

スル事柄ニ付テハ他人ヨリモ一層深キ注意ヲ加ヘザルベカラザルガ如シ又幼者痴愚狂癡等ノ不能力者ト通常人トノ間ニ於テモ亦注意ノ度ヲ異ニスベキハ言ヲ待タズ要スルニ何種ノ業務ニ従事スル者ハ幾何ノ注意ヲ要スベシト一定スベキコトハ到底爲シ能ハザレ共各々人々ノ地位ニ由リテ適當ノ注意ト云ヘル者ノ度ヲ異ニセザルベカラズ是レ他ナシ生理學ヲ知ラザル人ニ望ムニ醫師ノ當ニ注意スベキ事ヲ以テスルモ決シテ行ヘルベキニアラズ又機關ノ運轉ヲ知ラザル人ニ向ツテ機關手ノ當ニ爲スベキ注意ヲ爲サン事ヲ望ムモ是レ又行ハルベキニ非ズ管ニ其ノ行ハレザルノミニアラズ通常人ニ向ツテ是等特別ノ業務ヲ取ル人ノ當ニ爲スベキ注意ヲ爲サン事ヲ責ムルハ極メテ苛酷ニ失スルヲ免レザルナリ

三、熟練ヲ缺ク事 熟練ヲ缺クヲ以テ適當ノ注意ナシト云フコトアリ薪割、米搗等ノ如キ單純平易ナル業ニ在リテハ特別ナル熟練ヲ要セザルヲ以テ其ノ業務ニ於ケル適當ノ注意ト云ヘル意義中ニハ熟練ト云フ義ヲ含マザルベシト雖モ是等ノ平易ナル業ニアラズシテ格段ノ熟練ヲ要スベキ性質ノ職業ニ至リテハ適當ナル注意ノ度大ニ高シ故ニ元來時計師ニアラザル者ニシテ時計ヲ修繕スルニハ尋常一樣ノ注意ノミナラズ時計師ノ當ニ爲スベキ注意ヲ以テ之ヲ修繕スルニアラザレバ若シ損害ヲ與ヘタル時其ノ賠償ノ責ヲ免ル、コト能ハズ又醫師ニアラザル人ニシテ調薬ヲ爲シ爲シ爲シニ害ヲ人ニ加ヘタル時ハ前者ト均シク賠償ノ責ニ任ゼザルベカラズ是等ハ即チ熟練ヲ缺キタルヲ以テ適當ノ注意ヲ缺キタル者ト同視スルナリ右二者ノ所爲タル時計師ニアラズシテ時計ヲ修繕シ醫師ニアラズシテ調薬ヲ爲シタル者ナレバ今之レヲ通常人ノ資格ヨリ見ル時ハ充分ナル注意ヲ用ヒタルモノニ

ヒタルモノト見做スベシ然レ共是レ只通常人ノ注意ヲ充分ニ用ヒタル迄ノコトニシテ醫師ト時計師トノ資格ヨリ云フ時ハ注意ヲ缺キタルニハアラズシテ技術上ノ熟練ヲ缺キタルナリ醫師時計師ニ在リテ注意ト云フ時ハ一通リノ熟練ヲ有シタル上ニテ尙其ノ上ニモ慎ミヲ加フルヲ注意ト云フベキナレ共右二者ニ於テハ斯クノ如キ高尙ノ注意ヲ缺キタルニアラズシテ只醫師時計師ノ通常有スベキ熟練ヲ缺キタル者ナリ而シテ此ノ熟練ヲ缺キタルヲ以テヤハリ適當ノ注意ヲ缺キタルモノト見做シ法律上所謂懈怠ノ責ヲ負ハシムルナリ故ニ適當ノ注意ヲ缺クトハ時トシテ熟練ヲ缺クノ意ニ解セラル、事アルモノト知ルベシ

四、懈怠ハ法律上ノ問題ナルカ將タ事實上ノ問題ナルカ先ヅ事實上ノ問題ニ屬スルト法律上ノ問題ニ屬スルトニ由テ如何ナル差異ヲ生ズルカヲ一言セバ英國杯ニ於テハ事實上ノ問題ハ陪審官之レヲ判定シ法律上ノ問題ハ判官ノ斷定スル所トス故ニ懈怠ハ事實上ノ問題ナリトセバ陪審官ノ判定スル所トナルベク然ラザル時ハ判官ノ斷定スル所トナルノ差異アルベシ又現ニ日本ノ法律ニテモ其ノ事實上ノ問題トナルト法律上ノ問題トナルトニ由リテ大ニ差異アリ即チ上告ヲ爲ス場合ニ於テ上告ノ案件ニシテ事實上ノ問題ナラバ始審ノ判決假令ヒ如何アルベキモ之レヲ以テ上告ノ理由ト爲ス事ヲ得ズ之レニ反シテ法律上ノ問題ナル時ハ充分ナル上告ノ理由トナル可シ約シテ之レヲ言ハバ法律上ノ問題ニ係ル者ハ上告ヲ爲ス事ヲ得ベキモ事實上ノ問題ニ係ル者ハ上告ヲ爲ス事ヲ得ザルナリ

懈怠ハ法律上ノ問題ナルカ將タ事實上ノ問題ナルカ先ヅ一般ニ之レヲ論ズレバ事實上ノ問題ニ屬スルモノトス

左レバ英國ニテハ大概陪審官ノ判決スル所ニシテ其ノ特別ナル巧妙練熟ニ關スル事柄ニ至リテハ鑑定人ノ鑑定ニ基キテ判定スルヲ例トス然レ共充分明白ニシテ全ク外部ノ定規ヲ標準トシテ判決スル事ヲ得ベキ場合ニハ之レヲ判官ニ一任シテ陪審官ニ委ネズ設令ヘバ人アリ鍛冶屋ノ店前ニ火藥ノ包ヲ置クガ如キハ之レヲ判官ノ判決ニ一任シ全ク法律上ノ問題トス尤モ右ノ如キ事柄ヲ以テ全ク事實上ノ問題トセシ判官ノ意見アリシコトモ往々實例ニ存スルコトナレ共是レ只外形上ノミ陪審官ニ委ネタルモノニシテ其ノ實ハ判官ヨリ一ノ訓イニストラクショ示ヲ陪審官ニ下スナリ故ニ若シ陪審官ノ認定スル所此ノ訓示ニ違フ事アル時ハ再審ヲ訴フルノ理由トナルコトアリ

五、懈怠ノ度 注意ノ度ト懈怠ノ度ハ相併行スルモノナリ故ニ注意ノ度高カルベキモノハ懈怠ノ度モ之レニ從ツテ高シ例セバ醫師ノ如キハ其ノ業務ニ關シテハ通常人ヨリモ一層高キ注意ヲ用ヒザルベカラズ故ニ醫師ニシテ懈怠アリタル時ハ其ノ懈怠ノ度ハ通常人ノ懈怠ノ度ヨリモ高シトスルガ如シ尙言ヲ換ヘテ云ヘバ深キ注意ヲ用フベキ位地ニ在ル人ニシテ懈怠アリタル時ハ其ノ懈怠ニ對スル責任ハ通常人ヨリモ重シトノ意ナリ而シテ法律上ニ於テハ懈怠ノ度ヲ左ノ三段ニ分ツヲ通例トス蓋シ此ノ階級ハ羅馬法ヨリ來レルモノナリ

第一、輕少ノ懈怠、最モ用心深キ人ノ爲スベキ注意ヲ缺キタルコトヲ云フ

第二、通常ノ懈怠、通常人ノ爲スベキ注意ヲ缺キタルコトヲ云フ

第三、最大ノ懈怠、隨分不注意ナル人ノ爲スベキ注意ヲ缺キタルコトヲ云フ

上來陳述スル所ニテ行爲ヲ爲ス人ノ心事ニ關スル事項ノ要領ヲ辯明シ終ヘタリ請フ是レヨリ法律ヲ左右スル行爲

ヲ説カン

法律ヲ左右スル行爲、法律ヲ左右スル行爲ハ法理上最モ重要ノ事項ナリトス而シテ獨逸語ニテハ法律ヲ左右スル行爲ヲ「レヒトゲシアフト」ト云ヒ佛語ニテハ「アリトジュリスチック」ト云フ英語ニテハ未ダ此ノ如キ語アルヲ聞カズ只不適當ニモ佛語ノ直譯ヲ用ヒテ「ジューリスチック、アクト」ト云フ

(一) 定義、獨逸人ウキンドシャイド氏著「パンデクテン」ニ曰ク「法律ヲ左右スル行爲トハ權利ヲ創設、廢滅若クハ變更スルガ爲ニセル私人各個ガ意思ノ發顯ナリ」ト此定義ハ先ヅ適當ノ者ナルベシ然レ共イェリング氏ノ定義ハ尙之レヨリモ詳細ナルモノ、如シ同氏(羅馬法精神論)曰ク「法律ヲ左右スル行爲トハ法律ニ依リテ規定セラレタル範圍内ニ於キテ權利ヲ創設センガ爲メニ自己ニ存スル意思ガ其ノ作用ヲ發顯スル形態ナリ但シ眞ニ法律ノ範圍内ニ於ケル行爲ノミヲ云フモノニシテ若シ此ノ範圍ヲ超越スル時ハ其ノ行爲ハ更ニ何等ノ結果ヲモ生ゼザル無効ノ者トナルカ若クハ其ノ期望シタル結果ニ反對シテ刑罰又ハ損害賠償ノ訴ヲ受クルノ義務ヲ生ズ」ト今此ニ學士ノ下シタル定義ニ由リテ考フル時ハ法律ヲ左右スル行爲トハ如何ナルコトヲ云フカ略々之レヲ會得スル事ヲ得ベキナリ左レドモ尙了解シ易カラシメンガ爲ニ極メテ之レヲ平易ニ云フ時ハ適當ニ法律ヲ使用シテ自己ノ利益トナル事ヲ爲ス所ノ行爲ヲ指スモノニ外ナラズ故ニ右ウキンドシャイド氏ノ定義中「權利ヲ創設廢滅云々」トアルモ他ニアラス今之レガ例ヲ示サバ權利ヲ創設ストハ或ル契約ヲ爲シ以テ對人權(後章ニ詳カナリ)ヲ造リ出スガ如キモノヲ云ヒ又權利ヲ廢滅ストハ義務者ヲシテ契約ノ事項ヲ充サシメ若クハ雙方

承諾ニ由リテ之ヲ取消スガ如キ行爲ヲ云フナリ又イエリング氏ノ定義ニ於テハ「法律ニ依リテ規定セラレタル範圍内ニ於テ云々」トアリ而シテ其ノ所謂ル範圍内ニ於ケル行爲ヲ知ラントスルニハ却テ其ノ範圍外ニ於ケル行爲ヲ知ルヲ以テ便ナリトス諸法律ノ範圍外ニ於ケル行爲トハ例セバ人ヲ殺スノ契約ヲ爲スガ如キモノヲ云フ如此契約ハ全ク法律ニ依リテ規定シタル範圍外ニ屬スルノ行爲ナルヲ以テ當ニ其無効タルノミナラズ是等ノ契約ヲ實行スルニ於テハ刑罰ヲ免ル、事能ハザルナリ左レバ其ノ範圍内ニ於ケル行爲トハ法律ニ抵觸スル所ナキ所謂合法ノ行爲ヲ指ス者タル事判然タルベシ之レニ由テ見レバ法律ヲ左右スル行爲トハ決シテ法律ヲ我儘ニ左右スルガ如キヲ云フモノニアラズシテ合法的ニ法律ヲ使用シテ權利ヲ創設シ又ハ廢滅シ或ハ變更スル等ノ事ニ由テ自己ノ利益トナルベキ事ヲ爲スコトナリト知ルベシ

(二)意思及ビ意思ノ發顯 法律ヲ左右スル行爲ハヤハリ通常行爲ノ如ク意思及ビ意思ノ發顯並ビニ造意等ヲ具フルモノトス意思造意等ノ事ハ已ニ陳ブル所ナレバ今茲ニ再說セズ

(三)法式、或ル結果ヲ生ゼシメンガ爲ニ自己ノ意思ヲ顯ハス方法ヲ法式ト名ク設令ヘバ羅馬法ノ「スチユピラシヨ」(古代羅馬法ノ儀式)ノ如キ者又英國ニテ一年以上ノ期限ニ屬スル事項ノ契約ハ書類ヲ要スルノ制アル如キ是レナリ而シテ昔日ハ一般ニ法式ナル者甚ダ多カリキ今其然ル所以ヲ考フルニ古代ノ法律ハ多ク助法(訴訟法治罪法證據法ヲ云フ委シキコトハ後章ニ說ク)ヨリ出デタリ故ニ訴訟ノ手續等ニ關スル法式甚ダ多キヲ致スニ至リタルナリ彼英國ニテ契約ニ約因^{コンシレリシヨ}ナキ者ハ無効ナリトセルガ如キモ亦一種ノ法式ナリト謂フベキ歟而

シテ何故ニ約因ナキ契約ハ無効ナルベキ乎トノ論ニ至リテハ諸學者種々ノ理由ヲ附會スレ共多クハ皮相ノ論ニシテ取ルニ足ラズ英國ニテ契約ニ約因ヲ必要ナリトセシハ敢テ高尚ノ理由アルニアラズ證據法ノ點ヨリシテ斯クハ定メタルナリ然ラザレバ是レ毫モ理由ナキ制度ナリト謂ハザルヲ得ズ然ルニ學者動モスレバ其論點ヲ空漠ノ間ニ求メテ喋々スルガ故ニ一モ其正皓ヲ得ル能ハザルナリ左レバ契約ニ約因ヲ要ストノ論ハ今日ハ最早不條理ノ議論トナレリ只之レヲ以テ證據法ノ點ヨリ出デタリトセバ可ナリ如何トナレバ證據ノ點ヨリシテ約因アラバ茲ニ契約アルコトヲ推測スルコトヲ得ベケレバナリ若シ斯ク證據法ノ點ヨリ出デズシテ他ノ理由ヨリ出デタリト論ゼント欲セバ不條理ナル議論ヲ主張セザルヲ得ザルナリ獨リ此事ノミナラズ其他ノ法式ト雖共多クハ助法ヨリ出デタル者ニアラザルハナシ而シテ是等ノ法式ナルモノハ文化ノ進歩ト共ニ其數ヲ減ズルノ傾向アルモノトス如何トナレバ社會ノ事物益々繁雜ヲ極ムルニ際シテ此ノ如キ法式ヲ存スル時ハ其不便少ニアラザレバナリ(因ニ云フ我國ニテ諸般ノ書類ニ捺印ヲ爲スガ如キモ亦一種ノ法式ナリト謂フ事ヲ得ベシ西洋ニテモマ、之レニ類スル事ナキニアラザレ共多クハ自分ニテ署名スルヲ通例トシ敢テ印ヲ用ヒザルナリ捺印ノ事ハ我國舊來ノ風習ニテ人々敢テ怪マザレ共其實不安心極マルモノト謂ハザルヲ得ズ如何トナレバ印ハ他人ノ製造物ニシテ何時ニテモ其製造者ノ手ニテ造リ得ベキ者ヲ以テ我方隨一ノ證據ナリトスルモノナレバナリ)

(四)代表、近世ニ至リテハ法律ヲ左右スル行爲ノ過半ハ代表者ヲ以テ之レヲ爲ス事ヲ得ルニ至レリ而シテ代表ニ二種アリ一ハ只本人ノ意思ヲ通知スルノ權力アル代表者ナリ之レヲ使ト云ヒ他ノ一ハ本人ノ爲メニ幾分力自

己ノ意見ヲ以テ事ヲ處分スル事ヲ得ル者ニシテ代理者ト云フ而シテ代理法ニ關スル事項ノ詳説ハ後章ニ於テスベシ前ニ述ベタル法式ハ世ノ進歩スルニ從ツテ其數ヲ減ズルノ傾アレ共代表ハ之レニ反シテ世ノ進歩スルニ從ツテ其數ヲ増加スベシ如何トナレバ社會ノ事物繁多ナルニ隨ツテ一々本身ヲ以テ事ヲ處スル事能ハザルヲ以テ勢代表者ヲ用ヒザルヲ得ザルベケレバナリ

(五)雙面ノ行爲、片面ノ行爲、片面ノ行爲トハ他人ノ意思如何ニ關セズ只一人ノ意思ノミニ由リテ合法ノ結果ヲ生ズル行爲ヲ云ヒ雙面ノ行爲トハ二人以上ノ意思ノ一致ヲ要スルモノヲ云フ設令ヘバ已ニ借リタル金額ノ提供ハ片面ノ行爲ナレドモ金錢仕拂ノ行爲ハ雙面ノ行爲ナリ即チ後ノ場合ニハ債主ノ方ニ於テ之レヲ受取ラザルベカラザレバナリ故ニ契約ハ一般ニ雙面ノ行爲ナリト謂フ事ヲ得ベシ然レ共契約法ノ類別ニ於ケル雙務ノ契約片務ノ契約ト云ヘル者ハ之レト異ナレリ抑々契約法ニ於テハ結約者雙方ノ中甲者ハ乙者ニ對シテ義務ヲ負ヒ乙者モ亦甲者ニ對シテ義務ヲ負フモノアリ斯ク雙方互ニ義務ヲ負フモノヲ稱シテ雙務ノ契約ト云ヒ又甲者ノミ乙者ニ對シテ義務ヲ負ヒ乙者ハ甲者ニ對シテ些少ノ義務ヲモ負ハザルモノアリ斯ク一方ノ者ノミ義務ヲ負フモノヲ稱シテ片務ノ契約ト云フ設令ヘバ賣買交換ノ如キハ雙務ノ契約ニシテ信用上ニテ品物ヲ賣渡スガ如キハ片務ノ契約ニ屬スル者ナリ

(六)法律ヲ左右スル行爲ノ原素、此ノ原素ハ其ノ必要ノ程度ニ從ツテ左ノ如ク區別ス

(第一)要素、要素トハ最モ必要ナル原素ヲ指スモノニシテ此ノ要素ヲ缺ク時ハ行爲ヲシテ成立セシムルコト

能ハズ例令ヘバ契約ニ於テハ承諾ヲ以テ要素トス故ニ承諾ヲ缺ク時ハ如何ナル契約ヲモ成立セシムル事ヲ得ザルガ如シ

(第二)常素、常素トハ一般ノ法律ニ於テ常ニ斯ク々々ノ事ハ必ず有ルベシト推測スベキ事項ヲ云フ例令ヘバ賣買ノ事ニ付テハ必ず若干ノ代價ヲ定ムベキ事ヲ推測スルガ如シ斯ク其ノ事柄ノ有ルベキモノト推測スルモノヲ常素トハ名クルナリ(昔日羅馬ニテハ賣買ノ場合ニ於テ代價ノ額ヲ定メタル時ヲ以テ所有權ノ移轉スル時トナシタルコトアリ)

(第三)偶素、偶素トハ常素ノ如ク斯ク々々ノ事ハ必ず有ルベシト推測ヲ下シ得ベキモノニアラズ却ツテ之レニ反シテ無キ方ニ推測スベキモノトス故ニ其ノ事柄ノ有リタル事ヲ主張センニハ其ノ之レヲ主張スル地位ニ立ツ者舉證ノ任アリトス例令ヘバ人アリ若干ノ金員ヲ他人ニ與フルニ當リ約シテ曰フ之レヲ他ニ用フル勿レ必ズ學資ニ充テヨト此ノ如キ事ハ即チ偶素ノ一種トモ云フベキナリ

○常素ト偶素トハ私人相互ノ間ニ於ケル承諾ヲ以テ變更スル事ヲ得ベキモノナリトス
以上陳述スル所ニテ稍々本章(權利ノ分析)ヲ講ジ終レリ借前々回以來本章ヲ講述シタル所ヲ顧ルニ勿々ノ際或ハ順序ノ錯雜シテ明切ヲ缺クモノ或ハ省略ニ失シテ諸君ノ胸中ニ氷解セザルベキモノアルヲ覺ユ諸君幸ニ其ノ明瞭ナラザルモノハ之レヲ質サレ其ノ誤謬ニ係ルモノハ之レヲ論駁セラレテ充分考究アラン事ヲ希望ス尙是レヨリ次章ニ移ルベキナレ共今日ハ先ヅ之レニテ講述ヲ終フベシ

第九章 權利ノ類別

凡ソ權利ハ之ヲ區別スレバ細分小別至ラザル所ナク殆下其極メヲ知ルベカラズト雖共今之ヲ大別シテ四種トス即チ左ニ之ヲ舉グ

- 第一 公權私權ノ區別
- 第二 正格變格權ノ區別
- 第三 對人權對世權ノ區別
- 第四 原權救濟權ノ區別

夫レ此ノ如ク區別シ來タレバ各々分離隔絶氷炭相容レザル者ノ如シト雖共其實敢テ然ルニアラズ例セバ流動體ノ如シ夫レ流動體ハ之ヲ類別シテ粘着ヲ帶ブル者ト溫氣ヲ含ム者ト蒸發ノ氣ヲ蓄フル者等ト爲シ各其名ヲ異ニスト雖モ其元ハ一ノ流動體ニ過ギズシテ其性中甲ノ含ム處乙亦之ヲ含ミ乙ノ帶ブル質丙モ亦之ヲ帶ブルガ如シ先ノ四權利ノ如キモ公權ニシテ原權救濟權ヲ併有スルアレバ私權モ亦之ヲ有スベク對人權中正格變格ノ二様アレバ則チ對世權中亦其二格アルヲ見ル之ヲ要スルニ右四元素ハ皆疏通シ相共ニ相容ル、ヲ謂フニ過ギズ而シテ今之ヲ區別スルハ唯其便ヲ得ンガ爲ノミ

第一 公權私權ノ區別(公法及私法)

此ノ區別ヲ說カント欲セバ先ヅ公人私人ヲ說カザルベカラズ而シテ公人トハ如何ナル者ヲ謂フカト問フ者アランニ國家ノ如キ或ハ國家ノ一部分ノ如キ或ハ之ヲ各人ニ就テ論ズレバ主權者ヨリ其權利ノ一部ヲ負擔セシメラレタル官吏ノ如キ之ヲ公人ト稱シ其公人相互又ハ公人ト私人トノ關係ヲ規定スル者之ヲ公法ト謂ヒ私人ト私人トノ關係ヲ規定スル者之ヲ私法ト云フ然レ共私人相互ノ關係ヲ規定スルモノニシテ公法ニ屬スル者極メテ多キノミナラズ殊ニ行政法中ニ於キテハ私人相互ノ間ニ於ケル事項其ノ過半ヲ占ムル者アルハ詳說ヲ要セズシテ自ラ明カナリ故ニ今諸學者ノ說ヲ揭ゲテ尙汎ク公私兩法ノ區別ヲ說カントスレ共英人オースチン氏ハ公法私法ノ區別ヲ廢シタレバ全ク之レヲ置キ又ブルンチュリー氏ノ所說ハ之レヲ國法汎論ニ讓リ茲ニブルンチュリー氏ニ一步ヲ進メタル獨逸人モール氏ノ說ヲ載セン其說ニ曰ク

公法私法二ツノ者ニ就テ之レガ一般ノ區別ヲ爲スハ又甚ダ難シト爲サズ即チ私法ハ各個人各家族相互ノ間ニ於ケル法律上ノ關係ヲ規定シ公法ハ一般人民ノ全體共同ノ租稅及ビ其ノ之ヲ執行スルニ必要ナル制度方法ヲ規定スル者ヲ謂フ此ノ區別ニ關シテハサビニブフタースタールノ諸學者各其所見ヲ異ニシ碩學ツアハリエー氏ハ其著書國法論第一卷第二章ニ論述シテ言ヘルアリ曰ク國法ノ私法ト異ナル性質ニ於キテ其主タル者二アリ即チ私法ハ私人雙方ノ意思ニ從ヒテ之ヲ變更シ得レ共國法ニ至リテハ即チ然ル能ハザル是レ一ナリ國法ニ於キテハ權利ハ即チ義務ニシテ義務ノ存スル所ハ即チ權利ノ存スル所ナレ共私法ニ於キテハ即チ然ラザル是レ二ナリ然レ共氏ガ說未ダ盡サマル所アリ實ニ氏ガ說ノ如ク或ハ私人ニシテ自己ノ意志又ハ契約ニヨリテ私法ヲ變ジ得ル

ノ場合素ヨリナキニアラズ之ヲ例セバ即チ負債ノ事ニシテ凡ソ負債ハ其返濟期限ニ至レバ必ズ之ヲ返濟セザルベカラザル者ナレ共債主自ラ其權ヲ捨ツルカ又ハ債主負債主雙方ノ契約ニ因リテ返濟ノ期限ヲ延引シ又ハ全ク之ヲ免ズルガ如キハ間々見ル處ナレ共其慣習法ニ出ヅルト成文法ニ出ヅルトヲ問ハズ凡テ私法ニ於キテ命ジタル義務ハ又必ズ變更シ得ベキ者ト爲スベカラズ之ヲ例セバ相續法遺囑法ノ如キハ私人其意ヲ以テ決シテ法律ヲ左右スル事能ハザルガ如シ國法ニ於キテモ亦然リ權利ハ即チ義務タルノ事絶テナシト言フ能ハズ之ヲ例セバ裁判官ハ嘗ニ訴訟事件ヲ判決スルノ權利アルノミナラズ又判決ヲ爲サマルベカラザルノ義務アルガ如シ然レ共又未ダ必ズシモ然ル能ハザル者甚ダ多シ之ヲ例セバ人民ニ屬スル者ニアリテハ請願ノ權利、集會ノ權利、出版ノ權利ノ如キ又君主ニ屬スル者ニアリテハ不認可ノ權、特赦ノ權等ノ如キハ必ズ之ヲ執行セザルベカラザルノ義務アルモノニアラザルナリ

○斯ク國法ト私法ハ各其區域ヲ異ニスト雖モ尙細カニ其分界ヲ區別セザルベカラザルモノアリ即チ凡ソ國家ハ私法ニ干渉スルハ其目的ニアラザレ共私法ヲ整理スルガ爲ニハ又法律ノ原則ニ因リテ私人ノ權利義務ヲ定ムル者ナキニ非ズ蓋シ然ラザレバ或ハ一人獨リ其ノ權威ヲ擅ニシ或ハ公同ノ利益ニ反スルノ行ヲ爲ス者アラン是ヲ以テ國家ハ斯ノ如キ私法ノ弊害ヲ防ガンガ爲ニハ完全ナル法廷ヲ設ケ判決ヲ爲スヲ要スベシ而シテ此ノ如キ場合ニ於キテ其私法ノ整理ニ屬スル者ハ國法ニ隸シ其實事ニ關スル法則ハ即チ私法ニ屬セシムベキ者トス故ニ民法ハ全ク民事ニ屬スルモノニシテ私法ニ屬スレ共此ノ民法ヲ整理スル訴訟法ハ公法ニ屬セザルヲ得ズ現ニ獨

逸人ホルツェンドルフ氏ノ法學通論ニハ訴訟法ヲ以テ公法ノ首ニ置キタリ

又政體ノ如何ヲ問ハズ國家ハ無形ノ一體タルハ言ハズシテ明ナリト雖モ其ノ國家ニ必要ナル諸種ノ機關ヲ備フルガ爲メニ皮相上ノ看ヲ以テスレバ或ハ其ノ一體タルノ性質ヲ失フ者ノ如シト雖モ決シテ之レヲ失フ事ナク又此等ノ機關ハ單ニ國家ニ隸屬スルノ機關ナルニアラズ各二様ノ關係ヲ有スル者ニシテ蓋シ其國家機關ノ一部タル資格ニ於キテハ國家ト相與ニ協同シテ國法ニ屬シ其一人ノ資格ヲ以テ事實ト相關係スル時ニ於キテハ私法ニ屬スベキ者ナリトス今純理國法學ニ於キテ此區別ヲ立ツルハ難キニアラズト雖モ又極メテ其區別スベキ場合少キヲ以テ實際事アルニ臨ミ各其資格ニヨリ之ヲ定ムベク唯國法學ニ於テハ二様ノ資格ヲ併論スルヲ以テ最モ便利ヲ得ル者トセリ○國家ニ屬スル私有物ハ私法ノ範圍ニ在ルヲ以テ常トス此事特ニ別種ノ法理原則ニ準據スルモ亦理ニ於キテ敢テ不可ナル事ナシ而シテ此場合ニハ其私有物ニ關スル法律ハ國法ニ屬シテ國法學ノ論究スベキモノナリトス彼ノ有名ナルブルンチエリー氏ハ其國法汎論第一卷ニ論ジテ曰ク國家ノ所有物ノ法ハ私法ニ屬スベシ何トナレバ國家專有ノ財產ヲ所持スルハ一人ノ如クナレバナリト然レ共是レ論理法ニ所謂問ヲ以テ答ト爲スト云ヘル誤謬ニ陷ル者ト謂ハザルヲ得ズ蓋シ國民ノ論ハ別ニ其ノ理由ヲ明說セズシテ其終局ヲ論ジタルニ過ギズ余ガ又茲ニ論ゼントセル點ハ國家ノ所有物ニ關シテ國家民人孰レカ其法律原理ニ從フベキヤ之ヲ詳言スレバ即チ國家ノ私有物ハ國法ニ屬スベキ者ナルヤ將ク私法ニ屬スベキ者ナルヤヲ定ムルニ在リ然ルニブルンチエリー氏ノ論理ニ於キテハ國家ノ私有物ナルガ故ニ私法ニ屬スト云フニ過ギズ是レ單ニ其ノ問ハントスル

所ヲ以テ答辭ニ充テタルノミ蓋シ氏ハ專有ノ財産云々ノ語ヲ加ヘタレ共專有ノ一事ハ未ダ以テ此ノ問題ヲ決スルニ足ラズ何トナレバ國家ノ專有スル權利ハ獨リ其ノ私有ノ財産ニ止ラズシテ其數極メテ多シト雖モ未ダ必ズシモ私法ニ屬スベキモノニアラザレバナリ

猶一言セザルベカラザルハ國法、社會法ノ區別是レナリ凡ソ國家ト社會ハ其區別素ヨリ判然ナリト雖共二者共ニ生活ノ範圍ヲ有シ及ビ其一體タルニ至リテハ則チ一ナリ會社、教會、貴族等其ノ法律權利或ハ私法ニ屬スル者アルベク或ハ公法ニ屬スルモノモアルベク而シテ其公私如何ヲ區別スルハ只其國家機關ノ一部ナルカ將タ福利ヲ共ニスル人世自然ノ團結ナルカ否ヤヲ一見スルニアルノミ然レ共二者相交ハリテ往々其區別ヲ明カニシ難キ場合ニアリ一ハ則チ國家時アリテ全ク會社團結ノ自由ヲ束縛シ之レヲ命令禁止シテ干涉スルノ場合一ハ則チ會社團結ノ微弱ナルニヨリ其目的ヲ達スル能ハザルニ際シテ國家特ニ之ヲ設立シ又ハ保護ヲ與フル事アル場合トス此等ノ場合ニ於キテハ能ク其公法ニ屬スルモノト私法ニ屬スル者トヲ區分セザルベカラズ例ヘバ工業會社ノ組織閉閉、社員ノ特權等ヲ定メタル法律ハ公法ニ屬スレ共社員相互ノ關係、社員ノ共同資金ニ對スル權利、會社内ノ規律等ハ會社法乃チ私法ニ屬スベシ其他貴族教會等ニ於キテモ亦推シテ知ルベキナリ

ホルランド氏ガ公法私法ノ區別ハ已ニ用フベカラズ又獨逸人ツアハリエーブルンチユリー氏等ノ諸説ハモール氏此ノ説ヲ以テ論破シタレ共モール氏ノ所説モ亦稍々明切ヲ缺ク所ナキニアラズ而シテ公法私法ノ區別果シテ存スベキモノナラバ古來諸學者ノ所説未ダ一定シタル者ナシト云フモ敢テ不可ナル所ナシ蓋シ學者ノ

法律ヲ大別スルヤ專ラ古代ノ羅馬法ノミヲ固守シテ別ニ新區別ノ存スル者アルヲ知ラズ文運ノ進化ト共ニ公私二法ノミヲ以テ區別スベカラザル一種ノ新事項ヲ發生スルヲ覺ラザルノ致ス所ナリ而シテ此ノ新區別トハ法律ヲ公私ニ二別セズシテ私法社會法國法ノ三者トスルニ在リ今講師ガ曾テ東京大學ニ於キテ演説シタル筆記文ヲ得タレバ左ニ之レヲ掲グベシ尤モ演説ノ筆記ナレバ俗話餘談少カラズト雖共茲ニ其全文ヲ掲出ス讀者就キテ法律區別ノ存スル所ヲ了知セバ即チ可ナリ

筆記者 誌

成器社々員並ニ傍聽諸君「男女席ヲ同ウセズ」ト云ヘル道德ノ規則ハ我々ガ父祖傳來ナル家庭教育ノ奧義ニシテ幼少ノ時ヨリ男女共聞キ慣レ見慣レテ珍シキ事柄トモ思ハズ又此規則ハ果シテ條理ニ合スル者ナルヤ否嘗テ毫末ノ沙汰ニモ及ビタル事ナキ程ナレ共井戸端會議ヨリ一町内一町内ヨリ一國內一國內ヨリ數國萬國ト我々ガ眼界ヲ推シ弘メテ廣ク世界ヲ見渡セバ方今文化ノ中心ト誇切リタル歐洲ニハ「男女席ヲ同ウスベシ」「男子ハ勉メテ婦女ノ中ニ交リ能ク其交際ヲ全ウシ得ルコソ中等以上ノ人間ナルゾ」ト宛モ反對ノ規則ヲ設ケタリ東西風俗ヲ異ニスレ共何レノ風俗ガ美ニシテ何レノ風俗ガ醜ナルヤ茲ニ始メテ疑問ヲ生ジテ能ク々々其條理ヲ考察スレバ悲哉東洋普通ノ格言ナル「男女席ヲ同ウセズ」ト云ヘル底意ハ男女席ヲ同クスル事アレバ十中八九ハ必ズ怪シキ振舞アルモノト推定シテ一切同席ヲ禁ジタル者ニテ其實野蠻時代ノ風俗ヲ徵スルニ過ギザレ共歐洲ノ文明世界ニ生ジタル男女ハ流石ニ文明ノ男女丈ケニ各其内ニ存スル高尚ノ德義ヲ備ヘテ男女同席ハ勿論之ヲ無人ノ野ニ放ツモ安心極マリタル事共ナリト悟ラバ彼我道德規則ノ差違モ嘆カニシテ其醜美

善惡モ亦判然スル事ナラン去レバ聞慣レ見慣レテ敢テ不思議トモ思ヒソメザル事モ我々ガ思想ノ範圍ヲ大ニスルニ從ヒテ珍ラシクモナリ耳新シクモナリテ思ヒモ寄ラヌ所ニ疑ヲ生ズル事多シト知ルベシ而シテ此疑ガ即チ學問ノ進歩人類ノ發達ヲ促スノ母ナリ父ナリ疑ノ一字吾輩ニ取リテハ此上モ無キ大切ノ珍寶重器ト尊奉シテ不可ナル所ナシ法學ニ於キテモ亦然リ或ハ公法私法ト區別シ或ハ國法、憲法、行政法、刑法、治罪法、民法、訴訟法、萬國公法、萬國私法ト云ヒ諸君モ余輩モ共ニ聞慣レ見慣レタル言葉ナレ共疑ノ一字果シテ學問ノ進歩ノ父母ナラバ此等ノ事柄ニモ亦疑ノ存セザル事ノアルベキヤ何故ニ公法私法ト區別シ憲法民法ト區別スルヤ如何ナル尺度ヲ標準トシテカ、ル區別ヲ爲シタルヤ我々ノ已ニ知リタル區別ノ外他ニ尙之ニ勝ルベキ者アラザルヤ此レ皆余輩ニ取リテハ重要ノ疑點タリラングデルノ判決録ヤオースチンノ時代物ヤホチエ11ノ虎ノ卷ヤコードシビルノ解釋法ヤ此等井戸端會議ノ小天地ヲ離レテ男女席ヲ同ウスベシトスル文明世界ヲ窺ヘバ此等ノ疑問ハ甚シク其解ニ苦ム程ニアラザルベシ當ラズト雖モ遠カラズ是レヨリ愚考ヲ略述シテ後學ナル我々ヨリ尙ホ後學ナル法學篤志ノ諸君ニ告グル所アラン

法律トハ抑モ何物ナルカ諸先哲ガ細密ノ議論數多ナレ共本題ニ重要ナラザレバ今之ヲ略シ稍々強迫ノ氣味合アレ共諸君乞フ法律ハ先ヅ行爲ノ規則ト合點セラルベシ然レ共法律ハ敢テ禽獸草木ノ行爲ノ規則ヲ云フ義ニアラザレバ無論人類ノ行爲ニ關スル者ニ相違ナカルベシサレバ如何ニ不合點ノ凡腦ニテモ法律ハ兎ニ角人類ヲ相手ニスル者タル事ヲ知ルハ容易ナラン而シテ此一事ガ論據ノ發端ニテ此一事已ニ明カナレバ進ンデ人類

ハ如何ナルモノナルカトノ疑ヲ生ジ此疑解ケテ法律區別ノ標準モ亦自ラ明カナルヲ得ベシ即チ近世ノ學術上ヨリスレバ凡ソ人類ハ各人各個社會國家ノ三樣ノ點ヨリ之ヲ考察スル事ヲ得ルモノトセリ語ヲ換ヘテ之ヲ言ヘバ人間ニハ各人各個社會國家ト云フ三面アリ此三面ノ區別ヨリシテ法律ニモ亦之レニ應ズベキ種類ヲ生ズル事ナリ今先ヅ此三面ノ顔色容貌ノ性質異同ヲ論述セン

各人各個トハ天然上ニ存スル人類ノ一個人々々々ヲ指スモノニシテ手ニ觸レ目ニ見ルベキ有形ナル實人間ヲ云フ而シテ其性質ハ孤立獨居ヲ旨トシ其容貌ヲ相スレバ自ラ井ヲ堀リ自ラ鋤ヲ製シ自ラ耕シタルロビンソンクルーソーノ相アリテ一切他人トノ關係ヲ絶タント欲スル氣風アルガ如シ

國家ハ一個ノ擬爲人タル資格ヲ有スル無形ノ人ニシテ人間中申合ヒノ手細工ニ成リ敢テ天然有形上ニ存スルモノニアラズ其容貌ヲ相スレバ無形ナレ共流石ニ一個人タレバ自ラ一個人タル我意モアリテ兎角ニ其配下ノ人民ヲ壓制セント欲シ宛モ劍ト斧トヲ兩手ニシタル古代軍神ノ相ニ似タリ

社會ハ一個人ト等シク天然上ニ成リ敢テ人爲ニ屬セズト雖モ社會ニ於キテハ各人各個ヲ分離孤立セシムル事ナク多數ノ人民ヲ一體ニ集メタル共同一致ノ有様ヲ云フ故ニ國家ト異ニシテ一個人タル資格ナシト雖モ好シク他人ト共同シ以テ共ニ其文化ノ進歩ヲ爲サントスルモノナルヲ以テ苟モ文化ノ度ニシテ同一ナラバ數國數十國又ハ全世界ヲモ通ジテ一社會ヲモ成サントスル者ナリ即チ現今歐洲諸國ノ如キハ殆ド之ヲ一社會ト稱スル事ヲ得レ共國家ハ然ラズ英國ハ英國佛國ハ佛國獨逸ハ獨逸ト分レテ各一國ヲ成シ未ダ嘗テ歐洲一國タルヲ

見ズ而シテ此國家及び各人各個ト反對ナル社會コソ眞ニ優勝劣敗作用ノ行ハル、舞臺ニシテ社會進化ノ原理ハ社會ヲ捨テ他ニ行ハルベキ所アラザルナリ故ニ英佛獨各其邦國ヲ異ニスルモ文化發達ノ活動アラン以上ハ英佛獨ハ勿論歐洲全土世界萬國ヲモ併セタル一層廣大ナル大舞臺即チ大社會ヲ爲シテ優勝劣敗ノ作用モ亦從テ一層自由ナル活動ヲ得ルニ至ルベシ今人類三面中ニ就キテ社會ノ面相ヲ相スルニ社會ハ宛モ鐵道ヲ足ニシテ電線ヲ手ニシ羽衣着ケタル天津乙女ガ飄々乎トシテ青空ヲ飛行スル窈窕ノ姿容アルガ如シ右ノ如ク人類ハ各人各個社會國家ノ三點ヨリ考察シ得ベキモノナルガ故ニ人類ヲ相手トスル法律モ亦分レテ三種トナリ各人各個ニ關スル者ヲ私法ト云ヒ社會ニ關スル者ヲ社會法ト云ヒ國家ニ關スル者ヲ國法ト云フ○私法ハ各人各個ニ限レバ天然上ノ事項ヲ論ズルモノニシテ其私法上ヨリ來レル權利ノ主體即チ權利ヲ有シ得ベキ者ハ各人各個ナリ故ニ此私權利ハ各人各個自由ニ之ヲ讓與存敗スル事ヲ得ル設令ヘバ「他人ノ金錢ヲ借用シタル者ハ義務者之ヲ償却スベシ」ト云フハ私法上ノ法律ナレバ債主ニシテ敢テ之レガ返償ヲ促サズ或ハ全ク其義務ヲ免ゼント欲スルガ如キハ皆債主ノ隨意自由ニテ右ノ法律規則ヲ履行セシムルヲ要セザルナリ是レ私法ノ他ノ法律ト異ナル所以ノ主タル者ナリ○社會法ハ前ニ述ベタル如ク民人共同ノ進化發達ニ關スル事項ヲ規定スルモノナルガ故ニ英佛獨等國々ノ差別ヲ問ハズ優勝劣敗作用行ハル、同一ノ文化ニ遭遇セル舞臺ハ數國若クハ數十國ヲ共通セル同一ノ法律ヲ成ス事ヲ得ベキ者タリ其適例ヲ擧グレバ鐵道電信航海等ニ關スル法律成規ハ歐洲諸邦殆ト同一ナリトス是レ偶然ニ生ジタル事實ニアラズシテ歐洲諸邦ノ一大社會タルガ故ノミ又社會ハ各

人各個ト等シク天然上ニ成リタルモノナルガ故ニ社會法上權利ノ主體タル者ハ各人各個ナレ共各人各個自由ニ其權利ヲ存廢スル事能ハズ國家政府モ亦之ヲ束縛スル事アルベカラズ設令ヘバ自ラ承諾ノ上ニテ自分ヲ奴隸トシテ賣買セント欲スルモ社會法ハ之ヲ私人ノ意思ニ一任シテ之ヲ許容スル事ナシ是レ社會ノ大舞臺ニ於キテ優勝劣敗ノ活動ヲ爲サントスルニハ人々ニ人身ノ自由ナルモノナカルベカラズ故ニ人身ノ自由權利ヲ束縛スル事項ハ各人各個自ラ之ヲ爲ス事能ハズ國家政府モ亦此自由ヲ束縛スル事ヲ得ズ是レ私法ト社會法ト相異ナル性質中ノ著大ナル者ナリ○國法ハ國家ト云フ無形ノ一個人ニ關スル事項ヲ規定スルモノニシテ權利ノ主體ハ即チ國家ナリ故ニ國家ニ屬スル權利ヲ存廢スルハ國家ノ自由ナレ共各人各個ノ自由ニアラズ設令ヘバ參政權ノ如キハ全ク國法上ニ屬スル權利ニシテ彼ノ社會法上ニ屬スル人身ノ自由權、出版ノ自由權、宗教ノ自由權等ト大ニ其性質ヲ異ニシ苟モ此等社會上ノ自由ヲ害セズ適當ノ國家ノ區域内ニ屬スル權利ナラバ國家ノ之ヲ制限存廢スルハ無形人ナル國家ノ意見一ト通りニ存ス其他政體ノ變更或ハ不認可權ヲ執行スルト否トハ全國家ノ隨意ナレバ各人各個ノ之レニ其口實ヲ容ルベキモノニアラザルナリ

私法、國法、社會法ノ區別ハ大略上ニ述ベタル如クナリ然レ共茲ニ尙注意スベキ一事アリ即チ右三種ノ法律ハ各々其區域範圍アリテ整然紊レザル者ナレ共同ノ事項ニシテ此等三種ノ法律中ニ屬スル者甚ダ多キ事是ナリ今一二簡易ノ例ヲ示サンニ設令ヘバ年齢ト云フ事ハ只年齢ト云フ一事ナレ共民法上ヨリスル時ハ契約或ハ治産ニ關スル能力如何ヲ定ムルヲ以テ其目的トシ大凡二十一ニ二歳位ヲ度トスレ共之ヲ社會法上ヨリスル時

ハ或ハ結婚變宗ノ能力如何ヲ定ムルヲ以テ目的トシテ大凡十三四歳ヨリ十七八歳ノ間ニ止マリ更ニ之ヲ國法上ヨリスル時ハ參政ノ權利ヲ使用シ又ハ官吏タルヲ得ベキ能力如何ヲ定ムルヲ目的トシテ大凡ソ二十五六歳以上ヲ限リトセリ物品ノ如キモ亦然リ物品ハ物品ト云フ一事ナレ共其各人各個ノ所有ノミニ屬スル者ナル時ハ私法ニ屬シ之ヲ商品等トシテ社會進歩ノ活動上ニ使用スル時ハ社會法中ニモ亦論述スベキモノトス故ニ交通狹隘ナリシ昔日ハ全ク私法ニ屬セシ事項モ交通漸ク開ケテ優勝劣敗作用ノ範圍次第ニ擴張スルニ從ヒテ之ヲ社會法上ヨリ論述セザルベカラザルニ至ルナリ故ニ同一ノ事物ト雖モ私法ハ私法、社會法ハ社會法、國法ハ國法ト各々其異ナリタル目的ニ從ヒ之ヲ講究セズンバ大ナル誤謬ヲ招クニ至ルベシ

右ニ述ベタル法律三種ノ區別ハ法律中ノ主人タル人類ノ面想ヲ標準トシテ立テタル者ナルガ故ニ其論理ニ至リテハ余ハ甚ダシキ誤謬アルベキ者ニアラズト確信セリ然レ共諸君及ビ余輩ガ今日學ビタル英佛法學ハ之ヲ此標準ニ照サバ如何アルベキカ余ガ上來述ベタル論理ヲ以テ英佛法學ノ制ニ照サバ諸君如何ナル論局ヲ得ベキヤ諸君ハ知ラズ余ハ斷ジテ曰ハントス英佛法學者ノ眼中只國家ト各人各個トアリテ社會ナシ只國法ト私法アリテ社會法ナシト然レ共英佛二國ト雖モ鐵道モアリ電線モアリ宗教ヲ奉ズル者モアリ婚姻ヲ結ブハ男女モアリ從ツテ又此等ニ關スル法律規則モアルベキ筈ナレ共英佛學者ノ之ヲ論ズルヤ其論述ノ方法社會法ノ一派ヲ缺クガ故ニ眞ニ社會法ニ屬スベキスル事項ハ之ヲ私法若クハ國法中ニ混入分論シテ顧ミル所ナシ其狀恰モ人類ノ進化發達ニ促サレタル社會文化ノ事項ハ敝履ノ如クニ之ヲ見做シテ其捨テ處ニ困却シ遂ニ國法私法ニ

者ハ厄介物トナシタル者ハアルニ似タリ、今其重要ナル結果ノ證據ヲ舉グレバ左ノ如シ

(一)結婚、宗教、家族、住所、土地、ノ義務、職業、營業等ニ關スル法律ハ正ニ社會法上ヨリ論ズベキ者ナレ共英佛學者ハ往々之ヲ民法中ニ論述シ或ハ民法上ノ論理ヲ基トシテ之ヲ論述ス故ニ其弊害タル譬ヘバ民法上ニ定メタル年齢ヲ以テカ、ル事項ニモ亦之ヲ適用セント欲シ承諾ニ出デタル行爲ハ他人ヲ害シタル者ニアラズトスル格言ヲ一般法律ノ原則トシ承諾ニ出タル賣淫ノ行爲ハ公法上ニモ敢テ之ヲ罰スベキモノニアラズ有權ヲ犯スベキ變例ナリトスルガ如キノ誤見ヲ發生セルハ現ニ英佛學者ガ著書中ニ珍ラシカラザル所説トス

(二)水利法、銀行法、鐵道法、町村法、ノ如キ社會法ノ原理ニ依ルベキ者モ國法ノ原理ニ由ルガ故ニ往々國家ノ壓制ヲ蒙ル事少ナカラズ設令ヘバ町村團結ノ如キハ人民共同自治ノ原則ニ基クベキ者ナルモ國法上ヨリシテ之ヲ論ズルガ故ニ往々國家ノ過度ナル干涉ヲ受ケ或ハ行政法ノ如キ單ニ國法上ニ於キテノミ之ヲ論ズルガ故ニ常ニ國家政府ノ束縛ヲ受ケテ中央集權ノ大弊ヲ見ルニ至ル

(三)法律上萬民同等ノ權、人身ノ自由、結社ノ自由、宗教ノ自由等社會法ノ原理ニ據ルベキモノナルモ之ヲ國法上ニ適用シテ同一ノ原理ニ基ツカントシ往々過激ノ空論タル事アリ例セバ國法ニ屬スベキ參政權ニモ萬民同等權ノ原理ヲ適用シ普通選舉ノ制ヲ用フル邦國ナルニアラザレバ人民ノ自由ナシトスルガ如キノ類ナリ其他英佛學者ガ誤謬ハ實ニ枚舉ニ暇アラズト雖モ要スルニ英佛學者ノ眼中ニハ國家ト各人各個トアリテ社會

無ク國法ト私法ト有リテ社會法無キヲ以テ其眞ニ社會法ニ屬スル者ハ已ムヲ得ズシテ之ヲ國法ト私法トニ配分シタルガ故ニ適當ニ社會法ニ屬スベキ事項ニシテ其國法中ニ混入シタル部分ハ自ラ國家ノ壓制干涉ヲ受ケ其私法中ニ混入シタルモノハ自ラ過激ノ空論ニ化スルニ至レリ、語ヲ換ヘテ之ヲ言ハゞ英佛學者ハ人間ニ三面相アル事ヲ忘レテ只國家各人各個ノ二面相ノミヲ認識スルガ故ニ可惜社會ノ本色ヲ顯ハシタル天津乙女ガ窈窕タル花ノ顔セヲ潰ニシテ之ヲ各人各個ナルロビンソククルーソト綽號シタル水吞百姓ガ髻面ト腕力一方ナル國家ヲ代表スベキ軍神ガ瘤面トニ練リ合セタリ而シテカ、ル英佛學者ノ手際ハ巧ナリト言ハンカ拙ナリト言ハンカ諸君ノ判斷ニ一任シテ又喋々ノ辯ヲ費サマルナリ

法律ニハ斯ク三種ノ大別アリ各其性質目的ヲ異ニセリ故ニ諸君ニシテ法律ヲ學バント欲セバ先ツ豫メ此區別ヲ察シテ各其方向ヲ取ラザルベカラズ營業ヤ結婚ヤ居住ヤ其他千百ノ事項ニシテ是レマデ私法ノ範圍内ニ於キテ論述スベキ者ト思ヒタル者モ近世進化主義ノ光ニ其當サニ社會法ニ屬スベキ者タルノ理由明白トナリ從ツテ又進化主義ニ基キタル新法理ニヨリテ之ヲ考究セザレバ法官タリ代言人タリ政治家タリ又ハ行政官吏タルモ自ラ其本務ヲ盡ス事能ハザルニ至ルベシ然ルニ尙恬然英國ノ判決録ヤ佛國民法等ノミニ首ヲ入レ而シテ他ニ法學ノ大海アルヲ知ラザルハ宛モ生レナガラニシテ三尺ノ獄室ニ禁錮セラレテ鐵道電信ノ社會ヲ一見シタル事ナキ者ニ異ナラズ諸君モ知ラル、如ク我が大學ノ教師タリシテリー氏ハ余モ多年其教ヲ受ケテ英國法律ノ奧義ヲ聞キ得タル恩人乍ラ學術上ニ於キテハ氏ニ對シテ反對ノ言ヲ吐カザルヲ得ズ即チ同氏ガ新著

英米法律原論ハ同氏ガ前著法律原論ニ比スレバ大部ノ著述ニシテ氏ノ心中或ハ一步ヲ進メタルモノト思惟スルナラント雖モ余ヲ以テ見レバ同氏ガ新著ノ一大冊ハ單ニ英米ノ斷例ヨリ綴リ出シタル屁理屈ニシテ前著法律原論ニ劣ル事數等ナリ諸君試ミニ此ノ書ヲ通讀セラレ氏ガ一派ノ意見ニテ創立シタル權利ノ類別ヲ確信シ大學ノ課目ヲ卒ヘテ實務ニ就クノ日ニ當リテヤレ保護權ダノヤレ許容權ダノト公言セラル、事アラバ此上モナキ世上ノ物笑トナラン事必然ナリ是レ米英ノ斷例ノミニ基キタル區別ニシテ眞ニ英米法律ノ原理ヲ究メタル標準ヲ基トセルモノニアラザレバナリ蓋シ實際學トモ稱スベキ社會學及ビ經濟學ハ法理ノ骨髓ニシテ此二學ヲ外ニシタル法學ハ素ヨリ其眞確ヲ得ル事能ハザルヤ必セリ然レ共ミル氏ノ經濟論ヤスペンサー氏ノ社會學ヲ一讀シテ經濟論ハ價直ト自由貿易ノ豫論ヲ爲シ社會學ハ猿ヤ犬ノ例ヲ枚舉シテ人間ハ進化スベキモノタルノ一事ヲ記シタル者ト心得尙ホ他ニ實際ニ應用スベキ廣大ナル社會學ト經濟學トアルヲ知ラザルニ至リテハ抑モ誤レリ而シテ米佛學派ノ社會學及ビ經濟學ニ就キテハ余大ニ意見アリト雖モ是レハ尙ホ他日ニ論ズル所アルベケレバ今之ヲ略スベシ只余今日諸君ニ告グ願クハ近世法學ノ傾向ニ注目シ判決録トボチエーノ囚徒タル資格ヲ脱シテ發達進歩ノ社會ニ呼吸シ宛モ彼ノ天津乙女ヲ相手トシテ男女同席ノ眞理ヲ發見スルノ狀ヲ爲シテ此法學ノ進歩ヲ務メラレン事ヲ

第二 正格變格ノ區別

先キニ權利ノ分析ヲ論ズルニ當リテ四元素アル事ヲ述ベ且ツ其前後ハ人ニシテ中間ハ物及ビ事實ニ屬スル事ヲ述

ベタリ是レ則チ人ニ屬スル法律ト物ニ屬スル法律ノ區別ヲ來タシタル理由ニシテ抑モ此ノ區別ヲ爲シタルハ至リテ近世ノ如クナレ共古代羅馬法ニ於キテモ亦此ノ區別ヲ爲シ其區別ニ於キテハ人ニ屬スル者トシテハ其身分ヲ論ジ物ニ屬スル者トシテハ其有形無形ヲ論ゼズ權利義務ノ如キヲモ之レヲ併セ説キタリ此ノ區別甚ダ曖昧模糊トシテ了解ニ苦シム者ナキニアラズ即チ人ニ屬スル法律ニ就テ之ヲ言ヘバ家族法ヲモ猶ホ含蓄シテ膏ダニ人々資格ノ差違ヨリ生ズル諸權利ヲ論ズルノミナラズ相互ノ關係ヨリ生ズル權利ヲモ併論セリ又物ニ屬スル法律ニ就テ之ヲ言フモ權利義務ノ如キモ無形物ナリトシテ之ヲ物ニ屬シタリ是ヲ以テペンタムブロンドーウエストレーキボスト等ハ其區別ヲ明ニセント欲スルヨリ種々ノ詞ヲ以テ之ヲ形容祖述シタリト雖モ遂ニ其當ヲ得ル者鮮ナクホルラン[○]氏ノ如キハ正格變格ノ語ヲ以テ之レガ區別ヲ爲シ且ツ自ラ喜ンデ相當ノ詞ヲ得タリト爲ス而シテ其正格ト爲ス所ノ者ニ於キテハ物又ハ行爲ヲ論ジ其變格トナス所ノ者ニ於キテハ人ニ關スル者ヲ論ジタリ

夫レ此ノ如クホルランド氏ハ正格變格ヲ以テ之ヲ區別シ其所屬ヲ定メタリ然ラバ何故ニ人ヲ變格ニ屬セシメテ物及ビ行爲ヲ正格ニ編シタルヤト謂フニ抑モ人ニ就テ論ズベキ者ハ其數至リテ寡少ニシテ權利者義務者ノ自分ヲ論ズルニ過ギズ且ツ其權利者義務者ノ身分ハ同一ノ法律ニ依準シテ之ヲ支配スルヲ得ベク特ニ其人丁年男子ニシテ國民ノ資格ヲ有スル者タラバ契約ヲ爲スニ於キテモ又別ニ論ズベキ者ナシ夫レ斯ノ如ク論ズベキ事寡ナシ是レ變格ニ屬スル所以ナリ若シ夫レ物及ビ行爲ニ至リテハ其論ズベキ事饒多ニシテ且ツ重大ナリト云フベシ之ヲ例セバ幼者ノ土地ヲ所有スルアリ隣家亦一ノ瘋癲者アリテ家屋ヲ創建シ其幼者ノ住居ノ窓明ヲ妨グルアリトセンニ此時

ニ當リ此ノ事項ヲ論ゼント欲セバ四箇ノ法律ニ論到セザルベカラズ即チ

第一 幼者ニ關スル法律

第二 所有權ニ關スル法律

第三 土地ノ義務ニ關スル法律

第四 瘋癲者ニ關スル法律

以上四箇ノ法律ニシテ此ノ法律中第一第四ハ同一ノ法律ニ屬シ其論ズベキ事項ノ如キモ甚ダ僅少ニシテ唯ダ幼者瘋癲者結婚婦外國人等ニ過ギズト雖モ第二第三ノ如キニ至リテハ其論ズベキ事項多クシテ殆ド其極メヲ知ルベカラズ夫レ斯ノ如ク論ズベキ事多シ是レ則チ正格ニ編スル所以ナリ之ヲ約言セバ正格ニ於キテハ則チ人ノ資格如何ニ關セズ一般普通ノ法律ヲ論ジ變格ニ於キテハ單リ人ニ屬スル法律ヲ論ズル者ナリ其正變何レヲ先キニシテ之ヲ論ズル等ノ如キハ法律學者ノ自由ニ放任スト雖モ抑モ亦其重且ツ大ナル者ヲ先キニスルハ普通ノ事ト言ハザルヲ得ズ

正變ノ區別及ビ其所屬ノ所以ハ已ニ之ヲ論ジタリ言茲ニ至リテ更ニ研究スベキハ即チ正格變格ヲ分ツニハ人ノ身分ノ表準トナルベキ事項ヲ定ムル事是レナリ此ノ事ニ關シテハオースチン氏ノ説アリ即チ曰ク資格ノ標準トスベキ者ニアリ

第一 身分タルベキ事項ノ必ズ一組一團ノ一員タル人ニ存スル事

第二 身分ヲ組織スル權利義務能力不能力ノ特ニ右ノ一團一組ニ屬スル人ニ關係シテ利害アル事

第三 此ノ權利義務能力不能力ハ其數夥多ニシテ此ノ身分ヲ有スル人ニ著シキ性質ヲ具備シ若シクハ社會中ニ於キテ他人ニ對シ有要ノ關係アル事

猶之レニ附シテ論ジテ曰ク第三要件中權利義務能力不能力等必ズシモ其數ノ夥多ナルヲ要セズ法理上ヨリスレバ全ク之ヲ欠クモ猶可ナリト余ヲ以テ之ヲ見レバ間然スベキ事ナキニ非ズ即チ若シオースチン氏ノ所說ヲシテ其鋒果シテ正鵠ヲ失ハザル者トセバ何ゾ唯幼者癡疾者等一種ノ身分ノミニ限ランヤ地主株主等ノ如キモ之ヲ身分トシテ論ゼザルヲ得ザルニ至ラン豈此ノ如キノ理アランヤアンソン氏ハ其缺ヲ補ヒ自ラ得タリトシテ曰ク身分トハ自己ノ意ヲ以テ能ク之レヲ變ズル能ハザルヲ謂フト余猶贊賞ノ言辭ヲ呈スル能ハズ乃チホルランド氏ノ說ニハ身分トハ權利者義務者ニ對シテ執行シ得ベキ行為ニ關スル事ナキ性質ヨリ生出スル一箇人タル資格ノ變例ニシテ法律上之レヲ一定シタル者ナリト以テ其當ヲ得タリト爲スベシ

ホルランド氏ノ說ニ從ヘバオースチン氏ノ說ノ如ク地主株主等ヲモ猶身分ノ内ニ入ル、ノ不都合アルナシ今其地主ノ權利ハ果シテ之ヲ人ニ屬スル法律ニ於キテ論ズベキ者ナルヤ否ヤヲ判定セント欲セバ先ヅ地主ハ地主タル一體ノ身分ニ於キテ借地料契約事項ノ履行等凡ソ其借地人ニ對シ請求シ得ベキ行為ト全ク關係ナキ法律上特種ノ變例ナルヤ否ヤヲ定ムルニ在リ蓋シ誰カ之レニ應ジテ其特種ノ變例ナリト謂フ者アランヤ即チ地主トハ人ニ屬スル身分ニアラスシテ借地料ヲ得有シ契約事項ノ執行ヲ請求シ得ルノ權利ヲ有スル者ニ過ギズ是故ニ今假リニ地主

ヲシテ幼者タラシメナバ此時ニアリテコソ其能力ハ身分ニ歸シテ其行為トハ全ク干係ナカルベシ

上來論ズルガ如クナルヲ以テ身分ノ何物タルヲ一言セバ第一擬爲人即チ無形人ナル事第二年齢、男女、精神力、犯罪人、外國人又ハ公務ニ任ズル者此等ノ事ヨリ生ズル不能力或ハ例外等ヲ以テ一ノ身分ト稱スベク且其身分ハ特別ニシテ且永遠ナルヲ要ス彼ノ兵士盲目者私生子等ハ或ハ之ヲ以テ人ニ屬スル一種ノ身分ト云フベキガ如クナリト雖モ實際上此等ノ者ヲ指シテ身分トハ爲サマルナリ

第三 對人權對世權ノ區別

凡ソ對人權ト對世權ノ分ル、所以ノ者ハ其ノ權刑相對スル義務者ノ不定ニ因リテ其區別ヲ來タシタルニ外ナラス之ヲ詳言セバ即チ其義務ヲ負フ者確然固定シアル時ハ之ヲ對人權ト云ヒ之ヲ例セバ奴僕ト主人トノ如シ其奴僕タル者ハ主人ヨリ給料ヲ得ルノ權アリ主人ハ奴僕ヲ使役スルノ權アリ是レ則チ雙方共ニ對人權ヲ有スル者ト云フベキナリ對世權ハ之レト異ニシテ其義務者確然ナラスト雖モ世上一般其義務者タルヲ免レザル者之ヲ對世權ト云フ之ヲ例セバ土地ヲ所有スル者アリトセンニ此時ニ在リテハ何人モ其土地ヲ侵スベカラザルノ義務アリテ又之ヲ侵略セシメザルノ權利アリ此權利ヲ即チ對世權ト稱ス又其兩權ヲ人權物權ト謂フ者アリト雖モ之レ適セザル譯ト謂フベク且之ヲ人ニ屬スル法律ト物ニ屬スル法律ト混同スベカラザルナリ

第四 原權救濟權

或ル學者ハ原權救濟權ヲ第一權第二權ト稱スル者アリ而シテ此ノ原權救濟權ヨリ主法助法ノ二類ヲ生ジ來タル者

トス今其主法助法ヲ後ニシテ先ヅ原權救濟權トハ果シテ如何ナル者ナルヤヲ研究センニ夫ノ原權トハ人類ノ行爲ノ爲ニ存スル者ニシテ即チ或種ノ事業ヲ爲シ得ルノ權是レナリ又其救濟權ナル者ハ其原權ノ毀損ヲ受クルニ當リ之レヲ救正スルニ起ルノ權ニシテ法律ノ結果ヨリ生出シ來タル者ナリ尙注意ヲ要スベキ事アリ即チ訴訟權ハ原權ニ屬スベキヤ將救濟權ニ屬スベキヤノ事ニシテ一方ヨリ看察ヲ下セバ或ハ救濟權ノ如クナリト雖モ未ダ損害ヲ被ラザルニ當リテ訴ヲ起スノ權モアルベケレバ之レヲシモ猶ホ救濟ノ事ト云フベカラザルナリ因テ以テ其屬附何レニ在ルカヲ定ムルニハ義務ヲ負フ者如何ニ因リテ之レヲ區別スルナリ即チ未ダ我が權利ヲ破ラレ又ハ損害ヲ被ラザル以前ニ訴ヲ起シ得ルノ權ハ原權ナレ共此ノ權利ニ對スル義務ヲ負フ者ハ裁判所ナリ之レニ反シテ已ニ我が權利ヲ破ラレ或ハ損害ヲ受ケタルヨリ生ズル起訴ノ權ハ救濟權ナレ共此ノ權利ニ對スル義務者ハ加害者ナリトス又此ノ原救兩權ノ區別ヨリ主法助法ノ區別ヲ生ズ近ク譬ヲ取レバ刑法ハ即チ主法ニシテ治罪法ハ助法ニ屬シ民法ハ主法ニシテ訴訟法ハ助法ニ屬スルガ如シ

以上講述シタル全體ヲ局論スレバ唯其權利ノ何物タルヲ論ズルニ過ギズシテ未ダ權利ノ活動ニ於キテハ一言ノ推及シタル者ナシ次回ヨリハ乃チ權利ノ活動ヲ講究セン

第十章 動權及ビ靜權ヲ論ズ

凡ソ權利ナル者ハ之ヲ論究スルニハ表裏兩面ヨリ觀察ヲ下シテ之レヲ考究セザルベカラズ故ニ權利ハ一面ヨリ之レヲ觀察スル時ハ靜止ノ體ヲ爲シ又他ノ一面ヨリスル時ハ運動ノ體ヲ爲ス可シ動權トハ其運動ノ體ヲ爲スモノヲ云ヒ靜權トハ其靜止ノ體ヲ爲スモノヲ云フ尙言ヲ換ヘテ云ヘバ權利ノ性質實積分解ヲ論ズルハ所謂其靜止ノ體ヲ論ズルモノニシテ權利ヲ有スル人ト併行ス可キ權利ノ讓與等ヲ論ズルハ運動ノ體ヲ論ズルモノニ外ナラズ今先ヅ靜權ノ何物タルヲ論ゼンニ其論述ノ方法ニ表裏ノ二様アリ而シテ表裏ノ兩面ヨリ觀察ヲ下ス時ハ或ハ二様ノ論結ヲ得ルカトノ疑ヲ起サシムル事ナシトセザレ共決シテ然ルニアラズ例ヘバ或ル一定ノ場所ニ至ルニ一ハ本道ヨリシ一ハ裏道ヨリスルモ其到着スル處ハ敢テ異ナラザルガ如シ然レバ此ノ例ニヨリ權利ヲ論ズルニ其本道ヨリスルトハ如何ナル事ヲ云フカ他ナシ權利ノ實積ヲ論ズル事はレナリ而シテ此ノ實積トハ權利ヲ有スルヨリ得ル處ノ諸般ノ利益ノ總額ヲ指シテ云フナリ又權利ヲ論ズルニ裏道ヨリストハ他ニアラズ違犯ノ點ヨリ考察スルモノナリ即チ權利者ノ有スル利益ヲ害スル點ヨリ論ズルモノナリ尙他ノ例ヲ以テ之レヲ説カンニ彼ノ所有權ヲ論ズルニ其實積ハ所有ヨリ生ズル利益ヲ論ズルモノニシテ違犯ハ其所有ヲ害スル處ノ竊盜横奪等ノ事ヲ説クモノナリ如此權利ハ兩面ヨリ論ズル事ヲ得ベシトハ雖モ凡テ法律ハ裏面即チ本道ニアラズシテ裏道ヨリ論ズルモノヲ以テ甚ダ多シトス彼ノ刑法ニ規定スル事柄ハ千種萬別殆ド枚擧スルヲ得ズト雖モ其事一トシテ違犯ヨリ論ジタルモノ

ニアラザルハナシ然バ法律上ニ於テ論ズル事項ハ裏面ヨリ論ズルモノ甚ダ多クシテ正面ヨリスルモノ却テ少ナシト謂ハザルベカラズホルランド氏曰ク權利トハ毫末モ他ノ侵犯ヲ受クベキモノニアラズ故ニ權利ヲ破リ竝ニ利益ヲ害スル者アル時ハ訴權直チニ生ズルモノナリト即チ違犯ノ點ヨリ論ジタルモノニシテ所謂私犯ノ事ヲ論ジタルニ外ナラズ私犯トハ契約ニ關セザル事柄ヨリ生ジタル損害ニ就キ其起訴權ノ有無ヲ論ズルモノナリ抑モ訴權ノ生ズルニハ蓋シニ様ノ別アリ一ハ他人ノ權利ヲ破リタル時他ノ一ハ直接ニ他人ノ權利ヲ破ラズ自己ノ不注意ヨリ他人ニ損害ヲ加ヘタル時はレナリ今他人ノ權利ヲ破リタル場合ノ例ヲ舉ゲンニ嘗テ英國ニテ國會議員ニ選舉セラレタル者アリ然ルニ選舉ノ際投票調査係ハ投票數百一點ナリシヲ百點ナリトセリ去レ共其被選舉者ハ多數ノ投票ニテ議員トナルヲ得タリ然モ尙其被選舉者ハ權利ヲ害サレタリトテ右ノ役員ヲ被告取リタリ法廷ハ之ヲ判決シテ權利ヲ破リタル者トシテ名義上ノ損害即チ我日本ノ一錢程ノ賠償ヲ命ジタリ此場合ニ在リテハ原告ハ現ニ議員トナル事ヲ得タル者ナレバ實際、毫、モ、損、害、ナ、キ、モ、只、權、利、ヲ、破、ラ、レ、タ、リ、ト、ハ、一、點、ヲ、以、テ、訴、權、ヲ、有、シ、タ、ル、ナ、リ、此、ノ、如、キ、名、義、上、ノ、損、害、ノ、場、合、ニ、ハ、其、訴、訟、入、費、ハ、通、例、原、告、ノ、負、擔、タ、ル、事、英、國、ノ、慣、例、ナ、リ、往、年、我、國、ニ、テ、代、言、人、諸、氏、ガ、名、譽、ヲ、毀、損、サ、レ、タ、リ、ト、カ、云、フ、口、實、ヲ、以、テ、東、京、日、々、新、聞、社、ヲ、被、告、取、リ、タ、ル、事、ア、リ、此、ノ、事、件、果、シ、テ、受、理、ス、ベ、キ、モ、ノ、ニ、シ、テ、若、シ、此、事、ヲ、英、國、ニ、生、ゼ、シ、メ、タ、リ、ト、セ、バ、英、國、ノ、裁、判、所、ハ、只、僅、ニ、一、錢、ノ、賠、償、ヲ、命、ジ、タ、ル、ニ、過、ギ、ザ、リ、シ、事、ナ、ラ、ン、閑、話、ハ、先、ヅ、措、キ、前、例、ニ、反、シ、テ、實、際、上、ノ、損、害、ア、ル、モ、權、利、ヲ、破、ラ、ザ、ル、時、ハ、訴、權、生、ゼ、ザ、ル、事、ヲ、陳、べ、ん、ニ、例、令、へ、バ、一、ノ、唐、物、屋、ア、リ、頗、ル、繁、昌、セ、リ、然、ル、ニ、其、隣、家、ニ、來、リ、テ、唐、物、店、ヲ、開、キ、非、常、ノ、廉、價、ヲ、以、テ、商、業、ヲ、初、メ、タ、ル、者、ア、リ、テ、一、方、ノ、唐、物、屋、ハ、悉、ク、其、

得意ヲ奪ハレタリ此ノ場合ニハ一方ノ損害容易ノ事ニアラズ左レ共之レガ爲メニ其新店ヲ被告取ルノ權ヲ有スル事能ハズ如何トナレバ毫モ權利ヲ破ラレタル處ナキヲ以テナリ此ノ二例ハ即チ他人ノ權利ヲ破リタルニアラザレバ訴權生ゼズトノ事ヲ示シタルナリ茲ニ又直接ニ他人ノ權利ハ破ラザルモ自己ノ義務ヲ破リタルヨリ訴權ヲ生ズルハ場合アリ而シテ此場合ニ訴權ノ生ズルニハ二要件アリ一ハ義務ヲ破ル事一ハ他人ノ利益ヲ害スル事是レナリ一例ヲ設ケテ説カンニ三尺以上ノ手綱ヲ以テ馬ヲ曳ク事ヲ禁ゼラレタル時之レヲ守ラズシテ四五尺モアル手綱ヲ以テ馬ヲ曳キタルニ其馬何カ事ニ驚キ一蹶路人ヲシテ怪我ヲ爲サシメタリ此ノ場合ニハ訴權生ズルモノナリトス如何トナレバ義務ヲ怠リ且ツ損害ヲ他人ニ加ヘタルヲ以テナリ斯ク訴權ノ生ズルニハ二様アリテ一ハ他人ノ權利ヲ破リタル時ニ起リ又一ハ他人ノ權利ヲ破ラズ自己ノ義務ヲ怠リ損害ヲ他ニ及ボシタル時ニ起ルモノナリ故ニ今英國私犯法中起訴權ニ關スル原則ヲ舉グレバ左ノ如シ

第一 毫末ト雖モ他人ノ權利ヲ破リタル時ハ損害ノ有無ヲ問ハズ起訴ノ權ヲ生ズ

第二 他人ノ權利ヲ破ラズト雖モ本分ノ義務ヲ怠リ爲ニ現實ノ損害ヲ與ヘタル時ハ起訴ノ權ヲ生ズ

然レドモ此ノ原則ヲ一覽セバ忽チ疑團ノ生ズル事必然ナリ已ニ前々回ニモ論述シタルガ如クホルランド氏ハ權利アレバ必ズ義務アルベキモノトセルガ故ニ義務ヲ怠リタル時即チ右第二ノ原則ノ場合ハ必ズ他人ノ權利ヲ破リタルモノナラザルベカラズ不都合極マリタル者ト云フベシ故ニ余ハ只此ノ原則ヲ以テ實務家ノ便宜ノ爲ニセル目安ニ過ギザルモノトセン而シテ今論理ニ依リテ此ノ原則ヲ推究セバ余ハ左ノ數點ノ一ニ歸スベキモノト考フルナ

リ

- 一 右第二ノ原則ヲ以テ正確ナリトスル時ハ權利義務ハ必ず相對立スベキモノトスル法理ヲ破リ法律ハ先ヅ義務ノミヲ創設スルトスルオースチン派ノ法理ヲ取ラザル可カラズ
- 二 權利義務ハ必ず相對立スベキモノトスル近世ノ法理ニシテ誤謬ナクンバ右第二ノ原則ハ法理學上許容スベキモノニアラズ
- 三 第二ノ原則ノ所謂義務トハ原告人ニ對スル義務ヲ怠ル事即チ此レニ對スル原告ノ權利ヲ破ルノ意ニアラズシテ原告外ナル三者若クハ官衙ニ對スル義務ヲ怠リタルヲ云フモノトスル時ハ權利義務ハ必ず相對立スベキモノトスル法理ヲ破ラズシテ此ノ原則ヲ維持スル事ヲ得ルニ似タリ設令バ前ニ示シタル例ニテ三尺以上ノ曳綱ヲ以テ馬ヲ曳クベカラザルノ義務ニ對スル權利ハ警察官衙ノ有スル所ナレバ只此ノ義務ヲ怠リタルノミニテハ違警罪ニ處セラル、事ヲ以テ事結了スベシ是レ是ノ權利義務ハ被告人ト警察官衙ノ間ニ存スルモノニシテ原告人ト毫末ノ關係ナク只三尺以上ノ綱ニテ馬ヲ曳キタルノ事ハ決シテ私人ノ權利ヲ破リタルモノニアラザレバ私人此ノ馬夫ニ對シテ損害要償ヲ爲スノ權ナカルベシ而シテカ、ル原被兩造ノ關係外ニ存スル義務ヲ怠リ爲ニ原告ニ損害ヲ來シタル時設令ヘバ三尺以上ノ綱ニテ馬ヲ曳キタルガ爲ニ原告ヲ負傷セシメタル時ハ被告人即チ官衙ニ對スル義務ヲ怠リタル共原告ニ損害ヲ來シタルモノナレバ即チ第二ノ原則ニ由リテ起訴ノ權アルベキモノトスル事ヲ得ベシ

四 然レ共右第三ノ論點ハ尙ホ深ク之レヲ考察スル時ハ矢張り原告ノ權利ヲ破リタルモノニ歸セザルヲ得ズ設令ヘバ前ニ示シタル例ニテ云ハマ原告ハ「被告ハ警察規則ヲ怠リテ爲メニ原告ヲ損傷セシメザル」ノ權ヲ有スト云フ事ヲ得ベシ故ニ理論上ヨリ云ハマ起訴ノ權ハ自己ノ權利ヲ破ラレタル時ノミニ發生スベキモノニシテ第一ノ原則ヲ以テ充分ナリトスレ共實務家ノ便宜ノ爲前第三ノ論點ノ場合ヲ以テ第二ノ原則トナシタルニ過ギザルナリ

上來述ブルガ如ク法律上ノ議論多クハ違犯ノ點ヨリスルモノナリ依テ左ニ違犯ニ付キ注意スベキ事柄ヲ擧ゲン

第一 眞ニ行爲ニアラザル場合

其行爲全ク自己ヨリ出デザルモノ即チ自己ノ力ノ及バザル處ヨリ出デタル結果是レナリ例ヘバ馬ヲ曳キテ市街通行ノ際其馬他ノ車輪ノ轟然タルニ驚キ狂躍シテ傍人ニ怪我ヲ爲サシメタルガ如キモノヲ云フ

第二 結果ノ原因明白ナラザル場合

結果ノ原因明白ナラザル場合トハ假令ヘバ鐵砲ヲ以テ人ヲ傷ケタル時ノ如キ其原因ヲ詳カニ論ズル時火藥ノ爆烈彈丸ノ飛行火藥彈丸ノ製造及ヒ其販賣者等ヨリシテ裝藥狙撃負傷等ノ事ヲ細カニ論ズル時ハ其原因ハ何處ニ在ルカ之レヲ知ル事難キ者アリ然レ共是等ノ事ハ嘗テ第三回ノ講義ニ於キテ説キタル事アルヲ以テ茲ニ詳説セズ只茲ニ略言スベキハ助成ノ懈怠ノ事ナリ助成ノ懈怠ハ私犯ノ場合ニ甚ダ多キモノニシテ被告者ノ方ニ於テモ幾分カ參與シテ或ル損害ヲ生ゼシムル事ヲ云フ例令ヘバ鐵道線路ノ傍ニ牧場ヲ有シタルニ其持主ノ

不注意ヨリシテ圍ヒノ戸ヲ閉ヅル事ヲ怠リシカバ羊群圍ヒヲ脱シ其線路ニ逍遙セシニ汽笛羊群ヲ驅ルノ奇功ナク慘酷ニモ若干頭ヲ壓殺シタリ是レ即チ牧場主ガ助成ノ懈怠ヲ爲シタル場合ナリ而シテ英ノ法律ニ於キテハ此ノ如キ場合ニ鐵道會社ハ損害ノ責任ナキモノトセリ併シ助成ノ懈怠アレバトテ必ズ責任ナシトスルヲ得ズ故ニ假令ヒ助成ノ懈怠アリタリトスルモ些少ノ注意ヲ以テ其害ヲ止ムルヲ得ベキニ其注意ヲ爲サズシテ害ヲ醸シタル時ハ其責ヲ免レズ例令バ銀座通りニテ人力車ノ衝突スルガ如キハ先ヅ通例ノ場合ニ於キテハ些少ノ注意ヲ爲ス時ハ決シテ害ヲ招カザルモノナリ如何トナレバ通路狹隘ナルニアラズ又屈曲ノ街路ニモアラザレバナリ

第三 權利ヲ拋棄スル事ニ因テ訴權ヲ失フ

例令ヘバ姦通ノ場合ニ於テ夫ノ承諾ニ出デタル時ノ如キハ即チ權利ヲ拋棄シタルモノナリ法律上ノ格言アリ曰ク「ボロンテ、ノー、インジュリヤ」(承諾ニ出ヅルノ行爲ハ權利ヲ犯シタルモノニ非ズ)ト即チ此ノ如キ場合ヲ云フモノナリ茲ニ注意スベキハ此ノ格言ハ民法上ノ原則ニシテ公法上ニハ適用スルヲ得ザル事是レナリ此ノ事ハ余已ニ社會行政法論ニ譯出シタルレバ該書ヲ參考セラレナバ明白ナルベシ

第四 權利没入ノ場合

例令ヘバ暴人アリ猥リニ他人ノ所有權ニ入ル時ハ之レガ爲突キ出サレタルガ如キ事アルモ訴權ナキガ如キ場合ヲ云フ

第五 公ノ政路上ヨリ訴權ヲ許サル、場合

例令ヘバ危急ノ時ニ際シテ他人ノ土地ニ踏込ミタルガ如キ場合はハ全ク行政上ヨリ訴權ヲ許サマルモノニシテ公法ニ屬スルモノナリ

右ハ即チ違犯ニ付キ注意スベキ事柄ノ大要ヲ示シタルマデナリ此ノ他ニモ代理人雇人ノ爲シタル損害ニ就テハ其本人タリ主人タル者ニ於テ責任ヲ負フ事雇人相互ノ間ニ於テ爲シタル損害ニ付テハ主人其責メナキガ如キ事(英ニテ千八百八十年發布ノ)アレ共餘リ必要ナラザルヲ以テ詳論セズ
是ヨリ動權ノ事ヲ説カン

ベントム氏曰ク動權トハ權利ノ發生消滅讓與ノ事實ヲ總稱スト即チ其大要ヲ擧グレバ左ノ如シ

第一 得權ノ事實

今茲ニ羅馬法ノ契約ヲ以テ例セバ所有權ヲ他ヨリ得ントスルニ只其約束ノミニテハ其所有權ヲ得ル事能ハズ引渡シアリテ始メテ所有權ヲ得ベシ此ノ場合ニハ引渡シハ即チ得權ノ事實ト云フベキモノナリ然レ共今日トナリテハ多クハ契約ト共ニ其權ヲ得ルモノトスルガ如シ是レ畢竟世ノ開クルニ從ツテ事ヲ神速ニモセザルベカラザルノ必要アルニ由ルナラン之レヲ要スルニ權ヲ得ルニハ其方法ニアリ即チ一ハ主權者ヨリ與フルモノ例セバ專賣特權ノ如キ是レナリ他ノ一ハ一般法律ノ規定ニ由テ得ルモノ例セバ父死シテ其子相續權ヲ得ルガ如キモノナリ

第二 喪權ノ事實

例へば借地人ガ期限經過ノ後ハ直チニ其借地ヲ使用スルノ權ヲ失フガ如シ又債主ガ負債主ヨリ返金ヲ受ケタル時ハ債主權ヲ失フガ如キ是レナリ

第三 轉權ノ事實

轉權ノ事實トハ一方ヨリ見ル時ハ權利ヲ失ヒ他ノ一方ヨリ見ル時ハ之ヲ得ル事實ヲ云フ者ナリ而シテ此事實ハ自己ノ發意ヨリ出ル者ト否ラザル者トノ別アリ自己ノ發意ニ出ルトハ賣買ヲ爲シ又ハ或契約ヲ爲スガ如ク自己ノ意ニ由テ一所爲ヲ爲ス者ナリ而シテ其否ラザル者トハ父ノ死ニ因テ先人ノ財産ヲ得ルガ如ク自己ノ發意ニアラズシテ轉ズル者ヲ云フ是等ノ轉權ハ如何ナル人之ヲ爲ス事ヲ得ベキカト云フニ現ニ生活スル人死亡人又ハ會社ノ如キ無形人モ亦比轉權ヲ爲ス事ヲ得ルモノナリ

第十一章 私法對世權ヲ論ズ

凡ソ法律ニ公私ノ別アルハ已ニ論ジタルガ如シ今ヤ公私ノ中共私法ニ係ル者ヲ論ゼン而シテ其法ノ順序ヲ擧ゲ之レガ區別ヲ立ツレバ私法之ヲ大別シテ體法助法ノ二類トシ其體法ニアリテハ諸權利ノ何物タルヲ論ジ其助法ニアリテハ諸權利ヲ保護スル方法ヲ論ズ其諸權利ノ何物タルヲ論ズル事項ニ於キテ又之ヲ小別シテ正權利變權利トシ正權利之ヲ細別シテ原權救濟權ノ二類トシ此二權利亦各二類ニ區分シテ對世權對人權ト爲ス細目區分茲ニ至リテ先ヅ其對世權ヨリ研究セントス

夫レ對世權ヲ論ゼント欲セバ又之ヲ區分セザルベカラズ乃チ之ヲ區分スレバ六種ニ分ルベシ

第一 人身ノ安全及ビ自由權

第二 家族權

第三 名譽權

第四 社會一般ニ共通スル權

第五 占有權及ビ所有權

第六 詐偽ノ爲ニ損害ヲ受ケタル權

今茲ニ此ノ六種ノ權利ノ性質ト此ノ權利ヲ破ルベキ行爲ノ性質及ビ其ノ發生讓與消滅等ノ方法ヲ逐次論究セン然

レ共其論ニ入ルニ先チ茲ニ一ノ注意スベキ事アリ是レ他ナシ「ホルランド」氏ノ此ノ説タルヤ多クハ英國法ニ止リタルヲ以テ近世ニ於キテハ以上六種ノ權利中其ノ公法即チ社會法ニ屬スベキモノ半ニ居ル事是レナリ蓋シ此ノ事タルヤ余ノ曾テ譯述シタル社會行政論ニ詳論スル所アレバ諸君看照シテ其詳細ヲ知ルベシ

第一 人身ノ安全及ビ自由權

此ノ權利ハ人類生レナガラニシテ有スル尤モ貴重スベキ權利ナレ共或ハ幼年ノ時ニ當リ父母後見人等ヨリ多少ノ束縛ヲ受クル事アルヲ免レズ○此ノ權利ハ之ヲ他人ニ讓與スル事能ハズト雖モ彼ノ水夫等ニ在リテハ自ラ承認シテ幾分ヲ拋棄スル事アルベシ之ヲ例セバ乘込船ノ航海中ニ在リテハ水夫ニ於キテ自由ノ運行ヲ得ザルベシ又今日ニ至リテハ全ク廢滅ニ歸シタリト雖モ奴隸ノ制度盛ニ行ハル、ノ世ニ在リテハ其奴隸ノ如キ又此ノ權ヲ拋棄シタル者ト云フベキナリ○該權利ノ消滅ニ歸スベキ場合ハ唯死ノ一事アルノミ○其損害セラル、ハ人類ノ怠慢ニ職由ス

此ノ權利中ニハ大小種々アリテ今其大ナル者ヨリ論ジ漸ク小ナル者ニ論及セン

第一 凡ソ人類ハ威嚇セラレザルノ權アリ之ヲ例セバ拳固ヲ擧ゲ或ハ小銃ヲ擬スル等ニ因リテ強迫ヲ受ケザルノ權ナリ然レ共若シ其小銃ヲ携提スル者遠隔ノ地ニアリテ敢テ其危害ヲ被ブルベキ畏レナキ時或ハ其携提者危害ヲ加ヘザル事ヲ聲言シタル時ハ此權ノ生ズル事ナシ

第二 凡ソ人類ハ自己ノ意ニ反シ疎暴ニ其身體ニ觸レテ爲ニ壓迫ヲ受ケ又ハ毆撃セラレザルノ權ヲ有ス然レ共群

集ノ中ニアリテ壓倒セラレ或ハ注意ヲ促スノ方便ニ打タレ或ハ戯レニ打タレ或ハ法律ニ觸ル、事アリテ爲ニ鞭答ヲ受クル時ハ例外ナリトス

第三 負傷ヲ受クル事ナキノ權

第四 各人ハ他人ノ權利ヲ侵害セザル限リハ其意ニ任セ彼處ニ行キ此處ニ止マルノ權利アルベシ是故ニ何人タリト雖モ此ノ權利ヲ妨害スル者ハ其手段ノ束縛ヲ用ヒタルト壓制ヲ以テスルトヲ論ゼズ皆猥リニ他人ヲ拘禁スルノ罪アリトス

第五 人類ハ他人ノ有スル危險物又ハ動物ノ爲損害ヲ受ケザルノ權アリ之ヲ例セバ野獸ヲ畜フ者之レガ爲非常ノ注意ヲ要スルハ固ヨリ論ヲ待タザル事ナリト雖モ若シ誤テ他人ヲ損害セシメタル時ハ之ヲ償ハザルベカラズ

第六 人類ハ他人ノ怠慢ニ因リテ其身體ノ安寧ヲ害セラレザルノ權アリ之ヲ例セバ危險ナル建設物或ハ店頭ノ陥穽等ノ爲其身ニ害ヲ被リタル時ハ之ヲ償ハシムベキ權アリトス

人身ノ自由及ビ安全ニ屬スル諸權利ハ上來論ジタルガ如シ夫レ此ノ如ク諸權利ヲ有スル者ナレバ又他人ニ殺害セラレザルハ權利アルハ言ヲ待タザルガ如シト雖モ決シテ然ル能ハザルナリ蓋シ他人ニ殺害セラレザルノ權利ハ原權ニアラズシテ救濟權ニ屬シ故ニ又死亡ト共ニ消滅ニ歸セザルヲ得ズ然レ共或ハ「ロルト、カンベル」氏ノ條例ヲ疑フ者アラン蓋シ此ノ條例ハ死者ノ相続人ニ損害無償ヲ許スモノナレ共其要償ノ權ハ敢テ殺害セラレタル當人ニアラズシテ其親族ニ存スル者ナリ

第二 家族權

此ノ權利ヲ簡短ニ説明セバ家族タルノ權及ビ家族ヲ統轄スル權利ヲ謂フ者ニシテ此權利ハ即チ對世權ナルベキヤ將タ對人權ナルベキヤ是レ甚ダ混同シ易キヲ以テ特ニ注意ヲ要スベキ所トス蓋シ家族權ハ對世權ナリ而シテ其發生何レヨリスルヤヲ討究スレバ皆婚姻ニ基カザルハナシ今其細詳ナル事ヲ舉ゲン

第一 夫タル者ノ權 此權利如何ヲ研究スレバ他人ノ爲ニ其婦ヲ奪掠セラレザルノ權ヲ有シ此ノ權利アルガ故ニ又從テ他人ニ其婦ト姦ヲ行ハシメザルノ權アリ而シテ近來米國ノ判決例ニ於キテハ婦タルモノニモ亦此ノ權利ヲ許容セリ夫レ此ノ如ク夫ト婦トヲ問ハズ此權利ヲ有スル原因ハ皆婚姻ニ在リト雖モ此ノ婚姻ナル者ハ古來其性質種々アリテ漸ク今日ニ至リ凡テ民事上ノ制度トナリ敢テ宗教ノ式ニ依ルヲ要セザルニ至レリ今此事ニ就キ詳論セント欲スレ共余ガ社會行政法論中ニ詳述スレバ諸君同書ニ就テ其精細ヲ見ルベシ○此ノ權利ノ讓與スベカラザルハ固ヨリ論ヲ待タザル事ニシテ其消滅ニ歸スルハ夫婦ノ中一人死亡スルカ又ハ離婚シタル場合ニ於テス而シテ此ノ離婚ノ原因トナルベキ者諸國大ニ差違アリテ羅馬ニ於キテハ即チ夫婦何レヲ問ハズ隨意ニ離婚スルヲ得ベク教會法ニ於キテハ決シテ之ヲ許ス事ナシ又彼ノ佛國ノ如キモ曾テ離婚ヲ許サズシテ唯夫婦別居ニ止マリシガ數月前ニ於キテ再ビ之ヲ許シタリ英國ニ於キテハ又夫ノ姦通シタル時或ハ婦ニ對シテ甚ダ殘忍ノ所業アル時ハ婦ヨリ離婚スル事ヲ得ベク婦ハ只其姦通ノ場合ニ於キテノミ夫之レヲ離婚スルヲ得ベキナリ○此ノ權利ヲ破ルノ場合ハ他人ノ妻ヲ姦シ之レヲ我が家ニ止メ置キ又ハ其妻ヲ害シテ夫タル者ノ用ヲ缺キタル時ニ於テ

ス然レ共姦通ノ相手人其ノ他人ノ妻タル事ヲ知ラザル時ハ其責ニ任ズル事ナカルベシ

第二 父母ノ權 此ノ權利ハ子女未ダ丁年ニ至ラザル以前ニ在リテハ之ヲ保護監督シ又ハ其勞働ヨリ生ズル收獲ヲ得ルノ權是レナリ夫レ此ノ如ク父母ニハ子女ノ勞働ヨリ生ズル收獲ヲ得ルノ權アリ故ニ若シ父母一致セザル事アレバ父母何レニ之ヲ收ムベキヤヲ定メ又ハ之ヲ配當スルノ要ヲ來タスベキナリ○此ノ權利ノ生出スルハ何レヨリスルヤト云フニ即チ子女ノ出產及ビ或ル邦國ニ於キテハ養子ヲナシタルヨリ生出スル者トセリ○此ノ權利ハ往々之ヲ他人ニ讓與スルヲ得ベク之ヲ例セバ自己ノ子女ヲ以テ他人ノ養子ト爲シタル時ノ如キ即チ讓與シタリト謂フベシ唯此ノ權利ニハ讓與ノ事アルノミナラズ又之ヲ依頼スルヲ得ベキナリ之ヲ例セバ子女ヲ以テ學校教師ニ依托スルガ如シ○此權利ノ消滅ニ歸スベキ原因ニ五種アリ即チ父母若シクハ子女ノ死亡他家ノ養子ト爲ス事、丁年ニ達スル事、結婚、法庭ノ判決等是レナリ○此ノ權利ヲ破ル行爲ハ子女ニ對スル父母ノ權利ニ干渉スル事又ハ父母ニ於キテ其子女ノ使役ヨリ得有スベキ利益ヲ奪掠スル事等ナリ之ヲ例セバ子女ヲ誘拐スル事ニ於キテ假令ヒ其子女之レヲ承諾シタリト雖モ父母ニアリテ其子女ヲ使用スルノ利益ヲ奪ハレタルガ爲ニ之レガ損害賠償ヲ爲スヲ得ベキナリ而シテ英國ニ於キテハ政略上ヨリ現ニ其蒙リタル損害ヨリ多額ノ償金ヲ拂ハシムルヲ常トス

第三 後見人ノ權 此ノ權利ハ全ク幼者ヲ扶助スルガ爲ニ設ケタル者ニシテ之ヲ畢竟スルニ父母タルノ權利ヲ擴張シタルニ過ギズ○此ノ權利ノ生出ハ父母ノ遺言判決及ビ法律等ヨリスル者ニシテ又佛國ニ於キテハ親族會議

ヨリ監察者ヲ撰任シ後見人ノ權利ト幼者ノ權利ト相抵觸スルニ當リ幼者ノ爲ニ之ヲ處分スルノ用ニ備ヘタリ○
 此ノ權利ノ消滅ニ歸スル場合ハ後見人又ハ幼者ノ死亡後見人ノ辭職幼者ノ結婚丁年ニ達スル事等ノ時ニ於テス
 ○此ノ權利ヲ破ル場合ハ幼者瘋癲人等ノ人身財產ニ關シテ後見人ノ管督ニ干涉スルノ行爲アル時ニ於テス
 第四 主人ノ權 此ノ權利ハ即チ主人ノ奴隸ニ對スル權ヲ云ヘル者ニシテ奴隸ハ其性質全ク財產ト同ジキガ故ニ
 此ノ權利ノ得喪讓與等ニ於テモ總テ財產ニ異ナルナシ只僅ニ異ナルヲ見ルハ奴隸ハ往々其主人ノ意ニ任セザル
 事アルノミ○此ノ權利ヲ破ル場合ハ其ノ奴隸ヲ殺害シ又ハ奴隸ノ價直ヲ減ジ或ハ之ヲ奪掠スル等ノ時トス
 第五 契約ヨリ生ズル權 此ノ權利ハ前ニ權利即チ後見人ノ權主人ノ權ト髣髴シタル者ニシテ之レヲ對世權ト爲
 スベキ者ナリ即チ對世權トハ三者ノ之ヲ破リ得ベキ者ニシテ凡ソ英國法律ニ於キテハ主人タル者其奴僕ノ使用
 ヲ全ウスベキ對世權ヲ有シ何人ト雖モ其奴僕ヲ奪ヒ去リ又ハ使役ノ用ヲ缺キタル時ハ之レガ主人タル者起害者
 ニ對シ損害賠償ヲ爲ス事ヲ得ベク且ツ此ノ原理ハ營ニ一家中ノ奴僕ノミニ止マラズ凡テ如何ナル職業ノ雇人ニ
 モ適用スルヲ得ベキナリ乃チ近世英國ノ判決例ニ於キテ著名ノ判決アリ其事件ハ之ヲ日本ノ事ニ擬シテ言ヘバ
 茲ニ團十郎ナル俳優アリテ一定ノ時日間千歲座ニ於キテ演劇ヲ爲スベキ事ヲ其座主ト契約シタリ此ノ時ニ當リ
 守田勘彌ナル者團十郎ヲ慫慂シテ右ノ契約ヲ破リ新富座ニ於キテ劇ヲ演ゼシメタリ故ニ千歲座主ハ之レヲ裁判
 官ニ訴ヘ出テ判事クロンフン氏之レヲ判決シテ曰ク破權竝ニ損害ノ性質及ビ起訴ノ權等共ニ主人ト奴僕トノ
 間ニ於ケル場合ト大ニ類似スルモノアレバ此ノ契約ノ場合ニ之レヲ適用スルモ妨グル事ナシ故ニ新富座ハ若干

ノ價金ヲ千歲座ニ拂フベキナリト

ホルランド氏ハ右ノ英國判決例ヲ引用シテ斯ノ如キ權利ハ對世權ニ屬スベキ者トセリ然レ共諸君ハ右ノ判決ヲ
 見テ如何ナル感ヲ惹クヤ果シテ條理ニ適スル者トスルカ苟モ學海ニ遊泳シタル徒ノ判決ナリト思惟セラル、カ
 余ハ斷ジテ曰ハントス右ノ判決ハ英國法官ガ徒ラニ古來ノ慣習ト判決例トノミニ拘泥シ博ク法理ヲ究メズ所謂
 判決録ノ小天地ヲ脱シ難ク其無學無識ナル證據ヲ世界ニ披露シタル者ニシテホルランド氏ノ如キモ半ハ獨逸學
 者ノ口調ヲ擬スルニモ似ズ尙英國判決録ノ空氣中ニ生息シテ知ラズ識ラズ其弊風ニ感染スル者ナリト今其理由
 ヲ左ニ述ベシ

英國ニ行ハル、主人ト奴僕トノ關係ヲ定メタル法律ハ實ニ古代野蠻ノ風俗ニ基キタル者ニシテ今其由來ヲ討
 究スレバ先ヅ其ノ第一ニ位スル者ハ犬ノ所爲ヲ以テ主人ニ其ノ責任ヲ負ハシメタル事ニシテ漸ク進ンデ奴隸
 トナリ又一步ヲ進メテ奴僕トナリタルナリ而シテ斯ノ如ク其事項ヲ定メタルノ理由ハ全ク一時ノ政略ニ出デ
 タルニ過ギズ故ニ今日英國ノ現行法律ハ其主人ト奴隸トノ間ニ於ケル關係ヲ基トシ已ニ人類ヲ禽獸視シタル
 者ニシテ其條理ニ反スルヤ疑フベカラザルナリ然ルヲ況ンヤ之ヲ純乎タル承諾ニ出デシ職業ノ契約ニ適用ス
 ルヤ乃チ此ノ場合ニ於キテ團十郎ハ其業賤ナリト雖モ幼者ニアラズ又婦女子ニアラズ一箇ノ丁年男子ニシ
 テ契約ヲ爲スベキ能力資格ニ於キテ一モ足ラザル所ナシ而シテ此ノ能力アル團十郎ト其同等ノ者ナル千歲座
 主ト完全ナル契約ヲ爲シタルニ於テハ其契約ノ有効ナル固ヨリ論ヲ待タザルナリ故ニ團十郎ト千歲座主トヲ

問ハズ此ノ契約ヲ破ラント欲セバ茲ニ之ヲ破ルハ其任意ニシテ若シ團十郎ヨリ之レヲ破リタル時ハ千歳座主ノ權利ハ團十郎ニ對シ破約ノ損害賠償ヲ求ムルニ過ギザルベシ夫レ此ノ如ク此ノ契約ハ自由ナル人類ノ團十郎ト自由ナル人類ノ千歳座主ト自由ナル契約ニシテ三者ニ對シ毫末ノ關係ナシ甲乙二者ノ間ニ於ケル契約ハ甲乙二者ノ外他人之レヲ破ラントスルモ決シテ之レヲ破ル事能ハザルモノナリ然ルニ其後團十郎ガ新富座主ノ誘惑スル所トナリ同座ニ於キテ演劇シタルハ是レ團十郎ノ過トハ云ヒ乍ラ敢テ千歳座主トノ契約ヲ破リタルニアラザレバ團十郎ヨリ充分ノ償金ヲ新富座ニ出セバ可ナリ新富座豈ニ千歳座ニ對シテ毫末ノ義務アラシヤ然ルニ今英國判官ノ判決ニ由ル時ハ團十郎ハ無能力者ニシテ契約スルノ能力ナキノミナラズ全ク禽獸物品ト其格ヲ均シクシテ宛モ自由ヲ有セザル余ガ飼犬ノ隣人ヲ咬嚙シタルニ當リ隣家ノ主人ヨリ飼主ナル余ニ對シテ損害賠償ヲ爲シタルト異ナルナシ余ハ團十郎ヲ以テ言語不通ノ犬羊ト同視スルハ斷ジテ其非ナルヲ知ルナリ

又尙茲ニ注意スベキアリ主人ト奴僕即チ雇人トノ間及ビ之レヨリ生ズル對世權ハ其ノ本來契約ニ出ズルモノナルガ故ニ右判決ノ場合モ亦只契約ノミヲ以テ論ズベカラザルニ似タリトノ疑アルベシ然レ共余ハ之レニ答ヘテ曰ハン前ニ述ブルガ如ク英國現行法律ニ於キテ主人ト奴僕ノ間ニ定メタル事項ハ實ニ野蠻ノ遺俗ニ出ズル者ニシテ之レヲ學理上ヨリ見レバ取ルニ足ルベキ者ニアラズ今又一步ヲ譲リ英國ノ法律ニ於キテ主人ト奴僕ノ關係ノ論議ハ能ク其道理ニ適合スル者トスルモ右ノ判決ノ場合ニ於キテハ團十郎ト千歳座主トノ間ニ未ダ

實際主人ト奴僕即チ雇人ノ關係ヲ生ジタルニ非ズ單ニ契約ニ止マレリ何トナレバ團十郎已ニ千歳座ノ舞臺ニアリタルモノヲ強迫シテ新富座ニ連レ歸リタルニアラザレバナリ

上來陳ベタルガ如キヲ以テ英國ノ判決例ハ取ルニ足ラズシテ唯無學無識ヲ世界ニ披露スルニ過ギズト言ベキ所以ナリ尙續キテ名譽權ヲ論ゼント欲スレ共閉筵ノ時已ニ來タレバ之ヲ後回ニ讓ラン

第三 名譽權ヲ論ズ

前回マデニ於キテハ對世權中ノ第一第二ヲ講ジ正ニ之レヲ終レリ今ヤ第三ニ轉ジテ之レヲ研究セン而シテ其第三ニ位スル者ハ即チ名譽權是レナリ名譽權トハ果シテ如何ナル者ナルヤ蓋シ他人ノ爲ニ其名譽ヲ毀損セラレザルノ權ヲ云フ然レ共今日茲ニ論ゼントスル者ハ敢テ刑法中ノ讒謗ヲ言フニアラズシテ素ヨリ私法中ノ事ニ關スル者ナレバ唯私訴ノ起ル原因トナルニ過ギザル者ヲ云フナリ夫レ然リ而シテ英國ニ於キテハ一風異ナリタル法律アリ今之レヲ略述セン

凡ソ其ノ書キ物、出版物、圖畫、口頭ヲ論ゼズ苟シクモ其言ノ虚ニシテ且ツ之レヲ構造スルハ惡意ニ出ヅルニアレバ則チ以テ讒毀ト爲ス此ノ讒毀ヲ左ノ二類ニ分ツ

第一 書讒

第二 口讒

第一書讒ト稱スベキ者ハ之レニ要スルノ件三アリ即チ其言ノ虚ナル事讒ヲ構ヘルハ惡意ニ出ズル事及ビ之レヲ公

ニスル事はレナリ

第二口讒是レモ亦要スルノ件アリ即チ書讒ノ三要件ニ附スルニ被讒者ニ於キテ爲ニ損害ヲ惹キ起ス事ノ一事ナリ但シ損害ノ有無ハ書讒ニ在リテハ更ニ關係ナシ故ニ書讒口讒ニハ左ノ五要素アルヲ知ルベシ即チ

第一 其言ノ虚妄ナル事

第二 其言辭ハ誹毀ノ意ヲ含ミ被讒者ノ行爲ヲ卑下スル旨ヲ帯ビ他人ヲシテ侮蔑ノ感ヲ起サシメ或ハ畏懼ノ念ヲ惹カシムル意味ヲ著フル事

茲ニ注意スベキ事アリ蓋シ其讒毀ノ言辭ヲ吐露シ或ハ其意ヲ書スルニ當リテヤ假令ヒ間接ニ讒毀ノ意ヲ含マシメ巧ニ之レヲ讒毀シテ直接ニ其語氣ヲ顯ハサマルモ一般普通ノ鑒識ニ於キテ其讒毀タルヲ認ムルニ足ル者ナレバ則チ以テ讒毀トス

第三 其讒毀ノ公然ナル事

此項ニ於キテモ亦論ズベキ事アリ即チ公然トハ果シテ如何ナル場合ヲ指スカト云フ是レナリ此ノ事ニ關シテハ諸學士種々其說ヲ異ニスト雖モ之レヲ畢竟スルニ被讒者ヨリ他ニ外人ノ居ル場所ニテ之レヲ讒毀スル事アラバ則チ以テ公然トナス蓋シ書讒ニ於キテモ亦異ナル事ナシ故ニ其夫ヲ讒毀シタル書面ヲ其婦ニ贈レバ亦以テ公然ナリトスベキナリ

第四 惡意アル事

英國ノ法律ニ於キテハ已ニ第一第二等ノ元素アレバ總テ又惡意アリテ之レヲ構造シタル者ト認定ス是故ニ若シ其ノ惡意ナキヲ證セント欲セバ其舉證ノ責任ハ被告者ニアリトス

第五 損害アル事

此ノ項ハ獨リ口讒ニ要スルノ元素ナリト雖モ左ニ列叙スル讒毀ハ之レヲ三口讒ト稱シテ例外トナシ此ノ例外ニ於キテハ假令ヒ被讒者ニ損害ヲ來タサマルモ之レガ訴ヲ起スノ權アリトス而シテ其ノ三口讒トハ即チ左ノ如シ

第一 其讒毀ニシテ某ハ犯罪者ナリト云ヒシ時

第二 世間ノ交際ヲ絶タザルベカラザルノ讒毀即チ某ハ或種ノ傳染病ニ罹レリト讒毀シタル時

第三 職業上ニ就キ不品行ナリト讒毀シタル時

茲ニ論ズベキノ一事アリ何ゾヤ即チ他人ノ言ヲ聞キ之レヲ世間ニ流布シタル者是レナリ此ノ場合ニ於キテハ若シ被讒者ニ損害ノアルアラバ之レガ流布者其ノ損害ヲ償ハザル可カラズ之レヲ例セバ則チ新聞記者ノ如シ夫レ新聞記者ハ自己之レガ讒ヲ構ヘタルニ非ズ乃チ世間ノ風説ヲ漏聞シテ之レヲ紙上ニ記載シタルニ過ギザレ共尙其ノ損害ヲ賠償セザルベカラズ英國ノ如キハ新聞屋ニ關シテハ別ニ法規ノ存ズルアリテ若シ其事ヲ訴ヘラレ其賠償ヲ求メラル、ニ當リ記者分疏シテ曰ク某事ハ記載シタルハ正ニ記載シタリト雖モ暫クニシテ其事ノ虚ナルヲ知り直チニ之レヲ正誤シタリト或ハ又原告者ニ向ヒ余ハ足下ヲ惡シ様ニ記載シタリト雖モ直チニ其誤謬ナルヲ知り之レヲ

改メテ他日ノ紙上ニ於キテ正誤シタリ尙足下ノ望所ニ任セ如何ナル新聞紙上ニ於キテモ之レガ正誤ヲ爲サント斯クノ如クセバ新聞記者ハ其賠償ノ責ヲ免ルベシ尙一言スベキアリ即チ讒毀ヲ免ル、場合はレナリ此ノ場合ハ即チ惡意ナクシテ唯自己ノ利益ノ爲ニスル時トス即チ

第一 議會ニ於テ討論ノ場合ニ其語氣誹毀ニ渉ル時

第二 自己ノ利害ニ關シ又ハ通報ノ義務アル時他人ノ惡事ヲ通知スル場合

其例ヲ舉グレバ會社々員ニアリテ其社ノ利害ヲ計リ某人ノ其社ニ用ラル、ノ不利ヲ知ル時ハ其人ノ惡事ヲ社長ニ上申スル場合ノ如シ

以上二個ノ場合ニアリテ其惡意アルヲ證スルノ責任ハ一般ニ原告者ニアリトス已ニ舉證ノ責任原告者ニアリトセバ十中ノ八九ハ決シテ之レヲ證明スル事能ハザル可シ

第四 社會一般ニ共通スル權

社會普通ノ權利ニ種別アリ即チ營業權、公道ヲ通行スル權、他人ニ誣告セラレザル權等はレナリ是等ノ事ハ極メテ必要ナル者ナリト雖モ今此ノ講筵ニ於キテ論ジ盡シ難ケレバ之レヲ他日ニ讓ラン

第五 財產權

此ノ財產權ニ就キテハ論議百端之レヲ分明ナラシメント欲スルハ固ヨリ容易ノ事ニアラズ彼ノ名譽權等ノ如キハ無形ナル者ナリト雖モ財產ハ有形ノ者ナレバ之レヲ論ズルモ亦緻ニシテ密ナラザルベカラズ而シテ財產トハ果シ

テ如何ナル物ヲ謂フヤト問フ者アランニ諸君モ知ルガ如ク敢テ空氣海水等ノ如キヲ云フニ非ズシテ人類ノ所有シ得ルモノヲ云フニ過ギズ夫レ然リ然ラバ則チ財產權トハ果シテ如何ナル者ゾヤ是レ其財產ヲ使用スルノ權ヲ謂フト雖モ寧ロ他人ヲシテ其財產ニ干涉セシメザル權ト謂フベキナリ或獨逸學者謂ヘルアリ財產權ノ貴キハ夫レ唯他人ヲシテ自己ノ財產ニ干涉セシメザルニアルベシ若シ之レヲ使用スルノ權ノミニ限ラバ一人孤立ノ時ニアリテモ亦財產權アルベキヤト其ノ說甚ダ可ナリトス而シテ此ノ財產權ニハ種々大小ノ差アリテ其大ナル者ハ所有權其小ナル者ハ即チ占有權ナリトス今先ヅ其小ナル者即チ占有權ヲ論ジ次ギニ所有權ヲ論ズベキナリ

甲 占有權

夫レ占有權トハ之レヲ一言セバ即チ物ヲ握リ得ル權トモ謂フベキナリ今之レヲ分チテ盜物ヲ占有スルガ如キ者及ビ其物件ニ於キテハ假令ヒ所有權アラザルモ之レヲ借り受ケテ占有スル事トノ二者トス

今其ノ占有權ノ所在ヲ分明ナラシムルニ適例ノアルアレバ之レヲ舉グ乃チ曾テ英國ニ煖室爐ノ掃除人アリテ或ル日或ル家ニ至リ煖室爐ヲ掃除セシニ金剛石ノ指環ヲ得タリ然レ共其眞確ナル金剛石ナルヤ否ヤハ未ダ心中ニ確定スル能ハザルニヨリ其鑒定ニ熟シタル者ニ就キ其眞偽如何ヲ質セシカバ其者之レヲ見テ曰ク之レ眞正ノ金剛石ナリ汝之レヲ何レニ得ルヤト掃除人告グルニ實ヲ以テセシカバ其者之レヲ取りテ復返サズ是ヲ以テ掃除人之レヲ法衙ニ訴ヘタリ此ノ時ニ當リ法衙ニ於キテ被告者ノ答辯ニハ此ノ指環ハ自己ノ所有ニアラザルハ固ヨリナリト雖モ亦彼ノ原告者ノ所有ニモアラズ故ニ自分ニ於キテ之レヲ占有スト此ノ如ク辯ジタリト雖モ裁判官ハ敢テ之レヲ

許サズシテ乃チ指環ハ掃除人ニ歸サレタリ是レ掃除人ニハ先ニ占有シタルノ事實アリテ已ニ占有權ヲ有スレバナリ而シテ占有ニハ左ノ二元素アルヲ要ス

第一 物品ヲ占有シテ他人ヨリ掠奪セラレザルノ力アル事

第二 占有セントスル意志アル事

右ノ二元素合同セザレバ以テ占有ト稱シ難シ之レガ例ヲ舉グレバ今茲ニ天涯ヲ望ミ鴻鴈ノ遙ニ飄ケルヲ見テ之ヲ得ント欲スルノ意頻リニ起ルト雖モ遂ニ之レヲ得ルノ力ナシ之レ意志ノミアリテ其力ナキ場合ニシテ占有ト云フヲ得ズ又路上ニアリテ戯レニ石ヲ拾ヒ忽チ之レヲ放擲スルハ其採拾スル力アレ共占有スルノ意志ナキガ故ニ亦以テ占有ト云フベカラズ是ヲ以テ此ノ二元素相合シテ始メテ占有ノ權ヲ生出スベキナリ

第一 占有ニ要スル力ヲ論ズ

羅馬法ニ於キテハ此ノ力ヲ名ケテ「コルプス」ト云フ蓋シ他ヲ反排スルノ義ナリ然レ共此ノ占有ニ要スルノ力ハ強チ其物ヲ握持スルヲ要セズ之レヲ例セバ兵士ニシテ其携持スル銃砲ヲ交錯佇立セシメ其傍ニ休憩スルアルニ當リテ假令ヒ其兵士銃砲ヲ握持セザルモ亦他ノ之レヲ奪去スルヲ反排スルノ力アルガ故ニ乃チ以テ占有ニ要スベキ力ヲ有スル者ト云フベシ故ニホルランド氏曰ク凡ソ占有ニハ他ヲ制スルノ力アレバ事充分ニシテ敢テ之レヲ握持スルノ力アルヲ要セズト今茲ニ其占有ノ事ニ關シテ數種ノ譬喩アレバ之レヲ左ニ列舉シテ其詳細ナルヲ示サン家内ニ米穀ヲ蓄ヘ置クノ家アリト假定シ此ノ家ノ主人ハ假令ヒ其米穀ヲ把持セザルモ亦占有ノ權アリト云フテ可

ナリ然レ共今住所内地内二百丈ノ下ニ寶玉ノ埋没シアルヲ知りテ此ノ寶玉ハ我が占有ナリト云フモ世人許サマルベシ蓋シ此ノ時ニ於キテハ未ダ之レヲ掘探セザレバ以テ占有ト云フベカラズ又雉子ヲ狙撃シ巧ニ之レの中シテ數間ノ距離ニ落チタルノ雉子アリト雖モ寶玉ノ例ト同ジク未ダ手ニ取ラザレバ占有ト稱スルヲ得ズ又漁獵ニ關シテモ種々ノ判決例アリ今先ヅ其漁獵ノ景狀ヲ舉ゲンニ大川ノ中流ニ於キテ左右漁船ヲ列シ其中央ニ羅網ヲ張り以テ漁ニ從フナリ此ノ時ニアリテ圍中ノ魚屬大小ヲ問ハズ皆漏脱ノ途ナクシテ已ニ其漁夫ノ占有ニ歸シタルガ如シト雖モ未ダ尙占有ノ權ナシト判決セリ其理由何トナレバ魚屬或ハ漏脱スル事ナキヲ保スル能ハザレバナリト是故ニ此ノ時ニ於キテ他ノ漁夫其圍中ニ入り其魚屬ヲ漁スルモ亦云々スル能ハザルナリ又一ノ判決例アリ亞米利加米洲近海ニ於キテ鯨ヲ獵スル事はレナリ其獵方ハ有銘ノ手裏劍ヲ鯨ノ身體ニ抛擲スルノ事ニシテ乃チ其鯨ノ占有ハ第一着ノ抛擲者ニ歸セリ夫レ或ハ前ノ例ト齟齬スルナキカノ疑アレ共此等事實上ノ問題ノ如キニ至リテハ裁判官ノ判決ニアラズシテ専ラ陪審官ノ判決ニ係ル者ナレバ其判決例モ亦此ノ如キ事アルハ已ムヲ得ザルニ出ヅルナリ」茲ニ又一ノ注意スベキ事アリ即チ凡ソ力ハ其之レアル事ヲ現ハスノミニシテ可ナリ敢テ其大小ヲ問ハザルナリ之レヲ例セバ深山幽谷ノ間ニ於キテ金囊ノ遺失シアルニ其金囊ノ左右各々二十間ノ距離ヲ去リ二人ノ人アリテ其人ハ顔色粗暴筋骨強剛ナル盜賊ニシテ一人ハ容姿溫和體格柔軟ナル少年ナリ而シテ其少年走り往キ其金囊ヲ握持シ終レリ此ノ時ニ當リテ若シ其盜賊拾ヒ去ル勿レトノ言モナク默視シタルニ於キテハ其占有權全ク少年ニ歸シテ復動カス能ハザルナリホルム氏之レヲ評シテ少年ニ歸シタル占有ノ堅固ナル事恰モ百千ノ巡查アリテ其少年ノ後

部ヲ警護スルガ如シト以テ其力ノ強弱ヲ問ハザルヲ知ルベシ

第二 占有ニ要スル意志ヲ論ズ

此ノ意思ヲ甲乙丙ノ三類ニ區別ス即チ左ノ如シ

甲 奴婢等ノ主人ノ物品ヲ提携スル場合ノ如キ者ニシテ其占有ノ意志甚ダ尠少ナリ故ニ他人ノ其物品ニ危害ヲ

加フルノ懼アラザレバ敢テ他ノ把持スルヲ咎メザルナリ

乙 借地人、預り人等ノ如キ者ニシテ之レヲ甲ニ比スレバ其意志稍々大ナリト云フベシ

丙 竊盜ノ如キ者ニシテ占有ノ意志之レヨリ大ナル者ナシ即チ竊盜ナル者ハ他人ニ屬スル或種ノ物品ヲ占有ス

レバ其事ヲ掩蔽シテ所有權ヲモ併セ有セント欲スル者ナリ

ホルランド氏ノ所説ニ從ヘバ以上三箇ノ場合ニ於キテ甲ニ位スル者ハ別ニ占有ノ意志ナキ者トシ唯乙丙ノ場合ニ於キテノミ專ラ占有ノ意志アリトセリ

以上甲乙丙三箇ノ中ニ就キ其乙ニ位スル者ニ於キテハ議論百出殆ド其取捨ニ惑フ者ノ如シ即チ先キニ言フガ如ク所有スレバ乃チ占有ストノ言ニ從フ時ハ同物ヲ二人ニテ占有セリト云ハザルベカラザルノ場合アラン土地貸借ノ如キ貸主借主ノ間ニ於キテ其占有何レニ歸スベキヤ又一坪ノ地内ニ兩人足ヲ入レ此ノ地ハ我が占有スル所ナリト爭フ時ハ其占有果シテ何レニ屬スベキヤ其判定容易ノ事ニアラザルベシ蓋シ羅馬法ニ於キテハ借地人ハ敢テ占有スル者ニアラズシテ恰モ奴婢ノ如ク更ニ其占有ノ意志ナキ者トセリ然レ共英國ノ法律ニ於キテハ之ト異ニシテ預

り人借地人ノ如キモ皆占有者トセリ唯預り地主ニ對シテ其權ナキノミニシテ其他ノ者ニ對スル時ハ充分ニ其權ヲ主張シ得ベク故ニ若シ借地ノ内ニ亂入スル者アレバ之レヲ捕ヘテ訴フルハ借地人ノ權ニ屬シ地主敢テ起訴スルニ及バザルナリ

之レヲ概論スレバ羅馬法ハ占有ヲ保護セズシテ英國法ニテハ之レヲ保護スト云フニ過ギズ然レ共羅馬法ニ於キテモ陽ニハ之レヲ保護セザルガ如シト雖モ種々ノ名義ニ依リ陰ニ之レヲ保護スルヲ常トス借羅馬法英國法ヲ問ハズ如何ナル理由ニヨリテ占有ヲ保護スル者ナルヤ次ニ之レヲ講ゼン

占有ヲ保護スル理由

夫レ占有權ノ論タルヤ至難ニシテ諸學者之レヲ評シテ法海中ノ玄海灘ト云ヘリ是故ニ占有ヲ保護スル理由ヲ説クニ當リ或ハ前言ト重複スル事アルヤモ知ルベカラズ諸君之レヲ恕セヨ

抑モ占有ノ理論タルヤ歐洲大陸中左ノ二派ニ分ル

第一 大陸諸邦ノ説

大陸諸邦ノ説中獨逸ノ説最モ其勢ヲ得ル者ナレバ專ラ獨逸ノ説ヲ學ゲン是レ蓋シ羅馬法ヨリ分派シ來タルニ過ギズ而シテ獨逸ノ説又左ノ三種ニ區別ス然レ共今此區別ヲ爲スハ別ニ理由アルニアラズ唯講述ノ便宜ニ因ルノミ

甲 自由説

ブルンスガンスヘーゲルカント等ノ諸學者ハ皆自由説ニシテ今此ノ講筵ニ於キテハ主トシテカントノ説ヲ述ベシ抑モ彼ノカントナル學者ハ佛國ニテ有名ナルルソーノ説ニ心醉スル者ナルニ因リ彼ノ人權布告中ニアル詞即チ人類ハ生レナガラニシテ自由平等ナリトノ説ニ從ヒ之レヲ其法理ノ基礎トシ特ニ其自由ヲ採リテ曰ク凡ソ思想ノ自由ハ貴且重ナルモノニシテ法律ハ其自由ヲ保護シ政府ハ其自由ヲ維持スルヲ以テ其目的トセザルベカラス而シテ占有トハ他ナシ其思想ノ範圍内ニ物品ヲ持來タスニ過ギズ然ラバ則チ自由ニ一物ヲ占有スル者アレバ政府ハ必ズ之ヲ保護セザルベカラズ故ニ獨リ國家ニ於キテ之ヲ奪フノ外又誰レカ之レヲ奪フ事ヲ得ンヤト是レ其第一説ニシテ之レヲ駁スル者ノ説ニ曰ク斷然ト其占有ヲ保護スルハ果シテ何レノ時ヨリ爲スベキヤト今現ニカントノ説ニ從ヘバ占有ニハ必ズ其物品ヲ自己ノ所有ニ爲サント欲スル目的ナカルベカラザルガ如シ然レ共余ヲ以テ之レヲ見レバ所有スルノ目的ハ敢テ占有ニ要セザル所ナルガ如シ

羅馬法ニ於キテモ占有ニハ其所有スルノ目的アルヲ要セシガ是レカントノ説ヲ助補シタル所以ノ一ナリ即チ羅馬法ニ因レバ抑モ占有ト稱スベキ者ハ其意中經時ノ効ヲ得テ其占有シタル物品ヲ所有ニセント欲スルノ目的ナクンバアラズ是故ニ借地人受託人等ハ別ニ占有者ト云ハザルナリ

乙 平等説

ウキントシヤイドイエリノ等ハ皆平等説ニシテ是レ亦ルソーノ説ヨリ生ジ來タル者ナリ即チ甲説ハ自

由平等ノ中ニ就テ其自由ヲ主眼トシ此レハ平等ヲ基礎トシテ其説ヲ構成セリ蓋シ其説ニ曰ク人類ハ平等ナレバ他ヲ害シテ己レヲ利スル能ハズ若シ此ノ事アレバ法律之レヲ罰セザルベカラズ是レ萬世ノ理ニシテ今此ノ理ヲ推シ占有ノ事ニ及スヲ得ベク乃チ一物ヲ占有スル者アラバ他人之レヲ奪フ能ハザルハ論ヲ待タズシテ若シ之レヲ奪フ者アラバ平等ヲ害スルモノトシテ法律之レヲ罰シテ其占有者ヲ保護セザルベカラズトブルンス氏此等ノ説ヲ駁シテ曰ク若シ此ノ平等説ニ從フ者トセバ唯先ニ占有シテ其ノ物件ヲ奪ハレザラン事ヲ防グ者ノミヲ保護シテ抗擊者ヲ顧ミズ防禦者毎ニ利ニシテ抗擊者毎ニ不利ヲ蒙ルノ弊ヲ免ル、能ハズト

丙 此ノ説ハ別ニ名ヲ附スル程ニモアラズシテ唯占有ヲ保護スルハ人身ヲ保護スルニ均シトセリ蓋シ他ノ占有ヲ奪ハント欲セバ必ズ其占有者ノ身體ヲ侵害セザルベカラズ已ニ法律ニ於キテハ身體ヲ侵害スル事ヲ禁ズル者ナレバ又從テ其占有ヲモ保護セザルベカラズト之レニ反對スル者曰ク占有ヲ奪フニハ別ニ腕力ヲ出シテ人身ヲ侵害スルニ及バザル事アルベシ即チ詐僞ヲ構ヘテ之レヲ奪フノ事アラバ是レ人身ヲ侵害セザルナリト

已上ハ獨逸學者ノ説ニシテ以下英國ノ説ヲ述ベシ

第二 英國ノ説

英國ノ説ハ全ク已上ノ諸説ト異ニシテ凡ソ占有ニハ之レヲ所有スルノ意志ヲ要セズ只他人ノ占有ヲ拒ムノ意

志ヲ以テ充分ナリトスルガ故ニ借地人受托者等ノ如キモ之レヲ占有者ト見做シテ保護ヲ與ヘタリ夫レ斯ノ如ク所有ノ意志ハ要セザル者トシタルガ故ニ別ニ難件ノアル事ナシ曾テ獨逸ニ於キテ借地人ヲ保護スルノ條例ヲ發シタル事アリシガ獨逸ノ學者ハ喋々トシテ其非理ナルヲ論ジ道理ヲ曲ゲテ便利ノ奴隸ト爲シタリトセシカ共英國ハ之レヲ見テ却テ得色ヲ顯ハセリ而シテ英國ノ說ハ如何ナル者ヲ基礎トシテ此ノ說ヲ爲セシヤト謂フニ別ニ其理由アルニアラズシテ嘗テ慣手ナル便利主義ニ依リ立論ノ根本トセリ故ニ其判決例ニ於キテモ往々差違アルヲ見ル今二三ノ例ヲ舉グレバ「グリーランド」ニ於キテ鯨ヲ獵スルニ當リ最初ノ手裏劍ヲ擲中シタル者若シ之レヲ逃避セシメバ已ニ其占有ノ權ナシト判決シ之レニ反シテ「カリバート」ニ於キテハ先ノ手段ヲ以テ鯨ヲ獵セバ假令ヒ逃避シタルモ其第一着劍者ハ利益ヲ等分シテ其一ヲ保ツベシトセリ此ノ如ク差アル所以ハ唯便宜ニ從フノミ有名ナル裁判官コンスタールド曾テ言フアリ占有ノ事ハ所有權等ノ如ク一定シタル法律ノ證據ノ存スルアリテ之レヲ證明スルモノニ非ザルガ故ニ若シ便宜ニ從ヒ判決例ヲ設ケテ占有ヲ保護セザレバ終始爭論ノ絶ユルナシ是レ占有權ヲ保護スル所以ナリトホルム氏モ亦便宜ヲ主トシテ沿革法理ヨリ之レヲ論ジ尤モ善美ヲ盡シタリ

此ノ他ハ前回已ニ論ジタル事ニシテ又茲ニ説クハ重複ノ懼アレドモ注意ヲ要スベキノ事アレバ敢テ反説スルヲ厭ハズ蓋シ其説カントスル者ハ占有ノ解剖是レナリ先ヅ之レヲ解剖シテ占有ハ權利ナルカ將タ事實ナルカト謂フニ此ノ事ニ關シテハ獨逸ニ於キテ難論辯駁至ラザル處ナシ之レニ反シテ英國ニ於キテハ恬トシテ敢テ關スルナキガ

如ク其所説ヲ聞ケバ占有ハ即チ占有、權利ハ即チ權利ナリト無味淡白又難論ノ存スルナシ且曰ク事實ト權利トハ併立シテ離ルベカラズ即チ事實アル所權利モ亦存シ權利アル事實モ亦存スト

上來論ズル如クナレバ占有ノ事實トハ果シテ如何ナル者ナルヤヲ研究セザルベカラズ而シテ事實トハ意志ト力量トヲ要スル事是レナリ今先ヅ力量ヲ要スルノ證ヲ舉グレバ世界中ニ唯二人ノ住ム者アリテ且一人ハ牢獄ニ入り他ノ一人ハ其開闢ノ鑰ヲ所持スル事アリト假定セヨ此ノ時ニアリテ青空燕子ノ翩翩トシテ飛行スルアランニ鑰ヲ所持スル者ノ外他ニ人ナキガ故此ノ燕子ハ其占有スル所ナルヤト云フニ是レ決シテ占有ト稱スルヲ得ズ蓋シ之レヲ獲得スルノ力ナケレバナリ又獵者ニシテ銃ヲ擬シ兎ヲ追フ者アランニ此ノ時ニ於キテハ已ニ其占有ニ歸シタルガ如シト雖モ未ダ占有シタリト謂フベカラザルナリ蓋シ未ダ其兎ヲ獲得シタルニアラザレバナリ

其他々人ヲ除去スル意ヲ要スル事ニシテ羅馬ニテハ之レヲ「アニムス、ドミーン」ト稱シ英國ノ說ト羅馬ノ說ノ分ル、處ハ實ニ此ニアリトス即チ英國ニ於キテハ他人ニ干涉セシメザルノ意アレバ以テ足レリト爲シ羅馬ニ於キテハ所有セントスルノ意志ナカルベカラズトセリ茲ニ好例アレバ之レヲ左ニ舉グ

今吳服店アリテ來客其店頭ニ金囊ヲ遺失スルアリ主人未ダ之レヲ覺ラザルニ次ニ來タレル客之レヲ拾ヒ得タリ此ノ時ニアリテ其占有ノ權ハ何レニアルヤト謂フニ吳服店ノ主人ハ未ダ其遺失物アルヲ知ラザルガ故ニ他人ヲシテ之レニ干涉セシメザルノ意ナキハ論ズルマデモナク又從テ之レヲ拾得スルノ力モアル事ナシ此ノ場合ニ於キテハ英國羅馬共ニ其説ヲ異ニスル事ナク占有ハ來客ニ歸スト雖モ若シ主人ノ居間ニ於キテ此ノ如キ事アレバ英國ニ於

キテハ其占有ノ權主人ニアリト爲ス蓋シ其理由トスル處ハ大ハ小ヲ含ムノ道理ヲ推シ乃チ居間ノ大ナル者已ニ其主人ノ所有ニ屬シテ他人ヲ入ラシメザルハ權アレバ其ノ處ニ遺失シタル物ヲ拾ハントシテ來タル者アルモ之レヲ拒絶スルヲ得ベシ故ニ其遺失物占有ノ權モ亦主人ニアリト爲セリ之レニ反シテ羅馬ニ於キテハ假令ヒ其居間ニ遺失シアルモ主人ノ占有ニ歸スル事ナシ其理由トスル處ハ主人未ダ其遺失シアル事ヲ知ラザルガ故ニ之レヲ所有ニセント欲スルノ意モ亦從テアル事ナケレバナリ已ニ其意ナケレバ以テ占有ノ權アリト云フヲ得ズト然レ共余ハ英國ノ說ヲ以テ其理ニ適スル者ト爲サマルヲ得ズ尙一例アリ海岸ニ居ヲ占ムル者アランニ潮流木材ヲ送り來タリテ其所有地内ニ入レタリ此ノ時傍看スル者アリテ意ラク今木材某ノ地内ニ流入セリ夫ノ木材ハ果シテ誰レノ所有ナルカ未ダ知レザレバ己レ往キテ之レヲ占有セント走リテ其門ニ到ルモ其地ノ所有主ハ其闖入ヲ防禦スルノ權アレバ其人ヲ拒絶シテ敢テ其木材ヲ拾フ事ヲ許サマルヲ得ベシ是レ蓋シ大ハ小ヲ含ムノ理ヲ推シテ其木材モ土地所有者ノ占有ニ歸スベキノ道理ナレバナリ

上來述べタルガ如ク英國ノ說ハ所有ノ意志ナキモ占有ノ權アリトセリ然レ共茲ニ一ノ矛盾スル事ナキ能ハズ即チ奴婢ノ主人ノ器具ニ就テ占有ノ權ナシトスル事はレナリ是レ蓋シ奴婢ハ別ニ其器具ヲ所有トスルノ意志ナキガ故ナルベシ羅馬派ノ學者ハ此ノ點ニ乘ジ英國ノ說ヲ論難シテ曰ク見ルベシ奴婢等ニ占有ノ權ナシトスルハ之レ其所有ノ意志ナケレバナリ故ニ占有ニハ必ズ所有ノ意志ヲ要スルヤ疑フベカラザルナリトホルム氏沿革法理ニ因リテ之レヲ辯ジテ曰ク凡ソ主人ト奴婢トノ制度ハ奴隸ノ制度ヨリ轉化シ來タル者ニシテ抑モ奴隸ノ制度ハ之レヲ第十

一章ニ論ジタルガ如ク其第一ハ物品ニシテ次ニ犬トナリ尙進ンデ奴隸トナリタル者ナレバ英國人ノ奴婢ヲ見ルヤ恰モ其手足ト異ナラザルノ感ヲ爲シ敢テ他人ヲ以テ之レヲ目サマルナリ故ニ自己ノ手足同様ノ者ニ物品ヲ預クルヤ或ハ預ケザルヤ或ハ占有ノ權アルヤ否ラザルヤ等ヲ論ズルニ及バザルナリ故ニ若シ其主人奴婢某ニ對シ汝ニ之レヲ預クルナリト明言シタルアラバ此ノ時ニアリテコソ奴婢ニ占有ノ權アルベシ如何トナレバ此ノ時ニハ奴婢ノ資格ヲ變ジテ某ノ資格トナレバナリト以テ英國奴婢ノ制度ヲ保護シテ羅馬學派ノ說ニ抗シタリ

尙二三ノ注意スベキ場合アリ即チ之レヲ左ニ學ゲン

第一 事實アレバ乃チ權利アル者ニシテ事實トハ他人ヲ排除スル力アルヲ云フニ過ギズ而シテ英國ニ於キテハ其力ノ強弱ヲ問ハズ唯其力アルノ證據アレバ以テ足レリトス故ニ之レヲ極言スレバ唯其占有ノ意志ヲ表示シテ可ナルガ如シ此ノ如クスレバ力量ト意志ト相密着シテ殆ド其差違ヲ見ルナキガ如クナレ共其意志ト力量ト判然相分ル、場合ハ即チ其物ノ占有ヲ爭フ時ニ於テス此ノ時ニアリテハ單ニ力量ノ強弱ニ依ラザルベカラザルナリ

第二 羅馬法ニ於キテハ受託人借地人等ヲ保護スルニ對人權ヲ有スル者トシテ之レヲ保護シ敢テ對世權ヲ有スル者トシテ物件上ヨリ其保護ヲ與ヘタルニアラズ然レ共若シ所有ノ意志アリテ占有シタル時ハ對世權ヲ有スル者トシテ完全ノ保護ヲ與ヘタリ

第三 權利ノ占有ハ之レヲ爲シ得ベキヤ否ヤノ事ニシテ此ノ事タル權利ト事實トノ區別ヨリ原因シ來タレル論ナ

リ然レ共此等ノ事ニハ別ニ占有ナカルベシ唯類似占有トモ稱スベキナリ
 注意スベキハ以上三件ニシテ其終リニ臨ミ尙一言スベキハ占有權ノ得喪破壞等ノ事ナリ即チ占有權ノ發生ハ其事
 實アレバ茲ニ生ジ喪權ハ其權ヲ捨ツレバ茲ニ之レヲ失フベシ然レ共其喪權ノ事ニ就テハ定度ヲ要スル者ニシテ假
 令ヒ其占有物ヲ捨ツルモ又之レヲ得ントスル思想ヲ起シ得ルノ能力アル限りハ未ダ全ク之レヲ捨テタリト云フベ
 カラズ次ニ其破權ノ事ハ其占有物ヲ奪掠スレバ是レ其權ヲ破レルナリ
 以上論述シタルハ占有權ノ事ニシテ本日ハ之レヲ限リトシ次回ニ於キテハ所有權ノ事ヲ研究スベシ

第五 財產權

乙 所有權ヲ論ズ

前回ニ至ルマデハ占有權ノ事ニ關シテ講述シタリシガ本日ハ所有權ニ移リテ講述スル所アラントス然レ共所有權
 ハ之レヲ詳説スレバ夥多ノ時日ヲ費スヲ以テ今唯其綱目ヲ示スニ過ギザルベシ借所有權トハ果シテ如何ナル者ナ
 ルカ先ヅ其定義ヲ定メンニ此ノ定義ニ就テハ獨逸、佛蘭西、英吉利共ニ皆同一ナリ即チ物件ニ對スル全權ナレ共
 公法ノ爲ニ多少制限セラル、ヲ免レザル者トス佛民法第五百四十四條ニ曰ク財產所有ノ權トハ法律及ビ財規則ニ
 因リテ禁止スル用方ヲ爲スノ外隨意ノ方法ニ從ヒ其財產ノ益ヲ得及ビ財產ヲ取扱フノ權ヲ云フト然レ共唯財產ニ
 對スル全權トノミニテハ其定義充分ナラズオースチン氏曰ク所有權トハ一定シタル品物ニ對シテ永遠不朽ニ之レ
 ヲ處分シ之レヲ使用スルノ權利ナリト是レ則チ所有權ノ定義ナリ

右ノ如ク先ヅ其定義ヲ一定シタル後ハ此ノ所有權中ニハ如何ナル權利ヲ抱轄スルヤ言フ換ヘテ之レヲ言ヘバ所有
 權ト稱スル量辨ノ内ニハ幾種ノ權利ヲ混合スルヤヲ研究セザル可ラズ即チ其抱轄スル處ノ者ハ左ノ諸權利トス

第一 占有權

此ノ權利ハ其ノ物件ヲ所有スル者之レヲ拋棄シタリト明言セザル限りハ存スル者ニシテ所有權ト其終始ヲ同
 シクス

第二 使用權

此ノ權利ノ中ニハ又附屬スル權利アリ即チ收實權是レナリ

第三 處分權

此ノ權利中ニハ即チ物品ヲ讓與變造破壞シ得ベキ權利ノ附屬スル者ニシテ唯其讓與ノ事ハ法律ニ因リテ制限
 セラル、事アルベク又破壞ノ事ニ於キテモ物品中ニハ破壞シ得ベカラザルモノモアルベキナリ
 以上三箇ノ權利ハ所有權中ニ含蓄スル者ニシテ茲ニ至リ研究スベキハ所有シ得ベキ者トハ如何ナル者ヲ云フカト
 ノ事ナリ而シテ其所有スベキ者トハ有形物ニ限ルト雖モ今日ノ不完全ナル社會ニアリテハ法律ニ庇護シテ無形ノ
 品物ヲモ設ケ權利義務ノ如キモ之レヲ物件ノ中ニ加フルノ事アリ之ヲ例セバ即チ商標、版權、專賣權等ヲ所有ス
 ルガ如シ佛國有名ノ辯士ミラボ¹氏曾テ曰ク無形ノ財產ハ法律ノ庇護ヲ以テ得有セラルベシ故ニ所有權ハ有形物
 無形物ヲ問ハザルナリト以下先ヅ有形ノ物件ヨリ論ゼン

第一 有形物

有形物ヲ區分スレバ即チ左ノ如シ

- 第一 動産、不動産
- 第二 主タル物件、附屬ノ物件
- 第三 消費スベキ物件、消費スベカラザル物件
- 第四 單純ナル物件、複雑ナル物件
- 第五 代表物、不代表物
- 第六 賣買スベキ物件、賣買スベカラザル物件

以上六ケノ物件ニ區別スレ共此ノ事ハ嘗テ論ジタル事アレバ別ニ論ゼザルベシ

第二 無形物

無形物ハ權利義務等ノ如キ者ニシテ之レヲ一箇ノ財産トスルモノヲ云フ今序ヲ逐ヒ之レヲ論ズ可シ

第一 商標

英國ニ於キテハ其商法ニ云フアリ曰ク凡ソ商標トハ自己ノ賣品ガ世間ニ博ク知ラル、ガ爲ニ用フル記號ヲ云フト而シテ今如何ナル者ハ其商標トナルヤト云フニ自己ノ姓名、文字、圖畫等ヲ論ゼズト雖モ其目的トスル處ハ世人ヲ欺罔セザルニアルガ故ニ唯其商標ノ紛ハシカラザルヲ以テ其ノ原則トス假令ヘバ同

ジ舞鶴ヲ以テ商標トスルモ其形體ノ大小ヲ異ニスルカ又ハ其趣キヲ異ニシテ何人ノ見ル所ニ由ルモ判然相違スル事アレバ原則ノ咎ムル所ニアラザルベシ之レニ反シテ異類ノモノヲ商標トシ即チ一ハ猫ヲ商標ト爲シ一ハ虎ヲ以テ商標トスルモ其形ヲ一ニシ其趣キヲ同ジクスレバ原則ニ於テ許サマルベシ又人ノ姓名ノ如キハ充分ナル商標トナル事能ハザルノ場合アリ蓋シ自己ノ姓名ヲ用フルハ人類固有ノ權ナレバ敢テ之レヲ禁ズル事能ハザルベク又他人ノ權利ヲ破ル事ナカルベシ曾テ日本ニ於テ實見スル所ナルガ彼ノ有名ナル守田治兵衛君ハ寶丹ヲ發賣シ守田ノ寶丹ト稱シテ世ニ名高キ靈藥ナルハ人ノ知ル所ナレ共池ノ端ニモ亦守田ナル者アリテ寶丹ヲ發賣シテ守田ノ寶丹ト云ヘリ眞ノ守田君ハ爲ニ多少ノ損害ヲ被リ他人ノ製造ニ係レル寶丹ヲ自己ノ寶丹ト世上ニ誤マラル、ハ遺憾ノ事ナリシ事ナランナレ共相手ノ人モ亦守田ナレバ之レヲ如何共スル事能ハズ已ムヲ得ズシテ他ニ特種ナル商標ヲ用ヒザルニ至レリ此ノ商標權ヲ所有スル者ハ又之ヲ用フルノ權アル者ニシテ他人之ヲ冒用セバ法廷ニ訴ヘテ禁制ヲ請フヲ得ベシ唯ダ之ガ爲メ損害ヲ被ムル事アルモ英國法ニ於キテハ之レガ賠償ヲ求ムルノ權ナシ然レ共其事詐欺ニ出デタル時ハ其損害ヲ賠償セシムルヲ得ベシ此ノ權利ハ讓與スルヲ得ベシト雖モ若シ其ノ製造ニシテ特別ノ技能ヲ要スルカ或ハ其ノ熟練ヲ要スルモノナル時ハ之ガ讓與ヲ爲ス事ヲ得ズ

第二 專賣免許

此ノ權利ハ新規製造者或ハ發明者ニ一定ノ年限間與フルノ特許ナリ而シテ此ノ特許ヲ得ルニ左ニ記スル要件ヲ備ヘザルベカラズ

第一 製造物ナル事

第二 其物品ノ新規ナル事

第三 其製造者ハ其發明者ナル事

第四 公衆ニ利益トナルベキ物ナル事

以上四箇ノ要件アルヲ要スト雖モ實際其ノ有無ヲ判ズルハ至リテ困難ナリトス其故如何トナレバ他人ノ製造物ニ多少ノ變形ヲ加ヘ以テ新規ナル者ナリト云フ者アルモ容易ニ判別シ難ケレバナリ

第三 版權

自己ノ著述シタルモノヲ印刷シテ之ヲ世間ニ擴布シ得ルノ權是レナリ而シテ佛國千八百五十七年ノ條例ニ依リ此ノ版權モ亦財產ノ一部ニ加ヘタリ

右ノ外無形財產中ニハ特許ヲ加入ス今一二ノ例ヲ舉ゲンバンレヒトト稱シテ獨逸ノ或ル地方ニ於キテハ某ノ所有ニ屬スル曰ニアラザレバ決シテ穀類ヲ搗ク事能ハザル事ヲ定メ又ミューレンツワント稱シテ總テ粉類ハ某家ノ賣買品ト定ムルガ如シ此レ等モ亦無形ノ財產ニシテ猶羅馬法ニ於キテ人ノ資產金額ヲ計算シ之レヲウニエルシテト稱シ權利義務ノ證書類等マデ之レニ合算シタルガ如シ以下所有權ヲ得ル

ノ方法ヲ説カン

所有權ヲ得ルニ二方法アリ之ヲ元得、轉得ト云フ今元得ヨリ論ゼンニ此ノ元得ニモ亦二類アリテ第一占有ノ行爲ト隨伴スル者第二占有ノ行爲ト隨伴セザル者是レナリ先ヅ其行爲ト隨伴スル者ヨリ論ズベシ

第一 占有ノ行爲ト隨伴スル者

甲 他人ノ物品ヲ押領シテ其所有ト爲ス事

此ノ事タルヤ不正ハ即チ不正ナリト雖モ現ニ敵軍ヨリ獲收シタル物ノ如キハ之ヲ所有トスルヲ得ベキナリ

乙 原語「スベシヒカシオー」ト稱シ他人ノ物品ヲ改造シテ自己ノ所有トスル事

例セバ他人ニ屬スル金塊ニモアレ或ハ銀塊ニモアレ之レヲ得テ彫刻ヲ加ヘ或ハ他物ニ改造シテ之レヲ自己ノ所有物ト爲スガ如シ此時ニアリテ其原品所有者ハ彫刻師ニ對シ其賠償ヲ求ムルノ權ヲ有スルノミニシテ彫刻師ニアリテハ之ニ反シ對世權ヲ得ルニ至ル可キナリ然レ共茲ニ注意スベキハ其彫刻等總テ裝飾ヲ加ヒシ事ノ非常ニ巧緻ニシテ金銀塊ノ價值ト其彫刻ノ價值トヲ比較シ却テ彫刻ニ價值アルヲ要ス若シ然ラズシテ彫刻至リテ素描ニシテ原品ノ價值ヨリ劣リタル時ハ自己ノ所有トスルヲ得ザルナリ

丙 原語「フラックツム」「ベルセブシオー」ト稱シ他人ノ所有ニ屬スル物品ヨリ利益ヲ得ル事是レナリ之レヲ例セバ土地ヲ借りテ其收穫ヲ得ルガ如シ

丁 期滿得免ニ依リ他人ノ所有物ヲ自己ノ所有トスル事ナリ

茲ニ一ノ注意スベキ事アリ即チ期滿得免ヲ得ントスルニハ一定ノ期間間繼續シテ其ノ物品ヲ占有セザル可
 ラズ且又此ノ期滿得免ノ事タルヤ英國ニ於キテハ絶テナキ所ニシテ唯英國ニテハ訴訟期限ノ經過シタル爲
 訴訟權ノ消滅スル事アルノミ倍訴訟期限ト期滿得免トノ差違ハ如何ナル者ナルカ即チ期滿得免ニアリテハ
 原權ニ屬シ訴訟期限ニアリテハ救濟權ニ屬シ且期滿得免ニテ得タル者ハ全ク自己ノ所有ニ屬シ訴訟期限經
 過ノ爲ニ得タル者ハ未ダ全ク自己ノ所有ニ屬シタリト云フベカラズ近ク例ヲ舉グレバ茲ニ甲ナル者アリテ
 乙ニ金百圓ヲ貸與シ又乙ヨリ五十圓ノ預リ金アリトセンニ若シ其貸金百圓ハ訴訟期限經過シタルガ爲之レ
 ガ取戻シノ途絶エタル事アラバ其ノ預リ金五十圓ハ之レヲ引キ留メテ差引スルヲ得ベシ此事タルヤ當金圓
 ヲ預リシ場合ノミニ限ラズ物品ヲ預リシ時ニ於テモ亦其ノ差引ヲ爲スヲ得ベシ且ツヤ訴訟期限ノ法ニアリ
 テハ三四回ニ金圓ヲ貸與シタル場合ニハ先ヅ其ノ舊キモノヲ訴ヘ置キ日限ノ未ダ迫ラザル者ハ後ニ訴訟ヲ
 起スノ便益モアルベシナレ共期滿得免ニ就キテハ決シテ此等ノ事ナキナリ

以上四箇ノ場合ニハ是レ占有ノ意志ト隨伴シテ其所有權ヲ得ル者トス而シテ其占有ノ意志ト隨伴セズシテ其ノ權
 ヲ得ル者モ亦三類ニ分ツベシ

第二 占有ノ意志ト隨伴セズシテ所有權ヲ得ル者

甲 不動産ノ不動産ニ附屬シテ其所得トナル事

之レヲ例セバ海岸ノ地ヲ所有シタルニ海水砂礫ヲ寄セテ若干ノ砂原ヲ造出シ或ハ所有ノ湖沼等ニ島地ノ現
 出スル事アレバ亦其所有ニ歸スルモノ等ノ如シ

乙 不動産ニ附屬シタル動産ヲ得ル事

之レヲ例セバ土地ヲ購ヒ求メ其土地ニ生茂セル草木ヲモ併セテ所有トスルガ如シ

丙 動産ノ動産ニ附屬シテ其所得トナル事

之レヲ例セバ羽織ヲ購ヒテ紐ヲモ併セ得ルガ如シ其他共通ノ財産ヲ生ズル事アリ即チ兩人ノ米穀ヲ混和シ
 タル時ノ如シ

以上列舉シタルモノハ其第一第二ノ間ハズ皆元得ニシテ以下轉得ノ事ヲ論ゼン夫レ轉得トハ生前ノ讓與死後ノ相
 續等ノ事ニシテ又賣買ニ依リテ其權ヲ轉ズル事アリ然レ共此ノ賣買ノ事ニ關シテハ英佛兩國ノ法律ニ於キテ各差
 アリ即チ佛國ニ於キテハ賣買ハ契約ニシテ英國ニ於キテハ取引ヲ云フ今其詳細ヲ示サン

然レ共英佛兩國ノ賣買法ヲ論ズルニ先チテ羅馬ノ賣買法ヲ一言セザル可ラズ是レ蓋シ佛國賣買法ハ羅馬法ヨリ轉
 化シ來タレバナリ而シテ所謂羅馬法ノ賣買タルヤ當賣主ニ賣物引渡シノ義務ヲ生ジ買主ニ代價拂渡シノ義務ヲ生
 ズルノミ言ヲ換ヘテ之レヲ言ヘバ賣主ハ買主ニ向テ代價ヲ請求スベキ權利ヲ得テ買主ハ賣主ニ向テ物件ヲ請求ス
 ルノ權利ヲ得ルニ過ギズ而シテ其物件ノ所有權ハ賣買雙方間何レニアルヤト云フニ即チ其代價ト交換シテ物件ヲ
 買主ニ引渡シスルニ至ルマデハ依然トシテ其權賣主ニ存スル者トス是ヲ以テ羅馬法ノ所謂賣買トハ他日買主ヨリ

代價ヲ拂渡シ賣主ヨリ物件ヲ引渡サントノ合意ニシテ其間ニ生出スル權利ハ對人權ナリトニ夫レ斯ノ如ク他日ヲ期シテ雙方兩間ニ對人權ヲ生出スル合意ハ之レヲ畢竟スルニ契約ニ過ギザルヲ以テ羅馬法ノ賣買ハ賣買ト謂ハンヨリ寧ロ賣買契約ト謂フベキナリ

其源ヲ羅馬法ニ汲ミテ設ケタル佛國賣買法モ亦賣買契約ト謂ハザルヲ得ズ乃チ佛國民法第五百八十二條ニ曰ク賣買トハ一方ニ物件引渡シノ義務一方ニ其代價拂渡シノ義務ヲ生ズル所ノ合意ナリト是レニ由テ之レヲ見レバ賣買ハ雙方間ニ物件ト代價ヲ交換セントノ合意ニ過ギズシテ此ノ合意ハ即チ羅馬法ト同ジク賣主ニ物件引渡シノ義務及ビ代價ヲ請求スルノ權利ヲ生ジ買主ニ代價拂渡シノ義務及ビ物件請求ノ權利ヲ生ズル者トス是レ即チ事ヲ他日ニ期スル所ノ契約ニシテ羅馬賣買法ト別ニ撰ブ所ナキナリ

此ク論ジ去レバ羅馬法ト佛國法ト絶テ異ナルナキガ如シト雖モ其際又小差ナキ能ハズ即チ羅馬法ノ賣買ヲ斯ノ如ク定メタル所以ハ羅馬國ニ於テテュスチニアン帝ヨリ以前ノ昔日ニ在リテハ羅馬固有法ト萬國普通法トノ二法アリテ固有法ハ即チ羅馬都人ノ奉ズル所普通法ハ即チ外人ノ戴ク所タリ而シテ固有法ニ於テ保護スル諸權利ハ外人之レヲ享クルヲ得ズシテ却テ普通法ニ於テ科スル義務ハ都人之レヲ負フヲ厭フノ傾向アリタリ此ノ年代ニ在テ内外人ヲ問ハズ完全ノ所有權ヲ得ント欲セバ必ズヤ固有法ノ有式口約ニ據ラザルベカラズ是ニ於テカ外人ニ在リテハ到底羅馬國ニ於テ所有權ヲ得ルノ術ナシ故ニ法官萬考千慮外人ノ益ヲ謀ルモ總テ其道ヲ得ル能ハズ是ニ於テカ一ノ法則ヲ設ケ外人ヲシテ名ヲ占有權ノ移轉ニ籍リ以テ所有藉ノ授受ニ同一ナル實益ヲ受ケシメタリ是レ則チ今

日ノ羅馬賣買法ナリ

佛國賣買法ハ之ト少シク異ニシテ羅馬法ノ如ク敢テ占有權ノ授受ニアラズ乃チ其然ラザル證憑ハ民法第五百九十九條ニ曰ク他人ノ所有物ノ賣買ハ無効ナリト由テ以テ賣買ノ目的ハ正ニ所有權ノ授受ニアルヲ見ルベシ是レ蓋シ羅馬法ト異ナル所ナリ然レ共其實佛國ニ於キテモ占有權ニ重大ナル効力ヲ付シテ殆ド所有權ト相撰ブ事ナカラシメタリ

之レヲ畢竟スルニ羅馬法ト云ヒ佛國賣買法ト云ヒ正確ナル法理ヨリ論ジ來タレバ其非難スベキ所少シトセズ即チ凡ソ物件ノ所有者ハ其所有スル物件ニ増益スル所アレバ則チ其利益ヲ得減損スル所アレバ則チ其損失ヲ負擔スベキハ古今普通ノ法理ニシテ又勳カスベカラズ然ルニ羅馬佛國等ノ賣買法ニヨレバ已ニ賣買契約ヲ爲スモ其物件ノ所有權ハ尙ホ賣主ニアリト爲シ而シテ其物件ニ關シ生出シタル損失利益一ニ買主ニ歸セリ之レヲ例セバ甲ナル者乙ヨリ馬ヲ買ヒ受クベキノ約ヲナシ未ダ引渡シ濟マザルニ乙ノ家祝融ノ難ニ罹リ其馬ヲ併セテ燒死セシメタリ此ノ場合ニ於テハ買主甲ニ於テ其約束通りノ代金ヲ拂ハザルベカラズ之レ實ニ思議スベカラザルノ事ニシテ豈此ノ如キ法理アラシヤ是レ則チ物件所有主ニ其利益損失ヲ併セ與フベキノ法理ニ反背スルノ法律ト云ハザルベカラズ

英國ノ賣買法ハ之レト異ナリ英國法ニテハ凡ソ賣買トハ通貨ニテ佛フベキ代價ニ易フルニ動産ノ所有權讓渡シテ以テスル者ニシテ其賣買ト物件ト代價ニ付賣買主雙方ノ意相投ズル時直チニ成立スル者トス故ニ物權ノ引渡シ又

ハ代價ノ拂渡シヲ待タズシテ所有權直ニ移轉シ當ニ賣買主雙方間ノミナラズシテ世上萬人ニ對シテ其効果アルベキ對世權ナリトス

故ニ賣買ハ對世權ヲ生ズル者ニシテ之レヲ對人權ト云フヲ得ザルナリ以下所有權ノ得喪讓與ノ事ヲ説カン夫レ所有權ヲ得有スルノ事實ヲ一言セバ此事實中二種ニ區別セザルヲ得ズ即チ自己ノ發意ニ成ルト否ラザルト是レナリ其發意ニ成ル者ハ讓與贈遺等ニシテ其否ラザル者ハ身代限結婚等トス是等ノ事ハ即チ得權ノ事實ニシテ喪權ノ事實ハ一般ニ死去ヨリスル者ナレ共又一箇人ノ資格ヲ失フ時即チ法律ノ禁ズル所トナリテ禁治產ヲ受クルノ時ニ於テモ其權ヲ失フベシ而シテ凡テ所有ノ方法ニハ種々アリテ或ハ共有スルアリ又之レヲ法律上ノ所有權衡法上ノ所有等ニ區別ス然レ共已ニ英國ニ於キテハ衡平法ト普通法トノ區別ヲ廢止シタレバ今日ニ至リテハ衡平法上ノ所有トハ稱スル能ハザルナリ又羅馬ニ於キテボニタリアン派キリタリアン派ノ所有等ト稱スル者アリシガ如キモ亦同一理ナリ

其品物ハ他人ノ手ニアルモ其所有權ハ尙自己ニ存スル事アリ此等ノ權ヲ指シテ原語ジュラ、イン、アリヤナト稱ス又其所有權ノ一部分即チ占有權使用權等ヲ他人ニ讓リ殘ル權利ヲ稱シテ原語ニイダープロブリタースト云フ此等ノ權ニハ種々區別アリテ其尤モ著大ナル者ハ土地ノ義務質入等トス是レ等ハ其占有ノ權總テ他人ニ屬スル者ニシテ其他々人ノ土地ヲ永遠ニ所有スル事アリ然レ共此時ニアリテハ其地代ヲ拂ハザルベカラズ尙又他人ノ所有地ニ家屋ヲ建築スル事等アリ然レ共此等ハ總テ羅馬法ニ係ル者ニシテ之レヲ講ズルモ大ナル裨益アラザレバ

其中ニ就キ必要ノ者ヲ撰ビ之レヲ講ゼン蓋シ土地ノ義務ハ必要ナル者ナレバ之レヲ詳述スベシ

夫レ土地ノ義務トハ其原語セルビチユードト稱ス其譯或ハ妥當ヲ失フ者ノ如シ何トナレバセルビチユードナル語中ニハ土地ノ義務ヲ含ムノミナラズ其權利ヲモ含包スル者ナレバナリ故ニ以下土地ノ義務ト云フ處ニハセルビチユードナル原語ヲ用フベシ

セルビチユードノ簡單ナル解釋ハ所有物件ニ就キ他人ノ爲ニ多少ノ制限ヲ受クル事是ナリ之ヲ例セバ隣家ニ接近スル土地ハ之ヲ深く堀ル事能ハズ蓋シ其隣家ノ崩壞ニ至ルノ懼アレバ是レ即チセルビチユードニシテ其起原ハ自然ヨリ漸ク轉ジ來リテ人定ノ事ニマデ推及シタル者ナリ而シテ此ノセルビチユードハ其性質對世權ニ屬スベキカ將對人權ニ屬スベキカ蓋シ對世權ト云ハザルヲ得ズ何トナレバ今茲ニ一ノ土地ヲ有シ兼テセルビチユードヲ持ツ者アランニ其義務ハ何人ガ隣家ニ轉ジ來タルモ敢テ消滅スル事ナシ又其權利ヲ有スル者ニ於テ何人ニ對スルモ其權ヲ執行スルヲ得レバナリ然ラバ則チ此ノ權利義務ハ對世權ナル事疑フ可カラズ恰モ其權利義務ノ屬スル所ハ人ニアラズ却テ土地ニ有ルニ似タリ

上來論ズルガ如クナレバ專ラ對世權ナルガ如シト雖モ亦對人權ナル事モアリ此レハ別ニ土地ノ所有ニハ關係セズシテ其權利ヲ有スル時ニ於テス即チ羅馬ノ或ル地方ニ於キテ年々他村ニ往キ競馬ヲ爲スノ權アリ此場合ニハ即チ對人權ナルベシ原語ニテハ之ヲヘルソネールセルビチユードト稱ス

論ジテ此ニ至リテハ先ヅ物上ノセルビチユードト人ニ屬スルセルビチユードトヲ區別セザルベカラズ而シテ今物

上ノセルビチユードヲ論ゼン

物上ノセルビチユードニ關シテハ佛國民法第六百三十七條ニ曰クセルビチユードトハ他人ノ所有ニ屬スル不動産ノ使用及便利ノ爲他ノ不動産ニ屬スル義務ヲ云フト

英國ニテハ之レヲ左ノ二種ニ區別ス

第一 プロフィット、ア、ブランドル

他人ニ屬スル土地ヨリ或種ノ物件ヲ採取スル權之ヲ例セバ他ノ所有地ニアル鑛山ヨリ其鑛石ヲ採掘スルガ如シ

第二 ユーズメント

此部ニ屬スル權利ハ他人ノ所有地内ヲ通行シ得ルノ權飲水ヲ使用スルノ權他人ノ爲ニ窓明ヲ妨害セラレザルノ權及ビ空氣ノ通流ヲ障害セラレザルノ權是レナリ

此ノユーズメントノ生ズルハ何レヨリスルヤト云フニ英法ニ於キテハ最早今日ニ至ルマデ事實ノ明瞭ナル者ニアラザレバ之レガ權利ヲ許ス事ナシ又些細ノ事ニハ之レヲ許サマルナリ即チ隣家ノ樹木等ノ爲ニ其眺望ノ景色ヲ妨ゲラル、者アリト雖モ之ガ爲其隣家ニ對シテ樹木ヲ伐採セシムルノ權アルナシ然レ共特約アル時ハ敢テ然ラズ故ニ此ノ時ニアリテハ對世權ヲ生ゼザルナリ此ノ如ク景色ノ眺望等ニハ敢テ其權利ヲ許サマル理由ハ景色ヲ眺望スルガ如キ偏ニ快樂上ヨリ生ズル者ナレバナリ羅馬法ニ於キテハ其景色ノ如キモ皆セルビチユードノ部ニ加ヘタ

物上ノセルビチユードヲ生ズルハ他ノ許可ヲ受クルカ或ハ贈遺及ビ期滿免除等ヨリスル者ニシテ其ノ之レヲ失フハ其權利ヲ拋棄シ或ハ其隣地ヲ購買スル時ニ於テス蓋シ此等ノ事ハ法理上ニ於キテハ以上講述セシ者ニ過ギズト雖モ經濟上ニ於キテハ重大ノ議論アル事ナラム

獨逸國ニ於キテセルビチユードニ類似シタル者アリ獨逸語ニテ之ヲレアラステント稱シ此事能クセルビチドニ類似スル者ニシテ唯其異ナル所ハセルビチユードニアリテハ此ノ如キハ爲ス可カラズト云フ事ニアリテレアラステンニアリテハ斯ノ如キヲ爲スベシト云フニアリ之レヲ例セバ門前一流ノ小河アリ上流ニ位スル家ニテ其流ヲ浚ハザレバ下流ニ位スル家ニ多少ノ妨害アリ然ル時ハ上流ノ家其河ヲ浚フノ義務アリ之レヲレアラステント稱ス終リニ臨ミ一言ス可キハ免許特許ノ事ナリ此等ニ由リテ得タル權利ハ別ニ財產權ノ一種ヲ生ズル者ニアラズシテ之ヲ失フモ財產ニ關係ナク之ヲ得ルモ財產ニ益ナシ今一例ヲ舉グレバ英國ノ私立堀割會社ニテ某甲ニ對シ其堀割ニ船舶ヲ入ルベキ特許ヲ與ヘタリ然ルニ乙某ナル者アリテ亦其堀割ニ船舶ヲ入レタリ此時ニ當リ堀割會社ニテ乙某ヲ相手取り起訴スルハ充分ノ權利ナルベキモ直チニ某甲ヨリ其訴ヲ起スノ權利ナカルベシ是レ蓋シ特許ハ財產權ヲ生ゼザレバナリ

抵當トハ原語ヲプレツジト云ヒテ此ハ單一ノ目的ヲ以テ人ニ與ヘタル財產トハ逕庭アリ即チ此抵當ハ對人權ヲ確實鞏固ナラシムル爲ニ債主ニ與フル者ニシテ債主ニアリテハ對世權ヲ生ズル者トス然レ共唯其執行ヲ得ルハ賣買

ニ因ラザルベカラズ之レヲ詳言スレバ金員ノ貸借ハ對人權ヲ生ジ之レヲ確固ナラシムル爲ニ債主ニ對世權ヲ與フル者ニ過ギズ而シテ其對世權ノ存在ハ如何ナルベキカ即チ其對人權ト始終スル者ニシテ對人權消滅セバ從テ對世權モ消滅セザルベカラズ且此抵當ニハ其重大ナル者四アリ今之レヲ左ニ擧ゲン

第一 モルゲージ

モルゲージトハ現物ヲ債主ニ渡シ置キ豫メ後日ノ買戻ヲ約束スル者ナリ言ヲ換ヘテ之レヲ言ヘバ一物ノ賣買ヲ爲シテ某レノ期限マデニハ買戻スベシト約束スルニ過ギズ故ニ其物ノ所有權ハ直チニ債主ニ移ルベキナリ

第二 質

質ハ其物件ノ所有權ハ依然トシテ負債主ニアレ共唯其占有權ハ債主ニアル者トス羅馬ニテハ之レヲビクナスト稱シ其債主ニアリテ其物件ヲ使用スルノ權ナシ蓋シ已ニ契約期限ヲ經過スルモ負債主ニアリテ其債ヲ償ハザル時ハ此限りニアラズ

第三 リアン

リアントハ之レヲ例セバ甲ナル者アリテ時計ノ直シヲ乙ニ委託シタリトセンニ乙ニ於テ已ニ時計ヲ直シタリ共甲ニアリテ其約束通りニ直シ賃ヲ拂フ事能ハザル時ハ乙ハ其間時計ヲ留置スルノ權アルベシ

第四 書入

書入トハ羅馬ニテヒホテカト稱シ所有權占有權共ニ負債主ニアリテ往昔ハ動產不動產ヲ問ハズ其書入ヲ許シタレ共今日ニ於テハ動產ハ其書入ヲ許サルナリ唯スエーデン一國ハ今日モ尙動產ノ書入ヲ許セリ其他各國即チ佛國ノ如キモ其民法第二百十九條ニ於テ曰ク動產ハ書入質ニ依リ追及ヲ有セザルモノトスト然レ共商法ニ於テハ船ノミニ限り其書入質ヲ許シタリ而シテ其起因ハ或ハ契約ニヨリテ生ジ或ハ裁判ニヨリテ生ズル者トス

此書入タルヤ其債主ニアリテハ所有占有ノ兩權共ニ有セザルヲ以テ其危險言フベカラズ是ニ於テカ登記ノ法起リ債主ニ與フルニ安全ノ具ヲ以テシタリ

此書入ノ論ヲ終ルニ際シ注意スベキ一事アリ以上論ジタル四類ノプレツジハ其負債額其物件ノ實價ニ充タザル時ハ幾人ニモ之ヲ抵當トシテ負債ヲ起スヲ得ベシ之ヲ例セバ茲ニ一萬圓ノ價格アル物件アリト假定シ甲ナル者之ヲ五百金ノ抵當トシテ乙ヨリ負債ヲ起シタリ其後又丙ヨリ千金ノ抵當トシテ之ガ負債ヲ此スヲ得ベク別ニ又之ヲ抵當トシテ丁ヨリモ負債ヲ起スヲ得ベシ之ヲ畢竟スルニ物件ノ實價即チ萬金ナルニヨリ其格ニ充ツル迄ハ數人ニ對シ之ヲ抵當トシテ負債ヲ起スヲ得ベシ

夫レ斯ノ如シ故ニ其抵當物件ノ實價ニシテ負債額ニ充タザル時ハ所有權移轉ニ就キ紛争ノ起ラザルヲ得ズ此場合ニハ時ノ早キモノハ所有權モ先ニ移ルベシトノ確言ニ從ヒ日ノ順序ヲ以テ特權ヲ得ベキナリ然レ共又例外アリテ若シ債主中占有權ヲ有スル者アレバ所有權ハ其債主ニ移ルベキナリ

第六 詐偽ノ爲ニ損害ヲ受ケザル權

此事ヲ論ズルニ當リテハ先ツ詐偽トハ如何ナル者カヲ論ゼザルベカラズ即チ詐偽ト稱スルニハ要素ナキ能ハズ

第一 其實ノ虚ナル事

第二 其實ヲ街フ者ガ自己ノ心中ニ於テハ其虚ナルヲ信ズル事

第三 詐偽ヲ行フ者ニ於テ其被詐偽者ガ云々スレバ斯ノ如キ方向ニ向フベシト豫謀スル事

詐偽ニハ以上ノ三要素ヲ有スベキ者ニシテ之レヲ畢竟スルニ詐偽露顯スレバ斯ノ如キ危險ニ陥ル事ヲ自ラ負擔スル者ナリ

以上論ズル事實ハ第十一章私法ニ係ル者ニシテ後回ヨリハ第十二章ニ轉ジテ研究スベキナリ

第十一章 私法中ノ對人權

前章ニ於テハ私法中ノ對世權ヲ論述シタレバ今ヤ私法中ノ對人權ニ論及セントスレ共其ノ講述ノ順序方法ハ茲ニ於テ羅馬法及羅馬法律ノ流ヲ汲ミタル諸學者ノ採用セル所ト大ニ其ノ趣ヲ異ニスルニ至レリ羅馬法律ノ制度ニ於テハ權利ヲ大別シテ二種トナシ一ヲ物上權トシ一ヲ法鎖(或ハ義務ト譯ス原語ノ「オブリゲーション」ニシテ佛國法律ノ義務篇中ニ論述スル權利義務ヲ總稱ス)トシ而シテ此ノ法鎖中ニハ原權即チ本來成立スル所ノ權利義務及ビ犯罪アリテ初メテ生ズル所ノ權利義務即チ救濟權及ビ之レニ對スル義務ヲモ包括セリ然レ共今此書ニ於テ論述スル順序方法ハ之レト異ニシテ先ヅ一般ノ權利ヲ大別シテ犯罪ニ由リテ始メテ發生スルモノト犯罪ヲ待タズシテ本來成立スルモノトノ二種ニ區別シ犯罪ニ由リテ始メテ發生スル權利ハ凡テ之ヲ後章ニ譲リ今只本來成立スベキ權利(即チ原權)ノミヲ論述スルニ在レ共此ノ原權中ノ對世權ハ已ニ前章ニ於テ略述シアリタレバ本章ノ目的ハ原權中ノ對人權即チ確定シタル人ニ對スル權利ノ何物タルヲ論究スルニ在リ

右ニ述ベタル區別ヲ了知セバ原權中ノ對人權ハ羅馬法ノ所謂契約若クハ準契約ヨリ生ズル法鎖ト相符合シ救濟權ハ羅馬法ノ所謂犯罪若クハ準犯罪又ハ破約ヨリ生ズル法鎖ト相符合スルヲ見ルベシ

此書ニ於テ採用シタル權利ノ區別論述ノ方法ハ斯ク羅馬法ト其趣ヲ異ニスレ共古來法理學家ノ慣用セル法鎖ノ一語ハ深遠ノ意義ヲ含ミ法理ヲ講述スルニ於テハ法鎖ノ一語ヲ用ヒザラントスルモ亦決シテ得ベカラザルモノアリ

抑モ法鎖トハ如何ナルモノヲ指スカ古代羅馬諸學者ノ説數多ナレ共甚ダ必用ナラザレバ今暫ク之ヲ略シ其ノ最モ完全ナルモノト稱セラレタル碩學サビニー氏ノ下セル定義ヲ示サン即チ同氏所著法鎖論第一卷ノ首ニ曰ク「法鎖トハ他人ニ對スル拘束ノ義ナレ共萬事萬端盡ク他人ノ全部ノ行爲ヲ拘束スルノ意ニアラズ（若シ果シテ然ラバ他人ノ獨立自主ヲ害スベシ）只他人ガ其ノ自由ナル意思ヨリ其ノ幾分ヲ引去リテ我方意思ニ服從セシメタル個々ノ行爲ヲ拘束スルモノニ過ギズ」ト然レ共今一言ニテ之ヲ盡サバ法鎖トハ其ノ字義ニ於テ明カナルガ如ク一方ノ者ガ他ノ一方ノ者ノ利益ノ爲或行爲ノ執行ヲ爲サシムベキ鎖鑰ナリ而シテ此法鎖ハ或ハ二人以上ノ合意ニ成リ或ハ其ノ承諾ナクシテ發生スルモノアリト雖モ何レノ場合ヲ問ハズ此ノ法鎖ヲ結合スル者モ法律ニシテ之レヲ解除スルモノモ亦同ジク法律ナリ然レ共此ノ結合解除ハ必ズシモ法律ニアラズシテ單ニ道德上ヨリ性法上ノ義務ヲ發生シ從ツテ法律上ノ認了ヲ得タルモノナキニアラズ設例バ訴訟期限ノ已ニ經過セル事ヲ知ラズシテ償還シタル負債ノ如キハ法律負債主ニ與フルニ再ビ之レヲ返却スルノ權ヲ以テスル事ナキガ如シ

上來陳述セル所ヲ以テ見レバ義務ヲ負擔セシムル所ノ法律ノ點ヨリ觀察ヲ下ス時ハ所謂法鎖ナル者ニシテ義務者ノ點ヨリ觀察スル時ハ即チ對人權タルニ過ギザルヲ知ルベシ而シテ此ノ義務者ノ點ヨリ觀察スルトハ已ニ前章ニ陳述シタルガ如ク凡ソ權利ヲ二種ニ區分シテ一ハ義務者ノ不定ナル者即チ對世權トシ一ハ義務者ノ確定シタル者即チ對人權トノ區別ヲ指スモノナリ設令バ茲ニ土地家屋ヲ有スルモノアラバ此ノ土地家屋ノ所有ヲ奪ヒ又ハ其ノ地内ニ濫入スル事能ハザル所ノ諸義務ヲ負フモノハ世間一般ナル不確定ノ人衆ニシテ所謂對世權ナルモノナレド

モ若シ此ノ土地家屋ノ所有者ニシテ年々其ノ庭園ノ裝飾掃除ヲ爲ス事ヲ園丁ト約スル事アラバ此ノ園丁ハ一般ノ對世權ノ外向土地家屋ノ所有者ニ對シテ特ニ一種ノ義務ヲ負擔スルモノナリ此ノ場合ニ於テハ義務者ハ即チ園丁ニシテ確定シタル一個人ノ某タル事明白ナレバ之ヲ稱シテ對人權ト云フ故ニ古代ノ學者ハ此ノ例ヲ推シテ此ノ區別ヲ表スルニ物權人權ノ語ヲ用ヒタレ共對世權ハ必ズシモ物件ノミニ限ラザル事少カラザルヲ以テ近世ノ法理學上ノ用語ニ適當ナリト云フベカラズ設例ヘバ茲ニ或ル一市府中ニ一人ノ齒醫者アリトセヨ此ノ齒醫者ノ職業ヲ妨害スル事ナカルベキノ義務ハ何人ヲ問ハズ一般世人ノ負擔スル所ニシテ物權ニアラザルモ尙對世權ナルモノナレ共同一ノ職業ヲ其隣家ニ開キテ之レト競争スル事ナカルベキノ義務ハ世人一般ノ負擔スル所ニアラザルナリ然レ共此ノ齒醫者ニシテ他ノ齒醫者ト契約スルニ他ノ醫者ヲシテ此ノ府内ニ於キテハ同一ノ職業ヲ營ム事ナカルベキ事ヲ以テシタル時ハ他ノ醫者ハ即チ確定ナル義務者ニシテ始メテ對人權ヲ生ジタルモノナリト云フベシ然ラバ對人權ハ如何ナル方法ニ依テ發生スル乎其ノ原因數多ナリト雖モ過半雙方ノ承諾ヨリ發生スルヲ常トス然レ共雙方ノ承諾ナクシテ自ラ發生スル事アルベキハ素ヨリ當然ナリ即チ義務者ガ權利者ニ對シテ特ニ一種ノ義務ヲ負擔スル事ヲ約スルナシト雖モ法律ヲ以テ自ラ一種ノ義務ヲ負擔セシムル事アリトス例令ヘバ各人皆其利益ノ爲公吏即チ檢事、書記、若クハ郵便遞送人ヲシテ必要ノ場合ニハ其ノ職務ヲ執行セシムルノ權ヲ有シ又財產管理人ノ如キ者ニ對シテモ同様ノ權利ヲ有シ其ノ他家族中ノ各員設例ヘバ己レノ妻子ニ對シ若クハ其ノ夫及兩親ニ對スル權利義務ノ如キ是レナリ

對人權ハ其ノ權利ノ由ツテ生ズル原因タル事實如何ニ依リ之レヲ二種ニ大別ス一ハ契約ヨリ發生スルモノニテ一ハ契約ニ由ラザルモノヲ云フ其契約ヨリ生ズルモノヲ契約ニ由ツテ生ズル對人權ト云ヒ一ヲ法律ニ由ツテ生ズル對人權ト云フ然レ共學者往々他ノ區別ヲ用フルモノナキニアラズ設例ヘバ佛國學者ノ「オブリガション、データ」獨乙學者ノ「ツスタント、オブリガション、ネン」ハ人ノ身分ヨリ生ズル法鎖ノ意ニシテ即チ法律ニ由ツテ生ズル權利ト略ボ相符合シ「オブリガション、ダツフヘアル」又ハ「ゲシエフツオブリガション、ネン」ハ或行爲ヨリ生ズル法鎖ノ義ニシテ契約ヨリ生ズル權利ト略ボ相符合スレ共必ズシモ同一ノ意義ニアラズ其ノ間甚シク相異ナルモノアリト雖モ議論冗長ニ涉ルヲ以テ暫ク之ヲ省キ今先ヅ法律ニ由ツテ生ズル對人權ヨリ論述セン

第一 法律ニ由ツテ生ズル對人權

法律ニ由ツテ生ズル對人權ハ羅馬法ニ之ヲ準契約ヨリ生ズル法鎖（犯罪ヨリ生ズル法鎖ハ救濟權ニ屬スルガ故ニ茲ニ論ゼズ）ト稱スルモノナリ今更ニ之ヲ小分シテ四種トス即チ第一家族ノ關係ヨリ生ズル對人權第二信託ヨリ生ズル對人權第三隨意ニ他人ノ事務ニ關與スルヨリ生ズル對人權第四官吏タル地位ヨリ生ズル對人權トス〔第一〕家族ノ關係ヨリ生ズル對人權 家族ノ關係ヨリ生ズル對人權トハ設例バ己レノ妻子ニ他人ヲ干涉セシメザルノ權ノ如キ何人ヲ問ハズ世人一般之レニ對スル義務ヲ有スルモノハ已ニ前章ニ於キテ論述シタレ共同ジク家族ノ關係ヨリ生ズル對人權ナル者アリ家族内ノ者相互ノ間ニ成立ス然レ共此等ノ對人權タル果シテ如何ナル者ヨリ成立スルカ其範圍浩漠ニシテ一定シ難ク從ツテ其義務ナルモノモ斯ク々々ノ行爲ヨリ成立スト確言センヨリ寧ロ

一生中ノ引續キタル行狀ヨリ成ルモノ多シト云フベシ且文明諸邦ニ於キテハ斯カル權利ハ只其ノ小部分ノミ法律ニ於テ之ヲ強行シ他ハ權利者義務者各自ノ爲ス所ニ任ジ取テ法律ノ力ヲ以テ之ガ執行ヲ強フル事ナシ此ノ種ノ對人權中其ノ著大ナル者ハ夫婦間ノ權利義務ナレ共學者往々此ノ權利ヲ以テ契約ニ出ヅルモノトナシ法律ノ作用ニ由リテ發生スルモノニアラズトスルモノナキニアラズ近世ニ於テハ結婚ハ素ヨリ承諾合意ニ基キ之ニ次グニ宗教上若クハ民事上ノ儀式ヲ以テスルモノナレバ此ノ說一理アルニ似タレ共結婚自身ハ決シテ契約ニアラズ結婚ノ時若クハ結婚後ニ生ズル夫婦相互ノ權利義務タルヤ全ク同等普通ナル法律ノ規則ヲ以テ之レヲ規定シ夫婦相互ノ意志ハ決シテ之レヲ左右スル事能ハザルモノナルヲ以テ之レヲ法律ニ由リテ生ズル對人權中ニ包括スルヲ以テ正理ニ適スルモノトナサマルヲ得ズ○夫婦相互ノ權利義務ハ數多ナレ共佛國民法第二百十二條ヨリ第二百十四條ニ至ルノ條項ニ於テ能ク其大綱ヲ盡セリ今之レヲ略言セバ夫婦ハ眞實ニシテ相互ニ扶助シ夫ハ其ノ婦ヲ保護シ婦ハ其ノ夫ニ順ヒ婦ハ其ノ夫ト同居シ夫ノ移住スル所ニ隨行シ且夫ハ其ノ婦ヲ引受ケ夫ノ身分資産ニ從ヒ其ノ婦ニ要用ノ諸品ヲ給付スベキモノトスルニ在リ又英國法ニ從フ時ハ夫婦ハ夫ト同居スルノ義務ヲ負擔シ婦ニシテ若シ此ノ義務ヲ怠リタル時ハ夫ハ衡平法廷ニ婚姻權回復ノ願訴ヲナス事ヲ得且婦ハ其品行浮薄ナラザルヲ要シ夫先ヅ其ノ婦ノ浮薄ヲ懲戒シタル後尙之レヲ改メズンバ婦ノ自由ヲ拘束スル事ヲ得又婦ハ貞節ヲ守ラザルベカラズ故ニ婦ニシテ一タビ其貞節ヲ破ル時ハ夫ハ之レガ離婚ヲ求メ同居及ビ扶助ノ義務ヲ免カル、事ヲ得ルナリ但シ婦ハ其ノ夫ニ對シテ婚姻權回復ノ訴ヲ爲ス事ヲ得

父母ハ其ノ出產ヨリ幼時ノ間ハ適當ノ懲戒拘束ヲ加フルノ權ヲ有シ或ハ國ニ由リ子ハ其ノ父母ノ保護ヲ受クルノ權ヲ有シ父母ハ其ノ子ノ扶助ヲ受クルノ權ヲ有スルモノアリ又佛國法律ニ於テハ婚及婦ハ其ノ舅姑ヲ養フノ義務アルモノトスレ共米國ニ於テハ米國立法ノ精神ニ反スルモノトシテ之レヲ許サズ故ニカ、ル佛國裁判所ノ判決ハ米國ノ法廷ニ於テ認了スル事ナシ事ハ載セテ國際私法雜誌ジュルナルド、ドボワ、シラナシヨナル、ワ、第四卷ニ詳ナリ
後見人及幼者ノ關係ハ人爲ニ成リタル親子ノ關係ニ過ギザレバ百般ノ權利義務盡ク法律ヲ以テ之ヲ明定スベキモノナリ

〔第二〕信託ヨリ生ズル對人權 信託(トラスト)トハ甲者ガ乙者ニ財產ヲ讓與シ甲ノ指定スル目的ヲ達スル様此ノ財產ノ利益ヲ受クベキ人ノ爲ニ右ノ目的ヲ實行セシムルノ責任ヲ生ズル所ノ關係ヲ云フ譬ヘバ甲者ガ乙者ヘ幾千圓ノ財產ヲ讓渡シ且約シテ曰ク乙者ハ丙者ノ生存中此ノ財產ヲ保護シ且之ヨリ生ズル利益ヲ丙者ニ與ヘ丙者ノ死後ハ更ニ此ノ財產ヲ丁者ニ讓與スベシト而シテ乙者若シ之レヲ承諾スレバ乙者ハ右ノ責任ヲ生ズベシ此等ノ關係ヲ稱シテ信託(トラスト)ト云ヒ甲者ヲ爲托人(トラストル)乙者ヲ被托人(トラストチ)丙者ヲ受惠人(セスチーク、トラスト)ト稱ス抑モ信託法ハ嘗ニ財產權ヲ犯カサシメザル爲メノミナラズ大ニ財產ヲ保護スルノ目的ニ出デタル制度ナレ共今其沿革ヲ考フレバ頗ル奇怪ナル者アリ英國法モ羅馬法ト等シク信託法ノ制度ハ法律ヲ破リ法律ノ嚴格ヲ免レンガ爲メニ發生シタル者ナリトス中世ノ頃英國政府ハ「モルトメイン」ノ條例ト稱スル著名ノ法律ヲ發布セリ抑モ此ノ條例ハ寺院ニ土地家屋ヲ讓與スル事ヲ禁止シタル者ニシテ其ノ精神タルヤ寺

ルヤ寺院ハ即チ無形ノ一個人ニシテ嘗テ死亡スル事ナキ者ナルガ故ニ土地家屋ニシテ一タビ寺院ノ手中ニ入ル時ハ再ビ他人ノ手中ニ入ル事ナク從ツテ財產ノ相續讓與ノ税金ヲ收ムベキ場合ナキヲ以テ此ノ弊ヲ救済シテ國庫ノ收入ヲ保護セントスルニ在リシナリ「モルトメイン」トハ即チ死手ノ義ニシテ此ノ字義ヨリ推スモ以テ其法律ノ精神ヲ知ルニ足ルベシ然ルニ此ノ條例ヲ犯シテ寺院ニ土地家屋ヲ讓與セントスルモノハ一策ヲ按出シ直接ニ之ヲ寺院ニ讓與セズ先ヅ己レノ知友等ニ其所有權ヲ讓與シ而シテ此ノ知友ヲシテ其使用ハ之ヲ寺院ニ一任セシメタリ而シテ斯カル方法ハ全ク條例ノ精神ニ反スルニ關ハラズ衡平法廷ニテ現ニ之レヲ執行セシメタルガ故ニ右ノ條例ハ實際其ノ効ナキニ至レリ於是乎英國立法官ハ更ニ條例ヲ發シ他人ニ土地家屋ヲ讓與シテ只其ノ使用ノミヲ寺院ニ許ストモ其所有權ハ寺院ニ存スベキモノナレバ法律ノ禁ズル所ナリト定メタレ共寺院ニ土地家屋ヲ讓與セントスル者ハ尙此ノ法律ヲ免レントシ更ニ一新策ヲ按出シ其ノ財產ヲ知友甲ニ讓與シ知友甲ハ他ノ知友乙ノ使用ノ爲メニ之ヲ保有シ乙ハ寺院ノ使用ノ爲メニ之レヲ保有スルモノトスレバ使用ニ使用ヲ重ネタル二重ノ使用ニシテ右條例ノ禁止スル所ニアラズトシ衡平法廷モ亦之ヲ實行シタルガ故ニ使用禁止ノ條例ハ再ビ實際ノ効力ナキニ至レリ是レ即チ信託法ノ起源ニシテ英國法廷ガ現ニ法律ヲ破リタル著名ノ一例ニシテ實ニ古今法律沿革上ノ奇觀ト云フベキニ似タレ共此等ノ沿革ヨリシテ信託法ハ漸々其範圍ヲ擴張セリ獨リ寺院ヘ財產ヲ讓與スルノ一點ニ止マラズ英國法中浩大ナル一派ノ信託法ヲ生ジ弘ク財產保護ノ用ヲ爲スニ至レリ
羅馬法ニ於テハ信託ハ只遺囑ニ由リテノミ之ヲ爲ス事ヲ得ルモノトシ所謂信託ナル者ハ實際死者ノ遺產ヲ受ケシ

メントスル者ニ其ノ遺産ヲ贈與セシムベシト相續者ニ信託シタルモノニ過ギズ是レ羅馬法ノ相續法ハ頗ル嚴密ナリシヲ以テ此ノ害ヲ免レントスルニ出デタルモノニシテ其狀恰モ英國ニ於テ法律條例ヲ免レントシタルモノト相類スト雖モ英國ニ於テハ尙ホ一步ヲ進メ生存中ノ贈遺ト遺囑トヲ問ハズ凡テ信託ヲ爲ス事ヲ得ルモノトセリ○信託法ニ於テハ權利者即チ受惠者ニシテ義務者即チ被托者ニ對シテ對人權利ヲ有スルモノトス又此ノ信託ヨリ生ズル同等ノ義務ハ死者又ハ破産者ノ財産管理人等ニ對シテ成立ス即チ遺囑ノ財産ヲ受クベキ人又ハ債主ハ管理人ニ對シテ遺產若クハ破産者ノ身代ヨリ適當ノ部分ヲ受ケ取ルベキ權利ヲ有スルガ如シ○信託ハ必ズシモ雙方ノ明言ヲ要セズ法律ヲ以テ特ニ信託ノ關係アリト推定スル場合甚ダ少シトセズ設例ヘバ土地家屋ヲ賣却セントスル者已ニ賣渡ノ證書ヲ作り而シテ尙ホ其ノ土地家屋ヲ保有スル事アラバ此ノ保有者ハ買取人ノ信託ニ由リテ買取人ノ利益ノ爲メ之ヲ保有スルモノト見做スベシ又自己ノ名義ヲ用ヒ他人ノ金錢ヲ以テ買取りタル財産ハ他人ノ信託ニ由リテ之ヲ所有スルモノト推測スルノ類ナリ

以上論述シタル信託法ノ或ル原理ハ「他人ヲ害シテ己レヲ益スル事ナカルベキハ自然法ノ通則ナリ」ト云ヘル法律上有名ノ格言ニ基クモノナリ故ニ設例バ錯誤ニ由リ他人ニ金錢ヲ拂渡シタル時ハ此ノ金錢ハ拂渡シタル人ノ信託ニ由リ受取りタルモノト見做シ信託法ニ由リ再ビ之レヲ取戻ス事ヲ得ルナリ

〔第三〕隨意ニ他人ノ事務ニ關與スルヨリ生ズル對人權 羅馬法律ニ依ルニ他人事務ノ管理者即チ所有主ノ不在中其財産ニ對シ自ラ好シク必要ナル勞力保護ヲ加ヘタル者ハ財産所有主ニ對シテ其ノ勞力保護ノ報酬ヲ受クル事ヲ

得又其所有主ハ他人ノ關涉ニ由リテ受ケタル損害ノ賠償ヲ求ムル事ヲ得タリ英國法ニ於テモ亦難船ノ時際シテ船舶ヲ救護シタル者又ハ戰時敵國ニ奪ハレタル船艦ヲ取還シタル者ニハ右同様ノ權利ヲ與ヘ又癡癲若クハ醉亂者等自ラ契約ヲ爲ス事能ハザル者ニ日用必要ノ物品ヲ供給シタル者ハ自ラ契約ヲ爲シタルト同ジク其ノ物品ノ代價ヲ請求スル事ヲ得ベシゴール對ギツブソソノ訴訟ニ於テ判事ボロツク氏言ヘルアリ曰ク「設令ヒ一方ノ者契約ヲ爲ス事ヲ拒ムモ法律ハ尙契約ヲ爲シタルモノト推測スルノ場合甚ダ多シ故ニ一方ノ者ニシテ契約ヲ爲サザルベカラザルモノナル時ハ法律ハ已ニ契約アリタルモノトナスベシ醉亂者ニ必需品ヲ供與シタル者醉後之ニ對シテ其ノ代價ヲ請求シ得ルハ之ガ爲メナリ」ト又ベンサム氏ハ更ニ立法ノ精神ヲ論ジテ曰ク「他人事務ノ管理者ニ許スニ損害賠償ノ權ヲ以テスルハ頗ル善良ノ理由アリテ存ス蓋シ法律許スニ損害賠償ノ權ヲ以テスルモ自己ノ財産ノ保護ヲ受ケタル者ハ尙ホ利益ヲ得タルモノト謂ハザルヲ得ズ今夫レ果シテ此ノ權ナキモノトセンカ家屋財産ハ其ノ所有主ノ不在中荒敗無用ノ物トナルモ他人敢テ之レニ干涉セザルベク若シ又之レニ干涉セルモノアラバ自ラ其勞力金錢ノ損害ヲ負擔セザルベカラザルニ至ルベシ要スルニ此ノ法律規則ハ他人ノ事務ニ干與スル者ノ利益ヨリ寧ロ其ノ所有主ノ利益トナルベキモノナリ」ト一言ニシテ之レヲ言ハマカハル財産ノ所有主ハ何人ヲ問ハズ豫メ之レニ干與スル者ニ約スルニ損害賠償ノ義務ヲ以テセルモノト異ナラザルナリ然レ共斯ノ如キ法律規則ヲ設ケ雙方ノ利益ヲ保護スルニ就キテハ立法者ノ大ニ注意スベキ三要點アリ即チ左ノ如シ

第一 自ラ他人ノ事務ニ干與シテ後其ノ報酬ヲ受ケシムルノ法律ハ往々却テ限制ノ結果ヲ發生シ所有主

ハ僞仁者ノ爲俗諺ノ所謂有難迷惑ヲ受クル事少シトセズ法律ハ宜シク此ノ弊ヲ匡正セザルベカラザル事

第二 所有主自ラ其ノ事ヲ行フカ又ハ其ノ他ノ方法ニ由リ之レヲ爲サシムレバ却ツテ廉價ヲ以テ成就スベキ場

合ニ他人ヲシテ利欲ノ爲メ其ノ事務ニ干涉シテ之レガ報酬ヲ貪ル事ナカラシムル事

第三 多數ノ者競争シテ他人ノ事務ニ干與シ所有主ガ其ノ爲メニ得有セル利益ハ盡ク之レヲ其ノ報酬ニ供セザルベカラザルガ如キ弊ナカラシムル事

以上三要點ヲ以テ此ノ種ノ法律ニ關スル立法ノ大旨趣トス

〔第四〕官吏タル地位ヨリ生ズル對人權 何人ヲ問ハズ一國內ノ人民ニシテ自己ノ爲官吏ヲシテ其職務ヲ執行セシムベキ必要ノ事情生ジ來ラバ此ノ人ハ官吏ニ對シテ其ノ職務ノ執行ヲ爲サシムベキ對人權ヲ得有スルニ至ルベシ英國法ニ從ヘバ斯カル權利ハ只思料ヲ要セザル官吏設例ヘバ收稅吏、出產死亡等ノ登記官、驛遞吏等ニ對シテ執行スル事ヲ得レ共高等ノ官吏設例ヘバ驛遞總監ノ如キハ其部屬ノ怠慢ニ對シテ其ノ責任ヲ負フ事ナシ

羅馬法ニ於テハ訴訟人判官ニ對シテ正當ニ其ノ訴訟ノ判決ヲ受クルノ權ヲ有シ法衙ニ向ツテ此ノ權ヲ執行スル事ヲ得タリ而シテ此ノ權利タル判官ガ故意ニ不正ノ判決ヲ爲スト其ノ法律ニ通曉セザルヨリシテ不正ノ判決ヲ下スニ至レルト否トヲ問ハズ故ニ判官ノ責任極メテ重大ニシテ且ツ危險ナリシナリ然レ共英國ニ於テハ敢テ羅馬法ノ精神ヲ襲ハズ判官ナリ陪審官ナリ仲裁人ナリ凡テ司法ノ職ヲ執ル者ハ其職權外ニ屬スル所爲ニアラザレバ決シテ其ノ責ヲ負フ事ナシトセリ○茲ニ問題アリ凡ソ法衙ノ拘束スル所トナリ多年ノ間其ノ自由ヲ束縛セラレ而シテ後

無罪ノ言渡ヲ受ケタル者ハ法衙ニ對シテ損害要償ノ權アルベキヤ現世紀ノ法律制度ニ從ヘバ各國共ニ決シテ損害要償ヲ爲ス事ヲ許サズ是レ苟モ一國民タランモノハ公義ノ爲メ多少ノ損害ヲ受クルハ其義務タルベキモノトスルノ原則ニ基クモノナレ共被害者本人ニ取りテハ隨分迷惑至極ト云ハザルヲ得ズ故ニ近世ニ至リテハ學者中議論次第ニ盛ニシテ現ニ獨逸人ゲー、エム、スタウト氏ノ如キハ私設ノ制度ニ由リテ此ノ弊ヲ救濟セント欲シ久シク法衙ニ拘留セラレ又ハ獄舎ニ在リテ自由ヲ奪ハレ其職業生計ノ道ヲ營ム事能ハザリシ者ニシテ無罪法免ノ云渡ヲ受ケタル者ニハ相當ノ金額ヲ賠償スベキモノトナシ爲メニ一大富講ヲ起シテ資金ヲ興ス事ヲ企テテレ共其方法ノ困難ニシテ且ツ官許ヲ得ル事亦甚ダ難キノ故ヲ以テ遂ニ實行ニ至ラズシテ中止セリ然レ共カ、ル損害賠償ノ事タル本來私立ノ會社等ニ於テ爲スベキ事ニアラズ其ノ理ニ於テ果シテ誤ル事ナクンバ當ニ國家政府ノ爲スベキ事業ニ屬スルヲ以テ四五年前國會ニ建議スルノ運ビニ至リタルガ其ノ後如何ナリシヤ其結果如何ヲ知ラズト雖モ蓋シ現世紀ニ於テハ未ダ高尚ニ失シテ尙ホ今日文明ノ程度ニ適スル事能ハザルベシ其ノ實行ヲ見ルノ日ハ蓋シ將來ノ黃金世界ニ在ランノミ

右ノ外或ル一種ノ人ニハ法律之ニ負ハシムルニ特種ノ義務ヲ以テスル事アリ此ノ場合ニ於テハ此ノ義務ノ執行ヲ求メ得ベキ者ハ何人ト雖モ其ノ義務ヲ負ウタル者ニ對シテ對人權ヲ有スベシ設令ベ英國法ニ於テハ旅館ノ主人ハ相當ノ旅籠料ヲ拂ヒ得ベキ通常ノ旅人ニシテ一宿ヲ乞フモノアラバ空室ノアラン限リハ決シテ之ヲ拒ム事ヲ得ズ又公ケノ運送人ノ如キハ相當ノ貨錢ヲ拂フモノハ必ズ相當ノ貨物ヲ運送スベキモノニシテ正當ノ理由ナクシテ

決シテ之ヲ拒ム事ヲ許サズ其ノ他船主ノ如キハ船中必ズ相當ノ醫藥ヲ備ヘザルベカラズ故ニ此ノ醫藥ナキガ爲メ疾病ニ罹リタル水夫ハ船主ニ對シテ損害要償ヲ爲ス事ヲ得ベシ又千八百四十五年ノ土地條例ヲ以テ鐵道其ノ他私立ノ會社ニ附與シタル權力ニ由リ此等ノ會社ハ人民ノ土地家屋ヲ強買スル事ヲ得ル等ノ類皆法律就中條例ノ明文ヲ以テ一種ノ對人權ヲ制定シタルモノナリ又現今歐米諸邦ニ於テハ未ダ法律トシテ認了シタル事ナキモ學者中一種ノ議論アリ曰ク人ノ危害ニ陥ル者アルニ際シ他人ノ容易ニ之ヲ救護シ得ベキ場合ニハ宜シク之ニ救護ヲ爲スベキノ義務ヲ負ハシムベシト是レ有名ナルベンザム氏其ノ著書第一卷ノ首ニ於キテ主張スル所ニシテ其ノ利害如何ハ今茲ニ之ヲ略スベシト雖モ諸邦ノ立法官果シテ此ノ義務ヲ認了スルニ至ラバ之ニ對スル權利ハ當ニ此ノ種ニ屬スベキ對人權タルベシ余ハ現ニ或ル邦國ニ於テ此ノ權利義務ヲ認了セルモノアリト覺ユレ共果シテ何レノ邦國ナリシヤ今ハ早ク已ニ記憶ヲ去レリ

茲ニ注意スベキ一事アリ即チ英國法ニ所謂契約ニ基キタル私犯ト稱スルモノヨリ生ズル權利ヲ以テ法律ヨリ生ズル對人權ト見做スノ誤謬ニ陥ル事ナキニ在リ設令バ熟練ヲ缺キタル外科醫ニ對スル損害要償ノ訴訟、不注意アリシ公ケノ運送人ニ對スル訴訟等ハ往々契約ト全ク關係ナキ獨立ナル權利ニ基キタルモノト思考スル者少シトセズ現ニ原告オースチンヨリ六西鐵道會社ニ對スル訴件ニ於テ旅客ガ安全ニ經過シ得ベキ權利ハ契約ノ有無如何ニ關セズ其ノ旅客タル一個ノ事實ハ會社ヲシテ安全ニ之ヲ通過セシムベキ義務ヲ負ハシムルニ足ルベキモノト判決セラレタル程ナリ然レ共此等ノ權利義務ハ法律ニ由ツテ生ズル者ヨリ寧ロ契約ヨリ生ズル對人權ノ部類ニ入ル、ヲ

以テ正當トス設例ヘバ茲ニ上野「ステーション」ヲ發シテ高崎ニ赴カントスルモノアリトセヨ乗車切符ヲ買取ルノ一事ハ即チ鐵道會社ト契約ヲ爲スモノニ過ギズ其契約ノ條件ハ即チ鐵道規則ニシテ其ノ規則ハ法律ニ於テ如何ニ之ヲ解釋スルカハ各人皆盡ク之ヲ了知セルモノト見做スナリ而シテ一たび此ノ切手ヲ買取リタルモノハ其賃錢ノ報酬トシテ此ノ鐵道會社ハ切手ノ持主人ヲ其列車中ニ入レ指定ノ高崎ナル「ステーション」ニ輸送スベキモノタル事ヲ了知スルノミナラズ相當ノ注意ヲ用ヒテ汽車ノ運轉中安全ニ通經スル事ヲ得ベキモノタルヲ了知スベシ故ニ會社ノ怠慢ヨリシテ機關ニ變事ヲ生ジ旅客ノ肢體ヲ損ズル事アラバ之ヲ契約ヲ破リタルモノト云フ事ヲ得ベキハ恰モ故意ヲ以テ中途ニ汽車ノ運行ヲ止メ其ノ前途ハ旅客ヲシテ徒歩セシメタルト一般ナリ

上來論述シタル所ヲ以テ法律ニ由ツテ生ズル私法中對人權ノ大體ヲ盡シタルモノトナス而シテ其論旨ノ如キハ盡ク著者ホルランド氏ノ説ク所ニ係ルト雖モ今其ノ全體ヲ通覽シ予ガ前回論述シタル公法私法ノ區別ヨリ之ヲ見レバ其ノ公法ニ屬スル者頗ル少ナカラザルヲ知ルニ足ルベシ即チ父子夫妻等家族間ノ權利義務官吏タルノ地位ヨリ生ズル權利義務並ニ旅館主、公ノ運送人、醫師等ノ責任ノ如キ公法ナル行政法中ニ屬スベキ者甚ダ多シトス蓋シ父子夫妻等家族間ノ權利ノ如キハ行政ノ法律條例ヲ以テ確定シ私人相互ノ意ヲ以テ決シテ之ヲ變更スル事ヲ得ザレバ敢テ私法中ニ屬スベキモノニアラストス就中官吏タルヨリ生ズル權利義務ノ如キハ過半公法ニ屬シテ行政法ニ論述スベキ主要ノ事項ナリ但シ官吏ノ一身ニ對スル損害要償ノ如キ全ク私法ニ屬スルガ如シト雖モ其怠慢ノ有無責任ノ輕重ハ歐洲大陸ニ於テハ懲戒裁判ヲ經ルニアラザレバ損害要償權ノ

有無如何ヲ斷定スル事能ハザルノ場合極メテ多シトス然レ共官吏ニ對スル損害要償及ビ一般ノ行政裁判ニ就キテハ余ハ他日ニ詳論スル所アラントスレバ今茲ニ之ヲ略スベシ

旅館主及ビ公ノ運送人ノ責任モ亦公法ニ於テ定ムベキ者甚ダ多シ旅館主ガ正當ノ理由ナクシテ相當ナル旅人ノ宿泊ヲ拒ム事ヲ得ズ公ノ運送人即チ汽船汽車ノ會社等ガ旅人若シクハ荷物ノ運送ヲ拒絶スル事ヲ得ザルガ如キモ其立法ノ精神タル素ヨリ公法ノ原理ニ基キ國內交通ノ便宜旅客ノ安寧ヲ保護スルノ趣意ニ外ナラズ故ニ英國ノ如キ此ノ法律ヲ犯シ理由ナクシテ旅人ノ宿泊ヲ拒ミタル館主ハ甚ダ重大ナル罰金ニ處セラル、ノミナラズ宿泊ヲ拒マレタル旅人ハ館主ニ對シテ私訴ヲ起ス事ヲ得ベキモノトセリ但シ此ノ私訴ハ即チ私法ニ屬シテ公法ノ關スル處ニアラズト雖モ館主ニ此ノ責任ヲ負ハシメタルノ要旨ハ即チ公法ニ於テ論述スベキ重要ノ事項タリ其ノ公ノ運送人ニ於ケルモ亦同一理ナリ

最後ニ尙評スベキハ醫師ノ責任トスホルランド氏モ云ヘル如ク凡テ醫師タル者ハ充分ノ熟練ヲ用ヒテ患者ノ治療ニ從事スベキノ責任アリト雖モ此ノ責任タル果シテ契約ニ出ヅルカ將タ法律ニ出ヅル者ナルカ氏ハ茲ニ鐵道會社ノ不注意ノ例ヲ引用シ此ノ責任ハ全ク契約ニ出ヅル者ト論定シタル共疑義ノ頗ル其ノ間ニ存スル者ナクンバアルベカラズ蓋シ此ノ責任ニシテ果シテ契約ニ出ヅルモノトセンカ契約ハ私人相互ノ意思ニ任ジ隨意ニ之ヲ變更シ得ベキ者タラザルベカラズ然ルニ今茲ニ一ツノ鐵道會社アリ其ノ規則ノ一條ニ於テ此ノ會社ハ旅客ニ對シテ一切不注意ノ責ニ任セズト定メタリト假定セヨ政府ハ此ノ規則ヲ認了又ハ之ヲ不問ニ付シ

國內ニ不注意無責任ナル鐵道會社ノ營業ヲ許可スベキヤ又カ、ル變例ノ規則ヲ設ケザル通常ノ會社ニシテ會社ト旅客ト特ニ契約スルニ會社ニ責任ナキ事ヲ以テスルモ會社ト旅客トノ隨意自在ナルベキヤ會社ガ安全ニ旅客ヲ運送スルノ責任ハ其ノ意ヲ以テ隨意ニ之ヲ變更スル事ヲ得ズ其ノ不注意甚シキノ場合ニ於テハ政府ハ之ヲ刑法ニ問ヒ公安ノ爲メ必ズ此ノ會社ニ負ハシムルニ此ノ責任ヲ以テスル事ナラム此ノ會社ノ犯期ヨリ生ズル私訴ハ兎モ角本來ノ會社ノ負擔スベキ責任ハ法律ヨリ生出セル者ニシテ決シテ之ヲ契約ニ出デタル者トスル事能ハザルベシ

斯ク父子、夫妻等家族間ノ權利義務官吏タル地位ヨリ生ズル權利義務及ビ旅館主、運送人等ノ責任ハ法律ヲ以テ之ヲ確定シ私人其ノ意思ニ一任シテ決シテ之ヲ左右スル事能ハザルモノニシテ本來公法ニ屬スベキ權利義務ナリト雖モ此ノ權利ヲ破リ義務ヲ怠リ公法ノ制裁ヲ受ケタル後ニ於テ初メテ生ズル私訴ノ損害要償ハ私法ニ屬スベキモノナルヲ以テ之レガ損害ヲ求ムルト否トハ素ヨリ私人ノ意思ニ一任シテ不可ナル所ナシ其ノ公法ニ屬スル部分ト私法ニ屬スル部分ハ素ヨリ混同スベキモノニアラズトス又夫ノ佛國民法其ノ他諸邦ノ法典ニ於テモ家族法、運送人規則等通常之ヲ民法中ニ論述スレ共是レ古來ノ因習ニ基キタル區別ニシテ近世ノ學理ニ適應スル者ニアラズ其ノ民法中ニ列シタルノ故ヲ以テ必シモ之ヲ私法ニ屬スベキモノトスル事ヲ得ザルナリ現ニ訴訟法ノ如キ通常之ヲ私法中ニ列スレ共裁判所ノ權限組織等行政法中ニ入ルベキ者極メテ數多ナルハ今日何人モ其ノ間ニ疑ヲ容ル、者アラザルベシ宜シク此ノ例ヲ推シテ其ノ他ヲ知ルベキナリ

前已ニ述ベタル如ク私法中ノ對人權ヲ論ズルニ之ヲ大別シテ二種トナシ一ヲ法律ヨリ生ズル對人權トシ一ヲ契約ヨリ生ズル對人權トセリ而シテ今茲ニ其ノ第一種ノ講述ヲ終リタレバ次回ヨリ第二種即チ契約ヨリ生ズル對人權ニ論及セントス

第二 契約ニ由ツテ生ズル對人權

前回ニ於テハ法律ニ由ツテ生ズル對人權ヲ論述シタレバ今ヤ契約ト稱スル一種ノ行為ヨリ生ズル對人權ニ論及セム
已ニ前第八章ニ於テ法律ヲ左右スル行為(譯字妥當ナラズ宜シク法律ヲ活用)ノ何物タルヲ説キ法律ヲ活用スル行為トハ適法的ニ法律ヲ使用シテ權利ヲ創設廢滅又ハ變更スルノ行為(契約取引讓與等)タル事ヲ明カニセリ而シテ此ノ法律ヲ活用スル行為ニ二種アリ一ヲ雙面ノ行為トシ一ヲ片面ノ行為トス片面ノ行為トハ他人ノ意思如何ニ關セズ只一人ノ意思ノミニ由リテ適法ノ結果ヲ生ズル者ヲ云ヒ雙面ノ行為トハ二人以上合意アルニアラザレバ法律上ノ結果ヲ生ゼザル者ヲ云フ(此ノ區別ヲ以テ雙務ノ契約片務ノ契約ノ區別ト誤ル事勿レ事ハ已ニ第八章ニ於テ論ジタリ就テ見ルベシ)而シテ此ノ雙面ノ行為ニシテ權利ヲ創設スル者ヲ稱シテ最モ廣キ義ニ於ケル契約ト云フ故ニ此ノ廣義ニ於ケル契約中ニハ對人權ハ勿論結婚財產ノ讓與其ノ他對世權ヲ創設スル行為ヲモ包含セルモノト知ルベシ設例ヘバ今茲ニ甲ナル者アリ時計商乙ナル者ノ店頭ニ就キ現金ヲ以テ一個ノ時計ヲ購求シタル事アラバ甲ト乙トノ意思ハ茲ニ合シテ其ノ合意ノ結果ハ法律上相互ノ權利ヲ創設セリ即チ甲ハ時計ノ所有主トナリ乙ハ

其ノ代價ノ所有ヲ得テ凡テノ取引ハ茲ニ終リタルモノナリ然ルニ今甲乙兩人直ニ時計ト代價ノ取引ヲ爲サズ後日ニ之レヲ賣渡シ又之ヲ買取ラン事ヲ約シタル時モ契約ハ即チ契約ナレ共此ノ場合ニ於テハ時計ノ所有權未ダ甲ニ歸セズシテ甲ハ只期限ニ至リテ之ヲ得有シ得ベキ權アルノミニシテ乙モ未ダ代價ヲ得ズ期日ニ至リテ之ヲ得ベキ權アルノミ由是觀之最初ノ場合ニ於ケル契約ハ對世權(即チ物上權)ヲ生ジ事皆茲ニ終ルト雖モ後ノ場合ニ於ケル契約ハ事未ダ茲ニ終ラズ只對人權即チ甲ハ時計ヲ請求シ乙ハ代價ヲ請求スルノ權ヲ生ズルノミ而シテ余ガ今茲ニ論述セントスル契約ナル者ハ後ノ場合ノ如キ只對人權ノミヲ生ズル者ニ限ルモノニシテ之レヲ狹義ノ契約ト稱シ普通一般ニ契約ト稱スル者モ亦皆此ノ狹義ノ契約ノミヲ指ス事ト知ルベシ
狹義即チ通常一般ノ意義ニ於ケル契約トハ果シテ何物ナルカ古來諸學者ノ下セル定義中其ノ尤モ著名ナル者ヲ舉グレバ即チ左ノ如シ

一、獨逸ノ碩學サビニ一氏曰ク「契約トハ數人ノ間ニ法鎖ヲ創設スルノ目的ヲ以テ數人ガ其意思ノ合同ノ發顯ニ於ケル一致ヲ云フ」(同氏著義務篇第二卷第八葉)

佛國ノ碩學ボチエー氏曰ク「契約トハ或ル義務ヲ作爲スルノ目的ヲ有スル合意ノ一種ナリ」ト(同氏著義務篇第一條)

一、アーレン氏曰ク「契約ハ數人ノ間權利ノ物體上ニ法鎖ノ關係ヲ創設センガ爲メニセル數人ノ發顯セラレタル承諾ナリ」ト(同氏著性法第二卷第二百二十六葉)

一、英國ノ判官キンドルスレー氏曰ク「若シ雙方ノ者同一ノ事ヲ欲シ相互ノ義務ヲ實行センガ爲メ相互ニ其ノ意思ヲ通知シタル時ハ雙方ノ間承諾即チ契約ヲ生ズ」ト（ヘインズ對ヘインノ件）

一、印度契約條例ニ曰ク「契約ハ法律ニ於テ執行シ得ベキ合意ナリ」ト
其ノ他諸學者ノ下セル定義ハ數多ナレ共要スルニ契約ハ數人中ノ一人若クハ數人ニ對シ有効ナル對人權ヲ創設セ
ンガ爲メ數人ノ間ニ成リタル合意ノ發顯ヲ云フモノニ外ナラズ

茲ニ注意スベキ一事アリ即チ雙面ノ行爲ト此ノ行爲ヨリ生ズル結果ヲ混同スル事ナキヲ要ス雙面ノ行爲自身ノミ
獨リ契約ノ名ヲ下スベキモノニシテ此ヨリ生ズル契約上ノ諸關係ハ全ク契約トハ別物ナリ然ルニ英國法ニ於テハ
此ノ二者ヲ區別スベキ適當ノ用語ナキヲ以テ往々二者ヲ混同ス設例ヘバ英語ニ所謂契約ノ讓渡ト云フモノハ其ノ
實契約ノ讓渡ニアラズシテ契約ヨリ發生スル所ノ權利義務ノ讓渡ニ過ギザルナリ之レニ反シテ羅馬法ニ於テハ明
カニ此ノ二者ヲ區分シ一ヲ契約（コントラクト）ト云ヒ一ヲ契約ヨリ生ズル法鎖（オブリガシヨ、エキス、コ
ントラクト）ト云フ

擬テ契約ハ果シテ其ノ義務ヲ履行スベキモノナルヤ否ヤ法律之ヲ保護シテ果シテ其ノ履行ヲ許スベキモノナルヤ
否隨分有名ノ或ル法律學者ハ一種ノ說ヲ爲シテ曰ク凡ソ契約ヲ爲サントスルモノハ宜シク其履行ヲ必スベキ程
ノ信用アル人物ヲ撰ベシ信用ナキ人物ト契約ヲ結ビテ其ノ者之レヲ履行セザレバトテ法律ノ助力ヲ乞ヒ法律ノ
力ヲ以テ之レガ履行ヲ爲サシムルノ理由アルベカラズト現ニシヤロダスノ法律及ビ古代印度ノ法律ニ於テハ此

ノ主義ヲ以テ契約ノ原理トセリ然レ共文化ノ域ニ進ミタル邦國ニ於テハ之ト反對ノ主義ヲ用ヒ「契約ハ遵奉スベ
キモノナリ」トノ原則ニ準據シテ更ニ疑フ所ナシ

凡ソ國家ハ其ノ相當ト認ムル所ノ契約ノ履行ヲ保助シ義務者ノ意思ニ幾分ノ制御ヲ加ヘ其ノ意思ヲシテ權利者ノ
意思ニ服從セシム然レ共國家ハ必ズシモ嚴ニ契約ノ條款ヲ履行セシムル事能ハザル場合少シトセズ設令バ物品引
渡ノ契約ヲ履行セシメントスルモ物品已ニ義務者ノ手中ニ存セザレバ國家ハ之ニ代フルニ損害ノ賠償ヲ以テスル
ノ外ナカルベシ米國有名ノ判事ホームス氏ノ如キ近世頗ル活潑有爲ノ法律家ト稱セラレ乍ラ只此ノ場合ノミニ注
目シ其ノ著書習慣法論ニ於テハ一種奇異ノ新說ヲ案出シ契約ヲ以テ恰モ奇偶ヲ爭フノ博戯ト同視シ義務者ノ責任
ハ其ノ契約シタル條件ヲ執行スルトモ又ハ只之ニ對スル損害ヲ賠償スルトモ其ノ隨意便宜ニ一任スベキモノニシ
テ權利者ハ此ノ二責任中何レノ執行ヲ受クルヤ否ヲ知ル事能ハザルモノトセリ然レ共氏ハ只事物ノ裏面ノミヲ觀
察シテ未ダ其ノ表面ヲ知ラザルモノト云ハザルヲ得ズ如何トナレバ凡ソ吾人ノ契約ヲ爲スニ當リテヤ其ノ契約ヲ
破ルヨリ寧ロ之ヲ執行セントスルコソ吾人ノ本旨ニシテ之ヲ尋常一般ノ通則ト云ハザルヲ得ザルナリ又論者或ハ
契約上ノ義務ハ一般法律ノ義務ト異ニシテ之ヲ履行スルト否トハ大ニ義務者ノ心意如何ニ關スルモノトナシ以テ
ホームス氏ノ所說ヲ保護セントスル者アルベキモ是レ又必ズシモ然ルヲ得ズ如何トナレバ誹毀若クハ毆打ノ如キ
モ初メヨリ之ヨリ生ズル責任損害ヲ辭セザルノ決心アラバ隨意ニ之ヲ行フ事ヲ得ルハ一般契約ヲ破ルノ隨意ナル
ト敢テ其差ヲ見ル事ナケレバナリ

前已ニ論ジタルガ如ク法鎖ヲ生ズル所ノ契約ハ合意ノ一種ナレ共合意ハ必ズシモ契約ニアラズ合意アリト雖モ雙方ノ間嘗テ法律上ノ結果ヲ生ゼザル場合甚ダ多シ故ニ今法律ニ於テ法鎖ヲ生ズルニ足ルベキ合意ノ行爲即チ契約ハ如何ナル性質ヲ帶ブベキモノナルカヲ詳述スル事ヲ要ス有名ナルサビニ一氏ガ分析セル契約ノ元素ハ後世ノ獨逸學者モ亦概ネ採用スル所ナリ今其ノ原素ヲ枚擧スレバ即チ左ノ如シ

- 一、數人ノ對手
- 二、數人ノ意思ノ一致
- 三、相互ノ間意思ノ一致ノ通知
- 四、數人ノ契約者間ニ法律上ノ關係ヲ生ゼントスルノ意思

右サビニ一氏ノ分析ハ別ニ批難スベキ點ナシト雖モ只一ツノ評下スベキ者アリ即チ契約者雙方ノ意思眞ニ一致スル事ナクンバ契約アリトスル事能ハザルヤ否ノ一事ナリ或ハ契約ハ意思ノ一致ヲ要スト云ハ、ンヨリ學口意思ノ一致ノ外跡ヲ要スト云フコソ適當ナルニアラザルカ今夫レ茲ニ某甲ナル者始メヨリ契約ヲ履行スルノ意思ナキニ故ラニ乙某ヲ誘ヒ一個ノ契約ヲ爲シタリトセヨ甲ノ意思ト乙ノ意思トハ素ヨリ相ヒ同ジカラザルヲ以テ眞ニ甲乙意思ノ一致アルベキ様ナキモ尙ホ此ノ契約ハ効力アルモノト云ハザルヲ得ズ且ツ甲某ハ初メヨリ契約ヲ結ブノ意ナカリシ事ヲ以テ後日ニ契約ノ履行ヲ拒ムノ辭柄トナス事ヲ得ザルノミナラズ中途ニシテ却テ此ノ契約ヲ履行スルノ已レニ利ナル事ヲ覺リ甲ヨリ乙ニ對シテ契約ノ履行ヲ求ムルモ乙某ハ契約ノ當時ニ甲乙間眞ノ合意ナカリシ

ヲ理由トシテ以テ之ヲ拒ム事ヲ得ザルベシ然ラバ則チ契約ハ眞ノ合意ヲ要セズ設令ヒ合意ナキモ外形上ニ合意ノ姿アルヲ以テ足レリトスルモノト云フベシ然レ共又之ニ反對スルノ説モジボレナス氏以來ボロックアレソン等有名ノ法理學家ニ至ルマデ共ニ主張スル所ナリ然レ共人ノ心中ニ存スル眞正ノ意思及ビ其ノ合意ノ有無如何ハ到底法律ノ區域内ニ論ズベキモノニアラザルナリ○上來述べタル所ノ議論ハ全ク著者ホーランド氏ノ主唱スル所ニシテ氏ハ契約ニ眞ノ合意ヲ要セズトスル者ナリ然レ共余ハ凡ソ法律上ニ於テハ眞ノ合意ヲ要ストスルヲ以テ本則トスレ共此ノ本則ハ證據法ニ由リテ制限セラレ設令ヒ眞ノ合意ナキモ契約者雙方共ニ之レヲ爭フ事能ハザルモノトスルヲ眞理ニ近シトセム此ノ一事ニ就テハ學者中堂々ノ議論モアル事ナレ共今之ヲ略ス

サビニ一氏ガ分析セル契約ノ元素ハ上來論述シタル所ノ如シト雖モ今尙更ニ其要素ヲ明記シテ順次ニ之レヲ論述セン契約ノ要素ハ即チ左ノ如シ

- 一、數人ノ契約者
- 二、契約者雙方ガ其合意ヲ表示スル所ノ雙面ノ行爲
- 三、出來ベクシテ且適法ナル契約事件
- 四、契約ノ性質ハ法律上有効ナル結果ヲ生ズベキモノタル事
- 五、右ノ結果ハ契約者相互ノ關係ヲ左右スルモノタル事
- 六、一般ニ嚴正ナル約式若クハ合意ヲ表スル或ル事實

第一 締約者ヲ論ズ

契約ヲ爲スニハ必ズ二人以上ノ締約者ナカルベカラズ而シテ法律上一方ヲ權利者ト云ヒ一方ヲ義務者ト云フ又英國法ニ於テハ契約ヲ仕掛ルモノヲ原約者ト云ヒ之レヲ承諾スルモノヲ被約者ト云フ故ニ若シ如何ナル契約ト雖モ二人以上ノ締約者アルニアラザレバ契約ノ成立スル事ナシ現ニグレイ對エリソンノ訴訟ニ於テ原被共同一ノ會社ナレ共各々其ノ課ヲ異ニシ一ハ保險課ノ事務ヲ取り一ハ年金課ノ事務ヲ執リシニ年金課ヨリ保險課ニ向ツテ爲シタル保險契約ニ就キ爭議ヲ生ジ遂ニ法庭ヲ煩ハスニ至リシガ法庭ハ此ノ契約ヲ以テ無効ナリト判決セリ如何トナレバ原被共ニ同一ナル會社ノ代人ナルヲ以テ二人以上ノ締約者アルベキ道理ナケレバナリ又被約者ハ常ニ確定シタル人タラザルベカラズ設令ヘバ何人トモ定メズ單ニ政府ノ書記官ト云フ一般ノ者ヲ相手トシテ契約セントスルモ得ベカラズ然レ共契約ノ申込ハ最初ニ確定ノ人ニ對シテ爲ス事ヲ得ベシ設例ヘバ何人ヲ問ハズ紛失シタル物品ノ發見者ニ約スルニ相當ノ禮金ヲ以テスルガ如シ

第二 合意ヲ表示スル所ノ雙面ノ行爲ヲ論ズ

合意ヲ表示スル所ノ雙面ノ行爲中一面ノ行爲ヲ申込「オッフアー」又「ポリシタショール」ト云ヒ之レト相對スル他ノ一面ノ行爲ヲ承諾「アクセプタンス」ト云フ即チ一方ノ者ハ契約ヲ爲サン事ヲ申込ミ一方ノ者ハ之レヲ承諾シテ契約ヲ生ズルナリ

一方ノ者申込ヲ爲シ一方ノ者之レヲ承諾スレバ爰ニ契約ヲ生ズベキモノナルヲ以テ凡テ申込ミハ承諾アレバ忽チ契約ト成ルベキ必要ノ條件ヲ具ヘザルベカラズ然レ共申込ハ之レニ條件ヲ附シ某ノ處某ノ日時ニ於テ某ノ事ヲ行フベシト申込ム事ヲ得ベシ

申込ハ斯ク其ノ承諾ヲ得テ忽チ契約ニ變ズベキモノナレバ申込ト申込ノ招引トヲ區別シテ決シテ混同スル事アルベカラズ申込ノ招引ハ決シテ忽チニ契約ニ變ズルノ性質ナキモノナリ抑モ申込ノ招引トハ他人ノ申込ヲ招クノミニシテ締約スベキ意思アル事ヲ他人ニ示スマデノ事ナリ設令バ米穀小賣商ノ店頭ニ一圓ニ付白米壹斗三升ナドト記シタル木札ヲ出スモノアルモ是レ申込ノ招引ニシテ客ヲ引ク爲メ契約ヲ爲スノ意アル事ヲ示シタル迄ニシテ未ダ申込ト云フベキモノニアラザレバ之レヲ承諾シタレバトテ直ニ契約ヲ生ズル事ナカルベシ故ニ已ニ相場ノ變更アリタルニ關ハラズ其ノ札ヲ書キ改ムル事ヲ忘却シ尙ホ前ノ木札ヲ出シ置クモ米商ハ必ズ其ノ札ノ相場ヲ以テ賣買セザルベカラザルノ義務アル事ナシ尤モ申込ト申込ノ招引トハ理論上ニ於テハ斯ク明了ナレ共實際ニ至リテハ隨分其區別ニ苦シム事少シトセズ譬ヘバ新聞紙ニ廣告シタル汽車發着時間表ノ如キハ申込ナルヤ否ヤ若シ申込ナラバ其定規ニ從ヒ切符ヲ買ハント云フモノアラバ契約直ニ成立スルヲ以テ發着ノ時間ヲ違フ事アラバ即チ違約ニシテ鐵道會社ハ其ノ損害ヲ賠償スルノ責ヲ免ルノ事能ハズ此ノ事ニ付テハ英國學者中ニモ隨分議論ノアリタル事ナレ共今日ニ至リテハ右ハ只申込ノ招引タルニ過ギザルモノト一定セルガ如シ

申込ノ何物タルハ略ボ前ニ述べタル所ノ如シ乞フ是レヨリ承諾ニ關スル法則ヲ論述セン

〔第一〕承諾ハ全ク申込ト一致スベシ條件ヲ附シタル承諾ヲ爲シ以テ契約ノ成立セルモノトナス事ヲ得ズ譬ヘバ一

正ノ馬ヲ六十圓ニテ賣却セントノ申込ニ對シ五十圓ニテ買ヒ受ケントノ承諾ヲ爲シタル時ハ契約ノ成立スル事ナシ而シテ此ノ五十圓ニテ買受ケントノ承諾ハ馬ノ賣主ニ取リテハ別個ノ申込ニシテ却ツテ賣主ノ方ニ於テ之レヲ承諾スル時ハ契約成立スル事ヲ得ベキモノナリ要スルニ申込ト承諾ト符合セザルカ又ハ申込ノ効力消滅シタル後ニ爲シタル承諾ハ申込ヲ拒絕シタルモノナレ共此ノ二様ノ場合共ニ相手方ヨリ却ツテ新シキ申込ヲ爲シタルト同様ノ効力ヲ生ズルモノナリトス譬バ甲ハ乙ニ其ノ所有ノ地所若干坪ヲ金五百圓ニテ賣拂フベシト申込ミ乙ハ四百圓ニテ買ヒ取ルベシト答ヘタルニ甲ハ中々四百圓ニテ賣拂ハザルヨリ更ニ申込ノ通り五百圓ニテ買取ルベキ旨ヲ通知セリ然ルニ甲ハ中途ニシテ其ノ心ヲ變ジ五百圓ニテ其ノ地所ヲ賣拂フ事ヲ好マレザルヨリ乙ハ違約ノ廉ヲ以テ之レヲ法庭ニ訴フル事アルモ乙ガ最初ニ四百五十圓ニテ買取ルベシト答ヘタルハ即チ甲ノ申込ヲ拒絕シタルモノナレバ甲ノ申込ハ此ノ時已ニ消滅シタルモノト見做サマルヲ得ズ去ラバ其後ニ至リ乙ハ更ニ五百圓ニテ買取ルベシト云フモ是レ乙ヨリ甲ニ對スル新ナル申込ナルヲ以テ之レヲ承諾スルト否トハ一ニ甲ノ意中ニ存スベシ故ニ甲乙間契約未ダ成立セザルモノナルヲ以テ甲ハ破約ノ責ヲ擔フ事ナカルベシ

〔第二〕承諾ハ申込ノ有効ナル期限迄ニ之ヲ爲スニアラザレバ契約ノ成立スル事ナシ語ヲ換ヘテ之ヲ言ハマ有効ノ契約ヲ成サントスルニハ申込ノ繼續中何時ニテモ之レガ承諾ヲ爲ス事ヲ得ベシ是レ理ノ當然ニシテ説明ヲ要セズト雖モ一タビ申込ミタルモノハ永遠繼續スベキモノナルカ果タ一定ノ期限アルベキヤ此事ニ就テハ學者中詳密ノ議論アレ共今其ノ大綱ヲ示サバ申込ノ効力ハ左ノ方法ニ由リテ消滅ス

(甲) 定期若クハ相當日限ノ經過

何月何日迄ニ承諾ヲ受ケタシトノ事ヲ申込ミタル時ハ此ノ日限ヲ經過スレバ申込ハ其ノ効力ヲ失フ事論ヲ待タズト雖モ尋常商家ノ取引等ニハ申込ニ於テ豫メ日限ヲ指定セザルノ場合甚ダ多シ此ノ場合ニハ只相當ノ時日限申込ノ効力アルモノト認定セザルヲ得ズ然レ共此ノ相當日時間トハ果シテ幾日ヲ指スカ是レ時處ニ應ジテ自ラ定マルベキモノニシテ豫メ之ヲ一定スル事甚ダ難シトス今甲乙面前ニ於テ甲申込ヲ爲スノ場合ニ於テハ兩人未ダ其ノ場所ヲ去ラザルノ間ニ於テ承諾スル事ナクンバ相當ノ日時中ニ爲シタル承諾ト云フベカラズ又郵便ヲ以テ承諾ヲ爲ス場合ノ如キハ申込ヲ受ケタル次回ノ郵便ニ托シテ其ノ承諾ヲ爲サレバ申込ノ効力ハ已ニ消滅シタルモノト見做サマルベカラザルガ如シ獨逸商法ニハ申込ハ適當ニ其ノ承諾ノ返答ヲ爲スベキ時日間繼續スベキモノト云ヘリ

(同商法第三百十九條)

(乙) 申込者又ハ其ノ對手ノ死去

申込ハ其ノ承諾前ニ於テ申込人又ハ承諾セントスル者ノ死去ニ由リテ自ラ消滅ス但シ對手ニシテ其死去ノ事實ヲ知ルニアラザレバ尙ホ申込ノ効力アリヤ否ヤハ諸國ノ法律各其ノ成規ヲ異ニセリ英國ニ於テハ凡人ノ死去ハ其ノ死去ノ即日ヨリ萬人ノ知ルベキモノトスル法律推測ニ由リ申込人ニテ死去スル事アラバ對手人ノ之レヲ知ルト否トニ關ハラズ其ノ効力ヲ失フベキモノトシ對手人未ダ死去ノ事實ヲ知ラザルモ承諾ノ効ナキモノニシテ契約ノ成立スル事ナキモノトセリ之レニ反シテ印度契約條例ニ於テハ對手人死亡ノ事實ヲ了知セザレバ申込ノ効力

アルモノトナシ又獨逸人ウキン^ドシヤイト^氏ノ如キハ斯カル場合ニ於テハ素ヨリ契約ノ成立スルナキモ對手人ニシテ死去ノ事實ヲ知ラズシテ承諾ヲ爲シ爲メニ損害ヲ受ケタル時ハ此ノ損害ノ賠償ヲ得ベキモノトセリ(同氏著「ベンデクテン」第三百〇七節)

(丙) 申込ノ拒絶

申込ヲ受ケタル者其ノ申込ヲ拒絶シタル時ハ此ノ申込ハ忽チ消滅ス但シ申込人ニ之ヲ拒絶シタル旨ヲ通知シ其ノ通知ニシテ申込人ニ達スルマデハ申込ノ効力尙存立スベキモノナリトス

(丁) 申込ノ取消

已ニ申込中ニ承諾ノ期限ヲ定メタルト否トヲ問ハズ苟モ對手人ガ未ダ其ノ承諾ヲ爲サマル以前ナレバ何時ニテモ之ヲ取消ス事ヲ得ベシ是レ申込ノミニテハ雙方ノ間權利上未ダ何等ノ關係ヲモ生ゼザレバナリ尤モ豫メ約束ヲ爲シ幾日間申込ヲ繼續スベキ事ヲ以テシタル時ハ其ノ約束ニテ果シテ有効ノ契約ナラバ其ノ期限内ハ之ヲ取消ス事ヲ得ザルヲ以テ英國法ノ通則トス譬ヘバ甲乙ニ對シテ地所賣拂ノ申込ヲ爲シ且ツ此ノ申込ハ一ヶ月間ヲ猶豫シ其ノ間ニ決答ヲ爲スベシ且ツ此ノ猶豫ノ報酬トシテ若干圓ヲ拂フベシト約シタル時ハ此ノ契約ハ有効ノ者ニシテ甲ハ一ヶ月間申込ヲ取消ス事ヲ得ザルナリ然レ共申込ト申込ヲ繼續スベキ契約トハ全ク別物ナレバ此ノ契約ヲ破ルモ相當ノ損害ヲ賠償スレバ即チ足レリ爲メニ申込ヲ取消シ得ザルモノニアラズ英國法ノ通則ハ理論上其ノ正確ヲ失シタルモノト云ハザルヲ得ザルナリ又申込ノ取消ハ之ヲ對手ニ通知スルニアラザレバ其ノ効ナシ故ニ申込ノ取

消ハ對手人ノ承諾前ニ之レヲ對手人ニ通知セザルベカラズ

〔第三〕承諾ハ申込人ニ之レヲ通報スルニアラザレバ其ノ効ナキヤ否ニ就キテハ學者中數多ノ議論アリ容易ニ一決シ難シトス獨逸人ウキン^ドシヤイト^氏ハ此等ノ諸説ヲ別ツテ三種トセリ即チ第一種ハ表彰主義ニシテ承諾狀ヲ發スルノ所爲ハ即チ承諾ヲ表彰スルモノニシテ發信ノ時ニ於テ契約ノ成立スル者ナリ第二種ハ通達主義ニシテ承諾ノ狀申込人ニ達スルト同時ニ契約ノ成立スルモノトスルナリ第三種ハ了知主義ニシテ申込人ニ於テ對手ガ承諾ヲ爲シタル事ヲ了知シタルノ時ニ於テ契約成立スルモノナリ今左ニ之ヲ略説セン

表彰主義ニ於テハ一方ノ者申込ヲ爲シ一方ノ者之レヲ承諾シテ而シテ其ノ承諾ノ跡ヲ外行ニ表示シタル時ハ契約已ニ成ルモノトシ若シ互ニ相隔絶シタル地ニ在ツテ契約ヲ成サントスル時ハ一方ノ者ハ郵便又ハ電信ヲ以テ申込ヲ爲シ一方ノ者之レヲ承諾シ承諾狀ヲ郵便ニ附シタル事アラバ二人ノ間意志ノ一致即チ合意アリ且ツ外形ニ顯ハレタル表彰即チ承諾狀ヲ發スルノ所爲アルヲ以テ法律上保護スベキ有効ノ契約ハ承諾狀投函ノ時ニ成立スベキモノトス故ニ一タビ承諾狀ヲ投函シタル後ハ直ニ電信ヲ以テ之レガ取消ヲ爲シ承諾狀到達前其ノ取消ヲ申込人ニ通知スルモ已ニ其ノ効ナキモノトナラザルヲ得ズ是レ商業ハ最モ迅速ノ取引ヲ旨トスル英米ノ法律ノ原則ニシテ佛國ニ在リテハメルラン^氏獨逸ニ在リテハブフタ、ブッフエンドルフ、サビニ^イ等有名ナル學者ノ主張スル所ナリ通達主義及ビ了知主義ニ於テハ承諾狀再ビ申込人ニ通達シ又ハ其ノ了知スル所トナルニアラザレバ合意ナキモノトスルガ故ニ一旦承諾狀ヲ郵便ニ付スルモ尙ホ其ノ申込人ニ達セザル間ハ電信又ハ急報等ヲ以テ之ヲ取消ス事ヲ

得ベキモノトセリ印度契約條例(第四條及第五條)獨乙商法(第三百十八條乃至第三百二十一條)等現ニ此ノ主義ニ據リテ承諾狀ノ通達前其ノ取消ヲ爲ス事ヲ許シタリ然レ共此ノ主義タル大ニ學者ノ批難スル所ニシテ歐米諸學者ノ大半ハ皆反對ナル表彰主義ヲ贊成セリ今其ノ駁論ノ要點一二ヲ擧グレバ即チ左ノ如シ

一、此ノ主義ニ從ヒ甲ヨリ乙ニ申込ヲ爲シ乙ハ之ヲ承諾スルニ承諾狀ノ甲ニ達シ又ハ甲ノ之レヲ了知スルマデハ其ノ効力ナク甲ハ常ニ乙ノ承諾ヲ爲セシヤ否ヲ知ル事ヲ要スルモノトセバ乙ハ又承諾狀方果シテ甲ニ達セシヤ否ヲ知ル事ヲ要スベケレバ甲ヨリ更ニ第二回ノ通報ヲ受ケザルベカラズ扱テ甲ヨリノ第二回ノ通報モ亦果シテ乙ニ達セシヤ否ヲ知ルハ甲ノ必要トスル所ナルベケレバ乙ヨリモ更ニ第二回ノ返答ヲ爲サマルベカラズ乙ニ第二回ノ返答ヲ發スレバ其ノ果シテ甲ニ達セシヤ否ヲ了知スル事ヲ要スベシ茲ニ於テ甲ハ第三回ノ通報ヲ爲シ乙モ亦從ツテ第三回ノ返答ヲ爲サマルベカラズ斯ク二回三回四回ト互ニ相輪轉シテ千萬遍ニ至ルモ終局アルベカラズ到底契約ハ郵便又ハ書狀ヲ以テ爲ス事能ハザルニ至ルベシ

二、商業活潑ノ邦國ニ於テハ到底此ノ主義ヲ固守スル事能ハズ譬ヘバ今我日本ヨリ米國ニ物品製造ノ注文ヲ爲シタル時ノ如キ承諾狀ヲ取消サレテ大損害ヲ招クノ恐レアルガ故ニ米國ヨリハ先ヅ承諾狀ヲ發シ其ノ承諾狀ガ日本ノ者ニ達セシヤ否ノ通知ヲ得テ而シテ後初メテ品物ノ製造ニ着手スルガ如キノ遲滯ヲ生ズベシ

三、此ノ主義ニ從フ時ハ相場ノ變更アル物品取引ノ契約海上保險契約等ノ如キ者ニ在リテハ契約者ノ一方ハ承諾ヲ爲シ置キ乍ラ相場ノ高下海難ノ模様等自己ノ都合ニ由リ急ニ承諾ヲ取消ス事ヲ得ベキガ故ニ此ノ主義ニ

基キタル法律ハ狡兒ガ其ノ姦計ヲ逞ウスルノ具タルノ大弊ヲ生ズベシ

右ニ論述スル所ニ反シ表彰主義ヲ駁撃シ通達主義及ビ了知主義ヲ保護スル議論モ亦少ナカラズト雖モ要スルニ承諾ハ之ヲ申込人ニ通知スルヲ要スルヤ否ノ問題ニ對シテハ余ハ一概ニ諾否ノ答ヲ爲ス事ヲ得ズ契約ノ種類ト場合トニ從ヒ或ハ此ノ通知ヲ要スルモノモアルベク或ハ之ヲ要セザルモノモアルベシト信ズルナリ設令ヘバ承諾狀ノ申込人ニ達セザル以前ニ在リテハ之ヲ取消スモ妨アルベカラズ又近世米國ニ在リテ論理ノ精確ヲ以テ稱セラレ、ラングデル氏ハ其著書契約法綱要ニ論ジテ曰ク「凡ソ片務ノ契約ハ一方ノ者申込ヲ承諾スルト同時ニ其ノ爲スベキ當然ノ義務ヲ盡サマルベカラザルモノナルガ故ニ其ノ承諾ノ事件ヲ履行シタルト同時ニ契約ヲ生ジ更ニ之レヲ申込者ニ通知スルヲ要セズ如何トナレバ申込ヲ承諾シタル者已ニ其ノ事ヲ履行シ未ダ通知ヲ爲サマルノ前ニ於テ申込ノ取消ヲ受クル事アレバ之レヲ契約ヲ破リタルモノトシテ其ノ損害ヲ賠償スルノ權利ヲ有セザルベカラザレバナリ譬ヘバ商品ノ注文ヲ受ケタル時ノ如キ場合ニハ片務ノ契約ニシテ承諾ノ旨ヲ申込者ニ通知スルヲ要セザルノ類ナリ之レニ反シテ雙務ノ契約ハ雙方ノ者互ニ其ノ義務ヲ負擔シ雙方各々契約事件ヲ履行セザルベカラザルモノナルヲ以テ承諾ノ通知申込人ニ達スルニアラザレバ即チ合意ナキモノニシテ契約ノ未ダ成立セルモノト云フベカラズト蓋シ確論ト云フベキノミ

〔第三〕契約ハ救済スベカラザル甚シキ錯誤ナキ事ヲ要ス即チ契約ニ錯誤アラバ契約ニ合意ナキ者ニシテ契約ノ成立スル事ナシ故ニ契約ニシテ錯誤ニ出デタルモノナレバ當ニ之レヲ取消ス事ヲ得ベキノミナラズ爲メニ拂ヒ込ミ

タル金額モ之ヲ取還ス事ヲ得ベシ然レ共苟モ契約ニ錯誤アラバ其ノ僅少ナルモノナルニ關ハラズ盡ク之ヲ無効トスベキモノニアラズ其ノ錯誤甚シカラズシテ尙ホ之ヲ救済シ得ベキモノハ決シテ然ル事ヲ得ズ而シテ契約ノ成立ヲ碍グベキカ、ル錯誤ニ三種アリ一ハ契約者ニ係ル錯誤ニハ契約ノ性質ニ係ル錯誤三ハ契約ノ目的物ニ係ル錯誤是レナリ譬ヘベ一商館ノ得意先某甲ナル者此ノ商館ニ對シテ物品ノ注文ヲ爲シタルニ此ノ商館ハ正ニ他人ノ讓リ受クル所トナリシニ係ハラズ其ノ讓受ケタル事實ヲ通報セズシテ右ノ物品ヲ供給シタル事アラバ此ノ商館ハ物品ヲ取戻ス事ヲ得ルモ其ノ代價ヲ請求スルノ權ナカルベシ（ブルトン對ジョンソンノ判決例）又一方ハ甲ノ馬ヲ買ハント欲シ一方ハ乙ノ馬ヲ賣ラントシ或ハ已ニ消滅シタル物品ヲ尙ホ存在スルモノト信ジテ契約シタル場合ノ如キハ契約ノ主タル目的物ノ錯誤ニ係ルノ例ナリトス（クーチスリエール對ハステイノ判決例）

右ニ掲ゲタル數例ハ尤モ解シ易キ場合ノミヲ示シタルモノナレ共物品ノ性質上等等ノ區別ヲ爲シ得ベキモノニ在リテハ實際上頗ル困難ヲ生ジ或ハ保證約或ハ未必ノ條例等ト混同スル事少カラズ設例ヘバ酒若干石ノ取引契約ニモ上等ノ酒モアルベク下等ノ酒モアルベシ締約者ハ果シテ上下等何レノ酒ヲ取引スルノ意ナリシヤ否之ヲ判定スル事甚ダ易カラズト雖モ要スルニ實物ヲ以テ取引スル場合ハ其ノ物品ノ性質如何ニ關係ナク又酒何石米何俵等ト只物品ノ種類ヲ以テ取引スル場合ニハ此ノ問題ヲ決スル事頗ル必要ナリ此等ノ事ニ關シテハ契約法上詳密ノ議論アレ共單ニ一般ノ法理ヲ論ズル本書ノ如キニ在リテハ之レヲ詳述スルヲ得ズ

詐僞モ亦契約ヲ無効トスルノ効力アリ一方ノ者ノ詐僞ニ由リテ契約ヲ爲シタル者ハ其ノ詐僞ニ出デタルヲ理由ト

シテ其ノ契約ヲ拒ム事ヲ得ベシ但シ自ラ詐僞ヲ行ヒタル者ニ在ツテハ其ノ對手ニ對シテ契約ノ無効ヲ主張スル事ヲ得ザルナリ然ラバ即チ詐僞トハ如何ナル者ヲ包含スルヤ通常ノ用語ニ從ヘバ詐僞トハ必ズ惡意ヲ以テ他人ヲ欺キタルモノニシテ刑法ヲ以テ論ズベキモノタルガ如シト雖モ民事上ニ於テ契約ヲ無効トスルニハ必ズシモ惡意アルヲ要セズ或ル事實若クハ條件ニシテ具備スル事アラバ惡意ナシト雖モ法律上之レヲ詐僞ナリト推測ス譬ヘバ破産者ニシテ其ノ財産ヲ其ノ親友等ニ贈與セントスル時ハ惡意ナシト雖モ債主ニ對シテハ詐僞アリタルモノトナシ債主ハ其ノ契約ノ無効タル事ヲ主張スル事ヲ得ルナリ故ニ他人ヲ欺カントスルノ惡意アラバ其ノ詐僞タルハ明白ニシテ已ニ論ズベキ事ナキモ民事上苟モ詐僞ヲ以テ論ズベキモノハ其ノ詐僞ヲ行フモノ、心意ハ如何ナル程度ヲ以テ充分ナリトスベキヤ今之ヲ分析スレバ即チ左ノ二原素ヲ具備スルヲ要ス

一、他人ニ或ル思想即チ考ヘテ通セントスルノ意思又ハ希望アル事ヲ要ス即チ或ル思想ヲ通セントスル意思ナキモノハ詐僞ノ行爲アルベカラザルハ自ラ明カナル事ニシテ譬ヘバ甲ナル者乙ナル者ニ對シテ或ル一話ヲ爲シ乙ハ更ニ之レヲ解セザレバ甲乙ノ間詐僞ノ嘗テ存立スベキ理由ナシ

二、右ノ思想即チ考テ虚ナリト信ジタル事即チ自ラ眞實ナリト信ジテ爲シタル事ハ事實ニ於テ虚ナルモ詐僞ノ性質ヲ帶ブル事ナシ然レ共相當ノ理由ナクシテ或ル事實ヲ確メ而シテ其ノ果シテ虚ナリシ時ハ詐僞タルヲ免ズ是レ自ラ知ラザル事ヲ確言スレバナリ但シ他人ヨリ單ニ己ノ所見ノミヲ問ハレタルトキハ相當ノ理由ナクシテ之ヲ確言スルモ詐僞トナル事ナカルベシ是レ自己ノ心中ニ存スル見識ノミヲ述べ敢テ事實ノ有無如何

ヲ確言シタルモノニアラザレバナリ

然ラバ詐僞ヲ組成スルニハ他人ニ通ジタル思想ノ虚ナルヲ信^〇ジタル事必要ナル事明カナレ共此ノ信^〇ズルトハ如何ナルモノヲ指スカ尙ホ其ノ解義ヲ知ラザルベカラズ蓋シ信^〇トハ心中ノ有様ヲ云フモノニ相違ナケレ共此ノ有様ニハ種々ノ度アリテ一定スル事ナシ即チ信ニ確信ト半信(又ハ輕信)トノ區別アリ譬ヘバ明日モ太陽ハ昇ルベシト信ズルハ殆ド之ヲ確信ト云フベキモ今日今時ニテモ英國ノ女王ハビクトリヤナルベシト信ズルハ信ノ稍ヤ輕キ者ト云フベシ然ラバ詐僞ヲ構成スルニ必要ノ元素ナル信^〇ナル者ハ如何ナル程度ヲ以テ足レリトスルカト問ハマ益々信ナル者ノ性質如何ヲ知ラザレバ其ノ答辨ニ苦ムベシ抑モ純然タル理論ヨリ推ス時ハ凡ソ人ガスク々々ノ事ヲ信^〇ズルトハ其ノ人ガ心中ニ於テ將來此ノ事ノ起ルベキ事ハ彼ノ事ノ起ルベキ事ヨリ多分ナラント推量スル事ヲ謂フモノニテ到底推量ニ過ギザル^フ多分論タルニ外ナラズシテ數理上ノ精算ヲ爲シ得ベキモノニアラズ故ニ人ノ萬事ヲ處スルモ動カスベカラザル確實ノ計算ニ基キ之ヲ行フヨリ寧ロ多分斯ク々々ナルベシト推量シテ偶然ヲ期スル事最モ多シ明日モ知レザル人間ノ露命ニテアリ乍ラ明日斯ク々々ノ事ヲ爲スベシト契約スル者ハ其ノ心中敢テ必ズ死スル事ナキヲ確定シタルニアラズシテ迎モ死スル事ハナカルベシト推量シタル迄ノ事ナリ故ニ斯ク々々ノ事ノ起ルヤ否ハ本來知ル事能ハザルモノナルモ相當ノ推測多分論ヨリ其ノ事ノ起ルベシト推定スルニ足ルベキ時ハ危險ナガラモ其ノ危險ノ責ヲ自身ニ引受ケテ斯ク々々ノ事必ズ起ルベシト判定スル事ナリ是レ設令ヒ心中人ヲ欺クノ惡心ナキモ相當ノ理由即チ相當ニ多分カ、ルベ

シト推量スルニ足ルベキ事ナク己レノ知ラザル事ヲ確言シテ爲メニ他人ヲ誤ル事アラバ之レヲ以テ尙ホ詐僞ノ行爲アリト見做サマルベカラザル所以ナリ

又他人ニ虚言ヲ吐キ虚事ヲ示スノミニテモ前二條ノ要素具備スレバ民事上ニハ尙ホ之レヲ詐僞ノ一種トナシ英語ニ之レヲ「ミスレブレセンテーション」ト云フ契約ヲ半無効トスル事詐僞ト異ナルナシ○茲ニ一個ノ議論アリ虚言ヲ吐キ虚事ヲ示スハ詐僞ト同様ナルハ兎モ角他人ノ尋問ヲ受クルモ黙シテ答フル事ナキハ之レヲ「ミスレブレセンテーション」ト云フベキヤ否英國ノ判決例ニ據ルニ甲某乙某共ニ煙草商ニシテ互ニ品物ノ取引ノ契約ヲ爲サントシ甲ハ乙ニ向ヒ近時外國ト開戦ノ模様アルガ故ニ煙草ノ相場稍々騰貴スル事ナキヤ否ト問ヒシニ乙ハ眞實ニ之ヲ答フレバ己レノ不利益タル事ヲ知り更ニ一言ノ返答ヲ爲サマリシ場合ニ於テ英國裁判所ハ單純ナル沈黙ハ「ミスレブレセンテーション」トナルベキモノニアラズト判決セリ但シ此ノ場合ニ於テ乙若シ返答ヲ爲サマルモ其身振等ヲ以テ甲ノ不利益トナルベキ事ヲ表示シタル事アラバ「ミスレブレセンテーション」タル事ヲ免レザルベシ(レドウ對オルガンノ訴件)又英國法律ニ於テハ「アンジュー、インフリユエンス」ト稱シ契約上詐僞ト同一ノ効力ヲ有スル者アリ「アンジュー、インフリユエンス」トハ不當ノ勢力ト云フ義ニシテ父子、代言人及訴訟本人、本人及代理人間等ノ契約ニハ兎ニ角一方ノ者ノ勢力ニ推サレテ本意ニアラザル事ヲ承諾スルノ傾向アルガ故ニ法律ハ數々此等ノ人ノ間ニ不當ノ勢力アルモノト推定シ單ニ沈黙ニ止ルモ尙ホ「ミスレブレテーション」ノアルベキモノトセリ

詐偽ノ外威力ヲ以テ結ビタル契約モ亦半無効ニシテ契約ヲ強ヒラレタル者ハ契約ノ際威力ニ壓セラレタルヲ理由トシテ之レヲ取消ス事ヲ得レ共威力ヲ用ヒタルモノハ此ノ理由ニ由リテ契約ヲ無効トスルノ權利ナシ○威力トハ身體ニ對スル暴行又ハ之レト同一ノ性質ヲ有スル暴行ヲ加ヘントスル行爲ヲ云フ故ニ家屋又ハ其ノ他ノ財産ノ安寧ヲ害セントセラルノミニテハ之レヲ以テ威力ナリトスルニ足ラズ且ツ又此ノ威力ヨリ生ズル恐懼ハ羅馬法ニテ云ヘルガ如ク充分強剛ノ人ヲシテ其ノ念ヲ生ゼシムルニ足ルモノタラザルベカラズ

〔第四〕合意ヲ表示スルニハ書類、言語、記號、又ハ行爲ヲ以テスル事ヲ得故ニ契約ハ必ズシモ雙方ノ明言又ハ書類ヲ待タズシテ雙方ノ所爲ヨリシテ自然ニ發生スル事アルベシ設令ヘバ余ガ面前ニ於テ余ガ家屋ノ破損シタル箇所ヲ修繕スルノ大工アラバ別ニ明言ヲ待タズシテ相當ノ賃錢ヲ拂フノ契約ヲ生ズベシ之レヲ暗生ノ契約ト云フ合意ハ結約者雙方ヨリ相互ニ之レヲ表示セザルベカラザレ共必ズシモ結約者自ラ其ノ面前ニ於テ之レヲ爲ス事ヲ要セス文書、電信、郵便等其ノ他ノ媒介ヲ用フル事ヲ得ベシ而シテ此ノ媒介ノ中幾分カ己レノ識見ニ從ヒ自己ノ思料ヲ以テ事ヲ處スルノ權力ヲ附與セラレタル者ヲ稱シテ代理人ト云ヒ本人ト同様ニ合意ニ効力ヲ與フル事ヲ得而シテ此ノ代理人ヲ撰任スルハ代理ノ契約ヨリ生ズレ共茲ニ例外トモ思ハルベキニケノ場合アリ即チ一ハ代理ノ權ナキ者他人ノ爲メニ其ノ名義ヲ以テ取引ヲ爲シ後日ニ至リテ代理權ヲ得且ツ曩キニ爲シタル取引ヲモ本人ノ承認シテ之レヲ承諾シタル時ハ取引ノ當日ニ遡リテ代理者タルノ効力アル場合ニシテ一ハ明カニ代理ノ權ヲ與ヘザルモ暗ニ代理ノ權ヲ生ズル事アリ譬ヘバ主人ノ爲メ數々信用ヲ以テ物品ヲ買ヒ取ルノ慣行アル奴僕ハ設令ヒ主人

其ノ雇ヲ解クモ尙ホ之レヲ知ラザリシ三者ニ對シテハ其ノ責ヲ負ハザルベカラサルガ如シ
代理ニ總理部理ノ區別アリ從ツテ其ノ權限ヲ同ジカラズ又其ノ區別ニ就キテモ頗ル精密ノ議論アレ共コハ後回代理法ヲ説クノ時ニ譲リテ今茲ニ略スベシ

以上契約ニ存スベキ諸元素ヲ分析シ六元素トナシ己ニ其ノ二ヲ説キ了リタレバ次回ニ於テハ其ノ第三ノ元素即チ契約事件ノ適法ニシテ且ツ爲シ得ベキモノタラザルベカラザル所以ヨリ論述セム

第三 契約事件ハ出來ベクシテ且ツ適法タルベキ事ヲ論ズ

契約事件ハ出來ベクシテ且ツ法律ニ於テ許容セラレタルモノタル事ヲ要ス而シテ之レニ反スル契約ヲ不能ノ契約又ハ不適法ノ契約ト云フ今左ニ之レヲ分論セン

(甲) 不能ノ契約ヲ論ズ

不能ニ三種アリ即チ

〔第一種〕ハ天然上又ハ論理上ノ不能ニシテ設例バ永世常動ノ器械ヲ製造シ又ハ月界ニ周遊セン事ヲ約スルガ如キハ天然上到底爲シ能ハザル事件ニ屬スルガ故ニ其ノ契約ハ全ク無効ナリトセザルヲ得ズ

〔第二種〕ハ法律上ノ不能ナリ設例ヘバ法律上ニ禁止セラレタル或ル親族ト結婚センコトヲ約スルガ如シ

〔第三種〕ハ實際上ノ不能ニシテ事物自然ニ於テハ充分爲シ能フベキ事柄ナルモ他ノ障礙ヨリシテ爲シ能ハザルヲ云フ設例ヘバ一時間中ニ百枚ノ謄寫ヲ爲スガ如キハ能ク之ヲ爲シ得ルモノモアルベク又然ラザルモノモアルベシ

又一時間ニ六十英里ヲ走ルベキ汽車ハ論理上之ヲ製造シ得ベキ事ナルベキニ實際斯カル速力ノ汽車ヲ製スル事能ハザルガ如シ然レ共此ノ實際上ノ不能ト第一種即チ天然上ノ不能トハ其ノ區別一目瞭然タルニ似テ又必ズシモ然ラザル事多シ設例ヘバ空中ヲ飛行スル器械ヲ製造セントスルハ天然上爲シ能フベキ事カ將タ實際上爲シ能ハザル事カ頗ル判然セザルベシ已ニ數十年ノ昔日ニ於テハ千里ノ外ニ音聲ヲ傳フベキ「テレホン」ハ天然上ノ不能ト爲シタルベキモ今日ハ現ニ此ノ器械ヲ見ルニ至レリ蓋シ二者ノ區別ハ現在セル人間普通ノ智識ヲ以テ之ヲ識別スルノ外アルベカラズ

三種ノ不能ハ其ノ區別ハ上來論述スル所ノ如シト雖モ扱テ此ノ區別ハ契約上如何ナル結果ヲ生ズベキカ之ヲ講究スル事極メテ必要ナリ

第一種及ビ第二種ニ屬スル不能ノ事件ヲ契約シタル時ハ此ノ契約ハ當初ヨリ無効ニシテ其ノ報酬トシテ豫メ拂込ミタル金錢ハ直ニ之ヲ取戻ス事ヲ得ベシ但シ右二種ノ不能ハ已ニ契約ヲ爲シタル後ニ於テ不能トナリタル時モ亦同ジトス又契約者雙方ガ其ノ不能タルヲ知ルト否トハ契約ヲ無効トスルノ効力ニ關係スル事ナシ如何トナレバ法律及ビ天然上若クハ論理上ノ不能ハ何人モ之ヲ知ルモノトスルハ法律上ノ一大推測ナレバナリ然レ共若シ現ニ一方ノ者ノミ其ノ不能ナル事ヲ知り一方ノ相手ハ之ヲ知ラザル事明カニシテ此ノ推測ヲ破ルニ足ル時ハ其ノ結果ハ次ギニ論ズル所ノ第三種ノ不能ニ於ケルト同様ノ結果ヲ生ズベシ

第三種ノ不能ハ契約ヲ半無効トスルモノニシテ締結者一方ノ者ノミ其ノ無効ヲ主張スル事ヲ得今其ノ略則ヲ擧グ

レバ左ノ如シ

一、契約事件執行ノ利益ヲ受クル者即チ權利者ノ過失ニ由リテ不能ニ至ルトキハ契約事件執行ノ責アル義務者ハ其ノ義務ヲ免レ且已ニ其ノ事件ノ幾分ヲ執行シタルトキハ權利者ニ對シテ相當ノ損害要償ヲ爲ス事ヲ得

二、契約事件執行ノ責アル義務者ノ過失ニ由リテ契約ヲ不能ニ至ラシメタル時ハ義務者ハ其ノ不能ヲ口實トシテ其ノ義務ヲ免ル、事ヲ得ズ其ノ之ヲ爲シ能ハザル場合ニ於テハ破約ヲ爲シタルモノトシテ之レガ損害ヲ償ハザルベカラズ

三、契約者雙方ノ過失ナキ場合ハ一定ノ標準ヲ定メ難シト雖モ一般ニ之ヲ言フトキハ義務者ノ一身ニ屬スル不能ハ契約ヲ無効トスル事ナシ設例バ負債主ガ其負債ヲ償却スル事能ハザルニ至ル如キハ不能ハ即チ不能ナリト雖モ負債主ノ一身ニ屬スル不能ナルヲ以テ決シテ其ノ責ヲ免ル、事ヲ得ズ然レ共締結ノ條件ヨリシテ義務者ノ生命若クハ健全ノ永存スル時間ノミニ之レヲ履行シ得ベキモノナルトキハ義務者ノ不能ヲ理由トシテ契約ノ義務ヲ免ル、事ヲ得ベシ設例ヘバ畫工ニシテ死去スル事アラバ其ノ嘗テ契約セシ繪畫ハ他人ヲ以テ之ヲ畫カシムルノ責アル事ナシ

又不能ニシテ人身上ニ屬セズ契約ノ事件行爲自身ニ屬スルトキハ不能ノ故ヲ以テ義務ヲ免ル、事ヲ得ズ設例ヘバ甲ハ乙ニ對シ第三者ナル丙ヲシテ乙某ノ爲メニ或ル事ヲ爲サント約シタルトキハ第三者ナル丙某ハ果シテ之ヲ行フカ否ハ素ヨリ判然タラズト雖モ甲某ハ自ラ此ノ危險ノ責ヲ其身ニ引受ケタルモノナレバ丙某ニ

シテ其ノ事ヲ爲サル、モ甲某ハ其ノ責ヲ免ル、事ヲ得ズ必ズ破約上相當ノ損害ヲ償ハザルベカラズ不能ノ種類ニ從ツテ結約者ノ責任ニ異同ヲ生ズルハ上來陳述セルガ如クナレ共ホロツク氏及ビホームス氏ハ全ク之ヲ解釋ノ議論ニ一任シ解釋上結約者雙方何レガ果シテ其ノ責任ヲ負擔セント決意センヤ否ヲ究ムルノ一點ニ在リトセリ今氏等ノ說ニ從フトキハ第一種ノ不能ノ契約ハ全ク一時ノ狂妄ニ過ギザレバ之ヲ契約ト稱スベカラズ然レドモ契約者ニシテ之ヲ狂妄ナリトセズ眞ニ之ヲ爲サン事ヲ約シタルトキハ素ヨリ眞ノ契約ニシテ不能ノ事件ヲ約シタル義務者ハ破約者トシテ相當ノ損害ヲ償フノ責アリトス但シ法律ハカ、ル不能ノ契約ハ狂妄ニシテ契約ニアラズトスルノ一大推測ヲ下スガ故ニ此ノ推測ヲ破ルベキ場合實際甚ダ少ナカルベシ又氏等ノ說ニ從ヘバ先已ニ示シタル畫工ノ爲シタル契約ノ如キハ畫工ノ死去シタル場合ニ於テモ尙其義務ヲ負擔セシムルノ意思ナカリシモノト解釋スベク之ニ反シ家屋修繕ヲ約シタル場合ハ大工ニシテ死去スル事アラバ必ズシモ此ノ大工ニ限ラズ他ノ大工ニテモ家屋ノ修繕ヲ爲シ得ベキモノナルガ故ニ假令ヒ大工ニシテ死去スル事アルモ尙ホ其ノ義務ヲ盡スベキ事ヲ約シタリシモノト解釋シテ其義務ヲ免カレシムル事ナカルベシ由是觀之兩氏ノ說モ亦實際余ノ論述セル說ト異ナル所ナシト雖モ兩氏ノ說ハ只之ヲ契約ヨリ生ズル義務ノ不能ニ關スル場合ノミニ適用シ得ベク法律條例ヨリ生ズル義務ノ不能ヲ論ズルニ至リテハ更ニ特別ナル解釋ノ方法ヲ避ケザルベカラザルノ不便アルベシ

(乙) 不合法ノ契約ヲ論ズ

法律ニ反シタル契約モ亦無効ナリ而シテ契約ハ左ノ三種ノ事件ニ關シテ不法タル事ヲ得

- 一、執行ヲ遂ゲント約シタル事件若クハ事物ノ不合法ナル事アリ此ノ場合ニ於テハ結約者ノ之ヲ知ルト否トヲ問ハズ其ノ契約ハ凡テ無効トス
 - 又同上ノ事物若クハ事件ハ、或ル特別ナル事實ノ存在スルガ爲メニ不法トナル事アリ設例ヘバ材木賣買ノ契約ヲ爲シ而シテ其ノ材木ニシテ他人ノ所有ノ係ルモノナルトキハ此ノ契約ハ全ク無効ナレ共若シ一方ノ者ニシテ其事實ヲ知ラザリシトキハ事實ヲ知りタル者ニ對シテ破約ノ損害要償ヲ爲ス事ヲ得ルナリ
 - 二、契約ノ原因ノ不合法ナル事アリ而シテ此ノ場合ニ於テハ雙務ノ契約ト雖モ一方ノ契約即チ原因ニシテ不法ナルトキハ全體ノ契約ヲ無効トスルノ力アルベシ
 - 三、契約ノ目的ニシテ不合法ナル事アリ設例ヘバ兇器ヲ盜賊ニ賣與スルノ契約ヲ爲シタル場合ノ如キモノニシテ其ノ盜賊ナルヲ知ルト否トニ從ヒ其ノ契約ハ全無効又ハ半無効トナルベキモノトス
- 擬テ不法トハ如何ナル事件ヲ指スカ是盡ク茲ニ枚舉スル事能ハザレ共英國法ニテハ事物其ノ物自身ハ敢テ不法ナルニアラザルモ公ノ政略ニ反スル契約ナリトシテ之ヲ無効トスル一種ノ契約アリ設例ヘバ官吏ガ其ノ將來ノ給料ヲ讓與セントノ契約又ハ一方ノ者對手ト同様ナル營業ヲ爲スマジトノ契約等ノ如シ然レ共此等不合法ノ事件タル宜シク法律ノ明文ヲ以テ規定スベキ事ニシテ法官ハ漫然不法ノ事件トシテ契約ヲ無効トスル事アルベカラズ否ラズンバ即チ大ニ契約ノ自由ニ干涉シ經濟ノ原理ヲ害スルニ至ルベシ故ニ英國法ニテモ營業禁止ノ契約ハ公ノ政略ニ反スルモノトシテ之ヲ無効トスルヲ常トスレ共又種々ノ例外ヲ設ケテ可成契約ノ自由ヲ保全ス設例ヘバ適當ナ

ル區域ヲ定メテ營業ヲ禁ズルノ契約又ハ充分ノ原因アル書面ノ契約ハ營業禁止ヲ目的トスルモ決シテ之ヲ無効トスル事ナキガ如シ

第四 契約ハ法律上ノ結果ヲ生ズベキモノタル事ヲ論ズ

契約ハ法律上ニ有効ナル結果ヲ生ズルモノタルヲ要ス故ニ夜會ノ招待狀又ハ友人ト日光旅行ノ契約ノ如キハ之ヲ契約ト稱スル事ヲ得ザルナリ

第五 契約ハ契約者雙方相互ノ關係上ニ有効ノ結果ヲ生ズルモノタル事ヲ論ズ

契約ノ効ハ契約者雙方相互ノ間ニ關係ヲ生ズベキモノタラザルベカラズ故ニ諸法官ノ決定評定官ノ議決等ハ法官相互又ハ評定官相互ノ間ニ結果ヲ生ズルモノニアラザルガ故ニ之ヲ契約ト稱スル事ヲ得ザルナリ

第六 契約ノ式及ビ原因ヲ論ズ

何レノ邦國ニ於ケル法律モ上來論述シタル契約五個ノ條件ヲ具備スルノミヲ以テ未ダ其ノ契約ヲ履行スル事ナカ
ルベシ設令ヒ右五個ノ條件アルモ尙ホ約式或ハ約因ナキノ故ヲ以テ尙ホ之ヲ無効トスルヲ以テ常規トス今先ツ約式ヨリシテ約因ノ如何ニ論及セム

(甲) 約式ヲ論ズ

約式アル契約ト約式ナキ契約トハ歴史上何レヲ以テ始メトスルカ學者中ノ一議論ナレ共羅馬法ノ論理ニ從ヘバ約式約ハ後世ニ生レタルモノトスレ共近世ノ學者ハ大ニ之レト反對ノ意見ニ出デ其ノ證據モ亦數多ナレ共今茲ニ沿

革上ノ論議ヲ省キテ之ヲ略スベシ約式ニ二個ノ利益アリ第一ハ約式アルガ爲メ忽卒ニ契約ヲ結ブノ害ヲ避ケ第二
後日契約ノ證據ニ供スル事ヲ得ベシ而シテ此ノ約式ヲ大別シテ二種トス一ハ動作ヲ以テスルモノニシテ一ハ書面
ヲ以テスルモノナリ

動作ヲ以テスルモノハ羅馬法ニ於テハ即チ「ステピユラショー」ニシテ結約者雙方其ノ面前ニ於テ定式ノ問答ヲ
爲シ又ハ見本品ノ渡與若クハ握手ノ式ヲ以テ正當ナル契約ヲ結ビタルノ證トナシタルモノ、類是レナリ而シテ又
後世ニ及ンデハ所謂捺印契約ノ如キモ半ハ此種ニ屬スル約式タルナリ

書面ヲ以テスル約式ハ古今最モ普通ノ法式ニシテ今日ト雖モ流通證書ノ如キハ書面ヲ以テスルニアラザレバ全ク
其ノ効ナシ

契約ノ自由ノ發達ト共ニ又契約ノ存否ヲ確知スルノ困難ヲ益ハ自然ノ勢ナリ故ニ佛國ニ於テハ千五百六十六年
ムーランノ達令ト稱スル條例ヲ設ケテ百フラン以上ノ金額ニ計算スベキ契約ハ證人ヲ以テ之ヲ證スル事ヲ禁止シ
又英國ニ於テモ詐僞ヲ防止スルノ目的ヲ以テ發シタル詐僞條例ハ內金又ハ手附金ノ拂渡又ハ書類ノ證據ナクンバ
十磅以上ノ品物賣買ヲ無効トセリ且ツ同條例ハ遺產管理人自ラ其ノ資産ヲ以テ死者ノ責任ヲ負擔シ又ハ他人ノ負
債ヲ保認シ其ノ他結婚不動産等ニ關スル責任ヲ認ムベキ契約ハ之ヲ書面ニ認メタルモノニアラザレバ其ノ訴ヲ起
ス事ヲ得ザルモノトセリ而シテ此條例ハ今日ト雖モ其ノ効力ヲ有スルモノナレ共其ノ弊害亦頗ル大ナルモノアル
ヲ以テ英國法官ハ自由ニ之レガ解釋ヲ下シ遂ニ條例ノ精神ヲ全失セシムルノ勢トナレリ今右條例中他人ノ負債ヲ

保認スル契約ノ場合ニ付キ解釋ノ一例ヲ示スベシ依ツテ甲ヲ債主トシ乙ヲ負債主トシ丙ヲ保認者トスル時ハ右負債保認ハ左ノ四個ノ場合ニ歸スベシ

(一) 甲—乙
丙ハ甲ニ對シテ乙ノ負債ヲ甲ニ償却スル責任ト乙ニ對シテ之ヲ爲スノ責任ト有シ乙ノ甲ニ對スルノ責任消滅ス

(二) 甲—乙
丙ハ乙ニ對シテ乙ノ負債ヲ保認スルノ責任アルノミニシテ甲ニ對スル責任ナク又乙ノ甲ニ對スル責任消滅ス

(三) 丙—甲—乙
丙ハ甲ニ對シテ乙ノ負債ヲ償却スルノ責任アルノミニシテ乙ニ對シテ之ヲ爲スノ責ナク乙ノ甲ニ對スル責任モ亦爲メニ消滅ス

(四) 丙—甲—乙
丙ハ甲ニ對シテ乙ノ負債ヲ償却スルノ責任アリ乙モ亦甲ニ對シテ尙ホ其ノ責任ヲ免ル、事ヲ得ズ但シ丙ハ乙ニ對スル責任ナシ

(五) 丙—甲—乙
丙ハ乙ト甲トニ對シテ責任アリ乙ハ甲ト丙ニ對シテ責任アリ皆相互ニ責任ヲ負擔ス

右五個ノ場合中詐僞條例ヲ適用シテ契約書類ヲ以テセザルベカラザルハ只第一ノ場合ノミニ限レリ以テ法官ガ同條例ヲ解釋スルノ嚴ナルヲ見ルベシ蓋シ英國ノ法律條例ハ大ニ解釋ニ成ルモノ多キガ故ニ當ニ其ノ明文ヲ一見シテ其ノ眞意ニ知ルベカラザルハ獨リ此ノ一例ノミニアラザルナリ

(乙) 約因ヲ論ズ

或ル一種ノ契約ハ約因即チ契約ノ原因アルニアラザレバ全ク無効ニシテ契約ノ嘗テ存在セル事ナキモノトス契約ノ原因トハ契約ヲ爲シタル直接ノ趣意ニ云フモノナリ凡ソ契約ヲ爲スニハ其ノ趣意ニ直接間接ノ二様アリ只其ノ直接ノ趣意ヲ稱シテ約因ト云ヒ間接ノモノヲ稱シテ契約ノ發起心ト云フ設令ヘバ某甲ハ金錢ノ入用ノ爲メニ己レガ家屋ヲ賣却セントシ乙某ハ家屋ヲ欲スルヲ以テ某甲ノ家屋ヲ買求セント契約セシ時ハ第一賣主甲ヨリ論ズレバ契約ノ原因ハ乙ヨリ金錢ヲ拂ハシメ以テ己レガ所有トナサントスル在リテ其ノ契約ノ發起心ハ金錢入用ノ事件ナリ即チ債主ノ催促ニ逢ヒタルカ又ハ旅行等ノ費用ニ充タンガ爲メナリ第二買主ナル乙ヨリ論ズル時ハ其ノ原因ハ家屋ヲ得テ己レガ所有トナス事ニシテ其ノ契約ノ發起心ハ自己ノ幸福ヲ得ント欲シ又ハ其ノ家屋ニ店等ヲ開カント欲スル等ナリ故ニ約因ハ常ニ契約上ニ發露スレ共契約發起心ハ契約者雙方ノ内情ナレバ外面ニ發露スル事ナシ故ニ雙務場中ニテハ一方ノ義務ハ他ノ一方ヲ義務ニ對シテ相互ニ其ノ原因トナルモノナリ

英國法律ニ於テハ約式ヲ用ヒザル單純ノ合意ハ契約タルノ効力ナキモノトス蓋シ天然自然ノ有様ニ於テハ人々自由ニ契約ヲ爲シ其ノ契約ヲ履行スルノ義務ヲ負擔スルハ其ノ自由ナルハ勿論ナレ共法律ニ於テハ約因ナキ契約ヲ保護シテ之レガ執行ヲ強制スル事ナキモノナリ

約因ハ英語ニ之ヲ「コンシデラーション」ト云ヒ佛國法律ノ原因即チ「コーズ」ト大同小異ナレ共兩國學者ノ之レヲ解釋スルニモ多少ノ差異ナキヲ得ズト雖モ佛國法律ノ所謂原因ナルモノハ前已ニ述ベタル如ク極メテ單簡ナ

ル事柄タルニ過ギズトス然レ共英國法律ニ於テハ其ノ意義タル單ニ契約ノ原因タル事ヲ指スニ止マラズシテ稍ヤ報酬ノ意義ヲ含メリ即チ英法ノ所謂約因ナル者ハ契約ヲ促シタル一方ノ者ノ受クル利益便宜若クハ權利ナルカ又ハ他ノ一方ノ者ノ蒙ルベキ損失不便若クハ義務ヲ示スモノヲ云フ例令ヘバ甲アリ好意ヲ以テ乙ノ庭園ニ存スル土石ヲ某ノ處ニ運輸セン事ヲ約シテ之レヲ履行セザルモ約因即チ其ノ報酬トナルベキモノナキヲ以テ此ノ契約ハ無効トス若シ又之ニ反シテ甲ハ貨錢ヲ得テ而シテ後右ノ土石ヲ運輸セシ事ヲ約スルカ又ハ始メハ好意ニ出デタルモノナルモ乙ニシテ其ノ土石ヲ車ニテ甲ノ住所ニ送致シタル事アリトセンカ甲ハ已ニ貨錢ヲ得テ已レノ利益トナル事ヲ爲シ又ハ乙ヲシテ土石ヲ甲ノ住所ニ送致スルノ勞ヲ取ラシメタルモノナルヲ以テ充分ノ約因アルベキ契約ニシテ乙ニシテ此ノ約ヲ履行セザレハ破約ノ責ヲ免ル、事ヲ得ザルナリ今約因ニ關スル原則ノ大要ヲ左ニ示ス

第一、法律ハ約因即チ報酬ノ多少當否ヲ問フ事ナシ故ニ苟モ法律上ノ價值アルモノハ一片ノ瓦石ヲ讓渡スル約因トシテ千金ヲ拂フベキノ約ヲ爲スモ法律ハ敢テ契約ノ自由ニ干渉スル事ナシ

第二、既往ノ事柄ハ約因トナス事ヲ得ズ即チ嘗テ與ヘタル利益便宜ヲ以テ新ニ結ブベキ契約ノ報酬トスル事ヲ得ザルナリ

設例ヘバ友人嘗テ予ニ贈ルニ名馬ヲ以テセル事アランニ其ノ後ニ至リテ予ハ其ノ代價ヲ償ハン事ヲ約スルモ無効ノ契約ナリ

第三、雙務ノ契約ニ於テハ一方ノ義務ハ相互ニ他ノ一方ノ義務ノ原因トナルヲ以テ別ニ報酬アルヲ要セズ設令ヘバ甲ハ乙ト家屋ノ賣買ノ契約ヲ爲シ甲ハ其ノ家屋ヲ賣ラント約シ乙ハ其ノ代價ヲ拂ハント約シタル時ハ即チ二個ノ契約アルモノニシテ相互ニ賣買約ノ約因タル事ヲ得ルモノナリ

第四、道德上ノ義務ハ約因トナル事ナシ故ニ親子ノ愛情ノ如キハ法律ト有効ナル約因タル事ヲ得ズ

第五、已ニ存在スル義務ヲ以テ約因ト爲ス事ヲ得ズ設例ヘバ航海中大風ニ際シテ船長其ノ水夫ニ約シテ曰ハ「ン爾輩若シ全力ヲ盡ク此ノ船ヲ全ウスルヲ得バ與フルニ餘分ノ給料ヲ以テセント約セルガ如シ蓋シ水夫ガ其ノ全力ヲ盡シテ船舶ヲ全ウスルハ船長ノ契約如何ニ關ハラズ素リ己ニ負フ所ノ義務ナルヲ以テ此ノ契約ハ約因ナキヲ以テ無効トセザルヲ得ズ然ルニ今若シ水夫ノ數不足シテ航海ニ安全ナラザルニ當リ船長其ノ水夫ニ對シ小數ノ水夫ヲ以テ能ク航海ヲ爲ス事ヲ得バ與フルニ餘分ノ給料ヲ以テセン事ヲ約シタル時ハ其ノ契約ハ有効ナリ如何トナレバ不足ナル小數ノ水夫ヲ以テ航海スルハ水夫ノ初メヨリ負ヒタル義務ニアラザルヲ以テ能ク其ノ約因タルヲ得レバナリ

其ノ他英國法ニ於テハ尙ホ約因ニ關スル數多ノ細則アレ共本書ニ於テハ皆盡ク之レヲ枚擧スル事ヲ爲サズト雖モ前條ノ數原則ヲ以テ英國法ノ所謂約因ナル者ハ如何ナル性質ヲ有スルモノタルヤ否ヲ判定スルニ足ルベキナリ扱テ右ノ如ク契約ニ必要ナル原素如何ヲ論述シ來リタレ共茲ニ注意スベキハ第六ノ約式又ハ約因ハ理論上果シテ契約ノ成立ニ必要ナル原素ナルヤ否ノ一事ナリ予ヲ以テ之レヲ見ルニ約式又ハ書式ノ如キハ其ノ本旨タル素リ證

據上契約ノ有無ヲ判定スルノ便利ニ供スルモノニシテ約式アルニアラザレバ必ズシモ契約ノ成立スル事ナキモノニアラス各國現行法上ノ成規ハ兎モ角モ理論上ニ於テハ之レヲ以テ契約ノ成立ニ必要ナル條件トスル事ヲ得ザルナリ約因ニ在リテモ亦然リトス蓋シ佛國民法及ビ英國法ニ於テハ契約ノ成立ニ約因即チ原因ヲ以テ必要ナル一條件トスレ共英國ニ於テハ只之レヲ約式ヲ用ヒザル契約ノミニ限リテ必要トスルヲ以テ見レバ是レ亦證據上ニ必要トスル迄ニシテ本來契約ノ成立ニ關係ナシ現ニ有名ナル法官マンズヒールド氏ノ如キハ本來約因ノ思想ハ只證據法上ノ必要ニ出ヅルニ過ズト明言セリ又佛國法律ニ於テモ實際上ニ於テ契約原因ノ如何ヲ問ウタル場合極メテ少ナクシテ現ニ之レ有ルヲ要セザルノミナラズヨシ又之ヲ要スルモ民法ノ正條ニハ單數ノ文字ヲ用ヒ只一原因ヲ要スル事ヲ明定シタル迄ニシテ雙務ノ契約ノ場合ニ雙方相互ノ契約ハ相互ニ原因ト爲ルベキモノナレバ二原因ヲ要スル事アルモノ之ヲ明言セザルハ法文ノ缺點タル事ヲ論ジ甚シク佛國民法ヲ攻撃セル論者ハ佛國中モ亦少ナカラズ予ハ之レヲ有名ナル佛國雜誌「イテンテルナショナル、ルビニュー」ニ見受ケタレ共今已ニ其ノ論者ノ氏名ヲ忘却セリ要スルニ契約ノ成立ニ約因ヲ必要トスルハ羅馬法ノ舊弊ヲ襲タル結果ニシテ英佛二國ノ法律共ニ之レニ倣ヒタレ共獨逸民法ニ於テハ現ニ此ノ一條件ヲ缺キタルヲ以テ其ノ必ズシモ必要ノ條件タラザルヲ見ルベシ故ニ前已ニ論述シタル「サビニー」氏方理論上ニ於ケル契約ノ分析中ニモ亦之レヲ以テ契約成立ノ一條件トスル事ナシ

契約ノ分類

契約ハ種々ノ原則ニ基キ之レヲ分類スル事ヲ得ル即チ

- 第一、雙方結約者ノ數ニ基キ各別契約ト連帶契約ト分類スル事ヲ得
- 第二、結約者一方ノ者若クハ雙方義務ヲ負フト否トニ基キ雙務ノ契約ト偏務ノ契約トニ分類スル事ヲ得
- 第三、約式ヲ要スルト否トニ基キ有式契約ト無式契約トニ分類スル事ヲ得
- 第四、單一ノ目的ノ爲メ又ハ他ノ契約ノ爲メニ契約シタルト否トニ基キ主タル契約ト從タル契約トニ分類スル事ヲ得

- 第五、契約ノ目的ニシテ利益ニ在ルト恩惠ニ在ルトニ基キ有償契約ト恩惠契約トニ分類スル事ヲ得
- 第六、契約ト共ニ物件ヲ讓渡スルト否トニ基キ物上約（依託約）ト合意約トニ分類スル事ヲ得
- 第七、未定ノ條件ノ出來スルト否トニ關スル契約ト否トニ基キ奇偶契約ト常數契約トニ分類スル事ヲ得
- 第八、未定ノ條件アルト否トニ基キ條件付契約ト非條件契約トニ分類スル事ヲ得
- 第九、契約シタル利益ノ種類ニ基キ交換契約、就業契約等ト分類スル事ヲ得

契約ハ右ノ如ク種々分類スル事ヲ得レバ諸國ノ法典中未ダ嘗テ一定ノ基本ニ從ヒ其ノ類ヲ分チタルモノアルヲ見ズ設令ヘバ佛國民ハ婚姻ノ契約、賣買ノ契約、賃貸ノ契約、結社契約、耗盡セザル物ノ貸借耗盡スベキ物ノ貸借、息銀アル貸借ノ契約、附托ノ契約、偶生ノ契約、代理ノ契約、保證ノ契約、和解ノ契約、抵當質入書人ノ契約等ト區別シタル共是レ碩學アリストール氏方契約ヲ分ツテ賣買、賃借、保證、消費スベキ物ノ貸借、消費スベカラ

ザル物ノ貸借及ビ賃貸ノ六種トセル所ノ古代ノ分類法ニ只一步ヲ進メタルモノニ過ズト雖モ契約ハ宜シク其ノ本性ニ從ヒ理論上一定ノ分類ヲ爲スベキモノナルヲ以テ今左ニ之レヲ記載セム
先ヅ契約ヲ大別シテ二類トシ第一ヲ主タル契約トナシ第二ヲ從タル契約ト爲シ更ニ之レヲ數種ニ小分ス今先ヅ主タル契約ヨリ之レヲ類別セム

第一 主タル契約ノ種類

主タル契約ハ其ノ目的物ノ異同ニ從ヒ分ツテ六種トス曰ク讓與ノ契約曰ク使用物貸借ノ契約曰ク結婚ノ契約曰ク學力ノ契約曰ク避忌ノ契約曰ク偶生利益ノ契約是レナリ

(第一)、讓與ノ契約ハ其ノ目的ノ恩惠ニ出ヅルト利益ニ出ヅルトニ從ヒ又分ツテ二種トス一ヲ贈與契約ト云ヒ一ヲ賣買契約ト云フ

(甲)、贈與契約ハ一般ニ只或ル制限セラレタル一定ノ場合ニ於テノミ法律上ニ其ノ履行ヲ求ムル事ヲ得設例ヘバ英國ニ於テハ其ノ契約ハ捺印契約タルヲ要シ佛國ニ於テハ公證人ノ面前ニ於テスル事ヲ要シ羅馬ニ於テハ口頭ヲ以テスル事ヲ得ルモ五百「ソリジ」以上ノ金額ニ係ルモノハ之レヲ登記スル事ヲ要スルガ如シ又羅馬法及ビ羅馬法ノ流ヲ汲ミタル法族ニ於テハ受惠者ニシテ贈與者ニ對シテ不敵不尊ノ所爲アル時ハ此ノ契約ヲ取消ス事ヲ得ベク佛國法律ニ於テハ父タル者ハ其ノ資産ノ半額以上ヲ親族外ナル他人ニ讓與スル事ヲ許サズ英國ニ於テハ負債主ハ債主ノ請求ヲ顧ミズシテ贈與ヲ爲ス事ヲ禁ズル等ノ如シ

(乙)、賣買契約ハ古來ニ於テハ只物品ト物品トノ交換ニ止マリ金錢ヲ以テ物品ト交換スルニ至ルハ文化ノ漸ク進ミタル時代ニ起リタルモノトス抑モ賣買トハ金錢ノ價額ニ對シテ動産ノ全權ヲ直チニ讓渡スルヲ云フモノナリ故ニ其ノ要件ハ第一直接即チ現在ノ讓渡第二動産タル事第三動産ノ全權ニシテ條件ナキ事第四金錢ノ價額アル事第五二人以上ノ相手第六合意トス而シテ第一ノ要件タル現在ノ讓渡ハ必ず賣買ノ成立ニ必要ニシテ設例ヘバ着荷次第其ノ物品ヲ賣渡サントノ合意ハ現在ノ讓渡ニアラザルヲ以テ之レヲ賣買ト稱スル事ヲ得ズ只賣買ノ契約タルニ過ギザルナリ但シ一般ニ賣買ヲ以テ契約ト論定スルト否トハ英佛ノ法理自ラ異ナル所アルハ前章已ニ之レヲ論ジタレバ今茲ニ之レヲ略スベシ第二ノ要件タル動産タルベキ事ハ明カナレ共此ノ動産中ニハ無形ノ動産設例ヘバ板權ノ如キモノヲ包含スレ共他日ニ得有シ得ベキ者望ノミニ止マル動産又ハ現ニ存在セズ若クハ一タビ存在シタルモ已ニ破損シタル物品ヲ包含スル事ナシ但シ其ノ物品ノ損壞ニシテ全部ニ及バズ只其ノ幾分ニ止マル時ノ如キハ羅馬法ニ於テハ賣買ハ充分ニ成立スルモノトナシ買主ハ其ノ品物ヲ引取り賣主ニ對シテ單ニ損害ノ賠償ヲ求メ得ルニ過ギザルモ佛國法ハ之レヲ賣買ノ成立セザルモノトシテ之レヲ無効トシ又ハ其ノ代價ヲ減ジテ品物ヲ引取ルト否トハ買主ノ自由ニ一任セリ英國法ハ又稍々其ノ趣ヲ異ニシ若シ其ノ損壞ニシテ甚シキヲ致シ物品ノ本質ヲ變ズルニ至ル時ハ賣買ノ成立セザルモノトナシ其ノ否ラザル場合ニ於テハ買主ハ其ノ物品ヲ引取り賣主ニ對シテ只其ノ損壞ニ對スル損害金ヲ請求スル事ヲ得ルモノトセリ第三ノ要件ハ賣買ハ動産ノ全權ヲ讓渡スベキモノタラザルベカラザルノ一事ナリ即チ自己ノ所有ニア

ラザルモノハ設令ヒ物品上幾分ノ權利ヲ有スルモ之レヲ以テ賣買ノ物品ト爲ス事ヲ得ズ但シ公賣ノ處分及ビ
 公市場ニ於ケル賣買ノ場合等ヲ除ク第四ニ賣買ハ金錢ヲ以テセザルベカラズト雖モ必ズシモ現金ニ限ラズシ
 テ信用ヲ以テスルモ異ナル所ナシ若シ又現ニ代價ヲ定メザル時ハ賣買者雙方ハ暗ニ適當ノ價格ヲ以テ賣買セ
 ルモノト見做スヘシ但シ其ノ代價ノ確定シ得ラルベキ場合ニ限ルベシ而シテ又第五第六ノ要件ニ關シテハ一
 般ノ契約ト異ナル所ナキヲ以テ今茲ニ論及セズ賣買ノ何物タルハ右ニ論ジタル所ヲ以テ明カナルベケレバ今
 左ニ賣主買主ノ義務及ビ權利ニ論及セン

一、賣主ノ義務 賣主ノ義務ニ二様アリ一ハ物品ノ保障即チ其ノ品物ハ正當ノ品物ニシテ且ツ瑕瑾ナキ等ノ
 事ヲ請合フノ義務ニシテ一ハ物品ノ引受ノ義務是レナリ

(天)物品ノ保障ハ必ズシモ賣買ノ成立ニ必要ナル元素ニアラズシテ主タル賣買約ノ從タル保證約ナレバ其ノ
 本性ハ從タル契約ノ分類ヲ論ズルノ條ニ明カニスベシト雖モ今便宜ニ從ヒ賣買ニ關スル保障ノ概則ヲ略述ス
 ベシ○保障ニ明暗ノ二種アリ一ヲ明言ノ保障ト云ヒ賣主自ラ之ヲ明言シタル場合ニシテ一ヲ暗黙ノ保障ト云
 ヒ賣主ノ明言ヲ待タズ法律上必ズ此ノ保障アルベキモノト推定スル場合トス明言ノ保障ノ場合ハ左ノ規則ヲ
 適用ス

(イ)明言ノ保障ハ賣買契約ノ一部ヲ組織スル事ヲ要ス即チ賣買ノ契約自身中ニ於テ其ノ賣買ノ物品ニ付キ其
 ノ品位等ヲ明言スルヲ要ス

(ロ)賣買ノ物品ニ付賣主其ノ物品ノ品位等ヲ確證シタル場合ニハ其ノ確證ハ保障ト爲ルベキ場合ト否ラザル
 場合トアリ若シ其ノ確證シタル事柄重大ニシテ且ツ買主之レヲ知ラザル時ハ保障トナリテ賣主其ノ責ヲ免ル
 、事ヲ得ズ若シ又其ノ事柄重大ナラズ且ツ買主之レヲ知ルカ若クハ之レヲ知り得ベキ地位ニ立チ又ハ其ノ物
 品ノ瑕瑾ハ一見シテ之レヲ發見シ得ベキ場合及ビ賣主ハ只自己ノ意見ヲ陳述シタル迄ニテ其ノ賣買ノ物品上
 ニ付キ確言セザル時ハ保障ノ性質ヲ有セザルモノニシテ賣主其ノ責任ナシトス
 暗黙ノ保障ノ場合ニハ左ノ規則ヲ適用ス

(イ)賣主ハ買主ニ對シテ其ノ賣拂ウタル物品ハ買主之レヲ所有スルニ付キ阻害故障ナキコトヲ保障ス
 (ロ)右ノ物件ハ隱密ニシテ知り得ル事能ハザル不良ノ瑕瑾ナキ事ヲ保障ス故ニ一見シテ知り得ベキ瑕瑾及ビ
 買主ノ容易ニ之レヲ發見スル事ヲ得ベキモノナル時ハ此限リニアラズトス

又英國ノ法律ニ於テハ左ノ規則ニ依ル

英

(イ)賣主ハ買主ニ對シテ其ノ賣渡シタル物品ハ自己ノ所有セシモノニシテ不正品ニアラザル事ヲ保障ス但シ
 賣買ノ事情事實ヨリ賣主ノ所有ニアラザル事分明ナル時設例ヘバ公賣官吏ノ賣渡シタル場合又ハ米國法律ニ
 於テハ其ノ品物ノ第三者ノ手中ニ存スル場合ハ此限ニアラズ
 (ロ)賣主ニシテ賣買物主ノ製造者ナル時ハ知り得ベカラザル品質上ノ瑕瑾ト雖モ其ノ買主ニ對シテ之レヲ保
 擔スルノ責任アリ如何トナレバ其ノ品物ハ賣主ノ自ラ製造スル所ニシテ其ノ物品ノ性質及ビ買主ノ之レヲ買

法 國

取ルノ目的ヲ熟知セルモノナレバナリ故ニ賣主ハ假令ヒ右ノ製造者ニアラザルモ買主ガ其ノ品物ヲ買取スルノ目的ヲ了知スル時ハ又保擔ノ責任アリ又何レノ場合ヲ問ハズ買主ニシテ凡ソ瑕疵ノ有無ヲ檢定スル事能ハザル場合即チ只書面上ノ記載ノミニシテ實物ヲ見ル事能ハザル時ノ賣買ニ於テハ賣主ハ其ノ物品ノ品質ニ關シテ保擔ノ責任アリトス之レニ反シテ賣主ニシテ賣買物品ノ製造者ニアラズ又ハ買主其ノ現物ヲ實驗シタル時ハ隱密ノ瑕疵ト雖モ賣主其ノ責ニ任ズル事ナシ要スルニ英國習慣法ノ原理ハ品物ノ品質ニ關シテハ賣主ヲシテ自ラ其ノ責ニ任ゼシムルノ原則ナリシモ近來ニ至リテ數多ノ例外ヲ設ケ殆ンド羅馬及ビ佛國法律ノ如ク賣主ヲシテ其ノ責ヲ負ハシムルノ原理ヲ以テ正則トスルニ至レリ

(地)物品引渡ノ義務ハ賣買契約ノ執行上賣主ニ存スルハ多言ヲ待タズシテ明カナリト雖モ賣主ハ特約アルノ外買主ノ許ニ其ノ物品ヲ運送スルノ義務ナキモノニシテ只買主ヲシテ自由ニ此ノ物品ヲ運送スル事ヲ得ベキ場所ニ置クヲ以テ足レリトス又倉庫中ノ米穀ノ如キハ其ノ鍵ヲ渡シタルヲ以テ足レリトス

二、買主ノ義務モ亦二種アリ第一ハ賣買ノ物品ヲ引受クルノ義務ニシテ此ノ義務ハ賣主ガ充分ナル引渡ノ提供ヲ爲スト否トニ由ツテ發生ス第二ハ代價ヲ拂フノ義務ニシテ此ノ義務ハ所有權ノ買主ニ移轉シタルト同時ニ發生スルモノニシテ其ノ所有權ニシテ移轉セバ其ノ物品ハ消滅スルトモ尙ホ代價ヲ拂フノ義務ヲ免ル、事ヲ得ズ又此ノ義務ハ必ズシモ現ニ賣主ガ之レヲ受納スルヲ要セズ只其ノ充分ナル提供ヲ爲セバ即チ足レリトス

三、賣主ノ權利 買主ニ於テ賣買ノ契約即チ賣買ヲ爲サントノ契約ヲ破リタル時ハ賣主ハ其ノ損害要償ヲ爲ス事ヲ得ルノミニ止マルベシ如何トナレバ是レ尙ホ單純タル契約ニシテ其ノ物品ハ尙ホ賣主ノ所有ニシテ賣主ハ自由ニ之レヲ他人ニ賣却スル事ヲ得レバナリ若シ之レニ反シ適當ナル賣買ニシテ物品ノ所有權ハ已ニ買主ニ移ルモ賣主尙ホ其ノ物品ヲ占有スル時ハ賣主ハ其ノ代價ヲ請求スルノ權ヲ有スレ共其ノ賣買ヲ取消シ再ビ其ノ物品ヲ回復スル事ヲ得ズ但シ佛國法ニ於テハ其ノ物品ヲ回復スル事ヲ許セリ○上來論述シタル者ノ外已ニ所有權ヲ買主ニ移シタル適當ノ賣買ニ於テハ賣主ハ尙ホ其ノ物品ニ對スル權利ヲ有ス其ノ權利ニ三種アリ第一ハ物品復賣ノ權ニシテ買主其ノ代價ヲ拂ハザル時ハ賣主ハ其ノ物品ヲ他人ニ復買スル事ヲ得ベシ此場合ニ於テハ本來ノ賣買ハ解除スル事ナキヲ以テ之ヲ復賣シテ初メ約シタル以外ノ價ヲ得タル時ハ買主ハ賣主ニ對シテ其ノ餘分ヲ請求スル事ヲ得又其ノ不足ナル場合ニ於テハ賣主ハ買主ニ對シテ其不足ヲ請求スル事ヲ得ルノミナラズ設令ヒ同一ノ代價ヲ以テ之レヲ他人ニ賣拂ヒタル時ト雖モ破約ノ廉ヲ以テ賣主ハ買主ニ對シテ名義上ノ損害金ヲ請求スル事ヲ得ルナリ然レ共若シ初メ賣買ノ約ヲ爲スニ當リテ賣主買主ノ間ニ於テ賣主ハ其物品ヲ復賣スルヲ得ル事ヲ明約シタル場合ニ在テハ最初ノ賣買ハ復賣ノ爲メニ解除セラレ買主ハ代價ノ餘分ヲ請求スル事ヲ得ズ第二ハ物品差留權ニシテ買主代價ヲ拂ハザル時ハ其ノ支拂ヲ終ル迄賣主ハ其物品ヲ差留ムル事ヲ得而シテ是ノ差留權ハ只賣買ノ代價ヲ拂フ迄存在スルモノニシテ他ノ費用設令ヘバ物品保管費用等ノ爲メニ有効ナルモノニアラズトス但シ此ノ差留權ハ賣買者ノ約束ニテ隨意ニ之ヲ廢スルヲ得ルガ故ニ

信用ヲ以テ賣買シタル場合ノ如キハ此ノ差留權ヲ廢止シタルモノト推定ス第三ハ運送中ノ物品ニ對スル差留權ナリ凡ソ賣主ニシテ一たび其ノ物品ヲ手放シタル時ハ一般ノ差留權ハ勿論消滅シタルモノナレ共其ノ未ダ買主ノ手中ニ着セザル運送中ノ物品ニ就キテハ賣主尙ホ其ノ差留權ヲ有ス而シテ此ノ種ノ差留權タル常ニ存スルモノニアラザルモ買主ノ破産セルニ際シテ賣買ノ物品第三者即チ通常汽船問屋運送人等ノ手ニ存シテ未ダ買主ノ手中ニ落チザル時ハ賣主又ハ代理人ハ其ノ代價ヲ受クル迄其ノ物品ヲ差留ムル事ヲ得

四、買主ノ權利 買主ノ權利ヲ論ズルニ先ヅ二個ノ場合ヲ區別スルヲ要ス第一ハ買主ガ物品ノ占有ヲ得ザル前ノ權利ニシテ賣主其ノ物品ヲ引渡サマル時ハ買主ハ之レニ對スル損害賠償ヲ請求スル事ヲ得ベキノミナラズ其ノ物品ニシテ通常ノ市場ニ於テ買得シ得ベカラザル性質ノモノナル時ハ尙ホ其ノ引渡ヲ請求スル事ヲ得ベシ第二ハ買主ニ於テ已ニ物品ノ占有ヲ得タル時ノ權利ニシテ賣主ニシテ其ノ自己ノ所有ニアラザルモノヲ賣渡シタル時即チ賣主其ノ所有權ノ保障ヲ破リタル時ハ買主ハ代價ノ取戻ヲ請求シ又賣主其ノ物品ノ品質ニ關スル保障ヲ破リタル時ハ或ハ其ノ物品ノ引取ヲ拒ミ或ハ之レヲ受取り置キテ之レニ對スル損害ノ賠償ヲ求ムル事ヲ得

○賣買ノ原理ヲ論結スルニ當リ尙ホ一言スベキ事アリ賣買ハ契約カ契約ニアラザルカハ英佛ノ法理ニ於テ互ニ相異ナル所以ノ理ハ前回ニモ已ニ論述シタレ共英米ノ法律ニ從ヒ賣買ト契約トハ全ク別物ナリトスルモ賣買ト賣買ノ契約即チ將來ニ賣買ヲ爲サントノ契約トハ其ノ間自ラ區別ノ存スルモノアルベク又之レニ反シ

テ佛國法律ノ原理ニ從ヒ賣買モ亦是レ契約ノ一種トスレ共其ノ賣買ナルモノハ單ニ對人權ノミヲ生ズルノ契約ニ止ラズシテ尙ホ物上權ヲ移轉スルニ足ルベキ契約ト云ハザルヲ得ズ要スルニ賣買ハ契約ニマレ取引ニマレ如何ナル事柄ガ所謂賣買ニシテ所有權ヲ移轉スルニ足ルベキモノナルヤ否ハ賣買者雙方ノ意思如何ヲ論定スル解釋上ノ問題タルニ過ギズトス故ニ設令ヒ單純タル契約ナルニモセヨ賣買者雙方ノ意思ニシテ直ニ物上權ヲ移轉セントスルニ在ル事明カナレバ之ヲ賣買ト稱スルモ敢テ不可ナカルベシ只英佛學者ハ各々其ノ見ル所ヲ異ニシ同ジク之レヲ名クルニ賣買ノ稱ヲ以テスルモ一ハ之レヲ對人權ノミヲ生ズベキ契約ニアラズト云ヒ一ハ物上權ヲ生ズル契約ト云フニ過ギザルナリ然レ共斯カル賣買者ノ意思如何ヲ推定スルニハ法律上一定ノ解釋法ヲ用ヒ其ノ賣買ニアラザルモノト否トヲ區別セザルベカラズ今其ノ解釋法ノ概則ヲ示ス事左ノ如シ

(イ)確定シタル特種ノ物品ヲ賣買スル場合

確定シタル特種ノ物品ヲ賣買セントスルノ契約ハ直ニ買主ニ其ノ所有權ヲ移シ賣主ニ其ノ代價ニ對スルノ權ヲ移スベク其ノ物品ノ所有權ヲ移轉スルガ爲メニハ更ニ物品ノ引渡シ若クハ代價ノ支拂ヲ要セズ但シ賣買者ノ意思ニシテ所有權ヲ移轉スルノ意ニアラザル事明白ナル時ハ此ノ限りニアラズ之レニ反シテ物品引取次第ニ現金ヲ支拂フベキノ契約ナル時ハ現金ノ支拂ハ所有權ノ移轉ニ必要ナル未必ノ條件ナルヲ以テカ、ル場合ニ於テハ法律ハ賣買者ノ意思ヲ推測シテ代價ヲ受取ルニアラザレバ直ニ所有權ヲ移轉スルノ意ニアラザリシ

モノト判定ス蓋シ此ノ最後ノ場合ハ多クハ先ヅ物品ノ品質如何ヲ試ミタル上ニテ之レヲ買入レントノ約束ニシテ佛國民法第五百八十八條ニ於テ之レヲ義務ノ執行ヲ停止スル未必ノ條件ナリト云フ又タ物品引渡前ニ於テ其ノ物品ヲ荷作りシ若クハ其ノ代價ヲ確定スル爲メ之レヲ計畫セザルベカラザル如キ事ヲ爲サマルベカラザルハ等シク之レヲ未必ノ條件ト見做シテ契約ノミヲ以テ未ダ所有權ヲ移轉スルニ足ラザルモノト爲ス然レ共代價ヲ確定スルガ爲メニ物品ノ員數等ヲ計算スルハ未必ノ條件ニアラズトスルノ學者極メテ多シ如何トナレバ其ノ代價タル精密ノ額ニアラザルモ賣買者ハ大凡ソ此レガ概算ヲ爲シ得ベキモノナルヲ以テ精算上多少ノ過不足ハ所有權ノ移轉ヲ妨グルニ足ラザレバナリ但シ佛國民法ニ於テハ賣買ノ價ハ賣買者雙方ノ者其ノ額ヲ確定セザルベカラザルヲ以テ右ノ英國法律ト其ノ趣キヲ異ニスルモノ、如シ(民法第五百九十一條參照)

(ロ)賣買ノ物品ヲ確定セザル場合

特ニ賣買ノ物品ヲ指定セザル以上ハ其ノ所有權ノ移轉アル事ナシ設例ヘバ予ハ酒店ト相談シテ灘製ノ白鹿酒ヲ賣買セント結約スルモ只是レ酒店ハ白鹿酒ヲ供給シ予ハ代價ヲ拂ハントノ義務ヲ取結ビタル迄ニシテ特ニ某ノ白鹿酒タル事ヲ指定セザル以上ハ賣買上未ダ所有權ヲ移轉スルノ意ナキモノト推測セザルヲ得ズ然レ共若シ賣買セントスル物件ガ已ニ確定シタル物件ノ一部ニシテ有形的ノ區分ヲ爲ス事ヲ得ズ且ツ賣主ノ營業ニシテ他人ニ屬スル同種ノ物品ヲ受領シ且ツ之レヲ保管スルモノナル時ハ此ノ營業者ハ營業上ノ性質ヨリシテ

同種ノ物品ハ盡ク之レヲ混交スルノ權ヲ有スルモノナルガ故ニ依託法上ノ原理ニ由リ各所有者ノ間ニハ共同ノ所有權ヲ生ズルニ至ルヲ以テ現ニ其ノ物品ヲ分割確定セザルモ賣買ノ契約ハ尙ホ其ノ所有權ヲ移轉スル事ヲ得設令ヘバ大藏庫ヲ所有スル甲ナル營業者アリ何人ト雖モ肥後米ヲ貯藏セント望ムモノニ甲所有ノ肥後米ト共ニ之レヲ保管セント企ツルニ際シ乙ナル者其ノ所有ノ肥後米百石ヲ預ケ且甲モ本來此ノ倉庫中ニ百石ノ肥後米ヲ所有シタリセンニ甲ト乙トハ共ニ肥後米二百石ニ對スル共同ノ所有者ニシテ素ヨリ此ノ二百石中ノ半額ハ甲乙各々之レヲ特有スルモ何レノ半額ガ果シテ甲乙何レノ所有ナルカヲ知ル事能ハザルモ甲ニシテ若シ百石以上ノ肥後米ヲ取り去リタル時ハ乙ハ己レノ所有物ヲ害セラレタルモノトシテ訴ヲ起ス事ヲ得ベシ是ノ理ト同ジク今右ノ如キ營業者甲ニシテ其ノ倉庫中ニ自己ノ所有ナル肥後米二百石ヲ有シ其ノ中百石ヲ乙ニ賣渡シ其ノ賣渡證書ヲ乙ニ附與シ尙ホ乙ノ爲メニ之レヲ保管スルモ法律ハ甲ニ強フルニ先ヅ初メニ其ノ賣渡シタル百石ノ米ヲ取去リ再ビ直ニ之ヲ他ノ百石ト混交スルノ手續ヲ以テスル事ナシ故ニ甲ハ特ニ百石ノ肥後米ヲ他ノ百石ト區別スル事ナキモ其ノ賣買ハ所有權ヲ移轉スルニ足ルベキモノト爲ス○賣買ノ契約ニシテ其ノ物品ヲ指定セザル時ハ其ノ指定ノ時ヲ待ツテ所有權ノ移轉スルヲ通則トス此ノ物品ノ指定ハ或ル特種ノ物品ニ付キ賣買者ノ合意ヲ以テ之レヲ爲スベキモノニシテ其ノ結果ハ最初ヨリ特ニ其ノ物品ヲ指定シテ賣買ノ契約ヲ爲シタルト同一ナリ故ニ賣買者一方ノ者先ヅ其ノ物品ヲ指定シ他ノ一方ノ者之レヲ承諾スル時ハ此ノ契約ハ忽チ所有權ヲ移スニ足ルベキ賣買ト爲ルベシ而シテ此ノ指定ヲ爲スノ權ハ一方ノ者ヨリ之レヲ他ノ一

方ノ者ニ委任スル事ヲ得ベク且ツ通常一般ノ場合ニ於テハ此ノ權ハ賣主ニ存スベキモノト推測スル事ヲ得

(第二) 使用物貸借契約 契約ヲ大別シテ主タル契約從タル契約ト爲シ主タル契約ヲ細別シテ六種ト爲シ其第一種ナル讓與契約ノ何物タルハ既ニ前回ニ於テ論述シタルレバ今進んで其第二種即チ使用物貸借契約ニ論及セム

使用物貸借ノ契約ヲ分チテ三ト爲ス第一消費物貸借、第二無貸使用契約、第三有貸貸借ノ三種トス

(一) 消費物貸借ハ必ズシモ其借受ケタル同一物ヲ返還スルヲ要セズ唯同種類ノ物品ヲ返還セントノ意ヲ以テ他人ニ物品ヲ貸與シタルトキニ生ズルモノニシテ貸與シタル目的物ハ現ニ借受人ノ所有ト爲ルガ故ニ或ハ之ヲ讓與契約(賣買若クハ交換)ト稱スベキモノニ似タレドモ此種ノ貸借ハ唯物品ヲ使用スル爲メノミニシテ同種物ニ限ラズ現ニ先キニ借受ケタル同一物ヲ返還スルコトヲ得ルガ故ニ之ヲ讓與契約中ニ入ル、コトヲ得ズ○此種ノ契約ハ種々ノ形狀ヲ爲スモノニシテ譬ヘバ銀行ニ預ケタル金錢ハ銀行者ノ消費シ得ベキ物品ナルガ如シ又此種ノ貸借ハ概ネ無貸ニシテ特別ノ契約アルニアラザレバ利息ヲ生ゼズ而シテ法律ハ往々利息ノ制限ヲ設ケ利子金額ノ最高點ヲ定メントシタレドモ法律ハ到底之ガ爲メニ負債主ヲ保護スルノ目的ヲ達スルコト能ハズ故ニ英國ニ於テハ碩學ベンタム氏ガ其弊害ヲ極論シタル以來ビクトリヤ女王第十七年第十八年ノ法律第九十章ヲ以テ利息制限法ヲ全廢セリ○借主ノ義務ハ利子ヲ拂フノ約束アル場合ノ外其借受ケタル同量同性質ノ物品ヲ返還スルノ義務アルニ過ギズ

(二) 無貸使用契約ハ利子其他ノ報酬ヲ貸主ニ與フルコトナク借主ノ義務ハ唯借受ケタル所ノ同一物品ヲ返還シ且契約ノ條件ニ從ヒ之ヲ使用スルニ在リ○借主ハ一般ニ物品ノ通常一樣ナル減損ニ對シ又ハ竊盜ニ基因シタル其物件ノ喪失ニ對シテ賠償ノ責ヲ負フコトナシ但此契約ナルモノハ全ク借主ノミニノ利益ト爲ルガ故ニ其物品ニ對シテハ最大ノ注意ヲ爲スコトヲ要スベシ

(三) 有貸貸借ハ貸主借主雙方ノ利益ノ爲メニスル者ナリ○土地ノ貸借ハ通常不動産ノ貸借ヨリ稍數多ナル儀式ヲ要ス即チ英國法ニ從ヘバ三年以上ニ渉ル土地ノ貸借ハ必ズ捺印證書ヲ以テ之ヲ爲スヲ要スルガ如シ○借主ハ其借受ケタル土地ヲ又貸スルコトヲ得ルヤ否ヤ、借受中其土地ノ突然損壞シタルトキハ其結果ハ如何ナルベキヤ、貸與ヘタル物品ノ使用ノ目的ニ對スル適否ニ付テハ貸主ハ如何ナル程度マデ之ヲ擔保スルヤ否ヤ、借地人ガ借受ケタル家屋ヲ修繕裝飾シ機械等ヲ据付ケ又ハ穀物ノ植付ヲ爲ス等凡テ其土地ヲ改良シタル場合ニ於テ借主ト地主トノ間ニ於ケル相互ノ權利ハ如何ナルベキヤ、是等ノ事ニ付テハ法律上頗ル困難ノ問題多シト雖モ特別法律ニ屬スルヲ以テ今之ヲ略ス

(第三) 婚姻契約 婚姻契約ト婚姻トハ其間自ラ區別アリテ恰モ賣買契約ハ唯對人權ヲ生ジ賣買ハ直チニ對世權即チ物上權ヲ生ズルノ差アルガ如ク婚姻契約ハ他日ニ婚姻ヲ爲シ夫婦ノ身分ヲ作爲セントノ義務ヲ生ズルモノナルヲ以テ即對人權ヲ生ズルノミ而シテ結婚制度ノ如何ニ付テハ古來宗教上ト民事上トノ區別判然セズ往々困難ヲ來セシト雖モ今日ニ於テハ概ネ之ヲ民事上ニ歸スルモノ、如シ其概略ハ予ガ嘗テ明治志林第二百二十七號及第二百二十八號ニ於テ婚姻ノ制度ヲ論ズテフ題ヲ以テ專ラ婚姻ノ年齢ニ制限ヲ爲スコトニ付キ論述シタルコトアレバ今讀者

ノ參考ニ供センガ爲メ左ニ之ヲ掲グ其文ニ曰ク

婚姻ノ年齢ニ一定ノ制限ヲ設クベシトハ近時往々世上ニ現出スル所ノ議論ニシテ現ニ一二ノ著書ニモ之ヲ論ジ新聞紙上ニモ亦之ヲ議スルモノアリ蓋シ婚姻ノ年齢ヲ制限スルコトハ一般ニ歐洲諸國ニ行ハル、所ニシテ殊ニ佛國ノ如キハ學者多クハ其民法ヲ根據トシテ之ヲ主張スト雖モ要スルニ此説タル近世學者ノ取ラザルノミナラズ其弊害モ亦少シトセズ故ニ予ハ今婚姻ノ制度ヲ論ズルニ當リ婚姻ノ年齢ニ制限ヲ設クルノ弊害ヲ論ジ併セテ之ニ關スル至當ノ制限ニ及ボサントス而シテ今之ヲ別チテ五項ト爲シ第一性質上、第二立法上、第三原理上、第四法律上ヨリ論述シ第五即チ最後ニ婚姻ノ性質ニ適シ理論ニ合シ能ク安全ニ採用シ得ベキ適當ノ制限ニ論及セントス

(第一) 性質上ヨリ論ズ

抑婚姻トハ如何ナルモノゾヤ古來之ガ定義ヲ下セシ者シセロー、タシタス等ヲ始メトシ後世ニ至ルマデ其數頗ル少カラズ殊ニ婚姻ハ契約ナルヤ否ノ問題ニ就テハ往々之ガ議論ヲ爲ス者アリテ概スルニ英國ト獨逸ニ於テハ之ヲ契約ニアラズト云ヒ佛國ニ於テハ強テ之ヲ契約ナリト主張スルモノ、如シ然ルニ此問題タル今茲ニ之ヲ詳論スルコトヲ必要トセザルガ故ニ暫ク之ヲ論外ニ措クモ兎ニ角婚姻ハ成熟シタル男女ノ結合ニシテ其結合ハ永遠ニシテ且分離スベカラザルモノタルベキハ喋々ノ辯ヲ待タズシテ人ノ皆許ス所ナリ然ラバ則チ其目的ハ如何古代ノ學者或ハ人口繁殖ニ在リト云ヒ或ハ子孫ノ繼續ニ在リト言ヘドモ此等ハ皆誤謬ノ見タルヲ免レズ何トナ

レバ婚姻ノ目的ヲシテ若シ此ノ如キモノナラシメバ老年者ノ結婚ハ之ヲ禁制セザルベカラザルニ古來法律上未ダ其禁制ヲ爲セシコトアラザレバナリ畢竟婚姻ニハ一箇ノ格別ナル目的アルコトナクシテ唯夫婦全般ノ共同生活ヲ以テ其目的トスルニ外ナラズ即チ萬事萬物ニ就キ相與ニ共同シテ優勝劣敗ノ社會ニ立チ其生活ヲ遂グルコトヲ以テ婚姻ノ目約トスルモノナリ而シテ此説タル婚姻ヲ契約ナリト主張スル佛國學者モ亦タ許容セリ何トナレバ婚姻契約説ヲ駁撃シテ婚姻ハ契約ニ必要ナル條件即チ其目的物ナシト言フモノアルニ當リ佛國ノ學者ハ之ニ答ヘテ婚姻ノ目的ハ共同生活ニ在リトスレバナリ婚姻ノ目的既ニ此ノ如シ然ラバ則チ其年齢ヲ制限スルノ必要決シテ生ズルコトナカルベシ若シ夫レ人口繁殖子孫繼續ヲ以テ婚姻ノ目的ナリトスレバ何故ニ若年ニ制限ヲ置キ老年ニ制限ヲ置カザルヤ故ニ婚姻ヲ置クコトハ性質上ヨリ論ズルモ許スベカラザル所ナリ

(第二) 立法上ヨリ論ズ

立法上ノ利益ヨリシテ本論ヲ攻究スルニ當リ之ヲ左ノ三項ニ細別スベシ

(一) 婚姻ノ年齢ニ制限ヲ設クルノ説ハ猥褻ノ風俗ヲ止ムルコトヲ以テ其根據ノ一ト爲スモノ、如シ然レドモ此事タル却テ反對ノ結果ヲ生ズベシ何トナレバ適法ニ婚姻ヲ結ブコトハ男女ノ關係ヲ正シク整理スルモノナリ然ルニ若シ之ヲ制限スルニ於テハ法律上ニ於テ認ムル所ノ婚姻自ラ其數ヲ減ズベキニ依リ其結果或ハ穴隙ヲ鑽リテ相戯レ花街ニ遊ンデ其慾ヲ遂グル等却テ不道德ノ極ニ陥ルベケレバナリ要スルニ其體力既ニ成熟シ充分其作用ヲ爲スコトヲ得ルモノヲ強テ抑制スルニ於テハ必ズ此結果ノ生ズルコトヲ免ル、能ハザルナリ

若シ又婚姻ノ年齢ヲ制限スルハ決シテ成熟シタル男女ヲ制限スルノ趣意ニアラズシテ人間ノ始メテ成熟スベキ時期ヲ圖リ之ガ制限ヲ設クルモノナリトセバ此制限タル到底無用ナリト謂ハザルヲ得ズ何トナレバ其成熟スル以前ニ於テハ決シテ婚姻ヲ爲スノ必要アラザレバナリ

(一) 婚姻ヲ自然ニ任ゼズ法律ヲ以テ制限スルトキハ自ラ不適法ノ婚姻ヲ増シ私生ノ子亦多カルベシ是ニ於テカ親ハ子ヲ子トスルヲ得ズ子ハ親ヲ親トスルヲ得ズ爲メニ一家ノ系統ヲ紊亂シ家庭教育ノ基礎立タズシテ遂ニ無智無能ノ徒ヲ生ズルニ至ルベシ

(二) 經濟學者ノ唱フル所ニ依レバ年齢ヲ制限シテ婚姻ノ數ヲ減少セザルトキハ遂ニ食物ノ不足ヲ生ズルニ至ルベシト蓋シ最初ニ此說ヲ主唱セシ學者ハ有名ナルマルサス氏ニシテ其說ヲ聞クニ食物ノ増殖スル割合ハ算術上ノ進加ニ從ヒ人口ノ増殖スル割合ハ幾何上ノ進加ニ從フ故ニ人口ノ増加スルニ從ヒ漸次食物ノ缺乏ヲ告グルニ至ルベシト云ヘリ同氏ノ此說タル固ヨリ誤謬ニアラズト雖モ是レ唯自然ノ結果ヲ述ベタルニ過ギズシテ決シテ之ガ爲メニ法律上ニ於テ婚姻ノ年齢ヲ制限スベシトノ論結ヲ生ズルコトナカルベシ況ンヤ婚姻ハ共同生活ヲ目的トスルモノナレバ夫婦相與ニ共同シテ其生活ヲ營ムニ於テハ却テ製産ヲ増加スルコトアルベキニ於テヲヤ

其他立法上ニ於テ論述スベキコト少カラズト雖モ今暫ク省略ニ從フ

(第三) 原理上ヨリ論ズ

原理トハ結婚自由ノ原則ヲ稱スルナリ抑結婚ノ自由ハ一般ノ人身自由ノ一ニ位シ之ヲ制限スルノ不正ナルコトハ古代ノ學者亦之ヲ言ヘリ蓋シ古代結婚ノ自由ヲ制限スルノ方法ハ或ハ臣民ニ於テ婚姻ヲ結ブニハ必ズ君主ノ承諾ヲ經ザルベカラズト爲スモノアリ又ハ警察署ノ許可ヲ受クベシト定ムルモノアリ或ハ貴族ハ下等ノ人民ト結婚スルコトヲ得ズシテ若シ之ヲ爲スニ於テハ婚姻ノ効力ナク婦ハ其夫ノ自分ニ從フコト能ハズト爲セリ而シテ此等制限ノ大ニ不正ナルコトハ世人ノ皆能ク了知スル所ナリ但軍人囚徒又ハ貧院ニ在リテ公ノ救助ヲ受クルモノ、如キハ他ノ理由ニ依リテ其婚姻ノ自由ヲ奪ハル、モノナリ

茲ニ結婚ノ自由ニ關シ讀者ノ注意ヲ要スルコト二點アリ

第一ニ結婚ノ自由ヲ制限スルハ政府ガ人民ヲ保護スルノ意ニ出ヅルト爲サンニ此主義タル人民ヲ赤子視シタルモノニシテ其極或ハ專制抑壓ニ陥リ人身ノ自由ヲ害スルコト少カラズ從テ此主義タル之ヲ古代ニ行フベクシテ決シテ今日ニ用フベカラザルナリ蓋シ古代ハ專ラ此主義ニ從ヒ男女老年ナルカ又ハ其一方貧困ナルカ貧困ト爲ルベキ恐アルカ或ハ品行ナルカ或ハ年齢不相當ナルカ或ハ遺傳病アル等ノ事ニ注意シ人民ノ結婚ヲ制限セリ若シ今日ノ年齢制限論ニシテ此主義ヲ目的トスルニ於テハ結婚ノ自由ヲ制限スルコト亦必要ナルベシト雖モ此等ハ腐敗シタル舊主義トシテ業ニ既ニ放擲セラレ現ニ獨逸ニ於テハ千八百七十年ノ法律ヲ以テ全ク保護ヲ目的トスル此等ノ制限ヲ廢シタルニアラズヤ

第二ニ結婚ノ自由ヲ制限スル方法ニシテ宜ク廢止セザルベカラザルモノハ年齢ヲ制限スルコト父母ノ承諾ヲ要

スルコト及同宗ノモノニアラザレバ結婚スル能ハザルコトナリトス而シテ其婚姻ノ年齢ヲ制限スルコトハ既ニ前段ニ述ベシ所ノ結婚自由ノ道理ト異ル所ナシ次ニ父母ノ承諾ヲ得ルコトハ政府ノ承諾ヲ受クルト果シテ如何ナル差異カアル最後ニ同宗ノモノニアラザレバ結婚スル能ハザルコトノ如キハ全ク婚姻ヲ宗教上ノ制度ト看做セシモノニシテ今日ノ如ク國家行政ノ制度ト認メシモノニアラズ從テ其制限ハ今日ニ適スベキモノニアラザルナリ

右ニ論究スルガ如ク婚姻ノ年齢ニ制限ヲ置クコトハ人身自由ノ原則ニ背反スルコト争フベカラザルヲ以テ此法律ヲ設クルノ邦國ハ速ニ之ヲ廢止セザルベカラズ

(第四) 法律上ヨリ論ズ

婚姻ノ年齢ニ制限ヲ設クルモ法律ニ於テハ到底之ヲ執行スルコト能ハザルナリ現ニ法律上ニ制限ヲ設クル場合ニ當リ其制限年齢以下ノモノ婚姻ヲ結ブトスルモ盡ク之ヲ不適法トシテ解除スルコトヲ得ズ元來幼者ノ契約ハ之ヲ無効トスルコトヲ得ルハ一般ノ通則ナンドモ婚姻ニ限リテ幼者ノ爲シタル契約ヲ有効トスルニアラズヤ而シテ此事タル現時歐洲二三ノ邦國ニ於テ之ヲ規定スルト雖モ其他一般ニ此傾向ヲ有スルモノ、如シ加之婚姻ハ他國ニ到リテ隨意ニ之ヲ結ブコトヲ得ルモノニシテ國際私法ニ於テモ明ニ之ヲ認許セリ故ニ今英國ニ於テ婚姻ノ年齢ニ制限アルトキハ去リテ制限ナキ他國ニ赴キ自由ニ有効ナル婚姻ヲ爲スコトヲ得ベシ而シテ米國ニ於テハ諸州各其法律ヲ異ニスルガ故ニ之ヲ爲スコト一層容易ナリトス此ノ如ク僅ニ一舉手一投足ノ勞ヲ以テ隨意ニ

其法律ノ規程ヲ避クルコトヲ得ルガ故ニ此制限タル法律上ニ於テハ決シテ充分執行ヲ爲スコト能ハザルモノナリ

以上列擧スル所ヲ以テ婚姻ノ年齢ニ制限ヲ設クルノ有害ナルコトハ既ニ明瞭ナルベシト信ズ然ルニ日本人ガ之ヲ必要ナリトスル所以ノモノハ畢竟其新奇ナルニ眩惑セラレタルモノニシテ實ニ歐洲ノ婚姻制度ニ於ケル最短處ニ着目シタルモノト謂ハザルヲ得ズ惟フニ此制度ノ不可ナルコトハ今日歐洲學者ノ一般ニ認諾スル所ナレバ早晚之方廢止ヲ見ルニ至ルベシ是レ予ガ確信シテ疑ハザル所ナリ

(第五) 適當ナル制度ヲ論ズ

抑婚姻ナルモノハ二様ノ方向ヨリシテ之ヲ觀察スルコトヲ得ベシ乃チ第一ニ自然ノ狀態ニ於ケル人間ノ一身上ヨリスルトキハ唯男女二人器械的ノ結合タルニ過ギズト雖モ他ノ一方即チ社會上ヨリスルトキハ其男女ノ結合ハ公ノ性質ヲ帶ビ法律ニ於テモ亦其夫婦タルコトヲ認ムルガ故ニ從テ其間ニ法律上ノ權利ヲ生ジ而シテ其權利タル唯男女雙方間ノ關係ニ止マラス併セテ社會公衆ニ對スルモノトナルナリ故ニ前ノ一方ヨリ謂ヘバ婚姻ハ唯一人一箇ノ私事ナリト雖モ他ノ一方ヨリシテ謂フトキハ公ノ制度ニ屬スルモノト謂フベシ是故ニ文化ノ既ニ進歩シタル邦國ニ於テハ婚姻ヲ以テ公ノ制度中ニ列シ從テ之ニ關スル諸種ノ法則ヲ設ケ以テ其關係ヲ規定スルコト殆ンド一般ノ常例ナリトス而シテ今予ガ茲ニ論述セント欲スル事項モ亦公ノ制度ニ屬スル所ノモノニシテ之ニ二様ノ區別アリ乃チ民事上ノ制度ニ屬スル者及宗教上ノ制度ニ屬スル者はナリ蓋シ西洋諸國ニ於テモ往昔宗

教ノ勢力強盛ナルニ當リテハ婚姻ヲ以テ全ク宗教上ノ制度ニ委セシガ近世ニ至リ漸ク之ヲ民事上ノ制度ニ屬セシムルニ至レリ

茲ニ民事上ノ制度ニ屬スル結婚ヲ別テ左ノ三種ト爲ス

一、已ムヲ得ザル民事上ノ結婚

已ムヲ得ザル民事上ノ結婚トハ教會ノ認容ヲ得ルコト能ハザルトキニ爲ス所ノモノニシテ乃チ宗教上其結婚ニ故障アリテ教會ノ認容ヲ許サマル場合若クハ自己ノ信奉スル宗教ノ教會ニ於テ婚姻ヲ認容スルノ權力ナキ場合ノ如キニ於テハ必ズ民事上ノ結婚ヲ爲サマルベカラザルナリ

二 隨意ナル民事上ノ結婚

隨意ナル民事上ノ結婚トハ宗教上ノ結婚ヲ爲スモ民事上ノ結婚ニ從フモ之ヲ擇ブハ一ニ結婚者ノ自由ニ任ジ敢テ法律上ヨリ其一ニ從フベキコトヲ命令セザルモノニシテ此制度ニ於テハ其孰レニ從フモ法律上ニ於テハ常ニ有効ノ結婚ナリトス

三 強迫ニ出ヅル民事上ノ結婚

強迫ニ出ヅル民事上ノ結婚トハ其結婚ノ方法民事上ノ制度ニ從ハザレバ法律上其効力ヲ與ヘザルモノヲ謂フ但一旦民事上ノ結婚ヲ爲スニ於テハ之ト同時ニ宗教上ノ結婚ヲ爲スモ是レ人々ノ自由ニシテ國家ニ於テハ毫モ之ヲ妨害スルコトアルナシ

右ニ掲グルガ如ク民事上ノ結婚ニ三箇ノ種類アレドモ近世ノ傾向ハ多ク第三種ニ在ルガ如シ而シテ今此ノ如ク強迫ニ出ヅル民事上ノ結婚ヲ以テ婚姻ノ制度ト爲スニ於テハ其婚姻ヲ結ブコトニ關スル法則ヲ設ケ其制限ヲ定ムルコトハ固ヨリ必要ナリト謂ハザルベカラズ而シテ其法則タル前段ニ述ベシガ如ク年齢ヲ制限スルニアラズ父母ノ承諾ヲ必要トスルニアラズ又政府ノ認容ヲ受クベシト爲スニモアラズ況ンヤ今日ノ結婚ハ民事上ノ制度ニ屬スルガ故ニ同宗ノモノニアラザレバ其結婚ニ關スル法則ハ婚姻ノ性質ニ適シ立法上ニ弊害ナク結婚自由ノ原則ニ背カズシテ法理上亦之ヲ行ヒ得ベキ所ノモノナルガ故ニ公ノ制度トシテ各國皆安全ニ採用スベキ最モ適當ナル制度ナリトス而シテ其目的タル唯婚姻ヲ公ノ制度中ニ加フルコトニ在リ

今簡單ニ其法則ノ大綱ヲ擧グレバ則チ左ノ如シ

第一則 夫婦共ニ其人ノ相違ナキコトヲ證明セザルベカラズ

今日ノ婚姻ハ専ラ一夫一婦ノ原則ニ從ヒ學生ノ結合ヲ爲スモノニシテ決シテ彼ノ昔時ノ如ク野合ヲ目的トスルニアラザルガ故ニ夫婦雙方互ニ其夫若クハ婦ノ身分ニ相違ナキコトヲ證明セシムルガ爲メ特ニ其規則ヲ設クルハ甚ダ必要ノ事ナリトス而シテ其方法ニ至リテハ今暫ク省略ニ從フ

第二則 結婚ニ對スル故障ノ有無ヲ問ハザルベカラズ

前段ニ説クガ如ク婚姻ヲ一夫一婦ノ關係ト爲ストキハ若シ一旦人ノ婦タルモノ再結婚スルガ如キコトアラバ決シテ之ヲ許容スベキニアラザルヲ以テ凡ソ結婚ヲ爲ス前ニハ必ズヤ其結婚ニ對シテ他ヨリ故障ヲ爲スモノアル

ヤ否ヲ問ハザルベカラズ而シテ之ヲ爲スニハ或ハ裁判所ノ門前ニ揭示ヲ出シ或ハ新聞紙ニ廣告スル等ノ手續ヲ盡スコトヲ要ス

第三則 結婚ノ自由ニ成リシコトヲ明ニセザルベカラズ

結婚ノ自由ナラザルベカラザルハ既ニ前ニモ辯明セシガ如シ故ニ今其結婚ハ自由ニシテ敢テ他人ノ強迫ヲ受ケズ且充分ニ熟慮シテ之ヲ爲シタルコトヲ明ニセザルベカラズ而シテ之ガ爲メニ盡スベキ手續ハ證人ヲ立テ其旨ヲ結婚ヲ司ル官衙ニ申告スル等ナリ

第四則 結婚ヲ公ニ告知セザルベカラズ

婚姻ハ一箇ノ公事ナレバ之ヲ世人一般ニ告知シテ其認諾ヲ得ザルベカラズ故ニ結婚ノ事ハ必ズ之ヲ相當ナル官衙ニ届出テ婚姻簿冊ニ登記スルコトヲ請フベシ

以上列舉シタル法則ハ現今歐洲諸國ニ於テ多ク行ハル所ノモノニシテ此ノ如キ制限ハ其風土ノ如何ト民俗ノ如何トヲ問ハズ常ニ能ク安全ニ採用スルコトヲ得ベキモノナリ要スルニ婚姻ノ制度ナルモノハ此四個ノ法則ヨリ成立スルモノト謂フモ敢テ不可ト爲サマルナリ若シ夫レ夫婦ノ關係及離婚ノ事ニ關スル問題ニ至リテハ本論ノ趣旨ニアラザルヲ以テ暫ク之ヲ他日ニ讓リ將ニ論述スル所アラントス

斯ク婚姻ト婚姻契約ト二者ノ間自ラ相異ル所アル以上ハ該契約ヲ履行セザル時ノ處置ハ如何ナルベキヤ英國ニ於テハチャールス第一世ノ朝ニ之ニ關スル訴訟始メテ起リシニ婚姻ハ契約ノ有價原因即チ有効ナル約因ト爲スコト

ヲ得ルモノトナリ該契約ヲ破ラレタル男女何レモ共ニ損害賠償ヲナスコトヲ得ルコト、爲リタリ而シテ往々實際ノ損害即チ婚姻ノ支度金ノ損害ヨリモ寧ロ道德上ノ損害ヲ豫想シテ過大ノ賠償金ヲ與ヘタリシガ近來ニ至リテハ唯實際ノ損害ノミニ止マレリ近世ノ歐洲大陸ノ法律ニ於テモ亦甚ダ之ニ損害ヲ與フルコトヲ忌避ス普國々法ニ於テハ之ニ損害賠償ヲ爲スコトヲ許スト雖モ以太利國法典ニテハ斷然之ヲ拒否シタリ佛國法典ニテハ此事ニ關シテハ明文ナキヲ以テ判官ハ種々相反スル所ノ意見ヲ以テ裁判ヲ爲シタレドモ有名ナル佛國學者ノ說ニ據レバ即チ婚姻ノ自由ニ干涉スルハ公益ニ反對スルモノナレバ損害賠償ヲ許サマレドモ唯原告ガ實際ノ損害ヲ受ケタルトキノミ之ガ責ニ任ズベシトナレリ故ニ婚姻ノ契約ニ就テ損害賠償ヲ爲サントセバ佛國法典第千三百八十二條ニ依リテ之ヲ請求シ第千四百二十二條ニ依リテ之ヲ請求スルコトヲ得ザルモノト爲セリ奧國法典モ亦其第四十五條第四十六條ヲ以テ明ニ佛典ト同一ナル規則ヲ設定シタリ

(第四) 勞力契約 勞力契約ハ分チテ六種トス第一保監契約、第二製造契約、第三運搬契約、第四營業又ハ奉公契約、第五代理契約、第六組合契約トシ各報酬、無報酬ノ別アレドモ這ハ唯注意ヲ要スルノ度ニ於テ差アルノミ逐一左ニ之ヲ論究セン

(一) 無報酬ニシテ物品ヲ保監スル契約ヲ名ケテ附托契約ト云フ即チ無報酬ニシテ預リ主ガ物品ノ委托ヲ受ケ其物品ヲ使用セザルガ如キ場合はナリ羅馬法ニ於テハ之ヲ二種ニ區別セリ即チ第一ハ必須ノ附托ト稱スルモノニシテ火災、難船其他意外ノ變ニ際シ必要已ムヲ得ズシテ之ヲ他人ニ委托スルガ如キモノナルガ故ニ之ヲ稱シ

テ不幸ナル附托ト云フ第二ハ任意ノ附托ニシテ結約者雙方ノ合意ヨリ成立スルモノヲ云フ○又羅馬法ニ於テハ附托契約ヲ更ニ二様ニ區別ス第一ハ單一ノ附托ニシテ一人若クハ數人ガ合意シテ物品ヲ第三者ニ附托スルヲ云ヒ第二ハ爭論ノ目的物タル物件ヲ第三者ニ托スルモノニシテ之ヲ「セクエストレーション」ト云フ而シテ此第二種ノ契約ナル者ハ或ハ附托者及受托者雙方ノ合意ニ成ル者アリ或ハ其合意ヲ待タズ裁判所ニ於テ之ヲ命ズルコトアリ○有酬ノ保監契約トハ譬ヘバ商品預り人、宿屋、馬匹預り人等ノ如キモノヲ云フ

(二) 製造契約トハ他人ノ物品ヲ製造シ又ハ他人ノ物品ニ細工ヲ施サントノ契約ニシテ報酬ナキ契約ニ就テハ其製造人ハ唯最大ナル過失ニ對シテ責ヲ負フノミナレドモ若シ其契約ニシテ有酬契約ナル時ハ英國法ハ契約者雙方ヲシテ最大ナル注意ヲ命ズ又英國法ニ於テハ製造人ニ與フルニ委託者ヲシテ其代價ヲ拂ハザル場合ニハ該物品ヲ差留ムルノ權ヲ以テス○他人ノ爲メニ自己ノ所有セル物品ヲ以テ製造シ又ハ其物品ニ細工ヲ施サントノ契約ハ猶落成セザル物品ヲ贈與セントノ契約ニ等シク又製造人ニシテ報酬ヲ受クル時譬ヘバ大工ガ家屋ヲ建築シ服商人ガ衣服ヲ裁縫セントノ約束ノ如キハ賣買ノ契約ナリヤ將タ勞力ノ契約ナルカハ學者間大ニ議論ノ紛々タルモノニシテ之ガ大注意ヲ要スベキモノナレドモ今茲ニ論ズルノ暇ナシ

(三) 運搬契約ハ海上又ハ陸上ニ物品若クハ乘客ヲ運搬スルノ契約ヲ云フ○物品ノ運送人ハ其物品ヲ運搬スルノ義務アルノミナラズ尙物品預り人就中旅宿營業人ノ其附托ヲ受ケタル物品ニ對スルト殆ンド同様ナル責任ヲ有ス即チ英國法ニ從ヘバ普通運送人ハ其通常ニ運搬スル物品ハ其運搬ヲ拒ムコトヲ得ズ但其運送物數多ニシテ

之ヲ運載スルニ餘地ナキカ若クハ其物品殊ニ危險ナル時ハ此限ニアラズ尤運賃ハ人々ニ依リテ高低ヲ定ムルコトヲ得、又運送人ハ其物品ヲ確然安全ニ運搬シ變災等ニ依リ間接ニ生ジタル損失ノ外其損失ノ責ニ任ゼザルベカラズ故ニ其物品ノ盜難ニ罹リ或ハ偶然燒失シタル場合ニモ亦其責ニ任ゼザルベカラズ又運送人ハ從來公告ヲ以テ自己ノ責任ヲ減縮スルノ權ヲ有シタリシガ近世ノ法律ニ於テハ大ニ此權利ヲ制限シタレドモ一方ニ於テハ又委託人ニ於テ其運送スベキ物品ハ非常ナル高價ノ物タルコトヲ告ゲ且爲メニ臨時ニ高價ナル運送賃ヲ拂ヒタルニアラザレバ其物品紛失ノ責ニ任ゼザルモノトナレリ然レドモ一般ノ普通運送人ハ特別ノ契約ニ依リ尙其責任ヲ減縮スルコトヲ得ベシト雖モ斯カル契約ニシテ鐵道會社若クハ運河會社ノ爲シタルモノニ係ル時ハ必ず正當ニシテ且委託人ノ捺印シタル契約タルコトヲ要スルノミナラズ鐵道會社ハ人々ニ依リテ異リタル賃錢ヲ拂ハシムルコトヲ得ザルモノトス是レ英國條例ノ定ムル所ナリ船舶ヲ以テ物品ヲ運輸スルノ契約ハ船主又船舶雇主トノ間ニ於ケル特別ナル契約即チ傭船契約ヲ以テ相互ニ負擔スベキ義務ヲ定ムレドモ近世ノ條例ヲ以テ其義務ヲ制限シ一噸ニ付八磅以上又ハ火災ノ爲メニ生ジタル損失又ハ特別ニ價值アルコトヲ告ゲ且特ニ其報酬ヲ得ザル運送品ニ就テハ其責ナキモノト定メタリ○物品運送人ヨリ船主ニ拂フベキ金額ヲ船貨ト名ク○旅客ノ運送人ハ其安全ヲ保證セズト雖モ怠慢若クハ不熟練ニ依リテ生ジタル損害ノ責ニハ任ゼザルベカラズ○貨錢ヲ受ケザル運送人ノ責任ハ無報酬ニテ物品ヲ委託セラレタルモノト同一ナリトス

(四) 職業及奴婢奉公契約 以上論ジタル三種ノ勞力契約ハ其勞力ヲ施スベキ物品ノ委託アルベキモノナレド

モ此職業及奴婢奉公契約ニ於テハ物品ノ附托ナルモノハアラズシテ唯一方ノ者ハ他ノ一方者ノ爲メニ或所爲ヲ行ハントノ契約タルニ過ギズ○奴婢奉公モ亦職業ノ一ニシテ敢テ其間異同アルコトナシト雖モ茲ニ一ノ注意スベキハ職業及營業二者ノ區別是ナリ抑モ人生ノ斯生ニアルヤ其發達力ノ向フ所ニ二様アリ一ハ自由ヲ有スル者ヨリ自由ヲ有スル者ニ對スル作用即チ人類相互ノ關係一ハ自由ヲ有スル者ヨリ自由ヲ有セザル物體即チ天造物ニ對スル作用是ナリ然リ而シテ人々相互ノ關係ニ於ケル作用ヲ職業ト云ヒ人類ノ天造物ニ對スル作用ヲ營業ト云フ今茲ニ論ズル所ノ者ハ即チ其職業ニ關スル者ニシテ代言人、教師、理學者、技藝師等ノ如キ是ナリ羅馬法ニ於テハ是等ノ營業ハ法律ヲ以テ其報酬ヲ與フルニ足ラザルモノト爲シ其手數料、教授料、辯護料ニ對シテ之ヲ起訴スルコトヲ許サマリシナリ今日ノ英國法ニ於テモ尙「パリストル」即チ狀師ニ對シテハ此制限ヲ用ヒ數年前マデハ醫師ニ對シテモ此原則ヲ適用セリ○奉公契約ハ職業契約ニ屬スベシ如何トナレバ奴婢ノ爲ス所ハ敢テ天造物ニ對スル作用ニアラズ唯其勞力ヲ目的トスルニ外ナラザレバナリ古代ニ於テハ奴婢ハ恰モ奴隸ノ如ク全ク其自由ヲ奪ハレタル者ナレドモ今日ニ於テハ主人ガ唯其勞力ヲ買フノミニシテ設ヒ疾病ノ故ヲ以テ休業スルトモ猶其給料ヲ受クルノ權ヲ有ス而シテ奴婢ノ制ハ今日ニ至リテモ往々其痕跡ヲ存スル者アルニ似タリ即チ奉公人ヲ僱使スルニ主人之ガ自由ニ名稱ヲ附シ某家ノ奴婢ハ祖先ヨリ常ニ於竹若クハ權兵衛ノ名ヲ以テ稱セラル、ガ如キモノアルハ奴婢ヲ奴隸ト同一視セシ一證ト爲スモ亦証ヒザルベシ○從來英國法ニ於テハ奴婢僱人ガ其職業ノ爲メニ受ケタル損害又ハ奴婢僱人相互ノ間ニ起リタル損害ニ就テハ主人其責ニ任ゼザルヲ以テ通則トシ

タレドモ漸次世ノ開明ニ赴クニ從ヒ鐵道事業ノ如キ大事業ノ振興スルニ迫ンデ此通則ノ大ニ不便ヲ感ズルニ至リタルヲ以テ英國ニ於テハ近來ビクトリヤ女王四十三年及四十四年（千八百八十年）法律第四十二章ヲ以テ此法律ヲ廢シタリ

(五) 代理契約 凡ソ人タル者代理ヲ以テ其各自ノ事務ヲ執行スル事ニ就テハ前回既ニ之ヲ論究シタレドモ茲ニ論ズル所ハ代理ノ契約ヨリ生ズル權利義務ノ事ニシテ代理權ニ依リテ爲シ得ベキ事件ノ權利義務ニ關スル者ニアラズ故ニ代理契約ハ代理人ト本人トノ間（一方者ノ代理人ト他ノ一方者ノ代理人ニアラズ）ノ勞力ノ契約ナリ○代理ノ契約ハ稍々發達シタル法律ニ於テ認ムル者ニシテ古代ノ羅馬法ニ於テモ代理人タルヲ得ベキ者ハ唯本來本人ノ監督ニ屬スル者即チ自己ノ子孫若クハ奴隸等ノ如キモノ、外代理ヲ爲スヲ許サマリシナリ而シテ全ク他人ガ他人ノ代理ト爲ルヲ得タルニ至リシハ稍々後世ニ創起シタルモノニシテ其當時ハ唯友誼上之ヲ爲スニ過ギザリシガ近世ニ至ルニ及ビテハ十分ナル報酬ヲ受クル代理人ヲ許シ商業ノ發達ト共ニ代理ノ必要ヲモ感ズルニ至リタリ佛國民法ニ於テハ代理ハ本人ノ爲メ自己ノ名ヲ用ヒテ或事ヲ爲スベキ權力ヲ一人ヨリ一人ニ與フル所ノ所爲ナリト云ヒ又代理ハ特別ナル反對ノ證據ナクンバ無報酬ナリト推測スレドモ英國法ニ從ヘバ適當ナル報酬ヲ受クベキ契約ナリト推測ス○何レノ國ノ法律ト雖モ凡ソ本人ハ代理人ヲシテ其事件ヲ行ハシムルニ必要ナル費用其他ノ義務ヲ擔保スル者ニシテ一方ニ於テハ代理人ナル者ハ注意シテ本人ノ事務ヲ行ヒ且一般ニ副代理人ヲ置ク能ハザル（代理人ノ代理人）所ノ者ナリ代理ハ必ズ特別ナル代理契約ニ依リテ起生セル者ニシ

テ其權利義務ハ概ネ本人ノ死亡若クハ破産若クハ代理期限ノ到着、代理事件ノ執行若クハ本人又ハ代理人ヨリ代理權ヲ取消ス等ノ場合ニ依リテ消滅スルモノトス

(六) 組合契約 數人が共同シテ一ノ事業ヲ企テントスル時ニハ通常相互ニ代理人ノ資格ヲ以テ企テントトスベキモノニシテ之ヲ稱シテ組合ト云ヒ其企テントスル事業ニ從ヒ復種々ノ組合ヲ生ズ今佛國法ニ從フ時ハ會社ノ契約トハ二人以上ニテ五ニ物ヲ共通シ其利益ヲ分配セントノ契約ナレドモ英國法ニ於テハ又特ニ佛國法ト大ニ異ル所アリト雖モ今茲ニハ之ヲ略ス○此契約ハ佛國法ニ從ヘバ百五十「フラン」ノ價アル者ニ就テハ書式契約ナラザルベカラズ又英國法ニテモ一年內ニ成シ得ベカラザル事業ナレバ佛國法ト同ジク復書式契約ナラザルベカラズ○組合ハ相互ノ承諾、無期ノ組合ナレバ一人タリトモ組合員ノ退去セル時、有期ノ組合ナレバ其期限ノ到着、組合員ノ死去若クハ破産又ハ其他ノ原因ニ依リテ消滅スベキモノトス

(第五) 避忌ノ契約 避忌ノ契約即チ一方ノ者ガ或行爲ヲ爲サマランコトヲ約スル契約ハ法律ハ甚ダ之ヲ實行スルコトヲ好マザル者ナリ何トナレバ或事ヲ爲サマルベシトノ契約ハ人身ノ自由ヲ妨害スルモノナレバナリ故ニ英國法ハ或特定ナル人ト婚姻ヲ爲サマルベシトノ契約ハ有効ナリトスレドモ更ニ婚姻ヲ爲サマルベシトノ契約ハ公益ニ反スルヲ以テ此ノ如キ契約ハ無効ナリトス又全國若クハ廣大ナル區域內ニ於テ或商業ヲ爲サマルベシトノ契約ハ無効トスレドモ區域ノ適當ナルカ又ハ其期限ノ短少ナル契約ナレバ之ヲ有効トス是レ其理由タル單ニ公益ニ害ナキノミナラズ或ハ却テ公益ヲ補助シ剩ヘ經濟上社會ノ利益タルモノアルヲ以テナリ

(第六) 偶生利益ノ契約 偶生利益ノ契約トハ其契約ニ關シタル各人又ハ其中ノ一人又ハ數人ノ利益若クハ損失ヲ未定ノ事ニ關セシムル相互ノ契約ヲ云フ今偶生契約ノ種類ヲ舉示スレバ左ノ如シ

- (一) 賭博契約ハ一般ニ之ヲ無効トス是レ公益ニ反シ道德ニ背クガ故ナリ但法律ニ於テ許シタル遊戲等ハ此限ニアラズ
- (二) 富講ノ如キ契約ハ英國ニ於テハ之ヲ不法トス
- (三) 株式相場賣買契約モ亦英國ニ於テハ禁止スル所トス
- (四) 第三者又ハ對手人ノ畢生間之ニ年金ヲ拂渡スベシトノ契約ハ一般ニ法律ノ保護スル所ナリ
- (五) 航海ヲ安全ニ成シタル時船主ニ支拂ヲ爲スベシトノ契約モ亦一般法律ノ有効トスル所ナリ
- (六) 海上保險契約ハ法律上之ヲ厭忌セザルノミナラズ航海ノ安全ヲ慮ルニ於テ必要ナルモノト爲シ法律ハ大ニ之ヲ保護セリ

第二 從タル契約ノ種類

前回ニ於テ主タル契約ノ種類及ビ其性質ニ付大要ヲ講述シ了リタルヲ以テ今回ハ從タル契約ノ種類及ビ其性質ニ付講述セントス

從タル契約トハ即チ主タル契約ニ附從スル契約ニシテ其種類多シト雖モ就中最モ重要ナルモノヲ舉グレバ第一、保證 第二、賠償 第三、質入 第四、請合 第五、追認是レナリ已下此五種ノ契約ニ付追次其性質ノ大要ヲ講明シ其他

ノ重要ナラザルモノニ至テハ之レヲ玆ニ省キ他日ヲ待テ論及スベシ

(第一) 保證^{シニアラザル} 保證トハ義務者ガ負債若クハ失行等ニ關シ其義務ヲ執行セザルトキ他人之レニ代リテ責任ヲ負擔スベキ契約ニシテ即チ主タル義務アリテ而後ニ生ズル所ノ從契約ナリ普通契約ハ爲約者及ビ被約者ナル二個ノ對手アレバ直チニ成立スルコトヲ得ベシト雖モ保證契約ハ權利者義務者及ビ保證人ナル三個ノ對手アルニアラザレバ成立スルコト能ハズ

斯クノ如ク夫レ保證契約ハ主タル義務アリテ而後ニ生ズル所ノ契約ナルガ故ニ保證人^{シニアラザル} 保證ノ義務ヲ負擔スルノ前ニハ必ズ先ヅ他ノ義務ノ既ニ存在スルカ若クハ將ニ成立セントスルモノアルヲ要スルコト明カニシテ保證ノ義務ハ保證スベキ他ノ義務ナクシテ獨リ存在スルモノニアラズ語ヲ換ヘテ之レヲ云ヘバ保證義務ノ成立スルニハ必ズ先ヅ權利者及ビ主タル義務者アルヲ要スルコト、知ルベシ是レニ由テ之レヲ觀レバ保證契約ハ主タル義務ノ成立シタル後若クハ其成立ト同時ニ成立スルコト明了ナリ時ニ或ハ主タル義務ニ先テ保證契約ノ成立スルコトナシトセズト雖モ其場合ニ於ケル保證契約ハ未必ノ條件ニ係ルモノナルヲ以テ主タル義務ノ成立セザルトキハ其効ナキモノトス又主タル義務ノ無効ナルニ至ルトキハ之レト同一理ニ依テ其保證契約モ自ラ効ヲ失フベキナリ然レドモ玆ニ不可思議ナル一事ハ他ニアラズ保證契約ハ既ニ述ベタルガ如ク從タル契約ニテアリナガラ其主タル契約ニシテ法律上執行シ得ベキモノニアラザルトキハ即チ法律上ノ權利義務ヲ生ゼズシテ自然上ノ權利義務ヲ生ズルトキト雖モ其從タル保證契約ニ至テハ時トシテ法律上有効ノモノトナルノ場合アルコト是レナリ例ヘバ奴隸ノ其主

人ニ對シテ爲シタル約束ノ如キハ固双方ニ自然ノ權利義務ヲ生ズルニ外ナラズト雖モ羅馬法ニ於テハ此約束ニ從タル保證ノ契約ヲ以テ法律上有効ノモノトナシ又幼者ノ爲シタル約束ハ固法律上無効ノモノナルモ佛國法ニ於テハ其約束ニ從タル保證ノ契約ニ關シテハ出訴シテ執行セシムルコトヲ得ルモノトナセルガ如シ而シテ其理由トスル所ハ保證人ニ於テ主タル契約ノ無効ナルコトヲ知リナガラ保證ノ義務ヲ負擔シタルモノニシテ畢竟其權利者ニ充分ノ安全ヲ致スガ爲メ應接トシテ約諾シタル一個ノ主タル契約ト看做ス可シト云フニ在リ英國法ニ於テハ未ダ實例ハ見ザレドモ主タル契約ニシテ無効ナルカ又ハ法律上所謂契約ニアラザルモノナルトキハ從テ從タル保證ノ契約モ何等ノ場合タルヲ問ハズ法律上無効ノモノト信ズルナリ何トナレバトヒ保證人ニ於テ主タル契約ノ無効ナルコトヲ知リナガラ保證ノ義務ヲ負擔シタルニモセヨ其契約ヲ以テ一個ノ主タル契約ト看做スベキ理由ナケレバナリ若シ夫レ之レヲ以テ一個ノ主タル契約ト看做サンカ則チ約因ナキ契約ト謂ハザルベカラズ

保證契約ハ其性質上必ズシモ有式ノモノニアラズト雖モ國ニ依リテハ之レヲ以テ有式契約トナスモノアリ例ヘバ羅馬法ニ於テハ問答式ニ依テ之レヲ爲サシメ英國ニ於テハ詐僞條例ヲ以テ必ズ書面ニ依リテ之レヲ爲サシムルガ如シ蓋シ保證ノコトノ如キハ證據最モ失ヒ易ク錯誤ノ恐れ最モ大ナレバ立法者ハ注意ヲ加ヘテ斯ノ如ク有式ノモノトナシ詐僞錯誤等ヲ豫防シタルナリ

保證契約一般ノ性質ハ已上述ベタル所ニ據テ略明了ナルベシ以下順次保證契約ニ關シ注意スベキ點ニ付キ聊カ講述セシ

一、保證義務ノ範圍 保證人ノ保證上負擔スベキ責任ハ主タル義務者ノ責任ヨリ輕少トナスコトヲ得ベシト雖モ何等ノ場合ニ於テモ超過スベキモノニアラズ蓋シ保證人ハ主タル義務ニ代リテ其責任ヲ盡スコトヲ保證スルニ止マルモノナルヲ以テナリ故ニ保證人ノ責任ハ主タル義務者ノ責任ト同一ナルヲ通常トナス此種類ニ屬スル義務ハ許多ノ法律ニ於テハ之レヲ遺傳セザルモノト爲スト雖モ保證ノ義務モ亦一般契約上ノ義務ト異ナラザレバ保證人ノ死亡後ニ在テハ其義務ノ相續人ニ傳ハラザル道理ナキナリ

二、保證義務ノ執行 保證人ノ責任既ニ主タル義務者ノ責任ニ超過スベカラズ從テ權利者ハ主タル義務者ニ對シ出訴スベキ充分ノ權利ヲ得ルニ至ルマデハ保證人ヲシテ其義務ヲ執行セシムルコトヲ得ザルモノトス故ニ未行契約ニ於ケル保證人ハ主タル義務者ニ於テ實際其契約ヲ破リタル後ニアラザレバ權利者ヨリ執行ヲ求メラルベキモノニアラザルナリ語ヲ換ヘテ之レヲ云ヘバ權利者ニ於テ保證人ヲシテ其責任ヲ盡サシムルニハ主タル義務者ニ對シ出訴シ得ベキ權利ヲ生ズルマデニ至ル條件ヲ悉ク具備スルヲ要ス即チ請求拂ヲナスベキ金圓アリトセバ既ニ支拂ノ請求アリ而シテ其支拂ヲ拒ミタルノ條件アルニアラザレバ保證人ヲシテ其義務ヲ盡サシムルコトヲ得ザルモノトス夫レ然リ然リト雖モ保證人ヲシテ其義務ヲ盡クサシムルニ當テ權利者ハ必ズシモ主タル義務者ニ對シ其義務ヲ盡サシムルニ充分ノ手段ヲ行ヒタルヲ要スルニアラズ時トシテハ義務者ノ其義務ヲ盡サマルコトヲ豫メ保證人ニ告知スルヲ要スルコトアリ又時トシテハ先ヅ主タル義務者ニ對シ出訴スルヲ要スルコトアレドモ凡ソ此等ハ各場合ノ事情ニ依リテ異ナルコトニシテ保證人ヲシテ其責任ヲ盡サシムルニハ何レノ場合ニ於テモ斯ル未必ノ條

件アリトナスベカラズ特ニ權利者ニ於テ主タル義務ニ充ツベキ抵當ヲ有スル場合ニ在リテモ權利者ハ其抵當ヲ以テ其義務ニ充テタル後ニアラザレバ保證人ヲシテ其責任ヲ執行セシムルコトヲ得ザルモノニアラズシテ斯クノ如キ場合ニ在テハ總テ權利者ノ撰擇ニ任ジ或ハ先ヅ保證人ニ對シ其義務ノ執行ヲ求メ或ハ先ヅ抵當物ヲ以テ義務ノ支拂ニ充テ而後殘餘ニ付保證人ニ對シ其義務ノ履行ヲ求ムルコトアルナリ

三、保證人ノ權利 保證人ノ義務ハ既ニ述べタルガ如ク主タル義務者其義務ヲ執行セザル時ニ之レニ代リテ其義務ヲ執行スルニアリ故ニ自然ノ順序ニヨリ之レヲ論ズルハ主タル義務者先ヅ要求セラレ主タル義務者ニ於テ其要求ニ應セザリシ時ニアラザレバ保證人ハ要求セラレザルモノトス是ヲ以テ權利者若シ主タル義務者ニ要求セズシテ初メヨリ保證人ニ要求シタルトキハ保證人ハ權利者ニ對シ先ヅ主タル義務者ニ要求スベキコトヲ以テ其要求ニ抗辯スルヲ得ベシ其權利ヲ稱シテ保證人ノ抗辯權ト云フ

若シ數人ノ共同保證人アル時其一人ニテ全體ノ訴ヲ受ケタル場合ニハ其訴ヲ受ケタル保證人ハ權利者ニ對シ資力アル各保證人ニ其訴ヲ分タンコトヲ請求スルヲ得ベシ此權利ヲ稱シテ保證人ノ分訴權ト云フ而シテ若シ又其訴ヲ受ケタル保證人ニ於テ全體ノ義務ヲ執行シタルトキハ後ニ至リ他ノ共同保證人ニ對シ其責任ノ分擔ヲ請求スルコトヲ得ベシ

保證人ノ一人タルト數人タルトヲ問ハズ主タル義務者ニ代リテ其義務ヲ執行シタルトキハ保證人ハ則チ權利者ニ代ルベキモノニシテ權利者ノ手ニ主タル義務者ヨリ差入レタル抵當物アルトキハ其抵當物ニ於ケル權利ハ總テ保

證人ニ移リ且保證人ガ權利者ニ對シテ執行シタル義務ハ主タル義務者ニ對シテ之レヲ執行セシムルコトヲ得ベシ此權利ヲ稱シテ保證人ノ代權ト云フ蓋シ權利者ニ代リテ有スルノ權利ナレバナリ

四、保證義務ノ解除 保證義務ノ解除スル場合ハ左ノ如シ

(甲) 時日ノ經過 若シ保證契約ノ期限ヲ定メタルトキハ其期限ヲ經過スレバ保證ノ義務解除スベシ其期限ヲ定メザルトキハ其結約ノ當時用ヒタル語意或ハ文意ニヨリテ保證人及ビ權利者ノ意思ヲ推測シテ相當ノ時日ヲ測リテ其期限ヲ定ムベシ

(乙) 義務ノ執行 主タル義務者又ハ保證人ニ於テ其義務ヲ執行スレバ保證ノ義務解除スベシ然レドモ主タル義務者ニシテ同一ノ權利者ニ對シ二個以上ノ義務ヲ負ヒ其一ハ保證アルモ其他ハ無保證ナルトキニ當リ義務者ガ其孰レニ適用スルヤヲ定メズシテ義務ヲ執行セバ之レヲ以テ孰レニ適用スルトモ凡テ權利者ノ選擇ニアルヲ以テ權利者ニシテ其執行ノ保證アル義務ニ適用セザルニ於テハ保證ノ義務ハ解除セザルベシ

(丙) 期限ノ猶豫 英國法ニ於テハ權利者ガ保證人ノ承諾ナクシテ義務執行ノ期限ヲ猶豫シタルトキハ保證ノ義務ハ解除スルモノトナシ而シテ其猶豫期限ノ長短ハ之レヲ問ハザルナリ然レドモ羅馬法ヲ基トシタル諸國ノ法律ニ於テハ期限ノ猶豫ヲ以テ保證義務解除ノ原因トナサザルガ如シ蓋シ法理ノ一問題タリ

(丁) 通知 保證義務ヲ解除スベキ時日ニ制限ヲ置カザル場合ニ權利者及ビ義務者ニ於テ保證人ノ保證ヲ信ジテ種々ノ取引ヲナストキハ保證人ハ何時ニテモ其保證ヲ謝絶スルコトヲ得ベシ而シテ保證義務ハ其謝絶ノ時ヨ

リ解除スルモノトス

(戊) 私和 保證義務ハ權利者及ビ義務者ノ私和ニ依リテ解除スベシ即チ義務者ニ於テ其義務ノ一部ヲ執行シ權利者ガ之レヲ以テ満足シテ殘餘ノ義務ヲ免除シタルガ如キ場合は是レナリ

(己) 保證ノ免除 權利者ニ於テ從來ノ保證ヲ要セザルコトヲ明示スルトキハ保證義務ハ解除スベシ

(庚) 契約ノ變更 權利者及ビ義務者ニ於テ保證人ノ承諾ヲ經ズ從來ノ契約ヲ廢シ代フルニ他ノ契約ヲ以テスルカ又ハ契約ノ要部ヲ變更シタルトキハ保證義務ハ解除スベシ

(辛) 義務ノ沈入 權利者及ビ義務者ニ於テ保證人ノ承諾ヲ經テ從來ノ義務ヲ變ジテ一層高等ノ保證アル他ノ義務トナシタルトキハ保證義務ハ解除スベシ

(壬) 權利者ノ懈怠 權利者ニ於テ義務履行ノ催促ヲ怠リ保證人ヨリ之レガ催促ヲナスベキコトヲ權利者ニ請求スルモ尙ホ之レヲ怠リタルトキハ保證義務ハ解除スベシ

(癸) 詐欺 權利者ニ於テ其保證ヲ受クベキ事柄ニ就テ保證人ヲ詐欺シタルトキ又ハ義務者ノ詐偽シタルトキト雖モ權利者ニ於テ其情ヲ知リタルトキハ保證義務ハ解除スベシ

(第二) 賠償 賠償契約モ亦從タル契約ノ一種ニシテ他人ノ所爲ヨリ被約者ニ損害ヲ生ジタルトキ之レヲ辨償スベシトノ契約ヲ云フナリ抑モ保證契約ハ已上論述シタルガ如ク未必契約ノ一種ニ屬シ保證人ガ其義務ヲ執行スベキヤ否ハ未來ノ出來事即チ主タル義務者ノ其義務ヲ執行スルト否トニ依リテ定マルモノナリ然リ而シテ其未來ノ

出來事中ニモ結約者自己ノ所爲ニ係ルモノト第三者ノ所爲ニ係ルモノトノ二種アリテ保證契約ハ則チ第三者ノ所爲ニ係ルモノ、一ニ屬シ第三者ガ被約者ニ對シ結ビタル契約ヲ擔保シ第三者ガ其契約ヲ履行セザルトキハ自ラ代リテ其義務ヲ履行スルノ契約ナリ賠償契約モ亦同ジク第三者ノ所爲ニ係ルモノノ一ナレドモ保證契約トハ異ナリテ他人ノ所爲ヨリ被約者ニ損害ヲ生ジタルトキ之レヲ辨償スルノ契約ナリトスサレバ保證契約ニ在リテハ保證契約ヲ爲シタル者即チ保證人ノ義務ハ第三者ノ被約者ニ對シテ負ウタル義務ト同一ナルヲ要スベシト雖モ賠償契約ニ在リテハ之レニ關係スル第三者ニ於テ契約上ノ義務ヲ負ウタル場合アルベキモ賠償ノ契約ヲ爲シタル者ニ於テ其契約ヨリ負ウタル義務ハ決シテ第三者ノ負ウタルモノト同一ナラザルモノトス特ニ又賠償契約ニ於テハ他人ノ所爲ノミナラズ爲約者自ラノ所爲ヲモ擔保スルコトアリ保證契約ニ於テハ爲約者自ラノ所爲ヲ擔保スルコトナキモノト知ラザルベカラズ

賠償契約ニモ亦明約ノ場合ト默約ノ場合アリ其默約ニ係ルトキハ主タル義務者ト保證人トノ間共同保證人双互ノ間及ビ代理契約ノ場合ニ在ルヲ通常トス元來保證人ハ主タル義務者ト契約スルモノニアラズシテ權利者ト契約スルモノナレバ保證人ト主タル義務者トノ間ニハ對手ノ關係ナキニ似タリト雖モ決シテ然ラズ其間ニ默約ノ存スルアリテ保證人ニシテ主タル義務者ニ代リテ其義務ヲ執行シタルトキハ主タル義務者ハ自己ノ所爲ノタメニ保證人ノ受ケタル損害ヲ辨償セザルベカラズ畢竟是レ主タル義務者ト保證人トノ間ニハ賠償契約ノ存在スルアレバナリ又共同保證人双互ノ間ニ於テモ同様ニテ共同保證人中ノ一人ニ於テ義務ノ全體ヲ執行シタルトキハ其之レヲ執行

シタル保證人ハ他ノ保證人ヲシテ其義務ヲ分擔セシムルコトヲ得ベシ又本人及ビ代理人間ニ在リテモ同ジク本人ハ代理人ノ受ケタル損害ヲ賠償スルノ默約ヲ代理契約中ニナシ居ルモノト謂フベシ

(第三) 質入 質人契約トハ義務者ガ其義務ノ執行ヲ保證スル爲メ或ル物件ヲ權利者ニ引渡スノ契約ヲ云フ而シテ其權利者ニ引渡シタル物件ハ義務ノ全部ヲ辨償シタル後ニ於テ義務者ニ返還セラルベキモノトス此契約モ保證ノ契約ト同ジク主タル義務ノ既ニ存在スルカ又ハ將ニ成立セントスルノ時ニアラザレバ成立セザルモノナリ故ニ何等ノ場合ニ於テモ其執行ヲ擔保スル所ノ主タル義務ノ存在スルコトナキトキハ質入契約ハ其効ナシ語ヲ換ヘテ之レヲ云ヘバ質入契約ハ則チ一種ノ從タル契約ナルガ故ニ主タル契約ノ存在スルニアラザレバ成立スベキ理由ナキナリサレバ質入契約ノ成立スルニ就テ必要トスル所ノモノハ第一主タル契約ノ存在スルコト、第二、物件ノ引渡ヲ要スルコト、第三、其物件ノ現存スルコト、第四、物件ノ引渡ハ必ず負債若クハ其他ノ約束ノ抵當トシテ引渡サル、ヲ要スルコトノ五條件ニ在ルコト明カナリ

然リ而シテ此質入契約ニ依リテ以テ權利者ノ有スベキ權利ハ其質物ヲ保管シ期限ニ至リテ義務者其義務ヲ執行セザルトキハ之レヲ賣却シテ其賣却代價ヲ以テ先ヅ己レニ對スルノ義務ヲ辨濟セシムルニ在リ然レドモ其代價ニシテ殘餘アル場合ニハ權利者ハ其殘餘金ヲ義務者ニ返付セザルベカラズ蓋シ期限ニ至リテ義務者其義務ヲ執行セザルトキハ其質物ハ義務ノ辨償トシテ權利者ノ所有ニ歸スベシトナスガ如キハ質入契約ノ本旨ニ背クモノト言フベキナリ殊ニ亦抵當トシテ權利者ニ引渡シタル物件ハ一部毎ニ皆義務ノ全部ニ對スルノ抵當タルヲ以テ質物ノ權利

ハ分割スベキモノニアラズ故ニ義務者ニ於テ其義務ノ幾部ヲ執行シタレバトテ權利者ニ引渡シタル物件ノ幾部ニ於ケル占有權ヲ回復スルコトヲ得ザルナリ而シテ權利者ハ其質物ヲ保存スル爲メ相當シタル費用ハ通常債主權ト同ジク先取ノ特權ニ與カルコトヲ得ルモノト知ルベシ又質入契約ニ依リテ以テ義務者ノ有スベキ權利ハ其義務ヲ執行シタルトキハ其質物ノ取戻ヲ權利者ニ對シテ要求スルニ在リトス

佛國民法ニ據レバ質入トハ義務者其義務ノ履行ヲ保證スル爲物件ヲ權利者ニ提供スルノ契約ヲ云フ(民法二千七十一條)トアリテ恰モ未來ノ時ニ於テ物件ヲ權利者ニ引渡スノ約束ヲ云フガ如ク見ユレドモ亦之レヲ實踐契約ト稱シ單ニ契約ノミナラズ物件ノ引渡シアリテ始メテ完全スルノ契約トナセリ而シテ動産ノ質入ヲ「ガーヂ」不動産ノ質入ヲ「アンチクレース」ト稱シ此二種ヲ總稱シテ「ナンチスマン」即チ質入トハ云フナリ但不動産ノ質入ハ動産ノ質入ト同ジク權利者ニ於テ其物件ヲ質ニ取ルニハ相違ナシト雖モ只其不動産ヨリ收穫スルモノヲ以テ元利ヲ收入スルノ權利ヲ有スルノミ總ジテ質入ト不動産書入ト相違スル所ハ一ハ所謂實踐契約ナルモ一ハ實踐契約ニアラズシテ物件依然義務者ノ手ニ存在スル點ニ在ルナリ英國法ニテハ義務者其義務ヲ保證スル爲メ動産物ヲ引渡スヲ動産質入ト稱シ佛國法ノ如ク質入ヲ以テ直チニ契約トナサズシテ質入ト質入契約トハ相連接スルモノナルモ其間自ラ區別セルモノ、如シ即チ單ニ質入ト云ヘバ物件ヲ引渡スヲ云フコトナレドモ質入ノ契約ト云ヘバ物件ノ引渡ヲ未來ニ約スルヲ云フナリ蓋シ適當ノ區別ト謂フベシ而シテ英國法ニ據レバ不動産タルト動産タルトヲ問ハズ苟モ其所有ノ名義ヲ權利者ニ移ストキハ之レヲ死質ト稱ス即チ死質ノ場合ニ在テハ質入主ガ質物ヲ受戻ス

マデハ其所有ノ名義ハ質取主ニ移轉スルモノトス之レニ反シテ動産質入ノ場合ニハ其名義ヲ移スコトナシ又死質ノ場合ニハ質取主ニ於テ質物ヲ所持スルニ及バザルモ動産質入ノ場合ニ在リテハ必ズ質取主ニ於テ之レヲ所持スルヲ要ス蓋シ佛國ノ所謂「ガーヂ」即チ動産質入ト同一ナリトス元來英國法ニ所謂死質ハ初メニ在リテハ動産質入ノ場合ト同ジク權利者ニ於テ其質物ヲ占有スルニアラザレバ無効ノモノタリシト雖モ後ニ及ンデ現時ノ如ク其質物ヲ義務者ノ手ニ存シ置キ期限ニ至ツテ義務者其義務ヲ執行セザル時權利者ニ於テ其質物ヲ占有シ得ベキコトヲ契約シ而シテ其所有ノ名義ハ權利者ニ移ルコト、爲シ若シ義務者期限ニ至テ其義務ヲ執行スルトキハ買戻衡平權(エクキチー、オフリデムブション)ノ名義ヲ以テ權利者ヨリ其物件ノ所有ヲ受戻スコトヲ得ルモノトナレリ之レヲ要スルニ佛國法ノ書入質ト云ヒ英國法ノ死質ト云ヒ皆通常質入ノ變體ニシテ決シテ法理ヲ以テ論ズベキモノニアラズ其故如何ト云フニ質物ノ引渡ヲナスコトナク單一ノ合意ニ依リテ以テ成立シ其質物ノ何人ノ手ニ轉轉スルトモ其權利者ハ他ノ權利者ニ先ダチ該質物ノ代價ヲ以テ其義務ノ辨償ヲ受クベキ權利ヲ有スルノ何故タルコトヲ理解シ得ベカラザレバ最初ニ於テハ今日ノ所謂書入質ノ如キモノアラザリシナリ然レドモ余ガ今説ク所ノ質入契約トハ則チ動産質入ノ場合ニシテ其他ノ質入若シクハ書入ノコトハ自ラ別種類ニ屬スルヲ以テ茲ニ之ヲ詳論セズ

(第四) 請合 請合トハ一方ノ對手ヨリ他ノ一方ノ對手ニ對シ契約ニ關スル或ル事柄ヲ保證ハル明意若クハ包意ノ表示ニシテ其契約ノ一部ヲ作爲スルモノタリ然レドモ其性質ニ至テハ明意若クハ包意ニ依リテ生ズル所ノ一種

ノ從タル契約ニ屬ス故ニ物品賣買ノ場合ニ於テ賣主ヨリ其物品ニ係ル所有權ノ安全ナルコト品質ノ善良ナルコト等ヲ買主ニ對シテ請合ウタルトキノ如キ即チ其請合アリタルガ爲メニ賣買モ成立スルヲ以テ賣主ノ請合ハ自ラ賣買契約ノ一部ヲナスモノナルニ相違ナシト雖モ若シ賣主ノ請合ニ相違ノ事實アリタルトキハ買主ハ其物品賣買ノ本約ニ影響セシムルコトナク單ニ請合ヲ破リタルノ點ニ依リテ賣主ニ對シ其請合相違ヨリ生ジタル損害ヲ要償スルコトヲ得ベキナリ斯クノ如ク夫レ請合ハ契約ノ一部ヲナスモノタレバ契約ノ事項ニ關スル通常ノ表示トハ異ナルコト明カナリ何トナレバ通常ノ表示ハ結約者合意ノ一部ヲナスモノニアラザレバナリ又請合ハ未行契約ニ於ケル未必ノ條件トモ異ナルコト明カナリ何トナレバ本約ニ關係ナクシテ請合ノミニ對シテ出訴スルノ權利ヲ生ズレバナリ

請合ハ保險契約委託契約其他諸種ノ契約ニ附從スルコトアリト雖モ賣買契約ニ附從スル場合ヲ以テ最多ク且ツ最モ必要トナス其賣買契約ニ附從スル請合ハ通常賣買物品ニ係ル所有權ノ安全ナルコト及ビ品質ノ善良ナルコトノ二様トシテ其請合ニ明示請合點示請合ノ二種アリ明示請合ハ物品賣買ノ時ニ其請合ヲナスベキ明約ヲナセシモノヲ云ヒ默示請合ハ明約ヲナサマル場合ニシテ法律ノ推測スルモノヲ云フ英國法ニ據レバ物品ノ性質ニ關シテハ法律ヲ以テ請合ヲ推測セザルモノトス故ニ若シ買主ニ於テ粗惡質ノ物品ヲ買受ケタル時ト雖モ苟モ賣主ニ詐欺隱匿等ノ行爲ナク又ハ明示ノ請合アルニアラザレバ買主其賣買ヲ取消スコトヲ得ズ法語ニ賣買ニ於テハ買主自ラ注意

主自カラ注意スベシ (CAVEAT EMPTOR) アルハ此意ヲ示シタルナリ即チ買主ニ於テ賣主ヲシテ殊更ニ請合ヲナサシムルニアラザレバ自ラ賣買品ノ品質ニ係ル危難ヲ覺悟スベシトノ意タリ故ニ賣主ノ表示ニシテ苟モ詐欺隱匿ノ所爲ニ出デタルニ非ザルヨリハタトヒ買主ニ於テ其表示ヲ信ジテ賣買取引ヲシタル後其賣買品ノ品質賣主ノ表示ニ相違スル所アルヲ發見スルモ是レ買主自カラ招キタル不注意ノ結果ニシテ賣主ニ對シテ救済ノ道ナキモノトス之レニ反シテ其賣買品ニ係ル所有權ノ安全ナルコト即チ其物件ハ自己ノ所有物ナリトノコトハ買主ニ對シ明約ナキモ法律ハ賣主ニ於テ暗ニ之レガ請合ヲシタルモノト推測スベシ蓋シ賣買品ニ係ル所有權ノ安全ナリトノコトハ賣買取引ノ一要素ニシテ賣買取引アリタルトキハ必ズ賣主ヨリ買主ニ所有權移轉ノ効果ナクンバアル可カラザルガ故ニ既ニ物品ヲ賣買スルノ行爲アレバ之ニ因テ以テ賣主ハ其物品ノ所有權ヲ移轉スルノ意思アルコトヲ示シ且ツ其物品ノ所有權ヲ移轉シ得ルノ能力アリトノコトハ買主ニ向テ賣買ノ當時請合ウタルモノト推測セザルベカラザルヲ以テナリ

(第五) 追認^{ラチレリジョン} 追認モ從タル契約ノ一種ニ屬シ自己ガ嘗テ爲シタル所爲ニシテ法鎖ヲ生ゼザルモノ又ハ代理人トシテナスベキ權限ナキ當時ニ第三者ノ爲シタル所爲ニ付法鎖ヲ生ゼシムルコトヲ後ニ至リテ認約スルヲ云フナリ一、自己ガ嘗テ爲シタル所爲ニシテ法鎖ヲ生ゼザルモノヲ後日ニ至リ其所爲ニ付キ法鎖ヲ生ゼシムルコトヲ認約スルトハ則チ出訴期限ノ經過ニ依リ權利者ニ救済ノ道ナキ契約ヲバ其經過後ニ至リ義務者ニ於テ追認シテ更ニ權利者ニ救済ノ道ヲ開クガ如キ前未丁年ノ時結ビタル契約ハ法律無効ノモノタルモ丁年ニ及ンデ更ニ其契約ヲ追認

シテ之レヲ有効ナラシムルガ如キ場合はレナリ英國法ニテハ出訴期限ノ經過シテ權利者ニ救済ノ道ナキモノヲ其經過後ニ於テ更ニ追認スルトキハ原契約者又ハ正當ニ委任セラレタル代理人ニ於テ書面ニ認メ之レニ署名スルコトヲ要シ又未丁年ノ時結ビタル契約ヲバ丁年ニ及ンデ追認スルコトハ慣習法ニ於テハ許シ居リタレドモ近頃條例ニ依リテ以テ都テ之レヲ許サマルコト、ナシタトヒ追認スルモ法律上効力ナキモノトナシタリ

二、代理人トシテ爲スベキ權限ナキ當時ニ第三者ノ爲シタル所爲ニ付キ法鎖ヲ生ゼシムルコトヲ後ニ至リテ認約スルトハ則チ本人代理人ノ關係アル場合ニ於テ代理人ガ權限外ニ爲シタル所爲又ハ全ク本人代理人ノ關係ナキニ第三者ガ自ラ代理人ト稱シテ爲シタル行爲ニツキ本人若クハ本人ト稱セラレタル者ニ於テ其所爲ヲ追認シ之レノヲ初メヨリ委任シテ爲サシメタル所爲ト同ジク自ラ責任ヲ負擔スルガ如キ場合はレナリ元來何人ト雖モ他人ノ委任モナキニ或ル事ヲ爲シタルトキハ如何ニ其他人ノ爲メナリト云ヘバトテ其事ヲ爲シタル本人ニ於テ自ラ其責任ゼザルベカラザルコトハ固ヨリ當然ノコトニシテ法理上ヨリ云フモ自己ノ委任セザル事ヲ他人ニ於テ爲スト雖モ其他人ノ所爲ヨリ生ズル結果ヲ占得スル事ハ之レヲ許サマルナリ換言セバ其他人ノ所爲ニ依リテ生ジタル利益モ之ヲ受クルコトヲ得ズ又損失モ之レヲ蒙ルニ及バザルモノトス然ルニ若シ後日ニ至リテ其所爲ヲ追認シタルニ於テハ其結果全ク之レト反對ニ出デ追認前受クルコトヲ得ザリシ利益モ之レヲ受クルヲ得又蒙ルニ及バザリシ損失モ之レヲ負擔セザルベカラザルニ至ルベシ蓋シ第三者ハ本人又ハ其本人ト稱セラレタル者ヲ信用シテ取引シタルモノタレバ本人又ハ其本人ト稱セラレタル者ニ於テ其所爲ヲ認許セバ之レヨリ生ズル權利義務ハ其追認ヲ

ナシタル者ニ歸セシメ以テ第三者ノ意ヲ害スルコトナカラシメントノ主意ニ依ルコト、知ルベシ夫レ然リ然レドモ追認ハ如何ナル場合ニ於テモ爲シ得ルト云フベキモノニアラズシテ自ラ制限アリ其制度トハ即チ左ノ四條件ナリトス

一、追認ヲ爲スニハ代理人ト稱スル者ガ其之レヲナス者ノ爲メニ或ル事ヲ爲シタル場合ナラザルベカラズ故ニ追認ヲ爲スコトヲ得ルハ自己ノ爲メニ事ヲ爲サレタル人ニ限ルベクシテトヒ其取引ニ關シ利害ノ關係ヲ有スルモノト雖モ他人ハ決シテ之レヲ爲スコトヲ得ザルモノトス

二、本人タルモノ代理人ガ其事ヲ爲ス當時ニ於テ本人タルモノハ事實上又ハ法律上存在セザルベカラズ故ニ會社ノ發起人等ノ代理人トシテ或ル契約ヲ爲シタルモノアルモ會社ハ其成立ノ後ニ於テ其發起人ノ代理人ノ爲シタル契約ヲ追認スルコトヲ得ズ

三、追認ヲナス者ハ追認スル事柄ニ關スル情況ヲ懇知セザルベカラズ故ニ本人ニ於テ追認ヲ爲ス事柄ヲ知ラズシテ其追認ヲ爲スコトアルモ無効タルベキモノトス

四、本人ニ於テ委任ナキ代理人ノ所爲ヲ追認スルトキハ其全部ヲ追認セザルベカラズ故ニ利益アル一部ヲ追認シ不利益ノ部分ヲ追認セザルガ如キコトヲ許サズ

余ハ已上ニ於テ主從契約ノ性質及ビ種別ニ付其大要ヲ講了シタリ因テ是レヨリ對人權ノ移轉及ビ消滅ノコトニ付法理ノ概略ヲ講述シ以テ私法中對人權ニ關スルノ講義ヲ結了セント欲ス

第一 對人權ノ移轉

曩キニ私法中ノ對世權ヲ講述シタル當時對世權中ニハ他ニ移轉スベカラザルモノアルコトヲ述ベタリ然ルニ對人權中ニハ其移轉スベカラザル性質ノモノ尙ホ一層夥多ナリトス而シテ其對人權ノ移轉スルニハ法律ノ作用ニ由ル場合ト對手ノ所爲ニ由ル場合トノ二様アリ左ニ追次之レヲ論述セム

(第一) 法律ノ作用ニ由テ對人權ノ移轉スル場合 法律ノ作用ニ由テ對人權ノ移轉スル場合ニハ義務モ共ニ移轉スルヲ常トス尤モ其共ニ移轉スル所ノ義務ハ他人ノ有スル對人權ニ對立スル義務ニシテ相對立スルノ權利及ビ義務ノ共ニ移轉スルニハアラザルナリ今此場合ニ屬スル重要ナルモノヲ左ニ陳述スベシ

(一)、婦女ノ權利及ビ義務ハ結婚ニ由テ其夫ニ移轉ス

婦女ノ未ダ獨身タリシ當時ニ有シタル權利又負ウタル義務ハ概シテ結婚ト同時ニ其夫ニ移轉スルモノトス故ニ婦女ニシテ未ダ獨身ノ當時他人ニ貸付ケ置キタル金圓アランカ其債主タル權利ハ其結婚ト同時ニ夫ニ移轉シ若シ之ニ反シテ獨身ノ時其婦女ノ負債ニ屬スルモノアランカ其債主タル義務ハ結婚ト共ニ夫ニ移轉スベシ是等權利義務ノ移轉スルヲ以テ世上往々契約ニ依ルモノナリト説クモノアリト雖ドモ是レ未ダ婚姻ノ何タルヲ解セザルモノ、説ノミ余ガ既ニ述タルガ如ク婚姻ハ固契約ニ基クモノナリト雖モ婚姻自身ハ決シテ契約ニアラザルコトハ明カニシテ從テ其之レガ爲メニ婦女ノ權利義務ノ夫ニ移轉スルモ亦契約ニ依ルニアラズシテ男女身分ノ變更ニ依ルモノナリ男女身分ノ變更ハ即チ法律ノ作用ニ依ルモノナルヲ以テ婦女ノ權利義務ガ

結婚ニ由テ夫ニ移轉スルハ法律ノ作用ニ由テ對人權ノ移轉スル最モ著シキ例ト謂ハザルベカラズ但シ英國ニ於テハ去ル一千八百八十二年既婚婦財產條例ヲ設定シ既婚婦ト雖モ特別ニ財產ヲ所有シ又夫ト獨立シテ契約取引ヲナスコトヲ許シタルヲ以テ今日トナリテハ婦女方獨身ノ特有シタル權利及ビ負ウタル義務ハ其結婚ニ由テ悉ク皆夫ニ移轉スト云フコトヲ得ズシテ現ニ其移轉セザルモノ甚ダ多シト知ルベシ

(二)、倒産者ノ權利及ビ義務ハ倒産處分ニ由テ管財人ニ移轉ス

倒産者ノ其未ダ倒産處分ヲ受ケザルノ前有シタル權利及ビ負ウタル義務ハ其倒産處分ヲ受ケタルト同時ニ管財人ニ移轉スベキモノニシテ倒産者自身ハ一切之レニ干與スルコトヲ得ザルモノトス故ニ倒産者ニシテ其未ダ倒産處分ヲ受ケザルノ前他人ニ貸付ケ置キタル金圓アルカ又ハ他人ヨリ借受ケタル金圓アレバ其債主權若クハ負債主タル義務ハ倒産處分ト同時ニ管財人ニ移轉スベキナリ尤モ斯クノ如キ場合ニ在テハ管財人ニ移轉スト謂ハンヨリ寧ロ倒産者ノ財產ニ移轉スト謂フ方却テ適當ナルヲ信ズ何トナレバ倒産者ノ財產ハ法律ニ於テ一種ノ擬爲人ト見做シ管財人ハ其擬爲人ニ代リテ事ヲ處理スルニ止マルモノナレバナリ

(三)、人ノ權利及ビ義務ハ其死去ニ由テ相続人又ハ管財人ニ移轉ス

人ノ死去シタル後ハ其生前ニ有シタル權利及ビ義務ハ其相続人若クハ管財人ニ移轉スルハ恰モ倒産處分ノ時ト同一理ニシテ其權利及ビ義務ハ寧ロ死者ノ財產ニ移轉スト謂フ方適當ナルベキナリ何トナレバ此場合ニ在テモ法律ハ死者ノ財產ヲ以テ一種ノ擬爲人ト見做セバナリ

(四)、連帶契約者ノ一人死去シタルトキハ其生前ニ屬シタル權利及ビ義務ハ相續人ニ移轉セズシテ殘存ノ連帶契約者ニ移轉ス

今茲ニ甲乙丙丁ノ四人アリ戊ヨリ金一萬二千圓ヲ借受ケ共ニ各々三千圓宛ヲ使用シタルノ後甲者死去シタリトセンカ即チ甲者ノ負擔スベキ義務ハ乙丙丁ノ三人移轉シテ甲者ノ相續人ニハ相傳ハラザルガ如シ

右列記シタルモノハ即チ法律ノ作用ニ由テ對人權ノ移轉スル場合ニ屬スル重要ナルモノトス尙ホ之レヲ外ニシテ不動産ノ讓渡シト共ニ對人權ノ移轉スル場合等アリト雖モ茲ニ之レヲ省略スベシ斯克ノ如ク夫レ法律ノ作用ニ由テ對人權ノ移轉スルコトアリト雖モコハ只右列叙シタルガ如キ格段ナル場合ニ在リテ眷族ノ關係ヨリ生ズル權利義務例ヘバ夫ノ妻ニ對シ又ハ妻ノ夫ニ對スル權利義務ノ如キ契約者ノ身上ニ直接ノ關係ヲ有スル權利義務例ヘバ結婚ノ約束ヨリ生ズル權利義務ノ如キ特別ノ技能ニ屬スル契約ヨリ生ジタル權利義務例ヘバ書畫ノ名家ニ其揮毫ヲ依頼シ名國手ニ診察ヲ依頼シタルニ於ケル權利義務ノ如キハ法律ノ作用ニ由テ以テ移轉スルモノニアラザルナリ

(第二)對手ノ所爲ニ由テ對人權ノ移轉スル場合 對手ノ所爲ニ由テ對人權ヲ移轉セシムルコトニ付テハ古昔ヨリ法律ノ制限頗ル嚴密ニシテ現ニ英國慣習法ニ於テハ對人權ハ對手ノ所爲ニ由テ他ニ移轉セシムルコトヲ得ズトナセリサレバ對人的ノ權利ハ權利者ノ死去ト共ニ消滅ス(PERSONAL RIGHT DIES WITH THE PERSON)ト云ヘル古來ヨリノ法語モアリテ對人的ノ權利ハ決シテ權利者已外ニ之ヲ移スコトヲ得ザルモノトナセシナリ故ニ

若シ對人的ノ權利ヲ他ニ讓渡スコトアルモ元ノ權利者ハ法律上依然其權利ヲ有シ居ルヲ以テ事實上ヨリ謂フトキハ全ク讓渡シタルノ實アルニ拘ハラズ矢張讓渡人ノ名義ヲ以テ義務者ニ對シ起訴スルコトヲ許セリ斯克ノ如ク夫レ對人的ノ權利ヲ移轉スルコトニ付キ嚴密ノ制限ヲ加ヘタルハ果シテ何等ノ理由ニ基因セルヤ今ニ於テ探究スルニ途ナシト雖モ實際上其不便ヲ感ズルコト少ナカラザルヨリ衡平法ノ起ルニ及ンデ契約者ノ身上ニ直接ノ關係ヲ有スル契約又ハ契約者ノ特別ノ技能ニ關スル契約上ノ權利ヲ除クノ外ハ都テ對手ノ所爲ニ由テ以テ之レヲ他ニ移轉スルコトヲ得ルモノトナスニ至レリ然レドモ是レトモ權利者ニ於テ案リニ之ヲ移轉スルコトヲ得ルニアラズシテ二箇ノ制限アリ其制限トハ何ゾ即チ第一權利移轉ノコトハ必ズ之ヲ義務者ニ通知セザルベカラズ第二權利ノ讓受人ハ其讓渡人ニ勝リタル地位ニ立ツコトヲ得ズトノコト是レナリトス故ニ若シ義務者ニ權利移轉ノコトヲ通知セザルトキハ讓渡人及ビ讓受人ノ間ニハ讓渡シノ効アリト雖モ義務者ニ對シテハ其効ナキヲ以テ若シ義務者ニシテ其義務ヲ讓渡人ニ辨償シタルニ於テハ最早讓受人ニ對シテハ其義務ヲ負擔スルコトナシ尤モ讓渡人ハ其辨償ヲ受ケタル義務ハ之レヲ讓受人ニ引渡サマルベカラザルコト明カナリ之レニ反シテ義務者若シ通知ヲ受ケナガラ其義務ヲ讓受人ニ辨償セズシテ讓渡人ニ辨償シタルトキハ讓受人ニ對スルノ義務ハ尙ホ依然存在スルモノトス而シテ又讓受人ハ讓渡人ニ勝リタル地位ニ立ツコトヲ得ズトハ即チ例ヘバ茲ニ甲者アリ乙者ニ金千圓ヲ貸付ケ置キタルニ甲者ハ又乙者ヨリ百圓ヲ借受ケ居レリトセンカ甲者ガ乙者ニ對シ其義務ノ執行ヲ要求スルトキハ乙者ハ百圓ノ相殺ヲ請求スルコトヲ得ベシ故ニ若シ甲者ニシテ其債主權ヲ丙者ニ讓渡シタルトキニ於テモ乙者ハ其讓受人

ニ對シ相殺ヲ請求スルコトヲ得テ讓受人ハ之レヲ拒ムコトヲ得ザルガ如キ是ナリ
已上講述セルガ如ク英國ニ於テハ慣習法ト衡平法ト其規ヲ異ニシタリト雖モ一千八百七十三年司法條例ノ制定已
來慣習法ト衡平法トノ區別ヲ廢止シ互ニ相抵觸スルノ事項アルトキハ都テ衡平法ニ據ルコト、ナシタルヲ以テ今
日ニ在テハ英國法ニ於テモ二箇ノ制限ニ屬シテ以テ對人的ノ權利ヲ移轉スルコトヲ得ルモノトナセルナリ夫レ然
リ然リト雖モ此二個ノ制限尙ホ未ダ讓渡上不便ヲ感ズルコト少ナシトセズ是ヲ以テ流通證書ノ場合ニ在テハ讓受
人ハ義務者ニ對シテ權利移轉ノ通知ヲナスヲ要セザルノミナラズ讓渡人ニ勝ルノ地位ニ立ツコトヲ得ルモノトセ
リ

借又義務ノ移轉ニ付テハ如何ト云フニ是レ亦決シテ他人ニ移轉スルコトヲ得ザルモノトス畢竟權利者ハ義務者ヲ
信用シテ契約取引ヲシタルモノト見做シ得ベキヲ以テナリ然レドモ契約取引ノ事柄ニシテ特別ノ熟練ヲ要スル
モノ、外ハ必ズシモ義務者自身ニ於テ其義務ヲ履行セザルベカラズト云フニハアラズシテ第三者ヲシテ之レヲ爲
サシムルト雖モ敢テ差支ヘナキコト、知ルベシ然ルニ茲ニ一ノ注意ヲ要スベキハ義務更改ノ場合是レナリ義務更
改トハ英語之レヲ「ノベーション」ト稱シ義務者ガ權利者ノ承諾ヲ得テ其義務ヲ他人ニ移轉スルヲ云フナリ世人
往々義務更改ヲ以テ義務移轉ト同一視スルモノナキニアラズト雖モ義務更改ハ義務者ノ一存ヲ以テ爲シ得ルモノ
ニアラズシテ必ズ權利者及義務者ト新ニ義務者ヲラント欲スル者トノ合意ニ依ラザルベカラズ此合意ニシテ調整
スルトキハ即チ權利者及舊義務者ノ關係ハ全ク消滅シ權利者ト新義務者トノ間ニ新ニ關係ヲ生ズルモノナルヲ

以テ義務移轉ニアラズシテ新ニ義務ヲ生ジタルモノト謂ハザルベカラズ故ニ義務更改ヲ以テ直チニ義務移轉ト見
做シ義務ハ移轉スルコトヲ得ルモノトナスガ如キ臆斷ヲナスベカラザルナリ

第二 對人權ノ消滅

余ハ既ニ講義ノ時々特別ノ契約ヨリ結果シタル法鎖ノ解除スル方法ノ一二ヲ述べタルコトアリト雖モ尙ホ茲ニ對
人權ノ消滅スル方法ヲ一般ニ講究スルヲ要ス而シテ其方法ヲ大別スレバ(一)義務履行(二)義務履行ヲ妨遏ス
ル事件(三)義務履行ノ代リニ他ノ事柄ヲナス時(四)義務ノ解除(五)義務不履行是レナリトス請フ是レヨリ
此五方法ニ付追次其要領ヲ講述スベシ

(一)義務履行 義務者ニ於テ義務ヲ履行シタルトキハ之レニ對スル所ノ權利ノ消滅スルハ固ヨリ當然ノコトニシ
テ別ニ説明ヲ要セズ又時トシテハ第三者ニ於テ義務ヲ履行シタル場合ニ在テモ權利ノ消滅スルコトナシトセザル
ナリ例ヘバ羅馬法ニ於テハ第三者ヨリ義務者ノ負債ヲ支拂ヒタル時ニ在リテモ之レニ對スル權利ハ消滅スルモノ
トナシ而シテ其第三者ノ支拂ヒタルコトヲ義務者ニ於テ知リタルト否トヲ問ハザルガ如シ

(二)義務履行ヲ防遏スル事件 義務ノ履行ヲ防遏スル事件ハ之レニ對スル對人權ヲ消滅セシム今其場合ノ重要ナ
ルモノヲ擧グレバ左ノ如シ

第一、義務者ニ限リテ其義務ヲ履行シ得ルノ能力ヲ有シ他人ノ代リテ履行スル能ハザル場合ニ於テハ其義務者
ノ死去ト共ニ其義務消滅シ從テ之レニ對スル權利ヲ消滅セシム例ヘバ有名ナル畫家他人ヨリ依頼ヲ受ケテ揮毫

ヲ約スルコトアランカ是レ即チ其畫家ニ固有ナル特別ノ技術ヲ目的トスルモノナルヲ以テ其畫家ニシテ死去セバ揮毫義務消滅シ從テ依頼人ノ權利モ消滅スルガ如シ

第二、古代羅馬法ニ依レバ一家長ノ下ニ在ル者ニシテ若シ他家ノ養子トナルニ於テハ其人ノ負擔ニ係ル義務ハ悉ク消滅シ從テ之ニ對スル權利ヲ消滅スルモノトナセリ

第三、權利者及ビ義務者ノ兩人ガ同一トナリタルトキニ於テハ時ニ或ハ其權利及ビ義務ノ消滅スルモノトナシ時ニ或ハ單ニ權利ノ實行ヲ中止スルモノトナス

第四、義務ノ履行ニシテ特定ノ物件ニ關スルモノナルトキ其義務者ノ過失アルニアラズシテ其物件消滅シタルニ於テハ對人權モ亦消滅スル例ヘバ料理店ノ主人某日ニ座敷ヲサセンコトヲ約シ其後ニ至テ其料理店燒失シタリトセバ其主人ガ客ニ對スルノ義務消滅シ從テ客ノ主人ニ對スル權利ヲ失フガ如シ

第五、義務者身代限トナリタル時ハ其義務者ノ服從スベキ法律ノ異ナルニ依リ其身代限トナリタル後ハ全ク元ノ義務ヲ免ル、コトアリ或ハ其一部分ヲ免ル、コトアリ

第六、裁判所ニ於テ契約ノ取消ヲ言渡サレタル時ハ該契約ヨリ生ジタル權利及ビ義務ハ凡テ消滅ス

第七、結約者雙方其國ヲ異ニシタル場合ニ於テ兩國戰爭ヲ開キタルガ爲メ其契約ノ履行ハ之レヲ爲シ得ベカラザルモノトナリタルトキハ對人權モ亦從テ消滅ス

(三)義務履行ノ代リニ他ノ事柄ヲ爲ス時 義務履行ノ代リニ他ノ事柄ヲ爲シ以テ其義務ヲ免レ從テ對人權ヲ消滅

セシムル場合ノ重要ナルモノハ左ノ如シ

第一、金圓ヲ支拂フベキ義務ヲ有スル者ニシテ其金圓ヲ提供シタルトキハ該義務並ニ之レニ對スル權利ハ當然消滅ス但義務者タルモノハ其金圓ヲバ相當ノ場所ニ提供スルヲ要ス其所謂相當ノ場所ハ國々ノ法律ニ依テ異ナリ英國ニ於テハ裁判所ヲ以テ相當ノ場所トナシ羅馬及ビ佛蘭西法ニ於テハ別ニ之ヲ提供スベキ官衙ヲ設ク本邦ニテハ別ニ制度ナクシテ現今治安裁判所ニ於テナスコトナレドモ往々不便ヲ免レザルモノ、如シ

第二、權利者義務者ノ私和ニ依テ對人權ノ消滅スルコトアリ即チ義務者ヨリ其義務ノ幾部ヲ履行シ殘餘ハ權利者ヨリ其履行ヲ請求セザルノ約束ヲ爲ス場合ノ如キ是レナリ然レドモ其殘餘ニ付之レヲ要求セザルノ契約タル義務ノ幾部ヲ履行セザルニ於テモ其義務ノ全部ヲ免除スルノ効力アルモノタルヲ要ス故ニ古代ノ英國法ニ於テハ義務ノ全部ヨリ少キ支拂ハ決シテ其全部ヲ免除スルノ効ナシト判決セリ

第三、金錢ヲ支拂ハザルベカラザル義務ノ代リニ他ノ物品ヲ提供シ權利者ニ於テ之レヲ受取リタルトキハ其義務消滅ストノ事ニ付テハ久シク學者間ノ議論ヲ招キタレドモ羅馬法學者ハ終ニ其正確ナルコトヲ認メタリ英國法ニ於テモ例ヘバ茲ニ一ノ負債主アリ債主ニ對シ其負債ヲ償却スルノ代リニ馬或ハ其他ノ物品ヲ提供シ債主之レヲ承諾シテ受取リタルニ於テハ其代リニ提供シタル物品ノ價格負債ノ高ヨリ少ナキ場合ト雖モ金錢ニテ支拂シタル場合ト同ジク効力アルモノトナセリ

第四、舊義務ニ代フルニ新義務ヲ以テスル場合即チ前既ニ述ベタル義務更改ノ場合ニ於テハ舊義務ニ對スル權

利消滅シ新ニ新義務ニ對スル權利ヲ生ズルモノトス

第五、對人權ハ義務ノ相殺ニ依テ消滅ス義務相殺ハ即チ結約者雙方ヨリ爲シタル想像ノ履行ニシテ例ヘバ甲乙二人アリ甲ハ乙ニ對シ金百圓ノ負債アリ乙ハ甲ニ對シ又金百圓ノ負債アリ甲乙互ニ權利者タリ又義務者タルニ於テハ正當ニ云フトキハ甲ハ乙ニ金百圓ヲ辨償シ乙ハ甲ニ更ニ金百圓ヲ辨償スベキ筈ナレドモ實際上ヨリ見レバ是レ只ニ空ノ手續ニ屬スルヲ以テ法律ハ便宜上斯クノ如キ無用ノ手續ヲナサシムルヲ要セズ甲乙相互ノ間ニ其義務ノ辨償ヲナシタルモノト想像スルヲ許スコトアリ法律上之レヲ稱シテ義務ノ相殺ト云フ即チ相殺ハ實際義務ヲ履行シタルト同一ノ効力アルガ故ニ從テ之レニ對スル權利ヲ消滅セシムルナリ

(四)義務ノ解除 契約ハ固對手雙方ノ合意ニ基テ成立スルモノナレバ之レヲ解クニ當リテモ雙方ニ於テ法鎖ヲ解クノ合意サヘアレバ更ニ差支ナカルベキモ實際ニ付テ見ルトキハ只ニ合意ノミヲ以テ契約ヲ解クコトヲ許サマルコトアリ例ヘバ英國法ニ據ルトキハ詐僞條例ニ依テ書面ヲ以テ締結スベキ契約ノ如キ又其他捺印證書ヲ以テ締結スベキ契約ノ如キハ何レモ其之レヲ締結シタルト同一ノ方法ニ依ルニアラズンバ契約ヲ解クコトヲ許サマルナリ即チ捺印證書ニ依リタル契約ハ捺印證書ニ依リ書約ニ依リタル契約ハ書約ニ依テ解除スベキモノトナセリ又古代ノ羅馬法ニ據ルモ契約ハ總テ之レヲ締結シタルト同一ノ法式ヲ用フルニアラザレバ解除スルコトヲ得ザルモノトナシタルガ故ニ「マンチシペーショ」ノ手續ニ依テ締結シタル口約ハ之レヲ解除スルニモ「マンチシペーショ」ノ手續ヲ用ヒシメタルナリ只茲ニ一言スベキハ英國法ニ於テハ常種契約ヲ解除スルニ當リ新ナル契約ノ有効無効

ハ約因ノ有無ニ因テ之レヲ決スルモノトナシ若シ解除スベキ契約ニシテ對手雙方ニ於テ未ダ履行セザル前ナレバ單ニ雙方ニ於テ其之レヲ解除スルノ合意ノミアレバ解除ノ契約ヲ以テ有効ノモノトナセドモ若シ之レニ反シ對手ノ一方ニ於テノミ已ニ義務ヲ履行シタルモ他ノ一方ニ於テハ未ダ義務ヲ有スル場合ニ其契約ヲ解除セントスルニハ新ナル約因ナカルベカラズトナセルコト是レナリ近來ノ理論ニ據ルトキハ契約ニハ約因ヲ要セズトノコトナリ此理論ニシテ果シテ正鵠ヲ失ハザルモノトナスニ於テハ契約解除ノ時ニ限りテ約因ヲ要ストハ云フベカラズシテ單ニ雙方ノ合意アレバ即チ以テ其契約ヲ解除スルニ足ルベキナリ若シ又契約解除ノ時新ナル契約ヲ要スルノ英國現行法ヲシテ却テ正鵠ノモノトナサンカ是レ契約解除ト云ハンヨリ寧ロ義務更改ト云フノ適當ナルニ若カサルモノ、如シ何トナレバ新ニ契約ヲ要スト云ハマ新ニ義務ヲ作爲スルニ異ナラザレバナリ

(五)義務ノ不履行 義務者ニシテ其義務ヲ履行セザルトキハ權利者ニ救濟權ヲ生ズルト共ニ原權ヲ消滅セシムルモノトス何トナレバ義務者ノ其義務ヲ履行セザルハ即チ權利者ノ原權ヲ破リタルモノナレバナリ是レ別ニ説明ヲ要セズシテ原權及ビ救濟權ノ性質ヲ明カニセバ自カラ明瞭ナルベシ

第十三章 私法中ノ救濟權

余曩キニ權利ノ類別ヲ講述シタルノ當時權利ニハ原權及ビ救濟權ノ區別アリテ原權トハ人類ノ行爲ノ爲メニ存スル者ニシテ即チ或種ノ事業ヲ爲シ得ルノ權救濟權トハ其原權ノ毀損ヲ受クルニ當リ之レヲ救正スルニ起ルノ權ニシテ法律ノ結果ヨリ起ルモノタルコトヲ論ジタリ而シテ前章マデニ講述シタル所ハ即チ私法中ノ原權ニ屬スベキ各種ノ權利ニ在リタルヲ以テ此章ニ於テハ私法中ノ救濟權ニ付其大要ヲ講述セントス

夫レ一ノ原權ヲ毀損セラレタル時ニ當リ權利者及ビ義務者ノ間ニ新ニ法律上ノ關係ヲ生ゼザルニ於テハ其毀損セラレタル原權ハ法律上ニ所謂權利ニアラザルナリ其原權ニシテ苟モ法律上ノ權利タル已上ハ其之レヲ毀損セラレタル時ハ必ズ權利者及ビ義務者ノ間ニ新ニ法律上ノ關係ヲ生ゼザルベカラズ語ヲ換ヘテ云ヘバ新ニ權利義務ヲ生ゼザルベカラザルナリ例ヘバ甲者アリ乙者ノ爲メニ其所有權ヲ毀損セラレタリトセンカ甲者ハ乙者ニ對シ訴ヲ起シ以テ其蒙リタル損害ノ賠償ヲナシムルノ權利アルガ如キハ甲者ノ毀損セラレタル所有權ガ法律上ノ所謂權利ナルガ故ナリ若シ之レニ反シテ甲者ハ乙者ヲシテ其損害ノ賠償ヲナシムルノ權利ナキニ於テハ甲者ノ毀損セラレタル所有權ハ法律上ノ所謂權利ト云フベカラザルナリ

昔時蒙昧ノ時代ニ在テハ今日ノ如ク國家主權者ノ如キモノアルニアラズ又今日ノ如ク司法制度ノ如キモノアルニアラザリシヲ以テ人ノ爲メニ損害ヲ受クルモ身體ヲ毀傷サル、モ之レガ救濟ヲ受クルノ途ナク單ニ復讐ニ由テ以テ聊カ満足ヲ購ヒタルニ止マルノミ此故ニ腕力ニ強キ者ハ人ノ爲メニ損害ヲ蒙ルコトアルモ能ク其損害ニ代ハルベキ事ヲナスヲ得タリト雖モ腕力ニ弱キ者ハ到底其損害ニ代ハルベキ事ヲナスヲ得ザリシヲ以テ所謂弱ノ肉ハ強ノ食トナルノ有様ナリキ此時ニ當テハ人ニ權利義務ノ思想アルニアラズ從テ又各人ノ權利ハ平等ナルモノタリトノ思想モ之レナカリシナリ然ルニ世運漸ク進ミ社會ハ腕力ノ強弱ニ由テ安寧ヲ保維シ得ベキモノニアラズトナスノ思想發達シテ已來治者被治者ノ別判然シ國家政府ヲ組成スルニ至リタルト共ニ法律ノ思想モ漸次發達ヲ促シ又人ハ法律ニ依テ以テ權利ヲ得ルト共ニ其權利ヲ毀損セシムルトキハ同ジク法律ニ依テ以テ之レガ救濟ヲ受クベキモノタルヲ知ルニ及ンデ司法ノ制度漸次完備ヲ告ゲ即チ今日ノ如ク權利ヲ毀損セラレタルモノアルトキハ國家ノ權力ニ依テ之レヲ救濟スルノ途ヲ生ズルニ至リタルナリ而シテ歴史ニ徴シテ詳カニ今日ノ如キ救濟權アルヲ見ルニ至リタルノ沿革ヲ案ズルニ第一ハ復讐ノ主義ニ由テ救濟ヲ得タル時代是レナリ歴史ニ徴シ此當時ノ有様ヲ追想セバ一人ニテ能ク復讐ノ目的ヲ達スル能ハザル時ハ一家協力シ一家協力シテ尙ホ其目的ヲ達セザルニ於テハ一族相合シテ以テ之ヲ達スルコトヲ務メタルモノ、如シ第二ハ國家ノ權力ニ由テ救濟ヲ得タルモ傍ラ被害者ニ復讐ヲ爲スヲ許シタル時代是レナリ第三ハ被害者ノ起訴ニ由テ國家ノ權力ヲ以テ救濟スルノ時代ニシテ復讐ノ主義ヲ全ク許サマルモノ是レナリ是レ即チ近世法律思想ノ漸ク發達シタル時代ノ制度ニシテ若シ權利ヲ毀損セラレタルモノアリタルトキハ一ニ國家ノ權力ニ依テ以テ之レヲ救濟シ傍ラ將來ニ於テ他人ノ權利ヲ毀損スルガ如キコトナカラシムルノ手續ヲナスナリ然シテ其之レヲ救濟スルノ目的ハ固被害者ヲシテ舊位地ニ復セシムルニ在リト雖

モ場合ニ依テハ被害者ヲシテ全然舊位地ニ復セシムルコト能ハザルコトアルヲ以テ斯クノ如キ場合ニ於テハ爲害者ヲシテ其被害者ノ蒙リタル損害ニ相當スル所ノ賠償ヲ爲サシムルノ外途ナキモノトス

余ガ既ニ述ベタルガ如ク原權ニハ對世權及ビ對人權ノ二種アリト雖モ救濟權ニ至テハ概ネ皆對人權ニシテ救世權ニハ對世權ナシト云フモ敢テ不可ナキナリ時ニ或ハ差押權又ハ海軍裁判所ニ於テ執行スベキ或ル權利ヲ以テ對世權ニ屬スル救濟權トナスモノアリト雖モ是レ決シテ救濟權ニアラズシテ真正ノ救濟權ヲ得ルノ手續タルニ過ギザルモノトス夫レ然リ而シテ救濟權ハ即チ原權ニ屬スル所ノ對世權若クハ對人權ヲ毀傷スルニ由テ生ズルモノニシテ英國法ニ據ルトキハ其對人權ヲ毀傷スルノ所爲ハ專ラ契約法ニ論ジ其對世權ヲ毀傷スルノ所爲ハ之レヲ私犯ト稱シテ私犯法ニ論ズルヲ常トス世人往々罪惡ト私犯トノ區別ヲ混同スルモノナキニアラズト雖モ罪惡ハ國家ノ公權利ヲ犯スノ所爲ニシテ私犯ハ私權利中ノ對世權ヲ犯スノ所爲ナルヲ以テ二者ノ間即チ犯ス所ノ權利ヲ異ニシ判然區別スル所ナカルベカラズ尤モ毆打ノ如キ讒謗ノ如キ一ノ所爲ニシテ罪惡トモナリ又私犯トモナルモノナキニアラザレドモ是レ則チ一ノ所爲ニ依テ同時ニ二種ノ權利ヲ犯シタルモノタルヲ知ルベキナリ然ルニ世間ニテハ罪惡ト私犯トノ區別ヲ以テ單ニ訴訟手續ノ相違ニ基クモノトナシ或ハ制裁ノ相違ニ基クモノトナシ或ハ爲害者ノ念慮ノ如何ニ基クモノトナスモノアリト雖モ是等ノ諸說皆未ダ私犯ノ性質ヲ明カニセザルノ罪ニシテ採ルニ足ラザルモノトス只世運ノ進歩シ人事ノ複雑トナルニ從テ昔時私犯ノミヲ以テ論ジタル所爲モ後世ニ及ンデハ罪惡トシテモ之ヲ論ズルニ至リタルコトアルハ疑ヲ容ルベカラズ

抑モ私犯ニ屬スベキ犯行ヲ類別スルニ當テハ種々ノ方法アリト雖モ今之レヲ大別セバ左ノ五種トナスコトヲ得ベシ其五種トハ何ゾ即チ

- 一、爲害者ノ意思ノ有様ニ由ルノ方法
- 二、被害者ノ意思ノ有様ニ由ルノ方法
- 三、犯行ノ手段ニ由ルノ方法
- 四、被害者ノ實際ニ蒙リタル損害ノ有無ニ由ルノ方法
- 五、犯シタル權利ノ性質ニ由ルノ方法

是レナリ學者私犯ニ屬スベキ犯行ヲ類別スルニ當テ各々其採ル所ノ方法ヲ異ニスト雖モ要スルニ第一及ビ第五ノ方法ヲ採ルモノ最モ多シトナス而シテ若シ余ヲシテ之ガ類別ヲナサシメバ第一ノ方法ニ由ラントスルモノナリ其故何トナレバ第五ノ方法即チ犯シタル權利ノ性質如何ニ由テ之レガ類別ヲナストキハ往々ニシテ明確ナル類別ヲナスコト能ハザレバナリ例ヘバ誹謗ト云ヘバ名譽權ニ對スルノ犯行トナスベキカ誹謗ハ必ズシモ名譽權ニ對スルノミナラズ時ニ或ハ財産權ニ對スルコトアリ又詐欺ト云ヘバ財産權ニ對スルノ犯行トナスベキカ時ニ或ハ身體權ニ對スルコトアル等ノ不都合ヲ生ズルニ至ルガ如シ之レニ反シテ第一ノ方法即チ爲害者ノ意思ノ有様ニ由テ之レヲ類別スルトキハ意思アル場合意思ナキ場合ト云フガ如ク判然之レヲ區別スルコトヲ得ベシ此類別ノ方法ニ付テハ尙ホ講述スベキコト多シト雖モソハ此章ノ主眼トスル所ニアラザルヲ以テ只事ノ序ニ茲ニ論及シタルマデニシ

テ餘論ハ却テ之レヲ省クベシ

救濟權ノ移轉ニ付テハ如何ト云フニ前章ニ於テ既ニ講明シタルガ如ク對人權ニ屬スル原權ハ容易ニ之レヲ移轉スルコトヲ得ザルモノトナセリ而シテ救濟權ニ至テハ此規則尙ホ一層嚴密ニシテ救濟權ハ概シテ之レヲ移轉スルコトヲ得ズト云フモ敢テ不可ナカルベシ即チ對人的ノ訴權ハ其人ノ死ト共ニ消滅ス(ACTIO PEKONAL ISMORIT-UR CUM PEKONNA)トノ法語モ此意ヲ示スニ外ナラザルナリ

借又救濟權ハ如何ナル場合ニ於テ消滅スルモノナルヤト云フニ大別セバ左ノ四場合トナスヲ得ベシ此四場合中ニハ對人權ニ屬スル原權ノ消滅スル場合ト符合スルモノアリ

第一、免除 權利者ハ方式即チ捺印證書等ニ依テ以テ起訴權ヲ放棄スルコトアリ或ハ又書約ニ由テ起訴セザルベキコトヲ認メタル書面ヲ義務者ニ與ヘテ其起訴ヲナスノ權利ヲ放棄スルコトアリ或ハ又義務履行ノ代リニ他所爲ヲナスベキコトヲ約シテ一方ノ義務ヲ免除スルコトアリ或ハ又權利者ニ於テ義務ノ所爲ヲ追認シ救濟權ヲ放棄スルコトアリ

第二、義務者ノ身代限 義務者ニシテ身代限ヲナス已上ハ權利者ノ救濟權ハ之レト共ニ消滅ス

第三、相殺 權利者及ビ義務者間ニ義務ノ相殺ヲナスニ於テハ救濟權モ從テ消滅ス

第四、没入 救濟權ハ原權ヲ毀傷シタルニ由テ生ズル權利ニシテ即チ起訴スル權利ナリト雖モ一旦起訴シテ其裁判ヲ得既ニ裁判所ノ記録ニ登載ヲ經タルニ於テハ自カラ消滅ス換言セバ救濟權ハ裁判ノ爲メニ没入セラル、

ナリ

第四、出訴期限經過 救濟權ハ出訴期限ノ經過ニ由テ消滅スルハ論ヲ待タザレドモ只其出訴期限ノ長短若クハ之ガ起算ノ方法ニ至テハ各國其法ヲ異ニセリ

此四ツノ場合ハ即チ救濟權ノ消滅スル重ナル者ナリトス又救濟權ハ消滅セザルモ中止ノ姿ニアル場合アリ例ヘバ一事件ヲ一ノ裁判所ニ提出シタル時若シ同一ノ事件ニシテ他ノ裁判所ニ於テ審理中ナル時ハ之レヲ受理スルコトヲ拒ミ又一事件ニシテ民刑ニ涉ルモノナルトキハ先ヅ刑事ノ裁判ヲ經タル後ニアラザレバ民事ノ裁判ヲナサマルガ如キ場合はレナリ

第十四章 私法中ノ變格法

前回マデニ於テ余ハ正格トシテ權利ノ各種類ヲ講了シタルヲ以テ今回ハ身分ノ變格ニ由テ右等各種ノ權利ニ如何ナル効果ヲ生ズベキヤヲ論ズベシ然ルニ余ハ既ニ此講義第九章ニ於テホルランド氏ガ物ニ屬スル法律ト人ニ屬スル法律トノ古來ヨリノ分類ヲ排斥シ代フルニ正格及ビ變格ノ語ヲ以テ之レガ區別ヲ爲シ其正格トナス所ノ者ニ於テハ物又ハ行爲ヲ論ジ其變格トナス所ノ者ニ於テハ人ニ關スル事柄ヲ論ズルモノトナシタルコトヲ説キ且ツ此區別ハ却テ當ヲ得タルモノナルコトヲモ述ベ置キタリシヲ以テ今此章ニ於テモホルランド氏ノ説ニ從テ私法中變格法ノ大要ヲ講述シ前回マデニ講述シタル正格法ト相應照セシメント欲ス

夫レホルランド氏ガ物及ビ行爲ニ屬スルモノヲ正格トナシ人ニ屬スルモノヲ變格トナシタル所以ノモノハ他ニ在ラズ人ニ付テ論ズベキモノハ其數至テ寡少ニシテ權利者及ビ義務者ノ身分ヲ論ズルニ過ギズ且ツ其權利者義務者ノ身分ハ同一ノ法律ニ依準シテ之レヲ支配シ得ベク特ニ其人丁年已以ノ男子ニシテ國民ノ資格ヲ有スル者ナラバ契約ヲ爲スニ於テモ又別ニ論ズベキモノナシト雖モ物及ビ行爲ニ至テハ其論ズベキコト饒多ニシテ且ツ重大ナリトナスコト是レナリトス而シテホルランド氏ハ身分ヲ解釋シテ曰ク身分トハ權利者義務者ニ對シテ執行シ得ベキ行爲ニ關スルコトナキ性質ヨリ生出スル一個人タル資格ノ變例ニシテ法律上一定シタル者ナリト此説ニシテ果シテ正格ヲ失フコトナクンバ變格法ハ則チ一個人タル資格ノ變例ヲ論ズルモノタルコト明カナリトス今此變例ヲ大

別セバ擬爲人即チ無形人ニ屬スルモノト自然人ニ屬スルモノトノ二トナスコトヲ得ベシ

第一 擬爲人

擬爲人ハ一ニ無形人ト稱シ通常政府ノ特許又ハ議院特別ノ條例ニ由テ以テ成立スルモノナリト雖モ近世ニ及ンデハ特ニ條例ヲ以テ擬爲人ヲ組成スベキ條件ヲ定メ其條件ニ適合スルモノハ別ニ特許ヲ要セズ法律上擬爲人トナスニ至レリ而シテ其所謂擬爲人トハ果シテ如何ナル性質ノモノナルヤト云フニ古來ヨリ學者各々其説ク所ヲ異ニスト雖モ就中最モ著名ナルモノ、一二ヲ舉ゲンニマーシャル氏ハ擬爲人ヲ以テ見ルベカラズ觸ル、ベカラザル所ノ無形人ニシテ單ニ法律ノ思想ニ於テノミ成立スルモノナリト説キキツド氏ハ多數一個人ノ集合ヲ以テ特別ノ稱號ノ下ニ一體ヲ爲シテ永遠相續シ且ツ法律ノ政略上種々ノ點ニ於テ一個人ノ資格ヲ有スルモノナリト論ジタリ是等ノ諸説固ヨリ多少擬爲人ノ性質ヲ明カニシタルモノナレドモ未ダ以テ全ク盡シタリト謂フベカラズ夫レ擬爲人ハ全ク自然人ノ集合ニ成ルモノアリ或ハ全ク擬爲人ノ集合ニ成ルモノアリ或ハ又自然人ト擬爲人トノ集合ニ成ルモノアリテ擬爲人自カラト其之レヲ組成スルモノトハ互ニ相離ルベカラズシテ之レヲ組成スル所ノ者アレバコソ擬爲人モ成立スルニ相違ナシ換言セバ擬爲人ハ組成者ト獨立シテ存在スルモノニアラズ然レドモ既ニ擬爲人ノ成立シタル已上ハ法律ニ於テハ其組成者トハ別ニ一ノ想像人ヲ認ムルコト、知ラザルベカラズ故ニ擬爲人ノ財産ト云ヘバ其組成者ノ財産ニアラズシテ法律ニ認ムル所ノ想像人ノ財産ナリ又擬爲人ノ權利義務ト云ヘバ其組成者ノ權利義務ニアラズシテ法律ニ認ムル所ノ想像人ノ權利義務ナリ例ヘバ法律ニ於テ擬爲人ト認ムル所ノ會社ノ責任ヲ

以テ有限責任トナシ其會社ノ負擔ニ付テハ社員自身ニハ責任ヲ帶サシムルコトナク會社ノ財産ノミヲ其負擔ニ充ツルガ如キハ則チ其負擔ハ會社タル擬爲人ノ負擔ニシテ其之レヲ組成スル者ノ負擔ニアラザレバナリ夫レ然リ然リト雖モ擬爲人ノ本性固法律ノ想像ニ止マルモノタレバ自然人ニ於ケルガ如ク自ラ働作スルコト能ハザルガ故ニ其行爲ハ常ニ代理人ノ手ニ依テ爲サマルベカラズ是レ則チ會社等ニ役員ナル者アリテ會社タル擬爲人ニ代リテ其事務ヲ處理スル所以ナリ是ヲ以テ擬爲人ニシテ法律規則ニ違背スルコトアルモ自然人ニ於ケルガ如キ身體刑自由刑等ヲ科スルコトヲ得ズシテ多クハ財産刑ヲ科スルモノトナセリ而シテ其自然人ト最モ異ナル點ノ一ハ擬爲人ニハ永遠相續ノ資格アルコト是レナリトス所謂永遠相續トハ敢テ幾百年幾千年ヲ經ルモ永續シテ死スルモノニアラズトノ謂ニアラズ擬爲人ニシテ其組成ノ不完全ナルモノ、如キハ僅々兩三年ヲ出ズシテ消滅スルモノアルハ我々ノ屢々見聞スル所タリ尤モ其消滅スルニモ種々ノ原因アリテ或ハ組成者ノ員數法律ニ定ムル所ニ充タズシテ消滅スルアリ或ハ其特權ヲ放棄シ若クハ沒收セラレタルニ由ツテ消滅スルアリ又時トシテ成定期限ヲ定メタル擬爲人アリテ其期限ノ到着シタルニ依テ消滅スルアリ其原因一ニシテ足ラザルハ恰モ自然人ノ死去スルニ疾病ニ由ルモノアリ自殺ニ由ルモノアリ或ハ人ノ爲メニ殺害セラレ、モノアルガ如ク斯クノ如ク夫レ擬爲人モ亦消滅スルコトアリト雖モ然レドモ若シ其組成ノ方法完全ニシテ法律規則ニ違背スルコトアラズンバ幾百年幾千年モ繼續スルコトヲ得ル資格ヲ有スルモノニシテ之レガ組成員新陳交代止ムコトナキモ更ニ擬爲人ノ永續ヲ妨ゲザルナリ擬爲人ニハ永遠相續ノ資格アリトハ則チ此意ヲ云フニ外ナラズ其他自然人ト異ナル所ノ點少ナキニアラズト

雖モ格別重要ナラザレバ茲ニ之レヲ説明スルヲ要セス之レヲ要スルニ擬爲人ハ概シテ法律上自然人ト同一ノ能力ヲ有スルモノニシテ獨リ財產ヲ所有シ諸般ノ契約取引ヲ爲スコトヲ得ルノミナラズ自ラ訴訟ノ原告又ハ被告トナルコトヲ得ルモノトス

右講述シタルガ如ク擬爲人ハ法律ノ想像ニ成ルモノニシテ而シテ法律ガ殊更ニ斯クノ如キモノヲ想像スル所以ノモノハ畢竟必要アリテ然ルナリ其必要ハ何ゾ即チ便益ニ外ナラザレバ擬爲人ハ古來ヨリ種々ノ目的ニ由テ其成立ヲ顯出シタリ即チ政治上ノ目的ニ於テハ市府町村等ニ商業上ノ目的ニ於テハ銀行鐵道會社汽船會社等ニ擬爲人ノ資格ヲ有セシムルコトアリ其他教育布教惠與等ヲ目的トスル所ノ會社ニシテ擬爲人ノ資格ヲ有スルモノ少ナカラザルナリ

第二 自然人

自然人中身分ノ變更スル重要ナル原因ハ左ノ如シ

第一 性 男子ハ普通ノ能力アルモ婦女ハ普通ノ能力ナキモノトナスハ各國ノ法律概ネ大同小異タリ然レドモ獨身ノ婦女ハ私法ニ於テハ大抵男子ト其能力異ナル所ナシ之レニ反シテ既婚婦ニ至テハ法律ノ制限ヲ受クルコト甚ダ多シトス尤モ近世制法ノ精神ハ漸次ニ其制限ヲ弛ムルノ傾向アルヲ以テ終ニハ私法上ニ於テハ男子ト同一ノ位地ヲ保ツニ至ルベキヲ以テ男女性ヲ異ニスルヨリ能力ニ差異ヲ見ルハ實ニ公法上ニ止マルニ至ルベシ

第二 年齢 未丁年ノ幼者ハ財産ヲ所有シ又ハ他人ヨリ贈與ヲ受ケ及ビ私犯上ノ責ニ任ズルノ能力アリト雖モ遺囑ヲ爲スガ如キ又ハ後見人若クハ或ル官衙ノ承認ヲ受クル事ナクシテ契約ヲ締結スルガ如キハ之レヲ爲スコトヲ得ザルモノトス尤モ必需品ニ付テノ幼者ノ契約ヲ有効トナスハ例外ニ屬シ法律ニ於テ殊ニ幼者ノ利益ヲ保護シタルナリ然リ而シテ何歳マデヲ以テ未丁年トナスヤハ各國其規定ヲ異ニシ或ハ二十五歳ヲ丁年トナスアリ或ハ二十歳ヲ丁年トナスアリ或ハ男女其性ノ異ナルニ由テ丁年トナスベキ年齢ヲ異ニスルモノ等アリテ敢テ一定セズ

第三 家長ノ配下ニ在ル事 古昔ノ羅馬法ニ於テハ家長ノ配下ニ在ルモノハ財産ノ所有權ヲ有スルコトヲ得ズ又金錢貸借ノ契約ハ之レヲ爲スノ能力ヲ有セザリキ

第四 結婚 諸國ノ法律ニ據ルニ結婚ハ夫妻ノ合體ヲ生ズルノ効果アルモノトシ互ニ相訴フルコトヲ許サズ殊ニ相互ノ間ニ組合ノ如キ關係ヲ生ジ其組合財産上ノ權力ハ概ネ夫ニ屬シ妻ハ之レヲ他ニ移轉スルノ權力ナキノミナラズ遺囑ヲ爲シ又ハ契約ヲ締結スルノ能力ナキモノトナセリ就中英國慣習法ハ此制限最モ嚴重ナリシモ漸次此制限ヲ解キ遂ニ一千八百八十二年制定ノ既婚婦財産條例ヲ以テ大ニ改正シタルモノ、如シ

第五 獨身 獨身ニシテ子ナキ者ハ法律上ノ罪人トナシ罰ヲ加ヘタルノ例往々古代ノ法律ニ見ル所ナリ支那日本ニテ七去ノ一條トシテ子ナキハ去ルト云フ法ノアリタルハ三歳ノ童兒モ知ル所ナリトス

第六 白痴瘋癲 白痴瘋癲者ハ財産ヲ所有スルコトヲ得ルト雖モ嚴密ニ論ズルトキハ何等ノ法爲モ之レヲ爲ス

ノ資格ナキモノトス尤モ國ニ依リテハ契約ノ對手方ニ於テ其白痴瘋癲者タルコトヲ知ラザリシ場合ニ於テハ其契約ヲ有効トナスノ法アリ

第七 聾啞 羅馬法ニ於テハ聾者及ビ啞者ハ口約ヲ爲スコトヲ得ザルモノトナセリ

第八 國王 英國ノ法語ニ國王ハ惡事ヲ爲スコト能ハズト云フコトアリテ國王ニ對シテ都テ訴ヘテ起スコトヲ得ザルモノトナス外國國王又ハ其全權大使ニ對スル場合モ亦同ジ

第九 土隸 土隸ハ固財産ト同一視セラルベキモノタレバ法律上ノ權利義務ヲ有スルコト能ハズ只羅馬法ニ於テハ時トシテ相續人ニ設定セラル、コトヲ許セリ

第十 特別ノ職業 英國法ニ於テハ狀師(バリストル)ハ代言ヲ爲スニ當テ依頼人ヨリ報酬ヲ受クルノ契約ヲ爲スコトヲ得ズ近世マデハ醫師モ同一ノ制限ニ屬シ居リタリキ

第十一 準死 寺院ニ隱逃シ又ハ犯罪ノ爲メニ準死トナリタル者ハ即チ死者ト看做サルベキヲ以テ其者ニ屬シタル權利義務ハ都テ相續人ニ傳ハルモノトナセリ

第十二 私生ノ子 私生ノ子ハ親ヲ相續スルコトヲ得ルノ資格ナキモノトナスハ通常ナレドモ佛國法ニ於テハ兩親又ハ其一人ニ於テ承認スレバ相續ノ權利ヲ得ルモノトセリ但種々ノ制限アリ

第十三 宗教 或ル國ニ於テハ國教ニ背キタル者ハ權利ヲ剝奪セラル、コトアリ例ヘバ愛蘭土ノ古法ニ據レバ五磅以上ノ馬ヲ所有スルコトヲ禁ジタルガ如キ又ルーマニヤノ古法ニテハ猶太教人ヲシテ土地ヲ所有スルコ

トヲ得セシメザリシガ如キ是レナリ

第十四 外國人 英國ニ於テハ一千八百七十年已前ハ外國人ニ自由保有產ヲ有スルコトヲ得セシメザリキ現今

日本ニ於テモ外國人ニ土地ヲ有スルコトヲ許サマルナリ

第十五 敵國人 敵國人ト戰爭ノ間ニ締結シタル契約ハ無効ノモノトナスガ故ニ敵國人ハ其契約ニ關シテ訴ヲ

起スコトヲ得ザルモノトス

右列舉シタル者ハ即チ自然人ニ屬スル變革ニシテ私法中ノ變革法ニ於テ擬爲人ノコト、共ニ論ズベキ重要ノモノトナス余ハ是レニテ私法中ノ變革法ニ屬スベキモノ、大要ヲ講了シタレバ是レヨリ續テ私法中ノ助法ニ付其大要ヲ講述シ以テ私法ノ部ヲ終ラントス

第十五章 私法中ノ助法

前既ニ述ベタルガ如ク救濟權ハ原權ヲ毀傷セラレタルニ由テ生ズル所ノ權利ニシテ國家權力ノ幫助ヲ受ケテ初メテ其効果ヲ顯ハスモノタリ然リ而シテ其國家權力ノ幫助ヲ受クルニ付テハ種々ノ方法ノ備ハルアリテ之レニ從テ順序手續ヲ經由スルニアラズンバ權利者自カラ其欲スルマ、ニ救濟權ヲ實行スルコトヲ得ザルモノトス其所謂國家權力ノ幫助ヲ受クルニ付テノ方法ヲ規定セル法律ヲ通常稱シテ助法ト云フ蓋シ主法ヲ助ケテ以テ其實効アラシムル所ノ法律ナレバナリ夫レ斯クノ如ク助法ノ文字ハ主法ノ文字ニ對シテ用ヒタルモノナレバ敢テ不適當ト云フニハアラザレドモ法律ヲ主法及ビ助法ニ分類シテ論ズルトキノ外ハ助法ト云ハズシテ寧ロ訴訟法若クハ訴訟手續ト云フノ却テ適實ナルヲ信ズ而シテ其訴訟法中ニハ往々制限ヲ定メ其制限内ニ於テ權利者ヲシテ國家ノ權力ヲ借ラズ自カラ救濟ヲ得セシムルコトナシトセズト雖モ其他ノ場合ニ於テハ總テ裁判所ヲシテ原告若クハ被告ノ利益ノ爲メニ訴訟事件ニ干渉セシムベキ手續方法ヲ定ムルモノトス

抑々社會未ダ進歩ノ域ニ達セズ從テ司法事務ノ未ダ發達セザル昔時ニ在テハ訴訟手續ヲ以テ法律中最モ重要ノモノトナシ法律ハ主體タル權利ノコトヲ規定スルヨリモ寧ロ救濟ニ關スルコトヲ規定スルヲ本旨トナスベシト説キタル論者モアリテ訴訟手續ノ其實價ヲ超エテ人ノ注意ヲ惹キタルコトハ歴史ニ徴シテ明カナリ然レドモ實際ヨリ見ルトキハ充分ナル權利アルモ其訴訟手續ノ爲メニ遂ニ之レヲ失フニ至ルベキノ嫌アルヲ以テ訴訟法ノ本性ヲ辨

知セザルモノハ此法ヲ嫌惡スルコト甚シク文明ノ今日ニ及ンデ尙ホ斯クノ如キ妄想ヲ抱クモノ世間其數少ナカラズシテ訴訟手續ノ漸次整頓スルニ從ヒ益々之レヲ嫌惡シ甚シキニ至リテハ現時ノ如キ延滞ヲ來タスベキ方法ニ由ルノ裁判ヨリモ寧ロ古昔ノ簡單ナル裁判ヲ貴重スルモノアリ然リト雖モ是レ等皆訴訟法ノ本性目的ヲ辨知セザル者ノ妄想ニシテ素ヨリ論ズルニ足ラザルナリ元來訴訟法ノ目的トスル所ハ裁判官ノ專横ヲ抑制シ訴訟事件ノ審査ヲ明カニシ充分事理ヲ盡サズシテ裁決ヲナスガ如キ弊ヲ防禦シ訴訟人ヲシテ充分ニ其權利ノアル所ヲ擴張セシムルニ在ルモノタルヲ忘ルベカラズ去リトテ余ハ決シテ訴訟手續ノ複雜ヲ欲スルモノニアラズ却テ其簡單ニシテ成ルベク訴訟人ニ手數費用ヲ要セザルノ方法ニ由ルノ必要ナルヲ信ズルモノナリ

夫レ訴訟法ハ専ラ訴訟人ノ權利及ビ所爲ニ關スルモノナリト雖モ又本來公法ニ屬スベキ所ノ裁判所構成ノコト裁判官及ビ執行吏ノ職務ニ關スルコト等ヲ規定セリ蓋シ是等ノ事タル訴訟人ノ權利及ビ所爲ニ直接ノ關係ヲ有スベキヲ以テナリ而シテ今訴訟中ニ規定スル所ノ事項ヲ舉グレバ第一訴訟事件ヲ受理スベキ管轄規定ニ關スル規則第二訴訟ノ判決ヲナスニ適當ナル裁判所探定ニ關スル規則第三訴訟ノ手續第四裁判所ノ判決ヲシテ有効ナラシムルニ強力ヲ執行スルコト等ナリトス凡ソ是等ノ規則ハ主法ノ場合ニ於ケルト同ジク先ヅ正格ノ資格アル人ニ適用スベキモノトシ變格人ニ對シテハ多少ノ例外ヲ置クベキモノトス

第一 管轄 救濟權ハ何レノ場所ニ於テモ之レヲ執行スベキモノナルヤト云フニ必ズシモ然ラズ例ヘバ英國裁判所ハ破約ノ訴訟ヲ受理スルニ於テ其締約ノ場所及ビ破約ノ場所ノ如何ヲ問ハズ又對手人ノ何レニ住居スル

ヤニ關セズト雖モ然レドモ離婚ノ訴ニ於テハ對手人英國内ニ屬籍ヲ有スルニアラザレバ之レヲ受理セズ又近世ニ及ンデハ土地ニ對スル侵害ヲ受ケタル土地ノ英國内ニアルニアラザレバ之レヲ受理セザルガ如シ

第二 裁判所 訴訟ハ都テ當該ノ裁判所ニナサマルベカラザルハ又必要ノ條件タリ故ニ英國ニ於テハ行政訴訟ハ上等裁判所ノ衡平部海難訴訟ハ上等裁判所ノ海軍部ニ之レヲナサマルベカラズ其他事件ノ性質ニ依リテハ上等裁判所中或ル一部ノミニ於テ審理裁判シテ下等裁判所ニ於テハ更ニ關セザルモノアリ

第三 訴訟手續 訴訟ハ左ノ手續ニ依ルヲ通例トス

- 一 召喚 原告ハ召喚狀ヲ發シテ以テ被告ヲ裁判所ニ出頭セシムルコト
- 二 訴答 凡ソ訴訟ニ於テ被告召喚ニ應ジテ裁判所ニ出頭シテヨリ後證據ノ審問ニ至ルマデノ手續ヲ稱シテ訴答ト云ヒ英語之レヲ「ブリージンク」ト稱シ佛法ニ所謂「アンストルクシヨン、デ、ラ、コース」ト稱スルモノ是ナリ抑モ被告ノ裁判所ニ出頭シテヨリ證據ノ審問ニ至ルマデノ手續トハ如何ナルコトヲ云フヤト云ハマ即チ原告及ビ被告互ニ其申分ヲ法庭ニ陳述スルニ外ナラザレドモ其申分ノ原告ヨリスルト被告ヨリスルトニ由リテ法律上特別ノ名稱アリ即チ若シ原告ニ於テ其申分ヲ當初書面ニテ上申シタルトキハ其書面ヲ稱シテ訴狀ト云ヒ被告ノ之レニ對スル答ヲ答辯ト云ヒ其答辯ニ對スル原告ノ答ヲ辯駁ト稱セルガ如キ是レナリ尤モ時トシテハ此訴答ノ手續ニ依ラズシテ訴訟ノ事實ハ豫メ原被雙方ノ協議ニ由リテ之レヲ定メ其事實ヨリ生ジタル法律上ノ問題ノミニ付裁判ヲ乞フコトアリ是レ一ノ簡便法ニシテ英語ニ之レヲ「スペシヤ

ル、ケース」ト稱ス邦語ニ譯スレバ特別事件ト云フテ可ナルベシ即チ通常訴訟ニ於テハ裁判所ハ先ヅ原被告雙方ノ主張スル所ノ事實ヲ審問シ其事實ノ何レニカ決定シタル上ニアラザレバ法律上ノ問題ニ付之レガ裁判ヲナサズト雖モ所謂特別事件ノ場合ニ於テハ豫メ事實決定シ居ルヲ以テ裁判所ハ其事實ニ由テ推及シタル他ノ事實及ビ法律ノ問題ニ對シテ直チニ裁判スベキナリ

夫レ答辯ニ三種ノ別アリ一ハ英語之レヲ「トラバース」ト云ヒ對手ノ主張スル所ノ事實ハ眞實ニアラズト辯ズルノ答辯ニシテ即チ事實上ノ答辯ナリ二ハ「デマラー」ト云ヒ對手ノ主張スル所ノ事實ハ眞實ナルコトハ認ムレドモ法律上ニ於テ訴訟ノ原因トナラズト辯ズルノ答辯ナリ三ハ「ブリー、イン、コンフエシヨ」ン、エンド、アポイダンス」ト云ヒ自カラ其事實ヲ認メテ以テ責ヲ避クルノ答辯ナリ例セバ甲者アリ乙者ニ對シテ誹謗ノ訴ヘヲ起シテ曰ク乙者ハ余ヲ窃盜ナリト呼ベリト然ルニ乙者ハ此訴ヘニ對シテ余ハ甲者ヲ窃盜ナリト呼ビタルコトナシト答辯シタリトセバ是レ即チ對手ノ主張セル事實ヲ打消スノ答辯ナリ若シ之レニ反シ乙者ニシテ此訴ヘニ對シテ余ハ甲者ヲ窃盜ナリト呼ビタルノ事實ハ相違ナキモ窃盜ト呼ビタルコトハ起訴ノ原因トナルベキ事柄ニアラズト答辯シタリトセバ是レ即チ答辯ノ第二種ニ屬スルモノタリ若シ又乙者ニシテ對手ノ主張セル事實ヲ認メ甲者ヲ窃盜ト呼ビタルニ相違ナシ何トナレバ甲者ハ實ニ窃盜ヲナセバナリト答ヘタリトセバ是レ則チ答辯ノ第三種ニ屬スルモノタルナリ

三 審問 審問ノ場合ニ至レバ對手ノ雙方交々其法律上ト事實トヲ問ハズ其争點ニ付テ各自主張スル所ノ意

見ヲ充分開陳ス其争點ニシテ法律上ノモノナルトキハ先例ヲ引用シ其争點ニシテ事實上ノモノナルトキハ證據ヲ呈出スベシ證據ニ證書及ビ口證ノ二種アリ而シテ又國ニ依リテハ證據ノ許否ニ付頗ル嚴重ニシテ混雜ノ法規ヲ設クルモノアリ抑モ證據法ハ熟達ナル裁判官ニ由テ裁判セラル、時ニ於ケルヨリモ寧ロ陪審官ニ依テ裁判セラル、時ニ於テ必要ヲ感ズルコト多シ而シテ證據法ノ目的トスル所ハ第一審問ノ區域ヲ制限スルニ在ルコト即チ既ニ顯出セル證據ニ由リテ他ノ事實ハ之レヲ推及シ又ハ認定スルコトヲ得ベシ第二争點ニ關係ナキ證據又ハ疑ハシキ所ヨリ來リタル證據若クハ充分證明スル能ハザル證據ハ之レヲ棄却スルコト第三證人ノ能力ヲ定ムルコト等はレナリトス其他證據法中ニハ訴訟人自カラ出庭スルノ權利又ハ代言人ヲ使用スル權利及ビ本人又ハ代言人ノ證據提出並ニ辯論ノ順序等ニ關スル規則モ亦之レヲ規定セルヲ通常トス

四 裁判 裁判ハ即チ裁判所ニ於テ訴訟事件ノ争點ヲ決スルモノニシテ或ハ所有權ニ關スルモノアリ或ハ身分ノ確定若クハ解除ニ關スルモノアリ法爲ノ適當ナル執行ノ確認ニ關スルモノアリ犯行ニ對スル損害ノ賠償ニ關スルモノアリ又義務履行又ハ不履行ニ關スルモノアルナリ
裁判ハ敗訴者ニ訴訟入費ヲ負擔セシムルヲ通常トス

五 控訴 初審ノ裁判ニ服セザルモノハ控訴スルコトヲ得ベシ控訴裁判所ハ始審ノ判決ヲ修正變更スル等凡テノ權力及ビ義務ヲ有シ且ツ其訴訟ノ事實ニ付キ尙ホ新證據ヲ許否シ且ツ之レヲ認ムルモ認メザルモ充分

ノ判斷權ヲ有スベシ

第四 裁判執行 勝訴者ハ裁判所ノ官吏又ハ他ノ官吏ヲシテ其裁判ヲ實効アラシムル爲メ之レガ執行ヲナサシムルコトヲ得ベシ尤モ被告ニシテ勝訴シタルトキハ訴訟入費ヲ徵收スル場合ノ外ハ執行ヲ要セザルモノトス助法ニモ亦正格法ト變格法トノ區別アリ即チ英國ニ於テ貴族ハ勝手ニ之レヲ速速スルコトヲ許サマルガ如キ又本邦ニ於テ從六位以上ノ者ハ奏請ヲ經ズシテ裁判所ニ召喚スルコトヲ得ザルガ如キ皆是レ助法中ノ變格法ニ屬スルモノナリトス

第十六章 公法

「ロールド」ベールコン氏曰ク法律ヲ公法及ビ私法ニ分類スルハ最モ其宜シキヲ得タル分類ノ方法ナリト然レドモ余ガ既ニ反覆講述シタルガ如ク此分類ノ方法決シテ當ヲ得タルニアラズ公法及ビ私法ノ中間必ズ社會法ナルモノナカルベカラザルナリ然ルニ學者多クハ公法私法ヲ説キ社會法ノ如キハ之レヲ説クモノ少ナク殊ニ之レヲ詳細ニ講述セント欲スルモ一朝一夕ノ能クナシ得ル所ニアラザレバ余モ亦假リニ諸學者ノ分類ニ倣ヒ社會法ヲ講述スルコトヲ止メ直チニ公法ニ移リ聊カ講述セント欲ス

余ハ公法及ビ私法ノ區別ヲ講述シタル當時述ベタルガ如ク私法ニ於テモ公法ニ於ケルト同ジク國家ノ關係スルハ勿論ナリト雖モ其關係スルヤ私人相互ノ間ニ成立スル所ノ權利及ビ義務ノ仲裁人タル資格ヲ以テスルモノニシテ公法ニ於テハ獨リ之レガ權利義務ノ仲裁人タルノミナラズ又對手ノ一人タルナリ然リ而シテ私法ニ於テ余ガ既ニ用ヒタル區別ハ又之レヲ公法中ニモ適用スルコトヲ得ベシ例セバ主法助法ノ分類ノ如キ又對世權對人權ノ區別ノ如キ原權救濟權ノ區別ノ如キ正格權變格權ノ區別ノ如キ何レモ皆之レヲ公法ニ適用スルコトヲ得ルナリ殊ニ正格權變格權ノ區別ノ如キハ公法ニ於テ最モ著明ノ例ヲ示スコトヲ得ベシ其理何ゾヤ即チ公法ニ於テハ對手ノ一人常ニ種々ノ機關ニ依テ以テ働作スル所ノ國家ナルヲ以テナリ即チ國家ハ擬爲人ニシテ其組織最モ錯雜ヲ極ムル所ノモノナリ碩儒オーステン氏ハ所謂公法ト稱スルモノハ單ニ各種ノ政治上ノ資格ヲ定ムルモノトナシ公法私法ノ

分類ヲ許サズシテ之レヲ人ニ屬スル法律ノ一部ニ屬スベキモノトナシタリト雖モ余ヲシテ之レヲ云ハシメバ公法ハ變格權ノ法律ト云フモ不可ナカルベキヲ信ズルナリ

公法ノ性質既ニ右ノ如シ然ルニ如何ナル種類ノ法律ハ公法中ニ屬スベキモノナルヤニ至テハ學者各々其說ヲ異ニシ多クハ皆漠然トシテ未ダ確定ノ說ナキモノ、如シ余モ亦大ニ疑フ所ナキニアラズト雖モ暫ク先ヅホルランド氏ノ所說ニ從ハンニ公法中ニ屬スベキ法律ハ第一憲法第二行政法第三刑法第四治罪法第五國家ヲ以テ準私人トナシテ考察シタル法律及ビ第六國家ヲ以テ準私人トシテ考察シタル法律ニ關スル手續是レナリ就中第一乃至第四ニ屬スルモノハ則チ適當ニ公法中ニ屬スベキモノトス之レヲ以テ私法ヲ講述シタルノ當時分析シタル順序ニ適用スルトキハ憲法行政法及ビ刑法ニ於テハ專ラ原權ヲ論ジ治罪法ハ助法ニ屬シ憲法及ビ行政法ハ變格法ニ屬スベキモノトス

第一 憲法 凡ソ邦國ヲ組織スル所ノ法律ヲ總稱シテ國法ト云ヒ憲法ハ則チ國法ノ一部ニ屬シテ主權ノ本分及ビ其作用活動ヲ確定スル所ノ法律ナリ行政法モ亦國法ノ一部ニ屬スルモノナリト雖モ是レ憲法アリテ始メテ生ズベキ性質ノ法律ニシテ憲法ニ制定セル權限内ニ於テ法律ヲ施行シ一切政務ヲ實行スルニ必要ナル法規ヲ云フナリ故ニ憲法幹トナリ行政法ハ其枝葉タルモノトス尤モ獨リ行政法ノミナラズ各般ノ法律一トシテ憲法ニ基カザルモノナキハ勿論ナレドモ國法上ヨリ論ズルトキ他ノ法律ハ暫ク之レヲ措キ憲法及ビ行政法ヲ以テ樹木ノ幹枝ニ比シテ論ズルヲ以テ通常トナスナリ斯クノ如ク夫レ憲法ハ各般法律ノ基本トナリテ主權ノ本分及ビ其作用活動ヲ規定ス

ルモノナルニ合衆國ノ如キ又獨逸國ノ如キニハ憲法ニ二種アルモノトシ一ヲ一般憲法一ヲ各部憲法ト云ヒ其一般憲法トハ全國相通ジテ行ハルベキモノヲ稱シ其各部憲法トハ各聯邦ノミニ行ハルベキモノヲ稱セルガ如シ然レドモ是レ決シテ憲法ニ二種アルニアラズ又一國ノ憲法ニ二種アルベキノ理ナキナリ何トナレバ憲法ハ主權ノ本分ヲ定ムルモノニシテ一國ニ二主權ノアルベキ筈ナケレバナリ合衆國及ビ獨逸國等ニ於テ稱スル所ノ各部憲法ハ畢竟一般憲法ニ定ムル所ノ制限内ニ於テ各邦適宜之レヲ制定シタルモノタレバ別種ノ憲法ニアラズシテ即チ一般憲法ノ一部ニ屬スベキモノタルコト明カナリトス但世界各國ニ行ハル、所ノ憲法ヲ外形上ヨリ觀察ヲ下ストキハ成文憲法ト不文憲法トノ二類アルコトハ爭フベカラザル事實ニシテ現ニ英國ノ如キハ不文憲法ナルモ獨逸ノ如キ合衆國ノ如キ皆是レ成文憲法ノ國タリ然レドモ是レハ之レ憲法ノ體裁上ヨリ分類シタル一般ノ區別ニシテ一國內ニ二類ノ憲法アリト云フニハアラザルナリ既ニ述ベタルガ如ク憲法ノ要ハ主權ノ本分及ビ其作用活動ヲ定ムルニ在リトセバ即チ先ヅ主權ノ本分ヲ定メザルベカラズ抑モ主權トハ一ニ國家ノ至高權若クハ統御權ト稱シ或ハ又國權ト稱スルコトアリテ名稱數多ナリト雖モ要スルニ國中ノ無上權タルニ過ギズシテ其權ノ主治者ニ屬スルノ點ヨリ云フトキハ之レヲ主權ト云ヒ活動ノ點ヨリ云フトキハ統御權ト云ヒ國中無上權トシテ論ズルトキハ至高權ト云フ等只見ル所ノ點ノ異ナルニ從テ其名稱ヲ異ニシテ用フルコト、知ルベシ斯クノ如ク夫レ主權ハ國中無上權ニシテ從テ亦諸般法律ノ淵源トナルモノナルヲ以テ其之レヲ掌握スル者ノ所爲ハ決シテ不法ナルヲ得ザルモノタルノミナラズ自ラ特裁ノ性質ヲ有スルモノニシテ他者ノ命令ヲ受ケテ之レヲ執行スルガ如キモノニアラザルナリ而シテ主

權ハ之レヲ分割スベキモノニアラザルハ其本性ノ然ラシムル所ナリト然レドモ主權ハ決シテ無限ノ權力ニアラズシテ其之レヲ活用スルニ當テハ當然邦國ノ本旨ヲ達スルヲ以テ其目的トナサマルベカラザルモノナレバ自ラ制限ナキヲ得ズ其制限ニ自然ノ制限ト人爲ノ制限トノ二種アリ自然ノ制限トハ即チ邦國ノ本旨ニ違背スベカラザルコトヲ云ヒ人爲ノ制限トハ外國條約宗教等ニ依ルノ制限ヲ云フナリ是レニ因テ之レヲ觀レバ主權ヲ以テ至高權ト云フモ此各種制限ノ範圍内ニ在リテ至高ノ權力タリト云フノ意ナルコトヲ忘ルベカラザルナリ主權ハ各國其政體ノ異ナルニ從テ其屬スル所ヲ異ニス即チ立君政體ニ於テハ主權ハ概シテ國君ニ屬スルモノトシ民衆政體ニ於テハ主權ハ一國ノ民衆ニ屬スルモノトス然リ而シテ國際上即チ外國ニ對シテ云フトキハ主權ヲ國外主權ト稱シ國內ノミニテ云フトキハ之レヲ國內主權ト稱ス

已上述ベタル所ニ據テ以テ主權ノ性質略ボ明了ナルベシ然レドモ其主權ノ作用ヲ充分ナラシメ之レヲ活動セシメントスルニハ必ズヤ機關ナカルベカラズ尙ホ之レヲ詳言セバ國家ハ固ト一ノ擬爲人ナルヲ以テ其活動ヲ爲スニハ必ズ有形ノ機關ニ依ラザルベカラズ故ニ苟モ一ノ邦國アレバ必ズ機關アリテ之ヲ活動セシメザルハナシ是ヲ以テアリストールノ昔時ヨリ國家ニハ立法行政司法ノ三權柄アリテ各々其機關ヲ具備スベキモノタルコトヲ説キ續テ佛國ノモンテスキュー三權鼎立ノ説ヲ出シ一時學者社會ヲ振動セシメタリキ固ヨリモンテスキュー氏等ノ所説今日ニ於テハ採用スベカラザル所多シト雖モ兎ニ角ニ國家ハ機關ノ存スルモノアリテ以テ活動スルモノタルコトハ明カナリ今其機關ヲ立君政體ノ國ニ付テ云フトキハ國君國會及ビ官吏トシ民衆政體ニ付テ云フトキハ國會及ビ

官吏トス而シテ此等機關ノ構成運動皆憲法ノ規定スベキモノニ屬ス

一、國君 國君ハ國家ヲ代表スルモノニシテ立君政體ニ在テハ邦國ノ首長國家ノ最高機關タリ故ニ此政體ニ於テハ國家ノ諸權皆國君之レヲ總攬シ他ノ機關タル國會及ビ官吏ノ首裁タルナリ而シテ憲法ニ於テハ國君ノ位ヲ繼承スルノ法規ヲ始メトシテ其權限特權等ヲ規定ス

二、國會 國會ハ一國立法ノ府ニシテ通常二院ヲ以テ組成シ一ヲ元老院ニテ代議院トス其之レニ出席シテ法律ノ起業法律ノ議定ヲナスベキ議員ノ資格選舉ノ方法及ビ特權等ハ總テ皆憲法ヲ以テ之レヲ規定ス然レドモ各國其規ヲ異ニセリ

三、官吏 官吏ハ國家ノ政務ヲ執行スルニ於テ最モ缺クベカラザル所ノ機關ニシテ立君政體ニ在テハ國君之レガ首長タリ民衆政體ニ在テハ大統領之レガ首長タルヲ通常トス
凡ソ國家ノ官吏ヲ大別セバ文武兩官トス其文官ヲ又分テ行政官及ビ司法官トナスコトヲ得ベシ而シテ其行政官中ニハ外務官内務官等アリテ各々其事務ヲ分掌ス司法官ハ其獨立不羈ノ性質ニ在ルベキモノナルヲ以テ自ラ特別ノ地位ヲ占ム

第二 行政法 行政法ハ既ニ述ベタルガ如ク憲法ニ制定セル權限内ニ於テ諸般ノ法律ヲ實行シ一切ノ政務ヲ施行スルノ法規ヲ云フナリ而シテ此法律中ニ規定セル事項ハ凡ソ左ノ如シ

一 租稅徵集ニ關スル事項

- 二 陸海軍ニ關スル事項
- 三 殖民地及ビ領屬地ノ行政ニ關スル事項
- 四 統計ニ關スル事項、死亡出産及ビ結婚ノ登記ニ關スル事項、土地家屋ノ讓渡及ビ書入質入ニ關スル事項、遺囑監督ニ關スル事項、外國人歸化ニ關スル事項、會社特許狀下附ニ關スル事項
- 五 邦國ヲ組織スル所ノ各個人ノ安寧ヲ増進シ害惡ヲ除却スル事務 其事務ノ重ナルモノヲ舉グレバ左ノ如シ
 - 甲 衛生ニ關スル事項、船舶ノ檢閲ニ關スル事項、職工徒弟ノ制限ニ關スル事項、飲食物ニ關スル事項、水利ニ關スル事項等
 - 乙 貧民救助法ノ施行ニ關スル事項、飢饉救助ニ關スル事項
 - 丙 瘋癲病院等ノ監督ニ屬スル事項
 - 丁 造幣及ビ度量衡ノ保護ニ關スル事項
 - 戊 職業商業ノ監督ニ屬スル事項
 - 己 外國貿易報告ノ蒐集、銀行保險會社及ビ其他ノ會社監督ニ關スル事項
 - 庚 道路、鐵道、運河、電信及ビ郵便ノ監督ニ關スル事項
 - 辛 燈臺、川港、堤防等ノ維持ニ關スル事項
 - 壬 秩序安寧ノ保維犯罪ノ防禦及ビ監獄ニ關スル事項

四 公衆ノ教育及ビ道德ニ關スル事務 其事務ノ重ナルモノハ左ノ如シ

- 甲 學校ノ設立博物館及ビ圖書館ノ維持ニ關スル事項
- 乙 遊興場ノ監督及ビ日曜日商業ノ休止ニ關スル事項

右等ノ諸事項ハ中央集權ノ盛ナル國ニ在テハ中央政府ニ於テ施行スルモ自治制度ヲ許スノ國ニ在テハ多クハ地方廳ニ於テ之レヲ掌ル而シテ其地方廳ニハ往々輕キ刑事上ノ管轄權ヲ有セシムルコトアリ

英國ニ於テ行政法ニ關スル爭議若クハ之レニ違背シタル場合ニ在テ格別重大ナラザルモノハ通常治安裁判所ニ於テ之レヲ處分セシメ稍々重大ノモノハ上等裁判所ニ於テ處分セシム且ツ軍事上ノコトニ關シテハ軍事裁判所宗教上ノ事ニ付テハ宗教裁判所ニ於テ處分セシムルコトアリト雖モ然レドモ誰人タリトモ慣習法ノ支配ハ之レヲ免ルハコトヲ得ザルモノトス

第三 刑法 夫レ秩序安寧ヲ保持シ國家ニ對スル罪惡ト公衆ノ安寧ヲ維持スル爲メ設定セル規則ニ違背スル者ヲ防禦シ且之レヲ處罰スルハ國家ノ職務中最モ重要ナルモノ、一トス是ヲ以テ國家ハ此等ノ罪惡ヲナシ規則ニ違背スル者ヲ處罰スルノ規則ヲ設ケ以テ其權利ヲ保持ス刑法トハ即チ此規則ヲ稱スルナリ

歴史ニ徴シテ沿革ヲ按ズルニ古代ニ在リテハ主權ニ對スル罪惡ノ外ハ刑ヲ以テ罰スルコトナクシテ一個人ニ對スル罪惡ハ竊盜ノ如キ殺人ノ如キ所爲スラ刑ヲ以テ之レヲ罰セズ悉ク皆民事上ノ賠償ヲナサシムルニ止マリタリ羅馬法ニ徴スルモ現時ニ於テハ全ク刑事ヲ以テ問フベキ所爲ヲモ單ニ民事上ノ所爲ト看做シタルモノ多ク犯者ニ