

### 和仏法律学校講義録

秋山, 雅之介 / 松本, 烝治 / 松浦, 鎮次郎 / 板倉, 松太郎  
/ 田中, 遜 / 鶴, 丈一郎

---

(出版者 / Publisher)

和仏法律學校

(巻 / Volume)

13

(号 / Number)

高等科

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

50

(発行年 / Year)

1903-07-13



（明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可 毎月十九日一日五日六日八日十日十一日十二日十三日十五日十六日廿一日廿三日廿五日廿六日廿七日廿八日廿九日三十日發行）

明治三十六年七月十三日發行

三十六年度 高等科ノ十三

# 和佛法律學子校講義錄

第百四拾四號

和佛法律學校

高等科第十三號目次

民法

○婚姻取消ノ效果、夫カ後見人ノ職務ヲ行フ場合、夫婦財産契約ノ成立時期等ニ關スル推問  
法律學士 鶴 丈一郎

○質權ニ付テノ講演 其二  
法律學士 板倉 松太郎

商法

○問屋營業ト運送取扱營業トノ區別  
法律學士 松本 丞治

行政法

○行政廳ノ違法處分ニ付テノ講演  
法律學士 松浦 鎮次郎

國際公法

○「アラバ」號事件ニ付テノ講演  
法律學士 秋山 雅之介

○羅馬法 (自一九三五至二三三頁)  
法律學士 田 中 遜

雜報 ○最近判例要旨彙報

090  
1903  
4-13

○婚姻取消ノ效果、夫カ後見人ノ職務ヲ行フ場合夫婦  
財產契約ノ成立時期等ニ關スル推問

法律學士 鶴 丈 一 郎  
○質權ニ付テノ講演 其二  
法律學士 板倉 松太郎

○問屋營業ト運送取扱營業トノ區別  
法律學士 松本 丞治

○行政廳ノ違法處分ニ付テノ講演  
法律學士 松浦 鎮次郎

○「アラバ」號事件ニ付テノ講演  
法律學士 秋山 雅之介

羅馬法 (自一九三五至二三三頁)





質權ニ付テノ講義 其二 質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第一 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第二 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第三 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第四 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第五 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第六 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第七 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第八 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第九 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第十 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス

法學士 板倉松太郎

質權ノ何タルヤハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第一 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第二 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第三 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第四 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第五 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第六 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第七 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第八 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第九 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス  
 第十 質權ノ目的ハ何トシテハ前同ニ講述シタルヲ以テ本日ハ質權ノ目的ヨリ説明ヲ試ス

モノナリ何トナレハ質權ノ主たる效力ハ債權者カ辨濟ヲ爲スル場合ニ於テ  
 其物ヲ賣却シ以テ債權ノ辨濟ニ充ツルモノナルカ故ニ若シ讓渡スルト得テ  
 其物ヲ以テ質權ノ目的ト爲ストキハ質權ノ主たる效力ヲ生キシムルコトヲ得  
 ナルハナリ尙ホ此讓渡スコトヲ得サルモノトハ第一所有權ノ目的ト爲リ得テ  
 ルモノ例ヘバ阿片偽造貨幣ノ如キ第二所有權ノ目的ト爲リ得ルモノトハ雖モ法  
 律ニ於テ特別ノ理由ヨリ其讓渡ヲ禁シタルモノ例ヘバ華族世襲財產ノ如キ即  
 チ是ナリ  
 右ハ絕對ニ讓渡スコトヲ得サル物ヲ以テ質權ノ目的ト爲ストコトヲ得サルノ意  
 ナルカ債權ニ付テハ當事者ノ意思ヲ以テ讓渡スコトヲ得サルモノト定ムルコ  
 トアリ若シ此場合ニ質權ノ目的ト爲スコトヲ得サルモノナルコトヲ知リナカ  
 ラ質權ヲ取得シタルトキハ質權ノ設定ハ無効ニ至ラサルヘカラス尙ホ一言ス  
 ヘキハ民事訴訟法第五百七十條ニ強制執行ノ目的ト爲リ得ヘカラサル物ヲ列  
 舉シ同第六百十八條ニ強制執行ノ目的ト爲リ得ヘカラサル債權ヲ列舉セルコ  
 ト是ナリ茲ニ生スヘキ一ノ問題ハ此等ノ差押ヘカラサル物又ハ債權ハ質權

ノ目的ヲ爲スニ付テ得タル者否ヤ在リ此問題ハ區別ヲテ說明セザルハ其第六號及七號八號ノ動産等ヲ除キ質權ノ目的ヲ爲ル得ト得ヘタ又第六百十八條第五號ニ掲ケタルモノノ一部同第六號ニ掲ケタル所ラモハ質權ノ目的ヲ爲スニ付テ得同條第五號中質權ノ目的ヲ爲リ得ルモノトハ私立シ教育場ノ教師ノ職務上ノ收入又ハ公立教育場ノ教師ノ職務上ノ收入及ヒ神職僧侶ノ職務上ノ收入ノ如キヲ謂フ但公立教育場教師ノ職務上ノ收入ハ讓渡スコトヲ得サルモノナルヲ以テ質權ノ目的ヲ爲リ得ストノ反對論アリ

右ニ述ヘタル諸種ノモノハ民事訴訟法ニ從ヘテ差押アルコトヲ得サルニ何故ニ質權ノ目的ヲ爲スコトヲ得ルヤト云フニ元來質權ノ實行ハ民事訴訟ニ依ル差押ト其效力ニ於テハ同一ノモノアラト雖モ質權ノ實行ニハ必ずシ民事訴訟ニ依ル手續ニ依ルノ必要ナキモノナリ故ニ第一ニは法文上ノ理由ヨリ後ハ之ヲ禁シ是ハ之ヲ許スモ法律ノ規定ノ範圍ヲ生スルモノト非ス第二ニ民事訴訟法ニ於テ差押ヲ禁シタル理由ハ債務者ヲ差押ヘザルヘキコトヲ豫期セザルニ在リ

ハラス突然差押ヘラルルトキハ之カ爲メニ忽チ活路ヲ失フノ不幸ニ陥ルコトアルヘキヲ以テ法律上差押アルコトヲ得サルモノト爲シタルナリ是ヲ以テ同第五百七十條及ヒ第六百十八條ニ掲ケタルモノハ質權者モ債務者モ債權成立ノ初ヨリ債權ノ擔保ヲ爲スモノト豫想スルコトナカルヘキナリ然ルニ質權設定ノ場合ハ之ト異ナリテ債務者ハ質契約ヲ爲スノ當時質權ノ實行アルヘキコトハ豫期スル所債權者亦モ質權實行ヲ欲シテ質契約成立シタルナリ此ノ如ク當事者ノ合意上豫期シタル場合ハ縱令債務者カ質權ノ效力ヨリ生活ノ途ヲ失フモ自ラ求メタル所ニシテ又債權者ハ其物ノ擔保アルカ故ニ債權ヲ設定シタルナリ反面ヨリ言ヘバ若シ其物ヲ擔保ニ供スルコト能ハストセバ債務者ハ其需用ヲ充タスコトヲ得ナルナリ故ニ反對論ノ如キハ債務者ヲ庇護セントシテ却テ陷罪ニ辨スモノト謂ハサルヘカラサルナリ

第二ニ質權ノ成立條件ニ付テハ其物ノ擔保ニ供スルコト能ハストセバ質權ハ其原因タル契約ニ成立ト同時ニ成立スルモノニ非ス先ツ契約アリテ而シテ後ニ質物ヲ質權者又ハ其代理人ニ引渡ヲ爲スニ因リテ始メテ質權ノ成立

ヲ見ルモノナリ(第三四四條)是レ質權ニ關スル一般ノ原則ナリト雖モ權利質ノ場合ニハ其目的ハ無形ナルカ故テ引渡ヲ要スルヲ得サルヲ以テ此場合ニハ性質上引渡ニコトヲ要セザルコトハ勿論ナリ然レトモ若シ其債權ヲ説明スヘキ證書アルトキハ其證書ノ交付ヲ爲スニ因リテ效力ヲ生ズルモノト規定セリ(第三六三條)蓋シ其證書ハ或レモイハ債權ノ存否ヲ證明スルモノトモ或レモ債權ノ存否ヲ證明スルモノトモ引渡ヲ要スルハ質權本來ノ效用トシテ質物ヲ占有スルニ非ズシテ債權者ハ爲メニ質權ノ利益ヲ生ズルコトヲシトスレハナリ詳言スレハ質權ヲ有スル者ハ債務者カ債務ヲ履行セザル場合ニ於テ質物ヲ賣却シテ其債權ノ辨濟ニ充ツヘキモノナルカ故ニ此目的ヲ達スルニハ質物ヲ占有スルコトヲ要スルナリ是ヲ以テ古來各國ノ法律カ質契約ヲ以テ讓渡契約トセリ(第三六三條)蓋シ其證書ハ或レモイハ債權ノ存否ヲ證明スルモノトモ或レモ債權ノ存否ヲ證明スルモノトモ引渡ヲ要スルハ質權ノ成立スルニ質物ノ占有ヲ必要トスルコト上ニ違ヘタルカ如シ茲ニ質權成立條件ト混同スルヘラサルモノハ質權ノ對抗條件是ナリ此對抗條件ハ質權ノ目的カ動産タルト不動産タルト權利タルトニ依リテ異スル先ツ動産ニ付テ

言ヘハ質權カ第三者ニ對シテ有效ナルニハ質權者ニ於テ繼續シテ占有スルコトヲ必要トシ不動産ニ付テハ登記ヲ要シ又權利質ナルトキハ種種規定ヲ存スト雖モ先ツ指名債權ナルトキハ第三債務者ニ質權ノ設定ヲ通知スルカ又ハ其承諾ヲ得サルヘカラス次ニ指圖債權ナルトキハ其債權ノ證書ニ質權設定ノ裏書ヲ爲スコトヲ要シ記名ノ社債ナルトキハ商法第二百六條ノ規定ニ從ヒ會社ノ社債原簿ニ質權ノ設定ヲ記入スルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス茲ニ所謂第三者中ニハ當然會社ヲ包含スルモノトス而シテ此社債ニ付テ一言スヘキハ記名社債ハ商法第二百六條ニ依リテ讓渡スルニ當リテハ讓渡人ノ氏名ヲ社債原簿ニ記入スルノ外尙ホ其讓受人ノ氏名ヲ債券ニ記入スルニ非サレハ會社其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストモ質入ノ場合ニハ單ニ會社ノ帳簿ニ質權ノ設定ヲ記載スルノミニシテ對抗條件ヲ具備スルモノトセザルコト是ナリ何故ニ此ノ如キ差異ヲ認メタルカ或ハ曰ク社債讓渡ノ場合ニ於テハ讓受人カ其債務ヲ占有セザルニ於テハ實際ニ於テ權利ヲ失フテ結果ヲ來スコトアリ例ヘハ讓受人カ讓受ケタル社債ヲ讓受人ニ代理占有ヲ爲サシメタル



場合ニ於テ讓渡人ハ其債券ノ自己ノ手中ニ在ルヲ奇貨トシ會社ヲ欺キテ讓戻ヲ受ケタリト稱シ以テ社債ノ消却ヲ求ムルカ如キコトナシトセズ此場合ニ於テ若シ讓渡ノ對抗條件トシテ社債原簿ニノ記載スルヲ以テ足レリトセハ會社ハ往來之ニ欺カルルコトアリ然ルニ令其對抗條件トシテ單ニ社債原簿ニ記載スルノミナラス其債券ニ讓受人ノ氏名住所ヲ記載セシメハ會社ハ之カ爲メニ欺カルルコトナカルヘシ而シテ權利質ノ場合ニ於テハ質權者ハ其質ノ目的タル權利ヲ代表スル債券ヲ占有スルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得タルモノナルカ故ニ讓渡ノ場合ニ於テ生スルカ如キ弊ナキヲ以テ單ニ社債原簿ニ記載スルヲ以テ足レリトスヘシト此理由ハ正鵠ヲ得タルモノニ非スト信ス夫レ會社カ欺カルルコトハ債權者ノ不注意ニ出テタルモノニ非シテ會社ノ不注意ヨリ出テタルモノナリ故ニ會社カ欺カルルコトヲ防グカ爲メニ社債ノ讓渡ニ付テハ二重ノ手續ヲ設ケ質入ニ付テハ其憂ナシトシテ單ニ社債原簿ニ質權設定ノ記入ヲ爲スノミヲ以テ足レリトスルハ未タ以テ十分ノ理由ト爲スニ足ラサルナリ然ラハ眞ノ理由ハ如何曰ク社債ヲ讓渡ス者ハ其讓渡ノ事實ヲ

債券ニ記載スルモ不名譽トスルコトナキモ之ニ反シテ質入ノ場合ニ於テハ社債ノ質入ヲ爲シタル旨ヲ其債券ニ記載スルトキハ質權設定者ハ負債アルコトヲ世間ニ知ラルルカ故ニ大ニ不名譽ヲ感スヘシ現ニ商法改正ノ際讓渡ニ付テモ右ノ理由ニ依リ之ヲ債券ニ記載スルヲ必要トセストノ議論アリシト聞ク況ヤ質入ノ場合ニハ益不名譽ヲ感スヘキヲ以テ民法ニ於テハ之カ記載ヲ必要トセザリシナリ之ヲ要スルニ二者其差異ヲ設ケタルハ質權設定者ノ名譽ヲ害セザランカ爲メナルコトハ其眞ノ理由ニシテ唯會社役員以外ノ者ハ知ルコト稀ナル社債原簿ニ記載スルヲ要スルニ止メタルモノナリ質權者ハ其質權ノ適用質權ノ成立條件ト其對抗條件トハ右ニ述ベタル如ク大ナルカ尙ホ其實際ノ適用ニ於テ混スヘカラサル事項ニ付キ一言センニ例ヘハ債務者甲ヨリ債權者乙ニ質物ノ引渡ヲ完了シタルトキハ一時使用ノ爲メニ質權者ヨリ債務者乙ニモ爲メニ質權ハ消滅セズ唯此場合ニ於テ若シ第三者亦此質物ニ對シテ差押ヲ實施シタルトキハ質權者タル乙ハ差押債權者ニ對シテ其質權ヲ對抗スルコトヲ得サルノミ故ニ若シ其差押カ解除セラレ質物カ乙ノ手中ニ戻リタルトキハ再

ヒ質権カ設定セラルルニ非スシテ前ノ質権カ存続スルモノナリ茲ニ此ノ問題アリ質権者カ一時使用ノ爲メニ質物ヲ債務者ニ貸與シテ債務者ノ手中ニ存スルニ際リ他ノ債権者カ之ニ對シテ差押ヲ爲シ運搬ノ困難ナルカ爲メニ封印ヲ施シテ之ヲ債務者ニ保管セシメアル場合ニ於テ債務者カ質権者ヨリ返還ノ請求ヲ受ケタルヲ以テ封印ヲ破棄シテ之ヲ返還セリトセバ質権者ハ差押債権者ニ對シテ優先權ヲ有スルヤ否ヤ是ナリ此問題ニ付テ先ツ疑ナキ點ハ若シ質権者カ差押アリタルコトヲ知ラザリシトキハ質権者ハ其質権ヲ以テ差押債権者ニ對抗スルコトヲ得ルコト是ナリ民法第一九二條之ニ反シテ質権者カ差押アリタルコトヲ知リタルトキハ質権者ハ差押債権者ニ對シテ優先權ヲ有セス何トナレハ質権ノ對抗條件トシテハ前ニ述ヘタル如ク繼續シテ質物ヲ占有スルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ民法第三百五十二條ノ規定スル所ナレハナリ故ニ差押債権者カ差押ヲ實施シタルトキハ質権者カ此差押ヲ拒ムコトヲ得ス又實施シタル差押ハ民事訴訟法第五百六十六條第二項ニ定ラタル手續ニ毫モ缺タル所ナキカ故ニ有效ナリト謂ハサルヘカラス既ニ有效ニ成

立シタル差押タル以上ハ此差押ト同時ニ差押債権者ト質権者トノ關係ニ於テハ質権ハ消滅スルモノナリ而シテ差押成立後債務者ノ爲シタル質物ノ返還ハ新ニ質権ヲ設定シタルモノニ非サルカ故ニ債務者ノ爲シタル不法行為ニ因リ質権者ト差押債権者トノ關係ニ於テハ質権ノ效力ヲ復活スヘキ運ナキナリ是レ予カ前述ノ如ク論決シタル所以ナリ其條ニ於テハ質権者カ質物ヲ返還セザルニ第三 質権ノ擔保スル債権ノ範圍ニ依リテ質権者カ質物ヲ返還セザルニ質権ニ依リ擔保セララル債権ハ唯リ元本ノ利息之ヨリ生スル利息違約金、質物保存ノ費用、質權實行ノ費用、債務ノ不履行又ハ質物ノ隠シタル瑕疵ヨリ生シタル損害ノ賠償等ハ總テ擔保セララルモノトシ先ツ利息ニ付テ之ヲ觀ルニ元本ヨリ生スル利息ニハ制限ナク質権ニ依リテ擔保セララルモノナリ是レ第三百四十六條ニ據リテ明カナル所ナリ此規定ヲ抵當權ニ關スル第三百七十四條ノ規定ト對照スルトキハ一ノ問題ヲ生ズ即チ不動產質ニ付テハ不動產ニ關スル第三百六十一條ノ規定ニ依レバ不動產質ニ付テハ不動產ニ關スル第三百七十四條ニ依レバ抵當權者カ利息其他ノ定期金ヲ請求スル權

民法 質権ニ付テノ譲渡

利ヲ有スルトキハ其満期ト爲リタル最後ノ二年分ニ付テハ其抵當權ヲ行フコトヲ得トアリ故ニ少クドモ不動産質ノ場合ニ於テハ満期ト爲リタル最後ノ二年分ノ外ハ質權ニ依リテ擔保セラルルモノニ非サルモノシトモ考テ生ゼテハニ非ス然レトモ條文ノ規定ヲ研究スルニ不動産質ノ場合ニ於テモ仍ホ制限ナク其利息ヲ質權ニ依リテ擔保セラルルモノナリトノ論決ラ下スヲ可トス何ドナレハ第三百四十六條ノ規定タルヤ質權ノ總則ニ掲ケラレタルモノニシテ面シテ第三百六十一條ハ特ニ不動産質ノミニ關スル規定ナルカ故ニ總則ニ例外ヲ置クノ趣旨カ法文ニ表ハレタル以上ハ抵當權ニ關スル規定ハ準用セラルベキ理由ナクグレハナリ且動産質ノ場合ニ於テハ制限ナク利息カ擔保セラルルニ拘ハラズ唯リ不動産質ノ場合ニ於テノミ其利息ノ質權ニ依リテ擔保セラルルハ最後ノ二年ニ止マルベキ理由ヲ生ゼサレハナリ此ノ如ク論スルトキハ更ニ立法上ノ疑アリ他ナシ法律ハ何故ニ不動産質權ニ付テハ無制限ノ利息ヲ擔保セシメ抵當權ニ付テハ之ヲ制限セルヤ是ナリ尤モ此問題ヲ決スルコトハ甚ク難キニ非サルヘシ即テ質權ト抵當權トハ其性質著シク異ナレドモ基クモナリ

蓋シ不動産質ニ在リテハ質物カ果實ヲ生スル場合ハ勿論法律ハ通常果實ヲ生スベキモノト看做シ隨テ其果實ト價權トハ相殺セラルルモノト爲ス是レ第三百五十八條ニ於テハ不動産質權者ハ其價權ノ利息ヲ請求スルコトヲ得スト規定セル所以ガリ故ニ不動産カ果實ヲ生ゼサルトキ或ハ又果實ヲ生スルモ設定行為ヲ以テ利息ノ約束ヲ爲シタル場合ニ限リ利息ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキノミ故ニ永ク利息ヲ延滞ヲ求メカ如キハ甚ク稀ナルヲ以テ之カ爲メニ他ノ無擔保ノ債權者カ損害ヲ受クル場合甚ク尠シトス之ニ反シテ抵當權ニ在リテハ抵當權者ハ抵當物ヨリ果實ヲ取得スル權利ナキカ故ニ第三百七十四條ノ制限ヲ設ケサルトキハ多額ノ延滞利息ニ付キ優先ノ辨濟ヲ受クルニ至ルノ結果無擔保ノ債權者カ意外ノ損害ヲ受クルニ至ルヘキニ由リ第三百七十四條ノ規定ヲ設ケタルナリ

次ニ違約金ニ付テハ別ニ説明ヲ要セサルニシテ又質權實行ノ費用ニ付テモ疑ヲ生セス唯保存費用ニ付テハ一言説明セサルヘカラス一般ノ原則ニ依レハ物ノ果實ヲ收取スル權アル者ハ物ノ保存費ハ自ら負擔スルモノナルニ質權者ハ質

物ノ果實ヲ取得スルニ拘ハラズ尙ホ保存費用ヲ請求スルコトヲ得ルト爲シ此  
 保存費ニ付テモ質權ヲ以テ擔保スルモノトセル理由如何是レ質權者カ質物ヨ  
 リ收取スル果實ハ利息ト相殺スルモノナリ而シテ殘餘アルトキハ之ヲ元本ニ  
 充ツルモノナルヲ以テ果實ハ畢竟債權者ノ利益ト爲リテ質權者ノ利益ト爲ル  
 モノニ非ザレハナリ是レ一般ノ原則ニ異ナル所ナリ尙ホ保存費ニ付キ一言ス  
 ヘキハ法律ニハ保存費用トノミアリテ有益費ニ付テ規定セス故ニ有益費ハ質  
 權ニ依リ擔保セラレル範圍外ナルヤ否ヤ第三百五十條ニ依レハ第二百十九  
 條ノ規定ハ質權ニ準用セララルモノナリ而シテ同條其第二項ニ於テ留置權者  
 カ留置物ニ付テ有益費ヲ支出シタルトキハ其償額又ハ現ニ支出シタル金額  
 ヲ所有者ノ選擇ニ依リ消却セシムルコトヲ得ルモノトシ又同條第一項ニ依レ  
 ハ必要費ヲ出シタルトキハ所有者ヲシテ其償還ヲ爲サシムル權利ヲ有スルモ  
 ノトス故ニ此規定ト第二百九十五條ノ規定トヲ參照スルトキハ留置權者ハ必  
 要費及ヒ有益費ニ付テ留置權ヲ有スルモノト謂フヘク質權者モ亦留置權ヲ有  
 スルコト既ニ述ヘタル如クナルヲ故ニ質權者モ亦必要費及ヒ有益費ニ付キ留

置權アリト謂ハサルヘカラス既ニ有益費及ヒ必要費ニ留置權アル以上ハ有益  
 費モ亦質權ヲ以テ擔保スルモノナリト附ハサルヘカラスカ如シ果シテ然ラ  
 ハ法文ニ必要費ノミヲ規定シテ有益費ヲ除キタルハ如何ニ之ヲ解釋スヘキカ  
 此點ハ之ヲ沿革上ノ理由ニ徴セサルヘカラス而シテ現行法ハ費用ニ關スル留  
 置權ノ規定ニ付テハ舊民法債權擔保編ニ依レハ質權ヲ以テ擔保スルモノハ保存費  
 明カニシテ即チ舊民法債權擔保編ニ依レハ質權ヲ以テ擔保スルモノハ保存費  
 ノミナリ舊民法債權擔保編第一〇九條又同法第九十六條ニ依レハ留置權ニ付  
 テハ第九條ヲ準用スルモノナルヲ以テ是レ亦保存費ニ限ルモノトス而シテ  
 舊民法ニ於テ留置權又ハ質權ヲ以テ有益費ヲ擔保セシメサル理由ハ「ボアンナ  
 ード氏」ノ説明ニ依レハ有益費ナルモノハ所有者ノ意思ニ反シテ支出スルコト  
 アリ此ノ如キ場合ニ於テ總合價格ノ増加ヲ來スモ若シ其物ノ上ニ優先權ヲ行  
 シシムルトキハ所有者ノ利益ヲ害スルコト尠カラサルヲ以テ有益費ニ付テハ  
 寧ろ優先權ヲ有セシメサルナリト此理由ハ以テ新民法ノ解釋ニモ應用スルコ  
 トヲ得ヘシ加之第二百九十九條第二項ニ依レハ有益費ニ付テハ所有者ハ其辨

済ニ付キ相當ノ期限ヲ求ムルコトヲ得ルモノニシテ有益ノ辨濟ニ付キ裁判  
 所ヨリ相當ノ期限ヲ許與セラレタルトキハ留置權ヲ有セサルコトハ明カナリ  
 即チ第二百九十五條ニ依ルモ物ニ關シテ生シタル債權ハ辨濟期ニ在ラサルハ  
 カラス故ニ此場合ニハ留置權ナシト謂ハサルヘカラス假ニ反對ニ解センカ有  
 益費ニ付テモ留置權アリトセンカ如何ナル時ニ其效力ヲ生スルモノト爲スヘ  
 キカ解スヘカラサルニ至ラン質權ニ付テハ此ノ如キ明文ノ存スルナクシテ却  
 チ第三百四十六條ニ質物保存ノ費用ノミヲ掲ケシテ以テ觀レハ有益費ニ付テ  
 ハ質權ヲ及ハシメタルコトヲ知ルヘシ又同條第六款ニ據リ質權者  
 次ニ不履行ヨリ生スル損害ハ甚ダ稀ニシテ例ヘハ期限ニ至リ債務ヲ履行セザ  
 ルカ爲メニ催告スルカ又ハ訴ヲ提起シタル爲メ受ケタル損害ノ如シ此他例ヲ  
 求メハ例ヘハ債權者カ債務ノ履行ヲ豫期シ更ニ第三者ニ其履行ニ因リテ得  
 カリシモノヲ給付スルノ契約ヲ結ヒタルニ債務者カ履行セザルニ因リ質權者  
 ハ遂ニ第三者ニ違約金ヲ支拂ヒタルカ如キ場合ハ質權ヲ以テ擔保セシムルコ  
 トヲ得ヘシ

次ニ質物ノ隠レタル瑕疵ヨリ生シタル損害ニ付テハ別ニ説明スルマテモナク  
 之ニ對シ質權ヲ實行スルコトヲ得ルモノトス

質權ニ付テノ譲渡  
 質權ニ付テノ譲渡  
 質權ニ付テノ譲渡

裁判官ハ取事ヲ掌ラズ

*Minius non curat praefor.*

之ノ旨ニ對シテ裁判官ハ取事ヲ掌ラズトシテ之ヲ掌ラズルニ在リ  
大ニ裁判官ノ職務ニ對シテ之ヲ掌ラズルニ在リ

高

問屋營業ト運送取扱營業トノ區別及ヒ運送營業ノ

旨ニ對シテ裁判官ハ取事ヲ掌ラズトシテ之ヲ掌ラズルニ在リ  
大ニ裁判官ノ職務ニ對シテ之ヲ掌ラズルニ在リ  
第一問屋營業ト運送取扱營業トノ區別  
問屋營業モ運送取扱營業モ共ニ商法第二百六十四條第十一號ノ取次ニ關スル  
商行為ヲ爲スル業トスルニ因リテ商人ト爲ルモノナリ而シテ取次ニ關スル行  
爲トハ自己ノ名ヲ以テ他人ノ爲メニ或行爲ヲ爲スコトノ委託ヲ受クルコトヲ  
謂フモノニシテ民法上所謂委任ニ相當ス自己ノ名ヲ以テスル行爲トハ自己  
ノ第三者ニ對シテ相手方ト爲リ權利義務ヲ主體ト爲ルヲ意味ニシテ他人ノ爲  
メトスルモノハ他人ノ損害ノ計算ヲ歸セシメテ之ノ意義ナリ是レ學問上所謂間接  
代理ト謂フモノナリ

問屋營業ト運送取扱營業トノ區別及ヒ運送營業ノ旨ニ對シテ裁判官ハ取事ヲ掌ラズ

若シ異ナル點ニ即チ問屋營業者自己ノ名義以テ他人ノ爲メニ物品ヲ販賣又ハ買入又爲メテ業人ニ所爲ノ内訳ニ反シテ運送取扱營業者自己ノ名義ヲ以テ物品運送ノ取次ヲ爲スル業人ニ在テ故ニ其目的トシテ所爲ノ物品ノ販賣又ハ買入ニシテ一ニ物品運送契約ヲ委託カスル旨トシテ行爲スルモノトシテ今之ヲ外國ノ立法ニ考フルニ問屋ノ取次ノ目的タル行爲ヲ該物品ノ販賣又ハ買入ニ限ルノ制度ハ瑞西債務法ニ始ヤリ獨逸新商法ニ於テ之ヲ採用シ我商法ハ此獨逸新商法ニ倣ヒテ設ケタルモノナリ然レ共ニ問屋ニ關スル規定ハ廣ク自己ノ名義ヲ以テ他人ノ爲メニ販賣又ハ買入ニ非サル行爲ヲ爲スル業トスル者ニ之ヲ準用スルモノトセリ(商法第三二〇條)獨逸新商法ノ解釋者ハ之ヲ稱シテ準問屋ト稱セリ舊商法ニ於テハ獨逸舊商法其他多數ノ立法例ト同シク問屋ノ取次ノ目的タル行爲ハ廣ク商行爲トセリ尙ホ問屋ナル名稱ヲ用ヒス之ヲ仲買人ト曰ヘリ(舊商法第四五六條以下)新商法ニ於テハ狭ク販賣又ハ買入ニ限レルモ必スシモ商行爲タルモノトシテ必要トセラルヲ以テ此點ニ於テハ其目的タル行爲ノ範圍ハ舊商法ヨリモ廣キコトアルヲ得ヘキナリ又運送取扱人ニ付テモ

二種ノ立法例アリ佛蘭西商法ニ於テハ運送取扱人ノ規定ハ殆ト運送人ニ近キモノト認メ之ヲ規定ヲ爲シ瑞西債務法伊太利商法ノ如キハ運送人ト同一ノ規定ニ從フヘキモノト爲セリ我舊商法モ亦運送取扱人ノ始ト運送人ニ近キ規定ヲ爲シタリ故ニ例ヘハ貨物引換證即チ舊商法ノ所謂運送狀ノ規定ハ運送取扱人ニ付テ之ヲ設ケタリ然レトモ新商法ハ獨逸新舊商法ニ倣ヒ事ノ問屋ノ一種ニシテ運送人ト異ナルモノトスルヲ觀念ヲ採用シ其運送取扱人ニハ第三百三十一條ヲ以テ問屋營業ノ規定ヲ準用スルヲ以テ之ヲ觀ルモ學理上問屋ノ一種ナルコトヲ知ルヘシ唯多少運送人ニ近キ點アルヲ以テ別種ノ規定ヲ爲シタルモノナリ

第二運送營業ノ意義ハ(一)大ニ其ノ行爲ノ目的トシテ運送營業者自己運送營業ノ意義ハ商法第三百三十一條ニ之ヲ表ハスリ即チ同條ニ依リテ運送人トシテ陸上又ハ湖川海灣ニ於テ物品又ハ旅客ノ運送ヲ爲シ業トスル者ヲ謂フニ規定セリ之ヲ左ニ分論セシメ然レ共ニ(一)貨物ノ運送營業者トシテ(一)運送人トシテ陸上又ハ湖川海灣ニ於テ運送取扱人トシテ運送人トシテ陸上

於テ爲ルハ其ノ責任ヲ故ニ得ルニ於テ運送人ニ非ズ而シテ民法  
 第三百十八條ニ依リ運送ノ先取特權ハ旅客又ハ貨物ノ運送費及ヒ附隨ノ費用ニ付  
 キ運送人少半ニ移シ其貨物又ハ存在スルアリ並ニ所謂運送人トハ商法ニ所  
 謂旅客ノ意義ニ於ケル此運送人ヨリ廣キモ又少半ト雖モ民法製義ニ言ヘル如  
 シ人力車夫マアヲ包含スヘシトハ大ニ疑フヘキモノアリ唯海上運送業者ヲ包  
 合スヘキモノナルコトハ疑ナカルヘシ

湖川港灣ノ範圍ハ商法施行法第二百二十二條ニ依リ通信大圓ノ定ムル所ニ從フ  
 ヘキモノニシテ三十二年通信令第二十號ニ依リハ湖川港灣ノ範圍ハ平水航  
 路ノ區域ニ依ルトモノトス例ヘハ東京横濱間ノ航路ノ如キハ港灣ニ屬シ隨テ  
 海上ニ關スル規定ノ適用ナキモノナリ

(二) 運送人ハ物品又ハ旅客ノ運送ヲ爲ス者ナリ故ニ物品トハ動産ヲ謂フ民  
 法ニ於テハ物ト謂フトキハ動産不動産ヲ指スト雖モ商法ニ於テハ物品ト謂フ  
 トキハ總テ動産ヲ指稱ス次ニ旅客トハ人類ヲ謂フ故ニ死屍ノ如キハ物品ニシ  
 テ旅客ニ非ズ又旅客ハ人類ナル以上ハ必ズモ自ラ意思ヲ有スル能力者タル

ヲ要セヌ夫ニ謂フ運送人ハ其ノ責任ノ範圍ニ付テハ其ノ責任ヲ負フモノナリ

(三) 運送人ハ運送ヲ爲ス者ナリ 運送トハ物品又ハ旅客ヲ或場所ヨリ他ノ場  
 所ニ移轉スル行爲ヲ謂フ故ニ必ズシモ或地ヨリ他ノ地ニ移轉スルコトヲ要セ  
 ス隨テ一地内ニ於ケル引越ノ荷物ヲ運送スル者モ之ヲ業トスルトキハ運送人  
 ト爲ルヘシ而シテ此運送人ハ腕力ニ依ルモノ可ナルヤ又ハ其目的物ノ  
 自動ニ依ルモノ可ナルヤハ多少ノ疑問ナリ「ゴトルド」ニ「コーザ」トシテ如キ  
 ハ此ノ如キ場合ハ運送ニ非スト論スルモ多數說ハ然ラス然レトモ我商法ニ於  
 テ第二百六十四條但書ニ依リハ專ラ賃金ヲ得ル目的ナルトキハ運送人ト爲ラ  
 ナルノミ

運送ヲ爲ストハ物品ヲ事實行爲トシテ或場所ヨリ他ノ場所ニ移轉スルノ意ニ  
 非ズ若シ此ノ如キ意ナリトセバ會社ノ如ク無形人ニ在リテハ運送ヲ爲シ得ス  
 ト謂ハサルヘカラス故ニ運送ヲ爲ストハ他人ヨリ運送ナル事實行爲ヲ爲スニ  
 キコトヲ引受タルノ意ニ解セサルヘカラス現ニ獨逸商法ニ於テハ運送ヲ爲  
 ストアリシヲ同新商法ニ於テハ運送ヲ引受タルトシテ文字ニ改メタリ故ニ荷



運送ヲ引受タルニ於テハ事實上自己カ運送ヲ爲スコトヲ要セス隨テ他人ニ委託シテ爲サシムルモ又ハ其使用人ヲシテ爲サシムルモ毫モ妨ガキ所ナリ運送人カ他人ヨリ引受ケタル運送ヲ他人ニ運送人ニ委託シテ爲サシムルトキハ運送取扱營業ト全ク同一ナルカノ觀ヲ呈スヘキモ唯此等ノ場合ト雖モ運送取扱人ナルトキハ他人ヨリ引受ケタルハ其爲メニ運送契約ヲ爲スヘキコトヲ引受ケタルモノニシテ運送ノ引受ニ非ス然ルニ運送人ハ運送スルコトヲ引受ケタルモノナリ且運送取扱人ノ場合ハ他人ニ運送ヲ委託スルトキハ自己ノ名ヲ以テ他人ノ計算ニ於テスルモノナレトモ運送人ハ自己ノ計算ニ於テ之ヲ爲スモノナリ(四)營業トスルトハ營業トスルトノ意義ニシテ別ニ説明ノ要ヲ見ス運送契約ノ性質ニ付テ一言センニ前ニ述ヘタル如ク運送契約ハ運送ヲ引受ケタル契約ナルヲ以テ運送人カ業トシテ之ヲ爲ス場合ニ限リ運送契約ヲ爲スモノニシテ其性質ハ(第一)營業契約ナリ何トナセバ多ク在り場合ニ於テ其方カ運送貨ヲ支拂ヒ相手方ハ運送ヲ爲ス義務ヲ負フモノナレバ(第二)通常有價契約ナリ(第三)諾成契約ナリ次ニ此契約ハ民法中ノ何レノ種類ノ契約ナルヤヲ釋スルニ種種ノ學

說アリト雖モ獨逸商法又ハ我商法ノ解釋上ハ請負契約ノ一種ナリト信ス何トナレハ運送契約ハ前ニ述ヘタル如ク物品ヲ或場所ヨリ他ノ場所マテ移轉スル所ノ仕事ノ完成ヲ目的トスルモノナレハナリ尙ホ商法第三百三十六條ニハ運送品ノ滅失シタル場合ニ於テハ運送人ハ其運送貨ヲ請求スルコトヲ得サル規定アリ又第三百四十二條ニ依レハ運送人カ運送ヲ完成セサル間ハ荷送人ハ何時ニテモ運送ヲ中止スルコトヲ得ヘシ是レ即チ運送カ請負ノ一種ナルコトノ結果ナリト謂フコトヲ得ヘシ

商法ノ運送ニ關スル規定申展世人ノ誤解スル所ノモノアリ數人相次テ運送ヲ爲ス場合ニ關スル規定ニ付テハ先ニ諸君ノ答案ニ批評ヲ附シ單見ヲ述ベタルハ今日ハ商法第三百四十三條ニ付テ説明セシメ同條第一項ニ運送品カ到達地ニ達シタル後ハ荷受人ハ運送契約ニ因リテ生シタル荷送人ノ權利ヲ取得ストアリ又同條第二項ニ「荷受人カ運送品ヲ受取リタルトキハ運送人ニ對シ運送貨其他ノ費用又支拂フ義務ヲ負フ」トアルヲ以テ此規定ノ趣旨ニ付テハ志田博士日本商法論ノ如キハ運送品カ到達地ニ達シタル後ハ荷送人ノ權利義務ハ當





ニ對シテ不當利得ノ請求ヲ爲スヘキ順序ナラサルヘカラス然ルニ現行ノ制度ニテハ此ノ如キ場合ニハ人民ヨリ直チニ訴訟訴テ國家ニ提起シ國家ハ當然國庫ノ金ヲ以テ拂戻ヲ爲スナリ是レ明カニ右ノ理論ト矛盾ス第三ニ違法處分ニ付テ行政訴訟ヲ提起スル場合ヲ考フルニ憲法ニ「行政廳ノ違法處分ニ由リ權利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟云云」トアリ其所謂「權利」トハ公權ヲ意味スルモノナルコトハ何人モ疑ハサル所ナルヘク又公權ハ國家ニ對抗スル權利ナルコトモ之ヲ疑フ者ナカサルヘシ然ルニ違法處分ナルモノハ行政廳自身ノ行爲ニ過キスト解釋スレバ行政廳ハ國家ノ意思ニ非サル自己ノ行爲ニ因リテ人民ノ權利ヲ害スルコトアリト云フコトト爲ルヘシ而シテ凡ソ權利ノ侵害ト云フコトハ其權利ヲ對抗セラルル人ノミ之ヲ爲シ得ルモノニシテ權利ヲ對抗セラレサル第三者カ之ヲ侵害スルトハ理論上到底考フルコト能ハス故ニ行政廳自身ノ違法處分ニ由リテ侵害セララル權利ハ行政廳自身ニ對スル權利ニシテ國家ニ對スル權利ナリト云フコトト相矛盾スルニ至ルヘシ又違法處分ハ行政廳自身

ニ行爲ナリトノ解釋ヨリ言ヘバ行政裁判ナルモノハ行政廳自身ノ處分ヲ取消スモノナリト云フコトト爲リ國家ノ處分ヲ取消スモノニ非ス即チ國家ニ對スル判決ニ非スト云フコトト爲リ行政訴訟ノ被告ハ國ノ意思ヲ表ハササル行政廳ト云フ一箇不可思議ノ怪物ナリト謂ハサルヘカラサルニ至ラン故ニ右ノ解釋ニテハ現行法ノ實際ハ到底之ヲ説明スルコト能ハス次ニ違法處分ハ私人ノ行爲ナリト假定セシム第一ニ恰モ前説ニ對スルト同ノ批難ヲ免レヌ即チ違法處分ノ效果ハ其處分ヲ爲シタル一商人ノ責任ニ歸スルコトト爲リ現今ノ實際ノ扱ヲ説明スルコト能ハス第二ニ行政訴訟ノ場合ヲ考フルニ意奇ナリ違法處分ハ行政廳ヲ組織スル一私人ノ行爲ナリトセハ之ニ由リテ侵害セララル權利ハ前述ノ理由ニ依リ一不私權ナリト謂ハサルヘカラサルニ至ラレ然ルニ現今民事訴訟ト行政訴訟トヲ區別シ民事訴訟ノ目的ハ私權ノ保護ニ在リ行政訴訟ノ目的ハ公權ノ保護ニ在リトスル制度ノ精神ハ全ク無意味ト爲リ行政訴訟ト民事訴訟トノ區別ハ結局之ナント云フニ至ラン或ハ曰ハン處分カ若シ違法ナリトセハ國ノ行爲ト爲ルヘク違法カチハ一私人ノ行爲ト爲ルヘク要スルニ

處分ノ違法ナルヤ否ヤニ依リテ私權侵害ノ事實入りテ否ヤヲ決スルモノナルカ故ニ行政訴訟ナルモノニテハ處分ヲ違法ナルモノニテハ先決問題ヲ決定スル制度ナリト若シ此論ノ如クセハ行政訴訟ノ目的ハ其行政處分ノ取消ヲ求ムルニ非スシテ其處分ノ違法ヲ定メシコトヲ求ムルニ在リ爲リ行政裁判所ノ判決モ亦單ニ處分ノ違法ヲ定ムルモノナリト云フニ非ナレハ議論一貫セズ然ルニ現行ノ行政裁判ハ一ニ處分ヲ取消變更ヲ爲スルノニシテ單ニ違法ヲ先決問題ヲ決スルモノニ非サルヲ奈何セン

之ヲ要スルニ今日ノ制度ヲ說明トシテハ違法處分ニ傷ホ之ヲ國家又ハ公共團體ノ處分ナリトセサルヘカラス苟モ行政處分ニ爲シタル以上ハ總令其處分力權限ヲ超ニ法規ニ違反シテ違法ニ陷ルトスルモ依然テ有效ナル處分ナリ然レトモ違法ナル場合ニ於テハ上級行政處分ニ於テ之ヲ取消シコトヲ得人民モ亦行政訴訟等ノ途ニ依リテ其取消ヲ求ムルコトヲ得即ち違法處分ハ其取消ノ時ヨリ處分タルノ效力ヲ失フモノトスルニ違法處分ハ取消ヲ得ルコトアルヘキ處分ナリト謂フヘキモノナリトスルニテハ行政訴訟ノ取消ノ要件

違法處分ノ性質效果ハ以上述べタルカ如シ而シテ茲ニ注意スヘキハ違法處分ト似テ非ナルモノ即チ到底國家ノ行爲ト看ルヘカラスシテ初ヨリ行政處分ヲ組織スル一箇人ノ行爲ト看サルヘカラスナルモノアルコト是ナリ是レ初ヨリ處分トシテノ效力ヲ有スルモノニ非ス然レトモ此無効處分ト違法處分トノ分界ヲ立ツルコトハ實際頗ル困難ナル場合アリ結局行政處分カ違法行爲ヲ爲スニ當リ故意又ハ重過失ニ出テタル場合ハ之ヲ無効處分ト看サルヘカラス何トナレハ故意又ハ重過失ニ因ルノ行爲ハ行政處分ノ資格ニ於テ爲シタル行爲ト謂フコト能ハサレハナリ此無効處分ニ對シテハ人民ハ服從ヲ拒ムコトヲ得然レトモ實際違法處分ナルモノヲ人民モ於テ無効處分ナリト思料シ服從ヲ拒ミタル場合ニ於テハ處分違反ヲ制裁ヲ受ケタルヘカラステハ勿論ナリトスルモノナリ何無効處分ハ處分ニ非ズルカ故ニ元來行政訴訟ノ目的ト爲リ得サルモノナリ何トナレハ行政訴訟ハ行政處分ニ因ル權利ノ侵害ニ基クモノナレハナリ然レトモ一應行政處分ニ因ルモノナリトシテ訴ヲ起シ却下ノ判決ヲ受クルニ由リテ始メテ先キノ處分力實ハ無効處分ニ過キテ訴コトヲ知所トテ取ルヘカラス



華ノ局外中立法ニ於テ未ダ明確ヲ辨キテ開キ實例ニ最モ妙ク此點ニ付テ  
 國際間ノ問題ト爲リタルモノトナシテ自抑シテ之ヲ以テ「就事件」其最モ困難ナ  
 ル問題ニ付キ而モ英米兩大國間ノ紛議又生シ其紛議ハ殊ニ激烈ナルヲ兩國政  
 府及ヒ人民ニ此問題ニ熱中動カシメ兩大國間ノ戰爭ヲ見シトスルニ至リ  
 然レモ遂ニ其紛議ハ千八百七十三年九月十四日「ロニエ」停戦裁判ニ由リテ  
 無事ニ終局シ又此問題ニ關聯シタル英米兩國政府ノ主張莫ク「ロニエ」停戦裁  
 判ニ提起シテ其判決ヲ下スル標準ト爲シタル千八百七十一年五月八日華盛頓  
 條約第六條ノ三法則ニ關シテ學者間ニ甚シキ見解ノ相違アリテ畢竟スルニ此  
 問題ハ今日ニ於テハ新法上未ダ決キタル所トスアラバマ號事件ニ關シテ英米兩  
 國政府間ニアリシ論争ノ諸點及ヒ米國政府ヨリ爲シタル要求ノ詳細ニ付テハ  
 之ヲ後日ノ講演ニ讓ルコトトシ茲ニ同事件ノ大要ヲ略述ス

米國南北戰爭中南軍ノ巡洋艦トシテ北軍ニ屬スル商船七十艘ヲ拿捕シ就中九  
 艘ハ船長ヲシテ賠償キルニ二艘ヲ放免シ二艘ヲ本國ニ引致シ爾餘ノ五十七艘  
 ヲ海上ニ於テ燒却シタル「アラバマ」號ハ千八百六十二年英國「ヴァーブル」港ノ

「シャード」稱スルニ商會ニ於テ三百九十號トシテ製造セラレタル船舶ニ對シテ  
 同年五月十五日ノ進水式ヲ行ヒタルニ同港在留米國領事「ダドレー」ニ於テ同  
 船ハ南軍政府ノ注文ニ因リ其巡洋艦ト爲スル目的ニテ製造セラレ居ルモノカ  
 ルコトヲ探知シ之ニ關スル證據ヲ具シテ其事情ヲ倫敦駐劄米國公使「アダムズ」  
 ニ報告シタルニ因リ同公使ハ六月二十三日英國外相「パルメル」卿ニ照會シ右領事  
 ノ報告ニ係ル書翰ヲモ封入シテ該船舶ハ海上ニ於テ特ニ戰爭行為ヲ爲スル明  
 白ナル目的ニテ衆議院議員一名モ其社員ナル「シャード」商會ニ於テ製造セラレ  
 南軍政府ノ代表者ニ依リ指揮セラレントシ其艦長ハ現「オレル」號ニテ英國  
 ニ渡來ノ途上ニ在ルノミナラズ同船ヲ注文者ハ南軍政府ノ代人ニシテ其士官  
 ナル「ロト」ハ「ヴァーブル」港ニ於テ隱シキ所ナルヲ以テ英國政府ニ於テ同船ヲ  
 出發ヲ禁止ヲラレシコトヲ請求シタルニ因リ英國政府ハ「ヴァーブル」港ヲ當  
 該官廳ニ命シテ其取調ヲ爲サシメタルニ七月同港稅關ハ復讐ニ於テ右船舶ハ  
 戰爭用ナルコト明カナレトモ大砲彈藥等ヲ搭載シ居ラ「カ」故ニ英國ノ法律  
 上差押ヲ爲スヘキ十分ノ理由ヲ示シトモ意見ヲ具申シ稅關官吏ニ於テ同船ヲ英

國ノ外國軍隊入籍法上差押ハ得ヘキ必要ナル證據ヲ備テ差出ザレバ官軍ヲ以テシ米國領事ハ此勸告ニ基キ其證據書類六件ヲ「グアブール」税關長ニ送リ「ド」七月二十二日税關長ハ其書類ハ差押ヲ爲スノ十分ナル理由ト爲テ「ド」港ト爲シタルカ故ニ翌二十三日米國領事ハ法律家トエ「ド」者ノ意見ヲ徵シタルニ其鑑定ニ於テ差押ヲ爲シ得ヘキモノトハ意見ヲ得タルカ故ニ二十四日米國公使ヨリ之ヲ外務大臣ニ照會シタルニ因テ英國政府ハ法律顧問委員ヲ調査ニ付シ二十九日英國政府ハ其委員ノ復讞ニ按テ該船舶ノ出港ヲ差止ム

（「キモント」決定セリ然レニ「アラバマ」號ハ同二十九日早朝於テ此運轉ヲ爲スノ妻ヲ裝ヒ「グアブール」港ノ貴女紳士ヲ搭載シテ出港シガカラ港外ヨリ之ヲ他ノ小船ニテ送還シ英國領「アングレン」海岸ノ「モユル」ヲ越キ三十一日朝「グアブール」港ヨリ小船ニテ送リ來リタル四十名ノ水夫ヲ乗込マシシ同水夫カ前日「グアブール」港ヲ出發スルニ際シ「アラバマ」號ニ乗込マシタルコトハ税關ニ於テ之ヲ知リタルニ拘ハラヌ其差止ヲ爲サザリシモノナリ而シテ「アラバマ」號ハ同月三十一日亞弗利加海岸「アブール」島ノ「タルセイラ」ニ向テ英國海

岸ヲ出發シ同地ニ於テ倫敦及「ロンドン」港ヨリ二艘ノ船舶ヲ以テ同濟シ來リタル兵器彈藥ヲ積込ミ水夫ヲ乗込マシメテ十分ニ武裝シ南軍巡洋艦トシテ海上捕獲ニ從事シ前記ノ如ク船舶ヲ捕獲シ英國ハ之ヲ南軍ノ軍艦トシテ港内ニ出入セシメタルモノトス

右「アラバマ」號ニ關スル事實ニシテ普通「アラバマ」號事件ト稱スルハ同號ハ「ミナラス」南北戰爭中英國版圖内ニ於テ製造艦艇又ハ武裝ニ係ル南軍巡洋艦ニ關シ米國政府ヨリ英國政府ニ提起シタル賠償問題全體ヲ包含シ同號ノ外ニ「スロ」ラ「ダ」號ト稱スル砲艦ハ千八百六十一年乃至六十二年南軍代人ノ注文ニ「スロ」ラ「ダ」號ト稱スル砲艦ハ一商會ニ由リ製造セラレ伊國政府ハ注文カリト稱シタル砲艦ハ「リス」伊國領事ハ之ヲ否認シタルヲ以テ米國公使ハ千八百六十二年二月十八日英国外務大臣ニ差押ヲ請求シ税關ニ於テハ同船ヲ武裝カシ且同船ニ付テ調査ノ結果トシテ「ド」港ニ於ケル一私人ノ使用ナリト理由ヲ以テ其差止ヲ爲サズ三月二十二日ニ普通ノ載貨ト五十二名ノ水夫ヲ以テ西印度島ニ向ケ出發シ英國ヨリ同濟ノ兵器ヲ英國版圖以外ニ於テ武裝シテ南軍ノ巡洋艦ト爲リ



「シナント」號英國商船ナリシガ千八百六十四年十月石炭及ヒ四十五名ノ水夫ヲ以テ英國ヲ出發シ「マデイラ」附近ニ於テ英國ヨリ同漕セル火砲其他ノ兵器ヲ積込ミ南軍艦ト爲リ翌年英領ノルボルシニ寄港シ修繕ヲ加ヒ四十名ノ水夫ヲ募集シテ巡洋ヲ爲シ「シヨ」トシヤ英國ニ於テ製造セル同漕セル船トシテ同國出發ノ後英國ヨリ同漕セル兵器ヲ以テ武裝シ其他「ムタ」ト「シム」ト「タラハ」ト「カモ」ト「ガ」ト「レ」ト「リ」ト「ビ」ト「シ」ト「等」ノ船トシテ製造及ヒ武裝ニ付テモ米國政府ヨリ損害賠償ノ要求アリタルモノトス南軍對人ノ將文ニ「アラバ」號以下ノ諸船ト付キ米國政府ノ要求ハ各事情ニ應ジ其理由ニ大同小異アリタルコトナレトモ英國版圖内ニ於テ「アラバ」號ノ如ク製造セラレ又ハ購入セラレテ同國ヲ出發シ英國領海外ニ於テ同國ヨリ同漕ニ係ル兵器彈藥ヲ以テ武裝シテ巡洋艦ト爲シタルモノナルカ故ニ兵器彈藥ト船舶ヲ簡便別別ニ觀ルトキハ前者ハ單ニ戰時禁制品ニ屬シ船舶ハ固ヨリ戰爭中ト雖モ軍艦以外ナル以上ハ中立國ニ於テ製造補裝スルモ妨ナク又賣買引渡ヲ爲スモ自由ニシテ普通船舶ナル以上ハ中立國ハ交戰國ニ向テ其出發ヲ禁止スルハ義務アル

モノニ非スレバ對敵國ニ更ニ之ヲ敵國船舶トシテ海上ニ於テ捕獲シ得ヘキニ過キス然レトモ「アラバ」號「フロリダ」號等ノ如ク其船舶ト英國ヨリ同漕シタル兵器彈藥ヲ領海外ニ於テ綜合シタル結果ニ付テ觀ルトキハ英國版圖内ヨリ交戰國ニ對スル戰爭上ノ遠征ノ出發ト看做シ得ヘク殊ニ本問題ニ於テハ其船舶中當初ヨリ斯レノ目的ニテ英國ニ於テ製造セラレ之ヲ米國公使ヨリ英國政府ニ注意シタルニ拘ハラヌ英國ハ局外中立ノ義務ヲ履行セシメテ之カ出發ヲ差止メテラシモノト爲スヘキモノトス然レトモ英國政府ノ見地則チセハ從來同國ノ外國軍隊入籍法ヲ多少嚴格ニ執行スルコトキハ局外中立ノ義務ヲ充タスニ餘アルモノト思考シ又實際同法ハ中立國ノ義務ニ非サルモノトモ其國民ニ國法上禁止シタル所アルカ故ニ英國政府ハ其注意ヲ同法履行ノ範圍内ニ止メ且戰爭ニ使用スル船舶ヲ國內ニ於テ製造スルモ版圖内ニ於テ軍艦トシテ之ヲ武裝スルモ非ス又製造者カ其武裝ニ關係セタル以上ハ國際公法ノ違反ニ非スシテ其船舶ノ出發ヲ差止ムルハ義務ナキモノト爲ル此點ニ於テ本問題ハ發生ヲ見ルモ至リ其交渉ノ結果ハ千八百七十七年五月八日華盛頓條約ヲ以テ英米兩國







タルモ不執行爲因他人ニ損害ヲ被ラシメ其場合ニ於テハ不執行爲ヲ犯シタルモ人爲之ヨリ發生スル結果ヲ補修セサルハカラス然レトモ此契約及ヒ犯罪之外ニ正當ナル事故ニシテ更ニ合意ノ存セサルアリ或ハ不執行爲ニシテ法律ノ列擧セル犯罪ニ該當セザルモノアリ然レトモ法學者ハ其債務ノ來源カズヘキヲ認定シ甲ノ行爲ヲ以テ契約ニ擬シ之ヲ準契約(Obligatio quasi contractus)ト爲シ乙ヲ以テ犯罪ニ擬シ Obligatio quasi ex delicto ト爲シ其ニ之ニ對シ訴權ヲ認許セザルノ旨ヲ聲明スル立クテ之ニ附屬スル債權ニ對シテ之ニ對シ訴權ヲ認許セザルモノト爲ス

第二章 契約 (Contractus)

契約ハ必ス合意ヲ觀察セシムルモノニシテ畢竟契約ハ合意ノ特別ナル一ノ形式ニ過キス而シテ合意トハ法律關係ヲ生セシムルノ目的ヲ以テ當事者間ニテシタル協和ナリ此當事者カ其通意思ノ發表ヨリシテ生スル協和ハ羅馬法ニ於テ之ヲ呼ビテ Pactum Pactio ト謂フ Pactio (Secundum) ノ字ニ其源ヲ汲ミタリ或ハ又之ヲ指スニ Convantio ノ字ヲ以テスルハ Cum (共ニ) Venire (來ル) 連スルノ字ヲ合セ

タルモノナリ此等ノ字ヲ以テ知ラルル如ク合意ハ當事者ノ自由ナル希望ニ從ヒテ生スルモノニシテ私法上其應用セラルルヘキ境域ハ其範圍大ニシテ親族權物權ニ於テ屢法律行爲ヲ形成スル基礎ト爲ルモ合意ノ最モ普ク適用セラレ又無數ノ形態ヲ取ルハ債務ノ部ニ於テナリトスルハ實ニ大多數ノ場合ニ於テハ債務ノ起源ト爲リ又其消滅ヲ招クハ合意ノ結果ナレハナリ

近世法律ノ原則トシテハ其目的ノ如何ヲ問ハス又其發表セラルル方法ノ何タルヲ分タス當事者ニ於テ意思合同スルトキハ合意ハ直チニ形成セラレ其效力ヲ生スルモノトス例ヘハ債務ヲ創造スルノ合意ニ於テハ債權者ト爲ルヘキ者ハ債務者ト爲ルヘキ者カ義務ヲ負フコトヲ承諾シ又債務者ハ債權者ト爲ルヘキ者ニ對シ其權利ニ羈束セララルコトヲ承諾セシトキハ債務ハ即チ成立セザレタルモノナリ然レトモ羅馬法ニ於テ合意の債務ニ關シ取レル規則ハ大ニ之ニ異ナリ單純ナル當事者ノ意思ノ協和ヲ羅馬人ノ之ヲ呼ビテ Pactum nudum ト爲シモノニシテ即チ一ノ訴權ナキ合意ニ過キス故ニ若シ合意ヲシテ債務ニ法律上ノ效力ヲ有セシメシトセハ他ニ有形的事實ノ之ニ附加セザルコトヲ必

要トス此規則ハ羅馬法ノ形式主義ヨリ起レルモノニシテ終始一貫シテ探レル原則ナリ而シテ數百年ノ間多少ノ緩和ヲ加ヘタルモラズニアン帝ノ時ニ至リテモ仍ホ循ギツレタリ蓋シ古代ノ法律ニ從ハハ當事者意思ニシテ有效ナル結果ヲ生セントセム必ス同時ニ一定ノ儀式ヲ實行セザルベカラズ例ヘハ古昔ノ金銭貸借(Mexum)ニ於テハ Mancipatio ノ式ヲ籍リ秤衡及ヒ銅片ヲ用ヒ借主ハ嚴ニ一定ノ言辭ヲ唱ヘテ返済スルコトヲ約束セザルベカラザリシ如シ然レトモ此煩雜不便ナル方法ハ十二銅版法ヲ去ル迄キ以前ニ於テ既ニ放棄セラレタルモ仍ホ形式主義ハ市民法ノ基礎ヲ成シ合意ハ一定シタル言辭(Termin)ノ明言又ハ帳簿(Libellus)上ノ記入又ハ物ノ交付ヲ以テ伴ハルルニ非ザレハ成立スルコト能ハス而シテ市民法ハ終ニ單ニ承諾(Consensus)ヲ以テ成立スヘキ或種ノ契約ヲ認メ遂ニ四種ノ契約ヲ成セリ此ノ如ク市民法ノ範域ハ狹小ニシテ所謂市民法ノ契約ナルモノハ其數制限セラレ社會ノ關係繁ト爲ルニ及ヒ其需用ヲ充タスコト能ハス故ニ法律ノ發達スルニ隨ヒ法官及ヒ皇帝ハ從來市民法ノ認メザリシ契約ヲ容レ之ニ附スルニ訴權ヲ以テシタルモ名稱上之ヲ區別シテ Pacta

ト呼ビ法官ノ制裁ヲ附シタルモノヲ Pacta praetoria ト稱シ皇帝ノ制裁ヲ附シタルモノヲ Pacta legitima ト謂ヘリ

**第三章 契約ニ必要ナル要素**

契約ニ必要ナル條件ニ三アリ曰ク當事者ノ承諾曰ク當事者ノ契約能力曰ク一定ノ目的是ナリ

第一節 承諾

承諾ハ當事者雙方ノ意思カ協和セルニ由リ成ルモノニシテ債務者ハ一定シタル供給ヲ爲スコトヲ約シ債權者ハ之ニ對シテ承スルニ在リ此兩意思ノ存在セルトキハ即チ承諾ヲ形成スルモノニシテ其發表ノ順序ハ更ニ承諾ノ形成ニ關係セザル承諾即チ羅句語ニ於テ Consensus (Qua sentit) 即チ感情ヲ共ニスルナル字ヨリ觀ルモ明カナリ承諾ハ當事者一方ノ提供タル Pollicitatio ヨリ區別セザルハカラス此 Pollicitatio ハ合意ノ案文ニシテ當事者相互ノ承諾ヲ得ルニ及ヒテ始

マラ法律關係ヲ生スル所ノ合意ト爲ルモノナリ。此法律關係ハ眞實ニ於テ承諾ノ存スルニ非サレバ生ズルヲ得タルモノナリ。故ニ類狂者、酩酊者及ヒ七歳以下ノ小兒ハ承諾ヲ與フルヲ得ヘカラサル自然ノ狀態ニ在ルモノナリ。其他戲ニ承諾シタルトキ、如キ共ニ皆正實ナル意思ノ缺亡セルモノナリ。此等ノ場合ニ於テハ承諾ノ形成ヲ得サルキ明カナリ。然レトモ、或場合ニ於テハ承諾ハ形成サレタルモ瑕疵ヲ包藏スルコトアリ。其原因ヲ屢擧スレハ錯誤、詐欺、暴行、強迫ノミニシテ、今羅馬法上其合意ノ效力上ニ有セル結果ヲ檢索セン。

(甲) 錯誤(Erron) 羅馬法ニ於テ錯誤ハ三箇ノ場合ニ於テハ全然承諾ヲ破壞スルモノトシタリ。(1) 契約ノ性質上ニ於ケル錯誤例ヘハ甲ハ賣買ヲ爲シテ欲セシニ乙ハ貸借ヲ爲サント欲セントキノ如シ。(2) 契約ノ目的タル有形の實物ニ於ケル錯誤(Erron in corpore)例ヘハ奴隸ノ男女ニ於ケル錯誤ノ如シ。(3) 人ノ有形の實體上ノ錯誤(Erron in persona)是レ實際ニ於テハ稀有ノ事ニシテ單ニ仲介者ヲ經テ承諾ヲ傳致スルトキニノミ生シ得ヘシ例ヘハ甲ヨリ金錢ヲ借ラント欲シタル

ニ乙ヨリ金錢ヲ受取リタルトキノ如シ。又主人ニ承諾セバ其ハ自由ノモノトシテ此三種ノ場合ヲ除ク外市民法ノ原則ニシテ錯誤ハ承諾ヲ毀害スルコト能ハス。故ニ物ノ本然ノ性質其廣狹、對手ノ法律ノ身分等ニ於ケル錯誤ハ更ニ承諾ノ效力ニ向ヒテ影響スルコトナカリキ。然レトモ法學者及ヒ法官ハ情狀ヲ考察シ此等ノ錯誤モ或場合ニ於テハ善意契約承諾ヲ破壞スルニ非サルモ尙ホ現統ヲ與フルモノトシテ特別保護ヲ加ヘタルコトアリ。蓋シテ許不ハハイス、然レハ誤

(乙) 詐欺(Dolus) 本來市民法ニ於テハ當事者一方カ權詐ノ方法手段ヲ用ヒテ他方ノ承諾ヲ得タルトキニハ其犠牲ト爲リシモノハ此等ノ理由ヲ以テ甲者ニ對抗スルヲ得ナリシカ共和時代ノ末年頃ヨリ法官ハ是ヲ以テ承諾ヲ不完全ナラシメタルモノトシ其債務實行ノ前後ニ在ルヲ分クテ防護ノ路ヲ開キ或ハ義務ノ實行ヲ請求セル債權者ヲ排斥シ又ハ既ニ實行セル義務ヲ返戻セシムルコトヲ許セリ。唯騙術ノ方法カ第三者ノ行爲ニ出テタルトキハ既ニ與ヘタル承諾ハ當事者間ニ於ケル合意ニ向ヒテ障害ヲ誘起スルコト能ハス。ハコトイフニシテ

(丙) 暴力強迫(Violentia) 暴力ニ依リ當事者一方ノ心裡ニ畏怖ヲ懷カシムルトキ





花限大層如多ヲモ羅馬法學家が論究セテ所ニ據ルニ三種ニ離テ未幾其  
 トヲ得（シ）曰ク *Dare, Praestare, Facere* 是ナリ (1) *Dare* トハ所有權又ハ物權ヲ移動ス  
 ルニ在リ (2) *Praestare* トハ物權ヲ移轉セシメテ單ニ物ヲ交付セシムルヲ謂フ (3)  
*Facere* 上ハ心ノ行為ヲ爲スヲ謂フモ又ニシテ又同時ニ消極的行爲即チ不作爲  
 ヲ包含スルモノナリ畢竟スルニ一切の債務ハ作爲又ハ不作爲ニ外ナラス何ト  
 ナレムニ所有權ヲ以テ債權者ニ移轉スルニ是レ亦一ノ事實を行フモノナリ而  
 シテ物ハ物權ノ直接ナル目的タルモ債權ハ必ズ人ノ行爲ヲ要スルモノナルカ  
 故ニ其間接ナル目的ニ過キスルニ非ズ (4) 債權者ハ債權者ニ對シテ物權者  
 約束サレタル事實ノ性質トシテ (1) 目的ハ出來スベキモノト (2) 正シキモノト (3) 確定  
 サレタルモノト (4) 債權者ニ金錢ヲ以テ評價スベキ利益ヲ與スルモノト (5) 債務者カ  
 自己ノ行爲ヨリ成ルベキモノト等ノ要件ヲ必要トスルニ非ズ (6) 債權者ハ債權者  
 (1) 約束サレタル事實ハ出來得ベキヲ要シ出來得ベカラサルノ性質ニ絕對的ナル  
 是トキハ債務ハ無効ナリトス而シテ出來得ベカラサルノ性質ニ相對的ナル  
 ナリ關係のナルアリ甲ハ目的物ノ全ク存在セザルカ或ハ既ニ消失シタルカ如

シ又商事外ノ物神法物又ハ自由人又如キ皆法律上取引ノ目的トシテ存在セザ  
 ルモノナリ乙ハ目的物ノ性質トシテ所有セラレタルニ非ズト雖モ債權者カ特  
 別ノ形情ニ依リ之ヲ得ルコト能ハサズニ由ル例ハ州ノ大守カ州内ニ在ル土  
 地ヲ取得スル契約ヲ爲スコト能ハサルカ如シ (2) 約束サレタル事實ハ正シキ行  
 爲ナルヲ要スルヲ以テ公ノ秩序ニ反シ風俗ヲ擾亂スル行爲ナルトキハ債務ハ  
 有效ナル能ハス若シ契約當時ニ於テ不正ナル行爲ハ縱令後日正シキ事ト爲ル  
 モ契約ハ依然無効タルヲ失ハス何トナレハ其成立ノ日ニ於テ無効ナル義務ハ  
 後日ニ至リ其性質ヲ變スルコト能ハサズトナリ (3) 義務ノ目的ハ一箇ノ物トシ  
 テ確定セララルカ例ハ此馬ト云ヌカ如ク或ハ一定種類ニ於テ確定セララル  
 カ例ハ一頭ノ牛ト云フカ如ク豫メ制限ヲ立ツルヲ要ス若シ單ニ一ノ動物或  
 ハ麥ト云フカ如キハ債務者ハ動物中ノ何物タルヲ分タス或ハ麥ト一粒ヲ付與  
 シ義務ヲ完ウスルカ故ニ玩弄的ノ契約ヲ過キテ隨テ法律上其有效否ヲ容テ  
 (4) 契約サレタル事故ハ債權者ニ爲メニ金錢ヲ以テ評價スルニ利益又有不  
 要ナルヲ以テ若シ債權者ニシテ此利益ヲ有セズトキハ訴訟ニ依リテ債務

者ヲ追訴スルコト能ハス例ヘハ甲者ハ乙者ヲシテ百金ヲ丙者ニ與フルヲ約セシメタルモ丙者ハ自ラ此契約ニ據リテ乙者ニ向ヒテ其實行ヲ請求スルコト能ハス何トナレハ羅馬法ノ原則トシテ代表ヲ許ササルヲ以テ甲者ハ丙者ノ爲メニ權利ヲ得ルコト能ハザレハナリ加之甲者モ亦乙者ニ對シ此契約ノ實行ヲ追ルコトヲ得ス何トナレハ毫モ自己ニ金錢上ノ利益ヲ有セザレハナリ此第二ノ原則ハ羅馬法ニ於テ他人ノ爲メニ爲サシメタル契約ノ無効タル理由ナリ故ニ債權者カ此契約ニ附帶セル條件ヲ以テ自己ニ金錢上ノ利益ヲ生ゼシムルトキハ契約ハ有效ト爲ル例ヘハ上述ノ場合ニ於テ乙者カ義務ヲ履行セザルトキハ一定ノ賠償ヲ甲者ニ拂フヘキ條件ヲ合著スルトキノ如シ此原則ヨリ他人ノ爲メニ爲サシメタル契約ハ總テ無効ト爲ルモ法學者ハ或種ノ契約ニ於テ裁判官ハ金錢ノ利益以外ニ愛情ヨリ生スル利益ヲ以テ契約者ノ意ヲ測リ契約ヲ有效トスルコトヲ容シタリ(5)契約シタル事故ハ義務者ノ行爲ヨリ成ルルベキ要素ナルヲ以テ他人ノ行爲ヲ以テ契約ノ目的ト爲スコト能ハス故ニ第三者ノ行爲ヲ以テ契約ノ目的ト爲シタルトキハ契約者ハ自ラ義務ヲ負フコトヲ欲セザリシ

モノト看做シ契約ヲ無効トス又第三者ニ於テハ代表ヲ容レザルノ原則ヨリシテ契約ニ於ケルノ行爲ニ因リ負擔ニ當ルコトナシ然レトモ此規則ヲ立テタル理由ノ存スル以外ニ於テハ契約ハ有效タルコトヲ得例ヘハ約束者ニシテ自ラ第三者ニ一ノ行爲ヲ爲サシムルコトヲ承諾シタルカ又ハ第三者カ契約シタル事ヲ實行セザルニ當リ賠償ヲ約シタルトキノ如シ

附節 理由 (Causa) (日本民法法律行為ノ要素)

茲ニ掲タル理由ナルモノハ羅馬法上或種ノ有形的及ヒ儀式的ノ要素ヲ取リテ呼ビタル所謂民法上ノ理由 (Causa civilis) ト混淆スヘカラス  
理由トハ當事者カ契約ヲ結フニ直接ナル法律上ノ原因ニシテ即チ承諾ヲ與フル外表ノ道理ナリ換言スレハ當事者ハ何故ニ法律行為ヲ爲スカノ問題ナリトス理由ハ無償行為ニ於テハ惠與ヲ爲スニ在リ有償行為ニ於テハ自ラ負ヘル義務ヲ元トシ收メ得ヘキ利益ニ在リ羅馬法ニ於テハ理由ニ對シ一定ノ理論アルコトナク又是テ以テ合意ノ有效ニ本然歟クハ防ラザル一ノ條件トシテ思考ス

レナラシモ實際上往住理由ノ存在ヲ請求セリ例ハ消費貸借ニ於テ金錢ノ授受ナカリントキハ物(物)ノ交付ナキカ故ニ契約ハ無効ナリト稱シタルカ如ク然レトモ羅馬法ハ儀式的契約ニ於テハ全ク理由ノ存在ヲ認メズ唯儀式ノ實行ナレタルトキハ之ヲ以テ義務ノ發生ニ十分ナリトシ當事者ノ意思等ハ更ニ關知セナリシカ此弊ヲ矯正セルハ又法官ノ力ニ依ルモノトス

### 第四章 口頭契約 (Verbis)

口頭契約ニ於テ一定ノ言辭ヲ以テスル宣言ハ豫メ當事者カ爲シタル合意ノ有形式ナル明言ニ過キスト雖モ是レ實ニ此種ノ契約ヲ指示スル特徴ニシテ若シ此形式ヲ缺タトキハ合意ハ單純ナル Partum ニ過キスシテ履行ノ義務ヲ生スルコト能ハス蓋シ羅馬人カ用ヒタル口頭契約ニ三種アリ一ヲ *Dotis dictio* 二ヲ *in iudicio liberis* 三ヲ *Stipulatio* ト爲ス

(一) *Dotis dictio* トハ成人例ハ自權者タル女子其債務者及其其父系ノ尊親カ嫁資契約ノ際ニ用フル方式ニシテ相互ノ答辯ヲ爲テス單ニ一方ノ明言ニ過キ

(二) *In iudicio liberis* トハ解放奴隸カ保主ニ對シテ爲ス所シテ宣誓ニテ奴隸ハ解放前主人ニ對シ其自由ト爲リタル後一定ノ役務ニ服シ又ハ金錢ヲ提供スルキヲ誓フモ元來此約束ハ無効ナルヲ以テ解放後更ニ宣誓ヲ爲スモノトス此宣誓ノ名々ヲ *In iudicio liberis* ト曰フ

(三) *Stipulatio* 上説セル二種ノ口頭契約ハ特別ナル場合ニ適用セラレ成人ニシテ爲サレ得ヘキヲ以テ其範域亦狹隘ナルモ第三ノ *Stipulatio* ニ於テハ全ク之ニ異ナリ一ノ特別ナル契約ニ非スシテ一切ノ契約ニ向ヒテ應用ナレ得ヘキ一ノ形式ナリトス此種ノ口頭契約ハ要約者ノ問及ヒ諾約者ノ答ヨリ成ルモノナレトモ其儀式ヲ實行スルニ當リ請求ナレタル條件アリ(1)莊嚴ナル言語ヲ以テテ(2)場所ノ同一及ヒ當事者ノ列席是ナリ(3)問答時ノ同一ニシテ連續スルニ(4)莊嚴ナル言語ヲ以テスル一ノ質問及ヒ返答ハ古昔ノ羅馬人カ問答ニ用ヒタル語ニ準テキヤハ *Sponsio* ナリ例ハ *Sponsio dare decem?* (仍キ與ナルコトヲ約ス

ルニト聞ヒ Spondio(約ス)ト答ヘタルニ此 Spondio ナル語ハ宗教的又性質ヲ有シ純粹  
 粹然市民法派屬故唯ラ羅馬人ノ用之ヲ用タルヲ得タルニ後來同ノ意味ヲ  
 有シテ語例ニハ Promissa Promittio Dedit Dolo 等ノ字ヲ用ヒ又唯ラ羅句語ノミナ  
 ラシ或ハ希臘語又其他ノ語ヲ用タルモ不可ナキニ至リ隨テ外邦人ト雖モ口頭  
 契約ヲ爲スヲ得ルニ至リテ而テ此問答ノ全體ヲ指シテ stipulatio 名タル問答  
 ノ順序ハ必ス債權者先ツ問ヲ發シ債務者之ニ答タルヲ要ス若シ問答ノ前後ス  
 ルトキハ決シテ契約ノ效力ヲ生スルコト能ハスニ前ヲ觀照セテ得ルニ一  
 (2) 問答言語ノ相符合スルコトニ古代ニ於テハ問答ノ言語ハ必ス同一ナルヲ要  
 シタルモ諸種ノ語ヲ以テ stipulatio ヲ爲スヲ得ルニ及ヒテ此規則ハ廢止セラレタ  
 リ然レトモ契約ノ基礎タル目的物ニ付テハ必ス問答ノ一致スルヲ要ス  
 (3) 問答時ノ同一ニシテ連續セラルコトハ stipulatio ニ於テ問答ハ相合シテ始メテ  
 ノ法律行為ト爲ルヲ得ルヲ以テ問答ノ間ニ雜フルニ他ノ行為ヲ以テスルヲ許  
 ラス此規則ハ唯ラ茲ニ之ヲ見ルノミナラズ又他ノ古代口頭傳リタル儀式例ヘ  
 ハ後見能力補充等ニ於テ見ル所ナリ

(4) 場所ノ同一及ヒ當事者ノ列席ハ stipulatio ノ如キ嚴格ナル法律行為ニ於テ羅馬  
 法ニ其問答ハ同一ノ場所ニ於テシテ當事者自ラ之ニ列席スルヲ請求セシメ解釋シ  
 易キ所ナリ然レトモ此規則ハ當事者ノ爲メニハ不便ヲ與フルコト抄カラス若  
 シ其相會合スルコト能ハサル場合ニハ stipulatio 契約ハ到底之ヲ爲スコト能  
 ハス又當事者ノ一方ニシテ同意ナルトキハ當日不在ナルシテ主張シ契約ノ實  
 行ヲ避ケルノ恐アリ是ヲ以テ當事者ハ成時代ヨリ其實行ニシテ stipulatio 文書  
 上ニ書シ之ヲ證明スルノ習慣ヲ取リ又時トシテハ實際ニ於テ爲テテラシ口頭  
 契約其他ノ附帯ノ條項等之ヲ stipulatio 問答ノ式ニ從ヒテ文書ニ認メテテテ而シ  
 テ此等ノ文書ハ反證ノ存セサル間ハ有效ト看做ナルルモ若シ當事者一方ニテ  
 當時不在ナルシコトヲ證明セシトキハ無効ニ歸シタルカシニアン帝ハ此  
 ノ如キ債務者ノ惡意ヲ妨ケン爲メ反證ハ必ス文書又ハ嫌疑以外ノ證人ナラテ  
 ルヘカカラサルヲ命ジタリ是ヨリ當事者ノ列席ハ不必要ニ爲ラレル時又同時ニ  
 Stipulatio 文書契約ト爲ラタリ單ニ口頭契約ト爲ラズテ又口頭  
 上述スル如ク stipulatio ノ目的ヲ其實行ニ困リ諾約者ヲ以テ要約者ノ負債主ト



金額ヲ負債者ノ爲メニ支消シタルモノト記入スルモノトス此場合ニ於テ證書上契約ハ一方ニハ虛構ノ辨償他方ニハ虛構ノ貸方ヨリ成ルモノトシテ其目的ハ債權ノ性質ヲ變シ訴訟時ニ當リ嚴格ナル訴權ヲ得ルニ在リ第二(2) *in personam* is a persona in personam ニシテ債務者ヲ變更スルニ在リ例ヘバ債權者兩方帳簿上ニ其債務者タル甲ヨリ百金ヲ領收シ更ニ乙ノ爲メニ百金ヲ支出シタルモノト記入スルモノトス此場合ニ於テハ債權者ノ更改ヲ成ルモノトシテ其直接領金錢授受ヲ省クヲ以テ羅馬ニ於テハ之ヲ以テ今日ノ約束手形ニ類セル效用ヲ爲ナシメタリ

書上契約ハ之ヲ口頭契約ニ比シ頗ル簡便ナルヲ以テ共和時代ニ於テ公普ク應用シタルモ其後廢棄ニ傾キ帝政時ノ末ニハ全ク消失シ羅馬人ニ於テ使用セシ帳簿 *Codices* ハ唯リ銀行營業者ノ爲メ之ヲ保護シテ終レバ之ヲ讓與シ受テ之ヲ用ル

**第六章 實物契約**

實物契約トハ物體ヲ授受ニ因リ始メ形成セラルル所ノ契約ニシテ四種アリ

(1) 消費貸借 *Mutuum* (2) 使用貸借 *Commodatum* (3) 寄託 *Depositum* (4) 質 *Pignus* 是ナリ羅馬法ハ之ヲ同一ナル實物契約ニ類別スルニ其性質ニ多少ノ異同アリ殊ニ消費貸借ニ著シク他ノ三種ニ異ナル點アリ

**第一節 消費貸借**

消費貸借ハ當事者ノ一方カ或物ノ所有權ヲ他方ニ讓リ他方ハ同一物ノ同一分量ヲ一方ニ返付スルノ義務ヲ生ズル契約ナリ而シテ此物體ハ引渡ニ因リテ其所有權ヲ移轉 *Mutui actio* ナルモノトシテ借主ハ之ヲ *Accipiens* ト呼ビ貸主ハ之ヲ *Tradens* ト呼ブ

古昔時代ニ於テハ消費貸借ハ專ニ金錢ニ存シタル如ク五人ノ證人ノ前ニ於テ彼銅片 *Aes* 及ビ秤衡 *Libra* ノ式ヲ用ヒ當事者相互ニ宣言 *Interpellatio* ヲ用ヒ其後始メテ銅錢 *Aes signatum* ノ創製ヨリ金銀貨幣ヲ鑄造セラルルニ及ヒテ尙此 *Numm* ノ方式ヲ用ヒタルハ其酷烈ナル制裁ヲ利用セザル所ナリ在リタルカ如ク而シテ此 *Numm* ノ式ヲ用フル消費貸借ハ唯リ羅馬人ノ爲メ之ヲ爲シ得ル者

カ故ニ其範域狹隘ナルヲ以テ或時代以後ハ單ニ金錢ノ授受ニ因リ返戻ノ義務ヲ生スル契約實用ニ入り遂ニ儀式的行爲ノシテハ使用外ニ排棄セラルルニ及ヒタリ消費貸借ニ於テハ當事者ノ承諾ヲ以テ是レリトモ必ス物體ノ授受ヲ要ス而シテ消費貸借ニ於テ授受ナルハキ物體ハ羅馬法律家ノ言ニ從ヘハ或ハ秤量ナレ或ハ計算ナレ得ヘキ總テノ物ナルカ故ニ凡ソ世ニ存在スル物ハ殆ト皆 *Mutuum* ノ目的タルヲ得ルカ如シト雖モ羅馬法律家ハ自ラ此定義ヲ制限シ貸借酒油穀類ノ如キ食料品及ヒ金銀銅等ノ地金ト爲ス是ヲ以テ觀レハ *Mutuum* ハ種類ヲ以テ定メタル物即チ代替スヘキ物ニシテ酒用セラレ簡簡ニ觀察シタル物ニ適用セシ是レ其物ノ所有權ヲ移轉シ同ニ種屬ノ物ヲ返還スル義務ノ性質ヲ表ハス所以ナリ

(1) 羅馬法ニ於テ通常金錢ノ貸借ハ特別ナル徵候ヲ具ヘ第一ニハ無利息ニシテ利息ハ決シテ單純ナル合意即チ「*Pacta*」ニ因リ之ヲ生スルコト能ハス第二ニハ特定シタル人ノ金錢借受ヲ爲スニ特別ナル無能力者ヲ「*Impubes*」トシテ「*Impubes*」ノ世ニ發セラレタル元老院決議ハ家子ニ金錢ヲ貸スコトヲ禁シ若シ

法律ヲ犯シテ爲シタル貸借ハ無効ニ屬シ家父家子及ヒ其相續者擔保者ハ辨償ノ義務ヲ有セズ故ニ債權者ハ家子及ヒ其他ノ者ニ對シテ訴訟ヲ提起スルコト能ハス唯家子其自然義務ヲ負フコトニシテ若シ自其故意以テ辨償シタルモ亦此辨償無効ニシテ不當利得計看做サレサルノミ此元老院決議ハ常ニ「*Impubes*」ノ元老決議 *Senatus consultus Aebutianus* 下呼ハル通常元老院決議ハ辨償ヲ提出シタル人名ヲ冠スルノ規則下爲スモ此法律ニ於テ特別ニシテ或ハ「*Impubes*」ナル人名ハ一高利貸ノ名ナリト曰ヒ又一説ニ從ヘハ負債ノ辨償ニ當リ家父財產ノ讓與ヲ得シカ爲メニ家父ノ生命ニ危害ヲ加ヘタル一家子ノ名ナリト曰フ蓋シ羅馬ニ於ケル家子ハ特有財產ナキカ故ニ信用ヲ得ルコト能ハサルシテ理ナレトモ高利貸ハ家父ノ死後辨償スヘキ約束ヲ以テ重大ナル條件ヲ加ヘ家子ニ金錢ヲ貸與スルコトアリシヨリ遂ニ「*Impubes*」元老院決議ヲ發スルノ機會ヲ見タル地ナリ又羅馬法ニ於テ家子ノ家父死後ヲ以テ期限トシ金錢ヲ借ルコトヲ行ハレシハ既ニ此元老決議ニ先シテ「*Impubes*」ノ世ニ下シタル

① 法律ハ家父ノ死ヲ以テ借金辨償ノ期ヲ爲スヲ禁セシヲ以テ是知ルルシ

(2) 金錢貸借又シテ有價即チ利息附大ニシテ之トキハ必ズ式ニ從テ別ニ契約ヲ爲スル必要トス羅馬法ニ別ニ此利息附貸借ヲ呼ビテ *Emptas et Pecunia* ト稱シタリ然レトモ此嚴密ナル規則ハ漸次弛緩ニ傾キ遂ニ市及ヒ銀行營業者カ爲セル金錢貸付及ヒ麥等ノ食料物ニ於テハ單純ナラズ「Pacta」ヲ以テ利息ヲ約スルヲ許セリ而シテ利息ノ標準ニ關シテハ既ニ十二銅版法時代ヨリ制限ヲ立テ之ヲ超ニルヲ許テス此標準ニ帝政時代ニハ十二「プロセント」(百分ノ十二)ナリシカレバヌチニアン帝ハ之ヲ減シテ六「プロセント」(百分ノ六)ト爲シタリ

(3) *Naufium fagus* トハ海上ノ事業即チ海外諸國ニ於テ商業其他ノ企業ヲ爲サントスル目的ヲ以テ爲シタル金錢貸借ニシテ特別ナル規則ニ付セラレ此金錢又之ヲ以テ購入シタル物品ノ海上ニ於テ遭難ニ因リ消失シタルトキハ債務者ノ義務亦同時ニ消滅シ又此貸借ニハ單純ナル「Pacta」ニ因リ利息ヲ生センヌルヲ得タリ其他海商危險ノ賠償トシテ利息ハ法律上ノ標準ニ據テ拘束セラルルモノトナリシカレバ「Pacta」ニアン帝ハ之ヲ以テ十二「プロセント」(百分ノ十二)ト制限セタリ

第二節 使用貸借 (Commodatum)

使用貸借ニ於テハ當事者ノ一方ハ一定ノ物ヲ他方ニ交付シ乙者ハ當事者間明白又ハ暗黙ニ承合シタル方法ニ從ヒ物ヲ使用シタル後甲者ニ返付スルノ義務ヲ有スルモノナリ

使用貸借ニ於テハ借主ハ一定時間物ヲ保存シ使用後同一物ヲ返還セナルヘカラス然レハ此目的タル物ハ動産又ハ不動産タルヲ分タス有形物タルヲ要シ又ハ實體ノ交付ハ消費貸借ノ如ク所有權ヲ移動ニ關セス單ニ貸主カ物ヲ使用シ得ルヲ許サンカ爲メ爲シタル交付ニ過キス借主ハ決シテ物上權ヲ得ルコトナシ故ニ羅馬法ハ此交付ヲ呼ビテ空虛引渡 (*Quida traditio*) ト謂フ此契約ヨリ生スル結果トシテ借主ハ物件ニ對シ善良ナル家父ノ注意ヲ加ヘ契約ノ趣意ニ反スル使用ヲ爲テヌ一定時ノ後ニ於テ之ヲ返還セタルヘカラス此ノ如ク使用借主ハ確定シタル物ヲ返還スルノ義務アルカ故ニ偶然ノ事變ニ因リ物ノ滅失シタルトキハ其義務ヨリ解除セラル換言スレバ偶然ノ事故ハ貸主ノ負擔ニ屬スルモ



イオト其他備用貸借ニ於テハ借主ハ從以テ報償者或雖借主ノ義務ヲ盡スルモ  
 不何トモ元來使用貸借ニ無償ノ法儀行爲然ルヲ以テ貸金ノ支拂ハ此契約  
 ノ性質ニ反スルモノト大體若シ債權者ニ對シテ報償ノ契約ハ無償ノ契約ニ使  
 用貸借ノ性質ヲ變更シ貸借又ハ其他無名契約ニ成ルモノナリ又ハ  
 使用貸借ニ於テ貸主ハ契約ヲ爲シタル當時ニ於テハ一モ義務ヲ負フモノト之以  
 テ取除キ契約ノ進行中ニ於テ借主ニ對シテ或義務ヲ生ズルモノナリ即チ物ノ使用  
 ニ對シテ費用例ヘハ奴隷ノ食料ノ如キモノ以外ニ於テ借主ノ物ノ保存  
 爲メニ爲シタル費用ヲ支拂セザルヘカラス其他貸主ニシテ取除キノ行爲爲メ  
 爲シタル物ハ之ヨリ生ズル損害ヲ賠償スルモノナリ

第三節 寄託 (Depositum)

寄託ノ兩貸借ニ異ナル所ハ領受者 (Depositarius) 物ヲ保存スルモノ自ラ之ヲ利用  
 スルヲ得スシテ寄託者ノ之ヲ請求スルニ應シ直チニ同物體ヲ返還セラルヘカラ  
 ナルノ義務アルニ因ル總テ有形上移轉シ得ヘキ物ハ寄託ニ附セラルルヲ得ル

モノトス故ニ移轉スヘカラサルモノ即チ不動産ハ其外ニ在リ而シテ寄託ニ於  
 ケル實體ノ授受ハ單純ナル空虚引渡 (ada traditio) 手ヲ受託者ハ占有權其他ノ  
 物權ヲ得ス單ニ物ヲ抑留スルニ過キス

寄託契約ヨリ生ズル通常ノ結果ハ受託者カ負フ所ノ義務ニシテ之ヲ履指スル  
 物ヲ保存スルノ義務物ノ保存上ニ犯セル詐欺及ヒ重大ナル過失ニ答フルノ  
 義務第一回ノ請求ニ應シ物ヲ返還スルノ義務ナリトス而シテ受託者ハ確定シ  
 タル物ノ負債者タルカ故ニ偶然ノ事故ニ因リ物ノ消失シタルトキハ其義務モ  
 亦同時ニ消失シタルモノナリ寄託ハ使用貸借ニ於ケル如ク契約ノ經過中ニ於  
 テ或ハ寄託者ノ義務ヲ生ズルコトアリ例ヘハ受託者カ物ノ保存ノ爲メニ爲シ  
 タル必要ノ費用ヲ辨償シ又自ラ犯シタル詐欺ニ對シ責任ヲ負ハサルヘカラス  
 本來寄託契約ノ性質トシテ無償ナルヲ以テ報酬ヲ約束シタルトキハ寄託ノ性  
 質ヲ失ヒ他ノ契約ト爲ルモノナリ

寄託契約ノ變態トシテ(1)水火等危殆ノ形勢ニ迫ラレ何人カ之ヲ救ハス爲メ  
 ル寄託即チ羅馬法注釋者ノ所謂必要寄託或ハ厄災寄託(論爭論)自前タル物ヲ

以テ當事者ヲ第三者ヲ擇ヒテ爭論終結ヲ寄託シタル物件保管(Bogehaltung) (3) 不規則寄託ト呼ハレタル金錢ノ寄託ナル三種アリ此三種ノ寄託ニ於テハ寄託ノ原則ハ其趣ヲ變シ適用セラレタルモノナリ

### 第四節 質 (Pignus)

質ハ債務者又ハ第三者カ債務ノ辨償ヲ確保スル爲メノ物ヲ以テ債權者ニ付與スルコトノ契約ニシテ質權者ハ辨償ヲ受ケタル後之ヲ返還セザルヘカラス質契約ノ目的ハ或ハ動産或ハ不動産タルヲ得ヘク而シテ債權者ハ債務者ヨリ受領シタル質タル物ノ上ニハ所有之心素大差モ占有權ヲ得辨償ヲ得タル期間ハ之ヲ留置シ或ハ自ラ之ヲ沽賣シテ債務ニ充ツルコトヲ得ヤハ誤矣ニ答マズ羅馬法ニ於テ不動産ヲ以テ質契約ノ目的タルヲ許シタルハ蓋シ今日所謂抵押(Eypotheca)ノ羅馬ノ初代ニハ存在セザリシモ中頃ヨリ採用シタルニ由ルモノナリ而シテ不動産ノ質タルト抵當タルトニ從ヒ其規則モ亦自ラ異ガレシメテナリ

質契約ハ貸借寄託等ニ比シテ上説セル點ニ於テハ深ク差異ヲ呈スルモ其實物契約中ニ算セラレル所以ニ他ノ契約ニ等シテ實物ノ交付ヨリ始メテ其發生シ得ルニ由ル而シテ質ハ確定物上ニ在ルヲ以テ使用貸借及ヒ寄託ニ於ケル債權者及ヒ債務者ノ義務ハ又質ニ於テ其趣ヲ同シクス

### 第七章 合意契約 (Consensus)

總テノ契約トシテ當事者ノ合意ナクシテ成立スルコト能ハザルヤ明カナリ然ルニ特ニ合意契約ナル名ヲ以テ或種ノ契約ヲ指示スルハ他ナシ羅馬法ノ原則トシテ單純ナル合意ハ之ヲパクタク( Pactum)ト呼ビ法律上有效ナル行爲タルコト能ハス若シ異成ナル契約即チ制裁力ヲ具ヘタル法律行爲ヲ爲サントセバ一定ノ形式ヲ履行シ或ハ物體ノ授受ヲ必要トセルコト上ニ見ルカ如シ然ルモ或種ノ契約ニ於テ此等ノ煩雜ナル規則ヲ要セズ當事者ノ意思合同スルヤ直チニ完全ナル契約ト爲ルヘキヲ容シ此種ノ契約ヲ指シテ合意契約ナル名ヲ與ヘタリ是ヲ以テ觀レハ合意契約ハ羅馬ニ於テ法律學ノ發達シタル後ニ於テ始メテ現





ヲ人アルモ價ヲ論じズレテ物ヲ買ハサルカニ於テ不幸ゾ人オケレハナク買  
 買ハ雙務契約ナルヲ以テ賣主買主ハ互ニ義務ヲ負フモノナリ之ヲ列舉スル  
 買主ニ在リテハ(1)物ヲ保存シ(2)己ノ所有スル權利全部ト共ニ物ヲ買主ニ交  
 付シ(3)買主ヲシテ將來平穩ナル占有ヲ享受セシムルコト即チ占有ノ擔保責任  
 追索及モ瑕疵ノ場合ニハ買主ノ損害ヲ賠償スルニ在リ(4)買主ノ損害ハ買主  
 買主ノ義務ハ(1)當事者雙方カ一致セル金額ニ從ヒテ代價ヲ支拂フニ在リ(2)若  
 シ代金仕拂ノ遲滞セルトキハ物ノ引渡以後利息ヲ加ヘラルモノナリ(3)若  
 シ買主ハ買主ノ義務ニ背キテ物ヲ引渡シタルモ買主ハ買主ノ義務ニ背キテ物  
 買主ノ義務ニ背キテ物ヲ引渡シタルモ買主ハ買主ノ義務ニ背キテ物

第一節 賃貸借 (Locatio conductio)

賃貸借ハ一ニ雙務契約ニシテ當事者ノ一方ハ他方ニ對シテ物ノ享有ヲ得セ  
 シテ或ハ他方ヲ爲シテ或業務ヲ爲スルコトヲ約シ他方ハ之ニ對シテ代價ヲ支  
 拂フコトヲ約スルモノナリ是ヲ以テ推セハ賃貸借ハ當事者相互間ニ二箇ノ義  
 務ヲ生スルモノナリ就中第一ハ代價ニシテ不變ナルモノ第二ハ他ノ債務者カ爲  
 スルニキ供給ニシテ敷種ノ區別アリ即チ(1)物ノ賃貸借 (Locatio conductio rerum) 及

ヲテハ借主カ賃金ヲ拂フニ對シ貸主ハ物ノ使用享有シ又物ヨリ利益ヲ收ムル  
 コトヲ得セシムルニ在リ(2)事業ノ賃貸借ニ於テハ債務者ハ一定ノ事業ヲ爲ス  
 ニ在リ而シテ更ニ之ヲ分チテ二種トシ甲ヲ請負賃貸借 (Locatio conductio operis facti  
 facti) トシ一定ノ工事を爲スニ在リ例ニハ一人ノ家屋ヲ建テ一人ノ船ヲ造リ或ハ一  
 ノ貨物ヲ運送スルカ如ク之ヲ雇傭賃貸借 (Locatio conductio operarii) トシ當事者ノ  
 一方ハ多少繼續セル間他ノ使役ニ服スルニ在リ近世ノ法律ニ於テハ此等諸種  
 ノ契約ハ特別ナル稱號ヲ有シ獨立シタル契約ナルモ羅馬法ニ於テハ總テ之ヲ  
 賃貸借ニ一括シタリ (Locatio conductio operis facti facti) 賃貸借ニ一括シタリ  
 此等ノ契約ハ皆物又ハ爲スルニキ工作或ハ役務及ヒ賃金上當事者間ニ合同ス  
 ルヤ單ニ承諾 (Solo consensu) ヲ以テ形成セラルルモノトス而シテ各自特別ナル規  
 則トシテ物ノ賃貸借ニ於テハ賃貸人 (Locatio) ノ義務ハ物ヲ他方ニ交付シ契約  
 中其享有ヲ得セシメ其擔保ニ任スルニ在リ而シテ賃借人 (Conductor) ノ義務ハ契  
 約ノ定ムル時期毎ニ賃金ヲ拂ヒ物ヲ保存シ善良ナル家父ノ注意ヲ加ヘ契約終  
 結ノ日物ヲ返付スルニ在リ而シテ賃金ハ物ノ繼續セル事有キ基礎トシテ以

テ享有ノ時ニ準シ拂フヘキモノトテ故ニ偶然ノ事故ニ因リ將來初ノ享有ヲ得ルコト能ハサル場合例ヘハ家屋ノ火災ニ罹リタルトキニ於テハ質借人ニ爾後質金ヲ負擔セサルモノナリ

事業ノ質貸借ニ特別ナル規則ヲ掲ケンニ當初ニ於テ羅馬人ハ事業ニ質貸借ニ於テモ物ノ質貸借ニ於ケル如ク物ノ交付ヲ以テ其本然ノ性質ト思考シ事業ハ質借人ガ交付サレタル物ノ上ニ加フルニ在リ若シ物ナクハ質貸借ナルトモ思考シ之ヲ名ケテ *Locatio conductio operis* *locandi* ト稱シ事業ノ注文者ハ貸主 *Locatory* ニシテ事業ヲ請負ヒ受ル者ハ借主 *Conductor* ナリ例ヘハ家又ハ其他ノ建築ヲ爲サシムル爲メ土地又ハ運搬スヘキ貨物ヲ交付シタルトモ如ク此際ハ質金ヲ拂フハ質借人 *Locatory* ニシテ物ノ質貸借 *Locatio conductio rei* ニ於ケルトモ至テ反對ナリシ此特異ナル思考ハ雇傭契約即チ自由人ガ賃金ヲ得テ一定ノ役使ニ服スヘキ契約ニ於テ之ヲ變シ物ノ交付ヲ要セサルモノナリ又此 *Locatio conductio operum* ニ於テハ請負契約ニ異ナリ勞働ヲ供スル者ヲ質借人トシ賃金ヲ拂フ者ヲ質借人トセリ

### 第三節 委任 (Mandatum)

委任ハ一人カ無償ヲ以テ他人ノ爲メニ或事務ヲ管理スルニトテ約スル所ノ契約ナリ社會上ノ交通複雑ニ於テ土地ニ於テハ或ハ不熟ナル事件ニ對シ或ハ自ラ故障ノ存スル場合等ニ於テハ委任契約ニ因リ用ヲ辨スルハ自然ニ必要ナリ又羅馬ノ初ニ於テハ殆ト委任ナル方法ヲ用ヒテリシカ如ク蓋シ是レ羅馬法ノ儀式的ナリシヲ以テ必ス當事者ノ自ラ法律行爲ニ當ルヲ請求セシト又他ノ形式ヲ要セザル行爲ニ於テハ奴隸ヲ用ヒテ權利ヲ得取スルヲ得又上ニ起因スルナラン其後第三者ヲ以テ當事者ニ代リテ事務ヲ辨セシムルニ及ビ之ヲ以テ合意契約ニ列シタリ

委任ノ元素トシテ (1) 受任者 *Procurator* カ委任者 *Mandator* ノ爲メニ善良ノ風俗ニ反セザル一ノ行爲ヲ爲スコトノ義務ヲ負ヒ又此行爲ハ委任者ノ爲メニ利益ヲ有スルコトヲ要シ (2) 無償ニシテ質金ニ約束ナク又賃金ヲ拂ハサルヲ要シタリ若シ委任ニシテ有償ナリシトキハ即チ委任ノ性質ヲ失ヒ或ハ質貸借或ハ他ノ

無名契約ト變シタリ然レトモ羅馬法ハ終ニ此資金ノ條件ヲ變シテ以テ委任契約本然ノ條件タルヲ廢シ受任者ハ其功勞ニ對シ報酬ヲ約スルコトヲ許セリ

### 第四節 組合 (Gesellschaft)

組合トハ二人以上數多ノ人カ或物ヲ提出シテ共同ト爲シ一ノ企業ヲ爲サントスルノ契約ニシテ組合ハ羅馬ニ於テハ近世商工業ノ發達セル社會ニ於ケル如ク重要ナルモノニハ非サリシ當初ニ於テハ單ニ組合ヲ以テ友誼上信用ニ依リ成立ツモノトシ所謂權利關係ヲ生セサリシカ如シ後世ニ及ヒ組合間ニ爲シタル契約ハ民法上ノ義務ヲ生スルモノト爲シ合意契約ニ加ヘタルモノ仍舊古昔時代ノ痕跡ヲ印シ特別ナル徵候ヲ呈セリ例ヘハ組合間ノ訴權ヲ得辱ヲ引キ又組合中ノ一人ハ他ニ對シ賣方外ニ罰セラルルコトナシ等ノ規則ヲ存シタリ自組合ノ成立ニハ必ス組合者カ一定ノ出資ヲ要ス此出資ハ或ハ物權債權或ハ勞働タルヲ得各人各種ノ出資ヲ爲スヲ許ス然レトモ必ス組合者ハ一定ノ出資ヲ要シ若シ出資ナキノ人ヲ包含スルトキハ是レ實ニ贈與行爲ヲ爲スモノニシテ

有價契約ノ性質タル組合ノ性質單失ハシムルモノナラズ又時トシテハ組合者ノ各出資ヲ合シテ共同ト爲スル之ニ據リ一定セル企業ヲ爲シ之ヨリ生スル所ノ利益ヲ分クヲ以テ通常ノ目的ト爲スモノナリ然レトモ又時トシテハ企業ハ成功ニ達セス各自ノ出資損耗ニ歸スルコトナキニ非ス面シテ利益損害ノ分配ニ於テハ契約ニシテ正平ニ反セサル限ハ之ヲ當事者ノ意思ニ任ス故ニ甲者ハ利益損害ノ三分ノ二ヲ取リ乙者ニハ三分ノ一ヲ歸スルヲ得ヘタ此ノ如キ差異ハ出資ノ差異ニ準スルモノト看做ス又甲者ハ單ニ利益ヲ分配ニ與リ損害ヲ負擔セザルヲ約スルモノ得失計算後純益ノ有無ニ於テスル其効有有效ナリトス然レトモ甲者ハ組合事務ヨリ生ズル一切ノ利益ヲ收メ他者一切ノ損害ニ任ズルノ契約ハ之ヲ無効ト爲ス此ヲ如ク總益ヲ一ニ歸シ總損ヲ他ニ負ハシムルハ羅馬人ノ所謂獅子配分ヲ爲スモノニシテ其組合ハ不正ナルモノトシ獅子組合ノ名ヲ以テ呼ビ其組合ニ歸スルモノハ又ハ企業ニ歸スルモノトシ若シ組合者間ニシテ利益分配ニ關シ規定無ク所ナカレシトキ各組合者ハ之ヲ等分ス若シ又單ニ利益分配ノ規定セザル時其損失負擔亦之ニ準ス又損

失分擔ノ事ニ關シ明瞭ニ約束セシキハ利益分配應共率ニ與テ之ニ準テ之ヲ用  
 組合以終結スル通常原因(1)企業以完成セテシテモルカ又ハ(2)期限ヲ達シテ  
 故ノ發現ニ在リテモ其由他原因ハ羅馬人ハ組合ヲ以テ *Latina praesens* 即チ  
 相互組合ヲ爲セル人ノ信用ニ起因セテ契約ヲ爲シタリ理由ニテ例ヘハ(1)  
 組合ノ一人カ中途ニ退クトキハ組合ハ終ラ告テ是ヲ以テ組合員ハ何時ト  
 離モ一人ノ意ニ從ヒテ組合ヲ解散セシムル權アリタルハ羅馬古昔ハ法律  
 ヲ將來セシモノナリ(2)組合員一人ノ死亡モ亦然ルヲ以テ組合者ハ此ノ如  
 キ急遽ナル結果ヲ避ケル爲メ遺存者間ニ於テ組合ヲ繼續スルコトヲ約スル  
 得然レトモ相續者ヲ加フルヲ許ササルハ契約時ニ於テ組合者ハ相續人ハ不確  
 定ノ人タルヲ以テナリ(3)カヒテ不確ニシテ即チ人格減少(4)組合ニ人ノ資產  
 賣却 *Bonorum venditio* 即チ破産シタルトキハ之ニ因リテ解散スルモ其ノ事ハ  
 組合ハ其目的トスル事業ヲ廣狹ニ從ヒ或ハ無般名義或ハ各箇名義ノ組合ニ類  
 別ナル(1)各箇名義ノ組合中甲ハ單ニ一回ノ行爲ヲ目的トスルモノアリ例ヘハ

雜

報

○最近判例要旨彙報

一四三 内外人船舶共有契約ノ效力 日本ノ船舶ハ日本臣民ノミ所有シ得  
 ヘク外國人ハ日本船舶ノ單獨ノ所有者タルコト能ハサルハ勿論日本船舶ノ共  
 有者トシテ其持分ヲモ所有スルコト能ハス(船舶法第一條)隨テ日本臣民カ其所  
 有スル船舶ヲ日本ノ船舶トシテ外國人ト共有スヘキ契約ヲ爲スモ其契約ハ國  
 法上日本船舶タルノ資格ナキ内外人ノ共有船舶ヲ日本船舶トラシムルノ效ヲ  
 生セザレノミナラス公益上ノ理由ニ基テ國法ノ禁令ヲ回避スルヲ目的トスル  
 不法ノモノナレハ所謂公ノ秩序ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ニ該當シ  
 全然無効ニシテ何等ノ效力ヲ生セザルモノトス(大審院明治三十九年(七)第三  
 十六年四月十日(第二刑事)部宣告日)

一四四 不法原因ニ基テ給付ノ返還 民法第七百八條ノ規定ニ違反シ不法  
 ノ原因ノ爲メニ給付シタルモノノ返還ヲ約スルカ如キハ公益規定ニ反スル法



律行為ニシテ無効ナリト雖モ給付ヲ受ケタルモノヲ賣買贈與等ノ法律行為ニ  
 基キ其給付ヲ爲シタル者ニ對シ更ニ給付スルルモノモ不法ニ非ス(同明治三十六  
 年五月十二日第一民事部判決)

一四五 會社支店ノ登記 商法第四百一十一條第二項ノ規定ニ依リ株式會社  
 ニ準用スヘキ同第五十一條第二項ニ所謂會社設立後支店ヲ設ケタルトキトハ  
 株主總會ニ於テ新ニ支店ノ設立ヲ決議シタルトキヲ謂フニ非スシテ其決議後  
 現實支店ノ開設アリタルトキヲ指スモノトス(同明治三十六年三月二十五號  
 民事部判決)

一四六 詐欺ノ裏書 自己ヲ振出人トシ甲ヲ受取人ト爲シタル約束手形ヲ  
 作成シ且甲ヨリ乙ヘ讓渡ヲ爲ス旨甲ノ名義ヲ以テ擅ニ裏書ヲ爲シタル所爲ハ  
 約束手形ノ偽造若クハ變造ニ非スシテ詐欺ノ裏書ナリトス(同明治三十六年三月  
 二十一日第二民事部宣告)

一四七 訊問前ノ偽證 證人トシテ訊問スヘキ旨ノ告知ヲ受ケタル者カ裁  
 判所ニ向テ虛偽ノ陳述ヲ爲シタルトキハ縱令其供述ハ各事項ノ訊問ニ對シ爲

シタルモノニ非スシテ證人自ラ其訊問ニ先テ爲シタルモノト雖モ仍ハ偽證罪  
 ノ責ニ任スヘキモノトス(同明治三十六年五月十九日第二民事部宣告)

一四八 偽證ノ被害者 刑法上被害者ト稱スヘキ者ハ犯罪ニ因リ私法上ハ  
 權利ヲ侵害セラレ其賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘキ地位ニ立ツ者ヲ謂フ而シテ證人  
 カ偽證ヲ爲シタル場合ニ在リテハ國家ノ公益ヲ害シタルニ過キタルヲ以テ其  
 裁判所ヲ構成セル判事其人ノ私法上ノ權利ヲ侵害シタルモノト謂フコトヲ得  
 ス(上同)

一四九 監守盜罪ノ共犯關係 監守盜罪ノ共犯人ヲ竊盜ノ罪ニ問フニハ監  
 守者カ自己ノ手裡ニ保有セタル金品ヲ自己ノ占有ニ移シテ橫領シタルノ事實  
 ト共犯人カ其金品橫領ノ所爲ニ干與シタルノ事實トヲ具體的ニ判文ニ明示ス  
 ルヲ要ス(同明治三十六年三月十九日第二民事部宣告)

一五〇 電流ノ竊取 電流ハ有體物ニ非サルモ五官ノ作用ニ依リ其存在ヲ  
 認識スルコトヲ得ヘキモノニシテ之ヲ容器ニ收容シテ獨立ノ存在ヲ有セシム  
 ルコトヲ得隨テ他人ノ所持スル電流ヲ不法ニ奪取シテ之ヲ自己ノ所持内ニ置

キタル者ハ刑法第三百六十六條ニ所謂他人ノ所有物ヲ竊取シタルモノトス(明治三十六年五月二十七日第三八號法律事件明治)

一五一 詐欺ニ因ル法律行為ト詐欺取財罪 意思表示カ詐欺取財ノ手段タル場合ト雖モ尙ホ意思表示トシテ其效ヲ生シ唯被害者ニ於テ詐欺ヲ理由トシ

之ヲ取消スコトヲ得ルニ過キス隨テ詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ノ效力ニ關スル民法第九十六條末項ノ規定ハ此場合ニ於テモ適用セラルヘキヲ以テ取消ノ

效果ハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス(明治三十六年五月十二日第一第二聯合部宣言)

一五二 委託物費消罪ト委託 委託物費消罪ノ成立ニハ事實上委託ノ關係アルノミヲ以テ足レリトス隨テ其委託ノ法律上正當ナルヤ否ヤハ之ヲ問スル

要ナシ(同明治三十六年四月十日第三九三號委託物費消罪) 立シテ消シテ消シテ消シ

一五三 電話報告書 電話報告書カルモノハ刑事訴訟法ノ規定ニ從テ製作製スル文書ニ非ス隨テ其作製者ノ署名捺印ナキモ無効ニ非ス(同明治三十六年四月十三日第一刑事部宣言) 其間ニ次ニ從テ之ヲ消シテ消シテ消シ

製スル文書ニ非ス隨テ其作製者ノ署名捺印ナキモ無効ニ非ス(同明治三十六年四月十三日第一刑事部宣言) 其間ニ次ニ從テ之ヲ消シテ消シテ消シ

# 法學志林

第四十四號

六月十五日發行

一、部 定價金十二錢  
二、部 定價金十錢  
三、部 定價金八錢  
四、部 定價金六錢  
五、部 定價金四錢  
六、部 定價金二錢  
七、部 定價金一錢  
八、部 定價金五分  
九、部 定價金二分  
十、部 定價金一分

## 志林

- ◎ 本誌ハ水鏡ヨリ大改頁ヲ加ヘ掲載事項ヲ精選シ紙數ヲ増加シテ刊行ス
- ◎ 最近刊載諸君(其九)
- ◎ 自體下未遂ノ處罰 法學博士 梅 次 郎
- ◎ 既婚婦女ニ對シテノ養育費ノ負擔 法學士 豐島 直 通
- ◎ 株式會社ノ總會決議ノ無効宣告ノ目的トスル手 法學博士 富谷 益 太郎
- ◎ 大日本 法學博士 寺 尾 亨
- ◎ 購買代金不支付ノ爲メニ賣買ニ付シタル代金 法學博士 松浦 彌 太郎
- ◎ 減額手生シタル場合ニ於テノ差額取戻 法學士 澤 孫 子
- ◎ 手形上ノ債務ハ連帶債務ナリ 法學士 矢 野 龍 雄
- ◎ 養育費取立ノ性質 法學士 松浦 彌 太郎
- ◎ 命令ト公債ノ設定 法學士 松浦 彌 太郎
- ◎ 罰金刑ノ執行ト國際私法及口頭裁判トノ關係 法學士 秋山 雅 之介
- ◎ 船舶所有者ト賣渡人ニ對スル運送代ノ責 法學士 加藤 正 治
- ◎ 既婚ノ風俗 法學士 馬 山 人

## 解疑

- ◎ 既婚ノ風俗 法學士 馬 山 人
- ◎ 寄書 法學士 加藤 正 治
- ◎ 判例、雜覽、記事數十件 能美房太郎

## 發行所 和佛法律學校

明治三十二年十二月九日內務省許可

明治三十五年十一月四日第三種郵便部認可 毎月十九日(一日、三日、五日、七日、九日、十一日、十三日、十五日、十七日、十九日、二十一日、二十三日、二十五日、二十七日、二十九日)發行

明治三十六年七月十二日印刷  
明治三十六年七月十三日發行  
(定價金貳拾五錢)

編輯者 萩 原 敬 之  
發行者 東京市牛込區牛込北町十番地

印刷者 小 宮 山 信 好  
東京市牛込區矢來町三番地

印刷所 東京市芝區西ノ久保明虎町十二番地  
金子 浩 版 所

發行所 東京市麴町區富士見町六丁目十六番地  
指 定 省 和佛法律學校  
(電話番町百七十四番)