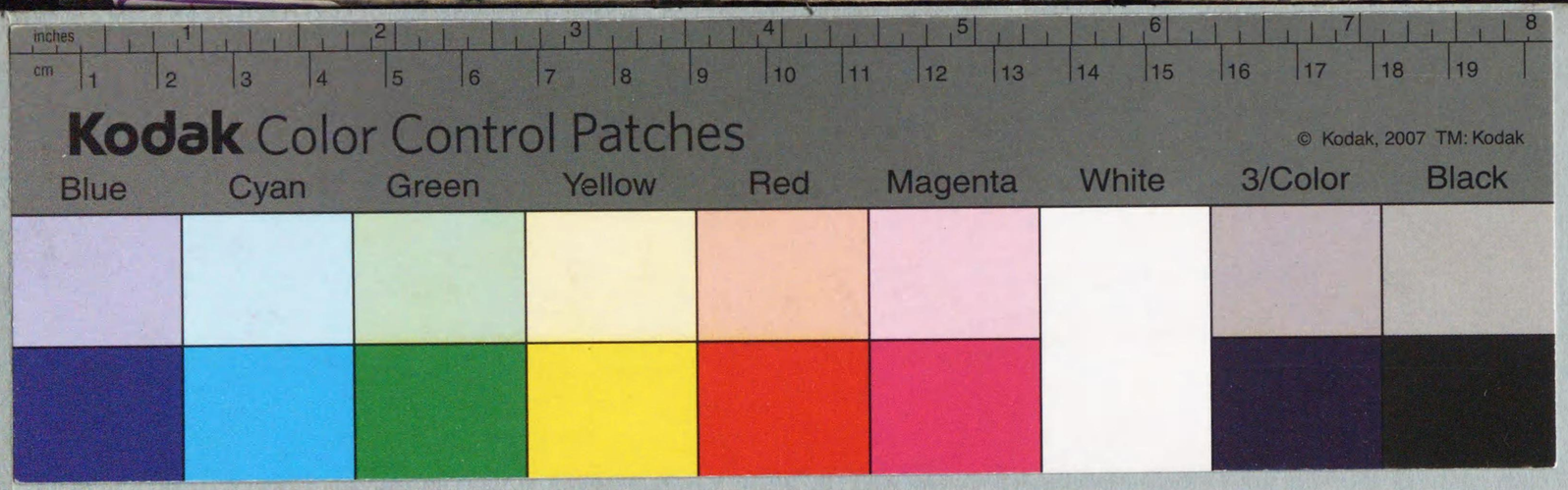
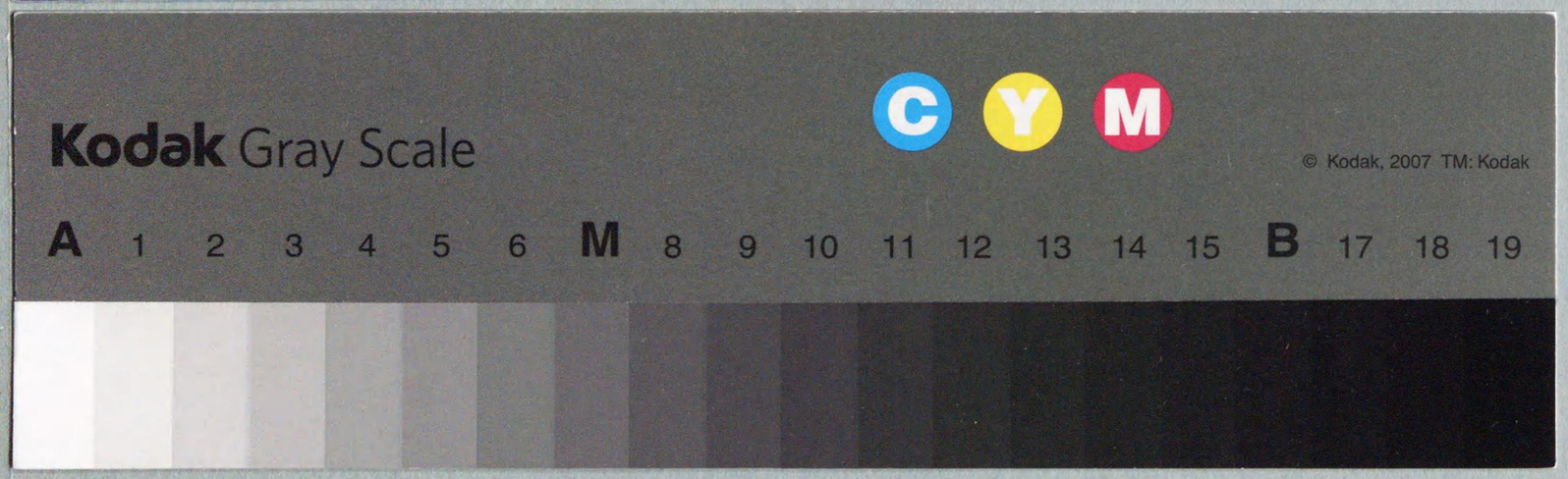
L4.1
U
(2)


Kodak Color Control Patches
© Kodak, 2007 TM: Kodak
Blue
Cyan
Green
Yellow
Red
Magenta
White
3/Color
Black


Kodak Gray Scale
C
Y
M
© Kodak, 2007 TM: Kodak
A 1 2 3 4 5 6 M 8 9 10 11 12 13 14 15 B 17 18 19

第二章　物
第一節　有体物及無体物
第二節　動産及不動産
第三節　主物及従物
第四節　物の他の種類
第五節　果実
第四章　法律行為
第一節　総則
法律行為の類別
(一)単式行為と複式行為
(二)財産行為と身分行為
(三)有償行為と無償行為
(四)不法行為
(五)不法行為

明治文庫
2700-2
10号
983106
不用決定

国立国会図書館
帝国議会
貴族院
図書之印
明治文庫 27002
昭和10年

民法総則総下巻目次

第三章　物　一
第一節　有体物及無体物　一
第二節　動産及不動産　二
第三節　主物及従物　四
第四節　物ノ他ノ種類　九
第五節　果實　一二
第四章　法律行為　一四
第一節　総則　一四
法律行為ノ類別　一八
(一)有償行為、無償行為　一九
(二)要式行為、不要式行為　一九
(三)主タル行為、従タル行為　一九
(四)不能行為　二〇
(五)不法行為　二〇
二一
二二

慣習ト法律行為トノ関係 二四
第三節 意思表示 二七
第一款 隔地者間ノ意思表示 二七
(一)申込 三二
(二)羙諾 三二
(三)申込ノ取消 三三
(四)羙諾ノ取消 三四
第二款 意思ト表示ノ意思表示 三五
黙示ノ意思表示ト異ナル場合 三六
(一)意中ノ留保 三六
(二)虚偽ノ行為 三八
(三)錯誤 四〇
(一)意思欠缺ノ場合 四二
(二)意思ノ瑕疵ノ場合 五一
(一)単純ノ錯誤 五一
(二)詐偽ニ因ル錯誤 五七
(四)強迫 六一
(一)意思ノ欠缺セル場合 六一
(二)自由ノ欠缺セル場合 六三
第三款 無能力者ニ対スル意思表示 六四
第三節 代理 六六
新民法ハ単独行為ニ因ル代理権授与ヲ認メヤ 六七
代理関係ノ生ズル為メニハ代理人カ其代理タルコトヲ示スノ必要アリヤ 七二
代理人ノ為ス意思表示ハ本人ノ意思ノ表示ナルカ将タ代理人ノ意思表示ナルカ 七四
代理人ハ如何ナル権限ヲ有スルヤ 七六
複代理ノ効力如何 八一
代理人ハ同時ニ反対ノ利益ヲ代表シ得ルヤ 八二
代理人カ其権限ヲ超エテ為シタル行為ノ効力如何 八三
代理権ノ消滅 八九
第四節 無効又取消 九二

第一款　無効　九三
第二款　取消　九六
何人カ取消権ヲ有スルヤ　九六
取消ノ方法如何　九七
取消ノ効力　九八
追認　一〇〇
第五節　条件及期限　一〇五
第一款　条件、(一)条件ノ定義　一〇五
(二)条件ノ要件　一〇九
(三)条件ノ効力　一一三
第二款　期限　一一六
期限ノ定義　一一六
期限ノ効力　一一六
期限ノ消滅　二〇
第五章　期間　二二
二五
第六章　時効　一三一
時効ノ定義　一三一
第一節　総則　一三二
第一款　時効ノ性質　一三二
時効ヲ設ケタル理由　一三四
時効ト豫定期間トノ区別　一三六
時効成就ノ効力ハ遡及スヘキヤ　一三七
時効ハ何人ノ援用ヲ要スルヤ　一三八
第二款　時効ノ放棄　一四〇
第三款　時効ノ中断　一四〇
(一)請求　一四一
(二)差押仮差押　一四五
(三)承認　一四七
第四款　時効ノ停止　一五〇
第二節　取得時効　一五五

占有ノ初メ善意ナルモ可ナリトスル理由 一五七
正権原ニ就テ 一五八
賦産権ノ定義 一六二
第三節 消滅時効 一六六
各種ノ時効 一六九
第一款 普通ノ時効 一六九
時効ノ期間ハ債権ト他ノ権利トヲ区別スヘキ理由 一七〇
所有権ノ取得時効ノミヨリテ他ノ権利ハ消滅時効ニ因ル理由 一七〇
第二款 五年ノ時効 一七三
第三款 三年ノ時効 一七四
第四款 二年ノ時効 一七四
第五款 一年ノ時効 一七四

民法総則篇下巻目次終

最高裁判所図書館

民法第二編総則、下巻

第三章 物

物トハ意味明了ナル如キモ却テ法律語トシテハ随分雑多ノ意義アル雑語ニシテ学者間動モスレハ之ニ付テ議論生セリ新民法ニテハ物トハ有体物ヲ云フトアリテ有体物ト限リシヲ以テ範囲狭ク争点大ニ減セシカ未タ全ク消滅セリト云フヲ得ス況ンヤ無体物カ物ニアラサルトハ民法ノミニテ定メタルニテ一般ニ通シテ云ヒ得サルヲヤ

於テオヤ物トハ権利ノ直接又ハ間接ニ直接ノ目的トナルモノナリ例ハ所有権ハ自己ノ所有物ヲ勝手ニ処分シ得ト云フカ如シ(売却破毀変形使用収益スルヲ得ハナリ)他ノ場合ニアリテハ物ハ間接ニ目的トナル例ハ債金アレハ即債権者カ債務者ヨリ或金額返済ヲ求ムル権利アリ之ニ法律的ニイヘハ債権者ハ債務者ニ対シ或金額ノ所有権ヲ己ニ移サシムルヲ得ルナリ之レ直ニ物ノ上ニ存セス債務者ノ行為ノ上ニ直接ニ権利カ存スルナリ然レトモ間接ニハ全シク金銭ナル物ノ上ニ存スルモノトス故ニ民法ニテハ権利ノ主体タル自然人及法人トノ規定アリ依テ之ニ付テハ随分反対ノ説

アリテ権利ノ主体ハ人ナル旨権利ノ客体ハ物ト云フヲ得ス常ニ人ノ行為ナリト云フ学説アリ之レ見様ニヨルノミニシテ之ニ付テハ已ニ前ニ述ヘタルヲアルヲ以テ再ヒ此ニ賛セス要スルニ新民法ハ此学説ヲ採ラサリキ、物ニ二種アリテ学者カ種々ノ点ヨリ観察ニテ区別スレハ実際上底止スル処ヲ知ラス ボアソナード氏ハ人ノ、ノ種別ヲ設ケ之ヲ法文ニ顕々ト掲ケタリ 新民ハ僅カニ三種ノ別ヲ規定セルノミニアラス次回ニ之ヲ説クヘシ

第一節　有体物、無体物

有体物、無体物ハ Biens corporels, incorporels ノ訳語ニテ各国種々ニ之ヲ訳ス彼ノ羅馬法以来法律学者ノ間ニ用ヰラレタル語ナリ而シテ其意味ニ付テ種々議論アリ例ヘハ旧民法財産編第六条ニハ、物ニ有体物ト無体物トノ別ヲ生セサルニアラス次回ニ之ヲ説クヘシ

故ニ権利ノ区別ニ有体物無体物ヲ要スルカノ理由ニ至テハ大ニ苛ナリトス（新民法ニ於テ権利ニハ多少完全不完全ノ差ハアレ皆他ニ大ナル差異ナシトス）権利ナルハ理論上皆無体物ナリ然ルニ物ノ所有権ノ観念ハ常ニ物其レ自身ノ観念ト混セラルヽ為メ未開時代ノ羅馬ニ限ラス今日東西皆然リ即チ本ヲ買ヒ本ヲ得ルニアラス本ノ所有権ヲ得シナリ然ルニ通常之ヲ本ヲ得タリト云フカ如シ之ヲ以テ羅馬ニ於テハ物ト物ノ所有権トハ実際全物ト見做セリ故ニ有体物ノ規定ハ即チ所有権ニノミ適用セラレ其他ノ権利ハ無体ナリ法律上ハ権利トスタントニ付テ無体物ノ規定ヲ適用スルニハ実際上ナキコトヲ殊ニ可笑シキハ仏民ニ無体権ナル文字アルコトヲ然ルニ其裏面ニ有体権アルカ如キ語ヲ認メ其以外ハ無体権トセルノミナリ此語ノ不正確ハ今日ニ於テモ啻ニ素人間ノミナラス法律家間ニモ尚存スル処ニシテ重大ナル錯誤ヲ来スコアリ例ヘハ差押ニ付テ物ノ差押ノ権利ノ差押等ノ云ヒ之ニ誠ハ皆権利ノ差押ナリ其証拠ハ不動産ノ差押トイヘハ所有権ヲ差押ル場合ニモ実際ハ只登記位ニ止リ他ノ有形ノ差押ヲナスコトナク執達吏カ之ヲ番スルニトヽモアラス又動産ノ差押ト云ヘハ仮令所有権アラストモ盾権其他ノ権利ノ附着

セル場合ハ物夫自身ヲ差押サルヽ可ラス何トナレハ動産ハ転輾スルヲ以テ物ヲ差押ルニアラス権利ヲ差押ルナリ斯ノ如キ権利差押ニハ先取特権抵当権ノ上ニモ存シ皆物ノ上ニ存スルトセリ民法ニテモ従来ノ用語ノ儘然カ云ヘリ物ノ観念ヨリ脱シ得サルニ付テハ新民法ハ来タ予ノ意見ニ副フカ如ク進歩セスト雖モ先取特権抵当権ハ物ノ上ノ権利ニアラスシテ常ニ権利上ノ権利ナリトハ其証拠ハ抵当物ヲ買テ売リテ其代償ニヨリ弁済ヲ受ケル権利ナリト而シテ其場合ニハ他ノ債権者ハ仆ケラレテ己レノミ弁済ヲ受ケル権利ナリト此抵当物ヲ売ルトカ売ルニアラスシテ物ノ所有権ヲ売ルナリ（売買ノ条ニ於テハ本ヲ売ルト云フ抵当ノ所ニ至テハ之ヲ誤レリ蓋シ語ノ不正確ニ本ヲ売ルナリ）抵当権ハ地上権上ニモ存スル而シテ之ト普通所謂物ノ上ニ存スル抵当権ト性質上毫モ異ルコトナシ普通ノ場合ニテ物ヲ売リテ其代償ノ弁済ヲ受ケ地上権ヲ売リテ弁済ヲ受ケルヤト云フニ決シテ然ラス唯権利ヲ売リ其代償ヲ受ケル外ナシ此類ノ誤解ハ枚挙スルニ遑アラス蓋シ比自不正確ニ帰因スルコトヽス

近世ノ学者大ニ此誤謬ヲ悟リ始メタリ故ニ物ニ付テノ議論モ有体物無体物ノ区別ハ学理的ナラサルコトヲ云ヒシカ実際殆ント遺憾的ニ此区別存セリ旧民法ニハ其定義ハ不穏当ナリト雖モ要スルニ有体物無体物ノ二ヲ法律上ニ認メテ物ト云ヘル原則トシテハ法律上此二ヲ含ムコトナリ然ルニ新民法ニテハ物トハ有体物ヲ云フト規定セラレ無体物ハ物トナサヽルコトナリ（八五条参照）無体物ヲ物ト見タルコト付テハ旧民法編纂ノ際ヨリ頻リニ非難アリ且ツ独民法ニ於テモ物トハ有体物ニ限ルコトアルヲ以テ新民法ニハ種々議論ノ末唯有体物ノミヲ物ト見ルコトセリ、之ニ付テ予ノ感服セサル一事アリ即日本ニテ物ナル語ハ元来有体物ノミヨリ適用セラレサルノ語ナリトノ説ナリ是レ其根拠那辺ニアルカヲ知ラスト雖モ取ルニ足ラサル説ナリ少クモ支那人ノ用ユル処ヲ以テスレハ甚タ広ク物ニ限ルニアラスト信ス、予ノ信スル所ニヨレハ物ヲ有体物ニノミ限ルハ全ク便利ニ基キタルモノトス、ボアソナード氏ノ説ニ従フ時ハ法律ノ規定トシテ実ニ非理ノ結果ヲ生スヘシ何トナレハ権利ハ皆無体物ナルコトヲ認ムル見レハ理論上非難スヘキ処ナシ故ニ債権モ地上権モ無論無体物ナリ然ハ其物権ハ物ノ上ニ存スル権利ナリト云フ而シテ旧民法ニテハ物ハ有体物無体物ノ二ヲ含ムヲ以テ債権又ハ地上権モ物権ヲ生シ得ヘシト云フトキハ之ニ物権ノ種類例ヘハ先取特権抵当権ノ如キモノナレハ可ナルヘシト雖モ総テ皆物権カ是等ノ物ノ上ニ存スルコトナレハ大ニ奇怪ナリ即債権ノ上ニ所有権生スルコトナレハ債権ノ所有権等ヲモ生スヘシ之ト実ニ奇態ナリ羅馬ニ於テハ所有権ヲ無体物ニ入レサリシヲ以テ大ニ始末宜シカリシト雖モ今日ニテハ大ニ変トナレリ此故ニ独乙ニ於テモ物ハ有体物ニ限リ権利ハ単ニ権利ト云フコトナリ新民法ニ於テハ物トハ有体物ヲ云フトアリテ大ニ用語ニ注意シキ、只此ニ付テ一ノ不便アリヲ之ハ認メサルヘカラス之レ寔ニ一利一害ナリトス旧法典ノ如ク黙シテ法律ニ規定セル時ハ其規定ハ有体物ト無体物トニ適用スヘキ故ニ大ニ便利ナルヘシ例ヘハ抵当権ハ不動産上ニ存スルトアルハ不動産中ハ永小作権モ地上権モ含ムコトナルヘシ然ルニ新民法ニテハ然ルヲ得スシテ不動産ハ物ニシテ物ハ有体物トスルカ故ニ抵当権カ不動産ノ上ニ存スト云ハ真ノ家宅等ノ上ニ存スルコトナリ地上権永小作権上ニ存スルニハ別ノ規定ヲ要スルモノトス此点大ニ不可ナリトテ或論アリ独乙民法ニテハ恰モ能ク之ヲ一ケ条ヲ設ケタリ其意味ハ不動産ニ就テ規定シ而シテ不動産ニ干スル規定ハ動産ニモ適用セラルヽモノトセリ之レ或ハ便利ナルヘシト雖モ又左キニ過ル嫌アリト

権ス若シ如此スレハ有体物ヲ物トナス原則ヲ定メタル必要殆ントナシト云フヘシ故ニ煩ハシクトモ各場合ニ法人ト云フ物ノ以外ノ物ヲ適用スヘキ規定ハ特ニ之ヲ規定スルヲ避クルニ可ナルヘシ此理由ヨリ此処ニモサル規定ヲ設ケサリキ

第三節　動産及不動産

動産不動産ノ規定ハ仮リニ無体物ヲ法律上物トシテ取扱フトモ之ヲ適用スヘキ有体物（所謂動物）ノ外ニ存スルヤ否ヤヲ決スルノ標準ヲ得ス、動産トハ自然ニ動クモノ（所謂異其他人類ノ用ニ供スル物ノ多数ハ皆之ナリ）不動産ハ不動ノモノヲ云ヒ土地ハ殆ント唯一不動産ニ云ヒテ可ナリ此不動産ニ固着シテ法律上人力ヲ以テ動スコヲ得サル物ハ全ク之ヲ不動産トス新民法之ヲ定着物ト云ヘリ建物ハ此中ニ入ルヘキモノトス建物ニ付テハ明文ヲ置クヲ可ナリトシテ当初ハ其規定アリシト雖モ理論上奇ナルノミナラス他ノ規定ニ付テ不便アリ即建物ハ土地ノ定着物ニアラサルコトナリ他ノ場合ニ於テ一々建物テフコヲ断ハルノ文要生スレトモ遂ニ建物ノ文字ヲ削リ之ヲ定着物ノ中ニ含マシメタリ尓余ハ唯注意スヘキハ西洋ニ於テハ殆ント其慣習ヲ見スト雖モ日本ニ於テハ土地ト建物トヲ別々ニ観察スル場合頗ル多シ土地ヲ売買スルニハ建物ハ之ニ随附セサルヲ多シ土地ハ人ノ所有ニ属スルモ其上ニアル建物ヲ売却スルトカアリ（此場合ニ実際建物ノミヲ売ルヲ得ス（破棄シテ売ハルヲ得ス）別個ノ問題ナリ）之ヲ法律家ノ目ヨリ見レハ之ト全時ニ地上権ヲ売ラサルニカラス而シテ当事者ノ意思解釈上自然ニ其ヲトナレリ）又土地ヲ抵当ニスルニハ建物ヲ別ニスルヲ多シ凡テ是等ノ場合ニハ土地ト建物トヲ別々ノ不動産トシ見做スナリ現ニ日本ノ登記法ニハ建物登記簿ト土地登記簿トアリテ現行登記法ノミナラス不動産登記法案モ全様ニナレリ西洋ニ於テハ土地ト家屋トハ大抵之ヲ全ク一体ノ構造ノ如ク観念セラレタルニ因ルニシ木造ハ移シ得ルモノナルヲ以テ別物トスル観念生シタルニシ要スルニ理論上及法文ノ規定ヨリ云フモ家屋其他ノ建物ハ土地ノ定着物ナリ故ニ不動産トナスヘキナリ其他ノ定着物ヲイフニハ植物ハ皆之ナリ然レトモ是等ノモノハ或場合ニハ不動産ニアラサルコトアリ例ニハ建物ト云フモ或建築ヲ為スカ為メノ足場ハ建物ニシテ土地ニ定着セルニ相違ナキモ又竟之レ一時ノ使用ニ供シタルモノニシテ棟ノ変形ト云フモ可ナリ故ニ定着物トテモ又道普請ノ際ニ用ユル小舎ノ如キモ動産ト云ハサルヘカラス其他植物ニテモ動産アルコトアリ鉢植ハ更ナリ土地ニ植ユルモノニテモ其土地ニテ通常ノ発育ヲナサシメ植物ノ効用ヲシテ或程度迄為サシメントスルハ定着物ナリ又之ニテ植木屋ノ樹木ハ唯其枯槁ヲ防ク為メニ土地ニ植ユルモノニシテ何時

ニテモ之ヲ堀リテ賣ラントスルモノナリ故ニ之ヲ動産ト云ハサルヘカラス

要スルニ土地以外ノモノハ所有者ノ意思ニヨリテ不動産ナリ動産ナルノ別定マルト云ヒテ可ナリ定着ナルヤ人ノ意思ニ本ツキ從テ或ル場合ニハ多少ノ疑生スルト雖モ大体ニ於テハ観念ハ既速ニ止ムヘシ

無体物ニ動産不動産ノ区別ヲ及ホスヘキニアラス無体物ニ限リ蓋シ羅馬ニ於テハ有体物ニ限リ区別ヲ輕視シタルカ故ナルヘシ然ラハ何カ故ニ右ノ区別ハ今日欧州諸國ニ於テモヨリモ動産不動産ノ建時代ニ起因セルヲ以テ其時代ニハ一ニモ二ニモ土地ナキ其理由ハノ、封建時代ニハ土地カ政権ノ基礎トナリ土地所有者ハ多クノ場合ニ貴族ニシテ貴族ハ必ス土地ヲ有セリ之ニ封建時代ニ警察行届カス法律ノ保護ハ今日ノ如ク具ハラス動モスレハ腕力沙汰トナレリ故ニ有所権ハ甚タ不安心ナリシカ何ト雖モ土地ヲ持去ルヲ能ハス於此土地ハ最モ貴キモノナリキ、此理由ヨリ欧州ニテハ今日一般尚侵潤セル観念アリ夫カ彰トナリテ Res ～～～ト云フ動産ハ賤シキモノナリトノ観念ニシテ此数語ノ前世紀マテ法律家ハ何レノ国ノ人モ云ハサルモノナカリキ其后漸々土地ニハ種々ノ特権ヲ附与セラレシニ反シテ動産ハ敢テ特権ノ原

因トナルヲ得ス於此法律ノ規定并ニ從ハモ貴キモノハ不動産トナスニ至レトナリ漸々実ハ動産又ハ権利ナリシモノヲ不動産トスル又公債モ之ヲ不動産トスル如ク実際ノ不動産以外ノモノヲモ不動産ト見做スノ慣習生シ今日尚存セリ日本亦然リ從来ハ大ニ土地ヲ重シ其結果外国人ト雖モ土地所有ヲ禁セリ、要スルニ此観念ハ内外共ニ存スル所ニシテ今日ハ已ニ沿革上理由存セスト雖モ全然理ナキニハアラス何トナレハ(第一)ニ不動産ハ如何ニ小サク尺多クハ動産ノ價ヨリ貴キ故ニ平均上前者ハ後者ヨリモ貴シト云ハサルヘカラス(第二)ニ不動産ノ動産ヨリ安全ナル財産ナルハ今日明ナル事ト雖モ動サル処ナリ是等ノ理由ニ本ツキテ不動産ハ我分カ重要視セラル其結果法律ノ種々ノ規定出タリ例ハ無能力者ノ能力程度ニ付テ一三条二ニ不動産ハ皆之ヲ重要視シ后見人権限(九二九。)母ノ親権(八八六。三及四)ニモ全様ニ規定シタリ又動産不動産差押方法ニ差異アリ他ノ理由モ存スルモ我分カ不動産ヲ重要視スル理由モ存スルニ外国ニテハ尚種々ノ事アリ其著シキ例ヲ示ハ不動産ヲ餘リニ安ク賣ハ后ヨリ取消シ得ルトセハ此事タル羅馬法ニ於テモ古代ハナキニシテ后世ニ始マリシナリ此規定ハ一旦設ケテ又廃シ最后ニ設ケラレシハヂマスチニアン

帝國ニテ半價ヨリ安ク賣ル場合ニ取消得ルトセリ其后今ノ歐州ニ広ク行ハレテ或ハ半價或ハ八分ノ一トセリ而シテ是等ハ何レノ國ニテモ不動産ニ限ルニ非ス（雖馬モ然リ）今日ニテハ多ク不動産ニ限リ ボアソナード氏ノ草案ニハ此規定アリシカ削ラレタリ

尚動産不動産ノ區別ヲ爲スト主要ナル理由ハ他ニ在リ前述セシ如ク沿革上ノ必要ト理由ナキニアラスシテ決シテ速ナル第二ノ理由ヲ以テ主要ナル理由ト今日ニテハ重キヲ置クニ足ラス即チ（第二ノ理由）所在ノ確定トニアリ不動産ハ概シテ動カザルモノナルカ故ニ常ニ全所ニ存在スヘシ又之ニ反シ動産ハ容易ニ移動スルモノナリ之ヨリシテ價ノ高低ノ觀念ヲ離レテ動産不動産ノ區別ヲナサヽルヘカラス即チ讓渡ノ場合ニ新民法ハ今日歐州多數ノ例ニヨリ權利ハ當事者間ニ於テハ當事者ノ意思ノミニヨリテ移ルモノトセリ（一七六）然レトモ第三者ニ付テハ別条件ヲ必要トシ不動産ニ付テハ登記動産ニ付テハ引渡ヲ要スルトセリ斯ノ条件ノ缺ケタル理由ハ不動産ハ動カザルニヨリテ賬簿等ニ之ヲ認ムルハ足レリト雖モ動産ハ反之移動シ得ルヲ以テ引渡ヲ要スト云フニアリ此觀念ハ啻ニ權利ノ讓渡即チ普通ノ賣買贈与交換等ノミナラス債權相當ノ規定上ニモ存シタルモノトス夫ノ質權ニ付テ云ヘル如ハ動産質ト不動産質ト規定ヲ異ニセリ其理由ハ全ク之ニ存スル動産質ニアリテハ常ニ質物ヲ占有セサレハ實際質權ヲ行フコトヲ得ス不動産質ニアリテハ登記ニテ充分ニテ占有ハ重要ノ事ニアラス況ンヤ抵當ノ如キ全ク占有ヲ要セサルモノハ不動産ノ外之ヲ認メス蓋シ抵當ハ從來ノ各人ノ帳簿其他ノ記各ニ各キ入レヽトリ物ヲ引渡スニアラス故ニ動産ハ假令之ヲ各入スルモ何時何処ヘ移轉スヘヤモ知ルヘカラス 又竟債務者ノ德義ヲ信スルハ始メヨリ抵當ハ不必要トリ故ニ動産ハ抵當債權ノ担保トナラサルヘシ尚倉庫ニ入リシモノハ質物トナスヲ得ルカ否トハ之レ倉庫業者カ債權者ノ代理ニテ物ヲ占有セルヲ以テ債權者自身カ占有セルト全様トリシカ實際上ハ日本ニ於テモ之アリキ其他國際私法問題上我法例ニテハ動産不動産ノ區別ヲ爲スト雖モ外國ニ於テハ多クハ此區別ニヨリテ規定ヲ異ニセリ且ツ不動産ノ所在ハ一ノミナレハ動産ノ所在ハ移轉スルヲ以テ何時アリシ処ヲ云フヘキカ其所在ニヨリテ適用異ナラサルニカラス況ンヤ其規定ノ異ナルニ於テオヤ又時効ノ問題ニ付テモ差異アリ皆所在ノ確定ト不確定トニヨルモノニシテ不動産ナラハ善意ニシテ且ツ過失ナキ占有者ハ十年ニシテ其所有權ヲ得ヘキモ動産ナレハ即刻權利ヲ得ルニシテ動産ハ所在不確定ナルカ故ニ之ヲ調査

スヘキ実際何人ニ属スルヤ不明ナリ又之ヲ不動産ハ所在確定セルヲ以テ調査スルヲ大抵其何人ノ有スルヤヲ知リ得ヘケレハナリ、又支那慣習ニ於テハ確定不確定ヨリ寧ロ重要ナリ法文ニハ不絶此区別ヲ見ルヲ以テ新民法モ規定スルノ必要アリトテ今日ト雖モ不動産動産ノ区別ハ最モ重要ナリ法文ニハ不絶此区別ヲ見ルヲ以テ新民法モ規定スルノ必要アリトテ規定シタルナリ先ツ動産不動産ハ有体物ノ区別ニシテ而シテ旧民法ノ如キハ無体物ニモ及ホセシカ新民法ニハ之ヲ入レサリシコトヲ云ヒシカ左係規定ニヨリテ不動産ニ千スル規定ヲ或権利ニ適用セラレサルヘカラサルアリ不動産上ノ権利トシテ例ハ地上権永小作権上ニモ抵当権ハ存スルモ或ハ不動産ノ先取特権ハカカル地上権永小作権上ニモ適用スルヤト云フノ先取特権ハカカル地上権永小作権上ニモ適用スルヤト云フ問題生スルモ新民法ニテハ極メテ必要ナル場合ノ外ハ不動産ニ千スル規定ヲ適用セス其必要ナル場合ニハ之ヲ明言スルヲトセリ、唯一ハ無形ノモノニシテ物ニアラス（全視ノトセル例アリ即チ無記名債権之ナリ無記名債権ハ無形ノモノニシテ物ニアラサレハ又其所有者ヲ認メラルヘキ故ニ証書特参ノ人ハ直ニ権利者ナリト云フヲ得ス其人カ権利者ナリト証明セサル（カラス故ニ証書ハ金額ノ債アリト云フヲ得スシテ証券ハ紙ニ証券面金額アリト云フテ可ナリ故ニ無記名証券ハ信用ヲ以テ殆ント紙幣ト全一ナリトス之ヲ以テ極メテ普通ノ観念ヨリ千円ノ無記名証券ハ即チ千円ノ債権ナリ紙夫レ自身ハ債権ナリト観念生スルヲ以テ普通ノ動産ナリト引渡シテ第三者ニ移ルヘシ然レトモ債権トナレハ証書サヘ引渡セハ権利移ルトハナラス稍々煩ハシキ手数ヲ要スル然レトモ無記名証書特参者ニ払フトスルヲ以テ其証書引渡セハ第三者ニ権利移ルト云ハサルヘカラス頗ル権ノ場合ニモ普通ノ動産ニ在リテハ稍々煩ハシキ手続ヲ要スル又之無記名証券ハ直ニ金員トスルヲ可ナリ而シテ他ノ動産ヨリハ便利頗ル故ニ唯引渡スレハ可ナリト実際ニ於テ認ムルヲ以テ法律ニ於テモ之ヲ認メサルヘカラス故ニ外国法ニ於テモ多少ノ例外ヲ以テ無記名証券ヲ動産ト全シト見做セリ民法ハ六条第三項無記名債権ハ之ヲ動産ト見做スト雖モ紙夫自身カ権利ナルカ故ニ無記名債券ハ動産ト見做スト云ハ他無記名ナラサル手形モ之ト全一視スヘキヤ疑アリト雖モ是ハ大ニ趣キヲ異ニスル手形ヲ持

権利ハ権利証券ハ証券ニシテ無記名ノ証券ト雖モ他ノ借用金証書ト異ナルヘキナリ然レトモ他ノ証書ハ唯権利ノ証拠ナルノミ故ニ証書特参ノ人ハ直ニ権利者ナリト云フヲ得ス其人カ権利者ナリト証明セサル（カラス故ニ証書ハ金額ノ債アリト云フヲ得スシテ証券ハ紙ニ証券面金額アリト云フテ可ナリ故ニ無記名証券ハ信用ヲ以テ殆ント紙幣ト全一ナリトス之ヲ以テ極メテ普通ノ観念ヨリ千円ノ無記名証券ハ即チ千円ノ債権ナリ紙夫レ自身ハ債権ナリト観念生スルヲ以テ普通ノ動産ナリト引渡シテ第三者ニ移ルヘシ然レトモ債権トナレハ証書サヘ引渡セハ権利移ルトハナラス稍々煩ハシキ手数ヲ要スル然レトモ無記名証書特参者ニ払フトスルヲ以テ其証書引渡セハ第三者ニ権利移ルト云ハサルヘカラス頗ル権ノ場合ニモ普通ノ動産ニ在リテハ稍々煩ハシキ手続ヲ要スル又之無記名証券ハ直ニ金員トスルヲ可ナリト而シテ他ノ動産ヨリハ便利頗ル故ニ唯引渡スレハ可ナリト実際ニ於テ認ムルヲ以テ法律ニ於テモ之ヲ認メサルヘカラス故ニ外国法ニ於テモ多少ノ例外ヲ以テ無記名証券ヲ動産ト全シト見做セリ民法ハ六条第三項無記名債権ハ之ヲ動産ト見做スト雖モ紙夫自身カ権利ナルカ故ニ無記名債券ハ動産ト見做スト云ハ他無記名ナラサル手形モ之ト全一視スヘキヤ疑アリト雖モ是ハ大ニ趣キヲ異ニスル手形ヲ持

モノナリ（例ハ銀行送金手形近世ノ公債証書ノ如シ）此場合ニ理論ヨリ云ヘハ

参スルハ金子ヲ受取リ得ルニ過キス則チ手形ニシテ持参スルハ又之ヲ受取リ得ルト雖モ手形ハ他ノ債金証書ヨリハ云フヲ得ス最后ノ裏書ノ宛名人ハ手形ノ支払ヲ要スル故ニ記名ノ手形ハ他ノ債金証書ヨリハ大切ナリト雖モ之ヲ以テ直ニ債権其物ト見ルヘカラス(ラスト云フ如キ帰ト権利トノ間ニ直接ノ干係ナキ故ニ之ヲ動産ト見做サヽルナリ)以上ハ我法典ニ認メタル動産不動産ノ観念ナリ旧法典ニハ尚刑法ニヨル動産不動産ノ法律ニヨル動産不動産ノ法律ニヨル動産不動産ヲ認メタリ

入ラサルナリト主義ヲ取ル以上ハ説明スルノ要ナシ用法ニ依ル動産不動産トハボアソナード氏ノ発明ニ係リ大ニ奇ナリ用法ニヨル不動産ハ少クモ仏法系国ニ於テハ皆採用セラレタル名称及物ノ種類ナリ性質ハ動産ナレモ不動産ニ附着シテ譲渡サルヽモノヲ云フ故ニ不動産ヲ譲渡ス場合ノ如キハ又之ニ附着シテ譲渡サルヽモノナリ故ニ不動産ト全ク視スヘシト云フ所ヨリ来リシナリ然ルニ是名称及物ノ種類ハ新民法立法ノ際別ニ規定スルノ必要ナシト信シタリ其理ハ今日物ノ性質トシテ論スルニ当リテハ其性質カ動産ナヤ明ニシテ何人モ疑ヲ容レス然ラハ之ハ動産不動産ノ区別トシテ規定セシヨリハ寧ロ主物従物トシテ規定スル方穏当ナリト云フニアリシ蓋シ従物ト不動産ト共ニ処分セラルヽモノニシテ旧法ニ所謂用法ニヨル不動産トハ不動産ニ従フ従物ナリ故ニ原則トシテ不動産ト共ニ処分セラルヽモノナリ斯ノ定ムルハ日本ノ慣習ニナキ用法ニヨル不動産ヲ認ムルノ必要ナシ況ヤ用法ニヨル不動産ト云ヒ法文ニ掲ケル例ト云ヒ皆日本ニ適用シ難キモノナルニ於テオヤ(民産篇九条参照)要スルニ此区別ハ少クトモ日本ニハ適用シ難キ故ニ新民ハ之ヲ採ラス

第三節　主物、従物

主物従物トハ一見シテ判然ワカルカ如シト雖モ用法ニヨル不動産ヲ認メサル法律語トシテハ大ニ雑語ト見做サヽル故ニ定義ヲ下スヲ要ス故ニ記スルニ新民法第八七条ニハ新民法第八七条、物ノ所有者カ其物ノ常用ニ供スル為メ自己ノ所有ニ属スル他ノ物ヲ以テ之ニ附属セシメタル時ハ其附属セシメタルモノヲ従物トス、従物ハ主物処分ニ従フ、トアリ而シテ之ニハ三ノ条件ヲ必要トセリ、第一条件、甲物ノ所有者カ其甲物ニ乙物ヲ附属セシメタルニ云フ必要ナリ此場合ニハ乙物ハ甲物ノ従物トナルナリ、第二条件、其附属セシメタル乙物ノ所有者カ甲物ノ所有者ト全一ナルヲ要ス、第三条件、乙物ハ甲物ノ常用ニ供スル為メニ附属セシメシモノナラサルヘカラス以上三条件ニシテ具備スレハ甲乙物間主物従物ノ干係生スルヘシ、何カ故ニ斯ル究屈ナル定義ヲ設ケレヤ普通ヨリ云ヘハ主物従物ノ干係ハ喋々スルニ足ラス、然ルニ法律ノ規定トシテハ斯カル条件ノ多キ理由ハ即チ第三項ノ規定アル

爲メナリ、主物売ラルレハ従物モ共ニ売ラレ主物ノ上ニ抵当権ヲ設定セラルレハ従物モ共ニ其目的トナルベシ（原則上）故ニ余カ人ノ家屋ニ至リテ己レノ便利ノ爲メノ便所ヲ建テタリトスレハ普通従物ノ如シト雖モ従物ナリト云ヒテ建物ノ所有者カ家屋ヲ売却スルニ当テ其便所ヲモ共ニ売却セラルベキヤアリテハ大ニ余ノ迷惑トナルヘキヤ又例ハ船ノ所有者カ他ヨリ借リタル櫓ヲ附セハ常用ニ供スル意思アリトスルモ之ヲ従物ナリト云ヒテ船ヲ売リシ場合ニ其櫓モ又当然売ラルベキヤ若シ然ラサル時ハ所有者ノ知ラサル間ニ売却スルモ不可ナルトテアフコトナリテ不合理ナルハナリ又余ノ所有家屋内ニ簞笥ヲ備ヘ付ケトセハ之レ己レノ所有物ヲ附属セシメシナリ然レモ簞笥ハ必ス我家ニ使用スベキモノニアラス故ニ簞笥ハ家屋ノ従物トナラサルモノトス、反之置建具ハ多クノ場合ニ於テ従物ト見做サルベキ性質ナレハ必要ノモノナリ故ニ之ヲ備フルハ其家ノ常用ニ供スルモノナリ故ニ黙スレハ家屋ト共ニ売ラルベキ規定アレハ先ニ所謂用法ニ依ル不動産ノ規定ハ不必要ナリ、以上ラスシテ第八七条ニ所謂主物従物ノ定義及其区別ノ必要ヲ論セリ、次ニ此規定ニ定メタル主物従物ト類セルモノニシテ其中ニ入ラサルモノヲ云フベシ

主物従物ノ語ハ法律考者間ニ常ニ用ヰラル所ニシテ羅馬法ノ Accessorium cum principali 即チ従ハ主ニ従フテフ諺ニ胚胎セルコトヲ后世之ヲ種々ノ場合ニ用ヰルニ至リ前回ニ述ヘタル従物ハ主物ノ処分ニ従フト云フハ其元ヨリ収獲ヲ皆之ヲ法律語ニテ果実トモ云フ）ハ原物ノ所有者ハ果実ノ所有者ナリ原物ヲ請求スル権利アルハ主ニ従フノ原則ニヨリ原物ノ所有者ハ果実ヲモ請求スル権利アリトスルモ果実ハ稍々其意味ヲ異ニス何トナレハ果実ハ元来原物ノ一部分ナリ（木ニ実ルハ果実ハ木ノ一部ナルヲハ始メトシ田畠ニ生スル雑草ノ類モ之ヲ収納セサル間ハ田畠ノ一部分ナリト云ヒテ決シテ不可ナシ）故ニ何等ノ条件モナク黙シテ木ヲ買フト云フハ果実ノ落ルマニ買フコトニシテ若シ之ヲ落シテ買ハントスレハ殊更ニ其事ヲ云フノ必要アルモノトス故ニ此場合ニ於ケル主従ハ前回述ヘタルモノト全ク趣ヲ異ニスルモノニシテ要スルニ前陳セルモノハ或ハ物カ或物ノ一部分タルニアラスシテ物カ二個アリテ其間ニ主物従物ノ区別アリ従テ合フトキハ、S、P、ノ原則ノ適用ナリト雖モ其結果ニ於テ異ナルモノトス尚一ノ適用ハ添付ニ付テハ后ニ云フベシ此文字ハ近来ノ製作ニ係ハ彼ノ accessori ナル文字ノ訳語ナリ）而シテ添付モ全ク主従ノ干係ヨリ生スタル原則

第二節　物

二九　多ク例ヘハ余カ茲ニ一ノ指環ヲ有シ之ニ或ル宝石ヲ鏤メタリトスレハ此場合ニ指環ハ主物ニシテ宝石ハ従物ナリト普通云ヒ得ヘク然ルニ此ヘ指環ノ所有者ハ全時ニ其宝石ノ所有者タリシヤ否ヤ前回説明シタル主物従物ノ干係ト異リ却テ所有者カ異ナラサルハ問題ハ起ラス而シテ此場合ニハ寧ロ主タル部分従タル部分トヽ云フヲ以テ正シトス宝石ヲ指メタル指環全体ヲ一物ト見做シ夫レノ主タル全部ノ所有者ハ従タル部分ノ所有者ト見ルヲ正シトス是等ノ如キ学者ノ間往々混雑セル論アリ今ニシテ主従ノ干係ト無ニ其適用ノ結果ニ於テ大ニ差異アリ故ニ之ヲ皆全様ニ思惟シテ議論スルハ不可ナリ

補遺、従ハ主ニ従フ原則ハ命令規定ナルカ如ク見ユト雖モ決シテ然ラス当事者ノ反対ノ意思ヲモ容ルヽモノナリ、例ヘ家屋ヲ売却セントシ其貴賈成立スレハ無論ノ場合ニ現在附属セル畳建具ハ従物トシテ主物ノ処分ニ従ヒ去ル故ニ当事者ノ意思不分明ナル場合ニハ八七条ノ規定ニ従フヘキモノトス尚慣習上従物ノ主物ニ従ハサルコトアリ得ヘク即当事者ノ意思カ慣習ニ従フヘキモノナリト推測シ得ル場合ハ常ニ慣習ニ従フヘク例ヘハ畳建具ト云ヒテハ地方ニヨリテハ殊更ニ之ヲ附属トシテ売ルトキハサルハ家屋ニ当然附属セサルヤトノコトアリ又日本従来ノ慣習ニヨレハ船ヲ売ル場合ニハ概ネ櫓櫂矛ヲ除クヲ常トス斯ハ慣習アリトスレハ建具畳ハ家屋ノ従物タル言ヲ俟タスト雖モ又スレモ主物ノ処分ニ従フヲ要セサルモノトス

第四節　物ノ他ノ種別

嘗テ云ヒシ如ク我民法ニ於テハ物ノ種別ニ付テハ動産不動産ト主物従物ノ区別ヨリ認メス否此二区別ニ付テモ規定ヲ設ケタリ其他ノ区別ニ至リテハ学者規定中ヨリ見出スコヲ得ルト雖モ特ニ物ノ種別トシテ規定セラルヽモノナレハ大ニ理由アリテ如此コハ事実学者ノ研究スヘキコトニアラス成程物ノ種別ニ付テ従来立法例又学者ノ議論一致セス其意味判然セスシテ他ノ規定上ニ困難ヲ生スル如キ場合ニハ定義ヲ掲ケハモ可ナリ、故ニ動産不動産主物従物ノ区別ニ付テハ嘗ニ不必要ナルノミナラス却テ有害ナリ若シ旧民法実施セラレタリト假定スレハ定義ノ為メニ無用ノ議論続出シ殊ニ種別ニ付テハボアンナード氏ハ殆ンド想像シ得ラルヽ丈ケノ種別ヲ法文ニ表ハシ定義ヲ掲ケ甚シキハ其例ヲモ示セリ旧民法財産編ニ規定セル十二種別中三種ハ已ニ説明シタルカ故ニ次ニ余ノ九種

別ヲ略叙スレハ(1)特定物、定量物、聚合物、包括財産(2)消費物、不消費物(3)代替物、不代替物(4)可分物、不可分物(5)所有ニ属スルモノ、所有ニ属セサルモノ(6)融通物、不融通物(7)譲渡スルヲ得ルモノ、譲渡シ得サルモノ(8)時効ニカヽルモノ、時効ニカヽラサルモノ(9)差押スルヲ得ルモノ差押スルヲ得サル物、此中多少必要アル区別ヲシテ法律ノ特別ノ規定ヲ要セサルモノアリ

(1)特定物及不特定物ノ区別ハ大モ実際ニ於テ必要アリ新民法ニテモ全語ヲ襲用セリ其意味ハ或ル法律関係ニ於テ其目的タル物カ必ス或品ナラサルヘカラス特ニ定メタル場合ハ特定物ニシテ我邦ニテハ例ヘハ此本ト云ヘハ特定物ナリ不特定物トハ或法律干係ノ目的タルモノカ唯種類ヲ以テ定メタルモノニ定マル場合ノ称ナリ、要スルニ特定物ハ換フルヲ得ス又之ヲ不特定物ハ其種類中ニテ何時ニテモ変換スルヲ得ルモノナリ故ヲ以テ代替物不代替物ノ名アリボアソナード氏カ特定物ノ区別ト代替物ノ区別ヲ別種ノモノトセルハ殆ント了解ニ苦シム所ナリ特定物ト不代替物トハ要スルニ全一ナリ而シテ嘉ニ所謂ル定量物トハ代替物トモ亦全一ナリ尤モ古来代替物ノ定義トシテハ動モスレハ度量衡ヲ以テ計リ得キモノナリトイヘリ従テ之ヨリ定量物ハ文字来ルナリ乍併此事タル極メテ穏当ニ解釈スレハ誤リニアラスト雖モ若シ之ヲ文字ニ拘泥シテ解釈スルハ大ニ錯誤アリ其穏当ナル解釈トハ特定物ニアリテハ数ハ幾何ナリトモ長サ幾尺ナリ其此物ト特定スルヲ以テ法律干係ヲ定ムルニ当テ長量数等ヲ云フノ必要ナク凡テ契約ニテ定メタルモノナリ(可ラカル)又之不特定物ハ種類ノミ定マレリト雖モ尚数量長短等モ定マラサルヘカラス(可ラカルヲ以テ勢ヒ分量ヲモ云ハサルヘカラス)此点ヨリ定量物トナルナリ此意味ヲ解スレハ羅馬法以来ノ定義ニアル度量衡ヲ以テ計リ得ヘシトノ誤リニアラス然レトモ文字ニ拘泥スルハ大ニ不可ナリ何トナラハ家屋ノ如キハ長サ幾何、坪数幾何ト云ヒ又何番地ノ家ト云ヒテ売買スル故ニ家坪数ニテ買フモノナリ例ヘハ汝ニ住居ニ堪ユル家一屋ヲ与フヘシト云フカ如キ場合ナリ此場合ニ該当スル家ハ定量物ナリトノ考ハ普通起ラサルヘシ此理由ヲ以テ羅馬法以来普通ニ行ハレ来ル定義ヲレハ数ヲ以テ計リ得ヘキモノニテアハ不穏当ニシテ種類ノミヲ以テ定メタル特定物ハ特定物不特物定ノ文字ハ往々之ヲ用ユルニ代替物定量物等ノ文字ハ絶ヘテ用ヰサリキ

(2)尚実際ノ適用アルハ譲渡シ得ルモノト否ラサルモノトノ区別ナルヘシ元ヨリ此二者ニシテ例ヘハ国家ノ権力ニテ何某ニ之ヲ与フルトカ云ヒテ与タルモノハ之ヲ譲渡スルカラスト

是ハ不動産ニ付テハ多ク適用セラレ然レドモ物ヲ有体物ニ限ル我カ民法ノ如キ国ニ於テハ動産ニ付テモ亦適用アリ日本ニテ有体物ニ付テハ動産ト不動産トノ区別ハ殆ント実際ノ適用ニ至ルマデ重要ナルモノニシテ何レニモ属セシメ難キ物ヲ譲渡スル場合ノ如キモ之ヲ譲渡スルニハ登記ヲ要スト云ヒ又ハ登記ヲ要スルモノニ付テハ之ヲ動産ト看做スト云フカ如キ不自然ノ擬制ヲ設ケサルヲ得ス之ニ反シ何レニモ属セシメ難キ物ヲ譲渡スルニハ登記ヲ要スルモノニ付テハ之ヲ不

尚譲渡スルコヲ得サル権利トシテ法律ノ規定ヨリ出ツルモノハ債権債借ニ於テ債
人ノ権利ハ原則上譲渡スコヲ許サス即民法六三条債借人ハ債権人ノ承諾
アルニ非サレハ其権利ヲ譲渡シ又ハ債借物ヲ転貸スルコヲ得ス(第二項署)雇
傭ニ係ルモ亦然リ之ヲ性質上ヨリ論スルモノト云ヒテ可ナリ即民第六二五条
使用者ハ労務者ノ承諾アルニ非サレハ其権利ヲ第三者ニ譲渡スルコヲ得ス(二項
以下署)又受負ニ干シテハ原則トシテ之ヲ禁セス永小作権ハ物権ニシテ譲渡ス
ヲ得ルヲ本則トスレ共特約ヲ以テ譲渡スコヲ得ス定ムルヲ得シ即二七二条但書
ニヨリ之ヲ知ルヘシ民第二七三条、永小作人ハ其権利ヲ他人ニ譲渡シ又其権利ノ
存続期間内ニ於テ耕作若ハ牧蓄ノ為ニ土地ヲ賃貸スルコヲ得但シ設定行
為ヲ以テ之ヲ禁シタルトキハ此限リニ在ラス
又失股特権ハ権利ノ性質上独立ニ分離シテ譲渡スルコヲ得ス債権ト伴ハ自然
ニ移転スヘキ要スルニ此等ノ権利ハ質権ニ付テ適用アルカ故ニ区別天自身
ハ不必要ナルトハ云ハサレ共法文ニ特ニ之カ定義ヲ掲ケ規定スルノ必要ハナシトイフヘシ
尚譲渡スコヲ得サルモノハ扶養ノ権利ナリ民法第九六三条、扶養ヲ受クル権
利ハ之ヲ処分スルコヲ得ス

(3)尚民事訴訟法上起ル問題ハ差押スルコヲ得ルモノト否ラサルモノトノ区別シテ必
竟此区別ニヨリ強制執行ヲ為スヲ得ルト否トヲ定ムル必要アリ然レ共亦之ヲ定
ムル要ナク況ヤ特ニ規定ヲ設クルノ必要ナシ、此差押ヲ禁スル物ニ付テハ無
体物ニ干シテハ民法中相殺ニ付テ唯一規定アリ即民法第五一〇条、債権カ差
押ヲ禁ゼラレモノナルトキハ其債務者ハ相殺ヲ以テ債権者ニ対抗スルコヲ得ス尚差
押スルコヲ得サルモノハ現行民事訴訟法ニハ民事訴訟法第五七〇条(有体物ニ干
シ)民訴六一八条(債権ニ干ス)ノ規定アリ
(4)可分不可分ノ区別ハ無体物ニノミヨリ適用スルヲ得ス之レ勿論ノコナリ何トナレハ
有体物ハ之ヲ分ツトキハ用ヲ為サルモノ多ク生物ハ勿論書籍ノ如キモ亦然リ故ニ其意
味ナクハ有体物ニモ適用アルヘシト雖モ――――ボアソナード氏及欧州学者ハ可
分物不可分物トハ斯カル意味ニアラスシテ全ク可分権不可分権ノコトヲ云ヒナリ例ヘ
ハ所有権ハ可分権ナリ是其有ニ得ラルヘキヲ以テナリ又権利ノ種類ヨリ不可
分権アリ例ニハ地役権ノ如シ債権中ニモ不可分ノモノアリ例ハ家ヲ建ツルノ債権
ハ分ツコヲ得ス(半ハ立テ、可ナリトス云フ(カラス)旅行ヲ為スノ義務即債権亦然リ
要スルニ皆之レ権利ニ干スルニ区別スルヲ唯茲ニ注意スヘキハ旧法典ハ大ニ典ヲ

リ即チ抵当権ハ不可分ナリトシテ不可分物ノ例ニ挙ケシハ之ナリ然シ此之ハ全シク不可分ト云フモ其意味大ニ異ナリ抵当権ノ不可分ナル意味ハ債務者カ仮令一部ノ弁済ヲ為ストモ抵当権カ一部分消滅スルモノニアラストイフ義ナリ故ニ之ハ権利カ不可分ナリト云ハンヨリハ寧ロ債務者ヨリ権利ヲ分ツヲ得スト云フヲ以テ正当トス要スルニ不可分ト云ヒテ可ナリト雖モ他ノ権利ノ不可分トハ大ニ其意味ヲ異ニセハナラス記憶スヘシ其証拠ハ権利者ノ勝手ニテ分ツヲ得権利者若シ一部分ノ弁済ニヨリテ権利ノ一部分ヲ消滅セシメント欲セハ消滅セシ得ヘキヲ以テ知ルヘシ例ハ遺失物ト雖モ盗賊品ト雖モ多少ノ疑アレハ必ス規定ヲ設ケントセハ設ケラルヘキモノニシテ斯カル迄別ナリ、以上ヲ以テ物ノ種別ヲ了スルヲ得ヘシ

第五節　果実

果実ノ定義ニ付テハ学者ノ議論及立法例共ニ迄々ニ渉リ唯其尤モ著シキ二至リテハ争議ナキヲ言ヲ俟タス例ハ木ニ結ヒ果実田畠ニ実ル米穀野菜類ハ無論果実ナリ然レトモ第一ニ定義ヲ下スヲ甚タ困難ニシテ第二ニハ実際果実ナリヤ否ヤノ問題起ルニ当テ大ニ議論アルヘシ果実ノ定義ハ古来種々アリ其一ニ曰ク、果実ハ定期ニ取ルモノナラサルヘカラスト、此説ハ新民法ニテ採ラス其理由ハ主トシテ或ル一ノ疑問ヲ新法典ニテ暗ニ決スルノ考ナリキ即チ砿物石材ノ如キ土地ヨリ堀出スモノハ果実ナルヤ否ヤノ問題ニシテ従来寧ロ之ヲ果実ニアラストスレハ定期ニ取ルモノ即果実ト云フヲ得サルニ何ソヤ又何年間ト雖トモ休業スルヲ得ヘクシテ普通ノ有様ニ於テ定期ニ取ルト云フモノニアラサレハナリ乍併之ヲ果実ト看做スコノ穏当ナルトニ付テハ勢ヒ法律ニ其果実ナルヲ規定スルノ必要ヲ説カサルヘカラス

柳モ此問題ハ収益ニ牽連スル盖シ物ニ付テハ処分使用収益ノ三事アリ（之ハ民ニ説明スル或ハ之ヲ陳腐ニ属セリト云フ人アルモ羅馬法以来存スル便利ナル説ナリ）此収益ハ果実ヲ取ルノ意味ナリヤ止場合ニ主トシテ果実ナルヤ否ヤノ問題生ス然ルニ砿山石坑ハ収益スルヲ得サルモノナリト云フヲ得ス若シ否ラサレハ此物

ニテスル処分及使用収益ノ三ノ便利ナル区別鉱山石坑ニアテハマラサルコトナハ(シ
乍併砿山ヨリ常ニ収入スルモノハ砿物ナリ石坑ヨリ収入スルモノハ石材ナリ若シ此
等ノモノ果実ニアラストスレハ是等ノ山ヨリハ収益シ能ハサルコトナレハナリ(人ニ貸シタ
ル時ハ収益ヲ生スヘキモ普通ノ場合ニハ収益ナキコトナルナリ)要スルニ理論ハ暫ク
措キテ実際上斯ル結果ヲ生スルハ不便ナルコト非常ニ多シ故ニ此定義ハ採用
セサリキ尚此定義ノ定期ニ取ルモノト云フニ付テハ不完全ナルコアリ例ヘハ耕作地ヨリ
米穀ヲ取ルハコハ普通或ハ定期ナルヘシト雖モ必ス一定セルコトアラス畠ナルハ今年ハ
麦来年ハ大根ト云フ如ク作物ヲ変スルコトアルヘク従テ其収獲ノ時期ニ差異ヲ
生スル言ヲ俟タスシテ定期ト云ヒ難シト云フヘシカ之此定義ノミニテハ到底不足ナル
明カナリ例ヘハ卵ヲ産スルカ為メ飼養セル鶏又ハ子ヲ生セシムル為メニ養フ牛馬
等ノ子ヲ産スル場合ノ如キハ不可ナルト雖モ唯耕作ノ用ニ供スル為メニシテ子ヲ
産スルヲ目的トシテ飼用セサル牛馬ノ子ノ定期ニ産スルカ如キハ牛ノ子ハ果実ナルヘ
キヤ否ヤ如何ナル学者ト雖モ之カ果実ナリト云ハサルヘシ要スルニ定期云々
ト云フモ十ニ三ハ不足ナリトス
尚一派ノ定義ニハ物ノ原質ヲ損セサルコトヲ必要トセリ之レ全シク砿物石材ニ適用

スルヲ得ス砿石採堀ハ必ス年々原物ノ価ヲ変スヘシ且ツ普通ノ耕作ニモ又適用ス
ルヲ得ス耕作スル毎ニ土地ハ必ス磨スヘシ故ニ到底原物ヲ損セサルモノトハ云フヲ得
ス要スルニ一尚一ノ原素必要ナルヨリ其原素ヲ失フニ要素モ此要素ニ并セ云フ時ハ
誤謬ニ陥ルコトシ故ニ三要素ヲ合セテ云フ時ハ一般ニ行ハルト雖モ新民法ハ斯ル
物ノ用法ニ従フテ唯一ノ要素ヲ択リ之ニテ砿物石材ヲモ明ニ含マシムルコトヲ得ヘ
シ又耕作ニ用ユル牛ハ子ヲ生マシムルコトヲ以テ用法トナサヽルカ故ニ其子ハ果実ニアラ
ス従テ尤モ著キ例ヲ云ヘハ賃借スルモ其物ノ果実ヲ取ルコトヲ得故ニ鶏ヲ賃借
スルハ夫レハ卵ヲ取ルコトヲ得シ然レトモ耕作用ノ牛ヲ賃借スルモ其子ヲ取ルコトヲ得ス
反之砿山石坑ハ之ヲ賃借スレハ其砿石ヲ採堀シ得ルコト言ヲ俟タス必竟是等ノ
事ニ付キ果実ナリヤ否ヤノ事必要ナリトス
法定果実、茲ニ果実ニ準シテ果実トスル法律ニテ取扱ヘルモノアリ新民法ニ
所謂法定果実之ナリ此語ニテ云フ所ノ[illegible]ノ訳ニテ
新民法ハ物ノ使用ノ対償トシテ受クヘキ金銭其他ノ物ト定義セリ而シテ其尤モ
著シキ例ヲ云ハ金銭ノ利息物貸借ヨリ之ナリ蓋シ金ヲ借ハハ借主カ他人ノ金

或ヲ使用スルモノニシテ其代リ利息ヲ払フナリ即対価ナリ、法定果実ハ先キニ云ヒシ果実（之ヲ法定果実ニ対シ天然果実即チ（Natürliche Früchte）ト云ヒ法律ノ適用上全ク別トス即賃貸借ノ場合ニ於テモ転貸ヲ許シ居ラハ其転貸ヨリ生スル借賃ハ無論最初ノ借主之ヲ取ルヘシ又利息ニ付テモ（今日旧法ヨリ適用少シ）例ヘハ夫ハ原則トシテ妻ノ財産ノ果実即利子ヲ取ルモノトス（第七九九条）又父又ハ母ノ親権ヲ行フモノカ未成年ノ子ノ財産ノ果実ヲ取ルコト（第八九〇条）之レ恰モ子ノ所有ニ属スル田畠ヨリ年々収獲サル、米穀ヲ親又ハ夫カ取ルニ全ク之ニ似タリ一ノ疑問起ルハ乃チ定期金ニ干スルコトニテ今日迄ハ日本ニ定期金ナルモノ殆ト無カリシカ如キ訳ニハ彼ノ国ニアリテハ Rente Perpétuelle 即無期年金ト云フ様ニ至ルマテ愛取ルヘキ権利アルナリ殊ニ終身定期金ノ如キハ今后大ニ頻繁ニ行ハルヽ時世ノ変遷上生活ニ困難トナル家ヲ恩フノ念薄ラノニ従ヒテ行ハルヽモノナリ即チ予カ妻子其他ノ繋累ヲ有セスト仮定シ老后ノ用ニ供セン為メニ或年限マテ稼キテ貯蓄シタル金アリトスルモ唯其利子ノミニ頼ハヽ到底生活シ能ハス去レハトテ已ニ老后ノ身ノ枯死スルヤ必スヤ十年ヲ出テサルヲ従テ貯

金残金ヲ生スル無用ノ事ト考ヘ或人ニ約スルニ一万ノ貯金ヲ与フルカ故ニ（一万円ノ利子ハ五百円トシテ）予カ終身年千円（即当該利息ノ倍）宛ヲ支出セヨト云フ時ハ即チ終

二、定期金ナリ

其他法律上ニテ定マル定期金アリ勲章ニ伴フ年金恩給ノ如シ又親族間扶養ノ義務ハ動モスレハ定期金トナルヘキ性質ヲ有スルモノニシテ且ツ恩人ニ年々定期金ヲ与フルト約束スルハ法律上為シ得ラルヽナリ是等定期金ノ果実ナルヤ否ヤハ多少議論アルヘキ問題ナレ共新民法ノ定義ニヨレハ果実ニアラストセリ其理由ハ物ノ使用ノ対価ニアラサルヲ以テナリ大モ某一ノ例ニ於テハ一部分ハ物ノ使用ノ対価ト云ヒ得ラルヽ何トナレハ定期金ノ一部分ハ元本ニテ他ノ一部分ハ利息ナリ故ニ利息ニ当ル部分ハ果実ト云ヒ得ヘケレハナリ

又理由ヨリスレハ明白ナレ共往々大ニ疑問トナル定期金カ鉱物石材ト大ニ似タルコトアリ鉱石ハ砿山石坑ヨリ採掘シ漸々之ヲ採リ尽スヘキ定期金モ亦法律上死ス迄ニ元本ト共利息ヲ取尽スモノト見做サルカ故ニ其間大ニ類似セリ然レ共深ク之ヲ観察スレハ砿石トハ大ニ其性質ヲ異ニシ物ノ用法ニ依リテ得ルモノト比スルヲ得ス定

期金其ノ権利ハ用法ニヨリテ行使スルモノト云フヲ得ス要スルニ立法論トシテハ多少ノ反対アリトモ新民法ニテハ此理由ニ基キ定期金ヲ果実トハ見做サヽリキ
以上ヲ以テ果実ノ定義ニ干スル概要ヲ終リ次ニ必ス一定スルヲ要スヘキ問題即チ果実ハ何レノ時ヨリ独立ノ物トナルカ学理上ノ問題ヲ研究セントスル要ヲ概メハ栗ノ木ノ一部分ナリト云フヲ得サルヘシ然ラハ栗ノ毬ヨリ落ツル即独立スヘキヤト云フニ決シテ然ラス若シ之ヲ縁故ナキモノトスレハ其ノ落チタル栗ハ初メハ無主物ナラサルヘカラス之レ非理ナリ必ス栗ノ樹ノ所有者ノ物タルヘカラス蓋シ明了ナリ、然レトモ栗カ木ヨリ独立シテ所有権ノ目的トナルニ其間ニ極メテ微妙ナル区別アリ即栗ノ木ノ所有者カ引続キ其所有者タル間ハ論ナシト雖モ其間ニ所有権移転セラルヽニハ栗実ハ何人ニ属スヘキヤ又栗落チタル后栗ノ木ヲ売リタル場合ニ其実何人ニ属スヘキヤ此問題タル所有権ノ譲渡シノ場合ニハ未タ簡単ナリト雖モ賃借問題トナレハ雖問トナシ即チ栗ノ木ヲ地ト共ニ貸スノ約ニ当テ現在木ニ結ヒ落チタル時ニ契約ヲ為スモ多少ノ疑アリ況ヤ権利ノ消滅スヘキ場合ヲ前ヨリ豫想スルハ如何ニ例ヘハ権利者ノ死亡シタル場合ニハ死シタル人ノ相続人ノモノトナルカ将タ死シタル時栗ノ木ノ所有者トナル人ノモノトナル

ヤ此問題ヲ特ニ規定セリト雖モ新民法ニテハ一様ニ規定シ凡テ分離ヲ標準トセリ故ニ前例ニ於テ木ニ結ヒタルモノハ木ノ所有者ノモノニシテ其原因如何ニ拘ハラス又地ニ落チタルモノハ未タ之ヲ拾ハサルニ先チ所有者売却スレハ其果実ハ旧所有者ノモノナルヘシ（悪意ノ点ハ別段）

此事タル場合ニヨリテハ不公平ヲ来スノ恐レアリト雖モ他ニ良標準ナキヲ以テ又竟理論上ヨリ云ヘハ果実ハ木ニ結ヒル間ハ木ノ一部ヲナスト雖モ木ヨリ離レハ実ハ独立シテ所有権ノ目的トナルヘシ新民法ハ此標準ヲ取リタル大ニ正当ナリ尤モ之ハ契約等ニテ変更シ得ヘシ公益規定ニアラス、以上ヲ以テ天然果実ニ付テハ了ヘリ

法定果実ニ付テハ如何、法定果実ハ木ヨリ離レ土地ヨリ離ルヽトヲ得ス何トナレハ法定果実ハ人ヨリ或物ノ権利ヲ請求スルモノナレハナリ故ニ学者ニヨリテハ法定果実ハ物ヲ云フニアラスシテ利息ヲ請求スルノ権利借賃ヲ請求スルノ権利ヲ云フモノナリトスル人アリ然レトモ新民法ニテハ之ヲ採ラス
新民法ニテハ愈々受取ルニ金ヲ云ヒ又借賃ノ場合ニテハ時ニ天然果実ノ一ナルニアラス（然ラストスレ

ニ私ハ之ヲ延ハセシメタル場合ニ付テ二説アルヘシ第一ハ果実ヲ受取ハサル時（即チ利息ニアリテハ一年ノ終リ）換言スレハ支払時期ノ前后ヲ以テ権利ヲ定ムル主義ナリ仮令之ハ非常ナル不公平ヲ来ス恐レアリ由之第二ノ主義ヲ正シトシテ新民法ハ之ヲ採用セリ即チ曰ク債務ト云ヒ文字ト合意味ナリ即チ仏ノ dette ハ権利義務ノ二意義ヲ有セルヲ以テ之ヨリ権利行為ノ文字来リシナランモ茲ニ明日ヨリ返ハノ慣習アリ即チ利息ノ発生ノ時ヨリトスルモノトス

第四章　法律行為

法律行為トハ旧法ニ権利行為トモ云ヒシ文字ト合意味ナリ即チ仏ノ acte juridique ナリ独ノ Rechtsgeschäft ナリ独乙ノ Rechtsgeschäft ハ権利義務ノ二意義ヲ有セルヲ以テ之ヨリ権利行為ノ文字来リシナランモ茲ニ所謂 Rechtsgeschäft ナル語ハ元来法律行為ノ意味ナルヘシト信ス尚独語之ヲ Rechtshandlung ト云フ稍ヤ意味広クシテ或ハ所謂犯罪準犯罪即英語法ノ所謂私犯（私犯法上ノ犯罪）ヲモ含マシムルモノアリ仏ノ acte juridique 亦全ク之ノ広義ニ於テハ之ヲ含マシムルモノトス

要スルニ Rechtsgeschäft ナル文字ハ是等ヨリ意味狭ク又竟スルニ文字カ私犯等ニ当セス普通取引ナル文字ナルハナリ而シテ意思表示ヲ要スル即法律行為ナル文字ノ狭義ニ於テハ定義ヲ云ハヽ私権ニ関シテ法律上ノ効力ヲ生セシムル目的トスル意思表示ナリト云ハサルヘカラス然ルニハ犯罪準犯罪ノ如キモノハ含マサルナリ何トナレハ殊更ニ義務ヲ負ハントスル目的ノ有スル意思表示ト云フヲ得サレハナリ新民法ニ所謂法律行為ハ此ノ狭義ノ意味ナリ此中ニ包含スルモノニ至リテハ固ヨリ枚挙ニ遑アラス然レトモ契約ハ其最モ重要ナルモノナリ遺言其他各種ノ通知追認承諾等ハ皆意思表示ニシテ法律行為ナリ（追認トハ例ヘハ取消シ得ヘキ行為ヲ后ヨリ認メテ取消サヽルヲ云ヒ承認トハ例ヘハ相続人カ相続ヲ辞セス引受ケハコレヲ云フ）其他新民法ニ多クノ意思表示ノ場合アリ法律行為ノ取消シ又之ナリ例無能力者ノ行為ヲ取消スモ一ノ意思表示ナリ又一方ノ意思ニテ契約ヲ解除スルコトモ亦意思表示ナリ又甲乙間ニ債権債務ヲ有スルヤ相殺ニテ双方ノ義務ヲ消滅セシムルコト即俗ニ所謂差引勘定スルコトモ之亦一方カ其意思ヲ表示スルモ也法典ニ於テ法律行為ニ干スル一般ノ規定掲ケタルノ例ハ寥々稀ナリ古法典ニテ

云ハ Recht Droit Diritto ノ之ヲ掲ク独乙法典例ハ民法ニモ之ヲ掲ケタリ但シ契約ノ法条中ニ或ハ意思表示ナル表題ノ下ニ規定ヲ設ケタル例アリ要スルニ法律行為ノ総則ヲ掲ケル法典近来ニ在リテハ独乙民法ニ限リ他ニ其例甚ダ少シ多クハ皆契約ノ規定ヨリ外ナシ然ラバトテ契約以外ニ法律行為ヲ認メサルニアラサルハ言ヲ俟タス仍テ契約以外ノ法律行為ニハ契約ニ関スル規定ヲ準用スルコト断シテ不可ナリ之ヲ以テ新民法ハ法律行為ノ総則ヲ設ケタリ

第一節　総則

法律行為ノ類別、法律行為ノ類別モ亦物ノ類別ト全シク種々ノ場合ヲ考フレハ種々ノ類別ヲナシ得ヘシト雖モ従来一般ニ行ハレ類別ノ重ナルモノヲ云ヘハ三種アリ（是レ皆契約ノ類別トシテ論ジタル法律行為ノ一般ノ規定ヲ云フ以上ハ法律行為ノ類別トシテ之ヲ云ハサルヘカラス）

第一、有償行為、無償行為、有償行為トハ各当事者カ出捐（損）ヲ為スヲ云フ（出捐トハ仏語 Sacrifice ノ訳語ナリ）無償行為トハ当事者ノ一方ノミカ出捐ヲナスコトヲ云フ例ハ贈与及使用貸借（弁済ハ法律行為ナリ債務ノ目的ヲ供スルナリ例ハ金ヲ払フ方ハ即出捐スルナリ受方ハ之カ為メニ債権ヲ失フ之亦出捐ナリ故ニ有償行為ナリ売買賃貸借皆双方ヨリ出捐ス）ハ皆有償行為ナリ尚ホ有償行為ノ例少カラス相殺ノ意思表示ノ如キ亦然リ蓋シ相殺トハ甲乙間ニ互ニ債権債務アル時之ヲ差引勘定セントシ甲ヨリ其意思ヲ表示スル時ハ甲ハ先ツ己ノ権利ヲ失フモノナルカ故ニ出捐ニ亦然リ無償行為ハ贈与其随一タリ遺贈モ又之ナリ蓋シ遺言スルモノニ出捐スルナリ尤モ負担付贈与又ハ遺贈ハ有償行為ナリ又使用貸借（借主ハ之ヲ無償ニテ使用スルナリ又他人ノ為メニ無償ニテ物ヲ己レノ用ニ供セシムルヲ人ニ貸シ借主ハ之ヲ借ルヲ貸借ト謂フ）ハ仝シク無償ナリ即チ貸方ハ己レノ所有物ヲ給シテ働クモ無償ナリ旧民法ニ於テハ即法文ノ不良ナルヨリ概ネ誤謬ナリ若シ之ヲ誤リトセサルハ即法文ノ意思表示ヲ為スニ定ノ方式ヲ必要トスルヲ第二、要式行為、不要式行為、トハ意思表示ヲナスモ可ナルモノナリ要式行為ノ例ヲ挙クレハ新民法ニテハ遺言、婚姻、養子縁組、恢復ノ離婚、若クハ離縁、隠居等其他相続人ノ廃除等之ナリ不要式行為トハ甚ダ多数ナリ新民法ニテハ財産

上ノ契約ハ皆不要式行為ナリ賃貸借使用貸借ハ更ナリ（賃貸借ハ羅馬法以来不要式ニテ諾成契約ナリ）欧州ニテハ今日尚多クノ要式行為トセル贈与又ハ夫婦ノ財産契約ノ如キモ我新民法又之ヲ不要式行為トセリ（旧法典ハ要式ナリキ）日本ニ於テハ是等ノコトニ付慣習上方式ヲ要スルコトナシ故ニ外国例ヲ採用セス其他単独行為即チ一方ノミノ意思ニヨリテ成立スル行為ハ概ネ不要式ナリ債務ノ追認通知等ノ如シ之ニ付テハ既ニ総則編三〇〇条ニ大ニ誤レル規定アリ

第三、主タル行為トハ其行為成立スルニ他ノ法律干係ヲ要セス又然リ他ノ法律行為ヲ要スルモノナリ例ハ普通ノ法律行為ハ皆主タル行為ナリ賃貸借ノ成立ニハ必ス先ツ契約成立スルニハ他ノ法律行為ヲ要セス贈与又然リ他ノ法律行為ヲ挙ルヲ要セス

ハ実際往々アルコトナレハ之レ決シテ行為ノ成立上ニ必要アルニアラス単ニ偶然ノ結果タルニ過キス隊限ナシ従タル行為ノ自ラ明カナルコト従タル行為トハ例ヘハ保証ノ如キ之ナリ保証契約ノ成立スル為メニハ必ス主タル債務ナカルヘカラス斯カル法律行為ハ普通ノ法律行為ニアラサレハ連帯契約ハアリ得ラス例ヘハ甲カ乙ヨリ借金シテ爰ニ倩借ル法律干係アリ丙之カ保証スルト云フ以テ始メテ保証行為ハ成立スルナリ突然丙カ保証スルニアラサルナリ連帯契約モ若シ右ヨリ連帯契約ヲスルトキハ従タル行為ナリ初メヨリ連帯ノ約アレハ之レ連帯ニアラスシテ一ノ行為タルナリ後ヨリ連帯スルコトアラハ之レ従タル行為ナリ何トナレハ先ツ連帯ナルコトアラハ必ス債務者カ二人以上アラサルヘカラス斯カル法律行為アルニアラサレハ連帯契約ハアリ得ヘカラサルナリ又改モ従タル行為ナリ即甲ノ債権ヲ消滅セシメテ其代リニ乙ノ債権ノ発生セシムルモノナレハナリ余カ百円ヲ或人ニ払フノ義務アルトキ之ヲ払フコトヲ止メテ其代リ時計ヲ与フルコトヲ約スルトキハ之レ更改タルコトナリ而シテ其従タル行為タル所以ハ初メノ債権ヲ消滅セシムルニアリ更改ハ成立シ得サレハナリ其他相殺弁済等モ従タル行為ナリ保証是等ニ付テハ主タル従タル行為ノ間ニ必要ノ起ス必要殆ント無シ

又地役権ノ設定ハ従タル行為ナリ地役権ハ甲ノ土地ノ為メニ乙ノ土地ヲ使用スルノ権利ヲ設定スルニハ必ス前ニ甲ノ土地ノ所有権ナカルヘカラス之レ法律干係ナリシテ突然地役権ヲ設定スルコトヲ得ス其他質権抵当権ノ設定亦全シ之ハ保証ト全ク同シク或行為ヲ担保スル為メニ設定スルナリ之ニ付テモ既ニ総則編三八三条ニ大ニ誤レル主義ヲ掲ケタリ、以上ハ法律行為ノ性質別ナリトセハ必要ハ今之ヲ云フ代ハ錯雑ノ恐レアルヲ以テ之ヲ掲ケス今后之ニ付テ必ス間違起ルヘケレハ其時々之ヲ説明スヘシ

不融行為ハ法律行為ノ目的トスルコトヲ得ス不融ノコトヲ法律行為ノ目

的トシテ為ス能ハスト雖モ法律ハ之ヲ認メス例ヘハ太陽ヘ旅行ヲスル契約ハ無論不能ノコトニテ無効ナリ然レ共中ニハ智能ノ不足等ヨリ不能ナルコトヲモ不能ニアラスト考ヘテ約定スルコトアリ例ヘハ往昔欧州ニテ何物ト雖モ金ニ変スルコヲ得ト信セリ然レ共之ヲ目的トスルトテ到底不能ノコトナルヲ以テ其法律行為ハ無効ナリトス此事実上不能ナル事ニ付テハ夫カ法律行為ノ目的タルニカカラサルハ明カナリ唯茲ニ注意スヘキハ不能ナルハ実ニ容易ニ云ヒ得ヘカラサルコトアリ那翁ハ世ニ不能ナルコトトシテ此文字ヲ字書ヨリ削ラレメキトニテ要スルニ普通人ノ考ヘテハ不能ニ属セサルコトアリ近キ例ヲ以テハ人力ヲ以テ到底人身ノ内部ヲ窺フヲ得ストセルヲ一朝ニ光線ノ発明アリテ以来ハ或程度迄ハ可能ノコトトナリ故ニ拘疑ノ起リシ時ニ文判官カ自己ノ智識ノ範囲ニテ判断スルカ往々誤謬ヲ生スルコト例ニ乏シカラス又夫ヲ以テ若シ之ヲ遂ケハ若干円ヲ与フヘキ約束スルカ如キコトアラハ文判官ハ之ヲ不能ヲ目的トシタル行為ナルカ故ニ無効ナリト云ヒシナルヘシ実際上当時ノ智識ノ程度ニテ能ク得サルコトハ文判官ハ之ヲ不能トスル外ナキヨリ以上ハ絶対ニ不能ナル場合ニ云ヒルカ尚法律上不能ナル場合アリ（事実上ハ不能ニアラサルコトモシテ）例ハ人ヲ殺スハ極メテ容易ヨリ然シ乍ラ法律上之ヲ許サス之ニ反シ故ニ於ケル不能行為ヲ

之ハ特ニ不法行為ノ名ヲ附シタリ

不法行為ハ独語ニシテ独語之ヲ unerlaubte Handlung ト云フ法律上不能ノ場合ヨリ之ニ付テハ来成年法国ト慣習法国トニ実際稍ヲ差異アリ成文法国ニ於テハ原則トシテ法律ニ禁セサル行為ハ不法トセス雖モ慣習法国ニ於テハ然ラス依テ余ノ考フル処ニヨレハ如何ニ成年法国トテ一切法上ノ手続ヲ一モ漏スヘカラス規定スルコヲ得ス又慣習法ノ鉄地アルヘシト雖モ新法典ハ明ニ之ヲ認メタリ（法例二条）然レ共成文法国ニテハ可成成文ニ規定スル可キヨリ故ニ新民法第九の条ニハ民法第九の条公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トセリ学者ヨリテハ此規定ハナクトモ単ニ公ノ秩序ニ反シ又ハ単ニ善良ノ風俗ニ反スルハ不法行為ニアラサルコトハナシト云フモノアレ共余ハ之ヲ採ラス（但シ明文アル方明了ナルニハ相違ナシ）

公ノ秩序ハ仏ノ ordre public 独ノ öffentliche Ordnung 直訳シテ善良風俗ハ仏ノ bonnes mœurs 共ニ mœurs ニテ仏ノ ordre public ノ直訳ナリ公ノ秩序ニ反スルトハ例ハ殺人又ハ暴行ノ害ノ如キヲ云フ善良ノ風俗ニ反スルトハ例ハ猥褻ノ斯行又ハ倫理ニ悖ルヲ云フ外国ノ学者ノ屡々例示セル如ク一生涯婚姻セサル如キ亦全シ又他

人ノ拘束権ヲ束縛スルカ如キハ公ノ秩序ヲ害スルヿナリ余ハ此二語ヲ適用シタルヲ不当ナリト信ス公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ト云フトキハ二個別途ノヿナラサルヿカラス而シテ単ニ公ノ秩序ニ反スル又単ニ善良ノ風俗ニ反スルヿハ公ノ秩序ニ反セスト云ハサルヿカラスト雖モ殺人盗賊ハ善良ノ風俗ニ従トシモノニアラサルハ言ヲ俟タス猥褻ノ所行終身未婚等ノヿハ一キリ何トナク是等ノカ風俗ヲ乱リ社会上不良ノ結果ヲ生スルヿアリ公ノ秩序ニ反セス唯善良ノ風俗ニ反スル所行ト雖モ法律ハ之ヲ不法ト云ハス道徳上ヨリ見レハ随分不良ノ行為多キモ之皆法律上不法ノ行為ト云フヲ得ス(例ハ酒ヲ多飲スルカ如シ)故ニ善良ノ風俗ニ反スルヿヲ文字通リニハ決シテ解スルヿカラスシテ其結果カ公ノ秩序ニ反スルヿナラサルヿカラス故ニ之ヲ併用スルヿ必要ナレ余ハ鼻見ヲ法典調査会ニ主張セシモ不幸採用セラレス依然数年ヌ前ノ羅馬法ヲ襲用セラレタリ羅馬ニテハ道徳ト法律トノ区別明ナラス彼ノ[illegible]ハ慣習ヲ意味スルヿアリ慣習カ法律ナリ又道徳ナリ故ニ入リ混シテ其間ニ区別アカリキ故ニ善良ノ風俗ニ反スルヿハ或ハ善良ナル慣習ニ反スルヿトナリ公ノ秩序ニ干スルモノナルカ故ニ今日ニテモ公ノ秩序併用セラレタリ以上ハ不能行為中ノ不法行為ナリ

ニ明文アルモノハ不法行為ナルヿニ付テハ疑ナカルヘシ殺人強盗ハ刑法ノ明文ニアリ其他凡テ法律ノ命スルヿニ反セル行為ノ不法ナル説明ヲ俟タス唯茲ニ一ノ注意スヘキハ法律ノ規定カ悉ク命令的ニアラサルヿナリ例ハ法律ニ斯ヤタノ場合ニハ甲ハ乙ニ対シ若干ノ金ヲ払フヘシト規定シタルトモ拘ラス之ヲ契約ニヨリ払ハサルヿニ定メタリトスルハ之ハ不法ノ行為ナルカ否ヤスラモ然カ云フヲ得ス其規定ノ精神ニテ公ノ秩序ヲ目的トシテ居レハ不法ノ行為ナリ例ハ扶養ノ義務ハ公ノ秩序ニ関スルモノナリ故ニ親子契約ヲシテ仮令餓死スルモ断然互ニ相扶ケサルヿト契約スルヿアリトモ其無効ナルヿハ言ヲ俟タス例ハ民法中至ル処此種ノ規定アルカ過失ニヨリ損害ヲ加ヘタルモノハ賠償セサルヿカラストアルヿ之ヲ契約ニテ過失アリトモ賠償セストモ可ナリトスルハ有効ナリ(多少之ニハ反対ノ説モアレモ)過失ハ人ノ免レサル所ナリ故ニ知リツヽ行ハヽ過失ニアラスト雖モ知ラスシテ行フモノナルカ故ニ其間ニ義務ヲ負ハストモ公ノ秩序ニ反スルヿナシ但シ悪意ニテ人ニ加害シタルニ拘ラス之ヲ責任セシトスルノ契約ハ無論無効ナリ仍併契約上等ニテ法律ノ定ムル義務ヲ負フヿナルモ亦凡テ特約ニテ之ヲ免ルヽヲ得ヘシ於此カ即法律行為ト法令トノ干係生ス即チ第九一条ノ規

定アル所以ナリ民法第九一条、法律行為ノ当事者ガ法令中ノ公ノ秩序ニ干サ
ル規定ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ従フ、如何ナル規定ガ公ノ秩
序ニ関スルカ又干セサルカハ実際困難ナル問題ナルニ之ヲ法律ノ冒頭ニ命令規
定ナリト認メテ豫メ之ヲ定メハ得スル又全一ノ条項ニ反スル契約ト雖モ其方法ニ
従テ有効トナリ無効トナルコトアリテ恰モ前陳不法行為ニ干スル規定ニ於テ悪意又
ハ過失ニテ他人ニ加害シタルモノハ賠償スヘシト定メラルモ悪意ノ時ハ兎ス賠償スヘシト定メラルモ
ノニ過失ノ時ハ其必要ナキカ如シ要スルニ裁判官ノ判断ニ任スヘキヲ以テ九一条ノ規
定ハ学者ノ議論トシテハ之ヲ設ケルモ可ナリト雖モ実際無用ノ法文ナリ之ヲ欠クトモ
九〇条ニヨリテ明了ナリ否九〇条ノ規定ナクモ此事タル明了ナリトス
唯実際必要アルハ何レカ命令規定ニアラサルヤノコトナリ余ノ
考ヲ以テスレハ夜令煩累ノ嫌アルモ規定ノ性質上疑アル毎ニ特ニ反対ノ契約ス
意思表示ヲ許スコトヲ各キ如キヲ可トス
現ニ民法初業ニハ之ヲ規定セリ例セハ八七条主物云々ノ処ニモ但シ法令慣習又ハ法
律行為ニ別段ノ定メアルトキハ此限リニアラストセリ其他至ル処ニカル文字アリキ稍煩
累ニ直ハ嫌リアレ明了ニシテ支判官ヲ惑ハスコトナシ例レハ体裁上廃セラレタリ

今ニハ是ニ付テ慣習法ニ干スル李説ノ合ハサル所アリ例ニハ予ノ友人富井君ノ如キハ苟
クモ民法出ル以上ハ慣習法ノ効力ハ原則トシテ之ヲ認メサル意見ナリ予ハ命令規
定ナラサル以上ハ規定ハ慣習法ニ定メタルモノハ此限リニアラスト敢テ之ニ全意ナリシカ其他ノ人ハ慣習ヲ実質トスルコト反対ナリキ予ハ可成慣習ヲ認
メル説ニシテ初メハ通過セシモ後会前曲嗟ヲ削ラレタリ而シテ其代リニ九一条ヲ挿令
ラレ愈々奇妙ナル結果ヲ生セリ之ヲ以テ今日ニテハ何レノ規定カ九一条ニ所謂公ノ秩
序ニ反シ又ハ反セサルヤ不明ニシテ規定ノ性質ヲ研究スルノ外ナシ
以上ハ法律行為ト法令トノ干係ナリ
慣習ト法律行為トノ干係、此干係ハ浴華上前項ト全ク否密ニ此干係ハ
ハモノナリ民第九二条、法令中ノ公ノ秩序ニ干セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於
テ法律行為ノ当事者カ之ニヨル意思ヲ有セルモノト認ムキハ其慣習ニ従フ、此
規定ヲ以テ見ルニ此規定ナカリセハ如何ニ慣習ノ確実ナルモノアリテモ当事者カ判然慣習ニヨルト
ノ意思ヲ表示セサルニカラストスル富井氏等之ナリ換言スレハ此明文アルカ為メ該意

思ヲ表示スルトモ可ナリ唯当事者ノ事情若ヨリ慣習ニ依リ意思ヲ有セリト認定シ得ハ可ナリ其処女ハ例外ナリト云フヲ理論上大ニ理アルニ似タレ共実際ヲ云ヘハ殆ント児戯ニ均シク已ニ意思ヲ有セシヿカ文判官ニテ認定シ得ラルヽ位ナレハ黙示ノ意思表示アリシモノト認定サルヽヿキナリ例ヘハ従来甲乙相互ニテハ常ニ慣習ニヨリ取引セシカ其后黙々取引セリトスレハ其慣習ニヨルノ意思ナリシト云フヘシ即チ窟ニ黙々ニ過キシヿカ其慣習ニヨルノ黙示ノ意思表示セシモノト相反ナルトキハ格別故ニ九二条アリトモ無イトモ更ニ影響セシヿヲ以テ猶或規定ニ付キ慣習ノ効力ヲ認ムルヤ否ヤノ疑アル場合ニハ明ニ慣習ノ効力ヲ認ムルトセスルヲ可トス尤モ慣習ノ効力ニ付テハ法例第二条ニ一般ノ規定アリ仝条ハ公ノ秩序又ハ善良ナル風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニヨリテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ関スルモノニ限リ法令ト仝一ノ効力ヲ有ス、ヘシト一般ノ規定トシテハ極メテ可ナレトモ動モスレハ法令ニ規定ナキ事項ニ就テトイフカ故ニ契約等ニテ民法ニ規定ナキ一ハ法例二条ニ依ヲ得ス仝シク民法九二条ニヨラサルヘカラス於之尤モ奇妙ナル結果ヲ生ス即チ民法ニモ前規定ニ反リタル慣習ニ従フテヲ規定少カラス而シテ物権篇ニ尤モ多シ而モ物権ハ公ノ秩序ニ干スルヿ多ク外国ニハ之ニ反対ノ慣習ヲハ認ムル例ナキニモ拘ハラス我民法ハ却テ皆慣習ヲ認メ慣習法トシテ認メタリ然ハニ其他ノ慣習ニ多ク用ユル契約等ノ法律行為ニ付テハ一モ慣ヲ認メス唯当事者カ之ニヨルノ意思アリト認メラルヽ之レ更ニ奇怪ノヿニテ民法中ノ大欠典ハ此辺ニ存スレ、以上慣習ト法律行為トノ干係ヲ了レリ

第二節　意思表示

意思表示ハ文字ハ殆ント独法ノミニ用ヰラレ之ヲ Willens erklärung ト云ヒ之ハ文字ノ示ス如ク意思ノ表示ニテ唯夫レカ法律上ノ効力ヲ生セシムル目的ヲ有スルモノニアラサレハ

意思表示ニ付テハ種々ノ主義アリ少クトモ三種アリ

第一意思萬能主義、仏等之ナリ仏ニテハ意思表示トハ云ハス概ヌ只意思トノミ云ヒ契約ノ要素トシテモ意思表示トハ云ハス単ニ意思ト云ヘリ之レ表示ヲ要セス多クノ場合ニ只意思アレハ可ナリト見タルナリ其著シキ例ヲ挙クレハ代理ニ委任各当事者ヨリソノ解除スルヲ得(各国法律大抵皆然リ)而シテ其解除方法ニ付キ仏法ニテハ原則トシテハ表示ヲ必要トセス否全ク腹中ニテ考フルノミニテハ不可ナリト雖モ特ニ或行為ヲ以テ其意思ヲ表示スルニ及ハス唯表面ノ行為ニテ其意思知ラレハ可ナリトセリ例ヘ甲カ乙ナル人ニ或物品ヲ買フヿヲ委任シ其后全一ノ事項ヲ丙ニ委任セリトスレハ然ルトキハ乙ニ対スル委任ハ当然解クルヿトナリ此場合ニ於テハ甲乙二人階ニテ丙ニ得サルヿヲカメテ之ニ依頼シ后ニ成程甲ノ意思ハ明カナリ全ク事項ニテ丙ニ依頼セシカ故ニ之ヲ止メタルナリトノ意ヲ表示シタルトハ云フヲ得ス唯メ表ハシタルノミナリ独乙法ニテハ殊更ニソノ乙ニ表ハサル(カラサルモノトス

第二表示主義、ハ意思主義ト反対ニシテ何事ト雖モ表面ニ現ハレタルヿヲ取ル主義ニシテ其実体如何ヲ問ハス唯メ表示トシタルモノニ依ルナリ其極端ヲ云ヘハ予メ或人ニ向ヒ甲ノ土地ヲ売ルノ意思アリトテ極メテ明了ナリ然ルニ唯予ノ云ヒ損トニテ乙ナリト云ヒ其失言セルヿモ明了ナリ然ルニ拘ラス此主義ノ極端ヨリ云ヘハ意思ノ有無ヲ問ハス又又乙ニ与ヘサルヘカラス経済学者等ハ多クハ此主義ヲ採リ然ラサルハ実際取引ニ難シトセリ独法ハ表示主義ニ傾ケルモ斯ル極端ナルヿハ普通認メス

第三、意思表示主義、ハ独民モ採用シ新民モ採用セリ要スルニ第一ニ意思アルヿヲ要シ次ニ又之ヲ表示セサルヘカラステフ主義ナリ故ニ第一第二両主義ヲ合セシモノ也仏併此主義モ亦絶対ニ採用スルヿヲ得ス(追々説明スヘシ)表示ノミニヨルモノナリ(戦産篇三〇七条ニ承諾ハ呑面口頭又ハ容体ヲ以テスルヿヲ得云々此但呑ニヨレハ容体ヲ以テ意思表示ヲ為スニハ他ニ手段ナキヿヲ要ス之レ実ニ不可ナリ商法ニハ悉ク明文アリテ要スルニ原則トシテハ第一主義ナリ(追々説明スヘシ)表示ノミニヨルモノナリ(戦産篇三〇七条ニ承諾ハ呑面口頭又ハ容体ヲ以テ意思表示ヲ為スニハ他ニ手段ナキヿヲ要ス之レ実ニ不可ナリ商法ニハ悉ク明文アリテ要スルニ原則トシテハ第一主義ナリ(追々説明スヘシ)表示ノミニヨルモノナリ(戦産篇三〇七条ニ承諾ハ呑面口頭又ハ容体ヲ以テ意思表示ヲ為スニハ他ニ手段ナキヿヲ要ス之レ実ニ不可ナリ商法ニハ悉ク明文アリテ要スルニ原則トシテハ第一主義ナリ故ニ第一第二両主義ヲ合セシモノ也仏併此主義モ亦絶対ニ採用スルヿヲ得ス

之カ買手貴主ノ全一条件ニヨリテ取引セハ言ヲ俟タス即チ黙示ノ意思表示ナリ其中ニ慣習ニ依ルモノアリ唯黙示ノ意思表示中ニ往々問題トナルハ即チ店頭ニ正札附ニテ陳列セル物品アル時之ヲ見タル人カ直ニ金ヲ置テ之ヲ持テ去ル場合ニハ契約ノ成立セルヤ大抵争議ナシト雖モ正札附ニテ物品ヲ陳列シタルニ拘ハラス正札通リテ買ハントスルヲ拒ミ得ルヤ否ヤナリ若シ之ヲ拒ミ得ハストセハ正札附ノ意思表示ニアラスト云ハサルヘカラス意思表示ナル以上ハ拒ムコヲ得サル理ナリ何トナレハ契約ハ直ニ成立スルヲ以テナリ予ハ無論之ヲ拒ミ得ストス故ニ其代償ヲ払ハ拒ムコヲ得サルモノトス次ニ稍々疑ハシキハ新聞広告ニテ店頭ニ陳列スル一件某価ニテ売ルト広告セル時之カ買手ヲ拒ミ得ルヤ之ト大ニ議論アル所ナリ予ハ前ト全一理由ト考ヘ拒ミ得ストナスモノナリ唯此場合ニハ其申込ヲ取消スコヲ得ヘシ而シテ其取消方法如何ノ実地問題ハ契約ノ処ニテ云ヘシ又竟我法典ハカカル細事ニハ之ヲ規定セス実地問題ニ委スヘシ

尚一歩進ンテ茲ニ敷金若干家賃若干トセル貸屋札アル時其条件ヲ充タス約束ヲ為セハ何人ト雖モ之ヲ借リ得ヘキヤ換言スレハ貸与ストノ意思表示ナルヤ否ヤ予ハ之ヲ意思表示ニアラス何トナレハ借家人ハ唯タ家賃ノミヲ払ハ可ナリト云フモノニアラス家ヲ大切ニシテ住スルヤ否ヤ況ンヤ損害賠償ノ責任ナカルヘカラス故ニ之ハ只家賃敷金ノミ定ムルハ契約ノ要素皆定マリリト云フヲ得ス今ノ場合ニハ決シテ甲ノ意思表示トハ云ヘス単ニ他人ノ申込ヲ催促スルニ過キス故ニ意思表示ニアラス即契約ノ申込ニアラス唯借ラントス欲スル人ニ契約ヲ申込ムノ便利ヲ与ヘン為メナリ新聞広告又ハ正札等ト性質ヲ全フセリトノ説ヲ唱フルモノアレトモ之レ誤リ物品ヲ苟クモ即刻出金シテ買手ニ其上買手ノ面如何ノ如キ問題トナラサル方式ト雖モ可ナリ黙示固ヨリ可ナリ

以上ノ原則ナリ即原則トシテハ如何ナル方式ヲ要スル行為アリ即要行為ナリ要式行為ハ法律ニ定メタル唯例外トシテ特別ノ方式ヲ要スル行為アリ即要行為ナリ要式行為ハ法律ニ定メタル方式ヲ践マサレハ他ノ方法ニテ意思表示スルモ無効ナリ先ツ云ヘ遺贈婚姻養子縁組等ノ外ニアリテハ商事会社契約等又要式行為ナリ之レ又要式行為ナリ之レ又要式行為ナリ之レ

リ又ハ債権ノ譲渡ヲ承諾スル場合ニモ確定日附アラサレハ絶対ニ何人ニ対シテモ有効ナラス、其他更改又ハ隠居カ財産ヲ残スコハ確定日附ノ証書ヲ要スル贈与ニ付テハ各面ヲ以テスルト他ノ方法ヲ以テスルトニ於テ意思表示ノ効力ニ差異アリテ各面ヲ以テスレハ取消スヲ得サルニ反シテ他ノ方法ニヨレハ何ニテモ取消シ得ヘシ是等ノ場合ニハ意思表示ハ如何ナル方法ニテモ可ナリト云フヲ得ス要スルニ例外タルナリ、

尚注意スヘキハ証拠トシテ意思表示ノ要式証書ヲ必要ナリト云フニアラス其契約成立若クハ効力上意思表示ノ要式必要ナルヤ尤モ新民法ニテハ証拠トシテ或証書ヲ必要トスルコハ規定ナシト雖モ旧民法ニハ其規多ク又他ノ法律中ニモ少カラス新法典ニ於テハ証拠問題ハ凡テ民訴ニ譲リタレハ此問題ノ如何ニ規定セラルヘキカヲ知ラスト雖モ予ノ信スル処ヲ以テスレハ恐クハ証書ヲ必要トスル証拠トナラスシテ証拠ノ一ノ強カナル証拠タルニ止マラン

第一款、隔地者間ノ意思表示、地ヲ隔テル二人ノ対話者ニ対シテ云フヲ意思表示ヲ為スニ対話者間ニハ問題ハ殆ント起ラス契約ニ付テ云フモ甲乙相対シテ或条件ヲ以テ品物ヲ売ル買フト云ヒ直チニ成立スルニ犬モ種々ノ場合ヲ想像スレハ全ク問題ナキニアラス讐者ト対話スル時我意思表示ノ通ヲサルコトアリ併シ之ハ事実問題ニシテ法律行為ノ性質ニヨリ定マルル例ニハ契約ニ申込ハ承諾ノ通知ヲ要セス承諾カ合シテ始メテ成立スルニ故ニ相手方カ讐ヲ以テ申込ムニニハ成立セス又別ノ契約ヲナスモ可ナリ又之承諾ニ於テハ仮令讐者ナルモ承諾ヲ以テスルニハ恐クハ証書ヲ必要トスル証拠

テ兼諾ナル意思表示ハ又在リ得ルモノハ申込ノ取消及ビ兼諾ノ取消ノ二ナリ此四ノ意思表示カ契約ニ付テハ尤モ重ナルモノニシテ問題ノ種子ナルモノ也就中談論ノ外ニモ甚キハ兼諾ニ付テ学者其説ヲ異ニスル故ニ各国ニテハ古来之ニ付テ学者其説ヲ異ニスル仍テ独逸ニテハ之ヲ意思表示ノ総則トシテ規定セリ之ヲ理屈上適当ノコトニテ又ス兼諾ニ付テモ甚タ意思表示通則トシテモ兼諾ニ付テモ甚タ意思表示通則トシテ掲ケタリ（委シ契約ノ処ニ云フベシ）即其尤モ重々ナル問題ハ隔地者間ニテ意思表示ハ之ヲ発シタル時ニ成立スルカ将タ到達シタル時ニ成立スルカノ問題ナリ、予ノ信スル処ニヨレハ少クトモ意思表示ノ性質ヨリ論シテ意思表示ヲ発シタル時ニ成立スト云ハサルカラス何トナレハ意思表示トハ必竟意思ヲ表示スルヲ云フニ相違ナシ意思ヲ表示スルト云フハ何人ノ行為ナルカ意思ヲ有スル人ノ行為ニ相違ナシ即表意者ノ行為ハ発スル時ニ終ルキナリ例ヘハ電報ヲ発スルハ其時ニ終リ其以後ハ他人ノ行為トナルコレ相手方ニ到達スルト否トハ謂ハヽ偶然ノ結果タルナリ尤モ此ニ一学説ヲ混入シ一層問題ヲ困難ニス即チ使者ハ勿論郵便電信ハ皆表意者ノ代表理人ヲ行フモノナリトノ説ヲ云フモノアリ此方ヨリ見レハ所謂受信主義即通知ヲ受クル迄ハ尚発信者即表意者ノ所為ナリトスル見様ナリ（多論少数ナレド）此見様ヨリスレハ受信主義モ発信主義ト全ク原則ヨリ出ツルモノトス仍テ第一電信局郵便局カ発信者ノ代理ナルハ一般ニ首肯セラレ、説ニアラス運送営業者ハ皆運送ノ代理人ナリト云フヲ得ス使者ヲ遣ル場合モ之ニ準ス所謂代理人ニアラス、之レ今日法律学者皆認ム然ハ発信表意者ノ行為ハ発信ノ時ニ了ルハ始ト争フベカラサル事実ナリトス意思表示カ表示者ノ行為カ了明ニシ又其行為カ発信ノ時ニ終了スルヿ明カナルハ已ニ問題ナシ意思表示ハ発信ノ成立スルモノナリ、之カ反対説ハ自ラ成程意思表示ハ何人ニ対シテフヿナク行ハヽ場合ハ前ノ如ヿシテ可ナリト雖モ相手アル場合ニハ必竟相手ヲシテ其意思ヲ知ラシメンカ為メニハ意思表示ナリ相手方ニ知ラシムルニハ相手方ニ到達セサルヘカラス（郵便電信ハ使者ニテモ行キ得ル人ナラサルヘカラス）之ヲ取リ得ル方法尤ハ必スヤ之ヲ取ラサルヘカラス（郵便電信共誤リタル家ニ出スカ如キハ不可ナリ又使者ニテモ行キ得ル人ナラサルヘカラス）之ヲ取リ以上ハ意思表示ハ成立スト云ハサルヘカラス知ルヘキハ目的ニシテ行為ニアラス其方法ヲ取ルカ発信者ノ行為ナリ行為以外ノ事ハ倉ロナシ必竟此主義ヲトルニハ相手方ノ知ラヌ間ニ行為成立スルヿトハナクシテ併ナカラ実際行ハレス知ルテフヿハ法律上確メ難シ人ノ智力ニ立チ入リテ知レンヤ否ヤヲ知ルヿヲ得ス例ヘハ手紙ヲ遣リシトテ云ヘハトテ

相手方ヲ知リシトハ云フヲ得ス又到達シタルハトテ知リタリトノ証拠トハナラス従テ何日知リシヤ判然タラストスルトキハ如何ニ処分スヘキヤ等ノ問題ヲ生スルニ至ルヘシ

発信主義ハ発信ノ変体トシテ受信主義起リ(受信主義ハ発信主義ノ変体ナリト云フ人アルハ誤リナルヘシ)了知主義夫自身ハ実際ニ行ハレス其変体タル受信主義モ亦先ニ云ヘル理由ニヨリ採用スルヲ得ス故ニ予ハ理論上発信主義カ唯一ノ正説ナリト信スト雖モ茲ニ一ノ注意ヲ与ヘテ置クヘキハ発信主義ト単ニ意思ト云ヘハ可ナリトノ説ニ混スヘカラス仏ハ概シテ意思主義ナルヲ以テ此誤アリ併シ予ハ意思表示主義ヲ採ルヲ以テ意思ノミニテ足ラス又之ヲ知ラシムルノ方法ハ之ヲ取ラサルヘカラス但シ其后ハ知ルヘキ知ラサルハ問フ処ニアラス(恰モ受信主義ニモ例外アル如シ)即通知催告等ノ場合ニハ先方ニ知レテ后始メテ効力ヲ生スルモノトセサルヘカラス法律規定カ其目的ヲ達セサル場合アリ斯カル場合ニハ例外ヲ認ムルヲ要スルニ理論上起リ得ヘキ例外ハ実際上ノ必要ヨリ起リ得ヘキ例外ナリ受信主義ヲ取ルモ亦例外ヲ認ムルヲ要スルニ或ハ総会(法人ノ総会、株主総会等)ノ召集ヲ受信主義ニスルハ由々シキコトナリ会社ノ株主中ニハ或ハ西洋ニアルモノアリ旅行中ニアルモノアリ法人ノ社員亦然リ然ルニ之ヲ到達トスルトキハ始メテ召集成立スルトスルハ召集ノ時期ヨリモ二三ヶ月早イ召集状ヲ発セサルヘカラス其間ニ生ノ事情等推移シ召集ノ目的ヲ達シ得サルニ至ルヤモ知レス故ニ此場合ニ受信主義ヲ採用スルヲ得ス其他ノ行為ニ付テハ利害相伴フヲ以テ一般ニ云フヲ得ス唯

為スヲ得ベシ即成立スルモ反之受信主義ヲ取ル時ハ通知ノ到達スル迄契約履行ハ遅延スルモ契約ニヨリテ履行セントスルニハ自己ノ義務カ先方ニ到達シタルコヲ知ラサルヘカラス況ンヤ成立ノ日ヨリテ権利ニ消長ヲ来スモノハ何レノ時ニ成立シタルカヲ知ラサレハ履行スルヲ得ス其間ニ郵便等ノ期遅アラハ該日ニ返事来ルヤ知ルヘカラス加之申込人ヨリ先方ヘ何時兼諾ノ通知ヲ発セシヤヲ問合セサルヘカラス取引頻繁ノ世ニカヽル迂遠ナル行ハレヘカラス故ニ英国ノ如キニテハ受信主義行ハレス独乙ノ如キ経済上幼稚ナル国ニ於テノミ行ハル契約ニ何テハ現ニ日本全国ノ商業会議所ノ意見ヲ徴セシニ大多数ハ発信主義ヲ可トセリ他ノ法律行為ニ付テモ全ク例セハ契約ノ解除ニアリテモ一方ノ意思ニテ解除シ得ヘキト法律上定マリ之ヲ一方カ解除シタル時ハ直ニ其ノ方ヨリ使者ヲ出シ場合ニハ呼返スコヲ得シ若シ其時迄ニ先方ニ通知ノ到達スルヲ待テ成立スルモノトスレハ其間ニ買手ハ去ルヘシ如此ハ当然抵今日ニハ適当セサルモノトナス要スルニ全キヲ願ハヽ通知カ到達シタル如此ハ取引ニ障碍アルヘシ

反対説ハ曰ク迅速ヲ尊ムハ往々誤謬ノ根原ナリ例ヘハ意思表示ヲナスニ種々ノ方法アリ使者ヲ出スヘキ已ノ方ヨリ使者ヲ発シタルトキニ其時迄ニ呼返スコヲ得シ若シ其時迄ニ呼返シタルコノ右日発覚スル成立セリト云ハサルヘカラスト雖モ本人ハ左様ノ考ヲ有セサルヘシ然レハ表意ヲ可トナリト思惟セシモ法律上然ラサルコトナリテ大ニ不都合ヲ生スヘシ郵便発信ノ時モ亦全ク差立前トナレハ取返スコヲ得ヘシ故ニ其前ニ契約成立スルコト十六大ニ不都合ヲ生スヘシ況ンヤ何時発信セリト云フヘキヤ大ニ疑ハシキニ於テヲヤト、是レ甚タ迂闊ナル議論ニシテ若シ之ヲ云ハヽ受信主義ニ於テモ全ク何時受取リシヤ明カナラストス云フヘシ而シテ全ク概子受取方ニ違アリシ為メニ利益アルニ起ルモノナリ若シ消印ニ憑依シ得ルニアラスヤ電信取ルモ之ニ憑依シ得ルニアラスヤ電信亦然リ、要スルニ実際証拠挙リ難キヲ以テ発信主義ヲ採用シ受信、発信両主義共ニ適宜ナラト云フヘシ又呼返スト及ヒ差立タル郵便ヲ取返スニ付テハ郵便規則ニ異アリ之ヲ反対論者ノ云フ如ク任意ニシ得ハトスルモ既ニ差出セルモノハ業ニ已ニ意思定マレルモノナルカ故ニ之ヲ悔ユルモ及ハサルモノトスル正当ナリ結局受信主義ハ原理ニ戻リ実際便利上不適当ナリト信スルナリ成程最后ニ相手方ノ曰ク之ハ実際ノ便否ヨリモ立派者ノ便否

上ヨリ見テ発信主義ニ例外多ク通知催告等ハ受信主義ヲ取ラサルカラス而シテ之ヲ一々法文ニ例外ヲ掲ケハ煩ニ堪ヘサルヘシト如斯ヲ云ハ受信主義ヲ採ルモ発信主義ヲ加味スル必要アルヲ以テアリ例ヘハ一方ノ意思ニテ権利ノ消滅スル場合ニ何故ニ先方ニ其意思ノ到達スル必要アリヤ其他総会ノ召集等此類ノ場合更ニ少カラサルヘシ之一歩ヲ進メハ果シテ通知催告モ凡テノ場合ニ受信主義ヲ取ルヘキカハ問題ナリ吾邦ニ多クノ場合ニハ発信主義ノ取ル便利ナルヘシ故ニ商法ニテハ到ル処通知ヲ発スルトセリ実ニ商法ハ全ク発信主義ヲ採リ隣地者間ノ契約即チ諾否ノ催告ニ対シ期間ヲ定メサルトキハ相当ノ期間内ニ諾否ヲ発セサレハ契約ハ成立セサルモノトセリ之ニ発信主義ヲ取リテ法律行為ノ成立ヲ速ニセントスルノ意ニ外ナラス又商法ハ全ク発信主義ヲ取リシニハ大ニ怪訝ニ堪ヘサル処ナリ

以上ハ意思表示ノ総則ニハ受信主義ヲ取リシ理由明カナラスト雖モ尚進ンテ契約ノ兼諾ニ付テハ民法モ発信主義ヲ採リ隔地者間ノ契約即チ諾否ノ催告モ凡テ発信主義ヲ取ルヘキモノニ発信主義ヲ取ルヘキカハ問題ナリ吾邦ニ多クノ場合ニハ発信主義ノ取ル便利ナルヘシ故ニ商法ニテハ到ル処通知ヲ発スルトセリ実ニ商法ハ全ク

其以前ハ一方ノ意思ノミニ過キサルカ故ニ随意ニ取消シ得ルニ只実際便宜上先方ニ到達シタル后ハ多少申込ノ拘束力ヲ有スト今日ノ法律ハ多ク規定セリ新民法モ亦然リ之レ実ニ便法ヲ設ケル次第ナル故ニ申込ニ付テハ茲ニ論ズルノ要ナシ

第二承諾、申込ト承諾トハ契約ノ成立ニ欠クヘカラサル二要素ナリ承諾ハ隔地者間ノ意思表示ノ効力ヲ生ズル時期ニ付テ激烈ナル議論アル処ナリ前陳ノ如ク此問題ハ本ト契約ノ承諾ニ付テ起リシナリ夫ヲ学者カ理論上此場合モ及ホシ又タ之ニ付テ議論起レル以上ハ他ノ場合モ議論スルヘカラス故ニ問題カ広クナレルナリ英国ノ支判例大陸ノ学者ノ説就中仏国学テ契約ノ承諾ノミニ付問題ヲ論セリ（独乙ハ実際ヨリモ理論ニ重キヲ措ケルヲ以テ議論細密ニ亘レリ）何トナレハ契約ハ承諾ア[illegible]リテ始メテ成立スルモノト見ルヲ以テ其承諾ハ何時ヨリカ発信ノ時カ受信ノ時カ此場合ニ問題生スルナリ契約成立スルト否トハ当時事者ノ権利義務ニ非常ナル影響ヲ及ホスハ論ヲ俟タス之ニ付テ了知主義即相手者カ知ラサルヘカラス換言スレハ申込人カ承諾アリシコトヲ知ラサルヘカラストノ主義ヲ取リシ国ハ独乙民法濮民法クセン民法ノ三ナリトス（之ハ受信主義ニシテ受信主義ハ了知主義ノ変体ナリ）

而、白、民法草案印度契約法中ハ了知主義ヲトレリ「要スルニ多数ノ説ハ発信主義」ナレ共多少ノ例外アレ共一々述ス仏ニテハ非常ニ議論アリ諸説アリ要スルニ多数ノ説ハ発信主義ナリ（支判例ハ半ナリ）明ニ発信主義ヲトレルハ英国ナリト信ス（之ヲ又解釈ノ上ニ議論アレ共）支判例ニヨルモ明ナリ普、瑞西債務法独乙商法（ザクセン現行商法）カリフオルニア民法ニューヨーク民法草案等又然リ之モ此中独乙商法ト瑞西債務法トニ就テハ解釈上議論アリ瑞西ハ暫ク措キ独乙商法ニ就テ富井氏ノ如ハ現ニ受信主義ヲトルモノト見做セリ予ハ之ヲモ発信主義ナリト考フ（例外ヲ設ケル故受信主義ニ近シトノ点ニ）日本旧民法ハ全ク発信主義ナリト信ス（富井兵多少疑アリ）現行商法又然リトス（旧民財三〇八条商法二九五条）之ニ就テハ古来大ニ議論アリシカハ法典調査会ニ於テ起草ノ際実業家三人ノ意見及商業会議所ノ意見ヲ諮リシニ大多数ハ契約ノ承諾ニ付テ発信主義ヲ可トセリ而シテ其理由トスル所ハ呉ル暗ニ取引ノ迅速ヲ尊フニアリ共結果トモ云フヘク総則ニテハ受信主義ヲ採用セラルニ拘ハラス契約ニテハ発信主義（単独行為ニテモ）発信主義トセラレタリ故ニ商法ニテモ云ヘル処ナレ唯民法ト商法トノ権衡上之ヲ止メタリ（五二六条）

第三、申込ノ取消、申込ノ取消ニ付テハ従来主トシテ議論ナカリシモ多少ハアリ尤モ前述ノ如ク申込カ相手方ニ到達セサル内ニソヲ取消ス場合ニ於テハ其取消ノ通知ノ申込ノ通知ノ到達ニ先テ到達スルトキハ取消スノ効力アルハ疑ヲ容レス唯発信主義ヲトレハ先方ノ承諾ナキ内ニ申込ヲ取消スノ意思表示ヲ発スレハ取消ハ有効ナリト云ハサルヘカラス反之受信主義ヲトレハ申込ノ取消通知少クモ承諾ノ通知ノ申込人ニ到達シタル后ニ承諾者ニ到達スルモ無効ナリトハサルヘシ例ハ甲カ乙ニ石十円ノ價ヲ以テ米百石ヲ賣ラントスル手紙ニテ吉送リテ未タ乙ニ到達セサルニ先チ都合上其申込ハ取消ストノ手紙ヲ発スルトスレハ此場合ニ発信主義ヲトレハ甲カ発信ニテ乙ニ到達シ乙ハ直ニ承諾ノ旨ヲ電報ニテ発信セントセシニ其電報カ甲ニ届カサル前ニ甲ハ先頃ノ申込ハ取消ストノ手紙ヲ出シ其手紙カ甲ニ電報カ届キシ后ニ乙ニ届ケリトスレハ其申込ノ取消ハ無効ナリト云ハサルヘカラス

ケシ尼唯其中間ノ場合ニ相違アリ

(第一)発信主義ニヨリテ申込ノ通知先方ニ届キシ后ニ取消ノ通知ヲ発シタル場合ハ如何、理論上ヨリ云ハ苟クモ承諾ナケレハ契約ハ成立セス従テ申込モ効ヲ生セサルノ理ナルカ故ニ先ノ例ニ於テ乙カ承諾状又ハ電報ヲ発セサル中ニ甲カ取消状ヲ出セハ取消カ有効トナラサルヘカラス然シ尼実際ニ於テハ如此事ハ困ナリ承諾ナルモノハ発信主義ニヨレハ乙ヨリ手紙又ハ電報ヲ出セハ成立スルヲ以テ従テ契約モ其時ニ成立スヘシ故ニ例ニハ乙ハ其米ヲ已ニ買ヒシ積リニテ他人ニ一石十一円ニテ売ノ契約ヲナシタリトセン然ルニ其后ニ取消状来リテ其旨附ハ承諾状ヲ発シタルハヨリ早ク発セラレタリトセハ之ヲ取消シヲ有効トセハ乙ハ大ニ損失ヲ蒙ムルヘシ故ニ此場合ニテハ実際便宜上仮令発信主義ヲ取ルモ例外トシテ承諾状ヲ発シタル后ニ届キタル申込ノ取消ハ無効トスヘシトノ説出テ新民法モ亦規定セリ民第五三条、承諾ノ期間ヲ定メテナシタル契約ノ申込ハ之ヲ取消スヿヲ得ス、申込者カ前項ノ期間内ニ承諾ノ通知ヲ受ケサルトキハ申込ハ其効力ヲ失フ、又受信主義ヲトレハ先例ヲ稍々変更シテ乙カ承諾状ヲ発シ未タ甲ニ達セサル内ニ甲ヨリ発シタル申込ノ取消ノ通知カ乙ニ届ケルトキハ受信主義ノ理論ヨリイヘハ取消ノ通知カ承諾ノ通知モ先ニ届ケルトキハ取消ノ通知カ効ヲ生スヘケレハ承諾ノ通知カ届カヌ中ニ申込ノ取消ノ通知カ効ヲ生スヿノ従テ此場合ニハ契約成立セスト云ハサルヿカラス然レ尼如斯ナルトキハ前ニ云ヒシト全ク不都合ヲ生ス(但シ発信主義程不都合ナラス)何トナレハ承諾通セサレハ契約ハ成立セサルヿトハ考ヘケレハナリ然レ尼已ニ発信スレ

ハ到達スルハ明カナルヲ以テ安心シテ転売スシ於是前全様ノ不都合生スルヿ故ニ
受信主義ノ国又ハ学説ハ概子是場合ニ承諾ノ通知カ申込ノ取消ノ通知ヨリ
後ニ相手方ニ到達セハモ拘ラス申込ノ取消ヲ無効トシ承諾ヲ有効トス(大
モ仏ノ受信論者等ハ如此ク云ハサレトモ多クノ国ノ法律又ハ学者ハカク云ヒ伊商法
ハ反対ニ申込ヲ取消スノ通知カ承諾
当然ナリ)要スルニ便宜上両主義共斯ル例外ヲ設ケルヲ以テ大体ノ主義ノ戦ニハ大
ナル影響ナキヿト知ルシ然ルニ動モスレハ此例外アルヲ以テ発信主義ヲ悪シトスル
モノ多シ蓋シ受信主義ノ為メニモ不利ナルヿトナルヘシ尚前述ノ如キ煩ハシキ問題
起ルヲ以テ今日ニテハ多クノ場合ニ申込ノ取消ハナシ得サルヿトナリ
茲ニ承諾ノ取消ニモ理論通リハイカス故ニ例ヘ
ハ受信主義ヲ取ル国ニ於テモ取消カ承諾自身ノ通知ヨリモ先キニ達スレハ取
消シ有効ナリ例ヘハ乙カ甲ニ対シ売買契約ノ承諾ヲナセル旨ヲ手紙ニテ発シタ
ルニ更ニ之ヲ取消サントシ電信ヲ用ユレハ先又ハ全時ニ達スルモ然ルトキハ取消有効
ニシテ承諾ハ無効ナルモノトシ如何ニ理論上承諾ノ時契
約成立スト云フモ之ヒ唯相手方ノ知ラサル内ニ取消サハ可ナラスヤト

云フアリ然レモ予ハ此説ヲトラス成程人情論ヨリ云ハ一理アル如キモ取引ノ迅速ヲ貴
フト取引信義ヲ重シスハ上ニ於テ許スヘカラサルヿナリ若シ此主義ヲ取レハ承諾人ニ
便利ナルモ申込人ニハ不利益ナリ何トナレハ承諾人承諾ヲ発スレハ申込人ハ之ヲ知
ラストモ其時ヨリ契約成立スルヿトナリテ其時ヨリ申込人ハ義務ヲ負フヿ然ルニ
乙ハ之ニ覊束セラレス承諾状ノ到達セサル間ニ変心セハ自己ノ欲スル侭ニ変心シ得ル
甲ハ然ラス故ニ不公平ナリ且ツ迅速ヲ貴ヨリ云ハ夫ヲ遅シ最后ニハ取
引上ノ徳義ヲ守ラサルヿトナルヿシ故ニ現ニ仏ニ於テハ発信主義ノ論者中ニ人情
論ニ服セシモノアルモ多数ノ場合ニ承諾ハ有効ナリト取消ハ無効ナリト論セリ英米法
カリオルニア民法ニューヨーク民草案等之ナリ日本実業家ノ意見モ多数然リ
故ニ新民法ハ人情論ハトラス、以上意思表示ヲ明白ニナセル場合ニ付テノミイヒハ即
チ普通電信等謂ハ明示ノ意思表示ノ場合ノミヲイヒリ更ニ之ヨリ黙示意思
表示ニ付テ述ヘン
黙示ノ意思表示、之ハ実際契約ニ於テノミ適用サル、契約ニ就テ如何ナルヲアリヤト
云フニ例ハ平生互ニ取引セル場合ニハ注文スルモ別ニ承諾セリトイハス直ニ注
文ノ品ヲ送リ又ハ新ニ製造スルモノナレハ製造ニ着手スルカ慣習上黙示ノ承若

ト見ラルヽコト多シ即荷物ヲ送リ出シ商品ノ製作ニ着手スルコト又ハ默示ノ意思表示ト見ラルヽナリ取消ニモ默示ノモノアリテ多クハ申込ノ取消ニ付テ實例ハ見ス付テ實例ハ見ス即チ申込ヲ發シ或期間ヲ經テ其中ニ反対ノ行為ヲ爲シタル時ハ取消シタルモノト認メラルヽナリ之ハ實際極メテ著例ナシ現行商法第二八種々細密ナル規定アリテ中ニ默示ノ意思表示ニテモタルコトアリ例ニハ二八一―二八三条及二九四、二九二条等ナリトス

申込ノ取消ニ付テハ實際次ノ如キアルニシテ即一旦或条件ニテ買ハスヤト仕テ品物ヲ見セヤリ程経テ之ヲ返セトイヒヤル如キハ慣習上申込ノ取消ナリ斯カル默示ノ意思表示ニ付テハ隔地者間ノ意思表示ノ問題トナラス故ニ受信主義ヲ取ルモ默示ノ承諾ニ付テハ問題トシテ要スルニ之ヲ付テハ未タ反対説ヲキカス默示ノ承諾ヲ認ムル場合ニ付テハ常ニ例ハ商品ヲ送リ出スコトハ製造スルニ着手スルコトヲ以テ直ニ契約成立スト見做セルナリ新民法ハ特ニ明文ヲ設ケタリ第五六条二項、申込者ノ意思表示又ハ取引上ノ慣習ニヨリ承諾ノ通知ヲ要セサル場合ニ於テハ契約ハ承諾ノ意思表示ト認ムヘキ事実アリタルトキニ成立スト此規定ハ大ニ議論アリ受信主義ヲトリタルニハ斯ルコトハ認メラレサル理ナリ何トナレハ意思ノ欠要ナルハ何人モ云フ所ニシテ而シテ意思表示ハ何時ナスヤト云ヘハ品物ヲ送リ出ス場合ニアリ其送リ出ス行為カ意思表示ニ相当シ恰モ發信スルト全様ナリ故ニ發信主義ヲトルモ不可ナシトスルモ敢テ不可ナシトハ言ヒ難シ然レトモ受信主義ヲトルニアラサルコトナリ不明ノコトナリ之ヲ受信主義ノ弱点ニシテ此場合ニハ通常ニ意思表示カ通ニ發スルハ可ナリトハ云フヘキナリ製造ニ着手スルコモ其実則タルヲ免レサレハ全ク意思表示ヲ爲シタリトハ言ヒ難シ然レトモ意思表示ハ先方ヘ到着セルニ非ス然ルニ契約成立スルヤキカ故ニ此場合ニハ又ス發信主義ヲトラサレハ理通セサルコトナルヘシ

要スルニ意思表示ハ原則トシテ之ヲ發シタル時ニ成立スルモノト学理上及実際上ナスヘキナリ但シ或場合ニ付テハ例外ノ規定ヲ設クルヲ必要トシ信ス此説ハ株用セラレサリシカ併シ法典ニハ実際上学理ヲ採用スルモノニアラス故ニ九七条モ実際ノ便宜上設ケタルモノナリトノ論ヲモナシ得ヘシ以上ハ隔地者間ノ意思表示ノ原則ナリ之ニ付テノ例外トシテ可ナル規定アリ即チ民九七条二項、表意者カ通知ヲ發シタル後ニ死亡シ又ハ能力ヲ失フモ意思表示ハ之カ為メニ妨ケラルヽコトナシトノ規定ナリ之ハ發信主義ヨリイヘハ当然ノコトニシテ明文ヲ要セスト雖モ受信主義ヨリ云ヘハ例

外規定ナリ何トナレハ意思表示ハ之ヲ表示シタル当時ニ成立スルトイハ其後本人カ死亡シ又ハ能力ヲ失フトモ無論効力ヲ妨ケサルヘキヲ以テ到達セサル先ニ死亡又ハ失能力トナリタルトキハ(成立スルトキヲ以テ)然レハ受信主義ヲトレハ到達シタルトキニ意思表示トハ云フヲ得サルヲトナルニシ尤モ能力ヲ失ヒシ場合ハ絶対ニ能力ヲ失セシ場合ナラサルヘカラス依シ如ク大ニ不便ナルヲ以テ此例外ノ規定ヲ置クナリ例ヘ催告ハ相手方ニ到達セサレハ効ナシ然レトモ到達セサル前ニ死亡又ハ無能力トナリテモ其催告ノミハ有効トナスナリ尚之ハ契約ニ付テ多少ノ変更ヲ以テ適用セリ否契約ニ付テ尤モ適用多シ民五三五条、第九七条ノ規定ハ申込者ノ反対ノ意思ヲ表示シ又ハ其相手方ノ死亡若ノ能力喪失ノ事実ヲ知リタル場合ニハ之ヲ適用セス

第二款、意思ト表示ト吻ハサル場合、之ニ付テハ新法典ハ此場合ヲ想像セリ

(一)意中ノ留保(独乙学者ノ所謂 [illegible] 用ヒス)(二)虚偽行為 [illegible] (三)錯誤(四)強迫

(一)意中ノ留保、茲ニ予ノ所謂意中ノ留保トハ大ニ広義ニテ凡ソ当事者ノ一方カ表示シタル意思ト吻リタル意思ヲ有シ之ヲ相手方ニ知ラシメサル場合即隠匿秘セル場合ヲ云フナリ然ルニ独乙学者ハ [illegible] 彼ノ [illegible]

即チ戯ノ行為トヲ分チリ之シ分チ得サル事ニアラサルモ理論上分離セサルヲ正当ト信ス戯トハ腹ニ思ハヌヲヨクニ出スナリ、意中ノ留保ノ場合ニ於テハ意思ト表示トヨリ真ノ意思ト表示シタル意思ト吻ハサルカ故ニ先ニ述ヘタル我法典ノ取レル主義即チ意思ト表示ト両ツナカレハカラストノ原則ニ反スルモノニシテ従テ原則トシテ無効ナリトス然レトモ之ヲ無効トナスハ実際上大ニ不便アリ人カ脳裡ニ考ヘ居ルニハ実際他ヨリ之ヲ知ル由ナシ故ニ曰ク云フヲ信スル外ナシ然ハ右日真ノ意思ハ云々ナリトテ無効トナル如キアラハ取引ノ安全ハ失ヲレ大モ予ノ保信スル所ニヨハ余リ困却スル程ノモノニ非ス故ニ多クノ国ニハ之ニ付テ明文ナケレハ法律行為ハ成立セス何トナレハ意思ト表示ト吻ハサルノ所以ニアリ(一)真ノ意思ト表示ト吻ハサルトハ丁度ハ容易ニ拳ケ難シ予カ甲ノ地ヲ売ルトイヒシカ実ハ乙地ナリト云フトモ之ヲ明シ難シ当初真意ノ判然セサルノ手帳又ハ確カナル証人ヲ要スレハカルヲハタタナキヲ常トス(三)依リ之ヲ明シ得ルトスルモ元来人ヲ欺ケルナリ故ニ之ヨリ生シタル損害ハ賠償セサルヘカラス故ニ相手方ノ損害ヲ被ムハ極メテ稀ナルヘケレハナリ、此二理由アリ故ニ予ハ甚シキ之ニ困却セサルモ要スルニ法ノ全ヲ望マハ之ニ付テ或規定ヲ設ケサルヘカラス何トナレハ上掲ノ如キ弊害ハ絶無ノニ非スシ

テ等シカルヘキヲ以テ例ハ予カ二隣地ヲ有セル甲ノ地ヲ売ル意思ナルヲ都合上故意ニ他ヲ売ルト云フ場合（錯誤ニ非ス）ニ予カ甲ノ地ヲ売ルノ意アリシテハ確カニ証明シ得ラルヘキト仮定スレハ愈々承諾ノ暁ニハ乙地ヲ与ヘサルヘカラス然ラサレハ買手ハ欺カレタリ或ハ又全ク不動産ヲ売ルニ付テモ実ハ己レ旅行シテ帰ラハ再ヒ買戻サントスルノ意思アリシヲ条件トスル考ナルヲ証明サルヘキヲ云フ時ハ買ハサル虞アレハ無条件ニテ売リシ時仮令其事ハ証明サルヘキモ依然無条件ニテ売リシテトナラサルヘカラス又タ戯ニ付テ頻繁ナル考ナク或人ニ不動産ヲ与ヘントイヘル如キ場合モ原則トシテハ戯シタリト右ニ証明シ得ルトモ採用セサルヘキヲ即チ民九三条、意思表示ハ表意者カ其真意ヲ以テ効力ヲ妨ケラルヘキヲ但シ相手方ヲシテ表意者ノ意ヲ知リ又ハ之ヲ知ルヘカリシ時ハ其意思表示ハ無効トスト規定アリ

然ルニ之ニ例外アリ例外ノ例外アルヲ以テ本条ニ帰ルヘキヲ即チ今ノ場合ニ相手方カ表意者ノ真意ヲ知レル場合ニハ之ニ与ヘントスル考ナク或人ニ不動産ヲ与ヘントイヘル如キ場合モ原則トシテハ戯シタリト右ニ証明シ得ルトモ採用セサルヘキヲ即チ民九三条、意思表示ハ表意者カ其真意ヲ以テ之ヲ為シタル為メ其効力ヲ妨ケラレ、

(二)虚偽ノ行為、虚偽ハ先ノ場合ト類似セルモ唯之ト異ナルハ当事者カ相互ニ通謀セル場合ナルコトリ甲カ乙ニ対シ己ノ或意思ヲ云フ甲ニ其真意無論ナノ乙モ其真意アラサルヲ知レリ甲モ其真意アラサルヲ乙ニ告ニ頻繁ナルコトリ例ハ不動産ノ所有者カ己レカ浅負タル意思ナレト虽モ之ヲ表面上已レノ友人ニテ浅負志望ノ者ニ譲渡シ登記ヲモナシ友人ヨリテ其ヨリ一年后ニ資格ヲ得セシムル如キハ即チ法律上虚偽ノ行為ナリ贈与スル意思モナク買得スル意思モナク即チ意思表示ニテイヘハ甲カ乙ニ対シ其不動産ヲ売リ又ハ贈与シタル意思ヲ云フモ之レ真意ナラス友対ニ乙カ甲ヨリ受ケ又ハ買フト承諾スルモ之又真意ニアラス即虚偽ノ行為タルナリ虚偽ノ意思表示タルナリ外人ハ土地所有ヲ禁セラレタルニ拘ハラス実際ハ土地ヲ買ヘル者少カラス例ハ日本人ノ名義ニテ之ヲ買ヒ表面ハ日本人ヨリ借リ居リ之ヲ外国人ノ真意ハ土地ヲ所有スルノ意思ナリ要スルニ如此仮借ハ虚偽ノ行為タルナリボアソナード氏ハ初メハ売買ヲ虚偽ノ行為ナリト云ヒシカ之レ非ナリ寧ロ第二ノ仮借カ虚偽ノ行為ナリ是等ノ場合ニ虚偽ノ行為ハ無論無効ナリ九四条ノ其規定ヨリ民九四条、相手方ト通シテ為シタル虚偽ノ意思表示ハ無効トス、ト

項ノ意思表示ノ無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルヲ得ス

原則ハカク無効ナリ然レモ之ヲ以テ第三者ニ損害ヲ加フルカ如キ例ハ浅負カ金ノ模拳ノ目的ノミヲ土地ヲ譲渡ケ之ヲ第三者ニ売リ第三者ハ欺カレテ之ヲ買ヒシニ第三者ハ為メニ大ナル損害ヲ被ムルニ仮令損害賠償ヲ取リ得ルトスルモ浅負無資力ナルトキハ之ヲ取ルコトヲ得ス之レ第二項ノ設ケアル所以ナリ外国人ノ場合ニモ土地ヲ転売スルトキハ買主ハ所有主タルノ権ナレ買主タルノ権アルノミ此場合ハ土地ハ買主ニ取ラルヘキナリ又竟是等ノ場合ニテハ虚偽ノ意思表示ノ規定ノミナラス其事柄自身カ不法行為ナリ故ニ無効ナリト云ヒ得ヘシト雖モ仮リニ不法行為ノ問題ヲ除クモ猶且虚偽ノ意思表示トシテ無効ナリ而シテモ此無効ハ第三者ニ対抗スルコトヲ得サルモノトス若シ不法ニシテ無効ナリト何人ニモ対抗スルヲ得ヘキ理ナリ故ニ虚偽ノ行為トシテハ九四条ノ適用トスヘシ若シ虚偽ノ行為トセハ真ノ意思ヲ実行セントスルハ之レ不法行為ナルヲ以テ九四条ノ適用ハ受ケサルヘキモノトス此例外ノ規定ハ即九四条二項ノ如キモノトス而シテ虚偽ノ行為ナリト知レル人ヲ保護スルノ必要ナキハ言ヲ俟タス故ニ只タ唯善意ノ第三者ニ対抗スルヲ得ストセリ

次ニ此場合ニ当事者ヨリ第三者ニ対シテ無効ト云フヲ得サル点ハ勿論ナルヲ主張スルハ勿論妨ケス例ニハ甲カ乙ニ名義ノミ不動産ヲ譲ルハ乙カ之ヲ丙ニ売ル時丙カ悪意ナルハ第三ノ売買ハ無効ナル点丙カ善意ナルハ甲ニ対スル考ニテ之ヲ逐サントセハ乙ハ其代金ヲ払ハサルヘカラス此規定ノ実質ハ何レノ国ニ於テモ明文ノ有無ニ干セス認メラルヽ所ナリ尤モ第二項ノ如キハ明文ヲ要スル然ル時者ニヨリテハ明文ナクトモ附合シテ此論結ヲナス人アル点之レ無理ナリ

旧民法ニハ此事カ仏民法ニ於ケル如ク反対証書トシテ規定セリ仏語ニテ［illegible］カ反対証書ナリヤト云ヘハ証書カニ［illegible］トイフ何故ニ［illegible］通リアリ第ノ証書ハ虚偽ノ証書ニシテ一ハ返証ナリ甲カ乙ニ虚偽ノ証書ヲ与ヘヨリ甲ニ返証ヲ渡スナリ之レ［illegible］ナリ規定トシテハ仏民及旧民ニ規定アリ（証拠編五〇ー五二）然レ共之ハ誤リナリ決シテ証書ノ規定ニアラス法律行為其モノ規定ナリ今ノ場合ニ証書アルモナキモ全ク故ニ仏民ノ解釈者ハ皆此規定ヲ証書ノ規定ニアラストセリ之ニ干セスボアソナード氏カ証拠編ニ入レテハ大ニ怪シムヘキナリ成程規定自身ハ仏ノ規定ヨリモ明了トナレリト雖モ元ヨリ故ニ新民法ニテハ純然タル意思表示ノ規定即法律行為ノ規定トシタリ唯其結果トシテ呉ルル所ハ仏民法旧民法ハ反対証書即隠レタル意思ニ干スル効力ヲ主トシテ論セリ然レ共予ハ此事タル別段ノ規定ヲ要スルモノニ非スト信ス其反対ノ意思カ不法行為ナラハ其反対ノ意思カ行ハルヽ当事者間ニハ意思ノ合致アルヲ例ハサルヨリ若シ不法ニアラサルハ固ヨリ行ハルヽ次ノ有効ナル（無効トイフ人モアレ共）即予カ三〇円ノ家賃ヲ以テ家ヲ借リ家主ハ高他ニ多クノ借家ヲ有シ他ノ人余ト全様ノ家ヲ三五円ニテ貸シ予ニハ特別ノ理由ヨリ三〇円ニテ貸スモ表面ハ他ト全様ニテハ火要アリト三五円ナリトセハ之ヒ虚偽ノ約束ナリ此場合ニ余カ三〇円ニテ家ヲ借ル契約ハ有効ニシテ表面上ニ現ハレタル虚偽ノ約束ハ無効ナリ然レ共此無効ハ善意ノ第三者ニ対抗スルヲ得ス其結果其家ヲ他ニ売レハ其家ヲ三五円ニテ貸シアレハ不可ナレトシテ第三者ハ買ヒ不動産ノ借賃借ハ登記サヘアラハ可ナルヲ以テ安心シ居ルモ三五円取ラレサルヘカラス即虚偽ノ意思表示ト雖モ善意ノ第三者ニ対シテハ虚偽ナリトシテ対抗スルヲ得サルナリ

(三)錯誤、　錯誤トハ極メテ平明ナル易キ文字ニシテ恰モ法律語トシテ云フニ足ラハ西洋ニテモ亦然リ羅甸ニテモ［illegible］ト云ヒ仏語ニテハ［illegible］独ハ［illegible］トイフ錯誤トハ或人カ己レノ意思ト異リタル表示ヲ思ヒ違ヨリナスヲ云フ

（他ノ場合ニハ皆知リツヽ意思ト異リタル表示ヲナスモ之ハ誤テナリ）例ヘハ甲カ所有ノ家ヲ貸サントシテ乙ニ与ヘントシ相手方ノ意思表示ハ誤リ己レノ心ニイヒシ場合ニ甲ノ意思表示ハ誤リナケレハ相手方ノ意思表示ハ誤リ己レノ心ニテハ家ノ所有権ヲ得ントスル意思ナリ然レハ口ニテハ只今ノ申込ニ対シテ承諾ヲ云ヒタルニ而シテ予ノ申込ハ貸スノ意ナルヲ以テ表示ハ誤ナリ、錯誤ハ種々アリ其区別ハ頗次之ヲ述ン先ツ古ヨリ有名ニシテ而モ今日進歩セル法律ニテハ已ニ必要トセサル区別アリ之ヲ豫メ説明スレハ即法律上ノ錯誤上ノ法律ニテハ錯誤アラサレハ其法律上ノ効力ヲ誤レルヨリ例ヘハ或人カ友人ノ依頼ヲ受ケ借金ノ連帯者トナレハ其人ハ法律ニ暗クシテ連帯ハ即保証ノ意味ナリ本人カ弁済シ能ハサル時ニ己レ代リテ支払フモノナリト心得タリ為ノ知ラン連帯者ハ各債務者カ皆殆ント一人ニテ義務ヲ負担セルモノヽ如ク見做シ金ヲ用サル人用サル人ヲ間ニ入債権者ハ其中ノ一人ニ向テ金額ヲ払フキヲヨ何時ニテモ請求シ得ルノ保証トハ全然異ナルヲ、然ルニ法律ヲ弁ヘサルニヨリ之ヲ知ラサリシナリ故ニ連帯者トハ云ヒナカラ相違ナキモ全ク己レノ意思ハ斯ハ義務ヲ負フノ考ナラサリシナリ即之法律上ノ錯誤ナリ

事実上ノ錯誤トハ前掲ノ例ノ如キ然リ尚例ヘハ余カ二家ヲ有シ甲ノ家ヲ貸ラントス云ヒシヲ四五年ハ誤リテ乙家ヲ貸ハントス云ヒシカ如キ之ヲ事実上ノ錯誤ナリ

古ヨリ（illegible）何人ト雖モ法律ヲ知ラサルモノト見做サス」ト、金言アリ即之ヲ裏ヨリイヘハ何人ト雖モ法律ヲ知ラサルヘカラストイフナリ此原則ハ羅馬法以来今日迄学者ノ常ニ唱フル金言ナリ決シテ誤リニ非ス即天下ノモノハ皆法律ヲ知ルモノト見做サルヽ意味ニ於テ決シテ此金言ハ動ヘカラス（人ヲ殺セハ法律ヲ知ラスト雖殺サヽルヘキナリ）然レトモ之ヲ絶対ノ原則トシテ如何ナル無教育ノモノト雖モ皆事実上法律ヲ知ルモノト見做スヘキハ大ニ無理ナル結果ヲ生スヘシ前ノ例ノ連帯ト保証トノ如キモ普通ノ知識ヲ具ヘタルモノハ甚シキ不注意トイフヘシト雖モ之ニ付テイヘハ斯カル人殆ント常ニアルヘキモノニ付テイヘハ斯カル人殆ント常ニアルナリ誤ラサル丁却テ稀ナリ斯カルモノハ法律ヲ知ラサルハ確然明了ナルナリ故ニ古ヨリ法律ノ未タ嘗テサル間ハ動モスレハ此原則ヲ応用シテ法律上ノ錯誤ハ許スヘカラサルモノナリ法律ノ認ムルハヲ得サルモノナリトノ主義ヲ取ルモ如何ナル時代ニモ之ヲ絶対無例外

ノモノトシテ取ラス中古ニハ全ク法律上ノ錯誤中ニ宥恕スヘキ錯誤ト否ラサル錯誤トノ区別ヲ為セリ然レトモ其適用ヨリ考フルニハ全ク不可ナリ酷ナル適用ニシテ原則上ハ全ク法律上ノ錯誤ハ認メストセル時代アリシカ都テ後世羅馬法ニ倣ヒテ法律ヲ作リ或ハ慣習法ノ如クナラン中ニ欧州法律ノ有様ハ往々形式文字ニ拘泥シテ羅馬ヨリモ劣レリ当時ハ法律上ノ錯誤ハ原則トシテハ凡テ許スヘカラサルモノナリ然レトモ近世ニ到リ其無理ナルヲ悟リ如何ナル国如何ナル学者ト雖モ此原則ヲ絶対ニ採用セサルハ勿論大ニ其例外ヲ認ムルニ至リ又大ニ進メラレ学説ハ要スルニ法律上ノ錯誤ト事実上ノ錯誤トヲ区別セサルニ至レリ

例外ヲ認ムルノ学説ハ宥恕スヘキ錯誤ノ範囲ヲ大ニ広ク認ムルニ至レリ然レトモ原則トシテ法律上ノ錯誤モ事実上ノ錯誤モ全ク同一ナリトスル説尤モ進歩セル説ナリトス新民法ハ即此主義ヲ採リ旧民法モ原則ハ全ク如キモ例外ノ如キ法頗ル不穏当ナリ成程何人モ勝手ニ法律ヲ知ラスト云ヒ得ハスト雖モ無論認ムヘカラサルモ刑法等トハ異ナリ私法ハ必竟一個人相互ノ干係ヲ定ムルモノニシテ主トシテ公平ヲ旨トスルモノナリ故ニ其人ノ智識等ニヨリテ錯誤ノ生シ易キトキハ今日社会ノ有様ヨリ見レハ得サル所ナルヲ以テ之ヲ酌酌セサルヘカラス一個人相互ノ干係ナルカ故ニ夫等ノ社会ノ実況ニ応シ公平ト云フヲ得ス故ニ法律上ノ錯誤ト虽トモ之ヲ錯誤トシテ認メサルハ理由ナキニアラス唯強ヒテ古ヨリ行ハレ学説ノ口調ヲ繙リルトセハ宥恕スヘカラサル錯誤ハ全ク之ヲ認メサル場合ニハ之ヲモ法律ニテ保護スルニ及ハス然レトモ大過失ハ事実上ノ錯誤ニ付テモ亦ア[illegible]例ハ前例ニ於テ甲ノ家ト乙ノ家ト誤リシ時人ハ他事ヲ考ヘテ唯々善哉ト答ヘ念ヲ推シテ乙家ニアラス甲家ナリト云ヒシ時人ハ他事ヲ考ヘテ唯々善哉ト答ヘシ如キハ大ナル過失ナリ併シ重大ナル過失ト雖モ錯誤ハ概言スレハ法律上ノ錯誤ニ多シ前ノ連帯ノ保証ノ錯誤モ大ニ教育アル人カ斯ハ錯誤ヲナサハ重大ナル過失ト云ヒ得ヘキ場合モ尚他ニ重大ナル過失ト云ヒ得ヘキ場合少カラス例ハ盗ニノ保険契約ヲ結ヒ而シテ其保険契約ニ付或ハ会社カ別段ノ[illegible]ヲ定メテ其他ハ凡テ法律ノ規定ニヨルト云フ如キヲ呑ミ置ケリト仮定セハ斯カル場合ニハ少クトモ高法ノ保険規定位ハ見置カサルヘカラスシテ之ヲ見レハ直ニ判然ルヘキヲ以テ例ハ損害保険ニ於テハ如何ニ保険金額ヲ高クシ置クモ実際ノ損害ヨリ高ク取リ得サルヲ明記セラレタリ、然ルニ之ヲ見スシテ保険金額ハ一万円ナルカ故ニ仮令損害ハ五千円タリトモ一万円ヲ渡スヘシ法律ノ規定ヲ知ラサリシト云フヲ

得ス合社ハ又ス法律ノ規定ニヨリテ相ムシ又錯誤ハ多論錯誤者ヨリ法ハヲ出サハ〳〵カラス往々古ニ見ル所ノ或事ヲ知ラサリシヲ主張スルノミニテハ足ラス又スヤ之カ立証ヲセサハ〳〵カラス況ンヤ今ノ場合ノ如キハ重大ノ過失ナルヲ以テ如何ニ誤シリト云フモ不可ナリ故ニ新民法ハ新主義ヲ取リ従来ノ作例旧主義ト全ク其真趣意ニヨリ適用スルハ新主義ト大差ナカルヘシ原則ハ反対タリトモ適用ハ非常ノ差異ナルヘキ理ナリ旧法ハ原則トシテ認メ例外ニ置クナリ新法ハ原則ハ法律上ノ錯誤モ事実上ノ錯誤モ全ク之ヲ認メ唯重大ナル過失アル時ハ認メサル事トセルナリ、以上論スル所ヲ以テ錯誤トハ法律上ノ錯誤タルト事実上ノ錯誤タルトヲ問ハス

トシテヲ豫メ云ヘリ

錯誤ニ二種アリ、一意思欠缺ノ場合即錯誤ノ結果トシテ意思ナキモノト見做サルル場合、二意思ニ瑕疵ヲ生スル場合即意思ニ非ル場合ニシテ予ハ凡テ理由ノ錯誤ナリト信ス

一意思欠缺ノ場合、且第九五条、意思表示ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効トス但表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者自ラ其無効ヲ主張スルヲ得ス、要素ナル文字ハ頗ル不明ニシテ一言スルヲ要スル予ハ斯ル漠然タル文字ヲ用ユルヲ好マサリシカ之ニ付テハ学説種々ニ分レ漠然タルヲ免レス折合ハサルヲ以テ殊更ニ斯ル文字ヲ用ヰタリ依テ能ク民法全体ヲ味ハ凡リ要素ノ何物タルヤヲ知ルヲ得ヘシ予ノ信スル所ニヨレハ此要素ハ広義ニ於テハ目的ナリ法律行為ノ要素トハ法律行為ノ目的ナリ目的トハ必竟法律行為ニヨリテ得ント欲スル結果ナリ曽テ云ヘル如ク法律行為ハ法律行為ナルモノハ私権ニ干シテ法律上ノ効力ヲ生セシムルヲ目的トスル意思表示ナリ即其当事者ノ目的トシタル所ハ法律上ノ効力カ即チ法律行為ノ要素タルヤ之モ予ノ論ニ云ヘルカ如シ只九五条ノ解釈ニ過キス弘ク之ヲイヘハ意思ニ意思ナル要素アルトハ論ヲ俟タス然レトモ茲ニハ意思表示ハアリシトハ云ハサル〳〵カラス唯其意思カ表示シタルモノト吻合セサルニ因テ問題起ルナリ故ニ茲ニハ意思ヲ要素中ニ入レテハ解シ難キニ似タリト云ハサルヘカラス然レトモ此処ニ於テハ如何ト云ハヽ到底意思及目的ナリト云ハヽ到底単ニ目的ノミニテ可ナリ意思ヲ入ルヽニハ規定上為シ得サルコトス例ニハ前例ニ於テヲカ甲家ヲ売ラントテ云フヲ買主ハ乙家ヲ買ハントテ欲セリテ場合ニハ買主ノ意思表示ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アルモノナリ何トナレハ此売買

ニ依リテ当事者ハ如何ナル効力ヲ生セシメント欲シタルヤト云フニ予即チ賣主ハ甲ノ家ノ所有権ヲ相手方ニ移サントセリ之ヲ相手方ニテハ乙ノ家ノ所有権ヲ得ント思ヒハ心ニハ然カ思ヒ居ルモ予ノ申込ニ対シテハ尊ニ承諾シタルノミテ表示ハ甲ノ家ヲ買フ意思ノ如キ観アリ而シテ甲家ヲ買フ氏ハ金ノ乙ノ家ヲ買ハントノ真意ナルカ故ニ法律行為ノ要素ニ錯誤アルヤハ如何ナル学説ヲモ疑ナキ場合ナリトス

法律行為ノ要素ト云フトキハ或ハ当事者ヲモ其中ニ含メリトノ解釈ヲ取ル人アリ之ヒ理論上ニ於テモ予ノ取ラサル所ナルカ直ニ九五条ノ解釈トシテハ誤リタル説ト信ス何カ故ニ理論上之ヲ斥ケタルヤト云ハ成程法律行為ハ意思表示ニ本ツクモノニテ何人カ表意者ニアラスシテ成立スルヤヲ得サルヘシ之レ何人モ勿論認ムル所ナリ又法律行為ノ性質上多クハ必ス相手方ヲ要ス故ニ其場合ニハ或法律行為ノ成立ニハ表意者ト相手方或ハ少クトモ表意者ナカルヘカラサルハ言ヲ俟タス要スルニ何人カ意思ヲ有スルヤハ必要ナリ又其意思カ或人ニ対シテ表示セラレサルヘカラステフモヤリ得ヘシ然レ之ヲ以テ直ニ要素トハ見做スヲハ不当ナルヘシ否之ヲ要素中ニ入レ得サルニアラサレ共九五条ニ所謂要素ナル文字ニ之ヲ入レテ解釈スルヲハ規定ノ許サヌ所ニシテ之レ此要素ナル文字ヲ上ノ如ク解釈スルノ理論上誤マラサル所以ナリ又実際上九五条ノ解釈ヲ論者ノ如クナラシメ為スノ不可ナル理由ハ賣買貸借等ノ場合ニ相手方ノ誰タルヲ誤ルハ真ニ要素ニ錯誤アリ従テ無効ナリトスルハ大ニ不可ナリ例之ハ商店ヲ営ムニ当リ共買ヒニ来リシ人カ平生懇意ニセル人ナルト思ヒ賣リシニ后ニテ掛ケハ人違ナリシテフ場合ニ其賣買成立セストハ云フヲ得ヌ又貸借ニ於テモ貸主カ金ヲ貸スニ当リ〔信用貸ハ恒題ナルカ〕平生懇意ナル人ト思ヒシニ后ニテ其然ラサルヲ知ルト雖モ一旦条件ノ調ヒタル以上ハ其ノ貸金ヲ無効トシテ直ニ返却セヨト云フヲ得ヘシ此事タル明白ナルコトニテ何人モ異ハサル所ナリ従来錯誤ニ付テハ学説モ種々ニ分レ各国ノ法律モ亦区区ニ渉リタルカ今ノ場合ニ契約ノ無効トナルハ勿論取消シ得ヘキモノトサヘ云ヘルモノアリ然レ当事者ヲ要素中ニ入レ或ハ此反対ノ結果ヲ生スルヤ故ニ九五条ニハ決シテ或論者ノ如ク解スヘカラサルハ明ナリトス

茲ニ注意スヘキハ然ラハ当事者ハ常ニ之ヲ眼中ニ措カスシテ可ナルヤトイフニ決シテ然ラス先ツ順次其場合ヲ分チ著シキモノヲ示ハ例ニハ贈与ニ於テ予カ無償ニテ人ニ物ヲ与フル場合ニ相手方ハ何人ニテモ伺ヲ所ニアラストス云フ如キハナカルヘシ普

通ノ場合ニ人ノ贈与ヲナスハ特ニ其人ニ利益ヲ与ヘントスルノ意思アルニ外ナラス而シテ其人ハ若ハ其人ノ親類ノ縁故アルニアラサレハ無償ニテ人ニ物ヲ与フル道理ナシ其之ヲ与フル所以ノモノハ特別ノ理由アリテ存スルヤ必ヤ人遠ヲセリ例ニハ我恩人ノ子ノ零落ヲ憐ミテ物ヲ与ヘルニ之ヲ過リテ餘人ナリシ場合ニ其贈与カ有効ナリヤ将タ無効ナルカ若シ之ヲ有効トセハ大ニ不便ナリ故ニ何レノ国ニ於テモ之ヲ有効トセス唯取消シ得ヘキモノトスルカニ付テ問題アリ予ハ断ニテ無效トナスモノナリ予ノ所謂要素トハ即法律行為ノ目的ナリ其目的ハ即チ(普通法学者ノ云フヨリ弘シ之ヲ勝手ニセレトニアラスシテ理屈上弘クナルナリ)当事者カ其法律行為ニヨリテ得ントシタル結果ナリ即贈与ノ場合ニ於テハ唯タ相手方ノ何人タルヲ問ハス不動産ノ所有権ヲ移サハ足リ唯自己ニ其所有権ヲ失ハ可ナリト云フコトヲ得ス故ニ不動産ノ所有権ヲ移スヘキ法律行為ノ得ントシタル結果ニアラス某々ニ利益ヲ与ヘントシタル結果タルナリ某々ヲ其不動産ノ所有者トナサント欲スルカ法律行為ノ得ントシタル結果タルナリ某々カ法律行為ノ目的トナレルカ故ニ之ニ誤リアリ目的ニ錯誤アルナリ即法律行為ニ於テハ唯一方ニテ或物ノ所有権ヲ失ヒ代リニ他方ヨリ金子ヲ取ルモノニシテ某々ニ与ヘ金ヲ取ラントスルノ意思ニ外ナラス而シテ其人ニ利益ヲ与ヘントスルハ或

尚旧民法及仏民法ノ取ル所ニシテ目的ノ外ニ原因ヲ法律行為ノ要素ト認ムルノ説アリ仏法所謂原因ハ羅馬法ノ causa 又ハ英法ノ consideration ト吾ナリ然レ共其名称大ニ类似シ且ツ適当用モ時トシテ相类似スルヲ以テ或ハ混スルノ虞アリトス羅馬法ノ causa トハ羅馬法ニ於テハ義務生スル原因ハ極メテ限ラレ契約モ亦今日ノ如ク唯当事者ノ意思ノ合致トハ云ハス(斯カル場合モアレ共審ロ例外ナリ)例ハ各面ニヨル契約ト云ハ即チ各面カ causa ナリ言語ニヨル契約即チ言語ノ如キニ於テ或ハ定マリタル言語カ效力ヲ生スル原因タル場合ナリ即法律上ノ羈絆ヲ生セシムル原因ナリ仏ノ cause ハ之ト全文字ナレ共意味ハ全ク吾リタリ此意味ハ寧ロ於テハ甚タ解シ易シトスレ共往々之ヲ解シ雑シトシ現ニ数多ノ学者非常ニ之ヲ研究シタカラ百年ノ后尚未タ曽テ有ラスト信ス cause ハ予ノ解ニヨリ正ニ観念ニ誤リヲ傳ヘサルハ未タ曽テ有ラスト信ス(佛ニテハ契約ニ付テヨリ其規定ナク又学者モ之ヲ論セス)当事者カ契約ヲナスニ至リシ法律上ノ理由ナリ尚更ニ厳格ニイヘハ佛ノ cause ハ契約ノ原因ナルヤ否ヤノ信スル所ニヨレハ契約上ノ義務ノ原因ヲハ cause determinante ト云ヒテ正当トス此方ヨリ云ヘハ当事者カ契約ニヨリテ義務ヲ負フニ至リタル法律上ノ理由ト云フコトヲ得ヘシ従テ例ヘハ売買ハ二ノ義務ヲ生スル契約ニシテ売主ニ或金額ヲ与フル即法律的ニ云ヘハ金銭ノ所有権ヲ移転スルノ義務ヲ負ヒ買主ハ売主ニ或金額ヲ与フル即法律的ニ云ヘハ金銭ノ所有権ヲ移転スルノ義務ヲ負フナリ此場合ニ原因トハ売主ノ方ニテ云ヘハ動産又ハ不動産ノ所有権ヲ移転スルヲ得ヘキ代償ヲ得ントスルニ之ナリ即チ買主カ代償タル金銭ノ所有権ヲ売主ニ移転セントスルカ故ナリ買主ハ何故ニ金銭ヲ売主ニ与フルカト云ヘハ動産不動産ノ所有権ヲ得ントスルハナリ之ハ法律上ノ理由ナリ苟クモ売買ニ於テ此理由ハ必要ナリ無償ニテ物ヲ与ヘ又ハ金銭ヲ与フルハ売買ニアラス贈与ノ原因ニ至リテハ大ニ之ヲ解スル困難ナリ究竟贈与ハ法律上受贈者ニ無償ノ得セシメンカ為メナリ也往々之ヲ慈恵心ト云ヒ或語ニ贈与ハ必スシモ常ニ慈恵ニアラス例ヘハ予ハ生平人ヨリ恩沢ヲ蒙リ常ニ其報恩ニ苦心スレ共資力ノ足ラサル到底之ヲ済ス能ハサルヲ以テ其万分ノ一ニテモ報セントノ志ニテ鯛一尾ヲ贈ル如キハ法律上贈与ナレ共之ヲ慈恵ト云フヲ得ス要スルニ其用語ノ当否ヲ問ハス大体ノ意趣ニ於テ仏学者中各人ノ

殊ニ尊信スルモノハ挙ケテ唱フル処ナリ此原因ノ下ヲ云フニ当テハ常ニ原因ニ似テ非ナルモノヲ云ハサレハ明了ナラス今云ヒシハ法律上ノ理由ニテ売買贈与ヲシハ又其事アルヘキナリ然ルニ此ニ此原因ト極メテ混シ易キモノアリ即法律以外ノ理由ナリ即売買スルニ付テ当事者ノ理由ヲ聞カハ種々アルヘシ法律上ノ理由以外ノ理由ナリ即売買スルニ付テ当事者ノ理由ヲ聞カハ種々アルヘシ売方ニ付テ云ヘハ唯不用ナルカ故ニ売ルモノモアルヘク又金ノ必要ニ迫ラレテ売ルモノモアルヘシ又買方ニ付テモ全ク家ヲ買フニ己ノ住居ニセント欲シ又ハ商店トセント欲スルヨリ買フモアルヘシ是等ノコハ皆理由ニ相異ナカラニモ斯謂法律上ノ理由ニアラサルナリ法律ノ認メテ以テ理由トセサルモノナリ唯前述ノ如ク売主ハ代償ヲ得ルノ意思アリ買主ハ物ノ所有権ヲ得ントスルノ意思アリ為メニ出金スル如キハ法律上ノ理由ニシテ仏法ノ所謂ここここナリ今ノ理由トハ原因トヲ混スルモノハ尚ホ学者間ニハナシ学者ノ往々混スルハ次ノコトナルニ(后ニ理由錯誤ニ付テ云フヘシ)例ニハ古道具屋ニテ金ノ湯瓶ト思ヒテ買ヒ来リシモノカ銅ハ真鍮ナリシ場合ニヲ錯誤アリトシテ取消サントスル代ハ如何、法律学説多クハ之カ取消シヲ許セリ而シテ其何カ故ニ取消スヘキ理由ニ至リテハ人或ハ目的ニ錯誤アルヲ以テナリトス然レ共其目的ニ錯誤ナキコハ后ニ至テ明了ナルヘシ又或人ハ原因ニ錯誤アリトス例ニハ旧式戦争絵

三一〇条ニ物上ノ錯誤云々トアリ其説明ヲ見ルニ正ニ此説ナリ又三〇九条四ニ身上着眼カ含意ノ附随ノ原因タルニ過キサルハ其合意ハ身上ノ錯誤ノ為メ単ニ取消スコヲ得ヘキモノナリトアリ此ニ原因ノ字ヲ用ヰ説明中ニハ若リニ原因ノ字ヲ用ヰ説明スルニ原因ノ誤ルハ決シテ云フヲ得ス原因カ法律上ノ理由ナルヘシ以上ハ其ノ如キモノハ入ラサルハ勿論ナリ如何トナレハ今ノ場合ハ特定物ノ売買ナリ古道具屋ノ店ニ陳列シアリシモノヲ此薬鑵ヲ買フ、売ルハト云ヒ品物ニ相違ヲ生セス故ニ前ノ説明ニヨレハ売主ハ其代償トシテ百円ヲ得ンカ為メニ其所有権ヲ与フルナリ買主ハ其所有権ヲ得ントス欲シテ出金スルナリ然ルニ其薬鑵其物ニ相違ハナカリシカ買主カ金ナラント思ヒシハ誤ニテ真鍮ナリキ然レトモ之ヲ法律上ノ理由トスルヲ得ス法律上ハ金ニアラスンハ買ヒ得サルニアラス銅又真鍮ノ何タルヲ知ハサルナリ之ヲ恰モ前例ノ己ノ住家ニセントシテ或家ヲ買ヒシモ后ニ其不適当ナルヲ発見シテ之ヲ返サントスルハト全一理ナリ各自ノ豫期ハ法律上何ノ干スル所ナシ各自心中ニテ誤レルナリ然ルニ仏ノ学者ハ其著ニ凡テ之ヲ含ケリ氏亦然リ原因ノ錯誤即ここここノ錯誤トヲ別チテ区別スヘキモノト云ヒ而シテ后者ハ取消ノ原因トハナラス況ンヤ無効ノ原因トハナラスト云リ而

ニテ此両者ノ間ニ何カ原因ニ似タルモノアリトセリ今ノ薬錐ヲ買ハント云セシ場合ニ金ナラン思セシハ（Irrthum）ノ錯誤ニアラス寧ロ（Motivirrthum）ノ錯誤ニ近シ此両者ノ間ニ何カアルカ如シ曾テルドルフ之ヲ学者ノ（Motivirrthum）ナルヲ聞ケリ之ニ因テ明ナリ一度（Motivirrthum）カ法律上認メラレタル以上ハ他ノ事ハ凡テ法律上ノ理由以外ナリ金ナラン又住居ニ適セント思フテハ皆只タ思フニ過キスシテ法律以外ノ事ナリ之ヲ法律上ハ錯誤トシテ認メサルヲ然ルニ佛法ニテハ一般ニ之ヲ契約ノ要素トセリ余ハ之ヲ不必要トシテテトラス新民立法者意思又予ニ全シ予ノ来必要トシテ採ラサル所以ハ予ハ之ヲ皆目的中ニ入ルモノトス売買ノ場合売主ニ付テ云ハ不動産ノ所有権ヲ移転スルヲ仏学者ハ目的ト云フ売主ノ義務ノ目的ハ即之ナリ而シテ其原因ハ買主ヨリ得ル償代ナリ買主ニ付テ云ヘハ目的ハ金銭ノ所有権ヲ移転スルニシテ原因ハ其不動産ノ所有権ヲ得ントスルヲナリト云ヘリ故ニ仏学者ハ往々双務契約ニ於テハ一方ノ義務ノ目的ハ他ノ一方ノ義務ノ原因ナリトイヘリ、故ニ予ノ考ニテハ如此頗ハシキ区別ヲナスニ及ハス双務契約ニ於テハ義務ニヲ生スルカ故ニ従テ目的モ二ツアリト云フヘカラス可ナリ売買ノ目的ト云ハ売主ヨリ或不動産ノ所有権ヲ移転スルト全時ニ買主ヨリ或ル金額ノ所有権ヲ売主ニ移転スルトヲ云フナリ而シテ此両者ノ間ニ何ノ原因モ要セサルヲ贈与ノ場合ニ於テモ無償ノ場合ニハ或人ニ利益ヲ与フルヲ目的トスルモノアリ今ノ薬錐ヲ買ハント云セシ場合ニ非ナリ唯予ノ云フ所ニヨレハ或人ニ或不動産ヲ所有権ヲ与フルヲ目的ナリ然ルニ目的ハ原因ヲ云イニハ原因ハ不必要ナリ然ルニ目的ハ原因ヲ云フヲ必要アリ売買ニテハ如何ナル学説ニヨルモ之ヲ云ハ必要ナシト雖モ無償ノ贈与ニ於テハ未タ不可ナリ仮令贈与ニハ当事者カ要素ナリト云フ共説明シ難シ之ヲ原因トスルト雖モ之ヲ説明シ易シ蓋シ原因ハ要素ナリ原因ニ錯誤アレハ意思表示ハ成立セストス云ハ説明シ易シ今贈与ノ場合ノ原因ノ事又ハ或人ニ無償ニテ利益ヲ与フルコトヲナリ従テ人違アレハ原因ハ消滅スル故ニ甲ナル人ニ与フルノ意思ナリシト云ハ説明シ易シ然レトモ之ヲ意思ナシト云ハ説明シ難シ仏ノ観念ヨリ起リシモノナルヘケレト其間ニ多少ノ相異アリ我国ニテモ英法学者ノ外ハ之ヲ採ラス而シテ其理由ハ明白ナリ

ヨリ進ンテ法律行為ノ性質ノ錯誤アル場合ニハ全ク法律行為ノ要素ニ錯誤アルモノナルヤヲ論スルニ法律上行為ノ性質ニ錯誤アル場合ニ於テハ意思欠缺セルモノト見做サレ法律行為ノ成立セサルヲハ西洋ニテハ古ヨリ学者ノ多ク唱フル所ニシテ無論是レ誤リニアラス即一方カ賣買ノ考ナルヲ他方ハ贈与ノ考ヲナセリ又一方ハ貸借ノ考ヲ有スル積リナルニ他方ハ賣ヲ積リ又一方ハ帯連ノ考ナリシヲ他方ハ保証ノ考ナルカ如キ場合ニハ契約ノ成立セサル様ナレ故ニ此説ハ誤リニアラス仍之ヲ以テ一ノ特別ナル場合トシテ論スルハ誤リナリ先ニ予ノ云ヘルカ如ク目的ナル文字ヲ広義ニ解スレハ其中ニ皆入ルヘキヲリ先ツ売買ト贈与トノ間違トスレハ甲ハ或不動産ヲ相当ノ代償ヲ以テ賣テントスルヲ誤リテ乙ハ無償ナラハ得ントスルカ如キ其場合ニハ甲ノ意思ハ法律行為ノ目的カ其不動産ノ所有権ヲ移転スルコトニ相手方ヨリ金弐ノ所有権ヲ得ントスルニ在リ然ルニ乙ハ唯相手方ヨリ不動産ノ所有権ヲ得ン考ニテ金弐ノ所有権ヲ与ントノ考ニシテ必竟目的カ金ト齟齬セルヲリ金弐ノ所有権移転ノコトニ付テ意思ノ合致セス即チ目的ノ異ナルヲリ又一方ハ貸サントシ一方ハ所有権ヲ得ントスル（無償ノ場合ヲイフ）場合ハ即甲ハ己レノ不動産ヲ無償ニテ貸サントスル即自己ノ所有物ヲ使用セシメ其丈義務ヲ負フノ考ヨリ相手方ハ之ニ反シテ不動産ノ所有権ヲ得ントスルハ其右ノコトセルヲリ之レ全ク目的ニ相違アリトス又連帯ト保証ノ場合モ全ク連帯ト保証ハ其一人ヲ以テ恰モ唯一人ノ債務者タル如ク見做スヲ得ルモノニシテ保証ハ唯主タル債務者カ弁済セサル時始メテ弁償スルモノニテ保証人ニハ種々ノ権利与ヘラレ（連帯保証トハ純然タル保証ニ近シ）斯ノ保証ト連帯トハ性質ノ異ナルモノナルカ為ニ之ヲ誤マル謂ハ条件付ノ債務ト無条件ノ債務トノ別アリ目的全ク異ナリ尤モ此最終ノ場合（又第三ノ場合ニ於テサヘ）目的ヲ貸スト云フ不動産所有権ヲ与フルト云フ目的ヲ単ニ目的物ト混セサルヲリ不動産ヲ永久ノ債権トナスカ故ニ全ク目的異ナレリ然レトモ予ノ名ケテ俗論者ト云フ人々ハ目的ハ不動産ナリ不動産ハ全ク一ナルヲ以テ目的ハ異レリトハ云フヲ得ストス於此乎契約ノ性質ニ誤謬ナリ第三ノ場合ニハ学者ノ一般カ皆予ノ見ト全ク同ク目的カ異ナルト云ハス仏学者ハ原因異ナルトキニ得（キモ尚容易ニ云ヘルモノナレ仏法ノ原因ヲ法律行為ノ要素トスレハ今ノ場合ニハ原因異ナルト云ヒ得ヘシト雖モ先ニモ云ヘル如ク原因ヲ認ムルハ必要ナリ且ツ今ノ場合ニハ原因ノ異ナルヲ認ムルトモ不少困難ナリ何トナレハ債権者

ノ意思カ即連帯若クハ保証ニアル為メニ金ヲ借スト云フ ナリ此場合ニ債権者ハ相手方ハ其義務ヲ負フト云フヲ以テ金ヲ借スナリ単ニ其物カ弁済セサルトキモ之ヲ弁済スルト云フ如キ附随ノ契約ナラハ債サルナラン如此場合ニハ原因ト云フヲ得ケン又タ債務者ノ方面ヨリ之ヲ見レハ仏法ニテモ目的ノ錯誤ト云フ可ナラント信ス併シナカラ目的ヲ狭義ニ解シ条件ニ入ラスシテ解ケハ或ハ原因ノ錯誤中ニ入ルカ或ハ法律行為ノ性質上ノ錯誤ト云ハサレハ説明シ得サルコトナルヘシ原因ノ錯誤トハ今ノ例ニテ云ヘハ乙カ義務ヲ負フ例ヘハ金千円ヲ仏フコトナリ此支払フコトカ目的ナリト普通ノ学者カ云ヒ又タ其ニ相手方ニテ保証ト云ヘル債務者ノ払ハサルトキニ払ハヽ可ナリト云ヒ又竟保証人カ千円ノ義務ヲ負フニ至ルハ主タル債務者カ払ハサルトキニ限リ兼諾シタルモノトセハ原因ト説明シ得サルニアラス尤モ併之ハ説明聊カ無理ナルヘケレハ故ニ寧ロ法律行為ノ性質ニ錯誤アリトセハ容易ナリトス併シ予ハ目的ヲ更ニ弘ク見ルヲ以テ尤モ穏当ナリト信ス此原因若クハ法律行為ノ性質ニ錯誤アリテフコトニ対シ目的ナルコトヲ用ユル必要ナシト云フモノアリ其学者ヨリ之ヲ解シテハ尚斯カル語ヲ用ユル必要アルヘシ単ニ意思ノ合致ナシト云フヨリ即チ先ノ贈与ノ場合ニテモ此見解ヨリセハ贈与ノ目的ハ不動産ノ所有権ナリ尤モ併相手方ハ某々タルコトハ条件トナリテ之ニ誤リアレハ意思カ全ク合致セストハ云フヲ得ス又連帯保証其ニ其目的ハ金千円ヲ払フニアリ仍連帯者トシテ義務ヲ負フトハ其間ニ差違アリ故ニ意思ノ合致ナシト云フヲ得ス要スルニ以上ノコトハ無論意思ノ合致ナキモノトセサルヘカラス依テ説ハ未タ不充分ナリ意思ノ合致ナキ故ニ意思ノ合致ナキ場合ニハ法律行為ハ無効ナリトハ法律ノ明ニ規定スル所ナリ是故ニ目的ヨリ論スルモ可ナリト雖トモ贈与ノ如キハ何某カ要素ナリヤ否ヤ等々可ナリコトト雖モ予ハ之ヲ以テ純然タル学者的説明ニアラスト信ス

以上意思ノ欠缺ヨリテ法律行為ノ成立セサル意思表示ノ無効ナル場合ヲ概論セリ錯誤ニヨリテ意思ノ欠缺ヲ生シ従テ意思表示ノ成立セサル場合ナリ尚之ニ付テ説明スヘキコトアリト雖モ次ニ理由ノ錯誤ノ説明ニ対照トシテ云フノ必要アルヲ以テ重複スル恐アルカ故ニ茲ニ之ヲ畧ス唯茲ニ説明スヘキコトアリソハ法律上ノ錯誤ニ付テ云ヒシテナルカ意思ノ欠缺ノ場合ニモ錯誤ノ意思ヲ表示シ者ニ重大ナル過失アル場合ニ於テハ意思表示ヲ有効トナスヲ以テ第九五条但書、但表意者ニ重

大ナル過失アルトキハ表意者自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス、之レ全ク理論ニ反セル規定ナリ理論ヨリ云ヘハ意思ニシテ欠缺セハ法律行為ノ成立スヘキ法ナシ就中法律行為ノ要素ニ錯誤アル場合ニハ殆ント成立セシムルコトヲ得ス甲ノ不動産ヲ売ラントシテ乙ノ不動産ヲ買ハントスルカ如キ全ク公益上ノ理由ニ基ケル特別ノコトナリトス何トナレハ此場合ニ本則ヲ適用シテ法律行為ヲ無効トスルトキハ過失者ニ於テ大ニ過失ヨリ生シタル損害ヲ賠償セサルノミカラス此事タル一般ニ云ヒ得ヘキヲ以テ如何ナル場合ニモ一方ノ錯誤ニ依テ法律行為無効トナリ為メニ相手方カ損害ヲ蒙ムルトキハ之ヲ賠償セシメサルヘカラス之レ七〇九条ノ適用トシテ疑ナキコトナリ然ルニ損害賠償ハ理論上ハ大ニ可ナルモ実際上ハ動モスレハ有名無実ナルコトアリ損害ノ幾何ヲ生セシヤ実際判然タラス又当人ニハ証明シ難カルヘキニ之ヲ判官ノ臆測ニ過キス場合ニヨリテハ或ハ精密ナル計算ヲ為シ得ルコトアリト雖モ結局ハ空ク判官ノ例外ナリ故ニ賠償カ真ノ損害ノ代リトナルト云フコトヲ得ス況ンヤ損害賠償ハ唯金銭ヲ以テ償フモノナルカ故ニ債務者ハ無資カナルトキハ之カ賠償ヲ求ムルコト難シ是故ニ損害賠償ノ如キ迂遠ナル道ヲ取ラス更ニ其損害ノ生スル本ニ遡リテ探究スレハ法律行為カ無効ナルヨリ故ニ窮ロ法律行為ヲ無効トセスシテ其ノ賠償ノ代リトスルヲ可トス之レ即チ過失者ノ相手方ヲ保護スル為メ規定シテ従テ過失者ノ方ヨリ之ヲ有効トスルヲ得ス例令先ノ場合ニ買主カ重大ナル過失ニ依リ錯誤シタリトセハ売主ハ意思ノ欠缺アル以上ハ已ムヲ得サルヲ以テ無効トスルコト其代リニ損害賠償ヲ為スヘシト云フニ当リ過失者ハ之ニ反シテ重大ナル過失アリシ故ニ法律行為ハ有効ナリ従テ損害賠償ノ責ニ任セストハ云フヲ得ス時トシテハ之カ売主ニハ利益ナルコトアリ即相場ノ高下ニヨリテ売主ノ損耗ヲ来スカ如シ買主ハ無理推シ得サルナリ故ニ規定ニモ意思表示者自ラトアリ特ニ注意スヘシ

二、意思ノ瑕疵ノ場合、―即理由ノ錯誤ニ二種アリ(イ)単純ノ錯誤(ロ)詐偽ニヨル錯誤トハ人ヨリ欺カレ誤ルモノナリ、先ニ云ヒシ意思ノ欠缺ノ場合ハ自分ニ誤ルモ人ニ欺カレテ誤ルモ皆其中ニ包含サレタリ、意思表示ノ無効ナルコト何ヲ以テ此ノ区別ヲ為スノ必要アリ

即理由ノ錯誤ノ場合ニ到リテハ此ノ区別ヲ為スノ必要アリ

第一、単純ノ錯誤、単純ノ錯誤ニヨリテ法律行為ヲ取消スヲ許セル雅馬

法以来殆ント一般ナリ旧民法ハ更ナリ仏法系独法系ノ国概ネ之ヲ認ム唯如何ナル場合ニ之ヲ認ムルカニ付テハ各国立法例及学説色々ニ渉レリ然レ共其大体ニ於テ一般ニ採用セラルヽ原則ハ若シ其誤リ少カリセハ法律行為ヲ為スニ至ラサリシナラント推測スヘキ場合ニ限リテ法律行為ヲ取消スコヲ得トセリ換言セハ当事者決意ノ理由ニ付テ錯誤アル場合ニ限ルトセリ之ヲ羅馬法ニテハ（ラテン語）トイヘリ之レハ唯適用ニ至リテハ大ニ困難アリトス羅馬法以来欧州ノ学説並ニ各国ノ法律ニ於テ理由錯誤ノ或場合ニ法律行為ヲ取消シ得ルコトヽセリ其場合ト云フ処カ多少学説ノ分レ各国立法例ノ区々ニ亘ル所ナルカ其大体ノ趣意ハ概ネ左ノ如キ事項ニ付テ錯誤ノ為メニノミ法律行為ヲナスニ至レル場合ナリ尤モ疑ノ少キ場合ハ前回ニ挙ケタル例ノ真鍮ノ薬鑵ヲハ金ナリト思ヒ買ヒシ場合ノ如キ即法律行為ノ目的物ノ品質ニ付テ実際ハ甚タ困難ナル問題ヲ生スルニ至ラサル場合ニ於テハ大ニ法律行為ヲ取消シ得ルコトヽセリ其理由ハ古道具屋ヲ冷カシ大ニ安値ナル薬鑵アリシカ其値金ナルカ如ノ見ニシカハ之ヲ買ヒ帰ラントセシ時ヒ家ニ帰リテ能ク之ヲ験セシニ豈計ランヤ真鍮ナルヲアリ若シ斯カル場合ニ其売買ヲ無効トシ之ヲ返シ得サルカ如キコトアリテハ大ニ不便ナリ唯

実際錯誤ノ証拠ヲ出スコトカ困難ナルカ故ニ尚ホ之ヲ認メサルヲ得ス松川一出ソレハ常ニ此種ノ問題起ラサルニカラス又之レニ反シテ一ノ掛物ヲ買ヒシニ地ハ狩野ニシテ其真ニ付テ錯誤アリシカ如キ場合ニ於テハ之ヲ認メサルヲ得ス何トナレハ掛物ヲ買フモノハ大抵多クハ其画ノ何人ノ筆ニ係ルトヲ主眼トスルカ故ニ此場合ニモ取消シ得ヘシトスルノ説ニ傾ケリ如此争ノ見ヲ以テスレハ実ニ区々タル学説ノ生スル所以ハ全ク学者又ハ法文ノ用ユル文字ヨリ起ルト雖モ畢竟ハ錯誤ヲ称シテ（ラテン語）トスル羅馬法ニテハ取消スノ原因タルヘキ錯誤ヲ総テ之ヲ（ラテン語）ト云ヒ物ノ要素ニ干スル錯誤ト訓シ得ヘキ重大ナル錯誤ヲ称シテ（ラテン語）ト云フトハ全ク反対ナリ其意味更ニ左シ法律行為ノ要素ノ意味ニアラスシテ寧ロ当事者カ主要ノ点ト認メタル処ニ錯誤アリトノ意味ニ用ヰラレタリ之ヨリシテ予等ハ羅馬法ノ解釈トシテ当事者ノ主タル着眼点ニ誤リアリシモノト解セリ

今日ノ各国ノ法律ニテモ略ホ類似ノ語ヲ用ヒ仏民法等ニ
ト用ヒタリ之ヲ余ノ解釈ニテハ
ト全ク同一ナリトス蓋シ
ニハ又無形ノ意味ニ用ユルコトアリ即主要ノ意ニ用ユル法文ハ実ニ其意味ニ用
ヒタルモノニシテ今日多数ノ学者ハ然リ解釈セリ然シ而従来隨分勢力アリシ学説
ニヨレハ（ボアソナード氏富井氏等モ此説ナリ）之ヲ物質ノ意味ニ解スルヲ故ニ物
質ニ錯誤ナカルヘカラストス即原則トシテハ先例ノ如ク金ト思ヒシニ真鍮ナリシ又ハ
綿地ト思ヒニ水綿地ト云フカ如キ物質ノ錯誤ナカルヘカラストノ説ナリ下條此説ヲ採
用スルトキハ実ニ奇妙ナル結果ヲ生スルニ之ヲ掛物ノ例ニテ云ハ綿地ナリト思ヒシハ水
綿地ナリシトキ取消スヲ得ルニ反之一意応挙ノ画ナリト思ヒ其綿地紙地タルトニ
ハ重キヲ措カス買ヒシ其地ニ付テハ錯誤アル場合ハ取消スヲ得サルコトナルヘシ之ニ付テハ学者大ニ苦心シ一部ノ学者ハ物質ハ
ハ一定ノ意味ヲ有セス普通ハ金銀綿紙等ノ如キ書画等ニ至リテハ寧ロ書
画カ物質ニシテ紙綿等ハ附隨ナリトノ奇論ヲ吐クニ至リシ之レ
ヲ普通多行ハル、意味ニ解セシニ因ルコトヲ蓋シ立法者カ此文字ヲ作リシ

時其意味ニアラサリシナルヘシ今日ノ学説ニテハ物質ノ錯誤ニアラストモ苟クモ当事者
カ重ニ着眼シタル点ニ錯誤アハ法律行為ハ取消スヲ得ルト云フニ傾ケリ各国ノ
法文ヲ見ルモ文字ハ異ナルモ大体ニ於テハ全ク傾向ヲ有セルモノ、如シトス茲ニ大ニ議
論ノ種子トナル一事ハ人違ノコトナリ羅馬法ニ於テハ却テ議論少カリシカ如シ何トナレハ
羅馬法ニテハ相手方錯誤種類ヲ分タス唯（error）ニ錯誤アリシナラハ取消ノ原
因トナルトセシヲ以テ却テ過用ノ公平ナルヲ得タリ故ニ人違ナリトモ其人違カ当事者
ノ決意ヲ促カシタル重ナル点ニ存スレハ取消スコヲ得タリシナリ（茲ニ些カ注意スヘキ
ハ羅馬法ニテハ今日ノ如ク絶対無効ノ場合ト取消シ得ヘキ場合トヲ明カニ区別セス
寧ハ曽テ羅馬法研究ノ際此区別ヲ立テント思ヒシカ却テ其結果ハ羅馬法ニアラサルコトヲサレリ今日ニテハ取消ス原因トナラサルモノカ羅馬法ニテハ絶対無効ノ原因トナリ反之今日ニテハ絶対無効タル場合モ
アリ又取消シ得ヘキ場合タルニテ故ニ人違ノ場合ニモ今日ニハ無効トスヘキ
場合カ羅馬法ニテハ単ニ取消スヲ得ヘキ場合トナリ）
此人違ノ場合ニ於テ甲カ乙ニ対シテ債務ヲ負ヒ乙ハ死シテ其相続人定アリシ場合
ニ其ト和解セントシ其相続人ナリト信シ丙ト契約セリ例ハ丙ハ千円ノ債権ヲ有

セリト云ヲヲ甲ハ七八百円ナリト云ヒテ折合ヲ付ケ其金額ヲ払ヒ債務ノ消滅ヲ了セリ然ルニ后日丙カ真正ノ相続人ニアラスシテ丁カ相続人ナルヿヲ発見セル場合ハ之レ羅馬法ニ所謂[illegible]ノ存セルナリ丙カ乙ノ相続人ナリト思ヒコソ之ヲ契約シ若干金ヲ払ヒシナレ然ルニ真正ノ相続人ハ丁ナリトセハ火竟之ト取遠ヘタルモノナリ尚人ノ主タル着眼点即今ノ場合ニ丁カ真正ノ相続人ナルヿヲ丁ニアラサル丙ヲ丁ト信シテ金ト契約ヲ結ヒシ場合モ前ト全ク今日一般ニ行ハル、法理ヨリ考フレハ斯カル場合ニハ又竟法律行為ハ成立セサルナリ何者丙ト甲トノ間ノ契約ハ丙カ相続人ナラサル以上ハ金ノ目的ニ付テ錯誤アルナリ乙ニ対シテ甲カ負ヘル債務ヲ消滅セシメントスルニアリシモ法律上何等ノ干係ナキ丙ハ之ニ手ヲ契約ヲ結ハトテ到底乙ニ対スル債務ヲ消滅セシメ得サルナリ他ニ相続人アレハ之ニ対シテ債務ヲ負ヒ相続人ナケレハ国庫ニ対シテ負ハサルヿカラス故ニ此場合ニハ今日ノ法理ニテハ絶対無効ナリ尤モ相続権ノ占有者ニ対シテ弁済ヲナサントセハ弁済ハ有効トナル立法例ニモアレ共今日ノ例ニテ適用上之ニ当ルヿハナキナリ以上ノ如キ場合カ羅馬ニテハ問題トナリシナリ今日ニテモ大遠ニ付テ議論大ニ起ルアリ之レ欧州法律中ノ多ハ精ミリ規定シ過キタルノ故ナリ羅馬法ノ如ク[illegible]ん語ニ付テ取消ヲ許スミノニテハ

セハ餘ハ学者ノ研究ニヨリ適用ヲ定ムルヲ得ヘキナリ然ルニ甚タ契約ノ目的物ノ物質ニ錯誤アル場合又ハ人ニ着眼セル時、其人ニ付テ錯誤ナル場合等ノ言ヲ用ユルハ例数多アリ為メニ却テ議論ヲ生セリ)契約要素ニ付テノ規定ハ未完全ナリ然カモ其不完全ナル規定カ今日他国ニ於テ僅少ノ変更ヲ加ヘラレテ法律トナレリ其中ニモ仏ハ[illegible]ヲ単ニ取消スノ原因ト認メタリ之ヨリシテ従来多クノ学者支判断カ前例ノ如キ今日ノ法理ヨリ見レハ法律行為ノ要素ヲ欠ケル如キ場合意思ノ合致ノ全クナキ場ヲモ全ク唯取消シ得ヘキモノトセリ更ニ之ヲ例セハ贈与ヲ於テ贈与者カ受贈者ニ付テ人違ヲ為セリ即甲ヲ吾思フ人乙ノ子息ナリト思ヒ之ニ贈与セシカ之レ全ク誤聞ニテ甲ハ乙ノ子ニアラサリシ場合又ハ甲ハ乙ノ子ナランカ甲ナリト信ニテ契約セル相手ハ甲ニアラスシテ丙ナリシ場合ノ如キ今日ノ法理上ハ其契約ハ全ク無効ナルヘキニ反シテ仏法ニテ云ハ原因ニ誤錯アルモノニシテ単ニ取消シ得ヘキノミトス(予カ前回ニ主張シタルハ言ヲ以テセハ如此場合ヲ広義ニ於ケル目的ニ錯誤アルナリ故ニ無効タラサルヘカラス)又其ヒキ例ハ名工川端玉章ニ画カシメント欲シ誤テ拙工ヲヲ彼ト信シテ依頼セシ如

キハ人遠ナリ仏法ニヨレハ此場合ニ人遠ハ唯契約取消ノ原因タルニ過キスト雖モ今日ノ法理ヨリ見レハ絶対無効ナリ契約ノ目的ニ錯誤アルナリ斯カル場合ニ契約ノ目的ハ唯漠然絵画ト云フニアラス川端ノ画タルナリ然ルニ川端ノ絵画ハ有体ニイヘハ特定物ノ如キモノニシテ他ノ画ニ代リテ画カ可ナリト云フ性質ノモノニアラス故ニ川端ノ画カ契約ノ目的ナリ従テ此契約ハ無効トスヘキナリ斯ハフヲモ単ニ取消シ得ヘキモノトノ説ヲ唱フルモノ多カリシカ幸ニ今日学者ノ多数ハ予ノ説ニ傾ケリ即チ新民法ノ解釈トシテハ前諸例ハ所謂要素ニ錯誤アルモノナリ、要スルニ仏法文ニ[illegible]ノ字ヲ用ユルハ法律行為夫自身ハ先ツ成立セル場合ヲ見タルナリ即他ノ要素ニ誤アル場合ヲ云フナリ、目的モ原因モ皆具ハレル場合ニシテ唯々人ノ間違アル場合ト解釈スルヲ可トス而シテ今日大抵然カ解スルトシレリ以上ハ絶対無効ノ場合ト取消シ得ヘキ場合ト動モスレハ混雑スル如キ場合ヲ云ヒ次ニ取消シ得ヘキ原則因アル場合ト無キ場合トノ区別ニ付テ議論スルコトヲ云ハントス

例ハ「金ヲ貸スヤニ借主ハ金穴岩崎ナリト思ヒテ貸セシニ意ヤ人違ニテ斯カル富豪ニアラサル貧乏人ナリシト后ニ至リ知ラレタル場合ニ其契約ハ取消サルヘキ否ヤ」

ニ付大ニ議論アリ或人ハ貸借ノ如キハ何某トカ云フ如キフヲ眼中ニ措クヘキモノニアラス且ツ又履行セスト云ハ各制裁アルコトナルヲ以テ取消スコヲ得スト云ヒ又或ル人ハ之ニ反シテ他ノ契約ナラハ格別貸借殊ニ別段担保ナキ場合ニハ資産ヲ目当テトシテ貸スモノナリ然ルニ実ハ無資産ナリシ人ニ貸セシ場合ノ如キハ取消サールヘカラスト云ヘリ予ハ一旦[illegible]ヲ取消ノ原因トスル原則ヨリ取ラハ此場合ニモ取消シ得ヘキヲ正当トス然レトモ之ト類似ノ場合ニテ必ス之ト反対ノ決定ヲ下サヽルヘカラサルモノアリ即チ何某トカ云フニ錯誤ナカリシモ其人ニ金アリト思ヒシハ誤リテシテ実際ハ山師ナリシ如キ此場合ニハ学者ハ挙テ取消シ得スト成程当事ノ事情ハ先ノ例ト良ヒ[illegible]然レトモ此場合ニハ貸主ノ心中ニ金持ナラント考ヘシニシテ人違トハ云フヲ得スト雖此場合ニ取消スヲ許ス説ヲ聞カス況ンヤ売買等ニ於テモ唯金持チトテ掛売スルハトテ之ヲ取消スコヲ許サス又相手カ甲ナリト思ヒ売リシモ乙ナリシ如キ場合ハ純然タル人違ニシテタトヘ契約ニ錯誤アリト雖モ取消シノ原因トナラサルハ疑ナシ唯先祖傳来ノモノヲ売ハニ当テ之ヲ他人ニ売ハコトヲ欲セサルハトテ極親ノモノハ皆貧乏人ニシテ之ヲ買フモノナレ依テ遠キ親戚ニ之ヲ売リシニ后日其親戚ニアラサルコヲ知リタル場合ノ如キハ実際ニ疑ハシキ問題ヲ生

成程其物ヲ賣ル人金ヲ得ル目的ナルハ言ヲ俟タスト雖モ唯之ト全時ニ他人ニハ売ルヲ欲セサルノ意思アリシカ故ニ取消シ得ヘキヤハ問題ナリ予ハ信ス以上ノ如キ場合ヲ取消スノ原因トスルハ此場合ニ限リ別スルノ必要アリト考フ即チ今ノ場合ニ如何ニ困窮スルモ親戚ニアラサル限リハ賣ラヌテフ明カナルハ取消スヲ許スヘシ即親戚ナルヲ当事者ノ主トシテ着眼セル点ナレハナリ反之テ成ルヘク親戚ニ賣ラント欲スルノ考位ニ止マルヲトセハ取消スヲ得サルモノト信ス何トナレハ親戚ナルカ主タル事当者ノ着眼点ニアラスシテ換言セハ其条件ナル売ラサルヘカラント云フヲ得サルナリ之レ実ニ今日学者ノ一般ノ説ナリ然ルニ之ニ対シテ経済学者ハ反対アリ即錯誤ニ基テ法律行為ヲ取消スヲ許スヘカラス若シ之ヲ許スカ如ハ取引ノ安全ヲ失ハンヘレトノ論アリ独リ雑誌等ニ多ク見ユル所ナリヒ此論タルヤ考ニヒハ余リニ絶対ニ過キ全ク目的ニ錯誤アリ要素ノ欠缺シタル場合ニ於テ法律行為ヲ成立セシムルハ無理ノコナリトス極端ノ例ヲイヘハ甲家ノ所有者ニテ之ヲ売ラント欲スルニ買主ハ余ノ所有ニアラサル隣家乙ヲ買ハント云フトスルハ此場合ニ申込ハ何レノ方ヨリモ在リ得ヘシ予カ申込ミシ場合ハ猶始末シヨシ即チ予ハ我所有ノ甲家ヲ売ラント云ヒ相手方ハ之ヲ誤信シテ乙家ナリト思ヒ買ハント云フ錯誤ナリ此場合ニ今ノ学説ニヨルトキハ買主ハ不必要ナル甲家ヲ買ハサルヲ得ス果ヲ生スヘシ即相手方ヨリ申込ミ来レルハ奇妙ナル錯誤ニ基ク申込ナリトスルハ其結果遂ニ予ハ甲家ナラント誤信シテ為ス所有ニアラサル隣家乙ヲ売ルノ義務ヲ負ハサルヘカラス（契約成立スル故）故ニ此場合ニ契約ヲ成立セシムルハ無理ナリ乍併予ハ錯誤ニヨリテ法律行為ヲ取消スヲ許サルヲ信ス何者ハ深ク之ヲ研究スルニ此適用ハ那辺ニテ引カルヤ知ルヘカラス失キニ予ノ云ヒシハ一般ノ学説ナルカ中ニ大ニ区別シ難キヲ以テ例令ハ人遠ノ場合ニ於テモ崎トロ知リ其金持ナルヲ知リテ特別ニ儉スノ考ヲ以テ儉セシニ他人ナリシ如キ場合ニハ多数ノ学説ハ之ヲ取消シ得ヘシトセリ然レトモ仝一人ヲ金持ト考ヘ儉セシニ真ノ金持ナラサリシ場合ハ学者殆ント口ヲ并テ取消シ得ストセリ蓋シ此ノ場合ヲ公平ニ考フルニハ殆ント区別シ難キモノアリ仝ク仝アリト信シ儉セシヲ故ニ真ノ人遠タリトモ又人ノ資産ニ付テ錯誤アリトモ仝一ナラサルヘカラス其間ノ区別ハ大ニ困難ナリ之ハ稍々疑ハシキ場合ナルカ尚ホ疑ハシクハサル場合ニ於テモ仝一ノ事ヲ云ヒ得ヘシ家ヲ買ハサルハ法律上ヨリ云ヘハ其

家ノ所有権ヲ得サルハ満足スルヲ得ス之ト雖モ実際ハ不然所有権ヲ得ルハ其家ニ住ムヲ以テ高店トスル等種々ノ目的アルヨリ然ルニ已ノ住マント欲シテ買ヒシ家カ住居ニ適セサル如キ場合ハ如此家ハ断ラレテ初メヨリ買ハサリシトノ証明ハ又立ツヘリ唯錯誤ニヨリ如此家ヲ買ヒタルヿ明カナリ而シテ此場合ニハ之ヲ以テ取消シ得ルトスルモノナリ然レトモ之ヲ公平ニ考フレハ多少ノ程度アルヘキモ此場合ト先ノ二例ト異ナラサル即チ金ナリト思ヒテ買ヒシ薬鑵ハ夫自身ニ誤ナルニ真鍮ナリシヲ以テ家ノ場合ニ衛生ニ害アル家ナラハ決シテ買ハサリシト云フト其間ニ幾許ノ逕庭アリヤ予ハ之ヲ発見スル克ハス又例ニハ或地ノ近傍ニ停車場ノ設ケラルヽ噂サ専ラナルヲ信シテ其隣地多ク買フノ契約ヲナシ而シテ一意設置ヲ信シタリ然ルニ其事全ク虚聞ニシテ其設置ナキコトナレハ予カ買ハントスル理由全ク失セテ斯様ノ場合ニハ買ハサリシト云フヲ得ト云フト家ノ場合ト何ノ相ニ区別ナシト信ス斯様ノ事ヲ詮索スルハ実ニ煩ニキヘナリ故ニ理由トシテ法律行為ノ取消ヲ許スハ不穏当ノコトナリトス又竟斯ル学説ノ羅馬法ヨリ漸次行ハレ来リシハ全ク誤リテ買ヒシハ可憐ノ情状アリトノ所謂人情論ニ基クノ外ナシ勿論人情論ニヨラス法律上律上ヨリ説明シ得サルニアラスト雖モ其結果惨酷ニ亘ルノ虞アリ法律上ヨリイフハ法律行為ノ基礎ハ意思ナリ意思ニ些少ノ錯誤アラハ成立セス或ハ少クモ取消スヲ得ヘシ而シテ先ノ場合ハ真鍮ナリト思ヒシ意思ナリトハイヘ此論ヨリスレハ停車場ノ例モ此中ニ入ルヘシ加之己ノ親類ノ子供ニ与ントテ物ヲ買ヒシニ其子供カ急病ニテ死セシ場合ニ夫ヲハ返却シ得ルコトハイヘ此類ノコヲ認メハ到底引取ハ安全ナルコヲ得サルヘシ要スルニ其間ニ区別ヲ置クヿハ頗ル困難ナルヿニシテ欧州ニテモ羅馬法以来錯誤ニ付テハ常ニ困却セリ

法律ハ元来人ノ表面ノ行為ヲ支配スルヿニキモノナリ意思ノ全クナキ法律行為ハ成立セサル意思ハアリシモ表面ニ現ハレタル意思ト本来ノ意思ト多少齟齬セリトテ法律上之ヲ取上ケテ取消シヲ許スハ又無効トスルコヲ得ス唯法律行為ノ要素ニ錯誤アル時ハ其法律行為ハ全ク成立シ得サルモノナルカ故ニ全ク無効ニシテ取消ヲ許スニ止マルモノニアラスト信スル此理由ニ基キ外国ニハ始ント例ナキ程ニ拘ハラス新民法ニテハ断シテ錯誤ノミニテ取消スノ原因タルモノヲ認メス全ク無効ノ原

因ト十九モノ外ハ錯誤アリトモ法律行為ハ成立スルトセリ

以上單純ノ錯誤ナリ詐偽ニ因ル錯誤ハ之ニ反シリ

第二詐偽ニ因ル錯誤、詐偽ニ因ル錯誤トハ錯誤ニ陷ル有様ヨリ見レハ從来述ヘル所ト或ハ表意者カ自己ノ粗漏ヨリ錯誤ニ陷リシ場合ヲ想像セシナリ今度ハ然ラス相手方若クハ其他ノ人ノ詐偽ヲ行ヒシコトヨリテ錯誤ニ陷リシ場合ナリ此場合ニテモ前ニ云ヒシ如ク其錯誤カ要素ノ錯誤ナラハ絶対無効ナリ唯詐偽者ニ対シ其上ニ損害賠償ヲ求ムルヲ得ルノミ今云ハントスル所ハ要素ノ錯誤ニアラス其他ノ錯誤ノ多数ノ例即チ

外国ノ多数ノ例ハ自ラ誤リシト雖モ民法律行為ヲ認ムルナラハ自ラ誤リシト雖モ法律行為取消ノ原因トナルヲ主義トスル国ニ於テハ其場合ハ詐偽ノ有無ハ法律行為ノ運命ニ関ハサルナリ詐偽アルモナキモ全ク同一ノ結果ヲ生シ然レハ其他ノ錯誤即詐偽ニ因ル縁由ノ錯誤ト雖モ詐偽ニ因リテ生シタルモノナレハ全ク法律行為取消シノ原因トナルヲ以テ詐偽ニ因リテ生シタルモノナラサルカラス故ニ予ハ常ニ詐偽ノ場合ヲ云ヘハ相手方カ詐リテ銀行ニ預金アリト云フヲ以テ前例ニ於テモ之ヲ見セビラカシ又ハ某会社ノ株主ナリト云フヲ以テ素封家ナリト信シ貸シタル場合ハ取消スヲ得ヘシ唯之ニ付テ注意ヲ要スルハ詐偽アラハ凡テ取消シ得ルカ詐偽ニアラス錯誤ニ陷リ其錯誤ノ為メニ契約ヲ為スニ至リシモノナラサルカラス故ニ予ハ常ニ詐偽ニ因ル錯誤ト云フ前例ニ於テ通帳等ヲ出シテ預金アルヿヲ見セビラカシ為メニ偽ヲ以テ如キ気トナリシ如キ場合ヲ云フナリ

新民法ノ主義ニテハ理由ノ錯誤ハ一切之ヲ採ラス所謂縁由ノ錯誤ニアラサル錯誤ニアラサル錯誤ハ取消スノ原因トセサル主義ヲ取レハ詐偽ノ錯誤ノ適用広キヲ要セスアラサル錯誤ト雖モ詐偽ニ因ル錯誤ハ詐偽ナリ何カ故ニ詐偽ニ因ル錯誤ノ場合ニハ取消シ得ルカ意思ノ有様ヨリ云ヘハ錯誤ノ程度ハ全一ナリ故ニ法律行為ノ成立ニ必要ナル条件ヨリ見レハ全一ナラサルヘカラス此場合ニ条件欠ケタリト見レハ単純ノ錯誤ノ場合ニ於テモ取消シ得ヘキヲ以テ詐偽ナル不法行為ハ損害賠償セシメサルヘカラス此場合ニ条件欠ケタリト見レハ単純ノ錯誤ノ場合ニ於テモ取消シ得ヘキヲ以テ詐偽ナル不法行為ハ損害賠償セシメサルヘカラス此場合ニ条件欠ケタリト見レハ単純ノ錯誤ノ場合ニ於テモ取消シ得ヘキヲ以テ詐偽ナル不法行為ハ損害賠償セシメサルヘカラス

アラサルニ何者ト雖モ錯誤アル場合ニ於テ多少ノ瑕疵アルヲ認メサルヘカラス然レ共此瑕疵カ全ク意思ナキモノト見ル程ニアラスシテ即チ要素ニ錯誤ナキモノナルハ唯自己ノ過失又ハ偶然ノ出来ノ為メニ錯誤ニ陥リシモノハ法律ニテ保護スルノ必要ナキト故ニ意思ニ多少ノ瑕疵アリトモ之ヲ法律ニテ保護スルノ必要ナシトハ云ヒ得ス仍テ錯誤ノ起リシ時ハ君子モ欺ク可シ即チ欺カレタル人悪シトハ一般ニ言フヲ得ス詐偽ナル不法行為其原因ナリ然ラハ意思ノ瑕疵其モノハ全様ノ程度タリトモ其瑕疵ハ詐偽ナル法律ノ以テ不法トナスニ由リ生セシナリ故ニカカル場合ニハ仮令些少ノ瑕疵アリト雖モ全ク法律カ保護スルト云フテ不可ナシ従テ此場合ニハ意思ノ瑕疵カ取消ノ原因ナリト云フテ何ノ妨クルヘキヤアラス（ボアソナード氏ノ如キハ前ノ論ニ拘泥シテ錯誤ノミニテ取消シ得サル場合ニ詐偽ニテ取消シ得ルハ不穏当ナリトノ論ニテ補償名義ヲ以テ取消スヲ許スト法文ニ記セリ（財産篇三二二条）之レ大ニ予ノ取ラサルヘカラサル所ナリ蓋シ程ボアソナード氏ノ理屈ハ通セリ此場合ハ意思ニハ瑕疵アリ即チ取消シ得ヘキモノニアラス然レ共詐偽者カ不法行為ヲナセリ依テ損害賠償ヲ得ントセリ然ルニ損害賠償ノ如キ甚タ不確実ニシテ実際生スル損害丈ケノ賠償セラルヽハ実地為シ難キヲ以テ斯カル不確実ノ損害ニ甘ンセス寧ロ其損害ノ由テ生スル所以ヲ考ヘシテ全ク契約ノ成立ニ由ルモノナルカ故ニ之ヲ取消サハ損害ヲ生セストノ論ニテ取消スヲ許スヤ如此スルモ不可ナシト雖モ必ス如此セサルヘカラサルニ非スト信ス仍テ意思ノ瑕疵ニヨリテ取消スヲ許スト云フモ毫モ不可ナキヤヲ以テ即チ相手方ニ在ル行為ニ付テハ可ナリト雖モ尚ボアソナード氏ノ説ニ依ル契約ニ於テ不法ノ手方ノナキヲ以テ其場合ニハ民ノ論ヲ適用スルヲ得ス何トナレハ相手方ノ定マラサル行為ナラハ其行為ヲ取消スヲ以テ損害賠償ノ代リトハナラス詐偽者ニ一人ナリ其者カ損害ヲ賠償スヘキ単独行為ニテ相手方ナキナルニ単独行為ニテ其効力許偽者以外ノモノニ付テ生スヘキ場合ニ於テ詐偽ニ因リテハ取消シ得サル結果トナリ又遺言状ハ何人ニ対シテ作ルトモ云フモノニアラス見様ニヨリテハ社会一般ニ対シ作ルナリ其遺言書ヲ或カ詐偽ヲ以テ欺キテ作ラシメタリトスレハ夫ハ后ニ取消シ得サルヘカラス然ハニ天ラ保償名義ニテ賠償セシムルヲ得ルトセハ詐偽者カ利益ヲ代リニ損害ヲ賠償スルヲ得ルト雖モ其ノ如ノナスヲ得ス即遺

言ニ付テハ詐偽ノ取消ヵ此法理ニテハ行ハレサルヲトナルベシ然ルニ遺言ニ付テ新法典ニ於テモ別段詐偽等ノコニ付テ規定セシ故ニ新法典ハ之ニヲレ一般ノ規定ニヨルハ疑ヲ容レス否間接ノ明文ト云ヒ得ベキモノニ三七条ニ在リ、民法一二三七条遺産相続人ノ如キ直系卑属ハ遺留分トシテ被相続人ノ財産ノ半額ヲ受ケ財産相続人ノ如キ配偶者又ハ直系尊属ハ遺留分トシテ被相続人ノ財産ノ三分ノ一ヲ受ク、旧法典ニモ詐偽ニ付テハ一般ノ規定ナシ然ルニ契約ノ規定カ当然ニ準用サルヽ元来不可ナレ共仏民法ハ解釈上然カラセリ日本ノ新旧法モ共ニ然カラセリト雖モ詐偽ニノミハ適用ノ方モ詐偽ニテナセシ故無カトスベキヤリ新法典ニ九六条ニ詐偽ト強迫ト一所ニ規定セルハ九六条、詐偽又ハ強迫ニヨル意思表示ハ之ヲ取消スコヲ得、或人ニ対スル意思表示ニ付テハ第三者カ詐偽ヲ行ヒタル場合ニ於テハ相手方カ其事実ヲ知リタルトキニ限リ其意思表示ヲ取消スコヲ得、詐偽ニ因ル意思表示ノ取消ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコヲ得ス、九六条ハ一体ニ簡単セシトモ是等ノコハ従来学者カ細カニ研究セシ所ニテ其適用ハ明カナルヘキヲリ、係シ茲ニ詐偽ニ

制限第三、第三者カ詐偽ノ場合ニ相手方ノ定ムル行為ニ付テハ「コヲ云ハサルニカラス相手方ノ定ムル即或人ニ対スル行為即契約之ヲリ其他ノコニテモ比倣之ヲリ或人ニ対スル意思表示ニ付テ其相手方カ詐偽ヲ行ヒシ場合ニアラサレハ不可ナリト云フヲリ之レ何カ故ニ乎苟モ錯誤ニ陥入リ而シテ其錯誤カ作偽ニ因リ生セシモノニ非ラス相手方カ定ヲリ居ラハ其為ニヨリ生セシモノニ非ラス相手方カ定ヲリ居ラハ其意思表示ニ付テハ何人カ詐偽ヲ為スモ許スニ拘ラス相手方カ詐偽ヲ行ヒシニアラサレハ不可ナリトス如何ニ是レ必竟錯誤ノミニテハ契約其他法律行為ヲ取消スコヲ許サヽルヲリ唯タ詐偽ニ非ス不法行為アルカタメヲリ然ルニ相手方ノ定マレル場合ニハ其行為ハ甲ト乙トノ間ノ行為ヲリ他ニ干係ヲ有スル人モノナキヲリ夫ニ拘ラス相手方カ詐偽ヲ行ヒタル然ルニ第三者ハ頼モセヌニ詐偽ヲ行ヒヲリ（之ハ種々ノ場合アルコトナレトモアルヘク甚シキハ相手方ノ親子ニシテ相手方ノ利益ハ全時ニ間接ニノ利益トナルノ考ヘヨリスルモノモアルニシ兎ニ角相手方ノ目ヨリ之ヲ見レハ二人間ノ行為ヲリ此行為ニ干係アル者ノミニテ考スレハ只錯誤ヲハモノヨリ外ナシ詐偽ニ非ス不法行為ハ相手方ノ目ヨリ見ハ全ク偶然ノ事実ト吴ハ

ナシ恰モ債務債権ノ干係ニ于債務者カ返サントスル場合ニ其前夜ニ賊ニ取ラレシカ如キ夫カ為メニ無効トナルモ債権者ハ全ク知ラサルコトリ即相手方ニ何等ノ干係ナキヨリ故ニ此場合ニハ取消ヲ許サス若シ之ヲ相手方ナキ行為トセハ其行為ハ甲乙間ノ行為トハ云ヘヲ得ス云ハヽ天下一般ニ対スル行為トリ故ニ其中ノ何人カ詐偽ヲ行フモ取消ヲ許サヽルヘカラサルヨリ遺言ニ至リテハ法律カ認メサル以上ハ社会一般ニ対スル行為トリ故ニ何人カ詐偽ヲ行フトモ取消シヲ許サヽルヘカラス之ニ反シ相手アル行為ハ其相手ノ外ハ全ク無干係ナルヲ故ニ取消シヲ許サヽルモノトス

此事ハ外国法律モ大抵全様ナリ（説明ノ方法ハ異ナレモ）尤モ此ニ注意スヘキハ相手方ノ知ラサルヲカ必要ナリ、詐偽ヲ行ヒシモノハ勿論第三者タリトモ相手ノ方カ之ヲ知リ居ラハ不可ナリ何トナレハ其場合ニ相手方ハ本人ノ詐偽ニ遭ヒシヲ知レリ詐偽ハ不正行為ニテ其結果錯誤ニ陥レハ取消サレ得ヘキノ原則モ知ラサルノ当時ヨリ知リ居リシナラバ極メテ直正ナル人ハ其時ニ之ヲ確メテ貰殿ハ詐偽ニ罹リシヽアルカ尚不可ナキヤト確メサルヘカラス然ルニ之ヲ丁度良キコトトシテ詐偽ヲ利用シテ契約スルコトセハ其場合ニハ相手方ヲ

保護スル必要ナシ故ニ取消ヲ許スヘシ況ンヤ十中八九迄ハ相手方ト通謀スルヲ常トス故ニ此場合ニハ一般ノ原則ヲ適用シテ取消シ得ヘシトス（九六条二項）

第三者ニ対抗スルヲ得サルコトリ例ヘハ甲カ乙ニ欺カレテ乙ニノ不動産ヲ売リ乙ハ更ニ之ヲ丙ニ売リ各々登セセリト仮定スルハ此場合ニ甲カ乙ノ詐偽ニ罹リシコトヲ発見シ其売買ヲ取消シ得ルヤ勿ラン其不動産ハ已ニ丙ノ所有トナリシ場合ニハ之ヲ取返スヲ得ス損害賠償ヲ得ルノミニトス何故ニ斯ク規定セシカト云ハ初メヨリ全主義ニ出テ錯誤ノ程度ヨリ云ハ法律行為ハ取消ス丈償ナシ唯詐偽ナル不法行為ニヨリテ生セシメラレタルモノナルカ故ニ取消スヲ許スヘキリ然ルニ或人ノ不法行為ノ結果カ或他人ニ及フテハ原則トシテ株用スルコトヲ得サルヨリ之ヲ以テ今ノ場合ニ乙カ詐偽ヲ行ヒリトシテ丙カ為メニ損害ヲ受クルコトハ法律ノ認メサル所ナリ尤モ丙カ悪意ニテ乙カ甲ヲ欺キテ買ヒシ不動産ナルヲ知リツヽ買ヒシ場合ニハ丙ニ取消サレムルコトヲ得ルヘキヨリ其精神ハ第一ノ場合ト全シ（九六、三）

四、強迫、強迫ニヨリテ意思ニ瑕疵ヲ生シ従テ法律行為ノ無効若クハ取消ノ原因トナルハ各国ノ法律皆之ヲ認ムル羅馬法ニ於テモ即詐偽ト強

迫ノミハ風ニ取消ノ原因トセリ（羅馬ノ取消ハ大ニ疑ヲ
テ実際ハ効力ヲ生ズルヲ以テ此点ハ一致セリ、強迫ヲ区別スルハ意
思ノ缺欠セル場合ト自由ノ欠缺セル場合トアリ此点稍錯誤ニ類セリ
第一意思ノ欠缺セル場合、トハ或者カ例ヘハ予ニ移刀ニテ向ヒ一万円ヲ与フ
ルコヲ認メヨト云フ時之ニ隨ヒ認メタル如キ予ハ決シテ此者ニ与フルノ意思ハ
有セサレモ之ヲ認メサル代ハ殺サルヘキノ故ヲ以テ虚偽ヲ構ヘタルヤリ之ヒ即意
思ノ欠缺セル場合ヤリ尚ホ他ノ精神ノ錯乱アルヲ謂ヒ婦女子
ニ多シ此場合モ意思ハ欠缺スレ共別ニ云フ必要ナカルヘシ又強迫ヨリ意思
ノ欠缺セル場合ニ往々次ノ例ヲ出ス人アリ、強迫者カ被強迫者ノ手ヲ執リ証
書ヲ認メシメタル場合ハ全ク意思ナキヤリト予ノ考ニテハ此場合ハ意思ナキ
コハ言ヲ俟タスト雖モ又表示モナキモノナリ、問題トセルハ表示ハアリ而シテ
意思ナキ場合ナリ、先キノ場合ニハ表示ナキナリ、他人ノキヲ取リ書ケリトイ
ヘハ手ヲ執リシ人ノ表示トナリノキノ所有者ノ表示トナラス筆ヲトリテ字ヲ
書クト何ノ斟酌スル所アランヤ況ンヤ唯捺印セシムルオヤ捺印ハ決シテ表示ニ
アラス　此處ノ問題トナラサルモノナリ

此第一ノ場合ニ付テハ世人動モスレハ誤リタル考ヲ有ス富井モ誤説ヲ抱ケリ強
迫サレテ一万円ノ証書ヲ認ムルハ意思ノ欠缺ニアラス自由ノ欠缺ナリト云ウヘリ併
シ理論上ヨリハ予ハ一点ノ疑ナキコトヲ信ス自由ノ欠缺トハ意思ハアレモ其意
思タルヤ自由ニ発表シタル意思ニハアラスシテ余義ナクサレテ決意シタルヲ即
一万円ヲ与フルヲ覚悟ヲ為セシモ必竟強迫ニヨリテ決意セシメラレタルモノナルカ故ニ
意思ニ瑕疵アルナリ今ノ場合ハ然ラス全ク与フルノ意思ナク唯表示セルノ
ミナリ成程実際問題トナレハ容易ニ意思ナカリシ証拠ナレ共証拠ヲ挙ケサレハ意思アリシト推定
スルヨリ仕方ナシト雖モ時ニハ全ク証拠挙ケサルコトナキニアラス仕方ヲ誤テ
又例ヘハ友人ニ向ヒ強盗ノ外国語ヲ解セサルヲ利用シ外国語ヲ以テ殺サハ
恐レアルカ故ニ偽ヲ認メントテ云ヒ其友人カ証人トナル場合ノ如キハ意思ハ欠缺
リト云フヘキナリ唯茲ニ一ノ考フヘキハ此場合ニハ理論上ハ全ク無効ナラサルニアラス而シ
テ新民法ハ意思ノ全ク欠ケタル場合ニ付テハ別ニ規定モ又例ヘハ精神錯乱者ニ
付テハ別ニ規定ナシ仍テ併意思表示ニ関スル一般ノ規定ニ依ルヘキハ意思ヲ表示ト云フヘキハ意思ヲ表示シタルモノニアラサルヘカ
ラサルコトハ明カナリ然レハ法律ハ特ニ疑アル場合ノ如キハ全ク意思ノ欠ケタルモノニ

シテ其意思ナキコカ証明サルー法律行為ハ成立セサルモノナルカ故ニ規定ナケレハ無効トスルヤサヘカラス、然レトモ玆ニ九三条ノ規定アリ為メニ或ハ其結果ヲ失ニシト信ス余ノ意思ナキモアルカ如ク装ヒ表示スケレナセルモノヲ九三条ニ照セハ表示者カ其真意ニ非サルヲ知リナカラ証昏ヲ認ムルハ其為メニ効力ヲ妨ケサルヿ九三条ノ規定ニアリ然レハ九三条ノ規定ノ結果ニテ其表示ハ有効トナリ一旦有効トナリシモノカ又九六条ノ規定ニヨリ取消シ得ヘキモノトナルトヽ云フ説ヲ唱フルモノアリ、是迄ハ過日或人ノ説ヲ聞キテ有益ニ覚エタカ諸君ニ紹介セリ実際論者ノ説ノ如クシテ不可ナカルヘシ、尤モ九三条ノ但昏ニ当テ相手ル場合ナレハ無論全ク無効ナリ相手方カ表意者ノ意思ヲ知ルヿハ少カルヘシ強迫スル人ハ大抵ハ其証昏ヲ取リオカハ他日履行セシムルヲ得ヘシト考フヘシ其場合ニハ九三条但昏ニテ全ク無効トナルヘシ又知ルヿヲ得ヘカリシ場合アリトハ随分云ヒ得ヘク強迫スル人ハ悪人ナレハ智者モアルヘシ然ルニ素寒貧ノ人ニ二万円ノ証昏ヲ認メヨト云フトモ真意ナキヿヲ知ラサルヘカラス然ルニ夫ヲ知ラサルヿナリ以上意思ノ欠ケタル場合ノヿナリ

第三、自由ノ欠缺ノ場合、（意思アリトモ自由ノ欠ケタル場合）此ニ属スル場合ヲ

云ヘハ一万円ノ証昏ヲ認ムルニ当リテ借金ニテモ償セハ一万円位ハ与フルヿヲ得ヘシト思ヒ真ニ与フル気トナレル如キ場合ハ意思ハアリテ其意思ヲ表示シタルニ相違ナキモ此意思ハ自由ニアラス余義ナクサレタルモノナリ故ニ意思ニ瑕疵アリト云フニ従テ取消ヲ許スナリ此場合モ詐欺ト全ク不法行為ナリ然レハ詐偽ノ場合ト異ナリ何人カ強迫ヲ行フモ取消スヿヲ許ス何カ故ニ詐偽ハ不法行為ニテハ前述セル二ノ制限アリト雖モ強迫ニハ一切ノ制限ナク絶対ニ取消スヿヲ得テ其結果何人ニモ対抗シ得キ手之レ必竟程度ノ異ナルニ因リテ何レノ国何レノ世ノ制度ト雖モ皆強迫ヲ以テ詐偽ヨリハ重ク見做セルヿヲ以テナリ之レ理由ハ一ニシテ詐偽ノ時ニハ欺カレ乍ラ相違ナキモ決意ノ時ニハ充分ノ自由ヲ以テ決意セルナリ又所謂君子ヲ欺クヘシト云フモノ、多数ノ場合詐偽ニ罹ルハ多少ノ過失アルカ如キ場合多シ反之強迫ニ対シテハ智者程弱シ然レハ之ハ決シテ強迫サレタルモノカ悪シトハ云フヲ得ス且ツ詐偽ノ結果生命ヲ失フカ如キコトハナカルヘキモ強迫ハ概テ生命ニ干シ大害ヲ受ケントスルモノナリ故ニ不得已意思表示ヲ為スモノニシテ尤モ憐ムヘキモノナリ之ヲ以テ強迫ト詐偽トハ法律保護ノ程度ニ差異アルナリ茲ニ一ノ問題起ルハ古来意思表示ハ強迫ニヨリ取消シ得ヘシト雖モ強迫ノ瑕疵ヲ生ストスルハ極テ

厳格ナル口調ヲ以テ云ヘハ強迫其モノカ意思ノ瑕疵ニアラスシテ強迫ノ客ロ意思ニ瑕疵ヲ生セシムル原因タルニ過キス而シテ瑕疵トハ自由ノ欠缺ナリ自由ノ欠缺ハ恐怖ヨリ生スルモノナリ自由ノ欠缺カ真ノ意思ノ瑕疵ナリ学者中厳密ナル言ヲ用ユル人ハ皆云フ所ナリ於是問題起ル即其意思ノ欠缺恐怖ハ必スシモ強迫ヨリテ生スルモノニアラス例ヘハ二階又ハ三階ニ住ル下ヨリ出火セル場合ノ如キハ容易ニ飛下スルヲ得ス然レ共人情如何ニシテモ飛下ラントシ往来ヲ見ハ多クノ人アリ故ニ大声疾呼シ何人タリトモ我ヲ火中ヨリ救ハンモノハ之ニ千円ヲ与フヘシト云ヘハ大胆ナル人アリ梯子ヲ架シテ遂ニ其危急ヨリ救ヒ出シタル如キ場合ニ地上ニ下リテ后千円ヲ与ヘント云ヒシハ唯恐怖ノ為メニ約シタリ故ニ之ヲ与ヘスト云フヘサルヘシ然レ共普通ノ場合ニハ九三条ニ当ハマリ原則トシテハ与フヘサルヘカラス依リテ意思ナカリシトスルモ之ハ九三条但書ニヨリ真ニ約束シタルコトハナラサルヘシ然レ共普通ノ場合ニハ概テ義務ヲ負フヘカラス然ルニ或学説ニテハ全ク取消シ得ヘキ強迫ニヨリ自由ニ欠缺ヲ生シタリト全一ナリト云ヘリ旧民財産篇三一三条、旧民財産篇第三一三条ニ項及第三項ニ其規定アリ、強迫ハ当事者ノ一方カ抵抗スルヲ得サル暴行

強迫ニ因リ恐ケテ合意シタルハ承諾ヲ阻却ス、当事者ノ一方カ不可抗力ニ出テタル急迫ノ災害ヲ避ケル為メ熟慮スル暇ナクシテ過度ナル義務ヲ約シ又ハ無思慮ナル譲渡ヲ為シタルハキモ亦全ク、暴行強迫又ハ災害カ抵抗不可ナルニアラサルモ当事者又ハ第三者ノ身体財産ノ為メ切迫シテ合意ヲ避ケル為メ当事者ヲシテ合意ヲ為スニ決意セシメタルハ強暴ハ兼諾ノ瑕疵ヲ成ス、此論ハ一旦単純ナル錯誤ニヨル取消ヲ認ムルハ起ル如キ論ナリ錯誤ニ於テモ許偽ナル不法行為ニ因リシ場合ノミ取消ヲ許スト云ハ意思ノ欠缺ノ場合ナラハ取消ヲ許サストスルハ単純ナル錯誤モ他ノ錯誤ニテモ（illegible）ナラハ皆取消スヲ許スト云フ時ハ目的ノ欠缺ノ場合ニモ原因ノ何タルヲ問ハス自由ノ意思アラハ必スカルヘキヲ消スヲ得ト云フ方（illegible）ニ悖ルヘカラス仍テ之ヲ許スハ恐ハ観アリ乍併若シ之ヲ許スハ恐ハ善心ノ篤キモノハ暫ク措キ普通人ハ他人ノ身体ヲ助ケントテ己レノ身体ヲ死地ニ入レハ不利ナリ併シ千円ヲ得ハト云ハ或ハ自己ノ身ヲ捉シテ其人ヲ助ケシ然ルヲ与ヘスト云ハハ夫迫ト思ハハ或ハ見殺ニスルヲトシ云フヲ得ス之レ大ニ不可ナルヲトナリ又新法典

ニ於テ錯誤ニ付テ言ハ、前陳ノ理由ヲ以テ単純ノ錯誤ハ原則トシテ取消スノ原
因トナラストノ主義ヲ取ル以上ハ強迫ニ付テモ無論全様ニ強迫ヲ加ヘタル不法行為ニ
付テ自由ノ欠缺ノ場合ノ外単ニ自由ノ意思ナキニハ取消ヲ許サス不法行為ノ結
果自由ノ欠缺セル場合ニ限リ取消ヲ許ストスルニ止リ此原ハ新民法ニテハ平仄
合スヘキ他法律ニテハ然ラスシテ
ハ危難ニ際セル時トシテハ精神錯乱スルヲ以テ斯カル場合ハ其証明ニシテ
立タハ其ノ法律行為ノ成立セサルコトハ論ヲ俟タス只タ其場合ニ救助ヲ
損害ヲ蒙ムリタルトキハ勿論之ヲ償ハサルヘカラサルコトハ亦言ヲ俟タス
以上ヲ以テ強迫ノ下ヲ了ル
第三款、無能力者ニ対スル意思表示、當テ能力ノ章ニテ無能力者ノ為
シタル行為ノ運命ニ付テ説明セシカ今ハ無能力者ノ行為ニアラスシテ之ニ対シテ
他人カ或行為ヲ為シタル場合ヲ論スルニ、無能力者ハ自カラ或行為ヲ為ス能力
ナシ従テ又時トシテハ他人ノ行為ノ相手方トナルコヲ得サルヲ以テ即未成年者及
禁治産者ハ如何ナル法律行為ヲ為スニモ原則トシテハ法定代理人ノ全意ヲ
要スルカ故ニ他人カ之ニ対シテ或意思表示ヲ為ス場合ニモ自ラ其相手方トナ

ルヲ得ス否相手方トナルモ之ヲ以テ他人ニ対抗スルコヲ得ス例令或人カ未成年者
又ハ禁治産者ニ対シテ契約ノ申込ヲ為セリ然ハニ其契約ハ慣習上黙シ居
ラハ承諾シタルモノトナリト仮定セハ(此種ノ場合ハ多シ委ク契約ノ処ニ陳ヘ
シ)若シ能力者ニ対シテ申込ヲ為セルモ相手方カ黙過セシ時ハ契約ハ成立ス
(シト雖モ未成年者禁治産者ニ対スルニハ之ヲ以テ未成年者及禁治産者
ニ対抗スルコヲ得ス何トナレハ無能力者ハ単独ニテ之ヲ拒ミ又ハ承諾スルノ能力ナ
ケレハナリ而シテ其意味ハ未成年者禁治産者ノ方ヨリハ対抗スルコヲ得ルナリ
故ニ其契約カ不利益ナラハ其成立ヲ認メテ行フヲ迫ルモ知ラストテコヲ得ス
後テ意思表示ノ種類ニヨリテハ実際此何条ノ適用ナキコトアリ相手方カ未
成年者禁治産者ニ対シテ権利ヲ放棄スルコトハ常ニ利益アルコトナルカ故ニ相手
方ヨリ対抗スルコトヲ得ス
茲ニ未成年者禁治産者ノミニ付テ規定シ他ノ妻及準禁治産者ニ付テ規
定ナキハ如何ニ之ハ固ヨリ故意ニ出テタルニ非ス準禁治産者ノ能力ハ或重大ナル
行為ニ付テ保佐人ノ全意ヲ要スルニ止リ妻又然リ如何ナル行為ニモ他人ノ全意ヲ要ス
ルニアラス妻ノ如キ殊ニ然リ故ニ是等ノ者ニ対シテ為シタル法律行為ヲモ無効若クハ無

効トナリ得ハモノトナスニ及ハス成程時トシテハ其者ヨリテ不利益ノコトアランモ夫迄ニハ保護スルノ必要ナレト法律ハ恐メレナリ殊ニ妻ノ無能カ唯夫ノ権ヲ保護スルニ止マルカ故ニ深クモヲ保護スルノ必要ナシ此理ニヨリテ未成年者禁治産者ノミトセリ、民第九八条、意思表示ノ相手カ之ヲ受ケタルトキニ未成年者禁治産者ナリシ時ハ其意思表示ヲ以テ之ニ対抗スルコヲ得ス但其法定代理人カ之ヲ知リタル后ハ此限リニアラス、尚未成年者禁治産者ニ付テモ常ニ対シ得サルニアラス其意思表示ノアリシコヲ法定代理人カ知レハ可ナリ故ニ先ノ例ニテモ法定代理人カ若シ其被后見人ノ申込ノ意思表示ヲ受ケタルコヲ知リ而シテ未タ不承諾ヲ通知スルニ充分ナル時ニ知リシナラハ其契約ハ成立スヘキヤリ然レ共法定代理人ハ遂ニ知ラス或ハ遅ノ知リシ場合ノ如キハ本文ニ帰リテ対抗シ得サルコトトナルヘシ

尚他ノ意思表示ノ例ヲ云ハ催告ノ結果トシテ種々ノ権利義務ヲ生スル例ヘハ催告ノ結果トシテ尓后ハ利息ヲ払ハサルヘカラサルコトナリ又ハ従来ハ催告者ノ責任タリシモノカ催告ノ日ヨリハ被催告者ノ責任トナルモノアリシモ亦全ク法定代理人カ之ヲ知レハ其日ヨリ利息ヲ払フニ又タ責任ヲ負担セサルヘカラサルモノトナルナリ

第三節　代理

初メニ代理ニ干スル一般ノコヲ云フヘシ、羅馬法ニテハ本トハ絶然タル代理ヲ認メス或人ニ或任事ヲ委任スルモ其行為ヨリ直接ニ本人ニ対シテ効力ヲ生スルコトナカリキ唯本人ハ受任者ニ対シテ一定ノ権利義務ヲ有シ受任者又ハ第三者ニ対シ自己カ権利義務ヲ負ヒタルニ過キス即チ或人ニ物ヲ売ルコヲ委任セリトスレハ其生セシ干係ハ委任者ハ先ツ受任者ニ対シテ所有権ヲ移転シテ受任者カ又ハ第三者ニ自己ノ権利トシテ其所有権ヲ移転スルナリ代價ニ付テモ亦然リ第三者カ受任者ニ対シテ償代支払ノ義務ヲ負ヒ受任者ハ更ニ本人ニ対シテ全ク義務ヲ負フノ干係ナリ然レ共之レ煩ニシテ不便ナルノミナラス其間ニ無資力モ出ツレハ意外ノ損失ヲ被ムルコト生スルヤモ不可ナルヲ以テ原則ニハ変更ヲカヽサルモ動ク其例外ヲ認ムルニ至リ或種類ノ代理ニ限リテハ本人ニ直接ノ行為ヲ為スコヲ得ルニ至リ（効力ヲ生セシムルヲ）其範囲モ漸次ニ広マレリ今日ニテハ已ニ各国ノ法律皆代理ヲ認ムルニ至リ直接ニ本人カ権利ヲ得義務ヲ負フ如クナリ於此テ代理干係トヲ生セリ言ノ所謂委任トハ契約上ノ委任法律上ノ委任共ニ包含セシモノト見サルヘカラス民法ニ所謂委任干係ハ蓋シ契

約上ノ委任ノコトヲ指セル為ニ云フハ左ノ委任ヲ係リトスハ代理ヲ係トハ甲カ乙ト為シタル法律行為ヲ直接ニ丙ニ対シテ効力ヲ生ズル係リ例ハ甲カ丙ノ委任ヲ受ケテ丙ノ所有ノ不動産ヲ乙ニ売ラントスルハ此売買ヲ直ニ丙カ売主タルノ権利アリ、委任ヲ係トハ代理人ト本人トノ間ノ係リ（初メハ第三者ト本人トノ係）契約ニテ委任シタル場合ニ付テ云ヒ委任者ハ受任者ニ対シ一定ノ権利ト義務トヲ有ス例ハ受任者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委任事項ヲ処理セサルヘカラス又委任者ニ向テ計算セサルヘカラス、又委任者ハ若シ報酬ノ約アラハ之ヲ償受任者ニ払ハサルヘカラス又受任者カ委任者ノ為メニ費用ヲ代弁スルハ之ヲ償ハサルヘカラス如此ハ皆委任ヲ係リ法律ノ委任ノ場合ヲ云ヘハ例ハ後見人ハ法律カ或事ヲ委任ノ場合ニシテ後見人ハ未成年者ノ財産ヲ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ管理セサルヘカラス又後見人カ一定ノ金額ヲ受取リシ場合ニハ速ニ之ヲ銀行其他ニ預ケ一ニハ其安全ヲ計リ一ニハ其利殖ヲ計ラサルヘカラス若シ之ヲ怠レハ自ラ利息ヲ払ハサルヘカラス又後見人ハ未成年者之ヲ支払ハサルヘカラス又場合ニヨリテハ報酬ヲ請求スルノ権アリ其等ノコトハ皆委任ヲ係リ法律ノ委任ノ場合ニシテ後見人ノ如ク直接ニ法律ヲ以テ其権利義務ヲ規定セルモノ、外文判断ニ於テ撰任スルモノアリ予ノ所謂法律ノ委任ハ其場合ヲモ包含セリ例ハ行衛知レサル人アリテ財産ヲ残シ置セリ之ヲ管理スル為メニ文判所ニ於テ管理人ヲ撰任スレハ其者ハ不在者ニ対シ権利義務ノ係リアリ若シ管理ニ不注意アラハ責任ヲ負ハサルヘカラス又担保ヲ供セサルヘカラス又相続財産

ラス今ノ干係生スレハ即チ前ノ云ヒシハ本人ト第三者トノ干係即代理干係ト本人ト代理人トノ干係即委任干係トノ二ニシテ尚自余ノ六第三者ト代理人トノ干係ナリ此干係モ亦法律規定ニ存スル所ナリ

然レ共此干係ノ性質ヲ尋ヌレハ不法行為ノ適用ナリ代理人カ第三者ニ対シ権限ノ外ノ事ヲ為セリ第三者ヲ欺ケリト云フ如キコアラハえレ不法行為ノ規準干係ヲ生スルヤ故ニえハ別段ノ干係ニアラス唯本條便利ノ為メニえヲ一般ノ不法行為ノ規定ニ委カセスシテ特ニ総則篇ノ代理ノ節ニ規定セルニアリ（悉ク規定セルニアラサレ共特別ノ規定アリ）えレ実ニ論スヘケレト夫ハ真ノ代理干係ニアラス）えヨリ進ンテ法定代理委任代理ノコヲ聊カ説明スレハ、先ノ例ニ於テ畧ホ知了サル、如ク我新民法ニテハ総則ノ代理ノ規定ハ法定代理モ委任代理モ通スルモノナリ多クノコハ此二種ノ代理全ク一ナリ即チ総則全ク一ナリ唯茲ニ一臭許リノ相違アリ右ニ説明スヘキカ其事丈ケハ特ニ委任代理ハ如何法定代理ハ如何ト規定セリ之ヨリテ論スレハ之ニハ問題殆ント六アリ第一問、我新民法ハ単独行為ニ因ル代理権授与ヲ認ムルヤ否ヤ、独乙法ハえヲ認メタリ即先ツ其認メル所ヲ云ハ本人カ或人ヲ代理人トスルノ意思ヲ表示スルハ夫ノミニテ代理権生ストセリ即甲カ乙ニ向ヒテ手紙ヲ送リテ曰ク自今丙ヲ予ノ代理トナスカ故ニ之ト取引スヘシト、此場合ニハ丙ハえニ付テ別ニ承諾セストモ即甲ノ代理人トナルモノトセリ即丙カ乙ト取引セハ其取引ノ結果ハ直接甲ニ及フトナスナリ、細キコニ付テハ議論アリ学説モ分レ民事ハ初メヨリ其議論ヲ認メサルカ故ニ精細ニ云フノ必要ナカルヘシ、即独民法ハえヲ認メタリ旧民法多論ヲ認メサルヤ否ヤハ問題ナリ（欧州ニテモ一般ニハえヲ認メス）実ハ法典編纂ノ際大ニ攻究セシ問題ニシテ其議論ハ法学協会雑誌ニアリ富井氏ハ独民法主義ヲ採ラサリキ遂ニ大議論ノ末一〇九条ノ規定ヲ入レハ富井氏モ満足スルト云ヒテえヲ入レテトナセリ、尚他ノ委員ノ説モ出テシカ要スルニ一〇九条ノ規定ハ現在ノ文字ノ如クナレハ可ナリ故ニ予ハ此問題ハ消極的ニ決セラレタリト信ス仍テ富井氏ハ少クモ当時ハ反対説ナリキ、民法第一〇九条、第三者ニ対シテ他人ニ代理権ヲ与ヘタル旨ヲ表示シタルモノハ其代理権ノ範囲内ニ於テ其他人ト第三者トノ間ニ為シタル行為ニ付キ其責ニ任ス先ツ此規定ヲ何故ニ単独行為ニ依ル代理権授与ヲ認メハタトナスヤト云ヘハ先ノ例ニ於テ丙ニ代理権ヲ与ヘタル旨ヲ表示シタルモノ即甲ハ其代理

権ノ範囲内ニ於テ丙ト乙トノ間ニ為シタル行為ニ付テハ其責ニ任スト云フ如テ即直接ニ効力ヲ生スト云フモノナリ左伴此説ハ誤ナリ其理由ハ――第一一〇九条ノ規定ヲ九九条ノ規定ト比照セハ直ニ明カナルカ九九条ハ代理ノ原則ヲ定メタル規定ナリ直接ニ其効力ヲ生スルトハ本人カ直接ニ権利義務ヲ負フ代リニ代償ヲ受取ノ権利ヲ生スルヲ謂フ全時ニ権利ヲ得義務ヲ生ス即売主ハ相手方ニ物ノ所有権ヲ与フル義務ヲ負フ代リニ代償ヲ受取ノ権利ヲ生スルヲ以テ第一一〇九条ニハ其責ニ任ストアリ之レ蓋シ権利ヲ得サルヘカラス義務ノコトヲ云フナリ故ニ今ノ場合ニ於テモ甲カ物ヲ売ル代ハ所有権ヲ相手方ニ移ス責ニハ任スヘキモ相手方ヨリ金ヲ受取ノ権利ヲ得サルヘカラス故ニ実際ノ問題トシテ云ハヽ乙ハモノヨリ貴殿ノ代理人タル丙カ自分ニ向ヒ貴君所有ノ不動産ヲ若干ニテ売ルトノ約束セリ代償ハ何時ニテモ渡スヘケレハ其不動産ヲ渡セト云ハヽ之ヲ拒ムコトヲ得ス又乙ヨリハ履行ノ請求モセサルニ之ニ向テ甲ヨリ自分ノ代理人タル丙カ自分ノ不動産ヲ貴下ニ売リシトノコトハ代償ヲ払ヘト云フハ夫ニ由テ甲ハ其権利ヲ得タルモノトハ見ルヘキ乎場合ニハ従テ追認ノ問題起ルヘリ仮リニ今ノ場合ニ代理権ナカリシトスルモ甲カ追認スレハ効力ヲ生スルコトアリ然レ共夫ニ付テハ一一五条アリ相手方ニ於テハ之ヲ取消スコトヲ得トセリ故ニ場合(今ノ)ニ乙カ丙トナシタル売買ハ権限ナカリシモノヽ由ナルカ故ニ取消スト云フモ夫迫ヘリ夫ヲ甲カ権限ナカリシカ履行セヨ或ハ自分カ貴殿ニ向ヒテ云ヒ置キシ故ニ丙カ之ニ付テ兼諾ヲ与ヘストモ有効ナリト云フ如キハ云フヲ得サルヘシ之レ丈モ明了ナル記概ニシテ責ニ任スヘトハ権利ノコトヲ云ハス義務ノコトヲモ云フノ考ナラハ責ニ任ストハ昏カス九九条ノ如ク直接ニ本人ニ対シテ効力アリト認ムヘキナリ

第二此規定カ若シ単独行為ヲ以テ代理権ヲ授与スルコトヲ認ムルノ規定ナラハ独リ民法ニ於テノミカ如ク然ラス何トナレハ代理権ノ発生即ノ初メニ置カサルヘカラス初メニ代理権ノ性質ノ如キ規定ヲ置キ能力ヲ欠ク原因タルコトヲ定メ然ハニ先ツ初メニ代理権ナキ場合ヲ規定シタル所ニ規定シ権限及復代理人ノ規定ヲ云々シ更ニ代理権ナキ場合ヲ規定シタル所ニ規定シタリ即一〇八条ハ全一人カ当事者相手方ノ代理人トナリタルコトヲ得ステヲ規定シ一一〇条ハ代理ノ権限外ノコトヲ規定セリ代理権ナキ規定ノ間ニ挿マレタル規定カ代理権授与ノ場合ナリトハ法文整列上ナキコトナリ如何ニ順序ナキ法文ニテモ如此セルモノヲ見ス況ンヤ大ニ順序ニ富ム新法典ニ於テオヤ

第三若シ単独行為ニ依リ代理権授与ヲ認ムルコトナラハ法定代理委任代理ノ

外ニ之ヲ認メ又表徴又ハ出テサルニ止マラス少クトモ二所ニ其機会アリ其一所ハ復代理人ノ問題ニ付テナリ復代理人ハ委任ニヨル代理ト法定代理ト分チテ規定セリ若シ此他ニ単独行為ニ或ハ代理権授与ヲ以テ其場合ニ復代理ハ如何ナルニキ手法定代理委任代理ニテハ各明カナル規定アリ而シテ単独行為ノ場合ニ規定ナキトナリ立法者カ従来日本ニテ未タ認メラレサル単独行為ニ或代理権授与ヲ認ムルナラハ此位ノコトニ気付カサル理ナシ直ニ一個条ヲ隅テ、其規定アルニ気付カサル理ナキナリ

尚一斯ハ代理消滅ノ原因ニテスルトアリ一般ノ規定ハ代理権ハ本人ノ死亡禁治産又ハ破産ニ因テ消滅ストアリ(二一)ノ委任ニ依ル代理ハ此原因ノ外ニ尚委任ノ終了ニ依リテ消滅スルトナリ而シテ委任ノ終了ノ重ナル一場合ヲ云ヘハ契約ノ解除ナリ委任ノ特質ナリ其解除ヲ得ルコトヒ羅馬法以来委任ノ特質ナリ其解除意思ニテ何時ニテモ解除スルヲ得ルコトヒ羅馬法以来委任ノ特質ナリ其解除ニ依リ代理権ノ消滅スルナリ委任ハ契約ナリ(契約ノ処ニ規定アリ六四三条)必竟相手方ノ承諾ヤリシ契約ヲ尚一方ノ意思ニテ解ケサルヘカラス然ルニ拘ハラス其儘単独行為ニヨル代理権授与ハ本人ノ意思ニヨリ一方ノ意思ノミニテ与ヘタル代理権ヲ本人ノ意思ニ依リテ消滅スルヲ得サル理由ニテ之ヲ取ラサリシ所以ノモノハ全ク単独行為ニ代理権授与ヲ認メサル理由ナリ

此ニノ強力ナル理由アルカ故ニ到底我法典カ単独行為ニ依ル代理権授与ヲ認メメルモノト云フヲ得ス、次ニ進ンテ立法論トシテ新民法カ代理権授与ハ契約ニ因ル法律規定ニ因ル外単独行為ニ因ルコヲ認メサル理由ハ如何、之レ果シテ得策ナリヤ否ヤ如何、

予ハ豫テ信ス各人ハ他人ヲ害セサル限リハ自由ニ働クコヲ得ルコト文明国ノ原則ナリ他人ヲ害スルヤ否ヤハ一人時トシテハ社会全体ヲ害スルカ故ニ各人ノ行為ヲ束縛スルナリ、契約カ各人ノ行為ヲ束縛ス即契約ナル行為ハ一度成立スレハ之ニ反スル行為ヲナスコヲ得ス之レ幼稚ナル時代ヨリ法律ニ定マル所ナリ其所以ハ一方カ定マリタル意思ヲ表示シ他ノ一方カ其意思表示ニ全意ヲ与ヘ

互ニ言ヲ誓ヒ乍ラ后日之ヲ履行セストモ可ナリト云フ代ハ概子一方即相手方ハ損害ヲ被ムルノミニ側ニハ益ニ米高アリテ予之ニ向テ所有ノ米百石ヲ若干ニテ買ハスヤト云ヒ高人ハ兼諾セリト云ハ此場合ニ予カ違約スルモ高人ハ困却スルニ何ノ損害ヲ被ムルコトナク又他ニ良条件ニテ賣ル人アリトモ之ヲ謝絶セシトナレハ予ヨリ百石買ハント思ヒニカ他ニ良条件ニテ賣ル人アリトモ之ヲ謝絶セシヲ以テナリ之ニ反シテ米高違約スルトセハ予ハ米ヲ輸ヒシニ受取ラサルヲトナリ其為メニ他ニ賣ルヲモ得サリシ損害ヲ被ムルヘシ単独行為ニ付テモ漸々束縛スルノ傾キアリ之レ常ニ損害ヲ生スル場合ニアリトス例ヘハ広告ハ申込ニ多少ノ束縛ニ至リシカ如シ之レ損害ヲ生スル場合ノミニ特別ニカクセルナリ其他ノ単独行為ハ勝手ニ取消スヲ得ルナリ然ラハ代理権ハ如何ナルト云フニ第三者ニ向ヲ本人カ或代理権ヲ他ノ者ニ与ヘルト云フ代理人ノミニテハ損害ヲ生セサルナリ其場合ニ代理人トナルキ人カ実際其第三者ト或法律行為ヲナセシ場合ニ第三者カ損害ヲ受ケサレハ可ナリ如何ニセハ損害ヲ受ケサルヤト云ハ本人カ其責ニ任スレハ可ナリ本人ハ或人ニ代理権ヲ与ヘントモセサル人カ本人ニ代リテ或ル事ヲナシタルカ為メニ本人ハ権利マテ得ストモ可ナリ本人ヲ夫程マテニ保護スルノ理由ナシ

委任ヲ与ヘタリトノ第三者ニ云フ代ハ夫ニ付テ責任ヲ負フテハ勿論ノコトナリ故ニ其場合ニ単独行為カ絶対ノ効力ヲ生シ夫カ為メニ謂ハ過失アル本人ニ権利ヲ得セシムルノ恐レナシ本人ニ義務ノミハ負ハセ其責ニ任セシムルノ所以ハ他人ニ代理権ヲ与ヘサルニ第三者ニ向ヒ之ヲ与ヘタリト云ヘハ言ヘ第三者ヲハ欺ケル不法行為ノ結果ナリ成程此場合ニ一般ノ不法行為ノ原則ニ従ヒテ損害賠償ノ責ニ任セシムルヲ本条ノ規定ナリトモ明カナリ然レハ曽テ云ヘルカ如ク損害賠償ノ極メテ不確実ノモノニシテ実際ニ生シタル丈ノ損害ヲ償ヒ了スルヲハ甚タ稀ナリ故ニ損害ヲシテ生セシメサルカ為メニ第三者カ欺カレタルノ契約ヲ無効トスルノ勝レハニ如カス此理由ニ基キ一〇九条ハ成リシナリ而シテ一一〇条ト恰ント全性質ノ規定ナリ民一一〇条、代理人カ其権限外ノ行為ヲ為シタル場合ニ於テ第三者カ其権限アリト信スヘキ正当ノ理由ヲ有セシ時ハ前条ノ規定ヲ準用スヽ此場合モ全ク代理権ナキナリ然レトモ特ニ第三者ヲ保護スルノ必要アルヲ以テ一〇九条ヲ準用セシナリ

茲ニ一ノ疑問ハ一〇九条ノ場合ニ果シテ委任ナシト云ヒ得ルカ、代理人カ本人ヨリ自

已ニ代理権ヲ授ケル意思アルコトヲ知ラサレハ問題ハ起ラス予カ単ニ甲ニ向ヒ己レハ乙ニ己レノ財産ヲ管理スル権限ヲ与ヘタルコトヲ知ラサル甲乙ノ間ニ代理権ノ範囲内ニテ法律行為ヲナスコトノ起リ様ナシ、無論之ハ代理人トシテ為シタル行為ニアラスニハ問題トナラス故ニ乙ハ必ス之ヲ知ラサルヘカラス若シ予カ乙ニ向テ兼テ求メテ兼諾シタル代理アルヲ以テ予カ乙ニ向ヒ云ハス甲ニ云ヒシヲ乙カ知リテ予ノ代リニ取引スルモノナラハ予ノ意思ヲ承諾スルモノナルカ故ニ此場合ニハ委任カ成立スヘキ理ナリト云ヲ説アリ仏法主義ナラハ或ハ此説立ツヘシ何トナレハ仏法ニテハ意思表示ハ必スシモ相手方ニ付テ為スヲ要セストスレハナリ例ヘハ甲カ乙ニ或事ヲ委任シ全ク之ヲ丙ニ委任セハ乙ニ向ヒテ何等ノ意思表示ヲナサストモ乙ニ対スル委任ハ消滅スルモノトス、此主義ヲ取レハ一〇九条ノ場合ニテモ委任カ成立スルコトナリ従テ此規定ハ不必要トナルヘシ然レトモ此説ハ新民法ノ解釈トシテハ取ルコヲ得ス新民法ハ相手方アル意思表示ハ必ス相手方ニ向ヒ為サヽレハ効カラストノ主義ヲ採リ其証拠ハ各種ノ法律行為ニテスル規定ヨリ出ツ例ヘハ契約ニ付テハ申込ニ対シテ承諾ノ通知ヲ出サヽルヘカラス一方ノ意思ニヨル契約ノ解除相

殺様択債務ニ於ケル様択ノ意思表示ノ如キハ凡テ相手方ニ対シテ為スコヲ要ス殊ニ契約ニ付テハ先ニ云ヒシ通リ故ニ委任契約ニテスル申込ハ必ス受任者ニ対シテ為サヽルヘカラス又受任者モ亦之ヲ承諾スルノ意思表示ヲ委任者ニ対シテ為サヽレハ委任ノ契約ハ成立セサルヲ以テ故ニ委任ハ成立セス委任ニシテ成立セスンハ新民法ニテ代理権授与ハ成立セサル故ニ一〇九条ノ如キ規定ヲ設ケタリ、尤モ此ニ例外ノ如キモノアリ事実問題ニシテ第三者ハ時トシテハ本人ノ代理人トナリテ委任ノ申込ヲ此ニ謂フ代理人即他人ニ為スト云フコトアリ得ヘシ其場合ハ甲カ乙ニ向ヒ売買契約ヲ為スニ当リ我自カラハ此契約ヲ結フコヲ得ス仍テ丙ヲ以テ代理人トセリ然レトモ丙ニハ未タ之ヲ通知セス故ニ貴君直ニ此事ヲ丙ニ通知セヨト云フヤ乙カ丙ニ其旨ヲ告ケテ丙ト契約スレハ確カニ代理アルナリ何トナレハ委任ノ申込ヲ甲カ乙ノ手ヲ借リテ丙ニ為シタルナリ而シテ丙カ甲ノ代理人タル乙ニ対シテ委任ノ承諾ヲナセシナリ故ニ委任契約ハ成立スヘキモノナリ此場合ニ於テモ一〇九条ノ場合ナリ)

第二ノ問題、代理権関係ノ生スル為メニハ代理人カ其代理人タルコヲ示スヲ要

アリヤ否ヤナリ、即チ丙カ甲ノ代理人トナリテ乙ト契約ヲ結フニ当リ、甲ノ代理今ハ即チ予ナリ而シテ或契約ヲ貴殿ト結ハント欲スト云ハサルヘカラサル乎将タ事実上丙カ甲ヨリ或委任ヲ受ケテ甲ノ為メニ或契約ヲナセハ可ナルヤノ問題ナリ、此問題ニ干シテハ立法例学説共ニ区々タリ現ニ我旧民法（財取二二九条）ハ代理人タルコトヲ示ササルヲ不可トス商法（三四二）ハ反之ヲ示サスシテ可ナリトセリ而シテ今日ノ立法例及学説ノ多クハ旧民法ト全シク之ヲ示サル多少理由アリ代理人タルコトヲ示サルハ自己ノ為メニスルモノトシ即其意思表示ハ自己ノ意思表示ト見ルニシ権言スレハ代理人タルコトノ表示ナキヲ以テ代理干係ヲ生スヘキ意思表示トナラサルヲ自己ニ対シテ効力ヲ生シ他人ニ対シテ之ヲ生セスト云フハ予ノ所謂広義ノ目的トハ云ヘス理由上ハ可ナルニシ然シ乍実際非常ニ不便ナリ引取毎ニ云フノ必要アリ例ハ商家ニテモ番頭ハ常ニ主人ノ代理人ナルコトヲ云ハサルニカラスシテ若シ黙スルトキハ純然タル代理干係ハ生セサルコトナルヘシ而シテ後見人又然リ之レ実ニ煩ナルコトナリ故ニ予ノ考ニテハ法律ノ進歩ハ代理人タルコトヲ示スヲ要セストスルニ在リトス故ニ新民法ニハ旧主義ヲ取リシカ高法修正案ニハ新主義ヲトルル（高修二六六）新民法起草ノ際ニモ予ハ進歩主義ヲトラスシテ敗レタリ故ニ民法ノ規定トシテハ新民法モ旧民法ノ如ク代理人ハ其代理人タルコトヲ示シテ為シタル行為ニアラスンハ本人ニ対シ直接ノ効力ヲ生セシムルコトヲ得ストセリ、民九九条、代理人カ其権限内ニ於テ本人ノ為メニスルコトヲ示シテ為シタル意思表示ハ直接ニ本人ニ対シテ其効力ヲ生ス（第二項略）茲ニ示スナル文字ノ解釈ヲ定ムルニ予ハ疑ハシカラサル如クニ予ハ代理人ナリト云ヒ人ニ知ラシムルハ可ナリ例ハ番頭カ主人ノ店ニテ或行為ヲナスニ示スナリ后見人カ被后見人ノ為メニ或行為ヲナス后見人カ被后見人ニ対シ后見人カ子ナルコトヲ確カニ判然タル時ニ被後見人ヲ伴ヒテ学校用具ヲ買ヒシ場合ニ於テハ意思ヲ表ハシタルモノト云ヒテ可ナリ況ンヤ平生或取引ヲナス取引先ニテ常ニ代理ノ資格ニテ全一種類ノ契約ヲ結ヘル人ナラハ偶々其事ヲ明ニセスシテモ其代理ヲ示シタルモノト云ヒテ可ナリ、然ルニ黙示意思表示ハ実際ハ判然タラス如何程ノ事実アレハ可ナルヤ明カラス故ニ一〇〇条但書アリ、民一〇〇条、代理人カ本人ノ為メニスルコトヲ示サスシテ為シタル意思表示ハ自己ノ為メニ之ヲナシタルモノト見做ス但シ相手方カ其本人ノ為メニスルコトヲ知リ又ハ之ヲ知リ得（カリシ時ハ前条第一項ノ規定ヲ準用ス、此規定アルニヨリ今ノ例ノ如キ場合ニハ例ヒ黙示ノ意思表示ト云フヲ得ストスルモ此但書ニハ必

入レラルヽニ尚此但書ニ入ルヽ場合ヲ想像スレハ後見人ハ別ニ資産アキモ被後人ハ財産アル時後見人自己ノ資産不相応ノ物ヲ買ヒ而シテ商法人其后見人タルヿヲ知ル場合ニハ被後見人ノ為メニ買ヒシモノハヿヲ知ラサルヽ此規定ヲ設ケサレハ代理権ナシトセサルヽカラス従テ本人ニ効ナシトセサルヽカラス之レ予ノ今日ノ時迄ニ過セサルヿト考フルナリ

然ニ乍研究シ置クヘキヿアリ即チ代理人カ為スノ行為ハ疑ナシ(実際ニハ今云ヒシ如キヿアレ共)理屈上ハ疑ナシ然レ共反対ニ第三者カ代理人ニ対シテ為シタル意思表示ニ之ヲ準用スト雖モ全ク第三者カ代理人ニ対シテ為シタル場合ハ如何、九九条二項ニハ前項ノ規定ハ第三者カ代理人ニ対シテ為シタル意思表示ニ之ヲ準用スト雖モ故ニ直接ニ本人ニ対シテ其効アルヽヿヲ得ス若シ其事ノミナラハ如何ナル意思表示ト雖モ皆効力ヲ生スルヿトナリ然レ共権限内ニ於テ本人ノ為メニスル第一ニ権限内トイヘヿモ脱セラルヽヿヲ得サルヿアリ然レ共反対ニ第三者カ代理人ニ対シテ為シタル場合ハ如何、九九条二項ニハ前項ノ規定ハ第三者カ代理人ニ対シテ為シタル意思表示ニ之ヲ準用スト雖モ故ニ直接ニ本人ニ対シテ其効アルヽヿヲ得ス若シ其事ノミナラハ如何ナル意思表示ト雖モ皆効力ヲ生スルヿトナリ然レ共権限内ニ於テ本人ノ為メニスル第一ニ権限内トイヘヿモ脱セラルヽヿヲ得サルヿアリ然レ共反対ニ第三者カ代理人ニ対シテ為シタル場合ハ如何、九九条二項ニハ前項ノ規定ハ第三者カ代理人ニ対シテ為シタル意思表示ニ之ヲ準用スト雖モ故ニ直接ニ本人ニ対シテ其効アルヽヿヲ得ス若シ其事ノミナラハ如何ナル意思表示ト雖モ皆効力ヲ生スルヿトナリ然レ共権限内ニ於テ本人ノ為メニスル第一ニ権限内トイヘヿモ脱セラルヽヿヲ得サルヿアリ然レ共反対ニ第三者カ代理人ニ対シテ為シタル場合ハ如何、九九条二項ニハ前項ノ規定ハ第三者カ代理人ニ対シテ為シタル意思表示ニ之ヲ準用スト雖モ故ニ直接ニ本人ニ対シテ其効アルヽヿヲ得ス若シ其事ノミナラハ如何ナル意思表示ト雖モ皆効力ヲ生スルヿトナリ

受ケラレヽヿヲ得サルヿアリ又何某ノ為メニ受取ルト云ヒサルヽカラストス此説ハ勿論誤リナリ何トナレハ第一項ハ意思表示ヲナスニ当リ本人ノ為メニスルヿヲ示シ第二項モ全ク第三者ノ方ヨリ示サルヽカラス若シ然ラスハ純然タル代理ニ於テ本人ノ代リニ君ニ与フルト云ヘハ之モ本人ノ代リニ君ニ与フルヿヲ黙示アルヿナリ夫レモ浮生代理人トシテ或ハ種類ノ取引ヲナス如キ偶々ハ為スモ可ナリ要スルニ第三者ノ方ヨリスルヿナリ此事ハ亦ハ信シテ疑ハサレヽ文字上ヨリ多少ノ疑アルヽヿヲ免レス

第三問題ハ代理人ノ為ス意思表示ハ本人ノ意思表示ナルカ将タ代理人ノ意思表示ナルカナリ、之ニ付テハ多少浅論アレ共今日信スル学者ハ代理人ノ意思表示ニアラスト一定セリ本人ノ意思表示トスレハ代理人ハ勢ヒ唯本人ノ意思ヲ取次ク機械ニ過キサルヿトナリ以上言ヒシト全一ナリトス即使ハ只口上ヲ取次クモノナリ仏語之ヲ云フ此場合ニハ代理ヿ係ヲ生セサル言ヲ俟タス予自身カ或人ニ向ヒ物語リセシト全ク係ナリ代理ヿ係ノ生ス場合ハ本人ノ意思ニヨルヿモアリ又法律ノ規定ニ依ルヿアレ共代理人ノ意思ヲ表示シ夫カ効力ヲ生シテ恰モ本人ノ意思表示タル如キ結果トナルヿモアリ併シナカラ意思ハ徹頭徹尾代理人ノ意思ナリ此結果トシテ一〇一条ノ規定アリ、全条ニ

代理云々ノコアリ之ハ黙過スレハ無効トナルヘキ行為ヲ何トナレハ己レノ為メスル意思ナリ又本人ノ為メスル意思ハアレ共之ヲ表サヽルヘカラサルヲ以テナリ故ニ自己ノ行為トシテ無論無効ナリ又本人ノタメニスルノ意思ハアリトモ表示ナキカ故ニ代理権モナキヲ以テナリ係ルカ故ニ第三者困却スヘキヲ以テ法律ハ自己ノ為メニナシタルモノト見做セルナリ此規定ハ九三条ト全一ノ精神ニ出テタリ一〇一条ハ第三問題ノ適用ナリ之ハ別ニ説明ヲ要セサルヘシ且一〇一条、意思表示ノ効力カ意思ノ欠缺詐欺強迫又ハ或事情ヲ知リタルコト若クハ之ヲ知ラサル過失アリタルコトヨリテ影響ヲ受クヘキ場合ニ於テ其事実ノ有無ハ代理人ニ付キ之ヲ定ム、特定ノ法律行為ヲ為スコトヲ委托セラレタル場合ニ於テ代理人カ本人ノ指図ニ従ヒ其行為ヲナシタルトキハ本人ハ其自ラ知リタル事情ニ付テ代理人ノ不知ヲ主張スルコトヲ得ス其過失ニヨリテ知ラサリシ事情ニ付テ亦仝シ、第一項ノ或事情ヲ知リタルコト若クハ之ヲ知ラサル過失アルハ九三条ノ但書九二条二ノ場合（九五条ノ但書モ理由上ハ）其中ニ入ルヘシ此ニハ皆本人ノ意思ニヨラス代理人ノ意思ニヨリ何トナレハ代理人ノ意思ニ瑕疵アル場合ハ無効ナレハナリ只本人カ知ル場合ト特ニ指図ニテ或事ヲ為サシメタル場合トニ本人カ自己ノ利益ノ為メニ代理人ノ善意ナルコトヲ主張スルコトヲ得ス之レ悪意者ノ嫁妨ナリ第

三者保護ノ規定ナリ尚此規定ノ結果トシテ代理人ハ充分ナル行為能力ヲ有スルモノナラサルヘカラス（ムラスヤノ附随ノ問題アリ）

此問題ハ少シク考フルニハ意思表示カ代理人ノ意思表示ハ必要ナル能力ヲ要スルコトハ治ント疑ナキカ如シ然レ共之レ誤ナリ抑モ能力カ如何ナルモノニ付定メタリヤト云フニ其者ヲ保護セシカ為メニ設ケラレタルモノナリ法律行為ノ効力カ意思表示ヲ本トシ意思表示ハ其意思ヲ為スモノヲ保護スルニ及ハサルナリト云フ以上ハ其意思表示ハ代理人之ヲ為セトモ其効力ハ本人ノミニ及フナリ故ニ代理人ハ無能力者ニテモ不可ナキナリ、民一〇二条ニ代理人ハ能力者タルコヲ要セストハ之カ為メナリ仍之ニ付テ注意スヘキ点ニアリ

一、ハ茲ニ所謂無能力トハ独リ学者ノ所謂限定能力者ニテ意思能力ヲ欠ケルモノヲ並イフニアラス極メテ幼者又ハ全ク精神ノ錯乱セルモノヲ云フニアラス是等ハ意思ナキモノナルカ故ニ事実上意表示シ得サルナリ唯未成年者ト雖モ例ヘ十五六ノ上ニ達セルモノハ意思アルト云フヲ得ヘク禁治産者ニテモ一時本心ニ復セル間ニ他人ノ代理人トナルヲ妨ケス況ンヤ妻又ハ準禁治産者ノ如キハ他人ノ代理人ト為ルヲ

ヲ得ルト言ヲ俟タス

二、ハ今云ヒシ二ハ只代理干係ノミノ二ナルカ代理干係ニ付テハ無能力者ハ無能力者トシテ法行為ノ問題ト七ハ亦自ラ別ナリ、委任干係ニ付テハ無能力者ハ充分ノ保護ヲ受ケサルニカラス即代理ノ方法悪カレト云フヲ以テ本人ニ対シ責任ヲ負フヘキヤト云フニ委任契約ヲ取消サレムトシハ責任ヲ負ハスシテ可ナリ無能力者カ法定代理人トナルニハ実際アラサルシ外国ニハ極メテ稀ニアリ日本ノ法典ニハ例ハ未成年者禁治産者ハ自ラ親権ヲ行フヲヲ得ス后見人トナルヲ得ス又判所ニテモ殊更ニ未成年者禁治産者ヲ撰ムヲナカレハナラス故ニ法定代理人ニ付テハ此問題起ラサルヘシト信ス只委任代理人ニ限リ此問題起ルヘシ、又不法行為ノ干係ヨリイヘハ之ハ代理人カ或行為ヲナスニ当リテ相手方ヲ欺キ又ハ権限ナキニアリト称シテ為シタル如キ場合ニ問題トナルヘシ、代理行為ヲ為ス場合ナリ尤権限ヲ超エテ法律行為ヲナス場合即代理干係ノ全ク ナキ場合ナリ尤此場合ニハ本人カ知ラヌニカ本人ニ幼力ヲ及ホスニハ先ヲ泰則トシテハナキコトナリ只七一五条ノ適用ニ依リテ本人カ責ヲ負フ場合ハアレ尤其他ノ場合ハ本人責ヲ負フヲナシ之ハ代理人ノ不法行為ナルカ故ニ本人カ責ヲ負ハサル場合ハ勿論之ヲ負フ場合ト雖尤尚ホ代理人自身モ責任ヲ負フナリ而シテ其代理人カ無能力者タラハ如何トイフニ不法行為ニ付テハ無能力者ト雖尤苟クモ意思能力ヲ具フル以上ハ全ク責任ヲ負フヘキナリセ二条ニ未成年者カ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ其行為ノ責任ヲ弁識スルニ足ルヘキ智能ヲ具ヘサリシ時ハ其行為ニ付キ賠償ノ責ニ任セストアルヲ以テ弁識スルニ足ルヘキ智能ヲ具フレハ未成年者ト雖尤責ヲ負フヘキナリ又七三条ニ心神喪失ノ間ニ他人ニ損害ヲ加ヘタルモノハ賠償ノ責ニ任セス但シ故意又ハ過失ニヨリテ一時ノ心神喪失ヲ招キタル時ハ此限リニアラストアルヲ以テ禁治産者ト雖尤本心ニ復スル間ニ他人ニ損害ヲ加フレハ全ク責ヲ負フヘキナリ、今他人ノ代理ヲナスニテモ場合ハ勿論七三条七三条ノ場合ノ如ク智能ヲ具スル心神ヲ喪失セルモノニアラス故ニ責ヲ負フナリ、尚理論上ヨリハ七三条ノ場合ニテ而カモ未成年者カ未成年者ト雖尤代理人トナリ得ル場合モアリト云ヒ得サルニアラサレ尤実際ハ治ントス斯ル問題ハ起ラサルニヨリテ見ハ代理人ハ不法行為ニ付テハ責ヲ負フナリ自己ノ為メナルト他人ノ為メナルトヲ問ハス不法行為ニテ他人ニ損害ヲ加フレハ賠償セサルヘカラサルコトナル也、尚二七条ニ特別ノ規定カアルカ為メ能力者ニハ適用スルヲ得ス以上ヲ以テ代理ニ干スル第四ノ問題ハ代理人ハ如何ナル権利ヲ有スルヤナリ、此権限ハ委任又ハ法律ノ規定

ニヨリテ定マル本則トス契約ヲ以テ或人カ或他人ニ代理ヲ委任スト云フハ斯ノ如キ事ヲ
代理セヨト云フカ如キ権限ヲ定ムルナリ而シテ其語ノ意味ニ付テ疑義生ジタル時ニ普通
契約ノ疑義ト全ク同ク争アルハ支那裁判所ニテ決シ当事者ノ意思解釈ノ適用ナリ法律
規定ニヨリ代理権ノ定マル場合ハ例ヘハ親権後見等ノモノニ付テハ各法文ニ規定アリ
公法上ノ代理人亦全ク同ク例ヘハ自治団体ノ代表者ハ若干ノ権限ヲ有スルト公法ニ定マリ
市町村長ノ権限ハ市町村制ニ定マリ又法人ノ理事ハ法律ニテ尤モ広ク権限定メ
ラルヽ只定款ヲ以テ其社団法人ニアリテハ社員総会ニテ其権限ヲ狭ムルヲ得シ且尚
善意ノ第三者ニ対抗スルヲ得ストスル位ナリカク各種ノ代理人ニ何権限ヲ定マル若シ
カ若シ夫カ定リ居ラサル時ハ如何ナル権限ヲ有スルヤ之ニ付テハ少ク広ク法
学者ノ往々云フ所ナルカ代理人ハ管理行為ヲナス権限ヲ有ス総テ(括)代理人ハ原則ト
シテ [illegible] ヲ有スト而シテ [illegible]
[illegible] ハ如何ナルヲカニ付テハ議論アリ予ノ信スル所ニテ
新法典ノ採用セル説ニヨレハ [illegible] 第一ニ保存行為ハ勿論此点ハ疑
ナシ保存行為ト云ヘハ家ノ頽レントスルヲ修シ権利ノ時効ニヨリ消滅セントスルヲ中
断シ又登記スヘキ権利ノ登記スル等ナリ、第二ニ代理ノ目的タ

ル物又ハ権利ノ性質ヲ変セサル範囲内ニ於テ其利用又ハ改良ヲ目的トスル
行為ナリ管理トハ保存利用改良等ヲ含ム(反対説アリ)然ルニ利用改良ハ文
字ノ如ク必スニ用元ノ際限ナキ文字ナリ不動産ヲ管理スルモノカ其ノ価ノ高昇セル
時以后之ヨリ騰貴スル望ナリト之ヲ信シ付クルモ利薄シ一層金ニ代ヘ景気好キ株ヲ買フ
方可ナリトイヒテ株ヲ買ヒシカ如キハ利用ニ相違ナキモ普通ノ代理人カ斯ルコトヲ為シテハ
大ニ不可ナリ、不動産或ハ其価下落スルト雖モ一万円ノモノカ百円ニ下落スルコトナキニ
反シテ株ノ如キハ非常ニ下落スルノ恐レアリ故ニ目的ハ利用ナルモ危険ナル利用方
法ナルカ故ニ斯ルコトハ代理人ハ為シ得ストス、改良モ然リ例ヘハ一ノ家屋アリ大ニ美
麗ナラスト雖モ多クノ金ヲ費シテ奇麗ニスルニハ改良ト相違ナキモ巧ミナラサレハ其費
セシ金額丈其家ノ価ヲ増スコトハ困難ナリ故ニ是等ノ改良ハ大ニ危険ナリ之ヲ以テ
改良ナルコトハ管理中ニ入ラストノ説出ルモ然レトモ新民法ニテハ利用改良ハ管理中
ニ入ルトセリ蓋シ少ノ危険アルモ不得已ト覚悟セリ何者権限ノ定ナリ即チ広ク委任シ
又ハ法律ニテ此ノ代理人トスルモノナルカ故ニ多少ノ危険ナル行為ヲナサシムルハ本人ノ為メナラ
サルコトアリ然レトモ一ノ制限ヲ置ケリ即チ代理権ノ
範囲内トセリ先ニ云ヒシ不動産ヲ売リテ金ニスルハ正シク代理ノ目的ナル物ヲ変スルニ

ミシ総括代理人ニハ為スコヲ得サルナリ又権利ノ性質ヲ変スルトハ例ヘハ公債証書ノ如キ動産ニシテ物ニ対スル債権ナリ即チ国ニ対スル債権ナリヲ他ノ株式ト代ユルコトセハ株式ハ会社ニ対スル権利ナルカ故ニ又竟権利ヲ変シタルナリ斯ノ如キコトハ為スコヲ得サルナリ、交換亦不可ナリ之レ利用法ナリ改良ニ付テ云ヘハ例ヘハ茲ニ一ノ金塊アリトモ潰スヨリ外ナシ又実際用スルヲ得ス然レ共之ヲ指環トスルトキハ女ノ用ユルコヲ得ヘシ之ニ絶対ニ云ヘハ改良ト云ヒ得ヘキモ又竟物ノ性質ヲ変スルナリ権利ノ性質ヲ変スル改良トハ例ヘハ全ク公債ニテ利ノ高キト安キトアリ利安キモノヲ売リ高キモノヲ買フトスルハ改良ト云ヒ得ヘキモ又条件異ナル例ヘハ利高キ抵置キヲ常トスル(抵置トハ無期公債ニシテ子々孫々至ルマテ元金ハ取ルコヲ得ス)又抽籤ニヨリテ償還スル公債ハ其償高ノ従テ利安シ、要スルニ斯ルコハ改良ト云ヒ得ヘキモ結局、利益ニ至リテハ大ニ疑ヒヲ免険ノ行為ト云ヒテ可ナリ故ニ総括代理人ハ之ヲ為スコヲ得ス、反之物ノ性質ヲ変スルニ利用トハ不用ノ家屋土地等ヲ人ニ貸スル等ノコトナリ、権利ノ性質ヲ変セサル利用トハ債権アルヲ行使シ利息ヲ取リ得ルカ如キヲ云フ故ニ取ルニ等ノコトナリ、物ノ性質ヲ変セサル改良トハ汚レタル物ヲ磨カセ破損セル物ヲ修覆スル等ハ寧ロ保存行為ナルカ故ニ総括代理人ノ権利ノ性質ヲ変スルトハ例ヘハ公債証書ノ如キ動産ニシテ物ニ対スル債権ナリ即チ国ニ対スル債権ナリヲ他ノ株式ト代ユルコトセハ株式ハ会社ニ対スル権利ナルカ故ニ又竟権利ヲ変シタルナリ斯ノ如キコトハ為スコヲ得サルナリ、交換亦不可ナリ之レ利用法ナリ改良ニ付テ云ヘハ例ヘハ茲ニ一ノ金塊アリトモ潰スヨリ外ナシ又実際用ユルヲ得ス然レ共之ヲ指環トスルトキハ女ノ用ユルコヲ得ヘシ之ニ絶対ニ云ヘハ改良ト云ヒ得ヘキモ又竟物ノ性質ヲ変スルナリ権利ノ性質ヲ変スル改良トハ例ヘハ全ク公債ニテ利ノ高キト安キトアリ利安キモノヲ売リ高キモノヲ買フトスルハ改良ト云ヒ得ヘキモ又条件異ナル例ヘハ利高キ抵置キヲ常トスル(抵置トハ無期公債ニシテ子々孫々至ルマテ元金ハ取ルコヲ得ス)又抽籤ニヨリテ償還スル公債ハ其償高ノ従テ利安シ、要スルニ斯ルコハ改良ト云ヒ得ヘキモ結局、利益ニ至リテハ大ニ疑ヒヲ免険ノ行為ト云ヒテ可ナリ故ニ総括代理人ハ之ヲ為スコヲ得ス、反之物ノ性質ヲ変スルニ利用トハ不用ノ家屋土地等ヲ人ニ貸スル等ノコトナリ、権利ノ性質ヲ変セサル利用トハ債権アルヲ行使シ利息ヲ取リ得ルカ如キヲ云フ故ニ取ルニ等ノコトナリ、物ノ性質ヲ変セサル改良トハ汚レタル物ヲ磨カセ破損セル物ヲ修覆スル等ハ寧ロ保存行為ナルカ

ハカ全ク破損セサルモ内部ノ機械ノ不備ヲ完全ニスル如キハ即之ナリ権利ノ性質ヲ変セサル改良トハ債権者カ債務者ニ談判シ従来ハ一ケ年三分ノ利子ナリシモ期日来ルモ返済セサルカ故ニ今一年ノ猶豫ヲ与フルカ代リトシテ以后年五分利ヲ払フヘシト云フカ如シ

如此物又ハ権利ノ性質ヲ変シ又ハ変セサルニヨリ区別シタル理由ハ権限ヲ定メサル総括代理人ハ主トシテ現在ノ財産ノ利益トナル如クスルヲカ目的ナリ現在財産ヲ失ヒテ新ニ財産ヲ得ルカ如キハ特ニ権限ノ授与ナキ代理人ノナスヘキコトニアラス所謂管理行為ノ管理ヲハ如此ヲモ含ムモノニアラストノ理由ニ基ケルナリ然ルニ性質ヲ変スルハ理論上ハ前ノ物、前ノ財産ハ失ヒテ新ナル物、財産カ生シタルナリ此ヲ結局利益トナルモ知ルヘカラスト雖モ為ス権限ハ認メサルトノ主義ナリ、之ハ今日尚多少ノ議論アルヲナルカ欧州ニ於テモ数百年ノ沿革ヲ経テ斯カル学説カサクモ仏法系ノ国ニ一般ニ行ハルニ至レリ我邦ニ於テハ殊更ニ慣習モアラサレハ理屈ニハ合セルヲ以テ此説ヲ採レリ茲ニ一ノ注意スヘキコトアリ事実上ハ物ノ性質ヲ変スルト云フヲ得テ而カモ保存行為ト云ヒ得ル場合アリ故ニ保存行為ニハ何ノ制限モ設ケラレス即例ヲ云ヘハ有機体ノ如ク其儘ニ保存シ雑

キモノアリ　斯ハモノハ寧ロ之ヲ売リテ金ニ代ヘ銀行ニ預ケ又ハ公債証書ヲ買フカ保存行為トナスヲ可シ若シ然ラサレハ消滅スヘキ事ヲ特ニ断リ、但シ損敗シ易キモノ、保存ハ此限リニアラス、トアリシカ如斯フヲ掲ケサルトキハ弘ク解セラルヘキノ恐アリ之ヲ看カストモ狭ク解セラルヽハ当然其内ニ入ルヽトシテ廃止セラレタリ、以上ハ権限ニ関スル一般ノフヲ得ルヤ否ヤ、(2)代理人ハ全時ニ反対ノ利益ヲ代表シ得ルヤ否ヤ、之ナリ

第一、代理人ハ復代理人ヲ用ユルヲ得ルヤ否ヤ、　複代理ニ付テハ二主義アリ即チ(1)代理人ハ自己ノ責任ヲ以テ勝手ニ複代理人ヲ用ユルヲ得ルトノ主義(2)代理人ハ本人ノ承諾ヲケレハ複代理人ヲ用ユルヲ得ストスルノ主義

予ハ第一ノ主義ヲ新主義ト名ケントス、旧民法ハ新主義ヲ採リ商法ハ却テ旧主義ヲ採リタリ予ノ信スル所ニヨレハ旧主義ハ理論ニ合ヘリト雖モ実際ノ便利ヨリ云ヘハ新主義勝レリ、何故旧主義ヲ理論ニ合ヘリト云フカ代理人ハ委任ニヨルモ皆其人ヲ信シテ代理権ヲ授与セラレタルナリ委任ノ場合ハ論ヲ俟タス本人カ己レノ信スル人ニ委任スルナリ法律ノ規定ト雖モ亦然リ父母ヲ親権者トスルハ父母ヲ信スルノ故ニ之ヲ予ハ法定代理人トスルハ戸主カ后見人トナルモ其戸主ヲ信シタリ親族会ニ於テモ某々ヲ適任ト信シテ任スルヤリ由之観之其信任ヲ受ケタル人カ自カラ事ヲ為サスシテ他人ヲシテ代リテ為サシムルフヲ到底代理ノ性質ニ反スルモノナリト論スルハ理論上当然ノフニシテ殆ント間然スル所ナキカ如シト雖モ実際上ニハ大ニ不便アリ或特定ノ唯一ノ法律行為ヲ為スカ為メノ代理人ナル場合ニハ或ハ大ニ必要モ生セサルヘケレ共稍々概括的ノ代理人トナルハ一人ニテハ為シ得サル事多シ茲ニ岩崎ノ如キ資産家ノ資産全部ノ管理ヲ委任セラレタル人ハ全ク一人ニテ家際管理シ能ハサルハ明カナリ亦時トシテハ自ラ為シ能ハサルニアラサレ共人ニハ得意不得意アリ或事ニ付テハ他人ヲシテ代理セシムルフヲ好結果ヲ得ルアリ例ヘハ代人ヲシテ弁護士ヲ依頼セストモ本人ニ代リテ支判所ニ出頭シ其訟権其他ノフヲ得故ニ主人カ番頭手代ニ訴訟権其他ノフヲ凡テ実際委任セリトキハ仮令法律ニ暗ク自身ニテハ敗訴ノ恐アルトキト雖モ安全ナリ或ハ金銭ヲ取扱フ此場ニ番頭手代頗ル法律ニ暗ク自身ニ弁護士ニ委任スル方安全ナリ

督促　スルニ付テハ催促ハ大ニ巧拙アルヲ以テ沁ノ代理ヲ托サレタル人カ債権ノ行使ヲ

為スニ自ラ請求スルモ受取レサルヲ知リ之ニ巧ミナル人ヲ依頼スルヲ得サルハ大ニ不便ナリ若シ尚ホ好結果ヲ得サルトキハ自ラ責ヲ負フヘキヲ以テ之ヲ許サ、ルハ不便ナリ又理論上ニ於テモ之カ全ク代理ノ性質ニ反スルニアラス如何ニモ其人ヲ信用シテ代理セシムルヲ以上ハ其人ノ信用セル人ニ代ラシムルモ安全ナリト云フヲ得ル故ニ強ヒテ複代理ハ代理ノ性質ニ反スト云フヲ得ス新主義ヲ取リ此ノ旧民法ト異ナリ旧主義ヲ取リ法定代理ニ付テハ新主義ヲ採リ要スルニ立法者ハ民法ニ於テ未タ新主義ヲ取ル法典ハ一般ニ新主義ヲ採リ要スルニ立法者ハ民法ニ於テ未タ新主義ヲ取ル必要ナシト認メシナリ商法修正案ニハ此ノ点ニ於テ特別ナル規則ヲ設ケス故ニ全ク民法ノ規定ニヨルヘシトナリ、又モ或種類ノ代理人ニ付テハ又特別ノ規定アリトス例ヘハ商業使用人ニ付テハ修正案三〇、二ハ支配人カ前項ノ規定ニ反シテ自己ノ為メニ商行為ヲ為シタルモノト見做スヲ得トアリ運送取扱業ニ付テハ本人カ殆ント自己ノ行為ノ如クニ責ヲ負フヘキヲ以テ少クトモ雇人ヲ用フルヲ以テ少クトモ雇人ハ常ニ複代理人ヲ用フルヲ以テ少クトモ雇人ハ常ニ複代理人トシテ用フルヲ慣習上ナリ予ノ信スル処ニヨレハ或ハ一般ニ新主義ヲ取ルヲ可トス即特ニ本人カ複代

理人ヲ用フヘカラスト云フノ外ハ用フルヲ得ルヲ宣シト考フ併シ委任ニ付テ代理人ノミニテハ強ヒテ之ヲ可ナリト云ハサレトモ必竟ハ其趣勢アリト信ス即一〇四条ハ二ノ理由ヨリ之ヲ認メタリ民一〇四条ノ委任ニ付代理人ハ本人ノ許諾ヲ得タルトキ又ハ已ムヲ得サル事由アルトキニアラサレハ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ス、不得已事由トハ事実問題ナルカ例ヘハ非常ニ多クノ財産ヲ管理スル場合ニ到底一人ニテハ不能ノコトナラハ復代理人ヲ用フルモ不可ナキナリ或ハ許諾為ヲモ委任セル場合ニ於テ差支其他病気等ノコトヨリ到底自ラ従事スル能ハサル時ハ他人ヲ依頼サルヘカラス之皆止ムヲ得サル事由タルナリ法定代理人ニ付テハ一〇六条ニ其規定アリ、民一〇六条、法定代理人ハ其責任ヲ以テ複代理人ヲ選任スルコトヲ得但シ不得已事由アリタルトキハ前項第一項ニ定メタル責任ニヽヲ負フ、如此規定セサレハ不都合ナル所以ハ蓋シ委任ノ場合ナレハ本人ノ許諾ヲ受クルヲ必要アレハ直ニ其許諾ヲ受クルコト法定代理ノ場合ニ於テハ多クハ無能カナリ故ニ如何トモスルコトヲ得ス例ヘハ法人ノ代表者トナルハ法人ニハ意思ナキヲ以テ複代理人ヲ許サヽルヘカラス

尤モ公益法人（民法ニ規定セル法人）ニ付テハ複代理人選任ノ権能大ニ狭メタリ

（又ハ失ヒタルトキ）然レトモ商事会社其他営利法人ニ在リテハ皆法定代理人ニ復代理選任ヲ認メタリ又親権者ハ自己ニ代リテ子ノ教育ヲ為ス可キ者ヲ指定スルコトヲ得ルカ如シ此事ハ少クモ日本ニ於テハ右具人モ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ルノ慣例又ハ判例ニ依リ、復代理人ヲ選任シタル場合ニ於テ代理人ノ責任如何ノ問題ハ新旧両主義共結果ヲ異ニセリ旧主義ヨリ云ヘハ本人ノ許諾又ハ止ムヲ得サル事由アル場合ニ限リ之ヲ許ストス故ニ此場合ニハ代理人ノ責任ハ極メテ軽カラサルヲ得ス又之ニ依リ復代理人ヲ許ス場合ニハ其責任ハ大ニ重カラサルヲ得ス（カメノ場合ニハ特ニ代理人ニ過失アルニアラサレハ責ヲ負ハサルコトトナレリ）即不適任者ノ選択又ハ監督ヲ怠リシ等ノ過失アルハ復代理人ノ過失ハ皆代理人ノ責ニ帰セサルヘカラス第二ノ場合ハ復代理人ヲ用ヰル明カニ定メラレタルニアラス又委任ニヨルニアラス勝手ニ用ヰタルモノナレハナリ民一〇五条、一〇六条ハ此主義ニテ設ケラレタリ民一〇五条、代理人カ前条ノ場合ニ於テ復代理人ヲ選任シタルトキハ選任及監督ニ付キ本人ニ対シテ其責ニ任ス、代理人カ本人ノ指名ニ従テ復代理人ヲ選任シタルトキハ其ノ不適任又ハ不誠実ナルコトヲ知リテ之ヲ通知シ又ハ解任スルコトヲ怠リタルニ非サレハ其責ニ任セス、委任ニヨル代理人ハ旧主義ヲ用ヰタル故ニ代理人ノ責任ハ軽シ。一〇五。

法定代理人ハ一〇六条ニ依リ皆自ラ責任ヲ負フモノトス但シ此場合ニモ全ク止ムヲ得サル事由アルトキハ法定代理人ハ其選任及監督ニ付キ責ニ任スルニ及ハサルモノトス

復代理人ノ効力如何、代理干係ト委任干係トニ依リ其効力ニ差別アリ

(1)代理干係ニ付テハ復代理人ノ行為ハ何人ニ対シ効力ヲ生スルヤ此問題ヲ決スルニ付テハ復代理ノ性質カ代理人ノ代理ナルカ将タ本人ノ代理ナルカヲ論セサルヘカラス予ノ信スル所ニヨレハ理論上ハ復代理人ハ無論代理人ノ代理人ナリ然レトモ此場合ニ於テハ第一ノ代理人ハ自己ノ為メニアラス本人ノ為メニ其代理ヲ為セハナリ又竟代理人カ何人ノ為メニ代理ヲ為セシヤト云フニ復代理人ニ代理ヲ依頼シタルハ本人ノ為メニナセシナリ故ニ其復代理人ノ行為ハ直接ニ本人ニ対シテ効力ヲ生スルコトナル理ナリ一〇七条即其主義ヲ取リシナリ、弐一〇七条、復代理人ハ其権限内ノ行為ニ付本人ヲ代表ス、復代理人ハ本人及第三者ニ対シテ代理人ト全ク権利義務ヲ有ス、茲ニ権限内ノ文字ヲ用ヰシハ復代理人ノ権限ハ代理人ノ権限ヨリ狭キコトアリ代理人ハ総括代理人ナリ復代理人ハ或特定ノコトニ付代理ヲ委任サルコトアレハナリ

(2)委任干係ニ付テハ理論上ニテハ復代理人ト本人トノ間ニハ代理干係ヲ生シ本人ニハ干

係ヲ生セサル理ナリ然レ𪜈之レ実際上ニ不便多シ何者一方ニテハ復代理人ノ行為カ直接ニ本人ニ効力ヲ及ホスニ拘ハラス本人ト復代理トノ間ニハ何等ノ干係モナク権利モ義務モナシト云フ片ハ其結果極メテ不穏当ノコトナルヘシ例ハ復代理人カ本人ノ為メニ物ヲ買ヒ其價ヲ代弁セル𪜈其買物ハ直接ニ本人ニ対シテ効力ヲ生シ本人ノ所有物トナルヘケレト今ノ論ヨリ云ヘハ其代弁セル代價ハ之ヲ本人ニ請求スルヿヲ得サルヿトナルヘシ然ルニ𪜈代理人ハ無資力ナルカ又ハ情ニテ払ハサル𪜈ハ如何ニスヘキヤ成程債権篇四二三条ニヨリテ間接ノ権利ハ有スルヿヲ得レ𪜈併シ此場合ニハ本人ヨリ取ルモノヲ復代理人一人ニテ取ルヿヲ得ス代理人カ無資力ナル場合ニハ寧ロ復代理人ヨリ直接ニ本人ニ対シテ請求スルヿヲ得セシメサル(カラス、又本人ヨリ復代理人ニ対スル権利ニ付テモ亦全ク復代理人カ本人ノ為メニ物ヲ売リ代價ヲ取リタリトスレハ其売ル行為ハ本人ニ対シ直接ニ効カヲ生スルカ故ニ本人ハ所有権ヲ失フト共ニ代價ヲ第三者ヨリ受取ルモ本人ニ対シテ直接ノ効力ヲ生スルカ故ニ第三者ニ干係ナシ夫ヲ本人カ直接ニ受クルハ権利ナレトスレハ本人ハ代理人ニ請求セサルヘカラス然ルニ代理人カ払ハサルトキハ本人ハ代理人ニ対シ前ト全ク結果トナリ若シ代理人カ無資力ナル

ハ代理人ノ他ノ債権者ト分タサルヘカラス又相殺ハ俗ニ所謂差引勘定ナリ今ノ場合ニ代理人カ曽テ復代理人ヨリ金ヲ借リ期満チテ返サス仍テ復代理人ノ受取リシ不動産ノ代價ハ代理人ニ渡サヽルヘカラサルモノナレ𪜈差引勘定スルトナレ𪜈ハ為メニ本人ハ大ナル迷惑ヲ被ムルヿアルヘシ然ルニ本人カ直接ニ復代理人ニ対シ権利ヲ有スルヿハ斯カル不都合ヲ生セサルヘシ尚他ニ直接ノ権利ト間接ノ権利トニヨリテ区別アルヿハ尚深ク債権篇ヲ研究セサレハ此ニ付テ起ル雑問ヲ解スルヲ得ス、終リニ不法行為ノ点ヨリ観察スレハ代理人ト第三者トノ干係ニ付テハ復代理人ハ代理人ト全一ノ干係ヲ有スルモノナリ之レ治ント言ヲ俟タス然レ𪜈法文ニ復代理人ノ代理人ト差別アルヲ以テ注意マテニ一言スルナリ

(第二問題)代理人ハ全時ニ反対ノ利益ヲ代表シ得ルヤ、代理人ハ全時ニ反対ノ利益ヲ代表スルヿヲ得ス、他人ノ代理人トナル以上ハ誠実ニ本人ノ利益ヲ計ラサルヘカラス然ルニ反対ノ利益ヲ全時ニ代表スルコトナレハ一方ノ利益ヲ計レハ他ノ害トナルモノニシテ性質上許スヘカラサルコトナリ故ニ一〇八条ニ次ノ如キ規定アリ、民一〇八条、何人ト雖モ全一ノ法律行為ニ付其相手方ノ代理人トナリ又ハ当事者双方ノ代理

人トナルコトヲ得ス、但シ債務ノ履行ニ付テハ此限リニアラス、例ヘハ予カ甲トナルモノハ代理人トナリテ甲トノ間ニ法律行為ヲナシ得ルトセハ我一人ノ意思ニテ契約スルコトヲ得ルニ従テ予若シ悪意者ナルハ余ニ便利ナル契約ノミヲ結ヒ又之ヲ結ハサルトキハ予ハ害ヲ被ムルニ又甲乙両者ヨリ代理ヲ委任セラレタル場合ニ予ニ一人ニテ両者間ノ契約ヲ結フモ許サレス之レ全ク利害ノ衝突アルヨリ此事ハ委任ノ場合ニテモ法定代理ノ場合ニテモ全一ナリトス、只茲ニ例外トシテ但書ニ債務ノ履行ニ付テハ此限リニアラストセリ債務ノ履行ハ利害ノ衝ナレ債務者ノ為メニ計ルモ債務ヲ履行スヘキ時ニ債務履行セサレハ却テ損害賠償ヲ出サヽルヘカラス故ニ履行期来レハ直ニ之ヲ履行スルヲ得策トス又債権者ニトリテモ早ク履行ヲ受クルヲ良シトス要スルニ此場合ハ利害ノ衝突ナキヲ以テ為シタル行為ノ効力ハ如何、併セテ代理人カ其権限ヲ超エテ為シタル行為ノ効力如何ナリ、之ハ原則トシテ無効ナルヘキト言ヲ俟タス何者代理人カ権限ナキト云ハ即代理人ニアラスト云フコトニシテ代理権ナキヲ明カナルカ故ニ本人ニ対シテ効力ヲ生スル理ハ原則上ナシ又代理人トシテ為シタル行為ノ効力ヲ生スヘキ法ナシ其者自身ノ為メニスル行為ノ目的ニアラス仍テ云ハヽ目的ニ非ナリ故ニ法律行為ハ成立セス然レトモ此原則ハ各国法例外ヲ設ケタルカ我法典モ又或ハ各国多数ノ例ニ洩レサル程多クノ例外ヲ認メタリ、而シテ外国ニテモ我国ト全様ナルヘキモ只其法文カ我法典ノ如ク判然セサルノミナリト信ス、先ニ云ヘル如ク代理人カ権限外ノ行為ヲ為シタル行為又ハ代理人ニアラサルモノカ代理人トシテ為シタル行為ハ原則トシテ無効ナレトモ例外トシテ法律カ或場合ニ限リ之ヲ効力アルモノトセリ其第一ノ場合ハ一〇九条ノ場合ナリ即チ或人カ第三者ニ対シテ或ル他ノモノヲ代理人トシタルコヲ表示シタル場合ニ於テ其者トノ間ニ未タ委任契約成立セス従テ代理権生セサルニモ拘ラス其他ノモノハ為シタル行為ニ付テハ本人ハ責ヲ負ハニカラス

第二ノ場合ハ一一〇条ノ場合ニシテ代理人カ其権限外ノ行為ヲ為シタル場合ニ於テ第三者カ其権限アリト信スヘキ正当ノ理由ヲ有セルトキナリ例ヘハ普通ノ家番頭ハ一定ノ権限ヲ有セルモノナリ然ルニ特ニ甲ナル家ニ居ル乙ナル番頭ニ狭キ権限ヲ与ヘラレタルモノカ権限外ノコヲ為セルニ当テ第三者ハ如番頭ハ大ニ

キ権限ヲ有セリト思フヲ以テ其行為ノ権限外ナルヲ知ラスシテ取引セル如キ場合ハ権限アリト信スルニ正当ノ利由アルモノト認メサルヘカラス斯ル場合ニハ仝シク権限外ノ行為ナレ𪜈本人其責ニ任セサルヘカラス由之本人カ当然権利ヲ得ルヿハアラサレ𪜈義務ハ之ヲ負ハサルヘカラス第三者ヨリ其義務ノ履行ヲ求メラルヽハ之ヲ拒ムヲ得サルモノトス

第三ノ場合ニ更ニ述フヘキ如何ナル場合ニモ適用シ得ル例外ナリ即本人ノ追認アレハ代理権ナキモノヽ為シタル行為ト雖𪜈恰モ代理権アルモノヽ如シタル行為ト仝視スルノ規定ニシテ一一三条之ナリ裏面ヨリ之ヲ云ハヽ本人其追認ヲ為セハ効力ヲ生スルヿナリ尚其主義ハ一一六条ニ明カナリ、茲ニ所謂代理権ヲ有セサルモノヽ中ニハ全ク代理権ナキモノヽ及ヒ曽テナカリシモノヲ云ヒ代理権ハ有リシカ権力外ノ行為ヲ為シタル場合ヲモ含ミ又本ト代理権アリシモノカ其代理権消滅ノ后ニ為シタル行為ニ付テモ適用アリ是等ハ理論ヨリ云ハ皆代理権ヲ有セサルモノナリ追認ニヨリテ効力ヲ生スルトハ理論ヨリ云ハ極メテ不穏当ノコトナリ何トナレハ法律行為ノ効力ハ其行為ノ時ニ定マルヘキナリ其時要素ヲ具ヘサレハ成立スヘカラサルモノナレハナリ然ハニ其時ニ当事者ノ一方カ代理人ナリト云フモ其

代理人ナラス故ニ先ニ説明シタル如ク法律上ノ要素欠缺セルヿナリ其法律行為ハ其時ニハ固ヨリ成立シ得サリシヿナリ夫ヲ后日追認シタレハトテ有効トセハ理論ニ反セサルヿナリ然レ𪜈便宜ノ為メ此原則ヲ採用セリ然ラハ何故便利ナルカ代理人ト称スルモノハ勿論本人ノ為メニスル意思アリテ代理人ト称シテ為セルヿナリ相手方モ本人ト或法律行為ヲ為ス意思アリシヿナリ故ニ此両人ハ其法律行為成立スレハトテ之ニ対シテ苦情ヲ云フヿヲ得ス自己等ノ望ミシコトカ行ハレヽヿナルカ故ニ不足アルヘキ筈ナレ𪜈只友ダル斯ハ本人ノ意思ナリ其本人カ后日其法律行為ハ自己ノ為メニ便利ナリトシテ効力ヲ生スルヿヲ認ムト云ハヽ三人ノ通リノコト（考ヘ）カ成立スルモノナルカ故ニ仮令理論ニハ反スルモ何人モ之ニ対シ異議ヲ入レヽモノナカルヘシ故ニ便宜上成立セシムルヿヲ可トスルナリ、此事タル実際上極メテ便利ナルカ故ニ各国概ネ採用セリ旧民法ニテモ法文ノ体裁ハ異ナレ𪜈其主義採用セラレタリ（旧財産五〇条二）唯旧法典ノ如キナレハ此追認ノ効力ハ追認ノ時ヨリ始メテ生スルナリ、法律行為ノ初メニ遡リテ効力ヲ生スルモノナルヤハ一ノ疑論アリ旧法典ノ解釈トシテハ疑論アルヲ免レス予ハ法律行為ノ初メニ遡リテ効力ヲ生スルモノト解スルモノナレ𪜈既ニ死法トナレル今日深ク研究スルノ要ナシ新法典ハ此点ハ明カニ一一六条ニ規定セリ

追認ハ別段ノ意思表示ナキハ契約ノ性質ニ遡リテ其効力ヲ生ス但シ第三者ノ権利ヲ害スルコトヲ得ス、是レ当事者ノ意思ヲ推測シタルモノナリ追認トハ元ノ行為ヲ認ムルモノナルカ故ニ其行為ノ当時ヨリ成立シタルモノト認ムル意思ナリトスル普通ナリ然レ共固ヨリ意思ノ解釈ナルカ故ニ別段ノ意思表示ハ許サルヘカラス故ニ今日又ハ何日ヨリ有効トスルトセハ夫ニ因ルモノトス而シテ此効力ヲ生スル時ニヨリテ利害ノ関スルアリ物ノ果実ヲ生スル時ハ契約ノ性質ヨリ効力ヲ生セトナレハ其性ヨリノ果実ヲ相手方ニ渡シ又ハ受取ラサルヘカラス追認ノ性ヨリ効力ヲ生スルモノトセハ其反対ナルヘシ尤モ其結果トシテ初メノ法律行為ノ趣意ヲ変更シタリトシテ拒ムコトヲ得ヘシ然レ共其如キコトアレハ相手方ハ元ヨリ契約ノ変更ニ応セサルヘシ故ニ契約ヲ結フノ必要アリ併シ相手ノ承諾ナキ時ハ何時ヨリテモ効力ヲ生セサルコトヲ得ヘキヤ此事タル当事者ノ意思解釈ヨリ法律ハ当事者間ニ此事ハ穏当ナリト認メタル時ヨリ将来ニ対シテハ已往ニ遡ハス効力ヲ認メオラス本ト法律ノ[illegible]ニ依リ成立セサルモノヲ成立セシメ而カモ初メヨリ成立セルモノト認ムルモノナルカ故ニ第三者カ其間ニ得タル権利ヲ害スルコトヲ得ス故ニ甲ノ為シタル費用契約ヲ后ヨリ黙シテ追認セル時ハ一一六条ニヨリ予ト乙トノ間ノ干係ニテハ此売買契約ヲ初メヨリ成立セルモノト認メラルヘカ故ニ予カ不動産ヲ丙ニ貸シタル時ハ他人ノ不動産ヲ貸シタルトナルヘシ然レ共丙ノ権利ハ之ヲ害スルコトヲ得ス故ニ乙ハ丙ノ賃借権ハ之ヲ認メサルヘカラス只夫ニ付テ乙カ損害ヲ被ムル場合ニハ予トノ干係ニ於テ予ニ過失アレハ或ハ予カ損害賠償ヲスルコトナルヘシ或ハ又賃借権ノ附加セサル時ハ乙ハ住家トセントスル目的ニ適ハストシ乙ヨリ契約成立ヲ拒ムコトヲ得ヘシ要スルニ第三者ハ害セラルヽコトナキモノトス

此理由ヲ以テ無効ノ行為ヲ追認ニヨリテ有効トナルナリ此追認ハ如何ナル方法ニヨリ之ヲ為スヤ、外国法律就中仏法系ノ国ニテハ如何ナル方法ヲ以テ意思表示ヲ為スモ可ナリトスルノ例少カラサルモ我新民法ハ相手方ニ対シテ為スヘシトセリ之レ概シテ独乙主義ニシテ正当ノコトナリ追認トハ必竟先ノ例ニ於テ甲ト乙トノ間ニ為シタル行為カ法律上無効タルニキヲ単ニ予ノ追認ヲ以テ有効トセントスルナリ然ラハ有効トセントスル代ハ相手方ナル乙ニ向テ追認セリト云ハサレハ例ハ甲ニ向ヒ之ヲ云フトモ何等ノ効力ナシ甲ニ云フモ乙ニ達セサレハ乙ハ知ラス然ラハ乙ト予トハ知ラスシテ一定ノ賃借ヲ得テ丙ニ貸シ丙ハ仮リニ登記セリトスルハ此場合ニ予カ甲ノ為シタル費用契約ヲ后ヨリ黙シテ追認セル時ハ一一六条ニヨリ予ト乙トノ間ノ干係ニテハ此売買契約ヲ初メヨリ成立セルモノト認メラルヽカ故ニ予カ不動産ヲ丙ニ貸シタルハ他人ノ不動産ヲ貸シタルトナルヘシ然レ共丙ノ権利ハ之ヲ害スルコトヲ得ス故ニ乙ハ丙ノ賃借権ハ之ヲ認メサルヘカラス只夫ニ付テ乙カ損害ヲ被ムル場合ニハ予トノ干係ニ於テ予ニ過失アレハ或ハ予カ損害賠償ヲスルコトナルヘシ或ハ又賃借権ノ附加セサル時ハ乙ハ住家トセントスル目的ニ適ハストシ乙ヨリ契約成立ヲ拒ムコトヲ得ヘシ要スルニ第三者ハ害セラルヽコトナキモノトス

此理由ヲ以テ無効ノ行為ヲ追認ニヨリテ有効トナルナリ此追認ハ如何ナル方法ニヨリ之ヲ為スヤ、外国法律就中仏法系ノ国ニテハ如何ナル方法ヲ以テ意思表示ヲ為スモ可ナリトスルノ例少カラサルモ我新民法ハ相手方ニ対シテ為スヘシトセリ之レ概シテ独乙主義ニシテ正当ノコトナリ追認トハ必竟先ノ例ニ於テ甲ト乙トノ間ニ為シタル行為カ法律上無効タルニキヲ単ニ予ノ追認ヲ以テ有効トセントスルナリ然ラハ有効トセントスル代ハ相手方ナル乙ニ向テ追認セリト云ハサレハ例ハ甲ニ向ヒ之ヲ云フトモ何等ノ効力ナシ甲ニ云フモ乙ニ達セサレハ乙ハ知ラス然ラハ乙ト予トハ

ノ干係ヲ生セシムルニハ斯カル間接ノ行為ニテハ不可ナリ尤モ此追認ハ相方ニ対シテ為サヽルヘカラストハ絶対ノ条件ニハアラス然ラサル時ハ相手方ニ対抗スルコヲ得スト云フノミニテ相手方ニテ有効トセントスル時ハ誰ニ対シテ為シタル意思表示ニテモ可ナリ故ニ甲ニ対スル意思表示ニテモ可ナリ例ヘハ甲ニ追認スルト云ヒヲ乙カ知ラサリシモ后日乙カ甲ヨリ追認アリシト聞ケハ乙ハ予ニ向ヒ契約履行ヲ求ムルコヲ得ルカ如シ之レ正当ノコトニシテ相手方ニ対抗スルヲ得スト云ヘハ相手方ヲ保護スル為メナルヲ以テ相手方カ不可ナリト云ヘハ履行セサルヘカラス尚拒絶モ全シ追認ヲ拒絶シ普通ハ云ハスシテ可ナルカ　云ヘハ追認ハナサヽルコトナルヘシ其拒絶モ相手方ニ対シテ為サヽルハ対抗スルコヲ得サルヘキヲ以テ此拒絶ノ問題カ次ノ問題ト牽連スル如斯代理権ナキモノヽ行為ハ本人ノ追認アルト否トニヨリ有効無効ノ運命定マルモノナリ然ルニ本人ハ何時ニテモ追認セサルヘカラスト云フコトナレハ故ニ其契約カ本人ニ有利ナルカ不利ナルカヲ熟考シテ追認スルカ本人ニ利益ナリ例ヘハ相場物ナレハ其上下ヲ視テ追認スヘシ然ルニ相手方ニテハ斯クテハ大ニ困却スヘシ早ク定マラサレハ買ヒシ物ヲ他ニ売ルコヲ得ス又若シ相手方カ転売シタルニ当リテ追認セサルトキハ他人ニ売ハヽキニ永引ク為メニ買手ヲ失フコトアリ故ニ法律ハ此場合ニ相手方ニ催告ヲ許セリ、民二四条、前条ノ場合ニ於テ相手方ハ相当ノ期間ヲ定メ其期間内ニ追認ヲナスヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ本人ニ催告スルコヲ得若シ本人カ其期間内ニ確答ヲ為サヽルトキハ追認ヲ拒絶シタルモノト見做ス、此ニ拒絶ナル問題起ルヲ以テ先ヲ拒絶ハ如何ニシテ為スヘキヤノ問題ノ必要アリ催告ハ他ニモ之ト類似シタルコトアリ一九ハ即之ナリ又売買ノ処ニテ五五六条契約解除ノ処ニテ五四七条ノ之ニヤスハ規定ナリトス、此催告ハ佛法系ノ諸国ニハ其例少シト雖モ独リ殊ニ新民法ハ我法典ハ如ク至ル処ニ之アリ極メテ便利ナルコト信ス何方ノ権利ニテモ大ニ害スルコトナク一定ノ期間ヲ与ヘテ考ヘシメテ催告スルモノナレハナリ只本条ノ催告権ト一九条ノ催告権トハ稍異ナリ一九条ノ催告ヲ受ケル方ハ無能力者若クハ其代理人カ法律ノ保護ヲ受ケヘキ人ナリ故ニ是等ノ人ニ便利ナルカ如クセラレタリ即チ(1)ニハ一ケ月以上ノ期間トシ(2)ニハ其代リ確答セスハ行為ヲ追認シタルモノト見做スコトナリ(併シ此場合ニハ取消シタルコトヲ見做ス)又之本条ノ場合ハ寧ロ相手方ヲ保護スル為メノ規定ナリト云ヒテ可ナリ故ニ其期間モ相当トアリ苟クモ相当ノ期間ナラハ相手方ニテ勝手ニ定メテ可ナリ期間不相当ナル時ハ裁判所ニテ之ヲ定メシムヘシ故ニ場合ニヨリ一ケ月ヨリ短クシテ可ナリ例ヘハ契約ノ性質カ

余り錯雑セス永ク考フルノ必要ナキモノナラハ一週間ニテモ可ナリ其代リ本人カ確答セサルトキハ追認ヲ拒絶シタルモノト見做スヘキ旨ヲ注意シ又相当ノ期間ヲ定メ其期間内ニ発シタルモノト雖モ期間外ニ到達スルトキハ追認セサルモノト見做シタリ何トナレハ相手方ヲ保護スルノ規定ニシテ本人ヲ保護スルノ必要ナシトスレハナリ実ハ之レニテハ未タ相手方ハ随分不利益ノ地位ニ立テリ何トナレハ相手方カ法律行為ノ成立ヲ望ム場合ナレハ尚可ナリ催告ヲ為スモ意ノ如クナラサルトキハ諦ムヘシ然レトモ之ニ反シ本人ハ一旦売却セシモノカ後日価高マルコトアリ即チ例ニハ一週間ニテ追認ヲ発スヘキ旨ヲ催告シ而シテ追認ヲナスニハ追認セサルモノト見做シタリ何トナレハ相手方ニ到達スルヲ以テ相手方ニ到達セストモ発スレハ可ナリ故ニ無能力者ノ方ニテ不利益トナラス反之本条ハ絶対ニ受信主義ヲ採ルヲ以テ追認催告共ニ受信主義ナリ故ニ

追認ニテモ到達セサレハ追認セサルモノト拒絶シタルモノト見做スヘキ旨ヲ注意シ又相当ノ期間ヲ定メ其期間内ニ発シタルモノト雖モ期間外ニ到達スルトキハ追認セサルモノト見做シタリ何トナレハ相手方ヲ保護スルノ規定ニシテ本人ヲ保護スルノ必要ナシトスレハナリ実ハ之レニテハ未タ相手方ハ随分不利益ノ地位ニ立テリ何トナレハ相手方カ法律行為ノ成立ヲ望ム場合ナレハ尚可ナリ催告ヲ為スモ意ノ如クナラサルトキハ諦ムヘシ然レトモ之ニ反シ本人ハ一旦売却セシモノカ後日価高マルコトアリ即チ例ニハ一週間ニテ追認ヲ発スヘキ旨ヲ催告シ而シテ追認ヲナスニハ追認セサルモノト見做シタリ何トナレハ相手方ニ到達スルヲ以テ相手方ニ到達セストモ発スレハ可ナリ故ニ無能力者ノ方ニテ不利益トナラス反之本条ハ絶対ニ受信主義ヲ採ルヲ以テ追認催告共ニ受信主義ナリ故ニ

追認スルヤ否ヤノ意思ヲ表示（示）セサル間ハ相手方ヨリ二箇月以テ其契約ヲ取消スコトヲ許サヽルモノトス故ニ本条ニ但書ヲ設ケ以上ハ代理権ナキモノヽ為シタル行為ハ追認セラレ実ハ代理ニ係ラス代理人ト第三者トノ間ニ係ルト不法行為ノ規定ヨリ然ルニ猶ホ規定スルヲ便利ナリトシテ一一七条ハ設ケラレタリ民第一一七条、他人ノ代理人ト称シテ契約ヲ為シタルモノカ其代理権ヲ証明スルヿ能ハス且本人ノ追認ヲ得サリシ時ハ相手方ノ撰択ニ従ヒ之ニ対シテ履行又ハ損害賠償ノ責ニ任ス、前項ノ規定ハ相手方カ代理権ナキコヲ知リ若クハ過失ニヨリテ之ヲ知ラサリシ時又ハ代理人トシテ契約ヲ為シタルモノカ其能力ヲ有セサリシ時ハ之ヲ適用セス、此第一項ハ不法行為ノ一般ノ原則ニヨリテ指ント如此ラサルヘカラサルハナリ本人ノ知ラサル時ハ自称代理人ハ自ラ代理人ト称シテ行為スルカ故ニ第三者ヲ欺ケルモノナリ故ニ其者ニ責ヲ負ハシメサルヘカラス、然レトモ此責任タル一般ノ原則ヨリ云ヘハ不法行為ノ責任ニシテ損害賠償ニ止ルヘキモ之レ甚タ不確実ノコトナレハ寧ロ契約ヲ成立セシメ損害ヲ生セシメサルヘキヲ以テ故ニ相手方ノ為メニハ契約ヲ成立セシムルヲ宜シトスル場合アルヘシ然ルニ理論上トシテ此契約成立ニヨリテ他人ノ力ニテ為セシモノニシテ自己ノ力ニテ為セシモノニアラス之ヲ法律ニ於テ代理人ヲ本人トスルヿナリ然レトモ之レ相手方ノ権利ナリ故ニ代理人ハ成立ヲ強ユルヿヲ得ス第三者カ契約ヲ止メテ損害ヲ出サヽラシムルヿヲ得ルカ如ク代理人ハ損害賠償ハ好マサルヲ以テ本人ニ代リテ契約ヲ履行セントスルモ許サヽルヿナリ、場合ニヨリテハ契約其物カ金銭上ノ利益トナラサルヿアリ其場合ニ相手方ハ代理権ナキモノト知リテ契約ヲ欺セサルヿアリ此時ニハ相手方ハ契約ノ費用ノミヲ償ハシムルヿヲ得而シテ自称代理人ハ契約ヲ履行スルヿヨリ其ノ費用ヲ出サヽラシトスルヿヲ得ス此規定ハ元来相手方保護ノ規定ナリ而メニノ例外アリ(ハ)相手方カ代理権ナキヿヲ知リタル時若クハ過失ニヨリテ之ヲ知ラサリシ時、初メヨリ代理人ニアラスト知リナカラ契約ヲナセシモノハ損害賠償ヲ求ムルヿヲ得ス況ンヤ履行ヲ求ムルニ於テヲヤ、過失云々トハ本人カ代理人ニアラサル旨ヲ相手方ニ通セシ時其手紙ヲ見サル場合ノ如キハ無論其人ノ過失ナルカ故ニ其人ハ知レハ者ト見做サヽルヘカラス又知ラサル云々ノ挙ラサル時ハ凡テ過失云々ノ中ニ入ルモノトス

(ロ)自称代理人カ無能力者(意思能力者トアリ)ナル時、未成年者其他ノ無能力者ハ第一項ノ規定ニヨラス自己ノ行為トシテ其行為ハ為シ得サルモノナリ其場合ニ履行セシムルヿヲ得ス之レ無能力者保護ノ規定ノ当然ノ結果ナリ然レトモ之レ

者ノモノト雖モ不法行為ノ責ハ負ハサルヘカラス故ニ多クノ場合ニハ損害賠償ヲナスヘキモノトス、以上述ヘタル所ハ凡テ契約ニハ適用シ得ヘキモ単独行為ニハ原則トシテ適用シ得サルヘシ（実際ノ適用ヨリ云ヘハ当テ把ル事多キモ）何者契約ハ双方ノ意思ニテ成立ス自称代理人ノ意思ニテハ成立セス故ニ相手方ニモ多少過失アリシモアラス又相手方ノ真行為ヲ望メルニモ明カナリ故ニ本人ノ意思ニハ有効トナスヘカラス殊ニ常ニ便利ナリ友之単独行為ハ相手方ノ意思ニハ干セス本人一人ノ意思ニ相手方ノ意思ハ兎モ角モ本人ノ追認アラハ可ナリトスルハ不都合ナリ例ハ催告ノ追認ハ多ク相手方ノ為メニ不利益ナルモノトセハ本人ハ之ヲ喜フヘシ併シ夫ヲ無縁ノ者カ催告シテ有効トセハ相手方ハ迷惑スヘシ故ニ原則トシテ二八条ノ如クナリ、且第二相手方カ代理人ト称スルモノハ代理権ナキヲ争ハサリシ時ニ限リ前五条ノ規定ヲ準用スル代理権ヲ有セサルモノニ対シ其全意ヲ得テ単独行為ヲ為シタル時亦全シ、故ニ今ノ場合ニ催告ノ通知ヲスル時ハ相手方カ責殿ヨリ催告ヲ受ケタルノ理ナシト云ハサルヘシ（向ハ履スヘカラス）有効トナスヘシ之ヒ本人ニ対スル心意ト全様ナリト認ムヘケレハナリ

尚茲ニノ注意ヲ要スルハ一〇九条及一一〇条ノ場合モ代理権ナキナリ然レ共此場合ニハ本人責ヲ負フヘシ故ニ本人ニ責ヲ負ハシムルハ法律行為成立スル此時ハ今云ヒシ如クテハマラス只僅ニ本人ヨリ権利ヲ主張セントスルハ皆アテハマルヘシ（向ハ履行ヲ迫ラサルヘキ）則チ追認ヲスルハ権利ヲ主張シ得ヘシ又相手方ハ履行ヲ望マス本人ハ之ヲ望マハ一〇九条一一〇条ニアテ相手其他本人カ権利ヲ主張スルヘキニハ一一三条以下ヲ以テ権限ナキモノノ為シタル行為（代理ノ）ノ効力ヲ補遺――復代理ノ場合ニ純然タル復代理ノ多ニ即チ復代理ト代理人ノ変更トヲ混セリ例ヘハ甲カ乙ニ代理ヲ委任セル場合ニ乙ハ全ク己ノ代理人タル資格ヲ止メテ丙ヲ己ノ代理人トナシ丙ヲシテ甲ノ代理ニ立ツルヲ復代理ト見ルカ如キハ之ナリ之ハ正シクアラス混合ナリ予ノ論シタル代理人ハ代理人ノ許諾ナクシテ為シ得ラルニアラス注意スヘキナリ

第六問題、代理権ノ消滅、代理権消滅ノ原因ハ代理権発生ノ原因ニ依リテ異ナル例ヘハ未成年者法定代理人ハ未成年者成年ニ達スルニ因テ代理権消

滅又禁治産者ノ法定代理人ハ禁治産ノ宣告ヲ取消サルヽ之時ニ代理権ハ消滅又委任ニ因ル代理ハ委任契約カ終了スレハ消滅又其各種ノ代理ノ場合ニ通セル消滅原因アリ二一条ニ規定セルモノアリ民第二一条、代理権ハ左ノ事由ニヨリテ消滅ス(一)本人ノ死亡(二)代理人ノ死亡禁治産又ハ破産(此他委任ニ因ル代理権ハ委任ノ終了ニ因リテ消滅ス)一二ノ原因ハ代理権発生ノ原因モ消滅スルヲ以テ当然ノコトナリ何トナレハ委任ノ場合タリトモ又ハ学者ノ所謂法律委任即法定代理ノ場合ナリトモ又本人ト代理人トノ干係カ着眼トナルヲ本則トナリ法定代理ノ場合ノ如キハ多クハ本人死亡ニ因リテ代理権発生ノ原因モ消滅スルヲ以テ未成年者死亡セハ後見人不用トナル、不在者ノ財産管理人禁治産後見人皆全様ナリ是等ノ者死亡セハ相続開始ノ時ヨリ不在者ノ財産管理等ノコトハ消滅スルヲ以テ其他縦令代理権発生ノ原因カ本人ノ死亡ニヨリ消滅セスト雖モ全ク原則トシテ代理権ハ消滅スルヲトナルヘシ之レ失ニ述ヘタル理由ニ依テ然ルナリ

委任ノ場合ニ於テハ全ク相互ノ信任ヨリ起ルヲトナルカ故ニ代理ノ委任ヲ受ケタルモノハ原則トシテハ本人ヲ信シ彼ノ人ノ代理人タラハ立ツヘシト云フナリ又殊ニ本人ノ方ヨリ看察シテ此代理人ハ悪事ヲナサス或ハ経験アリトテ信用シ居ルモ他人ハ全ク之ヲ信用セサルヲ珍シカラス故ニ本人カ死亡シテ其相続人カ権利義務ヲ継承スルコトトナルハ其相続人ハ代理人ヲ信任セサルモノトヨリテ代理権ハ消滅スルモノトス

又代理人ノ死亡ニヨリ代理権ノ消滅スルハ治ント論ヲ俟タス代理ヲ委任スルハ其人ヲ信スルカ故ナリ其人死セハ相続人ト雖モ如何ナル人立ツヘキヤ知ルヘカラス小児ナルヤ知ルヘカラス斯カルモノニ到底信任ヲ措クヲ得サルヲ以テ其人死亡スレハトテ其相続人カ当然右見人トナルヲ得ルモノニアラス不在者ノ財産管理人亦然リ委任ノ場合亦全シク当然右見人トナルヲ得ス不在者ノ禁治産破産ノ場合ニテモ全ク理由ヲ同フシテ不可ナレトモ委任スルニアラス其人トナル資格ヲ欠ノ場合アリ破産ハ財産上ノ信用ヲ失フヲ以テ一部分其能力ヲ信用セサルヲ以テ全ク

削ラレ破産上ニテハ治ントス死亡ト全一ナリ斯ルモノハ代理人タル資格ヲ失ヒタルモノトイフベシ茲ニ茲ニ疑ノ生スベキ一事アリ、一〇二条ハ代理人ハ能力者タルヲ要セストアリ其中ニハ禁治産者モ入レリ而シテ一一条第一項第一号ニハ代理人ノ禁治産者ニヨリ代理権消滅スベシト自家撞着ナルカ如シト雖モ決シテ然ラス一〇二条ノ場合ニハ現ニ禁治産ナルヲ憚リ本心ニ復スルヲ利用シテ代理ヲ依頼シ又ハ法定代理人ノ一一、二、一ノ場合本来禁治産者ニアラサルモノニ代理ヲ依頼シ又ハ法定代理人トセシニ新ニ禁治産者ニナレルモノニシテ大ニ事情ヲ異ニセリ此理由ニ由テ此一一条ニ掲ケル原因カ如何ナル代理権ニ付テモ消滅原因ト見做サルルヲカ原則ナリ尚委任ニヨル代理権ニ付テハ委任其モノカ終了スルハ当然ニ其代理権ハ消滅スベシ二二条ニノ定ムル所ナリ此委任ノ終了ハ如何ナル原因ニヨリテ生スルカト云ヘハ之又法律規定ヲ俟タス明カニ終了スベキ場合殆ント枚挙スルニ遑アラス例之初メヨリ一定ノ期ヲ定メ一年間汝ニ或事ヲ委任スルト云ハハ一年ヲ過クレハ当然委任ハ消滅スルト全時ニ代理権消滅スル又一定ノ目的ヲ定メ目的ノミニ付代理ヲ委任スル例ハ茲ニ一ノ商業ヲ営ムモノアリテ其商業ニ付テ代理ヲ委任セル場合ヒハ本人カ其商業ヲ廃スレハ当然委任ハ終了シ従テ代理権ハ消滅スベキナリ或ハ或人カ弁護士ヲ為メニ其職業ヲ目的トシテ代理ヲ委任セル場合ニ其人弁護士ヲ止メハ其委任ハ当然終了スベシ訴訟事件ヲ依頼セル場合ノ如キ即之ナリ是レ茅ノ一ハ当然ノ事ナルヲ以テ法文ニハ何処ニモ規定ナシ（旧法典ニハ規定シアリシモ）是茅ノ一ノ外ニ委任終了ノ原因即代理権消滅ノ原因ハ(1)契約ノ解除、契約ハ双方ノ意思ニヨリテ成立シタルモノナルカ故ニ原則トシテ双方ノ一致ナケレハ解除スヲ得ス然レトモ委任ハ信用ニ基ケルモノナリ信用消滅シテハ委任ハ一日モ存在スルヲ得サルヲカ古来委任ニ恐メラレタル性質ナリ仍テ六一五条ニ当事者ハ何時ニテモ委任ノ除解ヲ為スヲ得トセリ大モ之ハ命令規定ニアラサルカ故ニ当初ノ特約ニテ解除ヲ許サルヲアレトモ斯ル特約ナケレハ又解除セラルヘキモノトス(2)委任者ノ破産、一般代理権ノ消滅ノ原因トシテハ代理人ノ破産ハヤシトモ本人ノ破産ハ代理権消滅ノ原因トナルヘキヤ之レ畧ホ全一ノ理由ニ出ツ精ヤハ委任ノ処ニテ説明スルヲ以上ノ事ハ代理権消滅ノ原因ナリ、尚二二、一ノ代理権消滅ノ原因モ敢テ公益規定ニアラス故ニ委任ノ場合ニ特約ヲ以テ之ニ反対スルモ代理権ハ消滅セスト云フカ如キ契約ハ決シテ稀ニアラス殊ニ商業上等ニハ此種ノ事多シ故ニ現行商法ニテモ之ヲ代理権消滅原

困トセス高法修正案モ全様ナリ現高三四六条、代理ハ委任又ハ代理人ノ死亡ニヨリテ解除スルモノニアラス高修二六八条高人間ニ於テ其ヲ双方ノ為メニ商行為ナル行為ニヨリテ生ジタル一債権ガ弁済期ニ在ルトキハ債権者ハ弁護債ヲ受タル迄其債務者トノ間ニ於ケル高行為ニ由リテ自己ノ占有ニ帰シタル債務者ノ所有物ヲ留置スルコヲ得但シ別段ノ意思表示アリタルトキハ此限リニアラス、故ニ特約ヲ以テ本人ハ死スルトモ代理権ハ消滅セストスルヲ得ベシ(委任ニ依ル場合ニテハ)又代理人ノ死亡ニヨリテ消滅セス其相続人ガ代理権ヲ得ルコヲ定ムルヲ得ベシ委任ハ何時ニテモ解除スルコヲ得ルガ故ニ斯ク定ムルモ何ソ不便ナル故ニ商法ニテハ反対ナル商法修正案ハ其主義ヲ採用セス特約ハナストモ原則トシテハ民法ト全一ニナリ

以上代理権消滅ノ原因ニヨリテ代理権ノ消滅シタル場合ト雖モ其消滅後ニ代理人ノ為シタル行為ハ已ニ代理権ナキモノ行為ナルガ故ニ前ニ云ヘルコトガ準用セラレサルヘカラス只善意ノ第三者ニハ対抗スルコヲ得サルモノトス民二二条、代理権ノ消滅ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニハ対抗スルコヲ得ス但シ第三者ガ過失ニヨリテ其事実ヲ知ラサリシトキハ此限リニアラス、此規定ハ一一〇条

ト全一ノ精神ニ出テ一旦代理権ヲ与ヘタル場合ニ於テモ第三者ニ知レサルニ例ハ委任ノ解除ヲ為シタルガ代理人ノ為シタル行為ハ已ニ代理権ナキモノ行為ナルガ故ニ前ニ云ヘルコトガ準用セラレサルヘカラス只善意ノ第三者ニハ対抗スルコヲ得サルモノトス民二二条、代理権ノ消滅ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニハ対抗スルコヲ得ス但シ第三者ガ過失ニヨリテ其事実ヲ知ラサリシトキハ此限リニアラス、此規定ハ一一〇条

ノ場合ニ於テモ第三者ガ善意ナル場合ニ於テハ代理権ヲ与ヘタル場合ニ準シテ取扱フヘキヤ否ヤニ付テハ学説ノ分ルル所ナリ委任ノ解除ヲ為シタルガ代理人ノ為シタル行為ハ已ニ代理権ナキモノ行為ナルガ故ニ前ニ云ヘルコトガ準用セラレサルヘカラス只善意ノ第三者ニハ対抗スルコヲ得サルモノトス民二二条、代理権ノ消滅ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニハ対抗スルコヲ得ス但シ第三者ガ過失ニヨリテ其事実ヲ知ラサリシトキハ此限リニアラス、此規定ハ一一〇条

通知ヲ為シ又ハ相手方カ之ヲ知リ得ヘキコトヲ要シ、以上ヲ以テ代理ノ終了ハ

第四節　無効及取消

無効ナル字ハ nullité ノ訳ニシテ佛ニテ nullité 独ニテ Nichtigkeit トイフ法律得上効力ノナキ義ナリ然ルニ欧州ニテハ此字頗ル曖昧ニ用ヰラレ来リタリ勿論羅馬法ハ今日ノ如ク法律モ進歩セサルヲ以テ多少曖昧ナル場合アリ又法律ノ云ヒ方モ今日トハ異レルヲ以テ今日ノ眼ヨリ見レハ可笑シキコトモ当時ノ着眼点ヨリ見レハ怪シムニ足ラサルコトモアリ然ルニ今日尚欧州ニテハ此語ヲ全ク効ナキ場合ニモ用ユルコトアリ殊ニ仏法文ニテハ nullité カ全ク不完全ナル効力ヲ有スル場合ニ用ヰラレタリ（勿論全ク効力ナキ場合モ用ユ）例ヘハ無能力者ノ行為ハ全ク無効ナル意思能力ナキモノ、行為ナラハ全ク無効ナル筈ナリ然ルニ満二十年トナラサルモノ、行為ハ取消シ得ラルヘキモノトシテ可ナリ然ルニ満二十年ナルニ拘ハラス全ク nul ト云ヒ得ル要スルニ斯ク語ノ用法ハ法律トシテハ大ニ欠点アルニシテ其証拠トモスヘキハ仏国ニテハ nullité カ尤モ便利ナル文字ニシテ語原ニ遡ルモ良キ文字ナルニモ拘ハラス却テ nullité（不成立）（annulation）トノ如キ文字ヲ綴リテ区別スルトナリ新民法ハ外国ノコト頓着ナク無効ナル文字カ法律上効力ナキトノ意味ノ文字ナル以上ハ不成立ノ意味ニ用ユヘキモノニシテ而シテ成立スレルモ不完全ニシテ取消シ得ヘキモノハ取消ヲ得ヘキ行為トナスコトセリ旧民法ハ反之仏ノ nullité ヲ無効ト訳シ即チ不成立ノ意味ニ用ユ甚シキハ無効ハ nullité ノミナラス唯 annulable ノ意味ニ用ヰタル例アリ人事篇ニ見ユ、無効ト取消トハ一見相似テ其性質全ク相反スルモノナルカ故ニ決シテ混合スヘカラス（独乙ニテハ unfehlbar トイフ）無効ノ場合ニハ法律上全ク無キト全一ナルカ故ニ例ニハ夫ヲ当事者ノ意思ニテ有効トセント欲スルモ為シ克ハサルナリ実際適用スヘキ場合ヲ云ヘハ錯誤ノ場合ナルカ法律行為ノ要素ニ錯誤アル場合ニハ成立セシメント欲スルモ得ヘカラス、故ヨリ当事者カ恢誤シテ錯誤ヲ修正スルモ到底及ハサルナリ例ニハ甲家トヲ誤解セル場合ニ右ニ一致シテ其錯誤ヲ正シ前ノ契約ヲ有効ナラシメントスルモ法律上望ムヘカラサルコトニテ新ナル契約ヲ結フノ外ナキモノトス、恰モ西洋ノ学者ハ無効ノ行為ハ之ヲ生体ニ譬フレハ生活ニ必要ナル機関ノ一ヲ欠ケ又ハ生活ニ必要ナル機関ノ一ヲ欠ケト全ク生活ヲ為サヽルカ如キモノナリ

ヲ欠ケル当然生活シ得サル行為トハ病気ノ如ク死、困生計ヲ欠ケル当然生活シ得サル行為トハ病気ノ如ク死、困生計ヲ欠ケル当然生活シ得サル行為トハ病気ノ如ク死、困生計

ハ取消サレハ健康ニ復シタルトキヨリ之レ又竟生活ハ取消サレハ健康ニ復シタルトキヨリ之レ又竟生活ハ取消サレハ健康ニ復シタルトキヨリ之レ又竟生活

必要ナル機関ヲ具フルヲ以テ足リ之ト全ク取消シ得ヘキ行為ハ当事者ノ意思ニテ必要ナル機関ヲ具フルヲ以テ足リ之ト全ク取消シ得ヘキ行為ハ当事者ノ意思ニテ必要ナル機関ヲ具フルヲ以テ足リ之ト全ク取消シ得ヘキ行為ハ当事者ノ意思ニテ

取消権ヲ取得セルモノカ取消権ヲ放棄スレハ成立スルヤ之レ新ナル行為ヲナス取消権ヲ取得セルモノカ取消権ヲ放棄スレハ成立スルヤ之レ新ナル行為ヲナス取消権ヲ取得セルモノカ取消権ヲ放棄スレハ成立スルヤ之レ新ナル行為ヲナス

ニアラス前ノ不完全ナル行為カ先ヨリ充分ナルカ如ク見做サルヘキヤ又竟生活ニアラス前ノ不完全ナル行為カ先ヨリ充分ナルカ如ク見做サルヘキヤ又竟生活ニアラス前ノ不完全ナル行為カ先ヨリ充分ナルカ如ク見做サルヘキヤ又竟生活

ハ云フヲ俟タス尚注意セサルヘカラサルハ往々混合スルアリ

トス

第一款　無効、取消

無効ノ場合ニ付テハ新民法ハ格別規定ヲ設ケス唯二九条（一四条モ之ヲ準用スルヤ否ヤ説アリ）民一二九条、無効ノ行為ハ其追認ニヨリテ其効力ヲ生セス但当事者カ其無効ナルヲ知リテ追認ヲ為シタル時ハ新ナル行為トシテ之カ効力ヲ生セス但当事者カ其無効ナルヲ知リテ追認ヲ為シタル時ハ新ナル行為トシテ之カ効力ヲ生セス但当事者カ其無効ナルヲ知リテ追認ヲ為シタル時ハ新ナル行為トシテ之カ効力ヲ

ノト見做ス法律行為ニ錯誤アリテ法律行為ノ元来無効ナル場合ニ右ヨリ追認シタル時ハ新ナル行為トシテ之カ効力ヲ生スルノト見做ス法律行為ニ錯誤アリテ法律行為ノ元来無効ナル場合ニ右ヨリ追認シタル時ハ新ナル行為トシテ之カ効力ヲ生スルノト見做ス法律行為ニ錯誤アリテ法律行為ノ元来無効ナル場合ニ右ヨリ追

認スル時ハ新ナル行為ヲナシタルモノト見做サルヘカラス而シテ何時ニテモ之ヲ為シ得ルヤ否ヤ問題アリ（一四条ヲ準用スルヤ否ヤ説アリ）民一二九条、無効ノ行為ハ其追認ニヨリテ其効力ヲ認スル時ハ新ナル行為ヲナシタルモノト見做サルヘカラス而シテ何時ニテモ之ヲ為シ得ルヤ否ヤ問題アリ（一四条ヲ準用スルヤ否ヤ説アリ）民一二九条、無効ノ行為ハ其追認ニヨリテ其効力ヲ認スル時ハ新ナル行為ヲナシタルモノト見做サルヘカラス而シテ何時ニテモ之ヲ為シ得ルヤ否ヤ問題アリ（一四条ヲ準用スルヤ否ヤ説アリ）民一二九条、無効ノ行為ハ其追認ニヨリテ其効力ヲ

甲ヲ売ラントノ申込ニ相手方ハ乙ナリト誤解シテ送シ其錯誤カ右ヨリ明了トナリシハ無効ナリ此場合ニ相手方カ追認スルト称シ甲ノ家ヲ買ハントノ申込ヲ為メニ初メノ合意ハ有効トナラス但昏ニアル如ク今ノ場合ニ錯誤アルヤハ相手方知シテ甲ヲ売ラントノ申込ニ相手方ハ乙ナリト誤解シテ送シ其錯誤カ右ヨリ明了トナリシハ無効ナリ此場合ニ相手方カ追認スルト称シ甲ノ家ヲ買ハントノ申込ヲ為メニ初メノ合意ハ有効トナラス但昏ニアル如ク今ノ場合ニ錯誤アルヤハ相手方知シテ甲ヲ売ラントノ申込ニ相手方ハ乙ナリト誤解シテ送シ其錯誤カ右ヨリ明了トナリシハ無効ナリ此場合ニ相手方カ追認スルト称シ甲ノ家ヲ買ハントノ申込ヲ為メニ初メノ合意ハ有効トナラス但昏ニアル如ク今ノ場合ニ錯誤アルヤハ相手方知シテ

リ追認其モノハ無効ト云フヲ得サレ共真ノ追認ニハアラス新ナル行為ナリ即此場合ニ若シ申込カ効力ヲ有スルモノトセハ前ノ承諾ハ無効ニテ今回ノ承諾ハ新ナル承諾トシテ契約ハ其時ヨリ成立スルヤ之カ新ナル行為トナルヤ初メノ行為ヲ追認シタルトハ大ニ差異アリ其大ナル明ナルハ所有権移転ノ時ニアリ予ノ相手方カ何日ヨリ甲家若クハ乙家ノ所有者トナリシト云ヘハ右ノ追認ノ時ヨリトス決シテ初メノ承諾ノ時ニアラス而シテ何時所有者トナリシカノ問題ハ種々ノ場合ニ必要ナリトス、又金銭ノ授受ニ於テハ往々利息支払上ニ差異ヲ生スル如キ行為ノ時ニハ例ニハ要素ヲ具ヘシモノカ右ノ行為ノ時ニハ之ヲ欠ケルヲ以テアリ破産等ノ場合ニハ其宣告ヲ受ケタルモノカ或時期ヨリ前ニ為シタル行為ハ有効ナルモ其ノ以後ノ行為ハ無効ナルヲ以テアリ然ルニ民法ハ現行法ニテ云ヘハ九九〇条ノ期限前即支払停止前一日ヨリ前ナリトスルヤ否ヤ問題アリ此九九〇条ノ期限前即支払停止前一日ヨリ前ナリトスルヤ否ヤ問題アリ此九九〇条ノ期限前即支払停止前一日ヨリ前ナリトスルヤ否ヤ問題アリ此九九〇条ノ期限前即支払停止前一

常ニ牽連スル今ノ場合ニ於メノ契約ノ性カ此九九〇条ノ期限前即支払停止前一常ニ牽連スル今ノ場合ニ於メノ契約ノ性カ此九九〇条ノ期限前即支払停止前一常ニ牽連スル今ノ場合ニ於メノ契約ノ性カ此九九〇条ノ期限前即支払停止前一

日ヨリ前ナリトスルヤ否ヤ問題アリ此九九〇条ニ該当スル行為ニテモ有効ナリ然ルニ相手方ヨリ追認スルト申込ミシカ九九〇条ノ期限ニ入リシ右ト仮定スレハ其ヨリ行為カ成立スルヲ以テ九九〇条ニアテハマリテ無効トナルヤ現ニ九九〇条、支払停止右又ハ支払停止前十日内ニ破産者カ其財産中ヨリ無償ノ利益ヲ或人ニ与ヘル権利行為殊ニ贈与

ノ無償ニテ若クハ不当ノ報償ヲ以テ義務ヲ負担スル契約期限ニ至ラサル債務ノ支払期限ニ至リタル債務ノ変体支払及後来負担シタル債務ノ為メニ新ニ供スル担保ハ敗団ニ対シテハ当然無効トスルハ此種類ノ行為ハ法律問題ニハ多クハ何時法律行為カ成立シタルカハ大カヽリ問題ナリ、要スルニ新ナル行為ト見ヘカ新法典ノ主義ナリ之レ当然ノコトナリ外国ノ法律又ハ旧法典ハ稍々之ト異リ独乙民法ニテハ無効行為ヲ追認スレハ其時ヨリ成立シタルモノト看做シ羅馬法ニテハ大ニ重要ノモノナリ

ノ行為ノ時ヨリ成立セルト全ク効力ノ結果ヲ生セシムル意思アルモノト推定スル規定アリ之レ実ニ親カナルコトヽ法律ハ斯ウマテ干渉スルニ及ヒ其意思アラハ判然云ハ可ナリ云ハサルハ自然ノ法ニ従ヒテ可ナリ殊更ニ干渉シテ推定ヲナスノ必要ナシト信ス旧法其他欧州、蠻ロ多数ノ例ニ依レハ自然義務即(Naturalis obligatio)ヲ認ムルニ羅馬法ニアリテハ大ニ重要ノモノナリ

無効行為ノ后ニハ自然義務残ルトハ往々云ヲ処ナリ例ニ法律ノ規定ニ反シタル法律行為ヲナサントスルモ無効ナリ然レ共約束シタルモノヽ方ニ自然義務アリ自然義務トハ所謂自然法ニヨル義務ト解スル人アリ又帝政ニヨリテ義務ヲ負フヘキ有様ニアル場合ニ所謂自然義務アリト云フヲ主張スル人アリ説明ハ何レニテモ不可ナシ公平

ナル眼ヨリ見テモ義務アリト考ヘラル時ニ自然義務アルナリ旧法典ニハ敗五六二五七三ニ其規定アリ今其一例ヲ云ハ旧民敗五六五条自然義務ハ法定ノ承諾ヲ阻却スル錯誤ノ為目的ノ指定ノ欠缺若クハ不足ノ為メ又ハ必要ナル公式ノ欠缺ノ為メ初ヨリ無効ナル合意ニヨリテ生スルヲ得ス故ニ贈与ハ公正証書ヲ以テ為サヽルヘカラスシテ普通ノ文書又ハ口頭ニテ為スモ法律ノ規定上無効ナリ而シテ此義務生スルナリ相続人ハ如斯無効ナルメニ(相続人保護カ重ナル目的ナリ)自然義務ハ法律カ不完全ナルニ因テ認ムルモノナリ羅馬法ニテ自贈与ニテモ本来履セラルヽヲ利トス其結果トシテ無効行為其モノヽ追認ハ許サレサルモ自然義務ノ追認ハ為シ得ルトセリ又竟其結果ハ追認タニナサハ前ノ法律行為ハ有効トナルナリ唯其効力カ追認ノ時ヨリ法律上ノ制裁ヲ受ケルノ点ナルニ自然義務ハ新民法ニハ認メス其理由ニアリ

元来自然義務ハ法律カ不完全ナルニ因テ認ムルモノナリ羅馬法ニテ自然義務カ尤モ重要ニシテ其場合モ非常ニ多カリシ所以ハ法律不完全ノ為メナリ帝政上保護スヘキモノ些細ナル形式ニ拘泥シ又ハ極メテ未開ノ世ノ法律ニ拘泥シテ保護セス見スミス不公平ノ結果ヲ生スル場合ニ自然義務アリト云ヒシナリ故ニ其場合ニ自然義務ノ効力ハ旧民法ニ認ムルモノヨリモ遥ニ強力ナリ近世ノ法律ニ至リテ