

『法学新報』第一一八号 明治三十四年一月二十日

○同攻会の討論（投書のまゝ）

東京法学院討論会は寂として声を収めたるに依り我等二年級の同志は胥謀りて同攻会なるものを組織し川名講師を会長に推し其の出題に付て研究せんと企つ本日の問題は

一、婚姻の予約は我民法上無効なりや

二、受任者は受任事務を委任者の承諾なくして他人をして代て為さしむることを得るや

と云ふ二つにて出席者も多からざればとて第一問文に付て議論を戦はしたり論旨は大体三つに分れ第一は無効説にて不能の事項を目的とするが故なりと曰ふ者あり善良の風俗に反すと曰ふ者あり公の秩序に反すと曰ふ者あり併し一身終生の約束なればとて必ずしも不能の事項に非ず善良の風俗に反せず又た公の秩序に反することもなしと思はる公の秩序の如何なるものたるやは茲に弁するの必要なしと雖も婚姻の予約と云ふことは強制的に自由を制限するに非ずして任意的に制限するに過ぎざれば万々公の秩序に反するの理なし第二は直接履行説にて民法第四百十四條第一項の本文を適用せんと主張するものなれども僕は第三の損害賠償説を採り右規定の但書に所謂債務の性質が強制履行を許さるものとして論断せんと欲す何故に婚姻の予約は

強制履行を許さるや曰く之を許さば強制的に人身の自由を拘束するに至ればなり或は曰はん汝前に無効説を駁するに方りては婚姻の予約は強制的に自由を制限するものに非ずと謂ひ今に及んで忽ち強制的に拘束するに至ると謂ふは何ぞやと曰く是れ説あり有効、無効の問題は法律行為成立の時に關す直接履行、損害賠償の問題は法律行為履行の時に關す而して婚姻の予約は其の成立の時に於ては任意的なりと雖も後に及んで一方が其れを悔悟したるにも拘らず尚ほ之を夫婦たらしめんとするは強制的に自由を制限すること、なるなり又た或は曰はん直接履行は強制的に自由を制限するも固より其の所なり故に又た名けて強制履行と云ふ程ならずやと然り然れども自由の制限は更に二分して不当の制限と正当なる制限と為すことを得正当と云ひ不当と云ふも、つまりは程度の問題なれども婚姻の予約を不任意に履行せしむるか如きは一身終生の自由を拘束するものにして今日の文明に於て許すべきことに非ず即ち不当なる自由の制限と云ふも差支なし既に不当なる自由の制限とならば所謂性質上直接履行を許さるものと言ふも可ならんか、又た或は曰はん婚姻の予約は一種の意思表示には相違なきも婚姻を目的とするものなれば債権債務の關係を目的とする契約とは少しく其科を異にす隨て契約法、債権法の法文を之に適用するは早計に失すと併し我民法の解釈として契約とは債権關係を目的とする場合のみなるやは一疑問なり又た婚姻の予約は婚姻を目的とするものなりとの故を以て直ちに債権債務の關係を目的とするものに非ずとするを得るやも一の疑問なり僕は寧ろ間接には婚姻を目

的とするならんも直接には婚姻をすべしとの債務を生ずるもの  
と考ふ、又た仮令債権債務の關係を目的とするものに非ずとする  
も必ずしも契約法の法文、債権法の法文は適用なしとは謂はれ  
ず何となれば民法は刑法と異なり少しは比附援引の解釈を許す  
ものにて所謂無名契約の如きは他の似よりたる契約の規定を適  
用するも妨げなきと均しく債権關係を生ずる契約と酷似せる婚  
姻の予約に契約法、債権法の規定を適用するに於て寸毫の不可  
なしと信せらるゝなり、僕の本問に対する見解は略ほ以上の如し  
三年級の山本君は公の秩序に反すれはとの無効説を唱へたれど  
も余り感服も出来ざりし因に云ふ我同攻会は不日東京法学院討  
論会の跡を引受けて盛大にする積りなり

(二月廿七日二年級某生投)