

効又ハ廢棄ノ訴權ヲ執行スルニ與ヘラレタル十年ノ期限經過セル時ノ如キモ亦其一例トスベシ(千三百〇四條)暗黙確認ハ顯明確認ト同一ノ條件ヲ備フルヲ要シ而シテ之ト同一ノ効果ヲ生ズルモノナリ(千三百十五條ニ基ク「顯明ノ承諾ト暗黙ノ承諾ハ同一ノカチ有ス」)

二 確認有効ノ要件

〔六十九〕 第一要件 法律ニ定メタル第一ノ要件ハ則チ單ニ無効トスベク又ハ廢棄スベキ所爲ノ確認ナルヲ是ナリ此要件タルヤ彼ノ第一千三百三十八條ノ冒頭ナル「法律に於て無効又ハ廢棄の訴を許す義務の確認或ハ認可云々」ノ語ニテ示セリ抑モ「コンフィールマシヨ」(確認)ハ羅句語ノ「コンフィールマレ」カチ附スルノ義ヨリ來ルモノニシテ當初ヨリ成立セザル義務ニ關シテ爲シ得ベキニ非ズ蓋シ病体ハ強健ナラシムルヲ得ベキモ死屍ハ蘇セシムベキニ非ズ

然ハ則チ不成立ト認ムベキ所爲ハ如何ナルモノナルヤ又單ニ無効又ハ廢棄ノ瑕疵アルニ過ギザル所爲トハ如何是レ己ニ予輩ガ契約篇ニ於テ詳論シタル所ニシテ再ビ之ヲ贅セザルベシ唯タ予輩ハ第一千三百三十八條ノ規則ト第一千三百〇四條ノ規則トハ全ク同一事ヲ目的トスルニ非ス確認シ得ベキ所爲ト十年ノ時効ヲ適用スベキ所爲トハ悉ク同一ナラザルヲ注意スベシ此時効タルヤ其基礎トスル處實ニ暗黙確認ノ思想ニアリト雖モ尙ホ此規則ノ適用ヲ受ケサル義務少ナカラズ而シテ此等ノ義務ハ確認ノ他ノ方法ニ依テ其瑕疵ヲ補理スルヲ得ベキナリ

立法者ハ原則ヲ設ケテ後直ニ其一個ノ適用ヲ第一千三百三十九條ニ示セリ曰ク「贈與者は何等の確認を以てするも生存間の贈與の瑕疵を補理するを得ず法式上に於て無効なる生存間の贈與と法定の式に従ひ

更に之を爲すを要す下生存間ノ贈與ニシテ法式上ノ瑕瑾アランカ此
 場合ニ於テ法式ハ契約成立ノ要件ナルヲ以テ此贈與ハ不成立ナリ已
 ニ不成立ナルガ故ニ確認セラル、ヲ得ズ假令バ贈與者ガ贈與物件ヲ
 受贈者ニ引渡スガ如キ任意ノ履行ト雖亦タ之ヲシテ有効ナラシムル
 能ハス本條ノ語句ハ一般ニシテ絶對的ナリ立法者ハ至當ニモ之ニ基
 キテ贈與ハ法定ノ式ニ從テ更ニ之ヲ爲スヲ要スト斷セリ是獨リ文字
 上ノ議論ニ非ス大ニ權利ノ消長ニ關ス蓋シ一個ノ所爲ヲ確認スルト
 更ニ之ヲ爲ストハ全ク別物ナリ更ニ贈與ヲ爲スハ是レ新タナル贈與
 ヲ爲スモノニシテ此贈與ハ此時ニ於テ始メテ法律ノ定メタル有効ノ
 條件ヲ完備シ此新契約ノ時ヨリ始メテ効果ヲ生スルモノナリ之ニ反
 シテ單ニ舊贈與ヲ確認センカ是レ第二ノ新タナル贈與ニ非ス既往ニ
 溯リテ有効トナルモノニシテ而シテ此効力ヲ得ルニハ唯一方ノ意思

ノミヲ以テ足レリトス

右ニ述ベ來ル所ハ贈與ノ目的物件不動産ナルモ動産ナルモ等シク
 之ヲ適用スベシ然レモ人或ハ難ジテ曰ハン有形動産ノ贈與ハ交付
 ノミヲ以テ有効ニ爲スヲ得ルガ故ニ任意ノ履行ハ以テ法式上無効
 ナル斯ノ如キ贈與ヲ確認スルヲ得ルヤ否ヤヲ究ムルノ要ナシ如何
 トナレバ此履行タル贈與物件ノ交付ニシテ總テノ場合ニ於テ贈與
 ノ契約ト同一ノ價值アレバ也ト然レモ此場合ニ於テモ尙ホ原則ハ
 依然トシテ其効ヲ見ルベシ蓋シ總テノ場合ニ於テ交付ノ一事ハ以
 テ十分ナリト言フハ絶對ニ過キタル言ト謂フベシ交付ニシテ十分
 ナル効力ヲ有スルト否トハ唯之ヲ爲シタル意思ノ如何ニ依ルモノ
 ナリ若シ此交付タル無効ナル贈與ノ履行ノ爲メニ爲サレタリトセ
 ンカ第一ニ確認トシテ有効ナル能ハズ如何トナレバ此場合ニ於テ

確認ハ之ヲ爲ス能ハサレバ也第二ニ贈與トシテ有効ナル能ハズ如何トナレバ贈與ノ意思アラサレバ也此交付ニシテ効果アラシムルニハ前贈與ノ不成立ナルヲ知り更ニ之ヲ爲スノ意思ヲ以テ交付ヲ爲スヲ要ス然レモ此場合ニ於テハ新タナル贈與ニシテ此日ヨリ始メテ効果ヲ生ズベシ且ツ初度ノ贈與ニハ尙ホ他ノ動産ヲ包有セルモ此新贈與ノ効果ハ唯交付シタル物件ノミニ止ルベシ

(七十) 贈與者ハ法式上ニ欠點アル爲メ不成立ナル贈與ヲ確認スルヲ得サルト同一ノ理由ニヨリ其相續人又ハ承權人モ尙ホ且ツ之ヲ確認スルヲ得ズト斷定スルコト當然ナルベシ如何トナレバ確認ノ障害ハ決シテ消滅セシニ非ズ所爲ヲ爲シタル本人ノ死亡ハ焉ンゾ此不成立ノ所爲ヲ變シテ單ニ無効トスベキ所爲タラシムルヲ得ンヤ無ハ常ニ無ニシテ變シテ有トナル能ハズ然リト雖モ法律ハ其原則ヨリ來ル此結

果ヲ取ラズ第三百四十條ニ於テ不可思議ナル斷定ヲ以テ之ニ代ヘタリ曰ク贈與者ノ死後其相續人又ハ承權人ノ爲したる贈與の確認認可或ハ任意の履行は法式の瑕瑾又は其他の抗斥を爲すの權に關する彼等の拋棄を包含すト

第一千三百三十九條ニ於テ贈與者自ラ之ヲ爲ス能ハズトセル確認ハ何が故ニ第一千三百四十條ニ於テ其相續人又ハ承權人之ヲ爲スコトヲ得トセルヤ此問題ハ大ニ解釋者ノ研究スル所タリト雖モ其勞ハ更ニ功ヲ奏セス彼等カ提出セル解釋ハ更ニ予證ヲシテ満足セシムルニ足ラザルナリ予證ノ考フル所ニヨレバドマントノ示ス所最モ立法者ガ本條ヲ設ケタル理由ニ近キガ如シ夫レ法式及ヒ其他概シテ贈與ノ有効ナルニ完備スヘキ要件ノ嚴ナルハ相續人ニ對スル特典ヲ以テ其基礎トス此等ノ條件ヲ欠クヨリ生スル無効ハ其實相續人

等ノ利益ノ爲メニ設ケタルノミ然ラハ則チ贈與者自ラ此無効ノ訴
權ヲ拋棄スル能ハサルモ相續人等之ヲ爲シ得ルヲ敢テ怪ムニ足ラ
サルナリ

第一千三百四十條ハ特ニ贈與者ノ相續人及ヒ承權人等カ法式瑕瑾アル
贈與ヲ確認スルハ贈與者ノ死後ニノミ之ヲ爲スヲ得ヘキヲ言ヘリ
是レ蓋シ贈與者ノ生存中ニ於テ法定相續人之ガ確認ヲ爲サバ是レ未
關ノ相續ニ關スル所爲ヲ構成スヘキモノタルカ故ナリ

終ニ臨テ予ハ第一千三百三十九條及ヒ第一千三百四十條ハ一般ノ學說ニ
依ルニ生存間ノ贈與ト遺囑贈與トニ別ナク之ヲ適用スルヲ得ルヲ
注意スヘシ蓋シ兩者ノ間更ニ相異ルノ理由存セサル也

〔七十二〕 第二要件 確認ハ義務ノ有スル瑕瑾ヲ知り且之ヲ補理スル
ハ意思ヲ以テ爲サレタルヲ要ス法律ノ求ムル所獨リ茲ニ止ラス予

誰カ後段ニ述ルガ如ク確認ノ證書ヲ作ル時ハ證書中ニ尙ホ此要件備
ハルヲ記載スルヲ要ス此第二ノ要件ハ實ニ確認ノ性質ヨリ自然ニ
來ルモノタリ吾人ハ存在ヲ知ラサル權利ヲ拋棄スルヲ能ハズ又且ツ
拋棄スルノ意思ナクシテ拋棄アルヘキニアラス

暗黙ノ確認モ亦タ同一ノ要件ヲ備ヘサル可ラス第一千三百三十九條第
二項ニ曰ク確認又ハ認可ノ證書存せざる時は(中略)義務ノ任意に履行
せられたるを以て足れりトす下任意ノ履行トハ自由ニ或ハ漫然ニ爲
サレタル履行ヲ云フニ非ズ事情ヲ詳知シ且ツ確認ヲ爲スノ意思ヲ以
テ爲サレタル履行ヲ云フ是蓋シ第一千二百三十條ニ用ヒラレタル同語
ノ意義ト更ニ異ル所アラサル也

若シ義務ニシテ數個ノ瑕瑾ヲ有センカ義務者ニ於テ悉ク之ヲ知ルニ
非サレバ確認ハ十分ニ其効ヲ生スル能ハズ若シ唯其中ニ就テ一二ヲ

ノミ知レリトセンカ確認ハ其當時義務者が知リタル瑕疵ノミヲ補理スルニ過キズ

〔七十二〕 第三要件 第三ノ要件ハ有効ニ確認ヲ爲スベキ時期ニ關スル原則上、確認ハ無効トシ又ハ廢棄スベキ所爲ヲ爲シタル時ヨリ之ヲ爲スヲ得ベシ然リト雖モ瑕疵ノ因テ來ル事狀ニシテ尙ホ或時日ノ間繼續スベキ性質ノモノナルハ斯ノ如クナルヲ得ス此ノ如キ場合ニ在テヤ此事狀止ミタル時ニ非ザレバ有効ニ確認ヲ爲スヲ得ズ若シ其以前ニ之ヲ爲サバ確認モ亦タ確認セントスル義務ト同一ノ瑕疵ヲ有スベシ第千三百三十八條ノ暗ニ義務ノ有効ニ確認又ハ認可セラルハ能ハザル時アルヲ示セルハ蓋シ此點ナリ故ニ暴行ヨリ生スル瑕疵ハ暴行止ミタルノ後ニ非ザレバ確認ヲ以テ補理スルヲ得ズ(千百十五條)錯誤又ハ詐欺ニ基ク瑕疵ハ其發見セラレザル間、確認セラルハ、ヲ得ス又

不能力ノ故ヲ以テ無効トシ廢棄セラルベキ所爲ハ不能力者ニシテ法定能力ヲ回復シ若クハ得タル後ニ非ザレバ自ラ之ヲ確認スルヲ得ズ(千三百十一條)

〔七十三〕 此他確認ハ總テ一般通則ノ定メタル有効ノ諸要件且ツ特ニ能力ノ要件ヲ完備スルヲ要ス無効トスベキ又ハ廢棄スベキ一個ノ義務ヲ確認スルニハ單ニ義務ヲ負フノ能力アルヲ以テ足レリトセズ處分ヲ爲スノ能力アルヲ要ス蓋シ確認ハ義務ヲ無効トスルノ權利ヲ拋棄スルノ所爲ニシテ從テ一個ノ處分ノ所爲ナレバ也

三 確認ノ證據

〔七十四〕 此證據ハ普通ノ規則ニ從フモノナリ

第一舉證ハ責ハ債主ニアリ否ナ尙ホ之ヲ汎論スルハ、顯明ナリ暗黙ナリ、總テ一個ノ確認アリト主張スル者之ガ責ヲ負フ蓋シ義務者

ハ單ニ被告ノ地位ニ立ツト又無効ヲ請求スルノ地位ニ立ツトヲ論
 セズ其義務ニ存スル瑕疵ヲ證明シタル以上ハ總テ其舉クベキノ證
 ヲ舉ゲタルモノナリ然ラバ則チ此既得ノ地位ヲ變セント欲スル債
 主ニ於テ確認アリ且ツ此確認タル一切ノ要件ヲ備フルモノタル
 ヲ證セザル可ラズ
 證據ハ方法ニ至テハ顯明暗黙ノ確認共ニ一般通則ニ從フ故ニ證書
 ヲ作ルヲ未ダ必要ナラズ或ハ自認又ハ誓ヲ以テ之ヲ證スルヲ得ベ
 ク又若シ訴訟ノ金額百五十フランヲ超ヘザル片或ハ之ヲ超ユルモ
 尙ホ書證ノ端緒アルカ或ハ第一千三百四十八條ニ規定セル場合ナル
 片ハ證人又ハ單ナル推測ヲ以テモ之ヲ證スルヲ得ベシ本人等證書
 ヲ作りタル場合ニ至リ始メテ通則ノ支配ヲ脫ス此場合ニ於テ法律
 ハ其證明力ヲ有スルニ備フベキ特別法式ノ要件ヲ定メ第一千三百三

十八條ニ之ヲ列舉セリ即チ該證書中ニハ左ノ諸項記載シアルヲ要
 ス○第一確認スル義務ハ要旨即チ其義務ヲ他ト區別スルニ必要ナ
 ル一切ノ約款尙ホ之ヲ換言スレバ明カニ其義務ヲ判別シ他ノ義務
 ト混同セシメサル約款上段第四十五參照○第二無効又ハ廢棄訴權
 ハ原由ハ記載是レ蓋シ此訴權ヲ生ゼシメタル瑕疵ノ指示ヲ云フモ
 ノナリ若シ確認セラレタル義務ニシテ數個ノ瑕疵ヲ有シ而シテ其
 一個ノミ證書ニ記サレタル片ハ確認ノ爲メニ消滅スルハ唯此一個
 ノ瑕疵ノミトス假令パー一人ノ幼者法定ノ法式ニ從ハズシテ分配ヲ
 爲シ尙ホ且ツ四分ノ一以上ノ損害ヲ蒙レリトセンカ此場合ニハ法
 式ノ瑕疵ニ基ク無効ノ訴權及ビ損害ヲ理由トスル廢棄ノ訴權ヲ有
 スベシ然ルニ確認證書中ニハ唯未丁年ヨリ生スル瑕疵ヲノミ記載
 シタランカ舊幼者ハ尙ホ其義務ヲ廢棄セシムル爲メニ損害ヲ申立

ルノ權ヲ保有スベシ○第三無効又ハ廢棄訴權ノ基礎タル瑕瑾ヲ補理スルハ意思○此三個ノ要件ハ唯證書ノ有効ノ爲メニ定メラレタルモノナリ是ヲ以テ之ヲ完備セザルモ確認自体ノ有効ニハ何等ノ影響ヲ及ボスナシ固ヨリ書類ノ證據之レ有ラサルベシ然レモ確認ハ尙ホ他ノ方法ニ依テ之ヲ證スルヲ得ベシ加之ナラズ不適法ナル確認證書ハ完全ノ證據ヲ爲スカナシト雖モ亦決シテ全ク無効ナルニ非ズ即チ書證ノ端緒トナリテ證人證據及ヒ單ナル推測ノ證據ヲ許サシムルヲ得ベシ

四 確認ノ効果

〔七十五〕「法律の定めたる時に於て法式に従ひたる確認認可又は任意の履行は此所爲に對して爲すを得べき要辨及モライヤシ抗辨モキセアレンの拋棄を包有す然れども第三者の權利を害する事なし」トハ確認ノ効果ニ關シテ第

千三百三十八條第三項ノ記ス所ナリ之ニ由テ確認ノ効果ハ其契約者間ノ關係ニ於ルト第三者ニ對スルトニ從テ同一ナラザルヲ知ルヘキナリ

〔七十六〕 甲 契約者間ノ効果 確認ノ果効ハ無効又ハ廢棄ノ原因ヲ包有スル所爲ヲシテ恰モ當初ヨリ何等ノ瑕瑾ナカリシガ如ク攻撃スベカラザルモノタラシムルニ在リ此點ニ於テハ確認ハ既往ニ訴リテ其所爲ヲ有効ナラシムルモノナリ然リト雖モ此既往ニ訴ルノ理ヲ推シテ極端ニ走セ之ヲ確認セル契約ノ効果ニ適用スベキニ非ズ如何ントナレバ此契約タルヤ既ニ有効ナル所爲ノ生スベキ諸結果ヲ生ジタルモノニシテ此結果ハ爾後引續キテ生スベク唯其以前ト相異ル所ハ尙後之ヲ廢棄ス可ラザルト是ナリ

〔七十七〕 乙 第三者ニ對スル効果 確認ハ然レモ第三者ノ權利ヲ害

スルハ、其効果ヲ生ズトハ第一千三百三十八條ノ法文ナリ此場合ニ於テ第三者トハ何人ヲ指スモノナルヤ蓋シ之ニ附スルニ予輩ガ曾テ確定日附ニ關シ第一千三百二十八條ニ於テ述ベタルト同一ノ價值ヲ以テセザル可ラズ故ニ第三者トハ確認ヲ爲シタル者ノ總テノ特定名義承權人ニシテ以前ニ確認者ヨリ該契約ノ目的物件上ニ一個ノ物上權即チ若シ確認ニシテ既往ニ汙ルルハ全ク消滅シ又ハ減少スベキ權利ヲ得タル一切ノ人ヲ云フ故ニ例令バ一人ノ幼者アリ法定ノ法式ヲ守ラズシテ一個ノ不動産ヲ賣却セリトセンニ此賣買ヤ無効ノモノタリ丁年ニ達シテ後彼レ又同一ノ不動産ヲ他ニ賣渡シ又ハ之ヲ書入買トシ若クハ之ニ地役ヲ設定シ而シテ後第一ノ賣買ヲ確認セリ此確認ハ第一ノ買主ニ對シテ何等ノ効果ヲ有セズ此買主ハ不動産ノ所有者タルベク地役權又ハ書入買權ヲ得タル者ニ在テモ亦同一ナリ若シ之ニ

反シテ無効又ハ廢棄スベキ約束ハ書入買又ハ他ノ物權ノ設定ニシテ第二ノ約束ハ讓渡ナルルモ亦同一ノ斷定ヲ爲スベシ即チ獲得者ハ其獲得以後ノ日附ニ於テ爲サレタル確認ニ依リ既往ニ汙リテ有効トナレル此諸物權ノ爲メニ拘束セラル、コナシ予輩ハ尙ホ或學者ノ反對說アルニ拘ハラズ前者瑕疔ヲ有シ後者有効ナル兩個ノ引續キタル所爲ニシテ共ニ同一物件上ニ異リタル兩債主ニ與ヘテレタル書入買ノ設定ナル場合ニモ此原則ヲ適用スルニ躊躇セザルナリ故ニ一人ノ幼者其不動産ノ一個ヲ書入買トシ後丁年トナリタル上同一不動産上ニ他ノ債主ノ爲メニ第二ノ書入買ヲ承諾セリ第一書入買ノ確認ハ決シテ此書入買ヲ第二ノ債主ニ對シテ有効ナラシムルモノニ非ス第二ノ債主ハ從テ第一位ヲ占ムベシ

此第三者ヲ利スル法律ノ條則ハ獨リ正義ニ合スルノミナラズ尙ホ

法理ニ合スルモノナリ凡ソ一人アリテ其己ニ全部若クハ一部ヲ處分シテ而シテ尙ホ無効又ハ廢棄ノ訴權ヲ行フテ之ヲ自己ノ資産中ニ回復シ得ベキ物件上ニ一個ノ權利ヲ與フルルハ之ニ依テ右權利ヲ讓受ケタル者ノ爲メニ彼ノ確認ヲ爲シテ此訴權ノ利益ヲ棄ルノ權ヲ拋棄スルモノナリ如何トナレハ其ノ有効ニ讓與ヘタル權利ヲ後日ニ至テ消滅セシムルノ意思ヲ存セリト云フガ如キハ解スヘカザルノヲナレバ也斯ノ如キハ彼詐僞ノ意アリト言フニ等シキナリ此確認權ノ暗黙ノ拋棄ハ要スルニ關係的ノモノタリ唯第三者ノ爲メニ存スルノミ故ニ確認自体ハ有効ニシテ而シテ「第三者ノ權利ニ關スルノ外」(サルヴヂ、ジュレ、テルチイ)一切ノ結果ヲ生スベシ今ヤ予輩ハ第三者ノ名義ヲ以テ確認ノ効果ヲ排斥シ得ベキ人ヲ知ル而シテ其如何ナル損害ヲ生スルニモセヨ前者ニ反シテ必ス確認ノ効果ヲ甘受スベキハ如何ナル人々ナルヤハ之ヲ知ルテ至テ容易ナリ是レ則チ確認者ノ一般名義承權人ニシテ獨リ其正當相續人不規則相續人一般又ハ一般名義ノ受遺囑者又ハ受贈者ノミニ非ズ尙ホ其普通債主モ此中ニ列スベシ如何トナレバ負債主ノ爲シタル一切ノ所爲ハ詐僞ニ出デサル以上此種ノ債主ニ對シテ有効ナルモノナレバナリ(千百六十七條)

第二款 人證

〔七十八〕 人證(羅句語)デスチースヨリ來ル證人ノ義ナリトハ證人が口頭ノ陳述ヨリ生シ來ル證據ヲ云フ證人トハ自己ノ五感ニヨリテ直接ニ證認ノ事項ヲ見タリシ者ヲ目擊證人ト稱シ聞シ者ヲ耳聞證人ト稱

ス然ルニ時トシテハ又唯々人ノ之ヲ語ルヲ聞キシノミニシテ更ニ自己ノ五感ヲ以テ直接ニ其事柄ヲ認識セルニアラズ全ク人言ヲ記憶スルニ過キザル者ヲシテ證言セシムルヲ許スコトアリ、風評ニ因ルハ證據即チ是レナリ微弱ニシテカナキノ人證ナリトス何トナレバ固ト間接ノ證言タルニ過キザレバ從ツテ危險多ク立法者モ亦此理由ニ基キテ全ク例外ナル二三ノ場合ノ外此人證ヲ許容スルナシ(千四百十五條千四百四十二條千五百〇四條)

人證ノ部ニ於テハ二大問題ノ研究ス可キアリ第一、如何ナル場合ニ於テ人證ヲ許ス可キヤ第二、人證ノ管理ハ如何即チ如何ニシテ人證ヲ拾收ス可キヤ民法ハ唯第一問題ヲ決スルノミニシテ專ラ人證ヲ許ス可キヤ將タ許サル可キヤノ點ヲ規定セリ人證ノ管理法即之ヲ提供スルニ當リテ守ル可キノ手續ハ別ニ訴訟ニ關スル法律ヲ以テ規定セリ

就テ見ル可シ訴訟法二百五十二條乃至二百九十四條四百〇七條乃至四百十六條人證ヲ拾集スル爲メノ訴訟手續ハ之ヲ證人訊問ト稱ス〔七十九〕人證許認ノ基礎タル可キ規則ハ第一千三百四十一條ニ於テ逐一之ヲ規定セリ即チ左ノ如シ凡ソ百五十フラン^フの金額又は價格ヲ超過したる物件に付ては任意の附托と雖とも必ず公證人の面前ニ於て或は私署を以て證書を作爲す可シ證書に記載する所に反對の事項證書外の事項又ハ證書を記する時若くは記する時の前後に陳述したりと主張せる事項に付ては假令百五十フラン^フ以下の金額又は價格に係ると雖とも證人を以て何等の證據をも立るを許さず〇但し商事に關する法律に定むる所は此限りにあらず^ト本條ハ二箇ノ原則ヲ示スモノナリ〇第一原則ハ凡テ法律的ノ所爲ニシテ其價格百五十フラン^フヲ超過スルトキハ契約者雙方ハ宜シク之レガ證書ヲ作爲ス可シト命

ズルモノナリ○第二原則ハ證書ハ既ニ作爲セラレタリト假定シテ苟モ其證書面ノ事項ヲ補充シ又ハ之ヲ變更ス可キ總テノ約束ハ價格ノ多寡ヲ問ハズ證人ニヨリテ之ヲ證明スルヲ禁ジタルモノナリ○以上二原則ノ目的ハ斯ノ如ク人證ノ使用ヲ制限シ若クハ全ク之ヲ禁止スルニ在リト雖モ又決シテ絶體的ノモノニアラズ法律ハ此原則ニ二三ノ例外ヲ置キ或ル條件ヲ具備スルトキハ證人ニ由リテ證明スルヲ許シ以テ原則ノ嚴ニ失スルヲ調和セリ

以上陳ル所ハ簡單ナル注意ニ過ギザルモ予輩ガ此必要ナル人證ヲ研究スルニ當リテ當ニ執ル可キノ順序ヲ教フルモノニシテ予輩ハ今ヨリ其順序ニ從ヒ研究ス可キ點ヲ二大部分ニ分タントス第一部ニ於テハ第一千三百四十一條ノ二原則ヲ説明シ人證ヲ許サル場合ヲ詳述ス可シ第二部ニ至リテ如何ナル場合ニ人證ヲ用フルヲ得ルヤヲ示ス可シ

シ

第一節 人證ヲ許容セザル場合

第一項 第一原則

〔八十七〕凡ソ、法律的ノ事實ニシテ、其目的、物ノ價格、百五十フランヲ超過スルトキハ、必ず證書ヲ作ルヲ要ス〔一千三百四十一條第一項〕

第一 原則ノ起源

〔八十二〕人證ヲ保護スルノ厚薄ハ文運進歩ノ長短ト全ク背反ノ方向ヲ取ルハ史上ニ徴シテ爭フ可カラザルノ事實ニシテ原始社會ノ法律ハ人證ヲ許容シテ更ニ制限ヲ置カズ人智發達シ文運進歩スルニ至リテ法律ハ人證ヲ許容スルノ次第ニ少ナキヲ加ヘ終ニ全ク例外

的ニ非レハ之ヲ許容セザルニ至ルモノナリ羅馬古法時代並ニ中世ニアリテハ社會ノ組織漸ク其歩ヲ進ムルニ過キズシテ人民未ダ文字ノ使用ヲ知ラズ或ハ之ヲ知ルアルモ全ク一小部分ノ者ニ止マリシガ故ニ人證ヲ認容シテ聊カモ制限セザリシハ當時ニアツテハ勢ヒ然ラザルヲ得ザリシモノニシテ正ニ必要ノ一原則タリシト雖ドモ文字ノ使用漸ク一般ニ及ボスニ從ヒ法律モ亦順次ニ簡單ナル口頭ノ證言ヲ舍テ、代フルニ書證ヲ以テセリ必竟書證ハ人證ノ有スル能ハザルニ箇ノ利益アルニ基クモノニシテ即チ恣レザルヲ及ビ欺ク能ハザルト是レナリ千四百三十六年始メテ活字ノ發明アリシヨリ漸ク千四百七十年ニ至リテ巴黎府ニ行ハレ爾來其使用益々擴マリ一方ニハ又紙ノ使用一般ニ普及スルニ至リ遂ニ彼有名ナル「ムーラン」ノ勅令發布ヲ千五百六十六年二月ニ見ルニ至レルモノニシテ

此日子ハ實ニ我國史ニ於テ當時迄人證ノ獨リ專ニセル勢力ノ最後ヲ示スモノナリトス同勅令第五十四條ニ於テ第一ニ凡ソ百「リール」ノ金額ヲ超過スル事項ニ付テハ證書ヲ作爲ス可キヲ命ゼリ、サレバ此價格外ニ出ルトキハ必ズ書類ヲ調製ス可キモノトセリ第二ニ證書ヲ作爲シタルトキハ假令價格百「リール」ニ達セザルモ證書面記載ノ事項ニ反對シテ證人ヲ以テ證明スルヲ禁ゼリ是レ豈ニ口頭ノ證據ヲ排シテ書證ニ重キヲ置ケルモノナラザルヲ得ンヤ立法上斯クノ如キ改革ヲ施セルモ實際適用ニ至リテハ概シテ之ヲ悦バズ證人ハ書類ヲ壓倒ストノ格言ハ古來深ク一般ノ腦裡ニ浸染セルガ故ニ之ヲ排斥シテ全ク相反セル書類ハ證人ヲ壓倒ストノ規則ニ基キタル措置ヲ容易ニ採用スル能ハザリシ、サレドモ右ノ改革ハ決シテ空シカラズ終ニ能ク其功ヲ奏スルヲ得タリ爾後正ニ一世紀ヲ經

テ千六百六十七年路易王十四世ハ司法改革ニ關スル勅令ヲ發シテ
前上ノ改革ヲ確認セリ(第二十款第二條民法第千三百四十一條ハ即
チ新鮮ノ文体ヲ以テ千五百六十六年並ニ千六百六十七年ノ兩勅令
ノ規定ヲ撰出セルモノニ外ナラス

第二 原則ノ理由

〔八十二〕 近世ノ立法者カ凡ソ其利益百五十フランニ超過スル法律的
ノ事實ニ付テ人證ヲ禁止セル所以ハ全ク古法ノ立法者ノ所考ト同ジ
ク二箇ノ目的ニ基クモノニシテ第一、最初ヨリシテ是非共一私人ニ其
法律的ノ所爲ニ付テ書證ヲ有スルヲ得セシメ以テ訴訟ノ數ヲ少ナフ
セント欲スルニアリ第二證人ノ誦詐手段ニ陷キルノ危險ナカラシメ
ント欲スルニアリ(然レドモ第二ノ目的ハ第一ト同様ノ勢力ヲ有セシ
モノニ非スシテ立法者ハ主トシテ第一ノ目的ヲ達セント希望セシモ

ノナリシ)

利益百五十フラン若クハ其以下ニ止マリ從ツテ其關係重大ナラザル
事件ニ對シテハ立法者ハ敢テ嚴シク之ヲ律スルヲナク人證ニ由リテ
證明スルヲ得可シト明言セリ或者ハ之ヲ以テ人證ノ危險薄キニ由ル
モノナリト云フモ立法者カ主トシテ思考スル所ハ此點ニアラズ若
シ斯ル場合ニ於テ無學一丁字ヲ解セザルノ契約者ニ口頭ノ證明ヲ許
サザル時ハ此輩ハ公正ノ證書ヲ作爲スルノ外ナカル可キモ費用ノ多
キト時日ヲ要スルガ爲メニ到底之ヲ調製スル能ハザル可ク立法者が
目的ノ主眼ハ實ニ此點ニ存セシモノナリ

上來陳ナル如ク百五十フラン以上ニ人證ヲ禁止スルハ主トシテ一
般ノ秩序ヲ重ズルノ考ニ出デタルモノニシテ立法者ハ唯之レニ由
リテ證言ヲ虛構スルノ危險ヲ防ギテ訴訟人其人ノ利益ヲ保護セン

ト欲セシノミニアラズ訴訟ノ數ヲ減ジ併セテ法庭内ニ證人ガ與劣
 手段ノ忌ム可キモノヲ一掃シ以テ高等ノ利益ヲ保護セント欲セル
 モノ實ニ立法者ノ主タル目的ナリシナリ、サレバ予輩ノ説ニ依レバ
 人證ヲ禁止スルノ法律ハ一般ハ秩序ニ關スルモノナリト論結セザ
 ルヲ得ズ○既ニ此性質ヲ帶アル以上ハ其結果トシテ裁判官ハ法律
 ニ之ヲ禁制スル場合ニハ其職權ヲ以テ人證ヲ拒斥セザル可カラズ
 又假令對手人が明ラカニ其人證ヲ承認スルモ均シク之ヲ排除セザ
 ル可カラズ第千三百四十一條ノ原則ハ私ノ契約ノ得テ左右ス可キ
 所ニアラズ(第六條ニ基キ立論ス)

第三 原則ノ範圍

〔八十三〕 法庭ニ出デ、其成立ヲ證明スルコトアル可キ總テノ事件ニハ
 必ズ總テ公正證書又ハ私署證書ヲ作爲スルヲ要スルモノニ非スシテ

法律ハ人證禁止ノ原則ニ二箇ノ制限ヲ置ケリ一ハ證明ス可キ事件ノ
 性質ニ關シ一ハ其金錢上ノ價額ニ關スルモノナリ

〔八十四〕 第一制限 證明ス可キ事實ハ性質 第千四百四十一條ニハ廣
 キ意義ノ語ヲ用キタリト雖ドモ百五十フラン以上ノ事項ニ證書ヲ作
 爲ス可キノ義務ハ唯、法律的ノ所爲ニノミ適用セラル可キモノナリト
 ハ一般ニ認ムル所ナリ之ヲ詳言スルニ例ヘバ賣買和解辨濟等ノ如ク
 權利又ハ義務ヲ創生シ之ヲ移轉シ之ヲ變更シ之ヲ確認シ之ヲ自認シ
 若クハ又之ヲ消滅ス可キ直接必然ノ結果ヲ生ズル所爲ニ付テハ證書
 ヲ作爲セザルヲ得ズト雖ドモ其所爲ノミニテハ權利モ生ゼズ義務モ
 生ゼザル如キ單純ノ所爲ナランニハ證書ヲ作爲スルノ義務ヲ要スル
 コトナシ從ツテ此等ノ簡單ナル所爲ハ其價格ノ如何ヲ問ハズ人證ヲ以
 テ證明スルヲ得可シジ、ベルガトリビナ院ニ於テ爲シタル報告中ニ

曰ク事實ニ關シテハ尤モ多ク人證ニ依頼スルヲ要セリ純粹ナル有形的ノ所爲ハ多クハ偶發ノモノニシテ概シテ一人ノ手ニ成ルガ故ニ書類ニヨリテ之ヲ證明スル能ハズト加之ノミナラズ其事件或ハ洪水震雷ノ如ク天爲ニ出ルモ或ハ土地ニ種蒔キ又ハ收穫ヲ爲シ家屋ヲ建築シ又ハ之ヲ修繕シ獨リ道ヲ行キ又ハ車ヲ假リ若クハ牧畜ヲ率キテ通過スル等ノ如ク人爲ニ出ルモ更ニ其間ニ區別ヲ要セズ○若シ一私人ガ其行ヲ所爲ニシテ之ヲ爲スノ當時ニ於テ其所爲ハ法律的ノ結果ヲ有スルモノナレバ他日裁判上ノ訴訟ヲ招クコトアル可キヲ前知スルヲ得ン乎立法者ハ此者ヲシテ預メ證書ヲ作爲セシムルヲ得可シト雖下モ其所爲ニシテ初ヨリ法律的ノ關係ヲ有スルナク全ク偶然ニ之ヲ醸シ從ツテ之ヲ爲ス者ヲシテ他日法庭ニ在ツテ證明ス可キノ必用ヲ預知セザラシムルニモ係ハラズ尙書證ヲ作爲ス可シト命ズルハ唯ニ無

用ナルノミカ到底不都合ノ措置タルヲ免レズ立法者ノ取ラザル所ナ

有形的ノ原素ト法律的ノ原素トヲ兼有スル事件アリ此場合ニハ別々ニ原則ヲ適用スルヲ要ス若シ法律的ノ原素ノ成立ヲ證明セント欲スルトキハ人證ヲ以テスルヲ得ズ之ニ反シテ有形的ノ原素ハ人證ニ由リテ其成立ヲ證明スルヲ得可シ此故ニ占有ハ原則上純粹ナル有形的ノ事實ナル可キモ若シ唯ダ小作人タルノ資格ヲ以テ占有セルモノナリト主張スルトキハ法律的ノ原素ヲ交ユルモノニシテ賃貸契約ヨリ來ル可キ關係ヲ生ズ可シ從ツテ占有ノ所爲ヲ證明スルニハ人證ヲ用フルヲ得ルモ占有者ガ小作人タルノ資格ヲ證明スルニ至リテハ之ニ依ルヲ得ザル可シ又契約上即チ契約執行上ニ爲シタル過失ノ場合ヲ假定センニ過失ハ不注意若クハ懈怠ト稱スル

有形的ノ事實ナレバ更ニ制限ナク人證ニヨリテ證明スルヲ得可シ然レドモ第一ニ證明セザルヲ得ザル契約ノ成立ニ付テハ原則トシテ人證ヲ假來ルコト能ハザル可シ

此故ニ證書作爲ヲ命ズルノ原則ハ唯法律的ノ事實ヲ含蓄スルニ止マル尙ホ又苟モ法律的事實タル以上ハ悉ク原則ノ範圍内ニ入ルモノトス故ニ書類ニ由リテ證明セザル能ハザルハ獨リ契約ノミナラズ例ヘバ權利ヲ明ラカニ確認シ若クハ之ヲ自認スル如キ單純ナル一方ノ所爲モ亦此原則ノ規定ニ從ハザル可カラズ此點ニ付テ立法者ノ意思ハ更ニ疑議ス可キナク極メテ明瞭ナリ第千三百四十一條ノ草案ニハ「上列事物に付ては總ての契約の證書を作為す可し」トアリシモ最終ノ編纂ニ於テ右ノ總ての契約のナル文字ヲ削除シ條文ノ意義ヲシテ廣汎ナラシメタリシモノナリ

斯ノ如ク第千三百四十一條ハ廣ク法律的ノ事實ヲ包括スルモノナルニモ係ハラズ任意ノ附托即チ自身自由ノ承諾ニ基キタル附托ヲ以テ殊更ニ此ニ示シテ本條ノ規則ニ從ハシメタルハ實ニ奇怪ニ堪ハス如何ナル要用アリテ此格段ナル契約ニ付テ殊更ニ規定ヲ下セラルモノニヤボチエ(第七百八十七)ガ予輩ニ教フル所ニ據レバ千六百六十七年ノ勅令以前ニ在テ彼「ムーラン」ノ勅令ハ廣キ意義ノ語ヲ用キシニモ係ハラズ果シテ任意上ノ附托ハ其規程内ニ含メルモノナリヤ否ヤノ點ニ付テ議論アリシト云ヘリ或者ハ又説ヲ爲シテ曰ク受托者ハ友誼ヲ盡シテ厚意ヲ表セルモノナルニ附托者ガ之レニ對シテ附托契約ノ書證ヲ要メン「ハ德義上到底爲ス能ハザル所ナリト千六百六十七年ノ勅令ハキ「ジョナス」之ヲ希望セルニモ係ハラズ斯ノ如キ考ヲ採用セザリシハ至當ノ措置ニシテ受托者ニ對シテ敬

禮ヲ失シ徳義ニ背馳スルナクシテ能ク書證ヲ要ムルヲ得可シ何ン
 トナレハ受托者ニハ固ヨリ十分ノ信用ヲ置クガ故ニ別ニ注意ヲ要
 セサル可キモ其相續人ハ恐クハ附托契約ノ存スルヲ知ラザル可ク
 從ツテ相續人ニ對シテハ預メ注意ヲ爲スノ必要アレハナリ故ニ法
 典編纂者が第千三百四十一條ニ於テ殊更ニ任意ノ附托ニ言及ボセ
 ルモノハ此點ニ付テ後世ニ疑惑ヲ起サマラシムルヲ必用ナリトノ
 意ニ出タルヤ疑ナシトス

〔八十五〕 第二制限 法律的事實ノ價格 第千三百四十一條ガ證書
 ナ作爲ス可キヲ命ゼルハ其法律的事實ニシテ百五十フランニ超ユ
 ル價格アルモノニ限り之ヲ千六百六十七年ノ勅令ニ比シテハ大ニ價
 格ノ基點ヲ高フシ從來百リ一アルナリシヲ百五十フランニ改正セリ
 然レドモ貨幣ノ價格ハ年ヲ逐フテ下落シ來レルニ由リ今日百五十フ

ランノ貨幣ハ千六百六十七年ニ於ル百リ一アルノ價格ヲ有スルヲナ
 シ故ニ人證ノ部ニ於テハ法律ノ措置ハ寬ニ出テズシテ寧ロ嚴ヲ加ヘ
 タルノ結果ヲ呈スルモ立法者ハ既ニ己ニ之ヲ知り又殊更ニ之ヲ望ミ
 シモノナリトリボシ官シヨールノ報告ニ曰ク五十フランノ増加ハ
 貨幣ノ對照價格ト平衡ヲ得タルモノニ非ス然レドモ徳義ノ盛衰如何
 ナ願ルトキハ立法者ハ進ンデ尙ホ此上ニ人證ヲ許容スル能ハス一方
 ニハ又宜シク文字ノ使用益擴マリ來リシヲ知ラザル可カラズト
 若シ其證明ス可キ法律的ノ所爲ニシテ金額ヲ以テ目的トスルトキハ
 更ニ困難ノ生ズルヲ見ズト雖ドモ其他ノ場合ニ於テハ一々價格ヲ定
 ムルヲ必要ナリ而シテ裁判官ハ必竟權利ノ評價者ナレバ自身ニ評價
 シテ價格ヲ定ムルヲ得可シ但シ十分ノ證憑ニ乏シキトキハ評價人ヲ
 シテ評價セシム可シ

右第二ノ制限ヨリシテ假令法律的ノ所爲ナルモ其價格百五十フラン
 ンヲ超過セザル時ハ人證ニヨリテ證明スルヲ得可シトノ結果ヲ生
 ズ可シサレドモ又其目的物何程寡額ナルモ決シテ人證ニ依ル能ハ
 ザルノ契約アリ賃貸千七百十五條千七百十六條和解二千〇四十四
 條不動産質二千〇八十五條是レナリ就中海上法ニハ此種ノ例尤モ
 多シ船舶ノ賣買商法百九十五條(乘組員ノ約束商法二百五十條船舶
 賃備商法二百七十三條冒險貸借商法三百十一條海上保險商法三百
 三十二條ノ如キ是レナリ

〔八十六〕 予雖ハ今ヨリ百五十フランノ價格ヲ定ムルニハ如何ナル規
 則ニ從フ可キヤヲ示サントス夫レ價格ハ之ヲ評定スルノ時ニ從ヒテ
 差異アル可ク又之レニ含蓄セシムル利益ニヨリテ變ズルモノナリ請
 フ左ニ二三ノ簡單ナル法則ヲ掲ゲテ此點ニ關スル法律ノ理論ヲ畧述

セン

〔八十七〕 第一、百五十フランノ價格ヲ計算センニハ必ず法律的ハ所
 爲ヲ行ヒタルハ當時ニ據ラザル可カラス

右ノ法則ハ第一千三百四十一條ノ條文ノ組織ヨリ生ズルモノナリ同
 條ハ敢テ直接ニ(注意ス可キ點ナリ)百五十フラン以上ニ人證ヲ禁止
 スルナク其指定セル金額若クハ價額ヲ超過シタル事物ニハ悉ク證
 書ヲ作爲ス可キヲ命ゼルモノニシテ其制裁トシテ之レヨリ人證ノ
 禁止ヲ演繹シ來ルモ固ヨリ法律ノ裏面ヲ觀察セルモノニシテ法律
 ハ現ニ之ヲ明示セズ其レ然リサレバ法律ノ命令ニ從ハンニハ契約
 者雙方ハ固ヨリ其法律的ノ所爲ヲ行フタルノ當時ニ於テスベシ如
 何ントナレバ契約者ハ若シ其必要アランカ此時ヨリシテ證書ヲ作
 爲セザルヲ得ザル可ク從ツテ價格百五十フランニ超ユルヤ否ヤヲ

檢定スルノ必要モ亦此時ヨリシテ始マルモノナレバナリ若シ否ラ
 ズシテ訴訟ノ日ニ於テ之ヲ定ムルトセン乎中間ニ發スル偶發不意
 ノ事情ノ爲メニ價格ノ増加シテ法定ノ限界ヲ超ユルヲアル可ク從
 ツテ法律ノ制裁ハ實ニ不條理ノモノトナル可シ○或者難ジテ曰ク
 第千三百四十一條ノ規定ハ證人ノ卑劣手段ヲ畏ル、ニ基因スルモ
 ノナリ故ニ價格ヲ定ムルニモ亦タ訟求金員數量ノ如何ヲモ鑑ミサ
 ル可カラズト成程人證ノ弊害ヲ厭フノ考ハボチエモ既ニ之ヲ云ヒ
 法典編纂者モ幾分カ此思想ニ制セラレシモノ、如シ然レドモ予輩
 ガ既ニ云ヘル如ク此理由ハ常ニ第二位ニ居ル可キモノニシテ之ヲ
 以テ法律ノ正文ニ基キタル理論ヲ反駁スルニ足ラズ况ンヤ此理由
 ノミニシテハ如何ナル價值モアラザルヤコルノド、サンテール曰
 ク良心ノ如何ハ金額ノ多少ト伴ナフモノナラズ如何ニ巨額ノ報酬

ヲ以テモ證人ヲ得ント欲スルガ如ク又万鏡ヲ費スモ徳實ノ者ヲシ
 テ虚罔ノ證言ヲ爲サシムルヲ得ズト至當ノ言ト云フ可シ且ツ反對
 論者ノ説ノ如キハ適々以テ人間徳義ノ程度ヲ百五十フランノ極點
 ニ止ムルモノナリ豈ニ人類ニ耻辱ヲ與フルモノニアラスヤ
 上來説明セル規則ニヨリテ左ノ結果ヲ生ヌ可シ約定ヲ取結ベルノ
 當時ニ於テ其目的物ノ價格正ニ百五十フランナリシカ又ハ其以下
 ナリシトキハ假令請求ノ額ハ百五十フランニ超過スルモノ人證ヲ以
 テ證明スルヲ得可シ會社契約ノ場合ニ於テ此結果ノ有益ナル適用
 ヲ見ル第千八百三十四條ニヨレバ民事會社ハ其目的物百五十フラ
 ン以上ノ價格アル時ニ非レバ書面ヲ以テ記述スルヲ要セズ會社全
 体ノ目的物トハ會社資本ニシテ即チ全社員ノ釀出額ヲ總合セルモ
 ノナリ此故ニ若シ契約ヲ取結ベル時ニ於テ會社ノ資本ハ法律ノ定

率即チ百五十フランニ超過セザリシトキハ富ノ札ヲ買フガ爲メニ
結社セル場合ヲ假定スルヲ得可シ利益配當ヲ請求スル社員ハ假令
其受ク可キ配當額遙カニ百五十フランニ超ユルモ證人ニヨリテ十
分會社ノ成立ヲ證明スルヲ得可シ

〔八十八〕 人證ノ許否如何ヲ決センニハ法律的ノ事實ヲ行フタルノ當
時ニ於テ其價格ヲ定メサル可カラズトノ原則ヨリシテ法律自ラモ亦
二三ノ結果ヲ引來リ其正條ニ之ヲ規定セリ

甲 第一ノ結果ハ第一千三百四十四條ニ記載シアリ若シ原告人ノ自
認ニヨリテ其請求額ハ百五十フラン以下ナルモ百五十フラン以上ノ
價格ヲ有シ從ツテ書類ヲ以テ證明セザル可カラザル法律的ノ所爲ニ
直接ノ關係ヲ有スルト明白ナルニ於テハ裁判官ハ必ズ人證ヲ拒絕セ
サル可カラズ今法律ノ正條ヲ見ルニ即チ左ノ如シ請求ノ金額百五十

フラン以下ありと雖ども其金額ハ書面を以て證明せざる百五十フラ
ン以上の貸金の殘額若くは其一部なりとの陳述ありたるときは人證
を許容するを得ずト

○殘額 例ヘバ予ガ君ニ書面ヲ作爲セズシテ二百フランノ金額ヲ貸
セシニ君ハ僅ニ百フランヲ返濟セルノミニシテ其餘ニ尙負債ノ存ス
ルヲ打消セリトセン乎予ハ此場合ニ於テハ予ハ證人ヲ以テ予ガ債主
權ノ殘額ヲ證明スル能ハサル可シ何トナレバ予ニ於テ證書ヲ調製セ
ザリシノ過失アレバナリ之レニ反シテ負債主ハ直ニ其義務ノ一部分
ヲ執行シ結局辨濟ノ義務アルモノハ百五十フラン若クハ其以下ノ額
ニ過キザルトキハ人證ニヨリテ之ヲ證明スルヲ得可シ例ヘバ予ハ汝
ニ馬一匹ヲ六百フランニテ賣渡ス可キヲ約セシニ汝ハ即座ニ五百フ
ランヲ辨濟シ予ハ汝ニ其馬ヲ引渡セリ此場合ニ於テ予ハ證人ヲ以テ

汝ハ尙予ニ百フランヲ拂フノ義務アルヲ證明スルヲ得可シ何トナレバ予ガ汝ニ信用ヲ置ケルハ單ニ此百フランノ額ニ過キザレバナリ
 ○又ハ其一部 右ノ語ハトリビュナ院ノ請求ニヨリ附加ヘラレタルモノニシテ特ニ元來百五十フラン以上ノ債主權ナリシモ債主ノ死亡ニヨリテ相續人ノ間ニ之ヲ分割シ從ツテ各相續人ハ唯百五十フラン又ハ其以下ノ金額ニ對シテ權利ヲ有スルノミノ場合ヲ慮ハカリタルモノナリ若シ相續人ノ一人ガ負債主ヲ相手取りテ法庭ニ訴フルモ到底人證ニヨリテ債主權ノ成立ヲ證明スル能ハザル可シ何トナレバ其初ニアリテハ書面ヲ以テ證明ス可キモノナリシガ故ナリ斯ノ如クンバ相續人ハ其先人が爲シタル過失ノ結果ヲ負ハザルヲ得ズ

乙 第千三百四十三條ハ第一ノ結果ヨリモ尙現然見易キノ結果ヲ指示スルモノナリ其條文ニ曰ク百五十フランを超過したる請求を爲

したる者は其當初の請求額を減殺するも人證を以て證明するを許さず
 下本條規定ノ目的ハ一度訴訟ヲ提起シタルノ後ニ於テ請求高ヲ減少シテ人證ノ援助ニヨリ少クモ百五十フラン丈ケノ額ヲ得ント欲スルノ策畧ヲシテ行レザラシムルニアリ即チ原告人が制規以上ノ額ヲ請求シタルノ事實ヨリシテ法律ハ斷定ヲ下シ今ニ至リテ請求高ヲ制規額以下ナリト主張スルハ法律ノ措置ヲ遁レント欲スル者トセルナリ

右ノ推測ハ自認ニ基キタルモノナリ故ニ若シ第千三百五十六條四項ニ之ヲ許ス如ク事實ノ錯誤ヲ明シカニ辨述シテ其自認ヲ取消ストキハ此推測モ亦從ツテ倒ル可シ而シテ法律ハ本條ニ於テ唯單ニ證據方法ヲ許サマルニ止マリ敢テ訴權ヲ排却スルモノニ非ザレバ固ヨリ第千三百五十二條第二項ノ關スル所ニアラズ

〔八十九〕 第二 證明ス可キ事實ノ價格ハ唯主タル供給ノミナラズ併セテ約定シタル附從ハ供給ニ基キテ其計算ヲ爲ス可シ附從供給ハ固ト主体供給ト均シク法律的事實ノ確固タル目的物ヲ組成ス可キモノナレバ主体ト併算シテ以テ事實ノ重要ノ度ヲ定ムルモノナリ

第一千三百四十二條ニハ利足貸ノ場合ニ適用シテ右ノ規則ヲ規定セリ即チ左ノ如シ前條ノ規則ハ其訴訟には元金請求の外に元金と合算して百五十フランの金額を超過する利息の請求を含む場合にも適用すト例ヘバ予ハ君ニ五朱ノ利息ニテ百五十フランヲ貸シタリト假定セシニ一ヶ年ノ後ニハ君ハ予ニ七フランノ利子ヲ拂ハサル可カラズ即チ元利ヲ合算シテ百四十七フラントナル可シ予ガ若シ右ノ金額ヲ法庭ニ訴ヘテ請求スルモ予ハ證人ヲ以テ申立ノ證明ヲ爲スヲ得可シ然レドモ二年ノ後ニ至リテモ君ハ更ニ辨濟ヲ爲スナク君ノ負擔ハ總計

百五十四フランニ止リタリ然ルニ若シ君ニ於テ更ニ之ヲ承認セザルトキハ予ハ人證ヲ以テ之ヲ證明スル能ハザル可シ是レ必竟予ノ貸金額ガ百五十フランノ數ヲ超ユルノ時ニ於テ君ヲシテ其以前ノ利息ヲ拂ハシムルカ但シハ又證書ヲ調製セシム可キニ予ハ敢テ之ヲ爲サザリシガ故ナリ

債主ハ唯元金百四十フランノミヲ請求スルモ但シハ又十四フランノ利息ノ外請求セザルモ更ニ異ナルアルヲ見ズ予輩ガ既ニ言ハル如ク價格ヲ定ムルハ請求ノ額ニ則トルヲ得ザルモノニシテ其貸金高ハ遙カニ百五十フランヲ超過スルニモ係ラズ貸附ケタル時又ハ其以後ニ於テ更ニ證書面ニ之ヲ記載スルナク而シテ今日其貸金ノ一部ヲ請求シ其請求額ハ法定ノ百五十フラン以下ナリト云フトモ到底證人ヲ以テ證明スルヲ得可キモノニアラズ

予輩ハ前段ニ於テ會社契約ノ目的物ノ價格ヲ定ムルニ當リテ會社ガ目的トセル利益ハ其中ニ算入スルヲ得ザル旨ヲ云ヘルモ是レ決シテ第千三百四十二條ノ精神ト矛盾スルモノニ非ス抑モ貸金ノ利息ハ未來ノ供給ナリト雖ドモ亦確定シタルモノニシテ貸借契約ヨリ生ズル必然ノ効果ナレバ固ヨリ當初ヨリシテ(ア、ブ、イ、ニ、シ、ヨ)定ムルヲ得可キモノナリ之ニ反シテ會社ノ利益ハ會社ヨリ來ル結果ナモ全ク未定ノモノニシテ果シテ能ク目的物ノ價格ヲ増加ス可ルシ云テ得ズ從ツテ豫メ之ヲ計算シテ證書調製ノ義務アリヤ否ヤトヲ知ルヲ能ハザル可シ

此ニ利息ト云フハ訟求ノ當日ニ於テ既ニ拂フ可キノ期限到來シタルモノ、謂ナルヲハ予輩ノ上來假定シ來レル所ニシテ法律モ亦其意ニ外ナラズ遲滯ノ利息即チ訴訟初リタル以來ニ生ズル利息ハ固ヨリ價格中ニ之ヲ算入スルヲ得ズ夫レ法庭ニ於ル契約者雙方ノ位置ハ訴訟提起ノ當時ニ於テ確定スルトハ法律ノ原則ナリ故ニ負債主ガ不當ノ抵抗ヲ爲スモ、訴訟ノ日子長キニ且ルモ之ヲ以テ債主ニ加害スベキニ非ズ

罰款ヲ付シタル場合ニ於テ第千三百四十一條ヨリ予輩ガ引演シ來レル規則ノ尙一ツノ適用アルヲ見ル可シ義務ノ執行ヲシテ唯遲滯ナカラシメンガ爲メニ罰款ヲ要約シタルトキハ其科料ハ約定ノ利息ト均シク預メ定リタル付從ノ供給ニシテ主タル供給ト其ニ約定ノ目的物ヲ組成ス可シ故ニ此場合ニ於テ人證ヲ許ス可ヤ否ヤノ問題ヲ決セシニハ主從二者ヲ合算シタル總額ニ依リテ定メザル可カラズ之ニ反シテ契約ヲ取結タル時ニ於テ如何ナル罰款モ要約セルナク債主ハ唯負債主カ返濟ノ遲滯ヲ名トシテ損害賠償ヲ要求シタリ

トセンニ其賠償額ト主タル供給トヲ合算シテ百五十フランヲ超ユルモ人證ヲ以テ證明スルヲ得可シ何トナレバ損害賠償ヲ爲スノ直接ナル理由ハ負債主ノ過失ニ存シ過失ハ唯單純ナル一個ノ事實ニ過キズシテ債主ハ預メ之レガ書證ヲ得ル能ハザレバナリ

〔九十〕 第三、 訴訟事件ノ價格ハ人證ヲ提起スル者ニ取リテ訴訟ヨリ生スル法律的ノ利益ニ基キ評定スルヲ要ス請フ辨濟ノ例ヲ假リテ之ヲ説明セン若シ負債主ニ於テ辨濟ヲ以テ免責ノ事實トシテ主張スルトキハ訴訟ノ點ニ於テ其有スル利益ハ其仕拂タル金額高ト少シモ異ナルナク全ク其額ニ準據スルヲ得可シ然レドモ此辨濟ヲ主張スル所ニ以テ其辨濟ノ事實ヨリシテ時効ノ中斷或ハ無効若クハ廢棄ノ瑕瑾ヲ帶ビタル義務ノ暗黙確認ノ如キ結果ヲ得ント欲スルニアルトキハ全ク前陳ノ場合ニ反シ苟モ其主張スル辨濟ニヨリテ時効ヲ中斷シ若ク

ハ瑕瑾ヲ消滅セント欲スル義務ニシテ法定ノ制限ヲ超過スル以上ハ訴訟事實ノ目的物ノ價格如何ヲ問ハズ假令百五十フラン以下ニ出ルモ人證ニヨリテ證明スルヲ得ズサレバ此場合ニ於テ訴訟ノ事實即チ辨濟ハ決シテ其目的物ノ額ニ準ジタル價格ヲ示スモノニ非ズシテ辨濟ヲ主張スル一方ガ之レヨリシテ演繹セント欲スル結果ノ大小如何ニ基キタル價格ヲ有スルモノナリ

四 原則ヲ補充ス可キ規則

〔九十二〕 立法者ハ百五十フランノ價格ヲ超過スル總テノ法律的所爲ハ必ズ之ヲ證書ニ記ス可シトノ原則ヲ掲グルヲ以テ足レリトセズ更ニ規則ヲ設ケテ間接ノ手段ヲ以テ原則ニ違反スルノ所爲ナカラシメタリ即チ原則ヲ補充スルモノニシテ其規則ニアリ左ノ如シ

〔九十二〕 甲、 第一規則ハ第一千三百四十五條ニ含蓄シアリ若シ一訴訟

中に於て一方の者數箇の要求を爲し其要求に付ては證書なく且ツ合計百五十フランの金額を超過する時は假令其債主權は殊別の原由に因て生じ且ツ殊別の時日に於て成立せる旨を主張するも其權利は相續贈遺又は其他の原由に因り數多の人より來りたるに非れば證人を以て證明するを許さず下例へバ甲ナル者乙ニ對シテ一ノ訴ヲ起シ其訴訟ニ於テ種々ノ原由ヨリ來リタル權利ニ關シテ數箇ノ要求ヲ爲セルモ其權利ハ書類ヲ以テ證明シアラザリシモノニメ則チ先ツ物件賣渡代價トシテ百フラン次ニ貸金ノ名義ニテ五十フラン次ニ又其後ニ爲シタル第二ノ貸金トシテ五十フランヲ要求セリトセンニ第千三百四十五條ニ據リテ甲ハ假令各債主權ハ額ハ百五十フラン以下ニアルモ右債主權ノ一ツヲモ人證ニヨリテ證明スルヲ得ズ加之ノミナラズ甲ニ於テ其債主權ノ起源ハ全ク別々ニシテ原由モ異ナリ時日モ同シ

カヲサル旨ヲ證明セント請フト雖ドモ亦人證ヲ用キルヲ得ズ

右ノ規則ハ痛ク非難ヲ受ケタリ抑モ原告ノ提出セル要求ハ一々相異ナル法律的ノ事實ニ應ジタルモノナレバ固ヨリ第千三百四十一條ノ第一原則ヲ適用シテ個々ニ之レヲ觀察スルヲ要スト云フ能ハサル乎法律ノ措置ハ固ヨリ嚴格ナリ然レドモ又之ヲ辨明スルノ途ナキニ非ズ予輩ノ説ニテハ是レ決シテ立法者ハ百五十フラン以上ニ證人が虚罔手段ヲ施スヲ忌憚スルヨリシテ斯ノ如キ措置ヲ爲シタルモノニ非ズ或者ハ徒ラニ此理由ヲ過大ニシテ全ク之レニ基クモノトスルモ本條正文ノ末段ニ指定スル例外ヲ見バ當ニ其否ラザルヲ知ル可シ抑モ立法者が證書ヲ作爲ス可シト命ズル所以ハ主トシテ訴訟ヲシテ少ナカラシムルノ目的ニ出デタルモノナリ其レ然リ此故ニ若シ百五十フラン以上ノ要求ヲ爲ス者ヲシテ其要求ハ種

々相異ナル債主権ヨリ成リテ各債主権ハ皆百五十フランニ達セザルモノナリトノヲ證人ニ依リテ證明スルヲ得セシメン乎立法者ハ決シテ十分ニ前上ノ目的ヲ達スル能ハザル可シ本條ヲ規定スルモノ職トシテ是レニ之レ由ル加之ノミナラズ本條ハ固ト千六百六十七年ノ勅令ニ掲グル第二十款第五條ヲ摸寫シタルモノニシテ同令ノ立法者ハ右ノ規則ヲ説明シテ全ク其當時改革ノ主意ニ背戻シテ訴訟ノ増加スルヲ懼ル、ニ由ルモノナリト云ヘリ原告人ハ將ニ言ハントス其債主権ハ殊別ノ原由ニ基キシモノナリ特別ノ時日ニ於テ生ジタルモノナリト然レトモ是レ何ニカセン原告人ハ其債主権ノ金額百五十フランヲ超過スル以上ハ負債主ヲシテ證書ヲ調製セシムルヲ得可ク又之ヲ作爲セシムルノ義務アル者ナリ然ルニ敢テ之ヲ爲サザリシハ豈ニ原告人ノ過失ニアラズヤ

然レドモ第千三百四十條ハ其先見シタル場合ニ於テ自ラ人證禁止ノ範圍ヲ制限セリ

第一 若シ要求スル權利ノ合算額ハ百五十フランヲ超ユルモ種々相異ナル人々ヨリ來リタルモノニシテ相續贈與若クハ其他ノ原由ニ因リテ一人ノ頭上ニ集リタルトキハ人證ニ由リテ之ヲ證明スルヲ得可シ例ヘバ予ハ書證ヲ求メズシテ君ニ百フランヲ貸シ予ガ父モ亦證書ナクシテ君ニ百フランヲ貸シ次デ予ハ父ノ相續人トナレリ此場合ニ於テハ予ハ證人ヲ以テ予カニ個ノ債主権ヲ證明スルヲ得可シ斯ル制限ヲ設ケテ法律ノ嚴格ヲ和グル所以ハ之ヲ知ル極メテ易シ予并ニ先人ノ債主権ハ各々寡額ニシテ證書調製ノ義務ヲ免ルモノナリシガ故ニ予ニ於テ如何ナル過失モアリト云テ得ザル可ク又先人ニ於テモ更ニ過失アルヲナシ然ルニ其後一ノ事實到來シテ兩債主権ヲ合一シ

爲ノニ予ガ權利ノ合算額ハ百五十ヲフランチ超過セリト雖ドモ予ガ權
 カヲ以テ負債主ヲシテ證書ヲ調製セシムル能ハザリシヲ如何セン
 第二ノ制限モ亦第千三百四十五條ヨリ生ズルノ結果ニシテ即チ要求
 シタル殊別ノ權利ノ價格ヲ合算スルモ證書ノ證明アリ又ハ書證ノ端
 緒アル權利ハ其内ニ算入スルヲ得ズト云フニアリ(千三百四十七條第
 千三百四十五條ノ其要求に付ては書證なくノ語ニ基キタル立論ナリ
 又其權利ハ實際證書ヲ調製スル能ハザル場合ニ生ジ從ツテ第千三
 百四十八條ニ基キ證人ヲ以テ證明スルヲ得可キモノナルトキハ價
 格内ニ之ヲ合算スルヲ得ス然レドモ其法律ガ其證明ノ爲ノ更ニ制
 限ナク人證ヲ許容スル權利ニシテ第千三百四十七條及ビ第千三百
 四十八條ノ例外的ノ恩澤ニ全ク關係セザル權利ニ先ツテ獲得シタ
 ルモノナルルハ尙斯說ヲ採可ス可キヤ否ヤハ少シク疑問アリシ點

ニシテ或者ハ曰ク債主ハ其第一債主權ノ成立ヲ知ル者ナレバ從ツ
 テ第二債主權ヲ獲得スルトキハ其有スル權利ノ合算額ハ法律ノ制
 限外ニ出ルモノナルヲ知得ス可シ故ニ債主ハ其書證ヲ自己ニ有セ
 ザル可カラズト然レドモ一般ノ說ニテハ第千三百四十五條ノ正文
 ニハ如何ナル區別ヲ爲スナシ故ニ同條ヲ適用スルニ當リテ債主權
 ヲ生ジタル時日ノ前後如何ハ更ニ之ヲ問フヲ要セサルモノトセリ
 [九十三] 乙、今ヨリ原則ヲ補充ス可キ第二ノ規則ニ移ラン同規則ハ
 原告人ニ對シテ極メテ重大ナル喪權ヲ設ケタルモノニシテ即チ原告
 人ハ其名義ノ如何ヲ問ハズ全ク書面ヲ以テ證明セザル數箇ノ要求ア
 ルトキハ宜シク一通ノ召喚狀内ニ悉ク之ヲ合蕃セシム可否ヲザレバ
 原告人ハ其權利ヲモ失フモノナリト云フニアリテ第千三百四十六條
 之ヲ規定セリ其名義ノ如何を問はず全ク書面に因テ證明せざる總て

の請求は一通の召喚状を以て之を爲す可し其召喚後は他の請求にして書證あらざるものは之を受理せず

此規則ノ範圍ヲ確知セント欲セバ之ヲ設置シタル二箇ノ原由ヲ明ラカニ説明スルヲ肝要ナリ

第一ノ目的ハ第千三百四十五條ノ規定ニ制裁ヲ與ヘテ同條ノ執行ヲ確保スルニ在リ抑モ同條ハ一訴訟中ニ於テ各百五十フランニ充タザルモ合算スルトキハ此額ヲ超過ス可キ數箇ノ要求ヲ爲シタル者ヲシテ人證ヲ以テ證明スル能ハザラシメタルモノナリ然レドモ單ニ此條ノミナラン乎各債主權ニ付テ別々ニ訴訟ヲ提起セバ容易ニ其禁制ヲ免カルヲ得可シ第千三百四十六條ハ正ニ斯ル詐謀ヲ防遏スルノ目的ニ出デタルモノナリ

然レドモ立法者ハ又本條ヲ規定シテ證人訊問ニヨリテ裁判ス可キ區

々ノ訴訟ヲシテ成ル可ク其數ヲ多カラシメズ以テ事務ノ澁滞ナク速カニ擧ガランヲ望ミタルモノナリ千六百六十七年ノ勅令第二十欸第六條モ亦此理由ニ基キシモノナルヲハ同令編纂ノ記録ニ徴シテ明カナル所ニシテ第千三百四十六條ハ同令第六條ヲ其儘假リ來リタルモノナリ故ニ本條ノ文字ノ廣汎ナルモ其適用ノ範圍ノ如何ナルモ獨リ此目的ニ由リテ始メテ説明スルヲ得可シ
サレバ法文ニヨレバ全ク書面ニ因テ證明セザル總テハ請求ハ其名義ハ如何ヲ問ハズ一通ノ召喚状内ニ之ヲ集ム可キヲ命ゼリ故ニ此命令ハ左ノ場合ニ適用ス可シ

- 一、殊別ナル請求ノ合算額百五十フラン以下ナル時○經濟上ノ利益ニ基キ區々タル訴訟ノ數ヲ減殺スルノ必要ハ此場合ニ於テ尤モ顯著ナリトス

二、債主權ハ相續、贈與、其他ノ原由ニヨリテ種々ノ人々ヨリ來リタル時○此等ノ債主權ヲ同時ニ法庭ニ提出セシムルノ利益ハ敢テ前上ト異ナルナク終始一ナリトス

三、第千三百四十七條並ニ第千三百四十八條ニ基キ其請求額ハ如何ニ重大ナル可キモ證人ヲ以テ證明スルヲ得可キ場合○予輩ハ第千三百四十七條ニ付テ一問題ノ存スルヲ示ス可シ二三論者ノ説ニ曰ク數多ノ債主權ヲ有スルモ其債主權ノ二三ハ書證ノ端緒ヲ以テ半バ證明シアルモノナルトキハ債主ハ書證ノ端緒アル分ヲバ召喚狀内ニ加ヘザルモ敢テ喪權ノ制裁ヲ受クルモノニ非ズ請フ第千三百四十七條ヲ見ヨ以上ノ規則ハ書證ノ端緒ある時は例外なりトすト同條ハ斯ノ如ク極メテ廣汎ナル語ヲ用キテ同條以上ニアル總テノ規程ニ例外ヲ設ケタルモノニシテ即チ第千三百四十六條ニモ例

外ナルヲ明ナリト○然レドモ予輩ヲ以テ觀ルトキハ第千三百四十六條ノ語アル以上ハ到底前説ヲ承認スルヲ得ズ同條ニ云ハズヤ全ク書面に因テ證明せざる總テの請求は(下略)ト意義實ニ明白ニシテ此語ノ範圍ニ至リテハ更ニ一點ノ疑ヲ存セズ且又第千三百四十七條ノ甚廣汎ナル文字ヲ用キシ所以ハ之ヲ説明スル極メテ易シ第千三百四十六條ハ本來草案中ニハアテザリシガ討議ノ際ニ於テ始メテ法典ニ編入セラレタルモノナレバ之ヲ編入スル以上ハ第千三百四十七條ノ正文ヲ改正ス可キ筈ナリ然ルニ敢テ此舉ナカリシハ立法者ガ之ヲ矢念シタルカ若クハ之ヲ爲スヲ怠リシニ由ルモノナリ然レドモ法律ノ命令ハ實際之ヲ執行スル能ハザル場合ニ適用セズ故ニ訴訟ヲ提起シタル後ニ生ジタル權利ハ無論此命令ノ範圍内ニ包蓄スルモノニアラス

予輩ハ、既ニ生ジタル債主權ナルモ訴訟提起ノ當時ニ於テ未ダ要求
スルヲ得ザルモノナルトキハ均シク此命令ノ區域外ニ居ル可キモ
ノナリト信ズ何トナレバ負債主ヲシテ執行セシムル能ハザル債主
權ノ爲メニ請求ヲ爲スコトハ理ニ於テ有テザル所ナレバナリ

〔九十四〕 第一千三百四十六條ノ制裁ハ唯、三人證ヲ拒絕スルニアルノミ
ナラズ召喚狀ニ泄レタル要求ヲ受理ス可カラザルモノト爲スモノ
ニシテ訴權即チ法庭ニ出訴スルノ權利ヲ失ハシム可シ苛酷ノ制裁
ニシテ又證據法ノ普通原則ニ背戾スルノ嫌ナキニ非ス何トナレバ
彼第一千三百四十一條ニ違フモ尙權利ノ本体ニハ如何ナル影響モ及
スナク法律的所爲ノ効力ニハ如何ナル異同モ及スコトナケレバナリ
然レドモ法律之ヲ明言セリ又異議ヲ許サズ或ハ種々ノ解釋ヲ施シ
テ制裁ノ強力ヲ減殺セント欲スル者アリト雖トモ皆多少專斷ノ解

釋タルヲ免レズ第一千三百四十六條ニ曰ク(上) 署他の請求は之を受理
せず(下) 即チ其請求ハ正當ナリヤ否ヤヲ究メズシテ却下スルノ義ナ
リ故ニ之レヨリシテ斷定ヲ下ス時ハ此等ノ請求ハ自認ニ由ルモ宣
誓ニ由ルモ之ヲ證明スルヲ得ザルモノトス

第二項 第二原則

〔九十五〕 法律上ハ、一個ノ所爲、公正證書若シクハ私署證書ヲ以テ證明
セラレタル時ハ百五十フラン以下ノ價額ニ關スル時ト雖モ此證書中
ニ包含スル事項ニ反對シタル事及ビ其事項以外ノ事又ハ證書調製以
後ニ爲シタリト陳辨スル口頭ノ變更ニ附テ人證ヲ許サズ(千三百四十
一條第二段)

一 原則ノ起源及ヒ理由

〔九十六〕 文書ノ證據ハ最モ信用セラルベキモノ、一ツナリトス蓋シ文字ニヨリテ證書ヲ調製スルハ明確ニ且ツ熟考セラレタル形式中ニ契約者ノ思考ヲ確定シ而シテ往時所謂ユル「スチビユラシヨ」要約約請等ト譯スノ如ク契約ノ區域ニ付能ク各自ノ注意ヲ喚起スベシ契約者雙方ハ單ニ談話ニ止ル「ハ」之ヲ避ケ確然定リタル「ノ」ミテ記載スルヲ勉ムルハ實驗ノ明示スル所ナリ此外文書ハ之ニ托スル事實ノ形跡ヲ誠實ニ保存シ而シテ人ノ記憶ニ比シテ變更錯誤ノ憂實ニ少ナシ人證ニ基ツク言語ノ證據ハ屢々確乎判明ナラズ時ニ或ハ不誠實ナル「ア」ルヲ以テ文書ノ證據ニ及バザル事實ニ逢ナリ而シテ兩證相抵觸スル「ア」レハ文書ノ證據ハ常ニ人證ヲ壓倒スヘキ「リ」理ニ於テ然ラザル可ラズ

此故ニ往昔羅馬ニ於テ法學ノ旺盛ヲ極ムル時ニ當テヤ法律ハ人證

ヲ優待セリト雖モ既ニ文書證據ニシテ其誠實爭フ可ラザルモノナル時ハ之ニ反シテ人證ヲ擧ル「ト」得ズトノ規則ヲ設ケタリ「ポール」ハ其判決ノ文中ニ論シテ曰ク「若シ文書ノ具誠ニ疑感ヲ容レサルニ於テハ文書ニ相反シテ立證セシムル爲メ證人ヲ尋問スルヲ得ズ」ト然レモ右ノ眞理ハ中古ノ暗冥時代ニ至テ一旦其光輝ヲ失シ彼ノ「ロ」イセルガ證人ハ書類ヲ壓倒スト云ヘル如ク證人ノ證據ハ文證ノ證據ニ優レルモノトセリ而シテ古ニ文物中興ト稱セラル、開明ノ澤ニ依リ文書證據ガ其當然有スベキ權力ヲ恢復セシハ蓋シ十六世紀ニ在リ此立法上ノ進歩ハ千五百六十六年「ムーラン」ノ勅令及ビ其後千六百六十七年ノ勅令ニヨリテ確定セラレタリ故ニ今日ニアリテハロイセルノ言ヲ顛置シテ書類ハ證人ヲ壓倒スト云ハザル可ラズ

二 原則ノ範圍

〔九十七〕 第一千三百四十一條ハ左ノ如ク規定セリ曰ク〔上略〕而して證書に記載する所に反對の事項證書外の事項又は證書を記する時若くは其前後に陳述したかど主張する事項に付ては假令百五十フラン以下ノ金額又は價額に係はる時と雖ども決して證人を以て證據を立るとを許さずト

甲 第一證書面ニ反スル事項ニ付テハ證人ヲ以テ證明スルヲ許サズ證書ニ反セル證明トハ其證書面ニ記載スル事實ト相返對セル事實ヲ證明スルノ謂ナリ故ニ例ヘバ證書面ニ於テ余ガ君ニ百フランヲ貸與セリト記載セルトキハ君ハ余ヨリ受クル所五十フランニ過ギスト證人ヲ以テ證明スルヲ得ズ又例ヘバ證書面ニ於テ余ガ君ニ現金ニテ辨濟ヲ受ケタル千フランヲ以テ某物件ヲ賣渡セリト記シアランニハ余ハ未ダ君ヨリ一千フランノ辨濟ヲ受ケズト申立テ證人ニ依リ證明

スルヲ得ザルガ如シ

乙 第二證書外ノ事項ハ證人ヲ以テ證明スルヲ許サズ證書外ノ證明トハ其證書面ニ記載スル事實ハ固ヨリ確實ナレドモ唯其證書面ニ當ニ記スベキトニシテ尙ホ記載セラレサル事實アリト證言セシムルヲ謂フ通常此補充セント欲スル缺漏ハ大概證書面ニアル義務ヲ増加セシムル傾キアリ故ニ例ヘバ證書面ニ於テ唯余ガ君ニ若干金ヲ貸與セルヲ記シテ他ノ事項ヲ記載セザルトキハ余ハ五朱ノ利ヲ以テ之ヲ君ニ貸與セリト證人ヲ以テ證スルヲ得ズ君モ亦タ此金額ハ四年ノ返済期限ヲ以テ借受ケタリト證人ヲ以テ立證シ得ザルガ如シ抑モ證書面ニ於テ是等ノ誤謬又ハ缺漏アルハ時トシテ免レサルヲナリ然リト雖ドモ右ニ述ル所ハ之ヲ證スルニ人證ヲ用キントスルニアリ而シテ法律ハ證書ノ記載時ニ誤謬ナキヲ保セサルモ尙ホ口頭人證

ニ比セバ信用スベキモノナリト認メテ人證ヲ排斥セルモノナリ實ニ其當ヲ得タリト云フベシ

丙 此條ハ尙ホ附記シテ曰ク「又は證書を記する時若くは其前後に陳述したりと主張せる事項に付ては決して證人を以て證據を立るとを許さざ」ト此語ノ本然ノ意義ハ證書調製ノ時又ハ其前後ニ於テ此證書面ノ事項ヲ變更シ又ハ之ニ附加スル所アルベキ條款ヲ口頭ニテ約束セリトノ事ヲ證人訊問ノ方法ヲ以テ立證スルヲ禁スルニアリ

或ハ曰ク第千三百四十一條ノ此最後ノ一則ハ此條ノ既ニ列舉セル禁止ニ更ラニ一欸ヲ附加セルモノト言フヘカラズ是レ既ニ前段ニ言ヘル證書面ニ反スル事項又ハ證書外ノ事項ハ證人ヲ以テ立證スルヲ許サストノ禁止ト其歸着チ一ニスルモノナリト此批難ハ唯一部分ニ於テハ當レルノミ全ク正皓ヲ得タリト云フ可ラズ勿論此口

頭ニテ爲セリト主張スル約欸ニシテ證書記載ノ時ト同時ニアリシトキハ論者ノ言ノ如ク適用スルヲ得ベシ此場合ニ於テハ右ノ約欸ハ要スルニ證書ニ反對スルカ又ハ其以外ノ事ヲ目的トスルニ外ナラサルベシ然リト雖ドモ若シ此口頭約束ノ條款證書記載ノ後ニ生ジタルトキニ於テハ決シテ同視スベキモノニアラズ例ヘバ余ハ證書ヲ以テ君ニ三年間家屋ノ賃貸ヲナセリ而シテ君ハ此證書記載ノ後更ラニ口頭ヲ以テ六年間ノ約束ヲナシタリトノヲ證人ヲ以テ立證セシメテ要求セリトセン此場合ニ於テヤ君ハ署名契約者ノ意思中固ヨリ該證書ニ入ル可ラザル一ノ新事實ヲ證センヲ求ムルモノナリ此新事實ノ陳述ハ前述法條ノ第一段中ニ含蓄セルモノニアラズ是蓋シ右ノ證書ハ其證明スベキ契約ヲ確實ニ記セルヲ認ムルモノナルが故ニ決シテ之ニ反言スルモノニアラズ又且ツ此申

立タルヤ彼ノ證書ハ其目的トスル契約ヲ完全ニ記セルヲ暗ニ認
ムルモノナレハ決シテ證書ヲ補充シ之ニ附加スル所アラントスル
モノニアラサル也

是ニ由テ之ヲ觀レバ若シ契約者ニシテ既ニ證書ヲ以テ取結ヒタル
契約ニ更ラニ一ノ新條款ヲ附セント欲セバ其條款ハ如何ニ瑣末ナ
ルニモセヨ必ず新證書ヲ以テ之ヲ確證セザルヘカヲサルベシ此斷
定ハ全ク法律ノ精神ト適合セルモノナリ立法者ハ凡ソ契約者カ一
且證書ヲ以テ法律的ノ所爲ヲ確認セルトキハ此所爲ヲ變更増減ス
ルガ爲メニ後日ニナシタル所爲ヲモ亦等シク同一ノ方法ヲ以テ確
證セサルガ如キヲアルヲ認容スル能ハサルナリ故ニ證書ヲ以テ確
證セラレザル事項ハ總テ何ノ効力ヲモ有セサル單純ノ談話ト認メ
ザル可ラズ

〔九十八〕 然レドモ此條規ノ解釋ヲ誤リ其範圍ヲ超エ彼ノ契約ト全ク
直接ノ關係ヲ顯ハスト雖ドモ其目的毫モ之ヲ變更増減スルニアラ
ザル後日ノ法律上ノ所爲ニ之ヲ適用スル如キヲアル可ラズ故ニ例
ヘバ單ニ辨濟ヲ以テ契約ヲ履行シ或ハ負債ノ釋放又ハ相殺等ニ由
リテ契約ヲ消滅セシメタル如キハ若シ其爭訟ノ利益百五十フラン
ヲ超過セザルトキハ證人ヲ以テ之ヲ證明スルヲ得ベキナリ蓋シ
是等ノ事實ノ陳述ハ毫モ證書面ニアル義務ノ性質條項ヲ變更スル
モノニアラザレバナリ此前世紀ノ判決例ニ於テハ實ニ反對ノ裁決
ヲ與ヘタルモノアリシト雖ドモ著名ノ學者特ニジユース及ビボチ
エ等ノ痛ク排擊スル所トナレリ(ボチエ第七百九十九)○更改ハ此點
ニ於テ右ニ述ブル事實ト同一視スヘカヲズ如何トナレバ更改ハ單
純ニ前契約ヲ消滅セシムルモノニアラズシテ契約ヲ以テ最初ノ負

債ヲ變更セシムルモノナレバナリ

〔九十九〕 第一千三百四十一條ニ規定セル原則ノ正確ナル範圍ハ右ニ述ベタルガ如シ然レトモ之ヲ適用スルニ當リテヤ一ニノ制限アリ左ニ之ヲ述ン

第一、此原則ハ唯證書ノ署名者間ニノミ適用スヘキモノニシテ第三者、即チ證書ニ關係セザル人ニハ適用スベキモノニアラズ第三者ハ第一千三百四十一條第一千三百四十七條及ビ第一千三百四十八條等ニ定メラレタル區域内ニ於テハ彼ノ證書ニ記載セル條項ヲ變更又ハ附加スベキ法律的ノ所爲ノ存在ヲ證人ヲ以テ證明スルコトヲ得ルモノナリ何ントナレバ契約者ハ虛偽又ハ脱漏ヲ以テ他人ノ權利ヲ滅殺スルノ權アルベキモノニアラサレバナリ

第二、第一千三百四十一條ハ證書即チ證據ニ供スル爲メ契約者立合ノ

上記載セル書類ノ存スル場合ニアラザレバ人證ヲ禁止セルモノニアラズ故ニ例ヘハ書證ニシテ唯債主ノ覺書或ハ其家事ノ書類又ハ簿冊ナル場合ノ如ク(千三百三十一條及ビ千三百三十二條書類存在スト雖ドモ一個ノ證書ヲ構成セサル場合ニハ此原則ヲ適用スルコトヲ得ズ

第二節 人證ヲ用ヒ得ヘキ場合

〔百〕 法律ハ人證ノ常ニ許容セラルベキ若干ノ場合ヲ指定セリ其中或ハ全ク第一千三百四十一條ニ規定セル兩個ノ原則ニ對スル例外ヲ構成スルモノアリ或ハ該條ナル禁止ノ範圍外ニアルモノナリ

第一項 例外

〔百二〕一 第一ノ例外ハ商事ニ關セル事項ナリ此事ハ第千三百四十一條ノ末文ニ但シ此規則ト商事ニ關する法律に定むる所ト抵觸するとなかるべしト言ヘルニテ知ルヘシ而シテ商法第百〇九條ニ於テ左ノ如ク規定セリ曰ク「買賣商事ノ所爲ト解スベシ」ハ裁判所ガ之を許容するを要すと認むる場合に於ては人證を以て之を證明すト商法ニ於テハ人證ヲ用ユルヲニ付キ唯一ノ條件ヲ置キタルニ過キス即チ法官ノ之ヲ許可スルヲ是レナリ故ニ商事ニ於テハ證明スベキ法律上ノ事件百五十「フラン」ニ超過スルキト雖モ人證ハ採用セラル、ヲ得又證書ノ事實ニ違ヒ若クハ不完全ナルト或ハ口頭ノ約束ヲ以テ後チニ契約ヲ變更セルトテ立證スルニ付キテモ等シク人證ヲ用ユルヲ得ルモノトス蓋シ商事取引ノ夥多ナルト其契約ノ迅速ナルトハ屢々商人ヲシテ書證ヲ作ルニ迫アラサシムルモノナリ

〔百二〕二 第千三百四十一條第一項ニ立テラレタル二個ノ原則ニハ尙ホ第千三百四十七條ニ規定セラレタル場合ニ於テ其例外アリ第千三百四十七條ニ曰ク「前記ノ諸規則ハ書證ノ端緒ある時は例外なりトす」〇書證ノ端緒とは訟求を受けたる者又は其代理する本人より出てたる書類の證書にして主張する事件を眞に近しと思惟せしむるものを云ふト書證ノ端緒ノ存在ハ人證ノ不正確ノ度ヲ減ジ其ノ信ヲ増スモノナリ蓋シ證人ノ陳述ハ唯之ノミヲ以テ事實ノ確實ナルヲ證スルニ足ラズト雖モ亦幾多ノ信據スベキ點ヲモ有スルモノナルガ故ニ他ノ幾分カ信據スベキモノト相合スルトキハ即チ充分ナル證據トナシ得ベキモノナリ

然ラバ何サカ書證ノ端緒ト云フヤ往時ノ勅令ノ下ニ在テハ總テ主張スル事件ヲ眞ニ近シト思惟セシムル書類ヲ以テ皆ナ書證ノ端緒ト見

做セリ然レドモ今日ニ至テハ唯其ノ眞ニ近シトノ一事ハ未タ以テ充
分ナル能ハズ第千三百四十七條ノ第二項ニ於テ明カニ他ノ條件ヲ要
スル定義ヲ下セリ

書證ノ端緒トハ、訴、求、テ、受、ケ、タ、ル、者、又、ハ、其、代、理、ス、ル、本、人、ヨ、リ、出、デ、タ、ル、
書類ニシテ、主、張、ス、ル、事、件、ヲ、眞、ニ、近、シ、ト、思、惟、セ、シ、ム、ル、モ、ノ、ヲ、云、フ、ト、此、
定義ハ書證ノ端緒ヲ構成スル要素ヲ包括スル三個ノ主タル觀念ヲ含
蓄スルモノナリ

甲 第一書類ノ存在ヲ要スルヲ是ナリ此點ニ於テ右ニ掲ゲタル第千
三百四十七條ハ此書類ニシテ證書ヲ構成シ即チ元來諍訟事實ヲ證ス
ル爲メニ作ラレタル書類タルヲ要スト言ヘル如クナレハ決シテ斯ノ
如クナルヲ要セズ是故ニ通常ノ書狀又ハ簿冊若クハ署名ヲ有セサル
單純ナル紙片ニ記シタル覺書等ノ如キハ固ヨリ證書ニアラザルモ尙

ホ書證ノ端緒トシテ呈出セラル、ト、テ、得、ヘ、キ、モ、ノ、ナ、リ、古、來、ノ、習、慣、實、
ニ斯ノ如シ而シテ我立法者ノ意ハ決シテ此慣例ヲ排斥更改スルニ非
サリシナリ

乙 此書類ハ原被兩造其孰レタルヲ論セズ、人證ノ許可ヲ得ンカ爲メ
ニ爲サレタル此書類ノ對抗ヲ受クル者若クハ其代理スル本人ヨリ出
デタルモノナルヲ要ス若シ其人該書類中ニ含蓄スル陳述ヲ爲シタル
本人ナルカ若クハ黙諾又ハ明諾ニヨリテ之ヲ承認シタルトキハ則チ
其書類ハ其人ヨリ出テタルモノトナス故ニ若シ此書類ニシテ其手ニ
成リタルヲ證明セラル、ト、キ、ハ、敢、テ、其、署、名、ア、ル、ヲ、必、要、ト、セ、ズ、又、法、
律ハ其書類ノ本人ノ自記ニ出デタルヲ必要トセズ故ニ彼ノ事實訊問
ノ調書訴訟法第三百二十四條乃至三十六條迄勸解ノ調書訴訟法五十
四條若クハ此書類ノ對抗ヲ受クルモノガ署名スルヲ知ラザリシカ

又ハ能ハザリシガ爲メニ署名セザリシト雖トモ之ニ干與セル公正證書ハ皆ナ證書ノ端緒ト見做サルベキモノナリ

法律ハ或ル特定ノ場合ニ於テ例外ヲ設ケ右ノ條件ヲ必要ナラズトセリ第千三百三十五條及ビ千三百三十六條ニ其例アリ

丙 第三ノ必要條件ハ此書類ハ主張スル事件ヲ眞ニ近シト思惟セシムルト是ナリ此眞ニ近キヤ否ヤハ固ヨリ裁判所ノ認定權内ニアルモノナレハ唯其一二ノ例ヲ舉グルニ止ムベシ例ヘバ余ハ君ニ對シテ千フランヲ請求ス而シテ余ハ君ガ余ヨリ右ノ金額ヲ借り受ケンカ爲メニ余ニ送レル書狀ヲ呈出センカ其書狀ハ即チ余ガ要求スル事實ハ眞ニ近シト思惟セシムルモノナリ又タ例ヘハ予ハ曾テ予ガ君ニ渡シタリト主張スル商品ノ代價トシテ君ニ五百フランヲ請求セリ而シテ左ノ如ク記セル君ノ手形ヲ出セルガ如シ其手形ニ曰ク余ハ本週内ニ其予

ニ引渡スベキ商品ノ代價トテ五百フランヲ〇〇ニ拂フベキヲ約スルト千六百五十一條

第二項 本則以外ノ場合

〔百三〕 總テ證書ノ缺乏ニシテ全ク人證ニ依ラントスルモノ、過失ニ因セサル場合ニ於テハ更ニ人證ノ禁止アラズ或ルヒハ證書ヲ調製スルヲ能ハザル場合又ハ調製シタル證書ノ天災或ハ事變ニヨリテ滅失シタル場合ノ如キ是ナリ第千三百四十八條ノ要領蓋シ茲ニ在リ同條ニ曰ク前記諸規則ハ尙ホ權利者が自己に對して他人の負ひたる義務の書證を得る能はざりし總ての場合に於ては例外なりトす〇此第二の例外は次の件々に適用す〇第一准契約及び私犯又は准私犯より生ずる義務〇第二火災崩壞騷擾又は破船の際に爲したる必須の附託及

び旅舎に投宿する旅人の爲したる附託但し何れも人の身分と事の状況とに従ふべし○第三、證書を記するを得へらざる不虞の事件の際に約したる義務○第四、権利者が抗拒すへからざる事故に因て生じたる不虞の變災に因りて其爲めに證書を作るべき證書を失ひたる場合_下

此條ハ編纂其宜ヲ失シタルモノナリ何トナレハ此條ノ文面ニ依レハ證書ヲ調製シ又ハ提出スル能ハザル場合ヲ以テ恰モ第千三百四十一條ノ原則ノ例外トスルガ如クナレバ也是レ蓋シ言語上ノ錯誤ニシテ千六百六十七年ノ勅令編纂者ハ此ノ過失ニ陷ラズ唯是等ノ場合ハ前規則中ニ包含スベカラズト言ヘリ(第廿欸三條及四條)法律ノ後日ノ保證トシテ證書ヲ備ヘ置クヘキヲ命ジタルハ明カニ契約者ガ之ヲ備ヘ置クヲ得タリシ場合ヲ言フモノタル明ナリ如何

トナレバ法律ト雖モ人ノ爲シ得ベカラザルヲ命ズルヲ得サレバナリ

一 書證ヲ得ル能ハザル場合

〔百四〕 第千三百四十八條ハ准契約、私犯、准私犯、必須ノ附託及ヒ不虞ノ事變ノ際ニ約シタル義務等ノ件ニ付テハ百五十_上フラン以上ノ事件ト雖トモ又ハ證書ニ反對スル事件若クハ證書外ノ事件ト雖トモ證人ヲ以テ證明スルヲ得ト言ヘリ是レ蓋シ何人モ爲シ得ベカラサルノ義務ヲ負ハストノ原則ノ適用ニ過キス然レモ已ニ其適用タル故ヲ以テ此原則ノ眞義ニ從ヒ之ヲ解釋セサルヘカラス即チ法律ニ列舉セラレタル場合ト雖トモ實際書證ヲ得ル可ラサル場合ニアラサレハ人證ヲ許スヘキニアラス

余ハ是ヨリ此條ニ適例トシテ列舉セラレタル場合ヲ逐次ニ畧論ス

ヘシ

第一、**准契約**、法律ノ語句ハ極メテ廣汎ナリト雖モ准契約ノ場合ニハ常ニ人證ヲ用ユルヲ得ト概言スルハ未タ其當ヲ得タリト云フ可ラス即チ實際其債主權ノ確證トシテ書證ヲ取り置クヲ能ハサリシ場合ニノミ人證ヲ許サレタルモノナリ夫レ他人ノ爲メニ自己ノ事務ヲ管理セラレタル被理者ニ於テハ其管理者ノナシタル所爲ニ付キ書證ヲ存シ置クヲ能ハサルヘシト雖トモ管理者ニ於テハ其賠償訴權ノ原因ヲ證スル爲メ書證ヲ存シ置クヲ決シテ爲シ難キニ非ス假令バ被理者ノ爲メニ百五十フラン以上ノ金額ヲ拂ヒ出シタルカ如シ又辨濟ノ名義ヲ以テ負ハザル金員ヲ拂渡シ而シテ其還給ノ訴ヲ起シタルモノニ於テモ異ナルナシ如何トナレハ其受取證ヲ握リ置クヲ得ベク從テ之ヲ得置クヘキモノナレハナリ

第二、**私犯及ビ准私犯**、此點ニ於テハ本條ノ例外ハ一般ニ通用スヘキモノナリ或ハ契約ノ如キ法律的所爲ノ既ニ其以前ニ存在セルヲ認ムル私犯及ビ准私犯アリ即チ任意附託ノ侵犯ノ場合ノ如キ是ナリ此場合ニ於テハ**侵犯ノ事實ハ固ヨリ證人ヲ以テ之ヲ證明スルヲ得然レトモ附託契約ノ存在ハ證人ヲ以テ證明スルヲ得ス如何ントナレハ附託者ハ此契約ノ證トシテ一ノ書證ヲ取り置クヲ得ヘカリシ故ニ初メヨリ之ヲ存シ置カサル可ラス**

第三、**必須ノ附託**、附託ノ目的物件ニシテ假令ハ火災、崩壞、奪取、破船等ノ時ノ如ク必然ノ滅失ヲ免レシムル爲メ他ニ爲スベキノ途ナク已ムヲ得ズ附託セラレタル時ハ此附託ヲ必須ノ附託ト云フ(千九百四十五條羅馬法ニ所謂ユル不幸ノ場合ノ附託)デポジタム、ミセラビレ是ナリ斯ノ如キ附託ヲ爲スニ當テヤ其時ノ事情ハ附託者ヲシテ

其證書ヲ存シ置クノ餘裕アラシムルモノニ非ズ○第千三百四十八條第二ハ旅人カ旅舎ニ於テ爲シタル附託モ亦タ必須ノ附託ト同一ニ見做セリ然レトモ此場合ニ於テハ書證ヲ得ベカラサルハ有形上ニアラス法律ハ無形上得ル能ハザルヲ見テ己ニ足レリトスルモノナリ如何ントナレバ旅舎カ旅人ノ附託物ヲ預ルハ極メテ夥多ナルカ故ニ一々書證ヲ付與セシムルカ如キハ非常ノ手數ヲ要シ非常ニ困難ナルヘケレハナリ

第四證書ヲ記スルヲ得可カラサル不虞ノ事件ノ際ニ約シタル義務例ヘバ敗軍逃走ノ際ニ友人ニ金員ヲ貸シタル場合ノ如キ是ナリ

二 天災或ハ事變ニ依ル證書ノ滅失

〔百五〕 此場合ニ於テ人證ニ依ラントスル者ニ何等ノ過失モ存セサルトキハ亦タ等シク人證ノ禁止ヲ免除セラルヘキナリ蓋シ彼既ニ證書

ヲ作リテ法律ノ命令ニ從ヒタルモノニシテ今ヤ其證書ヲ呈出スルヲ得サル有様ニ陥リタリト雖モ是レ全ク天災ノ結果ニシテ其如何トモスル能ハサル所ナリ
然レトモ其實行ヲ要求スル事件ヲ證人ニ依テ證スルヲ許容セラル、ノ前ニ於テ其第千三百四十八條第四ニ規定セル場合ニ在ルヲ證明スルノ義務アリ此豫證ハ一切ノ方法ヲ以テ之ヲナスヲ得ヘク而シテ此證據ハ皆ニ天災又ハ事變ヲ證明スルヲ以テ足レリトセス尙且ツ證書ノ嘗テ存在シタリシト及ビ是等ノ事變ニヨリテ其滅失セルヲ證明セザルベカラズ

第三款 推測

〔百六〕 第一千三百四十九條ニ曰ク「推測とは法律若くは裁判官が一個の知れたる事實より一個の知れざる事實に引致する結果を云ふ」ト此故ニ推測トハ一個ノ確實ナル事實ヨリ結果ヲ引クニアリ則チ推測ハ一個ノ歸納推理ナリ是ヲ以テ已知ノ事實ニ基キ歸納推理ノ方法ニ依テ法律又ハ裁判官ノ下セル未知事實ノ斷定ヲ稱シテ推測ト云此定義ヲシテ明カナラシムル爲メニ予ハ今一例ヲ示サン債主ニシテ私署證書ノ正本ヲ任意ニ負債主ニ渡シタルハ法律ハ此債主ヲ以テ辨濟ヲ受ケタル者又ハ辨濟ヲ受クルノ權ヲ拋棄シタル者ト推測ス(千二百八十二條)此場合ニ於テ既知ノ事實ハ債主權ヲ證明スル證書ヲ債主ガ任意ヲ以テ負債主ノ手ニ渡シタル事ニシテ而シテ未知ノ事實ハ則チ義務者ノ免除是レナリ然ルニ通常債主タル者ハ辨濟ヲ受ケ又ハ之ヲ受ルノ權ヲ拋棄シタル時ニ非ザレバ其債權ヲ負債主ニ渡スモノニ非

ルヲ以テ右ノ事實ヨリシテ證書ヲ己レノ手ニ有スル負債主ハ辨濟又ハ義務ノ釋放ニ依テ免除セラレタル者ナリトノ結果ヲ引クハ能ク論理ニ合スルノ事ト云フベシ夫レ然リ此論法即チ之ヨリ生スル心裡ノ判定ハ彼ノ所謂ユル推測ヲ構成スルモノナリ

此點ヨリ觀ル時ハ一切ノ證據ハ悉ク推測ナルガ如シ如何トナレバ總テ證據ハ確乎タル一個ノ事實ニ基キ以テ諍訟セラル、事實ノ確實ヲ斷スルニ在レバ也故ニ例ヘバ書證中ニ一個ノ未知事實アランカ此文書ニ基キテ諍訟ノ目的タル未知事實ノ眞正ヲ心裡ニ斷スルヲ得ベシ然ラバ則チ推測ト他ノ證據方法ノ間如何ナル差異アルヤ他ノ證據方法ニ在テヤ歸納推理ハ迅速ニシテ殆ト之ヲ觀察スルノ速アラズ特ニ自認及ビ書證ニ於テハ此心裡ノ現象ハ著シキモノナリ此故ニ之ヨリ來ル證據ヲ稱シテ直接ノ證據ト云フ之ニ反シテ推

測ノ場合ニ於テハ歸納推理ノ作用ハ之ヲ觀察スルヲ容易ニシテ其
 推測ノ至緊至要ノ原素ヲ構成スルハ蓋シ是ガ爲ナリ○推測ノ場合
 ニハ推理長ク且ツ難キノ度高キト等シク其完全ナルノ度ハ甚タ低
 シ他ノ證據方法ハ心意上ノ正確ヲ生セシム其唯タ心意上ナリ如何
 トナレバ法學上ニ於テハ彼ノ數學ニ於テ計算ノ與ヘ又理學ニ於テ
 實驗ノ與フル如キ絕對的ノ正確ヲ得ンコト到底期シ難ケレバ也而
 シテ推測ヨリシテ心裡ニ生スル^{コソウイケン}思量ハ前者ニ比シテ其力更ニ弱シ
 是レ唯タ普通ニ生スル所ヲ標準トシテ單ニ實ニ近シト思ハシムル
 ハ、^{ハ、}ニキエーシヤス曰ク「推測ハ普通ニ生スル事實ニ基テ之ヲ立ツ」ト
 法典ハ推理ヲ爲シタル者法律自身ナルト裁判官ナルトニ從ヒ推測ヲ
 類別シテ法定推測及ビ非法定推測ノ二者トセリ此類別タルヤボチエ
 ノ爲シタル當然ノ推測及ビ單ナル推測ノ區別ト全ク相合スルモノナ

リ(第八百四十)

第一節 法定推測

第一項 定義

〔百七〕 第一千三百五十條第一項ハ之ガ定義ヲ下シテ曰ク「法定推測とは
 特別の法律に依り或る所爲又は或る事實に附したる推測をいふ」ト
 此制限的ノ語句ハ則チ法律ノ特別ナル規定ニ依ルニ非サレバ法定推
 測アラズ又且ツ此推測タル右法律ノ特定セル事實ニ基クニ非サレハ
 生セシムル能ハサルヲ示スモノナリ夫レ然リ故ニ法定推測ノ本然
 ノ性質ハ全ク嚴格ニ解釋スベキモノタリ法律ノ規定セサル場合ニハ
 同一ノ理由存スルモ之ヲ敷衍スルヲ得ズ又縱令ヒ一層有力ノ理由ニ

ヨルモ之ヲ爲スヲ能ハズ

立法者ハ此定義ヲ下シタルノ後其二三ノ適例ヲ掲ケタリ第千三百五十條ハ附記シテ曰ク則ち左の如し

第二所爲の性質のみに因り法律の規定に背きて爲したりと推測せられたりとして法律の無効とせる所爲假令ハ第九百十一條ハ無能力者ノ利益ニ爲シタル一切ノ贈與ヲ無効トシタル後尙ホ法律ノ認メテ仲介人ナリトスル或ル親戚ニ爲サレタル贈與ヲモ等シク無効トセリ是レ實ニ一個ノ推測ナリ如何トナレバ或ル親戚ニ爲サレタル贈與ナル一個ノ已知事實ヨリシテ此贈與ハ其實無能力者ノ爲メニ爲サレタルモノナリトノ未知ナリシ事實ヲ推究斷定スレバナリ且ツ此推測ハ法定推測トス如何トナレバ此結果ヲ引クモノハ法律ナレバ也尙ホ九百十八條及ビ千百條ヲ見ルベシ

第三或る特定の事情よりして所有權若くは免除生したるものと法律の定むる場合假令ハ獲得時効ハ長ク引續キタル占有ヨリ法律ノ引キ來ル所有權ノ推測ニ基クモノナリ又免除時効ニ至テモ一定ノ年限間債主ノ請求ヲ爲サルヨリ法律ノ引キ來ル免除ノ推測ニ基クモノナリ(二千二百十九條○尙第千二百八十二條及ビ第千二百八十三條第千四百〇二條第千九百〇八條ヲ參照スベシ
 第三法律が既判事件に附する効力此法定推測ハ甚タ重大ナルモノナルヲ以テ予ハ特ニ之ヲ後段ニ述ブベシ

第四法律ガ對手の自認又は其誓に附する効力第千三百五十條ノ末段ナル此規則ハ全ク立法者ノ不注意ヨリ來レル結果ナリ自認及ビ誓ハ單ニ法定推測ニ非ズ否彼ノ書證又ハ證人證據ト等シク真正ノ證據ナリ第千三百十六條ハ明ニ其然ルヲ認メタリ

第二項 法定推測ノ證明力

〔百八〕 第一千三百五十二條第一項ニ曰ク「法定推測は其利益を受くる者に一切の證據を免除を」ト法定推測ハ自ラ一個ノ證據ヲ組成スルガ故ニ一切ノ證據ノ代用ヲ爲スアルシアガ推測「ブレゾンプション」ナル語ハ豫メ取ルノ意ナル「プレシユメン」ト云ヘル羅甸語ヨリ來ルノ解ヲ爲セルノ語モ亦蓋シ此點ニ基クモノナリ曰ク「豫メ即チ未ダ他ノ證據ニ依テ證明セラレサルノ前ニ於テ事物ヲ眞ナリトシテ採取ス」シユミツト「プロヴエロ、ブレ、イド、エスト、アンテクム、アリヨンド、プロベチユール」ト蓋シ推測ハ一個ノ事物ヲ未ダ他ノ方法ニ依テ其證ヲ得ザルノ前ニ眞正ナリトシテ取ルモノナリ

然リト雖モ固ヨリ法定推測ニ助ヲ求メント欲スル者ハ此推測ノ存

在ノ爲メニ法律ノ定ムル一切ノ要件具備スルヲ證セサル可ラズ故ニ予若シ獲得時効又ハ免除時効ヲ申立ンカ予ハ取戻ノ請求ヲ受ケタル物件ヲ法律ニ定メタル年限間占有シタルヲ又ハ予ガ義務ノ發生シタル後已ニ時効ニ十分ナル時間ヲ經過シタルヲ證セサル可ラズ又或ハ既判事件ノ効力ヨリ生スル推測ヲ申立シカ予ハ既判事件アル事ヲ證セサル可ラズ要スルニ是レ一般通則ノ適用タルニ過キズ蓋シ訴ヲ爲ス者ハ凡テ其請求又ハ抗辨ノ理由トスル事實ノ正確ヲ證明スルヲ要ス

〔百九〕 法定推測ハ證ヲ爲スモノタルヲ己ニ明ナリ唯如何ナル點ニ迄其證ヲ爲スモノナルヤ法庭ニ提出セラレタル各個ノ場合ニ於テ法律ニ爲シタル推理ハ正確ナラザルヲ證スルヲ得ルヤ尙ホ之ヲ換言スレバ法定推測ハ反證ヲ以テ之ヲ攻撃スルヲ得ベキヤ否ヤ蓋シ反證ヲ

許スノ推測ト之ヲ許サザルノ測推アリ前者ハ之ヲ「ジュリス、タントム」ノ推測譯者曰ク此羅句語ハ之ヲ佛蘭西語ニ譯スルスラ己ニ能ハズ况ンヤ日本語ニ於テヤ故ニ唯原語ヲ存スト稱シ後者ハ之ヲ「ジュリス、エツト、デ、ジュレ」ノ推測ト稱ス(同上)此不當ノ名稱ハ習慣ノ付シタル所ニシテ其淵源ハ第十六世紀ノ慣行ニ在ルガ如シ而シテ其文字上ノ意義ニ至テハ到底之ヲ示スト能ハス、ソハ兎モ角モ、右ニ掲クルニ大別ハ全ク第千三百五十二條ヨリ來ルモノナリ同條第二項ニ曰ク「法定推測を基礎とし法律が或る處爲を無効とし又は訴權を排斥せる時は法律が反證を許すの外及び誓並びに法庭自認に關して規定せらるべき所の外此推測に對して何等の證據をも許さざ」ト故ニ法律ハ唯ダ絶對無上ノ證明力ヲ有スル法定推測ヲ列擧スルニ止メタリ此列擧タルヤ制限的ナリ如何トナレバ反證ヲ許スハ原則上當然ノ規定タリ(訴訟法二百

六十五條參照)故ニ其他ノ法定推測ハ總テ反證ヲ許スモノタルヲテ斷セサル可ラズ且ツ此反證ハ一般通則ニ規定セル一切ノ方法ニ依テ之ヲ爲ストテ得ベキナリ

蓋シ右ニ述ル如ク反證ヲ許ス推測ハ通則ナルガ故ニ予ハ唯ダ反證ヲ許サザル推測ヲ論スレバ則チ可ナリ

此種ノ推測ハ兩個ノ場合ニ存在ス

第一 法定推測ヲ基トシテ法律ガ或ル所爲ヲ無効トスル時 此ニ規定スル法律上ノ事實又ハ所爲ハ則チ所爲ノ性質のみに因リ法律の規定に背きて爲したりと推測せられたりとして法律の無効とせる所爲ナリ(千三百五十條第二)

第二 法定推測ヲ基トシテ法律ガ訴權ヲ排斥シタル時 嚴正ニ論スルルハ決シテ法律ハ訴權ヲ排斥スルヲナシ如何ナル場合ニ於テモ裁

判所ニ訴權ヲ提起スルヲ得ルモノナリ第千三百五十二條ハ被告ニ於テ裁判官カ訟求ノ基礎ヲ審査スルコトナクシテ請求ヲ倒スニ足ルノ抗斥ヲ提供スル權利ヲ有セル場合ヲ指シタルモノナリ今其例ヲ掲ケバ既判事件ノ効力ニ基ク推測及ヒ時効若クハ債主ガ負債主ニ爲シタル私署證書正本ノ任意ノ交付ヨリ生スル推測ノ如キ則チ是ナリ(千三百八十二條)

法定推測ヨリ來ル證據ニシテ反證ヲ以テ破ルベカラザルハ唯右ニ述ベタル場合ニ止ルモノナリ

〔百七〕 此絶對無上ノ證明力ニハ兩個ノ場合ニ於テ例外アリ是レ蓋シ通則ニ復歸スルモノニ外ナラス

甲 法律ノ特ニ反證ヲ許セルル之ヲ基トシテ法律ガ或ル所爲ヲ無効トスル推測ニ關シテ斯ノ如キ例外ハ更ニ其適例ヲ見出ス可能

ハズ而シテ之ヲ基トシテ法律ガ訴權ヲ排斥スル推測ニ至テハ資産ニ關スル法律中唯第千二百八十三條ノ一例アルノミ

乙 之ニ對シテ法律ガ反證ヲ許サレルジュリス、エツト、デ、ジュレノ推測ハ推測ノ利益ヲ受クル者ノ自認若クハ決審ノ誓ニ依テ之ヲ覆スヲ得ベシ故ニ假令バ予ガ地位ハ此、ジュリス、エツト、デ、ジュレノ推測ノ保庇スル所トナリ之ニ對シテ法律ハ何等ノ反證ヲモ許サストセン此場合ニ當テヤ君ハ尙ホ法定推測ノ正確ナラサルヲ證スルニ兩個ノ方法ヲ有セリ或ハ予ガ自認ヲ誘發スルヲ得ベク或ハ君ハ予ヲシテ決審ノ誓ヲ爲サシメ而シテ予之ヲ爲ストヲ拒ミタル時ハ此拒辭ニ依ルヲ得ヘシ是レ第千三百五十二條ノ末段ニ及ビ誓并ビハ法庭自認に關して規定せらるべき所の外ト云ヘル多少不明ノ語ニ予輩ガ附スル解釋ナリ是レ且ツ至當ノ斷定ト稱スベシ此兩個ノ證

據方法ハ其性質上縱令ヒ彼ノ推測ニシテ絶對無上ノ證明力ヲ有ス
ルモ尙ホ是ヲ破毀スルヲ得可ヤモノナリ如何トナレバ其爲メニ推
測ヲ設ケラレタル者自ラ或ハ對手ノ權利ヲ特ニ自認シ或ハ誓ヲ爲
スヲ拒ムヨリ生スル暗黙ノ自認ニ依リ法定推測ノ正確ナラザルヲ
確認スレバナリ

然リト雖モ右ノ自認及ビ誓ヨリ生スル高等ノ證據ニ一〇個ノ必要ナ
ル制限アリ何ソヤ曰ク此證據ハ秩序公安ヲ基礎トスル法定推測ニ
對シテハ全ク効力無キト是ナリ而シテ彼ノ既判事件ノ効力ニ附セ
ラレル推測ノ如キ則チ此種類ニ屬ス
予輩ハ今ヨリ此ノ推測ノ一ヲ詳論セン

第三項 既判事件ノ効力ニ基ク推測

〔百十一〕 予輩ガ左ニ論セント欲スル推測ハ第一千三百五十條第三ニ之
ヲ規定シ古來「既判事件ハ真正ト認ム」レスジュデカタ、プロヴエリタテ、
ハベチユールナル語ヲ以テ之ヲ言明セリ然リト雖モ其「既判事件ハ眞
正ナリ」レス、ジュデカタ、ヴユリタ、エストト謂ヘルニ非サルヲ記憶スベ
キ也蓋シ裁判ハ或ハ眞正ニ反スルヲ決シテ有リ得ベカラザルノ一ニ
非ズ裁判官ト雖モ錯誤ナキヲ能ハズ又其本分ヲ怠ル、一無キヲ保セ
ズ然リト雖モ幸ニシテ我諸裁判官ノ學識ト公平ノ保證アルト且ツ上
訴ノ途存在スルトニ依テ斯ノ如キ裁判言渡ハ實ニ至少ノ例外ナリ故
ニ十中ノ九以上裁判官ノ判決ハ眞理ノ發表ナルベシ法律ハ之ニ基キ
テ終ニ一個ノ推測ヲ立テ而シテ此推測ヤ所謂ユル「ジュリス、エツト、デ、
ジュレ」ニシテ之ニ對シテ反證ヲ許サス彼ノ第一千三百五十二條第二項
ニ曰ク「法定推測を基礎とし法律が〔中略〕訴權を排斥する時は〔中略〕此推

測ニ對して何等の證據をも許さず」下彼ノ既判事件ヲ以テ眞正ナリトスル、推測ノ如キ則チ此種ノ推測ナリ蓋シ此推測ニ基キ法律ハ一旦已ニ判定セラレタル事項ヲ再ビ諍訟セントスル訴訟者ノ訴權ヲ排斥スレバ也而シテ茲ニ訴權ヲ排斥スト云ヘルハ若シ此訴訟人ニシテ同一目的物件ニ關シ已ニ勝訴ヲ得タル對手ヲ相手取り後日更ニ訴ヲ爲サシカ對手ハ此新訴訟ニ於テ勝利ヲ得ルニハ既判事件ノ効力ヲ申立テ即チ已ニ諍訟ヲ裁判シタル法庭判決ノ効力ヲ申立テ既判事件(レイジュデカイ)ノ抗辨ヲ爲スヲ以テ足り裁判官ハ訴訟ノ是非ヲ審査スルヲ要セサルノ言ヒナリ新訴訟裁判官ノ爲スベキ所ハ原告請求ノ當否ヲ決スルニ在ラズシテ此事件ハ已ニ曾テ一個ノ裁判ニ依テ決セラレタルヤ否ヤヲ知ルニアリ而シテ已ニ判決ヲ經タルモノナランカ裁判官ハ此訴訟ヲ排斥セサル可ラズ、右ノ規定タル實ニ至當ニシテ然ラサルヲ得

サレモノナリ若シ之ニ反センカ既ニ判決ヲ經タル事件常ニ法庭ニ諍訟セラレ得ベキガ故ニ訴訟ハ底止スル所ナカルベシ此ノ如キハ常ニ社會ヲ紊亂シ秩序ヲ破壊スルモノナルノミ又法律ノ既判事件ニ附シタル効力ハ同一ノ訴訟ニ關シテ數個ノ裁判ノ符合セサルヨリ生スル不都合ヲ豫防スルノ功アリ蓋シ斯ノ如キハ法庭ノ威嚴ヲ損スル是ヨリ大ナルハナシ而シテ裁判官ト雖モ錯誤ナキヲ保シ難キガ故ニ此既判事件ノ効力ハ訴訟各個ニ付テ論スレバ時トシテ不正ヲ遂ケシムルノ憾ナキニ非スト雖モ私益ハ公益ノ爲ニ默セサル可ラス碩儒ボール曾テ曰ク「一事件ニハ一個ノ訴權アルノミニシテ且ツ之ガ局ヲ結ブ唯一個ノ裁判アルノミ然ラスンハ訴訟ノ夥多ナルカ爲メニ殆ト如何トモスベカラザルノ困難ニ陷ルヘシ又况ンヤ特ニ數個ノ裁判ニシテ互ニ矛盾スルカ如キ時ニ於テヤ」(デジエスト)ト

第一 既判事件ノ効力ヲ有スル裁判

〔百十三〕 一個ノ裁判ニシテ既判事件ノ効力ヲ有スルニハ兩個ノ要件ヲ備フルヲ要ス

甲 其裁判タルヤ訴訟裁判權ニ出ルヲ必要トス即チ之ヲ換言スレハ一個ノ争訟ヲ斷定スルモノタルヲ要ス彼ノ養子ヲ許可シ或ハ分配又ハ親族會議ノ意見ヲ可認シ或ハ法庭賣買ニ公賣ヲ決スル裁判ノ如キ請願裁判權ニ出ル裁判ハ此既判事件ノ効力ヲ有セス斯ノ如キ斷定ハ其外見上裁判ノ如キモ寧ろ單純ナル處分ノ價值ニ止ルモノト云フヘシ

乙 本案ノ裁判タルヲ要ス故ニ本案ニ先ツノ裁判即チ豫備假定。或ハ本案豫定ノ裁判ハ既判事件ノ効力ヲ有スルヲ無シ○然レモ亦
タ本案ノ裁判タル一事ヲ以テ足レリ未タ一切上訴ノ途絶ヘタルヲ

必要トセス且ツ故障控訴ノ如キ普通上訴ト上告ノ如キ非常上訴トノ間ニ區別スルヲナシ而シテ本案ノ裁判ハ其下サレタル時ヨリ直チニ假リノ効力ヲ有シ普通上訴ノ方法ニ依テ攻撃セラル、ノ時ニ至ラサレハ此効力ヲ失ハス彼ノ上訴ニシテ上告ナルハ其以後ト雖モ尙ホ此効力ヲ保有スルモノナリ一個ノ裁判ニシテ何等ノ上訴ニ依ルモ攻撃スル能ハサル時ニ至リ始メテ之ヲ稱シテ確然既判事件ハ効力ヲ得タリト云フ

〔百十三〕 尙ホ注意ヲ爲スヘキ緊要ノ一點アリ既判事件ノ効力ハ裁判ノ全部ニ附セラレタルモノニ非ズガタレシアンノ或ル法律ニ曰ク「裁判官ノ言未タ必ズシモ悉ク既判事件ノ効力ヲ有スルモノニ非ス」コトデツクスト既判事件ノ効力ヲ有スルハ獨り斷定部分ノミニ止ルヲ以テ原則トス故ニ資格若クハ理由ノ如キハ此力ヲ有スルヲ

無シ然リト雖モ此等ノ部分ハ縱令ト既判事件ノ効力ヲ有セサルモ
 斷定部分ヲ解釋シ其範圍ヲ定ムルニハ之ニ據ルヲ得又據ラサル可
 ラス故ニ假令ハ裁判ハ唯之ニ干與セル訴訟人相互ノ關係上ニノミ
 効果ヲ有スト云フカ如キ何人カ果シテ訴訟ニ與カレルヤハ資格ヲ
 閱覽シテ始メテ之ヲ決スルヲ得ヘシ又一方ニ在テハ既判事件ノ効
 力ハ訴訟人等ガ爲シタル終結ノ申立ノ目的タル點ノミニ止ルモノ
 ナリ此區域外ニ於テハ裁判官ハ何等ノ職ヲ有セス彼若シ之ヲ越ヘ
 ンカ是則チ越權ノ所爲ナリトス既判事件ハ正ニ諍訴ノ點ト相等シニ
 故ニ一個ノ裁判ノ効果如何ナル點ニ迄及ブベキヤヲ定ムルニハ等
 シク資格中ニ掲出セラレタル終結ノ申立ニ依テ斷定部分ヲ督スル
 ヲ要ス(訴訟法第四百十一條)

猶且ツ既判事件ノ効力ハ斷定部分全体ニ附セラレタルニ非ス之ヲ

有スルハ唯ダ判決セラレタル點ノミニ止ル單ニ記載的ニ示サレタ
 ル事項ニハ決シテ此ノ如キ効力アラス假令ハ今一個ノ裁判ハ債主
 ノ請求ニ依リ負債主ニ對シテ利息ノ辨濟ヲ爲スベキノ言渡ヲ爲セ
 リ而シテ其元金ハ單ニ之ニ記載セリ此場合ニ於テ右ノ裁判ハ元金
 ノ額ニ關シ既判事件ノ効力ヲ有スルモノニ非ズ如何トナレハ此間
 題ハ法庭ニ於テ諍訟セラレサリシヲ以テ也○尙前段第十五號ニ於
 テ證書中ナル附從ノ記載ニ付テ説キタル所ヲ參照スベシ

第二 既判事件ノ要件

〔百十四〕 既判事件ノ効力存スルニハ三個ノ要件備ハラザル可ラズ而
 シテ此要件ハ第一千三百五十一條ニ列擧セリ同條ニ曰ク「既判事件の効
 力は裁判の目的とする事項に關してのみ存するものとす請求の事件同
 一なる事、請求同一の原由に基く事、請求の同一の訴訟人間に同一の資

格を以て同一の訴訟人より同一の訴訟人に對し生じたる事を要す」ト
 此法文タル全ク羅馬ノ學說ヲ移シ來レルモノニ過ギズ「ヂジュスト法
 典ニ曰ク「凡ソ此抗辨(既判事件ノ抗辨)ヲ爲シ得ベキヤ否ヤヲ知ラント
 欲セバ先ツ訴訟ノ目的同一ナルヤ否ヤ、請求ノ理由同一ナルヤ否ヤ又
 且ツ訴訟者同一ナルヤ否ヤヲ見ルベシ若シ此要件ニシテ其一ヲ缺カ
 ンカ其請求ハ全ク異リタルモノナリ」ト
 「百十五」第一要件 目的物件ハ同一ナルト、法文ハ「請求の物件同一
 なる事(中略)を要す」ト言ヘリ夫レ一個ノ請求ノ目的トハ人此請求ヲ爲
 シテ得ント欲スル直接ナル法律上ノ利益ヲ云フモノニシテ是レ蓋シ
 其實行ヲ要求スル權利ニ外ナラサルナリ而シテ召喚狀中之ヲ指示セ
 サル可ラズ然ラザレバ則チ此召喚狀ハ無効ニ歸ス(訴訟法六十一條)
 既判事件ヨリ生ズル推測ヲ申立テ、十分ノ成功ヲ見ルニハ第二ノ訴

訟ニシテ已ニ前裁判ノ決定シタルト同一ナル權利ヲ認ノシムル爲メ
 ニ提起セラレタルトヲ要ス之ヲ例センニ今一個ノ裁判ハ予ガ「イ」ナル
 家屋ノ所有者ナラサルトヲ判定シタリト假定セン此裁判ハ決シテ予
 カ同一ノ人ニ對シ「ロ」ナル家屋ヲ取戻スノ妨トナラサルト固ヨリ論ナ
 シ請求權利ノ目的タル物件相異ルガ故ニ權利モ亦從テ必然相異ルモ
 ノナリ又予ハ一個ノ不動産ノ所有權ヲ請求シ而シテ予ハ收訴ニ歸シ
 タリト假定セシ其後ニ至テハ予ハ更ニ君ニ對シテ同一不動産上ニ用
 收權ヲ請求センカ君ハ決シテ予ニ反抗スルニ既判事件ノ効力ヲ以テ
 スルヲ得サル也又或ハ單ニ一個ノ債主權ノ利足ノ辨濟ノミヲ目的ト
 セル訴訟中ニ於テ予ハ敗テ取リシトセンニ此裁判ハ予カ後日ニ至テ
 元金ノ返濟ヲ請求スルヲ妨クルモノニ非ス猶ホ或ハ予ハ一個ノ土地
 ニ通行權ヲ有スルトナシト裁判セラレンカ予ハ尙ホ同一ノ地上ニ他

ノ地役權ヲ請求スルヲ得ルモノナリ

予ハ左ニ目的物件同一ナルノ要件備ハレル場合ヲ示スヘシ假令ハ予ハ君ニ對シテ二萬フランノ債主權ヲ有スト主張シ其中已ニ請求ノ期限ニ至レル一萬フランヲ請求シ而シテ此請求ハ予ガ債主權ヲ否認スル裁判ニ依テ排斥セラレタリトセンカ予ハ更ニ訴ヲ起シテ予ガ主張スル債主權ノ殘額ヲ請求スルヲ能ハサル也又予若シ一個ノ獸群ヲ取戻サント欲シテ敗訴セバ其後ニ至リ右ノ獸群ヲ組成セル獸ハ各個ニ付テ之ヲ見ルルハ前者ト異ルニモセヨ此同一ナル獸群ノ所有權予ニ在リト爭フヲ得ス右兩個ノ場合ニ於テ予ガ訴權ノ直接ノ利益トスル所ハ已ニ前裁判ニ於テ予ニ屬セズト判定セル一個ノ債主權又ハ所有權ヲ是認セシムルニアルモノナリ

右ノ第一要件ヨリ生スル困難ヲ斷スルニ從フベキ規則ハ左ノ如シ曰

ク總テ第二ノ請求ニシテ其目的ハ故ヲ以テ裁判官ヲシテ或ハ前裁判ニ反スルカ或ハ唯全ク之ヲ慥ムルカ兩者必ス其一ヲ取ラサル可ラサラシムルルハ此請求ハ之ヲ排斥スベシ

〔百十六〕 第二要件 原由同一ナルト、法律ハ請求ニシテ同一ノ原由

ニ基クテ要スト云ヘリ是レ羅馬諸學者ノ所謂ユル「請求ノ同一原由」ニエ

アデム、コーザ、ベテンヂナルモノナリ
請求ノ原由トハ請求ノ目的タル利益若クハ權利ノ適法ノ基礎ヲ構成スル法律上ノ事實ヲ云フ是レ物權ト人權トニ論ナク主張セラレタル權利ノ基本其發生ノ因由ニシテユルピアンノ所謂ユル「請求ノ起源」是ナリ今予ハ一個ノ不動產予ニ賣渡サレタルヲ理由トシテ君ニ對シ其請求ヲ爲セリ然ルニ此賣買ハ所有者ナラザル者ニ依テ「アドミン」爲サレタルガ故ニ無効ナリトノ理由ヲ以テ予ガ敗訴ニ判決セラレタ

リ其後ニ至リ予ハ同一ノ人ニ對シ又同一ノ不動産ニ關シ予ガ遺贈若クハ贈與ニ依リ其所有者タルヲ申立テ之ヲ認求センカ予ガ此新認求ハ既判事件ノ抗辨ニ依テ排斥セラルベキニ非ズ又之ト等シク對人訴權ノ原由ハ債主ガ執行ヲ認求スル義務ヲ生セシメタル法律上ノ事實ナリ故ニ假令ハ予ハ君ニ對シテ曾テ一萬フランヲ貸與セルヲ理由トシ其辨濟ヲ認求シ而シテ予若シ敗訴センカ予ハ更ニ新タナル權原ヲ申立テ即チ或ハ君ハ賣買ノ代價トシテ右ノ金員ヲ予ニ負ヘルヲ申立テ、同一ノ金額ヲ認求スルヲ得ベシ尙ホ且ツ第二認求ノ基礎トスル法律上ノ事實ニシテ第一認求ノ基礎タリシ事實ト同一ノ性質ナル時ト雖モ若シ此事實タルヤ第一ノ裁判以後ニ至テ始メテ生シタルモノタルト請求者ノ終結ノ申立ニ依テ明カナランカ此場合ニハ既判事件ヨリ生スル推測存在スルトナシ是レ古人ノ所謂ユル「後發ノ原由」

(コーザ、シユベルヴニエレス)ナルモノ、ミ蓋シ新認求ノ原由相類スルヲ以テ足レリトセズ必ズヤ全ク同一ナルヲ要ス

予輩ノ考フル所ニ依レバ原由ノ同一ナルヤ否ヤヲ定ルニハ決シテ直接ノ原由及ビ間接ノ原由(コーザ、プロクシマ、アクシヨニス、コーザ、レモタ)ナル區別ニ憑リ而シテ兩訴權ノ直接ノ原由同一ナルニ非ザレバ此要件備ハラズト斷ズベカラズ第二ノ認求ニシテ異ナリタル原由ニ基カンカ此原由ハ法律上ノ關係ノ點ニ於テ間接ノ原由ナリト認ムベキニ過キストスルモ既判事件ノ効力ハ存在スルモノニ非ズ予ハ左ニ一ニノ例ヲ掲ケテ之ヲ解説セン予ハ證人中ノ一人ノ未了年ナリシヨリ來ル法式ノ瑕疵ヲ原由トシテ一個ノ遺囑ノ無効ヲ請求シタリトセン此場合ニ於テ予ガ認求ノ目的ハ證書ノ無効ニ在リ而シテ其原由如何ト問ヘバ則チ直接ナルモノハ法式ノ瑕疵ナリ

ト雖モ此原由ニハ證人ノ未丁年ト謂ヘル原由アリ是レ第二ノ原由ナリ若シ予ガ此訟求ニシテ排斥セラレンカ假令ハ一人ノ證人佛蘭西人ナラサリシ等ノトニ依リ他ノ法式上ノ瑕瑾ヲ原由トシ同一遺囑書ノ無効ヲ請求スルヲ得ヘキヤ直接ノ原由ハ常ニ法式ノ瑕瑾ニシテ全ク同一ナリ然レモ第二ノ原由ハ相異リ第二ノ請求ニ在テハ證人中ノ一人外人タリシト是ナリ予輩ハ信ス既判事件ヨリ來ル推測ハ此新訟求ニ對シテ反抗セラル、ヲ得ズト○又予ハ予ガ承諾ノ詐欺ノ爲メニ與ヘラレタルヲ理由トシ予ガ干與セル契約ノ無効ヲ訟求センカ直接ノ原由ハ承諾ノ瑕瑾ナリ然レモ此承諾ノ瑕瑾自体ニモ亦タ詐欺ナル原由ノ存スルアリ若シ詐僞ニ基ク予ノ訴權ニシテ排斥セラレンカ予ハ尙ホ予ノ承諾ハ履行ノ爲メニ強キラレタルヲ理由トシ同一契約ノ無効ヲ請求スルヲ得ヘキヤ予ハ然ラズト答

フベキノ理ナキヲ信ス如何トナレバ不能力ノ理由ヲ以テ同一契約ノ無効ヲ訟求シ得ヘキハ一般ノ認ムル所ナレバ也論者ハ曰ク民法ノ主義ニ從ヘバ不能力ハ承諾ノ瑕瑾ト全ク異リタル無効ノ原由ニシテ訴權ノ直接ノ原由同一ナラズト然リト雖モ此純然タル理論上ノ區別ハ實ニ一般原由ノトヲ記セル第一千三百五十一條ノ法文ト此點ニ關スル大則トニ反スルモノナリ夫レ既判事件ノ効力ニシテ新訴ヲ排斥スルハ唯此新訴ニシテ全ク前裁判ノ決定セル點ヲ目的トスルノ時ニ止ル故ニ予輩ガ今論スル要件ニ關シテハ新訴ノ基ク所ハ曾テ訴訟者終結ノ申立ノ目的タリ且ツ辨論ノ上裁判官ガ判定ヲ下シタル原由ト同一ナルヲ要ス然ルニ予ガ右ニ掲ゲタル場合ニ於テハ裁判官ハ遺囑ノ有シ得ヘキ法式上ノ一切ノ瑕瑾若クハ契約ニ存シ得ヘキ承諾ノ一切ノ瑕瑾ニ關シテ裁判セルニ非ズ唯タ訴訟者

ガ其審理ニ附シタル一個ノ瑕疵ヲ判決セルノミ故ニ第二ノ訴訟ニ於テ裁判官タル者他ノ瑕疵即チ他ノ無効ノ理由存在スルヤ否ヤヲ審判スル焉ンゾ不可ナルベケンヤ新裁判ハ前裁判ニ反對スベキニ非ズ又之ヲ慥ムベキニ非サル也

〔百十七〕 訟求ノ理由ト之ヲ鞏固ナラシムル爲メニ提供スル^{モアイヤン} 憑據トテ混同スベカラズ憑據トハ依テ以テ訴訟ノ基礎タル法律上ノ事實ノ存在ヲ證セントスル證據及ビ論據ヲ云フモノナリ同一ノ要求ヲ爲スニモ種々ノ憑據ヲ用ユルヲ得ベシ第一千三百五十一條ハ唯理由ノヲ記リ故ニ法律ハ既判事件ノ効力ニ關シテハ憑據ノ異同ニ依テ其間ニ區別ヲ爲スモノニ非ズト斷スルヲ要ス是ヲ以テ訟求ニシテ同一ノ理由ニ基カンカ縱令ヒ其憑據新タナルモ之ヲ排斥セサル可ラズ例ヘバ貸金ノ辨濟ヲ訟求シテ一人ヲ相手取り而シテ此債主權ノ存在ヲ證スル

爲メニ人證ヲ用ヒテ而シテ敗訴ニ歸シタリトセンカ再ビ書證ニ依テ之ヲ證明シ以テ同金員ノ返還ヲ訟求スル能ハサルナリ又事實又ハ權利ノ論據ニ至テモ同一ナリ一旦之ヲ提出スルヲ怠リシ者ハ之ガ爲メニ更ニ新訴ヲ起スヲ得ズ凡ソ一個ノ訴訟ニ勝ヲ制スル爲メニ提出シ得ベキ憑據ノ數ハ更ニ限リナキヲ容易ニ吾人ノ知り得ベキ所ニシテ若シ憑據ノ新タナル爲メニ既判事件存セズトセバ決シテ既判事件ナルモノアリ得ベカラサル也且ツ夫レ訴訟辨論ヲ爲スニ先ツテ一切ノ證據ヲ蒐集シ一切ノ論據ヲ考究セサリシ者ハ自ラ過失ナシト謂フヲ得サルヘシ〔訴訟法第四百八十條第十ヲ參照スヘシ〕

〔百十八〕 第三要件 同一ハ人 第一千三百五十一條末段ニ曰ク〔訟求の同一の訴訟人間に同一の資格を以て同一の訴訟人より同一の訴訟人に對し生じたることを要す〕ト

目的ノ同一及ビ理由ノ同一ナル前兩要件ニシテ備具スルルハ第二ノ訴訟ニ依テ起サレタル問題ハ前裁判ニ依テ決セラレタル問題ト同一ナリト云フヲ得ヘシ即チ「同一問題」ニアデム、クエスチヨナリトス然リト雖モ是未タ以テ既判事件ノ効力アラシムルニ足ラス尙ホ同一ノ問題ニシテ同一訴訟人ハ間ニ起リタルヲ要ス之ヲ例センニ予ハ甲並ニ乙ナル兩人ノ相續人ヲ殘シテ死シタル人ニ對シニ「五フラン」ノ書入質アル債主權ヲ有スト主張シ予ハ書入質ノ執行ニ依リ甲ニ對シテ二萬フランノ辨濟ヲ請求シ而シテ予ハ敗訴ニ歸シ甲ト予トノ間ニ下タサレタル裁判ハ予カ主張スル書入質權ノ存在セサルヲ決セリ此場合ニ於テ予ハ尙ホ同一金額ノ辨濟ヲ乙ニ對シテ請求スルヲ得ヘク乙ハ既判事件ヨリ來ル法定推測ヲ以テ予ニ抗スルヲ得ス請求ノ目的原由共ニ同一ナリト雖モ此請求タル同一訴訟人間ニ生シタルモノニ非

サル也(ボチエ第九百〇六)

之ニ由テ之ヲ觀レハ既判事件ノ効力ハ全ク關係的ニシテ此點ニ於テハ大ニ契約ニ似タリト云フヘシ裁判ノ効果ハ關係セル訴訟人間ニ止ルヲ猶ホ契約ノ効果ハ契約者間ニ限レルト同シ(一千六百六十五條)或人々ノ間ニ爲サレ又ハ判定セラレタル事項ハ他人ニ益セス又之ヲ害セス

然レトモ人ノ同一ハ其法律上ノ同一ニシテ決シテ有形上ノ同一ニ非ズ之ヲ換言スルルハ第二ノ訴訟ハ第一ノ訴訟ト同一ノ法律上ノ人間ニ生セルヲ要ス而シテ有形ノ人同一ナラサルモ尙ホ法律上ノ人ハ同一ナルヲ得ヘシ例ヘバ相續人ノ如キ其原權者ト法律上同一ノ人タリ代理者ノ資格ヲ以テ事ヲ爲スルハ代理者ハ被代理者ノ法律上ノ人格ヲ受タルモノタリ羅馬ノ法學者ハ此觀念ヲ稱シテ「同一人格」ニ

アデム、コンヂシヨ、ベルソナラムト云ヘリ

〔百十九〕 法律上同一ノ人タルニハ左ノ諸項ヲ必要トス

第一 其間ニ第二ノ訴訟起リタル訴訟者ニシテ第一ノ訴訟ニ自ラ關シタルカ或ハ少ナクモ代表セラレタルヲ

自ラ第一ノ訴訟ニ關セサルモ尙ホ代表セラレタル者トハ如何ナル人ヲ云フヤ

是レ第一ニ右ノ訴訟ニ關シタル者ノ承權人ヲ包ムト更ニ契約ノ時ト異ルヲナシ而シテ予證ハ私署證書ノ確定日附ノヲ述ルニ當リ承權人ノ學理ヲ詳述シタルガ故ニ再ヒ之ヲ喋々スルノ要ナシ(前段第四十六乃至第四十八ヲ參照スベシ)唯タ既判事件ノ効力ニ關シ是ヨリ生スル實際ノ結果ヲ示スベシ○凡ソ一人ノ利益ニ若クハ其不利益ニ爲サレタル裁判ハ其日附ノ如何ヲ論セス、其一般名義ノ承權人ノ利益ニ若

クハ不利益ニ爲サレタル者ト看做サル、モノナリ而シテ此一般名義承權人中ニハ正當相續人不規則相續人一般又ハ一般名義ノ受遺贈者又ハ受贈者ヲ含有ス彼特定名義承權人ニ至テハ原權者ノ利益又ハ不利益ニ爲サレタル裁判ニシテ此承權人ノ手ニ存スル特定權利ノ獲得以前ニ爲サレタルモノニ非サレハ反抗セラル、ヲ得ズ

次ニ代理人ニ依テ訴訟中ニ列ナリタル人々ナリトス(委任ヲ爲シタル者ハ己レ自ラ爲シタルニ同シ)此原則ハ獨リ契約上ノ代理ニ適用スルノミナラズ尙モ法定代理及ビ裁判上ノ代理ニモ等シク適用ヲ受ク故ニ例ヘバ幼者ノ後見人タル者後見人タルノ資格上其利益又ハ不利益ニ一個ノ裁判ヲ受ケタルハ此裁判ハ幼者ニ對シテ既判事件ノ効力ヲ有スベシ又其權利ノ範圍内ニ於テ其妻ノ財産管理人トシテ訴訟ヲ爲シタル夫ノ利益又ハ不利益ニ下サレタル裁判ニ至テモ同一ナリ又

倒産ノ諸債主モ同シク其裁判上ノ代理人タル^{ヤシク}總代ニ依テ代表セラル
、モノナリ

第二 訴訟人同一ノ資格ヲ以テ訴ヲ爲ス

此故ニ他人ノ代理人トシテ前訴訟ニ與カランカ此資格ニ於テ其利益
又ハ不利益ニ爲サレタル裁判ハ決シテ同一ノ請求ヲ自己ノ名義ヲ以
テ自己ノ爲メニ更ニ提起スルノ妨トナラズ然リト雖モ亦タ反對ノ點
ニ於テ被代理人ハ之ヲ爲スヲ得ス如何トナレバ己ニ前段ニ述タル
如ク法律上自ラ訴訟中ニ關シタル者ト看做サル、ヲ以テ也

第二節 非法定推測

〔百二十〕 當然又ハ法定ノ推測ニ對稱シテ人爲若クハ人ハ推測ト名ツ
クル此種ノ推測ハ裁判官ガ訴訟事項ノ眞正ヲ斷スル爲メニ已知ノ事

實ヨリ引キ來ル結果ヲ云フモノナリ(千三百四十九條)

第千三百五十三條ハ此證據方法ヲ用ユルヲ得ル場合ヲ指示セリ曰
ク法律に依て定めたる推測は裁判官の知識と注意とに放任す裁判官
は法律の人證を許す場合のみに於て且つ重要、正確、適合の推測に非ざ
れば爲す事を得ず但し所爲にして詐欺を理由として難撃せられたる
時は此限に在らずト

此故ニ兩個ノ條件ヲ必要トス

第一 裁判官ハ法律ノ人證ヲ許ス場合ニ非サレバ人爲ノ推測ヲ爲ス
ヲ得ズ是レ實ニ其背犯ハ上告ノ理由タルベキ規則ナリ立法者ガ斯ノ
如ク證人ノ證據ト單ナル人爲推測トノ間ニ立テタル密接ノ關係ハ彼
ノ證人證據ノ使用ヲ制限セル規則ヲ補充スルニ必要ノモノタリ若シ
裁判官ニシテ如何ナル場合ニ於テモ一般ニ單ナル推測ニ依リテ確信

ヲ定ムルヲ得ルトセンカ人民ハ此口頭證據ト甚タ相類スル證據方法
ヲ頼ミテ屢百五十ヲラン以上ノ法律上ノ所爲ニ關シテ證書ヲ作ルノ
必要ナシト信スベク從テ確證ナキ諍訟ノ數ハ非常ニ夥多ナルベシ斯
ノ如キハ實ニ法律ノ深ク厭フ所ナリ

單ナル推測ハ法律ノ證人證據ヲ許容スル場合ニ非サレバ用ユルヲ
許サズト記シタル後第千三百五十三條ハ附記シテ曰ク但し所爲に
して詐欺を理由として難撃せられたる時は此限にあらずト解釋者
ハ皆曰ク此一段ハ不當且ツ無用ノモノニシテ宜シク之ヲ除キ去ル
ベシト此一段ヲ以テ本條ノ全体ト合シテ之ヲ解スルハ此一
段ノ意タル蓋シ詐欺ノ場合ニ於テハ證人證據ハ之ヲ許サズト雖モ
單ナル人爲推測ハ之ヲ證明スルニ用ユルヲ得ベシト云フニ在ルガ
如シ然ルニ此ノ如キ規則ハ到底之ヲ解スルヲ得ズ蓋シ第千三百四

十八條ノ明文ニ依ルニ書證ヲ得ルヲ能ハザル場合ニ於テハ證人證
據ヲ許スモノナルガ故ニ詐欺ハ證人ニ依テ證明スルヲ得ルヲ固ヨ
リ疑フベキニ非ズ要スルニ本條ノ末段ハ之ヲ立法者ノ不注意ニ歸
スルノ外ナキ也

第二 裁判官ハ重要、正確、適合ノ推測ニ非サレバ爲スヲ得ズ

重要 即チ甚ダ眞ニ近キ推測ニシテ而シテ以テ確信ヲ定ムルニ足
ルノ力アルモノヲ云フ

正確 諍訟事實ニシテ已知事實ト直接ノ關係アルヲ要ス

適合 即チ推測數個アルハ其間互ニ相反セサルヲ云フ然レドモ之

ニ基キ唯ダ一個ノ推測ニテハ十分ナラズト斷定スベカラズ推測ハ

彼ノ人證ト等シク其力ヲ量ルベシ其數ヲ算スベキニ非ズ證人ノ數

一人ニ止ラバ、全ク證人ナキニ等シラスチス、ユニユス、デスチス、ニユ

リユス)ト云ヘル昔時ノ格言ハ近世法學上ヨリ排斥セヲレタリ
推測ノ有スル價值ノ認定ハ全ク裁判官ノ良心ニ專屬シ法律ノ犯ス
所ハ唯タ勸告タルノ價值ヲ有スルニ過キズ裁判官ガ用ヒタル推測
ノ重要、正確及ビ適合セルヤ否ヤノ一點ハ全ク事實ノ問題ニシテ決
シテ上告ノ理由タル能ハサル也

第四款 本人ノ自認

〔百二十一〕 證據ナル文字ヲ哲學的ニ且ツ廣汎ナル意義ニ解シ眞實ヲ
確認セシムル凡百ノ方法ヲ包含スルモノトナストキハ自認モ亦一
ノ證據ナル一更ニ疑アル可カラズ唯ニ證據ノ一ナルノミナラズ又
證據中無上ノモノナリトスモノシヤス曰ク「自認ハ總テノ證據中最

モカアルモノナリ」ト此故ニ往時ノ二三論者ガ唱導セル說ノ如キハ
到底語言上ノ空論タルヲ免レズ其說ニ曰ク自認ハ證據ニ非ズ何ト
ナレバ自認ニヨリテ利スル者ハ別ニ如何ナル證據ヲモ舉グルノ要
アラザレバナリト果シテ斯說ノ如クナランカ其直接ノ結果ハ當ニ
總テノ證據方法ヲ非認スルニアル可シ彼ノ公吏立合ノ證書ト云ヒ
法定ノ推測ト云ヒ之レニヨリテ利スル者ヲシテ均シク舉證ノ責任
ヲ免レシムルニ非ズヤ
法律規定上ヨリ觀ルトキハ自認ハ他ノ證據方法ト同一ノ性質ヲ有
スルモノニシテ第千三百十六條ハ事ノ眞實ヲ證明スル爲メニ法律
ガ其使用ヲ許セル種々ノ方法中ニ自認ヲ列記セリ加之ノミナラズ
尙ホ此點ヨリ觀察スルトキハ自認ハ總テ他ノ證據方法ト殊別ナル
一ノ證據ニシテ就中推測トハ全ク相同ジカラズ第千三百五十條第

四項ヨリシテ幾分ノ疑ヲ起ス可シト雖ドモ決シテ同視ス可キモノ
ニ非ズ(上文第百〇七ヲ見ル可シ)斯ノ如ク自認ヲ以テ獨立ノ證據ト
スルモノハ證據篇ニ於テ法典篇述ノ順序ニ付テ見バ極メテ明瞭ナ
ル可ク立法者ハ本篇ヲ數款ニ分チテ書證人證及ビ推測ニ於ル如ク
自認ニ亦格段ナル一疑ヲ設ケテ之ヲ規定セリ

第一項 自認ノ大意

〔百二十二〕 一般ノ意義ニ解スルトキハ自認ハ一人ノ者が自己ニ不利
益ナル或ル陳述ヲ眞實ナリトスル總テノ承認ナリ然レドモ法律ハ敢
テ此意義ヲ探ラズシテ更ニ格段ナル意義ニ自認ノ語ヲ用ヒタリサレ
バ今法律ニ基キテ正確ニ自認ノ定義ヲ下サンニ即チ自認トハ一人ノ
者ガ自己ニ利益ナル法律的结果ヲ生ズ可キ性質ノ事實ヲ眞實ナ

リト承認シ及ビ自己ニ取リテ事ハ確實ニ付キ責ヲ負フモノトシテ承
認シタル陳述ヲ云フ

自認ハ一ノ陳述ナリ此故ニ一方ノ主張スル事實ニ付テ他ノ一方ガ
更ニ之ニ答應セザルモ概シテ之ヲ以テ自認アリト見做スコナシ然
レドモ若シ事實訊問若クハ代認人設立ニ付テ裁判官ヨリ説明ヲ要
ムルアルモ更ニ之ニ應ゼザルトキハ其無言ヲ以テ自認ニ出テタル
モノト解スルヲ得可シ(訴訟法三百三十條)

陳述ハ事實ノ上ニ爲シタルモノナルヲ要ス此故ニ訴訟人ガ陳述ニ
ヨリテ法律上云云又ハ云云ニ決ス可キモノナリト承認スルモ決シ
テ自認アリト云フ得ズ是レ唯法律ノ意味ニ關シテ自己ノ説ヲ述ベ
タルモノニ外ナラス抑モ法律ヲ適用スルニ當リテ之ヲ解釋スルノ
役目ハ一人ニ屬スルモノニアラズ此目的ヲ以テ法規ニ適ヒ組織

セラレタル權即チ司法權ノ有スル所ナリ

陳述ハ又一方ノ者ガ自認シタル事實ヨリシテ己レニ反抗セサル可キ證據ヲ生ゼシムルノ意思ヲ以テ爲シタルモノナルヲ要ス此故ニ一方ノ者ガ其請求若クハ抗辨ヲ援ケンガ爲メニ爲シタル陳述ハ決シテ自認ト見做スヲ得ズ是レ元ト辨護ノ方法ニ外ナラサレバ其性質上ヨリ見ルモ陳述ヲ爲シタル者ニハ自己ニ反對シテ之ヲ申立ツルノ意思アリト云テ得ズ

自認ハ一方ハ所爲ニシテ其成立ニハ唯々之ヲ爲シタル者ノ意思アルヲ要スルノミ此故ニ自認ニ由リテ利ス可キ者ノ承諾ハ自認ノ効力ニ要スルノ條件ニ非ズシテ自認ノ全力ハ之ニ伴ナフ眞實ノ推測ヨリ來ルモノナリ

〔百二十三〕 第千三百五十四條ニ曰ク一方の者に對抗せらる可き自認

には法庭外に於てするものと法庭に於てするものとありト

法庭外〔エキストラ、ジュヂシヨム〕ヨリ來ル訴訟ノ外ニ於テト云フ義ナリノ自認トハ裁判官ノ面前ニ非ズシテ爲シタルモノヲ云フ

第千三百五十六條第一項ニ曰ク法庭の自認とは一方の者若くは其特別代理人が裁判所に於て爲すの陳述を云ふト

法庭ノ自認ノ成立ニハ二箇ノ條件ヲ具備セザル可カラズ而シテ此二條件ハ自認ヲ組成ス可キノ要素ニシテ苟モ此二條件ヲ備ヘサルモノハ悉ク法庭外ノ認自ト見做サ、可カラズ

甲、法庭ノ自認ハ其手續ノ如何ヲ問ハス訴訟内ニ於テ爲スモノナリ而シテ或ハ口頭タルヲ得可シ即チ訟庭ニ於テ任意ニ明言シ若クハ裁判官ノ訊問ニ應シテ答ヘタルモノナリ或ハ又書面ニ出ルヲ得ル可シ即チ訴訟ノ際ニ於テ通達セシムル訴訟書類中ニ記載シアルモノナ

右ニ陳ル所ヨリシテ數箇ノ結果ヲ生ズ可シ

一、勸解應ニ於テ爲シタル自認ハ法庭ノ自認ニ非ス何トナレハ勸解ハ訴訟ノ以前ニ於テスルモノニシテ訴訟ノ一部分ヲ爲スモノニ非レハナリ或者ハ之ヲ難ジテ曰ク斯ノ如キ自認ハ法官ノ性質上ヨリシテ裁判所ニ於テ爲シタル自認ト同様ノ擔保アリテ均シク安全ナルモノナリト然レトモ均シク安全ナリトテ之ヲ以テ訴訟内ニ爲シタル自認ト云フヲ得ス論者ノ言ハ唯此等ノ場合ニ生シタル自認ニ其有ス可キヨリハ一層大ナル證據力ヲ賦セント欲スルモノニ外ナラザルナリ

二、書狀内ニ爲シタル陳述ハ假令訴訟ノ日限中ニ一方ヨリ他ノ一方ニ爲シタルモノト雖ドモ法庭外ノ自認ニ過キス法庭ノ自認ハ訴

訟ニ際シテ陳述シタルノミカ宜シク又其法庭内ニ於テ陳述シタル

モノナルヲ要ス可シ

三、民事訴訟ニ關シテ行政官ニ差出シタル請願書中ニ記載セル陳述モ亦タ前ト同シク法庭外ノ自認ト見做サ、ル可カラス

四、之ニ反シテ仲裁人ノ面前ニ爲シタル陳述ハ法庭ノ自認ヲ組成ス可シ

乙、法庭ノ自認ハ之ヲ提供シタル訴訟内ニ於テ爲シタルモノアルヲ要ス自認ハ諍訟事件ノ判決ニ供スル爲メニ爲シタルモノナレハ其事件外ニ自認ノ効力ヲ及ボサシメバ全ク自認者ノ意思以外ニ出ルニ至ラン猶既判事件ノ効力ニ於ル如ク自認ノ効力モ亦關係的ノモノナリトス此故ニ一ノ訴訟内ニ爲シタル自認ヲ他ノ訴訟ニ於テ提供スルトキハ唯ニ第三者ニ對スルノミナラス雙方ニ取リテモ亦僅ニ法庭外

ニ於ル自認ノ價值ヲ有スルニ過ザル可シ

第二項 自認ヲ爲スノ能力

〔百二十四〕 總テ他ノ法律的ノ事實ノ如ク自認モ亦能力者ニ出ルニ非レバ有効ナラス然レトモ其効力トハ果シテ如何ナルモノヲ云フニヤ抑モ自認ハ其効果トシテ自認者ノ地位ヲ損ス可ク又訴訟ノ失敗ヲ來シ得可キモノナレハ原則上自認ヲ爲ス者ハ論争ノ目的物ヲ處分スハキ能力ヲ有セザル可カラズ此故ニ未丁年者、治産ノ禁ヲ受ケタル者又ハ許認ヲ得サル有夫ノ婦ニ對シテ自認ヲ反抗スルヲ得ズ加之ノミナラズ例ヘバ後見人ノ如キ法定ノ代表者ガ爲シタル自認モ亦代表者ノ權限ヲ超エザル管理ニ屬スル自己ノ所爲ニ付テ爲シタル自認ニ非サレバ無能力者ニ對シテ反抗スルヲ得ズ

同一ノ原則ヨリシテ代理人ノ爲シタル自認ハ之ヲ爲ス爲メニ特別ノ權限ヲ付與セラレタル場合ニ非レハ委任者ニ對抗スルヲ得ズ第千三百五十六條第一項之ヲ明言セリ尙第千九百八十八條ヲ參照ス可シ契約者双方ノ爲メニ裁判所ニ於テ事ヲ處スルノ任ヲ帶ビタル代人并ニ使丁ニシテ其事件内ノ事實ニ關シ自認ヲ爲ストキハ依頼者ノ委任アルニ由ルモノト推測ス可シ從ツテ依頼者ハ自認ノ拘束ヲ免カルヲ得ズ然レドモ依頼者ハ又否認ト稱スル格段ナル訴訟手續ニ由リテ右ノ自認ヲ無効トナスヲ得可シ訴訟法三百五十二條乃至三百六十二條○代言人ノ爲シタル自認ハ全ク之ニ反シ固ヨリ何ノ價值ヲモ有スルナシ何トナレバ代理人ハ一方ヲ代表スル者ニ非ズシテ其顧問人タルニ過ギザレバナリ然レドモ若シ代言人ヲ助援スル代認人ニシテ代言人ノ口ニ出デタル自認ヲ取消サル時ハ代證

人ノ無言ニヨリテ其自認ヲ自己ニ出テタルモノト看做スコトニ實際定マレリ從ツテ代證人ニ對シテ否認ノ訴訟ヲ爲スニ非レバ又自認ノ効果ヲ消滅セシムルヲ得ズ

第三項 自認ノ證據力

第一 法庭ノ自認

〔百二十五〕 法庭ノ自認ハ之ヲ爲シタル一方ノ者ニ對シテ完全ナル證據タル可シ第千三百五十六條第二項ニ曰ク〔其自認(法庭ノ)ハ之を爲したる者に對して十分の信ありトす〕ト加之ノミナラズ法庭ノ自認ハ總テノ證據中最モ斷定力アルモノナリ〔最モ證明力アル證據〕トハ古來常ニ認ムル所ナリ此故ニ自認シタル事實ハ必然不變ノモノト爲シ其自認ニ由リテ利ス可キ一方ノ者ハ別ニ他ノ方法ヲ假リテ其事實ヲ證明

スルノ要ナカル可シ裁判官自身モ亦自認ニ符合シテ判決ヲ下サル可カラズ

然レドモ此證據力ハ絶對的ノモノニ非ズ予輩ハ今ヨリ此證據力ノ及ボス可キ範圍ヲ正確ニ定メザル可ラズ

第一ニ右ノ證據力ハ多クノ例外ノ爲メ制限セラル可シ其内一二ハ明ラカニ法律ニ規定アリ即チ財産分離ニ關シテハ夫タル者ノ自認ヲ無効ト爲スガ如キ是レナリ(訴訟法八百七十條其他ノ例外ハ訴訟ノ權利ノ性質ヨリ生スルモノニシテ即チ一般ノ秩序ニ關スルノ故ヲ以テ處分スル能ハサル權利ノ上ニ爲シタル自認ハ更ニ價值ナシトス例ヘハ現存者ノ相續ニ付テ有スルヲ得可キ未定ノ權利ノ如シ又法律ニ於テ承認ヲ禁シタル事實ヲ自認スルモ均シク無効ノモノトス姦夫姦婦ノ子ニ對シ若クハ近親相姦ノ子ニ對シテ其父タル

ヲ自認スル如キ是レナリ

法庭ノ自認ハ又二個ノ重要ナル制限ニ由リテ其信力ヲ減殺セラル
可シ第一ノ制限ハ法定ノ自認ハ之ヲ爲シタル者ニ對シテ分ツテ得
サルト云フヨリ來リ第二ハ或條件ニ由リテ自認ヲ取消スヲ得ルヨ
リ生スルモノナリサレバ予輩ハ今ヨリ法庭ノ自認ノ分ツ可カラザ
ルヲ及ヒ之ヲ取消ヲ得ルヲニ付テ逐一ニ論究セザル可カラズ

甲 法庭自認ノ不可分

〔百二十六〕 第一千三百五十六條ハ其第二項ニ於テ自認ハ之ヲ爲シタル
者ニ對シテ十分ノ信アリト規定シ次デ其第三項ニ附記シテ曰ク「其
自認ハ其者(自認者)ニ對して之を分つを得ず」ト

斯ノ如ク僅々一小句ニ過ギザルモ是レ法律學中ニアツテ最モ困難
ヲ極ムルモノ、一ナリトス予輩ハ本題ヲ諒解スルノ容易ナランガ

爲メニ左ノ二問題ヲ掲ケテ逐次ニ之ヲ討究論決ス可シ第一、如何ナ
ル場合ニ於テ自認ハ分ツ可カラサルヤ第二、自認ハ分ツ可カラスト
ノ原則ヨリ生ス可キ結果如何

〔百二十七〕 第一問題 如何ナル場合ニ自認ハ分ツ可カラサルヤ○右
ノ問題ハ第二問ニ先タチテ決ス可キモノニシテ第二問ヨリハ又一
層困難ニ議論多シ

自認ハ三ツノ場合ニ於テ之ヲ分ツテ得ス○第一、他ノ一方ノ者カ主
張スル事實ヲ其儘ニ自認シタル時○第二、前上ノ事實ヲ自認スルモ
ノナルモ尙ホ付帶ノ事狀ヲ陳述シ爲メニ其法律的ノ要素若クハ性
質ヲ變更シタル時○第三、自認シタル事實ハ主タル事實ト全ク異ナ
リト雖モ尙ホ又通常若クハ偶然ノ引續キトシテ主タル事實ニ付屬
シタルモノナル時○右三個ノ場合ハ自認ノ三種ニ對應スルモノニ

シテ前陳ノ順序ニ從ツテ言ハシ第一ハ即チ單純ノ自認、第二ハ變容ノ自認、第三ヲ復雜ノ自認トス是レヨリ三種ノ自認ニ付テ例ヲ掲ケテ之ヲ説明シ併セテ學理ニ照ラシテ之ヲ説明ス可シ

一、單純ノ自認○單純ノ自認ハ此第一問ニ關シテ如何ナル困難ヲモ呈スルコトナシ何トナレハ他ノ一方ノ者モ其請求若クハ抗斥ノ援ケトシテ主張スル事實ヲ其儘ニ自認スルモノナレハナリ予嘗テ君ニ貸タリシ五千フランヲ君ニ對シテ要求セシニ君ハ予ガ申條通りニ右ノ金額ヲ貸借ノ名義ニテ借用シ返済ノ義務アル旨ヲ自認セリ斯ノ如キ自認ハ必然分ツ可カラザルモノナリ

二、變容ノ自然○契約者ノ一方ハ利息附ニテ貸シタリト主張シ他ノ一方ハ貸借ノ名義ニテ金額ヲ受取りタル旨自認スルモ利息ノ約束ハ爲サ、リシト答ヘタリ即チ主タル事實ヲ自認スルモ其事實ハ

修正ニヨリテ法律的ノ性質ヲ變シタル者ナリ變容ノ自認モ亦單純ノ自認ト均シク分ツ可カラサルモノナリヤ然リ固トヨリ分ツ可ラス○第一純理ニ符合シタルノ斷定ナリ若シ予カ對手人ノ爲シタル陳述ニ付テ予ニ好都合ノ點ノミヲ取り縱マ、ニ其陳述ヲ分割スル如キ果シテ純理ニ叶フモノナリヤ是レ豈ニ對手者ノ言語ニ對手者ガ固トヨリ望マサルノ意味ヲ附スルモノニ非スノ何ソヤ○第二、古來ノ慣例ニ徵スルニ立法者ハ第一千三百五十六條第三項ニ於テ變容ノ自認ノ場合ヲ目的トシテ規定シタルモノナルコト明ナリ法典編纂者ノ先導者ニシテ又師範タルボチエハ此場合ニ於テ不可分ノ原則ヲ適用セリ○第三、最後ニ證據ノ一般ノ原則ニ從フモ亦此結果ニ歸着ス可シ變容ノ自認ハ主張シタル通りニ事實ヲ證明スルモノニ非ルガ故ニ第一千三百十五條ノ規則ニ準據セサル可カラズ從ツテ予

ハ他ノ方法ニ由リテ予ガ申立ノ基礎ヲ證明スルノ義務アル可シ
 三、複雑ノ自認○斯クノ如ク稱スル所以ハ予輩ガ既ニ云ヘル如ク
 自認中ニ二個ノ相異ナル事實即チ主タル事實及ビ自認者ノ爲メニ
 一ノ抗斥ヲ創造ス可キ全クノ新事實アルニ由ルモノナリ複雑ノ自
 認ハ分ツ可カラサルヤ予輩ガ前ニ掲ゲタル法則ハ一ノ區別ニ由リ
 テ斯問題ヲ決ス可シ

甲、或ハ新事實ハ主タル事實ノ成立ヲ預測シテ主タル事實ノ尋
 常ナル引續キヲ爲スガ但シハ又其偶然ノ引續キ構成ス可シ此場合
 ニ於テハ新事實ハ主タル事實ヨリ生スル法律的ノ結果ヲ制限シ若
 クハ之ヲ不完全ナラシムルノ効果ヲ有スルモノナレバ決シテ之ヲ
 分割スルヲ得ズ斯ク分ツ可カラザルモノハ複雑ノ自認中ニ包含ス
 ル二箇ノ事實ノ間ニ親切密着ノ關係アルモ由ルモノナリ例ヘバ甲

ハ乙ノ債主ナリト主張セルニ乙ハ甲ガ請求スル負債ハ嘗テ存シタ
 リシ旨自認セリ然レドモ辨濟若クハ負債ノ釋放ノ如キ其以後ノ事
 實ニ由リテ負債ハ消滅シタリトカ或ハ又更改アリタル爲メ新負債
 之ニ代ハレル旨ヲ主張セリサレバ斯ノ如ク義務ノ構成ト消滅トハ
 其性質モ異ナリ時日モ互ニ同ジカラザルモ其目的物ニヨリテ互ニ
 相付着スルモノナリトス○右ノ説ハ第一ニ古來ヨリ一定セル法律
 上ノ慣例ニ基クモノニシテボチエモ亦自ラ其著義務論第八百三十
 三ニ於テ自認ノ分ツ可カラザル一例トシテ複雑ナル自認ノ最モ見
 易キ場合ヲ掲ゲタリ即チ負債ノ自認ニ辨濟ノ申立ヲ隨伴スルノ場
 合ナリメルランハ又佛國ニ於テ古來ヨリ實際ニ行ナヘル所ハ斯ノ
 説ナリシト確言セリ而シテトリボン管シヨールノ報告ニモ亦ボ
 チエト同一ノ例ヲ掲ケアルヲ見ルトキハ法典編纂者ガ斯學說ヲ採

擇シタルヲ十分證スルニ足ル可シ○第一千三百五十六條第三項ハ意
義ノ廣キ語ヲ用キタリ敢テ不可分ノ原則ノ適用ヲ唯一事實ニ付テ
自認シタルノ場合ニ限レルモノニ非ズ加之ノミナラズ又實際上ノ
道理ノ存スルアリ夫レ證書ノ以テ負債ヲ證明スルモノナキ負債主
ハ責ヲ免ルノ時ニ於テ受取證ヲ請求ス可キ筈アル可カラズ其レ然
リ焉ソ負債主ヲシテ善意ヲ以テ爲シタル複雜自認ノ犠牲タラシ
ム可ケン哉○最後ニ附托ニ關スル第一千二百九十四條ノ規定ハ相似
タル最強力ノ論據ヲ予輩ニ供スルモノナリ

乙、或ハ又主タル事實ヲ自認シタル者が主張スル新事實ハ其目
的ヨリスルモ將タ其性質ヨリスルモ主タル事實ト親密ノ關係ナク
シテ之レカ成立ヲ預測セシムルナシ例ヘバ甲ハ乙ニ對シテ辨濟ヲ
認求セルニ乙ハ負債ノ營テ存シタリシヲ自認セリ然レトモ乙ハ又

其負債ノ生ジタリシ以前若クハ以後ニ於テ獲得シタル債主權ニヨ
リテ義務ノ相殺アリタル旨ヲ同時ニ主張セリ斯ル自認ハ之ヲ分割
スルモ何ノ妨アルナシメルランノ如ク之ヲ分ツ可カラズトセン乎
是レ古來馴致シ來レル學說ニ背馳スルモノナリ羅馬ノ法學者モ既
ニ可分說ヲ探リ(アシエスト)ツチエツトノ書中ニモ均シク之ヲ明言
セリ更ニ被告が主張スル債主權ハ其負債ノ額ヲ超過スルモノト假
定セヨ反對說ハ正ニ被告ヲシテ原被兩造ノ所掌ヲ轉倒セシムルヲ
許スモノニアラズヤ○夫レ事實訊問中ニ包含スル種々ノ答辨ハ別
々個々ニ之ヲ詳決スルヲ得可シト云フモノ本問題ト同一ナル原則
ヲ適用シタルモノナリ然ラバ則チ相異ナル數箇ノ爭點ヨリ成ル證
訟ニ於テ其二三ノ爭點ニ付自認アリタリトセバ同一ノ論決ヲ下ス
可キト豈又無論ニアラズヤ

予輩ハ前段ニ於テ自認ヲ不可分ト見做ス可キ場合ヲ確定シ來レリ
今ヨリ不可分ノ原則ヨリ果シテ如何ナル効果ノ生ズ可キヤヲ見
トス

〔百二十八〕 第二問題

自認不可分ノ原則ノ範圍如何○予輩ハ此原則
ノ目的ニヨリテ原則ノ正確ナル範圍ヲ知ルヲ得ルナリ而シテ立法
者ガ右ノ原則ヲ設ケタル所以ハ舉證ノ責任ニ關シテ原被兩造ノ所
掌ヲ規定シタル彼第一千三百十五條ノ諸規則ヲ維持セント欲スルニ
アリ

變容ノ自認若クハ分ツ可カラザル複雑ノ自認アリタルトキハ主
ル事實ヲ申立ツル者ハ其事實ニ關シテ證據ヲ提起スルノ要ナシ然
レドモ自認ヲ爲シタル者モ主タル事實ニ附從シテ之ヲ變更ス可キ
自己ノ陳述ニ關シテハ均シク舉證ノ責任アルナシ何トナレバ自認

者ハ何處迄モ被告ノ地位ニ在ルモノナレバナリ否ラザレバ被告タ
ルノ地位ヨリシテ生スル利益ヲ自認者ニ剝奪スルモノナリ豈ニ斯
クノ如キノ理アラシク哉而シテ自認者ガ陳述ノ目的ニ主タル事實ヨ
リ生ズル法律的ノ結果ヲ變更スルニアルガ故ニ其對手人ハ證明ナ
シトシテ一概ニ陳述ヲ排斥スルコト能ハザル可シ

然レドモ分ツ可カラザルノ原則ノ効果ヲシテ是レヨリ以外ニ前進
セシムル如キハ却テ原則ノ性質ニ反ルモノナル可シ此故ニ第九百
十一條ニ於ル如キ法定ノ推測又ハ反對ノ證據ニ依リテ被告ノ附從
ノ陳述ヲ攻難スルノ權利ヲ主タル事實ヲ申立タル者ニ拒絕ス可カ
ラス若シ此權利ヲ拒絕セン乎被告ハ變更スル能ハサル一部分ノ自
認ヲ爲シ以テ預メ對手人ノ要辨ヲシテ完全ニ効ヲ生セサシムル
コト極メテ容易ナル可シ反對ノ證據ハ主タル事實ノ成立ヲ證明スル

ヲ得タルモノト同一ノ方法ヲ用ユルヲ得可キガ故ニ其主タル事實
ハ人證若クハ單純ナル推測ニ由リテ證明スルヲ得可キモノナリセ
ハ被告ノ陳述ヲ擊破スルニ當リテモ亦之レト同一ノ方法ヲ用フル
ヲ得可シ

乙 法廷ノ自認ヲ取消ス

〔百二十九〕 法律ハ第一千三百五十六條第四項ニ指定セル一個ノ場合ニ

於テ法定ノ自認ヲ取消ス₁テ許認セリ其文ニ曰ク其自認は事實上
の錯誤に因りて爲したることを證明するに非ざれば之を取消すを
得₂又法律上の錯誤を口實として之ヲ取消すを得₃ず

此故ニ自認ハ原則トシテ取消ス可カラサルモノナリ抑モ裁判所ニ
於テ陳述ヲ爲ス時ハ其言ヒタル₁又書シタル₂ニ付テ十分ノ注意
ヲ爲セル筈ナル可キモ若シ其事ニシテ事實ノ錯誤ヨリ生シタルモ

ノナルトキハ之ヲ取消スヲ得可シ例ヘハ君ハ予ニ對シテ訴訟ヲ提
起シ予カ父ノ取結ヒタル負債ノ辨濟ヲ請求シ予ハ君カ請求スル負
債ハ全ク父ガ有効ニ取結ヒタルモノナル₁テ承認セルニ其後ニ至
リテ相續ノ書類中ニ右負債ノ受取證ヲ發見セル場合ノ如キ是レナ
リ羅馬法ハ斯ノ如ク取消スヲ得ル所以ハ錯誤ニ基キテ事實ヲ自認
スル者ハ實際自認シタルモノニ非ルニ由ルト云ヘリ(チジエスト)然
レドモ又次₂其自認ヲ爲シタル者ガ法律ヲ知ラサルニ出テタルニ
非レバ₃追記セリ第一千三百五十六條モ亦事實ノ錯誤ト法律ノ錯誤
ノ間ニ同一ノ區別ヲ爲シ法律ノ錯誤ハ事實ノ錯誤ニ異ナリテ之ガ
爲メニ自認ヲ取消ス₄テ許サズ若シ自認ヨリ生スル法律的结果ヲ
知ラザリシノミテ理由トシテ自認ヲ取消スガ如キハ實ニ良心ノ解
スル能ハサル所ナリ(二千〇五十二條ニ比照ス可シ)例ヘバ正當相續

人が相続ノ遺産上ニ相続人ノ所爲ヲ組成ス可キ或ル事柄ヲ爲シタ
リト自認シタルニモ係ラズ其自認ヨリシテ相続ノ資力外ニ且ルモ
(ユルトラ、ヴィレス、シユクセツシヨニス)總テ先人ノ負債ヲ辨濟スル義務ヲ
生ス可キヲ知ラザリシ旨ヲ申立テ、自認ヲ取消サント欲スルモ全
ク徒勞ニ屬ス可キモノトス

〔百三十〕 法庭ノ自認ハ他ノ一方ガ之ヲ承諾セザル以上ハ隨意ニ取消
スヲ得可キモノナリヤ否ヤ積極論者ノ説ニ曰ク訴訟法第四百〇三
條ハ承諾アリタル願下ケニ非レバ確定ノ効果ヲ與フコトナシ又民
法第一千二百十一條第三項ニ據レバ義務連帶ノ暗黙ノ拋棄ハ承諾ア
ラザルカ若クハ承諾アリト見做サレザル以上ハ之ヲ取消ヲ得可キ
モノトスサレバ自認モ亦權利ノ拋棄ヲ組成スルモノナリ故ニ自認
ハ承諾アラザル以上ハ之ヲ取消スヲ得可シト○夫レ口頭自認ノ成

立若クハ其事柄ニ付テ全ク議論ヲ生ズルナカラシメント欲セハ宜
シク自認ニ現座シタル裁判官ニ自認ノ記載ヲ請フ可シトハ予輩モ
固ヨリ之ヲ認メ實際家ノ慣例モ亦斯手段ニ存ス然レドモ予輩ヲ以
テ見ルトキハ積極論者ノ言フ如ク上陳二條ノ規定ヨリシテ必然自
認ニモ暗黙ノ拋棄アリトノ結果ハ生スルモノニ非ズ抑モ前二ヶ條
ノ規定ハ權利ノ約束上ノ拋棄ニ係ルモノナルモ自認ハ全ク之レニ
異ナリ其實事實ノ單簡ナル是認ニ外ナラスシテ純粹ナル一方ノ所
爲ナリ決シテ約束ノ申込ニ非ズ而シテ自認ノ證明力ノ至大ナル所
以ハ必竟自認シタル事實ヲ攻撃スルコソ却テ己レノ利益タル可キ
者ガ之ヲ認メタルニ由ルモノニシテ若シ其自認ニシテ完全正實ノ
モノナラン乎獨リ自認アリタルノミニシテ能ク此至大ノ證明力ヲ
生ズ可シ既ニ然ラバ何ゾ此點ニ關シテ自認ニヨリテ利ス可キ者ノ

承諾ヲ須キンヤ之レアルモ將タ之レナキモ更ニ異動ヲ生ズ可キモ
ノニ非ズ事實ノ錯誤ヲ證明セバ以テ自認ヲ取消スヲ得可シ然レド
モ若シ自認ヨリシテ其自認シタル事實ノ單ナル證據ヲ得ント欲ス
ルニ非ズシテ約定上ノ棄權ヲ生ゼシメント欲スルトキハ承諾ナキ
以上此種ノ拋棄ヲ取消スヲ得可シトノ規則ニ從フモノニシテ承諾
ノアリタル後ニ於テ取消ヲ爲ス能ハザルモノトス

第二 法庭外ノ自認

〔百三十一〕 法典ハ唯證據ノ一問題ヲ決スルガ爲メニ法庭外ノ自認ニ
言及ボセルノミ故ニ之レヨリシテ論結スルトキハ法律ハ固ヨリ此自
認ノ證據力ヲ延ムルモ其證據力ヲ裁判所ノ認定ニ一任シタルモノ
ト云ハザル可ラズ誠ニ然リ法庭外ノ自認ハ法庭ニ於ルモノ、如ク公
ケナル場合ニ生ズルモノニ非ズ從ツテ安全ノ度モ亦更ニ少ナシトス

右ノ原則ヨリシテ兩種ノ自認間ニ左記ノ區別ヲ生ズ可シ

- 一、 法庭ノ自認ハ裁判所ニ於テ十分ノ信力ヲ有シ其自認ニヨリテ
利スル者ハ自認セル事實ニ付テ別ニ他ノ證據ヲ呈スルノ要アルナ
ク裁判官ハ其事實ヲ確實ノモノナリト認定セザル可ラズ之レニ反
シテ裁判官ハ場合ニ從ヒ法庭外ノ自認ヨリ生ジタル證據ヲ認容ス
ルモ或ハ之ヲ排斥スルモ全ク其權限内ニアリトス
- 二、 法庭ノ自認ハ之ヲ分ツヲ得ス法庭外ノ自認モ亦原則トシテハ
分ツ可カラザルモノナルモ是レ固ト法庭ノ規則ニアラズ從ツテ裁
判官ハ此規則ニ服從スルノ義務ナク其法庭外ノ自認ニ付テ下シタ
ル斷定ハ大審院ニ之ヲ上告スルヲ能ハサル可シ
- 三、 裁判所ハ更ニ事實ノ錯誤ノ有無ニ關セズシテ法庭外ノ自認ノ
取消ヲ許容スルヲ得可シ

〔百三十三〕 立法者ハ純然タル口頭ノ法庭外自認ヨリ生ズル證據ニ付テ規定ヲ下シ第千三百五十五條ニ於テ之ヲ記載セリ其文ニ曰ク「法庭外ニ於ける純然たる口頭自認の申立は人證を許さざる請求に付ては常に無効なりとす」ト

右ハ人證ヲ支配スル諸原則ヨリ生ズル一ノ結果ナリ若シ事實ヲ證明スルニ人證ヲ用フル能ハザル者ヲシテ其事實ハ對手者ニ於テ自認シタルヲ證明センガ爲メニ人證ニ依頼スルヲ得セシメシメテ法律ノ注意ハ正ニ徒勞ニ屬センノミ

第五款 誓

〔百三十三〕 誓トハ或ル事件ノ誠實ヲ表スル爲メ天帝ヲ證人トスル民

事上并ニ宗教上ノ行爲ヲ云フ故ニ誓ハ唯ニ確言スルニ比シテ尙一步ヲ進ムルモノト云フ可シ是レ本然天帝ニ援助ヲ請フニアリテ獨リ誓ヲ爲ス者ノ良心ノミナラス尙ホ其信仰心ニ訴フルモノナリ

〔百三十四〕 誓ハ訴訟中ニ之ヲ行フト訴訟外ニ之ヲ爲ストニヨリ法庭ノ誓又ハ法庭外ノ誓ト云フ而シテ法律ハ玆ニ只法庭ノ誓ノミヲ論セリ

〔百三十五〕 然リト雖法庭外ノ誓ニ付一言スベシ法庭外ノ誓トハ羅馬人ノ所謂「任意ノ誓」ジュスジュランダム、ヅチロントリヨムナリ此誓ヤ眞ニ任意ト云ヘシ何トナレハ之ヲ爲ス者ハ誓フベシトノ求ニ應スルノ責、毫モ之ナク誓ヲ爲シ又ハ反誓ヲ命スルノ義務アラサレハナリ民法ハ此法庭外ノ誓ニ付テハ別ニ規定スル所アラズ是蓋シ通常ノ契約ト區別アラサルガ故ナリ然レモ訴訟法第五十五條ニ於テ一個ノ著シキ例外ヲ示セリ即チ勸解ヲ開クノ際一方ノ者他ノ一方

ニ對シテ求メタル誓ノ場合ニ關セリ是レ未ダ訴訟ニ立チ入ラサル以前ナルガ故ニ眞ニ法庭外ノ誓ト云ヘキモノナリ斯ク論斷スル片ハ左ノ如キニ結果ヲ生スルニ至ラン○第一 第千三百六十一條ハ勸解者トシテ干與スル治安裁判官ノ面前ニ於テ宣誓ヲ拒絕スル場合ニ適用セス是蓋シ勸解ヲ拒ムニ外ナラサレハナリ○第二 前ノ如キ誓ヲ拒絕スル者ハ其後訴訟ヲ受理シタル裁判所ニ於テ法庭ノ誓ヲ要求セラレタルルハ何時タリトモ宣誓スルヲ得

【百三十六】 第千三百五十七條ニ曰「法庭の誓に二種あり○第一 一方の者が依て以て訴訟の裁判を決せしむる爲め他の一方に求むるもの之を決審の誓と稱す○第二 裁判官職權を以て訴訟の一方又は他の一方に命ずるもの是なり」ト後者ハ法學上ノ語ニテ之ヲ補足ハ誓ト云フ

第一節 決審ノ誓

【百三十七】 予輩カ前段ニ於テ掲ケタル法文ハ決審ノ誓ノ定義ヲ下シテ一方ノ者カ依テ以テ裁判ヲ決セシムルタメ他ノ一方ニ求ムルモノト曰ヘリ故ニ誓ハ或ル紛争ヲ決斷スルヲ以テ其目的トシ又其効果ト爲スモノナリ「誓ハ訴訟ヲ終結スルニ最良ノ方策ナリ」故ニ誓ハ和解ト相類スル處アリ「誓ハ和解ノ一種ヲ合誓ス」(チジエスト)

然リト雖此類似ヲ推シテ其端ニ走ス可ラス前陳スル法律ハ誓ヲ以テ和解ノ一種ニ過スト云ヘリ蓋シ眞ニ主要ノ二點ニ於テ和解ト異ナルモノアリ乞フ之ヲ辯セン第一和解ハ一ツノ契約ナルヲ以テ契約者双方ハ之ヲ爲スト爲サ、ルト一ツニ其意ニ任スト雖之ニ反シテ決審ノ誓ハ特ニ之ヲ求メラレタル者ノ自由ニ委ヌルモノニアラ

ス誓ヲ求メラレタル者ハ此請求ノ一事ニヨリテ訴訟ノ敗ヲ取ラサ
 ランガ爲敵手ニ對シ宣誓スル歟否ヲサレハ反誓ヲ求ムルカ必ず其
 一ヲ取ラザル可ラズ昔日羅馬ニ於テ之ヲ「必要ノ誓」デユスジュラン
 ドム、子セツサリヨムト稱セルハ蓋シ是カ爲ナリ第二和解ニハ契約者
 双方ニ於テ互ニ權利ノ讓與アル事ヲ想像セサルヘカラス然ルニ此
 讓與ナル元素ハ誓ノ制度ニ曾ツテ之ナギモノトス故ニ誓ヲ求ムル
 者ハ若シ其提供ニシテ承諾セラル、其ハ訴訟ニ全敗シ拒絕セラル
 、其ハ全勝ヲ得ベシ由之觀之決審ノ誓ハ和解ニ類スト雖其類似ヤ
 必ス親近ナラスシテ甚タ遠キノミ
 誓ノ所爲ハ複雜ナリ之ヨリ種々ノ事實ヲ生スベシ順序ヲ追テ次第ニ
 之ヲ論究セン而シテ先ツ生スル事實ハ誓ヲ爲サシムルニ是ナリ故ニ求
 誓ハ余輩ノ第一ニ研究スベキ所ナリ

第壹項 求誓

壹 法律上ノ性質

〔百三十八〕 決審ノ求誓ハ請求又ハ辨護ノ、未必條件アル拋棄ノ提供ヲ
 構成スルモノナリ

甲 求誓ハ之ヲ爲シタル者ニ於テ一個ノ提供タリ故ニ敵手ニ於テ
 之ヲ承諾セサル以上ハ何時タリトモ之ヲ取り消スヲ得ベシ又假令
 求誓ニ涉ルノ判決アリト雖此ノ判決ハ誓ヲ求メラレタル者ニ於テ
 承諾ヲ明言セサルニ於テ尙ホ之ガ取消ヲ爲スニ毫モ妨ナシ然レモ
 一方ニ於テ承諾スルノ意思ヲ表スルヤ忽チ契約ヲ構成スルヲ以テ
 誓ヲ求メタル者ハ最早其提供ヲ取り消シ得サルベシ第千三百六十
 四條ニ曰ク誓を求は又は之を反求したる者は敵手が其誓を爲すべ

き事を陳ふる時は最早之を取消すを得す」下

乙 求誓ハ訟求又ハ辨護ノ未必條件アル抛棄ノ提供ナリ實ニ誓ヲ求メタル者ハ其敵手ノ宣誓ナル條件全ク完成スルニアラサレハ己ノ訟求又ハ辨護ヲ抛棄セスト思惟スルモノナリ原告求誓者タラハ暗ニ若シ君余ニ金員ヲ借受セス或ハ辨償シタリト誓言スルニ於テハ余ハ君ヲ訴フルヲ止メン」下言フモノニシテ若シ又被告求誓者タランカ必ス云ハン「君ハ余ニ請求スル金員ヲ正ニ余ニ貸與セリト宣誓スルニ於テハ余ハ辨護ヲ爲サ、ルヘシ」トノ意ヲ現ハスモノナリ之ニ由テ單ニ敵手ヨリ誓ヲ爲スベキ旨ヲ陳述スルノミニテハ眞ノ宣誓ニハ相當セサルモノナリ故ニ若シ此陳述ヲ爲シタル者誓ヲ宣フル前死亡スルヲアレハ抛棄ニ附帶セシメシ未必條件完成セサルヲ以テ對手ノ權利ハ聊モ變狀アルヲナシ

第二 求誓有効ノ條件

〔百三十九〕 求誓ノ有効ニ必要ナル條件ハ訴訟者ノ能力訴訟ノ目的誓ヲ爲スベキ事件ノ性質誓ヲ爲ス時期ニ關係アルモノナリ

〔百四十〕 諍訟者ノ能力 法律ハ誓ノ「ニ付能力ニ關シテ更テニ規定スル所アラサ然レモ種々ノ原則アリ依リテ以テ之ヲ定ムルニ足ラン夫レ求誓ハ處分權ヨリ更テニ重大ナルモノナリ何トナレハ求誓ヨリ生スル損失ハ毫モ之ヲ償フモノアラサレハナリ其損失ヤ只ニ相當ノ報酬以テ之ヲ償フ能サルノミナラズ又贈與ノ場合ニ於テ存スル受贈者ガ償フベキ感恩ノ本分ノ以テ之ニ報ユルスラ之レ有ラザルナリ既ニ予輩ノ説ケル如ク誓ハ和解ノ一種ニシテ而モ通常ノ和解ヨリ更ニ危険ナルモノナリ如何トナレハ和解ヲ爲ントスル者ハ自ラ主張スル點中其二三ニ於テ失敗スルモ尙ホ依テ以テ他ノ點ノ利益ヲ確有スル

ヲ得ベシ然ルニ誓ヲ求ムル者ハ其權利ヲ全ク犧牲トスルヲ承諾スルモノナレハ唯和解ヲ爲ス如キ比ニ非ス即チ其訟求又ハ辨護ヲ拋棄スルモノナリ然ルニ法律ハ和解ニ關シテ特別ナル能力ヲ定メ和解ノ目的物件ヲ處分スルノ能力ノ外尙ホ或ル法式ヲ充ストチ必要トセリ(四百六十七條二千四十五條故ニ誓ニ於テモ和解ト同一ナル能力ヲ必要トスルハ蓋シ至當ノ一ナラン然ラハ則チ予輩ハ左ノ斷定ヲ爲スヲ得ベシ曰ク凡、決、審、ハ、誓、ヲ、求、ム、ル、ニ、ハ、讓、與、ヲ、爲、シ、得、ベ、キ、ハ、能、力、ハ、ミ、ナ、ラ、ス、尙、和、解、ス、ル、ノ、能、力、ヲ、有、セ、サ、ル、可、ラ、ス、ト、從、テ、又、諍、訟、ノ、目、的、ニ、付、和、解、シ、得、ル、ノ、人、ニ、對、ス、ル、ニ、ア、ラ、サ、レ、ハ、誓、ヲ、求、ム、ル、ヲ、得、サ、ル、一、當、然、ナ、リ、

右ノ原則ヨリ生スル二三ノ結果ヲ左ニ述フベシ

第一 後見人ハ縱令ハ單純ナル管理ノ所爲ニ付テ起ル訴訟中ト雖
 凡、第、四、百、六、十、七、條、ニ、於、テ、和、解、ニ、關、シ、テ、定、メ、タ、ル、法、式、ヲ、遵、守、ス、ル、ニ

ア、ラ、サ、レ、ハ、幼、者、ノ、名、義、ヲ、以、テ、誓、ヲ、求、ム、ル、能、ハ、ス、

第二 後見免除ノ幼者ハ自ラ處分シ得ヘキ諸權利ニ於ケルモ誓ヲ
 求メント欲スルハ前後全一ノ法式ヲ履行セザル可ラズ夫レ和解
 ナルモノハ元來危險ナルヲ以テ純然タル管理ノ處爲ト之ヲ見做ス
 能ハサルナリ

第三 凡ソ委任ニシテ一般ニ爲サレタルハ固ヨリ管理ノ權ヲ含
 有スト雖モ代理人ハ委任者ノ特別ナル委任アルニアラサレハ決シ
 テ誓ヲ求ムル能ハズ(千九百八十八條尙ホ訴訟法第三百五十二條ヲ
 參照スベシ)

第四 倒産ノ總代ハ和解ニ於ケルト等シク誓ヲ求ムルニモ尙ホ商
 法第四百八十七條ニ從ハザル可ラス

〔百四十二〕 諍訟ノ目的 第一千三百五十八條ニ且決審の誓は訴訟の種

類如何を問はず之を求むるを得下深ク本條ニ信ヲ置クハ人或ハ云
ハン決審ノ誓ハ凡テ民事ノ諍訟ニ付テハ其諍訟ノ性質如付テ問ハス
之ヲ求メ得ベシト然レモ本條語句ノ廣汎ナルニ拘ハラズ諸原則ノ爲
メニ必ス或ル例外ヲ設クルノ必要ヲ認メサル可ラス

第一 拋棄又ハ和解ノ目的ト爲シ得ベカラサル諸種ノ權利ニ關スル
諍訟ナルハ誓ヲ求ムルヲ能ズ特ニ人ノ身分ニ關スル訴訟ニ於テハ
此ノ方法ニ據ルヲ許サレザルモノナリ

第二 誓ハ公益ノ爲メニ立テラレ反證ヲ許サ、ルノ法定推測ヲ轉覆
スルニ至ル時ハ之ヲ求ムル能ハス六條前段第百十ヲ見ルベシ

〔百四十二〕 誓ヲ求ムル事實ノ性質 誓ハ法律上ノ問題ニ付テハ決シ
テ之ヲ求ムル能ハス只事實ノ問題ニ關シテノミ之ヲ求ムルヲ得ベシ
(千三百五十九條千三百六十二條訴訟法百二十條)

古代羅馬法ニ於テハ然ラサリシナリ奉行ノ告示ハ何人ト雖モ疑フ
ベキ且ツ確乎タラサル權利ノ關係中ニ在ルモノハ誓ニヨリテ之ヲ
確定スルヲ得ヘシトノ原則ヲ定メタリ之ニヨリテ誓ヲ求ムルハ
訴ヘタル權利ヲ存在ニ於ケルモ尙ホ之ヲ爲シ得タリシナリ君ハ更
ニ予ニ負フ所ナシ此相續ハ君ニ屬スルヲ誓ヘトハ是レ羅馬法學
者ノ書中ニ散見スル誓ノ文例ナリトス此ノ點ニ付我民法ノ加ヘタ
ル改正ハ眞ニ法律ノ一大進歩ト云フベキモノナリ權利ノ關係ニ關
スル一個ノ判決ハ必ス一個ノ法理ノ適用ヲ包含スルモノナリ然ル
ニ法學ナルモノハ凡テ他ノ無形ノ學ト等シク總テ臆測想定ヲ排斥
スルニ足ル明瞭精確ナル原則ニ基クモノニアラズ况ンヤ訴訟者ノ
利益ハ自己ノ權利ノ存立スルヲ信セシムルヲ益大ナル時ニ於テチ
ヤ之ニ反シテ事實ハ形ヲ以テ顯出シ而シテ五感ノ管スル所タリ其陳

述ノ眞偽ヲ定ムルハ唯記憶ノ正否ヲ判スルニ在リ未タ學理ヲ誤ル
ノ憂アラサル也

方今ニ至リテハ決審ノ誓ハ一個ノ事實上ニノミ之ヲ求メ得ヘシト雖
然レ此事實タルヤ或ル性質ヲ具備セサル可ラス即チ先ツ決審ノ誓
ヲ求メラレタル者ノ一、身上ノ所爲ナルヲ要ス次キニ又決審的ナルヲ
要ス

甲 第千三百五十九條ニ曰ク誓ハ之を求められたる者の一身上の
所爲ニ付てのみ之を求むるを得下

凡ソ事物ニ付テ人ノ有シ得ベキ確信ニ二級アリ學、即智識及ヒ信、即
私説是ナリ夫レ信スルト知ルトハ全ク二物相異ナルモノニノ單ニ
想像ニ基ク信用ハ種々ノ程度アルベシ之ニ反シ學識ニハ大少ノ區
別ナク知ル歟識ラサルノ二者アルノミ誓モ亦此ノ二様ノ目的アリ

即或ル事實ヲ識ルト又單ニ或ル事實ヲ信スルトノ二アリ尙ホ語ヲ
換テ云ハ、敵手ヲシテ斯ノ如キ事實ハ存ス又ハ存セスト誓シノ或
ヒハ又善意ヲ以テ斯ノ如キノ事實ハ存スト信スルヤ如何ト誓シム
ルヲ得ベシ故ニ前ニ述ブル所ヲ以テ直チニ此ノ二種ノ誓ニ附スベ
キ證據力決シテ同一ナラサルベキヲ了知セン蓋シ「信ズル」ノ誓ハ「知
ル」ノ誓ノ許ササル良心トノ調和ヲ容易ナラシムルモノ也以上述ベ
來レル簡單ナル心理上ノ分析ハ吾輩ノ論スル點ニ於テ法律ノ規定
スル所ヲ説明スルニ足ラン知ルノ誓ハ求メテ受ケタル者ノ自身ノ
所爲ニ關スルニアラサレハ求メラレサルモノナリ是蓋シ自身上ノ
所爲タルヲ必要トスル第千三百五十九條ノ眞意ナリ故ニ敵手ニ對
シテ斯ノ如キ事實ハ存スルヤ將又存セサルヤヲ知ル爲メニハ誓ヲ
求ムルヲ得ベシ何ントナレハ敵手ハ之ヲ知ラスト陳辨スルヲ得サ

レハナリ又他人ノ所爲ニ至テハ則チ誓ノ求メテ受ケタル者ハ身自
 ラ之ヲ知ルヤ將又單ニ多少之ヲ信スルニ止ルヤヲ判官ニ於テ豫メ
 判定スルヲ難シ故ニ斯ノ如キ時ニ當テハ獨リ信スルノ誓ノミ之ヲ
 求ムルヲ得ベシ然レモ此ノ種ノ誓ハ危險ナルモノナルガ故ニ立法
 者ハ其使用ヲ制限セリ之ニ由ツテ誓ヲ爲スベキ所爲ノ本人タル者
 ノ寡婦又ハ相續人ニ對スルニアラザレハ此種ノ誓ヲ求ムル能ハス
 此等ノ人ハ眞ニ本人ノ爲シタル所爲ノ存立ニ就テハ最モ信スルニ
 足ル所考ヲ有スルモノナリ如何トナレハ彼等ハ概シテ本人生存中
 ヨリ最モ之ト親密ナル關係ヲ有シ而シテ其死後ニハ義務者ノ免除又
 ハ契約等ヲ證明スル書類又ハ記録ヲ相續中ニ發見スルヲアルベキ
 モノナレバナリ商法第百八十九條及ヒ民法第二千二百七十五條ハ
 此理論ノ兩個ノ適用ヲ示セリ

乙 誓ハ決審的ノ事實ニ關スルノ外之ヲ求ムルヲ得ス決審的トハ
 其事實ニシテ確定セラル、并ハ本案ノ訴訟ノ斷定或ハ少クモ附帶
 事件ノ斷定上訴訟ヲ消滅セシムルノカアルヲ云フ故ニ要式契約ニ
 ノ法律ノ定ムル方式ヲ履行セザル并ハ其成立ニ關シテ誓ヲ求ムル
 能ハス又他ノ點ヨリ述フレバ精算ヲ要求スル訴訟中ニ於テ一方ノ
 者訴訟條件中ノ一箇ヲ分離シテ其誠實ナルノ誓ヲ求ムルニ止マル
 如キ亦然リトス斯ノ如キノ誓ハ決審ト云フヲ得ス何ントナレハ訴
 訟ヲ終ハラシムルヲ能ハサレハナリ

〔百四十三〕 誓ヲ求メ得ヘキ時 第千三百六十條ニ曰決審の誓は何時
 を問はず之を求むるを得誓を求むる訟求又は抗辨に付き更に證據の
 端緒なき時と雖亦然りと云下故ニ原則上決審ノ誓ノ請求ハ凡テノ裁
 判所ニ於テ生ジ得ベシ民事裁判商事裁判商法百八十九條治安裁判〔訴

訟法五十五條并裁裁判工懲裁判ノ間更ニ區別ナシ只行政裁判ト刑事裁判ノミ例外ナリトス又法律ハ裁判所ノ性質ニ從テ誓ヲ受理スベキ時ハ訴訟中何レノ時ヲ問ハズ之ヲ求ムルヲ得ベシト言ヘリ而シテ本條ノ淵源タルボチエモ亦始審ニ於ケル如ク控訟ニ於テモト言ヘリ

然レモ第千三百六十條ニ用ヒタル文字ノ一般ナルヨリ生スベキ他ノ結果アリ故ニ予輩ハ決審ノ誓ナルモノハ若シ之レヲ求メタル訟求又ハ抗辨ニ完全ノ證據存スルルニ於テモ有効ニ之ヲ求メ得ベシト信ス或ハ此論定ヲ難シテ既ニ全ク證明セラレタル事實ニ付キ證據ヲ許スハ至當ナラズト言ヘリ此批難タルヤ若シ裁判上ノ證據ヲシテ完全ノ確實ヲ示スモノナラシメハ或ハ當ラン然レモ裁判上ノ證據ハ多少具ニ近キヲ證スルニ止マルモノナリ已ニ斯ノ如ク最高無上ノ證據ヲササル以上ハ縱令其具ニ近キノ度如何ニ大ナルニモ

セヨ少シモ論理ト正理ニ反スルコトナクシテ已ニ爲サレタル不充分ノ證據ヲ破ル爲メニ他ノ證據ヲ採用スルヲ得ベキナリ裁判官タル者ハ已ニ提出セラレタル證據ヲ以テ十分ナリトノ口實ヲ以テ訴訟ノ最終ニ臨ミテ爲サレタル自認ヲ排斥スルヲ得ベキ歟豈焉ソ斯ノ如キ理アラヤ

又等シク第千三百六十條ニヨリテ決審ノ誓ハ訴訟ノ最初ニ於テモ又已ニ他ノ證據ヲ提出シタル後ニ於テモ等シク之ヲ求メ得ベシト斷定スルヲ要ス彼ノ他ノ證據ヲ提出シタル後ニ求メタル誓ハ判官ニ於テ之ヲ採用スルト棄却スルトノ自由ヲ有スル補足ノ誓ニ過キスト論スル判決例ハ予輩ガ敢テ至當ト認ムル能ハサル所ナリ何ントナレハ此説タル只ニ法文ニ背反スルノミナラス尙ホ決審ノ誓ノ目的ニ反スルモノナレバナリ法律ノ此證據方法ヲ設クルヤ他ノ諸

方法ヲ用キテ而シテ敗ヲ取り將ニ訴訟ニ利ヲ失ハントスル百計究
ハマル訴訟人ノ爲メニ最後ノ方法ヲ備ヘタルモノナリ而又實際ニ
於テモ此種ノ誓ハ通常ノ證據ヲ以テ自己ノ權利ヲ證明スルヲ能サ
ルニ至テ始メテ求メラル、モノナリ

第三 求誓ノ効果

〔百四十四〕 右ニ列記シタル總ヘテノ要件備ハル時ハ求誓ハ之ヲ受ケ
タル者ヲシテ擇一義務ノ拘束中ニ立タシムルモノナリ即チ誓ヲ求メ
ラレタル者ハ誓ヲ反求スルカ又ハ自ラ之ヲ爲スノ義務アリ若シ兩者
其一ヲ爲サ、レハ其認求又ハ抗辨ニ敗ヲ取ルヘシ此一點ハ決審ノ誓
ニ關スル基法タル第一千三百六十一條ヨリ來ル同條ニ曰誓の求めを受
け之を拒み若しくは之を其敵手に反求することを諾せざるか又は誓

を反求せられて之を拒みたる敵手は其認求又は抗辨に敗訴す可しト」
誓ノ反求、宣誓誓ノ拒絕又ハ反求ノ拒絕ハ誓ニ關スル三個ノ基點ニシ
テ予ハ逐次之ヲ左ニ説カント欲ス

第二項 誓ノ反求

百四十五 誓ヲ反求スルトハ誓ノ求メテ受ケタル者誓ヲ求メタル者
ノ自ラ誓ヲ爲サンヲ求ムルヲ云フナリ假令ハ君ニ貸與シタリト主
張スル一千フランヲ君ニ請求ス然ルニ君ハ此ノ貸借ヲ否認セリ余ハ
余ガ認求ヲ確立スルノ證據ヲ有セサルニヨリ君ニ誓ヲ求メテ曰余ハ
君ニ一千フランヲ貸與セサリシト誓ヘ然ル時ハ余ハ訴權ヲ拋棄スヘ
シト君ハ此時ニ當テ余ニ對テ言フヲ得ヘシ君自ラ一千フランヲ予ニ
貸與セルヲ誓ヘ然ル片ハ余ハ敗訴ヲ甘受スヘシト是レ則チ誓ノ反

誓ノ反求ハ法律上求誓ト同一ノ性質ヲ有スルモノニシテ誓ノ反求ハ認求又ハ抗辯ノ未必條件アル拋棄ノ頓位セル提供ナリ是ヲ以テ求誓ニ於ケルト同様ノ能力即チ和解ヲ承諾スル爲メ必要ノ能力アルヲ要ス其他求誓ノ有効ナル爲メニ要スル諸條件モ亦等シク反求ノ之ヲ備具スルヲ要ス是ヲ以テ反求ハ求誓ノ時ト同一ノ諍訟ニ於テ又何レノ時ヲ問ハス之レヲ爲シ得ルモノナリ而シテ誓ヲ反求スル事實モ亦求誓ノ事實ト同一ノ性質ナラサル可ラス即チ誓ヲ反求セラレタル者ノ一身上ノ所爲ナラサル可ラス

立法者ハ右最後ノ條件ヲ第一千三百六十二條ニ明示スルノ要ヲ感セリ同條ニ曰誓ハ其目的たる事實カ訴訟人双方に關するにあらざして唯々誓を求められたる一方の一身にのみに關する時は之を反求

せるを得ず下實ニ其事件ハ双方ニ共通ナルヲ要スベシ何トナレハ誓ハ已ニ一旦ハ反求者ニ對シテ求メラレタルモノナルニヨリ反求者ニ取リテハ已ニ一身上ノ所爲タルト明ナレバ也誓ヲ反求セントスル事實ニシテ始テ誓ヲ求メタル者ノ自己ノ所爲ナルルハ反求ハ有効ナルノミナラス尙通常ノ誓即チ知ルテ誓生スルヲ得ベシ若シ又自己ノ所爲タル性質備ハラス而シテ誓ヲ反求セラレタル者ハ其所爲ノ本人ノ一般名義相續人ナルカ又ハ其配偶者ナルルハ之ニ對シテ例外ノ誓即チ信ズルノ誓ヲ反求シ得ベシ

反求ノ効果ハ求誓ノ効果ト全ク同一ナルモノニアラス反求ハ之ヲ受ケタル一方ニ於テ義務ヲ生セシムルト雖其義務タルヤ單純ノモノナリ反求セラレタル者ハ其求メラレタル誓ヲ爲スノ責アリテ之ヲ爲サレハ其訴訟ノ勝ヲ失フベシ更ニ反求スルノ權ナキモノナリ(千三百六

一條ノ又ハ誓を反求せられて之を拒みたる敵手云云ノ句ニ依テ立
明ス若シ再三再四反求スルヲ許サル、モノトセハ訴訟ハ底止スル所
ナカルベシ

第三項 宣誓

百四十六 予輩ハ順次ニ宣誓ノ法律上ノ性質及ヒ之ヨリ生スル効果
ヲ論究スベシ宣誓ニ前ニスヘキ手續及ヒ之レニ伴フ法式ニ至ツテハ
予輩之レヲ玆ニ論サルヘシ此事タル寧ロ訴訟法ノ解説ニ入ルベキモ
ノトス

一 法律上ノ性質

〔百四十七〕 求メラレ又ハ反求セラレタル誓ヲ爲スノ事タルヤ是レ全
ク求誓者又ハ反求者ニ於テ其訟求又ハ辨護ノ拋棄ニ附シタル未必條

件ノ完成ニ外ナラズ此ノ拋棄ハ是ニ至リテ確乎動カス可ラサルモ
ノトナルモノナリ

然リト雖宣誓ヲ以テ獲得ノ所爲ト信ス可ラズ宣誓ハ和解ニ於ケル
カ如ク單ニ表示ノ性質ヲ有スルモノナリ是亦誓ト和解ノ兩制度ノ
間ニ存スル類似ノ一點トス此ノ表示ノ性質ハ之ヲ解スルヲ甚ダ易
シ夫レ誓ハ之ヲ爲ス者ノ眼ニ於テハ既ニ己レニ屬スルモノヲ己レ
ニ存セシメ而シテ其主張スル處ノ正當ナルヲ確乎タラシムルモ
ノタルニ過キズ即チ權利ヲ獲得セント欲スル者ニ非スシテ其前ヨ
リ斷ヘズ自己ニ屬スト信シタル權利ノ平穩ナル執行ヲ確カメント
欲スルモノナリ誓ヲ求メタル所ノ所爲ハ其意中處分ノ性質ヲ呈ス
ルヤ勿論ナリ何ントナレハ諍訟セラレタル權利ハ彼亦常ニ己レニ
屬スルモノト思考スヘク唯對手ニシテ誓ヲ爲ス以上ハ之レニ對シ

テ此權ヲ拋棄セルモノナリ求誓ハ之レヲ分析スルルハ實ニ未必條件ヲ附シタル拋棄ニシテ現ニ其條件完成シタルモノトス然レハ法律ハ此相反對スル兩個ノ意思中ニ於テ求誓者ノ意思ヲ棄テ、宣誓者ノ意思ヲ取レリ一旦誓ニシテ爲サレタルルハ其事實ハ真正ノ表示ナリトス實ニ然ルヤ否ヤ法律ハ毫モ之レヲ問ハザルナリ誓ハ口ニ權利ノ何レニ屬セシヤヲ決セリ此レ多クハ擬制ニ過ズト雖モ全ク破ル可ラサルノ擬制ニシテ何人ト雖モ且ツ已レノ權利ヲ犧牲トシタル如キ觀アル求誓者ト雖モ此真正ノ事實ニ黙從セサル可ラサルナリ

二 宣誓ノ効果

〔百四十八〕 宣誓ノ効果ハ總テ左ノ如ク約言スルヲ得ベシ曰ク爲サレタル誓ハ包有スル所ノモノハ實際ノ眞實ニ優ル眞實ノ擬制ヲ示スモハトスト此故ニ宣誓ハ此求誓セル一方ガ提出シタル拋棄ニシテ確然動かス可ラサルモノタラシム求誓者ハ以後其對手ノ申立ノ至當ナルヲ認メタルモノタリ且ツ從テ裁判ハ必ズ此誓ヲ以テ斷定ノ根據トスベキナリ

予輩ハ是ヨリ誓ノ證明力ヲ示サンガ爲メ先ツ其勢力ノ度ヲ探リ次ニ法律ノ定メタル其制限ヲ講述スヘシ

〔百四十九〕 誓ノ證明力ノ範圍 此證明力ノ範圍ハ全ク宣誓ニ先シ而シテ其基礎タル契約ニ由テ定マルモノナリ誓ヲ求ムル者若クハ之ヲ反求スル者ハ宣誓ノ一事ニ依テ訴訟ヲ決センコトヲ提供スルモノナリ則チ對手ニ向テ曰ク君若シ云云ノ事存シ又ハ存セサルコトヲ誓ハバ余ハ君ニ對シ再タヒ余ガ要求或ハ抗斥ヲ爲サルベキヲ約スト一旦此提供ニシテ承諾セラレ敵手誓ヲ爲シタル以上ハ即チ純然タ

ル約束ヲ完成シタルモノナリ而テ此約束ノ適法ノモノタルハ何人ト雖モ疑ヲ容ルベキニ非ス何ントナレハ法律自ラ此ノ約束ヲ規定スレバナリ誓ヲ求メ又ハ之ヲ反求シタルモノハ一ノ條件ヲ附シテ義務ヲ負ヘリ然ルニ此條件ハ既ニ完成シタルヲ以テ求誓者又ハ反求者ハ單純ナル義務ノ拘束ヲ受クル者ナリ目ヲ約セル事項ヲ遵守セサル可ラス約セル所ノモノ如何曰ク以後其認求又ハ抗斥ヲ主張スルノ權ヲ拋棄スルヲ是ナリ之ニ由テ之ヲ觀ルルハ誓ノ約束ハ彼ノ適法ニ爲サレタル契約ハ契約者雙方間ニ於テ法律ニ等シ(千百三十四條)トノ原則ヨリ其効力ヲ汲ミ來ルモノナリ而テ總テノ契約ニ固有ナル此効力ハ誓ノ契約ニ於テハ裁判宣告ノ後ト雖モ尙ホ存スルモノニシテ裁判宣告之ヲ消滅セシムルニ非ス唯宣誓者ノ終結ノ申立ヲ宣告書ニ確認スルニ止ル尙換言スレハ宣誓ハ裁判宣告ノ外

形ヲ以テ一ノ契約ノ効果ヲ生スルモノナリ宣誓ハ一ノ契約ヲ組成スルモノナルガ故ニ誓ヲ要求シ又ハ反求セルモノハ假令ヒ新ニ得タル書類ニ依ルモ尙ホ偽誓ナリ又隨テ法律ガ此誓ヨリ生セシムル眞實ノ推測モ誤リナルヲ證シ以テ宣誓ヲ破壞セシムルヲ得ス蓋シ十分ニ契約ヲ守ラサル可ラス此契約ノ條件ハ決シテ若シ爲サレタル誓ニシテ全ク眞實ニ適合セハト云フニ非ズ如何トナレハ斯ノ如クナルルハ常ニ誓ハ果シテ眞ナリヤ否ヤノ點ヲ決セサル可ラサルガ故ニ訴訟ハ未タ決セラレタルニ非ス從テ誓ノ制度ヲ設ケタルノ目的ハ之ヲ違セラルベキニ非ス法律ノ眼ヨリ觀察スルルハ誓ノ要求者又ハ反求者ノ有スル唯一ノ意思ハ若シ敵手ニシテ其申立ノ根據アルヲ誓ヒシナラハ自己ノ申立ヲ拋棄スヘシトノ一點ノミ故ニ其契約ノ成立ハ唯タ宣誓ノ有無ニ依テ決スルモノニシテ決シテ

誓ノ眞實ナルト否トニ從テ之ヲ定メントシタルモノニアラス是レ其ノ偽誓ヲ名義トシテ此契約ヲ攻撃シ得サル所以ナリ法典ハ其第一千三百六十三條ニ於テ此意ヲ示セリ曰ク「求め又は反求せられたる誓にして爲されたる時は對手は其詐僞たる事を證するを許さず」ト此法條ハ絶對約ノモノナリ而テ此法文ト其理由ニ基クハ尙ホ宣誓ヲ求メ又ハ反求セル者ハ訴訟法第三百六十六條ニアル偽誓者ニ對シ檢事ノ起訴セル偽誓罪ノ訴訟刑法三百三十六條中ニ於テモ私訴人トシテ參加シ誓ノ詐僞タルヲ證シ得ベキニ非ズト斷セサル可ラズ此場合ニハ勿論私訴人ノ求ムルトコロ唯偽誓ノ爲ニ自己ニ受ケタル損害ノ賠償ニ過キズト雖モ此損害ノ存在ヲ證明スルニハ必ズ最初ヨリノ論辨ヲ再ヒ舉行セサルヘカラス何トナレハ宣誓ノ詐僞ハ未ダ誓ヲ求メ又ハ反求シタル者ノ認求若クハ抗斥ノ果テ正當ナリヤ否ヤヲ證スルニ足ラサレバナリ

宣誓ノ契約タル質性ハ更ニ又タ上來述アル所ト全ク相反セル左ノ結果ヲ生ズ即チ宣誓ハ彼ノ承諾ノ瑕瑾又ハ不能力等ノ如キ總テ通常ノ契約ヲシテ無効又ハ廢棄セシムベキ一切ノ原因ニ據リテ無効ナラシムヲ得ヘク隨テ此宣誓ヨリ生シ來レル裁判ヲモ併セテ其効力ヲ失ハシムルヲ得ヘキト是ナリ例ヘハ訴訟人ノ一方ハ自作リタル偽造ノ書類ヲ提出シ依テ以テ敵手ヲシテ誓ヲ求ムルニ至ラシメタル時ノ如キ宣誓ヲ無効ナラシムルヲ得ヘシ蓋シ此ノ如キハ十分ニ之ヲ詐僞アリシモノト云フヲ得ヘキ也

故ニ或ル場合ニ於テハ宣誓ノ契約ヲ消滅セシムルヲ得ヘキモノナリ然モ其原因ハ必ズ契約自体ニ關セルモノタルヲ要ス然レモ此契約ハ裁判ノ形体ヲ有スルモノナルガ故ニ法律ガ裁判ヲ攻撃スル

爲メニ設ケタル方法ニヨリサレハ之ヲシテ其効力ヲ失ハシムルヲ能ハサルモノナリ即チ判決ニシテ若シ控訴シ得ヘキモノナランニハ控訴ノ方法ニヨルヘク若シ又既ニ確乎動カヌ可ラサル既判事件ノ効力ヲ得タランニハ再訴ノ方法ニヨリサルヘカラス訴訟法四百八十條第十

宣誓ノ證明力ハ左ノ如ク之ヲ約言スルヲ得曰ク誓ノ契約若シ正シク取結ハレタルキハ人其宣誓ニ附セラレタル眞實ノ推定ノ實際ニ反シタルヲ理由トシテ此推測ヲ破ルヲ得スト

〔百五十〕 證明力ノ區域 決審ノ誓ニ附セラレタル眞實ノ推測ハ契約ニ基因ストノ原則ヨリシテ推測ハ訴訟人雙方ノ間且ツ同一ノ訟求即チ同一ノ目的同一ノ理由ヲ有スル訟求羅馬人ノ所謂ユル同一問題ニ關スルニ非サレハ効果ヲ有セズトノ結果ヲ生スベシ

目的ノ同一及ヒ理由ノ同一ニ付テハ予輩ガ前ニ既判事件ノ効力ニ關シテ與ヘタル解説ヲ参照スレハ足レリトス然レモ予輩ハ爰ニ彼ノ立法者カ特ニ第千三百六十五條ノ條規ヲ立テタル主格ノ同一ノ點ニ關シ一言セサル可ラズ第千三百六十五條ニ曰ク爲サレたる誓ハ之を求めたる者の爲め又は之れに對し及び其相續人及び承權人の爲め又は之に對してのみ證と爲る可し○然れども連帶權利者中の一人より義務者に求めたる誓は之を求めたる權利者の得分ニ付てのみ義務者を免除せ○主たる義務者に求められたる誓は保證人をも等しく免除す○連帶義務者の一人に求められたる誓は共義務者に益す○保證人に求められたる誓は主たる義務者に益す○此最後兩個の場合に於ては連帶義務者及び保證人の誓は負債に付之を求められたる場合に於てのみ他の共義務者又は主たる義務者に益

し連帶又は保證の事實上に付き求められたる場合に非ず」ト

此條規ハ先ツ誓ノ關係的ナル効力原則ヲ記シ次ニ連帶又ハ保證ニ關シ此原則ノ結果如何ヲ定メタルモノナリ

甲 連帶 第千三百六十五條ハ先ツ權利者ノ連帶ノ場合ヲ規定シ而テ連帶權利者中ノ一人ノ求メニヨリテ負債者ガ宣誓ヲナセルハ此負債者ハ唯タ此一人ノ債主ノ得分ニ對シテノミ免除セラルベシトセリ此點ニ於テハ一千八百四年ノ立法者ハ全ク古來ノ慣例ヲ放擲セルモノナリ羅馬法及ヒ之ニヨリテボチエノ論決スル所ニ依レバ負債者ノ爲シタル宣誓ハ一切ノ連帶權利者ニ對シテ其義務ヲ免除セラレタルモノナリ又草案ノ最初ノ編纂ニ於テモ此意ヲ取レリ然ルニ此條規ハ誓ノ要求ハ一個ノ條件付ノ拋棄ニシテ隨テ義務ニ關シテハ其効果ハ負債釋放ノ原則ニヨリテ之ヲ定ムヘシトノ理

由ニヨリテ改正セラレタルモノナリ(千百九十八條第二項)故ニ第千三百六十五條ノ第二項ハ全ク第一項ニ置カレタル原則ノ單純ナル適用ニ過キス從テ彼ノ條文中ニ誤テ存留セル然レモナル語ハ之ヲ刪除スルヲ得ベカリシナリ

負債者連帶ノ場合ニ於テハ連帶義務者中ノ一人ノナシタル宣誓ハ他ノ一切ノ共義務者ニ益スルモノトス故ニ此條文ヨリ生スル抗斥ハ各義務者ガ更ニ區別ナク總テ全体ニ關シテ提出シ得ベキ一般ノ抗斥ナリ(レール)ノ語ハ一身ニ留ルノ意ナル(ベルソンネル)ノ語ニ對スル故ニ之ヲ一般ト譯ス法典編纂者ハ羅馬法カ誓ニ附シタル辨濟ノ性質ヲ以テ此規則ヲ説明セリ

乙 保證 主タル義務者ニ求メタル誓ニシテ其義務者ニヨリテ宣誓セラレタルハ保證人ハ免除セラルベシ又等シク負債ノ存在ニ

關シ保證人ニ求メラレタル誓ハ主タル義務者ニ益スルモノトス^レデ
ジエスト^ト法典ニ曰ク誓ハ辨濟ニ等シト彼ノビゴ^ーブレアムヌ^ーガ
第千三百六十五條第三項及ヒ第五項ノ條規ニ與ヘタル理由モ亦タ
此ノ如シ

第四項 宣誓或ハ反求ノ拒辭

〔百五十一〕 法律ノ眼ヨリ見ルルハ宣誓又ハ反求ヲ拒ムモノハ敵手ノ
申立ヲ至當ト自認スルモノトス是暗黙自認ノ最モ著シキ場合ノ一ナ
リ^リデジエスト^ト法典ニ曰ク^レ誓ヲ爲スヲモ欲セス又之ヲ反求スルヲモ欲
セサルハ一ノ耻辱ニシテ又明瞭ナル自認ナリ^ト

宣誓又ハ反求ノ拒辭ハ宣誓ノ効果ニ相類スル効果ヲ生ズ即チ此拒
辭ハ誓ヲ求ノタル者ヲ利シ拒ミタル者ニ害シ若クハ彼等ノ相續人

及ヒ承權人ヲ利シ或ハ害スルノミ予輩ハ唯タ連帶及ヒ保證ノ點ニ
付テ之ヲ説クベシ

連帶權利者ノ一人誓ヲ拒ムルハ義務者ハ此權利者ノ得分ニ對シテ
ノミ義務ヲ免ルヲ得ベシ此點ニ付テハ一點ノ疑アル^トナシ然レモ
若シ連帶共義務者ノ一人拒辭ヲ爲スルハ他ノ共義務者ニ害ヲ及ホ
スベキ歟奈何然レモ帶連義務者ハ相互ニ義務ヲ増大ナラシムル爲
メニ然ラザルモ唯タ自己ヲ保存スル爲メニ代表ストノ原則アルニ
ヨリテ共義務者中一人ノ爲シタル誓ノ拒辭ハ他ノ共義務者ニ對抗
セラル^トナ得スト斷定スヘシ保證ノ場合ニ於テモ亦然リ保證人又
ハ主タル義務者ノ爲シタル拒辭ハ主タル義務者ハ證人ニ對シテ効
力アラザサルモノナリ

第二節 職權ヲ以テ命スル誓

〔百五十二〕裁判官は或は依て訴訟の断定を決する爲め或は單に言渡の金額を定むる爲め訴訟人の一方に誓を命ずるを得〔千三百六十六條〕右ノ法文ニヨレハ法官ノ職權ヲ以テ命スル誓ニ二種アリ時トシテ證據ノ不足ヲ補フ爲メ之ヲ命ス是羅馬人ノ「法廷ノ誓」ト稱セシモノニ中世時代ノ法律ニテ補足ノ名稱ヲ得タリ此ノ名稱ハ充分其適用ノ性質ヲ明示セリ又時トシテ訴訟ノ目的タル物件ノ價格ニ付テ之ヲ命ズ是其物件實物ヲ以テ還付スルヲ得ス且ツハ他ノ方法ニヨリテ其價格ヲ證スル能ハサルト生スルモノナリ羅馬ニ於テ之ヲ「訴訟ノ誓」ト稱シ佛蘭西古代ノ慣行上ニ於テハ「訟庭ノ誓」ナル名稱ヲ附セラレタリ

第壹項 補足ノ誓

〔百五十三〕補足ノ誓ヲ命スルノ要件 補足ノ誓ヲ命スルニハ先ツ第三百六十七條ノ指示スルニケノ要件ヲ傷ヘサル可ラス且裁判官は左ノ二要件に依るに非されは訟求又は之に對抗する抗斥に付て職權を以て誓を命ずるを得す○第一 訟求又は抗斥の充分に證明せられざる事○第二 訟求又は抗斥の全く證據なきニ非ざる事○此兩ノ場合の外は裁判官ハ單純に訟求を棄却するか又は認せざる可らず〔下右ノ法文ハ決審ノ誓ト補足ノ誓トノ間ニ存スル最大ナル差異中ノ一ヲ示スモノナリ決審ノ誓ハ證據ノ狀態如何ナルヲ問ハス其完備ナルト全ク缺亡セルトヲ論セズ有効ニ求メラル、ヲ得ヘシ〔千三百六十條〕之レニ反シテ補足ノ誓ハ判決ヲ爲ス以前ニ法官ノ命スル一個ノ審理方法ニ過サルモノナリ之レニ由リテ法律ハ若シ爭訟事件ニシテ完然證明セララル時ハ無益トシテ此種ノ誓ヲ擯斥シ〔千三百十九條、千三百二十

二條、千三百五十二條、千三百五十六條若又認求或ハ抗斥ニシテ證據ノ端緒アルニヨリテ證固ナラサレハ不足トシテ之ヲ却下スヘシ

然レモ證據ノ端緒トハ如何ナルモノタルヲ要スルヤ凡ソ證人ヲ以テ直チニ證明シ得ヘキ事實ナルルハ法官ハ證據ノ端緒ノ性質及其程度ヲ定ムル無上ノ權力ヲ有スルモノナリ之ニ反シテ第千三百四十一條及ヒ第千三百四十八條ニヨリテ爭訟事件ニ人證ヲ許サレサルルハ證據ノ端緒ハ第千三百四十七條ノ列記スル總テノ要件ヲ備ヘサルヘカラス此一點ニ付テハ異議ヲ容ル、モノアリ然レモ是レ諸原則ヨリ來ル必然ノ結果ナリトス夫レ求誓有効ノ爲メ要スル不完全證據ハ必ス左ノ三者ノ外ニ出ツルヲ得ス則チ法官カ充分ノ證據ト認メサル書類并ヒニ證人ノ陳述及ヒ完全ノ證據ヲ爲スニ足ル重要精確及ヒ適合ノ度備ハラサル人定推測是ナリ而シテ人證ヲ許

サレサル場合ニ於テハ法官タル者ハ證人ノ陳述ヨリ證據ノ端緒ヲ取ルヲ得サルベシ如何トナレハ法律上之ヲ訊問スルヲ能ハサレハナリ又更ニ法官ハ單ナル推測中ヨリ證據ノ端緒ヲ採ルノ權ナカルヘシ如何ントナレハ此推測タル人證ヲ許サ、ル場合ニ於テハ之ヲ用ユル能サレバナリ(千三百五十三條)是ヲ以テ證據ノ端緒ハ必スヤ書類タラサル可ラズ法律ハ此ノ規則ニ例外ヲ設ケタリ其一ハ口約ノ賃貸ニ關シ(千七百十五條及ヒ千七百十六條)又其一ハ第千三百二十九條ニ之ヲ記載シ即チ商業帳簿ノ證明力ニ關スルモノナリ(百五十四)右ノ外補足ノ誓ハ爭訟ノ目的及ヒ誓ヲ爲スベキ事實ノ性質ニ關シテハ決審ノ誓ト同一ノ有効條件ヲ要ス又決審ノ誓ト等シク補足ノ誓モ訴訟人ニノ命セラル、モノニシテ又不能力者ノ代人ニ對シテ有効ニ之ヲ命スルヲ得ス然レモ訴訟人中ハ兩者何レニ

モ之ヲ命スルヲ得ベシ而シテ其何レカ正直ニシテ以テ其良心ニ訴
フルニ足ルベキヤヲ判定スルハ獨リ法官ノ定ムベキ所ナリ是則チ
第一千三百六十八條ノ規定ヲ説明スルノ理由ナリトス同條ニ曰裁判
官職權を以て双方の中一方に命したる誓は其一方より他の一方に
反求するを得をト

〔百五十五〕 補[○]足[○]誓[○]ノ[○]効[○]力[○] 補足ノ誓ノ決審ノ誓ト深ク異ナルハ此點
ニ於テ殊ニ著シトス決審ノ誓ヲ爲スノ基礎ハ和解ノ一種ヲ組成スル
一個ノ約束アリテ存ス然ルニ補足ノ誓ニ至テハ毫も約束ノ性質ナク
又更ニ和解ニアラズ双方ノ意思ニ關セス法官カ命ズル審理ノ方法ニ
シテ而シテ判決ノ豫備ニ供スルモノナルノミ
是ヨリ左ノ諸結果ヲ生ズ

第一 補足ノ誓ヲ命シタル裁判所ハ之カ爲メニ拘束セラルルモノ

ニアラス本案預定ノ性質ヲ備フルニ過キサル其判決ハ常ニ之ヲ變
スルヲ得

第二 誓ヲ命セラレタル者之ヲ爲シタル時ト雖裁判所ハ爲ニ拘束
ヲ被ラス而シテ其判決ハ之ニ適合セサルヲ得

第三 宣誓ヲ命セラレタル者之ヲ拒辭スルモ法官ハ必スシモ之ヲ
敗訴ニ歸セシムルヲ要セス

第四 補足ノ誓ハ己レ自ラ効力ヲ有スルモノニアラス其權ハ全ク
裁判ノ權力ヨリ來ルモノナリ故ニ補足ノ誓ハ裁判ト同一ノ命運ヲ
有スヘク裁判消滅スレハ補足ノ誓モ伴ニ消散スベシ故ニ控訴アル
片ハ控訴院ニ豫メ誓ノ虛偽ヲ證明セラレタルヲナキモ始審ノ裁判
ヲ改ムルヲ得ベシ加之ノミナラス自ラチ事實ヲ明ナラシメル爲メ
ニ他ノ一方ニ誓ヲ命スルヲモ爲シ得ベキナリ

第二項 セルマン・アン・グレイ 認庭ノ誓

〔百五十六〕 第一千三百六十號條ハ此種ノ誓ノ適用ニ必要ナル條件ヲ明示ス曰ク「認求したる物件の價格に付ての誓は他の方法を以て價格を判定する能はざる時にあらざれば裁判官より請求者に命ずを得ず」○此場合に於ては裁判官は幾何の金額に至る迄請求者の誓を信す可きやを定むへしト

認庭ノ誓ハ補足ノ誓ト同一ノ性質ヲ有ス則チ本案裁判ノ豫備ニ供スル一個ノ審理方法ナリ故ニ同一ノカチ有シ又且ツ同一ノ結果ヲ生セシム然リト雖左ノ三點ニ於テ補足ノ誓ト異ナルモノアリ○第一補足ノ誓ハ認求又ハ抗斥ノ事實自体則チ訴訟ノ基礎ニ關シテ命セラル、モノナリト雖之ニ反シテ認庭ノ誓ハ訴訟物件ノ價額ニ付

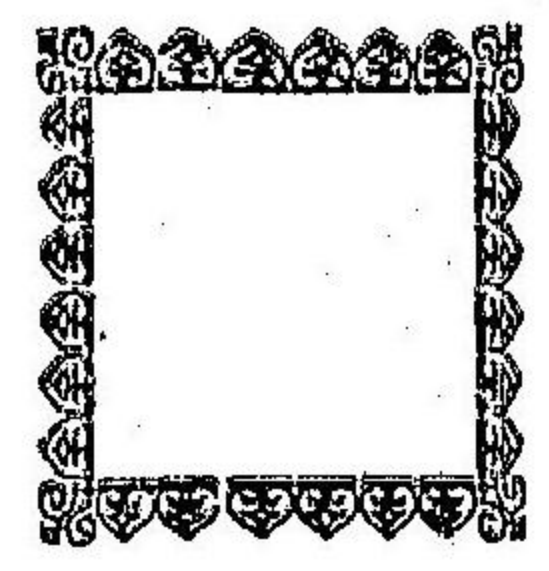
テ命セラル、モノナリ○第二補足ノ誓ハ認求又ハ抗斥ニシテ完ク證明セラレザルハ又全ク證據欠乏セザルハ非サレハ有効ニ命セラル、ヲ得ス之ニ反シテ認庭ノ誓ヲ命スルハ認求完ク證明セラレタルモ法官ニシテ認求物ノ價額ヲ斷定スルニ十分ノ證據ヲ有セザル場合ナリ○第三補足ノ誓ハ法官ノ隨意ヲ以テ原告又ハ被告ニ之ヲ命スルヲ得ヘシ然ルニ認庭ノ誓ハ唯原告ニノミ之ヲ命スルヲ得ヘシ

佛國證據法詳解終

8/3/38

明治二十一年四月二十七日印刷
同二十一年五月一日出版

正價金九十錢



翻譯者兼發行人 城 數 馬

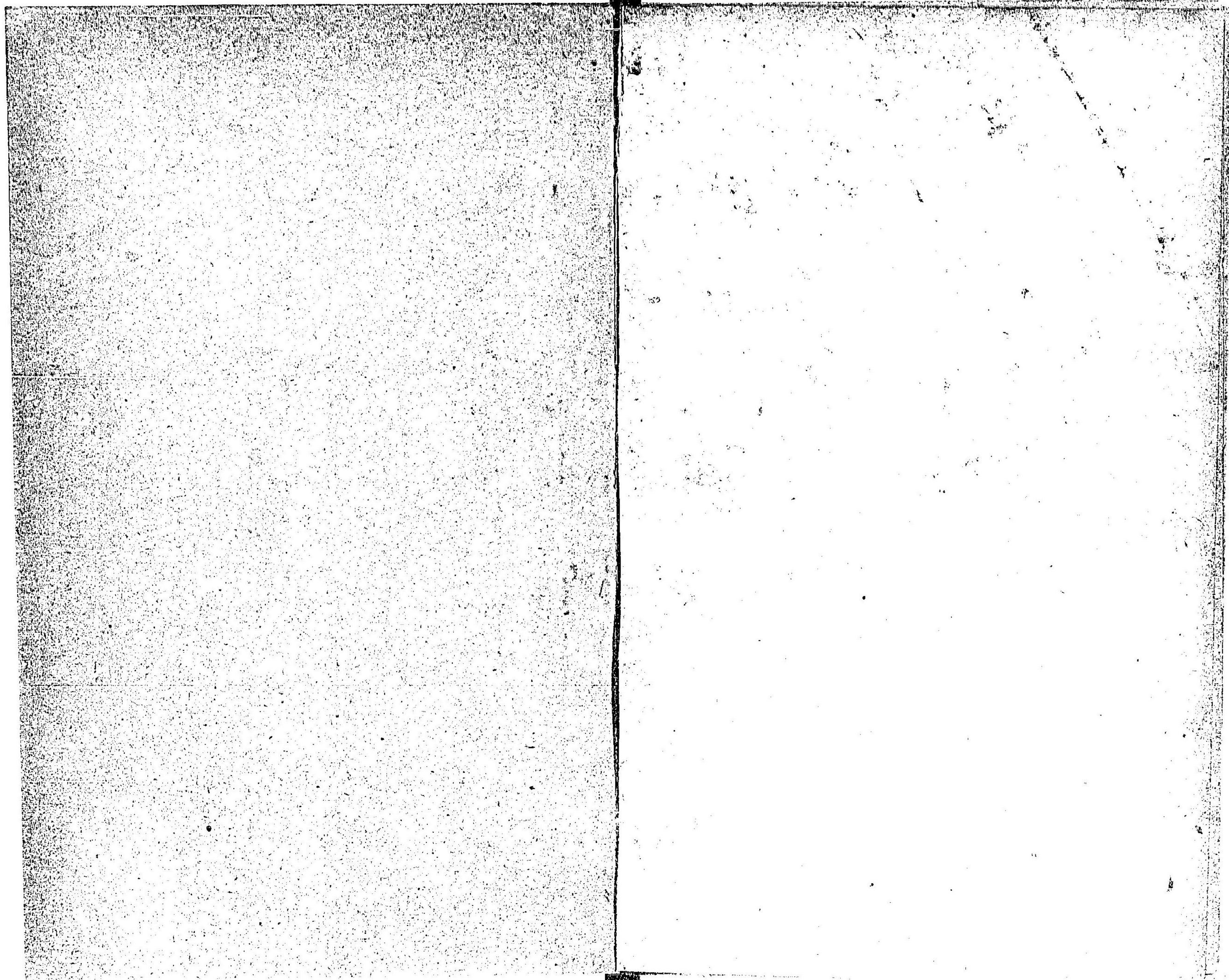
東京本郷區元富士町一番地帝國大學寄宿舎寄留
福岡縣土族

發行所 時 習 社
東京神田區錦町二丁目十二番地

發行所 法 木 德 兵 衛
東京日本橋區住吉町廿番地

印刷者 山 口 竹 二 郎
東京京橋區八官町十八番地

版權登錄



21
72

