第二節) 法律上ニ定メサル推測

(第一千二百五十三條)

法律上ニ定メサル推測トハ事實ノ推測又ハ人定ノ推測ト稱スル所ノ者ニシテ全ク裁判官ノ知識ト思慮トニ委テタル者ナリ又裁判官ハ重要着實相符合シタル推測ニシテ且ツ法律上人證ヲ許容スル場合ニ非ラサレハ之ヲ爲ス可カラズ蓋シ本條中「重要着實」ニシテ相符合シタル云々」ノ數語ハ畢竟法律上裁判官ニ與フル所ノ一箇ノ告諭タルニ外ナラス何トナレハ法律上其事實ノ果シテ重要着實ナルヤ將々相符合スルヤ否ヤヲ認定スルハ專テ裁判官ノ權内ニ委テテ又更ニ一々其事實ヲ豫定セサレハナリ故ニ裁判官其認定ヲ誤ルモ是唯事實ノ錯誤タルニ過キサルヲ以テ其錯誤ハ控訴上ノ駁撃ヲ受ク可キ者ナルモ大審院ノ破毀ヲ受ク可キ者ニ非ラサルナリ

本條ノ末文「詐欺ヲ原由トシテ契約ヲ取消スルハ云々」ト記セシハ蓋シ無用ノ冗語ナリ何トナレハ凡ソ詐欺ナル者ハ常ニ證人ヲ以テ證シ得キ部類中ニ列スル者ナレハナリ

(第四款) 一方ノ者ノ自認

(第一千二百五十四條)

自認トハ人己レニ義務有リト陳述スルヲ謂フ而テ其自認ニ二箇有リ一ハ裁判上ノ自認一ハ

裁判上外ノ自認是ナリ今茲ニ裁判上ノ自認ヲ説カンハ其自認ハ訴訟人中ノ一人又ハ其代理者カ裁判官ノ面前ニ於テ自己ノ隨意又ハ裁判官ノ尋問ニ應シテ爲シ或ハ訴訟中其訴答書ニ爲セシ自認ヲ云フ若シ夫レ自認ヲ他ノ書面ニ記スルハ是レ則チ一箇ノ證書ヲ組成スル者ニシテ茲ニ所謂自認ニ非ラス

(第一千二百五十五條)

裁判上外ノ自認トハ訟廷外ニテ口述又ハ書面ニ爲シタル自認ヲ云フ而テ其書面ニ爲シタル自認ハ證據ノ端緒ト爲ス可シト雖モ其口述ノ自認ハ其訴訟ノ目的タル事實ノ人證ヲ以テ證シ得キ場合ニ非ラサレハ此證據ヲ以テ其自認ヲ證スルコトヲ得ス若シ然ラサレハ此自認ヲ以テ遂ニ人證ニ關スル法律ノ禁ヲ破ルノ具ト爲スニ至ル可シ何トナレハ原告人何ノ證據モ無ク且ツ人證ヲ許サレハ場合ニ於テ常ニ被告人ノ訟廷外ノ自認ナリト申立テ以テ其訴訟ノ證據ト爲スルハ終ニ底止ス可カラサルノ混亂ヲ生スルニ至ル可ケレハナリ然レ人證ヲ許ス可キ事實ニ屬スル裁判所外ノ自認ノ効力ニ付法律上毫モ説ク所無シ故ニ此場合ニ於テハ全ク裁判官ノ事實ノ判定ニ委テ其裁判官ノ判決ハ決シテ大審院ノ裁決ヲ受ク可キ者ニ非ラスト論定セサル可カラズ

(第一千二百五十六條)

凡ソ證據中自認ニ越ユル者無シト雖モ然レ此證據ヲ完全ナラシムルニハ其訴訟ヲ受ケタル事件ヲ自由ニ處分スルノ能力ヲ有スル者ノ自認ナルコトヲ必要トス故ニ幼年者又ハ禁治産者等ノ爲シタル自認ハ以テ證據ト爲スニ足ラス又代理者ハ自認ノコトニ付特別ノ委任ヲ受ケタ

ルニ非ヲサレハ自認ヲ爲スヲ得ス
 右ノ規則ニ付訴訟法第三百五十二條乃至第三百六十二條ニ於テ之カ例外ヲ設ケタリ即チ代
 書人及ヒ使吏ハ其本人ヨリ委任ヲ受ケタル者ト見做サル故ニ若シ其代書人及ヒ使吏ハ本人
 ニ義務有ルヲ自認シタル時本人ニ於テ其自認ヲ打消サントスルハ其反對ノ證據ヲ立ル
 ニ非ラサレハ能ハス而テ其打消ヲ爲サントスルコトハ自認取消シト名クル特別ノ訴訟手續ヲ
 履行スルヲ必要トス

然ニ代理人ハ上ニ述フル所ノ推測ヲ受ケス故ニ代理人ニ於テ本人ニ義務有ルヲ自認スル
 時本人ニ在テ之ヲ打消スニ當リ其代理人ニ自認ヲ爲スヲ委任セシメテ無シト證明スルノ責
 任無ク却テ其相手方ヨリ其委任ヲ爲セシメテ證明セサル可カラズ然レ代書人又ハ本人認庭
 ニ出席シテ親シク其代理人ノ自認ヲ聽クハ速ニ之カ故障ヲ述ベサル可カラズ若シ之ヲ沈
 黙ニ付スルハ其自認ヲ承諾セシメ者ト見做サル、有ル可シ
 或ル事件ニ付テハ自認ヲ以テ證據ト爲スヲ許サ、ル者有リ例ヘハ人ノ身分ニ關シ又ハ犯
 罪ニ關スル事件ヲ雙方ノ和解ヲ以テ其局ヲ結フカ如キ是ナリ此場合ヲ除クノ外他ノ總テノ
 自認ハ完全ノ證據ニシテ即チ義務者自ラ義務ヲ負フタリト自認シタル以上ハ之ニ因テ其事
 件ノ局ヲ結フニ至ルハ勿論ナリトス
 凡ソ裁判上ノ自認ハ分割ス可カラサル者トス故ニ一方ノ者其相手方ノ自認ヲ以テ己レカ證
 據ト爲サント申立ルハ其自認ノ全部ヲ取ラサル可カラズ例ヘハ貸金有リト申立ル原告人
 其證據ノ不十分ナルヲ以テ被告人ノ自認ヲ求ム仍テ被告人ハ原告人ヨリ金額ヲ借受ケタル

ニ相違ナシ然レ既ニ之ヲ返還シタリト陳述セシトセシ原告人ハ其借受ケタリトノ陳述ハ
 眞實ニシテ其返還シタリトノ陳述ハ詐僞ナリト申立ルヲ得ス元來原告人ハ其訴訟ノ終局
 ヲ被告人ノ陳述ニ委テタル者ナレハ其陳述ノ全部ヲ取ラサル可カラズ然ラサレハ其全部ヲ
 捨テサル可カラズ唯己レノ利益ト爲ル可キ部分ヲ取テ損害ト爲ル可キ部分ヲ捨ツルヲ得
 サルナリ
 然レ此規則ニ付聊カ寬假ヲ與ヘサル可カラサルヲ有リ抑モ自認中ニ包含スル所ノ附屬ノ陳
 述ニシテ直接ニ其訴訟ノ主眼タル事實ニ關係スルハ其自認ヲ分割ス可カラサルヲ勿論ナ
 リト雖モ其附屬ノ陳述ニシテ其訴訟ノ主眼タル事實ニ關係セサルハ則チ其自認ヲ分割ス
 ルヲ得可シ例ヘハ貸金有リト言立テラレタル被告人其義務有ルヲ自認シ且ツ其義務ハ
 原告人ノ營テ余ニ對シテ負擔セシ義務ト互ニ相殺シタル旨ヲ陳述セシトセシ此自認中ニ
 包含シタル二箇ノ陳述ハ互ニ相殺セサルヲ以テ之ヲ分割スルヲ得可キ者トス即チ被告
 人ノ義務ノ存在スルヲハ其自認ニ因テ明瞭ナリト雖モ其原告人ニ於テ相殺ス可キ義務ヲ負
 擔セシト云フハ未ダ明瞭ナラサルヲ以テ原告人ハ被告人ヲシテ更ニ其證據ヲ提出セシメ
 ント申立ルヲ得可シ
 然レ其自認タルヤ事實ノ錯誤又ハ他人ノ脅迫ニ出テシトハ之ヲ取消スヲ得可キハ勿論ナ
 リトス其自認ノ他人ノ脅迫ニ出テシ事例ハ皆十人ノ知り易キ者ナルヲ以テ姑ク置キ今茲ニ
 其自認ノ事實ノ錯誤ニ出テシ者ノ一例ヲ舉ケンコト有リ證書ヲ以テ余ニ對シテ余ノ先人ニ
 貸金有ル旨ヲ訴ヘ余ハ其證書ニ因リ其義務ヲ自認シタリトセシ他日余ハ先人ノ書類中ニ

リ其生前既ニ其義務ヲ辨濟セシ旨ヲ記入セル受取證書ヲ發見スルキハ則チ其自認ハ當然無効ト爲ル可シ何トナレハ余ハ先人ノ既ニ辨濟セシ義務ヲ自認シタルハ則チ事實ノ錯誤ナレハナリ

然レ法律上ノ錯誤ニ出テタル自認ハ決シテ之ヲ取消スヲ得ス例ヘハ義務者有リ權利者ヨリ訴ヘラレタル時期満免除ノ期限後ナレハ自認スルモ差支ナシト心得テ自認シ而テ其義務ノ期満免除ヲ主張セシトセンニ其主張ハ則チ法律上ノ錯誤ニシテ其義務存在ノ事實ノ錯誤ニ非ラス故ニ其自認ヲ取消スヲ得サルナリ

(第五款) 宣誓

(第一千二百五十七條及第一千二百六十一條)

裁判上ノ宣誓ニ二種有リ第一決審ノ宣誓第二補足ノ宣誓是ナリ決審ノ宣誓トハ訴訟ノ決審ヲ爲サシムル爲メ一方ノ者ヨリ其相手方ニ求ムル所ノ誓ヲ云ヒ補足ノ宣誓トハ證據ノ不充分ナルキ裁判官ノ職權ヲ以テ雙方中ノ一方ノ者ニ命スル所ノ誓ヲ云フ是ヨリ決審ノ宣誓ニ付其効力及ヒ性質ヲ説カニ法律上獨リ裁判所内ノ宣誓ノミヲ掲ケテ更ニ裁判所外ノ宣誓ヲ示メサスト雖モ其裁判所内ノ宣誓ノ規則ヲ以テ之ヲ裁判所外ノ宣誓ニ適用シ得可キハ固ヨリ疑ヲ容ル可キニ非ラス而テ其裁判所外ノ宣誓トハ雙方ノ者相會シテ互ニ訴訟ヲ爲サンヨリ寧ロ宣誓ニ決セント約シ其一方ノ者ノ宣誓ニ因テ其事局ヲ結フチ云フ是即チ一種ノ和解契約ナリ又裁判所内ノ決審ノ宣誓ニ於テモ亦和解契約タルノ性質ヲ含蓄ス何トナレハ一方ノ者之ヲ求メ他ノ一方ノ者之ニ應シテ終ニ其局ヲ結フニ至ラサレハナ

決審ノ宣誓ハ裁判所内ト裁判所外トニ問ハス其求メテ受ケテ之ヲ爲シタルキハ共ニ其効力ヲ同フスト雖モ之ヲ爲スヲ肯セサルキハ其裁判所ノ内外ニ因テ大ニ其効力ヲ異ニス即チ裁判所内ニ於テ誓ヲ爲ス可キ求メテ受ケタル者之ヲ爲スヲ肯セス又其相手方ニ之ヲ反シ求メサルキハ則チ其者ノ敗訴ト爲ル可シ然レ裁判所外ノ誓ニ至テハ其求メテ受ケタル者之ヲ爲スヲ肯セス又其相手方ニ反シ求メサルモ決シテ敗訴ト爲ル可キニ非ラス之ヲ爲スト否トハ全ク其者ノ隨意ニ任ス可キ者トス

(第一節) 訴訟決審ノ宣誓

(第一千二百五十八條第一千二百五十九條及第一千二百六十二條)

如何ナル事實ニ付テ宣誓ヲ求メ又ハ之ヲ反シ求ムルヲ得可キヤ第一千二百五十八條第一千二百五十九條及第一千二百六十二條ニ據レハ左ノ條件ヲ具備スルニ非ラサレハ之ヲ求メ又ハ反シ求ムルヲ得ス

第一 訴訟ノ事實雙方ノ和解ヲ以テ其局ヲ結フヲ得可キ事○畢竟此宣誓ハ和解契約ナルチ以テ其事實ノ公益ニ關スルキハ之ヲ求ムルヲ得ストノ原則ヨリ出テシ者ナリ故ニ結婚ノ効力有無ニ關スル事實ノ如キハ決シテ宣誓ヲ求ムルヲ得サルナリ

第二 其事實宣誓ヲ求メ又ハ之ヲ反シ求メラレタル者ノ一身ニ關スル事今其理由ヲ陳ヘンニ茲ニ人有リ余ノ一身ニ關スル事實ニ付余ニ誓ヲ求ムルキハ余ハ其求メニ應シテ誓ヲ爲スガ又ハ之ヲ反シ求メサルヲ得ス然レ余ノ一身ニ關セスシテ他人ニ關スル事實ニ付ハ余ハ

其求メコ應シテ誓ヲ爲スコ及ハス又之ヲ反シ求ムルニ及ハス例ヘハ人有リ余ノ亡父ニ貸金有リトテ余ヲ訴ヘ其辨濟ヲ要求ス然レ其證左無キカ故ニ余ニ誓ヲ求ムトセシ余ハ必ス之ニ答テ言ハシ足下ノ余ニ要求スル所ノ辨濟ハ余カ亡父ノ借受ケタル金額ナリト云フト雖モ是レ余ノ所爲ニ非ラサルヲ以テ余ハ其事實ニ付誓ヲ爲スノ謂ハレ無シ又之ヲ反シ求ムルヲ爲サハル可シ何トナレハ法律ハ此ノ如キ場合ニ於テハ之ニ對シテ其誓ヲ反シ求ムルヲ要望セサレハナリ

又己レノ一身ニ關セサル事實ニ付テ誓ヲ求メラル、ノ謂ハレ無キト同ク之ヲ己レニ求メタル者ノ一身ニ關セサル事實ニ付テモ亦之ヲ己レヨリ反シ求ムルヲ得サル者トス故ニ此點ニ付四箇ノ場合ヲ規定シタリ即チ左ノ如シ

第一 訴訟ノ事實雙方ノ一身ニ關スル時例ヘハ甲ヨリ乙ニ貸金有リト訴フルノ類此場合ニ於テハ一方ノ者ヨリ他ノ一方ノ者ニ誓ヲ爲ス可キヲ求メ又之ヲ求メラレタル者之ヲ反シ求ムルヲ得可シ

第二 其事實原告人ノ一身ニ關セスシテ唯被告人ノ一身ニ關スル時例ヘハ甲ノ相續人乙ニ對シテ甲ヨリ乙ニ貸金有リト訴フルノ類此場合ニ於テハ甲ヨリ乙ニ誓ヲ求ムルヲ得可シト雖モ乙ヨリ甲ニ之ヲ反シ求ムルヲ得ス故ニ乙其誓ヲ爲スヲ肯セサレハ必ス敗訴ト爲ル可シ

第三 其事實被告人ノ一身ニ關セスシテ唯原告人ノ一身ニ關スル時此場合ニ於テハ唯原告ノ地位前ト差異アルノミニテ其結果ニ至テハ同一ナリトス

第四 其事實原被告共ニ一身ニ關セサル時例ヘハ貸主借主共ニ死去セシ後チ其事ニ付雙方ノ相續人ノ間ニ生スル訴訟ノ類此場合ニ於テハ原被告共ニ誓ヲ求ムルヲ得ス

凡ソ其者ノ一身ニ關スル事實ノ外誓ヲ求メ又ハ之ヲ反シ求ムルヲ得スト雖モ其者ニ於テ其事實ノ有無ヲ知ルヤ否ヤニ付之ヲ求メ又ハ之ヲ反シ求ムルノ妨ケト爲ルヲ無シ何トナレハ如何ナル事ト雖モ之ヲ知ルト知ラサルトハ總テ其者ノ心意ニ存スル者ナレハナリ

以上陳ヘタル所ニ據レハ第一千三百五十八條ノ規則ハ頗ル汎博ニ失スル者ノ如シ何トナレハ該條ニ於テ決審ノ誓ハ如何ナル爭訟ニ付テモ之ヲ求ムルヲ得可シト云フニ因リ夫ノ公益ニ關スル事實ニ付テモ亦誓ヲ求ムルヲ得可シト誤解スルノ嫌ヒ有レハナリ故ニ該條ハ其

爭フ所ノ事實ノ和解契約ヲ爲シ得可シ且ツ雙方ノ一身ニ關スルキハ誓ヲ求ムルヲ得可シトノ意味ニ解釋セサル可カラス

(第一千三百六十條)

本條ニ於テ訴訟中何時タリモ誓ヲ求ムルヲ得可シト云フニ據レハ其訴訟ノ始審ニ於ケルト控訴ニ於ケルトテ問ハス又其訴訟ノ發端ト他ノ種々ノ證據ヲ提出シテ尙ホ勝利ヲ得サル後チトテ論セス其間何時コテモ隨意ニ誓ヲ求ムルヲ得可シ

又本條ノ末文ニ於テ訟求又訟求ヲ拒ムニ付其證據ノ端緒無キ時ト雖モ亦誓ヲ求ムルヲ得可シト云ヘル語ハ今日ヨリ之ヲ觀レハ殆ント無用ノ者ノ如シト雖モ決シテ然ラサルノ理由ノ存スルアリ抑モ佛國舊法ノ項ニハ此事ニ付頗ル紛議ヲ生シタルキ或ル學士ノ曰ク人訴訟ヲ爲スニ方リ其證據ノ端緒タモ無キニ他人ニ向ヘ誓ヲ求メ其他人ヲシテ之ヲ誓フカ又ハ之

チ反シ求メサル可カラサルノ地位ニ立タシムルハ甚ク非理ナリ故ニ豫メ證據ノ端緒ヲ示メ
スニ非ラサレハ他人ニ向テ誓ヲ求ムルヲ得スト又或ル學士ノ曰ク設ヒ原告人ニ於テ證據
ノ端緒無キモ其訴フル所ノ事實ヲ討究スルキハ大ニ道理ニ適スルヲ往々ニシテ之レ有リ然
コ之ヲシテ誓ヲ求ムルヲ得サラシメハ復タ何ニ由テカ其道理ヲ發揮シ以テ己レカ枉屈ヲ
伸暢スルヲ得ンヤ殊ニ誓ノ求メテ受ケタル被告人ハ其訴訟ノ終局ヲ判決スルノ地位ヲ得
タル者ナレハ決シテ之ヲ愛フルノ謂ハレ無シト本法ハ則チ此意見ヲ採用シ以テ之ヲ本條ノ
末文ニ附シ終ニ其紛議ヲ一定シタリ

(第一千二百六十一條)

此條ハ既ニ第一千二百五十七條ト併述セリ

(第一千二百六十二條)

此條ハ前ニ第一千二百五十八條ト併述セリ

(第一千二百六十三條及第一千二百六十四條)

凡ソ誓ヲ求ムルハ一種ノ和解契約ノ申込ニシテ外ナラス故ニ其申込ニテ相手方ニ於テ承諾セ
サル内ハ何時コテモ之ヲ取消スヲ得可シ然レ既ニ其承諾ヲ得タルキハ則チ茲ニ和解契約
成立シタルヲ以テ最早之ヲ取消スヲ得ス是第一千二百六十四條ノ設ケ有ル所以ナリ今茲ニ
宣誓ノ和解契約ノ性質ヲ含有スルヲ説カン抑モ宣誓ヲ求メ又ハ之ヲ反シ求ムル者ハ如何
ナルヲ謂フヤ之ヲ求ムル者其相手方ニ向テ汝チ事實ニ適シタル宣誓ヲ爲サハ則チ余ノ言
立ル所チ不當ナリトス可シト謂フニ非ラス何トナレハ若シ此ノ如キ語ヲ以テ誓ヲ求ムル者

トセハ既ニ其相手方ノ誓ヲ爲スヤ其誓ノ果シテ事實ニ適スルヤ否ヤコ付又更ニ訴訟ヲ起サ
ル可カラス然ラハ其誓ヲ以テ決シテ決審ノ誓ト爲ス可カラサレハナリ蓋シ宣誓ヲ求メ又
ハ之ヲ反シ求ムル者其相手方ニ向ヒ汝チニ於テ其陳述スル所ハ正當ナリト誓ハ、則チ余ノ
言立ル所チ不當ナリトス可シト謂フニ在リ故ニ相手方ニ於テ既ニ誓ヲ爲シタル以上ハ最早
其誓ノ事ニ適スルヤ否ヤヲ討究スルヲ得ス即チ第一千二百六十三條ノ末文ニ其誓ノ虚偽タ
ルヲ證スルヲ許サスト記載セシモ畢竟宣誓ノ和解契約ノ性質ヲ含有スルコト因ルナリ
然レ今茲ニ論スル所ハ全ク純粹ナル民事上ニ關スル者ナリ元來偽誓ハ刑法第三百六十一條
以下ニ豫定シタル一箇ノ犯罪ナリ故ニ檢察官ハ其偽誓ヲ證シ以テ法律ニ定メタル刑ヲ適用
センヲ求ムルノ權利ヲ有ス而テ其檢察官ノ求メニ因リ假令ヒ宣誓者ヲ偽誓ノ刑ニ處スル
モ嘗テ其偽誓ノ爲メニ與ヘタル民事裁判所ノ裁判言渡ハ尙ホ確手トシテ動ス可カラサル者
トナレハ其裁判言渡ハ畢竟雙方ノ和解ニ根セシ者ナレハナリ
然ハ敗訴シタル者ハ如何ナル事實アルモ決シテ宣誓ヲ取消スヲ得サルヤ曰ク然ラズ若シ
其者ノ宣誓ヲ求メタルハ全ク相手方ノ詐欺即チ相手方ニ於テ證據物ヲ隱匿シタルカ如キ場
合ニ在テハ則チ其宣誓ヲ取消スヲ妨ケス例ヘハ甲ハ乙ヲ訴ヘ貸金辨濟ヲ要求スルコト方リ
嘗テ乙ヨリ得タル證書ヲ失ヒシニ因リ止ムヲ得ス誓ヲ乙ニ求ム乙誓ヲ爲シ甲遂ニ敗訴シタ
リ然レ後日ニ至リ甲ハ己レカ證書ヲ失ヒシハ乙ノ隱匿ニ出ツルヲ發見スルキハ則チ乙ノ
詐欺ヲ申立テ其宣誓ヲ取消スヲ得可シ而テ甲ノ得タル裁判言渡ノ終審ノ者ナルキハ更ニ
再審ノ訴ニ因テ其取消ヲ求ムルヲ得可シ(訴訟法第四百八十條第十項及ヒ第四百四十八

條)

(第二節) 裁判官其職務ニ因リ命スル宣誓
(第一千二百六十六條)

裁判官ノ職權ヲ以テ雙方中ノ一方ニ命スル宣誓ハ學說上之ヲ補足ノ宣誓ト云フ蓋シ補足トハ裁判官自己ノ心證ノ不足ナルキハ雙方中最モ信ヲ置ク可シト思量スル一方ノ者ニ宣誓ヲ命シ其宣誓ニ因テ自己ノ心證ヲ補足スルノ謂ヒナリ

此宣誓ニ二種有リ或ハ訴訟ノ基本タル權利ニ關スルコト有リ或ハ其權利ニ屬スル物件ノ高ニ關スルコト有リ

(第一千二百六十七條)

補足ノ宣誓ハ左ノ二箇ノ要件有ルコト非ラサレハ之ヲ命スルコト不得ス

第一 訟求又ハ抗辯ノ證完全セサル時若シ此等ノ證據完全スルニ於テハ裁判官ハ宣誓ヲ命スルコト得ス直ニ其完全ノ證據ニ因テ其訴訟ヲ裁決ス可キナリ

第二 訟求又ハ抗辯ノ證全ク缺ケタルコト非ラサル時若シ此等ノ證據全ク缺ケタルコト於テモ亦裁判官宣誓ヲ命スルコト得ス直ニ其訴訟ヲ却下セサル可カラズ

故ニ裁判官ハ證據ノ完全スルキハ宣誓ヲ命スルコト得ス又證據ノ全ク缺ケタルキモ亦之ヲ命スルコト得ス之ヲ命スルコト得ルハ獨リ證據ノ端緒有ル場合ニ限ル者トス即チ本條ノ末項ニ曰ク「右二箇ノ場合ノ外ハ裁判官ハ直ニ其訟求ヲ取上ケ又ハ之ヲ却下セサルヲ得ス」ト

(第一千二百六十八條)

本條ハ決審ノ宣誓ト補足ノ宣誓トノ區別ヲ示メセシ者ナリ決審ノ宣誓ハ其之ヲ爲ス可キノ求メテ受ケタル者ハ又之ヲ反シ求ムルコト得ル是一種ノ和解契約ナレハナリ然レ裁判官ノ職權ニ據リ雙方中ノ一方ニ命シタル補足ノ宣誓ニ至テハ其之ヲ爲ス可キ命ヲ受ケタル者又之ヲ他ノ一方ニ反シ求ムルコト得ス元來此宣誓ハ前ニモ述ヘシ如ク裁判官自己ノ心證ノ不足ナルキ雙方中最モ信ヲ置ク可シト思量スル一方ノ者ニ命スル所ナレハ若シ其者ヨリ他ノ一方ノ者ニ反シ求ムルキハ裁判官終ニ其心證ヲ補欠スルコト能ハス故ニ此宣誓ヲ命セラレタル者自ラ之ヲ爲シテ勝利ヲ得ルカ將タ之ヲ拒テ勝利ヲ失フカ二者唯其一ヲ擇ムヲ得ルノミ又決審ノ宣誓ハ之ヲ求メ又ハ之ヲ反シ求メ而テ其相手方ニ於テ之ヲ爲ス可シト述ヘタル以上ハ復タ之ヲ取消スコト得スト雖モ補足ノ宣誓ハ則チ然ラス蓋シ此宣誓ニ裁判官ノ心證ヲ確ムル爲メナレハ決シテ訴訟人ノ如キ束縛ヲ受ク可キニ非ラス故ニ一旦一方ノ者ニ命シタルモ其者未タ誓ヲ爲サ、ル間ハ之ヲ取消シ更ニ他ノ一方ノ者ニ命スルコト得ルナリ

(第一千二百六十九條)

訟求シタル物件ノ價額コ付テハ他ノ方法ヲ以テ其價額ヲ證明スルコト能ハサル時ニ非ラサレハ裁判官ヨリ原告人ニ誓ヲ命スルコト得ス又原告人ノ誓ヲ以テ盡ク證據ト爲スコト得ス蓋シ少額ノ者ヲ以テ多額ナリト偽誓スルノ恐レ有レハナリ故ニ本條ノ末項ニ曰ク「又此場合ニ於テ裁判官ハ幾許ノ高ニ至ル迄原告人ノ誓ヲ以テ證據ト爲ス可キヤチ定ム可シ」ト

(第四卷) 合意ナクシテ組成スル義務

(第一千二百七十條)

合意ナクシテ組成スル義務ハ法律、准契約、犯罪及ヒ准犯罪ニ起因スルモノトス
右四箇ノ原由中准契約、犯罪及ヒ准犯罪ハ本卷第一章及ヒ第二章ニ於テ其細則ヲ有スルモ
ノナルヲ以テ茲ニ之ヲ詳説スルノ要ナク各其章ニ於テ之ヲ講述ス可シ唯法律ニ起因スル義
務ニ至テハ民法中處々ニ之ヲ記載シアリテ別段其條章ヲ設ケアラサルカ故ニ茲ニ其概略ヲ
指示ス可シ

蓋シ人定法ハ其特力ヲ以テ民間互相ニ義務ヲ負ハシメ或ハ權利ヲ有セシムルヲ得ルモノ
ニアラズ必スヤ其法律ヨリ一層高尚ナル人間相生ノ條理ニ起因スル關係ヲ右ノ法律ヲ以テ
認定シタルモノニ過キサル可シ而シテ本條ニ引證シタル例ニ因テ見ルモ事判明ナリトス

第一 相隣者間ノ義務

第二 後見ヲ負擔ス可キ義務

法律上相隣者間ニ負ハシムル義務ハ數多ニシテ則チ本法第六百四十九條ヨリ第六百八十五
條ニ至ルマテハ概シテ相隣者間ノ義務ニ關スルモノナリ然レトモ其中一トシテ人定法ノ專
斷ニ出タルモノト思考ス可キモノハ曾テアラサルナリ茲ニ其一ニ例ヲ掲テ余ノ論旨ヲ明瞭
ナラシム可シ

第六百七十四條ニ據ルニ相隣ノ所有者ハ各其地界ヨリ若干ノ距離ヲ退クニ非レハ樹木ヲ植
ユルヲ得ス又第六百七十八條ニ據ルニ隣地ヲ直ニ望觀ス可キ窓ヲ設ルヲ許サ、ルモノ
トス是等ハ果シテ立法官一存ノ實斷ニ出タルモノト云フヲ得ルヤ將テ隣木其枝葉ヲ以テ

余カ地ヲ蔽ヒ其根本ヲ以テ余カ地ヲ食ムヲ余欲セサレハ隣人モ亦之ヲ等シク欲セサル可
ク又隣人ノ余カ園庭若クハ家内或ハ甚シキニ至テハ余カ動作ヲ直ニ望觀スルヲ欲セサレ
ハ隣人モ亦等シク余ノ之ヲ爲スヲ欲セサル可シ即チ己レノ欲セサル所ヲ以テ人ニ施ス勿レ
ト云フカ如キ社會相生ノ條理ヲ認定シタルモノニ非スヤ

又父母其子幼年ノ間之カ後見ヲ負擔ス可キ義務ノ如キニ至テハ(第二百八十九條及ヒ第三
百九十條參看)天然ノ條理ニ起因シタルモノナルヲ尙ホ一層明白ニシテハ人定法ハ之ヲ認
定シタルニ過キサルヲ論ヲ待タサルナリ實ニ萬物ノ長タル人トシテ其子ヲ養育スル義務ヲ
有スルハ豈ニ人定法ヲ待テ後チ然ルモノナランヤ此ニ由テ之ヲ觀レハ社會末流ノ人類ニシ
テ幼年ノ婦女ヲシテ愛ヲ賣ラシメ自カラ父母ト稱シ其少女ニ衣食ノ供給ヲ仰キ以テ常トス
ル者ハ人面獸心豈ニ啻ニ道德ノ罪人タルノミナラス亦法律ノ罪人ナリトス

(第一章) 准契約

(第一千二百七十一條)

本條ヲ一讀スルニ准契約トハ人ノ一箇隨意所爲ニシテ其所爲ヨリ一方ノ者ノ負擔ス可キ若
クハ雙方ノ負擔ス可キ義務ヲ生スルモノヲ云ナリ然ルレハ其行爲者ノ義務ヲ負フコ止マ
ラス其行爲ニ因リ利益ヲ受ル者モ亦行爲者ニ對シ利得返還ノ義務ヲ負フモノトス故ニ准契
約ニモ雙務ノ一ト偏務ノ一トアルナリ然ルニ前條ニ於テ法律ノ特力ヨリ生セサル義務ハ
義務者其人ノ所爲ヨリ生スルトアルハ誤マリナリ何トナレハ此法文ニ據ルレハ義務ヲ負フ
者ハ常ニ行爲者ニ限ルモノト云ニ至ルヲ以テナリ是ヲ以テ第一千二百七十條ハ准契約ノ性質

ヲ誤リタルモノニシテ第千三百七十一條ハ其誤リチ多少補充シタルモノト云フヘシ
 夫レ然リ然リト雖モ第千三百七十一條モ亦未ダ准契約ノ何物タル完全ノ定義ヲ與ヘタルモ
 ノト云フ能ハサルナリ何トナレハ總テ人ノ隨意ノ所爲ニシテ義務ヲ生スルモノヲ准契約ト
 名稱スルハ事實ノ真正ヲ得タルモノニ非ス其所爲ニ正當ナルモノアリ不當ナルモノアリ而
 シテ其不當ナルモノハ准契約ヲ組成セスシテ犯罪若クハ准犯罪ヲ組成スルモノニシテ唯其
 正當ナルモノハ准契約ヲ組成スルモノナレハナリ故ニ准契約トハ人ノ正當且隨意ノ所爲
 ニシテ之カ爲メ其行爲者ヲシテ他人ニ對シ義務ヲ負ハシメ若クハ時トシテ其他人ヲシテ行
 爲者ニ對シ義務ヲ負ハシムルモノヲ云ナリ

蓋シ准契約中ニ包含ス可キ人ノ所爲ハ種々アル可シト雖モ本法ニ於テハ其中重立タルモノ
 二種ヲ規定シ餘ハ推理決定ニ委テタルモノトス而シテ其二種トハ事務管理及ヒ不當ノ辨濟
 是ナリ即チ是ヨリ事務管理ヲ説キ次キニ不當ノ辨濟ニ論及ス可シ

(第千三百七十一條)

事務管理トハ甲者之カ爲メ乙者ヨリ依頼ヲ受タルコトナクシテ乙者ノ利益ニ行爲シ乙者ニ代
 テ義務ヲ約シ若クハ乙者ノ爲メ他人ヲシテ義務ヲ約セシムル隨意ノ所爲ヲ云ナリ故ニ事務
 管理者ハ本人ヨリ別段依頼ヲ受ケスト雖モ其依頼ヲ受タル代理人ノ如ク處作進退スルモノ
 トス

然レトモ眞ノ代理者ト單一ナル事務管理者トノ間ニハ其事務ノ結果上大ナル差異アルナリ
 即チ左ノ如シ

第一 代理人其依頼者ノ之ニ附與シタル權限ヲ超過セスシテ事務ヲ取扱フタル以上ハ其事
 務上何等ノ利益ヲモ依頼者ニ得セシメサルキト雖モ代理人ハ依頼者ヲシテ自己ノ立替費用
 ヲ返還セシムルコトヲ得ルナリ(第千九百九十九條參觀)之ニ反シテ事務管理者ハ本人ノ爲メ
 有用ニ爲シタル費用ニシテ且本人ノ利益上之ヲ爲スコトヲ必要トセシキニ非レハ其返還ヲ本
 人ニ請求スルコトヲ得サルナリ(第千三百七十五條參觀)但シ然ラサル場合ト雖モ本人ニ於テ
 其事務ヲ追認シタルキハ格別ニシテ且其際ニ於テハ事務管理ノ性質變シテ眞ノ代理トナル
 モノトス

第二 代理契約ハ概シテ依頼者ノ死去ニ因リ直ニ消滅シ若シ代理者ニ於テ直ニ其事務ヲ手
 放スルハ之カ爲メ重大ノ危難アルキニ非レハ代理者一時其事務ヲ繼續スルニ及ハサルモノ
 トス(第千九百九十一條參觀)之ニ反シテ事務管理者ハ本人ノ死去ニ拘ハラズ相續人其事務
 ヲ受繼クコトヲ得ルニ至ルマテ從前ノ如ク其任ニ當ル可キモノトス(第千三百七十二條參觀)
 右ニ論シ來リタル所ニ由テ觀レハ事務管理ヲ組成スル原素二箇ナリトス即チ左ノ如シ

第一 默許明許ヲ問ハズ本人ノ承諾ナク其事務ヲ管理シタルコト○是他ナシ其承諾ヲ與ヘタ
 ル以上ハ最早事務管理ニ非スシテ眞ノ代理トナルヲ以テナリ○夫レ然リ然レトモ本條ニ
 「本人其管理ヲ知ルト知ラサルトニ拘ハラズ云々」トアルニ至テ疑團ヲ生セサルヲ得ス何ト
 ナレハ知テ之ヲ拒マサルハ默許ノ承諾ヲ組成スルモノニシテ斯ノ如キ場合ニ於テハ事務管
 理ノ性質ヲ失フテ眞ノ默許代理トナル可キモノ、如クナレハナリ乍併一般ニ之ヲ默許代理
 トナス可カラズ本人之ヲ知ルモ其拒ムコトヲ得ルキト否ラサルキト區別セサル可カラズ而

シテ其管理ヲ知り之ヲ拒ムト得タルニ其手續キチ爲サ、ルコソ始メテ眞ノ默許代理ニ組
成シ例ヘ之ヲ知ルモ拒ムト能ハサルキハ茲ニ默許ノ承諾アリタルモノト云フヲ得サル可
故ニ斯ノ如キ場合ニ於テハ單一ナル事務管理ヲ組成スルニ過キサルモノトス是レ本條ニ
「管理ヲ知ルト知ラサルト拘ハラス」トアル所以ナリトス

第二 管理者ノ意思ハ本人ノ爲メ恩惠ヲ施スニ非スシテ其立替ノ返還ヲ他日受ルニ在ル
○實ニ他人ノ爲メ勞力ヲ惜マス金圓ヲ立替ヘ以テ其返還ヲ求ムルノ意思アラサルキハ是レ
事務管理ニ非スシテ眞ノ贈與ヲ組成スルモノナレハナリ

本條ニ曰ク「事務管理者ハ其始メタル事務ヲ繼續シ且本人自カラ其事務ヲ取ルヲ得ルニ
至ルマテ之ヲ完充スルヲ暗ニ約シ加之其事務ノ總テ從屬事件ニ付テモ等シク擔當スルモ
ノトス」ト○是眞ニ然リ輕卒ニ他人ノ事務ヲ取リ中途ニ之ヲ拋棄スルカ如キヲアリテハ本
人ノ迷惑一方ナラス若シ其管理者始メヨリ參與セサルハ他ニ信切老實ノ人アリテ其事ニ任
シタルモノナルヤモ計リ知ル可カラス故ニ法律ハ事務管理者ニ輕卒ノ振舞ナカラントヲ要
求スルモノトス

又本條ノ末項ニ曰ク「事務管理者ハ明許ノ代理契約ヨリ生スル一切ノ義務ニ服從ス可シ」ト
○此點ニ付テハ代理者ノ義務ヲ規定シアル第千九百九十一條ヨリ第千九百九十六條マテヲ
參照ス可キモノコシテ茲ニ之ヲ一々説明スルヲ得ス

(第千三百七十三條)

余ノ前ニ論シタル如ク代理契約ハ特別ノ場合ヲ除クノ外依頼者ノ死去ニ因テ消滅シ事務管

理ハ本人ノ死去ニ拘ハラス繼續スル者ハ他ナシ畢竟事務管理ハ本人ノ意思ニ關セズ管理者
ノ隨意ヲ以テ其事ヲ執ルモノナレハ本人ノ生死ヲ問ハス之ヲ果スヲ以テ主眼トスルモノナ
レハナリ

(第千三百七十四條)

茲ニ至テ法律ハ事務管理者ヲ責ムルニ代理者ヨリ一層嚴重ナルモノト云ヘシ何トナレハ代
理者ニ對シテハ其事務上犯ス詐僞ノ責メニ任スルノミナラス尙ホ過失ノ責メニモ任ス可キ
モノト定メアルノミコシテ(第千九百九十二條)本條ニ於ケルカ如キ善良ナル家父ノ爲ス可
キ注意ヲ其管理上ニ及ホス可シトアラサルヲ以テナリ故ニ代理者ハ通常自己ノ財産ニ爲ス
可キ注意ヲ代理事務ニ及ホセハ以テ其責メヲ免カル可シ之ニ反シテ事務管理者ハ常ニ善良
ナル家父ノ注意ニ欠ケル所アルハ其責メ免カル、ト能ハサルナリ是他ナシ代理ノ場合ニ
於テハ生來輕卒ノ人ヲ代理ニ頼ミタル者ハ其代理人ノ輕卒ヨリ生スル損害ハ己レノ撰任不
當ノ結果トシテ之ヲ甘ンセサル可カラス之ニ反シテ事務管理ニ於テハ本人ニ素ヨリ撰擧ノ
自由アラサリシヲ以テ本人ニ責ムル所毫モ存セス管理者自カラ好シテ其事務ニ當ル以上ハ
充分其任ニ堪ユルモノト自得セシモノト看做ス可キヲ以テナリ

然レトモ亦事務管理ハ屢々管理者ノ厚意ニ出テ本人不在等ノ爲メ現場止ムヲ得サルニ因ル
ト多キニ在ルモノナレハ常ニ其管理者ヲシテ右ノ如キ嚴責ニ任セシムルキハ遂ニ事務管理
ヲ肯ニスル者アラサルニ至ル可シ故ニ法律ハ事務管理者ノ過失若クハ懈怠ヨリ生シタル損
害ノ賠償ヲ量定スルニ當リ裁判官ニ其事情ヲ斟酌スルヲ得セシムル所以ナリ