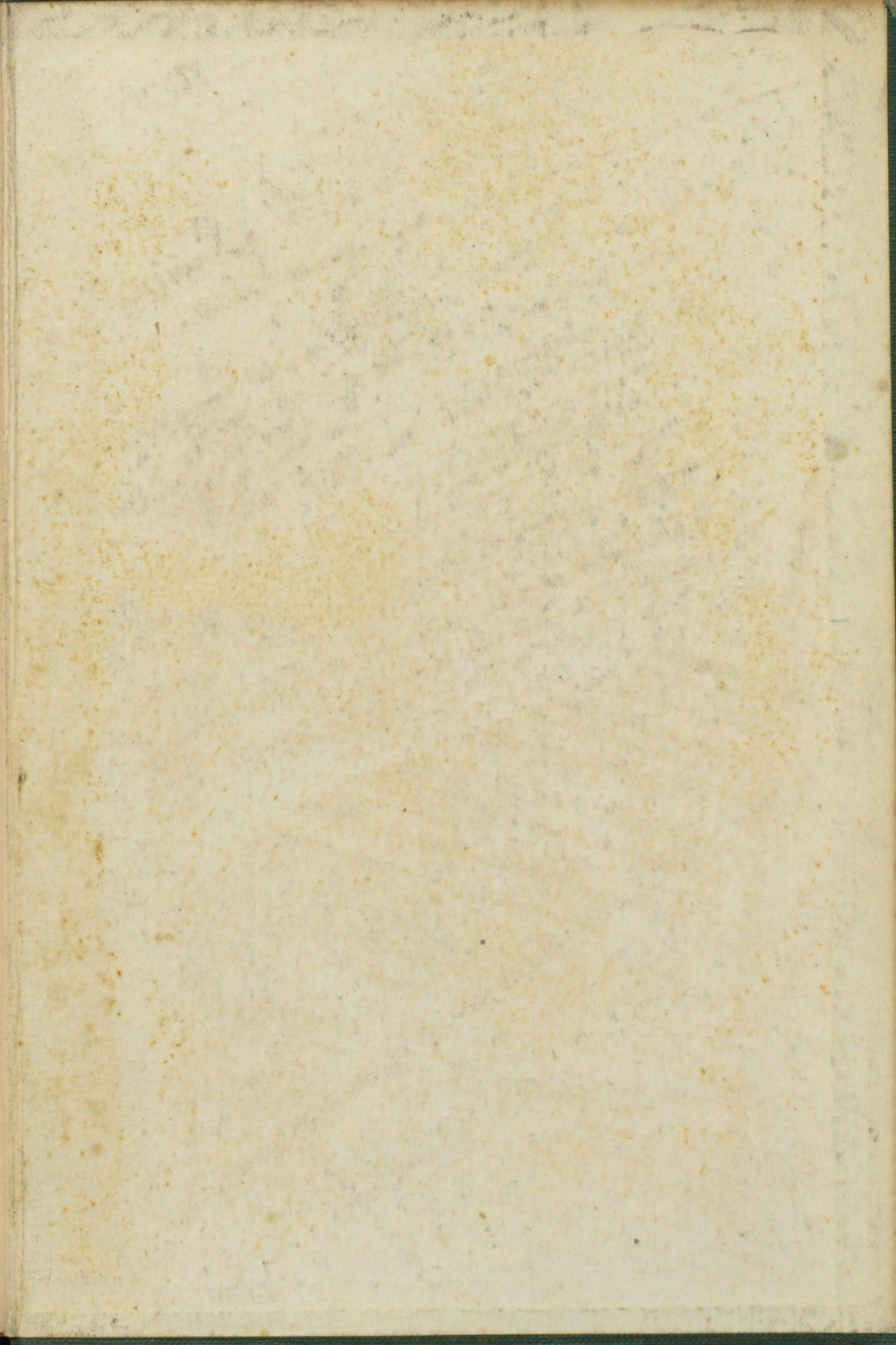
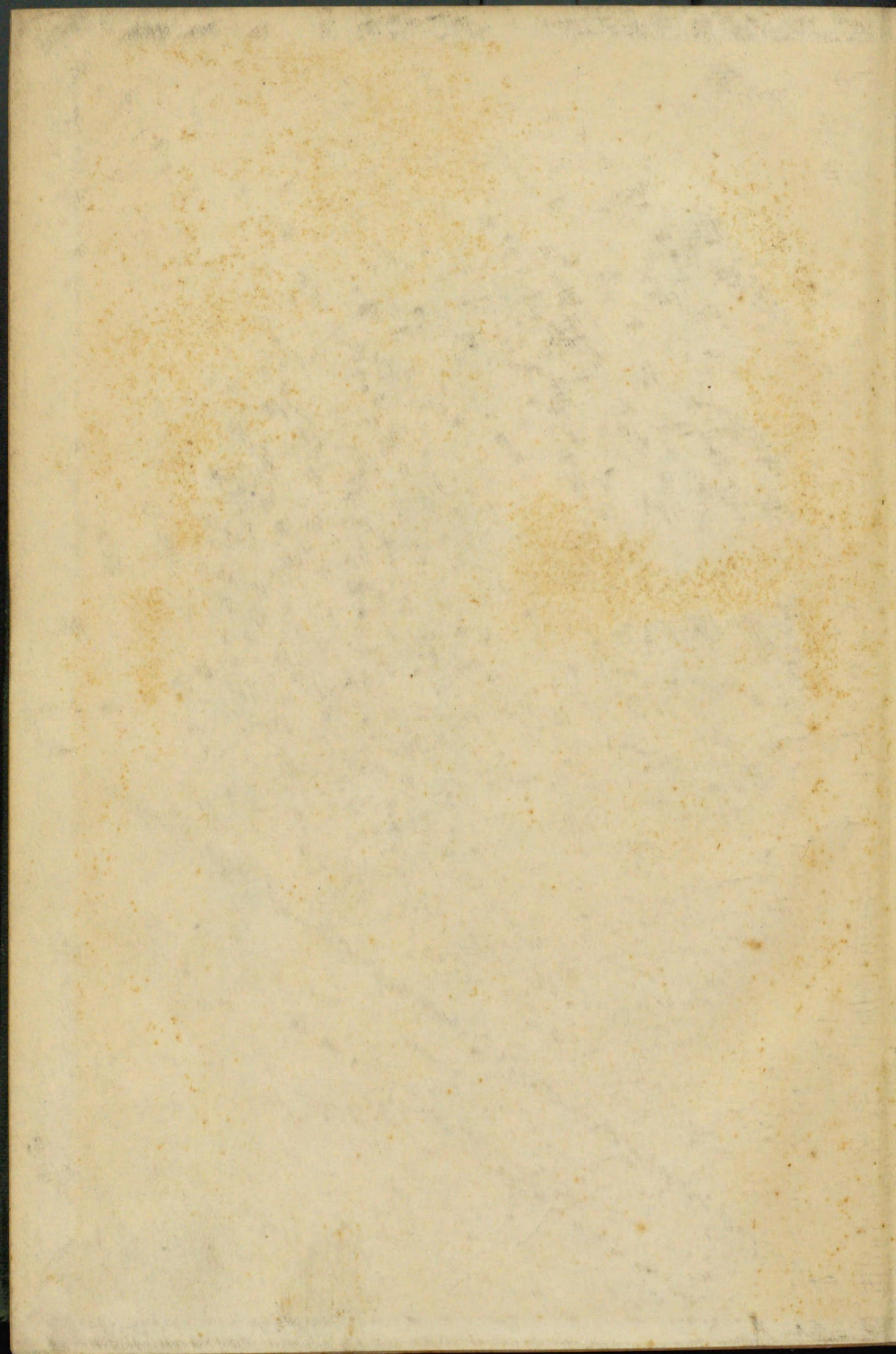


555-44
1200501510467

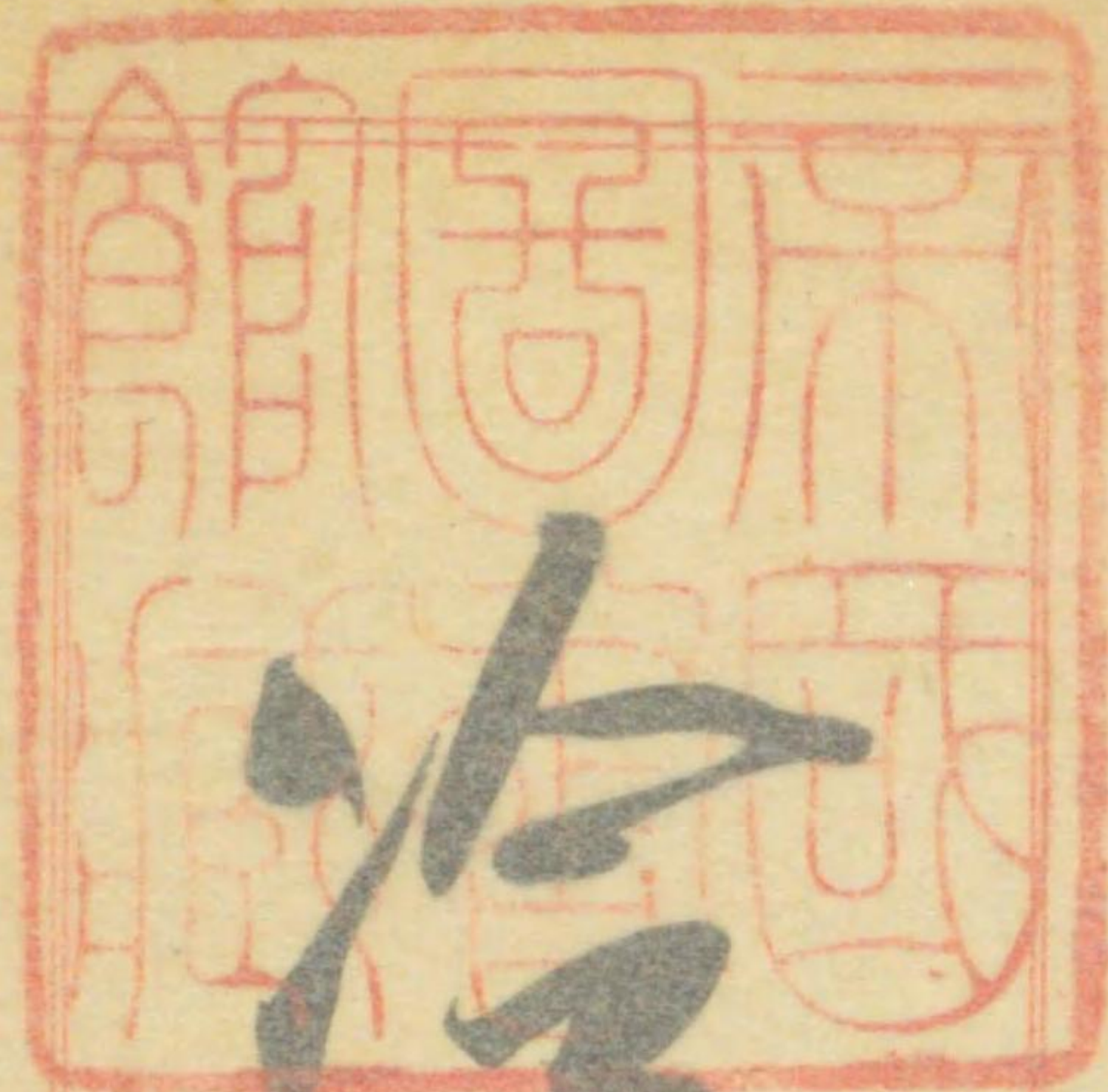
555
44

〇 複写





法學博士江木衷著



冷灰全集

第三卷



東京冷灰全集刊行會

法學博士江木衷著

冷灰全集

第三卷

東京冷灰全集刊行會



555-44

冷灰全集第三卷目次

日本民法講義財産篇 人權之部

四一四

序……………三

人權及ビ義務……………五

第二章 義務ノ定義……………五

第一 義務ノ本體……………五

第二 義務ノ主體……………七

第三 義務ノ物體……………八

第四 義務ノ範圍……………九

第二章 義務ノ原因……………二

第一節 總說……………二

第二節 合意及ビ其成立……………三

第三節 合意ノ有効條件……………三

目次……………一

第四節 合意ノ種類 一六八

第五節 合意ノ効力 一六九

第六節 合意ノ解釋 一七〇

第七節 不當ノ利得 一七〇

第八節 不正ノ損害 一七九

第九節 法律ノ規定 一八九

第三章 義務ノ効力 一九一

第一節 總 說 一九一

第二節 直接履行ノ訴權 一九一

第三節 損害賠償ノ訴權 一九九

第四節 擔 保 二〇〇

第四章 義務ノ種類 二〇四

第一節 總 說 二〇四

第二節 單純、有期及ビ條件附義務 二〇四

第三節 單一、選擇及ビ任意義務 二五〇

第四節 單數及ビ複數ノ義務 二五九

第五節 可分及ビ不可分義務 二六一

第五章 義務ノ消滅 二七三

第一節 總 說 二七三

第二節 辨 濟 二七七

第三節 更 改 二八五

第四節 免 除 二九〇

第五節 相 殺 二九六

第六節 混 同 三〇一

第七節 履行ノ不能 三〇六

第八節 銷 除 三〇五

第九節 廢 罷 三〇〇

第十節 解 除 三〇一

第六章 自然義務 三〇三

第一節 總 說 三〇三

第二章 自然義務ノ本義 三九九

第三章 自然義務ノ効果 四〇一

第四章 自然義務ノ發生 四〇四

第五章 自然義務ノ存在 四一〇

第六章 自然義務ノ讓渡 四一一

第七章 自然義務ノ消滅 四一二

日本民法講義財産篇 物權之部 四一五——八六〇

緒言 四一七

總則 四一七

第一章 財産ノ定義 四一七

第一節 總說 四一七

第二節 人身權 四二二

第三節 財産權 四三二

第二章 財産及ビ物ノ區別 四三六

第一節 總說 四三六

第二節 有體物及ビ無體物 四三九

第三節 動産及ビ不動産 四四三

第四節 主タル物及ビ從タル物 四五三

第五節 融通物及ビ不融通物 四六三

第六節 可分物不可分物 四七五

第七節 特定物、定量物及ビ代替物 四八一

第八節 消費物及ビ不消費物 四八四

第九節 單一物及ビ聚合物 四八六

第十節 其他ノ物ノ區別 四九四

第一部 物權 四九七

第一章 所有權 四九七

第一節 所有權總說 四九七

第二節 所有權ノ物體 五〇一

第三節 所有權ノ制限 五〇三

第四節 所有權ノ共有 五二四

第五節 所有權ノ得喪 五三三

第二章 支分權 五五七

第一節 支分權總說 五五七

第二節 役 權 五五三

第三節 賃借權 六五五

第四節 永借權 六七〇

第五節 地上權 六七九

第三章 占有 六六六

第一節 占有ノ本義 六六七

第二節 占有ノ取得 七四六

第三節 占有ノ繼續 七三三

第四節 占有ノ喪失 七四四

第五節 占有ノ得喪ニ關スル近世ノ法理 六四四

第六節 權利ノ占有 六五五

第七節 占有ノ効果 七六六

第四章 地 役 八〇八

第一節 地役ノ性質 八〇八

第二節 法律ヲ以テ設立シタル地役 八二一

第三節 人爲ヲ以テ設定シタル地役 八三三

目次終

日本民法講義財產篇

人權之部

人權篇序

法典は死せるに非ず疾めるなり。格弗の妙手能く之を醫すべし。法典は疾めるに非ず眠れるなり。百雷一下忽ち之を驚かすべし。完からざるの法條を解するは其論の嶄新なるを要し、備はらざるの法條を釋するは其見の公平なるを要す。陳說偏見を以て之れに臨まば疾める者益々病み眠れる者益々睡らん。余や已に物權論を了へて茲に人權論に入らんとす。不完なる法典に與ふるに一倍の不備を以てし遂に之を枯死せしむるに了る乎。將た不備なる法典に與ふるに壯快の活氣を以てし能く實地應用の妙を得せしめ得る乎。陳說乎。嶄新乎。偏見乎。公平乎。疾める法典。眠れる法典。病乎。睡乎。格弗の妙手ある乎。百雷の一下するものある乎。讀者の判定に任せんのみ。

明治二十四年二月

日本民法講義財産篇

人權及ビ義務

第一章 義務ノ定義



義務 (Obligation) トハ一方ノ或ル所爲ガ他ノ一方ノ意思ニ服從セラルベキ確定セル對手間ニ於ケル財産權上ノ關係ヲ謂フ、財産篇第二百九十三條第二項ニ「義務ハ一人又ハ數人ヲシテ他ノ定マリタル一人又ハ數人ニ對シテ或ル物ヲ與ヘ又ハ或ル事ヲ爲シ若クハ爲サ、ルコトニ服從セシムル人定法又ハ自然法ノ羈絆ナリ」ト定解セルハ則チ此意ナリト雖、唯學理的思想ヲ缺キタル定義タルニ過ギザルナリ、予ハ之ヲ義務ノ本體、主體、物體、及ビ範圍ニ分ツテ左ニ此定義ヲ説明セン。

第一 義務ノ本體

民法ハ近世ノ類別法ニ從ヒ財産權ヲ分ツテ物權人權ト爲シ、第一部ニ物權ノ事ヲ記載シ、第二部ニ人權ノ事ヲ記載セルハ頗ル其當ヲ得タレドモ、第二部ニ於テハ「人權及義務」ナル表題ヲ掲出シ忽チ羅馬法ノ慣例ニ復シ義務ナル用語ヲ以テ全篇ヲ貫キ、第二部ハ寧ロ之ヲ義務篇ト稱スルノ適當ナルヲ覺知セシメタリ、然レドモ羅馬法

義務ノ本體

義務ナル
語ノ數種
ノ意義

ニ於ケル所謂義務ナル語ハ左ノ數多ノ意義ヲ有セリ。

- 一、義務ナル語ハ或義務ヲ負フ所ノ事實ヲ指示ス。
- 二、義務ナル語ハ右ノ事實ヨリ發生スル義務ヲ負ウタル有様ヲ指示ス、即チ義務ノ効果ニ依リ義務者ガ手足ヲ縛セラレタル有様ナリ、羅馬法ガ義務ヲ以テ一ノ羈絆ト云ヘルハ即チ此意ニシテ義務ノ効果ヲ謂フモノナリ。
- 三、義務ナル語ハ地役 (Servitus) ナル語ガ地役ノ義務ノミナラズ地役ノ權ヲモ指示スルト同ジク義務ニ對スル債權ヲモ指示ス、羅馬法ハ或ハ之ヲ義務ノ意義ニ用ヒ、或ハ之ヲ權利ノ意義ニ用ヒタリ。
- 四、義務ナル語ハ單ニ一方ノミノ義務ニモアラズ又一方ノ權利ノミニモアラズ、凡テ權利上ノ關係ヲ指示シ已ニ義務ト謂ヘバ一方ニ權利アリ、一方ニ其義務アルコトヲ意味ス。

右四種ノ意義中我民法ノ所謂義務ナル語ハ何ニ屬スルカ、民法ガ義務ヲ以テ法律上ノ羈絆ト明言セルカラニハ其字義ニ於テハ第二ノ意義ヲ採用セルモノト謂ハザルベカラズ、然レドモ羅馬法ノ羈絆 (Juris Vinculum) ナル語ハ法律ノ鎖鏈ニ縛セラレタル有様ヲ謂フモノニシテ義務ヨリ發生スル効果ヲ指示スルモノナレバ我民法ノ意義ハ此意義ニアラズシテ寧ロ第四ノ意義ナルガ如シ、其羈絆ナル語ヲ用キタルハ恐クハ羅馬法ノ用語ヲ誤解シタルナラン、故ニ予ハ我民法モ亦義務ノ本體ヲ以テ財産權上ノ關係ヲ指示スルモノト定解セリ、現ニ第二百九十四條ニ「義務ハ債務者ヲ強要スル」等ノ句ヲ用キタルハ義務ヲ以テ權利上ノ關係トセルコトヲ見ルニ足ルベシ、但シ義務ノ本體ヲ以テ權利上ノ關係トスルトキハ第二百九十三條第一項ニ「人權ハ常ニ義務ト對當ス」ト明言セル

ハ自家撞着ノ規定ト謂フベシ、何トナレバ此場合ニ於テハ所謂義務ナル語ハ單ニ一方ノ義務ノミヲ指示スルモノトセザルベカラザ バナリ、要スルニ我民法モ亦義務ナル語ヲ以テ數種ノ意義ニ使用スルモノト謂フベシ。

第二 義務ノ主體

義務ノ主體

義務即チ權利上ノ關係ハ確定シタル當事者間ニ存セザルベカラズ、義務ノ本體ニシテ已ニ一ノ關係タル以上ハ必ズ二人ノ對手ナカルベカラズ、一人ノミ獨リ義務ヲ負フコトアルベキモノトスルハ義務ノ本體ト相容レザルノ思想ナリ、民法ガ「一人又ハ數人ヲシテ他ノ定リタル一人又ハ數人ニ對シ」云々ト明言セルハ義務ノ主體ニ一人又ハ數人アルベキコトヲ指示スルニ於テ甚ダ精密ナルガ如シト雖、人ノ多數ナルト否トヲ問ハズ單ニ一方ニ對スル一方ノ對手アレバ即チ足レリ、特ニ一人又ハ數人ト明言スルコトヲ必要トセズ、又此對手ハ必ズ確定シタル人ナラザルベカラズ、世間公衆ノ等シク負フベキ義務ニ對スル權利ハ或ハ物權タルヲ得ベキモ義務タルコトヲ得ザルベシ。

權利上ノ關係ニ於ケル對手ノ一方ヲ債權者 (Creditor) ト謂ヒ一方ヲ債務者 (Debitor) ト謂フ、而シテ民法第二百九十三條第三項ハ義務ニ依リテ利益ヲ得ル者ヲ債權者トスルガ故ニ我民法ニ於テハ債權者タルニハ必ズ自カラ其義務ニ依リテ利益ヲ有セザルベカラズ、故ニ三者ノ利益ノ爲メニスル契約ノ如キハ義務ヲ生ズルニ足ラザルベシト雖、此原理ハ本來羅馬法ノ誤解ニ出デタルモノニシテ近世ノ法律ハ決シテ此ノ原理ヲ採用スルコトナシ、然レドモ縱ヒ三者ノ利益ノ爲メニスル契約ト雖モ債權者ニ於テ或利益ヲ失フコトアルベキ場合ニ於テハ我民法モ亦

之ヲ無効トスルコトナカルベシ、設例ヘバ甲者乙者ト約シテ曰ク「汝ハ汝ノ所持スル指環ヲ丙女ニ與フベシ而シテ若シ之ヲ與ヘザルトキハ余ニ對シテ十圓ノ違約金ヲ拂フベシ」ト、此場合ニ於テハ甲者ハ三者ノ利益ノ爲メニスル契約ニ付キ猶ホ其利益ヲ有スルモノト謂ハザルベカラザルベシ、事ハ猶ホ後節ニ詳論セン。

第三 義務ノ物體

義務ノ物體

義務ノ物體ハ則チ所爲ナリ、然レドモ義務ノ物體ナル語ハ又數種ノ意義ヲ有ス、或ハ物體ノ物體ヲ以テ有體物トスルト等シク人權ノ物體ヲ以テ意思ノ服從ヲ受クベキ人自身トスルモノアリ、或ハ人權ニ依リテ取得シ得ベキ物體即チ所有權、占有權若クハ満足ヲ指示スルモノアリ、或ハ人權ノ物體ヲ以テ債務者ノ財產自身ト爲シ義務ハ債務者ノ財產ヲ減少スベキモノトスルモノアリ、或ハ人權ヲ以テ債務者ノ權利上ニ於ケル權利トスルモノアリト雖共ニ誤謬ノ見解タリ、何トナレバ義務ノ物體ヲ以テ債務者ノ財產自身トスルトキハ現ニ財產ナキモノハ債務者タルコトヲ得ザルモノトセザルベカラザルノ不都合ヲ來スベケレバナリ、已ニ義務ノ定義ニ於テ明カナルガ如ク義務ハ或定マリタル所爲ヲ他人ノ意思ニ服從セシムル所ノ關係ナレバ義務ノ物體ハ一ノ所爲ナルコト素ヨリ言ヲ待タザルナリ、但シ余ハ財產篇總則ニ於テ人權物體ノ區別ヲ論ジ人權ヲ以テ所爲ノ上ニ行ハル、權利ト爲シタレドモ、今精密ニ是ヲ謂ハンニハ人權ハ所爲ノ上ニ行ハル、權力ニアラズシテ所爲ニ對スル權力ナリ、人權ヲ以テ一ノ所爲ノ上ニ於ケル權利トスルハ人權ニ依リテ初テ生ゼントスルノ爲所ヲ以テ已ニ成立シタルモノトスルモノナリ、人權ハ將來ニ此所爲ヲ發生スルモ已ニ成立セル所爲ノ上ニ行ハルベキ權利ニアラズ、若シ人權ヲ以テ所爲ノ

上ニ行ハル、モノトスル誤見ヲ採用スル事アラバ人權ノ物體タル所爲ハ或ハ時ニ消滅シ得ベキヲ以テ遂ニ人權ハ之ヲ讓受クルコトヲ得ザル場合アルベキモノト論定セザルベカラザルニ至ルベシ、故ニ人權ハ所爲ニ對スル權利ナレドモ一ノ所爲ヲ以テ義務ノ物體ト明言スルコトヲ妨ゲズ、而シテ民法ハ或ル物ヲ與ヘ又ハ或事ヲ爲シ若シクハ爲サマルコトヲ以テ義務ノ物體ト爲シタルトモ、或ル物ヲ與フルコトモ亦一ノ所爲ナリ、別ニ之ヲ明言スルヲ要セザルベシ、又所爲ニハ積極的所爲及ビ消極的ノモノアルベキハ當然ニシテ或事ヲ爲サマルモ亦一ノ所爲ナリ何トナレバ所謂所爲ナルモノハ意思ノ決定ナリ、或事ヲ爲スノ意思ノ決定モ或事ヲ爲サマル意思ノ決定モ等シク之ヲ所爲ト謂ハザルベカラザレバナリ、或學者ガ或事ヲ爲サマルコト即チ消極的ノ所爲ニ對スル權利ヲ以テ或事ヲ爲スノ權利ノ拋棄トスルモ同一理ナレドモ迂回ノ議論タルヲ免カレズ、又義務ニヨリ一方ノモノガ他ノ一方ノ者ヲ其意思ニ服從セシムベキ所爲ハ或ル定マリタル個々ノ所爲タラザルベカラズ、他人ニ對シ其全般ノ意思ヲ服從セシムルノ權ハ一己人ノ自由ヲ消滅セシムルノ所爲ナリ、無制限ニ一己人ノ自由ヲ束縛スルノ義務ハ法律ノ認ムル所ニアラズ。

第四 義務ノ範圍

義務ノ範圍

義務ノ本體タル關係ハ必ズ財產權上ノ關係ナラザルベカラズ、人身權上ノ關係即チ父子ノ間又ハ夫妻ノ間ニ於ケル義務ハ養料ノ義務其他財產權ニ關スルモノ、外之ヲ義務ト謂フベカラズ、是レ羅馬法學派ガ概ネ認ムル所ニシテ我民法モ亦此原理ヲ採用セルコトハ民法ガ義務ニ依リテ利益ヲ得ルモノニアラザレバ之ヲ債權者トスルコト

ナキヲ以テ知ルベシ、然レドモ近世ノ學者ガ羅馬法ヲ研究シタル結果ニ依レバ債權者ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ベキ利益ヲ有セザルベカラザルモノトスルノ原理ハ羅馬法中或ハ訴訟ノ形式ニ關係セルモノニシテ羅馬法ニ於テモ一般ニ認メタルモノニアラザルコトヲ發見セリ、故ニ隣人ト約スルニ喧騒ナル音樂ヲ奏セシメザルコトヲ以テシタルトキハ債權者ハ毫モ金錢上ノ利益ヲ有セザルモ猶其有効ナル契約タルヲ得ベキモノトセリ、故ニ民法ノ規定ニ於テ債權者ハ常ニ義務ニ依リテ利益ヲ得ベキコトヲ必要トスル以上ハ斯ノ如キ契約ハ債權者ニ於テ金錢ヲ以テ隣人ヨリ奏樂セシメザルノ利益ヲ買取りタル等ノ如キ場合ニアラザレバ無効タルコトヲ免カレザルベシ、事ハ猶ホ契約ノ原因ヲ論ズルノ處ニ於テ詳カニスル所アラシ。

自然法ノ義務モ亦人定法ノ義務ナリ

我民法ハ羅馬法ニ從ヒ義務ヲ以テ人定法又ハ自然法ノ羈絆ト明言シ人定法外猶ホ自然法ナルモノアルカヲ疑ハシメタリ、然レドモ人定法外敢テ自然法ナルモノアルニアラズ、抑々自然ノ義務ノ何者タルハ只ダ消極的ニ之ヲ定メ且ツ法律ニ於テ其特別ナル場合ヲ明定スルノ場合ノミニ存スベキモノナリ、即チ自然法ノ義務ト人定法ノ義務トハ第二百九十四條ノ明言スルガ如ク單ニ訴權ノ有無ニ依ルモノナリ、設例ヘバ法定ノ式ニ違ウタル契約ナルモ現ニ之ヲ履行シ又ハ時効ニ係リタル債權ナルモ現ニ辨償ヲ爲シタルトキノ如キハ法律ハ之ヲ贈與ト見做スコトナク、適法ナル契約ノ履行若クハ債務ノ辨償トシテ其効力ヲ有セシムルガ如シ、而テ如何ナル場合ニ於テ斯ノ如キ義務ヲ認ムルヤ否ニ至リテハ財産篇第二章第四章ニ記載スル所ナリ、故ニ所謂自然法ノ義務ナルモノハ人定法ノ義務中單ニ訴權ナキモノヲ指示スルモノト知ルベシ。

第二章 義務ノ原因

第一節 總說

義務ノ原因

羅馬法ニ於テハ義務ノ原因ヲ大別シテ權利行為及ビ犯罪ノ二トナシ其他ノ原因ニ至リテハ悉ク此二種ニ附屬セシメ權利行為ニ附屬スルモノニ付テハ更ラニ准契約ナルモノヲ認メ犯罪ニ附屬スルモノニ付テハ更ラニ准犯罪ナルモノヲ認メタリ、然ルニ我民法ハ義務ノ原因ヲ分テ四種ト爲シ、第一合意第二不當ノ利得第三不正ノ損害第四法律ノ規定トセリ(第二百九十五條)而シテ其第一種ハ羅馬法ノ權利行為ニ適當シ、第二種ハ准契約ト殆ンド相同ク第三種ハ准犯罪ニ該當ス、然レドモ羅馬法ノ所謂權利行為ナルモノハ單ニ合意ノミヲ指示スルモノニアラズ其意義甚ダ廣シ、何トナレバ羅馬法ニ於テハ權利行為ハ一般ニ當事者ノ合意ヲ要スルモノト爲シタレドモ又其例外ノ場合ヲ認メ一方ノ意思ノ明示ノミニテ義務ヲ發生シ得ベカラザルモノニアラズトスレバナリ、就中近世ノ法理ニ於テモ持參人拂ヒノ手形及約束手形ノ如キハ債主ノ常ニ變換スルモノタルニ係ハラズ振出人ガ三者ナル手形ノ所持人又ハ指圖人ニ對シテ負フ所ノ義務ハ振出人一人ノ意思ノ表示ニ原因スルモノトセリ、然レドモ此ノ如キ義務ノ原因ヲ以テ債務者一人ノ意思ニ原因スルカ、將タ合意ニ原因スルカハ學者ノ間異論甚ダ尠カラズト雖斯ノ如キ義務ヲ以テ合意ニ出ヅルノ説ヲ主張センニハ各所持人ヲ以テ前所持人ノ權利ヲ相續セルモノト論定セザルベカラズ、然ルニ法律上所持人若クハ裏書人ハ振出人即チ債務者ノ意思ニ原因セル獨立ノ權利ヲ有シ前主ノ鍛鍊ヲ繼

所持人拂ノ手形ハ合意ニ依ル義務ナシヤ否

承○ス○ル○モ○ノ○ニ○ア○ラ○ザ○ル○ガ○故○ニ○此○等○ノ○義○務○ハ○單○ニ○債○務○者○一○人○ノ○意○思○ノ○明○示○ヨ○リ○發○生○ス○ル○モ○ノ○ト○セ○ザ○ル○ベ○カ○ラ○ズ、否
 ラズニ債務者ハ其意思ノ明示ヲ取消シ三者ヲシテ新ニ債權者タルコトヲ得セシメザルコトヲ得ルニ至ルベシ、
 又右ノ如キ義務ノ原因ヲ以テ手形所持人ニ於テ其明示ヲ承諾シ其債務者タランコトヲ約スルニ原因スルモノアレ
 ドモ、此說ニ從フトキハ若シ振出人ニ於テ其明示ヲ取消シタルトキハ、所持人又ハ裏書人ハ其義務ノ履行ヲ主張
 スルコトヲ得ズシテ、振出人ニ對シ單ニ債務者トナルコトヲ拒ミタル損害ヲ賠償セシムルニ過ギザルニ至ルベ
 シ、素リ失當ノ解釋タルヲ免カレズ、故ニ斯ノ如キ義務ハ一方ノミノ意思ノ明示ニ依リテ發生スルモノトセザル
 ベカラザルコト明白ナリ、民法ガ合意外ニ斯カル原因ヲ認ムルコトナキハ或ハ之ヲ以テ合意ニ原因セルモノトス
 ルニアルガ如シト雖或ハ起案者ノ思想未ダ曾テ此點ニ及ビタルコトナカリシニ依ルモノナラン、又一種ノ學者ハ
 所持人拂ヒノ手形及ビ約束手形ノ如キモノ、ミ必ズシモ一方ノ意思ノ明示ガ義務ノ原因タルノミナラズ債務者一
 人ノ意思ノ明示ヲ以テ義務ノ原因トスルハ近世ノ法理ノ常態ナリトスルモノアリ、其說ニ依ルニ凡テ羅馬法ハ債
 權者ニ重キヲ措キ現ニ古代ノ「スチビニユーラシヨ」ナル契約ノ儀式ニ於テモ債權者ガ常ニ發言權ヲ有シ「汝ハ
 予ガ爲メニ斯ク々々ノ事ヲ爲スコトヲ約スルカ」ト問ヒ債務者ハ「予ハ斯ク々々ノ事ヲ爲サンコトヲ約ス」ト答
 ヘタリ故ニ債權者トシテ權利ヲ取得センニハ債務者ヨリ必ズ明示ノ承諾ヲ得ルコトヲ要シタリ、然ルニ近世ニ於
 テハ重キヲ債務者ニ措クガ故ニ債務者一方ノ意思ノミヲ以テ其義務ヲ負擔スルニ充分ナリトスルニアリ、然レド
 モ此說タル未ダ充分ノ根據ナキニ似タルヲ以テ學者ノ普通ニ認了スル所ニアラザルナリ。

第二節 合意及其成立

合意ノ定義

合意トハ「物權ト人權トヲ問ハズ或權利ヲ創設シ若クハ移轉シ又ハ之ヲ變更シ若クハ消滅セシムルヲ目的トス
 ル二人又ハ數人ノ意思ノ合致ヲ謂フ」トハ財産篇第二百九十六條ノ定ムル所ナリ、此定義ニ依レバ第一、合意ニ
 ハ少クトモ二人ノ對手ヲ要シ、第二、承諾即チ對手ハ或ハ目的ニ對スル意思ノ一致ヲ爲スコトヲ要シ、第三、當事
 者ノ意思ノ目的ハ權利行爲即チ或權利ノ創設移轉變更若クハ消滅ニアルコトヲ要シ、此等ノ權利行爲ニ關係ナキ
 モノハ意思ノ一致アリト雖合意ニアラザルベク、第四、當事者間ノ合意ハ必ラズ相互ニ表示スルコトヲ要ス、故
 ニ合意ノ範圍ハ甚ダ廣濶ニシテ凡テ合意ハ必ズシモ義務ヲ生ジ又ハ消滅セシムルモノニアラズ、該條第二項ニ
 「合意ハ人權ノ創設ヲ以テ主タル目的トスルトキハ之ヲ契約ト名ツク」ト謂ヒ、義務ヲ生ズル合意ハ只ダ合意中
 ノ一部ナルコトヲ示セリ、故ニ合意ノ効果ハ或ハ物權ヲ創設シ又ハ之ヲ消滅スルコトアルベキヲ以テ英佛法ノ如
 ク對手者間ノ權利義務ヲ左右スルモノ、ミ之ヲ合意ト云フベカラズ、然ルニ財産篇第三百四條ハ更ニ合意ノ成立
 ニ必要ナル條件トシテ第一、當事者又ハ代人ノ承諾、第二、確定ニシテ各人ガ處分權ヲ有スル目的、第三、眞實
 且合法ノ原因及要式合意ニ付テハ必要ノ方式要物ノ合意ニ付テハ物件引渡ヲ列記セリ、然ルニ是等ノ條件ハ寧ロ
 之ヲ合意ヨリ生ズル義務ノ必要條件ト謂フベク直チニ之ヲ合意ノ必要條件トスルコト能ハザルニ似タリ、又法律
 ガ合意ノ効力ヲ以テ當事者間ニ止マルベキモノトスルガ如キモ亦義務ノ効果ヲ指示スルモノト謂ハザルヲ得ズ、
 蓋シ是レ等ノ誤謬タル民法ガ猥リニ空理ノ偏見ヲ以テ羅馬法及ビ佛國法ノ秩序ヲ變更シナガラ、之レニ適用スル

合意ハ必ズシモ當事者間ノ權利ヲ左右スルモノニアラズ

ニ依然トシテ羅馬法及ビ佛國法ノ規定ヲ以テシタルニ原因セリ。

第一款 承諾

第一段 意思ヲ表示スル方法

意思表示ノ方法

承諾トハ當事者ノ意思ノ合致ヲ云フモノタルハ第三百六條ノ明定スル所ナリ、而シテ其意思ヲ表示スルノ方法ニ數様アリ。即チ左ノ如シ。

明示及び默示

一、意思ハ明示若クハ默示ヲ以テ之ヲ表示スルコトヲ得、第三百七條第一項ニ「承諾ハ書面口頭又ハ他ニ同意ヲ表示スル手段ナキトキハ容態ヲ以テ之ヲ與フルコトヲ得」ト云ヒ、該條第二項ニ「承諾ハ事情ニ依リテ默示ヨリ成ルコトヲ得」ト云ヘルハ即チ此意ナルベシ、故ニ我民法ハ意思ハ默示ヲ以テモ之ヲ與フルコトヲ得ベキヲ通則トスレドモ英國法ハ寧ロ其反對ヲ以テ通則トシ單純ナル沈黙ハ承諾ヲ表示スルニ足ラズトスルモノニ似タリ、然レドモ沈黙ハ如何ナル程度ニマデ承諾ヲ表示スベキヤ否ヤノ問題ハ一般ニ之ヲ決定スルヲ得ズ必ズヤ各場合ニ於ケル事物ノ性質ヲ考察セザルベカラズ、設例ヘバ或物品ヲ賣却セントシテ申込ミヲ爲シタルモノニ對シ單ニ其返答ヲ爲サマルガ如キハ默示ノ承諾アリト爲スコトヲ得ザレドモ現ニ其物品ヲ持込ミ數十日ヲ經ルモ猶ホ之ニ對シテ回答ヲ爲サマルガ如キハ默諾アリトスルコトヲ得ベシ、又法律ハ或格段ナル場合ニ於テハ沈黙ヲ以テ承諾ト爲スベキ場合アルベキコトヲ規定スルコトアルベク、就中法律上言込及受諾ヲ明言スルコトヲ必要トシ且ツ一方ニ於テ法律上之ニ回答スルノ義務アルトキニ於テ其回答ヲ爲サマルモノハ法律ハ之ヲ默諾シタル

モノト推定スルノ場合甚ダ多カルベシ、但シ法律上是等ノ推測ヲ設ケザル場合ニ於テハ一方ノ者ハ其言込ト同時ニ必ズ回答ヲ要スベキ旨ヲ明言スルトモ單ニ其回答ヲ爲サマルノ一事ハ默諾ヲ表示スルニ足ラザルベシ、設例ヘバ甲アリ乙ニ對シテ甲所有ノ米若干ヲ一石十圓ノ代價ヲ以テ賣渡サンコトヲ言込ミ、若シ乙ニ於テ其回答ヲ爲サマルトキハ承諾ヲ得タルモノト見做スベキ旨ヲ言ヒ送リタル場合ニ於テ、乙者ニ於テ之ガ諾否ノ回答ヲ爲サマルモ甲者ハ之ヲ以テ默諾アリト爲シ、其權利ヲ主張スルコトヲ得ザルベシ、然レドモ甲者ハ乙者ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ベシ、故ニ默示ヲ以テ意思ヲ表示スルノ効力アルト否トハ對手ノ地位即チ債權者タルト債務者タルトニ依リテ異ナルベク又其事物ノ性質ニ依リ差別アルベシ。

口頭及び書面

一、意思ノ表示ハ口頭又ハ書面タルコトヲ得ベシ、而シテ此口頭書面ノ區別ハ意思ノ表示ノ完了ヲ完了ヲ區別スルニ於テ重大ノ差異ヲ生ズベシ、即チ書面ヲ以テ意思ヲ表示スル場合ニ於テハ單ニ書面ヲ認ムル所爲ヲ完了スルモ、未ダ其表示ヲ完了シタルモノトスルコトヲ得ズ、書翰ニアツテハ之ヲ送付シ其他ノ書類ニアツテハ之ヲ對手ニ渡スノ時ニ於テ、初メテ意思ノ表示ノ完了ヲ見ルベシ、何トナレバ單ニ手紙ヲ認ムルノ所爲ハ意思ノ表示ヲ爲スノ準備ノ所爲タルニ過ギザレバナリ、或學者ノ如キハ書面ヲ書キ終リタルト同時ニ意思ノ表示ハ完了セラルベキモノトスルモノアレドモ素ヨリ其當ヲ得タルノ論ニアラズ、故ニ書面ニ依リ意思ヲ表示スル場合ハ少クトモ其表示ハ書面ヲ使者ニ渡シ又ハ郵便函ニ投ズル所爲ニヨリテ完了スベシ、而テ若シ意思ヲ表示セントスル者ノ撰定シタル方便タルベキモノ(即チ使者、郵便、電信)ニシテ誤謬ヲ傳ヘタルトキハ意思ノ合致ナキモノ

郵便電信ノ錯誤

ニテ素ヨリ承諾ノ効ナカルベシ、設例ヘバ電信ノ技手ガ賣ト買トヲ誤リ其技術ヲ爲シタルトキハ發信者ト受信者トノ間ニ毫末ノ承諾ナキガ如シ、然ルニ第三百八條末項ハ「郵便電信ノ錯誤ハ差出人ノ責ニ歸ス但シ郵便電信ノ官署ニ對スル求債權アルトキハ之ヲ行フコトヲ妨ケス」ト明言シ差出人ニシテ其責ヲ免カル、コトヲ得ザルモノトセルハ全ク此原理ニ反スルノ規定ナリ、蓋シ起案者ハ其錯誤ヲ生ジタル郵便若クハ電信ノ方便ハ差出人ノ自カラ撰定シタルノ方便タルノ故ヲ以テ差出人ヲシテ其責ヲ負ハシメントスルニアルベシ、然レドモ郵便電信ノ如キ公共ノ制度ニ屬スルモノハ差出人ノ意思ニ從ヒ自由ニ活動スルノ方便ニアラザルノミナラズ、一方ガ其對手ニ對シ對手ノ承諾ヲ爲スベキ方便ヲ指定シタル場合ノ如キ、錯誤ヲ以テ差出人ノ責ニ歸スルハ其當ヲ得タルモノニアラズ、設例ヘバ甲者乙者ニ對シ郵便ヲ以テ其商品ヲ賣却セントコトヲ言送り、電信ヲ以テ其諾否ノ回答ヲ爲スベキ旨ヲ以テシタル場合ニ於テ、乙者ハ之ヲ拒絕スルノ意ナリシニ、電信ノ錯誤ニ依リ甲者ガ承諾ノ返事ヲ受取りタルトキノ如キハ、却ツテ甲者ヲシテ方便撰定ノ責ニ任ゼシメザルベカラザルニ、乙者ヲシテ其責ヲ負ハシムルハ一見シテ其不可ナルヲ知ルベシ、縱シ又差出人ニ於テ過失アリトスルモ差出人ハ其過失ノ爲メ有効ノ契約ヲ結ブコトヲ妨ゲタル損害ヲ拂ヘバ則チ足レリ、現ニ合意ナキノ所爲ニ對シ合意ノ責ヲ負ハシムルハ殘酷モ亦甚シカルベシ、故ニ民法ノ所謂郵便電信ノ錯誤ヲ以テ其差出人ノ責ニ歸スルトハ只ダ差出人ヲシテ其損害ヲ賠償セシムルノ意ナリト解セザルベカラズ、而シテ差出人ガ、其損害ヲ拂ヒタル後ハ差出人ガ其取引ヲ以テ己レニ利アルモノトスルトキハ其契約ヲ有効ニスルノ權利ヲ有セザルベカラズ、何トナレバ何人

ト雖其意思ヲ表示スルノ目的ニ於テ或一定ナル方便ヲ撰定シタルトキハ、其方便ノ結果ヲ以テ其意思ヲ表示トスルコトヲ主張シ得レバナリ、而テ又對手ハ是ヲ拒ムコトヲ得ザルベシ、但シ差出人ガ其所爲ノ有効ヲ主張セシニハ（第一）其意思ヲ表示ノ送達ニ任ジタル方便タリシモノガ自カラ錯誤タリシコトヲ知リツ、是ヲ送達シタル場合ナラザルコトヲ要ス、何トナレバ差出人ガ其自カラ撰定シタル表示ノ方便ノ結果ヲ採用スルヲ許スノ理由ハ、其方便ノ錯誤ガ差出人ノ與ヘタル刺撃ニ依ルモノナルニ在ルガ故ニ、方便者（例ヘバ電信技手）ガ自己ノ意ヲ以テ殊更ニ錯誤ノ通信ヲ爲シタル場合ハ、差出人ノ與ヘタル刺撃ニ依ルノ結果ニアラズシテ方便者自身ノ行爲ノ結果ナレバナリ。（第二）表示ノ錯誤ノ傳達ガ全ク其責任者ナキ意外ノ情況ヨリ生ジタル結果ナラザル場合ナルヲ要ス、此場合ニ付テハ學者ノ間多少ノ異論アリト雖、差出人ガ其自ラ撰定シタル表示ノ方便ノ結果ヲ採用スルハ其結果ガ單ニ方便者ノ通常ノ所爲及ビ之ニ避クベカラザル錯誤ヨリ發生シタルガ故ナルベキヲ以テ意外ノ事變設例ヘバ電信技手ニシテ俄然瘋癲者トナリタルニ依リ錯誤ヲ生ジタル場合ノ如キハ其錯誤ノ結果ヲ採用スルコトヲ得ズ。

三、前項ニ於テ已ニ論述シタルガ如ク口頭及ビ書面上ノ表示ノ區別ノ要點ハ目前ニ於テスル承諾ト離隔セル場所ニ於テスル承諾ノ表示トノ別ニ歸スルヲ以テ、此區別ニ從フトキハ民法ニ於テ容態ヲ以テ承諾ヲ表示シ得ベキモノトスル場合ハ、目前ノ表示ノ場合ニ屬シ、又書面ヲ以テスル筆談及ビ近世法理學者ノ意見ニ從ヘバ電話ヲ以テスル表示モ亦目前ノ表示ニ屬スベシ、第三百七條第一項ノ但書ニ容態ヲ以テ承諾ヲ與フル場合ハ、他ニ同

目前及ビ
離隔ノ表
示

意ヲ表スルノ手段ナキヲ要ストセルハ其ノ適用甚ダ狭キニ失スレドモ、是レ目前ノ表示ノ場合ニ於テノミ此條件ヲ要スルモノト解セザルベカラズ、一般ノ黙示ニ就テハ必ズシモ此條件ヲ要ストスルニアラザルコト明白ナリ。但同項ニ「且承諾スルノ意思ノ確證アルコトヲ要ス」ト云ヘル條件ハ、必ズシモ容態ヲ以テ承諾ヲ表示スル場合ノミニ限ラズ、一般ニ黙示ノ表示ニ必要ナル條件ヲ明言セルモノナリ、何トナレバ承諾ノ意思ニ確證アルベキハ意思ノ明示ノ場合モ亦同一ナレドモ、黙示ノ場合ハ必ズ其承諾ガ其腦裡ニ達スルコトヲ必要トスル、夫ノ認了主義ニ依リタルコトヲ規定セルノ意ナリトセザレバ其意義ヲ爲サレバナリ、認了主義ノ事ハ後段ニ詳説スベケレドモ、要スルニ該條但書中前段ノ條件ハ容態ヲ以テ目前ノ表示トスル場合ニ適用シ、後段ノ條件ハ容態ヲ以テ黙示ノ表示トスル場合ニ適用ス。

三者ニ依ル表示

四、意思ハ三者ニ依リ有効ニ表示スルコトヲ得ベシ、而テ此場合ニ於テハ權利者タリ又ハ義務者タルノ承諾ハ單ニ當事者ノ希望ニ止マラズ、其現實ノ意思タルコトヲ以テ三者ニ表示セザルベカラザルヲ以テ通則トス。故ニ苟モ其表示ニシテ當事者間ニ於ケル現實ノ意思タルニ於テハ其意思ヲ對手ニ表示スルハ敢テ直接タルト間接タルトヲ問フコトナシ、一ノ明示セラレタル意思ノ表示ハ直接ニ表示セラレタルノ故ヲ以テ、明示セラレザル意思ノ表示タルコトナキニ至ルベキモノニアラズ。

五、意思ハ公吏即チ執達吏又ハ新聞廣告等ニ依テ表示セラル、コトヲ得ベシ、蓋シ此等ノ方法ハ契約ノ場合ニ於テハ多少ノ異論アルベシト雖、我民法ノ所謂合意ハ必ズシモ義務ヲ生ズルノ合意ノミニ限ラザルヲ以テ、此等

ノ者ヲ以テ、意思ヲ表示スルノ一方法トスルコトヲ得ベシ。

第二段 意思ノ表示ガ効力ヲ有スル時期

表示ノ有効ナル時期

意思ノ表示ニ効力ヲ有セシムルガ爲メ是ヲ對手ニ報ズルヲ必要トスル場合ニ於テ、其効力ノ發生スベキ時期ニ關シテ屢々爭議ヲ發生スルコトアリ、但シ前項ニ論ジタル所ノ目前ニ於ケル意思ノ表示ニ於テハ、一方ハ對手ガ其意思ノ表示シタルヤ否ヤヲ了知スルニ充分ナルヲ以テ疑ノ存スベキモノナカルベキヲ以テ、離隔セル地ニ於ケル當事者ガ承諾ヲ爲スノ場合ニ於テノミ此問題ヲ發生スベシ、而テ此問題ニ就テハ古來五主義アリ。即チ左ノ如シ。

時期ニ關スル五主義

- 第一、表白主義 (Declaration) 此主義ニ於テハ意思ノ決定ガ外形上ノ形跡ヲ顯スノ時ヲ以テ有効ノ時期トス、設例ヘバ言込ナレバ言込ノ書面ヲ認メタルトキ又一方ノ言込ニ對スル受諾ナラバ受諾者ニ於テ受諾ノ書面ヲ認メタルトキニ於テ直チニ言込又ハ受諾ノ効果ヲ生ズベキモノトスルナリ。
- 第二、發信主義 (Despatching) 此主義ニ於テハ意思ノ表示ヲ送付シタル時ヲ以テ有効ト爲ス、設例ヘバ言込狀又ハ受諾狀ヲ郵便ニ投ジタルトキ又ハ使者ニ其手紙ヲ渡シタルトキノ如キ是レナリ。
- 第三、受信主義 (Reception) 此主義ニ於テハ對手ニ一方ノ意思ノ表示ガ到達シタル時ヲ有効ノ時期トス、言込タルト受諾タルトヲ問ハズ、郵書電信ヲ送達シタルトキ若クハ使者ノ到達シタル時ノ如シ。
- 第四、認了主義 (Recognition) 此主義ニ於テハ受信者ガ到達シタル意思ノ表示ヲ認知シタルトキヲ以テ有効ノ時期トス。

期トス、設例ヘバ到達シタル郵便書ヲ披見シタルトキノ如シ。

第五、制限主義 (Attaining) 此主義ハ幾分カ前述シタル數主義ヲ折衷シタル主義ナリ、此主義ニ於テハ意思表示ノ効力ト其表示ノ言消シ得ベカラザルコト、ヲ區別シ、意思ヲ表示スルノ者ニ於テ其表示ノ信書ヲ手放シタルトキハ直ニ其効力ヲ生ジ、其信書ガ先方ニ到達シタルトキハ其表示ハ言消ヲ爲シ得ベカラザルノ効力ヲ生ズルモノトセリ、設例ヘバ言込ノ信書ナレバ投函ト同時ニ言込タルノ効力ヲ生ジ先方ニ達シタルトキハ言消スベカラザル言込トナリ、又受諾ノ信書ナレバ受諾ノ手紙ヲ投函シタルトキハ直チニ受諾ノ効力ヲ發生スルモ亦其手紙ニシテ對手ニ到達シタルトキニアラザレバ言消スベカラザル受諾ト爲ラザルガ如シ。

右ノ五主義中第一ナル表白主義ハ今日殆ンド陳腐ニ屬スレドモ各々其長所アリ、場合ニ依リ或ハ發信主義ニ依リ或ハ受信主義ニ依リ或ハ認了主義ニ依ルコトアルベシ、即チ如何ナル主義ヲ如何ナル場合ニ應用スベキヤ否ヤヲ決スルニハ意思ヲ表示ノ明示ナル場合ト默示ナル場合等ヲ區別セザルベカラズ。

(甲) 明示ノ場合ニ於テハ通常受信主義ヲ採用シ又或ル學者ハ場合ニ依リ發信主義ヲ採用スルヲ適當ナリトス、認了主義ノ如キハ決シテ之ヲ用フルコトヲ許サズ、何トナレバ認了主義ハ大ニ近世社會ノ發達ニ適應セザレバナリ、抑モ認了主義ニ於テハ信書ノ到達スルモ之ヲ開封セザル以上ハ合意ノ効力ヲキモノトスルモノナルヲ以テ、自由ニ對手ヲ弄スルコトヲ得ベク、就中認知ハ心意上ノ知覺ナルヲ以テ之ヲ證明スルコト甚ダ難シ、故ニ言込タルト受諾タルトヲ問ハズ、其表示ハ先方ニ達スルトキヲ以テ有効ナリト爲シ受信主義ヲ以テ凡テ之ヲ斷

受信主義ニ依ルベキ場合

定セザルベカラザルナリ、又發信主義ニ在ツテハ、言込ト受諾トヲ問ハズ凡テ意思ヲ表示ハ其表示ヲ送付シタル時ヲ以テ効力アリトスレドモ、表示ガ對手ニ到達スルマデハ其表示ハ猶發信者ノ自由ノ意思内ニアリ、故ニ表示ハ完了スルモ其表示ヲ與フルコトハ未ダ完了シタリト云フコトヲ得ザルナリ、又英法學者ハ言込ト受諾トヲ分チ、言込ハ受信主義ニ依リテ其表示ガ先方ニ達スルコトヲ要スレドモ受諾ハ發信主義ニ依リテ其表示ヲ發送シタルノミヲ以テ足レリトシ米人ラングデル獨人ウキンンドシャイド氏ノ如キハ更ニ合意ノ片務ナル場合ト双務ナル場合ト及ビ債務者タラントノ意思ノ表示ト債權者タラントノ意思ノ表示トヲ區別シ、片務ノ合意ニ付テハ債務者タラントノ受諾ノミハ受信主義ニ依リ双務ノ合意即チ一方ガ其義務ヲ履行セザレバ他ノ一方ニ履行ヲ請求スルコト能ハザル場合、及片務ノ合意ニ付キ債權者タラントノ受諾ハ、發信主義ニ依ルベキモノトセリ、要スルニ有名ナルアダムス對リンドセルノ斷例以來發信主義ハ大ニ其勢力ヲ逞ウシ、遂ニ受諾ノ表示ノミハ其信書ヲ投函シタルト同時ニ其効力ヲ生ズベキモノトセリ。蓋シ該事件ニ於テ受信主義ヲ排斥シタル理由ハ、若シ受信主義ニ從ヒ受諾ノ信書ガ到達スルニアラザレバ、契約ノ効ナキモノトスルトキハ、其信書ノ到達ヲ受ケタル者ハ、更ニ其到達ノ旨ヲ一方ニ通知シ、一方ハ又其ノ信書ヲ領シタル事ヲ通知セザルベカラザルニ至リ、返事返事又其返事ヲ要シ、遂ニ信書ニ依ルノ契約ハ到底有効ニ之ヲ取結ブ事ヲ得ザルニ至ルベシトスルニアリシナリ。然レドモ此斷例ハ全ク其論據ナキモノト謂ハザルヲ得ズ。何トナレバ受諾者ノ發シタル信書ガ果シテ先方ニ達シタルヤ否ハ、證據上ノ問題ニ屬スル事實タリ。一回ノ返事ニテ契約ハ茲ニ結了セラルベシ。其

返事ガ果シテ先方ニ到達シタルヤ否ヲ定ムルハ證據法上ノ事ナリ、殊ニ其返事ガ先方ニ到達シタルヤ否ヲ斷定スルハ、證據法上甚ダ容易ニシテ認了主義ニ於ケルガ如ク、之ヲ證明スルノ困難アルニアラズ、若シ受信ノ證明ヲ爲スコト困難ナレバ發信ノ證明ヲ爲スコトハ猶更困難ナラン、受諾ノ意思ノ表示ノミニ就テハ發信主義ニ依ラザルベカラズトスルハ毫モ其理由ナシ、又發信主義ノ原理ヲ以テ二人間ノ問答ニ擬シ受諾ヲ以テ問ニ對スルノ答ヘト爲シ、「然リ」ノ一言ノ答ハ直チニ合意ヲ成立スルニ足ルベシトスルハ素ヨリ承諾ニ關スル法理ノ原則ヲ誤ルノミナラズ、是レ發信主義ヲ採用セントスル論者ニ取リテハ、自家撞着ノ説ト言ハザルベカラズ、何トナレバ二人間ニ於ケル目前ノ問答ニ於テ、一方ガ或言込ミヲ爲シタルトキ一方ガ是ヲ承諾スル旨ヲ答ヘタルトキハ、其承諾ノ答ハ同時ニ言込者ノ耳ニ達スベキヲ以テ、此二人間ニ於ケル承諾ハ單ニ受諾者ガ其承諾ヲ表示シタルノミニ止マラズ、承諾ノ報ガ言込ヲ爲シタル對手ニ到達スルモノナリ、是レ即チ明示ノ合意ノ場合ニ於テハ受諾主義ヲ採用セザルベカラザル所以ヲ證明スルモノナリ、二人間ニ擬シタル承諾表示ニ關スル原理ハ、却テ發信主義ニ抵觸スルモノト云フベシ、又佛國ニ於ケル法理ハ此點ニ關シテ最モ幼稚ニシテ見ルニ足ルモノナシ、佛國法學者ハ承諾表示ニ關スル主義ヲ分ツテ承諾主義、通信主義ノ二種トスレドモ其承諾主義ナルモノハ表白主義ナルカ發信主義ナルカ、又認了主義ナルカヲ知ルコト能ハズ、要スルニ佛國學者ハ未ダ意思ニ關スル有効ノ時期ニ關シテ四種ノ時期アルコトヲ知ラザルモノ、如シ。

承諾ヲ二人間ノ問答ニ擬スルノ誤謬

上來論述スル所ニ由リ之ヲ觀ルニ言込タルト受諾タルトヲ問ハズ凡テ意思ノ表示ハ必ズ先方ニ到達セザルベ

認了主義ニ依ルベキ場合

カラズ。而テ其到達ハ明示ノ意思ノ場合ニ於テハ單ニ先方ニ達スルノミニ時ヲ以テ有効トシ、斷然受信主義ヲ採用セザルベカラザルヲ知ルベシ、言込ト受諾トヲ區別スルガ如キハ素ヨリ其當ヲ得タルモノニアラザルナリ。

(乙) 默示ニ依リ意思ヲ表彰スベキ場合ハ認了主義ニ依リテ有効ノ時期ヲ定メザルベカラズ、是レ默示ノ性質自身ヨリ當然起因スベキ原理ナリ、設例ヘバ法律上沈黙ヲ以テ或ル申込ヲ受諾シタルモノト見做スコトヲ許シタル場合ノ如キハ、其申込ハ單ニ受諾者ノ手元ニ達シタルノミヲ以テ足レリトセズ、必ズヤ受諾者ニ於テ現ニ其趣ヲ了知シテ、而シテ後仍ホ之ヲ默々ニ付シタルトキニアラザレバ其沈黙ヲ以テ有効ナル意思ノ表示トスルコトヲ得ザルベシ、第三百七條第一項ノ但書ガ容態ヲ以テ與フル承諾ハ承諾ノ意思ノ確認アルコトヲ要スト云ヘルハ容態ノ表示即チ默示ノ一場合ニ付キ認了主義ヲ認メタルコトヲ證明スルモノナレドモ、汎ク之ヲ一般ノ默示ノ場合ニ適用スルコトヲ得ベキハ當然ナリ。

(丙) 民法ハ如何ナル主義ニ依リテ意思ノ表示ノ有効ノ時期ヲ定メタルカ、法文甚ダ曖昧ニシテ之ヲ決スルニ難シト雖、第三百八條ノ規定ヨリ推測スルトキハ、佛國學者ノ所謂通知主義ナルモノニ似タリ、然レドモ此所謂通知主義ナルモノヲ精密ニ解剖スレバ受信主義及ビ認了主義ヲ包含スルモノト解スルコトヲ得ベキヲ以テ、我民法モ亦前二項ノ區別ニ從ヒ受信及ビ認了ノ二主義ヲ利用セルモノト斷言スルコトヲ得ベシ、第三百七條及ビ第三百八條ニ承諾ヲ與フルト謂ヒ受信ノ報ト謂ヘル與若クハ報ノ語ハ、必ズシモ此二主義ノ一ノミヲ指示スルニ限りタルモノトハ解スベカラズ、法文ノ曖昧ナルコソ此上ナキ幸ナレ法文ニシテ許ス限リハ起案者ノ當テ

民法ハ受信主義ヲ採用ス

夢想セシコトナキ意見タルト否トヲ問ハズ、近世ノ法理ヲ以テ之ヲ解釋セザルベカラザルハ學者ノ一大責任ト謂フベシ、然レドモ第三百八條第一項但書ニ「言消ノ報ノ達スルニ先タチ受諾ノ報ヲ發シタルトキハ其受諾ハ有効ニシテ其言消ハ無効ナリ」ト明言スルヲ以テ、受諾ノ報ノミニ就テハ發信主義ヲ採用シ信書投函ノ時ヲ以テ受諾ノ有効時期ト定メタルニ似タレドモ、此規定タルヤ單ニ受諾ノ爲メ明示若クハ黙示ノ期間ナキ言込ノ取消ニ對スル受諾ノ効力ノミニ關スルヲ以テ前項ニ論述シタル發信主義ト大ニ其趣ヲ異ニスルノミナラズ、此規定タルヤ殆ド實際ニ適用スルノ場合ナキ理由ハ次段ニ於テ論述スル所ナリ。

言込受諾
及ビ言消

第二段 言込受諾及ビ言消

(甲) 前段ニ論述シタル所ニ依リ、明示ノ意思ハ受信主義ニ依リテ其効力ヲ發生スベキ時期ヲ定メ、黙示ノ意思ハ認了主義ニ依リテ之ヲ定ムベキコト明了ナラン、而シテ一步ヲ進メテ仍ホ此原則ヲ推究スルトキハ意思ノ表示者ハ言込者タルト受諾者タルトヲ問ハズ、適法ナル期間ニ於テ爲シタル言消ニ依リテ其効力ノ發生ヲ妨止スルコトヲ得ベキコトヲ知ルベシ、然レドモ言消ノ意思ハ對手ニ達スルニアラザレバ其効力ヲ生ゼザルベキヲ以テ、所謂言消ノ適法ナル期限タルニハ、明示ノ言消ニ在リテハ言込若クハ受諾ノ意思ノ表示ガ到達スル時期以前若クハ之レト同時ナルヲ要シ、黙示ノ言消ニ在リテハ對手ノ認了ノ以前若クハ之レト同時ナルヲ要スベシ、第三百八條第二項及第四項ノ但書ニ言込取消ノ報ハ言込ノ報ニ先ダチ又ハ同時ニ先方ニ達スルヲ要スト謂ヒ、又受諾言消ノ報ハ受諾ノ報ニ先ダチ又ハ同時ニ言込人ニ達スルコトヲ要スト謂ヘルハ則チ此意ナリ。

言消ノ時
期

言込ハ受諾ノ時
取マ
得ベ
シト
スル
ノ誤
見

(乙) 言込ノ言消ハ言込ガ先方ニ到達前、受諾ノ言消ハ言込人ニ到達スル前ニ於テノミ之ヲ爲スコトヲ得ベキモノトスル前項ノ原則ハ確然動カスベカラザルモノタルニ係ハラズ、通常一般ノ法學者及或ル二三邦國ノ法律ハ之レニ唯一ノ例外ヲ設ケ、受諾ノ期限ヲ附シタルモノ、外言込ハ一方ニ於ケル受諾ノ表示ガ其効力ヲ發生スルマデハ之ヲ言消スコトヲ得ベキモノトセリ、設例ヘバ甲者米穀ヲ買入レント欲シ、乙者ナル米商ニ肥後米五百石ヲ一石十圓ノ代價ニテ買入レントヲ言込ミ、乙者ハ其言込ノ書信ヲ落手シ其求メニ應ゼント欲シテ米穀ヲ買込ミタル後ニ於テ、米價俄カニ下落シタルヲ以テ、甲者ハ直ニ言込ノ言消ヲ申送レル場合ノ如キハ、受信主義ニ依レバ勿論發信主義ニ依ルモ乙者ハ未ダ受諾ノ報ヲ發セザルヲ以テ、其言消ヲ有効トスル場合ノ如キ是レナリ、然レドモ此說タル今日ノ社會ニ用フルコト能ハズシテ、少クトモ契約ノ場合ニ適用スルコトヲ得ザルベシ、蓋シ今日ノ社會ハ交通ノ便利大ニ昔日ノ比ニアラズ一旦言込ヲ爲シタルノ後之ヲ言消シ得ルノ方便甚ダ迅速ナルコトヲ得ベキヲ以テ、言込ヲ受ケタル者ノ權利ハ極メテ危險タルヲ免レズ、故ニ右ノ說ヲ主張スル論者ト雖モ受諾者ガ未ダ受諾ノ報ヲ發セザル以前ニ於テ言込ノ受諾ニ應ズベキ準備ヲ爲シ、取結ブベキ契約ヲ履行シ得ベキヤ否ヲ調査スルノ時ニ當リ、忽チ言消ノ報ニ接シタルトキハ言消者ヲシテ其損害ヲ賠償セシメザルベカラザルコトヲ說クモノ少シトセズ、故ニ近世ノ社會ニ於テハ言込ニ充分ノ義務ヲ負ハシメ、言込ハ言込ノ意思ノ表示ガ其効力ヲ發生シタル後即チ一方ニ於テ之ヲ落手シ又ハ認了シタル時ハ、特ニ其責ナキコトヲ明言シタル場合ノ外言込者ハ決シテ之ヲ言消スコトヲ得ザルモノトセザルベカラズ、但シ此說ニ從ヒ言込者ヲシテ

斯カル義務ヲ負ハシムルトキハ、又言込者ノ不利益ヲ來シ、言込ノ報ニ接シタル者ハ其受諾ノ報ヲ發スル迄勝手ニ言込者ヲ弄シ、言込者ノ費用ヲ以テ已レヲ利スルコトヲ得ルニ至ルノ恐レアルガ如シト雖、言込者ハ其言込ト同時又ハ言込後ト雖モ未ダ先方ニ到達セザルノ期間ニ於テ、言込ノ義務ヲ負擔スルコトナキコトヲ通知シ得ルヲ以テ此弊害ヲ免ル、コト甚ダ容易ナラン、故ニ財產篇第三百八條第二項ハ「合意ノ申込ハ受諾ノ爲メ明示又ハ默示ノ期間アルトキハ其期間ハ言込ヲ取消スコトヲ得ス但言消ノ報カ言込又ハ期間指示ノ報ニ先タチ又ハ同時ニ先方ニ達シタルトキハ此限ニ在ラス」ト云ヒ、受諾ノ期間アルモノ、ミニ付テハ充分言込者ノ義務ヲ認メタリ、然レドモ同條第一項ハ「合意ノ申込ハ其受諾ノ爲メ明示又ハ默示ノ期間ナキトキハ受諾ノ報ナキノ間ハ之ヲ言消スコトヲ得但言消ノ報ノ達スルニ先タチ受諾ノ報ヲ發シタルトキハ其受諾ハ有効ニシテ其言消ハ無効ナリ」ト明言スルヲ以テ、受諾ノ期間ナキ言込ニ就キテハ言込者ハ受諾ノ報アルマデ何時ニテモ一旦有効トナリタル言込ヲ言消シ得ベク、法律ハ言込者ノ義務ヲ認メザルモノニ似タレドモ、又必ズシモ然ラザルモノアリ、抑モ契約ノ言込者ヲシテ充分ノ責任ヲ負ハシムルノ原理タルヤ、苟モ契約ノ言込タル以上ハ其性質上及其目的上必ズ受諾ニ明示若クハ默示又ハ推定ノ期間アルベキモノトスルニ在リ、故ニ受諾ノ期間ナキ契約ノ申込ナルモノナカルベシ、夫ノ期間ヲ明言セザル場合ノ如キハ決シテ之ヲ期間ナキモノトスルコトヲ得ズシテ、法律ハ契約ノ性質若クハ當事者ノ意思ヲ推定シ各場合ニ於テ相當ナル期間アルベキモノトセザルヲ得ズ、或ル獨逸法學者ノ如キハ言込ニ明示ノ期間ナキトキハ相當ノ期間アルベキモノトスル健全ノ說ヲ主張シ乍ラ、受諾ノ報

獨佛諸學
者ノ誤見
卓ト民法ノ
卓見

ルマデ言込ヲ取消スコトヲ得ベキモノトセルハ自家撞着ノ甚シキモノタリ、之レニ反シ或ル佛國法學者ガ同ジク言込ハ承諾ノ報アルマデ之ヲ言消シ得ベシトスルノ說ヲ主張シ、而シテ明示ノ受諾アル場合ニ於テハ其期間ハ言込ヲ言消スコトヲ得ズトスルハ言込ヲ受ケタルモノヲシテ受諾ナキ言込ニ束縛セシムルモノニシテ大ニ法理ニ反スベキ者トセルハ其論據ヲ誤ルモ、其論理ニ低觸ナキ者ト云フベシ、若シ夫レ右ノ獨逸法學者ノ說ニ從ヒ受諾ノ爲メ明示ノ期間ナキ言込ハ相當ノ期限アルモノトセンカ、飽迄言込者ノ責任ヲ認メ受諾ノ報ナキ期間ト雖モ言込ヲ言消スコト能ハザルモノトセザルベカラズ、又夫ノ佛國法學者ノ說ノ如ク一旦爲シタル言込ト雖モ受諾ノ報アルマデハ之ヲ言消スコトヲ得ベキモノトセンカ、縱ヒ受諾ノ爲メ期間ヲ明示シタル言込ト雖モ受諾ノ報ナキ間ハ期間内ト雖モ之ヲ言消スコトヲ得ベキモノトセザルベカラズ、而テ英國法律ニ至リテハ又一種ノ說ヲ採レリ、抑モ英國法ニ於テモ期間ナキ契約ノ言込ナルモノアルコトヲ認メズ、期間ヲ明言セザル言込ハ相當ノ期間アルモノト推定セリ、然レドモ英國法ニ於テハ期間ノ明白セラレタル場合ト默示若クハ推定ニ依リテ之ヲ定ムル場合トヲ問ハズ、凡テ期間ノ効力ハ單ニ承諾者ガ受諾ヲ爲シ得ベキ自由ヲ制限スルモノニシテ、言込者ヲ束縛シ言込ヲ取消シ得ベカラシムルモノニアラズ、縱ヒ受諾ノ爲メ期間ヲ示シタル場合ト雖モ、言込者ハ其期間内ニ之ヲ言消スコトヲ得ベカラザルモノニアラズ、又タ縱ヒ言込者ニ於テ期間ハ其言込ヲ取消サマルコトヲ明言スルモ、其明言ハ別箇獨立ノ契約タルヲ得ルニ過ギズトス、故ニ英國法ニ於ケル期間ハ只ダ有効ノ受諾ヲ爲シ得ベキ制限ヲ設ケタルモノト謂フベシ、然ルニ我民法ハ言込者ヲシテ期間ノ拘束ヲ受ケシムルノ主義

英國法ニ
於ケル期
間ノ効力

ヲ取リ、第三百八條第二項ハ、受諾ノ爲メ言込ニ明示又ハ黙示ノ期間ヲ附シタルトキハ其期間ハ言込ヲ言消ス
 コトヲ得ズト斷言シ、就中明示又ハ黙示ノ期間ト明言シタルヲ以テ契約ノ言込ハ悉ク此項ノ規定ニ支配セラル
 ベシ、該條第二項ニ明示若クハ黙示ノ期間ヲ附セザル言込ハ受諾ノ報アルマデ之ヲ言消スコトヲ得ベキコトヲ
 規定セルハ或ハ契約外ノ合意ニ適用セラルベキコトアランカナレドモ、明示若クハ黙示ノ期間ヲ附セザル言込
 ハ實際殆ド絶無ナラン、縦ヒ期間ハ明示セズトモ電信ノ言込ニ對シテハ電信ニテ返事スルガ相當ノ期限ナルベ
 ク郵便ノ言込ニ對シテハ郵便ニテ返事スルガ相當ノ期限ナルベシ、其他取引ノ性質ニ依リテハ郵便ノ言込ニ電
 信ニテ返事スルヲ相當ナル期限トスルコトナラン、期間ノ明示ナキモ必ズ相當ノ期間ハアルベシ、該條第一項
 ノ規定ハ始下其適用ヲ見ルコトナキ無用ノ法文タルニ似タリ、若シ萬ガ一ニモ相當ノ期間モ明示ノ期間モナキ
 言込アリタランニハ其言込ハ千年萬年萬々年無窮ニ繼續スルコトナラン、是レ仙境ノ取引ナリ、民法ノ御世話
 ニ及バザル事ト謂フベシ、然レドモ法文ノ所謂黙示ノ期間トハ單ニ言込ノ文面上ヨリ解釋スベキ期間ヲ謂フモ
 ノトナシ、明示若クハ黙示ノ期間ナキモノトハ取引ノ性質上ヨリ定ムベキ期間即チ所謂相當ノ期間ヲ指示スル
 モノト強會スレバ、第一項ノ適用ヲ爲スベキ場合甚ダ少ナカラザルベシト雖モ、是レニテハ第一項ト第二項ト
 ハ全ク其主義ニ於テ牴觸シ、第二項ガ言込ニ付スルニ充分ノ義務ヲ以テシタル近世法理ノ妙所ハ何レノ所ニ在
 ルカラ知ラザルベカラザルニ至ルベシ、黙示ノ期間中ニハ取引ノ性質上ヨリ來ルベキ相當ノ期間ヲ包含セズト
 云フハ、已ニ附會ノ解釋ナルノミナラズ又日本民法ノ長所ヲ撲殺スルノ偏見タリ。

期間ナキ
言込ナル
モノナシ

有効ノ言
込タルニ
必要ナル
條件

(丙) 前項ニ論述シタルガ如ク、我民法ハ言込者ヲシテ充分ノ責任ヲ負ハシムルヲ以テ原則トスルモノナルガ故
 ニ契約ノ言込タルニ必要ナル條件ハ敢テ法律ノ明言スル所ニアラザレドモ、此原則ヲ推定シテ容易ニ之ヲ發見
 スルコトヲ得ベシ。即チ、

第一、言込ハ法律及當事者ノ意思ニ依リ一ノ契約タルニ必要ナル一切ノ要件ヲ包含セザルベカラズ、英國法ガ
 一ノ言込タルニハ法律上ノ關係ヲ創設スルノ意思アルヲ要シ、又之ヲ創設シ得ベキモノタルヲ要ストスルハ
 敢テ其理ナキニアラズト雖、是レ只ダ一ノ契約タルニ必要ナル條件中ノ一ナルノミ。

第二、言込ハ其受諾ノミヲ以テ直ニ之レヲ一ノ契約ニ化セシムルコトヲ得ベキモノタラザルベカラズ、就中契
 約ノ言込ト契約ノ誘引トヲ混同スルコトナキヲ要ス、契約ノ誘引ハ後日ニ契約ヲ爲サントノ意アルコトノ表
 示ニ過ギズシテ、之ヲ受諾スルモ直ニ契約ヲ生ズルモノニアラズ、貸家ノ張札、賣買代價付ノ引札、受負仕
 事ノ廣告、出版豫約ノ廣告、汽車汽船ノ發着時刻ノ公告等、何レモ直接ニ義務ヲ負フノ意思アル言込ニアラ
 ズシテ此等ノ廣告ヲ見テ現ニ來ルモノコソ却ツテ契約ノ言込ヲ爲スモノタリ、設例ヘバ出版豫約ノ廣告ニ依
 リ豫約ヲ申込ムモノハ書林ニ對シテ契約言込ヲ爲スモノナルベシ、夫ノ一方ニ於テ或ル事ヲ爲シタル者ニ對
 シ或ル義務ヲ負擔セントノ公告、即チ第一番ニ或ル事實ヲ通知シ、又ハ或ル遺失品ヲ發見シタル者ニハ幾千
 ノ賞金ヲ與ヘントノ公告ニ依リ、最初ニ其事實ヲ通知シ又ハ遺失品ヲ發見シタル者ハ、公告者ニ對シテ賞金
 ヲ請求スルコトヲ得ベキハ當然ナレドモ、ウキンドシャイド氏其他ノ學者ハ此場合ニ於テハ契約ハ受諾ニ依

契約ノ言
込ト誘引

リテ初メテ發生スルガ故ニ、受諾ト同時ニ公告ガ契約ノ申込ト變ズルモノト謂ヒ、又ボロック氏ノ如キモ此
 說ヲ襲用シ、公告ニ記載シタル條件ノ履行ニ依リテ契約ヲ成立スレドモ、此條件ノ履行セラル、迄ハ公告ハ
 一ノ言込ニ過ギズトシ、遂ニアンソン氏ヲシテ言込ハ確定セル人ニ對シテ爲スコトヲ必要トセズ、只ダ或ル
 確定シタル人ニ於テ之ヲ受諾スル迄ハ契約ノ成立セザノミニ止マルベシト明言セシムルニ至レリ、然レドモ
 不確定ナル公衆ニ對シテ有効ノ言込ヲ爲スコトヲ得ベキモノト爲シ、又其言込ハ承諾アル迄言込ノ効ナキモ
 ノトスルハ自家撞着ノ理論ナリ、況ンヤ汽車汽船ノ發着表ヲ以テ一ノ契約ノ言込ト爲シ、又ハ言込ノ一部
 (果シテ一部ノ言込ナルモノアラバ)トスルガ如キハ、人類普通ノ觀念ニ於テ許サマル所ナルニ於テヲヤ。
 蓋シ此等ノ理論タル契約言込ノ性質如何ヲ詳ニセズ一旦爲シタル言込ト雖モ受諾アル迄ハ之ヲ取消スコトヲ
 得ベク又縱ヒ受諾ノ爲メ明言セル期間アルモ其期間内ト雖モ仍ホ之ヲ取消スコトヲ得ベキモノトスルノ誤見
 ニ原因セリ、然レドモ我民法ハ斷然此誤見ヲ排斥シ、言込者ニ充分ノ責務ヲ負ハシメ受諾ノ爲メノ期間ヲ明示
 セル言込ト否トヲ問ハズ、言込ヲ取消スコトヲ得ザルモノトスルハ已ニ前ニ論述シタル所ノ如クナル以上
 ハ斯カル漠然タル公告等ヲ以テ一ノ有効ナル言込トスルハ我民法ノ探ラザル所ナルコト明白ナリ、故ニ我民
 法ニ於テハ公告ヲ以テ契約ノ誘引トナシ、此ノ誘引ニ依リ現ニ其公告ノ指示スル事ヲ履行シタルトキハ其履
 行者ハ公告者ニ對シテ契約ノ申込ヲ爲シタルモノトナサマルベカラズ、而シテ公告者ハ直ニ之ヲ受諾スルカ
 又ハ相當ノ期間之ヲ放任シタルトキハ、默示ニ依リ契約茲ニ成立スレドモ、若シ直ニ之ヲ拒絶シタルトキハ

公告ヲ以
 テ言込ト
 スルノ誤
 見ト民法
 ノ卓見

契約ハ成立スルコトナカルベシ、但シ公告者ガ直ニ之ヲ拒絶シタル場合ニ於テハ公告即チ契約ノ誘引ノ爲メ
 損害ヲ一方ニ與ヘタルトキハ、其損害ヲ賠償セザルベカラザルハ當然ナレドモ、是レ已ニ成立セル契約ヲ破
 リタルノ損害ニアラズシテ、契約ノ成立ヲ妨ゲタル不正ノ行爲若クハ詐僞或ハ私犯ニ依リテ生ジタル損害タ
 ルニ過ギザルベシ、設例ヘバ電燈會社ハ諸新聞ニ廣告スルニ電氣ハ決シテ出火ノ原因タルヲ得ザルノ事實ヲ
 學理上ニ證明セルモノニハ一萬圓ノ賞金ヲ差出スベキコトヲ以テシタルニ當リ、甲乙丙丁等ノ技師能ク之ヲ
 證明シテ其趣キヲ電燈會社ニ申込タルトキハ、此等ノ技師ハ此證明ニ依リテ一萬圓ノ賞金ヲ得ントノ言込ヲ
 爲シタルニ過ギズ、而シテ電燈會社ニシテ若シ此言込ヲ拒絶スルトキハ、契約ハ嘗テ存在スルコトナカル
 ベキヲ以テ甲乙丙丁等ノ技師ハ各一萬圓ヲ要求スルコトヲ得ザルモ、其證明ノ爲メニ要シタル費用努力ノ損
 害ヲ請求スルコトヲ得ベシ、何トナレバ此等ノ損害ハ契約ノ誘引即チ會社ノ所爲ニ依リテ發生シタルモノナ
 レバナリ、又競賣ノ場合ニ於テ競争者ノ各呼價ヲ以テ契約ノ言込ト爲シ最高ノ價ヲ提供シタルトキニ於テ契
 約ハ始メテ成立スベキモノトスルノ學說ハ甚ダ通常ノ說タレドモ未必ズシモ否ラザルモノアリ、何トナレバ
 此說ニ從ヒ各競賣者ノ各呼價ヲ以テ契約ノ言込トスルトキハ最始ニ之レニ應ジタルモノハ即チ受諾者タルベ
 キヲ以テ、最高價ニ至ル迄ノ中間ノ呼價ニ應ジタル契約ハ條件付即チ他ニ之ヨリ高價ヲ提出スルモノナキト
 キニ賣拂フベシトノ契約トセザルヲ得ズ、然レドモ競賣ハ目前ノ取引ナリ敢テ斯カル迂回ノ論理ニ依リ之ヲ
 解釋スルノ必要ナシ、即チ競賣者ガ五錢十錢二十錢等ノ價ヲ呼ブハ單ニ之ヲ賣買契約ノ誘因ト見做シ、競買

競賣

者ヨリ提出スル五錢十錢二十錢等ノ呼價コソ眞ニ契約ノ言込ナリ、而シテ其言込ノ時期ハ實ニ瞬時ニ止マレドモ、競賣者ハ其容態又ハ其他ノ方法ヲ以テ、之レガ受諾ヲ表シテ初メテ契約ノ成立スベキモノトセザルベカラズ、但シ競賣ノ方法制度ニ依リ必ズシモ一概ニ之ヲ論定スベカラズ、又公告誘引ノ場合ニ於テモ事物ノ性質公告者ノ意思等ニ依リテ必ズシモ同一ノ論定ヲ爲スベカラザルベシ。

言込人ノ死亡

(丁) 第三百八條第五項ニ曰ク、「言込人カ死亡シ又ハ合意スル能力ヲ失ヒタルモ先方カ未タ此事實ヲ知ラサル時ハ其承諾ハ有効ナリ」ト。是レ又我民法ガ言込者ヲシテ最初ヨリ充分ノ責務ヲ負ハシメタルコトヲ證明スベキ一ノ原則ナリ、若シ夫レ言込ハ受諾アルマデ何時ニテモ之ヲ言消スコトヲ得ベキモノトスルモノトスルノ原則ニ依リタリトセンカ、言込ハ受諾ニ至ラザレバ言込ノ効力ナカルベク從ツテ合意ノ成立ヲ見ルコトナカルベキヲ以テ、言込人ノ死亡又ハ無能力ハ忽チ其意思ヲ消滅セシムルニ至ルベシ、右ノ規定ハ素ヨリ當然ニシテ大體ニ於テ非難スベキナシ、只法文ノ所謂言込人トハ言込ヲ發シタルトキカ又言込ノ先方ニ達シタル後ナルカヲ疑ハシムルガ如シト雖、言込ノ有効ノ時期ヲ定ムルノ原理ハ已ニ前段ニ於テ論述シタル所ナレバ、只ダ此場合ヲ以テ何レモ言込ノ有効時期後ニ言込人ノ死亡シタルトキノミヲ指示スルモノトセザルベカラザルハ當然ナリ、但シ法律ガ受諾者ニ於テ言込人ノ死亡又ハ無能力トナリタル事實ヲ知リタルトキハ受諾ノ効ナキモノトスルハ其當ヲ得ザルニ似タリ、起案者ノ意見ハ或ハ言込人ノ死亡等ヲ速ニ通知スルヲ相續人又ハ管理人ノ義務トナシ受諾者ニ之ヲ知ラシメザルハ其過失タルヲ以テ爲メニ受諾者ヲシテ契約ノ利益ヲ得セシメザルノ理由ナケレバ、

民法ノ缺點

受諾者ガ其事實ヲ知ラザル場合ニ限りテ之ヲ有効トスルニ在ルガ如シ、然レドモ何故ニ相續人又ハ管理人ハ之ヲ通知セザルベカラザルノ義務アルカ、縦ヒ又此義務アリトスルモ相續人ガ死亡シタル言込人ニ於テ斯カル言込ヲ爲シタルコトヲ知ラズ、又不能力トナリタル言込人ガ之ヲ管理者ニ知ラシムルコト能ハザル場合ノ如キ、又受諾者ガ三者ヨリ言込人ガ死亡シ又ハ無能力トナリタル事實ヲ了知シタルトキノ如キニ於テモ、法律ハ仍ホ受諾者ガ事實ヲ知ルト知ラザルトヲ以テ、其有効無効ヲ區別スルノ理由ヲ説明スルニ足ラザルベシ、又契約ハ必ズシモ言込者ノミヲ利スルモノニアラザルノミナラズ、縦ヒ言込者ノミヲ利スル場合ニ於テモ、受諾者ガ言込人ノ死亡シ若クハ無能力トナリタル事實ヲ通知ヲ相續人若クハ管理人ヨリ得タルト否トニ係ハラズ受諾ヲ爲シタルトキハ、其契約ヲ有効トスルト無効トスルトハ受諾者ノ自由ニ任ジ、單ニ之ヲ受諾者ノ一方ノミニ於テ無効トスルコトヲ得ベキモノトセザルヲ得ズ、事實ヲ知ルト否トヲ以テ受諾ノ有効無効ヲ區別スルハ決シテ其理由アルヲ見ザルナリ、故ニ如何ナル場合ヲ問ハズ言込人ノ死亡シ又ハ無能力トナリタル事實ハ毫モ受諾ノ効力ヲ左右スルニ足ラザルモノトセザルヲ得ズ、但シ書畫ヲ作ラントノ契約其他當事者一身ノ技倆ヲ目的トシタル契約ニシテ他人ヲシテ之レニ代ハラシムルコト能ハザル場合ノ如キハ、當事者ガ死亡シ若クハ無能力ト爲リタルトキハ義務ノ不履行タルノ點ニ於テ當然無効ノ契約タルニ至ルベシ。
法律ハ只ダ言込人ノ死亡シ若クハ無能力トナリタル場合ノミヲ規定スレドモ、受諾者ノ死亡又ハ双方ノ死亡等ノ場合ニ於テモ一旦爲シタル有効ノ言込及ビ受諾ハ其効力ヲ失フコトナカルベシ。

(戊) 契約ノ言込ハ受諾ニ依リテ茲ニ契約ハ忽チ成立スベシ、即チ遠隔ノ地ニ於ケル契約ハ明示ノ受諾ノ場合ニ於テハ受諾ノ報ノ言込者ニ達シタル時ニ於テ契約ハ結了シ、默示ノ場合ニ於テハ受諾ノ報ヲ言込者ガ了知シタル時ニ於テ契約ハ結了セン、即チ言込ノ受諾ハ直チニ言込ヲ契約ニ變ゼシメ又言消スコトヲ得ザルモノトナルガ故ニ有効ナル受諾タルノ條件ハ左ノ如クナルベシ。

受諾タルニ必要ナル第一ノ條件

第一、受諾ハ必ズ受諾ノ期間即チ受諾ノ爲メ明示ノ期間アルトキハ、其明示ノ期間内又明示ノ期間ナキトキハ相當ノ期間内ニ爲シタルモノトラザルベカラズ、此期間ヲ經過スルノ受諾ハ該言込ニ對スル受諾タルノ効力ナカルベシ、又明示若クハ默示ノ期間ヲ定ムル理由ハ、受諾人ヲシテ何時ニテモ此期間ナレバ幾度ニテモ有効ニ受諾スルコトヲ許スノ意ニアラザルヲ以テ、此期間ト雖モ一旦言込ヲ拒絶シタル後ハ再度ノ受諾ハ其効力ナカルベシ、但シ期間經過後ノ受諾若クハ期間内ト雖モ、一旦拒絶シタル後ニ於ケル再度ノ受諾ハ言込者ニ對シテ新ナル反對ノ言込タルニ充分ナルモノト解セザルベカラズ。

受諾タルニ必要ナル第二ノ條件

第二、受諾ハ言込ノ全部ヲ無條件ニテ絶對的ニ諾スルモノトラザルベカラズ、斯ノ如キ確定ナル受諾アルニアラズンバ言込ヲ變ジテ直ニ契約ニ化セシムルコトヲ得ザルベシ。是レ已ニ論述シタルガ如ク一方ニ於テハ言込ノ確實ニシテ契約タルニ必要ナル一切ノ條件ヲ具備スルコトヲ必要トスル所以ナリ、設例ヘバ肥後米五百俵ヲ一俵ノ代價五圓若クハ六圓ニテ買取ラントノ言込ハ言込自身ノ不明ニシテ言込ノ効力ナキモ、若シ肥後米五百俵ヲ一俵六圓ニテ買取ラントノ確定ナル言込ニ對シ五圓ニテ之ヲ賣渡サントノ受諾ヲ爲シ、又

ハ代價ハ相談ノ上ニテ賣渡サントノ受諾ヲ爲シタル場合ノ如キハ有効ナル受諾ニアラザルベシ、但シ受諾ノ確定ニシテ且ツ絶對的ナルト否ノ問題ハ受諾者ノ使用シタル言込文字ノ解釋ニ依リテ定ムベキモノナルヲ以テ、實際ニ於テハ甚ダ判定ニ困ムノ問題ヲ生ズルコト多カルベシト雖モ言込ノ條件ヲ變更シタル受諾ハ言込者ニ對スル新ナル言込トナルベシ、一俵五圓ニテ買ハントノ言込ニ對シ六圓ニテ賣ラントノ受諾ヲ爲スモノハ、却ツテ六圓ニテ賣ラントノ言込ヲ爲スモノナリ。

〔附言〕 上來論述シタル所ヲ以テ合意成立ノ必要條件タル承諾ニ關スル原理トス、古來學者ノ間異論ノ最多ナル一大問題ニシテ各國ノ法律モ亦大ニ其規定ヲ異ニセリ、余ハ最近ニ發達セル最新ナル法律ニ依リ余ノ最モ確信スル所ニ從ヒ我民法ノ規定ヲ解釋シ以テ法律ノ眞意ヲ開發セント試ミタリ、夫ノ英米法律ガ受諾ノ意思ノ表示ノミニ就キ發信主義ヲ採用セルガ如キハ論理ニ反シ、又受諾アル迄言込ヲ取消シ得ベキモノトスルガ如キハ民法ノ斷ジテ取ラザル所ナリ。行文單簡難澁ニシテ往々意義ノ盡サマル所アルベシト雖モ、原理原則ニ至リテハ悉ク之ヲ掲出シタルコトヲ信ズ學者宜シク此理論ヲ以テ實例ニ應用シ自ラ其當否ヲ判定セヨ。

第二款 物體(目的)

第一段 總說

合意ニハ必ズ一ノ物體(Objact) 即チ我民法ノ所謂目的ナルモノアルヲ要ス、物體ナキノ合意ハ決シテ吾人ノ

物體

想像シ能ハザルモノタリ、財産篇第二百九十六條第一項ニ規定セル合意ノ意義ニ依リテ合意ノ物體ハ物權若クハ人權ノ創設變更等ニ在ルヲ知ルベク、同條第二項ニ規定セル契約ノ定義及ビ第二百九十三條第二項ニ規定セル義務ノ定義ニ依リテ契約ハ人權ノミヲ創設シ得ベク從ツテ義務ノ物體ハ唯ダ兩極的行爲ニ外ナラザルヲ知ルベシ、故ニ合意ノ物體ト義務ノ物體ト同ジカラズ一ハ物權ヲ創設スルモノハ之ヲ創設スルコトヲ得ザルベシ、然ルニ我民法ハ此二者ヲ混同シ或ハ義務ノ物體タルノミニ必要ナル條件ヲ以テ合意ノ物體ニ適用シ、或ハ物權ノ創設ノミニ必要ナル條件ヲ以テ人權ノ創設ニ適用スル等甚ダ錯雜ヲ極メタリ、我ガ法學ノ幼稚未開ナル今日ニ於ケルノ法典ナレバ斯カル誤謬ハ素ヨリ之ヲ咎ムルニ足ラズ、余ハ茲ニ此等ノ場合ヲ區別シテ民法ノ原理ヲ發揚シ以テ其適用ノ完キヲ得セシメントス。

合意ノ物體ト義務ノ物體トノ差異

物權ヲ創設スル所ノ合意ノ物體ト人權ヲ創設スル所ノ義務ノ物體トハ其差異甚ダ數多ナリト雖モ就中其著大ナルモノハ一ハ權利創設ノ當時ニ已ニ物體ノ存在スルコトヲ要スルト一ハ之ヲ要セザルトニ在リ、物權ハ直接ニ或ル物ノ上ニ行ハルベキ權利ナルヲ以テ其物ハ權利ノ創設ト同時ニ存在セザルヲ得ズ將來ニ所有權ヲ取得スベキ他人ノ土地ヲ賣却シ、又ハ之レニ用益權若クハ地役權等ヲ設定スルコト能ハザルコト當然ナリ、然ルニ人權ハ已ニ前節ニ於テ論述シタルガ如ク、或ル所爲ニ對スルノ權即チ未來ノ行爲ヲ爲サシムルノ權ニシテ人權創設ノ當時ニ於テハ其所爲ハ未ダ存在スベキモノニアラズ、或ル物品ヲ製造セントノ契約又ハ或ル繪畫ヲ作ラントノ契約ノ如キ、或ハ幾干ノ金額ヲ支拂ハントノ契約、如キニ在ツテハ、人權ハ已ニ發生スルモ其物體タル行爲ハ未ダ存在セザル

ナリ、人權ヲ以テ所爲ノ上ニ行ハル、モノトスルハ所爲ヲ以テ已ニ存在スルモノトスルノ誤見ニシテ、從ツテ人權ニ依リテ義務ヲ負フモノハ、爲メニ其ノ財産ヲ減少スルモノトスル一層甚シキ誤謬ニ陥落スベキ空論タリ。

(本書物權ノ部第一三一葉及ビ人權ノ部第八葉ヲ參照セヨ)

民法ノ規定ニ從フニ合意ノ物體タルニハ其物體ハ第一確定タルヲ要シ、第二各人ガ處分權ヲ有スルモノタルヲ要シ、義務ニ就テハ其所爲ノ不能ナラザルコトヲ要シ、又不法ナラザルコトヲ要ス。予ハ前陳セル區別ニ從ヒ左ニ此等ノ要件ヲ説述セン。

第二段 確定ノ物體

確定ノ物體

第三百四條第二ニ合意ノ成立ニハ其物體ノ確定タルベキコトヲ必要トスルコトヲ規定スレドモ、其所謂物體ナルモノハ目的タル物件自身ヲ指示スルモノトスルトキハ、此要件ハ只ダ物權ヲ創設移轉變更消滅スル合意ノミニ適用セラルベシ、蓋シ物權ハ直チニ物ノ上ニ行ハルベキ權利ナルヲ以テ現ニ存在スル物件ニシテ且其確定ナルコトヲ必要トスルハ當然ナリ、何レノ地所トモ定マラザル或ル地所ニ用益權地役權等ヲ設定セントスルモ用益權者地役權者ハ毫モ物權ヲ取得スルコト能ハザルベシ、然レドモボ氏ハ人權即チ義務ノ物體ニ就テモ亦此要件ヲ適用スベキモノト爲シ、或ル物ヲ與ンヘトスルニ族ニ依リテ之ヲ指定シ或ハ動物或ハ植物又ハ或ル礦物ヲ與ヘント約スルハ其物體ハ不確定ナルベク、若シ又之ニ反シ種ヲ以テ之ヲ指示シ一匹ノ馬一本ノ松又ハ一個ノ大理石ヲ與ヘント約スルハ其物體ハ確定ナルベキモノトセリ (Boissonade, Com. II. P. 57) 蓋シ氏ガ論據ハ古代羅馬法ニ

胚胎シ羅馬法ニ於テハ所有權其他ノ權利ヲ與フル場合 (Dare) ニ於テ之ヲ確定不確定 (Certum et incertum) ニ區別シ或ル特定セル物 (Res certa) 若クハ量數ノ一定セル物ヲ與フルトキハ之ヲ確定ノ物體ト爲シ其他ノ物ヲ與フルトキハ之ヲ不確定ノ物體ト爲シタレドモ、此區別ハ單ニ訴訟上ノ形式ノミニ其關係ヲ有シ原告ハ單ニ訴狀ニ於テ必ズ確定ノ主張ヲ爲スベキモノト爲シタルニ在リシガ、羅馬ニ於テモ已ニヂユスチニアン帝ノ時ニ至リテハ全ク無用ノ區別ニ化シタリ、氏ハ此羅馬法中ノ陳說ヲ以テ我民法ヲ解釋セントスレドモ此法理ヲ適用スベキ場合ハ只ダ或ル物ヲ與ヘテ直チニ所有權等ヲ移轉セントスル場合ノミニ止マリ、況ク人權ノ創設ニ關スル義務ノ物體ニ適用スベカラズ、縱シ又單ニ將來ニ或ル物ヲ與ヘントノ所爲ヲ以テ物體トスル場合ニ之ヲ適用シ其與ヘントスル物體自身ノ確定ナルヲ要スベキモノトスルモ、斯カル物體ハ人權即チ義務ノ直接ノ物體ニアラザレバ物件ノ不確定ハ斯ノ如キ義務ヲ履行スル能ハザルノ一原因トナルコトヲ得ベキモ、直ニ義務不成立ノ原因タルコトナカルベシ、或ル動物ヲ與ヘントノ契約ヲ爲スガ如キハ其動物ノ何タルハ甚ダ不確定ニシテ實際裁判所ガ之レガ履行ヲ命ズルコト能ハザルベキモ、原告ニシテ當事者間ニ承諾セル或ル確定ノ馬若クハ牛タルコトヲ證明シ得バ其契約ハ決シテ無効タラザルベシ、只ダ契約ノ履行上確定ノ物件タルコトヲ證明スルノ困難ナルニ過ギズ、故ニ近世ノ法理ハ義務ノ間接ノ物體タル物件ノ確定不確定ハ其直接ノ物體タル所爲自身ニ毫末ノ影響ヲ及ボスベキモノニアラズトシ、物件自身ノ不確定ナル場合ニ於テハ法律ハ通常義務者ニ與フルニ之ヲ撰擇スルノ自由ヲ以テセリ、擇一債權、任意債權ナルモノ、如キハ物件自身ノ不確定ナル場合ノ最モ著大ナルモノニシテ我民法モ亦現ニ斯ノ如キ

債權ヲ認メタリ (第四百二十八條及ビ第四百三十六條)、故ニ法律ガ合意ノ物體ノ確定ナルヲ必要トスルハ、只ダ直チニ物權ヲ移轉スベキ場合ノミニ於ケル條件タルニ過ギザルモノト解セザルヲ得ズ、而シテ第三百三十一條ニ合意ハ未來ニ係リ且成立ノ不確定ナル物ヲ目的トスルコトヲ得「ト明言スレドモ、義務ノ物體タル所爲ノ未來ニ係リ又其成立ノ不確定タルベキコトハ素ヨリ當然ニシテ法律ノ明文ヲ待タザルモ明白ノ原理タリ、故ニ該條ニ合意ノ物體ト謂フハ所爲ニアラズシテ間接ノ物體自身ヲ指示シ只直ニ物權ヲ移轉スベキ合意、即チ賣買ニ就キ一ノ例外ヲ認メタル者ニ過ギズト解セザルヲ得ズ、是レ不確定ナル物ヲ目的トス云々ト明言セルヲ以テ明了ナラン、蓋シ賣買ハ合意ト同時ニ物權ヲ移轉スベキ者ナルヲ以テ、必ズ現ニ存在スル物件ニアラザレバ賣買ノ物體タルコトヲ得ザルハ勿論ナリト雖、法律ハ期節ノ收穫物ヲ其生熟前ニ賣買スルコトヲ許シ、現ニ其物體ハ未ダ成立セザルモ賣買主間ニ已ニ物權ヲ移轉シ終リタル者ト見做シ、三者ニ對シテ買主ノ權利ヲ確保セシムルハ賣買法中ノ一例外ナリ、故ニ該條ハ其文面上ニ於テハ汎ク合意ノ物體ニ適用セラル、ガ如キモ、立案者ノ意ヨリスルトキハ斷ジテ之ヲ賣買ノミニ適用スベキ法律トセザルヲ得ザルナリ。

上來論述スル所ヲ以テ見レバ我民法ハ義務ノ物體(所爲)ト或ル合意即チ直チニ物權ヲ發生移轉スベキ權利行爲ノ物體(物件)トヲ混同セルノミナラズ、立案者ノ說明ニ依レバ民法ノ規定ハ全ク後者即チ權利行爲ノ物體タル物件ノミニ關スル要件タルニ似タリ、然レドモ合意ノ物體ハ必ズシモ斯ノ如キ物體ノミニ止マラズシテ、一ノ行爲即チ義務ノ物體タルコトヲ得ベキコト當然ニシテ、財産篇第二部即チ義務篇ニ於テハ主トシテ義務ノ物體タルニ

必要ナル條件ヲ規定スルコトヲ要ス、然レドモ民法ノ規定ハ起案者ノ説明ニ係ハラズ敢テ之ヲ所爲即チ義務ノ物體ニ適用スルコトヲ得ザルニアラズ、即チ民法ハ合意ノ物體ノ確定タルヲ要スト謂ヘルハ義務ノ物體タル所爲ノ確定タルコトヲ要スルノ意ト解スベシ、或ル事ヲ爲スノ行爲カ或ル事ヲ爲ササルノ行爲カノ確定ナラザル以上ハ素ヨリ義務ノ成立スルコトナカルベク、又義務ノ物體ハ義務成立ノ當時ニ成立セザルガ原則ナレバ、第三百二十一條ノ規定モ亦當然ノ原則ヲ明記セルモノトシテ差支ヘナカルベシ、起案者ノ説明セル事例ハ盡ク其當ヲ得タルモノニアラズ、故ニ起草者ノ意見ニ拘泥スルノ解釋ハ、却ツテ不完全ナル民法ヲシテ益々不完全ナラシムルニ終ルベシ。

第三段 各人ガ處分權ヲ有スル物體

合意ノ物體ハ各人ガ處分權ヲ有スルモノヲラザルベカラザルハ第三百四條第二ノ明言スル所ナリ、ボ氏ノ説明ニ曰ク「各人ガ處分權ヲ有スルモノトハ羅馬法ヲ採用セル歐洲諸邦ニ所謂融通物ノ義ナリ」トボ氏ノ所謂融通物ナルモノハ歐洲諸邦ノ所謂融通物タルモノトハ大ニ異ナル所アリ其誤見タルコトハ本書ノ物權ノ部ニ於テ已ニ之ヲ論ジタリ又氏ハ法律ハ絶對的ニ一般人ニ對シテ賣買讓渡ヲ禁止セズ單ニ或ル人(即チ官許ヲ得ザル者)ノミニ對シテ禁止スル物體即チ相對的不融通物又ハ三者ノ所有物ノ如キモ亦合意ノ物體タルコトヲ得ザルモノトセリ、然レドモ此説明タル單ニ合意ニ依リ直チニ所有權其他已ニ存在セル權利ヲ移轉變更スル權利行爲ノ場合、即チ賣買若クハ利益權地役權等ノ設定ノミニ適用セラレベシ、處分權ナキ物體ハ合意ニ依リ直ニ其所有權ヲ移轉スルコト能ハザルハ當然ナリト雖、斯ノ如キ説明ハ之ヲ義務ノ物體即チ所爲ニ適用スルコトヲ得

各人ガ處分權ヲ有スル物體

ザルナリ、他人ノ所有ニ屬スル物ヲ賣買セントノ契約ハ日常ノ事ナルノミナラズ、火藥販賣ノ免許ヲ得ザルモノガ火藥ヲ賣却センコトヲ約シタルトキト雖、之ヲ官許ヲ得タル後ニ賣却セントノ契約ナリト解セザルヲ得ズ、免許ノ有無ハ契約ナリト解セザルヲ得ズ、免許ノ有無ハ契約自身ノ成立ヲ左右シ得ベキモノニアラザルナリ。

「處分權」ナル文字ハ甚ダ不適當ニシテ之ヲ義務ノ物體即チ未ダ成立セザル所爲ニ適用スルハ甚ダ穩當ナラザルガ如シト雖、合意ノ物體ハ必ズシモ物件自身ノミニ止マラズ、又一ノ所爲即チ義務ノ物體タルコトヲ得ベキヲ以テ之ヲ廣義ニ解釋シ狹義ニ解釋スルコトアルベカラズ、故ニ法律ガ合意ノ物體ニ各人ノ處分權アルヲ必要トスル所ノ條件ハ之ヲ廣義ニ解シ義務ノ物體即チ所爲ニ於テハ之ヲ物體即チ所爲ノ可能若クハ合法ト謂ヒ、此條件ナキトキハ之ヲ不能若クハ不法ト謂フモノトスルヲ適當トス、第三百二十二條ニ「合意ハ不法又ハ不能ノ作爲又ハ不作爲ヲ目的トスルトキハ無効ナリ」ト云ヘルハ合意ノ物體ガ所爲ナル場合ニ適用スベキ條文ナリ、直チニ物權ヲ移轉スル合意ノ物體ニ對シ各人ガ處分權ヲ有スルコトヲ必要トスル場合ト相適應ス。

義務ノ物體即チ所爲ノ不能ハ合意成立ノ事實ノ發生セル當時ニ於テ已ニ存在スル場合ト、義務成立ノ後ニ至リテ初メテ發生セル場合トヲ區別セザルベカラズ、義務成立後ニ發生セル不能ハ義務ノ履行ノ不能ガ一旦成立セル義務ヲ消滅スルヤ否ノ問題ニ關係シ義務ノ成立如何ニ關係スル所ナキヲ以テ財產篇第二部第三章第六節ノ規定ニ屬ス、故ニ茲ニ論ズベキ行爲ノ不能ハ只ダ義務成立ノ際ニ於テ存在スル不能ノ場合ノミニ限レリ。

義務成立ノ當時ニ存在スル不能ヲ分チテ更ニ物格的不能ト主格的不能ト二種ト爲ス、學者或ハ又之ヲ絶對的不

合意成立ノ際ノ不能ト成立不能ト不能

主格的不能及物格的不能

能相對的不能ト謂ヒ又天然的不能人爲的不能ト稱ス、物格的不能トハ行爲自身ノ不能ヲ謂フ設例ヘバ已ニ消滅シタル物件ヲ賣却セントノ契約又ハ永久自動ノ時計ヲ製造セントノ契約ノ如キ是レナリ、主格的不能トハ只ダ債務者ノミノ爲メニ不能ナルモノヲ謂フ、設例ヘバ無資力者ニシテ數百萬金ヲ與ヘンコトヲ約シタル場合ノ如シ、然レドモ或ル行爲ガ果シテ行爲自身ニ於テ不能ナルヤ否ハ全ク人ノ信認如何ニ在リテ存ス、一時間ニ十里ヲ行クノ汽車若クハ數百里外ノ人ト談笑スルコトヲ得ベキ電話機ノ如キハ數百年前ニ於テハ必ズ之ヲ不能ノ行爲トナセシナラン、明日モ太陽ハ必ズ東ヨリ出デ、西ニ没スルナラントハ何人モ必ズ確信スル所ナラント雖モ是レ又一ノ信認タルニ過ギズ、故ニ所謂主格的不能トハ吾人ガ現時ニ於テ有スル智識上普通一般人ノ信認ニ依リ普通一般人ニ不能ナルモノヲ謂ヒ、物格的不能トハ債務者ガ實際不能ト信認スルト否トヲ問ハズ普通一般人ニ可能ナル所爲ヲ爲スコト能ハザルヲ謂フニ過ギズ。

所爲ノ不能ガ單ニ主格的ナルトキハ其不能ハ毫モ合意自身ヲシテ無効タラシムルニ足ラズ、而シテ債務者ニシテ現ニ之ヲ履行スルコト能ハザルトキハ金錢ヲ以テ債權者ガ契約ニ依リテ得ベキ積極的利益ヲ満足セシムルコトヲ要ス、但シ贈與契約ノ場合、縱ヒ債務者ニシテ契約ノ當時ニ不能ナルコトヲ了知セザルモ、仍ホ損害賠償ノ責ヲ免ル、コトヲ得ズ、之ニ反シ若シ所爲ノ不能ニシテ物格的ナルトキハ合意ハ當初ヨリ成立セザルヲ以テ、債務者ハ合意ノ利益ヲ債權者ニ賠償スルノ義務ヲ負フコトナシ、而シテ此原理ハ毫モ當事者ガ所爲ノ不能ヲ知ルト否トニ關係スル所ナシト雖、諾約者ニ於テ其過失ナクシテ所爲ノ不能タルコトヲ知ルコト能ハザリシトキハ要約者ハ其

不能ヲ知ルト否トヲ問ハズ、諾約者ニ對シテ有効ナル契約ノ了結ヲ妨ゲタル損害ヲ賠償シ契約ノ消極的利益ヲ満足セシメザルベカラズ、古代ノ羅馬法學者ハ要約者ニ於テ作爲又ハ不作爲ノ不能ヲ知り、又ハ大過失ニ依リテ之ヲ知ラザリシトキノミ諾約者ノ損害賠償權ヲ認メタレドモ、契約申込者ニ充分ノ責任ヲ負ハシメ一旦有効ニ爲シタル申込ハ諾約者ニ到達シタル後ニ於テハ、再ビ之ヲ言消スコトヲ得ザルモノトスル近世ノ法理、及ビ我民法ノ規定ニ於テハ此ノ陳說ヲ採用スルコトヲ得ズ、法律上要約者ノ爲シタル申込ヲ以テ單一ノ受諾ニ依リ直ニ有効ノ契約ヲ結了スルニ足ルベキモノトスル以上ハ、受諾者ハ毫モ其申込ノ有効無効ヲ検査スルノ責任アルベキモノニアラザルナリ。

第三者ノ所爲ヲ物體トスル場合

第三者ノ所爲ヲ以テ合意ノ物體トスルコトヲ得ベキヤ否ニ就テハ學者ノ間議論數多ナリト雖、所爲ハ單ニ義務ノ物體タルコトヲ得ルノミニ止マルヲ以テ、義務ノ物體タルベキモノハ必ズ債務者ノ所爲タルベキコトヲ要ス、第三者ノ所爲ヲ以テ物體トスルノ義務ナルモノ、存立スベキ理由ナシ、當事者間ノ合意ヲ以テ直接ニ第三者ノ所爲ヲ拘束シ得ベキモノニアラズ、第三百二十二條第二項ニ、第三者ノ作爲又ハ不作爲ヲ目的トスル合意ハ不能ト見做シテ合意ノ成立スルコトナキモノトセルハ至當ノ規定ナリト謂フベシ、然レドモ第三者ヲシテ或ル事ヲ爲シ又ハ爲サシメザルノ合意ハ多クハ第三者ヲシテ直接ニ義務ヲ負擔セシムルモノニアラズ、從ツテ其義務ノ物體ハ第三者ノ所爲ニアラズシテ諾約者自身ノ所爲タル場合甚ダ多シ、設例ヘバ甲者ガ乙者ニ對シ丙者ヲシテ或ル器械ヲ製造セシムンコトヲ約シタルトキハ、甲者ハ乙者ノ爲メニ丙者ヲシテ器械ヲ製造セシムルコトニ盡力センコト

ヲ約スルニ過ギズ、此契約ノ物體ハ丙者ノ所爲即チ製造ノ所爲ニアラズシテ甲者ノ所爲即チ盡力ノ所爲ナリ、故ニ斯ノ如キ契約ハ決シテ之ヲ無効ト謂フコトヲ得ザルベシ、而シテ若シ丙者ニシテ該器械ヲ製造セズ又ハ之ヲ製造スル能ハザリシトキハ其結果ハ如何ナルベキヤ、羅馬法ニ於テハ乙者ヲシテ自ラ之ヲ製造セシメ、若クハ金錢ヲ以テ其利益ヲ賠償セシムベキモノトセリ、然レドモ此ノ羅馬法ノ原理ハ必ズシモ一般ニ之ヲ適用シ得ベキモノニアラズ、當事者間ノ意思ノ解釋如何ニ依リテ其論定ヲ異ニセザルヲ得ザルナリ、即チ甲乙ノ二人ガ丙者ヲシテ或ルコトヲ爲サシムベシトノ契約ヲ爲シタルトキニ於テ、甲乙間ノ意思ニシテ乙者ハ單ニ丙者ヲシテ或ル事ヲ爲サシムルコトニ盡力セントコトヲ約スルニ在リシトキハ、丙者ニ於テ縱ヒ該作爲ヲ爲サマリシトキト雖乙者ハ充分ニ其力ヲ盡シタルコトヲ證明シ得バ、充分其義務ヲ免カルベク、只ダ之レヲ怠慢ニ付シテ盡力ヲ爲サマリシトキノミニ於テ、甲者ニ金錢上ノ賠償ヲ爲スノ義務アルベシ、若シ又之ニ反シ甲乙間ノ意思ニシテ、直ニ丙者ヲシテ或ル事ヲ爲サシム其結果ヲ生ゼントスルニ在リシトキハ、乙者ハ百方盡力怠リナカリシトキト雖、其結果ニシテ現ニ發生セザリシトキハ乙者ハ甲者ニ對シテ其責ヲ免ル、コトヲ得ザルベシ、而シテ第三百二十二條ノ各項ハ只結果ヲ目的トスル場合ノミヲ揭示セリ即チ左ノ如シ。

盡力セン
トノ意思
ト或ル結
果ヲ生ゼ
シメント
ノ意思

一、諾約者ガ第三者ニ對シテ威權ヲ有スルトキハ、第三者ノ作爲又ハ不作爲ヲ目的トスル合意ノ有効ナルコトハ第三百二十二條第二項ノ規定ニ依リテ明了ナレドモ、第三者ノ所爲ヲ以テ義務ノ物體トスルコト能ハザルコト當然ナリ、縱令諾約者ニシテ第三者ニ對シテ威權ヲ有スル場合ト雖、第三者ニシテ諾約者ノ奴隸タルニアラズ

擔保ノ場
合

ンバ、決シテ之ヲ有効ノ契約ト云フコトヲ得ザルコト素ヨリ明白ナレバ、此場合ニ於ケル義務ノ物體ハ第三者ノ行爲ニアラズシテ諾約者ノ所爲ト謂ハザルベカラズ、設例ヘバ製造所ノ持主ハ其職工ヲシテ製造ヲ爲サシムルノ權力ヲ有スベキモ、該持主ガ或製造品ノ注文ヲ受合タリトテ、注文者ハ直チニ職工ニ對シテ之ヲ製造セシムルノ權利ヲ得有スルモノニアラザルガ如シ、而シテ該契約者ニシテ第三者ニ對シテ威權ヲ有スルトキハ、當事者間ノ意思ハ諾約者ヲシテ單ニ盡力ノ所爲ヲ爲サシムルニアラズシテ、第三者ノ行爲ノ結果ヲ得ントスルニ在ルベシ。故ニ諾約者ニシテ第三者ヲシテ其所爲ヲ爲サシムルコト能ハザリシトキハ、諾約者ニ於テ百方盡力毫モ怠慢ナカリシ場合ト雖、要約者ニ對シテ要約者ガ第三者ノ所爲ニ依リ得ベカリシ利益ヲ賠償セザルベカラズ。

二、第三百二十二條第三項ノ場合即チ第三者ノ作爲又ハ不作爲ニ付キ明示ニテ擔保人ト爲ル場合ノ如キ擔保契約ノ物體ハ第三者ノ所爲ニアラズシテ自己ノ所爲タリ、設例ヘバ甲者ガ乙者ニ對シ丙者ヲシテ乙者ノ爲メニ或油繪ヲ作ラシメンコトヲ約シ、而シテ丙者若シ該油畫ヲ作ラザルトキハ自ラ之ヲ作ランコトヲ保證シタルトキノ如キ是レナリ、而シテ我民法ハ甲者ノ義務ヲ以テ擔保ノ義務トスレドモ斯ノ如キ場合ニ於テハ乙者ト丙者トノ間ニハ毫モ契約ノ存在スルコトナキモノナルヲ以テ、之ヲ純然タル擔保義務ト謂フコトヲ得ズ、主タル義務ナキニ從タル義務ノ存在スベキ理由ナシ、第三百二條第三項ハ但書ニ於テ從タル合意ガ主タル合意ノ無効ナル場合ニ於テ、之ニ代ハルヲ目的トスルトキハ、主タル合意ノ無効ハ從タル合意ノ無効ヲ惹起スルコトナキコトヲ規定スレドモ、是レ一旦成立シタル合意ガ取消サレタル場合ノミニ適用シ得ベキ法文ナリ、初メヨリ成立セザ

ル主タル合意ニ對シ從タル擔保ノ義務アルベキモノニアラズ、故ニ法律ガ右ノ場合ヲ以テ擔保ノ義務アルベキモノトスルハ其當ヲ得タルモノニアラザルヲ以テ、此場合ノ如キハ單ニ第三者ノ所爲ニ就キ盡力ヲ爲サントノ契約ヲ爲シタルニ過ギザルモノトスルコト適當ナレドモ、法律ガ之ヲ擔保ト明言スル以上ハ法理上眞ノ擔保ニアラズトスルモ之ヲ擔保ト同一ノ結果ヲ生ゼシメ、諾約者ハ斯カル契約ニ依リ第三者ノ所爲ノ結果ヲ得セシメシコトヲ約シタルモノト爲シ、諾約者ハ如何ニ盡力怠リナカリシ場合ト雖、仍ホ其責ニ任ズベキモノトマデ解スベシ。

三、第三者ニシテ或ル事ヲ行ハシムルコト能ハザレバ過怠金ヲ辨償スベシトノ契約ハ、單ニ盡力ヲ以テ其契約ノ物體ト爲シ、百方盡力ノ上結果ヲ生ゼザルトキハ、諾約者ニ其責ナキ場合アルベシト雖第三百三十二條第四項ハ「何人ニテモ第三者ニ代ハリテ諾約ヲ爲シ若クハ其第三者カ之ヲ履行セザルニ於テハ過怠金ヲ辨償スヘキ責ニ服スルコトヲ得」ト明言スルヲ以テ、民法ハ又第三者ノ行爲ニ依ル結果ヲ目的トスル場合ノミヲ規定セルモノニ似タリ、是レ法文ガ第三者ガ之ヲ履行セザルニ於テハ云々ト明言シ、第三者ヲシテ履行セシムルコト能ハザルニ於テハ云々ト謂ハザルヲ以テ明了ナルベシ。

第三者ヲ承諾セシムル場合

四、第三者ヲシテ或ル事ヲ承諾セシムベキ旨ヲ約スルモノハ通常只ダ承諾セシムベキ盡力ヲ爲サント約スルモノナルベケレドモ、第三百二十二條末項ハ第三者ノ承諾シタルトキヨリ諾約者ガ其義務ヲ免レ得ベキコトヲ明言スルヲ以テ、此場合モ亦現ニ第三者ヲシテ承認セシムルノ結果ヲ生ズル迄ハ、其義務ヲ免ル、コト能ハザルモノト謂ハザルヲ得ズ。

右ノ如ク我民法ニ掲ゲタル各種ノ場合ハ第三者ヲシテ或ル事ヲ爲サシメ又ハ或ル事ヲ爲サシメザルノ盡力ヲ以テ契約ノ物體トスル場合ニアラズ、縦ヒ盡力ノ所爲ヲ了ルモ現ニ三者ニシテ或ル事ヲ爲シ又ハ之ヲ爲サマルトキハ、其結果ニ對シテ諾約者ガ其責任ヲ負擔スベキ場合ノミニ止マレリ、故ニ此等ノ場合ニ就キテハ前ニ記載シタル羅馬法ノ原理ヲ以テ全然之ニ適用スルコトヲ得レドモ、我民法モ亦盡力ノ所爲ノミヲ以テ契約ノ物體トスルコト能ハズトスルモノニアラザルハ明白ナリ、故ニ當事者ノ意思如何ニ依リテハ盡力ノミヲ以テ契約ノ物體トセル場合アルベキヲ以テ、此等ノ場合ニ於テハ第三者ガ現ニ或ル所爲ヲ行ハザリシニ係ハラズ、諾約者ニ於テ百方盡力怠リナカリシコト明白ナル以上ハ諾約者ヲシテ其責任ヲ負ハシムルコト能ハザルベシ。

物體ノ不法

合意ノ物體タル所爲ニシテ不法ナルトキハ其合意ハ當然成立スルコトナカルベシ、英米ノ法律ハ合意ノ目的即チ趣意ノ不法ナル場合ヲ認ムレドモ合意ヲシテ不成立タラシムルノ不法ハ必ず所爲自身ノ不法タル場合ノミニ限ラザルヲ得ズ、已ニ前ニ論ズルガ如ク合意ノ物體タル所爲ハ未ダ合意ノ時ニ成立スルコトナクシテ合意ノ履行ニ依リ將來ニ發生スベキモノタルヲ以テ、所謂所爲ノ不法トハ合意ノ効力ニ依リテ履行スルトキハ不法ノ所爲ヲ發生スルヲ謂フナリ、故ニ合意ノ當時ニ於ケル當事者ノ惡意ハ毫モ其所爲ノ合法不法タルニ關係スル所ナシ。設例ヘバ英米法ニ於テハ強盜ヲ爲スノ目的ニ供スルモノタルコトヲ知りツ、兇器ヲ賣却セントノ契約ハ、目的ノ不法タルノ故ヲ以テ之レヲ無効トスレドモ、強盜罪ノ現ニ行ハレザル間ハ兇器ノ賣買ノ所爲自身ハ毫モ不法ノモノ

ニアラズ、買主ハ其目的ノ不法ヲラザリシテ理由トシテ代價ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得ズ。何トナレバ從犯タルノ所爲ハ正犯タル所爲ノ行ハレタル後ニアラザレバ成立スルコト能ハザレバナリ、又信用ニテ兇器ヲ賣渡シタル後ニ於テ正犯タル罪ノ行ハレタルトキニ於テハ、賣主ハ其代價ヲ請求スルコト能ハザルコト當然ナレドモ、此場合ニ於テハ賣主モ亦ターノ犯罪人タリ、犯罪ニ依ルノ利益ハ契約履行上法律ノ保護スル所ニアラザル迄ニシテ、契約自身ハ其當時已ニ成立シ了リタルモノト謂ハザルヲ得ズ、然レドモ法律ニ於テ犯罪ノ豫備ノ所爲ノミヲ以テ一ノ犯罪トスルノ場合、設例ヘバ國事犯ノ陰謀等ニ於テ其豫備ノ所爲ヲ爲シタルトキハ、契約ハ當然成立スルコトナカルベシ、是レ目的即チ趣意ノ不法ナルニアラズシテ其行爲自身ガ契約ノ當時ニ於テ已ニ不法タレバナリ、故ニ若シ裁判所ニテ其行爲ノ履行ヲ命ズルトキハ裁判所ハ犯罪ノ執行ヲ命ズルモノトナルベシ、又犯罪ハ概ネ惡意ニ出デタルヲ要スレドモ契約ノ當時ニ於テ當事者ノ惡意ナキノ一事ハ毫モ不法ノ行爲ヲシテ合法タラシムルニ足ラズ、當初ヨリ無効ノモノトナルベキハ當事者ガ不能ノ作爲タルコトヲ知ラズシテ契約ヲ爲シタル場合ト異ナル所ナカルベシ、契約ノ不法ハ已ニ契約ノ當時ニ存在スベシ、但シ要約者ハ諾約者ニ對シ契約ノ消極的利益ヲ賠償セザルベカラザルモ亦不能ノ場合ト異ル所ナシ。

所爲ノ不法ナル場合ヲ分ツテ道德ニ反スルモノト特別法ニ反スルモノト、又政略ニ反スルモノ等トスルノ學者アレドモ、何レモ法律ニ於テ之ヲ犯罪トスルカ又之ヲ禁制スルカ又ハ之ヲ無効トスルモノニアラザレバ、不法ノ所爲ト謂フコトヲ得ザルベシ。其道德ニ反スルト云ヒ政略ニ反スルト謂フモノハ、單ニ法律ガ之ヲ不法トスル立

法上ノ理由タルニ過ギザルナリ、英米法律ニ於テハ特別法ニ反スル所爲ヲ罰スルニ罰金ノ刑ヲ以テシ、且其法律ノ目的ニシテ單ニ國庫ニ税金若クハ手數料等ヲ收入セントスルニ在ルトキハ、必ズシモ之ヲ不法ノ所爲トスルコトナキニ似タレドモ、我法律ニ於テハ稅則違犯ノ如キ單ニ罰金ヲ科スルモノニ過ギザルモノト雖、罰金ハ實ニ輕罪ノ刑タルヲ以テ稅則違犯ノ所爲ヲ物體トスル合意ハ當然無効タルベシ、妾若クハ娼妓タラントノ契約ノ如キハ道德ニ反スルノ契約タルベキモ、法律ニ於テ之ヲ禁制セザル以上ハ之ヲ以テ不法ノ合意トスルコトヲ得ザルベシ、又タ結婚ヲ爲スマジトノ契約或ハ商業ヲ爲スマジトノ契約ノ如キハ、英米法律ノ所謂政略ニ反スル不法ノ契約ナルベキモ、我法律ニ於テハ別ニ之ヲ禁制スルモノナカルベシ、但シ共有物ノ分割ヲ請求スマジトノ契約(財産篇第三十九條)相續ニテ受ク可キ財産ヲ讓渡スルノ契約(同第三百二十一條第二項)其他法律ガ絕對的ニ禁止ヲ爲シ、又ハ命令スルモノヲ爲スマジトノ契約ハ其所爲ハ法律上當然効力ナカルベキヲ以テ、其物體ノ不能ナルモノニシテ法律ハ合法ノ成立ヲ認メザルベシ。

第三款 原因

原因

合意成立ノ第三要素タル原因(Causa)ナル語ハ其意義常ニ一定セズシテ數種ノ意義ヲ有ス、一般合意ノ成立ニ必要ナル原因ト義務ノ成立ニ必要ナル原因トハ其意義ヲ異ニシ、要約者ニ取リテノ原因ト諾約者ニ取リテノ原因トハ又其意義ヲ同ウスルコトナシ、原因ノ何物タルヲ知ラント欲セバ先ヅ此等ノ場合ヲ區別スルコトヲ要ス、佛法學者ノ義務ノ原因トスル所ト英米法ガ義務ノ原因トスル所ト相同ジカラザルモ此區別ヲ混同スルノ誤ニ出デタ

リ、予ハ今マ左ニ此等ノ場合ヲ區別シ從來法學者ノ間ニ存シタル異說ヲ協合シ以テ我方民法ハ英佛兩法ヲ併セ得タル所以ヲ論述セン。

合意ノ原因

第一 合意ハ一ノ權利行為ナリ、而シテ合意ニシテ一ノ權利行為タル以上ハ合意ハ當然ニ様ノ方向ヨリ觀察スルコトヲ得ベシ、即チ合意中ニハ一方ニ於テハ直接ノ結果アリ他ノ一方ニ於テハ直接ノ目的アリテ、而シテ此目的ヲ達シタル時ニ於テ第二ノ結果ヲ生ズベシ、物權若クハ人權ノ創設變更若クハ消滅ハ第一ノ結果ナリ、物件ノ引渡金錢ノ支拂等ハ第二ノ結果ナリ、或ル物ヲ買ハントノ合意ハ第一ノ結果トシテ物權ヲ創設シ、第二ノ結果トシテ代價ノ支拂ヒヲ生ズベク、或ル物ヲ賣ラントノ合意ハ第一ノ結果トシテ人權ヲ創設シ、第二ノ結果トシテ物ノ引渡ヲ生ズベシ、而シテ其第二ノ結果若クハ該結果ヲ生ゼントノ意思ヲ稱シテ法律上之ヲ原因ト謂フ、故ニ原因ナルモノハ物格的ニ之ヲ考察スレバ第二ノ結果ヲ指示シ、主格的ニ之ヲ考察スレバ合意ノ直接ノ目的ニシテ法律上或ハ之ヲ權利行為ノ意思 (Animus) ト謂フ。或ル物ヲ賣ラントノ合意ニ於テ代價ノ支拂ハ物格的ノ原因ナリ、代價ノ支拂ヲ得ントノ意思ハ主格的ノ原因ナリ、合意ハ物權若クハ人權ヲ創設シ移轉シ變更シ若クハ之ヲ消滅スルノ權利行為タル以上ハ原因ナキ合意ノ成立スベキ理由ナカルベシ、苟モ合意ヲ爲シタルモノアラバ之ニ對シテ何故ニ合意ヲ爲シタルヤト問ハ、必ズ第二ノ結果ヲ生ゼシメンガ爲メナリト答フベシ、故ニ合意ノ原因ト緣由トハ、二者其間大ナル差異アルコトヲ知ルベシ、或ル物ヲ賣ラントノ合意ニ於テ代價ヲ得ントスルハ原因ナルベキモ、代價ヲ得タル後其金圓ヲ以テ家屋ヲ建築シ、又ハ旅行ヲ爲サントノ意ハ緣由ナリ、

主格的及物格的的原因

緣由ノ有無ハ法律ノ問フ所ニアラザルナリ。

義務ノ原因

諾約ノ原因

第一 義務ノ原因ニハ義務ヲ負擔シタル原因即チ諾約ノ原因 (Causa debendi) ト契約ヲ爲シタル原因即チ要約ノ原因 (Causa promittendi) トノ二様アリ、此二者ヲ區別シ又此二者ヲ併セテ義務ノ原因トセザルヲ得ズ。即チ、(イ) 義務ヲ負擔シタル原因即チ諾約ノ原因ハ諾約者即チ通常被告タル者ニ取リテノ原因ナリ、何故ニ汝ハ義務ヲ負擔シタルヤノ問ニ對スル答案ハ即チ此種ノ原因ナリ、或ル物ヲ賣ラントノ義務ヲ負擔シタルノ原因ハ代價ナル利益ヲ受取りタルニアルベク、或金錢ヲ拂ハントノ義務ヲ負擔シタル原因ハ物品ノ所有權ヲ取得シタルニ在ルベシ。又或ル物ヲ贈與セントノ義務ヲ負擔シタル原因ハ名譽ヲ得ントシ、若クハ親族知人等ノ情愛ヲ全ウセントスルニ在ルベシ。英國法ノ所謂原因即チ報酬 (Consideration) ナルモノハ、全ク義務ヲ負擔スル原因 (Causa debendi) ニシテ、諾約者ノ一方ノみの原因ヲ謂ヒ、要約者 (即チ原告) ノ契約ヲ爲シタル原因如何ヲ問フコトナシ、故ニ英國法ハ原因ヲ定解シテ要約者ヨリ諾約者ニ與ヘタル權利利益若クハ便宜 (又ハ諾約者ガ要約者ヲシテ爲サシメ又ハ之レニ與ヘタル忍耐損害責任) ナリトセリ、而シテ諾約者ガ得タル此等ノ利益便宜若クハ權利ハ如何ニ僅少ニシテ諾約者ガ之レガ爲メニ履行セシムベキ重大ノ負擔ト其ノ權衡ヲ得ザルモノ是レ當事者ガ自由ノ意思ヲ以テ定メタル權衡ナレバ敢テ法律ノ問フ所ニアラズ、要約者ガ一舉手一投足ノ勞ヲ爲シタルガ爲メニ諾約者ハ數萬金ヲ與ヘンコトヲ約スルモ亦有効ノ契約ナリ、我民法ハ單ニ合意ニハ一ノ原因ヲ必要トスルコトノミヲ規定スルヲ以テ、起草者ノ意見ハ如何ナル點ニ在ルヲ問ハズ其所謂

英國法ノ原因ハ諾約ノ原因ナリ

原因中ニハ諾約ノ原因ヲモ包含シ我民法モ亦義務ニ付テハ諾約者ニ於テ義務ヲ負擔シタル原因ナルモノアルヲ必要トスルモノト解セザルヲ得ズ、故ニ此點ニ於テハ英國法ノ規定ヲ適用シテ敢テ差支ヘナシ、但シ英國法ガ此種ノ原因即チ諾約ノ原因ハ必ズ金錢ニ見積ルコトヲ得ベキコトヲ必要トセルハ、濫訴ヲ防止シ且ツ義務存在ノ證據ヲ得ルノ目的ニ於テ便宜ナルベシト雖モ是レ英國法ニ固有ナル所ナリ、純然タル法理上ヨリ論ズレバ原因ニ全錢上ノ價格アルト否トヲ問ハズ、當事者ノ自由ノ意思ニ出デタル合意ハ必ズ有効タルベキコト勿論ナレバ、我民法上特別ノ明文ヲ以テ斯カル條件ヲ必要トセザル以上ハ、此條件ニ關シテハ英國法ノ規定ヲ適用スルコト能ハザルコト明白ナリ。

但シ他ノ種ノ原因即チ要約ノ原因ニ就キテハ我民法ハ特別ノ明文ヲ以テ金錢上ノ價格アルヲ必要トセリ事ハ次項ニ詳述ス

(ロ) 契約ヲ爲シタル原因即チ要約ノ原因ハ要約者(即チ通常原告タル者)ニ取リテノ原因ナリ、何故ニ汝ハ契約ヲ爲シタルカトノ問ニ對スル答辯ハ即チ此種ノ原因ナリ、或ル物ヲ買ハントノ契約又ハ或ル贈與ヲ受ケントノ契約ノ原因ハ該物件ノ所有權ヲ得ントスルニ在リ、佛國法學者ノ通常原因ト稱スルモノハ即チ此要約ノ原因ノミヲ指示シ英國法學者ガ前項ニ記載シタル諾約ノ原因ノミヲ以テ義務ノ原因トスルモノト全ク異ナレリ、要スルニ義務ノ原因ハ同一ナレドモ佛法學者ハ要約者ノ一方ノ點ノミヨリ之ヲ觀察シ、英法學者ハ諾約者ノ一方ノ點ヨリ之ヲ觀察スルモノト謂フベシ、アンソン、ボロツ諸氏ガ佛法學者ノ所謂原因ナルモノハ單ニ要約ノ原因タルコトヲ知ラズ、之ヲ英國法ノ原因ト同視シ單ニ其範圍ニ廣狹ノ差アルモノニ過ギズトスルハ佛法學者ノ所説ヲ誤解セルモノタルコト明白ナリ、民法ノ起草者タルボ氏ハ其說明書ニ於テハ

諾約ノ原因ハ金錢上ノ價格アルヲ要スルヲ要約ノ原因トス

佛法學者ノ所謂原因ハ要約ノ原因ナリ

佛法學者ノ所謂原因ハ要約ノ原因ナリ

佛法學者ノ所説ヲ採用シテ而シテ其例示スル所モ亦單ニ要約ノ原因ノ場合ニ過ギザルニ似タレドモ、義務ノ原因ナルモノハ要約ノ原因ノミニ限ルベシトハ明言セザレバ偶々ボ氏ガ要約ノ原因ノ場合ノミヲ例示スルトモ是レ原因中ノ一ノ場合ノミヲ示シタルモノト謂フコトヲ得ベキノミナラズ、予ハボ氏ノ説明中ボ氏ハ却ツテ諾約ノ原因ナルモノヲモ認メタルコトヲ發見セリ、乞フ試ミニ之ヲ論ゼン。

第三百二十三條第一項ニ曰ク「要約者カ合意ニ付キ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ正當ノ利益ヲ有セサルトキハ其合意ハ原因ナキ爲メ無効ナリ」ト。由是觀之我民法ハ義務ノ原因中要約ノ原因ニ就テハ必ズ金錢ニ見積ルコトヲ得ベキモノトシ、英國法ガ諾約ノ原因ヲ金錢ニ見積ルベキ價格アルヲ必要トシ、要約ノ原因ニハ却ツテ此條件ヲ必要トセザルモノト相反スルヲ知ルベシ、故ニ我民法上要約ノ原因ニ就テハ名譽又ハ道德上ノ情愛等ノ如キハ決シテ義務ノ原因タルコトヲ得ザルモノト謂ハザルヲ得ズ、然ルニボ氏ハ其說明書中ニ明言シテ曰ク、「贈與ノ原因ハ單純ナル道德上ノ満足ナリ」ト (Boissonade Com. II, p. 59.) 夫レ贈與ノ原因ニシテ道德上ノ満足タルコトヲ得ベキハ、我民法上只ダ諾約ノ場合ニ於テノミ然ルコトヲ得ルハ英國法固有ノ特例ナルコトハ前ニ之ヲ論ジタリ。ベク要約ノ原因ハ金錢ニ見積ル能ハザル所ノ道德上ノ満足タルコト能ハザルハ民法ノ明言スル所ナルノミナラズ、贈與ニ付テノ要約ノ原因ハ其贈與物件ノ所有權ヲ得ントスルモノナレバ、當然金錢ニ見積ルコトヲ得ベキモノタルベシ。要約ノ原因ハ決シテ道德上ノ満足ナルベキ場合アルベカラズ、故ニボ氏ニシテ贈與ノ原因ガ道德上ノ満足タルベキヲ得ベキコトヲ認ムル以上ハ、論法上ヨリ我民法ノ所謂義務ノ

要約ノ原因ハ金錢上ノ價格アルヲ要約ノ原因トス

ボ氏ノ卓見ト謂フベシ。

要約ノ原因ト訴訟係關

第三、我民法が要約ノ原因ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ベキ利益タルヲ必要トシ、金錢上ノ利益ナキ合意ヲ無効トスルハ前項ニ論述シタルガ如シ。是レ濫訴ヲ防制セントスル政略ニ出ヅルモノナルベケレドモ、要約者(原告)ガ金錢外ノ利益ヲ目的トシ諾約者ヲシテ或ル事ヲ爲サシムルノ合意ヲ爲スノ場合ハ甚ダ數多ナルベク、殊ニ金錢外ノ利益ニシテ金錢上ノ利益ヨリ大ナル場合甚ダ少ナカラザルベシ、或ル作爲ノ直接履行ヲ求ムル場合ニ於テハ多クハ金錢外ノ利益ヲ目的トスルモノナルベシ、現ニ民事訴訟法第六篇第三章ニモ金錢外ノ目的ヲ有スル債權ノ強制執行ニ關スル規定ヲ設ケタリ、是レ蓋シ獨逸訴訟法ノ規定ヲ標準トシタル結果ナルベキモ獨逸法ニ於テハ原告ハ必ズ金錢上ノ利益ヲ有スルコトヲ必要トスルコトナキモノナルヲ以テ、債務者ガ或ル事ヲ爲スノ義務ヲ負ヒ、而シテ之ヲ爲ササルトキハ罰金又ハ拘留ノ刑ヲ以テ其直接履行ヲ強制セリ、然ルニ我民法ハ要約者ハ必ズ金錢上ノ利益ヲ有スルコトヲ必要トスルガ故ニ、訴訟法中全然獨逸法ノ規定ヲ採用スルコト能ハズ遂ニ一種曖昧ナル規則ヲ定メタリ、則チ債務者ガ或ル爲スベキ行爲ヲ爲ササル場合ニ於テ第三者之ヲ爲シ得ベカラザルモノナルトキハ、第一審ノ受訴裁判所ハ申立ニ依リ債務者ニ直接履行ヲ命ズルト同時ニ其極度ノ期間ヲ定メ、其遲延スル日毎ニ又ハ月毎ニ若干ノ償金ヲ拂フベキヲ言渡スコトヲ得ベキモノトセリ(民事訴訟法第七百三十四條)然レドモ此ノ償金ナルモノハ果シテ如何ナル損害ノ償金ナルカ、償金ハ金錢上ノ事ナリ金錢外ノ利益ヲ目的トスル訴ニ付キ金錢上ノ賠償ハ其當ヲ得タルモノトスルコトヲ得ベキカ、原告ハ決シテ償金ヲ欲スルモノニアラザルベシ、或ハ又此等ノ償金ハ實際償金ニアラズシテ事實上罰金ノ刑タル効果ヲ有シ只ダ之ヲ原告ニ與フルノ差アルニ止マルカ、將タ民法ハ單ニ金錢ニ見積ルコトヲ得ベキ利益ト明言スルヲ以テ、如何ナル作爲不作爲ノ義務モ法律上悉ク金錢ヲ見積ルコトヲ得ベキモノトスルモノナルカ、何レニシテモ要約者ハ必ズ金錢上ノ利益ヲ有スルヲ必要トスルノ原理ハ、實際上其効用ヲ見ルコト甚ダ僅少ナラン。

第四、要約者ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ベキ利益ヲ有スルコトヲ必要トスル前項ノ原則ヨリシテ、第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ハ原因ナキヲ以テ無効タルベシ、設例ヘバ甲者ガ乙者ニ約スルニ或ル物ヲ與フベキコトヲ以テシタル場合ニ於テ、乙者ナル要約者ハ或ハ丙者ニ對スル友愛上甲者ガ此約ヲ履行スルコトニ就キ利益ヲ有スベキモ、其利益ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ザルモノタルヲ以テ要約ノ原因ナキモノト調フベシ、然レドモ左ノ三個ノ場合ニ於テハ法律ハ要約者ガ金錢ニ見積ルベキ利益ヲ有スベキモノト見做セリ。

- 一、第三者ノ利益ノ爲メニスル要約ニシテ過怠約款ヲ加ヘタルトキハ、過怠約款ニ依リ要約者ハ其違約金ヲ請求スルコトヲ得ベキヲ以テ金錢ニ見積ルコトヲ得ベキ利益ヲ有スベキハ當然ナリ。(第三百二十三條第二項)
- 二、第三者ノ利益ニ於ケル要約者ガ自己ノ爲メニ爲シタル要約ノ從タルトキ又ハ諾約者ニ爲シタル贈與ノ從タル條件ナルトキハ要約者ハ金錢ニ見積ルベキ利益ヲ有スベキモノトス。(第三百二十三條第三項)

第三者ノ利益ノ爲メニスル要約

過怠約款

從タル要約

設例へバ乙者ハ丙者ニ若干金ヲ與へバ甲者ハ乙者ノ地所ヲ若干ノ價ニテ買取ラント約シタル場合ノ如キ場合ニ於テ、甲者ハ乙者ニ對シテ丙者ニ若干金ヲ與フベキコトヲ請求スルハ地所請求ノ主タル要約ニ從タル要約ナリ、又甲者ガ乙者ニ對シ其土地ヲ贈與スル代リニ、乙者ニ於テハ丙者ニ若干金ヲ貸與スベシト約シタル場合ニ於テハ、甲者ガ乙者ニ對シ丙者ニ若干金ヲ與フベキコトヲ請求スルノ要約ハ、甲者ガ乙者ニ爲シタル贈與ノ諾約ノ從タル條件ナルガ如シ。

三、主タリ又ハ從タル要約ハ常ニ要約者ノ相續人ノ利益ノ爲メニ之ヲ爲スコトヲ得ベク、又主タリ又ハ從タル諾約ハ諾約者ノ相續人ノ負擔トシテ之ヲ爲スコトヲ得ベシ(第三百二十四條)設例へバ甲者ガ乙者ニ金錢ヲ貸與シ而シテ其返金ハ甲者ノ死後甲者ノ次子ナル丙者ニ對シテ之ヲ爲スベキ事ヲ約シ、又甲者ガ乙者ヨリ金錢ヲ借用シ而シテ其返済ハ甲者ノ次子ナル丙者ヨリ之ヲ爲スベキ事ヲ約スルガ如シ、甲者ノ次子ナル丙者ハ甲乙間ノ契約ニ就テハ第三者ナルモ甲者ノ相續人ナルヲ以テ要約者ハ仍ホ金錢上ノ利益ヲ有スルモノトス。右ノ三個ノ場合ニ於テ過意約款ナルモノハ要約者ハ其約款ノ履行ヲ請求スベク、又第三者若クハ相續人ノ利益ノ爲メニ爲シタル要約ハ享益者ニ於テ之ヲ承諾セザル間ハ要約者ハ自己ノ利益ノ爲メニ之ヲ廢罷シ、又ハ之ヲ他人ニ移轉スルコトヲ得ルニ過ギザルベシ、何トナレバ要約者ハ第三者ニ對シテ直接ニ其履行ヲ請求スルヲ得ザレバナリ。(第三百二十三條第四項及第三百二十五條)

相續人ノ利益ノ爲メニ爲ル要約

第五、前項ニ論述シタル所ハ第三者ノ利益ノ爲メニ爲ル契約ニ付キ要約者ガ金錢上ノ利益ヲ有セザル場合、即チ

第三者ノ利益又ハ道德上ノ感情ハ諾約ノ原因タルヲ得

要約ノ原因ナキ場合ナレドモ諾約ノ原因ニ就テハ法律ハ特ニ金錢ニ見積ルベキ利益アルベキコトヲ明定セザルヲ以テ金錢外ノ利益就中第三者ノ爲ノ利益及道德上ノ感情ノ如キモ亦諾約ノ原因タルコトヲ妨ゲザルベシ(英國法ノ特例ハ兎ニ角)設例へバ甲者乙者ニ約スルニ乙者ニシテ若シ丙女ト結婚ヲ爲ストキハ若干ノ年金ヲ與フベキコトヲ以テシ、而シテ乙者丙女ト結婚シタルトキハ甲者ハ乙者ニ對シテ年金ヲ與フルノ義務ヲ負フベシ、此場合ニ於テ要約ノ原因即チ乙者ノ利益ハ年金ヲ得ントスルニ在レバ素ヨリ金錢上ノ利益ナレドモ、諾約ノ原因即チ甲者ノ利益トスル所ハ甲者ガ丙女ニ對スル道德上ノ情愛ナルベシ、又甲者ガ乙者所有ノ家屋ヲ若干ノ價ニテ買取スベキニ依リ、乙者ニ於テハ若干金額ヲ丙者ニ貸與スベシト約スルガ如キハ、要約者ナル甲者ヨリ乙者ニ對シ丙者ニ若干金ヲ貸與スベシト請求スルハ、家屋ノ請求ニ從タルモノナルベケレドモ、諾約者ナル乙者ガ丙者ニ若干金ヲ貸與スルノ義務ヲ負擔シタル原因即チ諾約ノ原因ハ家屋ノ代價ノ請求ニ從タルモノナルナシ、故ニ此契約ニ從ヒ甲者ハ已ニ乙者ノ家屋ヲ買取リ乙者モ亦代價ヲ支拂ヒタルトキハ、乙者ハ甲者ニ對シ丙者ニ若干金ヲ貸與スルノ義務ヲ負擔スベシ、而シテ此場合ニ於テ甲者ノ諾約ノ原因ハ乙者ヨリ代價ヲ得タル金錢上ノ利益ナルベシ、然レドモ若シ乙者ハ丙者ニ對スル義務ヲ結了シタル後ニ於テ、乙者ヨリ甲者ニ對シ家屋賣買ヲ實行センコトヲ請求シタルトキハ、甲者ガ家屋ヲ買取スルノ義務ヲ負ウタル原因、即チ諾約ノ原因ハ乙者ガ第三者ナル丙者ニ對シテ其義務ヲ履行シタルニ在ルベシ、故ニ此場合ニ於テハ第三者ノ利益ハ即チ諾約ノ原因タルベシ、由是觀之民法ハ要約ノ原因ハ第三者ノ利益タルコトヲ得ザルモノトスルモ、諾約ノ原因ハ第三者ノ

双務契約ノ原因

利益タルコトヲ得ザルモノトスルコトナキヲ知ルベシ。

第六、双務ノ契約ニ於テハ一方ノ約束ハ一方ノ約束ニ對シテ相互ニ其原因ヲ構成ス、要約ノ原因ニ就テ之ヲ謂ハ
マ當事者ノ一方ガ他ノ一方ニ對スル請求ノ原因ハ諾約者ナル他ノ一方ヲシテ義務ヲ履行セシムルノ利益ヲ得ル
ニ在ルベク、又諾約ノ原因ニ就テ謂ハ、他ノ一方ノ者ガ或ル義務ヲ已レニ對シテ履行シ其ノ利益ヲ貸與セシム
ルニ在ルベシ、即チ双務ノ契約ニ在ツテハ相互ノ要約ノ原因ハ相互ノ諾約ノ原因タリ、設例バ甲者ナル畫工乙
者ニ約スルニ乙者ノ爲メニ一個ノ油繪ヲ作ランコトヲ以テシ乙者モ亦其報酬トシテ金百圓ヲ與ヘンコトヲ以テ
シタルトキハ、甲者ガ要約ノ原因ハ百圓ヲ與ヘントノ乙者ノ約束ニシテ其諾約ノ原因ハ自ラ油繪ヲ作ラントノ
約束ナリ、又乙者ガ要約ノ原因ハ油繪ヲ作ラントノ甲者ノ約束ニシテ其諾約ノ原因ハ百圓ヲ與ヘントノ約束ナ
リ、故ニ双務ノ契約ニ在リテハ所謂契約ノ原因ナルモノハ則チ契約ノ物體タルニ外ナラザルベシ、事ハ仍ホ双
務ノ合意ヲ論ズル條下ニ於テ詳ニスル所アルベシ。

合意ノ原因ニ必要ナル二條件

第七、要約ノ原因タルニ必要ナル金錢上ノ利益及ビ其利益ノ正當ナルヲ要スルノ外、仍ホ一般合意ノ原因タルニ
必要ナル二條件アリ、即チ其原因ノ眞實ナルコト及ビ合法タルコト是レナリ。(第三百四條第二)

原因ノ眞實

(イ) 合意ノ原因ノ眞實ナルトハ合意ノ目的ヲ達シタルトキニ於テ發生スベキ第二ノ結果 本款第一ノ所ヲ見ルベシ ガ現
ニ生ジ得ベキ利益タルベキコトヲ謂フ、設例ヘバ已ニ燒失シタル物品 燒失シタルコトヲ知ラザルトキハ原因ノ錯誤トナルヲ買取セン
トノ合意ハ其直接ノ目的タル第二ノ結果即チ物件引渡ノ結果ヲ生ズルコト能ハザルベキヲ以テ、眞實ノ要約

原因ナキ合意ナルベク、又之ヲ賣ラントノ合意ハ、第二ノ結果即チ代價支拂ニ就キ眞實ナル諾約原因ナキモ
ノナルベシ。其他已ニ消滅シタル義務更改ノ合意ノ如キモ亦同様ナルベシ、但シ此等ノ場合ニ於テハ原因ノ
眞實ナラザル點ニ於テ合意ノ無効ナルノミナラズ、合意ノ物件ノ不能トシテ業ニ已ニ無効タルベント雖、又
縱令合意ノ目的タル第二ノ結果ヲ現ニ生ジ得ベキモ、其結果ニシテ必ズ利益タルベキモノニアラザレバ、眞
實ノ原因タラザル場合アリ、設例ヘバ法律上當然負擔スベキ義務ヲ負擔セントノ合意ノ如キハ其物體ハ不能
ニアラザルモ其原因ハ眞實ナラザルベシ、設例ヘバ甲者乙者ニ對シ若シ乙者ガ或ル犯罪ヲ爲サマルトキハ百
金ヲ與フベシト約シタル場合ニ於テ、乙者ハ甲者ニ對シテ百金ヲ請求スルモ、犯罪ヲ爲サマル義務ハ乙者ガ
當然法律上負擔スル所ナルヲ以テ、甲者ハ爲メニ毫末ノ利益ヲモ得ルコトナカルベシ。故ニ甲者ノ諾約ノ原
因ハ眞實ナラズトシテ裁判所ハ必ズ乙者ノ請求ヲ許スコトナカルベシ、又已ニ負擔セル借金額ヲ其契約シタ
ル年月日ニ返済セントノ契約ハ新ナル契約タル場合ノ外同一ノ債務ニ重複ノ債務ヲ約スルモノニシテ、斯ノ
如キ契約ハ要約ノ眞實ナル原因ナキモノナルベシト雖、其金額ヲ増減シ又ハ支拂ノ月日ヲ改メタルトキハ、
契約ヲ變更シタルモノニシテ前契約ハ消滅シテ新ナル契約ヲ發生スベシ、又理由ナキ訴ヲ起シタル者ト被告
トノ間ニ於テ之ガ願下ヲ爲サントノ契約若クハ理由ナキ告訴ヲ爲サントスル者 惡意ナキトキト告訴セラレン
ニ限ルベシ
トスル者トノ間ニ於テ之レガ告訴ヲ爲スコトノ契約ノ如キハ眞實ノ原因ナキモノト云フコトヲ得ザルベシ、
何トナレバ斯ノ如キ場合ニ於ケル諾約ノ原因ハ單ニ助法上即チ訴訟法上ノ請求權ヲ免除スルニ在レバ主法上

ノ權利ノ有無ハ毫末ノ關係ヲ有セザレバナリ。

合意ノ原因ハ直接ノ目的タル第二ノ結果ヲ現ニ生ジ得ベキ利益ナラザルベカラザルコトハ前陳ノ如クニシテ又其利益ハ必ズシモ金錢上ノ利益タルコトヲ必要トスルコトナシト雖モ、要約ノ原因ニ就テハ民法上特ニ金錢ニ見積ルベキ利益アルコトヲ必要トス。是レ已ニ第三項ニ於テ論述シタル所ナレバ要約ノ原因ノ場合ニ於テハ金錢上ノ利益アルニアラザレバ、眞實ノ原因ト見做スコト能ハザルベシ、英國法ハ諾約ノ原因ニ就テモ亦金錢ニ見積ルコトヲ得ベキ利益タルコトヲ必要トスレドモ、是レ英國法ニ固有ナル所ナリ、法理上ニ於テハ如何ナル合意ト雖モ當事者ノ自由ニ出デタル以上ハ之ヲ無効トスルコトヲ得ザルヲ以テ、我民法中特例ナキ以上ハ英國法ノ如キ原理ハ我法律ニ採用スベキモノニアラザルナリ。

(ロ) 合意ノ原因ハ合法タルコトヲ要ス、合意ノ物體ノ合法タルベキコトニ就テハ已ニ前款ニ於テ之ヲ論述シタレドモ合意ノ原因ノ場合ト同ジク合意ノ物體ニシテ已ニ不法タル以上ハ合意ノ原因モ亦當然不法タルベシ、然レドモ諾約ノ原因ノ不法ハ必ズシモ合意ノ物體ノ不法ト同一ナルベキモノニアラザルナリ、設例ヘバ或ル違法ノ所爲ヲ爲スノ報酬トシテ百金ヲ與ヘンコトヲ約シタル場合ノ如キハ、百金ヲ與ヘタルガ故ニ違法ノ所爲ヲ爲スベシトノ請求、即チ要約ノ原因ハ不法ニシテ同時ニ其物體タル所爲モ亦不法ナルベシト雖、百金ヲ負擔シタル原因即チ百金ヲ拂ハントノ被告ノ諾約ノ原因ハ違法ノ所爲ヲ爲シ、又ハ之ヲ爲サントスル對手ノ勞力ナリ、此場合ニ於テハ其諾約ノ原因ハ不法ナルモ百金ヲ支拂フノ所爲即チ合意ノ物體ハ適法ナルモノト謂フベシ。

原因ノ證明

第八、原因ノ證明ニ就テハ民法ハ第三百二十六條ニ於テ之レヲ規定シテ曰ク、「合意ノ證書ニ原因ヲ明示シタルト否トヲ問ハス其原因ノ不成立虛妄又ハ不法ナルコトノ證據ハ被告ヨリ之ヲ爲スヘキモノトス若シ原因ノ明示ナキトキハ被告ハ先ツ原告ヲシテ之ヲ陳述セシムル爲メニ之ニ催告スルコトヲ得但其原因ニ就キ争フコトヲ妨ケス」ト。然レドモ此ノ規定タル原因ノ眞意ヲ充分了解セザルト覺シク、頗ル繁雜ヲ致シ要約ノ原因ト諾約トヲ區別スルコトナシ、依テ左ニ原因ノ證明ニ關スル概要ヲ示サン。

原因ノ存在ノ證明
要約ノ原因ノ證明

一、原因ノ存在ヲ證明スルハ要約ノ原因ノ場合ト諾約ノ原因ノ場合ト其趣ヲ異ニス。即チ、(イ) 要約ノ原因ノ證明ハ原告ガ請求スル所ノ權利ノ存在ヲ證明スルモノ、即チ何故ニ原告ハ被告ニ對シ合意ノ履行ヲ請求シ得ルヤノ理由ヲ證明スルニ在ルヲ以テ原告ガ舉證ノ責任ヲ有スルコト素ヨリ當然ナリ、而シテ合意ノ證書ニ原告ガ權利ヲ有スルコトヲ明言スル以上ハ要約ノ證明ハ是レニテ充分ナリ、此證書ヲ争ハントスレバ被告ヨリ之ヲ證明セザルベカラズ、若シ又合意ノ證書ニ原告ノ權利アル所以ノ明言ナキトキハ他ノ方法ニ依リ原告ハ必ズ之ヲ證明セザレバ其權利ヲ主張スルコトヲ得ザルコト當然ナリ。

諾約ノ原因ノ證明

(ロ) 諾約ノ原因ノ證明ハ被告ガ義務ヲ負擔シタルニ至リタル理由ノ證明ナリ、合意ノ證書ニ其理由ノ明示アラザルトキハ原告ハ要約ノ原因ヲ證明スルトモ仍ホ諾約ノ原因ヲ證明スルコト能ハザレバ合意ノ原因ヲ證明シ得タルモノト謂フベカラズ、民法ガ「原因ノ明示ナキトキハ原告ヲシテ先ツ其原因ヲ陳述セシムル

ノ催告ヲ爲スコトヲ得ル」ト謂ヘルハ即チ此ノ場合ナリ、設例ヘバ甲ナル原告ガ乙者ノ認メタル「金百圓也
右正ニ支拂ヒ可申候也」トノ證書ヲ以テ裁判所ニ之ヲ請求シタルトキハ、要約ノ原因ハ證書中ニ明示サレ
テ疑ナケレドモ諾約ノ原因即チ乙者ガ何故ニ斯ノ如キ義務ヲ認メタルヤノ理由ハ明示ナキヲ以テ、原告ハ
之ヲ證明シ其原因ノ貸金又ハ物品ノ賣掛金等タルコトヲ證明セザルベカラズ。故ニ乙者ハ先ヅ甲者ニ對シ
其原因ノ何物タルヲ陳述スベキコトヲ催告スルコトヲ得ベシ。

二、原因ノ成立已ニ證明セラレタル以上ハ其不法不成立若クハ虛妄等ヲ證明スルハ被告ノ責任ニシテ其原因ハ
合意ノ證書ニ明示セラレタルト否トヲ問ハズ、又其原因ノ要約ノ原因タルト諾約ノ原因タルトヲ問フコトナ
シ、但シ被告ハ要約ノ原因ト諾約ノ原因トヲ併セテ其不成立不法若クハ虛妄ヲ證明スルコトヲ要セズ、執レ
カ一方ノ不法若クハ虛妄タルコトヲ證明スレバ則チ足レリ、設例ヘバ原告ガ「金百圓也右正ニ支拂可申候也」
トノ證明ヲ提出シタルトキハ、被告ハ證人其他ノ方法ニ依リ斯ノ如キ合意ヲ爲シタルコトナキヲ證明スレバ
則チ支拂ノ義務ナカルベシト雖、斯ノ如キ證書ノ虛妄ヲ證明スルハ甚ダ困難ナルベキヲ以テ、被告ハ斯カル
義務ニ對シテハ諾約ノ原因ナキコトヲ答辯シ、舉證ノ責任ヲ原告ニ移ストキハ原告ハ被告ノ諾約ハ貸金又ハ
賣掛金等ニ在ルコトヲ證明セザルベカラザルヲ以テ、被告ハ更ニ其證明ニ付キ虛妄若クハ不法等ノ證明ヲ爲
シ得ルノ利益ヲ有スベシ。

第九、英米法ニ於テハ流通證書即チ爲替手形約束手形ノ如キニ在リテハ、諾約ノ原因(即チ英法ノ所謂原因)ハ當

原因ノ不
成立不法
等ノ證明

流通證書
ノ原因

然存在スベキモノトノ推測ヲ下シ、被告ニ於テ之ヲ證明セザル限りハ其合意ヲ無効トスルコト能ハザルモノト
ナシ、原告ヲシテ之ヲ證明スルノ責任ヲ負擔セシムルコトナシ、是レ流通證書ノ性質上當ニ然ラザルベカラザ
ルナリ、我法律ニ於テハ證據法上未ダ斯カル特例ヲ見ズト雖モ、流通證書ノ義務ハ合意ニ出ヅルモノニアラザレ
バ或ハ全ク原因ヲ必要トセザルモノトスルヲ得ベキガ如シト雖、已ニ前章ニ於テ論述シタルガ如ク我民法ニ列
記セル義務ノ原因中ニ就テハ之ヲ合意ニ出ヅルノ義務トスルノ外ナキヲ以テ、頗ル不都合ヲ發生スベシ、然レ
ドモ民法ニ列記シタル義務ノ原因ハ敢テ法律上ノ義務ヲ生ズベキ原因ヲ制限シタルノ趣意ニアラズトスレバ、
流通證書ニ就テハ法律ハ敢テ原因ヲ必要トスルモノニアラズトスルコトヲ得ベシ。

原因ノ外尙ホ要式ノ合意ハ必要ノ方式ヲ遵守シ要物ノ合意ハ返還セラルベキ物ノ引渡ヲ爲シタルニ非レバ成立
スルコトナキハ第三百四條末項ノ明定スル所ナリ、故ニ我法律ニ於テハ此等ノ方式ヲ以テ單ニ合意證明ノ具ト爲
スニ止マラズ、之ヲ以テ合意成立ノ一要素ト爲スノミナラズ、要式ノ合意ト雖モ原因アルコトヲ必要トセリ、此
等ノ事ニ就テハ仍ホ後節合意ノ種類ヲ論ズルノ條下ニ於テ詳ニスル所アルベシ。

第三節 合意ノ有効條件

第一款 總說

前節ニ於テ合意ノ成立ニ必要ナル條件ヲ論述シ了リタルヲ以テ、今ヤ進ンデ合意ノ有効ナルニ必要ナル條件ヲ
論述セントス。抑モ合意ノ成立ニ必要ナル條件ト合意ノ有効ナルニ必要ナル條件トハ素ヨリ其性質ヲ異ニシ、單

第二章 義務ノ原因

合意ノ有
効條件

總說

ニ合意ノ有効ナルニ必要ナル條件ヲ缺ク場合ニ於テハ合意ハ已ニ成立スルモ其合意ハ唯ダ當事者一方ノ意思ヲ以テ隨意ニ之レヲ無効ナラシムルコトヲ得ベキモノタルニ過ギズ。合意ノ成立ナキモノハ當初ヨリ無効タルベク、合意ノ有効ナラザルモノハ單ニ無効ト爲シ得ベキモノタルニ過ギズ、財産篇第三百五條ハ左ニ掲グル二條件ヲ以テ合意ノ有効タルニ必要ナルモノトセリ。

第一、承諾ノ瑕疵ヲ成ス可キ錯誤又ハ強暴ノ無キコト。

第二、當事者ノ能力アルコト又ハ有効ニ代理セラレタルコト。

余ハ之ヨリ右ノ二條件ノ何物タルカラ論述セントスルニ際シ、第一條件ハ之レヲ錯誤、詐偽、強暴等ノ數段ニ分チ、又第二條件ハ當事者ノ能力代理等ノ數段ニ分チ、然レドモ錯誤ノ如キハ必ズシモ合意ヲ有効タラシメザルノ結果ヲ生ズルノミナラズ、又合意ノ不成立ヲ來スベキ場合ナキニアラズ、故ニ本節ハ專ラ合意ニ有効ナルニ必要ナル條件ノミヲ論ズルノ目的ナレドモ、合意ノ成立ヲ妨グルノ場合ヲ合併セテ論ズルコトアルベシ、設例ヘバ強迫ニ依リ或ル物件ノ賣買ヲ爲サンコトヲ約シタルモノアルトキハ、合意ハ茲ニ成立スレドモ、強迫ヲ受ケタルモノハ強迫ヲ爲シタル者ニ對シ此合意ヲ取消スコトヲ得ベク、又未丁年者ト賣買ノ契約ヲ爲シタルモノアルトキハ其契約ハ成立スレドモ未丁年者ハ隨意ニ之ヲ取消スコトヲ得ベシ、是等ハ單ニ無効トスルコトヲ得ベキ即チ取消シ得ベキ合意ナレドモ、是ニ反シ錯誤ニ依リ家屋ヲ賣却セント言込タルヲ、地所ヲ賣却セント言込タルモノト誤解シ、其承諾ヲ爲シタル場合ノ如キハ、當初ヨリ合意ノ成立ナキモノニシテ當然無効ノ合意タルベク、

阻却及瑕

各當事者ハ何レモ之レガ履行ヲ請求スルコトヲ得ザレバ、單ニ當事者ノ一方ノミノ意思ヲ以テ取消シ得ベキ即チ無効トスルコトヲ得ベキノミ止マラザルナリ、而シテ錯誤等ニシテ合意ノ成立ヲ妨ゲ、從テ其合意ヲシテ當然無効タラシムルトキハ、法律上之ヲ承諾ヲ阻却スル原因ト謂ヒ合意ハ成立スルモ、單ニ之ヲ無効トスルコトヲ得ベキトキハ之ヲ承諾ノ瑕疵ヲ爲スノ原因ト謂フ、要スルニ合意ノ不成立ハ當初ヨリ合意ノ存スルモノニアラザレバ當事者ノ何レヨリモ之ヲ申立ツルコトヲ得ベク、而シテ裁判所ハ單ニ其不成立ナルコトヲ言渡スベク又當事者ノ意思若クハ日時ノ經過等ニ依リ、決シテ之ヲ有効ナラシムルコト能ハザルナリ、之ニ反シ合意ニ瑕疵アル場合即チ單ニ取消スコトヲ得ベキ合意ハ、無効ノ原因ノ存スル當事者ノ一方ノミ之ヲ申立ツルコトヲ得ベク、而シテ裁判所ニ於テ無効ノ言渡アルニアラザレバ無効トナルコトナク、又當事者ノ意思若クハ日時ノ經過ニ依リテ新ニ之ヲ有効トスルコトヲ得ベキナリ。

第二款 承諾ノ瑕疵

第一段 錯誤

錯誤 (Error) トハ狹義ニ於テハ眞實ナラザル認識ヲ謂ヒ廣義ニ於テハ實ニ眞實ナラザル認識ノミナラズ、汎ク事ノ不識 (Ignorantia) ヲ包含スルノ稱ナリ、或ハ通俗ノ用語ニ於テハ不識ヲ以テ或ル存在スル事實ヲ知ラザルモノトナシ、錯誤ヲ以テ或ル存在セザル事實ヲ存在スベキモノト妄想スルモノトスレドモ、法律上ニハ共ニ之ヲ錯誤ト稱シ敢テ二者ヲ區別スルノ必要アルヲ見ズ。

錯誤

錯誤及不識

如何ニ依リテ或ハ無効トナルベク或ハ有効タルベシ、設例ヘバ一個ノ燭臺ヲ賣買セントノ契約ニ於テ當事者ノ意思ハ單ニ一個ノ燭臺ヲ賣買セントスルニ在リ、燭臺ノ銀製タルト銅製タルトハ其間ヲ所ニアラザリシトキハ、其品質ハ銀ナルモ又銅ナルモ更ニ合意ヲ無効トスルコトナカルベシト雖モ、若シ當事者ノ意思ニシテ銀製ノ燭臺ヲ賣買セントスルニ在リシトキハ、其銀製タル品質ハ決意ノ原因タルベキヲ以テ、若シ燭臺ニシテ銅製ナリシナラシニハ該契約ハ無効ナラン、故ニ錯誤ニ原因スル合意ノ有効無効ハ主格的ニ之ヲ定メザルベカラズト雖モ、合意ノ性質物體及原因等ヲ錯誤シタル場合ニ於テハ、當事者ノ意思已ニ明白疑ナキヲ以テ法律ハ物格的ニ此等ノ錯誤アル合意ヲ以テ無効タルベキモノト斷定ス、財產篇第三百九條第一項ノ規定モ亦此斷定ニ基クモノト謂フベシ、故ニ余ハ茲ニ錯誤ヲ區別シテ重要ノ錯誤及輕微ノ錯誤ノ二種ト爲シ、先ヅ學理的ニ之ヲ論述シ而シテ後民法ノ規定如何ヲ見ントス。

重要ナル錯誤 則チ承諾ヲ阻却シテ合意ヲ不成立タラシムルノ錯誤ハ左ノ如シ。

第一、合意ノ性質ノ錯誤 設例ヘバ甲者ガ或金錢ヲ贈與スルノ意ヲ以テ之ヲ乙者ニ渡シタルニ、乙者ハ之ヲ貸金トシテ受取りタル場合ノ如キ贈與モ成立セザレバ貸金モ成立セザルベク、又乙者ハ決シテ其金錢ノ所有權ヲ得ザルベシ、故ニ乙者ニシテ未ダ之レヲ消費セザル以上ハ甲者ハ其金錢ヲ取還スルコトヲ得ベシ、是レ羅馬法ガ假想シタル古來ノ一例ナレドモ、此反對ニ於テ甲者ガ賣却ノ意ヲ以テ乙者ニ清酒一樽ヲ送付シ其賣却ノ意思ヲ示サマリシトキハ、乙者ハ之ヲ贈與ト信ジテ消費スルモ乙者ハ甲者ニ對シテ毫末ノ責任ナカルベシ、然レドモ

重要ノ錯誤
合意ノ性質ノ錯誤

合意ノ物體ノ錯誤

斯ノ如キハ眞ニ假想ノ例ニシテ實際甚ダ稀有ナルベケレバ、實際ニ發生シ得ベキ場合ハ多クハ第三者ノ欺罔ニ出ヅルコトナラン、設例ヘバ第三者ガ乙者ニ對シ甲乙間ノ借家契約ヲ家屋ノ賣買契約ト言ヒ聞カセタルニ依リ乙者ハ充分其證書ヲ點檢セズシテ之ニ署名シタル場合ノ如キ、借家契約モ成立セザレバ賣買契約モ成立セザルベシ。

第二、合意ノ物體ノ錯誤

ハ合意ヲ無効トスルモノト否ラザルモノトアレドモ左ニ主トシテ之ヲ無効トスル場合ヲ掲ゲ。

確定物

(甲) 確定物ニ關スル錯誤

(イ) 合意ノ主眼タル物體ニ錯誤アル時 (Error in Corpore) 此錯誤ニ二様アリ、一ハ確定物ノ同一ニ就キテノ錯誤ニシテ一ハ確定物ノ存在ニ就テノ錯誤ナリ、設例ヘバ家屋ノ賣買ニ就キ當事者ノ一方ハ甲地ノ家屋ト思惟シ、他ノ一方ハ乙地ノ家屋ト思惟シタル場合ニ於テハ甲ノ家屋ノ賣買モ成立セザレバ乙ノ家屋ノ賣買モ成立スルコトナカルベシ、凡テ物體ノ同一ニ關スル錯誤ハ實際同名異物ノ場合ニ發生スルヲ通則トス又或ル船舶ニ登載セル物品ヲ賣買セントノ契約ヲ爲シタルニ、其船舶ハ契約ノ當時已ニ燒失シタルヲ知ラザル場合ノ如キハ確定物ノ存在ニ關スル錯誤ニシテ其契約ハ無効タルベシ。

品質上ノ錯誤

(ロ) 物ノ品質上ノ錯誤 (Error in substantia) 羅馬法ニ於テ假設シタル例ヲ舉グレバ刺羊ヲ種羊ト錯誤シ、金製ノ燭臺ヲ銅製若クハ塗金ノ燭臺ト錯誤シテ賣買ヲ爲シタル場合ノ如キハ、當事者間ニ合意ナキヲ以テ

合意ハ最初ヨリ成立スルコトナカルベシ、然レドモ當事者ノ意思ニシテ品質ノ如何ヲ問フコトナキモノナ
ルトキハ合意ハ素ヨリ成立シテ有効タルベシト雖、斯ノ如キ品質ノ錯誤ハ法律上當事者ノ承諾ヲ阻却スル
ニ足ルベキモノト推定セザルヲ得ズ、江ノ島ノ辨天ノ開帳ノ大提灯ヲ珊瑚樹ト間違ヘタル以上ハ當事者ノ
意思如何ヲ問ハズ法律ハ之ヲ以テ合意ナキモノト推定スルニ猶豫セザルベシ。

不確定物

(乙) 不確定物ノ錯誤 ハ代替物ノ賣買等ニ於テ量數ヲ錯誤セル場合ナリ、片務ノ合意ニ在ツテハ量數ノ錯誤
ハ少量ニ從ヒ合意ノ成立セルモノトスルヲ通則トス、設例ヘバ五十金ヲ贈與セント約シタルニ對手ハ三十金
ヲ與ヘント約シタリト誤解セルトキハ三十金ニ對シ合意ハ成立シテ有効ナラン、然レドモ双方ノ合意ニ就テ
ハ場合ニ依リ其合意ノ有効無効ヲ別タザルヲ得ズ、即此場合ニ於テハ當事者ガ決意ノ原因ハ、果シテ或ル一
定セル數量ニ在リシカ又其數量ノ如何ハ單ニ代價ヲ定ムルノ標準タリシカヲ探究スルノ一事アルノミ。

(丙) 前甲乙兩項ニ記載スル所ハ專ラ物件ヲ以テ合意ノ物體トスル場合ナレドモ、義務ノ物體即チ所爲ノ錯誤
ニ就テモ亦同一理ナルベシ、即チ全體ノ所爲ヲ錯誤シタルトキハ確定物ノ同一ニ關スル錯誤ノ場合ト同一ナ
ルベク、又合意ノ履行ノ時期若クハ場所ニ關スル錯誤モ亦當事者ノ決心ノ原因タリシトキハ、承諾ヲ阻却ス
ルニ足ルベシ。

合意ノ原因ノ錯誤

第三、合意ノ原因ノ錯誤 設例ヘバ不融通物ヲ自己ノ所有物ト誤リ若クハ自己ノ所有物ヲ他人ノ所有物ト誤リテ
賣買ノ契約ヲ爲シタル場合ノ如キ、又已ニ消滅シタル債務タルヲ知ラズシテ更ニ之ヲ辨濟セントノ契約ヲ爲シ

義務ノ物體

タル場合ノ如キハ、原因ヲ錯誤スルモノニシテ合意ノ成立ナカルベシ。

身上ノ錯誤

第四、身上ノ錯誤 當事者身上ノ錯誤ハ當事者ガ或ル一定ノ人ト契約セントシテ其ノ人ヲ誤リタル場合ニ發生ス
ベシ、即チ結婚ノ契約、油繪ヲ作ラシメントノ契約、教師タラントノ契約、贈與契約、代理契約等一定ノ人ヲ
目的トスル場合ニ於テハ當事者ノ身上ハ合意ヲ爲スノ原因タリ、設例ヘバ甲者ハ丙者ヲ乙者ト誤認シテ代理契
約ヲ結バントシ丙者モ亦甲者ハ乙者ト結約スルノ意タルコトヲ知ラズシテ之ヲ諾シタル場合ノ如キハ身上ノ錯
誤ハ合意ノ成立ヲ阻却スルニ足ルベシ、之ニ反シ現金賣買、質入契約ノ如キハ毫モ一定ノ人ヲ目的トスルモノ
ニアラザレバ、身上ノ錯誤ハ合意ノ成立ヲ妨グル事ナカルベシ、但シ身上ノ錯誤ト雖モ當事者ノ決意ノ原因ヲ
爲サマル輕微ノ錯誤ハ人ノ同一ヲ錯ルモノニアラザレバ合意ノ成立ヲ妨グルモノニ非ザルベシ、設例ヘバ甲者
ハ無資産ナル乙者ヲ充分ノ資産アルモノト信ジ、無抵當ニテ金錢ヲ貸與シタルニ、乙者モ亦無資産ナル已レニ
金錢ヲ貸與スルノ意ナリト誤解セル場合ノ如キハ、決シテ合意ヲ無効ナラシムルモノニアラズ、甲者ハ乙者ト
現ニ契約スルノ意アリテ其契約ヲ爲シタルナリ、偶々乙者ノ無資産ナルハ品格ノ錯誤タルニ過ギザルベシ。

輕微ノ錯誤ノ名稱

第一、名稱ノ錯誤 (Error in nomine) ハ人又ハ物ノ名稱ヲ錯誤シタルモノニシテ、其物體自身ニ就テハ毫モ錯誤
ナキモノナレバ斯カル錯誤ハ毫モ合意ノ効力ヲ左右スルニ足ラズ、設例ヘバ雷五郎衛門ヲ稻妻五郎衛門ト言ヒ
誤リ、稻妻びか衛門ヲ雷びか衛門ト書キ誤リタル如キ、又妻楊枝ヲ小人島ノ「ステッキ」ト謂ヒ、薪木ヲ大佛

ノ妻楊枝ト稱ヘタルガ如キ是レナリ。

算數日附

第二、算數、日附、場所ノ錯誤 即チ計算ノ錯誤年號月日等ノ錯誤ナリ別ニ説明ヲ要セズシテ明了ナルベシ。

品
格
ノ
錯
誤

第三、品格ノ錯誤 (Error in quality) ハ物ノ善惡ノ程度、用方ノ大小強弱、物ノ出處年來等ニ存スル錯誤ナリ

設例ヘバ同ジ酒ニモ上等ナルモノアルベク、下等ナルモノアルベク、又古酒アルベク、新酒アルベク、又上方製ノモノアルベク、東京製ノモノアルベキガ如シ、此等ノ錯誤ハ毫モ合意ヲ無効タラシムルニ足ラザルナリ、然レドモ已ニ論述シタルガ如ク若シ品格ニシテ當事者ノ決心ノ原因ヲ成シタルトキハ、其品格ノ錯誤モ亦主格的ニ重要ノ錯誤トナリ、此場合ニ於テハ品格ノ差、設例ヘバ上等ノ酒ト下等ノ酒トハ全ク別物ヲ構成シ、當事者間ニ於テ同一物ニ關スル合意ナキモノトナルベシ。

期
限
及
場
所
ノ
錯
誤

第四、期限及場所ノ錯誤 ハ前項ノ錯誤ト其効果ヲ同ウス。

第五、右ノ外身上ノ錯誤、物ノ品質ノ錯誤等物格的ニ重要ノ錯誤ナルモ特ニ當事者ノ意思ニ依リ主格的ニ輕微ナルモノ。

右ニ論述シタル所ハ即チ重要及ビ輕微ノ錯誤ナリ今民法ノ規定ニ對照スルノ便ニ供センガ爲メ民法流ノ順序ニ之ヲ改ムレバ即チ左ノ如クナルベシ。

- 一、重要ノ錯誤即チ合意ヲ阻却スルモノ。
- (イ) 合意ノ性質ノ錯誤。

(ロ) 合意ノ物體(目的)ノ錯誤。

(ハ) 合意ノ原因ノ錯誤。

以上法律上當然重要ノ錯誤(物格的)。

(ニ) 決意ノ原因タル身上ノ錯誤。

(ホ) 決意ノ原因タル品質ノ錯誤(物體ノ錯誤ノ一)。

(ヘ) 決意ノ原因タル品格ノ錯誤(同上)。

(ト) 決意ノ原因タル履行ノ時期又ハ場所ノ錯誤(同上)。

以上當事者ノ意思ニ依ル重要ノ錯誤(主格的)。

二、輕微ノ錯誤即チ合意ノ効力ニ影響ナキモノ。

(イ) 名稱氏名ノ錯誤

(ロ) 算數日附等ノ錯誤。

以上法律上當然輕微ノ錯誤(物格的)。

(ハ) 決意ノ原因タラザル身上ノ錯誤。

(ニ) 決意ノ原因タラザル品質ノ錯誤。

(ホ) 決意ノ原因タラザル品格ノ錯誤。

(ヘ) 決意ノ原因タラザル履行ノ時期又ハ場所ノ錯誤。

以上當事者ノ意思ニ依ル輕微ノ錯誤(主格的)

由是觀之重要錯誤タルト輕微ノ錯誤タルトハ、法律上ニ當然之ヲ推定スルモノアリ、又當事者ノ意思如何ニ依リテ之ヲ定ムルモノアリト雖、其合意ノ効力ニ及ボス影響ニ至リテハ法律上當然推定シタルモノト當事者ノ意思ニ依ルモノトヲ問ハズ、重要ノ錯誤ハ常ニ合意ノ成立ヲ阻却シテ之ヲ無効トシ、輕微ノ錯誤ハ合意ノ効力ニ毫末ノ關係ヲ及ボスコトナシ、然ルニ我民法(第三百九條及ビ第三百十條)ハ法律ノ推定ニ依ル錯誤ト當事者ノ意思ニ依ル錯誤トヲ區別シ、身上ノ錯誤ヲ除クノ外當事者ノ意思ニ依ル重要ノ錯誤ハ承諾ヲ阻却シテ以テ無効タラシムルコトナク、又之ヲ有効タラシムルコトナク、唯ダ承諾ノ瑕疵ヲ爲シ當事者ノ一方ニ於テ之ヲ取消(銷除)シ得ベキモノトセリ、今先ヅ左ニ民法ノ規定ヲ示サン。

民法ノ規定

一、承諾ヲ阻却スル錯誤即チ合意ヲ無効不成立トスルモノ。

(イ) 合意ノ性質ノ錯誤。

(ロ) 合意ノ目的(物體)ノ錯誤。

(ハ) 合意ノ原因ノ錯誤。

(ニ) 決意ノ原因タリシ身上ノ錯誤(例外)

二、承諾ノ瑕疵ヲ爲ス錯誤即チ合意ヲ取消シ得ベキモノ。



(イ) 決意ノ附從原因タル身上ノ錯誤(例外)

(ロ) 決意ノ原因タル品質ノ錯誤。

(ハ) 決意ノ原因タル品格ノ錯誤。

(ニ) 決意ノ原因タル履行ノ時期又ハ場所ノ錯誤。

三、承諾ヲ阻却セズ又其瑕疵ヲモ成サマル錯誤。

(イ) 決意ノ附從原因タル品質ノ錯誤。

(ロ) 決意ノ附從原因タル品格ノ錯誤。

(ハ) 決意ノ原因タラザル履行ノ時期又ハ場所ノ錯誤。

(ニ) 算數、名稱、日附等ノ錯誤。

(ホ) 合意ノ緣由ノ錯誤 合意ノ緣由ノ錯誤ハ意思ノ表示ニ對スル錯誤ノ一大區別ニシテ意思ノ表示ニ關スル

錯誤中ノ一トスルコトヲ得ザルモノナリ、故ニ緣由ノ錯誤ハ全ク別物トシテ已ニ之ヲ論ジタリ。

右第二ノ(イ)ヨリ(ニ)ニ至ルマデノ錯誤ハ民法ノ所謂合意ノ取消シ得ベキ錯誤ニシテ、第一ノ(ニ)及ビ第二ノ

(イ)ヲ除クノ外皆當事者ノ意思ニ依ル重要ノ錯誤ナリ 前ニ論述シタル學理上ノ類別ニ依レバ第一ノ(ニ)ハ承諾ヲ阻却スルモノニシテ民法ノ規定モ亦學理ニ反スルコトナク第二ノ(イ)ハ學理上合意ノ効力ニ毫末ノ關係ヲ有セザル輕微ノ原因中ニ入ルベキモノナリ 學理上ヨリ謂ハマ當事者ノ意思ニ依ルモノト否トヲ問ハズ、重要ノ錯誤ハ盡ク承諾ヲ阻却シ、合意ノ成立ヲ妨グベキ筈ナルニ、民法ハ之ヲ以テ單ニ取消シ得ベキ合意ト爲シ、合意ハ成立ス

ルモ唯ダ一方ノ者ヨリ之レガ取消ヲ請求シ得ベキモノトスルハ其理由アルヲ發見スルコト能ハズ、抑々錯誤ナルモノハ當事者ガ其合意ノ物體品質等ヲ誤リ同一ノ意思ノ合致ナキニ起因スルヲ以テ、合意不成立ノ原因トナルニ過ギズ、若シ合意ヲ取消シ得ベキ錯誤ナルモノアリトセバ、當事者中何レガ其取消ノ權利ヲ有スルカ、双方共ニ之ヲ有スルカ、無効ノ合意ハ合意ノ成立ナキナリ、錯誤ノ合意ニシテ單ニ取消シ得ベキモノタルニ止ル場合アルヲ見ズ、故ニ予ハ茲ニ民法起草者ガ果シテ如何ナル場合ヲ指示セルカヲ考察シ、而シテ後余ノ斷案ヲ下サマルヲ得ズ、

附隨
タル
錯誤

(イ) 決意ノ附隨ノ原因タル身上ノ錯誤 抑モ民法ガ決意ノ附隨ノ原因タル錯誤ト稱スルモノハ、古代羅馬法ノ所謂 (Error concomitant) ナルモノナリ、決意ノ原因ニ數多アル場合ニ於テ其中ノ一ノ原因ヲ錯誤シタルコトヲ云フモノニシテ只ダ決意ヲ助成シタルモノニ過ギザルベシト雖、若シ果シテ單ニ決意ヲ助成シタルモノニ過ギザレバ合意ハ素ヨリ成立スルモ一方ニ對シ損害賠償ヲ爲スヲ得ルニ過ギザルベシ、若シ夫レ斯ノ如キ合意ニシテ果シテ無効ナランカ、即チ其錯誤ハ附隨ノ原因ニアラズシテ、必ズヤ決意ノ原因タリシ錯誤即チ重要ナル錯誤タリシナルベシ、重要ノ錯誤ナルカ將タ輕微ノ錯誤ナルカ、二者必ラズ其ノ一ニ居ラザルヲ得ズ、但シ法律ノ明文ヲ以テ定メタル以上ハ、斯ル附隨ノ原因タル錯誤アリトセザルヲ得ズト雖モ其無用ノ區別タルハ後ニ至リテ明了ナラン、設例ヘバ甲者ハ乙者ヲ充分ノ資産家ナリト信ジ乙者ニシテ其家屋ヲ已レニ賣却セバ無抵當ニテ金錢ヲ貸與セント言込ミ、乙者モ亦甲者ガ已レヲ以テ資産家ト信ズルコトヲ知ラズ之ヲ承諾シ、而シテ乙

者ニシテ無資産ナルトキハ、草案者ハ乙者ノ資産アルト否トハ附隨ノ原因ナリト爲シ、甲者ハ乙者ニ對シ合意ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ベキモノトスルニ似タレドモ、甲乙兩人間ニハ已ニ有効ナル合意ノ成立スルモノアリテ、決シテ取消シ得ベキモノニアラザルベシ、然レドモ若シ甲者ガ金錢ヲ貸與セント言込タル決心ニシテ全ク乙者ノ資産家タルノ故ニアリシトキハ、是レ附隨ノ原因ニアラズシテ、決意ノ主タル原因ニ依ル身上ノ錯誤ナレバ、重要ノ錯誤トシテ合意ハ當初ヨリ成立スルコトナカルベク、從ツテ其合意ハ單ニ取消シ得ベキモノニ止ラザルナリ。

(ロ) 決意ノ原因タル品質ノ錯誤 設例ヘバ羊ノ賣買ニ於テ甲者ハ或ル劊羊ヲ乙者ニ賣却セント言込ミ、乙者ハ之ヲ種羊ト誤リテ受諾ノ旨ヲ答ヘタルトキハ、甲者ノ意ハ劊羊ヲ賣ラントスルニ在リ、乙者ノ意思ハ種羊ヲ買ハントスルニ在ルヲ以テ、合意ハ當然成立スルコトナカルベシ、然ルニ我民法ハ此等ノ場合ヲ以テ單ニ取消シ得ベキモノトスルハ其當ヲ得タルガ、又甲者ハ金製ノ燭臺ヲ買ハント言込ミ乙者ハ之ヲ銀製ノ燭臺ト誤解シテ之ヲ受諾シタル場合ノ如キ合意ハ、最初ヨリ存在セザレバ單ニ之ヲ取消シ得ベキ合意トスルコトヲ得ザルコト明白ナリ。

(ハ) 決意ノ原因タリシ物ノ品格ノ錯誤及ビ合意ノ履行ノ時期場所等ノ錯誤モ亦前項ト同一ノ理由ニ依リ無効タルベシ、設例ヘバ甲者ハ上等ノ葡萄酒ヲ買ハント言込ミタルニ乙者ハ之ヲ下等ノ銘酒ト誤リ之ヲ受諾シタル場合ノ如キ、其錯誤ハ合意ヲ阻却シテ不成立タラシムベク、決シテ單ニ一方ノミガ取消シ得ベキ合意タルニ止ラザ

ルナリ。

故ニ右等ノ場合ニ於テハ合意ハ決シテ成立セザルヲ以テ決意ノ原因タリシ錯誤ハ、即チ重要ノ錯誤ニシテ必ズ合意ヲ阻却スルモノト謂ハザルヲ得ズ、然ルニ我民法ガ重要ノ錯誤及ビ輕微ノ錯誤ノ外更ニ承諾ノ瑕疵ヲ成スノ錯誤ナルモノヲ認メ、單ニ當事者ノ一方ノミガ取消シ得ベキモノトスルハ如何ナル場合ニ發生シ得ベキヤヲ考究セザルヲ得ズ、或ハ之ヲ以テ當事者ノ一方ノミニ錯誤ノ存スル場合ニ於テ錯誤者一方ノミ之ヲ取消シ得ベキモノトナシ、此等ノ場合ヲ以テ民法ノ所謂承諾ノ瑕疵ヲ成ス所ノ錯誤トスルヲ得ルニ似タレドモ、合意ノ取消シ得ベキハ合意ノ已ニ成立シタル後ニ在リ、本來成立セザル合意ト取消シ得ベキ已存ノ合意トヲ混同スルコトナキヲ要ス、然ルニ當事者ノ一方ノミニ錯誤ノ存スル場合ト雖、合意ハ初メヨリ成立セザルモノナルヲ如何セン、設例ヘバ羅馬法ニ例示セル羊ノ賣買ノ場合ニ於テ甲者ハ劔羊タルコトヲ知り、乙者ニ該羊ヲ賣ランコトヲ言込タルニ乙者ハ之ヲ種羊ナリト信ジテ其受諾ヲ爲シタルトキハ、甲者ノ意思ハ劔羊ヲ賣ラントスルニ在リ、乙者ノ意思ハ種羊ヲ買ハントスルニアルヲ以テ、甲乙ノ意思ハ合致セザレバ合意ハ初メヨリ成立セザルナリ、決シテ一旦成立シタル合意ノ取消シ得ベキ場合ニアラズ、金製ノ燭臺ト銅製ノ燭臺トヲ錯誤シタル場合ノ如キモ亦其價ニ大ナル差等アルノミニシテ毫モ右ノ場合ト其理ヲ異ニスルコトアルベカラズ、故ニ此場合ヲ除キ余ハ我民法中錯誤ガ承諾ニ瑕疵ヲ與ヘテ之ヲ取消シ得ベキトスルハ左ノ三個ノ場合ニ外ナラズト斷定セザルヲ得ズ。

第一 現物ヲ賣買スルニ當リ當事者ノ一方ガ其品質等ヲ錯誤スル場合 設例ヘバ甲者ハ現ニ其手ニ携フ所ノ燭臺

一方ノミ
ノ錯誤モ
亦合意ヲ
阻却ス

取消シ得
ベキ合意
現物ノ賣
買

ハ銅製ナルコトヲ知り、其物夫レ自身ヲ乙者ニ賣ランと言込ミ、乙者ハ之ヲ金製ナリト誤信スルモ、單ニ其物自身ヲ買ハンコトヲ諾シタルトキハ合意ハ有効ニ成立スルモ、若シ其代價ガ不適當ナルトキハ法律ハ特ニ此賣買ヲ取消スコトヲ許セリ、然レドモ是レ賣買法中ノ特例ナリ、斯ノ如キ賣買ノ取消ハ合意ノ瑕疵ト謂ハンヨリ寧ロ之ヲ損害賠償ノ特例トスルヲ適當トス。

宥恕スベ
キ錯誤

ボ氏ノ卓
見

第二 羅馬法及ビ近世ノ法理ハ主格的重要ノ錯誤ヲ理由トシテ、合意ノ不成立若クハ其取消ヲ申立ツルニハ、錯誤者ニ於テ重大ノ過失ヲシテ必ズ其錯誤ノ宥恕スベキモノタルコトヲ必要トセリ、否ラザレバ自己ノ過失ヲ以テ常ニ他人ニ歸シ、商業交通ノ利便ヲ害スルノ恐アルベシ、我民法ハ敢テ斯ノ如キ條件ヲ必要トスルコトヲ規定セザレドモ、現ニ民法ノ起草者タルボ氏モ亦之ヲ必要トナシ裁判所ハ錯誤ニシテ錯誤者ノ過失ニ出デ、宥恕ス可ラザルモノナルヤ否ヲ調査スベキモノト明言セリ、取モ直サズ法律ニ規定ナキ條件ヲモ裁判所ガ勝手ニ製造シ得ベキモノトスルボ氏ノ卓見ハ殊更法典論ノ價值ヲ増スヤ否ノ問題ハ扱置キ、近世社會ノ必要上宥恕スベキ錯誤ニアラザレバ、合意ノ効力ヲ左右スルコトヲ得ザルモノトスルハ至極ノ卓見ニ相違アルベカラズ、故ニ若シ此說ニ依リ我民法ニ於テモ亦右ノ條件ヲ必要トスルモノト解釋スル以上ハ、法律上承諾ノ瑕疵ヲ成スベキ錯誤トスル場合ハ勿論、當事者双方ガ事實ヲ錯誤シタル爲メ法律上合意ノ成立ナキモノトスル場合、即チ重要ノ錯誤ノ場合ト雖モ一方ノミノ過失ガ宥恕スベキモノタル以上ハ、外形上悉ク當事者ノ一方ニ於テノミ取消シ得ベキ場合ノミト解釋セザルヲ得ズ、何トナレバ無効若クハ取消ノ申立ヲ爲シ得ベキモノハ必ず宥恕ノ情狀ヲ

ル當事者ノ一方ニ限ラザルヲ得ザレバナリ。

意思ノ虚
示及秘存

第三 上來論述シタル錯誤ノ場合ハ皆意思ノ表示者ガ其表示セル意思ガ實際ノ意思ニ異ナル事ヲ了知セザル場合トス、夫ノ金製ノ燭臺ヲ買ハントノ言込ニ對シ之ヲ銀製ノ燭臺ト誤解シテ受諾ヲ爲スモノハ、其承諾ノ意思ノ表示ハ實際ノ意思ト異ナル事實ヲ當事者ニ於テ了知セザル場合ナレドモ若シ當事者ニ於テ之ヲ了知スル時ハ之ヲ意思ノ秘存 (Reservatio mentalis) 又ハ虚示 (Simulatio) ト謂フ、意思ノ秘存トハ若シ之ヲ明言スレバ斷定ヲ變ズベキ事柄ヲ心中ニ保存シテ之ヲ明言セザルヲ謂フ (The withholding to disclose something, which if stated would materially alter an assertion) 設例ヘバ眞ニ贈與ヲ爲スノ意ナクシテ或ル物ヲ贈與セント明言シ、又ハ眞ニ交換ヲ爲スノ意ナルニ或ル物ヲ贈與セント明言スルガ如キ是レナリ。意思ヲ秘存シタル表示ハ其表示者ニ對シテ素ヨリ有効ナリ、意思ノ虚示トハ他ヲ欺罔スル意ナクシテ故ラニ已レノ意思ヨリ異ナリタル意思ヲ表示スルヲ謂フ (The expression which is so directed that it shall deviate from what one actually wills) 設例ヘバ金製ノ燭臺ヲ買ハントノ言込ニ對シ、知リツ、銀製ノ燭臺ヲ賣ラントノ受諾ヲ爲シタル場合ノ如シ、意思ノ虚示モ亦其虚示者ニ對シテ有効ナルコト當然ナリ、而テ意思ノ秘存ト意思ノ虚示トハ本來異ナル所ナキモ意思ノ秘存ハ片面ニシテ意思ノ虚示ハ双面ナリ、故ニ意思ノ秘存ハ片面ノ虚示ナリト謂フコトヲ得ベシ、然レドモ合意ノ性質物體及ビ原因等ニ就キ双方ガ虚示ヲ以テ其合意ヲ爲スモノハ素ヨリ一ノ滑稽ニ過ギズシテ、其虚示タルノ證明充分ナル以上ハ法律上有効ナル合意ヲ成立シ得ベカラザル場合アルベシ、即チ現ニ存在セザル物件タル

虚示ノ場
合

トヲ知リツ、之ヲ買ハント約スルガ如キハ一ノ滑稽タルニ過ギザルベシ、之ニ反シ當事者ノ決意ノ原因タル事實ニ付キ一方ノ者ノミ其錯誤タルヲ知ラザル場合ニ於テハ、虚示ハ虚示者ニ對シテハ有効ニシテ虚示者ノ爲ニハ其合意ハ素ヨリ成立スレドモ、其之ヲ知ラザル一方ノモノハ合意ヲ取消スコトヲ得ベク、從ツテ斯ノ如キ合意ハ一方ノ者ノミ單ニ取消スコトヲ得ベキモノトナルベシ、我民法ガ錯誤ヲ以テ合意ノ瑕疵ヲ爲シ單ニ之ヲ取消シ得ベキモノトスル場合ハ、當事者ノ一方ニ於テ意思ノ虚示ヲ爲シタル場合ナリ。即チ、

(イ) 決意ノ原因タル身上ノ錯誤 即チ甲者ガ無資産者ナル乙者ヲ充分ノ資産家ナリト信ジ乙者ニ無抵當ノ貸金ヲ爲サンコトヲ約シタル場合ニ於テ乙者ハ甲者ガ決意ノ原因ハ己レヲ以テ資産家ト錯誤スルニ在ルコトヲ知リツ、之ヲ承諾シタルトキハ、其契約ハ甲者ニ於テノミ之ヲ取消スコトヲ得ベシ。

(ロ) 決意ノ原因タル品質ノ錯誤 即チ甲者ハ乙者所有ノ金製ノ燭臺ヲ買ハント言込タルニ乙者ハ其金製ニアラザルコトヲ了知シ乍ラ之ヲ受諾シタルトキハ、乙者ノ爲メニハ金製ノ燭臺ヲ賣ラントノ合意ハ成立スベシ即チ乙者ハ金製ノ燭臺ヲ賣ラン事ヲ約シタルモノナルヲ以テ、甲者ニ對シ無効ヲ主張スルコトヲ得ズト雖モ甲者ハ該燭臺ヲ以テ金製ナリト錯誤シタルモノナルヲ以テ乙者ニ對シ契約ノ取消ヲ請求シ得ベシ、剗羊ト種羊トヲ錯誤シタル場合ニ於テモ亦然リ。

(ハ) 決意ノ原因タリシ物ノ品格ノ錯誤等 即チ甲者ハ乙者所有ノ上等ノ銘酒ヲ買ハントノ意ナルニ、乙者ハ下等ノ銘酒ナルヲ知リツ、之ヲ受諾シタルトキノ如キモ、亦乙者ニ對シテハ其合意ハ有効ナルヲ以テ甲者ノ

ミ獨り其取消ヲ請求シ得ベシ。

要スルニ我民法ガ錯誤ヲ以テ合意取消ノ原因トスル場合ハ右ノ三種ノ場合ナルベシ。但シ虚示ノ場合ハ眞ニ錯誤ニアラザルヲ以テ羅馬法ハ之ヲ合意ノ効力ニ瑕疵ヲ與フル所ノ一種ノ原因トナシタレドモ、余ハ便宜上之ヲ錯誤ノ場合ニ併論セルニ外ナラザルナリ。

法律ノ錯誤若クハ不識 (Error, ignorantia juris) ハ事實ノ錯誤若クハ不識 (Error, ignorantia facti) ト同一ニ合意ノ成立ヲ阻却シ又ハ之レニ瑕疵ヲ與フベキモノナルヤ否ニ就テハ、古來學者間ニ異論ノ絶エザル一大問題ナレドモ、近世ノ法理ハ民法上敢テ此二者ヲ區別スルノ要ナキモノトセリ、英米法律及ビ羅馬法ニ於テハ二者ノ區別ハ甚ダ重大ノ關係ヲ有スルニ似タレドモ、遂ニ其區別ノ必要ハ實際何レノ處ニ歸スルヤヲ知ラザルナリ、法律ノ不識錯誤ハ合意ノ効力ニ毫末ノ影響ヲ及ボスモノニアラズトスル學者ノ說ニ從ヘバ、若シ法律ノ錯誤不識ヲ以テ合意ヲ無効トスルコトヲ得ベキモノトスルトキハ、法廷ハ實ニ決定シ得ベカラザル難題ヲ解クノ責ニ任ジ、其極意ニ法律ハ實行ヲ見ルコト能ハザル無用ノ冗文タルニ至ルベシトスルニ在リ、然レドモ事實ノ錯誤不識ヲ證明スルノ困難ハ敢テ法律ノ錯誤不識ヲ證明スルノ困難ニ讓ルベキモノニアラズ、英國法ガ事實ノ錯誤ニ依リ拂渡シタル金錢ハ之ヲ取返スコトヲ得ルモ、法律ノ錯誤ニ依リ渡シタル金錢ハ之ヲ取戻スコトヲ得ズトスルハ其何ノ理由タルヲ知ルベカラズ、又或ル論者ハ法律ノ不識錯誤ガ合意ニ及ボスノ効力ニ於テハ、事實ノ不識錯誤ト異ナル所ナキモノト爲シ乍ラ、法律ノ錯誤不識ハ其ノ過失怠慢ニ出タルコトヲ證明スルコト甚ダ困難ナルニ過ギズトスルモ

法律ノ錯誤

法律ノ錯誤
誤ハ合意
ノ効力ヲ
左右セズ
トノ誤見

法律ノ不識
意識
意義

法律ノ存在
在義務及
範圍

權利ノ存
否

ノアレドモ、事實ノ不識錯誤ニ過失怠慢ナキコトヲ證明スルモ亦困難ナリト謂ハザルヲ得ズ、故ニ法律ノ不識錯誤モ亦敢テ事實ノ不識錯誤ト異ナルコトナキモノト論定セザルヲ得ザルナリ、然レドモ法律ノ錯誤不識トハ果シテ如何ナル事ヲ指示スルカ、先ヅ其意義ヲ明了ナラシムルコトヲ要ス、予ハ之ヲ左ノ場合ニ分論セン。

一、法律ノ不識錯誤トハ法律ノ存在、意義及範圍ヲ了知セザルコトヲ謂フ、則チ人ノ意思ト法律ノ規定ト一致セザル場合ナレドモ外國法律ヲ知ラザル場合ハ法律ノ不識ニアラズシテ事實ノ不識トス。

二、權利ノ存否ニ關スル不識錯誤ハ羅馬以來多クハ之ヲ事實ノ不識錯誤トセリ (Ignorance de jure aucto) トシ英國ノ斷例ニ於テモ亦然リトス、然レドモ權利ハ法律ニ依リテ始メテ存在スベケレバ事實ノ明白疑ナキ場合ニ於テ法律ハ此事實ニ對シ法律上ノ權利ヲ與フルヤ否ハ法律上ノ問題ナリ、權利ノ存否ニ關スル錯誤不識ハ必ズシモ事實ノ錯誤不識ニアラズ、蓋シ斯ノ如キ意見斷例タル法律ノ不識錯誤ヲ以テ合意ノ効力ニ影響スルモノナキモノトスル學者及ビ法律ガ法律ノ不識錯誤ヲ曲ゲテ事實ノ不識錯誤ト爲シ以テ法律ノ保護ヲ與ヘントシタル結果ニ過ギザルナリ、法律ノ不識錯誤ト事實ノ不識錯誤トヲ區別スルノ必要ナシトスル近世ノ法理ニ於テハ、決シテ斯カル迂回ノ意見、斷例ヲ認ムルノ必要アルベカラズ。

三、或ル事實ガ法律ノ規定中ニ包括セラル、ヤ否即チ或ル場合ノ包括不包括 (Subsumtion, Non-subsumtion) ニ關スル問題ヲ錯誤シタルトキ、設例ヘバーノ法律ノ規定ハ或ル場合ニモ適用セラル、モノナルニ、之レヲ適用セラレザルモノト誤信シ、又或ル場合ニハ適用セラレザルモノナルニ、之レヲ適用セラルベキモノト誤解シタル

事實ノ包括
不包括

ガ如キハ法律ノ錯誤ナルカ、果タ事實ノ錯誤ナルカハ學說紛々タリト雖モ、夫ノ有名ナルサビニイ氏ノ如キハ之ヲ以テ事實ノ錯誤ナリト明言セリ、然レドモ斯ノ如キ包括不包括ノ問題ニ關シ事實ノ一定動カスベカラザルトキニ於テ法律ヲ誤解シ、又ハ其解釋ヲ誤ルハ法律ノ意義ヲ錯誤スルナリ、必ズシモ之ヲ事實ノ錯誤ト謂フベカラズ、サ氏ノ意見ハ近世學者ノ採ラザル所ナリ、

我ガ民法ハ一般ニ法律ノ錯誤ト事實ノ錯誤トヲ同一視シ、法律ノ錯誤モ亦承諾ヲ阻却シ、又ハ其瑕疵ヲ爲スベキモノトスレドモ、又法律ノ錯誤ト事實ノ錯誤トヲ區別シ、錯誤者ニ於テ之ヲ錯誤スルニ宥恕スベキ情狀アル場合ノミニ限ルガ故ニ、或ハ原則ニ於テハ法律ノ錯誤ハ一般ニ合意ノ効力ニ影響スルモノニアラズトシ、其宥恕スベキ情狀アルモノハ例外トシテ合意ノ効力ヲ影響スベキモノトセルモノトモ斷定シ得ベシ、今マ左ニ法律ノ全文ヲ示サン。

第三百十一條 法律ノ錯誤カ或ハ合意ノ性質原因又ハ効力ニ在ルトキ或ハ物ノ資格又ハ人ノ分限ニ存シテ其資格若クハ分限カ決意ヲ爲サシメタルトキハ其錯誤ハ事實ノ錯誤ノ如ク承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ爲ス然レトモ裁判所ハ宥恕スヘキ情狀アレニ非レハ右錯誤ノ爲メ合意ノ無効ヲ認許スルコトヲ得ス法律ノ錯誤ハ責罰ニ對シ時期ヨリ生スル法律上ノ失權ニ對シ又ハ行爲ノ違式ヨリ生スル無効ニ對シ此他公ノ秩序ニ係ル法律規則ノ不知ニ對シテモ當事者ヲ救護スル爲メニ之ヲ認許セス

法律ノ錯誤ニ關スル民法ノ規定

事實ノ錯誤ト法律ノ錯誤トノ差違

第一ノ差

右ノ法文ニ依ルトキハ我民法ガ法律ノ錯誤ト事實ノ錯誤トハ必ズシモ悉ク之ヲ同視スルモノニアラズ、今其異ナル點ヲ擧グレバ左ノ如クナルベシ。

一、法律ノ錯誤ハ物ノ資格又ハ人ノ分限等ガ決意ノ原因タリシ場合、即チ重要ナル錯誤ノ場合ノミニ於テ承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ爲ス故ニ事實ノ錯誤ノ場合ト異ニシテ附隨ノ原因タリシ場合ニ於ケル法律ノ錯誤ハ承諾ノ瑕疵ヲ爲スベキコトヲ明言セザルヲ以テ、民法ハ決意ノ附隨ノ原因タリシ物ノ資格若クハ人ノ分限ニ就テノ法律ノ錯誤ナルモノヲ認ムルコトナシ、已ニ事實ノ錯誤ノ所ニ於テ論述セルガ如ク、附隨ノ原因タル物ノ資格若クハ人ノ分限ノ錯誤ノ如キハ或ハ主タル原因トナリテ重要ナル錯誤ナルカ、否ラズンバ合意ノ効力ニ何等ノ影響ヲモ及ボサル所ノ輕微ノ錯誤ナルカ、二者必ラズ其一ニ居ラザルヲ得ズ、法律ノ錯誤ノ場合ニ就キ斯ノ如キ附隨ノ原因ナルモノヲ認メザルハ甚ダ其當ヲ得タリ、但シ法文ハ「其錯誤ハ事實ノ錯誤ノ如ク承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ成ス」ト明言スルヲ以テ、法律ノ錯誤ニモ亦事實ノ錯誤ノ如ク承諾ノ瑕疵ヲ爲スベキ附隨ノ原因ノ場合アリトスルコトヲ得ルニ似タレドモ、該條ハ法律ノ錯誤ガ「或ハ物ノ資格又ハ人ノ分限ニ存シテ其資格若クハ分限カ決意ヲ爲サシメタルトキハ」云々ト明言スルヲ以テ、資格分限ガ單ニ決意ノ原因タリシ場合ノミニ指シ附隨ノ原因タリシ場合ヲ指サシレバ、法文上ニ於テモ亦附隨ノ原因タリシ法律ノ錯誤アルヲ認メザルモノト謂ハザルヲ得ズ、起草者ノ現實ノ意見ハ解釋ノ原理ヲ紊ルコトヲ得ザルナリ。

第二ノ差

一、法律上法律ノ錯誤ヲ分ツテ三ト爲シ、第一承諾ヲ阻却スル錯誤、第二承諾ノ瑕疵ヲ成ス錯誤、第三承諾ヲ阻

却セズ又其ノ瑕疵ヲモ爲サル錯誤トスルハ、事實ノ錯誤ノ場合ト同一ナルガ如シト雖モ又大ニ異ナルモノアリ、即チ法律ハ事實ノ錯誤ノ場合ニ於テハ承諾ノ瑕疵ヲ爲ス所ノ錯誤ヲ固定シ、決意ノ附從原因タル身上ノ錯誤決意ノ原因タル品質品格ノ錯誤等ニ限リタレドモ、法律ノ錯誤ノ場合ニ於テハ、法律ハ「承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ成ス」ト謂フノミニテ如何ナル場合ガ承諾ヲ阻却シ、又如何ナル場合ガ瑕疵ヲ成スベキコトヲ固定スルコトナク、從ツテ法律ノ錯誤ガ合意ノ性質原因等ニ在スル場合ト雖モ必ズシモ承諾ヲ阻却セズシテ單ニ其瑕疵ヲ爲スベキ場合アルベキモノトセザルヲ得ズ、但シ錯誤ガ承諾ノ瑕疵ヲ成ス場合ハ主トシテ虚示ノ場合ニ存スルコトハ後ニ至リテ詳述セン。

第三ノ差

三、法律ハ錯誤ガ承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ成スハ錯誤者ニ於テ有恕スベキ情狀アル場合ノミニ限ルコトヲ明言スレドモ、事實ノ錯誤ノ場合ニ於テハ此制限ヲ明言セズ、然レドモ事實ノ錯誤ニ就テモ亦此制限ヲ必要トスベキモノタルコトハ已ニ前ニ論述シタレバ、之ヲ以テ事實ノ錯誤ト法律ノ錯誤トノ一大差異トスルコトヲ得ザルベシ、但シ法文ノ書方ニ依レバ此制限ハ唯ダ裁判所ノ心得ヲ記シタル迄ニ止マルガ如クナレドモ、是レハ自己ノ有スル私權利ノ主張ヲ以テ民事訴訟ノ物件トスル原則ヲ忘却シ、裁判所即チ國家ノ中央權ハ糾問的 (Inquisitorial) ニ私人ノ權利ヲ消長スルモノト心得タル佛國傳來ノ書キ方ニシテ、民法中所々ニ散見スル所、ボ氏ノ筆法ニハ珍シカラザルコト、知ルベシ。

佛國傳來ノ筆法

然ラバ即チ我民法上如何ナル錯誤ガ合意ノ効力ニ影響スルカ、又如何ナル場合ニ承諾ヲ阻却シ如何ナル場合

法律ヲ錯誤スル場合

ニ其瑕疵ヲ爲スカ、余ハ之ヲ説明スルニ當リ、之ヲ四個ノ場合ニ區別セン、即チ第一ハ當事者双方ガ各々異ナリタル意義ニ於テ法律ヲ錯誤スル場合、第二ハ當事者双方ガ各々同一ノ意義ニ於テ法律ヲ錯誤スル場合、第三ハ當事者中ノ一方ガ法律ヲ誤解スル場合、第四ハ虚示 (Simulatio) ノ場合ニシテ、當事者ハ法律ノ誤解タルコトヲ知ルヲ以テ眞ノ錯誤ニアラザルモ當事者ノ一方ニシテ之ヲ知ラザルトキノ場合ナレバ、此點ニ於テノミ併セテ茲ニ之ヲ論ズベシ。而シテ第一第三ノ場合ハ承諾ヲ阻却シテ合意ヲ無効タラシメ、第二ノ場合ハ承諾ヲ阻却セズ又其瑕疵ヲ成サズ合意ハ充分成立シテ有効ナルベク、第四ノ場合ハ承諾ノ瑕疵ヲ爲シ合意ヲ取消シ得ベキモノタラシム、左ニ之ヲ例示セン。

合意ノ性質ニ關スル法律ノ錯誤

甲、合意ノ性質ニ關スル法律ノ錯誤 設例ヘバ (第一) 甲者ハ法律上ノ所謂賃貸ナルモノハ賣買ノ意ナリト誤解シ、乙者ハ之ヲ贈與ノ意ナリト誤解シ、甲者ハ其家屋ヲ乙者ニ賃貸セント言込ミ乙者之ヲ受諾シタルトキニ於テハ、甲者ノ意思ハ賣買ヲ爲スニ在リ、乙者ノ意思ハ贈與ヲ受クルニ在ルヲ以テ、甲乙ノ意思ハ合致セザルヲ以テ該合意ハ不成立ナリ。(第二) 甲乙共ニ法律上所謂賃貸ナルモノハ賣買ト同一義ナリト誤解シ、甲者其家屋ヲ乙者ニ賃貸セント言込ミ乙者之ヲ受諾シタル時ハ甲者ノ意思ハ其家屋ヲ賣ラントスルニ在リ、乙者ノ意思ハ亦之ヲ買ハントスルニ在ルヲ以テ甲乙双方ノ意思ハ茲ニ合致シ、有効ナル一ノ賣買契約ヲ成立スベシ、其甲乙兩者ガ之ヲ賃貸トセルハ單ニ名稱ノ差異アルノミ。(第三) 甲者ハ法律ヲ誤解セズ賃貸ハ一ノ賃貸タルコトヲ知ルモ、乙者ニシテ法律ヲ誤解シ、法律上ノ賃貸ハ即チ賣買ナリト誤信シ、甲乙間ニ賃貸ノ契約ヲ爲シタルトキ

ハ、甲者ノ意思ハ其家屋ヲ賃貸スルニ在リ、乙者ノ意思ハ該家屋ヲ買取セントスルニ在リ、故ニ甲乙ノ意思ハ合致セザレバ合意ハ決シテ成立スルコトナカルベク、甲者モ之ヲ無効トシ乙者モ亦之ヲ無効ト爲シ得ベシ、此場合ヲ以テ單ニ取消シ得ベキモノトスルハ誤レリ。(第四) 甲者法律ヲ誤解シ法律上ノ賃貸ハ即チ賣買ト同一ナルモノト信ジ、乙者ニ其家屋ヲ賃貸センコトヲ言込タルニ乙者ハ甲者ガ之ヲ賣買ト誤解スルコトヲ知り乍ラ賃貸ノ受諾ヲ爲シタルトキハ、乙者ハ一ノ虚示ヲ爲スモノナリ、而シテ虚示ハ虚示者ニ對シテ其効力ヲ有スルヲ以テ虚示者ナル乙者ハ之ヲ賃貸ニアラズトナシ其取消ヲ請求スルコトヲ得ズト雖モ、甲者ノミ獨リ其無効ヲ申立ツルコトヲ得ベシ、即チ甲乙間ノ合意ハ瑕疵アルモノニシテ取消シ得ベキモノナリ。

合意ノ効力ニ關スル法律ノ錯誤

乙、合意ノ効力ニ關スル法律ノ錯誤 設例ヘバ(第一) 甲者ハ法律ヲ誤解シ不動産ノ賣買ハ單ニ物件ノ使用權ノミヲ移轉スルモノト信ジ乙者ハ亦抵當權ノミヲ移轉スルモノト信ジ甲乙者間ニ乙者所有ノ家屋ノ賣買ノ契約ヲナシタルトキハ、甲者ノ意思ハ該家屋ノ使用權ヲ得ントスルニ在リ、乙者ノ意思ハ其抵當權ヲ與ヘントスルニ在ルヲ以テ、甲乙間ニ意思ノ合致ナルモノナカルベク、家屋賣買ノ合意ハ成立スルコトナカルベシ。(第二) 甲乙双方共ニ賣買ハ直ニ所有權ヲ移轉スルモノニアラズシテ、只ダ人權ヲ創設スルモノト誤信シ、賣買契約ヲ爲シタルトキハ直ニ所有權ヲ移轉スベキ合意ハ成立セザルモ後日ニ所有權ヲ移轉セントノ合意ハ有効ニ成立スベシ。(第三) 甲者ハ法律ヲ誤解シ賣買ハ直ニ所有權ヲ移轉スルモノニアラズト信ジ乙者ハ能ク法律ヲ了知シ賣買ハ直ニ所有權ヲ移轉スベキモノタルコトヲ知ル場合ニ於テ甲乙間ニ於テ乙者所有ノ家屋ヲ賣買セントノ契約

合意ノ原因ニ關スル法律ノ錯誤

ヲ爲シタルトキハ、甲者ノ意思ハ後日ニ所有權ヲ得ントスルニ在リ、乙者ノ意思ハ直チニ所有權ヲ移轉セントスルニ在ルヲ以テ、甲乙ノ意思ハ合致スルコトナク合意ハ當然成立セザルベシ。(第四) 甲者ハ法律ヲ誤解シ直ニ所有權ヲ移轉スベキモノニアラズト信ジ、乙者ハ能ク法律ヲ了知シ而シテ甲者ガ現ニ法律ヲ誤解セルコトヲ知り乍ラ甲者ガ其家屋ヲ賣ラントノ言込ニ對シ其受諾ヲ爲シタルトキハ、乙者ノ受諾ハ虚示ナリ、虚示ハ其虚承諾ノ瑕疵アルコトヲ申立テ其取消ヲ爲スコトヲ得ベシ。

丙、合意ノ原因ニ關スル法律ノ錯誤 起案者ハ法律上ノ義務相殺ハ當然義務ヲ消滅スルモノタルコトヲ知ラズシテ、他ノ義務設例ヘバ借入金ニ改更シタル場合ノ如キヲ以テ、合意ノ原因ニ關スル法律ノ錯誤ノ一例トナスガ如シ、此場合ニ於テモ亦前項ニ掲ゲタル數種ノ場合アルベシト雖モ、原因ノ錯誤ハ多クハ合意ノ効力ノ錯誤若クハ原因ノ不存等ノ場合ニ在ルベキヲ以テ、其點ニ於テ合意ハ無効タルベク、之ヲ以テ法律ノ錯誤トセザルベカラザル場合ハ殆下絶無ナラン。

丁、物ノ資格ニ付テノ法律上ノ錯誤 起案者ハ公河モ法律上ノ融通物ト認信シテ賣却シタル場合ノ如キヲ以テ其一例トスレドモ、物ノ資格ニ付テノ錯誤ハ多クハ合意ノ物體ニ付キ當事者ノ處分權ナキノ故ヲ以テ無効トナルベク、法律上ノ錯誤ヲ理由トシテ之レヲ無効トスルノ場合甚ダ多カラズト雖モ共有物ハ分割シ得ベキモノナルニ之ヲ分割スルコト能ハザルモノト誤解シタル場合ノ如キハ或ハ之ヲ物ノ資格ニ就テノ法律ノ錯誤ト謂フベキ

物ノ資格ニ付テノ法律上ノ錯誤

人ノ分限ニ付テノ法律上ノ錯誤

カ。 戊、人ノ分限ニ付テノ法律上ノ錯誤 設例ヘバ未成年者ト後見人トノ間ニ利益相反スルトキハ、後見監督人ハ未成年者ヲ代表スベキモノナルニ、後見人ヲ代表スベキモノト誤解シ又ハ私生ノ子モ嫡出ノ子モ同一ノ權利ヲ有スベキモノト誤解シテ合意ヲ爲シタル場合ノ如キ是レナリ、此等ノ場合モ亦前ニ記載シタルガ如キ種々ノ場合アルベシト雖モ事繁冗ニ渉ルヲ以テ今茲ニ之レヲ略スベシ。讀者乞フ前ノ例ヲ推及シテ自ラ研究スル所アルベシ。

右ニ論述シタル所ニ依レバ法律ノ錯誤ガ承諾ノ瑕疵ヲ成ス場合ハ單ニ虛示即チ第四ノ場合ニ止マルガ如クナレドモ、宥恕スベキ情狀アルニアラザレバ、法律ハ法律ノ錯誤ヲ理由トシテ無効ヲ主張スルコトヲ許サザルヲ以テ雙方ガ法律ノ意義ヲ各々異ナリタル意義ニ誤解スル場合、及ビ當事者ノ一方ガ法律ヲ誤解スル場合、即チ第一及ビ第三ノ場合ニ於テハ、合意ハ當然成立セザルニ係ハラズ、宥恕スベキ情狀ナキトキハ之ヲ無効トスルコトヲ得ズ。從ツテ合意不成立ノ場合ヲ縮少スル代ハリニハ、又瑕疵ノ場合ト等シク外形上單ニ合意ノ取消シ得ベキ場合ヲ擴張シタルモノト謂ハザルヲ得ザルハ事實ノ錯誤ノ場合ト同ジカルベシ。何トナレバ第一第三ノ場合ノ如キ合意不成立ノ場合ト雖モ宥恕スベキ情狀アル者ノ一方ノミ獨リ其無効ヲ申立ツルコトヲ得ベケレバナリ。

宥恕ノ情狀

法律ノ錯誤ハ之ヲ錯誤シタル情狀ヲ宥恕スベキモノタルコトヲ必要トスルハ、本來法律ノ錯誤ト事實ノ錯誤トヲ區別シ、法律ノ錯誤ハ合意ノ効力ヲ左右スル事能ハザルモノトスルノ原則ヨリ胚胎シ、宥恕スベキ錯誤ヲ以テ

宥恕ノ場合

其例外ト爲シタルモノナレドモ、我民法ハ法律ノ錯誤ト事實ノ錯誤トヲ區別セザルヲ原則トシ、而シテ宥恕ノ情狀ノ存在ヲ以テ其原則ノ一制限トスルニ過ギズ。故ニ今マ羅馬法ニ於テ宥恕スベキ法律ノ錯誤トセル場合ヲ示サシ。

一、法律ヲ研究シタル者ニアラズシテ法律ヲ了知シ得ベカラザル地位ニ在リシ事實ヲ證明シタルトキ。
二、未丁年者ハ通常法律ヲ了知スルノ能力ナキモノトスルヲ通則トスレドモ法律ノ不知錯誤ニ依リ損害(Damnnum)ヲ免ル、コトヲ得ルモ或ル利益(Compendium)ヲ取得スルコトヲ得ズ。

三、婦女、兵卒及ビ全然教育ナキ者ニ就テモ亦或ル場合ニ於テハ當然宥恕スベキモノトセリ、但シ羅馬法ニテ(Pushticias)ト稱シタルモノハ往々之ヲ田舎漢ト解スルモノアレドモ羅馬法ノ用語ニ於テハ決シテ田舎漢ヲ謂フモノニアラズシテ全然教育ヲ缺キタルモノヲ指示セルコトハ近世ノ學者ガ羅馬法ヲ研究セル結果ニ依リテ明了タルニ至レリ。

又我民法ハ將ニ宥恕スベキ情狀アルト否トヲ問ハズ、法律ノ錯誤ハ毫モ合意ノ効力ヲ左右スルコトヲ得ザルモノトスルノ原則ヲ固守セルガ如キ場合アリ。則チ左ノ如シ。

責罰ニ對スル法律ノ錯誤

一、責罰ニ對スル法律ノ錯誤 トハ其文字頗ル曖昧ニシテ明晰ヲ缺クト雖モ、起案者ノ説明ヨリ推究スレバ民事上ノ犯行則チ私犯ヨリ生ズル義務設例ヘバ懈怠ニ因リテ他人ニ與ヘタル損害、又ハ用益者ノ用益物ノ濫用ニ對シ虚有者ガ用益權ヲ取消スル權ノ如キハ、縱令義務者又ハ用益者ガ斯カル法律アルコトヲ知ラザルガ爲メニ生

時期ヨリ
生ズル失
權ノ錯誤

行爲ノ違
式ヨリ生
ズル無効
ノ錯誤

故意過失
ヲ問ハザ
ル行爲ニ
ハ錯誤又
ハ不識ノ
存在ナシ

シタルモノト雖モ其錯誤ハ其義務ヲ免除シ又ハ用益者ヲ保護スルニ足ラザルモノトスルニ似タリ。

二、時期ヨリ生ズル法律上ノ失權ニ對スル法律ノ錯誤 トハ法律上ニ定メタル期限ノ經過ニ依リテ、權利ヲ失フ
場合ニ於テ其法律ヲ知ラザルモノヲ云フ、設例ヘバ或ル債權ハ五年ノ時効ニ依リテ消滅スルモノナルヲ、全ク
其期限ナキモノト誤リ、又ハ十年若クハ二十年ノ時効ニ依リテ消滅スベキモノト誤解シテ爲シタル合意ハ法律
上ノ錯誤アリトモ、決シテ之ヲ無効トスルコトヲ得ザルナリ。

三、行爲ノ違式ヨリ生ズル無効ニ對スル法律ノ錯誤 トハ或ル行爲ニ就キ法律ガ法式設例ヘバ公正證書ヲ用キル
ニアラザレバ其行爲ノ成立ナキモノト爲シタルヲ知ラズシテ、無式ノ合意ヲ爲シタルガ如キ場合ニシテ、法律
ノ不識ハ毫モ之ヲ有効タラシムルノ原因タルコトヲ得ザルナリ。

四、其他公ノ秩序ニ係ル法律規則ノ不知 トハ起案者ノ説明ニ依レバ不動産ノ讓渡ノ公示ニ關シテ定メタル登記
式又ハ法律上ニ定メタル利息ノ制限アルヲ知ラズ、之レニ違ウタル合意ヲ爲シタル場合ノ如キヲ謂フモノトセ
リ。

由是觀之右ニ掲ゲタル四個ノ場合ハ法律ノ不識錯誤ヲ以テ合意ヲ無効トスルコトヲ得ベキ原則ノ例外ニシテ則
チ法律ノ錯誤ハ合意ノ効力ヲ左右セズトノ原則ヲ適用シタル場合ナルガ如クナレドモ、亦決シテ然ラザルモノア
リ、抑モ不識若クハ錯誤ナルモノハ、常ニ法律上或ル事（就中合意ノ如キ）ヲ爲スニ故意ヲ要スル場合ノミニ發
生シ得ベキモノニシテ、過失ニ出ヅルモノト雖モ法律ガ之ヲ有効トスル場合ニ於テハ、決シテ初メヨリ不識若ク

ハ、錯誤ノ問題ヲ發生シ得ベキモノニアラズ、然ルニ右ニ掲ゲタル場合ハ、皆ナ法律ガ過失ニ對シテ責任ヲ認メ若
クハ過失ニ出ヅルト故意ニ出ヅルトヲ問ハザルモノナルヲ以テ、錯誤若クハ不識ノ存在スベキ理由ナシ、故ニ右
等ノ場合ニ於テハ事實ノ錯誤ニ就テモ亦同一理ナルベシ、我民法ガ法律ノ錯誤ニ就テノミ之ヲ明言スルハ誤解ヲ
來スノ恐レアルノミナラズ、民法ハ毫モ關係ナキ無用ノ規定ヲ設ケタルモノト謂ハザルヲ得ズ、設例ヘバ他人ノ
物件ヲ毀損シ又ハ他人トノ合意ヲ破リ他人ニ損害ヲ與フルモノハ其所爲ガ故意ニ出ヅルモ過失ニ出ヅルモ、民事
上ニ於テハ現ニ他人ニ與ヘタル損害ヲ賠償スルノ義務アルベク、其所爲ガ過失ニ出デタレバトテ損害ヲ受ケタル
一方ノ者ニ取りテハ毫末ノ關係アルベカラズ、斯ノ如キ場合ニ於テ、殊更ニ法律ノ錯誤若クハ事實ノ錯誤ハ損害
賠償ノ義務ニ關係ヲ及ボスコトナキ旨ヲ斷ルハ方角違ノ餘所事ナリ、設例ヘバ「人ノ家宅ニ侵入シタルモノハ十
一日以上二月以下ノ輕禁錮ニ處ス」トノ法文ニ「但シ侵入ノ際放屁スルモ犯罪ノ成立ニ關係ナシ」トノ但書ヲ加
ヘタルニ異ナラズ、要スルニ右等ノ場合ハ法律若クハ事實ノ錯誤不識ガ存在シ得ベカラザル場合ナリ、然ルニ若
シ之ヲ以テ法律ノ制裁ヲ確實ニシ社會ノ秩序ヲ整理スルノ必要ヨリ法律ガ特ニ設ケタル例外ノ場合トスルノ誤見
ヲ採用スルコトアラバ、一般ノ場合ニ於テモ亦法律ノ不識錯誤ハ合意ヲ阻却シ、又ハ其瑕疵ヲ爲スモノニアラズ
トスルノ原則ヲ採用セザル可ラザルニ至ルベシ、故ニ右等ノ場合ニ於ケル錯誤不識ガ行爲ノ効果ニ影響スル所ナ
キハ民法中此特別ノ規定アルガ故ニアラズシテ、錯誤不識ニ係ル法律自身ニ於テ行爲ノ効果ヲ生ズルニ識不識ヲ
必要トセズ從ツテ不識錯誤ノ存在シ得ベカラザルニ依ルナリ。

錯誤ノ證

上來論述シタル所ヲ以テ錯誤ノ合意ノ効力ニ及ボス影響ナリトス、今マ本段ヲ了ルニ臨ミ猶ホ一言スベキハ錯誤ノ證明ニ關スル法則ナリ、抑モ錯誤ヲ以テ承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ爲スベキモノトスルトキハ、大ニ社會ノ必要ヲ害シ容易ニ有効安全ナル取引ヲ爲スコト能ハザルニ至ルガ如シト雖モ此等ノ弊害ハ多クハ舉證ノ方法ヲ以テ之ヲ除去スルコトヲ得ベシ、左ニ其大綱ヲ示ス。

舉證ノ責任

一、法律ノ錯誤ト事實ノ錯誤タルトヲ問ハズ、凡テ錯誤ノ存在及ビ其宥恕ノ情狀ヲ證明スルハ申立人ノ責任ナリ法律ハ決シテ之ヲ推定スルコトナカルベシ、而シテ其申立人トハ錯誤ヲ理由トシテ合意ヲ無効トシ又ハ之レヲ取消スニ依リ其利益ヲ得ントスル者ナレバ、承諾ヲ阻却スル合意ニ在リテハ通常被告人タルベク瑕疵ノ場合ニ於テハ通常原告人タルベシ、何トナレバ合意不成立ノ場合ニ於テハ必ズ之レヲ履行セントスル者アルヲ待ツテ被告ハ之レニ答辯スルノ地位ニ立ツベク、合意ニ瑕疵アル場合ニ於テハ法律上一定期限ヲ經過スレバ其取消ヲ申立ツルコトヲ得ザルヲ以テ、取消ノ申立ヲ爲スモノハ通常原告人タルベシ。(第三百十八條第一項及ビ第五百四十四條) 又法律ノ錯誤ト事實ノ錯誤トヲ區別シ、法律ノ錯誤ハ合意ノ効力ニ影響スル所ナキモノトスル學者ニ在リテハ、法律ノ錯誤ノミ之ヲ申立ツル人ニ於テ證明スルコトヲ必要トスレドモ素ヨリ我民法ニ採用スベキモノニアラズ。

二、銷除訴權即チ取消ヲ請求スルノ權ハ、過失ナクシテ瑕疵アル承諾ヲ與ヘタル者ノミニ屬スルハ當然ナレドモ若シ當事者ノ双方ニ過失アル錯誤アリテ相互ニ銷除訴權ヲ有スルトキハ、其權利ハ併立スベク、決シテ相殺ニ

當事者双方ノ相殺

依リ毀滅スベキモノニアラズシテ、相互ニ取消ノ權利ヲ行フコトヲ得ベシ (第三百十八條第二項)、羅馬法ニ於テハ當事者相互ノ銷除訴權若クハ瑕疵ハ相殺ニ依リテ當然消滅スベキモノト爲シタレドモ、若シ羅馬法ニ從フトキハ相殺ノ結果ハ當然有効ノ合意トナルカ、否ラズンバ當然無効ノ合意トナルカ二者必ズ其一ニ居ラザルヲ得ズ、設例ヘバ甲乙共ニ過失ニ依リ事實ヲ錯誤シ又ハ甲乙互ニ詐欺ヲ行ヒ、又ハ甲乙共ニ未丁年者ナルニ賣買ノ契約ヲ爲シタルトキニ於テハ、甲乙互ニ瑕疵アリ又甲乙互ニ銷除訴權ヲ有スベシ、而シテ若シ羅馬法ヲ以テ双方ノ瑕疵ガ當然相殺ニ依リテ消滅スベキモノトスルトキハ、甲乙相互ニ對シ瑕疵ノ原因消滅シテ其賣買ハ五年ノ期間ノ經過ヲ待タズ、當然有効トナリテ甲乙何レモ之レヲ取消スコトヲ得ザルベシ、若シ又甲乙相互ノ銷除ノ權利ガ相殺ニ依リテ消滅シ、甲乙各々此權利ヲ行フコト能ハザルモノトスルトキハ、五年ノ期間ノ經過スルト否トヲ問ハズ、賣買契約ハ全ク無効トナルベシ、然ルニ我民法ハ双方ノ銷除訴權ノ方法ハ互ニ消滅セズト明言スルヲ以テ甲若シ法定ノ期限内ニ此訴權ヲ行ヒタルトキハ、甲ノ訴ニ依リ賣買契約ハ初メテ消滅スベク又乙若シ法定ノ期限内ニ此訴權ヲ行ヒタルトキハ乙ノ訴ニ依リ初メテ賣買契約ハ消滅スベク、甲乙何レニテモ之ヲ行フトキハ無効トナリ之ヲ行ハザル間ハ依然タル瑕疵アル契約タルベシ、又若シ双方共ニ此訴權ヲ行ハズシテ法定ノ期限ヲ經過シタルトキハ瑕疵アル契約ハ忽チ有効ノ契約トナルベシ、頗ル適當ノ規定ナリト云フベシ、若シ甲者モ之ヲ有効トスルノ權利ト之ヲ無効トスルノ權利トヲ有シ、而シテ乙者モ亦之レヲ有効トスルノ權利ト無効トスルノ權利トヲ有スル場合ノ如キハ、其權利ハ當然相殺セラル、コト羅馬法ノ如クナルベシト

雖モ我民法ニ於テハ銷除ノ訴權ハ單ニ合意取消ヲ爲スコトヲ得ベキ權利ニシテ其合意ヲ有効トスルノ權利ハ法定ノ期限ノ經過ニ依リ當然發生スベキモノナルヲ以テ、羅馬法ニ於ケル相殺ノ原理ヲ採用スルコトヲ得ザルナリ。故ニ當事者双方ガ銷除訴權ヲ有スル場合ニ於テ相互ニ損害アルトキハ、其損害ノ賠償ニ就テモ我民法モ亦之ヲ相殺スルヲ得ベキコトヲ認メタリ、何トナレバ相互ニ損害アル場合ニ於テハ相互ニ債權者タリ債務者タルモノナルヲ以テ相互ニ之ヲ相殺シ得ベキ權利ト義務アレバナリ。

取消ノ期

三、取消スコトヲ得ベキ合意ハ、錯誤ヲ了知シタルトキヨリ五ケ年間にニ之ヲ攻撃セザルトキハ法律ハ默示ニテ之ヲ認諾シタルモノト看做スベキコトヲ規定セリ（第三百二十條）、故ニ合意ノ錯誤ヲ了知シタル時ヨリ五ケ年ヲ經過セバ其合意ハ有効完全ナルモノトナルベシ、又默示認諾ニ關スル原理及ビ其他默示認諾ノ場合並ニ明示認諾ノ方式ハ後章ニ至リテ詳論スベシト雖モ前項ニ記載シタル場合、即チ當事者双方ガ銷除訴權ヲ有スル場合ニ於テ、一方ガ明示認諾ヲ爲シタルトキハ、即チ權利ノ擲棄ニシテ他ノ一方ノミガ銷除訴權ヲ有スルモノトナリ、一方ノ明示認諾ノ爲メニ他ノ一方ノ銷除訴權ヲ消滅スルコトナカルベキハ當然ナリ。右錯誤ノ證明ニ關スル規則ハ錯誤ノ場合ノ外後段ニ論述スル所ノ詐欺強暴及ビ無能力ノ證明ニ就テモ亦適用セラルベシ、故ニ後段此等ノ事ヲ論ズルノ場合ニ於テハ特例アルカ又ハ疑義アルモノ、外、別ニ證明ニ關スル規定ヲ論述スルコトナカルベシ、事重複ニ涉レバナリ。

第二段 詐欺

詐欺ノ定義

詐欺 (Dolus) トハ錯誤ヲ惹起シ且其錯誤ニ依リテ他人ノ意思ヲ決定表示セシムルガ爲メニ故意ヲ以テ眞實ヲ虚示スルヲ謂フ、此定義ニ從フトキハ、

一、詐欺ノ所爲ハ眞實ヲ虚示スルナリ、眞實ノ虚示トハ事實（若クハ法律）ヲ變狀隱蔽シ又ハ之ヲ構造シテ之ヲ他人ニ表示スルヲ謂フ、故ニ眞實ノ虚示ナルモノハ物格的ニ眞實ナラザル事實（若クハ法律）ヲ表示スルモノニシテ主格的ニ眞實ナラザル表示ヲ爲スノ謂ニアラズ、設例ヘバ現在金製ナル燭臺ヲ銀製ナリト信ジ乍ラ、己ノ信認ニ反シ之ヲ金製ナリト陳述スルハ主格的ニハ眞實ナラザル表示ヲ爲スモノタリ、現ニ銀製ナル燭臺ヲ金製ナリト陳述スル場合ニアラザレバ詐欺即チ物格的ニ眞實ナラザル事實ヲ虚示スルモノニアラザルナリ。

二、詐欺ハ眞實ノ虚示ニ依リテ必ず錯誤ヲ惹起シ得ベキモノタラザルベカラズ、錯誤ヲ惹起シ能ハザル眞實ノ虚示ハ錯誤ヲ惹起セシムルノ意アリト雖モ其詐欺ハ不能ナリ、又錯誤ヲ惹起シ得ベキ虚示ニ依リ現ニ錯誤ヲ惹起シタルトキハ詐欺ノ結果ノ發生シタルモノト爲シ、若シ又現ニ之ヲ惹起スルニ至ラザルトキハ之ヲ未遂ノ詐欺ト爲ス、故ニ未遂ノ詐欺モ亦一ノ詐欺ナルヲ以テ民法ニ所謂詐欺ナル語ハ現ニ錯誤即チ結果ヲ發生シタルモノト、未ダ之ヲ發生セザルモノトヲ包含ス。設例ヘバ「詐欺カ錯誤ヲ惹起ス云々」ト謂ヘル法文ノ所謂詐欺ナル語ハ單ニ虚示ノ義ニシテ未ダ錯誤ヲ發生セザルモノタルベシ、余ハ之ヲ詐欺ノ第一義ト稱スベシ、又「當事者ノ一方カ詐欺ヲ行ヒ其詐欺カ他ノ一方ヲシテ合意ヲ爲スコトニ決意セシメタルトキ云々」ト謂ヘル法文ノ所謂詐欺ナル語ハ已ニ錯誤即チ結果ヲ生ジタルモノナルベシ余ハ之ヲ詐欺ノ第二義ト稱スベシ。

詐欺ノ第一義

詐欺ノ第二義

詐欺ノ第
三義

三、詐欺ハ錯誤ヲ惹起セシムルノ意アルコトヲ要スルノミナラズ、又其錯誤ニ依リテ他ノ意思ヲ決定セシメ、且ツ之ヲ表示セシムルノ意アルコトヲ要ス、否ラズンバ詐欺ハ毫モ合意ノ効力ニ關係スル所ナシ、故ニ詐欺ニ依リ發生シタル結果即チ錯誤ニ依リテ決意シ、且ツ其決意ヲ以テ爲シタル意思ヲ表示シタルモノナルトキハ其意思ノ表示ハ則チ詐欺ニ出デタル表示ニシテ、無効若クハ取消シ得ベキモノタルベシ余ハ之ヲ詐欺ノ第三義ト稱スベシ。

由是觀之合意ノ効力ニ影響ヲ及ボスベキ詐欺ハ第三義ニ於ケル詐欺ノミ、第三百十二條第一項ニ詐欺ガ承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ爲スモノト否ラザルモノトヲ區別スルハ則チ第二義ト第三義トノ區別ニ在ルヲ見ルベシ、法律ガ「承諾ヲ阻却セス又其瑕疵ヲ成サス」ト明言スルハ第二義ニ於ケル詐欺ノ意ナリ、而シテ同項但書ハ詐欺ヨリ生ズル錯誤ヲ以テ全ク單純ナル錯誤ト同視シ「詐欺カ錯誤ヲ惹起シ其錯誤ノミヲ以テ前三條ニ記載セルカ如ク承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ成ストキハ此限ニアラス」ト明言セリ、蓋シ詐欺ハ必ズ錯誤ヲ生ゼザレバ其効力ナキヲ以テ、此但書ハ甚ダ適當ノ規定ナルガ如クナレドモ、單純ノ錯誤ト詐欺ヨリ生ズル錯誤トハ、承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ爲シ若シクハ取消ヲ求メ得ベキ場合ヲ異ニスルモノアルガ故ニ、之ヲ第三義ニ於ケル詐欺トスルヲ適當トス、現ニ緣由ノ錯誤ノ如キ單純ナル錯誤ニ在リテハ全ク合意ノ結果ニ影響スルコトナキモ、詐欺ヨリ生ズル錯誤ニ至リテハ合意取消ノ原因タルコトヲ得ベキハ同條第三項ノ明言スル所ニシテ、兩者ノ間ニ於ケル著大ナル差異ナリト謂ハザルヲ得ズ。

意思ノ表
示ニ關ス
ル詐欺

詐欺ヨリ生ズル錯誤ガ合意ニ影響スル場合ハ事實ノ錯誤ノ場合ニ於ケルガ如ク、之ヲ二種ニ大別セザルベカラズ、第一ハ詐欺ガ意思ノ表示自身ニ錯誤ヲ與フルトキニシテ、第二ハ詐欺ガ緣由ニ錯誤ヲ與フルトキナリ。

第一 意思ノ表示ニ關スル詐欺

詐欺ヨリ生ズル錯誤ガ意思ノ表示自身ヲ錯誤セシムル場合ニ重要ノ錯誤（合意ノ物體原因品質等）アリ、輕微ノ錯誤アリ、又常事者ノ詐欺ニ係ルモノアリ第三者ノ詐欺ニ係ルモノアリト雖、今其合意ニ及ボス影響ヨリ之ヲ區分シテ四種ト爲スコトヲ得、第一ハ第三者ノ詐欺ニ係ル重要ノ錯誤ニシテ、承諾ヲ阻却シ合意ヲ不成立タラシムルモノニシテ、法律上當然無効（*Ipso jure*）ノ場合ナリ、之ヲ絕對的無効ノ原因タル詐欺ト謂ヒ、第二ハ當事者ノ詐欺ニ係ル重要ノ錯誤ニシテ、承諾ニ瑕疵ヲ與ヘ詐欺セラレタル一方ノミ任意ニ之ヲ無効トシ、又ハ有効タラシムルコトヲ得ベキモノニシテ、當事者ガ無効ト爲シ得ベキ場合ナリ、之ヲ相對的無効ノ原因タル詐欺ト謂ヒ、第三ハ合意ハ成立シ又承諾ノ瑕疵モ存セズト雖、確定ナル現物ノ取引ニ於テ當事者ノ詐欺ノ爲メ重大ノ損害ヲ受ケタルモノガ、金銭上ノ損害賠償ノ代ハリニ補償ノ名義ヲ以テ之ヲ取消シ得ベキ場合ナリ、之ヲ取消ノ原因タル詐欺ト云フ、故ニ又第一第二ノ場合ニ於ケル取消訴權ヲ對世的訴權ト謂ヒ、取消ノ結果ハ第三者ニ及ブベク、第三ノ場合ヲ對人的訴權ト云ヒ、取消ノ結果ガ善意ナル第三者ヲ害スルコトヲ得ザルモノトス。又第四ハ當事者ノ詐欺ニ係ル輕微ノ錯誤ノ場合ニシテ、合意ハ有効ニ成立シ又承諾ノ瑕疵ナク又補償ノ名義ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得ザレドモ、只ダ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ得ベキ場合ナリ、之ヲ損害賠償ノ原因タル詐欺ト謂フ、左ニ此等

第二章 義務ノ原因

ノ場合ヲ分論セン。

絕對的無効ノ原因タル詐欺

第一 絕對的無効ノ原因タル詐欺 ハ第三者ノ詐欺ニ依リ重要ノ錯誤ヲ生ジタル場合ニシテ單純ナル錯誤ノ場合ト雖モ其原理ヲ異ニスル所ナシ、即チ斯ノ如キ錯誤ハ全ク承諾ヲ阻却シ合意ヲ不成立タラシムベキヲ以テ、未行ノ合意ニ於テ若シ當事者何方タリトモ一方ノ者ガ他ノ一方ノ者ヨリ合意ノ履行ヲ求メラレタルトキハ、合意不成立ノ申立 (Exceptio metus) ヲ爲シ得ベク、又已ニ履行シ了リタル合意ニ係ルトキハ其無効ヲ申立テ已ニ履行シタルモノハ第三者ニ對シテモ之ヲ原狀ニ回復スルコトヲ得ベシ、又斯ノ如キ合意ハ本來成立セザルモノナルヲ以テ、當事者ノ意思ニ依ルモ又ハ五年ノ期間ヲ經過スルモ決シテ有効ノ合意ニ變ズルコトナカルベシ、但シ當事者中重大ノ過失怠慢ニ依リ第三者ノ詐欺スル所トナリタルトキハ、其過失怠慢アルモノハ一方ニ對シ消極的利益即チ有効ノ合意ヲ結了スルコトヲ妨ゲタルヨリ生ズル損害ヲ賠償セザルベカラズト雖、積極的利益即チ合意ニ依リテ取得セラルベキ利益ニ對スル損害ヲ賠償スルノ責任ナシ、此等ノ事タル已ニ單純ナル錯誤ノ場合即チ前段ニ於テ論述シタル所ナルヲ以テ、今茲ニ之ヲ再言スルノ要ナシト雖モ前段ノ所論ヲ補修スル爲メ更ニ之ヲ例示セン。

(イ) 合意ノ物體ノ錯誤 ニ就テハ意思ノ表示ノ意義ニ係ル錯誤即チ若シ其錯誤ニ係ル意思ノ表示ヲ實行スルトキハ二個ノ物體アルニ至ル場合ト、確定セル同一物自身ヲ錯誤スル場合トヲ區別セザルベカラズ、何トナレバ表示ノ意思ノ錯誤ハ決シテ合意ヲシテ絕對的無効タラシムル所ノモノニアラザレバナリ、設例ハ甲乙

共ニ丙者ノ爲メニ詐欺セラレ其賣買セントスル某家屋ハ已ニ十日以前ニ燒失シタルモノタルコトヲ知ラズ、之ヲ賣買センコトヲ約シタルトキハ此合意ハ不成立ナルベケレドモ、其不成立ハ合意ノ物體ノ存在セザルガ爲メナリ、錯誤ノ故ニアラザルナリ、又甲者ハ現ニ其手ニ携フル所ノ一疋ノ種羊ヲ以テ劊羊ト信ジ、乙者ハ之ヲ種羊ト信ジ同一ノ確定物タル該羊ヲ賣買セント約シタルトキハ、合意ノ物體ヲ誤リタルモノニアラズ、只ダ其ノ一方ガ非常ノ損失ヲ蒙リタルトキニ於テ補償名義ノ取消ヲ爲スノ原因タルニ外ナラザルベシ、故ニ錯誤ガ合意ヲ不成立タラシムル場合ハ若シ意思ノ表示ヲ實行セラレタルトキハ必ズ二個物アルベキ場合ニ限レリ。即チ、(第一) 第三者ノ詐欺ニ依リ甲乙共ニ不注意又ハ無學ナルニ依リ劊羊トハ種羊ノ義ナリト誤解シ劊羊ヲ賣買セント約シタルトキハ、其實種羊賣買ノ契約ナルベキモ劊羊ヲ賣買スルノ合意ハ不成立タルベシ。(第二) 第三者ノ詐欺ノ爲メ甲ハ種羊トハ野羊ノ意ナリト誤リ乙ハ種羊トハ劊羊ノ事ナリト誤リ種羊ヲ賣買センコトヲ約シタルトキハ甲ノ意思ハ野羊ヲ賣買セントスルニ在リ乙ノ意思ハ劊羊ヲ賣買セントスルニ在リ、故ニ兩者ノ意思ハ決シテ合致スルコトナクシテ合意ハ當然不成立タルベシ。(第三) 甲者ハ第三者ノ詐欺ニ依リ劊羊トハ種羊ノ事ナリト誤解シ、乙者ヨリ劊羊ヲ買取ランコトヲ約シタルトキハ甲ノ意思ハ種羊ヲ買ハントスルニ在リ、乙ノ意思ハ劊羊ヲ賣ラントスルニ在レバ劊羊賣買ノ合意モ成立セザレバ種羊賣買ノ合意モ成立スルコトナカルベシ。

(ロ) 品質ノ錯誤 モ亦前項ト同ジク必ズ二個物ノ存在ヲ想像スル場合ニ發生スベク決シテ同一ノ確定物ニ關

スル場合ニアラズ、設例ヘバ甲乙共ニ第三者ノ詐欺ニ依リ目前ニテ賣買セントスル現物ナル一個ノ燭臺ヲ以テ金製ナリト誤解シ之ヲ賣買セント約スルトキハ、茲ニ有効ノ合意ハ成立スルヲ以テ之レガ爲メニ生ズル莫大ノ損害アラバ、唯ダ補償名義ノ取消ヲ爲スコトヲ得ルニ過ギザルベシ。故ニ品質ノ錯誤ノ故ヲ以テ絶對的ニ合意ヲ無効トスル場合ハ必ズ無學不注意等ヨリ意思ノ表示ヲ誤解セル場合タラザルベカラズ。設例ヘバ(第一)甲者乙者ニ對シ金製ノ時計ヲ買ハント言込タルニ、乙者ハ第三者ノ詐欺(設例ヘバ第三者ガ金ノ字ヲ銀ノ字ニ改メタルガ如キ、又第三者ノ保證ノ爲メニ乙者ガ言込狀ヲ見ザルトキ又甚シキハ金ハ即チ銀ノ意ナリト誤解セルガ如シ)ニ依リ銀製ノ時計ヲ買ハントノ意ナリト誤解シ之ヲ受諾シタルトキハ合意ハ不成立ナリベシ、(第二)第三者ノ詐欺ニ依リ甲乙共ニ金製ノ時計ヲ賣買スルノ意ナルニ、一方ハ之ヲ銀製ノモノト誤リ一方ハ之ヲ銅製ナリト誤リタルガ如キモ亦合意ハ成立セザルベシ。

(ハ) 其他義務ノ物體即チ所爲及ビ合意ノ原因、品質等ニ關スル錯誤ニシテ、合意ヲ不成立タラシムル場合ハ皆確定ナル同一物ニ關スル合意ノ場分ニアラズシテ、意思ノ表示ノ意義ヲ雙方若クハ一方共ニ之ヲ異ナリタル同一ノ意義ニ誤解シ若クハ各々異ナリタル意義ニ誤解シ、從ツテ當事者雙方ハ必ズ異ナリタル二個物ヲ想像スル場合タリ、民法ニ所謂「決意ノ原因タル錯誤」ナルモノハ即チ此意ナリ。

相對的無効ノ原因タル詐欺

第二、相對的無効ノ原因タル詐欺 ハ當事者ノ詐欺ニ依リ發生シタル重要ノ錯誤ニ依リ承諾ノ意思ヲ表示シタル場合ナリ、斯ノ如キ詐欺ヲ行ウタル者ニ取りテハ有効ナル合意ニシテ其無効ヲ申立テ、之レヲ取消スコトヲ得

ズ。又其無効ヲ理由トシテ一方ノ請求シタル履行ヲ拒ムコトヲ得ズト雖、詐欺セラレタル者ハ其意思ニ依リ或ハ之ヲ有効ト爲シ其履行ヲ請求シ得ベク、或ハ之ヲ無効ト爲シ其取消ヲ請求シ若クハ一方ヨリ履行ノ請求ヲ受ケタルトキハ其ノ無効ヲ理由(Ope exceptio)トシテ之レヲ拒ムコトヲ得ベシ、但シ五年ノ期間ヲ經過スルトキハ此契約ハ雙方ニ對シ有効ノモノトナルベシ、相對的無効ノ場合ヲ分ツテ二個トス、即チ一ハ當事者雙方ガ相互ニ詐欺ヲ行ヒタルトキニシテ一ハ當事者ノ一方ノミガ詐欺ヲ行ヒタルモノトス。

雙方相互ノ詐欺

(甲) 當事者雙方ガ相互ニ詐欺ヲ行ヒ雙方共ニ重要ノ錯誤ヲ生ジテ爲シタル合意ハ、羅馬法ニ於テハ、雙方相互ニ相殺シ雙方共ニ其無効ヲ主張スルコトヲ得ズ、從ツテ其合意ハ有効ニ成立シテ動かカベカラザルモノトセリ、然レドモ我が民法ハ相殺ノ原理ヲ認メザルヲ以テ斯ノ如キ合意ハ雙方各々ヨリ之ヲ無効トスルコトヲ得ベク、又之ヲ有効トスルコトヲ得ベキモノトセザルヲ得ズ、今マ羅馬法ト日本民法トノ差異ヨリ生ズル結果ヲ比較センニ、(第一)羅馬法ニ於テハ若シ雙方共斯ノ如キ合意ヲ履行シタルトキハ萬事茲ニ了リテ本來詐欺ヲ理由トシテ請求シ得ベカリシ損害ハ一方ニ大ニシテ一方ニ小ナルモ亦之ヲ請求スルコトヲ得ザルベシ、之ニ反シ我民法ニ於テハ雙方各々其權利ヲ主張シ得ベキヲ以テ雙方ノ詐欺ノ爲メ大ナル損害ヲ受ケタルモノハ小ナル損害ヲ受ケタルモノニ對シテ其損害額ヲ相殺シテ其差額ヲ要求スルコトヲ得ベシ。(第二)若シ當事者ノ一方ノミ斯ノ如キ合意ヲ履行シタルトキハ、羅馬法ニ於テハ他ノ一方ニ對シテ其履行ヲ請求シ得ベク他ノ一方ハ決シテ之ヲ拒ムコトヲ得ザルベク、又合意ノ物體ノ不存ノ爲メ之ヲ履行スルコト能ハザルトキハ已

雙方ノ履行ノ結果

一方ノ履行ノ結果

雙方未履行ノ結果

レノ已ニ履行シタルモノ（設例ヘバ代價）ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ベキモ、詐欺ノ爲メニ生ジタル損害ヲ請求スルコトヲ得ズ、是レ相殺ノ結果ナリ、然ルニ我民法ニ於テハ斯ノ如キ合意ヲ履行シタルモノハ他ノ一方ニ對シテ其履行並ニ損害ヲ請求スルコトヲ得ベシ、又他ノ一方ハ詐欺ヲ理由トシテ之ヲ拒ムコトヲ得ベキモ若シ之ヲ拒ミタルトキハ已レノ已ニ履行シタルモノ、返却及ビ損害ノ賠償ヲ請求シ得ベシ。（第三）若シ又當事者雙方未ダ斯ノ如キ合意ヲ履行セザルトキハ羅馬法ニ於テハ各其履行ヲ請求シ得ベク、一方ハ又之ヲ拒ムコトヲ得ズ、而シテ若シ履行ノ不能ナルトキト雖モ其損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ザルナリ、然ルニ我民法ニ於テハ當事者各々無効ヲ申立ルヲ得ベク又履行ヲ請求スルコトヲ得ベキモ他ノ一方モ亦之ヲ拒ムコトヲ得ベシ而シテ又詐欺ヨリ生ズル損害賠償アラバ相互ニ之ヲ請求シ得ベシ。

一方ノ詐欺

（乙）當事者ノ一方ノミガ詐欺ヲ行ウタルトキハ、詐欺セラレタル者ハ或ハ其ノ意思ニ依リ契約ヲ有効トシテ其履行ヲ求メ且ツ詐欺ノ爲メニ受ケタル損害ヲ請求シ得ベク、而シテ他ノ一方ハ之レヲ拒ムコトヲ得ザルナリ或ハ又合意ノ履行ヲ求メズシテ之ヲ無効ト爲シ單ニ合意ノ爲ニ得ベカリシ損害、即チ積極的利益ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルナリ。

相對的無効ノ原因タル錯誤ノ場合モ亦前項ト同ジク、只ダ表示セラレタル意思ヲ誤解セル場合ニシテ當事者各々二個物ヲ想像スル場合ナリ、前項ノ例ニ倣フハ繁冗ニ渉ルヲ以テ今茲ニ品質ノ錯誤ニ就キ其例ヲ示サン。（第一）甲者ハ乙者ヲ欺罔シ乙者ヲシテ割羊トハ種羊ノ意ナリト誤ラシメ乙者ニ割羊ヲ賣却セントノ契約ヲ爲シタルトキハ、甲者ハ乙者ノ錯誤ヲ知りツ、割羊ノ賣買ヲ約スルモノナルヲ以テ、甲者ニ取リテハ割羊賣買ノ契約ハ有効ニ成立スレドモ乙者ハ之ヲ無効トスルコトヲ得ベシ。故ニ乙者ハ甲者ニ其履行、即チ割羊ノ引渡ヲ請求シ且損害（割羊ノ市價ト種羊ノ市價トノ差）ヲ要求シ得ベキモ、之ニ反シ甲者ヨリ代金ノ要求ヲ受ケタルトキハ乙者ハ之ヲ無効ト爲シ得ベシ。（第二）甲者ハ乙者ヲ欺キ乙者ヲシテ割羊トハ種羊ノ事ナリト誤解セシメ、又乙者ハ甲者ヲ欺キ甲者ヲシテ割羊ヲ野羊ト誤解セシメ、而シテ乙者ハ割羊一頭ヲ代價三十圓ニテ甲者ニ賣却セントノ約ヲ爲シタルトキニ於テ、假ニ割羊ノ市價ヲ二十五圓トシ種羊ノ市價ヲ四十五圓トシ野羊ノ市價ヲ三十八圓トスレバ、甲者ハ乙者ニ對シ三十圓ノ代價ヲ支拂ヒ、其代リニハ割羊ノ引渡及ビ積極的利益十五圓（種羊ノ市價ト割羊ノ契約上ノ代價ノ差）ヲ請求シ純益十圓ヲ得ベク、若シ又乙者ニシテ詐欺ヲ理由トシテ其合意ヲ取消ストキハ割羊ノ引渡ヲ爲サズシテ、甲者ニ對シテ單ニ十五圓ノ損害金ヲ賠償スベシ。而シテ又乙者ハ割羊ヲ引渡シ代ハリニ三十圓ノ代價及ビ積極的利益八圓（野羊ノ市價ト割羊ノ代金トノ差）ヲ要求シ得ベク、若シ又甲者ニシテ詐欺ヲ理由トシテ合意ヲ取消ストキハ、乙者ニ對シテ單ニ八圓ノ損害ヲ賠償スルニ至ルベシ、而シテ此損害ハ相互ニ相殺スルコトヲ得ルハ我民法ノ明定スル所ナルヲ以テ、乙者ハ甲者ノ請求ヲ履行シタルトキハ、十圓ト八圓トノ差即チ二圓、若シ又乙者ガ合意ヲ取消シタルトキハ十五圓ト八圓トノ差即チ七圓ヲ相殺ノ結果トシテ乙者ヨリ甲者ニ仕拂フコト、ナルベシ。

第三 取消ノ原因タル詐欺 ハ確定ナル現物ノ取引ニ於テ當事者ノ詐欺ノ爲メ、重大ナル損害ヲ受ケタル一方ガ

補償ノ名義ヲ以テ取消シ得ベキ場合ニ發生ス、此場合ニ於テハ合意ハ充分成立シテ承諾ノ點ニ於テハ毫末ノ瑕
疵アルベキモノニアラズ、設例ヘバ甲者ハ乙者ヲ欺罔シ現ニ其手中ニ所持スル銅製ノ燭臺ヲ以テ金銀ノ燭臺ト
誤解セシメ之ヲ乙者ニ賣渡サンコトヲ約シタルトキハ、甲乙共ニ同一物ヲ賣買セントノ合意ハ充分成立シテ其
物體自身ニ錯誤アルコトナシト雖、乙者ノ損害甚ダ大ナルトキハ補償ノ名義ヲ以テ此合意ヲ取消シ且ツ其損害
ヲ要求シ得ベシ、但シ第三者ノ詐欺ニ依リ生ジタル錯誤ニ出デタルトキハ其場合ハ單純ナル錯誤ト其結果ヲ同
ウスベシ。

第四 單ニ損害賠償ノ原因タル詐欺 ハ毫モ合意取消ノ原因タルコトヲ得ザルモノニシテ、承諾ノ瑕疵ヲモ爲サ
ザルモノタルコト當然ナリ、設例バ甲者ノ詐欺ニ依リ乙者ハ銅分ヲ雜合セシメタル或確定ナル金製ノ燭臺ヲ純
金製ノモノト誤リ之ヲ買ハンコトヲ約シタルトキニ於テハ、其實買契約上ノ代價如何ヲ問ハズ甲者ハ乙者ニ對
シテ積極的利益ヲ賠償セザルベカラズ、假リニ純金ノ市價ヲ百圓トシ雜合セル金ノ市價ヲ九十圓トシ契約上ノ
代價ヲ八十圓トストキハ、甲者ハ乙者ニ對シ二十圓ノ損害ヲ賠償スルコトヲ得、然レドモ第三者ノ詐欺ニ出
ヅルカ、又ハ當事者間ニ於ケル單純ノ錯誤ニ係ルトキハ契約上ノ代價如何ヲ問ハズ、甲者ハ常ニ乙者ニ對シ純
金ト雜合金トノ市價ノ差即チ十圓ヲ賠償スルノ義務アルニ止マルベシ。

第二 合意ノ緣由ニ關スル錯誤

緣由ノ錯誤

緣由ノ錯誤ハ毫モ承諾ノ不成立ヲ來スモノニアラザルノミナラズ、又承諾ノ瑕疵ヲ爲シテ合意ノ取消ヲ爲スノ

原因タルコト能ハザルコトハ已ニ前段ニ於テ論述シタル所ナレドモ、詐欺ヨリ生ズル錯誤ハ此點ニ於テハ單純ノ
錯誤ト大ニ其趣キヲ異ニシ、法律ハ補償名義ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得ベキモノトセリ、余ハ前第一項ノ第三
ニ於テ取消ノ原因タル詐欺ヲ論ジ之ヲ以テ意思ノ表示自身ニ關スルノ詐欺中ニ列記シタルドモ、是レ先ヅ讀者
ヲシテ況ク詐欺ノ合意ニ及ボス影響ヲ一見セシメンガ爲メノミ、然レドモ該場合ハ常ニ確定セル現物ヲ取引スル
トキノミニ發生スベキヲ以テ、余ハ寧ロ之ヲ緣由ノ錯誤ヲ生ズベキ詐欺ノ場合トスルヲ適當ナリト思考セリ、何
トナレバ銅製ノ物ヲ以テ金製ト誤リ金製ノモノヲ賣買セント約スルハ意思ノ表示ヲ錯誤スルニ似タレドモ、確定
ナル現物ハ現ニ當事者ノ眼前ニ存シ該物體ガ金製ナルト否トハ、全ク決意ノ理由ニ屬ス、故ニ其錯誤ハ單ニ緣由
ノ錯誤ナリト謂フコトヲ得レバナリ、而シテ我民法ニ於テモ明文上緣由ノ錯誤ニ關スル場合ノ外補償名義ノ取消
ナルモノヲ認メザルヲ以テ、確定セル現物ヲ當事者ノ眼前ニ於テ取引スル場合ニ於ケル品質價格ノ錯誤ハ、之ヲ
緣由ノ錯誤ト解釋スルコトヲ得ザルニアラズ、但シ法律ガ詐欺ノ場合ノミニ於テ、緣由ノ取消ヲ以テ取消ノ原因
ト明言シテ單純ナル緣由ノ錯誤ニ就テ之ヲ明言セザルハ又其當ヲ得タルモノニアラズト雖、又必ズシモ單純ナル
錯誤ニ就テ其場合ナキコトノ反對ヲ規定スルモノニアラズ、是レ起案者ハ現物賣買ノ場合ト否ラザル場合トヲ區
別セザレドモ往々現物賣買ノ例ヲ以テ意思ノ表示ニ關スル品質ノ錯誤ヲ説明セルヲ以テ明白ナラン、而シテ起案
者ガ斷然此場合ヲ以テ緣由ノ錯誤ガ補償名義ニ於ケル取消ノ原因タルコトヲ得ベキコトヲ明言スルコトナキハ、
起案者自ラ其起案セル法文ノ眞味ヲ解セザルモノト謂ハザルヲ得ズ、但シ第三百九條第二項ニ緣由ハ無効ノ原因

ヲ爲サマルコトヲ明言スルモ、是レ緣由ガ承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ爲スコトナキヲ定メタルモノタルニ過ギズシテ、現物ノ賣買ニ於テ單ニ補償名義ノ取消訴權ヲ發生スルノ原因タルコトヲ得ザル旨ヲ定メタルモノニアラズ、故ニ余ハ法理上當然ノ論局トシテ我民法ニ於テハ詐欺ニ出ヅル場合ト單純ノ錯誤ノ場合トヲ問ハズ、現物ノ賣買ニ就テハ品質及ビ決意ノ原因タリシ品格ノ錯誤ハ、合意ノ緣由モ亦タ補償名義ノ取消訴權ヲ發生スベキモノトセザルベカラザルコトヲ斷言セン、而シテ民法第三百十二條第三項ハ詐欺ノ場合ニ於テ緣由ノ錯誤ニ關スル規定ヲ設ケテ曰ク、

民法ノ解釋

當事者ノ一方カ詐欺ヲ行ヒ其詐欺カ他ノ一方ヲシテ合意ヲ爲スコトニ決意セシメタルトキハ其一方ハ補償ノ名義ニテ合意ノ取消ヲ求メ且損害ヲ求ムルコトヲ得但シ其合意ノ取消ハ善意ナル第三者ヲ害スルコトヲ得スト。今マ此法文ノ眞意如何ヲ探究スル爲メ予ハ之ヲ左ノ數項ニ分論セン。

一、法文ニ「詐欺カ合意ヲ爲スコトニ決意セシム」云々ト謂ヘル意中ニハ詐欺ガ合意ノ緣由ヲ錯誤セシメタル場合ヲ包含スルコトハ第三百九條第二項但書ニ照應シテ自ラ明白疑ヒナシト雖モ其所謂緣由ノ錯誤ナルモノハ、當事者間ニハ確定セル同一物アリテ只ダ其品質及ビ重要ナル品格等ヲ錯誤セル場合ナリ、設例ヘバ甲所ニ存在スル百坪ノ家屋ガ二百坪ノ建坪アリト欺キ、又ハ「ペンキ」塗ナルヲ石造ト欺ク等現在ノ事實ヲ錯誤セシメ之ヲ高價ニ賣却シタルトキノ如キハ、該賣買ノ目的タル物體ハ確定シテ當事者ノ合意ハ同一物ニミ存スルヲ以テ承諾ハ充分成立スレドモ、其損害ニシテ大ナルトキハ補償名義ニ於テ其取消ヲ要求シ得ルガ如シ、然ルニ我

民法ノ説明者ハ往々異様ノ解釋ヲ下シ、甲者所有ノ地所ノ近傍ニハ後來避病院等ノ設立アルベキヲ以テ、地價ノ大ニ下落スルコトアラント欺キ、低價ニ之ヲ買取リタル場合ノ如キヲ以テ緣由ノ錯誤トスレドモ、此ノ如キ緣由ハ該家屋ノ品質品格等ヲ錯誤セシムルモノニアラザレバ、毫モ合意ノ効力ヲ左右セズ、又補償名義ノ取消ヲモ許スベキモノニアラズ、又斯ノ如キ詐欺ハ之ヲ詐欺ト云フコトヲ得ズシテ、寧ロ之レヲ當事者ガ土地ノ賣買ヲ決意セル意見見込ト謂ハザルヲ得ズ、見込ノ異同ハ縱令一方ノ欺罔ニ出ヅルモ之ヲ以テ取消ノ一原因トスルハ近世交通社會ノ容レザル所ナリ、故ニ家屋地所ノ坪數建築ノ材料等品格品質ノ錯誤ニアラザレバ緣由ノ錯誤トシテ取消ノ原因タルコトナカルベク、又確定セル同一物ノ品質品格等ニ關スル錯誤ハ必ず緣由ノ錯誤ナルベシ。

二、詐欺ヨリ發生スル緣由ノ錯誤モ亦必ず當事者ガ確定セル一ノ現物ヲ賣買セル場合ノミニ發生スルコト單純ノ錯誤ノ場合ト異ナル所ナカルベシ、若シ詐欺ニ出デタル緣由ノ錯誤ガ當事者ヲシテ各々異ナリタル物體品質ニ着眼セシムルニ至ラバ、是レ全ク合意ノ存在ナキモノニシテ當然無効タルベク、當ニ補償名義ニ於ケル取消ノ原因タルニ止マルベシ。

三、法文ハ「當事者ノ一方カ」云々ト明言スルヲ以テ、雙方共ニ詐欺ヲ行ヒ又ハ第三者ノ詐欺ニ依リテ合意ヲ爲スコトニ決心セシメタル場合ハ、補償名義ニ於ケル取消ノ原因タルコトヲ得ザルニ似タレドモ、法律ハ必ずシモ之ヲ當事者ノ一方ノミガ詐欺ヲ行ヒタル場合ノミニ制限セントスルノ意ニアラザルベシ、何トナレバ補償名義

ボ氏ガ民
法ノ解釋
ヲ誤解ス
ル點

ニ於ケル取消訴權ハ詐欺ニ出ヅルト否トヲ問ハズ、當事者間ニ於テ已ニ確定セル現物ノ品質及重要ナル品格ニ就テノ錯誤即チ緣由ノ錯誤ハ其損害ノ大ナル場合ニ於テノミ其結果トシテ當然發生スルコトヲ得ベキモノナレバナリ、然レドモ我民法ノ起草者タルボ氏ハ其草案ノ説明ニ於テ此法文ヲ制限的ニ解釋シ、補償名義ノ取消ハ詐欺ガ必ズ當事者ノ一方ヨリ來リタルトキニアラザレバ存立スベキモノニアラズトスレドモ (Poisonade, Com. II p. 34) 此説タルニ様ノ誤見ニ出ヅル者タルヲ免レズ。(第一)ニボ氏ハ詐欺ニ出ヅルト否トヲ問ハズ、凡テ當事者間ニ於ケル確定ノ同一物體ニ關スル品質等ノ錯誤ハ當然緣由ノ錯誤タルコトヲ知ラザルナリ、若シ果シテ否ラズトセンカ、當事者間ニ已ニ確定セル同一物體ニアラザル品質ノ錯誤ハ物體ノ同一ヲ誤ルモノニシテ、絶對的若クハ相對的無効ノ原因トナルノ錯誤ナリ。補償名義ニ於ケル取消ノ場合ニアラザルベシ。(第二)ニボ氏ハ當事者相互ニ詐欺ヲ行フモ第三者ガ詐欺ヲ行フモ補償名義ノ取消權ヲ行ヒ得ベキモノハ必ズ錯誤ニ依リテ過大ノ損害ヲ受ケタルモノナラザルベカラザル當然ノ原理ヲ知ラズ、從ツテ過大ノ損害ヲ發生スルハ必ズシモ當事者間ノ一方ノミガ他ノ一方ノミニ對シテ詐欺ヲ行ウタル場合ノミニ限ラザルモノナルヲ知ラザルナリ、ボ氏ハ自ラ法律ヲ起草シテ而シテ自ラ其法律ノ眞意ヲ知ラザルモノト謂フベシ。

第三段 強 暴

強暴

強暴ニ依リ爲シタル合意ハ或ハ全ク承諾ヲ阻却シテ合意ヲ不成立タラシムルノ原因タルコトアリ、或ハ當事者ノ一方ガ之ヲ取消シ得ベキ原因トナルモノアリ、或ハ單ニ損害賠償ノ原因タルコトヲ得ルモノアリ、我民法モ亦

此等ノ場合ヲ認メタレドモ強暴ニ關スル民法ノ規定ハ起草者ニ於テ全然強暴ノ何物タルヲ了知セザルト覺シク、余モ亦茲ニ至リテ復民法ノ辯護ヲ事トスルコト能ハザルニ至レリ、今マ左ニ此等ノ場合ヲ分論セン。

抗拒スル
コトヲ得
ザル暴力

第一 抗拒スルコトヲ得ザル暴力 (Vis absoluta) 設例ヘバ甲者乙者ノ手ヲ取り暴力ヲ以テ之ヲ強制シテ或ル物品ノ賣買契約書ヲ認メシメタル場合ノ如キハ、合意ハ全ク成立スルコトナカルベシ、何トナレバ斯ノ如キ場合ニ於テハ契約書ヲ認ムル所ノ所爲ハ、乙者ノ所爲ニアラズシテ甲者ノ所爲ナレバナリ、故ニ抗拒スルコトヲ得ザル暴力ニ出デタル合意ハ全ク承諾ヲ阻却シ合意ヲ不成立タラシメ、從ツテ時日ノ經過若クハ當事者ノ意思ヲ以テ決シテ之ヲ合意ニ變ズルコト能ハザルベシ、是レ我民法モ亦認ムル所ナリ、然レドモ第三百十三條第一項ハ「強暴ハ當事者ノ一方カ抵抗スルコトヲ得サル暴行強迫ヲ受ケタルニ因リ枉ケテ合意ヲ爲シタルトキハ承諾ヲ阻却ス」ト明言セリ。故ニ、

(イ) 我民法ノ規定ニ從フトキハ、暴力ノ外仍ホ強迫ニモ亦抗拒スルコトヲ得ベキモノト否ラザルモノトアリテ、而シテ抗拒スルコトヲ得ベカラザル強迫ノミ合意ヲ阻却シ、抗拒スルコトヲ得ベキ強迫ハ單ニ承諾ノ瑕疵ヲ爲スモノトスルニ似タリ、然ルニ強迫ナルモノハ單ニ人ヲ殺シ又ハ家屋ヲ燒カントスルガ如キ害惡ノ通知ナリ、抗拒スルコトヲ得ベカラザル強迫トハ如何ナル強迫ヲ指示セルカ、古來ノ學者ガ未ダ嘗テ知ラザル所ナリ、故ニ起草者ノ意見ヲ推測シ抗拒スルコトヲ得ザル強迫トハ、強迫者ノ通知ニ係ル害惡ヲ實際ニ行ハントスルニ際シ、被強迫者ガ之レヲ拒ムコトヲ得ザルモノヲ謂フモノトスレバ、一應ノ意味ナキニアラズ、

即ち起案者ハ或ル契約ヲ爲スニアラザレバ其人ヲ殺シ又ハ其家屋ヲ燒カント強迫シタルニ當リ、被強迫者ガ微力ニシテ之ヲ防制スルコト能ハザルガ如キ場合ヲ以テ其適例トスルモノナラン、然レドモ斯ノ如キ強迫ハ決シテ承諾ヲ阻却スルモノニアラズ、合意ハ充分成立スルモ時ニ或ハ之ヲ取消スコトヲ得ベキ原因タルニ過ギザルハ後ニ論ズルガ如クナルヲ以テ、強迫ヲ以テ合意不成立ノ原因トスルハ其當ヲ得タルモノニアラザルナリ。然レドモ法律ニ於テ抗拒スベカラザル強迫ガ合意ヲ阻却スト明定スル以上ハ理論ノ誤謬タルニ係ラズ、之ヲ法文ニ明定セル意義ニ解釋セザルヲ得ズ。

(ロ) 法文ニハ「當事者ノ一方カ」云々ト明記スレドモ、承諾ヲ阻却スル場合ハ合意ヲ不成立ナラシムルモノナルヲ以テ、必ズシモ暴行ヲ受ケタル者ノミガ其無効ヲ申立ツルコトヲ得ルニ止マラザルノ意ナリト解セザルヲ得ズ。否ラザレバ單ニ取消シ得ベキ場合即チ強迫ノ場合ト混交スルニ至ルベシ。

強迫

第二、強迫 (Viz compulsiva) ハ害惡ノ通知ナリ、而シテ強迫ニ依リ畏怖心ヲ生ゼシメ之レガ爲メニ非常ノ損害ヲ蒙ルベキ合意ヲ爲シタルトキハ、補償ノ名義ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得ルニ過ギズ、何トナレバ強迫ニ出ヅルノ承諾モ亦一ノ承諾ニシテ合意ハ充分成立スレバナリ、設例ヘバ甲者乙者ニ對シ或ル不利益ナル賣買契約ヲ爲スニアラザレバ乙者ノ家屋ヲ燒カント強迫シタルトキハ、乙者ハ該契約ヲ爲スト家屋ヲ燒カシムルトハ何レカ利害得失アルコトヲ考察シ、自由ノ決心ヲ以テ不利益ナル賣買契約ヲ爲スコトヲ撰ビタルモノナレバナリ、只ダ其合意ヲ爲シタル決心ノ緣由ガ一方ノ強迫ヨリ生ジタル恐怖心ニ出デタルノミニ過ギズ、故ニ此場合ニ於

テ乙者ガ非常ノ損失ヲ蒙ルベキトキハ、單ニ補償名義ノ取消ヲ爲シ得ルニ過ギザレバ、甲者ヨリ合意ノ履行ヲ求メタルトキニ當リ、乙者ハ單ニ其取消ヲ申立ツルコトヲ得ルニ外ナラザルベシ、然ルニ第三百十三條第三項ニ曰ク「暴行脅迫又ハ災害カ抵抗スヘカラサルニ非サルモ當事者又ハ第三者ノ身體財産ノ爲メ切迫ニシテ一層重大ノ害ヲ避クルカ爲メ當事者ヲシテ合意ヲ爲スコトニ決意セシメタルトキハ強暴ハ承諾ノ瑕疵ヲ爲ス」ト即チ、

(イ) 法文ニハ「暴行脅迫又ハ災害カ抵抗スヘカラサルニアラサルモ」ト明言スルヲ以テ、抗拒スベキ強迫ト否ラザルモノト區別セザルベカラザレドモ、素ヨリ理論上其當ヲ得タルモノニアラズ。

(ロ) 法文ニ從ヘバ強迫ハ承諾ノ瑕疵ヲ爲スベキ原因トセリ、而シテ承諾ノ瑕疵ナルモノハ已ニ前段ニ於テ數々論述シタルガ如ク、當事者ノ一方ノ爲メニハ充分ノ承諾アリテ有効ニ合意ヲ成立セシメ、一方ノ爲メニハ全ク承諾ナクシテ合意ヲ無効タラシムル場合ナリ、然レドモ強迫ニ出ヅル合意ハ被強迫者ニ取リテハ毫モ意思ナキモノニアラザレバ、雙方ノ承諾ハ素ヨリ有効ニ成立スルモノナリ、只ダ強迫ハ確定シタル物體ノ賣買ニ於ケル詐欺ト等シク、當事者ヲシテ合意ヲ爲スコトニ決心セシメタル緣由ニ付キ自由ナキ場合タルニ過ギザレバ、被強迫者ガ非常ノ損害ヲ蒙ルベキ場合ニ於テ補償名義ニ依リテ合意ヲ取消スコトヲ得ルニ外ナラザルナリ、我民法ガ之ヲ以テ合意ノ瑕疵ト爲シタルハ全ク其理論ヲ誤リタルモノニ相違ナシト雖モ又起案者ノ良心ノ向フ所自ラ争フベカラザルモノアルニヤ、法律ハ強迫ノ場合ニ於テ合意ヲ取消スニハ、強迫ノ結果ヨ

○發○生○ス○ベ○キ○害○惡○ハ○合○意○ノ○結○果○ヨ○リ○生○ズ○ベ○キ○損○害○ヨ○リ○一○層○重○大○ナ○ル○ベ○キ○コ○ト○ヲ○以○テ○一○ノ○必○要○條○件○ト○セ○リ、○是○
 ○レ○即○チ○被○強○迫○者○ガ○非○常○ノ○損○害○ヲ○受○ケ○タ○ル○コ○ト○ヲ○假○定○ス○ル○モ○ノ○ニ○シ○テ、○強○迫○ノ○場○合○ハ○暗○ニ○補○償○名○義○ノ○取○消○タ○ル
 ○コ○ト○ヲ○認○ム○ル○モ○ノ○ニ○ア○ラ○ズ○シ○テ○何○ゾ○ヤ、○若○シ○夫○レ○強○迫○ニ○シ○テ○果○シ○テ○當○事○者○ノ○一○方○即○チ○被○強○迫○者○ノ○意○思○ヲ○不○成
 ○立○タ○ラ○シ○メ、○從○ツ○テ○之○ヲ○承○諾○ノ○瑕○疵○ヲ○爲○ス○ベ○キ○合○意○ト○ス○ル○ア○ラ○ン○乎、○法○律○ガ○損○害○ノ○大○小○輕○重○ヲ○問○フ○ベ○キ○理○由
 ○ア○ル○ヲ○發○見○ス○ル○コ○ト○能○ハ○ザ○ル○ナ○リ。

然レドモ強迫ガ斯ノ如キ効果ヲ生ズルニハ左ノ條件ヲ必要トス。

一、強迫ハ害惡ノ通知ナレドモ其所謂害惡ナルモノハ當事者又ハ第三者ノ生命身體健康自由及ビ財産ニ對スルモノ
 ノタラザルベカラズ、其他ノ物體ニ對スル害惡ハ我民法ノ認ムル所ニアラザレドモ、羅馬法ニ於テハ年齡ノ多
 少男女ノ差等健康教育ノ程度等ニ從ヒ、其害惡ノ通知ガ合意ニ決心セシメタルヤ否ヲ考察シテ之ヲ決スベキモ
 ノトセリ、但シ強暴ニ依リ危難ヲ受クベキ者ハ第三者タルコトヲ得レバ、若シ第三者ガ當事者ノ配偶者又ハ直
 系ノ親屬又ハ姻屬ナルトキハ、之ヲ當事者ニ加ヘタルモノト見做セドモ、其他ノ人ニ付テハ裁判所ハ其強暴ガ
 當事者ノ承諾ニ及ボセシ影響ヲ其事情ニ從ヒ、査定スベキコトハ第三百十四條ノ規定スル所ナリ。

民法上強迫ノ効果ヲ生ズルニ必要ナル條件

二、害惡ノ通知ハ必ず被強迫者ヲシテ畏怖心ヲ生ゼシメザルベカラズ、刑法上ノ所謂強迫罪ノ成立ハ畏怖心ヲ發
 生セシムルト否トニ關係スルコトナシト雖モ民法上ニ於テハ強迫ノ關係ハ單ニ其結果ニ存シ、強迫自身ニ至リ
 テハ毫モ合意ニ影響スルコトナク、強迫ニ依リテ發生セル恐怖心ガ更ニ決心ヲ惹起スルノ關係ニ於テノ合意

ニ影響スベキモノナルヲ以テ、刑法ガ單ニ強迫ノ所爲自身ヲ罰シテ其結果ヲ問ハザルト大ニ其ノ趣ヲ異ニセリ
 故ニ又刑法上ニ於テハ強迫ニ依リ通知セル害惡ニシテ不法ナラザル以上ハ、強迫罪ヲ構成スルコトナシト雖モ
 民法上ニ於テハ其害惡ハ不法ナラザルモ現ニ恐怖ノ爲メ決心ヲ爲サシメタルトキハ取消シ得ベキ合意タルベ
 シ、設例ヘバ當事者ノ一方ガ或ル犯罪ヲ爲シタルコトヲ知り或ル契約ヲ爲サレバ之ヲ告發スベキコトヲ通知
 シ以テ其恐怖心ヲ發生セシメタル場合ノ如シ、之ニ反シ縱ヒ刑法上ニ強迫ノ罪ヲ構成スルモ其強迫罪ノ結果ニ
 就キ強迫者ガ民法上ノ權利ヲ有スルモノナルトキハ強迫ハ合意取消ノ原因トナルコトナカルベシ、設例ヘバ已
 ニ辨濟期限ノ經過セル債務ノ履行ヲ要求スルモ債務者之ヲ履行セザルノ時ニ際シ、債權者ハ債務者ニ對シ若シ
 之ヲ辨濟セザレバ其家屋ニ放火セント強迫シテ其辨濟ヲ得タルトキハ債權者ハ刑法上ノ犯罪人タルヲ免レズト
 雖モ其辨濟ハ決シテ民法上無効トスルコトヲ得ベキモノニアラザルガ如シ。

損害賠償ノ要求ノ原因タル強迫

三、強迫ハ必ず或ル合意ヲ爲サシムルノ故意ヲ以テ之ヲ行ヒタルモノタラザルベカラズ、被強迫者モ亦強迫ノ爲
 メニ生ジタル恐怖ニ依リ其承諾ヲ與ヘタルモノタラザルベカラズ、語ヲ換ヘテ之ヲ謂ハマ強迫ノ効果ガ當事者
 ヲ決心セシメザルベカラザルナリ、設例ヘバ強迫ヲ受クルモ他ノ緣由ニ依リテ決意シタルトキハ強迫ハ決シテ
 合意ヲ取消スベキ原因タルコトヲ得ズ、故ニ裁判所ハ當事者ノ男女年齢強弱智愚及ビ相互ノ身分ヲ斟酌シテ決
 心ノ緣由ヲ判定スルコトヲ要ス(第三百十七條第一項)。又強暴ガ合意ノ決心ヲ爲サシメタルニアラズシテ、單
 ニ合意ノ一部ニ付キ不利ナル條件ヲ承諾セシメタルトキハ、其合意ハ之ヲ銷除スルコトヲ得ズ、只ダ賠償ノ要

求ヲ爲スコトヲ得ルニ過ギザルベシ(第三百十六條第二項)、設例ヘバ不相當ナル代價ヲ以テ賣買契約ヲ爲シタル場合ノ如シ、又民法ニ強迫ハ必ズ身體財產ノ害ヲ避クル爲メ切迫ナルコトヲ必要トスレドモ切迫ナルト否トハ、只ダ強迫ガ果シテ被強迫者ヲシテ其ノ決心ヲ爲サシメタルヤ否ヲ了知スルノ情況證據タルニ過ギザルベク若シ強迫ニシテ切迫ナラザルトキハ、被強迫者ハ強迫ニ依リテ其決心ヲ爲シタルモノニアラザルベシ。

不可抗力

第三、不可抗力 (Vis major)

ハ水火震災其他天然ノ事變ヨリ來ル所ノ力ナリ、此等ノ不可抗力ニ出デタル急迫ノ災害ヲ避クル爲メ、已ムヲ得ズシテ過度ナル義務ヲ約シ又ハ無思慮ナル讓渡ヲ爲シタルトキハ補償名義ニ於テノミ其合意ヲ取消スコトヲ得、何トナレバ此等ノ場合ハ即チ不得已ニ出デタル所爲ニシテ承諾ハ充分ニ存在シテ合意ヲ不成立ナラシムルモノニアラズ又一方ノミノ承諾ヲ缺クモノニモアラザレバ之ヲ承諾ノ瑕疵ヲ爲スモノトスルコトヲ得ザレバナリ、第三百十三條第二項ニ「當事者ノ一方カ不可抗力ニ出テタル急迫ノ災害ヲ避クル爲メ熟慮スルノ暇ナクシテ過度ナル義務ヲ約シ又ハ無思慮ナル讓渡ヲ爲シタルトキモ亦同シ」ト明言シ、民法ハ不可抗力ヲ以テ承諾ヲ阻却シ從ツテ合意ヲ不成立タラシムルノ一原因トスレドモ、決シテ承諾ノ成立ナキモノニアラズ、若シ果シテ承諾ナキモノナラバ過度ナラザル適度ノ義務ヲ約シタル場合ニ於テモ亦其合意ハ無効タラザルベカラザルニ、法律ハ之ヲ有効トシ、只ダ過度ナル義務ヲ約シタル場合ニ於テノミ之ヲ無効トスルハ何ゾヤ、損害ノ非常ニ過大ニシテ補償名義ニ於ケル取消ノ原因タルノミニアラズンバ民法ハ決シテ斯ノ如キ條件ヲ必要トスルコトナカルベシ、固ヨリ債務者ハ全部ノ契約ヲ是認スルカ否ラザレバ單ニ損害ノ賠償ヲ爲

スカニ者必ズ其一ヲ撰バザルベカラズ、裁判所ハ敢テ債務ヲ變更増減スルコトヲ得ズト雖モ債務者ハ合意ヲ取消サズシテ合意ヲ維持スルモ其自由ニ在ルコトナラン、若シ此場合ニシテ當初ヨリ合意ノ成立ナキ場合ナランニハ當事者ノ意思ニ依ルモ決シテ合意ノ維持セラル得ベキ理由ナシ、故ニ不可抗力ニ出デタル合意ハ承諾ヲ阻却スルモノニアラズ、又タ其瑕疵ヲ爲スモノニアラズ、單ニ過大ノ損害アルニ當リテ補償名義ノ取消ヲ爲スコトヲ得ルニ過ギザルモノトセザルヲ得ズ、設例ヘバ颶風ノ爲メ海中ニ難船シ、甲乙二人ノ遭難僅カニ一人ヲ支フベキ一ノ木片ヲ争フニ當リ、甲者乙者ニ對シ金千圓ヲ與フルコトヲ約シ、以テ乙者ヲシテ其木片ヲ争フコトヲ止メシメタル場合ノ如キ、災變ヲ避ケントスルノ必要切迫ハ千圓ヲ與ヘントノ甲者ノ決心ヲ迅速ナラシムルモ甲者ハ決シテ之レヲ與ヘントノ意思ナキモノニアラズ、甲者ノ所爲ハ其自由ノ決心ニ出デタル所爲ナリ過失ニモアラズ、又他人ノ所爲ニモアラザルナリ、然レドモ民法ガ現ニ明文ヲ以テ之ヲ合意ノ不成立ト同視セル以上ハ、大ニ其ノ理論ヲ誤リタルモノタルニ關セズ、不可抗力ニ出デタル合意モ亦又合意不成立ト同等ナル効果ヲ發生シ、從ツテ第三百十六條第一項ノ規定モ亦此場合ニ適用スルコト能ハザルモノト謂ハザルヲ得ザルナリ、豈ニ不都合ノ規定ナラズヤ。

右ニ記載シタル強暴ハ當事者ヨリ來ルモ第三者ヨリ來ルモ毫モ其効果ヲ異ニスル所ナシ、第三百十五條ニ「強暴ハ當事者ノ一方ノ所爲ニ出テタルト第三者ノ所爲ニ出テタルト又第三者カ其一方ニ通謀セルト否トヲ問ハス上ノ區別ニ從ヒ承諾ヲ阻却シ又ハ其ノ瑕疵ヲ成ス」ト謂ヘルハ則チ此意ナリ、但シ此法文ニ從フトキハ承諾ニ瑕疵ヲ

成スベキ強暴アルコトヲ認め、且ツ其強暴ハ第三者ノ所爲ニ出ヅルコトアルベキコトヲ認めムレドモ、是レ理論上ニ於テハ單ニ第三者ノ所爲ニ出デタル強暴ニ依リ補償名義ノ取消ヲ爲スコトヲ得ベキ場合タルニ過ギズ。何トナレバ承諾ノ瑕疵ヲ爲ス所ノ合意ハ其瑕疵ヲ與ヘタル者ニ對シテノミ有効ノ承諾アレドモ、他ノ一方ノ爲メニハ承諾ナキモノナルヲ以テ、意思ノ合致ナク從ツテ合意ハ不成立ナレドモ、承諾ノ瑕疵ヲ與ヘタル者ニ取リテハ、其瑕疵ハ自己ノ所爲ニ依リ自ラ來シタル結果ナルヲ以テ、禁反言ノ原則ニ依リ其無効取消ヲ申立ツルコトヲ得ザルニ在リ、第三者ノ所爲ニ依リ承諾ニ瑕疵ヲ與ヘタル場合ノ合意ハ當然不成立ニシテ、自ラ其無効取消ヲ主張スルコトヲ得ベキコト素ヨリ當然ナレバナリ。

又第三百十六條第一項ハ強暴ヲ受ケタル一方ハ合意ヲ取消スルコトヲ得ザル場合ニ於テハ、強暴ヲ行ヒタル者ニ對シ損害賠償ノミヲ請求シテ其合意ヲ維持スルコトヲ得ベキコトヲ規定スレドモ、是レ理論上單ニ補償名義ノ取消ヲ爲シ得ベキ場合ノミニ適用セラルベキモノナルヲ以テ、抗拒スベカラザル暴力及ビ強迫ニ出デタル合意ニ就テ之ヲ謂フノミ、不可抗力ニ出デタル合意ニ就テハ素ヨリ本項ヲ適用スルコトヲ得ザルナリ。

第四節 合意ノ種類

第一款 雙務ノ合意及ビ片務ノ合意

合意ノ種類
雙務及片務

雙務ト片務トノ區別ハ雙面ノ權利行爲 (Negotia bilateralia) ト片面ノ權利行爲 (Negotia unilateralia) ト混同スルコトナキヲ要ス、抑モ權利行爲ナルモノハ權利ノ創設、消滅及ビ變更ヲ目的トシタル意思ノ表示ニシテ所謂片面

ノ權利行爲ナルモノハ當事者一方ノミノ意思ノ表示ニテ成立スルモノヲ謂ヒ、雙面ノ權利行爲ナルモノハ二人以上ノ意思ノ表示アルヲ待ツテ始メテ成立スルモノヲ謂フ、遺贈、先占、所有權ノ擲棄及ビ他人事務管理ノ所爲ノ如キハ片面ノ權利行爲ニシテ諸種ノ契約ノ如キハ雙面ノ權利行爲ナリ、故ニ此意義ニ於テハ人權ノ擲棄ノ如キハ雙面ノ權利行爲ナリ、何トナレバ人權ハ債務者ノ承諾アルニアラザレバ有効ニ之ヲ擲棄スルコトヲ得ザレバナリ、之ニ反シ片務即チ片面ノ義務 (Obligatio unilateralia) ナルモノハ贈與契約、代理契約ノ如キ一方ノ者ノミ或ル事ヲ爲スノ義務ヲ有スル義務ヲ謂ヒ、雙面ノ義務 (Obligatio bilateralis) ナルモノハ賃借、會社契約ノ如キ雙方共ニ相互ニ或事ヲ爲スノ義務ヲ負擔スル義務ヲ謂フ、故ニ權利行爲ハ片面ナルモ義務ハ雙面タルコトヲ得ベキモノトセザルヲ得ズ、我民法ハ合意ニ雙面片面ノ區別アルベキコトヲ明言スレドモ、第二百九十六條ノ定義ニ於テ明カナルガ如ク、合意トハ物權ト人權トヲ問ハズ或ル權利ヲ創設シ若クハ移轉シ又ハ之ヲ變更シ、若クハ消滅セシムルヲ目的トスル二人又ハ數人ノ意思ノ合致ヲ謂フモノナレバ、我民法ノ所謂合意ナルモノハ雙面ノ權利行爲ニ過ギザルコトヲ知ルベシ。由是觀之我民法ノ所謂雙務ノ合意ト片務ノ合意トノ區別ハ合意自身即チ權利行爲ノ區別ニアラズシテ、合意ヨリ生ズル義務ノ區別ナルコトヲ知ルベシ。是レ第二百九十七條第二項及第三項ノ規定ニ徴シテ毫モ疑ノ存スベキモノナシ、今マ左ニ義務ノ雙務片務ニ關スル原理ヲ示スベシ、讀者乞フ權利行爲ノ片雙ト同視スルコトナカレ。

雙務

合意ノ種類
類ト義ト
ノ區別ト

第一、雙務即チ雙面ノ義務トハ其目的及ビ性質上當事者相互ニ或ル物ヲ與ヘ、又ハ或ル事ヲ爲シ又ハ爲サマルコ

第二章 義務ノ原因

トヲ約シ從ツテ當事者ノ一方ガ他ノ一方ニ對シ或ル物ヲ與へ、又ハ或ル事ヲ爲シ又ハ或ル事ヲ爲サザル所ノ原因ガ即チ他ノ一方ガ亦之ニ對シテ或ル物ヲ與へ、又ハ或ル事ヲ爲シ又ハ或ル事ヲ爲サザル所ノ原因ヲ爲スモノヲ謂フ、第二百九十七條第二項ニ「當事者相互ニ義務ヲ負擔スルトキハ其合意ハ雙務ノモノナリ」ト云ヘルハ即チ此意ナリ、設例ヘバ賣買契約ニ在ツテハ一方ハ物件ヲ引渡シ他ノ一方ハ其代價ヲ拂フノ義務ヲ有シ、貸借契約ニ在テハ一方ハ其物ノ使用收益ヲ爲サシメ、他ノ一方ハ之レニ對シテ賃借料ヲ拂フノ義務ヲ負擔シ、又會社契約ニ在ツテハ會社ノ目的ノ爲メ一方ハ他ノ一方ニ對シ相互ニ出金ヲ爲シ、若シクハ勞力ヲ供スルノ義務ヲ負フガ如シ。凡テ此等ノ場合ニ於テハ當事者相互ニ債權者タリ又債務者タリ。

片務

第二、片務即チ片面ノ義務トハ其ノ目的及ビ性質上當事者ノ一方ガ或ル物ヲ與へ或ル事ヲ爲サザル所ノ原因ガ他ノ一方ニ對シテ或ル物ヲ與へシメ又ハ或ル事ヲ爲サシメ、又ハ或ル事ヲ爲サマラシムル權利ヲ有スル所ノモノヲ謂フ、第二百九十七條第三項ニ「當事者ノ一方ノミカ他ノ一方ニ對シテ義務ヲ負擔スルトキハ其合意ハ片務ノモノナリ」ト謂ヘルハ則チ此意ナラン、設例ヘバ余ニ對シ或ル人ガ無償ニテ或ル事ヲ爲スノ義務ヲ負擔スルトキハ、余ハ其人ノ負擔ニ對シ或ル事ヲ爲スコトナクシテ、其履行ヲ請求スルコトヲ得ルガ如シ、即チ代理契約ニ在リテハ代理者タルモノハ本人ニ於テ或ル事ヲ爲スノ責ナキモ、代理セラレタル事ヲ行フノ義務アルベク又使用貸借ニ在リテハ貸主ハ何等ノ義務ヲモ負擔スルコトナキモ、借主ノ期限滿了後ニ於テ其借用物ヲ貸主ニ返還スルノ義務アルベシ、但シ此等片面ノ義務ニ就テハ仍ホ左ノ場合ヲ區別スルヲ要ス。

(イ) 主タル義務ヨリ生ズル附從ノ義務ハ往々片面ノ義務ニ就テモ亦相互ノ義務トナルコトアレドモ、此等ノ義務ハ義務ノ目的及ビ性質上ヨリ相互ニ義務ヲ負擔スルモノニアラザレバ、之ヲ雙面ノ義務トスルコトヲ得ズ、設例ヘバ使用貸借ハ貸主ヨリ其使用物ヲ借主ニ交付スルニ依リテ成立スルガ故ニ使用貸借ノ契約ヨリ發生スル義務ハ、其目的及ビ性質上ニ於テ期間滿了ノ後之ヲ貸主ニ返還スベキ借主ノ義務ノミナレバ、固ヨリ一ノ片面ノ義務ナレドモ、借主ニ於テ若シ之レヲ保存スルニ必要ナル費用ヲ立替ヘ置キタルトキハ、貸主ハ借主ニ對シテ其費用ヲ辨償スルノ責ニ任ズベク、又代理者ガ代理事件ノ目的ノ爲メ金錢ヲ立替ヘタルトキハ本人ハ代人ニ對シ之ヲ辨償スルノ責任ヲ負擔スベシ。然レドモ此等ノ辨償ノ義務ハ使用貸借又ハ代理契約ノ主タル目的及性質ヨリ生ズルモノニアラザルガ如シ。

(ロ) 前項ト異ニシテ義務ハ單純ニ片務ニシテ毫モ附從ノ義務ヲ生ゼザル場合アリ、設例ヘバ金錢貸借ヨリ生ズル借主ノ義務ノ如キ是レナリ。

第三、已ニ論述シタルガ如ク、片務雙務ノ區別ハ義務ノ區別ニシテ權利行爲ナル合意自身ノ區別ニアラザルヲ以テ合意ノ外他ノ義務ノ原因即チ不正ノ利得、不正ノ損害及ビ法律ノ規定等ヨリ生ズル義務ニ就テモ亦雙務片務ノ區別アルベシト雖モ多クハ皆ナ片務タリ。

右ニ論述シタル所ヲ以テ雙務片務ノ義務ノ區別トスレドモ、此區別ニ就テ古來誤謬ノ見解ニ出デタル學說甚ダ少ナカラズ。就中左ノ數項ニ係ル誤見ニ陥ルコトナキヲ要ス。

雙務片務ノ區別ニ關スル誤

第一、古代ノ學者ハ雙面ノ義務ヲ分ツテ二種ト爲シ、前第一ニ記載シタル雙面ノ義務即チ賣買會社契約等ヲ以テ平等ナル雙面義務 (Bilaterales aequales) ト謂ヒ、第二ノ(イ)ニ記載シタル片面ノ義務即チ使用貸借代理契約等附從義務ヲ生ジ得ベキモノヲ以テ不平等ナル雙面義務 (Bilaterales inaequales) ト謂ヒ、而シテ前第一(ロ)ニ記載シタルモノ、ミヲ以テ片面ノ義務ト爲シタリ、然レドモ其所謂不平等ナル雙面義務ハ其目的及ビ性質上一ノ片面義務タルベキコトハ已ニ前ニ論述シタルガ如シ。

義務ノ片
務ト契約
ノ片務ノ
區別

第二、我民法ガ片面ノ義務ヲ以テ當事者ノ一方ノミガ他ノ一方ニ對シテ義務ヲ負擔スルモノトスルハ義務ノ片面ナルコトヲ謂フモノニシテ、此定義ヲ以テ直ニ片務契約ニ適用セントスルハ未ダ其精確ヲ得タルモノニアラザルナリ。何トナレバ一方ガ他ノ一方ニ對シテ或ル事ヲ爲スノ義務ヲ負擔セズシテ其他ノ義務ヲ負擔スルトキハ、之ヲ雙面ノ義務ト謂フコトヲ得ベキモ、雙務ノ契約ト謂フコトヲ得ザレバナリ、設例ヘバ予ハ予ノ所有ノ駿馬ヲ無償ニテ二ヶ月間ヲ期シテ甲者ニ貸與シ、且ツ予ハ同時ニ此期限間ハ甲者ヲシテ之レヲ使用セシメントノ義務ヲ負擔センコトヲ約シ、而シテ若シ予ニシテ期限內該馬匹ヲ不當ニ奪取スル等ノ事ヲ爲シタルトキニ於テハ甲者ハ其取戻ヲ要求スルノ權利アルベキコトヲ約シタルトキハ、甲者ハ期限ニ至リテ該馬匹ヲ返還スルノ義務ヲ負擔シ、予ハ甲者ヲシテ該馬匹ヲ使用セシムルノ義務ヲ負擔スレドモ、決シテ之ヲ以テ雙面ノ契約ト謂フコトヲ得ズ。何トナレバ予ハ甲者ヲシテ單ニ馬匹ヲ使用セシムルノ義務アルモ、甲者ニ對シテ毫モ或ル事ヲ爲サントノ義務、即チ作爲ノ義務ヲ負擔スルコトナケレバナリ、故ニ雙務ノ契約ナルモノハ必ず當事者相互ニ或ル

作爲ノ義務ニ對スル作爲ノ義務ヲ負擔スルモノカラザレバカラズ。

雙務ト二
個ノ片務
ノ併立ト
ノ區別

第三、要物ノ合意即チ動産質使用貸借等ノ如キ契約ハ羅馬法ニ於テハ其目的物ノ引渡ヲ爲ストキニ於テ始メテ契約タルノ効力ヲ有スベキモノトナシ、引渡後ニアラザレバ權利者ニ於テ訴權ナキモノト爲シタレドモ、近世ノ法理ニ於テハ縱ヒ目的物ノ引渡ヲ爲サルモ要物契約ヲ爲サントノ合意ハ有効ニ成立スベキモノトセリ、然レドモ此近世ノ法理ハ爲メニ片面ノ義務ヲ變ジテ雙面ノ義務タラシムルニ足ラザルナリ、設例ヘバ予ハ予ノ所有物ヲ無償ニテ甲者ニ使用セシメントヲ約シタルトキハ、未ダ其物件ノ引渡ヲ爲サルモ、予ハ單ニ使用貸借ヲ設定セントノ片面義務ヲ負擔シ、又已ニ之レガ引渡ヲ爲シタルトキハ甲者ハ單ニ期限ニ至リテ物件ヲ返還スルノ片面義務ヲ負擔スベシ、故ニ此場合ニ於テハ二個ノ片面義務ノ併立スルモノナリ決シテ一個ノ雙面義務ノ成立スルモノニアラズ。

片面義務ト雙面義務トノ區別ハ法律上如何ナル關係ヲ有スルカハ民法中各條下ニ於テ自ラ明了タルニ至ルベシト雖モ今其重要ナルモノヲ擧グレバ則チ左ノ如シ。

一、雙務契約ハ當事者ノ他ノ一方ガ其義務ヲ履行セザレバ一方モ亦之ヲ履行スルノ義務ナキヲ以テ、現ニ義務ヲ履行シ又ハ履行ノ言込ヲ爲セル當事者ノ一方ノ利益ノ爲メ他ノ一方ノ義務ノ不履行ノ場合ニ於テ、常ニ解除條件ヲ包含スベキモノトス、然レドモ片務契約ノ場合ニ於テハ毫モ此事ナシ。(第四百二十一條)

二、證據法上雙務契約ノ私署證書ハ反對ノ利益ヲ有スル當事者間ニ正本二通ヲ作り、且之ニ署名又ハ捺印スルコ

トヲ要シ、又或ル場合ニ於テハ證書ノ金額若クハ數量ノ文字ニ捺印スルコトヲ要スレドモ、片務契約ニハ此等ノ事ヲ必要トスルコトナシ。(證據篇第二十一條及ビ第二十三條)

第二款 有償合意及ビ無償合意

有償合意 (Negotia onerosa) トハ當事者ノ一方ガ合意ニ依リ得タル利益ニ對シ、他ノ一方ニ對シテ或ル事ヲ爲シ、若クハ或ル事ヲ爲サズ、又ハ或ル物ヲ與フル所ノ合意ヲ謂ヒ、無償合意 (Negotia lucrativa) トハ他ノ一方ニ對シテ或ル事ヲ爲シ若クハ或ル事ヲ爲サズ、又ハ或ル物ヲ與フルコトナクシテ合意ニ依リ利益ヲ得ル所ノモノヲ謂フ、賣買貸借交換會社契約ノ如キハ有償合意ニシテ、贈與遺贈ノ如キハ無償合意ナリ、第二百九十八條第二項ニ「各當事者カ出捐ヲ爲シテ相互ニ利益ヲ得又ハ第三者ヲシテ之ヲ得セシムルトキハ其合意ハ有償ノモノナリ」ト謂ヒ、第三項ニ「當事者ノ一方ノミカ何等ノ利益ヲモ給セスシテ他ノ一方ヨリ利益ヲ受クルトキハ其合意ハ無償ノモノナリ」ト謂ヘルモ亦此意ナランナレドモ、其所謂出捐ナルモノハ即チ或ル事ヲ爲シ或ル物ヲ與フル等ノコトヲ指示セルモノニ外ナラザルベシ。

我民法ノ所謂有償無償ノ區別ハ雙方片務ノ區別ト異ニシテ、合意即チ雙面ノ權利行為ノ區別ナリ、義務ノ區別ニアラザルナリ、故ニ雙面ノ義務ハ當然有償ノ合意ナレドモ、有償ノ合意ハ必ズシモ雙面ノ義務ニアラズ、何トナレバ有償無償ノ區別ハ合意即チ雙面ノ權利行為ノ區別ニシテ雙務片務ノ區別ハ合意ヨリ生ズル義務ノ區別ナレバ、有償ノ合意ヨリ片面ノ義務ヲ發生スルコトアルベキハ當然ナレバナリ、設例ヘバ自己ノ手中ニ存在スル他人ノ物品ヲ買取ラントノ賣買契約ハ有償ノ合意ナレドモ、其合意ヨリ生ズル義務ハ單ニ其代價ヲ支拂フベキ片面義務タルニ過ギザルベシ。

合意ノ有償無償ノ區別ハ法律上數多ノ關係ヲ有ス、設例ヘバ他人ノ物件ヲ使用スルニモ、有償無償ニ依リテ其注意責任ノ度ヲ異ニスルガ如キ、後見人ガ幼者ノ財産ヲ處分スルニハ概ネ有償ナルモノニアラザレバ之ヲ行フコトヲ得ザルガ如キ枚擧ニ暇アラザルナリ。

第三款 諾成合意及ビ要物合意

諸成合意
及ビ要物
合意

民法ハ羅馬法ノ區別ニ從ヒ合意ヲ分ツテ要物合意及ビ諾成合意ノ二種トセリ。(第二百九十九條)

要物合意 (Obligations quae contrahuntur) トハ或ル物ヲ受取りタルヨリシテ其物ノ返還ヲ爲スベキ義務ヲ生ズル合意ヲ謂フ、設例ヘバ使用貸借消費貸借寄托及ビ動産質ノ如シ。

諾成合意 (Obligations quae solo consensu contrahuntur) トハ承諾ノミヲ以テ義務ヲ生ズル合意ヲ謂フ、設例ヘバ賣買代理會社契約ノ如キ是レナリ。

然レドモ要物合意ニ於テ現ニ目的物ノ引渡ヲ爲サレバ何等ノ義務ヲモ成立セザルモノニアラズ、只ダ要物合意ノ名義ニ於テ成立セザルノミナレバ、單純ナル合意ノ成立スベキコトハ已ニ前段ニ論述シタル所ノ如クナルベシ。

第四款 要式合意及ビ不要式合意

第二章 義務ノ原因

要式合意
及不要式
合意

此區別ハ合意ノ成立ニ或ル式ヲ要スルト否トニ在リ、羅馬法ニ於テハ其式ニ種々アリタレドモ、我民法ニ於テハ公正證書タルヲ要スルト否トヲ以テ之ヲ區別セリ。

第五款 實定合意及ビ射倅合意

實定合意
及射倅合
意

義務ノ發生ヨリ消滅ニ至ル期間ヲ義務ノ存在ト謂フ、而シテ此義務ハ現ニ存在スルモ其効力ノ確定ナルモノアリ或ハ不確定ナルモノアリ、第三百一條ニ合意ヲ分ツテ實定ノモノト射倅ノモノトニ區別スルハ則チ此理由ニ依ルト雖モ此區別ハ合意ノ成立及ビ効力ニ存セズシテ、寧ロ合意ヨリ生ズル義務ノ効力ニ存ス。若シ合意ノ成立及ビ効力ニシテ不確定ナランニハ、義務ノ發生消滅ノ不確定ナルモノニシテ單ニ義務ノ存否ノ問題ニ屬スベク、決シテ之ヲ已ニ存在スル義務ノ種類トスルコトヲ得ザルベシ、故ニ法文ニハ合意ノ成立及ビ効力ノ不確定ト謂フモノハ、單ニ合意ヨリ生ズル義務ノ効力ノ不確定ナルコトヲ指示セルモノト解セザルヲ得ズ。

射倅ノ義務トハ其効力ノ全部若クハ一分ガ偶然ノ事ニ繫ルモノヲ謂フ、而シテ其偶然ノ事ハ或ハ人意ニ由ルモノト性質ニ依ルトノ二種アリ。

人意ニ依ル射倅ノ義務ハ當事者ノ意思ヲ以テ定メタル條件ノ爲メ其効力ノ不確定ナルモノヲ謂フ、停止條件若クハ解除條件ヲ付シテ爲シタル賣買贈與等ヨリ生ズル義務ノ如キ是レナリ、又性質上ノ射倅ノ義務トハ其効力ガ人意ヲ以テ定ムベカラザル偶然ノ事變ノ爲メ不確定ナルモノヲ謂フ、設例ヘバ保險契約、賭博契約、終身年金用益權設定等ヨリ生ズル義務ノ如キ是レナリ。(財産篇第四百八條財産取得篇第七章參照)

實定ノ義務トハ右ノ如キ偶然ノ事實ニ關係セズシテ確實ナル効力ヲ有スルモノヲ謂フ、而シテ實定ノ義務ト射倅ノ義務トノ區別ヲ爲スノ必要ハ民法上種々アルベシト雖モ條件ニ關スル規定及ビ射倅契約ニ關スル規定中ニ載スル所ナレバ茲ニ之ヲ列記セズ。

第六款 主タル合意及ビ從タル合意

主タル合
意及ビ從
タル合意

民法ハ合意即チ雙面的權利行為ニ就テ主從ヲ區別スレドモ、寧ロ之ヲ義務ノ主從ヲ指示セルモノト解セザルヲ得ズ。

凡ソ義務ハ通常獨立ニシテ其ノ存在ハ他ノ義務ト關係ナキヲ通則トスレドモ、時ニ或ハ他ノ權利ノ存在ト其存在ヲ共ニスルモノアリ之ヲ從タル義務ト謂フ、貸金ニ從タル利子ノ如キ是レナリ。

從タル義務ハ主タル義務ト其存在ヲ共ニスベシ。故ニ、

一、主タル義務ガ發生セザレバ從タル義務モ亦發生スルコトナシ。設例ヘバ保證及ビ抵當權ノ如キハ主タル債權ノ有効ニ成立スルニアラザレバ亦成立スルコトナカルベシ。(第三百二條)

二、主タル合意ガ消滅スレバ從タル合意モ亦消滅スベシ。設例ヘバ債務ノ辨償ハ同時ニ保證抵當ノ義務ヲ消滅スベシ。(第三百二條)

然レドモ左ノ場合ニ於テハ從タル義務ハ主タル義務ト其存在ヲ共ニスルコトナク、又ハ當初ヨリ從タル義務ニアラズト解セザルヲ得ズ。

一、主タル義務ヨリ特別ナル義務トシテ別ニ合意ヲ爲シタルトキ、設例ヘバ貸金ノ利子ヲ拂フノ義務ハ從タル義務ナレドモ、其從タル性質ヲ改メ更ニ之ヲ別種獨立ナル義務ト爲シタルトキノ如キ是レナリ、又ハ之ニ反シ性質上主タル義務ナル時ハ特別ノ契約ヲ以テ之ヲ他ノ義務ノ從タル義務ト爲シタル時ニアラザレバ之ヲ從タルモノトスルコトヲ得ズ、單ニ同時ニ二個ノ契約ヲ爲シタルトテ此二個ノ義務ハ決シテ主從ノ關係ヲ爲スベキモノニアラズ。

二、從タル義務ガ主タル義務ノ無効ノ場合ニ於テ之レニ代ハルヲ目的トスルモノニシテ、現ニ主タル義務無効ナルトキハ當事者ガ單ニ之ヲ知ラザル迄ニシテ、外形上ノミ從タルノ義務ナルモ、其實獨立ナル一ノ義務ナレバ主タル義務ハ無効タリトシ爲メニ從タル義務ヲ無効ナラシムルコトナカルベシ。(第三百二條第四項)

三、從タル義務ノ無効ハ主タル義務ノ無効ヲ惹起セザルガ通則ナレドモ、若シ當事者ガ二個ノ義務ヲ分離スベカラザルモノト爲シタルトキハ、素ヨリ其無効ヲ惹起スベシ、然レドモ此場合ニ於テハ二個ノ義務ハ當事者ノ意思ニテ相互ニ關係ヲ爲スマデナレバ、必ズシモ主從ノ關係アリト謂フベカラズ。(第三百二條末項)

第七款 有名合意及ビ無名合意

有名ノ合意トハ固有ノ名稱アルモノニシテ、民法又ハ商法ニ於ケル特別ノ規則ヲ適用シ、特別ノ規則ナキトキノミ民法財産篇第二部ナル一般ノ規則ヲ適用ス。設例ヘバ賣買會社代理交換等固有ナル名義アル合意ハ有名合意ナリ。(第三百二條第一項)

有名合意及無名合意

無名ノ合意ハ固有ノ名稱ナキ單純ノ合意ニシテ、合意ノ一般ノ規則ヲ適用ス、但シ有名ノ合意ニ特別ナル規則ト雖モ、其合意ト最モ類似スル無名ノ合意ニ就テハ之ヲ適用スルコトヲ得。(第三百三條第二項)

第五節 合意ノ効力

合意ノ効力

財産篇第三百二十七條乃至第三百五十五條ニ於テ我民法ハ合意ノ効力ト題スル一款ヲ置キ論理モナク秩序モナキ漫筆の規定ヲ羅列セリ、然レドモ今マ之レヲ學理的ノ順序類別ニ改ムルトキハ讀者ヲシテ我民法ノ規定ヲ了知セシムルニ不便ナルベケレバ余ハ茲ニ法典ノ順序ヲ逐ヒ其ノ大綱ヲ説明セン。

第一款 當事者間ニ於ケル合意ノ効力

第一、當事者間ニ於ケル合意ノ効力ニ關シ、第三百二十七條ハ規定シテ曰ク、

當事者間ニ於ケル合意ノ効力

適法ニ爲シタル合意ハ當事者ノ間ニ於テ法律ニ同シキ効力ヲ有ス

此合意ハ當事者ノ双方カ承諾スルニ非サレハ之ヲ廢罷スルコトヲ得ス但シ法律カ一方ノ意思ヲ以テ廢罷スルコトヲ許セル場合ハ此限ニ在ラス

ト。起案者ノ説明ニ依レバ、適法即チ合意ノ成立ニ必要ナル條件及ビ合意ノ有効ニ必要ナル條件ヲ具備スル合意ハ各當事者ニ對シテハ法律ト同一ナル効力ヲ有シ、諾約者ハ其義務ヲ法律ノ命令シタルガ如クニ之ヲ履行セザルベカラズ、又要約者ハ其權利ヲ法律ノ命令シタルガ如ク諾約者ヲシテ之ヲ履行セシムルコトヲ得ベシ、ト云フニアリ。而シテ該條ノ原理ハ佛國法及ビ佛國法典ヲ襲用シタル伊太利法典ニ於テハ重大ノ一大原則トセラル、モ

ノナレドモ、合意ノ効力ヲ以テ當事者間ニ於ケル法律ト同視スルハ決シテ近世ノ法理ヲ得タルモノニアラズ、又餘リ面白カラザル比喩タルヲ免レズ、乞フ試ミニ之ヲ左ニ略説セン。

合意効力ノ意義

一、民法ノ所謂合意ノ効力トハ如何ナル意義ナル歟、起草者ノ佛文ニ依レバ、効力即チ (L'effects) ナル語ヲ用キタレドモ、抑々合意ハ一ノ權利行為即チ物權ト人權トヲ問ハズ、權利ノ創設變更、若シクハ消滅ヲ目的トスル意思ノ表示ナルガ故ニ、合意ノ効力ト云ヘバ合意ノ目的タル効果ノ發生即チ權利ノ創設變更若クハ消滅ヲ謂フコト當然ナラン。然レドモボ氏ハ草案説明書中ニ於テハ、該條ニ關シテハ効力即チ (Effet) ナル語ヲ用キズシテ、強制力即チ (Force) ナル語ヲ用キタルヲ以テ、法文ノ所謂効力ナル語ハ即チ強制力ヲ指スモノトスレバ、該條ノ意義ハ即チ「權利ノ創設變更若クハ消滅ヲ目的トシタル意思ノ表示ハ各當事者ニ對シテ法律ニ同ジキ強制力ヲ有ス」ト謂フコトニ解セラルベシ。純然タル「ノンセンス」ニモアラザレドモ、又タ甚ダ拙劣ナル比喩ナリト謂ハザルヲ得ズ。抑々起草者ノ所謂法律ナルモノハ如何ナル意義ナル乎、法律ヲ以テ主權者ノ命令トスル定義ニ從フモ、當事者ハ相互ノ承諾ヲ以テ隨意ニ合意ヲ廢罷スルコトヲ得ルガ故ニ、之レヲ當事者間ニ於ケル法律ト謂フコト能ハザルベク又法律ヲ以テ社會一般ノ意思トスル定義ニ從フモ、合意ハ當事者間ニ於ケル意思ナレバ之ヲ法律ト謂フコトヲ得ザルベシ、故ニ合意ハ當事者間ニ於ケル法律ニアラズシテ適法ニ爲シタル合意ハ其目的タル結果ノ權利ヲ發生セシムルコソ當事者以外ナル法律ノ効力ナリ、法律ハ只ダ合意ノ結果トシテ發生セル權利ヲ法律上ノ權利トシテ之レヲ保護スルモノニ過ギザルナリ。

二、學者往々適法ナル合意ハ裁判官ト雖モ之ヲ廢罷變更スルコト能ハズ、其裁判ヲ爲スニ際シテモ必ズ當事者ノ合意ニ基キ其合意ノ効果ヲ判定セザルベカラザルノ一事ヨリ推及シテ、合意モ亦法律ニ等シキ力ヲ有ストスルモノアレドモ、若シ合意ニシテ裁判官ヲ束縛スルコトヲ得バ、合意ヲ以テ單ニ當事者間ニ於ケルノミナラズ、裁判官ヲモ束縛スベキ法律トセザルベカラズ、驚キ入りタル奇談ト謂フベシ、余ハ此等ノ學者ニ告ゲン、裁判官ガ合意ノ目的タル結果ノ權利ヲ保護シ又之ヲ保護セザルベカラザルノ責任ハ、他ニ裁判官ノ職務ヲ規定スル所ノ法律ヨリ來レリ、決シテ當事者間ノ合意ヨリ生ズル責任ニアラザルハ國法學ノ初步タル原理ナルコトヲ。

三、合意ハ其性質上ニ於テモ亦法律タルノ効力ヲ有スルコトナカルベシ、合意ニ就キ裁判官ノ下シタル解釋ニシテ誤謬アルモ上告ノ理由トナルコトナキガ如キ其一例ナリ。

四、賃貸權、代理、使用等法律ニ於テ當事者一方ノ意思ノミニシテ合意ヲ廢罷スルコトヲ得ベキ場合ニ於テモ法律ハ一方ノ者ニ廢罷權ヲ與ヘ、其權利ノ行使ニ依リテ之レガ廢罷ヲ實行スルモノナリ、當事者間ニ於ケル合意ガ一ノ法律ナルガ故ニ然ルニモアラズ、又當事者間ノ合意ハ法律ナリトノ規定ニ反スル例外ニモアラザルナリ。

第二、民法ハ又當事者間ニ於ケル合意ノ効力トシテ第三百二十八條ニ規定シテ曰ク、

當事者ハ合意ヲ以テ普通法ノ規定ニ依ラサルコトヲ得又其効力ヲ増減スルコトヲ得但公ケノ秩序及ヒ善良ノ

風俗ニ觸ル、コトヲ得ス

ト。此法文ノ儘ヲ純然タル法理的眼光ヲ以テ見ルトキハ毫末ノ意義ナキ法文ニシテ何トモ合點ノ行カザル妙痴句ナレドモ、草案者ノ説明書ヲ推讀スルトキハ、該條ハ全ク補充法（又ハ任意法ト謂フ）ト強行法トノ區別ヲ説明セルニ外ナラザルヲ知ルコトヲ得ベシ。即チ、

一、凡テ法律ハ何人ヲ問ハズ國民一般ニ對シテ其効力ヲ有スルコト當然ニシテ此原則ニ對シテハ毫末ノ例外ナシト雖、私法ニ於テハ各人意思活動ノ自由範圍ヲ廣大ナラシメ法律ハ只ダ私人ノ意思ノ缺遺ヲ補充スルニ過ギザルモノ甚ダ多シ、之レヲ補充法ト謂ヒ否ラザルモノヲ強行法ト謂フ、設例ヘバ當事者間ニ於テ代價支拂ノ日時場所ヲ定メズシテ賣買ヲ爲シ又タハ遺囑ヲ爲サズシテ死亡シタルトキハ、法律ハ其意思ヲ補充スル爲メノ法則ヲ設ケ、當事者間ニ支拂ノ場所日時ヲ明言セザルトキハ如何ナル場所日時ニ於テ其支拂ヲ爲スベキヤヲ定メ、又相續ニ關スル法則ヲ定ムルナリ、故ニ斯ノ如キ補充法ハ唯ダ當事者間ニ於テ特ニ其意思ヲ明言セザリシ場合ニ於テ、始メテ之ヲ適用スベキモノタルニ過ギザルヲ以テ、當事者ガ特ニ其意思ヲ明言シタルバトテ爲メニ法律ノ規定ニ反シ又ハ其効力ヲ増減スルモノニアラズ、法文ガ「効力増減」云々ノ文字ヲ使用スルハ甚ダ其當ヲ得タルモノニアラズ、何トナレバ若シ果シテ當事者ガ合意ヲ以テ法律ノ規定ニ反シ、若クハ其効力ヲ増減シ得ベキモノトスルトキハ當事者ガ特ニ其合意ヲ明言セザル場合ニ於テモ亦法律ヲ適用スルコト能ハザル場合アルベキノ不道理ヲ認メザルベカラザレバナリ。

補充法ノ區別

強行法ノ意義

二、右ニ反シ公ノ秩序及ビ善良ノ風俗ニ關スル法律ハ、當事者ノ意思如何ニ係ハラズ之レヲ強行セザルベカラズ、之ヲ強行法ト謂フ、羅馬法ノ所謂公法ナリ。設例ヘバ博奕契約賣淫ノ契約ノ如キハ法律ノ決シテ其効力ヲ認メザルモノタルベシ、然レドモ斯ノ如キ合意ハ已ニ合意ノ有効タルニ必要ナル條件ヲ缺クモノナルヲ以テ、本條ノ規定ヲ待タズシテ其効力ナキモノタリ。

三、該條ノ所謂普通法トハ如何ナルモノヲ指示スル歟、普通法ナル語ハ特別法ト相對スルノ語ニシテ、一地方若クハ或ル種族ノミニ關セザル法律ノ義ナリト雖モ此意義ニ於テハ更ニ該條ヲ解スルコトヲ得ズ又但書ヨリ推及スルトキハ、公ノ秩序及ビ善良ノ風俗ニ關スル法律モ亦普通法中ノ一部ト爲シ、該條ハ只ダ例外トシテ但書ヲ加ヘタルモノナルニ似タリ、然レドモ茲ニ所謂普通法ナル語ハ實ニ沿革上ノ用語ノ直譯ニシテ、日本語トシテハ逆モ通用シ兼ヌル難語タルコトニ注意スルコトヲ要スルハ、羅馬法學者ガ補充法ヲ稱スルニ種々ノ名義ヲ以テセル其中ニ或學者ガ (Jus Commune) 即チ直譯スレバ普通法ナル語ヨリ來レルモノニシテ、通常學者ノ普通法ト稱スルモノト異ナレリ、近世ニ於テハ已ニ廢シタル用語ガ俄カニ我ガ民法ニ現出シタルモノト謂フベシ。由是觀之該條ノ所謂普通法ナルモノハ即チ近世學者ノ補充法ノ義ニシテ、其ノ所謂公ノ秩序風俗ニ關スルモノハ強行法ノ義ニテ普通法ノ一部ニアラザルモノト知ルベシ。古代法ヲ解釋スルニハ中々ノ骨折ナリ。

普通法トハ何ゾ

合意ノ効力ノ範圍

第三 合意ノ効力ノ範圍ニ就テハ財産篇第三百二十九條ハ左ノ規定ヲ設ケタリ。即チ、

第二章 義務ノ原因

合意ハ當事者ノ明示及ヒ默示ノ効力ノミナラス尙ホ合意ノ性質ニ從ヒテ條理若クハ慣習ヨリ生シ又ハ法律ノ規定ヨリ生ズル効力ヲ有ス

ト、今此法文ニ從ヒ出來得ベキ丈適當ナル解釋ヲ下セバ即チ左ノ如クナルベシ。

一、當事者ノ明示及ビ默示ノ効力ハ當事者ノ意思ノ解釋ヨリ來ルベキモノナルヲ以テ、其默示ノ効力ト雖モ亦當事者ノ現實ノ意思タルニ相違ナシト雖、慣習法タルト成文法タルトヲ問ハズ法律ヨリ生ズル効力ハ必ズシモ當事者ノ意思ヲ推定セルモノニアラズ、夫ノ補充法ナルモノヲ以テ單ニ當事者ノ現實ノ意思ヲ推定シタルモノトスルハ、已ニ近世學者ノ容レザル所ナリ、何トナレバ當事者ニシテ現ニ毫末ノ意思ヲ有セザリシガ爲メニ意思ヲ表示スルコトニ於テ缺遺アリタルトキト雖モ補充法ハ當然其ノ缺ヲ補ハザルベカラザルモノナレバナリ、故ニ我民法ガ補充法ヨリ生ズル効力ヲ以テ意思ノ解釋法トセザルハ甚ダ其ノ當ヲ得タルモノト謂フベシ、夫ノ補充法ヨリ生ズル効力ヲ以テ當然默示ヨリ生ズル効力トスルハ折角我民法ノ長所ヲ損フモノト謂フベシ。

條理ノ意

二、法文ノ所謂條理ナル語ハ如何ナル意義ヲ有スルカ、ボ氏ノ説明書ニ依ルモ毫モ條理ナルモノ、如何ナルモノタルコトヲ明言セズ、只ダ之ヲ例示シテ他人ノ物品ヲ過失又ハ惡意ニテ毀損シタルトキハ別段ノ合意ナキモ、其損害ヲ賠償スルノ責ニ任ズル場合ヲ謂フモノトナシ、又該條ハ佛國民法ノ規定ヲ襲用シタルモノナルヲ以テ、試ミニログロン氏ノ佛國民法ヲ繙クモ亦別ニ之レガ説明ヲ與ヘズシテ、單ニ一例ヲ示シ、條理ヨリ

條理モ亦法律ニシテ法律以外ニテ存スルモノアルゾ

生ズル効力トハ一ノ裁縫所ニ衣服ヲ新調シタルモノハ其輕浮ノ出來心ヨリシテ勝手ニ之レヲ解約スルコトヲ得ザルガ如シト謂ヘリ、孰レモ譯ノ分ラヌ説明ナリ、兄タリ難シ弟タリ難キ御手際ト謂フベシ、抑モ條理ナル語ハ日本語ノ條理ナル語トハ大ニ其趣キヲ異ニシ、佛國ノ (Equite) ナル語ハ羅馬法ノ所謂 (Aequitas) ナリ、而シテ其衡平ナル語ハ實際ノ事實ニ適合スル法律ノ義ニシテ、矢張り一ノ法律ナレドモ、人事ノ千變萬態ナル情況ニ從ヒ必ズシモ一定ノ原則ヲ適用スベカラザル場合ニ應用スベキ法律ナリシナリ、設例ヘバ契約ハ必ズシモ之ヲ守ルベシトノ法律ハ動かカスベカラザル原則ナレドモ、詐偽、強暴等ニ出デタル合意ニシテ一方ニ非常ノ損害ヲ蒙ラシムベキ場合ニ於テハ、之ガ取消ヲ許スガ如キ凡テ原狀回復即チ我民法ノ所謂補償名義ノ取消ヲ爲シ得ベキ場合ヲ包含セリ。由是觀之條理即チ衡平法ナルモノモ亦一ノ法律ニシテ、民法ノ一部ヲ成スモノナレバ別ニ之ガ條理ト名クルモ、裁判官ハ法律以外別ニ條理ナル一種不明ノ規則ヲ適用スルモノニアラズ、日本ノ民法ハ孰レモ佛蘭西伊太利杯ノ法典ヨリ拔キ書キシタルモノナレドモ、佛蘭西法律ハ又羅馬法ノ拔キ書様ノモノナレバ、羅馬法ノ沿革ヲ知ラザレバ中々理解セラルベキモノニアラザルナリ。

三、合意ガ慣習ヨリ生ズル効力ヲ有スト云フ一句モ亦不明ナレドモ、何モ慣習ガ直ニ効力アリト云フニモアラザルベク、慣習法即チ慣習ヨリ發生セル法律ノ効力ノ意ナリト解スレバ別段ノ差支ヘモナカルベシ。

第四、財産篇第三百三十條ニ「合意ハ善意ヲ以テ之ヲ履行スルコトヲ要ス」ト規定セルモ亦羅馬法ノ沿革ヲ叙述シタルモノナリ、抑モ古代羅馬法ニ於テハ嚴正ノ契約ト好意ノ契約トヲ區別シ嚴正ノ契約 (Strict iuris) トハ單純

ナル片務ノ契約トシテ解釋ヲ下シ、毫モ對手ノ一方ノ責任如何ヲ顧ミズ、合意ノ條項文字ヲ嚴格ニ解釋シテ毫モ明示以外ニ於ケル當事者ノ意思ヲ酌量スルコトナキモノヲ謂ヒ、好意ノ契約(Bona fide)トハ双方ノ眞意如何ヲ探究シテ之レヲ履行セシメタル合意ヲ謂ヘリ。賣買、貸借會社等ノ契約ハ皆ナ好意ノ契約ニ屬シタリ。然レドモ此區別ハ即チ羅馬法ニ於テモ亦廢止セラレタレバ、我民法モ亦合意ハ悉ク善意ノモノタルベキコトヲ明言シ、古代羅馬法ヲ襲來セザルコトヲ規定セリ、設例ヘバ品格ヲ明言セザル賣買ニ於テハ中等普通ナル品格ノ物品ヲ引渡スヲ以テ善意ノ履行トスルガ如シ。但シ該條ヲ以テ單ニ解釋法トスルトキハ、當事者ノ現實ノ意思ヲ推定スルモノニ過ギザレバ、單ニ疑義アル場合ニノミ適用セラルベシト雖、法律上合意ノ効力トシテ之ヲ明定シタル以上ハ、之ヲ一ノ補充法ト爲シ必ズシモ當事者ノ現在ノ意思ヲ推測スル方法ヲ定メタルモノニアラズトセザルヲ得ズ。

第五、適當ナル意義ニ於テハ合意即チ權利行爲ノ効力ハ其目的タル人權若クハ物權ノ創設、移轉及消滅ノ結果ノ發生ヲ謂フ、左ニ物權ノ創設、移轉及ビ消滅ヲ來ス場合ト、人權ノ創設、移轉及ビ消滅ヲ來ス場合トヲ區別シテ之ヲ論述セン。

一、物權ヲ創設、移轉及ビ消滅スル場合

物權ヲ創設、移轉及ビ消滅スル場合

合意ニ依リ物權ヲ創設シ移轉シ若クハ之ヲ消滅スルハ只ダ特定物ニ就テノミ之ヲ爲スコトヲ得ベシ。何トナレバ物權ハ直ニ物ノ上ニ行ハル、權利ナルヲ以テ、不確定物ニ就テハ直ニ其物ノ上ニ行ハルベキ權利アルベキ

コトヲ得ザレバナリ。然レドモ特定物ヲ目的トスル合意ハ必ズシモ其物權ヲ創設シ移轉シ若クハ消滅スルモノニアラズシテ、單ニ人權ヲ創設、移轉、消滅スルニ止マルコト能ハザルニアラズ、當事者ノ意思次第ニテ特定物ヲ目的トスル合意ニテモ、或ハ物權或ハ人權ヲ發生スベシト雖モ只ダ其物權ヲ發生スルニハ必ズ其目的物ノ特定物タルコトヲ要スルニ過ギザルナリ。

合意ガ物權ヲ發生スルトハ全ク當事者ノ意思如何ニ關スレドモ、特定物ヲ目的トスル合意ニ就キ當事者ハ特ニ其ノ意思ヲ明言セザル場合ニ於テハ、近世ノ民法ハ當然物權ヲ發生スベキモノトスルヲ以テ原則トシ、夫ノ羅馬法ガ單ニ人權ヲ發生スルニ止マルモノト爲シタル原則ト相反ス。蓋シ近世社會交通ノ實況ハ羅馬法ノ舊原則ヲ固守スルコトヲ許サザレバナリ。我民法モ亦充分乍ラモ亦近世ノ原則ヲ採用セルコトヲ明示スルニ足ルモノアリ、財産篇第三百三十一條ニ曰ク「特定物ヲ授與スル合意ハ引渡ヲ要セスシテ直チニ其所有權ヲ移轉ス但シ合意ニ附帶スルコトアル可キ停止條件ニ關シ下ニ規定スルモノヲ妨ケス」ト。即チ此法文ニ依ルトキハ、

一、該條ノ原理ハ必ズシモ所有權ノ移轉ノミニ關セスシテ用益權賃借權等[○]其他物權ノ創設及ビ消滅ニモ亦適用セラルベシ、法律ガ單ニ所有權ノ移轉ノミニ就キ規定セルハ狹キニ失スルモノト謂フベシト雖、近世ノ學理ヲ顧ミザル我民法ノ事ナレバ此位ノ事ハ別段ノ差支ニモアラザルベシ。

二、法文ニハ合意ガ直ニ所有權ヲ移轉スルガ如クニ明記スレドモ、所有權ヲ移轉スルハ合意ノ目的タル結果ノ

ト當然ナリ、引渡ノ何物タルコトハ仍ホ後章ニ於テ論述スル所アラン。

(ロ) 當事者雙方立會ニテ引渡スベキ物ヲ指定シタルトキハ、當事者ノ合意ニテ從來不確定ナリシ物ヲ確定ナラシムルヲ以テ特定物ト等シク引渡ヲ要セズシテ直ニ所有權ヲ移轉ス可シ。

第三百三十三條ノ規定
第六 合意ノ目的物ハ特定物タルト代替物タルトヲ問ハズ、物ノ引渡ニ就テハ第三百三十三條ニ於テ左ノ數項ニ係ル規定ヲ設ケタリ。

一、引渡ハ約束シタル時日及場所ニ於テ諾約者ノ注意及ビ費用ニテ之ヲ爲スコトヲ要ス、故ニ特定物ヲ授與スル合意ニ於テ所有權ハ已ニ要約者ニ移轉スルモ、諾約者ノ不注意ニ依リ引渡ノ際ニ損失ヲ生ジタルトキハ諾約者ニ於テ其責ニ任ゼザルヲ得ズ。

二、引取ト引渡トハ區別アリ。即チ引渡ナルモノハ單ニ合意ノ物件ヲ要約者ノ管督權ニ入ル、ノ意ナルヲ以テ諾約者ニ於テ一旦之レガ引渡ヲ爲シタルトキハ、其ノ後ニ於ケル藏入其ノ他ノ所爲ハ引取ナリ、故ニ引取ノ費用ハ要約者ニ於テ之レヲ負擔スベキモノトス。

三、證書調製ノ費用ハ有償行爲ニ付テハ當事者雙方共ニ合意ニ依リ利益ヲ受クルヲ以テ、雙方ニ於テ之ヲ負擔シ無償行爲ニ就テハ享益者ノミニ於テ之ヲ負擔ス。

四、不動産ノ引渡ハ、第一ニ讓渡證書ヲ交付シ、第二ニ場所ヲ明渡サマルベカラザルモノトス、但シ簡易ノ引渡及ビ占有ノ改定ノ場合ニ於テハ場所ノ明渡ヲ要セズ、證書ヲ交付ノミヲ以テ引渡アリタリトス、簡易ノ引渡

引取ト引渡ノ區別

及ビ占有ノ改定ニ就テ物權ノ部ノ講義ニ於テ已ニ之ヲ詳述セリ。

五、債權ノ引渡ハ證書ヲ交付ヲ以テ之ヲ爲ストハ法律ノ明定スル所ナレドモ、隨分トモ奇妙ナル規定ナリ、債權ノ引渡トハ如何ナルモノ、引渡ナルヤ、惟フニ債權ヲ他人ニ讓渡スルニ當リテハ債權證明ノ證書及ビ讓渡證書ヲ債權讓受人ニ引渡スノ義ニシテ、權利自身ヲ引渡スノ意ニアラザルベク、又權利自身ハ決シテ之ヲ引渡シ得ベキモノニアラザルナリ、口頭ニテ爲シタル合意ヲ以テ設定シタル人權ハ、口頭ニテ他人ニ讓渡スルノ契約ニテ直ニ其人權ハ讓受人ニ移轉シテ別ニ引渡スベキモノナカルベシト雖、已ニ法律ガ斯クノ如キ規定ヲ設クル以上ハ、口頭ニテ爲シタル合意ヲ以テ債權ヲ第三者ニ移轉セントスルモノハ、其口約ノミニテ之ヲ第三者ニ移轉スルニ充分ナレドモ、第三者ハ其履行ノ請求トシテ常ニ證書ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ルモノトナルベシ。

六、引渡ノ期限ノ定マラザリシトキハ即時ニ引渡ヲ要求スルコトヲ得。

七、引渡ノ場所ノ定マラザリシトキハ、特定物ニ付テハ合意ノ當時其物ノ存在セシ場所、代替物ニ付テハ其物ノ指定ヲ爲シタル場所、其他ノ場合ニ於テハ諾約者ノ住所ニ於テ引渡ヲ爲スベキ者トス。

第七、財産篇第三百三十四條ハ特定物授與ノ合意後其物ノ引渡ニ至ルマデノ間ニ於テ、諾約者ハ其物ヲ保存スルニ要スベキ注意ノ度ヲ定メタリ。即チ、

注意ノ程度

(イ) 有償ニテ讓渡セル物ニ就テハ、諾約者ハ善良ナル管理人タルノ注意ヲ以テ其物ヲ保存スルノ義務ヲ負フ

ベシ、善良ナル管理人ノ注意トハ物格的ノ標準ニ依リ普通一樣ナル人ノ爲スベキ注意ヲ謂フ、故ニ諾約者ハ通常一樣ナル人ノ爲スベキ注意ヲ缺キタルトキ、即チ通常ノ過失ニ對シテ其責ヲ負擔スベク、決シテ通常一樣人ヨリ注意深キ人ノ注意ヲ缺キタルトキ、即チ輕過失ニ對シテ其責ヲ負フコトナカルベシ。

無償合意ノ場合ニ於テノ注意程度

(ロ) 無償ニテ讓渡シタル物ニ就テハ、諾約者ハ自己ノ物件ニ加フルト同一ノ注意ヲ以テ、其物ヲ保存スルノ義務ヲ負フベシ自己ノ物件ニ加フルト同一ノ注意トハ通常一樣人ヨリモ一層不注意ナル人ノ爲ス所ノ注意ヲ謂フモノニシテ、諾約者ハ斯ノ如キ注意ヲ缺キタルトキ、即チ重大ナル過失ニアラザレバ其責任ヲ負フコトナキモノトス。

危險ノ負擔

第八、特定物ヲ目的トシタル合意ヲ爲シタル後ニ於テ、意外ノ事又ハ不可抗力ノ爲メ該物件ノ滅失若クハ毀損ヲ來シタルトキハ、特ニ反對ノ合意アル場合及ビ停止條件ヲ附シタル場合ノ外要約者ノ損失ニ歸シ、又其物ノ増加ヲ來シタルトキハ要約者ヲ利スベシ、何トナレバ此場合ニ於テハ該物件ノ所有權ハ已ニ要約者ニ移轉スルモノナルヲ以テ、該物件自身ノ上ニ直接ニ來ルベキ損害及ビ利益ハ當然所有主ニ歸セザルベカラザレバナリ、故ニ該物件ニシテ若シ毀損スルトモ要約者ハ之ヲ理由トシテ、其代價ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得ザレバナリ、然レドモ我民法ハ又一ノ例外ヲ設ケ、引渡ヲ爲スベキ正當ナル期限ノ經過後ニ於テ諾約者ガ物ノ引渡ヲ延滞ニ付シタルガ爲メ滅失毀損シタルトキハ若シ其引渡ヲ爲スモ仍ホ滅失毀損ヲ免レザリシ場合ノ外、諾約者ニ於テ其責ヲ免ルコトヲ得ザルモノトセリ(第三百三十五條)、然レドモ此規定タルヤ或ハ物權上ノ責任ト人權上ノ責任ト

ヲ混同スルモノナキヤ否ヲ疑ハシムルモノアリ、抑モ特定物授與ノ合意ニ於テ一旦所有權ガ要約者ニ歸シタル以上ハ、要約者ガ其引渡ヲ請求スルノ權ハ所有權上ヨリ來ル結果ニシテ合意ノ直接ナル結果ノ一部ニアラズ、從ツテ諾約者ハ物ノ引渡ヲ遲滞ニ付シタル時ト雖モ其損失ハ要約者ニ歸セザルヲ得ザルナリ、而シテ此場合ニ於テ要約者ガ其損害ヲ賠償セザルベカラザルハ、其過失ニ依リテ全ク關係ナキ第三者ノ物件ヲ毀損シタル場合ト同一ノ理由ニ依ルモノト謂ハザルヲ得ザルナリ。

右ノ如ク諾約者ガ物ノ引渡ヲ遲滞ニ付シタルガ爲メ要約者ニ對シテ損害賠償ノ責任ヲ負擔スルハ、其遲滞ハ單ニ引渡期限ノ經過セルノミヲ以テ足レリトス、法律ハ必ズ右ノ場合ノ一ニ相當スル者ニアラザレバ、之ヲ遲滞ニ付セラレタルモノトスルコトナシ。(第三百三十六條)

一、期限到來後ニ裁判所ニ請求ヲ爲シ又ハ合式ニ催告書ヲ送達シ若クハ執行文ヲ示シタルトキ。
二、期限ノ到來ノミニ因リテ遲滞ニ付スルコトヲ法律又ハ合意ヲ以テ定メタル場合ニ於テ其期限ノ到來シタルトキ。

三、諾約者ガ或ル時期ニ後レタル履行ハ要約者ニ無用ナルコトヲ知リテ其時期ヲ經過セシメタルトキ。

第二款 承繼人間ニ於ケル合意ノ効力

承繼人間ニ於ケル合意ノ効力

承繼人トハ汎ク先主ニ代ハリテ權利ノ主體タルモノヲ謂フ、而テ特定ノ承繼人即チ或ル特定ナル權利ノ相續者ニアラズシテ、遺産相續者受遺囑者等包括名義ヲ以テ財産ヲ相續スル所ノモノヲ一般承繼人ト謂フ、第三百三十

八條ノ明言スルガ如ク役權年金權等法律又ハ合意ニ於テ格別ノ定メアル場合ノ外合意ハ當事者ノ一般ノ承繼人ヲ利シ、又ハ之ヲ害スルガ故ニ、先主ノ權利ノ増減ハ後日ニ一般相續人ノ權利モ亦増減スベシ、又之レト同一理ニ依リ債務者ノ總財產ハ現在ノモノト將來ノモノトヲ問ハズ、悉ク債權者ノ共同ノ擔保ナルヲ以テ、債務者ガ其財產ヲ増加スレバ債權者ヲ利シ其財產ヲ減少スレバ債權者ヲ害スルコト、ナルベシ、然レドモ斯ノ共同ノ擔保ナルモノハ眞ノ擔保ト大ニ其趣ヲ異ニシ、直ニ物上權ヲ債權者ニ與フモノニアラザレバ、債務者ガ其ノ財產ヲ減少シ又ハ更ラニ第三者ニ對シテ債務ヲ増加スルモ、又現ニ已ニ屬スル權利ヲ行ハザルモ、共ニ債務者ノ自由ナルヲ以テ法律ハ債權者ヲ保護スル爲メニ債權者ヲシテ債務者ヨリ第三者ニ對スル權利ヲ行ハシメ、及ビ債務者ノ詐欺ノ負債ヲ増加スルガ如キ弊害ヲ救済センガ爲メニ債權者ニ與フルニ二様ノ權利ヲ以テセリ。即チ左ノ如シ。

第一、債權者ハ其債務者ニ屬スル權利ヲ申立テ、及ビ其訴權ヲ行フコトヲ得ベシ、而シテ此權利ヲ行フニ就キテハ法律ハ左ノ三種ノ方法ヲ認メタリ。(第三百三十九條)

差押

一、債務者ガ第三者ニ對シテ其財產差押權ヲ有スルモ、之ヲ行ハザルトキニ於テハ債權者ハ自ラ之レガ差押ヲ爲スコトヲ得。

參加

一、債務者ガ一ノ争訟ニ於テ原告又ハ被告タルトキニ於テ、充分勝訴ノ見込アルモ、自ラ己レノ權利ヲ辯護スルコトヲ勉メズ、之ヲ放任スルトキニ於テハ其訴訟ニ參加シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得。

間接訴權

二、債務者ガ第三者ニ對シテ債權ヲ有スルニ當リ、債權者ノ督促アルニモ關セズ債務者ガ第三者ニ對シテ行

フコトヲ拒ミタルトキハ、債權者ハ裁判所ノ許可ヲ得テ、債務者ニ代リ直ニ第三者ニ對シテ債務者ノ債權ヲ行フコトヲ得、之ヲ間接訴權ト謂フ。但シ此間接訴權ニ依リテ第三者ヨリ得タル利益ハ、債務者ノ總財產中ニ包含セラレ、間接訴訟ヲ行ウタル債權者ハ他ノ債權者ト共ニ其利益ヲ受クベシ。

然レドモ債權者ハ債務者ニ屬スル純然タル債權又ハ債務者ノ一身ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得ズ、又法律若クハ合意ノ明文ヲ以テ差押ヲ禁ジタル財產ヲ差押フルコトヲ得ズ、何トナレバ此等ノ場合ハ債權者ガ未ダ第三者ニ對シテ一ノ充分ナル權利ヲ有スルモノニアラザレバナリ。即チ、

- 一、權能トハ債權者ノ權利能力ヲ謂フモノニシテ、未ダ其權利能力ヲ行ハザル間ハ第三者ニ對シテ權利ヲ生ゼザルモノナリ、設例ヘバ債務者ハ其家屋地所等ヲ賣却シ又ハ賃貸スルノ能力ヲ有スルモ、現ニ自ラ之ヲ賣却シ又ハ賃貸セザル間ハ第三者ニ對シテ代金若クハ賃貸料ニ對スル權利ヲ生ゼザルヲ以テ、債務者ハ其賣却若クハ賃貸ヲ強フルコトヲ得ザルガ如シ。
- 二、債務者ノ一身ニ專屬スル權利ハ財產權ニアラズシテ人身權ナリ、設例ヘバ子タル身分ヲ要求シ又ハ身體傷害ニ關スル賠償訴權ノ如キ是レナリ。
- 三、法律又ハ合意ノ明文ヲ以テ差押ヲ禁ジタル財產ハ債務者自身ト雖、本來之ヲ取押フルノ權利ヲ有セザルモノナレバ、債權者ガ代リテ之ヲ差押フルコトヲ得ザルハ當然ナリ。

第二、債務者ガ第三者ニ對シテ義務ヲ承諾シ、權利ヲ讓渡シ、又ハ之ヲ拋棄スルハ其自由ニシテ、債權者ハ毫モ

詐害

其自由ニ干涉スルコトヲ得ズト雖、債務者ガ此等ノ行爲ガ現ニ債權者ヲ害スルコトヲ知り、自己ノ財産ヲ減少シ、又ハ自己ノ債務ヲ増シタルトキハ、之ヲ詐害ノ行爲ト謂ヒ法律ハ直ニ債權者ニ與フルニ債權者ノ名義ヲ以テ債務者ト爲シタル者、及ビ其轉得者ニ對シ其行爲ノ廢罷ヲ要求スルノ權利ヲ以テセリ、又詐害ノ行爲ハ債務者ガ故ラニ裁判ヲ起シ又ハ裁判ヲ受ケテ之レニ敗訴シ間接ニ之ヲ行フコトヲ得ルガ故ニ、此場合ニ於テモ亦法律ハ債權者ニ與フルニ再審ノ方法ニ依リテ之レガ救済ヲ得ルノ權利ヲ以テセリ、然レドモ此等ノ訴權ハ單ニ法律ガ債權者ニ與ヘタルモノニシテ、債務者ニ代ハリテ之ヲ行フモノニアラザレバ、獨立シテ之ヲ行ヒ得ザルニアラザルモ、債務者ヲシテ該訴訟ノ効果ヲ受ケシムルニハ、必ズ債務者ヲ其訴訟ニ參加セシムルヲ要ス、(第三百四十條及ビ第三百四十一條)今マ此廢罷訴權ニ關スル民法ノ規定ヲ概言スレバ即チ左ノ如シ。

明 詐害ノ證

一、債權者ハ攻撃スル行爲ノ如何ヲ問ハズ、債務者ニ詐害ノ行爲即チ債權者ヲ害スルニ至ルベキコトヲ知りツツ財産ヲ讓渡シ、又ハ債務ヲ増加シタルコト、及ビ債權者ガ爲メニ蒙ルベキ損害ヲ證明セザルベカラズ、又此他有償ノ行爲ニ付テハ債權者ト債務者ト約束シタル者、若クハ之レト訴訟シタル者双方共ニ利害ヲ有スルヲ以テ、廢罷ノ爲メ第三者ナル約束者若クハ訴訟者ノ權利ヲ害スルコトナカラシムルヲ必要トスルガ故ニ、債權者ハ必ズ債務者ト約束シ、又ハ之ト訴訟シタル者ノ通謀アリタルコトヲ證明スルコトヲ要ス。(第三百四十二條第一項)

廢罷訴權

一、讓渡ニ對スル廢罷訴權モ亦轉得者ニ對シテ之ヲ行フコトヲ得レドモ、該轉得者ガ最初ノ取得者ト約束スル

ノ被告タルベキ者

ニ當リ、債權者ニ加ヘタル詐害ヲ知りタルトキニアラザレバ、其轉得者ニ對シテ之ヲ行フコトヲ得ズ。(同條

廢罷訴權ノ原告

第二項)

三、廢罷ハ詐害ニ先ダチ債務者ニ對シ權利ヲ取得シタル債權者ニアラザレバ之ヲ請求スルコトヲ得ズ、何トナレバ詐害ノ行爲ノ行ハレタル後ニ於テ債務者ニ對シテ權利ヲ取得シタルモノハ、已ニ減少セラレタル債務者ノ財産ニ對シテ共同擔保ヲ有スルニ過ギザレバナリ、然レドモ詐害ノ行爲ノ行ハレタル以前ノ債權者ガ廢罷訴權ヲ行ヒ其訴訟ニ於テ勝訴トナルモ、其利益ハ特ニ先取原因ノ存スル場合ノ外詐害ノ行爲ノ行ハレタル後ニ於ケル債權者ニ及ブベシ、何トナレバ廢罷訴權ナルモノハ只ダ債務者ノ總財産ヲ保全スルノミヲ目的トスルモノニシテ眞ノ擔保ノ場合ニ於ケルモノト大ニ其趣ヲ異ニスレバナリ。(第三百四十三條)

出訴期限

四、廢罷訴權及ビ再審申立ハ詐害行爲ノ有リタル時ヨリ三十ケ年ニシテ時効ニ罹リ消滅ス。若シ又債權者ガ詐害ヲ覺知シタルトキハ、廢罷訴權ハ其覺知ノ時ヨリ二ケ年ニシテ消滅ス。(第三百四十四條)

五、債權者ガ廢罷ノ訴ヲ起スモ其訴ニ係ル物件ガ善意ナル第三者ニ移轉スル等ノ事實ノ爲メ現ニ之ヲ廢罷スルコト能ハザルトキハ被告ニ對シテ損害賠償ヲ要求スルコトヲ得。(第三百四十一條末項)

第三款 第三者ニ對スル合意ノ効力

合意ハ當事者及ビ承繼人ノ間ニ非レバ効力ヲ生ゼズトハ財産篇第三百四十五條ニ我民法ノ一大原則トシテ明定スル所ナレドモ、先ヅ此法文ニ於ル所謂合意ノ効力トハ如何ナル意義ヲ指示スルカヲ定メザルベカラズ。正當ノ

第三者ニ對スル合意ノ効力

第二章 義務ノ原因

意義ニ於テハ合意ノ効力トハ合意ノ目的タル人權若クハ物權ノ創設、移轉及ビ消滅ヲ謂フモノナレバ、合意ニ依リ物權ヲ創設發生シタルトキハ第三者ヲシテ其物權ヲ破ラシメザル消極的義務ヲ負ハシムルニ足ル事當然ナリ、單ニ當事者間ニ於ケル物權ナルモノハ決シテ存在スベキノ理由ナシ、故ニ所謂合意ノ効力ハ第三者ニ及バズトノ原則ハ、只ダ當事者間ノ合意ヲ以テ直接ニ第三者ニ權利ヲ與ヘ、又ハ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ズトノコトヲ謂フモノニ過ギズ、語ヲ換ヘテ之ヲ謂ハ、第三者ニ直接ニ權利ヲ與ヘ又ハ第三者ノ權利ヲ害スルガ如キ合意ヲ爲スコトヲ得ズトノ意義ナリ。但シ第三者ノ利益ノ爲メニスル合意ナルモノハ必ズシモ悉ク無効ナルニ非ズト雖第三者ニ於テ其承諾ヲ與ヘザレバ其効力ナキヲ以テ、此ノ場合ニ於テハ已レ第三者ニアラズシテ當事者ノ一人タルベク、又會社ノ如キハ多數決ヲ以テ其權利義務ヲ定ムルガ故ニ、或ハ第三者ナル少數ノ社員ノ權利ヲ害スルガ如キコトアルベキニ似タレドモ、多數決ハ會社ナル一法人ノ意思ヲ決定スル方法ニ過ギズ、會社ナル法人ノ權利ト社員ナル天然人ノ權利トハ素ヨリ別物ナレバ、爲メニ決シテ少數ノ權利ヲ害スルモノト謂フベカラズ、會社ハ只ダ會社自身ノ權利ヲ處分スル者ニ過ギザルナリ。然レドモ右ノ原則ニハ又例外ノ場合アリ即チ法律ニ於テ特定メタル場合ナリ。左ニ其場合ヲ概論セン。

第一、合意ハ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ズトノ原則ハ、有體動産及ビ無記名證券ノ場合ニ於テ法律ハ其例外ヲ設ケタリ、第三百四十六條ニ曰ク「所有者カ一個ノ有體動産ヲ二箇ノ合意ヲ以テ各別ニ二人ニ與ヘタルトキハ其二人中現ニ占有スル者ハ證書ノ日附ハ後ナリトモ其所有者タリ但シ其者カ自己ノ合意ヲ爲ス當時ニ於テ前ノ合意ヲ知ラス且前ノ合意ヲ爲シタル者ノ財産ヲ管理スル責任ナキコトヲ要ス」ト。然レドモ特定物ヲ授與スル合意ハ直ニ所有權ヲ移轉スベキモノナルヲ以テ、合意ニシテ完了スル以上ハ未ダ物ノ引渡ヲ爲サズトモ其ノ所有權ハ已ニ移轉シテ要約者ニ歸スベキヲ以テ、法理上ヨリ推論スルトキハ要約者タルト第三者タルトヲ問ハズ、又已ニ其引渡ヲ爲シタルト否トヲ問ハズ、他人ノ所有物ヲ授與スルモ決シテ有効ノ授與タルコトヲ得ザルハ當然ナレドモ、法律ハ或ル場合ニ於テ只ダ一ノ例外ヲ設ケタルモノニ過ギズトス。故ニ、

一、該條ハ只ダ同一ナル所有者ガ二個ノ合意ヲ以テ各別ニ二人ニ物件ヲ與ヘタルトキノミニ限レリ、故ニ第三者ガ管テ有セルコトナキ他人ノ所有物ヲ授與スルノ合意ヲ爲シタルトキノミニ限ルベシ、設例ヘバ甲者ハ丁者ノ所有ニ係ル物件ノ委託ヲ受ケタルモノヲ乙者ニ授與スルトキハ縱ヒ乙者ニ之ヲ引渡ストモ乙者ハ爲メニ所有權ヲ取得スルコトナカルベシ、之レニ反シ本來甲者ノ所有物タリシ物件ヲ丙者ニ讓渡シタル後未ダ其引渡ヲ爲ササル以前ニ之ヲ乙者ニ授與シ且ツ之ヲ乙者ニ引渡シタルトキハ其所有權ハ乙者ニ歸スベシ。

二、合意ハ引渡ヲ要セズ直ニ特定物ノ所有權ヲ移轉スルガ故ニ、引渡ヲ得タル第二ノ要約者ガ所有權ヲ取得スルハ第一ノ要約者ヨリ之ヲ取得スルモノニテ前ノ所有者ヨリ之ヲ取得スルモノニアラズ、故ニ前キノ所有者ガ第二ノ合意ヲ爲スハ全ク他人ノ物ヲ授與スルモノニシテ、合意ハ直チニ所有權ヲ移轉ストノ原則ニハ反對セザルモ明カニ合意ハ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ズトノ原則ニ反對セリ、故ニ之ヲ以テ眞ノ例外トセザルヲ得ズ。

三、動産ハ現ニ之ヲ占有スルモノヲ以テ所有主ト見做スベキハ證據法ノ原理ナレドモ、本條ノ場合ハ決シテ此原則ノミヲ適用シタル結果ニアラズ、何トナレバ右ノ證據法ノ原則ハ本來所有權ヲ有シタルコトナキ、全ク無關係ナル第三者ガ他人ノ所有物ヲ盜取シテ之ヲ讓渡シタル場合ニ於テモ亦適用セラルベシト雖ドモ、該場合ニ於テ若シ眞ノ所有者ガ其正當ナル所有權ヲ證明シタルトキハ占有者ハ決シテ其所有權ヲ主張スルコト能ハザレバナリ、然ルニ本條ノ場合ニ於テハ第一ノ要約者ハ其所有權アルコトヲ證明スルモ仍ホ其ノ所有權ハ占有者ナル第二ノ要約者ニ存スベキコトヲ定ムルモノニシテ、單ニ證據法上ノ推測ノミニ止マラザルナリ。

四、該條ノ適用ハ只ダ有體動産ノミニ限レドモ無體動産ト雖モ無記名證券ニ係ルトキハ亦同シ。
 五、該條ノ適用ニハ又二個ノ條件アルヲ必要トス即チ第一ニハ第二ノ要約者ハ其合意ヲ爲ス當時ニ於テ善意ニシテ第一ノ合意アルコトヲ知ラザルコトヲ要シ第二ニハ第二ノ要約者ハ第一ノ諾約者ノ後見人等ニシテ其財産ヲ管理スルノ責任アルモノヲラザルコトヲ要ス。

記名證券ノ讓渡

第二、記名證券ヲ以テ證明セラレタル債主權ヲ他人ニ讓渡スルハ債權者ノ自由ナレドモ、債權者ト讓受人トノ間ニ於ケル合意ノミニテハ讓受人ハ債權者ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ザルベシ、若シ夫レ然ラズトセンカ、債權者ハ毫モ債權ノ讓渡アリタルコトヲ知ラザルヨリシテ數多ノ不都合ヲ來タスベシ、故ニ債權ノ讓受人ガ債權者及ビ讓渡人ノ承諾人ニ對シテ其權利ヲ主張スルニハ法律ハ左ノ二方法中ノ一ニ依ルコトヲ必要トセリ。(第三百四十七條)

讓受人ノ告知

一、讓受人ヨリ債權者ニ讓受ノ事ヲ合式ニ告知スルコトヲ要ス、故ニ同一ノ債權ヲ讓受ケタルモノ二人以上アルトキニ於テハ其讓受ノ日時ノ前後ヲ問ハズ、先ヅ此ノ告知ヲ爲シタルモノヲ以テ眞ノ讓受人ト爲ス、而シテ此場合ニ於テハ債權者ハ承諾ノ瑕疵相殺ノ原因等、讓渡人ニ對シ告知以前ニ生ジタル一切ノ抗辯方法ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得。

債務者ノ承諾

二、債務者ガ公正證書若クハ私署證書ヲ以テ債權ノ讓渡ヲ承諾シタルコトヲ要ス、此場合ニ於ケル第三者ニ對スル効力ハ亦前項ニ同ジト雖モ此場合ニ於テハ債權者ハ自己ノ意思ヲ以テ讓渡ノ事ニ干渉シ自己ヲ以テ當事者中ニ加ヘタルモノナレバ讓渡前ニ讓渡人ニ對抗スルコトヲ得タリシ一切ノ抗辯方法ヲ失ヒ、其後ニ至リ新ニ讓受人ニ對シテ生ジタル原因ニ基ク抗辯方法ノミヲ行フコトヲ得ベシ。

惡意ノ證明

債權ノ讓受人ガ右ノ如ク債務者ニ讓受ノ告知ヲモ爲サズ、又債務者ヨリ其讓受ノ承諾ヲモ得ザルトキハ、債權讓渡後ニ於テ債務者ヨリ讓渡人ニ對シテ爲シタル辨濟、責免ノ合意、讓渡人ノ債權者ヨリ爲シタル拂渡差押又ハ合式ニ處シ若クハ承諾ヲ得タル新讓渡ハ總テ第一ノ讓渡アリシコトヲ知ラズシテ爲シタルモノト推定シ、告知等ノ手續ヲ怠リタル所ノ第一ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ベシ、而シテ此推定ヲ覆シ債務者、讓渡人ノ債權者及ビ第二ノ讓受人ガ第一ノ讓渡アリタルコトヲ證明スルニハ、法律ハ其自白ニ因ルノ外通常ノ他ノ證據方法ヲ以テスルコトヲ許サズ、何トナレバ債務者等ニ於テ告知ヲ受ケ又ハ其承諾ヲ與ヘザル場合ニ於テ縱ヒ讓渡アリタルコトヲ知リ讓受人ニ辨濟等ヲ爲シタル後ニ於テ讓渡人又ハ讓受人ニ於テ未ダ讓渡ナキコトヲ主張スルニ於

テハ之ヲ證明スルコト甚ダ困難ニシテ非常ナル不利益ヲ受クルコトアルベケレバナリ、蓋シ債權モ亦一ノ財産權ナレバ債權者ニ於テ之ヲ讓渡スハ其自由ナリトハ云ヘ、本來其承諾ヲ得テ之ヲ爲スベキコト却ツテ社會普通ノ條理タルベシ、其自白ニ因ルニアラザレバ讓渡アリタルコトヲ知りタリトノ事實ヲ證明スルコト能ハズトスルコト素ヨリ當然ノ規定ナリト謂フベシ。

裏書ヲ以テスル商證券ノ讓渡ニ特別ナル規則ハ商法ノ規定スル所トス。

不動産ノ讓渡
登記スベキ事件

第三、不動産ノ讓渡等ニ就キ第三者ニ對シテ其權利ヲ主張スルニハ必ず登記ヲ經ルコトヲ要ス、財産篇第三百四十八條ハ左ニ掲グル諸件ヲ以テ財産所在地ノ區裁判所ニ備ヘタル登記簿ニ之ヲ登記スベキモノトセリ。

一、不動産所有權其他ノ不動產物權ノ讓渡

二、右ノ權利ノ變更又ハ拋棄

三、差押ヘタル不動産ノ競落

四、公用徵收ヲ宣言シタル判決又ハ行政上ノ命令

而シテ登記ハ當事者ノ請願ニ依リ其費用ヲ以テ之ヲ爲スベシ、又其請願者ニハ其求メニ依リ登記ノ認證書ヲ交付シ又ハ何人ニテモ登記簿ノ抄本ヲ要求スルコトヲ得ベキモノトス。

登記ノ効力

登記ノ効力ニ關スル民法ノ規定ハ左ノ如シ。

一、特定物ヲ授與スル合意ハ直チニ所有權ヲ移轉ストハ近世民法ノ通則ナレドモ、登記ヲ經ズシテ同一ノ不動

產ヲ數人ニ讓渡シ(又ハ不動産上ノ權利ヲ變更シ差押ヘタル不動産ヲ競落シ若クハ公用徵收ノ判決命令ニ依リテ付與)シタルトキハ、日時ノ先ナル者ガ其所有權ヲ取得スルハ當然ナレドモ、第二以下ノ讓受人ハ往々不測ノ損害ヲ蒙リ不動産ニ就キ所有權ヲ得ントスル者ノ安全ヲ保スルコト能ハズ、從ツテ經濟社會ノ交通ヲ害スルコト少クナラザルヲ以テ法律ハ登記ノ制度ヲ設ケテ以テ其ノ安全ヲ保シ經濟社會ノ交通ヲ害スルハ近世諸邦ノ通規ナリ、即チ登記ハ動產ノ授與ニ關スル占有ト同一ノ効力ヲ有シ縱ヒ合意ノ日時ハ後クトモ登記ヲ經タル者ガ先キニ已ニ同一ノ權利ヲ取得シタルモノアルコトヲ知ラズシテ、名義上ノ所有主ノ物權取得ノ合意ヲ爲シタルトキハ、所有權ハ第二ノ讓受人即チ登記ヲ爲シタル者ニ移轉スルヲ以テ、第一ノ讓受人即チ登記ヲ爲サル者ハ第二ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ザルナリ、此原理ハ所有權ノ讓渡ノ行爲ノミニ限ラズ、凡テ第三百四十八條ニ記載シタル物權ニ關スル權利行爲ニ適用セラルベシト雖、第一第二ノ讓受人ノ權利ハ同一ノ權利ニシテ其行爲ガ互ニ相容レザルモノタルコトヲ要ス、設例ヘバ第一ノ讓受人ニ利益權ヲ讓渡シ第二ノ讓受人ニ虛有權ヲ讓渡シタル場合ノ如キハ決シテ相容レザルノ讓渡ニアラザルガ如シ、故ニ所有權ハ合意ニ依リテ移轉スルモ登記ヲ要スベキ物權ニ付登記ヲ爲サズシテ其讓受ヲ爲シタル者ハ善意ニ依リ即チ第一ノ讓渡アル事ヲ知ラズシテ名義上ノ所有主ヨリ讓受ケタル第二ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ザルナリ、但シ惡意及ビ通謀ニ關スル證明ノ方法記名證券ノ讓受ニ就キ規定シタル第三百四十七條ニ從フ。(第三百五十條)

二、然レドモ法律ニ因ルト裁判ニ因ルト又合意ニ因ルトヲ問ハズ、後見人管財人代理人等ノ如ク第一ノ讓受人ノ爲メ登記ヲ爲スノ義務アル者ガ之ヲ爲サズシテ後ニ自ラ第二ノ讓受人トナリタルトキハ、縦ヒ第一ノ讓渡アルコトヲ知ラズトモ自己又ハ其相續人若クハ一般ノ承繼人ヨリ登記ナキヲ理由トシテ第一ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ズ。(第三百五十一條)

取消訴訟

登記ヲ經タル讓渡ノ解除銷除又ハ廢罷ノ訴訟ヲ行フニ就テ我民法ハ左ノ規定ヲ設ケタリ。(第三百五十二條)

取消前ノ手續

一、善意ノ轉得者ニ對シテ訴訟ヲ行フコト能ハザル場合ニ在リテハ原告ハ爾後自己ニ對抗スルコトヲ得ベキ登記ヲ妨止スル爲メ、其攻撃スル行爲ノ登記ニ豫メ訴狀ノ披抄ヲ附記シテ以テ其訴權ヲ全ウスルコトヲ得、然ルトキハ其附記後ニ於テハ善意ノ轉得者ニ對シテモ訴權ヲ行フコトヲ得ルコト、ナルベシ。

二、總テノ轉得者ニ對シテ訴權ヲ行フコトヲ得ベキ場合ニ在リテハ原告ハ自己ノ權利ヲ全ウスルガ爲メニハ右ノ附記ヲ必要トセズト雖、法律ハ轉得者ノ利益ヲ保護スル爲メ原告ヲシテ其攻撃スル行爲ノ登記ニ訴狀ヲ附記セシム、若シ此附記ヲ爲サマルトキハ裁判所ハ其訴訟ヲ受理セザルベシ。

取消後ノ手續

三、原告ガ其訴旨ヲ全ウシ行爲取消ノ判決ヲ得タルトキハ、假執行タリトモ其判決ノ執行以前ニ訴狀ノ末尾ニ記載スベシ、若シ又縦ヒ執行ナキモ其判決ガ確定トナリタル時ヨリ一ヶ月内ニ之ヲ記載スベシ、若シ之ヲ怠リタルトキハ五十圓以下ノ過料ニ處ス。

四、原告ガ敗訴シテ裁判所ガ請求ヲ却下シ又ハ其手續ノ失効ヲ宣告シタルトキハ其判決ノ確定ノ時ニ至リテ訴

狀ノ附記ヲ抹消セシムル爲メ豫メ職權ヲ以テ其抹消ノ言渡ヲ爲スベカラズ、若シ又原告ガ訴狀ノ取下ヲ爲シタルトキハ當事者ノ請願ニ依リテ訴狀ノ附記ヲ抹消ス。

當事者協議上ニテ一旦登記ヲ經タル行爲ヲ解除銷除又ハ廢罷シタルトキハ、法律ハ之レニ眞ノ解除銷除若クハ廢罷ノ効力ヲ與ヘズ、總テ之ヲ任意ノ讓渡即チ新ナル讓渡トシテ更ニ登記ヲ爲サシムベキモノトス、否ラズンバ現ニ解除銷除又ハ廢罷ノ原因ナキモ讓渡人ト第一ノ讓受人ト共謀シテ容易ニ善良ナル轉得者ノ所有權ヲ奪フコトヲ得レバナリ、而シテ此登記ハ登記官吏其職權ヲ以テ取消ト爲リタル所爲ノ登記ニ之ヲ附記スベキモノトス。(第三百五十三條)

登記ノ抹消改正

右ニ記載シタル登記及ビ附記ハ總テ利害ノ關係ヲ有スル者ヨリ其抹消又ハ改正ヲ請求スルコトヲ得、而シテ此請求及ビ判決モ亦解除銷除及ビ廢罷ノ場合ニ於ケルガ如ク、其爭フ所爲ノ附記ニ之ヲ登記スベク又此ニ違フモノハ五十圓以下ノ過料ニ處セララルベシ。

能力ヲ有シ又ハ合式ニ代理セラレ若クハ保佐セラレタル當事者ハ協議ニテ抹消又ハ改正ヲ承諾スルコトヲ得ベク、又裁判上タルト協議上タルニ論ナク抹消又ハ改正ハ登記ヲ爲シタル權利者ヲ此事ニ就キ異議ヲ述ベシムル爲メニ召喚シ、又ハ其承服ヲ得タルニアラザレバ之ニ對抗スルコトヲ得ザルナリ。(第三百五十四條)

登記官吏ハ上來記載シタル登記、記載、抹消若クハ改正又ハ登記認證書ニ於ケル脱漏又ハ訛語ニ付キ請願者又ハ利害關係人ニ對シテ其責ニ任ズ。(第三百五十五條)

第六節 合意ノ解釋

合意ノ解釋

合意即チ權利行為ノ解釋ニ關スル詳細ノ理論ハ拙著ノ法律解釋學ニ譲リテ之ヲ茲ニ論述スルコトナカルベシ、余ハ只ダ不充分乍ラモ我民法ニ定メタル規定ニ就キ其大意ヲ略述スルニ止ムベシ。

解釋ヲ爲シ得ベキ場合

凡ソ解釋ハ必ズ之ヲ解釋スルノ必要アル場合ニアラザレバ之ヲ行フベカラザルハ解釋法上至高ノ原則ナリ、解釋ニ關スル法則モ解釋ノ必要アリテ始メテ其適用ヲ爲スベキノミナラズ、解釋ノ必要ナクンバ決シテ解釋ニ關スル法則ヲ適用スベキモノニアラザルナリ。而シテ合意ニ就キ解釋ノ必要アリトスル場合ニ於テハ左ノ兩項ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス。

一、合意ニ於テ當事者ガ其意思ヲ發顯スルガ爲メニ用ヒタル言語文字ガ不精密ニシテ疑義アル場合及び其言語文字ハ明白ナルモ、二三ノ合義ヲ有シテ曖昧ナル場合ニアラザレバ解釋ヲ爲スベカラズ。

二、合意ニ於テ當事者ガ表示シタル意思ガ現ニ確定シ得ラルベキ場合タルヲ要ス。故ニ合意ノ不備曖昧甚ダシクシテ適當ニ當事者ノ意思ヲ發見スルコト能ハザルトキハ、裁判所ハ當事者ノ爲メニ是非トモ合意ヲ發見スルノ責任ナキヲ以テ、裁判所ハ唯ダ合意ヲ不成立トスルマデニ止マルベシ、此原理ハ甚ダ明白ナレドモ到底解釋シ能ハザル證書類ヲ此上モナキ難件トシテ腦髓ヲ徒費スル裁判官ハ隨分實際ニ少カラザルナリ。

解釋法則

右ノ二大條件ニシテ適用シ得ベクンバ合意ハ解釋ノ法則ニ依リテ解釋セラルベシ、其法則モ亦數多ナレドモ我民法ニ認メタルモノヲ擧グレバ即チ左ノ如シ。

第一則

第一則 合意ノ解釋ニ付テハ裁判所ハ當事者ノ用キタル語辭ニ拘ハラシテ其意思ヲ推尋スベシ。(第三百五十六條)

抑モ合意ハ雙面權利行為ニシテ權利ノ創設變更及び消滅ノ目的トスル二人又ハ數人間ノ意思ノ表示ナレバ、合意ノ解釋ハ即チ此意思ヲ發見スルニ在リ、言語文字ハ唯ダ此意思ヲ表示スルノ用ニ供セラレタル手段ニ過ギザレバ、合意ノ解釋ハ其意思ヲ發見スルヲ目的トスベキコト素ヨリ當然ナリ、故ニ字句ニ拘泥スルモノハ恰モ空屋ヲ搜索スル探偵吏ニ異ナラザルベシ、然レドモ解釋ハ只ダ現在當事者ハ如何ナル意思ヲ有セシヤ否ヲ推尋スルモノニシテ當事者ガ若シ初メヨリ其事ニ氣付キタランニハ、如何ナル意思ニテアリシナルベキヤ否ヲ推測スルモノニアラズ、言ヲ換ヘテ之レヲ言ハ、解釋ハ毫モ當事者ノ缺キタル意思ヲ補充スルモノニアラザルナリ。

第二則

第二則 當事者ノ執レテ問ハズ一方ノミノ意見ニ從ヒ合意ヲ解釋スルコトヲ得ズ。(第三百五十六條)

合意ハ雙面ノ權利行為ナレバ必ズ雙方ノ意思ヲ推尋スルコトヲ要ス、第三百五十六條ニ當事者共通ノ意思云々ト謂ヘルハ即チ此義ナリ。

第三則

第三則 一個ノ語辭ガ各地ニ於テ意義ヲ異ニスルトキハ當事者雙方ノ住所ヲ有スル地ニ於テ慣用スル意義ニ從ヒ、若シ同一ノ地ニ住所ヲ有セザルトキハ合意ヲ爲シタル地ニ於テ慣用スル意義ニ從フ。(第三百五十七條第一項)

第四則

第四則 一個ノ語辭ニ本來二様ノ意義アルトキハ其合意ノ性質及び目的ニ最モ適スル意義ニ從フ。(第三百五十七條)

條第二項)

本則ハ民法ノ明文ニ依レバ只文字ガ文字自身ニ於テ二様ノ意義ヲ有スル場合ニ適用スベキ規定ナルガ如クナレドモ、文字自身ハ明白ナルモ之ヲ事實ニ照シテ二三様ノ場合ニ適用シ得ベキ曖昧文字ニ就テノミ適用スベキ規定トセザルヲ得ズ、抑モ文辭ノ曖昧ニハ二種アリテ一ハ表面的曖昧ニシテ文面ヲ一讀シテ其文面上容易ニ二三ノ意義アル事ヲ了知シ得ベキモノヲ謂フ、設例ヘバ「某地所ヲ某甲ノ數子中ノ一人ニ讓與スベシ」トノ合意ハ事實ヲ探知セズシテ文面上曖昧ナルコト明白ナルガ如シ。之ニ反シ一ヲ秘隱的曖昧ト云フ文面上ニテハ文辭ハ明白ナルモ事實上ノ適用ニ於テ二三ノ意義ヲ有スル場合ナリ、設例ヘバ「某ノ地所ヲ某甲ノ子ニ讓與スベシ」トノ合意ハ文面上ニ於テハ明白ナレドモ甲若シ數人ノ子ヲ有シタルトキハ即チ曖昧ノ文字トナルベシ、而シテ表面的曖昧ノ文字ハ合意ノ不備缺點ノ甚シキモノニシテ全ク之ヲ無効トシ秘隱的曖昧ノ合意ノミ獨リ解釋ニ依リテ其意味ヲ發見シ得ベキハ解釋法ノ原理ナリ、故ニ予ハ本則ヲ以テ單ニ秘隱的曖昧ノ場合ニ適用スベキ規定トスルナリ。

第五則

第五則 合意ノ各項目ハ合意ノ全體ト最モ善ク一致スル意義ニ從ヒテ之ヲ解釋ス。(第三百五十八條第一項)

一個ノ合意ハ縱ヒ數項目ニ涉ルモ一個ノ合意ニシテ唯一ノ目的ヲ貫徹スルモノナリ、各項目ハ合意ノ全體ヨリ之ヲ解釋スベク決シテ別ニ之レガ解釋ヲ爲スベキモノニアラズ、一合意ノ解釋ハ可成各項目ニ効力ヲ與ヘテ不用ノ條項ナカラシムルコトヲ要ス、但シ縱ヒ一個ノ證書タルモ其合意ガ分割スベキモノニシテ、其實數多ノハ意ヲ包含スルトキハ必ズシモ此限ニアラザルベシ。

第六則

第六則 一個ノ項目ニ二様ノ意義アリテ其一ガ項目ヲ有効ナラシムルトキハ其意義ニ從フ。(第三百五十八條第一項)

本則ハ合意ハ無効ナルヨリ可成之ヲ有効ナル意義ニ解釋ストノ原則ヲ示スモノナリ。

第七則

第七則 合意ノ語辭ガ如何ニ廣泛ナルモ其語辭ハ當事者ノ合意ヲ爲スニ付期望シタル目的ノミヲ包含セルモノト推定ス。(第三百五十九條第一項)

法則ハ先ヅ文辭ノ普通一樣ナル意義ヲ定メ而シテ其ノ意義ガ廣泛ニ失シテ事實ニ適當セザルモノト思料スルトキニ於テ始メテ之ヲ適用スベシ。

第八則

第八則 當事者ガ合意ノ自然若クハ法律上ノ効力ノ一ヲ明言シ又ハ特別ノ場合ニ於ケル適用ヲ明言シタルモ、慣習若クハ法律ニ因リテ生ズル他ノ効力又ハ適當ニ受クベキ他ノ適用ヲ阻却セント欲シタルモノト推定セズ。(第三百五十九條第二項)

本則ハ法律ニ於テ推測スル事柄ハ證書中之レヲ明言スルモ別段ノ効力ナシトノ格言ヨリ出ヅルモノナレドモ、法律ノ効力若クハ適用ニアラズシテ或ル事實ヲ明言シタルトキハ必ズシモ、此法則ニ依ルコトヲ得ズ、或ハ特ニ一事ヲ明言シタルトキハ他事ヲ除キタルモノト解釋スベキ場合甚ダ多カルベシ。

第九則

第九則 總テノ場合ニ於テ當事者ノ意思ニ疑アルトキハ、其合意ノ解釋ハ諸約者ノ利ト爲ル可キ意義ニ從フ。

雙務ノ合意ニ於テハ此規定ハ各項目ニ付キ各別ニ之ヲ適用ス。

本則ハ佛國民法ノ規定ヲ襲用シタルモノニシテ、學者ハ本則ヲ最後ノ解釋方法ト謂ヒ、上來論述シタル法則ヲ適用シテ後仍ホ疑ハシキ場合ニ適用スベキモノトセリ、然レドモ此ノ場合ニ於テハ何故ニ義務者ノ利益トナリ權利者ノ不利益トナルベキ解釋ヲ下サマルベカラザル歟、權利者モ義務者モ法律上ニ於テハ同等ノ地位ニ立テリ、彼此其間ニ差等ヲ設クベキモノニ非ズ、若シ又此差等ヲ立ツルニモセヨ雙務契約ニ在リテハ義務者ノ利益ハ權利者ノ不利益ニシテ權利者ノ不利益ハ義務者ノ利益ナリ本則ノ意義甚ダ明了ナラザルニ似タリ、故ニトモロンプ氏ノ如キ佛國學者スラ大ニ之ヲ批難シ本則ヲ以テ解釋ノ法則トセズシテ證據法ノ規則トセリ、抑モ舉證ノ責任ハ合意ヲ證明シテ利益ヲ得ントスル者即チ權利者ニ在ルベキヲ以テ權利者ニシテ合意ヲ證明スルコト能ハザルトキハ證據法上義務者ノ利益トナルベキハ勿論ナリ、本則ノ意義モ亦此意ニ外ナラザルベシト雖モ是レ證據法ノ原則ナリ、解釋法中ニ記載スベキモノニアラズ、斯ノ如キ合意ハ證據法上無効ノ合意ナリ解釋ヲ施シ得ベキモノニアラザルナリ、然レドモ我民法ハ依然佛國法ヲ襲用シ、且ツ第二項ニ於テ雙務ノ契約ノ場合ニ關スル適用ヲ示シタルハ或ハ仍ホ之ヲ以テ解釋法ノ一トスルモノニアラザルナキヤラ疑ハシム、餘リ譽メラレタル立法ノ手際ニモアラザルベシ。

不當ノ利得

第七節 不當ノ利得

第一款 總說

不正ノ方法ニ依リ他人ノ財產ヲ以テ己ヲ利スベキ事實ハ其利得者ヨリ其損害ヲ受ケタル者ニ對シテ其利得ヲ返却スルノ義務ヲ發生ス、而シテ我ガ民法ニ於テハ不當ノ利得ヲ以テ義務發生ノ第二原因トシ、第三百六十一條ニ其定義ヲ下シテ曰ク「何人ニテモ有意ト無意ト又錯誤ト故意トヲ問ハス正當ノ原因ナクシテ他人ノ財產ニ付キ利ヲ得タル者ハ其不當ノ利得ノ取戻ヲ受ク」ト。左ニ此定義ヲ解説セン。

第一 利得トハ或ハ財產ヲ増加スルヲ謂ヒ或ハ財產ヲ減少セザルヲ謂フ。

左ニ掲グル場合ヲ以テ財產ヲ増加スルコトヲ以テ財產ノ利得トスルモノト爲ス。

- 一、所有權ノ取得 ハ一ノ利得タルコト疑ヲ容レズト雖モ己ニ自己ノ所有權内ニ存スル物ノ價格ヲ増加スル場合ニ於テハ左ノ二項ニ係ルモノニアラザレバ之ヲ利得ト謂フコトヲ得ズ。

(イ) 價格ノ増加ガ其結果トシテ收益ヲ増加スルトキハ其増加セラレタル收益ハ即チ利得ナリ。

(ロ) 物ノ賣買ヲ爲ストキニ於テハ其目的タル代價ノ増加ハ即チ一ノ利得ナリ。

二、他人ノ物ノ上ニ於ケル權利即チ支分權ノ取得。

三、債權ノ取得 或ル學者ハ債權ノ讓渡ヨリ受クベキ不當ノ利得ハ讓受人ニ於テ直チニ債務者ニ對スル權利ヲ有セザルヲ以テ、不當利得返却ノ義務ヲ生ゼズトスルモノアレドモ羅馬法及ビ近世法理ノ認メザル所ナリ。

四、占有ノ取得 ハ占有ヲ財產ヲ構成スル權ノ一部トシテ取得スルニ在リ、他人ノ物ノ占有者ガ其占有スル物ノ果實ヲ取得スル場合ハ所有權ノ取得ノ場合ニ屬ス。

利得ノ定
義
財產ヲ増
加スルコ
トヲ以テ
利得ト爲
ス場合

財産ヲ減少セザルヲ以テ利益ト爲ス

五、所有權ノ制限ノ廢止。

左ニ掲グル場合ヲ以テ財産ヲ減少セザルコトヲ以テ財産ノ利益トスルモノト爲ス。

一、所有權ノ制限ヲ守ラザル事。

二、債權ヲ履行セザル事。

三、出金ヲ保持スル事 設例ヘバ他人ノ物ヲ使用シテ其賃借料ヲ支拂ハザルガ如キ又無利息ノ債務ノ如キ是レナリ。

第二 他人ノ財産ヨリ利益ヲ爲ストハ單ニ他人ノ財産ヲ減少スルノミナラズ、他人ノ財産ヲ手段トシテ之ヲ使用シ消費シ附與シ又ハ之レニ義務ヲ負ハシメ若クハ之ヲ増加セザルコトヲモ包含ス。

第三 不當利益ハ一ノ事實ナリ。而シテ其事實ハ或ル一ノ權利行爲タルコトアルベク或ハ權利行爲ニアラザルベシト雖、我民法ニ於テハ其權利行爲ニシテ雙面ノ權利行爲即チ合意ヨリ生ズル義務ニ屬スル場合ハ毫モ不當利益ヨリ生ズル義務ヲ包含スルコトナカルベシ。

第四 利益ハ必ず不當ナラザルベカラズト雖モ如何ナル場合ニ於テ之ヲ不當ト斷定スベキカハ各場合ニ於テ之ヲ論ゼザルベカラズト雖モ先ヅ之ヲ損害ヲ受クル者ノ意思ニ出ヅル場合ト否ラザル場合トニ大別セザルヲ得ズ。

損害ヲ受クル者ノ意思ニ出デザル不利益

一、損害ヲ受クル者ノ意思ニ依ラズシテ發生スベキ不當利益ハ左ノ二個ノ場合トス。
(イ) 權利移轉ノ場合ニ於テハ當然一方ノ權利ヲ害スルハ當然ナリ、故ニ縱ヒ權利者ノ承諾ナクモ法律上

權利ノ移轉アル以上ハ一方ハ不當ノ利益ヲ得ルトモ權利ノ移轉自身ハ正當ニシテ只ダ財産ノ移轉ガ不當ナルニ過ギザルナリ、設例ヘバ他人ノ物件ヲ自己ノ物ニ添付セシメ、又ハ他人ノ勞力ニ依リテ自己ノ物件ヲ改良シタルトキノ如キハ、添付又ハ勞力ニ依リテ他人ノ物件ハ法律上正當ニ自己ノ所有トナルモ其増加ニ付テハ必ず他人ニ對シテ其價格ヲ賠償セザルベカラズ。

(ロ) 利益ガ他人ノ物ノ占有ヲ得ルニ在リシトキハ其占有ニ就キ特ニ權利アル場合ノ外之ヲ不當トセザルベカラズ、之レト同一理ニ依リ利益ガ他人ノ物ノ使用、消費及ビ處分ニ依リ生ズルトキハ特ニ之ヲ使用、消費及ビ處分スルノ權アル場合ノ外、亦之ヲ不當トセザルヲ得ズ、就中利益ガ犯罪タル所爲ニ出ヅルトキハ之ヲ不當トスレドモ、然レドモ利益ノ不當ナルニハ必ずシモ其所爲ガ一ノ犯罪ヲ構成スルコトヲ要セズ、設例ヘバ善意ニテ他人ノ物ヲ賣却シタル後其物件ガ消滅シタルトキノ如シ、又利益ノ不當ナルニハ其所爲ハ必ずシモ利益者自身ノ所爲タルコトヲ要セズ。

損害ヲ受ケタル者ノ意思ニ基ク不當利益

二、損害ヲ受ケタル者ノ意思ニ基キタル利益ハ左ノ場合ニ於テ不當ナリ。

(イ) 法律ガ損害ヲ受ケタル者ノ意思ヲ認メテ之ヲ有効トセザルトキ、設例ヘバ不法ノ原因ニ基キ供與シタル物ノ如シ。

(ロ) 法律ガ意思ノ表示者ニ與フルニ意思ノ表示ヲ取消スノ權ヲ以テシタル場合ニ於テ表示者ガ此權ヲ行ヒタル後仍ホ其物ヲ有スルトキ、設例ヘバ贈與ノ廢罷ノ如シ。

(ハ) 解除條件及ビ解除日附ノ到達シタル後仍ホ從來ノ權利ヲ保有スルトキ。

學理上ヨリ論定スルトキハ不當利得ノ場合ハ上ニ論述シタル所ノ如クナレドモ我民法ハ特ニ左ノ諸件ニ就キ

我民法ニ於ケル不當ノ利得ニ關スル規定

不當利得ニ關スル規定ヲ適用スベキコトヲ明言セリ。(第三百六十一條第二項)

一、他人ノ事務管理 (Negation gestio) ノ何物タル事ハ後款ニ於テ特ニ之ヲ詳論スル所アルベシト雖、茲ニ

先ヅ其大綱ヲ謂ハンニ設例ヘバ委任ヲ受ケズシテ好意ヲ以テ他人ノ爲メニ他人ノ家屋ヲ修繕スルトキハ本主

ニ對シテ諸種ノ義務ヲ生ズルガ如シ、而シテ此等ノ義務ハ必ズシモ管理者ガ不正ノ利得ヲ得タル事實ヨリ發

生スル所ノ利得返却ノ義務ノミニ止マラズシテ、不正ノ利得ヲ返却スルノ義務ハ寧ロ不正ニ他人ノ事務ヲ管

理シタルヨリ偶然發生スル所ノ義務ノ一ナレバ、他人ノ事務ノ管理ヨリ生ズル諸義務ヲ以テ一般ニ之ヲ不正

ノ利得ヨリ生ズル義務トスルハ決シテ其當ヲ得タルモノニアラズ、故ニ近世ノ學者ハ他人ノ事務管理ヲ以テ

全ク別種ナル義務發生ノ一原因トナシ、而シテ管理者ガ不正ノ利得ヲ得タルトキニ生ズル義務ハ寧ロ之ヲ他

人ノ事務管理ヨリ生ズル義務ニアラズトスルヲ通則トスレドモ、兎角近世ノ法理ハ我民法草案者ノ嫌惡スル

所ニヤ、之ヲ以テ不正ノ利得ヨリ生ズル義務ノ中ニ混入シ、而シテ其結果トノ不正ノ利得ヨリ生ズル義務ノ

外他人事務管理ノ事實ヨリ發生スル他ノ義務ヲモ併セテ不正利得ヨリ生ズル義務中ニ記載セリ。

二、負擔ナクシテ辨濟シタル物及ビ虛妄若クハ不法ノ原因ノ爲メ又ハ成就セズ、若クハ消滅シタル原因ノ爲メ

ニ供與シタル物ヲ領受シタル者ハ不當ノ利得ヲ得タルモノニシテ、之ヲ返却スルノ義務ヲ負ヒ爲メニ損害ヲ

受クベキ者ハ之ヲ取戻スノ權ヲ有スベシ。予ハ此等ノ場合ヲ稱シテ假リニ無原因ノ權利行爲ニ基ク利得ト稱

セン、事ハ後款ニ至リテ特ニ論述スル所アラン。

三、遺贈其他遺言ノ負擔ヲ付シタル相續ヲ受諾スル者ハ、相續財産中ヨリ指定ノ第三者ニ遺贈ヲ爲シ、又ハ其

他ノ負擔ヲ履行セザルベカラザルニ此等ノ負擔ヲ履行セザル者ハ自カラ不正ノ利得ヲ取得スルモノタルヲ免

レズ、事ハ財産取得篇ノ規定スル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ論述セズ。

四、他人ノ物ノ添付ヨリ又ハ他人ノ勞力ヨリ生ズル所有物ノ増加ニ對シテ他人ニ其價格ヲ辨償セザル者ハ不當

ノ利得ヲ取得スルモノナリ、事ハ財産取得篇ニ詳ナリ。

五、他人ノ物ノ占有者ガ不法ニ收取シタル果實、產出物其他ノ利益ヲ得、及ビ之ニ反シテ占有者ガ其占有物ニ

改良ヲ加ヘタルトキハ、占有者ハ所有主ニ其利益ヲ償還シ及ビ所有者ハ占有者ニ對シテ改良ノ費用ヲ償還スル

ノ義務ヲ生ズ、但シ財産篇第百九十四條乃至第百九十八條ニ規定シタル區別ニ從フベキモノトス。

第五 不當利得ヨリ生ズル義務ハ單ニ不當ニ得タル利益ヲ返還スルノ一事ニ在リ、其義務者ハ何人ヲ問ハズ不當

利得ヲ得タル者ニシテ其權利者ハ之レガ爲メニ損害ヲ蒙リタル者トス。

返還ノ義務アル不當ノ利得ハ必ズシモ最初ヨリ他人ノ財産ヨリ得タル利益ノミニ止マラズ後ニ至リテ收得シ

タル利得ヲモ包含スレドモ不當利得ガ消滅スレバ不當利得返還ノ義務モ亦消滅スレドモ其消滅ハ義務者ノ過失

ナクシテ發生シタルコトヲ要ス、而シテ義務者ニ此過失ノ責アリトスル場合ハ、第一義務者ガ其義務ノ存在ヲ

了知シ若クハ他日ニ其義務ガ發生スベキコトヲ豫知セルトキ、第二利得ノ消滅ガ義務者ノ故意若クハ懈怠ヨリ生ジタルニアラザルトキ、但シ無原因ノ權利行爲ニ基ク利得ニ關スル民法ノ規定ハ後款ニ詳述スベシ。

第一款 無原因ノ權利行爲ニ基ク利得

無原因ノ權利行爲ニ基ク利得ハ義務ナキ辨濟及ビ無原因ニテ供與シタル物ノ領受トス。

無原因ノ
權利行爲
ニ基ク利
得
義務ナキ
辨濟

義務ナキ辨濟ノ場合ヲ分ツテ左ノ三項トス。

一、債權者ニアラズシテ辨濟ヲ受ケタル者ハ辨濟者ニ對シテ之ヲ返却スルノ義務ヲ負擔ス。(第三百六十四條) 即チ、

(イ) 辨濟者ハ債務ノ辨濟ヲ爲スノ目的ヲ以テ金錢其他ノ物ヲ他人ニ與ヘタルコトヲ要ス、若シ此目的ニアラザルトキハ贈與其他ノ權利行爲トナリテ決シテ之ヲ不正ノ利得ト謂フコトヲ得ザルベシ。

(ロ) 債務ハ現ニ存在セザルヲ要ス但シ此債務ハ法律上ノ義務タルト自然法上ノ義務タルトヲ問ハズ。

(ハ) 辨濟ヲ受ケタル者ハ辨濟ヲ受ケタルノ權利アルコトヲ知ラザルトニ關係ナク、又辨濟者ガ義務ナキコトヲ知ルト知ラザルトヲ問ハザルハ民法ノ規定スル所ナレドモ、羅馬法ニ於テハ辨濟者ガ之ヲ知ルトキニ於テハ之ヲ贈與ト見做シ其取戻ヲ爲スノ權利ヲ認メザリシト雖、苟モ贈與ノ意ナケレバ之ヲ贈與スルコト能ハザルハ當然ナルベケレバ、羅馬法ノ原理ハ其當ヲ得ザルニ似タリ、然レドモ義務ナキコトヲ知りツ、辨濟ノ目的ヲ以テ他人ニ金錢ヲ附與スル以上ハ解釋上之ヲ一ノ贈與トスルコト却ツテ適當ナラン。

(ニ) 辨濟ヲ受ケタル者ガ返却スベキ利益ハ訴ヲ受ケタル日ニ於テ現ニ已レヲ利シタルモノ、ミニ限ルベシ是レ已ニ總説ニ於テ論述シタル所ナリ、故ニ不當ニ金錢ノ辨濟ヲ受ケタル者ガ其ノ金錢ニテ現ニ利得ヲ得タルコトナキトキハ辨濟ヲ受ケタル日ヨリ利息ヲ併セテ返還スルノ義務アルナシ。

二、辨償ヲ受ケタル者ガ債權者ナルモ債務者ニ非ル者ヨリ之ヲ受ケタルトキニ於テハ、辨濟者ノ目的返却スベキ利益等ハ前項ニ異ナラズト雖モ必ズ左ノ二要件ノ一アル事ヲ要ス。(第三百六十五條)

(イ) 辨濟者ハ辨濟ノ義務ナキコトヲ知ラズシテ辨濟ヲ爲シタルコトヲ要ス、何トナレバ若シ辨濟者ニシテ之ヲ知ルトキハ其辨濟ハ必ズヤ代位ノ辨濟若クハ他人ノ事務管理ニ基キタル辨濟タルベケレバ、辨濟者ハ唯ダ眞ノ債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルマデニシテ、債權者ハ眞ノ債權者ナルヲ以テ債務者ニ對シテ其取戻ヲ請求スルコトヲ得ズ、然レドモ債權者ニシテ若シ辨濟者ガ錯誤ニテ辨濟ヲ爲スモノタルコトヲ了知シタルトキハ如何、法律ハ別ニ此點ニ就テ明言スル所ナシト雖モ次項ニ論述スル場合ヨリ權衡上ニ論及スレバ債權者モ亦善意ニテ辨濟ヲ受ケタル時ニアラザレバ返却ノ義務ナキモノトスルコトヲ得ザルニ似タリ。

(ロ) 債權者ガ辨濟ヲ受ケタルガ爲メニ惡意ニテ債權證書ヲ毀滅セザルコトヲ要ス、若シ債權者ニシテ辨濟者ガ錯誤ニテ辨濟ノコトヲ知ラズ正當ノ辨濟ト信ジ爲メニ債權證書ヲ毀滅シタルトキハ辨濟者ハ其取戻ヲ請求スルコトヲ得ズ、是レ民法ガ債權者ヲシテ證據滅失ノ不幸ヲ保護スルノ老婆心ニ出デタリ、辨濟者ニシテ善意ナル以上ハ權利者ノ所爲ニ依リテ取戻ノ權利ヲ失ハシムルハ又大ニ辨濟者ノ不利益ヲ免レズ。

三、眞ノ債務者ヨリ眞ノ債權者ニ辨濟ヲ爲シタル場合ト雖モ債務者ガ其負擔シタル物ト異ナリタル性質ノ物又ハ他人ノ物ヲ錯誤ニ因リ辨濟トシテ與ヘタルトキハ其取戻ヲ爲スコトヲ得。(第三百六十六條)即チ、

(イ) 此場合ニ於テモ亦辨濟ハ錯誤ニ出ヅルコトヲ要ス、若シ性質ノ異ナリタルモノト知リツ、之ヲ與ヘタルトキハ代物ヲ以テ辨濟ヲ爲シタルコト、ナルベク、又他人ノ物ト知リツ、之ヲ與ヘタルトキハ自己ノ所有物ニアラザレバ取戻ノ權利ナキコト當然ナリ。

(ロ) 自己ニ屬セザル物又ハ性質ノ異ナリタル物タルコトヲ要ス、故ニ單ニ品質品格若クハ價格ヲ異ニシタル物ヲ以テ辨濟シ又ハ期限ニ先ダチ又ハ辨濟ヲ實行スベキ場所ヲ異ニシテ辨濟ヲ爲シタルトキノ如キモ亦其ノ當事者ノ故意ニ出ヅルモノハ當事者ニ於ケル棄權タルニ外ナラザレバ其取戻ヲ請求シ得ベキ理由ナシ、然レドモ當事者ノ一方ノ錯誤ニ出デタルトキハ其一方ハ爲メニ受ケタル損失ヲ他ノ一方ノ得タル利益ノ割合ニ應ジテ賠償セシムルコトヲ得ベシ。

無原因ニテ給付シタル物ノ領受ニ關スル民法ノ規定ハ左ノ如シ。

一、虚妄若クハ不法ノ原因ノ爲メ又ハ成就セズ、若クハ消滅シタル原因ノ爲メニ供與シタル物ノ領受ハ、之ヲ辨濟ト同一ノ性質ヲ有スルモノトスルコトヲ得ザルモ、領受者ガ之ヲ返還スルノ義務アルコトハ猶ホ前ニ論述シタル義務ナキ辨濟ヲ受ケタル者ガ之ヲ返還スルノ義務アルト異ナル所ナカルベシ、然レドモ不法ノ原因ノ爲メ供與シタル物又ハ有價物ハ其原因ガ之ヲ供與シタル者ノ方ニ於テ不法ナルトキハ、其取戻ヲ許サズ是

無原因ニテ給付シタル物ノ領受ニ關スル民法ノ規定

レ法律ハ不法ナルモノヲ保護セズトノ原則ヨリ發生スル結果ナリ。(第三百六十七條)

二、不當利得ヨリ生ズル義務ハ現ニ不當ニ得タル利得ヲ返還スルニ在ルハ其原則ナレドモ、無原因ナルコトヲ知リテ前項ノ供與ヲ領受シタル者ハ單ニ訴ヲ受ケタル日ニ於テ其不當ニ已レヲ利シタルモノ、外尙ホ左ノ各項ニ係ル物ヲ返還スルノ責ニ任ズ。(第三百六十八條)

(イ) 領受者ハ現ニ利得ヲ得ズトモ若シ元本ヲ領受セントキハ其領受ノ時ヨリ法律上ノ利息ヲ拂ハザルベカラズ。

(ロ) 收取ヲ怠リ又ハ消費シタル特定物ノ果實及ビ產出物ハ現ニ果實ヲ取得シ、又ハ受訴ノ日ニ於テ現ニ果實ガ其手中ニ存在セザルモ仍ホ其代價ヲ賠償セザルベカラズ。

(ハ) 自己ノ過失又ハ懈怠ニ依リ物ノ價額ヲ喪失シ、又ハ之ヲ減少シタルトキモ亦自ラ利得スル所ナキモノナレドモ、領受者ハ其損失ヲ賠償スルノ責ニ任ズベシ、又自己ノ過失若クハ懈怠ニアラズシテ意外ノ事變若クハ不可抗力ニ依リテ物ノ價額ノ喪失若クハ其減少シタルトキト雖、若シ其物が供與者ノ方ニ在リシナラバ此損害ヲ受ケザル可カリントキハ仍ホ其責ヲ免ル、コトヲ得ズ。

三、不當ニ領受シタル物が不動産ニシテ且之ヲ第三者ニ讓渡シタルトキハ、初ノ引渡人ハ其選擇ヲ以テ或ハ第三者所持者ニ對シテ其不動産ノ回復ヲ訴ヘ或ハ領受者ニ對シテ其代金ノ取戻ヲ訴フルコトヲ得、然レドモ其ノ領受者ニ對シテ代金ノ取戻ヲ請求スル場合ニ於テハ領受者ノ善意ナルト惡意ナルトニ依リ左ノ區別ヲ生

不當ニ領受シタル物ガ不動産ナル場合

ズ。(第三百六十九條)

(イ) 領受者ガ善意ナリシトキハ引渡人ハ讓渡代價ノ高下ヲ問ハズ、現ニ領受者ガ第三者ヨリ得タル代金ヲ請求スルノ權ヲ有スルニ過ギズ。

(ロ) 領受者ガ善意ナリシトキハ引渡人ハ右ノ代價ノ額ヲ評價額ニテ取戻スコトヲ得。

第三款 他人事務管理

第一段 他人事務管理ノ定義

他人事務管理

他人事務管理 (Negotiorum Gestio) トハ委任ヲ受クルコトナクシテ好意ヲ以テ他人ノ事務ヲ管理スルノ所爲ヲ謂フ、此所爲ヲ爲スモノヲ管理者 (Gestor) ト謂ヒ、其事務ヲ管理セラル、モノヲ本主 (Dominus) ト謂フ、第三百六十二條ニ「不在者其他ノ人ノ財産ニ患害アリト見ユルトキ合意上、法律上又ハ裁判上ノ委任ナク好意ヲ以テ其事務ヲ管理スル者ハ」云々ト謂ヘルモ亦此意ナラント雖モ稍々狹キニ失スルモノタルヲ免レザル事ハ後ニ至リテ自ラ分明ナラン、今此定義ニ從ヒ一ノ有効ナル他人事務管理ノ所爲タル必要ナル條件ヲ論述セン。

一ノ有効ナル他人事務管理ノ所爲タルニ必要ナル條件ハ物格的及ビ主格的ニ之ヲ觀察スルコトヲ得。即チ、一、物格的關係ニ於ケル必要條件ハ左ノ如シ。

有効ナル他人事務管理ニ必要ナル條件ハ物格的關係ニ於ケル必要條件ニシテ

(イ) 管理ノ所爲ハ本主ノ爲メニ必要ナルモノヲラザルベカラズ (Res necessaria) 即チ第一本主ノ所有物ノ保存、第一履行期限ノ已ニ到来セル本主ノ義務ノ履行、第二事物ノ當然ノ順序ニ於テ生ズベキ毀滅損害ノ

防制等ノ爲メニセル所爲タルコトヲ要ス、但シ民法ガ事務管理ヲ以テ財産上ノ患害ヲ防制スル爲メニスルモノ、ミノ如クニ記載セルハ狹キニ失ス。

(ロ) 管理者ノ所爲ハ本主ニ於テモ亦欲スル所ニシテ本主ニ於テ之レニ反對ナラザルコトヲ要ス、設例ヘバ予ハ毀損ノ儘ニ放任セント欲シタル廢屋ヲ友人ニ於テ修繕ヲ施シタル場合ノ如キハ適當ナル他人事務管理ノ所爲ニアラザルガ如シ、就中本主ニ於テ管理ヲ拒ミタル場合ノ如キハ決シテ適當ナル他人事務管理ニアラザルベシ。

若シ管理ノ所爲ニシテ本主ノ爲メニ必要ナラズ單ニ本主ノ爲メニ有益ナルモノ (Utile coepium) ニ止マルトキハ羅馬法ニ於テハ之ヲ適當ナル他人事務管理ノ所爲トスルコトナカリシガ我民法ニ於テハ仍ホ之ヲ他人事務管理ノ所爲トナスニ似タリ、事ハ他人事務管理ノ所爲ヨリ生ズル義務ヲ論ズルノ處ニ於テ詳述セン。

(ハ) 管理ノ所爲ハ本主ノ委任ナキコトヲ必要トス若シ本主ノ委任アルトキハ是レ代理ナリ管理ニアラザルナリ、代理ヨリ生ズル義務ト他人事務管理ヨリ生ズル義務トノ差異ハ後ニ至リテ論述スル所アラン。

二、主格的關係ニ於ケル必要條件ハ左ノ如シ。

(イ) 管理者ハ其管理スル事務ハ他人ノ事務ニシテ自己ノ事務ニアラザルコトヲ了知セザルベカラズ、但シ

本主ノ何人タルヲ知ルト否ト又其人ヲ錯誤セルト否トヲ問フコトナシ。

主格的關係ニ於ケル必要條件

第二章 義務ノ原因

(ロ) 管理者ハ本主ノ利益ノ爲メニスルノ意アルコトヲ要ス、民法ニ所謂「好意」ト謂ヘルモ亦此意ニシテ好意ニアラザルトキハ管理者ハ單ニ不正利得ヨリ生ズル義務ヲ負フベキモ他人事務管理ヨリ生ズル義務ヲ負フコトナカルベシ。

第二段 他人事務管理ヨリ生ズル義務

他人事務管理ノ行爲ヨリ生ズル管理者ノ義務ハ左ノ如シ、

第一、「管理者ハ過失又ハ懈怠ニ因リテ本主ニ加ヘタル損害ノ責ニ任ス但シ管理者カ其管理ニ任スルニ至レル事情ヲ酌量スルコトヲ要ス」トハ財産篇第三百六十二條末項ノ規定スル所ナレドモ、是レ羅馬法及ビ佛國法ト大ニ異ナル所ノ點ニシテ余輩ハ毫モ起案者ノ意見果シテ何レニ在ルカヲ知ル能ハザル所ナリ、抑モ羅馬法及ビ佛國法ノ規定ニ從フトキハ管理者ガ其管理ヲ行フニ就テハ、善良ナル家父ノ注意ヲ用フルコトヲ必要トスルガ故ニ過失及ビ懈怠アル場合ノ外、若シ管理者ノ手中ニアルコトナカリセバ損害ヲ來スコトナカリシ場合及ビ本主ニ於テ管理ヲ拒ミタル場合ニ於テハ意外ノ事變ヨリ發生スル損害ニ就テモ亦其責ニ任ジ、又無利息ノ貸金ヲ爲ス等本主ノ財産ヲ有益ニ管理セザル場合ニ於テモ亦本主ニ對シテ其責任ヲ負擔セザルベカラザルモノト爲シタレドモ、我民法ニ於テハ大ニ管理者ノ責任ヲ減少シ過失懈怠ニ依リ本主ニ損害ヲ加ヘタルトキノミニ於テ初メテ其責任アルベキモノトセルハ決シテ其理由アルヲ見ズ、又管理者ガ其管理ニ任ズルニ至レル事情ヲ酌量スルノ規定ハ羅馬法及ビ佛國法ニ於テモ亦見ル所ナルガ是レ羅馬法及ビ佛國民法ニ於テハ、右ノ如ク管理者ノ責任ヲ

他人事務
管理ヨリ
生ズル義
務
我民法ト
羅馬法及
ビ佛國法
トノ差異

重大ナラシメタルヨリ當然發生スベキ結果ナリ、然ルニ我民法ハ大ニ管理者ノ責任ヲ減少セルニモ係ハラズ、依然羅馬法及ビ佛國法ニ於ケル事情酌量ノ規定ヲ設ケタルニ至リテハ其精神ノ何レノ邊ニ存スルヤ知ルニ苦マザルヲ得ズ、將タ我民法ノ起草者ハ羅馬法及佛國法ノ眞意ヲ存スル所ヲ知ラズシテ、善良ナル家父ノ注意ヲ必要トストノ佛國民法ノ規定ハ我民法ノ規定ト同一タルベキモノト思惟セルニ在ル歟、ボ氏ノ草案説明ニ依ルニ此事ニ關スル規定ハ明カニ佛國民法ヨリ來レルコトヲ記載セリ、苟クモ佛國法律ノ眞意ヲモ知ラズシテ之ヲ採用セント欲セバ宜シク其お手本ノ儘ニ之ヲ採用セヨ兎角生兵法ハ大怪我ノ基ト知ルベシ。

第二、一旦管理ヲ爲シ始メタル者ハ本主又ハ其ノ相續人ガ自ラ管理ヲ爲シ得ルニ至ルマデ其ノ管理ヲ繼續スルノ責任アリ中途ニシテ之ヲ廢スルコトヲ得ズ。(第三百六十二條第二項)

第三、管理者ハ本主ノ代理人ニアラザルヲ以テ、管理者ノ名義ヲ以テ第三者ニ對スル權利行爲ヲ行フベシ、故ニ第三者ハ管理者ニ對シ權利義務ヲ有シ本主ニ對シ毫末ノ關係ナカルベク、又本主モ直接ニ第三者ニ對シテ權利義務ヲ有スルニ過ギザルベシ、於是乎民法ハ其ノ關係ヲ規定シテ曰ク「管理者ハ其管理ノ際自己ノ名ニテ取得シタル權利及ヒ訴權ヲ本主ニ移轉スルノ責アリ」ト。然レドモ本主ノ所有物ヲ讓渡スルノ權利ハ單ニ他人事務管理ノ權利内ニ存スルコトナキヲ以テ、本主ハ何人ト雖モ其物件ヲ所持スル者ニ對シ當然追及權ヲ行フコトヲ得ベシ、但シ該物件ノ讓渡ニシテ前段ニ記載シタル必要ナル管理行爲ノ中ニ包含セラルベキモノナルトキハ此限ニアラザルベシ。

第四、管理者ハ本主ノ財産ヨリ收メタル利益ヲ本主ニ返還スルノ義務アルコトハ、民法ノ明定スル所ナリ（第二百六十二條第一項）然レドモ此等ノ利益ハ本主ノ財産ヨリ收メタル利益ト謂ハンヨリ、寧ロ管理權ノ行使ニ依リテ得タル利益ト謂フコトヲ以テ適當トス。語ヲ換ヘテ之ヲ言ヘバ管理者ハ正當ナル管理權ニ依リテ得タル利益ヲ管理ノ所爲ヨリ生ズル義務トシテ本主ニ返還スルノ責任アルニ過ギザルナリ、若シ之ヲ管理者ガ本主ノ財産ヨリ收メタル利益ト謂フトキハ管理者ガ不正ノ方法ニ依リテ得タル利益ヲ指スモノトナリ、從ツテ不當利得ヨリ生ズル義務トシテ本主ニ對シテ返還スルノ責任ニ過ギザルモノトナルベシ、故ニ他人事務管理ノ所爲ヨリ生ズル利益返還ノ義務ト不正ノ利得ノ事實ヨリ生ズル利益返還ノ義務トハ全ク其性質ヲ異ニスルモノナルヲ見ルベシ。然レドモ我民法起草者ハ全ク此二種ノ義務ヲ混同シ他人事務管理ヨリ生ズル義務ヲ以テ不當ノ利得ヨリ生ズル義務中ニ包含セシメタリ、余ハ試ミニ問ハントス他人事務管理ノ所爲ハ果シテ不當ノ所爲ナルヤ管理及ビ管理繼續ノ義務モ亦不當ノ利得ヨリ生ズル義務ナリヤ、又我民法ハ佛國民法ヲ襲用シタリト聞ケドモ、佛國民法ノ精神果シテ茲ニ在リヤ我民法ノ起草者ハ果シテ能ク佛國民法ヲ了解シ得タリヤ、余ハ佛國民法ノ規定ニ服スルモ斷ジテ我民法ノ規定ニ服スルヲ得ザルナリ、誰レカ我民法ハ佛國法典ヲ襲用シタルモノト謂フカ、余ハ那帝ノ地下ニ慟哭スルヲ知ルナリ。

他人事務管理ノ所爲ヨリ生ズル本主ノ義務ハ左ノ如シ。

第一、本主ハ管理者ガ本主ノ爲メニ自己ノ財産中ヨリ支出シタル必要又ハ有益ナル費用ヲ賠償スルノ責任ニ任ズ。

（第二百六十二條）即チ、

（イ） 管理者ハ賠償ヲ得ルノ意ヲ以テ支出シタル費用ニアラザレバ本主ハ其責ニ任ゼズ、故ニ管理者ガ贈與スルノ意思若クハ管理者ヨリ本主ニ對スル義務ヲ履行スルノ意ニテ支出シタル費用ナルトキハ本主ニ於テ之ヲ賠償スルノ責任ナシ、但シ法律上タルト自然法上タルト問ハズ管理者ガ錯誤ニ依リ本主ニ對シテ義務アリト思惟シ其義務ヲ履行スルノ意ヲ以テ支出シタル費用ナルトキハ、不正ノ利得ヨリ生ズル義務トシテ本主ハ其不正ニ得タル利得ヲ返還セザルベカラザルハ當然ナレドモ、是レ他人事務管理ノ所爲ヨリ生ズル義務ニアラザルナリ。

（ロ） 管理者ノ支出シタル費用ハ管理ニ必要若クハ有益ナルモノタラザルベカラズ、而テ此等ノ費用ハ皆ナ管理上必要若クハ有益ナル費用ナレバ其賠償ハ管理ヨリ生ズル義務ナリ、決シテ不當ノ利得ヨリ生ズル義務ニアラザルナリ、故ニ苟モ其支出セル費用ニシテ管理上必要若クハ有益ナル費用ナルトキハ其費用ノ爲メ現ニ本主ノ財産ニ利益ヲ與フルノ結果ヲ發生セザルモ一旦其結果ヲ發生シタル後ニ至リテ消滅スルモ仍ホ本主ハ之ヲ賠償スルノ責ヲ免ル、コトヲ得ズ、若シ之ヲ以テ不當ノ利得ヨリ生ズル義務トスルトキハ費用ノ支出ハ管理ノ爲メニハ必要ナルモ之レガ爲メニ毫モ本主ノ財産ニ對シ現實ノ利益ヲ與ヘザリシトキハ、管理者ハ本主ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ得ザルニ至ルベシ、我民法ノ起草者ハ之ヲ以テ不當ノ利得ト混同シ、著大ナル誤謬ノ見ヲ以テ法文ノ註解ヲ下セドモ、此點ニ就テハ我法律ハ全然佛國民法第三百七十五條ノ法文ヲ

我民法ノ
認見

丸取りニシタルヲ以テ、起案者ノ意見如何ニ關ハラズ、羅馬法及ビ佛國法ニ於ケルガ如ク我民法モ亦斷然之ヲ不當ノ利得ヨリ生ズル義務ト同一ニ解釋スルコトヲ得ルノミナラズ、我民法ニ於テモ苟モ管理ノ爲メニ必要ナル費用タル以上ハ現在本主ノ財産ニ利スル所ナキモ、又一旦之レヲ利スルモ後ニ至リテ消滅スルトモ、管理者ハ仍ホ本主ニ對シテ賠償ヲ爲スコトヲ得ベキハ、第三百六十三條第一項ト第二項トヲ比較シテ容易ニ之ヲ知ルコトヲ得ベシ、即チ第一項ハ全ク管理ヨリ生ズル義務ニシテ第二項ハ場合コソ眞ニ不正ノ利得ニ基カ義務タルコトヲ知ルベシ、即チ該條第二項ノ規定ニ曰ク「若シ本主ノ意思ニ反シ管理ヲ爲シタルトキハ管理者ハ出訴ノ日ニ於テ存在スル費用又ハ約務ノ有益ノ限度ニ非サレハ賠償ヲ受クルコトヲ得ス」ト謂ヘルハ只ダ本主ノ財産ニ對シ現實ニ與ヘタル利益ヲ指示スルモノタルコト明白疑ナク、從ツテ第一項ノ規定ハ該項ノ規定ト反對スル場合ニ關スルモノトセザルヲ得ズ、又羅馬法ニ於テ管理ヨリ生ズル本主ノ義務ハ只ダ管理者ニ於テ管理ニ必要ナル費用ヲ支出シタル場合ノミニ限り、有益ノ費用ニ係ルモノハ現在本主ノ財産ヲ利益シタルトキニアラザレバ本主ニ於テ之ヲ賠償スルノ責任ナキモノトナシタレドモ、我民法ニ於テハ必要ナル費用ノミナラズ有益ナル費用ヲモ賠償スベキノ義務ヲ認メタリ。

第二、本主ハ管理者ガ其管理ノ爲メニ自身ニ負擔シタル義務ヲ免レシメ又ハ其擔保ヲ爲スコトヲ要ス、即チ管理者ガ自己ノ名義ヲ以テ管理上ノ必要ヨリ本主ノ爲メニ義務ヲ約シタルトキハ、本主ハ自ら債權者ニ對シテ債務者ト爲リ以テ管理者ヲシテ其責ヲ免カレシメザルベカラズ、若シ又其債權者ニシテ直接ニ本主ヲ債務者トスルコトヲ拒ムトキハ、本主ハ管理者ニ對シ管理ヨリ其義務ヲ辨濟シタルトキハ之ヲ賠償スル爲メ管理者ニ對シ對人若クハ物上擔保ヲ爲サルベカラズ、然レドモ本主ノ爲メニ保證人ト爲ルコトヲ承諾スルモノナク又提供スベキ物件ナキトキハ如何、法律ハ此場合ヲ明定セザレドモ能ハザルモノハ能ハザル迄ナリ、或ル事ヲ爲スベキコトヲ命ズル所ノ法律ハ到底其ノ實行ヲ見ルコト能ハザル場合アルベキコト素ヨリ怪ムニ足ラザルコトナレドモ此類ノ法律ハ我民法起案者ノ大好物ニシテ民法中數々見ル所ナリ。

第三段 他人事務管理ト他ノ行爲トノ關係

上來論述シタル所ハ適當ナル他人事務管理ノ場合ニシテ、管理者ガ委任ナクシテ本主ノ爲メニ事務ヲ管理スルモノナレドモ、若シ其要素ノ一二ヲ缺クトキハ如何ナル結果ヲ發生スベキカ余ハ之レヲ左ノ數項ノ場合ニ分論セシ。

第一、管理者ガ錯誤ニ依リ本主ヨリ其事務ヲ管理スベキ委任ヲ受ケ又ハ其他之レヲ管理スベキ義務アリト信ジテ他人ノ事務ヲ管理シタルトキハ如何、我が民法中特ニ之レヲ明記スルコトナキモ羅馬法ノ如ク管理者ノ錯誤ハ毫モ其義務ニ影響スルコトナカルベシ。

第二、管理者ガ本主外ノ第三者ヨリ委任ヲ受ケ、而シテ管理者ハ其委任ニ依リテ他人ノ事務ヲ管理シタルトキハ、眞ノ他人事務管理ニアラザレバ、管理者ハ該第三者ニ對シテノミ權利義務ヲ有スベク從ツテ其管理ガ必要ナリシ場合ニ於テ不正ノ利得ヨリ生ズル義務ニ基キ、其支出シタル費用ニ依リ現ニ財産上ニ利益ヲ得タル者ニ

他人事務
管理ト他
ノ行爲ト
ノ關係

對シテ其賠償ヲ求ムルコトヲ得ルニ過ギザルベシ、但シ若シ其委任ガ錯誤ニ出デタルトキハ、管理者ト眞ノ本主トノ間ニ於テ他人事務管理ニ基ク權利義務ノ關係ヲ生ズベシ。

第三、管理者ガ委任ナクシテ自ラ本主外ナル第三者ノ利益ノ爲メニ事務管理ヲ爲ストキニ於テ若シ該管理者ガ錯誤ニ依リ該第三者ヲ以テ本主ト信ジタルトキハ該管理者ト該第三者トノ間ニアラズシテ、眞實ノ本主トノ間ニ於テ他人事務管理ノ義務ヲ生ズベシ、若シ又之ニ反シ該管理者ニシテ該第三者ハ本主ニアラザルコトヲ知りツツ第三者ノ利益ノ爲メニ事務管理ヲ爲スコトヲ目的トスルトキハ、管理者ト第三者トノ間ニ於テ他人事務管理ノ義務ヲ生ズルモ本主ト管理者トノ間ニ於テハ此義務ヲ發生スルコトナク、本主ニ對シテハ不當利得ヲ理由トシテ現在本主ノ財産ヲ利シタルモノニ對シテ賠償ヲ得ルニ過ギザルベシ。

第四、管理者ガ自己ノ利益ノ爲メニ他人ノ事務ヲ管理スルトキ、設例ヘバ抵當トシテ入置キアル物件ヲ取得スルガ爲メニ他人ノ債務ヲ辨償スルガ如キ場合ニ於テモ、亦必ズシモ他人事務管理ノ義務ヲ生ゼザルニアラズト雖仍ホ左ノ場合ヲ區別スルヲ要ス。

(イ) 一ノ共有者ガ共有物ヲ管理スルトモ其管理ヨリ生ズル權利義務ノ關係ハ共有物ニ關スル規定ニ基ケドモ、共有者ノ一人ガ共有物ノ爲メニアラズシテ、自己ノ持分並ニ他ノ共有者ノ持分ノ利益ノ爲メニ之レヲ管理シタルトキハ、此二人ノ共有者間ニハ他人事務管理ニ基キタル權利義務ノ關係ヲ發生スベシ。

(ロ) 債務者ノ財産ヨリ辨濟ヲ得ルノ目的ヲ以テ債務者ノ財産ヲ管理スル債權者ハ、詐僞ニ對シテノミ其責任ヲ負擔スルノミニシテ詐僞ニ依ラズシテ爲シタル一切ノ費用ニ對シテハ賠償權ヲ有スベシ。

(ハ) 詐僞ヲ以テ他人ノ財産ヲ自分ノ所有物トシテ管理スル者ハ其過失懈怠ナキモ、其所爲ヨリ生ズル一切ノ損害ニ對シテ責任ヲ負擔シ、只ダ眞ニ所有者ガ之レガ爲メニ現在其手中ニ保存スル不當利得ニ就キ賠償ノ權ヲ有スルニ過ギズ。

(ニ) 善意ニテ他人ノ所有物ヲ自己ノ所有物ノ如ク處理スル者ハ、所有者ニ對シ不當利得ニ基キタル求償權ヲ有スベシ。

第五、右ノ如ク他人事務管理ヨリ生ズル義務ハ、一方ニ於テハ不當利得ヨリ生ズル義務ト之ヲ區別シ、又一方ニ於テ代理權ニ依ル他人ノ事務ノ管理ヨリ生ズル義務ト區別セザルベカラズ、即チ代理ニ在テハ代理人ハ其權限内ノ事ナレバ必要ナラズ、又本人ノ利益ノ爲メニセザル費用ニ對シテモ亦其立替ヘタル費用ノ償還ヲ請求シ得ベク、不當利得ニ在ツテハ起訴ノ當日ニ於テ利得者ガ現ニ取得セル利得ヲ返還スルヲ得ルニ過ギザレドモ、他人事務管理ニ在ツテハ必ズ管理上必要ナル費用タリシコトヲ要スレドモ、一旦發生シタル利益ハ起訴ノ時ニ於テ已ニ消滅スルモ仍ホ之レガ賠償ノ責ヲ免ル、能ハザルガ如キ是レナリ。

不正ノ損害

第八節 不正ノ損害

第一款 不正損害ノ定義

不正損害ノ定義

不正ノ損害トハ不正ノ所爲ニ依リテ他人ニ加ヘタル損害ノ義ナリ、而シテ此損害ヲ加ヘタル者ハ被害者ニ對シ

其損害ヲ賠償スルノ責ニ任ズ(第三百七十條)故ニ不正ノ損害ニ對スル責任ニハ必ズ左ノ二條件ヲ具備スルヲ要ス。

第一、不正ノ所爲アル事。

(イ) 不正ノ所爲ニ二様アリ、第一ハ他人ノ權利ヲ侵害スルノ所爲ナリ、此場合ニ於テハ被害者ハ通常ノ訴權ニ依リ己レノ權利ヲ回復スルコトヲ得ベク、又其權利ノ已ニ消滅シタルトキハ之レガ賠償ヲ請求スルコトヲ得ベシ、設例ヘバ他人ノ物件ヲ毀損シ又ハ己レノ負ウタル債務ヲ辨濟セザル所爲ノ如キ是レナリ、第二ハ法律ノ禁令ニ違反スル所爲ナリ、此場合ニ於テハ或ハ同時ニ他人ノ權利ヲ侵害スル所爲タルコトアルベク、或ハ毫モ他人ノ權利ニ侵害ヲ及ボサザルノ所爲タルコトモアルベシ、設例バ竊盜已遂ハ他人ノ權利ヲ侵害スルモ竊盜未遂ハ毫モ之ヲ侵害スルコトナカルベク、其他行政警察規則ノ違反ノ如キモ亦毫モ他人ノ權利ヲ害スルコトナキモ仍ホ之ヲ不正ノ所爲ト謂フ、故ニ縱ヒ自己ノ所爲ニ依リ他人ノ爲メニ損害ヲ生ズルトモ其所爲ガ他人ノ權利ヲ侵害セザルモノトナルトキ、又ハ法律ノ禁令ニ違反セザルトキハ之レヲ賠償スルノ責任ナシ設例ヘバ甲ナル洋服店ノ隣家ニ更ニ乙ナル洋服店ヲ開業シテ以テ甲者ノ營業ニ損害ヲ生ゼシムルモ乙者ニ於テ毫モ其責ヲ負フコトナキガ如シ。

(ロ) 不正ノ所爲ガ有意ニ出デタルトキハ之ヲ民事上ノ犯罪ト謂ヒ、無意ニ出デタルトキハ之ヲ准犯罪ト謂フ(第三百七十條第二項)然レドモ此區別ハ近世ノ法理ニ於テハ全然無用ノ區別タルニ過ギザルナリ、學者或ハ

此區別ヲ以テ不正ノ所爲ヨリ發生セル損害賠償ノ金額ヲ定ムベキ標準トシ、民事上ノ犯罪ナルトキハ其額大ニシテ准犯罪ナルトキハ其額小ナルベキモノトスルモノアレドモ素ヨリ誤謬ノ見ニ屬ス、何トナレバ民事上ニ於テハ苟モ一ノ損害ニ對シテ之ヲ賠償スルノ責任アリト定メタル以上ハ、其賠償スベキ損害ハ即チ現在發生シタル損害額ハ物格的ニ一定スルモノナレバ、加害者ガ惡意ナレバトテ其額大ナルコトナク善意ナレバトテ、其額ノ小ナルガ如キ主格的變動アルベキモノニアラザレバナリ、然レドモ民事上ノ犯罪及ビ准犯罪タルト刑事上ノ犯罪及過失犯タルトハ其ノ責任ニ就テハ必ズシモ相伴フコトナカルベシ、刑事上ノ犯罪ニ就テハ加害者ハ只ダ刑罰上ノ責任ヲ有スルニ過ギザレバ民事上ノ責任ナキコトアルベク、又民事上ノ犯罪ニ就テハ加害者ハ只ダ民事上ノ責任ヲ有スルニ過ギザレバ刑事上ノ責任ナキコトアルベシ、刑事上ノ責任ニハ刑法上必要ノ條件アリ、民事上ノ責任ニハ民事上必要ノ條件アリ、第三百七十六條ニ「自治産ナルト否トヲ問ハス未成年者ハ其有意又ハ粗忽ニテ加ヘタル不正ノ損害ニ付テハ刑事上責任ヲ免カル可キトキト雖モ民事上責任アリト宣告セラル、コトアリ又右未成年者ハ其雇人若クハ使用人又ハ自己ニ屬スル物ノ加ヘタル損害ニ付民事上其ノ責ニ任セシメラル、コトアリ但シ後見人ニ對スル求償權ヲ妨ケス」ト規定セルモ亦此ノ理ニ基ケドモ、民法ガ單ニ之ヲ未成年者ノミニ付キ明言セルハ唯ダ此原理ノ一端ヲ示シタルモノニ過ギズ、何トナレバ盜罪其他財産ニ對スル犯罪ノ未遂ノ場合ニ於テモ亦同一ノ原理ヲ適用セザルベカラザレバナリ、若シ又民事上ノ犯罪准犯罪ガ同時ニ刑事上ノ犯罪ヲ構成スベキ要件ヲ具備スルトキハ所謂私訴ヲ爲スベキ場合ニシテ刑

第二ノ條

事訴訟法ノ規則ニ從フベキモノトス。(第三百七十九條)

我民法ト
英國法ト
比較

第二、損害アル事 不正ノ行為ヲ行フトモ之レガ爲メ他人ニ損害ヲ賠償スベキ義務ヲ發生スルコトナカルベシ、然レドモ私犯ニ關スル法規ノ完全ヲ以テ有名ナル英國法律ニ從フトキハ苟モ他人ノ權利ヲ侵害セル以上ハ、縱ヒ現實ノ損害ヲ生ゼズトモ權利ノ侵害ハ即チ一ノ損害タルベキヲ以テ現在ノ損害ナキモ名義上ノ損害賠償ノ責ニ任ズベキモノト爲シ、私犯ノ責ニ任ズベキモノハ第一、他人ノ權利ヲ侵害シタル場合ト第二、自己ノ義務ヲ怠リ他人ニ現實ノ損害ヲ加ヘタル場合トスルヲ以テ私犯ノ二大原則トセリ、故ニ我民法ノ原理ハ或ハ英國法ト大ニ異ナル所アルガ如シト雖モ余ハ必ズシモ然ルニアラザルコトヲ信ズルナリ、抑モ已ニ前項ニ論述シタルガ如ク不正ノ行為ニハ二種アリテ、第一ハ他人ノ權利侵害ニシテ第二ハ法律ノ禁令違反ナレドモ其ノ第一種ニ屬スル不正ノ所爲ニ對スル賠償ハ權利ノ履行上ヨリ發生スベキ結果ニシテ民事上ノ犯罪若クハ准犯罪ニ依リテ發生スル義務ニアラザルナリ、故ニ法律上之ヲ不正ノ所爲ヨリ生ズル損害トシテ之レガ賠償ニ關スル權利義務ノ關係ヲ規定スルノ必要ナカルベシ不正ノ所爲アリトモ損害ナケレバ賠償ノ權利ナシトノ原則ハ、己レノ權利ヲ侵害セラレタル者ガ毫モ其權利ヲ救済スベキ權利ナシトノ意ニアラズ、苟モ一ノ權利ヲ有スルモノタランニハ其權利ノ履行上損害ノ賠償ヲ得ベキハ當然ナレドモ、只ダ之ヲ不正ノ所爲ヨリ生ズル加害者ノ義務トスルコトナキ者ニ過ギザルベシ、英國法ガ權利ノ履行上ヨリ生ズル損害賠償ノ結果ヲ以テ私犯ヨリ生ズル權利トスルコトヲ却ツテ其當ヲ得ザルニ似タリ、故ニ所謂民事上ノ犯罪准犯罪ノ所爲トシテ賠償ノ義務ヲ發生スル場合ハ只ダ

第一種ニ屬スル不正ノ所爲ノミニ就テ之ヲ謂フモノナレバ、從ツテ不正ノ所爲即チ法律ノ禁令ニ違反スルノ所爲アリトモ、之レガ爲メニ現ニ他人ニ損害ヲ生ズルニアラザレバ損害賠償ノ義務ナキコト當然ナリ。語ヲ換ヘテ之レヲ謂ハ、英國私犯法ノ所謂第二原則ヲ適用スベキ場合コソ眞ニ不正ノ所爲ヨリ發生スル義務ノ場合ナリ但シ第二種ノ不正ノ所爲即チ法律ノ禁令ニ違反スル所爲ハ同時ニ他人ノ權利ノ侵害トナルコトヲ得ベキヲ以テ被害者ハ權利履行上ヨリ生ズル訴訟ト不正ノ所爲ヨリ生ズル訴訟ト併セ有スト雖モ不正ノ所爲ヨリ生ズル訴訟ヲ選擇シタルトキハ現在ノ損害アリタルコトヲ證明スルコトヲ要スベシ、今茲ニ一二ノ例ヲ示シテ前述ノ理論ヲ説明センニ、設例ヘバ人ニ誹毀セラレテ其名譽信用ヲ害セラレタル者ハ、其名譽權ヲ害セラレタルモノナレドモ、其權利ハ一ノ人身權ナレバ權利ノ履行上ヨリスレバ、只ダ之レヲ告訴シテ加害者ヲ所罰シ以テ其害セラレタル人身權ヲ満足スルニ過ギザルベシ、然ルニ若シ之レガ爲メニ財産上ノ損害アルトキハ、加害者ハ法律上ノ禁令ニ反シテ損害ヲ他人ニ加ヘタルモノナレバ不正ノ所爲ヨリ生ズル義務トシテ被害者ニ損害ヲ賠償スルノ責ニ任ゼザルベカラズト雖、若シ財産上現在ノ損害ナケレバ加害者ハ決シテ此責ニ任ズルコトナカルベシ、之ヲ純然タル不正ノ所爲ヨリ生ズル義務ノ場合トス、又之ニ反シ債務者ニシテ債務ヲ辨償セザルトキハ、債務者ハ債權者ノ權利ヲ害スレドモ、第一種ノ不正ノ所爲タルニ過ギザレバ敢テ法律ノ禁令ニ違反スル所爲即チ第二種ノ不正ノ所爲ヲ行フモノニアラズ、故ニ債權者ハ權利ノ履行上其損害ヲ賠償スルモ決シテ之レヲ不正ノ所爲ヨリ生ズル義務ニ對スル權利ト謂フコトヲ得ズ、又過失ニ依リ他人ノ財産ヲ毀損シタル場合ノ如キモ法律ノ