

財産中最モ廣大鞏固ノ權ナリト云フニアリ而シテ其制限タルヤ新法前ニモ多
少之アリシヤ疑ナシ新法ノ地役ハ新法實施ノ後直チニ一切ノ土地ニ適用スト
ノ原則ハ實ニ此所有權ノ性質ニ存スルモノト知ル可シ
此ノ如ク漠然タル論述ヲ爲ストキハ新法ニ設ケタル地役ハ新法實施ノ後直チ
ニ一切ノ土地ニ適用セサル可ラス殆ト之ヲ論スルノ必要ナキカ如シ然レトモ
是唯タ原則ノミ他ニ特ニ論究ヲ要スル場合少ナカラス請フ下ニ講述スル所ニ
就テ知ルヘシ

第一節 法律ヲ以テ設定シタル地役

第一款 隣地ノ立入又ハ通行ノ權利

第一 隣地立入ノ權

第二百十五條ニ依レハ凡ソ所有者ハ土地ノ分界ニ於テ又ハ自己ノ土地ニ工事
ヲ爲シ得ル餘地ナキ距離ニ於テ牆壁若クハ建物ヲ築造シ又ハ修繕スル爲メ隣
地ニ立入ルヲ求ムルコトヲ得

此權ハ從來ノ所有者ニモ亦タ存セリト云フ是レ事物自然ノ理ニ於テ然ラサル
可ラス蓋シ土地ノ分界ニ於テ又ハ自己ノ土地ニ工事ヲ爲シ得ル餘地ナキ距離
ニ於テ牆壁若クハ建物ノ築造又ハ修繕ヲ爲サンニハ其隣地ニ立入ルニ非ラサ
レハ爲スコト能ハサレハナリ
然レトモ此權タル之ヲ行フニ付テハ新法ニ定メタル若干ノ制限ニ從ハサル可
ラス其一タル第二百十六條第二項ニ曰ク「如何ナル場合ニ於テモ隣人ノ承諾ア
ルニ非サレハ右工事ノ爲メ其住家ニ立入ルヲ得ス縱令其修繕ヲ要スル建物
カ隣人ノ住家ニ連接スルモ亦タ同シ」ト是ニ由テ之ヲ見レハ立入ハ必ス土地ナ
ラサル可ラス建物ノ中ニ入ルコトヲ得ス若シ之ニ入ラント欲セハ隣人ノ承諾
ヲ得サル可ラス

此立入ノ權ハ現時亦タ之ヲ認ムルト雖トモ其制限ニ至テハ新法ノ如ク完全ナ
ラサルカ故ニ隣地ニ建物アル場合ト雖トモ裁判所ハ或ハ之ニ立入ルコトヲ認
許スル者ナキニ非ラス果シテ今日建物ノ中ニ入ルヲ得ルト爲サンカ(余ハ立入
ルコトヲ得ト假定ス)新法實施ノ時ニ至ルモ尙ホ其建物中ニ入ルヲ得可キカ曰

ク其建物ニシテ實施前ニ建築シタルモノナルトキハ實施以後ニ於テモ亦タ立入ルコトヲ得ト信ス蓋シ隣人ヲシテ立入ヲ得サラシメントナラハ必スヤ隣地ニ若干ノ距離ヲ存シテ築造セサル可ラス然ルニ之ニ接著シテ築造セシハ其立入ヲ否拒セサルカ爲メナルコト知ル可シ(注意)隣地ノ建物中ニ立入ルニ非ラサレハ築造修繕ヲ爲スコト能ハスト云フハ其隣地ノ建物カ分界線ニ接著シ又其築造修繕キ場合ヲ相像スルヲ要ス加場所ト分界線トノ間工事ヲ爲ス餘地ナク距離ナキ場合ヲ相像スルヲ要ス之ナラス建物ヲ築造スルニ當テハ分界線ヨリ相當ノ距離ヲ存スルコトヲ要スルハ日本古來ノ慣習ナリ第二百五十七條ニ其建物ト土地ノ分界線トノ間ニハ其地方ノ慣習ニテ定マリタル尺度ノ距離ヲ存スルコトヲ要スト爲セシハ從來ノ慣例ニ據テ規定セシモノナリ然ルニ其距離ヲ存セス餘地ヲ置カス接著シテ以テ築造シ古來ノ慣習ニ反セシハ取モ直サス其家屋ニ立入ルコトヲ承諾シタルノ明證ニ非ラサヤ是故ニ實施以後ニ於テモ尙ホ立入ルコトヲ得サル可ラス

第二 隣地通行ノ權

民法ハ第二百十八條以下ニ於テ袋地ノ所有者ノ隣地ヲ通行スルノ權ヲ附與シタリ

此地役タルヤ亦タ止ムヲ得サルノ理ニ出ツルモノニシテ從來ノ法律ニ於テ此規定ナカリシトスルモ習慣アリシヤ余ノ疑ハサル所ナリ但シ新法ノ規定ニ依レハ此權利ニ多少ノ制限アリ即チ二種ノ償金ヲ拂フコト是ナリ第二百十八條ハ此制限ヲ明示センカ爲メ或ル土地カ他ノ土地ニ圍繞セラレテ袋地ト爲リ公路ニ通スル能ハサルトキハ圍繞地ハ公路ニ至ル通路ヲ其袋地ニ供スルコトヲ要スト規定シタル下段ニ於テ但下ニ記載シタル如ク二様ノ償金ヲ拂ハシムルコトヲ得ト記セリ請フ此償金ヲ一言セン

其一變更ニ對スル償金、通行權ヲ行フカ爲メ承役地ハ建物又ハ樹木ヲ取除キ又ハ變更(通路ヲ設クルカ爲メ)地ヲ開キ又ハ埋メ若クハ橋梁ヲ架スルカ如キ)セシムル必要アルトキハ一回限ノ償金ヲ其承役地ノ所有者ニ辨償セサル可ラス

(第二百二十條第二項)是レ法律ニ定メタル制限ノ第一償金ナリトス此償金ハ後來如何ナル事情ノ生スルモ承役地ノ所有者ハ之ヲ返還ニ及ハス故ニ後日袋地ノ止ミシカ爲メ通行ヲ廢スルニ至ルモ要役地ノ所有者ハ其償金ノ返還ヲ要求スルコトヲ得是レ第二ノ償金ト異ナル點ナリ

其二、減利益ニ對スル償金、通行權ノ爲メニ承役地ノ使用又ハ耕作ヲ減シ及ヒ永ク其地ノ價格ヲ減スルニ付テハ償金ハ毎年之ヲ辨償ヒサル可ラス(第二百二十條第三項)此毎年ノ償金ノ義務ハ袋地ノ止ミタルトキハ消滅スルモノトス(第二百二十一條第一項)

此第二ノ償金ヲ毎年拂フ可キモノト爲セシハ將來袋地タルコトノ止ミテ通行路ヲ廢スルコトアルヲ豫想シタルニ因ルナリ蓋シ嘆稱ス可キ當今諸般ノ改良ニ伴ヒ今日袋地タル土地モ明日ハ忽チ袋地タラサルニ至ルコトアリ此時ニ當リ其通行ヲ廢スルニモ拘ハラス尙ホ其償金ヲ拂フ可キモノト爲スハ亦タ條理ニ悖ルト云ハサル可ラス故ニ之ヲ毎年拂フ可キモノト定メ其袋地ノ止ミタルトキハ通行權ト共ニ毎年償金ノ義務ハ從ヒテ消滅スト爲スハ事條理ニシテ且便宜ナリトス

第一ノ償金ハ從來モ亦タ之アリシト雖トモ第二ノ償金ニ至テハ嘗テ之ナカリキ是ヲ以テ第二ノ償金ニ付テハ法典制定ノ當時立法官ノ間ニ頗フル議論アリシナリ

此第二ノ償金モ亦タ新法實施ノ後ニ至ラハ必ス拂ハサル可ラサルカ曰ク實施以前ニ設ケタル通行權ハ之ヲ拂フニ及ハス但シ合意アルトキハ之ヲ遵守セサル可ラス

新法ハ償金ノ拂方ニ付キ尙ホ一ノ方法ヲ規定セリ即チ毎年拂フハ煩累ナルヲ以テ最初一度ニ拂ヒ置クコトヲ約スルカ又ハ年賦ニ拂フノ約ヲ半途ニ解除シテ一度ニ拂盡スコトトスル是ナリ孰レノ場合ヲ問ハス一度ニ拂ヒシ場合ニハ後ニ袋地タルコト止ミテ適行ヲ廢シタルトキハ之ヲ受取りタル承設地ノ所有者ハ其元本ノ金額ヲ全ク返還セサル可ラス(第二百二十二條)但シ反對ノ合意アルトキハ格別ナリ

此規定ハ實施以前己ニ一度ニ拂ヒシ償金ニ適用スルコトヲ得ス故ニ實施以前通行權ヲ設定シ其損害ノ賠償金トシテ一度ニ若干ノ金額ヲ拂ヒタルトキハ實施ノ後ニ至リテ其袋地タルコト止ミテ通行ノ必要ナキニ至ルモ所有者ハ其金額ヲ返還スルニ及ハサルナリ

第二款 水ノ疏通、使用及ヒ引入

水ニ關スル地役三アリ此中第一ノ地役ハ人工ニ出ツルニ非スシテ自然ニ出ツルモノナリ即チ雨水及ヒ泉水ノ如キ是ナリ是等ノ點ニ付テハ新法ハ唯タ從來存セシモノニ從ヒテ規定セシノミニシテ決シテ新設ノ制定ヲ爲シタルニ非ラサルナリ蓋シ雨水泉水ノ如キハ固ト是レ天然ノモノ人爲ノ如何トモスル能ハサル所ナリ故ニ低地ノ所有者ヲシテ人工ニ由ラスシテ自然ニ高地ヨリ流下スル雨水及ヒ泉水ヲ承クル義務ニ服セシムルモ要役地ヲシテ償金ヲ拂ハシムルノ義務ヲ負ハシメス

泉水及ヒ雨水ヲ承クルノ地役ハ自然ノ狀体ヨリ生スルモノナルカ故ニ佛蘭西民法ハ之ヲ稱シテ土地ノ位置ヨリ生スル自然ノ地役ト云ヘリ寔ニ然リ然レトモ縱令自爲ノモノトハ云ヒ法律ノ保護ヲ受ケサル可ラス是ヲ以テ日本民法ハ法定地役ニ編シタリ

天然ニ成ルト雖トモ人工ニ由テ出ツルモノアリ吹抜ノ如キ即チ是ナリ吹抜ノ

水タルヤ天然ナリ然レトモ之ヲシテ噴キ上ケルニ至ラシメタルハ即チ人爲ニ因レリ此水ノ噴出スルニ至リタルハ人爲ナリト雖トモ其水ハ固ト天然ナルヲ以テ地役權ヲ得ント主張スルコトヲ得可キカ今日ノ有様ニ就テ見ルトキハ此吹抜ノ水ヲ隣地ニ流下スルコトヲ得ス自己ノ土地内ニ溜池等ヲ以テ之ヲ湛ヘサル可ラサルカ如シ然レトモ新法ハ此水ニ付テモ尙ホ地役ヲ設ケタリ余ノ所見ニ依レハ今日ト雖トモ隣地ヲシテ此水ノ流通ヲ受クルノ義務ニ服ヒシメサル可ラス何トナレハ之ヲ自己ノ土地ニ貯フルモ必スヤ一タヒ佗ニ流通セサル可ラサレハナリ併シ之ヲ疏通スルニハ供役地ニ賠償ヲ爲サ、ル可ラス此事ニ付テハ新法ハ特ニ規定スル所アリ

人工ニ由リ出ツル水ヲ疏通セシムルコトハ暫ク措キ天然水ノ流下ニ付キ一言説明セサル可ラス

泉水又ハ雨水ノ高地所有者ハ之ヲ低地ニ流下スルコトヲ得ルト雖トモ又之ヲ貯ヘテ自己ノ土地ノ爲メニ使用スルコトヲ得必ス之ヲ低地ニ流下セサル可ラサル義務アルニ非ラサルナリ(第二百二十七條)然レトモ其水カ一町村又ハ一部

落ノ住民ノ家用ニ必要ナルトキハ其水ノ不用ノ部分ヲ必ス流下セサル可ラス
是ヲ以テ高地ハ或ハ要役地トナリ又或ハ供役地トナル即チ其權利ニ因リ流下
スル場合ニハ要役地トナリ一町村一部落住民ノ爲メ流下スルトハキ供役地トナリ
但シ町村又ハ住民ノ爲メニ流下スルトキハ賠償金ヲ要ムルノ權アリ(第二百二
十八條)併シ賠償金ノ有無ハ供役地タルノ性質ヲ妨ケス

現時泉源ノ所有者ハ之ヲ己レノ土地ニ貯ヘ町村又ハ住民ニ與ヘサルコトヲ得
ルト雖トモ新法實施ノ時ニ至ルモ舊法ニ此義務ナキヲ主張シテ之ヲ肯シセサ
ルコトヲ得可キカ曰ク然ラス余カ屢々説明シタル所ノ所有權ハ法律ノ制限ヲ
受ケサル可ラストノ原則ニ從ヒ町村又ハ住民ヲシテ汲取ラシムルノ地役ニ服
セサル可ラス

又他尙ホ一ノ地役アリ即チ第二百三十三條ニ規定スルモノ是ナリ此地役ハ右
ノ地役ト反對ノ地役ナリ即チ自己ノ土地外ニ在ル天然又ハ人工ノ水ヲ用ユル
權ヲ有スル所有者カ家用又ハ農工業用ノ爲メ其水ノ通過ヲ中間ノ土地ニ求ム
ルトキハ其中間ノ土地所有者ハ必ス其水ヲ通過セシムルノ義務ニ服セサル可

ラス但シ中間ノ土地所有者ニ償金ヲ拂ハサル可ラス

此地役ハ新法實施ノ後直チニ行ハル可キモノトス是亦タ所有權ハ制限ヲ受ケ
サル可ラストノ原則ニ從フモノナリ

又尙ホ一ノ地役アリ第二百三十四條ニ規定スル餘水又ハ惡水ノ疎通ヲ承ク可
キコト是ナリ同條ニ曰ク「低地ノ所有者ハ浸水地ヲ乾カスニ因リ出水ノ疎通ノ
爲メ及ヒ家用又ハ農工業用ノ餘水ノ排泄ノ爲メ公路、公流又ハ下水道ニ至ルマ
テ其通路ノ責ニ任スト夫レ此利益ハ甚タ廣大ナルヘキハ言フ俟タサルナリ但
シ第二項ニ曰ヘルカ如ク家用又ハ農工業用ノ爲メニ變質シタル水ハ地下ニ非
ラサレハ通過セシムルコトヲ得ス蓋シ家用其他器械等ニテ使用シタル水ハ變
質シ又ハ腐敗シテ人ノ健康ニ害アレハナリ

此水ヲ低地ニ通過セシムルニ付テハ賠償ヲ拂ハサル可ラサルハ勿論ナリ此地
役タルヤ佛國ニ在テハ五十年前始メテ設定シタルモノナリ而シテ佛ニ之ヲ設
ケタルハ其國南方ト北方トハ各々地質ヲ異ニスルカ爲メ各地異ナル地役ヲ設
クルノ必要アルニ由レリ即チ南方ハ土地高燥ニシテ水ハ遠山ヨリ引クニ非ラ

サレハ使用スル能ハス故ニ中間ノ土地ヲシテ其引水ノ通過ニ服スルノ義務ヲ負ハシムルノ必要ヲ生ス之ニ反シ北方ハ土地浸濕之ヲ乾カスカ爲メ水ヲ排泄セサル可ラス故ニ低地ノ土地ヲシテ其通過ヲ受ケルノ地役ニ服セシムルノ必要ヲ生セリ日本ニ於テモ亦タ此ノ如キ土地アルトキハ此地役ノ必要ナル言ヲ俟タサルナリ

第三款 經界

世間經界ニ關スル爭訟多シ必ス之ニ關スル法律ナカル可ラス從來經界ニ關スル法律又ハ慣習ノ存セシヤ必セリ加之經界ヲ定メントカ爲メ相隣者ヲ強ユルコトヲ得タリシヤ余ノ疑ハサル所ナリ併シ之ヲ定ムルニ當テハ相隣者ヲシテ之ニ立會ハシムル位ノコトニシテ其費用ニ至テハ請求者ノミ之ヲ負擔シ相隣者ト分擔スルコトヲ得サリシナラン新法ハ獨リ之ヲ強請スルヲ得ル而已ナラス相隣者ヲシテ其費用ヲ分擔セシムルコトヲ得ト爲セリ

經界ヲ定ムルトハ土地ノ隅々ニ樹石杭栽ノ如キ標示物ヲ以テ其連接シタル所

有地ノ經限ヲ立ツルコトナリ此標示物アル處カ即チ經界ナリト推定スルハ一般ノ法則ナリトス

此標示ヲ樹ツルニ付テハ多クノ費用ヲ要スルコトアリ蓋シ此經界タル樹木杭栽ヲ立ツルノ一事ナラハ左マテ多額ノ費用ヲ要セスト雖トモ之ヲ爲スニ當リ土地ヲ量リ坪數ヲ定ムル等ノ爲メ少ナカラサル費金ヲ要スルコトアレハナリ今日ニ在テ經界ヲ定メント要ムル者アルニ當リ相隣者之ニ對シ汝ノ勝手ニ定メヨト云フトキハ其費用ハ之ヲ請求シタル者一人ニテ負擔セサル可ラス唯タ相隣者之ニ應シ共ニ坪數等ヲ量リシカ如キ場合ニ之ヲ負擔セシムルヲ得可キノミ然ルニ新法ハ當然相隣者ニ分擔セシムルコトト爲セリ是故ニ新法ニ從フトキハ之ヲ要メタル者ニ利益アリ

經界ハ家屋ニ付テハ必要ナラス唯タ土地ニ付テ必要アルノミ(其土地ニ土塀垣柵等ノ圍繞アルトキハ亦タ必要ナラス)而シテ其土地ハ如何ナル土地タルヲ問ハス實施ノ後ハ直ニ適用サル可キモノナリ

第四款 圍繞

圍繞ハ經界ヲ定メタル後ニ成ルモノニシテ或ハ土石竹木等ヲ以テス而シテ此圍繞ノ目的ハ人又ハ獸類ノ入ラサルカ爲メニシテ經界ニ比スレハ一層ノ手數ヲ要スルモノナリ是亦タ互ニ強要スルコトヲ得

圍繞ハ如何ナル土地ニモ設クルコトヲ得ルモノニ非ラス建家ト建家トノ間ニ地面アリテ其地面カ經界ナルコトヲ要ス建家ト建家トノ間ナル條件ヲ具フル土地ナルトキハ何レノ地ト雖トモ適用セサル可ラス佛蘭西ニ於テハ田野地役ニハ之ヲ適用セス筆記者曰ク田野地役トハ土地使用ノ爲メニ設定スルモノ之ヲ市中地役ト云フ是レ非難ヲ免レス縱令土地ノ爲メタルト建造物ノ爲メタルコトヲ問ハス苟モ家ト家トニ間マル土地ナラハ人モ侵入ス可ク獸モ侵入セ爲メニ爭ヲ生シ又ハ損害ヲ惹起スルコトアルヲ以テ何レモ皆ナ之ヲ設クルノ必要アリ

此圍繞ノ強要、費用ノ分擔ハ新法實施ノ後直ニ行ハル可キモノナリ

第五款 互有

互有ハ日本ニ於テ既ニ行ハレ來リタル所ナリ然レトモ是唯ターノ場合ニ在テ行ハレタルマテニシテ新法カ規定シタル他ノ一ノ場合ハ未タ行ハレサリシナリ請フ下ニ説ク所ニ就テ知レ

第一、相隣者共擔ノ費用ヲ以テ土地ノ分界線上ニ一ノ墻壁ヲ築造シタル場合此場合ニ於テハ相隣者ハ其手間費用ヲ出シテ作りタルモノナレハ其墻壁ノ互有者タルコト明瞭ニシテ新法カ相隣者ニ互有權アリト爲セシハ從來ノ定メヲ其儘採用シタルモノニシテ決シテ創設ニ係ルニ非ラサルナリ尤モ之ヲ互有スルノ方法ニ付テハ稍々舊時ノ定メヲ變更シタルモノアルヤ知ル可ラスト雖トモ此變更ハ未タ以テ創設ヲササルヲ妨ケス

余ハ此互有ノ日本ニ於テ盛ニ行ハレタリシヤ否ヤヲ知ラスト雖トモ決シテ之ナキニ非ラス又稀ナルニ非ラサル可キハ自ラ信シテ疑ハサルナリ現ニ東京銀座街ニ間々見ル所ノ墻壁ノ如キハ概子雙方ノ費用ヲ以テ築造シタルモ

民法原理(法律不溯及論)

ノナラン

互有ハ獨リ墻壁ノ類ノミニ限り行ハル、ニ非ラス通路溝渠、井戸ノ如キモ亦タ互有タルコトヲ得、井戸ノ如キハ經界線上ニ之ヲ穿テテ相隣者ノ互有ト爲シ以テ之ヲ使用ナサハ其利益ヤ大ナリ

此互有ニ付テ二箇ノ問題ヲ掲クルコトヲ得

此二問題中其一ハ法律ノ明文ヲ以テ己ニ之ヲ斷言セリ本編第三十九條末項ニ規定スル所ノモノ即チ是ナリ同項ニ曰ク右ノ規定ハ數箇ノ所有地ニ共通ナル通路、井戸、籬壁、溝渠ノ互有ヨリ生スル共有權ニ之ヲ適用セスト凡ソ共有權ハ分割ヲ請求スルヲ得ルヲ以テ本性トス然ルニ互有ニ係ル場合ニハ其互有ナリ共有權ハ分割ノ請求ヲ許サス同項ノ規定スル所即チ是ナリ

此規定即チ互有ハ分割ヲ請求スルヲ得ストノ法則ハ新法實施以前ニ成リタル互有權ト雖トモ實施以後ニ至テハ直チニ適用セラル可キモノナリ

此互有ノ場合ニ分割ヲ許サハル規定ヲ爲シタルハ毫モ既得權ヲ害スルモノニ非ラス却テ當事者ノ意思ニ適合スル者ナリ何トナレハ元來當事者カ此互有權

ヲ創設シタル所以ハ長ク共有セント欲シタルニ由ルヤ知ル可シ其故他ナシ之ヲ分割スルトキハ何等ノ利益ナキノミナラス若シ分割スルノ意アリシナラハ初メヨリ互有ヲ爲サハレハシ是ヲ以テ此互有ヲ長ク繼續セシムル即チ當事者元來ノ意思ナルヤ明ナリ若夫レ之ヲ單純ノ共有權ノ如ク五年ヲ過クル時間共有ノ分割セサルコトヲ約スルヲ得スト爲サンカ當事者ノ意思ヲ無効トスルノミナラス契約自由ノ原則ヲ破滅スルニ非ラスシテ何ソヤ

他ノ一ノ場合モ亦タ已ニ法典ニ規定セリ其場合トハ即チ互有者ハ互有ノ墻壁ノ高サヲ増スコヲ得ル是ナリ例ヘハ双方ノ費用ヲ以テ一ノ墻壁ヲ築造シテ之ヲ互有スル場合ニ互有者ノ一方カ其墻壁ノ高サヲ増サント欲スルトキハ他ノ一方ノ承諾ヲ要スルハ現時ニ在テ原則タルカ如シ然ルニ新法第二百二十五條三項ハ敢テ其承諾アルコトヲ要セス一方カ欲スルトキハ隨意ニ高サヲ増スコトヲ得ト爲セリ併シ高サヲ増スモ之カ爲メニ相隣者ノ損害ヲ被ムルコトナシト雖トモ之ヲ増ス高キニ過クルトキハ墻壁ノ下部之ニ耐ヘスシテ遂ニ崩壞スルコトアリ此ノ如キ恐レアルトキハ相隣者(即チ互有者)ハ其工事ヲ故障スルコト

ヲ得可キハ當然ナリ是故ニ新法ニ於テモ亦、其、牆、壁、ノ、堅、牢、此、ニ、耐、フ、ル、ト、キ、ハ、
 父、自、費、ニ、テ、工、事、ヲ、加、ヘ、若、ク、ハ、改、築、ヲ、爲、シ、テ、堅、牢、ナ、ラ、シ、ム、ル、ト、キ、ニ、限、ル、ト、爲、セ
 リ故ニ互有者ノ一方カ法律ノ規定ヲ遵守シテ高サヲ増スニ當リ他ノ一方之ヲ
 拒ムハ損害ナキニ抗拒スルモノニシテ即チ惡意者タルニ外ナラサルナリ此規
 定モ亦タ新法實施ノ後直チニ適用セラル可モノナリ
 第一、相隣者ノ一人カ自己ノ費用ヲ以テ築造シタル後ニ他ノ一方ノ者其費用
 ノ半額ヲ償テヒ互有權ヲ得タル場合、是レ互有權ノアル可キ第二場合ナリト
 ス而シテ此方法ニ因ル互有ハ舊法ニ之ナキ所ナリ、第二百二十六條ニ曰ク「相隣
 者ノ一人カ石又ハ煉瓦ニテ土地ノ圍障又ハ建物ノ牆壁ヲ分界線ニ接シ又ハ此
 ヨリ一尺ニ滿タサル距離ニ於テ築造シタル時ハ他ノ一人ハ現時ノ相場ニテ材
 料及ヒ手間賃ノ半額ヲ償ヒテ常ニ其互有權ノ讓渡ヲ要求スルコトヲ得前條第
 三項ニ從ヒテ増築シタル牆壁ニ付テモ亦タ同シト」
 現時ノ有様ニ於テ考フルニ相隣者ノ一人カ圍障又ハ牆壁ヲ分界線ニ接シ又ハ
 一尺以内ノ距離ニ於テ築造スルモ他ノ一方ノ相隣者ハ其互有權ヲ強要スルコ

トヲ得サル可シ然ルニ新法ハ敢テ躊躇スルコトナク之ヲ許シタルハ稍々過激
 ナルカ如ク見ユ

法律ニ明記セルカ如ク此強制ノ互有ヲ許スハ其圍障又ハ牆壁カ石又ハ煉瓦ヲ
 以テ作りシ場合ニ限り木材等ヲ以テ作りシ場合ニハ之ヲ許サス蓋シ木材等ハ
 火難ニ罹ルノ恐アレハナリ

法律ニ於テ此互有權ノ強制讓渡ヲ許セシハ全ク經濟上ノ理由ヨリ出タルモノ
 ナリ蓋シ石又ハ煉瓦ヨリ成リタル所ノ圍障又ハ牆壁ハ之ニ支持シテ家屋ヲ建
 築スルモ決シテ損壞ヲ來タスノ恐ナキノミナラス二重ノ圍障牆壁ヲ作ルトキ
 ハ却テ費用ヲ倍蓰シ土地モ亦タ之ニ從ヒテ多ク要スルコトナリ經濟上毫モ
 事ニ益ナキナリ故ニ一箇ノ費用ヲ以テ築造シ之ヲシテ双方ノ互有ト爲シテ以
 テ兩便兩利ヲラシムルニ如カス

一得一失ハ數ノ免レサル所ナリ互有ニ一利アレハ又他ニ一弊ノ之ニ伴フモ
 ノアリ然レトモ其利ト其弊トヲ較量スルトキハ利益ノ弊害ニ優ルヤ遠シ之
 ヲ以テ斷然之ヲ許シタリ

既ニ互有タラシカ一方ノ者家屋ヲ取毀ツモ其牆壁ノ半分ヲ取去ルコトヲ得ス
縱令其半分ヲ取去ルトスルモ他ノ一方ニ屬スル分ヲ取殘サ、ル可ラス半ヲ取
去リ半ヲ取殘シ之ヲ取去ル者何ノ利益アルヤ半ヲ取殘サレタル者果シテ損害
ナキカ此ノ如キコトハ所有者ニ不都合ヲ與フルコト少ナカラサル余ノ言ヲ俟
タサルナリ

法文ニ曰ヘルカ如ク圍障又ハ牆壁ヲ分界線ニ接シテ築造シタル場合ノミナラ
ス其分界線ヨリ一尺ニ滿タサル距離ニ於テ築造シタルトキハ其互有ノ讓渡ヲ
強制スルコトヲ得故ニ其築造シタル後ニ相隣者トナリシ者ト雖モ亦タ之カ互
有ヲ強制スルコトヲ得ルナリ是ヲ以テ牆壁ノ築造者其強制ヲ免レント欲セハ
一尺以上ノ距離ニ於テ築造セサル可ラス

佛蘭西民法ハ分界線ニ接シテ築造シタル場合ニ非サレハ互有權ノ強制讓渡
ヲ許サス伊太利民法ハ一尺五寸ニ滿タサルトキハ之ヲ許セリ日本民法ハ之
ヲ折衷シタリ

一尺未滿ノ距離ニ於テ築造セシ場合ニ隣人其互有權ヲ得ルトキハ隣人ハ其一

尺未滿ノ地ニ恰モ占有權ヲ有スルカ如ク之ニ立入テ建築ヲ爲スコトヲ得然レ
トモ是レ唯タ地上權ヲ得ルニ過キス故ニ其建築シタル家屋カ消滅スルトキハ
其地上權モ亦タ消滅ス

此ノ如ク後ニ互有權ヲ得タル者ハ其一尺未滿ノ地ニ付キ地上權ヲ得ルヲ以テ
最初牆壁ヲ築造シタル者即チ互有權ヲ強要セラレタル者ニ毎年償金ヲ拂ハサ
ル可ラス(第二百二十六條第二項)

抑モ互有權ヲ得タル隣人ハ唯タ地上權ヲ得ルニ過キスト爲セシ所以ハ他ナシ
若シ償金ヲ以テ其他ノ所有權ヲ強要セラル、トキハ後日其牆壁ヲ存スルノ必
要ナキヨリ之ヲ取崩スニ至ルモ其所有權ハ已ニ隣人ノ所有ニ歸シ初ノ築造者
自己ノ地内ニ牆壁ヲ築造シタルカ爲メ隣人ニ所有權ヲ強奪セラル、ノ結果ニ
至ル此ノ如キコトハ正義公道ニ反スル而已ナラス地價ノ貴キ土地ノ所有者ニ
在テハ甚タ損失ヲ感ス可シ故ニ唯タ其地上權ヲ得セシムルノミ

此規定ハ新法實施後直チニ適用セラル可キモノナリ牆壁ノ所有者ハ此牆壁ハ
新法實施前ニ築造シタルモノナルヲ以テ新法ノ規定ニ從フ可キ道理ナシト抗

言スルコトヲ得蓋シ所有權ハ法律ノ制限ニ服セサル可ラサレハナリ
償金ニ付テモ亦タ直チニ適用サル可キモノトス

第六款 他人ノ所有地ニ對スル觀望及

ヒ明取窓

第二百五十八條ニ依レハ二箇ノ土地ノ分界線ヨリ少ナクモ三尺ノ距離アルニ
非サレハ建物ニ窓又ハ椽側ヲ設ケテ他人ノ所有地ヲ直線ニ觀望スルヲ得スト
セリ

此規定ノ趣意ハ漫ニ隣地ヲ見下シテ以テ隣人ヲシテ毎ニ其動作ヲ洞見セラル
、コトヲ厭ハサラシムルカ爲メノミナラス甚タシク隣地ニ接近シテ窓又ハ椽
側ヲ設ケルトキハ猥リニ隣地ニ物ヲ棄擲シ隣地ノ損害鮮ナカラサレハナリ
然レトモ必ス三尺ノ距離アルニ非サレハ家屋ヲ建テ之ニ窓ヲ設ケルコトヲ得
ストスルトキハ坪數ノ少ナキ土地ハ之カ爲メニ家屋ヲ建設スルコト能ハサル
コトアラン是甚タ不便ナリ故ニ此距離ノ制限ヲ遵守スルニ不便ナルトキハ分

界線上ニ突出スル目隠ヲ以テ窓ヲ蔽フコトヲ要ス

若シ又目隠ヲ設ケルコト能ハサルトキハ明取窓ヲ設ケルコトヲ得而シテ此明
取窓ハ其下部ヨリ床板マテ少ナクトモ六尺ト爲シ格子ヲ附着シ其格子目ハ一
寸以内ニ爲スコトヲ要ス蓋シ下部ヨリ床板マテ六尺ノ高サアルトキハ隣地ノ
害トナラサルナリ

新法實施ノ後ニ至リ新ニ窓牖ヲ開設セント欲スル者ハ新法ニ依リ其制限ニ從
ハサル可ラサルヤ言フ埃スト雖モ實施以前既ニ開設シタル窓ニシテ三尺ノ距
離ナク又六尺ノ高サナキモノハ實施ノ後ニ至リ隣人ハ之ヲシテ三尺ノ距離又
ハ六尺ノ高サニ改作セシムルコトヲ得可キヤ

第二百五十八條ヲ見ルニ同條ニハ、ハ、ハ、直線ニ觀望スルコトヲ得ストアリ此
一句ニ依リ余輩ハ左ノ如ク論決スルコトヲ得可シ曰ク建物ハ、箇様ノ窓ヲ有ス
ルヲ得スト蓋シ條文ハ汎博タリ故ニ其窓ノ位置タルヤ實施以前ノ設置ヨリ成
ルト實施以後ノ設置ヨリ成ルトヲ問ハス苟モ直線ニ觀望スルコトヲ得可キモ
ノナランカ隣人ハ當ニ之カ改作又ハ閉塞ヲ要求スルコトヲ得ヘシ之ヲ譬ヘン

カ學校カーノ教場取締規則ヲ設ケ講義中ハ教場ニ帽子ヲ戴クヲ得スト爲セシカ如シ夫レ此場合ニ於テハ其揭示ノ時以後ニ戴クコトヲ得サルハ勿論揭示前己ニ戴テ教場ニ在ル者ト雖モ此揭示ニ依リ之ヲ脱セサレハ犯則者タリ

第二百六十二條ニ於テモ亦タ右ニ類似ノコトヲ規定セリ即チ高サ三間ニ餘ユル竹木ハ分界線ヨリ六尺ニ滿タサル距離内ニ於テ之ヲ栽植シ又ハ保持スルコトヲ得ストリ此規定タル之ニ反對ノ習慣アレトキハ格別ナレトモ先ツ慣習ナキトキハ六尺ノ距離アルニ非サレハ栽植シ又ハ保持スルコトヲ得サルカ故ニ實施以前己ニ栽植シタル六尺未滿ノ距離内ニ於ケル竹木ハ實施後之ヲ六尺以外ノ距離ニ爲スコトヲ要ス蓋シ下部ヨリ床板マテ六尺ノ高サアルトキハ隣地ノ害トナラサルナリ

新法實施ノ後ニ至リ窓ヲ設ケントスル者ハ新法ノ規定ニ從ハサル可ラサルコトハ言フ埃タスト雖モ實施以前己ニ設ケラレタル窓ニシテ三尺ノ距離ナク又六尺ノ高サナキモノハ實施ノ後ニ至ラハ之ヲ三尺ノ距離又ハ六尺ノ高サニ改メシムルコトヲ得ルヤ

先ツ第二百五十八條ヨリ講究ヲ始メンニ同條ニハ直線ニ觀望スルコトヲ得ストアリ此一句タル佛文草案ニハ建物カ此様ノ窓ヲ設クルコトヲ得スト記載セリ試ニ之ヲ譬ヘンカ

第二百五十八條ハ本條ノ如キ保持スルコトヲ得ストノ文字ナシト雖モ其趣ハ同一ナルノミナラス地方慣習ノ存スルトキハ其慣習ニ從フノ明文ナキヲ以テ新法實施後ハ之ヲ新法ノ制限内ニ改メ作サ、ル可ラス(現民法第二百五十八條ト第二百六十二條トハ稍々異ナル所アルカ如ク記載セラレタリト雖モ其本義ル佛文草案ニハ此二條ハ殆ト同一ナル記載ヲ爲シタリ先生ハ佛文草案ニ依リ二條同一文ト假定シテ講說ス諸君之ヲ諒セヨ)

此ノ如ク從來ノ建物ニシテ新法ノ制限ニ適合セサル諸窓ハ新法實施後新法ノ制限ニ改ム可シトナストキハ所有者ハ甚々不利タル可キカ故ニ之ヲ其儘認許シテ有効タラシムルハ其當ヲ得タルモノ、如シト雖モ其認許ヲ法文ニ原則トシテ掲グルコトヲ得ス但シ後來ノ立法者ニ於テ從來ノ窓ハ認許スル旨ヲ定ムルモ不可ナシ然レトモ之ヲ認許スルニ當テハ果シテ實施前ニ成リタル窓ナ

ルカ將タ實施後ニ設ケタル窓ナルヤニ付キ紛争ヲ生セサラシムルカ爲メ從來ノ窓ナリト唱フル者ヲシテ十分ノ證據ヲ舉ケルノ責ニ任セシムルコトヲ要ス

新法ヲ直チニ適用スルニ付テハ尙ホ一ノ理由ヲ示スコトヲ得即チ從來ノ窓ハ新法實施ニ至ルモ之ヲ改ムルニ及ハスト爲ストキハ新法ノ制限ニ從ハサランカ爲メ實施ノ時ニ至ルマテノ間ニ劇シク窓ヲ設クルヤ知ル可ラス苟モ此ノ如クンハ新法ハ終ニ數十百年ノ後ニ至ルモ其効用ヲ全フスル能ハス故ニ實施ノ時ニ至ラハ直チニ適用セサル可ラス

本款ニ關スル不遑及原則ノ適用如何ハ十分確メ置カサル可ラス次款ニ於ケル樹木ノ如キハ從來ノ慣習ニ反セスハ新法ニ反スルモ尙ホ有効タルヲ以テ其儘保持スルヲ得ト雖モ第二百五十八條ノ如キハ慣習ニ從フコトヲ得サルカ故ニ新法實施ノ時ニ至ラハ新法ヲ適用ス可カ將タ從來ノ情況ニ從フ可キヤ其事實問題ヲ生スル蓋シ少ナカラサルヘシ然レトモ觀望窓タル明取窓タルトヲ問ハス窓ハ凡テ人ノ健康ニ關係スル大ナルヲ以テ勉メテ之ヲ開設セシムルコ

トヲ要ス故ニ前已ニ一言シタル如ク六尺ノ距離ヲ要ストノ制限ニ對シ又左ノ二制限ヲ付セリ

- 第一 下部ヨリ床板マテ六尺ノ高サアレハ六尺ノ距離ナシト雖モ妨ナシ
- 第二 目隠ヲ以テ窓ヲ蔽ヘハ六尺ノ距離ナシト雖モ妨ナシ

前諸款ニ共通ナル規則

第二百六十五條ハ前諸款ニ説明シタル所ノ法定地役ノ規定ハ公ノ法人タル國、府縣、市町村ノ財産ニ適用ス可キヤ否ヤヲ斷定セリ

嘗テ説述シタルカ如ク國、府縣、市町村ノ財産ニハ公有ト私有トノ區別アリ此區別ニ從ヒ法定地役ノ規定ヲ適用ス可キモノアリ又適用ス可ラサルモノアリ其私有ニ係ルモノ即チ毎年金錢上ノ收益ヲ與フル所ノ財産ニハ働方及ヒ受方ニテ法定地役ノ規定ヲ適用スヘキモノトス

公有財産ニ至テハ私有財産ト稍々異ナル所アリ然レトモ其働方即チ地役ノ利益ヲ受クル方ニ於テハ凡テ法定地役ノ適用ヲ受クルモノナリ受方ノ地役ニ至

テハ原則トシテ其適用ヲ受クト雖モ或ル二箇ノ場合ニハ其適用ニ服セス所謂
二箇ノ場合トハ水ノ疏通及ヒ互有者ノ要求權即チ是ナリ

斯ノ法人ノ財産ニ付キ設ケタル規定ハ不溯及原則ノ適用ナルヤ否ヤ是レ論究
セサル可ラス

法人ノ財産ト雖モ新法實施ノ後ニ至テハ新法ノ制限ニ服從セサル可ラサルコ
ト明ナリ

今新法前ニ在テ看察スルニ公ケノ法人カ隣人ト契約シテ地役ニ服シ又ハ服セ
サルコトヲ定メ置クトキハ其契約ヲ遵守ス可キヤ疑ナシト雖モ其契約ナキト
キハ如何例ヘハ茲ニ公有財産ニ屬スル土地ニ隣地ヲ自由ニ觀望スルノ建物ヲ
築造シタリトセンカ舊法ニハ別ニ三尺ノ距離ヲ要スルノ制限ナク殆ト默許シ
タルカ如シ此默許様ノ觀望窓ハ新法實施ノ時ニ至リテハ之ヲ改メ若クハ蔽ハ
シムルコトヲ得可キヤ

曰ク公有財産ト雖モ亦タ一私人ニ屬スル財産ト同一ノ斷定ヲ爲サ、ル可ラス
法律ニ依レハ直線ノ觀望窓ハ分界線ヨリ三尺ノ距離アルニ非サレハ設クルコ

トヲ得ストアルヲ以テ新法實施後新ニ此制限ヲ超エテ作ルヲ得サルノミナラ
ス既ニ設ケタル新法制限外ノ窓ハ之ヲ改メサル可ラス

法定ノ地役ヲ公有財産ニ適用スルハ法律ヲ既往ニ溯ラシムルニ因ルニ非スシ
テ所有權ハ法律ノ制限ニ從ハサル可ラストノ原則ニ依ルモノナリ縱令公ケノ
法人ニ屬スル所有權ト雖モ法律ノ制限ヲ受ケサルコトハ毫モ一私人ニ屬スル
所有權ト異ナルヘキモノニ非サルナリ

是故ニ公法人ニ屬スル土地竹木ノ如キモノト雖モ法律ノ制限シタル高サヨリ
高ク距離ヨリ近キトキハ之ヲ伐ラシメ若クハ移サシムルコトヲ得此事タル獨
リ理論ノミナラス法律ハ栽植スルコトヲ得スト記シタル上尙ホ保○持○スルコト
ヲ得スト記セリ

余ハ公法人ノ財産ニシテ地役ニ關スル特別ノ合意アルトキハ其合意ニ從フ可
シト曰ヘリ請フ其一例ヲ示シ置カン

互有ハ從來存セサルヲ以テ暫ク措キ水ノ疏通ニ就テ之ヲ云ハンカ甲地ノ所有
者其土地ヲ乾カスカ爲メ又ハ農工業用ノ餘水ヲ排泄スルカ爲メ其隣地ノ公法

人ト特約シ公法人ハ其水ノ疏通ヲ受クルノ責任ヲ約シタルトキハ新法實施ノ後ニ至ルモ其特約ニ從ハサル可ラス

第二節 人爲ヲ以テ設定シタル地役

第一款 地役ノ性質及ヒ種類

人爲ヲ以テ設定スル地役中第一款ニ掲クル所ノモノハ權利ヲ附與スルモノニ非ラス又權利ヲ減殺スルモノニ非ス唯タ人爲ヲ以テ設定スル地役ノ性質及ヒ種類ヲ記シタルノミ案スルニ舊法ニ於テハ別ニ人爲地役ノ性質及ヒ種類ヲ明記シタルモノナシト雖モ實際ニ於テ之アリシヤ必セリ新法ハ唯タ之ヲ顯示シタルニ過キスト云フモ可ナリ是故ニ人爲地役ノ性質及ヒ種類ニ付テハ敢テ議論ノ生スルコトナカラシ

例ヘハ第二百六十七條ニ地役ハ不動産ノ所有權カ何人ニ移轉スルモ働方受方ニ於テ其不動産ニ從トシテ附着ストアリ是レ地役ハ所有權ノ從タル物權タルカ故ニ然ルモノニシテ所有者タル人ノ變更アルモ地役ハ依然存セサル可ラス而シテ其此ノ如クナルモ爲メニ所有者ノ權利ヲ減殺シ又増加スルコトナシ又同條末項ニ働方ノ地役ハ要役地ヨリ分離シテ之ヲ讓渡シ賃貸シ又ハ抵當ト爲スコトヲ得ス又地役ノ上ニ地役ヲ設定スルコトヲ得ストアリ是レ地役ノ性質自ラ然ラサル可ラス舊法ト雖モ蓋シ又此ノ如キノミ併シ舊法トハ些小ノ點ニ於テ差異アリシナラシ即チ舊法時代ニ於テハ地役權ヲ他人ニ貸與スル等ノコトアリシヤ知ル可ラス例ヘハ汲水ノ權ノ如キ要役地ノ所有者ハ其土地ニ居ラサルコト、ナリテ他人ニ其權ヲ貸與シテ以テ汲取ラシメタルコトアラン新法ハ此ノ如キコトヲ認メスト雖モ舊時已ニ斯ル地役ノ設定存スルアラハ之ヲ有効トシテ實施後其命脈ヲ保タシメサル可ラス

又第二百十八條第一項ニハ地役ハ不動産カ數人ノ共有ニ屬スルトキハ其一人自己ノ持分ニ付要役地ニ地役ヲ失ハシメ又承役地ニ之ヲ免レシムルコトヲ得サルニ因リテ之ヲ不可分トストアリ此不可分ハ地役ノ性質ヲ云ヒタルニ過キス舊法モ亦タ此ノ如ク認メタリト云ハサル可ラス

要役地ノ所有者ハ占有訴權ト本權訴權トノ二ヲ有ス此訴權中占有訴權ハ實ニ新法ノ創設ニシテ舊法ニ於テハ其影タモ認ムルコト能ハサリキ然レトモ此權利タル地役權ヲ有スル土地ノ所有者ニ附與シタル一ノ擔保ニ過キサレハ之カ爲メ他人ノ權利ヲ害スルコトナシ故ニ此訴權ハ新法實施ト共ニ直チニ適用スルコトヲ得

此占有訴權ニ付テハ此處ニ論究ス可キ一問題アリ即チ占有訴權ヲ行フニハ其占有ノ滿一今年以來繼續スルコトヲ要ス(第二二三條)夫レ此一今年以來ノ條件ハ新法實施ノ時ヨリ以後ニ存スルコトヲ要スルカ將タ又舊法ノ時已ニ一年ヲ繼續セハ足レリト爲ス可キカ是レ講究セサル可ラス

此一年ナル期間ハ新法實施ノ時ヨリ起算セサル可ラス蓋シ占有訴權ハ新法ヲ以テ創設附與シタル權利ナリ然ルニ新法以前ノ占有時間ヲ計算スルトキハ相手方ニ一ケ年ヲ經ルヲ要スルコトヲ示サスシテ早已ニ不利ヲ與フルニ至レハナリ加之ノミナラス地役ニ關スルト所有權ニ關スルトヲ問ハス一年以上繼續シテ占有スルニ因リ權利ヲ生スト爲スニハ明確ニ之ヲ人ニ示シ置カサル可ラ

ス然ラサルトキハ云フ可ラサルノ結果ヲ生セン蓋シ地役ニ類スルノ行爲ヲ寬宥シテ看過シタルカ爲メ終ニ占有ナリト主張シテ其權利ヲ稱フルニ至ラン是豈ニ人ノ安セサル所ニ非スヤ故ニ曰ク實施後一年以上繼續シタル占有ナルコトヲ要スト

又本款ノ末二條ハ聽許法ニ非ス命令法ニ非ス又禁止法ニモ非ス隨テ權利ノ消長ニ關スルコトナシ唯タ地役ノ區別ヲ示シタルニ過キス是ヲ以テ敢テ之ヲ論スルノ要ナシ

第二款 地役ノ設定

新法實施以前ニ於テ地役ハ合意又ハ遺言ヲ以テ設定スルコトヲ得タリ是レ固ヨリ當然ニシテ敢テ新法ニ於テ此方法ヲ改ム可キノ必要ナシ故ニ新法ハ第二百七十五條ニ於テ合意又ハ遺言ヲ以テ設定スルコトヲ得ト記シテ以テ之ヲ顯示セリ

第二百七十六條ハ時効ヨリ生スルコトヲ得可キ地役ト否トノ區別ヲ示セリ即

チ繼續且ツ表見ノ地役ハ時効ニ因リ設定スルコトヲ得不繼續且ツ不表見ノ地役ハ時効ニ因リテ設定スルコトヲ得ス(第二百七十八條)考フルニ舊法ニ於テハ何レノ地役ト雖モ時効ニ因リテ設定スルコトヲ得サリキ
此時効ハ時効法一般ノ規則ニ依リ正權原ニシテ三十年ヲ經ルコトヲ要ス(善意ナルトキハ十五年)

此時効ノ時間ハ舊法ノ時已ニ經過シタル時間ヲ算入ス可キヤ曰ク舊法ノ時ニ在テ經過シタル時間ハ之ヲ算ス可ラス其理占有訴權ニ於テ論シタル所ト同一ナリ

法定ノ地役ハ法律ヲ以テ命シタル所有權ノ制限ナルヲ以テ直チニ新法ヲ適用セサル可ラスト雖モ人爲ノ地役ハ人意ヲ以テ設定シタルモノナルカ故ニ已得ノ權利ナキニ非サルヨリハ當然新法ヲ適用スルコトヲ得ス

第二百七十七條ハ一ノ地役設定ノ原因ヲ規定セリ、本條ニ規定スル所ハ恰モ暗黙ノ合意アリシ場合ノ如ク地役ヲ設定ス可キ狀況ニ在ルニ因リ終ニ地役ノ生スルニ至レルモノナリ曰ク「初メ一人ノ所有ニ屬シタル二箇ノ土地カ不分ノ時

既ニ繼續且表見ノ地役ノ成立ス可キ位置ヲ爲シ其分離ノ時此形狀ヲ變更セス又之ヲ變更スルコトヲ要約セサリレトキハ所有者ノ用方ニ因リ此種ノ地役ヲ設定シタルモノト看做ス」ト請フ之ヲ例セン

例ヘハ甲者自己ノ土地ニ家屋ヲ築造シ之ニ觀望窓ヲ設ケ置キシカ後故アリ此家ヲ敷地ト共ニ乙ニ賣リ渡シ己レノ手ニ殘セシ土地カ乙ノ爲メニ觀望サルノ様ニナレ
●本條ハ即チ此ノ如キ場合ヲ云ヒタルモノニシテ甲者ハ地役ノ義務ヲ負フタルモノトス

若シ此賣買カ新法實施前ニ取結ヒタルトキハ新法實施後ニ至リ甲者ハ乙者ニ對シ其窓ヲ閉塞ス可キコトヲ要求スルヲ得ルカ曰ク概則トシテ此規定ハ新法實施以前ニ成リタル位置ニ適用スルコトヲ得ス蓋シ實施前ニ在テハ默約アリト云フコトヲ得サレハナリ

然レトモ余ハ概則トシテ此ノ如シト云フノミ或ル場合ニ於テハ若カク論スルコトヲ得サルコトアリ蓋シ合意ハ當事者ノ意思ヲ解釋シテ決定ス可シトハ近世法律上ノ一大原則ナレハ當事者ノ意思或ハ此地役ヲ生セシムルニ在ラハ則

チ其意思ニ依リ地役ヲ設定シタリト爲ス可ケレハナリ例ヘハ己レノ方ニ保存
ス可キ土地ニ至接セル窓ヲ附着シ居ル家屋ヲ賣ルニ當テハ賣買ノ後其窓ヲ塞
キ又ハ塞カシムルノ意ニ非ラスト解釋シ得可キコト鮮ナカラサルヘシ故ニ一
概ニ論スルハ非ナリ

第三款 地役ノ効力

適法ニ取得シタル地役權ハ其性質ニ從ヒテ行使ニ必要ナル從タル權利及ヒ權
能ヲ帶フ(第二百八十條)是レ新舊法一般ノ法則ニ論スルノ必要ナシ
第二百八十二條第二項ニ依レハ二箇ノ不動產ノ需用ノ爲メニ水ノ不足スルト
キハ先ツ家用ニ次ニ農業用ニ次ニ工業用ニ之ヲ供スヘキモノトス故ニ汲水權
ノ場合ニ於テ供役地ト要役地トノ間ニ水ノ不足ナル爲メ其使用ニ爭ノ生スル
トキハ其用方ニ因テ決ス可キモノトス例ヘハ供役地ハ家用ニ必要ニシテ要役
地ハ農業用ニ必要ナリトスルトキハ先ツ供役地ノ家用ニ供ス可ク若シ又要役
地ハ農業用ニ必要ニシテ供役地ハ工業用ニ必要ナラシカ先ツ要役地ノ農業用

ニ供ス可キモノトス此反對ノ場合ニ於テモ亦然リトス
此規定ハ實施ノ後直チニ適用スルモノトス何トナレハ毫モ既得權ヲ害セサレ
ハナリ既得權ヲ害セサル所以ハ所有權ニ加ヘタル制限法ヲ直チニ適用スル場
合ト同一ニ此規定タル役地ニ付シタル一制限ナレハナリ
地役ノ行使ニ關スル工作物ノ保持及ヒ修繕ハ亦要役地所有ノ者ノ負擔ニ屬ス
ルモノトス修繕カ承役地ノ所有者ノ過失ニ因リテ必要ト爲リタルトキハ此限
ニ在ラス是レ本則ナリ然レトモ合意ヲ以テ其保持及ヒ修繕ヲ承役地ノ所有者
ニ負擔スルコトヲ約スルヲ得
然レトモ承役地ノ所有者カ其保持及ヒ修繕ヲ負擔スルハ縱令合意ニ出ツルモ
一般法則ノ例外タル疑ナシ故ニ承役地ノ所有者ハ必スシモ之ヲ遵守セサル可
ラサルニ非ラス此負擔ヲ免カル、コトヲ得然レトモ單純ニ之ヲ免カル、コト
ヲ得ス地役ハ存スル不動產ノ部分ヲ要役地ハ所有者ニ遺棄スルコトヲ要ス(以
上第二百八十五條)

此點ニ付テハ佛民法ハ如何ナル部分ヲ遺棄ス可キカ甚々曖昧ノ記載ヲ爲シ

タリ日本民法ハ上ノ如ク地役ハ存スル不動産ハ部分云々ト明瞭ニ記シタリ
 新法實施前ニ役地ヲ設定シ其行使ニ關スル工作物ノ保持及ヒ修繕ヲ承役地ノ
 所有者之ヲ負擔スルノ合意ヲ爲スモ新法實施ノ後ニ至リテハ承役地ノ所有者
 ハ此規定即チ第二百八十五條ニ從ヒテ其負擔ヲ欲セサルトキハ地役ノ存スル
 不動産ノ部分ヲ要役地ノ所有者ニ遺棄シテ以テ之ヲ免カルハコトヲ得
 地役ノ効力ニ關スル第二百八十六條ハ宜シク意ヲ留メテ研究セサル可ラス同
 條ニ依ルニ承役地ノ所有者ハ地役ノ行使ニ如何ナル妨碍ヲモ爲サス又其便益
 ニ如何ナル減少ヲモ生セサルニ於テハ其所有權ニ固有ナル適法ノ權能ヲ行フ
 コトヲ得加之ナラス承役地ノ所有者ハ地役ノ行使ノ爲メ其不動産ニ設ケタル
 工作物ヲ使用スルコトヲ得是レ實ニ廣大ノ權能タリ然レトモ此權能ヲ行フニ
 當テハ其所有者カ工作物ヨリ收ムル便益及ヒ其使用ニ因リ増加ス可キ費用ニ
 ニ應シテ其建設又ハ保持ノ費用ヲ分擔セサル可ラス
 此規定ハ實施ノ後直チニ適用ス可キモノトス何トナレハ要役地ニ何等ノ損害
 ヲ與ヘサル場合ニ適用スルモノナルカ故ニ其既得權ヲ害セサレハナリ

第四款 地役ノ消滅

地役消滅ノ原因ハ六箇ナリ曰ク地役ヲ設定シタル期間ノ滿了曰ク設定ノ權原
 又ハ設定者ノ權利ノ解除銷除又ハ廢罷曰ク承役地ノ公用徵收曰ク拋棄曰ク混
 同曰ク三十年間ノ不使用トス此六箇ノ原因中不遑及ノ原則適用ヲ論ス可キ必
 要アルハ拋棄及ヒ不使用ノ二トス

一、拋棄 地役ノ拋棄ハ必ス明示ナルコトヲ要ス默示ノ拋棄ハ新法之ヲ認メ
 サルナリ(第二百八十八條)

此明示ノ規定ハ舊法ニ在テ已ニ行ハレタル拋棄ニ適用ス可キヤ又ハ舊法時ニ
 在テハ默示ノ制禁ナキヲ以テ當時已ニ爲シタル默示ノ拋棄ハ有効ナリト稱ス
 ルコトヲ得ルカ

曰ク明示ナルト默示ナルトヲ問ハス當事者ノ意思ヲ探求シ苟クモ拋棄ナリト
 解スルコトヲ得可キ場合ナラハ則チ以テ拋棄アリト云ハサル可ラス蓋シ舊法
 時ニハ此禁制ノ規則ナカリシヲ以テ當事者ハ默示ノ拋棄ヲ以テ十分有効ナル

モノト信シテ爲セシナラン若シ默示ノ拋棄無効ナランニハ當事者ハ或ハ他ニ適當ノ處置ヲ爲セシヤ知ル可ラス

余ハ家父ノ用法ニ因レル地役(即チ土地ヲ割リテ讓渡セシカ爲メ地役ヲ生スルニ至リタル場合)ヲ説クニ當リ當事者ノ事情ニ依テ窓ヲ塞カシムルコトヲ得スト曰ヒシカ此ニ論スル所ノ默示ノ拋棄トシテ塞カシムルコトヲ得可キ場合アラシ

二 不使用 地役ハ三十年間之ヲ使用セスシテ打捨テ置クトキハ消滅ス舊法時ニ在テ已ニ三十年間不使用ニ置キタル地役ハ新法實施ト共ニ消滅ス可キカ曰ク占有ニ關スル時間ト同シク新法實施後ニ經過シタル三十年ニ非ラサレハ不可ナリ
余ハ以上ニテ財産編物權ニ就テ法律不遑及原則ノ適用ヲ説キ終レリ是ヨリ人權ニ論及ス可キ筈ナレトモ本學年モ早ヤ終ニ臨ミタレハ遺憾ナカラ次ノ學期ニ讓ラン諸君諒焉

前學年講述ノ拾遺

諸君

余ハ前學年ノ講義ニ續キ本學年ニ於テモ亦法律不遑及ノ原則ヲ講究スルコトハナレリ

今ヤ財産編第二部(人權及ヒ義務)ニ就キ此原則ノ適用ヲ論究スルニ先チ前學年ニ説キ漏シタル一點ヲ述ヘン
諸君ノ既ニ知ラル、カ如ク法律不遑及ノ原則ハ佛蘭西民法第二條ニ掲ケ而シテ日本法例モ亦其第二條ニ之ヲ掲載セリ、(彼是共ニ第二條、期セスシテ條項其位置ヲ同フス、奇ト謂ツ可シ)

余カ前學年ニ於テ彼此ノ條項ヲ比較論明セルニ當リテヤ其文辭ヲ異ニスル所アリト雖トモ共ニ是レ同一ノ趣意ヨリ出テタル規定ナレハ固ヨリ大ナル差異アルニ非スシテ敢テ深ク論究スルノ必要ナシト信シタリ然ルニ今ニシテ熟考スルニ忽諸ニ付ス可ラサル緊要ノ差アルコトヲ發見セリ
法例第二條ハ簡單ニ法律ハ既往ニ遡ホル効力ヲ有セスト記セリ然ルニ佛民法

第二條ハ二箇ノ規定ヲ掲ケ法律ハ將來ノ爲メノミニ規定シ「既往ニ遡ルノ効力ヲ有セス」ト云ヘリ此第二項ハ日本法例ト同一ナレトモ第一項ハ日本法例ニ全ク之レナキ所ナリ

「法律ハ將來ノ爲メノミニ規定シ」ノ文辭ハ佛民法編纂者ノ特ニ意ヲ用ヒテ記セシモノナルヤ否ヤハ余未タ之ヲ知ラスト雖トモ律文ニ就テ觀レハ此文辭ハ太マ其當ヲ得タルモノニシテ此文字ニ據リテ一ノ區別ヲ爲スコトヲ得此區別ハ即チ余カ前學年ニ講レ漏ラシタル所ニシテ將ニ諸君ニ示サントスル所ノモノナリ

凡ソ法律ハ規定ヲ爲シテ更ニ一ノ新調ヲ設クルモノト從來存スル權利ヲ規定スルニ過キサルモノトノ二種ニ區別スルコトヲ得第一種ノモノ之ヲ規定法ト云ヒ第二種ノモノ之ヲ認定法ト云フ例ヘハ財産編第三十條ノ如キハ所有權ノ定義ヲ下シ所有權ノ何者タルヨトヲ認定シタルニ過キサルカ故ニ認定法トス又人權ノ部總則ノ二條(第二百九十三條及第二百九十四條)ノ如キハ債權ハ常ニ義務ト對當スルモノニシテ即チ義務ノ何者タルコト債權ノ何者タルコトヲ認

定シタルニ過キス決シテ新規ノモノニ非サルナリ此等從來存スル權利ヲ認定スルニ過キサル箇條即チ法律ハ既往ニ遡ホルヤ言ヲ待タズシテ明ナリ故ニ以後斯ノ如キ認定ニ係ル法條ニ遭遇スルトキハ別ニ論明スルコトヲ爲サス唯認定法タルコトヲ示スニ止マン然ルニ認定法ニ非スシテ規定法ナルトキハ唯從來ニ向テハミ効アリ決シテ既往ニ遡ルコトヲ得サルモノナリ例ヘハ財産編第二百五條ノ如キハ規定法ナリ蓋シ同條ハ所有者ノ爲シタル不動産ノ賃貸借カ三十年ヲ超ユルトキハ其賃貸借ハ永賃借ト爲リ此種ノ賃貸借ノ爲メタル規定ニ從ハサル可ラサルコトヲ定メタルモノニシテ即チ新ナル規定ナリ故ニ此法條ハ既往ニ遡ホル効力ヲ有セサルモノトス(永借權ノ規定中新設ノ規定ニ係ルモノ多キヲ占ム)

斯ノ如ク認定法ナルモノハ既往ニ遡リ規定法ナルトキハ將來ニ向テノミ効力アリ決シテ既往ニ遡ホルヲ得ス然レトモ其果シテ認定法ナルヤ規定法ナルヤハ何ニ據テ識別スヘキヤ是レ論セスンハアル可ラス

規定法ナルヤ否ヤヲ知ルニハ先ツ法條ノ文辭ニ就キ法律ハ命令シタルカ又ハ

聽許シタルカ若クハ禁止シタルヤ否ヤヲ觀ルヲ要ス命令聽許又ハ禁止ナラン
 カ其法ハ即チ規定法ナリトス然レトモ此一事ノミニテハ未タ以テ二者ヲ區別
 スルノ標準ト爲スコトヲ得ス何トナレハ假令ヒ法律カ禁止ヲ爲シタリトスル
 モ舊法モ亦タ之ヲ禁止シタルトキハ新法ノ規定ヲ以テ新制ノ規定ト爲スコト
 ヲ得ス又聽許命令ニ於テモ然リ舊法ニ於テ聽許シ又ハ命令シタルモノヲ新法
 其儘採用シテ聽許シ又ハ命令スルトキハ決シテ制定ノ新制ト云フヲ得サルナ
 リ故ニ禁止ナランカ舊法ニ於テ聽許シタルモノヲ新法ニ於テ更ニ禁止シタル
 モハニ非ラサレハ規定法ト云フヲ得ス例ヘハ前例ノ財産編第二百五條ニ於
 テ貸借ハ三十年ヲ超ユルヲ得ス超ユレハ永貸借トス又永貸借モ五十年ヲ超
 ヲルヲ得スト定メタリ此年限ハ一ノ禁止法ニ屬ス然レトモ此禁止ノミニテハ
 未タ以テ規定法タリト斷言スルコトヲ得ス何トナレハ若シ舊法モ亦タ此ノ如
 クナルトキハ決シテ新規ノ法制ニ非ラサレハナリ仍テ更ニ進テ舊法モ亦タ此
 ノ如ク禁止シタルヤ否ヤヲ考覈セサル可ラス若シ舊法之ヲ許サンカ本條ハ規
 定法ナリトス余ハ本條ノ規定法タルコトヲ疑ハス蓋シ舊法ニ於テハ貸借ハ

幾年ノ久シキ期間ヲ以テ爲スモ一ニ當事者ノ定ムル所ニ聽許シタルハナリ之
 ニ反シ敷十年ノ後ニ此民法ノ改正ヲ爲スコトアリト假定センニ其改正法中ニ
 右第二百二十五條ヲ其儘存スルトキハ依然禁止法タルヲ失ハスト雖トモ規定法
 ニハ非ラサルナリ
 聽許ニ付テモ亦タ此ノ如シ新法ニ於テ之ヲ許スモ之ヲ以テ直チニ規定法タリ
 ト斷スルコトヲ得ス(聽許法タルハ言フ待タス)之ヲ規定法ナリト稱スルニハ舊
 法ニ於テ禁止シ又ハ命令シタルコトヲ必要トス例ヘハ財産編第四百十四條ノ
 如キハ規定法トス本條ニ依レハ貸借人ハ貸借終了ノ時ニ賃借人カ收去スル
 コトヲ得可キ建物又ハ樹木ヲ鑑定人ノ評價シタル現時ノ代價ヲ以テ先買スル
 コトヲ得此貸借人ノ先買權ハ舊法毫モ之ヲ許サス故ニ本條ハ規定法ナリトス
 然レトモ同第四十五條末段ノ規定ノ如キハ規定法ニ非ラスシテ認定法ナリト
 ス即チ貸借ハ條件ノ不履行ノ爲メ當事者ノ一方ノ請求ニ因リ裁判所ニテ宣
 告シタル取消ニ因リ終了スルモノトス此貸借契約ノ解除ヲ請求スルハ一ノ
 權能ニシテ聽許法ニ屬ス然レトモ此聽許タル舊法ニ於テモ亦タ行ハレタル所

ナルヲ以テ新法ノ定ムル所ハ即チ認定法ニシテ規定法ニアラサルナリ
 又命令ニ付テモ同一ナリ其命令ニシテ規定法ナルカ爲メハ舊法之ヲ命令セ
 ス一ニ其自由ニ委シタルモノナルコトヲ必要トス例之ハ財産編第二百二十八條
 ニ賃貸人ハ賃貸物件ニ大修繕ヲ加ヘテ引渡ス可キ旨ヲ定メタリ此賃貸人ニ對
 シテハ舊法モ亦此ノ如ク命シタルヲ以テ本條ハ認定法ニ過キサルナリ然ルニ
 第六十七條ニ依レハ數人カ一箇ノ契約ヲ以テ一箇ノ不動産ヲ永借シタルト
 キハ各永借人又ハ其ノ相續人ニ在テハ連帶且不可分ニテ借賃ヲ拂フ義務ヲ負
 フ可キモノト爲セリ此命令ハ舊法ノ認メサリシ所ナルヲ以テ新規ノ法則ナリ
 トス
 之ヲ要スルニ法律ハ認定法ト規定法トニ區別スルコトヲ得而シテ此區別ヲ
 知ルニハ先ツ條文ニ就テ見ルヲ要スト雖トモ是レノミニテハ未タ足ラス舊法
 ノ禁止セシモノヲ新法之ヲ聽許シ又ハ聽許シタル所ノモノヲ更ニ禁止セシカ
 又ハ命令シタルカヲ見テ之ヲ識ラサル可ラス規定法ニ屬スルトキハ其法律ハ
 既往ニ遡ルコトヲ得ス認定法ナルトキハ遡ルモノトス

此ノ如ク認定法ト規定法トヲ區別スルハ法律不遡及ノ原則ヲ論スルニ付キ大
 ナル必要アルヲ以テ判然タル區別ヲ爲シ置クコトヲ要ス是ヲ以テ余ハ日本ノ
 法律ノ下ニ在テハ甚々容易ナラサルコトナレトモ以下ノ講說ニ於テハ各條ニ
 就キ認定法ナルカ將々規定法ナルカヲ先ツ定メ事ノ認定ニ過キサル法條ハ敢
 テ嗽々セサル可シ
 余ハ尙ホ一言ノ注意ヲ爲サン蓋シ諸君カ夙夜怠ラス法律學ヲ攻ムル所以ハ概
 子裁判官トナリ又ハ代言人タランカ爲メナルヘシテ新法ハ將來法ヲ執ル
 者ヲシテ勞ヲ省カシムルヨリハ寧ロ其任ヲ重フスルモノト謂フ可シ其勞ヲ省
 カサル所以ハ今ヨリ之カ研究ニ從事シ以テ其實施ニ應セサル可ラサルコトノ
 甚々容易ナラサルニモ拘ハラヌ實施ノ時ヨリ少ナクモ十年底ハ舊法ト比較對
 照セサル可ラス而シテ日本ニ在テ舊法ヲ援引シ之ト比較シテ其適用ヲ爲スハ
 至難ノ事業タル想フニ餘アリ是レ余ノ勞ヲ省カスト云フ所以ナリ
 日本カ法律ノ過接ニ際シ執法者ヲシテ勞多カラシムル所以ハ諸法典ヲ一時ニ
 發布シタルカ故ニ非スシテ職トシテ舊法ノ知り難キニ由ル佛蘭西ハ嘗テ五法

典ヲ一時ニ發布シ和蘭國ハ今ヨリ十五年前ニ諸法典ヲ一時ニ發布シ伊太利モ亦タ今ヨリ二十五年前ニ一時ニ發布シタリ此他獨乙モ亦將ニ諸法典ヲ發布セントス而シテ此等ノ國ニ於テハ其過接ノ問題ヲ決スルニ敢テ日本ノ如ク困難ナルニ非ラサリシ蓋シ佛蘭西ニ於テハ其發布前己ニ三百有餘ノ慣例アリテ此慣例ヤシヤル、ル、シヤウグ王ノ敕命ニ依リ纂錄スル所トナリ當時己ニ世ニ公タリ故ニ新舊法ヲ比較スルニ當リ此慣例ノ記錄ヲ閱セハ敢テ困難ナルコトナカリキ和蘭ハ各聯邦ノ法律ヲ閱スレハ其異同ヲ知ルコト易ク又伊太利ハ新法前ニ存セシ三法ニ比較スレハ其異同實ニ明了ナリキ又白耳義獨乙等ニ於テ後來法典ヲ發布スルニ至ルモ敢テ困難ナカルヘシ蓋シ獨乙ハ現時各聯邦ニ固有ノ法律アルヲ以テ之ト對比セハ其異同ヲ知ルコトヲ得可ク又白耳義國ニ於テモ現時那翁法典行ハレ居ルヲ以テ後來發布ス可キ新法ハ之ト比較シテ異同ヲ知ルニ餘アリ獨リ恨ム日本ニ在テハ此ノ如クナラサリシヲ言稍々贅長ニ涉ルノ嫌ナキニ非ラサレトモ余ハ佛蘭西法典ノ特ニ優色ヲ帶フルモノアルヲ知ル蓋シ佛蘭西法典ハ法律トシテ歐洲各國ノ模範トスル所トナ

リ(日本民法モ亦タ佛法典ニ則レリ)且ツ嘗テ那翁カ獨乙ノ領屬地ナルライン河ノ近邊ヲ畧取シタル當時其地ニ布クニ佛蘭西法ヲ以テシタリ其後回復サレタルモライン河ノ近邊ハ今尙ホ其法ヲ行ヘリ是ニ由テ之ヲ觀レハ佛蘭西法典ノ別ニ優ル所アルヤ知ル可シ然ルニ日本法典カ佛蘭西法典ニ則トリシヲ不可トシテ頗フル之ヲ非難スル者アリ是レ甚タ誤レリ蓋シ今日他國ニ於テ佛蘭西法律ノ依然行ハル、所以ハ其始メ多クハ戰爭其他ノ強制ニ因リ止ムヲ得ス行ハレタルノ結果ナリト雖モ日本ハ任意的講究ヲ爲シ而シテ遂ニ之ヲ模範トシテ以テ其編纂ヲ爲スニ至リタルモノナレハナリ(佛蘭西法典ヤ善ハ則チ善ナリト雖モ其源ハ羅馬法ナルヲ以テ羅馬法ヲ切解咀嚼セサレハ其真味ヲ知り難シ)今ニ在テ古ヲ悔ユルハ死兒ノ齡ヲ尋ルニ似タレトモ日本ニ於テモ亦タ佛蘭西ノ慣例記錄ノ事業ニ於ケルカ如ク鎌倉幕府又ハ北條時代ニ於テ時ノ將軍疾クニ命シテ慣例ヲ彙纂セシムルカ又ハ近クモ維新ノ際ニ之カ編纂ヲ爲サハ事大ニ便利ナリシナランニ否ラサリシハ遺憾ナリ然レトモ他ノ一方ヨリ考察スルトキハ之ニ編纂セサリシハ還テ日本國ノ幸福ナリシヤ知ル可ラス何トナレハ

不當不正ノ慣例ヲ編纂シ因習ノ久シキ終ニ法トナリテ今日ニ及フアラハ恐ラ
 ク今日ノ法典ヲ見ルコトヲ得サリシナル可ケレハナリ
 既ニ屢々言ヘルカ如ク諸君カ裁判官トナリ代言人タルノ曉ニ新舊二法ノ交渉
 問題タル事實ニ際會ナサハ其思ヲ勞スルヤ知ル可シ然レトモ余ハ諸君ニ命ス
 ルニ豫メ現時ノ法律及ヒ慣例ヲ悉ク研究スルヲ以テスルニ非ラス其事實ニ當
 ル毎ニ必要ナル部分ヲ調フレハ足レリ而レテ之ヲ調フルニ當リ多少其勞ヲ省
 フク可キ一個ノ活舊法アリ老年ノ裁判官是ナリ老年ノ裁判官ノ古事古例ヲ記
 スルコト到底諸君ノ及ハサル所ナルヲ以テ斯人ニ就テ問ハ、多少得ル所アラ
 シ聞道ヲク豫メ現時ノ慣例ヲ腦裡ニ留メ新法實施ノ時ニ備フルノ必要ヲ覺ト
 リ其慣例ヲ彙纂スルノ企ヲ爲ス人アリト其彙纂ニレテ成ルアラハ事甚タ便ナ
 ラシ

余ハ茲ニ一問題ヲ掲ケン即チ新法實施ノ後ニ舊法ノ新法ト異ナリシコトヲ主
 張スル場合ニ於テ其異ナリシコトヲ證明スルハ誰ノ任ナルヤ曰ク其異ナルコ
 トヲ主張スル者之カ舉證ノ責ニ當ラサル可ラス例ハ或ル契約ニ依リ訴訟起
 リシ場合ニ於テ舊法ハ斯々ノ規定ナリシ而シテ此契約ハ舊法ノ時ニ取結ヒタ
 ル者ナルヲ以テ舊法ノ定ムル所ニ依ラント唱フル者ハ宜シク其舊法ノ然リシ
 コトヲ證明セサル可ラス而シテ對手人ニ於テ之ニ反對ヲ唱フルトキハ其舊法
 ノ然ラサリシコトノ證據ヲ舉ケサル可ラス然ルニ若シ舊法ノ異ナルコトヲ主
 張スル者ニ於テ其舉證ヲ爲サ、ルトキハ裁判官ハ新法モ亦タ舊法ト同一ナリ
 トノ推定ヲ下シテ判決セサル可カラス蓋シ新法ハ舊法ニ於テモ亦タ然リシモ
 ノヲ記セシモノト推測スルハ至當ナレハナリ

第二部 人權及ヒ義務

總則

第二百九十三條及二百九十四條ニ付テハ別ニ論スヘキ者ナシ蓋シ此二個條ハ
 人權及其裏面ナル義務ノ如何ニ付テ定義セシモノナリ而シテ其定義タルヤ古
 來然リシ所ノ性質ニ基キタルモノニシテ即チ認定法タルニ過キス(人權及ヒ義
 務ノ性質カ今ト昨トニ在テ異ナルコトハ到底認め得可カラサルナリ故ニ新法

ニ於テ從來ノ性質ト異ナル定義ヲ下サントスルモ蓋シ能ハサルナリ故ニ直ニ適用ス可キ者トス

注意 人權ノ定義ハ本篇第三條ニ明記セルヲ以テ重子テ茲ニ定義ヲ下ス必用ナシ唯々之レニ對當スル義務ハ則チ本部規定ノ主眼タルヲ以テ首條第二百九十三條ニ於テ特ニ之カ定義ヲ下セシナリ

第一章 義務ノ原因

總則

第二百九十五條ニ於テハ義務發生ノ原因ヲ掲載セリ而シテ義務ノ原因ハ此四箇ノ外ニ之レ無ク又此中其一ヲモ減削シ得ルコト能ハサルモノナリ從來ノ法律中義務ノ原因トシテ掲載セル文字中ニハ頗フル曖昧ナル所アリ然レトモ其主旨ヲ研究スレハ此四個ニ歸着スルノミ故ニ本條モ亦一ノ認定ニ過キサルナリ

第一節 合意

第二百九十六條ハ義務ノ第一原因タル合意ノ定義ヲ下シタル者ナリ是亦一ノ認定法ニ過キサルカ故ニ別ニ陳述スヘキ者ナシ

第一款 合意ノ種類

本款ハ合意ノ種類ヲ記載セリ此種類ハ種々ノ點ヨリ觀察シテ七個ニ別テリ此或ル一種ノモノハ舊法ト稍々異ナル所アルヲ以テ多少ノ説明ヲ爲サ、ル可カラスト雖トモ他ノ六種ハ又是レ認定法タルニ外ナラス蓋シ舊法ニ於テハ雙務契約、片務契約、有償合意、無償合意ト云フ如ク明確ニ種類ヲ別ケ其義解ヲ示シタル者ナシト雖トモ事實必ス無カル可カラズ新法ハ唯々之ヲ明確ニシタルノミ但シ其効力ニ付テハ新法ト多少差違アリシヤ知ル可ラス
第二百九十九條ハ諾成合意及ヒ要物合意ノ區別ヲ爲セリ凡ソ合意ハ承諾ノミヲ以テ成立スルヲ原則トス然ルニ要物合意ハ物ノ引渡アリテ始メテ成立スト

云フヲ以テ觀レハ此種ノ規定ハ新規ノ法制ナルカ如ク見ユ然レトモ其實決シテ然ラス蓋シ案スルニ要物ニ屬スル契約ハ日本佛國共ニ四箇アリ寄托消費貸借使用貸借及ヒ動産質即チ是ナリ而シテ寄托消費貸借及ヒ使用貸借ノ三個ハ合意ノ性質其者ニ於テ必ス物ノ引渡ヲ要ス蓋シ此等ノ合意ハ義務者ニ於テ其寄托物又ハ貸借物件ヲ受取ラサルトキハ決シテ之ヲ返還スル義務アルヘキ理ナシ左レハ其合意ノ性質トシテ必ス要物合意ノナラスハ有ル可カラス然ルニ動産質ニ至テハ合意ノ性質其者ニ於テ必ラス要物ナルニアラス嘗テ羅馬法ニ在テハ物ノ引渡ナシト雖モ其合意猶ホ成立シ而シテ實ニ物ノ引渡アルトキハ所謂動産質ト名ケ引渡無キトキハ之レヲ抵當動産ト稱シタリ故ニ余ハ動産質ハ常ニ必ラス要物合意ナリト斷言スルノ非ヲ擊タン此事ニ關シテハ余嘗テ巴里ニ在テ講述シタル所ナリ然ルニ其后漸時歐洲諸國ニ於テハ動産質ハ之カ引渡ヲ爲サ、ル以上ハ債務者勝手ニ處分スルノ恐レアルヲ以テ之カ引渡無ケレハ成立セスト爲セリ近時日本ニテモ動産質(ガージユ)ト云フ以上ハ全ク抵當トナリ引渡ヲ要ストセリ之レ規定法ナルモ決シテ舊法ヲ變改シタル者ニ

ラサルナリ

余ハ向キニ或ル一種ノ合意ハ舊法ト稍々異ナル所アリト云ヘリ第三百條ニ掲クル種類是ナリ第三百條ハ合意ヲ要式及ヒ不要式ニ區別セリ要式合意ハ法式ニ重キヲ置キ其式ヲ履行セサレハ合意不成立ト認メタリ(第三百四條末段)是レ合意其者ノ性質ニ因テ然ルニアラスシテ或ル理由ニヨリ立法者ハ舊法ニ認メサル所ノモノヲ新法ニ於テ斯ク規定シアルモノナリ此ノ法式ヲ必要トスル合意ハ佛國ニ三個日本ニ二個アリ即チ日本ニ在テハ贈與及ヒ夫婦財產契約是ナリ(民法取得編第三百五十八條同第四百二十二條)贈與ハ普通合意ノ成立條件ニ必要ナル條件ヲ備具スル外尙ホ公正證書ヲ以テスルニ非ラサレハ成立セス又夫婦財產契約ハ婚姻ノ儀式前ニ之ヲ爲シ及ヒ公證人ヲシテ其證書ヲ作ラシムルニアラサレハ成立セス是則チ法式ナリ右ノ規定ニ關スル法律不溯及ノ適用如何ト云フニ新法實施前ニ在テハ贈與又ハ夫婦財產契約ハ敢テ法式ヲ要セサリシヲ以テ其法式ヲ履行セサルモ贈與ハ本ヨリ完全ナル効力アリ夫婦財產契約モ完全ナル効ヲ生シ而シテ二者共ニ實

施後其有効ヲ保持シ得可キハ言ヲ待タサルナリ

第二款 合意ノ成立及ヒ有効ノ條件

本款ニ於テハ第三百八條ヨリ論究セン

第三百八條ノ假定スル所ハ當事者互ニ遠隔ノ地ニ於テ合意ヲ取結フ場合ナリ
夫レ此場合ニ於テハ如何ナル時ニ其合意成立スルヤ又受諾アリト爲ス可キヤ
此事タル佛蘭西民法ニ於テハ法文ナキカ故ニ法典ノ編纂以來學者間議論紛々
トシテ今尙ホ其論決ヲ一ニセス日本法典ハ幸ニ之カ決定ヲ爲シタルヲ以テ又
紛議ノ生スル所ナレ
抑モ合意ハ當事者ノ意思ノ合致ナリ而シテ其合致タルヤ一方ノ言込ト之ニ對
スル他ノ一方ノ受諾トノ投合ヨリ成ルナリ言込アルモ受諾ナカラシカ合意成
立スル能ハス然ラハ何ノ時ニ受諾アリト爲ス可キヤ或ル論者ハ曰ク受諾アリ
トスルニハ其受諾ノ報カ言込人ニ到達スルコトヲ要ス言込人ハ受諾ノ報ノ己レ
ニ達スルマテハ言込ヲ言消スコトヲ得又受諾人ニ於テモ言込ヲ言消シタル報

ナキ間ハ受諾ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス受諾ノ報カ言込人ニ達セサル中ハ
尙ホ之ヲ言消シ又ハ變更スルコトヲ得ト此説タル到底採用ス可ラサルナリ何
トナレハ此ノ如クスルトキハ其報ノ到達スルヲ以テ足レリトセス其報ヲ發シ
タル者ニ於テ其報カ確ニ先方ニ達シタルコトヲ了知スルコトヲ必要トスルニ
至ラン苟モ此ノ如クシハ雙方迭ニ差出ス所ノ言込又ハ受諾ノ告知ハ終ニ底止
スル期ナキニ至ラン例ヘハ甲者或ル物件ヲ賣ランカ爲メ乙者ニ對シ其言込書
ヲ發シ乙者其言込ニ應スル承諾書ヲ發シタリトセン論者ノ言ノ如クスルトキ
ハ此場合ニ於テ合意成立センニハ乙者己レノ發シタル受諾ノ報カ確ニ甲者ニ
達シタルコトヲ知ルヲ要スルカ故ニ甲者ハ其返書カ確ニ己レニ届キタルコト
ヲ乙ニ通知セサル可ラス乙モ亦タ其通知書ノ己レニ届キタルコトヲ通知セサ
ル可ラス言込ニ於テモ亦タ然リト豈奇ナラスヤ
是ヲ以テ新法ハ此ノ如キ理論ヲ採用セス受諾者ヨリ受諾ノ報ヲ發スルトキハ
受諾ノ證據明ナルヲ以テ言込人ハ其言込ヲ取消スコトヲ得ス又受諾者ハ其受
諾ヲ取消スコトヲ得ス一ニ受諾ノ報ヲ發シタル時ヲ以テ受諾アリト爲セリ是

故ニ受諾者若シ受諾ニ關スル證據ヲ保存セント欲セハ書留郵便等ノ方法ニ依リ之ヲ發シタル日時ノ證ヲ留ムルコトヲ得可シ

本條ニ關スル法律不遑及原則ノ適用如何之ヲ決センニハ先ツ本法ノ舊法ト如何ナル異同アルヤヲ審カニセサル可ラス舊法ト同一ナランカ認定法ニ屬スルヲ以テ別ニ論スルノ必要ナシ然レトモ其果シテ同一ナルヤ將タ全ク異ナルヤヲ知ルハ實ニ至難ノ業ニシテ余ニ於テハ殆ト其斷定ヲ爲ス能ハサルナリ蓋シ舊法ノ以テ之ヲ定メタルモノナキノミナラス本條規定スル所ノ事柄ハ佛蘭西學者中數百年ノ間銳意之カ論究ニ從事スル者アリト雖トモ今尙ホ一定ノ說ヲ見ル能ハス然リ而シテ日本ニ於テ獨リ之カ斷定ヲ爲シタル者アリト思考スル能ハス左レハ日本現時ニ至ルマテ之カ決定ノ徵ス可キモノナキハ又宜ヘナラスヤ

余ハ此ニ至リ又立法事業ノ甚タ困難ニシテ且其進步ノ遅々タルコトヲ悲マサル可ラス其進步ノ遅々タル所以ハ法律素ト一ノ無形學ナリ而シテ無形學ハ有形學ト異ニシテ事實ニ反スルモ理ニ反スルコトヲ得ス隨テ一ノ決定ヲ爲ス余ハ此ニ至リ又立法事業ノ甚タ困難ニシテ且其進步ノ遅々タルコトヲ悲マサル可ラス其進步ノ遅々タル所以ハ法律素ト一ノ無形學ナリ而シテ無形學ハ有形學ト異ニシテ事實ニ反スルモ理ニ反スルコトヲ得ス隨テ一ノ決定ヲ爲ス

毎ニ理論上ノ非難攻撃混々トシテ絶ヘス常ニ以テ斷定ノ快速ヲ阻ム獨乙國ハ法典編纂ノ事ニ從フヤ年已ニ久シ而シテ未タ其頒布ヲ見サルハ種々ノ議論アルカ爲メナリ又佛蘭西ニ於テハ生殘ル配偶者ノ爲メ民法ノ或ル部分ヲ改正セサル可ラサル必要ニ迫リ今ヨリ十八年ノ昔ニ在テ之ヲ議院ニ建議シ爾來種々ナル議論ノ岐路ニ徬徨經過シ二三年前ニ致リ漸ク之ヲ制定セリ是等ノ事例ハ以テ立法事業ノ至難ト進步ノ遅々タル所以ヲ窺フニ足ラン

却說第三百八條ハ舊法ト異ナルカ將タ同シキカハ到底斷スル能ハス然レモ余ハ其如何ニ關ハラズ直ニ不遑及ノ原則ヲ適用セン但シ茲ニ注意ス可キハ新法實施後遠隔ノ地ニ於テ合意ヲ取結フ場合ニ於テハ固ヨリ新法ノ規定ニ從ハサル可ラサルカ故ニ別ニ論スルノ必要ナシ是故ニ本論ハ宜シク新法實施前ニ言込ヲ爲セシ場合ヲ想像セサルヘカラス例ヘハ新法實施前ニ言込ヲ爲シ之ニ對シテ爲シタル受諾ノ方法カ新法ニ規定セル方法ト符合スレハ固ヨリ困難ナシト雖トモ其嘗テ爲シタル受諾ハ新法ニ規定スル以外ノ方法ヲ以テ爲シ而シテ實施後ニ至リ其成立ニ關スル訴訟起リタルカ如キ是ナリ此場合ニ於テハ舊法

ニ從ヒ決定スルコトヲ要ス舊法若シ如何ナル方法ニ依テ意思ヲ發表スルモ有
 効ナリト爲ストキハ其受諾ハ無効ナリ若シ又或ル條件ヲ必要トシタルトモハ
 其條件ヲ具備シタルモノニ非ラサレハ有効ナラス想フニ舊法ハ別ニ受諾發表
 ノ方法ヲ規定セス又其條件ヲ設ケサルヤ必セリ
 第三百十一條ハ法律ノ錯誤カ或ハ合意ノ性質原因又ハ効力ニ關スルトキ或ハ
 物ノ資格又ハ人ノ分限ニ關シテ其資格若クハ分限カ決意ヲ爲サシメタルトキ
 ハ其錯誤ハ事實ノ錯誤ノ如ク承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ成スコトヲ定メタリ
 此事タル佛蘭西民法ニ於テハ明瞭ヲ缺キ爲メニ學者間議論アリト雖トモ日本
 民法ノ規定ハ實ニ明瞭タルカ故ニ又議論ノ生スルコトナシ
 佛蘭西民法ニ於テハ法律上ノ錯誤ヲ規定シタル法文二个アリ一ハ自白ニ關ス
 ル第千三百五十六條第四項ニシテ他ノ一ハ和解ニ關スル二千五十二條ナリ第
 千三百五十六條第四項ニ於テハ自白ハ法律上ノ錯誤ヲ口實トシテ取消スコト
 トヲ得スト定メ又第二千五十二條ニ和解ハ法律上ノ錯誤ノ爲メ取消スコトヲ
 得スト定メタリ法律ノ錯誤ニ因ル自白ノ取消ヲ許ササル所以ハ之カ爲メ毫モ

事實ノ眞ヲ誤ラサレハナリ否ナ法律上ノ結果ヲ知ラスシテ爲シタル自白ハ却
 テ事實ノ眞ナルコトヲ推定セサル可ラサルナリ又法律ノ錯誤ノ爲メ和解ヲ
 取消スコトヲ得サル所以ハ和解ノ規定ハ訴訟ノ落着ヲ速ニシ又爭ナカラシム
 ルヲ以テ主旨トス然ルニ法律ノ錯誤ノ爲メ之カ取消ヲ許ストキハ法律ノ忌ム
 所ノ訴訟ハ再ヒ法廷ニ現レ來レハナリ佛蘭西法律學者ハ右二條ニ據リ議論ヲ爲
 シテ曰ク佛蘭西民法ニ於テハ法律ノ錯誤ノ爲メ行爲ヲ取消シ得サルハ此二个
 條ニ規定セル場合ニ限ルノミ他ノ總テノ場合ニ於テハ法律ノ錯誤ハ皆取消ノ原
 因タリト然レモ法律ノ錯誤ノ爲メ合意其他ノ行爲ヲ取消スハ重大ノコトタルカ
 故推理法ヲ以テ斷定スルハ不可ナリ必ス法律ノ明文ヲ待タサル可ラス是故ニ
 日本民法ハ本條ニ於テ之カ原則タル明文ヲ掲ケタリ而シテ其外即チ自白及ヒ和
 解ノコトハ各々其所ニ於テ之ヲ規定シタリ(證據編第三十七條及ヒ取得編第一百十一
 條佛民法カ例外ヲ明記シテ而シテ原則ヲ揭示セサルハ粗鹵極マレリト云フ可シ
 思フニ現時ノ法律ニ於テハ法律ノ錯誤ニ因ル合意ノ消除ハ之ヲ認許セサルナ
 ラン果シテ之ヲ認許セサラシカ實施前ニ爲シタル錯誤ニシテ實施ノ後ニ至リ

其銷除ヲ請求スル者アルトモ蓋シ裁判所ハ之ヲ許サズルナラン然レトモ此ノ如キハ苛嚴ノ誹ヲ免レサルナリ何トアレハ現時ハ別ニ慣習法ノ存スルモノナキカ故ニ人亦タ法律ヲ熟知スルヲ得ス然ルニ此熟知スル能ハサル法律ノ錯誤ナルヲ以テ其銷除ヲ許サストスルハ示サ、ル法律ノ遵守ヲ強ニルト毫モ異ナル所ナケレハナリ見ヨ現時地方裁判所ノ裁判ヲ誤レリトシテ更ニ控訴院ニ控訴シ其控訴院ノ裁判モ亦タ誤レリトシテ大審院ノ破毀スル所トナルモノ余輩ノ日ニ驗スル所ナリ裁判所己ニ法律ヲ誤ルコト此ノ如シ然ルニ人民ニ向テ定ナキノ法律又ハ知リ難キノ法律ヲ知ラサルヲ責ムル其レ果シテ正當ナル乎夫レ然リ然レトモ法律ノ錯誤ハ之ヲ錯誤シタル者ニ輕忽ノ責アルヤ明ナリ故ニ新法ニ於テハ裁判所ハ宥恕ス可キ情狀アルニ非サレハ法律ノ錯誤ノ爲メ合意ノ無効ヲ認許スルコトヲ得スト定メタリ

要スルニ實施前ニ取結ヒタル合意ハ素ト法律ノ錯誤ニ基因シタルコトヲ主張シ實施ニ至リ其銷除ヲ求ムル者アルトキハ裁判官ハ舊時ノ慣例ニ於テ之カ銷除ヲ許シタルトキハ其銷除ノ請求ヲ認容ス可シト雖トモ若シ之ヲ許サ、ラ

カ新法ヲ援用シテ許ス可ラス一ニ舊法ヲ捜査セサル可ラス

第三百十二條モ亦タ前條ト同一ノ趣旨ノ問題ヲ生ス本條ハ詐欺ニ因レル合意ノコトヲ規定シタルモノナリ

凡ソ詐欺ハ承諾ヲ阻却セス其瑕疵ヲ成サス但タ其詐欺カ錯誤ヲ惹起シタル時ニ限り其性質如何ニ因リ或ハ承諾ヲ阻却シ或ハ銷除シ得可キモノタラシム然レトモ其詐欺ノ合意ニ因リ或ル所有權ヲ移轉シタル場合ニ於テ取得者(詐欺ヲ行フタル者)其物件ヲ第三者ニ轉賣シタルトキハ被欺者ハ其轉買シタル善意ノ第三者ニ對シ其物ノ取戻ヲ要ムルコトヲ得ルヤ新法ハ取戻スコトヲ得スト規定シタリ

然レトモ現時ノ法ニ於テハ詐欺ノ爲メニ所有權ヲ移轉シタル場合ニ於テハ善意ノ第三者ニ對シテモ尙ホ取戻ヲ爲スコトヲ得ルカ如シ果シテ然ランニハ被欺者ハ之ヲ取戻スノ既得權ヲ有スルヲ以テ新法實施ノ後ト雖トモ尙ホ取戻スコトヲ得サル可ラス

第三百十三條乃至第三百二十一條ハ認定法ニ過キス故ニ深ク論スルヲ要セス

唯タ一二言ノ説明ニ止メシ

第三百十九條第二項ニ依レハ處刑ノ言渡ヨリ生スル無能力ハ其言渡ヲ受ケタル者ト合意ヲ爲シタル者ヨリ之ヲ申立ツルコトヲ得、故ニ處刑ヨリ生スル無能力者ノ爲シタル合意ハ其無能力者及ヒ相手方共ニ其無効ヲ申立ツルコトヲ得ルモノトス

諸君ノ已ニ知レルカ如ク刑法ハ受刑人ヲ以テ或ル無能力者ト爲ス(刑法第三十二條第三十三條第三十五條)然レトモ其受刑人ニシテ萬一財産ヲ管理シ又ハ契約ヲ爲シタルトキノ制裁ヲ記載セス本條ハ即チ其制裁ヲ規定シタルモノナリ而シテ其制裁ハ合意ヲ無効トスルニアリ而シテ此無効タルヤ受刑人及ヒ相手方共ニ之ヲ申立ツルコトヲ得ルニ非サレハ法律ノ精神ヲ貫クコト能ハス蓋シ一般ノ原則ニ依リ其合意ノ無効ハ無能力者タル受刑人ノミ申立ツルコトヲ得可キモノト爲ス其ハ已レ之ヲ取消スニ非サルヨリハ合意有効ナルカ故ニ刑法ノ結果ヲ犯シテ漫ニ合意ヲ爲スニ至ラン然ルニ相手方モ亦之カ無効ヲ申立ツルコトヲ得ト爲ストキハ相手方ヨリ取消サル、ノ恐アルヲ以テ濫ニ合意ヲ

爲サ、ル可ク又相手方ニ於テモ相手人タル無能力者ヨリ無効ヲ申立テラル、ノ恐アルヲ以テ容易ニ契約ヲ爲サ、ル可シ是レ本條規定ノ理由ナリ
 刑法實行後茲ニ十年而シテ其間受刑人刑法ヲ凌テ或ル契約ヲ爲シタルコトアリヤ否ヤハ余之ヲ知ラスト雖トモ苟モ刑法ニ於テ或ル罪ノ處刑人ハ公權ヲ剝奪サレ若クハ停止サレ財産ヲ治ムルヲ得スト定メタル以上ハ之カ制裁ヲ定メサル可ラス而シテ之ヲ定ムルハ民法ヲ除キ他ニ之ナシ

佛蘭西民法ニ於テハ右ノ如キ規定ナキヲ以テ之ト同一ノ決定ヲ爲スコトヲ得サルヘシト雖トモ日本現時ニ在テハ刑法ノ禁制ニ背キ契約ヲ爲シタルトキハ本人ハ勿論管財人又ハ相手方ニ至ルマテ皆無効ヲ主張シテ其銷除ヲ求ムルコトヲ得可シト爲スハ刑法上至當ノ解釋ナリトス果シテ然リトセハ現行法ト新法トハ敢テ異ナル所ナシト云フ可シ

第二十一條第二項ハ未發開ノ相續權讓渡ノ合意ヲ禁止シタリ此禁止タルヤ至當ノ理由ヨリ出タルモノニシテ諸君ハ他ノ民法講義ニ就テ其詳ヲ了知セラルヘシ

未開相續權ノ讓渡ハ有効ナルヤ將タ無効ナルヤハ從來ノ法律ニ於テハ甚タ曖昧タリ例ヘハ長子太郎ナル者(相續ス可キ人)アリ弟次郎ニ謂テ曰ク家嚴死去スルモ我之カ相續ヲ爲サス汝ニ讓ラン汝其報償トシテ我ニ若干金ヲ渡セ我レ外國ニ行カント次郎之ヲ諾シ合意茲ニ成レリ夫レ此合意ハ有効ナルヤ否ヤ現時ノ法ハ甚タ曖昧ニシテ確然之ヲ知ルニ由ナシ

昔シ羅馬ノ大戸主エザニト云フ人長子ニシテ當ニ相續スヘキ地位ニ在リシカ之ヲ或ル人ニ賣却セリ當時之ヲ禁セサリシヲ以テ其賣買ハ有効ナリシ然ルニ其後ニ至リ未發開ノ相續權讓渡ノ合意ヲ嚴禁シタルニ因リ何人モ之カ契約ヲ爲スコトヲ得サルコト、ナリ現世紀ニ至ルモ其禁尙ホ繼續セリ若シ日本ニ於テ現時之ヲ禁止シアラハ固ヨリ論ナシト雖トモ余ノ考案スル所ニ依レハ日本ニ於テハ少クモ或ル一箇ノ場合ニ於テハ之ヲ許セリ其場合トハ隱居相續是ナリ

隱居相續ハ生存中ニ相續ヲ傳フルモノニシテ即チ生存中ノ契約ナリ故ニ隱居相續ノ場合ニ於テハ未發開ノ相續ノ契約ヲ許スモノナリ佛蘭西ニ於テハ未發開相續ノ契約ヲ許サスト雖トモ唯タ夫婦財產契約ノ場合ニノミ限り之ヲ許スノ規定ヲ爲セリ是レ佛蘭西ニ在テハ一例外タルニ過キス日本民法ノ取得編中ニ於テモ亦此ノ如キ規定アルヤ否ヤヲ知ラサレトモ今述ヘタル所ハ第三百二十一條ノ例外ト見做スモ不可ナランカ

第三百二十六條ハ證據編ニ至リ自ラ會得ス可シ

第三款 合意ノ效力

第一則 當事者間及ヒ其承繼人間ノ合意ノ效力

第三百三十三條第三項ニ依レハ證書ノ費用ハ有償行爲ニ付テハ當事者双方之ヲ負擔シ無償行爲ニ付テハ享益者之ヲ負擔スルモノト爲セリ是レ佛蘭西法ト異ナル所ナリ佛國ニ於テハ有償行爲ニ關スルトキト雖トモ猶ホ證書費用ヲ以テ一方ノ負擔ト爲シ賣買ニ付テハ買主之ヲ負擔シ貸貸借ニ付テハ借主之ヲ負擔スルモノトス(證書ノ費用ハ日本ニ於テハ格別多額ヲ要セスト雖トモ佛蘭西

ニ於テハ隨分高額ニ達スルコトアリ
 此費用ノ負擔ニ付キ舊法新法ト異ナルトキハ新法ヲ適用スルコトヲ得ス
 第三百三十五條ハ物ノ滅失又ハ毀損ニ因ル負擔ヲ定メタリ本條ハ條理公道ニ
 依テ定メタルモノナレハ現時ノ法モ亦タ此ノ如クナラサル可ラス
 第三百三十六條ハ付遲滯ノ場合ヲ定メタルモノニシテ一ノ規定法ナリ殊ニ同
 第二號ハ現行法ト大ニ異ナルモノナラン

第三百三十九條ハ債務者其債務ノ辨濟ヲ爲スヲ得サル場合ニ於テ債權者ノ行
 ヒ得可キ處分ヲ規定シタルモノニシテ次條モ亦同一ノ趣意ニ出テタル規定ナ
 リ

本條第二項ニ於テハ特ニ注意ヲ要ス可キ點アリ即チ債權者其債務者ニ屬スル
 權利ヲ行フニ付テハ裁判上ノ代位ヲ得サル可カラサルコト是ナリ此裁判上ノ
 代位ハ既ニ新法實施以前ニ於テ債權者タリシ者ニ付テモ亦必要ナルカ新法實
 施後ニ至リ債權者タルノ地位ヲ得タル者ニノミ之ヲ適用ス可キカ曰ク裁判上
 ノ代位ハ總テノ債權者ニ必要ナリ蓋シ新法實施以前既ニ債權者タリシ者ト雖

トモ決シテ代位ヲ要セスシテ債務者ノ權利ヲ行フヲ得ルノ既得權ヲ有スルモ
 ノニアラサレハ新法實施後ニ至リテハ代位ヲ得スシテ之ヲ行ハント主張スル
 ヲ得サレハナリ然ラハ則チ新法實施以前ノ債權者ハ何故ニ代位ヲ要セスシテ
 債務者ノ權利ヲ行フヲ得ルノ既得權ヲ有セサルカ曰ク此代位ノ事タル一ノ訴
 訟手續ニ關スルモノナリ而シテ訴訟手續ニ關スルモノハ假令規定法ニ屬スル
 モノト雖トモ常ニ新法實施ト共ニ直チニ適用セラル可キモノナレハナリ
 次ノ第三百四十條ハ全ク一ノ認定法ニ過キス固ヨリ此種ノ法文ハ本邦ニ於テ
 古來存在セシヤ否ヤヲ知ラサルノミナラス却テ多クハ存セサリシナラント信
 スト雖モ債務者其債權者ヲ詐害スルニ出テタル行爲ハ之ヲ取消シ得可キコト
 蓋シ理ノ當然ナリ從テ其認定法タルヤ疑フ可カラサルナリ
 斯ノ如ク本條ノ原則ハ全ク一ノ認定法ナリト雖トモ其適用ニ關スル以下ノ數
 條ニ付テハ少シク論究ノ勞ヲ執ラサル可カラス
 先ツ第一ニ第三百四十一條ハ訴訟手續ニ關スル規定ナレハ新法實施ノ當時ヨ
 リ直チニ之ヲ適用セサル可カラス

然ルニ第三百四十二條ニ至リ前二條ニ等ク適用ス可キ一ノ規定アリ先ツ前第三百四十條ニ依レハ債務者自己ノ資力ヲ失フコトヲ知リツ、或ル權利行為ヲ爲ストキハ債權者ハ之ヲ廢罷スルコトヲ得ルノ原則ヲ掲ケタリ然レトモ廢罷訴權ナルモノハ常ニ第三者ニ關係スルモノナレハ之ヲシテ其實効ヲ奏セシメシカ爲メニハ債務者ニ對シテ其詐害行為ヲ廢罷スルノミヲ以テ足レリトセス必スヤ第三者ニ對シテ廢罷スルコトヲ得セシメサル可カラズ然ラサレハ廢罷訴權ハ何等ノ實効ヲモ奏スルコトナク法律ノ規定ハ徒爲ニ屬ス可シ然レトモ何等ノ區別モナク常ニ債權者ヲシテ第三者ニ對シ債務者ノ詐害行為ヲ廢罷スルコトヲ得セシメンカ是亦酷ニ過クルモノト謂フ可シ是故ニ債務者ニ對スル廢罷ハ當然第三者ニ對シテモ亦其効力ヲ及ホサ、ル可カラズト雖モ有償行為ニ付テハ第三者カ合意當時債務者ノ詐害ヲ了知シタルト否トヲ區別シ其之ヲ了知シタル場合ニ限リテ廢罷ノ効力ヲ第三者ニ及ホス可キモノト定メ以テ寬嚴其宜ヲ得セシメタリ

償行為ヲ行フモ苟モ第三者ニシテ債務者ノ詐害ヲ知ラサルニ於テハ之ニ對シテ廢罷ノ効力ヲ及ホスコトヲ得サルカ如シ然ルニ新法ニ依レハ受贈者縱令債務者ノ詐害ヲ知ラサルモ廢罷ノ効力ヲ受ケサル可カラズ從テ新法ハ一ノ規定法ト云ハサル可カラズ然リ而シテ此規定ハ實施ト共ニ直チニ適用セラル可キヤ否ヤヲ考察スルニ現行法下ノ受贈者ハ廢罷訴權ノ攻撃ヲ受ケサル權利ヲ取得シタルモノニシテ所謂既得權ヲ有スルモノナレハ新法ノ影響ヲ被フル可キモノニアラス

然レトモ有償行為ニ至テハ債務者ト第三者間ニ詐害ノ通謀アル場合ニ限リ其行為ヲ廢罷スルコトヲ得ルモノニシテ是現今既ニ然ル所ナリ從テ新舊二法其趣ヲ同フスルモノナレハ本論ニ關スル問題ノ生スルコトナキモノトス

是故ニ第三百四十二條第一項中無償行為ニ關スルモノハ全ク一ノ規定法ナリト雖トモ有償行為ニ關スルモノニ至テハ全ク一ノ認定法ナリト謂フ可シ

又本條第二項ニ假定スル所ハ詐害行為ノ爲メ讓渡シタル物カ更ニ他ノ轉得者ニ移轉シタル場合ナリ此場合ニ於テハ前項ノ場合即チ債務者ト直接ニ取引ヲ

爲シタル者ニ關スル場合ト異ニシテ其行爲ノ有償無償ヲ區別スルコトナク單ニ轉得者カ最初ノ取得者ト約束スルニ當リ詐害ノ事情ヲ了知シタルト否トヲ區別シ其之ヲ了知シタル場合ニ限り之ヲシテ廢罷ノ効力ヲ被ラシムルコトヲ得可キナリ

此點ニ付テハ新法實施後必ス現今ノ裁判例如何ニ關シテ議論ノ生スルコトアル可シ固ヨリ無償ノ轉得者ニシテ善意ナル場合ニ於テハ現今ト雖トモ之ニ對シテ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得サル可シト雖トモ其惡意ナル場合ニ於テハ如何之ニ對シテ廢罷訴權ヲ行ヒ得可シトハ予ノ斷言スル能ハサル所ニシテ此點タルニ現時ノ裁判例如何ニ依リテ論決ス可キモノナレハ姑ク之ヲ諸君ノ研究ニ委セン

次ニ第三百四十三條ニ依レハ債務者ノ詐害行爲ハ其行爲後ニ至リ債權ヲ取得シタル者ヨリ之カ廢罷ヲ請求スルコトヲ得ス蓋シ是等ノ債權者ハ詐害行爲ノ目的タリシ物ヲ以テ自己ノ債權ノ擔保物タラシメンコトヲ豫期シテ債權ヲ取得シタルモノニアラサレハナリ然レトモ詐害行爲ニシテ其行爲以前ノ債權者

ニ依リ一旦廢罷セラレタルトキハ其行爲後ノ債權者モ亦其利益ヲ享受スルコトヲ得是亦本條ノ規定スル所ナリ此規定ヤ實ニ自然必至ノ勢ニ出テタルモノナリ何トナレハ詐害行爲以前ノ債權者ハ其後ノ債權者トノ間ニ於テ債務者ノ財産ニ區分ヲ立ツルハ獨リ清算ノ繁雜ヲ來タスノミナラス本來一箇ノ財團ナレハ彼此前後ノ區別ナク總テノ債權者ニ平等ニ分配ス可キモノナレハナリ想フニ本邦現今ニ於テモ亦當ニ斯クノ如クナル可ク道理上亦然ラサルヲ得サルナリ

最後ニ第三百四十四條ハ時効ニ關スル規定ナレハ後ニ證據編ニ至テ論究スル所アルヘシ

第二則 第三者ニ對スル合意ノ効力

第三百四十六條ニ規定スル所ハ必スシモ新法ノ創定ニアラスシテ現今既ニ行ハル所ナラン固ヨリ本邦古來ノ決定スル如シト謂フニアラスト雖モ輒近法律思想ノ發達ト共ニ裁判例ノ茲ニ歸着シタルコト蓋シ疑ナカル可シト信ス

第三百四十七條ハ記名證券ノ讓渡ニ關スル規定ニシテ是亦現行法ト其軌ヲ同
 フスルモノナレハ別ニ論究スルノ必要アラズ然レトモ其第四項ニ至テハ少ク
 論明ヲ試ミサル可カラズ

本項ニ依レハ證據ニ關スル一ノ制限法ヲ定メタリ即チ前三項ノ規定ニ關シ一
 ノ證據論ヲ惹起スルコトアル可シ例ヘハ本條所定ノ告知及ヒ承諾ナキニ於テ
 ハ債務者カ以前ノ債權者ニ對シ辨濟ヲ爲シタルトキハ有効ニシテ其義務ヲ免
 ル可シト雖モ若シ既ニ其債權ハ第三者ニ讓渡セラレタルモノナルコトヲ知リ
 タルニモ拘ハラズ以前ノ債權者ニ辨濟シタリトセンカ最早之ヲ保護スルノ限
 ニ在ラス然ラハ即チ讓受人ハ其讓受ノ告知ヲ爲サス又債務者ノ承諾ヲ得サル
 ニモ拘ラス事實上債務者ニ於テ其讓渡ヲ知了シタリトノ證據ヲ擧ケ以テ其債
 務者ニ對シテ辨濟ノ請求ヲ爲シ得可キカ曰ク否若シ之ヲ許ストキハ公示ノ規
 定(告知又ハ承諾)ハ遂ニ徒法ニ屬ス可レ是本項ニ於テ當事者ノ惡意ハ其自白ニ
 因ルニ非サレハ之ヲ證スルコトヲ得スト規定シタル所以ナリ然ルニ此規定タ
 ル現時既ニ行ハル、所ナリヤト曰フニ單ニ然リト斷言スルコト能ハサルノミ

ナラス却テ然ラスト斷言スルニ躊躇セサル可シ然ラハ則チ新法實施後ニ至リ
 テハ如何曰ク舊法果シテ當事者ノ惡意ヲ證スル方法ニ制限ナクシテ人證ヲモ
 許容セリトセンカ新法實施前ノ惡意ヲ證スルカ爲メニハ縱令新法實施後ト雖
 トモ仍ホ人證ヲ用ユルコトヲ得可キモノトス
 今ヤ證據方法ニ關スル不溯及論ノ原則ヲ示ス可シ凡ソ證據方法ニ關シテハ當
 事者ハ常ニ既得權ヲ有ス故ニ現今人證其他ノ證據方法ヲ以テ舉證スルコトヲ
 得可キ事實ニシテ苟モ新法實施以前ニ起リタルモノナルハ縱令新法ニ於テ
 同一ノ場合ニ關スル證據方法ニ制限ヲ加フルモ仍ホ當事者ハ舊法ノ下ニ於
 ケル證據方法ヲ利用スルコトヲ得換言スレハ證據方法ハ常ニ舊法ヲ適用シ新
 法ハ直チニ適用セラル、モノニアラス例ヘハ新法ニ於テハ人證ヲ使用スルヲ
 得可キ場合ハ大ニ制限セラレタリ然ルニ現今法ニ於テハ人證ニ關シ多少ノ制
 限ナキニアラストスルモ新法ノ如ク甚タシカラス故ニ現今取結ヒタル合意ニ
 付テハ縱令新法實施後ニ至ルモ總テ現今法ノ證據方法ヲ利用スルコトヲ得然
 レトモ新法實施後ニ成立シタル合意ニ關シテハ總テ新法ノ方式及ヒ制限ニ從

ハサル可カラサルコト勿論ナリ

第三百四十八條以下ニ規定スル所ノモノハ事極メテ重要ノ問題ニ關スト雖モ是決シテ新法ノ制定スル所ニアラスシテ遠ク維新以前ヨリ行ハレタル法規ヲ固定シ之ヲ完備セシメタルニ過キス從テ本論ニ關シテ必要アルヲ見ス固ヨリ本條ノ如キハ單純ナル認定法ニアラスシテ一ノ人定的規定法タルヤ疑フ可カラスト雖モ敢テ舊法ヲ變更シタルニアラスシテ單ニ之ヲ固定シタルニ過キサレハ決シテ改正法ト謂フ可カラサルナリ

第三百五十一條ニ規定スル所ヲ例解センカ夫ノ後見人又ハ夫ハ未成年者又ハ婦ノ爲メニ登記ヲ爲スノ義務アリ然ルニ是等ノ者ニシテ未成年者又ハ婦ノ既ニ取得シタル不動産ナルコトヲ知ラスシテ之ヲ取得シ且其登記ヲ受クルモ之ヲ以テ其前取得者ノ爲メニ登記ナキヲ理由トシテ同一ノ者ニ對抗スルヲ得ス是本條ノ規定スル所ニシテ夫ノ一般ノ場合ニ於ケル善意ノ取得者ニシテ先ツ登記セタル者勝ヲ制スルノ規定ト相反スルモノナリ

本條ノ規定タル全ク舊法ヲ改正スルモノナリ蓋シ現今ニ在テハ如何ナル場合

ヲ問ハス先ツ登記セタル者勝ヲ制ス可ケレハナリ固ヨリ後見人等ハ自己ノ職分ヲ空フシタルモノナレハ未成年等ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任セシメラルルコトアル可シト雖トモ其不動産ニ關レテハ先ツ登記シタルノ故ヲ以テ必ス勝ヲ制ス可シ是ヲ以テ本條ハ新法實施以前ノ行爲ニ付テハ之ヲ適用スルヲ得サルモノトス

第三百五十二條以下ノ三條ハ全ク新規定ニ係ルモノナレハ善ク之カ研究ヲ爲スコト必要ナリト雖トモ元ト是訴訟手續ニ關スルモノナレハ其舊法ヲ改メタルモノナルニモ拘ラス新法實施前後ノ總テノ權利行爲ニ適用セラル可キモノナリ今ヤ其理由ヲシテ明瞭ナラシメンカ爲メ一例ヲ掲ケテ以テ之ヲ説明センニ例ヘハ道路ニ穴ヲ穿テタル者ハ通行人ノ注意ヲ促スニ足ル可キ燈火ヲ掲ク可シ違フ者ハ若干ノ科料ニ處ストノ警察令發布セラレタリト假定セヨ其穴ヲ穿ツノ行爲ハ該令發布ノ前ニ在リタルト否トヲ問ハス總テ同令ノ適用ヲ受ク可シ是其警察令タル一ニ公安ノ爲メニ設ケタルモノナレハ決シテ穿穴ノ時ノ前後ヲ問フ可キモノニアラサレハナリ纏テ本條以下三條ノ規定ヲ見ヨ是皆公益

ノ爲メニ設ケタルモノナリ故ニ新法實施ト共ニ直チニ適用セラル可キモノニシテ敢テ行爲ノ時如何ヲ問フヲ要セス蓋シ公益ヲ害スルコトヲ得ルノ既得權ナルモノ在テ存ス可シトハ想像タモ仍ホ且爲スコト能ハサレハナリ
最後ニ第三百五十五條ハ一ノ認定法タルニ過キサレハ茲ニ説明スルノ必要アラス

次ニ第四款ノ規定ニ付テハ別ニ説明ヲ要スルモノニアラス故ニ直チニ不當ノ利得ニ移ル可シ

第二節 不當ノ利得

不當ノ利得ハ義務發生ノ第二原因ナリ
不當ノ利得ニ關シテハ民法中幾多ノ條項アリト雖トモ多クハ是從來存在シタル權利ヲ認定シタルニ過キス實ニ他人ノ財產ヲ以テ己レヲ富マスハ實際其例尠カラスト雖トモ苟モ不當ニ得タルモノハ必ス之ヲ返還セサル可ラサルノ理立法者ヲ待テ存セサルナリ

佛國ニ於テハ不當ノ利得ニ關スル條文ナキニアラサレトモ甚タ僅少ニシテ之カ原則ヲ明示セス然レトモ佛國裁判官ハ不當ノ利得ハ必ス之カ返還ヲ命シ日本從來ノ裁判官モ亦皆然リ

日本民法ニ於テハ不當ノ利得アルトキハ必ス之ヲ返還ス可キノ原則ヲ掲ケ尙ホ其原則ノ適用ニ箇ヲ明示セリ

第一、事務管理、他人ノ事務ヲ管理シタル者ト其本主トノ間ニ權利義務ノ關係ヲ生ス

第二、不當ノ辨濟、錯誤ノ辨濟ハ之ヲ取戻スコトヲ得
右ハ皆認定法ニ係ル唯從來ト異ナルカ如キ觀アルモノハ僅々ニアルニ過キス

凡ソ不當ノ辨濟ヲ爲スニ付テモ種々ノ變体アルモノニシテ或ハ眞ノ債權者ヲササル者ニ對シテ辨濟スルコトアリ或ハ眞ノ債務者ニアラサル者ヨリ辨濟スルコトアリ又或ハ債權者ニアラス債務者ニアラサル者ノ間ニ於テ辨濟スルコトアリ是皆所謂不當ノ辨濟ナリ而シテ第三百六十五條ニ於テハ實際債權ハ存

在メルモ債務者ニアラサル者ヨリ爲シタル辨濟ヲ規定セリ本條ノ規定中或ル一點ハ實ニ新ナル規定ニ屬スルカ如キ觀アルモノ、一ナリ

本條第二項ニ依レハ債權者債務者以外ノ人ヨリ辨濟ヲ受クルモ債權者ハ以テ眞ノ債務者ヨリ爲シタル辨濟ナリトシ且最早必要ナシト信シテ證書ヲ毀滅シタル場合ニハ其債權者ハ眞ノ債務者ニ對シテ辨濟ヲ請求スルノ證據ヲ喪失シタルヲ以テ其不當ノ辨濟者ニ對シ其辨濟物ヲ返還スルヲ要セストセリ是即チ從來存セサル所ニシテ新ナル規定ノ如ク思考セラル、ナリ依テ此規定ニ關シ不遑及ノ原則ノ適用ヲ論センニ若シ其辨濟及ヒ證書ノ毀滅ニシテ新法實施以後ニアリトセハ固ヨリ新法ニ依テ斷定スヘク絶テ問題ノ生スルコトナシ然レトモ其辨濟及ヒ證書ノ毀滅ニシテ新法實施以前ニアリトセハ是亦新法ヲ適用ス可キヤ否ヤ是甚タ疑ハシキ一點ナリトス

縱令債權者ハ不利益ニシテ且過酷ナルカ如シト雖トモ一ニ原則ニ依リテ斷定スルトキハ假令債權者辨濟ヲ受ケ同時ニ證書ヲ毀滅スルモ苟モ新法實施以前ニ係ルトキハ其辨濟ヲ爲シタル者ハ當時此規定ナキカ故ニ直チニ其返還ヲ要

ムルノ權利アリ此權利タル辨濟當時直チニ得タルモノニシテ所謂已得權ナリ故ニ新法ニ依リ此已得權ヲ害スルコトヲ得サルナリ

然レトモ右ノ決定タル債權者ヲ遇スルコト甚タ酷ナリ是甚タ疑ハシト言ヒシ以所ナリ今若シ縱令新法實施以前ニ係ルト雖トモ債權者ハ其辨濟ヲ受ケ且其證書ヲ毀滅シタルヲ以テ其取戻ヲ免カレントセハ自ラ立說ノ餘地ナキニアラス請フ左ニ其理由ヲ述ヘン

新法實施以前ニ在テハ未タ法典ナキカ故ニ苟モ特別規則アルニアラサレハ裁判官ハ道理ニ依テ判決セサルヘカラス而シテ今若シ債權者債務者ニアラサル者ヨリ辨濟ヲ受ケ其證書ヲ毀滅シタルトキハ道理上何レヲ保護ス可キカ思フニ債權者ヲ保護セサル可ラサルハ蓋シ債權者ハ眞ノ債務者ヨリ爲ス辨濟ナリト信シテ之ヲ受ケ且其證書ヲ毀滅シタルモノナレハ絶テ過失アルコトナシ然ルニ債務者ハ錯誤ノ辨濟ヲ爲シタルノ過失アリ實ニ已レノ錯誤ノ爲メ他人ヲシテ其證書ヲ喪失セシメタルハ過失ニアラスシテ何ソヤ之ヲ以テ裁判官ハ新法實施ナル今日ト雖トモ尙ホ其取戻ヲ許サスト判決スルコトヲ得可シ果シ

テ然ラハ此規定モ亦從來ノ法規ヲ認定シタルモ過キスシテ敢テ民法ノ創定スル所ニアラスト論スルヲ得可シ

次ニ新法ノ創定ニ係ルモノハ第三百六十六條第二項ノ規定是ナリ

本條ハ眞ノ債務者ヨリ眞ノ債權者ニ對シテ爲シタル辨濟ナレハ双方間ニ義務ノ眞誠ノ成立アル場合ナリ故ニ此場合ハ不當ノ辨濟ニアラサルカ如シト雖トモ第二項ニ於テハ多少其辨濟ノ不當ナル場合ヲ規定セリ

本項ニ依レハ眞債務者ト眞債權者間ニ行ハレタル辨濟モ或ハ期限以前ニ或ハ辨濟スヘキ場所以外ニ於テ之ヲ爲シ或ハ又其辨濟ス可キ物ト異ナル品質、價格若クハ價格ノ物ヲ以テ之ヲ爲シタルトキハ多少合意ト相違スル所アルヲ以テ其辨濟ヤ不當ナリト雖トモ其不當ノ度甚タ輕少ナルヲ以テ之カ取戻ヲ爲スコトヲ得ストセリ

(注意)本項ハ期限ニ先タチテ辨濟シタル場合ヲ發見シテ條件成就前ニ爲シタル辨濟ヲ規定セス是條件成就前ノ辨濟ハ無論取戻スコトヲ得ルヲ以テナリ本項カスノ如キ場合ニ於テ唯一方ニ對シテ損害ヲ賠償セシムルニ止マリ辨濟

物ノ取戻ヲ許サ、ルハ新ナル規定ナルヘシ蓋シ今日ニ在テハ縱令其辨濟ノ合意ニ相違スル所些少ナリト雖トモ苟モ其相違アル以上ハ不當ノ辨濟ニ外ナラサルヲ以テ其取戻ヲ許容スヘシ本項カ唯損害賠償ヲ得セシムルニ止マリ其取戻ヲ許サ、ルニ至テハ畢竟便宜ニ出テタル規定ニ過キサルナリ

凡ソ立法者ハ純理ニ依ラスシテ公益ニ據ルコトヲ得ルモノナリ本項ノ規定ノ如キ亦是ナリ若シ本項ノ場合ニ於テ取戻スコトヲ得セシメンカ債務者或ハ再ハ辨濟セサルコトアラン故ニ法律ニ唯金錢上ノ損害アラハ之ヲ賠償セシムルニ止マリ決シテ辨濟物ノ取戻ヲ許サス然レトモ是立法者公益ノ爲メ純理ヲ托ケタルモノナレハ苟モ其規定ナキニ於テハ裁判官ハ此ノ如ク決定スルコトヲ得ス故ニ本項ハ唯新法實施以後ニ適用スヘキノミ

第三節 不正ノ損害即チ犯罪及ビ准犯罪

不正ノ損害ニ關スル規定ハ純粹ナル法理ニ原由スルモノナリ唯僅ニ第三百七十八條ニ於テ新ナル規定アルカ如シ然レトモ是亦深ク研究スルトキハ或ハ新

ナル規定ナラサルヲ發見スルヤ未タ知ル可ラス
 第三百七十八條ニ規定スル所ハ數人ニテ同一ノ所爲ニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘ
 タレ場合ニシテ其數人ハ或ハ過失アリ或ハ懈怠アルモノナレハ其過失懈怠ノ
 程度ニ因リ其責任ニ輕重ヲ來タス可キモ其賠償ノ義務アルヤ一ナリ而シテ其
 各自ノ過失又ハ懈怠ノ部分ヲ知ルコト能ハサルトキハ其賠償ノ義務ハ各自全
 部ヲ負擔セサルヘカラス例ヘハ共有地中ニ共有樹木アリテ一朝俄然倒仆シ爲
 メニ隣家ヲ壓倒シタルトキハ共有者數人ハ其損害ヲ賠償セサル可ラス而シテ
 此賠償ノ義務ハ各自其全部ヲ負擔ス可キモノニシテ即チ全部義務ナリ然レト
 モ此法律ノ規定ヲ待テ始メテ生スル結果ナレハ未タ法律ノ存セサル今日ニ在
 テハ各自自己ノ部分ヲ分擔スレハ乃チ足レリ敢テ他人ノ部分ヲモ負擔スルノ
 責任アラズ即チ各自ノ權利ノ部分ニ應シテ負擔ス可キノミ固ヨリ立法者カ斯
 カル規定ヲ爲シタルハ實ニ事實ノ情況ニ基キタルモノナレハ其規定ノ至當ナ
 ルヤ又疑フ可ラス蓋シ樹木ハ各自個々ノ注意ヲ加ヘテ之ヲ支持スルヲ得可ク
 敢テ各自共同スルニアラサレハ注意ノ効ナキモノニアラス然レハ各自個々ノ

不注意ハ即チ倒仆ノ原因ナレハ各自個々ニ全部ノ義務ヲ負擔ス可シトスルハ
 固ヨリ至當ナリ然レトモ是立法者ニシテ始メテ此ノ如ク決定スルヲ得ヘク裁
 判官ハ決シテ此ノ如ク斷定スルヲ得サルナリ

右ノ場合ニ於テ數人ノ故意ニ出テタルモノナルトキハ各自連帶義務ヲ負擔セ
 サルヘカラス是本條但書ニ規定スル所ナリ若シ夫レ連帶義務ニ關スルコトハ
 後ニ至テ説述スヘシ

本條ノ但書ハ刑法ノ規定ヲ適用シタルモノニシテ此適用ハ素ヨリ其當ヲ得タ
 リ然レトモ若シ之ナキニ於テハ之ヲ適用スルコトヲ得ス是爰ニ特記シタル所
 以ナリ抑刑法上數人ニテ一罪ヲ共犯シタルトキハ各自全部ノ刑ヲ受ケサル可
 ラス數人ニテ爲シタル不正ノ所爲ニ至テモ亦然リ是此場合ニハ連帶ノ責任ア
 リトシタル所以ナリ

以上述フルカ如クナルヲ以テ本條ノ規定ハ新法實施以後ノ所爲ニアラサレハ
 之ヲ適用ス可ラス若シ夫レ實施以前ノ損害ニ付テハ各自其權利ノ割合ニ應シ
 テ之ヲ分擔ス可キノミ

以上ハ義務ノ原因ニ付テ論シタルナリ尙ホ法律ノ規定ナル義務ノ一原因アレトモ別ニ述フヘキコトナキヲ以テ直チニ義務ノ効力ニ移ル可シ

第二章 義務ノ効力

第一節 直接履行ノ訴權

義務ノ第一ノ効力ハ債權者強テ債務者ヲシテ其義務ヲ履行セシムルニ在リ此事ニ關シテハ別ニ論スルノ必要アルヲ見ス
然レトモ其直接履行ヲ得サル場合ニ於テハ唯損害賠償ヲ爲サシムル一方法アルノミ而レテ其損害賠償ニ關シテハ法律上詳細ナル規定ヲ爲シタリ

第二節 損害賠償ノ訴權

損害賠償ニ關スル規定中第一ニ第三百八十五條ニ掲グル所ノモノハ新ナル規定ナルカ如シ本條ニ定ムル所ニ依レハ義務不履行ノ原因ハ懈怠ナルカ將タ惡意ナルカラ區別シ其惡意ニ出ツルトキハ其懈怠ニ由ル場合ニ比シ一層責任ノ

重キヲ見ルヘシ如此惡意ト懈怠トノ間ニ存スル差異ノ理由ニ至テハ之ヲ民法講義ニ譲リ茲ニハ唯此二者間ニ差異在テ存スルコトヲ一言スルニ止ム可シ
却說此場合ニ於ケル新法ハ如何ニ適用セラルカヲ論センニ凡ソ法律不遑及ノ原則ノ適用ヲ論スルニ當テハ大率二箇ノ時ト事柄トヲ觀察スルニ過キス即チ舊法ノ下ニ於テ契約ヲ締結シ新法ノ時ニ至テ之ニ關スル爭訟ノ起リタルコト是ナリ然ルニ損害賠償ニ關シテハ稍之ニ異ナルモノアリ固ヨリ其契約ハ新舊二法何レノ時ニ於テ締結セラレタルカヲ見サル可ラスト雖トモ尙ホ觀察ス可キ要點在テ存ス即チ其不履行ハ新舊二法何レノ下ニ在リタルカ是ナリ今若シ契約ノ締結ハ舊法ノ下ニ在リテ訴訟ノ提起ハ新法ノ下ニ在リト想像シ其不履行モ亦新法實施以後ニ在リトセハ如何契約ノ締結舊法ノ下ニ在ルカ故ニ其不履行ニ關シテモ亦新法ニ從ハスト主張スルコトヲ得ルカ即チ損害賠償ニ關シテモ其根本タル契約當時ノ法律ニ從フ可シト云フヲ得ヘキカ將タ反對ノ主張ヲ爲スコトヲ得可キカ宜ク之カ研究ヲ爲サ、ル可ラス
此點ニ關シテハ其負擔スヘキ損害賠償ノ原因タル義務ノ不履行ハ何レノ時ニ

在ルカヲ觀察セサル可ラス即チ其不履行ニシテ苟モ新法實施以後ニ係ルトキハ須ク新法ヲ適用セサル可ラス何トナレハ不履行ハ契約當時ニ豫想セサル後日ノ出來事ニ過キサレハ結約者双方ハ不履行ノ場合ニ於ケル結果ヲ結約當時ノ法律ニ依テ規定スルノ意思ナリシト云フヲ得サレハナリ是ヲ以テ其不履行ハ新舊二法何レノ時ニ在テ存セシカヲ觀察スルコト甚タ必要ナリ

第三百九十三條ニ依レハ遅延利息ハ債務者義務ノ履行ヲ遅延シタルノ一事ヲ以テ當然生スルモノニアラス或ハ裁判所へ請求シ或ハ特ニ債務者ノ追認ヲ得ルニアラサレハ不可ナリ此規定タル畢竟債務者ヲ保護スルノ目的ニ出テタルモノナリ蓋シ遅延利息ナルモノハ必ス金錢ヲ目的トスル債務ニアラサレハ生セス而シテ金錢ノ債務者ハ不知不識其履行ヲ遅延スルコト往々ニシテ之アリ然ルニ期限經過ノ一事ヲ以テ當然遲滯ニ在ルモノトスルトキハ債務者ノ爲メ甚タ酷ナリト謂ハサル可ラス是ヲ以テ遅延利息ヲ生スルカ爲メニハ前掲二方法中ノ一ヲ要スルモノトシタルナリ

遅延利息ヲ生セシムルニ付テノ規定ノミナラス第三百九十一條以下ノ諸條ハ

皆金錢ノ債務ニ付テ規定シタルモノナリ然ルニ是等ノ規定タル立法者ノ規定ヲ待テ始メテ存スルモノナレハ裁判官ハ決シテ此ノ如ク斷定スルコトヲ得ス(又縱令新法實施以後ト雖トモ右ノ方法ニ依ラスシテ期限經過ノ一事ヲ以テ當然遲滯ニ在リトノ特約ヲ爲スコトヲ得)故ニ是等ノ規定ハ總テ新法實施以後ニ適用ス可キノミ

第三百九十四條ニ於テモ亦前條ト同一ノ決定ヲ爲ス可キモノアリ本條ニ依レハ利息ヲ元本ニ組込ミ之ヲ元本ト爲シテ更ニ其利息ヲ生セシメンカ爲メニハ既ニ經過シタル一ケ年分ノ利息ニシテ且裁判所ニ請求シ又ハ特約アルコトヲ要ス本條モ亦前條ト同ク新法實施以前ニ適用ス可ラス故ニ今日ニ在テハ僅々一二月分ノ利息ト雖モ之ヲ元本ニ組込ムノ特約アルトキハ其特約ハ有効ナリ

第三節 擔保

擔保ニ關スル詳細ハ猶ホ後ニ至テ規定シタリ爰ニハ唯一般ノ原則ヲ掲ケタルノミ而シテ此擔保ニ關スル規定ハ總テ認定法タルニ過キス

擔保ニ關シ大ニ不都合ナルハ日本ニ於テモ債權擔保ト同一ノ文字ヲ用ヒタルコト是ナリ佛國ニ於テモ此二者同一ノ文字ヲ使用シタルハ同ク不都合ナル一點ナリトス固ヨリ此種ノ擔保ト債權擔保トハ全ク別物ナルニハアラスト雖トモ多少差異在テ存スルカ故ニ殊別ノ文字ヲ用ヒサリシハ遺憾ナリ若シ夫レ其差異ノ説明ハ之ヲ民法講義ニ讓ル可シ
以上三節ハ一般義務ノ効力ヲ定メ以下四款ニ於テハ義務ノ體様如何ニ由テ異ナル所ノ特別ナル効力ヲ示シタリ

第四節 義務ノ諸種ノ體様

佛國民法ニ於テハ義務ノ體様ヲ稱シテ義務ノ種類ト謂ヘリ此二者固ヨリ同一ナリト雖モ種類ト謂フハ頗ル漠然タルヲ免カレス故ニ日本民法ニ於テハ故ラニ稱シテ體様ト謂ヘリ體様トハ義務ノ形狀有様ノ義ナリ
義務ノ體様ハ分テ四箇ト爲ス

第一 義務ノ成立ノ單純、有期又ハ條件附

第二 義務ノ目的ノ單一、選擇又ハ任意

第三 債權者又ハ債務者ノ單數又ハ複數

第四 義務ノ性質又ハ其履行ノ可分又ハ不可分

右ノ體様ハ唯一箇ノ義務ノ觀察點ヲ異ニスルノミ即チ如何ナル義務ト雖トモ右四箇中ノ何レニカ屬スルヤ必セリ

第一款 成立ノ單純、有期又ハ條件附ナル義務

第四百五條ニ於テハ期限ノ利益ヲ喪失ス可キ四箇ノ場合ヲ指定シタリ然レトモ此四箇ノ場合ハ悉ク新ナル規定ニ係ルニアラス其然ルモノハ唯僅々一二ニ過キス

先ツ第一ニ債務者無資力トナリタルトキハ今日ト雖トモ亦期限ノ利益ヲ失フ可シ果シテ然ラハ第一ノ場合ノ新ナル規定ナラサルヤ明カナリ
然レトモ第二ノ場合即チ債務者其財産ノ多分ヲ讓渡シ又ハ其多分カ他ノ債權

者ノ爲メニ差押ヘラレタルトキ期限ヲ失フニ至テハ新ナル規定ト謂ハサル可
ラス而シテ其契約舊法ノ時ニ締結セラレ財産多分ノ讓渡若クハ差押モ亦舊法
ノ下ニ在リタルトキハ固ヨリ舊法ニ從フ可シト雖トモ苟モ其讓渡若クハ差押
ニシテ新法實施以後ニ在リタルトキハ其契約ノ舊法ノ下ニ於テ締結セラレタ
ルニ拘ラス仍ホ新法ヲ適用ス可シ

第三第四ニ至テハ今日既ニ之ヲ認ムルヲ信ス

尙ホ第四百七條ニ規定シタル恩惠期限ヲ失フ可キ場合ニ於テモ亦新法ノ規定
ナリト認ム可キ場合在テ存ス即チ第一ニ債務者ノ逃亡又ハ失踪ノ場合ニ於テ
恩惠期限ヲ失フハ至當ノコトナレトモ苟モ法律ノ規定存セサルニ於テハ裁判
官之ヲ失ハシムルヲ得ス然レトモ縱令其契約ノ締結ハ舊法ノ下ニ在リタリト
スルモ苟クモ其逃亡失踪等ニシテ新法實施ノ後ニ在ルトキハ則チ新法ヲ適用
ス可シ蓋シ逃亡又ハ失踪スルノ已得權アリテ存ストハ得テ信ス可ラサレハナ
リ
第二ニ債務者一年以上ノ禁錮ノ刑ヲ受ケタルトキハ是亦恩惠期限ノ利益ヲ失

フ可シト雖トモ此場合ニ於テハ須ラク一ノ區別ヲ爲サ、ル可ラス即チ其犯罪
ノ行ハレタルハ何レノ時ナルカヲ觀察シ苟モ新法實施以前ニ犯シタルモノナ
ルトキハ縱令其處刑ハ新法實施後ニ在ルトキト雖トモ仍ホ新法ヲ適用ス可ラ
ス實ニ不遑及ノ原則ハ已得權ニ原因ス而シテ舊法ノ下ニ於テ罪ヲ犯シタル者
ハ其犯罪ノ爲メニハ恩惠期限ヲ失ハサルノ已得權アルモノナリ
次ニ條件附ノ義務ニ關スル規定アリテ此義務ニ關スル説明ハ頗ル困難ナリト
雖トモ單ニ不遑及ノ原則ノ適用ノミヲ觀ルハ敢テ困難ナキカ故ニ別ニ爰ニ論
セサル可シ蓋シ條件附ノ義務ハ合意又ハ法律ヨリ生ス而シテ其合意ヨリ生ス
ルトキハ固ヨリ不遑及ノ原則ニ依リ其權利ヲ保存セサル可ラス故ニ別ニ論ス
可キモノアルナシ又其法律ニ原因スル場合ハ唯僅ニ黙示ノ解除條件ノ一アル
ノミ然ルニ此黙示ノ解除ハ舊法既ニ之ヲ認メタルカ故ニ是レ亦別ニ論ス可キ
モノアラサルナリ

第二款 目的ノ單一、選擇又ハ任意ノ義務

民法原理(法律不遑及論)

第四百二十七條以下ノ規定ニ付テハ敢テ新法ヲ以テ舊法ヲ改メス即チ單一、選擇又ハ任意ノ義務ニ關スル新法ノ論決ハ別ニ法律ノ明文ヲ待タス自然ノ道理ニ由テ成立ス故ニ今日未タ新法ノ行ハレサル時ニ方リ是等ノ事ニ關スル訴訟ノ提起アルトキハ恐クハ裁判所ニ於テ新法ト同一ノ判決ヲ下スナル可シ

第三款 債權者及ヒ債務者ノ單數又複數ナル義務

又第三款即チ第四百三十七條以下ニ至テモ僅々本法ノ他ノ部分ニ送り附シタルニ過キス故ニ別ニ茲ニ講スヘキ事アラス
次ニ第四款ニ至テハ義務ノ最後ノ變體即チ可分又ハ不可分ヲ規定シタリ

第四款 性質又ハ履行ノ可分又ハ不可分ナル義務

第四款ノ初條即チ第四百三十九條ニ依レハ債務者及ヒ債權者ノ一人ナル場合

即チ單數義務ノ場合ニ於テハ其義務ハ不可分ナルカ如ク一時ニ其履行ヲ爲サ、ル可ラス但シ裁判所ニ於テ特ニ一分ノ履行ヲ認許シタルトキハ格別ナリト此規定モ亦舊法ヲ改メタルモノト思考シ得ス而シテ此事ニ關シテハ既ニ義務履行ノ事ヲ論スルノ初メニ當リ詳論シタル所ナレハ今又爰ニ論述スルノ要ヲ見ス

然ルニ義務單數ニアラスシテ數名ノ債務者又ハ債權者アルトキハ其義務ハ本來分割ス可キモノナリ而シテ之ヲ分ツニ付キ各當事者ノ得可キ部分如何ト云フニ若シ合意アルトキハ格別ナレトモ其合意ナキ場合ニ於テハ事情ニ從ヒ之ヲ定メサル可ラス(第四百四十條)所謂事情トハ各當事者カ得タル利益ノ部分ヲ曰フナリ例ヘハ二人ノ借主アル場合ニ於テ各自カ負擔スヘキ部分ハ借金額ノ二分一ニ相當スト云フヘカラス必スヤ各自ノ得タル利益ノ限度ニ從テ辨濟セサル可ラス是レ法文ニ所謂事情ニ從ヘルナリ之ニ反シテ貸主二人アル場合又賣買ニ於テ賣主又ハ買主ノ二人ナル場合ニ至テモ同一ナリ加旃實際ニ於テハ賣主買主各二人貸主借主各二人ナル場合アルヘシ斯ル場合ニ於テハ義務ノ分

割ハ二様ニ行ハルヘシ即チ一方ニ於テハ働方ノ分割アリテ他方ニ於テハ受方ノ分割アルナリ

事情ニ從ヒトハ法文漠然トシテ其區域明瞭ナラス例ヘハ當事者ノ一方ニ於テ他ノ一方ノ各自カ受クヘキ部分又ハ拂フヘキ部分ヲ知リタル場合ノ如キハ法文中ニ包含スルカ如クナレトモ法文ノ區域ハ敢テ斯ル場合ニマテモ及フモノニアラス然レトモ債權者ハ債務者各自ノ負擔スヘキ部分ヲ知了セサルヘカラス二人ノ債務者アル場合ニ於テ其各自ノ負擔ス可キ部分ヲ知ラサルハ債權者ノ不注意ナリ故ニ若シ債權者之ヲ知ラサル場合ニ於テ債務者間ニ特別ナル負擔部分ノ定アルトキハ債權者ハ債務者ノ主張スル所ニ從ヒ各自ノ部分ノ辨濟ヲ受ケサル可ラス

又特別ノ合意ナク且事情ニ從テ定ムルコト能ハサル場合ニ於テハ債務者各自ノ負擔スヘキ部分ヲ知ルコト能ハサルヲ以テ本條第二項ニ從ヒ各債務者平等ニ負擔ス可シ

方今實際ニ於テ本條ノ規定ハ如何ニ適用セラル、カ曰ク合意アル場合ニ於テ

ハ固ヨリ同一ナリト雖トモ其合意ナキ場合ニ至テハ聊カ疑ナキニシモアラス固ヨリ今日ニ在テモ事情ニ從ヒ各自ノ部分ヲ定ムルノ法ハ實際行ハレサルニアラサルヘレト雖トモ法文ノ如ク明確ナラサルヘシ故ニ法典實施以前ニ在テハ合意上明約アル場合ニ於テハ勿論之ニ從フヘシト雖トモ若レ之ナキ場合ニ於テハ一ニ判決例ニ從フノ外ナカル可シ

第四百四十一條ハ前條ニ對スル一例外ニシテ此場合ニ於テハ債權者間ニ於テモ債務者間ニ於テモ其義務ハ分割スルコトヲ得ス即チ所謂義務ノ不可分ナル場合ニシテ其場合ニアリ

第一ノ場合ニ於テハ法文自身ヲ一見スルモ既ニ新法ハ舊法ヲ改メサルコト明カナリ蓋シ義務ノ目的物ノ性質ニ因リ形体上智能上共ニ分割スルコト能ハサル場合ニ於テ其義務不可分ナリトハ實ニ當然ノ事ナレハナリ

法文ニ所謂負擔スル目的ノ性質ニ因リテ一分ノ履行カ形体上及ヒ智能上不能ナルトキトノ意義ノ説明ハ冗長ニ涉ルカ故ニ之ヲ省略スヘシト雖トモ爰ニ注意スヘキノ一點ハ形体上智能上共ニ分割スルコト能ハサル場合ノ極メテ稀ナ

ルコト是ナリ蓋シ形体上分割スルコト能ハサル場合ハ其例乏シカラスト雖トモ多クハ智能上ニ於テ分割スルコト能ハサルハナシ例ヘハ一匹ノ獸畜一棟ノ家屋ノ如キハ形体上之ヲ分割スルコト能ハスト雖トモ智能上其所有權ヲ分割スルハ極メテ容易ナルノ類是ナリ然レトモ一ノ作爲ニ至テハ形体上智能上共ニ分割スルコト能ハス例ヘハ工作又ハ旅行ノ如キ是ナリ固ヨリ諸種ノ作爲ハ舉テ分割スルコト能ハサルモノニアラサレトモ其所爲ノ性質假令之カ一部分ヲ爲スモ全ク爲サ、ルニ等クシテ更ニ其利益ナキ場合ニ於テハ常ニ形体上智能上共ニ分割スルコト能ハサルモノナリ

之ヲ要スルニ第一ノ場合ニ於テハ新法ノ規定如何ニ拘ハラズ舊法ト異ナルコト能ハサルモノナリ蓋シ其性質上然ルモノナレハナリ

第二ノ場合ニ至テモ亦新法舊法ヲ改正セス否改正スルニ由ナキモノナリ何トナレハ明示又ハ默示ノ合意アル場合ニ於テ其合意ニ從フ可キハ當然ナレハナリ

此故ニ本條ニ關シテハ其契約ノ本法實施以前ニ係ルト否ヲ問ハス一ニ本條ノ

如ク判決ス可キモノナリ

然リト雖トモ不可分ハ民法中最モ困難ナル部分ノ一ニシテ各國法學者ノ最モ難スル所ナリ故ニ議論ノ囂々ヲ避ケンカ爲メ法律之カ規定ヲ爲スハ甚々必要ナリ然レトモ新法ノ規定ハ一ニ自然ノ道理ニ基キタルモノニシテ敢テ之ヲ制定セシニアラサルナリ

不可分ニ關スル許多ノ法文ハ要スルニ債權者間ノ關係及ヒ債務者間ノ關係ヲ規定シタルモノニシテ此事タル頗ル錯綜ヲ極メタリ即チ債權者中ノ一人若クハ債務者中ノ一人ノ爲シタル行爲ハ他ノ債權者若クハ債務者ニ對シテ如何ナル効力アルカ事頗ル錯綜ヲ極メタルカ故ニ之ヲ明定セサレハ後來紛争ノ淵源タルヤ必セリ是ヲ以テ法律ハ之ニ關スル詳細ノ規定ヲ爲シタリ然リ而シテ此事ニ關シテハ專ラ代理ノ原則ヲ適用シタルニ外ナラス實ニ不可分ニ於テハ代理ノ存在スルコト連帶ニ於ケルカ如ク明ナラスト雖トモ多少之アルヤ疑ナシ是ヲ以テ之ヲ適用シタリ然ルニ不可分ノ事タル困難ニシテ且錯雜セルカ故ニ自ラ許多ノ法條ヲ要シタリ其各法條ノ如キハ今逐一之ヲ述ヘス唯法條ノ多キ

ニ拘ハラス何レモ原則ノ適用ニシテ新法ノ制定ニアラサルコトヲ一言スルニ止ムヘシ

然レトモ單ニ斯ク論シ去ルトキハ事甚タ漠然タルカ故ニ茲ニ一例ヲ掲ケテ之ヲ証セン第四百四十五條ニ依レハ不可分義務ノ債權者各自ハ一人ニテ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得而シテ此辨濟アリタルトキハ債務者ハ全ク其義務ヲ免カル斯ク各債務者ハ一人ニテ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノナルカ故ニ單純ニ其義務ヲ免除スルモ亦其自由ナルヘキカ固ヨリ債權者各自ハ自己ノ部分ヲ免責スルコト自由ナリト雖モ本來其債務ハ不可分ノモノナルヲ以テ一人ノ部分ヲ免責セハ他人ノ部分モ亦免責セサル可ラス然ラサレハ其免責ハ全ク其効ヲ奏セサル可シ即チ其免責ハ全部ノ免責ヲ惹起スルカ將タ全ク無効ニ歸着スルカ兩極端ノ一ニ居ラサル可ラス然レトモ此場合ニ適用ス可キ原則即チ其免責ヲシテ全ク無効ナラシメス又爲メニ他ノ債權者ヲ害セサル中庸的決定ヲ案出スルハ甚タ容易ナリ唯其決定ヲ裁判所ニ放任センヨリハ寧口之ヲ明定スルノ優レルニ如カサルヲ以テ其中庸的結果ニ到着ス可キ論決ハ同條第二項

ニ掲ケタリ其要ニ曰ク假令債權者中ノ一人カ合意上ノ免責ヲ爲シタル場合ト雖トモ仍ホ他ノ債權者ハ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得然レトモ既ニ一人ノ免責アリタルモノナレハ其免責シタル債權者ノ受ク可カリシ部分ハ金錢ヲ以テ債務者ニ計算セサル可ラスト此計算ノ事タル其債權者ノ爲メニハ甚タ迷惑ナルカ如シト雖トモ其實然ラス蓋シ債權者中免責シタル者ナカリシ場合ニ於テ己レ全部ノ辨濟ヲ受ケタルトキハ他ノ共同債權者ニ對シテ同額ノ金錢ヲ與ヘサル可ラサルモノナレハ唯其受取人ヲ異ニスルノミニシテ之カ計算ヲ要スルニ至テハ即チ一ナレハナリ尤モ立法者ハ第四百四十五條第二項ノ如ク規定セシテ他ノ一ノ方法ヲ採用スルモ亦同一ノ結果ニ到着スルコトヲ得可キカ如キ觀アリ即チ其免責ハ全ク之ヲ有効トシ他ノ債權者ヲシテ債務者ニ對シ義務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得セシメスシテ單ニ免責シタル債權者ニ對シ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得セシムルノ方法はナリ此方法ヤ法律ノ規定ト同一ノ結果ニ到ル可キカ如キハ其外觀ノミ其實他ノ債權者ヲ害スルコト大ナリ是レ立法者カ此方法ヲ採用セサリシ所以ナリ而シテ現時ノ判決例如何ニ至テハ今

之ヲ詳ニセスト雖トモ恐クハ新法ト同一ノ論決ヲ爲スコトナラン若シ實際然ラストセハ固ヨリ當時ノ判決例ニ從フノ外ナシト雖トモ至當ノ論決ニ至テハ之ヲ措テ復タ他ニ求ム可ラサルヲ信ス

上來述ヘタルカ如ク不可分ニ關スル規定ハ皆法理ニ基キタルモノニシテ新法ハ敢テ舊法ヲ改メス然リト雖トモ第四百四十九條ニ規定シタル唯一ノ場合ニ至テハ然ラス即チ全條ニ依レハ不可分義務ノ場合ニ於テ數人ノ債務者中其一人カ訴ヘラレタルトキハ他ノ債務者ヲシテ其訴訟ニ參加セシムル爲メ猶豫期限ヲ請求スルノ權利アリ此權利タル從來存セサルモノナルカ故ニ新法ハ舊法ヲ改メタリト謂ハサル可ラス(尤モ訴訟法中此種ノ規定アレハ固ヨリ之ニ從フ可シト雖トモ)故ニ本條ハ新法實施以後ニアラサレハ適用スルコトヲ得ス

第三章 義務ノ消滅

第一節 辨濟

第一款 單純ノ辨濟

辨濟ニ付テハ第四百五十七條ニ到リ始メテ舊法ヲ改メタル規定アルヲ見ル同條ニ依レハ眞ノ債權者ニアラスシテ單ニ債權ヲ占有スル者ニ辨濟シタル場合ニ於テモ其辨濟ヲ爲シタル債務者カ善意ナルトキハ其辨濟ハ有効ナリ所謂債權ノ占有者ノ何タルコトハ法律既ニ其例ヲ掲ケタリ即チ其一例ハ表見ノ相續人ニシテ債權者ノ相續人ノ如キ外觀ヲ裝ヘル者ニ辨濟シ其者ハ縱令眞ノ相續人ニ非サルモ苟モ債務者之ヲ眞ノ相續人ナリト信シ且斯ク信スルニ付テ重過失ナキニ於テハ其辨濟ハ有効ナリ此規定タル法文ヲ待タスシテ自然法上當然存在スルモノニアラス固ヨリ法律ハ條理ニ背ク規定ヲ爲サ、ルカ故ニ此規定ハ全ク自然法ニ背反セリト曰フ可ラスト雖トモ明文ヲ須タスシテ當然存スルモノニアラス立法者カ自然法ニ參酌シ公益ニ基キテ造出シタル規則ナリ蓋シ純理上之ヲ許サ、ルモ公益ニ基キテ或ル法則ヲ規定スルハ羅馬以來其例ニ乏シカラス若シ本條ノ規定ナシトセハ經濟上ノ公害尠カラズ實ニ債務者ハ眞ノ

相續人ナリト信シテ辨濟シタルニ一朝相續人ニアラサルコトノ發顯セラルハトキハ再ヒ辨濟セサル可ラストセハ債務者ハ常ニ安心以テ辨濟スルコト能ハサルニ到ル可シ

斯ク本條ハ立法者ノ規定ニ係ルモノナルヲ以テ特ニ注意ス可キノ要點在テ存ス即チ本條ヲ適用スルニ當テハ義務諾約ノ日カ新法實施以前ニアルヤ否ヤヲ區別ス可キカ將タ辨濟ノ日カ新法實施以前ニ在ルヤ否ヤヲ區別ス可キカノ問題是ナリ而シテ本問ハ要スルニ左ノ問題ニ歸着ス可シ即チ凡ソ債權者ハ其債權取得ノ日ニ在テ自己以外ニ辨濟ヲ受クル者ナシト揚言スルノ己得權アリヤ否ヤ是レナリ之ヲ案スルニ債權者ハ斯ノ如キ己得權ヲ有スルコトナシト信ス蓋シ債務者ヲ保護スルカ爲メ特別ノ規定ヲ爲ス場合ニ於テハ債權者ノ權利ヲモ顧慮セサル可ラサルハ勿論ナレトモ此場合ニ在テハ公益ノ爲メ債務者ノ辨濟ヲ有効ト爲シタルモノナレハ債務者ノ利益ヲ保護セサル可ラサルヤ當然ナリ故ニ本條ノ適用ニ關シテハ辨濟ノ日ヲ觀察ス可クシテ契約ノ日ヲ觀察ス可ラサルナリ

尙ホ前第四百五十五條ニ付テ脱漏セシコトアレハ茲ニ之ヲ補フ可シ即チ全條ニ依レハ辨濟ニシテ有効ナルカ爲メニハ辨濟者カ辨濟物ノ所有者ニシテ且之ヲ讓渡スノ能力ナカル可ラス之ニ反スル辨濟ハ無効ニシテ之カ取戻ヲ請求シ得可シト雖トモ其辨濟ノ無効ナルニ拘ハラズ債權者若シ善意ニシテ之ヲ消費シタルトキハ其取戻ヲ請求スルコトヲ得ス是亦新法カ舊法ヲ改メタルノ一點ナリ今本條ノ規定ニ關シ不遑及ノ原則ヲ適用センニ新法實施以後ニ消費シタルモノニアラサレハ本條ヲ適用ス可ラス實ニ其消費ノ事實アリテ始メテ債權者ヲ保護スルノ必要アリ未タ消費セサル前ニ在テハ之ヲ保護スルノ必要存セス故ニ本條ノ適用ニ關シテモ亦重キヲ措ク可キハ契約ノ時ニアラスシテ消費ノ時ナリトス

辨濟ヲ爲スニ當リ當事者ハ協議上辨濟物ヲ取替ユルコトアリ稱シテ代物辨濟ト謂フ第四百六十一條ニ依レハ代物辨濟ハ一ノ更改ト見做サレ其行爲ハ場合ニ因リテ賣買又ハ交換ノ規則ヲ適用ス可キモノナリ而シテ其代物辨濟ノ或ハ賣買トナリ或ハ交換トナルハ一ニ其取替ユ可キ物ノ一方カ金錢ナルト然ラサ

ルトニ由ルモノナリ例ハ金錢ノ義務ノ代ハリニ家屋ヲ引渡シ又ハ家屋ノ代ハリニ金錢ヲ辨濟スルトキハ賣買トナレトモ家屋ノ代ハリニ土地ヲ引渡ス場合ニ於テハ交換トナルノ類是ナリ而シテ代物辨濟ハ一ノ更改ニシテ或ハ賣買トナリ或ハ交換トナルト明記シタルハ甚タ必要ナリ蓋シ一ノ更改アリトセハ之ニ因テ新ニ生シタル義務ハ前義務ト其性質ヲ異ニシ從テ其効力ヲ全フセサレハナリ例ハ賣買ノ場合ニ於テハ擔保ノ義務在テ存スルノ類之ナリ然リト雖トモ此規定タル學者ノ普子ク認メタル所ニアラス佛國ノ如キハ法文存セサルカ爲メニ議論ノ分離ヲ免レス現ニ或ル學者ノ如キハ代物辨濟ハ更改ニアラスシテ一ノ辨濟ナレハ萬事爰ニ結了シ全ク權利義務ノ關係ヲ杜絶スルモノナリトセリ

日本現時ノ判決例ニ至テハ其如何ヲ知悉セスト雖トモ今假リニ反對ナリトセハ本條ニ關シ不遑及ノ原則ヲ適用スルノ必要ヲ生ス而シテ本條ニ付テモ亦契約ノ時代物辨濟ノ時及ヒ新法實施ノ時ノ三者アルヲ見ル可シト雖モ其契約ノ時及ヒ代物辨濟ノ時共ニ新法實施ノ後若クハ前ナル場合ニ於テハ全ク新法ヲ適用シ若クハ之ヲ適用セサルコト明カナリ然ルニ契約ハ新法實施以前ニ在リテ代物辨濟ハ實施以後ニ係ルトキハ如何是亦新法ヲ適用セサル可ラス若シ然ラズセンオ債務者ハ契約當時代物辨濟ヲ爲サストノ已得權ヲ得タルモノナリト言ハサル可ラサルニ至ル可シ然レトモ代物辨濟ハ當事者ノ協議上ヨリ來ルモノナレハ債務者ニ右ノ已得權アルハ到底想像ス可ラス故ニ縱令契約ハ新法實施以前ニ在リトスルモ苟モ其代物辨濟ニシテ新法實施以後ニ在リタル場合ニ於テハ新法ヲ適用セサル可ラス

第二款 辨濟ノ充當

辨濟ノ充當ニ付テハ別ニ本論ニ關シテ述フ可キモノアルナシ唯僅ニ第四百七十二條ニ付キ一言以テ注意ヲ喚起セサル可ラサルモノアルノミ抑々辨濟ノ充當ナル者ハ如何ナル場合ニ於テ行ハル可キカ是諸君ノ既ニ知悉セラル所ナル可シト雖トモ今其大体ヲ一言セハ同一ノ債務者及ヒ債務者間ニ於テ數多ノ債務存在スルニ方リ其債務者一ノ辨濟ヲ爲スモ以テ總テノ債務ヲ

消却スルニ足ラサルトキハ數多ノ債務中如何ナル債務カ消滅シタルモノト爲
ス可キカ是レ之ヲ定ムルハ即チ辨濟ノ充當ニシテ本款ノ規則ヲ適用ス可キモ
ノナリ

然リ而シテ當事者特ニ其充當ヲ爲サ、リシトキハ法律之カ充當ヲ爲ス第四百
七十二條即チ是ナリ然ルニ本條ノ規定ハ現時判決例ノ一般ニ是認スル所ナル
ヤ否ヤ未タ容易ニ斷言ス可ラス故ニ假リニ現時ノ判決例ハ之ニ反對スルモノ
ト想像シ以テ不遑及ノ原則ノ適用ヲ試ミン然レトモ本條ニ列舉シタル五箇ノ
場合ヲ逐一講究スルハ事冗長ニ渉ルノ恐アルカ故ニ就中最モ現時ノ判決例ノ
異ナル可シト想像セラル、第四ノ場合ヲ一例トシテ説述スル所アラン
全一ノ債務者及ヒ債務者間ニ存スル總テノ債務カ既ニ期限ニ至リ又ハ未タ期
限ニ至ラサル場合ニ於テ其數多ノ債務中或ル者ヲ消却スルニ付キ債務者カ利
益ヲ有スルトキハ其利益アル債務ニ充當ス可キハ前第三號ニ於テ定メタル所
ナリ然ルニ何レノ債務ヲ先キニ消却スルモ債務者別ニ利害ノ關係ヲ有セサル
トキハ最モ先キニ期限ノ至リ又ハ至ル可キモノニ充當ス可シ是第四號ノ定ム

ル所ナリ然ルニ此規定タル從來ノ判決例ト異ナルヤモ知ル可ラス蓋シ佛國民
法ノ論決ハ之ニ異ナリ契約ノ時期最モ先キナルモノヨリ消却ス可シトセリ知
ル可シ立法者間既ニ其意見ヲ異ニスル點ナルヲ安ツ從來ノ判決例之ニ異ナラ
サルヲ保センヤ果シテ從來ノ判決例ハ第四號ノ所定ニ異ナリトセハ本號ハ新
法實施以前ニ爲シタル辨濟ニ適用ス可ラス其辨濟ニ付テハ恰モ第四號ナキニ
等シ故ニ第五號ニ依リ各債務ノ額ニ應シテ平等ニ充當セサル可ラス

第三款 辨濟ノ提供及ヒ供託

本款ニ關シテハ唯第四百七十八條ニ付キ不遑及ノ議論起ル可キノミ抑々債務
者辨濟ヲ爲サントスルモ債權者之ヲ受ケス且債務者ヨリ辨濟ノ提供ヲ爲スモ
債權者尙ホ之ヲ承諾セサルトキハ債務者之ヲ供託シ以テ其義務ヲ免カル、コ
トヲ得然ルニ本條ニ依レハ債權者未タ其供託ヲ受諾セサル間ハ債務者之ヲ引
取ルコトヲ得其之ヲ引取リタルトキハ恰モ供託セサリシト同ク權利義務ノ關
係舊ニ復スルカ故ニ他ニ共同債務者又ハ保證人アリタルトキハ是等ノ者モ亦

依然其義務ヲ負擔セザル可ラス反之債權者既ニ其供託ヲ受諾シタル後ハ債務者最早之ヲ引取ルコトヲ得ス唯債權者カ其引取ニ付キ承諾ヲ與ヘタルトキハ此限ニ在ラス然レトモ此場合ニ於テハ債務者其供託物ヲ引取リタルニ拘ハラズ仍ホ他ノ共同債務者又ハ保證人ハ曾テ負擔シタル義務ヲ免ル、モノナリ(尤モ供託ノ事ニ關シテハ別ニ供託規則ナルモノ、發布アリタリト雖トモ是多少民法ノ規定ヲ補足セシニ止マリ敢テ本法ヲ改メタルニテラサレハナリ)以上指示シタル二箇ノ點ニ付テハ現時ノ判決例果シテ如何想フニ本法ト同一ナラン然レトモ果シテ然リトセハ爰ニ論スルノ要ナキカ故ニ假リニ本法ニ異ナル判決ヲ爲スモノト想像ス可シ即チ例ヘハ第一ノ場合ニ於テ債務者ハ供託物ヲ引取ルコトヲ得ス又假令然ラサルモ第二ノ場合ニ於テモ他ノ共同債務者又ハ保證人ハ依然其義務ヲ免カル、コト能ハストノ判決例アリト假定ス可シ果シテ然ラハ新法實施後ニ爲シタル供託ニ付テノミ本條ヲ適用ス可シ

第四款 代位ノ辨濟

代位辨濟ニ付テハ新舊二法其趣意ヲ異ニスルコトノ明瞭ナル規定在リテ存ス凡ソ代位ニ三箇ノ種類アリ第一債權者ノ行フ代位第二債務者ノ行フ代位第三法律上行ハル、代位是ナリ其第二及ヒ第三ハ即チ全ク新法ニ於テ創設シタル規定ナリトス

第二種ノ代位即チ債務者ノ許與スル代位ノ何者タルコトハ諸君既ニ之ヲ知悉ヒシ又假令然ラストスルモ法文一讀以テ其大体ヲ了知スルヲ得可シ然リ而シテ此種ノ代位ハ佛國ニ在テハ既ニ二世紀以來行ハル、ト雖トモ日本ニ於テハ新民法ノ創設ト云ハサル可ラス蓋シ債務ノ辨濟ニ要スル金額ヲ債務者ニ貸與シタル第三者ヲシテ債權者ノ承諾ナク其權利ニ代位セシムルハ是正ニ債權者カ債權者ノ權利ヲ處分スルモノナリ如何ゾ法律ノ規定ナクシテ之ヲ行フヲ得ンヤ固ヨリ現時ニ在テモ債務者ノ許與スル代位ニシテ債權者亦之ヲ承諾セハ其有効ナル更ニ疑ヲ容レスト雖トモ是實ハ債權者ノ許與シタル代位タルニ過キス夫ノ債權者ノ承諾ヲ得タル債務者ノ單意ヲ以テ許與スル代位ハ現時ノ斷例之ヲ認メス是此種ノ代位ハ新法ノ創設ナリト云フ所以ナリ

如此新法實施以前ニ在テハ債務者ノ許與スル代位存セス從テ債務者若シ之ヲ許與スルモ其代位ハ全ク無効ナリ是ヲ以テ曾テ其債務ヲ擔保シタル抵當ハ消滅シ保證人ハ其義務ヲ免カル而シテ此場合ニ於ケル損失ヲ被フル可キ者ハ何人ナルカヲ見ンニ債務者ハ第三者ヨリ借入レ之ヲ債權者ニ辨濟シテ其義務ヲ免カレタルカ故ニ固ヨリ損失ヲ受ク可キ理ナク債權者モ亦其債權ノ辨濟ヲ受ケタルカ故ニ最早抵當保證人等ノ必要ナキヲ以テ損失アル可ラス然ルニ單リ第三者ニ至テハ其損失ヲ被ラサル可ラス何トナレハ此第三者ハ抵當又ハ保證人等ノ擔保アリト信シタルニ全ク反對ナルカ故ニ時ニ或ハ辨濟ヲ受クルコト能ハサル場合アル可ケレハナリ固ヨリ今日ニ在テハ實際債務者ノ承諾ノミニテ代位ノ行ハル、コトナカル可シト雖トモ僅ニ法典ノ一端ヲ窺ヒ新法實施以前ニ在テモ債務者ノ許與スル代位アリト誤解シテ代位スル者アルトキハ右ノ損失ヲ免カレス謬ニ曰ク生兵法ハ大疾ノ本ト即チ是ナリ

反之債權者ノ許與ニ因ル代位ニ至テハ法文之ヲ認ムルヲ須タスシテ當然効力アリ何トナレハ此代位ハ債權者ト第三者間ノ合意ニ基クモノタルニ過キサレ

ハナリ

最後ニ法律上ノ代位ハ立法者辨濟ニ因レル義務ノ消滅ヲ有益ナリト看做シ之ヲ獎勵スルカ爲メニ規定シタルモノニシテ債權者及ヒ債務者ノ承諾ナクシテ行ハル、立法者ノ事業ナリ故ニ其法律ト共ニ行ハレ法律以前ニ之ナキコトハ法律上ノ代位ナル名稱自身ニ依ルモ自ラ明瞭ナリ是ヲ以テ新法實施以前ニ在テハ縱令新法ノ適用ヲ受ク可キカ如キ場合アリト雖モ之ヲ適用スルヲ得ス今法律上ノ代位アル三箇ノ場合中第一號ニ付キ一例ヲ示サンニ例ハ保證人主タル債務者ニ代テ辨濟ヲ爲シタリト雖トモ苟モ其辨濟ニシテ新法實施以前ニ在ルトキハ縱令其債務ニ物上擔保アリ又共同保證人アリタル場合ニ於テモ其保證人ハ擔保ニ付キ權利ヲ有セス又共同保證人ニ對シテ求償權ヲ有セサルナリ是レ固ヨリ其保證人ノ爲メニハ不利益ナリト雖モ法律ノ存セサル今日ニ在テハ又如何トモス可ラス若レ強テ代位ノ利益ヲ得ント欲セハ唯債權者ノ承諾ヲ得テ所謂債權者ノ許與ニ因レル代位ヲ爲スノ外他ニ良方アラサルナリ

第四百八十四條ニ曰ク代位者ハ自己ノ支拂ヒタル金額ヲ超エテ債權者ノ債權

ヲ行フコトヲ得スト此規定ニ付テハ少シク論究セサル可ラス前段既ニ述ヘタル如ク今日ニ在テハ代位ハ僅ニ債權者ノ許與セシモノニ限り有効ナリ其有効ナル代位ヲ爲スニ當リ代位者或ハ債權者ノ債權額ヲ拂ハスシテ代位スルコトナシト云フ可ラス蓋シ債權者カ第三者ヲシテ代位セシムル場合ハ債務者カ辨濟ヲ爲サ、ル場合ナルヲ以テ債權者カ訟求其他種々ノ手數ヲ省カント欲スル等其間自ラ特種ノ事情アリヤ必セリ從テ債權者ハ縱令全額ノ辨濟ヲ受クルコト能ハサルモ其辨濟ヲ受ケ得ルヲ幸トシ多少ノ割引ヲ爲シテ代位セシムルコトアルモ亦疑フ可ラス然ラハ則チ代位者ハ債權ノ總額ヲ拂ハスシテ之ヲ引受クルコトアルヤ明カナリト雖トモ本條實施以前ナル今日ニ在テハ代位者ハ債務者ニ對シ其債權ノ全額ヲ請求シ得サル可ラス何トナレハ其割引ハ第三者ト債權者間ノ關係ニシテ更ニ債務者ノ容喙スルコト能ハサル所ナレハ苟モ法律存セサル以上ハ漫ニ代位者ノ利益ヲ減縮ス可ラサレハナリ是ヲ以テ本條ノ規定ハ新法實施以前ノ代位辨濟ニ適用スルコト能ハサルナリ

第二節 更改

本來更改ナルモノハ合意ヲ以テ舊義務ヲ消滅セシメ之ニ易フルニ新義務ヲ以テスルモノニシテ一ニ合意ノ結果タルニ過キス然ルニ法文之ヲ規定セシハ時ニ或ハ疑團ノ生センコトヲ恐レタルカ爲メノミ敢テ新ナル規定ヲ爲シタルニアラス從テ此事ニ關シテハ毫モ論究ス可キノ必要アルヲ見ス唯第四百九十條ニ至テハ其規定ノ少ク絶對的ナルカ爲メ聊カ新ナル規定ノ如キ觀ナキニアラス故ニ一言之カ説明ヲ爲ス可シ

本條ハ更改ナキ場合ヲ示シタルモノニシテ其場合數多アリト雖トモ一言以テ之ヲ蔽ヘハ義務ノ体様ヲ變シタルトキニシテ或ハ無期限ノ義務ニ期限ヲ附シ或ハ期限附ノ義務ヲ無期限義務ト爲シ或ハ條件附ノ義務ヲ單純義務ニ或ハ單純義務ヲ條件附義務ニ變シ或ハ負擔物ノ數量ヲ變更シテ義務ノ体様ヲ變シタルトキ又ハ商證券ヲ以テスル債務ノ辨濟ニシテ其證券ニ債務ノ原因ヲ指示シタルモハ更改ナキコトヲ示スハ即チ本條ノ目的ナリ然ルニ佛國ニ於テハ此點ニ付キ明文ナキカ故ニ此場合ニ於テモ仍ホ更改アリト論スル者アリ其論據ハ遠ク羅馬法ニ在リ固ヨリ全法ノ下ニ於テハ此場合ニ更改アリシヤ明カナリト

雖トモ全法ハ佛國及ヒ日本ニ於テ行ハル可キモノニアラサレハ之ヲ援引シテ
 此場合ニ更改アリト云フハ甚タ僻論タルヲ免レス實ニ羅馬ニ在テハ此場合ヲ
 以テ更改ナリトスルノ特別ナル理由アリシト雖トモ今日ニ至テハ其理由既ニ
 消滅シタリ蓋シ羅馬時代ニ於テハ一ノ契約ヲ爲ス毎ニ必ス證人ノ面前ニ於テ
 例ヘハ足下ハ云々ノ義務ヲ約スルカ曰ク之ヲ約スト云フカ如キ例文ノ問答ヲ
 爲サハル可フサリシ從テ僅少ナル變更ヲ加フルニ當テモ必ス其義務全部ヲ繰
 [返サハル可]ラサリシカ故ニ其義務ヲ結直スルモノナリシヲ以テ更改アリトセ
 シヤ當然ナリト雖トモ今日ハ最早如何此方式存セサルカ故ニ僅少ノ變更ヲ爲
 スニ當テハ全部ヲ繰返ヘスノ必要ナク從テ更改アル可キノ理アラサルナリ(日
 本民法ノ要約ハ佛語ニ之ヲ「シチピユタシヨント」云ヒ羅馬ノ方式契約ニ淵源ス
 然レトモ今日ハ最早單ニ契約ト云ヘル意義ヲ有スルニ過キス)
 又第二項ニ所謂商證券ヲ以テスル債務ノ辨濟ニシテ其證券ニ債務ノ原因ヲ指
 示シタル場合ニ於テモ佛國ニ在テハ現時知名ノ學者中更改アリトノ議論ヲ唱
 フル者アリ其結果賣主ハ先取特權ヲ失ヒ他ニ仍ホ擔保アリシトキハ又之ヲ失

フ可シ然レトモ此事ニ付テハ前段既ニ述ヘタル如ク今日既ニ更改アリトスル
 ノ理由ナシト云フヲ以テ足レリトス
 今ヤ本論ニ立返ヘランニ債務ノ一部分ヲ變更シタルカ爲メ其債務消滅シテ新
 債務起ル可キノ理ナキカ故ニ現時裁判所ニ於テハ新法ト同一判決ヲ爲スヤ疑
 ナシ故ニ爰ニハ唯注意ヲ促セシノミ本條ニ付テハ不遑及ノ問題起ル可キノ餘
 地アラズ然リト雖トモ商證券ヲ以テ債務ヲ辨濟シタル場合ニ至テハ多クノ裁
 判所中或ハ更改アリトスルノ裁判所ナシト云フ可ラス万一之アリトセハ新法
 實施後ニ至リ從來判決例ノ存否ニ付キ爭論ノ起リ得可キ場合ノ一ナラン

第三節 合意上ノ免除

合意上ノ免除ニ關シ不遑及ノ原則ニ付テ攻究ノ要アルモノハ先ツ第一ニ第五
 百六條ナリトス蓋シ同條以前諸條ノ規定ニ關シテハ其趣意新法ノ制定ニ係ラ
 サルヲ以テ不遑及ノ原則適用ニ付キ攻究ス可キ必要アルヲ見ス加之第五百六
 條ニ至テモ最初ノ二項ハ亦本論ニ於テ攻究ス可キコトアラズ即チ第一ニ主

ル債務者ニ對シテ債務ノ免除ヲ爲シタルトキ保證人モ亦其義務ヲ免カル可キハ自然ノ原則ノ然ラシムル所ニシテ敢テ新法ノ規定ヲ須ラ然ルモノニアラス次ニ第二項ニ於テハ連帶債務者ノ一人ニ對シテ債務ノ免除ヲ爲シタルトキハ他ノ債務者モ亦其義務ヲ免ル然レトモ債權者カ他ノ債務者ニ對シテ權利ヲ保存シタルトキハ此限ニ在ラスシテ此場合ニ於テハ免除ヲ受ケタル債務者ノ部分ヲ控除スルコトヲ要スル旨ヲ規定シタリ是レ亦原則上自然ノ規定ニシテ新法ノ創設ニ係ルモノニアラス唯債權者カ他ノ債務者ニ對シテ權利ノ留保ヲ爲シ得可キハ單ニ連帶債務ノ場合ノミニシテ前項ノ場合即チ主タル債務者ニ債務ノ免除ヲ爲シタル場合ニ於テ保證人ニ對シ權利ノ留保ハ到底爲シ得可ラサルモノナルコトヲ注意ス可キノミ

最後ニ第三項ハ即チ少ク攻究ヲ要スル所ニシテ不可分債務ノ場合ヲ規定シタリ即チ不可分債務者ノ一人ニ對シテ債務ノ免除ヲ爲シタルトキモ原則トシテハ連帶ノ場合ニ於ケルカ如ク他ノ債務者ヲシテ其義務ヲ免カレシム然レトモ債權者カ他ノ債務者ニ對スル權利ヲ留保セシトキハ連帶ノ場合ニ於ケルト等

ク其免除ヲ受ケタル債務者ノミ其義務ヲ免カル可キモノトス斯ク論シ來ルトキハ不可分ノ場合ト連帶ノ場合トハ其間差異ナキカ如シト雖トモ少ク其結果ヲ異ニスルモノアリ即チ連帶ノ場合ニ於テ債權者カ其權利ヲ留保シタル債務者ニ對シテ請求スルトキハ其免除シタル債務者ノ部分ヲ控除セサル可ラスト雖トモ不可分ノ場合ニ於テハ縱令債權者カ債務者中ノ或ル者ニ對シテ免除ヲ爲スモ他ノ債務者ニ對シテ權利ヲ留保シタルトキハ債權者ハ其者ニ對シテ權利ノ全部ヲ行フコトヲ得但既ニ免除アリタルヲ以テ其効力ヲ生セシメサル可ラス故ニ其免除シタル債務者ノ部分ハ金錢ヲ以テ計算セサル可ラサルモノトス此規定タル蓋シ新法ノ規定ニ係ルモノトス

今此第三項ノ規定ヲ以テ新法ノ創定ニ係ルト言ヒシ所以ノモノハ法理上ニ於テハ此規定ヲ措テ他ニ採リ得可キ論決ナキニアラス即チ之ニ異ナル規定ヲ爲シ得可キカ故ナリ所謂他ノ規定トハ何ゾ曰ク不可分債務者ノ一人ニ對シテ免除ヲ爲シタルトキハ其債權者ハ他ノ債務者ニ對シテモ最早當初ノ權利ヲ行フコトヲ得ス但他ノ者ニ對シテ權利ノ留保ヲ爲シタルトキハ其効力トシテ免除

ヲ得サリシ債務者ハ其負擔部分ヲ金錢ニテ債權者ニ辨濟セサル可ラスト定メ宛モ本項ノ反對ニ出ツルコト是ナリ斯クノ如ク不可分債務者ノ一人ニ對シテ免除アリタル場合ニ關シニ様ノ規定ヲ爲シ得ルカ故ニ本項ノ規定ハ自然法ノ必然ノ結果ナリト云フ可ラス從テ新法ノ規定ニ屬スト云ハサル可ラス然リ而シテ現今ノ判決例如何ニ關シテハ容易ニ斷言スルコト能ハサルモノアリト雖トモ想フニ寧ロ第二ノ規定ヲ採用スルコトナラン事實果シテ然リトセンカ合意及ヒ免除共ニ新法實施以前ニ在リタル場合ニ於テハ固ヨリ問題ノ起ル可キモノアラスト雖トモ若シ合意ハ實施以前ニ取結ヒ其免除ハ實施以後ニ在リタル場合ニ至テハ新法ニ從フ可キカ將テ判決例ニ從フ可キカヲ攻究スルノ必要アルヲ見ル可シ

右ノ問題ニ關シテハ必ス新法ヲ適用ス可シト論決セサル可ラス何トナレハ免除ハ元ト非常ナル義務ノ消滅方法ニシテ即チ一ノ例外アリ從テ當事者ハ合意當時ヨリ其豫想外ナル免除ニ付キ斯々ノ結果ヲ企望シタリト云フコトヲ得サレハナリ是ヲ以テ免除ハ通常ノ辨濟ト同ク義務消滅ノ一原因ナルニモ拘ハラズ不遑及原則ノ適用ニ付テハ通常ノ辨濟ト大ニ異ナルモノアルヲ見ル即チ通常ノ辨濟ハ義務ノ本旨ニ從フノ履行ニシテ最モ通常ナル義務消滅ノ原因ナルカ故ニ當事者ハ合意當時ヨリ其債務ノ辨濟ニ關シテハ總テ合意當時ノ法律ニ從フ可シト豫想セリト云ハサル可ラス然ルニ免除ハ前述ノ如ク當事者ノ豫想外ニアルカ故ニ此點ニ關スル合意當時ノ法律如何ヲ問フヲ要セス是故ニ新法ヲ以テ通常ノ辨濟ニ關スル規則ヲ改メタルトキハ則チ舊法ニ從フ可キモ免除ニ關シテハ一ニ新法ニ從ハサル可ラサルナリ

次ニ第五百十條ニ於テハ免除ノ推定ヲ爲ス可キ場合三箇ヲ定ム是等ノ場合ニハ或ハ辨濟アリ或ハ裁判所ヘノ請求アルモノニシテ此辨濟又ハ請求カ本條所定ノ特別ノ事情ヲ帶ヒタルトキハ法律上其債權者ハ連帶又ハ任意ノ不可分ノミヲ免除シタルモノト推定ス此規定タル全ク新法ノ創設ニ係ルモノトス故ニ合意及ヒ辨濟又ハ請求ニシテ新法實施以前ニ在リタルモノナルトキハ此推定ヲ適用スルコトヲ得ス必スヤ其辨濟又ハ請求カ新法實施以後ニ在リタル場合ナラサル可ラス但其辨濟又ハ請求ニシテ苟モ新法實施以後ニ在リタルトキハ

其合意ノ新法實施後ニ取結ハレタルコトヲ要セサルナリ
 右ノ論決タル或ハ異議者アルヤモ知ル可ラス蓋シ本條ノ推定アル場合ニハ先
 ヲ辨濟アリ辨濟ニ關シテハ必ス舊法ヲ適用ス可シトハ前段既ニ述ヘタル所ノ
 如シ然ルニ辨濟アルニモ拘ハラス其新法實施以後ニ在リタル場合ニ於テハ新
 法ヲ適用ス可シト云フハ前後相牴牾スルコトナキカノ疑在テ存ス可ケレハナ
 リ然リト雖トモ本條ノ推定ハ債權者ノ失權ヲ規定シタルモノニシテ債權者ハ
 元ト連帶又ハ不可分ノ場合ニ於テハ全部ノ請求ヲ爲シ得ヘキモノナルニ其義
 務ノ本旨ニ從ヘル履行ノ請求ヲ爲サスシテ自ラ好テ一部ノ履行ヲ受ケタルモ
 ノナレハ法律ノ推定ハ債權者カ自ラ爲シタル權利ノ拋棄ヲ認メタルニ過キス
 况ンヤ法律上斯ル推定アルコトヲ知リナカラ斯ル辨濟ヲ受ケ又ハ請求ヲ爲シ
 タルトキハ其失權ヲ豫知シタルモノナルニ於テヲヤ
 次ニ第五百十五條第二項ニ於テモ亦不可分債務ノ免除アリタル場合ヲ規定シ
 タリ但前段述ヘタル所ハ數人ノ不可分債務者中ノ一人カ債務ノ免除ヲ得タル
 場合ナリト雖モ本項ハ數人ノ不可分債權者中ノ一人カ債務ノ免除ヲ爲シタル

場合ニシテ恰モ前段ノ場合ノ裏面ニ出テタル場合ナリトス然ルニ此場合ニ關
 スル法律ノ規定ハ本法ノ制定ニ係ルモノニアラス何トナレハ假令法律ノ規定
 存セサルモ數人ノ債權者中ノ一人カ爲シタル免除ハ他ノ債權者ヲ害ス可ラサ
 ルコト當然ナレハナリ是故ニ彼此相似タル場合アリト雖モ此場合ニ於テハ不
 溯及ノ原則適用ニ付キ攻究スルノ必要アラス此場合ニ於テハ免除セサル債權
 者ハ恰モ免除ナカリシト同ク常ニ目的物ノ全部ヲ請求スルコトヲ得但免除シ
 タル債權者ノ部分ハ金錢ヲ以テ計算セサル可ラス是亦自然ノ結果ニシテ別ニ
 辯明ヲ要セサル所ナリトス

尙ホ第五百十六條以下ニ於テ法律上ノ推定三箇ヲ掲ケタリ
 第一ノ推定ハ第五百十六條ニ規定セル所ニシテ債權者債權ノ本證書ヲ債務者
 ニ交附シタルトキハ假令其證書ニ免除ノ旨ヲ附記セサリシトキト雖モ義務ヲ
 免除シタリト推定ス蓋シ今日ニ在テモ同一ノ事實アリタルトキハ裁判所ハ亦
 之ヲ同一ノ推定ヲ爲ス可シ然レトモ今日ニ在テハ裁判所ノ爲ス事實上ノ推定
 タルニ過キサルヲ以テ假令此點ニ關シテ錯誤アルモ上告スルコトヲ得スト雖

トモ新法實施後ニ至テハ此推定ハ立法者ノ爲ス法律上ノ推定ナレハ此點ニ關シテ錯誤アルトキハ上告スルヲ得可キモノトス
第二ノ推定ハ第五百十七條ニ於テ規定スル所ニシテ債權者カ證書ヲ毀滅、扯破又ハ抹殺スル等ノ事實アリタルトキモ免除アリト推定ス然レトモ是亦前條ト同ク今日ニ於テモ其結果ハ同一ナル可シ唯錯誤アリタル場合ニ於テ上告シ得ルト否トノ別アルノミ是實ニ其推定カ法律上ノモノナルト事實上ノモノナルトノ異別アルカ故ナリ

第五百十八條ニ規定シタル第三ノ推定ニ付テモ亦異ナルコトナシ故ニ別ニ辯明ノ勞ヲ執ラサル可シ

第三節 相殺

相殺ノ何タルコトハ諸君既ニ之ヲ了知ス可シト雖トモ今試ミニ其大様ヲ述ヘンカ當事者ノ双方互ニ權利義務ヲ有シ債務者タリ又債務者タル場合ニ於テ双方ノ債務ノ差引ヲ爲スハ前チ相殺ナリ而シテ法律上相殺ヲ認メタル所以ノモ

ノハ事ノ簡畧ヲ尙フカ爲メニシテ即チ二様ノ辨濟又ハ爭訟アル場合ニ於テ二様ノ判決ヲ爲スノ煩ヲ避クルノ趣旨ニ出テタルモノトス
相殺ニ三種アリ曰ク法律上ノ相殺曰ク裁判上ノ相殺曰ク任意上ノ相殺是ナリ而シテ今茲ニ論ス可キハ法律上ノ相殺及ヒ裁判上ノ相殺ノミ任意上ノ相殺ニ至テハ元ト合意ニ基クモノナレハ其要件及ヒ効力等ニ關シテハ一ニ其合意ニ從フ可キモノナルヲ以テ茲ニ論スルノ必要ナキモノトス
第五百廿條ハ法律上ノ相殺ノ行ハル可キ場合ヲ規定シタリ苟モ本條ノ條件具備センカ二箇ノ債務ハ法律上當然消滅ス即チ縱令當事者ハ其債務ノ存在ヲ知ラスシテ相殺スルノ意思ナカリシトキト雖トモ法律ノ力ノミニ因テ當然相殺セラル是ヲ以テ一種ノ相殺ハ其結果ノ極メテ重要ナルヲ見ル何トナレハ其効力ハ當事者ノ知不知ニ拘ハラス生ス可キモノナルヲ以テ其債務ニシテ利息ヲ生ス可キモノナリレトキハ其生殖ヲ停止シ又當事者ノ一方カ相殺ヲ援用セスレテ辨濟ヲ爲シタルトキハ其辨濟ハ不當辨濟ヲ構成シ所謂不當辨濟取戻ノ訴權ヲ以テ其取戻ヲ訴フルコトヲ得ル等種々ノ結果ヲ生ス可ケレハナリ

却説法律上ノ相殺ヲ行ハルヘキ場合ニ於テ二箇ノ債務ハ共ニ新法實施以後ニ取結ハレタルモノナルトキハ固ヨリ本條ノ支配ヲ受ク可キコト明瞭ナリ反之ニ箇ノ債務ハ共ニ新法實施以前ニ取結ハル、コトアリ此カル場合ニ於テ新法ノ實施以前ニ法律上ノ相殺ノ行ハレサルハ當然ナレトモ其實實施後ニ至ルモ仍ホ且然リト云ハサル可ラス何トナレハ既ニ新法實施以前ニ双方ノ債務成立シ双方ノ地位確定シタル以上ハ利息ノ生殖ヲ停止スルカ如ク双方ノ地位ヲ變更スル立法者ノ得テ爲ス可キ所ニアラサレハナリ

右ノ場合ニ於テハ二箇ノ債務カ共ニ新法實施以前又ハ實施以後ニ發生シタル場合ヲ想像シタリ然レトモ尙ホ此中間ニ位ス可キ場合在テ存ス即チ一ハ新法實施以前ニ發生シ他ノ一ハ實施以後ニ發生シタル場合はナリ此場合ニ於テハ新法ノ適用ヲ受ケサル可ラス蓋シ其債務ノ一ハ新法實施以前ニ取結ハレタルモ後ノ債務ヲ約スルニ當テハ當事者既ニ新法ノ規定ヲ知ラサル可ラス當事者既ニ之ヲ知ル其間相殺ノ行ハル、ハ蓋シ亦自明ノ理ナリトス

本條ノ規定ニ依レハ法律上ノ相殺ノ行ハル、ニ要スル條件中二箇ノ債務ノ互

ニ代替シ得可キモノナルコトヲ要スルヲ見ル然ルニ此條件ハ第五百二十二條ニ於テ一層之ヲ擴張シ地方市場ノ相場アル且用品ノ定期ノ供與ハ他ノ一方ノ負擔シタル金銭ノ債務ト相殺スルコトヲ得ト定メタリ本條ノ規定ニ關シテモ其論決ハ前段論シタル所ト同一ニシテ二箇ノ債務ハ共ニ新法實施以前ニ取結ハレタルモノナルトキハ法律上ノ相殺ハ行ハレスト雖トモ二箇共ニ若クハ其一カ新法實施以後ニ取結ハレタルモノナルトキハ法律上ノ相殺ハ當然行ハル可キモノトス

(注意)第五百二十六條ニ於テ法律上ノ相殺ニ關スル規定アリト雖モ此規定タル法律上ノ相殺行ハレサル場合ニ關スルモノナルカ故ニ本論ニ於テ述ブレノ必要ナキモノトス

第五百三十一條ニ於テハ任意上ノ相殺ニ關スル規定ヲ掲ケタリト雖モ此種ノ相殺ニ關シテハ總テ合意ヲ以テ其効力ヲ定ム可キモノナルヲ以テ前段既ニ述ヘタル如ク本論ニ關シテ議論ノ起ル可キ理ナシ但今日ニ在テハ法律上ノ相殺行ハレサルカ故ニ此種ノ相殺ノ必要ハ極メテ大ナリ又縱令新法實施後ニ至テ

モ法律上ノ相殺行ハレサル場合ノ爲メニハ同一ノ必要アル可キモノトス
 次ニ第五百三十二條ニ規定セタル裁判上ノ相殺ニ關シ少ク注意ヲ要ス可キモ
 ノアリ蓋シ裁判上ノ相殺モ亦法律上ノ相殺ノ行ハレサル場合ニ於テ行ハル可
 キモノニシテ且當事者ノ合意ナキ場合ニ行ハル可キモノナリ即チ法律上ノ相
 殺アルカ爲メニハ双方ノ債務共ニ明確ナルノ條件ヲ要ス然ルニ此條件タル裁
 判上之ヲ充塞スルコトヲ得即チ未タ明確ナラサル債務ト雖トモ裁判上之カ清
 算ヲ爲シ因テ以テ此種ノ相殺ヲ行フコトヲ得可キモノナリ是故ニ裁判上ノ相
 殺ハ今日ニ在テハ法律上ノ相殺ナキヲ以テ任意ノ相殺ナキ場合ニ行ハレ又新
 法實施後ニ至テハ法律上及ヒ任意上ノ相殺ナキ場合ニ行ハル要言スレハ裁判
 上ノ相殺ハ他ノ總テノ相殺ナキ場合ニ行ハル可キ相殺ナリ
 尙ホ第五百二十一條ノ末項ニ於テハ不可分債務ノ共同債務者又ハ共同債權者
 中ノ一人カ其相手方ニ對シテ債權又ハ債務ヲ有シ而シテ相殺ノ行ハル可キ場
 合ヲ想像シタリ即チ不可分債務者ノ一人カ權利ヲ得又ハ不可分債權者ノ一人
 カ義務ヲ負ロタルトキハ如何ス可キカノ論題起ル可シ然ルニ此點タル前既ニ

詳論シタル債務免除ノ場合ト同一ナリ故ニ予輩ハ法文ト共ニ之カ送ヲ附スル
 ニ止マル可シ

第五節 混同

混同ニ關スル第五百三十六條ノ規定モ亦不可分債務ノ相殺ニ關シ前項ニ述ヘ
 タル所ト其趣意ヲ同フス故ニ敢テ復説ノ勞ヲ執ラサル可シ

第六節 銷除

銷除ノ事ニ關シ第五百四十四條ハ銷除訴權執行ノ期間ヲ定メタリ然ルニ此事
 タル一ノ時効ニ類スルモノナレハ總テ他ノ場合ニ於テ述ヘシカ如ク證據編中
 時効ノ部ニ至テ攻究ス可シ
 第五百四十八條ハ全ク一ノ新規定ニ係ルモノニシテ未成年者カ一人ニテ特別
 ノ方式又ハ條件ノ必要ナラサル合意又ハ行爲ヲ承諾シタル場合ニ關スル銷除
 ヲ規定シタリ若シ夫レ特別ノ方式又ハ條件ヲ要スル場合ニ於テ之ヲ缺クコト

アラシカ即チ是等ノ原因ノ爲メニ銷除スルコトヲ得可シ然ルニ此カル方法又ハ條件ヲ要セサル場合ニ於テ後見人ノ補助ナク未成年者一人ニテ爲シタル合意又ハ行爲ノ承諾ヲ取消スニハ必スヤ其未成年者ノ爲メ缺損即チ損失アリタルコトヲ要ス而シテ本條第三項ニ於テハ右ノ缺損タル行爲當時ニ受ケタルコトヲ要シ後偶然ノ事件ノ爲メニ生シタルモノハ之ヲ算入ス可ラストノ制限ヲ設ケタリ纏テ現今實際ノ有様ヲ案スルニ未成年者ニシテ其合意ノ取消ヲ請求スルコトアラハ縱令合意當時ニ於テハ金錢上ノ損失ナキト雖トモ苟モ其合意ニシテ未成年者ノ爲メ不都合ナルカ或ハ爾後損失ヲ生シタルトキハ裁判所之カ取消ヲ許可スルニ幾キカ如シ是ヲ以テ新法實施以後ニ至テモ實施以前ニ生シタル損失アルトキハ未成年者其合意ノ取消ヲ請求スルコトヲ得可シト雖モ若シ其損失カ新法實施以後ニ生シタルモノナルトキハ最早其合意ノ銷除訴權ヲ行フコトヲ得サルモノトス

第五百五十條ニ於テハ未成年者ノ能力ヲ擴張シ商業又ハ工業ヲ營ムノ許可ヲ得タル自治産ノ未成年者其營業ニ關スル行爲ニ付テハ之ヲ成年者ト看做ス

然レトモ其未成年者ハ普通法ニ從フニアラサレハ不動産ヲ讓渡スコトヲ得スト規定シタリ故ニ此裏面ヨリ觀ルトキハ抵當ヲ約スルハ此種ノ未成年者ノ自由ナリ然レトモ現今ニ在テハ抵當ト爲スコトタモ仍ホ且之ヲ許サ、ルカ如シ而シテ此事ニ關シテハ本論ノ初ニ於テ既ニ一タヒ論シタルコトアリキ今試ミニ其要ヲ再言セシカ凡ソ能力ニ關スル法律ハ直チニ之ヲ適用ス可シ是ヲ以テ法律上未成年者ノ能力ヲ制限シタルトキハ必ス直チニ之ニ從フ可ク能力ニ關シテ既得權アリト主張スルコトヲ得ス况ンヤ本條ノ場合ニ於テハ能力ヲ擴張シタルモノナルニ於テヲヤ

第五百五十五條ニ於テハ明示ノ認諾ニ關スル要件ヲ規定シ認諾ニ附スルニ或ル制限ヲ以テシタリ此制限アルノ一事ハ既ニ能ク本條ノ新規定タルヲ明示スルモノナリ而シテ本條ニ關シ本原則ノ適用ヲ試ミシカ合意ノ時期ニ關スル新法實施ノ前後ハ姑ク措キ其認諾ハ新法實施前ニアリシカ將タ其後ニ在リシカヲ觀察スルコト極メテ必要ナリ故ニ縱令其債務ノ約諾ハ新法實施以前ニ在リタルトキト雖トモ苟モ其認諾ニシテ新法實施以後ニアリタルトキハ必スヤ本

條ノ制限ニ從ハサル可ラス若シ之ニ反シテ其認諾ハ新法實施以前ニ在リタルトキハ本條ノ制限ニ從ハスシテ有効ナル可キモノトス
尙ホ自然義務ニ關シテ一言シ以テ財產編ニ關スル本論ノ局ヲ結フ可シ

第四章 自然義務

自然義務ノ事タル極メテ煩雜ナリト雖トモ本論ニ關シテハ特ニ困難アルヲ感セス蓋シ自然義務ニ關シテハ既ニ債權者ニ訴追ノ權利ヲ與ヘス唯債務者任意ニ辨濟シタルトキ此義務アリシモノト認定スルニ過キス而シテ任意ノ辨濟アリタル場合ニ於テ義務アリシモノト認メ其辨濟ノ有効ナルハ一般普通ノ原則ナリ殊ニ自然義務ニ關スル幾多ノ規定ハ總テ自然法ニ基因シ條理ト公義ニ參酌シテ定メタルモノナレハ新法ノ規定ニ係ルモノアルノ理ナシ何ソ本論ニ關シ攻究ス可キ材料アルノ理アランヤ

財產取得編

第一章 先占

財產取得ノ方法尠カラスト雖トモ其第一位ニ在ルモノハ先占ナリ然レトモ此事ニ付テハ不測及ノ原則適用ニ關シ論究ス可キノ點甚タ尠ナリトス
先占ノ起頭ニ於テ規定シタル所ノモノハ先占ノ行ハル可キノ目的ニシテ即チ先占ハ動産ニ付テノミ行ハレ不動産ニ付テハ決シテ行ハル可キノニアラス蓋シ先占ハ無主物ニ付テニアラサレハ行ハレス然ルニ不動産ハ決シテ無主ナルモノアルコトナシ是レ不動産ハ先占ニ因テ取得スルコトヲ得サル所以ナリ此事タル本編第二條ニ於テ明定スル所ニシテ尙ホ財產編第二十三條第二項ニ於テ規定シタル所ナリ曰ク「所有者ナキ不動産(中畧)ハ當然國ニ屬ス」ト此規定ヤ敢テ新法ノ創設ニアラスシテ從來特定ノ私有者ナキ不動産ハ皆國ニ屬シタルモノナリト信ス故ニ此點ニ關シテハ不測及ノ原則ニ付キ議論ヲ起ス可キノ理ナキモノトス
尙ホ當初ヨリ無主ナル不動産アルハ極メテ希有ノ事ニシテ今日ニ至テハ絶テ

之アルコトナシト云フモ過言ニアラス然レトモ中途ニシテ無主ノ不動産ヲ生
スル場合ヲ想像センカ所有者ノ拋棄シタル動産物又ハ潮流退去ノ爲メニ生シ
タル干潟ノ如キ之カ實例トシテ引用スルヲ得可シ然ルニ極メテ希有ナル場合
ナルニモセヨ海濱ニ生シタル干潟ノ所有權ヲ國ニ屬ス可キハ疑ヲ容レスト雖
トモ不動産ノ所有者カ洪水其他ノ事情ニ因リ之ヲ拋棄シタル場合ニ至テハ現
今日本ノ法律上當然國ニ屬スト云フ可ラサルカ如シ果シテ然ラハ不溯及ノ原
則ニ關シ多少論究ス可キモノアラシ今假リニ現今ノ判決例ハ新法ト其趣意ヲ
異ニスルモノナリトセンカ左ノ結果ヲ生ス可シ即チ新法實施以前ニ拋棄セ
レタル不動産ヲ同ク實施以前ニ占有シタル者アルトキハ則チ先占ニ因テ其所
有權ヲ取得ス可シト雖トモ若シ新法實施以後ニ至テ占有シタルトキハ則チ其
占有ハ何等ノ効力ヲモ生セシテ其不動産ハ當然國ニ屬ス即チ國ハ自ラ知ラ
スレテ其所有權ヲ取得ス可キモノトス

尙ホ先占ノ一方法トシテ埋藏物ノ發見ヲ規定シタリ然レトモ此事ニ關シテハ
現今特別法ノ規定アリテ別ニ本法ト異ナルコトナキヲ以テ本論ニ關シテ攻究
スルノ必要アラス
次ニ第六條ハ時効ニ關スル規定ニシテ時効ニ關スルコトハ惣テ證據編ニ讓ル
可キハ前屢述ヘタル所ノ如シ

第二章 添附

第一節 不動産上ノ添附

第九條ハ添附ニ關スル規則ノ一ニシテ土地又ハ建物ノ所有者カ他人ノ材料ヲ
以テ其土地又ハ建物ニ建築其他ノ工作ヲ爲シタルトキハ土地又ハ建物ノ所有
者ハ其材料ヲ返還スルニ及ハス又材料ノ所有者ハ之ヲ取去ルヲ要セス即チ双
方共ニ現在ノ儘存置セサル可ラス是本條所定ノ要旨ナリ今若シ他人ノ材料ヲ
以テ自己ノ土地又ハ建物ニ或ル工作ヲ爲シタルノ事實新法實施以前ニ在リテ
材料ノ所有者亦新法實施以前ニ其取戻ヲ請求セス依然其工作ヲシテ存セシメ
タルトキハ新法實施ノ時忽チ之カ取戻ノ權利ヲ失ヒ直チニ添附ノ効力發生ス
可キカ是本條ニ關シ不溯及ノ原則適用ニ付テ起ル可キ疑問ナリトス

抑モ他人ノ材料ヲ以テ自己ノ土地又ハ建物ニ建築其他ノ工作ヲ爲シタル者ハ其材料ヲ返還スルコトヲ得又材料ノ所有者ハ其取戻ヲ爲スコトヲ得ルハ現時ノ判決例ナルカ故ニ是レ一ノ既得權ナリトノ說ヲ主張スルコトヲ得可キカ如ク然リ然リト雖トモ此說ヤ畢竟一ノ謬見タルヲ免カレス蓋シ今日ニ在リテハ他人ノ材料ヲ以テ建築其他ノ工作ヲ爲シタル者ハ其材料ヲ返還シ材料ノ所有者ハ之カ取戻ヲ爲シ從テ既ニ竣工シタル建築其他ノ工作ヲ毀壞スルコトヲ得可キカ故ニ是レ一ノ既得權ナルカ如シト雖トモ其實大ニ然ラサルモノアリ何トナレハ添附ノ事タル實ニ所有權ニ關係ス然ルニ所有權ハ前屢述ヘタル如ク其性質無限ノモノナルニモ拘ハラズ立法者ニ於テ多少ノ制限ヲ附スルコトヲ得ルモノナリ即添附ニ關スル本條ノ規定ノ如キ是ナリ之故ニ本問ニ關シテハ到底既得權說ヲ維持スルコト能ハサルモノトス

或ハ同一ノ論決ヲ主張センカ爲メニ從タル物ノ所有者ハ其曾テ有シタル權利ヲ新法實施以前ニ行ハサリシカ故ニ新法實施後ニ至リ舊法ノ利益ヲ得ント主張スルコトヲ得ス從テ添附ニ付テハ新法ヲ適用ス可シト云フモノアラシク然レ

トモ其理由タル決シテ採用ス可ラス若シ新法實施以前ニ有シタル權利ニシテ同時ニ行ハサリシモノハ總テ之ヲ喪失スルモノトセンカ他ノ總テノ場合ニ於テモ亦同一ノ決定ヲ爲サ、ル可ラス然ルニ他ノ總テノ場合ニ於テ斯カル決定ヲ爲ス可ラサルヤ明瞭ナリ故ニ前項ニ於テ述ヘタル理由ハ其當ヲ得タルモノナリト信ス

以上論シタル場合ニ於テハ必スヤ新法ヲ實施ノ即時ニ適用セサル可ラス尙ホ第十一條ニ於テハ右ノ裏面ニ該當ス可キ場合ヲ規定シタリ即チ本條ハ他人ノ土地又ハ建物ノ占有者カ其土地又ハ建物ニ自己ノ材料又ハ草木ヲ以テ築造又ハ栽植ヲ爲シタル場合ノ規定ニシテ其占有者カ善意ナリシトキハ所有者ヨリ不動産回復ノ請求ヲ受クルニ當リ其工作物又ハ草木ヲ取拂フ責ニ任セス反之其占有者カ惡意ナリシ時ハ所有者ハ工作物及ヒ草木ノ取去ヲ要求スルコトヲ得ト定メタリ是故ニ占有者ノ善意ナル場合ニ於テハ新法ノ規定前段論シタル場合ト同ク所有權ニ加ヘタル一ノ制限ナリ反之惡意ノ占有者ニ對スル場合ノ規定ニ至テハ現時ト其揆ヲ一ニセリ故ニ本論ニ關シテ論究スルノ必要ナキモノトス

第二節 動産上ノ添附

動産上ノ添附ニ種々アリテ其第一ヲ附合ト爲ス此場合ニ於テハ其相合シタル二箇ノ動産中主タル物ハ所有者ノ添附ニ因リテ從タル物ヲ取得ス然レトモ此規定タル敢テ新法ノ創設スル所ニアラスシテ從來ノ判決例モ亦之ト同一ナリト信ス從テ本論ニ關シ必要アルヲ見ス

混合ノ場合ニ至テモ亦其趣意同一ナリ
要スルニ動産上ノ添附ニ關シ新法ノ規定スル所尠少ナラスト雖トモ法律ノ規定ニ漏レタル場合ニ於テハ公義條理ニ從テ決定ス可シトハ第二十二條ニ於テ立法者ノ自カラ明言シタル所ナリ今單ニ本條ノ規定ニ依ルモ動産上ノ添附ニ關スル規定ハ一ニ自然法ニ基因シタルモノナルコト明カナリ何ゾ不遑及ノ原則適用ニ關シ噴々論究ス可キノ理アラシヤ

第二章 賣買

賣買ハ諸契約中實際最モ履行ハル、契約ニシテ且之ヨリ生スル効力モ極メテ

重大ナルヲ以テ契約中最モ重要ナルモノト認メラレタリ

第一節 賣買ノ通則

第一款 賣買ノ性質及ヒ成立

賣買ニ關シテ第一ニ論ス可キハ手附ナリ今試ミニ手附ノ何タルコトヲ要言セシカ手附トハ賣渡又ハ買受ノ豫約アル場合ニ行ハル、モノニシテ其豫約ヲ履行ス可シト云ヘル一ノ擔保ニ過キス即チ賣渡又ハ買受ノ豫約ヲ爲シタルトキ或ハ授與セシ手附ヲ失ヒ或ハ收受シタル手附ノ倍額ヲ返還シ以テ其豫約ノ履行ヲ免ル、コトヲ得ル一種異様ノ擔保ナリ(第二十九條參看)然ルニ賣買ノ豫約ニ於テハ手附ヲ授受シタルトキ一方ハ之ヲ失フニ因リ一方ハ其二倍ヲ還償スルニ因リ其豫約ヲ解除シテ之カ効力ヲ免レ得ルノ規定ハ強チ新法ノ創設スル所ニアラスシテ從來ノ慣例ナリト信スルカ故ニ特ニ本論ニ關シテ攻究スルノ必要アルヲ見ス

然ルニ即時ノ賣買ニ於テ授與シタル手附ハ前段ノ場合ト異ニシテ唯之ヲ與ヘ

タル者ノ利益ノ爲メニノミ解約ノ方法ト爲ルモノニシテ之ヲ受ケタル者ハ其
 二倍ヲ還償シテ契約ヲ解除スルコトヲ得ス是第三十條第一項ニ規定スル所ナ
 リト雖モ日本從來ノ慣習亦當ニ斯クノ如クナル可シト信スルカ故ニ是亦本論
 ニ關シテ必要アラズ但本條但書ニ至テハ多少注意ヲ要スルモノアリ即チ即時
 ノ賣買ニ於テ買主ノ授與シタル手附ニシテ金錢ナラシカ或ハ代價ノ内金ナル
 ヤモ知ル可ラス是ヲ以テ其地方ノ慣習上之ニ解約ノ性質ヲ付スル場合ノ外合
 意ヲ以テ特ニ此性質ヲ明示シタル場合ニアラサレハ買主ハ之ヲ失フテ以テ其
 賣買ヲ解除スルコトヲ得サルコト是ナリ而シテ此點ニ關スル日本從來ノ慣習
 如何ハ今之ヲ確知セスト雖モ想フニ現時ノ判決例ハ新法ト其軌ヲ一ニスルナ
 ラン從テ本論ニ關シ論議ノ起ル可キモノアラスト信スルカ故ニ茲ニ不遑及原
 則ノ適用ヲ省畧ス可シ

第一款 賣渡又ハ買受ノ無能力

新法ハ第一ニ配偶者間ノ賣買ヲ禁止シタリ此禁止ノ可否如何ハ今茲ニ論究ス

ルノ必要ナシト雖モ茲ニ確言ス可キハ日本現行ノ有様ハ全ク新法ト異ニシテ
 配偶者間ノ賣買ト雖モ決シテ之ヲ禁止セサルコト是ナリ是ヲ以テ新法ハ舊法
 ヲ改メタリト云ハサル可ラスト雖モ本論ノ論決ニ關シテハ別ニ困難アルコト
 ナシ即チ新法カ舊法ヲ改メタルニモ拘ハラズ其結果ヲ發見スルコト極メテ容
 易ナリ然ラハ即チ其結果ハ如何曰ク苟モ賣買ノ成立ニシテ新法實施以前ニ在
 ラシカ縱令其代價ノ辨濟物件ノ引渡ハ新法實施以前ニ爲ス可キモノナルトキト
 雖モ其賣買ハ有効タリ何トナレハ舊法ノ下ニ在テハ此禁止ナキカ故ニ其賣買
 ハ有効ナルヲ以テ新法之ヲ禁止スルモ其効力ハ之ヲ保存セサル可ラサレハナリ
 然レトモ茲ニ少ク論究ス可キハ賣買契約ノ取結ハ新法實施以前ニ在ルモ其契
 約ニ附着シタル條件ノ成立ニシテ新法實施以後ニ在リタルトキハ新法ノ制限
 ヲ適用ス可キヤ否ヤ是ナリ蓋シ條件上ノ權利義務ハ現ニ存在セス又其契約モ
 成立セサルカ故ニ條件成就シテ茲ニ契約成立シ從テ權利義務ノ成立スル時ノ
 法律ニ於テ定メタル制限ヲ適用ス可キモノニアラサルカトノ疑ヲ抱ク者ナキ
 ヲ保ス可ラサレハナリ然レトモ條件ナルモノハ遑及力ヲ有スルモノニシテ其

一タヒ成就スルヤ此條件ヲ帶ヒタル契約ヨリ生スル權利義務ハ總テ契約當時ニ遡テ發生ス即チ當初ノ契約ハ條件ヲ帶ヒテ未定のニ成立スルモノニシテ決シテ成立セサルモノニアラス從テ當事者各自ハ條件ヲ帶ヒタル既得ノ權利ヲ有ス如何ソ新法ヲ適用シテ之ヲ棄却スルヲ得ンヤ

次ニ第三十七條ニ依レハ法律上裁判上若クハ合意上ノ管理人ハ其賣渡ノ任ヲ受ケタル財産ハ協議上ノ賣買ハ勿論縱令之ヲ競賣スル場合ニ於テモ仍ホ之ヲ買取ルコトヲ得ス凡ソ競賣ハ代價ノ最高額ヲ得可キ最良方法ナリト假定シタルモノナレトモ是等ノモノハ此方法ニ依ルモ仍ホ買主タルコトヲ得サルモノト定メタリ又第三十九條ニ依レハ判事檢事等ハ其職務ヲ行フ裁判所ノ管轄ニ屬ス可キ争ニ係ル財産ヲ買取ルコトヲ得ス此二種ノ無能力ハ今日存在セサルモノナレハ是等ノ者ノ間ニ於ケル新法實施以前ノ賣買ニハ決シテ之ヲ適用スルヲ許サス

右ノ點タル明瞭ニシテ深ク論究スルノ要ヲ見スト雖モ第四十條ニ至テハ一言注意ヲ要スルモノアリ即チ判事檢事等カ前項ニ於テ述ヘタル規則ニ背キテ爲シタル賣買ノ無効ハ買主及ヒ權利ヲ争フ相手方並ニ其双方ノ相續人及ヒ承繼人ニアラサレハ之ヲ請求スルコトヲ得スト雖モ尙ホ此制禁ノ賣買ニ對シテ他ノ訴權ヲ有スルモノアリ是レ他ナレ權利ヲ争フ相手方其相續人又ハ承繼人ハ其權利ノ讓受人ナル判事檢事等ニ對シ賣買ノ現價ト代價辨濟ノ日以後ノ利息トヲ辨償シテ其權利ノ受戻ヲ爲シ得ルコト是ナリ此規定ヤ畢竟新法ノ創定ニ係ル是ヲ以テ新法實施以前ノ賣買ニハ決シテ之ヲ適用ス可ラス

第二節 賣買契約ノ効力

第一款 所有權ノ移轉及ヒ危險

第二款 賣主ノ義務

第一則 引渡ノ義務

第四十七條第四項ニ曰ク賣主ハ代金辨濟ノ爲メ期間ヲ許與シタルトキト雖モ買主カ賣買後ニ破産シ若クハ無資力ト爲リ又ハ賣買前ニ係ル無資力ヲ隠秘シタルトキハ尙ホ引渡ヲ遅延スルコトヲ得ト此規定タル敢テ現行法ノ認ムル所

ニ非ス是レ法律ノ明文ヲ須テ始メテ存スルモノナレハ全ク一ノ新規定ナリト謂可シ
此點ニ關シ不溯及論ノ問題ヲ提起スルニハ賣買ノ成立ハ新法實施後代金辨濟期間ニ在リ
テ買主ノ破産シ若クハ無資力トナリタル事實ハ新法實施後代金辨濟期間ノ滿
了前ニ在リタルコトヲ假定スルヲ要ス斯ル場合ニ於テ賣主ハ本項ノ規定ヲ引
援シ代金ノ辨濟ヲ得ルニ至ルマテ賣渡物ノ引渡ヲ遲延シ之ヲ留置スルヲ得可
キヤ否ヤ若シ積極ノ決定ヲ爲サンカ賣主ハ他人ノ既得權ヲ害スルニ至ル可シ、
故ニ賣主ハ本項ノ規定ヲ援用スルヲ得ス

然ラハ則チ右ノ場合ニ於テ既得權ヲ有スル者ハ何人ナルカ、曰ク買主ノ債權者
是ナリ、實ニ賣主此規定ヲ援用シ賣渡物ノ引渡ヲ遲延セントスルハ本條第三項
ニ規定スルカ如ク代價ノ辨濟ヲ得ンカ爲メ賣渡物ヲ留置スルニ在リ、然ルニ買
主ノ債權者ヨリ觀察スレハ其物ハ自己ノ債務者(即チ買主)ノ資産中ニ入ル可キ
モノニシテ即チ自己ノ債權ノ目的ト爲ル可キモノナレハ賣主ト反對ノ利益ヲ
有シ其敵手ト爲ル可キモノハ買主ノ債權者ナリトス
固ヨリ留置權ナルモノハ先取特權又ハ抵當權ノ如ク強大ナル効力ヲ有スルモ

ノニ非スト雖トモ苟クモ留置者ノ債權ヲ辨濟シ了ルニ非サレハ其物ヲ引取ル
ヲ得サルモノナレハ其一般債權者ニ害アルヤ明瞭ナリ、然リ而シテ今日ト雖ト
モ賣主カ代金辨濟ノ爲メ期間ヲ許與セザリシトキハ其代金ノ辨濟ヲ受クルニ
至ルマテ物ノ引渡ヲ遲延スルヲ得可シ、然レトモ本問題ノ場合ニ於テハ賣主ハ
代價辨濟ノ爲メ期間ヲ許與シタルモノナレハ直チニ物ノ引渡ヲ爲ス可キモノ
ナリ、從ヒテ買主ノ一般債權者ハ正當ニ其物ヲ以テ買主ノ資産中ニ在ルモノト
信シ自己ノ債權ノ目的タル可キモノト思考セルヲ以テ賣主ハ本項ヲ援用シ是
等ノ債權者ヲ害スルヲ得ス

○第四十九條 賣渡物カ特定不動産ニシテ契約ニ其全面積ヲ明言シ且各坪ノ
代價ヲ指示シタル場合ニ於テ現實ノ面積カ指示ノ面積ニ不足アルトキハ
賣主ハ面積ヲ擔保セサル旨ヲ明言シタルトキト雖トモ割合ヲ以テ代價減
少ノ要求ニ服ス
現實ノ面積カ指示ノ面積ニ超過アルトキハ買主ハ割合ヲ以テ代價補足ノ
要求ニ服ス

本條ノ場合殊ニ其第一項ノ場合ニ於テハ現行法ノ規定果シテ如何之ヲ知ルコト極メテ困難ナリ、但第二項ノ規定カーノ新規定タルハ自ラ明瞭ナリ

(注意) 現行法ノ規定不分明ニシテ其決定ニ苦ム場合少カラス、尙フルニ新民法ト雖トモ敢テ道理ヲ蔑如シ慣習ヲ度外視スルモノニ非ス日常萬般ノ事件ニ適應スルモノニシテ決シテ空理ノ論ヲ臚列シタルモノニハ非ス、殊ニ明文ヲ以テ各自ノ權義ヲ規定スルトキハ諸般ノ場合ニ處スルコト至テ簡易ナリ、然ルニ世間往々法典實施ノ延期ヲ主張スル者アリ、知ラス其意果シテ何レノ處ニカアル

本條第一項ノ場合起ルカ爲メニハ二箇ノ條件アルヲ要ス、即チ全体ノ數量ト各數量ノ代價トヲ指示シアルコト是ナリ、故ニ例ヘハ「某地ヲ一坪五圓ノ割合ヲ以テ賣却ス可シ」トノ契約ハ本條ノ目的トナラス、總面積千坪ノ土地ヲ一坪五圓ノ割合ヲ以テ賣却ス可シ」トノ契約ノ如ク總數量ト各數量ノ代價トヲ指示シタルコトヲ要ス、斯カル契約アリタル場合ニ於テハ假令實際ノ數量ハ指定ノ數量ニ不足スルモ賣主ハ其面積ヲ擔保セストノ明言アリタルトキト雖トモ仍ホ賣主

ハ其不足ノ割合ニ應シテ代價減少ノ要求ニ服セサル可カラス是レ本項ノ規定スル所ニシテ現行法ノ如何ハ明知スルコト能ハサル所ノモノナリ

第五十條ノ場合ハ各部分ノ代價ヲ指示セスシテ全面積ヲ明言シ唯一ノ代價ヲ以テ賣渡シタル場合ナリ此場合ニ於テハ實際上其全面積ニ多少ノ増減アルモ爲メニ代價ヲ變更セス、但此原則ニ對シテハ左ノ三箇ノ例外アリ

第一例外 賣主惡意ナルトキハ實際不足スル面積ノ多少ニ拘ハラズ價額減少ノ要求ニ服ス

第二例外 賣主善意ナルモ面積ヲ擔保シタルトキハ不足面積ノ多少ニ關セス代價減少ノ要求ニ服ス所謂面積ヲ擔保ストハ必スシモ一定ノ方式ニ依リ之ヲ明約スルヲ要スルニ非ス唯之ヲ擔保スルノ意思契約面ニ顯ハ、ルヲ以テ足レリトス

第三例外 賣主善意ニシテ且面積ヲ擔保セサルモ其不足坪數カ全面積ノ二分一ニ達スルトキハ其不足ノ割合ニ應シテ代價減少ノ要求ニ服ス

右第一第二ノ例外ハ現今既ニ行ハルト雖トモ第三例外ニ至テハ全ク新法ノ創

定ニ係ルモノナリ
 本條第三項ニ於テハ面積超過ノ場合ヲ規定シタリ、是レ第三例外ノ反對ニシテ二十分一ノ超過アルトキハ買主ハ代價補足ノ要求ニ服ス、是レ亦新民法ノ創定スル所ナリ

固ヨリ現行法ノ下ニ於テモ指定面積ノ一半ヲ不足シ又ハ之カ二倍ニ相當スル場合ノ如ク其増減ノ著大ナルトキハ必スヤ其契約ヲ無効トシ又ハ代價ヲ増減ス可シト雖モ新法ノ如ク幾何以上ノ増減アルトキハ代價ノ補足又ハ減少ノ要求ニ服ストノ明確ナル規定アルニハ非サルナリ

是等二箇ノ場合ニ關シ不遑及ノ原則ヲ適用スルハ敢テ困難ナラス、何トナレハ此場合ニ於テハ所謂中間事實ナルモノ、生出スルコトナキヲ以テ單ニ舊法ノ下ニ成立シタル賣買ニハ舊法ヲ適用シ新法ノ下ニ於テ成立シタル賣買ニハ新法ヲ適用スレハ則チ足レルカ故ナリ

次ニ第五十二條第二項ニ依レハ超過ノ場合ニ於テ二十分一以上ノ補足代價ヲ辨償ス可キ買主ハ其代價補足ノ要求ニ應セスシテ單純ニ契約ヲ解除スルコト

ヲ得是レ豫定代價ヲ超過スルコト著シキ補足代價ヲ支拂フハ買主ニ於テ大ニ困難ヲ感スルコトアルカ故ナリ是レ亦新法ノ創設ニ係ル規定ナリ故ニ本項ノ規定ハ新法實施後ニ成立シタル賣買ニノミ適用ス可ク現行法下ニ成立シタル賣買ニハ之ヲ適用ス可カラズ

第二則 追奪擔保ノ義務

第五十六條ハ他人ノ物ノ賣買ハ當事者双方ニ於テ無効ナリトノ規定(第四十二條)ノ結果ニ過キス

第五十八條ハ契約當時善意ナリシ買主ノ權利ヲ規定シタルモノナリ、本條ニ於ケル數多ノ規定ハ現今ト雖トモ亦適用スルコトヲ要シ且適用セラレツ、アル所ナリ

但第三號ノ規定ニ至テハ多少疑ナキニアラス、本號ニ依レハ善意ノ買主ハ縱令意外ノ事ニ因ルトキト雖トモ買受物ニ生シタル増價額ノ辨償ヲ受クト此規定タル恐クハ現今未タ行ハレサル所ナル可シ、蓋シ意外ノ事ニ因レル増價額ハ買

主ノ契約當時ニ豫期スルコト能ハサル所ナレハナリ、現行法ノ趣旨果シテ然リトセンカ、本號ノ規定ハ現行法下ノ賣買ニ適用ス可カラステ單ニ新法實施以後ノ賣買ニノミ適用ス可レ

第六十條モ亦他人ノ物ノ賣買ヲ想像シタルモノナリ、曰ク、善意ナル賣主ハ契約後ニ賣渡物ノ他人ニ屬スルコトヲ覺知シタルトキハ買主ヨリ代金ヲ提供スト雖トモ其物ノ引渡ノ請求ヲ受クルニ當リ賣買ノ無効ヲ申立テ且抗辯ノ方法ニ依リテ擔保ノ定方ノ判決ヲ求ムルコトヲ得、但買主カ追奪ノ場合ニ於ケル求償權ヲ拋棄スルノ旨ヲ明白ニ陳述シタルトキハ此限ニ在ラスト

右ノ場合ハ他人ノ物ノ賣主カ其物ノ引渡前ニ其物ノ他人ニ屬スルコトヲ發見シタル場合ナリ然ルニ其發見ハ既ニ物ノ引渡ヲ爲シタル後ナリトセンカ買主ハ其物件上ニ占有權ヲ有ス故ニ賣主ハ其物ノ取戻ヲ請求スルヲ得ス、是ヲ以テ斯カル場合ニ於テハ一見何等ノ方法ヲモ施ス能ハサルカ如シ然レトモ法律ハ善意ナル他人ノ物ノ賣主ヲ保護スル爲メ之ニ與フルニ一大權能ヲ以テシタリ即チ第六十一條ニ曰ク、右覺知カ引渡後ニ在リタルトキハ賣主ハ買主カ即時ニ

擔保訴權ヲ行フヤ又ハ己レト立會ヒ第五十八條ニ從ヒテ現時負擔ノ賠償額ヲ評定スルヤニ付キ買主ヲ遲滯ニ付スルコトヲ得ト

此規定タル現今佛國法典ニ於テモ又見サル所ニシテ全ク新民法ノ創定ニ係ルモノナリ、然レトモ此規定ハ縱令新法實施以前ニ成立シタル賣買ニ關スルトキト雖モ新法實施後直チニ適用セサル可シ何トナレハ賣買カ新法實施以前ニ成立シタルノ一事ヲ以テ何人ノ爲メニモ此規定ニ反對スルノ既得權ヲ生セサレハナリ

本條ノ權能ヲ行使スルニハ賣主カ善意ナリ、シコトヲ要ス、其惡意ナリシ場合ニ於テ此權能ヲ行使スルヲ得サルヤ固ヨリ當然ナリ、而シテ賣主カ本條ニ依リ擔保ノ事ニ關スル取極メノ請求ヲ爲シタルトキハ其時マテニ既ニ買受物ニ生シタル増價額ハ買主之ヲ利ス可シト雖トモ買主ハ徒ラニ擔保訴權ノ行使ヲ遷延シ右ノ請求以後ニ生ス可キ増價額ヲ利スルヲ得ス、是ヲ以テ本條ノ規定ノ甚ク有益ナルハ別ニ辯明スルノ要ナカル可シ然ルニ佛國ニ於テハ未タ此種ノ規定ナキカ故ニ善意ノ賣主カ買主ニ對シテ擔保訴權ヲ行使セヨト請求スルモ買主

ハ徒ラニ其行使ヲ遷延スルヲ以テ賣主ノ負擔ヲ増加スルノ不都合ヲ生スルナ
 リ
 第六十二條ノ規定ニ關シテモ亦前條ト同一ノ決定ヲ爲ス可シ、即チ本條ノ規定
 ハ新法實施後直チニ適用セラル可キモノトス本條ニ規定スル所ハ他人ノ物ノ
 賣主カ或ル法律上ノ原因(相續、遺贈贈與、添附等)ニ由リテ後日其物ノ所有者トナ
 リタル場合ナリ、此場合ニ於テモ其賣買ノ根源上無効ナルコトハ第六十條ノ場
 合ト異ナルコトナシ然レトモ此場合ニ於テハ賣主ハ二箇ノ申出ヲ爲シ買主ヲ
 シテ其一ヲ選擇セシムルコトヲ得所謂二箇ノ申出トハ其賣買ヲ認諾スルヤ將
 タ擔保訴權ヲ行フヤノ二者是ナリ、然リ而シテ新法實施後ニ至リ此申出アリタ
 ルトキハ假令現行法下ノ買主ト雖トモ二者其一ヲ選擇セサル可カラズ、蓋シ買
 主ハ之ヲ選擇ヲ爲サスシテ依然從前ノ位地ヲ保續スルノ既得權ヲ有セサレハ
 ナリ

第六十八條ニ於テハ債權讓渡ニ付テノ擔保責任ヲ規定シタリ

債權賣主ノ擔保責任ハ他ノ賣主ノ責任ヨリモ或ハ一層廣汎ナリト唱へ或ハ一
 層狹隘ナリト道フ者アリト雖トモ此兩說ハ共ニ其當ヲ得タルモノニ非スシテ
 債權賣主ノ擔保責任モ亦他ノ一般讓渡人ノ擔保責任ニ同シ、即チ債權ノ賣主ハ
 其賣渡ス債權ノ自己ノ所有トシテ存立スルコトヲ擔保スルモノニシテ恰モ不
 動產ノ讓渡人カ其不動產ノ自己ノ所有ニ屬スルコトヲ擔保スルニ異ナラサル
 ナリ

然レトモ債權ノ讓渡ニ於テハ他ノ讓渡ニ於ケルヨリモ一層大ナル危險アリ、即
 チ假令債權存在スルモ債務者之ヲ辨濟スルノ資力ナキ場合アルコト是ナリ、然
 レニ法律ハ其有資力ヲモ擔保ス可キモノトハ規定セス(本條第二項)或ハ其理由
 ヲ説明シテ曰ク「債權ノ讓受人ハ一種ノ射利的投機者ナリ、是ヲ以テ法律ハ之ヲ
 遇スルコト嚴格ナルナリ」ト然リト雖トモ予輩ハ此説明ニ首肯スルコト能ハス
 シテ却テ普通法ノ一適用ニ過キスト信ス、蓋シ債務者ノ無資力ナルカ爲メニ債
 權ノ辨濟セラレタルハ債權本來ノ性質ニシテ債權ニ此無資力ノ危險アルハ不
 動產ニ天變地異ノ顯象アルニ同シ、然ルニ不動產ヲ讓渡スニ當リテハ決シテ其
 不動產ハ永久ニ毀滅セサル可シ必ス果實ヲ生ス可シ又必ス他人ニ貸與スルコ

トヲ得可シト擔保スルモノニアラス、債權ノ賣主カ債務者無資力ノ危險ナキヲ擔保セサル亦之ニ同シキノミ加之現今ニテモ債權ノ讓渡人ハ債務者ノ有資力ヲ擔保スルモノニアラス、諸君若シ之ヲ疑ハ、請フ去テ之ヲ法術ニ質セ

然レトモ本條ニハ二箇(寧ロ三箇)ノ新法規アリ、即チ第三項及ヒ第四項ニ於テハ第二項ニ於テ「又賣主ハ明示ニテ」云々ト云ヘル法律ノ許容ニ從ヒ特約ヲ以テ有資力ノ擔保ヲ爲シタル場合ニ關シ現行法ニ異ナレル考案ヲ採用シタリ而シテ法律ハ二箇ノ場合ヲ區別シ債權カ既ニ滿期トナリタルトキト否トニ從ヒ二様ノ規定ヲ爲セリ

第一、債權カ既ニ滿期トナリタルトキハ賣主ハ賣渡ノ日ニ於ケル有資力ノミニ付キ擔保ノ責ニ任ス即チ法律ハ此場合ニ於テハ債權カ既ニ滿期トナリタルヤ否ヤハ買主ノ自ラ檢査スルヲ要スルモノト思考セリ故ニ賣主ノ擔保責任ハ賣渡ノ當時ニ於ケル無資力ニ限ルモノト規定シタリ然ルニ現行法下ニ於テハ若シ特約ヲ以テ有資力ノ擔保ヲ爲シタルトキハ則チ無制限ニ擔保セタルモノト看做セリ是レ新ナル法規ナリト云ヒシ所以ナリ

又此場合ニ於ケル新法ノ他ノ制限ハ賣主ハ其受取リタル代金ノミニ付キ擔保ノ責ニ任スルニ在リ此制限モ亦現行法ニ存セサル所ナリ故ニ例ハ甲者、乙者ニ額面一千圓ノ債權ヲ九百圓ノ代價ヲ以テ賣却シ而シテ債務者ノ有資力ヲ擔保シタリトセンカ現行法下ニ於テハ甲ハ一千圓ノ責ニ任セサル可カラスト雖トモ新法ニテハ九百圓ノミニ付キ責ニ任スルニ過キス是レ亦新法カ現行法ニ加ヘタル一制限ナリ

第二、未タ滿期ト爲ラサル債權ノ讓渡ニ於テ讓渡人ヲ債務者ノ將來ノ有資力即チ辨濟ノ時期ニ於ケル有資力ヲ擔保シタルトキハ現行法下ニ在テハ其擔保ノ責任ハ無制限ニ存在ス然ルニ新法ハ之ヲ制限シ其擔保ハ滿期ヨリ一ケ年間ニ限ルモノトセリ固ヨリ現行法下ニ在テモ若シ讓受人ニ過失アリタルカ爲メ其辨濟ヲ受クルコト能ハサリシトキハ讓渡人ノ擔保責任ハ無究ニ存在スルコトナカル可シ例ハ或ル證據ニ依リ若シモ讓受人カ過失ナク債務者ヲ訴追セシナラハ其辨濟ヲ受ケタル可キコト判然シタルトキハ目今ノ裁判所ニ於テモ讓渡人ニ擔保ノ責ナシト言渡スナル可シ然ルニ新法ニ於テハ確然讓渡人ノ擔

保ハ債權満期ノ後一箇年間ニ限ルモノト規定シタリ是レ亦新法カ新ナル法規ヲ設ケテ現行法ニ制限ヲ加ヘタル一點ナリ

本條ニ關シ予輩ノ講議ノ目的タル不溯及ノ原則ヲ適用スルコト至テ簡短ナリ即チ新法實施前ニ成立シタル賣買ニハ現行法ヲ適用シ新法實施後ニ成立スル賣買ニハ新法ヲ適用スルコト是ナリ

第三款 買主ノ義務

第七十六條ニ依レハ買主ハ其引渡ヲ受ケタル買受物カ果實ヲ生スルトキハ代金ノ利息ヲ負擔セサル可カラズ而シテ法律ハ金錢ニ見積ルコトヲ得可キ定期ノ利益ヲ以テ果實ト同視シタリ例ヘハ家屋ノ如シ家屋ハ元來果實ヲ生スルモノニアラサレトモ之ヲ賃貸シテ收ムル所ノ家賃ハ則チ金錢ニ見積ルコトヲ得可キ定期ノ利益ナリ又假令其家屋ハ他人ニ賃貸シタルニアラスシテ自己ノ住居ニ充テタルトキト雖トモ仍ホ然リ何トナレハ買主ハ其買受家屋ニ住居スルカ爲メ他ノ家屋ヲ賃借シテ其家賃ヲ拂フヲ免レタルモノナレハナリ固ヨリ現

行法下ニ在テモ斯クノ如キ場合ニ在テハ買主ヲシテ何物ヲモ負擔セシメサルカ如キコトナカル可シト雖トモ其不確定ノモノタルヤ亦疑フ可カラズ然ルニ新法ノ下ニ於テハ買主ノ義務ハ當然ニシテ且確定セルモノナリ故ニ本條ノ規定ハ一ノ新法規ナリト云ハサル可カラズ從テ賣買成立ノ時期カ新法實施以後ニ在ルト否トニ從ヒ或ハ本條ヲ適用シ或ハ之ヲ適用ス可カラズ

第七十八條ニ依レハ買受ケタル不動産上ニ第三者ノ爲メニ設ケタル抵當權又ハ先取特權ノ登記アリタルトキハ買主ハ擔保編ニ規定シタル滌除ノ方式ヲ行ヒタル後ニアラサレハ代金ヲ辨濟スルヲ要セス蓋シ現行法下ニ於テモ斯クノ如キ場合ニ於テハ多少ノ期間ヲ附與ス可シト雖トモ或ハ賣主ノ恩惠ニ出テ或ハ裁判所ノ恩惠ニ因ル可クシテ決シテ本條ノ如ク確然タルモノニ非ス是ヲ以テ本條ノ規定モ亦新法實施以後ニ成立シタル賣買ニノミ適用ス可キモノトス

第三節 賣買ノ解除及ヒ銷除

本節ニ於テハ先ツ第二款ノ受戻權能ノ行使ニ付テ攻究スル所アル可シ

受戻ハ佛語ニ之ヲ「ルトレー」ト云ヒ佛國民法ニ於テハ「ラッシャ」即チ買戻ナル語詞ヲ使用シタリ、而シテ買戻ハ一ノ新賣買ヲ組成ス可キモノナレハ買戻當時ノ現況ニテ財産ヲ引取ラサル可カラスト雖トモ之ニ關スル規定ハ決シテ然ラスシテ賣買當時ニ溯リ其賣買ヲ解除シ當初ノ現況ニテ財産ヲ取戻スモノナリ、故ニ買戻ナル語詞ハ妥當ナラスシテ受戻ト謂フノ適切ナルニ若カサルナリ

現行法ニ於テハ受戻機能ノ行使ヲ完全ニ認メタルカ如シ、然ルニ新法ハ此機能ノ行使ニ關シ數多ノ制限ヲ加ヘタリ、是レ此機能ノ行使ハ財産ノ流通ヲ妨碍スルカ故ナリ、若シ夫レ或ル財産ニ關シ受戻機能ノ存スルアラシカ誰カ之ニ手ヲ下タス者ゾ、財産ノ流通ヲ妨碍スト云フ亦實ニ之カ爲メノミ

第一ノ制限ハ受戻機能行使ニ付テノ期間即チ不動産ニ關シテハ五ヶ年、動産ニ付テハ二ヶ年ヲ超ユルヲ得サルニ在リ、而シテ若シ此制限ヲ超ヘテ契約シタルトキハ當然五ヶ年又ハ二ヶ年ニマテ短縮セラル可キモノトス(第八十四條第二項)然ルニ現今ニ在テハ斯ル制限アルコトナシ、固ヨリ現今ニテモ實際之ヨリ長

ト雖モ其規定タル極メテ瑣末ノ事ニ屬スルヲ以テ茲ニハ唯新法規アルコトヲ諸君ニ注意スルヲ以テ満足ス可シ

次ニ第三款ノ隠レタル瑕疵ニ因ル賣買廢却訴權モ亦買主カ買受物ヲ賣主ニ戻シテ賣買ヲ廢止スルモノナリ、然レトモ前ニ述ヘタル受戻機能ノ行使ト異ニシテ買主却テ賣主ヲ強制スルモノナリトス

此事ニ關スル新法ノ規定ハ現行法ニ比シテ稍寛大ナリ、故ニ新法實施後ニ成立ス可キ賣買ニ付テハ固ヨリ新法ヲ適用ス可キコト疑ナシト雖トモ新法實施以前ニ成立シタル賣買ニ付テハ賣主ハ之ニ反對セントモ買主ハ之ヲ援用セントス可シ、其時ニ際シ新法ハ如何ナル點マテ適用セラル可キカ、是レ須ラク攻究ス可キノ問題タリ、固ヨリ現行法下ニ於テモ隠レタル瑕疵アル場合ニ於テハ裁判所ハ買主ノ援助トシテ或ル處分ヲ施ス可シト雖トモ這ハ不定ニシテ精密ヲ缺ケリ是レ此規定ニ關シテ論究スルノ必要アル所以ナリ

第二百二條ニ曰ク、合式ノ強制賣却ハ賣買廢却訴權ヲモ代價減少訴權ヲモ生セスト、本條ノ如キハ是モ明カニ新舊二法ノ差異ヲ示スニ足ラン、蓋シ現行法下ニ在

テハ斯クノ如キ場合ト雖トモ多少買主ヲ保護ス可シト雖トモ新法ハ絶對ニ賣買廢却訴權ヲモ代價減少訴權ヲモ生セスト規定セリ、是レ此種ノ賣買ハ公正ノ方式ヲ履テ成立スルモノナレハ買主、賣主ノ爲メニ欺カレテ其物ニ瑕疵アルヲ知ラサルカ如キコトナキヲ以テナリ

第四節 不分物ノ競賣

不分物競賣ノ目的ハ數多ノ人ニ屬スル財産ヲ賣却シテ其代價ヲ分配スルニ在リ其之ヲ行フニ當テハ多クハ共有者間ニ競賣シ其代價ヲ各自ノ權利ニ割合シテ分配スルヲ通例トス、然レトモ共有者ノ各人ハ他人ヲシテ其競賣ニ參與セシムルコトヲ得又共有者ノ一人カ失踪シ又ハ無能力ナルトキハ當然他人ヲシテ參與セシメサル可カラズ(第百五條第二項)

右ノ規定タル新法ノ新規定ナリト雖トモ新法實施後直チニ行ハル可ク縱令其不分物共有ノ事實ハ新法實施以前ニ存セシトキト雖トモ苟モ其競賣ニシテ新法實施後ニ行ハル、トキハ總テ新法ノ規定ヲ適用セサル可カラズ何トナレハ右ノ規定タル直チニ之ヲ施行スト雖トモ更ニ何人ノ既得權ヲモ害スルコトナク外人ノ參與ヲ許ストキハ共有物ノ代價ヲシテ高貴ナラシメ却テ各共有者ヲ利スルモノナレハナリ

更ニ一步ヲ進メ縱令現行法下ニ於テ不分物共有ノ關係ヲ創設スルニ當リ他日新法實施後ニ至リ競賣スルトキハ共有者間ニノミ競賣シ外人ノ參與ヲ許サ、ル可シト特約シタルトキト雖モ仍ホ然リト斷言ス可シ、第一、法文ニ「共同競賣人ノ各自ハ常ニ」云々トアリ此常ニナル詞ヲ用ヒタルハ敢テ偶然ニアラスシテ立法者ノ絶對ノ意ヲ顯表シタルモノナリ加之ス此規定ハ正當ナラスト信ス何トナレハ當事者カ不分物共有ノ關係ヲ創設スルニ當テハ將來ノ出來事ヲ豫見スルコト能ハサレハ共有者中無資力者ヲ生スルモ知ル可カラズ、故ニ例ヘハ共有者二人ナル場合ニ於テ右ノ約束ヲ有効ナリトセンカ、共有者中ノ無資力トナリタル者ハ常ニ競賣ヲ爲スコト能ハサルニ至ル可ケレハナリ

(注意)常ニナル語ハ總テ反對ノ約款アルニ拘ハラストノ意義ヲ有ス

第四章 交換

交換ハ原則上物ノ代ニ物ヲ與フルモノニシテ賣買ハ物ノ代ニ金錢ヲ與フルモノナリ、然ルニ時^ニ或ハ一方ノ交換物カ他ノ交換物ニ比シテ價額ニ著シキ差異アル場合アリ、斯カル場合ニ於テハ其差額ハ金錢ヲ以テ之ヲ補足ス、然レトモ此補足額ハ必ス第二位ニ來ルヲ要ス決シテ主タル可カラサルモノトス

第七條第三項ニ曰ク、金錢ノ補足カ交換ニ供シタル物ノ價額ヲ超ユルトキハ其契約ハ之ヲ賣買ト看做ス、ト例ヘハ予ハ汝ニ價額千圓ノ物ヲ與ヘ汝ハ予ニ價額四百圓ノ物ト六百圓ノ金錢トヲ與フルノ約束ヲ爲シタリトセンカ、法律ハ二箇ノ契約即チ四百圓ノ交換ト六百圓ノ賣買アリト看做サスシテ唯一ノ賣買アリト看做セリ、反之汝カ予ニ與フル所ノモノハ四百圓ノ金錢ト六百圓ノ價額アル實物ナリトセンカ是レ交換ナリ、何トナレハ補足額ハ實物ノ價額ヨリモ僅少ナレハナリ、然ルニ現行法下ニ於テハ斯ル場合ニ在テハ寧ロ二箇ノ契約アリト判斷シ、其結果トレテ一方ニハ賣買ノ通則ヲ適用シ他ノ一方ニハ交換ノ通則ヲ適

用ス可シ、是ヲ以テ本條ハ新法實施以後ノ行爲ニ付テノミ適用セラル可シ

第八條第三項ノ規定ヲ例解センカ、予ハ一ノ不動産ヲ汝ニ與ヘ汝ハ一ノ動産ヲ予ニ與ヘタルニ其動産ノ他人ニ屬シタルトキハ予ハ擔保ヲ理由トシテ損害賠償ヲ要求スルコトヲ得ルノミナラス仍ホ不動産ヲ取戻スコトヲ得、是レ賣買ノ場合ト異ナル所ナリ、蓋シ賣買ノ場合ニ在テハ買主ハ單ニ代價ヲ取戻スコトヲ得ルニ過キサレハナリ、而シテ佛國民法ニ於テモ亦日本現行法ニ於テモ此場合ニハ第三者ノ權利ヲ害スルモ仍ホ予ハ右ノ不動産ヲ取戻スコトヲ得、然ルニ新法ニ於テハ之ヲ許サス是本項ノ規定スル所ナリ

如斯新法カ第三者ノ權利ヲ保護スルハ極メテ正當ナリ、實ニ第三者カ交換者ノ一方ト取引スルニ當テヤ其交換ノ解除ハ之ヲ豫見スルコト能ハスレテ其交換ヲ有効ナリト思惟スルヤ普通ナリ、反之賣買ノ場合ニ於テハ代價ノ辨濟ナキニ於テハ其賣買ノ解除セラル、コト明瞭ナリ是交換解除ノ請求カ公示サル、前ニ登記アリタル第三者ノ權利ハ解除ノ影響ヲ受ケタル所以ニシテ又此規定ノ正當ナル所以ナリ

右ノ規定タル新法ニ於ケル一ノ變革ナレハ新法實施後ノ交換ニノミ適用ス可キコト勿論ナリ故ニ新法實施以前ニ成立シタル交換ニ付テハ縱令第三者ノ權利ヲ不正ニ害スルノ惡結果ヲ生スルモ仍ホ自己ノ交換ニ供シタル物ヲ取戻スコトヲ得現行法ニ於ケル斯カル不都合ハ新法善ク之ヲ是正シタリ是レ亦速ニ新法ヲ實施スルノ必要アル所以ノ一ナリ

○夫レ和解ハ一般的ノ事項ナルノミナラス之ニ關スル原則ハ今日ト雖モ業ニ既ニ適用セラル可ク從テ之ニ關スル新法ノ規定ハ敢テ創設的ノモノニアラスト信ス是第五章ノ研究ヲ省畧シテ直チニ第六章ニ移ル所以ナリ

第六章 會社

第一節 會社ノ性質及ヒ設立

第五十八條ニ依レハ民事會社ハ第一ニ當事者之ヲ明示シタルトキ第二ニ社名ヲ附シタルトハ當然法人ナリ實ニ現今ト雖トモ會社ナキニアラス然レトモ本條ノ如ク明確ナル法則ヲ設ケ當然法人タル可キ場合ヲ定メタルモノナシ從テ

本條ハ一ノ新規定ナリト信ス固ヨリ現行法下ニ於テモ商事會社ノ大ナルモノ例ヘハ鐵道會社、鑛山會社ノ如キハ法人タルノ資格ヲ有スルモノナキニアラスト雖モ是皆政府力是等ノ會社管理者ノ請求ヲ容レ其特許ヲ以テ之ニ法人タルノ資格ヲ附與シタルニ過キス故ニ商事會社ニ於テハ政府ノ特許ニ因リ法人タルモノナキニアラスト雖トモ民事會社ニ至テハ其之アルヲ見サルナリ

茲ニ須ラク研究ス可キノ問題ハ本條ノ規則ハ現今既ニ成立スル會社ニシテ法人ナラサルモノニ對シ或ハ影響ヲ及ホスヤ否ヤ是レナリ

現今既ニ成立シタル非法人會社ニシテ新法實施ノ曉ニ至リ其會社ノ定款ニ從ヒ總會ヲ召集シテ其會社ニ法人タルノ資格ヲ與ヘント決議シタルトキハ其會社ハ既往ニ遡テ法人タルコトヲ得スト雖モ將來ニ向テハ總テ法人タルノ結果ヲ生ス而レテ此事タル苟モ總會ニ當リ或ハ用意ヲ爲スニ於テハ何人ノ既得權ヲモ害スルコトナキモノトス

抑民事會社ヲ法人ト爲スニ付テノ利益ノ主要ナルモノハ會社ノ財產ハ會社債權者ノ共同擔保ニシテ社員各自ノ債權者ノ共同擔保ヲサレニ在リ第四百十

三條第一項ニ業務擔當人カ會社ノ名ヲ以テ又ハ會社ノ營業ノ爲メ有効ニ負擔シタル義務ハ會社カ法人ヲ成セルトキハ各社員ノ一身上ノ債權者ニ先ダチ會社資本ヲ以テ之ヲ擔保スルアルハ即チ是ナリ然リ而シテ現今ニ在テハ會社債權者ノ擔保ト各社員債權者ノ擔保トハ其權利ニ先後ノ區別アラズ、換言スレハ會社ノ財産ハ會社債權者ノ擔保ナルト同時ニ各社員債權者ノ擔保アリ、從テ社員各自ノ債權者ハ會社ノ財産ニ對シテ擔保權ヲ有ス、故ニ新法實施ノ時ニ至リ會社總會ノ決議ヲ以テ其會社ニ法人タルノ資格ヲ與フルモ爲メニ各社員ノ債權者カ會社財産ニ對シテ有スル擔保權ヲ侵害ス可カラス前項ニ所謂執ル可キ用意トハ則チ是ナリ、是故ニ會社全体ノ決議ヲ以テ現今ノ民事會社ニ法人タルノ資格ヲ與ヘントスルトキハ社員各自ノ現今ノ債權者ハ必スヤ或ル用意ヲ執ル可キ事ヲ其會社ニ請求セン、是レ若シ然カセサレハ其權利ヲ害セラル、ニ至ル可ケレハナリ、然レトモ會社自身ノ債權者ニ至テハ此處置ニ反對スルコトナカル可シ、何トナレハ其會社ニ法人タルノ資格ヲ與フルトキハ會社ノ債權者ハ新法ニ依リ優先權ヲ取得シ其利益トナルヲ以テナリ

又新法實施後ニ至リ本條第二項ニ從ヒ會社ニ社名ヲ付スルトキハ其會社ハ直チニ法人タルノ資格ヲ得可シ、然レトモ其之ヲ得タルカ爲メ決シテ社員各自ノ現今ノ債權者ヲ害スルコトヲ得サルハ前項述ヘタル所ニ同シ然レトモ本條ノ規定ニ從ヒ社員全体ノ決議ヲ以テ其會社ヲ法人ト爲シ且之ヲ公示シタル後ニ至リ社員各自ト取引シタル債權者ハ決シテ一ノ既得權ヲ主張スルヲ得スレテ第四百十三條第一項ニ從ヒ其權利ヲ侵サル可シ、否ナ此場合ニ於テハ其債權者ハ初ヨリ會社財産ニ對シテ擔保權ヲ有セサルモノナリ、是ヲ以テ會社成立後新法實施ノ當時又ハ其後ニ至リ會社カ法人トナル以前ニ各社員ト取引シタル債權者ニアラサレハ其既得權ヲ主張スルヲ得ス

第二節 社員ノ權利及ヒ義務

第二百一十一條第二項ニ曰ク、各社員ハ會社ノ開始スル時ニ於テ其諾約シタル出資ヲ差入ル、コトヲ要ス、之ヲ差入レサルトキハ其社員ハ出資ニ生スル果實及ヒ利息ヲ當然負擔ス云々ト所謂果實及ヒ利息ヲ當然負擔ストノ規定ハ新法ノ

制定ニ係ルモノト云ハサル可カラス、蓋シ今日ニ在リテ如斯結果ヲ生スルニハ必ス之ヲ會社契約中ニ明示スルコトヲ要ス、然ルニ新法ニ於テハ當事者ノ明約無キニモ拘ハラズ當然如斯結果ヲ生スルモノト定メタリ、是レ當事者ノ意思ヲ推測シ立法者自ラ當事者ノ執ル可キ注意ヲ執リタルモノナリ、而シテ現今ニ於テハ其諾約シタル出資ヲ差入レサル社員ヲシテ果實又ハ利息ヲ負擔セシムルカ爲メニハ會社カ其社員ニ對シテ或ル法律上ノ所爲ヲ行ハサル可カラス即チ或ハ裁判所ニ出訴シ或ハ執達吏ニ依頼シテ催告ヲ爲スコト是ナリ、今ヤ攻究資料ノ爲メ社員カ諾約シタル出資ヲ會社ニ差入ル、ニ付キ期間ノ定アリテ其期間ハ新法實施後ニ至リ滿了ス可キモノト假定セシカ、單ニ一考スルトキハ元ト會社契約ハ新法實施以前ニ完結シタルモノナルヲ以テ新法實施ナル事實ハ其契約ニ何等ノ影響ヲ波及スルコトナキカ如シ、然レトモ更ニ熟考スルトキハ新法實施ナル事實ハ當然其社員ヲ遲滯ニ付シタルモノト看做スノ至當ナルヲ發見ス可シ、蓋シ新法實施後ニ至リ本條ノ施行セラレ、ニモ拘ハラズ社員其諾約シタル期間ニ出資ヲ差入レサルトキハ其社員ハ本條ニ依リ當然

遲滯ニ在ルモノトスルノ至當ナルヲ確信スレハナリ、抑々本論ノ攻究ヲ爲スニ付テハ三箇ノ事實アルヲ知ルヲ要ス、第一新法實施以前ニ成立シタル契約アルコト、第二其満期トナルハ新法實施以後ニ在ルコト、最後第三ニ中間ノ事實アルコト是ナリ、而シテ中間ノ事實ハ新法實施以前ニ成立シタル契約ノ附從ト看做ス可キモノニシテ此事實カ新法實施後ニ在ルトキハ新法ニ從ヒ其以前ニ在ルトキハ現行法ニ從ハサル可カラス、是レ前既ニ屢述ヘタル所ニシテ此場合ニ於テモ亦之カ觀察ヲ爲スコト必要ナリ、然リ而シテ出資ヲ差入ル可キ社員ハ決シテ新法實施以前ニ出資ヨリ生スル果實及ヒ利息ヲ當然負擔スルノ義務ナシ故ニ其實施後ニ至リテモ亦々此義務アルコトナシト主張スルヲ得ス、蓋シ現今ニ於テモ苟モ催告アルニ於テハ社員ハ當然果實及ヒ利息ヲ負擔セサル可カラス然ルニ一朝新法實施アリタリトセンカ、會社カ爲ス可キ催告ハ法律之ニ代テ自ラ催告スレハナリ、且ツヤ法律ノ催告ハ會社ノ催告ニ比シ社員ノ爲メニ費用ヲ減スルモノナリ、何トナレハ會社カ爲ス所ノ催告ノ費用ハ社員之ヲ負擔セサル可カラサレハナリ

次ニ會社契約ニ於テ定メタル出資差入ノ期限ハ新法實施以前例ヘハ本年十二月ハ到達セリト想定センカ、新法未ダ實施セラレサルヲ以テ當然本條第二項ノ結果ヲ生セス、然ルニ茲ニ問題タル可キハ出資ノ差入ヲ怠リタル社員ハ少ナクトモ新法實施後即チ明年一月一日以後ニ至リテハ本條ニ從ヒ當然果實及ヒ利息ヲ負擔スルノ義務アリヤ否ヤ是ナリ、而レテ予ノ信スル所ニ依レハ一月一日以後ノ果實及ヒ利息ハ當然之ヲ負擔セサル可カラス實ニ此場合ニ於ケル社員ハ會社ニ對シテ予ハ會社ヨリ催告セララルコトナク果實及ヒ利息ヲ負擔スルノ義務ナレト主張スルヲ得可キカ、又凡ソ社員タル者其權利義務ニ關スル新法ノ規定ヲ其實施以前又ハ當時ニ一讀セサルヲ信シ得可キカ、夫レ學生ハ其試驗ヲ完全ニ終ルカ爲メ總テノ法律ヲ研究セサル可カラス、又裁判官及ヒ代言人モ其職務ヲ適當ニ行フカ爲メ一切ノ法規ヲ攻究スルヲ要ス、一般人民ニ至テハ縱令諸般ノ法律ヲ熟知スルノ要ナレトスルモ少ナクトモ各自ニ必要ナル部分ニ付テモ必スヤ一讀ノ勞ヲ執ラサル可カラス、既ニ一讀ス、其法律ノ爲メニ當然催告セラレタリト爲ス、亦何ノ不當カ之アラン

第二百二十四條乃至第四百十條ノ規定ヲ見ルニ會社ニ關スル處分ヲ爲スニ付テハ業務擔當人一人ニテ爲シ得ルコトアリ其多數ニテ決ス可キコトアリ又稀ニハ社員全体ノ同意ヲ要スルコトアリ殊ニ最モ多キハ社員多數ノ決議ヲ以テ行フ可キ事項ナリトス而シテ現行ノ法制ニ於テハ苟モ會社契約中ニ特約アルニアラサレハ全員一致ニアラサレハ會社ニ關スル處分ヲ行フコトヲ得サル旨ヲ暗黙ニ約束シタルモノト看做ス、何トナレハ多數ヲ以テ少數ヲ壓スルハ法律ノ特別ナル明文ヲ要スルモノナルニ現今此明文在テ存スルコトナケレハナリ、是ニ於テ乎問題トナル可キハ新法實施後ニ至リテハ直チニ之ヲ適用シ多數ノ意見ヲ以テ他ノ少數者ノ壓倒シ得ルヤ否ヤ是ナリ

今ヤ本問ニ關スル決定ヲ與フルニ先マチ一言注意ヲ爲ス、ノ已ム可カラサルモノアリ、是他ナシ諸君中或ハ多數ヲ以テ少數ヲ壓スルハ元ト是當然ノ事ニシテ別ニ法律ノ明文ヲ要セス古來一般ニ行ハル、所ナリトノ謬思想ヲ抱懷スル者アラレコトヲ恐ル、カ爲メナリ、實ニ國會ヤ縣會ヤ元ト皆全員ノ一致ヲ要ス、然ルニ多數ノ同意ヲ以テ有効ナル議決ヲ爲シ得ルハ畢竟法律ノ規定在テ存スル

カ爲メノミ、夫ノ重要ナル事項ニ付テハ特ニ三分二又ハ四分三ノ同意ヲ要ストノ規定ノ如キ其意可成的全員一致ヲ要スル原則ニ近接セシメントスルニ在ルヤ炳トシテ其レ明カナリ、是故ニ多數ヲ以テ少數ヲ壓スルハ元下是レ已ムヲ得サルニ出テタル制度ナリト雖モ畢竟一ノ例外的規定ニシテ必スヤ法律ノ規定アルヲ要スルモノナルコトヲ記憶セサル可カラス

第二百二十五條ニ於テハ總社員ノ一致ヲ要ス、故ニ新法モ亦全員一致ヲ以テ原則トシ止タ或ル多數ノ場合ニ於テハ多數ノ同意ヲ以テ足レリトシテ例外的規定ヲ爲シタルナリ、故ニ本問ニ對スル決定ヲ爲スコト至テ簡單ナリ、曰ク、現今既ニ成立セル會社ニシテ多數ノ同意ヲ以テ満足スルノ特約ナキ會社ニ在テハ新法實施後ニ至ルモ多數決ノ新法規ニ從フヲ要セス、ト是ナリ、蓋シ此場合ニ於テハ會社契約ヲ其儘實行スルモノニシテ前第二百一十一條ニ付テ述ハタル場合ノ如ク中間事實ノ存セサルモノナレハナリ固ヨリ如斯決定スルトキハ實際大ナル支障ヲ生ス可レト雖トモ苟モ社員全体ノ同意ヲ以テ會社ノ定款ヲ變更スルニ於テハ新法ノ恩惠ヲ受クルヲ以テ其困難ヲ排除スルコト容易ナル可キナリ

第二百二十四條ニ依レハ第三者カ會社及ヒ社員ニ對シ同時ニ同性質ノ債務ヲ負擔シタル場合ニ於テハ社員ハ第三者カ會社ニ對スル債務額ト社員自身ニ對スル債務額トノ割合ニ應ジテ其辨濟ヲ受ク可ク決シテ社員自身ニ對スル債務ノ爲メニノミ之ヲ受クルコトヲ得ス、是公平ノ理由ニ基因セル法律ノ規定ナリ、但右ノ義務アル者ハ獨リ業務擔當社員ニ限ルモノナレハ他ノ社員ハ普通法ニ從ヒ會社ニ關セシテ自己ノ債權ノミノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトス、而シテ此規定ヤ新法ノ創設ニ係レリ、然ラハ則チ此規定ハ新法實施ト共ニ既ニ成立シタル會社ノ社員ト第三者間ニ存スル債務ニ適用セラル可キカ、曰ク然リ、直チニ適用セラル可シ、蓋シ法律ハ社員ニ對シ一新法規ヲ創設シタリト雖トモ之カ爲メニ其既得權ヲ害スルコトアラス、實ニ此場合ニ於テ社員ハ左ノ如ク主張スルヲ得サル可シ、曰ク、予ハ會社ノ社員トナリタルトキ既ニ現行法ニ從ヒ會社ノ債權ニ關セス自分一己ノ債權ノ爲メ第三者ノ財產全部ヲ受取ルノ權利ヲ得有シタリト、何トナレハ其社員トナリタル當時ニ在リテハ社員自ラ第三者ト權利義務ノ關係ナキコトアル可ク又會社ト第三者ニ於テ同一ノ關係ナキコトアル

可シ從テ社員及ヒ會社ト第三者間ノ關係ハ會社契約當時ニ於テ豫見シ得サル事タレハナリ

第三百三十五條ニ依レハ社員カ會社ノ營業ノ爲メ立替金ヲ爲シタルトキハ其使用ノ日ヨリ當然利息ヲ生ス、反之社員若シ其營業ノ爲メ會社ノ資本ヲ使用シタルトキハ當然會社ニ對シテ其利息ヲ負擔セサル可カラス、是民法ノ一新規定ナリト雖トモ新法實施ト共ニ既ニ成立セル會社ニ適用セラル可シ、其理由ハ第二百一十一條ニ於テ述ヘタル所ト同一ニシテ會社又ハ社員ハ現行法下ニ於テ既ニ利息ヲ負擔セサルノ權利ヲ得タルモノニアラス止メ豫メ催告セラル、ノ權利ヲ有スルニ過キス而シテ此場合ニ於ケル催告ハ新法ノ實施ト共ニ法律自ラ之ヲ爲シタルモノナルヲ以テナリ

第三百三十八條ニ於テハ三箇ノ約款ヲ想像シ其會社ノ目的ニ反スルノ故ヲ以テ法律ハ之ヲ無効トシタリ、其第一項ニハ二箇ノ約款ヲ想定ス、曰ク會社資本ノ全部ヲ社員中ノ一人ニ歸ス可キ約款、曰ク會社ノ得タル利益ノ全部ヲ社員中ノ一人ニ歸ス可キ約款是ナリ、是等ノ約款ハ明カニ會社自身ノ目的ニ反ス即チ會社

ノ定義ヲ掲ケタル第一百五條ニ曰ク會社ハ數人カ各自ニ配當ス可キ利益ヲ収ムル目的ニテ云々ト然ルニ利益ノ全部ヲ一社員ニ歸セントス、會社ノ目的ニスルモノニ非スシテ何ツヤ、况シヤ會社資本ノ全部ヲ一社員ニ歸セントスルニ於テヲヤ、是ヲ以テ本項ノ約款ハ實ニ自然法ニ背反スルモノト謂フ可ク從テ現行法ニ於テモ其無効ナル可キハ勿論ナリ

然レトモ第二項ニ想像シタル約款ハ第一項ノ約款ニ比シテ自然法ニ背反スルコト輕微ナリト信ス、曰ク技術又ハ勞力ヲ出資ト爲シタル社員ニ非サル社員ニ全ク損失ノ負擔ヲ免カレシム可キ約款モ亦同シト、本項ニ於テ技術又ハ勞力ヲ出資ト爲シタル社員ヲ例外ト爲シタル所以ノモノハ他ナシ、是等ノ者ハ多クハ貧窮ナリ、然ルニ自己ノ勞力技術ハ會社ノ爲メニ之ヲ使用シ加フルニ會社ノ損失ヲモ負擔セサル可カラストセハ遂ニ倒産スルノ外ナキ慘狀ニ陥ル可ケレハナリ、然リ而シテ本項ノ約款ハ自然法ニ背反スルコト輕微ナルカ故ニ縱令新法實施後ト雖トモ現今ノ會社ニ關シテハ其契約中ニ包含シタル第二項ノ約款ハ恐ラクハ無効ニ非ラサル可シ、何トナレハ斯カル約款ハ第一ニ第一百五條ノ定

義ニ反セス第二ニ社員カ會社ニ對シテ信用ヲ措クコト僅少ニシテ斯カル特約ヲ爲シ置クハ前項ノ約款ト異ニシテ自然法ニ背クコト輕少ナレハナリ

第四百十三條第二項ニ曰ク「會社資本ノ不十分ナル場合又ハ訴追債權者ニ其資本ヲ示サ、ル場合ニ於テハ總社員ハ連帶シテ會社ノ義務ヲ負擔ス云々」ト是レ一ノ法律上ノ連帶ニシテ他ノ法律上ノ連帶ノ如ク明カニ民法ノ新規定ナリ、是ヲ以テ現今ノ會社ニハ絕對ニ適用スルコトヲ得ス、實ニ現行法下ニ於テ會社契約ヲ締結スル者ノ意思ハ他日會社ニ損害アリタル場合ニ於テハ其債務ハ社員各自之ヲ分擔スヘシトイフニ在ル可クシテ決シテ連帶シテ之ヲ辨濟スルニ在ラサルヤ明カナリ、如何ソ本項ノ規定ヲ適用スルヲ得ンヤ

第三節 會社ノ解散

第四百十四條ハ會社カ當然解散ス可キ原因ヲ規定シタルモノニシテ其第三號及ヒ第四號ハ新法ノ制定ニ係レリ、其第三號ニ曰ク「會社資本ノ全部又ハ半額以上ノ損失」ト、本號中會社資本ノ全部ノ損失アリタル場合ニ於テ會社ノ解散ス可

キハ現今ト雖モ仍ホ然リ、然レトモ半額以上ノ損失アリタル場合ニ於テ當然會社カ解散スルモノトスルハ是ヲ一ノ新法規ナリト謂ハサル可カラズ、今試ミニ現今成立シタル會社ニシテ新法實施後ニ至リ其資本ノ半額以上ヲ損失シタリトセハ本號ニ從ヒ其會社ハ當然解散シタリト看做ス可キカ、曰ク然ラス、實ニ現今會社ヲ設立スル社員ハ決シテ資本ノ半額以上ヲ損失シタルトキハ當然其會社ヲ解散ス可シトノ意思ナクシテ却テ其會社ヲ維持シ可成的其資本ノ回復ヲ計ルノ意思アルヤ、必然ナリ、加フルニ新法實施後ニ半額以上ノ損失アリトスルモ是レ決シテ所謂中間事實ニ非ラス、故ニ本號末段ノ規定ハ既ニ成立シタル會社ニ影響スルモノニアラス、且ヤ此場合ニ於テ會社ハ當然解散セストスルモ社員ノ爲メニ悲ムニ足ラス、何トナレハ第四百十五條ノ第一、第二ニ從ヒ之ヲ解散スルノ餘地在テ存スレハナリ

第四號モ亦會社解散ノ新原因ヲ現行法ニ加ヘタルモノナリ、曰ク「社員ノ一人ノ技術、勞力又ハ收益ヲ以テスル繼續ノ出資ヲ爲スノ不能」ト、是亦新法實施以前ニ成立シタル會社ニ適用スルコトヲ得ス、此決定ニ對スル救助ハ第四百十五條第

三ニ在リ、即チ社員ノ一人カ其義務ヲ履行セサルノ故ヲ以テ會社ノ解散ヲ訴フルコト是ナリ

會社契約ヲ以テ指定シタル期間ノ滿了ハ會社當然解散ノ一原因ナリ(第四百四四條第一號)然レトモ其期間ハ暗黙ニ伸長セラル、コトアリ、第四百四十六條第二項ニ曰ク、默示ノ伸長ハ一定ノ期間滿了後ニ於テ社員ノ一人タモ故障ヲ爲サスシテ會社營業ノ繼續シタル事實ヨリ生スルコトヲ得云々ト而シテ現行法下ニ於テ成立シタル會社カ新法實施ノ後ニ至リ其期間滿了シタルニモ拘ハラズ社員ノ一人タモ故障セスシテ會社營業ヲ繼續シタルトキハ本項ノ規定ヲ適用セラル可シ、何トナレハ新法實施後一ノ新事實即チ中間事實アルカ故ナリ、實ニ新法實施セラレ本條ノ規定アルニモ拘ハラズ社員ノ一人タモ會社營業ノ繼續ニ故障ヲ爲サ、ルハ畢竟此規定ニ從フノ意思アルカ故ナリト看做スハ實ニ至當ノ決定ニアラスヤ、故ニ社員ハ後日ニ至リ其會社ハ既ニ期間滿了ノ日ニ於テ當然解散シタルモノナリト主張スルコトヲ得ス、唯本項末段ノ規定ニ從ヒ將來ノ解散ヲ請求シ得ルノミ

第四節 會社ノ清算及ヒ分割

本節ニ付テハ單ニ一言スルヲ以テ満足ス可シ、曰ク「本節ノ規定ハ一ノ「プロセヂユール」即チ手續法タルニ過キス然ルニ手續法ニ付テハ新法ハ舊法ニ優ルトノ法律上ノ假定ナレハ常ニ新法ニ從ハサル可カラス故ニ本節ノ規定ハ新法實施ト共ニ直チニ施行セラル可シ」トイフコト是ナリ

第七章 射倖契約

本邦日本ニ於テハ從來射倖契約ノ履行ハレタルヲ聞カス、殊ニ終身年金契約ニ至リテハ未ダ曾テ之アリタルヲ聞知セス、固ヨリ本邦ニ於テモ賭事ハ從來盛ニ行ハレタリト雖トモ是法律ノ禁止スル所ナレハ今探テ以テ本講義ノ目的ト爲スヲ得ス、然レトモ本邦ニ於テモ年來忠實ノ僕婢ノ爲メ遺贈又ハ贈與ヲ以テ終身年金權ヲ設定シタルコトナキニ非サル可シ、但遺贈ノ制度ハ從來本邦ニ於テ盛ニ行ハレタルニアラサレハ之ヲ以テ盛ニ終身年金權ヲ設定シタリトハ想像

スルヲ得スト雖トモ贈與ハ從來盛ニ行ハレタルカ故ニ之ヲ以テ終身年金權ヲ
設定シタルコトハ敢テ想像シ得サルニ非ス、若シ果シテ之アリトセハ現行法下
ニ於テ成立シタル終身年金權ニハ第六十九條ニ於ケル養料トシテ無償ニテ
設定シタル終身年金權ハ當然讓渡スコトヲ得ス且差押フルコトヲ得サルモノ
ナリトノ規定ヲ適用ス可キヤ否ヤ

抑本條ノ規定タル設定者ノ利益ヲ保護スルノ趣旨ニ出ツ而シテ設定者カ新法
實施以前ニ於テ終身年金權ヲ設定スルニ當テハ未タ本條ノ存スルナキヲ以テ
之ヲ讓渡シ得可シト信セシヤ當然ナリ、故ニ本條ハ之ヲ新法實施以前ニ成立シ
タル終身年金權ニ適用スルヲ得ス、今單ニ一考スルトキハ本條ノ規定ハ設定者
ニ對スル一ノ無能力ノ規定ナカル如ク從テ無能力ニ關スル規定ハ直チニ適用
ス可キモノナルヲ以テ本條ノ規定モ亦直チニ之ヲ適用ス可キニ似タリ、然レト
モ本條ノ規定ハ設定者ノ無能力ニ關スルモノナラサルノ證左ハ直チニ本條中
ニ於テモ之ヲ舉示スルコトヲ得、即チ本條ニ所謂差押フルコトヲ得ストハ債權
者ニ之ヲ差押フルノ能力ナキニ非スシテ財產其物ハ性質然ルモノナリ、其讓渡

スコトヲ得スト云フニ至テモ亦同一ナリ

第七十四條ニ依レハ終身年金權ノ取得後其年金ヲ受取ルニハ年金權ノ設定
ノ爲メ終身ヲ期セラレタル人カ支拂ノ時期ニ生存セシコトヲ債權者ヨリ生存
認證書ヲ以テ証セサル可カラス而シテ其證書ハ其人ノ現住地ノ受持公証人又
ハ身分取扱人之ヲ交附スルモノトス、此規定ハ縱令現行法下ニ成立シタル終身
年金權ト雖トモ新法實施後直チニ適用セラル可シ何トナレハ是一ノ手續法ニ
シテ手續法ハ常ニ必ス新法ニ從フ可キモノナレハナリ

第八章 消費貸借及ヒ無期年金權

消費貸借契約ハ最モ古キ契約ノ一ニシテ本邦日本ニ於テモ古來盛ニ行ハレタ
ル所ナリ

消費貸借ニ關シテハ原則トシテ現行法下ニ於テ成立シタルモノニハ現行法ヲ
適用シ新法ヲ適用ス可カラス今左ニ新規定ト見ユルモノ數箇ヲ摘示セン

第八十條ニ於テハ不可抗力ニ因リテ借用物ヲ返還スルコト能ハサル場合ニ

關スル規定ヲ爲シタリ、抑、借用物ノ返還ヲ爲スニ當リテハ最初借受ケタル所ト同數量同品質ノ物ヲ返還スルハ最も簡單ナル方法ナリト雖モ本條ノ場合ニ於テハ固ヨリ此方法ニ依ルコト能ハス、然レトモ本條ノ場合ハ決シテ屢起ルモノニ非ス、殊ニ金錢ノ貸借ニ付テハ絶テ此場合アルコトナシ、蓋シ金錢ハ債務者之ヲ有セサルコトアル可キモ不可抗力ニ因リテ之ヲ返還スルコト能ハサル場合ナキモノナレハナリ、又食料品ニ付テモ同一ナリ何トナレハ食料品ハ必ス地球上ノ或ル方面ニ存在スルモノナレハ不可抗力ニ因リテ返還スルコト能ハサル場合ナキモノナレハナリ、然レトモ假令食料品ニテモ危險又ハ公益上ノ理由ノ爲メ其取扱ヲ禁止セラレタルトキハ法律上此場合ヲ生スルモノトス如斯不可抗力ニ因リテ借用物ヲ返還スルコト能ハサルトキハ如何ナル方策ニ出ツ可キカ、必スヤ法律之カ決定ヲ爲ササル可カラズ然リ而シテ茲ニ先ツ一言ス可キハ債務者ハ其不可抗力ノ爲メ義務ヲ免ル、ヲ得サルコト是レナリ、蓋シ債務者或物ヲ借受ケタルトキハ之カ爲メ利益ヲ收メタルハ勿論ナリ、然ルニ其物ノ不可抗力ニ罹リタルカ爲メ之ヲ返還スルノ義務ヲ免ルトセハ債權者ハ必

ス其損失ヲ受ク可シ、凡ソ一方ニ利益アリテ一方ニ損失アル場合ニ於テ其利益ヲ受ケタル者ヲシテ其義務ヲ免カレシムルハ不當ナリ、是ヲ以テ此場合ニ於ケル債務者ヲシテ其義務ヲ免レシメンカ、則チ彼レ所謂不當ノ利得ヲ收受スルニ至ル可シ、是故ニ佛國民法モ亦債務者ヲシテ其義務ヲ免レシメス(佛民法第千八百九十三條參看)然レトモ同法ニ依レハ此場合ニ於テハ債務者ハ合意上借用物ヲ返還ス可キ時期ニ於テ其物ノ有シタル價額ヲ辨濟ス可キモノト規定シタリ(同法第千九百三條第一項參看)此規定ヤ頗ル不都合ノモノタルヲ免カレス、夫ノ公益上ノ理由ノ爲メ其物ノ取扱ヲ禁止セラレタルカ爲メ之カ返還ヲ爲スコト能ハサル場合ノ如キ合意上返還ヲ要スル時期ハ其禁止以後ニアルコトアルヘシ、斯カル場合ニ於テハ如何ニシテ其物ノ價額ヲ定ム可キカ、實ニ既ニ取扱ヲ禁セラレタル物ノ價額ヲ定ムルハ全ク不能ノ事ニアラスヤ、殊ニ借用物ヲ返還ス可キ時期ニ付キ合意ナカリシトキハ何レノ時ノ價額ヲ以テ標準トス可キカ、遂ニ之ヲ定ムルコト能ハサル可シ、佛法亦此不都合ヲ覺知セシ爲メ若シ其返還時期ノ規定ナカリシトキハ消費貸借契約ノ當日ニ遡リ之カ價額ヲ定ム可キモノ

ト規定シタリ(同條第二項參看)然レトモ此規定モ亦感服スルコト能ハス、何トナ
 レハ凡ソ消費貸借ニ依リテ或ル物ノ借入ヲ爲スハ決シテ直チニ之ヲ返還スル
 ニアラスセテ必スヤ或ル期間間之ヲ利用スルニ在リ然ルニ貸借當時ニ遡リテ
 其價額ヲ定ムルハ策ノ最モ窮シタルモノナレハナリ(斯カル場合ニ於テハ寧ロ
 裁判官ヲシテ當事者ノ暗黙ニ合意シタル期限ヲ定メシメ其時期ニ於テ其物ノ
 有シタリシ價額ヲ辨濟ス可キモノトセハ却テ比較的ニ相當ナリシナラン)是故
 ニ日本民法ニ於テハ佛法ノ欠ヲ補ハシカ爲メ其物ノ不可抗力ニ罹リシ日ノ相
 場ニ從ヒテ算定シタル價額ヲ辨濟ス可キモノト定メタリ、此決定ニ依ルトキハ
 法律ニ依リ其取扱ヲ禁止セラレタル物ニ付テモ佛法ノ如キ不都合ヲ感スルコ
 トアラス、即チ所謂其物ノ不可抗力ニ罹リシ日トハ法律ヲ以テ其取扱ヲ禁止セ
 ラレタル當日ヲモ包含スルモノニシテ其當日ニ於テハ仍ホ其價額アルモノナ
 レハ之ヲ知ルコト極メテ容易ナリトス
 此規定ヤ民法ノ一新規定ナリ故ニ新法實施以前ニ成立シタル消費貸借ニハ原
 則トシテ之ヲ適用ス可カラズ、固ヨリ今日ノ裁判例如何ヲ明知セスト雖トモ想

フニ左ノ如クナランカ、曰ク消費貸借ニ依リ借主カ收受セシ利益ト貸主ノ被フ
 リシ損失トヲ比較シ以テ辨濟ス可キ金額ヲ定ム、例ヘハ借主ノ利益ハ一千圓ニ
 シテ貸主ノ損失ハ八百圓ナル場合ニ於テハ八百圓ヲ辨濟ス可キモノトスルカ
 如キ是ナリ此決定タル頗ル贊美ス可キモノニシテ予モ亦最初ノ草案ニ於テハ
 之ヲ提出シタリ若シ果シテ現今ノ決定斯クノ如クナランカ新法實施後ニ至リ
 テモ其以前ニ成立シタル消費貸借ニハ之ヲ適用セサル可カラズ
 第百八十三條ニ於テハ貸主或ル金額ヲ貸與スルニ當リ借主ヲシテ或ル一定ノ
 貨幣ヲ返還セシム可キコトヲ約シタル場合ノ規定ヲ爲セリ、即チ貸主ハ通常威
 カヲ有スルモノナルヲ以テ例ヘハ銀貨ヲ貸與スルニ當リ金貨ヲ返還ス可シト
 約スルカ如キ是ナリ、斯カル契約ハ現今之ヲ禁セサル可シト雖トモ新法實施後
 ニ至リテハ斯カル契約ヲ爲スヲ許サス蓋シ新法ニ於テハ自ラ貸付シタルヨリ
 多クノ金額ヲ取立ツルヲ許サ、ルヲ以テ原則トス(利息ヲ除クハ勿論ナリ)然ル
 ニ銀貨ヲ貸付シテ金貨ノ返還ヲ約スルトキハ則チ兩貸間ニ於ケル市價ノ差額
 ニ等キ多額ノ取立ヲ要約スルモノナレハナリ、然レトモ新法ニ於テモ金貨百圓

ヲ貸付シテ銀貨百圓ヲ返還ス可シトノ契約ハ無効ナリ、何ントナレハ此契約ニハ兩貨ノ市價上ニ於ケル差額ニ等キ贈與ヲ含ムモノニシテ恰モ百三十八圓ヲ貸付シテ百圓ヲ返還セシムルニ同シケレハナリ(目今金貨百圓ハ銀貨百三十八圓ニ相當ス)又新法ニ於テハ金貨百圓ヲ貸付シテ銀貨百三十八圓ヲ返還ス可シトノ契約ヲモ禁止セス是其實價相對比スレハナリ、最後ニ新法ニ於テ禁止シタル所ハ銀貨百圓ヲ貸付シテ同額ノ金貨ヲ返還ス可シトノ契約是ナリ、是恰モ貸付金額百圓ニ對シ百三十八圓ノ返還ヲ約スルニ同シケレハナリ此規定タル新法實施以後ノ消費貸借ニシテ適用セラレ現行法下ノ消費貸借ニ適用セラレサルコト明カナリ、何トナレハ現今成立シタル消費貸借ニ關シテハ所謂中間事實ノ存スルニアラスシテ單ニ其契約ヲ其儘執行スルニ過キサレハ貸主ノ爲メ一ノ既得權ヲ成スモノナレハナリ

利息ハ固ト債務者ノ爲メ一ノ重キ負擔ナリ故ニ古來各國之ニ關スル規定ヲ設ケタリ、然リ而シテ利息ニハ法律上ノモノアリ又合意上ノモノアリ、假令當事者ニ於テ利息ヲ辨濟ス可キ旨ヲ約セサルトキト雖トモ仍ホ法律ノ規定ニ依リ當

然之ヲ辨濟ス可キ場合アリ所謂法律上ノ利息是ナリ又假令當事者間ニ於テ利息ヲ附ス可キノ合意ヲ爲シタルトキト雖トモ其率ヲ定メザリシトキハ法律上ノ利率ヲ適用ス、故ニ眞ノ合意上ノ利息ハ單ニ契約上之ヲ附ス可キ旨ヲ定メタルノミナラス其利率ヲモ定メタル利息ヲ謂フモノナリ

新法ハ合意上ノ利息ハ之ヲ禁止セス唯法律ヲ以テ特ニ定メタル制限即チ利息制限法(明治十年九月第六十六號布告參看)ノ制限ヲ超過ス可カラサルノミ、想フニ利息制限法實施ノ當時ニ於テ法學既ニ進歩シタリセハ法律不溯及ノ原則適用ニ關シ論議ノ起リシモノアラン、今試ミニ當時ニ溯リテ本論ノ適用ヲ爲サンカ同法實施以前ニ成立シタル貸借ニハ同法ノ制限ヲ適用ス可カラザリシモノトス

今若シ利息制限法ノ制裁ヲ免ル、爲メ或ル奸策ヲ行ヒタルトキ例ハ同法第二條ニ依レハ百圓以下ノ貸借ニ付テハ一箇年百分ノ二十即チ二割ヲ以テ最高利率ト定メタルニモ拘ラス實際三割又ハ四割ノ利息ヲ得ンカ爲メ實際金百圓ヲ貸付シテ百十圓又ハ百二十圓ノ證書ヲ交付セシメ或ハ百圓ノ證書ヲ交付セシ

メ實際ハ八十圓又ハ九十圓ノ貸付ヲ爲シタルトキノ如キハ如何ニ之ヲ處分ス可キカ之ヲ規定スルハ則チ第百八十七條第三項ノ目的ナリ、然ルニ確定法文ハ草案ニ比シテ頗ル明瞭ヲ欠ケリ、蓋シ草案ニ於テハ斯ノ如キ場合ニハ些少ノ利息ヲ受取ルヲ得ストノ規定ナリシト雖モ本項ニ於テハ不正當ノ部分云々トアルカ故ニ所謂不正當ノ部分トハ三割中一割ナルカ將タ二割ナルカ頗ル曖昧ナレハナリ現今ニ於テハ斯ル場合ニ在テハ恐クハ三割中ノ一割即チ制限以上ノ部分ヲ辨濟スルヲ要セス又既ニ辨濟シタルトキハ之カ取戻ヲ爲スヲ得ン想フニ本項ノ規定モ亦之ト其趣意ヲ同フスルモノナラン、果シテ然ラハ本項ニ付テハ不遑及論ノ研究ヲ爲スノ必要アラス、若シ草案ノ如ク規定シタリトセンカ本論ノ攻究ヲ要ス、即チ新法實施以前ニ成立シタル契約ニハ現行法ヲ適用ス可シ、從テ貸主ノ受取ルコトヲ得サルハ制限ヲ超過シタル部分ニ限ル可シ

今ヤ少ク場合ヲ變シ實際七十圓ヲ貸付シテ三十圓ノ利益ヲ得ンカ爲メ百圓ノ證書ヲ交付セシメ、又ハ百三十圓ノ證書ヲ交付セシメテ實際百圓ノ貸付ヲ爲シタリトセンカ、新法實施後ニ於テ斯カル契約ノ無効ナルハ勿論ナリト雖トモ今

若シ其契約ハ現行法下ニ於テ成立シ新法實施後ニ於テ履行ス可キモノナリシトキ債務者ニ於テ證書面ノ金額ハ百圓又ハ百三十圓ナリト雖モ其實七十圓又ハ百圓ノ貸借ナルコトヲ證明シタルトキハ如何、予ハ此場合ニ於テモ亦新法ノ規定ハ直チニ適用セラル可シト信ス、蓋シ此場合ニ遭遇シタル借主ハ必スヤ第百八十三條第二項ノ趣意ヲ援用シ、余ノ實際借受ケタルハ七十圓又ハ百圓ナリ故ニ實際貸付セラレサル百圓又ハ百三十圓ヲ返還スルノ義務ナシト、而シテ此場合ニ於ケル債權者ノ地位ハ夫ノ三割四割ノ利息ヲ明約シタル場合ニ比シテ一層惡キヲ見ル可シ、何トナレハ制限以上ノ利息ヲ約シタル場合ニ於テハ少クトモ制限以内ニ於ケル最高額ノ利息ヲ受取ルヲ得ト雖トモ此場合ニ於テハ債權者ハ不注意ニモ不法ノ契約ヲ爲シ而シテ更ニ利息ノ要約ヲ爲サ、リシカ故ニ些少ノ利息ヲ受取ルヲ得サレハナリ

第百八十九條ニ曰ク、十ヶ年ヲ越ユル期限ヲ以テ利息附ノ貸借ヲ爲シタルトキハ借主ハ如何ナル反對ノ合意アルモ十ヶ年後ハ常ニ辨濟ヲ爲ス權能ヲ有スト此規定ハ佛法ニ存セス、伊法ニ存スル所ニシテ極メテ有益ナル制度ナリ何トナ

レハ利息ニハ社會經濟上又ハ政治上ノ變動ニ依リ時ニ高低ノ差別アルモノナリ、然ルニ利息高貴ノ時ニ當リ數十年後ニ辨濟ス可キノ約束ヲ以テ貸借契約ヲ爲シタル後一般利息ノ低落シタルニモ拘ハラズ債務者ハ尙ホ約束ノ期限間高貴ノ利息ヲ拂ハサル可カラストセハ其迷惑ヤ云フ可カラサルモノアレハナリ、見スヤ現今政府ノ負擔スル中仙道鐵道公債ハ其利息年七分ナルニモ拘ラズ目下經濟上ノ有様ハ容易ニ年五分ノ利息ヲ以テ公債ヲ起シ得可キカ故ニ政府ハ現ニ所謂整理公債ナルモノヲ起シテ中仙道鐵道公債ヲ償還シツ、アルヲ是政府自ラ本條ノ原則ヲ利用スルモノニアラスシテ何ツヤ、固ヨリ余ハ嚴格ナル意味ニ於テ政府ハ本條ノ權能ヲ行使シツ、アリトハ云ハス、蓋シ政府ハ同公債募集當時ニ於テ同證書發行ノ年ヨリ五ヶ年拾置キ其翌年ヨリ二十五ヶ年ヲ限リ毎年抽籤法ヲ以テ償還ス可シト規定シ置キタレハナリ(中仙道鐵道公債證書條例第七條參看)又例令斯カル規定ナカリシトスルモ尙モ一ノ法律ヲ發スルニ於テハ其法律ハ直チニ實施セラル可キヲ以テ之カ償還ヲ爲スハ容易ナリ、而シテ此最後ノ方法タル各國政府ノ慣用シ來リタル所ナリトス

本條ノ規定ハ新法實施後ニ至リテハ現今成立シタル消費貸借ニモ亦之ヲ適用ス可キカ是元ト一ノ疑問ナリト雖トモ予ハ然リト答フ可シ、蓋シ爲メニ當事者ノ既得權ヲ害スルコトナケレハナリ、今ヤ其意味ヲシテ明瞭ナラシメンカ爲メ百年若クハ永久トノ約束ヲ爲シタルモノト假定センニ此契約ニ付キ新法ノ直チニ適用セラル可キハ明カナリ、是第九十二條ニ於テ無期年金權ニ關シ明文在テ存スレハナリ、固ヨリ本條ト第九十二條トハ自ラ異別ノコトヲ規定シタリト雖トモ其精神ハ全ク同一ニシテ無謀且愚昧ナル債務者ヲ保護スルニ在リ殊ニ法律ハ此兩條ニ於テ如何ナル反對ノ合意アルモ當ニ云々ナル文詞ヲ用ヒ絶對的ノ意ヲ表示シ以テ債務者ノ利益ヲ確保シタリ

斯カル規定ノ法律ニ顯ハレタル歴史ヲ案スルニ遠ク佛國大革命ノ時(即チ西曆一千七百九十年)ニ在リ、即チ當時ノ立法者ハ汎ク國內ノ有様ヲ通觀シ無期年金ノ極メテ夥多ナルヲ發見シ其國利ヲ害スルコト大ナルヲ認メ一ノ法律ヲ發シテ之ヲ廢シタルニ基ク、然レトモ遠ク例ヲ佛國ニ求ムルハ寔ニ予ノ本心ニアラス故ニ近ク例ヲ日本ニ採リ之カ説明ヲ試ム可シ、蓋シ本邦封建時代ニ在リテハ

諸侯ハ其領地ノ所有者ニシテ平民ハ之カ永借人タリ、而シテ其義務ハ永久子孫ニ傳ハル可キモノタリシナリ、然ルニ維新ノ革命ハ能ク諸侯ノ權利ヲ剝奪シ平民ヲシテ其義務ヲ免レシメタリ、是日本ニ於ケル最好適例ナリ、又財産編第五百十五條末項ニ於テ、本法實施以前ニ期間ヲ定メシテ爲シタル(中略)永小作ト稱スル貸借ノ終了ノ時期及ヒ條件ハ日後特別法ヲ以テ之ヲ規定ス、トノ條項ヲ設ケタルモ亦全ク全一ノ精神ニ基クモノナリトス

今ヤ第八十九條及ヒ第九十二條ノ規定ハ新法實施以前ニ成立シタル消費貸借契約及ヒ無期年金契約ニモ亦適用セラ、ルコトヲ再言ス可シ、但十一年ノ期限ハ新法實施ノ當日ヨリ起算ス可シ、故ニ例ヘハ新法實施前二年ニ於テ二十年ノ期限ヲ以テ契約シタリトセハ新法實施ノ當日ニ於テハ仍ホ十八年ノ殘期アリト雖トモ其後十一年ヲ經過シタルニ於テハ常ニ元金ヲ辨済スルコトヲ得、從テ新法ノ爲メ八十年ノ期間ヲ減殺セラレタルノ結果ヲ呈ス可シ、實ニ法律ノ眼ヨリ見レハ債權者カ二十年後ニアラサレハ其元金ヲ辨済セラレサルハ全ク一ノ權利ニアラスシテ畢竟一ノ利益アルニ過キス、從テ一ノ既得權ヲ構成

スルモノニアラサレハ法律ハ能ク之ヲ減殺スルヲ得ルナリ、最後ニ注意ス可キハ此如何ナル反對ノ合意アルモ常ニ辨済ヲ爲スヲ得、トノ規定ハ消費貸借ノ場合ト無期年金權ノ場合トヲ問ハス債務者ニ與フルニ一ノ權能ヲ以テシタルニ過キサルコト是ナリ、是故ニ債權者ハ合意シタル期限前ニ於テハ決シテ之ヲ請求スルヲ得サルモノトス

第九章 使用貸借

借主其借用物ノ保存ニ付キ責任ヲ有スルハ勿論ナリト雖トモ第九十八條ハ一般ノ場合ニ比シテ一層嚴格ナル責任ヲ負擔セシメタリ、所謂一層嚴格ナル責任トハ意外ノ事又ハ不可抗力ニ因リテ生スル借用物ノ滅失又ハ毀損ノ責任ニ任スルコト是ナリ、而シテ其場合ニアリ左ノ如シ

第一、借主自己ノ物ヲ用非テ借用物ノ滅失又ハ毀損ヲ免レシムルコトヲ得可キトキ、例ヘハ茲ニ一ノ軍人アリ元來一頭ノ乘馬ヲ有スト雖トモ軍人トシテハ不足ヲ感スルカ故ニ他ヨリ一頭ノ乘馬ヲ借受ケ戰場ニ於テ其借用乘馬ヲ斃死

セシメタルトキハ其責ニ任スルカ如キ是レカ適例ナリ、但此責任ヲ生スルカ爲メニハ其毀損又ハ滅失ハ多少豫見シ得可キモノタルヲ要ス故ニ例ヘハ借用動産ヲ携ヘ海上航行中圖ラズ破船ノ爲メニ之ヲ失ヒタル場合ノ如キ其責ニ任スルヲ要セス是多少豫見シ得可キ場合ニ於テハ多少ノ懈怠アリト雖トモ反對ノ場合ニ於テハ更ニ懈怠ナキモノナレハナリ

第二、自己ノ物ト借用物トカ同時ニ危険ヲ受クルニ際シ自己ノ物ノミヲ救護シタルトキ、例ヘハ二頭立ノ馬車ヲ有スル者自己所有ノ馬匹唯一頭ナルヲ以テ他ヨリ更ニ一頭ヲ借入レ共ニ自己ノ厩ニ繋留シ置キシニ隣家遇々火ヲ失シ將ニ延燒セントスルニ際シ先ツ自己ノ馬匹ヲ救護スルハ蓋シ普通ノ人情ナル可シト雖トモ法律ハ先ツ借用馬匹ヲ救護ス可シト命シ之ニ背キタルトキハ其責ニ任ス可キモノトシタリ、但斯カル場合ニ於テハ大ニ實際ノ境遇ニ着服セサル可カラス例ヘハ、自己ノ馬匹ハ厩ノ入口ニ在リタルカ爲メ仍ホ之ヲ救護シ得タリト雖トモ借用馬匹ハ其繋留場所ノ奥マリタルカ爲メ到底之ヲ救護スル能ハサリシ場合ノ如キ敢テ借用馬匹ヲ救フヲ要セス何トナレハ法律ノ豫見シタル場合ハ

二者其一ヲ救護スルニ付キ彼此選擇ノ自由ヲ有スル場合ニ限ルモノナレハナリ

本條ノ規定ハ日本民法ノ創設スル所ニアラス、佛法既ニ此規定アリ、而シテ佛法ノ淵源ハ遠ク羅馬法ニ在リ故ニ一ノ遺傳的規定ナリト謂フ可シ、然レトモ本邦ニ於テハ全ク一ノ新規定ナルカ故ニ新法實施以前ニ成立シタル使用貸借ニハ本條ヲ適用ス可キヤ否ヤノ問題ヲ生ス、固ヨリ貸借ノ成立借用物ノ滅失又ハ毀損共ニ新法實施以前ニ在リタリトモハ例令其訴訟ハ新法實施後ニ提起セラレタルトキト雖モ本條ヲ適用ス可カラサルコト明瞭ナリ、然レトモ其滅失又ハ毀損ニシテ新法實施後ニ在リタリトモハ則チ如何曰ク新法ハ其實施セラル、ヤ否ヤ借主ニ命スルニ現今ヨリモ一層緻密ナル注意ヲ執ル可キヲ以テシ而シテ借主ハ新法實施以前ヨリ斯カル嚴重ナル注意ヲ爲スヲ要セサルノ既得權ヲ有シタリト主張スルヲ得ス故ニ必ス本條ヲ適用セサル可カラス今試ニ之ヲ刑法上ノ犯罪ニ比較セハ一層其理ノ明瞭ヲ致ス可シ夫ノ刑法ノ改正ニ因リ從來罰ヒサリシ或ル所爲ヲ罰スルニ至リントキ一己人ハ同法改正以前ニ於テ罰セサ

リシ所爲ナルヲ以テ之ヲ行フモ罰セラレサルノ既得權ヲ有スト主張スルヲ得可キカ天下寧ソ斯カル理アラシヤ固ヨリ民法ハ私法ナレハ自ラ刑法ト其性質ヲ異ニスルモノアリト雖トモ其不注意ニ科スル制裁タルニ至テハ即チ一也

第二百二條ニ曰ク「數人連合シテ同時又ハ交互ニ用ユル爲メ一箇ノ物ヲ借リタルトキハ各自連帶ニテ上ノ義務ヲ負擔ス」ト抑々法律上ノ連帶ハ其者自身ニ於テ新法ノ創定ニ係カレリ故ニ本條ノ規定ハ純然タル一新規定ナリトス然リ而シテ本條ノ場合ニ於テハ第九十八條ノ場合ト同一ノ決定ヲ爲スヲ得ス實ニ第九十八條ノ場合ニ於テハ一ノ新事實ヲ生スト雖トモ本條ノ場合ニ於テハ單ニ當初ノ契約ヲ履行ス可キノミ故ニ現行法下ニ於ケル連合ノ借主ハ縱令新法實施後ニ至ルモ連帶義務ヲ負擔スルヲ要セス

或ハ曰ハシ「假令新法實施以前ニ成立シタル使用貸借ト雖トモ荷モ第九十八條ニ豫見シタル滅失又ハ毀損ノ事實ニシテ新法實施以後ニ生シタルトキハ則チ當然連帶義務ヲ負擔ス可キニアラスヤ」ト然レトモ余ハ斯カル場合ニ於テモ仍ホ其義務ハ連帶ノモノニアラスシテ單ニ連合ノモノタルニ過キスト信ス蓋シ

借主ハ左ノ如ク主張スルヲ得可キヲ以テナリ曰ク「予ハ法律カ予ノ義務ヲシテ重カラシムルヲ甘受スト雖モ予ノ如ク知ラサルニ乘シ予ト他人トノ間ニ法律上ノ關係ヲ作爲シ仍テ以テ予ノ義務ヲシテ重カラシムルニ至テハ決シテ予ノ甘受スルヲ得サル所ナリ」ト是ナリ然リ而シテ此兩條ノ決定ハ決シテ彼此相抵觸スルモノニアラス何トナレハ凡ソ法律ハ或ル一個人ヲシテ從前ニ比シ一層重キ義務ヲ負擔セシムルヲ得ト雖モ決シテ或ル一個人ヲシテ他ノ一個人ト法律上ノ關係ヲ有セシムルヲ得ス從テ當事者ハ甘受セサルノ既得權ヲ有スト謂フヲ得ルカ故ナリ

第十章 寄託及ヒ保管

使用貸借ノ借主ハ借用物ノ保存ニ付キ善良ナル管理人ノ注意ヲ爲スヲ要ス是レ固ヨリ明文アルニ非スト雖モ前章第二節ヲ通觀スレハ容易ニ其然ルヲ發見ス可シ殊ニ財産編第三百三十四條ニ依レハ善良ナル管理人ノ注意ヲ爲ス可キハ一般ノ原則ナリ是レ前章第二節ニ於テ特ニ明文ヲ掲ケサリシ所以ナリ然ル

民法原理(法律不測及論)

ニ第二百十條第一項ニ依レハ受寄者ハ受寄物ノ看守及ヒ保存ニ付テハ自己ノ財産ニ加フルト同一ノ注意ヲ爲スコトヲ要スルノミ、是普通法ノ例外ナリト雖モ決シテ新法ノ創設スル所ニアラス極メテ自然ニシテ舊來存スル所ノ規定ナリトス

然レトモ本條第二項ニ於テハ受寄者カ善良ナル管理人ノ注意ヲ爲ス可キ場合ニ箇ヲ規定セリ、曰ク「受寄者カ自ラ求メテ寄託ヲ受ケタルトキ」曰ク「單ニ自己ノ利益ヲ目的トシ要用ニ從ヒ受寄物ヲ使用スルノ許諾ヲ得テ寄託ヲ受ケタルトキ」是ナリ其第一ノ場合ニ於テ責任ノ重キ所以ハ若シ自ラ求メテ寄託ヲ受ケル者ナカリセハ寄託者ハ他ノ注意深キ者ヲ選テ之ニ寄託スルヲ得可カリシヲ以テナリ、又第二ノ場合ニ於テハ自己ノ利益ヲ爲メ其要用ニ從テ受寄物ヲ使用スルコトヲ得ルモノナレハ其責任ノ重キヤ當然ナリ、而シテ此最後ノ場合ニ於テ受寄者其要用ノ爲メ其物ヲ使用シタルトキハ第九十八條ノ規定ヲ適用ス可キモノナレハ其責任ヤ一層嚴格ナリ、此規定ハ一ノ新規定ナレハ第九十八條ニ於テ論決シタルカ如ク其過失ノアリタル時期ノ新法實施以後ナルト否トニ從

ヒ或ハ本條ヲ適用シ或ハ之ヲ適用ス可カラサルモノトス

第二百十四條第三項ニ曰ク「受寄者カ故意ニテ受寄物ヲ消費シ讓渡シ又ハ隱匿シタルトキハ遲滞ニ付セラルルコト無クシテ當然損害賠償ノ責ニ任ス、但背信ニ付テノ公訴ヲ妨ケスト」是レ一ノ嚴重ナル規定ニシテ所謂新設的規定ナリ、然リ而シテ本條ノ規定ハ第九十八條ト等シク消費讓渡又ハ隱匿ノ事實ニシテ苟モ新法實施以後ニ在リタル場合ニ於テハ直チニ之ヲ適用ス可シ、而カモ受寄者ハ決シテ左ノ如ク主張スルヲ得ス、曰ク「予ハ縱令ヒ過失ヲ爲スモ遲滞ニ付セラルルニアラサレハ之カ責ニ任スルヲ要セス」ト、何トナレハ凡ソ何人ト雖モ其過失ニ付キ責任ナシトイヒ得ルカ如キ既得權ヲ有セサルノミナラス本條ノ場合ニ於テハ法律カ受寄者ニ科スルニ民法上ノ責罰ヲ以テスルモノニシテ受寄者ハ新法實施後ニ至リ本條ノ過失アルトキハ當然此責罰ヲ受ク可キモノナルコトヲ了知セルモノナレハ決シテ其責ヲ辭スルノ理由ヲ有セサルモノナレハナリ

第二百十九條第二項ニ於テハ受寄者カ寄託者ニ對シテ有スル債權ノ爲メ受寄

物上ニ行ヒ得可キ留置權ニ關スル規定ヲ爲シ又使用貸借ニ關スル第二百四條及ヒ第二百五條ニ於テモ借主ノ行ヒ得可キ留置權ノ事ヲ規定シタリ而シテ受寄者又ハ借主ガ留置權ヲ行ヒ得可キ債權ヲ寄託者又ハ貸主ニ對シテ取得スル原因ニアリ、曰ク受寄物又ハ借用物ノ隠レタル瑕疵ノ爲メ受ケタル損害、曰ク受寄物又ハ借用物ノ保存ニ必要ナル費用ノ支出是ナリ、其前者ノ場合ニ於テハ現今成立シタル契約ニ新法ヲ適用ス可カラズ、其後者ノ場合ニ於テハ其費用ノ支出カ新法實施以後ニ在リタル場合ニ限り之ヲ適用ス可シ、此決定タル極メテ自然ノ道理ニ適ス、何トナレハ契約當時ニ存在セシ隠レタル瑕疵ノ爲メ生シタル損害ヲ寄託者又ハ貸主ニ於テ賠償ス可キハ是レ畢竟其契約ノ結果ニシテ別ニ新事實アルニアラズト雖トモ保存費用ノ支出ニ至テハ決シテ契約ノ結果ニアラスシテ一ノ新事實ヲ構成スルモノナレハ其間ニ區別ヲ爲ス可キコト當然ナレハナリ、固ヨリ留置權ナルモノハ留置者ノ爲メニハ利益大ナリト雖トモ他ノ債權者ノ權利ノ行使ヲ妨クルモノナレハ或ハ債權者ニ此權利ヲ附與スルニ當テハ最モ慎重ヲ要スルハ勿論ナリト雖トモ新法實施後ニ保存費用ヲ支出シタ

ル者ニ與フルニ此權利ヲ以テス可シト決スルハ最モ正義ニ合スルモノトス、何トナレハ新法實施後ニ保存費用ヲ支出シタル者ハ左ノ如ク抗辯ス可シ曰ク予ノ此費用ヲ支出スルヤ他日其支拂ヲ受クルマテハ其物件ヲ留置センコトヲ豫期シタリト、而シテ此抗辯ヤ極メテ正當ナレハナリ

第十一章 代理

代理ハ古來各國ニ行ハレタル契約ノ一ニシテ新法ハ敢テ創設的規定ヲ爲シタルニアラス、唯頗ル精密ヲ加ヘタルノミ

第二百四十八條ハ代理人ノ有スル留置權ニ關スル規定ナリ、而シテ使用貸借及ヒ寄託ノ場合ニ於テハ留置權ヲ得ルノ原因單ニ二箇ニ過キザリシト雖トモ代理ノ場合ニ於テハ三箇(寧ロ四箇)アリト謂フヲ得可ク其原因ハ第二百四十五條ニ於テ之ヲ發見スルヲ得可シ

第一、代理人カ代理ノ履行ノ爲メ支出シタル立替金又ハ正當ノ費用ノ辨償及ヒ其支出シタル日以來ノ法律上ノ利息ノ辨償○新法實施以前ニ成立シタル委