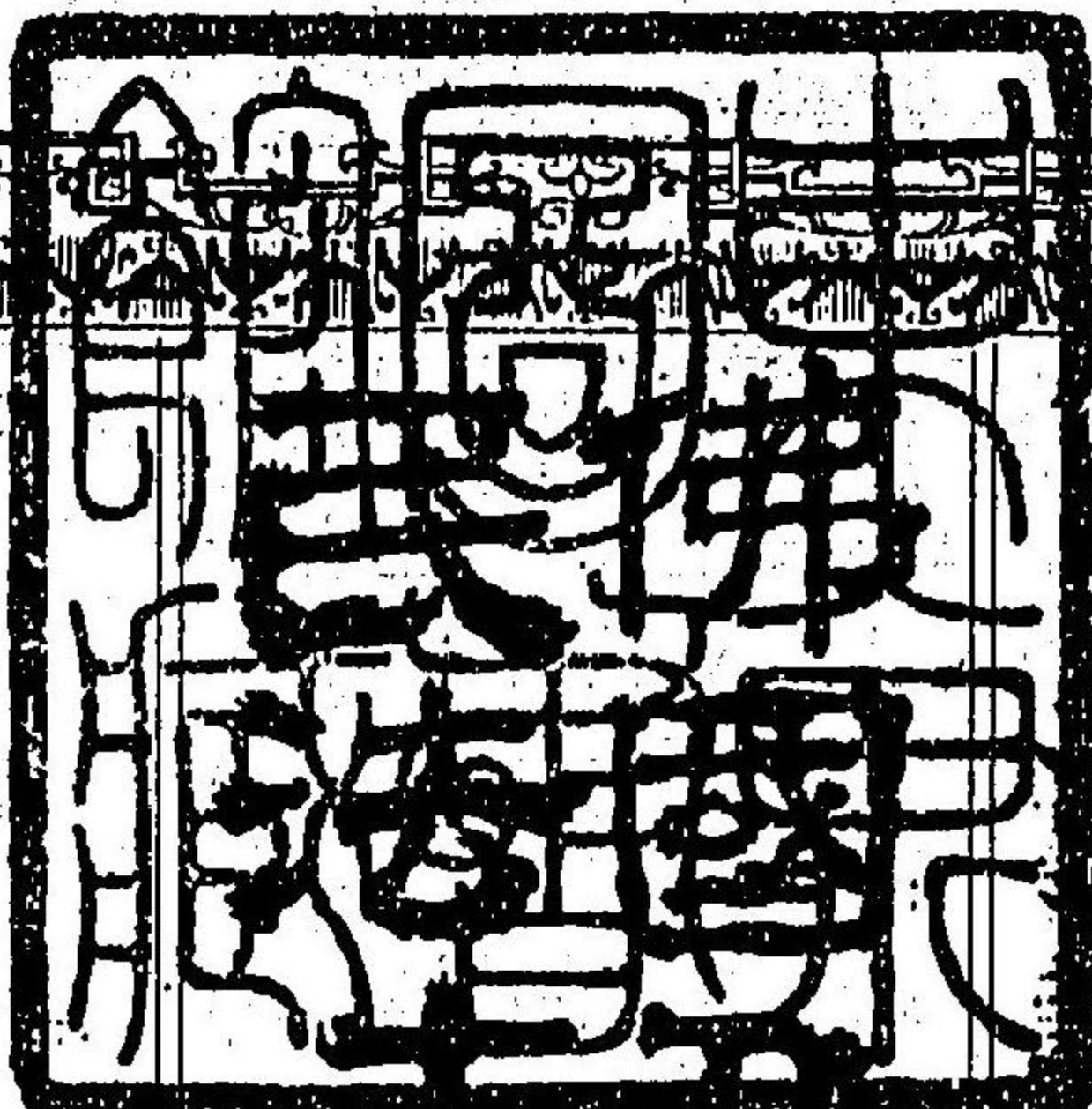


1-2273

5

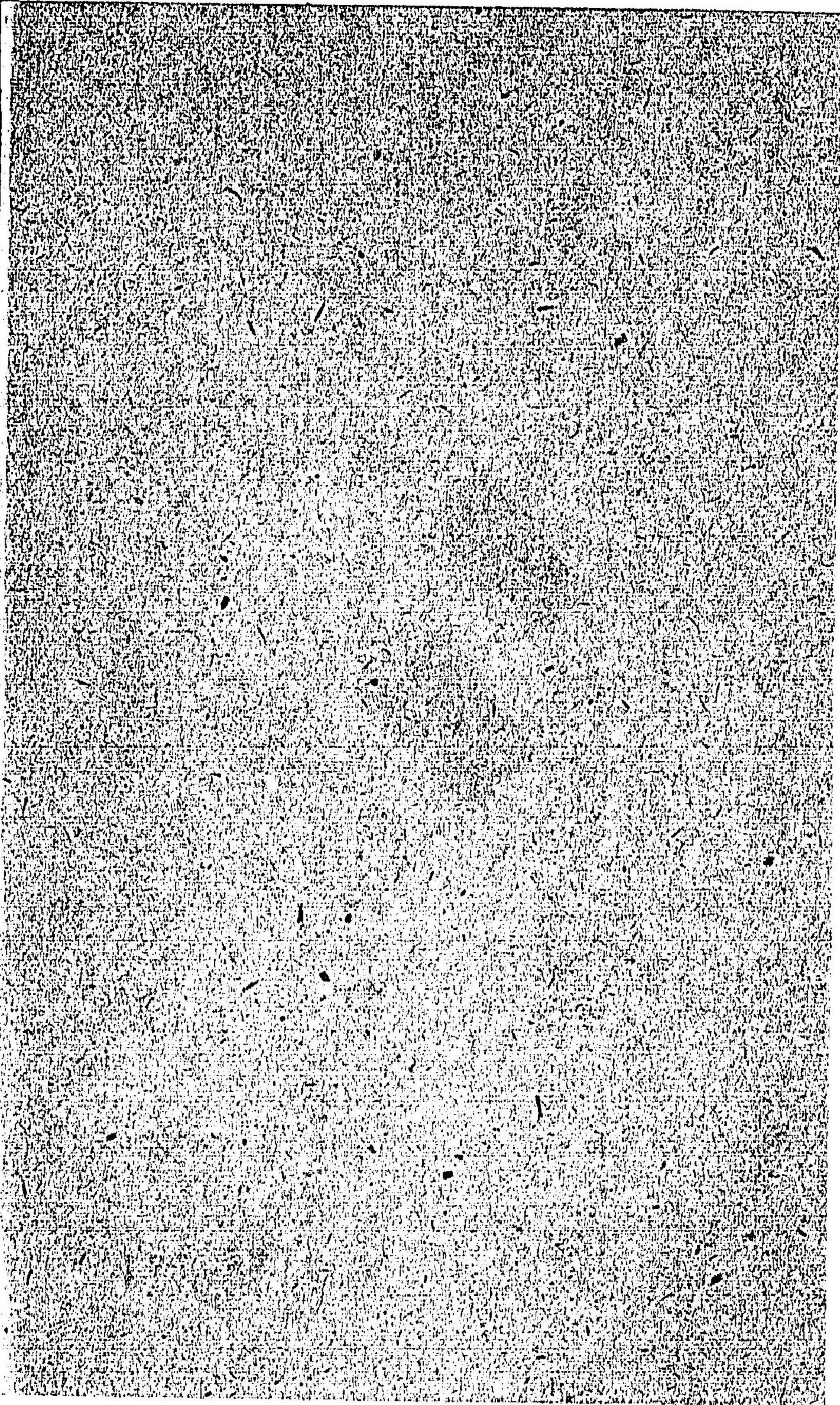


故從三位玉乃世履公序
正六位磯部四郎講義

新約篇講義全

泰東法律學校藏

明治十九年十月一日内務省 983





東
 華
 書
 局
 藏
 書
 印
 記



東
 華
 書
 局
 藏
 書
 印
 記

叙



法律之學。高尚深遠。至於成
業。寔難矣。雖然。學者欲必達
其志。非無道也。何哉。曰。游於
海外文明之國。就於善良卓
識之師。勉勵精研。以達其目

的。是已。世之法學者。就師於海外者。雖新以還。亡慮數十百人。而歸國之後。講說法理。以誘掖後進。譯述法書。以教導邦人者。果有幾人耶。亦足以見法學之難於成矣。頃者。

島巨邦君。示余以佛國民法契約篇講義。請余叙。余受而閱之。係於吾友磯部四郎君之所謂述。而巨邦君等之所筆記。夫四郎君。嘗學法律於佛國。學成歸國。拜司法官。累

4
遷至權大書記官。與余相識於司法部內。久矣。官之閑民法。編纂局也。余與四郎君。共為委員。連床同案。終日討論。相識之情。蓋益深焉。則四郎君之所講述。而有余題言。庶

5
幾乎得其宜矣。因弁一言於卷首。以應巨邦君之需。若夫四郎君深於法學。而篤於誘導後進。則讀此編者。當自知之。豈待余言而後知之乎哉。

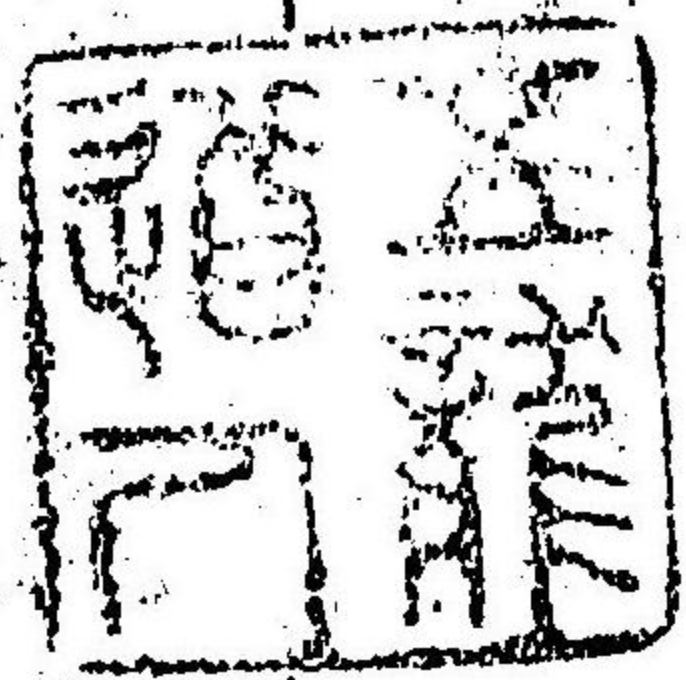
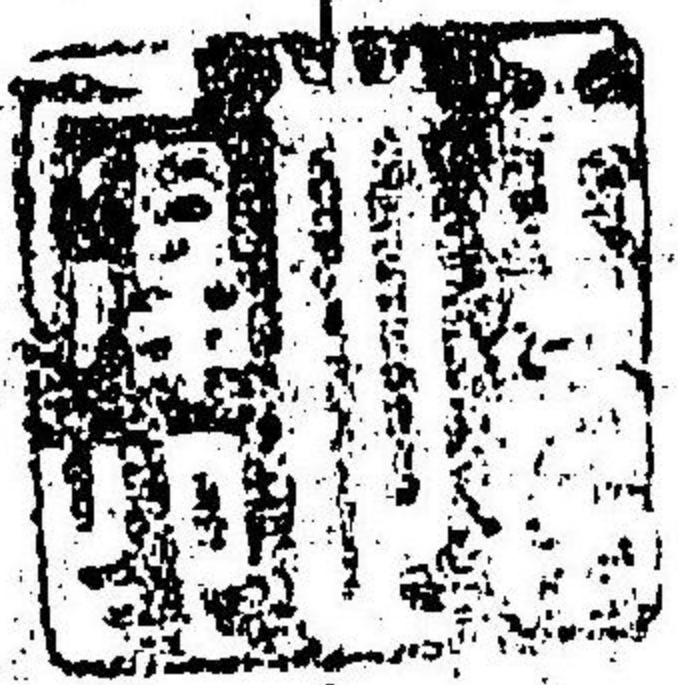
時在

明治十七年十一月

大審院長判事民法編

纂修委員徒四位勲二等

玉乃世復撰併書



佛國民法契約篇講義自序

社會ヲ支配スルニ一ニ道德ニ依ルヲ得可キカ世惡漢少ナ
カラサルヲ如何ニセン惡漢斯レ懲ラシ暴徒斯レ撃テ以テ
社會ノ平穩ヲ保持ス可キナリ然ラハ則テ惡漢ヲ懲ラシ暴
徒ヲ撃ツ其具ナカルベカラス是ニ於テカ世法律ヲ製スル
ニ至ル然レモ法律モ亦區分ナキ能ハス或ハ惡漢ヲ懲ラシ
テ社會ノ平穩ヲ保持スル刑法アリ或ハ其刑法ヲ執行スル
ノ式ヲ定ムル治罪法アリ或ハ民生ノ間相互相欺罔スルノ
弊ヲ矯正センカ爲メ設定スル民法アリ或ハ其民法ヲ執行
スルニ要スル訴訟法アリ其他彼レト云ヒ此レト云ヒ一ニ
シテ足ラス而シテ其間人世必要ノ度ニ厚薄ナクンハアラ

ス刑法ハ則チ社會ニ立テ背徳加害ノ所爲ヲ爲サル者敢
 テ知ルヲ要セサルナリ治罪法モ亦此徒ニ在リテハ殆ト贅
 疣ノ類ノミ若シ夫レ民法ニ至リテハ尊卑上下ノ別ナク凡
 ソ社會ニ立テ其一員タル者ハ必ス知ラサル可ラサルナリ
 然リト雖モ民法中亦小差ナキ能ハス會社篇ハ會社ヲ組成
 スルノ意ナキ者敢テ知ルヲ要セサル可ク或ハ人事篇ノ如
 キ其場合ニ限リテ必要ヲ感スルノミ若シ夫レ契約篇ニ至
 リテハ萬民日常ノ間須臾モ欠クヘカラサルモノニシテ炊
 婢門ニ立テ午餐ノ配ヲ購フモ已ニ契約ノ性ヲ帶ヒ村爺門
 ニ舟ヲ繫テ肥料ヲ買フモ業ニ契約ノ一部タル可シ因テ以
 テ之レヲ見レハ法律ハ社會ノ要具就中民法ハ人生欠ク可

ヲサルノ法ニシテ中ニ就テ又契約篇ハ重要一層ノ上ニア
 ル者ナリ是ヲ以テ世間契約ノ篇ヲ講スルノ人多ク從テ其
 書モ堆積棟ニ充ツルニ至ル然レモ多クハ其辭高尙ニ過キ
 テ字義尙ホ了解ニ苦シムナキ能ハス是ヲ以テ余ハ勉メテ
 簡易ノ文ヲ以テシ以テ法律ノ思想ニ乏シキ徒モ容易ニ了
 解スルコトヲ期シタリ去レモ當初ノ意ハ敢テ之レヲ上梓シ
 テ世ニ公ケニスルニアラス然ルニ門生ノ中即チ本書筆記
 者各位之レヲ公ケニセハ世ヲ益スル大ニシテ且其文簡易
 ナルカ故ニ能ク凡俗ノ人ニモ鴻益ヲ與フ可キノ利アルヲ
 説ケリ余之レヲ辭スル再三ニ及ブト雖モ門生各位ノ請モ
 亦再三ニ及ブ是ヲ以テ遂ニ辭スルヲ得ス其上梓ヲ諾セリ

2 夫取結ビタルキハ必ス離ル可ラサルノ責任即チ義務ヲ生スルモノトス是レ本篇第千百二條ニ「契約トハ一人又ハ數人ニ對シ或物ヲ與ヘ又ハ或事ヲ爲シ又ハ爲サ、ルノ義務ヲ行フヘキ約束ヲ云フ」トアル所以ナリ

本條既ニ義務ヲ行フヘキ約束トアレハ又義務ヲ行ハサル可キ約束ナカル可ラス何トナレハ約束ハ必ス行フ可キ義務ヲ生スルモノトセハ單ニ約束トノミ云テ可ナラン然ニ故サラニ義務ヲ行フ可キ約束ト云ヒシハ又他ニ義務ヲ行ハサル可キ約束アルヲ以テ彼是混同セシメサランカ爲メナレハナリ

約束トハ佛語ノ(コンソレンシヨ)ヲ譯セシモノニシテ双方ノ意思ノ一致即チ合意ト云フノ意義ナリ凡ソ双方ノ一致ヲ以テセハ管ニ契約ヲ取結ヒ得可キノミナラス又往時既ニ取結ヒシ契約ヲモ消除シ得可キナリ是レ則チ後來行フ可キ義務ヲ生セサルノ約束即チ義務ヲ行ハサル可キ約束ナリト謂フ可シ亦以テ本條義務ヲ行フ可キ約束ト云ヒシ所以ヲ識別スルニ足ラン

要スルニ契約ハ常ニ約束ノ一ナリト雖モ約束ハ常ニ契約ニ非ラス又契約ハ常ニ義務ヲ生スト雖モ約束ハ常ニ義務ヲ生セサルナリ故ニ約束ハ類ナリ契約ハ種類ナリ類ハ大別ナリ種ハ小ト云フカ 爰ニ進意トテ合意ト混同ス可ラサルモノアリ即チ佛語(ボリシタツシヨ)ニシテ一方ノ者自己ノ意思ヲ述ベシモ他ノ一方ノ者未タ之ヲ承諾セサルノ場合ヲ云フナリ而テ此ノ進意ハ彼レノ未タ承諾セサルノ間ハ何時タリモ自由ニ之ヲ取消シ得ヘキモノトス然モ已ニ之ヲ承諾シタルキハ進意ノ性質直チニ變シテ合意即チ約束トナルナリ

(第千百二條乃至第千百四條)

此ノ數條ニ於テハ數種ノ契約ニ就テ一々其性質ノ區別ヲ講究セントス

抑モ契約ニハ双務ノモノアリ片務ノモノアリ双務ノ契約トハ當初契約ヲ組成スルキ双方共ニ其義務ト權利トヲ併有スルノ契約ヲ云フナリ例ヘハ賣買契約ノ如ク一旦其契約ヲ爲スヤ否ヤ賣主ハ其物品ヲ引渡ス可キノ義務ト其代價ヲ受取ル可キノ權利トヲ有シ又買主ハ其代價ヲ拂フ可キノ義務ト其物品ヲ受取ルヘキノ權利トヲ有スルノ類是ナリ

片務ノ契約トハ双方ノ中唯一方ノ者ノミ義務ヲ有シ他ノ一方ノ者ハ唯之ニ對スル權利ヲ有スルニ止マルノ契約ヲ云フナリ例ヘハ金錢貸借契約ノコトク貸主ハ唯其債主權即チ貸金返還ヲ求ムルノ權利ヲ有シ借主ハ唯其負債義務即チ借金償却ノ義務ヲ有スルニ止マルノ類是ナリ或曰ク貸主ト雖モ敢テ義務ヲ有セスト斷言スルヲ得サル可シ何トナレハ其期限ノ至ルマテハ貸金ノ返還ヲ請求スルヲ得サルノ義務アレハナリト噫此ノ説タル畢竟義務ナルモノト權利ノ生セサルモノトヲ混淆シタルノ過ナニ坐スルノミ抑モ權利ナキモノ皆悉ク義務アリト云ハ、理ナキノ最甚キモノト謂フ可キナリ

契約ノ性質ヲ別ツテ双務ト片務トノ二者ヲ設ケタルハ其故何ソヤ曰ク其利益二箇アレハナリ

3 第一 双務契約ナルキハ其契約ヲ認ムレ爲メ契約者双方ニ於テ各自人員ニ應シタル數通ノ證書ヲ作爲スルヲ必要トス(第千二百廿五條參看)之ニ反シテ片務契約ナルキハ契約者人員ノ多寡ニ關セス唯一通ノ證書ヲ以テ足レリトス

6 トナレハ総テ双務ノ契約ハ固ヨリ有償ノ契約ナリト雖モ有償ノ契約ハ必シモ双務ノ契約ニ非ラサレハナリ見ル可シ利息附キ貸借契約ノ如キハ双方互ニ利益アルヲ以テ之ヲ有償ノ契約ト爲ス可キハ勿論ナリト雖モ然ル其契約ハ双務ニ非ラスシテ片務ナルヲハ既ニ已ニ之ヲ辯明セリ

有償ノ契約ト恩惠ノ契約トヲ區別スルハ實際上亦必要ナル利益ヲ有セリ即チ義務者ノ過失ヨリ生スル責任ノ輕重ヲ判定スルノ利益是ナリ例ヘハ恩惠契約ノ義務者ノ過失ハ有償契約ノ義務者ノ過失ヨリ輕ク無償ニシテ人ノ附托物ヲ預ル者ノ責任ハ有償ニシテ預ル者ノ責任ヨリ輕ク又タ有償ニシテ預ル者ノ責任ハ無償ニシテ人ノ物ヲ借り自己ノ有益ノ爲メニ之ヲ使用スル者ノ責任ヨリ輕キ等ヲ判定シ得可ナリ

(第千百七條)

有名契約トハ賣買契約、交易契約、會社契約等ノ如ク特ニ固有ノ名義アル契約ヲ云ナリ無名契約トハ其固有ノ名義ナキ契約ヲ云ナリ而テ有名契約ハ二箇ノ規則ニ由テ之ヲ組成スルヲ要ス例ヘハ賣買契約ヲ爲サンニ第一賣買篇ニ定メタル規則ヲ遵守ス可ク第二其契約中賣買篇ノ規則ニ定メサル條件アラハ此ノ契約篇一般ノ規則ヲ遵守ス可キヲ要スルナリ又無名契約ニ於テハ本ト特定固有ノ規則ナキヲ以テ唯契約篇一般ノ規則ノミヲ遵守ス可キ者トス前條條ヨリ本條ニ至ルマテ既ニ示シタル契約諸般ノ區別ノ外尙ホ四箇ノ區別ヲ爲サ、ル可ラサルモノアリ即チ承諾上ノ契約、實踐ノ契約、法式契約、法式ヲ要セサル契約是ナリ承諾上ノ契約トハ唯契約者雙方ノ承諾ノミヲ以テ全ク組成スル契約ヲ云フナリ例ヘハ賣買

契約ノ如シ(第千百二十八條第一項參看)

實踐ノ契約トハ唯契約者双方ノ承諾ノミヲ以テ組成スルニ非ラス必ス其契約ノ目的タル物件ヲ引渡スヲ待ツテ始メテ組成スル契約ヲ云フナリ例ヘハ附托契約ニ於テ附托人己ニ受托人ノ承諾ヲ得タリト雖モ現ニ其物件ヲ引渡スニ非ラサレハ其契約ヲ組成スルモノト爲ス不能ハス貸借契約ニ於ケルモ亦然リ唯貸主ノ承諾アルモ現ニ其物件ヲ借主ヘ引渡スニ非サレハ其契約ヲ組成スルモノト爲ス不能ハサルナリ然ハ實踐ノ契約ハ己ニ双方ノ合意アリト雖モ其物件ヲ引渡サ、ル間ハ双方共ニ何等ノ義務ヲモ生セサルモノナルヤ曰ク然ラス其物件ヲ引渡サ、ル間ハ所謂無名ノ契約ヲ組成セシモノニシテ正ニ一方ニ於テハ引渡ス可キ所爲即チ爲スノ義務ヲ負擔セシモノトス法式契約トハ公正ノ官吏ノ干涉ヲ經テ始テ組成スル契約ヲ云フナリ即チ夫婦間ノ財産契約、贈與契約、不動産抵當契約、是ナリ而テ佛國法律ニ於テハ財産上ニ關シテ是等ノ契約ヲ除クノ外別ニ法式契約ナキヲ以テ他ハ總テ法式ヲ要セサル契約ナリトス今本章ヲ終ラントスルニ臨ミ尙又タ契約中三箇ノ事項アルヲ講説セサル可ラサルナリ第一凡ソ何等ノ條件タルヲ問ハス苟モ契約ヲ爲サンコハ必ス其基本タル事項ヲ存セサル可ラス佛語之ヲ(シヨースユッサンシニール)ト云フ即チ基本ノ事項又ハ精神ノ事項ト云フノ意義ナリ何チカ基本ト云フヤ曰ク契約者双方ノ承諾、双方ノ能力、確定シタル契約ノ目的物、及ヒ適法ノ原因即チ是ナリ而テ此ノ四箇ノ中一チ缺クハ其契約ハ決シテ成立セサルモノトス然レモ獨リ能力ノ缺ケタル場合ニ於テハ其契約ハ全ク成立セサルモノト爲スニ

8 アラス唯瑕瑾アル契約即チ不完全ナル契約ナリトス而テ其瑕瑾ヲ補治スルノ方法アリ故ニ善ク之ヲ補治セハ即チ不完全ヲ變シテ完全ナル契約ト爲スヲ得可キナリ然レモ若シ之ヲ補治セスシテ其瑕瑾ヲ訴レハ其契約ハ終ニ無効ニ歸センノミ

第二 契約書中特ニ明文ヲ掲ケサルモ其契約ノ性質又ハ慣習ヨリ其意ヲ推及スルモハ自然或ル事項ヲ含蓄スルヲ云フナリ佛語之ヲ(シヨースナナレール)ト云フ即チ自然ノ事項ト云フノ意味ナリ例ヘハ賣買契約ノ賣主其賣渡シタル物件上ニ於テハ些ノ故障ナキヲ保證スルノ義務ヲ含蓄スルモノナリ故ニ他日其物件上ニ於テ故障ノ起ルコトアラハ賣主ハ一切其責任ヲ任セサル可ラサルノ義務アルナリ此義務ヲ名ケテ賣主ノ擔保ト云フ(第千六百二十六條及第千六百二十七條參看)

第三 契約ノ性質又ハ習慣ニ因ルニ非ラスシテ唯契約者双方ノ隨意ヲ以テ特ニ明約スヘキ事項ヲ云フナリ佛語之ヲ(シヨースナクシタンテール)ト云フ即チ不意ノ事項ト云フノ意義ナリ例ヘハ賣買契約ニ於テ特ニ賣主ノ擔保ヲ解除スルノ類ナリ

(第二章) 約契ヲ法ニ適シタル者ト爲スニ必要ナル條件

(第千八百八條)

- 總テ契約ヲ適法ノ者ト爲サンニハ四箇ノ條件アルコトヲ必要トス
- 一 義務ヲ行フ可キ者ノ承諾
 - 二 契約者双方ノ能力
 - 三 確定シタル契約ノ目的物

四 契約ノ適法ノ原因

或人其一ノ法文ヲ難シテ曰ク此ノ文意トニ不備ナリ宜ク「義務ヲ行フ可キ者ノ承諾及ヒ義務ヲ行ハシム可キ者ノ承諾」ト改ム可シ何トナレハ假令ヒ片務ノ契約ナリト雖モ双方ノ合意アルモアラサレハ其契約ハ成立セサレハナリト蓋シ謬レリ抑モ承諾トハ素ト他ニ對スルノ謂ヒニシテ獨リ自ラ爲ス可キコトアラサ故ニ法文未タ必スシモ不備ナリト云フ可ラズ然レ今一層之ヲ鄭重ニシ「後ニ義務者トナル可キモノ及ヒ後ニ權利者トナル可キモノ、承諾」トセハ更ニ明瞭ナルヲ覺フ

(第一款)

(第千百九條)

夫レ義務者ヲシテ承諾シタル所ノ義務ヲ負擔セシメンニハ必ス其承諾ノ瑕瑾ナキコトヲ要ス承諾ノ瑕瑾トハ何ソヤ承諾者自由知情ノ意思ヨリ出テサル不完全ナル承諾ヲ云フ即チ錯誤、脅迫及ヒ詐欺ヨリ生スル承諾是レナリ而シテ承諾ノ瑕瑾アルモノト承諾無キモノトヲ混同ス可ラス承諾無キモノハ其契約ハ無効ナリ承諾ノ瑕瑾アルモノハ其契約ハ無効ニアラスシテ之ヲ無効ト爲スコトヲ得可キモノナリ

(第千百十條)

錯誤トハ何ソヤ事實ニ違フタル信向ヲ云フナリ而テ錯誤ニ因リ契約ヲ結ビタル者ハ其錯誤ノ種類ニ由リ或ハ其契約ヲシテ成立セシメサルモノアリ或ハ其契約ヲシテ成立セシムルモノ後チ之ヲ取消シ得可キモノアリ又或ハ其契約ノ成立ヲ妨ケサルモノアリ今其區別ヲ左ニ陳

8 善シ之ヲ補治セ、即チ不完全ヲ變テ完全ナル契約ト爲スヲ得可キナリ然レモ若シ之ヲ補治セスシテ其瑕瑾ヲ訴レハ其契約ハ終ニ無効ニ歸センノヨ

第二 契約書中特ニ明文ヲ掲ケサルモ其契約ノ性質又ハ慣習ヨリ其意ヲ推及スルモハ自然或ル事項ヲ含蓄スルヲ云フナリ佛語之ヲ(シヨースナナレール)ト云フ即チ自然ノ事項ト云フノ意味ナリ例ヘ、賣買契約ノ賣主其買渡シタル物件上ニ於テハ些ノ故障ナキヲ保證スルノ義務ヲ含蓄スルモノナリ故ニ他日其物件上ニ於テ故障ノ起ルヲアラハ賣主ハ一切其責任ヒサル可クナルノ義務アルナリ此義務ヲ名ケテ賣主ノ擔保ト云フ(第千六百二十六條及第千六百二十七條參看)

第三 契約ノ性質又ハ習慣ニ因ルニ非ラズモ唯契約者双方ノ隨意ヲ以テ特ニ明約スヘキ事項ヲ云フナリ佛語之ヲ(シヨースナナレール)ト云フ即チ不意ノ事項ト云フノ意義ナリ例ヘ、賣買契約ニ於テ特ニ賣主ノ擔保ヲ解除スルノ類ナリ

(第二章) 約契ヲ法ニ適シタル者ト爲スニ必要ナル條件

(第千八百八條)

- 總テ契約ニ適法ノ者ト爲サンニハ四箇ノ條件アルコト必要トス
- 一 義務ヲ行フ可キ者ノ承諾
- 二 契約者双方ノ能力
- 三 確定シタル契約ノ目的物

四 契約ノ適法ノ原因

或人其一ノ法文ヲ難シテ曰ク此ノ文意トニ不備ナリ宜ク「義務ヲ行フ可キ者ノ承諾及ヒ義務ヲ行ハシム可キ者ノ承諾」ト改ム可シ何トナレハ假令ヒ片務ノ契約ナリト雖モ双方ノ合意アルモアラサレハ其契約ハ成立セサレハナリト蓋シ謬レリ抑モ承諾トハ素ト他ニ對スルノ謂ヒニシテ獨リ自ラ爲ス可キコトアラサ故ニ法文未タ必スシモ不備ナリト云フ可ラ大然凡今一層之ヲ鄭重ニシ「後ニ義務者トナル可キモノ及ヒ後ニ權利者トナル可キモノ、承諾トセハ更ニ明瞭ナルヲ覺フ

(第一款)

(第千百九條)

夫レ義務者ヲシテ承諾シタル所ノ義務ヲ負擔セシメンコハ必ス其承諾ノ瑕瑾ナキコト要ス承諾ノ瑕瑾トハ何ソヤ承諾者自由知情ノ意思ヨリ出テサル不完全ナル承諾ヲ云フ即チ錯誤、脅迫及ヒ詐欺ヨリ生スル承諾是レナリ而シテ承諾ノ瑕瑾アルモノト承諾無キモノトヲ混同ス可ラズ承諾無キモノハ其契約ハ無効ナリ承諾ノ瑕瑾アルモノハ其契約ハ無効ニアラスシテ之ヲ無効ト爲スコトヲ得可キモノナリ

(第千百十條)

錯誤トハ何ソヤ事實ニ違フタル信向ヲ云フナリ而テ錯誤ニ因リ契約ヲ結ビタル者ハ其錯誤ノ種類ニ由リ或ハ其契約ヲシテ成立セシメサルモノアリ或ハ其契約ヲシテ成立セシムルモノ後チ之ヲ取消シ得可キモノアリ又或ハ其契約ノ成立ヲ妨ケサルモノアリ今其區別ヲ左ニ陳

述セシ

- 一 契約ノ性質上ノ錯誤
- 二 契約ノ目的物上ノ錯誤
- 三 契約ノ目的タル物質上ノ錯誤
- 四 契約ノ物質上ニ非ラサル錯誤
- 五 契約ノ遠因上ノ錯誤
- 六 契約者一方ノ身分上ノ錯誤

其一 契約ノ性質上ノ錯誤トハ契約者双方ノ意思ノ齟齬スルヲ云フ例ヘハ甲ハ乙ヨリ一ノ物品ヲ受取レリ而テ甲ハ贈與セラレタルモノト思ヒ乙ハ賣渡シタルモノト思フ斯ル場合ニ於テハ承諾ノ瑕瑾ニ非ラスシテ承諾無キモノナリ是レ即チ契約ノ成立セサルモノトス

其二 契約ノ目的物上ノ錯誤トハ契約者双方ノ目的タル物品ノ齟齬スルヲ云フ例ヘハ甲乙一ノ家屋ヲ賣買セシニ甲ノ目的ハ東隣ノ家ヲ買取ルニ在リ乙ノ目的ハ西隣ノ家ヲ賣渡スニ在リ此ノ場合ニ於テモ猶ホ其一ニ於ケルカコトク亦承諾無キモノニシテ契約ノ成立セサルモノトス

此ノ二箇ノ如キハ法律上特ニ指定セスト雖モ承諾無キ契約ノ成立セサルハ第千八百八條ノ結果タリ而テ本條ニ規定シタル所ハ承諾上ノ瑕瑾即チ次ノ其三ノ場合ナリ

其三 契約ノ目的タル物質上ノ錯誤トハ其目的トシタル物件ノ性質上ヨリ生スル錯誤ヲ云フ抑モ法律上ニテ物件ノ原質ト云フハ契約者双方ノ承諾シタル大体ノ本旨ヲ云フナリ故ニ

其本旨ヲ誤レハ其契約ヲ組成スルモ有効ニ至ラサルモノトス左ニ其諸例ヲ列示セシ

一 物件普通ノ原質ニ就テ云ハソノ例ヘハ五圓ノ價ヲ以テ一箇ノ金ノ指環ヲ賣買セシニ他日其指環ハ金ニ非ラスシテ銅ナルヲ發見セリ然レ賣主固ト買主ヲ詐欺シタルニ非ラス双方共ニ金ナリト誤信セシモノナリ是レ契約ノ性質上ノ錯誤ニ非ラス又契約ノ目的物上ノ錯誤ニモ非ラス其錯誤ハ全ク契約ノ目的タル物件ノ原質上ニ在ルモノニシテ即チ契約ノ本旨ヲ錯誤シタルモノナリ此ノ場合ニ於テハ其契約ヲ取消シ得可キモノトス

二 製作人ノ名譽ヲ以テ物件ノ原質ト見做スヲアリ例ヘハ十五圓ノ價ヲ以テ頼山陽ノ書幅ヲ賣買セシニ其後山陽ニ非ラサルヲ覺知セリ是亦契約ノ本旨ノ錯誤ナリ故ニ之ヲ取消スヲ得可キモノトス然レ普通ノ原質ヲ以テ論スルハ書ノ原質タルヤ必ス墨ナリト云ハソ然レ契約ノ本旨此ニ在サルヲ以テ假令ヒ墨ノ品位ニ如何ナル錯誤アルモ其契約ヲ取消シ得可ラサルハ固ヨリナリトス

三 所有セシ人ノ高名ヲ以テ物件ノ原質ト見做スヲアリ例ヘハ拿破列翁ノ平生用ヒシモノナリト信シ金屬ノ指環ヲ賣買セシニ其實模造物ナリ此場合ニ於テハ金屬ノ種類如何ニ抱ハラス其契約ヲ取消シ得可キナリ何トナレハ契約ノ目的ハ金屬ノ種類ニ非スシテ所有セシ人ノ高名ニ在レハナリ

四 製作ノ年代ヲ以テ物件ノ原質ト見做スヲアリ例ヘハ一ノ銅器アリ古色蒼然是レ必ス五百年以上ノ物ナラント思惟シ之ヲ賣買セシニ其古色ハ眞ノ古色ニ非ラスシテ全ク近年ノ模造ニ係レリ是亦錯誤ナリ取消スヲ得可シ

五 製作ノ場所ヲ以テ物件ノ原質ト見做スコトアリ例ヘハ支那焼ノ陶器ト思ヒ之ヲ賣買セシ
ニ其實日本焼ナリ亦錯誤ナリ取消シ得可シ

以上皆契約者双方共ニ錯誤シタル事例ナリ然ルニ唯一方ノミ錯誤スルノ場合アリ例ヘハ甲
ハ乙ヨリ一ノ物品ヲ買ヒ自ラ古物ナリト信セリ而テ乙ハ素ト其古物ニ非ラサルコトヲ知レリ
然レハ甲ハ始メヨリ其新古ヲ問ハス乙亦敢テ之ヲ告ケス後テ甲ハ其古物ニ非ラサルコトヲ知
リ乙ニ對シテ其錯誤ナルヲ述ヘ賣買契約ノ取消ヲ求ムトセシニ之ヲ處分スルコト如何セハ可
ナラン

本條ニ依レハ唯錯誤ヨリ生スル契約ヲ取消スコトヲ得可シト定ムルノミ其錯誤ノ一方ニ在ル
ト双方ニ在ルトナ區別セス故ニ一方ノミノ錯誤ト雖モ之ヲ取消シ得可キモノト斷言セサル
ヲ得ス然レ前例ノ如ク錯誤ハ獨リ甲ニ在テ乙ニ在ラサルキハ甲之ヲ取消スニ因リ乙ニ贖シ
タル損害ヲ償フノ義務アルハ固ヨリ論ヲ竣タサルナリ而テ此ノ義務ノ生スル理由ハ第一千三
百八十二條ヨリ來レリ

其四 契約ノ物質上ニ非ラサル錯誤トハ契約ノ從タル目的上ノ錯誤ヲ云フ例ヘハ茲ニ一ノ
家屋ヲ賣買シ賣主其堅固ナルコトヲ保證スト雖モ後テ買主其堅固ナラサルコトヲ覺知セルカ如
キ是レナリ然レ此ノ如キ實際ニ遭遇シ果シテ契約ノ物質上ニ非ラサル錯誤即チ契約ノ從タル
目的上ノ錯誤ナルヤ否ヤヲ判定スルハ専ラ裁判官ノ知察ニ一任スルモノトス

其五 契約ノ遠因上ノ錯誤トハ契約ノ間接ノ目的ヲ云フ例ヘハ余カ馬ハ余カ家火災ニ罹リ
シトキ焚死シタリト思惟シ更ニ他ノ馬ヲ購フ然ニ翌日ニ至リ死シタリト思ヒシ馬ヲ再ヒ見

出シタリ是即チ遠因上ノ錯誤ナリ蓋シ直接ノ目的ハ新タニ馬ノ所有權ヲ得ルニ在リテ之ヲ
得テ死シタリト思ヒシ馬ニ代ント欲スルハ間接ノ目的ナリ斯ノ如ク遠因上ノ錯誤アリト雖
モ之ヲ以テ決シテ其契約ヲ取消スコトヲ得ス何トナレハ若シ是等ノ錯誤ヲ以テ取消シ得可キ
モノトセハ世間ノ商業盡ク廢絶スルニ至レハナリ然レ遠因上ノ錯誤モ相手ノ詐欺ヨリ生シ
タルキハ其契約ヲ取消シ得可キハ勿論ナリト又相手ニ詐欺ナシト雖モ死シタリト思ヒシ
馬ノ再ヒ見出セサルコトヲ保證スルカ如キコトアレハ其契約ヲ取消シ得可キモノトス

其六 契約ノ人ノ身分上ノ錯誤ハ二箇ノ區別ヲ爲サ、ル可カラス一ハ人ノ身分ヲ主トシタ
ル契約一ハ人ノ技藝ヲ主トシタル契約ナリ人ノ身分ヲ主トシタルモノハ例ヘハ恩惠契約ノ
受惠者ヲ誤リシキノ如シ人ノ技藝ヲ主トシタルモノハ例ヘハ甲畫工ノ高手ナルコトヲ知リ之
ニ揮毫ヲ乞ハント欲シテ誤テ乙畫工ニ乞ヒシカ如シ是皆錯誤ナリ取消スコトヲ得可シ其他賣
買交換ノ如キ契約ニシテ其主トスル所物品ニ在リテ人ニアラサルモノニ就テハ契約者ノ身
上錯誤ハ其契約ノ効力ヲ妨ケサルナリ凡ソ錯誤ニハ法律上ノ者ト事實上ノ者ト二箇アリ然
ニ本條ニ於テハ之カ區別ヲ記載セス故ニ余ハ錯誤ノ法律上ト事實上ト論セズ皆其契約ヲ取
消シ得可キモノト思考セリ然レ論者之ニ對シテ二種ノ駁說ヲ試ミタリ即チ左ノ如シ

一 第一千三百五十六條及ヒ第一千五百二十二條ニ依レハ裁判所ニ於テ爲シタル自認及ヒ和解ハ
事實上ノ錯誤ヲ以テ取消シ得可シト雖モ法律上ノ錯誤ヲ以テハ取消シ得可ラスト記載セリ
然ハ此ノ第一千百十條ニ於テモ亦彼ノ兩條ニ從ヒ必ス其區別ヲ爲ス可キモノト斷定セサル可
ラスト余之ニ答テ曰ハンは彼ノ兩條ノ場合ニ限リ法律上ノ錯誤ハ取消シ得可ラスト特別

ニ規定セシモノナリ即チ例外ノ規則ヲ掲ケシモノナリ豈ニ一般ノ場合ニ適用ス可キモノナランヤト

二 凡ソ何人ナリモ法律ヲ知ラサル者ト見做ス可ラサルノ一大原則アルヲ確認セサル者ハナカル可シ然ハ法律上ノ錯誤ヲ以テ契約ヲ取消シ能ハサルコトハ復タ多辯ヲ要セサルナリト余亦之ニ答テ曰ハシ此ノ原則タル唯之ヲ刑事並ニ公ケノ秩序ニ關スル法律上ニ適用スヘキノミ夫レ刑法ハ國ノ安寧ヲ保維スル者ナリ人之チ犯シ自ラ法ヲ知ラズト言テ其責ヲ逃レント欲スルモ豈ニ得可ケンヤ而テ民事上ニ於テハ決シテ之ヲ適用スルノ理由ナキナリ若シ之ヲ適用シテ契約ノ錯誤ヲ取消スコトヲ許サレハ法律ヲシテ反テ不正ノ結果ヲ得セシムルコト至ラン何トナレハ法律殊更ニ保護ス可キ無智無識ノ人ヲシテ反テ其枉屈ヲ伸フルコト能ハサルノ不幸ニ陷ヒラシムレハナリ尙ホ第千三百八十二條及ヒ第千三百八十三條ニ至リテ更ニ辯解スルコトアル可シ

(第千一百一十一條第千一百一十二條)

脅迫モ亦契約ヲ取消スコトヲ得ルノ原因トナルナリ何トナレハ脅迫ニ因リ取結ヒタル契約ハ自己ノ利害得失ヲ熟思シ然後チ承諾スルノ自由ナケレハナリ然レ是至ク承諾ナキモノニアラス唯不完全ナル承諾アルモノトス故ニ之ヲ取消スコトヲ得可キナリ若シ至ク承諾ナキモノトセハ其契約ハ成立セサルナリ
何チ以テ脅迫ニ因リ取結ヒタル契約ニ承諾アリト云ヤ曰ク脅迫ニ因リ其禍害ヲ蒙ランヨリハ寧ロ脅迫者ノ所望ニ從ヒ以テ其難ヲ免カルニ如スト決定セシナリ此ノ決定即チ承諾ナ

リ承諾ハ畏懼ヨリ生ス故ニ不完全ナリ然レ脅迫ニ種々アリ如何ナル者チ以テ其契約ヲ取消シ得可キ原由アリトスルヤ

第千一百一十二條ニ依レハ道理アル人チ感動セシムルニ足ルノ脅迫ナルキハ其契約ハ取消シ得可シト定メタリ然レ唯此ノ規則ノミニシテ本條ノ第二項ナキハ大ニ實際ニ適セサルコトアルヘシ何トナレハ均シク脅迫ナリト雖レ剛強ナル男子チ感動セシムルニ足ラスシテ柔弱ナル婦女老人チ感動セシムルニ足ルコト往々ニシテ之レ有レハナリ故ニ本條ノ道理アルノ文字ハ此ノ脅迫ニシテ此ノ人チ感動セシムルニ足ルノ道理アル即チ至當ト云フノ意味ニ解釋スヘシ此ノ如ク解シ來テ始メテ本條第二項ノ年齢男女及ヒ景狀ヲ區別スルノ規則ト大ニ符合スル所アルヲ識ル可シ然レ夫ノ脅迫ノ大小輕重ニ至テハ則チ唯裁判官ノ知察ニ委ス可キモノトス

脅迫ハ只人ノ身体ノミニ限ラス又其財産ニモ及ホス可キモノナリ例ヘハ汝チ我ニ對シテ此ノ事ヲ約セサレハ我レ汝カ家ニ放火セント恐嚇スルノ類

又本條ニ許多及ヒ現在ノ禍害云々トアリ然レ許多ノ文字決シテ概言ス可カラサルモノアリ即チ此ノ禍害ハ此ノ人ヨリ見レハ許多ナリト雖レ彼ノ人ヨリ見レハ寡少ナリト爲スコトアルヘシ例ヘハ汝チ今我言ヲ聽カサレハ我汝チ禱死サント脅迫サル、人アランニ其人無識ノ者ナラハ之チ畏懼スルコト極メテ許多ナラン然レ稍々事理ヲ辨スル者ナランニハ之チ畏懼スルコト極メテ寡少ナルヘシ要スルニ畏懼ノ多少ハ其人ニ因リテ差異アルノミ
現在ノ禍害トアルモ亦穩當ナラス凡ソ禍害ニハ現在ノ者アリ現在ニ非ラサル者アリ然ニ本

條ノ文意ニ拘泥セハ現在ニ非ラサル禍害ヲ以テ脅迫サル、ニ因リ取結ヒタル契約ハ終ニ取消スヲ得サルモノ、如シ例ヘハ汝ヲ我ト之ヲ約セサレハ一週日ノ後汝カ家ニ放火セント脅迫サル、者アラシニ是其禍害ハ現在ニ非ラス現在ニ非ラサル禍害ハ他ニ之ヲ避クルノ豫防ナキニアラス之ヲ避ケスシテ契約ヲ取結ヒタルハ承諾ノ自由アル者ナリ終ニ之ヲ取消スヲ得スト云フ者アルニ至ラハ是レ大ニ取消ノ効力ヲ減殺スル者ト云フヘシ本條ノ意決シテ然ラス故ニ現在禍害ノ文字ヲ現在畏懼ノ意ニ解スヘシ

脅迫ト詐欺トヲ區別スルノ必要アリ脅迫ハ契約者外ノ人ヨリ受ケタル時ト雖モ之ヲ取消スヲ得可キナリ詐欺ハ之ト異ナリ第千百十六條ニ依レハ契約ヲ取結ヒタル一方ノ者ノ詐欺ニ出ツルコト非ラサレハ之ヲ取消スヲ得可ラサルナリ是レ他ナシ詐欺ハ其人ヲ證明スルハ固ヨリ易シ亦之ヲ證明セサレハ訴フルコト能ハサルナリ脅迫ハ又之ト異ナリ其人ヲ證明スルハ甚タ難シ何トナレハ或ハ暗夜ニ乘シ或ハ白晝假面ヲ蒙リ又偽名ノ書簡ヲ贈ル等ノ所行最モ多クハナリ故ヘニ契約者外ノ人ヨリ脅迫ヲ受ケタル時ト雖モ之ヲ取消スヲ得可キナリ

(第千百十三條)

本條ハ契約者自身ニ對スル脅迫ハ勿論亦其配偶者及ヒ尊屬卑屬ノ親族ニ對スル脅迫モ猶ホ契約者自身ニ對スルカコトク見做シ其契約ヲ取消シ得可キ原由アリト爲セリ但シ本條ハ唯此ノ親屬ニ止リテ他ノ兄弟叔父等ニ及ホサルノ意ニアラス然レ此ノ間二箇ノ其區別ナササル可カラズ

一ヲ法律ノ推測トシ一ヲ事實ノ推測トス法律ノ推測トハ即チ本條記載スル所ノ親族ニ就テ

云フ例ヘハ汝ヲ今我言ヲ聽カサレハ我レ汝カ父ヲ殺サント脅迫セラレ因テ契約ヲ取結ヒシ者ナラシニハ法律上父ノ受クヘキ禍害ハ猶ホ契約者自身ニ受クルカコトク見做セリ故ニ裁判官ニ於テハ其父子平生ノ親疎ニ拘ハラズ十分畏懼セシモノト見做シ其契約取消ヲ許スヘキナリ

事實ノ推測トハ他ノ兄弟叔父等ニ就テ云フ例ヘハ汝ヲ我言ヲ聽カサレハ我汝カ兄ヲ殺サント脅迫セラレタリトセンニ此場合ニ於テハ裁判官其兄弟平生ノ親疎ヲ察シ其情親シカラズシテ十分ノ畏懼ナキモノト見做セハ其契約取消ヲ許サルナリ

(第千百十四條)

尊屬親ヲ畏懼スルノ意ニ因テ契約ヲ爲シタルハ之ヲ取消スヲ得サルナリ而テ其畏懼タル些少タリトモ脅迫ニ均シキ所行アルハ之ヲ以テ其契約ヲ取消シ得可キコトハ論ヲ跋ダサルナリ然レ法律上此事ヲ明言スルニ非ラス只本條記スル所ノ唯ノ字ヲ翫味セハ其意自ラ瞭然ナラン

義務ヲ約セシムルコト目的トシタル脅迫ニ非ラスシテ義務ヲ約シタル原由タリシ脅迫ナルハ其契約ヲ取消シ得可キヤ例ヘハ爰ニ人アリ大災ニ罹リ殆ント其性命ヲ失ハントス傍人ニ乞テ若シ我ヲ援ケハ若干ノ金ヲ與ヘント約ス此契約タル決シテ取消シ得可キモノニ非ラス何トナレハ其脅迫ハ本ト權利者ヨリ爲セシニ非ラスシテ義務者他ノ大災ニ脅迫セラレ自ラ權利者ニ向テ此ノ契約ヲ爲シ僅ニ九死ヲ出テ、一生ヲ得シ者ナレハナリ

又其金高ヲ減少シ得可キニ非ラス是レ本法中如此金高ヲ減少シ得可キ規則ナレハナリ

然其金高過當ナレハ裁判官ニ於テ登時災害ノ爲メ其精神常ヲ失ヒ即チ其本心ニ非ラサル
契約ナリト決シテ全ク之ヲ取消シ更ニ彼ノ故ナク人ニ損害ヲ加ヘ自ラ利益スルノ權利ナシ
トノ原則ニ基キ相當ノ賠償ヲ命スルコトヲ得可シ或曰ク凡ソ裁判官タル者ハ原告請求以外ノ
事ヲ判定ス可カラストノ原則ナリ然ニ今其賠償ヲ命スルカ如キハ亦其原則ニ抵觸スルニ非
ラスヤト曰ク然ラス抑モ此契約タル固ト其一方ノ者危難ヲ犯シテ救援セシ爲メノ損害ヲ豫
定シテ取結タルモノナレハ即チ其一方ノ者自ラ損害賠償ヲ請求スルノ結果ト殆ソト同一ノ
モノトス

(第千百十五條)

本條ハ第千百十七條ノ下ニ於テ講説スヘシ

(第千百十六條)

詐欺トハ總テ人ヲ欺ク可キ方法即チ狡計賤策等ヲ用ヒテ遂ニ其人ヲ錯誤ニ陥ラシムルヲ云
フ而テ錯誤ノ契約ハ固ヨリ之ヲ取消シ得可キ一原由アリトス然チ況ヤ詐欺ヨリ生スル錯誤
ノ契約ニ於テチヤ法文特更ニ之ヲ明記スルヲ要セサル者ノ如シ然ニ法律上錯誤ト詐欺トチ
區別スルハ何ノ理由ニ因ルヤ

曰ク錯誤ノ契約ヲ取消シ得可キ原由ハ前ニ既ニ説明セシ如ク唯其契約物質上ノ錯誤ニ在ル
モノトス而テ詐欺ヨリ生スル錯誤ノ契約ヲ取消シ得可キ原由ハ唯其契約物質上ノ詐欺ニ在
ルノミナラス亦其契約遠因上ノ詐欺ニ及ホス可キモノトス(第千百十條下參看)
詐欺ヲ以テ契約取消ノ一原由トナスニハ法律上左ノ條件アルヲ必要トス

第一 其詐欺ヲ受ケサレハ一方ノ者ニテ契約ヲ取結ハサリシモノノ明白ナルコト

是レ古來佛國法律學士ノ論セシ所ニシテ本法中其成跡ヲ遺存スル者トス往昔詐欺ニ三種ノ
區別ヲ爲セリ主タル詐欺、從タル詐欺、默許ノ詐欺是ナリボチエー氏ノ說ニ據レハ主タル詐
欺トハ始メヨリ計策ヲ用ヒテ人ヲ欺キ遂ニ契約ヲ結フヘキ意念ヲ生セシム可キ者ヲ云フ從
タル詐欺トハ始メヨリ計策ヲ用ヒシニ非ラスト雖モ契約執行ノ時ニ當リ始メテ計策ヲ用ヒ
相手方ニ其不利益ナル事ヲ承諾セシムル者ヲ云フ默許ノ詐欺トハ普通ノ人皆豫メ知り得ヘ
キ者ヲ云フ例ヘハ商人カ其賣品ノ價ヲ詐ルノ類ナリ

此ノ三種中契約ヲ取消シ得可キ者ハ獨リ主タル詐欺ニ在リ從タル詐欺ハ取消スコトヲ許サス
唯後ニ蒙リシ不利益ナル部分ノ損害ヲ償ハシムルコトヲ得可キノニ默許ノ詐欺即チ商人カ賣
價ヲ詐ルカ如キハ世間ノ慣習ナリ故ニ之ヲ取消ヲ許サス

第二 其詐欺必ス契約者ノ一方ノ者ヨリ之ヲ行フタルコト

故ニ假令ヒ主タル詐欺ナリト雖モ契約者ノ一方ノ者ニ非ラズシテ契約者以外ノ者之ヲ行フ
タルモハ其契約ヲ取消スコトヲ許サス契約者双方ノ間ニ於テハ完全ナル効力ヲ有スル者トス
然レ契約者以外ノ詐欺者ニ對シテ其損害賠償ノ訴ヲ爲スコトヲ得可キハ固ヨリ論ナキナリ
是以テ其詐欺ヲ原由トシ契約ノ取消ヲ求メント欲スルモハ必ス第一主タル詐欺ノ存スルコ
ト第二詐欺ヲ行フタル者ハ必ス契約者一方ノ者タルコトノ二件ヲ證明セサル可カラズ

(第千百十五條及第千百十七條)

錯誤、脅迫及ヒ詐欺ヨリ生シタル契約ハ總テ同一ノ瑕瑾アル者ニシテ成立セサル者ニ非ラ

大故ニ唯取消スヲ得可キ者タリ是レ第千百十七條ニ規定スル所ノ通則ナリ
然ニ脅迫ヨリ生シタル契約ニ付殊更ニ第千百十五條ヲ設ケタルハ殆ント其意ヲ解スル能ハ
ス蓋シ無用ノ條項ナリ何トナレハ脅迫ニ適用ス可キハ錯誤及ヒ詐欺ニモ亦適用ス可ケレ
ハナリ(第千百十七條第千三百四條及第千三百二十八條參看)

按スルニ此ノ第千百十五條ヲ設ケタルハ他意アルニ非ラスボチエー氏ノ曾テ論スル所ハ錯
誤ヨリ生シタル契約ハ當然成立セサレハ脅迫ヨリ生シタル契約ハ成立セサルニ非ラス唯取
消シ得可キニ過キスト然ニ本法編纂者ハ錯誤、脅迫、詐欺共ニ同一視スルヲ以テ本條ノ無
用ナルヲ覺ラス知ラス識ラスボチエー氏ノ説ヲ載セ來ルモノナラン本法中此ノ如キ誤謬
鮮シトモ將來尙ホ其機會ニ會セハ之ヲ説示スルヲ怠ラサル可シ

(第千百十八條)

損失トハ要價契約中一方ノ者ノ受ケタル損害ヲ云フ一般ノ原則ニ於テハ其損害莫大ナリト
雖凡之ヲ以テ決シテ其契約ヲ取消スヲ許サス故ニ損失ヲ受ケタル者ハ契約ノ當時其注意
ノ周密ナラサルヲ自悟スルノ外ナキナリ

然凡左ノ三箇ノ場合ニ於テハ唯損失タルノ故ヲ以テ其契約ヲ取消シ得可キノ例外アリ
第一 不動産買賣契約ノ賣主ニ於テ其物品ノ價額十二分ノ七以上ノ損失ヲ以テ賣却シタル
キハ其契約ヲ取消シ得可キモノトス(第千六百七十四條以下參看)但シ此ノ規則ハ獨リ賣主
ノ爲メニセシモノコシテ買主ノ爲メニセシモノニアラス假令ヒ買主ニ於テ此ノ如キ損失ア
リト雖凡決シテ其契約ヲ取消スヲ許サ、ルナリ

抑モ法律上斯ノ如キ區別ヲ爲スハ何ノ理由アリテ然ルヤ曰ク凡ソ人、事ノ急ニ遇ヒ自ラ處
スルニ能ク其利害損益ヲ省察スルノ暇アラザルハ殆ント世間ノ常觀タリ他ナシ是其心、事
ノ急ニ脅迫セラルレハナリ賣買ノ如キモ亦其損益ヲ省察スルノ暇ナキ場合少シトモ或ハ
父子ノ將ニ死セントスルノ大患ヲ救ハントシ或ハ自己ノ將ニ汚サレントスルノ名譽ヲ挽回
セントシ或ハ將ニ起ラントスルノ爭亂ヲ避ケントスルカ如キ時ニ際シ遽カニ己レカ所有物
ヲ斥賣スルハ是其賣主自己ノ心ニ脅迫セラルレハナリ然凡買主自己ノ心ニ於テハ固ヨリ此
等ノ事由ニ脅迫セラル、ニアラス故ニ法律上獨リ賣主ヲ保護シテ買主ヲ顧ミサル所以ナリ
第二 財産分配ヲ得ル者ノ一人四分ノ一以上ノ損失ヲ受クレハ其分配ノ更成ヲ求ムルヲ
得可シ(第八百八十七條參看)此規則ハ財産分配ハ宜ク平等ナルヘシトノ理由ニ基ク者ナリ
或曰ク果シテ然ラハ僅々厘、毛ノ差アリト雖凡亦其分配ヲ不平等トス然ニ四分ノ一以上ト
定メシハ何故ソヤ曰ク單純ナル理論ニ因レハ金錢分配ニ於テハ厘、毛ノ差アルモ尙ホ必ス
其分配ヲ更成セサル可カラサルカ如シ然凡何レノ國タルヲ問ハス所謂四捨五入ノ如キ方法
アリ豈ニ厘、毛ノ差ヲ以テ不平等トナスヲ得ンヤ况ンヤ諸般ノ財産ヲ分配スルニ於テチヤ
若シ之ヲ不平等トセハ終ニ有効ノ分配ナキニ至ル可シ是法律上著シキ損失アルニ非ラサレ
ハ分配ノ更成ヲ許サ、ル所以ナリ

佛國法律ニ於テハ四分ノ一以上ノ損失ヲ以テ著シキ者ト定メタリト雖凡然凡其限度ノ多少
ニ至テハ固ヨリ人定法ノ制スル所ナレハ他ノ邦國ニ於テハ其風俗人情ニ隨ヒ宜ク之カ伸縮
ヲ爲ス可キナリ

第三 幼年者ノ契約ハ損失ノ多少ヲ論セス又契約ノ種類ヲ撰ハス総テ契約上損失アルキハ之ヲ取消スヲ得可シ(第一千二百五條參看)此点ニ付テハ重要ナル論說アリ他日第一千三百五條ニ至テ之ヲ詳明セン

抑モ錯誤、脅迫、詐欺及ヒ損失アルヲ以テ其契約ヲ取消ノ訴權ハ人權ナルヤ將タ物權ナルヤ今之ヲ論究スルハ極メテ必要ナリトス若シ之ヲ物權トセハ管ニ其契約者ノ一方ニ對シテノミナラス契約者以外ノ人ニ對シテモ亦其契約取消ヲ求ムルヲ得可キナリ若シ之ヲ人權トセハ唯契約者ノ一方及ヒ其相續人ニ對シテ之ヲ求メ得可キニ過キサルナリ然ラハ爰ニ一例ヲ舉ケテ問ハンニ甲ハ乙ヲ脅迫シテ其家屋ヲ買受ケタリ其後乙ハ甲ニ對シ其脅迫ノ故ヲ以テ其家屋取戻シヲ訴求セリ然ニ其家屋ハ甲ヨリ既ニ丙ニ轉賣セリ此場合ニ於テハ乙ハ丙ニ對シテ更ニ其取戻ヲ訴求スルノ權アルヤ

曰ク其訴權ヲ以テ入權トセハ乙ハ丙ニ對シテ其取戻ヲ訴求スルノ權ナシト雖用之ヲ物權トセハ乙ニ於テ訴求スルノ權アルハ固ヨリナリトス要スルニ錯誤脅迫及ヒ詐欺ヨリ生スル契約ヲ取消ノ訴權ハ凡ヘテ物權ナリト斷言セサル可ラス是レ法文中明記シアルニ非ラスト雖用然トモ第一千九條ノ精神ニ由テ之ヲ推究スルキハ其物權ナリト斷言シテ不可ナキヲハ煥然トシテ火ヲ觀ルヨリモ明カナリ然ハ則チ乙ノ訴權モ亦物權ナリト云ハサルヘカラス其丙ニ對シテ訴求シ得ルノ權アル豈ニ疑ヲ容ル、所アレシヤ

夫レ錯誤脅迫及ヒ詐欺ヨリ生スル契約ハ承諾ノ瑕瑾アルモノナリ瑕瑾アル承諾ニ因リテ得タル權利ハ不完全ナルモノナリ不完全ノ權利ハ更ニ之ヲ補治スルニ非ラサレハ完全ノモノ

ト爲ス能ハス設ヒ之ヲ他ニ移轉スルヲ百回スルモ終ニ其不完全タルヲ免ル、ト能ハサルナリ然ハ即チ前ニ甲ノ丙ニ家屋ヲ轉賣セシハ不完全ノ權利ヲ移轉セシモノナリ丙ノ甲ヨリ買受ケシ權利ハ豈ニ終ニ不完全タルヲ免ル、トチ得ンヤ況ンヤ人タル者自己ノ有スル以外ノ權利ヲ他人ニ移ス可ラストノ原則アルニ於テチヤ(第一千二百二十五條及第一千二百八十二條參看)是レ乙ノ丙ニ對シテ其家屋取戻ヲ訴求シ得ルノ權アリト爲ス所以ナリ而テ損失ノ爲メ契約取消ヲ求ムルノ訴權モ亦物權ナリト斷定シテ敢テ疑ヲ容レサル所ナリ何トナレハ第一千六百八十一條中暗ニ之ヲ規定シアレハナリ

論者曰ク錯誤及ヒ脅迫ヨリ生スル取消ノ訴權ノ物權ナルトハ余亦問然スル所ナシト然レモ其詐欺ヨリ生スル取消ノ訴權ニ至テハ即チ其物權ニ非ラスシテ人權ナルトハ余ノ曾テ確信シテ疑ハサル所ナリ

抑モ詐欺ハ人ヲシテ錯誤ニ陥ヒラシムルコ因リ其契約ヲ取消ノ原由トナスコアラズヤ而テ此ニ所謂錯誤トハ契約目的ノ物質上ニ非ラサル者カ又ハ契約ノ遠因上ニ關スル者コシテ對手人ヨリ詐欺ヲ用ヒサルニ自カラスノ如キ錯誤ニ陥ヒルハ畢竟自己ノ不注意ニ出ツルノミ他ニ訴フルノ途ナク其契約組成有効ヲ妨ケスシテ其契約ハ完全無疵ノモノナリ然ラハ詐欺アル場合ニ之ヲ取消スハ契約ニ瑕瑾アルニ非スシテ其詐欺ヲ惡ンテ要償セシムルノ一方法ナリ夫レ然リ然ハ其契約ハ固ヨリ承諾ノ瑕瑾アルニ非ラス承諾ノ瑕瑾アルニ非ラサレハ其契約ハ有効ナリ假令ヒ詐欺アリト雖モ其契約既ニ有効ナリトセハ之ニ因テ得タル權利ハ即チ完全ノモノトス既ニ完全ノ權利トセハ之ヲ他ニ移轉スルモ亦終ニ完全タルヲ失ハサルヘ

シ豈ニ取戻シ得ヘキ理由アラシヤ

故ニ詐欺ヲ受ケタル者其詐欺ニ因リ若シ其損害ヲ蒙ルコトアルキハ唯之カ賠償ヲ請求スルノ
權利アルノミ然レ此ノ權利タル素ト物ニ對スルニ非ラスシテ唯其詐欺ヲ用ヒタル人ニ對ス
ルニ過キサルモノトス然ハ則チ此ノ訴權ハ物權ニ非ラスシテ人權ナリト斷言スルモ誰カ亦
之ヲ誹議スルモノアラシヤ是レ余カ曾テ確信シテ疑ハサル所以ナリト

此ノ説甚タ巧ミナルニ似タリト雖モ其論據トスル所ハ唯詐欺ハ承諾ノ瑕瑾ヲ致スモノニ非
ラスト云フノ一事ニ過キス然レ第千百九條ニ於テ詐欺ハ承諾ノ瑕瑾ヲ致スモノト云フノ明
文アルニ依レハ其ノ論據ノ空妄ナルヲ看破スルニ已ニ充分ナル明證アルモノナリ論者此ノ
明證アルニ拘ハラヌ尙ホ執拗シテ己レカ私見ヲ主張スルハ是レ法律ヲ辨明スルニ非スシテ
別ニ一箇ノ法律ヲ創設セントスル者ナリ學者ノ制定法ヲ說明セントスルモノ豈ニ此ノ如キ
所爲ニ倣フテ可ナランヤ然リト雖モ若シ余ヲシテ新法ヲ制定スルノ任ニ當ラシメハ余ハ論
者ノ見ニ左袒セン

(第千百十九條)

本條ハ民法中難解ヲ以テ稱セラル、者ナリ而テ實際上之ヲ適用ス可キ場合モ亦甚タ稀ナル
モノトス畢竟本條ノ禁スル所左ノ二事コアルナリ

- 一ハ自己ノ名義ヲ以テ契約ヲ爲シ其契約ヨリ生スル義務ヲ他人ニ歸セシムルコト
 - 二ハ自己ノ名義ヲ以テ契約ヲ爲シ其契約ヨリ生スル權利ヲ他人ニ歸セシムルコト
- 而テ法文中最モ注目ス可キハ自己ノ名義ノ文字ニ在リ何トナレハ自己ノ名義ニ非ラスシテ

他人ノ名義ヲ以テ契約ヲ爲シ其義務權利ヲ他人ニ歸セシムルコト固ヨリ法律ノ禁セサル所ナ
レハナリ夫ノ代理者事務管理者及ヒ後見人等ノ如キハ皆他人ノ名義ヲ以テ契約ヲ組成スル
モノナリ

殊ニ本條ヲ解スルニ方リ唯其字面ニ固着セハ之ヲ法理ニ照スモ實際ニ較フルモ殆ト解シ能
ハサルナリ本條ニ曰ク「何人ニ限ラス自己ノ爲メノ外自己ノ名義ヲ以テ契約ヲ爲ス可カラ
ス」ト凡ソ人何事ヲ問ハス自己ノ名義ヲ以テスルハ自己ノ爲メニスルナリ他人ノ爲メニス
ルニ非ラス若シ自己ノ名義ヲ以テ他人ノ所爲ヲ約セントスルモ豈ニ實際ニ於テ之ヲ爲スコ
ト得ンヤ若シ義務ヲ負擔セシメント欲スル人ヲ明示セシテ其人ノ所爲ヲ約セントスルモ
實際豈ニ之ヲ爲スコト得ンヤ例ヘハ甲ハ乙ニ對シテ丙ヨリ金千圓ヲ贈與ス可シト約センニ
丙ノ何人タルヲ明示セズシテ可ナランヤ

然ハ本條ノ意味終ニ如何曰ク殆ト解スルコト能ハス止ム無ンハ左ノ意味ニ解センノミ何ノ
人ニ限ラス自己ノ爲メニ非ラサレハ自己ノ名義ヲ以テ契約ヲ爲ス可カラズ他人ノ爲メ自己
ノ名義ヲ以テスルハ法律ノ禁スル所ナリト

本條ノ意味果シ此ノ如シトセハ第千三百七十二條以下ニ設ケタル事務管理者ノ規則ト抵觸
スル者ノ如シ該條以下ニ依レハ事務管理者ハ豫メ本人ノ依頼ヲ受ケスト雖モ其管理ヨリ生
スル義務ハ毎チニ本人ニ負擔セシム可キモノトナセリ是レ自己ノ爲メニ非ラスシテ自己ノ
名義ヲ以テ契約ヲ爲ス者ニアラスヤ

曰ク然リ蓋シ本條ハ羅馬法ノ原則ヲ誤用セシ者ナリ同法ノ原則ハ凡テ他人ノ所爲ヲ約スル

一ヲ禁セリ故ニ事務管理者ハ固ヨリ代理者及ヒ後見人ト雖モ本人ノ爲メ契約ヲ爲スニ方リテハ其本人ノ名義ヲ用ヒスシテ自己ノ名義ヲ用ヒ其契約ヨリ生スル義務モ亦自己ニ負擔シ而シテ本人ナシテ自己ニ對シ更ニ其義務ヲ負擔セシム可キモノトナセリ本法ニ於テハ則之ト異レリ然ニ本法編纂者ハ偶マ此ノ異別アルヲ遺忘シ直チニ羅馬ノ原則ヲ寫シ來ル者ナリ是レ其原則ヲ誤用セシ者ナリ要スルニ本條ノ旨意ハ事務管理者又ハ代理者及ヒ後見人ノ外ハ一切他人ノ所爲ヲ約スルヲ得スト云フコアリ

事務管理者ト自己ノ爲メニ非ラスシテ自己ノ名義ヲ以テ約スル者トノ異別ハ既ニ之ヲ知ラセリ然レ二者共ニ豫メ本人ノ依頼ヲ受ケサルハ一ナリ而シテ唯其結果ヲ異ニスルハ何ソヤ曰ク假令ヒ依頼ヲ受ケサルモ本人ノ爲メ必要ナル事ヲ約セシキハ之ヲ事務管理者ト爲シ第千三百七十二條以下ニ依據ス可キモノトス之ニ反シテ其必要ナラサル事ヲ約セシキハ本條即チ第千九十九條ニ依テ無効ノ契約ナリトス以上陳述シタルヲ略言スレハ左ノ如シ

一 人ヨリ依頼ヲ受ケテ契約セシキハ何事タリモ其契約ヨリ生スル義務ヲ其人ニ負擔セシムルヲ得

二 人ヨリ依頼ヲ受ケテ雖モ其人ノ爲メニ必要ナルヲ契約セシキハ其契約ヨリ生スル義務ヲ其人ニ負擔セシムルヲ得

此ノ二箇ノ場合ノ外自ラ約シテ他人ニ其義務ヲ負擔セシムルヲ得可カラサルナリ以上皆自己ノ名義ヲ以テ契約シ其義務ヲ他人ニ歸セシムルノ場合ナリ以下將ニ其權利ヲ他

此ノ二箇ノ場合ノ外自ラ約シテ他人ニ其義務ヲ負擔セシムルヲ得

人ニ歸セシムルノ場合ニ講及セントス

本條ニ又曰ク「何人ニ限ラス自己ノ爲メニ非ラサレハ人ニ權利ヲ約セシムルヲ得ズ」ト然レ夫ノ代理者及ヒ事務管理者後見人等ハ亦此ノ例外トス

抑モ權利ヲ約セシムルトハ自己ノ爲メニ一方ノ者ヨリ義務ヲ尽サシメ即チ自己ノ得可キ權利ヲ約セシムルト云フノ意ナリ法語ニ之ヲ約權ト云ヒ又之ヲ約スルヲ義務ト云フ然ニ權利ヲ得可キ者ハ自己ニシテ其權利ノ目的物ヲ得可キ者ハ他人ナリト云フノ場合アリトモハ實ニ奇怪ノ結果ナリト云ハサル可ラス例ヘハ甲ハ丙ノ爲メニ乙ヲ一ノ家屋ヲ建築センコト己レニ約セシメタリトセンニ此場合ニ於テハ乙(約務者)ノ義務ニ對スル權利者ハ甲(約權者)ニアリ然レ甲ノ權利ハ甲ノ利益トナルニ非ラスシテ反テ丙ノ利益トナルモノトモトセハ誰カ之ヲ奇怪ナリト云ハサルモノアラソヤ是レ本條ニ於テ此ノ約權ヲ禁止シタル所以ナリ而シテ理由ヲ解スル敢テ難キコアラソ即チ左ノ如シ

實際ノ利益ナキモノハ亦隨テ訴權ナキナリ訴權ナキ契約ハ無効ナリト云フコアリ今此ノ理由ヲ擴張シテ更ニ本條ヲ設定セシ所以ヲ明瞭ニセントス

前例ニ示セシ如ク甲ハ丙ノ爲メニ乙ヲシテ家屋建築ヲ己レニ約セシムルト雖モ其契約ハ無効ナリ何ントナレハ甲ハ乙ノ權利者ナリト雖モ乙ヲシテ其義務ヲ執行セシムルモ其利益ヲ得可キ者ニ非ラス丙ハ其利益ヲ得可キ者ナリト雖モ乙ノ權利者ニ非ラス乙ヲシテ其義務ヲ執行セシムルヲ能ハサレハナリ故ニ乙ハ其義務ヲ執行セサルモ甲ハ之ヲ訴求ス可キ目的アルコトナシ甲若シ乙ニ對シテ其義務ノ執行ヲ求ムトセンカ乙必ス之ヲ答テ曰ハソ甲ノ求ムル

所ハ甲ノ利益トナルニ非ラス既ニ利益ナケレハ亦訴權ナシト甲若シ其義務ノ執行ヲ求メズシテ損害賠償ヲ求ムトセンカ乙又必ス曰ハン我レ義務ヲ執行セサルモ甲ハ損害ヲ受クルノ原由ナシ既ニ原由ナケレハ豈ニ賠償ヲ求ムルヲ得ンヤト是レ甲ノ求ムル所ハ非ニシテ乙ノ拒ム所ハ是ナリト云フヘシ

蓋シ乙ハ其義務ヲ執行スルモ甲ニ於テ全ク其利益ナシト云フ可ラス乙其義務ヲ執行セハ甲ハ丙ニ對シテ親愛上ノ利益アル可シ然トモ是等ノ利益ハ素ト金錢上ニテ評價シ得キモノニ非ラス故ニ亦金錢上ノ賠償ノ原素ト爲ス可ラサルナリ然ハ則チ乙ノ義務ハ法律ヲ以テ之ヲ裁制シ得キモノニ非ラス法律上豈ニ之ヲ義務者ト云フヲ得ンヤ故ニ丙ハ甲ニ對シテ訴求シ得可ラサルハ勿論乙ニ對スルモ亦訴求シ得可ラサルナリ是レ丙ト乙トノ間曾テ何等ノ契約モ無カリシモノナレハナリ

(第千百二十條)

凡ソ他人ノ所爲ヲ約シ其他人ヲシテ其義務ヲ負ハシメントスルニハ豫メ其他人ノ依頼ヲ受クルカ又ハ其他人ノ必要ナル事ニ非ラサレハ之ヲ爲シ得可ラサルトハ前條ニ於テ既ニ之ヲ請示セリ然トモ亦強ク之ヲ爲シ得可ラサルモノト言フヘカラス何トナレハ假令ヒ他人ノ依頼ヲ受ケスシテ其所爲ヲ約スルモ後チ其他人ヲシテ既ニ約シタル所爲ヲ承諾セシムルキハ其始メノ契約ハ後ノ承諾ヲ得シ時ヨリ其効力ヲ有スルハ勿論ナレハナリ故ニ他人ノ所爲ヲ約シ直チニ其他人ヲシテ義務ヲ負ハシムルヲ能ハスト雖モ唯其他人ヲシテ其所爲ヲ承諾セシム可シト約スルハ爲シ得可カラサルトコ非ラス例ヘハ甲ハ丙ヨリ依頼ヲ受ケスシテ乙ニ對

シ丙ヨリ金千圓ヲ與ヘシム可シト約スルヲ得スト雖モ唯丙ヲシテ與フ可キヲ承諾セシム可シト約スルカ如キハ爲シ得可ラサルトコ非ラス之ヲ爲スハ是レ他人ノ承諾ヲ保證スルナリ而シテ他人若シ之ヲ承諾セサレハ保證人ノ損害賠償ノ義務ヲ負擔セサル可カラズ然レ是唯承諾ヲ得ルヲ保證セシノニ其義務執行ヲ保證セシニ非ラス故ニ唯其承諾ヲ得ハ足レリ假令ヒ其義務ヲ執行セサルモ決シテ其ノ責ニ任セサルナリ例ヘハ甲ハ乙ニ對シテ余、子ノ爲メニ丙ヲシテ一ノ家屋ヲ建築スルヲ承諾セシム可シト保證センニ後チ丙之ヲ承諾セハ甲ハ乙ニ對スル義務ヲ既ニ盡シセリ故ニ丙若シ其建築ヲ怠ルモ乙ハ甲ニ對シテ苦情ヲ訴フルヲ能ハズ唯乙ハ丙ニ對シテ其損害賠償ヲ求メ得キニ過キサルナリ然レ甲若シ建築落成マデチモ保證シタルキハ其落成ニ至ラサレハ其責ヲ免ル、ヲ能ハサルナリ

(第千百廿一條)

第千百十九條ニ於テハ約權者ハ約務者ニ對シ其義務ノ執行ヲ訴求シ得可カラサルノ原則ヲ示セリ今又本條ニ至テ其例外アルヲ示メサントス即チ他人ノ爲メ結約シタル一方ノ者(約權者)他ノ一方ノ者(約務者)ニ對シ法律上其義務ノ執行ヲ訴求シ得可キ場合アリ左ニ其事例ヲ舉ケン

第一 他人ノ爲メ權利ヲ約セシメタル者其他人ノ利益ヲ得ルニ因リ自己モ亦利益スル所アレハ其契約ハ有効ナリ例ヘハ甲ハ乙ヲシテ丙ニ對シテ若干ノ金額ヲ與フ可キヲ己レニ約セシム丙ハ甲ノ債主ニシテ無資力ナリ乙其義務ヲ執行スレハ丙其利益ヲ得テ甲モ亦其利益ヲ得可シ何トナレハ丙ニ乙ヨリ得タル金額アレハ甲之ニ對シテ其負債ヲ償却セシム可ク

レハナリ

第二 他人ノ爲メ權利ヲ約セシムル者一方ノ者ヲシテ其義務執行ニ付過代ノ契約ヲ附加セシメシキハ亦其契約ハ有効ナリ例ヘハ甲ハ丙ノ爲メニ乙ヲシテ家屋ヲ建築スルヲ已レニ約セシメ且ツ乙ニ於テ若シ其建築ヲ爲サ、ルキハ其過代トシテ若干ノ金額ヲ已レニ拂フ可シト約セシム此ノ場合ニ於テ乙若シ其期ニ至リ建築ヲ爲サ、ルキハ甲ハ乙ニ對シ過代金請求ノ訴ヲ爲スヲ得可キナリ

或人之チ駁シテ曰ク過代ノ契約ハ主タル約權ノ附從契約ナリ故ニ此ノ契約ハ無効ナル可シ是主タル契約ノ無効ナルキハ從タル契約モ亦自ラ無効ナル可シトノ原則アレハナリト(第一千二百二十七條參看)此ノ論定ニ取ルニ足ラス何トナレハ此ノ原則ハ茲ニ適用ス可キニアラス之チ適用ス可キハ單ニ不法ノ理由若クハ義務ノ目的ノ存セサル場合ニアリ而テ主タル義務ヲ無効トスルノ理由ハ唯法律上ヨリ訴求シ得可キ目的ヲ欠クノ一點ニアルモノニシテ此ノ過代ノ契約ノ如キハ其欠點ヲ補フタルモノナレハナリ

第三 他人ノ爲メニ權利ヲ約セシムルハ未必條件タリシキト雖モ其契約ハ有効ナリ例ヘハ甲ハ乙ニ約シテ子若シ丙ニ對シテ其終身間若干ノ年金ヲ與フレハ余モ亦子ニ對シテ斯々ノ物件ヲ贈與シ又ハ賣却ス可シト云ハハ此ノ契約ハ有効ナリ何トナレハ甲ハ乙ヲシテ其義務ヲ履行セシムルノ手段ヲ有スレハナリ手段トハ他ナシ若シ乙ハ丙ニ盡クス可キ義務ヲ怠ルキ甲ハ乙ニ約シタル物件ヲ未ダ引渡サ、ル前ナルキハ甲ハ之チ差押ヘテ其履行ヲ請求スルヲ得可シ既ニ引渡シタル後ナルキハ甲ハ既ニ約シタル義務ノ解除ヲ請求スルヲ得可

ケレハナリ

此ノ例外中第三ノ場合ハ本條ノ末項ニ規定シタル所ニシテ即チ「若シ丙ハ約權契約ノ利益ヲ受得セシトチ陳述シタル時ハ甲ハ其約權契約ヲ取消スヲ得ズ」トアリ故ニ前例ニ因テ再ヒ之ヲ説明セシム夫ノ丙ハ乙ノ甲ニ約シタル物件ヲ受得セシトチ陳述シタル以上ハ甲ハ最早之チ已レニ歸スルヲ得ズト云フノ意ナリ然レモ丙ノ未ダ之チ陳述セサル間ハ甲ノ注意ヲ以テ其物件已レニ歸スルヲ得ルハ固ヨリ言ヲ待タサルナリ然レモ甲ハ丙ニ於テ其利益ヲ受クルヲ欲セストノ口實ヲ設ケ乙ニ對シ其契約ヲ取消スヲ得サルナリ何トナレハ乙ノ義務ハ丙ノ爲メニ盡クスモ又他人ノ爲メニ盡クスモ畢竟甲ヨリ受取ル可キ物件ニ對スルモノニシテ固ヨリ其利益ヲ受クル人ヲ主トシテ約セシモノニ非ラサレハ甲ハ乙ノ主トセサル人ニ於テ其利益ヲ欲セズト云フヲ以テ已レカ義務ヲ免ル、ト能ハサレハナリ

(第一千二百二十二條)

本條ハ他人ノ爲メニ契約スルコトヲ許サスト雖トモ自己ノ爲メ又ハ其相續人ノ爲メ若クハ關係人ノ爲メニ契約スルヲ許セリ審ニ之ヲ許スノミナラス假令ヒ是等ノ人ノ爲メナルヲ明言セスト雖モ法律上是等ノ人ノ爲メニ契約シタルモノト見做セルナリ

關係人トハ如何ナルモノヲ云フヤ其權利ト義務トヲ問ハス凡テ本人ノ位地及ヒ其代リトナル者ヲ云フ而メ之チ二種ニ區別セリ一チ總体ノ關係人ト云ヒ二チ特別ノ關係人ト云フ總体ノ關係人トハ財産ノ全部又ハ幾部ヲ受繼ク者ヲ云フ例ヘハ余遺物證書ヲ以テ余カ財産ノ三分ノ一チ或人ニ與ヘシトセンニ余カ死後其人之チ受繼クキハ余カ負債ノ三分ノ一チモ

亦負擔セサル可カラス何トナレハ凡ソ人ノ財産ハ其現有高ト負債高トチ合テ組成スルモノナレハナリ

特別ノ關係人トハ或種ノ權利又ハ義務ノミチ受繼ク者ヲ云フ例ヘハ余ハ隣地ノ所有主ト約シテ其地内ヲ通行スルノ權利ヲ得余カ所有地ニ幾分ノ便利ヲ與ヘ其地價自ラ増加シタリ之ヲ地役ト云ヒ即チ物權ノ一ナリ此ノ物權ヲ得タル後チ余之ヲ他人ニ賣却セリ其後隣人若シ余ニ許シタル通行ノ權利ヲ他人ニ許サハルキハ余ト隣人トノ間ニ嘗テ結ヒタル契約アルニ因リ亦己レカ通行ノ權利ヲ請求スルコトヲ得可シ是レ其物品ニ付テ存セシ所ノ權利義務ヲ相續スル者ナレハナリ要スルニ余カ有セシ特定ノ權利又ハ義務ヲ讓受ケタル者ハ皆特別ノ關係人ニシテ余カ有セシ其權利ハ悉ク依然トシテ之ニ移リ其義務モ亦依然トシテ之ニ轉スルナリ故ニ特定ノ物權ヲ讓受ケタル者ハ其物權ニ關スル損益共ニ受繼ク可キ者ナリ是他ナシ物權ハ其存スル物ト共ニ轉移スルモノナレハナリ

之ニ反シテ前所有主ノ權利、人權ナルキハ大ニ其結果ヲ異ニセリ例ヘハ余カ隣人數頃ノ田地アリ余モ亦數頃ノ田地アリ隣人余ニ對シテ己レカ田地ヲ耕ヤスト同時ニ余カ田地ヲ耕ヤサンコトヲ約ス其後隣人已レノ田地ヲ賣却セリ然レモ余ハ新隣人ニ對シテ舊隣人ノ約ニ因リ余カ田地ヲ耕ヤサンメノコトヲ請求スル能ハス何トナレハ舊隣人ハ唯余ニ對シテ對人ノ義務ヲ負ヒ余モ之ニ對シテ對人ノ權利即チ人權ヲ有スルノミニシテ之レカ爲メ隣地ヨリ直チニ余カ田地ニ便利ヲ與ヘシニ非ラス又舊隣人ノ所有權利ヲ増減セシニモ非ラサレハナリ然レモ茲ニ一箇ノ例外アリ即チ家屋又ハ地面ノ賃貸契約是ナリ例ヘハ甲ハ乙ニ地面ヲ賃貸

シタルモ之カ爲メ甲ノ所有權ヲ増減スルニ非ラスト雖モ甲若シ之チ丙ニ賣渡シタルキハ丙ハ乙チシテ其地面ヲ立退カシムルコトヲ得サルナリ(第七百四十三條參看)

又吾人ノ爲シタル契約ハ吾人ノ相續人若クハ關係人ノ受繼ク可キモノトノ原則ニ一箇ノ例外アリ

第一 契約者双方ニ於テ其契約ノ目的タル權利義務ハ權利者若クハ義務者ノ死去ニ依テ消滅ス可シト契約書中明瞭ニ記載シタル時

第二 其人ヲ主トシ又ハ其人ノ身分ヲ主トシテ契約シタル時例ヘハ會社及ヒ代理又ハ年金養育料ノ契約ノ如シ

(第二款) 契約ヲ爲ス者其契約ヲ結ヒ得可キ能力

(第一千二百二十三條乃至第一千二百二十五條)

何人ニ限ラス能力ヲ有スル者ト見做スハ法律上一般ノ通則ナリ能力ヲ有セサル者ト見做スハ是其例外ナリ故ニ法律上ニテ殊更ニ無能力者ト定メタル者ヲ除クノ外凡テ人タル者ハ契約ヲ結ヒ得可キ能力ヲ有スル者トス而シテ法律上ノ無能力者ハ即チ左ノ如シ

第一 幼年者、幼年者ニ一箇ノ區別アリ一ハ後見ヲ免レサル者ニハ後見ヲ免レタル者

後見ヲ免レサル幼年者ノ爲メ總テ民事上ニ關シテハ猶ホ代理者ノ委任者ニ於ケルカコトヨリ幼年者ニ代ル可キ一ノ後見人ヲ附與セリ(第四百五十條參看)故ニ後見人ノ爲シタル賣買貸借等ハ皆幼年者ノ爲シタルモノトシ即チ法律上ニテ附與セラレタル後見人ノ權限内ニ於テ爲シタル處分ヨリ生スル義務權利ハ悉ク幼年者ノ責任ニ歸ス可キモノトス例ヘハ後見人ニ

於テ一ノ家屋ヲ買ヘハ幼年者ハ其家屋ノ代價ヲ拂フノ義務ヲ有シ又其家屋ノ引渡ヲ請求スルノ權利ヲ有スルモノトス然レハ或ル所爲ニ關シテハ決シテ後見人ニ委任スルコトヲ許サス幼年者必ス自ラ之ヲ爲サ、ル可カラサルナリ即チ婚姻及ヒ夫婦間ノ財産處分契約是ナリ然レハ此ノ場合ニ於テハ其尊屬親若クハ親族評議組合ノ補助ヲ受クルヲ必要トス(第千九五條及第千三百九十八條參看)又遺物證書ヲ記スルノ權利モ必ラス本人(幼年者)ニ限ルヘキモノニシテ決シテ後見人ノ干渉ヲ許サ、ルナリ而シテ幼年者十六歳ニ至レハ獨立シテ遺物ヲ爲スノ權利ヲ有ス然レハ其能力ハ亦完全ナルモノニ非ラス(第千九百四條參看)

後見ヲ免レタル幼年者ノ爲メ法律上ニテ財産管理人ヲ附與セリ而シテ幼年者ハ自ラ己レカ財産ヲ處分スルヲ以テ財産管理人ハ常ニ之カ代理ヲ爲スニ非ラス故ニ管理人ノ職務ハ唯幼年者ヲ補助スルニアルナリ此ノ補助タル亦常ニ之ヲ必要トスルニアラサルナリ要スルニ法律上ニ於テハ此ノ幼年者ノ財産又ハ資本ノ入額ヲ處分スルノ所爲ニ至テハ全ク丁年者ト同一ノ者ト見做セリ

第二 治産ノ禁ヲ受ケタル者は亦二箇ノ區別アリ一ハ全ク治産ノ禁ヲ受ケタル者二ハ半ハ治産ノ禁ヲ受ケタル者

全ク治産ノ禁ヲ受ク可キ者ハ重罪ノ刑ニ處セラレタル者又ハ瘋癲白痴ノ人ニアリ半ハ治産ノ禁ヲ受ク可キ者ハ多クハ放蕩無賴ノ人ニアリ而シテ全ク治産ノ禁ヲ受ケタル者ハ法律上後見人ヲ免レサル幼年者ト同視シ特ニ後見人ヲ設ケ以テ諸般ノ事ヲ代理セシム然レハ此ノ禁治産者ト後見ヲ免レサル幼年者トノ間ニ數多ノ差別アリ即チ左ノ如シ

一 幼年者ハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ルト雖モ全クノ禁治産者ハ之ヲ爲スコトヲ得ズ

二 幼年者ハ十六歳以上ニ至レハ遺物ヲ爲スコトヲ得ルト雖モ全クノ禁治産者ハ之ヲ爲スコトヲ得ズ

三 幼年者ハ己レカ爲シタル契約ノ取消ヲ求ムルコトハ之カ爲メ證明セサル可カラサルノニ要件アリ一ハ幼年者ニ其契約ヲ爲シタルコトニ其契約ノ爲メ概テ損害ヲ受ケタルコト是ナリ之ニ反シテ全クノ禁治産者ハ唯治産ノ禁ヲ受ケタル間ニ其契約ヲ爲シタルコトノ一事ヲ證明スルヲ以テ足レリトス

幼年者ト禁治産者ノ間ニ此ノ如キ差異アルハ何ノ理由シヤ曰ク法律上幼年者ノ爲メ契約取消ヲ求ムルコトヲ許シタルハ其者素ト事物ノ經驗ニ足ラサルヲ以テ之ニ損害ヲ受ケサレシムル爲メニシテ其承諾ノ瑕瑾アルモノト見做スニ非ラス故ニ契約上ヨリ損害ヲ受ケサルハ概テ又其取消ヲ求ムルコトヲ許サ、ルナリ之ニ反シテ禁治産者ノ爲メニ契約取消ヲ求ムルコトヲ許シタルハ其承諾ノ瑕瑾アルモノト見做スニ在ルナリ何トナレハ全クノ禁治産ハ素ト其知覺精神ノ不充分ナル者ナレハナリ

半ハ治産ノ禁ヲ受ケタル者ニハ後見人ヲ附セスシテ裁判上ニテ定メタル補助人ヲ附セリ故ニ法律上或ル事件ニ於テハ補助人ノ補助ヲ受クルニ非ラサレハ有効ニ之カ處分ヲ爲スコトヲ得可カラサルナリ(第四百九十條及第五百十三條參看)

35 第三 婚姻シタル婦、凡ソ婚姻シタル婦ノ財産ヲ處分スルニ付テハ法律上其限度ヲ設ケ故ニ其限度ヲ超ユルノ處分ハ豫メ其夫若クハ裁判所ノ允許ヲ得ルニ非ラサレハ之ヲ爲スコト能

ハサルナリ唯專ラ自己ノミニ屬スル財産ヲ管理スルニ至テハ完全ノ能力ヲ有スル者トス然レハ婚姻ノ際夫婦間ノ財産ニ關スル契約ヲ以テ一旦其夫ニ財産管理ヲ委任シタルキハ亦其能力ヲ有セサル者トス(第二百十七條及第千四百二十八條第千五百三十一條第千五百四十九條參看)

蓋シ第千二百二十四條第三項ニ「法律上ニ定メタル場合ニ於テ云々」ト記載シアルハ則チ婚姻シタル婦ハ幼年者若クハ禁治産者ニ比スレハ其能力ノ稍々強大ナル所アルヲ示セシモノナリ

然レハ幼年者若クハ禁治産者ニ於テモ亦此ノ法文ヲ適用スルヲ得可キナリ何トナレハ後見ヲ免レタル幼年者又ハ半ハ治産ノ禁ヲ受ケタル者ハ唯其財産ヲ處分スルノ權利ヲ停止セラレシノミニシテ之ヲ管理スルノ權利ニ至テハ固ヨリ享有スル者ナレハナリ加之後見ヲ免レサル幼年者若クハ全ク治産ノ禁ヲ受ケタル者ノ結ヒシ契約ト雖モ總テ之ヲ無効トスルニ非ラズ必ズ概テ之カ爲メ幾分カ損害ヲ受ケタルキニ非ラサレハ其取消ヲ請求スルヲ得サルナリ故ニ損害ヲキキハ其契約ハ全ク有効ノモノトス殊ニ其契約ノ取消ヲ求ムルヲ得可キ者ハ唯幼年者若クハ禁治産者ノミニシテ其相手方ニ於テハ固ヨリ之ヲ爲スヲ得サルナリ故ニ無能力ヨリ生シタル契約ノ無効ハ之ヲ關係ノ無効ト云フ即チ此ノ人ニ關シテハ無効ナリト雖モ彼ノ人ニ關シテハ有効ナリト云フノ意ナリ

蓋シ契約ヲ取消ストハ管テ契約ヲ爲サ、リシカ如ク双方ノ位地ヲ舊ニ復セシムルヲ云フナリ故ニ賣買ノ契約ヲ取消セハ買主ハ賣主ニ其物品ヲ返却シ賣主ハ買主ニ其代價ヲ返却ス

可キハ自然ノ原則ナリ是故ニ無能力ノ原由ヲ以テ其契約ヲ取消スルモ亦此ノ原則ヲ適用セサル可カラサルモノ、如シト雖モ決シテ然ラズ例ヘハ爰ニ幼年者アリ丁年者ニ一ノ物品ヲ賣渡シ然ル後幼年者ハ其契約ノ取消ヲ求メタリトセシニ此ノ場合ニ於テハ丁年者ヨリハ其物品ノ全額ヲ返却スルヲ要スト雖モ幼年者ニ對シテハ必ラズシモ其代價全額ノ返却ヲ求ムルムルヲ能ハス唯幼年者カ其代價ニ因リ現在ニ有スル利益ニ相當スル所ノ金額返却ヲ求ムルヲ得可キノミ而シテ其現在ニ有スル利益ハ丁年者ニ於テ之ヲ證明セサル可カラズ蓋シ幼年者ノ現在ニ有スル利益ノ金額返却ヲ要スル理由ハ他ナシ凡ソ何人タリモ故ナク人ノ財産ヲ以テ己レカ利益ト爲ス可カラストノ一大原則アルヲ以テナリ(第千二百一十一條參看)以上列舉セシハ一般ノ無能力者ナリ故ニ人ノ誰タルヲ分タズ總テ契約ヲ爲スヲ得サルナリ而シテ第千二百二十四條ノ末項ニ特別ノ場合ニ於テ或ル契約ヲ爲スヲ許サ、ル無能力者ヲ記載セリ此ノ無能力者ハ普通法ニ於テハ能力者ナリト雖モ或ル人ニ關シテノミ契約ヲ爲スノ能力ナキ者ナリ即チ後見人ハ其幼年者ノ財産ヲ買フヲ得ズ(第四百五十條及第四百七十二條參看)夫ハ其婦ノ財産ヲ買フヲ得ズ婦モ亦夫ノ財産ヲ買フヲ得サルナリ(第千五百九十五條參看)其他第百九條ノ場合ニ於テモ亦然リ

(第三款) 義務ノ目的タル事物

本款ノ題目ヲ掲ケテ「契約ノ目的云々」ト爲セシハ誤ナリ抑モ契約ノ目的トハ何ヲ云フヤ契約ヨリ生スル目的ト云フノ意ナルヘシ然レハ契約ヨリ直チニ目的ヲ生スルニ非ズ契約ヨリ

直チニ生スル者ハ權利又ハ義務ナリ而シテ唯權利義務トノミ云フモ其果シテ何物タルヲ知ルニ由ラシ茲ニ其目的アリテ始テ其權利義務ノ何物タルヲ知ルヲ得可シ而シテ本款ニ於テハ其契約ヨリ生スル義務ハ如何ナルモノナルヤ又如何ナルモノヲ以テ其目的ト爲スヲ得ルヤノ論點ヲ定メシモノナリ故ニ契約ノ字ヲ義務ノ字ニ意解シ始テ其當ラ得可シ是亦編纂ノ過失ナリ

今爰ニ一例ヲ舉ケンニ甲ハ乙ト結約シ甲ハ自ラ義務アリト云ヒ乙ハ自ラ權利アリト云フ其義務ノ何物タルハ人得テ解スルコト能ハサル可シ故ニ甲ノ義務ハ金何百圓ナリ乙ノ權利ハ其金額ヲ得ルニアリト云テ始テ甲ノ義務ノ何物タルヲ知ルコトヲ得可キナリ然レヒ人アリ一ノ官有地ヲ賣ラント結約スルモ其契約ハ無効ナリ他ナシ是レ私人ノ爲シ得可カラサルコトニシテ即チ義務ノ目的物ノ無効ナルニ因レハナリ

(第千二百二十七條)

本條ニ曰ク「一箇ノ物件ノ單一ナル使用權又ハ單一ナル占有權ヲ以テ其物件同様ニ契約ノ目的ト爲スコトヲ得可シ」ト此ノ法文殆ソト理解シ能ハサルモノナリ抑モ其物件トハ果シ如何ナル物ヲ指スヤ蓋シ法律ハ其物件上ノ所有權ヲ指スカ然ラハ使用權又ハ占有權ヲ以テ所有權ト同ク契約ノ目的ト爲スコトヲ得可シトノ意味ナランカ

斯ノ如ク解釋スルモ尙ホ盡サ、ル所アリ何トナレハ物上ノ權利ハ畜ニ使用、占有、所有ノ三權ノミナラス入額所得權及ヒ地役權ノ如キモ亦等ク契約ノ目的ト爲スコトヲ得ヘキハ論ヲ待タサレハナリ然ニ本條ノ文字ニ固着シテ見解ヲ下ストキハ使用、占有、所有ノ三權ノ外他ニ

(第千二百二十八條及第千二百二十九條)

義務ヲシテ有効タラシムルニハ其義務ノ目的如何ナル性質アルコトヲ要スルヤ

第一 義務者ノ爲シ得可キ事ナルヲ要ス而テ義務者ノ爲シ得可カラサル事ヲ以テ義務ノ目的ト爲シタル契約ハ無効ノモノトス何トナレハ權利者ニ於テ義務者ノ爲シ得可カラサル事ヲ希望スルハ人ノ爲ス可カラサルコトナレハナリ然而テ其爲シ得可カラサル事トハ唯其一人ノミナラス社會一般ノ人ノ爲シ得可カラサル事ナルヲ要スルナリ夫ノ大工ニ對シテ左官ノ

工事ヲ爲サシムルヲ約シ左官ニ對シテ大工ノ事ヲ爲サシムルヲ約スルカ如キハ其義務者自身ニ於テハ固ヨリ爲シ得可カラサル事ナリト雖田義務者更ニ其職工チノ之ヲ爲サシムルヲ得可キハ勿論ナルヲ以テ其契約ハ有効ノモノトス之ニ反シテ大海ヲ歩行シ又ハ天ニ登ラント約スルカ如キハ是レ社會一般人ノ爲シ得可カラサル事ナリ故ニ法律上禁止シタル賣買物品ヲ以テ義務ノ目的トスルハ之ヲ爲シ得可カラサル事ノ部類ニ屬シ其契約タルヤ無効ナリ是第千二百二十八條ニ於テ「賣買ヲ以テ取引ヲ爲スコトヲ得可キ物品ニ非ラサレハ契約ノ目的ト爲スコトヲ得ス」ト規定シタル所以ナリ蓋シ該條ノ賣買ノ字ハ世人ノ常ニ云フ賣買ノ意味ヨリ頗ル廣キモノニシテ凡テ賣買ノミニ限ラス世間普通ニ授受スルコトヲ得可キトノ意義ヲ含有スルモノナリ

第二 義務ノ目的物ハ權利者ノ利益トナルニ非ラサレハ其契約ハ有効ナラサルナリ夫レ訴
權ノ生スル所以ハ實際上指定ス可キ利益有ルヲ以テナリ若シ其利益無ケレハ亦訴權無キナリ
故ニ權利者ニ於テ判然指定ス可キ利益有ラサルキハ其契約ハ無効ノモノトス是レ第一千二百
十九條ニ於テ「義務ハ少クモ其目的トシテ其種ノ定リタル物ヲ有スルヲ必要ス」ト云フ所以
ナリ

凡テ物品ハ之ヲ三種ニ區別セリ

- 一 確定物 二 種別物 三 類別物

而シテ類別物ヲ以テ目的ト爲シタル契約ノ義務ハ無効ナリ故ニ義務ノ目的物ハ必ラス確定若
クハ種別ヲ以テ定ムルヲ必要トス

種別トハ同質若クハ同名物ノ集合ヲ云ヒ類別トハ種別ノ集合ヲ云フ

今之ヲ例セシム人ト云ヘハ総テノ人ヲ包含スト雖モ總テノ活動物ヲ包含セス是レ種別ナリ
活動物ト云ヘハ総テノ人蓄魚虫等ノ種別ヲ包含スト雖モ總テノ不活動物ヲ包含セス是レ類
別ナリ而シテ何故ニ義務ノ目的物ハ類別ヲ以テ定メタルキハ之ヲ無効トシ種別ヲ以テ定メ
タルキハ之ヲ有効トスルヤノ點ニ至テハ左ノ一例ニ依テ之ヲ了解スルコトヲ得可シ

甲ハ乙ニ對シテ一箇ノ動物ヲ賣却ス可シト約シタリトセシム甲ノ義務ノ目的ハ類別ヲ以テ
定メタルモノニシテ其契約ハ無効ナリ何トナレハ甲ハ設ヒ一疋ノ蚊ヲ引渡スモ其義務既ニ
盡クセリ然レ權利者乙ニ於テハ何等ノ利益モ有ラサレハナリ或人曰ク此ノ場合ニ於テ裁判
官更ニ其盡ス可キ義務ノ目的物ヲ定ムルコトヲ得可シ豈ニ之ヲ無効トスルノ理アラソヤト

蓋シ謬ノ甚シキ者ナリ抑モ裁判官タル者ハ契約者双方ノ意旨如何ヲ辯明スルノ權利有リト
雖モ自擅ニ契約者ノ意旨ヲ創成スルノ權利有ラサルナリ若シ裁判官ニ於テ更ニ其義務ノ目
的物ヲ定ムルキハ是レ契約者ノ意旨ヲ辯明スルニアラスシテ之ヲ創成スルモノナリ法理豈
ニ之ヲ許サソヤ

何ヲカ確定物ト云フヤ曰ク此ノ物、彼ノ物ト特ニ指定シタル物品ヲ云フ或ル學士ノ種別物

(代用物)ハ確定物ト爲スコト能ハスト論スルハ誤ナリ總テ何等ノ物品ナリト雖モ苟モ義務
ノ目的物ト爲スコトヲ得ベキモノハ契約者双方ノ意旨ヲ以テ之ヲ確定物ト爲スコトヲ得
可キナリ今其確定物ト種別物トノ區別ハ左ニ辯明スル二三ノ例ニ就テ了知スベシ
甲ハ乙ニ約シテ馬一疋又ハ米一石或ハ酒一樽ヲ賣却ス可シト云ハンニ甲ノ義務ノ目的ハ種
別物ナリ然レ馬ト云フモ如何ナル馬ナルヤ米又ハ酒ト云フモ如何ナル米如何ナル酒ナル
ヤ權利者乙ニ於テハ漠トシテ其物品ヲ知ルコト能ハサルヘシ之ニ反シテ我カ馬又ハ此ノ米
彼ノ酒ト特ニ其物ヲ指定スルキハ甲ノ義務ノ目的物ハ確定物ナリ乙ハ明カニ其物品ヲ知ル
コトヲ得可シ

然ラハ義務ノ目的其確定物ナルト種別物ナルトニ因テ實際上如何ナル差異アルヤ曰ク義務
ノ目的確定物ナルキハ其物ノ所有權ハ契約者双方ノ承諾ノミニ由テ之ヲ權利者ニ移轉ス
(第一千二百二十八條第二項參看)若シ種別物ナルキハ其物ノ所有權ハ其物ヲ引渡シ又ハ特ニ其
物ヲ指定シタルキニ非ラサレハ之ヲ權利者ニ移轉セサルナリ
此ノ區別ニ因リ左ノ結果ヲ生セリ

第一 義務ノ目的確定物ナルキハ其物ノ消滅ニ由テ其義務モ亦消滅ス(第千三百二條參看)
之ニ反シテ種別物ナルキハ設ヒ其物消滅スルモ其義務消滅セズ何トナレハ總テ種別物ハ決
シテ消滅シ盡クス可キモノニアラサレハナリ

第二 義務ノ目的分量物ナルキハ種別ノ外猶ホ其分量ヲ定ムルヲ必要トス否ラサレハ唯
米ヲ賣ル可シト約スルモ其米幾干ナルヤ終ニ其數量ヲ知ルヲ能ハサル可シ然レモ敢テ其分
量ヲ定メサルモ契約書中之テ暗知シ得可キヲ以テ足レリト爲スノ場合アリ例ヘハ甲家一月
内入用ノ米又ハ乙人西洋服一領ノ羅紗地ト云フノ類

(第千三百二十條)

法律上唯將來ノ物ヲ以テ義務ノ目的ト爲ス可キヲ許ルスノミナラス契約ノ性質ヨリシテ
亦將來ノ事ヲ以テ其目的ト爲ス可キヲ許セリ即チ爲ス事及ヒ爲サル事ノ義務是ナリ
然レモ本條ノ命スル所ハ專ラ物品ヲ引渡ス可キ義務ニ關スル場合ニアルナリ而シテ此ノ場合
ニ於テ若シ本條ナキキハ或ハ其物品ノ現ニ存スルニ非サレハ義務ノ目的ト爲スヲ得可カ
ラサルヤノ疑ナキチ免レス故ニ此ノ疑團ヲ避クル爲メ殊更ニ本條ヲ設ケシモノナリ見ル可
シ偶生ノ契約ハ多クハ將來ノ物品ヲ以テ義務ノ目的ト爲スモノナリ例ヘハ青田ノ賣買又ハ
魚獲等ノ如シ其他偶生ノ契約ニ非サルモ將來ノ物品ヲ以テ義務ノ目的ト爲スヲ得可キナ
リ例ヘハ余ハ五六月ノ頃余カ田地ノ秋穫ヲ賣却ス可シト約スルカ如キ是ナリ而シテ此ノ如キ
契約ヲ許容シタルハ專ラ商業ノ便利ヲ計ルチ主トスルニ有リ佛國ノ學士嘗テ之ヲ論シテ曰
ク若シ現ニ存スル物ニ非ラサレハ人ノ取引ヲ許サストセハ是レ商業ニ非シテ唯相互ノ需

用ヲ充タスニ過キサルナリト

本條第二項ニ於テ將來ノ相續權ヲ以テ義務ノ目的ト爲スヲ禁止セシハ何ソヤ是レ其契約
者ヲシテ或ハ其相續ヲ讓ル可キ者ノ早ク死去セシトテ希望セザムルノ弊害ナキチ保シ難キ
ヲ以テ茲ニ之ヲ防止セシモノナリ

或人曰ク法律ノ之ヲ禁止セシ所以ハ其弊害アルチ憂フルニ非ラス唯豫メ其相續權利ノ廣狹
ヲ知ルヲ能ハサルニ職由セリ何トナレハ其權利ノ廣狹ヲ知ラサレハ亦義務ノ目的ト爲ス能
ハサレハナリ而シテ其權利ノ廣狹ヲ知ルハ他日相續ヲ讓ル可キ者ノ死去シテ後其資産ノ多寡
ヲ知ルニ非ラサレハ能ハサルナリ況ンヤ相續ヲ受ク可キ者ノ讓ル可キ者ニ先チ死去スル
世間往々之レ有ルニ於テオヤト余此ノ論ニ服スル能ハサルナリ何トナレハ若シ契約者其權
利ノ廣狹ヲ知ラサルヲ以テ此ノ禁止法ノ理由トセハ實ニ將來ノ相續權ノミナラス夫ノ偶生
ノ契約ニ至テモ亦何ソ之ヲ禁止セサルノ理由アラシヤ但シ第七百六十一條第九百十八條及
ヒ第千八十二條ニ於テ此ノ禁止法ノ例外アリ

(第四款) 義務ノ原由

(第千三百二十一條乃至第千三百二十三條)

義務ノ目的、義務ノ原由及ヒ義務ノ遠因此ノ三者ハ務メテ混合セサランコトヲ要ス今其區別
ヲ爰ニ説明セン

第一 義務ノ目的トハ義務者ヨリ權利者ニ獲得セシム可キ利益ヲ云フ即チ權利者ノ請求シ
得可キ者ヲ云フ

第二 義務ノ原由トハ自ラ義務ヲ負擔シテ直チニ達セント欲スル所ノ主眼ヲ云フ

第三 義務ノ遠因トハ義務ヲ負擔スル者ノ暗ニ有スル所ノ希望ヲ云フ而シテ契約書中之ヲ記載スルヲ要セズ

今爰ニ一例ヲ擧テ其主旨ヲ明瞭ニセシ

余偶々健康ヲ保全セシメテ旅行ヲ企テタリ而シテ其旅費ナキニ苦ム然レニ余從來商業繁盛ノ地ニ於テ一ノ家屋ヲ有セリ又余カ友人某ハ富有ニシテ近頃商業ヲ爲サント企テタリ而シテ未ダ適宜ノ家屋ヲ得ズ余乃チ嘗テ有スル所ノ家屋ヲ友人ニ賣却セリ是ニ於テ手余ハ其家屋ヲ引渡スノ義務ヲ負擔シ友人ハ其代價ヲ拂フノ義務ヲ負擔ス則チ余ノ義務ノ目的ハ家屋ヲ引渡スニアリ義務ノ原由ハ代價ヲ受取ニアリ而シテ義務ノ遠因ハ豫企ノ旅行ヲ爲スニアリ又友人ノ義務ノ目的ハ代價ヲ拂フニアリ義務ノ原由ハ家屋ヲ受取ニアリ而シテ義務ノ遠因ハ豫企ノ商業ヲ爲スニアリ然レニ契約書中ニハ其目的ト原由トハ常ニ之ヲ記載スト雖レ其遠因ニ至テハ敢テ記載セサルナリ若シ家屋ヲ買フハ商業ノ爲メナリ之ヲ賣ルハ旅行ノ爲メナリト記載スル者アラハ誰レカ之ヲ蛇足ナリト言ハサルモノアラシヤ

是故ニ双務ノ契約ニ於テハ契約者一方ノ義務ノ目的ハ他ノ一方ノ義務ノ原由トナルナリ例ヘハ賣買契約ニ於テハ賣主ハ買主ニ其物品ノ所有權ヲ移轉シ又ハ之ヲ引渡スノ義務ヲ負擔スルハ其代價ヲ受取ノ原由トナリ又買主ハ賣主ニ代價ヲ拂フノ義務ヲ負擔スルハ其物品ヲ取ルノ原由トナルナリ

片務ノ契約ニ於テハ其義務ノ原由ハ權利者ヨリ嘗テ義務者ニ得セシメタル所ノ利益ヨリ生

スルナリ例ヘハ甲ハ乙ニ金額ヲ貸與スレハ乙ハ甲ニ返還スルノ義務ヲ負擔ス即チ其義務ノ原由ハ嘗テ借受ケタル金額ニアルナリ

恩惠ノ契約ニ於テハ其義務ノ原由ハ義務者ヨリ權利者ニ得セシメント欲スル所ノ慈惠心ニアルナリ

或ル正理家曰ク凡ソ人ノ一事ヲ爲スヤ必ラス自ラ利スル所ナクシテハアラスト然ラハ則チ恩惠契約ノ義務者ノ如キハ其原由人ヲシテ悦ハシメ亦自ラ之ヲ悦フヲ以テ利益ト爲ス邪抑モ自己ノ豪懷ヲ示スヲ以テ利益ト爲ス邪

第一千三百三十一條ニ「原由無キ又ハ虛無ノ原由ノ義務ハ効力ヲ有セズ」ト規定セリ其虛無ト原由無キトノ間如何ナル差異アルヤ決シテ其差異アルコトナシ何トナレハ設ヒ誤テ義務ヲ認定スル者アリト雖レ更ニ何等ノ原由ナリ義務ヲ負擔スル者ハ嘗テ有ラサル可ケレハナリ或ハ之レ有リトスルモ是レ知覺精神ヲ有セサル者ナル可シ果シテ然ラハ敢テ該條ニ依ラサルモ夫ノ承諾無キノ故ヲ以テ其義務ヲ消滅スルコトヲ得可キノミ然ハ則チ原由無キトハ即チ虛無ノ原由ヲ指スモノニシテ虛無ノ原由トハ即チ原由ナキノ字ヲ法律自ラ之レカ説明ヲナシタルモノト見做ス可シ

然ラハ如何ナルモノヲ以テ原由無キ義務ト爲スヤ例ヘハ余カ父生存中或者ヨリ金千圓ヲ借用シ其期限ニ至リ之ヲ辨濟シタリト雖レ其借用證書ヲ取戻サスシテ只返金ノ受取書ノミヲ取置キ然後死去シタリ而シテ或者再ヒ其借用證書ヲ以テ余ニ辨濟ヲ請求セリ此ノ際余ハ亡父ノ既ニ辨濟シタルヲ知ルカ又ハ其受取書アルヲ知ラハ其請求ヲ拒ムコトヲ得可キハ勿論ナリ

ト雖此之ヲ知ラサレハ固ヨリ之ヲ拒ムコト能ハス是ニ於テカ余ハ更改義務ノ契約ヲ爲シ嘗テ
 所有スル所ノ家屋ヲ引渡サントス此ノ場合ニ於テハ余ハ其家屋ヲ引渡ス可キノ義務ヲ負擔
 スルモノ、如シ然レハ其借用金ハ既ニ辨濟シタルモノナルヲ以テ其義務ハ成立セサルナリ
 成立セサルノ義務ニ因リ此ノ更改ノ義務ヲ約ス是則チ原由無キノ義務ナリ
 不法ノ原由アル義務モ亦無効ナリ抑モ不法ノ原由アル義務トハ如何ナルモノヲ云フヤ即チ
 第一千百三十三條ニ掲ケシカ如ク法律上ノ禁止或ハ人民ノ風儀若クハ國家ノ安寧ニ背反スル
 義務ヲ云フナリ然レハ如何ナルモノハ法律上ノ禁止又ハ風儀安寧ニ反スルモノナルヤトノ
 問題ニ至テハ其事廣博ニシテ一々茲ニ説明スルコト甚々難シ故ニ今唯其大畧ヲ舉ケンニ第一
 總テ刑法上禁止シタル所爲第二民法上特ニ命令スル條則及ヒ無効トスル條則其他親屬ノ擣
 成若クハ人ノ分限ニ關スル條則等ハ皆人民ノ風儀及ヒ國家ノ安寧ヲ保維スルヲ期スルモノ
 ナルヲ以テ之ニ背反スル義務ハ總テ之ヲ不法ノ原由アル義務ナリトス
 二人相會シ一ノ契約ヲ爲スニ方リ互ニ其原由及ヒ目的ヲ語ケスシテ終ニ其局ヲ結フコト得
 可キヤ決シテ得可カラサルナリ然ニ第一千百三十二條ニ於テ「契約ノ原由ヲ説示セスト雖
 其契約ノ有効タルヲ妨ケズ」トアルハ殆ント怪訝ニ堪ヘザルモノナリ顧フコト亦立法官ノ錯
 誤ナラン蓋シ立法官ハ契約ノ原由ヲ證書ニ記載セザルモ其契約ノ効力ヲ妨ケスト云フノ意
 ナル可シ果シテ然ハ該條ノ意ハ彼レニ在ラズシテ此レニ在ルナリ
 今斯ノ如ク解説シ去ルモ尙茲ニ一問題アリ何ソヤ契約ノ原由ヲ記載セサル證書トハ如何ナ
 ルモノナルヤト云フノ一事是ナリ夫レ買賣、貸借及ヒ交換、代理、保證等ノ契約ハ證書上僅

ニ其契約ノ名義ヲ記載スルモ已ニ其原由ノ何物タルヲ指示シアルモノトス何トナレハ證書
 上買賣、貸借及ヒ交換、代理、保證ト記載セハ賣主買主、貸主借主交換者保證人等ノ權
 利義務ノ生スル原由已ニ明確ナレハナリ故ニ是等ノ有名契約ニ於テハ證書上其名義毎ニ顯
 著ニシテ其原由亦自ラ明確ナルモノトス名義既ニ顯著ナレハ獨リ其原由ヲ指示セザラント
 欲スト雖得可カラサルナリ然リト雖茲ニ一種ノ證書アリ其文ニ曰ク金若干圓右ハ何月
 何日ニ御渡シ申ス可シ又ハ何區何町何番地々所右ハ何月何日ニ御渡シ申ス可シト此ノ如ク
 漫然タル證書ハ其契約ノ原由果ノ何クニ在ルヤ買賣ニ在ルカ貸借ニ在ルカ將タ附托物ノ返
 還ニ在ルカ之ヲ記載セサルヲ以テ亦之ヲ知ルニ由ナキ場合ナシトセス
 該條ハ畢竟斯ノ如キ場合ヲ規定セシモノニシテ設ヒ證書上契約ノ原由明確ナラサルモ之カ
 爲メ其契約ヲ無効トセズ能シ其事實ニ就キテ其原由ヲ質シ原由適正ナレハ遂ニ之ニ完全ノ
 効力ヲ有セシム可シト命シタルモノナリ

(第三章) 義務ノ効力

義務ノ効力ト契約ノ効力トヲ混同ス可カラズ抑モ契約ノ効力タル或ハ義務ヲ生シ或ハ義務
 ヲ變更シ及ヒ義務ヲ消滅シ若クハ所有權ヲ移轉スル等ノ數事アリト雖モ義務ノ効力ニ至テ
 ハ唯其義務執行ヲ爲サシムルノ一事アルニ故ニ義務者ニ於テ若シ之ヲ執行セサルハ權
 利者法律上ノ規定ニ從ヒ義務者ヲシテ之ヲ強行セシムヘシ而シテ其義務ノ目的、物件若ク
 ハ金額ニ在ルハ裁判所ヨリ直チニ之ヲ差押ヘ以テ其義務ヲ果サシム然レハ其目的物、義
 務者之ヲ現有セズシテ差押ユルコト能ハサルハ其目的、物件ノ性質ニ因リ之ヲ處スルノ方

法亦各異ナリトス其目的金銭ニ在テ之ヲ差押ユルヲ能ハサルモ他ノ財産ヲ公賣シ以テ其金銭ヲ償ハシム其目的、物件ニ在テ之ヲ差押ユルヲ能ハサルモ直チニ其執行ヲ強ユルヲ能ハサルヲ以テ更ニ損害賠償ノ方法ニ因リ其義務ヲ果サシムヘキモノトス然リ而シテ其目的タル物件ニ在ラスシテ人ノ能力若クハ勞動ニ在テ義務者之ヲ執行セサルモハ權利者唯損害賠償ヲ請求シ得可キノミ何トナレハ強テ之ヲ執行セシメントスルモハ必ス人ノ自由ヲ妨害セサルヘカラス而シテ人ノ自由ヲ妨害スルヲ以テ契約ノ目的ト爲ス可ラサルハ固ヨリ設ヒ之ヲ妨害スルモ權利者亦決シテ其目的ヲ達スルヲ能ハサルハナリ

然レ双務ノ契約ニ於テハ一方ノ者其義務ヲ執行セス而シテ他ノ一方ノ者其執行ヲ請求スルコト能ハサルノ事情アルトキハ敢テ損害賠償ノ方ニ因ラサルモ更ニ其契約ヲ解除シ互ニ其位地ヲ舊ニ復スルコトヲ得可シ故ニ又義務ノ効力ヲ細分スレハ財産差押ヘ及ヒ損害賠償若クハ契約解除ノ三事トナルナリ而シテ本章中ニ規定シタル所ハ唯義務ノ効力ニ關スルモノニ止ラス又契約ノ効力ニ關スルモノアリ故ニ本章題目ハ義務及ヒ契約ノ効力ト改メテ其當ヲ得可シ

(第一款) 總規則

(第一千二百三十四條及千百二十五條)

總テ能カアル者ノ法ニ適シ自由ナル承諾ヲ以テ結ヒタル契約ハ其双方ノ者ノ間ニ於テハ法律ニ等シキ効力アルヲ以テ其契約ヨリ生スル義務ヲ執行セシムルコト亦數種ノ方法アルヲハ前段ニ於テ既ニ之ヲ説明セリ是レ第一千二百三十四條ノ初項ニ「契約ヲ結ビシ双方ノ者ノ間ニ

法律ニ等シキ力ヲ有ス」ト記載セシ所以ナリ然レハ契約ト法律トハ全ク等一ノ効力アルモノニ非ラス今其差異ヲ左ニ示サン

抑モ裁判官タル者一ノ訴訟ヲ裁定スルニ當リ若シ法律ノ適用ヲ誤ルモハ其裁判言渡ハ正當ナラス即チ法律錯誤ノ裁判ナリ是レ大審院ニ於テ破毀ノ原由アルモノトス

均シク錯誤ノ裁判ナリト雖モ其錯誤タル契約ノ意旨即チ事實ノ錯誤ニシテ法律ノ錯誤ニ非ラサルモハ大審院ニ於テハ毎ニ之ヲ正當ノモノト見做シ亦破毀ノ原由アルモノトセス而シテ法律ノ辯明ハ大審院ノ管掌ニ歸シ契約ノ意旨即チ事實ノ辯明ハ終審裁判所ノ管掌ニ止マル

見ル可シ法律ト契約トハ既ニ此ノ如キ差異アルヲ故ニ契約者双方ノ間ニ於ケルモ亦等一ノ効力アルモノト云フ可カラズ

第一千二百三十四條ノ第二項ニ「契約ハ契約者双方ノ承諾又ハ法律上允許シタル原由有ルニ非ラサレハ之レヲ取消ス可カラズ」トアリ夫レ契約取消シトハ双方舊ノ位地ニ復シ當テ契約

ナキカ如クニ爲スヲ云フナリ然レハ一般ニ之ヲ適用ス可キト否ヲサルトノ場合アリ彼ノ錯誤脅迫、詐欺若クハ無能力ノ原由ヲ以テ其契約ヲ取消ス如キハ一般ニ適用ス可シト雖モ双方

ノ承諾ニ因テ契約ヲ取消スニ至テハ之ヲ將來ノ事ニ行フ可クシテ既往ノ事ニ及ホス可カラズ例ヘハ甲ハ本年六月十日乙ニ一ノ地所ヲ賣渡セリ乙ハ又七月十日ニ至リ之ヲ丙ニ轉賣セ

リ其後甲乙互ニ承諾シテ六月十日ニ爲シタル賣買契約ヲ取消サンコト約スト雖モ其契約ハ行ハル可カラス是レ丙ノ既得權ヲ害シ即チ既往ノ事ニ及ヘハナリ假令乙ハ之ヲ轉賣セズ

トスルモ甲乙ノ承諾ニ因リ前ノ如ク取消シ約ストセンコト其契約ニ先チ法律上乙ノ財産ニ對

シ他人ヲシテ先取特權ヲ有セシメタルハ亦其契約行ハル可カラズ是亦前ノ轉賣ト同一ノ結果ナレハナリ即チ幼年者カ後見人ノ財産上ニ有スル先取特權婚姻シタル婦カ夫ノ財産上ニ有スル先取特權、裁判言渡ヲ得タル權利者カ義務者ノ財産上ニ有スル裁判上ノ抵當權等是ナリ

此ハ如ク双方ノ承諾アリト雖モ他人ノ既得權利ヲ害スルヲ以テ其契約行ハル可カラサルノ理由ハ他ナシ第六百十五條ニ「契約ハ双方ノ者ノ間ニ非サレハ其効力ヲ有セズ故ニ其契約ヲ以テ契約以外ノ人ヲ害スルヲ得ズ」トノ大原則アレハナリ而シテ錯誤脅迫及ヒ詐欺又ハ解除ノ未必條件到着シタルニ由リ契約ヲ取消スノ權利 此ノ權利ノ説明ハ後日未必條件ヲ講述スル時ニ讓ル 手方ニ對シテ行フコトヲ得可キノミナラス亦契約者以外ノ者ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得可キノトス何トナレハ是等ノ權利ハ總テ物權ナレハナリ

茲ニ双方ノ承諾アルモ決シテ取消シ得可カラサルモノアリ婚姻契約是ナリ又一方ノ隨意ヲ以テ取消シ得可キノアリ無期限會社ノ契約(第千八百六十九條參看)及ヒ代理ノ契約ノ如キ是ナリ

第千三百三十五條ハ畢竟前條ノ註解タルニ過キズ故ニ復タ舌耕ノ勞ヲ取ラサル可シ亦諸君傾聽ノ煩ヲ省カンノミ

(第二款) 物ヲ與フ可キノ義務 (第千三百三十六條)

物ヲ與フ可キノ義務トハ所有權又ハ所有權ノ分析權ヲ移轉スルノ謂ヒナリ然ニ本條ニ與フ

可キ義務トセシハ穩當ナラサルニ似タリ何トナレハ總テ權利ヲ移轉スルトハ固ト無形ノ所爲ニシテ第千三百三十八條ニ云フ如ク双方ノ承諾アルヤ否ヤ直チニ其移轉ヲ全フスルモノナリ義務ハ契約スルヨリ多少ノ時間ヲ經ルニ非ラサレハ其執行ヲ果タサルモノナレハナリ故ニ義務ヲ改メテ契約トナセハ蓋シ穩當ナラン

既ニ權利ヲ移轉スト雖モ其權利ニ附着スル所ノ物品ヲ引渡スニ非ラサレハ權利者亦其利益ヲ得ル所ナカルヘシ是レ本條「與フ可キノ契約ハ物ヲ引渡ス可キノ義務アリ」ト云フ所以ナリ然レモ二三ノ場合ニ於テハ唯權利ヲ移轉セハ其契約既ニ完了シ復タ更ニ物品ヲ引渡ス可キ義務ヲ生セサルコトアリ例ヘハ虛有權取引地役權取引及ヒ不動産質入質ノ如キ是ナリ而シテ其物品ヲ引渡ス可キ場合ニ於テハ唯之ヲ引渡スノミニテハ權利者未ダ満足セサルヘシ其物品タル必ス契約ヲ結ヒシ當時ノ現狀ヲ存セサルヘカラス是レ次條ノ所謂「其物ヲ存スルノ義務」ナリ若シ其保存ノ義務ヲ欠キ或ハ之ヲ滅尽シ或ハ之ヲ毀損スルハ義務者固ヨリ其責ニ任セサルヘカラス是又本條ノ終ニ「之ニ背クハ云々」ト云フ所以ナリ

羅馬法律ハ此ノ物品ヲ保存スルニ付責任ニ輕重ノ差アルヲ示シ以テ之ヲ三種ニ區別シタリ即チ甚タ輕キ過失、中等ノ過失及ヒ甚タ重キ過失是ナリ故ニ附托契約ノ如キハ其利益全ク預ケ主ニアルヲ以テ保存ノ義務アル預リ主ハ甚タ重キ過失アルニ非サレハ其責ニ任セサルモノトシ賃借契約ノ如キハ其利益双方ニアルヲ以テ保存ノ義務アル借主ハ中等以上ノ過失ニ非ラサレハ其責ニ任セサルモノトシ又使用契約ノ如キハ無償ニシテ人ノ物ヲ使用スル者ナルヲ以テ保存ノ義務甚タ重シトシ甚タ輕キ過失ト雖モ猶ホ其責ニ任スヘキモノトナシタ

り然レ其輕重ヲ判定スルハ一ニ裁判官ノ認定ニ任スルヲ以テ其區別ハ到底有名無實ノ徒法タルニ過キス故ニ本法ニ於テハ此ノ區別ヲ採用セズ聽者次條ニ於テ之ヲ知了スヘシ

(第一千二百二十七條)

本條ハ引渡ス可キ物品ヲ保存ス可キ義務ノ原則ヲ掲ケシ者ナリ故ニ其第一項ノ主意ハ保存ス可キ義務者ハ契約者ノ一方ノ利益ナルト双方ノ利益ナルトヲ問ハズ共ニ親屬ノ其父善長財產管理人カ其財產ヲ管理スルカ如キ注意ヲ要ス可キ義務アリ若シ其注意ヲ怠リ其財產ヲ毀損スルハ亦責ニ任ス可シト云フニアリ

然レ本法ハ二三ノ場合ニ於テハ此ノ原則ヲ適用セズシテ却テ羅馬ノ舊法ヲ適用セリ即チ謝儀ヲ受ケサル代理者ノ責任ハ謝儀ヲ受ケル代理者ノ責任ヨリ輕ク(第一千九百九十二條參看)謝儀ヲ受ケスシテ物品ヲ預ル者ノ責任ハ謝儀ヲ受ケテ預ル者ノ責任ヨリ輕ク(第一千九百二十七條參看)使用物恩借者ハ甚ク輕キ過失ト雖モ尚ホ其責ニ任ス可キモノトス(第一千八百八十二條參看)是レ本條第二項ニ「其義務ハ契約ノ種類ニ因リ輕重ノ差異アリ但シ其義務ノ効力ハ各種ノ契約ノ卷ニ於テ別ニ之ヲ記載ス」ト云フ所以ナリ(第八百四條及第九百一一條第一千四百六條第二千八百十條參看)

(第一千二百二十八條)

本條ヲ解釋センコトハ契約者双方ノ間ニ於テ如何シテ其所有權ヲ移轉スルヤテ問題ニアリ故ニ先ツ此ノ法文ノ直譯ヲ示シ然後漸次之ヲ講述セントス法文第二項ニ曰ク「物ヲ引渡ス可キノ義務ハ契約者双方ノ承諾ノミニ因テ完全ス」第二項ニ曰ク「物ヲ引渡ス可キノ義務ハ權利者ヲ所有人ト爲ス而シテ其物ノ引渡ヲ未ダ爲サズト雖モ之ヲ引渡ス可キ時ヨリ直チニ其物ノ損失ヲ權利者ノ責ニ任ス但シ義務者之ヲ引渡スコトヲ怠リタルキハ格別ニシテ其怠リタル場合ニ於テハ其物ノ損失ハ義務者ノ責ニ任ス」ト

本條ノ解釋ニ説アリ
第一説ニ曰ク本條第一項ノ「物ヲ引渡ス可キノ義務ハ契約者双方ノ承諾ノミニ因テ完全ス」トハ其義務既ニ成立スト云ラノ意ニシテ即チ別ニ何等ノ法式ヲ盡クサハルモ双方ノ者ノ承諾スルヤ否ヤ直チニ其義務成立ストノ謂ヒナラン然レ贈與若クハ不動産書入質ノ契約ノ如キハ殊ニ法式ヲ要ス可キ契約ニシテ唯双方ノ者ノ承諾ノミニテハ其義務固ヨリ完全スルモノニ非ス偏ニ法律ニ定メタル法式ヲ尽クスニ非ラサレハ其義務完全スルモノト云フヘカラス果シ然ハ本條ノ第一項ハ法式契約ニ於テハ之ヲ適用スルコト能ハサルヘシ

加之本條第二項ニ「物ヲ引渡ス可キノ義務ハ權利者ヲ所有人ト爲ス」トアルノ文中亦二箇ノ過謬アリ
第一「義務」ト云フハ過謬ナリ夫レ義務トハ權利者ノ爲メ義務者ヲシテ強テ其義務ヲ執行セシムルノ効力ヲ有スルニ過スシテ權利者ヲシテ所有人ト爲サシムルノ効力ヲ有スルモノニアラス故ニ權利者ヲシテ所有人ト爲サシムルモノハ義務ニ在ラスシテ契約ニ在ルナリ

第二「物ヲ引渡ス」ト云フモ亦過謬ナリ總テ物ヲ引渡ス可キノ契約ハ毎ニ權利者ヲシテ其物ノ所有人ト爲サシムルモノニ非ラス例ヘハ家屋賃貸ノ契約ヲ爲シタル貸主ハ其家屋ヲ引渡ス可キノ契約ヲ爲シタルモノナリト雖モ之ヲ引渡シタル後借主ハ決シテ其所有權ヲ得ル

モノニ非ラス故ニ權利者ヲ所有人ト爲サシムルハ物ヲ引渡ス可キノ契約ニ在ラスシテ物ヲ與フ可キノ契約即チ契約者ノ一方ノ者他ノ一方ノ者ニ對シテ其物ノ所有權ヲ移轉ス可キノ契約ニ在ルナリ

是ニ由テ之ヲ觀レバ「物ヲ引渡ス可キ義務」ト云フノ法文ヲ改竄シテ更ニ左ノ如クセザルヘカラス曰ク物ヲ與フ可キノ契約ハ契約者双方ノ承諾ノミニ因テ完全ス其契約ハ權利者ヲシテ其物ノ所有人ト爲サシムト此ノ如クシテ本條ヲ解スルコト亦甚タ容易ナルヘシ然ラハ何レノ時ヨリ權利者ヲシテ所有人ト爲サシムルヤト云フニ本條ノ第二項ニ之ヲ引渡ス可キ時ヨリ直チニ其物ノ損失權利者ノ責ニ任ストアルニ依レハ其物ヲ引渡ス可キ時ヨリ所有人ト爲スノ意ナルヘシ是亦過謬ナリ然トモ法意果シテ此ノ如クシトセハ人或ハ有期契約ノ所有權ハ契約ノ時已ニ移轉スルニ非ラスシテ其期至テ始メテ移轉スト云フモノアルニ至ラソ然ニ第千百八十五條ニ於テハ全ク之カ反對ヲ示シ曰ク執行ノ期限ハ契約ノ効力ヲ停止セズ唯其執行ヲ停止スト例ヘハ余今茲ニ人ニ一物ヲ賣却シ之ヲ一年ノ後ニ引渡ス可シト約セソニ其人引渡ノ期限ニ抱ハラヌ今ヨリ直チニ其物ノ所有人トナルヘシ唯一年ノ間其契約ノ執行ヲ停止スルニ過キサルナリ故ニ法文ノ「之ヲ引渡ス可キ時云々」ヲ改正シテ「之ヲ與フ可キ契約ノ時云々」ト爲ス可シト

以上第一説ハ法文中許多ノ修正ヲ加ヘタルモノナリト雖モ今將ニ開陳セントスル所ノ第二説ニ至テハ全ク法文ニ依遵セシモノナリ

第二説ニ曰ク本條第一項ノ「物ヲ引渡ス可キノ義務ハ契約者双方ノ承諾ノミニ因テ完全ス」

トハ承諾ノミニ因テ已ニ其義務ヲ執行シタリト云フノ意ナリ今其理由ヲ左ニ縷陳セン抑モ佛國ノ舊法ニ於テ物ヲ與フ可キノ契約ハ直チニ所有權ヲ移轉セシメズ其物ヲ引渡シテ後始メテ移轉セシムルモノトス而シテ物ノ引渡ニハ想像ノ引渡ト眞ノ引渡トノ二者ノ區別ヲナセリ例ヘハ甲ハ乙ニ一ノ家屋ヲ賣却スヘシト約スルモ其所有權ハ直チニ乙ニ移轉セシメズ現ニ其家屋ヲ引渡シテ後始メテ移轉セシムルモノトス之ヲ眞ノ引渡トナス然レバ甲ハ乙ニ對シテ余ハ未タ家屋ヲ引渡サズト雖モ今ヨリ子ニ其所有權ヲ移轉シ余ハ更ニ子ノ名義ヲ以テ之ヲ占有ス可シト云ヒ乙之ヲ承諾セハ之ヲ想像ノ引渡トナス本條ハ此ノ理由ヲ擴張シテ夫ノ想像ノ引渡ハ之ヲ明言セズトモ契約上暗ニ含蓄スルモノト見做セリ故ニ本條ニ於テモ所有權ハ物ノ引渡ノ有無ニ拘ハラズ承諾ノミニ因テ移轉スト云ハズシテ之ヲ移轉スルニハ毎ニ引渡ス可キコトヲ必要トス然レ其引渡ハ想像ニシテ足レリ想像ノ引渡ハ必スシモ之ヲ明言スルヲ要セス契約上暗ニ含蓄スルモノト見做セリ故ニ本條ノ精神ニ就テ之ヲ畧言セハ畢竟所有權ハ承諾ノミニ因テ移轉スト云フニ過キス難者曰ク果シ然ラハ法律ハ引渡ス可キノ義務ハ承諾ノミニ因テ完全スト云ハズシテ所有權ハ承諾ノミニ依テ移轉スト云ハ、殊ニ簡明ナラント難者ノ言寔ニ然リ然レ人ノ舊慣ニ羈束セラルハ、人ノ情ナリ願フニ本法編纂者モ亦此ノ羈束ヲ脱スルコト能ハス既ニ新法ノ結果ヲ得ント欲シテ反テ舊法ノ文法ヲ襲用セシモノナラン

本條第二項ヲ分解スルコト左ノ如シ
「物ヲ引渡ス可キノ義務ハ權利者ヲ所有人トナス」トハ物ノ引渡ヲ執行シタル義務ト云フノ

意ニシテ即チ契約上暗ニ含蓄スル引渡ハ權利者ナ所有人トナストノ謂ヒナリ

「其物ノ引渡ヲ未タ爲サズ」トハ眞ノ引渡ヲ未タ爲サズトノ意ニシテ即チ承諾ノミニ因テ暗ニ含蓄スル想像ノ引渡ヲ以テ所有權ヲ移轉セシメ敢テ眞ノ引渡ヲ要セストノ謂ヒナリ

「之ヲ渡ス可キ時」トハ眞ノ引渡ノ時ヲ云フニ非ラズシテ想像ノ引渡ノ時ヲ云フナリ而シテ想像ノ引渡ハ特別ノ契約アルニ非ラサレハ契約上暗ニ含蓄スルモノトス

此ノ如ク解説シ來レハ法意已ニ明瞭ナルヘシ豈ニ第一説論者ノ如ク故サテニ法文ヲ刪改スルノ徒勞ニ倣ハンヤト以上ノ二説其見ル所大ニ異ナリト雖也其結果ニ至テハ皆同一ニシテ到底所有權ハ承諾ノミニ因テ移轉スト云フノ一事ニ歸スルノミ今此ノ二説孰レハ是トシ孰レハ非トスルヤト云ハ、余ハ寧ロ第二説ヲ取ラントスルモノナリ是レ其務メテ法文ニ依違シ而シ其結果ノ同一ニ歸スルモノナレハナリ

本條ノ例外ニシテ物ヲ與フ可キノ契約ハ唯其義務ヲ生スルニ過キスシテ所有權ヲ移轉セサル場合アリ

- 一 契約ノ目的物カ未タ他人ニ屬スル確定物ナルニ
- 二 假令ヒ自己ニ屬スル確定物ナリト雖也特別ノ契約ヲ以テ所有權ノ移轉ヲ他日ニ讓ル

三 代用物ナルニ

(第千百二十九條及第千百四十條)

前回ニ於テ第千百三十八條ヲ講スルニ方リ引渡ス可キ物ノ損失ハ其何人ニ歸ス可キヤハ既ニ之ヲ説示シタリト雖モ尙ホ一事遺漏セシモノアリ今第千百三十九條ヲ講述スルニ臨ミ更ニ之ヲ補綴セン即チ義務者其義務ノ執行ヲ遲滞シタル後チ天災ニ因リ義務ノ目的物ノ毀壞滅盡シタル場合はナリ抑モ義務者ノ遲滞ニ置カレタル後天災ニ因リ其目的物毀壞滅盡シタル場合ニ於テ其損失ノ責ヲ何人ニ歸ス可キヤノ問題ハ之ヲ二箇ニ區別セサル可カラズ一ハ義務者カ權利者ニ對シテ天災以前ニ於テ既ニ其物ヲ引渡シタリトスルモ權利者亦其天災ヲ免レズ其物ヲ保ツコト能ハサル場合ナルニハ義務者ハ其責ニ任セサルコトニハ其他ノ場合ニ於テ其物ノ毀壞滅盡シタルニハ義務者ハ毎ニ其責ニ任ス可キコト而テ其遲滞ニ置クトハ如何ナルコトナルヤ又如何ナル手續ヲ要ス可キモノナルヤヲ定ムルノ點ニ至テハ則チ第千百三十九條ノ目的ナリ

第千百三十九條ニ於テ義務者ヲシテ遲滞ノ位地ニ置カシムルニ三箇ノ方法ヲ設ケ義務者ニ其一アルモ尙ホ之ヲ遲滞ニ置ク可キモノトス一ハ催促書ニハ催促書ニ等シキ書面ニハ特別ノ契約

其一 催促書トハ權利者ヨリ義務者ニ對シ其物ノ引渡ヲ請求スル爲メ公正ノ官吏(使吏)ヲシテ送付セシムル所ノ證書ヲ云フ但シ其證書ニ直ニ義務ヲ執行セサレハ裁判所ニ訴フ可シト記載セサルモノナリ

57 其二 催促書ニ等シキ書面トハ治安裁判所又ハ始審裁判所ノ召喚狀ノ如キモノヲ云フ是ニ由テ之ヲ觀レハ唯義務執行期限ノ經過ノミヲ以テ直ニ義務者其執行ヲ怠シ者ト爲ス可

カラサルナリ他ナシ凡ソ人タル者各其事業ノ繁忙ナルヲ以テ其期限ヲ遺忘スルノ之レ無シト爲テ可カラズ故ニ法律ハ唯其遺忘ノミヲ以テ直ニ義務者ヲシテ其損害ヲ負ハシムルヲ欲セサルニ因レハナリ

其三 特別ノ契約トハ更ニ催促書ヲ要セス只期限ノ經過ノミヲ以テ直ニ遲滯ニ置クヲ云フ人或ハ言ハシ義務者特別ノ契約ヲモ亦遺忘セスト云フ可カラズ果テ然ハ前二箇ノ場合ト牴觸セサルナキヲ得ンヤト然レ此ノ如キ場合ニ於テ猶ホ之ヲ遺忘セハ義務者ヲシテ其責ニ任セシムルモ決シテ理ナキコアラサルナリ何トナレハ其特別ノ契約タル素ト義務者ノ遺忘ヲ豫防セシモノナレハナリ此ノ三箇ノ外特別ノ契約ナキモ契約ノ性質ニ因リ更ニ催促書ヲ要セスシテ義務者ヲシテ直ニ遲滯ノ責ニ任セシムルコトアリ即チ必ス其時日ニ於テ其義務ヲ執行セサレハ決シテ權利者ノ利益トナラサル場合はナリ例ヘハ東京ノ西ノ市ニ賣捌ク爲メ其物品ヲ注文シタルニ其時日ニ至リ義務者其物品ヲ引渡サハルノ類
其他盜者ヨリ其贓物ヲ返還スヘキ義務ノ如キモ其盜得タル日ヨリ直ニ遲滯ノ位地ニ置ク可キモノトス

又事ヲ爲サハルノ契約ニ於テモ義務者之ニ背キシ時ヨリ直ニ遲滯ノ位地ニ置ク可キモノトス是等亦別ニ催促書ヲ要セスシテ遲滯ノ位地ニ置ク可キモノトス
(第千四百四十條)

物ヲ與フ可キノ義務ノ効力ハ既ニ第千三百三十八條ニ於テ之ヲ規定シ又更ニ不動産ヲ與フ可キノ義務ノ効力ニ付第千四百四十條ニ於テ「不動産ヲ與フ可キノ義務ノ効力ハ賣買篇及ヒ不

動產書入質篇ニ之ヲ規定ス」ト掲載セリ然レ該條ヲシテ終ニ無用ノ衍文ニ屬セシメタリ今之ヲ辯明セントスルニ臨ミ先ツ第千三百三十八條及ヒ第千四百四十條ヲ設定セシ事歴ノ大略ヲ説示セハ亦以テ其理由ヲ知ルニ足ラン

第千三百三十八條ハ單ニ契約者双方ノ間ニ關スル與フ可キノ合意ノ効力ヲ規定セシモノナリ而テ不動産ノ所有權ハ契約者以外ノ者ニ對シテモ亦双方ノ承諾ノミニ依テ移轉スルヤ否ヤノ點ニ至テハ未タ之ヲ規定セス故ニ本法編纂者ハ第千四百四十條ニ於テ之ヲ規定セシコトヲ要シタリ然レ此際種々ノ故障ヲ生シタルヲ以テ止ムヲ得ス之ヲ賣買篇及ヒ不動産書入質篇ニ付セシコトハナレリ

其故障トハ他ナシ編纂者ノ意見ノ合同セサルコト是ナリ千七百九十五年十一月十一日頒布ノ佛國法律(不動産所有權移轉ニ關スル法律)ニ依レハ契約者以外ノ人即チ一般ノ人ニ對スル不動産ノ所有權ハ其所有セシコトヲ書入質保存局ノ簿冊ニ登記スルニ非ラサレハ其効力ヲ要セサルモノトス而テ本法ハ不動産贈與契約ニ於テ此ノ規則ヲ採用シ受贈者ハ其贈與セラレタル物ヲ公ケノ簿冊ニ登記セシメタルニ非ラサレハ一般ノ人ニ對シテ之ヲ所有人トナルコト能ハサルナリ故ニ第千四百四十條ニ於テモ亦此ノ規則ヲ採用セント欲シ之ヲ議スルニ方リ異論紛然遂ニ之カ反對ヲ持シテ動かサル者アルニ至レリ

採用論者曰ク不動産所有權ノ移轉ハ公ケノ簿冊ニ登記セサル可カラズ若シ之ヲ登記セスシテ唯契約者双方ノ承諾ノミニ依テ移轉シ其所有者復タ一般ノ人ニ對シ之ヲ移轉スルコトヲ得可キモノトセハ終ニ不動産所有權ノ移轉ニ關スル契約ヲ爲ス者ナキニ至ル可シ何トナレハ

從來ノ所有權ハ果テ何人ニ歸シタルモノナルヤ公ケテ簿冊ニ登記セサルヲ以テ之ヲ知ルニ由ナケレハナリ若シ之ヲ知ル者有ルモ或ハ他ニ眞ノ所有者有リテ之カ取戻ヲ請求スルノ虞ナキヲ保タス果テ然ハ不動産融通ノ害タル實ニ少々ナラサルナリト

反對論者曰ク登記ノ方法ハ危險ニシテ不利益ナリ且ツ大ニ民心ヲ害ス可キモノナリ例ヘハ不動産買賣契約ヲナサンニ買主誤テ賣主ヲ信スルカ又ハ法律ヲ知ラサルカヲ以テ契約ノ日直チニ登記ヲ乞フヲ怠ルキハ賣主其無智又ハ敦朴ヲ奇貨トシ遂ニ或ハ買主ノ權利ヲ侵害スルノ手段ヲ施サ、ルヲ期ス可カラズ加之登記ヲ乞ヒハ之カ爲メ其税金ヲ拂ハサル可カラズ是レ危險ニシテ不利益ナルニ非ラスヤ又登記法ヲ必要ト爲スノ論旨ハ一般ノ人皆人ノ財產ヲ冒認シ若クハ二重轉賣等ノ奸計ヲ爲ス可キ者ト爲シ良民ヲ視ルニ不良ヲ以テスルモノナリ是レ大ニ民心ヲ害ス可キモノニ非ラスシテ何ソヤ然レ是等不良ノ民亦絶ヘテ之ナシト云フニアラス唯之ヲ實驗ニ徵スルニ甚タ稀少ナルノミ既ニ稀少ナレハ其弊害モ亦稀少ナラサル可カラズ今其稀少ノ弊害ヲ矯メント欲シテ民法上殊更ニ其法律ヲ置カントスルハ即チ民心ヲ維持スルノ良策ニ非ラサルナリ故ニ之ヲ刑法上ニ加ヘ以テ其弊害ヲ免除シ盡セハ足ランノミト

此ノ如ク論者各其意見ヲ主張シテ互ニ譲ラス其議終ニ決セサルヲ以テ他日買賣篇及ヒ不動産書入質篇ニ至テ再ヒ之ヲ議セント約シタリ是レ第千四百四十條ニ於テ買賣篇及ヒ不動産書入質篇ニ之ヲ規定スト掲載セシ所以ナリ

然レ終ニ之ヲ買賣篇及ヒ不動産書入質篇ニ於テ之ヲ規定セサリシナリ是レ第千四百四十條ヲ

シテ空ク衍文ニ屬セシメタル因由ナリ顧テ書入質ニ關スル草案第九十一條ニ依レハ既ニ千七百九十五年十一月十一日ノ法律ニ準據シテ之ヲ規定シアリシカ何故ニ終ニ之ヲ廢案ニ屬セシメタルヤ今其理由ヲ知ルハ甚難シ或ハ云フ編纂者ノ遺忘ニ出テタリト或ハ云フ反對者奸策ヲ以テ刪除シタリト其他尙ホ一二ノ説アリト雖モ畢竟附會ノノ臆測タルニ過キサルモノ、如シ故ニ其當否ハ姑ク措キ免モ角本法中不動産所有權移轉ニ關スル條則ナキヲ以テ實際上ニ於テハ全ク之ヲ廢止シタルモノト見做シ契約者双方ノ承諾ノミニ依テ一般ノ人ニ對シ所有權ヲ移轉ス可キモノト論決シタリ然ニ二三ノ學士ハ此ノ實際上ノ論決ヲ不當ナリト非議シタリト雖モ裁判所ハ固ク前論ヲ主持シ二者互ニ相假サ、リシカ本法頒布ノ後三年ニシテ訴訟法ヲ頒布スルニ至リ此ノ論全ク一定ニ歸スルノ時機ニ際會セリ何トナレハ訴訟法第八百三十四條ヲ以テ所有權ハ契約者双方ノ承諾ノミニ依リ一般ノ人ニ對シ移轉ス可キヲ一層明瞭ニ爲シタレハナリ

是ニ於テ乎不動産所有權移轉契約ニ関シテハ羅馬法ト佛國法トノ間ニ大ナル差異ヲ生シタリ羅馬法ニ依レハ不動産ノ買主ハ其買賣契約ノ時ヨリ直チニ其物ノ所有人トナルヲ得ス故ニ賣主ハ其物ヲ引渡サ、ル間ハ依然トシテ所有人ノ位地ヲ保チ再ヒ之ヲ他人ニ賣渡ノ權利ヲ有セリ是以テ賣主若シ再ヒ之ヲ他人ニ賣渡カ又ハ書入質ト爲スカ或ハ他ノ債主ヨリ財產差押ヲ受クルカ如キコアルモ買主ハ復タ之ヲ奈何トモスルヲ能ハス而テ若シ既ニ其代價ヲ拂フタルモ亦通常ノ債主ト共ニ賣主財產ノ平等分配ヲ受クルノ權利アルノミ

本法ニ於テハ全ク之ニ反シ一旦不動産買賣ノ契約ヲ爲セシキハ買主直ニ其物ノ所有人トナ

リ(第千二百二十八條)賣主設ヒ其物ヲ引渡サスシテ再ヒ他人ニ賣渡モ買主之カ爲メ決シテ己レカ權利ヲ毀損セラレサルナリ是ヲ以テ賣主其期限ニ至ルモ尙ホ之ヲ引渡サス而テ其物他人ノ手ニ在ルモ買主ハ直ニ其人ニ對シテ其物ノ取戻ヲ請求スルヲ得可キナリ

本法ニ於テハ彼レカ如キ羅馬法ヲ採用セザリシハ實ニ吾人ノ贊賞ス可キ所ナリト雖モ然レ千七百九十五年十一月十一日ノ法律ヲ採用セザリシニ至テハ則チ吾人ノ甚ク慨歎スル所ナリ何トナレハ公ケノ簿冊ノ登記ナケレハ亦從來ノ所有人ヲ知ルノ道ナキヲ以テ余ハ今日一箇ノ不動産ヲ買受クルモ明日眞ノ所有人來リ余ニ對シテ之カ取戻ヲ請求スルヲナキヲ知ル能ハス人民ヲシテ此ノ如キ危地ニ置キ以テ不動産ノ融通ヲ否塞スルニ至ラシムレハナリ然レニ千八百五十五年三月二十三日ノ法律(登記式ニ關スル法律)ヲ以テ千七百九十五年ノ法律ニ復シ以テ其弊害ヲ矯正セリ故ニ其以來ハ不動産所有權移轉ニ關スル契約ハ其双方ノ承諾ノミニ依リ双方ノ間ニ移轉ス可キハ固ヨリ其相續人又ハ關係人及ヒ通常ノ債主ニ對シテモ亦其効力ヲ有ス可シト雖モ其他ノ人ニ對シテハ其契約ハ登記シタル時ヨリ始メテ其効力ヲ有ス可キモノトス

以上總テ不動産ニ關スルモノナリ夫ノ動産ニ關シテハ全ク契約者双方ノ承諾ノミニ依リ一般ノ人ニ對シテ其所有權移轉ノ効力ヲ有ス可キモノトス故ニ動産ニ關シテハ千八百五十五年三月二十三日ノ法律ニ依ラズシテ本法ノ規則(第千二百二十八條)ニ據ルヘキモノトス或曰ク動産ノ所有權ハ契約者双方ノ間ニ於テハ承諾ノミニ依テ之ヲ移轉ス可シト雖モ一般ノ人ニ對シテハ其物ヲ引渡シテ後始テ移轉ス可キモノナリト故サテニ第千二百七十九條ヲ援

ヒテ更ニ其說ヲ證明セント試ミタリ然レ是レ動産所有權ノ移轉ト其期滿所得トナ混淆シタルヨリ生シタル妄想ニシテ固ヨリ取ルニ足ラサル說ナルヲハ尙ホ後チニ第千四百四十一條ヲ講述スルニ當テ辨明ス可シ

(第千四百四十一條)

前條ニ於テ余カ講述シタル論理ハ不動産ヲ以テ合意ノ目的ト爲シタル場合ニノミ適用ス可キ者ニシテ動産ニ至テハ假令ヒ確定物ト雖モ其論決チ異ニセサル可カラス何トナレハ動産ハ所有者ノ變遷スル毎トニ其位置ノ動搖スル者ナレハ不動産ノ如ク登記式ヲ以テ其所有權ノ當時何人ニ在ルヤヲ公ケニ指示シ置クヲ能ハサレハナリ是本條ニ於テ殊更ニ確定動産ノ所有權移轉ノ事ヲ規定セシ所以ナリ

其條文ニ曰ク「漸次二名ノ人ニ與ヘンコトヲ約シタル物件全ク動産ナル時ハ其約束日附ノ前後チ間ハ善意ヲ以テ先キニ其物件ノ占有ヲ得タル者ヲ所有者トスト」或人此條文ヲ解釋シテ曰ク動産ノ所有權ハ契約者間ニ於テハ不動産ト等シク双方ノ承諾ノミニ因テ移轉スルモ第三ノ人ニ對シテハ其物件ノ引渡シニ因テノミ移轉スル者ナリト余ハ決シテ此說ニ服セサルナリ

余ハ敢テ異說ヲ吐クヲ好ムニ非ラス偏ニ佛國ノ經驗識力ヲ兼備スル學士輩ノ過半主張スル所ノ說ニ從フ者ナリ其說ニ曰ク「本條ノ意ハ確定動産ノ所有權ハ契約者間ニ於ケルト第三ノ人ニ對スルトチ間ハ合意ノ特力ニ因テ移轉セシムルニ在ルナリ今假リニ之ヲ賣買トセシムルニ賣主其物件ヲ再賣シ第二ノ買主其再賣タルノ情ヲ知ラスシテ第一ノ買主ヨリ先キニ其

物件ヲ受領シタルルキハ第一ノ買主其第二ノ買主ニ對シテ其物件ヲ取戻スコトヲ許サス而テ之ヲ許サ、ルハ物件ノ引渡シニ因テ其所有權ヲ第二ノ買主ニ移轉シタルノ故ニ非ス第二ノ買主ハ第二千二百七十九條ニ規定セシ如ク動産占有ハ所有權ニ等シキ効力ヲ有スト云ヘル即チ瞬間ノ期滿所得ニ依リテ更ニ其所有權ヲ得タル者ナリ故ニ本條ハ第二千二百七十九條ノ適用法ヲ指示シタル者ニシテ所有權移轉ノ事ヲ規定シタルニ非ルナリト此說寔トニ然リ余又聊カ此說ヲ敷衍セン爲メ本條ノ法文ニ據リ動産ノ引渡ハ所有權ヲ移轉スル者ニ非ルノ一證ヲ指示セン本條ニ「善意ヲ以テ先キニ其物件ノ占有ヲ得タル者云々トアリ善意トハ其再賣タル情ヲ知ラサルノ謂ヒナリ故ニ第二ノ買主其情ヲ知りテ物件ヲ引渡サシメタル場合ニ於テハ第一買主ノ取戻ヲ拒ムコト能ハサルナリ然ラハ則チ第二ノ買主ニ所有權ヲ得セシムルノ元素ハ其善意ト占有トノ二條件即チ瞬間ノ期滿所得ヲ組成スル條件ニ在リテ引渡シニ在ラサルコト明瞭ナリ

(第三款)

事ヲ爲ス可キノ義務及ヒ事ヲ爲サ、ルノ義務

事ヲ爲ス可キノ義務及ヒ事ヲ爲サ、ルノ義務ハ物品又ハ金錢ヲ以テ目的ト爲スノ義務ト大ニ異ナリ而テ本款ヲ講スルニ當リ之カ異別ヲ明瞭ニスルハ最モ必要トス故ニ先ツ物品又ハ金錢ヲ目的ト爲スノ義務ヲ辨シ然後本款ノ條項ニ及ハントス
義務ノ目的物金錢又ハ物品ニ在ル時義務者之ヲ執行セサレハ權利者乃チ裁判所ノ手ヲ經テ其執行ヲ要求スルコトヲ得可シ而テ其目的金錢ニ在テ義務者之ヲ現有セサレハ亦裁判所ノ手ヲ經テ義務者ノ財産ヲ差押へ之ヲ公賣シテ其義務ヲ執行セシムルコトヲ得可シ又其目的物品

ニ在ルルキハ之ニ處スルニ三種ノ方法アリ

第一 其目的確定物ナル時義務者之ヲ現有スレハ直ニ其引渡ヲ執行セシムルコトヲ得可シ
(直接ノ執行)

第二 其目的確定物ニシテ輒スク隱匿スルコトヲ得可キ小道具類ノ如キモノナルトキ義務者之隱匿シテ引渡サ、ルルキハ其損害賠償ニ由ルニ非ラサレハ其義務ヲ執行セシムルコトヲ得可カラス(間接ノ執行)

第三 其目的代用物ナル時義務者之ヲ現有スレハ直ニ其引渡ヲ執行セシムルコトヲ得可シト雖モ若シ之ヲ現有セサレハ亦損害賠償ヲ求ムルニ在ルニシ但シ此場合ニ於ケル賠償ハ直接ノ執行ニ異ナルコト無カル可シ何トナレハ其義務ノ目的代用物ナルヲ以テ權利者ハ義務者ヲシテ強テ之ヲ執行セシメサルモ其償金ヲ以テ更ニ契約ノ物品ヲ得ルニ難カラサレハナリ

(第千四百四十二條乃至第千四百四十五條)

是ヨリ事ヲ爲ス可キノ義務及ヒ爲サ、ルノ義務ヲ講究ス可シ第千四百四十二條ニ於テハ「事ヲ爲ス可キノ義務及ヒ事ヲ爲サ、ルノ義務不執行ノ際ハ損害賠償ニ變ス」ト規定セリ若シ此ノ義務ニ關シ該條ノ外別ニ規定スル所ナクシテ義務者其義務ヲ執行セサルルキハ權利者決シテ其義務ノ執行ヲ請求スルコト能ハス唯其損害賠償ヲ求ムルニ過キサル可シ然レ第千四百四十二條ニ依レハ或ル場合ニ於テ權利者其義務ノ執行ヲ請求スルコトヲ得可シトアリ故ニ第千四百四十二條ハ左ノ如ク解釋セサル可カラサルナリ
左ノ場合ニ於テ爲ス可キノ義務ハ損害賠償ニ變ス

第一 義務者自ら其義務ヲ執行スルニ非ラサレハ權利者ノ利益トナラサル時
第二 權利者損害賠償ヲ請求セント欲スル時

是ヨリ如何ナル場合ニ於テ義務者自ら執行スルニ非ラサレハ權利者ノ利益トナラサルヤ又如何ナル場合ニ於テ權利者損害賠償ヲ請求スルヲ得且ツ之ヲ請求スルノ外他ニ手段ナキヤ及ヒ義務者自ら執行セサルモ權利者ノ利益トナル可キ場合アルヲ討究セントス
其契約シタル義務ハ義務者自ら之ヲ行フニ非ラサレハ權利者ノ利益トナラサルキハ毎ニ損害賠償ニ變ス可キモノトス例ヘハ余ハ有名ナル畫工ナシテ余カ肖像ヲ畫カシムルノ義務ヲ約セシメタリトセンニ其畫工自ら其義務ヲ執行セサルキハ余ノ利益トナラサルナリ何トナレハ余ハ又他人ノ畫ヲ欲セサレハナリ然レ復タ強ヒテ之ヲ執行セシムルヲ能ハス故ニ余ハ其損害賠償ヲ請求スルノ外他ニ道ナキナリ西哲格言アリ曰ク所爲ヲ駁撃スルハ易シ無所爲ニ勝ツハ最モ難シト是レ此等ノ場合ヲ謂フナリ

又義務者ノ身牀ヲ脅迫スルニ非ラサレハ其義務ノ執行ヲ得難キ場合ニ於テモ亦同ク損害賠償ニ止ル可キモノトス例ヘハ一娼婦アリ某樓ニ於テ毎夜出稼センヲ約シ後其約ニ背クモ權利者其身牀ヲ脅迫シ強ヒテ出稼セシムルヲ能ハサルナリ是レ人ノ身体ノ自由ヲ侵害スレハナリ

又義務者其義務ヲ執行セサレハ權利者其義務者ノ費用ヲ以テ更ニ他人ヲシテ其義務ヲ執行セシメ以テ己カ利益トナルキハ亦之ヲ請求スルヲ得可シ例ヘハ義務者ノ所爲道路ノ修繕トセンニ之ヲ拒絶シテ爲サレルキハ他ノ職人ヲシテ之ヲ爲サシメントシ權利者ヨリ裁判所

ニ請求シ而テ其費用ヲ義務者ヨリ辨濟セシムルノ類

又或ル場合ニ於テハ裁判所自ら義務ヲ執行スルヲアリ例ヘハ甲乙相約シテ何々ノ事件ハ乙ノ擇ム所ノ仲裁人ノ意見ニ從フ可シト定メタリシニ其後乙其仲裁人ヲ擇ムヲ拒絶セリ此ノ場合ニ於テハ甲ノ請求ニヨリ裁判所自ら乙ニ代リテ其仲裁人ヲ命スルノ類

事ヲ爲ス可キノ義務ハ以上既ニ之ヲ陳辨セリ今正ニ事ヲ爲サ、ルノ義務ニ講及セントス事ヲ爲サ、ルノ義務者其契約ニ背キシトキハ權利者其義務ノ執行ヲ請求スルヲ得可シ然レ之カ爲メ義務者ノ身体ニ脅迫ヲ行フ可カラズ例ヘハ甲乙兩人接壤ノ地アリ甲ハ乙ニ對シテ其境ニ牆壁ヲ築カサル可キノ義務ヲ負ヒシニ甲其約ニ背キテ牆壁ヲ築ケリ此ノ場合ニ於テハ權利者裁判所ノ允許ヲ受ケテ其牆壁ヲ破毀セシメ而テ其費用ハ義務者ヲシテ之ヲ負擔セシム可シ是即チ間接ニ義務ノ執行ヲ得タルモノナリ然レモ義務者ノ身体ニ脅迫ヲ行フニ非ラサレハ其義務ヲ執行セシムルヲ能ハサルノ場合ニ於テハ權利者決シテ其執行ヲ求ムルヲ能ハス唯其損害賠償ヲ求ムルノ外他策ナキナリ是亦爲ス可キノ義務ヲ執行セシムル爲メ人ノ身体ノ自由ヲ侵害スルヲ能ハサルノ原則ト一般ナリ往年佛國ノ或ル裁判所ハ甲劇場ノ請求ニ由リ其劇主ヲシテ乙劇場ノ俳優ヲ強引セシメタルハ誤判ノ甚キモノナリトテ彼ノ國法律社會ニ於テ今尙ホ之ヲ傳唱セリ此ノ俳優ハ嘗テ甲劇場ニ對シ乙劇場ニ於テ其伎ヲ演ゼサル可シト約シ即チ甲劇場ニ對シテ事ヲ爲サ、ルノ義務アルモノナリ今已ニ本款ヲ講了スルニ方リテ更ニ一事ノ注意ヲ促ス可キモノアリ即チ事ヲ爲スヘキ義務及ヒ爲サ、ルノ義務ト彼ノ二中擇一ノ義務トノ區別是ナリ二中擇一ノ義務者ハ天災ニ因ルカ又ハ自己ノ過失ニ

68 非ラサル事故ニ由リテ其義務ノ目的物中一ヲ執行スルヲ能ハサルハ場合ト雖モ尙ホ權利者
ニ對シテ其殘ル一物ヲ執行セサル可カラズ何トナレハ第一千九十五條ニ於テ二箇中一ヲ擇
ムノ義務者ハ其義務中ニ包含スル所ノ總テノ物ノ滅盡シタルキニ非ラサレハ其義務ヲ免カ
ル、ヲ能ハスト規定シアレハナリ然レ事ヲ爲ス可キノ義務者及ヒ爲サ、ルノ義務者ハ是等
ノ場合ニ於テハ全ク其義務ヲ免レ更ニ損害賠償ヲ行フヲ要セサルナリ

(第四款) 義務ヲ行ハサルヨリ生スル損失ノ償

(第一千四百四十六條乃至第一千四百四十八條)

如何ナル場合ニ於テ義務者ハ損害賠償ニ罰セラル、ヲアルヤ義務者ハ左ノ場合ニ於テ損害
賠償ニ罰セラル

第一 義務ヲ執行セサル時

第二 義務ノ一部分ノミヲ執行シタル時

第三 義務ノ全部ヲ執行シタリト雖モ其期限遲滯シタル時

此ノ三箇ノ場合ニ於テハ義務者損害賠償ニ罰セラルヘシト雖モ又更ニ義務者ヲ咎ム可キノ
理由アルニアラサレハ固ヨリ之ヲ罰ス可キモノト爲サス而テ其咎ム可キノ理由ハ左ノ三箇
ノ條件ニアリ

第一 義務ノ不執行カ權利者ノ意思ニ反スル時

如何ナル場合ニ於テ權利者ノ意思ニ反スト云フヤ義務者一旦公正ノ官吏ヨリ義務執行ノ催
促書ヲ受ケナカラ尙ホ之ヲ執行セサルキヲ云フ故ニ假令ヒ義務者ハ其執行期限ヲ經過スル

トモ其催促書ヲ受ケサル間ハ其損害賠償ノ責ヲ負フ可キノアラズ但シ期限ノ到着ノミニ因
リ催促書ヲ待タズ損害賠償ノ責メニ任ス可キ特別ノ契約アルキハ此限ニ非ラス此他ナシ斯
ノ如キ特約アル場合ノ外ハ催促書ヲ受ケサル義務者ハ權利者ニ於テハ義務ノ執行ヲ要用ト
セサルモノト善意ヲ以テ思考スルヲアレハナリ

第二 義務者ノ過失若シハ單純ナル所爲ニテ義務ヲ執行セサル時

如何ナル場合ニ於テ過失又ハ單純ナル所爲アリトスルヤ義務者惡意又ハ怠慢若シハ不注意
ニ由テ之ヲ執行セサルキハ過失アル者トシ義務アルヲ知ラズシテ之ヲ執行セサルキハ單
純ナル所爲アルモノトス蓋シ死者ノ相續人其死者ノ義務ヲ負擔スルコ方リ間々此ノ如キ場
合ニ遭遇スルヲアリ或曰シ是等ノ場合モ亦義務者ノ過失中ニ入レサル可カラズ何トナレハ
義務者死スルノ前其相續人ニ對シ豫メ自己ノ義務ヲ告知セサルノ不注意アリシヲ以テナリ
ト其レ或ハ然ラン然レ人ノ死スルハ其義務ヲ負フタル後必ス數日間ヲ經可キモノト定ム可
クレハ其說或ハ至當ナル可シト雖モ之ヲ告知スルノ時間ナクシテ死去スルモノ世間往々之
レナキニ非ラザレハ未タ以テ至當ト爲スヲ能ハサル可シ例ヘハ余カ父一ノ馬ヲ賣却シ其引
渡ハ之ヲ他日ニ期ス而テ其期至リ買主ヨリ催促書ヲ受ケタルニ幾時モナクシテ死去シタリ
然レ余ハ其馬ノ賣却シアルヲ知ラズ父ノ死後直ニ之ヲ他人ニ賣却シ且ツ已ニ引渡シタリ
此ノ場合ニ於テハ余ハ固ヨリ惡意アルニアラズ父ノ余ニ告ケサリシモ亦不注意ナリト云フ
可カラズ是即チ余カ單純ナル所爲ヨリ出ツルモノトス

第三 義務ノ不執行ニ由テ權利者其損害ヲ受ケタル時

以上陳述シタル理由ニ因リ權利者其損害賠償ヲ請求セント欲スルキハ亦左ノ條件ニ證明セサル可カラス

第一 自己ニ債主權アル事

第二 義務者義務ノ執行ヲ遲滯セシ事

第三 故ニ自己ニ損失アル事

第四 其損失ノ多寡

此ノ如ク權利者之ヲ證明セシモ義務者尙ホ其損害賠償ヲ免レント欲スルキハ己レカ義務ノ不執行ハ天災若クハ抗拒ス可カラサルノカヨリ來リシヲ証明セサル可カラス何トナレハ權利者ノ證明ニ因リ既ニ其權利ノ存立スル事瞭然ナルニ義務者尙ホ己レカ義務ヲ免レントスルニハ亦其免ル可キ理由ヲ證明セサル可カラサレハナリ凡ソ損害賠償ノ多寡ヲ定ムルニハ其義務不執行ハ惡意ヨリ出テタルカ又ハ單純ナル所爲若クハ不注意ヨリ出テタルカニ由リ正シク其差異アルヲハ他日第三百十五條ヲ講スルニ至テ之ヲ詳悉ス可シト雖モ然レモ權利者若シ義務者ノ不執行ハ其惡意ニ出テタルモノナリト主張スルキハ亦其惡意タル由因ヲ證明セサル可カラス是レ惡意ハ其確証ヲ要スル者ニシテ法律上推測ス可キ者ニアラサレハナリ

却説爰ニ一ノ例外アリテ義務者其義務ヲ執行セサルモ權利者毫モ其損害ヲ受ケサルノ場合アリ例ヘハ甲ハ乙ヨリ家屋ヲ抵當ニ取リ之ニ金千圓ヲ貸與シ而テ其公證ヲ得ントシテ之ヲ丙ニ委託ス丙ハ之ヲ承諾シナカラ終ニ其義務ヲ怠リタリ乙此ノ機ニ乘シ再ヒ其家屋ヲ抵當

ト爲シ丁ヨリ金千圓ヲ借受ケ後チ身代限ヲ爲シタリ是ニ於テ其家屋ヲ公賣シテ金二千五百圓ヲ得先ツ丁ノ負債ヲ拂ヒ次ニ甲ノ負債ヲ拂フモ尙ホ五百金ノ殘餘アリ此ノ如クナルキハ設ヒ丙ハ委託ノ義務ヲ怠ルモ之カ爲メ甲ニ何等ノ損害ヲモ蒙ラシメサルヲ以テ亦賠償ノ責ヲ負フノ理由ナキナリ

(第千四百四十九條乃至第千五百一十一條)

損害賠償ノ多寡ハ裁判所ニテ之ヲ定ムルヲアリ或ハ契約者双方豫メ過代條約ヲ以テ之ヲ定ムルヲアリ而テ單ニ金錢上ノ義務ニ關スルキハ偏ニ法律上ヨリ之ヲ定ムルモノトス今其裁判所ニテ定ムル所ノ損害賠償ノ多寡ニ付テ之ヲ説示セン

凡テ損害賠償ハ第千四百四十九條ニ規定セシ如ク義務ノ不執行ニ由リ權利者ノ受ケタル損害ト其失フタル利益トヲ併合スルモノトス而テ裁判官其多寡ヲ定ムルニハ第千五百五十條ニ示メスカ如ク義務ノ不執行ヲ二箇ニ區別セサル可カラス

第一 義務者ノ過失ヨリ生スル時

第二 義務者ノ惡意ヨリ生スル時

第一ノ場合即チ義務者ノ過失ニ由リ其義務ヲ執行セサリシキハ契約ヲ結ヒシ時既ニ豫知シ若クハ道理上ヨリ豫知シ得可キ損害ニ非ラサレハ義務者其賠償ノ責ニ任セサルモノトス

第二ノ場合即チ義務者ノ惡意ニ由リ其義務ヲ執行セサリシキハ契約ヲ結ヒシ時道理上ヨリ

71 豫知シ得可カラサル損害ト雖モ義務者尙ホ其賠償ノ責ニ任ス可キモノトス

此ノ二箇ノ場合ニ付キ茲ニ一例ヲ擧ケンニ甲ハ乙ヨリ一ノ不動産ヲ買受ケタルニ其不動産

ハ乙ノ所有ニ非ラスシテ甲ハ終ニ眞ノ所有者ヨリ之ヲ取戻サレタリ此ノ場合ニ於テ乙ニ惡意ナク全ク己レカ所有ト誤認シテ賣渡シタルモノナレハ乙ハ唯過失アルモノニシテ惡意アルモノニ非ラス之ニ反シテ乙素ト己レカ所有ニ非ラサルヲ知テ賣渡シタルモノナレハ是即チ乙ニ惡意アルモノトス而テ甲ハ其不動産ヲ買受ケ未タ取戻サレサル前之ニ必要ノ保存費ヲ用ヒタルモハ乙己レノ惡意ノ有無ヲ問ハス其損害賠償トシテ甲ニ其費用ヲ返還ス可キノ義務アルモノトス何トナレハ此ノ如キ費用ハ道理上既ニ豫知シ得可キモノナレハナリ然レ其費用ハ不必要即チ驕奢ノ費用ニシテ而テ乙ニ惡意ナキモハ之ヲ返還ス可キノ義務ナキモノトス此ノ如キ費用ハ道理上豫知シ得可キモノニ非ラサレハナリ之ニ反シテ乙ニ惡意アリシモハ是等ノ費用ト雖モ亦返還セサル可カラサルモノトス(第六百三十四條及ヒ第六百三十五條參看)

今更ニ惡意ノ有無ニ付テ此ノ如キ差異ヲ生スル理由ヲ陳辯セン抑モ惡意ナキ義務者ノ損害ヲ償フ可キノ原則ハ義務者嘗テ契約ヲ結ビシ時權利者ニ對シ若シ義務ヲ執行セズシテ爲メニ損害ヲ受ケシメタルモハ更ニ之ヲ賠償ス可シト默許上附從ノ契約ヲ爲シタルモノト見做シタルモノナリ而テ其默許ノ契約ハ嘗テ契約ヲ結ビシ時双方ノ意思即チ豫知シ及ヒ豫知シ得可キ損害ニ止ル可キモノトス何トナレハ設ヒ默許タリト雖モ意思ノ及ハサル所ニ及ホスヲ能クス可キモノニ非ラサレハナリ

之ニ反シテ惡意ノ義務者ナルモハ契約當時ノ意思ニ拘ハラヌ其惡意ニ因リ權利者ノ受ケタル損害ハ皆悉ク之ヲ償ハサル可カラヌ然レ假令ヒ惡意ヨリ生シタル損害ナリト雖モ其賠償

ノ多寡ヲ定ムルニ至テハ亦其限度ヲ設ケサレハ終ニ底止スル所ナキニ至ル可シ故ニ其惡意ヨリ直接ニ生シタル損害ニ非ラサレハ賠償ノ義務ナキモノトス例ヘハ甲ハ病馬ナルヲ知リ之ヲ乙ニ賣渡シ乙其病馬ナルヲ知ラスシテ他ノ馬ト共ニ之ヲ飼養セシニ其病儀ニ傳染シ數頭ノ馬皆悉ク斃レタリ是ニ於テ乙農業ヲ怠リ家漸ク貧ニ陥リ遂ニ身代限ヲナシ自己ノ財産ヲ低價ニ糶賣セラレ意外ノ大損害ヲ醸シタリ此ノ場合ニ於テ甲ハ悉ク是等ノ損害ヲ償フ可キノ義務アリトナスカ決シテ然ラス何トナレハ其損害タル固ヨリ甲ノ惡意ニ源因スト雖モ然レ乙モ亦他ニ自ラ損害ヲ招キタルノ不注意ナキニ非ラサレハナリ乙設ヒ盡ク其馬ヲ失ヒタリト雖モ又他ノ馬ヲ得ルニ取テ道ナキニアラサルヘシ然レ是ヲ之レ爲サスシテ乃チ農業ニ怠ル是自ラ損害ヲ招キタルノ不注意アルニアラスシテ何ソヤ

(第一千五百五十二條)

本條ハ契約者双方ニ於テ損害賠償ノ金高ヲ豫定スルヲ許容セシモノナリ而テ其金高ヲ豫定セサリシモハ裁判官左ノ四條件ヲ審理セサル可カラヌ

- 第一 義務ノ不執行ニ由リ權利者現ニ損害ヲ受ケタルヤ
 - 第二 權利者ノ受ケタル損害ノ多寡
 - 第三 義務ノ不執行ニ因リ權利者又更ニ利益ヲ失フタルヤ
 - 第四 其損害賠償ノ金高幾干ヲ以テ適當トナスヤ
- 然レ此ノ四條件ノ事實ヲ審問スルニ多少ノ時日ト費用トヲ以テセサル可カラヌ故ニ深慮アル契約者ハ是等ノ煩雜ヲ避ケン爲メ義務不執行ニ由リ生スル損害賠償ノ金高ヲ豫定シ以テ

他日ノ煩雜ヲ避ケントス法律上之レテ過代條約ト云フ即チ本條ニ規定セシ所ナリ
 茲ニ一問題アリ即チ過代條約ノ金高實際損害ノ金高ヨリ非常ニ超過スルキハ裁判官之ヲ減
 少スルノ權利アルヤトノ一事是ナリ或ハ裁判官之ヲ減少スルノ權利アリト云ヘリ然レ裁判
 官果テ此ノ權利アリトセハ是レ過代條約ノ目的ヲ破壞シ即チ契約者双方ヲシテ豫メ避ケン
 ト欲スル所ノ煩雜モ終ニ避クルヲ能ハサルニ至ラシメサル可カラズ是豈ニ本條ノ意ナラン
 ヤ然ハ則チ裁判官復タ之ヲ減少スルノ權利アラサルヲハ更ニ多言ヲ要セサルナリ
 (第一千五百五十二條)

本條ハ金錢上ノ義務ニ關スル損害賠償ノ規則ヲ掲載セシモノニシテ他ノ普通ノ義務ニ關ス
 ル損害賠償ノ例外タルヲ示セシモノナリ即チ左ノ如シ

第一 普通ノ義務ニ關スル損害賠償ノ金高ハ前既ニ講示セシ如ク權利者實際ニ受ケタル損
 害ノ多寡ニ從ヒ又其金高ニ多寡ノ差異アルモノトス然レ本條即チ金錢上ノ義務ニ關スル損
 害賠償ノ金高ハ權利者實際ノ損害ノ多寡ニ拘ハラスシテ偏ニ法律上ノ利息ヲ以テ之ヲ償フ
 可キモノトス是其例外ノ一ナリ而テ其利息ハ民事ニ於テハ一ケ年百分ノ五トシ商事ニ於テ
 百分ノ六トス

第二 普通ノ義務ニ關スル損害賠償ヲ求メントスル權利者ハ一ハ自己ノ債主權ヲ證明シ二
 ハ義務者ノ義務執行ノ遲滯ヲ證明シ三ハ其遲滯ヨリ生シタル自己ノ損害ヲ證明スルヲ必
 要トス然レ本條ニ關スル權利者ハ唯自己ノ債主權ト義務者ノ遲滯トヲ證明スルヲ以テ足レ
 リトシ又自己ノ損害ヲ證明スルニ及ハサルモノトス是其例外ノ二ナリ

第三 普通ノ義務ニ關スル義務者ヲ其義務執行遲滯ノ地位ニ置ニハ其執行期限ノ至リシ後
 權利者義務者ニ對シ一ノ催促書ヲ送付スルヲ以テ足レリトスレレ本條ニ關スル義務者ヲ遲
 滯ノ地位ニ置キ以テ利息ヲ生セシメントスルニハ唯其催促書ヲ以テ足レリトセス現ニ裁判
 所ニ訴フル時ヨリ始メテ其利息ヲ生セシム可キモノトス是其例外ノ三ナリ

茲ニ一問題アリ權利者最初元金ヲ訴フル時其利息ヲ請求セシテ其訴訟中更ニ利息ヲ請求
 スルキハ其利息ハ元金ヲ請求シタル日ヨリ起算ス可キヤ將タ更ニ利息ヲ請求シタル日ヨリ
 起算ス可キヤトノ事是ナリ此點ニ付テハ未タ一定ノ議論ナシト雖モ數多ノ裁判例及ヒ數多
 ノ學士ノ說ニ依レハ概チ利息請求ノ訴ヲ爲シタル日ヨリ起算ス可シト云フニ歸着スルモノ
 如シ其論旨ハ第一千二百七條ノ「連帶義務者ノ一人ニ對シテ利息ヲ請求セハ總テノ連帶者
 ニ對シテモ亦其義務ヲ生セシムトノ規則ヲ引証シ其利息ヲ請求スルニ非ラサレハ決シテ其
 義務ヲ生セサルモノナリト云フコアリ

又一說ニ曰ク唯元金請求ノ訴ヲ爲スヲ以テ全ク利息ヲ生セシムルニ足レリト其論旨ハ本條
 ノ利息タル素ト義務ヲ遲滯シタルニ因リ生セシメタルモノニシテ學說上之ヲ遲滯ノ利息ト
 云フ而テ元金請求ノ訴ヲ爲セハ固ヨリ義務者ヲ遲滯ニ置ク可キモノナレハ是ニ由リ義務者
 ナシテ其利息ヲ償ハシムルモ決シテ法文ニ背リニ非ラスト云フコアリ

第四 普通ノ義務ニ關シテ過代條約ヲ結ヒシ契約者ハ自ラ其償金ノ高ヲ豫定スルヲ得可
 シト雖モ本條ノ義務ニ關シテ其條約ヲ結ハント欲スルキハ其償金ノ高ヲシテ法律上ノ利息
 ノ限度ヲ超ヘサラシムルヲ必要トス若シ其限度ヲ超ユルヲアラハ裁判官之ヲ減少スルヲ

ヲ得可キモノトス

76 此ノ數箇ノ規則ニ付又其理由ヲ畧陳セン

第一 義務執行期限經過ノ後權利者更ニ其執行ヲ請求セサレハ其間利息ヲ生セシメサルハ如何ナル理由ナルヤ曰ク權利者更ニ其執行ヲ請求セサルキハ法律上權利者ニ於テ其執行ヲ要用トセスシテ義務者ノ爲メ暗ニ其猶豫ヲ與ヒシモノト推測スルヲ以テナリ

第二 猶豫ヲ與ヒシモノトノ推測ハ或ハ當ニ然ルヘキモノ、如シト雖モ夫ノ催促書ヲ送ルモ尙ホ未ダ利息ヲ生セシムルニ足ラス現ニ裁判所ニ訴フルヲ必要トスルハ又如何ナル理由ナルヤ曰ク是亦法律上ノ推測ニシテ催促書ハ未ダ以テ義務者ヲシテ權利者定メテ其執行ヲ要望セシナラントノ思考ヲ起サシムルニ足ラス若シ權利者之ヲ要望セハ更ニ裁判所ニ訴出ツルナル可シト推測セシムルニ由レリ蓋シ義務者ヲ寛恕スル最モ篤キモノト云フ可シ

第三 本條ノ義務ニ關スル損害賠償ハ權利者實際ニ受ケタル損害ノ多寡ニ拘ハラス偏ニ法律上ノ利息ヲ以テ之ヲ償フ可キモノト定メタルハ又如何ナル理由ナルヤ曰ク他ノ普通ノ義務ニ關スル損害ノ多寡ヲ審査スルハ敢テ難キニ非ラサレハ本條即チ金錢上ニ關スル損害ノ多寡ヲ審査スルニ至テハ甚タ難クシテ殆ント爲シ能ハサルコト云フモ不可ナキナリ何トナレハ權利者自ラ損害ヲ受ケタリト主張スルモ其辭柄ノ毎ニ信ヲ置クニ足ラサルコト多クハナリ例ヘハ權利者ニ於テ義務者ヨリ其期限ニ至リ其辨濟金ヲ得ハ斯々ノ事業ヲ爲シ斯々ノ利益ヲ得タル可シ然ニ其辨濟ヲ得ス故ニ斯々ノ損害ヲ醸シタリト此ノ如キ場合ニ於テ裁判官粗ホ其虛構タルヲ察知ス可シト雖モ奈何セン之ヲ說破スルノ明証ヲ得難ク隨テ之ヲ棄

却スルノ手段ナシ其弊終ニ底止スル所ナキニ至テノ是實際ノ損害ノ多寡ニ拘ハラス偏ニ法律上ノ利息ニ歸セシムル所以ナリ

第四 法律上民事ノ利息ヲ定ムルニ一ケ年百分ノ五トナシタルハ如何曰ク是通常正當ノ事業ヲ爲スニ自己ノ資本ヲ使用シテ其得ル所ノ利益ニ比較シ以テ之ヲ定メタルモノナリ

前數箇ノ規則ニ又數箇ノ例外アリ即チ左ノ如シ

第一 催促書ヲ送ルノミニテハ利息ヲ生セシムルニ足ラスト云フノ規則ニ二箇ノ例外アリ第四百七十四條及ヒ第一千六百五十二條是ナリ

第二 特別ノ契約アルカ又ハ裁判所ニ訴フルニ非ラサレハ利息ヲ生セシメスト云フノ規則ニ數箇ノ例外アリ而テ其例外ノ數多ナルコト寧ク其例外ヲ以テ一般ノ規則トナシ一般ノ規則ヲ以テ例外トナスモ殆ント不可ナキモノ、如シ即チ第四百七十四條第八百五十六條第一千四百四十條第一千五百七十條第一千六百五十二條第一千八百四十六條第一千九百九十六條第二千一條及ヒ第二千二十八條ノ場合はナリ

第三 本條ノ義務ニ關スル損害賠償ハ法律上ノ利息ヲ以テ之ヲ償フ可シト云フノ規則ニ三箇ノ例外アリ左ノ如シ

一 保証人義務者ニ代リ權利者ニ辨濟シ更ニ義務者ニ對シテ其辨濟金ヲ請求スルキハ當ニ其元金ト利息トヲ請求スルノ權利アルノミナラス之カ爲メニ保証人ノ受ケタル損害アラハ法律上ノ利息ノ外更ニ其賠償ヲ請求スルコト得可キモノトス(第二千二十八條參看)

二 會社員ニシテ期限アル出金ヲ其期限内ニ出サ、ルキハ會社ニ對シ其期限ノ日ヨリ直ニ

法律上ノ利息ヲ拂フ可キノ義務アルノミナラス猶ホ其違約ニ因リ會社ノ受ケタル損害アレハ亦悉ク之ヲ償ハサル可カラズ(第千八百四十六條參看)

三 爲換手形ノ所有人其期限ニ至リ辨濟ヲ受ケスシテ之カ爲メ法律上ニ定メタル手續ヲ經以テ其費用ヲ請求スルキハ法律上ノ利息ノ外猶ホ之ニ關スル種々ノ費用ヲ請求スルヲ得可キモノトス(商法第百八十一條參看)

(第千五百五十四條)

利息ヨリ利息ヲ生セシムルコハ左ノ二條件アルヲ要ス

第一 利息ヲ拂フ可キ期限ノ經過スル事

第二 其利息一年以上ノ高ヲ拂ハサル事

本條ニ「一年以上云々」トアルヲ以テ拂フ可キ期限ヨリ更ニ一年ヲ經ヘキモノト解ス可カラズ假令ヒ其拂フ可キ期限昨日到着シタリト雖モ未タ拂ハサルノ利息ハ一年以上ノ高ナルキハ今日其利息ヨリ利息ヲ生セシムルヲ得可キモノトス

本條ニ「訴ニ因リ又ハ特別ノ契約ヲ以テ云々」トアリ其特別ノ契約トハ嘗テ契約ヲ結ヒシ時豫メ特別ノ契約ヲ爲シタリトノ謂ヒニ非ラス其期限ニ至リ拂ハサル時ハ之ヲ得可キ者訴ヲ爲スカ又ハ訴ヲ爲サ、ルモ特別ノ契約ヲ以テ利息ノ利息ヲ將來拂ハシム可シト云フノ意ナリ

此ノ事ニ付テ二箇ノ問題アリ

第一 甲ハ乙ニ對シ數年間ノ期限ニテ金千圓ヲ貸與ヘ而テ一年毎ニ其利息ヨリ利息ヲ生セ

シム可シトノ特別契約ハ有効ナルヤ曰ク其貸借契約ノ有効ナルハ固ヨリナリト雖モ其特別契約ニ至テハ之ヲ無効ナリト云ハサル可カラズ何トナレハ其契約ハ未タ拂フ可キ期限ニ至ラサルノ利息ニ關スルモノニシテ即チ本條ノ法意ニ背反スルモノナレハナリ

第二 一年以上ノ高ニ滿タサル利息ナリト雖モ既ニ拂フ可キ期限ヲ經過シタルキハ亦其利息ヨリ利息ヲ生シムルヲ得可キヤ例ヘハ甲ハ乙ニ對シ八ヶ月ノ期限ニテ金千圓ヲ貸與ヘ而テ其期限ニ至リ乙之ヲ返還セズ其利息ヲ元金ニ組入又之ニ利息ヲ付シ更ニ借受ケント乞ヒ即チ利息ヨリ利息ヲ生セシムルキハ甲ハ之ヲ有効ニ承諾スルヲ得可キヤ曰ク能ハサルナリ何トナレハ是亦本條ノ法意ニ背キ即チ其利息ハ一年以上ノ高ニ非ラサレハナリ或人曰ク本條假令ヒ此ノ如キ所爲ヲ禁スト雖モ之ヲ免カレント欲セハ亦甚容易ナルノミ見ル可シ義務者一旦其元利ヲ返還シ更ニ其返還シタル元利ヲ借受ケ之ニ利息ヲ付スルキハ是即チ利息ヨリ利息ヲ生セシムルニ非ラスヤト余之ニ答テ曰ハシ其言寔ニ然リ然レ人皆彼レノ如ク論シ去テハ凡ソ禁止法タルモノ盡ク無益ノ徒法ナリト云ハサル可カラサルニ至ラン果テ然ハ亦道義ヲ維持スルノ地ナキナ奈何セン

(第千五百五十五條)

本條ハ前條ノ一年以上ノ高ヲ拂ハサル利息ヨリ利息ヲ生シム可シト云フノ三箇ノ例外ヲ規定セシモノナリ

第一 家屋ノ借賃

第二 土地ノ借賃

第三 無期又ハ畢間生ノ年金

80 此等ノ借貸例ヘハ三ヶ月毎ニ拂フ可キ契約ナルニ其期限ニ至リ之ヲ拂ハサルキハ更ニ通常ノ借金名義ニテ之ヲ借受ケ又其利息ヲ生セシムルヲ得可シト雖モ然モ嘗テ契約ヲ結ヒシ時豫メ此ノ契約ヲ爲スヲ得可カラサルナリ何トナレハ本條モ亦拂フ可キ期限ノ至リシ場合ニ限レハナリ

本條ノ第二項ハ惡意ヲ以テ不動産ヲ占有シタル者其不動産ヲ取戻サレタル上猶ホ其不動産ヨリ得タル收穫物ノ償却金及ヒ其利息又ハ第三ノ人カ義務者ニ代リテ權利者ニ拂フタル利息ニ關スル者ニシテ即チ其償却金及ヒ其拂フタル利息ハ直ニ契約又ハ訴ニ因リ之ヲ元金ニ組入レ以テ其利息ヲ生セシム可シト規定セシモノナリ蓋シ是等ノ場合ニ於テハ其利息ノ外元金トシテ償却ス可キモノアラズ名義ハ利息ナリト雖モ其實ハ元金ニ等シケレハナリ

(第五款) 契約書ヲ解釋スル事

(第一千五百五十六條乃至第一千六百六十四條)

本款ノ各條ハ法官ヲシテ諸般ノ契約書ヲ解釋セシムルノ方法ヲシテ而テ第一千五百五十六條ハ其大体ヲ掲ケシモノナリ故ニ該條ハ本款ノ根幹ニシテ他ハ其枝葉タルニ過キス即チ其法文ニ「文詞ニ固著スルヨリ寧ロ契約者双方ノ意趣如何ヲ探究ス可シ」トアリ是本款ノ原則トス第一千五百五十七條ハ即チ前條ノ原則ヲ適用シタルモノナリ曰ク契約書中一條件ニシテ二様ノ意ニ解シ得可キ時ハ其契約ノ効ナカラシム可キ意ニ解スルヨリ寧ロ其効ヲ生セシム可キ意ニ解ス可シ」ト此ノ如ク規定シタル理由ヲ例セシム今茲ニ二人ノ能力者相會シテ一ノ契約

ヲ爲サンニ其契約上何等ノ効力ヲモ生セシメサルノ目的ナル可シトハ人之ヲ信セサル可シ故ニ一タヒ契約ヲ爲セハ必ス其効力ヲ生セシメント欲スルノ目的ナル可シト解釋スルハ是即チ双方ノ意趣ヲ解釋スルモノナリ

第一千五百五十八條ニ曰ク「二様ノ意ニ解シ得可キ文詞ハ契約ノ性質ニ最モ適シタル意ニ解ス可シ」ト今之ヲ例解セハ爰ニ一ノ家屋ヲ借受ケ借主ハ貸主ニ對シ此ノ家屋ノ修葺ハ自ラ之ヲ擔任ス可シト約センニ其修葺ノ文詞ハ二様ノ意ニ解シ得可シ即チ其修葺ハ小修葺ノ家屋内作ノナルヤ又ハ大修葺ノ家屋全部ヲ保存ナルヤ之ヲ識別スルヲ難カル可シ然モ家屋賃借契約ノ性質ニ依テ見レハ之ヲ小修葺ナリト解釋セサル可カラズ何トナレハ借主ハ總テ其小修葺ヲ擔任ス可シト雖モ大修葺ニ至テハ之ヲ擔任ス可キモノニ非ラサレハナリ

然レ此ノ如ク辨明スルキハ本條ハ遂ニ第一千五百五十七條ノ規則ト牴觸スルモノ、如シ何トナレハ借家主ノ小修葺ヲ擔任ス可キハ契約ノ性質上已ニ含蓄スルモノニシテ契約書中復々之ヲ明記スルヲ要セス然ニ故サヲニ修葺ノ文詞アルニ依リ第一千五百五十七條ニ從ヒ其効力ヲ生セシメントスルキハ之ヲ大修葺ナリト解釋セサル可カラサレハナリ然レ本條ノ意ハ決シテ然ラサルナリ凡ソ契約書中無用ノ文詞ヲ記載スルヲハ實際上屢之レアルモノナリ故ニ其有用ト無用トヲ察セス偏ニ其文詞ニ就キ強ヒテ其効力ヲ生セシメントセハ却テ契約者ノ意趣ニ反スル解釋タルヲ免レサルニ至ラン故ニ二様ノ意ニ解シ得可キキハ其第一千五百五十七條ニ依ル可キモノナルヤ將テ第一千五百五十八條ニ依ル可キモノナルヤ能ク其記載シタル事實ニ注意セサル可カラズ要スルニ二様ノ意ニ解シ得可キ條件ニシテ人ノ屢用ユル者ナルキハ第

千百五十八條ニ依テ解釋ス可ク又人ノ稀ニ用ユル者ナルハ第千百五十七條ニ依テ解釋スヘシ何トナレハ設ヒ稀レニ人ノ用ユル條件ナリト雖モ多少特別ノ効力ヲ有セシムルノ主意ナルハ必然ナレハ之ヲ無益ノ文詞ナリト思考ス可カラサレハナリ例ヘハ第千百十九條ノ規則ニ反スル條件ナリト雖モ其第三ノ人ノ義務ヲ約シタルモノハ其契約ヲ無効ニスルノ意ヲ以テ約シタルモノト解釋セスシテ第千百二十條ノ意ニ從ヒ自ラ其義務ヲ負擔ス可キモノト解釋シ以テ其契約ノ効力ヲ生セシム可シ

第千百五十九條ハ殆ント前條ノ旨意ト同一ニシテ即チ二條ノ意ニ解シ得可キ文詞ハ其契約ヲ爲シタル地方ノ慣習ニ從テ之ヲ解釋ス可シト云フニ過キス

第千百六十條ニ曰ク「慣習上存スル條件ハ契約書中ニ之ヲ記載シアラスト雖モ之ヲ記載シアル如ク實際上補充ス可シ」ト故ニ家屋賃借契約書中ニ家屋ノ小修葺ハ借主ニ於テ擔任ス可シト記載セサル時ト雖モ借主ハ毎ニ之ヲ擔任ス可キモノト解釋ス可シ(第千七百五十四條參看)

第千百六十一條契約書中ノ各文詞ハ其一文詞毎ニ之カ解釋ヲ下サスシテ其全文ノ大旨ヲ求メ而テ其大旨ノ貫徹スルヲ目的トシテ之カ解釋ヲ下ササル可カラス例ヘハ一ノ貸金證書アリテ二箇ノ條項ヲ記載セリ其初メニ借主兩名連帶ニテ義務ヲ負擔ス可シト記載シ次ニ兩名ノ内一人旅行其他ノ事故アレハ他ノ一人ニテ總テノ義務ヲ負擔ス可シト記載シタリトセンニ其初メノ條項ヲ以テ全ク連帶義務ノ性質アルヲ示スニ足レハ是即チ全文ノ大旨ナリ然ハ次ノ條項ヲ以テ他ノ一名旅行又ハ事故アルハ其ニアラサレハ殘ル一名ニ連帶ノ義務無シト旨

フヲ得サルカ如キ是ナリ

(第千百六十二條)

或曰ク本條ハ證據ノ疑ハシキハ義務者ヲ保護ス可シトノ原則ヨリ來ル者ナリ蓋シ義務者一旦敗訴セハ其損失或ハ莫大ナルヲ有ル可シト雖モ權利者ニ於テハ唯其自ラ持出シタル物ヲ受取ルヲ得サルニ止マレハナリト此說ハ余輩ノ服セサル所ナリ何トナレハ片務契約ノ場合ニハ義務者ト權利者トノ分別アルヲ以テ此ノ如ク解釋スルモ然ル可シト雖モ双務契約ニ至テハ双方共ニ義務者タリ權利者タルヲ以テ一旦敗訴セハ共ニ損失ヲ受ケサル可カラス加之甲ハ乙ニ對シテ權利者タリト雖モ丙ニ對シテハ義務者タルヲ有ル可シ而テ甲ハ乙ヨリ受取ル可キ物ヲ受取ルヲ得サレハ丙ニ對スルノ義務ヲ盡クサンニハ自己ノ他ノ財產ヲ以テ又更ニ持出サ、ル可カラズ然ハ權利者ノ損失亦少々ナラサル可シ是ニ依テ之ヲ觀レハ義務者ヲ保護スルハ其損失權利者ヨリ莫大ナルニ因ルトノ論旨ハ取ルニ足ラサルナリ

然ハ契約ノ文意ノ疑ハシキ時ハ義務者ノ利益トナル可キ解釋ヲ下ス可シトハ如何ナル理由アルニ依ルヤ曰ク夫ノ證據ノ原則即チ自ラ權利アリト主張スル者ハ其權利ノ成立ヲ證明セサル可カラス若シ其證據判明ナラサレハ一般ノ推測ニ由リ更ニ權利ナク又義務ナシト判定ス可シトノ法理ヨリ來ルモノナリ要スルニ本條ハ第千三百十五條ヲ適用シタルニ過キス第千百六十三條ハ契約ヲ有効ニ爲サンニハ必ス双方ノ承諾アルヲ要ストノ原則ヲ適用シタルモノナリ抑モ承諾トハ自ラ知り得タルヲ承諾スルノ謂ヒニシテ其知り得サルヲ承諾スルヲ能ハサルハ固ヨリ言ヲ待タサルナリ故ニ事情ヲ知ラスシテ結ヒタル契約ハ其承諾

ナキモノトシ之ヲ無効トナサ、ル可カラズ本條ノ大意ハ則茲ニアリ其法文ニ曰ク「契約書ノ文意如何ニ博キ時ト雖モ其契約ヲ結ビシ双方ノ者互ニ知得シタル可シト推知シ得可キ事物ノミヲ包含ス可シ」ト是即チ既ニ承諾シタル事物ノ外ハ其契約書中ニ包含セサルモノト解釋ス可シト云フノ意ナリ例ヘハ余故アリ本月二十五日亡父ノ遺物一切ヲ拋棄ス可シト余カ兄ニ約シ依テ之ヲ記載シタル一ノ拋棄書ヲ付與シタリ而テ同月二十八日ニ至リ又亡父ノ一遺書ヲ發見ス其書中更ニ一ノ財產ヲ余ニ贈遺ス可シト記載セリ此場合ニ於テ若シ二十五日拋棄書中一切ノ文字ニ固著スルキハ二十八日ニ發見シタル遺物ヲ拋棄シタルモノト解釋スルコ至ル可シ然レモ二十五日ノ拋棄書ハ其日マテニ余ノ知リ得タル遺物ヲ拋棄シタルモノト解釋ノナリ二十八日ノ發見ハ余ノ未タ知リ得サル遺物ナリ故ニ一切ノ文字ニ因リ其未タ知リ得サル物ニマテ之ヲ及ス可シ得可カラサルナリ是知リ得サルコトハ承諾ナキモノニシテ承諾ナキ契約ハ無効ノモノトアレハナリ

第一千六百六十四條ヲ設ケタル理由ハ他ナシ契約者双方カ法律ヲ會得セサルカ又ハ自ラ疑フ所アリテカ契約書中無用ノ文詞ヲ記載スルコト往々之アリ例ヘハ不動産ノ賣主ハ買主ノ爲メ毎ニ其所有權ニ關スルコトヲ保證スルコトヲナス總テ其不動産ニ關シテハ何等ノ故障アルモ亦之ヲ保證ス可キノ義務アルハ不動産賣買契約ノ性質上ニ存スルモノニシテ契約書中特ニ是等ノ義務ヲ記載セサルモ法律上當然之ヲ含蓄スルモノトス然レ實際ニ於テハ此法律アルニ拘ハラズ若シ所有權ノコトニ付故障アルキハ賣主之ヲ負擔ス可シ云々ノ文字ヲ記載スルコト少カラズ此場合ニ於テ若シ本條ナカリセハ或ハ所有權ノコトハ負擔シタリト雖モ他ノ故障ハ之

ヲ負擔セサリシモノナリト解釋スルノ恐レナキニ非テズ是本條ヲ設定セシ所以ナリ

(第六款) 契約者外ノ者ニ對スル契約ノ効

(第一千六百六十五條)

本條ノ契約者トハ獨リ契約本人ノミナラス總テ其契約ニ關係アル者ヲ云フ而テ設ヒ關係アルトモ名代人ノ如キハ之ヲ算入セサルナリ故ニ本條ノ契約者トハ左ノ人々ヲ云フ

第一 契約ノ本人

第二 其相續人

第三 財產全部ヲ受繼ク者

第四 或ル場合ニ於テハ一箇ノ特定財產ヲ受繼ク者

此ノ特定財產ヲ受繼ク者ハ時アリテ其財產ニ關スル權利ト義務トヲ併行スルコトアリ例ヘハ甲ハ乙ニ書入質トナシタル不動産アリテ甲之ヲ丙ニ賣渡シタルキハ丙ハ乙ニ對シテ其不動産ヲ受取ル可キノ權利ヲ行ヒ又其書入質ノ負債ヲ償フ可キノ義務ヲ行フノ類

如何ナル理由アリテ契約ノ効力ヲ契約者以外ノ人ニ及ホス可シ得サルヤ曰ク人タル者自己ノ意思ヲ以テ自己ノ財產ヲ處分シ損益ヲ自ラ取ルハ固ヨリ自由ナリト雖モ自己ノ意思ヲ以テ他人ノ財產ヲ處分シ之ニ損害ヲ生セシムルハ道理ノ禁スル所ナレハナリ曰ク自己ノ意思ヲ以テ人ニ損害ヲ生セシム可カラサルコトハ固ヨリ當ニ然ルヘシ然レ本條ハ唯其損害ノミヲ云フニ非ラス利益モ亦契約者以外ノ人ニ生セシムルコトナカル可シト云フハ果テ如何曰ク人ノ利益ヲ欲スルハ其常情ナリト雖モ其人ニ因リ亦之ヲ欲セサルノ場合ナキニ非ラス例ヘハ

出處不明ノ物品アリトモ其價極メテ廉ナルヲ以テ或ハ之ヲ買ハント欲スル者アル可シト雖モ亦其人ニ因リ其出處ノ不明ナルヲ以テ之ヲ買フヲ潔ヨントセサル者モアル可シ殊ニ贈與物ノ如キハ其利益ノ點ヨリ論スレハ亦之ニ過クル者ナカル可シ然レモ受リ可キノ道理ナケレハ亦之ヲ受クルヲ肯ンセサル者モアル可シ是ニ由テ之ヲ觀レハ唯利益アリト云フヲ以テ契約者以外ノ人ニ其効力ヲ及ホスモ決シテ不可ナキモノトハ論決ス可カラサルナリ是本條ニ於テ利益ト雖モ契約者以外ノ人ニ其効力ヲ生スルヲナカル可シト規定セシ所ナリ然レ本條ノ原則ニ數箇ノ例外アリ即チ契約者以外ノ人ニ損害ヲ生スルヲナカル可シトノ原則ニ一箇ノ例外アリ例ヘハ義務者身代限ヲ爲シタル權利者ノ協議ニ因リ義務者ニ其財產ノ一部ヲ付與シ以テ從來ノ事業ヲ繼續セシメントテ決スルニ方リ權利者中設ヒ一二少數ノ不承諾ヲ唱フル者アリト雖モ決シテ多數權利者ノ決議ヲ破ルヲ能ハス故ニ多數ノ權利者ハ終ニ少數ノ權利者ヲ屈服セシムルニ至レリ是即チ契約者以外ノ人ニ損害ヲ生セシムル者ナリ(商法第五百七條)

又契約者以外ノ人ニ利益ヲ生セシムルヲナカルヘシトノ原則ニ三箇ノ例外アリ其第一第一千廿一條ノ場合其二第一千四十八條ノ場合其三第一千八十二條及ヒ第一千八十三條ノ場合はナリ(第一千百六十六條及ヒ第一千百六十七條)

此ノ二條ハ前條ノ例外ノ如クニ記載シアレハ是は大ナル過チナリ抑モ第一千百六十六條ニ從ヒ權利者カ義務者ノ權利ヲ行ヒ即チ義務者ノ結ヒタル契約ニ因リ生スル所ノ利益ヲ以テ己レカ有ト爲スカ如キハ決シテ前二條ノ例外ニ非ラスシテ正シク其適用ナリ何トナレハ若シ權

利者ニ義務者ノ權利ヲ行フヲ許サ、ルキハ則チ義務者ノ懈怠ヲ以テ其權利者ニ損害ヲ被ムラシメ即チ義務者ノ意思ヲ以テ權利者タル他人ヲ害スルニ至ル可シ殊ニ此場合ニ於テ權利者ハ義務者ノ名義ヲ以テ其權利ヲ行フモノナレハ他人ノ權利ヲ行フモノト云フヲ得可カラサレハナリ例ヘハ甲ハ乙ニ金百圓ヲ貸與ヘ其期限ニ至リ其辨濟ヲ請求スト雖モ乙之ニ應セズ唯金圓ナキヲ口實トシ之カ猶豫ヲ請求セリ然ニ甲ハ乙カ丙ヨリ金百圓ノ辨濟ヲ得可キノ權利アルヲ傳聞シ甲ハ此ノ事ヲ以テ乙ノ名義ヲ用ヒ丙ニ對シテ其權利ヲ行フノ場合ノ如シ是第一千百六十六條ニ豫定スル所ナリ

第一千百六十七條ニ於テハ權利者ニ義務者カ其權利者ヲ害ス可キ爲メ他人ト結ヒシ契約ヲ駁撃スルノ權利ヲ付與シタリ是亦契約者以外ノ人ニ損害ヲ生セシムルヲナカルヘシトノ原則ニ適用シタルモノニシテ決シテ其例外ニハ非ラサルナリ何トナレハ義務者ノ所爲惡意ニ出テ權利者ヲ害ス可キモノナレハ權利者其害ヲ受ク可キ理由ナキヲ以テ之ヲ廢棄スルヲ得可シト定メタルニ過キサレハナリ例ヘハ甲ハ乙ニ金千圓ヲ貸與セシニ當時乙ノ財產ハ殆ソト千五百圓計ノ價ヲ有セリ然ニ其後乙ハ甲ヲ害ス可キノ目的ニテ其財產ノ三分ノ二以上ヲ丙ニ贈與セリ而テ甲ハ其請求期限ニ至リ始メテ之ヲ知り其原因ヲ搜索スルコト全ク甲ヲ害スルノ意思ヲ以テ丙ニ贈與セシヲ發覺セリ是ニ於テ甲ハ其贈與ヲ以テ己レカ債主權ヲ害ス可キモノト爲シ之カ廢棄ヲ請求スル等ノ場合ヲ云フナリ

然レ抵當ヲ有スル權利者ハ設ヒ義務者ノ其抵當品ヲ他人ニ讓渡ス等ノ場合ニ遇フモ敢テ該條ニ據テ其契約ヲ廢棄セシムルヲ要セス何トナレハ此ノ如キ權利者ハ固ヨリ其物權ヲ有

スル者ナレハ其物品ヲ占有スル人ノ何人タルヲ問ハス直ニ其人ニ對シテ己レノ抵當權ヲ行フヲ得可ケレハナリ

又質物ヲ有スル權利者ノ如キハ義務者カ其質物ノ爲メ他人ト契約ヲ結ブト雖モ其損害ヲ受クルノ憂ナカル可シ何トナレハ其質物ハ毎ニ權利者自ラ之ヲ保存スレハナリ故ニ本條ハ常ニ抵當ヲ有セサル權利者ニノミ適用ス可キモノトス

然レ此ノ點ニ付人ノ疑團ヲ抱リ所ナキニ非ラス即チ他ナシ第二千九十二條及ヒ第二千九十三條ニ於テ義務者ノ財産ハ現在所有スル者ト將來獲得ス可キ者トヲ問ハス總テ其權利者ノ抵當物ナリト規定セリ而テ此ノ抵當權ハ頗ル廣博ナル意味アル者ナレハ義務者ハ其抵當物タルニ拘ハラズ常ニ其財産ヲ處分スルノ權利ヲ有シ假令ヒ他人ニ對シテ之ヲ贈與スト雖モ權利者之ヲ廢棄セシムルヲ能ハサル者ノ如シ然ニ該條ノ旨趣ハ之ヲ廢棄セシムルヲ得可キ者ナリト云フハ彼此大ニ抵觸スル所アルニ似タルノ疑團是ナリ

然レ今此ノ疑團ヲ氷解セシメント欲セハ亦敢テ難キニ非ラサルナリ唯義務者カ財産處分權上ノ制限如何ト察知スルノミ其制限トハ他ナシ善意是ナリ若シ義務者ノ處分惡意ニ出ルキハ權利者直ニ之ヲ駁撃スルヲ得可キノミ

以上陳ブル所ハ此ノ二條ノ大意タルニ過キス以下將サニ其原則ヲ適用シ得可キ場合ヲ細説セントス

第一千六百六十六條ニ於テ凡テ權利者カ義務者ノ權利及ヒ其訴權ヲ行フヲ得ルトアルニ據レハ權利者カ義務者ノ財産ヲ第三ノ人ニ占有セラル、場合ニ於テハ其財産取戻ヲ請求シ及ヒ

義務者ノ負債主ニ對シテ其辨濟ヲ請求シ或ハ義務者ノ爲メ控訴若クハ上告ヲ爲スノ權利アルヲ云フナリ

然レ是等ノ場合ニ於テ權利者ハ自己ノ名義ヲ以テ之ヲ行フニ非ラス必ラス義務者ノ名義ヲ以テ之ヲ行フモノナレハ其狀恰モ名代人ノ本人ニ於ケルト一般ナリ故ニ本人即チ義務者ニ於テ之ヲ承諾スレハ可ナリ若シ之ヲ承諾セサレハ如何シテ可ナランカ義務者ノ不承諾ニ拘ハラズ本條ノ原則ニ基キ權利者之ヲ行フヲ得ルカ或人ハ權利者之ヲ行フヲ得スト云ヒリ其論ニ曰ク若シ權利者之ヲ行フヲ得ルトセハ是義務者ノ權利ヲ侵奪スル者ト云フ可シ假令ヒ權利者ト雖モ人ノ權利ヲ侵奪スルハ法理ノ決シテ許ルサル所ナリ故ニ權利者義務者ノ承諾ナキモ尙之ヲ行ハント欲セハ更ニ裁判所ノ允許ヲ得ルニ非ラサレハ能ハサルナリト

此ノ論一時ノ勢力ヲ得タルモノナリト雖モ現今ニ至テハ己ニ陳腐ニ屬シ現今ノ輿論ハ全ク之ニ反セリ曰ク權利者カ義務者ノ權利ヲ行フノ名代ハ法律上ノ名代人ニシテ既ニ第一千六百六十六條ノ聽許スル所ナリ豈ニ裁判所ノ允許ヲ要スルノ理アランヤト但シ權利者ノ權利成立如何ニ付故障ヲ述フル者他ニアレハ權利者其權利ヲ審査セシムルノ義務アルハ勿論ナリトス

89 權利者既ニ義務者ノ名代人トナリ他人ヨリ得タル辨濟物ハ之ヲ其權利者一人ニノミ屬セシム可キ者ナルヤ將タ他ニ權利者アルキハ其權利ノ多少ニ從ヒ之ヲ分配ス可キ者ナルヤ曰ク相當ノ時間マテニ出會スル總テノ權利者ノ間ニ之ヲ分配ス可キ者トス但シ義務者ノ名代人

先取特權ヲ有スル權利者ナルキハ格別ナリトス(第二千九十三條參看)

第一千六十七條ニ於テ權利者ハ義務者カ其權利者ヲ害ス可キ爲メ他人ト結ヒシ契約ヲ廢棄セシメント訴フルヲ得可シト規定セリ抑モ此ノ訴權ハ全ク古羅馬法ヨリ來ル者ニシテ羅馬國ノ大判事ポールト云フ人ノ發明ニ係レリ故ニ之ヲポール氏ノ訴權ト名ツク而テ此ノ訴權ヲ行ハントハ左ノ三條件ヲ證明スルヲ要ス

第一 義務者カ他人ト結ヒシ契約ニ因リ權利者ニ損害ヲ受ケシメシ事

其損害ヲ受ケシメシトハ義務者カ他人ト結ヒシ契約ニ因リ義務者自ラ其財産ヲ減スルカ又ハ之ヲ失ヒタルヲ云フナリ而テ權利者之ヲ證明スルニハ義務者ノ財産ヲ差押ヘテ之ヲ公賣シ其代價ヲ以テ負債ノ辨償ニ充テ其不足ヲ生スルニ至テ始メテ權利者ノ損害ヲ證明シ得可キモノトス

然レ權利者若シ此手續ヲ盡サシテ直ニ義務者ト契約セシ他人ニ對シテ其契約ノ廢棄ヲ訴フルキハ其人必ス云ハシ先ツ義務者ノ財産ヲ調査シ然後其損害ヲ受ケシメシヲ證明ス可シ否ラサレハ此ノ訴ニ對シテ他ニ答辨スルノ責任ナシト之ヲ名ケテ財産調ノ利益ト云フ

第二 義務者カ他人ト結ヒシ契約ハ權利者ヲ害ス可キ惡意ニ出タルモノナル事
然レ義務者ノ所爲ニ因リ權利者其損害ヲ受ケシト雖モ義務者素ト之ヲ害スルノ意ナキキハ權利者決シテ之カ廢棄ヲ訴フルヲ得テ例ヘハ余ハ余ノ所有ニシテ一萬圓ノ價アル物品近日大坂ヨリ海運ヲ以テ余ノ住スル東京ニ到着スルノ目的アリ而テ余ハ別ニ五千圓ノ貯金アリ又甲ニ五千圓ノ負債アリ然レ余ノ物品大坂ヨリ到着シ之ヲ賣却セハ其負債ヲ償却スルヲ

固ヨリ容易ナリト思惟シ五千圓ノ貯金ヲ余ノ親族乙ニ贈與セリ而テ之ヲ贈與セシハ本月十五日ニシテ物品ノ到着ス可キ目的ハ本月十六日ニ至リ然ニ當日ニ至リ航海中ノ物品十四日ノ夜半破船ニ罹リ遂ニ海底ニ沈没セリトノ電報ヲ得タリ此場合ニ於テハ余ノ贈與ハ破船ノ事ヲ知ラサル前ニアレハ權利者甲ニ損害ヲ受ケシメタルハ明瞭ナリト雖モ其贈與ハ決シテ余ノ惡意ニ出タルモノニ非ス故ニ甲ハ乙ニ對シテ其贈與ヲ廢棄セシムルヲ得ス故ニ其贈與ヲ廢棄スルニハ義務者ニ惡意アルキニ限ルモノトス而シテ其惡意ヲ證明スルハ權利者ノ責任ナルヲ勿論ナリト雖モ此場合ニ於テハ金高ノ多少ニ拘ラス總テ證據人ヲ以テ其惡意ヲ證明シ得可キノミナラス又單一ナル裁判官ノ推測ニ之ヲ委スルヲ得ルモノトス何トナレハ書付ノ證據ヲ得難キ事實ニ付テハ常ニ人證又ハ推測ヲ許容スルモノナレハナリ(第一千三百四十八條及ヒ第一千三百五十三條參看)

第三 義務者ト契約ヲ結ヒシ他人ノ惡意アリシ事之ヲ別言スレハ他人カ義務者ト共謀者ナリシ事但シ之カ證明ヲ要スルハ有償契約ノ場合ニアリ

故ニ其契約ノ有償ナルキハ以上ノ三件ヲ證明セサル可カラズト雖モ然レ無償即チ恩惠ナルキハ其第一第二ノ二條件ヲ證明スルヲ以テ足レリ其受贈者ノ惡意ト否トヲ證明スルヲ要セ

然レ此ノ區別ハ第一千六十七條ニ記載セスト雖モ羅馬法及ヒ佛國ノ舊法ニ於テハ既ニ之ヲ區別セリ而テ本法ハ其原則ヲ採用シタル者ナレハ其區別ヲ廢棄シタリト見做ス可キ理由ナシ若シ之ヲ廢棄シタル者トモハ左ノ法理ノ二原則ニ反スルモノトス

一 利益ヲ保存セント争フ者ヨリ寧ク損害ヲ免レント争フ者ヲ保護ス可シ
 此原則ニ比スレハ受贈者ハ利益ヲ保存セント争フ者ニシテ權利者ハ損害ヲ免レント争フ者
 ナリ故ニ權利者ヲ保護セサル可カラズ受贈者ノ惡意ト否トヲ問フヲ要セス
 二 共ニ損害ヲ免レント争フキハ其争フ物ヲ占有スル者ヲ保護ス可シ
 此原則ニ比スレハ義務者ト有價契約ヲ結ビシ他人モ亦權利者ト共ニ損害ヲ免レント争フ者
 ナリ何トナレハ其他人ノ義務者ヨリ得タリシ物ハ他人亦之ニ償フニ相當ノ有價物ヲ與ヘ以
 テ之ヲ得タリシモノナリ然ニ空ク之ヲ權利者ニ取戻サル、キハ唯其利益ヲ失フノミナラス
 亦其損害ヲ受ケレハナリ故ニ他人ニ惡意ナキキハ之ヲ保護セサル可カラサルナリ是前ニ説
 明セシ區別ヲ要スル所以ナリ

前回既ニ恩惠契約ノ受贈者ノ惡意ト否トヲ問ハス權利者其受贈物ヲ取戻シ得可キ理由ヲ説
 明セリ然レ此場合ニ於テ亦其受贈者ノ惡意ト否トヲ探知スルハ決シテ無益ノ事ニ非ラサル
 ナリ何トナレハ其惡意ナルキハ唯其物品ヲ取戻シ得可キノミナラス其物品ヨリ生セル收獲
 物ヲモ亦之ヲ取戻シ得可キ者トス之ニ反シテ善意ナルキハ他ノ善意ノ占有者ト同視シ其受
 贈ノ日ヨリ其取戻請求ヲ受ケタル日マテノ收獲物ハ之ヲ受贈者ノ有トナシ權利者決シテ取
 戻シ得可カラサル者トス(第五百五十五條參看)

羅馬法ノ原則ニ據レハ義務者カ惡意ヲ以テ己レカ財産ヲ減少スル所爲ハ權利者之ヲ駁撃ス
 ルヲ得可シト雖モ然レ惡意ヲ以テ己レカ財産ヲ増加スルヲ怠ルノ所爲ハ權利者之ヲ駁
 撃スルヲ得可カラサル者トス例ヘハ甲ハ乙ニ一物ヲ贈與セントスルニ乙自己ノ權利者ヲ

害スルノ目的ヲ以テ之ヲ謝絶ス然レ權利者其謝絶ヲ不服ト爲シ乙チテ強テ其贈與ヲ受ケ
 シムルヲ得可カラサルナリ蓋シ此規則ハ本條ニ於テモ猶之ヲ遵守ス可キ者トス
 爰ニ一問題アリ義務者他人ノ財産ヲ相續ス可キ時至リテ其相續ヲ拋棄セシキハ之ヲ財産ヲ
 減少スルノ所爲ト見做ス可キヤ將タ財産ノ増加ヲ怠ルノ所爲ト見做ス可キヤ曰ク佛法ニ於
 テハ之ヲ財産ノ拋棄ト見做シ羅馬法ニ於テハ財産ノ増加ヲ怠ルノ所爲ト見做セリ此ノ如キ
 差異ヲ生スル理由ハ左ノ如シ

佛法ニ於テハ義務者カ其遺囑ト遺物トヲ問ハス總テ己レカ相續ス可キ財産ヲ拋棄スルキハ
 權利者其拋棄ニ付不服ヲ唱フルヲ得可クシテ即チ本條ノ適用ヲ受ク可キ者トス皮想ヨリ
 之ヲ觀レハ是權利者カ義務者ノ財産増加ヲ怠ルノ所爲ヲ駁撃スル者ノ如シト雖モ其實前述
 シタル原則ト牴觸スルニ非ラス何トナレハ凡ソ相續人タル者其相續ス可キ時至レハ其人ノ
 知ルト知ラサルトヲ論セス法律ノ特權ヲ以テ直ニ其財産ノ所有權ヲシテ其相續人ニ移轉セ
 シム然チ相續人之ヲ拋棄セハ是己レノ財産ヲ減少スルノ所爲ナレハナリ

羅馬法ニ於テハ然ラス相續人其相續財産ヲ拋棄スト雖モ權利者之カ不服ヲ唱フルヲ得可
 カラサル者トス是他チ同法ニ相續人カ其相續ス可キヲ承諾スルニ非ラサレハ決シテ其
 相續財産ノ所有權ヲ得可カラサル者ナレハナリ故ニ設ヒ之ヲ拋棄スルモ己レノ財産ヲ減少
 スルニ非ラスシテ唯其増加ヲ怠ルノ所爲ニ過キサレハナリ

本條ニ付テ亦緊要ナル一箇ノ問題アリ前回既ニ説明セシ如ク本條ノ訴權ヲ行ハシムルハ權利
 者ノ損害ト義務者ノ惡意トヲ證明スルヲ必要トス然ニ第六百二十二條及ヒ第七百八十八

條ニ於テハ義務者カ其財産ヲ拋棄セルニ因リ權利者其損害ヲ受クルキハ之ヲ駁撃スルコトヲ
允許スト雖モ更ニ義務者ノ惡意ノ證明ヲ要スルコトヲ示サズ故ニ權利者唯自己ノ損害ノミヲ
証シ復タ義務者ノ惡意ヲ證スルヲ要セサルヤノ疑團是ナリ
此ノ問題ニ付二箇ノ答辨アリ

第一答 第六百二十二條及ヒ第七百八十八條ノ場合ニ於テモ亦惡意ト損害トハ共ニ證明セ
サル可カラズ蓋シ此二條ニ於テ唯損害ノ事ノミヲ記シテ惡意ノ事ヲ記セサルハ固ト之ヲ無
用トナセシコト非ラス之ヲ記セサル抑モ謂ヒアルナリ他ナシ此二條ヲ編纂セシ當時夫ノボ
ル氏ノ訴權ヲ行フニ方リ惡意ト損害トノ二條件ハ共ニ之ヲ證明スルヲ必要トスルヤ否ヤノ
點ニ至テハ未全ク決セム加之其損害ナル語ハ本ト惡意ヲ含蓄スル者トナシ復タ之ヲ記入セ
ズ而テ本條即チ第一千六百七條ニ至リ更ニ惡意ノ文字ヲ記入シ以テ其訴權ノ性質ヲ明示セ
シ者ナリ見ル可シ本條以上一ノ惡意ノ文字ナシト雖モ本條以下ニシテ第六百二十二條ニ類
似スル場合ナルモハ皆悉ク此ノ文字ヲ記入セサル所ナシ是其明證ナリ(第一千四百六十八條
參看)

第二答 第六百二十二條及ヒ第七百八十八條ノ場合ニ於テ唯其損害ノミヲ證明スルヲ以テ
足レリトス是此ノ二條ニ惡意ノ事ヲ記セサルノミナラス之ヲ道理ニ徴スルキハ假令ヒ惡意
ナキモ其所爲ヲ無効ト爲ス可キ者ナリ何トナレハ此場合ハ義務者カ權利者ノ損害ヲ願ミス
無償ニテ已レノ財産ヲ拋棄シタル所爲ナレハ其拋棄ノ利益ヲ受クル者ハ即チ不當ノ利益ヲ
受クル者ニシテ權利者之カ爲メ其損害ヲ被ムルコト少ナカラサレハナリ而テ此論理ハ管ニ其

二條ニ適用ス可キノミナラス猶ホ之ニ類似スル他ノ諸條ニ於テモ亦之ヲ適用スルコトヲ得可
シ第一千四百六十四條等ノ如キ即チ是ナリト加之此論者ハ第一千四百六十四條ニ記載セル惡意
ノ字ヲ以テ立法官ノ不注意ニ出テタル者ト爲シ以テ惡意ノ字ハ損害ノ字ト一物ニシテ唯其
名異ナルノミト斷決セリ然レ此第二ノ答辨ハ現今人ノ多ク左祖セサル所ナリ

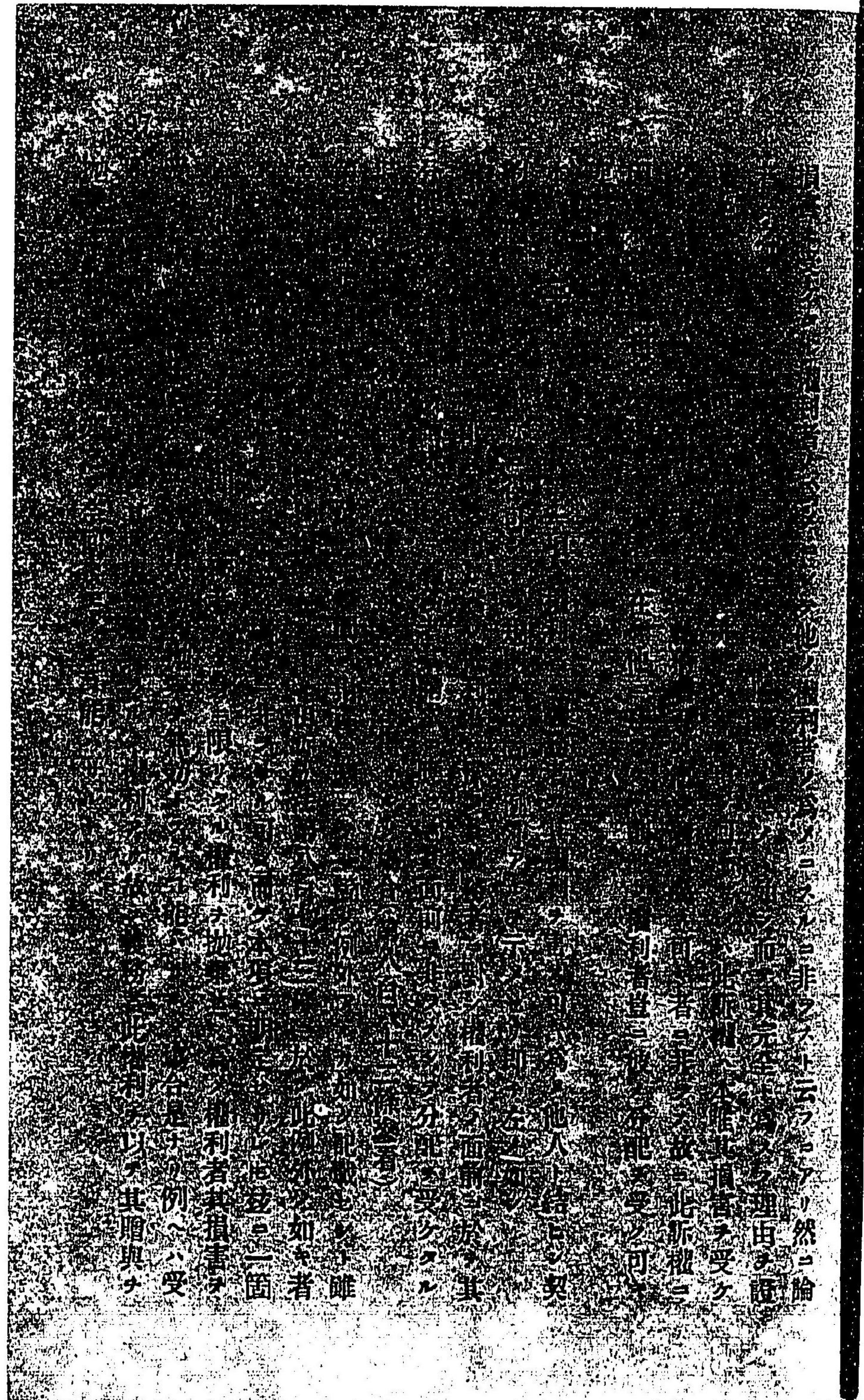
本條ノ訴權ハ如何ナル權利者之ヲ有スルヤ此訴權ハ其駁撃セント欲スル所行ヲ義務者カ他
人ト爲サ、ル前ヨリ其義務者ニ對シ權利者タル人ニ非サレハ之ヲ有セサルナリ何トナレハ
其所爲アリシ後ニ權利者トナリシ者ハ爲メニ損害ヲ受クルノ理由ナケレハナリ
又如何ナル人ニ對シテ權利者此訴權ヲ行フコトヲ得ルヤ此訴權ハ左ノ人々ニ對シテ行フコト
得可キ者トス

第一 有償契約ヲ以テ其義務者ノ財産ヲ獲得シタル者但シ其者義務者ノ共謀者タルコトヲ要
ス
第二 無償契約ヲ以テ其義務者ノ財産ヲ獲得シタル者但シ其者義務者ノ共謀者タルコトヲ要セ
ズ

第三 其義務者ノ財産ヲ獲得シタル者ノ相續人又ハ其獲得シタル者ノ財産全部ヲ得タル
者

然レ初度ノ獲得者カ權利者ノ追求ヲ恐レテ又其財産ヲ他人ニ移轉スルキハ權利者其再度ノ
獲得者ニ對シテ猶此ノ訴權ヲ行フコトヲ得可キヤ此場合ニ於テモ亦前ニ辨明セシト同一ノ區
別ニ因ラサル可カラズ即チ其契約ノ有償ナルキハ再度ノ獲得者ノ惡意アルコトヲ要シ無償ナ

ルハ其惡意ノ有無ヲ問フヲ要セサルナリ
 本條ノ訴權ノ効力ハ如何此訴權ノ目的タル權利者其義務者カ惡意ヲ以テ自己ノ財産ヲ減少
 セシニ因リ爲メニ受ケタル損害ヲ償ハシムルニ在リ故ニ此訴權ノ効力ハ義務者カ他人ト結
 ヒシ契約ヲ廢棄セシメ以テ其財産ヲ義務者ニ復歸セシメルモノトス然レ此ノ廢棄ハ唯其權
 利者ノ損害ヲ償ハシムルヲ主眼トスル者ナルヲ以テ設ヒ其契約ヲ結ヒシモ爲メニ損害ヲ受
 ケサル權利者ナルハ其契約ハ毎ニ有効ノ者トス蓋シ損害ヲ受ケサル權利者トハ義務者カ
 他人ト契約ヲ結ヒシ後始メテ其義務者ニ對シテ權利ヲ得タル者ヲ云フ此ノ如キ權利者ニ於
 テハ決シテ其契約ヲ廢棄セシムルノ權アルコトナシ故ニ其廢棄セシ契約ノ財産ヨリ生スル金
 額廢棄セシ契約ノ財産ヲ
 額賣シテ得タル金額ハ是等ノ權利者決シテ其分配ヲ受ク可キノ權利アルコトナシ
 論者曰ク其契約一旦廢棄セハ義務者カ他人ニ移轉セシ財産ハ再ヒ其義務者ニ復歸ス可シ然
 ハ其財産ヨリ生スル金額ハ法律上先取特權ノ理由アル場合ヲ除クノ外之ヲ總テノ權利者ノ
 間ニ分配スルヲ以テ大原則トス(第二千九十三條參看)而テ其先取アル場合ハ本法中先取特
 權、不動産書入質、法律上ノ抵當權及ヒ動産質取權ノ外又他ニ之アラサルナリ然レ本條ノ場
 合ニ於テ其廢棄セシ契約ニ先テ權利ヲ得シ者ノ外其財産ノ分配ヲ受ク可キ權利ナシト論ス
 ルハ是一種ノ先取特權ヲ設クル者ナリ法律ノ背反者ヲラサラント欲スルモ豈ニ得可ケン
 ヤト
 論者ノ言甚ク非ナリ蓋シ余輩ノ論旨ヲ精察セサルノ過チナリ余輩ノ論旨ハ其契約ノ廢棄ハ
 固ト一般ノ權利者ノ爲メニ非ラス故ニ其財産ヲ義務者ニ復歸セシムルハ是唯其契約ニ因リ



ルルハ其惡意ノ有無ヲ問フヲ要セサルナリ

本條ノ訴權ノ効力ハ如何此訴權ノ目的タル權利者其義務者カ惡意ヲ以テ自己ノ財產ヲ減少セシニ因リ爲メニ受ケタル損害ヲ償ハシムルニ在リ故ニ此訴權ノ効力ハ義務者カ他人ト結ヒシ契約ヲ廢棄セシメ以テ其財產ヲ義務者ニ復歸セシメルモノトス然レ此ノ廢棄ハ唯其權利者ノ損害ヲ償ハシムルヲ主眼トスル者ナルヲ以テ設ヒ其契約ヲ結ヒシモ爲メニ損害ヲ受ケサル權利者ナルルハ其契約ハ毎ニ有効ノ者トス蓋シ損害ヲ受ケサル權利者トハ義務者カ他人ト契約ヲ結ヒシ後始メテ其義務者ニ對シテ權利ヲ得タル者ヲ云フ此ノ如キ權利者ニ於テハ決シテ其契約ヲ廢棄セシムルノ權アルコトナシ故ニ其廢棄セシ契約ノ財產ヨリ生スル金額賣シテ得クル金額ハ是等ノ權利者決シテ其分配ヲ受ク可キノ權利アルコトナシ論者曰ク其契約一旦廢棄セハ義務者カ他人ニ移轉セシ財產ハ再ヒ其義務者ニ復歸ス可シ然ハ其財產ヨリ生スル金額ハ法律上先取特權ノ理由アル場合ヲ除クノ外之ヲ總テノ權利者ノ間ニ分配スルヲ以テ大原則トス(第二千九十三條參看)而テ其先取アル場合ハ本法中先取特權、不動産書入質、法律上ノ抵當權及ヒ動産質取權ノ外又他ニ之アラサルナリ然ニ本條ノ場合ニ於テ其廢棄セシ契約ニ先取權利ヲ得シ者ノ外其財產ノ分配ヲ受ケ可キノ權利ナシト論スルハ是一種ノ先取特權ヲ設クル者ナリ法律ノ背反者クテサラント欲スルモ豈ニ得可ケンヤト

論者ノ言甚ク非ナリ蓋シ余輩ノ論旨ヲ精察セサルノ過チナリ余輩ノ論旨ハ其契約ノ廢棄ハ固ト一般ノ權利者ノ爲メニ非ラス故ニ其財產ヲ義務者ニ復歸セシムルハ是唯其契約ニ因リ

損害ヲ受ケタル權利者ノ爲メニシテ他ノ權利者ノ爲メニスルコト非ラスト云フコアリ然ニ論者ハ之ヲ察セズ其廢棄ハ全ク完全ノ者ト臆斷スルモノ、如シ而テ其完全ト爲スノ理由ヲ證明セズ蓋シ之ヲ證明セント欲スルモ亦能ハサル可シ何トナレハ此訴權ハ本唯其損害ヲ受ケタル權利者ノヨミニ屬ス可キ者ニシテ義務者又ハ他ノ者ニ屬ス可キ者ニ非ラス故ニ此訴權ニ因リ利益ヲ得可キハ獨其權利者ニ在テ他ニ在ラス然則他ノ權利者豈ニ彼ノ分配ヲ受ク可キ理由アラシヤ

本條ノ第二項ニ於テハ其第一項ノ權利者ハ義務者カ其權利ヲ害ス可キ爲メ他人ト結ヒシ契約ヲ廢棄セシメント訴ヒ得可シトノ規則ニ二箇ノ例外アルヲ示メセリ即チ左ノ如シ

第一 相續財產ノ分配ヲ受ク可キ者ノ權利者ハ豫メ其義務者ニ對シ權利者ノ面前ニ於テ其分配ヲ受ク可キコトヲ請求セシニ義務者其請求ニ應セス其面前ニ非ラスシテ分配ヲ受ケタル時ニ非サレハ其分配ニ付キ故障ヲ述フルコトヲ得サルノ場合(第八百八十二條參看)

第二 本項ニ於テ婚姻契約及ヒ夫婦間ノ財產ニ關シテ一箇ノ例外アルカ如ク記載セシト雖モ然レ終ニ此例外アルコトヲ見出サハルナリ但訴訟法第八百七十三條ニ於テ此例外ノ如キ者アリト雖モ亦恐クハ本項ノ預定セシ場合ニ非ラサル可シ而テ本項ニ明定セサレハ茲ニ一箇ノ例外ト爲ス可キ者アリ即チ義務者ノ一身ニ限リタル權利ヲ拋棄セシ爲メ權利者其損害ヲ受ケント雖モ第一千六百六十六條ニ依テ其拋棄ヲ無効トスルコト能ハサルノ場合是ナリ例ニハ受贈者ハ其恩惠ヲ欲セサレハ其贈與ヲ廢棄スルノ權利アリ故ニ義務者此權利ヲ以テ其贈與ヲ拋棄スト雖モ權利者亦之ヲ奈何トモスルコト能ハサルナリ

(第四章) 契約ノ義務ノ種類

本法第百六十一條ヨリ第百六十七條ニ至ルマテハ普通契約ノ義務及ヒ其効力ヲ規定ス而テ
第百六十八條以下ハ契約ノ義務ノ種々ノ變性ヲ規定ス即チ左ノ如シ

第一 未必條件ノ義務

第二 有期ノ義務

第三 二箇中ノ一ヲ擇ムノ義務

第四 連帶ノ義務

第五 分ツ可カラサルノ義務

第六 過代條約ヲ附シタル義務

此ノ變性義務ノ外他ノ普通契約ノ義務ヲ名ツケテ單純ノ義務ト云フ今將ニ未必條件ノ義務
ヲ説明セン

(第一款) 未必條件ノ義務

本款ヲ講述スルニ臨ミ玆ニ一言セサル可カラサル事アリ抑モ人權ト物權トヲ問ハス凡テ權
利ヲシテ未必條件ニ關セシムルコトヲ得可キハ敢テ人ノ疑ヲ容レサル所ナリ然ニ本款ノ題目
及ヒ本款ノ各條ニ於テ唯未必條件ノ義務ノミチ云テ權利ヲ云ハサルハ蓋シ立法官ノ不注意
ナル可シ故ニ本款中ノ義務ノ字ヲ改メテ契約ト爲セハ其當ヲ得可キ者ト謂フ可シ何トナレ
ハ契約ハ唯其義務ノミチナラス亦人權物權ヲモ共ニ生セシム可キ者ナレハナリ然レ本款ヲ説
明スルノ間ハ其題目等ニ據リ姑ク義務ノ字ヲ借用セン

(第一節) 一般未必條件及ヒ其種類

(第百六十八條及第百八十一條)

抑モ如何ナル性質アル義務ヲ名ツケテ未必條件ノ義務ト云フヤ本法中其義務ノ性質ヲ示ス
所ロ二箇アリテ一ハ第百六十八條ニ於テシニハ第百八十一條ニ於テス第百六十八條
ニ曰ク「未必條件ノ義務トハ未來ニシテ且ツ不確ナル事件ニ之ヲ關セシムルモノチ云フ」ト
第百八十一條ニ曰ク「未必條件ノ義務トハ未來ニシテ且ツ不確ナル事件ニ之ヲ關セシム
ルカ又ハ既ニ成就セシ事件ト雖モ猶未タ契約者雙方ノ知ラサル事件ニ之ヲ關セシムルモノ
チ云フ」ト

而シテ第百六十八條ニ據テ之ヲ思考スルルハ既ニ成就セシト雖モ猶未タ契約者雙方ノ知ラ
サル事件ニ關スル義務ハ單純ノ義務ナリ然レ第百八十一條ニ據ルルハ是モ亦未必條件ノ
義務ナリト云フナリ然ハ此ノ二條互ニ相抵觸スルヤ明カナリ宜ク其一ヲ擇ハサル可カラ
ス

然ハ此ノ二條孰レヲ捨テ孰レヲ取ルヤ曰ク第百六十八條ヲ取ラン何トナレハ唯該條ハ羅
馬法及ヒ佛國舊法ニ依遵スルノミチナラス亦事件ノ性質ニ適合スルモノナレハナリ

抑モ未必條件ノ義務トハ其義務或ハ成立スルカ或ハ成立セサルカ其成立豫メ期ス可カラサ
ルノ義務チ云フナリ故ニ未來ニシテ且ツ不確ナル事件ニ關セシムルニ非ラサレハ決シテ未
必條件ノ義務ト云フ可カラサルナリ

而テ不確ナル事件トハ其事件或ハ成就スルカ或ハ成就サセルカ豫メ期ス可カラサルノ事件

チ云フナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ過去若クハ現在ニ成就セシ事件ハ設ヒ契約者雙方猶ホ未ダ之ヲ知ラスト雖モ決シテ未必條件ト爲ス可カラス試ニ一例ヲ舉ケテ第千百八十一條ヲ取ラサル理由ヲ示メサン甲商人アリ某日乙ニ約シテ曰ク某ノ商船本日長崎港ニ到着セハ余カ商店ノ物品悉ク子ニ賣渡サント此場合ニ於テ其商船既ニ到着セハ設ヒ甲乙共ニ之ヲ知ラスト雖モ契約其時ヨリ直ニ成立シテ一瞬間モ其効力ヲ中止セシモノニ非ラサルナリ又其反對チ云ヘハ契約ノ當日其商船到着ス可キ理由ノ曾テアラサルモノナレハ其契約ハ固ヨリ不成立ノ者タリ是第千百八十一條ヲ取ラサル所以ナリ

而シテ第千百八十一條ノ第三項ニ於テモ既ニ成就セシ事件ニ關スル義務ハ單純ノ義務タルコトヲ自ラ證明セリ何トナレハ其法文ニ曰ク「契約者雙方猶未ダ知ラスト雖モ既ニ成就セシ事件ニ關スル義務ハ其契約ヲ結ヒシ日ヨリ其効アリトス」ト是即チ單純ノ義務ノ主タル性質ナルニ非スヤ

以上陳述シタル論題ハ唯理論上ニ關スルノミナラス實際上ニ於テモ亦大ナル關係アルモノトス故ニ又一例ヲ舉ケテ左ニ示メサン

例ヘハ甲ハ乙ニ約シテ曰ク頃日東京ニ大火アリト聞ク然レ余ノ家屋焼失セサレハ余カ西京ニ所有スル家屋チ子ニ賣渡サント後三日許チ經テ甲ハ東京ノ家屋ノ焼失セサリシヲ知リ之ヲ乙ニ告ク然レ其前夜西京ノ家屋焼失シタリ此場合ニ於テ第千百八十一條ノ第三項ニ從ヒハ其契約ハ其日ヨリ直ニ成立スルヲ以テ西京ノ家屋ノ所有權ハ既ニ乙ニ移轉セリ故ニ燒失ノ損害ハ甲ニ歸セシテ乙ニ歸シ乙ハ甲ニ對シテ其家屋ノ代價ヲ拂ハサル可カラス

又未必條件即チ未來ニシテ不確定ナル事件ト將來確ニ到着ス可キ事件トチ混同ス可カラス確ニ到着ス可キ事件ハ其到着時日ヲ豫知スルコト能ハスト雖モ是未必ノ條件ニ非ラスシテ有期ノ條件ナリ即チ人ノ死ノ如キ是ナリ例ヘハ余若シ死セハ余カ家屋ハ子ニ賣渡ス可シト約セハ此賣買契約ハ未必ノ條件ニ非ラスシテ有期ノ契約ナリ然レ此場合ニ於テハ能ク其契約ノ意趣ヲ精察セサル可カラス若シ死後ニ賣渡ス可シトノ意趣トセハ其家屋ノ所有權ハ猶ホ賣主ニアリ故ニ未ダ死セサル前其家屋ノ滅盡スルコトアラハ其損失賣主ニアリ若シ賣渡シ契約ハ既ニ結了セリト雖モ唯其引渡チ死後ニ爲ス可シトノ意趣トセハ前者ニ反對ノ結果チ生ス可キモノトス

斯ノ如キ契約書ノ實際ニ現出スルコトアラハ孰レノ意趣ニ解シテ至當ナルヤ余ハ後者チ以テ至當ナリトス何トナレハ人死スレハ其財產ヲ處分スルコト能ハサレハナリ

未必條件ニ停止ノ者アリ又解除ノ者アリ未必條件ノ停止トハ義務ノ成立チ停止スルチ云フナリ然レ第千百八十一條ニ曰ク「未必條件ノ義務ハ其事件ノ成就セシ後ニ非ラサレハ之ヲ行フ可カラス」ト是實ニ奇怪ノ法文ナリト云フ可シ何トナレハ義務成立以前ハ其義務チ行フ可カラスト云フモ同一ナレハナリ

解除ノ未必條件トハ義務ノ成立チ停止スルニ非ラス既ニ成立シタル義務ノ解除チ停止スルチ云フナリ

總テノ未必條件ハ必ス停止ノ性質ヲ有シ必ス契約者雙方ノ欲望スル結果チ一時停止スル者ナリ

故ニ法律上停止ノ未必條件ト名ツル者ハ其契約ノ効力ヲ停止シ解除ノ未必條件ト名ツル者ハ其契約ニ因リ既ニ生セシ効力ノ廢棄ヲ停止スル者ナリ
 加之一箇ノ物權ニ關スル停止ノ未必條件ハ必ス解除ノ未必條件ヲ含蓄シ又解除ノ未必條件ハ必ス停止ノ條件ヲ含蓄ス例ヘハ甲ハ乙ニ約シテ曰ク某丸ノ商船某港ニ到着セハ余カ家ヲ子ニ賣渡サント而テ其船到着セハ爰ニ二箇ノ効力ヲ生ス即チ乙ハ其家ノ所有權ヲ得且之ヲ得シハ直ニ契約ノ時ニ在ルモノト見做サレ又甲ハ其家ノ所有權ヲ與ヘ且之ヲ與ヘシハ直ニ契約ノ時ニ在ルモノト見做サルナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ其事件ノ成就スルマテハ甲ハ解除ノ未必條件ニ關スル所有權ヲ有シ乙ハ停止ノ未必條件ニ關スル所有權ヲ有スル者ノ如シ

以上陳述シタル者ヲ概言セハ總テ未必條件トハ人權物權ヲ問ハス其成立若クハ解除ヲ停止スルハ未來ニシテ且不確ナル事件ノ成就有無ニ關セシメタル場合ヲ云フナリ

（第一千六百六十九條乃至第一千七百一十一條）

此三條ノ未必條件ハ偶生ノ者、人意ニ關スル者及ヒ渾同ノ者ノ三ツナリ
 偶生ノ未必條件トハ單ニ不意ノ事件ニ關スル者ヲ云フ即チ本年ノ收穫豐饒ナレハト云フカ如シ今一層廣ク云ヒハ總テ其事件ヲ成就セシムルト否トハ決シテ權利者ノ力ニモ非ラス又義務者ノ力ニモ非ラサル條件ヲ云フナリ故ニ契約者ノ意思ニ關スル條件ハ固ヨリ人意ニ出ツル者ト雖モ法律上亦偶生ノ條件ト見做セリ
 人意ニ關スル未必條件トハ事件ヲ成就セシムルト否トハ契約者中一方ノ力ニ在ル場合ヲ云

フ例ヘハ余若シ長崎ニ行カハ余カ家屋ハ子ニ賣渡ス可シト云カ如キ是ナリ其長崎ニ行クト否トハ全ク余カ力ニ在ルヲ以テ之ヲ人意ニ關スル未必條件ト云フナリ
 渾同ノ未必條件トハ契約者中一方ノ意思ト契約者以外ノ者ノ意思トニ關スル條件ヲ云フ例ヘハ子若シ余カ娘ト結婚セハ子ニ金千圓ヲ贈與ス可シト約スルカ如キ是ナリ何トナレハ契約者ノ一方之ヲ承諾スト雖モ余カ娘承諾セサレハ其事件成就セサレハナリ

（第一千七百七十二條及第一千七百七十三條）

此ノ條ハ講義ノ便ニ因リ第一千七百七十五條ノ次ニ讓ル

（第一千七百七十四條）

本條ニ曰ク「義務者ノ意思ニ管スル未必條件ニ依ル契約ノ義務ハ無効ナリ」ト此ノ法文タル其意味頗ル廣漠ナルヲ以テ必ス之ヲ細密ニ説明セサル可カラズ即チ左ノ如シ
 人意ニ關スル未必條件ニ二種アリ故ニ之ヲ區別スルヲ必要トス

第一 第一千七百七十條ニ記載スル如ク事件ヲ成就セシムルト否トハ契約者中一方ノ力ニ在リト雖モ之ヲ成就セシムルト否トハ義務者ノ自由ヲ幾分拘束スル者ナリ例ヘハ甲ハ乙ニ約シテ余若シ長崎ニ行ケハ余カ家ヲ子ニ贈與セント云ハシニ此場合ニ於テハ甲ノ行クト行カサルトハ固ヨリ其者ノ力ニ在リト雖モ行カント欲セハ贈與サセル可カラズ贈與セサラント欲セハ行カント欲スル冀望ヲ絶タサル可カラズ去留共ニ義務者ノ自由ヲ拘束スル者ナリ此ノ如キ契約ノ義務ハ決シテ無効ト爲ス可キ者ニ非ラサルナリ

第二 事件ヲ成就セシムルト否トハ契約者中一方ノ意思ノミニ關スル者ニシテ他ニ其意思

ヲ拘束スル者ナキ場合例へハ余ハ子ニ此家ヲ贈與セント欲スル時之ヲ贈與ス可シト云フノ類ナリ此ノ如キ契約ノ義務ハ即チ千百七十四條ニ於テ無効ト爲ス者ニシテ第一ノ場合ニ適用ス可キモノニ非ラス而シテ此第二ノ場合ヲ指シテ學說上之ヲ單純ナル人意ノ未必條件ト云フ

單純ナル人意ニ關スル未必條件ナリト雖モ義務者ノ意思ニ非ラスシテ權利者ノ意思ニ關スルハ決シテ其義務ヲ無効ト爲スヲ得ス例へハ甲ハ乙ニ約シテ余ハ子ニ此家屋ヲ贈與セント欲スル時之ヲ請求ス可シト云フノ場合ノ如キ是ナリ然レ其契約ノ義務ト片務トニ由リ之ヲ區別セサル可カラズ片務ノ契約ニ於テハ一方ハ義務者ニシテ他ノ一方ハ權利者ナルヲ以テ人意ニ關スル未必條件ナリト雖モ其有効ト無効トヲ區別スルハ容易ナル可シ然レ其義務ノ契約ニ至テハ雙方ノ者共ニ權利ト義務トヲ併有スルヲ以テ其未必條件ノ有効ト無効トヲ區別スルハ甚タ容易ナラサルカ如シ然レ其條件ニ關スル義務ノ目的ニ就テ權利者ト義務者トヲ區別セハ其効力ノ有無ヲ知ルハ敢テ難キニ非ラサルナリ例へハ賣買契約ニ於テハ其賣品ニ付テハ賣主ハ義務者ニシテ買主ハ權利者ナリ而テ其代價ニ付テハ買主ハ義務者ニシテ賣主ハ權利者ナリ故ニ賣主ニ於テ余ハ此ノ物品ヲ賣ラント欲スルハ之ヲ汝ニ賣渡ス可シト約スルカ如キハ全ク第千百七十四條ニ從ヒ其契約ハ無効ナリト雖モ余ハ之ヲ賣ラント欲ス汝之ヲ一年內ニ買ハント決スレハ余ハ汝ニ賣渡ス可シト約スルカ如キハ全ク有効ナリ然レ買主ニ於テハ之ヲ決スルマテハ何等ノ義務ヲモ負擔セサルナリ

(第千百七十五條)

本條ヲ講スルニ方リ先ツ古昔羅馬法ヲ略述セサル可カラズ同法ニ於テハ偶生ノ未必條件、人意ニ關スル未必條件及ヒ渾同ノ未必條件トノ區別ニ從ヒ遺囑證書ニ記載シタル事件ニシテ偶生ノ未必條件ニ關スルハ其事件成就スルニ非ラサレハ其効力ヲ生セサル者トシ而シテ受遺囑者ノ意ニ關スル人意ノ未必條件及ヒ渾同ノ未必條件ニ於テハ受遺囑者其事件ヲ成就セシメシメ爲メ人力ノ可及的之ヲ力メタルヲ證明セハ終ニ其効果ナシト雖モ其事件ノ成就シタルト同一ノ効果ヲ生シ其遺囑ヲ受クルヲ得可キ者ナリ例へハ甲ハ乙ニ對シテ子若シ余カ娘ト結婚セハ子ニ金千圓ヲ贈與セント遺囑證書ニ記載センニ其遺囑ヲ受ク可キ者自ラ力ノ可及的其結婚ヲ求メタルヲ證明セハ其結婚ハ終ニ成ラズト雖モ其遺囑ヲ受クルヲ得タリ蓋シ此區別ハ唯遺囑證書ノ時ニミ適用シタルモノニシテ契約ノ事件ニ關シテハ決シテ適用セサリシナリ總テ契約ニアリテハ偶生ト人意ニ關スル者トヲ問ハス現ニ其事件ノ成就シタルニ非ラサレハ決シテ其効力ヲ生セサル者トセリ

本法ハ此ノ羅馬法ヲ採用セスシテ之ニ換フルニ本條ノ規則ヲ以テシタリ其法文ニ曰ク「總テ未必條件ハ契約ヲ結ヒシ雙方ニテ希望シ且ツ思料シタル可シト推知スルヲ得可キ方法ニ之ヲ行フ可シト」故ニ人意ニ關スル未必條件又ハ渾同ノ未必條件ニ付其事件ヲ成就セシメントスル者可及的自ラ力ヲ盡シタルヲ證明スルハ終ニ其効力ナシト雖モ其事件ノ成就シタル者ト見做ス可キヤ否ヤノ論點ハ全ク事實ノ審問ニ付シ單ニ裁判官ノ判定ニ委ヌ可キ者トス例へハ甲ハ乙ニ對シテ子若シ余カ娘ト結婚セハ金千圓ヲ贈與セント約スルノ場合ニ於テハ

裁判官能ク其贈與ノ性質即チ其贈與ハ全ク其結婚ヲ果タサシムルヲ主要トナシタルヤ將タ
 唯乙ノ承諾ヲ得ンカ爲メナルヤヲ審察セサル可カラズ而テ其贈與ハ全ク結婚ヲ主要トナシ
 タル者ト審察セハ其結婚成ラサル以上ハ乙自ラ力ヲ盡クセシトテ證明スト雖モ其効ヲ生セ
 サルナリ然レ唯乙ノ承諾ヲ得ンカ爲メナリト審察セハ乙自ラ力ヲ盡クセシトテ證明セハ則
 チ其効ヲ生ス可キナリ何トナレハ甲ハ乙ノ身上ニ付テハ其希望ヲ達セシ者ナレハナリ是ニ
 由テ之ヲ觀レハ第千七百七十五條ハ唯人意ニ關スル未必條件ノミニ適用ス可キニ非ラズシテ
 總テノ未必條件ニ適用ス可キ者ナリ故ニ本法ニ於テハ未必條件ヲ偶生、人意及ヒ渾同ノ三
 種ニ區別スルノ要用ナシト云モ亦可ナリ

(第千七百七十二條及ヒ第千七百七十三條)

未必條件ニ人ノ能クス可キ者アリ能クス可カラサル者アリ又適法ノ者アリ法律及ヒ國ノ風
 俗ヲ亂ス可キ者アリ

能クス可カラサル事及ヒ國ノ風俗ヲ亂ス可キ未必條件ヲ普通ノ契約ニ設ケアルキハ其契約
 ハ無効ナリト雖モ之ヲ遺囑證書又ハ贈與契約書中ニ記載アルモ之ヲ記載ナキ者ト見做シ其
 遺囑又ハ贈與ハ有効タラシムルナリ(第九百條)

此ノ規則ハ往々人ノ非難ヲ免レサル所ナリ是普通ノ契約ニ於テ能クス可カラサル條件又ハ不
 法ノ條件アラハ之ヲ無効トナスノ理由ニ適合セサレハナリ而テ普通ノ契約ニ於テ之ヲ無効
 ト爲スノ理由二箇アリ

其一 凡ソ契約ハ雙方ノ承諾ニ因テ成ルモノト雖モ其承諾ノ事件タルヤ常ニ人ノ爲シ得可

キモノニシテ且ツ法律ノ許容スルモノナルヲ要ス然ルニ其事件或ハ人ノ能クス可カラサル
 モノ或ハ不法ノモノナリトセハ其能クス可カラサルコトハ之ヲ許ルスモ事物ノ自然ニ於テ結
 約者雙方ニ利益ヲ有セシムルノ道理アルコトナシ又不法ニ涉ルコトハ雙方ノ承諾ニ出ルモ
 之ヲ許サハ法律ノ威嚴ヲ失シ遠ニ社會經緯ノ度ナキニ至ル可シ是レ即チ無効ト爲ス所以ナ
 リ

其二 普通ノ契約書中不法ノ未必條件ヲ記載アル場合ニ於テ夫ノ遺囑證書ニ於ケルカ如ク
 之ヲ記載ナキ者ト見做シ其契約ヲ有効ノ者ト爲スルハ其契約ニ由テ利益ヲ得可キ者或ハ我
 意ヲ主張シ一旦約諾シタルヲ設ヒ不法ノ條件ナリト雖モ之ヲ果スナシテ反テ自己ノ名譽
 ト思料スル者アルヤモ計リ難シ然レハ社會ノ妨害實ニ少ナカラス是即チ其契約ノ全部ヲ無
 効ト爲ス所以ナリ

然レ遺囑證書ニ於テハ不法又ハ能クス可カラサルノ條件ヲ記載シアリト雖モ之ヲ記載ナキ者
 ト見做シ以テ其證書ヲ完全有効ノ者ト爲スノ理由モ亦二箇アルナリ

其一 遺囑證書ハ雙方ノ承諾ニ因テ成ル者ニ非ラズ唯遺囑者一己ノ意思ニ出ツル者ナルヲ
 以テ其贈遺ヲ受ク可キ者ハ其證書中ニ記載シアル不法又ハ能クス可カラサルノ未必條件ニハ
 曾テ與リ知ラサル者ナリ然レ其證書ヲ無効トナシ其贈遺ヲ受ク可キ者ヲシテ利益ヲ得セシ
 メサレハ是自己ノ與リ知ラサル過失ニ因テ其責ヲ負フニ至レハナリ

其二 遺囑證書ハ大抵死期ニ近ツキ其精神不十分ノ時ニ臨ンテ記載スル者ナリ故ニ或ハ不
 法等ノ條件ヲ記載セストモ言フ可カラズ而テ其證書ノ効力ハ死後ニ非ラサレハ生セサルヲ

以テ死者必ス其條件ノ成就ヲ要望セシニモ非ラサル可シ且ツ其條件タル固ト附從ノ者ニシテ主タル目的ニ非ラス其主タル目的ハ贈遺ニ在ルナリ然而テ其附從ノ條件ノ爲メ主タル目的ヲ達セシメサルハ其人臨終ノ意思ヲ等閑ニ附スルモノニシテ法律ノ最モ嫌忌スル所ナリ加之其贈遺ヲ受ク可キ者ハ曾テ不法ノ條件アルコトヲ認知シタルニ非ラサレハ亦之ヲシテ其利益ヲ失ハシム可キ原由アラサレハナリ

右ノ論理ハ全ク非難ス可キ點ナキニ非ラスト雖モ亦敢テ其理ナレト云フ可カラス然レ本法ニ於テ之ヲ贈與契約ニマテ及ホシタルハ稍穩當ナラサル者ノ如シ是點ニ付亦二箇ノ論說アリ

第一說 遺囑證書中ニ記載セシ不法又ハ能ス可カラサルノ條件ヲ記載セサル者ト見做ス可キ規則ヲ擴張シテ之ヲ贈與契約ニ及ホシタルハ法理ニ適セサル者ナリ抑モ能ス可カラサルノ條件若クハ不法ノ條件ニ因テ結ヒタル普通ノ契約ヲ無効ト爲スハ左ノ二箇ノ理由ニ據ルナリ

其一 凡テ契約ハ雙方ノ承諾ニ因テ成ル者ナレハ其能ス可カラサルノ條件若クハ不法ノ條件ヲ互ニ承諾スルハ是同等ノ過失アル者ナレハナリ

其二 若シ其過失ヲ責メスシテ其契約ヲ有効ト爲スハ契約者或ハ我意ヲ主張シ一旦約諾シタルコトハ設ヒ不法ノ條件タリトモ之ヲ果スヲ以テ反テ自己ノ名譽ト思料スル者ナキヲ保シ難シ然レハ實ニ社會ノ大害ナレハナリ

受贈者雙方ノ承諾ニ因テ成ル者ナレハ亦之ヲ普通ノ契約ト同一ニ見做シ其不法ノ條件ヲ記載セシ者ハ悉ク無効トナサ、ル可カラス願フニ此不法ノ條件ニ關シテ贈與契約ト遺囑證書ト同一同コナシタル者ハ本法中他ニ此二者ヲ通用スル場合アルヲ以テ誤テ亦茲ニ通用シタル者ナランカ蓋シ編纂者ノ過失ナラン

第二說 贈與契約書中能ス可カラサル條件若クハ不法ノ條件ヲ記載シアルモ法律上之ヲ記載セサル者ト見做スハ大ニ法理ニ適スル者ナリ其理由左ノ如シ

抑モ普通契約ニ於テハ雙方ノ者共ニ同等ノ自由及ヒ權利ヲ有スル者ナリ然レ尚ホ互ニ不法及ヒ能ス可カラサルノ條件ヲ承諾スルハ道義上決シテ宥恕ス可キコトニ非ラス是法律上之ヲ無効ト爲スノ理由ナリ然レ此理由ヲ以テ贈與契約ニ適用セントスルハ甚ダ非ナリ蓋シ贈與契約タル法律上ニ於テハ固ヨリ雙方ノ承諾ヲ要スルヲ以テ契約者互ニ同等ノ自由及ヒ權利ヲ有スル者ト爲ス可シト雖モ實際上ニ於テハ敢テ然ラス凡ソ贈與契約ヲ爲スニ當リテハ贈與者ハ受贈者ニ對シ毎ニ種々ノ條件ヲ命スト雖モ受贈者ハ唯命是從フノミニシテ雙方ノ間其自由及ヒ權利ハ決シテ同一ナラス受贈者ハ唯恩恵ヲ得ルヲ主トシテ他ヲ顧ミズ設ヒ贈與者ノ命スル所或ハ己レカ意ニ適セサルコトアルモ亦敢テ心ニ關セズ其狀恰モ遺囑贈遺ヲ受ク可キ者ノ遺囑證書ニ記載セシ條件ニ關セサルト一般ナリ故ニ贈與契約中不法及ヒ能ス可カラサルノ條件アルモ猶ホ遺囑證書ト同一ト見做シ以テ普通ノ契約ト區別スルハ固ヨリ正當ノ法理ナリト云ハサル可カラス是ニ由テ之ヲ觀レハ本法ニ於テハ羅馬法ノ遺囑證書ノミ適用シタル規則ヲ擴張シテ之ヲ贈與契約ニ適用シタルハ決シテ本法編纂者ノ過誤ナラサル

トチ知ルチ得可シ

以上第一說ハ專ラ純粹ノ法理ヨリ來ル者ナリト雖モ第二說ハ全ク實際ノ人情ヨリ出ツル者ナルヲ以テ余ハ寧ロ第二說ヲ取ラントス何トナレハ法律ハ實際ニ適スルヲ以テ主要トスレハナリ

(第千百七十六條及第千百七十七條)

未必條件ノ成就ス可キ時期ヲ豫定シアルト否トノ場合ヲ區別ス可シ

第一 未必條件ノ成就ス可キ時期ヲ豫定シアル場合

此ノ條件ハ有的ノ者ナランニ其定期内ニ到着セサルキハ其契約直ニ消滅ニ歸ス可シ其條件ハ無的ノ者ナランニ其定期内ニ成就セサルキハ其定期ヲ經過スルヤ否ヤ其條件直ニ成就ス可シ

有的ノ未必條件トハ例ヘハ某丸ノ郵船六箇月内ニ某港ニ來着セハ我レ汝ニ金千圓ヲ贈與ス可シト約スルカ如シ故ニ其船定期内ニ來着セサルキハ其贈與契約ハ無効トナルナリ而テ其定期未ダ經過セスト雖モ某船來着ス可キヲ無キノ理由確然ナルキハ其契約亦無効トナルナリ即チ其船半途ニテ沈没セシトシテ確報ヲ得ルカ如シ

無的ノ未必條件トハ例ヘハ某丸ノ郵船六箇月内ニ某港ニ來着セサレハ我レ汝ニ金千圓ヲ贈與ス可シト約スルカ如シ故ニ其船定期内ニ來着セサルキハ其條件直ニ成就スルナリ

第二 未必條件ノ成就ス可キ時期ヲ豫定シナキ場合

此ノ條件ハ有的ノ者ト無的ノ者トチ問ハス又其期ニ拘ハラズ何時タリトモ完全行ハル可キ

者トス故ニ有的ノ者ナレハ其條件ノ成就セサルコトノ確定セサル以上ハ設ヒ何十年ノ後タリトモ其條件成就スルニ至テ其契約ノ効力チ有セシム可キ者トス又無的ノ者ナレハ其條件ノ成就セサルコトノ確定セサル以上ハ其契約ノ効力チ中止セシメ設ヒ何十年ノ後タリトモ其條件成就セサルコトノ確定スルニ至テ其契約ノ効力チ有セシム可キ者トス

然レ此ノ論理ハ第千百七十五條ノ規則即チ契約者雙方ノ意思ヲ推測シ得可キ云々トアルニ從ヒ稍々之チ宥恕セサル可カラス何トナレハ人意ニ關スル未必條件ノ如キハ義務者チシテ永世不朽其契約ノ効力有無チ知ルコト能ハサラシムルノ地位ニ置クノ不道理アレハナリ故ニ此場合ニ於テハ義務者之チ裁判所ヘ訴ヘ相當ノ期限ヲ確定セシムルコトヲ得可シ例ヘハ甲ハ乙ニ約シ曰ク汝若シ汝カ庭前ノ樹木ヲ除却セハ余ハ一百金ヲ與ヘント此場合ニ於テ契約書中明文ナシト雖モ甲ノ之ヲ除却セシメント欲スルノ意ハ必ス近日チ期シタル者ナル可シ然レ乙其明文ナキニ乘シ數年間之チ除却セサルキハ甲ノ望ニ反スルヤ明カナリ故ニ甲之チ裁判所ヘ訴ヘ其期限ヲ確定セシムルコトヲ得可シ

(第千百七十八條)

本條ハ凡テ契約ハ善意ヲ以テ爲ス可シトノ原則ヨリ來リタル者ナリ即チ未必條件ニ關スル義務者カ惡意ヲ以テ其條件ノ成就ヲ妨ケシ時ハ法律上猶ホ其條件ノコトク成就シタル者ト見做シ以テ義務者ニ其責ヲ負ハシム可キ者トス例ヘハ甲ハ乙ニ石油ヲ賣渡サント約シテ曰ク今香港ニアル某號ノ郵船若シ本月中ニ横濱ヘ來着セハ其積載スル所ノ石油一箱ニ付金何圓ニテ賣渡ス可シト然レ結約後石油ノ價稍々騰貴シ尙益騰貴ノ勢アリ而テ其船本月中ニ來

着ス可キノ確報ヲ得タリ是ニ於テ甲前約ヲ悔ヒ乃チ香港ニ電通シテ故サラニ其船ノ出帆ヲ延滞セシメ遂ニ約期中ニ來着セズ此場合ニ於テ甲ハ未必條件ノ成就セサルヲ述ベ其契約ヲ消滅セシメント訴フルト雖モ決シテ能ハサルナリ何トナレハ本條ニ於テ其條件ノ成就ヲ妨ケシ時ハ猶ホ其條件ノコトシ成就シタルニ等シキ者ト見做セハナリ

然レ同ク其成就ヲ妨ケタリト雖モ自己ノ權利ヲ執行スルニ出ツルキハ決シテ本條ヲ適用スルコト能ハサルナリ例ヘハ甲ハ乙ニ約シテ曰ク汝若シ二十日間ニ余カ家屋ヲ建築セハ金千圓ヲ與フ可シト然ニ約期內殆ント竣功セントスルニ際リ乙ハ甲ノ財産ヲ竊取セリ故ニ甲之ヲ訴ヘ且ツ拘留セシメタルヲ以テ遂ニ約期內ニ竣功セス此場合ニ於テハ固ヨリ其條件ノ成就シタルニ等シキ者ト見做ス可カラズ何トナレハ設ヒ其條件ハ甲ノ妨ケニ因テ成就セスト雖モ是甲ノ惡意ニ非ラスシテ自己ノ權利ヲ執行セシキ者ナレハナリ

(第一千七百七十九條及第一千八百十條)

此二條ハ停止ノ未必條件ノ効力ヲ規定セシキ者ナリ即チ其條件ノ成就セサル以上ハ總テ契約ノ効力ヲ停止シ義務者ノ義務未全シ成立セズ權利者モ亦唯他日義務者ノ義務ノ成立スルヲ希望スルニ過キサルニミ故ニ義務者其條件ノ成就セサル前誤テ其義務ヲ盡シシタルキハ夫ノ義務ナキ者ノ辨濟シタル時ト同ク其辨濟シタル物ヲ取戻スヲ得可シ

然レ義務者其條件ノ成就如何ニ拘ハラズ豫メ他ノ事物ヲ權利者ニ與ヘ以テ其契約ヲ取消サント求メ權利者之ヲ承諾スルキハ是即チ一箇ノ偶生契約ヲ以テ未必條件ニ更改シタル者ニシテ其條件成就如何ニ拘ハラズ更ニ第二ノ契約ノ効力ヲ生ス可キ者トス

却說未必條件ノ成就シタル場合ニ於テハ其契約ノ効力ハ當ニ將來ノミナラス契約ヲ結ビシ當日即チ既往ニ溯リ會テ未必條件ニ關セサル單純ノ契約ノ如ク見做サルハナリ是ヲ以テ不動産ノ賣買ナルキハ其所有權ノ移轉ハ未必條件ノ成就シタル日ニ行ハレスシテ其契約ヲ結ビシ當日ニ行ハレタル者ト見做サルハナリ

此ノ如ク未必條件ハ契約ヲ結ビシ當日ニ溯ル可キノ原則ニ因リ左ノ種々ノ効力ヲ生セリ

第一 契約者ノ一方未必條件ノ成就セサル前ニ死去スル時ハ其相續人ハ其權利又ハ義務ヲ承繼ス可シ但シ茲ニハ契約者一方ノ唯死去ノコトノミヲ豫定セシハ實際上最モ多キ場合ノミヲ指シタル者ニシテ此外又適用ス可キ場合ナシト云フノ意ニ非ラス即チ一方ノ者契約ノ當時ハ能力者ナリシ雖モ其條件ノ成就セサル前治産ノ禁ヲ受クル等ノ事ニ因リ無能力者トナルモ其條件成就セハ亦契約ノ効力ニ妨ケナキナリ

第二 未必條件ノ成就前ニ義務者其讓渡ス可キ物品ニ付第三ノ人ヲシテ書入質又ハ入額所得權ヲ有セシムルモ其未必條件ノ成就ニ因テ其書入質又ハ入額所得權ハ消滅ス可キ者トス故ニ其權利者直ニ第三ノ人ニ對シテ其物ヲ取戻スヲ得ルナリ

第三 之ニ反シテ未必條件ノ成就前ニ權利者其讓受シ可キ物品ニ付第三ノ人ヲシテ有セシメタル書入質等ハ其未必條件ノ成就ニ因テ完全ノ權利トナルナリ故ニ第三ノ人ハ其書入質ヲ有シタル始メヨリ完全ノ權利ヲ得タル者ト見做サルハナリ

然レ未必條件ニ關スル契約ハ其條件ノ成就マテニ物品ノ所有者其物品ヨリ得タル入額物ヲ相手方ニ還付スルヲ要スルヤ曰ク既往ニ溯ルノ効力云々ノ點ヨリ觀レハ其入額物ヲ還付

スルヲ要スル者ノ如クナレバ若シ果テ然リトセハ雙務ノ契約ニ關スル如キハ更ニ雙方ノ利益ナシテ徒ニ無益ノ手數タルヲ免レス例ヘハ甲ハ乙ニ約シテ曰ク今ヨリ十箇月間斯々ノ事件成就セハ余ノ住スル家ヲ子ニ賣渡ス可シト其後期限間ニ事件成就シ甲其家ヲ乙ニ引渡シ其代價ヲ受取タリ此場合ニ於テ夫ノ既往ニ溯ルノ効力アリト云フコトヨリ乙ハ甲ニ對シテ契約ノ當日ヨリ其條件成就マテノ家賃ヲ請求センカ然ラハ甲モ亦更ニ其間ニ生スル賣渡代價ノ利息ヲ請求ス可シ其レ此ノ如クナレハ結局其家賃ト代價ノ利息ト相殺スルニ至ル可シ是無益ノ手數ニ非ラスシテ何ソヤ又片務ノ契約ニ於テモ義務者ハ其條件ノ成就マテニ得タル入額物ヲ還付スル者トセハ是大ニ義務者ノ意思ニ反スル者トス何トナレハ當初義務者カ其條件ヲ契約セシハ其成就マテハ自由ニ之ヲ使用スルノ權利ヲ有センカ爲メナレハナリ故ニ第千七百七十九條ノ既往ニ溯ルノ効力ハ唯法律上ノ事ニ關シテ事實上ノ事ニ關セサルナリ

第千八百十條ニ於テハ權利者自己ノ權利ヲ保全ス可シト記載セリ凡ソ權利者タル者自己ノ權利ヲ保全スル爲メ義務者及ヒ第三ノ人ニ對シテ法律上認可スル所ノ行爲ハ既ニ第千六百十六條及ヒ第千六百六十七條ニ於テ説明シタル如ク是普通ノ原則ナリ故ニ該條ニ於テ更ニ之ヲ記載スルノ要ナキ者ノ如シト雖モ然レ更ニ茲ニ再記セシハ亦其謂ヒナキニ非ラス他ナシ此ノ未必條件ニ關スル契約ハ一種特別ノ契約ナルヲ以テ若シ該條ナキハ其權利者其條件ノ成就前ニ於テハ或ハ普通ノ權利者ト同一ノ權利ヲ有セサルヤノ疑ヒヲ懷ク者ナシト云フ可カラス乃チ其疑ヲ避ケン爲メ茲ニ再ヒ此ノ原則ヲ記載セシ者ナリ蓋シ立法官ノ注意深シ

ト云フ可シ

(第二節)

義務ノ執行ヲ停止スル未必條件

(第千八百八十一條)

本條ハ既ニ第千六百六十八條ト共ニ之ヲ講了セリ故ニ復タヒセス
(第千八百八十二條)

本條ハ停止ノ未必條件ノ成就セサル前契約ノ目的タル物品ノ滅盡シタル場合ヲ規定セシ者ナリ而テ其滅盡ニ付左ノ四箇ノ區別ヲ爲サ、ル可カラス

- 第一 其物品ノ全部天災ニ因テ滅盡シタル場合
- 第二 其物品ノ幾部分天災ニ因テ滅盡シタル場合
- 第三 其物品ノ全部義務者ノ過失ニ因テ滅盡シタル場合
- 第四 其物品ノ幾部分義務者ノ過失ニ因テ滅盡シタル場合

第一ノ場合ニ於テハ法律ハ契約者雙方ノ意思ヲ推測シ即チ未必條件ヲ以テ一方ノ者カ一方ノ者ニ物ノ所有權ヲ讓渡ス可キヲ約シタルハ讓受ク可キ一方ノ者其條件成就シ正シク其物ノ所有ヲ得タル後ニ非ラサレハ己レヨリ他ノ一方ニ對スル義務ヲ盡クスヲ承諾セザリシ者トナセリ故ニ其物ノ滅盡ニ因リ生シ損失ハ讓渡ヲ約シタル一方ノ者ノ負擔ス可キ者トス例ヘハ此ノ條件ヲ以テ賣買契約ヲ爲セシトセンニ買主ハ其買受ケタル物ノ所有ヲ得タル後ニ非ラサレハ其代價ヲ拂フノ義務ヲ負擔セサリシ者ト見做サル、ナリ
之ヲ概言セハ買主ハ唯他日正シク其物ノ所有ヲ得然後其代價ヲ拂フノ義務アルノ事故ニ其

物滅盡セハ之ヲ得ルニ由ナシ之ヲ得サレハ其代價ヲ拂フノ義務ナシ亦損失ヲ負擔スルノ理由ナキナリ

是ニ由テ之ヲ觀レハ本條ノ第二項ニ於テ其物ノ全ク滅盡シタル時ハ其義務消散ス可シト記載セシハ誤ナリ何トナレハ其條件成就セサレハ其義務成立セサレハ亦消散ス可キノ義務ナケレハナリ故ニ其法文ヲ左ノ如ク改ム可シ「若シ義務者ノ過失ニ非ラスシテ其物全ク滅盡シタル時ハ其義務成立セス」ト

難者曰ク第百七十九條ニ據レハ未必條件成就セハ其契約ハ之ヲ結ヒシ日ニ溯リテ効力ヲ有スルモノト規定セリ則チ其契約ハ始ヨリ單純ノ者ト見做サル、ナリ既ニ單純ナル契約トセハ其目的物滅盡ニ因リ生スル損失ハ之ヲ權利者ニ歸セサル可カラス加之設ヒ賣買契約トスルモ第百二十八條ニ從ヒハ買主ハ物ノ滅盡ニ拘ハラス其代價ヲ拂フノ義務アル者トス然ハ則チ本條ハ是等ノ規則ニ抵觸スルヤ明カナリト

此論甚ダ誤レリ抑モ第百七十九條ニ於テ契約ハ之ヲ結ヒシ日ニ溯リテ効力ヲ有スルモノト定メタル其條件既ニ成就シ契約ノ成立完全ノモノトナリテ後ニ適施ス可キ者ニシテ成就ノ前ニ適施ス可キ者ニ非ラス而テ第百二十八條ハ專ラ單純ナル契約ニ適施ス可キ者ニシテ本條ノ場合ニ適合ス可キ者ニ非ラス加之本條ノ第二項ハ其條件ノ成就前其目的タル物品已ニ滅盡セハ其契約ヲ成立セシメスト云フノ意ナリ契約既ニ成立セサレハ其効力ヲ發生スルノ理由ナシ發生セサルノ効力ヲ以テ之ヲ既往ニ溯ラシメント欲スルモ豈ニ得ケンヤ然ハ則チ彼此抵觸スト云フハ誤リノ甚シキ者ニ非ラスシテ何ソヤ故ニ設ヒ賣買トスルモ未必

條件ニ關スル契約ナリトセハ其條件ノ成就前其目的タル物品已ニ滅盡セハ賣主其物品ヲ引渡スノ義務ナシ否ナ引渡サント欲スルモ能ハス買主亦其物品ヲ得サレハ固ヨリ其代價ヲ拂フノ義務ナキナリ

第二ノ場合ハ羅馬法及ヒ佛國舊法ニ於テハ其物幾部分ノ滅盡ノ損失ハ未必條件ヲ以テ契約セシ權利者ノ負擔ス可キ者トセリ故ニ其契約賣買ナレハ買主其滅盡ニ拘ハラス其代價ノ金額ヲ拂フヲ要センナリ

而テ其原則ヲ説明スル者ノ論ニ曰ク物ノ滅盡スルヤ其全部ト幾部分トニ因リ大ナル差別アリ即チ其滅盡全部ナルキハ其後其條件成就スルモ已ニ其物ナケレハ賣主ヲシテ之ヲ引渡スノ義務ヲ負ハシムルヲ能ハス又買主ヲシテ其代價ヲ拂ハシムルノ理由アラス然レ其滅盡幾部分ナルキハ賣主ヲシテ之ヲ引渡スノ義務ヲ負ハシメ買主ヲシテ其代價ヲ拂ハシムルノ理由アル可シ何トナレハ其物猶ホ幾分カ存在スルヲ以テ之ヲ賣買ノ目的トシテ賣渡スヲ得可ク隨テ買主モ亦其代價ヲ拂フノ理由アレハナリ

人或ハ之ヲ不當ナリト難スル者アリト雖モ決シテ然ラス試ニ思ヘ其條件成就スルノ間ハ唯其物ノ幾部分ヲ滅盡シ其品位ヲ惡クシテ其價ヲ減少スル者ノミニ非ラス或ハ其品位ヲ善クシテ其價ヲ増加スル者往々之ナキニ非ラス然ニ既ニ其品位ヲ善クスルモ其價ヲ増加スルヲ許ルサス豈ニ其品位ヲ惡クシテ獨リ其價ヲ減少スルノ理アラシヤト是其説明者ノ論旨ナリ

此ノ論理ハ本法ニ於テハ全ク之ヲ採用セシテ之ヲ折衷シタリ即チ本條ノ第三項ハ物ノ幾

部分ヲ滅盡シタルハ其契約ヲ成立セシムルト否トハ一ニ權利者ノ取捨ニ任シ權利者其殘物ヲ得ルモ利益ナシトセハ其契約ヲ成立セシメスシテ其代價ヲ拂フノ義務ヲ免レ其殘物ヲ得ント欲セハ物ノ幾部分ノ滅盡ニ拘ハラズ其代價ノ全額ヲ拂フ可キ者トナセリ
 本法ニ於テ此ノ如ク折衷シタル理由ハ他ナシ凡ソ物品ハ時日ヲ經ルニ從ヒ其品位ヲ惡クスルハ多クシテ之ヲ善クスルコト少シ故ニ法律ハ未必條件ニ關スル權利者ハ此ノ如キ損失多ク地位ニ在ルヲ結約シタルコトハ思考セサルカ故ナリ
 其レ然リ然リト雖モ該法ハ亦瑕瑾ナキニ非ラス何トナレハ唯其權利者ノ利ヲ計テ義務者ノ不利ヲ顧ミサレハナリ看ル可シ設ヒ其品位ヲ善クスルモ義務者ハ權利者ヲシテ其價ヲ増加セシムルコト能ハス而テ其品位ヲ惡クセハ之ヲ得ルト否トハ一ニ權利者ノ取捨ニ任シ結局義務者ノ不利多キニ居ルヲ

故ニ其品位ヲ善クシ其價ヲ増加スルノ場合ニ於テハ義務者ニ付與スルニ其契約ヲ廢棄シ得ルノ權利ヲ以テセハ庶幾ハ本法ノ趣旨一方ニ偏スルノ弊ナカラシカ然リト雖モ余ハ終ニ之ヲ是認スルコト能ハサルナリ

第三ノ場合ニ於テハ義務者其滅盡ノ責メニ任セサル可カラズ蓋シ此場合ハ猶ホ第一ノ場合ノ如ク其物ノ全部滅盡ニ係ルモノトス然レトモ第一ノ場合ハ義務者ノ過失ナクシテ其物ノ滅盡シタル結果ヲ規定シタルモノニシテ此第三ノ場合ハ其物ノ滅盡全ク義務者ノ過失ニ出タルキニ係ルモノナルヲ以テ其間自カラ區別アルモノトス即チ第一ノ場合ニ於テハ既ニ余輩ノ説明シタル如ク其契約不成立ノモノトナリテ契約者ノ關係全ク存セサルニ至ルナリ

之ニ反シテ第三ノ場合ニ於テハ其物ノ滅盡ニ因リ權利者更ニ損害ヲ受クルルハ義務者之カ賠償ノ責ヲ辭スルコト能ハス何トナレハ何人ニ限ラス自己ノ過失ヲ以テ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ之ヲ償フ可キハ法理ノ原則ニシテ是第千三百八十二條ニ明記シアルモノナレハナリ
 第四ノ場合ニ於テハ權利者其物ヲ得ント欲セハ其滅盡ノ多少ニ隨ヒ其代價ヲ減少スルコトヲ得可シ又其契約ヲ廢棄セント欲セハ更ニ其損害賠償ヲ求ムルコトヲ得可シ是モ亦第千三百八十二條ノ適用ナリ

(第三節)

義務ヲ解除スル未必條件

(第千八百八十三條)

解除ノ未必條件トハ契約ノ成立ヲ停止スル者ニ非ラスシテ其廢棄即チ解除ヲ停止スル者ナリ故ニ此ノ條件ヲ以テ結ヒタル契約ハ直ニ其効力ヲ生スルコト全ク單純ノ契約ト異ナルコトナシ然レ其條件成就セハ其契約ヲ解除シ而シテ其解除ハ既往ニ溯テ効力ヲ有シ嘗テ結約ナカリシ者ノ如ク見做サルハナリ

之ヲ概言セハ解除ノ未必條件成就セハ其契約ニ關セン事物ヲシテ盡ク其舊位ニ復歸セシム可キ者トス例ヘハ此ノ條件ヲ以テ賣買契約ヲ爲セシトセンニ之ヲ結約スルヤ否ヤ單純ノ賣買契約ト同ク其所有權ハ直ニ移轉賣主ハ其物品ヲ引渡シ買主ハ其代價ヲ拂ハサル可カラズ然レ其條件成就セハ賣主其引渡シタル物品ヲ取戻シ買主其拂フタル代價ヲ返還セシメ其間全ク契約ヲ解除シ會テ契約ノアラサリシ模様ニナスナリ
 而シテ其解除ハ既往ニ溯テ効力ヲ有スル理由ヨリ左ノ結果ヲ生ス

解除ノ未必條件未ダ到着セサル中買主ニ於テ其買得シタル物件ニ付他人ノ爲メ設ケタル地役又ハ書入質等ノ權利ハ其條件成就ニ因テ悉ク無効トナリ其買得シタル時ノ摸樣ニシテ物件ヲ賣主ニ返還セサル可カラズ之ニ反シテ其條件未ダ到着セサル中買主ヨリ他人ノ爲メ設ケタル是等ノ權利ハ盡ク有効トナルナリ何トナレハ其條件成就ニ因リ買主ハ始メヨリ其物件ニ付何等ノ權利ヲモ有セサルモノト見做サレ而シテ賣主ハ始メヨリ其物件ニ付完全ノ所有權ヲ有シタルモノト見做サルヲ以テナリ

又解除ノ未必條件ノ契約ノ成立ヲ停止セス其解除ヲ停止スルモノコシテ其契約ノ効力ヲ直ニ生スルコト尙ホ單純ノ契約ト異ナラスト云ノ理由ヨリ左ノ結果ヲ生ス

其條件未ダ到着セサル契約ノ目的物天災ニ由テ毀損又ハ滅盡シタルハ其損失ハ當時其物品ノ所有者即チ前例ニ因レハ買主ニ歸ス可シ何トナレハ其契約以後未必條件ノ成就スルニ至ルマテ買主ハ其物件ニ付完全ノ所有權ヲ有スルモノナレハナリ而シテ物ノ損失ハ常ニ其所有者ニ歸ス可シトハ法理ノ原則ニシテ第千百二十八條ニ明記シアル所ナリ

(第千百八十四條)

本條ニ於テ雙務ノ契約ハ暗ニ解除ノ未必條件ヲ含蓄スル者ト規定セリ其理由ハ他ナラス契約者中一方ノ者其義務ヲ行フハ他ノ一方ヲシテ亦其義務ヲ自己ノ爲メ行ハシメント欲スルカ故ナリ然ルコ一方ノ者ノミ其義務ヲ行フテ他ノ一方ノ者之ヲ行ハサルハ其義務ヲ行フタル一方ノ者ノ心算ニ違フモノニシテ其者ニ於テ斯ノ如キコト承諾セサル者ト法律上考定スレハナリ故ニ一方ノ者既ニ己レカ義務ヲ執行セシコ他ノ一方ノ者己レカ義務ヲ執行セ

サルハ毎ニ其契約ノ解除ヲ請求スルコト得可キ者トス

然レ其解除ヲ請求スルノ權利ハ特リ契約履行者ニ在リテ違約者ニ在ル可キモノニ非ス而シテ又之ヲ請求スルト否トモ亦其契約履行者ノ隨意ニ任ス可キ者トス然ラサレハ違約者毎ニ其義務ノ執行ヲ拒絕シテ終ニ其義務ヲ免カレ、コト得ルニ至レハナリ

ヒ其執行ヲ拒絕シテ終ニ其義務ヲ免カレ、コト得ルニ至レハナリ
故ニ本條ノ主旨ハ其解除ヲ請求スルモ到底契約者中善意ノ者ヲ保護スルニ在リ然レ解除ト執行トニ拘ハラズ之カ爲メ契約者中善意ノ者損害ヲ受ルルハ其賠償ヲ要ムルノ權利アル者トス

然レ契約者中一方ノ者其義務ヲ執行セサルモ唯是ノミニ因テ其契約ヲ解除スルニ足ラス例ヘハ爰ニ一ノ買主アリテ其代價辨濟ノ期限ニ至ルモ之ヲ拂ハサリシトセシコ唯是ノミニ因リ其契約解除スル者ト爲ス可カラス心ス賣主ヨリ其解除ヲ裁判所ニ請求シ而シテ裁判所ニ於テ買主ノ代價不辨濟ヲ以テ其契約ヲ解除スルコ足ルノ理由トシテ其解除ヲ宣告スルマテハ其契約依然トシテ存立スル者トス

義務ヲ執行セサル者ヲ法律上此ノ如ク寛待スルハ何ソヤ曰ク設ヒ其義務ヲ執行セサルモ必スシモ之ヲ惡意ニ出ツル者ト爲ス可カラス或ハ不注意ニ出ツル者アリ或ハ不幸ニ遭遇スルニ因ル者アル可シ故ニ裁判所ハ能ク之ヲ審査シ果テ惡意又ハ不注意ニ出ツルトノ確證ヲ得ハ則チ其解除ヲ宣告ス可シ又不幸ニ遭遇セシ者ト確認シ其義務執行ヲ一時猶豫セハ之ヲ果行スルニ至ルコト必定ノモノト看做セハ更ニ相當ノ猶豫時間ヲ許與シ其契約ヲ保持スルコトヲ

得可キ者トス是レ本條ニ於テ其情狀ニ隨ヒ猶豫期限ヲ附與スルコトヲ得可シトアル所以ナリ」
蓋シ雙務ノ契約ニ含蓄スル解除ノ未必條件ハ直ニ行ハスシテ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ要スルモノハ當ニ善意ニシテ且ツ不幸ニ遭遇セシヨリ義務執行ヲ得サル者ヲ保護スルノ主意ニ在ルノミナラス時トシテ其解除ハ一方ノ契約履行者ノ意思ニ反スルコトナシト云フ可カラサルヲ以テナリ

(第二款) 有期ノ義務

(第一千八百八十五條)

爰ニ一箇ノ契約ヲ結フニ際リ若シ其執行期限ヲ設ケス又其契約ヲ未必條件ニ關セシメサルキハ(本條ノ未必條件ナル語ハ解除)其義務ノ成立ト其執行ノ期限ト一時ニ發生シテ暫クモ停止セラル、者ニ非ラズ然ルニ其契約未必條件ニ關スルモノナルキハ其義務ノ成立ト其執行ノ期限ト共ニ停止セラル、者ニシテ權利者ハ當時何等ノ權利ヲモ得サルナリ之ニ反シテ有期契約ハ其義務ノ成立ヲ停止セスシテ唯其執行期限ヲ豫定ノ日ニ至ルマテ延滞スルノ

0

是以テ未必條件ニ關スル契約ト有期契約トノ間ニ一大區別ヲ生セリ今假リニ賣買ト爲サンニ未必條件ニ關スル契約ニシテ其條件成就前其目的物滅盡シタルキハ賣主之ヲ引渡スノ義務ヲ免レ買主其代價ヲ拂フノ義務ヲ免ル可キ者トス即チ未必條件ノ成就前其目的物滅盡セハ其契約成立セサレハナリ之ニ反シテ有期契約ナルキハ期限前設ヒ其目的物(爰ニハ其目的ト想像セサ)滅盡スト雖モ買主決シテ其代價ヲ拂フノ義務ヲ免ル、コトヲ得ス然レ賣主ハ其

物件ヲ引渡ス可キ義務ヲ免ル可キ者トス他ナシ其物ノ所有權ハ契約ノ當時已ニ買主ニ移轉シタルハナリ是即第一千三百二十八條ノ適用ナリ

(第一千八百八十六條)

本條ハ期限ノ利益義務者ニ在リテ權利者ニアラサル場合ヲ規定シタルモノナリ故ニ期限ノ利益義務者ニ在ルキハ其期限到着前權利者ヨリ義務執行ヲ請求スルコトヲ得スト云ノ意味ニ本條ヲ理解セサル可カラズ尙ホ如何ナル場合ニ於テ期限ノ利益權利者若シハ權利者義務者雙方ニ在ルヤノ論點ハ次條ニ至テ指示ス可シ

本條ニ曰ク「期限前ニ義務ノ執行ヲ求ムルコトヲ得スト雖モ若シ期限前其義務ヲ執行シタル物ハ之ヲ取戻スコトヲ得ス」ト其末文期限前其義務ヲ執行シタルモノハ之ヲ取戻スコトヲ得ストハ何ノ理由アリテ然ルヤ他ナシ法律ハ義務者自ラ其期限ヲ拋棄シタル者ト見做スニ在ルナリ然レ拋棄トハ原ト其期限前ナルコトヲ熟知シナカラ其辨濟ヲ行フタル者ヲ謂フ若シ其期限アルコトヲ知ラスシテ辨濟シタル者ハ拋棄ニ非ラスシテ則チ錯誤ナリ而テ錯誤ニ因テ辨濟シタル者ハ之ヲ取戻スコトヲ得可キハ固ヨリ論ヲ竣タス故ニ本條ノ末文ハ專ラ其期限アルコトヲ熟知シテ辨濟シタル場合ニ適用ス可キ者トス

此ノ如ク期限ヲ拋棄シタルノ所爲ハ之ヲ一ノ恩惠ヲ行フタル者ト見做ス可キガ曰ク然ラス普通ノ規則ニ於テハ之ヲ恩惠ト見做サ、ルナリ何トナレハ期限前ニ辨濟シタル義務者ハ權利者ノ利益ノ爲メニ非ラスシテ自己ノ利益ノ爲メニスル者屢之レアレハナリ例ヘハ爰ニ人アリ若干金ノ負債アリ又偶々若干金ヲ得タリ以テ負債ヲ辨濟センガ期限未タ至ラス乃チ保

有セシカ消費ノ恐レナキニ非ラズ寧ク期限未タ至ラサルモ負債ヲ辨濟スルニ如カスト思惟
シ遂ニ辨濟スルノ類ナリ

然レ亦恩惠ト見做ス可キ事ナキニ非ラズ例ヘハ今ヨリ無利息二十箇年賦ノ負債ヲ本日之ヲ
完償スルカ如キ是ナリ此ノ場合ニ於テハ普通ノ贈與契約ニ關スル規則ニ依ル可キ者トス

(第一千八百八十七條)

期限ノ利益ヲ得ルハ何ハナルヤ期限ハ義務者ノ利益ノ爲メニ設ケルコトアリ權利者ノ爲メニ
設ケルコトアリ又權利者義務者雙方ノ爲メニ設ケルコトアリ本條ハ則チ是等ノ場合ヲ指示シタ
ルモノナリ

之ヲ義務者ノ爲メニ設ケタリトセンカ前條ノ適用ニ因リ權利者其期限前義務者ニ對シテ其
義務ノ執行ヲ請求スルコトヲ得ズ然レ義務者其期限前其義務ヲ執行セント欲スルモハ權利者
亦之ヲ拒ムコトヲ得サルナリ之ヲ權利者ノ爲メニ設ケタリトセンカ義務者其期限前權利者ニ
對シテ己レカ義務ヲ執行スルコトヲ得ズ然レ權利者何時ニテモ義務者ニ對シテ其義務ノ執行
ヲ請求スルコトヲ得可シ又之ヲ權利者義務者雙方ノ爲メニ設ケタリトセンカ雙方ノ承諾ニ因
ルニ非サレハ其期限ヲ動スコトヲ得可カラサル者トス

如何ナル場合ニ於テ義務者又ハ權利者若クハ雙方ノ爲メニ設ケタル期限ナルコトヲ確知シ得
可キヤ本條ハ一箇ノ推測規則ヲ設ケテ之ヲ判知セシメントス曰ク「義務ノ期限ハ權利者ノ
爲メニ設ケタルコトヲ分明ナラサル時ハ義務者ノ爲メニ設ケタル者ト見做ス可シ」ト蓋シ此ノ
推測ハ第一千八百六十二條ニ契約ノ文意ノ疑ハシキ時ハ其義務者ノ利益トナル可キ方法ニ之ヲ

解釋ス可シ云々ノ規則ヲ適用セシ者ナリ故ニ期限ノ利益何人ニ屬スルヤ分明ナラサルハ
毎ニ義務者ノ爲メニ設ケタル者ト見做スハ普通ノ原則ナリ若シ權利者之ガ反對ノ地位ニ在
ランコトヲ證セント欲セハ自ラ其舉證ノ責ニ任セサル可カラズ

然レ契約ノ性質又ハ其時ノ模様ニ因テ其期限ハ全ク權利者ノ爲メニ設ケタル者ト見做ス可
キ場合アリ而シテ契約ノ性質ニ因ル場合ハ例ヘハ附托契約ノ期限ハ附托者ノ爲メニ設ケシ
コトハ其契約ノ性質ニ因テ明瞭ナルカ如キ即チ是ナリ何トナレハ受托者ハ其期限内其物ヲ使
用スルノ利益ナクシテ之ヲ保存スルノ義務アリト雖モ附托者ハ其期限内之ヲ保存セシムル
ノ利益アリテ之ヲ返還セシメサルノ權利アレハナリ

但シ此ノ規則ハ有償又ハ使用ヲ許セシ附托契約ニ於テハ之ヲ適施スルコトヲ得ズ此等契約ノ
期限ハ亦雙方ノ爲メニ設ケタル者ト見做サ、ル可カラズ

又其時ノ模様ニ因ル場合ハ例ヘハ東京ノ年ノ市商人其買物ヲ買入其市ノ前日之ヲ引取ラン
ト約シタリトセンコト其時ノ模様ニ因リ其期限ハ全ク買主即チ權利者ノ爲メニ設ケタルコトハ
分明ナリ故ニ賣主其引渡シ期限ヲ短縮シテ其義務ヲ執行スルコトヲ得可カラサルカ如キ是ナ
リ

又利息附貸借及ヒ爲換手形等ニ定メシ期限ハ權利者義務者雙方ノ爲メニ設ケタル者ト見做
ス可キモノトス

(第一千八百八十八條)

前數條ニ於テ期限ノ利益ヲ得ルノ場合ヲ説明セリ本條ニ於テハ期限ノ利益ヲ失フノ場合ヲ

説明セントス即チ左ノ如シ

第一 商人ノ分散ヲ爲シタル時(商法第四百四十四條及ヒ訴訟法第二百二十四條參看)

第二 商人ニ非ラサル人ノ身代限ヲ爲シタル時(第九百十三條參看)
商人ノ分散ハ其無資力ヲ證明スル者ニ非ラヌシテ唯之ヲ無資力ト假定スル者ナリ何トナレハ假令如何ナル豪商ナリト雖モ偶々意外ノ困難ニ遇ヒ其負債辨濟ノ期限ニ至ルモ之ヲ辨濟スルヲ能ハサルノ事情ナキニ非ラサレハナリ故ニ其財産ヲ取調ヘサル間ハ假令之ヲ無資力ト推測シ未タ辨濟期限ニ至ラサルモ其權利者ハ義務者即チ分散者ニ對シテ其財産ノ分配ヲ受クルヲ得可キ者トス

商人ニ非ラサル人ノ身代限ハ之ニ反セリ其負債高其所有財産高ニ超過スルヲ以テ正シク其無資力ヲ證明スル者トス然レ如何シテ其超過ヲ判知スルヲ得可キヤノ點ニ至テハ本法中之ヲ規定スル所ナシ唯其時ニ依リ相當ノ處分ニ委ヌ可キ者トス蓋シ本法中身代限ノ場合ヲ規定セシ所ハ僅ニ三條ニ過キズ即チ第八百六十五條第九百十三條及ヒ第二千三條是ナリ
第三 義務者自己ノ所爲ニ因リ嘗テ特別ノ契約ヲ以テ權利者ニ附與シタル抵當物ヲ減少シタル時

此ノ場合ニ於テ義務者ヲシテ其期限ノ利益ヲ失ハシムルハ實ニ至當ト云フ可シ何トナレハ權利者ノ信頼スル所ハ義務者其人ニ非ラヌシテ其抵當物ニアレハナリ然レ義務者ヲシテ唯其期限ヲ失ハシムルノミニテハ未タ以テ權利者ヲ保護スルニ足ラヌト雖モ他ニ完全ノ良法

ナキヲ以テ法律姑ク此ノ如ク規定セシナリ蓋シ止ヲ得サルニ出ツルナリ
然レ義務者其抵當物ヲ減少スルモ期限ノ利益ヲ失ハサルノ場合アリ故ニ之ヲ二箇ニ區別セサル可カラズ

其一 一般ノ抵當物即チ第二千九十三條ニ記載セル現在ノ物ト後來得可キ物トチ分タス總テ權利者一般ノ抵當トスル義務者ノ財産

其二 特別ノ契約ヲ以テ定メタル抵當物即チ書入、質入及ヒ保證

而テ其二ノ抵當物ヲ減少シタルハ即チ本條ヲ適用シ義務者其期限ノ利益ヲ失フ可シト雖モ其一ノ抵當物ヲ減少シタルハ義務者決シテ其利益ヲ失フコトナシ唯義務者ノ惡意アルハ第九百六十七條ニ據リ權利者ハ其義務者カ權利者ヲ害ス可キ爲メ他人ト結ヒシ契約ヲ取消スルヲ得可キノミ

○ 法文ニハ義務者ノ所爲ニ因リ抵當物ヲ減少云々トアレハ若シ義務者ノ所爲ニ因ラヌシテ意外ノ事變即チ火災等ニ因リ其抵當物ヲ減少シ又ハ保證人無資力トナルカ如キ時ハ如何シテ權利者ヲ保護ス可キヤ此ノ如キ場合ニ於テハ權利者ハ義務者ニ對シテ之ニ換フ可キ相當ノ抵當物ヲ請求スルヲ得可シ而テ義務者其請求ニ應セサレハ其期限ノ利益ヲ失フ可シ(第二千二十條第二千三百三十一條參看)

期限ニ二種アリ一チ明許ノ期限ト云ヒ二チ默許ノ期限ト云フ默許ノ期限トハ義務ノ性質直ニ執行スルヲ能ハサル者ヲ云フ例ハ在長崎人カ在東京人ニ物ノ送致ヲ托シ在東京人之ヲ送致セハ別段契約セストモ長崎へ到着ノ爲メ必用ノ時間ハ其義務中ニ含蓄スル者トス其他

爲スノ義務ニ付テモ其事業ヲ成就スルニ必用ノ時間ハ總テ含蓄スル者トス明許ノ期限トハ契約者雙方ニ於テ明瞭ニ豫定セタル者ヲ云此ノ二種ヲ名ツテ法律上ノ期限ト云フ此ノ他第一千二百四十四條ニ依リ善意ニシテ且ツ不幸ナル義務者ノ爲メ裁判所ノ認定ヲ以テ相當ノ猶豫期限ヲ付與スルコトアリ之ヲ名ツケテ恩惠ノ期限ト云フ

法律上ノ期限ト恩惠ノ期限トニ箇ノ差異アリ

第一 法律上ノ期限ハ義務相殺ヲ許サ、レモ恩惠ノ期限ハ之ニ反シ決シテ義務相殺ヲ妨ケサルナリ何トナレハ義務者ノ恩惠ノ期限ヲ得タルハ即時義務ヲ履行スルコト能ハサルノ地位ニ在ルヲ以テナリ然ルニ其後或ハ權利者ニ對シテ更ニ債主權ヲ得己レカ義務ト相殺シ得可キ時至ルコトアラハ其義務ヲ履行シ得可キ確證アルヲ以テ猶且ツ猶豫期限ノ利益ヲ得セシム可キ理由ナケレハナリ

第二 法律上ノ期限ヲ失ハシム可キ事件ハ均シク恩惠ノ期限ヲ失ハシム可シ然モ法律上ノ期限ヲ失ハシメスシテ唯恩惠ノ期限ヲ失ハシム可キ場合アリ即チ恩惠ノ期限ヲ得タル義務者ハ其財産ヲ他ノ權利者ヨリ差押ヘラレタル時又禁錮セラレタル時又欠席裁判ニテ重罪ヲ宣告セラレタル時蓋シ他ノ權利者ヨリ財産ヲ差押ヘラレタルコト因ルハ其猶豫期限ヲ得セシメタル權利者ヲ害セシメサルカ爲メナリ禁錮又ハ重罪ノ宣告ニ由ルハ其行蹟善意且ツ不幸ナル義務者ノ保護ヲ受ク可キ者ノ所爲ニ反スルカ爲メナリ

(第三款) 數中擇ノ義務

(第一千八百八十九條第一千九百九十一條)

數箇中ノ一ヲ擇ムヲ得可キ義務トハ義務ノ目的物數箇アリ其數箇中ノ一ヲ權利者ニ渡シテ全ク消滅スル義務ヲ云フナリ例ヘハ甲ハ乙ニ對シテ金千圓ヲ與フルカ又ハ地所二百歩ヲ與フ可シト約シタルカ如キ是ナリ故ニ甲ハ金千圓ト地所二百歩トヲ併セテ乙ニ渡スノ義務ヲ負ヒシニ非ラス其二箇中ノ一ヲ渡シテ全ク其義務ヲ免ル可キ者トス然モ數箇中此ノ物ノ一部ト彼ノ物ノ一部トヲ渡スコト得ス此原則ニ因リ義務者カ數人ノ相續人ヲ遺コシテ死去セシ時其相續人ハ各自ノ部分ヲ辨濟スルコト亦必ス數箇中ノ一物全部ヲ擇マサル可カラズ故ニ相續人之ヲ協議シテ其物ヲ一定セサル可カラズ若シ一人ハ金ヲ以テシ一人ハ地所ヲ以テセントスル時ハ權利者之ヲ拒絕シ且ツ義務不執行トナシ其損害賠償ヲ求ムルコト得可シ

以上陳述スル所ハ選擇權利ノ義務者ニ屬スル者ナリ然モ其選擇權ノ權利者ニ屬スルルハ之ト異ナリ即チ權利者數人ノ相續人ヲ遺コシ死去スル時ハ亦前ト同ク其相續人互ニ協議ヲ遂ケ數箇中ノ同一物ヲ擇マサル可カラズ而テ其相續人之ヲ確定スルマテハ義務者其義務執行ヲ拒絕スルコト得可シ

數箇中ノ一ヲ擇ムノ義務ハ定期ニ執行スル事アリ例ヘハ十箇年間米三石カ金二十圓カチ與フ可シト約スルノ類此ノ場合ニ於テハ毎年其物ヲ異ニスルモ妨ケナシ例ヘハ前年ハ米ヲ與ヒ後年ハ金ヲ與フカ如シ然モ一年ニ二物ノ各半額ヲ與フルコト得ス

選擇權利ハ義務者或ハ權利者ニ屬スルコトアリト雖モ其何レニ在ルヤ判明ナラサルルハ之ヲ認知スルノ法如何曰ク契約書中明記ナキ時ハ第一千六百六十二條ノ原則ニ基キ總テ義務者ニ屬

スルモノト認定ス可シ

130 (第一千九十二條)

假令ヒ二箇中ノ一物不法ノ物又ハ民間ノ取引ヲ許サ、ル物若クハ存在セサル物ナリト雖モ其義務全ク消滅スルコト非ラス猶ホ殘存スル一物ニ因テ其義務ヲ繫留ス而テ其義務全ク單純ノ者ト變スルナリ故ニ人アリ一ノ家屋カ又ハ生存スル人ノ財産相續權カ二箇中ノ一物ヲ賣渡ス可キノ契約ヲ爲シタル時ハ其相續權ノ賣買ハ不法ノ物ナリト雖モ(第一千三百三十條及ヒ第一千六百條參看)其義務消滅セス尙ホ家屋賣買ノ契約ニ因テ其義務ヲ繫留スルナリ

二箇中一ヲ擇ムノ義務ト過代條約ヲ設ケアル義務トヲ混淆ス可カラス過代條約ハ主タル義務ノ從タル者ナリ數中擇一ノ義務ノ目的物ハ皆共ニ主タル者ナリ此ノ區別アルコト因リ實際上亦大ナル差異ヲ生セリ即チ其目的物共ニ主タル者ナルキハ設ヒ其一ハ不法ノ物ナリト雖モ其義務消滅セス之ニ反シテ其目的物從タル者ニシテ且ツ適法ノ物ナリト雖モ其主タル目的物不法ノ物ナルキハ其主ト共ニ其義務消滅ス可シ例ヘハ生存スル人ノ財産相續權ヲ賣渡ス可シ若シ之ヲ執行セサレハ其過代トシテ若干金ヲ償フ可シト約スルモ其主タル賣買契約ハ原ト法律ノ禁止スル所ナルニ因リ其義務成立セス故ニ從タル過代條約モ亦共ニ消滅スルナリ

此ノ區別ハ二箇中一物ノ不法物ナル時ノミナラス天災ニ因リ其一物ヲ滅盡スルノ場合ニ於テモ亦其結果ヲ同フシ猶ホ殘存スル一物ニ因テ其義務ヲ繫留ス故ニ過代條約ニ於テモ其主タル目的物天災ニ因リ滅盡スル時ハ亦其過代條約ノ義務消滅スルモノトス

此ノ如キ理由ナルニ因リ契約書中過代條約ナルコト更ニ明記シアレハ其主從ヲ區別スルコト固ヨリ容易ナリト雖モ若シ之ヲ明記シナキハ其契約タルヤ數中擇一ノ義務ナルカ又ハ過代條約ナルカ之ヲ解釋スルニ難カル可シ故ニ此ノ場合ニ於テハ專ラ裁判官ノ認定ニ一任ス可キ者トス

(第一千九十三條乃至第一千九十五條)

數中擇一ノ義務ノ目的物滅盡セル時ハ其選擇權利ノ義務者ニ屬スルト權利者ニ屬スルトノ場合ヲ區別セサル可カラス先ツ其義務者ニ屬スル場合ヲ說示セン

第一 二箇中ノ一物滅盡セル時ハ義務者ノ過失ニ因ルト天災ニ出ツルトチ分タス義務者唯單純ノ義務ヲ負擔スルノミ故ニ殘存ノ一物ヲ付與セハ其義務ヲ免カル可シ然レ猶ホ自撰ノ權利ヲ主張シ其殘存物ヲ與ヘスシテ彼ノ滅盡物ノ代價ヲ與ヘント云フコト得ストナレハ二箇中ノ一物滅盡セハ其義務單純ノ者ト變シ自撰ノ權利ヲ用ユルニ所ナケレハナリ

第二 二物共ニ天災ニ因リ滅盡セル時ハ義務者直ニ其義務ヲ免レ權利者亦苦情ヲ訴フルニ所ナシ

131 第三 二物共ニ漸次ニ滅盡シ始ハ義務者ノ過失ニ因リ終ハ天災ニ出テタル時ハ義務者之ヲ如何スルヤ曰ク既ニ單純ノ義務ト變セシ後又其殘存物天災ニ出テ、滅盡セルヲ以テ義務者ハ其義務ヲ免ル可シト論スル者モアル可ケレハ是ハ大ナル間違ナリ何トナレハ若シ始ノ過失ナケレハ終ノ天災アリト雖モ猶ホ一物ヲ存スルヲ以テ義務者ハ遂ニ其過失ノ責ヲ免ル、ノ由因ナケレハナリ

第一千九十三條ノ第二項ニ滅盡ノ原由義務者ノ過失ニ因ルト天災ニ出ツルトヲ問ハス後ニ滅盡セル物ノ價ヲ償フ可シトアリ法律此ノ如ク規定セシ以上ハ是非ナク之ニ從ハサルヲ得サレモ法理上ヨリ之ヲ論スレハ決シテ至適ノ善法ナリト言フ可カラス抑モ該項ハ二物共ニ滅盡シテ其一物義務者ノ過失ニ出ツルヲ以テ之カ責任ヲ設ケタル者ナレハ其責任ハ全ク過失ニ基ツカサルヲ得ス故ニ始ノ滅盡天災ニシテ終ノ滅盡ハ義務者ノ過失ナルキハ寔ニ適當ナル可シト雖モ其滅盡ノ始ノモノハ過失ニ出テ終ノモノハ天災出ルキハ亦甚タ不適當ナリト言ハサル可カラス何トナレハ義務者ニ歸スルニ過失ノ責ヲ以テセスシテ天災ノ責ヲ以テスレハナリ是唯法理上ノ空論ノミナラス實際上ノ關係最モ大ナル者トス而テ二物ノ代價同一ナラサルキノ如キハ其關係亦更ニ大ナリ

- 撰擇權利ノ權利者ニ屬スル場合ニ於テモ亦數箇ノ區別アリ
- 第一 二箇中ノ一物天災ニ因テ滅盡セシ時ハ權利者其殘存物ヲ收受スルヲ得可シ之ヲ棄テ、彼ノ滅盡物ノ代價ヲ收受セント請求スルヲ得ス
 - 第二 二箇中ノ一物義務者ノ過失ニ因テ滅盡スト雖モ權利者爲メニ損害ヲ受クルノ原由ナシ故ニ其殘存物ヲ收受スルカ又ハ滅盡物ノ代價ヲ收受セント請求スルヲ得可シ
 - 第三 二物共ニ義務者ノ過失ニ因テ滅盡セシ時ハ權利者其滅盡セサル時ト同ク二箇中ノ一物ヲ撰テ其代價ヲ收受セント請求スルヲ得可シ
 - 第四 二物共ニ滅盡シ其一ハ天災一ハ義務者ノ過失ニ出ツル時ハ法理上ヨリ之ヲ觀レハ其過失ニ出ツル滅盡物ニ非ラサレハ其代價ヲ請求スルヲ得スト爲スヲ以テ至當ナル可シ何

トナレハ天災ハ人ノ責任ヲ生スルノ道理ナケハナリ然ニ第一千九十四條ノ第三項ニ於テ權利者ハ滅盡ノ天災ト過失トヲ問ハス二箇中一物ノ代價ヲ得ント求ムルヲ得可シト規定セリ是亦第一千九十三條ノ覆轍ヲ踏ミシ者ト云フ可シ

第五 二物共ニ天災ニ因リ滅盡セシ時ハ權利者之ヲ收受スルノ權利ヲ失ヒ義務者全ク其義務ヲ免ル可シ是亦天災ハ人ノ責ヲ生セサレハナリ

確定物ヲ以テ二中擇一ノ義務ヲ約スル者ハ其物ノ所有權ハ直ニ權利者ニ移轉セシムルヤ將々單ニ自己ノ一身ニ負フ義務ヲ生スルノミニ止マルヤ例ヘハ地所賣買ニ甲ハ乙ニ對シ何町一番地カ又ハ二番地カヲ賣渡ス可シト約シタリトセシニ乙ハ如何ナル權利ヲ得ルヤ其地ノ所有者ナルカ將々單ニ他日ノ撰擇ニ因テ其中一ノ所有權ヲ得可キ債主ナルカ

或曰シ此ノ如キ契約ハ決シテ直ニ所有權ヲ移轉セシメス唯買主ヲシテ單純ナル債主權ヲ有セシムルニ過キス故ニ撰擇權利アル者之ヲ撰擇スルニ非ラサレハ亦其所有權ヲ移轉セスト」此ノ論旨ニ因リ左ノ結果ヲ生セリ

- 第一 其物ノ撰擇前賣主身代限ヲ爲セシキハ買主未タ所有權ヲ有セサルヲ以テ亦之ヲ收受セント求ムルノ權ヲ有セス唯其損害賠償ヲ求ムルノ權ヲ有スルノミニシテ普通ノ債主ト些ノ差異アルヲナシ故ニ他ノ債主ト共ニ賣主ノ財産ノ平等分配ヲ受クルニ過キス
- 第二 其物ノ撰擇前賣主其二物又ハ一物ヲ他人ニ讓渡シタル時ハ其契約ハ完全ノ効力ヲ生シ買主其他人ニ對シテ之ヲ取戻スヲ得ス何トナレハ賣主ハ自己ノ所有權ヲ讓渡シタル者ナレハナリ

第三 其物ノ選擇前天災ニ因リ二物共ニ滅盡セシ時ハ其損失賣主ニ歸シテ買主ニ歸セス故
ニ買主其代價ヲ拂フコ及ハス何トナレハ自己ノ所有物ニ非ラサレハ其損失ヲ負フノ理由ナ
ケレハナリ

以上ノ論旨大ニ誤レル所アリ余既ニ未必條件ノ契約ニ於テ説明セシ如ク總テ所有權ハ確定
ニ非ラサレハ移轉セスト言フ可カラズ

抑モ二箇中一ヲ擇ムコ得可キノ契約ハ其性質原ト未必條件ニ關スル者ナリ故ニ此ノ所有
權ノ移轉ハ亦其條件ニ關セサル可カラズ即チ前例ノ如ク一番地カ二番地ヲ賣渡ス可シト約
シタリトセンニ契約者雙方ノ意ハ其選擇アル者若ハ其一番地ヲ撰マハ二番地ヲ解除ス可シ
若シ其二番地ヲ撰マハ一番地ヲ解除ス可シト云フノ未必條件ニ關スル者ナリ故ニ一番地ヲ
撰マハ其所有權ヲ確定ニ移轉シ且ツ其移轉ノ効力既往ニ遡ホルモノトス二番地ヲ擇ムモ亦
同シト茲ニ停止ノ未必條件アル者トス是以テ買主ハ其未必條件ニ關スル所有權ヲ二箇ノ物
ニ付テ得タル者ナリ

此ノ論旨ニ因リ左ノ結果ヲ生セリ

- 第一 賣主身代限爲テシタル時ハ買主其選擇ヲ有スレハ他ノ債主アルニ拘ハラス二物中ノ
一ヲ選擇シテ之ヲ收受セント求ムルコト得可シ賣主其選擇ヲ有スレハ亦之ヲ付授セン爲メ
選擇スルコト得可シ若シ選擇セサレハ買主之ヲ裁判所ニ訴ヘ選擇セシム可シ
- 第二 其物ノ選擇前賣主之ヲ他人ニ讓渡セシ時ハ買主其他人ニ對シテ之カ取戻ヲ請求スル
コト得可シ何トナレハ賣主自己ノ所有ニ非ラサル物ヲ讓渡セシテ以テナリ

第三 買主既ニ所有權ヲ得シト雖モ其權ハ即チ未必條件ニ關スルヲ以テ若シ其條件成就前
其目的物滅盡セシ時ハ契約ノ元素已ニ缺損スルニ因リ其契約ハ成立セサル者トス故ニ其滅
盡天災ニ出テシ時ハ其損失買主ニ歸セスシテ賣主ニ歸ス可シ何トナレハ此ノ條件成就ハ即
チ選擇ニアリ而テ其選擇前其目的物已ニ滅盡シタレハナリ

(第一千九十六條)

本條ハ二箇以上ノ物ト雖モ前ノ規則ヲ通用シ得可シト云フニ過キスシテ他ノ説明ヲ要セス

(第四款) 連帶シタル義務

(第一節) 權利者數人ノ連帶

(第一千九十七條)

爰ニ一箇ノ人アリ數人ニ對シテ義務ヲ負擔スルハ數人ノ權利者ニ對シ各別ニ其各自ノ部
分ニ屬スル義務ノ辨濟ヲ爲ス可キ者トス故ニ義務者誤テ其權利者一人ニ對シ義務ノ全部ヲ
辨濟シタル時ハ他ノ權利者其辨濟ニ干ツカラス義務者ニ對シ更ニ各自ノ部分ノ辨濟ヲ請求
スルコト得可シ是ヲ普通ノ規則トス然レ特別ノ契約ヲ以テ之カ例外ヲ設クルコト得可シ例
外トハ何ソヤ數人ノ權利者中ノ一人義務者ニ對シ其義務ノ全部ノ辨濟ヲ請求スルコト得可
キ契約是ナリ此ノ契約ヲ名ツケテ權利者ノ連帶ト云フ即チ數人ノ權利者其債主權ヲ保存ス
ル爲メ互ニ必要ノ處分ヲ爲シ且ツ良好ニ爲スノ代理ノ任ヲ有スルヲ云フ

此ノ連帶アル以上ハ義務者ヨリ其權利者中ノ一人ニ對シ義務ノ全部ヲ辨濟セハ全ク其義務
ヲ免レ權利者未タ其分配ヲ爲サルモ他ノ權利者ヨリ再ヒ請求ヲ受クルノ患アルコトナシ是

各權利者互ニ代理ノ任ヲ有スレハナリ

(第一千九十八條及第一千九十九條)

既ニ前條ニ辨セシ如ク連帶權利者ハ義務ノ全部ヲ請求シ又ハ互ニ其債主權ヲ保存シ及ヒ之ヲ良好ニ爲ス可キ總テノ處分ノ代理者タルノ原則ニ因リ左ノ結果ヲ生ス

第一 各權利者ハ一人ニテ義務ノ全部ノ辨濟ヲ請求ス可キ權利ヲ有スル事

此權利ヲ有スルヲ以テ之ヲ執行シテ得タル所ノ辨濟高ハ各權利者ノ間ニ之ヲ分配セサルヲ得ス而テ其分配ノ方法ニ至テハ特別ノ契約ナキ以上ハ各自ニ平分ス可キ者トス

而テ義務者亦自ラ欲スル所ノ權利者ノ一人ニ對シ其義務ノ全部ヲ辨濟スルヲ得可シ然レモ既ニ權利者中ノ一人ヨリ訴テ起シタル時ハ必ス其者ニ對シテ其辨濟ヲ爲サ、ル可カラズ此ノ如ク第一千九十八條ニ於テ規定セシ理由ハ他ナシ既ニ其訴ヲ起シタル者ハ自己ノ名義ト

同時ニ他ノ共同權利者ノ名義ヲ以テ訴ヒタル者ナリ故ニ義務者ノ所爲ニ因リ其訴ニ付キ得可キ利益ヲ失ハサラシメシメカ爲メナリ其利益トハ何ソヤ此起訴者ハ他ノ權利者ニ對シ計算

ヲ爲ス可キ地位ヲ占ムル者ニシテ他ノ計算ヲ求ム可キ地位ニ居ル者ニ優ルノ利益アリ何トナレハ已ニ義務ノ辨濟ヲ受ケタル權利者ハ最早之ヲ失フノ憂ナシト雖モ他ノ權利者ハ其辨濟ヲ受ケタル者ノ或ハ無資力トナリ爲メ損害ヲ被ムラシムルノ虞ナキニ非ラサルハナリ

第二 各權利者ハ互ニ其權利ヲ保存スルノ處分ノ代理ヲ有スルヲ以テ權利者中ノ一人若シ義務者ノ期滿免除ヲ中斷シタル時ハ其中斷ノ利益ハ他ノ權利者ニモ之ヲ及ホス可キ者トス

然レモ若シ權利者中ノ一名其期滿免除ノ經過セサル特別ノ保護ヲ受ク可キ者アルハ其者唯

其保護ノ利益ヲ受ク可クシテ他ノ權利者決シテ之ヲ受クルコト能ハサルナリ例ヘハ權利者中

ノ一人幼年者ナルキハ其期滿免除ハ其者ノ爲メ停止セラルト雖モ他ノ權利者ノ爲メ否ラサルナリ然レモ分ツ可カラサルノ義務ニ至テハ此例外アルナリ其細説ハ他日ニ譲ラン

第三 權利者ノ一人義務者ヲ義務執行遲滯ノ地位ニ置クハ其利益他ノ權利者ニ及ホス可

第四 權利者ノ一人金錢ニ關シ義務者ヲ訴テ其利息ヲ生セシムルキハ其利益他ノ權利者ニ及フ可シ

第五 權利者ノ一人義務者ヨリ抵當物又ハ保證人ノ如キ者ヲ設ケシメタルキハ其利益モ亦他ノ權利者ニ及フ可シ

以上總テ共同權利者ヲ利ス可キ諸件ナリ故ニ一人コトテ他ヲ害ス可キ所業アル可カラズ若シ權利者ノ一人義務者ニ其義務ノ釋放ヲ爲シタルキハ其釋放ハ唯其權利者ノ部分ニ止マリ他ノ權利者ノ部分ニ及ホス可カラズ是レ蓋シ代理契約ノ原則ナリ

(第二節) 義務者數人ノ連帶

數人相集テ一人ヨリ一箇ノ物ヲ借受ケ又ハ一人ニ對シテ一箇ノ物ヲ引渡ス可キコトヲ約シタル時ハ其各自ニ屬スル部分ニ非ラサレハ其義務ヲ負擔セス是一般ノ通則ナリ然レモ特別ノ契約ヲ以テ此例外ヲ設クルコトヲ得可シ即チ數人共同シ一人ニ對シテ義務ヲ負擔シ權利者チシ

テ義務者中ノ一人ニ對シ其義務ノ全部ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得セシム可キ契約是ナリ之ヲ義務者ノ連帶ト云フ

(第一千二百條)

本條ハ第一千二百二條ノ次ニ講説ス可シ

(第一千二百一條)

總テ連帶ノ義務者ハ其目的物ノ同一ナルヲ要ス故ニ其目的物同一ナラサルキハ連帶ノ義務者ニ非ラサルナリ然レ其辨濟ノ方法ニ至テハ各自互ニ同一ナラサルノ方法ヲ設クルヲ得可シ例ヘハ甲ハ單純ノ義務ヲ負擔シ乙ハ未必條件ニ關スル義務ヲ負擔シ丙ハ期限アル義務ヲ負擔スルヲ得可シ是本條ノ豫定セシ所ニシテ決シテ連帶義務ノ性質ヲ失フ者ニ非ラサルナリ

故ニ期限アル連帶義務者ノ一人其期限前身代限ヲ爲シタルキハ直ニ其期限ノ利益ヲ失フ可シト雖モ他ノ義務者ハ之ニ關セサルナリ

以上陳フル所ヲ略言セハ連帶義務ニハ左ノ三項ノ性質ヲ有ス

第一 數人ノ負擔スル義務ノ目的物同一ナル事

第二 一人ノ辨濟ヲ以テ他ノ義務者モ其義務ヲ免ル、事

第三 數人ノ義務者互ニ代理スルノ任ヲ有スル事

(第一千二百二條)

如何ナル場合ニ於テ連帶義務ヲ存スルヤ曰ク連帶義務ハ特別ノ契約アルニ非ラサレハ存セサルヲ以テ普通ノ規則ト爲スコハ既ニ辨明シタリ而テ茲ニ又一箇ノ例外アリ何ソヤ特別ノ契約ナキモ亦連帶義務ノ存スル場合ヲ云フ今其場合ヲ説示セン

第一 寡婦前夫ノ子ヲ携ヒテ再婚セン時ハ其後夫ハ婦ト共ニ連帶シテ其子ノ後見ノ義務ヲ負擔ス可キ者トス(第二百九十五條及第二百九十六條)

第二 遺囑物執行人數人アル時ハ共ニ連帶シテ其執行ニ關シ其義務ヲ負擔ス可キ者トス(第一千二十三條)

第三 第一千四百四十二條ノ場合ニ於テ後存ノ配偶者其監督人ト共ニ財產目錄ヲ作ルヲ怠リタルニ因リ幼者ノ爲メ言渡サル可キ民事ノ賠償ニ付連帶シテ其義務ヲ負擔ス可キ者トス(第一千七百三十四條)

第四 一家屋ノ借家人數人アル時失火シテ其失火ノ本人知レサルキハ總テノ借家人連帶シテ其責ニ任ス可キ者トス(第一千八百八十七條)

第五 數人共同シテ一箇ノ物ヲ使用借セン時ハ其使用者連帶シテ其責ニ任ス可キ者トス(第一千八百八十七條)

第六 數人共同ノ一事件ヲ取扱フ爲メ他人ニ代理ヲ依頼セン時ハ其依頼者連帶シテ其代理者ニ對シ其事件ヨリ生シタル義務ヲ負擔ス可キ者トス(第一千二百二條)

第七 商業會社爲換手形仕拂切手等ノ負債ハ常ニ連帶ノ者トス(商法第二十二條第二十四條第四百十條及第八十七條)

第八 同一ノ重罪又ハ輕罪ニ因リ刑ニ處セラレタル者ハ罰金、損害賠償及ヒ訴訟入費等ハ連帶シテ負擔ス可キ者トス(刑法第五十五條)

(第一千二百條及第一千二百三條乃至第一千二百七條)

此ノ數條ニ於テ連帶義務ノ効力及ヒ其利益ヲ説カントス而テ之ヲ説カントハ完全ノ連帶義務ト不完全ノ連帶義務ト有ルヲ以テ之ヲ區別スルヲ肝要トス先ツ完全ノ連帶義務ヲ説カ

連帶義務者ハ權利者ニ對シ互ニ他ノ義務者ノ代理ノ任ヲ帶フル者トス是此ノ義務ノ性質ナリ故ニ左ノ釋義ヲ下シテ可ナリ

連帶義務トハ數人ノ契約シタル一箇ノ義務ニシテ且ツ其數人ハ權利者ニ對シテ各自相互ニ代理スルヲ契約シタル者ナリ此ノ釋義ニハ總テ連帶義務ノ効力ヲ含有ス即チ左ノ如シ

第一 權利者ハ自己ノ隨意ヲ以テ義務者中ノ一人ヲ訴ヘ且ツ此ノ一人ニ對シ義務ノ全部ノ辨濟ヲ訴フルヲ得可シ而テ其訴ヲ受ケタル者ハ自己一人ニ至ク其義務ヲ負ヘル如クニ其全部ヲ負擔ス可キ者トス

第二 權利者ハ義務者中ノ一人ヲ訴ヘ後之ヲ止メ更ニ他ノ一人及ヒ總テノ者ヲ訴フルヲ得可キ者トス

右ハ第一千二百四條ニ規定セシ所ニシテ或ハ無用ノ條項ノ如シト雖モ決シテ然ラス是全ク羅馬法ノ影響ヲ豫防センカ爲メニ設定セシ者ナリ羅馬法ニ於テハ凡ソ權利義務ハ訴訟ノ時ヨリ其性質ヲ變ス可キ者ト爲セリ故ニ權利者カ連帶義務者中ノ一人ヲ訴ヘシトハ他ノ連帶義務者ハ其日ヨリ直ニ其義務ヲ免レ權利者ハ唯其訴ヲ受ケタル一人ニ對シテ其權利ヲ有スルノミ是以テ權利者ハ一旦甲ヲ訴ヘタルキハ最早乙ニ對スルノ權利ヲ有セサルナリ此ノ如キ不道理ナル法律ハ固ヨリ連帶義務ノ性質ニ適合スル者ニ非ラス是其影響ヲ豫防セシ所以ナ

權利者ヨリ訴ヘラレタル義務者ハ必ス其義務ノ全部ヲ負擔セサル可カラスト雖モ又共同義務者ヲシテ其訴訟ニ參與セシムルヲ得可シ而テ之ヲ參與セシムルハ權利者ニ對シ各自ノ負擔ス可キ部分ヲ分擔セシム可キ爲メニ非ラスシテ全ク他ノ共同義務者間ノ關係ヲ同一ノ裁判ヲ以テ處決セシメンヤ爲メナリ而テ其全部ヲ辨濟シタル義務者ハ他ノ義務者ニ對シテ其各自負擔ス可キ部分ヲ請求スルノ權利アルハ第一千二百四條ニ明文アリ又此ノ權利アルニ因リ他ノ義務者ノ保證人ヲシテ其訴訟ニ參與セシムルヲ得可キハ訴訟法第百八十三條ニ明載アリ

第三 權利者ハ義務者中ノ一人ニ對シテ訴ヲ爲シタル時ハ他ノ義務者ニ對シテ期滿得免ヲ中斷ス可キ者トス是其一人ハ他ノ義務者ノ代理者ナルヲ以テ他ノ義務者モ訴ヘラレタル者ト見做サル、ナリ

第四 權利者ハ義務者中ノ一人ヲ遲滯ノ地位ニ置ク時ハ他ノ義務者モ等シク遲滯ノ地位ニ置カル、者トス其理由ハ第三ノ場合ト同シ

第五 義務者中一人ノ過失ニ因リ義務ノ目的物滅盡シタル時ハ權利者ニ對シ其價額ヲ辨濟スル爲メ他ノ義務者モ連帶シテ其辨濟ヲ負擔ス可キ者トス然レ此ノ場合ニ於テハ其過失本人ト他ノ義務者トノ間ニ大ナル區別アリ即チ過失本人ハ其滅盡物ノ代價ヲ分擔スルハ勿論爲メニ權利者ヲシテ損害ヲ被ムラシメタル時ハ又其賠償ヲ負擔セサル可カラス他ノ義務者ニ至テハ單ニ滅盡物ノ代價ヲ分擔スルニ過キス

此ノ如キ區別アルノ理由ハ他ナシ連帶義務者ノ各自ハ其義務ノ目的物ニ付テハ互ニ連帶シテ義務ヲ負擔スルコトヲ承諾セシト雖モ或ル共同義務者ノ過失ヲ以テ又其義務ヲ増加スルコトヲ承諾セシトナシト見做サルハナリ

此ノ點ニ付羅馬ノ格言アリ曰ク連帶義務者ノ一人過失又ハ怠慢アル時ハ他ノ共同義務者ハ猶ホ其物件ヲ保存セサルノ責ニ任ス可シト雖モ更ニ其義務ヲ増加シタル責ニ任セスト

此ノ原則ハ過代條約ノ場合ニモ適用スルコトヲ得可キ乎之ヲ詳言セハ若シ連帶義務者中一人ノ過失ニ因リ義務ノ目的物滅盡シ過代ヲ拂ハサルヲ得サルノ時ニ遇ヒ而テ其過代ノ金額減盡セシ物ノ價額ヨリ多キ時ト雖モ他ノ過失ナキ義務者モ亦其責ニ任ス可キ乎將タ前ノ過代條約ナキ場合ト同ク唯其目的物ノ價額ノミヲ辨濟セハ足レリトスル歟

曰ク過代條約ノ場合ニ於テハ過失ナキ他ノ共同義務者ト雖モ共ニ其責ニ任セサル可カラス何トナレハ過代條約ハ一ノ附從契約ニシテ總テノ義務者ハ互ニ之ヲ承諾セシ者ナレハナリ蓋シ此論理ハ本法中特ニ明文アルコト非ラスト雖モ暗ニ第千二百七條及ヒ第千二百三十二條ヨリ生出シ來ル者ナリ第千二百三十二條ニ據レハ不可分義務ニ關スル過代條約ハ其主タル義務義務者中一人ノ過失ヲ以テ執行シ得可カラサルニ至ルキハ他ノ義務者之ヲ負擔ス可シト規定セリ此ノ義務ニシテ猶且ツ然リ況ヤ連帶義務ニ於テチヤ蓋シ連帶義務ノ責任ハ不可分義務ノ責任ヨリ法律上一層嚴格ニ處分スルヲ以テナリ

第六 權利者ハ金錢ニ關スル連帶義務者中ノ一人ニ對シテ訴テ爲シタル時ハ總テノ義務者其日ヨリ利息ヲ拂フ可キ義務ヲ負擔ス可キ者トス

是一人ノ義務者ノ遲滯ハ他ノ義務者ノ義務ヲ増加セシムル者ト云フ可シ何トナレハ元金コト非ラサレハ負擔セサリシ義務者チシテ更ニ其利息ヲ負擔セシムレハナリ

此ノ點ニ付ボチエー氏嘗テ論セシコトアリ曰ク自ラ訴テ受ケタル義務者ニ非ラサレハ利息ヲ負擔セシム可カラスト然レ本法ハ左ノ二箇ノ理由ニ因リ此ノ説ヲ排斥セリ

其一 凡ソ金錢ヲ以テ目的トナシタル義務ノ損害賠償即チハ法律上豫メ規定セシ者コシテ其期限ニ至リ義務ヲ執行セサレハ其賠償ス可キ金高幾何ナルヤ既ニ義務者ノ豫知スル所ナリ然ハ連帶義務者亦既ニ其賠償ヲ爲ス可キコトヲ暗諾セシ者ナリトノ法律上ノ推測コシテ所

謂一種默諾ノ過代條約ナリ故ニ此ノ場合ニ於テモ夫ノ明諾ノ過代條約ノ場合ト同一ノ原則ニ依據セサル可カラス

其二 若シ自ラ訴テ受ケタル義務者ニ非ラサレハ利息ヲ負擔セシム可カラスト定ムトセンニ權利者ハ又連帶義務者ノ各自ニ對シテ其訴ヲ起ス可シ隨テ義務者ノ負擔ス可キ訴訟ノ費用モ亦定メテ鮮少ナラサル可シ然ハ一人ノ訴ヲ受クルコト因リ他ノ者ニ利息ヲ負擔セシムルヨリモ義務者ノ損害タル反テ莫大ナル可シ

以上陳フル所ハ完全ノ連帶義務ナリ以下不完全ノ連帶義務ヲ陳述セン

數人互ニ相約シタルコトモナシ又互ニ見知りシコトモナシテ連帶ノ義務ヲ負擔スルコトアリ斯ノ如キ場合ニ於ケル連帶義務ハ概シテ不完全ノモノト云フ凡ソ連帶ノ義務ヲ擔タル其完全ノ者ト不完全ノ者トチ問ハス權利者ハ義務者中ノ一人ニ對シテ其義務ノ全部ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得可キニ至テハ則チ一ナリト雖モ然レ不完全ノ連帶義務ノ權利者ハ唯此ノ利益アルノ

ミコシテ他ノ利益アルコトナシ何トナレハ不完全ノ連帶義務者ノ間ニ於テハ完全ノ連帶義務者ノ如ク互ニ代理ス可キ契約アルコト非ラサレハナリ故ニ其權利者、義務者ノ一人ニ對シテ訴テ起シタルキハ唯其者ノミノ期滿得免テ中斷シ又ハ利息ヲ負擔セシムルコト得可シト雖モ是等ノ効力ヲシテ決シテ他ノ義務者ニ及ホサシムルコト得可カラサルナリ加之義務者中一人ノ過失ニ因リ義務ノ目的物滅盡セシ時ハ其滅盡ニ因リ他ノ義務者ノ義務盡ク消滅スル者トス

然レ此ノ完全ト不完全トノ區別ハ法律上明定セシ條則ナシ故ニ左ノ標準ニ從テ可キカ如シ」
一 數人ノ相識者共ニ會合シ以テ其義務ヲ負擔スル時ハ之ヲ完全ノ連帶トス何トナレハ是等ノ人皆平常共ニ交際シ互ニ熟知スルヲ以テ共ニ其連帶ヲ承諾シ隨テ權利者ニ對シテハ亦互ニ代理ノ任ヲ許シタル者ト假想シ得可ケレハナリ

又法律上ノ連帶ト雖モ使用貸借又ハ共同ノ代理委任者ノ如キモ完全ノ者トス是等ノ契約亦平常ノ交際ヨリ出ツル者ナレハナリ

之ニ反シテ嘗テ相識ラサル者ノ間ニ於テ法律上連帶義務ヲ負擔セシムルコトアリ之ヲ不完全ノ連帶義務トス例ヘハ火災ニ罹リタル一家屋内ノ借主數人又ハ爲換手形署名人等ノ連帶義務ナリ

或ハ學士ハ同一ノ犯罪ニ因リ罰セラレタル者ノ間ニ生セシムル連帶義務ヲ以テ不完全ノ者ト認定セリ余ハ之ニ服セサルナリ余ハ之ヲ完全ノ者ト認定セントス何トナレハ凡ソ共同犯罪者ハ素ト全ク相知ラサル者ト云フ可カラス苟モ共犯ヲ爲サントスルニハ互ニ相謀ルニ非

ラサレハ遂ニ其目的ヲ達スルコト能ハサル可シ焉クソソ相知ラサル者ノ能ク爲ス可キ事ナラソヤ是則チ余カ完全ノ者ト認定セント欲スル所以ナリ若シ相知ラズシテ之ヲ爲ス者アリトスルモ猶ホ之ニ完全ノ連帶義務ヲ負擔セシムルヲ以テ得策ナル可シ是蓋シ被害者チシテ賠償ヲ得ルコト多少便ナラシムルモノナレハナリ

(第一千二百八條)

連帶義務者ノ一人權利者ノ訴ヲ受ケタル場合ニ於テ種々ノ原由ニ據リ其訴ヲ謝絶スルコトアル可シ其謝絶方法ヲ號ケテ抗辯ノ憑據ト云フ而シテ本條ハ訴ヲ受タル義務者自カラ申立ルコトヲ得可キモノト否ラサルモノトノ區別アルコトヲ指定セシモノナリ即チ其區別ニ三種アリ左ノ如シ

第一 義務ノ性質ヨリ生スル抗辯ノ憑據

第二 訴ヲ受ケタル義務者ノ一身ニ存スル抗辯ノ憑據

第三 總テ連帶義務者中彼是ノ區別ナク一般ニ申立ルコトヲ得可キ普通ノ抗辯ノ憑據

義務ノ性質ヨリ生スル抗辯ノ憑據トハ其義務不成立即チ無効ノ原由アル者ヲ云フ例ヘハ義務ノ原由ナク又ハ目的ナク若クハ原由アルモ其原由不法ナルヲ以テ其義務成立スルノ理由ナシト抗辯スルカ如キ場合はナリ

訴ヲ受ケタル義務者ノ一身ニ存スル抗辯ノ憑據トハ例ヘハ此ノ義務者契約ノ當時幼年者又ハ禁治產者タリ或ハ強迫及ヒ詐欺若クハ錯誤ニ出テタル契約ナリト抗辯スルカ如キ場合はナリ然レ其連帶義務者中強迫詐欺又ハ錯誤ナク自由ニ結約シタル者ハ之ニ因テ其義務ヲ免

ル、ト能ハサルナリ

此ノ如キ場合ニ於テ他ノ義務者ハ其抗辯ノ憑據ニ因リ義務ヲ免レタル者ノ負擔ス可キ部分ヲ除棄シ更ニ之ヲ分擔ス可キ義務ナシト主張スルコトヲ得可キヤ此ノ點ニ付テハ一ノ區別ヲ爲サ、ル可カラズ即チ左ノ如シ

例ハ爰ニ四人ノ連帶義務者アリ其中一人ハ強迫ヲ受ケテ連帶セシ者トセシニ他ノ三人ハ契約ノ當時既ニ其一人ノ強迫ヲ受ケシコトヲ知リシカ將タ知ラザリシカチ區別セサル可カラズ若シ之ヲ知リシ者ナレハ則チ其ノ三名ハ其義務ノ全部ヲ負擔ス可キ者トス何トナレハ之ヲ知リシ者ハ他日其強迫ヲ受ケシ者其事ニ因リ權利者ノ請求ニ抗辯シテ其義務ヲ免ル、トアラハ皆自ラ其義務ノ全部ヲ負擔ス可キコトヲ默諾セシ者ト見做サルレハナリ

之ニ反シテ若シ之ヲ知ラザリシ者ナレハ是其三名ノ錯誤ナリト云フ可シ錯誤ハ義務ヲ取消シ得可キ原由アリ故ニ其強迫ヲ受ケシ者ノ部分ヲ除棄スルコトヲ得可クシテ更ニ之ヲ分擔ス可キ義務ナキ者トス

然レ連帶義務者ノ一人幼年者ニシテ亦其義務ヲ免ル、時ハ他ノ義務者ハ其幼年者ナルコトヲ知ルト知ラザルトト問ハス其義務ノ全部ヲ負擔ス可キ者トス是其幼年者ナルコトヲ知ルノ方法ハ甚タ容易ニシテ唯其身分證書ヲ一見シテ是レリ然ニ之ヲ爲サ、ルハ是其不注意ナルヲ以テナリ

總テノ連帶義務者ニ普通ノ抗辯ノ憑據トハ其義務正當ニ消滅ス可キ原由是ナリ然レ此ノ抗辯ノ憑據中總テノ連帶義務者ニ適用ス可キ者アリ一人ノ義務者ニノミ適用ス可

キ者アリ而テ其區別ハ義務消滅ノ方法如何ニアル者トス今數多ノ方法ニ因テ其區別ヲ示サ

第一 義務ノ辨濟義務者ノ一人既ニ其義務ヲ辨濟シタル時ハ其辨濟ハ總テノ連帶義務者ニ普通ノ抗辯ノ憑據トナルナリ何トナレハ既ニ辨濟シテ其義務消滅セハ最早義務者アル可キ理由ナケレハナリ

第二 義務相殺茲ニ甲乙丙ノ三人連帶義務ヲ以テ丁ヨリ金三百圓ヲ借受ケタリ其後甲ハ丁ノ權利者タル戊ノ相續人トナリ其相續ニ因リ丁ニ對スル債主權モ亦金三百圓ナリ是即チ第一千二百八十九條ニ循ヒ甲ト丁トノ間ニ義務相殺ノ行ハル、場合ナリ故ニ丁ハ甲ニ對シ其義務ノ執行ヲ請求セハ甲ハ義務相殺ヲ以テ抗辯ノ憑據ト爲スコトヲ得可キハ勿論ナリトス然ニ丁ハ之ヲ甲ニ求メスシテ乙或ハ丙ニ求ムルハ乙、丙ハ甲ノ相殺ノ權ニ因リテ其抗辯ノ憑據ト爲スコトヲ得可キヤ此ノ點ニ付テハ一ノ區別アリ即チ左ノ如シ

最初丁ハ甲ニ請求シ甲義務相殺ヲ以テ抗辯ノ憑據ト爲シタル後丁ハ更ニ乙又ハ丙ヲ相手取リテ同義務ノ請求ヲ爲シタリトセシニ此場合ニ於テハ其更ニ相手取レタル者ヨリ甲ノ申立タル義務相殺ヲ以テ抗辯憑據ト爲スコトヲ得ルナリ何トナレハ最初甲ノ抗辯ニ因リ其義務ハ總テノ連帶義務者ニ對シ消滅シタルモノナレハナリ

之ニ反シテ丁ハ最初ヨリ甲ニ請求セスシテ乙或ハ丙ニ請求スル時ハ乙丙ハ決シテ甲ノ丁ニ對スル權利ニ據リ義務相殺ヲ以テ抗辯ノ憑據ト爲スコト能ハサルナリ是第千二百九十四條第三項ニ於テ豫定スル所ナリ

然レ該項ノ規則ハ第一千二百九十條即チ義務相殺ノ原則ト牴觸スル者ノ如シ此ノ原則ニ依レ
ハ義務者カ自己ノ權利者ノ權利者トナル時ハ其義務ヲ相殺シ雙方ノ義務全ク消滅スル者ト
ス然レ連帶義務者ノ一人カ權利者ノ權利者トナリ其義務ヲ相殺ス可キ權利アル者ノ共同義
務者ニシテ反テ其相殺ヲ以テ抗辯ノ憑據ト爲ス可ハサルハ抑モ何ノ理由アリテ然ルヤ此
ノ疑點ニ付二箇ノ理由アリ即チ左ノ如シ

第一 若シ連帶ノ義務者中何人ニ拘ハラズ其權利者ニ對スル他ノ共同義務者中一人ノ債主
權ニ頼リ其義務相殺ヲ行フ可キ者トセハ唯其債主權ヲ有スル者チシテ屢其訴訟ニ參
與スルノ煩勞アラシムルノミナラス亦其請求ヲ受ケタル者チシテ濫リニ義務相殺ヲ主張セ
シメ遂ニ其執行ヲ延滞スル等其弊害少小ナラサレハナリ

第二 連帶義務者ハ其權利者ヨリ辨濟請求ヲ受ケタル時ハ皆互ニ代償ノ任ヲ負フ可キ者ナ
リ而テ其請求ヲ受ケタル者之カ代償ヲ爲スルハ或ハ他ノ義務者ノ返償ヲ得サルノ不幸ニ遇
フモ知ル可カラスト雖モ此ノ不幸タル原ト其連帶ヲ承諾セシキ皆既ニ豫知シタル者ナリ故
ニ其權利者ノ請求ヲ受ケルニ際リ遽カニ之カ苦情ヲ唱ヘ以テ其不幸ヲ他ニ嫁セシメント爲
ス可キ得ス然レ其請求ヲ受ケタル者其權利者ニ對スル他ノ共同義務者ノ債主權ヲ主張シテ
義務相殺ヲ行フ可キ者トセハ是所謂自己ノ不幸ヲ以テ他ニ嫁セシムル者ト謂フ可シ
是法律ノ此ノ所爲ヲ許サ、ル所以ナリ

此ノ如クナレハ義務ノ全部ヲ舉ケテ其相殺ヲ行フ能ハサル者ノ如シト雖モ責メテハ其權
利者ニ對シテ債主權ヲ有スル他ノ義務者ノ負擔ス可キ部分ニテモ之ヲ相殺スル可キ得可キ

ヤ曰ク第一千二百九十四條ニ依レハ亦之ヲ行フ可キ許サ、ルナリ

(第一千二百九條)

第三 義務ノ混同 義務ノ混同トハ一箇ノ義務ニ付權利者ノ身分ト義務者ノ身分トチ一人
ニ集合シタル場合ヲ云フ而テ此ノ混同ヲ生シタル場合ニ於テハ其權利義務共ニ消滅スル者
ナリ蓋シ人常ニ自ラ權利者トナリ又自ラ義務者トナル可ハサレハナリ故ニ權利者カ連帶
義務者ノ一人ノ相續人トナリタルカ又ハ連帶義務者ノ一人カ權利者ノ相續人トナリタルキ
ハ玆ニ義務混同ニ因テ其相續人ノ負擔ス可キ部分ノ義務ヲ消滅ス可キ者トス然レ爾餘ノ義
務者ニ於テハ決シテ連帶ノ性質ヲ變セス故ニ其相續人ハ爾餘ノ義務者ニ對シテ其義務ノ殘
額ヲ請求スル可キ得可シ而テ權利者カ連帶義務者ノ一人ノ相續人トナリタル場合ニ於テモ
其結果ニ至テハ同一ナリトス

連帶義務ノ混同ヨリ生スル結果ハ已ニ諸君ノ了知スル所ナリ以下將ニ連帶義務ノ釋放ト連
帶ノ釋放トチ區別シテ逐次ニ之ヲ講究セントス而テ之カ爲メニハ第一千二百八十五條第一千二
百十條及ヒ第一千二百十一條ヲ參酌セサル可カラズ其第一千二百八十五條ハ連帶義務ノ釋放ニ
係ル者ナリ第一千二百十條及ヒ第一千二百十一條ハ連帶ノ釋放ニ係ル者ナリ

第一 連帶義務ノ釋放ノ事(第一千二百八十五條)權利者自ラ其權利ノ全部ヲ放棄シテ義務ノ
一般ヲ釋放シタル時ハ總テノ義務者チシテ其義務ヲ免レシムル者トス即チ此ノ釋放ヨリ生
スル抗辯ノ憑據ハ總テノ連帶義務者ニ普通ノ者トス之ニ反シテ權利者カ連帶義務者中ノ一
人ヲ釋放セシ止マリシトハ他ノ連帶義務者ハ其釋放ヲ受ケタル者ノ部分ヲ除クノ外ハ猶

ホ連帶義務者タルヲ免ル、ト能ハス

然レ權利者カ連帶義務者ノ一人ノ爲メ其負擔ノ部分ヲ釋放スト云フモ其部分トハ平等ノ部分ナルカ將タ實際分擔ス可キ部分ナルカ爰ニ三人ノ連帶者アリテ其實際負擔ス可キ部分各平等ノモノナリトセハ此ノ問題ノ要用ナシト雖モ時トシテハ不平等ノ分擔ナシトセス此ノ如キ場合ニ於テハ此問題ナカル可カラズ今左ノ區別ニ因テ之ヲ決ス可シ

權利者ハ連帶義務者ノ分擔高チ豫知セシカ又ハ豫知セサリシカ之ヲ豫知セシ者トセハ其釋放セシ部分ハ實際分擔ス可キ部分ナリト決定セサル可カラズ之ヲ豫知セサリシ者トセハ平等ノ部分ナリト確認セサル可ガテス

然レ權利者ハ義務者間ノ分擔高チ知ルト知ラサルトチ論セス義務者平等ノ部分ニ因リ釋放ヲ受ケ其部分カ實際分擔ノ部分ニ超過スルキハ其釋放ハ實際分擔ス可キ分部ノ外ニ其効力ヲ及ホサ、ル者トス何トナレハ釋放ハ單ニ之ヲ受クル者ノ利益ノ爲メニシテ他ノ義務者ノ利益ノ爲メニ非ラサレハナリ

如何ナル場合ニ於テ釋放ハ一般ノ連帶義務者ノ爲メナリトスルヤ曰ク第一權利者之ヲ明言シタル時第二之ヲ明言セサルモ其證書ヲ連帶義務者中ノ一人ニ返付シタル時はナリ蓋シ其證書ヲ返付セハ取りモ直サス他日自己ノ權利ヲ證明スルノ手段ヲ失フ者ナリ已ニ之ヲ失フヲ甘諾セハ是其債主權ヲ拋棄スルノ意思アルニ因ル者ナリト推測セラルレハナリ

然レ一般ノ義務者ノ爲メニ釋放ス可シトハ明言セスシテ唯義務者中ノ一人ニ對シ汎然義務ヲ釋放ストノミ明言シタル時は亦一般ノ義務者ノ爲メニ釋放シタル者ナリト決ス可キヤ

將タ其義務者一人ノミヲ釋放シタル者ナリト決ス可キヤ第千二百八十五條ニ依テ之カ觀察ヲ下スルハ一般ノ義務者ノ爲メニ釋放ト斷決セサル可カラズ故ニ權利者ニ於テ唯其一人ヲ釋放シ他ノ義務者ニ對シテハ猶ホ其權利ヲ保存セント欲セハ特ニ之ヲ明言セサル可カラズ蓋シ該條ハ終ニ不當ノ譏ヲ免レサル可シ何トナレハ權利者ハ義務者ノ一人ニ對シ汎然義務ヲ釋放ス可シト云ハ、是總テノ義務者ヲ釋放シタル者ト見做サル、ハ連帶義務ノ性質ニ於テ當サニ然ルヘキモノニ非ラサレハナリ

實際上此ノ如キ汎言ヲ用ユルハ固ヨリ一般ヲ釋放ス可キ意思ナル可シト雖モ亦唯一人ヲ釋放ス可キ意思ナル者モ或ハ之ナシト謂フ可カラズ果テ然ハ總テ恩惠ノ所爲ハ法律上之ヲ推測セスト云フノ原則ニ據リ權利者ノ意思疑ハシキキハ最モ狹マキ意ニ解釋スルヲ以テ允當ト爲ス可シ加之第千二百八十五條ノ不當ナルト直ニ次條即チ第千二百十條ト比照セハ明瞭ナル可シ

(第千二百十條及第千二百十一條)

第二 連帶ノ釋放ノ事此兩條ニ記載シタル釋放ハ決シテ義務ノ釋放ニ非ラズシテ唯連帶ノミノ釋放ナリ而テ此ノ釋放ハ總テノ義務者ノ爲メニスルコトアリ又其一人若クハ二三人ノ爲メニスルコトアリ總テ義務者ノ爲メニスルコト完全ノ連帶ノ釋放ト云ヒ又一人若クハ二三人ノ爲メニスルコト關係ノ連帶ノ釋放ト云フ蓋シ完全ノ連帶ノ釋放ヲ受ケタルキハ義務者皆連帶ノ結束ヲ解キ其狀全ク分借ト同一ニシテ權利者ニ對シ各自別箇ニ其部分ノ義務ヲ負擔ス可キ者トス關係ノ連帶ノ釋放ヲ受ケタルキハ唯其之ヲ受ケタル者ノミ其結束ヲ免レ他ノ義務

者ニ至テハ依然トシテ其連帶ノ結束ヲ免ル、ト能ハサル者トス然レ釋放ヲ受ケタル者ノ部
分ヲ取除クハ勿論ナリ
之ヲ速了セハ連帶者中ノ一人釋放ヲ受ケタルヲ以テ他ノ連帶者ハ一部ノ負擔ヲ卸シ身體稍
輕快ヲ覺ユルノ利益ヲ得シ者ノ如シト雖モ未全シ然ラス其負擔ノ一部ヲ卸ロセシハ誠ニ然
リ其身體ノ輕快ヲ覺ユルニ至テハ則チ然ラス何トナレハ一人ヲ減少スルノ利益ハ隨テ權利
者ノ請求ヲ受ケ易キノ不利益ヲ増加スレハナリ故ニ彼是乘除セハ究竟得モナク又損モナシ
前回連帶義務ノ釋放ヲ講述スルニ方リ權利者ハ連帶義務者ノ一人ノ義務ヲ釋放シ他ノ義務
者ニ對シテ尙ホ其權利ヲ保持セント欲スルキハ特ニ之ヲ明言セサル可ラスト第千二百八十
五條ニ據テ之ヲ指示セリ然レ本條ノ連帶ノ釋放ニ至テハ則チ之ニ反セリ權利者義務者中ノ
一人ニ對シテ連帶ヲ釋放ス可シト汎言スルモ其釋放ハ唯其一人ニ止リ他ノ義務者ニ對シテハ
尙ホ依然トシテ其權利ヲ保持スル者トス故ニ權利者ニ於テ總テノ義務者ノ連帶ヲ釋放セン
ト欲セハ特ニ之ヲ明言スルコトヲ要ス之ヲ夫ノ第千二百八十五條ノ規則ニ比スレハ誠ニ允當
ニシテ且ツ恩惠ハ法律上推測セスト云フノ原則ニ適合スル者ト云フ可シ
連帶義務ノ釋放ト連帶ノ釋放トノ間此ノ如キ差異アルハ何ソヤ是此ノ二條ヲ生出スル所ノ
母體ノ差異アルニ因テ然ルナリ即チ第千二百八十五條ハ羅馬上古ノ最モ嚴格ナル定式契約
ヨリ生シ本條ハ則チ羅馬ノ大判事某氏ノ指令ヨリ出ツルナリ
義務者中一人ノ連帶ヲ釋放シタル權利者ハ他ノ義務者ニ對シ其釋放ヲ爲シタル連帶ノ義
務ノ部分ヲ除却セスシテ其全部ヲ請求スルノ權利ヲ保留セント約シタルキハ其契約ハ有効

ナル歟曰ク總テノ義務者ノ承諾ヲ經ハ固ヨリ有効ナリト雖モ之ヲ經サレハ無効ナリ是レ或
ハ他ノ義務者ノ損害即チ權利者ヨリ請求ヲ受ケ易キノ地位ニ稍接近スルヲ以テナリ
關係連帶ノ釋放ニハ明許ノ者アリ默許ノ者アリ明許トハ權利者カ義務者ノ一人ニ對シ正確
ノ契約ヲ爲ス者ヲ云フ默許トハ左ノ場合ノ者ヲ云フ
第一 權利者カ義務者ノ一人ヨリ其擔當部分ノ小部分ヲ受取リ其受取書ニ其者ノ部分ナル
旨ヲ記載シタル場合
第二 權利者カ義務者ノ一人ヲ訴ヘ其者ノ擔當部分ノミヲ請求シ義務者其求メニ應シタル
カ又ハ此ノ確定裁判アリタル場合然レ權利者唯之ヲ請求シタルノミニテ義務者未タ之ニ應
セス又未タ確定裁判ナキ間ハ權利者毎ニ其訴ヲ取消シテ完全連帶ノ權利ヲ有スルコトヲ得可
シ

(第千二百一十二條)

前條ノ外尙本條ニ於テ默許ノ連帶釋放ヲ規定セリ即チ權利者カ連帶義務者ノ一人ヨリ其者
擔當部分ノ既ニ期限ニ至リシ息銀ノ一部分ヲ受取リ其受取書ニ其者ノ一部分ナル旨ヲ記載
シタルキハ其息銀ノ殘額ニ付テ其連帶ヲ免ル可シ然レ之ニ因テ元金ノ連帶ヲ免ル、ニ非ラ
ス又後來生ス可キ息銀ノ連帶ヲ免ル、ニ非ラス但シ十年間引續テ權利者カ義務者ノ一人ヨ
リ其者ノ擔當部分ノ銀息ヲ受取タルキハ其者元金ニ付テモ又後來ノ息銀ニ付テモ其連帶ヲ
免ル可キ者トス是十年間ノ久シキ權利者ニ於テ此ノ如ク別箇ニ受取リシハ定メテ其連帶ヲ
釋放スルノ意想ナラントノ推測ヨリ出テシモノナリ

(第一千二百二十三條乃至第一千二百十六條)

連帶義務者ノ人權利者ノ請求ヲ受ケ其義務ノ全部ヲ返償スルハ唯自己ノ擔當ス可キ部
分ヲ返償スルノミナラズ他ノ義務者ノ擔當部分モ亦之ヲ代償スル者ナリ故ニ其代償シタル
金額ハ他ノ義務者チシテ己レニ返償セシムルノ權利アリ此ノ權利チ名ツケテ連帶義務者間
ノ請求權ト云フ然レ此ノ權利ハ他ノ義務者チシテ尙ホ舊ニ依テ連帶義務チ負ハシムル者ニ
非ラス故ニ自カラ立替テ連帶義務チ完済シタル者ハ其義務者ノ各自ニ向テ其擔當部分チ請
求ス可キ者トス

然ニ其義務者ノ一人無資力トナリ自己ノ部分ヲ返償スルヲ能ハサルニ至ルハ其損失チ立
替人ニ歸ス可キノ理由ナシ故ニ總テノ連帶義務者ニ於テ其損失チ負擔セサル可カラス而テ
之ヲ負擔スルノ方法ニ至テハ如何ス可キヤ曰ク各自ノ擔當部分平等ナレハ之ヲ平分ス可シ
平等ナラサレハ其多寡ニ應シテ分擔ス可シ然而テ此ノ損失ハ總テノ義務者ノ負擔ス可キ者
ナルヲ以テ既ニ義務者又ハ連帶ノ釋放ヲ受ケタル者ト雖モ亦之ヲ負擔セサル可カラス何トナ
レハ其釋放ノ効力ハ單ニ其義務者ト權利者トノ間ニノミ存スル者ニシテ總テノ義務者間ニ
於テハ猶ホ連帶者ト見做ス可キ者ナレハナリ

時トシテハ連帶義務者ノ一人ニテ負債ノ全部ヲ使用スルヲアリ此ノ場合ニ於テ之ヲ使用セ
サル者ハ其權利者ニ對シテハ連帶義務者ナリト雖モ其使用者ニ對シテハ保證人タルニ過キ
ス故ニ使用者其負債ヲ辨償スト雖モ他ノ連帶義務者ニ對シテ其返償ヲ請求スルヲ能ハサル
ハ固ヨリ論ナキナリ而テ若シ其不使用者ニ於テ權利者ニ對シ其負債ヲ辨償スルヲアラハ其

使用者ニ向テ返償ヲ請求シ得可キハ亦論ナキナリ然レ他ノ連帶義務者チシテ之ヲ返償セシ
メント請求スルコトハ其使用者ノ無資力トナリシ時ニ非ラサレハ能ハサルナリ是即チ不使用
者ノ保證人タル所以ナリ此ノ時ニ方リテ不使用者ノ負擔ス可キ損失ノ部分ハ正ニ平分ス可
キ者トス

○ 權利者ノ請求ヲ受ケテ義務ノ全部ヲ辨償シタル者ハ他ノ連帶義務者ニ向テ其返償ヲ請求ス
ルニ二箇ノ訴權チ有スル者トス一ハ他ノ義務者ニ代リテ辨償セシムル因リ即チ代理人ノ訴權
ナリ名ツケテ代理ノ訴權ト云フ二ハ權利者ノ訴權チ繼續スルニ由リ即チ權利者ノ訴權ナリ
名ツケテ代權ト云フ(第一千二百五十一條第三項)

法律上此ノ如キ二箇ノ訴權チ許容セシムル何ソヤ曰ク義務ノ全部ヲ辨償シタル義務者カ他ノ
連帶義務者ニ對シ其返償ヲ請求スルニ方リ原ト其權利者ノ債主權通常ノ者ニシテ抵當物モ
ナク息銀チモ生セサル場合ニ於テハ代理ノ訴權ニ因テ其返償ヲ請求セハ大ナル利益アリ何
トナレハ代理人カ依頼人ノ爲メニ金額チ代償スルキハ其日ヨリ法律上其息銀チ生セシムル
者ナレハナリ之ニ反シテ權利者ノ債主權ニ書入質又ハ動産質ノ附屬物アルカ若クハ確適ナ
ル保證人アリ且ツ義務者殆ント無資力トナリシ場合ニ於テハ代權ニ由テ其返償ヲ請求セハ
大ニ利益アリ何トナレハ代理ノ訴權ハ人權ナリト雖モ其代權ニ至テハ書入質及ヒ動産質ノ
先取特權即チ附從ノ物權ナルヲ以テ其物ノ存在スル限リハ之チ失フコトアラサレハナリ
然レ連帶義務者ノ一人既ニ義務ノ全部ヲ辨償シ更ニ其權利者ノ權利チ繼續シ他ノ連帶義務
者ニ向テ其返償ヲ請求シ得可シト云フノ決案ニ對シテ一ノ問題アリ曰ク原ト權利者ノ權利

ハ其義務者ヲ連帶セシムルニ在リ故ニ其義務全部ノ辨償者ハ即チ其權利ヲ繼續スル者タル
 チ以テ自己擔當ノ部分ヲ除棄シ他ノ連帶義務者ノ一名ニ對シテ其義務全部ノ返償ヲ請求ス
 ルイテ得可ヤト之ヲ代權ノ論理ニ據テ答フレハ固ヨリ請求スルコトヲ得可シト云ハサル可カ
 ラス何トナレハ權利者ノ繼續者ハ即チ權利者ノ代位ヲ占ムル者ナレハナリ
 然リト雖モ法律ハ故サラニ此ノ論據ヲ排却シ專ラ連帶義務者ヲシテ其共同ノ舊誼ヲ失ハサ
 ラシメンコトヲ力メタリ故ニ義務全部ノ辨償者ハ敢テ權利者ノ權利ヲ主持セスシテ他ノ義務
 者ノ各自ニ對シテ其擔當部分ノ返償ヲ請求ス可シト命令セリ即チ第一千二百十三條ニ曰ク
 「連帶義務者中ノ一人其義務ノ全部ヲ辨償シタル時ハ其連帶シタル義務者數人ノ間ニ當然
 之ヲ分派ス可ク其數人ハ各自ノ部分ヲ擔當ス可シ」

(第五款) 分ツ可キ義務及ヒ分ツ可カラサル義務

(第一千二百十七條乃至第一千二百十九條)

元來義務ハ分ツ可キモノト分ツ可カラサルモノトヲ問ハス總テ其契約ニ從テ執行ス可キモ
 ノナル可シ然ルニ其分ツ可キ義務ト分ツ可カラサル義務トヲ區別スルハ何ソヤ曰ク權利者
 義務者共コ一人ナルハ此ノ區別ヲ爲スノ利益アルコトナシ即チ第一千二百二十條及ヒ第一千
 二百四十四條ニ規定セシ如ク權利者義務者共コ一人ナルハ分ツ可キ義務ト雖モ猶ホ分ツ可
 カラサル義務ノ如ク義務者一時ニ其義務ヲ執行スルコトヲ要スルモノトス故ニ權利者又ハ義
 務者數人アルハ若クハ雙方共ニ數人アルハ至テ始テ此ノ區別ヲ爲スノ利益アルヲ見ルナ
 リ即チ分ツ可キ義務ニ於テハ各義務者ハ自己ノ負擔ス可キ部分ニ非ラサレハ其義務ヲ負ハ

ス各權利者ハ自己ノ受得ス可キ部分ニ非ラサレハ之ヲ請求スルノ權利ヲ有セス(第一千二百
 二十條)之ニ反シテ分ツ可カラサル義務ニ於テハ各權利者ハ義務ノ全部ヲ請求スルコトヲ得
 可シ故ニ義務者亦其請求ニ應セサル可カラズ
 其分ツ可ク及ヒ分ツ可カラサル義務トハ如何ナル者ヲ云フヤ即チ第一千二百十七條ニ曰ク
 「義務ノ目的タル物ヲ渡スニ付キ又ハ義務ノ目的タル事ヲ行フニ付キ實際ニ關スルト想像
 ニ關スルトヲ問ハス其義務ヲ分ツコトヲ得可キ時ハ之ヲ分ツ可キ義務トシ其義務ヲ分ツ可カ
 ラサル時ハ之ヲ分ツ可カラサル義務トス」ト是ナリ今ヤ數例ヲ掲ケテ此ノ法意ヲ明示セシ
 甲ハ隣人乙ノ爲メ己レノ地内ノ通行權利ヲ與ヘタリ此ノ場合ニ於テ甲ノ義務ハ分ツ可カ
 ラサル者ナリ何トナレハ其義務ノ目的ハ通行權利ナリ此ノ義務ヲ執行スルニ方リ若シ其一部
 ヲ分割セントセハ乙途ニ通行ヲ爲スコト能ハスシテ何等ノ利益ヲモ得サレハナリ是該條ニ所
 謂物ヲ渡スニ付キ分ツ可カラサルノ義務ナリ
 又甲ハ乙ノ爲メ東京ヨリ西京ニ到リ或ル事ヲ爲ス可キ義務ヲ約シタリ此ノ義務モ亦分ツ
 可カラサル者ナリ何トナレハ其義務ノ一部分ノ執行即チ中途ヨリ歸レハ乙ノ爲メ何等ノ利
 益ヲモ與ヘサレハナリ是即チ事ヲ行フニ付キ分ツ可カラサルノ義務ナリ
 甲ハ乙ニ對シテ金額ヲ辨濟ス可キ義務ヲ負擔セリ此ノ義務ハ分ツ可キ者ナリ何トナレハ金
 額ノ辨濟ハ設ヒ其一部分ナリト雖モ乙ヲシテ亦相當ノ利益ヲ得セシム可キ者ナレハナリ
 甲ハ乙ノ田地ヲ耕スコトヲ約シタリ是亦分ツ可キ義務ナリ何トナレハ設ヒ一畝一反ヲ耕スモ
 亦乙ノ利益アレハナリ

分ツ可キ物ノ種類ニ三箇アリ

- 第一 實際上離隔シテ分ツ可キ物即チ金銀又ハ米穀ノ類
- 第二 實際上離隔シテ分ツ可キ物ト雖モ分界ヲ標シテ分ツ可キ物即チ土地河海ノ類
- 第三 離隔シ又ハ分界ヲ標シテ分ツ可カラスト雖モ智力ヲ以テ分ツ可キ物即チ一物ニシテ數人ニ屬スルコトヲ得可キ者ヲ云フ例ヘハ三人ニシテ一頭ヲ馬ヲ所有スレハ各其三分一ノ所有權アルカ如シ

故ニ此ノ三箇ノ種類ノ物ヲ以テ目的トナシタル義務ハ凡テ分ツ可キ者トス此ノ三箇中第一第二ノ分ツ可キ點ニ於テハ固ヨリ之ヲ疑フ者ナカル可シト雖モ第三ニ至テハ未タ之ヲ疑フ者ナシト云フコト能ハサル者ノ如シ今更ニ一例ヲ舉示セシ

甲ハ乙ニ對シテ己レノカ所有ノ馬一頭ヲ讓渡サント約シ未タ其所有權ヲ移轉セサル前三人ノ相續人ヲ遺コシテ死去シタリ此ノ場合ニ於テハ其相續人三人其馬ノ所有權各三分一ヲ拋棄シ之ヲ乙ニ引渡セハ其義務ヲ免ル可シ是分ツ可キ義務タルノ明證ナリ

之ニ反シテ義務ノ目的物其三箇ノ性質ヲ具有セサルハ則チ分ツ可カラサルノ義務ナリ此ノ義務ニ亦三箇ノ種類アリ

- 第一 契約ノ性質上分ツ可カラサル義務
- 此ノ義務ノ目的物ハ如何ナル手段ヲ用ユルモ決シテ分ツ可カラサル者ニシテ實際上ニ於テモ智力上ニ於テモ終ニ分ツ可カラサル者ヲ云フナリ即チ通行權ノ如キ是ナリ
- 第二 契約ノ成立上分ツ可カラサル義務

此ノ義務ハ其契約ノ摸樣ニ因リテ分ツ可カラサル者トナルナリ故ニ又其摸樣ニ由リテ分ツ可キ者トナスコトヲ得可シ例ヘハ甲ハ乙ノ大工ヲシテ己レニ對シテ家屋新築ノ落成ニ至ルマテ其一切ノ事業ヲ請負フコトヲ約セシメタリトセハ乙ノ義務ハ契約ノ成立上分ツ可カラサル者ナリ若シ然ラズシテ乙大工丙左官丁土方等ヲシテ各別ニ其職ニ屬スル部分ノ請負ヲ約セシメタリトセシニ之ヲ建築落成上ヨリ觀レハ乙丙丁ノ義務ハ契約ノ成立上分ツ可キ者ナリ

第三 契約ノ執行上分ツ可カラサル義務

此ノ義務タル素ト分ツ可カラサル者ニ非ラスト雖モ契約者雙方ニ於テ特別又ハ暗ニ契約シ執行上之ヲ分ツ可カラスト爲スノ場合ニ在ルナリ例ヘハ甲ハ來春ニ至レハ當テ買渡セシ家屋ヲ買戻サントノ目的ニテ現ニ金若干圓ヲ所有セシニ乙ハ來春ニ至ルマテ其金額ヲ借受ケノコトヲ乞ヘリ甲之ヲ承諾シ且ツ家屋買戻ノ目的ヲ告ケ其期日ニ至レハ必ス其金額ヲ辨濟ス可シト特約スルカ如シ故ニ乙若シ其期日前數人ノ相續人ヲ遺シテ死去スルハ各相續人ニ於テモ亦其金額ヲ一時ニ辨濟スルノ義務ヲ負擔ス可キ者トス否ラサレハ甲ノ目的ニ違反スルヲ以テナリ

然レ執行上分ツ可カラサル義務ハ固ヨリ其責任ニシテ權利者ニ於テハ決シテ之ヲ分ツ可カラサル者ニ非ラス即チ前例ニ反シテ甲若シ數人ノ相續人ヲ遺シ其期日前死去スルハ各相續人ハ自己ノ得可キ部分ニ非ラサレハ乙ニ對シテ其辨濟ヲ請求スルコト能ハス故ニ乙亦各自ニ向テ之ヲ辨濟セサルヲ得ス則チ之ヲ分ツ者ハ義務者ニ非ラズシテ權利者ナリ

以上三箇ノ分ツ可カラサル義務ノ中其契約ノ性質上ノ者ト成立上ノ者トノ二箇ハ皆同一ノ

原則ヨリ出ツ而テ執行上ノ者ハ其原則ヲ異ニス執行上ノ者ハ義務者固ヨリ之ヲ分ツ可カラ
スト雖モ權利者ニ於テハ或ハ之ヲ分ツ可キ者トス然レ性質上ト成立上トノ二者ノ義
務ニ至テハ則チ權利者義務者共ニ如何ナル場合ト雖モ決シテ之ヲ分ツ可キ者トス

(第一節) 分ツ可キ義務ノ効

(第一千二百二十條及第一千二百二十一條)

此ノ二條ハ第一千二百二十五條ノ次ニ於テ講説ス可シ

(第二節) 分ツ可カラサル義務ノ効

(第一千二百二十二條乃至第一千二百二十五條)

分ツ可カラサル義務ハ權利者數人アルカ又ハ義務者數人アルノ場合ニ於テハ其義務ノ主要
ナル効力ハ數人ノ權利者間及ヒ數人ノ義務者間ニ於テ其義務ヲ分ツ可キ者トス此ノ
効力ニ因リ左ノ種々ノ結果ヲ生ス

第一 權利者ノ各自ハ義務者ニ對シテ其義務ノ全部ヲ請求スルコトヲ得可シ

然レ設ヒ義務者ハ權利者ノ各自ニ對シテ己レカ義務ノ全部ヲ辨濟ス可キノ義務アリト雖モ
一ツヒ之ヲ辨濟シタル時ハ全ク其義務ヲ免ル可キハ固ヨリ言テ待タサルナリ故ニ權利者ノ
各自ハ義務者ニ對シテ其義務ノ全部ヲ請求云々ノト云フノ文意ハ權利者中ノ一人義務ノ全
部ヲ請求スルコトヲ得可シト云フノ意ニシテ權利者ノ各自皆悉ク義務ノ全部ヲ請求スルコト
得可シト云フノ意ニ非ラサルヤ明ナリ

是故ニ權利者中ノ一人其誰タルヲ問ハス義務ノ全部ヲ受取リ且ツ其受取書ヲ付與スルノ權
利アリト雖モ然レ其義務ノ性質ヲ變シ其義務ノ目的物ヲ換ヘ以テ義務者ノ義務ヲ釋放スル
コトヲ許サス何トナレハ是他ノ共同權利者ノ權利ヲ變更スル者ナレハナリ
此ノ理由アルヲ以テ權利者中ノ一人ノ意思ヲ以テ其義務ノ全部ヲ釋放スルコト能ハサルハ勿論
ナリト雖モ然レ唯自己ノ得可キ部分ヲ釋放シ義務者ヲシテ其一部分ノ義務ヲ免レシムルコ
トヲ得可シ

或曰ク既ニ分ツ可カラサルノ義務ナリト云ヒ今又其一部分ヲ釋放スルコトヲ得可シト云ハ、
其義務タル終ニ分ツ可キ者ノ如シ然レ猶ホ分ツ可カラサルノ義務ナリト云ハ、義務者ハ更
ニ他ノ權利者ニ向テ尙ホ其義務ノ全部ヲ辨濟セサルヲ得サルカ果シテ然ハ義務者ノ利益亦
何シニ在ルヤト曰ク誠ニ然レ然レ其之ヲ分ツヤ物件ヲ以テスルニ非ラズシテ代價ヲ以テス
ルナリ故ニ一旦之ヲ分ツモ復タ分タサルニ歸シ終ニ分ツ可カラサルノ義務タルヲ失ハサル
ナリ其方法ハ先ツ其義務ノ全部ヲ評價シ而テ其釋放ヲ爲シタル權利者ノ部分ハ他ノ權利者
ヨリ金額ヲ以テ之ヲ義務者ニ償却ス可キ者トス

然レ是全ク釋放ヲ爲シタル共同權利者ニ於テモ共ニ其利益ヲ得タルノ場合ニ在ルノミ否カ
ラサレハ決シテ此ノ償却ヲ爲スニ要セス今此ノ理由ヲ明示セン爲メ更ニ左ノ二例ヲ設ケン
甲ハ乙ノ爲メニ一ノ家屋ヲ建築センコトヲ約ス其代價金千圓ナリ然レ甲未タ其約ヲ果サ、ル
ニ乙ハ丙丁戊三人ノ相續者ヲ遺シテ死去シタリ此ノ場合ニ於テ丙ハ甲ノ爲メニ其義務ヲ釋
放スト雖モ甲ハ猶ホ丁戊ニ對シテ金千圓ニ價ヒスル家屋ヲ建築スルノ義務ヲ免ル、コトヲ得

ス何トナレハ丙ノ釋放ヲ受ケタルヲ以テ若シ其代價三分一ヲ減少シタル家屋ヲ建築セハ是
其義務ノ目的ヲ變更スル者ニシテ法律ノ決メテ許サ、ルノ所爲ナレハナリ然レ丙丁戊ノ三
人ハ原ト共同者ナリ一人既ニ滅スレハ二人更ニ一部ノ利益ヲ得ル者ナリ故ニ其家屋ヲ得
ト欲セハ甲ニ對シテ更ニ三分一ノ代價ヲ拂ハサル可カラズ

又甲ハ乙丙丁ニ對シテ自己ノ庭園内ヲ觀望セシムルノ義務ヲ約シタルニ乙一人甲ノ義務ヲ
釋放シタリ然レ丙丁二人ハ甲ニ金額ヲ拂フノ理由ナシ何トナレハ乙ノ釋放ニ因リ丙丁更ニ
利益スル所ナケレハナリ

第二 權利者中ノ一人其義務者ニ對シテ訴訟ヲ爲シタル時ハ他ノ共同權利者モ共ニ義務ノ
全部ニ付期滿得免ヲ中斷スル者トス

第三 權利者中ノ一人期滿得免ヲ中斷スル時ハ他ノ共同權利者モ其利益ヲ得可シ

此ノ第二第三ノ効力ハ甚タ論理ニ適セサル者ト云ハサル可カラズ抑モ分ツ可カラサルノ義
務ニ於テハ權利者中ノ一人義務者ニ對シ自己ノ部分ヲ釋放スルヲ得且ツ其釋放ノ部分ハ
其物件ヲ以テ義務者ヲ利セシテ代價ヲ以テ益ス可キヲハ前既ニ之ヲ説明セリ然レ權利者
中三十年間其義務ヲ請求セサルハ是其權利ヲ拋棄シタル者ナリト云フノ推測ハ至當ニ非
ラサルカ今乃チ此ノ推測ヲ爲サ、ルハ亦何ノ理由アルカ蓋シ夫ノ連帶義務者ニ對シテ權利
者ノ一人訴訟ヲ爲スルハ總テノ權利者ノ爲メニモ其期滿得免ヲ中斷スト雖モ是固ト義務者
ノ間互ニ相代理スルノ任アルニ由ルナリ之ニ反シテ分ツ可カラサルノ義務ニ至テハ權利者
義務者共ニ代理ノ任アルニ非ラス而テ此ノ權利者ノ共同ハ單ニ義務ノ目的タル物件ノ性質

ヨリ發生スル者ナリ故ニ一人ノ中斷ニ因リ其効力ヲ他ニ及ホスノ理由ナカル可シ

第四 分ツ可カラサル義務者數人アルハ各自義務ノ全部ニ付其權利者ノ訴訟ヲ受ク可シ
此ノ効力ハ自然ノ者ト云フ可シ何トナレハ設ヒ義務者數人アルモ其目的ハ一物ナルヲ以テ
權利者ハ義務者ノ各自ニ對シ其部分ヲ請求セシト欲スルモ得可カラサレハナリ故ニ義務者
中一人訴訟ヲ受ケタルハ他ノ共同義務者ヲシテ其訴訟ニ參與セシメン爲メ相當時間ノ猶
豫ヲ請求スルヲ得可シ然レ如何ナル事實ニ因リ他ノ共同者ノ參與ヲ要スルヤ此點ニ付テ
ハ左ノ三箇ノ場合ヲ區別セサル可カラズ

第一 義務ノ性質ニ因リ義務者ノ各自其負擔ス可キ部分ヲ分ツテ執行スルヲ得可キ場合
例ヘハ甲ハ乙ノ爲メニ家屋築造ノ義務ヲ約シ未タ果タサスシテ三人ノ相續人ヲ遺シ死去シ
タリ此ノ場合ニ於テハ相續人ノ義務尙ホ分ツ可カラサル者ナリト雖モ各自分ツテ之ヲ執行
スルヲ得可シ是以テ權利者ハ相續人ノ一人ヲ訴ヘ其家屋ノ全成ヲ請求スルハ其一人他
ノ二人ヲシテ其訴訟ニ參與セシメ同一ノ裁判所ニ於テ共ニ其義務ヲ執行ス可キ判決ヲ受ケ
ンヲ請求スルノ權アリ然レ此ノ訴訟ノ參與ハ夫ノ連帶義務者ノ參與トハ大ニ異ナリ連帶
義務者ノ參與ハ唯其義務者間相互ノ返償ニ關スル者ニシテ直ニ義務ノ執行ニ關スルニ非ラ
ズ故ニ之ヲ執行スル者ハ受訴者ノ一人ニシテ參與者與ツカラサルナリ之ニ反シテ分ツ可カ
ラサル義務者ノ參與ハ直ニ義務ノ執行ニ關スル者ナリ故ニ之ヲ執行スル者ハ參與者ノ數人
ニシテ受訴者ノ一人ニ非ラサルナリ是以テ數人中若シ其執行ヲ怠ル者アレハ權利者ハ唯其
者ニ對シテ損害賠償ヲ求メ得可キニ過キズ

此ノ如キ差異アルモ之ヲ理解スルハ難キニ非ラス連帶義務ハ雙方ノ契約ヨリ成ル故ニ其目的物變更スト雖モ終ニ其連帶ノ性質ヲ失ハス分ツ可カラサル義務ハ其目的物ノ性質ヨリ生ズ故ニ其物變スルモハ義務モ亦隨テ變ス例ヘハ其義務變シテ損害賠償トナルモハ即チ分ツ可キ義務トナルカ如シ

然レ訴訟ヲ受ケタル一人他ノ義務者ヲ參與セシメス自己一人ニシテ義務ノ全部ヲ執行ス可キ言渡ヲ受ケ尙ホ之ヲ執行セサルコト因リ其損害ヲ賠償スルコト至ルモ亦其全部ヲ一人コトテ負擔セサル可カラス何トナレハ一人コトテ義務ノ全部ヲ負擔セシ者ハ之ヨリ生スル總テノ責任モ亦一人ニテ負擔シタル者ト見做サルレハナリ但シ他ノ義務者ニ向テ其返償ヲ請求スルコトヲ得可シ

第二 義務ノ性質ニ因リ義務者ノ總員共行スルコト非ラサレハ其義務ヲ執行スルコトヲ得サル場合

例ヘハ甲ハ乙ノ爲メ己レカ土地内ニ水道ヲ設ケンコト約シ其事畢ラヌメテ相續人三人ヲ遺シテ死シタリ而テ各相續人未タ其財産ヲ分配セズ故ニ其土地ハ三人ノ共有ナリ此ノ場合ニ於テハ三人ノ共諾アルコト非ラサレハ其義務ヲ執行スルコト能ハス設ヒ一人之ヲ承諾セサル者アルモ之ヲ執行スルコト能ハス其義務全ク變シテ損害賠償トナリ不承諾者獨リ其全部ヲ負擔セサル可カラス何トナレハ其不承諾者ハ他ノ二人ノ執行ヲ妨碍セシ者ナレハナリ

第三 義務ノ性質ニ因リ一人ノ義務者ニ非ラサレハ執行スルコトヲ得サル場合
先例ニ依リ相續財産既ニ分配シ其土地一人ノ所有トナリタリトセンニ其義務ヲ執行スルハ

其一人ニ非ラサレハ能ハス故ニ之ヲ拒メハ其損害賠償ノ全部モ亦其人ノ之ヲ負擔セサル可カラス然レ他ノ共同義務者ヲシテ其訴訟ニ參與セシメン爲メ相當時間ノ猶豫ヲ請求スルコトヲ得可シ而テ之ヲ參與セシムルハ自ラ義務ノ全部ヲ負擔シタルヲ以テ更ニ各自ノ負擔ス可キ部分ノ返償ニ關シ同一ノ裁判所ニ於テ其言渡ヲ受ケシメンカ爲メナリ

(第一千二百二十條)

分ツ可キ義務ノ効力ハ左ノ結果ヲ生ス

第一 分ツ可キ義務ノ目的物ヲ擔當スル者數人アルノ理由ナシ其義務ハ始ヨリ全ク分借ノ姿ナリ故ニ義務者中ノ一人無資力トナルモ他ノ義務者更ニ其部分ヲ擔當スルコト及ハズ

第二 分ツ可キ義務ノ權利者數人アル時ハ義務者ハ各權利者ニ對シ其各自ノ得可キ部分ニ非ラサレハ辨濟スルコトヲ得ズ故ニ各權利者モ自ラ受得ス可キ部分ニ非ラサレハ請求スルコトヲ得ズ

第三 分ツ可キ義務ノ權利者又ハ義務者ノ死去セシ時ハ其權利及ヒ義務ハ當然相續人ノ間ニ分離スル者ナリ故ニ其相續人各自ニ受得ス可キ又ハ擔當ス可キ部分ニ非ラサレハ其權利及ヒ義務ヲ行フコトヲ得ズ

(第一千二百二十一條)

本條ニ謂フ所ノ義務ハ何レノ點ヨリ觀ルモ分ツ可キ者ナリト雖モ之ヲ執行スルコト方リテハ分ツコト許ルサハル性質ヲ有スル者ナリ名ツケテ執行上分ツ可カラサル義務ト云フ蓋シ此ノ分ツ可カラサル性質ハ唯義務者ニ付テノミ云フ者ニシテ權利者ニ付テ云フコト非ラス故ニ

權利者ハ各自ノ受得ス可キ部分ニ非ラサレハ之ヲ請求スルヲ能ハサル者トス此ノ性質ヲ有
スル義務ニ五種アリ即チ左ノ如シ

第一 其義務不動産書入質ニ關シタル時

此ノ場合ニ於テハ義務ノ性質如何ヲ論セス其義務ヲ分ツヲ許サ、ルナリ例ヘハ甲ハ不動
産ヲ書入質トナシ乙ヨリ金六百圓ヲ借受ケ後チ六人ノ相續人ヲ遺シテ死去シタリ此ノ際乙
ハ甲ノ相續人ニ對シ書入質ニ關スル訴權ニ據ラシテ貸金請求ノ訴ヲ爲ス時ハ其金額ハ固
ヨリ分ツヲ得可キ者ナルヲ以テ其六人各自ニ向テ百圓宛テ請求スルコト非サレハ能ハサル
ナリ之ニ反シテ書入質ニ關スル訴權ニ據リ其不動産相續人ヲ訴フル時ハ其不動産ヨリ負債
ノ全部ヲ差引スルヲ得ルナリ何トナレハ第一千二百十四條ニ於テ書入質ハ分ツヲ得可カ
ラサル者ナリト規定シアレハナリ

第二 其義務確定シタル物件ニ關シタル時

確定シタル物件ハ分ツヲ得可カラサルヲアリ又分ツヲ得可キヲアリ即チ左ノ一例ニ因
テ之ヲ知ル可シ

甲、乙、丙ノ三人一ノ馬ヲ共有セシニ之ヲ丁ニ賣渡シタリ故コトハ甲ニ對シテ其馬ノ所有權
引渡ヲ請求スルキハ甲ハ己レニ屬セル所有權ヲ引渡ス可シ乙又ハ丙ニ對シテ請求スルキハ
乙、丙亦甲ノ如クニ引渡ス可シ是ニ於テ丁ハ三人ノ共有權ヲ併合シ以テ自ラ完全ノ所有權
ヲ得可キナリ然レ確定シタル物件ニ關シタル義務ナリト雖モ全ク之ヲ分ツヲ得可カラサ
ルコト非ラス智力ヲ以テ其權利ヲ分チ以テ其義務ヲ執行スルヲ得可シ是則チ權利ノ移轉ニ

由テ其義務ヲ分ツ者ナリ然レ此ノ項ハ斯ノ如キ場合ヲ豫定セシ者ニ非ラサルヤ明カナリ
然ハ如何ナル場合ヲ豫定セシヤ曰ク確定シタル物件ヲ引渡ス可キ義務ノ執行ヲ豫定セシ者
ナリ抑モ權利ノ移轉タル原ト無形ニ屬ス故ニ其權利ノ一部分ヲ拋棄セント欲スレハ得可カ
ラサルニ非ラス然レ一箇ノ物ヲ引渡スニ至テハ唯其一部分ヲ引渡サント欲スルモ決シテ得
可カラス必ヤ其全部ナラサル可カラス然ハ則チ確定物ヲ引渡ス可キ義務者數人アリト雖モ
權利者其執行ヲ得ントスルキハ現ニ其物ヲ所持スル者ニ對スルニ非ラサレハ能ハサルナリ
又之ヲ所持スル者其全部ヲ引渡スヲ拒ムヲ能ハサルナリ

第三 權利者ノ隨意ニ其義務ノ目的タル二箇ノ物件中ノ一箇ヲ擇ムヲ得テ其中ノ一箇ハ
之ヲ分ツヲ得サル時

此ノ項タル本法中最モ難シ難キ條則ノ一ナリ何トナレハ權利者ノ擇ム所ハ其分ツヲ得可
キ物ニ非ラサレハ必ス分ツヲ得可カラサル物ナル可シ若シ分ツヲ得可キ物ヲ擇ミシキ
ハ其義務ハ分ツ可キ者ナルヲ以テ義務者ノ各自ハ其負擔ス可キ部分ニ非ラサレハ權利者ノ
請求ヲ受クルノ理由ナシ若シ分ツヲ得可カラサル物ヲ擇ミシキハ其義務ハ分ツ可カラサ
ル者ナルヲ以テ義務者ハ其義務ノ全部ニ付權利者ノ請求ヲ受ケサル可カラス是等皆其義務
ノ通則ヲ適用ス可キ者ニシテ更ニ例外ト爲ス可キ理由ナケレハナリ

蓋シ本法編纂者ノ意旨ヲ搜索スルニ茲ニ所謂分ツヲ得可カラサル物トハ義務ノ目的物ヲ
云フコト非ラスシテ其撰擇權利ヲ指シタル者ナル可シ今一例ヲ舉テ然ル所以ヲ示メサソ爰ニ
人アリ金千圓ガ又ハ土地二箇所ヲ汝ノ擇ムニ任セテ贈與ス可シト約スルキハ其贈與ヲ受ケ

タル者其一ヲ擇ムノ權利アリト雖モ二物ノ各半額ヲ撰ムノ權利アルコトナシ若シ之レアリトセハ是其目的タル二物ヲ分ツ者ニシテ大ニ義務者ノ意思ニ反セリ故ニ法律ハ斯ノ如キ權利ヲ許サストノ意ナル可シ

第四 相續人中ノ一人證書ニ因リ義務ヲ行フ可キコト已レ一人ニテ撰當シタル時

爰ニ所謂證書トハ如何ナル證書ヲ指示シタル者ナルヤ義務ヲ生シタル契約證書ヲ云フカ將カ義務者其相續人ニ其義務ノ辨濟ヲ命シタル遺囑證書ナルカ此ノ問題ニ答フルコトハ斷シテ義務ヲ生シタル契約證書ナリト云ハサル可カラス何トナレハ本卷ハ即チ契約篇ニシテ遺囑證書ニ關スル所ニ非ラサレハナリ

或難シテ曰ク相續人中ノ一人ヲシテ其義務ノ全部ヲ辨濟セシメントスルキハ是他ノ相續人ヲ利ス可キナリ故ニ之ヲ爲サシメントスルキハ特ニ遺囑證書ニ據ラサル可カラス果テ然ハ其證書ノ遺囑證書タルヤ明ナリ

余之ニ答テ曰ク然ラス設ヒ一人ヲシテ義務ノ全部ヲ辨濟セシムルモ其責任終ニ其一人ニ歸ス可キニ非ラス唯一時他ノ相續人ノ部分ヲ代償セシムルコト過キス故ニ辨濟ノ後更ニ他ノ相續人ニ對シテ各自ノ部分ヲ返還セシムルコト得可シ是第千二百二十一條ノ明言スル所ナリ即チ曰ク「義務ノ全部ヲ辨濟ス可キ任ヲ受ケタル相續人ハ更ニ他ノ相續人ニ對シテ其部分ノ返還ヲ請求スルノ權アリ」ト

第五 義務ノ性質又ハ義務ノ目的タル物件又ハ義務ノ旨趣ニ因リ其結約者ノ意其義務ノ一部ノミヲ行フニ非ラサルコトノ分明ナル時

義務ノ性質ニ因リ云々トハ則チ所謂種類ノ物件ヲ以テ義務ノ目的トナシタル場合ヲ云フナリ例ヘハ數人ノ義務者一人ノ權利者ニ對シテ一頭ノ馬ヲ引渡ス可シト約シタルガ如キ是ナリ故ニ其馬タル所謂確定物ニ非ラサルヲ以テ權利者ニ於テハ如何ナル馬ヲ受取ル可キヤ之ヲ豫知スルコト能ハス然ニ義務者中一人ハ此ノ馬ノ一部ノ所有權ヲ引渡サント云ヒ一人ハ彼ノ馬ノ所有權ヲ引渡サント云ハ、權利者終ニ一頭ノ馬ヲ全有スルコト能ハス此ノ場合ニ於テ權利者ハ義務者中ノ一人ニ對シテ一頭ノ馬ヲ受取ラント請求スルルコト得可シ

義務ノ目的タル物件ニ因リ云々トハ一箇ノ物件ヲ引渡スノ義務ノ如キ是ナリ而テ此場合ハ前ノ第二ノ場合ト殆ント混合スル者ナリ然レ此場合ハ第二ノ場合ノ論理ヲ一層擴張シタル者ナリ

義務ノ旨趣ニ因リ云々トハ例ヘハ物件買戻シノ爲メ所有セシ金額ヲ他人ニ貸渡シ期日ニ至ラハ必ス其全部ヲ返濟ス可シト約スルカ如シ故ニ若シ其義務者死スルトモ其相續人中ノ一人ニ對シテ其全部ノ返濟ヲ請求スルコト得可シ

(第六款) 契約ノ如ク行ハサル時ハ過代ヲ出ス可キ條約アル義務

(第千二百二十六條乃至第千二百三十一條)

抑モ過代條約トハ義務者其義務ヲ執行セサルカ又ハ其執行ヲ遲延シタル時其權利者ニ拂フ可キ損害ノ償額ヲ豫メ結約者雙方ニ於テ定メ置ク所ノ契約ヲ云フナリ即チ第千二百二十九條ニ曰ク「過代條約ハ其權利者ノ受ケタル損失ヲ償フ約束ナリ」ト而テ此ノ條約ハ如何ナル事情アルモ決シテ違反ス可カラサル者ナルヲ以テ結約者雙方ノ間ニ於テハ恰モ一箇ノ法律

ト見做ス可キ者ナリ是此ノ條約ノ原則トス故ニ權利者實際ニ受ケタル損害ハ假令ヒ其過代ノ金額ヨリ過多或ハ寡少ナリト雖モ裁判官安リニ其金額ヲ増減スルヲ得ス然レモ義務者既ニ其義務ノ一部ヲ執行シ權利者之カ爲メ相當ノ利益ヲ得タルキハ裁判官其利益ヲ得タル高ニ因リ其金額ヲ減少スルヲ得尙ホ後段ニ於テ之ヲ講説ス可シ

然レ此ノ過代條約ノ原則ハ主タル義務ノ目的金額ニ在ラスシテ他ノ物件ニ在ルキニ非サレハ適用スルヲ得ス故ニ其目的金額ニ在テ更ニ過代條約ヲ附從セシムルキハ其過代ノ金額ハ利息制限高ニ超ルヲ許サス若シ之ヲ超ルキハ更ニ其制限高ニ減少ス可キ者トス何トナレハ過代條約ヲ名トシ間接ニ利息制限法ヲ侵犯スルノ虞アレハナリ

夫ノ過代條約ハ其權利者ノ受ケタル損失ヲ償フ約束ナリト云フ原則ヨリ左ノ結果ヲ生ス
第一 主タル義務ノ無効ナル時ハ從タル義務モ亦無効ナリ(第一千二百二十七條)然レ過代條約ハ固ト附從ノ者ナルヲ以テ其主タル義務ノ無効ナル時ハ隨テ其條約モ亦無効トナラサル可カラス又過代條約ハ原ト損害賠償ナルヲ以テ其主タル義務ノ成立セサル時ハ隨テ其損害ヲ賠償セシムルノ効力ヲ有セス

然レ此ノ規則ニハ二箇ノ例外アリテ左ノ場合ニ於テハ其効アリトス
其一 主タル義務ヲ執行スト雖モ權利者更ニ其利益ヲ得ルヲナシト云フ理由ヲ以テ其義務ノ無効ニ歸スル時

例ハ第一千二百一十一條ニ規定セシ所ノ權利者カ義務者ヲシテ過代條約ヲ爲サシメタル場合ノ如キ是ナリ(第一千二百一十一條以下參看)

其二 主タル義務無効トナルニ因リ更ニ損害賠償ヲ爲ス可キ時

例ハ他人ノ物ノ賣買ハ無効ナリト雖モ買主其他人ノ物タルヲ知ラサルキハ其賣主ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルノ權アリ故ニ初メ賣買契約ヲ爲スキ豫メ過代條約ヲ以テ其賠償ノ高ヲ定メシキハ其賣買契約ノ無効タルニ拘ハラズ其條約ハ有効ノ者トス

總テ主タル契約ノ無効ナルキハ從タル契約即チ過代條約モ亦無効ナリト雖モ從タル契約ノ無効ハ必シモ主タル契約ヲ害セス故ニ過代條約ノ無効ナルキト雖モ主タル契約ヲ害セサルナリ

第二 主タル義務ノ執行期限ヲ特ニ定メアルト否トナ問ハス義務者其義務ノ執行ヲ淹滞シタル證アル時ニ非ラサレハ過代ノ金額ヲ請求スルヲ得ス(第一千二百二十條)而テ義務ノ執行ヲ淹滞シタル證トハ權利者カ義務者ニ對シ相當ノ手續ヲ以テ義務ノ執行ヲ督促シタリト雖モ義務者尙ホ之ヲ執行セス即チ遲滞ノ位地ニ在ルヲ證スルヲ云フ故ニ此ノ場合ニ於テハ至リ第一千四十六條ノ規則ヲ適用ス可シ

第三 權利者ハ遲滞ノ位地ニ在ル所ノ義務者ニ對シ過代ノ金額ヲ請求セスシテ尙ホ其主タル義務ノ執行ヲ請求スルヲ得可シ(第一千二百二十八條)但シ主タル義務ノ目的物現存スル場合ニ限ル者トス例ハ甲豫メ過代ヲ定メ頼山陽ノ書幅ヲ賣渡サント乙ニ約シタリ然レ其期日ニ至テ引渡サレ乙之ヲ促カス甲尙ホ其義務ヲ果サス此ノ場合ニ於テハ乙ハ其過代ヲ請求スルモ書幅ヲ請求スルモ皆其隨意ナリ然レ甲其期日前過失若クハ惡意ヲ以テ其書幅ヲ滅盡セシキハ乙之ヲ請求セントスルモ能ハス唯過代ヲ請求スルノ外復タ他策ナキナリ

第四 權利者ハ義務ノ執行ト過代條約ト併テ之ヲ請求スルヲ得サルナリ然レモ過代條約ニハ其義務執行ノ延滞ノ豫防ニ備ヘタル者アリ又其不執行ノ豫防ニ設ケタル者アリ不執行ノ豫防ハ併セテ請求スルヲ得スト雖モ延滞ノ豫防ハ併テ請求スルヲ得可シ然レモ其豫防ノ區別ハ契約書中之ヲ明記セサルキハ如何シテ識別スルヤ曰ク此ノ場合ニ於テハ先ツ其義務ノ價格ヲ評定シ之ニ過代ノ金額ヲ比較シ過代ノ金額義務ノ價格ヨリ超過スルカ又ハ同額ナルカ若クハ差異アリト雖モ其額甚ク僅少ナルキハ斷シテ之ヲ不執行ノ豫防ナリト決ス可シ之ニ反シテ過代ノ金額義務ノ價格ヨリ寡少ニシテ其間大ナル懸隔アルキハ之ヲ延滞ノ豫防ト定ム可シ

第五 權利者義務ノ一部分ノ執行ニ因リ其利益ヲ得タル時ハ過代金額ノ全部ヲ請求スルノ權ナシ是第千二百三十一條ニ於テ「主タル義務ノ一部分ヲ行フタル時ハ裁判官其過代ノ高チ減スルヲ得可シ」ト明定セシ所以ナリ而テ該條ハ前既ニ説明セシ如ク過代條約ハ結約者雙方ニ於テハ一箇ノ法律ト見做サルヲ以テ裁判官其全額ヲ増減スルノ權利ナシト云フノ例外ナリ

然レモ該條ハ決シテ裁判官ニ對シテ減ス可シト命セシニ非ラス唯減スルヲ得可シト令セシ者ナリ故ニ設ヒ義務者ハ其義務ノ一部分ヲ執行スルト雖モ其事實ニ因リ裁判官或ハ過代ノ金額ヲ減殺スルノ理由ナシト判定スルヲアル可シ即チ義務者其義務ノ一部分ヲ執行スルト雖モ權利者更ニ其利益ヲ得サリシ場合ノ如キ是ナリ例ヘハ甲某某ノ日チ期シ乙縫工ニ一領ノ禮服ヲ製成セシム後其期日ニ至リ遂ニ成ラズ然レモ其工程已ニ半チ過ク此ノ場合ニ於テ若シ

過代條約アル者トセハ乙ハ已ニ其義務ノ一部分ヲ行フチ以テ裁判官其過代ヲ減殺スルヲ得可キヤ否ナ決シテ減殺スルヲ得ス何トナレハ乙ハ假令ヒ一部分ノ義務ヲ執行スルモ毫モ甲ノ利益ナケレハナリ

蓋シ過代條約ハ善意ノ權利者ヲ保護シテ惡意ノ義務者ヲ責罰スルノ理由ニ基ク者ナリ故ニ義務者ハ過代條約ヲ以テ權利者ヲ傷害スルノ戈ト爲スヲハ法理ノ固ヨリ許サ、ル所ナリ此ノ原則ニ因リ義務者主タル義務ヲ執行スルヲ能ハサルニ非ラサルモ猶ホ惡意ヲ以テ之ヲ拒絶シ直ニ過代條約ヲ履行シ以テ己レカ義務ヲ盡セリト爲サシムルヲ許サズ

(第千二百三十一條乃第千二百三十三條)

義務者ノ相續人數人中一人ノ過失ニ因リ其義務ヲ執行セサル時ハ其過代條約モ亦其一人ニテ之ヲ負擔ス可キヤ將タ他ノ相續人ト共ニ之ヲ負擔ス可キヤ此ノ問題ニ對シテハ其主タル義務ノ分ツ可キ者タルト分ツ可カラサル者タルト區別セサル可カラスト雖モ結局其負擔ヲ過失者一人ニ歸セシムルニ至テハ一ナリ即チ左ノ如シ

第一 主タル義務ノ分ツ可カラサル者タル時

此ノ場合ニ於テハ義務者ノ相續人中ノ一人過失ニ因リ其義務ニ背キシ者其過代ノ全部ヲ拂フ可キノ請求ヲ受ク可シ又ハ他ノ相續人各其相續シタル財産ノ割合ヲ以テ其過代ヲ出ス可キノ請求ヲ受ク可シ但シ之ヲ出シタル者ハ其過失者ニ對シテ更ニ其返還ヲ請求スルヲ得可シ是第千二百三十二條ニ規定セシ所ナリ

然レモ該條ハ嘗テ人ノ非難ヲ免レサル者ナリ第千四百七十七條ニ據レハ義務者己レノ意ニ關

セサル事故ニ因リ其義務ヲ執行スルヲ能ハサリシヲ證明スル時ハ其損害賠償ヲ拂フ可キ義務ナシト云フノ明文アリ然ハ相續人中一人ノ過失ニ因リ義務ヲ執行セサリシトハ他ノ相續人ノ意ニ關セサル事故ナラヌヤ果テ然ハ自己ノ意ニ關セサル過代ニ付他ノ相續人ヲシテ其責ニ任セシメント云フハ是彼此相抵觸スル者ト言ハサル可カラヌ何トナレハ過代條約モ亦唯一種ノ損害賠償ナレハナリ

故ニ該條ハ連帶義務ニ適用シテ反テ至當ナル可シ連帶義務者ハ相互ニ義務ノ不執行ヲ擔保スル者ナレハナリ而テ分ツ可カラサル義務ニハ固ヨリ此ノ擔保ナキノミナラス其義務已ニ變シテ過代條約ヲ履行スルニ至レハ決シテ分ツ可カラサル者ニ非ラス然ニ一人ノ過失ヲ以テ尙ホ之ヲ他人ニ及ホスト云フハ實ニ解ス可カラサルニ非ラスヤ

蓋シ此ノ規則ハ其源羅馬法ニ出ツ故ニ之ヲ辯解センニハ亦羅馬法ニ據ラサレハ能ハス同法ニ於テハ過代條約ハ其主タル義務ヲ執行スルヲ能ハサルキニ方リテ履行ス可キ第二ノ契約ト見做シタリ而テ其執行シ能ハサルハ義務者ノ過失ニ因ルト否ト分タス是此ノ規則ニ於テモ亦其過失ト否トヲ問ハサル所以ナリ

第二 主タル義務ノ分ツ可キ時

此ノ場合ニ於テハ義務者ノ相續人中其義務ニ背キシ者ノミ己レニ負擔ス可キ部分ノ請求ヲ受ク可シ而テ其義務ヲ執行シタル相續人ハ其請求ヲ受クルヲナカル可シ何トナレハ其義務ヲ執行シタル者ハ權利者ヲシテ既ニ相當ノ利益ヲ得セシムレハナリ
然レ其過代條約ハ原ト義務ノ部分ヲ分テ執行スルヲ防クカ爲メニ設ケシ者ナルキハ其義務

務ニ背キシ者一人ニテ過代ノ全部ヲ負擔ス可キ者トス

(第五章) 義務ノ消滅

(第一千二百三十四條)

凡ソ義務ハ左ノ數件ニ因テ消滅ス

第一 辨濟

抑モ辨濟ナル語ハ羅馬法ニ於テハ總テノ義務ノ關係ヲ解クノ義ニシテ其意味甚ク廣濶ナル者ナリ故ニ義務ノ消滅スル事情ハ總テ辨濟ノ字義ニ含蓄スル者トス然レ佛國ニ於テハ單ニ義務執行ノ意義ナリ故ニ種類ノ如何ナルヲ問ハス義務ノ執行ハ盡ク之ヲ辨濟ト云フ

第二 義務更改

義務更改トハ同時ニ一ノ負債ヲ消滅スルノ契約ヲ云フ即チ新負債ノ原由ハ舊負債ノ消滅ニ在リ舊負債消滅ノ原由ハ新負債ノ發生ニ在リ此ノ論理ニ因リ舊負債ノ無効ナルキハ新負債モ亦無効ノ者トス然レ舊負債ノ有効ニシテ新負債ノ無効ナルキハ曾テ義務更改ナカリシ者ト見做シ依然トシテ其舊負債ヲ存立セシム可キ者トス尙ホ第一千二百七十一條以下ニ於テ之ヲ細説ス可シ

第三 義務釋放

義務釋放トハ恩惠又ハ其他ノ所爲ヲ以テ義務者ノ負擔ヲ解クヲ云フ而テ其釋放ノ恩惠ニ因ルト他ノ所爲ニ因ルトノ證據判明ナラサルキハ之ヲ恩惠ト見做スヤ否ヤヲ區別スルニ大ナル利益アリ尙ホ第一千二百八十二條以下ニ於テ之ヲ開陳ス可シ

第四 義務相殺

義務相殺トハ二人相互ニ其義務者トナリ而テ其目的物同一ノ性質ナルキハ法律上當然其二
人ノ義務ヲ差引スルヲ云フ

第五 義務混同

義務混同トハ義務者其權利者ノ相續人トナルカ又權利者其義務者ノ相續人トナリテ互ニ其
義務ヲ請求スルニ道ナキ場合ヲ云フ何トナレハ凡ソ人己レニ對シテ訴訟ヲ爲スヲ能ハサレ
ハナリ

第六 義務ノ目的物ノ滅盡

凡ソ人、人ノ爲シ得可カラサル事ヲ以テ之ヲ人ニ望ム可カラス權利者ノ義務者ニ於ケルモ
亦然リ例ヘハ甲ハ乙ニ一ノ家屋ヲ賣渡シ未タ之ヲ引渡サ、ルニ偶マ火災ニ罹リ滅盡セリ此
ノ場合ニ於テハ乙ハ甲ニ對シテ其家屋ノ引渡ヲ請求スルヲ能ハサル可シ唯其滅盡甲ノ過失
ニ出ツルキハ更ニ其損害賠償ヲ請求スルノ一法アルニ然レ是第二ノ義務ノ請求ナリ第一
ノ義務ハ已ニ滅盡セリ之ヲ請求スルモ復タ得可カラサルナリ
蓋シ法律上物ノ滅盡ト云フハ單ニ其物ノ形體ヲ消滅スルノミチ云フニ非ラス設ヒ其物現存
スルトモ當然之ヲ有ス可キ者ノ手ニ在ラス又他人ニ對シテ之ヲ取戻スヲ得サルキハ其者
ニ於テハ其物滅盡セリト見做サル、ナリ例ヘハ甲ハ乙ニ一箇ノ動産ヲ賣渡シ未タ引渡サ、
ル前又之ヲ丙ニ賣渡シ直ニ之ヲ引渡シダリ然レ乙ハ丙ニ向テ其取戻ヲ請求スルヲ得ス
(第二千二百七十九條)是即チ乙ノ爲メニハ其物滅盡セリト見做サル、ナリ

第七 契約ノ取消

或曰ク契約ノ取消ニ因リ義務ヲ消滅スト云フハ不當ナリ凡ソ契約ハ之ヲ取消シタル以上ハ
其義務嘗テ成立セサル者トナル可シ既ニ成立セサリシ義務ハ亦消滅ス可キ理由ナシト蓋シ
法律ハ初ヨリ全ク無効ナル義務ニ付テ論セシ者ナレバ此駁說固トコ至當ナル可シト雖モ茲
ニ所謂契約ノ取消シトハ唯取消スヲ得可キ義務ニ付テ論セシ者ナリ而テ其取消スヲ得
可キ義務ハ固ヨリ不完全ノ者ナリト雖モ亦全ク成立セサル者ニ非ラス故ニ之ヲ取消スニハ
相當ノ期限内ニ於テ之ヲ求メサル可カラス又之ヲ求メダリト雖モ其義務直ニ消滅スルニ非
ラス其裁判所ニ於テ取消シノ言渡ヲ受ケサル間ハ其義務猶ホ依然トシテ成立スル者ナリ故
ニ取消ノ言渡ニ過フテ其義務始メテ消滅スト云フモ決シテ過言ニアラサルナリ

第八 解除ノ未必條件ノ成就

論者曰ク解除ノ未必條件ヲ以テ義務消滅ノ一法ト爲スハ甚ダ不當ナリ是其義務ヲ消滅セス
シテ反テ義務ヲ醸生スル者ナリ今議ニコ解除ノ未必條件ヲ以テ賣買契約ヲ爲シ然後其條件
成就ニ因リ其賣買ヲ解除シタル者ト想像センニ如何ナル結果ヲ生ス可キヤ賣主ハ嘗テ受取
タル代價ヲ返還スルノ義務ヲ生シ買主ハ嘗テ受取タル物品ヲ返還スルノ義務ヲ生ス可シ是
則チ解除ノ未必條件ノ成就ニ因リ二箇ノ義務ヲ生スルニ非ラスヤ然レ猶ホ義務ヲ消滅スト
云フハ果テ何ノ理由ソヤト

177
此ノ論誠ニ然リ然レ是所謂其一ヲ知テ其二ヲ知ラサル者ナリ抑モ解除ノ未必條件タル必ス
其最初ノ契約ヲ執行スルニ非ラサレハ其條件成就セサル者トセハ論者ノ言誠ニ然リ然レ其

條件タル其契約ヲ執行セサルモ未ダ必スシモ成就セスト云フ可カラス又成就前必シモ其執行ヲ要セズ然ハ買主未ダ其代價ヲ拂償セズ賣主未ダ其物品ヲ引渡サ、ル時其條件成就セハ買主ハ其代價ヲ拂償スルニ及ハス賣主モ亦其物品ヲ引渡スニ及ハサル可シ是互ニ其義務ヲ消滅スルニ非ラスヤ然ハ則解除ノ未必條件ヲ以テ義務消滅ノ一方法ト爲スモ決シテ不當ニ非ラサルヲ知ルナリ

第九 期滿免除

期滿免除トハ義務請求期限ニ至リシヨリ以來法律上特ニ規定シアル時間ノ經過シタル後權利者カ義務者ニ對シ訴訟ヲ爲ス時義務者ニ於テ其經過シタル時間ヲ證明シ以テ自己ノ義務ヲ免ル、ノ方法ヲ云フ此ノ規則ノ精神タル唯其時間ヲ經過シタルキハ義務アル者ト雖モ其義務ヲ行フニ及ハスト云フノ旨意ニ非ラス既ニ其義務ヲ行フタルモ後日ニ至リ其證據ヲ供出スルコト能ハサル者ヲ保護スルノ旨意ニ在ルナリ之ヲ略言スレハ期滿免除ハ現ニ存立スル所ノ義務ヲ免レシムルノ方法ニ非ラスシテ其義務全ク消滅シタル者ナリトノ推測ニ出ツルニ外ナラス其理由ニアリ

凡ソ義務者其義務ノ執行ヲ證明スルコトハ其方種々アル可シト雖モ常ニ其書面ニ據ラサル者ハ蓋シ尠シ況ヤ數十年ノ後ニ於テ數十年ノ前ヲ證スルコト於テチヤ然ハ如何ナル謹密ナル者ト雖モ此ノ長時間其書面ヲ保存スル者亦甚タ少ナカル可シ其證明ス可キ書面ナキヲ以テ數十年間ノ後尙ホ其義務存立スト爲スハ抑モ人情ニ適合セサルノコトニ非ラスヤ是其證據ナシト雖モ既ニ其義務ヲ免レタル者ト推測スルノ一理由ナリ

權利者ノ義務者ニ於ケル數十年間其義務ヲ請求セスト云フハ是亦人情ニ適スルノコトニ非ラサルナリ故ニ數十年ノ後忽然其證書ヲ提出シ己レカ權利ヲ證明スルモ決シテ信ヲ置クニ足ラス況ヤ義務者一旦其義務ヲ執行スルモ其證書ヲ受取ラサルコト實際上往々之レ有ルコト於テチヤ然ハ其權利者既ニ義務執行ヲ得タル者ニ非ラサレハ則チ其權利ヲ拋棄セシ者ト推測スルモ亦不當ニ非ラサルナリ是又其一理由ナリ以上述べタル如ク期滿免除ハ現ニ存立スル義務ヲ消滅スルノ方法ニ非ラサルコトハ左ノ二件ニ依テ之ヲ知ル可シ

第一 其義務幾百年ヲ經過シタリト雖モ義務者ノ隨意ヲ以テ之ヲ認定セハ法律上儼然タル一箇ノ義務ナリ

第二 義務者期滿免除ヲ主張シ確定裁判ヲ以テ一旦其義務ヲ免レタリト雖モ自ラ其心ニ耻ナ更ニ其義務ヲ執行スルキハ是一箇ノ贈與ニ非ラスシテ自然ノ義務ヲ執行スル者ナリ之ヲ自然義務ト云フ

本條ニ記載シタル義務消滅九箇ノ原由ノ外尙ホ或ル義務ニ付テ其期限到着シタルノミコト其義務消滅スルコトアリ權利者又ハ義務者ノ死去ニ由リ其義務消滅スルコトアリ今其一二ヲ例示セン

甲ハ乙ノ爲メニ三箇年間其學資金若干ヲ贈與ス可シト約シタルキハ其三箇年ヲ經過シタルノミコト甲ノ義務消滅ス

甲自己ノ土地内ニ一箇ノ建築ヲ爲シ其工程三箇月ヲ期シタリ然ニ其間其地ヲ通行スルコト不便ナルヲ以テ乙ヨリ其隣地ヲ通行スルノ權利ヲ得タリ是亦其期限ヲ經過スルノミコト甲ノ

權利消滅シ隨テ乙ノ義務消滅スルナリ

權利者又ハ義務者ノ死去ニ因テ消滅ス可キ義務ハ代理契約及ヒ畢生間ノ年金(第六百十七條)ノ如キ者ヲ云フ但シ畢生間ノ年金ハ原ト權利者ノ爲メニ設クル者ナルヲ以テ義務者ノ死去ニ由テ消滅セスシテ權利者ノ死去ニ因テ消滅ス
右ニ述タル義務消滅ノ方法ハ以下逐條ニ於テ之ヲ細説ス可シ

(第一款) 辨濟

(第一節) 一般ノ辨濟

(第一千二百三十五條)

本條ニ於テ「總テ辨濟ハ其義務アリテ行フタル者一見做ス可シ」ト記載セリ其意ハ即チ凡人トシテ辨濟ヲ行フ者ハ是其辨濟ス可キ義務アリシヲ以テナリ若シ其反證アラサルニ於テハ總テ其辨濟ハ有効ナリト云フニ在リ故ニ義務ナクシテ辨濟シタリト云テ其物件ヲ取戻サントスルキハ自ラ其義務ナキヲ證明セサル可カラサルナリ

又本條第二項ニ於テ「自己ノ隨意ヲ以テ自然義務ヲ執行シタル者ハ其物件ヲ取戻ス可キ訴サス」トアリ抑モ自然義務トハ權利者之ヲ請求スルコトヲ得ス之ヲ行フト行ハサルトハ一ニ義務者ノ隨意ニ任スルヲ云フ而テ如何ナル場合ニ於テ此ノ如キ義務アルヤ夫ノ所謂道德上ノ義務ヲ云フカ曰ク然ラス此ノ如キ義務ハ人定法ヨリ之ヲ觀レハ決シテ義務ト名ツク可キ者ニ非ラス唯一箇ノ贈與ニ過キササルノミ故ニ此ノ義務ヲ行フ者ハ辨濟ヲ爲シタルニ非ラスシテ贈與契約ヲ爲シタル者ナリ其法式効力等皆悉ク其規則ニ循ハサル可カラス然ハ則チ自

然義務トハ果テ如何ナル場合ニアルヤ曰ク自然義務トハ權利者ノ爲メ其執行ヲ請求スルノ訴權ヲ與ヘス唯其執行ヲ義務者ノ隨意ニ任スルヲ云フナリ左ニ其一二例ヲ示サン

甲ハ乙ニ對シテ己レ嘗テ幼者タリシ時借受ケタル若干金ノ負債アリトセンニ此ノ貸借契約ハ甲ノ幼者中取結ヒタル無効ノ契約ナリ故ニ乙之ヲ請求スルノ權ナク甲モ亦辨濟スルノ義務ナシ然レ甲好シテ之ヲ辨濟シ終ニ其義務ヲ盡スノ類

甲ハ乙ニ對シテ若干金ノ負債アリ乙之ヲ訴ヘ其辨濟ヲ請求セリ然ニ確定裁判ヲ以テ乙終ニ敗訴セリ是原ト誤判ナリ此ノ場合ニ於テ甲一旦勝訴シタリト雖モ自ラ安ンセス遂ニ好シテ之ヲ辨濟スルノ類是ナリ

或曰ク本條ノ隨意ノ義務執行云々トハ義務者カ權利者ノ脅迫ヲ受ケス又其詐欺ニ因ラス自己ノ自由ニ其義務ヲ執行スルノ謂ナリト此説未タ盡クサ、ル所アリ其脅迫詐欺ニ因ラサルハ勿論ナリト雖モ唯之ヲ以テ此ノ義務ノ本色ト爲ス可カラス其本色ト爲ル所ハ全ク義務者カ權利者ニ於テ其請求權ナキヲ認知シ以テ己レカ義務ヲ執行スルニ在リ故ニ若シ之ヲ認知セシメテ執行スルキハ設ヒ其脅迫詐欺ニ因ラスト雖モ之ヲ取戻ス可キナリ

(第一千二百三十六條)

義務ヲ辨濟スルコトヲ得ルハ何人ナルヤ

第一 義務者ナリ義務者自ラ辨濟ヲ爲スルハ其義務全ク消滅シ其保證人書入質等ノ如キ附從ノ義務モ亦共ニ消滅スルナリ

第二 其義務ニ關係アル者ナリ即チ保證人及ヒ連帶義務者若クハ書入質ニ爲シタル不動産