

資 料

千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』(4)

吉原達也編

千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』目次	第三節 意思欠缺(Ⅲ-3)……………186
緒論	第一款 心裡留保及び虚偽表示 186
本論	第二款 錯誤(Ⅲ-5)……………187
第一編 総則(総論)	第三款 強迫(Ⅲ-8)……………188
第一章 法(以上本誌第32卷第3号)	第四款 詐欺(Ⅲ-11)……………190
第二章 人(本誌第32卷第4号)	第四節 附帯条款(Ⅲ-13)……………191
第三章 物	第一款 条件の意義及び種類 191
第四章 法律事実及び権利	第二款 停止条件(Ⅲ-15)……………192
(以上本誌第33卷第1号)	第三款 解除条件(Ⅲ-17)……………193
第五章 法律行為(Ⅱ-87)	第四款 不真正の条件(Ⅲ-19) ……194
第一節 法律行為の意義及び種類(Ⅱ-87)	第五款 期限(Ⅲ-21)……………195
……………181	第六款 態様(Ⅲ-24)……………197
第二節 法律行為の成立(Ⅱ-90) ……183	第五節 代理(Ⅲ-25)……………197
第一款 総説(Ⅱ-90) ……183	(以上本号)
第二款 法律行為の内容(Ⅱ-90) ……183	第二編 物権(Ⅲ-27)
第三款 意思目的及び動機(Ⅱ-91)	第一章 占有(Ⅲ-27)
(Ⅲ-2まで) ……184	第二章 所有権(Ⅲ-47)

(Ⅱ-87) 第五章 法律行為

第一節 法律行為の意義及び種類

(一) 法律行為とは、権利を取得し若しくは喪失し若しくは変更し又は義務を負担し若しくは履行し若しくは変更するために己れ的意思を表示する行為なり。換言すれば、権利関係に変動を生ずることを目的とせる凡ての行為なり。或る論者はたとい意思を表示するも、実際に於て権利関係の変動を生ぜざる間は法律行為に非ず

*千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』については、『広島法学』第32卷第3号117-124頁所収の解題を参照されたい。

とせり。この説によれば、遺言をなすが如き場合は其れをなせる人が死亡せざる場合は其の遺言は法律行為に非ずとせり。この説は少数 [説にて]、凡そ一般に採用せられず。

(二) 法律行為は *actus juridici* と云う。この術語は後世に作れるものにて当時ローマ人の用いたる術語にあらず。*Jus [tinianus]* 皇帝の法典の中に法律行為に当る文字二つあり。一つは *negotium*、他の一つは *actus legitimi* なり。然し *Digesta* の中にこれらの文字について [格] 別に解釈を下せるところはなし。且つ *negotium* の文字は単に行為と云う意義にも用う。又訴訟となすと云う意義にも用う。尚詳 [らか] に云う [に]、近世の民法家の中にはローマ法には法律行為なしと論ずる人あり。然しローマ法にこれなしと云うを得ず。唯 *Jus [tinianus]* 法典の中に法律行為を一まとめにして論ぜざるのみなり。(II-88)

[三] 法律行為に、生前行為と死後行為の二つあり。前者は *negotia inter vivos* と云う。これは生存者の間の行為なり。他の一つは *negotia mortis causa* と云う。死後のための行為なり。例 [え] ば、遺言をなして相続人を特定し、或は遺贈をなすが如き類なり。凡そ死後行為は当人の生存中に幾度も随意にこれを更えることを得と云うが原則なり。而して其の人の死亡に至るまでは決して如何なる効果をも生ぜずとす。この点は大いに生前行為とかわれるところなり。

(四) 法律行為に、有償行為と無償行為の区別あり。有償行為とは、たとい我れに利益あるにしても、我れも又相手者に利益を授くる義務あるを云う。例 [え] ば、売買の如きものなり。然るに無償行為とは、一方のみに利益あるを云う。例 [え] ば、債務の免除、贈与、遺贈等なり。但し、この有償と無償との区別は、唯財産の上に利害を生ずる行為についてのみ論ずるを得。結婚、養子等の場合には不適なり。

(五) 法律行為に、一方行為と双方行為との区 [別] あり。一方行為とは、唯一方のみの意思表示にて成立するを云う。例 [え] ば、告知をする或は全権を与うる類なり。遺言をなすも又これなり。双方行為とは、双方より意思を表示し合意によりて成立するものを云う。これが広義の契約 *conventio, pactum, pactio* なり。而してこの広義の契約の中には単に債務のみを生ずるものあり。例 [え] ば、売買の如きものなり。債務のみを生ずるを債権的契約と云う。この債権的契約が (II-89) 狭義の契約なり。この契約がローマ法に於ては *jus civile* によりて訴権ある場合に限りて *contractus* と称す。広義の契約の中には直ちに物権を生ずるものあり。例 [え] ば、抵当権を作る如き場合なり。これを物権的契約と云う。但し、物権的契約を広義に用うるときは債権的契約に非ざるものの総称となる。それ故にかかる広義にては物

権上の変動のみならず債務の免除等をもこの中に含蓄することとなる。但し、結婚、養子等の契約は、これを親族法上の法律行為と称して他種の契約と区別す。

(六) 債権的契約、則 [ち] 狭義の契約は大別して二種となす。則ち片務契約、双務契約の二つなり。片務契約は一方のみに義務を負担せしむるものなり。贈与の約束の如きなり。受贈者の同意を受くることは必要なるも然し一方のみに履行の義務あり。則ち片務契約なり。これに反して売買の如きは双方ともに義務を負担す。それ故に双務契約なり。尚お曰く、ラテン語は後世の作なり [編者註：前掲 (二) にある如く *actus juridici* なる用語についてのことか]。

(II-90) 第二節 法律行為の成立

第一款 総説

法律行為が有効として成立するには下に述べる五つの条件を具備することを要す。

- 第一、相当の内容あること
- 第二、当事者に意思あること
- 第三、意思を表示すること
- 第四、当事者に行為能力あること
- 第五、法令上の制限を守ること

凡てこれらの一つを欠くときは法律行為は或は全く効力を生ぜざるか、或は一時効力あるも尚これを取り消すことを得。以上五項の中、第四、第五は別にここに説明を要せず。他の三ヶ条について [以] 下に説明せん。

第二款 法律行為の内容

法律行為の内容の中に、絶対的に必要な元素あり。これを [行為の] 必然成分或は要素 *essentialia negotii* と云う。例 [え] ば売買の場合に物品を定める、其の代価を定めると云うことは要素なり。若し物品と代価とが定まらざるときは、売買は絶対的に成立せず。これに反して、法律行為の内容の中に絶対的には必要ならざるもあり。而してこれに又二種の区別あり。一つは自然成分、常素 *naturalia negotii* と称するものなり。(II-91) 他の一つは偶然成分、偶素 *accidentalia negotii* と称す。自然成分は自然には必ず存在せる元素なるも当事者の考へにて除き去るを得る元素を云う。一例せむ。売買の場合に品物に隠れたる欠 [陥] あることが売買の後に発見せられたるときは其の品物の売主が其の責に任ぜざるべからず。然し双方の合意によりて売買契約の際に全くこの責を免ずることを得るなり。

次に、偶然成分は自然に存在せざる元素を当事者の考へにて附加し得るものを云

うなり。一例せむ。買主が代価を支払うことを怠ることあるもそれがために売買の契約は解除せらるるものに非ず。然し双方の合意によりて買主がかかる義務を怠るときは売買契約を全く解除することを予め約定し得ざるに非ず。凡そ契約を結ぶ場合には、双方に於て多くは必然成分にて満足せず、或は自然成分を除き去り又は偶然成分を附加することを請求すること多し。かかる請求を称して不可無の条件 *conditio sine qua non* [必要条件、それがなかったら発生しなかったであろうという条件] と称す。則ちこれは双方向的に必要と見做すべき内容を定むるなり。ここに云う不可無と云うことは、其の条件なしにては契約を結ぶことを欲せざるの意なり。

第三款 意思目的及び動機

(一) 凡そ当事者に意思ありて後に初 [め] て法律行為が成立するなり。意思 *voluntas* は其の成立に欠くべからざる要素なり。但しここに意思と云うものの中には、当事者の目的及び動機を含蓄せず。(II-92) それ故にこの三者を明白に分離して考へること必要なり。これを一例せば、売買にて契約を結ばんと思ふは意思なり。其の二人の中の一人は其の物品を得んと思ひ、他の人は其の代価を得んとす。これ目的なり。然るに、一方は何故に其の物品を得んと欲するか、他の一方は何故に其の代金を得んとするか、必ず其の誘因なかるべからず。其の誘因が動機なり。例を米とせば、米を得んとする動機は種々様々なり。或は投機のためにか、或は家族の食料 [糧] とせんためか、或は貧民救助のためか、動機はかくの如く種々の場合に色々かわるなれど、目的とは別のものなり。

(二) 目的は法律行為の必要成分と多くは分離せず。例 [え] ば、上述の双方互に物品と代価を得んことを目的とす。売買の必要成分は其の物品と代価を定むるにあり。それ故に目的は自らの必要成分と密着して分離せざるものなり。他の場合に於ては目的が必要成分とは分離するも、尚条件の形にて法律行為の内容となるものあり。例 [え] ば、条件付の要式口約は一例なり。要式口約とは権利者とならんと欲する人が形式的に下の如き問を發す。我れが汝に甲の品を授くれば、汝は我れに百円を与えんと約するかと問う。相手者に於て、我れこれを諾すと答ふるなり。この場合には、義務者の目的は甲の品を得るに存せり。この目的は要式口約の条件となれり。然るにこれとは異りて無条件の要式口約によりて一方より問を發して下の如く云う。汝は我れに百円を与えんと約するか。(III-93) 相手者にてこれを諾すと、これ無条件なり。かかるときは義務者の目的は凡そ契約の問答の外に出でたる。契約の元素の中にあらず。上の例によりて目的が法律行為の内容となるときと内容とならざるときとあり。而して内容となる場合を後世の民法家は有因行為と称せり。其の目的が内容とならざる場合を無因行為と云う。無因行為のことを又抽象的行為

と云う人あり。或は形状的行為と云う人もあり。

(三) 動機は法律行為の元素にあらず、従って法律行為の成立には何らの関係をも有せず。これは一般の原則なり。法諺に、「誤りの動機は害しない」 *falsa causa non nocet* とあり。 *causa* は動機の意にて目的にあらず。例 [え] ば自分の倉の中に米が貯えてあることを知らず、一家の食料 [糧] のために新たに買入れたりとす。かかる場合の動機は全 [く] 錯誤なり。これがために売買契約を取消すことを得ず。但し死後行為の場合に例外あり。遺産人の動機に錯誤あるときは其の遺言を取消すことを得。例 [え] ば遺産人が遺言によりて初めは甲人を相続人に定む。後に甲人は既に死亡せることを聞く。それで遺言を更に設け、乙人を相続人と定めたりとせば、然るに遺産人が死亡せる後に甲人は尚生存せることが明白となる場合には、第二の遺言を取消して甲人を相続人とするなり。遺贈等も又これと同じく、動機の錯誤あれば遺産人の死亡後これを取消すことを得。

[以上筆記録 II 了、以下筆記録 III]

(III-1) 而して要式行為、形状的行為則ち無因行為の性質を有するもの甚だ多し。例 [え] ば、前述の要式口約の如きも、無条件要式口約の場合には前述の如く無因行為なり。尚ローマ法にて要式口約の外に、ローマ法固有の要式行為の主なるものを挙げん。

(III-2) 主なるものを挙げれば *mancipatio* [握取行為] と *in jure cessio* [法廷譲渡] との二つなり。 *in jure cessio* とは、 *praetor* の前に出でて訴訟の真似をして所有権を移転する儀式なり。これは買主があたかも真正の所有者の如き顔つきをして当該物品の所有物なるを主張す。売主は又自己があたかも所有者ならざる如き顔つきをして同意を表す。 *praetor* がそれを聞いて買主の所有物を定める。この訴訟の真似は *res mancipii* [手中物] の種類に属する品物の売買にこれを代用することを得。其の外の物品にもこれを適用するなり。尚この外に結婚、養子等の場合にも要式行為あることは前述の如し。遺言等も特殊の要式行為なり。

(四) 意思表示に一定の形式を要せざるものを無式行為と云う。この場合には如何なる方法を以て意思を表示するとも随意なり。書面又は口頭にて意思を表示すれども、或は手真似を以ても足る。通常は直接に明示する意思を表示するか、間接に黙示的に表示するも差し支えなし。黙示的に表示すると云うことに二種の区別あり。則ち、第一種は或る行動を正面より見るときは意思表示にあらざるも、其の挙動の中に自ら意思表示が推理上明白なるとき。例 [え] ば 相続人と指定せられたる人が遺産の債務者に債務を免除せるときは、この挙動によりて自ら相続人となることを承諾することを含 [意] す。[第二種] 推論上は必ずしも意思表示を論ぜざるも、

然し社会上の慣例によりてこれを意思表示と見做し得る場合あり。(Ⅲ-3) 例 [え]、金銭貸借の証書を黙って債務者に返すときは、かかるときは其の債務を免除せることと見做すなり。この二種の中、或は意思表示を含蓄することあり。或は社会上意思表示と見做さるる挙動を称して、*facta concludentia* [結論的事実] と称す。

第三節 意思欠缺

第一款 心裡留保及び虚偽表示

意思表示と真正の意思と符合せざることあり。当事者の故意に出ずることあり。かかる場合は、則ち心裡留保 *reservatio mentalis* 及び虚偽表示 *simulatio* との二つなり。

第一、心裡留保とは、当事者が意思を表示するに当りて、当事者に向かい真意の所願を多少隠蔽することなり。かくの [如き] 隠蔽せる真意は少しも効力なし。唯に外部に表示せるところのみが効力を生ずるなり。但し、對手者に於て其の隠されたる意思を推察するを得る場合はもとよりこの限りに非ず。戯れ [に]、大言をはけることが明白なるときは、これがために何らの義務を生ぜず。

第二、虚偽表示とは、双方合意の承知の上にて意思と符合せざる表示をなすなり。例 [え] ば、売買の契約を結びながら、双方ともに初めより売買の意思なきを承知せる場合なり。かかる虚偽表示の目的は何かと云うに、或は単に戯るることに出でん。或は第三者を瞞着せんとすることあらん。或は法令の禁ずることを秘かに企てること (Ⅲ-4) もあらん。

凡そ虚偽表示によりて外形のみ成立せる行為、則ち所謂虚偽行為は、意思が欠缺せると云うために、固より無効なり。ここに一つ問題あり。第三者が虚偽行為たるを知らずしてこれを根拠として、自ら外 [ほか] に法律行為をなせるときは如何。例 [え] ば、第三者が虚偽の売買なるを知らずして虚偽の買主より其の物品を買取れるときは如何。これに對 [し] ては *Digesta* の中に確答なし。然し多数のローマ法学者は、かかる場合には虚偽の売買も効力を生ずる、従つて第三者も其の物品の所有者となると云うことなり。虚偽行為によって隠然他の法律行為をなさんと謀ることあり。外面は売買にしておいて、其の実は贈与をなさんとする場合あり。かくの如く隠されたる法律行為、則ち隠蔽行為は其の目的又は形式が法規に反せざるものは有効なり。例えば売買の場合にて云うに、契約の書面には代価を多く買とり、而して其の実ひそかに安き代価を約せるときは、別に法規に反せるところなきを以て有効なり。これとは違ひて、例 [え] ば、夫妻の間に外形は売買をするが、実は贈与をせるなり。かかるときは *Digesta* によれば、法律上夫妻の間に贈与が禁

ぜられて [お] る。従いてこの隠蔽の贈与は無効となる。これは目的が法律に反する場合、既に形式が法規に反する場合、例 [え] ば Justinianus 法典によるときは贈与の金額が 500 ソリディ (Solidi) を超えるときは、贈与者が裁判所に自から出頭して贈与するを陳述する。若しこれをせざるときは無効なり。若し贈与者がこの形式を避けんがために外形のみを売買の契約をして、其の実は贈与せるときは、其の贈与中 500 ソリディ (Solidi) (Ⅲ-5) は有効なるも、其の残金は無効となる。500 ソリディ (Solidi) は 4,666 マルク (Mark) 67 ペニヒ (Pfennig) に当ると。[編者註：C. 8, 53, 36, 3, Kaser, RPR Ⅱ, 397. なお、Solidus について、Heumann-Seckel, Handlexikon, Solidus の項目を参照。これによると、ドイツでは Solidus は慣習的に帝国金貨 (Reichsdukaten) に等価と看做され、1 ソリドゥスが 9 マルク 33 1/3 ペニヒにあたとされている。カーザー・柴田訳『ローマ私法概説』376 頁も参照。]

第二款 錯誤

(一) 錯誤 error のために意思の欠缺を生ずることを説明せん。然るに尚其の錯誤其のものを説明せん。

錯誤とは狭義にては事物を誤りて認むることを云う。則ち物品、人物、事件、事情等を誤認することあり。然るにこれを広義に用うると認識の欠如 ignoratia をも合せて錯誤と称するなり。法理上に於て、狭広義とを区別する必要なし。ここにては常に広義に用う。錯誤を分かちて二種類とす。其の一つは事實的錯誤 error facti、他は法規的錯誤 error juris なり。事實的錯誤は、事実を誤認するか或は全くこれを知らざるものを云う。而して法規的錯誤は、法規を誤解するか或は全く知らざる場合を云う。錯誤を分かちて許すべきものと許すべからざるものとの二種類に区別す。而して事實的錯誤にて許すべきものは、当事者の不注意によらずして錯誤を生ぜる場合なり。而して其の許す可からざるものは、当事者の不注意より錯誤を生ぜるものを云う。然るに法規的錯誤はローマ法にありては、一般に許すべからずと云うことが通則なり。而して別にこれに例外を設く。特殊の場合に法規的錯誤にも許すべきものありとせり。例外の場合は何なるものか [、以下に列挙せん。]

(Ⅲ-6) 第一、法理上の難問に就て、法律家に出問する機会なかりしたために法規的錯誤を生じ、且つこれがために既得の利益をも失わんとするとき、例外として其の錯誤を許すべきものと見做す。

第二、凡そ婦人が法規的錯誤のために既得の利益も失わんとするときはその錯誤を許すべきものと見做す。

第三、軍人、兵卒、未成年者、無智の民には其の失わんとするものが既得の利益なると未得の利益なるとの論なく、凡そ法規的錯誤に陥るときはこれを許すべきも

のと見做すなり。

（二）意思の上に於ての錯誤。法律行為をなすに當りて許すべき錯誤のために意思の欠缺を生ぜるときは、其の法律行為は無効となる。ここには意思の欠缺なることに重きを置かざるべからず。たとい許すべき錯誤ありても、これがために意思の欠缺を生ぜざるときには、其の法律行為は無効とはならず。例〔え〕ば、名称、人の姓名を間違えたる場合にも、其の物又は人自身を間違えざるときは、意思〔の〕欠缺を生ぜず、従いて其の法律行為は有効なり。錯誤が意思の欠缺を生ずる場合を挙げん。

第一、当事者が法律行為の種類を誤認せる〔場合〕。例〔え〕ば、一方は消費貸借と思ひ、一方は贈与なりと思ひし類なり。

第二、對手者が誰になるか、何人なるかを誤認せる場合。例〔え〕ば、甲の人と契約せんと欲して誤りて乙の人と契約せんと〔す〕する場合なり。但し、如何なる場合にも對手者を誤認せるときは、其の法律行為は無効なりや否やに付て *Digesta* の中に説明なし。（Ⅲ-7）事実上より論ぜば、對手者を誤認することが当事者の不利益となる場合に限りて、意思の欠缺を生ずるものと見做して当然なり。

第三、物件を誤認する場合。一方は甲の品と思ひしに、他の一方は乙の品と思ひし類なり。

第四、分量又〔は〕金額を誤認せる場合。但し誤認者が権利者の考えよりも分量を多く〔又は〕金額を多く考えたときは意思の欠缺と見做さず。従って其の法律行為は成立す。但し義務者は権利者の考えたのみを義務を尽せば足る。

第五、物品の本質を誤認せる場合 *error in substantia*。例〔え〕ば、鉛の器を銀と誤り買う場合、この場合は動機が錯誤より起れる故に、或は意思の欠缺を生ぜずと云〔わ〕ざるべからず。それ故ローマの法律家の中にもかかる場合に契約が無効なるや否やについて議論あり。然るに *Digesta* によれば、材料を全く間違えたる時、双務契約に限りてこれを取消すことを得と云う。但し、材料の種類を誤れるとき又は金銀若くは〔そ〕の純良と不純良とを誤れる場合は、其の契約を取消すことを得ることとなる。

（Ⅲ-8）第三款 強迫

（一）強迫に二種類あり。第一は絶対的強迫 *vis, vis absoluta*。對手者の身体を強制して全く意思なくして或は行為をなさしめることを云う。例は手を捉えて強いて記名せしむる場合なり。この種類の強迫に〔より〕成立せる法律行為は初めより成立せざることと見做さる。第二は威嚇的強迫 *metus, vis compulsive* なり。これは對手者を強迫脅嚇して或る行為を為さしむるなり。例〔え〕ば汝記名せざれば赦さんと

言いて記名せしむる類なり。この種の脅迫によりて成立せる法律行為は全々意思なしとは言うを得ず、この場合は恐怖して止むなくなせるなり。それ故に其の法律行為は一時は成立す。然し後れてこれを取消すことを得。或る例外場合にては、威嚇等にて成立せる法律行為も絶対的脅迫の場合と等しく初めより成立せざる場合もなきに非ず。例 [え] ば、強迫になれる結婚の如きは、ローマ法にては絶対的強迫と同一に見做す。

(二) 威嚇的強迫は如何なる場合に成立するかと云うに、ローマ法にありては [以] 下に述べる四条件の具備せるときに成立す。

○第一、自己若しくは家族の生命身体自由を害せられんとする危険あるとき。然るに財産上に重大なる損害を生ずるおそれあるときは如何と云うに *Digesta* の中には確答なし。

○第二、其の危害が目前に迫りており且つ強迫者の意に従わざれば (Ⅲ-9) 他に避ける道なしと云うことが第二の条件なり。

○第三、強迫者が威嚇する権利を有せざる場合。例 [え] ば、姦通の場合に本夫が一万円出せば内済にせんといい、姦夫がこれを承知せば、この場合本夫に告訴するの強迫の権利なし。それ故其の契約は後より情夫が取消すことを得。然るにここに尚反対の例あり。一人の被解放者あり。これが旧主人に恩義を忘れたる行動をせり。旧主人が被解放者に向いて一万円出さざるときは再び奴隷とするとの強迫をせるときは、この場合被解放者は一万円出すを約すれば後に取消すことを得ず。何となれば旧主人は恩義を忘れたる被解放者を再び奴隷とする権利を有す。それ故これに更 [か] えるに他の契約を結ぶことを得ればなり。

○第四、強迫によりて成立せる法律行為が被強迫者に損害となる場合。それ故に若し債主が脅迫によりて時宜にたがわず元金を取返せる場合。債務者の損害とならずそれ故にこの場合には強迫とはならず。

(三) 威嚇的強迫によりて一時成立せる法律行為は、古くは原状回復によりてこれを取消したり。ところが強迫事件の訴権 *actio quod metus causa* [強迫を原因とする訴権] の出来たる後は、大抵この訴権を利用して取消すこととなる。唯特殊の場合に限りて原状回復を適用せり。次に、強迫事件の訴権は強迫者に対するのみならず、威嚇に依りて得たる (Ⅲ-10) 利益を役立てる第三者に対してもこれを有することを得。この訴権によりて物品の取返しを請求するときは、被告はただちにこれを返還せざるべからず。若しこれを返すことを怠るときは原価の四倍を原告に支弁せざる可らず。但し威嚇の時より起算して不連続時に一箇年を経たる後に起訴せるときは、或は時宜によりては、単に原価のみの賠償と更 [かわ] ることあり。

尚お、ここに付加するは強迫事件の抗弁〔強迫を原因とする抗弁、被強迫者の抗弁〕あり。この抗弁は前訴権と同時に出来たる。被強迫者が強迫のために約束せることを履行すべしと請求せられたるときに、この抗弁を出して強迫者に対して其の履行を拒むことを得。

(Ⅲ-11) 第四款 詐欺

(一) 狭義の *dolus* (詐欺) [とは]、瞞着手段を以て故意に他人を害し自己を利するものなり。詐欺の形はいろいろなり。或は故意に沈黙して事実を隠蔽することもあり。或るは事実に対抗せることを明言することあり。或は直接に瞞着し或は間接に瞞着し其の手段は枚挙に暇あらず。要するに他人の心中に錯誤を生ぜしむるごとく謀ることなり。

(二) 詐欺によりて成立せる法律行為に全く意思の欠缺せるものと欠缺せざるものとの区別あり。詐欺のために甲の文書を乙の文書と誤認して記名せり、との場合には、全く意思の欠缺〔せる〕なり。それ故にこの場合にては其の法律行為は初めより全く成立せざるものと見做す。然るにこれに反して、例〔え〕ば、故意に物品の瑕〔疵〕を隠蔽せるがために売却するを得たる場合は、買主の意思は欠缺せず、其の意思はかえって詐欺によりて発生せり。それ故に、其の法律行為は一時成立する〔を〕得たり。これを取消し得るべきのみなり。

(三) 詐欺によりて法律行為が成立せるときに、これを後より取消す方法は古きローマ法にては尚不完全なりき。唯特殊の場合に限りて訴権によりてこれを取消すことを得たり。例〔え〕ば、未成年者が詐欺にかかりて法律行為をなせる場合には取消すことを得。或は善意契約 *bonae fidei negotia* (*contractus*) が詐欺によりて成立せるときはこれを取消すことを得。(Ⅲ-12) この善意契約とは、凡そ契約上の文字に拘泥せずして相互の信用を主として義務を履行するを要するものなり。売買契約、賃貸借の契約の如し。これと対照すべきものは厳正法的行為 *stricti juris negotia* [なり]。これは、例〔え〕ば要式口約の如きものなり。これは、契約面の言葉以外には双方何等の義務をも負担せず。

特殊の場合は訴権あるも、然し一般には詐欺に関する訴権はなかりき。それ故にやむなく原状回復を適用し得る場合は〔これを〕適用せり。然るに共和政治の終りに、詐欺事件の訴権 *actio doli* [悪意訴権] なるものが出来る。これは共に詐欺事件の抗弁 *exceptio doli* [悪意の抗弁] あり。これを詐欺の場合に適用することとなる。但しこの訴権は後備の性質のものにて、外に訴権なき時に限りて、これを適用することを得。例〔え〕ば、売買の場合にて売主が買主を詐りて物品の瑕〔疵〕を隠せるときは、売買上の訴権によりて、或はそれを取消し、或は損害賠償を請求するを

得。それ故にこれには *actio doli* は適用し得ず。*actio doli* の適用し得る場合の例。ここに負債の多き遺産あり。然るに債権者の一人が相続人と指定せられたる人を欺きて相続に同意せしめたりとす。かかる場合には、相続人はこの *actio doli* によりて自分の相続を取消すことを得、又売買の場合にても、若し買主が流行物を買わんと欲し、売主が流行せざるものを流行物と称して売却せりとの場合には、売買の訴権にては取消すことを得ず。これには *actio doli* によりてこれを取消すことを得。(Ⅲ-13)

第四節 附帯条款

当事者の考へにて法律行為の効力を或る点に於て制限することあり。これを附帯条款と云う。かかるものに三種の區別あり。則ち第一は条件 *conditio* [=*condicio*]、第二は期限 *dies*、第三は態様 *modus* [負担] との三つなり。

第一款 条件の意義及種類

(一) 条件とは、法律行為にあたりて定めたる権利方式は、将来成立すべきや否や、或は果して効力を失うべきや否やとの問題を相対的に予定するものなり。或る出来事が将来果して起 [こる] や否やによりて、これの問題を決定せんと予定するなり。一言すれば、条件とは、法律行為の効果を或る発生未定の事実によりて決せんとする意思表示とす。条件を記すときは、通常「若し」(*Si*) と云う文字を用うるを例とす。然し字句の形は如何につくるとも、意義上条件たればそれにて足る。

(二) 条件に積極条件 *conditio affirmativa* と消極条件 *conditio negativa* との區別あり。積極条件は或る出来事の起ることを条件となす。「汝外国に行かば」の類なり。消極条件とは或る出来事の起こらざるを条件とす。汝外国に行かずばの類なり。かくの如き積極条件は文典上にも積極となる。消極条件は(Ⅲ-14) 文典上にも消極となること多数なり。然し常にかくの如く文典と符合するとは言えず。例 [え] ば、汝本国に留まらばと云うときに文典上は積極なれども法理上は消極条件なり。これと反対に汝本国に留まらずばと云うときは、文典上消極なれども然し法理上は積極条件なり。要するに条件の積極と消極とは現在の状態に標準として定むるなり。現在の状態に變動を生ずることを条件とせば積極なり。現在の状態に變動を生ぜざるを条件とせば消極なり。

(三) 条件を随意条件 *conditio potestativa* と偶成条件 *conditio casualis* とに分つ。随意条件とは、権利者の作為又は不作為を条件とせるものなり。例 [え] ば、汝外国へ行かば又は汝外国へ行かずば、汝に百箇日を与えんと。これに反して、偶成条件は権利者の意思如何に関係なき事実を条件となすものなり。例 [え] ば、大事起こらばの如し。或は甲なる第三者が外国に向わばと云うが如し。又時としては条件

が随意と偶成との二種の性質を含蓄するあり。汝甲なる第三者と若し外国に行かばの如し。この場合にては甲人が共に行かざるかは権利者の意思によりて定むべきにあらず。それ故に、これは偶成の性質を有す。然るに権利者の共に行くか行かざるかは権利者の意思如何による。それ故随意の性質を有す。かつ二種類の性質を含蓄せる条件を混合条件 *conditio mixta* と云う。

(Ⅲ-15) 条件を停止条件 *conditio suspensiva* と解除条件 *conditio resolutive* とに分つ。然しこの術語は後より出来たるものなり。停止条件とは法律行為によりて定めたる権利が将来はたして成立するや否やを或る不確定の事実の発生如何によりて決するなり。解除条件とは、法律行為より生ぜる権利上の効果を将来再び取除くべきや否やを、ある不確定の事実の発生によりて定むるなり。停止条件は条件が成就するまで法律行為の効力を停止す。解除条件が成就するとともに法律条件を解除するなり。汝外国に行かば汝に一万円をあたえんとこれは停止条件がつけるなり。汝に一万円を贈与す、但し汝外国へ五箇年の間に行かずば、この契約を解除すべしと、それ故、解除条件付の法律行為は、細密に見るときは、甲乙二個の法律行為より出来上る。乙の法律行為には但し書の形となりて、一つの停止条件が付せらるるなり。

第二款 停止条件

(一) 条件と定めたる [こと] が、[実] 際成就するや否やいまだ判然せざる間は、所謂成否未定時 *conditio pendet* [「条件は未成就である」の意] なり。この未定時の間は条件を付して定めたる権利 [は]、尚未だ成立せず。現在権として少しも効果を生ぜず。それ故に若し義務者が誤りてこの未定時の間に己れの義務を尽すとも、法律上決してそれら [を] なせるものと見做されず。例 [え] ば、汝外国に行かば、汝に一万円を (Ⅲ-16) 贈与せんと契約せるとき、外国に行く [ことが] 定まらざるに、誤りて一万円を与えたるときは、其の金額を取戻すことを云う。これを取戻す訴権は、無債訴権 *condictio indebiti* [非債弁済の不当利得返還請求訴権] と云う。

(二) 未定時の間、権利者は未だ其の権利を現在権として享受せざるも、尚これを未来権として享有するなり。第一、義務者に於て期 [日] に臨みて義務を尽さざるおそれある。その結果としてとき [に] はこれに担保 *cautio* をなさしむることを得。第二、義務者に於て悪意又は過失にて該当物品を破壊せるときは、義務者は其の責を負う。第三、義務者について故意に条件の成就することを妨げたるときは、条件が成就せるものと見做すなり。第四、当該未来権を第三者に譲渡すことを得。また抵当に入れることも得。又権利者が死すれば、其の相続人が其の未来権をも相

続す。其の未来権の性質にして相続し得ざるものはこの限りに非ず。

(三) 条件と定めたる [こと] が実際成就することを条件成就 *conditio existit* [「条件は成就した」] と云う。条件成就によって其の未来権は変じて現在権となる。而して一切の効果を生ず。但し其の効果は条件成就の時より起算せずして法律行為の成立の時に溯りて起算す。この溯旧 [遡及] が第三者に対して重大なる影響を及ぼすことあり。例 [え] ば、条件付の法律行為を抵当の契約なりとす。この抵当の契約の後に同一の物品を第三者に又抵当に入れたりとせば、其の後に至りて第一回の抵当権が条件成就によりて効力を生ずるときは [そ] のために第三者の抵当権 (Ⅲ-17) よりも優先権を有することとなる。

(四) 条件と定めたることが実際成就せざることを条件不成就 *conditio deficit* [「条件は成就しなかった」] と云う。条件不成就によりて法律行為は全く消滅す。若し未来権のために担保等をなせる場合にはもとよりこれを解除す。

(五) 死後行為に於て混合条件の成否について例外あり。権利者が [数字分欠、編者註：「第三者が欲する」] 場合に限りて条件を実行せんとすとも、第三者が何も実行するを欲せざるときは、たとい条件は実際成就せざるも、これを成就せりと同一に取扱う。例 [え] ば、遺言の文面に甲人が乙女と結婚せば、其の甲男を相続人となさんと書せり。かかるときには甲男が結婚を申込みば乙女が承諾せざるも甲男は相続人となる。

第三款 解除条件

(一) 解除条件にては成否未定の時は [その] 間に法律行為はすでに一切の効力を生ず。例 [え] ば、解除条件付の売買の場合に、買主は、未定時にありて、完全なる所有権を取得するなり。其の物品を再び他人に譲渡することも可なり。

(二) 条件の成就によりて法律行為は一切の効力を失うなり。且つこの効力の消滅も法律行為成立の時に遡及するなり。但しこの溯旧 [遡及] について異論なきに非ず。この効力の消滅は对人的なるや対物的なるやの問題あり。(Ⅲ-18) これは場合によりて異なる。例 [え] ば、売買の場合に於て物品が後になりて買主の好みに適せざるときは売買を解除するとせば、条件成就のために売買は对人的に消滅するなり。則ち売主が其の物品を返還する義務を負担するのみなり。物品其のものに対して直接に所有権を回復することを得ず。これに反して、*lex commissoria* [解除約款]、*addictio in diem* [高価申込の留保付き売買、期限への附与] の場合は、所有権 [を] さずけたり。この二つの場合においては、売買は対物的の効果を生ず。この *lex commissoria* はこれは買主が代価を払うことを怠る時は売買契約を解除する条件なり。而して *addictio in diem* は一定の期間の中に一層高き代価を払わんとする人が

出るときは其の売買契約を解除する [条件] なり。これらの場合にては条件成就のために対物的 [に] 消滅す。第三者も直接に影響を蒙るなり。例 [え] ば、第三者が其の物品を買主より再び買い取れるときは、条件成就のために直接にその物品の所有権を失うに至るなり。尚曰く、古きローマ法にては凡そ解除条件成就の場合には法律行為の効力は単に対人的に消滅するものと見做すなり。lex commissoria, addictio in diem は、古ローマ法にては皆停止 [条件] 消滅の効果を対物的と認むるに至る。但し当事者の意思にして停止条件を設けたるもの明白なるときは例外なり。(Ⅲ-19)

(三) 解除条件が成就せざるとき、法律行為の効力は成否未定の間に比して別にかわるところなし。唯法律行為が将来不変のものと確定するときは別にかわらず。

第四款 不真正の条件

外観のみは条件の形を具備すれど、其の性質上真正の条件に非ざるか、或は法律上条件となすを許さざるものなり。これを不真正の条件と云う。

第一、法定条件 *conditio juris*。法定条件は真正の条件に非ず。これは或る法律行為が実地効力を生ずるに当りて、法律上なかるべからざる条件となるものを云う。例 [え] ば、甲人が遺言して乙人を相続人と指定す。其の書の中に記せるには自分が乙人に先き立ちて死すれば乙人を相続人となさんと書せば、かかる場合の条件は法律上予定せるものなり。この場合にては無条件にて乙人を相続人とせると少しもかわらず。

第二、過去または現在条件 (既成条件) *conditio in praeteritum vel praesens collata*。過去又は現在の事実を条件の形となせるものなり。何人が去年外国におりたらば、或は今現に外国におらばの類なり。条件と定めたる事實は、既に何れかに確定せるものなり。唯当事者がこれを知らざるのみなり。この場合にて事実の有無の問題 [が] 起るのみなり。条件の成否の問題 [は] 起らず。

(Ⅲ-20) 第三、必成条件、必至条件 *conditio necessaria*。これも真正の条件に非ず。これは条件となせる事実が将来に属するものなれども既に確定せるものなり。汝月世界まで昇らばの如き場合なり。月まで昇ることの出来ざれば、既に確定せることなり。かかる条件は全く無条件と同一に取扱う。時として必至条件の形にて、其の実に期間を定むることあり。何某が何時か死なば、我れは汝に一万円を贈与せん。この場合は何某の死することは確定せるも、贈与者の考 [え] は何某の死亡するときを期限として一万円を贈与せんとの考えなり。それ故にここまで必成条件を期限に達する付帯條款として取扱う。

第四、不能条件 *conditio impossibilis*。これも真正の条件に非ず。これは条件とせ

る事実が将来決して起り能わざるものと確定せる場合なり。汝月世界まで昇らばとの如し。この条件は、若し解除条件の形となれば無条件と同一に取扱うなり。若し停止条件の形となれば、生前行為と死後行為とによりて其の取扱を異にす。生前行為となれば不能条件のために決して効力を生ぜず。これに反して死後行為となれば、不能条件を無条件と同一に取扱うなり。

第五、不徳（法）条件 *conditio turpis, conditio contra bonos mores*。これは法律上違法又は悖徳として条件となるを許さざるものを云う。この条件に二種あり。第一種は違法又は悖徳の挙動を条件となせども、法律行為の内容中にこれを罰する目的なき場合。（Ⅲ-21）例えば、汝窃盗をせば一万円を贈与せんと [の如し]。これに反して若し其の挙動を罰する目的あるときは、其の条件は決して不徳条件と見做されず。例 [え] ば私が何某の妻と姦通せば一万円を贈与せんと。この場合は不徳条件に非ず。第二種は挙動其のものは不徳に非るも、これを条件となすことが不徳となる場合なり。例 [え] ば、汝我れと結婚せば其の報酬として一万円を贈与せんと。結婚と云うことは不徳に非ず、然し結婚を贈与の条件となすは不徳なり。それ故にこれを不徳条件と見做すなり。嫁資を云うことには不法に非ず。この二種の何れを問わず不徳条件は不能条件と同一に取扱う。

第六、矛盾条件 *conditio perplexa*。これは条件と互に其の意義の抵触する場合を云う。遺言書の中に甲と云う人を我が相続人となさば [乙人を] 我が相続人とせん、乙人を相続人となさば甲人を相続人となさんとの如し。これは停止条件の形となれる時は其の法律行為は全く其の効力を生ぜず、解除条件の時は如何。無条件と同一と見做すが当然ならん。

第五款 期限

(一) 期限は其の確定と不確定との点よりこれを四種に分かつ。第一種は果して来るか起るか而して何時来るかの二問題が何れも確定せる場合。来年の一月一日と云 [う] が如き場合。第二種は果して来るか [の] 問題は確定す、然し何時来るかの (Ⅲ-22) 問題は確定せず。何某の死亡するときの如し。第三種、果して来るかの問題は確定せずして何時来るかの問題確定す。何某が二十五才に達するときの如き場合。第四種は何れの問題も確定せざる [場合]。何某が結婚するとき。

(二) 法律行為の効力に期限を付して当該権利の行使若くは成立を停止することあり。かかる期限を始期 *dies a quo* と云う。始期は其の期限の来るを待ちて、或は其の権利を行使し或は其の権利が成立するとの意味なり。如何なる場合に権利の行為が停止せられ、如何 [なる] 場合に権利の成立が停 [止] せらるるかの問題は、前の四種中の何れに属するかによりて決するなり。

第一種の場合には権利の行使が停止せらる。来年一月一日に一万円を支払うと約するときは、権利者においては期限より前にもとよりこれを請求することを得ず。義務者にては、若しこの期限前に其の全額を支弁せるときは再びこれを取戻すことを得ず。何となれば其の支払義務は期限前に成立するを以て、其の支払、たとい期限前なりと雖も、正当なる支払と見做すことを得。

第二種の期限の場合には期限が条件を含蓄したることと条件を含蓄せざることによる。私の相続人が其の死するときに一万円を何某に贈るべしとの遺言を [な] せるときは、一つ条件を含蓄せるなり。私の相続人が何某に先立ち [て] 死なば [と] の条件を含有す。しかるに、これに反して相続人は何某が死するときにこれに一万円を贈るべしと記せる場合は純粹の期 (Ⅲ-23) 限にて条件を含蓄せず。若し条件を含蓄せる場合には権利の成立が停止せらる又条件を含蓄せざる場合にては唯権利の行使が停止せらるるに過ぎず。

第三種の期限の場合には期限と条件との区別とが實際判然せざること多し。従つて権利が既に成立せるや否や甚だ不明瞭なること多し。これがため重大なる疑問を生ず。例 [え] ば、遺言書中に何某が満二十五才に達するときに一万円を遺贈としてこれに与うべし、と。これが果して条件なるや期限なるや甚だ不明なり。かりに条件とせば、受遺者が二十五才未満にて死するときは其の遺贈は全く成立せず。これに反してこれを仮に期限と見做せば其の受贈者はたとい未成年にて死亡するも満二十五才に当る期日に其の受遺者の相続人が其の遺贈を請求し得ることとなるなり。Jus [tinianus] 皇 [帝の] 法典の中には、C. 6, 53, 5 にてはこの場合を期限と見做す。しかし D. 36, 20, 20 のところにてはこれを条件と見做す。

第四種の期限の場合にては期限が必ず条件を含蓄せるなりと、それ故に権利の成立が停止せらるることとなる。汝が結婚するとき汝が結婚せばと云うと少しも変わらず。条件と同一に見做すことを得。

(三) 法律行為の効力に期限を付して当該権利の消滅の時期を予定することあり。例 [え] ば、何某が本国に帰るまで委任を承諾するとの如し。これを終期 *dies ad quam* と云う。終期は解除条件に類似せるところあり。然し終期の場合には法律行為の効力が終局す。解除条件の場合には法律行為其のものを (Ⅲ-24) 全く解除す。解除条件のために権利が消滅するときはローマ法にては法律行為の成立の時に溯旧 [遡及] す。尚終りに一つの問題あり。終期を付して所有権を譲渡すことを得るや否やの事なり。古ローマ法にてはこれを許さず。Jus [tinianus] 皇帝の Codex の中にはこれを許せり。但し其の効果が対物的なるや对人的なるやにつきては明瞭ならず。

第六款 態様

態様 *modus* [編者註：負担] とは、贈与又は死後行為等、凡そ無償行為の場合において権利者に特別の義務を負担せしむる付帯条件なり。即ち権利者に財産上の利益を与える本来の目的の外に、これに特別の義務を尽くさしめんとする付帯の目的あるなり。例 [え] ばここに一人の伯父あり。これが甥に 1 万円を与えて約して [云う]、これを汝に贈与す、これにて洋行せよ、と。これを甥は承諾す。この場合にては金の提供が本来の目的なり。洋行は付帯の目的なり。この態様は外形 [的] には停止条件に似たり。固より法理上は大いにこれと異なれり。停止条件は法律行為の効力を停止するものなれど、態様は、例 [え] ば義務を負担せしむるのみ。不能又は不得の条件なるとき法律行為は永久に効力を生ぜず。然し態様が不能又は不得なるときは、法律行為は全く態様なき場合と同一の効力を生ず。又停止条件の不成就は、権利者の過失によるにあらざるも、法律行為は効力を生ぜず。(Ⅲ-24 裏) 然るに態様の不成就が権利者の過失に出でたるときも、法律行為は、これがために少しも効力を失わず。

(二) 態様の成就を怠るときは、これに対して起訴することを得。この訴訟に二種あり。第一種は給付せる品物を取返すことなり。但し通常は对人的的訴訟によりてこれを請求す。第二種は態様の成就を請求することなり。但し其の内容が財産上の負担なる場合に限る。右二種の訴権を有するものは生前行為の場合にありては其の義務者、贈与の場合には其の贈与者、但し第三者に財産上の利益を与うるを態様となすときは、第三者 [も] 又第二種の訴権を有す。死後行為の場合には、受遺者に態様履行義務あるときは相続人が其の履行を請求することを得。若し又二人以上の相続人ありて其の中の一人に其の履行の義務あるときは他の相続人がこれを請求することを得ん。但し相続人が一人のみで其の履行の義務を有するときは何人もこれを請求することを得ず。然しもしこの態様 *modus* が公共の利益となるべき性質のものなるときは官庁が其の履行を請求し得。

(Ⅲ-25) 第五節 代理

(一) 法律行為をなすに他人を使用すること多し。他人を使用するに二種の區別あり。第一種は自己で法律行為の内容を確定して己れ的意思を表示するために他人を機械 [的] に用うるなり。例 [え] ば、奴婢を使い [に] やるの類なり。かかる場合に使用される人は法律上においては全く機械と見做さる。決して代理人と見做されず。第二種は他人をして自己に代りて法律行為の内容を定めしむるなり。且つ意思をも表示せしむるなり。これが代理なり。ラテン語にては *procurator* と云う語

が用いらる。実はこれは管理者なる意味を有す。この文字の中には一切の代理人を含蓄せず。

(二) 代理に又二種類あり。直接代理と間接代理の二つなり。直接代理の場合には代理人が本人に対しても又相手方に対しても代理の資格を有す。而して其の代理せる法律行為は直接に本人主人に対して効力を生ず。民法家の中には直接代理の場合にありても当事者真正の契約締結者は代理人なりとの説を称うる人あり。然しこれは *Digesta* の文面とは符合せず。*Digesta* によれば当事者は本人と見做さざるべからず。然るに間接代理の場合には代理人は本人に対しては代理の資格を有するども、相手方方に対しては代理の資格を有せず。其の代理せる法律行為は先ず代理人に対して効力を生ず。尚注意す。間接代理の場合には単に委任のみ受けて全権を有せざること多しと。*mandatum* [委任] を有すれども全権を有せず。(Ⅲ-25裏) 時として例外あり。間接代理は主人の所有物を売却するときは全権を有せざるべからず。委任とは主人と代理者との間の関係を定めたるものなり。

(三) ローマ法にありては今日とは異なりて、直接代理は多く行われず。先ず直接代理人は法定にて定めたる場合多し。未成年者、精神錯乱者の如き行為能力を有せざるものために、後見人又は財産管理者の名称を有す法定の直接代理人が出来るなり。其の場合には任意に直接代理を設くるを許さざるを原則とす。唯ある例外の場合を限りて、直接代理を許せるなり。例 [え] ば、占有又は及び所有権を直接代理によりて取得することを得るを許す。自権者は家子又奴隸等をあたかも直接代理人の如く使用することを許す。唯家子奴隸等が主人の命令によらずして法律行為なせるときは、これがために利益あればそれが直ちに主人の利益となるも、義務を生ずるときは主人は一切これを負担せず。

主人が前もって家子奴隸等に特別財産 [特有財産] を附与せる場合に限り、特別財産 [特有財産] の高 [たか、限度の意] に達するまでは義務を負担す。又ローマ法にては船長及び商業の従事者は、元來は (Ⅲ-26) 間接代理人なりしが、然るに後に *Praetor* の政令によりて第三者が起訴するに、必ずしもこれらの代理人を相手取るに及ばず。直ちに主人 (船主、商店の持主) を相手取るを許す。この場合は一種特別の法律関係が出来て間接代理と直接代理とを兼たるものなり。

[第一編 第五章 法律行為了]