法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2024-07-27

法政大學講義録

田中，遜 / 梅，謙次郎 / 横田，秀雄 / 清水，澄

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
1-32
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
55
(発行年 / Year)
1904-08-21

（明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可
毎月十同一日三日五日八日十一日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行）

三十七年度

明治三十七年八月二十一日發行

第一學年ノ三十二

法政大學講義錄

第貳百壹號

法政大學發行

和漢書籍 法政大學

第一學年 第三十二號目次

憲法（自二九五至三一〇）　法學士 清水澄

民法總則 自第一章至第三章（自三五三至三七六）　法學博士 梅謙次郎

民法債權 第一章及ヒ第四節第五節（自一六五至一八四）　法學士 横田秀雄

羅馬法（自二八五至三二四）　ドクトル エフ ロー アンド ロール 田中遜

雜報　○來學年各科擔任講師○過料ノ性質○利息制限法ト立替金

090
1904
1-1-32

國ノ法制皆必スシモ然ルニ非ス獨逸聯邦中ニハ或ハ「バイエルン」「ザクゼン」ノ如ク二年毎ニ之ヲ定ムル國アリ或ハ「ヘッセン」「ウェルテンベルヒ」ノ如ク三年毎ニ之ヲ定ムルアリ或ハ又「コーブルヒ」「ゴータ」ノ如ク四年毎ニ之ヲ制定スルヲ得ルノ例モアルナリ

第三　豫算ハ先ツ衆議院ニ之ヲ提出スヘキモノナリ（憲法第六五條）

第四　總豫算ハ前年ノ帝國議會ノ集會ノ始ニ於テ之ヲ提出スヘキモノナリ（會計法第五條）

第二款　豫算案ノ議定

第一　豫算案ノ審査

豫算案衆議院ニ提出セラレタルトキハ豫算委員ハ其院ニ於テ受取リタル日ヨリ十五日以内ニ審査ヲ終リ之ヲ議院ニ報告スヘキモノトス（議院法第四〇條）而シテ此豫算ノ審査期限ナルモノハ停會ノ期限中ト雖モ進行スルモノニシテ停會ノ日數モ此審査期限中ニ算入セラルルモノナリ

第二　豫算案ノ修正

豫算案ニ對シ議會ノ修正權ヲ有スルコトハ議院法第四十一條ニ徵シテ明カナリ普漏西ニ於テハ上院ハ豫算案ニ對シ修正權ヲ有セスト雖モ我國ニ於テハ貴衆兩院共ニ之ヲ有スルハ明カナリ又豫算中ニ款項ヲ新設シ或ハ豫算中ノ款項ヲ轉換シ或ハ金額ヲ增加スルハ我國今日ノ實例ニテ認ムル所ナリト雖モ此ノ如キハ發案權ヲ有セサル議會ノ爲シ得サル所ト信スルナリ

第三款　豫算ノ裁可

前ニ豫算ノ性質ヲ說明スルニ際リテ示シタル第二說卽チ委任說及ヒ第三說卽チ責任免除說ニ從ヘハ豫算ハ當然議會ノ議決ニ依リテ確定スルモノニシテ君主ノ裁可ヲ必要トセス然レトモ豫算ハ財政上ノ訓令ニシテ政府ニ對シ訓令スルモノハ君主ノ外ニナキニ由リ君主ノ裁可ヲ以テ成立スヘキコトハ多言ヲ要セスシテ明カナリ若シ豫算カ議會ノ議決ヲ以テ確定スヘキモノトセハ豫算ハ政府ノ支出行爲ニ對スル制限ヲ爲スノ效力ヲ有スルモノナルヲ以テ議會ハ政府ニ對シ命令權ヲ有スルモノナリトノ論結ヲ生セサルヲ得ス斯ル權限ヲ議會ニ於テ有スルコト固ヨリ我國ニ於テ認メラルル所ニ非サルナリ又豫算ニ裁可ヲ要セスト主張スル者ハ曰ク若シ我國ノ豫算ニシテ裁可ナケレハ豫算ノ全部成立セサルモノトセハ憲法第六十七條ニ於テ特別ノ歲出ノ廢除削減ニ付キ政府ノ同意ヲ要ストノ規定ハ之ヲ解スルコトヲ得スト然レトモ豫算ナルモノハ法令ノ範圍內ニ於テ定メラレサルヘカラサルモノナルニ由リ同條ハ豫算カ特ニ法令ヲ動スノ必要アル場合ニ關シ定メタル規定タルナリ故ニ憲法第六十七條ヲ引用シテ豫算ニ裁可ノ不必要ナルコトヲ說明スルハ其當ヲ得タルモノト謂フヘカラス而シテ我國ニ於ケル實例モ亦豫算ニ裁可ヲ與フルモノナリ

第三節　豫算議定ノ範圍

第一　皇室經費及ヒ繼續費ノ豫算ニ付テハ增額及ヒ變更ノ場合ノ外每年議會ノ協贊ヲ經ルコトヲ要セサルモノナリ（憲法第六六條、第六八條）

第二　憲法第六十七條ニ列記セラレタル歲出ハ政府ノ同意アルトキニ限リ議

會ニ於テ之ヲ廢除削減スルコトヲ得ルモノナリ

一　政府同意ノ範圍

法律、命令等ニ抵觸スルノ廢除削減ハ政府ノ同意スルコトヲ得ルモノニ非スト唱フル者アリト雖モ政府ノ同意ヲ要スルハ其豫算ニ對スル議決カ法令、條約ノ範圍外ニ出テ通常議定權ノ權限ヲ超越スルカ爲メナルニ由リ縱令法令等ニ抵觸スルノ廢除削減ト雖モ政府ハ之ニ同意ヲ爲スコトヲ妨ケス尤モ法令等ヲ變更スルモ必ス支出セサルヘカラサルノ歲出ニ至リテハ政府カ之ニ同意スルモ如何トモスルコト能ハサルモノナルヲ以テ此ノ如キ歲出ノ廢除削減ニ付テハ政府ノ同意ノ範圍外ニ屬スルモノト考フヘキナリ

二　政府同意ノ效力

元來議會ハ法令、條約ノ範圍內ニ於テノミ議決スヘキモノナリト雖モ特ニ憲法第六十七條ノ規定ノ存スルカ爲メ法令、條約ノ變更ヲ豫想シテ歲出ノ廢除削減ヲ議決スルコトヲ得ルモノナルニ由リ政府ノ同意ハ直チニ其廢除削減ニ對シ確定ノ效力ヲ與フルモノニ非スシテ單ニ政府ハ此同意ヲ以テ將來ニ法令、條約等ノ變更ヲ約束スルニ過キサルナリ其結果政府ノ同意ヲ得テ廢除削減ヲ爲シタル議決ハ停止條件附ノモノニシテ若シ其法令、條約ノ改正變更セラレサルトキハ其廢除削減ノ議決ハ無效ニ歸スルモノト謂フヘシ

三　政府ノ同意ヲ求ムルノ時期

政府ノ同意ヲ得ルニハ廢除削減ノ議決ヲ爲ス前ニ同意ヲ求ムルノ議決ヲ爲シテ之ヲ求ムヘキモノニシテ政府ノ同意アリタル後廢除削減ノ確定議決ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ故ニ政府ノ同意ハ廢除削減ノ確定議決ヲ爲スニ付テノ事前ノ要件ナリト謂フヘシ

第四節　豫算ノ效力

第一款　歲入ニ對スル效力

歲入ナルモノハ豫算ノ有無ニ拘ハラス凡テ法令ニ從ヒ徵收スヘキモノニシテ

我國ニ於テハ豫算ノ存スルカ爲メ臣民ニ納稅ノ義務ヲ生スルモノニ非ス又豫算ノ確定ニ依リテ政府カ收入ノ權限ヲ得タルモノニ非ス是レ會計法第十條ニ租稅其他ノ收入ハ必ス法令ニ從ヒ徵收スヘシト規定セラレタル所以ナリ故ニ歲入ノ豫算ニ適合セサル收入ヲ爲スモ決シテ政府及ヒ當該官廳ノ過失トシテ責任ノ問題ヲ惹起スルモノニ非サルナリ

第二款　歲出ニ對スル效力

歲出ニ付テハ收入ノ場合ト異ナリ豫算ハ政府ノ支出ニ對シ制限スルノ效力ヲ有スルモノナリ即チ豫算カ確定シタルトキハ政府ハ左ノ原則ニ從ヒテ支出ヲ爲ササルヲ得サルモノトス

第一　政府ハ豫算ノ定額ヲ超過シ若クハ豫算外ノ支出ヲ爲スコトヲ得ス(次節參照)

第二　政府ハ豫算ノ目的以外ニ支出ヲ爲スコトヲ得ス

第三　政府ハ豫算ノ各項ノ金額ヲ彼此流用スルコトヲ得ス

第四　政府ハ豫算ノ定額ヲ過年度及ヒ翌年度ノ經費ニ充ツルコトヲ得ス(例外ノ場合ハ會計法及ヒ會計規則ニ定メラル)

第五節　豫算ノ超過及ヒ豫算外ノ支出

政府ハ前ニ述ヘタルカ如ク豫算ノ金額以內ニ於テ支出ヲ爲スヘク又豫算ニ定メサル目的ノ爲メニ支出スルコトヲ得スト雖モ物價ノ變動災害ノ發生其他種種ノ必要ナル事情ニ因リ豫算超過及ヒ豫算外ノ支出ヲ爲スノ必要生スルコトアリ而シテ若シ斯ル支出ヲ禁止スルニ於テハ行政ノ活動ヲ中止セサルヘカラサルヲ以テ例外トシテ之ヲ許容セサルヘカラス是ヲ以テ憲法ハ其第六十四條第二項ニ於テ後ニ議會ノ承諾ヲ求ムルノ條件ヲ以テ豫算超過及ヒ豫算外ノ支出ヲ認メ又其支出ニ充ツルカ爲メ第六十九條ニ於テ豫算中ニ豫備費ヲ設クルコトヲ定メタリ茲ニ聊カ疑問ト爲ルハ豫算超過及ヒ豫算外ノ支出カ豫備費ヲ以テ支出スルモ尙ホ不足ヲ告クル場合ニ於テハ國庫ノ剩餘金ヨリ支出スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題是ナリ實例ニ於テハ政府カ豫備費以外ノ支出ヲ爲シ亦

議會ニ於テモ之ニ承諾ヲ與ヘタルコトアリト雖モ憲法第六十九條ニ特ニ豫備費ノ規定ヲ設ケ又會計法第六條及ヒ第七條ニ於テ定メラレタル豫備費ノ性質ヨリ觀ルモ豫算超過及ヒ豫算外ノ支出ニシテ豫備費ヲ以テ之ヲ支拂スルコト能ハサルトキハ議會ニ追加豫算ヲ提出スルカ若クハ議會ヲ召集スルノ遑ナキ場合ニ於テハ憲法第七十條所定ノ緊急財政處分ニ依ルノ外ナキモノト解スヘキナリ

第六節　豫算ノ不成立

我國ニ於テハ憲法第七十一條ニ於テ豫算ナキ場合ニ前年度ノ豫算ヲ施行スヘキコトヲ規定シ以テ豫算ノ成立セサル場合ニ處スル方法ニ關スル疑問ノ生スルヲ防キタリ然レトモ尚ホ之ニ關シ一ノ疑問トモ看ルヘキハ前年度ノ豫算ヲ施行スルハ一會計年度ニ亘ルヘキモノナリヤ或ハ次ノ議會成立マテニ止マルヘキモノナリヤ否ヤニ關シテナリ憲法義解第百三十頁ノ註釋ニ依レハ「停會又ハ解散ヲ命セラレタルトキハ其ノ再ヒ開會スルノ日ニ至ルマテ亦豫算成立セナルノ場合トストアルニ依リ後ノ見解ヲ採リタル如キハ其結果豫算ノ分割ヲ認メサルヲ得サルニ由リ此說ヲ採用スルコトヲ得サルナリ

第四章　司法

第一節　司法ノ意義

司法トハ民事刑事ノ訴訟ヲ裁判スルコトニテ此裁判權ヲ行フハ憲法第五十七條ニ依リ裁判所ニ專屬スルモノナリ尤モ司法權ハ統治權ノ一面ナルヲ以テ其主體ハ天皇ニシテ裁判所ニ非ス是レ憲法第五十七條ニ天皇ノ名ニ於テ裁判所之ヲ行フトアル所以ナリ

此ノ如ク司法權ヲ行フハ裁判所ニ專屬スト雖モ之ヲ反對ニ司法事務以外ノモノヲ裁判所ノ權限ニ屬スルヲ得スト考フヘキモノニ非ス即チ登記事務ヲ裁判所ヲシテ處理セシムルモ違憲ニ非サルナリ

第二節　裁判所ノ構成

裁判所ノ構成ハ憲法第五十七條第二項ニ依リ法律ヲ以テ之ヲ定メサルヘカラス而シテ裁判所ハ特別ノ人、土地、事件ヲ管轄スルト否トニ依リ之ヲ特別裁判所ト普通裁判所トニ分チ其普通裁判所ノ構成ヲ定メタル現行法ハ明治二十三年ノ裁判所構成法ニテ其特別裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノハ憲法第六十條ニ依リ法律ヲ以テ特定スヘキモノナリ

第三節　裁判官

第一款　裁判官ノ地位

裁判官ニ付テハ憲法第五十八條ハ左ノ如ク規定セリ

第一　裁判官ノ資格要件ハ法律ヲ以テ之ヲ定メサルヘカラス

第二　裁判官ハ刑事ノ宣告又ハ懲戒處分ノ外其職ヲ免セラルルコトナシ

第三　裁判官ノ懲戒ニ關スル規定ハ法律ヲ以テ之ヲ定メサルヘカラス

此ノ如ク憲法上裁判官ノ資格要件ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムルヲ必要トスルノミナラス其地位ノ獨立ヲ保障シタルニ由リ公平ニ民、刑事ノ裁判ヲ爲スコトヲ期シ得ルモノナリ而シテ右ノ三點ハ通常裁判所ノ裁判官タルト特別裁判所ノ裁判官タルトヲ問ハス總テノ裁判官ニ通スルモノナリ故ニ法律ニ定メタル資格ト地位ノ獨立ノ保障トヲ有セサル官吏ヲシテ司法裁判ヲ爲サシムルトキハ憲法第五章ニ違反スルモノナリ或ハ憲法第六十條ノ法律ヲ以テ特別裁判所ノ裁判官ニ付テハ憲法第五十八條ノ例外ヲ設クルヲ得ト曰ヒ或ハ特別裁判所ノ裁判官ニ對シテハ憲法第五十八條ニ適用セラルルモノニ非スト說ク人アリト雖モ共ニ誤レル解釋ナリ何トナレハ憲法第六十條ニハ單ニ其管轄ヲ法律ヲ以テ定ムルコトヲ規定スルニ止マレハナリ

第二款　裁判官ノ法令審査權

裁判官ハ其裁判ヲ爲スニ當リ法律、命令カ形式上並ニ實質上違憲違法ニ非サルヤ否ヤヲ審査スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付キ左ニ場合ヲ分チテ之ヲ說明スヘシ

第一　裁判所ハ裁可又ハ公布ノ式ナキ法律ヲ適用スヘキ義務アルヤ

凡ソ法律ハ裁可ニ因リテ完成シ公布ニ因リテ遵由ノ效力ヲ生スルモノナル

ヲ以テ裁可及ヒ公布ナキ法律ハ法律トシテ裁判所ハ之ヲ適用スルコトヲ得サルハ明カナリ

第二　國務大臣ノ副署ナキ法律ト雖モ裁判所ハ之ヲ適用スヘキ義務アルヤ

法律ハ憲法第五十五條ニ基キ總テ國務大臣ノ副署ヲ必要トスルモノナルヲ以テ副署ナキ法律ハ之ヲ法律ト認ムルコトヲ得ス即チ統治者ノ命令ト考フルコトヲ得サルヲ以テ裁判所ハ之ヲ適用スヘキモノニ非ス

第三　議會ノ協贊ナキ法律ト雖モ裁判所ハ之ヲ適用スヘキ義務アルヤ

第一、第二ノ點ニ付テハ殆ト反對說ナキモ此場合ニ關シテハ異說ヲ立ツル者尠カラス「ラハント」氏ハ曰ク獨逸皇帝ハ法律ヲ審署スルモノナリ而シテ審署ハ法律ノ適法ニ成立シタルコトヲ證明スルモノナルヲ以テ縱令議會ノ協贊ナキ場合ニ於テモ裁判所ハ先ツ適法ノモノトシテ之ヲ適用セサルヲ得サルモノナリト然レトモ我憲法上ニ於テハ審署ナル行爲ヲ認メサルヲ以テ氏ノ議論ハ我邦ニ於テハ之ヲ採用スルコトヲ得ス或ハ曰ク君主ハ立法權ヲ行使シ議會ハ單ニ協贊スルニ止マリ臣民ニ對シテ命令スルモノニ非ス其議會ノ

協贊ハ君主ニ對スル行爲ニ止マリ他ヲ羈束スル效力ヲ有スルモノニ非ス法律トシテ效力ヲ有スルハ議會ノ協贊ニ因ルモノニ非スシテ君主ノ裁可ニ因ルモノナリ故ニ協贊ナキモ毫モ法律タルニ妨ナク裁判官ハ正當ナル統治者ノ命令トシテ之ヲ適用セサルヘカラスト然レトモ此說モ我邦ニ於テハ採用スルコトヲ得ス何トナレハ憲法第五條ハ「天皇ハ帝國議會ノ協贊ヲ以テ立法權ヲ行フ」ト規定シ亦同第三十七條ニハ「凡テ法律ハ帝國議會ノ協贊ヲ經ルヲ要ス」トアルヲ以テ協贊ハ法律成立ノ要件ナリト認ムヘク協贊ナキ場合ニ於テハ君主ハ立法權ヲ行ヒタルモノト認ムルコトヲ得サレハナリ或ハ裁判所ハ或法律カ議會ノ協贊ヲ經タルヤ否ヤヲ審査スルノ權ナシトノ說ヲ辯護スル者アリテ曰ク若シ反對說ノ如ク協贊ノ有無ヲ審査スルノ權アリト爲ストキハ議員ノ資格議員選擧ノ效力又ハ其議院議決ノ正否即チ議決シタルトキ定足數ノ議員出席シタルヤ否ヤ又其議決ハ過半數ノ同意ヲ以テ決セラレタルモノナリヤ否ヤニ關スル問題マテヲ審査セサルヘカラサルニ至リ隨テ裁判官カ立法機關ヲ監督スルノ不當ナル結果ニ陷ルヘシト然レトモ協贊ノ有

無ヲ審査スルト議決ノ當否又ハ議院ノ組織等ヲ審査スルトハ全ク別問題ナリ協賛ノ有無ヲ審査スルノ權アリトスルモ必スシモ議會ノ組織議決ノ當否マテモ之ヲ審査スルノ權ヲ與ヘサルヘカラサルモノニ非ス裁判所カ議院ノ組織議員若クハ議決ノ正當ナリヤ否ヤヲ審査スルハ是レ裁判所ヲシテ議會ヲ監督セシムルモノニシテ其不當ナルコト勿論ナリト雖モ協賛ハ法律ノ要件ナルヲ以テ其要件ノ有無ヲ審査スルハ是レ即チ眞ノ法律ナリヤ否ヤヲ審査スルモノニ外ナラス故ニ裁判官ニシテ眞ノ法律ヲ適用スヘキモノナリトセハ裁判官ヲシテ協賛ノ有無ヲ審査スルノ權ヲ有セシメサルヘカラサルハ當然ノ事ト謂ハサルヘカラス故ニ予ハ裁判官カ協賛ノ有無ヲ審査スルコトヲ得トノ説ヲ以テ當ヲ得タルモノト信ス

第四　裁判官ハ法律ノ實質ノ違憲ナリヤ否ヤヲ審査スルコトヲ得ルヤ

墺太利憲法第七條ニハ「裁判官ハ正當ニ公布シタル法律ノ效力ヲ審査スルノ權ヲ有セス」ト規定セラレタルヲ以テ同國ニ於テハ此問題ニ關シ疑ヲ容ルルノ餘地ナシト雖モ我國ノ如キ斯ル明文ナキ國ニ於テハ如何ニ之ヲ決定スヘキヤ今先ツ裁判官ハ法律ノ實質的審査ヲ爲スコトヲ得ストノ論者ノ唱フル所ヲ見ルニ其根據一ナラスシテ大體ニ於テ左ノ三説ニ之ヲ分ツコトヲ得ルナリ

第一説　此説ハ裁判官ハ法律ニ依リ羈束セラルルモノナルヲ以テ更ニ進ミテ法律自體ヲ審査スルノ力ナシト云フニ在リテ普漏西憲法第八十六條ノ司法權ハ國王ノ名ニ於テ法律ノ外他ノ權力ニ服從セサル不羈獨立ノ裁判所之ヲ行フトノ明文ヲ根據トスルモノナルモ本問題ノ要點ハ正當ナル法律ナリヤ否ヤヲ決スルヿトヲ得ルヤ否ヤニ在リ而シテ正當ナル法律ナリヤ否ヤハ解釋權ノ所在ニ依リテ定マルモノナルカ故ニ更ニ第二説ヲ生スルニ至レリ

第二説　此説ハ憲法ノ解釋權ハ君主ニ在リテ裁判官ニ屬セス故ニ裁判官ハ法律ノ違憲ナリヤ否ヤヲ審査スルコトヲ得スト云フニ在リ此論者ノ如ク憲法ノ最高解釋權ハ君主ニ在リトスルモ之カ爲メ他ノ機關ハ總テ憲法及ヒ法律ニ關スル解釋ノ權能ヲ絶對ニ有セスト謂フヘカラス且又裁判官カ

或法律ノ違憲ナルコトヲ唱フルハ決シテ其法律ノ無效ヲ一般ニ公布セシメントスルカ爲メニ非ス唯或特別ノ事件ニ法律ヲ適用スルニ當リ果シテ眞正ノ法律ナリヤ否ヤ即チ眞ノ統治者ノ意思ナリヤ否ヤヲ審査スルカ爲メノミ而シテ職務執行ノ爲メ眞正ナル法律ナリヤ否ヤヲ審査スルノ權ハ何人モ有スル所ニシテ殊ニ裁判官ノ如キ法律ノ解釋・適用ヲ職務トスル者ニ在リテハ適用スベキ法律ヲ適用セス又ハ適用スベカラサル法律ヲ適用スルトキハ共ニ責任ヲ免レサル所ナレハ法律ノ憲法ニ抵觸セサルヤ否ヤ即チ法律ハ眞正ノモノナリヤ否ヤヲ審査スル權アルモノト謂ハサルベカラス然レトモ最高ノ解釋權ハ君主ニ屬スルハ勿論ナルニ由リ裁判官ハ君主ニ對シテ異ナリタル解釋ヲ主張スルコトヲ得ス隨テ裁判官カ適用スヘキ法律ヲ適用セサル場合ニ君主ニ於テ之ヲ不當ト認ムルトキハ其裁判官ヲ職務上懲戒處分ニ付スルコトヲ得然ルニ裁判官ニ於テ此懲戒處分ヲ受クルノ危險アルヲ理由トシテ本問題ノ裁判官ノ審査權ヲ否認スルハ其不當ナルヤ多言ヲ俟タスシテ明カナリ

所ノ胎兒ノ權利能力ト云フモノハ原則トシテ認メナイ、唯例外トシテ、胎兒ノ權利能力ヲ認メルト云フテハ寧ロ語弊ガアルノデスガ、胎兒ヲ既ニ生マレタルモノト看做スト云フ場合ガアル、ソレハ丁度我新民法ト獨逸民法ト同ジニナッテ居ル、其第一ハ不法行爲ニ因ッテ生ジタル損害ノ賠償ヲ求ムル權利ニ付テ胎兒ヲハ既ニ生マレタルモノト看做シテ居ル(第七二一條)是ハ必要デアル、例ヘハ子ガ胎內ニ在ル中ニ惡者ガ其父親ヲ殺シタ、此場合ニ於テ子ハ不法行爲ニ因ル親ノ死亡ニ付テ損害要償權ヲ持ツト云フ原則ヲ認メテ居マス、胎兒ハ未ダ權利能力ヲ持タヌト云フコトニナルト、特別ノ明文ガナケレバ其胎兒ガ生マレテカラ後自己ノ生マレナイ先ノ父ノ死亡ニ付テ損害賠償ヲ求ムルト云フコトハ出來ナイ筈デアル、何トナレバ其死亡ノ當時ニ於テハマダ權利能力ヲ持ッテ居ラス、權利能力ヲ持ツヤウニナッテカラハ既ニ父ハ生存シテ居ラヌカラデアル、所ガ實際ニ於テハソレハ甚ダ不都合デアッテ、若シ父ガ其惡者ニ殺サレナカッタナラバ子ハ父母ノ下ニ樂シキ成長ヲ爲シタデモアラウシ、又十分ナル教育ヲ受ケタデモアラウ、

然ルニ惡者ガ父ヲ殺シタ爲メニ生マレタガラ孤兒デアル、不幸ナル生活ヲ爲シ且動モスルトソレガ爲メニ完全ナル教育ヲ受ケルコトガ出來ナイト云フヤウナコトニナルカラ詰リ其胎兒ハ父ノ殺サレタト云フコトニ因テ損害ヲ受ケル、ソレデドウシテモ損害賠償ヲ求ムル權利ヲ認メナケレバナラヌト云フノデ此場合ニハ特ニ「胎兒ハ既ニ生マレタルモノト看做ス」ト云フ規定ガアル、ソレカラ第二ニハ相續權ニ關シテデアル、家督相續ニシロ、遺產相續ニシロ、兎ニ角被相續人ガ死亡スルトキニ既ニ其妻ガ妊娠デアッタ、所ガ其子ノ生マレナイ中ニ父ガ死ンデ仕舞ッタ、相續ト云フ以上ハ必ズ被相續人ノ死亡ノ時ニ相續人ガナケレバナラヌ、左モナケレバ間ガ絶エルカラ相續ト云フモノハ無イ筈デアル、胎兒ニ權利能力ガナイト云フコトヲ絶對ニ適用シマスト勢ヒ其胎兒ハ相續ガ出來ナイ、サウスルト動モスレバ他人ガ相續スル、或ハ遠イ親類ガ相續スル、ソレカラ日本デハ男子相續ト云フ主義ヲ取ッテ居ル(少クモ家督相續ニ付テハ)、然ルニ餘義ナク女子ガ相續スルトカ云フヤウナ不幸ナル結果ヲ生ズル、ソレデ此場合ニハ特ニ胎兒ヲ既ニ生マレタルモノト看做シテ相續權ヲ與フル(第九六八條ソレカラ遺產相續ニ付テハ第九九(三條)

第三ニハ受遺權即チ遺贈ヲ受クル權ハ遺贈ト云フイ遺言ニ因テ贈ル物ヲ爲スノヲ謂フ、私ガ死ヌ場合ニ、死デカラ後私ノ財產ノ全部又ハ一部ヲ或者ニ與フルト云フコトヲ遺言シテ置ク、此場合ニ遺言ノ利益ヲ受ク權利ヲ有スル者ハ原則トシテハ私ノ死亡ノ時ニ生存シテ居ラナケレバナラヌ、併カガラ胎兒ハ既ニ生マレタルモノト看做シテ其時ニ懷胎スレテ居タ者ト宜シイト云フコトニナッテ居ル(第一〇六五條)

勿論總テ此等ノ場合ニ於テ胎兒ガ死ンデ生マレタナラバ流產トカ其他死胎デ生マレタナラバ固ヨリ權利能力ハナイケレドモ若シ無事ニ生マレタナラバ既往ニ遡ッテ權利ヲ持ット云フコトニナル

此等ノ場合ニ於テハ胎兒ノ權利能力ヲ認ムル必要ガアルケレドモ其他ノ場合ニ於テハナイ、却テ其他ノ場合ニ於テ胎兒ノ權利能力ヲ認メテ置クト頗ル面倒ガ起ルバカリデアルト思フ、尤モ權利能力デハ決シテヤスガ胎兒ガ多少法律上ノ問題トナル場合ハ外ニモアル、今說明スル譯ニモイカズ且純然タル權

利能力デハアリマセヌカラ此處デ申上グル必要モナイカラ申上ゲマセヌケレドモ、箇條丈ケ御參考ノ爲メニ申シテ置ク、例ヘバ民法第七百三十四條、第八百三十一條第一項、ソレカラ國籍法第二條ナドニ胎兒ニ關スル規定ヲ存シテ居ル以上ニテ權利能力ノ始時ノ御話ヲ終リマシタ、

是ヨリ權利能力ノ終時ノ御話ヲ致シマス

原則トシテハ權利能力ハ死亡ニ因ッテ終ハル、此事ハ獨逸民法ノ草案ニハ明カニ規定シテアタケレドモ、私共ノ考ヘタニハ死亡ニ因ッテ權利能力ガ終ハルト云フコトハ言フヲ俟タナイ、苟モ人ガ權利ノ主體デアルト云フ以上ハ人ガ無クナレバ其主體ガ無クナル、從テ權利能力モ消滅スルト云フコトハ敢テ言フヲ俟タザル所デアル、ソレデ我民法ニハ此事ハ規定シナカッタ、然ルニ獨逸ニ於テモ其後草案ガ議院ニ出マシタトキニ――聯邦議院――即チ獨逸ハ御承知ノ通リ聯邦デアル、帝國ト云フケレドモ聯邦デアル、ソレデ聯邦議院ト云フモノト、ソレカラマー衆議院トモ譯シテ宜シイモノト二ツアル、其聯邦議院デ以テ先ヅ民法ノ草案ヲ議シタ時ニ權利能力ハ死亡ニ因ッテ消滅スルト云フコトヲ削ッタ、察スルニ我我ノ考ト同ジ理由デアッタラウト思ハル、ソレガ爲メ今ノ法文ハ我民法ノ第一條ト獨逸民法ノ第一條ガ餘程能ク似テ居ルガ爲メニ、動モスルト我民法ノ第一條ハ獨逸民法ノ第一條ヲ見テ書イタモノダラウナドト云フコトヲ言ヒマスガ、サウ云フ譯デハナカッタ、原則トシテハ死亡ニ因ッテ權利能力ガ消滅スルコトハ疑ガナイケレドモ、是ニハ例外ガアル、ソレ故ニ猶更此ノ如キ規定ヲ置カヌ方ガ却テ宜シイ

其例外ハ所謂失踪ト云フモノデアル、是ハ各國其主義ガ一樣デアリマセヌガ、之ヲ大別致シマスルト失踪ハ死亡ヲ推定セシメナイ、長ク失踪ノ有樣ガ續イテモ本人ガ死亡シタモノトハ見ナイト云フ主義ト、一定ノ年數ヲ經レバ死亡シタル者ト看做スト云フ、即チ死亡ノ宣告ノ主義ト二通リアル、外國ノ重モナル例ヲ申上ゲマスルト死亡ヲ推定セザル主義ノ方ハ例ヘバ佛蘭西、伊太利、和蘭、ソレカラ白耳義ハ現今ハ佛蘭西ノ民法ガ其儘行ハレテ居ルケレドモ、先年白耳義民法草案ト云フモノガ出來マシタガ其草案ニモ矢張リ同一ノ主義ヲ取ッテ居ル、我舊民法ニモ矢張リ同一ノ主義ヲ取ッテ居ル、要スルニ是ハ佛法系ノ主義デアル

第二ノ主義ハ死亡ノ宣告ヲ爲ス主義――或人ガ一定ノ期間生死不分明デアルトキニハ死亡ノ宣告ヲ爲ス、此主義ハ概シテ獨法系ノ國ニ行ハレテ居ル主義デアル、即チ獨逸墺地利、瑞西西班牙ナドガ此主義ヲ取ッテ居ル、新民法モ亦此主義ヲ取ッタ

是ヨリ失踪ニ關シテ失踪宣告前ノ規定ト、失踪ノ宣告ニ關スル規定トニ段ニ分ッテ論ジヤウト思フ

先ヅ第一、失踪ノ宣告前ノ規定

是ハ最モ廣イ規定デアッテ、總テノ不在者ニ關スルモノデアル、即チ畢竟失踪ノ宣告ヲ受クベキ者及ビ之ヲ受ケザル者總テ「不在者」ト稱スベキ者ニハ皆嵌ル、而シテ其不在者トハ如何ナル者デアルカト云ヘバ從來ノ住所又ハ居所ヲ去リタル者ハ皆此不在者デアル、例ヘバ私ガ是マデ東京ニ住居シテ居ッタ、全ク住所ヲ變ズルノナラバソレハ不在者デハナイケレドモ、サウデナク唯旅行スル、サウシテ暫ク他所ニ居ルト云フノハ皆不在デアル、此不在者ノ中ニハ二種アッテ其生存シテ居ルコトガ分明ナル者ト、ソレカラ生死ノ不明ナル者トアル、例ヘバ私ガ東京ニ

住所ヲ持ッテ居リナガラ暫ク用ガアッテ大阪ニ行ッテ居ルト云フノハソレハ生存シテ居ルコトノ分明ナル者デアル、之ニ反シテ夜逃ゲヲシタ、イツノ間ニカ身ヲ隱シタト云フヤウナ者ハ生死不明ナル者デ所謂不在者ノ中ニハ此二者ヲ含ム、之ニ關スル規定ハ概シテ同ジデ、違フ所ハアルケレドモ同ジコトガ多イ

先ヅ第一ニハ此等ノ不在者ノ財産ノ管理ニ付テ必要ナル處分ヲ爲スコトガアル、即チ本人ガ居ラヌ其留守ニ於テ財産ガ不安全ノ地位ニ在ル、而シテ利害關係人ガ此財産ヲ安全ノ有樣ニ置キタイト云フコトガアル、其利害關係人ハ或ハ推定相續人デアルコトモアル、或ハ債權者デアルコトモアル、此等ノ者ガ若シ其財産ガ無クナレバ自分等ノ利害ニ關スルカラ特ニ必要ナル處分ヲ求ムルコトガアル、是ガ民法第二十五條並ニ第二十六條ニ規定セラレテ居ル、詰リ必要ナル處分ト云フコトノ重モナルモノハ管理人ノ選任デアル、其財産ヲ管理スベキ人ヲ選ブノデ、ソレハ裁判所ニ請求シテ裁判所デ適當ナル人ヲ選ブノデアル、尤モ場合ニ依ッテハ裁判所ハ必ズシモ管理人ヲ選ブトハ極ッテ居ラヌ、先ヅ適當ナル管理人ヲ見出スマデ財産ノ封印ヲ命ズルコトモアリ、ソレカラ又其財産ガ金錢其他

銀行等ニ寄託スルニ適スルモノデアルナラバ速ニ其寄託ヲ命ジテ別ニ管理人ヲ選ブ必要ノナイト云フコトモアル、或ハ其財産ガ保存スルコトノ出來ナイモノデアッテ速ニ之ヲ賣却シテ其金錢ヲ銀行等ニ預ケテ置クト云フコトモアル、此等ノ場合ニ於テハ管理人ヲ選バズシテ單ニソレ等ノ處分ヲ命ズルコトモアル

第二十五條　從來ノ住所又ハ居所ヲ去リタル者カ其財産ノ管理人ヲ置カザリシトキハ（特ニ管理人ヲ選ンデ置ケバ裁判所ガ干渉スル必要ハナイ）裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ其財産ノ管理ニ付キ必要ナル處分ヲ命ズルコトヲ得本人ハ不在中管理人ノ權限ガ消滅シタルトキ亦同シ

是ハ本人ガ管理人ヲ選ンデ置イタケレドモ留守ノ中ニ其管理人ガ死亡シタトカ又ハ辭任シタトカ其他何理由ニ因ッテ管理人ガ權限ヲ失フコトガアル、サウ云フトキニハ代ッテ財産ノ管理ヲ爲スベキ者ガアリマセヌカラ矢張リ裁判所ニ於テ必要ナル處分ヲ命ズルコトガ出來ル

本人ガ後日ニ至ル管理人ヲ置キタルトキハ裁判所ハ其管理人ガ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ其命令ヲ取消スコトヲ要ス

是ハ當然ノ事デ、本人ガ自己ノ信任スル管理人ヲ定メタトキニハ裁判所ガ干渉ヲ爲ス必要ハアリマセヌカラソレデ以前ニ處分ヲ命ジテ置イテモ其處分ハ取消サナケレバナラヌ

第二十六條　不在者カ管理人ヲ置キタル場合ニ於テ其不在者ノ生死分明ナラサルトキハ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ管理人ヲ改任スルコトヲ得

是ハ生死ノ不分明ナル者ニ付テノミ適用ノアルコトデスガ、不在者ガ管理人ヲ置イタケレドモ其生死ガ不分明デアル――夜逃ヲスルトキ管理人ヲ置クコトハ出來ナイデセウガ、適用ノ多イ場合ハ管理人ヲ定メテ置イテ旅行ヲシタ、併ナガラ旅行先ハ分ラヌ、詰リ何處ニ居ルカ或ハ生キテ居ルカ、死ンダカ分ラヌト云フ時デアル、サウ云フ場合ニハ假令管理人ガ不當ノ事ヲ爲シ又ハ甚シキ不正ナ事ヲ爲シテモ本人ハ知ラナイ、本人ガ生キテ居ルカ、死ンデ居ルカ分ラナケレバ之ヲ知ラスル途モナイ、而シテ其相續人タルベキ者若クハ債權者等ハ若シ其財産ガ減レバソレ丈ケ自分ガ損害ヲ受ケル、ノデアルカラ此時ニ唯手ヲ袖ニシテ傍

觀シテ居ラナケレバナラヌト云フコトハナイ、ソレデ其利害關係人若クハ檢事ハ總テノ場合ニ於テ公益ノ代表者デ現在自己ノ利益ヲ保護スルコトノ出來ナイ者ヲ助ケサウシテ間接ニ公益ヲ保護スル者デアル、ソレデスカラ利害關係人若クハ檢事ノ請求ニ因ッテ其不適任ナル管理人若クハ不正ナル事ヲ爲ス管理人ヲ改任スルコトガ出來ル、是ガ第一財產ノ管理ニ付キ必要ナル處分ノ事デアル

第二ニハ愈〻財產ノ管理ニ著手スルト云フ場合ニ於テ財產目錄ノ調製其他種種必要ナル處分ヲ爲スコトガアル、之ニ付テハ二十七條ノ明文ガアル

第二十七條、前二條ノ規定ニ依リ裁判所ニ於テ選任シタル管理人ハ其管理スベキ財產ノ目錄ヲ調製スルコトヲ要ス但其費用ハ不在者ノ財產ヲ以テ之ヲ支辨ス

以上論ジタル所ニ依ッテ裁判所デ選任スル所ノ管理人ハ申スマデモナク最モ忠實ニ管理ノ職務ヲ盡サナケレバナラヌ、ソレニ付テハ財產ノ目錄ヲ調製シテ置カナケレバ初メドレ丈ケノ財產ガアッタカト云フコトガ分ラヌ、初ニ是丈ケノ財產ガアッテ、ソレノ管理ノ仕方ガ宜カッタカラ今是丈ケノ財產ガアル、管理ノ仕方ガ惡カッタカラ是丈ケニ減ッテ居ルト云フコトガ後日分ラヌケレバ管理人ノ責任ヲ明カニスルコトハ出來ヌ、ソレデ此財產目錄ノ調製ト云フコトハ最モ必要デアル」ソレカラ是ハ裁判所ニ於テ選任シタル管理人ノ事デアルケレドモ不在者ガ自ラ定メテ置イタ管理人ニ付テモ本人ガ生死不分明ノ場合ニハ矢張リ同樣ノ必要ガアル、何トナレバ此場合ニハ本人ガ自ラ管理人ヲ監督スルコトガ出來ナイ、或ハ死ンデ居ルカモ知レヌ、ソレ故ニ利害關係人ハ矢張リ目錄ノ調製ヲ命ジテ後日管理ノ不當ガアルカ、ドウカト云フコトヲ確メル手立ヲ拵ヘテ置カナケレバナラヌ、ソレデ第二十七條第二項ノ規定ガアル

不在者ノ生死分明ナラサル場合ニ於テ利害關係人又ハ檢事ノ請求アルトキハ裁判所ハ不在者カ置キタル管理人ニモ前項ノ手續ヲ命スルコトヲ得、

是ハ目錄調製ノ事デアルガ此他ニモ矢張リ必要ナル行爲ハアル、例ヘバ其財產ノ中ニ或會社ノ株ガアル、其會社ハ世ノ中ノ信用ヲ失ッテ、日ニ日ニ其價ガ下ルト

云フトキニハ速ニソレヲ賣却シテ仕舞フ方ガ利益デアル、寧ロサウシナケレバ其株式ト云フモノハ全ク價ヲ失ッテ仕舞フカモ知レヌ、又財ノ產種類ニ依ッテハ長ク保存スルコトガ出來ナイ、飲食物ハ勿論其他ノ商品デモ保存ノ困難ナルモノガアル、サウ云フモノハ速ニ賣却シテサウシテ寧ロ代價ヲ銀行等ニ預ケテ置イタ方ガ安全デアル、サウナケレバ寧ロ財產ガ實際無クナルト云フコトガアル、總テソレ等ノ事ハ管理人トシテシナケレバナラヌコトデアルガ、若シ管理人ガ其注意ヲ怠ッテ居ル場合ニハ裁判所ヨリシテ之ヲ命ジナケレバナラヌ、ソレデ第二十七條第三項ノ規定ガアル

右ノ外總テ裁判所ガ不在者ノ財產ノ保存ニ必要ト認ムル處分ハ之ヲ管理人ニ命スルコトヲ得

第三ニハ管理人ノ權限ノ問題デアルガ、管理人ハ如何ナル權限ヲ持ッテ居ルカ、不在者ガ定メラ置イタ所ノ管理人デアレバ自ラ其權限モ定ッテ居ル筈デアル、是ハ總テノ委任ノ場合ニ於ケルト同ジコトデアル、唯本人ガ特ニ其權限ヲ定メラ置カヌケレバ民法第百三條ノ規定ニ依ッテソレハ所謂管理行爲ノミヲ爲ス權限ガアルト云フコトニナル、裁判所ニ於テ選ンダル管理人ハドウカト云フニ是モ矢張リ原則トシテハ第百三條ニ定メタル權限即チ所謂管理行爲ノミヲ爲ス權限ガアル、併シ實際ニ於テハ往往其權限ヨリモ外ノ行爲ヲ爲ス必要ノアルコトガアル、即チ管理人ノ普通ノ權限ト云ヘバ所謂管理行爲ト申シマスカラソレハ保存行爲デアル、其他財產ノ性質ヲ變ジナイ所ノ行爲デアル、所ガ不在者ノ財產ノ中ニ或會社ノ株式ガアル、ドウモ其會社ノ株式ハ不利益デアル、ソレヨリハ他ノ會社ノ株ヲ買ッタ方ガ利益デアルト思フ、是ハ所謂管理行爲デハナイ、即チ普通管理人ノ權限ニ屬セザル事柄デアル、併ナガラ時トシテソレガ甚ダ必要デアル、ソレカラ又不在者ノ財產ニ屬スル所ノ不動產ガアル、其不動產ヲ隨分高價ヲ以テ買ヒタイト云フ者ガアル、ソレデ賣ッタ方ガ確ニ利益デアルト云フヤウナ場合、是ハ固ヨリ所謂管理行爲デハアリマセヌカラ通常ハサウ云フコトハ出來ナイ、併シ本人ノ利益デアルト云フコトハ疑ガナイト云フコトガアル、凡ソ此等ノ場合ニ於テハ特ニ裁判所ノ許可ヲ得テ爲スコトガ出來ル

第二十八條　管理人ガ第百三條ニ定メタル權限ヲ超ユル行爲ヲ必要トスル

トキハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得……

是ハ裁判所ニ於テ選任シタル管理人ニ付テハ最モ當然ノ事デアルガ、尙ホ不在者ガ自ラ定メテ置イタ管理人デアッテ而モ其權限ガ定ッテ居ル場合、ソレハ特ニ契約デ定メテ居ル場合モアリ、又ハ法律ノ規定ニ依ッテサッキ申シタ通リ管理行爲丈ケヲ爲ス權限ヲ有スルト云フ場合モアル、總テソレ等ノ場合ニ於テ原則トシテハ本人ノ承諾ヲ得ナケレバ權限外ノ行爲ヲ爲スコトノ出來ヌノハ勿論デアル、併シ本人ガ生死不分明デアルト云フトキニハ本人ノ承諾ヲ得ルコトハ出來ナイ、ソレ故ニ此場合ニ限ッテハ矢張リ裁判所ノ許可ヲ得テ權限外ノ行爲ヲ爲スコトガ出來ル

不在者ノ生死分明ナラザル場合ニ於テ其管理人カ不在者ノ定メ置キタル權限ヲ超ユル行爲ヲ必要トスルトキ亦同シ

終ニ第四ニハ管理人ノ權利義務ノ事ガ規定シアル

第二十九條　裁判所ハ管理人ヲシテ財產ノ管理及ヒ返還ニ付キ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得

裁判所ハ管理人ト不在者トノ關係其他ノ事情ニ依リ不在者ノ財產中ヨリ相當ノ報酬ヲ管理人ニ與フルコトヲ得

不在者ノ財產ノ管理人ハ頗ル責任ノ重イモノデアルト云フコトハ以上論ズル所ニ依ッテ御分リデアラウト思フ、不在者ノ財產ノ全部ヲ管理シテ居ル者デアルカラ、管理ガ其當ヲ得ナケレバ財產ガ損害ヲ受ケル、甚シキハ管理人ガ横領スル虞ガアル、ソレ故ニ裁判所ニ於テ必要ト認メル場合ニ於テハ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトガ出來ル、危險デアルト思ウタラバ管理人カラ供託ヲ爲サシムルコトモ出來ルシ、質權ヲ設定セシムルト云フコトモ出來ルシ、抵當權ヲ設定セシムルト云フコトモ出來ル、或ハ保證人ヲ立テシムルト云フコトモ出來ル、其代リニ管理人モ此ノ如キ重イ責任ヲ負フコトデアルカラ場合ニ依ッテ報酬ヲ求ムルコトガ出來ナケレバナラヌ、是ハ必ズ報酬ヲ與ヘルト云フコトニハナッテ居ラヌ、其譯ハ此管理人ニハ多ク親族ナドガ選バルル、近イ親類ナドナラバ報酬ヲ貰フト云フコトハナイコトデアル、殊ニ推定相續ナドハ畢竟自己ノ利益ノ爲メニ管理人トナッテ居ルノデアルカラ無論報酬ナドヲ受クルコトハ出來ナイ、ソコハ裁判所

ガ管理人ト不在者トノ關係其他ノ事情ニ依テ之ヲ與フルト與ヘナイトヲ極メル――其他ノ事情ト云フノハ例ヘバ管理人ガ貧乏人デアル、之ニ反シテ不在者ハ資產家デアルト云フヤウナコトモ矢張リ「其他ノ事情」ノ中ニ這入ル

以上ニテ失踪ノ宣告前ノ規定即チ單ニ不在者ノ規定デアル、其不在者ハ或ハ生存シテ居ルコトハ明カデアッテモ從來ノ住所又ハ居所ヲ去ッタ者又ハ其生死モ不分明ナル者トヲ併セテ含ム

第二ニ論ズベキハ失踪ノ宣告ニ關スル規定デアル、之ニ付テハ第一、失踪ノ要件ト云フモノヲ論ジナケレバナラヌ、如何ナル場合ニ於テ失踪ノ宣告ヲ爲スカ、即チ如何ナル條件ヲ要スルカ、ソレハ民法第三十條ニアル

第三十條　不在者ノ生死カ七年間分明ナラサルトキハ裁判所ハ利害關係人ノ請求ニ因リ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

戰地ニ臨ミタル者、沈沒シタル船舶中ニ在リタル者、其他死亡ノ原因タルヘキ危難ニ遭遇シタル者ノ生死カ戰爭ノ止ミタル後、船舶ノ沈沒シタル後又ハ其他ノ危難ノ去リタル後三年間分明ナラサルトキ亦同シ

此期間ハ國國ニ達スルモノトス、尤モ疑ヲ論ズベキ失踪ノ效力如何ニ因ッテ自ラ年限ニモ長短ガアル、民法施行前ニ在ッテハ三十六箇月ト云フノガ原則トカッテ居ッタ、即チ滿三年、ソレハ永尋ト申シテ今日ノ失踪トハ效力ガ大變違フケレドモ先ヅ廣イ意味ニ於ケル失踪デアル、併シガラ此ノ如キ短キ期間ヲ原則トシテ採用シテ居ル國ハ私ハ知ラヌ、多分ナカラウト思フ、殊ニ失踪ノ效力ヲ論ジ論ズベキ如キ死亡ノ推定ト云フコトニ致シマスト云フト期間ガ餘リ短クテハ甚タ不當ナル結果ヲ生ジマスカラ勢ヒ期間ヲ長クシナケレバナラヌト云フコトニナル――無論民法施行前ノ失踪ト云フモノハ死亡ノ推定ヲ效力トシテ居ルモノデハナカッタ、――ソレデ獨逸ナドノ例ニ依ッテ我民法ノ草案即チ政府案ニハ「十年」ト云フコトニナッテ居ッタ、ソレヲ衆議院ニ於テ「七年」ニ短縮致シタノデアル、併シ私共ノ思フニハドウモ七年ハ短イ、失踪ノ效力ガ死亡ノ推定ト云フコトデナケレバ從來ノ永尋同樣ノモノデアルナラバ十年ハ長イカモ知レマセンケレドモ、死亡ノ推定ト云フ效力ヲ生ズルモノデアルカラバ十年デモ或ハ短イカモ知レマセヌト云フ處ガアッテ決シテ長クハナイ、殊モ我邦ニ於テハ從來モ隨分海外ニ出ヅル者ガアッタタ

レドモ、近來益々海外ニ出ヅル者ガ多クナッテ、今後ハ愈々是ガ多クナラナケレバナラヌ、サウスレバ隨分危險ヲ冒シテ遠隔ノ土地ニ旅行スル者モ出來テ參ルカラ長キ間音信ヲ絶ッテ居ッタ者ガ再ビ現ハレ出ヅルト云フコトガ頻繁デアラウト思フカラシテ、ドウモ七年ハ短イト私ハ思フ、ケレドモ衆議院デモ七年ニ短縮シタ、此期間ガ短キニ失シテ居リハセヌカト思フ證據ハ我邦ニハ失踪ノ宣告ノ取消ト云フモノガ非常ニ頻繁デ、殆ド毎日ノヤウニ官報ニ出テ居ル所ガ聽テ論ズル如ク失踪ノ宣告ノ取消ト云フモノハ實ニ容易ナラヌモノデ殆ド死シタ人ガ蘇生スルノデ、一旦死亡ト云フコトニナッテ法律上ノ人格ヲ失ッタ者ガ復タ人格ヲ得ルト云フノデスカラ容易ナラヌコト、ソレガ毎日ノ官報ニ出ルヤウデハ甚ダ困ッタコトデアラウト思フ、是ニハ失踪ノ宣告ヲ輕卒ニ爲スト云フコトモアルデセウケレドモ、或ハ期間ガ短キニ失シテ居ルカト思フ、兎ニ角現行法ニ於テハ七年ニナッテ居ル

例外ト致シテ戰地ニ臨ミタル者、沈沒シタル船舶中ニ在リタル者其他死亡ノ原因タルベキ危難ニ遭遇シタル者ハ三年ト爲ッテ居ル、是ハ多クノ場合ニ於テ直チニ死亡シタデモアラウト推測スルコトガ出來ル、戰地ニ臨ンデサウシテ生死ガ不分明デアルト云フノハ多分ハ殺サレタノデモアラウ、戰死シタノデアラウ、船ガ沈沒シタ其中ニ居タ者ハ生死不分明即チ生キタト云フコトノ消息ガナケレバ寧ロ死亡シタノデアラウ其他死亡ノ原因タルベキ危難ト云フノハ例ヘバ先年ノ美濃、尾張ノ大地震ノ場合ノ如キ大地震デ人ガ澤山死ンダ、サウ云フトキニ見エナクナッタ人ハ多分其時ニ死ンダデアラウ、或ハ又大火デアッテ多クノ人ガ燒死ンダト云フトキニ見エナクナッタト云フ者デアルナラバ多分其者モ燒死ンダデアラウト推測ガ出來ル、併シ其當時見エナイ者デモ暫クシテ還ッテ來ルコトモアルカラ三年ハ待ッ、三年待ッテ還ラヌケレバ最早死ンダ者ト見ル

尙ホ此「生死不分明」ト云フコトハ事實問題デアッテ畢竟裁判官ノ認定ニ任ズル外ハアリマセヌガ、何人モ其生キテ居ルト云フ消息ヲ聞カナイノガ詰リ生死不分明ト云フコトニナル

是ガ失踪ノ要件――第二ニハ失踪ノ效力

之ニ付テハ初ニ申上ゲマシタ如ク死亡ヲ推定スル主義ト然ラザル主義トアリ

マスケレドモ我民法ハ之ヲ推定スルト云フ主義ヲ取ッタ、即チ失踪ノ效力ハ死亡ノ推定デアル、ソレ故ニ獨逸ナドデハ死亡ノ宣告ト云フ詞ヲ使ヒマスガ、我民法ニハ矢張リ舊民法ノ言葉ヲ用ヒテ「失踪ノ宣告」ト云ッテ居ル

第三十一條、失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ、前條ノ期間滿了ノ時ニ死亡シタルものと看做す

唯何レノ時ニ死亡シタカデアルカト云フコトニ付テ非常ニ主義ガ分レテ居ル、是マデ外國ニ行ハレテ居ル主義ヲ申シマスルト詰リ四ツノ主義ガアル、此主義ハ必ズシモ死亡ノ推定ヲ爲スト否トニハ拘ハラズ、佛法系ノ國國ニ於ケルガ如ク縱令死亡ノ推定ヲ爲サズトモ一定ノ時期ニ於テ死亡ニ準ズベキ效力ヲ生ゼシムル、例ヘバ假ニ相續ヲ爲サシムルト云フヤウナコトガアルノデスカラドウシテモ時期ヲ定メナケレバナラヌ、從テ此時期ニ付テ四ツノ主義ガアル

第一ノ主義ハ最後ノ音信ノ時ト云フものデアル、最後ノ生キテ居ッタト云フセトノ證據ノアルトキ「音信」ト云フ字ハ不正確デスケレドモ「音信」ト云フ字ヲ使ッテアル例ヘバ或人ガ最後ニ手紙ヲ出シタノハイツデスカル、其後ハ生キテ居ルカ死ンデ

居ルカ分ラヌ、或ハ又最後ニ他ノ人ガ面會シタノハイツデアルガ、ソレカラ後ハ誰モ面會シタ人ハナイト云フヤウナノデアル、此主義ヲ採用シテ居ルノハ多ク佛法系ノ國國デ、即チ舊民法ニモ採用シテ居リマス、佛蘭西、伊太利、和蘭、白耳義民法草案ナドガ之ヲ採用シテ居ル、此主義ハ私ハ確ニ採用ノ出來ナイ主義デアルト思フ、殊ニ死亡ノ推定ト云フ主義ヲ取ッタ以上ハ到底是ニ依ルコトハ出來ナイ、ナゼト云フニ最後ノ音信ノ日ト云フノハ確ニ生キテ居ッタト云フ證據ノアル日、確ニ生キテ居ッタト云フ證據ノアッタ日ヲ以テ死亡シタル日ト看做スト云フコトハ事實ニ反シ又理論ニモ反シテ居ル、稀ニハソレカラ直グニ頓死スルト云フコトモアルケレドモサウ云フコトハ滅多ニナイノデスカラ理論カラ言ッテ見テモ實際カラ言ッテ見テモ確ニ誤ッテ居ル、此主義ハ到底採用ガ出來ナイト思フ

第二ニハ失踪ノ宣告ノ日、又ハ其宣告ノ裁判ガ確定シタ日、是ハ細カク言フト二ツニ分レル、宣告ノ日ト云フノトソレカラ後、確定シタ時、ソレニ付テ上訴ノ出來ナクナッタ時ト云フノデアル、此第二ノ主義ヲ採用シテ居ルノハ例ヘバ墺地利、西班牙、瑞西ノ中デアル、ガラウ、ヴェンデ氏、ソレカラ獨逸民法ノ出來タイ中ヲヤ巴爾西、

「バイエルン」其他多數ノ獨逸聯邦ノ法律ハ皆此主義ヲ取ッテ居ッタ、ソレデ獨逸民法モ第一ノ草案ニハ矢張リ此主義ヲ取ッテ、此主義ハチョット考ヘルト最モ理論ニ適シテ居ルヤウニ思ヘル、抑モ失踪ノ宣告ナルモノハ必ズ裁判所ノ裁判ヲ要スルノデ裁判ノアルマデハ縱令如何程年數ガ立ッテモ失踪ト云フモノハナイ、然ラバ裁判所ノ裁判ニ依ッテ失踪ト云フコトガ定マル、故ニ其カラ死亡ノ推定其他失踪ノ效力ガ生ズルト云フワケガ至當デアルト云フノデ、理論上ノ議論ト致シマシテハ最モ强力ノヤウニ見エル(唯宣告ノ時カラ效力ヲ生ゼシムルカ或ハ上訴ガ出來ナクナッテカラ效力ヲ生ゼシムルカト云フコトハ是ハ枝葉ノ論デアル)、去ナガラ實際ニ於テハドウデアルカト云フト頗ル不公平ナル結果ヲ生ズル、失踪ハ多ク利害關係人ノ請求ニ依ッテ爲スノデアル、我民法デハ明カニ「利害關係人ノ請求ニ因リ」ト爲ッテ居ル、其利害關係人ト云フモノハ場合ニ依ッテ早ク失踪ノ宣告ノアルコトヲ利トスルコトモアリ又ハ遲ク其宣告ノアルコトヲ利トスルコトモアル、是ハ外ノ事ニ付テモ利害ガアルケレドモ相續ニ付テ考ヘテ見テ最モ著シイコトデアル、相續權ハ相續開始ノ時ニ確定スル、ソレマデハ確定ノ權利ト云フモノハナイ、從テ相續開始ノ時ガ早イカト遲イカトデハ相續人ガ違フコトガ多イ、即チ失踪ノ效力ハ死亡ノ宣告ニ類似スル、若クハ之ニ均シイ結果ヲ生ズルト云ヘバ、其效力ノ生ズル時ノ早イカト遲イカトデハ相續人ガ違ヒ得ル、例ヘバ私ニ甲乙二人ノ子ガアル、ドチラモ男子ト假定シマセウ、兩人共生存シテ居ル中ニ私ガ死ネバ無論其長男ノ子ガ相續スル、併シ若シ長男ガ死亡シテ後ニ私ガ死亡スレバ次男乙ガ相續スルカラ此失踪ノ場合デモ失踪ノ效力ガ長男ノ生存中ニ生ズレバ長男ガ相續スル、ソレカラ死亡シテカラ生ズレバ次男ガ相續スル、成程長男ト次男トデハ多クノ場合ニハ且長男ガ相續シテカラ死亡シテモ若シソレニ子ガナケレバ次男ニ相續權ガ行クト云フコトハ普通デアル、ケレドモ必ズサウ云フ譯ニイカヌ、例ヘバ長男ガ遺言デ以テ他ノ人ヲ相續人ト定メルコトモ出來ル、併シ自分ガ相續シテカラ後デナケレバサウ云フコトハ出來ヌ、マダ相續セヌ中ニ遺言デ以テ自分ノ親ヲ相續人ニ定メテ置クト、オヤ云フコトハ出來ナイ、今ニワタシニハ一旦長男ガ相續シテカラ後ニ次男ガ相續スルト云ハバ長男ノ債權者ガ相續財產ニ付テ權利ヲ行フ、デキカラ次男ガ相續スルトキ失ヒ財產ガ無

ナカツタ居ルカ又ハ大ニ減ジテ居ルカモ知レヌ之ニ反シテ直チニ次男ガ相續スレバ長男ノ債權者ハ相續財產ニ行ヒ得ル出來ナイ故ニ之レニ效力ニ於テ大變ナ違ヒガアル以上ハ失踪宣告ノ日若クハ宣告確定ノ日ト云フコトニナルト隨分弊害ガ行ハレル今ノ場合ニ長男ハ失踪ノ條件ガ滿チテ居ルト云スルトヲ氣ガ附カスニ居ル次男ハ氣ガ附イテ居ル此場合ニ長男ガ病氣デ死ニ掛ツテ居ルト云フト、次男ハ失踪ノ條件ノ滿チテ居ルコトヲ祕シテ黙イテ長男ガ死ンダカラ失踪ノ宣告ヲ請求スル、トスルト云フト次男ガ相續スル、通マニ長男ガソレヲ知ツテ居ルト自分ガ死ナナイ中ニ早ク失踪ノ宣告ヲシテ黙イテ貰ハウト斯ウ云フコトモアル、諸ノ惡ク言ヘバ狡猾ノ者ガ得ヲスルト云フ譯ニナル、其他ノ場合ヲ想像シテモサウデスガ、今ノ場合ニハヲ想像シテモ大變ナ利害ガアル、加フルニ裁判所ノ仕事ハ隨分裁判官ノ勤怠ニ依ツテ早ク宣告ガアツタリ遲ク宣告ガアツタリスル、尤モ裁判官ハモチロンニ依ラズ、辯護士ノ勤怠ニ因ルコトモ多イ兎ニ角當事者以外ノ者ノ勤怠ニ因ツテ宣告ノ時期ト云フモノガ早カツタリ遲カツタリスル其結果ガ長男ガ相續シタリスルト云フヤウナコトモナル、

三取得者ニ付テモ亦然リ

第二節　相殺

第一款　相殺ノ性質

相殺トハ二人互ニ債權ヲ有シ債務ヲ負擔スル場合ニ各自互ニ自己ノ債權ヲ以テ其債務ノ辨濟ニ充テ同時ニ雙方ノ債權債務ヲ消滅セシムルヲ謂フ例ヘハ甲乙ニ對シ金百圓ノ貸金ヲ有シ乙モ亦甲ニ對シ金百圓ノ貸金ヲ有スル場合ニ相互ノ貸金ヲ相消シ同時ニ相方ノ貸借關係ヲ消滅セシムルカ如シ蓋シ一般ノ原則ニ依レハ右ノ場合ニ於テ甲ハ右手ニテ自己ノ貸金ニ對シ百圓ヲ乙ヨリ受取リ更ニ左手ニテ金百圓ヲ乙ノ貸金ニ對シテ辨濟セサルヘカラサルヲ以テ百圓ノ金ハ甲乙間ニ於テ二重ニ授受セラレ而モ甲乙各自ハ一金ヲモ支出セス又一金ヲモ受取ラサルコトト爲ルヲ以テ寧ロ相殺ノ方法ニ依リ相方ノ債權債務ヲ相消セシメ二重ノ辨濟ヲ節約スルノ勝レルニ若カス是レ相殺ニ關スル制度ノ設アル所以ニシテ相殺ハ要スルニ二重ノ辨濟ヲ節約シテ辨濟アリタルト同一

ノ效果ヲ生セシムルヲ以テ目的トスルモノナリ加之二人互ニ債權者タリ債務者タル場合ニ一般ノ原則ニ從ヒ各自別別ニ債務ノ辨濟ヲ爲スヘキモノトスルトキハ一方カ完全ニ其債務ヲ辨濟シタルニモ拘ハラス他方カ無資力ニ陷リ其債務ヲ辨濟スルコト能ハサルコトアリテ先ニ辨濟ヲ爲シタル者カ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得スシテ爲メニ損失ヲ被ルノ危險ニ遭遇スルコトヲ免レス然ルニ此場合ニ於テ二人間ノ債權債務ヲ相消スルモノトスルトキハ此ノ如キ危險ヲ生スルノ虞ナシトス故ニ相殺ハ又當事者ノ一人ヲシテ相手方ノ無資力ナルカ爲メニ被ルヘキ損失ノ危險ヲ免ルルコトヲ得セシムルノ效用ヲ爲スモノニシテ公平ノ原則ニ適スルモノナリ

第二款　相殺ノ種類

相殺ハ之ヲ三種ニ區別スルコトヲ得契約上ノ相殺、法律上ノ相殺及ヒ裁判上ノ相殺即チ是ナリ

契約上ノ相殺トハ當事者雙方ノ協議即チ契約ヲ以テ雙方ノ債權債務ヲ相消スルヲ謂フ蓋シ當事者カ其意思ヲ以テ其相互間ノ債權債務ヲ相消スヘキコトヲ約シタルトキハ其契約ハ有效ニシテ相互ノ債權債務ハ契約ノ成立ト同時ニ消滅スヘク此點ニ付テハ契約ノ效力ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スルヲ以テ足レリトシ特ニ之ヲ規定スルノ必要ナシ是レ舊民法カ契約上ノ相殺ニ付キ特ニ規定ヲ設ケサルニ拘ハラス新民法ニハ何等特別ノ規定ヲ設ケサリシ所以ナリ

法律上ノ相殺トハ法律ニ定ムル要件ノ具備スルニ於テハ當然ニ又ハ當事者一方ノ意思ノミニテ行ハルルモノヲ謂フ舊民法ハ佛國民法ト共ニ第一ノ主義ヲ採用シ新民法ハ當然ノ相殺ヲ認メス常ニ必ス當事者ノ意思表示ニ基クコトヲ要スルモノト爲セリ

裁判上ノ相殺トハ反訴ノ方法ニ依リテノミ相殺ヲ爲シ得ヘキモノヲ謂フ例ヘハ甲乙ニ對シテ貸金ノ債權ヲ有シ乙甲ニ對シテ損害賠償ノ請求權ヲ有スル場合ニ此二者間ノ債權債務ハ一方カ裁判上ノ請求ヲ爲シタル場合ニ他ノ一方ヨリ反訴ヲ以テ相殺ノ申立ヲ爲シ依テ以テ相互ノ債權債務ヲ消滅セシムルカ如シ舊民法ハ佛國民法ニ則リ特ニ裁判上ノ相殺ニ付キ規定シタルモ新民法ハ此

種ノ相殺ヲ認メス

之ヲ要スルニ我民法ニ規定スル所ノモノハ當事者一方ノ意思ニ因リテ行ハルル法律上ノ相殺アルノミニシテ前記ノ類別ハ我民法ノ下ニ在リテハ實用ナシトス

第三款　相殺ノ要件

相殺ノ要件ニ關シテハ民法第五百五條以下ニ規定アリ此等ノ規定ヲ參照スルトキハ二人間ニ於テ相殺ノ行ハルルニハ左ノ要件ノ具備スルコトヲ必要トス

第一　二人互ニ債務ヲ負擔スルコトヲ要ス

相殺ハ二人間ノ債權債務ヲ消滅セシムルヲ以テ目的トスルモノナレハ相殺ノ行ハルルニハ當事者雙方カ互ニ債務ヲ負擔スルコトヲ前提要件トスヘク一方ノミ債務ヲ負擔シ他ノ一方カ何等ノ債務ヲ負擔セサルトキハ相殺ノ問題ヲ生スルコトナカルヘキハ說明ヲ要セスシテ明カナリ故ニ雙方互ニ債務ヲ負擔シタル場合ト雖モ一方ノ債務カ其以前ニ於テ既ニ消滅ニ歸シタルトキハ最早兩者間ニ於テ相殺ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論ニシテ其債務消滅ノ事由ノ何タルヤハ之ヲ問フコトヲ要セサルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ民法ハ當事者一方ノ債務カ時效ニ因リテ消滅シタル場合ニ付キ一ノ例外ヲ設ケ第五百八條ニ於テ「時效ニ因リテ消滅シタル債權カ其消滅以前ニ相殺ニ適シタル場合ニ於テハ其債權者ハ相殺ヲ爲スコト得」ト規定セリ故ニ時效ニ因リテ消滅シタル債務ハ債權者カ其消滅前ニ自己ノ債務ト相殺シ得ヘカリシモノナルトキハ其消滅後ト雖モ仍ホ之ヲ採用シテ自己ノ債務ト相殺スルコトヲ得ヘシ蓋シ此場合ニ於テモ仍ホ相殺ヲ許スハ雙方ノ債務カ一旦相殺ニ適シタルトキハ各自相手方ヨリ請求ヲ爲スニ於テハ相殺ノ意思ヲ表示シテ自己ノ債務ヲ免レ得ヘキヲ以テ相手方ヨリ何等ノ請求ヲ爲ササル以上ハ自己モ亦何等ノ請求ヲ爲サス又特ニ相殺ノ意思表示ヲモ爲ササルハ普通ノ狀態ナリ然ルニ其間ニ當事者一方ノ債權カ時效ニ罹リタル爲メ終ニ相殺ヲ對抗シ得ヘカラサルモノトスルトキハ頗ル苛酷ナル結果ヲ生スルヲ以テ此場合ニ於テハ當初ニ遡リ相殺ヲ對抗シ得ヘキモノト爲スヲ公平ナリトス

是レ第五百八條ノ規定アル所以ナリ

第二　當事者雙方ノ負擔スル債務ハ同一種類ノ目的ヲ有スルコトヲ要ス

當事者雙方ノ負擔スル債務ハ同一種類ノ給付ヲ目的トスルコトヲ要シ債務ノ目的タル給付カ其種類ニ於テ異ナルトキハ相殺ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ給付ノ種類カ同一ナルトキハ當事者ハ結局右手ニテ相手方ヨリ受取リタル物ヲ其儘左手ニテ相手方ニ交付シ以テ當事者間ノ取引ヲ結了シ得ヘク現物授受ノ手續ヲ省略シテ直チニ雙方ノ債權債務ヲ消滅セシムルコトト爲スモ之カ爲メ毫モ當事者雙方ノ利害ニ影響ヲ及ホスコトナシト雖モ當事者雙方ノ負擔スル債務ノ目的タル給付ノ種類異ナル場合ニ之ヲ相殺シテ債權債務ヲ消滅セシムルハ當事者ノ意思ニ反スルノミナラス相殺ノ方法如何ニ依リ當事者ノ利害ニ重大ナル影響ヲ及ホスヲ以テ此場合ニ於テ相殺ヲ許スハ害アリテ益ナシトス是レ法律カ雙方ノ債務カ同種ノ目的ヲ有スル場合ニ限リ相殺ヲ認ムル所以ナリ茲ニ所謂同種トハ債務ノ目的タル給付カ種類ニ依リテ定マル場合ニ其種類ノ同一ナルヲ意味ス故ニ債務カ特定物ノ給付ヲ目的トスル場合ニハ當事者ハ相殺ヲ援用スルコトヲ得サルハ勿論不特定物ノ債務ニ付テモ同一種類ノ給付ヲ目的トスル場合ニ於テノミ相殺ノ行ハルルモノナルヲ知リ得ヘシ但其種類ノ同一ナルヤ否ヤハ各箇ノ場合ニ於テ雙方ノ債務ノ內容如何ニ依リテ定マル事實上ノ問題ニシテ爭ヲ生シタル場合ニ裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノトス

第三　雙方ノ債務ハ辨濟期ニ在ルコトヲ要ス

蓋シ相手方ノ債務カ未タ辨濟期ニ到ラサル場合ニ當事者ノ一方ヲシテ相殺ニ依リテ自己ノ債務ヲ免ルルコトヲ得セシムルニ於テハ相手方ヲシテ未タ期限ノ來ラサル債務ヲ辨濟セシムルト同一ノ效果ヲ生シ相手方ノ權利ヲ害スルニ至ルヘケレハナリ之ニ反シテ既ニ期限ノ到來シタル相手方ノ債務ト未タ期限ノ到來セサル自己ノ債務ト相殺ヲ爲スハ毫モ妨ナシ何トナレハ期限ハ普通債務者ノ利益ノ爲メニ設ケラルルモノナレハ債務者カ期限ノ利益ヲ拋棄シテ直チニ辨濟ヲ爲スハ毫モ不可ナキヲ以テナリ但期限カ債權者ノ利益ノ爲メニ設ケラレタルトキハ期限ノ到來前當事者一方ノ意思ヲ以テ相

殺ヲ爲シ得ヘカラサルヤ明カナリ

第四　債務ノ性質カ相殺ヲ許スコトヲ要ス

不特定ナル給付ヲ目的トスル債務ニシテ其給付ノ種類相同シキトキハ相殺ニ因リテ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ルヲ原則トスルモ此種ノ債務ニ付テモ亦其性質上相殺ヲ許ササルモノナキニ非ス例ヘハ甲乙ヨリ金百圓ヲ借用シ之ト同時ニ乙ニ時計ヲ賣渡シ其代金百圓ハ十圓金貨ヲ以テ支拂フヘキコトヲ特約シタルト假定センニ相方ノ債務ハ何レモ金錢ノ給付ヲ目的トシ同種ノ目的ヲ有スルモ相殺ニ依リテ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ス何トナレハ斯クスルニ於テハ十圓金貨ヲ以テ支拂フヘシトスル甲乙間ノ特約ハ無效ニ歸シ當事者ノ意思ニ反スル結果ヲ生スルヲ以テナリ又甲乙二人金百圓ヲ丙ヨリ借用シ特約ヲ以テ其債務ヲ不可分ト爲シタリト假定シ又甲ハ丙ニ對シ金五十圓ノ賣掛代金ノ債權ヲ有スルモノト假定センニ甲ハ相殺ニ因リテ債務ヲ免脫スルコトヲ得ス何トナレハ甲乙ノ百圓ノ債務ハ不可分ニシテ分割履行ヲ許サス隨テ其一部ニ付キ相殺ヲ爲スコト能ハサルハ不可分債務ノ性質ヨリ生スル結果ナルヲ以テナリ

第五　當事者カ反對ノ意思ヲ表示セサルコトヲ要ス

相殺ノ制度ハ二重辨濟ヲ節約シ各當事者ヲシテ無益ノ勞力ヲ省クコトヲ得セシムルト同時ニ各當事者ヲシテ相手方ノ無資力ヨリ生スル損失ノ危險ヲ免ルルコトヲ得セシムルヲ以テ主要ノ目的ト爲スモノナレハ全ク當事者ノ利害ノミニ關シ公益ト何等ノ關係ヲ有セサルモノトス而シテ當事者カ債務ノ現實ノ履行ヲ希望シ相殺ニ因リテ債務ヲ消滅セシムルコトヲ禁シタルトキハ契約自由ノ原則ニ從ヒ其契約ニ效ヲ與フルハ毫モ不可ナク其契約ヲ無效トシ强ヒテ相殺ヲ行ハシムルノ必要ナシトス是レ第五百五條第二項ノ規定アル所以ナリ然レトモ此原則ヲ絶對ニ適用スルニ於テハ第三者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ恐アリ何トナレハ同種ノ目的ヲ有スル債務間ニ相殺ヲ許スハ一般ノ原則ニシテ之ヲ許ササルハ例外ニ屬スルノミナラス當事者間ニ於ケル禁止契約ハ第三者ニ於テ之ヲ知ラサル場合往往ニシテ之アリ隨テ第三者ハ相殺ノ禁止アルコトヲ知ラスシテ當事者ノ一方ヨリ債權ノ讓

渡ヲ受ケ又ハ其債務ヲ引受クル等其債權債務ニ關スル諸般ノ取引ニ從事シ後ニ至リ其債權債務ハ相殺ノ目的ト爲スコト能ハサルニ至リ豫期ニ反スルノ結果ヲ生スベケレバナリ故ニ或債權債務ニ付キ相殺ヲ禁スルノ特約ハ其特約ノ存在ヲ知リテ取引ヲ爲シタル第三者ニ對抗シ得ヘキモ特約ノ存在ヲ知ラスシテ其債權債務ニ關スル法律行爲ヲ爲シタル善意ノ第三者ニ對シテハ之ヲ主張スルコト能ハサルモノトシ以テ其利益ヲ保護スルコトヲ必要トス是レ第五百五條第二項但書ノ規定アル所以ナリ

第六　法律カ相殺ヲ禁セサルコトヲ要ス

法律ハ當事者相互ノ利益ノ爲メ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得セシムルモ或場合ニ於テ公益上ノ理由ニ基キ又ハ第三者ノ利益ヲ保護スルノ必要上債務者ニ對シテ相殺ノ方法ニ依リ債務ヲ免ルルコトヲ禁スルコトアリ即チ左ノ如シ

(一)　債務カ不法行爲ニ因リ生シタルトキハ其債務者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得ス

相殺ハ二重ノ辨濟ヲ節約シ當事者ノ一方ヲシテ他ノ一方ノ無資力ヨリ生スル損失ノ危險ヲ免レシムルヲ以テ目的トスルモノナルコトハ既ニ説明セル所ノ如シ而シテ債務カ不法行爲ヨリ生シタルトキハ債務者ヲシテ其債務ヲ履行セシメ因リテ以テ其不法行爲ヨリ生シタル損害ヲ賠償セシムルハ不法行爲ニ對スル制裁トシテ必要不可缺ニシテ其債務者カ相手方ノ債務不履行ノ爲メ損失ヲ被ルヤ否ヤハ之ヲ顧慮スルノ必要ナキノミナラス不法行爲ヲ爲シタル債務者ヲシテ相殺ノ便法ニ依リ其債務ヲ免ルルコトヲ得セシムルハ不法行爲ヲ爲シタル者ヲ保護スルモノニ外ナラスシテ其結果不法行爲ヲ奬勵スルノ傾向ヲ生スルモノナリ是レ債務カ不法行爲ヨリ生スルトキハ法律ハ其債務者ヲシテ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得セシメサル所以ナリ然レトモ被害者カ自己ノ債務ト不法行爲ヨリ生シタル加害者ノ債務トノ相殺ヲ援用スルハ毫モ妨ナシ何トナレハ被害者ハ一般ノ原則ニ從ヒ相殺ニ因リテ債務ヲ免ルルコトヲ得ヘキ法律上ノ恩典ニ浴スヘキモノニシテ相手方ノ債務カ不法行爲ヨリ生シタルカ爲メ此利益ヲ剝奪セラルヘキ理由ナ

ケレハナリ

(二)　債權カ差押ヲ禁セラレタルモノナルトキハ其債務者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得ス

差押ヲ禁シタル債權トハ民事訴訟法第六百十八條ニ列記スルモノヲ謂フ即チ法律上ノ養料、官吏ノ俸給、職工ノ報酬ノ類ニシテ後ノ二者ハ其年額三百圓ヲ超過スル場合ニ限リ其超過額ノ半額ヲ差押フルコトヲ得ルニ過キス恩給及ヒ家族ノ扶助料モ亦特別法ヲ以テ其差押ヲ禁スル所ナリ但右ノ内法律上ノ養料ト職工ノ報酬トヲ除キ他ハ所謂公法上ノ債權ナルヲ以テ私法上ノ債權消滅ノ原因タル相殺ノ原則ヲ適用スルコトヲ得サルモノニシテ相殺ノ問題ハ主トシテ前記二箇ノ債權ニ付テノミ生スルモノナリ而シテ此等ノ債權ハ其債權者ノ生活ヲ維持スルカ爲メニ必要不可缺ノモノナルヲ以テ法律ハ此等ノ債權者カ其債權ノ差押ヲ受ケテ饑餓ノ境遇ニ沈淪スルノ危害ヲ豫防スルカ爲メ其債權ノ差押ヲ禁シタルモノニ外ナラス而シテ此種ノ債務ヲ負擔スル所ノ債務者ヲシテ現實ニ給付ヲ爲サスシテ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得セシムルニ於テハ此等ノ債權者ハ其生活資料ノ供給ヲ杜絶セラレ債權差押ノ場合ト同一ノ結果ニ歸著スルヲ以テ差押ヲ禁シタルト同一ノ理由ニ基キ相殺ヲモ禁シタルモノナリ然レトモ此種ノ債權ヲ有スル者ヨリ相殺ヲ爲スハ妨ナシ何トナレハ此等ノ債權者カ右手ニテ其債權ノ辨濟トシテ受取リタルモノヲ左手ニテ其儘ニ自己ノ債務ノ辨濟ニ充テ之ヲ相手方ニ交付スルコトハ法ノ禁セサル所ニシテ債權者カ其意思ヲ以テ相殺ヲ爲スハ二重給付ノ手續ヲ省略シテ結局同一ノ結果ニ歸著スルモノナレハ之ヲ禁スヘキ理由ナケレハナリ

(三)　支拂ノ差押ヲ受ケタル第三債務者ハ其差止ヲ受ケタル後ニ取得シタル債權ニ付キ差押債權者ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得ス

差押債權者ハ債務者ニ代位シテ債務者カ第三債務者ニ對シテ有スル債權ヲ行フニ過キサルヲ以テ第三債務者カ債權者ニ對シテ債權ヲ有スルトキハ差押債權者ヨリノ請求ニ對シ相殺ニ因リテ債務ヲ免ルルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タス然レトモ差押債權者ハ其固有ノ權利ニ基キ債務者ニ代位シテ其權利

ヲ行使スルモノニシテ債務者ノ單純ナル代理人ニ非ス且債權者ハ差押ヲ爲シタル當時ノ狀態ヲ以テ債務者ニ代位スルモノナレハ其以後ニ於テ債權者ト債務者トノ間ニ生シタル事項ハ差押債權者ノ權利ニ毫モ影響ヲ及ホスコトナシ蓋シ此等ノ事項カ差押ニ拘ハラス差押債權者ノ權利ニ消長ヲ來スヘキモノトスルトキハ差押手續ハ全ク徒勞ニ歸シ法律カ債權者ノ權利ヲ確保スルカ爲メニ此制度ヲ設ケタル所以ノ趣旨ニ反スルニ至ルヘシ是レ債權者カ差押ノ方法ニ依リテ支拂ノ差止ヲ爲シタルトキハ其後ニ至リ債務者ト第三債務者トノ間ニ生シタル相殺ノ原因ハ他ノ債務消滅ノ原因ト等シク總テ之ヲ差押債權者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト爲シタルモノナリ

右ノ外雙方ノ債務ノ履行地ノ同一ナルコトハ相殺ノ必要條件ニ非ス雙方ノ債務カ履行地ヲ異ニスルモ苟モ前揭第一乃至第六ノ條件具備スル以上ハ相殺ハ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ唯此場合ニ於テハ相手方カ相殺ノ爲メニ損害ヲ被リタルトキハ相殺ヲ爲シタル者ニ於テ之ヲ賠償スルノ責アリトス例ヘハ甲カ米百俵ヲ乙ヨリ買取リ大阪ニ於テ其受渡ヲ爲スヘキコトヲ約シ又他方ニ於テ甲乙ヨリ同種ノ米百俵ヲ買取リ東京ニ於テ受渡ヲ爲スノ契約ヲ締結シタリト假定センニ此場合ニ於テハ乙ハ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得ヘキヤ明カナリ然レトモ之カ爲メ甲ハ更ニ東京ヨリ大阪ヘ向ケ米百俵ヲ運送シ之ヲ自己ノ用途ニ供スルノ必要アリト假定スルトキハ甲ハ相殺ニ因リ運搬費ニ相當スル損失ヲ被ルニ至ルヘキヲ以テ此運搬費ハ相殺ヲ爲シタル乙ニ於テ之ヲ負擔セサルヘカラス何トナレハ相殺ハ當事者雙方ノ利益ヲ以テ唯一ノ目的トスルモノナレハ相殺ノ爲メニ相手方ノ利益ヲ犧牲ニ供スルハ法律カ相殺ノ制度ヲ設クル所以ノ趣旨ニ反スルヲ以テナリ

第四款　相殺ノ方法

相殺ノ方法ニ關シテハ民法第五百六條ニ規定アリ即チ左ノ如シ

第一　相殺ハ當事者ノ意思表示ヲ以テ之ヲ爲ス

相殺ハ佛民法及ヒ舊民法ニ於ケルカ如ク雙方ノ債權債務カ相殺ニ適スルト同時ニ當然行ハルルモノニ非ス又當事者一方ノ裁判上ノ請求ニ對シ抗辯ノ方法

ヲ以テノミ主張シ得ヘキモノニモ非ス當事者ノ一方ヨリ他ノ一方ニ對シテ相殺ノ意思表示ヲ爲スコトヲ必要トスルト同時ニ此意思表示アルヲ以テ足レリトシ意思表示ノ形式如何ハ之ヲ問フコトヲ要セサルモノトス蓋シ二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ニ當事者ハ常ニ必スシモ之ヲ相消スルノ意思アルモノニ非ス或場合ニ於テハ當事者雙方カ其取消ヲ希望スルコトアリ或場合ニハ當事者ノ一方ノミ其相消ヲ欲スルコトアリ又或場合ニハ當事者雙方ニ於テ其相消ヲ欲セサルコトアリテ相消ヨリ生スル當事者ノ利害關係ハ場合ニ依リテ異ナルヲ以テ佛民法舊民法ノ如ク雙方ノ債務カ相殺ニ適スル以上ハ當然之ヲ相殺スルモノト爲スノ制度ハ必スシモ當事者ノ利益ニ適合スルモノト謂フコトヲ得ス此點ハ寧ロ當事者ノ意思ニ一任シ各箇ノ場合ニ於テ相殺ノ利害損得ヲ計量シ之ヲ援用スルト否トヲ隨意ニ定ムルコトヲ得セシムルノ勝レルニ若カス是レ我民法カ相殺ハ當事者一方ノ意思表示ニ因リテ行ハルヘキモノトスル獨逸法ノ制度ヲ採用シタル所以ナリ但當事者カ其相互ノ債務ニ付キ當然相殺ヲ爲スヘキ旨ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思表示ノ有效ナルハ勿論之ニ期限條件ヲ設クルコトハ毫モ妨ナシ要スルニ當事者間ニ與約アルトキハ之ニ從フモノトス交互計算ノ如キハ即チ其一例ナリ

第二　相殺ノ意思表示ニハ期限又ハ條件ヲ附スルコトヲ得ス

法律ハ二重辨濟ヲ節約シ當事者ノ一方ヲシテ相手方ノ無資力ヨリ生スル損失ノ危險ヲ免ルルコトヲ得セシムルカ爲メ相殺ノ制度ヲ設ケ當事者ノ一方ヲシテ相手方ノ意思如何ニ拘ハラス其意思ノミヲ以テ債權債務ノ關係ヲ消滅セシムルコトハ前述ノ如シ故ニ相殺ヲ爲スト否トハ固ヨリ當事者ノ隨意ナリト雖モ既ニ相殺ヲ援用スルノ策ニ出テタル以上ハ單純ニ相殺ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要シ其意思表示ニ期限又ハ條件ヲ附スルコトヲ許サス何トナレハ當事者カ相殺ノ意思表示ニ期限又ハ條件ヲ附スルコトヲ得ルニ於テハ債務ノ消滅ハ當事者一方ノ意思ヲ以テ期限附又ハ條件附ト爲サ法律ノ希望スル債務ノ單純ナル消滅ヲ來ナサハ即チ法律カ相殺ノ制度ヲ設ケタル所以ノ趣旨ニ反スルノ結果ヲ生スヘケレハナリ

第五款　相殺ノ效力

相殺ハ債務消滅ノ原因ニシテ當事者雙方ハ相殺ニ因リテ債務ヲ免ルルコトハ各自辨濟ヲ爲シタルト毫モ異カル所カナキ蓋シ相殺ハ二重ニ辨濟ヲ節約スルヲ以テ目的トシ辨濟ニ代用セラルル所ノ一ノ便宜法ニシテ普通之ニ付スルニ手短ノ辨濟ナル名稱ヲ以テスルモ之ヲ以テ一種ノ辨濟ナリト謂フヲ得ス何トナレハ相殺カ債務消滅ノ效力ヲ生スルハ辨濟ニ同シト雖モ各當事者ハ辨濟ニ於ケルカ如ク現實ニ債務ノ目的タル給付ヲ爲スモノニ非サルヲ以テナリ而シテ我民法ノ規定ニ依ルトキハ相殺ノ效力ハ左ノ如シ

(一) 相殺ハ對當額ニ付キ雙方ノ債務ヲ消滅セシム

相殺カ債務消滅ノ原因タルヿハ既ニ說明スル所ノ如シ而シテ相殺ニ因リテ消滅スル債務ノ範圍ハ雙方ノ債務額ノ多少ニ因リテ定マルモノナリ即チ雙方ノ債務額カ同一ナルトキ例ヘハ甲乙ニ對シ貸金百圓ノ債權ヲ有シ乙モ亦甲ニ對シ賣掛代金百圓ノ債權ヲ有スルモノト假定スルトキハ雙方ノ債權額相等シキヲ以テ相殺ノ結果雙方ノ債務ハ全然消滅スヘシ之ニ反シテ雙方ノ債務額カ同一ナラサルトキハ少額ノ債權ハ全部消滅シ多額ノ債權ハ少額ノ債權ニ對當スル部分ノミ消滅シ餘ノ部分ハ殘存スルヿト爲ルヘシ前例ニ於テ乙カ甲ニ對シテ有スル債權ハ五十圓ナリトスルトキハ相殺ノ結果ハ乙ノ債權五十圓ト甲ノ債權百圓中乙ノ債權ニ對當スル五十圓丈ハ消滅ニ歸シテ甲ハ猶ホ殘額五十圓ノ債權ヲ有スルコトト爲ルヘシ民法第五百五條ニ「各債務者ハ其對當額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ル」トアルハ即チ此謂ナリ

(二) 相殺ハ既往ニ遡リテ其效ヲ生ス

當事者ノ一方カ相手方ニ對シ相殺ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思表示ハ單ニ將來ニ向テノミ其效力ヲ生スルモノニ非スシテ雙方ノ債務カ相殺ニ適シタル始ニ遡リテ其效力ヲ生シ雙方ノ債務ハ其時ヲ以テ既ニ消滅ニ歸シタルモノト爲ル是レ第五百六條第二項ニ規定スル所ナリ蓋シ相殺ヲ援用スル所ノ債務者ハ債務カ相殺ニ適シタル時ヨリ相殺ヲ希望スルヲ普通ノ狀態ト

爲スヲ以テ相殺ノ效力ヲ其時ニ遡ラシムルハ當事者ノ意思ニ合シ取引上ノ需要ニ適スルノミナラズ相殺ノ制度ヲ簡明ナラシメタ其效力ヲ全タカラシムルノ利アルヲ以テナリ何トナレハ相殺ハ本來雙方ノ債務カ相殺ニ適シタル時ヲ以テ當然其效ヲ生スヘキモノナレトモ斯クスルニ於テハ時ニ或ハ當事者ノ意思ニ反スル結果ヲ生スルコトナキヲ保セサルヲ以テ法律ハ此點ニ付キ當事者ニ選擇ノ自由ヲ與ヘタルニ過キス隨テ當事者カ既ニ相殺ヲ援用シタル以上ハ始ニ遡リテ其效ヲ生セシムルハ法律カ此制度ヲ設ケタル所以ノ趣旨ニ適合スヘケレハナリ

(二) 弁濟ノ充當ニ關スル第四百八十八條乃至第四百九十一條ノ規定ハ相殺ニ之ヲ準用ス

相殺ハ當事者ノ一方カ對手人ニ對シテ有スル自己ノ債權ヲ以テ同一對手人ニ對シテ負擔スル自己ノ債務ヲ消滅セシムルモノニシテ弁濟ト同一ノ效力ヲ生スルモノナレハ當事者ノ一方カ同種ノ目的ヲ有スル數箇ノ債務ヲ負擔シ其總債務ヲ消滅スルニ足ラサル自己ノ債權ニ付テ相殺ヲ援用シタルトキニシテ他人ノ爲メニスルト信セシモ實際自己ノ爲メナリシトキハ財產管理ヲ爲サス(ロ)管理者ハ本人ヲシテ己ニ對シ義務ヲ負ハシムルノ意即チ本人ノ未必債權者タル意思ヲ有セシヲ要ス故ニ無償ヲ以テ其勞ヲ執ラントノ意ナリシトキハ事務管理ヲ成サス(ハ)管理者(Dominus)ハ本人ヨリ明白又ハ沈默ノ承諾ナクシテ行動セシヲ要ス若シ本人ニシテ其命令ヲ與ヘ或ハ管理者ノ行爲ヲ知リテ之ヲ防止シ得ヘカリシニ之ヲ爲ササリシトキハ即チ明白又ハ沈默ノ委任ヲ與ヘタルモノナリ

管理者ハ自ラ爲シタル管理ノ行爲上本人ニ對シ責任ヲ免ルルハ固ヨリ公平ナル道理ノ許ササル所ナリ而シテ此義務ハ委任ヨリ生スルモノニ類似スルモ主トシテ之ニ異ナルハ當事者相互ノ承諾ナキニ形成サルルニ在リ其他委任ニ於テハ委任者カ死亡スルトキハ其終局ヲ告クルモノナルモ事務管理ニ於テハ人身親族(Intuitus personae)ハ其主タル性質ヲ成ササルカ故ニ縱令本人ハ死亡スルモ管理者ハ其著手シタル事務ヲ繼續シ之ヲ完成セサルヘカラス

管理者ニシテ其行爲上責任ヲ負フハ已ニ正當ノ道理ナレハ本人ニシテ管理者

カ事務管理ノ爲メニ費シタル費用ヲ辨償セサルヘカラサル亦同一ノ理ナリ苟モ此ノ如クナラスンハ何人タリトモ自ラ他人ノ爲メニ勞苦ヲ取リ又空シク金錢ヲ消費シ損失ヲ買フノ愚ヲ爲ス者アルヘカラス而シテ此ノ如ク本人ノ管理者ニ對シ負フ所ノ義務モ亦相互ノ承諾ナクシテ發生スルモノナリ其他後見財産管理及ヒ共同所有等ニ於テ發生スル權利義務ハ豫定ノ承諾アルニ非スシテ準契約ノ性質ニ從フモノナリ

第二節　不存債務ノ辨濟 (Indebitum solutum)

實際ニ於テハ負債ノ存セサルニ誤リテ存スルモノト思考シ支拂ヲ爲シタルトキハ即チ不存債務ノ辨濟ニシテ債權者トシテ錯誤ノ支拂ヲ受ケタル者ハ返却ノ義務ヲ生ス而シテ其制裁タル訴權ハ公平ノ點ヨリ付與セラレタルモノニシテ當事者ノ承諾以外ニ於テ生シタルモノナリ羅馬法ニ於テハ此訴權ヲ呼ヒテ「コンヂクシオ・インデビチ」(Condictio indebiti)ト曰フ不當辨濟トシテ支拂ノ返却ヲ請求シ得ヘキニハ(イ)眞實ニ負擔ノ存在セサルヲ要シ自然義務ト雖モ返却請求

ノ妨礙ヲ爲スモノナリ(ロ)支拂ハ錯誤ヨリ生スルヲ要シ若シ存在セサルカ又ハ已ニ消滅シタル義務ヲ好ミテ辨濟シタルトキハ之ヲ以テ支拂ヲ爲シタルモノトセスシテ贈與ヲ爲シタルモノト看做ス(ハ)金錢ノ交付者ハ單ニ支拂ヲ目的トスルモノニシテ他ノ行爲例ヘハ和解ヲ爲スノ權ナキヲ要ス故ニ私犯ノ場合ニ於テ賠償額ノ二倍ト爲ストキニ於テハ支拂ハ錯誤ニ因リ爲シタルモ返却ヲ請求スルヲ得ス返却スヘキ金額ノ多寡ハ負債ナクシテ辨濟ヲ受ケタル假定債權者ノ惡意又ハ善意ニ從ヒ差異アリ若シ惡意即チ債務ノ不存在ヲ知リシトキハ唯リ受領セシ所ノ一切ノ物ノミナラス又受領以來生セシ所ノ果實ヲモ併セテ返却セサルヘカラス之ニ反シテ誤信サレタル債權者ハ支拂時善意ニシテ債權ヲ以テ實際存セルモノト思考シ其善意ハ返却ノ請求時マテ繼續セシトキニハ得シ所ノ利得ノミヲ返却ス蓋シ此ノ如ク法律上受領者カ善意惡意ニ從ヒ差ヲ立テタルハ其善意ナリシトキニ於ケル錯誤ハ支拂者ノ錯誤ヨリモ更ニ輕恕スヘキノ性質ヲ有スレハナリ(相續者カ遺贈ヲ受クル者ニ對セル義務ハ第二種ノ準契約ノ性質

ヲ有ス其他理由ナクシテ授受ヲ爲シタルトキハ恰モ負債ノ存セサルニ誤リテ辨濟ヲ爲シタル如ク道德上其返還ノ請求ヲ許ササルヘカラス羅馬法ニ於テハ此訴權ヲ呼ヒテ「コンデクシオ、シテ、コーザ」(Codictio sine causa)ト曰フ即チ理由ナクシテ爲シタル支拂ニ對スル訴權トノ謂ナリ

第十七章　債務ノ效力

義務ヨリ生スル結果ハ契約ノ趣旨ニ基キ或ハ與ヘ或ハ爲シ或ハ爲ササルニ在リ而シテ債務者ハ債權者ノ强制ヲ受クルヲ待タスシテ自ラ好ミテ其義務ヲ履行スルコトアレトモ又之ニ反シ或ハ全然義務ノ履行ヲ拒否シ或ハ其一部ヲノミ履行スルコトナキニ非ス此等不履行ノ場合ニ於テハ義務關係ノ有力ナルカ無力ナルカハ實際ノ問題ト爲リ義務ノ制裁力ヲ具フルト否トニ從ヒ較著ナル差異ヲ生ス

第一節　制裁ナキ債務即チ自然義務(Obligatio naturalis)

義務ヨリ生スル法律上ノ制裁ハ債權者カ債務者ニ向テ施シ得ヘキ訴權ニ在ルコト上説セルカ如シ而シテ此義務ハ其泉源ノ何處ニ在ルヲ問ハス之ヲ民法義務(Civile)ト謂フ茲ニ所謂自然義務ナルモノハ等シク法律上ノ義務ナリト雖モ其法律上ノ制裁即チ訴權ナキヲ以テ上者ヨリ區別セラル羅馬法ニ於テ自然義務ナルモノニ對セル理論ノ適用ハ蓋シ帝政時代以後ニシテ古昔時代ニ於テハ之ヲ以テ一ノ問題ト爲ササリシカ如シ羅馬法上自然義務ノ論理ハ一定不變ノ規則ナカリキ其生スル效力ノ大小ハ各自ノ自然義務ニ從ヒテ異ナリト雖モ之ヲ通シテ有スル所ノ特徵ハ自然義務ハ有效ナル辨濟ノ目的タルコトヲ得一旦爲シタル支拂ハ「コンデクシオ、インデビチ」ノ訴權ヲ利用シテ其返還ヲ請求スルヲ得ス又敎科時代ニ及ヒ始メテ其特徵トシテ認メラレタル第二ノ性質ハ自然義務ノ債權者ハ民法義務ノ債權者カ自己ノ權利實行ヲ請求スルニ當リ自然義務ヲ以テ相殺ヲ對抗シ得タルニ在リ是ヲ以テ推セハ自然義務ハ直接ニ之ヲ提出シテ其實行ヲ請求スルヲ得サルモ間接ニ其實行ヲ得ヘキ一ノ義務タリ

自然義務ハ其泉源ニ數種アリ其主タルモノヲ擧クレハ或ハ空虛パクタ」ヨリ生シ或ハ奴隷ノ約シタル義務ヨリ生シ或ハ「マセドニア」法ニ反シテ爲シタル家子ノ負債ヨリ生シ或ハ人格減少ニ因リ負債ノ消滅シタル後等ニ於テ生スルモノナリ

第二節　債務不履行ノ原因

義務不履行ノ原因ニ數種アリ曰ク詐欺(Dolus)曰ク過失(Culpa)曰ク遲滯(Mora)曰ク偶然ノ事故(Casus)是ナリ此等ノ場合ニ於テ債權者ハ其不實行ヨリ生スル結果トシテ等シク損失ヲ受クルモ然レトモ債務者カ負フヘキ責任ハ一樣ナラス加之時トシテ全ク負擔ヲ免ルルコトアリ

(一)　詐欺(Dolus)　詐欺ハ債務者カ約束ノ實行ヲ免レンカ爲メニ爲シタル總テノ行爲即チ作爲及ヒ不作爲ヲ指スモノニシテ或ハ債權者ハ殊ニ詐欺ニ對スル契約ヲ爲スコトアリ然ルトキハ債權者ハ此契約ヲ基トシ詐欺ヲ爲シタル債務者ヲ追訴スルヲ得ヘク又特別ナル契約ナキトキト雖モ決シテ債務者ハ詐欺ニ對スル責任ヲ免ルルコト能ハス債權者ハ其本契約ニ基キ之ヲ追訴スルヲ得而シテ詐欺ニ對スル債務者ノ責任ハ一ノ原則トシテ認メラレ之ヲ免除スヘキ契約ハ法律上無效ナルモノトス

(二)　過失(Culpa)　過失ハ他人ノ權利ヲ害セル一ノ作爲又ハ不作爲ナルモ詐欺ト異ナルノ點ハ之ヲ爲シタル者カ豫メ他人ニ損害ヲ被ラシムルノ意思ヲ有セサルニ在リ過失ハ同一種類ノ物ヲ以テ目的トセル契約例ヘハ消費貸借ニ於テハ存在セサルモノトス何トナレハ金錢或ハ穀類等普ク存在スルモノニ於テ債務者ハ其價直ヲ減少シ債權者ニ損害ヲ被ラシムルコト能ハス此ノ如キ債務ニ於テ債權者ノ爲シ得ヘキハ單ニ義務實行ノ遲滯ニ因リ損害ヲ與フヘキノミ

形式的ノ義務ニ於テ例ヘハ口頭契約ノ「スチピュラシオ」(Stipulatio)ニ於テハ債務者ノ實行スヘキ義務ハ嚴密ニ宣言セル趣旨ニ基クヲ以テ其以外ニ責任ヲ負ハス即チ單ニ物ヲ與フルコトヲ約セル場合(Dare)ニ於テハ他ノ行爲即チ作爲(Facere)ヲ包含セサルカ故ニ債務者ハ物ノ保存ヲ怠ルモ債權者ハ之ヨリ生スル損害ヲ辨償セシムルコト能ハス若シ此弊ヲ避ケントセハ別ニ過失ニ對スル箇條

ヲ附加セサルヘカラス

他ノ善意的ノ義務ニ於テハ債務者ノ責任義務ハ公平及ヒ善意(ex aequo et bono)ニ基キ之ヲ評量スルヲ以テ形勢事情ニ從ヒ其廣狹ヲ變スヘシ然レトモ羅馬ノ法學者ハ一般ニ適用スヘキ原則ヲ立テ普通過失ヲ大別シテ二種ト爲シタリ曰ク重過失(Culpa lata)曰ク輕過失(Culpa levis)是ナリ

重過失トハ最モ不注意ナル人ト雖モ犯ササルモノニシテ之ヲ詐欺ニ準シタリ輕過失トハ善良ナル家父(Bonus paterfamilias)ノ爲スヘキ注意ヲ怠リタルモノナリ而シテ債務者カ過失ニ對シ負フヘキ責任ノ輕重ハ契約ノ性質ニ依リテ差異アリ債務者ニシテ更ニ利益ヲ得ルコトナキ所ノ契約ニ於テハ其責任モ亦輕ク重過失ニノミ賠償ノ義務ヲ負フ例ヘハ使用貸主寄託主ノ如シ然レトモ此原則ノ例外トシテ受任者事務管理者後見人財産管理人等ハ其負フ所ノ義務ハ更ニ之ヲ利スルコトナキモ輕過失ニ對シ責ニ任ス是レ委任ニ於テハ委任者ノ信用ヲ重シ事務管理ニ於テハ管理者カ自ラ進ミテ他人ノ財産ヲ保存セントシタル行爲ヲ取リタルヨリ起リ又後見人財産管理人ニ於テハ其保護ヲ受クル者ノ財産保護ノ任ヲシテ十分ナラシメントスルニ在リ

契約ニシテ債務者カ利益ヲ得ヘキモノナルトキハ自ラ債務者ノ責任モ亦從ヒテ大ニシテ唯リ重過失ニ對スルノミナラス又輕過失ニ對シ賠償ノ義務アリ例ヘハ使用借主ノ如シ而シテ此原則ハ唯リ當時者ノ一方カ利益ヲ得ルトキノミナラス其雙方カ利益ヲ得ルトキニ於テモ亦適用セラル例ヘハ賣買貸借ニ於ケル如シ然レトモ或種ノ契約ニ於テハ債務者ハ單ニ自己ノ事務ヲ管理スルニ當リ犯ササルヘキ過失ニ對シテノミ責任ヲ負フ是レ債務者カ自己ノ事務ヲ管理スルニ當リ同時ニ他人ノ事務ヲ管理スル場合就中組合共同等ニ於テ見ル所ナリ羅馬法ノ註釋者ハ之ヲ呼ヒテ具體的輕過失(Culpa levis in concreto)ト曰ヒ他ノ場合ニ於ケルモノヲ呼ヒテ抽象的輕過失(Culpa levis in abstracto)ト曰フニ對稱ス

(三)　遲滯(Mora)　遲滯トハ當事者間和協セル時日ニ及ヒ債務者カ債務ノ辨濟ヲ實行セサル遲延ナリ遲滯ハ債權者カ之ヲ期シテ爲シタル計畫ヲ齟齬セシメ隨テ損害ヲ招クコトアルヘシ然レトモ遲滯ハ有形事實タル遲延カ債務者カ自ラ爲シタル過失ニ伴フコトヲ要ス之ヲ以テ觀レハ遲滯ハ又過失ニ外ナラサルモ

過失ニ於ケル如タ之ヲ輕重スル程度ナリ又固有ノ結果ヲ生ス羅馬法ニ於テハ債務者ニ歸スヘキ遲延ヲ呼ヒ「モラ、インキュルパタ」(Mora incurpata)ト曰フ普通ノ規則トシテ債務者カ遲滯ノ狀態ニ在ラン、ニハ換言スレハ義務ヲ實行スヘキ狀態ニ立ツニハ債權者カ催告(Interpellatio)ヲ爲シタルヲ要ス此催告ハ毫モ形式的ナラスシテ單ニ支拂ヲ受クル能力アル者カ支拂ヲ爲ス能力アル者ニ向ヒテ期限後適當ナル場所及ヒ時ヲ選ヒテ爲シタルヲ以テ足レリト爲ス蓋シ羅馬法ニ於テハ後世註釋者カ爲シタル「期日ハ人ノ爲メニ催告ス」(Dies interpellat pro homines)ナル格言ハ法學者ノ容レサリシ所ナリ

例外トシテ債務者ノ催告ヲ待タス當然義務ヲ實行スヘキ狀態ニ在ルハ犯罪ニ於ケル場合ナリ故ニ盜賊ハ物品ヲ盜取シタル日ヨリ其返還上遲滯ニ在ルモノトス

催告ヲ受ケタル遲滯者ハ爾後自ラ責任ヲ有スル所ノ過失ヲ犯スモノナリ即チ催告後物ハ偶然ノ事變其他如何ナル原因ニ由リ消滅スルモ其義務ハ獨立シテ存在シ辨濟ノ負擔ヲ免ルルコト能ハス此嶮嚴ナル原則ハ善意ノ契約ニ於テハ較ヤ輕減ヲ受クルノミ其他遲滯ヨリ生スル重大ナル結果トシテ債務者ハ物ヨリ生スル果實ヲ債權者ニ給付スルヲ要シ金錢ニ於テハ利息ヲ生セシムル遲滯ハ債務者カ適當ナル時ト場所トヲ定メ義務ヲ遂行スヘキコトヲ債權者ニ提供スルニ因リ解消シ若シ債權者ニシテ債務者ノ提供ヲ拒ムトキハ爾後債權者ハ遂行ヲ受クヘキ狀態ニ在ルモノトス

(四)　偶然ノ事故(Casus)　契約ノ目的タル物カ火災、破船、死亡其他偶然ノ出來事ニ因リ消滅シタルトキハ義務ハ實行セラルルコト能ハスシテ債務者ハ自然免除ヲ受クルモノナリ物ノ消滅ハ或ハ有形的ナルアリ或ハ法律的ナルアリ又或ハ自然ヨリ來リ或ハ第三者ノ行爲ヨリ來ル羅馬法ノ註釋者ハ「物ハ債權者ノ爲メニ消滅ス」(Res perit creditori)ナル語ヲ用ヒ以テ偶然ノ事故ヨリ生スル物ノ消滅ハ債權者ノ損害ニ歸スルヲ形容セリ此原則ハ權利ノ目的カ確定シタル一物體タリシトキニ該當スルモノニシテ若シ義務ノ目的カ種類ヲ以テ定メタル一物體ナルトキハ適用セラレサルヤ明カナリ何トナレハ債務者カ有セシ金錢或ハ穀類カ縱令事變ニ因リ消滅シタルモ尙ホ他ニ同一ノ種類ノ物ヲ以テ代フルコト

ヲ得ヘケレハナリ(Genere non pereunt)此故ニ消費貸借ニ於テハ偶然ノ事故ハ借主ノ負擔ト爲ル

確定シタル物體ノ破滅ニ因リ債務者ハ其債務ヨリ免除サルルトノ規則ハ雙務契約ニ於テ如何ニ之ヲ適用スルヲ得ヘキカ換言スレハ雙務契約ニ於テハ當事者雙方共ニ義務ヲ負フモノナルカ一方ノ義務ノ目的タル物ノ消滅ハ他方ノ義務ノ消滅ヲ伴フカ或ハ一方ノ義務ノ消滅ニ關セス他方ノ義務ハ獨立シテ存在シ得ヘキカノ疑問ニ至リテハ一切ノ雙務契約ニ對シ一樣ナル解決ヲ爲サス賣買賃貸借組合ニ於テ其趣ヲ異ニス(イ)賣買ニ於テハ目的物ノ偶然ナル事故ニ因ル消滅ハ買主ヲシテ代價支拂ノ義務ヲ解消セシムルコト能ハス即チ偶然ノ事變ハ買主ノ負擔タリ蓋シ賣買契約ヲ爲スニ當リテハ物ノ存在ヲ必要トシ賣買時ニ於テ物ノ既ニ消滅シテ存セサリシトキハ契約ハ目的ノ缺乏セルカ故ニ成立スルコト能ハス然レトモ一旦完全ナル契約ノ成立セシ以上ハ賣買兩當事者ノ義務ハ各自獨立シテ存在シ一方ノ義務カ消滅セルニ因リ他方ノ義務ヲ破壞スルコトナシ(ロ)賃貸借ニ於テ契約ノ目的物カ偶然ノ事故ニ因リ消滅シタルトキ例ヘハ家屋ノ賃貸借ニ於テ火災ニ因リ家屋ノ燒失シタルトキハ所謂偶然ノ事變ハ貸主ノ負擔ニシテ借主ハ將來其賃金ヲ拂フノ義務ヨリ解除サル此ノ如ク賣買及ヒ賃貸借ニ於テ規則ノ顚倒セルハ他ナシ賃貸借ハ貸主ノ義務ハ全ク賣主ノ義務ト趣旨ヲ異ニシ繼續セル狀態性質ヲ以テ遂行セラレ隨テ又借主ノ義務モ同一ノ性質ヲ以テ貸主カ得セシムル所ノ享有ノ程度ヲ逐ヒテ持續スルカ故ニ或原因ニ由リ將來享有ヲ爲シ得ヘカラサル場合ニハ借主ノ義務モ亦同時ニ解除サルルモノトス(ハ)組合ニ於テモ出資カ確定シタル物ノ所有權ニ在ルカ又ハ其享有ニ在ルカニ從ヒ不虞ノ負擔者ヲ異ニス若シ出資カ物ノ所有權ナルトキハ之ヲ約シタル組合者ハ物ノ賣主ニ擬セラレ組合ハ買主ニ準セラルルヲ以テ偶然ノ事故ニ因リ物ノ消失シタルトキハ負擔ハ組合ニ落ツ若シ出資ハ物ノ享有ナルトキハ之ヲ約シタル組合者ハ賃貸主ニ擬セラレ不虞ハ其負擔ニ屬シ物ノ消失後ハ契約ノ目的ノ喪失ニ因リ組合ハ解散セラル

第十八章　債務ノ消滅

「ジュスチニアン」帝ノ定義ニ於テ見タル如ク義務ハ法律上ノ制束ニシテ債權者及ヒ債務者間ニ存スル連鎖ナルカ此狀態ハ永續スヘキノ性質ヲ有セス事ロ一旦破滅シ交互再ヒ獨立ノ地位ニ復ルヘキモノトス而シテ羅馬法ニ於テ義務ノ最終點ト爲ルヘキ事故ヲ總稱シテ「ソリュシオ」(Solutio)又「リベラシオ」(Liberatio)ト曰フ「ソリュシオ」トハ分解ノ意味ヨリ來リ債務ノ終散シタル形容ナリ「リベラシオ」トハ免除ノ謂ニシテ等シク辨濟ヲ指スルモノナリ

義務消滅ノ理論ニ於テモ亦羅馬法ノ形式的精神ノ形跡ヲ顯ハシ或種ノ義務ニ於テハ一定ノ儀式ヲ籍ルニ非サレハ形成セラレサリシ如ク之ヲ消滅スルニモ亦一定ノ儀式ヲ要シタリ而シテ市民法ノ適用ハ狹隘ニシテ隨テ他ノ義務ノ消滅ニ向テハ缺點ヲ遺セシカ之ヲ補正セシハ亦法官ノ裁決ニ由ルモノトス市民法ノ消滅ハ「イプソ、ジュレ」(Ipso jure)即チ當然生スルモノニシテ法官ノ裁決ヨリ來ルモノハ抗辯ノ一方法トシテ提起サルヘキノミ此區別ヨリ生スル結果トシテ「イプソ、ジュレ」ナル消滅ニ於テハ訴訟ニ於テ「イン、ジュレ」(In jure)即チ裁判官ヲ指命スヘキ法官ノ前ニ之ヲ提出セサルモ第二ノ裁判順序タル裁判官ノ前ニ於テモ提起スルヲ得之ニ反シ「エクセプシオ、オペ」(Exceptio ope)ナル消滅ニ於テハ必ス法官ノ前ニ提起シ方箋(Formula)上ニ掲示スルコトヲ要ス市民法ノ義務消滅トシテ(一)辨濟(二)更改(三)債務免除(四)混同等ニシテ其他ハ第二種ニ屬ス

第一節　辨濟 Solutio)

辨濟ハ義務ノ目的トシテ約束サレタルコトヲ實行スルモノニシテ「ソリュシオ」(Solutio)ナル語ノ本然ナル意味ノ在ル所ナリ若シ義務ニシテ讓與(Dare即チ物ヲ與フヘキトキハ物ノ所有主ニシテ讓與ノ能力ヲ有スル者ハ何人ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得ルモ若シ作爲(Facere)即チ行爲ヲ目的トスル義務ニ於テハ債務者ニシテ特ニ債務者自己ノ行爲ヲ希望セシトキハ第三者カ爲シタル提供ヲ拒否スルヲ得又辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキ者ハ讓與ノ能力ヲ有スルヲ要ス換言スレハ辨濟ヲ受ケタルトキハ債權ヲ讓與スルモノナルカ故ニ己ノ地位ヲ惡カラシムルコトヲ得ルヲ要ス

如何ナル物ヲ以テ辨濟スヘキカノ點ニ於テハ債務者ハ固ヨリ正確ニ義務ノ目

的物ヲ以テセサルヘカラサルコト明カナリ然レトモ債權者ハ他物ヲ以テ義務ノ目的物ニ代ヘ以テ義務消滅ヲ承諾スルコトヲ得是レ即チ代物弁済ニシテ羅馬法ハ之ヲ呼ヒテ弁済讓與(Datio in solutum)ト曰フ之ヨリ生スル結果ニ關シテ羅馬ノ法學者中議論二派ニ岐レ「サビニアン」派ノ學者ハ之ヲ以テ弁済ニ準シ義務ハ「イプソ、ジュレ」(Ipso jure)ニ消滅シタルモノトシ「プロキュリアン」派ノ學者ハ義務消滅ハ「エクセプシオ、オペ」ニシテ債權者ノ訴權ハ單ニ抑止サレタルモノト爲シタリ而シテ帝政時末年ノ法律ニ於テハ遂ニ甲説ヲ以テ可ナルモノト爲シタリ代物弁済ニ於テ付與サレタル物ノ所有ハ債務者ニ屬セスシテ事後眞正ナル所有者即チ第三者ニ由リ追奪サレタルトキハ如何ナル結果ヲ生スルヤノ疑問ニ對シテ羅馬ノ法學者中議論一定セス「マルシアニュス」(Marcianus)ノ説ニ從ヘハ付與サレタル物ノ所有權ハ移轉サレ能ハサルヲ以テ負債モ亦消滅サルルコト能ハス隨テ債權者ハ當初ニ於ケル狀態ヲ以テ附屬シタル擔保ト共ニ其權利ヲ回復スト爲シ「ユルピアニュス」ノ説ニ從ヘハ追奪サレタル債權者ハ債權ノ金額ニ等シキ代價ヲ以テ代物ヲ買ヒタルカ如ク賣買訴權 Actio utilae ex empto)ニ依リ追奪ヨリ生スル損害ノ賠償ヲ求ムルヲ得此訴權ニ於テハ物ノ追奪時ニ於ケル價直ヲ請求スルヲ得ルノミニシテ最初債權ニ附屬シタル擔保ヲ失フモノナリト爲セリ此兩説中上者ハ理論上正確ナルカ如キモ「ジュスチニアン」帝ノ法典(Codex)ハ同シク兩者ヲ載スルヲ以テ觀レハ孰レカ勝ヲ制シタルカヲ知リ難シ同一ナル債權者債務者間ニ同一ナル目的ヲ有スル數多ノ義務存在スルコトアリ此時ニ於テハ弁済ヲ爲スニ當リ債務者ハ其中甲又ハ乙ノ債務ヲ弁済スルコトヲ通告スルコトヲ得換言スレハ選擇ノ權ヲ有ス若シ當事者間弁済ヲ以テ何レノ債務ニ歸スルカヲ定メサリシトキハ法律上當事者ノ意ヲ推測シテ規則ヲ立テ債務ニシテ利息ヲ生スルトキハ先ツ利息ニ歸シ剩餘アレハ資本ニ充ツ若シ二箇以上ノ債務アレハ先ツ期限ヲ經過シタルモノニ歸ス若シ債務皆期限ヲ經過セサルモノナルトキハ負擔ノ重キモノヨリ始ム此規則ハ近世法律ノ追襲スル所ナリ

第二節　更改(Novatio)

古代ニ於ケル更改ハ同一ナル目的ヲ有スル二ノ新ナル義務ヲ以テ既ニ存セル

他ノ義務ニ代フルニ在リ而シテ更改ヲ爲サントスルニハ(イ)必ス「スチピュラシオ」(Stipulatio)ノ式ヲ以テセサルヘカラス若シ「パクタ」ヲ以テスルトキハ契約ヲ成立スルコト能ハス又書上契約ヲ以テスルトキハ二箇ノ行爲分立シ一ハ義務ヲ消滅シ一ハ新ニ義務ヲ成立シ互ニ相連繫シ同一行爲ヲ爲スコト能ハサルニ由リ更改ヲ成サス(ロ)新債務ノ目的タルモノハ必ス舊債務ノ目的タルモノト同一ナルヲ要ス然ラサレハ「スチピュラシオ」ハ更改ノ效果ヲ生セス新債務ノ目的ハ舊債務ノ目的ヲ破壞セスシテ之ニ附加スルノミ是レ羅馬法本文ニ於テ舊債務ノ目的ハ新債務ノ中ニ移轉シ合同セラルト曰ヒ目的ノ同一ナルコトヲ指示スル所以ナリ(1 pr. Dig. De novat., XLVI, 2) (Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio.)(ハ)新債務ハ權利關係上舊債務ヨリ多少ノ變更ヲ爲シタルヲ要ス蓋シ「ノヴァシオ」(Novatio)(更改)ナル字ハ實ニ義務關係上ノ變更ヲ意味スルハ一見之ヲ感セシムルモノニシテ此變更ハ或ハ權利ノ主格タル人ニ在リ或ハ債務ノ目的タル事物ノ上ニ在リ主格タル人ノ變更ハ債權者ニ於テスルコトアリ(Delegatio)或ハ債務者ニ於テスルコトアリ(Expromissio)或ハ兩者共ニ變スル

コトアリ然ルトキハ更改ハ書上契約ニ於ケル如タ債權ノ讓與ヲ爲スノ方法タルヲ得或ハ金錢ノ授受ナクシテ支拂ヲ爲スノ手段タルヲ得ヘシ又同一ナル當事者間ニ於ケル更改ハ自然義務「パクタ」及ヒ其他ノ契約ノ性質ヨリシテ法律上效力ノ多少薄弱ナル契約ヲ變シ「スチピュラシオ」ヨリ生スル嚴密ナル制裁ヲ附セントスルニ在リ然レトモ已ニ第一ノ義務ニシテ「スチピュラシオ」ノ式ニ依リ成立シタルモノナルトキハ義務自身ニ於テ變更ヲ有セサルヘカラス而シテ此際ニ用フル「スチピュラシオ」ニ於テハ特別ナル宣言ノ式アリ當事者カ更改ノ意ハ別ニ之ヲ宣言スルヲ要セスシテ自然其中ニ含蓄セルモノト推測シタリ「ジュスチニアン」帝ノ時ニ及ヒテ漸ク形式主義ヲ去リ「スチピュラシオ」ニ於テ特別ナル更改ノ宣言ニ由ラス他ノ宣言ヲ以テスルモ更改ヲ爲スコトヲ許セリ然レトモ實際ニ之ヨリ生スル結果トシテ當事者ハ果シテ更改ノ意思(Animus novandi)アリシヤ否ヤヲ知ルノ點ニ於テ困難ヲ生セシヨリ更ニ規則ヲ設ケ當事者ハ必ス更改ヲ爲スコトヲ明言セサルヘカラスト爲シ若シ此明言ニシテ存セサルトキハ舊義務ハ消滅セスシテ新義務ト共ニ併立セリ

古代ノ法律ニ於テ必要ト爲シタル新舊債務ノ目的同一ナル條件モ亦ジュスチニアン帝ニ由リ變セラレ當事者ニシテ更改ノ意思アルトキハ或ハ債務ノ目的ヲ增シ或ハ之ヲ減スルコトヲ許シ又全然之ヲ變更スルヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ明文ナシト雖モ學者ハ一般ニ其爲シ得ヘカリシヲ信セリ（Ulpianus ne.）更改ヨリ生スル結果トシテ新ナル義務ハ一般ニ口頭契約（Verbis）ヨリ生スル規則ニ由リ支配サレ代換サレタル舊義務ヲ排拒スヘキ或ハ之ヲ不完全無能力タラシムヘキ原因ニ由リテ新契約ノ能力ヲ阻喪セシムルコトナク新契約ハ全ク舊義務ヨリ獨立シタル運命ヲ有ス又舊義務ハ恰モ弊償サレタルト等シク全然消滅シ隨テ之ニ附帶セル義務即チ擔保ハ將來新義務ニ對シテハ負擔ヲ免レ質及ヒ抵當ノ如キ亦同時ニ解除サルルモノトス

第三節　債務免除（Acceptilatio）

（一）債務免除（Acceptilatio）　債務免除トハ口頭（Verbis）ヲ以テスル契約サレタル義務ノ市民法上ノ免除ナリ蓋シ羅馬法ノ原則トシテ總テ義務ヲ消滅セントスルニハ之ヲ契約シタルト同一ナル方法ヲ籍ラサルヘカラス故ニ口頭（Verbis）ヲ以テ生セシメタル負擔ハ唯リ口頭ニ由リ消滅セシムルヲ得ヘク若シ用フルニ免除ノ「パクタ」（Pactum de non petendo）ヲ以テセハ市民法上ノ消滅ヲ爲スコト能ハスシテ單ニ法官ノ定メタル所ニ基キ抗辯（Exceptio ope）ノ手段ト爲ルニ過キス「スチピュラシオ」ノ式ニ於テ契約ヲ爲サントスルトキハ債權者ハ債務者ニ對シ質問ヲ爲スモ債務免除ニ於テハ之ニ反シ債務者ハ「余カ汝ニ約シタル所ノモノハ汝ハ之ヲ受取リタルモノト爲スカ」ト問ヒ而シテ債權者ハ「受取リタルモノト爲ス」ト答フルモノナリ

債務免除ハ羅馬人カ呼ヒテ如ク虛構的ノ辨濟（Solutio imaginaria）ニシテ羅馬人ノ此ノ如キ特異ナル方法ヲ應用セシ所以ノ目的ハ（イ）時トシテ債務者カ債務ヲ免除シテ以テ債務者ニ惠與ヲ爲サントスルニ在リ（ロ）古代ノ形式的精神ヲ以テ法律ヲ制セシトキ頃ニハ債務ヲ生シ又之ヲ消滅スルニハ同一方法ヲ必要トセルヨリ口頭ヲ以テ契約ヲ消滅スル爲メ實際ノ辨濟後ニ之ヲ用ヒタリ（ハ）形式的精神ノ拋棄セラルルニ及ヒ口頭義務ハ支拂ニ因リ消滅スルコトト爲リタルモ債務

者ハ支拂後ノ故障ヲ避ケンカ爲メ尙ホ之ヲ循守シタリ

(二)「スチプラチオ、アキリアナ」(Stipulatio Aquiliana)「アクセプチラシオ」ハ唯リ口頭契約ニノミ應用サレ他ノ方法ニ依リ生スル契約ニハ應用スルヲ能ハサルノ弊アリシカ「シセロ」ト同時代ニ存セシ「アキリユス、ガリユス」(Aquilius Gallus)ナル法官ハ總テ他ノ債務及ヒ物權ニ於テ適用スヘキ方法ヲ案出セリ之ヲ名ケテ「スチピラシオ、アキリアナ」(Stipulatio aquiliana)ト曰フ今此方法ニ依リ口頭契約以外ノ債務免除ヲ爲サントスルニハ先ツ更改ニ因リ債務ヲ變シテ口頭ニ依リ成立シタルモノト爲スニ在リ然ル後ハ當事者ハ債務免除ヲ適用シ得ルモノナリ又「スチピラシオ、アキリアナ」ハ唯リ債權ノミナラス又物權ニ適用サルルヲ得タルカ元來物權ハ更改ヲ爲スコト能ハサルモ羅馬法ニ於ケル訴訟ノ特別ナル性質トシテ訴訟ノ成立後(Litis contestatio)ハ總テ金錢支拂ヲ目的トセル債權ト爲シタルヨリ隨テ訴訟ノ目的タル物權ヲ更改スルニ非スシテ其訴權ヲ以テ更改ニ付スルモノト想像シタルニ由ル此道理ニ據リスチピラシオ、アキリアナハ屢〻爭論事件ノ和解後ニ於テ用ヒラレタリ

(三)「ミチュス、ディッサンシ」「ス」又反對承諾(Mutuus dissensus; contrarius consensus)ハ當事者雙方ノ協商ニ由リ既ニ爲シタル契約ヲ破毀スルモノニテ唯リ目的物ノ完全ナルトキ換言スレハ當事者ノ何方モ未タ契約ノ實行ヲ爲ササリシ前ニ於テノミ適用サル是レ合意契約ニ於テ相互ニ生スル義務ヲ生スルト等シク此方法ニ依リ相互ノ義務ヲ破ルモノナリ

第四節　混同(Confusio)

混同トハ相和合スヘカラサル二箇人資格カ同一人ノ上ニ合併シタルトキニ來ルモノニシテ例ヘハ債權者及ヒ債務者ハ常ニ二人ノ間ニ分レタル資格ナルモ若シ一人ニシテ同時ニ此兩資格ヲ合スルトキハ權利ハ之ニ因リテ消滅スルモノトス是レ尋常債務者カ債權者ノ相續人ト爲リ或ハ債權者カ債務者ノ相續人ト爲リタル場合ニ生スルノ現象ナリ混同ニ因ル權利全部ノ消滅ハ債權者及ヒ債務者カ各〻單ニ一人ナルトキニ限リ生スルモノニシテ若シ之ニ反シテ數多ナルトキハ權利關係ノ全部ハ存在シ混同ハ唯權利ノ制裁タル訴權ノ實行ニ反ス

ル部分ニ於テノミ消滅ス

第五節　相殺(Compensatio)

「コンペンサシオ」(Compensatio)ナル字ノ意義ヲ以テスレハ相殺トハ平衡ノ謂ニシテ同時ニ債權者タリ又債務者タル二人ノ間ニ於テ其權利義務上ニ秤衡ヲ以テ對稱ヲ立ツルコトヲ指示スルモノナリ即チ雙方ノ有スル債權及ヒ債務ハ恰モ權衡ニ由リ其重量ヲ計ラレタルモノノ如ク債權ノ小ナルモノハ全部消滅シ大ナルモノハ小ナルモノノ程度ヲ限リ消滅スルモノナリ

相殺ハ當事者間ノ承諾ニ因リ之ヲ爲スコトアリ然ルトキハ隨意的相殺ニシテ「アクセプチラシオ」又ハ「パクタ」ニ依リ之ヲ爲スモノナリ或ハ當事者ノ一方ニシテ相殺ヲ承諾セサルトキハ法廷ニ於テ之ヲ決スルコトアリ然ルトキハ强制的相殺ト爲ス强制的相殺ハ裁判官カ命スル所ナルヲ以テ又裁判的相殺ト呼ハル」教科時代ニ至ルマテハ羅馬法ハ或例外ヲ除クノ外相殺ヲ以テ裁判官ノ任務上爲シ得ヘカラサルノ事件ト看做シタリ若シ債務者ニシテ債權者ヨリ起訴サレタルトキハ縱令同時ニ此債務者ハ債權者ニ對シ債權者タルモ之ヲ以テ抗疏スルコト能ハス先ツ起訴サレタル債權ヲ辨濟シ次テ己ノ順トシテ前ノ債權者即チ今ノ債務者ニ對シテ起訴セサルヘカラス換言スレハ雙方同時ニ債權債務ヲ有スル當事者ノ一方カ己カ有スル債權ニ付テ起訴シタルトキハ他ハ之ニ對シ相殺ヲ請求スルコト能ハサリキ蓋シ此ノ如キ狹隘ナル規則ノ起ル所以ハ羅馬古代法律ノ嚴密ナル原則ヨリシテ裁判官ハ判決ヲ爲スニ當リ探究スヘキ事故ハ單ニ起訴者ヨリ提起セル問題ノミニ制限セラレ其以外ノ事實ニ涉ルヲ許サス裁判官ノ任務ハ只原告カ提起セル訴權ヲ是認スルカ或ハ之ヲ排斥スルカニ在リテ原告カ請求ノ基礎トシテ提出セル問題以外ノ事實ハ別ニ獨立シタル訴權トシテ提出セラレサルヘカラサルモノニシテ之ヲ取リテ原告カ爲シタル請求ニ對シ輕重スルコトヲ得サルモノナレハナリ然レトモ此嚴密ナル原則ニハ三種ノ除外アリ

(一)　善意ノ訴權ニ於ケル相殺　所謂善意契約ニ於ケル裁判官ハ正理公平ニ(ex bono et aequo)ニ基キ判決ヲ下スモノナルカ故ニ裁判官ハ又自ラ相殺ヲ爲スコト

ノ權能ヲ有ス而シテ此際ニ於テハ兩債權ハ必ス同一ナル原由(Eaden causa)ヲ有スルヲ要ス即チ同一ナル契約ニ因リ生セルトキノミ相殺ヲ爲スコトヲ得ヘク若シ債權ノ各別ナル契約ヨリ來ルトキハ(Ex dispari causa)相殺ヲ爲スコトヲ得サルハ裁判官ハ訴訟ニ付セラレタル問題ニ固有ナル法律關係ノ外他ノ事件ニ渉リ判定スルノ權ナケレハナリ而シテ善意訴權ノ相殺ハ必スシモ目的物ノ同一ナルヲ要セス例ヘハ金錢ト麥トノ間ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得是レ蓋シ羅馬法ノ訴訟ニ特別ナル原則トシテ訴訟ノ目的物ハ必ス金錢ニ由リ評價セラルルニ在ルモノナリ

(二)銀行營業者ノ相殺　羅馬人ハ金錢ヲ銀行營業者(Argentarius)ニ預ケテ保管セシメ賃金ノ收入及ヒ拂渡共ニ銀行者ヲシテ之ヲ爲サシメタリ是ヲ以テ銀行業者ハ此等ノ預ケ者ニ對シテハ屢〻同時ニ債權及ヒ債務ヲ併有ス而シテ若シ債務ヲ請求セシカ爲メ訴訟ヲ提起セントセハ必ス先ツ自ラ其債權及ヒ債務ヲ計算シ單ニ剩餘ノミヲ請求セサルヘカラス者シ此規則ニ反シ差引計算ヲ爲サス已カ有スル債權ノミヲ提出スルトキハ過剩請求(Plus petitio)トシテ其訴權ハ全部排

塞セラルルモノナリ然レトモ銀行業者ノ相殺ハ善意訴訟ノ相殺ト異ナリ其目的物ハ必ス同一ナルヲ要シ即チ通常等シク金錢ナラサルヘカラスト雖モ然レトモ同一ナル契約ヨリ生スルヲ必要トセス又銀行營業者ノ相殺ニ付セラルヘキ債務ハ期限ニ達シタルヲ要スルモノトス

(三)資産買取者ノ相殺　羅馬ニ於テ若シ債務者ニシテ義務ヲ履行スルコト能ハサルトキハ倒産者(Defraudator)トシテ其財産全部ハ債權者ノ爲メニ賣ラルルコトアリ之ヲ名ケテ「ヴエンデシオ、ボノロー、ム」(Venditio bonorum)ト曰フ而シテ此財産買受者ハ負債者カ有セル一般ノ權利義務ヲ繼承スルモノナルカ故ニ買受ケタル資産中ニ屬スル債權ヲ徵收スルヲ得ルモ此際ニハ資産買取人ハ債權ヲ徵收セントスル者カ倒産者ニ對シテ債權ヲ有セルトキハ之ヲ比照シ先ツ相殺ヲ行ヒ其殘餘ヲ請求セサルヘカラス財産買受人ノ爲メ相殺ハ銀行業者ノ爲メ相殺ニ異ナリ裁判要領書即チ方箋(Formula)上債權債務ハ相互ニ減殺スヘキノ項アルヲ以テ破告タル者ハ裁判所ニ於テ相殺ヲ提起スルコトヲ得此ノ如ク銀行業者ハ財産買受人ニ比シ著シキ寛嚴ノ差アル原因ハ甲ハ職業上精密ナル計算

ヲ有セサルヘカラサルニ乙ハ倒産者ノ財産上詳細ノ地位ヲ知ラサルヘク且又相殺ヲ籍リテ速ニ倒産者ニ對スル清算ヲ終ラシメントスルニ在リ

羅馬古代ノ法律ハ相殺ヲ認メス唯上説セル三種ノ場合ハ除外例ヲ爲スモノニシテ各自特別ノ條件ニ從ヒタルカ其後「マルコ、オーレリユス」帝ノ勅令ハ遂ニ廣ク相殺ヲ許シ債權者ニシテ受領後直チニ又辨濟スヘキ債務ノ請求ハ詐欺ニ等シキモノトシ詐欺抗辯ノ手段ニ依リ相殺ヲ請求スルコトヲ許シタリ而シテ此際ニ於ケル相殺ハ嚴格ナル規則ニ從ハサレタル片務契約ニ適用スルヲ以テ必ス起源ヲ異ニセル契約ヨリ生スル義務間ニ於テスルモノナリ當時ノ法律ニ從ヘハ相殺ニハ只二箇ノ條件存在スルヲ以テ足レリト爲ス第一ニハ義務ノ存立確定シテ抗辯ノ方法ニ依リ排斥サレ能ハサル性質ヲ有スルヲ要スルヲ原則トス然レトモ自然義務ハ訴權ヲ有セサルモ相殺ノ原因ト爲ルヲ得第二ニハ兩債務ハ期限ヲ經過セルヲ要ス蓋シ期限内ノ債務ヲ以テ相殺ヲ許ササルハ期限内ニハ其履行ヲ請求スヘキノ權利ナキニ由ルモノナリ此二條ノ要件外ニハ更ニ制束セラルルコトナキヲ以テ兩義務ハ異種ノモノタルヲ得ヘク又其金額ニ於テ清算サレタルノ必要ナシ是レ上説セル如ク敎科時代ニ於ケル裁判官カ爲セシ宣告ノ歸著スル所ハ一定ノ金錢ニ終リシヲ以テナリ

「ジユスチニアン」帝ノ時ニハ訴訟法ヲ變シ法官ノ宣告ハ必ス金錢ノ一定額ナラサルヘカラストノ原因ハ放棄セラレタルヲ以テ異種ノ目的ヲ有スル二箇ノ債權間ニ於ケル相殺ハ復タ爲スヘカラスシテ必ス代替物例ヘハ金錢其他同種ノモノタルヲ要スルコトト爲リタリ

第六節　「パクトム、デ、ノン、ペテンドム」(Pactum de non petendum)

債權者債務者間別ニ儀式的ノ方法ヲ用ヒスシテ單ニ「パクトム」ニ依リ一定期日内債務ノ辨濟ヲ請求セス或ハ債務免除ヲ契約スルコトアリ「パクトム、デ、ノン、ペテンドム」ハ通常第二種ノ目的ニ於テ應用サレタリ彼ノ形式的ノ免除ナル「アクセプチラシオ」(Acceptilatio)ト同一ノ效用ヲ爲セリ此「パクトム」及「アクセプチラシオ」ノ差トシテ「パクトム」ニ於テハ嚴格ナル言詞ナク又不在者間ニ於テ之ヲ爲スヲ得口頭(Verbis)ヨリ成立サレタル契約ノミナラス總テノ契約ニ應用サルヘ

シ其他「パクトム」ハ所謂「イプソジュレ」(Peojure) 即チ當然契約ヲ破壞スルモノニ非スシテ「エキセプシオ、オペ」即チ抗辯ノ手段ト爲ルニ過キス

此「パクトム」ノ外「パクトム、デ、コンスチチュトム」(Pactum de constituta) ナルモノアリ是レ已ニ存在セル義務ヲ實行スルコトヲ約スルノ契約ニシテ若シ當事者ニシテ新ナル債權ヲ以テ舊債權ニ代ヘントスル意ナルトキハ更改ト同一ナル效果ヲ生スルモノナリ若シ然ラサルトキハ此「パクタ」ヨリ生スル義務ハ舊義務ニ附加サルルモノトス

第七節　債權讓與

古代羅馬法律ノ精神ヨリ義務ハ對人的性質タルノ本然ナル結果トシテ一度義務ノ權利主體タル債權者債務者兩人間ニ形成セラルルヤ復タ動スヘカラサル關係ヲ生シ所謂法律的連鎖ニ由リ互ニ相繫累サレ一日其終局ヲ結フニ至ルマテ變更セラルルコト能ハス是ヲ以テ債權者ト雖モ他人ヲ取リテ自己ノ地位ニ代フシムルノ權力ナキモノトス何トナレハ若シ新ニ債權者ヲ取リテ當初ノ權利主體ニ代置スルハ權利義務的關係ヲ生スル所ノ對人的關係ヲ破リ隨テ權利ノ本然タル性質ヲ破滅スルモノナレハナリ

此債權ハ讓與スヘカラストノ原則ハ債權者ノ爲メニハ雜多ノ弊失ヲ喚起スルモノニシテ債權ハ他ノ財產ト等シク債權者ノ資產ノ一部ヲ成シ隨テ債權者ハ有償無償ヲ問ハス之ヲ隨意ニ處分セントスルモ爲スコト能ハサルニ至ル此弊害ヲ避ケンカ爲メニハ債權者ハ或ハ更改ニ因リ或ハ書上契約ノ人ヨリ人ニ移記スル(Transcriptio a persona in Personam)ノ方法ニ依リ債權者ヲ變更スルノ囘避手段ヲ取ルモ此兩種ノ方法共ニ舊債權ヲ消滅シ新ニ債務ヲ結約スルヲ以テ舊債權ニ附帶セル保證人又ハ保證物ノ擔保ハ同時ニ消滅スルノ患アリテ眞正ナル債權讓與ヲ爲スコト能ハス此舊時代ノ原則ハ羅馬人ノ法律思想カ發達スルニ及ヒ遂ニ放棄セラルルニ終リタリ

債權讓與ハ債權者ノ適意ニ之ヲ爲スコトヲ得讓與サレタル債務者ノ承諾ハ敢テ問フ所ニ非サルヲ以テ或ハ其不知ノ間或ハ其不同意ニ關セス有效ナリトス然レトモ「アナスタシュス」帝ノ勅令ハ特種ノ投機者カ訴訟ト爲リタル債權ヲ低價

ヲ以テ買受ケ以テ其全額ヲ辨濟セシムルノ行爲ヲ制セルカ爲メ訴訟ト爲リタル債權ノ讓受者ハ其讓受ケタル價格及ヒ之ニ對スル利子ノ外債務者ヨリ請求スルコト能ハサルコトヲ令セタルカ此禁制ハ「ジュスチニアン」帝モ亦之ヲ襲用シタリ

債權讓與ノ方法トシテ羅馬人ハ如何ナル契約ノ方式ニ依リシカヲ尋スルニ「マンシパシオ」擬訴棄權引渡等ハ債權ニ適用スルヲ得サルヲ以テ委任ノ方法ニ依リ債權讓渡者ハ債權讓受者ニ付與スルニ己ニ代リ隨意ニ訴權ヲ使用スルノ權利ヲ以テシタリ債權讓受者ハ名目上受任者タリト雖モ讓渡者ニ對シ出納計算ヲ爲スノ要ナク又債務者ヲ追訴スルト否トハ己ノ自由ニ在リ辨濟トシテ受領セシ金錢ハ其收得ト爲ルヲ以テ一言スレハ自己ノ利益ノ爲メニ設定サレタル委任ナリシ(Procuratun in rem suam)然レトモ此方法ニ依リテハ債權ヲ移シテ債權讓受者ニ歸シ眞ノ債權者タラシムルコト能ハサルヲ以テ諸種ノ弊害アリ之ヲ列擧スルニ(イ)讓與者ハ何時タリト雖モ委任ヲ取消シ自ラ債務ノ辨濟ヲ受領スルコトヲ得又惡意讓與者ニ於テハ或ハ己ニ一回讓與ノ爲メ委任ヲ爲シタル後重チテ他ニ同一ノ委任ヲ與フルコトヲ得ヘシ(ロ)讓受者ハ債務者カ債權讓與者ニ對シ提起シ得ヘキ總テノ抗辯ニ依リ抗拒ヲ受クルコトアリ加之此抗辯ノ事故ハ債權讓與後ニ於テ發生セルモノト雖モ仍ホ有效タルヲ失ハス(ハ)委任ノ性質トシテ終身的ナルヲ以テ讓與者或ハ讓受者ノ一方カ死亡シタルトキハ債權讓與ヲ假裝セル委任モ亦消滅スルモノトス總テ此等ノ弊害ハ訴訟結合(Litis contestatio)ニ及フマテ存在スルモノナレトモ其以後ニ於テハ讓受者ハ訴訟ノ主者Dominus litis ト爲リ權利ハ確定シテ復タ動スヘカラス獨リ訴訟タル權利ノ占有者ト爲ル

然レトモ羅馬法ハ遂ニ債權讓受者カ自己ノ名義ヲ以テ債務者ヲ訴追スルコトヲ容シタリ此理ノ容レラレタル起源ハ「アントニニュス」帝ノ勅令ニ由リ遺產買受人カ遺產中ニ屬スル訴權ヲ買受人ノ名ヲ以テ行フコトヲ許シタルニ在リ此場合ニ於テハ債權者タル者ハ己ニ遺產讓與前ニ死亡シタルヲ以テ讓受者ハ委任ヲ以テ此訴權ヲ行フト謂フヲ得スシテ買受者ハ自己ニ屬セル權利ヲ施行スルモノト爲スノ外據ルヘキ所ナシ此訴權ハ素ト遺產ヲ有セシ死者ニ屬スルモ

ノニシテ買受者ハ必要上之ヲ行フモノトシ「アクシオ、ユチリス」(Actio utilis)ト呼ハレタリ此「アクシオ、ユチリス」ハ後自己利益ノ受任者(Procurator in rem sam)ニ應用サルルニ至リ債權讓受者ハ委任ヲ得タル後ハ恰モ「リチス、コンテスタシオ」ニ達シタル時ト同一ノ狀態ニ在ルヲ得タリ是ヲ以テ觀ルニ羅馬法ノ末世ニ近ク頃ニハ債權讓受者ハ其讓受ケタル債權ハ全ク自己所有ノ權利タルモノトシテ自己ノ名義ヲ以テ其訴權ヲ行フヲ得古代ノ狹隘ナル原則ハ放棄セラレタリ然レトモ債權讓與ハ尙ホ委任ノ方法ニ依リ之ヲ爲シタルカ故ニ讓與サレタル債務者ハ讓與ノ行爲ニ關係セサルヲ以テ「リチス、コンテスタシオ」ニ迨フマテハ債務者ハ讓與者ノ手ニ債務ノ支拂ヲ爲スコトヲ得或ハ債務ヲ破壞スヘキ契約ヲ爲スコトヲ得而シテ此危險ヲ避ケンカ爲メ讓受者ハ債務讓與ヲ債務者ニ通告(Denuntiatio)ヲ爲スノ習慣ヲ生セシカ「ゴルディユス」(Gordius)帝ノ勅令ハ之ヲ以テ法律上有效ナルモノト決シ債務讓與通告後ハ新債權者ト債務者ノ權利關係ハ全ク成立シタルモノト爲リタリ

第十九章　期限及ヒ條件

義務ニシテ期限或ハ條件ヲ附帶セサルモノハ所謂單純義務ナルモノニシテ義務ノ一タヒ發生シタルヤ其存立ハ確定シ債權者ハ直チニ其實行ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ然レトモ實際ニ於テ義務ノ斯ク單純ニ發生スルハ稀ニシテ多クハ複雜ナル形狀ヲ呈シ期限或ハ條件ヲ伴フモノナリ而シテ此期限及ヒ條件ナルモノハ兩者共ニ當事者カ豫知シタル未來ノ事故ナレトモ其相互ノ間ニ存スル本然ノ差異トシテ期限ハ必ス到來スヘキノ事故ナルモ條件ニ於テハ或ハ到來シ得ヘク或ハ到來シ得ヘカラサルノ事故タリ

第一節　期限(Dies)

期限ニ二アリ甲ヲ停止期限(Dies a quo)ト謂ヒ乙ヲ解除期限(Dies ad quem)ト謂フ

(甲)停止期限　停止期限トハ未來ニシテ確定シタル一ノ事故ニ存シ此事故ノ到來ニ至ルマテ義務ノ實行ハ停止サルルモノナリ停止期限ノ附帶ハ權利ノ發

生ニ向ヒテ妨害ヲ爲スモノニ非スシテ權利ノ存立ハ已ニ確然タルモ唯一定ノ時期ニ迨フマテ義務ノ實行ヲ遲滯セシムルモノニシテ之ニ先チテ債權者ハ債務ノ支拂ヲ請求スルノ權ナク債務者ハ債權者ヲ要シテ支拂ヲ受ケシムルノ權ナキモノトス通常期限ハ當事者ノ明白ナル合意ヨリ生スルモノナルモ又沈默的ナルコトアリ例ヘハ一家屋ヲ建造スト云フカ如ク契約ノ性質トシテ即時實行スヘカラサルモノノ如シ

期限ニ確定期限不定期限アリ若シ事故ノ確ニ何ノ日ニ於テ到來スヘキヲ知リ得ヘキトキハ是レ確定期限ナリ又事故ハ確ニ到來スヘキヲ知ルモ其何月何日ニ到來スヘキカヲ知リ能ハサルトキハ是レ不定期限ナリ例ヘハ汝ハ丙者カ死亡スルトキハ余ニ百圓ヲ與フルコトヲ約スルカト云フカ如シ

期限ハ通常義務者ノ利益ノ爲メニ立テラレタルモノナリトス若シ債權者ニシテ何時タリトモ義務ノ實行ヲ請求シ得ヘカリシトキハ債務者ハ契約ヲ結ハサリシナラン然ルニ期限ヲ請ヒ得タルハ其間ニ至ル時日ヲ以テ義務ノ實行ニ關スル準備ヲ爲サントスルノ意アルコトヲ推測セシムルニ足ル

期限カ債務者ノ爲メニ設ケラレタルカ又ハ債權者ノ爲メニ設ケラレタルカハ義務履行ニ關シ重大ナル關係ヲ有ス若シ期限ニシテ債務者ノ爲メナルトキハ債權者ハ期限ニ先チ義務ノ履行ヲ請求スルコト能ハス故ニ債權者カ期限ニ先チテ訴訟ヲ提起シタルトキ時日ニ於テ債務以外ノ請求ヲ爲シタルモノトシ再ヒ法廷ニ起訴スルノ權ヲ失フモノトス之ニ反シテ債務者ハ期限以内ニ弊償ヲ實行シ債權者ヲ要シテ之ヲ承諾セシムルヲ得

(乙) 解除期限　解除期限トハ將來必ス到來スヘキ事故アリ當事者ハ明白的又ハ沈默的ニ義務ノ消滅ヲ事故ノ到著ノ日ト定メタルモノナリ故ニ義務ハ恰モ單純ナルモノノ如ク成立シテ效力ヲ生シ唯期限タル事故ノ到著ニ因リ消滅スルモノナリ然レトモ市民法ハ義務ヲ以テ所有權ノ如ク看做シ其成立ノ日ニ當リ消滅ノ原因ヲ帶フルヲ許サス自ラ一定時日ノ後消滅スルヲ認メサリシカ後世ニ及ヒ法官ハ市民法ノ峻嚴ナル規則ヲ和ケンカ爲メ解除期限ヲ以テ成ル義務ハ單純ナル義務ナルモ不請求パクトム(Pactum non petendo)ヲ帶フルモノト爲シタリ

解除期限ハ實際ニ於テ停止期限ニ比シ稀ニ應用サレタルモ或契約ニ於テ之ヲ見ル例ヘハ債權者ノ生存間年年一定ノ金額ヲ支拂フ契約ノ如シ

第二節　條件 (Conditio)

條件ニ二アリ甲ヲ停止條件トシ乙ヲ解除條件トス

(甲) 停止條件　條件トハ將來未必ノ事故ナリ此事故ノ到著スベキヤ否ヤハ不定ナルモ義務ノ形成ヲ以テ此事故ノ到達ニ結合セルモノナリ條件ハ當事者ノ意思カ明白ナリシカ或ハ少クトモ推測スヘカリシコトヲ要スルモ當事者カ豫想シテ義務ノ成立ヲ連結セル事故ハ第一,出來得ヘキコト第二,正當ナルコトヲ要シ之ニ反シ條件ノ出來得ヘカラサルコト又ハ不正ノ事タルトキハ條件ハ無效ニシテ隨テ之ヲ帶ヒタル契約モ亦無效ナリトス

條件タル事故ハ將來不定ナルカ或ハ全ク偶然ニ屬スルモノアリ或ハ全ク第三者ノ意思ニ屬スルコトアリ或ハ全ク當事者ノ意思ニ屬スルコトアリ或ハ偶然ト當事者ノ意思ト結合セルコト等ノ場合アリ而シテ條件カ純粹ニ當事者ノ意思ニ屬スルトキ即チ「當事者カ欲スルトキ」ト云ヘタル場合ノ如キハ兒戲ニ類スルヲ以テ無效ニ歸スルモノナリ

條件ノ未タ成就セサル間ハ (Pendente conditione) 義務ハ全ク存在セサルモノニシテ一ノ希望タルニ過キス然レトモ此希望ハ不完全ナル權利ノ一種ヲ成スモノニシテ權利者ハ之ヲ相續人ニ傳フルコトヲ得

條件ニシテ成就セサリシトキハ義務ハ發生スルヲ得ス權利者カ之ニ對シテ爲シタル行爲ハ全然無效ニ歸スルモノトス之ニ反シテ條件ノ成就シタルトキハ債權者ノ權利ハ以後確定シ單純ナル義務ニ等シキ效力ヲ生ス又條件ニシテ成就シタルトキハ此ノ如ク將來ニ向テ效力ヲ生スルノミナラス尙ホ既往ニ遡リテ效力ヲ生シ債權者ハ債務者カ條件成就前ニ於テ其權利ヲ侵害シタル行爲ヲ攻擊スルコトヲ得テ恰モ義務ハ契約成立ノ當日ニ發生セシカ如キ狀ヲ呈ス

(乙) 解除條件　解除條件ハ停止條件ニ等シク將來不定ノ事故ナルモ唯其到著セルトキハ義務ハ消滅スルモノトス是ヲ以テ觀レハ解除條件モ亦義務ノ一變體ナルモ之ヲ熟察スルトキハ一ノ條件附義務トシテ觀ルコト能ハス已ニ義務

ハ純然成立スルモノニシテ唯其消滅ハ條件ノ成否ニ連結セラルル條件ニシテ成就セサランカ義務ハ已ニ存在セル狀態ヲ保守シ續キテ其效力ヲ生ス若シ條件ニシテ成就センカ市民法ハ義務ノ解除ヲ認メス唯法官ハ解除期限ニ於ケルト等シキ理論ヲ適用シ不請求「パクトム」(Pactum non petendo)ヲ帶セタルモノト看做セリ

第二十章　選擇債務及ヒ任意債務

(甲) 選擇債務　義務ノ目的ハ時トシテ唯一ナル行爲ニ限ラスシテ時トシテ數種ノ目的ヨリ成ルコトアリ然レトモ債務者ハ數種ノ目的中一ヲ選擇シテ屆行スルトキハ義務ヲ免除セラルルモノナリ而シテ此選擇ノ權ハ特ニ債權者ノ爲メニスルヲ契約セサルトキハ通常債務者ニ在リトス此ノ如ク債務ノ目的ハ二箇以上ナルモ若シ偶然ノ事變ニ因リ目的ノ消滅シテ唯一ト爲ルトキハ債務者ハ選擇ノ利益ヲ失ヒ殘ル所ノモノヲ遂行セサルヘカラス

(乙) 任意債務　任意債務ハ選擇義務ニ類スルモ義務ノ目的ハ唯一ニシテ確定

雜報

○來學年各科擔任講師　來ル九月ヨリ新ニ開講スヘキ本大學大學部及ヒ專門部ノ擔任講師左ノ如シ

大學部

第一學年級

憲法　法學士　清水澄
民法第一編第三章マテ　法學博士　志田鉀太郎
同　第四章以下　法學博士　富井政章
同　第二編第六章マテ　法學士　堀田逸二郎
同　第三編第一章　法學士　鈴木英太郎
刑法總論　法學博士　岡田朝太郎
平時國際公法　法學博士　中村進午
戰時國際公法　法學士　松原一雄
經濟學　法學士　山崎覺次郎
英吉利法　學習院學士　高橋皙

羅馬法　法學士　杉山直治郎

專門部法律科

第一學年級

法學通論　法學博士　中村進午
憲法　法學士　清水澄
民法第一編第三章マテ　法學博士　志田鉀太郎
同　第四章以下　法學博士　富井政章
同　第二編第六章マテ　法學士　堀田逸二郎
同　第三編第一章　法學士　鈴木英太郎
刑法總論　法學博士　岡田朝太郎
平時國際公法　法學士　鈴木英太郎
戰時國際公法　法學士　松原一雄

經濟學	法學士　山崎覺次郎
論理學	文學士　西河龍治

第二學年級

民法第二編第七章以下	法學士　横田秀雄
同　第三編第二章第一節及第三章以下	法學博士　梅謙次郎
同　第二章第二節以下	法學士　杉山直治郎
刑法各論	法學士　谷野一榕
商法第一編、第三編第九章マテ	法學士　田坂友吉
同　第二編	法學士　矢部廉
同　第三編第十章	法學士　村上隆吉
民事訴訟法第一編	法學士　岩田一郎
同　第二編	法學士　遠藤忠次
刑事訴訟法	法學士　豐島直通
財政學	法學士　下村宏

第三學年級

民法第四編	法律學士　掛下重次郎
同　第五編	法學士　若槻禮次郎
商法第四編	法學士　松本烝治
同　第五編	法學博士　加藤正治
行政法總論	法學博士　美濃部達吉
同　各論	法學士　上杉慎吉
國際私法	法學博士　山田三良
民事訴訟法第三編ヨリ第五編マテ	法學士　松岡義正
同　第六編以下	法學士　板倉松太郎
破產法	法學士　松岡義正

專門部實業科

第一學年級

法學通論	法學博士　中村進午
民法第一編第三章マテ	法學博士　志田鉀太郎
同　第四章以下	法學博士　富井政章
同　第二編第六章マテ	法學士　堀田進二郎
同　第三編第一章	法學士　鈴木英太郎
刑法總論	法學博士　岡田朝太郎

經濟學	法學士　山崎覺次郎
英語	佐伯好郎
論理學	文學士　西河龍治

第二學年級

民法第二編第七章以下	法學士　横田秀雄
同　第三編第二章第一節及第三章以下	法學博士　梅謙次郎
同　第二章第二節以下	法學士　杉山直治郎
商法第一編、第三編第九章マテ	法學士　田坂友吉
同　第二編	法學士　矢部廉
同　第三編第十章	法學士　村上隆吉
平時國際公法	法學博士　中村進午
職時國際公法	法學士　松原一雄
英語	佐伯好郎

○過料ノ性質　民法、商法其他特別法ニ規定セル過料ハ如何ナル性質ヲ有スルモノナルカ若シ一人ニシテ數箇ノ科料ニ處セラルヘキ場合ヲ生シタルトキハ其各所爲ニ對シテ過料ヲ科スルコトヲ得ヘキヤ否ヤ大審院ハ銀行條例(第一○條第一項)ニ違反シタル事件ニ付キ裁判シテ曰ク「過料ハ刑罰ノ性質ヲ有スルモノニアラサレハ刑法ノ總則ヲ之ニ適用スヘキモノニアラサレハ過料ニ處スヘキ數箇ノ所爲ニ對シテハ各自ニ之ヲ科スヘキコト當然ナルヲ以テ云云」ト(大審院明治三十七年ノ第百四十二號銀行條例違反事件ノ決定ニ對スル抗告事件明治三十七年五月二十八日第一民事部決定)

○利息制限法ト立替金　利息制限法第一條ニ曰ク「凡ソ金錢貸借上ノ利息ヲ

分ヲ契約上ノ利息ト法律上ノ利息トス」ト同第三條ニ曰ク「法律上ノ利息トハ人民相互ノ契約ヲ以テ利息ノ高ヲ定メサルトキ裁判所ヨリ言渡ス所ノ者ニシテ元金ノ多少ニ拘ラス百分ノ六（六分トス）」ト（此第三條ハ民法施行法第五十二條ヲ以テ削除セリ）（民法第四〇四條參照）又其前法タル明治六年第九十二號布告ニハ金穀貸附ノ證文中ニ相當ノ利息又ハ利息トノミ記載致シ候者等間々有之裁判上不都合ニ候條今後右樣ノ類法律上ノ利息ハ金高一个年ニ付利息百分ノ六ニ定メ裁判致シ候條此旨可相心得事」トアリ而シテ此布告ハ同年第四十二號司法省布達ニ由リ立替金ニ適用スヘキモノトセリ然ラハ利息制限法ノ規定（第三條）ハ立替金ニ之ヲ準用スヘキヤ否ヤ大審院ハ之ヲ肯定シテ曰ク「原院ノ認メタル立替金ノ如キ場合ハ明治六年第九十二號布告ニ從テ裁判ヲ爲スヘキコトハ同年第四十二號布告ニ代リタル規定ナルカ故此規定ヲ立替金ノ場合ニ適用スヘキハ勿論ニシテ云云」ト（大審院明治三十七年（オ）第百〇四號立替金請求事件明治三十七年五月十四日第一民事部判決）

●學生募集

本大學新學年授業ハ來九月十二日ヨリ開始ス入學志願者ハ速ニ申込ムヘシ

學則入用ノ向ハ申越次第贈呈スヘシ

●大學部

來九月新學年ヨリ新ニ講筵ヲ開ク中學校卒業者又ハ之ト同資格者ニシテ入學試驗ニ及第シタル者又ハ他ノ同等學校豫科卒業者ヲ入學セシム

入學試驗　來八月二十五日（午前七時）ヨリ施行ス

●專門部

法律科　實業科　入學試驗來九月二日、十日、十月三日午前八時ヨリ施行ス

第貳年級編入試驗　來九月一日（午前七時）ヨリ施行ス

●高等研究科

來十月ヨリ授業ヲ開始ス

●大學豫科

第貳期編入試驗　來九月一日、十五日午前八時ヨリ施行ス

●聽講生

來九月以後隨時入學ヲ許ス

八月

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

司法省指定
文部省認定

私立　法政大學

法學志林

第五十九號
（八月十五日發行）

志林

○捕獲法ト公船　法學博士　松波仁一郎
○軍用病院船ニ關スル特權ノ範圍　法學士　秋山雅之介
○最近判例批評　法學博士　梅謙次郎
○「借財」ノ意義ニ關シ志方鍛君ニ答フ　法學博士　梅謙次郎
○權利ノ新種類ニ就テノ研究　法學博士　志田鉀太郎

纂論

○露國新手形法（七）　法科大學生　佐竹三吾

解疑

○會社ノ不法行爲能力及其範圍　法學士　松本烝治

判例

○大審院新判決例　二十九條

雜報

○法政速成科ノ無休暇○補事件ノ決議○軍人家族救護ニ關スル通牒○學位授與式○露國ノ滿洲軍○北條時宗ノ系統○流陽ノ壓道、旅順ノ包圍○會長懲戒事件ノ其後○詐欺漢ノ恐慌○暴行看守ノ處刑○未決囚ノ減少

記事

○學年各科擔任講師○實業懇話會○校友異動○寄贈書目

明治三十七年八月十八日印刷
明治三十七年八月廿一日發行　（定價金貳拾錢）

編輯兼發行者　東京市牛込區牛込北町十番地　荻原敬之

印刷者　東京市牛込區矢來町三番地　小宮山信好

印刷所　東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地　金子活版所

發行所　東京市麹町區富士見町六丁目十六番地　司法省指定　法政大學　（電話番町百七十四番）

（明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可　毎月十回一日三日五日八日十一日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行）