

〔「法学新報」第一〇五号 明治三十二年十二月二十日〕

○東京法学院討論会見聞録

予期の如く本月二十四日を以て開かれぬ二三日来雨勝なりしか昨夜俄かに雷雨あり今朝日月新たなるか如し聴衆殆んど千五百名、さしもの大講堂も立錐の地なし先づ堂の正面を見てあれば左の討論題は掲げられたり

甲者の邸内に一池あり其中魚鼈を養ふ乙者之に網を打ち魚鼈を得ると否とを問はず又た其得る所の多少に拘らず一定の金円を支払はんことを申込み甲者之を承諾せり知らず此契約は法理上如何なる性質を有するものなりや

午後一時半頃開会、大塚某起て開会の趣旨を述べ會長の推選、幹事の選任を報告し又た討論会規則を読み上げ一々異議なく原案通り可決確定、此時會長未だ来らず某代て議長となり討論を始む

第一席根矢熊吉君奥州なまりの音調もて本問題は問題の解釈に付て色々疑あり第一に網を打ちと云ふか不審、第二に魚鼈を得ると云ふか不審、其れより一定の金円を支払ふ以下は余り疑もなしとの前置にて此契約は第一、停止条件附契約なり第二、片務契約なりと論したるときは場内わつとはかりにとよめきわたりぬ君は更に進んで第三、有償契約か無償契約かと考ふるに是れ有償契約にもあらず又左ればとて、無償契約にもあらず謂は、中性のものなりと論するや満堂わる、はかりなりき第四、有名契約に非ずして無名契約なり第五、射倖契約なり第六、要式契約なりと云ひたるときは聴衆復たもやひやかし始めぬ

第二席鈴木研君凡そ討論会に始めに出る程なさない者はないと泣言たら々々の高慢を雑せ余は第一、養ふ第二、法理上なる文字に重きを置くとて此契約は売買なることあり又た賃貸借なることあり二者の折衷説を採るものなりとて降壇す

第三席白石正明君之れは第二席に当りし者なれとも議論確定せされは後れて壇に登りたるなり余は此契約は片務契約の性質を有するものなりと信すとて僅か一二分時にして止みぬ流石簡短好きの聴衆も之れには一驚を喫して且つ笑ひ且つ興したり

第四席二年級の剛の者北村伊之助君売買説と射倖契約説とを駁し賃貸借説を主張して壇を降る次に多少の歓迎を受けて壇上に

麾かれたるは

第五席中谷平四郎君なり其風貌颯爽未だ口を開かざるに早く論壇の勇將とこそは知られたり君は落付き払つて眼鏡越しに聴衆を見渡し先つ時間も沢山なきことなれば私は直截、単刀にやる積りなりと言へしは一笑ひなりき其れより徐々に歩を進め第一、双務契約なりや否や第二、有償契約なりや否や第三、射倖契約なりや否や第四、有償契約なりや否やの四段に分ちて双務にして有償且つ射倖なりと論断し特に有償契約なることを弁するに当ては大声疾呼手を振り態をゆすりて眼中法律家なきの概あり「エラソウ」に見えるとの嘲弄は蓋し適切の感ありき最後に有名契約なるや否やと云ふに若し之を有名契約なりとせんには売買か賃貸借かと云ふに論及し結局賃貸借説を採るを以て無名契約説は従て採る可らず若し夫れ停止条件附契約説は之を其儘にして葬むるも亦可なりと説破せり之を当日第一等の論者と云ふも或は不可なからんか唯た君が勝に誇りて聴衆の攻撃に一々答へんと欲し遂に議長の注意を受け終を潔ふせよとの批評まで受けたりしは時に取ての失策とや云ふべき

第六席山田君快弁を振つて賃貸借を主張し数分時にして去りぬ此時會長戸水博士園を排して入り来る衆乃ち拍手して之を迎ふ博士は直ちに議長席に着きぬ是より先き院友卜部喜太郎氏も亦来り議長に討論申込を為す可く見えぬ

第七席森川論旨明晰且つ精緻、流石は三年級の一歩を占むるものぞ君は第五席論者の第一、第二の点には賛成するも無名契約説を採る点に於て異れりとして売買説を駁し賃貸説を駁し停止条

件附契約説を駁し最後に射倖契約説を採用する旨を吐露したり其前の論者は売買説を駁するに財産権ならずとの点よりせしも君が着眼を別にして此問題は権利を移転するに非ずして設定するにあり而して権利の設定は断して売買となることなすと云はれたるは其見地の凡ならざるを示して余りあり

第八席田口君売買説を攻撃し又た賃貸借説も非難して無名契約なることを論したり

第九席竹村君双務契約有償契約なりとし又た日本民法の解釈として無名契約をせざるを得すとて売買説、賃貸説を論駁したり君の説明は場慣れざる為めか甚だ明瞭を欠き聴衆の罵詈嘲弄を受け靴音足音下駄の音囁々として止まざりしは不幸とや云はん第十席酒井熊雄君双務、諾成、有償の契約にして射倖契約なりと云へるは善かりしか売買の規程を準用せらるゝ、売買以外の有償契約なれば矢張り売買なりと小声にて言へるときは大笑ひを招きたり君か壇を降るや二年級の義侠家某君議長に乞ひて發言を求め酒井君は一年級にて九、十、十一、十二、の四ヶ月法学を修めたるに過ぎず故に討論の上手ならざるは無理もなし奨励の爲め此の如き者には云々と言ひ出すや聴衆は其老婆心をは笑ひ四方八面より罵詈して之を追ひ込みたるは愉快なりし、此等の騷擾に際し議長は自然に放任して敢て聴衆を制せざるは我が東京法学院の特徴にしてなましい干渉立てして会の活氣を失ふは褒むべきことにあらざればなり次に態を演壇にと選ひたるは院の編輯者にて

第十一席岡崎の熊三郎殿になん殿には単刀直入売買説を主張し

無名契約説を駁し又た賃貸説を駁せられたり其手の舞ひ足の踏みあんはい何処やら立法学士の癖を学ひ得たる様覚ゆ

第十二席三橋市太郎君前論者を「ヘツポコ」とか気の毒とか不見識とか「マゴツク」とか種々なる形容詞を用て嘲笑せしか偕御自分も亦た分らぬ事を喋々せられ空中築楼閣てう語を幾度となく繰返し一定の金円を支払ふとは代金なるか池の賃銀なるか修繕費なるか事実問にして分らぬと云ひたる時自然的に場の一隈よりはれ亦空中築楼閣ならずやとの評を出せるは心地好かりし事共なり

第十三席川瀬君亦た院の編輯者なり今年卒業試験に一番の席を占めたるは即ち此君、惜むらくは其胸中一種の見解を有せる割りに説明熟達せざるか為め聴衆の注目を引くに至らざりしを君は曰く民法上双務契約の体様を分析すれば第一単純なる契約第二、当事者双方に対し同一の条件に繋る契約(即ち条件附契約)第三、一方の義務は単純にして相手方の義務は条件に繋る契約第四、双方の義務互に関係せざる別々の条件に繋る契約と為すことを得而して民法に規定せられたる(即ち有名契約のみなり)有償契約は第一、第二の場合あれども第三、第四の場合なし第三、第四は旧民法之を射倅契約としたるもの、如し然るに本問題は実に此射倅契約に当るものなりと且つ君は本問題か有名契約にあらずして無名契約なる消極理由を説明して壇を降り

第十四席崎吉兵衛君、田舎の村長らしき面持にて左手を張り顔を延ばし「ソレカラ又た」「ソレハ先ヅ後廻はしとして」等の詞遣ひ飽まで村長助役然たり君は物権人權の事、有名契約、無

名契約の事に付て一言し議論の分る、点は打網か魚鼈かにありとて笑ひを買ひ本問題の乙者は地役権を設定したるものなりと言へたるときは嘲弄侮蔑の声四方に起り中止々々の動議は鳴りも止まず議長も少しく当惑顔なり最後に条件附云々と論し羅馬法あたりでも明かなりと論結したりし時は羅馬法講義の独壇者議長戸水博士もクスクス顔を赧めて微笑を漏せり

第十五席として議長に呼ばれたるは是れぞ始めの程より院友席に控へたる弁護士卜部喜太郎氏なり慎重老成なる氏が態度は直ちに聴衆の眼を惹きて如何の名論やあらんずらんと静まりかへつて見えにける果然氏は本問題を以て無効の法律行為なりと為して先つ一驚を喫せしめぬ氏の説の概要に曰く余は第一席論者の説に同情を表し之を以て停止条件附法律行為と為す者なり即ち網を打つてう条件を乙者の意思のみに係らしめたるものなるを以て民法第三百三十四条に抛て之を無効の法律行為とせざる可らずと氏は巨細に之れか理由を陳弁せり衆は是に於てあつけに取られて其意外なるを怪みけり討論茲に終結す此時すつくと身を躍らせて進み出たるは前に議長を勤めたる大塚某なり某宣言して曰く討論会の事に付て諸君に注意すべきもの二あり一は即ち此次より堅く時間を励行すること時刻を遅れて来るは不熱心の至りなり二は即ち若し今日討論の外に尚ほ意見のある者は之を交に綴りて教務係に出すべきと左すれば僕法学新報社に掛合つて紙上に載せしめんと戸水博士はやをら議長席を離れて壇にと進みたり博士の説明は大略左の如し過誤あらば生が筆記の責め、希くは之を恕せよ

唯今卜部君が無効の説を主張せられましたけれども私の出題の主意は元そう云ふ訳にあらす当時私は有効の契約を仮想して問題を出しましたか文章に書き綴られたるは誰さんかでした兎に角網を打つてから後の相談として議論に取掛る方か面白からうと考へます、昨夜私は之に付て色々考へた所か凡そ今までの学説か七つある様思はれます、其の

第一説は賃貸借と云ふので歐羅巴人などは余り云はない説であります嘗て文官高等試験に従事したる時に此の如き説を同役の委員又は受験者より聞いた事があります併此説は善くありません、池を借りて魚を養ふ場合には賃貸借もありませうけれども人の池に網を打つのみにて而も之に罹る魚は池に湧出たものもありませう又池に放ちたものもありませうこんな契約は賃貸借でないです

第二説は古羅馬の学者 *pomponius* の説に依ればこは物件無し（emptio sine re）の売買（emptio sine re）にして一步を進めて言へは希望（spes）又は運（alea）の売買なりと云ふ併し運又は希望は権利に非ず権利に非ざるものを売買すると云ふは法律思想に乏しと云はねはなりませぬ且つ物件無しに売買すると云ふことは到底出来るものにあらざる故此説は取るを得ません

第三説は *Bechmann Endemann* の採るもので之を有形物の売買とする説であります即ち魚籠を売買するのであると云ふので併し魚籠が網に掛らぬ時には此説は駄目になるたろうと思ふそれから

第四説は魚籠を捕ふるために網を投するの権利を売買するので

あると説く説て全体此問題は曾て高等文官試験に出た……口述試験に出たことのある問題でありました其当時試験を受ける人の中に此答へをした人かありました中々説としては巧みな説であります併し其網を投する権利とは民法の上で如何なる権利なるか物権か人権かと云はるゝと大に困るソコテ其人は始まりは人権たと答へたソコデ試験官の曰ふには人権ならば其人権を移転するのてなければ売買にはならぬに此場合は移転するのてはなく設定するのてはないかと曰はれた其人は大に困て前の答を取消して今度は物件でありますと言つた然るに民法上物権には数限りある其中ドノ物権たかコウイウ物権を認めては居ないではないかと推し返されたから其人益々困つてグズグズして居る中に時間か立つと云ふ訳でトウトウ落第してしまつた（満堂失笑）此の時にはせめて物権たと云ひ通して所有権の支分権たとても云つたなら大抵善かつたらうと私は思ふのであります唯今の場合には支分権といつて主張すれば一通は其主張か通りますけれどマゴツクのが甚た悪い地役権の如きは一種の物権て支分権でないから地役権たと云ふのもマツイて併し此支分権たと云ふのも非難を免れない何せなれば民法は別に支分権なるものを認めて居らぬから之を禁せざる限りは認めて居ると云ふことは少し無理たと思ふツマリ此説も採れぬ

第五説は網を投するの許可（license）を得る契約たと云ふ例へは錢を払つて人の庭園に入つて花を観ると云ふのと同してあるとコウ云ふ一の楽みであると此論も適当し得る場合はありましようけれども皆な是れてであると云ふことは出来ぬ何となれば魚

を捕て贏けると云ふ当事者の意思かも知れぬ殊に網を打て魚を捕える事と何にも取らずに唯花を見ると云ふ事とは全く異なるものである以上は此れも採れぬと思ひます

第六説は射倅契約と云ふ説であります普通射倅と云ひますか詞尻をつかまへて可笑い様ですかアノ字は名詞の時は「シヤ」て動詞の時は「セキ」てすから私は殊更ら射倅契約と云ふのであります網を打つて魚籠を捕ふることか出来ても出来むても錢を払ふと云ふのですから此説は立つたうと思ひます

第七説は又た風か變つて条件附とする説で強ちに悪かない魚を捕えられたならばと云ふ条件に繋る契約たとするので併し条件附の売買とするのは善くはない此契約全部を挙げて条件附売買とすることは出来ぬ何せなれば魚か捕えられない場合にも矢張り金円を支払はねはならぬ然るに此の如き場合には売買と云ふことか出来ぬて第三説のベヒマンの説と同一の非難がある乍併之を尋常一般の条件附契約とすれば差支はない

要するに第六、第七の二ツの説は正當たらうと思はれます同一の契約でも見る所の異なるに依り異なりたる名を付けることは無論出来ませ昔は各種契約の種類に重きを置いたソレは契約か種類を異にするに從て各々特別の訴訟の方式を持つて居つたからて例へは売買の時には売買に関する訴訟の方式で起訴せぬはならず貸借の時でも亦た同してありますソウして無名契約と云ふものは一段有名契約より下にあつたもので当事者の一方か自分の義務を履行した後てなければ他の一方に対して訴訟を起すことを得なかつた加之無名契約には之に特別なる方式があつた

のてソレカラ有名契約と無名契約とを區別する必要があつたのて今日十九世紀の終り又た之から二十世紀に入るに及ては格別契約の種類に重きを置かんで皆な契約自由の大原則に從ふことか善いたらうと思ふ苟くも国益を害せず法律の正面にも反せざる以上は如何なる契約たるを問はず有効のものとするのである故に無名契約であるとかないとかそんな事を云ふ必要かないと考へますツマリ契約は觀察の仕方に依ては名を異にすることを得るもので此問題も射倅契約であり且つ他の一方より見れば条件附契約たと云ふことか出来るたらうと思ふのであります御承知の通り実益は余りない問題ですけれども頭を練るのにはコウイウ問題か好からうと云ふので出したのであります……今日はコレテ散会します(于時午後六時)(元園生投)