336
98
336-98
12005013928B5

トエノ7-13
336-98
1059
(元)

債權各論

明治
45. 4. 26
21

自序

明治維新ノ交歐米文明國ノ制度文物一度我國ニ入リ百般ノ事物舊時ノ面目ヲ一新スルヤ我法學ハ新思想ヲ基礎トシテ起リ爾來數十年其研究日ニ月ニ盛ニシテ其進歩亦大ニ見ルヘキモノアリ然レトモ尚移入模倣ノ時代ニ在リ未タ我國獨特ノ法系ヲ樹立スルニ至ラス歐米先進國ノ進境ニ比シテ大ニ遜色アルヲ免レス今ヤ一進轉シテ將サニ創建時代ニ推移セントスルニ臨ミ鋭意法律思想ノ普及ヲ圖リ專心法理ノ蘊奥ヲ極ムルハ我國刻下ノ急務ニシテ大ニ朝野法曹ノ奮勵

努力ヲ要スルノ秋ナリ

予公務ノ餘暇ヲ以テ私立大學ニ教鞭ヲ執リ育英ノ業ニ從事スル茲ニ年アリ微力ヲ法律思想ノ普及ニ致シ我國法學ノ進歩ニ貢献シテ國恩ニ酬ヒンコトヲ期ス是レ予カ曩ニ物權法債權總論ノ二書ヲ著ハシ今次更ニ債權各論ヲ上梓シテ之ヲ世ニ公ニスル所以ニシテ本書ノ目的トスル所亦法律思想ノ普及ニ在ルヲ以テ書中説述スル所極メテ卑近ニシテ固ヨリ識者ノ稱讃ヲ博スルニ足ラスト雖モ初學者ノ爲メ斯學研究ノ參考資料ヲ供シ之ヲシテ其綱要ヲ知ラシムルコトヲ得ヘキハ予ノ今ヨリ期待スル所ナリ

明治四十五年四月十三日

著者識

債權各論目次

第一編　契約……一
第一章　契約總論……一
第一節　契約ノ性質……一
第二節　契約ノ種類……八
第三節　契約ノ要素……二一
第四節　申込……二七
第一款　申込ノ性質……二八
第二款　申込ノ效力……三四
第一項　申込ノ形式的效力……三四
第二項　申込ノ實質的效力……四〇
第三項　申込ノ效力消滅……四一

第五節　承諾……四七
第一款　承諾ノ性質……四七
第二款　承諾ノ效力……四七
第一項　對話者間ニ於ケル契約ノ成立……五二
第二項　隔地者間ニ於ケル契約ノ成立……五二
第六節　懸賞廣告……五五
第一款　懸賞廣告ノ性質……七一
第二款　懸賞廣告ノ取消……七一
第一項　取消ノ方法……八一
第二項　取消ノ效果……八一
第三項　取消權ノ喪失……八二
第三款　懸賞廣告ノ效力……八三
第四款　優等懸賞廣告……八四
第一項　優等懸賞廣告成立要件……八七
第二項　優等者ノ判定……九二
第七節　契約ノ效力……九三
第一款　總論……九四
第二款　雙務契約ノ效力……九七
第三款　第三者ノ爲ニスル契約ノ效力……九七
第一項　第三者ノ爲メニスル契約ノ當事者間ノ效力……九八
第二項　第三者ノ爲ニスル契約ノ第三者ニ對スル效力……一三五
第八節　契約ノ解除……一四七
第一款　解除ノ性質……一五九
第二款　解除權發生ノ原因……一五九
第一項　當事者間ノ契約……一六六
第二項　法律ノ規定……一六六

第三款　解除權行使ノ方法……一七七
第四款　解除權行使ノ效果……一八六
第五款　解除權ノ消滅……二〇七
第二章　贈與……二一八
第一節　贈與ノ性質……二一八
第二節　贈與ノ種類……二二七
第三節　贈與ノ成立……二三二
第四節　贈與ノ效力……二三三
第一款　贈與者ノ義務……二三三
第二款　贈與ノ取消……二四一
第五節　特種ノ贈與……二四七
第一款　負擔付贈與……二四七
第二款　定期贈與……二五二
第三款　死因贈與……二五三
第三章　賣買……二五四
第一節　賣買ノ性質……二五四
第二節　賣買ノ種類……二六七
第三節　賣買契約ノ締結……二七〇
第一款　賣買ノ豫約……二七〇
第一項　當事者一方ノ豫約……二七一
第二項　當事者雙方ノ豫約……二七六
第二款　手附……二七八
第三款　賣買ノ費用……二八六
第四節　賣買ノ效力……二八七
第一款　賣主ノ義務……二八七
第一項　財產權移轉ノ義務……二八八

第二項　追奪擔保ノ義務……二九六
第三項　瑕疵擔保……三三七
第四項　擔保義務ノ履行……三四九
第五項　無擔保ノ特約……三五一
第六項　引渡ノ義務ノ特約……三五五
第二款　買主ノ義務……三六五
第五節　賣買ニ關スル規定……三七五
第四章　買戻……三七六
第一節　買戻ノ性質……三七六
第二節　買戻ノ特約……三八五
第三節　買戻ノ特約ノ效力……三九〇
第四節　買戻權實行ノ方法……三九八
第一款　買戻ノ當事者……三九八
第二款　買戻ノ方法……四〇三
第五節　共有者持分ノ買戻……四〇五
第五章　交換……四一五
第一節　交換ノ性質……四一五
第二節　補足金……四二〇
第六章　消費貸借……四二二
第一節　消費貸借ノ性質……四二二
第二節　消費貸借ノ豫約……四三八
第三節　消費貸借ノ效力……四四六
第一款　返還ノ目的物……四五一
第二款　返還ノ時期……四五八
第七章　使用貸借……四六二
第一節　使用貸借ノ性質……四六二

第二節　使用貸借ノ效力……四六九
第一款　使用貸主ノ權利義務……四六九
第二款　使用借主ノ權利義務……四七〇
第一項　物ノ使用收益ニ關スル借主ノ權利義務……四七一
第二項　使用物返還ノ義務……四七六
第三節　使用貸借ノ終了……四八〇
第八章　賃貸借……四八二
第一節　賃貸借ノ性質……四八二
第二節　賃貸借契約ノ締結……四八六
第一款　賃貸借ニ關スル一般ノ制限……四八六
第二款　處分ノ能力權限ナキ者ノ爲シタル賃貸借ニ關スル制限……四九二
第三節　賃貸借ノ效力……四九八
第一款　當事者間ニ於ケル效力……四九八
第一項　賃貸人ノ義務（賃貸人ノ權利）……四九八
第二項　賃借人ノ義務（賃貸借人ノ權利）……五〇三
第二款　第三者ニ對スル賃貸借ノ效力……五一五
第四節　賃貸借ノ終了……五三〇
第一款　存續期間ノ滿了……五三〇
第二款　解約ノ申入……五三四
第三款　契約ノ解除……五三七
第四款　賃借人ノ破產……五三九
第五款　目的物ノ滅失……五四〇
第九章　雇傭……五四一
第一節　雇傭ノ性質……五四一
第二節　雇傭契約ノ締結……五五一

第三節　雇傭契約ノ效力……五五二
第一款　使用者ノ義務……五五二
第二款　勞務者ノ義務……五五二
第四節　雇傭ノ終了……五五七
第十章　請負……五五八
第一節　請負ノ性質……五五九
第二節　請負ノ效力……五六九
第一款　注文者ノ義務(請負人ノ權利)……五七四
第二款　請負人ノ義務(注文者ノ權利)……五七七
第三節　請負ノ終了……六〇六
第十一章　委任……六〇九
第一節　委任ノ性質……六〇九
第二節　委任ノ效力……六一六
第一款　受任者ノ義務(委任者ノ權利)……六一六
第二款　委任者ノ義務(受任者ノ權利)……六三〇
第三節　委任ノ終了……六四二
第四節　委任終了ノ場合ニ於ケル特別規定……六五〇
第五節　準委任……六五四
第十二章　寄託……六五六
第一節　寄託ノ性質……六五六
第二節　寄託ノ效力……六五六
第一款　受寄者ノ義務(寄託者ノ權利)……六六一
第二款　寄託者ノ義務(受寄者ノ權利)……六六一
第三節　寄託ノ終了……六七四
第四節　消費寄託……六七八
……六七九

第十三章　組合……六八〇
第一節　組合ノ性質……六八〇
第二節　組合契約ノ效力……六八六
第一款　組合員ノ出資……六八六
第二款　組合業務ノ執行……六八六
第一項　業務執行ノ權限……六九一
第二項　業務執行者ト組合員トノ權利關係……七〇〇
第三項　業務ノ執行ト第三者トノ關係……七〇五
第三款　組合事業ノ檢查……七一四
第四款　損益ノ分配……七一五
第五款　組合財產……七一九
第一項　組合財產ノ種類……七一九
第二項　組合財產ノ共有……七二一
第三項　組合財產ノ分割……七二八
第三節　組合ノ終了……七三〇
第一款　組合員ノ脫退……七三〇
第一項　組合員脫退ノ原因……七三一
第二項　組合員脫退ノ效力……七三九
第二款　組合ノ解散……七四三
第一項　組合解散ノ原因……七四三
第二項　組合解散ノ性質……七四六
第三項　組合解散ノ效果……七四九
第十四章　終身定期金……七五四
第一節　終身定期金ノ性質……七五四
第二節　終身定期金契約ノ效力……七五九
第三節　終身定期金契約ノ終了……七六四
第四節　終身定期金ノ遺贈……七六六

第十五章　和解……七六七
第一節　和解ノ性質……七六七
第二節　和解ノ效力……七七三
第二編　事管務理……七七六
第一章　事務管理ノ性質……七七六
第二章　事務管理ノ效力……七八二
第一節　事務管理者ノ義務……七八二
第二節　本人ノ義務……七九三
第三編　不當利得……八〇一
第一章　不當利得ノ性質……八〇一
第二章　不當利得ノ種類……八〇五
第三章　不當利得ノ效力……八〇九
第一節　不當利得返還義務ノ性質……八〇九
第二節　不當利得返還義務ノ範圍……八一〇
第一款　善意ノ受益者……八一〇
第二款　惡意ノ受益者……八一〇
第四章　不當利得返還請求ノ阻却……八一八
第四編　不法行爲……八三九
第一章　不法行爲ノ性質……八三九
第二章　不法行爲ノ權利者……八六二
第三章　不法行爲ノ義務者……八六六
第一節　未成年者心神喪失者カ他人ニ加ヘタル損害……八六七
第二節　被用者請負人カ他人ニ加ヘタル

損害……八七四
第三節　土地ノ工作物竹木ヨリ生スル損害……八七九
第四節　動物ノ加ヘタル損害……八八二
第五節　共同ノ不法行爲ヨリ生シタル損害……八八三
第四章　防禦行爲……八九三
第五章　損害賠償ノ範圍及ヒ方法……八九八
第一節　損害賠償ノ方法……八九八
第二節　損害賠償ノ範圍……八九九
第六章　時效……九〇三

債權各論目次　終

債權各論

法學博士　横田秀雄著

第一編　契約

第一章　契約總論

第一節　契約ノ性質

契約ハ債權發生ノ原因中ニ在テ其首位ニ居リ殊ニ契約自由ノ原則カ立法上ニ於テ確認セラルヽニ至リタル以來實際ノ取引上ニ於テ最モ廣ク利用セラレ經濟上極メテ重要ナル關係ヲ有スル而シテ契約ノ何タルヤニ付キテハ學者ノ說ク所略一定スル所ニシテ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

契約ハ私法上ノ效果ヲ生セシムルヲ目的トスル二人以上ノ間ノ意思表示ノ合致ナリ

今此定義中ニ存スル契約ノ概念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一　契約ハ二人以上ノ間ノ意思表示ノ合致ナリ

契約ニハ其成立ニ干與スル二人以上ノ當事者アルコトヲ必要トスルハ勿論ナレトモ其一方カ一ノ意思ヲ表示シ相手方カ之ニ對當スル他ノ意思ノ表示ヲ爲スコトニ因リテ相方ノ意思表示カ互ニ相投合スルコトヲ要ス例之甲乙ニ金千圓ヲ以テ其所有家屋ヲ賣渡サントスルノ意思ヲ表示シタル場合ニ乙其意思表示ニ對シ金千圓ヲ以テ其家屋ヲ買受クルノ意思ヲ表示シタルトキハ双方ノ意思表示ハ相對當スルニ因リテ互ニ相一致シ茲ニ唯一不可分ナル一ノ賣買契約カ完全ニ成立スルニ至ルヘシ而シテ當事者相互間ニ於テ意思ノ合致アリトスルニハ當事者ノ一方カ意思ノ表示ヲ爲シ相手方カ其意思表示ヲ知リ之レニ同意ヲ表シタルコトヲ必要トス故ニ互ニ相對當スル意思ノ表示カ互ニ相交叉スルモ所謂意思表示ノ併立ノミアリテ意思表示ノ合致ナキヲ以テ契約ハ未タ成立スルニ至ラス何レカ一方ノ意思表示ニ對シ相手方ニ於テ同意ヲ表スルニ因リテ契約ハ成立スルコトヽナル而シテ契約ヲ成立セシメントシテ相手方ノ同意ヲ求ムル當事者一方ノ意思表示ヲ稱シテ申込ト謂ヒ之ニ同意ヲ爲ス相手方ノ意思表示ヲ稱シテ承諾ト謂フ契約ハ常ニ當事者ノ一方ノ申込ニ對スル他方ノ承諾ニ因リテ成立スルモノナリ

契約ノ成立ニハ二人以上ノ間ニ於テ意思表示ノ合致アルコトヲ必要トスルヲ以テ契約ハ所謂雙方行爲ノ一種ニ屬シ法律行爲ノ取消、解除、催告、追認、選擇、通知ノ如キ當事者一方ノ意思表示ノミニテ其效ヲ生スル單獨行爲ト其性質ヲ異ニシ又同一意思ノ表示ノミアリテ相對當スル意思表示ノ投合ヲ缺如スル所ノ組合員社員ノ決議及ヒ當事者雙方ノ登記申請ト其性質ヲ異ニスル所ナリ

第二　契約ハ私法上ノ效果ヲ生セシムルヲ以テ目的トスル二人以上ノ間ノ意思表示ノ合致ナリ

契約ノ成立ニ必要ナル意思ノ表示ハ法律上ノ效果ヲ生セシムルヲ以テ目的トナスコトヲ要シ此性質ヲ有セサル當事者間ノ意思ノ合致ハ契約ヲ成立セシムルコトナシ蓋シ契約ハ其最モ廣キ意義ニ於テハ其內容ノ如何ニ關セス總テ二人以上ノ間ニ於ケル意思ノ合致ヲ意味シ純然タル宗教上社交上風俗上ノ事項モ廣義ニ於ケル契約ノ目的タルコトヲ得ヘシト雖モ我民法ニ所謂契約ハ當事者間ニ於テ法律關係ヲ生セシムルヲ以テ目的トスル所ノ意思表示ノ合致ヲ意味シ當事者間ノ意思表示カ其相互間ニ於ケル法律關係ノ創設ヲ目的トセスシテ純然タル道德上、社交上ノ意義ヲ有スルニ過キサルトキハ其意思表示ハ當事者間ニ於テ法律關係ヲ惹起スヘキ契約ヲ成立セシムルコトナシ加之假令當事者カ其相互間ニ於テ私法上ノ權利關係ヲ創設スルコトヲ目的トシテ意思ノ表示ヲ爲スモ意思表示ノ目的タル事項カ純然タル道德上社交上、風俗上ノ法則ノ支配ヲ受クヘキモノニシテ法律取引ノ範圍外ニ屬スルモノナルトキハ其意思表示ハ契約トシテ法律ノ保護ヲ受クルコトヲ得ス例之佛敎信者タル甲カ基督敎ノ宣敎師タル乙ニ對シ改宗ヲ爲スコトヲ約スルカ如シ是レ民法上ノ契約カ道德上、風俗上、社交上ノ誓言約束ト其性質ヲ異ニスル點ナリトス

契約ハ其相互間ニ於テ法律上ノ效果ヲ生セシムルヲ目的トスル二人以上ノ間ニ於ケル意思表示ニシテ法律ハ契約自由ノ原則ニ從ヒ當事者ノ意思表示ニ其效ヲ與フルモノニ外ナラサルヲ以テ所謂法律行爲ノ一種ニ屬シ且其ノ中ニ在テ最モ重要ナル地位ヲ占ムルモノナリ故ニ契約ハ此點ニ於テ事務管理不法行爲ト其性質ヲ異ニス何トナレハ事務管理不法行爲ニ在テモ亦當事者間ノ權利義務ノ關係ハ契約ト等シク人ノ行爲ヨリ生スルモノナレトモ其權利義務ノ因テ生スル基本ノ觀念ニ於テ差異アリ他ナシ前者ニ在リテハ人ノ行爲ヨリ生スル私法上ノ效果ハ之ヲ目的トスル當事者ノ自由意思ニ基因シ後者ニ在リテハ人ノ故意過失公平ノ觀念若クハ取引上ノ必要ニ因由スル民事上ノ責任ヲ以テ其基礎トスルモノニシテ事務管理者加害者ノ行爲ハ決シテ其當事者ニ於テ法律上ノ效果ヲ生セシムルヲ以テ目的トスルモノニア

ラス法律モ亦當事者ノ意思表示ニ其效ヲ與ヘ其希望シタル效果ヲ生セシムルモノニアラサルヲ以テナリ

第三 契約ハ私法上ノ效果ヲ生セシムルヲ目的トスル二人以上ノ間ノ意思表示ノ合致ナリ

所謂私法上ノ效果トハ私權ノ創設、移轉、變更、消滅ヲ意味シ其私權ノ物權、債權其他ノ財產權ナルト、人身權若クハ親族法上ノ權利ナルトハ之ヲ問フコトヲ要セス然レトモ人身權及ヒ親族權ノ大部分ハ當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ左右スルコトヲ得サルニ依リ其得喪變更ハ多クハ契約ノ目的タルコトヲ得サルモノトス

佛國法系ノ立法例ニ依レハ當事者間ニ於ケル意思ノ合致ニハ一般ニ合意ナル名稱ヲ付シ當事者間ノ合意ニシテ債權ノ創設ヲ主要ノ目的トスルモノニ限リ契約ナル名稱ヲ使用シ以テ之ヲ他ノ合意ト區別セリ然レトモ民法ハ獨法系ノ主義ヲ採用シ二人以上ノ間ニ於テ私法上ノ效果ヲ生セシムルヲ目的トスル所ノ意思ノ合致ハ其何タルヲ問ハス之ヲ以テ契約ナリトシ其間ニ區別ヲ設ケサルコトヽナセリ蓋シ法律行爲ノ分類ハ專ラ學理上立法上ノ便宜ヲ基礎トシ同一種類ノ法律行爲ヲ網羅シ之レニ共通ノ法則ヲ適用スルノ必要ニ出テタルモノニシテ我民法ハ佛國法系ノ分類ヲ以テ學理上實際上ノ便宜ニ適セサルモノト認メ之ヲ襲踏セサリシモノナリ故ニ我民法ニ依ルトキハ純然タル債權ノ創設移轉變更ヲ目的トスル意思ノ合致ハ勿論物權關係ヲ生セシムルノ手段トシテ債權ヲ創設スル意思ノ合致、物權ノ得喪變更ヲ唯一ノ目的トスル意思ノ合致幷ニ親族ノ身分關係ノ發生、變更、消滅ヲ目的トスル意思ノ合致ハ總テ契約ナル法律行爲ノ一大分類中ニ入ルモノナリ但婚姻緣組離婚離緣ノ如キ其他親族ノ身分關係ノ得喪ニ關スル合意ハ契約ニ屬スヘキヤ否ヤニ付テハ學者間ニ議論アリト雖モ是等身分關係ノ發生消滅ハ全ク當事者ノ意示ニ基因スルモノニシテ法律カ之ニ效ヲ與フルハ要スルニ其相互ノ間ニ於テ身分關係ヲ發生消滅變更セントスル當事者ノ希望ヲ充タスモノニ外ナラサルカ故ニ其合意ヲ以テ一ノ契約ナリトスルハ毫モ妨ケナシ蓋シ此場合ニ於テモ亦當事者ノ意思表示ハ要スルニ私法上ノ效果ヲ生セシム

ルヲ目的トシ法律ハ其意思表示ニ效ヲ與フルモノナレハナリ然レトモ此等ノ合意ハ我民法上一ノ契約タルニ拘ハラス特別ノ法則ニ服從シ普通ノ原則ヲ以テ律スルコトヲ得サルハ論ヲ俟タス

第二節　契約ノ種類

契約ハ種々ノ觀察點ヨリ之ヲ數個ニ類別スルコトヲ得ヘシ即チ左ノ如シ

第一　雙務契約片務契約

雙務契約トハ其契約ノ效果トシテ當事者雙方カ交換的ニ債務ヲ負擔スルモノヲ謂フ例之賣買雇傭賃貸借ノ如シ

片務契約トハ契約ノ效果トシテ當事者一方ノミ債務ヲ負擔スルモノヲ謂フ例之無償消費貸借、贈與、無償寄托ノ如シ

契約ニハ其性質上常ニ必ラス雙務ナルモノアリ例之賣買交換賃貸借ノ如シ又時トシテハ片務ニシテ時トシテハ雙務契約ナルモノアリ例之贈與ハ其性質ニ於テハ片務契約ナルモ其ノ負擔付ノモノハ我民法上雙務ナルカ如シ

雙務契約ト片務契約ヲ區別スルノ實用ハ(一)雙務契約ニハ同時履行ノ抗辯アレトモ片務契約ニハ此事ナシ(二)雙務契約ニハ危險負擔ノ問題アルモ片務契約ニハ此事ナシ(三)雙務契約ハ當事者雙方ヲシテ義務ヲ負擔セシムルヲ以テ各當事者ニ完全ナル行爲能力アルコトヲ必要トス之ニ反シテ片務契約例之贈與ニ在テハ贈與者ハ完全ナル行爲能力ヲ享有セサルヘカラサルモ受贈者ニハ必ラスシモ此能力アルコトヲ要セス(四)契約ノ解除ハ雙務契約ニ付テノミ之ヲ許サヽル法制アリ我民法ニハ何等ノ制限ナキヲ以テ各種ノ契約ニ通シテ適用セラルヘキモノトス然レトモ契約ノ解除ハ主トシテ就中雙務契約ニ於テ實ハ益アリ片務契約ニ付テハ殆ント實用ナキハ爭フヘカラス

雙務契約ニハ廣狹二樣ノ意義アリ狹義ノ雙務契約ハ當事者雙方ニ於テ交換的ニ或給付ヲ爲スコトヲ目的トスルモノヲ謂フ賣買交換雇傭請負賃貸借ノ如シ民法第三編第一章第一節ニ所謂雙務契約ハ此意義ヲ有ス廣義ノ雙務契約ハ契約ノ效力トシテ當事者雙方カ給付義務ヲ負擔スルモノヲ謂フ例之使

用貸借ノ如シ蓋シ使用貸借ニ在テハ使用借主ニ借用物返還ノ義務アルノミニシテ貸主ハ借主ニ對シテ何等ノ義務ヲ負擔セサルカ如キ觀アルモ貸主ハ契約ノ存續スル限リ借主ヲシテ其物ヲ使用セシメ之ヲ妨ケサルノ消極的義務ヲ負擔シ此義務ハ使用貸借契約ニ因リテ負擔シタル對人的ノモノナルカ故ニ貸主モ亦借主ニ對シ一種ノ義務ヲ負擔スルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ又委任契約カ無償ナル場合ニ於テハ受任者ニ於テ委任ノ目的タル事務ヲ處理スルノ債務ヲ負擔シ委任者ハ受任者ニ對シ何等ノ義務ヲ負擔セサルモノヽ如シ然レトモ後ニ至リ受任者カ委任事務ノ處理ニ必要ナル費用ノ立替ヲ爲シ又ハ過失ナクシテ損害ヲ受ケタルトキハ委任者ニ對シテ之カ償還ヲ請求スルノ權利ヲ有シ此場合ニ於ケル委任者ノ償還義務ハ委任契約ニ基因スルヤ明カナリ而シテ此義務ハ契約成立當時ニハ存在セスシテ後ニ至リ發生シタルモノナルヲ以テ學者之ヲ稱シテ不完全ナル雙務契約ナリトナセリ然レトモ余ノ信スル所ニ依レハ委任者ノ義務ハ契約成立當時既ニ抽象的ニ發生シ費用償還幷ニ損害賠償ノ義務ハ即チ其效果ニ過キサルモノ

ニシテ受任者カ費用ノ立替ヲ爲シ又ハ損害ヲ被ムリタル場合ニ於テ委任者ノ義務發生シタルモノトスルハ非ナリ蓋シ委任者ハ委任契約ニ因リ委託ノ結果ニ對シテ受任者ノ利益ヲ保護スヘキ一般的ノ義務ヲ負擔シタルモノニシテ假令其義務ハ具體的ノモノニヨラスシテ單ニ抽象的ニ定マレルモノナルニモセヨ之ヲ以テ契約ニ因リ負擔シタル債務ナリトスルニ於テ理論上何等ノ支障アルコトナケレハナリ然レトモ何レノ場合ニ於テモ契約當事者ノ給付義務ハ交換的ニ履行スヘキ性質ノモノニアラサルヲ以テ民法ニ所謂雙務契約ニ屬セサルハ論ヲ俟タス從テ雙務契約ニ固有ナル原則ノ適用ヲ受クヘキモノニアラサルハ多言ヲ要セスシテ明カナリ

第二　財產契約身分契約

財產契約トハ當事者ノ一方カ財產又ハ上ノ利益ヲ相手方ニ供與スルヲ目的トスル契約ヲ謂フ例之賣買交換賃貸借ノ如シ

身分契約トハ人ノ身分ノ得喪變更ヲ生セシムルヲ目的トスル契約ヲ謂フ例之婚姻緣組ノ如シ

第三　有償契約無償契約

有償契約トハ各當事者カ互ニ相手方ニ財産上ノ利益ヲ供與シテ出捐ヲ爲ス契約ヲ謂フ賣買、交換、利息付消費貸借、有償ノ委任、寄託ノ如シ

無償契約トハ當事者ノ一方ノミ相手方ニ財産上ノ利益ヲ供與シテ出捐ヲ爲ス契約ヲ謂フ贈與、無利息ノ消費貸借ノ如シ

契約ニハ其性質上常ニ必ラス有償ナルコトヲ要スルモノアリ賣買、交換、賃貸借ノ如シ常ニ必ラス無償ナルコトヲ要スルモノアリ贈與、使用、貸借ノ如シ時トシテハ無償ニシテ時トシテハ有償ナルモノアリ消費貸借、委任、寄託ノ如シ雙務契約ハ當事者雙方ヲシテ給付義務ヲ負擔セシムルヲ以テ常ニ必ラス有償契約ナルモ有償契約ハ常ニ必ラスシモ雙務契約ニアラス例之利息付消費貸借ハ有償ナルモ尚ホ片務タルコトヲ妨ケサルカ如シ

有償契約ト無償契約ヲ區別スルノ實益ハ主トシテ當事者能力幷ニ之ニ適用スヘキ法律規定ヲ異ニスルノ點ニアリ例之賣買ニ關スル規定ハ一般ニ有償契約ヲ支配スルモ無償契約ニハ其適用ヲ見サルカ如シ

第四　要因契約不要因契約(具體的契約抽象的契約)

要因契約トハ當事者ノ一方カ契約上相手方ニ對シテ或財産上ノ利益ヲ供與シ其他契約ニ定ムル效果ノ發生ニ付キ一定ノ目的即チ所謂原因ノ存在ヲ必要トスル契約ヲ謂フ例之賣買ノ如シ蓋シ賣買契約ハ賣主ニ於テ或財産權ヲ買主ニ移轉スルノ義務ヲ負擔シ買主ハ賣主ニ對シテ其代金ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スルヲ以テ其內容ト爲スモノニシテ賣主カ財産權移轉ノ義務ヲ負擔スルハ買主カ之ニ對シテ代金ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スルカ爲メニシテ買主ノ代金支拂ノ義務ハ即チ賣主カ財産權移轉ノ義務ヲ負擔スル所以ノ目的トナリ其原因トナルモノナリ之レト均シク賣主ノ財産權移轉ノ義務ハ買主ノ代金支拂ノ義務ノ原因トナリ目的トナリテ分離スヘカラサル關係ヲ有スルモノナリ故ニ要因契約ニ在テハ原因ハ契約成立ノ一要件ヲ成シ其欠缺ハ常ニ契約ノ成立ヲ妨クルモノトス贈與、交換其他債權契約ハ要因契約ニ屬ス不要因契約トハ契約ニ定ムル財産上ノ利益ノ供與其他ノ效果ノ發生ニ付キ原因ノ存在ヲ必要トセサルモノヲ謂フ例之身分契約ノ如シ蓋シ婚姻緣組其

他身分ノ得喪變更ヲ目的トスル契約ハ其原因目的ノ如何ニ拘ハラス常ニ其效ヲ生スルモノニシテ當事者ノ豫想シタル原因ノ欠缺ハ毫モ契約ノ成立ニ影響ヲ及ホスコトナシ物權契約ハ債權契約ニ因由スル場合ト雖トモ其契約カ別箇ノ成立ヲ有スルモノナルトキハ債權契約ノ無效ナルカ爲メ其無效ヲ惹起スルコトナシ例之不特定物ノ給付ヲ目的トスル契約カ不成立ナルカ又ハ取消サレタル場合ニ其契約ノ履行トシテ當事者間ニ於テ目的物ノ授受アリタルトキハ此授受ニ因リテ成立スル目的物ノ所有權移轉ノ契約ハ有效ニシテ目的物ノ所有權ハ原因タル契約ノ存在セサルニ拘ハラス相手方ニ移轉シ相手方ハ唯タ原因ナクシテ給付ヲ受ケタルモノトシテ其權利ヲ給付者ニ返還シテ原狀ニ復スルノ債務ヲ負擔スルニ過キス

第五 要式契約、不要式契約

要式契約トハ契約ノ成立ニ要スル意思表示ノ形式カ法律上一定スルモノヲ謂フ例之契約成立ノ要件トシテ證書ヲ作成シ又ハ官吏ノ面前ニ於テ若クハ證人ノ立會ヲ以テ意思ノ表示ヲ爲スノ類ニシテ届出ニ依リテ效力ヲ生スル

婚姻、緣組、離婚、離緣ハ要式契約ノ一種ニ屬ス

不要式契約ハ其名稱ノ示ス如ク契約ノ成立ニ付キテ當事者間ニ意思表示アルノミヲ以テ足リ其意思表示ニ付キ格段ナル形式ヲ履ムコトヲ要セサルモノヲ謂フ賣買贈與其他一般契約ハ不要式ナルヲ原則トシ要式ナルヲ例外トス是レ羅馬法其他ノ古代法ト異ナル所ナリ蓋シ法律思想ノ幼稚ナル原始社會ニ在テハ形式ノ履行ハ一ハ契約ノ成立ニ付キ當事者間ニ於テ疑ヲ生セシメサル爲メニシテ一ハ他日ノ爲メ證據ヲ保存スルノ必要ニ出テタルモノナリ然レトモ人智漸ク開ケ各人事理ニ通曉スルニ從ヒ意思ノ表示ハ其形式ノ如何ニ依リテ其效力ヲ異ニスルノ理由ナキコトヲ認識スルト同時ニ證據保存ノ道モ益々完備シ敢テ一定ノ形式ヲ遵守スルノ必要ナキノミナラス取引關係ノ漸ク複雜ナルニ從ヒ形式ノ履行ハ却テ取引ノ敏活ヲ妨クルノ結果ヲ覺知スルニ至レリ是レ古代法カ概シテ形式ヲ重ンシタルニ反シ近代ノ法律カ一般ニ形式ヲ廢スルノ方針ヲ採用スル所以ナリ

第六 諾成契約、要物契約(又ハ實踐契約)

諾成契約ハ當事者ノ意思ノ合致ノミニテ直チニ成立スル契約ヲ謂フ例之賣買交換賃貸借ノ如シ

要物契約又ハ實踐契約トハ其成立ニ付キ當事者ノ意思ノ合致ノ外ニ物ノ授受ヲ必要トスル契約ヲ謂フ消費貸借、寄託、質契約ノ如シ

契約ハ諾成ナルヲ原則トシ要物ナルヲ例外トス此點モ亦タ古代法ト趣ヲ異ニスル所ニシテ契約ハ漸次ニ要物ヨリ諾成ニ進化シタルモノナリ

第七　實定契約、射倖契約

實定契約トハ契約ヨリ生スル當事者相方ノ損益カ契約當時ニ於テ確定スルモノヲ謂フ例之賣買交換ノ如シ

射倖契約トハ契約ヨリ生スル當事者ノ損益カ偶然ノ事實ニ繫ルモノヲ謂フ例之保險契約終身定期金ノ如シ

實定契約、射倖契約ハ有償契約ノ細別ニシテ各當事者ノ出捐ノ範圍カ契約當時一定スルカ若クハ偶然ノ事實ニ繫ルヤニ依リテ定マルモノナリ故ニ射倖契約ハ契約當時既ニ成立シ唯契約ヨリ生スル各當事者ノ損益カ不確定ナルニ過キサルヲ以テ停止條件附契約ニ在テハ契約其モノヽ成立カ不確定ナル事實ノ到來ニ繫カルモノナレハナリ又契約ノ實定ナルヤ射倖ナルヤハ契約ヨリ生スル各當事者ノ損益カ豫メ一定スルヤ否ヤニ依リテ定マルモノニシテ其契約ニ因リ各當事者カ結局享有スヘキ損益如何ニ依ルヘキモノニアラス例之賣買ハ或意味ニ於テハ射倖的性質ヲ有ス何トナレハ後日ニ於ケル相場ノ變動ニ因リ其契約ハ或ハ賣主ノ利得ニ歸シ買主ニ於テ損失ヲ被ムリ或ハ反對ニ於テ買主ノ利得ニ歸シ賣主ニ於テ損失ヲ被ムルコトアルヘク當事者雙方ノ損益ハ相場ノ變動ナル偶然ノ事實ニ繫ルモノナレハナリ然レトモ之レアルカ爲メ賣買ハ實定契約タルコトヲ失ハサルモノトス何トナレハ契約ヨリ生スル各當事者ノ損益(即チ契約上各當事者ノ享有スヘキ利益ト契約上各當事者ノ負擔スヘキ損失ノ範圍)ハ契約ノ當時ニ於テ確定スルモノナレハナリ然レトモ賣買ノ目的物カ來年度ノ收穫ニシテ買主ニ於テ其收穫ノ有無多少ニ拘ハラス一定ノ金額ヲ支拂フノ約ナルトキハ契約ヨリ生スル當事者ノ損益ハ年ノ豐凶ナル偶然

ノ事實ニ繫リ豫シメ確定セサルヲ以テ其賣買ハ一種ノ射倖契約タルノ性質ヲ帶フルモノトス

射倖契約中ニハ往々ニシテ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反シ何等ノ效力ヲ生セサルモノアリ例之賭博富籤ニ關スル契約ノ如シ之ニ反シテ競技ニ關スル契約ハ各國法制ノ共ニ認ムル所ナリ又佛民法幷舊民法ハ不動產ノ賣買ニ付キ損失ヲ理由トスル解除ヲ認メタルヲ以テ此關係上實定契約ト射倖契約ヲ區別スルノ必要アリタレトモ我民法ハ此種ノ解除原因ヲ認メサルヲ以テ此區別ハ我民法ニ於テハ殆ント其實用ヲ見サルモノトス

第八　債權契約物權契約

債權契約トハ其效力トシテ當事者相互間ニ於テ債權債務關係ヲ生スル契約ヲ謂フ例之賣買贈與交換ノ如シ其他民法債權編ニ認ムル契約ハ總テ債權契約ニ屬ス

物權契約トハ契約ノ效果トシテ物權ノ得喪變更ヲ生スルモノヲ謂フ例之特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル契約ノ如シ不特定物ノ讓渡ヲ目的トスル債務ノ履行又ハ消費貸借ノ締結ニ付キ當事者間ニ於テ物ノ授受ヲ爲ス場合ニ於テ其授受ハ目的物ノ所有權ヲ移轉スル一ノ物權契約ヲ構成スルモノトス

獨逸法系ノ立法主義ニ依レハ債權契約ト物權契約トハ互ニ獨立セル二個ノ契約ニ屬シ物權契約ハ動產ニ付キテハ引渡不動產ニ付キテハ登記ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生スルモノトス我民法其他佛國法系ノ立法主義ニ依ルトキハ物權契約ノ成立ニ付キ必ラスシモ登記又ハ引渡ヲ必要トセサルト同時ニ物權契約ハ必ラスシモ債權契約ニ對シテ別箇獨立ナル契約ヲ成スモノニアラス從テ同一ノ契約カ債權契約タルト同時ニ物權契約タルコトアリ例之特定物ノ賣買ノ如シ之ニ反シテ不特定物ノ讓渡ヲ目的トスル賣買ニ在リテハ目的物ノ授受ハ其所有權ヲ移轉スル一ノ物權契約ニシテ債權契約タル賣買ニ對シテ全ク別異ナル契約ニ屬ス其他目的物ノ引渡ト共ニ之ニ對スル權利ヲ設定移轉スル契約ハ總テ獨立セル物權契約ヲ成スモノトス

第九　有名契約無名契約

有名契約トハ法律上特殊ノ名稱ヲ有スル契約ヲ謂フ贈與、賣買、交換其他民法第三編第二章第二節以下ニ規定スルモノ即チ是レナリ

無名契約トハ法律上特別ノ名稱ヲ有セサル契約ヲ謂フ不作爲ノ給付ヲ目的トスル契約其他一般ニ法律ニ特別ノ名稱ナキ各種ノ契約ハ總テ無名契約ナリ

有名契約ト無名契約ノ區別ハ法律規定ノ適用ニ關シテ其實用アリ有名契約ハ其契約ニ付キ特ニ設ケラレタル規定ニ服從シ無名契約ハ一般ノ原則ヲ適用スルノ外之レニ類似スル有名契約ノ規定ヲ準用シテ其性質效力ヲ定ムヘキモノトス

第十 主タル契約、從タル契約

主タル契約トハ他ノ契約ニ關セス獨立シテ成立スル契約ヲ謂フ賣買、贈與、交換ノ如シ

從タル契約トハ契約ノ成立カ他ノ契約ノ成立ニ關係ヲ有スルモノヲ謂フ例之利息ノ契約保證契約質契約ノ如シ

主タル契約ト從タル契約トノ關係ニ付テハ「從ハ主ニ從フ」テフ原則ヲ適用シ主タル契約ノ不成立ハ其當然ノ效果トシテ從タル契約ヲ不成立ナラシメ契約ノ取消解除其他ノ原因ヨリ生スル主タル契約ノ消滅モ亦タ從タル契約ノ消滅ヲ隨伴スルモノトス之ニ反シテ從タル契約ノ無效取消解除其他ノ消滅原因ハ主タル契約ノ效力ニ影響ヲ及ホサヽルモノトス

第十一 生前契約、死後契約

生前契約トハ當事者ノ生存中ニ其效力ヲ生スル契約ヲ謂フ賣買交換貸借其他ノ契約ハ一般ニ生存契約ナリ

死後契約トハ當事者死亡ノ時ヲ期シテ效力ヲ生スヘキ契約ヲ謂フ贈與者ノ死亡ニ因リテ其效力ヲ生スル贈與(死因贈與)ノ如シ

第三節 契約ノ要素

契約ニ付キテモ亦タ一般法律行爲ト等シク三個ノ元素ヲ區別スルコトヲ得要素、常素、偶素即チ是ナリ

常素ハ特別ノ意思表示ヲ要セスシテ普通契約ニ伴フ元素ニシテ特約ヲ以テ之ヲ除外スルコトヲ得ルモノヲ謂フ賣買契約ニ於ケル賣主ノ擔保義務ノ如シ

偶素トハ普通契約ニ存セサルモ特約ヲ以テ之ヲ附加スルコトヲ得ル元素ヲ謂フ法律上ノ擔保義務ヲ增減變更スルカ如シ

要素トハ契約ノ成立ニ缺クヘカラサル元素ニシテ其欠缺ハ契約ノ不成立ヲ惹起スルモノヲ謂フ例之一般契約ノ成立ニ必要ナル意思表示ノ合致賣買契約ノ成立ニ必要ナル代金支拂ノ義務ト財產權ノ移轉ノ義務ノ如シ

契約ノ要素ハ一般ノモノト特別ノモノニ區別スルコトヲ得一般ノ要素トハ一般契約ノ成立ニ要スル元素ヲ謂ヒ特別ノ要素トハ特種ノ契約ニ要スル元素ヲ謂フ當事者ノ意思表示ハ前者ニ屬シ賣買契約ニ於ケル代金ノ支拂幷ニ財產權ノ移轉ノ義務ハ後者ニ屬ス

特別ノ要素ハ各種ノ契約ヲ論スルニ當リ各別ニ說明スヘシ而シテ一般契約ノ成立ニ缺クヘカラサル要素ハ左ノ如シ

第一 有效ナル意思表示アルコトヲ要ス

契約ハ私法上ノ效果ヲ發生セシムルヲ目的トスル當事者間ノ法律行爲ニシテ當事者ノ意思表示ハ實ニ契約ノ實質ヲ形成スルモノナレハ其成立ニ付キ當事者ノ意思表示ナカルヘカラサルハ敢テ辯ヲ俟タサル所ナリ而シテ契約カ既ニ當事者間ノ法律行爲タル以上ハ完全ニ其效力ヲ生スルニハ一般法律行爲ト等シク完全ナル行爲能力ヲ享有スル當事者カ有效ナル意思表示ノ內容ハ適法可能ニシテ且ツ確定シ又ハ確定シ得ヘキモノタルコトヲ要ス而シテ是等意思表示ノ要素ハ之ヲ民法總則ニ關スル研究ニ委ネ玆ニ之ヲ論スルノ要ナシ

第二 二個以上ノ意思表示カ相合致スルコト

契約ハ雙方行爲ニシテ二人以上ノ人カ各意思ヲ有シテ之ヲ表示シ表示セラレタル意思カ互ニ相合致スルコトヲ要ス契約カ法律行爲中ニ於テ特種ノ分類ヲ形成スルハ實ニ此點ニ在リテ存スルモノナリ而シテ契約當事者中契約ノ效力トシテ給付ヲ約スル者ヲ稱シテ諾約者ト云ヒ其給付ヲ受クヘキ者ヲ稱シテ要約者ト謂フ

契約ハ二人以上ノ意思表示ノ合致ナルヲ以テ表示セラレサル意思ハ偶マ其内容ニ於テ相一致スルコトアルモ之レカ爲メ契約ノ成立ヲ見ルコトナカルヘキハ勿論當事者間ニ於テ意思ノ表示アリタル場合ト雖トモ各自別々ニ同一ノ意思ヲ表示シタルニ止マリ表示セラレタル一方ノ意思ニ對シ他方モ亦タ同一ノ意思ヲ表示シタルニアラサルトキハ所謂意思ノ併立アリテ意思ノ合致アルコトナシ換言スレハ契約ノ成立ニハ當事者ノ一方カ先ツ契約ノ成立ニ要スル一ノ意思ノ表示即チ所謂申込ヲ爲シ其申込ヲ受ケタル他方モ亦之ニ對當スル他ノ意思ヲ表示シテ同意即チ承諾ヲ爲スコトヲ必要トシ互ニ相交叉セル二個ノ意思表示ハ二個ノ申込ノミアリテ申込ニ對スル承諾ナキヲ以テ當事者ノ何レカ一方カ相手方ノ意思表示ヲ知リ之ニ對シ其意思表示ヲ爲スマテハ契約ハ成立スルニ至ラサルモノトス

佛國民法及舊民法ニハ契約成立ノ要件トシテ契約ノ原因ノ存在スルコトヲ必要トセリ例之賣買契約ニ在テハ賣主カ契約ニ因リ財產權移轉ノ義務ヲ負擔スルノ原因ハ買主カ代金支拂ノ義務ヲ負擔スルニ存シ買主カ契約ニ因リ代金支拂ノ義務ヲ負擔スルノ原因ハ賣主カ財產權ヲ移轉スルニアリ又贈與ニ於テ贈與者カ財產ヲ受贈者ニ與フルノ義務ヲ負擔スルノ原因ハ受贈者ニ恩惠ヲ與フルニアルカ如シ然レトモ我民法ハ一般契約ノ成立要件トシテ當事者ノ意思ノ合致ノ外契約ノ原因ナルモノヲ認メス何トナレハ契約成立ノ一條件トシテ原因ノ存在ヲ必要トスルコトハ各種ノ契約ニ通スル原則ニアラス原因ナキ契約ト雖トモ法律上有效ニ成立スルコトアルハ既ニ說明スル所ノ如クナルヲ以テナリ然レトモ契約後ノ成立ニ付キ一定ノ原因ヲ必要トスル場合ニ於テハ其原因ノ欠缺ハ契約ノ成立ヲ妨クルノ結果ヲ生スヘキハ勿論ナリト雖トモ既ニ意思表示ノ成立要件トシテ適法可能ナル內容ヲ有シ且其要素ニ錯誤ナキコトヲ要求スル以上ハ要因契約ニ於ケル原因ノ欠缺如何ノ問題ハ是等契約成立ノ要件欠缺スルヤ否ヤノ問題中ニ自カラ包含セラレテ其成立不成立ヲ決スルコトヲ得ヘキヲ以テ別ニ契約ノ原因ヲ以テ契約成立ノ要件トナスノ必要ナシ而シテ各場合ニ於テ當事者ノ締結シタル契約ノ性質並ニ各當事者ノ負擔スル義務ノ原因ヲ探究スルコトハ契約ノ效力ヲ

定ムルニ付キ頗ル有益ニシテ其契約カ要因的ナル場合ニ當事者ノ豫想シタル原因ノ存在セサルコトカ明確トナリタルトキハ其契約ハ或ハ不能ノ内容ヲ有スルモノトシ或ハ契約ノ要素ニ錯誤アルモノトシテ無效ニ歸スヘキハ疑ヲ容レス故ニ要因契約ニ付テハ原因ノ有無ハ常ニ契約ノ有效無效ヲ判斷スヘキ重要ノ材料タルヘキハ疑ヲ容レス

契約ノ成立ニハ當事者ノ意思表示カ如何ナル點マテ合致スルコトヲ要スルヤノ問題ニ付キテハ我民法ニハ別ニ規定ヲ設ケス之ヲ學理上實際上ノ解釋ニ一任シタリ而シテ當事者ノ意思表示カ契約ノ成立要件ニ關シテハ互ニ相一致シ其要件ニ屬セサル他ノ點ハ之ヲ不問ニ付シタル場合ニ於テハ其契約ハ完全ニ成立スヘク其他ノ點ニ付キテハ法律ノ規定ヲ以テ之ヲ補充スルコトヲ得ヘシ例之賣買契約ニ在テハ當事者カ賣買ノ目的タル財產權ト其代金トニ付キテ意思表示ヲ爲シ目的物引渡幷ニ代金支拂ノ場所時期ニ付キテハ別意ノ意思表示ヲ爲サヽリシ場合ノ如シ然レトモ當事者カ契約ノ要素ト共ニ其他ノ點ヲモ併セテ定ムルノ意思ヲ有スル場合ニ於テハ當事者ハ契約ノ

成立ヲ總テノ點ニ關スル意思ノ合致ニ繫ラシメタルモノト認ムヘキヲ以テ當事者ノ意思表示カ主要ノ點ニ於テ一致スルモ其他ノ點ニ於テ一致ヲ缺クトキハ所謂意思ノ合致ナキモノナレハ反證ナキ限リハ契約ハ未タ成立セサルモノト解釋セサルヘカラス反之當事者ノ意思表示カ契約ノ要素ニ關シテハ互ニ相一致シ且當事者ニ於テ契約ハ成立シタルモノト思料シタルトキハ其他ノ點ニ付キテ意思ノ合致ヲ缺クモ反證ナキ限リハ意思ノ合致シタル部分ニ付キテ契約ヲ成立セシムルヲ相當ナリトス何トナレハ既ニ雙方ノ意思表示カ主要ノ點ニ於テ一致スル以上ハ假令他ノ點ニ於テ意思ノ齟齬アルモ當事者ノ意思ハ契約ヲ成立セシムルニ在リト推測シ得ヘキヲ以テナリ是レ獨逸民法第百五十四條第百五十五條ニ規定スル所ニシテ此規定ハ契約ノ性質ヨリ演繹シタルモノナレハ我民法ノ解釋上ニ於テモ亦遵據スヘキモノナリト信ス

第四節　申込

第一款　申込ノ性質

申込トハ當事者ノ一方カ相手方ノ承諾ニ因リテ直チニ契約ヲ成立セシムルノ意思ヲ以テ相手方ノ同意ヲ喚起センカ爲メニ相手方ニ對シテ爲スト云フコトロノ意思表示ナリ此定義ニ從ヒ申込ノ觀念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一　有效ナル意思表示アルコトヲ要ス

茲ニ申込アリトスルニハ契約ヲ締結セントスル當事者一方ノ意思ト其意思ノ表示カルヘカラス表示セラレサル意思ハ法律上何等ノ效力ヲ有セス但其意思ヲ表示スル方法ハ明示タルト默示タルトヲ問フコトヲ要セス其他意思表示ノ有效ナルカ爲メニ要スル條件ニ付キテハ意思表示ノ效力ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スヘキモノトス

第二　申込ハ相手方ノ承諾ニ因リ直チニ契約ヲ成立セシムルノ意思ヲ以テ爲スコトヲ要ス

申込ハ相手方ノ承諾ヲ喚起スルノ目的ヲ以テ爲スコト換言スレハ相手方ノ承諾ニ遇ハヽ新タニ意思表示ヲ爲スコトヲ要セスシテ直チニ契約ヲ成立セシムルノ意思ニテ之ヲ爲スコトヲ要ス茲ニ於テ次ノ效果ヲ生ス(一)茲ニ申込アレハ相手方ノ承諾ニ因リ契約成立スルモノナレハ申込ハ常ニ必ラス申込者ヲ羈束スヘキ性質ノモノタルコトヲ要シ此性質ヲ缺ク所ノ意思表示ハ申込ニアラス從テ相手方カ之ニ對シ同意ヲ表スルコトニ因リテ直チニ契約成立セシムルコトヲ得ス例之甲者乙者ニ對シ單純ニ乙者ト契約ヲ締結セントスルノ希望ヲ有スルコトヲ述フルカ如シ(二)申込ト申込ノ誘引トハ之ヲ區別スルコトヲ要ス蓋シ申込ハ相手方ノ承諾ヲ喚起シ因テ以テ相手方ノ承諾ニ因リ直チニ契約ヲ成立セシムルノ行爲ナルモ申込ノ誘引ハ單ニ契約ノ締結ニ關スル他人ノ申込ヲ誘ハンカ爲メニ爲ス所ノ意思ノ表示ナルヲ以テ契約ハ相手方ノ承諾ニ因リテ直チニ成立スルコトナク更ニ新タニ申込ノ誘引者ト相手方トノ間ニ於テ意思ノ合致アルコト換言スレハ相手方ノ申込ト之ニ對スル誘引者ノ承諾アルコトヲ必要トス而シテ實際ニ於テハ此二者ヲ區別

スルノ極メテ困難ナル場合ヲ生スルコトアルヘシト雖トモ要スルニ各場合ニ於ケル實際ノ狀況ニ從ヒ表意ヲ爲シタル人ノ眞意ヲ探究シ其意思表示ハ直チニ契約ヲ成立セシムヘキ性質ノモノナルヤ否ヤニ依リテ之ヲ決スルノ外ナシ例之物品ノ種類品質代價汽船汽車ノ發着時間運賃貸借ノ條件ヲ掲ケタル各種ノ廣告引札ハ取引上ニ於テ往々利用セラルヽ所ナリト雖トモ多クハ顧客ニ契約ノ締結ニ關スル便宜ヲ與ヘ其申込ヲ待ツモノニ外ナラスシテ所謂申込ノ誘引タルニ過キサルモノトス又商人カ正札ヲ付シテ物品ヲ店頭ニ陳列スル場合ハ契約ノ申込ニ該當スルヤ若クハ單ニ申込ノ誘引タルニ過キサルヤハ各場合ニ於ケル實際ノ狀況ニ從ヒ取引上ノ觀念ヲ基礎トシテ決スヘキ意思解釋ノ問題ニ屬シ一概ニ之ヲ斷定スルコトヲ得スト雖トモ特定ノ商品ニ撰リ取リ一錢一山百文又ハ一皿十錢ノ正札ヲ付シ目的物ト代價トヲ特ニ指定シテ顧客ノ求メニ應スルハ單純ナル申込ノ誘引ニアラスシテ純然タル申込ナリト解釋セサルヘカラス故ニ普通ニ行ハルヽ廣告ハ場合ニ從ヒ或ハ單純ナル申込ノ誘引タルニ過キサルコトアリ或ハ純然タル申込ノ性質ヲ有スルコトアリテ或ハ後ニ說明スル懸賞廣告ノ性質ヲ有スルコトアリテ廣告カ何レノ種類ニ屬スルヤハ廣告ノ內容ト廣告者ノ意思トニ依リテ之ヲ決定スルコトヲ要ス

第三　申込ハ相手方ノ承諾ニ因リ直チニ契約ヲ成立セシメ得ヘキモノタルコトヲ要ス

申込ハ相手方ノ承諾ニ因リ直チニ契約ヲ成立セシムルノ目的ヲ以テ之ヲ爲スモノナルカ故ニ當事者一方ノ意思表示カ申込トシテ其效力ヲ生スルカ爲メニハ其意思表示ノ內容確定シ契約ノ成立ニ要スル一切ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス何トナレハ意思表示ノ內容カ此程度ニ於テ確定セサルトキハ契約ハ相手方ノ承諾ニ因リ直チニ成立シ得ヘカラスシテ其意思表示ハ尙ホ契約締結ノ準備行爲タルニ過キサルヲ以テナリ故ニ賣買ノ申込ニ在リテハ其申込ノ內容トシテ目的物ト代金ヲ指定シ賃貸借ノ申込ニ付テハ目的物ト借賃トヲ明示シ他ニ別段ノ商議ヲ要セス相手方ノ承諾ニ因リ賣買賃貸借ノ成立シ得ヘキ方法ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス但契約ノ成立ニ必要ナル主要ノ

點ニシテ申込中ニ確定セラルヽニ於テハ其他ノ點ハ之ヲ不問ニ付シ又ハ之ヲ他日ニ於ケル當事者ノ協議ニ讓ルコトヽナスモ契約ハ有效ニ成立シ得ヘキヲ以テ申込ノ效力ハ之レカ爲メ毫モ妨ケラルヽコトナキハ勿論ナリ

第四 申込ハ相手方ニ對シテ表示セラルヽコトヲ要ス

申込ハ契約當事者ノ一方ヨリ他ノ一方ニ對シテ之ヲ爲シ以テ其承諾ヲ喚起スルモノナレハ申込ノ有效ナルニハ相手方ニ了知セシムルノ目的ヲ以テ相手方ニ對シテ之レカ通知ヲ爲スコトヲ要ス故ニ申込者カ單獨ニ爲シタル意思ノ表示ハ申込トシテ效力ナク相手方カ偶然ニ之ヲ探知シテ承諾ノ意思ヲ表示スルモ爲メニ契約ノ成立ヲ見ルニ至ラサルハ論ヲ俟タス然レトモ申込ハ之ヲ相手方ニ通知スルヲ以テ足レリトシ特定ノ相手方ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ必要トセス世間一般ノ人ヲ相手方トシ廣告其他ノ方法ニ依リ一般的ニ之ヲ爲スハ毫モ妨ケナシ

申込ハ相手方ノ受領ヲ要スル單獨行爲ノ一種ニシテ意思表示ノ效力ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ相手方ニ通知セラルヽニアラサレハ其效力ヲ生セス而シテ此通知ハ申込者ノ意思ニ基ツキ相手方ヲシテ申込ヲ了知セシムル目的方法ヲ以テ之ヲ爲シ且相手方ニ於テ現ニ其申込ヲ認識シ又ハ之ヲ認識シ得ルコトヲ必要トス從テ申込カ申込者ノ意思ナクシテ相手方ニ通知セラレ又ハ相手方カ偶然ナル事由ニ因リ申込者ノ意思ヲ認知スルモ之カ爲メ申込ハ其效力ヲ生スルコトナシ相手方カ申込ノ通知ニ接スルモ之ヲ認識スルコトヲ能ハサル場合ニ於テモ亦然リトス而シテ對話者間ニ於テハ申込ハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ其意思ヲ表示シ相手方ヲシテ現ニ之ヲ了知セシメ又ハ之ヲ了知セシムヘキ方法ヲ取リタル時ヲ以テ其效力ヲ生スヘク隔地者間ニ於ケル申込ニ付キテハ民法第九十七條第一項ニ特別規定アリ申込ハ其通知カ相手方ニ到達シタル時ヲ以テ其效力ヲ發生シ相手方カ之ヲ了知シタルト否トヲ問ハサルモノトス然レトモ此場合ニ於テモ相手方ヲシテ申込ヲ了知スルコトヲ得セシムヘキ方法ヲ以テ通知ヲ爲スコトヲ要スルハ勿論ナリ」

默示ノ申込ハ相手方カ申込者ニ申込ノ意思アルコトヲ推定シ得ヘキ事實ヲ知了シタル時ヨリ其效力ヲ生シ相手方カ之ヲ了知セサル間ハ申込ハ其效力

ヲ生セサルモノトス

申込ハ相手方ニ對スル通知又ハ其通知ノ到達ヲ待テ成立シ其以前ニハ何等ノ效力ヲ生セサルヲ以テ申込者ハ任意ニ之ヲ取消スコトヲ得ルト同時ニ相手方カ之ニ對シテ承諾ノ意思ヲ表示スルモ爲メニ其ノ承諾ハ契約ヲ成立セシムルノ效ナカルヘキハ勿論ナリ

第二款　申込ノ效力

申込カ有效ニ成立シタルトキハ二箇ノ效果ヲ生ス其一ハ申込ノ拘束力ニシテ申込者ヲシテ一定ノ期間其申込ヲ繼續シテ之ヲ取消スコトヲ得サラシムルニアリ其二ハ申込ノ承諾能力ニシテ相手方ノ承諾ニ因リ直チニ契約ヲ成立セシムルニアリ前者ハ所謂形式的效力ニシテ後者ハ所謂實質的效力ナリトス

第一項　申込ノ形式的效力

申込者ハ自己ノ爲シタル申込ノ意思表示ニ依リテ拘束セラレ猥リニ之ヲ取消スコトヲ得ス（民法第五百二十一條）

一　承諾ノ期間ヲ定メテ爲シタル契約ノ申込ハ其期間之ヲ取消スコトヲ得ス（民法第五百二十五條）

承諾ノ期間ヲ定メテ契約ノ申込ヲ爲スト雖申込ヲ爲スニ當リ承諾ノ通知ヲ申込者ニ到達セシムヘキ期間ヲ定ムルヲ謂フ例之賣買ノ申込ヲ爲スニ當リ何年何月何日迄ニ諾否ノ應答ヲ爲スヘキコトヲ附言スルカ如シ而シテ其期間ハ確定スルカ少ナクモ確定シ得ヘキモノナルコトヲ要シ此要件ヲ缺ク申込ハ所謂ル期間ヲ定メタル申込タルノ性質ヲ有セサルモノトス

申込カ拘束力ヲ生スルヤ否ヤニ付キテ二箇ノ主義アリ英米法ハ申込ノ拘束力ヲ認メス之ニ反シテ佛獨法ハ之ヲ是認スルモ其之ヲ是認スル立法上ノ理由ニ在リテハ學者ノ說ク所必ラスシモ一ナラス或ハ㈠之ヲ以テ片務約束ノ一種ナリトシ申込者ヲシテ任意ニ之ヲ取消スコトヲ得サラシメ或ハ㈡其取消ヲ許サヽルハ公益上ノ理由ニ基ツクトナシ或ハ㈢承諾ノ期間ヲ定メテ爲

シタル申込ハ主タル契約締結ノ申込ト其期間内申込ヲ維持スヘキ片務豫約ヲ包含スルモノニシテ申込者カ其申込ヲ取消スコトヲ得サルハ此片務豫約ノ效力ナリトナセリ我民法モ亦佛獨法系ノ立法主義ニ則トリ第五百二十一條ニ特別ノ規定ヲ設ケ申込者カ期間ヲ定メテ申込ヲ爲シタルトキハ其期間內ハ其申込ニ拘束セラレ任意ニ之ヲ取消スコトヲ得サルコトヲ明カニセリ蓋シ純理ヨリ言フトキハ申込ハ片面的意思表示ニシテ相手方ノ承認ナキ限リハ申込者ヲ拘束セサルヲ原則トスヘキモ期間ヲ定メテ申込ヲ爲シタル場合ニ付キ其申込ニ拘束力ヲ付スルハ近世ニ於ケル取引上ノ觀念ニ適シ取引ノ安全ヲ期スルノ上ニ於テ極メテ必要ナルヲ以テナリ蓋シ申込者カ相手方ニ對シテ契約ノ申込ヲ爲ス場合ニ於テハ申込者ハ一般取引上ノ慣習ニ從ヒ一定ノ期間內ハ申込ヲ維持シ相手方ノ承認ニ因リ契約ヲ成立セシムルノ意思ナリト推測スルコトヲ得ヘシ從テ申込ニ付キ特ニ承諾ノ期間ヲ定メタル場合ニ於テハ相手方ハ其期間內ニ承諾ノ通知ヲ爲スニ於テハ契約ハ成立スヘシト豫期スルカ故ニ申込者カ期間經過前申込ノ取消ヲ爲スニ於テハ相手方ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシメ取引ノ安全ヲ阻害スルノ結果ヲ生スヘケレハナリ而シテ申込ノ拘束力ノ因テ生スル法律上ノ理由ニ付キテハ學者間議論ノ存スル所ナルヲ以テ我民法ハ特ニ規定ヲ設ケ解釋上ニ於テ生スル疑問ヲ豫防スルコトニ留意シタリ然レトモ民法第五百二十一條ノ規定ハ當事者ノ意思不明ナル場合ニ之ヲ補充スルヲ目的トシ公益ノ保護ヲ目的トスル強行法ニアラサルヲ以テ同條ノ規定ハ申込者カ其期間ヲ定メテ申込ヲ爲スニ當リ其申込ニ拘束セラレサルコトヲ明示シ何時ニテモ之ヲ取消スノ權利ヲ留保シタル場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得ス獨逸民法第百四十五條ハ申込ノ拘束力ヲ認ムルト同時ニ申込者ニ於テ反對ノ意思ヲ表示シテ之ヲ除外スルコトヲ得ヘキコトヲ明カニシタリ

期間ヲ定メテ申込ヲ爲シタルトキハ申込者ハ其期間經過後ハ最早相手方ノ承諾ニ因リ契約ヲ成立セシムルノ意思ナキコトヲ表示シタルモノナレハ申込ハ期間經過ノ一事ヲ以テ當然其效力ヲ失ヒ特ニ之ヲ取消スコトヲ要セス是レ第五百二十一條第二項ニ規定スル所ナリ

二　承諾ノ期間ヲ定メスシテ隔地者ニ爲シタル申込ハ申込者カ承諾ノ通知ヲ受クルニ相當ナル期間之ヲ取消スコトヲ得ス

申込ニ拘束力ヲ附與スル所以ノ立法上ノ理由ハ之ヲ當事者ノ意思ト取引ノ安全トヲ基礎トスル實際上ノ便宜ニ求ムルヲ以テ最モ穩當ナリトスルハ既ニ說明スル所ノ如シ蓋シ申込ハ相手方ヲシテ之ヲ承諾セシメ契約ヲ成立セシムルノ目的ヲ以テ之ヲ爲スモノナレハ申込者ハ相手方ニ相當ノ猶豫ヲ與ヘ其承諾ヲ待ツモノト推測セサルヘカラス從テ申込者ハ其申込ニ羈束セラルヽコトナクシテ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ルモノトスルトキハ相手方ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシメ取引ノ安全ヲ阻害スルニ至ルヘケレハナリ而シテ相手方ノ承諾ニ付キ特ニ期間ヲ定メサル場合ニ於テハ相手方ノ爲メニ其諾否ノ應答ヲ爲スニ必要ナル猶豫期間ヲ存スルコトヲ必要トスルト同時ニ此期間ヲ存スルヲ以テ足レリトス是レ民法カ其第五百二十四條ニ於テ特ニ規定ヲ設ケ申込者ハ承諾ヲ受クルニ相當ナル期間之ヲ取消スコトヲ得サルモノトナセル所以ナリ然レトモ此規定モ亦强行法ニアラサルヲ以テ申

込者カ申込ヲ爲スニ當リ其申込ニ拘束セラレサルコトヲ言明シタルトキハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ

承諾ノ通知ヲ受クルニ相當ナル期間トハ取引上ノ觀念ニ從ヒ申込者カ申込ノ通知ヲ發シタル時ヨリ其通知カ相手方ニ到達シ相手方カ承諾ノ決意ヲ爲シテ之ヲ申込者ニ通知シ其通知カ申込者ニ到達スル迄ノ時間ヲ意味シ此期間內ハ申込者ニ於テ申込ノ取消ヲ爲スコトヲ得ス而シテ其期間ハ幾何ノ日時ヲ相當トスルヤハ各場合ニ於ケル實際ノ狀況ニ從ヒ取引上ノ觀念ヲ基礎トシテ決定スヘキ事實上ノ問題ニシテ爭ノ生シタル場合ニ於テ裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノトス而シテ承諾ノ期間ヲ定メサル申込ハ其定メアル場合ト異ナリ期間經過ニ因リ當然其效ヲ失フモノニアラス相當期間經過後ト雖モ申込者ニ於テ之ヲ取消サヽル間ハ尙ホ其效力ヲ持續シ相手方ノ承諾ニ因リ契約ハ有效ニ成立スルコトヲ得ヘシ然レトモ申込ノ效力ヲ永久ニ存續セシムルハ取引上ノ觀念ニ反スルヲ以テ其效力ハ早晩消滅スヘキモノト解セサルヘカラス而シテ幾何ノ期間經過後其效力消滅スルヤハ申込ノ性質及ヒ

取引上ノ觀念ニ依リ之ヲ決定スルコトヲ要ス

對話者間ニ於ケル申込ノ效力ニ付キテハ我民法ニ何等ノ規定ナキヲ以テ申込本來ノ性質ニ從ヒ申込者ニ於テ任意ニ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノト解釋セサルヘカラス蓋シ此場合ニ於テハ當事者ハ各自ニ相手方ノ意思表示ヲ了知シ即時ニ意思ノ表示ヲ爲シテ契約ヲ成立セシムルコトヲ得ルノ地位ニ在ルヲ以テ申込ニ對スル相手方ノ承諾ニ付キ別ニ猶豫期間ヲ存スルノ必要ナク之ヲ存セサルモ相手方ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ虞レナケレハ相手方カ承諾ノ意思ヲ表示セサル間ハ申込者ニ於テ任意ニ其申込ヲ取消ス事ヲ得ヘキモノトナスヲ正當ナリトス故ニ申込ハ申込者カ其申込ニ因リテ拘束セラルヘキ事ヲ特約シタルトキ換言スレハ契約ノ締結ニ付キ相手方ニ相當ノ猶豫ヲ與ヘタル場合ニ非サレハ何等ノ拘束力ヲ生セサルモノトス

第二項　申込ノ實質的效力

申込ハ相手方ノ承諾アルト同時ニ契約ヲ成立セシムルノ效力ヲ生スルコトハ既ニ一言セル所ニシテ申込ノ此效力ハ申込カ存在スル限リハ依然トシテ持續スルモノニシテ申込ノ取消其他申込ノ消滅ヲ惹起スヘキ事由ノ發生ニ因リテ消滅ニ歸スヘキモノトス故ニ申込ノ承諾能力ト申込ノ效力消滅トハ密接ナル關係ヲ有スルモノナリ而シテ申込ヲシテ承諾能力ヲ失ハシムル所以ノ申込ノ效力消滅ニ付テハ後ニ說明スヘシ

第三款　申込ノ效力消滅

有效ニ成立シタル申込ハ其效力ヲ失フヘキ原因ノ發生セサル限リハ依然トシテ存續スルモノニシテ相手方ノ承諾ニ因リ契約ヲ成立セシムルコトヲ得ルト同時ニ其效力ヲ失フヘキ原因ノ發生後ニ爲シタル相手方ノ承諾ハ何等ノ效力ヲ生スルコトナカルヘキハ論ヲ俟タス今是等原因ノ主要ナルモノヲ擧クルト左ノ如シ

第一　申込ノ取消

取消ハ申込者ノ一方ノ意思ヲ以テ申込ヲ撤回シ其效力ヲ消滅セシムル法律

行爲ニシテ申込ハ取消ニ因リ曾テ申込ナカリシト同一ノ結果ヲ生ス而シテ申込ノ取消ハ所謂片面的意思ノ表示ニシテ對話者間ニ於テハ申込者カ意思ノ表示ヲ爲シ因テ以テ相手方ニ之ヲ了知セシメ又ハ之ヲ了知セシムヘキ方法ヲ取リタルトキヨリ隔地者間ニ於テハ取消ノ通知カ相手方ニ到達シタルトキヨリ其效ヲ生ス

申込者カ期間ヲ定メテ申込ヲ爲シタル場合ニハ其申込ヲ取消スコトヲ得サルコト又期間ノ定メナキ場合ニハ申込者カ承諾ノ通知ヲ受クルニ相當ナル期間之ヲ取消スコトヲ得サルコトハ既ニ說明セル所ナリ他方ニ於テ申込ノ取消ハ相手方ノ承諾前ニ之ヲ爲スコトヲ要シ相手方ノ承諾後ニ爲シタル申込ノ取消ハ其效ナシ何トナレハ申込ハ取消シ得ヘキ一方行爲トシテハ其存在ヲ失ヒ相手方ノ承諾ニ因リテ成立シタル契約ハ最早當事者一方ノ意思ヲ以テ之ヲ左右スルヲ得サレハナリ

第二　申込ノ拒絕

申込ハ相手方ノ承諾ニ因リ契約ヲ成立セシムルノ目的ヲ以テ爲スモノナレハ相手方カ其申込ニ對シ承諾ヲ與ヘサル旨ノ意思ヲ表示シタルトキハ申込ハ茲ニ全ク其效力ヲ失ヒ拘束力ト承諾能力トヲ併セテ喪失スヘキハ勿論ニシテ更ニ新タニ當事者間ニ於テ其ノ一方ヨリノ契約ノ申込幷ニ之ニ對スル相手方ノ承諾アルニアラサレハ契約ハ成立セサルモノトス

申込ノ拒絕モ亦片面的意思表示ノ效力ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ明示又ハ默示ナルコトヲ得ヘク默示ノ拒絕アリタルヤ否ヤハ各個ノ場合ニ於ケル實際ノ狀況ニ從ヒ判斷スヘキモノトス然レトモ民法ハ其第五百二十八條ニ於テ默示ノ拒絕ニ關スル一ノ推定的規定ヲ設ケタリ同條ニ曰ク「承諾者カ申込ニ條件ヲ付シ其他變更ヲ加ヘテ之ヲ承諾シタルトキハ其申込ノ拒絕ト共ニ新ナル申込ヲ爲シタルモノト看做ス」ト故ニ承諾者カ申込ノ內容ヲ組成スル單純ナル意思表示ニ或條件（停止條件又ハ解除條件）ヲ附加シ其他意思表示ノ內容ヲ變更シテ承諾ノ意思ヲ表示シタルトキハ（第一）當事者相方ノ意思ハ合致セサルヲ以テ契約ハ成立セサルノミナラス（第二）承諾者ハ申込ニ對シテ同意セサルコトノ意思ヲ表示シタルモノトシテ申込ハ茲ニ全ク其效力ヲ

失ヒ(第三)更ニ承諾者ノ方面ヨリ其承諾ト同一ナル内容(即チ申込ニ條件ヲ附シ其他其申込ノ内容ヲ増減變更シタルモノ)ヲ有スル申込ノ意思表示アリタルモノトナルヲ以テ此新タナル申込ニ對シテハ申込ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スヘキモノトス蓋シ當事者一方ノ申込ニ對シ其内容ヲ變更シテ相手方ノ承諾アリタルトキハ相手方ハ申込者ノ申込ニ同意セサルコトヲ表示シタルモノナレハ其申込ハ相手方ノ拒絶ニ因リ效力ヲ失ヒタルモノトナスハ固ヨリ正當ナリ然レトモ表意者ハ相手方ノ申込ニ對シテ單純ニ拒絶ノ意思ヲ表示シタルニアラスシテ契約ノ内容ヲ組成スヘキ新タナル意思ヲ表示シテ契約ヲ締結セントスル相手方ノ申込ニ應答シタルモノナレハ表意者ノ意思ハ自己ノ新タナル意思表示ニ對シ相手方ノ同意ヲ得テ別箇ノ契約ヲ成立セシメントスルニアルモノト推測スルコトヲ得ヘキニ依リ之ヲ以テ新タナル申込ト看做スハ表意者ノ意思ニ適合スルノミナラス斯クスルニ於テハ相手方ノ承諾ニ因リ直チニ契約ノ成立ヲ見ルニ至ルヘキヲ以テ契約ノ成立ヲ催進スルノ利益アリテ取引上ノ觀念ニ一致スルモノナリ是レ民法第五百二十八條ノ規定アル所以ナリ

第三 期間ノ經過

申込者カ期間ヲ定メテ申込ヲ爲シタルトキハ申込者ハ之ヲ取消スコトヲ得サルト同時ニ其申込ハ期間ノ滿了ニ因リテ當然效力ヲ失フコト從テ期間經過後ニ到達シタル承諾ハ契約ヲ成立セシムルノ效ナキコトハ既ニ說明セル所ナリ

第四 當事者ノ死亡又ハ能力ノ喪失

對話者間ニ於テ一方カ申込ノ意思表示ヲ爲シ相手方カ承諾ノ意思ヲ表示スルノ前ニ於テ死亡シ又ハ能力ヲ喪失シタルトキハ其申込ハ效力ヲ失ヒ最早相手方ノ承諾ニ因リ契約ヲ成立セシムルコトヲ得ス何トナレハ契約ノ成立要件タル意思ノ合致アリトスルニハ之ニ干與スル當事者雙方ニ意思能力アルコトヲ必要トスルヲ以テナリ之ニ反シテ隔地者間ニ於ケル申込ハ申込者カ申込ノ通知ヲ發シタル後死亡シ又ハ能力ヲ喪失スルモ申込ノ效力ハ之カ爲メ毫モ妨ケラルヽコトナシ(第九十七條第二項)是レ他ナシ此場合ニ於テハ申込者ノ死亡又ハ能力ノ喪失ヲ豫期セサル

相手方ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシメ取引ノ安全ヲ害スルヲ以テ申込者ノ死亡又ハ能力ノ喪失ニ拘ハラス申込ノ效力ヲ持續セシメ相手方ノ承諾ニ因リ契約ヲ成立セシムルノ必要アルヲ以テナリ然レトモ申込者カ反對ノ意思ヲ表示シ又ハ相手方カ申込者ノ死亡又ハ能力喪失ノ事實ヲ知リタルトキハ相手方ハ申込ノ效力消滅ニ因リ不測ノ損害ヲ被ムルノ虞ナシトス是レ民法第九十七條第二項ノ規定ノ適用ヲ除外シ此場合ニ於テハ申込ハ申込者ノ死亡又ハ其能力ノ喪失ニ因リ當然其效力ヲ失フヘキモノトナセル所以ナリ(第五百二十五條)

申込者カ申込ノ通知ヲ發シタル後相手方カ死亡シ又ハ能力ヲ喪失シタル場合ニ付キテハ我民法ニ特別規定ナシト雖トモ此場合ニ於テ申込ハ其效力ヲ失フヘキモノナルハ疑ヲ容レス然レトモ申込者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキ又ハ法律行爲ノ性質其他ノ情況ニ因リ其意思ヲ推測シ得ヘキトキハ相手方ノ相續人又ハ法定代理人ニ於テ有效ニ承諾ノ意思ヲ表示シ以テ契約ヲ成立セシムルコトヲ得ヘキモノト解スルヲ相當トス但對話者間ニ於テハ相手方ノ死亡又ハ能力ノ喪失ニ因リ當然申込ノ效力ヲ失ハシムルモノト解セサルヘカラス

第五 相手方ノ承諾

申込ハ相手方ノ承諾ニ因リ契約ヲ成立セシムルヲ以テ目的トスルモノニシテ相手方カ承諾ノ意思ヲ表示シ契約成立シタルトキハ申込ハ相手方ノ承諾ト共ニ唯一不可分ナル契約ヲ組成シ片面的獨立ノ意思表示トシテ其存在ヲ失フニ至ルハ多言ヲ要セスシテ明カナリ

第五節 承諾

第一款 承諾ノ性質

承諾ハ契約ヲ成立セシメントスル當事者一方ノ申込ニ對シテ同意ヲ表スル相手方ノ意思表示ニシテ申込ト合致シテ契約ヲ成立セシムルモノナリ而シテ承諾カ完全ニ其效力ヲ生スルニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ必要トス

第一 有效ナル意思表示アルコトヲ要ス

承諾モ亦タ一ノ意思表示ナルヲ以テ承諾ノ有効ナルカ爲メニハ一般意思表示ノ有效ナルカ爲メニ要スル條件ヲ具備セサルヘカラス又其意思表示ノ方法如何ハ之ヲ問ハサルコトハ申込ト異ナルコトナシ

第二 承諾ハ申込ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス

承諾ハ直チニ契約ヲ成立セシムルノ目的ヲ以テ相手方ノ申込ニ對シテ之ヲ爲スモノニシテ此性質ヲ有セサル意思ノ表示ハ民法ニ所謂承諾トシテ其效力ヲ生セサルモノトス故ニ玆ニ承諾アリトスレハ承諾者カ既ニ其以前ニ於テ相手方ノ申込ヲ受ケ之レニ同意スルコトヲ必要トスルヲ以テ申込ノ未タ效力ヲ生セサルノ前ニ於テ承諾ノ意思ヲ表示シ又ハ當事者互ニ各相手方ノ意思表示ヲ知ラスシテ偶然ニ同一ノ内容ヲ有スル意思ヲ表示スルモ契約ハ成立スルコトナキハ勿論ナリ

第三 承諾ハ其内容ニ於テ申込ト全然投合スルコトヲ要ス

契約ハ當事者ノ意思表示ノ合致ニシテ當事者一方ノ申込ト之ニ對スル相手方ノ承諾ハ即チ當事者間ニ於テ意思表示ヲ合致セシムルカ爲メノ必要條件ナルヲ以テ相手方ノ申込ト承諾トカ其内容ヲ異ニスルトキハ當事者間ニ於テ意思表示ノ合致クヲ以テ契約ハ成立セサルモノトス而シテ承諾者カ申込ノ條件ヲ附加シ其他變更ヲ加ヘテ之ヲ承諾シタルトキハ第五百二十八條ニ依リ其申込ノ拒絶ト共ニ新タナル申込ヲ爲シタルモノト看做サルヽコトハ既ニ說明スル所ナリ

第四 承諾ハ申込ノ條件ニ從ヒ之ヲ爲スコトヲ要ス

申込者カ申込ヲ爲スニ當リ承諾ノ條件ヲ定メタルトキ例之申込者カ特ニ承諾ノ方法時期場所ヲ指定シタルトキハ相手方ハ承諾ノ意思ヲ表スルニ付キ申込者ノ定メタル條件ヲ遵守スルコトヲ要シ之ニ違フトキハ契約ハ成立セス例之申込者カ電話又ハ電報ヲ以テ承諾ノ意思表示ヲ爲スヘキコトヲ求メ又ハ承諾ノ意思表示ニ付キ特ニ書面ノ作成ヲ求メタリト假定センニ相手方ハ第一ノ場合ニ於テハ信書ヲ以テ承諾ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得ス第二ノ場合ニ於テハ口頭其他ノ方法ヲ以テ承諾ノ通知ヲ爲スコトヲ得サルカ如シ

蓋シ此等ノ條件ハ假令意思表示ノ内容ヲ組成セサルニモセヨ特ニ之ヲ指定シタル申込者ノ意思ハ契約ノ成立ヲ其條件ノ遵守ニ繫ラシムルニアルコト明カナルヲ以テ其意思ハ須ラク之ヲ尊重スルコトヲ要スルヲ以テナリ但承諾ノ方法カ申込ノ條件ニ恰當セサル場合ト雖トモ申込ノ趣旨ニ反セサル限リハ其承諾ヲ以テ有效ナリトスルコトヲ妨ケス例之申込者カ普通ノ信書ヲ以テ承諾ヲ爲スヘキコトヲ相手方ニ求メタル場合ニ相手方カ電報又ハ電話ヲ以テ承諾ノ意思ヲ表示スルカ如シ

第五 承諾ハ申込カ其效力ヲ有スル間ニ之ヲ爲スコトヲ要ス

承諾ハ申込ト相俟テ契約ヲ成立セシムルモノナレハ承諾カ契約ヲ成立セシムルノ效力ヲ生スルニハ申込カ尙ホ其效力ヲ保有スル間ニ於テ之ヲ爲スコトヲ必要トシ申込カ前キニ說明スル原因ノ一ニ因リテ其效力ヲ失ヒタルトキハ之ニ對シテ承諾ヲ爲スモ契約ノ成立スルコトナカルヘキハ多言ヲ要セスシテ明カナリ

第六 承諾ハ被申込者ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス

承諾ハ被申込者ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要シ其以外ノ人ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ相手方ノ何人タルヘキヤヲ定ムルハ申込者ノ隨意ニシテ申込者ノ指定シタル以外ノ人ニ於テ承諾ノ意思ヲ表示スルハ申込者カ被申込者ヲ選擇シ之ヲ相手トシテ契約ヲ締結セントスルノ本意ニ反スルモノナレハナリ故ニ申込者カ其相手方トナルヘキ人ヲ特定シタルトキハ其人ニアラサレハ承諾ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ申込者カ相手方ヲ特定セス一般人ニ對シテ申込ヲ爲シタル場合ニ於テハ即チ一般人ヲ以テ相手方トナスモノナレハ何人ト雖モ承諾ノ意思ヲ表示シテ契約ヲ成立セシムルコトヲ得ヘシ

第七 承諾ハ申込者ニ對シテ之ヲ爲ス

承諾ハ申込者ノ申込ニ對シ契約ヲ成立セシムルノ目的ヲ以テ爲スモノニシテ相手方アル法律行爲ノ一種ニ屬シ申込者ハ即チ承諾ニ關スル相手方ナルヲ以テ其意思表示ハ表意者タル承諾者ヨリ相手方タル申込者ニ對シテ之ヲ爲スコト即チ承諾者ニ於テ其承諾ヲ申込者ニ了知セシムルカ爲メノ手段方法ヲ取ルコトハ承諾ノ有效ナルカ爲メノ必要條件ニシテ此要件ヲ缺ク所ノ

承諾ハ法律上其效ナキモノトス然レトモ承諾ハ民法總則ノ規定ニ從ヒ所謂受領ヲ要スル法律行爲トシテ之ヲ相手方タル申込者ニ通知シ申込者ヲシテ之ヲ了知スルコトヲ得セシムルコトヲ要スルヤ否ヤハ自カラ別問題ニ屬シ此問題ニ付キテハ承諾ノ效力ヲ說明スルニ當リ別ニ詳論スヘシ

第二款　承諾ノ效力

第一項　對話者間ニ於ケル契約ノ成立

承諾ノ效力ハ申込ト合致シテ契約ヲ成立セシムルニ在リ換言スレハ契約ハ承諾カ其效力ヲ發生スルト同時ニ成立スル故ニ承諾ノ效力發生ノ時期ト契約ノ成立時期トハ全然相一致スルモノナリ而シテ契約ヲ成立セシムル所以ノ承諾ノ效力發生ノ時期ニ付キテハ對話者間ト隔地者間ニ區別スルコトヲ要ス

法律行爲ハ如何ナル場合ニ於テ對話者間ニシテ如何ナル場合ニ於テ隔地者間ナルヤニ付キテハ學者間ニ議論アリ而シテ對話者、隔地者ナル文字ノ意義ニ依

レハ法律行爲ノ當事者カ同一場所ニ於テ互ニ相對シテ意思ノ表示ヲ爲ス場合ハ對話者間ノ法律行爲ニシテ遠隔地者間ノ法律行爲トナルヘシト雖モ此區別ハ必スシモ當事者ノ所在地ノ遠近ノミニ依テ之ヲ決定スルコトヲ得ス即チ余ノ信スル所ニ依レハ當事者ノ一方カ其直接ナルト間接ナルトヲ問ハス即時ニ其意思ヲ相手方ニ通報シ得ル場合ハ即チ對話者間ノ法律行爲ニシテ其意思表示ヲ相手方ニ通知スルニ付キテ多少ノ日時ヲ要スル場合ハ隔地者ノ法律行爲ナリトス故ニ現在者間ニ於テ言語文章態容ニ依リ若クハ通辯其他ノ媒介ヲ用キテ直接ニ意思表示ヲ交換シ遠隔者間ニ於テ電話又ハ信號ニ依リテ意思表示ノ即時ノ交換ヲ爲ス場合ハ前者ニ屬シ使丁信書郵便電信ヲ用キテ意思表示ヲ交換スル場合ハ後者ニ屬スルモノトス

對話者間ニ於テハ承諾ハ通知ニ因リテ其效力ヲ生スルコト換言スレハ承諾者カ相手方ノ申込ニ對シテ承諾ノ意思ヲ表示シ相手方カ之ヲ了知シタルトキハ承諾アリタルモノトシテ兩者間ニ契約ハ成立セシムルコトハ學說立法例ノ共

ニ一致スル所ナリ然レトモ當事者ノ一方カ相手方ノ申込ニ對シテ承諾ノ意思ヲ表示シ相手方カ之ヲ了知セサル場合ト雖トモ承諾者カ相手方ヲシテ之ヲ了知セシムルニ必要ナル手段方法ヲ取リタルトキハ承諾ハ其效ヲ生シタルモノト爲サヽルヘカラス例之承諾者カ書面又ハ口頭ヲ以テ承諾ノ意思ヲ表示シタル場合ニ相手方カ其故意又ハ過失ニ因リ承諾ノ意ヲ表示セル承諾者ノ言語ヲ耳ニセス又ハ其提示セル書面ヲ披見セサリシ場合ノ如シ然レトモ承諾ノ通知カ相手方ヲシテ其承諾ヲ了知セシムルニ適セサル方法ヲ以テ爲サレタルモノナルトキハ其承諾ハ法律上效力ナキモノトス例之盲人ニ對シテ書面ヲ提示シ又聾者ニ對シテ言語ヲ用ヰ外國語ヲ解セサル人ニ對シ外國語ヲ用ヰタル場合ノ如シ

承諾ハ一ノ意思表示トシテ明示又ハ默示ナルヲ得ヘク申込ニ對スル相手方ノ沈默ハ拒絕ノ意思ヲ表示スヘキ相手方ノ契約上法律上又ハ慣習上ノ義務ナキ限リハ承諾ノ意思表示ト見ルコトヲ得ス而シテ相手方ノ沈默カ承諾ノ意思表示トナルヘキハ一、當事者間ニ於テ豫シメ拒絕ノ場合ニ付キ意思ノ表示ヲ爲スヘキコトヲ特約セル場合ニ相手方カ申込ニ對シ沈默ヲ守リタル場合ニ、顧客カ店頭ニ陳列セル或商品ノ代價ヲ店員ニ問ヒタル後其代價ヲ店頭ニ置キ商品ヲ持チ去ルニ際シ店員カ之ヲ知リテ何等ノ異議ヲ述ヘサリシ場合ノ如シ而シテ何レノ場合ニ於テモ相手方カ契約ノ申込アルコトヲ知リ拒絕ノ意思表示ヲ爲スヘキ時期ヲ經過スルニ因リテ契約ハ成立スルコト、ナル

第二項　隔地者間ニ於ケル契約ノ成立

隔地者間ニ於ケル契約成立ノ時期ニ付キテハ古來學說數派ニ分カレ立法例モ亦區々ニシテ左ノ五主義アリ

第一　表示主義（又ハ表白主義）

表示主義トハ契約ノ成立ニハ承諾者ニ於テ承諾ノ意思ヲ表示スルコト即チ承諾者カ其意思ヲ外部ニ發表スルノミヲ以テ足リ之ヲ相手方ニ通知スルコトヲ必要トセサルモノヲ謂フ此主義ニ依レハ承諾者カ承諾ノ意思ヲ使者ニ

傳ハ又ハ其旨ヲ書面ニ認メタルトキハ契約ハ此時ヲ以テ完全ニ成立スルコト、ナルヘシ

此主義ハ契約ノ成立時期ヲ定ムル準則トシテ採用シ得ヘカラサルモノナリ抑モ意思ノ表示ハ相手方ヲシテ之ヲ知ラシムルヲ以テ目的トシ相手方ニ對スル通知ニ因リテ其效力ヲ生スルヲ原則トスヘキモノナレハ申込者ニ通知セサル承諾ノ意思ノ表示カ表意者タル承諾者ヲ拘束スルモノトナスハ意思表示ノ性質ニ反スルノミナラス相手方ノ承諾ヲ豫期セサル申込者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ムルニ至ルヘケレハナリ

第二 了知主義

了知主義ハ契約ノ成立ニハ承諾者ニ於テ其意思ヲ表示シタルノミヲ以テ足レリトセス申込者ニ於テ承諾者ヨリ通知ヲ受ケ其内容ヲ了知シタルコトヲ必要トスルモノヲ謂フ是レ隔地者間ニ於ケル承諾ノ效力ニ付キ對話者間ニ於ケルト同一ノ法則ヲ適用シタルモノニシテ此主義ニ依レハ承諾者カ信書又ハ電報ヲ以テ承諾ノ意思ヲ表示シタルトキハ契約ハ相手方カ其信書又ハ電報ヲ受領シ之ヲ披閲シテ其内容ヲ認識シタル時ヲ以テ成立スルモノナリ」

了知主義ハ對話者間ノ契約成立時期ヲ定ムルノ準則トシテハ敢テ不可ナシト雖トモ之ヲ隔地者間ノ契約成立時期ヲ定ムルノ準則ト爲スハ取引ノ安全ト敏活トヲ主眼トスル近世取引上ノ觀念ニ一致セス蓋シ此主義ニ依ルトキハ承諾者カ相手方ニ對シテ其承諾ヲ通知スルモ相手方カ偶然ナル事由ニ因リ之ヲ認識セサルトキハ契約ハ成立スルコトヲ得サルノミナラス相手方カ果シテ之ヲ認識シタルヤ否ヤハ容易ニ窺知スルコトヲ得サルヲ以テ承諾者ノ權利ヲ不確ナラシメ之ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ虞アルヲ以テナリ

第三 受信主義

受信主義ハ承諾ハ其通知カ相手方ニ到達シタル時ヲ以テ其效力ヲ生シ此時ヲ以テ契約成立ストナスモノヲ謂フ蓋シ相手方ノ承諾ヲ了知シタルヤ否ヤハ相手方ノ内部行爲ニ屬シ他人ニ於テ容易ニ之ヲ窺知スルコトヲ得サルヲ以テ之ヲ以テ契約ノ成立不成立ヲ決スルニ於テハ承諾者ヲシテ不測ノ損害

ヲ被ラシムルノ虞アリト雖トモ承諾ノ通知カ相手方ニ到達シタルヤ否ヤハ外部ヨリ之ヲ認識スルコトヲ得ルヲ以テ受信主義ニ依ルトキハ普ニ契約成立ノ時期ヲ確立シ承諾者ノ利益ヲ保護スルコトヲ得ルノミナラス最大多數ノ場合ニ於テ相手方ノ利益ニモ反セサルモノナリ何トナレハ承諾ノ通知ヲ受領シタル相手方ハ十中八九ハ其通知ノ內容ヲ認識スルモノニシテ之ヲ認識セサルカ如キハ極メテ稀有ノ事例ニ屬スルヲ以テナリ故ニ隔地者間ノ契約ニ付キ受信主義ハ了知主義ニ比シテ實際上ノ便宜ニ適シ法律取引ヲ安全且迅速ナラシムルノ長所アルハ爭フヘカラス然レトモ受信主義モ亦意思表示ノ效力ヲ定ムル一般ノ原則トシテハ頗ル適當ニシテ現ニ我民法ハ第九十七條第一項ニ於テ特ニ之ヲ規定シタル所ナリト雖モ契約成立ノ要件タル承諾ノ效力ヲ定ムルノ上ニ於テハ尙ホ不完全ニシテ此主義ニ依ルトキハ取引ノ安全ト迅速ヲ妨クルノ虞アリ是レ民法カ取引上ノ必要ノ爲メ發信主義ヲ採用シ承諾ノ效力發生ノ時期ヲ發信ノ時ニ遡ラシムルコトヘナシタル所以ナリ

第四　發信主義

發信主義ハ承諾ハ承諾者カ承諾ノ通知ヲ發スルニ因リテ其效力ヲ生シ契約ハ此時ヲ以テ成立スルモノトナス者カ郵便、電報又ハ使丁ヲ以テ承諾ノ意思ヲ表示シタル場合ニ承諾者カ信書ヲ郵便函ニ投入シ電報賴信紙ヲ電信局ノ事務員ニ交付シ信書ヲ使丁ニ交付シ又ハ其意思ヲ之ヲ傳ヘテ發足セシメタル時ニ其效力ヲ生シ承諾ノ通知カ相手方ニ到達シタルヤ否ヤ相手方カ之ヲ了知シタルヤ否ヤハ承諾ノ效力ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ

發信主義ハ我民法ノ採用スル所ナリ我民法カ意思表示ノ效力ニ付キ原則トシテ受信主義ヲ採用シタル所以ノ理由ハ第一、受信主義ニ依ルトキハ承諾者ハ承諾ノ意思ヲ表示スルモ其承諾カ果シテ契約ハ成立セサルヲ以テ承諾者ハ相手方ニ到達シタルヤ否ヤ又其承諾ハ何時相手方ニ到達シタルヤヲ知ルコト能ハサルヲ以テ其履行ニ着手スルコトヲ得ス第二、承諾者ハ承諾ノ意思ヲ

表示シタル當時ノ四圍ノ狀況ニ從ヒ承諾ノ意思ヲ表示シタルモノナレハ其時ヲ以テ契約ノ成立ヲ見ルニ於テ緊切ノ利害ヲ感スルモノナリ然ルニ其承諾カ相手方ニ到達シタル時ヲ以テ效力ヲ生スルモノトスルニ於テハ其間ニ於テ四圍ノ情況ニ變動ヲ生シ且往々申込ノ取消ニ遭遇スルコトアリテ承諾者ノ豫想ニ反スルノ結果ヲ生シ之ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヘシ故ニ受信主義ハ著シク承諾者ノ地位ヲ不確ナラシムルニ因リテ取引ノ安全ト迅速ヲ妨クルモノニシテ發信主義ハ此缺點ヲ補ヒ取引ヲ安全迅速ナラシムルノ利益アリ第三之ヲ申込者ノ方面ヨリ觀察スルニ發信主義ニ依レハ承諾ハ申込者ニ對スル通知ヲ待タスシテ其效力ヲ生スルヲ以テ申込者ハ契約成立ノ時期ヲ知ルコトヲ得サルヲ以テ不測ノ損害ヲ被ムルノ虞アルニ似タリ然レトモ申込者ハ相手方ノ承諾ニ因リ契約ヲ成立セシメントスルモノナレハ相手方ノ承諾ニ因リ契約ノ成立ヲ見ルニ至ルヘキコトハ其將サニ豫期スヘキ所ナルヲ以テ相手方カ承諾ノ通知ヲ發スルト同時ニ契約ヲ成立セシムルモ之カ爲メ申込者ヲシテ意外ノ損失ヲ被ラシムルモノニアラス又發信主義ニ依ルトキハ承諾ノ通知カ申込者ニ到達セス又ハ其通知カ延着スルコトアリテ申込者ニ於テ契約ノ成立時期ヲ確知スルコトヲ得サルノ不利ナル結果ヲ生スルコトアルヘシト雖モ斯ル事例ハ極メテ稀レナルノミナラス受信主義ニ依ルトキハ承諾者ノ方面ニ於テ契約ノ成立時期ヲ確知スルコトヲ得サルノ不便アリ何レノ主義ニ依ルモ到底圓滿ナル結果ヲ得ルコト能ハサルヲ以テ比較的完全ニシテ取引上ノ便益ニ適スルモノヲ以テ滿足スルノ外ナシ發信主義ハ即チ此要求ヲ充タスモノニシテ我民法カ發信主義ヲ採用シタルハ全ク之カ爲メナリ

第五　折衷主義

折衷主義ハ契約成立ノ時期ヲ定ムルニ付キ或ル唯一ノ標準ニ依ラスシテ二個以上ノ標準ヲ折衷シテ採用スルモノニシテ之ヲ三種ニ區別ス即チ其一ハ契約ハ受信ニ因リテ成立スルモ一旦成立シタルトキハ其效力ハ發信ノ時ニ遡ルトナスモノ其二ハ契約ハ發信ノ時ヨリ效力ヲ生シ受信ニ依リテ確定スルモノトナスモノ其三ハ申込者ニ對シテハ契約ハ發信ノ時ヨリ承諾者ニ對

シテハ受信ノ時ヨリ效力ヲ生スルモノトナスモノナリ蓋シ是等ノ主義ハ何レモ皆絕對的ナル發信主義又ハ受信主義ニ伴フ弊害ヲ除去スル爲メ之ヲ折衷シ當事者相互ノ利益ヲ調和スルヲ以テ目的トナスモノナリ舊民法モ亦折衷主義ヲ採用シ申込者ニ對シテハ契約ハ承諾ノ通知ヲ發スルト同時ニ確定不可動トナルモ承諾者ハ承諾ノ通知カ申込者ニ到達スルマテハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノトナセリ蓋シ斯クスルモ申込者ニ不利ナル結果ヲ生スルコトナクシテ承諾者ノ利益ヲ保護スルコトヲ得ルノ便アルヲ以テナリ然レトモ申込者ハ既ニ承諾ノ通知ノ發セラルヽニ依リテ其申込ヲ取消スコトヲ得サルニ反シ承諾者ハ隨意ニ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノトスルハ不公平ナルヲ免カレス是レ現行民法カ單純ニ發信主義ヲ採用シ舊民法ノ折衷主義ヲ排斥シタル所以ナリ

契約成立ノ時期ニ付キ我民法カ發信主義ヲ採用シタルコトハ既ニ一言セル所ナリ即チ民法ハ其第五百二十六條ニ於テ規定シテ曰ク

隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立ス

ト此規定ニ依ルトキハ(一)隔地者間ニ在テハ承諾者ニ於テ承諾ノ意思ヲ外部ニ發表シタルノミニテハ未タ契約ノ成立ヲ見ルニ至ラス契約ハ相手方ニ對シテ一旦承諾ノ通知ヲ發スルニ依リ茲ニ初メテ成立スルコト(二)相手方ニ對シテ一旦承諾ノ通知ヲ發シタル以上ハ契約ハ完全ニ成立スルヲ以テ承諾ノ通知カ相手方ニ到達シ相手方ニ於テ之ヲ了知シタルヤ否ヤハ契約ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ホサヽルコト(三)承諾者カ承諾ノ通知ヲ發シタル後ニ於テ申込者ヨリ爲シタル申込ノ取消ハ既ニ成立シタル契約ヲ不成立ニ歸セシムルノ效力ナキコト四承諾者モ亦其承諾ヲ取消シテ契約ヲ不成立ニ歸セシムルコトヲ得サルヤ明カナリ然レトモ此原則ニハ例外アリ即チ左ノ如シ

第一 契約ハ承諾者ノ意思表示ノミニテ成立スルコトアリ

申込者ノ意思表示又ハ取引上ノ慣習ニ依リ承諾ノ通知ヲ必要トセサル場合ニ於テハ契約ハ承諾ノ意思表示ト認ムヘキ事實アリタル時ニ成立ス是レ第五百二十六條後段ニ規定スル所ナリ蓋シ申込者カ豫メ承諾ノ通知ヲ必要トセル旨ノ意思ヲ表示シ又ハ取引上ノ慣習ニ依リ承諾ノ通知ヲ必要トセサル

取引ニ付キテハ申込者ハ相手方ノ意思表示ノミニ因リ直チニ契約ノ成立スヘキコトヲ豫期スルモノナレハ承諾ノ意思表示ト認ムヘキ事實アリタル時ヲ以テ契約ヲ成立セシムルモ申込者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ虞レナキヲ以テ所謂表示主義ニ依リタルモノナリ例之甲者遠隔ノ地ニアル乙者ニ對シ電報ヲ以テ商品ヲ注文シ即時ニ之ヲ送付スヘキコトヲ申込ミ又ハ即時ニ其買入ヲ爲スヘキコトヲ委託シタル場合ニ乙者カ直チニ其商品ヲ送達シ又ハ其購買ニ着手シタルトキハ此時ヲ以テ賣買契約委託契約カ兩者間ニ成立シ承諾ノ通知ヲ爲スコトヲ要セサルカ如シ而シテ此場合ニ於テハ相手方カ承諾ノ意思ヲ外部ニ發表スルノ必要ナキヲ以テ自己ノ帳簿ニ其注文又ハ委託ヲ記入シテ承諾ノ意思ヲ表示シ若クハ第三者ニ對シテ承諾ノ意思ヲ表白スルモ其承諾ハ完全ニ效ヲ生スヘク且其意思表示ノ内容ハ申込者ニ於テ之ヲ認識スルコトヲ要セサルヲ以テ承諾ノ通知ヲ爲ス場合ト異ナリ申込者ニ於テ之ヲ了解シ得ヘキ方法ヲ以テ意思ノ表示ヲ爲スノ必要ナシ但如何ナル事實ヲ以テ承諾ノ意思表示アリタルモノト認ムヘキヤハ各場合ニ於ケル取引ノ性質ト申込ヲ受ケタル相手方ノ行爲ニ從ヒテ決定スヘキ事實上ノ問題ニ屬シ爭ノ生シタル場合ニハ裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノトス而シテ相手方ハ申込ニ對シ拒絶ノ意思表示ヲ爲スノ義務ナキモノナレハ相手方ノ申込ニ對シ拒絶ノ意思ヲ表示セサレハトテ此一事ノミヲ以テ申込ヲ默諾シタルモノト謂フコトヲ得ス相手方ノ沈默ヲ以テ申込ニ對スル承諾ナリト認ムルニハ相手方ニ於テ拒絶ノ意思ヲ表示スヘキ契約上法律上又ハ慣習上ノ義務アルコトヲ必要トスルハ既ニ說明スル所ノ如シ

第二 契約ハ承諾後ニ到達シタル申込取消ニ因リ不成立トナルコトアリ

是レ第五百二十七條ニ規定スル所ナリ蓋シ民法第五百二十六條ノ規定ニ依レハ契約ハ承諾ニ因リテ成立スルヲ以テ申込者カ其申込ヲ取消シテ契約ノ成立ヲ妨ケントスルニハ取消ノ通知カ承諾ノ通知ヲ發スルノ前ニ於テ承諾者ニ到達スルコトヲ必要トシ承諾ノ通知ヲ發シタル後ニ到達シタル申込ノ取消ノ通知ハ契約ノ成立ヲ妨クルコトヲ得サルヤ明カナリ然レトモ申込ノ

取消ノ通知カ意外ノ事變ニ因リ延着スルコトハ往々ニシテ之レアリ若シ取消ノ通知ニシテ通常ノ場合ニ於テハ承諾ノ通知ヲ發スルノ前ニ於テ到達スヘカリシモノナランニハ申込者ハ申込ノ取消ハ豫想ノ如ク相手方ニ到達シ契約ハ成立セサリシモノト信スヘキハ自然ノ數ナレハ取消ノ通知カ延着シタル爲メ其豫想ニ反シテ契約ノ成立ヲ見ルニ至リタルトキハ其事實ハ速カニ申込者ニ通知シ申込者ヲシテ其結果ニ對シテ備フル所アラシムルコトヲ要ス然ラサレハ契約ノ成立ヲ知ラサル申込者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ虞アリ是レ民法カ其第五百二十七條第一項ニ於テ申込ノ取消ノ通知カ承諾ノ通知ヲ發シタル後ニ到達シタルモ通常ノ場合ニ於テハ其前ニ到達スヘカリシ時ニ發送シタルモノナルコトヲ知リ得ヘキトキハ承諾者ハ遲滯ナク其延着ノ通知ヲ發スルコトヲ要スト規定シ尚ホ承諾者カ此義務ヲ等閑ニ付シタル制裁トシテ其第二項ニ於テ承諾者カ前項ノ通知ヲ怠リタルトキハ契約ハ成立セサリシモノト看做スト規定シ以テ申込者ノ利益ヲ保護シ之ヲシテ不測ノ損害ヲ免ルヽコトヲ得セシムル所以ナリ

第三　契約ハ承諾ノ通知カ申込者ニ到達スルニ因リテ確定的ニ成立スルコトアリ

我民法ニ依ルトキハ承諾ハ發信ニ因リテ效力ヲ生シ承諾ノ通知カ相手方ニ到達スルト否ト又何時相手方ニ到達スルトハ承諾ノ效力ニ何等ノ影響ヲ及ホスモノニアラス而シテ我民法ノ解釋トシテモ承諾ハ發信ニ因リテ成立シ受信ニ因リテ確定スルモノナリトノ說ヲ唱フル學者ナキニアラスト雖トモ余ハ此解釋ノ正當ナルヲ信スルヲ得ス何トナレハ民法ハ第五百二十六條ニ於テ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立スト規定シ其通知カ相手方ニ到達シタルヤ否ヤヲ區別セサルノミナラス承諾ノ通知ノ延着シタル場合ニ付キ發信ニ因リテ契約ノ成立ヲ豫期シタル承諾者ノ利益ヲ保護スルニ必要ナル一般規定ヲ設ケサルヲ以テナリ故ニ承諾ノ期間ヲ定メスシテ申込ヲ爲シタル場合ニ於テ相手方カ申込者ニ到達スヘキ方法ヲ以テ通知ヲ發シタルトキハ契約ハ完全ニ成立シ着到ノ遲延又ハ不能ヲ來スヘキ危險ハ申込者ニ於テ之ヲ負擔セサルヘカラス然レトモ申込者カ承諾ノ期間ヲ定メテ申込ヲ爲

シタルトキハ申込者ハ其期間内ニ承諾ノ通知カ申込者ニ到達スルコトヲ以テ契約成立ノ要件トナシタルモノナレハ此場合ニ於テハ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタルノミニテハ確定的ニ成立セス其通知カ申込者ニ到達スルニ因リテ始メテ成立スヘキモノトス換言スレハ契約ノ成立ハ承諾ノ通知カ期間内ニ相手方ニ到達スルコトノ未必條件ニ繫ルモノニシテ承諾カ期間内ニ相手方ニ到達スルトキハ發信ノ時ヨリ其效ヲ生スルコト、ナリ之ニ反シテ承諾ノ通知カ期間内ニ相手方ニ到達セサルトキハ申込ノ效力消滅ト共ニ承諾モ亦其效力ヲ失ヒ契約ノ成立ヲ阻却スル故ニ此場合ニ於テハ承諾ハ發信ニ因リテ成立スルモ受信ニ因リテ確定スルモノトス

承諾ノ期間ヲ定メテ契約ノ申込アリタル場合ニ於テ承諾ノ通知カ期間内ニ申込者ニ到達セサルトキハ申込ハ其效力ヲ失ヒ之レト同時ニ承諾ハ當然無效トナルノ結果ヲ生スルモ民法ハ此場合ニ付キ二箇ノ特別規定ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

一　承諾ノ期間ヲ定テ契約ノ申込ヲ爲シタル場合ニ承諾ノ通知カ其期間ノ後ニ到達シタルモ通常ノ場合ニ於テハ其期間内ニ到達スヘカリシ時ニ發送シタルモノナルコトヲ知リ得ヘキトキハ申込者ハ遲滯ナク相手方ニ對シテ其延着ノ通知ヲ發スルノ義務（其到達前ニ運延ノ通知ヲ發シタル場合ヲ除ク）アリ申込者カ此義務ヲ等閑ニ付シタルトキハ承諾ノ通知ハ延着セサルモノト看做シ契約ハ當事者間ニ於テ完全ニ成立ス（民法第五百二十二條）例之大阪市ニ居住スル甲一月一日ヲ以テ東京市ニ居住スル乙ニ對シ承諾期間ヲ一月七日ト定メ賣買ノ申込ヲ爲シタルニ乙ハ一月三日付ノ端書ヲ以テ承諾ノ通知ヲ發シ其端書ハ同月八日甲ニ到達シタルモノト假定センニ甲ハ端書ノ日付又ハ其ノ消印ニ依リ其端書ハ遲クモ一月五日迄ニ到達スヘキモノナルコトヲ知リ得ヘキヲ以テ乙ニ宛テ速カニ延着ノ通知ヲ發セサルニ於テハ賣買契約ハ通知ノ延着ニ拘ハラス成立スルコト、ナルヘシ是レ承諾ノ通知ノ延着シタル爲メ其豫期ニ反シテ契約ノ不成立トナリタルコトヲ知ラサル承諾者ノ利益ヲ保護シ因テ以テ取引ヲ安固ナラシムルヲ主眼ノ目的トシ既ニ說明セル申込ノ取消ノ通知カ延着シタル場合ニ關スル第五百二十七條ノ規定

ト立法ノ精神ヲ同フスルモノニシテ本條ノ規定ハ申込者カ承諾ノ通知ノ延着ヲ相手方ニ通知スルノ義務ヲ等閑ニ付シタルノ制裁トシテ契約ノ成立ヲ豫期シタル相手方ノ利益ニ於テ契約ヲ成立セシムルモノナリ

二 遲延シタル承諾ハ申込者ニ於テ之ヲ新タナル申込ト看做スコトヲ得

遲延シタル承諾ハ法律上何等ノ效力ヲ生セサルヲ原則トナスヘキモ法律ハ可成容易ニ且迅速ニ契約ヲ成立セシムルヲ利アリトスル取引上ノ觀念ニ從ヒ申込者ヲシテ之ヲ以テ一ノ新タナル申込ト看做シ之ニ對シテ承諾ノ意思ヲ表示シ契約ヲ成立セシムルコトヲ得セシム是レ第五百二十三條ニ規定スル所ナリ蓋シ斯クスルニ於テハ契約ノ締結ヲ催進スルノ利益アルノミナラス之レカ爲メ毫モ當事者ノ利益ヲ害スルコトナシ何トナレハ相手方ノ承諾ハ要スルニ契約ノ成立ヲ目的トスル意思ノ表示ナルカ故ニ申込者ノ意思ニ從ヒ新タナル申込トシテ更ニ契約ヲ成立セシムルハ相手方ノ希望ニ合スルノミナラス申込者モ亦タ期間經過後ノ承諾ヲ拒否スルノ完全ナル自由ヲ享有シ之ヲ新タナル申込トスヘキヤ否ヤヲ任意ニ決定スルコトヲ得テ其利益ハ充分ニ保護セラルヘケレハナリ

第四節　懸賞廣告

第一款　懸賞廣告ノ性質

民法第五百二十九條ニ曰ク「或行爲ヲ爲シタル者ニ一定ノ報酬ヲ與フヘキ旨ヲ廣告シタル者ハ其行爲ヲ爲シタル者ニ對シテ其報酬ヲ與フル義務ヲ負フ」ト此規定ト懸賞廣告ノ性質トヲ參照スルトキハ懸賞廣告ニ付キ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

懸賞廣告ハ當事者ノ一方カ特定ノ行爲ヲ爲シタル者ニ一定ノ報酬ヲ與フヘキ旨ヲ廣告シ相手方カ其行爲ヲ爲シテ之ヲ受諾スル契約ナリ

今此定義中ニ存スル懸賞廣告ノ概念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一　懸賞廣告ハ契約ナリ

懸賞廣告ハ一ノ契約ニシテ當事者ノ一方即チ廣告者ト相手方即チ應募者（又ハ受賞者）トノ間ニ於テ應募者ノ爲ス行爲ニ對シ廣告者ニ於テ報酬ヲ支拂フコト

ニ付キテ意思ノ合致アルコトヲ必要トシ當事者雙方間ニ於テ意思ノ合致ナキトキハ其效力ヲ生セサルモノトス而シテ(一)此契約ノ成立ニハ當事者ノ一方カ廣告ノ形式ヲ以テ其意思ヲ表示スルコトヲ要スルヲ以テ所謂要式契約ナリ(二)此契約ハ當事者ノ意思表示ノミニテ其效ヲ生セス相手方即チ應募者ニ於テ現ニ其ノ行爲ヲ完了スルコトヲ必要トスルヲ以テ所謂ル實踐契約ノ一種ニ屬ス(三)此契約ハ廣告者ヲシテ債務ヲ負擔セシムルニ止マリ應募者ハ何等ノ債務ヲ負擔セサルヲ以テ片務契約ナリ(四)此契約ハ當事者雙方ヲシテ出損ヲ爲サシムルヲ以テ有償契約ナリ

懸賞廣告ハ廣告者ノ意思表示ノミニテ完全ニ其效力ヲ生スル單獨行爲ナルヤ若クハ相手方ノ承諾ヲ待テ初メテ其效力ノ生スル契約ナルヤハ學者間ニ於テ議論一定セサル所ニシテ立法例モ亦タ區々ニ出ツ我民法ハ懸賞廣告ノ性質ニ付キ明言スル所ナシト雖トモ我民法ノ解釋トシテハ之レヲ以テ契約ナリトナスヲ正當ナリト信ス其理由ハ(第一)民法第五百二十九條ニハ「或行爲ヲ爲シタル者ニ一定ノ報酬ヲ與フヘキ旨ヲ廣告シタル者ハ其行爲ヲ爲シタル者トアルハ前段ノ文詞ヲ受ケ其廣告ヲ知リ之レニ應シテ行爲ヲ爲シタル者ヲ意味シ廣告ヲ知ラスシテ其行爲ヲ爲シタル者ハ其內ニ包含セサルモノト解釋スルヲ正當トス(第二)何人ト雖トモ法律行爲ニ因リテ權利ヲ取得スルニハ契約ニ基ツクコトヲ要シ相手方ノ單獨行爲ニ因リ自己ノ意思ナクシテ權利ヲ取得スルハ全ク例外ニ屬スルハ我民法全篇ニ通シテ立法者ノ採用シタル主義ニシテ我民法ニ依ルトキハ第三者ノ爲メニスル契約モ亦タ第三者カ其利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時ヲ以テ其第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムル所ナリ獨逸民法モ亦權利ノ取得ハ契約ニ因ルヲ原則トシ單獨行爲ニ因ルヲ例外トスルノ主義ヲ採用シタリト雖トモ契約ニ付キテハ第三者ノ意思表示ヲ待タス其利益ニ於テ契約ノ效ヲ生スルモノトナシ我民法ト反對ノ主義ヲ採用シ又代理權ノ發生ニ付キテヽ亦獨逸民法ハ授權者ノ單獨行爲ヲ以テ足レリトスルニ反シ我民法ハ解釋上ニ於テ多少ノ議論アリト雖モ當事者間ノ委任契約ヲ要スル主義ヲ採用シタルモノト解スルヲ正當トス左スレハ懸賞廣告ニ付キ

テモ我民法中ニ其反對ヲ推測スヘキ規定ノ存セサル限リハ廣告者ト應募者トノ契約ニ因リテ成立スルモノト解スヘク廣告者ノ單獨行爲ニ因リテ成立スルモノト解スルハ非ナリ(第三)懸賞廣告ニ付キ單獨說ヲ採用シタル獨逸民法ハ之ヲ契約ニ關スル第三百五條以下ニ規定セスシテ特別ナル債務發生ノ原因トシテ之ヲ第五百六十七條ニ規定シ且「廣告者ハ相手方カ其廣告ニ應シテ行爲ヲ爲シタルモノニアラサル場合ト雖トモ」尙ホ之ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ義務アリトシ以テ其單獨行爲ニシテ契約ニアラサルコトヲ明カニセリ之ニ反シテ我民法ハ契約ノ總則中ニ之レカ規定ヲ設ケ獨逸民法ノ如ク特ニ單獨行爲ニ固有ナル效果ヲ之ニ附セサルヨリ推論スルトキハ立法者ノ意思ハ之ヲ以テ單獨行爲ナリトスルヨリモ寧ロ一ノ契約ナリトスルニアリシモノト解スルヲ穩當ナリトス何トナレハ懸賞廣告ノ性質ニ付キテハ從來種々ノ說行ハレ學者間ニ異論アリタルトコロニシテ獨逸民法並ニ其草案ハ民法制定當時其參考ノ資料ニ供セラレタルモノナレハ若シ民法ノ起草者カ懸賞廣告ニ付キ單獨行爲說ニ依リタルモノトセハ獨逸民法ノ例ニ則リ其單獨行爲タルコトヲ明ラカニスル爲メ語辭ヲ附加スヘキニ事玆ニ出スシテ單純ニ「其行爲ヲ爲シタル者ニ報酬ヲ與フルノ義務ヲ負擔ス」ト規定シタルハ獨逸民法ト反對ニ契約說ヲ採用シタルモノト解スヘク獨逸民法ト等シク單獨說ヲ採用シナカラ前揭語辭ヲ附加スルコトヲ怠タリ解釋上ニ於テ生スル疑問ヲ豫防スルコトヲ等閑ニ付シタルモノト解スルコトヲ得サレハナリ是レ余カ單獨說ヲ排シテ契約說ニ左袒スル所以ナリ

懸賞廣告ハ契約ニシテ廣告ハ一ノ申込ニ過キサルヲ以テ相手方カ承諾ノ意思ヲ表示セサル限リハ其契約ハ成立セサルノミナラス廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲シタル者アルモ其廣告ヲ知リ之ニ應スルノ目的ヲ以テ之ヲ爲サヽルカ限リハ契約ハ成立スルコトナキヲ以テ廣告者ハ之ニ對シ報酬ヲ支拂フ義務ナキヤ明カナリ

第二 懸賞廣告ハ當事者ノ一方カ特定ノ行爲ヲ爲シタル者ニ報酬ヲ與フルコトヲ廣告スル契約ナリ

懸賞廣告ハ當事者ノ一方カ或行爲ヲ爲シタル者ニ報酬ヲ支拂フコトヲ約シ

之ヲ廣告スルコトヲ必要トス例之迷兒又ハ逃犬ヲ連レ來リタル者ニ金若干圓ヲ贈呈スヘキ旨ヲ新聞紙ニ廣告スルカ如シ是レ懸賞廣告ノ特質ニシテ懸賞廣告カ契約中ニ於テ特種ノ分類ヲ形成スルハ之レカ爲メナリ

廣告者カ一般人ヲ相手方トシ相手方カ特定ノ行爲ヲ爲スニ因リ契約ヲ成立セシムルノ目的ヲ以テ意思ノ表示ヲ爲スコトハ懸賞廣告ノ成立要件タリ而シテ法文ニハ「一般的ニ或行爲ヲ爲シタル者」トアリ其行爲ノ性質種類ヲ限定セサルヲ以テ人ノ行爲即チ各種ノ勞務又ハ其結果ハ總テ懸賞廣告ノ目的タルコトヲ得ヘク人ノ體力ニ依リテ達セラルヽ身體的有形ノ行爲ナルト學術技藝ノ應用ニ依リテ遂行スルコトヲ得ル精神的無形ノ行爲ナルト其行爲ハ純然タル事實上ノ行爲ナルト廣告者又ハ第三者ニ對スル法律行爲ナルト又廣告者ノ懸賞的事業ノ公益ヲ目的トスルト私益ヲ目的トスルト其利益ヲ享有スル者ノ廣告者タルト第三者タルトハ之ヲ問ハサルモノトス然レトモ其行爲ハ一般ノ原則ニ從ヒ債權ノ目的タルニ適スルコトヲ要スルハ勿論ナリ

懸賞廣告ノ目的タル人ノ行爲ハ各種ノ勞務又ハ其結果タルコトヲ要スルヲ

以テ單純ナル事實上ノ狀態ニ對シテ報酬ヲ支拂フコトノ約束ハ懸賞廣告ニアラス例之(一)賣藥ノ效能ナカリシ場合ニ付一定ノ金額ヲ支拂フヘキコトヲ約シ(二)美人ノ共進會ヲ開催シテ其候補者ノ懸賞募集ヲ爲シ(三)罹災者ニ施與ヲ爲スヘキコトヲ廣告スルカ如シ然レトモ單純ナル事實ノ報告モ亦タ一ノ行爲トシテ有效ニ懸賞廣告ノ目的タルコトヲ得ヘシ例之或犯人ノ密告前揭一乃至三ノ事實ノ報告ニ對シテ一定ノ賞金ヲ懸クルカ如シ懸賞廣告ハ又人ノ將來ノ行爲ニ對シテ報酬ヲ支拂フコトヲ目的トシ既往ニ於ケル人ノ行爲ハ一ノ事實ニ過キサルヲ以テ懸賞廣告ノ目的タルヲ得ス例之十箇年勤續ノ僕婢ニ賞金ヲ與フルコトヲ約スルカ如シ終リニ懸賞廣告ハ人ノ行爲ニ對シテ報酬ヲ支拂フコトヲ目的トスル廣告ハ懸賞廣告ニアラス故ニ紛失物ヲ届ケ出テタル者ニ報酬ヲ支拂フコトハ懸賞廣告ノ目的タルコトヲ得ヘシト雖トモ特定又ハ特種ノ物ヲ持參シタル者ニ其物ト引替ニ代價ヲ支拂フコトヲ約シ物ノ使用收益ヲ爲サシムル者ニハ一定ノ報酬ヲ支拂フヘキコトヲ廣告スルハ賣買

又ハ賃貸借ノ申込ニシテ懸賞廣告ニアラス故ニ懸賞廣告ハ此ノ點ニ於テ雇傭契約及ヒ請負契約ニ類似スルモノナリ

懸賞廣告ニ於ケル廣告ハ契約ノ申込トシテ相手方ノ承諾ニ因リテ直チニ契約ヲ成立セシムルノ點ニ於テ申込ノ誘引タルニ過キサル廣告ト其性質ヲ異ニシ契約ノ申込タル性質ヲ有スル他ノ廣告ト其ノ性質ヲ同フス然レトモ一般契約ノ申込ハ形式自由ノ原則ニ依リ其方法如何ヲ問ハサルモ懸賞廣告者ハ常ニ必ラス廣告ノ形式ニ依リテ意思ノ表示ヲ爲スコトヲ要シ且其取消ニ付キテモ亦一定ノ制限條件アリテ普通一般ノ申込ト稍ヤ其ノ趣ヲ異ニス且懸賞廣告ハ相手方ノ承諾ニ依リテ契約成立スルモ相手方ノ承諾ハ所謂諾成的ニアラスシテ實踐的ナルコトヲ要スル點ニ於テ一般契約ト異ナル所ナリ

廣告者ノ意思ハ之ヲ廣告スルニアラスシテ之ヲ表示スルコトヲ要ス換言スレハ其意思ハ特定セル個々ノ人ニ對シテ之ヲ表示スルニアラスシテ廣ク不特定ナル一般ノ人ニ認知セラレ得ヘキ方法ヲ以テ之ヲ表示スルコトヲ要ス是レ懸賞廣告ノ名稱アル所以ナリ而シテ其方法ノ何タルヤハ之ヲ問フコトヲ要セサルモ廣告トシテ最

モ普通ニ利用セラルヽ所ノ方法ハ廣告者ノ意思ヲ官報、公報、新聞、雜誌ニ掲載シテ之ヲ表示シ若クハ道路其他公衆ノ往來スル場所ニ之レカ掲示ヲ爲スニアリ然レトモ廣告者ノ意思表示カ廣告ノ要件ヲ具フルヤ否ヤハ要スルニ事實上ノ問題ナルヲ以テ各場合ニ於ケル實際ノ狀況ニ從ヒ斷定ヲ下スノ外ナク爭ノ生シタル場合ニ於テハ裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノトス

第三 懸賞廣告ハ當事者ノ一方カ特定ノ行爲ヲ爲シタル者ニ報酬ヲ與フヘキ旨ヲ廣告シ相手方カ其行爲ヲ爲シテ之ヲ受諾スル契約ナリ

懸賞廣告ハ一ノ契約ニシテ廣告者ノ片面的意思表示ニ因リテ其效ヲ生セス其成立ニ付キ相手方即チ受賞者ノ承諾ヲ必要トスルコト相手方ノ承諾ハ普

通ノ場合ト異ナリ單純ナル意思ノ表示ノミニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ス必ラスヤ廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲スコトニ依リテ之ヲ要スルコトハ既ニ說明スル所ノ如シ行爲ノ伴ハサル相手方ノ意思ノ表示承諾ノ意思ナクシテ爲シタル相手方ノ行爲幷ニ行爲後ニ爲シタル承諾ノ意思表示ハ共ニ契約ヲ成立セシムルノ效ナシトス然レトモ相手方カ廣告ニ應シテ行爲ヲ爲シタルトキハ契約ハ其瞬間ニ於テ成立シ廣告者ニ對シテ別ニ承諾ノ通知ヲ發スルノ必要ナシ蓋シ廣告ヲ爲シタル者ハ應募者ノ行爲ニ因リ契約ノ成立スヘキコトハ其將サニ豫期スヘキ所ニシテ應募者カ既ニ其行爲ヲ爲シテ承諾ノ意思ヲ默示シタル以上ハ特ニ承諾ノ通知ヲ發スルノ必要ナキヲ以テナリ

我民法カ懸賞廣告ニ付キ契約說ヲ採用シタルハ前述ノ如シト雖トモ單獨說ハ近世ニ於ケル取引上ノ觀念ト一致スルヲ以テ立法上ヨリ言フトキハ獨逸民法ノ規定ヲ勝レリトス但我民法ノ下ニ於テモ廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲シタル者ハ反證ナキ限リ廣告ニ應シテ其行爲ヲ爲シタルモノト推定セサルヘカラス

第二款　懸賞廣告ノ取消

懸賞廣告ノ場合ニ於ケル廣告ハ要スルニ契約ノ申込ニ外ナラサルヲ以テ相手方カ廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲シテ受諾ノ意思ヲ表示セサル限リハ廣告者ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ是レ民法第五百三十條ニ規定スル所ナリ同條ノ規定ニ曰ク「前條ノ場合ニ於テ廣告者ハ其指定シタル行爲ヲ完了スル者ナキ間ハ云々其廣告ヲ取消スコトヲ得」ト蓋シ我民法カ懸賞廣告ニ付キ契約說ヲ採用シタルヨリ生スル當然ノ效果ナリ

懸賞廣告ハ一ノ法律行爲ナルヲ以テ民法總則ノ規定ニ從ヒ之ヲ取消スコトヲ得ルハ勿論法律行爲ノ無效並ニ其效力消滅ニ關スル一般規定ノ適用ヲ受クヘキモノトス又懸賞廣告ハ其性質ニ於テ一ノ申込ナルヲ以テ廣告者ノ死亡能力ノ喪失ハ反證ナキ限リハ其事實ヲ知リテ行爲ヲ爲シタル相手方ニ對シテ其效力ヲ失フモノト解セサルヘカラス

第一項　取消ノ方法

廣告ノ取消ハ一旦廣告シタル懸賞ノ申込ヲ撤回スル意思ノ表示ニシテ懸賞廣告ト同一ノ方法ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ要シ他ノ方法ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ス故ニ其意思表示ハ之ヲ廣告スルコトヲ要スルノミナラス前ノ廣告カ一定ノ揭示場ニ於テ之ヲ揭示シタルモノナルトキハ其取消モ亦タ同一場所ニ之ヲ揭示スルコトヲ要シ新聞紙ニ登載シテ之ヲ爲シタルモノナルトキハ同一ノ新聞紙ニ其取消ノ廣告ヲ爲スコトヲ要ス蓋シ一般人ヲシテ廣告ノ取消アリタルコトヲ知ラシメ不測ノ損害ヲ被ラシメサルカ爲メニハ同一ノ方法ニ依リ取消ノ廣告ヲ爲スノ必要アルヲ以テナリ然レトモ廣告者ハ時ニ或ハ前同一ノ方法ニ依リテ取消ヲ爲スコト能ハサル場合ナキヲ保セス例之一新聞紙ヲ以テ懸賞廣告ヲ爲シタルニ其新聞紙カ廢刊シ又ハ取消文ノ揭載ヲ拒絕スルカ如シ斯ル場合ニ於テ廣告者ニ對シテ絕對的ニ廣告ノ取消ヲ禁スルハ苛酷ナルヲ以テ此場合ニ於テハ他ノ方法ニ依リテ之カ取消ヲ爲スコトヲ得セシムルヲ可ナリトス是レ第五百三十條第二項前段ニ規定スル所ナリ然レトモ是レカ爲メ善意ノ第三者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルハ不公平ナルヲ以テ其取消ハ之ヲ知リタル者ニ對シテノミ其效力ヲ生スルニ止マリ善意ノ第三者ニ對シテハ其效ナキモノトナサヽルヘカラス是レ同條但書ノ規定アル所以ナリ

第二項　取消ノ效果

廣告者カ其廣告ヲ取消シタル場合ニ、廣告ニ指定シタル行爲ヲ完了シタル人ナキトキハ廣告者ハ絕對ニ義務ヲ免カルヽ又廣告者カ取消ノ廣告ヲ爲スモ既ニ廣告ニ指定シタル行爲ヲ完了シタル人アルトキハ其人トノ間ニ於テハ契約成立シ廣告者ハ之ニ對シテ報酬支拂ノ義務ヲ負擔スルヲ以テ廣告ノ取消ハ廣告者ノ義務ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ然レトモ未タ其行爲ニ着手セサル者ニ對シテハ何等ノ義務ヲ負擔スルコトナシ從テ廣告ニ指定シタル行爲ニ着手シタル者ハ其既ニ爲シタル部分ノ割合ニ應シテ報酬ノ參部ヲ支拂フヘキコトヲ廣告者ニ請求スルノ權利ヲ

モ有セサルモノトス故ニ我民法ノ主義ニ依レハ應募者ハ其行爲ノ完了前ニ廣告ノ取消ニ遭遇シ意外ノ損失ヲ被ムルノ不公平ナル結果ヲ生スルヲ免カレス茲ヲ以テ廣告者ヲシテ取消前ニ應募者ノ使用シタル勞力竝ニ其現ニ支出シタル費用ヲ償還スルノ義務ヲ負ハシムル立法例アリト雖トモ我民法ハ廣告者ニ廣告取消ノ權利ヲ認ムルヲ以テ其取消ノ結果ニ付キ責任ヲ負ハシメサルヲ正當トスルノミナラス其取消ハ應募者ニ於テ豫期スヘキモノナルヲ以テ之レカ爲メ應募者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルコトナケレハ廣告者ヲシテ何等ノ義務ヲ負擔セシメサリシモノナリ

第三項　取消權ノ喪失

廣告ハ廣告者ノ片面的意思表示ニシテ廣告者ヲ羈束セサルヲ以テ廣告者ハ相手方カ其行爲ヲ完了スル迄ハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ヘク普通ノ契約ニ於ケルカ如ク一定ノ期間其廣告ヲ持續スヘキ義務ヲ負擔セサルヲ原則トスルモ廣告者カ取消權ヲ拋棄シタルトキハ最早其廣告ヲ取消スコトヲ得サルモノトス蓋シ廣告者カ廣告ヲ取消スコトヲ得ルヤ否ヤハ專ラ廣告者ノ利害ニ關スル問題ニシテ公益ニ關セサルヲ以テ廣告者カ自己ノ利益ニ於テ存スル取消ノ權ヲ拋棄スルノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思表示ニ效ヲ與フルハ毫モ不可ナシトス是レ第五百三十條但書ノ規定アル所以ナリ而シテ同條ノ規定ニ依ルトキハ廣告者カ取消權ヲ喪失スル場合ニアリ即チ左ノ如シ

第一　廣告者カ其廣告中ニ取消ヲ爲サヽル旨ヲ表示シタルトキ

此場合ニ於テハ相手方ハ廣告ヲ信シテ取引ヲ爲スモノナレハ廣告者カ任意ニ其廣告ヲ取消スコトヲ得ルニ於テハ其取消ヲ豫期セサル相手方ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヘキヲ以テ廣告者ヲシテ取消權ヲ行フコトヲ得セシメサルヲ正當ナリトス而シテ廣告者カ取消權ヲ拋棄シタル場合ニ於テハ廣告ハ他ニ其消滅ヲ來スヘキ原因ノ生セサル限リハ效力ヲ持續シ相手方ハ何時ニテモ廣告ニ定ムル行爲ヲ爲シテ廣告者ニ對スル報酬支拂請求權ヲ取得スルコトヲ得ヘシ

第二　廣告者カ其指定シタル行爲ヲ爲スヘキ期間ヲ定メタルトキ

民法第五百三十條第三項ニ曰ク「廣告者カ其指定シタル行爲ヲ爲スヘキ期間ヲ定メタルトキハ其取消權ヲ拋棄シタルモノト推定ス」ト蓋シ此場合ニ於ケル期間ノ指定ハ普通二個ノ意義ヲ有ス即チ其一ハ相手方カ廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲スヘキ時期ニ制限ヲ置キ其期間經過後ハ假令廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲ス者アルモ廣告者ハ之ニ對シテ報酬支拂ノ義務ヲ負擔セサルコトヲ明カニシタルモノニシテ期間ノ指定ハ要スルニ廣告ノ效力ニ終期ヲ付シタルモノト見ルヘキヲ以テ廣告者ハ取消ノ手續ヲ要セス期間ノ滿了ニ因リテ當然其義務ヲ免カルヽモノナリ是レ普通契約ノ申込ニ期間ヲ定メタル場合ト其揆ヲ一ニスル所ニシテ假令懸賞廣告ニ付キ特別規定ヲ存セサルモ第五百二十一條第二項ノ場合ト同一ノ結果ニ歸着スヘキモノト解釋セサルヘカラス其二ハ廣告者カ既ニ廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲スヘキ期間ヲ定メタル以上ハ其期間內ハ廣告ノ效力ヲ持續シテ相手方ニ其行爲ヲ爲スノ猶豫ヲ與ヘ相手方カ其期間內ニ行爲ヲ爲スニ於テハ契約ヲ成立セシムヘク其期間內ハ其一己ノ都合ヲ以テ猥リニ之ヲ取消サヽルノ意思ヲ表示シタルモノト

推測セサルヘカラス是レ第五百三十條第三項ノ規定アル所以ニシテ此推測ハ最モ多クノ場合ニ於テ廣告者ノ意思ニ適シ取消ヲ豫期セサル應募者ノ利益ヲ保護シ之ヲシテ期間內ノ取消ニ因リ不測ノ損害ヲ被ムルノ災厄ヲ免カレシムルカ爲メニ必要アリトス然レトモ民法第五百三十條第三項ノ規定ハ强行法ニアラスシテ其明文ノ示ス如ク廣告者ノ意思ヲ推定シタルモノニ外ナラサルヲ以テ廣告者ハ廣告中ニ於テ反對意思ヲ表示シ廣告ニ指定シタル期間內ト雖トモ其廣告ヲ取消スノ權利ヲ留保シタルトキハ其意思ニ從ヒ當事者間ノ關係ヲ定ムルコトヲ要スルハ勿論ナリ

第三款　懸賞廣告ノ效力

懸賞廣告ノ相手方即チ應募者ハ廣告ニ指定シタル行爲ヲ完了スルニ因リテ、廣告者ニ對シテ報酬ヲ請求スルノ權利ヲ取得ス而シテ應募者ハ如何ナル行爲ヲ爲スヘキヤハ廣告者ノ主觀的判斷ニ依ルヘキモノニアラスシテ廣告ニ指定シタル行爲ノ性質ト應募者ノ爲シタル行爲ト

ノ比較對照ニ依リ取引上ノ觀念ヲ基礎トシテ決定スヘキ事實上ノ問題ニ屬シ爭ノ生シタル場合ニハ裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノトス

廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲シタル者カ、一人ナルトキハ其人カ報酬ヲ請求スル權利ヲ有シ別ニ困難ナル問題ヲ生スルコトナシト雖トモ數名ノ人カ同時又ハ順次ニ其行爲ヲ爲シタルトキハ何人カ報酬ヲ受クヘキヤニ付キ疑ヲ生スルヲ以テ民法ハ第五百三十一條ニ於テ之レカ規定ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

第一 廣告ニ定メタル行爲ヲ爲シタル者數人アルトキハ最初ニ其行爲ヲ爲シタル者ノミ報酬ヲ受クル權利ヲ有ス

是レ第五百三十一條第一項ニ規定スル所ニシテ廣告者ノ意思ヲ推測シテ之レカ規定ヲ設ケタルモノナリ蓋シ廣告者カ或行爲ヲ爲シタル者ニ報酬ヲ與フル旨ヲ廣告シタル場合ニ其行爲ヲ爲シタル者カ數名アル場合ト雖トモ特別ノ意思表示ナキ限リハ廣告者ハ其中ノ一人ニ對シテ報酬ヲ與フルノ意思ヲ有スルモノト推測スヘク應募者各自ニ之ヲ與フルノ意思ナリト推測スルヲ得ス果シテ然ラハ應募者數名アリテ其中ノ一人カ最先ニ行爲ヲ完了シタルトキハ其者ニ於テ他ノ應募者ニ優先シテ報酬ノ請求權ヲ取得スルモノト解スルヲ正當ナリトス是レ第五百三十一條第一項ノ規定アル所以ナリ

廣告者ハ通例相手方ヨリ行爲完成ノ通知ヲ待ツテ之ニ報酬ヲ支拂フモノナレトモ應募者ノ行爲ハ廣告ニ定ムル行爲ノ內容カ充實セラレタル時ニ於テ完成シ之ヲ廣告者ニ通知スルト否トニ依リ應募者ノ權利ニ消長ヲ來タスコトナシ然レトモ行爲完成ノ通知ヲ以テ應募者ノ爲スヘキ行爲ノ一部トシタルトキハ應募者ノ權利ハ其行爲ヲ爲シテ發生スルモノナレハ通知ノ前後ハ應募者ノ權利ノ優劣ヲ定ムルノ標準トナルモノトス

第二 數人カ同時ニ廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲シ其前後ヲ定ムルコト能ハサルトキ例之ハ其者ニ於テ報酬ヲ受クル權利ヲ有ス

割合ヲ以テ報酬ヲ受クル權利ヲ有ス

數人カ同時ニ廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲シ其前後ヲ定ムルコト能ハサルトキ例之ハ數人カ同時ニ廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲シタル場合ニ於テハ各平等ノ割合ヲ以テ報酬ヲ受クル權利ヲ有ス

數人カ同時ニ廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲シタル場合ニ於テハ各平等ノ割合ヲ以テ報酬ヲ受クル權利ヲ有ス

強竊盜ヲ逮捕シタル者ニ一定ノ賞金ヲ授與スヘキコトヲ廣告シタル場合ニ甲乙二人カ共同シテ之ヲ逮捕シタルトキ又ハ學術的發見ヲ報告セシ

ムルコトヲ以テ懸賞廣告ノ目的トナシタル場合ニ丙丁兩人カ各自ニ其發見ヲ爲シ其報告カ同時ニ廣告者ニ到達シタル場合ニ於テハ報酬ノ請求權ニ付キ其中ノ一人ニ優先ノ權利ヲ與フルコトヲ得サルヲ以テ其行爲ヲ爲シタル各應募者ノ爲メニ平等ノ割合ヲ以テ其報酬ヲ請求スルノ權利ヲ認ムルヲ可ナリトス是レ第五百六十一條第二項ニ規定スル所ニシテ公平ノ觀念ニ適シ最モ多クノ場合ニ於テ廣告者ノ意思ニ適合スルモノナレハ民法ハ廣告者ノ意思不明ナル場合ニ其意思ヲ推測シテ此ノ規定ヲ設ケタルモノナリ然レトモ此原則ニハ例外アリ即チ左ノ場合之レナリ

一 報酬カ其性質上分割ニ不便ナルトキ　報酬カ金錢其他種類數量ヲ以テ取引ノ目的トナルコトヲ得ヘキ物即チ所謂代替物ナルトキハ之ヲ分割スルコトハ可能ナルヲ以テ各應募者ヲシテ平等ノ割合ヲ以テ之レカ請求ヲ爲サシムルハ毫モ妨ケナシト雖トモ報酬カ不可分物ニシテ分割ニ適セサルトキ例之廣告者ノ約シタル報酬カ一箇ノ時計又ハ賞牌ニシテ之ヲ應募者間ニ分割スルコト能ハサルカ如キ場合ニ於テハ現物分割ノ方法ニ依ルコトヲ得ス又應募者ヲシテ其時計又ハ賞牌ヲ應募者ノ共有物ト爲スニ於テハ當事者間ノ權利關係複雜トナリ廣告者カ懸賞ヲ爲シタル所以ノ目的ニ反スルノ結果ヲ生スルヲ以テ民法ハ此場合ニ於テハ應募者ノ一人ヲシテ其全部ヲ請求スルノ權利ヲ有セシムルノ必要ヲ認メ第五百三十一條第二項ニ於テ之レカ規定ヲ設ケタリ

二 廣告者ニ於テ一人ノミ之レヲ受クヘキモノトシタルトキ　數名ノ應募者アル場合ニ報酬カ可分ナルトキハ廣告者ノ意思ハ之ヲ應募者各自ニ分配スルニアリト推測スルコト民法第五百三十一條第二項前段ノ規定ハ此推測ニ基ツキタルモノナルコトハ既ニ說明スル所ノ如シ果シテ然ラハ廣告者カ其廣告ニ於テ之レト反對ナル意思ヲ表示シタルトキ即チ報酬ハ之ヲ分割セスシテ應募者中ノ一人ヲシテ其全部ヲ取得セシムル旨ヲ廣告シタルトキハ其明示ノ意思ニ從ヒ應募者中ノ一人ヲ撰定シテ之ニ其報酬ノ全部ヲ與フルコトヲ要ス

前二項ニ揭ケタル場合ニ於テ報酬ノ全部ヲ受ケ取ルヘキ應募者ハ如何ニシテ

之ヲ定ムルヤ民法ハ其第五百三十一條第二項後段ニ於テ此場合ニ於ケル受賞者ハ抽籤ヲ以テ之ヲ定ムヘキモノトナセリ蓋シ應募者カ同時ニ廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲シ其相互間ニ於テ權利ノ優劣ヲ定ムヘキ標準ナキ以上ハ抽籤ノ方法ニ依ルヲ以テ公平ナリトスルノミナラス此方法ハ實際上便宜ニシテ速カニ當事者間ノ權利關係ヲ確定スルノ利アルヲ以テナリ

民法第五百三十一條第一項第二項ハ要スルニ廣告者ノ意思不明ナル場合ニ之ヲ補充スルヲ以テ目的トスル一ノ推定的規定ニ外ナラサルヲ以テ廣告者カ廣告中ニ於テ之ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フヘキハ勿論ナリ是レ同條第三項ノ規定アル所以ナリ例之ハ廣告中ニ總テノ應募者若クハ其ノ數名ニ報酬ヲ支拂フヘキコトヲ約シ又ハ應募者カ行爲完了ノ報知ヲ發送シタル日時如何ニ依リ其優先權ノ順位ヲ定ムヘキコトヲ約スルカ如シ

第四款　優等懸賞廣告

優等懸賞廣告トハ廣告者カ廣告ニ應シテ行爲ヲ爲シタル者ノ中最優等者ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スル契約ナリ例之詩歌、小說、圖繪ノ類ヲ募集シ最優等ノ者ニ金若干ヲ與フルコトヲ約スルカ如シ

優等懸賞廣告モ亦タ懸賞廣告ノ一種ナレハ之ニ對スル法律規定ノ適用ヲ受クヘキモノナレトモ廣告者ノ約シタル報酬カ應募者中ノ最優等者ニ歸屬セサルヘカラサルノ點ニ於テ普通ノ懸賞廣告ト異ナルヲ以テ法律ハ第五百三十二條ニ於テ特ニ規定ヲ設ケタリ余ハ同條ノ規定ニ從ヒ優等懸賞廣告ノ要件ト優等者ノ判定ニ區別シテ說明スヘシ

第一項　優等懸賞廣告ノ成立要件

優等懸賞廣告ハ懸賞廣告ノ成立ニ要スル一般條件ヲ充タスノ外廣告ニ應募ノ期間ヲ定ムルコトヲ要シ此ノ條件ノ欠缺ハ其廣告ヲ無效ナラシムル結果ヲ生ス是レ優等懸賞廣告ノ性質ヨリ生スル效果ニシテ廣告カ此ノ條件ヲ充タサルトキハ廣告者ハ毫モ其廣告ニ依リテ羈束セラレサルノ不條理ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ何トナレハ募集期間ニ制限ナキ以上ハ一般ノ人ハ際限ナク其

募集ニ應スルコトヲ得ルヲ以テ終ニ最優等者ノ誰タルヤヲ判定スルニ由ナク何レノ應募者最モ優等者ナリトシテ報酬ヲ請求スルコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ是レ第五百三十二條カ優等懸賞廣告ハ應募ノ期間ヲ定メタル場合ニ限リ其效力ヲ生スルト規定セル所以ナリ

第二項　優等者ノ判定

優等懸賞廣告ニ在テハ廣告者ノ約シタル報告ハ廣告ノ本旨ニ從ヒ最優等者ニ歸屬スヘキモノナルヲ以テ應募者數名アルトキハ其相互間ノ優劣ヲ定ムルノ必要ヲ生ス而シテ民法第五百三十二條ノ規定ニ依ルトキハ優等者ハ左ノ方法ニ依リ之ヲ定ム

一　廣告ニ判定者ヲ定メアルトキハ其者ノ判定ニ從フ

優等者ヲ判定スヘキ者カ廣告中ニ定メラレタルトキハ其者ニ於テ優等者ヲ判定ス蓋シ廣告者ハ廣告ノ內容ニ從ヒ報酬支拂ノ義務ヲ負擔スルモノニシテ應募者モ亦其廣告ノ條件ヲ認諾シテ行爲ヲ爲スモノナレハ何人ヲ最優等者トナスヘキヤノ點ニ付キテモ亦廣告者ハ其廣告ニ依リテ羈束セラルヽト同時ニ廣告ニ依リテノミ其義務ヲ履行スヘキモノナルコトハ廣告ノ性質上明カナルヲ以テ廣告ニ判定者ヲ定メタルトキハ優等者ノ確定ニ付キ其判定者ノ意見ニ從ハサルヘカラサルハ勿論ナリ

二　廣告中ニ判定者ヲ定メサルトキハ廣告者之ヲ判定ス

是レ廣告者ノ意思ノ推測ヨリ來ルモノニシテ廣告者中ニ判定者ヲ指定セサル以上ハ廣告者ニ於テ之ヲ判定スルノ權利ヲ留保シタルモノト推測スルヲ穩當ナリトスルヲ以テナリ

三　廣告ニ定メタル判定者又ハ廣告ニ其定メナキ場合ニ於テ廣告者ノ爲シタル判定ハ當事者ヲ羈束シ應募者ハ之ニ對シテ異議ヲ主張スルコトヲ得ス是レ第五百三十二條第三項ニ規定スル所ニシテ此場合ニ於テハ優等者ノ判定ハ客觀的ノ標準ニ依ルニアラスシテ判定者又ハ廣告者ノ主觀的標準ニ從フモノナレハ是等判定者又ハ廣告者ノ判定ハ絕對的ニ其效ヲ生シ應募者ニ於テ客觀的ノ標準ヲ基礎トシテ其不當ヲ主張シ其當否ニ付キ裁判所ノ判斷

ヲ求ムルコトヲ得ス蓋シ客觀的標準ニ從ヒ數人ノ者ノ爲シタル行爲ノ優劣ヲ判斷スルコトハ實際上極メテ困難ナルヲ以テ廣告者又ハ判定者ノ主觀的判斷ニ委スルハ一切ノ紛議ヲ豫防スルカ爲メニ必要ニシテ廣告者ハ要スルニ斯ル條件ノ下ニ報酬ヲ與フルノ義務ヲ負擔シ第三者ノ干涉容喙ヲ許サヽルノ意思ナリト推測スルコトヲ得ヘケレハナリ然レトモ廣告者カ廣告中ニ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從ヒ客觀的標準ヲ基礎トシテ行爲ノ優劣ヲ判定スルコトヲ要スルハ勿論ナリ

廣告ニ定メタル判定者又ハ廣告者カ或一人ヲ以テ最優等者ナリト判定シタルトキハ其者ニ於テ報酬ヲ受クルノ權利ヲ有スヘキハ勿論ナリト雖トモ最優等ナリト判定セラレタル者カ二人以上アルトキハ如何ニスヘキヤ此場合ニ於テハ第五百三十一條第二項ノ規定ヲ準用シ優等者ハ各平等ノ割合ヲ以テ報酬ヲ受クルノ權利ヲ有スヘク報酬カ其性質上分割ニ不便ナルトキ又ハ廣告ニ於テ一人ノミ之ヲ受クヘキモノトシタルトキハ抽籤ヲ以テ其報酬ヲ受クヘキ者ヲ定ム是レ第五百三十二條末項ニ規定スル所ナリ

第五節　契約ノ效力

第一款　總論

契約ハ當事者間ニ於テ私法上ノ效果ヲ生セシムルヲ目的トシ法律ハ契約自由ノ原則ニ從ヒ當事者ノ意思ニ效ヲ與フルモノナルヲ以テ契約カ有效ニ成立シタルトキハ當事者相互間ニ於テ其契約ノ目的タル私權ノ得喪變更ヲ生スルモノニシテ之ヲ以テ一般契約ノ效力トナス而シテ契約ノ此效力ハ單ニ其當事者間ニ於テ對人的權利關係ヲ創設スルニ止マルコトアリ一般人ニ對抗シ得ヘキ物權關係ヲ創設スルコトアリ債權契約ハ前者ニ屬シ物權契約ハ後者ニ屬スルハ既ニ說明スル所ノ如シ

契約ノ效力タル私權ノ得喪變更ハ一ニ契約ノ趣旨ニ從ヒ其內容範圍ヲ定ムルコトヲ要ス法語ニ曰ク契約ハ當事者間ニ於テ法律ト同一ナル效力ヲ生スト蓋シ此謂ヒナリ

契約ヨリ生スル法律關係ハ契約ノ內容ニ依リテ定マルモノニシテ契約ノ內容

ハ又各個ノ場合ニ於ケル具體的事實ニ依リテ定マルヘキモノナレハ之ヲ契約各論ノ說明ニ讓リ玆ニ之ヲ論究スルノ必要ナシ余ハ民法ノ規定ニ從ヒ雙務契約ニ固有ナル效力ニ付キ說明セントス

第二款　雙務契約ノ效力

雙務契約ニハ廣狹二樣ノ意義ヲ付スルコトヲ得即チ雙務契約ハ廣義ニ於テハ契約ノ效力トシテ當事者雙方カ義務ヲ負擔スル契約ヲ謂フ此意義ニ於テハ賣買交換ハ勿論使用貸借無償ノ委任契約モ亦雙務契約タルニ妨ケナシ狹義ノ雙務契約ハ契約ノ效力トシテ當事者相方カ給付義務ヲ負擔シ其義務ハ交換的ニ履行セラルヘキモノヲ謂フ賣買交換雇傭請負賃貸借有償ノ委任寄託ハ即此種ノ雙務契約ニ屬ス民法第五百三十三條ニ所謂雙務契約ハ即チ狹義ノ雙務契約ヲ意味スルモノナリ

雙務契約ハ當事者間ニ於テ給付ノ交換ヲ爲スヲ以テ目的トスル所ノ契約ナルヲ以テ契約當事者カ各自互ニ給付義務ヲ負擔スルコトハ契約成立ノ要件タリ

蓋シ雙務契約ハ要因契約ノ一種ニ屬シ各當事者カ給付義務ヲ負擔スルコトハ他ノ當事者カ給付義務ヲ負擔スルノ原因ナルモノナリ換言スレハ各當事者カ給付義務ヲ負擔スルハ相手方カ自己ニ對シテ給付義務ヲ負擔セサルニ於テハ自己モ亦給付義務ヲ負擔スルノ意思ナキモノナレハ雙務契約ニ於ケル當事者雙方カ互ニ給付義務ヲ負擔スルコトハ契約成立ノ要件トシテ分離スヘカラサル關係ヲ有シ當事者ノ一方カ給付義務ヲ負擔セサルトキハ契約ハ全然成立セサルコトハ何人モ認メテ爭ハサル所ナリ然レトモ當事者雙方ノ給付義務カ一旦成立シタル以上ハ其義務ノ履行モ亦互ニ相牽連シテ分離スヘカラサル關係ヲ有スルヤ若クハ一旦成立シタル當事者雙方ノ義務ハ別個獨立ノ存在ヲ有シ各其運命ヲ異ニスルコトヲ得ルモノナルヤニ付キテハ古來學者間ニ於テ議論ノ存スル所ニシテ立法例モ亦區々ニ出ツ前者ハ所謂牽連說ニシテ羅馬法及ヒ佛國法系ノ立法例ニ於テ採用セラレ後者ハ所謂獨立說ニシテ獨逸法系及ヒ近世ノ立法例ニ於テ採用セラル

牽連說ハ雙務契約ノ性質ニ於テ其論據ヲ求ムルモノナリ即チ雙務契約ハ給付

ノ交換ヲ爲スヲ以テ目的トスルモノナレハ當事者雙方カ給付義務ヲ負擔スルコトハ固ニ契約成立ノ要件ナルノミナラス雙方ノ負擔ニ屬スル給付ハ互ニ相交換セラルヘキモノナルヲ以テ當事者ノ一方カ自己ノ負擔スル給付義務ヲ履行セスシテ相手方ニ對シテ其給付義務ノ履行ヲ強ユルハ雙務契約ノ性質ニ反ス何トナレハ當事者ノ一方カ義務ノ履行ヲ爲サヽルニモ拘ハラス相手方ハ尚其義務ヲ履行セサルヘカラサルモノトナスハ雙務契約ヲ成立セシメタル所以ノ當事者ノ目的ニ背馳スルモノト謂ハサルヘカラスト云フニアリ

獨立說 ハ雙務契約ニ於ケル雙方ノ義務ハ相共ニ契約成立ノ要件ヲ組成スルノ點ニ於テハ相牽連シテ分離スヘカラサル關係ヲ有スルモ一旦契約カ成立シテ雙方ノ義務カ發生シタル以上ハ各獨立ノ存在ヲ有シ別々ノ運命ニ服從スルコトヲ妨ケサルモノニシテ當事者ノ一方カ履行ノ不能ニ因リテ其義務ヲ免カルルモ之レカ爲メ他ノ一方ヲシテ義務ノ履行ヲ免カレシムルモノニアラスト云フニアリ

牽連說 ハ雙務契約ノ性質ニ關スル理論ニ適シ當事者ノ意思ニ合スルノミナラス我民法ノ解釋トシテモ此說ニ從フヲ可トス蓋シ我民法ハ特定物ニ關スル第五百三十四條ニ於テ目的物ニ關スル危險ヲ債權者ニ負擔セシメ債務者カ其義務ヲ履行セサルニ拘ハラス債權者ヲシテ尚ホ反對給付ヲ爲スノ義務ヲ負擔セシメタルヨリ推論スルトキハ我民法ハ一見雙務契約ノ獨立性ヲ認メタルニアラサルヤノ疑ヲ生スヘシト雖トモ民法カ第五百三十三條ニ於テ履行ノ提供ノ伴ハル當事者一方ノ請求ニ對シテ相手方ニ履行拒絕ノ抗辯權ヲ認メ第五百三十六條ニ於テ當事者一方ノ給付不能ノ場合ニ付キ相手方ヲシテ等シク給付義務ヲ免カレシムルヲ以テ見レハ我民法モ亦雙務契約ノ牽連性ヲ認メ其效果ヲ規定シタルモノニシテ雙務契約ノ獨立說ヲ採用シ其例外ヲ規定シタルモノニアラス却テ第五百三十四條ハ雙方契約ノ牽連性ニ對スル例外ヲ規定シタルモノト解セサルヘカラサルヲ以テナリ而シテ民法ノ規定ニ依ルトキハ雙務契約ヨリ生スル效果ハ左ノ如シ

第一 雙務契約當事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得

是レ民法第五百三十三條ニ規定スル所ニシテ雙務契約ニ於ケル給付義務ノ牽連性ヨリ流出スル所ノ效果ナリ蓋雙務契約ハ其性質上給付ノ交換ヲ爲スヲ目的トスルモノナレハ雙方ノ義務ハ交換的ニ履行スルコトヲ要シ格段ナル事由ノ存在セサル限リハ雙務契約ノ當事者ハ各自相手方カ其義務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ義務ニ屬スル給付ヲ拒絕スルノ權利ヲ有シ其給付ノ物ヲ目的トスルト否トヲ問ハサルモノトス而シテ其給付カ物ヲ目的トスルトキハ民法第二百九十五條ノ規定ニ從ヒ其物ノ上ニ留置權ヲ有スルコトトナル

雙務契約ノ效果タル履行拒絕ノ權利ハ雙務契約ニ於ケル給付ノ交換性ヨリ生スル效果ニシテ公平ノ觀念ヲ基礎トスル法律ノ恩典ニアラス何トナレハ法律カ雙務契約ノ效力ヲ認メサレハ即チ止ム既ニ其效力ヲ認ムル以上ハ當事者ノ意思ニ從ヒ給付ノ交換性ヲモ認メサルヘカラサルヲ以テナリ是レ留置權ト其性質ヲ異ニスル所ナリ何トナレハ留置權ハ法律ノ特別規定ヨリ生スル權利ニシテ自己ノ義務ヲ履行シタル當事者ノ一方カ相手方ノ義務不履

行ニ因リ損失ヲ被ムルノ不公平ナル結果ヲ豫防スルヲ以テ唯一ノ目的トスル法律上ノ政策ニ基因シ當事者雙方ノ義務ノ性質ヨリ生スル論理的結果ニアラサルヲ以テナリ故ニ雙務契約ノ當事者ハ相手方カ其義務ヲ履行セサル場合ト雖モ相手方カ其義務ヲ履行スルマテハ自己ノ義務ニ屬スル給付ヲ拒絕スルノ權利ヲ有スルモノナリ

提供ハ完全ナルコトヲ要ス換言スレハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ履行ノ提供ヲ爲スモ其提供カ不完全ナルカ若シクハ不充分ナルトキハ相手方ハ其債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得例之百俵ノ米ヲ引渡スヘキ場合ニ中等ノ米ヲ引渡スヘキ場合ニ其內八十俵ヲ提供シ又ハ上等ノ米ヲ引渡スヘキ場合ニ中等ノ米ヲ提供スルカ若シクハ其ノ品質ニ於テハ上等ノ部類ニ屬スルモ浸水其他ノ理由ニ因リテ變質シタルモノヲ提供シ或ハ主物ヲ提供シテ從物ヲ遺脫スルカ如シ然レトモ當事者ノ一方ノ爲シタル提供カ嚴格ナル意義ニ於テハ不完全不充分ナリトスルモ其欠缺遺漏カ極メテ輕微ニシテ善意誠實ヲ旨トスル取引上ノ觀念ニ於テ之ヲ看過スヘキモノナルトキハ相手方ハ之ヲ理由トシテ其債務ノ履行ヲ拒ム

コトヲ得ス其他ノ場合ニ於テハ相手方ハ其債務ノ全部ノ履行ヲ拒絶スルノ權利ヲ有シ當事者一方ノ爲シタル履行ノ提供又ハ現實ノ履行ニ相當スル自己ノ債務ノ部分ノ履行ヲ提供シ又ハ其履行ヲ爲スノ責任ナシ但當事者間ニ於テ一部履行ヲ特約シタルトキハ債務ノ一部履行ニ對シ相手方ハ自己ノ債務中之ニ對當スル部分ノ履行ヲ爲スコトヲ要スルハ勿論ナリ

反對給付ヲ提供スルコトハ相手方ニ對シテ給付ヲ要求スルノ絕對的前提要件ニアラスシテ相手方ニ對スル一ノ抗辯方法タルニ過キス從テ裁判所ハ反對給付ヲ提供セサル當事者ノ請求ハ法律上不正當ナリトシテ當然之ヲ却下スルコトヲ得ス蓋シ雙務契約ハ給付ノ交換ヲ爲スヲ目的トスルモ反對給付ヲ提供セサル當事者ノ請求ニ對シ雙務契約本來ノ性質ニ從ヒ交換的履行ヲ要求スルト若クハ反對給付ノ提供ヲ爲サヽル相手方ノ請求ニ對シ單獨ニ其義務ノ履行ヲ爲ストハ各當事者ノ利害ニ關スル問題ナルヲ以テ反對給付ノ伴ハサル履行ノ請求ヲ拒絕スルト否トハ其自由意思ニ一任スルコトトナシタルモノナリ故ニ民法カ反對給付ノ提供ヲ以テ相手方ニ屬スル一ノ抗辯ト

ナシタルモ之カ爲メ雙務契約ヨリ生スル當事者雙方ノ義務ノ牽連性ヲ否定スルコトヲ得サルモノトス

雙務契約當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ履行ヲ請求スルニハ先ツ以テ現實ニ履行ノ提供ヲ爲スコトヲ要スルヤ又現實ニ履行ノ提供ヲ爲ササル當事者一方ノ請求ニ對シ相手方ヨリ同時履行ノ抗辯ヲ提出シタルトキハ其請求ハ不當ナリトシテ却下セラルヘキヤハ我民法ノ解釋上疑ハシキ問題ナリ獨逸民法ニ依レハ雙務契約當事者ノ一方カ相手方ニ對シ訴ヲ以テ履行ノ請求ヲ爲スニハ反對給付ト交換的ニ履行ノ提供ヲ爲スヘキコトヲ請求スルヲ以テ足リ現實ニ履行ノ提供ヲ爲スコトヲ要セス又當事者一方ヨリ提出シタル單純ナル履行ノ請求ニ對シ相手方ヨリ同時履行ノ抗辯ヲ提出シタルトキハ此抗辯ハ單ニ裁判所ヲシテ相手方ニ對シ反對給付ト交換的ニ履行ヲ爲スヘキ旨ノ裁判ヲ爲サシムル效力ヲ生スルニ止マリ其抗辯ニ基ツキ原告ノ請求ヲ却下セシムルノ效力ヲ生セサルモノトス而シテ原告カ判決ニ基ツキテ强制執行ヲ爲ス場合ニ於テハ反對給付ノ現實ノ提供ヲ爲シテ相手方ヲ給付受取ノ遲滯ニ

付スルニ因リテ判決ノ執行ヲ爲スコトヲ得ヘシ(獨逸民法第三百二十二條第一項、第二百七十四條第二項)我民法ニハ明文ナシト雖モ最近大審院ノ判例ハ我民法第五百三十三條ノ規定ニ付キ獨逸民法ト同一趣旨ノ解釋ヲ下シタリ蓋シ此ノ解釋ハ同時履行ノ抗辯ヲ認メタル所以ノ立法上ノ本旨ニ適シ取引上ノ便宜ニ適合スルモノト認ムヘシ

雙務契約ニ於ケル給付ノ交換ハ其通有ノ性質タルニ止マリ絕對的必要條件ニアラサルヲ以テ當事者カ其相互ノ義務ノ間ニ存スル連鎖關係ヲ解キ別々ニ履行スヘキモノトナスハ毫モ妨ケナシ故ニ當事者カ各自ノ債務ニ付キ別ニ履行期限ヲ定メタルトキハ其債務ノ履行ノ期限ノ先ツ到リタル當事者ハ先ツ其義務ヲ履行スルコトヲ要シ相手方カ其ノ債務ノ履行ヲ提供セサルコトヲ理由トシテ自己ノ義務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ス是レ第五百三十三條但書ノ規定アル所以ナリ

茲ニ一ノ問題アリ甲明治四十一年一月一日ヲ以テ乙ニ一ノ家屋ヲ賣渡シ代金ハ即日支拂フヘキ事トシ家屋ハ二月一日ニ引渡スヘキ契約ナル場合ニ乙ハ甲ノ代金請求ニ對シ二月一日前ニ於テ同時履行ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得サルヤ明カナリト雖モ二月一日後ニ於テハ此抗辯ヲ提出シ得ルヤ否ヤ此ノ問題ニ付キテハ學者間ニ議論アリ民法第五百三十三條ノ文理解釋トシテハ既ニ雙方ノ債務ノ辨濟期カ到來シタル以上ハ各當事者ハ反對給付ヲ提供セサル相手方ノ請求ヲ拒絕シ得ルモノト解釋スルヲ正當ナリトスルモノノ如シ然レトモ余ハ甲ハ同時履行ノ抗辯ヲ使用シ得ルモ乙ハ此權利ヲ喪失シタルモノト解釋スルヲ可ナリトス何トナレハ既ニ當事者ニ於テ雙方ノ債務ノ間ニ存スル牽連ヲ解キ乙先ツ其債務ヲ履行スヘキモノトナシタル以上ハ乙ハ同時履行ノ抗辯權ヲ拋棄シタルモノニシテ相手方カ其義務ヲ履行スルト否トニ拘ハラス自己ノ義務ヲ履行セサルヘカラス從テ乙ハ相手方ノ義務不履行ヲ理由トシテ自己ノ義務ニ屬スル給付ヲ留置スルコトヲ得サルモノナルニ乙カ自己ノ債務ヲ履行セスシテ甲ノ債務ノ辨濟期ノ至ルヲ待ツニ於テハ其本來留置シ得ヘカラサル自己ノ給付ヲ留置シ得ヘシトナスハ公平ノ觀念ニ反スルモノナレハナリ故ニ前例ニ於テ甲ハ家屋ノ引渡ヲ提供セスシ

テ單純ニ代金ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得ルニ反シ乙ハ先ツ代金ヲ提供スルニアラサレハ家屋ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ス獨逸民法ハ先給付ヲ爲スノ義務アル當事者ノ一方カ後給付ヲ爲スノ義務アル相手方ニ對シテ訴訟ヲ提起スル場合ニ付キ特ニ規定ヲ設ケ前者ハ後者給付ノ受領ヲ遲滯シタルトキハ之ニ對シテ反對給付受領ノ後ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ請求スルコトヲ得ヘキモノトセリ我民法ニハ明文ナシト雖トモ解釋上同一ノ結果ニ歸着スヘキモノト信ス

債務者ハ民法第四百十二條ニ定ムル時期ヲ徒過スルニ因リテ遲滯ノ責ヲ負フヲ原則トスルモ債務者カ反對給付ヲ受クルノ權利ヲ有スル場合ニ於テハ債務者ハ債權者ヨリ反對給付ヲ提供スルニアラサレハ給付ヲ爲スノ責任ナキヲ以テ遲滯ノ效力ハ反對給付ノ提供アルマテハ停止セラレ反對給付ノ提供ト共ニ發生スルモノトス此問題ニ付キテハ學者間ニ議論アリ或學者ハ債務者カ遲滯ノ責ヲ免カルルニハ債權者ヨリ反對給付ヲ提供シタルト否トニ拘ハラス自己ノ債務ノ履行ヲ提供スルコトヲ要シ之ヲ爲ササルニ於テハ當然遲滯ノ責ヲ負フコトナク原告カ現實ニ履行ノ提供ヲ爲シタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任シ遲延利息其他ノ損害ヲ支拂フノ義務ヲ負フモノトス

第二 當事者ノ一方カ當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ債務ヲ

然遲滯ノ責ニ任セサルヘカラスト主張セリ此ノ說ニ依ルトキハ雙務契約ノ當事者カ一定ノ時期ニ於テ同時ニ履行ヲ爲スヘキ場合ニ於テ各自ニ履行ノ提供ヲ爲サスシテ其時期ヲ徒過シタルトキハ相互ニ履行ヲ遲滯シタルモノトシテ相手方ニ對シテ其責ニ任セサルヘカラサルコトトナルヘシ然レトモ此說ハ雙務契約ニ於ケル給付義務ノ交換性ヲ無視シタルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ雙務契約ハ給付ノ交換ヲ爲スヲ以テ目的トスルモノニシテ其交換カ同時ニ行ハルヘキモノナルトキハ各當事者ハ反對給付ノ交換ヲ提供セサル相手方ノ請求ヲ拒絕スルノ權利ヲ有スルニ依リ相手方ヨリ反對給付ノ提供ナキ間ハ其給付義務ヲ履行スルノ責任ナキヲ以テナリ故ニ裁判所カ被告ノ同時履行ノ抗辯ニ基ツキ之レニ對シテ反對給付ト引換ヘニ給付ヲ爲スヘキ旨ヲ命シタル場合ト雖トモ被告ハ當然遲滯ノ責ヲ負フコトナク原告カ現實ニ履行ノ提供ヲ爲シタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任シ遲延利息其他ノ損害ヲ支拂フノ義務ヲ負フモノトス

第二 當事者ノ一方カ當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ債務ヲ

履行スルコト能ハサルニ至リタルトキハ相手方ニ對シテハ反對給付ヲ受クル權利ヲ有セス

雙務契約ヨリ生スル當事者一方ノ債務ノ履行カ當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ不能トナリタルトキハ債務者ハ其義務ヲ免カル何トナレハ不能ニ對シテハ何人ト雖モ責任ヲ負フコトナキハ自明ノ理ナルヲ以テナリ然レトモ其當事者ハ自己ノ義務ヲ履行セサルニ拘ハラス相手方ニ對シテ反對給付ヲ請求スルコトヲ得ヘキヤ此問題ハ雙務契約ノ性質ニ基ツキ容易ニ之ヲ解決スルコトヲ得ヘシ即チ雙務契約ハ給付ノ交換ヲ爲スヲ以テ目的トス故ニ各當事者ハ自己ノ義務ニ屬スル給付ヲ爲スニアラサレハ相手方ニ對シテ反對給付ヲ請求スルコトヲ得サルハ既ニ說明スル所ナリ果シテ然ラハ當事者ノ一方カ當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ給付ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキハ自己ノ給付義務ヲ免カルヽト同時ニ相手方ニ對シテ反對給付ヲ請求スルノ權利ヲ失フニ至ルヘキハ論ヲ俟タス是レ民法第五百三十六條第一項ニ規定スル所ナリ例之家屋ノ所有者カ甲一箇月十圓ノ借賃ヲ以テ之ヲ乙ニ貸與スルコトヲ約シタルニ其家屋カ類燒シ又ハ畫工丙カ金百圓ヲ以テ丁ノ爲メニ畫ヲ描クコトヲ契約シタル場合ニ其畫工カ疾病ノ爲メ雙手ノ自由ヲ失ヒタルトキハ甲及ヒ丙ハ給付不能ノ爲メニ義務ヲ免カルト同時ニ乙丁ニ對シテ借賃報酬ヲ請求スルノ權利ヲ有セサルコトトナリ債權關係ハ玆ニ全ク消滅スルニ至ルヘシ

民法第五百三十六條ノ規定ハ雙務契約カ特定物ノ給付ヲ目的トスル場合ヲ除キ其他ノ場合ニ一般ニ適用セラレ適用ノ範圍極メテ廣キモノニシテ之ヲ以テ雙務契約ノ效力ニ關スル一般ノ原則トナスヘキモノトナス故ニ民法第五百三十六條第一項ハ雙務契約ノ性質ヨリ生スル當然ノ效果ヲ示シタルニ過キスシテ之ニ對スル例外ヲ規定シタルモノニアラス是レ余カ我民法ノ解釋トシテハ雙務契約ノ牽連性ヲ肯定セサルヘカラスト論スル所以ナリ

雙務契約ヨリ生スル債務ノ履行カ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能トナリタル場合ニ付キテハ民法第五百三十六條第二項ニ特別規定アリ此場合ニ於テハ債務者ハ反對給付ヲ受クルノ權利ヲ失ハサ

ルモノトス何トナレハ履行ノ不能カ債權者ノ所爲ニ基因スル以上ハ之レヨリ生スル結果ハ債權者自カラ之ヲ負擔スルコトヲ要シ之レカ爲メ債務者ヲシテ反對給付ヲ受クルノ權利ヲ喪失セシムルハ公平ノ觀念ニ適セサルヲ以テ債務者カ履行ヲ爲シタル場合ト等シク反對給付ヲ受クルノ權利ヲ之ニ認ムルノ必要アレハナリ然レトモ之レカ爲メ債務者ヲシテ不當ノ利得ヲ爲サシムルハ亦不公平タルヲ免カレサルヲ以テ債務者カ自己ノ義務ヲ免カレタルニ因リテ利益ヲ得タルトキハ之ヲ債權者ニ償還セサルヘカラス是レ民法第五百三十六條但書ノ規定アル所以ナリ例之(一)甲者、乙者ニ對シ乙者ノ住所ニ於テ馬一頭ヲ引渡スノ債務ヲ負擔スル場合ニ乙者ノ過失ニ因リ其馬カ死亡シタリト假定スルトキハ甲者ハ其馬ヲ保管シ之ヲ引渡スノ義務ヲ免カルルト同時ニ其保管費幷ニ運送費ヲ節約スルコトヲ得テ利得ヲ爲スモノナレハ其馬ノ飼養幷ニ運送ニ付キテ債務者ノ支出スヘカリシ費用ハ之ヲ甲者ニ償還スルコトヲ要ス(二)丙者或ル興行ノ用ニ供スル爲メ一ッノ建物ヲ丁者ニ賃貸シタル場合ニ其興行カ丁者ノ責ニ歸スヘキ事由例之公安又ハ風俗ヲ害スルカ爲メ警察署ヨリ差止メラレ爲メニ賃貸借ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタル場合ニ丙者更ニ之ヲ他人ニ貸與シ借賃ヲ受取リタルトキハ之ニ相當スル價格ヲ丁者ニ償還スルコトヲ要スルカ如シ反對給付カ金錢ヲ目的トスルトキハ之ヲ債務者ニ償還スヘキ費用ト相消スルコトヲ得ヘク費用ノ額カ反對給付ノ額ヲ超過スルトキハ債務者ハ反對給付ヲ受クルノ權利ヲ抛棄シテ費用償還ノ義務ヲ免カルルコトヲ得ヘシ(債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ債務ヲ履行スルコト能ハサルニ至リタルトキハ債務者ハ反對給付ヲ請求スルノ權利ヲ失ハサルト同時ニ債權ノ效力ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ履行ニ代ヘテ全部ノ損害ヲ賠償スルコトヲ要スルハ勿論ナリ)

第三 特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ以テ雙務契約ノ目的トナシタル場合ニ於テ其物カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ滅失又ハ毀損シタルトキハ其滅失又ハ毀損ハ債權者ノ負擔ニ歸ス

是レ民法第五百三十四條第一項ニ規定スル所ニシテ所謂雙務契約ノ目的物ニ關スル危險負擔ノ問題ヲ解決シタルモノナリ例之甲者地所ヲ所有シ代金

千圓ニテ之ヲ乙ニ賣渡スコトヲ約シ又ハ金五百圓ノ對價ヲ以テ乙ノ爲メニ三十年間ノ地上權ヲ設定スルコトヲ約シタル場合ニ其地所全部流失シ又ハ荒廢ニ歸シタルトキト雖トモ甲ハ乙ニ對シテ地所ノ代金又ハ地上權ノ對價ヲ請求スル權利ヲ有シ乙ハ目的物ノ滅失毀損ニ因リ其義務ノ全免又ハ輕減ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス故ニ目的物ノ滅失毀損ハ乙ノ不利益ニ於テ效力ヲ生スルコトトナル而シテ危險負擔ノ問題ニ關シテハ從來三個ノ主義アリ即チ英法ハ所有者主義ヲ採用シ獨法ハ債務者主義ヲ採用シ佛法ハ債權者主義ヲ採用ス我民法ハ佛法ニ從ヒ債權者主義ヲ採用シタルモノニシテ雙務契約ノ性質ヨリスルトキハ原則ニ對スル例外ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ雙務契約ニ在テハ雙方ノ給付ハ互ニ相牽連シテ密接ノ關係ヲ有シ當事者ノ一方ハ自己ノ義務ヲ履行セスシテ相手方ニ義務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得サルヲ其本質トナスモノナルニ特定物ニ關スル雙務契約ニ在テハ債務者ハ目的物カ滅失シテ自己ノ義務ヲ履行スルコト能ハサルニ拘ハラス債權者ニ對シテ尙ホ反對給付ヲ請求スルノ權利ヲ失ハサルヲ以テナリ故

ニ雙務契約ニ於ケル給付ノ獨立性ヲ云々シテ此場合ニ於ケル債務者ノ權利ヲ說明セント試ムルハ雙務契約ノ性質ヲ無視シタルモノニシテ採ルニ足ラス結局民法第五百三十四條ノ規定ハ公平ノ觀念ヲ基礎トセル便宜的規定タルニ過キサルモノナリ蓋シ特定物カ雙務契約ノ目的タルトキハ債務者ハ契約ノ效力ニ因リテ羈束セラレ事實上及ヒ法律上其物ヲ債權者ノ支配ニ歸セシメ債權者ヲシテ其物ヨリ生スル利益ヲ享受スルコトヲ得セシメサルヘカラサルニ依リ目的物ノ運命ハ永久ニ債務者ヲ去リテ債權者ニ移リタルモノト謂フヘク從テ其物ノ增加改良ハ毫モ債務者ヲ利セサルト一般其滅失毀損モ亦債務者ヲ害セサルモノトナスヲ公平トシ契約成立後目的物ニ付キ寸毫モ利スルコトヲ得サル債務者ヲシテ罩ニ其滅失毀損ヨリ生スル損失ノミヲ負擔セシムルハ不公平ナリト云フニアリ是レ羅馬法以來「物ハ債權者ノ爲メニ滅失ス」テウ原則ヲ支持スル主要ノ理由トナリタルモノナリ英米法ハ「物ハ所有者ノ爲メニ滅失ス」テウ法理上ノ原則ヲ基礎トシ目的物ノ所有權ノ所在如何ニ依リ危險負擔ノ問題ヲ解決スルノ標準トシ所有權移轉前ノ危險ハ債

務者ヲシテ負擔セシメ所有權移轉ト共ニ其危險ヲ債權者ニ移轉セシム獨逸法ハ雙務契約ニ於ケル履行ノ牽連性ニ着眼シ自己ノ給付義務ヲ履行セサル債務者ハ相手方タル債權者ニ對シテ反對給付ヲ求ムルコトヲ得ス從テ債務履行以前ニ生シタル危險ヲ債務者ノ負擔トシ債務者カ其債務ヲ履行シ目的物ヲ債權者ノ支配ノ下ニ置クト共ニ目的物ニ關スル危險ヲ債權者ニ移轉セシム而シテ其時期ハ動產ニ關シテハ目的物ノ引渡アリタル時トシ不動產ニ關シテハ登記又ハ引渡アリタル時トナシタリ(獨逸民法第三百二十三條、第四百四十六條)蓋シ目的物ノ引渡ト登記トハ一ハ事實上目的物ノ支配ヲ債權者ニ移轉スルノ行爲トシテ他ハ法律上目的物ノ所有權ヲ債權者ニ移轉スルノ行爲トシテ債務者ノ負擔スル重要ノ義務ニ屬スルヲ以テ是等ノ義務ノ履行アリタル以上ハ假令債務者ニ於テ其全部ノ義務ヲ履行セサルモ之ヲシテ危險ノ負擔ヲ免レシムルヲ以テ取引上ノ觀念ニ適スルモノト認メタルカ爲メナリ

危險負擔ニ關スル英法、佛法、獨法ノ三主義中何レヲ正當トナスヘキヤニ付キテハ學者間議論ノ存スル所ニシテ其可否得失ハ一概ニ之ヲ論斷スルコトヲ得スト雖トモ獨法ノ債務者主義ヲ以テ比較的完全ナリト信ス何トナレハ獨逸民法第五百三十四條ノ規定ハ雙務契約當事者ノ一方カ自己ノ現ニ所有スル權利ヲ以テ雙務契約ノ目的ト爲シタル場合ニモ亦適用セラルヘキヤ否ヤニ付キテハ一考ヲ要スルノ價値アリ民法第五百三十四條ハ此點ニ付キテ何等ノ區別ヲ設ケサルヲ以テ苟クモ契約ノ目的物カ特定スル以上ハ其權利ノ所在如何ニ拘ハラス債權者ヲシテ之ニ關スル危險ヲ負擔セシムルヲ可ナリトスルカ如シ然レトモ債權者主義ノ因テ生スル立法上ノ理由ニ付テ考フルトキハ此解釋ハ未タ以テ正當ナリトスルコトヲ得ス蓋シ債權者主義ヲ採用スル法制ニ於テ目的物ニ關スル危險ヲ債權者ニ負擔セシムルハ要スルニ物ノ運命ハ契約成立ト共ニ債權者ノ手ニ歸スルカ爲メニ外ナラス然ルニ他人ニ屬スル權利ハ債務者之ヲ左右スルコトヲ得

ス從テ之ヲ債權者ニ讓渡スルコトヲ約スルモ此一事ノミヲ以テ未タ債權者ニ於テ目的物ノ運命ヲ掌握シタルモノト謂フコトヲ得サルヲ以テ場合ノ如何ニ拘ハラス之ヲシテ其危險ヲ負擔セシムヘキ理由ナシ我民法ノ母法タル佛國民法ハ他人ノ物ノ賣買ハ無效トシタルヲ以テ契約ノ目的物カ他人ノ物ナルトキハ其滅失毀損ノ場合ニ付キ債權者タル買主ニ於テ其危險ヲ負擔スヘキヤ否ヤノ問題ヲ生スルコトナシ我民法ハ他人ノ財產權ヲ以テ賣買ノ目的トスルコトヲ認許シタリト雖トモ危險負擔ニ關シテハ第五百三十四條ノ例外的規定ヲ此場合ニ擴張シタル形迹ノ見ルヘキモノナキヲ以テ我民法ノ下ニ在テモ債務者カ契約ノ目的タル權利ヲ有スルカ若シクハ之ヲ有セサルモ相手方タル債權者ヲシテ之ヲ取得スルコトヲ得セシムルノ地位ニ在リタルコトヲ必要トシ此條件ノ充實セラルルニ因リ債權者ニ於テ危險ヲ負擔スヘキモノト解釋スルヲ正當ナリト信ス

余ハ一ノ例證ヲ擧ケ此場合ニ於ケル危險負擔ノ問題ヲ說明スヘシ甲乙ニ對シ丙ノ所有ニ屬スル一ノ家屋ヲ自己ノ所有家屋ナリトシテ賣渡スコトヲ約シタルニ甲カ其所有權ヲ乙ニ移轉スルノ前ニ於テ其家屋カ當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ例之近火ノ爲メニ類燒シ又ハ洪水震災其他ノ事變ニ因リ滅失又ハ毀損シタルトキハ其滅失毀損ハ債權者タル乙ニ於テ負擔スヘキモノトナスヘキハ民法第五百三十四條ノ明文解釋ヨリ生スル結果ナリ今家屋ノ全部燒失ノ場合ニ付キテ觀察スルニ甲カ丙トノ契約ニ因リ其家屋ヲ買收スルコトヲ得ヘカリシ場合ハ勿論其當時ノ狀況ヨリ推シテ甲カ家屋ノ所有權ヲ乙ニ移轉シ得ヘカリシ場合ナルトキハ第五百三十四條ノ規定ヲ適用シ乙ヲシテ其滅失毀損ヲ負擔セシメ甲ニ對シテ代金支拂ノ義務ヲ履行セシムルコトヲ要ス之ニ反シテ甲カ家屋ノ所有權ヲ乙ニ移轉スルコト能ハサリシ場合例之所有者タル丙ニ於テ其家屋ヲ他人ニ讓渡スルノ意思ナキ場合ハ勿論丙ニ其意思アリトスルモ甲ニ於テ直接又ハ間接ニ其所有權ヲ乙ニ移轉スルコト能ハサリシ地位ニ在リタルトキハ甲ハ乙ニ對シ民法第五百六十一條以下ノ規定ニ從ヒ不履行ノ責ニ任セサルヘカラス目的物ノ滅失ハ甲ヲシテ不履行ノ責ヲ免カレシムルノ效果ヲ生スルコトナシ然ラサレハ目的

物ノ滅失ハ甲ヲシテ其請求スルコトヲ得ベカラサリシ代金ヲ乙ヨリ受取ルコトヲ得セシムルノ不公平ナル結果ヲ生シ法律カ債權者タル乙ヲシテ目的物ニ關スル危險ヲ負擔セシムル所以ノ目的ニ反スルニ至ルヘケレハナリ又家屋ノ毀損ノ場合ニ付キテ觀察スルニ是亦民法第五百三十四條ノ規定ニ依リ債權者乙ニ於テ危險ヲ負擔スヘキモノナレトモ甲カ目的物ノ所有權ヲ乙ニ移轉スルコト能ハサルトキハ甲ハ乙ニ對シ第五百六十條以下ノ規定ニ從ヒ全部不履行ノ責ニ任セサルヘカラス然レトモ此場合ニ於ケル甲ノ責任ハ目的物ノ權利ヲ移轉スル能ハサルヨリ生スル責任ニシテ家屋ノ毀損ト何等ノ關係ヲ有セサルモノナリ從テ甲カ豫期ノ如ク家屋ノ所有權ヲ乙ニ移轉スルノ義務ヲ履行シタルトキハ其毀損ハ乙ノ負擔ニ歸シ乙ハ目的物ノ一部欠缺ヲ理由トシテ代金ノ減額ヲ請求シ又ハ契約ヲ解除スルコトヲ得サルヤ明カナリ(獨逸民法第四百四十條參照)

**同一物カ屢次雙務契約ノ目的トナリタルトキハ數名ノ債權者中何人カ危險ヲ負擔スヘキヤモ亦我民法ノ解釋上極メテ困難ナル問題ニ屬ス所有權ノ移轉又ハ目的物ノ引渡若クハ登記ヲ以テ危險ヲ債權者ニ移轉スル法制ニ在テハ其危險ヲ負擔スヘキ債權者ハ自カラ一定シ難問ヲ生スルコトナシ唯獨逸民法ハ土地ニ關シ登記又ハ引渡ニ依リ危險移轉ヲ生セシムル二重ノ標準ヲ採用シタルヲ以テ債務者カ或債權者ニ土地ヲ引渡シ他ノ債權者ノ爲メニ登記ヲ爲シタルトキハ危險ノ負擔ハ何人ニ歸スルヤニ付キ解釋上疑問ヲ生シ或學者ハ登記ヲ爲シタル債權者ニ於テ之ヲ負擔スヘキモノトシ或學者ハ何レノ債權者モ危險ヲ負擔セス債務者ニ於テ之ヲ負擔スヘキモノトシ或學者ハ先キニ登記又ハ引渡ヲ受ケタル債權者危險ヲ負擔スヘシトシ議論ノ一定セサル所ナリ我民法ニ在テハ獨逸民法ノ如ク危險負擔ノ移轉ニ付キ明確ノ標準ナキヲ以テ之ヲ解決スルニ一層困難ヲ生スルヲ免カレス余ハ左ニ場合ヲ分チテ此問題ニ關スル解說ヲ試ミントス

一　登記又ハ引渡アリタル場合　債務者カ債權者ノ一人ニ對シテ其所有動產ヲ引渡シタルトキハ債務者ハ其動產カ滅失毀損シタル場合ト雖トモ反對給付ヲ請求スルノ權利ヲ有スルト同時ニ他ノ債權者ニ對シテハ不履行

ノ責ニ任スヘキモノトス債權者ノ一人ニ對シテ不動產ヲ引渡シタル場合亦同シ債權者ノ一人ニ不動產ノ引渡ヲ爲シ他ノ一人ノ爲メニ登記ヲ爲シタル場合ニ於テハ債務者ハ各自ニ對シテ不履行ノ責ニ任スヘキヤ若クハ各自ニ對シテ反對給付ヲ請求スルコトヲ得ルモ引渡ヲ受ケタル債權者ヨリ給付ヲ受ケタルモノハ登記ニ依リ確定的ニ不動產ノ權利ヲ取得シタル債權者ノ損害ニ於テ不當ニ利得シタルモノナレハ之ヲ其債權者ニ返還スルコトヲ要スルヤハ疑問ナリ余ハ前段ノ解說ヲ可ナリト信ス何トナレハ此場合ニ於ケル目的物ノ滅失ハ債務者ニ不履行ノ責任ノ生シタル後ニ發生シタルモノニシテ債務者ノ責任ハ其後ニ於テ生シタル目的物ノ滅失毀損ノ爲メニ毫モ影響ヲ受クルコトナキヲ以テナリ故ニ此等ノ場合ニ於ケル當事者間ノ權利關係ハ危險負擔ノ原則ニ依リテ決スヘキモノニアラスシテ寧ロ債務ノ不履行ニ關スル原則ニ基ツキテ之ヲ決スルコトヲ要スルモノト解スルヲ可ナリトス

登記又ハ引渡ナキ場合　甲其所有ノ不動產ヲ乙丙丁三人ニ順次ニ賣渡シ未タ何人ニ對シテモ登記又ハ引渡ノ手續ヲ爲ササル場合ニ其不動產カ滅失シタルトキハ何人カ危險ヲ負擔スヘキヤ我民法ハ單ニ「債權者ノ負擔ニ歸ス」ト規定シ其間ニ區別ヲ設ケサルノミナラス乙丙丁ハ債權者トシテ同一地位ニ立チ且未タ登記ヲ爲ササルニ於テハ相互ニ物權ヲ主張スルコトヲ得サルト同時ニ登記又ハ引渡ニ因リテ確定的ニ物權ヲ取得スルコトヲ得ルノ地位ニ在リ其間何等ノ區別ヲ設クヘキ理由ナキヲ以テ乙丙丁各自ヲシテ危險ヲ負擔セシムルヲ以テ民法第五百三十四條ニ規定セル法文ノ趣旨ニ適スルカ如シ然レトモ雙務契約ノ目的物カ不可抗力ニ因リテ滅失シタル場合ニ於テハ假令債務者ニ於テ未タ債務ノ履行ヲ爲ササルモ公平ノ觀念ヲ基礎トスル法律政策ニ因リ履行ヲ爲シタル場合ト等シク相手方タル債權者ニ對シテ反對給付ヲ請求スルコトヲ得セシムルニ過キス然ルニ債務者甲ハ乙丙丁ニ對シ元來目的物ノ引渡又ハ登記ト交換的ニ相手方ニ對シテ反對給付ノ請求ヲ爲スノ權利ヲ有スルニ止マリ單獨ニ反對給付ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモノナレハ乙丙丁ノ何レカ一人ノ爲メニ登

記又ハ引渡ヲ爲ストキハ之ニ對シテ反對給付ヲ爲スコトヲ得レトモ他ノ債權者ニ對シテハ最早給付能力ノ缺乏ニ因リ交換的ニ反對給付ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルヤ明カナリ左スレハ目的物ノ滅失ノ場合ニ於テモ甲ハ債務者トシテ一箇ノ反對給付ヲ受クルコトヲ得セシムルヲ以テ足レリトシ夫レヨリ以上債務者タル甲ヲ保護スルノ必要ナク目的物ノ滅失シタルカ爲メ之ヲシテ三箇ノ反對給付ヲ受クルコトヲ得セシムルハ雙務契約ノ性質ト危險ノ負擔ニ關スル立法上ノ精神ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ本問ノ場合ニ於テ乙丙丁カ各自ニ危險ヲ負擔スルモノト解スルハ不可ナリトス然ラハ乙丙丁中何人カ危險ヲ負擔スヘキヤ甲ハ三名ノ債權者中何レカ一人ヲ選擇シテ反對給付ヲ請求シ他ノ二人ヲシテ反對給付ヲ爲スノ義務ヲ免レシムルコトヲ得ヘキヤ然レトモ危險ヲ負擔スル者ノ何人タルヤハ目的物滅失ノ當時ニ於テ當然ニ確定セラルヘキ問題ニシテ其確定ヲ債務者ノ意思ニ繫ラシムルハ法文解釋ノ範圍外ニ逸出スルモノニシテ到底許スヘカラサルノ事ナリトス而シテ民法第百七十六條ノ規定ニ依レハ物權ノ設定移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生スルト同時ニ債權者主義ノ法制ハ多クハ此結果ヲ豫想シテ之ヲ採用シタルモノナレハ契約ニ因リテ他ノ債權者ニ先タチテ特定物ニ關スル權利ヲ讓リ受ケタル乙ハ民法第百七十六條ノ規定ニ依リテ先ツ其權利ヲ取得シ之レト同時ニ其物ニ關スル危險ヲ負擔シタルモノト謂ハサルヘカラス之ニ反シテ丙丁ハ原則上甲ノ手裡ニ存セサル權利ヲ讓受クルコトヲ得サルモノナルモ民法カ第百七十七條第百七十八條ニ於テ物權ノ得喪變更ヲ第三者ニ對抗スルノ條件トシテ登記又ハ引受ヲ必要トシタル結果尙ホ甲ヨリ其權利ヲ讓受クルコトヲ得ルニ過キス從テ原則ヨリ言ヘハ乙ハ契約ノ結果當然其權利ヲ取得シ丙丁ハ甲ニ對シテ其讓渡ヲ請求スルコトヲ得ルニ過キス從テ物ノ運命ハ既ニ乙ノ掌裡ニ在リテ丙丁ハ未必的ニ之ヲ掌握シタルニ止マルヲ以テ之ニ關スル危險ハ乙ヲシテ之ヲ負擔セシムヘク丙丁ヲシテ之ヲ負擔セシメサルヲ正當ナリトス然レトモ結果ヨリ觀察スルトキハ原則上契約ニ因リ乙ハ權利ヲ取得シタルモノナルモ登記又ハ引渡ヲ爲

ササルニ於テハ後ニ契約ヲ爲シタル丙丁ノ爲メニ其權利ヲ奪ハルルニ至ルヘク反對ニ丙丁ハ原則上權利ヲ取得スルコトヲ得サルモノナルモ登記又ハ引渡ニ因リ確定的ニ其權利ヲ取得スルコトヲ得ルヲ以テ物ニ對スル三人ノ關係ハ實際上同一ニシテ其間何等ノ差異アルヲ認メス然ルニ先キニ契約ヲ爲シタル故ヲ以テ乙一人ヲシテ危險ヲ負擔セシメ丙丁ヲシテ其危險ノ負擔ヲ免カレシムルハ公平ヲ失スルノ嫌アリト雖モ畢竟民法カ一面ニ於テ登記又ハ引渡ヲ以テ物權ノ得喪變更ヲ第三者ニ對抗スルノ主義ヲ採用シタルト他ノ一面ニ於テ危險ノ負擔ニ付キ債權者主義ヲ認メタルノ結果ニシテ之カ救濟策トシテハ獨逸主義ニ則トリ登記又ハ引渡ヲ以テ物權ノ得喪變更ノ要件ト爲スト同時ニ危險ノ負擔ニ付キテモ亦債務者主義ヲ採用スルヲ可トス瑞西民法モ亦債務者主義ヲ採用セリ

不特定物ノ債務ニ在テハ目的物ノ種類數量ハ確定スルモ目物的其モノハ具體的ニ確定セサルヲ以テ未タ危險負擔ノ問題ヲ生スルニ至ラス債務者ハ苟クモ履行ヲ爲ササル限リハ其責ヲ免カルルコトヲ得サルト同時ニ自己ノ義務ヲ履行スルニアラサレハ反對給付ヲ請求スルコトヲ得ス故ニ債務者カ履行ノ爲メニ準備シタル物カ滅失毀損シタルトキハ其滅失毀損ハ債務者ノ損失ニ歸シ債務者ハ他物ヲ以テ履行ヲ爲ササルヘカラス然レトモ債務者カ債權者ニ目的物ヲ引渡シタルトキハ危險ハ債權者ニ移轉スルハ勿論目的物カ民法第四百一條第二項ノ規定ニ從ヒ當事者ノ合意又ハ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ノ完了ニ因リテ確定シタルトキハ不特定物ノ債務ハ此時ヲ以テ特定物ノ債務ニ轉換スルヲ以テ之レヨリ以後民法第五百三十四條第一項ノ規定ヲ適用シテ危險負擔ノ問題ヲ解決スルコトヲ要ス是レ同條第二項ニ規定スル所ナリ

第四　停止條件付雙務契約ノ目的物カ滅失毀損シタル場合ニ付キテハ民法ニ特別規定アリ即チ左ノ如シ

甲　當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ目的物カ滅失毀損シタル場合　停止條件付雙務契約ハ條件ノ到來ニ因リテ純然タル雙務契約ニ轉換スルヲ以テ條件成就ノ曉ニ於テハ民法第五百三十四條ノ規定ヲ適用シテ

其效果ヲ定ムルコトヲ要ス故ニ契約ノ目的物カ滅失毀損シタルトキハ其滅失毀損ハ條件ノ成就前ニ發生シタルト否トニ論ナク債權者ノ負擔ニ歸スヘキモノトナササル可ラス然レトモ民法ハ停止條件付雙務契約ノ目的物カ條件ノ成否未定ノ間ニ於テ滅失シタル場合ニ付キテハ其適用ヲ除外セリ（本法第五百三十五條第一項）然ラハ此場合ニ於ケル效果如何ノ問題ニ付キテハ註釋家ノ議論一致セサル所ニシテ或ハ當事者ノ意思ニ從ヒ其效果ヲ定ムヘシトシ或ハ債務者ハ反對給付ヲ受クルノ權利ヲ失フモノトシ或ハ契約ハ不成立ニ歸スルモノト解スル余ハ我民法ノ解釋トシテハ目的物ノ滅失ハ契約ノ關係ヲ根本ヨリ消滅セシムルモノト解釋スルヲ正當ナリト信ス蓋シ我民法ノ主義ニ依レハ一方ニ於テ停止條件付法律行爲ハ條件ノ成就ニ因リテ其效力ヲ生スルト同時ニ他方ニ於テ目的物ノ存在スルコトハ之ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル契約成立ノ要件ヲ成スモノナレハ條件ノ成就前ニ生シタル目的物ノ滅失ハ契約關係ヲ不成立ニ了ラシムルノ效果ヲ生スルヲ以テナリ而シテ民法ニ所謂滅失中ニハ目的ノ全部ノ滅失ハ勿論

的物ノ毀損ニシテ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコトヲ得サラシムルノ程度ニ達シタルモノヲ包含スルモノトス

民法ハ雙務契約カ解除條件ニ繫ル場合ニ付キテ規定スル所ナシ然レトモ解除條件付法律行爲ハ行爲ノ當時完全ニ成立シ唯タ條件ノ成就ニ因リ其效力ヲ失フニ過キサルヲ以テ條件ノ成就未定ノ間ニ於テ目的物カ滅失シタルトキハ民法第五百三十四條ノ規定ニ從ヒ危險ハ債權者之ヲ負擔シ債務者ニ對シテハ反對給付ヲ爲スノ義務アリ然レトモ條件カ成就シタルトキハ目的物ニ關スル危險ハ何人カ之ヲ負擔スヘキヤ此問題ハ雙務契約ニ於ケル危險負擔ノ問題ニアラスシテ解除條件付法律行爲ニ於ケル條件成就ノ效果ニ關スル問題ナリトス而シテ解除條件付法律行爲ハ條件ノ成就ニ因リ其效力ヲ失フヲ以テ茲ニ當事者雙方間ニ於テ原狀回復ノ權利義務ヲ發生ス茲ニ於テ債權者ハ債務者ニ對シテ目的物ヲ返還シ債務者ハ債權者ニ對シテ反對給付トシテ受取リタルモノヲ返還シテ契約成立以前ノ原狀ニ復セサルヘカラス而シテ契約ノ目的物カ當事者ノ責ニ歸スヘカラサ

ル事由ニ因リテ滅失又ハ毀損シタルトキハ債權者ハ滅失ノ場合ニハ全然其ノ義務ヲ免カレ毀損ノ場合ニハ現狀ノ儘之ヲ債務者ニ返還スルノ義務ヲ負フニ過キス然レトモ之カ爲メ其受取リタルモノヲ債權者ニ返還スル債務者ノ義務ニ毫モ影響ヲ及ホスコトナシ蓋シ當事者ノ交互的原狀回復ノ義務ハ雙務契約カ條件ノ成就ニ因リテ消滅ニ歸シタルヨリ生シタル效果トシテ雙務契約ヨリ直接ニ生スル義務ニアラサルヲ以テ雙務契約ニ關スル第五百三十四條以下ノ規定ヲ適用スルコトヲ得サルモノトス

停止條件付雙務契約ノ當事者カ條件成就ノ效力ヲ既往ニ溯ラシムルノ意思ヲ表示シタルトキハ目的物ノ滅失ハ債權者ノ負擔トナルヘキヤ此問題ニ付キテハ多少ノ疑アリト雖モ民法第五百三十四條ハ此ノ點ニ付キ何等ノ區別ヲ爲ササルヲ以テ此場合ニ於テモ亦同條ノ規定ヲ適用シ債務者ヲシテ危險ヲ負擔セシムルヲ可ナリトス故ニ停止條件付雙務契約ニ在リテハ我民法ハ大體ニ於テ獨逸法ノ債務者主義ニ依リタルモノト謂フヘシ唯タ獨逸法ノ下ニ在リテハ學者ノ議論二派ニ分カレ一方ノ學者ハ危險ノ移轉ハ契約ノ成立ヲ前提要件トスルヲ以テ條件ノ成就未定ノ間ハ假令登記又ハ引渡アルモ此事實ハ目的物ニ關スル危險ヲ債權者ニ移轉スル效力ヲ生スルモノニアラス條件ノ成就ニ因リ契約ノ成立シタル後ニ登記又ハ引渡ヲ爲スニ因リテ初メテ此效力ヲ生スルモノトス然ルニ契約ノ目的物カ條件ノ成否未定ノ間ニ於テ滅失シタルトキハ其條件ノ成就シタル場合ニ登記又ハ引渡ヲ爲スコトハ不可能ナルヲ以テ其滅失ハ結局債務者ノ負擔ニ歸シ債權者ニ於テ之ヲ負擔スルコトナシトシ(是レ我民法第五百三十五條第一項ノ規定ト其趣旨ヲ同フスル所ナリ)之ニ反シテ他ノ學者ノ說ニ依レハ當事者間ニ於テ條件ノ成就ヲ既往ニ溯ラシムルノ意思ヲ表示シタルトキハ條件ノ成否未定ノ間ニ登記又ハ引渡アリタル場合ト雖モ條件ノ成就ト共ニ債權者ニ於テ危險ヲ負擔スヘキモノトナセリ

民法第五百三十五條ハ停止條件付雙務契約ノ目的物カ滅失シタル場合ニ付キ第五百三十四條ノ適用ヲ除外シタルヲ以テ目的物ノ毀損シタル場合ニ於テハ第五百三十四條ヲ適用シ其毀損ハ債權者ノ負擔ニ歸スヘキモノ

トス蓋シ此場合ニ於テハ條件成就ノ際ニ目的物存在スルヲ以テ法律行爲カ其效力ヲ生スルコトヲ妨ケサルヲ以テナリ是レ獨逸民法ト異ナル所ナリ何トナレハ獨逸民法ノ下ニ在テハ條件ノ成就前ニ生シタル毀損モ亦債務者ノ負擔ニ歸スヘキモノニシテ目的物ノ滅失ト毀損トニ依リ區別ヲ爲ササルヲ以テナリ蓋シ獨逸民法ハ條件ノ成就即チ契約ノ成立ヲ以テ危險ヲ債權者ニ移轉スルノ前提要件ト爲シタルニ反シ我民法ハ目的物ノ存在ヲ以テ契約ノ成立要件ト爲シタルカ爲メニシテ意思表示ノ效力ハ其當時ニ於テ判斷スヘキモノナレハ其後ニ於テ生シタル目的物ノ滅失毀損ハ契約ノ成立要件ニ關スル問題ニアラスシテ契約ノ效果ニ關スル問題ナリ從テ此點ニ付キ目的物カ當事者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ滅失シタル場合ト債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ滅失セル場合トヲ區別スヘキ理由ナク民法カ後ノ場合ニ付キ契約ノ成立ヲ認メ債務者ヲシテ其滅失ニ付キ責ヲ負ハシムル以上ハ前ノ場合ニ於テモ亦契約ノ成立ヲ認メ以テ目的物ニ關スル危險負擔ノ問題ヲ決定セサルヘカラス左スレハ目的物ノ滅失

タル場合ト毀損シタル場合トニ適スル規定ヲ設ケ前者ニ付キ債務者主義ヲ採用シタル以上ハ後者ニ付キテモ同一主義ヲ採用スルヲ適當トス而シテ目的物ニ關スル危險ハ契約ノ成立ヲ前提要件トスヘク其契約カ停止條件ニ繫リ未必的ノ成立ヲ有スル間ニ過キサル場合ニ於テ早ク旣ニ目的物ニ關スル危險ヲ債權者ニ移轉スルカ如キハ債務者ノ保護厚キニ失シ債權者ノ損害ニ於テ不當ニ其時期ヲ遡ラシムルノモノニシテ不公平タルヲ免レス故ニ目的物ノ滅失ト毀損トニ論ナク債務者ヲシテ危險ヲ負擔セシムル獨逸民法ノ規定ヲ優レリト信ス

乙　債務ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ滅失毀損シタル場合　民法第五百三十五條ハ條件附雙務契約ノ目的物カ當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ滅失シタル場合ニ付キテ危險負擔ノ問題ヲ解決シタリト雖トモ物カ條件ノ成否未定ノ間ニ於テ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ滅失シタル場合ニ付キテ何等ノ規定ヲ設ケス蓋シ此場合ニ於テモ條件成就ノ際ニ目的物ナキヲ以テ契約ハ其效ヲ失フモノト解スヘキヤ否ナ決シテ然ラス此場

合ニ於テハ目的物ノ滅失ハ條件ノ成就ニ因リ雙務契約ノ成立スルコトヲ妨ケサルモノノミナラス債務者カ其所爲ニ因リ條件ノ成就ヲ妨ケタルモノト謂フコト能ハサルヲ以テ當事者間ノ權利關係ハ債務ノ不履行ニ關スル一般ノ原則ノ適用ニ依リテ之ヲ定ムルコトヲ要ス故ニ債務者ハ其故意過失ニ因リテ不能トナリタル給付ニ代ヘテ全部ノ損害ヲ債權者ニ賠償スルコトヲ要スルト同時ニ債權者ハ常ニ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ヘシ

物カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ毀損シタル場合ニ付キテハ民法第五百三十五條ニ特別規定アリ債權者ハ其選擇ニ從ヒ契約ノ履行ヲ請求シ又ハ契約ヲ解除スルノ權利ヲ有シ且之カ爲メニ被ムリタル損害ノ賠償ヲモ併セテ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ民法ハ如何ナル場合ニ於テ契約ヲ解除シ得ルヤヲ明示セサルヲ以テ苟クモ目的物カ毀損シタル以上ハ其大小輕重ニ拘ハラス債權者ニ解除權ヲ與ヘタルモノト解スヘキカ如シト雖トモ要スルニ此規定ハ一般ノ原則ヲ適用シ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ目的物ノ毀損シタル場合ニ於ケル救濟方法ヲ注意的ニ揭ケタルモノナレハ如何ナル場合ニ於テ債權者カ解除權ヲ行フコトヲ得ルヤハ一般ノ原則ニ依リテ之ヲ解決スルコトヲ要ス從テ債務者ハ目的物ノ毀損ノ爲メニ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコトヲ得サル場合ニ限リ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ヘク其他ノ場合ニ於テハ損害ノ賠償ノミヲ請求スルコトヲ得ルモノト解釋セサルヘカラス

第三款　第三者ノ爲ニスル契約ノ效力

第三者ノ爲メニスル契約トハ當事者ノ一方即チ諾約者カ相手方即チ要約者ニ對シ當事者以外ノ第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ約スル契約ヲ謂フ例之甲、乙ニ對シ丙ニ金百圓ヲ支拂フヘキコトヲ約スルカ如シ

第三者ノ爲ニスル契約ノ效力ニ付キテハ學說立法例區々ニシテ一定セス羅馬法ニ於テハ此種ノ契約ノ效力ヲ全然否認セリ其理由トスル所ハ契約ノ當事者タル要約者ハ此契約ニ因リ何等ノ利益ヲ享有スルコトナキヲ以テ所謂「利益ナケレハ訴權ナシ」ノ法則ニ從ヒ諾約者ニ對シテ何等ノ請求權ヲ有セサルト同時

ニ此契約ニ因リ利益ヲ享有スヘキ第三者ハ契約ノ當事者ニアラサルヲ以テ「契約ハ第三者ヲ利セス害セス」テウ原則ニ從ヒ諾約者ニ對シテ直接ニ其履行ヲ求ムルノ權利ナシ從テ此種ノ契約ハ絕對的ニ無效ナリト云フニアリ羅馬法ヲ繼受シタル佛國民法並ニ佛國民法ヲ模範トセル我舊民法モ亦羅馬法以來ノ主義ヲ襲踏シ第三者ノ爲メニスル契約ハ無效ナルヲ原則トシ唯要約者カ其契約ニ付金錢的ノ利益ヲ有スル場合例之當事者カ其契約ニ過怠約款ヲ付シ又ハ要約者カ諾約者ヲシテ自己ニ代リテ第三者ニ債務ノ辨濟ヲ爲サシムルカ如キ場合ニ限リ之ヲ有效ナリトセリ蓋シ第三者ノ爲メニスル契約カ其效力ヲ生セサルハ諾約者ニ於テ金錢的利益ヲ享有セサルカ爲メナルヲ以テ要約者カ其契約ニ付キ金錢的利益ヲ有スル以上ハ之ヲ有效トナスハ毫モ妨ケナシト云フニアリ然レトモ各人ハ己レ自カラ一定ノ利益ヲ享有シ因テ以テ自己ノ生活上ノ需要ヲ充タスカ爲メニ動作ヲ爲スト同時ニ他人ヲシテ此ノ利益ヲ享有セシメ因テ以テ其人ノ生活上ノ需要ヲ充タスカ爲メニ動作ヲ爲スハ人類共同生活ニ於ケル目的ヲ達スルカ爲メニ必要ニシテ缺クヘカラサル事ナリトス自己ノ利益ノ爲メニ契約ヲ締結スルハ前者ニ屬シ他人ノ利益ノ爲メニ契約ヲ爲スハ後者ニ屬ス法律カ既ニ自己ノ利益ノ爲メニスル契約ニ效力ヲ與ヘテ之ヲ保護スル以上ハ他人ノ爲メニスル契約ヲモ保護シ因テ以テ人類共同生活ノ要求ニ應スルヲ可ナリトシ其契約ノ他人ノ爲メニスルノ故ヲ以テ其保護ヲ拒ムヘキ理由ナシ是レ民法カ要約者其人カ金錢的利益ヲ有スルト否トニ依リテ第三者ノ爲メニスル契約ノ效力ヲ定メタル佛國民法其他羅馬法系ノ立法主義ヲ排シ獨逸民法等シク一般ニ第三者ノ爲メニスル契約ノ效力ヲ是認シ第五百三十七條以下ニ於テ之レカ規定ヲ設ケタル所以ナリ

第一項　第三者ノ爲メニスル契約ノ當事者間ノ效力

第三者ノ爲メニスル契約トハ契約當事者カ第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムルノ意思ヲ以テ締結スル契約ヲ謂ヒ當事者ニ此意ナキトキハ其契約ハ第三者ノ爲メニスル契約ニアラス例之甲乙ニ對シ乙ノ取引先ナル或銀行ニ金百圓支拂

フコトヲ約シ又ハ乙ニ對シ乙カ丙ニ對スル借用金ヲ乙ノ爲メニ辨濟スヘキコトヲ約シタリト假定センニ是レ唯タ甲カ乙ニ對スル債務辨濟ノ方法ヲ定メタルニ過キスシテ銀行又ハ丁ヲ以テ權利者ト爲スノ意思ナキモノナレハ其契約ハ乙ニ於テ直接ニ利益ヲ享有スル契約ニアラス之レニ反シテ契約ノ趣旨ニ依リ銀行又ハ丁カ直接ニ甲ニ對シテ權利ヲ取得スヘキトキ例之甲カ其契約ニ因リ銀行又ハ丁ニ對シ債務者トナリテ甲ニ代リテ辨濟ノ責ニ任スヘキ場合ニ於テハ其契約ハ第三者ノ爲メニスル契約タルノ性質ヲ有スルモノトス而シ單ニ第三者ニ給付受領ノ權限ヲ授與スル契約ヲ稱シテ受權契約ト謂ヒ第三者ニ獨立ノ權利ヲ授與スル契約ト區別ス

第三者ノ爲メニスル契約ハ要約者カ自己ノ名ヲ以テ第三者ノ爲メニ締結スル契約ナルヲ以テ自稱代理人カ事務管理ニ因リ本人ノ名ヲ以テ本人ノ爲メニ締結スル所ノ契約ト其性質ヲ異ニス蓋自稱代理人ハ本人ノ意思表示トシテ意思ノ表示ヲ爲スモノナレハ其意思表示ハ本人ニ代リ其機關トシテ意キモノナリ唯タ本人ト自稱代理人トノ間ニ於テ代理關係欠缺スルヲ以テ代理

人ノ爲シタル契約ハ本人ニ對シテ其效ヲ生セサルモ本人之ヲ追認スルトキハ代理權ノ欠缺ハ玆ニ補充セラレ其ノ契約ハ代理人ノ意思表示ノ時ニ溯リテ效力ヲ生スルモノナリ之ニ反シテ第三者ノ爲メニスル契約ハ要約者ニ代リテ其機關トシテ契約ヲ爲スモノニアラス自己ノ名ヲ以テ契約ヲ爲シタル契約ノ效力ニ因リテ第三者ヲシテ契約ノ目的タル權利ヲ得セシメントスルモノニシテ第三者ハ後ニ至リテ契約ノ利益ヲ享有スル旨ノ意思表示ヲ爲シテ其權利ヲ取得スルニ過キスシテ其意思表示ハ追認ト異ナリ要約者ノ爲シタル契約ヲ以テ第三者ノ契約タラシムルノ效力ヲ生スルコトナシ

第三者ノ爲メニスル契約カ有效ニ成立シタルトキハ一般契約ト共ニ當事者ヲ羈束シ要約者ハ諾約者ニ對シ第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ要求スルノ債權ヲ取得シ諾約者ハ要約者ニ對シ第三者ノ爲メ給付ヲ爲スノ債務ヲ負擔スル而シテ契約カ單ニ諾約者ヲシテ給付義務ヲ負擔セシムル片務的ノモノナルトキハ要約者ハ單獨ニ第三者ノ手裡ニ其給付ヲ爲スヘキコトヲ請求スルコトヲ得ヘシ又第三者ノ爲メニスル契約カ要約者ニ於テ反對給付ヲ爲スコトヲ要スル雙

務的ノモノナル時ハ要約者ハ民法第五百三十三條ノ規定ニ從ヒ反對給付ヲ提供スルニ非サレハ諸約者ニ對シ第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ請求スルコトヲ得ス

第三者ノ爲メニスル契約ハ種々ナル形式ノ下ニ行ハルルコトヲ得ヘシ之ヲ契約當事者ノ方面ヨリ觀察スルトキハ單ニ諸約者ヲシテ第三者ニ對シテ給付義務ヲ負擔セシムル片務的ノモノタルヲ得ヘク又要約者ニ於テ反對給付ヲ爲スコトヲ要スル雙務的ノモノタルヲ得ヘキハ既ニ說明スル所ノ如シ而シテ契約當事者ノ關係ニ付キテハ一般契約ノ原則ヲ適用シテ其效力ヲ定ムルコトヲ要ス又之ヲ第三者ノ方面ヨリ觀察スルトキハ(一)其契約ハ第三者ノ爲メニ物權ノ設定移轉變更消滅ヲ目的トスルモノアリ例之ハ甲乙ニ對シ其土地ノ所有權ヲ丙ニ讓渡シ又ハ丙ノ爲ニ其土地ノ上ニ地上權其他ノ物權ヲ設定スルコトヲ約スルカ如シ(二)其契約ハ第三者ノ利益ニ於テ債權ノ創設ヲ爲スヲ目的トスルモノアリ例之ハ甲乙ニ對シ金百圓ヲ丙ニ支拂フヘキコトヲ約シ又ハ丙ノ爲メニ演藝ヲ爲シ繪ヲ描クコトヲ約スルカ如シ(三)其契約ハ諸約者ト第三者トノ間ニ於テ或契約ヲ成立セシムルコトヲ目的トスルコトアリ例之ハ甲乙ニ對シ丙ノ友誼ニ酬ユルタメ金品ヲ贈與スルコトヲ約シ又ハ其所有物ヲ丙ニ賣渡スコトヲ約スルカ如シ(四)其契約ハ單ニ第三者ヲシテ利益ヲ享有セシムルヲ以テ目的トスルコトアリ或ハ第三者ヲシテ負擔付ニテ利益ヲ享有セシムルヲ以テ目的トスルコトアリ甲、乙ニ對シ丙ニ金百圓ヲ支拂フヘキコトヲ約スルハ前者ニ屬シ甲、乙ニ對シ金百圓ニテ其所有ノ時計ヲ丙ニ賣渡スコトヲ約スルハ後者ニ屬ス而シテ後ノ場合ニ於ケル當事者間ノ契約ハ第三者ヲシテ給付義務ヲ負擔セシムルニ至ルヲ以テ此點ヨリ見ルトキハ其契約ハ第三者ノ爲メニスル契約ニアラサルナキヤ疑ヲ生スヘシト雖トモ其契約ハ單純ニ給付義務ノミヲ負擔セシムルコトヲ目的トスルモノニアラスシテ第三者ノ利益享受ノ條件トシテ之ニ給付義務ヲ負擔セシムルニ過キサルモノトス然レトモ單純ニ第三者ヲシテ給付義務ヲ負擔セシムルコトヲ以テ其契約ハ結局第三者ノ爲メニスル契約ニアラサルヲ以テ民法第五百三十七條ノ適用ヲ受クヘキモノニアラス而シテ此種ノ

契約ト雖トモ當事者間ニ於テハ其效ヲ生スルモ民法ハ第三者ノ爲ニスル契約ニ於ケルカ如ク其契約ノ第三者ニ對スル效力ヲ認メサルヲ以テ要約者カ第三者ニ對シテ直接ニ權利ヲ取得スルニハ要約者ト第三者トノ間ニ於テ更ニ契約ヲ爲スコトヲ要スルハ勿論ナリ之ニ反シテ第三者ヲシテ負擔付ニテ利益ヲ享受セシムルヲ以テ目的トスル契約ハ常ニ有效ニシテ其負擔ノ大小廣狹負擔ニ對スル利益ノ比例如何ハ之ヲ問フノ必要ナシトス

第三者ノ爲ニスル契約ノ當事者間ノ效力ニ付キテハ一般ノ原則ヲ適用スルコトヲ要シ要約者ハ諾約者ニ對シテ契約ノ目的タル給付ヲ第三者ニ爲スヘキコトヲ要求スルノ權利ヲ有スルハ前述ノ如シ然レトモ其給付ヲ受クルト否トハ第三者ノ自由ノ權内ニ在リ第三者カ其給付ヲ受取リタルトキハ諾約者カ契約ニ因リテ負擔シタル債務ハ履行ニ因リテ消滅スヘク之ニ反シテ第三者カ其給付ノ利益ヲ享有スルコトヲ拒絕シタルトキハ諾約者ノ債務ハ履行ノ不能ニ因リテ消滅ニ歸ス而シテ後ノ場合ニ於ケル當事者間ノ權利關係ハ當事者間ノ契約幷ニ給付ノ不能トナリタル場合ニ於ケル一般ノ原則ヲ適用シテ之ヲ定ムル

第三者カ受益ノ意思ヲ表示スルト同時ニ其權利發生スルヲ以テ爾後第三者ハ債務者ニ對シテ契約ノ目的タル給付ヲ請求スルコトヲ得ルハ勿論ナリト雖モ此事實ハ諾約者ニ對スル要約者ノ請求權ニ如何ナル影響ヲ及ホスヤハ當事者ノ意思ト契約ノ目的タル給付ニ付キ要約者ノ有スル利害ニ依リ定マルヘキ問題ニシテ當事者間ニ別段ノ意思表示ナキトキハ要約者ハ契約當事者トシテ此請求權ヲ保有スルモ利害關係ノ消滅ニ因リ其請求權ハ消滅ニ歸スルモノトス解スルコトヲ要ス玆ヲ以テ(一)第三者ノ爲ノニスル契約カ單ニ諾約者ト第三者トノ間ニ於テ或種ノ契約ヲ成立セシムルコトヲ目的トシタルトキハ第三者カ受益ノ意思表示ヲ爲スニ因リテ第三者ト諾約者トノ間ニ其契約カ成立スルト同時ニ第三者ノ爲メニスル契約ハ玆ニ其目的ヲ達シタルモノナルヲ以テ要約者ノ請求權モ亦消滅ス例之甲乙ニ對シ一定ノ代價ヲ以テ其所有ノ家屋ヲ丙ニ賣渡スコトヲ約シ又ハ一定ノ條件ヲ以テ其所有ノ土地ヲ丙ニ賃貸スルコトヲ約スルカ如シ此場合ニ於テハ丙ノ意思表示ト共ニ賣買契約、賃貸借契約成立ス

ルヲ以テ甲丙ノ關係ハ爾後賣買契約、賃貸借契約ニ固有ナル原則ニ從ヒ之ヲ定ムルコトヲ要シ甲乙間ノ契約ハ單ニ甲、丙間ニ於テ如上ノ契約ヲ成立セシムルノ手段方法トナリタルニ過キスシテ其契約ハ賣買賃貸借ノ申込又ハ其豫約ニ酷似スルモノナリ然レトモ是レ唯タ其效力ニ於テ後ノ二者ニ類似スルニ止マリ直チニ之ヲ同一物ナリト解スルヲ得ス何トナレハ第三者ノ爲メニスル契約ハ當事者間ノ契約以外ニ於テ債權債務ヲ發生スル特種ノ原因ニシテ普通ノ原則ニ依リテ之ヲ說明スルヲ得ス又之ヲ說明スヘキモノニアラサルヲ以テナリ(二)第三者ノ爲メニスル契約カ單ニ第三者ヲシテ一定ノ利益ヲ享有セシムルヲ以テ目的トシ要約者ヨリ反對給付ヲ爲スコトヲ要セサル場合ニ於テハ要約者ニ於テ現實ニ給付ヲ爲サシムルニ於テ利害ノ關係ヲ有セサルコトカ證明セラレタルトキハ第三者ノ受益ノ意思表示ト共ニ要約者ノ權利ハ消滅ス例之乙丙ニ對シテ恩惠ヲ施スノ意思ヲ以テ甲ヲシテ丙ニ金品ヲ給付スヘキコトヲ諾約セシメタル場合ニ丙受益ノ意思ヲ表示シタルトキハ丙ハ爾後甲ニ對シテ金品ノ引渡ヲ請求スルノ權利ヲ有シ此權利ヲ利用スルト否トハ丙ノ自由ノ權內ニ在リ要約者乙ニ於テ丙ノ爲メニ其引渡方ヲ甲ニ請求スルノ必要ナシ換言スレハ第三者タル丙ニ請求權發生スルマテハ乙ニ於テ請求權ヲ行使スルノ必要アルト同時ニ此時迄乙ヲシテ請求權ヲ行使セシムルヲ以テ足レリトス然レトモ要約者カ現實ノ履行ニ付利益ヲ有スル場合例之乙丙ニ對シテ債務ヲ負擔シ甲ヲシテ代リテ辨濟ヲ爲サシムルコトヲ約シタル場合ニ丙ノ意思表示ト共ニ當事者間ニ於テ更改行ハルルトキハ乙ハ甲ノ履行ニ付キ利害ノ關係ヲ有セサルモ甲ニ於テ丙ニ現實ノ給付ヲ爲スコトカ丙ニ對スル乙ノ債務免脫ノ條件タル場合ニ於テハ乙ハ丙ニ獨立ノ權利發生シタル後ト雖トモ甲ニ對シテ丙ニ辨濟ヲ爲スヘキコトヲ要求スルコトヲ得ヘシ(三)要約者カ反對給付ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ反對ノ意思表示ナキ限リハ常ニ要約者ノ利益ニ於テ諾約者ニ對スル履行請求權ヲ認メサルヘカラス何トナレハ雙務契約ハ給付ノ交換ヲ爲スヲ以テ目的トスルモノナレハ要約者カ反對給付ヲ爲スノ義務ヲ負擔スル以上ハ相手方タル諾約者ニ對シテ給付ヲ請求スルノ權利ヲ保有スルノ意思アルモノト推測スルヲ當然ナリトスルヲ以テナリ

獨逸民法ハ其第三百三十五條ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケ「要約者ハ契約當事者ノ間ニ於テ反對ノ意思アルコトカ認メラレサル限リハ第三者ノ權利カ發生シタルトキト雖トモ尙ホ第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ諾約者ニ請求スルコトヲ得」ト規定シタリ此規定ハ當事者ノ意思不明ナル場合ニ之ヲ補充スルヲ以テ目的トスル推測的ノモノニシテ當事者カ反對ノ意思ヲ有スルヤ否ヤハ法律行爲ノ性質其ノ他當事者ノ明示又ハ默示ノ意思ニ依リ決定セラルヘキ事實問題ニ屬シ生命保險契約ノ如キハ即チ其適例ナリ我民法ハ別ニ何等ノ規定ヲ設ケサルヲ以テ解釋上疑ヲ生スヘシト雖トモ要スルニ當事者ノ意思解釋ニ關スル問題ニシテ疑ハシキ場合ニ於テハ要約者ノ利益ニ於テ第三者ニ對スル請求權ヲ認ムルヲ可ナリトスヘク要約者カ其給付ニ付キテ利害ヲ有スルヤ否ヤハ其意思ヲ探究スルノ重要ナル材料タルヘキハ疑ヲ容レサルヲ以テ余ハ之ヲ要約者ノ爲メニ諾約者ニ對スル請求權ヲ許否スルノ標準ト爲シタルモノニシテ獨逸民法ノ規定ト稍ヤ其主旨ヲ異ニスルモ大體ニ於テハ同一ノ結果ニ歸着スヘキモノト信ス蓋シ此種ノ問題ニ付キテハ取引上ノ便宜ニ適シタル解釋法ニ從フヲ正當ナリト信ス

要約者カ諾約者ニ對シテ請求權ヲ保有スル場合ト雖トモ其權利ハ次ノ場合ニ於テ消滅ス(一)要約者カ其權利ヲ拋棄シタルトキ(二)要約者カ其權利ヲ第三者ニ讓渡シタルトキ(三)契約ヨリ生スル權利義務第三者ニ歸屬スルニ因リテ第三者ニ要約者ノ契約上ノ地位ヲ取得シタルトキ例之第三者カ要約者ヨリ反對給付ヲ爲スノ義務ヲ引受ケタル場合ノ如シ

第二項　第三者ノ爲ニスル契約ノ第三者ニ對スル效力

民法第五百三十七條ニ曰ク「契約ニ依リ當事者ノ一方カ第三者ニ對シテ或給付ヲ爲スヘキコトヲ約シタルトキハ其第三者ハ債務者ニ對シテ直接ニ其給付ヲ請求スルノ權利ヲ有ス」ト故ニ第三者ノ爲メニスル契約ハ當事者間ニ於テ其效ヲ生スルノミナラス其契約ニ關與セサル第三者ノ利益ニ於テ其效力ヲ生シ第三者ハ債務者ニ對シテ契約ノ目的タル給付ヲ要求スルノ權利ヲ取得スルモノ

ナリ蓋シ純理ヨリ言フトキハ契約ハ當事者以外ノ第三者ヲ利セサルト同時ニ之ヲ害セサルヲ原則トスルヲ以テ第三者ノ爲メニスル契約ハ直接ニ第三者ヲシテ其契約上ノ權利ヲ取得セシムルコトナカルヘキハ論ヲ俟タス從テ古來第三者ニ對スル關係ニ於テ契約ノ效力ヲ否認シ後ニ至リ特別ノ場合ニ限リ例外トシテ其效力ヲ認メタリト雖トモ契約ノ目的トスル所第三者ヲシテ契約上ノ利益ヲ享有セシムルニ存スル以上ハ第三者ヲシテ契約ノ本旨ニ從ヒ直接ニ其給付ヲ請求スルコトヲ得セシムルモ何等ノ害ナキノミナラス却テ當事者ノ希望ニ合シ實際ノ便宜ニ適スルノ利アリ是レ近世諸國ノ立法例カ羅馬法以來墨守シ來リタル舊套ヲ脫シ一般的ニ第三者ニ對スル契約ノ效力ヲ認ムル所以ナリ蓋シ羅馬法其他ノ古代法ハ權利發生ニ付キ一定ノ型式ヲ要求シ此型式ニ該當スル場合ニ限リ權利ノ發生ヲ認メタリト雖トモ取引ノ漸ヤク頻繁トナルニ從ヒ立法者ハ從來ノ型式ニ拘泥スルコトノ不可ナルヲ感シ取引上ノ必要ニ應シテ權利發生ノ原因ヲ認ムルニ至リタルモノニシテ普通ノ型式ヨリ言ヘハ第三者ノ爲メニスル契約ニ因リテ第三者ト諸約者トノ間ニ直接ノ關係ヲ生セシムル

ルニハ諸約者カ契約ノ履行トシテ第三者ニ對シテ債務負擔ノ意思ヲ表示シ第三者之ニ對シテ承諾ノ意思ヲ表示スルノ徑路ヲ取ラサル可カラサルモノナルモ斯ル重複ニシテ而カモ迂遠ナル徑路ニ依ルコトハ近代ニ於ケル共同生活要求ノ一タル取引ノ迅速ナル展開結了ヲ催進スル所以ノ道ニアラサルノミナラス却テ之ヲ阻害スルノ結果ヲ生スルヲ以テ此迂路ヲ避ケ第三者ト諸約者トノ間ニ於ケル特別ナル意思表示ヲ省略シ兩者間ニ於テ直接ノ關係ヲ生セシムルコトトナシタルモノナリ

然ラハ第三者ハ如何ナル時ニ於テ又如何ナル方法ニ依リ契約上ノ權利ヲ取得スヘキカニ付キテハ學說立法例ノ一致セサル所ニシテ或ハ第三者ハ契約ノ成立ト同時ニ債務者ニ對シテ當然契約上ノ權利ヲ取得スルモノトシ或ハ第三者カ債務者ニ對シテ受益ノ意思ヲ表示スルト同時ニ契約上ノ權利ヲ取得スルモノトナセリ獨逸民法ハ第一ノ發生主義ヲ採用シ我民法ハ第五百三十七條第二項ニ於テ「前項ノ場合ニ於テ第三者カ債務者ニ對シテ契約ノ利益ヲ享有スヘキ意思ヲ表示シタルトキニ發生ス」ト規定シ第二ノ加入主義ヲ

採用セリ

獨逸法ハ單純ナル權利ノ取得ニ付キテハ原則トシテハ取得者ノ意思ヲ必要トスルノ主義ヲ採用スルモ取引上ノ必要ニ依リ之ニ對スル例外ヲ認ム例之代理權ノ授與懸賞廣告ノ如シ第三者ノ爲メニスル契約モ亦同種類ノ法律行爲ニ屬シ第三者ハ當事者間ノ契約ニ因リ當然契約上ノ權利ヲ取得スルモ第三者カ拒絶ノ意思ヲ表示シタルトキハ初メヨリ其效力ヲ失フモノトス之ニ反シテ我民法ハ第三者ノ爲メニスル契約モ亦第三者カ一般ノ原則ニ從ヒ債務者ニ對シテ其利益ヲ享受スルノ意思アルコトヲ表示スルニ因リテ其效力ヲ生スルモノトセリ此兩主義ノ可否得失ニ付キテハ學者間議論ノ存スル所ナリト雖モ余ハ獨逸主義ヲ以テ實際ノ便益ト近代ノ進歩シタル法律思想ニ適合シタルモノナリト信ス何トナレハ第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムルヲ以テ唯一ノ目的トスル所ノ法律行爲ハ第三者ノ拒絶ノ場合ニ其效ヲ失ハシムヘキ條件ノ下ニ第三者ヲシテ其權利ヲ取得セシムルモノトナスモ是レカ爲メ何等ノ害ヲ生セサルノミナラス却テ當事者ノ意思ニ適シ實際上ノ便宜ヲ主眼トスル取引上ノ觀念ニ合スルモノナレハナリ例之甲乙ニ對シ其土地ノ上ニ地上權ヲ設定シ又ハ其土地ヲ賃貸シタル場合ニ乙地上權又ハ賃借權ノ登記ヲ爲シタルトキハ乙ハ爾後甲ヨリ其土地ノ所有權ヲ讓受ケタル者ニ對シテモ其地上權又ハ賃借權ヲ主張シ土地使用ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシト雖トモ未タ登記ヲ爲ササル前ニ於テ新地主カ其所有權ヲ登記シタルトキハ乙ノ地上權賃借權ハ其效ヲ失フニ至ルヘク乙ハ甲ニ對シテ損害ノ賠償ヲ請求スルノ外他ニ道ナシトス、今甲ハ乙ノ爲メニ地上權ノ設定又ハ賃貸借契約ノ登記ヲ爲スノ前ニ於テ其ノ土地ヲ丙ニ讓渡シ登記ヲ爲サントスルトキハ乙ノ權利ヲ保存スル必要上甲ハ乙ノ爲メニ新地主タル丙ヲシテ乙ノ爲メニ同一ノ條件ヲ以テ地上權ノ設定又ハ賃貸借契約ヲ爲スコトヲ諾約セシムルコトヲ得ヘシ是レ即チ甲丙カ第三者タル乙ノ爲メニ締結シタルモノニシテ此ノ契約ハ獨逸民法ノ規定ニ依レハ甲丙間ニ契約アリタル時ヨリ乙ニ對シテ其效ヲ生シ我民法ニ依レハ乙カ後ニ至リ其契約ヲ知リ丙ニ對シテ受益ノ意思ヲ表示シタル時ヨリ其契約ヲ生スルコトトナル而シテ乙ノ利益ヨリ觀察スルトキハ乙ハ甲丙間ノ契約ニ因リ當然地上權賃借權

ヲ取得スルヲ可ナリトスヘク我民法ノ如ク乙ノ意思表示ノ時ヨリ之ヲ取得スルモノトスルトキハ乙カ既ニ其土地ニ占據シタル場合ニハ乙ハ權利ナクシテ丙ノ土地ヲ使用シタルモノトシテ不當利得ノ償還又ハ損害賠償ノ義務ヲ負擔セサルヘカラサルニ至リ乙ニ不利ナル結果ヲ生スヘシ其ノ他ノ場合ニ於テモ第三者ノ權利カ最初ノ契約ニ因リテ發生スルコトハ第三者ノ利益ニ合スルモノニシテ其受益ノ意思表示ニ因リテ發生スルモノト爲スニ於テハ充分ニ取引上ノ必要ニ應スルコト能ハサルノ不利アリ且諾約者ノ方面ヨリ見ルモ獨逸法ノ主義ハ決シテ不當ニ其利益ヲ犧牲ニ供スルモノニアラス何トナレハ諾約者ハ其契約ニ因リ第三者ノ權利ヲ取得スルコトヲ豫期スルモノナレハナリ故ニ余ハ獨逸ノ法制ヲ以テ優レルモノト信ス

獨逸民法ノ採用セル絕對主義我民法ノ採用セル承諾主義ヲ說明スルノ論據ニ至リテハ學者ノ唱道スル所區々ニシテ一定セス(甲)絕對主義ヲ支持スルノ理由トシテハ(一)債務者ハ契約ヲ爲スト同時ニ第三者ニ對シテ片務約束ヲ爲シ此約束ニ因リ第三者ニ對シテ直接ニ債務ヲ負擔ス(二)債務者ハ契約ニ因リテ第三者

ニ對スル債務ヲ負擔ス何トナレハ第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ハ第三者ニ對スル債務ノ創設ヲ以テ目的トスルモノニ外ナラサレハナリト(乙)承諾主義ヲ採用スルノ理由トシテ(一)第三者ノ爲メニスル契約ハ第三者ニ對スル申込ヲ包含スルヲ以テ第三者カ承諾ノ意思ヲ表示スルニ因リテ契約成立スルモノナリ(二)債務者ハ當事者間ノ契約ニ因リ第三者カ承諾ノ意思ヲ表示スルコトヲ條件トシテ第三者ニ對シテ債務ヲ負擔ス故ニ第三者ハ承諾ノ意思ヲ表示スルト同時ニ債權ヲ取得ス(三)第三者ハ諾約者ニ對スル要約者ノ契約上ノ權利ヲ承繼スルモノナリト云ヒ其他種々ノ學說アリ何レノ說モ多少ノ眞理ヲ含ムモ未タ以テ充分ニ絕對主義ト承諾主義ノ正當ナルヲ道破シタルモノニアラス余ハ取引上ノ便宜ト法律行爲ノ性質上ニ其論據ヲ求メ絕對主義ヲ以テ此要素ヲ具備スル完全ノモノナリト信ス

第三者カ承諾ノ意思ヲ表示シタルトキハ其當時ニ於ケル契約ノ內容範圍制限條件ニ從ヒ債務者ニ對シテ直接ニ權利ヲ取得ス茲ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

第一 當事者ハ契約ヲ變更シ又ハ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ス

第三者カ承諾ノ意思ヲ表示シテ自家固有ノ權利ヲ取得セサル間ハ契約ハ當事者間ノ行爲トシテ當事者ニ於テ之ヲ變更シ又ハ消滅セシムルハ固ヨリ隨意ナリト雖トモ一旦第三者ノ權利カ發生シタル後ニ於テ之ヲ爲スハ第三者ノ既得權ヲ侵害スルモノナレハ其承諾アレハ格別當事者ノ獨斷ヲ以テ之ヲ爲シ得サルヤ明カナリ是レ第五百三十八條ノ規定アル所以ナリ故ニ契約當事者ハ第三者ノ權利發生ノ後ニ於テ其雙方ノ合意ヲ以テ契約ヲ解除シ第三者ノ權利ヲ消滅セシムルコトヲ得サルハ論ナシト雖トモ債務ノ不履行又ハ履行ノ不能ヲ理由トシテ契約ヲ解除スルコトヲ見ルヤ否ヤハ次ノ項ニ於テ說明スヘシ

第二 契約ニ基因スル抗辯ハ債務者之ヲ以テ其契約ノ利益ヲ受クヘキ第三者ニ對抗スルコトヲ得

是レ第三者ノ權利ハ當事者間ノ契約ヨリ發生シ第三者ハ契約ノ內容ニ從ヒ債務者ニ對シテ債權ヲ取得スルヨリ生スル效果ナリ故ニ諾約者タル債務者カ要約者ニ對シテ主張シ得ヘキ抗辯ノ事由例之其契約ニ存スル無效又ハ取消ノ原因、契約ニ付シタル期限條件、反對給付、擔保ノ提供等ヲ主張シテ第三者ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ヘシト雖トモ契約ニ基因セサル抗辯ハ第三者ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ス例之ハ相殺ノ抗辯ノ如シ又當事者カ第三者ノ爲メニスル契約ヲ假裝シタルトキハ債務者ハ其無效ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ勿論ナリ（民法九十四條）

第三者カ受益ノ意思ヲ表示セサル間ハ契約當事者ハ契約解除ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ契約ヲ解除シ其相互ノ地位ヲ契約以前ノ原狀ニ復セシムルノ完全ナル自由ヲ享有スルモ第三者ノ權利發生カ當事者間ノ解除權ニ如何ナル影響ヲ及ホスヤノ問題ニ付キテハ一ノ區別ヲ爲スコトヲ要ス

第三者ノ爲メニスル契約ノ效力ニ因リ要約者カ反對給付ヲ爲スノ義務ヲ負フ場合ニ於テ要約者カ其給付義務ノ履行ニ付キ遲滯ニ在ルカ若クハ要約者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ其給付カ全部又ハ一部不能トナリタルトキハ諾約者ハ一般ノ原則ニ從ヒ契約ヲ解除シ第三者ニ對スル給付義務ヲ免脫シ既ニ給付ヲ爲シタルトキハ原狀回復ノ請求權ヲ行使シテ之レカ返還ヲ第三

者ニ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ此場合ニ於ケル解除ノ意思表示ハ契約當事者タル要約者ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要シ其當事者ニアラサル第三者ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ス但此問題ニ付キテハ反對說アリト雖トモ第三者カ要約者ノ契約上ノ地位ヲ全然取得シタル場合ノ外ハ要約者ニ對シテ解除ノ意思表示ヲ爲スヲ以テ正解ナリトス此場合ニ於テハ解除ノ結果第三者ノ權利ハ消滅スヘク第三者ハ既得權ヲ以テ要約者ニ對抗スルヲ得ス何トナレハ債務ノ不履行ヲ理由トシテ契約ヲ解除シ第三者ノ請求ヲ拒ムハ即契約ニ基因スル抗辯ヲ以テ第三者ニ對抗スルモノニ外ナラサルヲ以テナリ

要約者又ハ第三者ハ諾約者ノ給付義務ノ不履行若クハ其責ニ歸スヘキ履行ノ不能ヲ理由トシテ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘキヤ否ヤハ自カラ別問題ニ屬シ第三者ノ爲メニスル契約ノ性質ト民法第五百三十八條ニ依リテ之ヲ解決スルコトヲ要シ第五百三十九條ノ規定ハ此場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得ス而シテ第三者ハ元來契約ノ當事者ニアラサルヲ以テ諾約者ニ義務不履行ヲ理由トシテ當事者間ノ契約ヲ解除スルコトヲ得ス唯タ債權ノ效力ニ關ス

ル一般ノ原則ニ從ヒ諾約者ニ對シテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルニ止マル然ラハ要約者ハ第三者ノ意思如何ニ拘ハラス契約ヲ解除（う）第三者ノ權利ヲ消滅セシムルコトヲ得ルヤ此問題ニ付キテハ獨逸民法ノ下ニ三個ノ說アリ(一)要約者ハ契約ヲ解除スルノ完全ナル自由ヲ保有シ第三者ノ權利ノ爲メニ解除權ノ行使ヲ妨ケラルルコトナシ(二)一旦第三者ノ權利カ發生シタル以上ハ要約者カ解除權ヲ行使シテ第三者ノ權利ヲ消滅セシムルハ第三者ノ既得權ヲ害スルモノナレハ第三者ノ承諾アル場合ノ外ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ス(三)要約者ハ契約ヲ解除スルノ權利ヲ有ス然レトモ第三者ノ權利ハ之レカ爲メ毫モ影響ヲ被ムルコトナキヲ以テ第三者ハ諾約者ニ對シ損害賠償ヲ請求スルノ權利ヲ失フコトナシ而シテ此場合ニ於テハ要約者ト諾約者トノ間ニ於テ契約解除ノ結果原狀回復ノ關係ヲ生スルヲ以テ諾約者カ損害賠償トシテ第三者ニ給付シタルモノハ更ニ要約者ヨリ之ヲ諾約者ニ返還スルノ義務ヲ負擔スト右三說中何レヲ可ナリトスヘキヤハ一ノ疑問ニシテ一概ニ之ヲ論斷スルヲ得スト雖トモ第二ノ解除權否認說ヲ正當ナリト信

ス蓋シ一旦第三者ノ權利カ發生シタル以上ハ當事者ニ於テ之ヲ消滅セシムルヲ得サルハ第三者既得ノ權利ヲ保護スルカ爲メニ必要ニシテ諾約者カ偶マ債務ノ不履行ヲ爲ス又ハ債務ノ不履行カ不能トナリタル爲メ要約者一己ノ獨斷ヲ以テ契約ヲ解除シ給付ノ利益ヲ受クヘキ第三者ヲシテ其權利ヲ失ハシムルハ第三者既得ノ權利ヲ害スルモノト謂ハサルヘカラス又此場合ニ於テ契約ノ解除ニ拘ラス第三者ニ損害賠償ノ權利ヲ認ムルハ契約解除ノ性質ニ反スルモノナリ何トナレハ契約ノ解除ハ當事者雙方ヲシテ給付義務ヲ免カレシムルモノニシテ要約者ハ契約解除ノ結果其義務ヲ免カルルニ拘ハラス諾約者ハ依然トシ給付義務ヲ負擔シ其履行ニ代ヘテ第三者ニ對シ損害ノ賠償ヲ爲ササルヘカラサルノ不條理ナル結果ヲ生スルヲ以テナリ然レトモ我民法ノ下ニ在テハ契約ノ解除ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケサルコトハ第五百四十五條第三項ニ規定スル所ナルヲ以テ第三ノ折衷說ヲ支持スヘキ有力ナル論據アルカ如シト雖トモ余ハ尙ホ第二說ノ正當ナルヲ信セントス何トナレハ第三說ニ依レハ契約ノ解除ハ其權利ヲ縮少スルノ結果ヲ生シ第三者ノ利益ヲ害スルニ至ルヘケレハナリ例之甲乙ニ對シ金百圓ヲ乙ヨリ受取リ其所有ノ時計ヲ丙ニ讓渡スヘキコトヲ約シタリト假定シ其時計カ甲ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ滅失シタル場合ニ於テハ丙ハ其時計ノ價格例之金百五十圓ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシト雖トモ乙カ契約ヲ解除シタルトキハ其百五十圓ト反對給付ノ百圓トヲ取消シ其差額金五十圓ハ即チ不履行ヨリ生シタル損害ナルヲ以テ丙ハ單ニ金五十圓ノ損害金ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マルコトトナルヘシ

第六節　契約ノ解除

第一款　解除ノ性質

契約ハ當事者相互ノ契約ヲ以テ之ヲ解除スルコトヲ得蓋シ契約ヲ解除シテ契約成立以前ノ原狀ニ復スルコトハ當事者相互ノ利害ニ關スル問題ナルヲ以テ契約自由ノ原則ニ從ヒ其意思ニ從フハ毫モ妨ケナキヲ以テナリ契約ハ又當事者一方ノ意思ヲ以テ之ヲ解除スルコトヲ民法第五百四十條以下ニ現定スルモ

ノ即チ是レナリ同條ノ規定ニ依リ解除ノ定義ヲ示ストキハ左ノ如シ

契約ノ解除ハ契約當事者ノ一方カ契約又ハ法律ノ規定ニ因リ當事者相互ノ間ニ於テ契約ノ效力ヲ消滅セシムル單獨行爲ナリ

此定義ニ從ヒ解除ノ概念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一　契約ノ解除ハ單獨行爲ナリ

契約ノ解除ハ法律行爲ニシテ契約ノ效力ヲ消滅セシムルヲ以テ目的トシ當事者一方ノ意思表示ニテ其效ヲ生シ敢テ相手方ノ同意ヲ必要トセス故ニ我民法ハ契約解除ニ付相手方ノ同意又ハ之ニ代ルヘキ判決ヲ必要トスル佛國民法舊民法ト其主義ヲ異ニシ獨逸民法ト其主義同フスル所ナリ然レトモ契約ノ解除ハ常ニ必ラス當事者一方ノ意思ヲ必要トスルヲ以テ法律行爲ノ取消ト其性質ヲ同フシ別段ノ意思表示ナクシテ其效力ヲ生スル解除條件付法律行爲ト其性質ヲ異ニスルモノト謂フヘシ

第二　契約ノ解除ハ契約ノ效力ヲ消滅セシムル單獨行爲ナリ

契約ノ解除ハ契約ニ因リテ生シタル效果ヲ消滅セシメ契約以前ノ原狀ニ復シ曾テ契約ナカリシト同一ノ結果ヲ生セシムルヲ目的トスルヲ以テ契約ヨリ生シタル當事者相互ノ債權債務ハ解除ノ結果消滅ニ歸スルモノトス換言セハ契約ノ解除ニ在テハ契約ハ一旦有效ニ成立スルモ當事者間ノ契約又ハ法律ノ規定ニ從ヒ當事者一方ノ意思ヲ以テ其效力ヲ消滅セシムルモノナリ故ニ契約ノ解除ハ契約ノ效力ヲ消滅セシムルノ點ニ於テハ契約ノ取消ト其性質ヲ同フスルモ契約取消ノ因リテ生スル原由ハ能力ノ欠缺意思表示ノ瑕疵等契約ノ有效ナルカ爲メノ條件ニ關シ契約ハ取消ニ因リ絕對的ニ成立セサリシモノトナルヲ以テ契約ノ取消ハ契約其モノヲ絕對的ニ消滅セシムルノ效果ヲ生ス是レ一旦有效ニ成立シタル契約ノ效果ヲ消滅セシムル解除ト異ナル所ナリ

契約ノ解除ハ契約ノ效力ヲ消滅セシムルモノナルヤ又ハ當事者相互間ニ於テ相手方ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ヘキ抗辯權ヲ生スルニ過キサルヤ若シクハ又契約ノ效力ヲ變更シテ原狀回復ノ義務ヲ生セシムルモノニ過キサルヤハ學者間ニ議論ノ岐ルル所ナリト雖トモ余ハ第一ノ效力消滅說ヲ正當ナリト

信ス其理由ハ後ニ說明スヘシ

契約ノ解除ハ又有效ニ成立シタル契約ノ效力ヲ消滅セシムルノ點ニ於テ解除條件附法律行爲ト其性質ヲ同フスルモ他ノ點ニ於テ差異アリ他ナシ契約ノ解除ハ少クモ當事者間ニ於テハ契約成立ノ當時ニ遡リテ其效力ヲ生スルモ解除條件ノ成就ハ特約ナキ限リハ單ニ將來ニ向テノミ其效力ヲ生スルニ過キサルト契約解除ノ效果ハ常ニ債權的ナルニ反シ解除條件成就ノ效果ハ常ニ物權的ナルニアリ

第三 契約ノ解除ハ當事者ノ一方カ契約又ハ法律ノ規定ニ因リ契約ノ效力ヲ消滅セシムル單獨行爲ナリ

當事者ノ一方カ其意思ヲ以テ契約ヲ解除スルコトヲ得ル法律上ノ能力ヲ稱シテ解除權ト謂ヒ解除權發生ノ原因ニ二種アリ一ヲ當事者間ノ契約トシ一ヲ法律ノ規定トス第一ノ場合ニ於テハ當事者ノ一方ハ契約ヲ爲スニ當リ相手方ノ同意ヲ得テ自己ノ利益ノ爲メニ契約ヲ解除スルノ權利ヲ留保シタル權利ヲ行使シテ契約ヲ解除スルコト全ナル意思ノ自由ヲ享有シ其留保シタル權利ヲ行使シテ契約ヲ解除スルノ效力ヲ

トヲ得ヘシ第二ノ場合ニ於テハ法律ハ一定ノ制限條件ノ下ニ契約ヲ解除スルノ權利ヲ當事者ノ一方ニ附與シ契約當事者ハ其制限條件ヲ遵守シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ法律カ當事者ノ一方ニ解除權ヲ與フル所以ノ事由ハ區々ニシテ一定セス或ハ一般的契約ニ付キ債務不履行ニ對スル救濟トシテ契約當事者ノ一方ノ利益ヲ保護スルヲ目的トシ或ハ契約ノ存續ヨリ生スル不適當不公平ナル結果ヲ豫防スルヲ以テ目的トシ前者ハ適用ノ範圍極メテ廣汎ナルヲ以テ契約ノ總則中第五百四十一條以下ニ之ヲ規定シ後者ハ箇々ノ契約ニ付キ各別ニ之ヲ規定ス例之民法第五百五十七條第五百六十一條乃至第五百七十一條第六百七條第六百十條第六百二十一條ノ如シ

契約ノ解除ハ當事者カ任意ニ其權利ヲ留保スルコトヲ得ルノ點ニ於テ解除條件付法律行爲ト其性質ヲ同フスルモ法律行爲ノ取消ト其性質ヲ異ニス何トナレハ法律行爲ノ取消ハ常ニ必ラス能力ノ欠缺、詐欺、强迫其他法律ニ定ムル原因ニ基ツクコトヲ要シ當事者ノ合意ヲ以テ之ヲ留保スルコトヲ得サレ

ハナリ蓋シ法律行爲ノ取消ハ其解除ト異ナリ物權的效力ヲ生スルヲ以テ當事者間ニ於テ任意ニ此權利ヲ留保シ隨時之ヲ行フコトヲ得ヘキモノトスルニ於テハ第三者ノ既得權ヲ害シ取引ノ安全ヲ害スルノ結果ヲ生スヘケレハナリ

第四 契約ノ解除ハ契約當事者ノ一方カ契約又ハ法律ノ規定ニ因リ其相互間ニ於テ契約ノ效力ヲ消滅セシムル單獨行爲ナリ

契約ノ解除ハ當事者間ニ於テ各自相手方ヲ原狀ニ復スル債權的效力ヲ生スルニ止マリ物權的效力ヲ生セサルモノトス換言スレハ契約カ解除セラレタルトキハ其當事者間ニ於テハ曾テ契約ナカリシト同一ノ情態ニ復スルコトヲ要スルモ當事者以外ノ第三者トノ關係ニ於テハ契約ハ有效ニ存在シ當事者ノ一方ヨリ權利ヲ取得シタル第三者ハ解除ノ爲メニ其權利ヲ失フコトナシ是レ民法第五百四十五條ニ規定スル所ナリ故ニ契約ノ解除ハ契約ノ取消解除條件ノ成就ト其效果ヲ異ニス何トナレハ契約ノ取消ハ契約ノ時ニ溯リテ物權的效力ヲ生シ解除條件ノ成就ハ當事者間ニ特約アルトキハ契約成立ノ時ニ溯リテ物權的效力ヲ生シ特約ナキ場合ト雖トモ少クトモ將來ニ向テハ同一ノ效力ヲ生スルモノナレハナリ

契約ノ解除ハ當事者ニ於テ契約ノ效力ヲ消滅セシムルヲ目的トシ契約成立ノ時ニ溯リテ其效ヲ生スルヲ以テ其性質トス此點ニ於テ契約ノ解除ハ解約ト異ナル何トナレハ解約ハ單ニ將來ニ向ツテ契約ノ效力ヲ消滅セシムルニ過キサルヲ以テナリ例之無期限ノ賃貸借ヲ當事者一方ノ意思ヲ以テ終了セシムル場合消費貸借ニ於テ貸主カ借主ニ對シ期限前ニ返還ノ請求ヲ爲ス場合ノ如シ然レトモ民法ハ特別ノ場合ニ於テ解除ニ溯及的ノ效力ヲ附與スルヲ不可ナリトシ解約ト一般將來ニ向ツテ其效ヲ生セシムルコトトナセリ例之民法第六百二十條ニ規定スル賃貸借ノ解除第六百三十條ニ規定スル雇傭契約ノ解除ノ如シ之ニ反シテ獨逸民法ハ解約中ニハ將來ニ向テノミ契約ヲ終了セシムル一切ノ法律行爲ヲ包含セシメタリ故ニ獨逸民法ニ依ルトキハ賃貸借ハ常ニ解約ニ因リテ終了スルコトトナル

第二款　解除權發生ノ原因

第一項　當事者間ノ契約

各當事者ハ契約ヲ締結スルニ當リ附帶ノ契約ヲ以テ契約ヲ解除スルノ權利ヲ留保スルコトヲ得ヘシ蓋シ解除權ノ留保ニ關スル當事者ノ意思表示ハ全ク其相互ノ利害ノミニ關スル問題トシテ法律ハ其意思表示ニ效力ヲ與フルモノナリ

當事者カ解除權ヲ留保スル場合ニ絕對無條件ニテ解除權ヲ留保スルコトアリ或ハ始期付停止條件付ニテ之ヲ留保スルコトアリ第一ノ場合ニ於テハ解除權ヲ留保シタル當事者ハ其欲スル所ニ從ヒ何時ニテモ解除權ヲ行使シ第二ノ場合ニ於テハ其期限條件ノ到來ヲ待テ初メテ解除權ヲ行使スルコトヲ得ヘシ而シテ當事者カ解除權ノ發生ヲ停止條件ニ繫ラシムル場合ニ其條件ニシテ苟クモ不法不能ノモノニアラサル限リハ其契約ハ有效ニシテ當事者間ノ權利關係ヲ定ムルニ付キテハ一ニ其契約ニ從フヘキモノトス故ニ當事者ノ一方カ相手方ノ債務不履行ヲ條件トシテ契約ヲ解除スルノ權利ヲ留保シタル場合(解除約款)ニ相手方カ債務ヲ履行セサルニ於テハ直チニ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘキコトヲ特約シタルトキハ其當事者ハ契約ノ趣旨ニ從ヒ相手方カ債務ノ履行ヲ遲滯スルト同時ニ直チニ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘク契約ヲ解除スルノ前隙シメ相當ノ期間ヲ定メテ相手方ニ其履行ヲ催告スルノ必要ナシ加之當事者間ニ特約アリタルトキハ相手方ノ債務不履行ノ場合ニ付解除ノ意思表示ヲ要セスシテ當然解除ノ效果ヲ生セシムルコトヲ得ヘシ

第二項　法律ノ規定

法律ノ規定ヨリ生スル解除權發生ノ原因ニ一般ノモノト特別ノモノトアルハ既ニ一言セル所ナリ特別ノ原因ハ後ニ至リ各種ノ契約ヲ論スルニ臨ミ別々ニ說明スヘク茲ニハ一般ノ原因ノミニ付キテ說明セントス

法律ノ規定ニ由ル解除權發生ノ原因ハ民法第五百四十一條第五百四十三條ニ規定スル所ニシテ我民法ノ規定ニ依ルトキハ契約當事者ハ左ノ場合ニ於テ契

約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第一 當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキ

當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其ノ期間内ニ履行ナキトキハ契約ヲ解除スルコトヲ得是レ第五百四十一條ニ規定スル所ナリ蓋シ當事者ノ一方カ債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ之ニ對スル救濟トシテ或ハ其履行ヲ強制シ或ハ履行ト共ニ又ハ之ニ代ヘテ損害賠償ヲ請求スルノ手段方法ヲ有スルモ是等ノ方法ハ時ニ或ハ滿足ナル結果ヲ見ルコト能ハサルコトナキヲ保セサルヲ以テ當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキハ之カ制裁トシテ其契約ヲ解除シ各當事者ノ地位ヲ契約以前ノ原狀ニ復セシムルコトハ相手方ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ心要ナルノミナラス當事者ノ一方カ契約ヨリ生シタル債務ヲ履行サルハ契約ヲ爲シタル所以ノ目的ニ反スルモノナレハ相手方モ亦契約關係ヨリ脫退シテ事物ヲ契約以前ノ舊體ニ復スルノ完全ナル自由ヲ享有セサルヘカラサルヲ以テナリ

當事者ノ一方カ契約ヨリ生シタル債務ノ履行ヲ爲ササル場合ニ相手方カ契約ヲ解除スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ付テハ立法例區々ニシテ一定セス或ハ(一)當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルモ其履行カ尚可能ナル間ハ相手方ハ契約ヲ解除スルコトヲ得サルモノトナスモノアリ(二)當事者ノ一方カ雙務契約ヨリ生スル債務ヲ履行セサリシ場合ニ付キテノミ相手方ノ解除權ヲ認メ片務契約ニ付キテハ之ヲ認メサルモノアリ羅馬及ヒ之ヲ繼受セル佛國民法舊民法ハ雙務契約ハ常ニ不履行ノ場合ニ於ケル解除條件ヲ包含スルモノニシテ各當事者カ相手方ノ債務不履行ヲ理由トシテ契約ノ解除ヲ請求スルコトヲ得ルハ此條件ノ存スル爲メナリトナセリ(三)獨逸民法ハ契約ノ解除ヲ以テ雙務契約ニ固有ナル效力トシ雙務契約當事者ノ一方カ其債務ノ履行ヲ爲ササル場合ニ付キ相手方ノ爲メニ解除權ヲ認ムルモ之ヲ以テ解除條件ノ成就ト看做サス之ニ反シテ我民法ハ一般契約ニ付キ不履行ニ因ル解除權ヲ認メ第五百四十一條ニ於テ概括的ニ之レカ規定ヲ設ケタリ然レトモ當事者ノ一方ノ債務不履行ニ對シ相手方ニ於テ契約ヲ解除スルコトハ就中雙務契

約ニ於テ其必要ヲ感スルモノニシテ片務契約ニ在テハ必ラスシモ然ラス例之贈與又ハ無償寄託ノ場合ニ於テ受贈者寄託者ハ贈與者受寄者ノ債務不履行ヲ理由トシ贈與契約寄託契約ヲ解除スルニ於テ毫モ利益ヲ享有スルコトナシ故ニ原則上片務契約雙務契約ニ其通スル所ノ不履行ニ基ック契約ノ解除ハ實際ニ於テハ雙務契約ニ付キ專ラ其適用ヲ見ルコトトナルヘシ

契約當事者ハ各相手方ノ債務不履行ニ對スル救濟トシテ契約ヲ解除スルノ權利ヲ有スルモ絕對無條件ニテ其權利ヲ行使スルヲ得ス相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ相手方ニ催告シ相手方カ其期間內ニ履行ヲ爲ササリシ場合ニ於テ始メテ契約ヲ解除スルコトヲ得ルコトハ民法第五百四十一條ノ明文ニ徵シテ明カナリ蓋シ契約當事者ノ一方カ遲滯ニ在ル場合ト雖モ相手方ノ催告ニ應シテ履行ヲ爲スニ於テハ强テ契約ヲ解除スルノ必要ナキノミナラス履行遲滯ノ一事ノミヲ以テ直チニ契約ノ解除ヲ爲シ得ヘシトスルトキハ解除ヲ豫期セサル當事者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシメ之ニ對シテ頗ル苛酷ナル結果ヲ生スルヲ以テ先ツ一應之ニ對シテ警告ヲ與ヘ相當ノ猶豫期間內ニ履行ヲ爲スヘキ旨ヲ要求シ相手方カ其要求ニ應セサリシトキ茲ニ始メテ契約ヲ解除シ得ヘキモノトナシタルモノナリ故ニ履行ノ催告ニ伴ハサル解除ノ意思表示又ハ催告ノ效ナキ場合ニ其效ヲ生セシムルノ意思ヲ以テ催告ト共ニ爲シタル解除ノ意思表示ハ何等ノ效力ヲ生セサルハ勿論當事者ノ一方カ催告ノ手續ヲ爲スニ當リ履行ノ期間ヲ定メス又ハ其定メタル期間カ相當ナラサルトキハ其催告ハ法律上效力ナキヲ以テ解除ノ意思表示モ亦其效ナシトス蓋シ法律ノ規定ニ因ル契約ノ解除ハ當事者間ニ於テ特約アル場合ノ外ハ常ニ法律ニ定ムル制限條件ニ從フコトヲ要シ當事者ノ一方ハ其一己ノ意思ヲ以テ之ニ變更スルコトヲ得サルヲ以テナリ又雙務契約ニ在テハ雙方ノ義務ニ屬スル給付ハ互ニ相交換スヘキモノナレハ各當事者ハ相手方カ先給付ヲ爲スノ義務ヲ負フ場合ノ外ハ自己ノ債務ノ履行ヲ提供スルニアラサレハ之ニ對シテ其義務ノ履行ヲ强ユルコトヲ得サルヲ以テ相手方ニ對シテ契約ヲ解除スルニハ自己ノ義務ノ履行ヲ提供シテ之ヲ爲スコトヲ要シ自己ノ義務履行ヲ提供セスシテ相手方ニ履行ノ催告ヲ爲スモ其催告ハ法律上何等

ノ效力ヲ生スルコトナシ又履行ノ提供ハ不履行ノ責ヲ相手方ニ負ハシムルカ爲メノ必要條件ニシテ契約ノ解除ハ即チ不履行ニ對スル救濟方法ナルヲ以テ履行ノ提供ハ催告ノ當時ニ於テ實行セラレタルノミヲ以テ足レリトセス解除ノ意思表示アル迄其效力ヲ持續スルコトヲ要ス故ニ催告後解除ノ意思表示前ニ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付カ不能トナリ又ハ其他ノ事由ニ因リ提供カ其效ヲ失ヒタルトキハ解除ノ意思表示ハ其效ナキモノトス

契約當事者ノ一方カ相手方ノ債務不履行ニ對スル救濟トシテ契約ヲ解除スルニハ先ツ以テ一應履行ノ催告ヲ爲スコトヲ要スルコトハ前述ノ如シ蓋シ履行ノ時ハ通常契約ノ要素ニ屬セサルヲ以テ債務者カ履行ノ時ニ後レテ履行ヲ爲スモ之レカ爲メ債權者ハ契約ニ因リテ希圖シタル目的ヲ達スルコトノ能ハサルニ至ルノ虞ナキヲ以テ債務者カ履行ヲ延滯シタルノミヲ以テ直チニ其契約ヲ解除スルノ必要ナケレハナリ然レトモ履行ノ時カ契約ノ要素ヲ成スト キ即チ契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ期間內ニ於テ

履行ヲ爲スニアラサレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ於テ當事者ノ一方カ履行ヲ爲サスシテ其時期ヲ經過シタルトキハ相手方ハ特ニ催告ノ手續ヲ爲サスシテ直チニ契約ヲ解除スルコトヲ得是レ第五百四十二條ニ規定スル所ナリ例之一定ノ日時ニ賓客ヲ饗應スル爲メニ注文シタル裝飾品飮食物カ其日時迄ニ到着セサリシ場合天長節ノ夜會ノ爲メニ註文シタル燕尾服カ十一月三日迄ニ出來セサリシ場合ノ如シ當事者カ履行ノ時ヲ定ムルニ當リ之ヲ以テ契約成立ノ條件トナスコト換言スレハ其日時以後ニ於テハ遲延シタル履行カ債權者ニ利益ナルト否トニ拘ハラス苟クモ債務者ノ意思ヲ特ニ明示又ハ默示シタル場合ニ於テ履行ヲ爲スコトヲ許ササルノ意思ヲ表示シタルトキハ債權者ハ此一事ノミヲ以テ直チニ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

我民法ニ依ルトキハ履行ノ時カ債務關係ノ要素ヲ形成スル場合ト雖モ契約ハ履行期限ノ到來ニ因リテ當然解除セラルルモノニアラス之ヲ解除スルトキハ全ク債權者ノ意思如何ニ存スルモノナリ蓋シ債務者ノ不履行ニ因ル

契約ノ解除ハ債權者ノ利益ヲ保護スルヲ以テ唯一ノ目的トスルモノニシテ債權者ハ或場合ニ於テハ其契約ヲ維持スルニ於テ利益ヲ有スルコトアルヘケレハ之ヲ解除スルト否トヲ其意思ニ一任シタルモノナリ但當事者間ニ於テ契約ハ履行期限ノ經過ニ因リ當然解除セラルヘキコトヲ特約シタルトキハ契約自由ノ原則ニ從ヒ其特約ニ效ヲ與ヘ債務者ノ不履行ト共ニ當然契約關係ヲ解除セシムルハ毫モ不可ナシトス

民法ハ解除權行使ノ條件トシテ相手方カ其債務ヲ不履行セサルコトヲ要求スルモ其不履行ノ全部タルト一部タルトニ付キ何等區別ヲ爲ササルヲ以テ洋文ノ解釋上一部不履行ノ場合ト雖トモ債權者ハ尙契約ヲ解除スルノ權利ヲ有スルモノトスルヲ可ナリトスヘキカ如シト雖トモ獨逸民法第三百二十五條ノ如ク一部ノ履行カ債權者ノ利益トナラサル場合ニ限リ債權者ニ解除權ヲ認メ其他ノ場合ニ於テハ債務ノ履行又ハ損害ノ賠償ノ方法ニ依ラシムルヲ穩當ナリトス

第二　履行ノ全部又ハ一部カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能トナリタルトキ

履行ノ全部又ハ一部カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能トナリタルトキハ債權者ハ契約ノ趣旨ニ從ヒ其債權ノ完全ナル履行ヲ受クルコト能ハサルニ至リ契約ヲ爲シタル所以ノ目的ニ反スルヲ以テ契約關係ヲ解消シ事物ヲ契約以前ノ原狀ニ復スルノ自由ヲ享有セサルヘカラス蓋シ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ債務ノ履行カ不能トナリタル場合ニ債權者ヲシテ契約ヲ解除スルコトヲ得セシムルコトハ其利益ヲ保護スルカ爲メニ極メテ必要ナルハ債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ト其撰ヲ一ニスルノミナラス寧ロ此場合ニ於テ一層適切ナル救濟方法ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ債務不履行ノ場合ニハ其履行ヲ強制スルノ手段方法ナキニシモアラスト雖モ履行不能ノ場合ニハ其履行ヲ強制スルコトハ不能トナリ債權者ハ契約ニ因リテ企圖シタル目的ヲ達スルニ由ナキヲ以テ單純ナル債務不履行ノ場合ニ於ケルヨリモ一層契約解除ノ必要ヲ感スヘケレハナリ是レ第五百四十三條ノ規定アル所以ニシテ同條ノ規定ニ依ルトキハ債務ノ履行カ債務者ノ責

ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能トナリタルトキハ債權者ハ此一事ノミヲ以テ直チニ契約ヲ解除スルノ權利ヲ有シ履行期限ノ既ニ到達シタルト否トヲ問ハサルモノナリ是レ債務者ノ不履行ヲ理由トシテ契約ヲ解除スル場合ト其效果ヲ異ニスル所ナリ蓋シ債務ノ履行ニ付期限ノ定メアル場合ト雖トモ債務者カ其所爲ニ因リ履行ヲ不能ナラシメタル以上ハ其期限ノ到來ヲ待タス不履行ノ責任ヲ負ハサルヘカラス（凡百ノ債務ハ故意又ハ過失ニ因リ履行ヲ妨クサル義務ヲ包含ス）之ニ反シテ債務ノ履行カ可能ナルトキハ債務者カ之ヲ履行セサルノ意思ヲ表示スルモ債務者ハ何時ニテモ其意思ヲ翻シテ履行ヲ爲シ得ヘキカ故履行期限ノ到來スル迄ハ不履行ノ責任ヲ負ハサルヲ以テナリ

民法第五百四十三條ハ契約解除ノ前提要件トシテ履行ノ全部不能ヲ要求セサルヲ以テ假令一部分タリトモ履行ノ不能アル以上ハ債權者ニ契約ヲ解除スルノ權利アルニ似タリ然レトモ斯クノ如キハ當事者ノ意思ニ反スルノミナラス取引上ノ觀念ニモ反スルヲ以テ履行ノ一部不能ハ重要ナル性質ヲ有スル場合ニ限リ契約解除ノ原因トナルモノニシテ此性質ヲ缺ク所ノ履行ノ一部不能ハ契約ヲ解除ノ權利ヲ債權者ニ授與セサルモノト解釋スルヲ可ナリトス、獨逸民法第三百二十五條ニ依レハ履行ノ一部不能ノ場合ニハ殘部ノ履行カ債權者ノ利益トナラサル場合ニ限リ債權者ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘク、其他ノ場合ニ於テハ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルニ止マルヲ以テ我民法ニハ斯ル特別規定ナキモ取引上ノ觀念ニ從ヒ多少法文ノ嚴格ナル解釋ヨリ生スル極端ナル結果ヲ調和スルノ必要アリト信ス、

第三款　解除權行使ノ方法

民法第五百四十條及第五百四十四條ハ解除權行使ノ形式ニ關スル規定ヲ包含スル即チ左ノ如シ

第一　契約ノ解除ハ解除權ヲ有スル當事者ノ一方ヨリ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス

我民法ニ依ルトキハ契約ノ解除ハ解除權ヲ有スル當事者一方ノ單獨行爲ニシテ相手方ニ對スル片面的意思表示ニ依リテ行ハルルヲ以テ契約ヲ解除セ

ントスル解除權者ノ意思表示カ相手方ニ到達スルト同時ニ其效果ヲ生スルモノナリ蓋シ契約解除ノ方法ニ付キテハ三個ノ主義アリ即チ第一契約ノ解除ニハ解除權者ノ意思表示アルコトヲ必要トスルノミナラス尙ホ相手方ノ承諾又ハ其承諾ニ代ハルヘキ裁判所ノ判決アルコトヲ要ス第二債務者カ一ノ期間內ニ債務ヲ履行セサルトキハ契約ハ當然解除セラルルモノナリ第三契約ハ解除權ヲ有スル當事者一方ノ意思表示ノミニテ行ハルルモノトス佛國民法舊民法ハ第一ノ主義ヲ採用シ獨逸民法及我民法ハ共ニ第三ノ主義ヲ採用スル而シテ我民法カ第三ノ主義ヲ採用シタルハ契約當事者ノ一方カ既ニ法律上契約ヲ解除スルノ權利ヲ有シ相手方カ之ヲ拒ムコトヲ得サル以上ハ強テ相手方ノ同意ヲ徵スルノ必要ナク形式的ニ其同意又ハ之ニ代ルヘキ判決ヲ求ムルコトハ徒ラニ煩雜ナル手數ト費用トヲ要スルノミニテ何等ノ實益ナキヲ以テ第一ノ主義ニ依ルコトヲ得ス又債務不履行ノ場合ニ當然契約解除ノ結果ヲ生セシムルハ必ラスシモ債權者ノ利益トナラサルヲ以テ第二ノ主義ニモ依ルコトヲ得ス結局債權者ノ意思ニ依リテ契約解除ノ效果ヲ生

セシムル第三ノ主義カ解除ノ性質ト實際ノ便益ニ適シタルモノト認メタルカ爲メニ外ナラスシテ立法ノ要ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス

債權者ハ其一己ノ意思ヲ以テ契約ヲ解除スルノ完全ナル自由ヲ享有スルモ一旦解除ノ意思ヲ表示シタル以上ハ當事者間ニ於ケル契約ノ效力ハ此時ヲ以テ消滅ニ歸スヘキモノニシテ解除ノ意思表示ハ茲ニ其效力ヲ生シ了リタルモノナレハ更ニ再ヒ其意思表示ヲ取消シ其效力ニ因リテ消滅ニ歸シタル契約ノ效力ヲ復活セシムルコトヲ得ス是レ第五百四十條第二項ニ規定スル所ニシテ意思表示ノ效力ニ關スル一般ノ原則ノ適用ニ過キサルヲ以テ特ニ規定ヲ要スルモノニアラサルモ契約ノ解除ハ主トシテ當事者ノ利害ニ關スルモノナレハ債權者カ自己ノ利益ニ於テ爲シタル解除ヲ取消シ事物ヲ取消以前ノ舊體ニ復スルコト敢テ妨ケナシトノ解釋ニ餘地ヲ與フルヲ以テ解釋上ニ於テ生スヘキ疑問ヲ豫防スルカ爲メ一ノ注意的規定トシテ之ヲ設ケタルモノニシテ原則ニ對スル例外ヲ規定シタルモノニアラス左レハ獨逸民法ハ第三百四十九條ニ於テ「契約ノ解除ハ相手方ニ對スル意思ニ依リテ之ヲ爲

ス)ト規定シ其取消ヲ許ササル旨ヲ規定セル草案ノ第二項ヲ削除シタリ故ニ債權者ハ其一己ノ意思ヲ以テ解除ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論相手方ノ同意アルモ解除ヲ取消シテ契約ノ效力ヲ復活セシムルコトヲ得ス之ヲ爲スニハ更ニ新ニ當事者間ニ於テ同一ノ内容ヲ有スル別箇ノ契約ヲ締結スルノ外他ニ救濟ノ道ナシトス

第二 當事者ノ一方カ數人アル場合ニ於テハ契約ノ解除ハ其全員ヨリ又ハ其全員ニ對シテハ之ヲ爲スコトヲ得

解除權ハ不可分ナリヤ否ヤ換言スレハ契約ノ解除ハ常ニ契約ノ全部ニ及フコトヲ要シ債權者ハ相手方ノ契約ノ一部不履行若シクハ相手方ノ責ニ歸スヘキ履行ノ一部不能ニ對スル救濟方法トシテ其部分ノミヲ解除シ既ニ履行ヲ終リタル部分又ハ履行ノ可能ナル部分ニ付キ契約ヲ維持スルコトヲ得ルヤハ一ノ問題ニシテ解除權不可分ノ原則ニ依リ之ヲ否定スル學者往々ニシテ之アリト雖トモ余ハ其說ニ贊同スルヲ得ス寧ロ契約ノ性質ニ依リテ之ヲ決スルヲ可ナリト信ス依テ余ハ契約ノ目的物ト契約ノ當事者トニ區別シ此二箇ノ方面ヨリ此問題ヲ解說セントス

先ツ目的物ノ方面ヨリ觀察スルニ解除權ノ可分ナルヤ否ヤハ其目的物ノ可分ナルヤ否ヤニ依リテ定マルモノニシテ契約ノ目的物カ不可分ナルトキハ契約ノ解除ハ常ニ全部タルコトヲ要シ一部タルコトヲ得ス例之一棟ノ家屋又ハ一頭ノ馬ノ給付ヲ目的トスル賣買契約ハ全部之ヲ維持スルカ若クハ全部之ヲ解除スルカ二中其一ヲ選擇スルコトヲ要シ家屋ノ一部分若クハ馬ノ一局部ニ付キ契約ヲ解除スルハ不可能ナリトス之ニ反シテ目的物カ可分ナルトキハ債權者ハ其一部分ニ付キ有效ニ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ例之百俵ノ米ノ引渡ヲ目的トスル賣買契約ニ在テ賣主カ單ニ五十俵ヲ引渡シ殘リ五十俵ヲ引渡ササルトキ又ハ其米ハ特定物ニシテ殘五十俵カ賣主ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ滅失又ハ毀損シ債務ノ履行カ一部分不能トナリタル場合ニ於テハ買主ハ既ニ引渡ヲ受ケタル米ノ部分又ハ米ノ引渡ノ可能ナル部分ニ付キ契約ヲ維持シ殘部ニ付キテ契約ヲ解除スルハ毫モ妨ケナシ若シ夫レ此場合ニ於テ債權者ノ爲メニ一部解除ノ權利ヲ認メサルモノトセンカ

債權者ハ全部ノ解除ヨリ生スル煩雜ナル結果ヲ慮リ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ躊躇スルコト往々ニシテ之アリ斯クテハ債權者ノ利益ヲ充分ニ保護スルコト能ハサルノミナラス此場合ニ債權者ニ強ユルニ全部ノ解除ヲ以テスルハ取引上ノ觀念ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス又之ヲ債務者ノ方面ヨリ觀察スルニ債務者ハ其不履行又ハ其責ニ歸スヘキ履行ノ不能ニ因リ契約一部ノ解除ヲ必要ナラシメタル以上ハ其責ハ債務ニ在ルヲ以テ一部解除ノ不利益ヲ忍ハサルヘカラス之カ爲メ債務者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシメ不公平ナル結果ヲ生スルノ虞ナク迅マ之レアリトスルモ斯クノ如キハ極メテ稀有ノ事例ニ屬スルヲ以テ大數ヨリ觀察シ之ヲ不問ニ付スルヲ可ナリトス又之ヲ民法ノ規定ニ徵スルモ民法ハ賣買ノ目的物ニ付キ代價減額ノ請求權ヲ認メ賣買契約ノ一部解除ヲ許ス以上ハ數量的ニ減縮シ得ヘキ契約ニ付キテモ亦一部解除ヲ認ムルヲ可ナリトシ絕對ニ之ヲ禁スヘキ立法上ノ必要ハ一モ之ヲ發見スルコトヲ得ス若シ夫レ契約ハ唯一不可分ナリトハ從來認メラレタル原則ナリト雖トモ此原則ハ契約ノ性質ト取引上ノ必要ニ應シテ其適用ヲ除外スルコトヲ要シ場合ノ如何ニ拘ハラス之ヲ墨守スルハ斷シテ不可ナリトス故ニ余ハ契約ノ目的カ當事者一方ノ義務ニ屬スル給付ト相手方ノ義務ニ屬スル反對給付トヲ包含シテ比例的ニ分割シ得ヘキ場合ニ於テハ契約ノ一部解除ヲ可能ナリトシ斯ル分割ノ行ハルヘカラサル場合ニ於テハ契約ハ全部之ヲ解除スルコトヲ要シ一部解除ハ之ヲ許ササルモノト解釋スルヲ正當ナリト信ス而シテ民法ニハ此點ニ付キ何等特別ノ規定ヲ存セサルヲ以テ目的物トノ關係上解除權ノ不可分ナルヤ否ヤハ解釋上ノ問題ニ屬シ之ヲ可分ナリトスルモ民法ノ規定ニ反スルモノニアラス之ニ反シテ契約當事者數人アルトキハ契約ノ解除ハ個々別々ニ之ヲ爲スコトヲ得ス必ラスヤ其總員ニ於テ解除ニ關スル意思表示ヲ爲シ又ハ總員ニ對シテ意思ノ表示ヲ爲スコトヲ要シ其中ノ一名ニ於テ又ハ其中ノ一名ニ對シテ爲シタル意思ノ表示ハ何等ノ效力ヲ生セサルモノトス是レ民法第五百四十四條ニ規定スル所ニシテ此規定ト民法第五百二條第二項ヲ參照スル時ハ我民法ハ當事者ニ對スル關係ニ於テ解除權不可分ノ原則ヲ採用シ契約ノ解

除ハ常ニ其總員ノ間ニ於テ行ハルルコトヲ要シ一部ノ當事者間ニ於テ行ハルルコトヲ得サルコトヲ明カニシタルモノナリ換言スレハ契約ハ當事者目的又ハ時期ニ從ヒ之ヲ數個ニ分割シ其一部ヲ維持シ其一部ヲ解除スルコトヲ得ス蓋契約ノ目的タル給付カ不可分ナルトキハ其契約ハ唯一不可分ニシテ其一部ヲ解除スルコトノ不可能ナルハ論ヲ俟タスト雖トモ契約ノ目的カ可分ナルトキ例之甲者金一百圓ヲ以テ百俵ノ米ヲ乙丙丁戊ノ四人ニ賣渡シタル場合ニ於テハ當事者間ノ債權債務ハ民法第四百二十七條ニ依リ當事者間ニ當然分割セラルルヲ以テ其契約モ亦之ヲ四人ニ分割シ二十五俵ノ米ヲ二十五圓ニテ乙丙丁戊ノ各自ニ賣渡シタルモノトシ別々ニ契約ノ解除ヲ爲シ得ヘキモノト論スルコトヲ得ヘシ然レトモ此場合ニ於ケル當事者間ノ債權債務ハ唯一不可分ナル契約ノ效果トシテ發生シタルモノニシテ別個獨立ノ契約ヨリ生シタル各別ノ債權債務ニアラス從テ其履行モ亦全部タルヲ要シ分割履行ヲ許ササルモノナレハ民法第四百二十八條ニ所謂當事者ノ意思ニ因リテ不可分ナル債務ノ一種ニ屬スルモノトス果シテ然ラハ當事者總員ノ意思ノ合致ニ因リテ成立シタル唯一不可分ナル契約ヲ解除スルニハ其總員ノ意思ヲ以テスルニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得サルハ當然ニシテ其契約ヲ分割シタル各部分ニ付キ各別ニ契約ヲ解除スルコトヲ得ス故ニ多數當事者間ノ關係ノ存スルト否トニ拘ハラス苟クモ當事者間ニ反對ノ特約又ハ法律ノ特別規定ナキ限リハ其契約ハ全部之ヲ維持スルカ若クハ全部之ヲ解除スルカ二者中必ラス其一ヲ選擇スルコトヲ要ス茲ニ於テ契約當事者間ノ契約ハ其全員ヨリ又ハ其全員ニ對シテ意思ノ表示ヲ爲シテ其全部ノ解除ヲ爲ササルヘカラサルコトトナル何トナレハ契約ハ當事者總員ノ意思ノ合致ニ基ツクモノナレハ其全部ヲ解クニ付キテハ其全員ヨリ又ハ其全員ニ對シテ意思ノ表示ヲ爲スコトヲ必要トスヘキハ理ノ當然ナルヲ以テナリ是レ民法第五百四十五條第二項ノ規定アル所以ナリ從テ當事者ノ一人ニ對シ又ハ其一人ニ付キ解除權消滅スルノ結果ヲ生スヘシ獨逸民法第三百五十六條ニハ特別規定アリ我

民法ニハ之ヲ缺クモ解除權不可分ノ原則ヨリ演繹シ同一ノ解釋ヲ採ルヲ可ナリトス

第四款　解除權行使ノ效果

契約解除ノ性質ニ關シテハ從來三個ノ學說アリ其第一ハ所謂抗辯說ニシテ此說ニ依レハ契約ノ解除ハ契約ノ效力ヲ消滅セシムルモノニアラスシテ各當事者ハ單ニ事物ヲ契約當時ノ舊體ニ復シ相手方ヨリ履行ノ請求アリタルトキハ契約ノ解除ヲ以テ之ニ對抗シ其請求ヲ拒ムコトヲ得ルノ效力ヲ生スルモノトス然ルニ各當事者カ契約ノ解除ニ依リテ享有スル抗辯ハ之ヲ拋棄シ得ルヲ以テ當事者相方カ任意ニ履行ヲ爲シタルトキハ之レト同時ニ契約ノ解除ハ其效力ヲ失フコトナルヲ以テ民法第五百四十條第二項ニ於テ契約解除ノ取消ヲ許ササルノ法意ニ背馳ス又若シ此抗辯ハ拋棄シ得ヘカラサルモノトナストキハ各當事者ハ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルト同時ニ履行ヲ爲スコトヲ得サルモノナレハ契約ヨリ生シタル債權債務ノ消滅ヲ是認セサルヲ得サルヲ以テ所謂抗辯說ハ其當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス其第二ハ所謂契約ノ內容變更說ニシテ此說ニ依ルトキハ契約ノ解除ハ契約ノ效力ヲ消滅セシムルモノニアラスシテ單ニ其內容ヲ變スルニ止マル換言スレハ契約本來ノ內容タリシ當事者間ノ給付義務ヲ變シテ其相互間ニ於ル原狀回復ノ義務ニ轉換セシムルモノトス故ニ此說ハ債務ノ本旨ニ從ヒタル請求權カ債務者ノ不履行又ハ履行ノ不能ニ因リ損害賠償ノ權利義務ニ轉換スルト同一ナル法理上ノ觀念ヲ基礎トスルモノト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ契約本來ノ目的タリシ給付義務ト契約解除ノ結果トシテ各當事者ノ負擔スル原狀回復ノ義務ハ正反對ノ作用ヲ爲シ互ニ相容レサルモノナレハ第一ノ義務ヨリ轉換シタルモノトシテ其契約ノ二次ノ效力ナリト謂フハ矛盾ノ觀念ニ屬ス寧ロ第二ノ原狀回復ノ義務ハ第一ノ給付義務カ契約ノ解除ニ因リ消滅ニ歸シタルカ爲メニ當事者間ニ於テ新タニ發生シタル別種ノ義務ナリト解スルヲ相當トス抑モ原狀回復ノ權利義務ハ契約ノ解除ニ固有ナル效力ニアラス法律行爲ノ存在ヲ前提トシテ給付ヲ爲シタル後ニ至リ其法律行爲

カ效力ヲ失ヒタル場合ニ於テ生スル法律關係ニシテ法律行爲ノ取消解除條件ノ成就ノ場合ニ於テハ常ニ當事者間ニ於テ原狀回復又ハ少クトモ不當利得返還ノ問題ヲ生スルコトハ學者間ニ異論ナキ所ナリ左スレハ民法カ第五百四十五條第一項ニ於テ契約當事者互ニ原狀回復ノ義務ヲ負擔スル旨ヲ規定セルハ其前提トシテ契約ノ效力消滅ヲ豫想シ其效果トシテ各當事者ニ負ハシムルニ相手方ヲ契約以前ノ原狀ニ復セシムルノ義務ヲ以テシタルモノト解スルヲ可ナリトス唯タ契約解除ノ場合ニ於ケル當事者ノ權利關係ノ原狀回復ノ觀念ヲ基礎トスヘキヤ又ハ不當不得ノ觀念ニ依ルヘキヤハ立法上ノ問題ニシテ我民法ハ各當事者ヲシテ確實ニ契約以前ノ地位ヲ回復スルコトヲ得セシムルカ爲メ後者ニ依ラスシテ前者ニ依リタルニ過キス而シテ法律行爲ノ效力ノ消滅ノ場合ニ其當事者カ原狀回復ノ義務ヲ負擔スルハ其法律行爲ヨリ生スル義務ニアラスシテ其法律行爲ノ成立セサルカ爲メニ其行爲以前ノ舊體ニ復スルコトヲ正當ナリトスル法律取引上ノ觀念ニ基ツクモノナレハ所謂內容變更說ハ其當ヲ得サルモノト信ス尤モ獨逸民法ハ契約解除ノ場合ニ於テ積極的損害賠償

ノ權利ヲ債權者ニ認メサルニ反シ我民法ハ第五百四十五條第三項ニ於テ特ニ之ヲ許與スルヨリ推論スルトキハ我民法ハ契約ノ解除後ト雖トモ尙ホ其效力ヲ持續セシムルモノト論スルコトヲ得ヘク此點ニ於テ內容變更說ハ一層理由アリトスヘキニ似タリト雖トモ理論上ヨリ言フトキハ契約ノ解除ハ各當事者ノ地位ヲ契約以前ノ舊體ニ復スルヲ目的トシ契約ヲ維持シ各當事者ヲシテ之レヨリ生スル利益ヲ享有セシムルヲ目的トスルモノニアラス從テ契約ノ解除ノ場合ニ於テモ尙ホ債權者ヲシテ積極的損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得セシムルハ契約解除ノ本質ニ反スルモノニシテ此點ニ付キテハ獨逸民法ノ規定ヲ正當ナリトスヘシ然ルニ我民法カ之レト正反對ノ主義ヲ採用シタルハ債務不履行ノ結果ニ對シテ債權者ノ利益ヲ保護スルコトヲ以テ唯一ノ目的トスル一種ノ民事政策ニ出テタルモノナリ故ニ我民法上損害賠償ニ關シテハ契約ノ效力ハ解除ニ拘ラス尙ホ存續スルコトトナルヘシト雖トモ契約解除ノ本來ノ性質ハ之カ爲メ毫モ影響ヲ受クルコトナシ第三ハ即チ契約ノ效力消滅說ニシテ此說ニ依レハ契約ノ效力ハ解除ト共ニ消滅シ當事者間ノ原狀回復ノ義務ハ契約

ノ效力ノ消滅シタルヨリ生スル效果ナリトス余ハ此說ヲ以テ正當ナリト信ス」

契約ノ解除ハ契約ノ效力ヲ消滅セシメ當事者ノ地位ヲ契約以前ノ舊體ニ復スルヲ目的トス而シテ原狀回復ヲ目的トスル契約解除ノ效力ニ關シテハ二個ノ主義アリ其一ハ契約ノ解除ハ法律行爲ノ取消並ニ解除條件成就ノ場合ト一般當ニ當事者間ニ於テ債權的效力ヲ生スルニ止マラスシテ何人ニモ對抗シ得ヘキ物權的效力ヲ生スルモノトナスモノニシテ佛國民法ハ此主義ヲ採用ス故ニ契約解除前ニ當事者ノ一方カ契約ノ目的物ニ關シテ爲シタル權利ノ設定移轉其他ノ處分行爲ハ當然其效力ヲ失ヒ第三者ノ權利モ亦從テ消滅ニ歸ス其二ハ契約ノ解除ハ當事者間ニ於テ原狀回復ノ債權債務ヲ生スルニ止マリ物權的效力ヲ生セサルモノトナスモノニシテ獨逸民法ハ此主義ヲ採用ス我民法モ亦第二ノ主義ヲ採用シ第五百四十五條第一項ニ於テ特ニ規定ヲ設ケ契約ノ解除ハ當事者間ニ於テ原狀回復ノ權利義務ヲ創設スルニ因リテ債權的ノ效力ヲ生スルニ止マリ其效果ヲ第三者ニ及ホスヘキ物權的效力ヲ生セサルコトヲ明ニセリ是レ他ナシ契約ノ解除カ物權的效力ヲ生スルモノトスルニ於テハ第三者ハ

解除ノ結果其權利ヲ奪ハルルニ至リ往々損失ヲ被ムルコトアリ爲メニ第三者ノ地位ヲ不確ナラシメ經濟上不利ナル結果ヲ生スルト同時ニ取引ノ安全ヲ害スルニ至ルヘキヲ以テ法律ハ「解除ノ效果ヲ單ニ當事者間ニ止メ第三者ニ對シテ影響ヲ及ホササルモノトナシタルモノナリ、今我民法ノ規定ニ從ヒ契約解除ノ效果ヲ擧クルトキハ左ノ如シ

第一　各當事者ハ相手方ヲ原狀ニ復スルノ義務ヲ負フ

契約解除ハ其效力ヲ消滅セシメ各當事者ヲ契約以前ノ原狀ニ復スルヲ以テ目的トスルコト從テ契約解除ノ結果各當事者カ相手方ヲ原狀ニ復スル義務ヲ負擔スルコトハ既ニ說明スル所ノ如シ而シテ契約當事者カ其契約ヲ爲シタレニ因リテ何等ノ出損ヲ爲シタルコトナク又契約ノ履行トシテ未タ何等ノ給付ヲ爲ササリシトキハ契約ノ解除ハ契約ヨリ生シタル當事者間ノ權利義務ヲ消滅セシムルノ外其相互間ニ於テ何等ノ權利義務ヲ生スルコトナシ之ニ反シテ契約當事者カ出捐ヲ爲シ利益ノ取得ヲ妨ケラレ又ハ債務ノ全部又ハ一部ヲ履行シタルトキハ當事者ノ地位ヲ契約以前ノ舊體ニ復スルコト

ヲ要スルヲ以テ當事者間ニ於テ複雜ナル權利義務ノ關係ヲ生ス(一)各當事者ハ相手方ニ對シテ契約締結ニ關シテ爲シタル出損例之契約ノ費用ヲ償還スルコトヲ要ス(二)各當事者カ契約ノ效力トシテ相手方ヨリ物(動產不動產)ノ引渡ヲ受ケタルトキハ解除ノ結果之ヲ相手方ニ返還スルコトヲ要シ(三)其物ヨリ生シタル果實幷ニ相手方カ取收シ得ヘカリシ果實ノ額ヲ返還シ(四)相手方カ物ノ使用ニ因リテ得ヘカリシ利益ヲ償還シ(五)其物カ當事者ノ所爲ニ因リテ滅失毀損シ又ハ其物カ當事者ノ手裡ニ存セサル場合ニハ其價格ヲ償還スルノ義務アリ(六)契約ノ效力ニ因リ相手方カ勞務ヲ供シタルトキハ其勞務ニ因リテ相手方ノ享有スヘカリシ利益ヲ償還スルコトヲ要シ(七)金錢ヲ受取リタルトキハ之レカ返還ヲ爲スト共ニ其受領ノ時ヨリ返還ノ時迄ノ年五朱ノ利息ヲ付シテ之レヲ支拂フヲ要ス(第五百四十五條第二項)蓋シ金錢ハ普通ノ利用方法ニ依レハ年五朱ニ相當スル利益ヲ生スルモノナレハ相手方ハ其金錢ヲ支拂フニ因リ年五朱ノ利益ヲ取得スルコトヲ妨ケラレタルモノナレハ相手方ヲ原狀ニ復スルニハ元金ヲ返還シタルノミヲ以テ足レリトス年五朱ノ利息ヲモ

支拂フコトヲ要スルハ論ヲ俟タサルヲ以テナリ反對ニ於テ目的物ノ返還ヲ受ケタル當事者ハ其物ニ付キ相手方ノ支出シタル必要費有益費ヲ相手方ニ返還スルノ義務アリ是レ民法第五百八十三條ノ類推解釋ヨリ生スル結果ナリ

民法第五百四十五條第一項ニ規定スル原狀回復ノ義務ハ他人ノ損害ニ於テ利得ヲ爲シタル惡意ノ受益者カ其人ニ對シテ負擔スル不當利得返還ノ義務ニ類似スルモ此二者ハ其性質ニ於テ異ナルノミナラス其效果ニ至リテモ亦重要ノ差異アリ即チ前者ニ在リテハ法律行爲ノ當事者カ其行爲ノ成立ヲ前提トシテ相互ニ出捐ヲ爲シ給付ヲ爲シタルニ其行爲ノ效力消滅シタル結果各當事者ノ財產上ノ狀態ヲ各自カ出捐ヲ爲サス給付ヲ爲ササル場合ニ於テ實現スヘカリシ狀態ニ復スルヲ以テ目的トスルモノナレハ契約當事者ハ若シ其法律行爲カ成立セサリセハ各自ノ享有シ得ヘカリシ財產上ノ地位ヲ復活セシムヘキコトヲ相手方ニ請求スルノ權利ヲ有シ相手方カ其出捐又ハ給付ニ因リテ利得ヲ爲シタルヤ否ヤハ之ヲ問フコトヲ要セス之ニ反シテ不當

利得返還ノ請求權ハ相手方ノ受ケタル利益又ハ其現ニ受クル利益ヲ返還セシムルコトヲ目的トスルヲ以テ不當利得者ハ其受ケタル利益ヲ返還スルノミヲ以テ足リ返還權利者ノ財產上ノ地位カ原狀ニ復スルト否トハ之ヲ問ハサルモノトス茲ヲ以テ原狀回復ノ義務者ハ契約ノ費用其他自己ニ於テ何等ノ利益ヲ享有セサリシ相手方ノ損失ニ付キ返還義務ヲ負擔スルニ拘ハラス不當利得返還義務者ハ相手方ノ此種ノ損害ニ對シテ返還義務ヲ負擔スルコトトナシ反對ニ於テ惡意ノ受益者ハ其受ケタル利益ニ對シテハ常ニ返還義務ヲ負擔シ其利益ノ現存スルヤ否ヤ又其利益ハ受益者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ消滅シタルヤ否ヤヲ問フコトナシト雖トモ原狀回復ノ義務者ハ其責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ原狀回復カ不能トナリタルトキハ債務ノ履行ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ其責ヲ免カルルコトヲ得ヘシ例之甲其所有ノ花瓶一對ヲ代金二百圓ニテ乙ニ賣渡シ代金二百圓ヲ受取リ其中ノ一箇ヲ引渡シ他ノ一個ヲ引渡ササルニ依リ乙ハ契約ヲ解除スルノ止ムヲ得サルニ至リタル場合ニ乙カ引渡ヲ受ケタル花瓶乙ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ既ニ滅失毀損シタリト假定スルトキハ乙ハ代金二百圓ノ返還ヲ請求スルト同時ニ毀損シタル儘其花瓶ヲ甲ニ返還シ滅失シタル場合ニハ全然返還ノ義務ヲ免カレ其毀損滅失ノ爲メニ生シタル損害ヲ甲ニ賠償スルノ責任ナシトス之ニ反シテ當事者間ノ關係カ不當利得ニ基ツクトキハ受益者カ善意ナルトキハ前同一ノ結果ニ歸着スヘシト雖トモ惡意ナルトキハ給付ヲ受ケタル當時其受ケタル一切ノ利益ヲ相手方ニ償還スルコトヲ要スルヲ以テ花瓶ノ全部ノ價格ヲ相手方ニ返還スルノ義務アリトス

契約當事者ハ自己ノ責ニ歸スヘカラサル原狀回復ノ不能ニ對シテハ返還義務ヲ負擔セスト雖トモ之ニ因リテ得タル利益ハ之ヲ相手方ニ償還スルコトヲ要ス故ニ前例ニ於テ乙カ花瓶ヲ丙ニ賣却シテ金八十圓ヲ領收シタリト假定スルトキハ其花瓶ノ滅失シタル場合ニ於テ乙ハ丙ヨリ受取リタル金八十圓ヲ甲ニ償還スルコトヲ要ス蓋シ其代金ハ花瓶ノ賣買ヨリ生シタル利益ニシテ契約解除ノ結果其花瓶ハ甲ニ返還スヘキモノナル以上ハ之ヨリ生スル利益モ亦之ヲ甲ニ返還スルコトヲ要シ乙ニ於テ之ヲ保有スルコトヲ得サル

モノナレハナリ獨逸民法ハ第三百四十七條ニ於テ特ニ規定ヲ設ケ契約ノ目的物カ滅失又ハ毀損シ其他返還カ不能トナリタル場合ニ於ケル契約當事者間ノ損害賠償ノ請求ハ給付受領ノ時ヨリ本權ノ訴カ權利拘束トナリタル場合ニ於ケル所有者ト占有者トノ關係ニ適用スヘキ規定ニ從ヒ之ヲ定ムト規定シ返還義務ノ效果ヲ明カニセリ我民法ニハ特別規定ナシト雖モ原狀回復ノ義務ノ性質ヨリ推シテ同一ノ效果ヲ生スルモノト解釋スルコトヲ得ヘシト信ス

契約カ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル場合ニ其契約ニ因リテ物權ヲ取得シタル當事者ノ一方カ更ニ其物權ヲ第三者ニ移轉シ又ハ第三者ノ爲メニ目的上ニ他ノ物權ヲ設定シタル後ニ至リ其契約カ解除セラレタルトキハ其解除ハ第三者ニ對シテハ何等ノ效力ヲ生セス第三者既得ノ權利ハ依然トシテ存立シ解除ノ爲メニ消滅スルモノニアラサルコトハ既ニ一言シタル所ニシテ民法ハ第五百四十五條第一項後段ニ於テ「第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス」ト規定シ前段ニ規定セル原狀回復ハ單ニ債權的ノ效力ヲ生ス

ルニ止マリ物權的ノ效力ヲ生セサルコトヲ明カニセリ故ニ此場合ニ於テハ契約當事者ノ一方ハ相手方ニ對シ第三者ノ有ニ歸シタル權利ノ回復消滅ヲ請求シ權利ノ回復消滅カ不能トナリタルトキハ之ニ代ヘテ損害ヲ賠償セシムルノ權利ヲ有スルニ止マル然レトモ第三者カ契約當事者ノ一方ニ對シテ既得權ヲ主張スルニハ動產ニ關シテハ引渡不動產ニ關シテハ登記ヲ爲シタルコトヲ必要トシ第三者カ未タ登記又ハ引渡ノ手續ヲ履マサルノ前契約當事者ニ於テ相手方ヨリ動產ノ引渡ヲ受ケ又ハ不動產ニ付キ回復ノ登記(動產不動產ノ假處分幷ニ不動產ノ假登記モ亦同一ノ效力ヲ生ス)ヲ爲シタルトキハ契約當事者ノ一方カ其權利ヲ主張スルコトヲ得ルト同時ニ第三者ノ權利ハ消滅ニ歸スヘキモノトス

契約ニ因リテ物權ヲ取得シタル當事者ノ一方カ其物權ニ付キテ何等ノ處分行爲ヲ爲サスシテ尙ホ之ヲ自己ノ手裡ニ保有スル場合ニ於テ其契約カ解除サレタルトキハ移轉シタル物權ハ當然相手方ニ回復セラレ設定シタル物權ハ當然消滅ニ歸スヘキヤ若クハ其回復消滅ニ付キ當事者間ニ於テ更ニ物權

契約ヲ爲スコトヲ必要トスルヤハ學者間ニ議論アル所ニシテ多數ノ學者ハ後段ノ解釋ヲ採ルモノノ如シ蓋シ契約ノ解除ハ單ニ當事者間ニ於テ原狀回復ノ債權債務ヲ生スルニ止マリ解除條件ノ成就シタル場合ニ於ケルカ如ク其契約ヲ絕對的ニ消滅セシムルニ因リテ契約以前各當事者ノ有セシ法律上ノ地位ヲ當然回復スルモノニアラサルヲ以テ此點ヨリ觀察スルトキハ此解釋ヲ是認スヘキカ如シ然レトモ余ハ契約ノ解除ハ契約ノ效力ヲ消滅セシムルモノニシテ當事者間ノ原狀回復ノ義務ハ其結果ニ外ナラストノ觀念ト爲ヲ必要トスルモノニシテ權利ノ發生消滅其他ノ法律關係ハ之ヲ生セシムルニ付キ必ラスシモ格段ナル回復ノ行爲ヲ要セサルモノナリトノ觀念ト我民法上物權契約ハ必ラスシモ債權契約ヨリ獨立シタル別箇ノ契約ニアラスシテ物權的效果ノ發生消滅ハ債權契約ノ效力ト運命ヲ同フスルコトヲ妨ケストノ觀念ヲ基礎トシ權利ノ回復消滅ニ付キ常ニ契約ヲ必要トスルノ說ヲ排セントス而シテ余ノ信スル所ニ依レハ契約當事者ノ一方カ債權契約ニ

因リ物權ヲ取得シタル場合ニ物權ノ取得カ直接ニ其契約ニ基因スルトキハ契約解除ノ結果トシテ其物權ハ當然相手方ニ回復セラレ又ハ相手方ノ利益ニ於テ當然消滅シ當事者ニ於テ格段ナル行爲ヲ爲スコトヲ要セス例之特定物ノ賣買ノ如シ蓋シ我民法ニ依レハ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル契約ニ在リテハ獨逸民法トノ異ナリ債權契約ト物權契約トヲ區別セス一ノ契約ヨリ同時ニ債權的效果ト物權的效果ヲ發生セシムルモノナレハ其契約カ效力ヲ失フトキハ債權關係ノ消滅ヲ來スト同時ニ其契約ヨリ生シタル物權關係モ亦消滅ニ歸スヘキモノトス或ハ曰ク賣買ノ如キ特定物ニ關スル契約ハ債權的意思表示トヲ包含スルヲ以テ債權的意思表示カ其效ヲ失フモ物權的意思表示ノ效力ハ之カ爲メニ毫モ影響ヲ失フモノニアラスト是レ獨逸法ノ觀念ヲ以テ佛國法系ノ我民法ヲ解釋セント試ムルモノニシテ決シテ正鵠ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス物權契約ニ關スル我民法ノ規定カ幾多ノ點ニ於テ批難ノ餘地ヲ存スルハ今更之ヲ言フヲ要セスト雖トモ解釋論トシテハ唯一不可分ナル一個ノ契約中ニ債權契約ト物權

契約ヲ包含スルモノトスルハ斷シテ不可ナリトス故ニ賣買契約カ解除セラレタルトキハ其契約ヨリ生シタル債權的效力ト物權的效力トヲ幷セテ消滅セシムルヲ以テ契約ニ因リ一旦買主ニ移轉シタル所有權ハ當然賣主ニ回復セラレ其回復ニ付キ別段ノ意思表示ヲ必要トスルコトナシ玆ニ於テ賣主カ既ニ目的物ノ引渡ヲ爲シ又ハ所有權移動ノ豊記ヲナシタルトキハ目的物ヲ返還セシメ登記ヲ抹消セシムルノ必要アルヲ以テ原狀回復ノ權利義務ハ玆ニ其效用ヲ爲スコトナル若シ反對說ノ如ク權利ノ回復ニ付キ格段ナル行爲ヲ必要トスルモノトセンカ當事者間ニ於テ登記又ハ引渡ノ手續ナカリシ場合ト雖モ其權利ヲ取得シタル當事者ノ一方カ相手方ノ請求ニ應シテ權利ヲ再移轉スルノ意思ヲ表示セサル限リハ賣買ノ目的物ハ依然トシテ其當事者ノ所有ナルヲ以テ相手方ハ之ヲ回復スル爲メ訴ヲ提起シテ其意思表示ヲ爲サシムルノ必要ヲ生スルニ至ルヘク斯クノ如キハ著シク取引上ノ觀念ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス獨逸民法ハ之レト異ナリ債權契約ト物權契約トハ互ニ相獨立シ物權契約ハ登記又ハ引渡ニ因リテ其效ヲ生スルモノナルヲ以テ賣買契約ヲ解除シタル場合ニ於テモ別ニ引渡又ハ登記ニ依リテ物權ヲ再移轉スルノ契約ヲ爲スニアラサレハ其權利ハ賣主ニ回復セラルルコトナシ故ニ我民法ノ下ニ於テ契約ノ解除ニ付スルニ全然主義ノ異ナル獨逸民法ト同一ノ效果ヲ以テスルコトヲ得サルハ敢テ論ヲ俟タサル所ナリ之ニ反シテ不特定物ノ賣買ニ基ツキテ物ノ引渡ヲ爲シタル場合ニ於ケル解除ノ效果ハ獨逸民法ト異ナルコトナシ何トナレハ此場合ニ於テハ目的物ノ引渡ニ因リテ成立スル物權契約ハ其原因タル賣買契約ト分離シテ別箇ノ契約ヲ成スモノナレハ賣買契約ノ解除ハ其效力ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナキヲ以テナリ故ニ賣主ヨリ買主ニ引渡シタル物カ現ニ買主ノ手裡ニ存スルトキハ賣主ハ其返還ヲ請求スルノ權利ヲ有スルモ買主カ引渡其他ノ方法ニ依リ賣主ニ目的物ノ所有權ヲ移轉セサル間ハ買主ニ於テ依然トシテ其所有權ヲ保有スルモノトス要之或法律行爲ノ存在ヲ前提トシテ物ノ引渡ヲ爲シテ其所有權ヲ相手方ニ移轉シタル場合ニ其法律行爲カ成立セス又ハ解除其他ノ原因ノ爲メニ消滅ニ歸シタルトキハ其當事者間ニ於テ原狀回復又ハ不當利

得返還ノ問題ヲ生スルモノトス故ニ是等ノ場合ニ於テハ契約ノ解除ハ當事者間ニ於テ生シタル物權關係ヲ當然復舊スルノ效力ヲ生セスシテ物權取得者ハ相手方ノ請求ニ因リ之ヲ原狀ニ復スルノ義務アルニ過キス

契約ノ解除ハ當事者間ニ於テ其效ヲ生スルニ止マリ第三者既得ノ權利ヲ害スルコトヲ得サルハ前述ノ如シ而シテ第五百四十五條ニ所謂第三者トハ契約ノ目的物ニ關シテ物權又ハ第三者ニ對抗シ得ヘキ權利ヲ取得シタル者ヲ意味シ單ニ契約當事者ノ一方ヨリ契約上ノ權利ヲ承繼シタル者ハ其內ニ包含セス從テ前者ハ契約ノ解除ニ拘ハラス其權利ヲ保有シ後者ハ契約ノ解除ニ因リテ其權利ヲ失フモノトス例之甲ハ土地ノ所有權ヲ乙ニ讓渡シ乙ハ丙ニ其地所ヲ賣渡シ又ハ丙ノ爲メニ地上權ヲ設定シタルモノト假定センニ其後ニ至リ甲乙間ノ賣買契約カ解除セラルルモ丙ハ其土地ノ所有者又ハ地上權者トシテ完全ニ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ乙カ其土地ヲ丙ニ賃貸シ丙賃貸借契約ノ登記ヲ爲シタル場合(民法六〇五)ニ於テモ亦丙ハ甲乙間ノ解除ニ拘ハラス其賃借權ヲ保有スルコトヲ得ヘシ之ニ反シテ賣主甲カ乙ニ對スル代金ノ債權ヲ丙ニ讓渡シタリトスルトキハ契約ノ解除ハ既往ニ溯リテ丙ノ債權ヲ消滅セシムルノ結果ヲ生シ丙ハ其既得ノ權利ヲ主張スルヲ得ス蓋シ前者ニ在リテハ取引ノ安全ヲ保護スル必要上第三者既得ノ權利ヲ尊重スルノ必要アルモ後者ニ在リテハ第三者ハ當事者一方ノ契約上ノ權利ヲ取得シタルニ過キスシテ契約ノ解除ノ結果其權利消滅スルモノトスルモ是レカ爲メ取引ノ安全ヲ阻害スルノ虞レナキヲ以テナリ

契約ノ解除ハ當事者雙方ヲシテ相手方ヲ原狀ニ復スルノ義務ヲ負ハシムルモノナルヲ以テ玆ニ再ヒ當事者間ニ於テ原狀回復ノ爲メ給付ノ交換ヲ爲スコトトナリ此給付モ亦互ニ相牽連シ同時ニ履行スルヲ以テ公平ノ原則ニ適スルモノトス故ニ民法ハ此場合ニ付キテモ亦第五百三十三條ノ規定ヲ準用シ當事者ノ一方カ其履務ノ履行ヲ提供セサルトキハ相手方モ亦義務ノ履行ヲ拒絕スルコトヲ得ヘキモノトシ第五百四十六條ニ於テ特ニ之レカ規定ヲ設ケタリ

第二　解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

契約ノ解除ハ債務ノ不履行ニ對スル一ノ救濟方法ニシテ當事者ノ地位ヲ原狀ニ復シ以テ債權者ノ利益ヲ保護スルヲ以テ目的トス故ニ債權者ハ債務者ニ對シ原狀回復ニ必要ナル損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルハ勿論ナリト雖トモ債權者ハ債務者ニ對シテ債權ノ履行ヲ請求スルコトヲ得サルハ勿論其不履行ヨリ生スル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノト論セサルヘカラス何トナレハ契約ノ解除ハ契約ノ效力ヲ消滅セシメ契約ナカリシト同一ノ狀態ニ復セシムルモノナレハ契約ノ存立ヲ前提要件トスル所ノ債務ノ不履行ヨリ生スル損害賠償ナルモノノ存スヘキ理由ナケレハナリ是レ獨逸其他諸國ノ法制ニ於テ契約解除ノ場合ニハ解除權者ハ相手方ニ對シ消極的ノ損害（即チ其契約ヲ爲シタルカ爲メニ被ムリタル損害）ヲ賠償セシムルノ權利ヲ有スルニ止マリ積極的損害（即チ債務ノ不履行ヨリ生スル損害）ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノトナセル所以ナリ然レトモ我民法ハ債權者ヲ保護スル一種ノ政策トシテ契約解除ノ場合ニ於テモ尙ホ債權者ヲシテ其契約ニ因リテ享有シ得ヘカリシ一切ノ利益ヲ取得セシムルヲ必要ナリトシ第五百四十五條第三項ニ於テ契約ノ解除ハ損害ノ賠償ノ請求ヲ妨ケスト規定シ以テ第一項ニ對スル例外ヲ設ケタリ故ニ我民法ノ規定ニ依レハ損害賠償ニ關シテハ契約ハ解除權者ノ利益ニ於テ尙存在スルモノト謂フヘシ

民法ハ不履行ニ因ル損害賠償ヲ請求スル權利ヲ有スル者ノ何人タルヤヲ明示セサルヲ以テ解釋上疑ヲ生スヘシト雖モ此權利ハ相手方ノ債務不履行ニ因リ損害ヲ受ケタル者カ解除權ヲ行使シタル場合ニ於テ享有スル權利ニシテ自己ノ債務不履行ニ因リテ契約ノ解除ヲ必要ナラシメタル相手方ハ此權利ヲ享有セサルモノト解スルヲ正當ナリトス然レトモ解除權者ノ損害賠償ノ請求ニ對シ相手方ハ少クモ解除權者ノ不履行ニ因リテ自己ノ受ケタル損害ノ相消ヲ主張シ其殘部ニ付キ賠償ヲ爲スヘキコトヲ抗辯トシテ提出スルコトヲ得ルヤ否ヤハ一ノ疑問ナリ例之甲、乙ニ代金百圓ヲ以テ時計一箇ヲ賣渡シ乙ハ一月一日ニ代金ヲ支拂ヒ甲ハ七月一日ニ時計ノ引渡ヲ爲スヘキコトヲ約シタリト假定センニ乙ハ期日ニ代金ノ支拂ヲ爲ササルトキハ爾後債

務履行ヲ遅滞シタルモノトシテ損害利息ヲ支拂フノ義務アルヤ明ナリ然ルニ六月三十日ニ至リ其時計カ甲ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ滅失シ乙ハ契約ヲ解除シタルトキハ甲乙互ニ其義務ヲ免カルルモ乙ハ契約ノ解除ニ拘ハラス時計ノ滅失ノ爲メニ被リタル損害例之百五十圓ニテ之ヲ買取ルコトヲ承諾シタル人アリトスルトキハ代金ノ差額五十圓ヲ甲ニ請求スルコトヲ得ルハ論ヲ俟タスト雖トモ甲ハ乙ノ請求ニ對シ一月一日ヨリ六月三十日迄ノ遲延利息ヲ控除スヘキコトヲ抗辯トスルコトヲ得ヘキヤ余ハ之ヲ肯定スルヲ可ナリト信ス何トナレハ乙カ賠償ヲ請求スル五十圓ノ利益ハ自己ノ債務ノ履行ニ因リテ享有シ得ヘキ利益ニシテ乙カ甲ニ對シテ不履行ニ困ル損害賠償ヲ請求スルニ當リテハ自己ノ出捐ト利益トヲ相消スルニアラサレハ結局幾何ノ損害ヲ受ケタルヤヲ確定スルヲ得サルヲ以テナリ故ニ解除權者カ原狀回復ヲ請求スルト不履行ニ因ル損害ノ賠償ヲ求ムルト又ハ此ノ二者ヲ併セテ請求スルトハ固ヨリ隨意ナリト雖トモ損害賠償ヲ請求スル場合ニ於テハ恰カモ契約關係ハ尚ホ存續スルモノトシテ當事者間ノ關係ヲ定メ結局解除權者ノ被ムリタル損害ノ有無多寡ヲ確定スルコトヲ要シ相手方ノ片面的ノ義務ノ不履行ノミヲ基礎トシテ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得サルモノトス何トナレハ不履行ニ因ル損害ノ賠償ハ其債務ノ存在ヲ豫想スルモノニシテ其債務カ雙務的ノモノナルトキハ雙方ノ債務ノ存在ヲ豫想スルコトヲ必要トスルヲ以テナリ

第五款　解除權ノ消滅

第除權ハ種々ナル原因ニ因リテ消滅ス即チ左ノ如シ

第一　解除權ノ拋棄

解除權ハ當事者ノ利益ニ關シ處分ノ觀念ヲ容ルルヲ以テ之ヲ有スル者ニ於テ任意ニ之ヲ拋棄スルコトヲ得

第二　期限條件ノ到來

解除權ニ終期ヲ付シ解除條件ヲ付シタルトキハ解除權ハ一般ノ原則ニ從ヒ其期限條件ノ到來ニ因リテ消滅ス

解除權ノ行使ニ付キ期間ノ定メナキトキハ相手方ハ解除權ヲ有スル者ニ對シ相當ノ期間ヲ定メ其期間內ニ解除ヲ爲スヤ否ヤノ確答ヲ發スヘキ旨ヲ催告シ右ノ期間內ニ相手方カ解除ノ通知ヲ受ケサルトキハ解除權ハ消滅ス是レ民法第五百四十七條ニ規定スル所ナリ蓋シ解除權ノ行使ニ付キ期間ノ定メナキ場合ニ解除權者ヲシテ際限ナク此權利ヲ行フコトヲ得セシムルニ於テハ當事者ノ權利關係ヲ不確ナラシメ經濟上不利ナル結果ヲ生スルモノナレハ解除權者ヲシテ相手方ノ請求ニ依リ速カニ之ヲ行使セシメ當事者ノ地位ヲ確定スルノ必要アルヲ以テナリ

第三　原狀回復ノ不能

解除權ヲ有スル者カ自己ノ行爲又ハ過失ニ因リ著シク目的物ヲ毀損シ若クハ之ヲ返還スルコト能ハサルニ至リタルトキ又ハ加工若クハ改造ニ因リ目的物ヲ他ノ種類ノ物ニ變シタルトキハ解除權ハ消滅ス是レ第五百四十八條第一項ニ規定スル所ニシテ解除權者ノ代理人カ權限內ニ於テ爲シタル行爲幷ニ其使用人カ其職務ノ範圍內ニ於テ爲シタル行爲ハ總テ解除權者ノ行爲トシテ其效力ヲ生スルモノトス蓋シ此等ノ場合ニ於テ解除權者カ自己ノ所爲ニ因リ原狀回復ヲ不能ナラシメタルモノナレハ原狀回復ヲ以テ唯一ノ效果トスル解除權ハ之ヲ消滅セシムルノ必要アリ何トナレハ此場合ニ於ケル解除權ノ消滅ハ解除權者ノ自カラ招キタル結果ニシテ之ニ解除權ノ行使ヲ許シ相手方ヲシテ其弊ヲ受ケシムルハ極メテ不公平ナルヲ以テナリ又第二ノ場合ニ於テハ解除權者ニ故意又ハ過失ノ責ムヘキモノトナシト雖トモ自己ノ所爲ニ因リテ原狀回復ノ不能ヲ來タスハ一ニシテ之ヲ以テ解除權ノ拋棄ト見ルヲ得ヘキニ依リ法律ハ此場合ニ於テモ亦解除權ヲ消滅セシムルコトトナシタルモノナリ

民法第五百四十八條ニ所謂「自己ノ行爲」ハ之ヲ故意ト同義ニ解スヘキヤ民法カ行爲」ナル語ヲ用キタルヨリ推スト其任意ノ行爲ヲ意味シ其行爲ノ適法ナルト有責違法ノモノナルトハ之ヲ問フノ必要ナキモノト解セサルヘカラス從テ契約當事者カ相手方ヨリ受取リタル特定ノ米穀薪炭類ヲ其需用ニ供シテ費消シ了リタル場合ニ於テモ亦解除權ヲ喪失スルモノト解スルヲ得

ヘシ獨逸民法第三百五十一條ニハ「フェルシコルデットナル語ヲ用キ當事者ノ一方カ目的物ノ滅失毀損ニ對シテ責任ヲ負フ場合ニ其解除權消滅スルコトヲ規定セルヲ以テ註解家ノ意見二派ニ分カレ一方ノ學者ハ當事者ノ適法ナル處分行爲ヨリ來ル滅失毀損ハ其中ニ包含セサルモノナリト解釋シ他ノ學者ハ是等ノ場合モ亦三百五十一條ノ規定ニ依リ解除權ノ消滅ヲ來スモノナリト主張セリ我民法ハ自己ノ行爲」ナル一般的ノ文詞ヲ用キタルヲ以テ前示ノ如ク解釋スルヲ正當トス又民法ニ「著シク目的物ヲ毀損シ」トアルハ其毀損カ物ノ用方ヲ失ハシムルノ程度ニ至リタルモノヲ意味スルモノト解スルヲ相當トスルモ其然ルヤ否ヤハ各場合ニ於テ之ヲ裁判官ノ常識判斷ニ委スルノ外ナク物ノ一部滅失ノ場合ニ付テモ亦同一ノ觀念ニ從フコトヲ要ス又民法第五百四十八條ニ所謂「返還スルコト能ハサルニ至リタルトキ」トハ事實上ノ處分行爲ヨリ生スル目的物ノ有形的返還ノ不能ヲ意味シ目的物ニ關スル權利ヲ第三者ニ移轉シ又ハ第三者ノ爲メニ權利ヲ設定シタルノミニテハ未タ以テ目的物ノ返還ヲ不能ナラシメタルモノト謂フコトヲ得ス何トナレハ目的物ニシテ存在スル限リハ後ニ至リ第三者ノ權利ヲ解消スルコトニ因リテ原狀回復ノ目的ヲ達シ得ヘケレハナリ獨逸民法第三百五十三條ニハ特別ノ規定アリ契約當事者カ契約ノ目的物ヲ他人ニ讓渡シ又ハ其上ニ權利ヲ設定シタル場合ニ其物カ第三者ノ過失ニ因リ滅失毀損シ又ハ第三者カ加工改造ニ因リ之ヲ他ノ種類ノ物ニ變シタルトキハ解除權消滅スルモノトス我民法ニハ斯ル特別規定ナキヲ以テ解釋上疑ヲ生スルヲ免カレス而シテ民法第五百四十八條第一項ハ目的物ノ滅失毀損又ハ其變體ニ因リ解除權ノ消滅ヲ來タスコトヲ規定セル唯一ノ條項ニシテ其滅失毀損變體ハ契約當事者ノ行爲又ハ其過失ヨリ生シタルヿヲ前提トスルヲ以テ獨逸民法ノ如ク特別規定ヲ設ケサル我民法ノ下ニ在テハ契約ノ目的物カ當事者ノ承繼人ノ手裡ニ於テ滅失毀損又ハ變體シタル場合ニ於テ契約當事者ヲシテ其責ニ任セシメ之ヲシテ解除權ヲ喪失セシムルハ穩當ヲ失スルノ嫌ナキヲ得ス何トナレハ契約當事者一方ノ承繼人ハ其使用人ニモアラス又其代理人ニモアラサルヲ以テ契約當事者カ是等ノ人ノ行爲ニ付キテ責任ヲ負フノ理由ナキヲ以テナリ然

レトモ目的物カ承繼人ノ手裡ニ於テ滅失毀損又ハ變體シタル所以ノ原因ニ溯リテ觀察スル時ハ是等ノ出來事ハ畢竟當事者カ目的物ニ關スル權利ノ設定又ハ移轉ニ因リ目的物ヲ其承繼人ニ引渡シタルカ爲メニシテ當事者カ目的物ヲ其承繼人ニ引渡ササルニ於テハ生セサルヘカリシモノナレハ當事者ヲシテ其承繼人ノ行爲ニ付キ自己ノ行爲ニ於ケルト同一ノ責任ヲ負ハシメ目的物カ著シク毀損シ其返還カ不能トナリ又ハ他物ニ變シタル場合ニ於テ解除權ヲ失ハシムルト同時ニ其他ノ場合ニ於テハ原狀回復ニ必要ナル損害賠償ノ責ヲ負ハシムルヲ以テ立法ノ精神ニ適シタルモノト謂ハサルヘカラス然ラサレハ契約當事者ハ第三者ノ所爲ニ因リテ滅失毀損變體シタル場合ニ付キ何等ノ責任ヲ負ハサルコトトナリ同條第二項ノ適用ニ依リ契約ヲ解除シテ原狀回復ノ責任ノ全部又ハ一部ヲ免カルル不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ我民法中此場合ニ關スル特別ノ現定ナシト雖トモ民法第五百四十八條第一項ノ規定ヨリ類推シテ獨逸民法ト同一ノ結果ヲ演繹スルヲ相當ナリト信ス

契約當事者(又ハ其承繼人)カ契約ノ目的物ニ加工改造ヲ加フルモ他種ノ物ニ變セサルトキハ解除權消滅ノ結果ヲ生セサルハ民法第五百四十八條ノ規定ニ徴シテ明カナリ而シテ如何ナル場合ニ於テ契約ノ目的物カ他種ノ物ニ變シタリト謂フコトヲ得ヘキヤハ各場合ニ於ケル實際ノ狀況ニ從ヒ取引上ノ觀念ヲ基礎トシテ判斷スヘキ事實上ノ問題ニ屬スルモ一二ノ例ヲ擧クルトキハ一、契約ノ目的物ナル材木ヲ以テ家屋ヲ建築シ机箱其他ノ器物ヲ製造シ二、契約ノ目的タル地金ヲ以テ指輪其ノ他ノ彫刻物ヲ製作シ三、契約ノ目的物タル布類ヲ以テ衣服ヲ製造シ其他附合混和加工ニ因リテ目的物ノ所有權カ他人ニ歸屬スル場合ハ總テ其內ニ包含スト之ニ反シテ契約ノ目的タル指輪ニ價格ノ廉ナル寶石ヲ鏤メテ之ヲ裝飾シ契約ノ目的タル書籍ニ表紙ヲ施シ又ハ契約ノ目的タル書又ハ畫ヲ表裝シ契約ノ目的タル家屋ヲ修繕シ又ハ裝飾シタル場合ニ於テハ加工改造アリト雖モ目的物ハ尙ホ其固有ノ特質ヲ存シ他物ニ變シタルモノニアラス此ノ場合ニ於テハ當事者ニ於テ解除權ヲ行フコトヲ得ルト同時ニ原狀回復ニ因リ之ヲ相手方ニ返還スル場合ニハ加工改

造ニ因リ生シタル價格ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ルハ既ニ說明スル所ノ如シ

目的物ノ滅失毀損カ解除權者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ヨリ生シタル場合ニ解除權者ヲシテ其權利ヲ喪失セシムルハ是亦不公平タルヲ免カレサルヲ以テ此場合ニ於テハ解除權者ハ依然トシテ其權利ヲ保有スルノミナラス解除權行使ノ結果目的物ノ滅失毀損ニ對シテ金錢的賠償ヲ爲スノ義務(第五百四十八條第二項)ヲ負擔スルコトナシ何トナレハ債權ノ目的タル給付カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ不能トナリタルトキハ債務者ハ其義務ヲ免脫スルハ一般ノ原則ニシテ原狀回復ノ場合ニ付キ特ニ例外ノ規定ノ設ケナキヲ以テナリ但契約當事者ハ其承繼人ノ爲シタル行爲ニ付キ責ニ任スヘキコトハ既ニ說明スル所ノ如シ

第四　解除權ノ行使

解除權者ハ解除權ノ行使ニ依リテ其目的ヲ達シタルモノナレハ其權利ハ玆ニ消滅スルハ論ヲ俟タス

契約ヲ解除スルノ權利ヲ有スル者ハ當事者及ヒ其ノ承繼人ニシテ解除權行使ノ對手人モ亦當事者及ヒ其承繼人トス

契約ヲ以テ解除權ヲ留保シタル場合ニ於テハ之ヲ留保シタル當事者ニ於テ契約ヲ解除スルコトヲ得其債權者タル債務者タルト債務者タルト雙務契約ニ於ケルカ如ク同時ニ債權者タリ債務者タルトヲ問ハサルモノトス

不履行ニ因ル解除權ハ契約上ノ債權者之ヲ行フコトヲ得ヘク其相手方ハ契約上ノ債務者トス蓋シ不履行ニ因ル契約ノ解除權ハ債權ノ一效力ニシテ相手方タル債務者ノ債務不履行ニ對スル一ノ救濟方法ナルヲ以テ契約ノ解除ハ此兩者間ニ於テ行ハルヘキハ論ヲ俟タサルヲ以テナリ契約當事者カ其權利又ハ義務ヲ第三者ニ移轉シタル場合ニ付キテハ一ノ區別ヲ爲スコトヲ要ス卽チ第三者カ全然契約當事者ノ地位ヲ承繼シタルトキハ其第三者ハ契約當事者ニ代リテ解除權ノ主體トナリ又其對手人トナル例之甲、乙ニ金百圓ヲ以テ米五石ヲ賣渡スコトヲ契約シタルニ甲、乙ノ承諾ヲ得テ其賣主トシテノ權利義務ヲ丙ニ移轉シ又ハ甲乙ニ買戻約款付ニテ其不動產ヲ乙ニ賣渡シタ

ル者ニ甲其買戻權ヲ丙ニ讓渡スルコトニ因リテ其契約上ノ權利義務ヲ丙ニ移轉スルカ如シ

契約當事者ノ一人カ單ニ其契約ヨリ生シタル債權又ハ債務ヲ第三者ニ移轉シタルトキハ如何ナル效果ヲ生スルヤハ疑ハシキ問題ニ屬ス前例ニ於テ甲乙ニ對スル百圓ノ債權ヲ丙ニ讓渡シタルトキハ甲ハ尙ホ相手方ノ債務不履行ノ場合ニ付キ契約ヲ解除スルノ權利ヲ有スルヤ蓋シ甲カ契約當事者タル以上ハ尙ホ此權利ヲ行フコトヲ得ヘキカ如シ然レトモ契約ヲ解除スルノ權利ハ債務ノ不履行ニ對スル救濟方法ニシテ此權利ヲ行フ者ノ債權者タルコトヲ要スルハ民法ノ規定ニ徵シテ明白ナルヲ以テ契約當事者ノ一人カ其債權ヲ第三者ニ讓渡シタルトキハ最早他ノ當事者タル債務者ニ對シテ其履行ヲ請求スルノ權利ヲ有セサルニ依リ契約ヲ解除スル權利ヲモ有セサルモノト解セサルヘカラス然ラハ其債權ヲ讓受ケタル第三者ニ於テ解除權ヲ行使スルコトヲ得ヘキヤ余ハ第三者モ亦契約ヲ解除スルノ權利ヲ有セサルモノト信ス何トナレハ契約ヲ解除スルノ權利ハ契約當事者ノ享有スル權利ニシテ

其以外ノ者ハ契約當事者ノ地位ヲ承繼シタル場合ノ外ハ之ヲ行フコトヲ得ス而シテ其契約ヨリ生スル債權ヲ讓受ケタルノミニテハ未タ以テ其當事者ノ契約上ノ地位ヲ全然承繼シタルモノト謂フコトヲ得サレハナリ然レトモ債權ノ一部讓渡ノ場合ニ於テハ契約當事者ハ尙ホ相手方ニ對シテ債務ノ履行ヲ請求スルノ權利ヲ有スルヲ以テ相手方ノ債務不履行ノ場合ニ付キ解除權ヲ保有スト雖トモ此權利ノ行使ハ讓受人ノ權利ヲ消滅セシムルノ結果ヲ生シ其既得ノ權利ヲ害スルニ至ルヲ以テ其承諾ヲ得ルニアラサレハ解除權ヲ行フコトヲ得ス蓋シ民法ハ一部代位ノ場合ニ於テハ契約ヲ解除スル權利ハ債權者之ヲ行フコトヲ得ヘキ旨ヲ規定セルモ代位辨濟者ハ其代位スル債權者ノ權利ヲ尊重セサルヘカラサルヨリ生スル結果ニシテ債權讓渡ノ場合ニ於テハ讓渡人ハ自己ノ讓渡シタル權利ニ關シテハ讓受人ヲ保護セサルヘカラサル法律上ノ責任アルヲ以テ其獨斷ヲ以テ契約ヲ解除シ讓受人ヲシテ其權利ヲ喪失セシムルハ其義務ニ違背スルモノナレハナリ

當事者一方ノ債務カ相手方ノ承諾ニ因リ第三者ニ移轉シタル場合ニ於テハ

相手方ハ解除權ヲ喪失ス何トナレハ契約當事者ハ自己ノ債務不履行ニ對シテハ契約ヲ解除セラルルノ不利益ヲ忍ハサルヘカラスト雖トモ自己ニ責任ナキ第三者ノ債務不履行ニ因リ契約ヲ解除セラレ之カ爲メ其權利ヲ喪失シ且原狀回復ノ義務ヲ負擔スルハ法律カ契約ノ解除ヲ許ス所以ノ精神ニ反スルニ至ルヘケレハナリ

第二章 贈與

第一節 贈與ノ性質

民法第五百四十九條ニ依ルトキハ贈與ハ左ノ如ク定義スルコトヲ得ヘシ

贈與ハ當事者ノ一方カ自己ノ財産ヲ無償ニテ他ノ一方ニ與フル契約ナリ

今定義中ニ包含スル贈與ノ觀念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一 贈與ハ契約ナリ

贈與ハ當事者ノ一方即チ無償ニテ自己ノ財産ヲ他人ニ與ヘントスル贈與者ノ意思表示ノミニテ其效ヲ生スルモノニアラスシテ常ニ必ラス相手方即チ受贈者カ自己ノ爲メニ爲サレタル財産ノ無償供與ニ付キ受諾ノ意思ヲ表示セサル可ラス故ニ贈與ハ贈與者一方ノ意思表示ノミニテ其效ヲ生スル所謂單獨行爲ニアラスシテ贈與者ト受贈者ノ意思表示ノ合致ニ因リテ成立スル契約ノ一種ニ屬スルモノナリ蓋シ贈與カ其性質上前者ニ屬スヘキヤ將タ後者ニ屬スヘキヤニ付テハ學者間議論ノ存スル所ニシテ受贈者ハ贈與ニ因リテ利益ヲ得出損ヲ爲スモノニアラス又其實行ニ付キテ何等贈者ノ行爲ヲ必要トセサル場合往々ニシテ之レアルヲ以テ贈與ハ贈與者ノ意思ノミニテ其效ヲ生スルモノトシ受贈者ヲシテ特ニ意思ノ表示ヲ爲スコトヲ要セスシテ贈與ノ利益ヲ享受スルコトヲ得セシムルハ毫モ不可ナキカ如シト雖モ他ノ一面ヨリ觀察スルトキハ縱令贈與ハ自體ニ於テ受贈者ニ利益ナルニモセヨ受贈者ニ對シテ其意ニ反シテ財産ノ供與ヲ强ユルノ不可ナルハ勿論受贈者カ意思ナクシテ不知ノ間ニ財産權ヲ取得スルモノト爲スハ決シテ正鵠ヲ得タルモノト云フコトヲ得ス是レ民法カ此場合ニ於テモ受贈者ノ意思ハ尙ホ須ラク之ヲ尊重セサルヘカラサルモノトシテ契約說ヲ採用シ贈與ノ成立ニ

付キ受贈者ノ承諾ヲ必要トシタル所以ナリ、

贈與ハ受贈者ノ承諾ヲ必要トスルヲ以テ例之甲金時計一箇ヲ乙ニ贈與スルノ意思ヲ以テ乙ノ家ヲ訪問シタルニ遇マ乙不在ナリシヲ以テ其時計ヲ乙ノ家人ニ渡シテ歸宅セリト假定センニ時計ノ贈與ニ付キ未タ甲乙間ニ意思ノ合致ナキヲ以テ贈與ハ成立セス而シテ乙後ニ至リ甲ニ贈與ノ意思アルコトヲ知リ之ニ對シテ承諾ノ意思ヲ表示シタルトキハ贈與契約ハ成立スヘキモ其成立時期ハ時計授受ノ時ニアラスシテ乙カ承諾ノ意思ヲ表示セサル間ハ甲ハ何時ニテモ其申込ヲ取消シ時計ノ反還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

贈與ヲ以テ單獨行爲ナリトスルノ主義ニ在テモ贈與ハ贈與者ノ意思表示ノミニテ絶對ニ其效ヲ生スルモノトナスニアラス何トナレハ斯クスルニ於テハ受贈者ハ其欲セサル財產ノ供與ヲ強ヒラルルノ不條理ナル結果ヲ生スヘケハナリ故ニ此主義ニ依ルトキハ初メヨリ受贈者ノ承諾ナカリシ場合ニ付キテハ一ノ區別ヲ爲シ受贈者カ後ニ至リ贈與ヲ承諾スルトキハ其贈與ハ初メヨリ有效ニ成立シタルモノトシ之ニ反シテ贈者カ贈與ヲ拒ミタルトキハ其拒絶ハ當初ニ溯リ贈與ヲ不成立ナラシムルノ結果ヲ生スルコト尙ホ遺贈ハ遺言者ノ死亡ニ因リテ其效ヲ生スルモ受遺者ノ拒絶ニ因リテ絶對ニ其效ヲ失フト同一般ナラシムルモノナリ獨逸民法ハ原則トシテハ贈與ハ受贈者ノ承諾ヲ必要トスルモノトシ贈與者カ初メヨリ受贈者ノ承諾ヲ經スシテ贈與ヲ爲シタル場合ニ付キ特別規定ヲ設ケ此場合ニ於テハ贈與者ハ受贈者ニ對シ相當ノ期間內ニ贈與ヲ拒絶スルヤ否ヤノ意思表示ヲ爲スヘキ旨ヲ催告シ其期間內ニ拒絶ノ意思表示ナキトキハ受贈者ニ於テ贈與ヲ承諾シタルモノト看做シ期間ノ經過ト共ニ贈與ヲ成立セシムルコトト爲セリ故ニ獨逸民法ニ依ルトキハ贈與ノ意思表示ヲ爲シタル贈與者ハ相手方ノ承諾ナキ間ハ贈與トシテ供與シタル物ノ返還ヲ要求スルノ完全ナル自由ヲ享有スルニアラス相手方ニ對シ前揭催告ノ手續ヲ爲シ相手方カ拒絶ノ意思ヲ表示シタル場合ニ始メテ供與物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ此等制度ニ付キ何レヲ優レリトスルヤハ立法上ノ問題ニ屬シ一概ニ論定スルコトヲ得

ス要ハ實際ノ便宜ニ最モ好ク適合スル法制ヲ採用スルニ在リ

第二　贈與ハ當事者ノ一方カ自己ノ財產ヲ相手方即チ受贈者ニ與フル契約ナリ

贈與契約ノ成立ニハ契約當事者ノ一方即チ贈與者カ自己ノ財產ヲ其相手方即チ受贈者ニ與フルコトヲ必要トスルハ第五百四十九條ニ明カニ規定スル所ニシテ贈與者カ受贈者ニ對シテ爲ス財產ノ供與ハ即チ贈與ノ實質ヲ形成スルモノナリ之ヲ換言スルトキハ贈與ハ一方ニ於テ贈與者ノ資產ヲ減少シ受贈者ノ資產ヲ增殖スルモノニシテ贈與者ノ資產ヲ脫シタル財產ハ受贈者ノ資產中ニ入リテ之ヲ增加スルノ作用ヲ爲スモノニ外ナラス而シテ所謂財產トハ吾人ノ資產ヲ組成スル物(動產不動產)其ノ他一切ノ財產權ヲ意味スルヲ以テ贈與者カ物ノ所有權其他ノ財產權ヲ受贈者ニ授與シ受贈者ヲシテ其權利ヲ取得セシムルコトハ贈與契約ノ成立ニ必要ニシテ缺クヘカラサルモノナリ故ニ此一點ニ關シテハ贈與ハ當事者ノ一方カ相手方ニ財產權ヲ移轉スルコトヲ約スルニ因リテ成立スル賣買契約ト其性質ヲ同フスルモノニシテ第五百四十九條ニハ「自己ノ財產ヲ相手方ニ與フルコトヲ約ス」トアリ第五百五十五條ニハ「財產權ヲ移轉スルコトヲ約シ」トアリ其所謂財產ノ供與ト財產權ノ移轉トハ同一ノ意義ヲ有スルヤ否ヤヲ案スルニ自己ノ財產ノ供與トハ要スルニ自己ノ資產ヲ組成スル或財產權ヲ全部相手方ニ移付シ又ハ其資產ヲ組成スル或財產權ノ一部分ヲ割キ之ヲ相手方ニ與ヘ相手方ヲシテ其財產權ヲ取得セシムルノ謂ナルヲ以テ物權ヲ設定移轉スルノ行爲又ハ其他ノ財產權ヲ移轉スル行爲ハ總テ其中ニ包含スルヤ明カナリ之ニ反シテ權利ノ移轉トハ其文字ノ示ス如ク既存ノ權利ニ付キ主體ニ變更ヲ生スルコトヲ意味スルヲ以テ他人ノ爲メニ新タニ物權ヲ設定スルノ所爲ハ其中ニ包含セサルモノノ如シ然レトモ移轉ナル語ヲ廣義ニ解スルトキハ或權利ノ全部又ハ一部ニ付キ二人間ニ權利ノ承繼アル場合ニハ總テ其中ニ包含スルヲ以テ物權ノ設定ハ繼承取得ノ一種トシテ廣義ニ於ケル權利移轉ノ行爲ニ屬スルヤ明カナリ而シテ民法第五百五十五條ノ「移轉」ナル語ハ廣義ニ用キラレタルモノナルコトハ毫モ疑ナキヲ以テ第五百四十九條ノ財產ノ供與第五百五十條

ノ財産權ノ移轉トハ其文字ヲ異ニスルモ結局同一ノ意義ヲ有スルモノト解釋セサルヘカラス故ニ贈與ハ又當事者ノ一方カ自己ノ財産權ヲ無償ニテ相手方ニ移轉スル契約ナリト謂フコトヲ得ヘシ

民法第五百四十九條ニハ「自己ノ財産ヲ相手方ニ與フルコトヲ約シ」トアルヲ以テ贈與ノ目的タル財産ハ贈與者ノ所有ニ屬スルコトヲ要シ他人ノ所有ニ屬スル財産ハ贈與契約ノ目的タルコトヲ得サルモノト論スルコトヲ得ヘシ從テ他人ノ財産ヲ以テ贈與ノ目的ト爲シタルトキハ契約ハ成立セサルモノト論セサルヘカラス然レトモ贈與ハ其當事者間ニ於テ債權債務ヲ創設スルヲ以テ目的トスルコトハ賣買其他ノ債權契約ト異ナル所ナク從テ贈與契約ノ效力トシテ贈與者ハ受贈者ニ對シテ贈與ノ目的タル財産權ヲ移轉スルノ義務ヲ負擔スルノミヲ以テ足リ其財産權ハ贈與契約成立ノ當時自己ノ手中ニ準備セラレ即時ニ之ヲ受贈者ニ移轉シ得ルコトヲ必要トセス只タ其財産權ハ移轉セラレ得ヘキモノタルコトヲ要スルコトハ賣買ノ場合ト毫モ異ナル所ナシ故ニ他人ノ財産ヲ以テ贈與ノ目的ト爲シタル場合ト雖モ贈與契約ハ有效ニ成立スルヲ妨ケスト雖トモ其效力ハ賣買ニ於ケルカ如ク完全ナルヲ得ス何トナレハ贈與者ハ民法第五百五十五條ノ規定ニ依リテ受贈者ニ對シテ擔保責任ヲ負ハサルヲ以テナリ然レトモ是レ贈與契約成立ノ問題ニアラスシテ其效力ニ關スル問題ナリトス故ニ民法第五百四十九條ニ「自己ノ財産」トアルハ通例ノ場合ニ著眼シテ定義ヲ與ヘタルニ過キスシテ他人ノ財産ヲ取得シテ之ヲ相手方ニ移轉スルノ契約モ亦我民法上一ノ贈與契約ナリト解セサルヘカラス

贈與ノ成立ニハ贈與者ノ資産中ヨリ之ヲ組成スル財産ノ幾部ヲ減スルコトヲ必要トスルヲ以テ此性質ヲ有セサル利益ノ供與ハ贈與ニアラス例之當事者ノ一方カ他ノ一方ノ爲メニ無償ニテ勞役ヲ供シ又ハ土地家屋其他ノ物件ヲ使用セシムルカ如シ他方ニ於テ當事者一方ノ資産ヲ脫シタル財産カ其儘相手方ノ資産中ニ入リテ之ヲ增加スルコトハ贈與ノ成立要件ナルヲ以テ此性質ヲ有セサル利益ノ供與ハ贈與ニアラス例之債權者ハ債務ノ免除ヲ爲スニ因リテ其財産ヲ減シ債務者ハ之ニ因リテ利益ヲ受クルコトハ明カナリト

雖モ債權者ノ資產中ヨリ減シタル債權ハ免除ニ因リ債務者ノ資產中ニ入リテ積極的ニ之ヲ增加スルモノニアサラルヲ以テ之ヲ稱シテ贈與ナリト謂フコトヲ得ス第三者カ債務者ニ恩惠ヲ施スノ意思ヲ以テ債務者ノ債務ヲ辨濟シタル場合ニ於テモ第三者ト債務者トノ間ニ財產ノ受授ナキモノナレハ是レ亦贈與ナリト謂フコトヲ得ス

第三 贈與ハ當事者ノ一方カ自己ノ財產ヲ無償ニテ相手方ニ與フル契約ナリ贈與ニ在テハ當事者ノ一方カ他ノ一方ノ爲メニ爲ス所ノ財產供與ハ相手方カ供與者ノ爲メニ爲ス所ノナルコトヲ要ス換言スレハ其財產供與カ或種類ノ利益ト交換セラルヘキ性質ノモノニアラスシテ何等利益ノ交換セラルヘキ性質ノモノナルトキハ財產供與者ノ受クル對價ニシテ之ト交換セラルヘキ性質ノモノニ隨テ財產ノ供與カ相手方ヨリ爲ス利益ノ利益カ供與シタル財產ニ比シテ極メテ極少ニシテ相手方ノ財產ハ此交換ニ因リ大ニ增加スルコトアルモ其財產供與ハ贈與トナラス例之當事者ノ一方カ高價ナル物品ヲ低價ニテ相手方ニ讓渡スルカ如シ蓋シ贈與ハ受贈者一方ヲ利シ贈與者ハ毫モ利益スル所ナキヲ以テ純然タル恩惠的行爲ニシテ射利的ノ行爲ニアラス是レ贈與カ賣買及ヒ交換ト其性質ヲ異ニスル重要ノ點ナリトス

第二節 贈與ノ種類

贈與ハ種々ノ觀察點ヨリ數個ニ類別スルコトヲ得ヘシ即チ左ノ如シ

第一 實踐的贈與、贈與契約

實踐的贈與トハ贈與契約カ其目的タル權利ノ讓渡其他財產上利益ノ供與ニ因リテ直チニ實現スルモノヲ謂フ例之甲乙ニ贈與スルノ意思ヲ以テ其所有ノ時計ヲ乙ニ交付スルカ如シ贈與契約トハ當事者相方ノ間ニ於テ財產ノ供與ニ關スル債權關係ヲ創設スルヲ目的トスル契約ヲ謂フ例之甲乙ニ對シ其所有ノ地所ヲ無償ニテ讓渡スルコトヲ約シ又ハ金千圓ヲ贈與スルコトヲ約スルカ如シ

第二 單純贈與

是レ何等ノ期限條件又ハ負擔ノ附隨セサル普通一般ノ贈與ニシテ贈與契約ノ成立ト同時ニ直チニ其效ヲ生シ單獨ニテ直チニ履行セラルヘキモノヲ謂フ

第三　條件附贈與

贈與ノ成立カ或條件ニ繫ルトキハ其贈與ヲ稱シテ停止條件附贈與ト謂ヒ反對ニ贈與ノ解除カ條件ニ繫ルトキハ其贈與ヲ稱シテ解除條件附贈與ト謂フ先死條件ハ解除條件ノ一種ニシテ受贈者カ贈與者ニ先チテ死亡シタルトキハ其贈與ハ解除セラルヘキモノヲ謂フ舊民法ハ外國ノ立法例ニ倣ヒ此種ノ贈與ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケタレトモ民法ハ我國ニ於テハ實用ナシト認メ之ヲ削除シタルヲ以テ其效力ハ一般ノ原則ニ從ヒ之ヲ定ムルノ外ナシトス」

第四　期限附贈與

贈與ニハ其效力ヲ發生スヘキ期限即チ始期ヲ定ムルコトアリ之ヲ始期附贈與ト謂フ又タ其效力ヲ失フヘキ時期即チ終期ヲ附スルコトアリ之ヲ稱シテ終期附贈與ト謂フ死因贈與ハ贈與者ノ死亡ト同時ニ其效ヲ生スヘキモノニ

シテ始期附贈與ノ一種ニ屬シ我民法ハ此種ノ贈與ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケタリ

第五　定期回歸的贈與

定期回歸的贈與トハ定期毎ニ爲ス財產ノ繼續的無償給付ヲ謂フ例之毎年又ハ毎月引續キ金若干ヲ無償ニテ相手方ニ給付スルコトヲ約スルカ如シ蓋シ回歸的ノ名稱アルハ財產ノ無償給與カ一定ノ時期毎ニ數回反覆セラルルカ爲メニ外ナラス而シテ財產ノ給與カ永久持續スヘキトキハ之ヲ無期贈與ト謂フ例之無償ニテ設定シタル永久年金ノ如シ之ニ反シテ財產ノ無償給與カ早晩終了スヘキモノナルトキハ之ヲ有期贈與ト稱ス當事者又ハ第三者ノ死亡ヲ以テ終了スヘキ無償ノ終身年金ノ如シ無期ノ贈與ニ付キテハ第五百五十二條ニ特別規定アリ終身年金ハ第十三節ニ於テ特ニ規定スル所ナリ」

第六　負擔附贈與

負擔附贈與トハ贈與者カ受贈者ニ對シテ或贈與ヲ爲スノ條件トシテ自己又ハ第三者受贈者又ハ公益ノ爲メ之ヲシテ或給付ヲ爲スノ義務ヲ負ハシムルヲ謂

フ例之甲、乙ニ金一萬圓ヲ贈與シ之レト同時ニ乙ヲシテ其半額ヲ恤兵部ニ寄附スルコトヲ約セシメ又ハ其一萬圓ヲ以テ負債償却ノ資ニ充ツルコトヲ約セシメ或ハ又乙ヲシテ其所有スル器物ヲ甲ニ贈與スルコトヲ約セシムルカ如シ而シテ其負擔ハ受贈者ヲ羈束スヘキ性質ノモノタルコトヲ要シ其負擔カ純然タル道德上ノ關係ナルトキ又ハ全ク注意的ノモノニ過キサルトキハ其贈與ハ單純贈與ニシテ負擔付贈與ニアラス

負擔附贈與ノ性質ニ付テハ學說立法例區々ニシテ一定セスト雖モ負擔ハ贈與ノ效力ヲ變更スル一附款ナリト解スルモ條件ニアラサルハ毫モ疑ヲ容レス何トナレハ負擔附贈與モ亦一ノ贈與トシテ其效力ヲ發生シ條件附債務ニ於ケルカ如ク其效力ヲ停止セラルルモノニアラサルヲ以テナリ又負擔附贈與ニ在テハ贈與者ハ一方ニ於テ自己ノ財產ヲ受贈者ニ給與スルト同時ニ他方ニ於テ受贈者ヲシテ或給付ヲ爲スノ義務ヲ負ハシムルヲ以テ一見賣買ノ如キ雙務契約ト毫モ異ナル所ナキカ如シト雖モ其實ハ然ラス何トナレハ

賣買其他雙務契約ニ於ケル當事者雙方ノ給付義務ハ其成分トシテ不可分的一個ノ契約ノ內容ヲ組成スルモノナルモ負擔付贈與ハ之ニ異ナリ贈與ト負擔トハ二個ノ法律行爲ヲ包含スルモノニシテ賣買其他ノ契約ノ如ク不可分的一ノ法律行爲ヲ組成スルモノニアラス唯タ此二者ハ別個獨立ノ契約ニアラスシテ互ニ相牽連シ贈與ハ主ニシテ負擔ハ從タルノ關係ヲ有スルニ止マル換言スレハ負擔ハ贈與契約ニ附帶セル一ノ約款ニシテ贈與ノ效力ヲ變更スル所ノ一ノ體樣ヲ爲スモノニ外ナラス而シテ多クノ學者ハ雙方ノ給付ハ對價トシテ互ニ相交換スヘキモノナルヤ否ヤヲ以テ區別ノ標準トナセリ

贈與ニ附シタル負擔ハ贈與其物ヨリモ重キコトヲ得ルヤ例之金百圓ニ相當スル時計ヲ贈與スルノ負擔トシテ金百五十圓ヲ孤兒院ヘ寄附セシムルノ契約ハ負擔付贈與トシテ有效ナリヤ否ヤハ學者間多少ノ異論ナキニアラス然レトモ贈與ハ相手方ヲ利スルヲ以テ唯一ノ目的トスル一ノ恩惠契約ナルヲ以テ受贈者ヲシテ贈與ニ因リテ利スルヨリモ一層大ナル出捐ヲ爲サシムルハ贈與契約ノ本質ニ反スルヲ以テ贈與ニ附スル負擔ハ常ニ贈與ノ目的タル

財産上利益ノ範圍内ニ止マルコトトシ其負擔カ贈與ノ目的タル財産利益ヲ超過スルトキハ其契約ハ贈與ニアラスシテ他ノ有償契約ニ入ルモノト解スルヲ正當ナリトス

第三節　贈與ノ成立

民法第五百四十九條ニ曰ク贈與ハ當事者ノ一方カ自己ノ財産ヲ無償ニテ相手方ニ與フル意思ヲ表示シ相手方カ受諾ヲ爲スニ因リテ其效ヲ生スト故ニ二人間ニ於テ其中ノ一人カ自己ノ財産ヲ他ノ一人ニ與フルコトト財産ノ供與カ無償ナルコトトノ二點ニ付キ意思表示ノ合致アルトキハ贈與契約ハ完全ニ成立スルモノニシテ我民法ニ依ルトキハ贈與ハ諾成契約ニシテ無償契約ナルコト明カナリ又タ民法ハ多數ノ外國立法例ノ如ク贈與契約ノ成立ニ付キ證書、公正證書又ハ裁判上ノ證書ノ作成ヲ必要トセサルヲ以テ不要式契約ナリ而シテ我民法ニ於テ外國ノ立法例ヲ襲踏セサリシハ意思表示ノ方式ニ拘泥セサル近代ノ法律思想ニ基キタルモノニシテ立法上ノ一進歩ナリト云ハサルヘカラス然ルニ第五百五十條ニ依ルトキハ書面ニ依ラサル贈與ハ各當事者之ヲ取消スコトヲ得ヘシトセルカ故ニ我民法ノ下ニ在テモ贈與ハ書面ニ依ルニアラサレハ完全ニ其效力ヲ生セサルモノトス蓋シ我民法ハ書面ノ作成ヲ以テ契約ノ成立要件トシ此要件ヲ缺ケル贈與ノ意思表示ヲ全然無效ナリトシタル從來ノ立法主義ヲ變更シ書面ノ作成ヲ以テ契約ノ有效條件トシ此條件ヲ充タササル贈與ハ之ヲ取消シ得ヘシトシテ折衷主義ヲ採リタルモノナリ

第四節　贈與ノ效力

第一款　贈與者ノ義務

贈與ノ效力ニ付キテハ契約ノ效力ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スヘキモノトス

而シテ贈與ハ當事者ノ一方カ自己ノ財産ヲ他ノ一方ニ與フル契約ナルヲ以テ贈與者ハ贈與契約ノ效力ニ因リ受贈者ニ對シテ契約ノ目的タル財産ヲ取得セシムルノ債務ヲ負擔スルモノナリ詳言スレハ贈與ハ時トシテハ物權ノ設定ヲ目的トシ時トシテハ物權其他ノ財産權ノ移轉ヲ目的トシ又其目的物ハ特定ナルコトアリ不特定ナルコトアリト雖モ何レノ場合ニ於テモ贈與ハ賣買契約ニ於ケルト等シク當事者間ニ於テ先ツ第一ニ債權債務ノ關係ヲ生スルモノニシテ贈與者ハ受贈者ヲシテ贈與ノ目的タル財産ノ主體タラシムルノ義務ヲ負フモノナレハ受贈者ニ對シテ目的物ヲ引渡シ受贈者ヲシテ其主體トシテ之ヲ支配スルコトヲ得セシムルノ義務アルハ勿論ナリ

贈與ノ目的カ不特定物又ハ物權以外ノ財産權ナルトキハ當事者間ニ於テ債權債務ノ關係ヲ生スルコトハ誠ニ明白ナリト雖モ贈與ノ目的カ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ナルトキハ民法第百七十六條ノ規定ニ從ヒ當事者ノ意思表示ノミニテ直チニ其效ヲ生シ受贈者ハ何等ノ手續ヲモ要セスシテ直チニ其物權ヲ取得シ當事者間ニ於テ何等債權債務ノ關係ヲ殘留セサルコトトナルヘシ故

ニ此場合ニ於ケル贈與ハ直チニ物權的效力ヲ生シ當事者相互ノ間ニ債權關係ヲ發生セサルヤノ疑問ヲ生スヘク此點ニ關シテハ學者間ニ議論一致セサル所ナリト雖モ余ハ贈與ハ常ニ債權發生ノ原因ニシテ前記ノ場合ニ於テモ贈與ハ先ツ當事者間ニ於テ贈與ノ目的タル權利ヲ移轉スヘキ債務關係ヲ生スルモノナルモ第百七十六條ノ規定ヨリ生スル結果トシテ其權利ハ直チニ相手方ニ移轉スルヲ以テ其債務ハ直チニ履行セラレ其痕跡ヲ殘留セサルモノト解釋スルヲ正當トス例之甲者乙ニ對シ其所有ノ家屋ヲ無償ニテ讓渡シタルニ更ニ同一家屋ヲ丙ニ讓渡シ丙ノ爲メニ所有權移轉ノ登記ヲ爲シタル爲メ乙茲ニ其所有權ヲ取得スルコト能ハサリシモノト假定センニ乙ハ甲ニ對シテ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク其損害賠償ハ甲カ乙ノ所有物ヲ丙ニ讓渡シタル不法行爲ニ基因スルコトハ何人モ異論ナキ所ナリ是レ贈與カ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トシタル場合ト雖モ尙ホ且當事者間ニ債權債務ノ關係ヲ創設スルノ確證ニアラスシテ何ソヤ何トナレハ若シ物權ノ設定移轉ヲ目的トスル契

約カ夫レ自體ニ於テ債權債務ノ關係ヲ含蓄セサルモノトセハ債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ノ問題ヲ生スルコトナカルヘキハ敢テ辯ヲ俟タサルヲ以テナリ」

贈與者ハ事實上及ヒ法律上受贈者ヲシテ贈與セラレタル財產權ノ主體タラシムルノ債務ヲ負擔スルヲ以テ贈與者カ其贈與シタル財產權ノ全部又ハ一部ヲ讓渡スコト能ハサリシトキ又ハ贈與ノ目的タル財產ニ隱レタル瑕疵アリテ受贈者カ完全ニ贈與財產ヨリ生スル利益ヲ享受スルコト能ハサルトキハ之ヨリ生スル損害ハ贈與者之ヲ賠償スルノ義務アルコト賣買其他ノ有償契約ノ場合ト異ナルコトナキモノト論スルコトヲ得ヘシ然レトモ贈與者ハ無償ニテ財產ヲ他人ニ供與スルモノニシテ贈與契約ニ因リ秋毫モ利スル所ナク之ニ反シテ受贈者ハ贈與契約ニ因リ單ニ利益ヲ享有スルニ止マリ何等ノ出捐ヲ爲スモノニアラサルヲ以テ贈與者ノ責任モ亦多少之ヲ輕減スルヲ以テ公平ナリトスヘク財產ノ有償讓渡ノ場合ト日ヲ同フシテ論スルコトヲ得ス是レ民法第五百五十一條ノ規定アル所以ナリ同條ニ曰ク贈與者ハ「贈與ノ目的タル物又ハ權利ノ瑕疵又ハ欠缺ニ付キ其責ニ任セス」ト蓋シ純理ヨリ云フトキハ贈與者カ受贈者

ニ對シテ財產ノ供與ヲ約シタル以上ハ其約ヲ履行スルノ責ニ任セサルヘカラサルハ勿論贈與ノ目的タル物又ハ權利ニ瑕疵又ハ欠缺アルニ於テハ受贈者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヘキヲ以テ贈與者ヲシテ擔保ノ責ニ任セシムルハ一見不可ナキカ如シト雖モ贈與者ハ無償ニテ自己ノ財產ヲ他人ニ贈與スルモノナレハ贈與ノ目的タル物又ハ權利ノ欠缺瑕疵ニ付キ受贈者ニ對シ責任ヲ負フコトハ其豫想ノ外ナリト謂ハサルヘカラス而シテ贈與者ハ擔保責任ナキカ爲メ唯タ其ノ得ヘカリシ利益ヲ失フニ過キサルヲ以テ法律ハ損害ヲ被ムル所ノ贈與者ハ利益ヲ失フ所ノ受與者ヨリモ保護ニ値ヒスルモノト認メ贈與者ノ擔保責任ヲ免除シ之ヲシテ不測ノ損害ヲ免カルルコトヲ得セシムルモノナリ然レトモ此原則ニハ例外アリ即チ左ノ如シ

第一 當事者間ニ特約アルトキ

擔保責任ノ有無ハ全ク當事者一己ノ利害ニ關スル問題ナルヲ以テ贈與者カ特約ヲ以テ通常ノ擔保責任ニ服從スルハ毫モ不可ナシトス

第二　贈與者カ物又ハ權利ニ瑕疵又ハ欠缺アルコトヲ知リテ受贈者ニ告ケサリシトキ

法律カ贈與者ニ對シテ擔保責任ヲ免除スルハ要スルニ善意ノ贈與者ヲ保護シ之ヲシテ其豫期セサル損害ヲ免カルルコトヲ得セシムルモノニ外ナラス從テ贈與者カ初メヨリ物又ハ權利ノ欠缺瑕疵ヲ知リ之ヲ受贈者ニ告ケサリシトキハ之ヲ保護スルノ必要ナク之ヲシテ擔保責任ヲ負ハシムルヲ正當ナリトス何トナレハ贈與者カ贈與ノ目的タル物又ハ權利ニ瑕疵欠缺アルコトヲ知ナカラ之ヲ告ケスシテ相手方ニ贈與スルカ如キハ純然タル詐欺ノ行爲ニシテ相手方ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヘキヲ以テ之ヨリ生スル結果ハ贈與者自ラ之ヲ負擔スルコトヲ要シ受贈者ヲシテ之ヲ負擔セシムヘキニアラサルヲ以テナリ然レトモ受贈者カ物又ハ權利ニ瑕疵又ハ欠缺アルコトヲ知リテ其寄贈ヲ受ケタルトキハ一般ノ原則ニ復歸シ贈與者ニ責任ナシト解釋スルヲ正當ナリトス何トナレハ法律カ物又ハ權利ノ瑕疵又ハ欠缺ヲ受贈者ニ告知スルノ義務ヲ贈與者ニ負ハシムルハ豫メ受贈者ヲシテ其瑕疵欠缺ヲ知ラシメ依テ以テ受贈者ヲシテ不測ノ損害ヲ免カレシムルカ爲メニ外ナラス然ルニ受贈者カ既ニ此事實ヲ知ル以上ハ法律カ要求スル結果ハ告知ヲ待タスシテ既ニ生シタルモノナレハ贈與者ニ對シテ特ニ告知ヲ爲スノ必要ナケレハナリ

民法第五百五十一條ノ規定ニ依レハ贈與ノ目的タル權利ノ欠缺ハ贈與契約ノ成立ヲ妨クルモノニアラス唯タ贈與者カ善意ナルカ若シクハ相手方カ惡意ナルトキハ贈與者ハ擔保義務ヲ負ハサルニ止マル而シテ贈與者カ惡意ニシテ相手方カ善意ナル場合ニ於ケル贈與者ノ責任ハ權利ノ欠缺ヲ知リテ相手方ニ告ケサル不法行爲ノ賠償責任ニアラスシテ賣買ニ於ケルカ如ク贈與ノ目的タル權利ヲ移轉スルコト能ハサルヨリ生スル債務不履行ノ賠償責任ナルコトハ同條ノ規定ニ徵シテ明カナリ

第三　贈與カ負擔附ナルトキ

贈與カ負擔附ナルトキハ贈與者ハ其負擔ノ限度ニ於テ擔保ノ責ニ任セサルヘカラス是レ第五百四十一條ニ規定スル所ナリ蓋シ法律カ贈與者ニ對シテ

擔保責任ヲ免除スルハ贈與者ニ於テ寄贈ノ目的タル物又ハ權利ノ瑕疵又ハ欠缺ニ付キ擔保責任ヲ負フヘキモノトスルトキハ贈與者ハ之カ爲メ損害ヲ被フルニ至ルヘク之ニ反シテ受贈者ハ物又ハ權利ノ瑕疵又ハ欠缺ノ爲メ單ニ利益ヲ失フニ止マリ毫モ損失ヲ受ケサルカ爲メナルコトハ既ニ說明スル所ナリ然ルニ贈與カ負擔附ナルトキハ受贈者モ亦タ出捐ヲ爲サルルヘカラサルヲ以テ贈與ノ目的タル物又ハ權利ニ瑕疵又ハ欠缺アリテ贈與者其責ニ任セサルトキハ受贈者ハ贈與契約ニ因リ損失ヲ被フルノ不公平ナル結果ヲ生スルヲ以テ一般ノ原則ニ復歸シ贈與者ヲシテ擔保責任ヲ負ハシムルヲ可ナリトス然レトモ贈與ハ賣買其他ノ有償契約ノ如ク當事者互ニ射利ヲ目的トスル法律行爲ニアラス負擔ハ贈與ノ對價トシテ之レト相交換スヘキ性質ノモノニアラサルヲ以テ贈與者ハ有償的財產讓渡ニ於ケルカ如ク物又ハ權利ノ贈與ヲ受ケタル相手方ヲシテ完全ニ贈與ノ目的タル物又ハ權利ヲ享有セシムルコトヲ要セス之ヲシテ損失ヲ免カルルコトヲ得セシムルヲ以テ足レリトス而シテ受贈者ノ受クヘキ損害ノ有無範圍ハ負擔ノ大小廣狹ニ依リテ定マルヲ以テ負擔保責任ノ限度ト爲シタルモノナリ例之甲、乙ニ金千圓ノ價額ヲ有スル家屋ヲ贈與シ金一百圓ヲ丙ニ支拂フノ義務ヲ負擔セシメタルニ其家屋ハ丁ノ所有ナリシ爲メ乙ハ其所有權ヲ取得スルコト能ハサリシモノトスルトキハ乙ハ其負擔ノ限度內ニ於テ金百圓ノ賠償ヲ甲ニ求ムルコトヲ得ルカ如シ但シ此場合ニ於テハ贈與者及ヒ受贈者ノ意思ノ善惡ハ之ヲ問フノ必要ナシ然レトモ贈與者カ物又ハ權利ニ瑕疵欠缺アルコトヲ知リテ之ヲ受贈者ニ告ケサリシトキハ全部賠償ノ責ニ任スヘキハ勿論ナリ

第二款　贈與ノ取消

贈與ハ當事者間ノ意思表示ニ因リテ成立スルヲ以テ其取消ニ付キテモ亦タ意思表示ノ取消ニ關スル一般ノ原則ニ從フコトヲ要シ贈與者ハ能力ノ欠缺相手方ノ詐欺强迫ヲ理由トシテ贈與ヲ取消スコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タス然レトモ民法第五百五十條ハ贈與ノ取消ニ付キ一ノ特別規定ヲ設ケタリ他ナシ書面ニ

依ラサル贈與ハ各當事者之ヲ取消スコトヲ得ルコト是レナリ是レ贈與ノ成立ニ付キ書面ノ作成ヲ必要トセル從來ノ立法例ニ變更ヲ加ヘ書面ヲ作成セサル贈與ヲ全然不成立ト爲サスシテ之ヲ取消シ得ヘキモノト爲シテ折衷主義ヲ採用シタルモノナルコトハ前既ニ一言セル所ニシテ民法カ書面ニ依ラサル贈與ヲ不確實ナルモノトシテ之ニ完全ナル效力ヲ附與セサルノ一點ニ至リテハ從來ノ立法例ト毫モ異ナルナシ抑モ當事者ノ自由意任ノ意思ヲ以テ締結セラレタル契約ハ其意思表示ノ形式如何ニ拘ハラス有效ニシテ一方ノ意思ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得サルハ近代ニ於ケル契約法ノ原則ナリ然ルニ民法カ贈與ノ場合ニ付キ一ノ特例ヲ設ケ書面ノ作成ヲ必要トシタル所以ノモノハ他ナシ贈與ニ在リテハ贈與者ハ秋毫モ利スル所ナクシテ相手方ニ財產ヲ與フルモノナレハ贈與ハ自體ニ於テ頗ル贈與者ニ不利ナル法律行爲タルコト明カナリ然ルニ吾人人類ノ不完全ナル時ニ或ハ熟慮再考ヲ用キスシテ輕々ニ他人ニ贈與ヲ爲スヘキ旨ノ意思ヲ表示シ後日ニ至リ贈與ヲ爲スノ極メテ不利ナルコトヲ發見シ其用意ノ周到ナラサリシヲ悔ユルモ既ニ一旦之ヲ約シタル以上ハ之ヲ如

何トモスルコト能ハスシテ其約ヲ履行セサルヲ得サルノ苦境ニ陷ルコトナキヲ保セス又タ贈與ノ成立ニハ口頭又ハ暗默ノ意思表示ノミニテ足レリトスルトキハ贈與者カ果シテ贈與ヲ爲スノ眞意ヲ有セシヤ否ヤニ付キ疑ヲ生シ動モスレハ當事者間ニ於テ紛議ヲ生スルハ日常ノ經驗ニ徵シテ明確ナルヲ以テ法律ハ一面ニ於テハ贈與者ノ利益ヲ保護シ他ノ一面ニ於テハ當事者間ニ紛議ノ生スルヲ豫防スルノ必要上贈與カ完全ニ其效力ヲ生スルニハ書面ヲ作成スルコトヲ要シ書面ニ依ラサル贈與ハ贈與者ニ於テ任意ニ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノト爲シタルナリ蓋シ贈與ヲ爲ス旨ノ口頭一片ノ陳述ハ必ラスシモ贈與者ノ愼思熟考ノ結果ナリト見ルコト能ハサルモ贈與ニ付キ書面ヲ作成シタル場合ニハ贈與者ノ意思ハ明確ニシテ一點ノ疑ヲ容レサルノミナラス贈與者ニ於テ其結果ニ付キ充分ニ考慮ヲ費シタルモノト認メ得ヘケレハナリ而シテ我民法ニ依レハ書面ニ依ラサル贈與ハ受贈者モ亦之レヲ取消スコトヲ得ヘク受贈者ノ爲メニ取消權ヲ認ムルハ奇異ノ觀アルモ贈與ハ當事者ノ契約ニ因リテ成立スルモノナレハ既ニ當事者ノ一方タル贈與者ノ爲メニ取消權ヲ認ムル以

上ハ他ノ當事者タル受贈者ニ對シテモ亦タ同一ノ制限ノ下ニ此權利ヲ認ムルヲ公平ナリトスヘシ是レ我民法カ書面ニ依ラサルノ贈與ヲ取消スノ權利ヲ當事者雙方ニ與フル所以ナリ例之ハ甲、乙ニ口頭ヲ以テ金一萬圓ヲ贈與スヘキ旨ヲ約シ乙之ヲ承諾シタルトキハ贈與契約ハ其效ヲ生スルモ此契約ハ絶對的ニ契約當事者タル甲乙ヲ羈束セス甲若シ其意思ヲ變シ贈與ヲ爲スコトヲ欲セサルトキハ其契約ヲ取消シテ債務ヲ免ルルノ完全ナル自由ヲ有スルト同時ニ乙モ亦タ其意思ヲ變更シ贈與ヲ受クルコトヲ屑シトセサルトキハ之ヲ拒絶スルコトヲ得ヘシ而シテ其拒絶ハ將來ニ向テ效ヲ生スルニアラスシテ根本ヨリ贈與契約ヲ消滅セシムルコトトナルヘシ

書面ニ依ラサル贈與ハ各當事者ニ於テ之ヲ取消スノ完全ナル權能ヲ享有スルコトハ前述ノ如シト雖モ此權能ハ當事者カ贈與契約ヲ履行シ財產ノ授受ヲ實行スルニ因リテ喪失セラルルモノナリ是レ第五百五十條但書ノ規定ヨリ生スル結果ナリ故ニ實踐的贈與ハ其效力直チニ確定シ取消ノ目的タルヲ得サルハ勿論單純ナル贈與契約ト雖トモ一旦之ヲ履行シタル以上ハ最早之ヲ取消スコトヲ得ス蓋シ當事者カ單ニ贈與契約ヲ爲シタルニ止マラス進ンテ之カ實行ヲ爲シタルトキハ其意思ハ確定不可動ノモノト見ルヲ得ヘキヲ以テ其契約ニ完全ナル效力ヲ認ムルモ毫モ妨ケナキノミナラス一旦實行シタル贈與ヲ取消シ事物ヲ原狀ニ復スヘキモノトスルトキハ當事者ノ權利關係不確定ト爲リ受贈者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ムラシムルノ頗ル不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘケレハナリ而シテ民法第五百五十條ニハ「履行ヲ了リタル部分」トアルヲ以テ例之甲乙ニ金一萬圓ヲ贈與スルコトヲ契約シタル上其契約ヲ履行シ其金額ノ全部ヲ乙ニ支拂ヒタルトキハ甲ハ最早ヤ其贈與ヲ取消シテ一萬圓ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ス甲若シ其半額五千圓ヲ支拂ヒタリト假定スルトキハ甲ハ支拂未濟ノ分五千圓ニ付キテハ贈與契約ヲ取消シテ其債務ヲ免脫スルコトヲ得ルモ既ニ支拂ヒタル分五千圓ニ付キテハ贈得サルモノトス

民法第五百五十條但書ノ規定ハ贈與ノ目的タル財產ノ供與カ分割履行ヲ許ス場合ヲ豫想ス例之米百俵ノ內五十俵ヲ引渡シ地所千坪ノ內五百坪ヲ引渡シ又

ハ地所ト家屋トノ內地所ヲ引渡スカ如シ之ニ反シテ同一ナル財產ノ贈與ニ付キ數多ノ履行行爲ヲ要スルトキ例之ハ土地ノ贈與ニ付キテ其引渡ト名義書替ノ登記ヲ爲スカ如キ場合ニ於テ全部ノ取消ヲ認ムルカ又ハ全部之ヲ許ササルカ二者中必ス其ノ一ニ出ツルコトヲ要シ各個ノ履行行爲ニ付キ部分的ノ取消ヲ認ムルヲ得ス而シテ斯ル場合ニ於テハ當事者カ贈與ノ目的タル財產ノ供與ニ關シテ主要ナル義務ノ履行ヲ完了シタルトキハ取消權ハ消滅スルモノト解セサルヘカラス例之土地又ハ家屋ノ贈與ニ付キ目的物ノ引渡又ハ登記アリタルトキハ全部ノ義務履行ヲ完了セサルモ贈與契約ハ之ヲ取消スコト能ハサルモノトスルヲ適當ナリトス

多數ノ立法例ハ受贈者ノ背恩ノ所爲ヲ以テ贈與ニ固有ナル一ノ取消原因ト爲セリ蓋シ贈與ハ受贈者ヲ利スルヲ以テ目的トスル贈與者ノ恩惠的行爲ナルヲ以テ受贈者カ贈與者ニ對シテ背恩ノ所爲ヲ爲スハ贈與者カ受贈者ノ爲メニ贈與ヲ爲シタル所以ノ本旨ニ反スルモノナレハ此點ヨリ觀察スルトキハ受贈者ノ背恩ノ所爲ヲ以テ贈與取消ノ特別原因ト爲スハ頗ル妥當ナルモノノ如シト雖モ他ノ一面ニ於テ之レカ爲メ受贈者ニ報恩ヲ强ユルニ至ルノ虞アルノミナラス後ニ至リ贈與ノ不得策ナルコトヲ感知シタル者ノ爲メニ之ヲ取消スノ口實ヲ與ヘ總テノ場合ニ於テ當事者ノ權利關係ヲ不確實ナラシムル等ノ弊害アルヲ以テ我民法ハ此點ニ付テ外國ノ立法例ヲ襲踏セサリシナリ又タ獨逸民法ニハ贈與者カ其地位相當ノ生計ヲ維持スルコト能ハサルカ又ハ其親族ニ對シテ扶養義務ヲ履行スルコト能ハサルニ至リタルトキハ贈與ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘク既ニ之ヲ履行シタルトキハ不當利得ノ返還ニ關スル規定ニ從ヒ受贈者ニ對シテ贈與物ノ返還ヲ要求スルコトヲ得ル旨ノ規定アリ贈與ノ恩惠的行爲タルノ性質ヨリ見テ之ヲ設クルノ理由ナキニアラサルモ我民法ハ此等ノ規定ハ繁雜ニ渉リ其實益モ亦タ大ニ疑ハシキヲ以テ特ニ之ヲ設ケサリシモノナリ

第五節　特種ノ贈與

第一款　負擔附贈與

負擔附贈與ハ其名稱ノ示ス如ク一種ノ贈與ナルヲ以テ贈與ニ關スル規定即チ贈與ノ取消ニ關スル第五百五十條、擔保ノ責任ニ關スル第五百五十一條、定期贈與ニ關スル第五百五十二條ハ負擔附贈與ニ之ヲ適用スルヲ要スルハ勿論ナリ然レトモ負擔附贈與ニ在テハ受贈者モ亦タ給付義務ヲ負擔スルヲ以テ純然タル贈與ト趣ヲ異ニスル所ナリ蓋シ負擔附贈與ハ其本來ノ性質ニ於テハ一ノ贈與ナルコト負擔ハ之ニ附加セル一ノ約款タルニ過キスシテ贈與ト交換スヘキ反對給付タルノ性質ヲ有セサルコトハ贈與ノ種別ヲ示スニ當リ既ニ說明セル所ナリ故ニ理論上ヨリ云フトキハ之ヲ目シテ純然タル雙務契約ナリト爲スハ固ヨリ不可ナリト雖トモ贈與ト負擔トハ相牽連シ贈與者及ヒ受贈者ハ各自互ニ給付義務ヲ負擔スルコトハ雙務契約ト異ナル所ナキヲ以テ我民法ハ之ヲ以テ純然タル雙務契約ナリトシ之ニ關スル規定ヲ適用スルコトトナセリ是レ第五百五十三條ニ規定スル所ナリ故ニ我民法ニ依ルトキハ贈與ト負擔トハ互ニ交換スヘキモノニシテ賣買契約ニ於ケル財產權ト代金ノ交換ト同一ナル法律上ノ性質ヲ有シ唯タ贈與者ノ目的カ相手方ニ恩惠ヲ施シテ之ヲ利スルノ點ニ於テ當事者互ニ自己ノ利益ヲ目的トスル賣買其他有償契約ト異ナルコトトナル是レ獨逸民法ノ規定ト異ナル所ナリ何トナレハ獨逸民法ノ規定ニ依ルトキハ負擔附贈與ニ在テハ贈與ハ主タル目的ニシテ負擔ハ之ニ附隨スル從タル目的ニ過キス從テ贈與ト負擔トハ互ニ相交換スヘキ性質ノモノニアラサルヲ以テナリ而シテ獨逸民法ノ主義ト我民法ノ主義トハ何レヲ何ナリトシ何レヲ否ナリトスヘキヤハ一概ニ論斷スルヲ得スト雖トモ余ハ獨逸民法ノ主義ヲ以テ贈與ノ性質ニ適シ取引上ノ觀念ニ合スルモノト信ス今負擔附贈與ニ付キ雙務契約ニ關スル規定ヲ適用スルヲ要スル生ヨリスル重要ナル結果ハ左ノ如シ

第一　同時履行ノ抗辯

民法第五百三十三條ニ依ルトキハ雙務契約ノ當事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘシ此規定ハ又負擔附贈與ニ適用セラレ贈與者ハ負擔ノ履行ノ提供アルマテハ贈與ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘク受贈者モ亦タ贈與者カ其贈與ノ履行ヲ提供スルマテ

ハ負擔ノ履行ヲ拒ムコトヲ得但シ履行拒絶ノ權利ハ相手方ノ債務カ同時ニ履行セラルヘキ場合ニ限リ之ヲ行使シ得ヘク相手方ノ債務カ辨濟期ニアラサルトキハ之レヲ行使シ得ヘカラサルコトハ第五百五十三條但書ノ規定ニ依リ明カナリ獨逸民法ノ規定ハ較ヤ之レニ異ナリ贈與者ハ先ツ其贈與ヲ履行シタル後ニアラサレハ負擔ノ履行ヲ受贈者ニ要求スルコトヲ得サルモノトセリ蓋シ斯クセサルニ於テハ贈與ト負擔ト互ニ相交換スヘキモノトナリ賣買其他ノ雙務契約ト毫モ擇フ所ナキニ至リ贈與ノ本質ニ反スルノ結果ヲ生スヘキヲ以テナリ我民法ハ贈與ト負擔トハ縱シ同時ニ履行スヘキモノトスルモ當事者ノ意思カ利益ノ交換ヲ目的トセスシテ其一方ノ爲メニ恩惠的行爲ヲ爲スニ在ル以上ハ之ヲ贈與ナリトスルモ妨ケナシト認メタルモノナリ」

第二　危險ノ負擔

民法第五百三十四條ニ曰ク「特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ以テ雙務契約ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ其物カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ滅失又ハ毀損シタトキハ其滅失又ハ毀損ハ債權者ノ負擔ニ歸ス」ト此規定ハ負擔附贈與ニ適用セラルルヲ以テ贈與者カ負擔附ニテ特定物ヲ相手方ニ贈與シタルニ其物カ贈與者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ滅失シタルトキハ贈與者ハ債務ヲ免脫シ受贈者ハ其物ノ引渡ヲ受ケサルニ拘ハラス尙ホ負擔ノ履行ヲ爲スノ責アリ又タ反對ニ受贈者カ特定ノ物ヲ給付スルノ義務ヲ負擔シタル場合ニ其物カ受贈者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ滅失シタルトキハ受贈者ハ其負擔ヲ免カレ贈與者ニ對シテ單純ニ贈與ノ履行ヲ求ムルコトヲ得ヘシ之ニ反シテ獨逸民法ニ依ルトキハ贈與ノ目的タル給付ノ不能ハ受贈者ヲシテ其負擔ヲ履行スルノ義務ヲ免カレシムルモ負擔ノ目的タル給付ノ不能ハ受贈者ヲシテ其義務ヲ免カレシムルニ止マリ贈與者ノ給付義務ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ

第三　解除權

契約當事者カ契約ニ因リ負擔シタル債務ヲ履行セサル片ハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其期間內ニ履行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ルコト契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ日時又

ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニアラサレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ於テ當事者ノ一方カ履行ヲ爲サスシテ其時期ヲ經過シタルトキハ相手方ハ催告ノ手續ヲ爲サスシテ直チニ其契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ルコトハ第五百四十一條第五百四十二條ニ規定スル所ニシテ此規定ハ又タ負擔附贈與ニ適用セラルヘキモノトス而シテ契約解除ノ效果ハ民法第五百四十五條ノ規定ニ從ヒ之ヲ定ムルコトヲ要シ當事者ハ互ニ原狀回復ノ義務ヲ負擔スルモノトス之ニ反シテ獨逸民法ニ依ルトキハ當事者雙方ノ義務ハ原狀回復ニ依ラス不當利得ノ原則ニ從ヒ贈與ノ目的タル財產價格中必然的ニ負擔ノ履行ニ使用セラルヘカリシ部分ヲ受贈者ヨリ贈與者ニ返還スヘキモノトス

第二款　定期贈與

定期贈與ニ付キ當事者カ其終期ヲ定メタルトキハ贈與契約ハ其期限ノ到來ト共ニ其效力ヲ失フヘシト雖モ其權利義務ハ當事者ノ相續人ニ移轉スヘキヤ例之甲乙ニ對シ年々金百圓ヲ給與スヘキコトヲ約シ給與年限ヲ五十年ト定メタル場合ニ年金ノ債務ハ甲乙ノ死後ニ存續スヘキヤ否ヤ民法第五百五十二條ニハ「定期ノ給付ヲ目的トスル贈與ハ贈與者又ハ受贈者ノ死亡ニ因リテ其效力ヲ失フ」トアリ故ニ期限ノ定メアル定期金ノ債權ト雖トモ當事者ノ一方カ死亡シタルトキハ當然消滅ニ歸スヘキモノトス是レ當事者ノ意思ノ推測ニ基ックモノニ外ナラス何トナレハ此種ノ贈與ニ在テハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタル場合ハ格別然ラサレハ贈與者ハ己レ自ラ債務履行ノ責ニ任スヘキモ其相續人ヲ羈束スルノ意思ナク又タ贈與者カ恩惠的行爲ヲ爲スハ全ク其相手方ノ一身ニ着眼シタルモノニシテ之レヲ其相續人ニ及ホスノ意思ナキモノト推測スヘキハ理ノ當然ナルヲ以テナリ然レトモ民法第五百五十二條ノ規定ハ當事者ノ意思不明ナル場合ニ之ヲ補充スルヲ以テ目的トスルモノニ外ナラサルカ故ニ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フヘキハ勿論ナリ

第三款　死因贈與

死因贈與ハ贈與者ノ死亡ニ因リテ效力ヲ生スルモノナルヲ以テ贈與ノ目的タル財產ハ贈與者ノ生存中ハ依然トシテ贈與者ノ所有ニシテ贈與者ノ死亡ニ因リ始メテ受贈者ノ有ニ歸スルモノナリ故ニ贈與ト遺贈トハ一ハ生存者間ノ行爲ニシテ他ハ當事者一方ノ臨終意思ノ行爲タルノ差異コソアレ其當事者一方ノ死亡ヲ待チテ其效力ヲ生スル點ハ二者全ク同一ナルヲ以テ法律ハ其效力ニ重キヲ置キ死因贈與ニ付キテモ亦タ遺贈ニ關スル規定ニ依ルヘキモノト爲セリ故ニ遺贈ノ方式ニ關スル第千六十七條以下ノ規定遺言ノ效力ニ關スル第千八十七條以下ノ規定ハ總テ之ヲ死因贈與ニ適用スヘク贈與ニ關スル規定ヲ適用スルコトヲ得サルモノトス

第三章　賣買

第一節　賣買ノ性質

民法第五百五十五條ハ賣買行爲ノ效力發生ノ要件ヲ示シタルモノニシテ該規定ニ依リ我民法ニ認ムル賣買其者ノ概念ヲ了解スルコトヲ得ヘシ即チ我民法ニ從ヒ賣買ノ定義ヲ與フルトキハ左ノ如シ

賣買ハ當事者ノ一方カ或財產權ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其代金ヲ拂フコトヲ約スル契約ナリ

今此定義中ニ有スル賣買ノ觀念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一　賣買ハ契約ナリ

賣買ハ當事者ノ一方即チ賣主トノ間ニ於テ或財產權ト其代金トノ交換ヲ目的トスル意思表示ノ互ニ相合致スルニ因リテ成立スルモノニシテ契約ノ一種ニ屬スルモノナリ而シテ(一)賣買契約ハ當事者ノ意思表示ノミニテ其效ヲ生シ其成立ニ付キ目的物ヲ引渡シ又ハ其他現實ニ或給付ヲ爲スコトヲ必要トセサルヲ以テ其契約ハ一ノ諾成契約ナリ(二)賣買契約ノ成立ニハ當事者間ニ於テ意思表示アリタルノミヲ以テ足レリトシ其意思表示ノ方式如何ハ契約ノ成立ニ影響ヲ及ホササルヲ以テ其契約ハ不要式契約ナリ(三)賣買契約ハ既ニ說明スル如ク賣主ヲシテ財產權移轉ノ債務ヲ負ハシムルト同時ニ買主ヲシテ代金支拂ノ債務ヲ負ハシムルヲ以テ雙務契約ナリ

(四)賣買契約ニ在テハ當事者ハ財産權ト代金トヲ交換シ互ニ出捐ヲ爲スモノナレハ其契約ハ有償契約ナリ

賣買ノ契約ナルヤ否ヤニ付テハ學者間多少ノ異論ナキニアラス一派ノ論者ハ賣買中不特定物ノ讓渡ヲ目的トスルモノハ契約ニアラスト主張セリ此說ハ契約ハ權利ノ設定移轉ヲ目的トスルモノタルコトヲ要シ此當事者間ニ於テ常ニ必ラス債權債務ノ關係ヲ生スルモノタルコトヲ要スルノ觀念ト特定物性質ヲ有セサル當事者間ノ意思表示ハ契約ニアラストスルノ觀念ト特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル賣買ハ買主ヲシテ直チニ其物權ヲ取得セシメ當事者間ニ債權債務ヲ發生セストスルノ觀念ニ基クモノナリ然レトモ此說ノ根底トスル所ノ前記二個ノ觀念ハ何レモ誤謬ノモノタルヲ免カレス何トナレハ私法上ノ效果ヲ生セシムルヲ目的トスル二人以上ノ間ニ於ケル意思表示ノ合致ハ其何タルヲ論セス總テ之ヲ契約中ニ包含セシムルハ近代ノ進步シタル法律思想ニ適シ其效果カ當事者ニ於テ單ニ債權債務ヲ發生スルト相手方ヲシテ直チニ契約ノ目的タル物權ヲ取得セシムルトニ依リテ區別ヲ設クルノ理由ナク我民法モ亦タ此主義ヲ採用シタル所ナリ又タ賣買ハ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル場合ト雖モ尙ホ當事者間ニ於テ債權債務ノ關係ヲ生スルコトハ贈與ノ效力ニ付キテ旣ニ說明スル所ニシテ又タ賣買ノ性質ニ付キ後ニ說明スル所ノ如クナルヲ以テナリ故ニ何レノ點ヨリ見ルモ賣買ハ常ニ契約ニシテ契約以外ノ法律行爲ニアラサルヤ明カナリ

第二 賣買ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或財産權ヲ移轉スルコトヲ約スル契約ナリ

賣買契約ノ要素中ニハ財産權ト其移轉ヲ約スルコトトノ二個ノ觀念ヲ包含スルヲ以テ余ハ此點ニ付キ別々ニ說明スヘシ

一 財産權 財産權トハ處分シ得ヘキ利益ヲ目的トシ吾人ノ資產ヲ構成スル所ノ權利ヲ謂フ物權、債權、智能權(或ハ專用權ト稱スル商標權、意匠權、著作權、特許權ノ如シ)ハ總テ此種ノ權利ニ屬ス賣買ハ當事者間ニ於テ權利移轉ノ效果ヲ生セシムルヲ目的トスルモノナレハ或權利カ賣買ノ目的トナルカ爲ニハ其性質ニ於テ移轉

ノ可能ナルコトヲ前提要件トシ移轉ノ觀念ト相容レサル權利ハ賣買ノ目的タルコヲ得サルヤ明ナリ而シテ吾人ノ享有スル私權中人格權及ヒ親族權ハ權利者其人ノ身分ニ附着シ之ト分離スヘカラサル關係ヲ有シ之ヲ權利者ヨリ分離シ他人ヲシテ其主體タラシムルコトヲ得サルモノナリト雖トモ財產權ハ權利者ノ生活上ノ需要ヲ充タスヲ以テ唯一ノ目的ト爲シ其有無ハ吾人ノ經濟的能力ニ影響ヲ及ホスニ止マリ身分權ノ如ク權利者其人ノ身分ト分離スヘカラサル關係ヲ有スルモノニアラサルヲ以テ權利者カ其主體タル地位ヲ脫退シ他人ヲシテ其地位ヲ繼承シテ其權利ノ主體タラシムルコトハ其權利ノ性質ニ於テ毫モ不可アルコトナシ是レ法律カ財產權ニ限リ賣買ノ目的タルコトヲ得ヘキモノト爲セル所以ナリ然レトモ總テノ財產權ハ皆ナ悉ク賣買ノ目的タルコトヲ得ヘキモノニ非ス蓋シ權利者其人ニ專屬セサルハ財產權ノ本質ナルモ財產權中ニモ亦タ其性質當事者ノ意思又ハ法律ノ規定ニ依リ權利者其人ニ專屬シ權利者ニ於テ其主體タル地位ヲ辭シ他人ヲシテ其主體タラシムルコトヲ得サルモノ往々ニシテ之レアリ例之相手方ノ一身ニ着眼シテ設定セラレタル他物權、當事者其人ヲ以テ要素トスル債權、當事者ニ於テ讓渡ヲ禁シタル債權、法律ニ讓渡ヲ禁スル華族ノ世襲財產ノ類ニシテ此種ノ權利ハ總テ賣買ノ目的タルコトヲ得ス何トナレハ賣買ハ權利ノ移轉ヲ目的トスル法律行爲ニシテ或權利カ賣買ノ目的トナルニハ其權利ノ移轉シ得ヘキ性質ノモノナルコトヲ必要トスルハ前說明スル所ノ如クナルヲ以テナリ

賣買ノ目的ニ關スル從來ノ法制ハ區々ニシテ一定セス或ハ(一)賣買ノ目的物ハ物ノ所有權ニアラスシテ其事實上ノ享有ナリトシ或ハ(二)賣買ノ目的物ハ物ナリトシ所有權以外ノ權利ハ無體物トシテ其中ニ包含セシメ或ハ(三)之ヲ所有權又ハ支分權ナリトシ債權、著作權ヲ所有權中ニ包含セシメ或ハ(四)之ヲ物又ハ權利トナシタリ第一ノ主義ハ羅馬法ノ下ニ於テ行ハレタルモノニシテ現今此主義ヲ採用スル法制ナシ又タ我民法ハ物ノ範圍ヲ有體物ノミニ限定シ無體物ヲ認メサルヲ以テ第二ノ主義ニ依ルコトヲ得ス且我民法ニ依レハ所有權トハ有體物上ニ行ハルル總括的支配權ノミヲ謂

ヒ債權著作權ハ直接ニ有體物ヲ目的トセサルヲ以テ之ヲ所有權中ニ包含セシムルコトヲ得ス加之物ヲ目的トスル賣買ハ其物ノ所有權ヲ目的トスルモノナレハ物ト權利トヲ區別スル第四ノ主義モ亦タ正鵠ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス而シテ我民法カ賣買ノ目的物ヲ財產權ト爲シタルハ最モ好ク賣買ノ目的物ヲ指示シタルモノニシテ立法上ノ一進歩ト謂ハサルヘカラス

賣買ノ目的ノ財產權タル以上ハ其財產權タル(一)賣主カ現ニ自己ノ手裏ニ保有シ直チニ之ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ得ルト(二)賣主自カラ之ヲ取得シ更ニ之ヲ買主ニ移轉スルコトヲ要スルト(三)其財產權ハ不特定物ヲ目的トシ取引上金錢ニ代ヘテ之ヲ求メ得ルト(四)其財產權ハ特定物ヲ目的トシ權利者ノ承諾アルニアラサレハ之ヲ讓受クルコト能ハサルト(五)其目的物ハ既ニ存在スルモノナルト將來發生スヘキモノナルトハ之ヲ問フコトヲ要セス何レノ場合ニ於テモ其財產權ハ賣買ノ目的タルコトヲ得ヘシ而シテ將來取得スヘキ財產カ賣買ノ目的タル場合ニ其代金ハ目的物ノ發生ト共ニ支拂フヘキヤ又ハ其發生スルト否トニ拘ハラス之ヲ支拂フヘキヤハ當事者ノ意思如何ニ依リテ定マルヘキモノトス而シテ當事者ノ意思カ後者ニ在リトスルトキハ其賣買ハ一種ノ射倖契約ノ性質ヲ有スルモノト謂ツヘシ何トナレハ賣買契約ヨリ生スル當事者ノ利害損益ハ初メヨリ確定セスシテ偶然ノ事實ニ繫ルヲ以テナリ

外國ノ法制ニハ特ニ規定ヲ設ケ將來取得スヘキ財產ノ全部又ハ一部ヲ包括的ニ賣買シ將來相續スヘキ財產ヲ賣買シ其他一般ニ人ノ死亡ニ因リテ發生スヘキ財產權ヲ賣買スルコトヲ禁シ或ハ之ヲ制限スルモノ往々ニシテ之レアリ我民法ニハ斯ル禁止規定ナシト雖モ解釋上略ホ同一ノ結果ニ歸着スヘシ何トナレハ此種ノ賣買ハ多クハ皆ナ公ケノ秩序ニ反スルモノナルヲ以テナリ

二　財產權ノ移轉ヲ約スルコト

他ノ主體ニ歸屬スルノ謂ニシテ此場合ニ於テハ後者ハ前者ノ地位ヲ繼承シテ權利者トナルモノナリ蓋シ移轉ナル語ハ其本來ノ意義ニ於テハ既存

ノ權利ニ付キ主體ニ變更ヲ生シタル場合ニ用ヒラルル所ニシテ此意義ニ依ルトキハ物權ノ設定ハ所謂權利ノ移轉ニアラス何トナレハ物權ノ設定ハ其文字ノ示ス如ク人爲ヲ以テ新タニ物權ヲ創設スルコトヲ意味シ既存ノ物權ニ付キ權利者ニ更迭ヲ生スル場合ニアラサルヲ以テナリ然レトモ物權ノ設定ト云ヒ其移轉ト云ヒ當事者ノ一方カ他ノ一方ノ權利ヲ繼承シテ權利者トナルコトハ彼此全ク同一ニシテ移轉ナル語ヲ廣義ニ解シ當事者間ニ於テ權利ヲ承繼スル場合ハ其全部ノ承繼タルト一部ノ承繼タルトニ論ナク總テ其中ニ包含スルモノトスルトキハ物權ノ設定モ亦一種ノ移轉行爲ナルヤ明カナリ何トナレハ設定者ハ自己ノ權利ノ一部ヲ割キ之ヲ相手方ニ歸屬セシメ物權ヲ創設スルモノニシテ相手方ノ取得シタル權利ハ設定者ヨリ傳來シタルモノニ係リ兩者間ニ權利承繼ノ關係アルコトハ毫モ疑ナキヲ以テナリ是レ物權設定ノ行爲ニ付スルニ設權的移轉ノ名稱ヲ以テスル所以ナリ而シテ我民法第五百五十五條ノ「移轉」ナル語ハ廣義ニ用ヒラレタルモノニシテ金錢以外ノ財產權トヲ交換スルノ契約ハ

其何タルヲ問ハス總テ賣買中ニ包含セラルルモノト解釋スルコトヲ得ヘシ蓋シ金錢ト交換スヘキモノカ財產權タル以上ハ其契約ハ同一ノ法則ヲ以テ支配スルコトヲ要シ其財產權ノ既存ノモノタルト新設ノモノナルトニ依リテ區別ヲ設クヘキ理由ナキヲ以テナリ

賣買契約ハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ財產權ヲ移轉スルコトヲ約スルニ因リテ成立スルモノナレハ「約スルテフ語ハ現在ニ於テ直チニ或結果ヲ發生セシムルノ意ニアラスシテ將來ニ於テ或行爲ヲ爲シ又ハ之レヲ爲ササルコトヲ意味スルヲ以テ財產權ヲ移轉スルノ意ニアラスシテ將來ニ之レヲ移轉スヘシトノ意ニ外ナラサルヲ以テ此約束カ當事者間ニ債權債務ノ關係ヲ生スルコトハ法文上疑ナキヲ以テナリ蓋シ賣買ハ常ニ當事者間ニ於テ債務關係ヲ創設スルモノナルヤ否ヤニ付テハ學說立法例區々ニシテ一定セサル所ニシテ舊民法ニハ「移轉シ又ハ移轉スル義務」トアルヲ以テ賣買ハ必ラスシモ債務發生ノ原因

ニアラサルモ我民法ニハ特ニ「移轉スルコトヲ約シ」トアルヲ以テ我民法ノ主義ニ依ルトキハ賣買ハ常ニ當事者間ニ於テ財產權ノ移轉ヲ目的トスル債務關係ヲ發生セシムルコトハ誠ニ明白ナリ然レトモ賣買ノ目的物カ特定物ナルトキハ第百七十六條ノ規定ニ依リ直チニ權利ノ設定移轉ノ效果ヲ生スルモ之レカ爲メ債權契約タル賣買ノ性質ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ蓋シ賣買ハ其性質トシテ當事者間ニ於テ財產權ノ移轉ヲ目的トスル債務關係ヲ創設スルモノナレトモ其財產權カ特定物ニ關スル物權ナルトキハ法律ノ特別規定ニ依リ其債務ノ目的タル財產權ノ移轉ハ格段ナル行爲ヲ要セスシテ直チニ其結果ヲ生スルモノニ外ナラス換言スレハ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル賣買契約ハ同時ニ債權的效力トヲ生スルモノニシテ元來物權的效力ノ發生ニ付キテハ特別ノ意思表示ヲ要スルモノナルモ我民法ハ獨逸民法ト異ナリ物權契約ノ獨立性ヲ認メサルヲ以テ同一ノ契約ハ同時ニ債權的效果ト物權的效果ヲ發生スルコトヲ得ヘキモノトナシタルモノナリ加之賣主ハ常ニ買主ニ對シテ權利ノ欠缺ヨリ生スル擔保ノ責任ヲ負フヨリ見ルモ賣買契約ハ其效果トシテ當事者間ニ債務關係ヲ創設スルモノナルコトヲ知リ得ヘシ故ニ何レノ點ヨリ論スルモ賣買ハ常ニ當事者間ニ於テ債權債務ノ關係ヲ生スルモノト論斷セサルヲ得ス

第三 賣買ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或財產權ヲ移轉スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其代金ヲ支拂フコトヲ約スル契約ナリ

賣買ニ在テハ當事者ノ一方カ相手方ニ或財產權ヲ移轉スルコトヲ約スルト同時ニ相手方ニ於テ其代金ヲ支拂フコトヲ約スルコトヲ必要トシ買主カ賣主ノ移轉スルコトヲ約シタル財產權ノ對價トシテ一定ノ金額ヲ賣主ニ支拂フヘキコトヲ約スルコトハ賣買ノ特質ヲ形成スルモノナリ、賣買ト當事者互ニ金錢ノ所有權以外ノ財產權ヲ移轉スルコトヲ約スル交換及ヒ當事者ノ一方カ無償ニテ相手方ニ財產權ヲ與フルコトヲ約スル贈與トノ差別ハ實ニ此點ニ在リテ存スルモノナリ

賣買ニ在テハ買主ハ其取得スヘキ財產權ノ對價トシテ一定ノ金額ヲ支拂フ

ヘキコトヲ約スルヲ以テ買主ハ賣買契約ニ因リ賣主ニ對シテ常ニ金錢債務ヲ負擔スルモノナリ換言スレハ賣買ニ在テハ買主ハ常ニ必ラス賣主ニ對シテ金錢債務ヲ負擔スルコトヲ要シ買主ノ負擔シタル債務カ金錢債務ニアラサルトキハ當事者間ノ契約ハ賣買ニアラス而シテ當事者ノ一方カ財產權ヲ相手方ニ移轉スルニ對シ相手方カ物ノ價格ヲ代表スル具トシテ貨幣ノ一定ノ數量ヲ給付スヘキトキハ其貨幣ノ法定ノ貨幣タルト自由貨幣ナルトニ論ナク其契約ハ賣買タルコトヲ失ハサルモノトス之ニ反シテ買主カ特定ノ商品又ハ特種ノ商品トシテ貨幣ヲ給付スヘキトキハ其契約ハ賣買ニアラスシテ交換トナルヘシ然レトモ當事者カ金錢ヲ以テ代價ヲ定メタル以上ハ賣買契約ハ完全ニ成立スヘク其支拂ノ方法トシテ手形有價證券商品ノ如キ金錢以外ノ物ヲ以テ辨濟ニ充ツルコトヲ得ル旨ヲ特約スルモ此特約ハ賣買契約ノ性質ニ影響ヲ及ホスコトナシ蓋シ此種ノ特約中ニハ或ハ單純ナル支拂ノ方法ヲ定メタルニ過キサルモノアリ或ハ代物辨濟ノ豫約トナルモノアリ或ハ目的ノ變更ニ因ル更改トナルモノアルモ何レモ代金ノ債務成立以後ノ契約ニ屬シ賣買契約ノ性質ニ影響ヲ及ホスコトナシ

賣買代金ハ必ラスシモ初メヨリ確定スルコトヲ要セス後ニ至リ確定シ得ヘキヲ以テ足レリトス此點ニ關シテハ給付ノ確定ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スヘク賣買ニ關スル特別ノ規定ナシ

第二節　賣買ノ種類

賣買ハ種々ノ觀察點ヨリ數個ニ類別スルコトヲ得今其最モ重要ナルモノヲ擧クルトキハ左ノ如シ

第一　現金賣買、掛賣買、前拂賣買（代金支拂ノ時期）

現金賣買トハ賣主カ權利ヲ移轉シ又ハ物ノ引渡ヲ爲スト同時ニ代金ヲ支拂フ賣買ヲ謂フ例之甲者、乙ヨリ一ノ時計ヲ買取リ即時ニ代金ヲ支拂フカ如シ」

掛賣賣買ハ又タ信用賣買ト稱シ賣主カ先ツ權利ヲ移轉シ又ハ物ノ引渡ヲ爲シ後日代金ノ支拂ヲ受クヘキ賣買ヲ謂フ前例ニ於テ乙ハ先ツ時計ヲ受取リ其代金ハ後日支拂ヲ爲スカ如シ

前拂賣買又ハ前金賣買トハ賣主カ權利ヲ移轉シ又ハ物ノ引渡ヲ爲スノ前買主ニ於テ先ツ其代金ヲ支拂フ賣買ヲ謂フ例之甲者、乙ヨリ肥後米二百俵ヲ金一千圓ニテ買取ルコトヲ約シ目的物ノ引渡前ニ其代金ヲ乙ニ支拂フカ如シ

第二 任意賣買、強制賣買(賣買ニ關スル當事者ノ意思)

任意賣買ハ當事者雙方ノ合意ヲ以テ爲ス賣買ヲ云フ普通ノ賣買ハ任意賣買ナリ

強制賣買トハ當事者ノ意思ニ出テス法律ノ規定又ハ行政處分ニ依リテ強制的ニ爲ス賣買ヲ謂フ強制執行破產處分公用徵收ノ如シ

第三 隨意賣買、競爭賣買(賣買ノ方法)

隨意賣買トハ當事者カ隨意ニ代價ヲ定メ特定ノ相手方ヲ選擇シテ爲ス賣買ヲ謂フ普通ノ賣買ハ隨意賣買ナリ

競爭賣買ハ競賣ト稱シ一般公衆ニ對シテ最高價又ハ最低價ヲ申込ミタル者ヲ相手ト爲サントスル賣買ヲ謂フ公賣ハ總テ競爭賣買ナリ

第四 定期賣買、即時賣買(權利移轉又ハ物ノ引渡ノ時期)

定期賣買トハ權利ノ移轉又ハ物ノ引渡ニ付キテ期限ヲ定ムル賣買ヲ謂フ取引所ニ於ケル取引ハ定期賣買ナリ

即時賣買トハ賣買成立ト同時ニ權利ヲ移轉シ若クハ物ノ引渡ヲ爲スモノヲ謂フ

第五 私賣、公賣(賣買手續)

私賣トハ當事者間ノ協議ヲ以テ爲スモノヲ云フ普通ノ賣買ハ私賣ナリ

公賣トハ官廳ノ手ヲ經テ爲スモノヲ云フ競賣法、民事訴訟法ノ規定ニ依ル競賣ノ如シ

第六 試驗的賣買、試驗賣買、見本賣買(目的物)

試驗的賣買トハ試驗ノ爲メニ爲ス賣買ニシテ試驗ノ上買主ノ希望ニ適スルニ於テハ更ニ注文ヲ爲スヘシトノ賣買ヲ謂フ

試驗賣買トハ酒、煙草ノ如ク試味ノ上ニテ又ハ機械染料ノ如ク試驗ノ上ニテ可ナレハ買受クヘシトノ賣買ヲ謂フ試驗賣買ハ一種ノ停止條件付賣買ニシテ其效力ハ試味又ハ試驗ノ可否ニ繫ルモノトス

見本賣買トハ見本商標試品雛形ヲ以テ爲ス賣買ニシテ賣主ヲシテ其ノ見本商標試品雛形ニ適合セル物ヲ買主ニ賣渡スノ義務ヲ負ハシムルモノナリ

第三節　賣買契約ノ締結

賣買契約ノ締結ニ付キテハ一般契約ノ締結ニ關スル原則ヲ適用スルヲ以テ足ル即チ賣買當事者間ニ於テ其一方カ相手方ニ財產權ヲ移轉スヘキ旨ノ意思ヲ表示シ相手方カ之ニ代金ヲ支拂フヘキ旨ノ意思ヲ表示シタルトキハ賣買契約ハ之レト同時ニ成立シ當事者ハ其契約ニ依リテ羈束セラレ相互間ニ財產權移轉ヲ目的トスル賣主ノ債務ト代金支拂ヲ目的トスル買主ノ債務ヲ生スルモノニシテ此點ニ付キテハ特ニ說明ヲ爲ス要ナシ然レトモ賣買ノ豫約手附金及ヒ賣買契約ノ費用ニ關シテ民法中ニ特別規定アルヲ以テ余ハ右三個ノ事項ニ付キ順次ニ說明セントス

第一款　賣買ノ豫約

賣買ノ豫約ハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得當事者一方ノ豫約及ヒ當事者雙方ノ豫約即チ是レナリ

第一項　當事者一方ノ豫約

當事者一方ノ豫約トハ賣主又ハ買主カ相手方ノ意思表示ニ因リテ賣買契約ヲ成立セシムルコトヲ約スル片務契約ヲ謂フ例之ハ甲ハ家屋ノ所有者ニシテ乙ニ對シテ何時ニテモ乙ノ意思ニ從ヒ其家屋ヲ代金一千圓ニテ賣渡スヘキ旨ヲ約シ又反對ニ乙ハ甲ニ對シ代金一千圓ニテ家屋ヲ買取ルヘキ旨ヲ約スルカ如シ而シテ此豫約ノ性質ニ關シテハ學說立法區々ニシテ一定セサルノ所ナリト雖モ大要之ヲ四個ノ主義ニ類別スルコトヲ得ヘシ即チ左ノ如シ

第一　申込說　此說ニ依ルトキハ賣買ノ一方ノ豫約ハ片面的意思表示ニシテ一ノ申込ニ過キサルヲ以テ相手方カ承諾ノ意思ヲ表示スレハ格別然ラサレハ表意者ヲ羈束セサルヲ以テ其約束ハ效ナシト云フニ在リ然レトモ此說ハ當事者ノ意思ヲ度外ニ措キ相手方ノ承諾ニ因リテ直チニ契約ヲ成立セシメ

ントスルノ意思ヲ以テ爲ス所ノ申込ノ效力ト賣買契約ヲ締結スルノ義務ヲ負擔スルノ意思ヲ以テ爲ス豫約ノ效力トヲ混同シタルモノニシテ到底正當ノモノト認ムルコトヲ得ス

第二 賣買說　此說ハ賣買ノ豫約ヲ以テ賣買ナリトスルモノニシテ賣買ノ豫約ハ賣買ト同一ノ效力ヲ生ス〻ト云フ佛國民法ノ規定ヲ誤解シタルヨリ生シタルモノナリ蓋シ賣買ハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ財產權ヲ移轉スヘキコトヲ約シ他ノ一方カ之ニ其代金ヲ支拂フコトヲ約スルニ因リテ成立スルモノニシテ當事者一方ノ約束ニ因リテ成立シ得ヘキモノニアラサルコトハ動カスヘカラサル定說ナルヲ以テ賣買ノ一方ノ豫約ヲ以テ眞ノ賣買ナリトスルハ賣買ノ本質ヲ無視スルモノト云ハサルヲ得ス故ニ此說ノ採ルニ足ラサルハ多辯ヲ要セスシテ明カナリ

第三 條件附賣買說　此說ニ依レハ賣買ノ豫約ハ一種ノ條件附法律行爲ナリ即チ豫約者ハ相手方カ豫約者ヨリ提供シタル條件ヲ甘諾シテ財產權ヲ買受クルノ意ヲ表示スルコトヲ條件トシテ財產權ヲ相手方ニ賣渡スヘキ旨ノ意思表示ヲ爲スモノト云フニ外ナラス故ニ相手方カ契約ヲ締結セントスルノ意思ヲ表示スルトキハ賣買契約ハ條件ノ成就ニ因リ完全ニ成立スルモノナリ此說ハ賣買ノ片務豫約ヲ以テ當事者一方ノ隨意條件ニ繫レル賣買契約ト同視スルモノニシテ豫約ノ性質ニ適合セサルモノト信ス蓋シ賣買ノ豫約ニ在リテハ豫約者ハ相手方ノ意思表示ニ因リテ賣買契約ヲ成立シムルノ意思アリト見ルコトヲ得サルヲ以テ之ヲ條件付賣買ナリトスルヲ得ス換言スレハ此場合ニ於テ賣買契約ノ即時ニ成立セサルハ未タ相手方ノ承諾ナク從テ契約ノ成立要件未タ具備セサルカ爲メニシテ當事者カ契約ノ成立ヲ相手方ノ承諾ナル一ノ條件ニ繫ラレタルカ爲メニハアラス從テ他日賣買契約カ相手方ノ意思表示ニ因リテ成立スルハ賣買契約ノ成立要件カ具備スルカ爲メニシテ條件ノ成就シタルカ爲メニアラス

第四 片務約束說　此說ニ依ルトキハ賣買ノ一方ノ豫約ハ確的ニ豫約者ヲ羈束シ之ヲシテ賣買契約ヲ締結スルノ債務ヲ負擔セシムルモノナリ而シテ契

約ノ成立ニハ當事者一方ノ意思表示アリタルノミヲ以テ足レリトセス當事者一方ノ申込ニ對シ他方ノ承諾アルコトヲ必要トスルヲ以テ片務豫約ノ場合ニモ賣買契約ハ當事者相互間ニ於テ更ニ意思表示ヲ交換スルニ依リ始メテ成立ヲ見ルニ至ルヘキヲ普通ノ順序トス然レトモ豫約者ハ既ニ豫約ノ意思表示ニ依リテ絕對ニ羈束セラルルモノナレハ其再度ノ意思表示ヲ待ツコトナク相手方ノ意思表示ノミヲ以テ契約ヲ成立セシムルハ毫モ妨ケナク更ニ新ニ當事者雙方ノ意思表示ヲ必要トスルカ如キハ實際上頗ル迂遠ニシテ取引ノ敏活ヲ貴フ社會現今ノ必要ニ應スルニ足ラサルヲ以テ普通ノ手續ヲ省略シ相手方カ賣買完結ノ意思表示ヲ爲スト同時ニ賣買契約ヲ成立セシムルモノナリ我民法ハ卽チ此主義ヲ採用シタルモノニシテ民法第五百五十六條第一項ニ「賣買ノ一方ノ豫約ハ相手方カ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタル時ヨリ賣買ノ效力ヲ生ス」トアルハ此意ニ外ナラス蓋シ賣買契約ノ內容ハ豫約ニ於テ旣ニ確定シ豫約者ハ旣ニ賣買契約ノ成立ニ必要ナル意思表示ヲ爲シタルモノナレハ賣買契約ヲ成立セシムルニハ相手方ノ意思表示ノミヲ以テ足レリトシタルモノニ外ナラス

賣買ノ一方ノ豫約ハ賣買契約ノ締結ヲ目的トスル當事者間ノ片務契約ニシテ絕對ニ豫約者ヲ羈束スルヲ以テ豫約者ハ其一己ノ意思ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得ス然レトモ豫約ニハ法律行爲ノ效力ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得ヘキヲ以テ豫約者カ豫約ヲ爲スニ當リ之ニ解除條件又ハ終期ヲ附シタルトキハ豫約ハ其條件期限ノ到來ト共ニ當然消滅ニ歸シ豫約者ハ其債務ヲ免ルヘク相手方カ賣買契約ノ締結ヲ希望セサル旨ノ意思ヲ表示シタル場合亦タ同シ然レトモ賣買豫約ニ終期ヲ附セサリシ場合ニ於テハ豫約者ハ永久無限ニ羈束セラルヘキヤ否ヤ民法第五百五十六條第二項ハ卽チ此問題ニ答フルモノニシテ此場合ニ於テハ豫約者ハ相當ノ期間ヲ定メ其期間內ニ賣買ヲ完結スルヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ相手方ニ催告シ相手方カ其期間內ニ確答ヲ爲ササルトキハ豫約ハ其效力ヲ失フモノトス蓋シ斯クセサルニ於テハ豫約者ハ其債務ヲ免脫スルノ期ナク其負擔極メテ重大ニシテ頗ル苛酷ナル結果ヲ生スルノミナラス當事者間ノ權利關係ヲ永ク不確定ナル狀態ニ置クハ公

益ニ害アルヲ以テナリ

豫約者ノ指定シタル期間ノ相當ナルヤ否ヤハ各場合ニ於ケル實際ノ情況ニ從ヒ判定スヘキ事實上ノ問題ニシテ其當否ニ付キ爭ヲ生シタル場合ニハ事實裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノトス又タ其期間カ相當ナラサルトキハ催告ハ絕對ニ無效ナルヤ若クハ催告ハ絕對ニ無效ニアラスシテ相手方ヲシテ相當ノ期間內ニ意思表示ヲ爲サシムルノ效果ヲ生スルヤニ付キテハ學者間議論ノ存スル所ニシテ余ハ實際上ノ便宜ハ格別法文ノ解釋トシテハ期間ノ相當ナルコトハ催告ノ有效ナルカ爲メノ必要條件ナリト信ス故ニ期間カ不相當ナルトキハ豫約者ハ更ニ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲シ相手方カ之ヲ徒過シタルトキ又タ其義務ヲ免脫スルコトヲ能ハサルコトトナルヘシ

第二項　當事者雙方ノ豫約

賣買雙方ノ豫約トハ當事者カ互ニ他日賣買契約ヲ締結スヘキ旨ヲ約スルヲ謂フ例之甲者、乙ニ對シ一年內ハ何時ニテモ乙ノ申込ニ對シ其所有ノ家屋ヲ金一千圓ニテ乙ニ賣渡スヘキ旨ヲ約シ乙モ亦同一ノ期限內何時ニテモ甲ノ申込ニ對シ代金一千圓ヲ以テ甲ノ家屋ヲ買取ルヘキ旨ノ意思ヲ表示スルカ如シ此場合ニ於テハ當事者間ノ契約ハ直チニ賣買契約ヲ成立セシメ家屋ノ所有權ヲ移轉スヘキ賣主ノ債務ト代金ノ支拂ヲ爲スヘキ買主ノ債務ヲ發生スルモノニアラス唯タ各當事者ヲシテ相手方ノ申込ニ對シテ賣買契約ヲ締結スルノ債務ヲ負ハシムルニ過キス佛國民法ニハ賣買ノ豫約ハ賣買ト同一ナル效力ヲ云フ特別規定アルヲ以テ賣買ノ豫約ハ直チニ賣買契約ヲ成立セシムルノ效力ヲ生スルモノナレトモ我民法ニハ賣買ノ雙方ノ豫約ニ付キテ右等特別規定ナキヲ以テ各場合ニ於ケル當事者ノ意思ニ依ルノ外ナク當事者ハ場合ニ依リ或ハ期限付ニテ賣買ヲ爲スノ意思ヲ有スルコトアリ例之甲、乙ニ對シ明治四十五年十二月一日ヲ以テ金千圓ニテ其所有家屋ヲ乙ニ賣渡スコトヲ約シ乙モ亦之ヲ買受クヘキ旨ヲ約シタルトキハ當事者間ノ契約ハ始期付賣買契約ニシテ明治四十五年十二月一日ノ到來ニヨリ當然其效力ヲ生シ更ニ新タニ當事者相互間ニ於テ意思ノ表示ヲ爲スコトヲ要セス故ニ此ノ種ノ豫約ハ賣買トシテ其效

力ヲ生スルモノトス之ニ反シテ當事者ノ意思カ直チニ賣買契約ヲ締結スルニアラスシテ其締結ヲ後日ニ於ケル當事者ノ意思表示ニ讓リタルコト明カナル場合ニハ其契約ノ趣旨ニ從ヒ賣買ノ豫約トシテ前述ノ效果ヲ生セシムルヲ穩當ナリト信ス

賣買ノ雙方ノ豫約ハ一ノ契約トシテ各當事者ヲ羈束シ各自ヲシテ相手方ノ意思表示ニ因リテ契約ヲ成立セシムルノ債務ヲ負擔セシムルハ當事者ノ一方ノ豫約ト異ナル所ナシ故ニ其效力ニ付キテハ民法第五百五十六條ノ規定ヲ適用シ當事者中何レカ一方ヨリ賣買ヲ完結スル意思ノ表示ヲ爲シタルトキハ賣買契約ハ之ニ因リテ成立スル(第一項)又各當事者ハ相手方ニ對シ相當ノ期間ヲ定メテ其確答ヲ促スノ權利ヲ有スルコトトナル(第二項)

第二款　手附

手附トハ契約締結ノ際當事者ノ一方ヨリ他ノ一方ニ給付スル所ノ金錢又ハ其他ノ有價物ヲ云フ手附ノ授受ハ賣買契約ニ固有ナル行爲ニアラスシテ一般契約ノ締結ニ付キテ爲ス所ノ行爲ナルヲ以テ獨逸民法ハ違約金ト等シク契約ヲ生スル債務關係ニ關スル通則中ニ於テ之カ規定ヲ設ケタリ然ルニ我民法カ特ニ賣買ニ付キ規定ヲ設ケタルハ要スルニ賣買ハ雙務契約ノ標本トモ云フヘキモノニシテ手附ハ就中賣買ニ付キテ授受セラルルヲ以テ賣買ニ關シテ此規定ヲ置キ之ヲ他ノ契約ニ準用スルコトヲ爲シタルモノナリ

取引上ニ於テ手附ト稱スル者ハ種々ナル目的ノ爲メニ授受セラレ其性質區々ニシテ一定セス今其重要ナルモノヲ擧クレハ(第一)手附ハ契約締結前其猶豫ヲ求ムル爲メニ支拂フコトアリ此場合ニ於テハ手附ヲ供シタル當事者ノ一方カ期間內ニ契約ヲ締結セサルトキハ其手附ハ當然相手方ノ所得ニ歸セシム(第二)手附ハ契約完結ノ證トシテ授受セラルルコトアリ此場合ニ於テハ契約ヲ履行スルニ當リ其手附ハ代金中ニ算入シ契約ノ履行カ手附ヲ與ヘタル者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ不能トナリタルトキハ之ヲ返還ス之ニ反シテ手附ヲ與ヘタル者カ契約ヲ履行セス又ハ契約ノ履行カ其者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能トナリタルトキハ或ハ其手附金ヲ以テ單純ニ損害賠償ニ充テ或ハ

約ノ締結ニ付キテ爲ス所ノ行爲ナルヲ以テ獨逸民法ハ違約金ト等シク契約ヲ生スル債務關係ニ關スル通則中ニ於テ之カ規定ヲ設ケタリ然ルニ我民法カ特ニ賣買ニ付キ規定ヲ設ケタルハ要スルニ賣買ハ雙務契約ノ標本トモ云フヘキモノニシテ手附ハ就中賣買ニ付キテ授受セラルルヲ以テ賣買ニ關シテ此規定ヲ置キ之ヲ他ノ契約ニ準用スルコトヲ爲シタルモノナリ

取引上ニ於テ手附ト稱スル者ハ種々ナル目的ノ爲メニ授受セラレ其性質區々ニシテ一定セス今其重要ナルモノヲ擧クレハ(第一)手附ハ契約締結前其猶豫ヲ求ムル爲メニ支拂フコトアリ此場合ニ於テハ手附ヲ供シタル當事者ノ一方カ期間內ニ契約ヲ締結セサルトキハ其手附ハ當然相手方ノ所得ニ歸セシム(第二)手附ハ契約完結ノ證トシテ授受セラルルコトアリ此場合ニ於テハ契約ヲ履行スルニ當リ其手附ハ代金中ニ算入シ契約ノ履行カ手附ヲ與ヘタル者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ不能トナリタルトキハ之ヲ返還ス之ニ反シテ手附ヲ與ヘタル者カ契約ヲ履行セス又ハ契約ノ履行カ其者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能トナリタルトキハ或ハ其手附金ヲ以テ單純ニ損害賠償ニ充テ或ハ

損害賠償額中ニ之ヲ算入ス(第三)手附ハ當初ヨリ契約解除ノ方法トシテ授受セラルルコトアリ卽チ供與者ハ其手附金ヲ損シテ契約ヲ解除スルノ權利ヲ留保シ相手方モ亦其手附金二倍ノ額ヲ供與者ニ給付シテ契約ヲ解除スルノ權利ヲ留保スルモノニシテ所謂「手附損倍戻」ト稱スルモノ卽チ是レナリ(第四)手附ハ違約ノ場合ニ於ケル擔保トシテ授受セラルルコトアリ此場合ニ於テハ手附供與者ハ或ハ其違約ニ因リ當然其手附ヲ損シテ損害賠償ノ義務ヲ免カレ或ハ手附ヲ損スルト同時ニ其違約ヨリ生スル普通ノ制裁ニ服從セサルヘカラス(第五)手附ハ單純ニ代金ノ內入トシテ授受セラルルコトアリ此場合ニ於ケル手附ハ代金一部ノ前拂タルノ外何等特殊ノ效力ヲ生セサルモノトス

當事者カ手附ノ授受ヲ爲スニ當リ其手附ノ如何ナル性質ノモノナルヤニ付キ其意思ヲ明示又ハ默示シタルトキハ其意思ニ從ヒ手附ノ效力ヲ定ムヘキハ勿論ナリト雖モ當事者カ特ニ意思ノ表示ヲ爲ササルコト往々ニシテ之レアルヲ以テ當事者ノ意思不明ナル場合ニ付キ一ノ推測的規定ヲ設ケ其意思ヲ補充シ因テ以テ當事者間ノ權利關係ヲ確定スルコトハ法律ノ運用上極メテ重要ノコトナリトス左レハ何レノ國ニ於テモ當事者ノ意思不明ナル場合ノ爲メニ特別規定ヲ設ケ之カ標準ヲ示スヲ常トス然レトモ其所謂標準ニ至リテハ區々ニシテ一定セス蓋シ此點ニ關スル各國取引上ノ慣習同シカラサルモノアルカ爲メニシテ這般ノ事項ニ關シテハ常ニ國民ノ法律的生活上ニ行ハルル普通一般ノ慣習ヲ基礎トシ多數ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ヲ標準トナササルヘカラサルヲ以テ國民ノ慣習異ナルニ從ヒ其標準モ亦タ自カラ異ナルヘキハ事理ノ當然ナルヲ以テナリ而シテ我民法ハ我國ニ於テ從來一般ニ行ハレタル「手附損倍戻」ノ慣習ニ著眼シ之ヲ以テ當事者ノ意思ヲ推測スヘキ唯一ノ標準ナリト認メ民法第五百五十五(七)條ノ規定ヲ設ケタルモノナリ然レトモ此規定タル要スルニ當事者ノ意思不明ナル場合ニ之ヲ補充スル所ノ一ノ推定タルニ過キサルヲ以テ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ之ニ從フコトヲ要スルハ勿論ニシテ當事者ハ各反證ヲ擧ケテ第五百五十五(七)條ノ推定ヲ覆シ手附カ他ノ性質ヲ有スルノ事實ヲ確立スルコトヲ得ヘシ而シテ民法第五百五十五(七)條ニ依ルトキハ買主カ賣主ニ手附ヲ交付シタルトキハ左ノ效果ヲ生ス

第一 買主ハ其手附ヲ拋棄シ賣主ハ其倍額ヲ償還シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得

蓋シ當事者カ手附ヲ授受スルニ當リ別段ノ意思ヲ表示セサリシトキハ我國ニ於テ普通ニ行ハルル「手附損倍戻」ノ慣習ニ依ル意思ナリト推測スルモノナリ故ニ賣買當事者間ニ於ケル手附ノ授受ハ卽チ各當事者ニ於テ互ニ契約ヲ解除スルノ權利ヲ留保シタルモノニシテ買主ハ手附ヲ拋棄シテ契約ヲ解除スルコトヲ得ルト同時ニ賣主モ亦其二倍ノ額ヲ償還シテ契約ヲ解除スルコトヲ得ルノ效力ヲ生スルモノナリ而シテ賣主ハ前キニ受取リタル手附金ヲ買主ニ返還シタル上更ニ之ト同額ノ金員ヲ買主ニ給付スルモノナルカ故ニ賣主買主トモ終局手附ニ相當スル損害ヲ賠償シテ契約ヲ解除スルヲ得ルモノナルヲ以テ各利害ノ關係ニ於テ全然平等ノ地位ニ立ツモノナルコトヲ知リ得ヘシ

賣買當事者間ニ手附ノ授受アリタルトキハ各自ニ賣買契約ヲ解除スルノ權利ヲ有スルコトハ前述ノ如シト雖モ此原則ニハ例外アリ卽チ左ノ如シ

一 當事者間ニ反對ノ意思表示アルトキ　例之當事者カ手附金ヲ以テ契約解除ノ方法ト爲サス特別ノ意思表示ヲ以テ單純ナル內入金トシ又ハ違約ノ制裁トシテ科スヘキ賠償金トシ又ハ單純ナル賣買締結ノ證トシタル場合ニハ其意思ニ從ヒテ手附金ノ效力ヲ定ムルコトヲ要ス

二 當事者ノ一方カ解除權ヲ失ヒタルトキ　解除權ノ喪失ニ關スル民法第五百四十七條ノ規定ハ賣買當事者間ニ於テ手附ノ授受ヲ爲シ「手附損倍戻」ノ方法ニ依リテ解除權ヲ行使スル場合ニ於テモ亦タ其適用ヲ見サルヘカラス從テ當事者ノ一方ヨリ相手方ニ對シ相當ノ期間ヲ定メ其期間內ニ解除ヲ爲スヤ否ヤヲ確定スヘキ旨ヲ催告シ其期間內ニ解除ノ通知ヲ受ケサルトキハ解除權ハ消滅シ之ヨリ以後相手方ハ手附ヲ拋棄シ又ハ其倍額ヲ償還シテ契約ヲ解除スルコトヲ得サルモノトス

三 當事者カ契約ノ履行ニ著手シタルトキ　當事者ノ一方カ契約ノ履行ニ著手シタルトキハ其契約ハ最早ヤ之ヲ解除スルコトヲ得ス是レ第五百五十七條ノ規定ヨリ生スル結果ナリ同條ハ「當事者ノ一方カ契約ノ履行ニ著

手スルマテ」ト規定シ此條件ノ下ニ解除權ノ行使ヲ認許スルモノニ外ナラス蓋シ當事者ノ一方カ既ニ契約ノ履行ニ著手シタルニモ拘ハラス其契約ノ解除ヲ許スニ於テハ解除權ヲ行フ者ノ何レナルヤヲ問ハス相手方ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ虞アリトス何トナレハ履行ニ著手シタル者ハ履行ノ爲メニ爲シタル一切ノ準備手續カ契約解除ノ結果總テ徒勞ニ屬スルコトトナリ莫大ノ損害ヲ被ムルコトアルヘク又タ當事者ノ一方カ既ニ履行ニ著手シタル以上ハ相手方モ亦タ其履行ヲ期待スヘキカ故ニ契約ノ解除ハ其豫期ニ反シ之ヲシテ損失ヲ被ラシムルコト往々ニシテ之レアルヘケレハナリ故ニ當事者ノ一方カ履行ニ著手シタルトキハ最早ヤ當事者中ノ何レヨリスルモ相手方ニ對シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

契約當事者カ解除權ヲ行使セスシテ其履行ヲ爲ス場合ニ於テハ買主ヨリ賣主ニ交付シタル手附ハ內入金トナリテ賣買代金中ニ算入セラルヘキハ論ヲ俟タス

第二 當事者ハ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス

契約當事者ノ一方カ相手方ノ債務不履行ヲ理由トシテ契約ヲ解除シタル場合ト雖モ尙ホ相手方ニ對シテ不履行ヨリ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルノ權利ヲ有スルコトハ民法第五百四十五條第三項ニ規定スル所ナリ而シテ當事者間ニ於テ手附ノ授受アリタル場合ニハ各當事者ハ「手附損倍戻」ノ方法ヲ以テ契約ヲ解除スルノ完全ナル自由ヲ享有スルコトハ前既ニ說明スル所ニシテ此種ノ契約解除ニ付キテモ亦第五百四十五條ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ヘキヤ否ヤノ問題ヲ生スヘシ然レトモ手附ノ授受ニ關スル當事者ノ意思ハ手附ヲ交付シタル者ハ其手附ヲ拋棄シ相手方ハ其倍額ヲ返還シテ契約ヲ解除シ當事者間ノ一切ノ取引關係ヲ終了スルノ意思ニシテ手附金及ヒ其倍額ハ卽チ當事者間ニ於ケル損害賠償ノ豫定額タルノ性質ヲ有スルモノナレハ縱令契約解除ノ結果相手方カ多大ノ損害ヲ被フルコトアルモ其損害ノ實額ニ付キ解約者ニ對シテ賠償ノ請求ヲ爲スコト能ハサルモノト爲スヲ正當ナリトス是レ民法カ第五百五十七條第二項ニ於テ「第五百四十五條第三項ノ

規定ハ前項ノ場合ニハ適用セス」ト規定セル所以ナリ然レトモ此規定モ亦當事者ノ意思ノ推測ニ基クモノナレハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フコトヲ要スルハ勿論ナリ

第三款　賣買ノ費用

賣買契約ノ締結ニ付キ費用ヲ要スルコトハ往々ニシテ之レアリ例之賣買證書ニ貼用スル印紙代、公正證書ノ作成ニ付キ公證人ニ支拂フ手數料ノ如シ此場合ニ於テ其費用ハ當事者中何人カ又如何ナル割合ヲ以テ負擔スヘキヤニ付キ當事者間ニ意思表示アリタルトキハ之ニ從フヘキハ勿論ナリト雖モ當事者カ此點ニ付キ何等ノ意思ヲ表示セサリシ場合ニ於テ其意思ヲ推測シテ一ノ準則ヲ設クルノ必要アリ而シテ我民法ニ依ルトキハ賣買契約ニ關スル費用ハ當事者雙方平分シテ之ヲ負擔スヘキモノトス（第五百五十八條）蓋シ賣買契約ハ賣主カ財產權ヲ買主ニ移轉スルノ對價トシテ買主ヨリ其代金ヲ賣主ニ支拂フコトヲ約スルモノニ外ナラサルヲ以テ其契約ハ當事者雙方ヲ利スルノミナラス當事者各自カ賣買契約ヨリ受クル利益ハ平等ニシテ其間ニ毫モ差異ナキモノト云フコトヲ得ヘシ果シテ然ラハ契約ノ締結ニ必要ナル費用モ亦當事者雙方ニ於テ平等ニ之ヲ負擔スルハ公平ノ原則ニ適シタルモノト云ハサルヘカラス是レ佛伊民法カ賣買ノ費用ヲ買主ニ負擔セシムルニ反シ我民法カ之ヲ以テ當事者雙方ノ平等ノ負擔ト爲シタル所以ナリ蓋シ佛伊民法ハ賣買契約ヲ以テ主トシテ買主ノ利益ノ爲メニ締結スルモノナリト認メタルカ爲メナリ

第四節　賣買ノ效力

賣買ノ效力ハ賣主ヲシテ財產權ヲ買主ニ移轉スルノ債務ヲ負擔セシメ買主ヲシテ賣主ニ代金ヲ支拂フノ債務ヲ負擔セシムルニ在ルヲ以テ賣買ノ效力ヲ說明スルニ當リテハ賣主ト買主トノ各方面ヨリ別々ニ之ヲ觀察スルヲ以テ便宜ナリトス

第一款　賣主ノ義務（卽チ買主ノ權利）

賣主ハ賣買契約ニ因リ賣買ノ目的タル財産權ヲ買主ニ移轉スルノ債務ヲ負擔ス詳言スレハ賣主ハ買主ヲシテ法律上及ヒ事實上賣買ノ目的タル財産權ノ主體タラシムルノ義務ヲ負フモノナリ故ニ賣主ハ第一、買主ニ財産權ヲ移轉スルノ義務ヲ負フコト從テ買主ニ對シテ完全ニ其財産權ヲ移轉スルコト能ハサル場合ニ追奪擔保及ヒ瑕疵擔保ノ責任ヲ負フコト第二、目的物ヲ買主ニ引渡シ又ハ買主ノ爲メ登記其他ノ行爲ヲ爲スコトハ賣買契約ヨリ生スル賣主ノ主要ナル義務ニ屬スルヲ以テ余ハ以下此等ノ諸點ニ付キテ順次ニ說明スヘシ

第一項　財産權移轉ノ義務

賣主ハ賣買ノ目的タル財産權ヲ買主ニ移轉シ買主ヲシテ法律上其權利ノ主體タラシムルノ義務ヲ負フモノナリ是レ賣買契約カ賣主ノ方面ニ於テ生スル所ノ主タル效力ナリトス而シテ此效力ニ付キテハ特定物ノ賣買、不特定物ノ賣買、他人ノ物ノ賣買ニ區別シテ說明スヘシ

第一　特定物ノ賣買

特定物ニ關スル物權ノ設定移轉カ契約ノ目的タル場合ニ於テハ其ノ契約ハ直チニ物權的效力ヲ生シ買主ハ契約ノ成立ト同時ニ其權利ヲ取得スルモノニシテ別ニ其權利ノ設定及ヒ移轉ニ關スル特別ノ行爲ヲ履踐スルコトヲ要セス是レ第百七十六條ノ規定ヨリ生スル結果ナリ而シテ此場合ニ賣主カ買主ニ對シテ負擔スル所ノ債務ノ目的タル權利ノ移轉ハ法律ノ規定ニ依リ債務關係ノ發生ト共ニ直チニ其效力ヲ生シ格段ナル履行行爲ヲ必要トセサルハ既ニ說明スル所ノ如シ故ニ買主ハ民法第百七十六條ニ依リ賣買契約成立ト同時ニ目的物上ニ權利ヲ取得スト雖トモ之ヲ第三者ニ對抗スルカ爲メニハ不動產ニ付テハ登記動產ニ付テハ引渡ヲ爲スコトヲ要シ此手續ヲ爲ササル間ハ買主ハ未タ確定不可動ノ權利ヲ得タルモノニアラサルヲ以テ賣主カ買主ノ爲メニ登記又ハ引渡ノ手續ヲ爲スハ權利移轉ノ必要條件ニシテ此手續ノ履行ニ依リ買主ハ玆ニ始メテ絕對的ニ權利ヲ取得シタルモノト云ハサルヘカラス故ニ賣主ハ買主ヲシテ事實上財産權ノ主體タラシムルカ爲メニ登記又ハ引渡ノ手續ヲ爲スノ義務アルノミナラス確定的ニ權利ヲ移轉スル

カ爲メニモ此手續ヲ爲スノ義務アリト云フコトヲ得ヘシ債權ノ賣買ニ在リテモ賣買ノ目的タル債權ハ契約成立ト同時ニ買主ニ移轉スルモ賣主ヨリ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者ニ於テ之ヲ承諾スルニ因リテ之ヲ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノナレハ賣主ハ買主ヲシテ確定的ニ其債權ヲ取得セシムル爲メ其賣買ヲ債務者ニ通知スルノ義務アリトス

第二　不特定物ノ賣買

不特定物ハ種類數量ヲ指定シテ爲ス物ノ賣買ニシテ賣買ノ目的ハ具體的ニ確定セス賣主ニ於テ取引市場ニ存在スル同種類ノ物件中ヨリ給付スヘキ物件ヲ選出シテ之ヲ買主ニ引渡シ買主ヲシテ其所有權ヲ取得セシムルコトヲ要ス而シテ此種ノ賣買ニ在テハ物ノ所有權ハ引渡ニ因リテ買主ニ移轉スルヲ通常トスルモ當事者カ引渡スヘキ物ヲ協定シタルトキハ之レト同時ニ其所有權買主ニ移轉ス蓋シ此場合ニ於ケル目的物ノ引渡又ハ其協定ハ當事者間ニ於テ目的物ノ所有權移轉ヲ目的トスル一ノ物權契約ヲ成立セシムルモノナリ

不特定物ノ賣買ニ在テハ給付スヘキ目的物ハ現ニ賣主ノ手中ニ存在セサルモ賣主ハ尚ホ能ク其義務ヲ履行スルコトヲ得ヘシ何トナレハ此種ノ物件ハ取引上金錢ニ代ヘテ之ヲ求メ得ヘキニ依リ給付ノ不能ヲ惹起スルノ虞レナキヲ以テナリ是レ他人ノ所有ニ係ル特定物ノ賣買カ其所有者ニ於テ讓渡ヲ拒ムニ因リテ忽チ履行不能ノ狀態ニ陷ルモノト趣ヲ異ニスル所ナリ

第三　他人ノ物ノ賣買

賣買契約ハ其效力トシテ直チニ財產權ヲ買主ニ移轉スヘキモノタルコトヲ要セス却テ我民法ニ依ルトキハ賣買契約ハ賣主ヲシテ財產權ヲ買主ニ移轉スルノ義務ヲ負ハシムルモノニ外ナラサルヲ以テ或財產權カ賣買ノ目的トナルコトヲ得ルカ爲メニハ其移轉カ絕對的ニ不能ニアラサルノミヲ以テ足レリトシ賣主カ即時ニ其權利ヲ買主ニ移轉スルコトヲ得ルヤ否ヤ、賣主カ其財產權ヲ移轉スルノ完全ナル權利ヲ享有スルヤ否ヤハ之ヲ問フノ必要ナシトス若シ夫レ賣買ハ常ニ必ラス賣主ニ於テ賣買ノ目的タル財產權ヲ自己ノ手裡ニ準備シ直チニ之ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ要スルトセンカ取引上ニ

於テ最モ廣ク行ハレ頗ル實用ニ富ム所ノ不特定物ノ賣買ハ到底成立シ得ヘカラサルニ至ラン何トナレハ賣主ハ十中八九ハ給付スヘキ目的物ヲ自己ノ手裡ニ有セス又タ取引市場ニ於テ果シテ之ヲ求メ得ヘキヤハ未必ノ事ニ屬スルヲ以テナリ然レトモ未タ曾テ不特定物ノ賣買ノ無效ヲ主張シタルモノアルヲ聞カス是レ他ナシ賣買ノ目的タル財產權ハ賣主ノ手ニ準備セラレテ直チニ買主ニ移轉シ得ヘキモノタルヲ要セサルハ勿論其財產權ノ必然的ニ相手方ニ移轉シ得ヘキモノナルコトヲ要スルモノニアラスシテ唯タ其財產權ノ相手方ニ移轉セラレ得ヘキ性質ノモノナルコトヲ以テ足レリトスルカ爲メナリ果シテ然ラハ假令賣買ノ目的タル財產權カ他人ノ所有ニ屬シ所有者カ果シテ其移轉ヲ承諾スルヤ否ヤ賣主カ所有者ノ承諾ヲ得テ之ヲ買主ニ移轉スルノ方便ヲ有スルヤ否ヤカ不明ナルニモセヨ財產權本來ノ性質ニ從ヒ其移轉ヲ期待シ得ヘキ以上ハ之ヲ以テ賣買ノ目的ト爲スハ毫モ妨ケナク其財產權ノ他人ノ所有ニ屬スルカ爲メニ賣買契約ヲ成立ナラシムルノ必要ナシ蓋シ他人ノ物ノ賣買ノ效力ニ關シテハ立法例區々ニシテ一定セサル所

ニシテ羅馬法ニ於テハ賣主ハ買主ニ權利ヲ移轉スルノ義務ナク單ニ買主ヲシテ其物ノ安全ナル領有ヲ得セシムルヲ以テ足レリトスルカ故ニ他人ノ物ノ賣買ハ之ヲ有效ナリトシテ第千五百七十九條ニ反シテ佛國民法ハ他人ノ物ノ賣買ハ無效ナリトシテ第千五百七十九條ニ特ニ規定ヲ設ク佛國法系ノ法典ハ皆ナ佛國民法ノ先例ヲ襲踏スル所ナリ而シテ之ヲ無效ナリトスル所以ノ理由ニ至リテハ區々ニシテ一定セス或ハ他人ノ物ノ賣買ハ不法行爲ナルヲ以テ其賣買ハ無效ナリトシ或ハ他人ノ物ヲ賣買シタルトキハ賣主ハ買主ニ其權利ヲ移轉スルコト能ハサルヲ以テ給付ノ不能ニ因リテ其賣買ハ無效ナリトナシ或ハ他人ノ物ヲ目的トスル賣買契約ハ其要素ニ錯誤アルヲ以テ當然無效ナリト爲セリ然レトモ他人ノ物ノ賣買ハ時ニ或ハ不法行爲トナルコトナキニアラスト雖モ之カ爲メ其賣買ハ常ニ公ノ秩序ニ反スルモノトシテ其效力ヲ否定スルハ非ナリ何ントナレハ賣買ハ其當事者間ニ於テ財產權移轉ノ債權債務ヲ創設スルニ止マリ之レカ爲メ毫モ所有者其人ノ權利ヲ害スルモノニアラス却テ賣主ハ所有者ノ權利ヲ害セスシテ其ノ所有權ヲ買主ニ移轉シ其

債務ヲ履行スルコトヲ得ヘケレハナリ又タ他人ノ物ノ賣買ノ履行ハ主觀的ニ不能ナルニ止マリ絶對的ニ不能ニアラサルノミナラス賣買契約ノ目的タル財産權ハ直接ニ賣主ヨリ之ヲ買主ニ移轉スルモ若クハ賣主先ツ其權利ヲ取得シテ更ニ之ヲ買主ニ移轉スルモ契約ノ目的ヲ達スルニ於テ何等ノ支障アルコトナケレハ他人ノ物ノ賣買ヲ以テ不能ノ給付ヲ目的トスル契約トシテ之ヲ無效ナリトスルハ謂レナシ終リニ其賣買ニ付キ當事者間ニ於テ意思表示ノ要素ニ錯誤アリタルヤ否ヤハ各場合ニ於ケル當事者ノ意思如何ニ依リテ定マルヘキモノニシテ事ノ他人ノ物ノ賣買ニ關スルカ爲メ常ニ意思表示ノ要素ニ錯誤アルモノト豫斷スルコトヲ得サルノミナラス賣買ハ其當事者間ニ於テ債權債務ヲ創設スルヲ以テ目的トシ賣主ヲシテ契約ノ目的タル財産權ヲ買主ニ移轉スルノ債務ヲ負擔セシムルヲ以テ足ルヲ以テ賣買ノ目的タル財産權カ現ニ賣主ノ所有ニ屬スルコトハ賣買契約ノ要素ニアラスト解スルヲ以テ取引上ノ觀念ニ適スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ要素ノ錯誤ヲ理由トシテ他人ノ物ノ賣買ヲ當然無效ナリトスルハ謂レナシ是レ我民法カ佛國法系ノ立法主義ヲ採用セス却テ之ヲ有效ナリトシ特ニ第五百六十條ノ規定ヲ設ケテ解釋上ニ於テ生スヘキ疑問ヲ豫防スルコトニ留意シタル所以ナリ

民法第五百六十條ノ規定ニ依ルトキハ賣買ノ目的タル財産權カ賣主ニ屬セサルトキハ賣主ハ之ヲ取得シテ買主ニ移轉スルノ義務ヲ負フモノニシテ賣主カ自己ノ所有トシテ之ヲ賣却シタルヤ又ハ他人ノ所有トシテ賣却シタルヤ當事者ニ於テ其權利ノ他人ニ屬スルコトヲ知リタルヤ否ヤハ之ヲ問フコトヲ要セス何トナレハ民法第五百六十條ハ此點ニ付キ何等ノ區別ヲ爲ササルヲ以テナリ故ニ我民法ニ在リテハ賣買ノ目的タル財産權カ賣主ノ所有ニ屬スルコトハ當事者間ニ別段ノ意思表示アル場合ノ外ハ賣買契約ノ要素ニアラサルヲ以テ買主カ他人ノ所有ニ係ル財産權ヲ賣主ノ所有ナリト誤信シテ契約ヲ爲シタル場合ト雖トモ買主ノ錯誤ハ所謂要素ノ錯誤ニ屬セサルヲ以テ賣買契約ハ完全ニ成立シ賣主ハ唯其財産權ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサル場合ニ付キ買主ニ對シテ擔保責任ヲ負フニ過キサルモノトス

第二項　追奪擔保ノ義務

追奪擔保ノ義務即チ權利欠缺ノ擔保義務トハ賣主カ賣買ノ目的タル財產權ノ全部又ハ一部ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルカ爲メ買主ノ被ムルヘキ損失ノ危險ニ對シテ之ヲ防衞シ又ハ其現ニ被ムリタル損害ヲ賠償スルノ責ニ任スルヲ謂フ是レ賣主カ賣買ノ目的タル財產權ヲ買主ニ移轉スルノ義務ヲ負フヨリ生スル當然ノ結果ニシテ追奪擔保ノ責任ハ要スルニ賣主ノ債務ノ不履行ニ對スル一ノ救濟方法ニ過キサルモノトス而シテ追奪擔保ナル名稱ハ羅馬法ニ基因スルモノニシテ羅馬法ニ在リテハ賣主ハ買主ヲシテ目的物ノ安全ナル領有ヲ得セシムルノ義務ヲ負フニ止マリ其權利ヲ移轉スルノ義務ナカリシヲ以テ買主カ目的物ノ引渡ヲ受ケ安全ニ其使用收益ヲ爲ス間ハ賣主ハ之レニ對シテ何等ノ責任ヲ負フコトナク買主カ眞正ナル權利者ヨリ物ノ回復ヲ追求セラレ之ヲ奪取セラルル場合ニ其回復ノ請求ニ對シテ追奪ヲ未然ニ豫防シ又ハ追奪ヨリ生スル損害ヲ買主ニ賠償スルノ義務ヲ負擔スルニ過キサリシナリ是レ追

奪擔保ノ名稱アル所以ナリ然ルニ我民法ニ依レハ賣主ハ買主ニ對シテ權利移轉ノ義務ヲ負フモノナレハ賣主カ此義ヲ履行セサルニ於テハ買主ハ何時ニテモ賣主ニ對シテ擔保權ヲ行使スルコトヲ得ヘク敢テ眞正ナル權利者ヨリノ回復ノ請求又ハ目的物ノ追奪ヲ待ツノ必要ナシトス

買主カ賣主ヲシテ追奪擔保ノ責任ヲ負ハシムルニハ賣買ノ目的タル財產權ニ欠缺アルコトヲ必要トス換言スレハ賣主ハ賣買ノ目的タル財產權ノ全部又ハ一部ノ欠缺竝ニ其不完全ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラス即チ(一)財產權カ全部欠缺スル場合(二)財產權ノ一部カ欠缺スル場合(三)物ノ一部カ不足シ又ハ滅失シタル場合(四)物ノ上ニ他人ノ權利存在スル場合(五)物ニ存スヘキ權利カ存在セサル場合ニ付キ擔保ノ責任ヲ負フヘキモノトス他方ニ於テ賣主カ絕對ニ追奪擔保ノ責任ヲ負フニハ賣買ノ目的タル財產權ノ欠缺カ賣買ノ當時存在セシコトヲ必要トスルト同時ニ財產權カ其賣買當時欠缺スルニ於テハ其欠缺カ賣主ノ行爲ニ基因スルト賣主ノ關知セサル他ノ事由ニ基因スルトハ之ヲ問ハサルモノトス之ニ反シテ賣買ノ當時財產權カ完全ニ存在シ一旦買主ニ移轉シタル

以上ハ其後ニ至リ權利ノ欠缺ヲ生スルモ其欠缺カ賣主ノ責ニ歸スヘキ事由ヨリ生シタル場合ハ格別然ラサレハ賣主ニ於テ之ヲ擔保スルノ義務ナシ例之賣買ノ目的タル物カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ全部又ハ一部滅失シタルトキ買主カ公用ノ爲メニ買受財産ヲ徵收セラレタルトキ、第三者カ賣買前ヨリ爲シタル占有ノ繼續ニ因リ目的物ノ取得時效ヲ完成シタルトキ又ハ買主カ權利ナキ第三者ヨリ回復ノ請求ヲ受ケテ敗訴シ目的物ヲ奪取セラレタルトキハ賣主ニ責任ナシ之ニ反シテ賣主カ其故意過失ニ因リ目的物ノ全部又ハ一部ヲ滅失セシメ更ニ目的物ヲ他人ニ賣買讓與シ又ハ其上ニ權利ヲ設定シ買主ヲシテ完全ニ權利ヲ取得スルコト能ハサラシメタルカ如キ場合ニ於テハ賣主ハ財產權移轉ノ義務ヲ履行セサルモノトシテ擔保ノ責ニ任セサルヘカラス何トナレハ財產權移轉ノ義務ハ其移轉ヲ妨ケサルノ義務ヲ當然包含スルモノニシテ財產權ノ移轉ヲ妨クヘキ行爲ヲ爲スハ即チ財產權移轉ノ義務ニ違背シタルモノニ外ナラサルヲ以テナリ

余ハ以下追奪擔保ノ責任ヲ論スルニ當リ(一)權利ノ全部欠缺(二)權利ノ一部欠缺

(三)目的物ノ數量ノ不足及ヒ其一部ノ滅失(四)目的物上ニ存スル第三者ノ權利(五)目的地ニ存在スヘキ地役權ノ不存在(六)先取特權又ハ抵當權ノ實行ニ因ル所有權ノ喪失(七)强制競賣ノ場合ニ於ケル擔保義務(八)債權賣買ノ場合ニ於ケル擔保義務ニ區別シテ說明スヘシ

第一　權利ノ全部欠缺

賣買ノ目的タル財產權カ全部欠缺シ賣主ハ之ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルトキハ賣主ノ善意ナルト惡意ナルトニ論ナク買主ハ常ニ契約ヲ解除シテ代金支拂ヒノ義務ヲ免カレ又ハ既ニ支拂ヒタル代金ノ返還ヲ受クルコトヲ得ヘシ是レ賣買ノ雙務的要因契約ナルヨリ生スル結果ナリ何トナレハ賣買契約ニ於ケル代金ト財產權トハ互ニ相交換スヘキモノニシテ相共ニ契約ノ原因目的ヲ成スモノナル以上ハ賣主カ其義務ニ屬スル財產權移轉ノ義務ヲ履行セサルニ於テハ賣主ヲシテ契約ノ解除ニ因リ代金支拂ノ義務ヲ免カルルコトヲ得セシムルハ當然ニシテ此場合ニ於テモ尙ホ買主ヲシテ代金ヲ支拂フノ義務ヲ負擔セシムルハ賣買契約ヲ爲

シタル所以ノ目的ニ反スルモノナレハナリ而シテ此場合ニ於ケル擔保責任ハ賣主ノ善意ナルト惡意ナルトニ依リテ差異アリ即チ左ノ如シ

一　賣主ノ惡意ナル場合

賣主カ賣買ノ目的タル財産權ノ自己ニ屬セサルコトヲ知リテ之ヲ買主ニ賣却シタルトキハ賣主ハ普通ノ原則ニ從ヒ擔保ノ責ニ任ス蓋シ賣主カ其權利ノ欠缺ヲ知ル以上ハ之ニ對シテ其責ニ任スヘキコトハ其當サニ豫期スヘキ所ナルヲ以テナリ故ニ賣主カ其權利ヲ移轉スルコト能ハサルトキハ善意ノ買主ハ債務ノ不履行ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ賣主ニ對シテ之レカ爲メニ被リタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルハ勿論賣買契約ヲ解除シタル上第五百四十五條第三項ノ規定ニ依リ不履行ニ因ル損害ノ賠償ヲモ併セテ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ權利ヲ移轉スルコトノ不可能ナルコトカ事實上確定シタルトキハ賣主ハ直チニ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘク其他ノ場合ニ於テハ民法第五百四十一條第五百四十二條ノ規定ニ從ヒ解除ノ手續ヲ爲スヘキモノトス然レトモ買主カ惡意ナルトキ即チ賣買當時其權利ノ賣主ニ屬セサルコトヲ知リタルトキハ買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ルニ止マリ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス何トナレハ買主カ其權利ノ賣主ニ屬セサルコトヲ知ル以上ハ賣主カ其權利ヲ移轉スルコト能ハサルカ爲メ損害ヲ被ムルニ至ルヘキコトハ其當サニ豫期スヘキ所ナルヲ以テ其損害ハ買主自ラ之ヲ負擔スルコトヲ要シ賣主ヲシテ之ヲ負擔セシムヘカラサルヲ以テナリ然レトモ事全ク私益ニ關スルヲ以テ當事者間ニ反對ノ特約アルトキハ其特約ニ從フヘキハ勿論ナリ

二　賣主ノ善意ナル場合

賣主カ善意ナルトキ即チ賣買當時財産權ノ自己ニ屬セサルコトヲ知ラサリシ場合ト雖モ買主カ善意ナルトキハ買主ハ賣主ニ對シテ損害ノ賠償竝ニ契約解除ヲ求ムルノ權利ヲ有スルハ論ヲ俟タス」然レトモ賣主カ善意ナルトキハ買主ニ對シ權利ノ欠缺ニ付テ責任ヲ負フコトハ其毫モ豫期セサル所ナルヲ以テ若シ賣主ニ於テ其契約ニ因リテ絕對的ニ羈束セラレ普通一般ノ原則ニ從ヒ其責任ヲ負ハサルヘカラサルモノトスルトキハ賣主ニ

第二

賣買目的權利ノ一部カ其所有權ヲ賣主ニ留保シテ賣渡シタル場合ニ於テハ賣主ハ買主カ相當ノ期間ヲ定メテ其代價ノ支拂ヲ催告シ其期間内ニ支拂ヲサルトキハ契約ヲ解除スルコトヲ得ル旨ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ賣主ハ其權利ヲ失フヘキモノニシテ賣主カ相當ノ期間ヲ定メスシテ單ニ代價ノ支拂ヲ請求シタルニ過キサルトキハ賣主ハ其權利ヲ失ハス又賣主カ代價ノ支拂ヲ請求シタル場合ニ於テモ其請求ニ應セサルトキハ賣主ハ其權利ヲ失ハス

賣主カ賣渡ノ目的タル權利ノ一部カ他人ノ權利ニ屬スルトキハ賣主ハ其權利ヲ買主ニ移轉スル義務ヲ負フモノニシテ賣主カ其義務ヲ履行スルコト能ハサルトキハ買主ハ其不足ニ對シ賣主ニ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

賣主カ賣渡ノ目的タル權利ノ一部カ他人ノ權利ニ屬スルトキハ賣主ハ其權利ヲ買主ニ移轉スル義務ヲ負フモノニシテ賣主カ其義務ヲ履行スルコト能ハサルトキハ買主ハ其不足ニ對シ賣主ニ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

賣主カ賣渡ノ目的タル權利ノ一部カ他人ノ權利ニ屬シ爲メニ買主カ其權利ノ一部ヲ失ヒタルトキハ賣主ハ其權利ヲ失ヒタル部分ノ價額ニ付キ買主ニ對シ賣渡ノ時ニ於ケル其價額ヲ以テ賠償ヲ爲スコトヲ要ス

賣主カ賣渡ノ目的タル權利ノ一部カ他人ノ權利ニ屬シ爲メニ買主カ其權利ノ一部ヲ失ヒタル場合ニ於テ其殘部ノ權利ニ因リテハ買主カ契約ヲ解除シタルトキハ賣主ハ其權利ヲ失ヒタル部分ノ價額ニ付キ

於ケル賣主ト買主トノ間ノ權利關係ヲ說明セントス

一 買主ハ不足ノ部分ノ割合ニ應シテ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得

蓋シ賣買ニ在テハ代金ト財產權トハ互ニ相交換スヘキモノニシテ其代金全部ハ財產權ノ全部ニ對シテ授受セラルヘキモノナレハ賣主カ自己ノ義務ニ屬スル財產權ノ全部ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルニモ拘ハラス買主ヲシテ其代金ノ全部ヲ支拂フノ義務ヲ負擔セシムルハ各當事者カ賣買契約ヲ爲シタル所以ノ目的ニ反スルモノニシテ權利不足ノ部分ニ對當スル代金ノ一部ハ結局原因ナクシテ支拂フモノトナルヲ以テ此部分ハ總代金中ヨリ控除シ買主ヲシテ單ニ其殘額ヲ支拂フノ義務ヲ負擔セシムルヲ正當ナリトス是レ民法カ第五百六十三條ニ於テ「買主ハ其足ラサル部分ノ割合ニ應シテ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得」ト規定セル所以ナリ例之(一)甲、百坪ノ地所ヲ金二百圓ニテ乙ニ賣渡シタルニ其地所ハ甲丙兩名ノ共有ニ係リ甲ノ持分ハ三分ノ二乙ノ持分ハ七分ニシテ丙ノ持分ハ三分ナリト假定スルトキハ甲カ共有者ノ一人タル丙ヨリ其持分ヲ讓受ケ其地所ノ完全ナル權利ヲ乙ニ移

轉スルコト能ハサルトキハ乙ハ不足ノ部分即チ丙ノ持分ノ割合ニ應シ代金六十圓ノ減額ヲ請求スルコトヲ得ヘク(二)其地所ノ內四十坪ハ丙ノ所有ニシテ地所ノ實價ハ何レノ部分ニ在リテモ同一ナリト假定スルトキハ不足ノ坪數ニ應シテ代金八十圓ヲ減シ之ニ反シテ甲ノ所有ニ係ル六十坪ハ其實價一坪四圓ニシテ丙ノ所有ニ係ル分ハ一坪二圓ト假定スルトキハ地所ノ總價額ハ三百二十圓ニシテ不足ノ部分ノ價額ハ八十圓トナリ總價額四分ノ一ノ不足ヲ生スヘキヲ以テ同一ノ割合ヲ以テ代金全額二百圓ノ中ヨリ其四分ノ一即チ五十圓ヲ減額スヘキモノトス而シテ右價額ノ算定ニ付キテハ契約當時其財產權ノ有セシ價格ヲ標準トスヘク其後ニ於テ生シタル價額ノ變動ハ總テ計算外ニ置クヘキモノトス何トナレハ賣主カ權利ノ一部ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルトキハ之ニ對當スル代金ノ部分ハ契約ヲ爲スノ際買主ニ於テ原因ナクシテ負擔シタルモノナルコトハ前說明ノ如クニシテ之ヲ減額スルハ要スルニ買主ヲシテ契約當時其當サニ負擔スヘカリシ代金ヲ支拂フノ義務ヲ負ハシムルモノニ外ナラサルヲ以テ

ナリ

代金減額ノ請求權ハ買主カ原因ナクシテ代金ヲ支拂フニ至ルノ不公平ナル結果ヲ豫防スルヲ主眼ノ目的トスルヲ以テ買主カ豫メ此權利ヲ拋棄シタル場合ハ格別然ラサレハ買主ハ常ニ必ラス此權利ヲ行使スルコトヲ得ヘク權利ノ欠缺ノ爲メ買主カ其目的ヲ達スルコトヲ得ルヤ否ヤハ之ヲ問フコトヲ要セサルモノトス

民法第五百六十二條ハ權利ノ一部欠缺ノ場合ニ付キ買主ニ代金減額ノ請求權ヲ認メタルモ其請求權ノ性質ニ付キテハ明言スル所ナシ然レトモ余ハ代金減額ノ請求ハ其實質ニ於テハ權利ノ足ラサル部分ニ關スル賣買契約ノ一部解除ニ該當シ賣買契約ハ代金減額ノ請求ニ因リテ一部其效力ヲ失フモノト解スルヲ正當ナリト信ス從テ買主カ此權利ヲ行使シタルトキハ買主ハ既往ニ溯リテ減額シタル代金支拂ノ義務ヲ免カルルト同時ニ賣主モ亦權利ノ不足セル部分ニ付キ初メヨリ其義務ヲ負擔セサリシモノトナルヲ以テ當事者間ニ於テ既ニ代金竝ニ目的物ノ受授アリタルトキハ民

法第五百四十五條ノ規定ニ從ヒ各自相手方ヲ原狀ニ復スルノ義務アルモノトス且代金減額ノ請求ハ契約ノ一部解除トシテ買主ニ對スル意思ノ表示ニ因リテ其效ヲ生シ賣主ノ同意又ハ之ニ代ハルヘキ判決ヲ必要トセス唯其請求ノ當否竝ニ減額スヘキ代金ノ數額ニ付キ爭アルトキハ裁判所カ其請求ヲ正當ト認メ且減少スヘキ代金ノ數額ヲ確定シタルトキハ代金減額ノ請求ハ裁判所ノ確定シタル判斷ヲ受クルノ必要アリト雖モ裁判所ノ確定シテ其效ヲ生スルコトヲ得

二　善意ノ買主ハ契約ヲ解除スルコトヲ得

賣買ノ目的タル權利ノ一部カ他人ニ屬シ賣主ニ於テ其義務ヲ履行スルコト能ハサルニ至リタルノ結果買主カ賣買ニ依リテ希望シタル目的ヲ達スルコト能ハサルトキ換言スレハ買主カ若シ其欠缺ヲ知ルニ於テハ即チ殘存スル部分ノミニテハ賣買契約ヲ締結セサルヘカリシトキハ買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得是レ他ナシ斯クセサルニ於テハ買主ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ不公平ナル結果ヲ生スヘケレハナリ是第五百六十三

條第二項ニ規定スル所ニシテ「契約ヲ解除スルノ權利ハ善意ノ買主ノミ之ヲ行フコトヲ得ヘク惡意ノ買主ハ代金減額ノ請求權ヲ行フコトヲ得ル」ニ止マリ解除權ヲ行フコトヲ得ス」何トナレハ買主カ賣買契約締結當時賣買ノ目的タル財産權ノ一部カ他人ニ屬スルコトヲ知ル以上ハ後ニ至リ履行不能ノ結果ヲ生スルコトアルヘキハ其當サニ豫期スヘキ所ニシテ偶マ履行不能ノ結果ヲ生スルモ敢テ買主ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニアラサルヲ以テ其利益ヲ保護スル爲メ故ラニ契約ノ全部ヲ解除スルノ必要ナケレハナリ且善意ノ買主モ亦タ賣買契約ノ當時財産權ノ一部欠缺ヲ知ルニ於テハ契約ヲ締結セサルヘカリシ場合ニ限リ解除權ヲ行使シ得ヘク其當時財産權ノ一部欠缺アルモ尚ホ賣買契約ヲ締結スルコトヲ妨ケサリシトキハ賣買契約ヲ成立セシムルコトハ毫モ其當初ノ意思ニ反スルモノニアラサルヲ以テ之ヲ維持スルヲ相當トシ其利益ヲ保護スル爲メ之ヲ解除スヘキ理由ナシトス故ニ此ノ場合ニ於テハ善意ノ買主ハ單ニ其減額ノ請求權ヲ行フコトヲ得ルニ止マリ一部ノ權利欠缺ヲ理由トシテ契約ノ解除ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス

民法第五百六十三條ニハ「殘存スル部分ノミナレハ買主カ之ヲ買受ケサルヘカリシトキ」トアリ買主カ之ヲ買受ケ又ハ之ヲ買受ケサルヘカラサリシヤハ契約締結當時ニ於ケル買主ノ主觀的判斷ニ依リテ定マルヘキモノニシテ一般取引上ノ觀念ニ依ルヘキモノニアラス然レトモ買主ノ意思不明ナル場合ニ於テハ取引上ノ觀念ヲ基礎トシテ其意思ヲ推斷スルコトヲ得ヘキハ勿論ナリ

三　善意ノ買主ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得

善意ノ買主ハ上來說明スル如ク賣買ノ目的タル財産權ノ一部欠缺ニ對シ**或**ハ代金ノ減額ヲ請求シ**或**ハ賣買契約ヲ解除スルノ權利ヲ有スルモ此權利ハ未タ以テ其利益ヲ充分ニ保護スルニ足ラサルコトアリ何トナレハ善意ノ買主ハ財産權ノ一部欠缺ノ爲メニ現ニ損害ヲ被ムリ又ハ其正當ニ豫期シタル利益ヲ得ルコト能ハサルニ至ルコトハ往々ニシテ之レアルヘケレハナリ而シテ此場合ニ於テ賣主ノ現ニ被ムリタル損害竝ニ其得ヘカリ

シ利益ノ喪失ハ賣主カ其賣却シタル財産權ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルヨリ生シタル結果ニ外ナラサレハ賣主ニ於テ之ヲ賠償スヘキハ勿論ナリ是レ民法カ契約解除ノ場合ニ損害賠償ヲ許スト同一ノ精神ニ基キ賣買契約ニ付テモ亦代金ノ減額ニ因ル契約ノ一部解除又ハ契約ノ全部解除ノ外尚ホ損害賠償ノ請求權ヲ買主ニ認ムル所以ナリ(第五百六十三條第三項)然レトモ惡意ノ買主ハ其買受ケタル財産權ノ一部欠缺ノ爲メニ損害ヲ生スルコトアルヘキハ契約當時其當サニ豫期スヘキ所ナルヲ以テ之カ爲メ被ムリタル損害ハ買主自ラ之ヲ負擔スルコトヲ要シ債務不履行ノ結果ナリトシテ之ヲ賣主ニ負擔セシムルコトヲ得ス

四 前三項ノ權利ハ買主カ善意ナリシトキハ其事實ヲ知リタル時ヨリ一年內ニ之ヲ行使スルコトヲ要ス

是レ第五百六十四條ニ規定スル所ニシテ同條ハ買主ノ有スル代金減額、契約解除、損害賠償ノ請求權行使ニ終期ヲ附シ買主カ其買受ケタル權利ノ欠缺ヲ知リタル時ヨリ一年內ニ非サレハ之ヲ行使スルコトヲ得サルモノトシ利益ノ喪失ハ賣主カ其賣却シタル財産權ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルヨリ生シタル結果ニ外ナラサレハ賣主ニ於テ之ヲ賠償スヘキハ勿論ナリ是レ民法カ契約解除ノ場合ニ損害賠償ヲ許スト同一ノ精神ニ基キ賣買契約ニ付テモ亦代金ノ減額ニ因ル契約ノ一部解除又ハ契約ノ全部解除ノ外尚ホ損害賠償ノ請求權ヲ買主ニ認ムル所以ナリ(第五百六十三條第三項)然レトモ惡意ノ買主ハ其買受ケタル財産權ノ一部欠缺ノ爲メニ損害ヲ生スルコトアルヘキハ契約當時其當サニ豫期スヘキ所ナルヲ以テ之カ爲メ被ムリタル損害ハ買主自ラ之ヲ負擔スルコトヲ要シ債務不履行ノ結果ナリトシテ之ヲ賣主ニ負擔セシムルコトヲ得ス

四 前三項ノ權利ハ買主カ善意ナリシトキハ其事實ヲ知リタル時ヨリ一年內ニ之ヲ行使スルコトヲ要ス

是レ第五百六十四條ニ規定スル所ニシテ同條ハ買主ノ有スル代金減額、契約解除、損害賠償ノ請求權行使ニ終期ヲ附シ買主カ其買受ケタル權利ノ欠缺ヲ知リタル時ヨリ一年內ニ非サレハ之ヲ行使スルコトヲ得サルモノトシ爲シタルモノナリ而シテ惡意ノ買主ハ契約當時既ニ此事ヲ知ルカ故ニ其契約成立ノ當時ヨリ起算シ善意ノ買主ハ契約當時欠缺ノ事實ヲ知ラサルヲ以テ現ニ其事實ヲ知リタル時ヨリ起算シ何レモ一箇年ノ期間內ニ代金減額、契約解除又ハ損害賠償ノ請求權ヲ行使スルヲ要ス蓋シ賣買ノ目的タル財産權ノ一部欠缺スルコトハ取引上ニ於テ屢々見ル所ノ事實ニシテ其欠缺ノ重要ナラサルモノ大部分ヲ占ムルコトモ亦タ疑ナキ事實ナリ然ルニ此等財産權ノ一部欠缺ノ場合ニ付キ長年月間代金ノ減額其他ノ救濟ヲ許シ當事者ノ權利關係ヲ永ク不確定ノ地位ニ置クハ經濟上頗ル不利ナルノミナラス長年月ノ後ニハ證據湮滅シ事實ノ眞相ヲ發見スルコト能ハサルニ至ルコト之レアルヲ以テ權利ノ一部欠缺ノ場合ニハ法律ハ其欠缺ヲ覺知シタル買主ヲ促シテ速カニ其救濟ヲ求ムルノ手段ヲ講セシメ買主カ一箇年ノ久シキ間其權利ヲ等閑ニ付シタルトキハ其怠慢ノ制裁トシテ此權利ヲ剝奪シ以テ當事者間ノ權利關係ヲ確定セシムルコトニ留意シタルモノナリ

民法第五百六十四條ハ權利ノ欠缺ヨリ生スル擔保義務ニ付キ短期ノ消滅時效ヲ規定シタルニアラスシテ此義務ヨリ生スル買主ノ權利ニ終期ヲ付シ一年ノ滿限ト共ニ其權利ヲ消滅セシムルモノニ外ナラス從テ」時效ニ關スル民法總則ノ規定ハ此場合ニ之ヲ適用スルヲ得ス」何トナレハ民法ハ「法律行爲ノ取消、詐害行爲ノ廢罷訴權相續權ノ回復ニ付キテハ一定ノ期間經過後其權利ハ時效ニ因リテ消滅ス」ト規定スルニ拘ハラス第五百六十四條ニ於テハ買主ノ權利ハ時效ニ因リテ消滅スル旨ノ規定ヲ設ケサルヲ以テナリ左レハ買主カ一箇年內ニ其權利ヲ行使シタルトキハ買主ハ確定的ニ其權利ヲ保存シタルモノニシテ其權利行使ハ時效ノ中斷ニアラサルヲ以テ更ニ一箇年ノ經過前ニ其權利ヲ行使スルコトヲ要セス」爾後何時ニテモ其權利ヲ主張スルコトヲ得ヘシ然レトモ此場合ト雖モ其權利ハ民法總則ノ規定ニ依リ普通時效ノ期間經過ト共ニ消滅時效ニ罹ルモノト解スルヲ正當ナリト信ス

第三 物ノ數量カ不足シ又ハ其一部カ滅失シタル場合

賣買ノ目的物ヲ指示スルニ容積、重量、尺度、員數等物ノ數量ヲ以テセル場合ニ其數量ノ不足スルコトアリ又賣買ノ目的物ノ一部カ契約成立當時滅失シテ存在セサルコトアリ例之(一)甲、乙ニ其所有ノ地所ヲ賣渡スニ際シ其地所ハ二百坪ノ面積ヲ有スルモノトシテ之ヲ讓渡シタルニ實測ノ結果其坪數ハ百八十坪ニシテ二十坪ノ不足アルコトヲ發見シタル場合(二)甲、乙ニ對シ一定ノ區域ヲ有スル土地ヲ賣渡シタルニ其一部カ契約ノ當時洪水ノ爲メ流失シテ存在セサリシ場合(三)甲、乙ニ其倉庫內ノ米全部ヲ三百俵アリトシテ之ヲ賣渡シタル場合ニ其內百俵ハ何者ニカ窃取セラレテ契約當時既ニ存在セサリシ場合ノ如シ此場合ニ於ケル賣主ノ責任ニ關シテハ立法例區々ニシテ一定セス或ハ(一)數量ノ不足ヲ以テ引渡義務ノ不履行ナリトシ或ハ(二)之ヲ以テ瑕疵擔保ノ一種ナリトシ或ハ(三)目的物ノ一部滅失ハ之ヲ擔保責任ノ問題ト爲サスシテ特ニ規定ヲ設ケスシテ一般契約ノ通則ニ依ルヘキモノトナセリ我民法ハ何レノ場合ニ於テモ賣主ハ其賣渡シタル財產權ノ一部ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ得サルモノニシテ結局財產權ノ一部欠缺ノ

場合ニ該當スルヲ以テ同一ノ法則ヲ以テ之ヲ支配スルヲ可ナリト認メ其第五百六十五條ニ於テ權利ノ一部欠缺ニ關スル第五百六十二條以下ノ規定ヲ此場合ニ準用シタリ而シテ同條ノ規定ニ依ルトキハ目的物ノ數量ノ不足竝ニ目的物ノ一部滅失ノ場合ニ付キテハ賣主カ善意ナルト惡意ナルトニ依リテ區別スルコトヲ要ス

一　買主カ善意ナル場合

買主カ善意ナルトキ即チ買主カ賣買契約締結ノ當時目的物ノ數量ニ不足アルコト又ハ其一部カ既ニ滅失シタルコトヲ知ラサリシトキハ買主ハ財產權ノ一部カ他人ニ屬スルカ爲メ賣主カ之ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサル場合ト等シク(一)代價ノ減額ヲ請求シ(二)目的物ノ數量ノ不足又ハ其一部ノ滅失ノ爲メニ契約ヲ爲シタル所以ノ目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ其解除ヲ請求シ且(三)之カ爲メニ被ムリタル損害ノ賠償ヲ請求スルノ權利ヲ有シ賣主ノ善意ナリシヤ又ハ惡意ナリシヤハ其擔保責任ニ影響ヲ及ホスコトナシ何トナレハ民法ハ賣主ヲシテ概括的ニ擔保ノ責ニ任セシメ其意思ノ善意並ニ過失ノ有無ニ付キテ何等ノ區別ヲ爲ササルヲ以テナリ是レ他ナシ買主カ善意無過失ニシテ目的物ノ數量ノ不足又ハ其一部滅失ヲ知ラス又之ヲ知ルコト能ハサリシ場合ト雖モ賣主カ既ニ其數量アリトシテ之ヲ買主ニ讓渡スルコトヲ約シタル以上ハ買主ヲシテ賣買契約ニ因リテ企圖シタル利益ヲ享有セシムルノ義務アルヲ以テ賣主ハ買主ニ對シ其數量ノ不足ニ對シテ責ヲ負ハサルヘカラス換言スレハ此場合ニ於ケル賣主ノ擔保責任ハ賣主カ賣買契約ニ因リテ負擔シタル財產權移轉ノ義務ヲ履行スルコト能ハサルヨリ生スル義務ニ外ナラサルヲ以テナリ但賣主カ數量ノ不足ニ付キ買主ニ對シテ擔保ノ責ニ任スルニハ買主ニ於テ單ニ其數量アリト信シタルノミヲ以テ足レリトス賣主ニ於テ其數量ヲ確保シタルコト換言スレハ賣主カ其數量アリト確言シ其數量ヲ基礎トシテ賣買契約ヲ締結シタルコトヲ必要トス故ニ賣買契約ヲ爲スニ當リ包括的ニ目的物ヲ指示シ其數量ニ付キ別段ノ意思表示ナカリシトキ又ハ其數量ハ之ヲ度外

ニ置キタルモノナルトキハ賣主ハ數量ノ不足ニ對シテ其責ニ任セサルモノトス然レトモ數量ヲ指示シテ物ノ賣買ヲ爲シタルトキハ其數量ハ賣買契約ノ基礎トナリタルモノト推測スルコトヲ得ヘク之ヲ爭フ賣主ニ於テ反證ヲ提出スルノ義務アルハ勿論ナリ

二　買主カ惡意ナル場合

買主カ賣買契約當時目的物ノ數量カ不足シ又ハ其一部カ滅失シタルコトヲ認知シタルトキハ其當時之ヲ指摘シテ代價ノ減額ヲ請求スヘキハ勿論其不足又ハ滅失ニ付テ買主ノ利害ニ重大ノ影響ヲ及ホスヘキモノナルニ於テハ賣買契約ノ締結ヲ斷念スルコトヲ得ルノミナラス之カ爲メ損失ヲ被ムルコトアルヘキハ其當サニ豫期スヘキ所ナリトス然ルニモ拘ラス買主カ何等ノ異議ヲ留メスシテ契約ヲ締結シタリトセハ其數量ノ不足、目的物ノ一部滅失ハ他日之ヲ追完スルニ由ナキモノナレハ買主ハ其當時ニ於ケル目的物ノ現狀ニ滿足シテ契約ヲ締結シタルモノニシテ數量ノ不足ハ之ヲ計算外ニ置キタルモノト推定スヘキハ事理ノ當然ナリトス是レ民法カ買主ノ善意ナル場合ニ限リテ買主ニ擔保權ノ行使ヲ認許シ其惡意ナル場合ヲ除外シタル所以ナリ

目的物ノ數量ノ不足及ヒ其一部ノ滅失ヨリ生スル賣主ノ擔保責任ニ關スル民法第五百六十五條ノ規定ハ特定物ノ數量ヲ指示シテ之ヲ賣買ノ目物トナシタル場合ニ適用セラルヘキモノニシテ不特定物ヲ目的トスル賣買ニ付キテハ同條ニ定ムル擔保責任ノ問題ヲ生スルコトナシ何トナレハ不特定物ノ賣買ニ在テハ契約ノ目的物ハ單ニ物ノ種類ニ依リ抽象的ニ定マレルモノナレハ目的物ノ數量ノ不足又ハ其一部滅失ノ問題ヲ生スルコトナク此問題ハ契約ノ目的物カ初メヨリ特定スルカ若クハ當事者間ノ契約ヲ以テ給付スヘキ目的物ヲ特定シタル場合ニ於テ生スルコトヲ得ヘキモノナルヲ以テナリ而シテ不特定物ノ債務ノ履行トシ引渡シタル物カ其數量ニ於テ不足シタルトキハ買主ハ其不足ノ部分ヲ追求スルヲ得ヘク賣主カ其足ラサル部分ノ引渡ヲ爲ササルトキハ買主ハ債務ノ不履行ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ救濟ヲ求ムルノ權利ヲ有シ第五百六十五條ノ規定ヲ適用スルノ必要ナシ蓋シ一般

擔保責任ニ關スル問題ハ特定物ノ賣買ニ付キテ起ル所ノ問題ニシテ不特定ノ賣買ニ關シテハ全然適用ヲ見サルモノトス又民法第五百六十五條ノ規定ハ賣買當時ニ於ケル物ノ數量ノ不足及ヒ其一部滅失ノ場合ニ適用セラルヘキモノニシテ賣買當時ニ於テ完全ナル狀態ニ在リタル目的物カ其後ニ至リ其數量ニ不足ヲ生シ又ハ其一部カ滅失シタル場合ニ付キテハ契約ノ效力ニ關スル一般ノ原則ヲ適用シテ當事者ノ權利關係ヲ定ムヘキハ勿論ナリ

第四　賣買ノ目的物カ地上權、永小作權、地役權、質權、賃借權ヲ負擔スル場合

賣買ノ目的物ノ負擔スル地上權、永小作權、地役權ハ不動產ニ質權ハ動產ト、不動產ニ關スルモノナリ蓋シ賣買ノ目的物カ此等ノ權利ヲ負擔スルトキハ目的物ハ他人ノ支配權ニ服從シ買主ハ現在ニ於テ既ニ其權利ヲ制限セラレ完全ニ目的物ノ使用收益ヲ爲スコトヲ得スシテ爲メニ賣買契約ヨリ生スル實益ヲ收ムル能ハサルノ地位ニ在ルノミナラス買主ノ讓受ケタル目的物ノ所有權ハ其內容ニ於テ不足スル所アリテ其權利ノ一部欠缺スルノ點ハ賣買ノ目的タル權利ノ數量ニ欠缺アル前記二項ノ場合ト毫モ異ナル所ナシ故ニ此場合ニ於ケル賣主ノ責任ニ付キテモ亦同一ノ原則ヲ適用シ買主カ賣買契約締結ノ當時此種ノ負擔ノ存スルコトヲ知ラサリシトキハ買主ヲシテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得セシムルコトヲ必要トスルト同時ニ契約當時此種ノ負擔ノ存在ヲ知ルニ於テハ契約ヲ締結セサルヘカリシトキハ其解除ヲ請求スルノ權利ヲ之ニ附與スルヲ可ナリトス然レトモ代價減額ノ請求ハ賣買ノ目的タル權利カ數量的ニ不足シタル場合ニ其全部ト不足シタル部分トニ比例シテ代金ヲ減額シ因テ以テ契約ノ部分的解除ヲ行フ場合ニ於テ可能ニシテ且其實益アルモノト謂フヘク賣買ノ目的タル權利カ其內容ニ於テ不足スル場合ニ於テハ此方法ニ依ルコトヲ得ス何トナレハ後ノ場合ニ於テハ權利ノ內容ノ不足スル部分ニ比例シテ代價ヲ減少シ因テ以テ契約ノ一部解除ヲ行フコトハ賣買契約ノ性質ニ反スルモノニシテ此種ノ契約ハ全部之ヲ維持スルカ全部之ヲ解除スルカ二中必ラス其一ヲ選フコトヲ要スルヲ以テナリ是レ民法カ此種ノ賣買ニ付キ代金減額ノ請求權ヲ買主ニ附與セサル所以ナリ又買主カ惡意ナル場合ニハ目的物ノ負擔ハ之ヲ甘諾シタルモノト推定

スヘキハ勿論ナルヲ以テ賣主ニ對シテ擔保權ヲ行フコトヲ得サルヤ明カナリ

賃借權ハ一ノ債權ナルモ登記ヲ爲スニ於テハ之ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルハ物權ト毫モ異ナル所ナキヲ以テ賣買ノ目的タル不動產ニ付キ賃借權ノ登記アリタルトキハ其賃借權ハ之ヲ買主ニ對抗スルコトヲ得ヘキニ依リ買主ハ其不動產ノ使用收益ヲ爲スコト能ハサルコトハ其不動產カ物權ヲ負擔スル場合ト全ク同一ナリ是レ民法第五百六十六條第二項カ買主ノ擔保責任ニ付キ目的物カ物權ヲ負擔セル場合ニ關スル第一項ノ規定ヲ此場合ニ準用スル所以ナリ之ニ反シテ先取特權抵當權ハ等シク物權ナルモ目的物ヲ使用收益スルノ權利ヲ買主ヨリ剝奪スルモノニアラス從テ是等ノ物權カ目的物上ニ存スルノ一事ヲ以テ直チニ當事者間ニ於テ擔保責任ニ關スル問題ヲ生スルコトナキハ賣買ノ目的タル權利カ他人ノ所有ニ屬スル場合ニ同シ

買主カ賣買ノ目的物上ニ物權又ハ賃借權ノ存在スルカ爲メ賣主ニ對シテ爲ス所ノ契約解除及ヒ損害賠償ノ請求權ハ賣主カ其事實ヲ知リタル時ヨリ一年内ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要スルハ權利ノ一部欠缺ノ場合ニ同シ

第五 賣買ノ目的タル土地ニ存セリト稱セラレタル地役權ノ存在セサリシ場合

地役權ハ土地ノ所有權ニ附隨シテ之ト一體ヲ爲スモノナレハ當事者カ之ヲ包括シテ賣買ノ目的ト爲シタルトキハ地役權ノ不存在ハ結局賣買ノ目的タル權利ノ一部欠缺トナルト同時ニ存在セサル地役權ニ比例シテ代價ノ減額ヲ爲スコトハ賣買契約ノ性質ニ反スルモノナルヲ以テ賣主ノ擔保責任ニ付キテハ目的物カ物權ヲ負擔スル前項ノ場合ト同一ナル規定ニ從ハシムルコトトシ買主ノ爲メニ損害賠償ノ請求權ト契約ノ全部解除ノ權利ヲ認ムルモノトセリ是レ第五百六十六條後段ニ規定スル所ナリ

第六 先取特權抵當權ノ實行ニ因リ買主カ賣買ノ目的タル不動產ノ有所權ヲ失ヒタル場合

賣買ノ目的タル不動產カ先取特權又ハ抵當權ヲ負擔スルモ買主ハ現在ニ於テハ其權利ヲ害セラルルモノニアラス何トナレハ買主カ其不動產ノ使用收

益處分ヲ爲スノ權利ハ抵當權先取特權ノ存在スルカ爲ニ毫モ妨ケラルルコトナケレハナリ是レ民法カ單ニ此等權利ノ存在スルノ一事ヲ以テ買主ノ爲ニ擔保權ノ行使ヲ認許セサル所以ナリ之ニ反シテ先取特權者又ハ抵當權者カ其權利ヲ實行シタルトキハ買主ハ玆ニ其權利ヲ奪ハルルニ至ルヲ以テ此場合ニ於テハ買主ヲシテ擔保權ヲ行使セシムルコトヲ要スルハ勿論買主カ契約當時抵當權ノ存在ヲ知リタルト否トハ之ヲ問フノ必要ナキモノト謂ハサルヲ得ス何トナレハ一方ニ於テ買主ハ先取特權抵當權ノ實行ニ因リ其買受ケタル權利ノ全部ヲ失フニ至リ權利ノ全部欠缺ノ場合ト同一ノ結果ヲ生スルノミナラス他方ニ於テ縱令買主カ買受當時先取特權抵當權ノ存在ヲ知ルモ此一事ノミヲ以テ擔保權ヲ拋棄シタルモノト推定スルコトヲ得ス却テ買主ハ賣主ニ於テ債務ヲ辨濟シ其抵當權先取特權ヲ消滅セシムルコトヲ豫期シタルモノト推定スルコトヲ得ヘケレハナリ而シテ民法第五百六十七條ニ依ルトキハ此場合ニ於テ買主ノ有スル權利ハ左ノ如シ

一　買主ハ契約ヲ解除スルコトヲ得　蓋シ買主カ先取特權、抵當權ノ實行ニ因リ其所有權ヲ喪失シタルトキハ買主ハ賣買契約ヲ爲シタル所以ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リ原因ナクシテ代金ヲ支拂フコトトナルヲ以テ契約ヲ解除シ買主ヲシテ代金支拂ノ義務ヲ免カレシメ雙方ノ地位ヲ契約以前ノ現狀ニ復スルヲ正當ナリトスルヲ以テナリ

二　買主カ出捐ヲ爲シテ其所有權ヲ保存シタルトキハ賣主ニ對シテ其出捐ノ償還ヲ請求スルコトヲ得　買主カ抵當權先取特權ヲ消滅セシムル爲メ自カラ債務ヲ辨濟シ又ハ滌除ノ手續ヲ爲シ抵當權者先取特權者ノ承諾ヲ得タル金額ヲ供託シ又ハ之ヲ拂渡シテ抵當權先取特權ヲ消滅セシメ又ハ買主自ラ競落人トナリテ其不動產ヲ買受ケ因テ以テ其所有權ヲ保存シタルトキハ之カ爲メニ支出シタル辨濟金、提供金又ハ競買代金ノ償還ヲ賣主ニ求ムルコトヲ得蓋シ其出捐ハ賣主カ其賣渡シタル不動產ノ負擔ヲ消滅セシメテ其完全ナル所有權ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルヨリ生シタル結果ニ外ナラスシテ賣主カ賣買ノ目的タル不動產ノ負擔スル抵當權先取特權ニ付キ債務者タルノ地位ニ在ルト第三者タルノ地位ニ在ルトハ其

擔保責任ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ何トナレハ何レノ場合ニ於テモ賣主ハ買主ニ對シテ其賣渡シタル目的物ノ完全ナル權利ヲ移轉スル義務アルヲ以テナリ

民法第五百六十七條カ買主ニ認許スル所ノ契約解除ノ權利ハ賣主カ買主ニ對シ賣買ノ目的タル財產權ヲ移轉スルコト能ハサルヨリ生スルモノナルヲ以テ買主カ賣主ノ義務不履行ニ對スル制裁トシテ當然享有スル權利ニ屬シ敢テ特別ノ規定ヲ要スルモノニアラスト雖モ買主カ其所有權ヲ保存スルカ爲メニ支出シタル費用ノ償還ヲ賣主ニ請求スルノ權利ハ買主カ當然享有スル權利ニアラスシテ第五百六十七條ノ規定ニ依リテ附與セラレタル權利ナリトス何トナレハ出捐ヲ爲シタル買主ハ元來其出捐ニ因リ抵當不動產ノ負擔スル債務ノ全部又ハ一部ヲ消滅セシメ主タル債務者ニ對シ償還ヲ請求スルコトヲ得ルモ債務者ニアラサル不動產ノ讓渡人ニ對シテ償還ノ請求ヲ爲スヘキモノニアラサルヲ以テナリ故ニ買主ハ第五百六十七條ノ規定ニ從ヒ賣主ニ對シテ該出

捐ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ヘシト雖モ代位辨濟者トシテ債務者ニ對シ求償ヲ爲スノ權利ハ之カ爲メ毫モ妨ケラルルコトナキヲ以テ買主ハ其選擇ニ依リ或ハ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ行ヒ或ハ賣主ニ對シテ求償權ヲ行ヒ其出捐ノ爲メニ受ケタル損失ヲ回復スルコトヲ得ヘシ

三　買主ハ賣主ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得　賣主カ前記二個ノ擔保權ヲ行フコトヲ得ルノミナラス先取特權抵當權ノ實行ニ因リテ所有權ヲ失ヒ又ハ出捐ヲ爲シテ其權利ヲ保存シタルカ爲メニ他ニ損害ヲ受ケタルトキハ其損害ノ賠償ヲモ請求スルコトヲ得ヘシ何トナレハ其損害モ亦等シク賣主ノ債務不履行ヨリ生シタルモノナレハ賣主ニ於テ賠償ノ責ニ任スヘキハ勿論ナルヲ以テナリ

民法第五百六十七條ハ單ニ不動產ヲ目的トスル先取特權又ハ抵當權ノ實行ニ因リ買主カ其所有權ヲ失ヒタル場合ニ付キテ規定ヲ設ケ買主カ不動產質權ノ實行ニ因リ其所有權ヲ失ヒタル場合ニ付キ規定スル所ナシ蓋シ質權ニ關シテハ同法第五百六十六條ニ於テ賣主ノ擔保義務ヲ規定シアルヲ

ヲ以テ民法ノ起草者ハ第五百六十七條ニ於テ再ヒ之ヲ規定スルノ要ナシト速了シタルモノナラン然レトモ賣買ノ目的物上ニ質權ノ存在スルニ因リテ賣主擔保ノ責ニ任スル第五百六十六條ノ場合ト物上擔保ノ實行ニ因リテ買主カ其所有權ヲ失フ第五百六十七條ノ場合トハ賣主ノ擔保義務ノ因テ生スル法律上ノ原因ヲ異ニスルヲ以テ兩々竝ヒ行ハレテ相妨クルモノニアラス而シテ先取特權抵當權ノ實行ニ因ル所有權喪失ノ場合ニ付キ買主ニ第五百六十七條ノ權利ヲ認ムル以上ハ之ト其性質ヲ同フスル質權ノ實行ニ因リ買主カ所有權ヲ失ヒタル場合ニ付キテモ亦同一ノ權利ヲ買主ニ認ムルノ必要アリ此二者間ニ區別ヲ設クヘキ理由ナシ然ラサレハ買主ハ其善意ナル場合ニ限リ第五百六十六條ノ規定ニ從ヒ賣主ニ對シテ契約ノ解除竝ニ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マリ質權ノ實行ニ因ル所有權喪失ニ對シテ救濟ヲ求ムルコトヲ得サルノ極メテ不條理ナル結果ヲ生スヘシ要スルニ民法ノ起草者ハ誤テ質權ノ實行ニ因ル所有權喪失ノ場合ヲ以テ類推解釋ニ依リテ其缺點ヲ補ヒ不動產上質權ノ實行ニ因リ買主カ所有權ヲ喪失シタル場合ニ於テハ第五百六十七條ニ定ムル權利ヲ行フコトヲ得ヘキモノト解スルヲ可ナリトス地上權又ハ永小作權ノ買主カ之ヲ目的トスル抵當權ノ實行ニ因リ其地上權永小作權ヲ喪失シタル場合ニ於テモ亦然リトス

民法第五百六十七條ハ不動產ヲ目的トスル物上擔保ノ爲メニ買主カ所有權ヲ失ヒタル場合ニ付キテ規定シ動產上ノ物上擔保ヨリ來ル買主ノ所有權喪失ニ付キテ規定スル所ナキヲ以テ此場合ニ付キテハ一般ノ原則ノ適用ニ依リ其效果ヲ定ムルコトヲ要シ買主ノ爲メニ契約解除ノ權利ヲ認ムルト同時ニ善意ノ買主ノ爲メニ損害賠償ヲ求ムルノ權利ヲモ認メサルヘカラス然レトモ買主カ先取特權質權ノ存在ヲ知リテ目的物ヲ買取リタルトキハ契約ヲ解除スルコトヲ得ルニ止マリ損害ノ賠償ヲ求ムルノ權利ナキモノトス何トナレハ損害賠償ノ請求權ハ法律ノ規定又ハ當事者間ノ特約ナキ限リハ善意ノ買主ノ享有スル權利ニシテ權利ノ欠缺ノ生スル所以ノ事實ヲ知リテ目的物ヲ買取リタル者ニ此權利ナキコトハ民法第五百六

十一條以下ノ規定ニ徴シテ明カナルヲ以テナリ然レトモ買主カ目的物ノ引渡ヲ受ケタルトキハ先取特權者又ハ質權者ハ買主ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得サルハ民法第三百三十三條第三百五十三條ノ規定ニ徴シテ明カナルヲ以テ此場合ニ於テハ擔保責任ノ問題ヲ生スルコトナキハ論ヲ俟タス而シテ民法カ動產上ノ物上擔保ヨリ生スル買主ノ所有權喪失ニ付キ規定セサリシハ動產ハ不動產ニ比シ重要ナラサルヲ通例トスルヲ以テ其所有權ノ喪失ニ付キ特別ノ保護ヲ買主ニ與フルノ必要ナシト認メタルカ爲メナルヘシト雖モ理論上ヨリ云フトキハ第五百六十七條ノ規定中ニ此場合ヲモ收容スルヲ正當ナリト信ス

第七　強制競賣ノ場合ニ於ケル擔保義務

所謂強制競賣トハ競賣法民事訴訟法其他ノ法律ニ從ヒ裁判所執達吏其他執行機關ニ於テ強制的ニ爲ス所ノ賣買ヲ謂フ蓋シ強制競賣ノ場合ニ於テハ目的物ノ賣買ハ債務者ト競落人トノ間ノ隨意契約ニ依リテ行ハルルモノニアラスシテ債務者ノ意思如何ニ拘ハラス裁判所及ヒ執達吏ニ於テ權利ノ移轉

ニ必要ナル手續ヲ踐行シ競落人ヲシテ目的物ノ所有權ヲ取得セシムルモノナレハ賣買契約ヨリ生スル擔保ノ原則ハ一見債務者ト競落人トノ關係ニ適用スヘカラサルカ如シ然レトモ競落ニ因ル所有權ノ取得ハ原始取得ニアラスシテ一種ノ承繼取得ナルヲ以テ強制競賣ノ場合ニ於テモ債務者ノ所有スル財產權カ競落人ニ移轉スルト同時ニ競落人ハ其對價トシテ代金ヲ支拂ヒ其代金ハ債務者ノ爲メニ其債務ノ辨濟ニ供セラルルモノナレハ結局債務者ト競落人トノ間ニ於テ財產權ト其代金ノ交換ヲ爲スモノニ外ナラスシテ一ハ任意ニシテ他ハ強制的ノ差異コソアレ其效果ニ至リテハ彼此全ク同一ナリトス是レ強制競賣ノ名稱アル所以ナリ左レハ競落人カ競落ノ目的タル財產權ヲ完全ニ取得スルコト能ハサリシトキハ任意賣買ノ場合ト等シク賣主ノ地位ニ立ツ所ノ債務者ヲシテ擔保ノ責ニ任セシムルヲ正當ナリトス然レトモ強制競賣ニ在リテハ競落人ノ支拂タル賣買代金ハ債務者ヲ利スルト同時ニ其配當ヲ受ケタル債權者ヲモ利スルヲ以テ契約解除ノ結果競落人ノ地位ヲ原狀ニ復スルカ爲メ債權者モ亦タ配當ヲ受ケタル代金ヲ返還スルノ義

務ヲ負フノ地位ニ在ルノミナラス財産權ノ主體タル債務者ハ自己ノ所爲ヲ以テ財産權ヲ相手方ニ移轉シタルニアラスシテ全ク受働的ノ地位ニ立ツ者ハ其競賣ヲ請求シタル債權者ナレハ損害賠償ニ關スル擔保責任ニ付キテモ亦タ普通ノ原則ニ依ルコトヲ得サルヤ明カナリ是レ民法第五百六十八條ノ規定アル所以ニシテ同條ノ規定ニ依ルトキハ競落人カ競落ノ目的タル財産權ヲ完全ニ取得スルコト能ハサル場合ニ於テ有スル所ノ擔保權ハ左ノ如シ

一　競賣ノ目的タル權利ノ欠缺セル總テノ場合ニ於テ競落人ハ賣主ノ擔保ノ責任ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ契約ヲ解除シ又ハ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得（第五百六十二條第二項）蓋シ競落人カ財産權ヲ完全ニ取得スルコト能ハサルニ拘ハラス其代金ヲ支拂フモノトセハ原因ナクシテ給付ヲ爲スノ不公平ナル結果ヲ生スルノミナラス競落人カ其財産權ヲ買受ケタル所以ノ目的ト全然背馳スルノ結果ヲ生スルヲ以テ法律ニ定メタル制限條件ニ從ヒ買主ヲシテ其契約ヲ解除シ代金全部ヲ取戻シ又ハ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得セシムルハ理論上ヨリ云フモ又公平ノ觀念ヨリスルモ必要ニシテ欠クヘカラサルヲ以テナリ

然リト雖モ競落人ノ支拂ヒタル賣買代金ハ既ニ債務ノ辨濟ニ供セラレ且債務者ハ他ニ財産ヲ所有セサル爲メ競落人ハ代金ノ全部又ハ一部ノ返還ヲ受クルコトヲ得サルコトハ往々ニシテ之レアリ此場合ニ於テハ競落人ハ代金ノ配當ヲ受ケタル債權者ニ對シテ其代金ノ全部又ハ一部ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ（第五百六十二條第二項）是他ナシ此場合ニ於テハ競賣代金ノ全部又ハ一部ハ原因ナクシテ債務者ノ資産中ニ入リタルモノニシテ債務者ハ之ヲ競落人ニ返還セサルヘカラサリシモノナリ左スレハ債務者ノ財産ヲ前提トシテ其權利ヲ行フ所ノ債權者ハ其代金ニ付キテ辨濟ヲ受クルコト能ハサルノ地位ニ在リタルモノニシテ之ヲ其債權ノ辨濟ニ充テタルハ結局權利ナクシテ競落人ノ金錢ヲ領收シタルモノニ外ナラサルヲ以テ之ヲ競落人ニ返還シテ原狀ニ復スルハ當然ノ條理ナルヲ以テナリ

二　競落人ハ物又ハ權利ノ欠缺ヲ知リテ之ヲ申告セサル債務者及ヒ其欠缺ヲ知リテ競賣ヲ請求シタル債權者ニ對シテ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得　是レ民法第五百六十五條第三項ニ規定スル所ニシテ競賣ニ在テハ債務者ハ普通ノ賣買ト異ナリ競落人ノ買受ケタル權利ニ欠缺アリタルノ一事ノミヲ以テ當然損害賠償ノ責ニ任スルモノニアラス何ントナレハ債務者ハ競賣ニ在リテハ全ク受働的ノ地位ニ在リテ己レ自ラ目的物ヲ賣渡シタルモノニアラサルヲ以テ之レヨリ生スル損害ハ其所爲ニ基因シタルモノニアラス從テ之ニ對シテ責任ヲ負フヘキ理由ナケレハナリ然レトモ競賣ハ縱令債務者ノ意思ニ基カサルモ其代金ハ其債務ノ辨濟ニ供セラレ債務者ヲ利スルモノナレハ債務者カ權利ノ欠缺ヲ知リタル以上ハ其事實ヲ申告シテ權利ノ欠缺ヨリ生スル損害ヲ未然ニ豫防スルノ義務アルモノト云ハサルヲ得ス從テ債務者カ此義務ヲ等閑ニ付シタルトキハ競落人ハ之ニ對シテ損害ノ賠償ヲ請求スルノ權利アリトスマタ他方ニ於テ競賣ハ債權者ノ請求ニ基ツキテ之ヲ爲スモノナレハ理論上ヨリ云フトキハ競落人カ競賣ノ目的タル財產權ノ全部又ハ一部欠缺スルカ爲メニ被ムル所ノ損害ニ付キテハ競賣ノ主働者タル債權者其責ニ任スヘキハ勿論ナリト雖モ斯クテハ善意ノ債權者ニ對シテ甚タ苛酷ナル結果ヲ生スルヲ以テ法律ハ其責任ヲ輕減シ其欠缺ヲ知リナカラ競賣ヲ請求シタル場合ニ限リ競落人ニ對シテ賠償ノ義務アルモノト爲セリ

民法第五百六十八條ニハ「債務者」トアルモ是レ債務者其人カ競賣ノ目的タル財產權ノ主體タル普通ノ場合ニ著眼シタルモノニシテ目的タル權利カ他人ノ所有名義ナルトキ例之第三者カ其所有ノ動產不動產ヲ債務ノ擔保ニ供シ質權、抵當權ヲ設定シタル場合ニ其目的物ヲ競賣ニ付シタルトキハ賣主ノ地位ニ立ツ者ハ債務者ニアラスシテ其動產不動產ヲ擔保ニ供シタル第三者ナルヲ以テ權利ノ欠缺ヨリ生スル擔保ノ責任ハ所有名義人タル第三者ニ於テ之ヲ負擔スルコトヲ要スルモノト解スルヲ正當ナリトス

第八　債權賣買ノ場合ニ於テモ買主ハ一般ノ原則ニ從ヒ權利ノ欠缺ニ對シ擔保ノ責任

責ニ任スヘキハ勿論ナリト雖モ債權ノ價値ハ債務者ノ資力如何ニ依リテ定マルモノニシテ無資力ナル債務者ニ對シテ債權ヲ有スルハ空權ヲ有スルニ過キスシテ其債權ハ毫モ效用ヲ爲ササルヲ以テ買主カ賣主ヲシテ債權其モノノ存在ニ付キテ擔保義務ヲ負ハシムルノ外尙ホ債務者ノ資力ヲモ擔保セシムルノ必要ヲ感スルコト往々ニシテ之アルヘキハ論ヲ俟タサル所ナリ而シテ我民法ニ依ルトキハ債務者ノ資力ニ對スル賣主ノ擔保責任ハ左ノ如シ

一 賣主ハ債務者ノ資力ヲ擔保スルノ責任ナシ

債權ノ賣買ニ依リ賣主ハ買主ニ對シ賣買ノ目的タル債權ヲ買主ニ移轉スルノ債務ヲ負フニ止マリ債務者ノ資力ニ付キ責任ヲ負フコトナシ何ントナレハ債權ノ存在ト債務者ノ資力ノ有無ハ全ク別個ノ問題ニ屬スルノミナラス賣買ハ其性質ニ於テ射利的行爲ニシテ賣買ヨリ生スル利害損益ハ各當事者ノ豫メ計量セサルヘカラサル所ナルヲ以テ債務者ノ資力ニ疑アリテ損失ノ危險アリト思惟スルトキハ買主ハ代價ヲ減少シテ之ヲ買受ケ以テ損失ヲ豫防スルコトヲ得ヘケレハナリ故ニ買主カ賣主ヲシテ債務者ノ資力ニ付キ責任ヲ負ハシムルニハ當事者間ニ特別ノ意思表示ヲ必要トス

二 買主カ債務者ノ資力ヲ擔保シタルトキハ契約ノ當時ニ於ケル資力ヲ擔保シタルモノト推定ス

債務者ノ資力ハ經エス變動スルヲ以テ債務者カ現在ニ於テハ充分ナル資力ヲ有スルモ何時無資力ニ陷ルヤ知ルヘカラサルヲ以テ債權ノ賣主カ債務者ノ資力ヲ擔保シタル場合ト雖モ賣主ハ決シテ其知ルコト能ハサル債務者將來ノ資力ヲ擔保シタルモノニアラスシテ其現ニ熟知スル所ノ債者現在ノ資力ヲ擔保シタルモノト推定スヘキハ事理ノ當然ナリ是レ第五百六十九條第一項ノ規定アル所以ナリ從テ債權者ヲシテ債務者將來ノ資力ニ付キ責ヲ負ハシムルニハ當事者間ニ特別ノ意思表示ヲ必要トス

三 辨濟期ニ到ラサル債權ノ賣主カ債務者ノ將來ノ資力ヲ擔保シタルトキハ辨濟ノ期日ニ於ケル資力ヲ擔保シタルモノト推定ス

賣買ノ目的タル債權ノ辨濟期日カ未タ到來セサルトキハ買主ハ其辨濟期日ノ到來ヲ待テ債務者ニ對シ債務ノ辨濟ヲ要求スルコトヲ要シ債務者カ辨濟期ニ於テ充分ナル資力ヲ有スルトキハ買主ハ完全ニ其債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルヤ明カナリ左スレハ辨濟期ノ到來セサル債權ヲ賣買スルニ當リ賣主カ債務者ノ將來ノ資力ヲ擔保シタルトキハ永久無限ニ其資力ヲ擔保スルノ意思ニアラスシテ辨濟期ニ於ケル債務者ノ資力ヲ擔保シ買主ヲシテ債務者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ノ意思ナリト推定スルヲ以テ最モ好ク當事者ノ意思ニ適合シタルモノト謂ハサルヘカラス之ニ反シテ辨濟期ノ到來シタル債權ニ付キ賣主カ債務者ノ將來ノ資力ヲ擔保シタルトキハ賣主ハ保證人ト等シク永久ニ擔保義務ヲ負擔シ債權者カ其債權ノ完全ナル辨濟ヲ受ケサル限リハ其義務ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス賣主カ辨濟期ノ來ラサル債權ニ付キ債務者ノ資力ヲ擔保スルニ當リ特約ヲ以テ絕對的ニ擔保義務ヲ負擔シタル場合モ亦同シ

第三項　瑕疵擔保

民法第五百七十條ニ曰ク「賣買ノ目的物ニ隱レタル瑕疵アルトキハ第五百六十六條ノ規定ヲ準用スト是レ賣主ノ負擔スル瑕疵擔保ノ責任ヲ規定シタルモノナリ余ハ今ヤ民法ニ從ヒ瑕疵擔保ニ付キ說明ヲ爲スニ當リ瑕疵ノ性質瑕疵擔保ノ要件瑕疵擔保ノ內容ニ區別シテ講述スヘシ

第一　瑕疵ノ性質

瑕疵ハ其名稱ノ示ス如ク物ニ存スル缺點ニシテ取引上ノ普通ノ觀念又ハ當事者ノ意思ニ依リ物ニ存スルモノト認メラルル所ノ性質カ其物ニ存セサルカ爲メ其物ノ價格ヲ減シ又ハ當事者ノ期圖シタル物ノ效用ヲ不完全ナラシムルモノヲ云フ蓋シ賣買ノ目的タル物カ如何ナル性質ヲ具有スルコトヲ要スルヤハ一般ノ取引上ニ於テ行ハルル普通ノ觀念ニ依ルヘキモノニシテ當事者カ法律行爲ノ目的タル物ノ有スヘキ性質ニ付キ別段ノ意思ヲ表示セサルトキハ當事者ハ普通ノ觀念ニ從ヒ其物ハ通常其物ニ存スルモノト認メラ

ルル所ノ性質ヲ有スルモノトシテラス例之牛馬ノ取引ハ健全ナル牛馬ヲ目的トシ「健全」テフ性質ハ取引ノ目的タル牛馬ノ通常具有セサルヘカラサルモノナルヲ以テ牛馬カ疫病ニ罹リタルモノトスルトキハ其牛馬ハ普通具有スヘキ性質ヲ缺クモノニシテ其欠缺ヲ成ス所ノ疫病ハ即チ其瑕疵ナリトス又タ果實ノ取引ニ在テハ目的タル果實ハ通常新鮮ニシテ食用ニ適スルコトヲ必要トスルヲ以テ腐敗又ハ毀損シタル果實ハ其通常有スヘキ性質ヲ缺クモノニシテ其果實ニハ瑕疵アリト謂フコトヲ得ヘシ又土地ノ取引ニ付キテハ、地盤ノ堅實ニシテ使用收益ニ適スルコトヲ要スルヲ以テ地盤カ軟弱ニシテ陷沒ノ虞アルトキハ其地盤ニハ瑕疵アルモノト謂ハサルヘカラス而シテ當事者カ別段ノ意思ヲ表示セサルトキハ取引上ノ觀念ニ基キ瑕疵ノ有無ヲ判定スヘシト雖モ目的物ノ具有スヘキ性質ニ付キテ當事者カ別段ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從ヒ目的物カ果シテ其性質ヲ具有スル完全無缺ノモノナルヤ若クハ此性質ヲ缺ク所ノ瑕疵アルモノナルヤヲ決定セサルヘカラス而シテ當事者ハ任意ニ目的物ノ具備スヘキ性質ヲ協定スルコトヲ得ヘク目的物ノ品質、出所、時代、沿革其他ノ物質的性狀ハ何レモ目的物ノ具有スヘキ性質ヲ形成スルコトヲ得ヘシ且物ノ具有スヘキ性質ハ時ト場合トニ依リテ異ナルヲ以テ當事者カ如何ナル性質ヲ有スル物ヲ以テ取引ノ目的ト爲シタルヤノ問題ニ付キテハ其取引ノ性質、當事者、時期、場所、代金其他契約締結當時ノ諸般ノ狀況ヲ斟酌シテ之ヲ決定スルコトヲ要ス

賣主ハ買主ニ對シテ賣買ノ目的タル財產權ヲ移轉スルノ義務ヲ負フ結果トシテ賣主ハ買主ヲシテ事實上及ヒ法律上完全ニ其財產權ノ主體タラシムルノ義務アルコトハ既ニ說明スル所ノ如シ故ニ賣買當事者カ一定ノ性質ヲ具有スルモノトシテ物ノ賣買ヲ爲シタルトキハ賣主ハ即チ其性質ノ存在ヲ擔保シタルモノト謂フヘク從テ其性質ヲ具有スル物ノ所有權ヲ買主ニ移轉シ買主ヲシテ其物ノ使用收益ヲ爲スコトヲ得セシムルノ義務アルヲ以テ賣買ノ目的タル物カ當事者間ニ於テ其物ニ有セルモノト認メラレタル性質ヲ缺クトキ即チ賣買ノ目的物ニ瑕疵アルトキハ賣主ハ賣主タルノ義務ヲ完全ニ

履行セサルモノナレハ之ヨリ生スル結果ニ付キ買主ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラス是レ所謂瑕疵擔保ノ責任ナリ故ニ瑕疵擔保ノ義務モ亦タ追奪擔保ノ義務ト等シク賣主カ買主ニ對シテ負フ所ノ財産權移轉ノ義務ヨリ生スル結果タルニ外ナラス但瑕疵擔保ノ因テ生スル法律上ノ原因ニ付テハ議論二派ニ分レ或者ハ瑕疵擔保ノ責任ハ賣主ノ財産權移轉ノ義務ヨリ生スル結果ナリトシ他ノ者ハ瑕疵擔保ノ責任ハ財産權移轉ノ義務ヨリ生スルモノニアラスシテ取引上ノ必要ト公平ノ觀念トヲ基礎トスル別種ノ責任ナリトセリ獨逸民法ハ第二ノ主義ヲ認メ我民法ハ第一ノ主義ヲ採用シ追奪擔保ニ關スル民法第五百六十六條ノ規定ヲ瑕疵擔保ニ準用スルコトト爲シタリ

第二　擔保ノ要件

我民法ノ規定ニ依ルトキハ賣主カ買主ニ對シテ瑕疵擔保ノ責ニ任スルニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ必要トス

一　賣買ノ目的物ハ有體物ナルコト　瑕疵ハ物ニ存スル缺點ニシテ民法第五百七十條ニ所謂賣買ノ目的物ナル語ハ之ヲ有體物ノ意義ニ解釋スヘキハ「物」ナル語ノ文理解釋上毫モ疑ナシトス

二　目的物ニ瑕疵アルコト　所謂瑕疵トハ目的物ノ具有スヘキ性質ノ欠缺ヲ意味スルコト又目的物カ如何ナル性質ヲ有スヘキヤハ取引上ノ觀念及ヒ當事者ノ意思ニ因リテ定マルコトハ既ニ說明スル所ノ如シ然レトモ物ノ瑕疵ハ常ニ必ラス物理的性質ノ欠缺タルコトヲ要シ法律的性質ノ欠缺ハ其中ニ包含セス然レトモ其欠缺カ苟モ物ノ性質ニ關スル以上ハ其物ノ素質ノ如キ有形ノモノナルト其沿革出所ノ如キ無形ノモノナルトハ之ヲ問フコトヲ要セス又其瑕疵カ除去若クハ補修シ得ヘキト否トハ之ヲ論セサルモノトス蓋シ瑕疵ハ瑕疵擔保ノ因テ生スル基本ノ事實ヲ形成スルモノナレハ賣主カ瑕疵擔保ノ責ニ任スルニハ賣買ノ目的物ニ瑕疵アルコトヲ必要トスルハ論ヲ俟タサル所ナリ

三　瑕疵ハ目的物ノ價格ヲ減シ又ハ買主ノ企圖シタル物ノ效用ヲ不完全ナラシムルコト　瑕疵カ買主ノ利害ニ何等ノ影響ヲ及ホササルトキハ賣主ヲシテ擔保責任ヲ負ハシムルノ必要ナシ何トナレハ擔保責任ハ要スルニ

物ノ瑕疵ノ爲メニ買主ノ被ムルヘキ損害ニ對シテ買主ヲ保護スルヲ以テ唯一ノ目的トスルモノナレハナリ故ニ賣主カ買主ニ對シテ瑕疵擔保ノ責ニ任スルニハ其瑕疵カ買主ノ利益ヲ害スヘキ性質ノモノタルコトヲ必要トシ目的物ノ價格ヲ減シ又ハ其效用ヲ不完全ナラシムヘキ瑕疵ハ常ニ買主ノ利益ヲ害スルモノナレハ賣主ハ之ニ對シテ擔保責任ヲ負ハサルヘカラス而シテ價格ノ減少ト效用ノ不完全トハ多クノ場合ニ於テハ相一致スルモ常ニ必ラスシモ然ラス何トナレハ目的物ノ具有スヘキ或性質ノ有無ハ其價格ニ影響ヲ及ホササルモ其用法ニ關シテ利害ヲ異ニスルコトハ往々ニシテ之レアルヲ以テナリ故ニ瑕疵カ擔保責任ノ原因トナルカ爲メニハ如何ナル效果ヲ生スルコトヲ必要トスルヤノ問題ニ關シテハ前揭二個ノ效果ヲ標準ト爲スヲ正當ナリト獨逸民法ハ此點ニ付キ明カニ規定ヲ設ケタルモ我民法ハ瑕疵ノ性質ニ付キ特ニ規定ヲ設ケス之ヲ解釋ニ一任シタリト雖モ解釋上同一ノ結果ニ歸著スヘキモノト信ス

四 目的物ノ瑕疵ハ隱レタルコト　賣主カ目的物ノ瑕疵ニ付キ責ヲ負フニハ其瑕疵ノ隱レタルコト換言スレハ通常人ニ容易ニ發見シ得ヘカラサル性質ノモノタルコトヲ要ス蓋シ賣主カ目的物ノ瑕疵ニ付キ責任ヲ負フ所以ノモノハ他ナシ當事者ノ意思ハ瑕疵ナキ物ヲ以テ目的トシタルカ爲メニシテ瑕疵カ物ノ表面ニ現ハレサルトキハ當事者ノ此意思ハ當然之ヲ推測セサルヘカラサルヲ以テナリ然ルニ目的物ノ瑕疵カ表見ノモノナルトキハ當事者間ニ完全ナル目的物ヲ賣買スルノ意思アリタルモノト推測スルコト能ハサルノミナラス縱令買主ニ於テハ完全ナリト信シテ之ヲ買受ケタルモノトスルモ表見ノ瑕疵アルニ拘ハラス之ヲ買受ケタルハ結局買主ノ過失ナルヲ以テ其結果ハ買主ニ於テ之ヲ甘受スルコトヲ要シ賣主ヲシテ其責ニ任セシムルニ於テハ却テ取引ノ完全ヲ害スルノ結果ヲ生スルモノナリ是レ賣主カ隱レタル瑕疵ニ付テノミ擔保責任ヲ負フ所以ナリ但賣主カ詐欺ノ手段ヲ以テ瑕疵ヲ隱蔽シ買主ヲシテ之ヲ發見スルヲ得サラシメタルトキハ其表見ナルコトヲ理由トシテ責任ヲ免ルルコト能ハサルヘキハ勿論ナリ

五 目的物ノ瑕疵ハ危險移轉ノ當時存在シタルコト　特定物ニ關スル物權ノ設定移轉カ雙務契約ノ目的ナルトキハ目的物ニ關スル危險ハ契約成立ト同時ニ債權者ニ移轉スルコトハ既ニ說明スル所ナリ故ニ特定物ノ賣買ノ場合ニ於テハ擔保責任ノ原因トナルヘキ瑕疵ハ契約成立ノ當時存在シタルモノナルコトヲ必要トシ其後ニ至リ生シタル瑕疵ハ賣主ノ責ニ歸スヘキ事由ヨリ生シタル場合ノ外ハ買主ノ損失ニ歸シ賣主ニ於テ其責ニ任セサルモノトス又不特定物ノ賣買ニ在テハ目的物ハ契約成立當時ハ未タ確定セス目的物ノ引渡目的物ノ協定及ヒ履行ヲ爲スニ必要ナル行爲ノ完了ニ依リテ始メテ確定スルコトモ亦既ニ說明シタル所ニシテ目的物ニ關スル危險ハ此時ヲ以テ債權者タル買主ニ移轉スルヲ以テ賣主ハ目的物ノ引渡、其協定、履行行爲完了ノ當時ニ於テ存在セル目的物ノ瑕疵ニ對シテ責任ヲ負ヒ其後ニ生シタルモノニ付キテハ其責ニ任セサルコトトナルヘシ」

六 買主カ瑕疵ヲ知ラサルコト　買主カ目的物ニ瑕疵アルコトヲ知リ異議ナク之ヲ買取リ（特定物）又ハ其引渡ヲ受ケ若クハ引渡スヘキ物ヲ協定シタル（不特定物）ハ買主ハ其物ヲ甘諾シ擔保權ヲ拋棄シタルモノト推測スヘキヲ以テ賣主ニ擔保責任ナシ然レトモ買主カ擔保權ヲ行フニハ其瑕疵ヲ知ラサリシノミヲ以テ足レリトシ過失ノ有無ハ之ヲ問ハサルモノトス」又タ賣主ハ瑕疵ノ存在ヲ知リタルト否トニ拘ハラス常ニ擔保ノ責ニ任シ其善意無過失ナルヲ理由トシテ責任免脫ヲ主張スルニ由ナシ」蓋シ賣主ハ瑕疵ナキモノトシテ目的物ヲ賣却シタル以上ハ其瑕疵ニ付キ買主ニ對シテ責任ヲ負フヘキハ賣買契約ヨリ生スル當然ノ結果ナルヲ以テナリ是レ我民法カ買主ノ擔保責任ニ付キ買主ノ爲メニ契約解除ト損害賠償トヲ認メ賣主ニ故意又ハ過失アルコトヲ以テ擔保責任ノ要件ト爲ササルヨリ生スル結果ニシテ獨逸民法ト其主義ヲ異ニスル所ナリ何トナレハ獨逸民法ニ依ルトキハ買主ハ常ニ目的物ノ瑕疵ヲ理由トシテ契約ヲ解除シ又ハ代價ノ減額ヲ請求スルコトヲ得ルモ賣主ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルニハ賣主カ品質ノ存在ヲ確保シ又ハ瑕疵ノ存在ヲ知リテ之ヲ買主ニ告ケアリシコトヲ必要トスルヲ以テナリ

欠

七　目的物ノ賣買ハ任意ナルコト　賣主カ其自由任意ノ意思ヲ以テ目的物ヲ賣却シタルトキハ賣主ハ己レ自ラ買主ニ對シテ財産權ヲ移轉スヘキコトヲ約シ買主ヲシテ事實上及ヒ法律上完全ニ其財産權ノ主體タラシムルノ責任ヲ負擔シタルモノナレハ瑕疵擔保ノ責任ハ要スルニ賣主カ買主ニ對シテ任意ニ負擔シタル債務ヨリ生スル當然ノ結果タルニ過キス之ニ反シテ賣買カ強制的ナルトキハ其賣買ハ所有者タル債務者ノ意思ニ基因セサルモノナレハ債務者ヲシテ其關知セサル賣買ニ付キ買主ニ對シテ擔保ノ責ヲ負ハシムルハ苛酷ニ失スルヲ以テ民法ハ此場合ニ於テハ債務者ニ擔保ノ責任ナキモノト爲セリ然ラハ此場合ニ於テ競賣ヲ請求シタル債權者ヲシテ其責ニ任セシムヘキヤト謂フニ債權者ハ通常債務者ノ財産ノ狀態ヲ知悉スルモノニアラサルヲ以テ其財産ニ存スル瑕疵ニ對シテ責任ヲ負ハシムルハ是又苛酷ニ失スルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ此場合ニ於テハ少ナクモ競落人ニ與フルニ代價ノ減額又ハ契約ノ解除ヲ請求スルノ權利ヲ以テスルハ公平ノ原則ニ適スルノミナラス民法カ權利ノ欠缺

第四　買主ハ場合ニ從ヒ右三個中ノ一ヲ選擇シテ之ヲ行使シ或ハ一ト三若クハ二ト三ノ權利ヲ併セテ行使スルコトヲ得ヘシ茲ニ於テ買主ハ一方ニ於テハ賣主ニ對シテ代金支拂ノ義務ヲ負フト同時ニ他方ニ於テハ之ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルノ權利ヲ有シ或ハ損害賠償又ハ代金返還ノ請求權ヲ有フルト同時ニ目的物返還ノ義務ヲ負擔スル等擔保權ノ實行ニ關連シテ賣主買主相互間ニ種々ナル債權債務ノ關係ヲ生スルモノナリ而シテ此等ノ債權債務ニ付キテモ亦タ民法第五百三十三條ニ定ムル同時履行ノ原則ヲ準用シ當事者ノ一方カ其義務ヲ履行セサルトキハ他ノ一方モ亦タ自己ノ義務履行ヲ拒絶スルノ權利ヲ有ス是レ民法第五百七十五條ニ規定スル所ナリ蓋シ此種ノ債權債務ハ何レモ賣買契約ヨリ生シ互ニ相牽連スルモノナレハ同時ニ之ヲ履行スルヲ公平ナリトスルヲ以テナリ

第五項　無擔保ノ特約

賣買ハ其性質トシテ當然擔保ノ義務ヲ隨伴スルコト其擔保義務ノ內容範圍モ

欠

亦タ法律上自カラ定マレルコトハ上來說明スル所ニ依リテ明カナリ然レトモ擔保義務ノ有無竝ニ其範圍如何ハ要スルニ賣主買主相互ノ利害ニ關スル問題ニシテ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ關スルモノニアラサルヲ以テ當事者ハ賣買契約又ハ其後ノ特別契約ヲ以テ賣主ノ擔保義務ヲ擴張又ハ減縮シ若クハ買主ニ於テ擔保權ヲ拋棄シ賣主ノ擔保義務ヲ免除シテ全然無擔保ト爲スコトヲ得ヘシ換言スレハ擔保義務ハ賣買契約通有ノ性質タルニ止マリ其成立ニ缺クヘカラサル要素ヲ成ササルモノトス從テ賣主ハ特約アルトキハ全然擔保義務ヲ免カレ賣買ノ目的タル財產權ノ全部又ハ一部カ欠缺シ又ハ目的物ニ瑕疵アルモ之ニ對シテ責任ヲ負ハサルコトトナルヘシト雖モ賣主カ無擔保ノ特約アルニ拘ハラス尙ホ買主ニ對シテ擔保義務ヲ負擔セサルヘカラサル場合ニアリ即チ左ノ如シ

第一 賣主ハ其知リテ買主ニ告ケサリシ事實ニ付キ其責ニ任ス

賣主カ賣買ノ目的タル權利ノ一部カ他人ニ屬スルコトヲ知リナカラ之ヲ買主ニ告ケスシテ無擔保ノ特約ヲ爲シ又ハ賣主カ目的物ニ瑕疵アルコトヲ知リナカラ之ヲ秘シテ無擔保ノ特約ヲ爲シタリト假定センニ其特約ハ無效ニシテ賣主ハ其知リテ告ケサリシ權利ノ欠缺及ヒ瑕疵ニ付キ擔保ノ責ニ任セサルヘカラス是レ他ナシ賣主カ現ニ權利ノ欠缺又ハ瑕疵アルコトヲ知ルニ拘ハラス之ヲ秘シテ無擔保ノ特約ヲ爲スカ如キハ不信ノ甚シキモノニシテ純然タル詐欺ノ行爲ナレハ之ヲ保護スルノ必要ナキヲ以テナリ然レトモ賣主カ苟クモ善意ナル以上ハ全然擔保ノ義務ヲ免脫スヘク過失ノ有無ハ之ヲ問ハサルモノトス買主カ其事實ヲ知レル場合亦同シ

第二 賣主ハ自ラ第三者ノ爲メニ設定シ又ハ之ニ讓渡シタル權利ニ付キ其責ニ任ス

民法第五百六十七條但書後段ノ規定ハ賣主カ一旦或財產權ヲ買主ニ賣渡シタル後更ニ同一ノ財產權ヲ第三者ニ讓渡シ又ハ他ノ權利ヲ設定シ因テ以テ買主ニ對シテ賣買ノ目的タル財產權移轉ノ義務ヲ完全ニ履行スルコト能ハサルニ至リタル場合ニ付キ賣主ノ擔保責任ヲ明カニシタルモノニシテ賣主カ賣買契約締結前ニ第三者ニ其財產權ヲ讓渡シ又ハ第三者ノ爲メニ權利ヲ

設定シタル場合ハ其前段ニ「所謂知リテ告ケサリシ事實」ニ該當スルモノナレハ無擔保ノ特約ハ前段ノ規定ニ依リテ無效トナルモノトス蓋シ賣主カ特約ヲ以テ擔保ノ義務ヲ免レタル場合トハ雖モ其所爲ヲ以テ買主ヨリ賣買ノ目的タル財產權ノ全部又ハ一部ヲ剝奪シ又ハ之ニ負擔ヲ加フルコトハ財產權移轉ヲ目的トスル賣買契約ノ性質ニ反スルヲ以テ賣主ハ無擔保ノ特約アルニ拘ハラス之ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラス抑モ賣買契約ハ當事者間ニ於テ財產權ノ移轉ヲ目的トスル債權債務ノ關係ヲ生スルモノナルコトハ既ニ說明スル所ノ如シ然ルニ一般債務ハ其債務ノ履行ヲ妨クヘキ行爲ヲ避止スルノ義務ヲ負ハシムルヲ以テ其要素ト爲スモノニシテ債務者カ豫メ債務ノ履行ヲ妨クヘキ行爲ヲ爲スノ免除ヲ受クルカ如キハ債務關係ヲ根本ヨリ毀滅シ債務ノ本質ト相容レサルノミナラス純然タル不法行爲ナルヲ以テ斯ル契約ハ假令相手方ノ同意アルモ法律上許スヘカラサルモノナリトス蓋シ故意ヨリ生スル責任ハ豫シメ之ヲ免除スルコトヲ得サルコトハ一般債務ニ關スル法律上ノ原則ニシテ賣買契約ヨリ生スル賣主ノ債務ニ關シテモ亦自カラ然ラサルヲ得ス是レ法律カ無擔保ノ特約アル場合ト雖モ尙ホ賣主ヲシテ賣主自ラ第三者ノ爲メニ設定移轉シタル權利ニ付キ擔保ノ責ニ任セシムル所以ナリ例之甲、乙ニ土地ヲ賣渡シ擔保ノ責ニ任セサル旨ヲ特約シタル上更ニ登記ヲ經テ之ヲ丙ニ賣渡シ又ハ丙ノ爲メニ地上權其他ノ物權ヲ設定シタリト假定センニ甲ハ無擔保ノ特約ニ拘ハラス乙ニ對シテ擔保ノ責ニ任セサルヘカラス佛國民法ハ賣主ハ自己ノ一身ヨリ生スル事實ニ付テハ責任ヲ免ルルコトヲ得スト規定シ賣主カ權利ノ處分ヲ爲シタル場合ノ外目的物ニ付キ有形的ノ處分ヲ爲シタル場合ヲモ網羅シタルハ立法ノ要ヲ得タルモノニシテ我民法カ單ニ前記ノ場合ノミニ限定シタルハ狹隘ニ失スルノ憾ナキ能ハサルモ擴張的解釋ニ依リ之ヲ補フコトヲ得ヘシト信ス

第六項　引渡ノ義務

賣買ノ目的タル財產權カ物ノ上ニ存シ其財產權ヲ行使スルカ爲メ先ツ其物ノ占有ヲ爲スコトヲ必要トスル場合ニ於テハ賣主ハ其物ヲ買主ニ引渡スノ義務

アリ是レ賣主カ買主ニ對シテ賣買ノ目的タル財産權ヲ移轉スルノ義務ヲ負フヨリ生スル結果ナリトス蓋シ財産權ノ移轉ト財産權ノ目的タル物ノ引渡トハ全ク別個ノ觀念ニ屬シ財産權移轉ノ義務ハ其觀念ニ於テ物ノ引渡ノ義務ヲ包含スルモノト謂フコトヲ得サルニ似タリ然レトモ賣主カ賣買契約ニ因リ買主ニ對シテ財産權移轉ノ義務ヲ負擔スル所以ノモノハ他ナシ賣主ニ於テ財産權ノ主體タル地位ヲ辭シ買主ヲシテ其地主ヲ承繼シテ其主體タラシムルカ爲メナリ果シテ然ラハ賣主ハ買主ヲシテ法律上其財産權ノ主體タラシムルノミヲ以テ足レリトセス事實上ニ於テモ亦タ買主ノ爲メニ財産權ノ主體タル地位ヲ作爲シ買主ヲシテ其財産權ヲ行フコトヲ得セシムルノ義務アルモノト謂ハサルヘカラス故ニ賣買ノ目的タル財産權カ物ノ上ニ存シ其權利ノ行使ニ付キ物ノ占有ヲ必要トスル場合ニ於テハ賣主ノ財産權移轉ノ義務ハ其當然ノ結果トシテ物ノ引渡ノ義務ヲ伴フモノト謂ハサルヘカラス

物ノ引渡トハ占有ノ移轉ヲ謂フ而シテ此點ニ關シテハ占有ノ移轉ニ關スル一般ノ原則ヲ適用シ占有ノ移轉即チ引渡アリタリトスルニハ占有權移轉ノ事實アルノミヲ以テ足レリトシ物ノ所持ヲ現實ニ移轉スルコトハ必ラスシモ之ヲ要セス從テ占有權移轉ノ方法タル簡易ノ引渡、占有ノ改定及ヒ指圖ニ因ル引渡ハ現實ノ引渡ト共ニ賣主ノ引渡ノ義務履行トシテ其效力ヲ生ス例之ハ(一)買主カ既ニ目的物ヲ占有スル場合ニ於テハ賣主ハ特ニ引渡ヲ爲スコトヲ要セス其物ノ占有ヲ買主ニ移轉スル意思表示アリタルノミヲ以テ足リ此意思表示ハ常ニ賣買契約中ニ包含セラルルモノトス(簡易ノ引渡)(二)賣主カ目的物ヲ買主ニ引渡ササルモ賣主ト買主トノ間ニ於テ其物ヲ買主ニ返還スルノ義務ヲ賣主ニ負擔セシムヘキ法律關係例之賃貸借契約委託契約又ハ寄託契約カ成立シタルトキ換言スレハ目的物引渡ノ義務カ目的物返還ノ義務ニ轉換シタルトキハ賣主ハ爾後買主ノ代理人トシテ目的物ノ占有ヲ爲スモノニシテ買主ハ所謂占有ノ改定ニ因リ其物ノ占有權ヲ取得スルヲ以テ賣主ノ引渡義務ハ茲ニ全ク履行セラレタルモノトス終リニ(三)賣主カ貸借、寄託、委任其他ノ名義ヲ以テ第三者ヲシテ賣買ノ目的物ヲ保管セシムル場合ニ賣主カ第三者ニ對スル其債權ヲ讓渡シ之ヲ第三者ニ通知シ又ハ其債權カ指圖式又ハ無記名式ナルトキハ其指圖債

權證書ヲ買主ニ裏書讓渡シ又ハ無記名債權證書ヲ買主ニ交付スルトキハ買主ハ之ニ依リテ目的物ノ占有權ヲ取得スルト同時ニ賣主ハ其引渡ノ義務ヲ履行シタルモノトス(指圖ニ因ル引渡)

賣買ノ目的タル物ノ引渡ニ關シテ賣主ノ負擔スル義務ハ大要左ノ如シ

第一 目的物ノ保管

特定物ノ賣主ハ引渡ヲ爲スマテハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ目的物ヲ保管スルノ義務アリ是レ民法第四百條ノ規定ヨリ生スル結果ナリ然レトモ買主カ遲滯ニ在ルトキハ賣主ノ此責任ハ輕減セラレ自己ノ財產ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スヲ以テ足ルヤ否ニ付テハ學者間ニ議論アル所ニシテ消極論ヲ主張スル者ハ民法第四百條ニハ「引渡ヲ爲スマテ」トアルヲ以テ債務者ハ引渡ヲ完了スルマテハ如何ナル事情アルモ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ目的物ヲ占有スルノ義務アリトシ積極論者ハ第四百條ハ普通ノ場合ヲ規定シタルモノナレハ之ヲ債權者カ遲滯ノ責ニ任スル異常ノ場合ニ適用スルコトヲ得ス却テ此場合ニ付キテハ民法第六百五十九條ヨリ類推シ自己ノ財產ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スヲ以テ足ルモノト爲スモノニシテ余ハ後說ニ贊成スルモノナリ不特定物ニ付キテハ民法第四百一條第二項ノ規定ニ從ヒ目的物ノ確定シタル時ヨリ賣主ニ保管ノ責任ヲ生ス

第二 引渡ノ場所及ヒ時期

引渡ノ場所ニ付キテハ當事者ノ意思ニ從ヒ其意思不明ナルトキハ特定物ハ契約成立當時其物ノ存在セル所ニ於テ引渡ヲ爲スコトヲ要シ不特定物ハ債權者ノ住所ニ於テ之ヲ引渡スコトヲ要ス(第四百八十四條)引渡ノ時期ニ付キテモ亦タ一般ノ原則ニ從ヒ期限ノ定メナキトキハ買主ヨリ請求アリタル時ニ引渡ヲ爲スコトヲ要シ期限ノ定メアルトキハ其期限ノ到來ト共ニ引渡ヲ爲スコトヲ要ス何レノ場合ニ於テモ賣主カ買主ノ請求又ハ期限ノ到來ヲ待タス進ンテ引渡ヲ爲スハ妨ケナク又債權者ヨリ請求ヲ受ケ又ハ期限カ到來シタル場合ト雖モ買主カ履行期限ノ到來シタル代金支拂ノ義務ノ履行ヲ提供セサルトキハ目的物ノ引渡ヲ拒ムコトヲ得ヘシ

第三 引渡ノ目的物

賣主ノ渡スヘキ物ハ賣買ノ目的物ニ適合スルコトヲ要ス故ニ(一)特定物ノ賣買ニ在テハ賣主ハ賣買ノ目的トシテ指定セラレタル物ノ引渡ヲ爲スコトヲ要シ同一種類ニシテ其效用價格ニ於テ寸毫ノ差異ナシトスルモ他物ヲ以テ之ニ代フルコトヲ許サス(二)賣主ハ契約ノ目的物ヲ引渡スコトヲ要スルノミナラス契約成立當時其物ニ附屬セル從物ヲモ併セテ引渡スコトヲ要ス何トナレハ從物ハ主物ノ處分ニ從フコトハ民法第八十七條ニ規定スル所ナルヲ以テナリ(三)賣買ノ目的物ヨリ生スル果實ニ付キテハ目的物ノ危險ハ契約成立ト共ニ債權者ニ於テ之ヲ負擔スル以上ハ其危險移轉後ニ生シタルモノハ總テ買主ニ於テ之ヲ收取スルヲ正當ナリトス然レトモ斯クスルニ於テハ買主ハ一方ニ於テハ賣主ヨリ果實ノ引渡ヲ要求スルノ權利ヲ有スルト同時ニ目的物ノ管理費用ヲ賣主ニ償還シ且其代金ノ利息ヲモ支拂フノ義務ヲ負擔セサルヲ得サルニ至リ相互ノ關係頗ル錯雜スルヲ以テ法律ハ此等ノ權利義務ハ總テ相消シ賣主ヲシテ舊ニ依リ果實ノ收取ヲ爲スコトヲ得セシムルト同時ニ買主ヲシテ代金ヲ支拂フノ義務ヲ免レシメ相互ノ關係ヲ簡明ナラシムル

コトニ留意シタリ故ニ賣主ハ引渡ヲ爲スマテハ目的物ヨリ生スル果實ヲ收取スルコトヲ得ヘシ(第五百七十三條)(四)不特定物ニ付キテハ引渡スヘキ物ハ其種類品質數量ニ於テ賣買ノ目的トシテ指示セラレタル物ニ適合スルコトヲ要シ當事者カ其品質ヲ指定セサリシトキハ中等ノ物ヲ引渡スコトヲ要ス(第四百一條第一項)(五)目的物ハ如何ナル狀態ヲ以テ之ヲ引渡スコトヲ要スルヤノ問題ニ付テハ特定物ノ賣買ニ在テハ民法第四百八十四條ノ規定ニ從ヒ其引渡ヲ爲スヘキ時ノ現狀ニテ其物ヲ引渡スコトヲ要ス換言スレハ賣主カ引渡ヲ爲スヘキ時即チ遲滯ノ責任ヲ負フヘキ時ヲ分界トシ其以前ニ生シタル目的物ノ毀損滅失ニシテ賣主ノ責ニ歸スヘカラサル事由ヨリ生シタルモノナルニ於テハ賣主ハ之ニ對シテ責任ナシ故ニ目的物カ全部滅失シタルトキハ賣主ハ其義務ヲ免カレ目的物カ毀損シタル場合ニ於テハ其毀損シタル狀態ニテ引渡ヲ爲スヲ以テ足ル然レトモ賣主ノ代金請求權ハ之カ爲メ毫モ影響ヲ受クルコトナシ是レ特定物ニ對スル物權ノ設定移轉カ雙務契約ノ目的タルトキハ目的物ノ滅失毀損ヨリ生スル損失ハ債權者ニ於テ之ヲ負擔スヘシトスル民法

第五百三十四條ノ危險負擔ノ原則ヨリ生スル結果ナリトス然レトモ目的物ノ滅失毀損カ賣主ノ遲滯ノ後ニ生シタルトキハ賣主ハ之ニ對シテ不履行ノ責ニ任セサルヘカラス(六)不特定物ノ賣買ニ在テハ賣主ハ債務ノ本旨ニ從ヒ目的物ノ引渡ヲ爲ササル限リハ其責任ヲ免ルルコトヲ得サルモノニシテ危險ハ常ニ債務者ニ於テ負擔ス然レトモ賣買ノ目的タル不特定物カ特定物ニ變シタルトキハ之ヨリ以後特定物ノ賣買ト同一ノ原則ニ服從スヘシ

辨濟ノ費用ニ關スル第四百八十五條ノ規定ハ賣買ノ目的タル物ノ引渡ノ費用ニ付キテ之ヲ適用シ辨濟ノ目的ニ關スル民法第四百七十五條乃至第四百七十七條ノ規定ハ不特定物ノ賣買ニ付キテ之ヲ適用スヘキモノトス而シテ此等ノ規定ニ付キテハ之ヲ債權總則ノ說明ニ讓リ茲ニ之ヲ贅セス

賣買ノ目的タル財產權カ不動產上ノ權利ナルトキハ賣主ハ買主ノ請求ニ基キ賣買ノ目的タル權利ノ設定移轉ノ登記手續ヲ爲スノ義務アリ蓋シ登記ハ現行法上不動產ノ權利ヲ保存スルカ爲メニ必要ナルノミナラス不動產上權利ノ主體トシテ登記簿上之ヲ目的トスル登記行爲ヲ爲スニハ先ツ以テ其權

利ヲ登記シタルコトヲ必要トシ登記簿上ニ於テ權利ノ主體トシテ登記ヲ經タルモノニアラサレハ更ニ登記ヲ經テ其權利ヲ他人ニ讓渡シ又ハ其權利ヲ目的トシテ他ノ權利ヲ設定スルコトヲ得サルヲ以テ不動產上財產權ノ移轉ト其移轉ノ登記トハ密接ノ關係ヲ有シ買主ハ登記手續ノ完了ニ依リテ始メテ財產權ノ主體トシテ完全ニ其權利ヲ行フコトヲ得ルヲ以テ不動產上權利ノ賣主ハ賣買契約ヨリ生スル當然ノ義務トシテ買主ニ對シテ權利移轉ノ登記手續ヲ爲スノ義務アリ此點ニ關シテハ動產ノ引渡ト不動產ノ登記トハ全ク同一ノ效用ヲ爲スモノナリ

賣買ノ目的タル財產權カ賣主ノ有スル債權ナルトキハ賣主ハ債權ノ讓渡ニ關スル民法第四百六十七條ノ規定ニ從ヒ特ニ債務者ノ承諾ヲ得タル場合ハ可ナルモ然ラサレハ之ニ對シテ通知ヲ爲シ以テ買主ヲシテ絕對的ニ債權者タル地位ヲ獲得セシムルノ義務アリ蓋シ債權ノ讓渡ハ當事者間ニ於テハ讓渡契約ノ成立ト共ニ其效ヲ生スルモ債務者其他ノ第三者ニ對シテ之ヲ主張スルニハ讓渡人ヨリ之ヲ債務者ニ通知スルコトヲ要スルヲ以テナリ又債務

者以外ノ第三者ニ對シテハ其通知(又ハ承諾)ハ確定日附アル證書ヲ以テ之ヲ明確ナラシムルコトヲ要スルヲ以テ買主ハ賣主ニ對シテ其通知ヲ證スヘキ確定日附アル證書ノ交付ヲ要求スルノ權利ヲ有スルモノト解スルヲ正當ナリトス蓋シ賣主カ買主ヲシテ確實ニ其賣渡シタル債權ヲ取得セシムルカ爲メニハ此手續ノ履行ヲ必要トスルヲ以テナリ

目的物ノ引渡不動產上權利ノ登記及ヒ債權讓渡ノ通知ハ何レモ賣買契約ヨリ生スル賣主ノ重要ナル義務ニ屬ス其他賣主ハ賣買ノ目的タル財產權ニ關スル證明書類ニシテ自己ノ手中ニ存スルモノハ總テ之ヲ買主ニ引渡スノ義務アリ例之(一)債權ヲ讓渡シタル場合ニ於テハ賣主ハ其占有スル債權證書ヲ買主ニ引渡シ債務者カ其債權ヲ否認スル場合ニ付キ買主ヲシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得セシムルコトヲ要ス指圖債權又ハ無記名債權ノ如ク證書ノ作成ヲ以テ其權利ノ成立幷ニ行使ノ條件トスルモノニ付キテハ殊ニ然リトス(二)賣主カ其所有ノ土地家屋ヲ買主ニ賣渡シタル場合ニ於テ其土地家屋ハ賣主カ其前所有者ヨリ買受ケタルモノニシテ之ヲ證スヘキ賣買證書カ賣主ノ手中ニ存スルトキハ之ヲ買主ニ交付スルノ義務アリ(三)特許權カ賣買ノ目的タル場合ニハ賣主ハ其特許權ヲ買主ニ引渡スコトヲ要スルノ類ナリ

第二款　買主ノ義務(即チ賣主ノ權利)

買主ハ賣買ニ因リ賣主ニ對シテ代金ヲ支拂フヘキ唯一ノ義務ヲ負フモノニシテ其債務ハ即チ金錢ノ給付ヲ目的トスルモノナレハ其履行ニ關シテハ金錢債務ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スルヲ以テ足ル故ニ余ハ單ニ買主ノ代金支拂ノ義務ニ關スル特別規定ノミニ付キテ說明スヘシ

第一　代金ノ利息

代金ニハ當事者間ノ契約ヲ以テ利息ヲ附スルコトアリ此場合ニ於テ當事者カ其代金ハ何レノ時ヨリ利息ヲ生スヘキヤヲ定メタルトキハ其意思ニ從フヘキハ勿論ナリト雖モ當事者カ別段ノ意思ヲ表示セサリシトキハ買主ハ目的物ノ引渡ノ日ヨリ代金ヲ支拂フ義務ヲ負フモノトス是レ目的物引渡前ノ果實ヲ賣主ノ所有ニ歸セシムルヨリ生スル結果ニシテ賣主カ目的物ノ占有

ヲ維持スル間ハ法律ハ其代金ノ利息ト收益トヲ相消シ買主ヲシテ代金ノ利息ヲ支拂フ義務ヲ免レシムルモノナリ然レトモ既ニ目的物ノ引渡アリタル以上ハ買主ハ其代金支拂ニ付キ遲滯ノ責ニ任セサルヘカラサルヲ以テ買主ハ爾後賣主ニ對シテ遲延利息ヲ支拂フノ義務ヲ負フモノトス反之當事者カ代金支拂ニ付キ特ニ期限ヲ定メタルトキハ其期限内ハ買主ニ遲滯ノ責任ナキヲ以テ賣主カ目的物ノ引渡ヲ完了シタル場合ト雖モ履行期限ノ到來スルマテハ買主ハ代金ノ利息ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スルコトナシ(第五百五十七條第二項但書)

第二　代金支拂ノ期限

當事者カ賣買契約又ハ其後ノ特別契約ヲ以テ代金支拂ノ時期ヲ定メタルトキハ買主ハ其時期ニ於テ代金ノ支拂ヲ爲スコトヲ要ス當事者カ買主ノ義務ニ屬スル代金支拂ノ時期ニ付キ何等ノ意思ヲ表示セサルト同時ニ賣主ノ義務ニ屬スル目的物引渡ノ時期ニ付キテモ亦タ別段ノ意思ヲ表示セサリシトキハ雙方ノ債務ハ無期限ニシテ契約當事者ハ相手方ノ請求ニ依リ反對給付ト引替ニ履行ヲ爲スヘキモノトス然レトモ當事者カ物ノ引渡ニ付キ特ニ期限ヲ定メタルトキハ法律ハ代金ノ支拂ニ付キテモ亦タ同一ノ期限ヲ附シタルモノト推定ス何トナレハ代金ハ物ノ引渡ト同時ニ支拂フヲ普通ノ狀態トシ引渡前ニ代金ヲ支拂フハ例外ナルヲ以テ物ノ引渡ニ付キ期限ヲ定メタルトキハ當事者ノ意思ハ代金モ亦タ同一時期ニ於テ交換的ニ支拂フノ意思ナリト推測スルハ取引上ノ觀念ニ適スルヲ以テナリ之ニ反シテ代金ノ支拂ニ付キ期限ヲ定ムルモ之カ爲メ目的物ノ引渡モ亦タ其時期ニ於テ之ヲ爲スノ意思ナリト推測スルコトヲ得ス何トナレハ代金ノ支拂ニ付キ買主ニ信用ヲ與フルハ取引上往々見ル所ノ事實ナレハ當事者カ代金支拂ノ時期ヲ定メタルハ賣買取引ノ全部ヲ後日ニ延期スルノ意思ニアラスシテ寧ロ買主ニ代金支拂ノ猶豫ヲ許スノ意思ナリト認ムルヲ穩當ト爲スヲ以テナリ

第三　代金支拂ノ場所

代金支拂ノ場所ハ通則ニ依ル故ニ當事者間ニ別段ノ意思表示ナキトキハ債權者タル賣主ノ住所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス然レトモ目的物ノ引渡ト同時ニ代金ヲ支拂フトキハ其代金ト目的物ハ相交換スヘキモノナレハ當事者

間ニ別段ノ意思表示ナキニ於テハ目的物引渡ノ場所ニ於テ代金ノ支拂ヲ爲スコトヲ要ス是レ第五百七十四條ニ規定スル所ニシテ此規定モ亦タ取引上ノ觀念ニ從ヒ當事者ノ意思ヲ推測シテ之ヲ設ケタルモノナリ

第四　代金ノ支拂ヲ拒絶スルノ權利

賣買ハ雙務契約ニシテ買主ノ義務ニ屬スル目的物ノ給付トハ互ニ相交換スヘキ性質ノモノナルヲ以テ賣買當事者ノ一方カ自己ノ義務ニ屬スル給付ヲ爲ササルトキハ相手方ニ對シテ反對給付ヲ要求スルコトヲ得サルモノトス茲ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

一　賣主カ目的物ノ引渡其他ノ義務ヲ履行セサルトキハ買主ハ代金ノ支拂ヲ拒絶スルコトヲ得

雙務契約タル賣買ニ在テハ賣主買主雙方ノ債權債務ハ相俟テ契約ヲ成立セシメ分離スヘカラサル關係ヲ有スルノミナラス其履行ニ關シテモ亦タ互ニ相牽連シ賣主ノ負擔ニ屬スル財產權移轉ノ義務ト買主ノ負擔ニ屬スル代金ノ支拂ノ義務トハ交換的ニ之ヲ履行スルコトヲ要ス從テ賣買當事者ノ一方カ其義務ヲ履行セサルトキハ他ノ一方モ亦タ其義務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ルコトハ雙務契約ノ效力タル同時履行ノ抗辯ニ付キ既ニ說明スル所ナリ故ニ賣主カ其義務ニ屬スル登記又ハ引渡ヲ爲ササルトキハ買主ハ代金ノ支拂ヲ拒絶スルノ權利ヲ有スルハ論ヲ俟タス賣買ノ目的物カ他人ノ所有ニ屬シ賣主カ其權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉スルノ手續ヲ爲ササル場合亦同シ

二　賣買ノ目的ニ付キ權利ヲ主張スル者アリテ買主カ其買受ケタル權利ノ全部又ハ一部ヲ失フ虞レアルトキハ買主ハ其危險ノ限度ニ應シ代金ノ全部又ハ一部ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得

是レ民法第五百七十六條ニ規定スル所ニシテ此規定モ亦タ賣主ノ義務不履行ヨリ生スル損害ノ危險ニ對シ買主ヲ保護スルヲ以テ主眼ノ目的ト爲スモノニシテ前項ト同一ノ精神ニ出テタルモノナリ蓋シ此場合ニ於テハ賣買ノ目的タル財產ニ付キ未タ確定的ニ欠缺ヲ生シタルモノニアラサルモ其欠缺ヲ來タスヘキ危險アリト思惟スヘキ正當ノ理由アル以上ハ買主

ヲシテ其代金ノ全部又ハ一部ヲ抑留シ損失ヲ未然ニ豫防スルコトヲ得セシムルハ買主ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ必要ナリ追奪追害ノ抗辯ト稱スルモノ即チ是ナリ

玆ニ所謂第三者ノ主張スル權利トハ買主ニ對抗シ得ヘキ權利ニシテ買主ヲシテ其買受ケタル財產權ノ全部又ハ一部ヲ失ハシメ若クハ其財產權ニ欠缺ヲ生スヘキ性質ノモノタルコトヲ必要トスルト同時ニ其權利ノ物權ナルト債權ナルトハ之ヲ問ハサルモノトス例之甲、乙ヨリ土地ノ所有權ヲ讓受ケタル場合ニ丙其土地ニ付キ所有權、地上權、永小作權、地役權又ハ賃借權ヲ主張スル權利ノ所有權ナルト其他ノ權利ナルトニ依リ甲ハ或ハ其權利ノ全部ヲ失ヒ或ハ其財產權ニ欠缺ヲ生シ之カ爲メニ買主ハ或ハ損失ヲ被ムリ或ハ賣買ヲ爲シタル所以ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ至ルノ虞アリ總テ此等ノ場合ニ於テ買主ハ其權利喪失ノ大小輕重ニ從ヒ代金ノ全部又ハ一部ヲ留置スルコトヲ得ヘシ例之第三者カ目的物上ニ所有權其他買主ニ對シテ重大ナル損失トナルヘキ權利ヲ主張シタルトキハ第三者ノ主張ノ正當ナルコトカ確定セラレタル曉ニ於テハ買主ハ全部賠償又ハ契約ノ解除ヲ請求スルコトヲ必要トスルヲ以テ代金全部ノ支拂ヲ拒絕スルコトヲ要シ之ニ反シテ第三者ノ權利ノ存在スル爲メ其損害ニ比例シテ代金ノ減額ヲ爲スノミヲ以テ足ル場合ニハ其代金中單ニ減額スヘキ部分ノミヲ抑留スルヲ以テ足リ其他ノ部分ノ支拂ヲ拒ムノ必要ナシ又買主カ代金ノ全部又ハ一部ノ支拂ヲ拒ムニハ單ニ第三者ニ於テ賣買ノ目的タル財產權ニ付キ或權利ヲ主張シタルノミヲ以テ足レリトセス常識アル人ヲシテ買主ニ追奪ノ危難アリト信セシムルニ足ルヘキ重大ナル理由アルコトヲ必要トス第五百七十五條ニ所謂虞アルトキハナル語ハ此意義ニ解釋スルヲ要シ買主ノ漠然タル杞憂ハ追奪追害ノ抗辯ノ原因タルコトヲ得サルモノトス又他方ニ於テハ第三者ノ主張ノ正當ナルコトカ明確ナルトキハ賣主ハ買主ニ對シ權利欠缺ノ擔保責任ヲ負フヘキモノナルヲ以テ債務不履行ニ關スル一般ノ原則即チ民法第五百六十一條以下ノ規定ヲ適用シテ其相互ノ權利義務ヲ定ムルコトヲ要シ第五百

七十六條ノ規定ヲ適用スヘキモノニアラスト信ス但同條ニ規定スル前提要件ヲ具備スルヤ否ヤハ各個ノ場合ニ於ケル實際ノ事情ニ基キテ決定スヘキ事實上ノ問題ニ屬スルヲ以テ爭ノ生シタル場合ニハ裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノトス

追奪追害ノ抗辯ハ追奪ノ爲メニ生スル損失ノ危險ニ對シ買主ノ利益ヲ保護スルヲ以テ目的ト爲スモノナルヲ以テ買主カ追奪ヨリ生スル損失ニ對シ他ニ相當ノ擔保ヲ有スルニ於テハ強ヒテ代金ヲ抑留スル必要ナシ是レ第五百七十六條但書ノ規定アル所以ニシテ買主ハ追奪ノ爲メ買主ノ被ムルヘキ損失ノ大小ニ應シテ之ヲ償フニ足ルヘキ質物抵當物ヲ供シ又ハ相當ノ資格アル保證人ヲ立テテ代金ノ即時辨濟ヲ要求スルコトヲ得ヘシ

三　買受ケタル不動產ニ付キ先取特權質權、抵當權ノ行使ニ因リ其所有權ヲ剝奪セラルル虞アルヲ以テ買主ハ損失ノ危險ニ對シテ其利益ヲ防衞スル爲メ此等物上擔保ノ現存スル限リハ其義務ニ屬スル代金支拂ヲ拒ムノ必要アリ而シテ買主ハ民法第三百七十八條以下ノ規定ニ從ヒ債權者ノ承諾ヲ得タル金額ヲ拂渡シ又ハ之ヲ供託シテ抵當權ヲ滌除スル權利ヲ有シ先取特權、質權、抵當權カ滌除ニ因リ消滅シタルトキハ買主ハ其權利ヲ失フノ虞ナキヲ以テ最早ヤ代金支拂ヲ拒ムノ要ナシ是レ第五百七十七條カ滌除ヲ條件トシテ拒絕ノ權利ヲ買主ニ附與スル所以ナリ然レトモ滌除ハ法律ニ依リ附與セラレタル買主ノ權能ナルヲ以テ買主ハ一方ニ於テ滌除ノ手續ヲ爲ササルト同時ニ他方ニ於テ代金支拂ヲ拒ムニ於テハ賣主ニ不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ法律ハ賣主ニ與フルニ買主ニ對シ速カニ滌除ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルノ權利ヲ以テシタリ故ニ賣主ヨリ請求ヲ受ケタル買主ハ事情ノ許ス限リ速カニ滌除ノ手續ヲ進行スルノ義務アルハ勿論ナリト雖モ民法ハ買主カ賣主ノ請求ニ應セサル場合ノ救濟方法ニ付キ規定スル所ナキヲ以テ解釋上疑ヲ生スト雖モ滌除ノ手續ヲ怠リタル買主ハ代金支拂ヲ拒ムコト能ハサルモノト解スルヲ相當トス何トナレハ斯クセサルニ

於テハ第五百七十七條ノ規定ハ空文トナルノ奇怪ナル結果ヲ生スヘケレハナリ但如何ナル場合ニ於テ買主ハ滌除ヲ怠リタルモノト謂フコトヲ得ヘキヤハ各場合ニ於ケル實際ノ情況ニ從ヒ決定スヘキ事實上ノ問題ニシテ爭アルトキハ裁判所ニ於テ之ヲ判斷スヘキモノトス

買主カ滌除ノ手續ヲ爲シタル場合ニ賣買代金又ハ其以上ノ金額ヲ債權者ニ辨濟シテ物上擔保ヲ消滅セシメタルトキハ最早ヤ代金支拂ノ義務ナク代金額以下ノ金額ヲ辨濟シタルトキハ其殘額ヲ辨濟スルヲ以テ足ル但買主カ初メヨリ不動產ノ負擔ヲ引受ケ差引殘額ヲ賣主ニ支拂フノ約ナルトキハ買主ハ滌除ヲ爲シタルト否トニ拘ハラス其支拂ヲ拒ムコトヲ得ス

四 前二項ノ場合ニ於テ賣主ハ買主ニ對シテ代金ノ供託ヲ請求スル「ヲ得」代金支拂ヲ拒絕スルノ權利ハ物上擔保ノ實行ヨリ來ル損失ノ危險ニ對シ買主ヲ保護スルヲ以テ唯一ノ目的ト爲スモノナレハ此目的ニシテ充分ニ達セラルル以上ハ買主ヲシテ代金ヲ留置セシムルノ必要ナシ且賣主モ亦買主ノ無資力ヨリ生スル損失ニ對シ自己ノ利益ヲ保護スルノ必要アルヲ以テ買主カ追奪ノ危險ヲ理由トシテ代金支拂ヲ拒絕シタルトキハ賣主ハ代金ノ供託ヲ買主ニ請求スルコトヲ得ヘシ蓋シ供託ハ當事者雙方ノ反對利害ヲ調和スルニ最モ適當ナル方法ナルヲ以テナリ（民法第五百七十八條）

第五節　賣買ニ關スル規定

賣買ハ有償契約ノ標本ナルヲ以テ之ニ關スル規定ハ賣買以外ノ有償契約ニ準用スヘキモノトス是レ第五百五十九條ニ規定スル所ナリ所謂有償契約トハ當事者雙方互ニ出捐ヲ爲ス契約ヲ謂フ而シテ有償契約ハ雙務ナルコトアリ片務ナルコトアリ雙方ノ出捐即チ給付カ互ニ相交換スヘキ性質ノモノナル時ハ其契約ハ雙務契約ニシテ此性質ヲ有セサルモノハ片務契約ナリ賣買、交換、賃貸借、雇傭、請負、組合、和解、保險、報酬ノ特約アル委任及ヒ寄託ハ前者ニ屬シ利息附ノ消費貸借ハ後者ニ屬ス而シテ賣主ノ擔保責任ニ關スル民法ノ規定ハ其性質ノ許ス限リニ於テ之ヲ前揭賣買以外ノ有償契約ニ準用スヘキモノトス例之一方ノ豫約及ヒ手附ニ關スル規定ノ如キハ總テノ有償契約ニ之

ヲ準用シ權利欠缺ノ擔保責任ニ關スル規定ハ專ラ財產權ノ移轉ヲ目的トスル有償契約ノミニ準用シ瑕疵擔保ノ責任ニ關スル規定ハ物ノ引渡ヲ目的トスル有償契約ノミニ之ヲ準用スルカ如シ民法第五百五十九條但書ニ「但契約ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニアラス」トアルハ即チ此謂ナリ

第四章　買戻

第一節　買戻ノ性質

民法第五百七十九條ニ曰ク「不動產ノ賣主ハ賣買契約ト同時ニ爲シタル買戻ノ特約ニ依リ買主カ拂ヒタル代金及ヒ契約ノ費用ヲ返還シテ其賣買ノ解除ヲ爲スコトヲ得」ト此規定ニ依ルトキハ民法ニ所謂買戻ハ賣主カ買戻ノ特約ニ依リテ留保シタル解除權ヲ行使シテ賣買契約ノ解除ヲ爲ス法律關係ナルヲ以テ買戻ニ付キテハ賣主ノ有スル賣買契約ノ解除權ト解除權ノ因テ生スル買戻ノ特約ト解除權ノ行使トノ三個ノ方面ヨリ之ヲ觀察スルコトヲ得ヘク買戻ナル語ハ時トシテハ買戻ノ特約ヲ意味スルコトアリ時トシテハ賣主ノ有スル解除權

ヲ意味スルコトアリ（舊民法ニ所謂買戻ハ此意義ヲ有ス）又時トシテハ賣主カ解除權ヲ行使シテ賣買契約ヲ解除スルノ作用ヲ意味スルコトアリ買戻ノ概念ニ關スル學者ノ說明モ亦或ハ解除權ノ原因タル特約ヲ主トシ或ハ解除權其モノヲ主トシ或ハ解除權ノ行使ヲ主トス然レトモ是レ唯タ觀察ノ方面ヲ異ニスルニ過キスシテ買戻ノ性質ハ何レノ方面ヨリスルモ之ヲ說明スルコトヲ得ヘシ余ハ今ヤ買戻ノ性質ヲ說明スルニ當リ主トシテ賣主ノ有スル解除權ノ方面ヨリ觀察スヘシ即チ此方面ヨリ觀察シタル買戻ハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

買戻權トハ不動產ノ賣主カ賣買契約ト同時ニ爲シタル特約ニ依リ買主カ拂ヒタル代金及ヒ契約ノ費用ヲ返還シテ其賣買ヲ解除スル權利ナリ

今此定義中ニ包含スル買戻權ノ概念ヲ分析スルコト左ノ如シ

第一　買戻權ハ賣買契約ヲ解除スル權利ナリ

買戻ナル語ハ其文理上ノ意義ニ於テハ賣主カ一旦賣渡シタル物ヲ更ニ買取リテ再ヒ其所有ニ歸セシムルノ謂ニシテ再賣買ナル語ト其意義ヲ同フスルモノナリ然レトモ我民法ニ認ムル所ノ買戻權ハ賣主カ賣買契約ヲ解除スル

ノ權利ニ外ナラスシテ賣主カ買主ヲシテ賣買ノ目的物ヲ更ニ再ヒ自己ニ賣渡サシムルノ權利ニアラス故ニ買戻權ナル權利ノ名稱ハ權利ノ實質ニ副ハサルモノナリ然ルニ我民法カ特ニ買戻ナル名稱ノ下ニ此權利ヲ規定シタルハ要スルニ一般取引上ノ觀念ニ從ヒ特別ナル法律關係トシテ此名稱ヲ使用シタルモノナリ

買戻ノ性質ニ付キテハ學說立法例區々ニシテ一定セサル所ニシテ(一)獨逸民法ハ再賣買ノ豫約ナリトノ觀念ニ基キ之カ規定ヲ設ケ我民法ト反對ノ主義ヲ採用ス又(二)買戻權ヲ以テ賣買ノ解除權ナリトスル法制ニ在テモ或ハ(イ)買戻約款アル賣買ヲ以テ純然タル解除條件附法律行爲トシ買戻權ノ行使ヲ以テ條件ノ成就ナリトシテ之ニ物權的效力ヲ附與シ或ハ(ロ)買戻約款アル賣買ハ賣主ニ於テ解除權ヲ留保シタル賣買ニシテ解除權ノ行使ハ各當事者ヲシテ相手方ヲ原狀ニ復セシムルノ義務ヲ負ハシムルニ止マリ第三者ニ對シテ其效ヲ生セサルモノト爲スモノアリ我民法ハ買戻權ヲ以テ單純ナル再賣買ノ權利關係ナリトセス之ヲ以テ一ノ解除權ナリトシテ其效力ヲ既往ニ遡ラシメ以テ當事者ノ希望シタル結果ヲ生セシムルト同時ニ第三者ノ利益ヲ保護スル爲メ之ヲ以テ單純ナル解除權トシ條件附法律行爲ニ於ケルカ如ク其レ自體ニ於テハ物權的效力ヲ生セシメサルモノナリ

買戻ノ特約ハ物權的效力ヲ生セサルヲ原則トスルモ登記ヲ爲ストキハ之ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルト同時ニ不動產ヲ目的トスル條件附法律行爲モ亦登記ヲ爲スニアラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルヲ以テ此二者間ノ差別ハ理論上ニ於テノミ存スルニ過キスシテ實際ニ於テハ全ク同一ノ結果ニ歸著スヘシ亦再賣買ノ豫約ハ將來ニ向テノミ其效ヲ生スルヲ原則トスルモ賣主ハ豫シメ之ヲ登記スルニ依リテ其權利ヲ保全スルコトヲ得ルヲ以テ此二者間ニ存スル根本的ノ差異モ亦單ニ理論上ニ止マリ實際上ニ於テハ左マテ重要ノモノニアラサルコトヲ知ルヘシ

第二　買戻權ハ不動產ノ賣主カ賣買契約ヲ解除スル權利ナリ

買戻權ハ不動產ノ賣主ノ獨リ享有スルコトヲ得ヘキ權利ニシテ動產ノ所有權其他ノ財產權ヲ買主ニ移轉シタル賣主ハ此權利ヲ享有スルコトヲ得ス蓋

シ不動産ハ吾人ノ資産中ニ在テ多少重要ナル地位ヲ占ムルヲ以テ吾人カ金
錢ノ必要ニ迫ラレ止ムコトヲ得スシテ一旦之ヲ他人ニ賣却スルモ他日之ヲ
買戻シテ更ニ再ヒ吾人ノ所有ニ歸セシムルノ必要ヲ感スルコト往々ニシテ
之アリ買戻ノ制度ハ即チ吾人ノ爲メニ此要求ヲ充タスコトヲ得セシムルモ
ノニシテ其主眼トスル所ハ要スルニ賣主ヲシテ其移轉シタル權利ヲ確實ニ
回復スルコトヲ得セシムルニアルヲ以テ此目的ヲ達スルカ爲メニハ賣買契
約ヲ解除スルノ權利ヲ賣主ニ附與スルノミヲ以テ足レリトセス解除權ノ行
使ニシテ苟クモ第三者ニ不測ノ損害ヲ及ホササルニ於テハ之ニ對シテモ尙
ホ其效力ヲ生セシムルコトヲ必要トス是レ法律カ不動產ノ賣主ノ爲メニ解
除權ヲ認ムルト同時ニ賣主ヲシテ買戻ノ特約ヲ登記シ因テ以テ其買戻權ヲ
第三者ニ對抗スルコトヲ得セシムル所以ナリ反之動產其他ノ財產ニ在リテ
ハ買戻ノ必要ヲ感スル場合極メテ稀ナルノミナラス其種類ノ頗ル雜駁ナル
各個ノ財產ニ付キ買戻ヲ許スハ繁雜ニ涉リ取引關係ヲ錯綜セシメ經濟上不
利ナル結果ヲ生スルノミナラス不動產以外ノ財產ニ付キテハ其財產ノ買戻

權ノ目的タルコトヲ公示スヘキ適當ノ方法ナキヲ以テ第三者ニ對シテ其效
ヲ生セシムルニ由ナク結局再賣買ノ豫約ヲ爲シタルト毫モ選フ所ナク賣主
ノ爲メニ特ニ買戻權ヲ認ムルノ實益ナシ是レ法律カ不動產ノ賣買ニ付テノ
ミ買戻權ヲ認メ動產ノ賣買ニ付キテ買戻權ヲ認メサル所以ナリ反之獨逸民
法ハ買戻ヲ以テ單ニ再賣買ノ豫約ト爲セルヲ以テ賣買ノ目的ノ動產タルト
不動產タルトニ論ナク賣主ノ爲メニ買戻ノ特約ヲ認メタリ我民法ノ下ニ在
テモ賣主ハ任意ニ解除權ノ留保又ハ再賣買ノ豫約ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖
モ其解除權又ハ豫約ハ普通ノ原則ニ從ヒ其效力ヲ定ムルコトヲ要シ買戻ノ
場合ニ固有ナル效力ヲ之ニ附スルコトヲ得サルノミ

第三　買戻權ハ不動產ノ賣主カ賣買契約ト同時ニ爲シタル買戻ノ特約ニ因リ
賣買契約ヲ解除スル權利ナリ

買戻權ハ賣主ト買主トノ間ノ意思表示ヨリ生スル權利ニシテ賣主カ此權利
ヲ享有スルニハ賣買契約ヲ爲スノ際賣主ト買主トノ間ニ解除權ノ留保ニ關
スル意思ノ合致即チ附帶ノ契約アルコトヲ必要トス買戻ノ特約ト稱スルモ

ノ即チ是レナリ而シテ當事者間ノ特約カ賣主ニ買戻權ヲ授與スルニハ賣買契約ト同時ニ之ヲ爲スコトヲ要シ其後ニ爲シタル特約ハ再賣買ノ豫約トシテ其效ヲ生スヘキモ當事者間ノ地位ヲ原狀ニ復スル買戻ノ特約トシテ其效ヲ生セサルモノトス蓋シ我民法ニ依ルトキハ買戻權ハ當事者間ノ意思表示ニ依リ不動產ノ賣主ニ留保セラレタル一ノ解除權ニシテ買戻ノ特約ハ即チ解除權留保ノ意思表示ニ外ナラサルヲ以テ此意思ハ契約締結ト同時ニ之ヲ表示スルコトヲ要シ其後ニ爲シタル意思表示ハ賣買契約ノ解除權ヲ賣主ニ授與スルコトヲ得サルモノトス何トナレハ賣主カ賣買契約締結ノ際ニ解除權ヲ留保セサリシトキハ契約ハ絕對ニ其效力ヲ生シ賣買契約ノ目的タル所有權ノ移轉ハ既遂ノ事實トナリタルモノナレハ當事者カ更ニ再ヒ所有權移轉ノ方法ニ依リ賣主ヲシテ其主體タラシムレハ格別賣買契約ヲ解除シ因テ以テ之ヲ原狀ニ復スルコトハ到底不可能事ニ屬スルヲ以テナリ斯ノ如ク賣買契約ヲ解除スルコトヲ得セシムルハ管ニ理論ニ牴觸スルノミナラス實際ニ於テモ亦寧ロ害アリテ益ナシトス是レ法律

カ當事者ノ地位ヲ原狀ニ復セシムヘキ買戻ノ特約ハ賣買契約ト同時ニ之ヲ爲スコトヲ必要トシ其以後ニ於テ爲シタル特約ハ斯ル效力ヲ生スルコトヲ得サルモノト爲シタル所以ナリ

第四 買戻權ハ不動產ノ賣主カ賣買契約ト同時ニ爲シタル買戻ノ特約ニ基キ買主ノ支拂ヒタル代金及ヒ契約ノ費用ヲ返還シテ賣買契約ヲ解除スル權利ナリ

買戻權ハ當事者間ノ意思表示ニ依リ賣主ニ留保セラレタル解除權ニシテ解除權ノ行使ハ各當事者ヲ契約以前ノ原狀ニ復スルノ效果ヲ生スヘキモノナルヲ以テ賣主ハ買戻權ノ行使ニ依リ賣渡シタル不動產ノ所有權ヲ回復スルト同時ニ買主ヨリ受取リタル代金ヲ買主ニ返還スルノ義務ヲ負擔スヘキモノトス從テ賣主ヨリ買主ニ支拂フヘキ金額ハ賣買代金ヨリモ多キコトヲ得サルハ勿論之ヨリモ少ナキコト能ハサルハ我民法ニ認ムル買戻權ノ性質上毫モ疑ナシ何トナレハ買戻權カ既ニ賣主ニ留保セラレタル解除權ナル以上ハ當事者ノ地位ヲ原狀ニ復スルヲ以テ其效力ト爲スコトヲ要シ之ニ附スル

ニ他ノ效力ヲ以テスルハ其解除權タル性質ト相容レサルヲ以テナリ加之賣買代金ト買戻代金トハ必スシモ同一ナルコトヲ要セサルモノトスルトキハ買戻ノ特約ハ往々利息制限法ヲ回避セントスル高利貸輩ノ利用スル所トナリ種々ナル弊害ヲ生スルニ至ルヘキヲ以テ賣買代金ト買戻代金トハ實際上ニ於テモ亦之ヲ同一ナラシムルヲ可ナリトス故ニ當事者カ賣買契約締結ノ當時買戻ノ特約ヲ爲スモ買戻ノ爲メニ賣主ノ支拂フヘキ金額カ賣買代金トノ一致セサルトキハ其特約ハ民法ニ認ムル買戻ノ特約ニアラサルヲ以テ買戻ノ特約トシテ其效ナシトス

賣主ハ買戻權ヲ行使スルニ當リ賣買代金ヲ買主ニ返還スル義務アルハ勿論賣買契約ニ付キ買主ノ支出シタル費用ヲ買主ニ償還スルコトヲ要ス何トナレハ賣主カ自己ノ利益ニ於テ賣買契約ヲ解除スル以上ハ賣買契約ノ費用ハ賣主自ラ之ヲ負擔シ買主ノ地位ヲ原狀ニ復シ之ヲシテ損害ヲ被ラシムルコトナキヲ要スルハ買戻ノ觀念ニ適スルヲ以テナリ且解除權ヲ行使シタル賣主ハ第五百四十五條ノ規定ニ從ヒ賣買代金ニ利息ヲ附シテ之ヲ買主ニ返還スルコトヲ要ス此民法ノ場合ニハ代金ノ利息ト不動產ノ果實トハ相消シタルモノト看做シ當事者雙方ヲシテ返還ノ義務ヲ免カンシム蓋シ代金ノ利息ト果實ト別々ニ計算スヘキモノトスルトキハ當事者間ノ關係頗ル錯雜シ之ヲ確定スルニ付キ繁雜ナル手數ヲ要スルヲ以テ當事者間ニ特約アレハ格別然ラサレハ之ヲ相殺スルノ勝レルニ若カサルモノト認メタルヲ以テナリ然レトモ此規定タル其明文ノ示ス如ク一ノ推定的規定ニ過キサルヲ以テ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從ヒ利息ト果實トハ別ニ計算ヲ遂ケ各自返還ノ義務ニ服從スヘキハ勿論ナリ

第二節　買戻ノ特約

買戻ノ特約ハ買戻權ノ因テ生スル當事者間ノ契約ニシテ其成立ニ付キテハ契約ノ成立ニ要スル一般ノ條件ヲ具備スルコトヲ必要トスルハ勿論買戻ノ特約ニ固有ナル條件ヲモ具備スルコトヲ必要トス詳言スレハ買戻ノ特約カ有效ニ成立スルニハ第一、買戻ノ特約ノ附帶スル賣買契約ハ不動產ヲ目的トスルコト

第二、買戻ノ特約ハ賣買契約ト同時ニ之ヲ爲スコト第三、買戻ノ特約ハ賣買代金ト契約ノ費用ヲ返還シテ契約ヲ解除スルノ權利ヲ賣主ニ留保スルヲ以テ其內容トナスコトヲ必要トスルハ既ニ說明スル所ノ如シ

買戻ノ約款ヲ附シテ不動產ノ賣買ヲ爲スコトハ不動產ノ所有權ヲ永久ニ喪失セスシテ之ヲ資金ノ融通ニ供スル一ノ便法ニシテ不動產ノ所有者ハ此方法ニ依リ容易ニ資本ノ供給者ヲ求メ得ヘク賣渡シタル不動產ハ買戻ノ特約ニ依リ確實ニ之ヲ回復スルコトヲ得ヘシ蓋シ資金融通ノ手段トシテハ不動產ヲ質物抵當物トシテ他人ヨリ金錢ヲ借入ルル途ナキニアラサルモ質權及ヒ抵當權ハ之ヲ實行スルニ付キ繁雜ナル手數ヲ要スルヲ以テ資本家ハ不動產ヲ抵當トシテ金錢ヲ貸與スルヨリモ寧ロ買戻約款附ニテ不動產ヲ買取ルコトヲ便利ナリトスル場合往々ニシテ之レアリ從テ買戻約款附賣買ハ不動產ヲ資金融通ノ用ニ供スル方法トシテ取引上ニ於テ一種ノ便益ヲ感セシムルハ毫モ疑ナキヲ以テナリ是レ買戻ノ制度カ擔保制度ノ完備ニ依リテ大ニ其效用ヲ減殺セラレタルニ拘ハラス尙ホ今日ニ於テ其餘喘ヲ保ツ所以ナリ然レトモ買戻ノ制度ハ一面ニ於テ不動產ノ所有者ノ爲メニ資本融通ノ便宜ヲ與フル利アルモ他ノ方面ニ於テ有害ナル結果ヲ生スルモノナリ他ナシ買戻ノ特約ハ流質契約ヲ禁スル民法ノ規定ヲ回避スルノ手段ニ供セラルルコト往々ニシテ之レアルノミナラス當事者ノ地位ヲ不確定ノ狀態ニ置キ權利ノ所在ヲ不明ナラシメ爲メニ不動產ノ融通ヲ阻害シ其利用改良ヲ妨ケ經濟上不利ナル結果ヲ生スルヲ以テナリ而シテ斯ル狀態ハ可及的速ニ之ヲ廢止シ當事者間ノ權利關係ヲ確定シ不動產ヲ其本然ノ狀態ニ復セシムルノ必要アリシタル所以ニシテ我民法第五百七十九條ノ規定ニ依ルトキハ買戻ノ期間ニ付キテハ左ノ制限ニ服從スヘキモノトス

第一　特約ヲ以テ期間ヲ定メル場合

當事者ハ買戻ノ特約ヲ爲スニ當リ買戻權行使ノ期限ヲ定ムルコトヲ得ヘシト雖モ其期間ハ十年ヲ超ユルコトヲ得ス蓋シ其期間長キニ失スルトキハ經濟上不利ナル結果ヲ生スルヲ以テナリ而シテ買戻ノ期間ニ付キテハ立法例區々ニシテ一定セス其長キモノハ三十年ニ至リ其短キモノハ僅カニ三年ト

ス我民法ハ當事者ノ便益ト經濟上ノ理由トヲ參照シテ其期間ヲ十年ト定メタルモノナリ故ニ當事者カ十年以上ノ期間ヲ以テ買戻ノ特約ヲ爲スモ其特約ハ當事者ヲ羈束セス然レトモ其特約ハ全然無效トナラスシテ唯買戻ノ期間ニ關スル特約中十年ヲ超ユル部分ノミ其效力ヲ失ヒ買戻ノ期間ヲ十箇年ニ短縮シテ其特約ヲ維持スルモノトス蓋シ買戻ノ期間ニ關スル特約ハ分割ノ觀念ヲ容ルヽヲ以テ其一部ヲ無效トシ他ノ部分ヲ維持スルモ特約ノ性質ニ反スルコトナク又買戻ノ期間ヲ十年ニ短縮スルニ於テハ公益保護ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルノミナラス當事者間ニ於テモ亦全然之ヲ無效トスルヨリモ寧ロ之ヲ十年ニ短縮シテ其特約ヲ維持スルヲ有利ナリトスヘケレハナリ

當事者カ契約ヲ以テ一旦買戻ノ期間ヲ定メタル以上ハ後日之ヲ伸長スルコトヲ得ス是レ法律カ買戻ノ特約ヲ以テ經濟上不利ナル契約トシ可及的之ヲ制限スルノ政策ヲ採用シタルカ爲メニシテ買戻ニ關スル契約ハ常ニ必ラス賣買契約ト同時ニ之ヲ爲スコトヲ必要トシ賣買契約締結後ニ至リテ買戻ノ

契約ヲ爲スコトハ新ニ買戻ノ特約ヲ爲スト既ニ爲シタル特約ヲ變更スルトニ論ナク絕對ニ之ヲ許ササル精神ニ出テタルモノナリ故ニ買戻ノ期間ハ其長短如何ニ拘ハラス又法定ノ期間ヲ遵守スルト否トニ論ナク絕對ニ之ヲ伸長スルコトヲ得サルモノトス

第二 特約ヲ以テ期間ヲ定メサル場合

當事者カ買戻ノ特約ヲ爲スニ當リ其期間ヲ限定セサリシ場合ニ於テモ賣主ハ無制限ニ買戻權ヲ行使スルコトヲ得サルハ勿論其期間ハ法律上五年間ニ制限セラルルモノナリ是レ又可及的速ニ買戻權ヲ消滅セシメントスル立法ノ精神ニ基クモノナリ故ニ我民法ニ依ルトキハ買戻權ハ特約ナキ限リハ五年ヲ以テ當然其效ヲ失フヘク當事者ハ唯十年ヲ超エサル期間内ニ於テ買戻ノ特約ヲ以テ其期間ヲ伸長スルコトヲ得ルニ過キサルモノトス、而シテ當事者カ買戻ノ特約ヲ以テ其期間ヲ定メサリシトキハ當事者ハ後ニ至リ其期間ヲ五年以内ニ短縮スルハ得テ不可ナシト雖モ之ヲ伸長シテ五年以上ト爲スコトハ不可能ニシテ其契約ハ無效ナリトス

第三節　買戻ノ特約ノ效力

買戻ノ特約ハ不動產ノ賣主ノ爲メニ賣買ヲ解除スルノ權利ヲ留保スルヲ以テ目的トスルコト賣主カ特約ノ旨趣ニ從ヒ解除權ヲ行使シタルトキハ賣買ノ解除ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ各當事者ハ相手方ヲ原狀ニ復スルノ義務ヲ負フコトハ敢テ說明ヲ要セサル所ナリ然レトモ買戻ノ特約ハ單ニ當事者間ニ於テ其效ヲ生スルニ止マリ第三者ニ對シテ其效ヲ生スルコトナカルヘキハ我民法ノ認メタル買戻權ノ性質ヨリ生スル論理的結果ナリ何トナレハ契約ノ解除ハ當事者間ニ於テ買戻ノ特約ニ基ク賣買ノ解除ニ付キテモ亦十五條第一項ニ規定スル所ニシテ同一ノ原則ヲ適用セサルヘカラサルヲ以テナリ然レトモ民法ハ一旦賣渡シタル不動產ノ所有權ヲ回復セントスル賣主ノ希望ヲ滿タスカ爲メ買戻ノ場合ニ付キ例外規定ヲ設ケ一定ノ條件ノ下ニ其特約ヲ以テ第三者ニ對抗シ得ヘキモノト爲セリ而シテ我民法ノ規定ニ依ルトキハ買戻ノ特約ノ第三者ニ對スル效力ハ左ノ如シ

第一　賣買契約ト同時ニ買戻ノ特約ヲ登記シタルトキハ其特約ハ第三者ニ對シテモ其效力ヲ生ス

買戻ノ特約ハ其レ自體ニ於テハ當事者タル買主ヲ羈束スルニ止マリ第三者ニ對シテ其效ヲ生セサルモ民法ハ登記ヲ爲スニ於テハ之ヲ以テ第三者ニ對抗シ得ヘキモノト爲セリ換言セハ其性質ニ於テ債權的效力ヲ生スルニ過キサル買戻ノ特約ハ之カ登記ヲ爲スニ依リテ物權的效力ヲ生シ賣主ハ爾後何人ニ對シテモ買戻權ヲ主張スルコトヲ得ヘシ蓋シ買戻ノ特約ヲ登記スルニ於テハ第三者ハ登記ニ依リ其不動產カ買戻ノ目的タルコトヲ知リ得ヘキニ依リ買戻權ノ行使ニ遭遇スルモ之カ爲メ不測ノ損害ヲ被ムルノ虞ナケレハナリ從テ賣主カ買戻權ヲ實行シタル曉ニ於テ特約ノ當事者タル買主ニ於テ常ニ不動產ノ完全ナル所有權ヲ賣主ニ回復スルノ義務ヲ負擔シ又賣買契約後其現ニ設定シタル不動產上ノ權利ヲ消滅セシメ其不動產ヲ賣買契約當時ノ原狀ニ復スルノ債務ヲ負擔スルハ勿論賣主カ買戻ノ特約ヲ登記シタルト

キハ目的タル不動産カ轉轉シテ第三者ノ所有ニ歸シタル場合ト雖モ賣主ハ不動産ノ所有者ニ對シテ其權利ヲ主張シテ直接ニ不動産ノ所有權ヲ回復シ賣買契約後買主又ハ其承繼人ノ設定シタル不動產上ノ權利ハ買戻權ノ行使ト共ニ當然消滅ニ歸スルハ解除條件成就ノ場合ト毫モ異ナル所ナキヲ以テ賣買契約ノ解除ハ絕對的ニ其效ヲ生シ賣主ハ完全ニ其權利回復ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ然レトモ買戻ノ特約カ如上ノ效力ヲ生スルカ爲ニハ賣買契約ヲ登記スルト同時ニ之カ登記ヲ爲スコトヲ必要トシ先ツ賣買契約ノ登記ヲ爲シタルトキハ後ニ至リ別ニ買戻ノ特約ヲ登記スルコトヲ得ス假令之ヲ爲スモ其登記ハ其效ナシトス蓋シ買戻契約後買戻ノ特約ヲ登記シタルトキハ其特約ハ將來ニ向テノミ物權的效力ヲ生スルモノナレハ第三者既得ノ權利ハ之レカ爲メ毫モ迫害ヲ受クルモノニハアラサルヲ以テ賣買契約ノ登記後ニ於テ更ニ特約ノ登記ヲ爲スモ毫モ不可ナキカ如シト雖モ買戻ノ特約ハ不動產ノ融通ヲ妨ケ經濟上不利ナル結果ヲ生スルノミナラス之ニ物權的效力ヲ附シタル民法第五百八十一條ノ規定ハ畢竟一ノ例外的規定ナルヲ以テ民法ハ其適用ノ範圍ヲ制限シ買戻ノ特約ニ物權的效力ヲ附與スル所以ノ登記モ亦買戻ノ特約ト等シク賣買契約ト同時ニ爲スコトヲ必要トシタルモノナリ

民法第五百八十一條ニ所謂「賣買契約ト同時ニ」ハ「賣買契約締結ト同時ニ」ノ意ニアラスシテ「賣買契約ヲ登記スルト同時ニ」ノ意ニ解スヘキモノトス故ニ買戻ノ特約ハ假令賣買契約締結ト同時ニ登記ヲ爲ササルモ賣買契約登記ノ際之ト共ニ登記ヲ爲スニ於テハ其特約ハ第三者ニ對シテ其效力ヲ生スルモノトス但賣買契約締結ト同時ニ買戻ノ特約ヲ爲スコトハ其成立要件ナルコトハ既ニ說明スル所ノ如シ

第二　登記ヲ爲シタル賃借人ノ權利ハ其殘期一年間ニ限リ之ヲ以テ賣主ニ對抗スルコトヲ得

賃貸借ハ當事者ニ於テ債權關係ヲ生スルニ過キサルモ之ヲ登記スルニ於テハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルコトハ民法第六百五條ニ規定スル所ナリ玆ニ於テ買主又ハ其承繼人カ買戻ノ特約ノ附隨セル不動產ヲ賃貸シタル場合

ニ賃借人カ其權利ヲ登記シタルトキハ第三者ニ對シテ其賃借權ヲ主張シ得ヘキハ論ヲ俟タス故ニ賣主カ買戻ノ特約ヲ登記セサリシトキハ賣主ハ買主ニ對シテ原狀回復ノ請求權ヲ有スルニ過キサルヲ以テ登記ヲ爲シタル賃借人ハ賣主ニ對シテ其既得ノ權利ヲ主張シ賃借物ノ使用收益ヲ繼續スルコトヲ得ルヲ以テ買戻權ノ行使ハ其權利ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ反之賣主カ買戻ノ特約ヲ登記シタルトキハ其特約ハ第三者ニ對抗シ得ヘク買戻權行使ノ結果賣主又ハ其承繼人ノ承諾シタル賃貸借ハ當然消滅ニ歸スヘキモノトス然レトモ賃貸借ハ不動產利用ノ一方法ニシテ其存在ハ必スシモ不動產ノ所有者ニ不利ナルモノニアラス其期間ノ短カキモノニ付キテハ殊ニ然リトス加之買戻權ノ行使ハ賃借人ニ對シテモ尙ホ絕對的ニ效力ヲ生スルモノトスルトキハ何人モ買戻ヨリ生スル危險ヲ慮リ進ンテ其不動產ヲ賃借スルコトナカルヘキヲ以テ買主又ハ其承繼人ハ之ヲ他人ニ賃貸シテ其不動產ヲ利用スルコトヲ得サルニ至リ經濟上不利ナル結果ヲ生スヘシ玆ニ於テ法律ハ買戻ノ目的タル不動產上ノ賃貸借ニ付キテハ一ノ例外ヲ設ケ買戻ノ當時不動產上ニ存在セル賃貸借ハ買戻ノ時ヨリ起算シ一年間ハ尙ホ其效力ヲ保有シ賃借人ニ於テ其權利ヲ賣主ニ對抗シ得ヘキモノトセリ是レ第五百八十一條第二項ニ規定スル所ナリ然レトモ同條ノ規定ハ買戻ノ目的タル不動產ノ利用ヲ可能ナラシムル爲メ第三者ノ正當ニ得タル賃借權ヲ鞏固ナラシムルノ必要ニ基キタルモノナレハ賃貸借カ不動產ノ利用ノ爲メニ爲シタルニアラスシテ賣主ヲ詐害スルノ目的ニ出テタルトキハ其行爲ハ不法ノモノナルヲ以テ之ニ對シテ保護ヲ與フルノ必要ナシ從テ一般ノ原則ニ從ヒ買戻ノ行使ニ因リ之ヲ消滅セシムルヲ可ナリトス是レ同條第二項但書ノ規定アル所以ナリ

第三 賣主ノ債權者カ第四百二十三條ノ規定ニ依リ賣主ニ代ハリテ買戻ヲ爲サント欲スルトキハ買主ハ裁判所ニ於テ選定シタル鑑定人ノ評價ニ從ヒ不動產ノ現時ノ價格ヨリ賣主カ返還スヘキ金額ヲ控除シタル殘額ニ達スルマテ賣主ノ債務ヲ辨濟シ尙ホ餘剩アルトキハ之ヲ賣主ニ返還シテ買戻權ヲ消滅セシムルコトヲ得

買戻權ハ賣買契約ヲ解除シ因テ以テ一旦賣渡シタル不動產ノ所有權ヲ回復スルノ權利ニシテ財產權タルノ性質ヲ有シ賣主ニ專屬スヘキモノニアラサルヲ以テ賣主ノ債權者ハ民法第四百二十三條ノ規定ニ從ヒ賣主ニ代位シテ買戻權ヲ行使シ目的タル不動產ヲ賣主ノ所有ニ歸セシメタル上其不動產ヲ賣却シテ之ヲ其債權ノ辨濟ニ供スルノ權利ヲ有スルハ論ヲ俟タス然レトモ債權者カ買戻權ヲ行フハ要スルニ其不動產ヲ自己ノ債權ノ辨濟ニ供スル爲メニ外ナラスシテ賣主ノ如ク不動產其者ヲ自己ノ所有ト爲スカ爲メニアラサルヲ以テ債權者カ其債權ノ辨濟ヲ受クルニ於テハ强テ買戻權ヲ實行スル必要ナシ又他方ニ於テ不動產ノ買主又ハ其承繼人ハ其買受ケタル不動產ノ所有權ヲ保有スル場合往々ニシテ之レアルヘキヲ以テ法律ハ賣主ノ債權者ヨリノ買戻權實行ニ對シ不動產所有權ヲ保有セントスル買主及ヒ其承繼人ノ利益ノ爲メ買戻權ヲ行使シ來リタル債權者ニ辨濟シテ買戻權ヲ消滅セシムルノ權能ヲ之ニ附與シタリ第五百八十二條ノ規定即チ是レナリ同條ノ規定ニ依ルトキハ不動產ノ所有權ヲ保存セントスル

買主又ハ其承繼人ハ裁判所ニ於テ選定シタル鑑定人ノ評價ニ從ヒ不動產ノ現時ノ價格ヨリ賣主ノ返還スヘキ金額ヲ控除シタル殘額ニ充ツルマテ賣主ノ債務ヲ辨濟スヘキモノトス蓋シ買戻代金ト不動產ノ現時ノ價格トノ差額ハ即チ買戻權ノ行使ニ因リテ賣主ノ利得ニ歸スヘキ價格ニシテ債權者カ買戻權ノ行使ニ因リテ受クル實益モ亦一ニ此價格ニ付キテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルノ點ニ存スルヲ以テ法律ハ此價格ヲ限度トシテ買主ニ債權辨濟ノ義務ヲ負擔セシムルモノナリ又不動產ノ價格ヲ裁判所ノ選任シタル鑑定人ノ評價ニ委スルハ價額算定ノ公平精確ナルコトヲ期スルカ爲メニ外ナラスシテ代位債權者ノ債權額カ前記差額以上ナルトキ例之不動產ノ賣買代金ハ千圓ニシテ鑑定價格ハ千五百圓ナリトシ代位債權者ノ債權額カ五百圓以上ナリト假定スルトキハ買主ハ其差額五百圓ヲ債權者ニ支拂フノミヲ以テ足リ其以上ニ責任ヲ負フコトナク債權額カ其差額ヨリモ少ナキトキ例之金三百圓ナリト假定スルトキハ買主ハ三百圓ヲ債權者ニ支拂ヒ其殘額二百圓ハ之ヲ賣主ニ返還スルコトヲ要ス何トナレハ買戻權ハ賣主ニ屬スルヲ以テ之

ヲ消滅セシムルノ對價トシテ支拂フヘキ金額ハ總テ賣主ノ利得ニ歸スヘキハ勿論ナルヲ以テナリ

買主ノ利益ノ爲メニ買戻權ヲ消滅セシムル民法第五百八十二條ノ規定ハ頗ル有益ナリ何トナレハ買主ハ之ニ因リ不動產ノ所有權ヲ保存スルコトヲ得ルノ利アルト同時ニ賣主ト其債權者ニ對スル關係ニ於テハ買戻權ヲ實行シタル上不動產ヲ賣却シテ債權ノ辨濟ニ充テタルト同一ノ結果ニ歸著シ毫モ其利益ヲ害スルコトナキノミナラス煩雜ナル競賣ノ手續ヲ省キテ之ニ要スル手數ト費用ト日時トヲ節約シ簡易迅速ニ當事者間ノ權利關係ヲ確定スルヲ得ルヲ以テナリ

第四節　買戻權實行ノ方法

第一款　買戻ノ當事者

買戻權ハ特約ヲ以テ此權利ヲ留保シタル賣主其人ニ於テ之ヲ行使スルコトヲ得ルハ勿論賣主ノ承繼人モ亦此權利ヲ行フコトヲ得ヘシ

買戻權ハ一ノ權利トシテ之ヲ讓渡スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付キテハ學者間ニ議論ノ存スル所ニシテ或學者ハ之ヲ以テ一ノ債權ナリトシ其讓渡ニ付キテハ債權讓渡ノ法則ヲ適用スヘキモノトシ他ノ學者ハ買戻權ハ我民法上賣買契約ヲ解除スルノ權利ニ外ナラサルヲ以テ其ノ債權ニアラサルハ勿論之ヲ他人ニ移轉スルニハ常ニ必ラス其解除權ノ因テ生スル契約上ノ地位ヲ移轉スルコトヲ要シ契約上ノ地位ヲ移轉スルコトナクシテ單ニ買戻權ヲ他人ニ移轉スルハ本末ヲ顚倒スルモノニシテ買戻權ノ性質ニ反スルモノトナセリ買戻權ハ其實質ニ於テ契約ノ解除權ナルコト契約ノ解除權ハ契約ニ附帶スル權利ニシテ契約當事者ニ屬シ物權債權ノ如ク獨立セル權利ニアラサルハ論ヲ俟タス然レトモ契約當事者トシテノ地位ハ當事者ノ一方カ其契約ヨリ生スル權利義務ヲ第三者ニ移轉スルニ因リテ第三者ハ其當事者ノ契約上ノ地位ヲ承繼スルモノナルハ毫モ疑ナク契約當事者ノ一方ハ契約ヨリ生スル一切ノ權利義務ヲ脫スルニ因リテ契約當事者タルノ地位ヲ失却シ第三者其權利義務ヲ承繼スルニ因リテ當事者タルノ地位ヲ取得スルモノトス而シテ買戻ハ賣買契約ニ附帶スル法

律關係ナルモ賣主買主相互間ニ成立シタル賣買契約ヲ解除スルニ因リテ更ニ其相互ノ間ニ於テ原狀回復ノ義務ヲ生セシムルヲ以テ唯一ノ目的トスル別種ノ法律關係ニシテ當事者相互間ノ原狀回復ノ義務ハ要スルニ買戻權行使ノ效果ニ外ナラサルヲ以テ買戻權ヲ第三者ニ讓渡シタル賣主ハ當事者トシテ享有スル契約解除ノ權利ト共ニ之ヨリ生スル原狀回復ノ權利義務ヲ讓受人ニ移轉シ讓受人ハ買戻ノ特約ニ關シテハ讓渡人タル賣主ノ契約上ノ地位ヲ承繼スルモノト解セサルヘカラス故ニ買戻權ハ買戻ノ特約ヨリ生スル一ノ權利トシテ之ヲ賣買讓與ノ目的ト爲スニハ毫モ妨ケナキノミナラス此權利ハ賣主ニ專屬スヘキ性質ノモノニアラサルヲ以テ其讓渡ヲ禁スヘキ理由ナシ何トナレハ買戻權行使ノ結果賣主ノ義務ニ屬スル代金ノ返還ニ付キテハ現實ノ提供ヲ必要トスルヲ以テ賣主自カラ買戻ヲ爲スト第三者買戻ヲ爲ストハ買主ノ利害ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナキヲ以テナリ而シ買戻權ノ性質如何ノ問題ニ付キテハ之ヲ以テ一ノ債權ナリトスルハ非ナリ何トナレハ債權ハ特定ノ人ニ對シテ行爲又ハ不行爲ヲ要求スル權利ナルニ買戻權ハ賣買契約ヲ解除スルヲ以テ目

的トシ買主ニ對シテ不動產ノ回復ヲ請求スルノ權利ハ其效果ニ過キサルヲ以テナリ然レトモ買戻權ハ特定ノ相手方ニ對スル權利トシテ債權ト其性質ヲ同フスルヲ以テ其讓渡ニ付キテモ亦類推解釋ニ依リ債權ノ讓渡ニ關スル民法第四百六十七條ノ規定ヲ準用シ買主及ヒ其承繼人ニ對シテハ之ニ對スル通知又ハ其承諾ニ因リテ其效ヲ生スルモノト解スヘク又買戻權ハ之ヲ登記スルニ因リテ物權的效力ヲ生スルヲ以テ賣主カ數人ノ爲メニ買戻權ノ處分ヲ爲シタル場合ニ於テハ處分ノ利益ヲ受クヘキ者ノ間ニ於テハ登記ノ前後ニ因リ權利ノ優劣ヲ定ムルヲ可ナリトス

買戻權ノ對手人ハ賣買契約ノ當事者タル買主ナルヲ以テ買主カ買戻ノ當時不動產ノ所有權ヲ保有スル場合ハ勿論不動產ノ所有權カ第三者ニ移轉シタル場合ト雖モ買戻ノ特約カ之ヲ登記セサリシカ爲メ第三者ニ對抗シ得ヘカラサルトキハ買戻權ハ買主ニ對シテ之ヲ行使スルコトヲ要ス蓋シ買戻權ハ賣買契約ノ解除權ニシテ其性質ニ於テ債權的效力ヲ生スルニ過キサルヲ以テ契約當事者タル買主ニ對シテ之ヲ行使スルコトヲ要シ其契約ノ當事者ニアラサル第三

者ニ對シテ之ヲ行使スヘキモノニアラサルヲ以テナリ反之賣主カ賣買契約ト同時ニ買戻ノ特約ヲ登記シ第三者ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘキトキハ買戻權ノ行使ニ必要ナル行爲ハ買主ニ對シテ之ヲ爲スヘキヤ若クハ現ニ不動產ヲ所有スル轉得者ニ對シテ之ヲ爲スヘキヤニ付キ疑ヲ生スヘシ余ハ買戻權行使ノ對手人ハ轉得者ニシテ買主ニアラス從テ買戻權ノ行使ニ關スル行爲ハ轉得者ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ必要トスルト同時ニ之ニ對シテ爲スヲ以テ足ルモノナリト信ス蓋シ不動產ノ所有權ト買戻權トハ密接ノ關係ヲ有シ賣主ハ買戻權ノ行使ニ依リ相手方ニ賣買代金ヲ返還スルト同時ニ相手方ヲシテ更ニ再ヒ目的物ノ所有權ヲ返還セシメ玆ニ再ヒ不動產所有權ト其賣買代金トヲ交換スルモノナレハ買戻ノ特約カ登記ニ依リ第三者ニ對抗シ得ヘキモノナル以上ハ買戻ニ關スル權利義務ノ關係ハ不動產所有權ノ移轉ト共ニ買主ノ承繼人ニ移轉シ買主ノ承繼人ハ其不動產ニ關スル買主ノ契約上ノ地位ヲ承繼シテ買戻ノ當事者トナリ賣主ヨリ買戻ニ關スル意思表示ヲ受ケ賣主ヨリ賣買代金ヲ受取リテ不動產所有權ヲ賣主ニ返還スルノ義務ヲ負フモノト謂ハサルヲ得ス

之ヲ要スルニ賣主カ買戻ノ特約ヲ登記セサリシトキハ買主ノ承繼人ハ買主ノ權利ノミヲ承繼シ其義務ヲ承繼セサルヲ以テ買戻權ノ行使ハ買主ヲ對手人トスヘク其承繼人ヲ對手人トスルコトヲ得サルモ賣主買戻ノ特約ヲ登記シタルトキハ買主ノ承繼人ニ於テ全然買主ノ地位ヲ承繼シテ買戻ノ對手人トナルモノト解釋スルヲ相當トス

第二款　買戻ノ方法

買戻ハ要スルニ賣買契約ノ解除ニ外ナラサルヲ以テ契約ノ解除ニ關スル通則ニ從ヒ相手方ニ對スル意思表示ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノトス然レトモ買戻ハ單純ナル意思ノ表示ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ス其意思表示ハ常ニ必ラス買戻ノ期間內ニ之ヲ爲スコトヲ要スルハ勿論賣主ノ義務ニ屬スル代金及ヒ契約ノ費用ヲ提供シテ之ヲ爲スコトヲ必要トス從テ此要件ヲ缺ケル買戻ノ意思表示ハ賣買契約ヲ解除スルノ效力ヲ生セサルモノトス蓋シ買戻ハ賣主ノ意思表示ノミニテ其效ヲ生スルモノトスルトキハ賣主ハ一片ノ意思表示ヲ以テ目的物

ノ所有權ヲ回復シ而カモ其代金及ヒ契約ノ費用ヲ支拂フノ義務ヲ等閑ニ付シ甚シキニ至ルテハ終ニ其義務ヲ履行スルコト能ハサルコトアリテ買主ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルノ虞アルヲ以テ代金及ヒ契約費用ノ提供ヲ以テ買戻ノ必要條件ト爲スコトハ買主ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ必要ナルヲ以テナリ

賣主カ買戻權ヲ行使シタルトキハ賣買契約ハ解除セラレ賣買契約ナカリシト同一ノ狀態ニ復スルヲ以テ買戻權行使ノ結果賣主ハ終始不動產ノ所有主ニシテ買主及ヒ其承繼人タル轉得者ハ曾テ其所有權ヲ有セサリシモノトナルヘシ故ニ不動產ニ付キ費用ヲ支出シタル買主及ヒ轉得者ノ地位ハ他人ノ所有物ニ付キ必要費有益費ヲ支出シタル占有者ノ地位ニ等シキヲ以テ民法ハ占有ノ效力ニ關スル民法第百九十六條ノ規定ヲ準用シ賣主ヲシテ其費用償還ノ義務ヲ負擔セシメタリ故ニ賣主ハ必要費ニ付キテハ其全部、有益費ニ付キテハ其費用ノ爲メニ生シタル價格ノ增加カ現存スル場合ニ限リ其選擇ニ從ヒ買主又ハ轉得者ノ支出シタル費用若クハ其增加額ヲ償還スルノ義務アリ然レトモ買主及ヒ轉得者ハ買戻ノ結果不動產ノ所有權ヲ失ヒ其不動產ハ賣主ノ所有ニ歸スルコトアルヘキハ其當サニ豫期スヘキ所ナルヲ以テ惡意ノ占有者ト同視セラレ常ニ必ラスシモ有益費ノ即時償還ヲ要求スルコトヲ得ス裁判所ハ賣主ノ請求ニ依リ相當ノ猶豫時間ヲ之ニ與フルコトヲ得ヘシ是レ第五百八十三條第二項末段ニ規定スル所ナリ且費用ノ償還ハ買戻權行使ノ必要條件ニアラサルヲ以テ賣主ハ買戻ト同時ニ其費用ヲ提供スルコトヲ要セス然レトモ買主又ハ轉得者ハ民法第二百九十五條ノ規定ニ從ヒ其費用ノ償還ヲ受クルマテ不動產ヲ留置スルノ權利ヲ有スルハ勿論ナリ

第五節　共有者持分ノ買戻

不動產ノ共有權即チ共有者ノ持分モ亦不動產ノ完全所有權ト等シク買戻ノ目的トナルコトヲ得ヘシ何トナレハ不動產ノ共有權モ亦要スルニ不動產ノ所有權ニ外ナラスシテ其得喪ハ登記ヲ以テ之ヲ公示スルコトヲ得ルヲ以テナリ故ニ共有者ノ一人ハ買戻ノ特約ヲ附シテ其持分ヲ他人ニ讓渡シタル後更ニ買戻

權ヲ行使シテ其持分ヲ回復シ再ヒ共有者トナルコトヲ得ヘシ然レトモ共有ハ共有者中ノ或者ノ請求ニ依リ何時ニテモ之ヲ廢止スルコトヲ得ヘキヲ以テ共有ノ不動産カ買戻權ノ行使ニ先タチ既ニ共有者間ニ於テ現物ノ儘分割セラレ又ハ共有者ニ於テ目的物ヲ競賣ニ付シ其代金ヲ分割シタルトキハ賣主ハ尚ホ買戻權ヲ行使シテ其權利ヲ回復スルコトヲ得ヘキヤ若シ然リトセハ如何ナル方法ヲ以テ買戻權ヲ行使スヘキヤニ付キ疑問ヲ生スヘシ民法第五百八十四條第五百八十五條ハ此場合ニ於ケル賣主ノ買戻權ヲ規定シタルモノナリ即チ左ノ如シ

第一 不動産ノ分割又ハ競賣アリタルトキ

不動産ノ分割又ハ競賣アリタルトキハ賣主カ受ケタル若クハ受クヘキ部分又ハ代金ニ付キ買戻ヲ爲スコトヲ得

不動産ノ分割トハ不動産ヲ現物ニテ分割シ共有者ノ持分ニ應シテ共有者ノ各自ニ其一部ヲ配當シタル場合ヲ謂ヒ競賣トハ不動産ノ完全ナル所有權ヲ競賣ニ付シ持分ノ割合ニ應シ其代金ヲ共有者ニ分配シタル場合ヲ謂フ而シテ共有物ノ分割又ハ競賣ノ結果現ニ買主ノ有ニ歸シ又ハ其有ニ歸スヘキモノト確定シタル不動産又ハ其代金ノ部分ハ賣主ノ買戻權ノ目的トナル故ニ賣主ハ其賣渡シタル持分ニ代ヘテ其持分ヨリ生シタル不動産又ハ其賣却代金ノ一部ニ付キ買戻權ヲ行フコトヲ得ヘシ例之甲乙丙ノ三人三百坪ノ地所ヲ共有スル場合ニ甲ハ金百圓ヲ以テ其持分三分ノ一ヲ買戻ノ約款ヲ付シテ丁ニ賣渡シタル場合ニ乙丙丁ハ其地所ヲ分割シテ各百坪ノ所有權ヲ取得シ又ハ其地所ヲ賣却シテ各自ニ金二百圓ヲ領收シタリト假定スルトキハ甲ハ前ニ受取リタル賣買代金百圓ヲ以テ丁ノ所有ニ歸シタル百坪ノ地所又ハ丁ノ分配ヲ受ケタル金二百圓ヲ買戻スコトヲ得ヘク後ノ場合ニ於テハ甲ハ買戻ノ結果其代金ト丁ノ所得ニ歸シタル金二百圓ノ差額百圓ヲ返還セシムルコトヲ得蓋シ買戻ノ約款ヲ附シテ不動産ノ持分ヲ賣却シタル場合ニ於テモ亦タ賣主ヲシテ買戻權ヲ行使シテ其權利ヲ回復スルコトヲ得セシムルハ固ヨリ有益ナリト雖モ是カ爲メ各共有者ノ有スル分割ノ請求權ヲ害スルコトヲ得ス何ントナレハ賣主ト買主トノ間ノ買

戻ノ特約ハ其契約ニ干與セサル他ノ共有者分割ノ請求權ヲ制限スルノ效力ヲ生スルコトナキハ勿論共有物分割ノ請求權ニ關スル民法第二百五十六條ノ規定ハ公益ニ關スルヲ以テ契約當事者タル買主モ亦共有者ノ一人トシテ此權利ヲ行使スルコトヲ妨ケサルヲ以テナリ故ニ共有者ノ一人カ買戻ノ約款ヲ附シテ其持分ヲ讓渡シタル場合ト雖モ各共有者ハ何時ニテモ分割ヲ請求シ共有ノ狀態ヲ廢止スルコトヲ得ヘシ而シテ不動產カ一旦共有者間ニ於テ分割セラレタル以上ハ賣主ハ最早ヤ其本來ノ持分ニ付キ買戻ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ斯クスルニ於テハ一旦分割セラレタル不動產ヲ其分割以前ノ共有ノ狀態ニ復歸セシムルコトトナリ共有者ノ分割請求權ヲ有名無實ナラシムルノ結果ヲ生スルヲ以テナリ而シテ分割ノ結果買主ノ所有ニ歸スヘキ共有物又ハ其代金ノ部分ハ其買受ケタル持分ヨリ生シ之ニ代ハリタルモノニシテ其持分カ依然トシテ賣主ノ所有タル場合ト雖モ其持分ハ共有ノ廢止ニ因リ早晩不動產又ハ其代金ノ一部ヲ受クルノ權利ニ變化スヘキモノナレハ賣主ヲシテ其持分ニ代ヘテ其持分ヨリ生シタル不動產又ハ代金ノ一

部ニ付キ買戻權ヲ行ハシムルヲ可ナリトス是レ民法第五百八十四條ノ規定アル所以ナリ舊民法ハ買主カ分割ノ結果代金ヲ受取リタルトキハ賣主ノ買戻權ハ消滅ニ歸スルモノト爲セリ蓋シ買戻權ノ目的カ金錢ナルトキハ賣主ハ買戻ニ因リ買主ノ受クヘキ金額ヨリ賣買代金及ヒ費用ヲ控除シ其殘額ヲ請求スルノミヲ以テ足リ特ニ代金及ヒ費用ヲ提供スルノ必要ナキヲ以テ常ニ必ラス買戻權ヲ行使スヘキヲ以テ買戻ニ要スル資金ノ欠乏ヨリ生スル賣主ノ買戻權喪失ノ機會ヲ僥倖スル買主ニ不利ナル結果ヲ生スルカ爲メナリ然レトモ不動產ノ持分ヲ買戻ノ約款付ニテ買受ケタル者ハ買受當時ニ於テ賣主ヨリノ買戻ヲ豫期スルモノナレハ買戻權ノ行使ニ因リ不測ノ損害ヲ被ムルモノニアラサルノミナラス買主ノ僥倖的利益ヲ保護スル爲ニ賣主ヲシテ其買戻權ヲ失却セシメ其利益ヲ犧牲ニ供スルハ理由ニ乏シキモノト謂ハサルヘカラス是レ民法カ買主ノ受取リタルモノノ現物ナルト金錢ナルトニ論ナク賣主ノ爲ニ買戻權ヲ認ムル所以ナリ

共有不動產分割ノ場合ニハ賣主ノ買戻權ハ分割ノ結果現ニ買主ノ所得ニ歸

シ(分割結了)又ハ其歸スヘキモノト確定シタル(分割手續中)不動産又ハ其代金ノ部分ヲ目的トスルヲ以テ分割ノ方法如何ハ買戻權ヲ有スル賣主ノ利害ニ重大ナル影響ヲ及ホスモノナリ何トナレハ分割ノ方法宜シキヲ得サルトキ即チ分割カ共有者ノ地位ニアル買主ニ不利ナルトキハ買主ノ所得ニ歸シタル不動産又ハ其代金ノ部分ニ付キテ買戻ヲ爲ス所ノ賣主ニ於テ結局其弊ヲ受クルニ至ルヘキヲ以テナリ故ニ賣主ハ其權利ヲ保全スルカ爲メ分割ノ手續ニ參加シテ自己ニ不利益ナル結果ヲ生スヘキ分割ヲ未然ニ豫防スルノ必要アリ是レ民法カ不動産ヲ分割シ又ハ之ヲ競賣ニ付スルニ當リ共有者ヲシテ其旨ヲ賣主ニ通知スルノ義務ヲ負ハシメ之ヲ等閑ニ付スルニ於テハ其分割又ハ競賣ハ之ヲ以テ賣主ニ對抗スルコトヲ得サルモノト爲セル所以ナリ是レ參加ノ請求ヲ待チテ利害關係人ヲ分割ノ手續ニ參加セシムル民法第二百六十條ノ場合ト趣ヲ異ニスル所ナリ故ニ共有者カ賣主ニ通知セスシテ分割又ハ競賣ヲ爲シタルトキハ賣主ハ其本來ノ持分ニ付キ買戻ヲ爲スノ權利ヲ失ハサルヲ以テ買戻權ノ行使ハ更ニ共有ノ狀態ヲ復活セシムルニ至ルヤ明ナリ

共有者間ニ於テ協議ノ分割ヲ爲シタル場合ハ格別然ラサレハ其分割ヲ以テ賣主ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス之ニ反シテ裁判上ノ分割ハ適式ニ行ハレタル以上ハ賣主ニ對シテモ其效ヲ生スヘク賣主ハ後ニ至リ其分割ノ自己ニ不利ナルヲ主張シ其本來ノ持分ニ付キテ買戻權ヲ行フコトヲ得ス

第二 買主カ不動産ノ競落人トナリタルトキ

買主カ競賣ニ付セラレタル共有不動産ノ競落人トナリテ其所有權ヲ取得シタル場合ニ付キテハ民法第五百八十五條ニ特別ノ規定アリ即チ左ノ如シ

一 買主自ラ分割ヲ請求シタル場合　賣主ハ其選擇ニ從ヒ其持分ノミニ付キ買戻ヲ爲シテ其持分ヲ回復シ又ハ競賣代金及ヒ第五百八十三條ニ揭ケタル費用ヲ拂ヒテ買戻ヲ爲シ其全部ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得是レ第五百八十五條ノ規定ヨリ生スル結果ナリ抑モ共有ハ同一物ヲ數人ノ意思ニ服從セシメ經濟上不利ナル狀態トシテ可及的速ニ之ヲ廢止スルノ必要

アリ從テ法律ハ各共有者ニ與フルニ何時ニテモ分割ノ請求ヲ爲スノ權利ヲ以テスル所ナリ故ニ共有ノ不動產カ共有廢止ノ目的ヲ以テ競賣ニ付セラレ買主以外ノ共有者又ハ第三者カ競落人トナリテ其完全ナル所有權ヲ取得シタル場合ニ賣主ヲシテ其持分ニ付キ買戻權ヲ行使スルコトヲ得セシメ競落人ノ損害ニ於テ共有ノ狀態ヲ復活セシムルノ不可ナルハ論ヲ俟タサル所ナリト雖モ少クトモ買主自ラ分割ヲ請求シテ其競落人トナリタル場合ニ付キ賣主ヲシテ其持分ニ付キ買戻權ヲ行フコトヲ得セシムルヲ公平ナリトス何トナレハ買主ハ賣主ニ對シ其買受ケタル持分ヲ賣戻スノ義務ヲ負フモノニシテ少クトモ賣主ニ對スル關係ニ於テハ共有ノ狀態ヲ維持シ持分賣戻ノ義務履行ヲ妨クヘキ分割ノ請求ヲ爲スコトヲ避止セサルヘカラサルヲ以テ買主カ共有不動產分割ノ主動者トナリ且之ヲ競落シタル以上ハ買主ヲシテ其不動產ヲ以テ持分賣戻ノ責ニ任セシムルハ賣主ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ必要ナルヲ以テナリ然レトモ共有ハ經濟上不利ナル狀態トシテ成ルヘク之ヲ避クルコトヲ要スルヲ以テ法律ハ不動產

ノ全部ニ付キ買戻ヲ爲スノ權利ヲ賣主ニ附與シ以テ賣主カ其持分ニ付キテ買戻權ヲ行使スル場合ヲ減少セント試ミタリ第五百八十五條ノ規定即チ是ナリ蓋シ買戻權ハ賣主本來ノ持分ヲ目的トシ賣主ハ其以外ニ於テ買戻權ヲ行使スルコトヲ得ス從テ買主ハ其全部ニ付キテ賣戻ノ義務ヲ負フモノニ非サルモ一方ニ於テハ競落人タル買主ヲシテ持分賣戻ノ義務ヲ履行セシムルノ必要アリ他方ニ於テ共有ノ復活ハ公益上之ヲ避クルノ必要アルヲ以テ此二個ノ必要ニ應スル爲メ賣主カ不動產全部ノ買戻ヲ利アリトスルトキハ買主ヲシテ其請求ニ應セシムルコトトナシタルモノナリ然レトモ此場合ニ於ケル買戻權ハ不動產ノ全部ヲ目的トスルヲ以テ賣主ハ買戻ヲ爲スニ當リ其持分ノ賣買代金ト契約ノ費用ヲ支拂フノミヲ以テ足レリトセス買主ノ支拂ヒタル競買金及ヒ第五百八十三條ニ揭クル賣買契約ノ費用、買主カ不動產ニ施シタル必要費、有益費ヲ支拂フコトヲ要シ持分ノ賣買代金ト其持分ノ實價トノ間ニ存スル差額ヲモ利スルコトヲ得ス蓋シ全部ノ買戻權ハ共有ノ復活ヲ避クルノ必要上買主ノ權利ヲ犧牲ニ供シ

テ賣主ニ附與シタル例外的ノ權利ナルヲ以テ之カ爲ニ買主ノ利益ヲ害セサルコトヲ必要トスルヲ以テナリ例之甲乙丙ノ三人一ノ地所ヲ共有シ其持分等シキ場合ニ共有者ノ一人タル甲買戻約款付ニテ其持分ヲ代金二千圓ニテ丁ニ賣渡シタル後丁分割ヲ請求シ其地所ヲ競賣ニ付シタル結果一萬五千圓ニテ之ヲ競落シタリト假定センニ買戻ニ關スル普通ノ觀念ニ依レハ甲ハ其持分ノ代金二千圓ト自餘ノ持分ニ對スル買受代金一萬圓合計一萬二千圓ヲ以テ不動產全部ノ買戻ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ此場合ニハ甲ハ丁カ競落シタル代金一萬五千圓ヲ支拂フニアラサレハ之ヲ賣戻スコトヲ得サルモノトス

買主自カラ共有不動產ノ分割ヲ請求シテ競落人トナリタルトキハ賣主ハ買主ノ所得ニ歸シタル競賣代金ノ部分、其持分又ハ不動產ノ全部ニ付キ何レカ其一ヲ選擇シテ買戻權ヲ行使スルコトヲ得ルコトトナル

二　他ノ共有者カ分割ヲ請求シタルトキ　分割カ他ノ共有者ノ請求ニ基キタル場合ニハ買主ハ之レヨリ生シタル結果ニ對シ責任ヲ負フノ理由ナキヲ以テ買主ヨシテ分割ノ結果其競落シタル不動產ヲ以テ持分賣戻ノ責ニ任セシムルハ苛酷ニ失スルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ此場合ニ於テハ賣主ハ其持分ニ付キ買戻權ヲ行使シ買主ノ不利益ニ於テ共有ノ狀態ヲ復活セシムルコトヲ得ス然レトモ他方ニ於テ買戻ノ目的タル不動產カ賣戻ノ義務ヲ負フ所ノ買主ニ於テ現ニ之ヲ所有スルニ拘ハラス賣主ヲシテ其不動產ニ付キ直接ニ買戻權ヲ行フコトヲ得サラシムルハ賣主ニ對シテ不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ法律ハ賣主ヲシテ前說明スル所ニ從ヒ競賣代金及ヒ契約ノ費用竝ニ買主ノ施シタル必要費有益費ヲ拂ヒ不動產ノ全部ニ付キ買戻權ヲ行フコトヲ得セシメ買主ト賣主ノ利害ヲ調和スルコトト爲セリ但此場合ニ於テモ賣主ハ其選擇ニ從ヒ買主ノ有ニ歸シタル競賣代金ノ部分ニ對シ買戻ヲ爲スノ權能ヲ有スルハ論ヲ俟タス

第五章　交換

第一節　交換ノ性質

民法第五百八十六條ノ規定ニ依ルトキハ交換ハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

交換ハ當事者カ互ニ金錢ノ所有權以外ノ財產權ヲ移轉スルコトヲ約スル契約ナリ

今此定義中ニ包含スル交換ノ概念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一 交換ハ契約ナリ

交換ハ財產權ノ移轉ヲ目的トスル當事者即チ交換者ノ意思ノ合致ニ因リテ成立スル契約關係ナルコトハ賣買ト異ナルコトナク且交換カ其效力ヲ生スルニハ當事者間ニ意思表示アルノミヲ以テ足レリトシ敢テ目的物ノ引渡又ハ或方式ノ履行ヲ必要トセサルヲ以テ其諾成契約ニシテ又不要式契約ナルコトモ亦賣買ト異ナル所ナシ又交換ハ當事者雙方ヲシテ財產權移轉ノ債務ヲ負ハシメ且其相互ノ債務ハ交換的ニ履行スヘキモノナルヲ以テ有償契約ニシテ雙務契約ナルコトモ亦賣買ト其撰ヲ一ニスル所ナリ

第二 交換ハ當事者互ニ金錢以外ノ財產權ヲ移轉スルコトヲ約スル契」

交換ハ當事者間ニ於テ互ニ財產權ヲ移轉スルコトヲ目的トシ當事者各自ヲシテ財產權移轉ノ債務ヲ負ハシムルハ賣買ト毫モ異ナル所ナク寧ロ賣買ハ財產權ト財產權トノ交換ヲ目的トスル交換ノ一種ニシテ取引上ニ於テ重要ナル地位ヲ占ムルヲ以テ交換ヨリ分派シ別箇獨立ナル契約ノ種類ヲ形成スルニ至リタルモノナリ而シテ交換ハ汎ク財產權ノ移轉ヲ目的トシ其財產權ノ物ヲ目的トスルト否トハ之ヲ問フコトヲ要セサルモノトス

交換ト賣買トハ財產權ト財產權トヲ交換スルノ點ニ於テハ其性質ヲ同フスルモ他ノ點ニ於テ差異アリ他ナシ交換ハ賣買ノ如ク金錢ノ所有權ト他ノ財產權トヲ交換スルニアラスシテ金錢ノ所有權以外ノ財產權ヲ互ニ交換スルニ在リ換言スレハ賣買ニ在リテハ當事者ノ一方即チ買主ハ金錢ノ所有權ヲ移轉スルノ義務即チ價格ノ給付ヲ目的トスル金錢債務ヲ負擔スルモ交換ニ在リテハ就レノ當事者モ金錢債務ヲ負擔セス各自金錢以外ノ財產權ヲ相手方ニ移轉スルノ義務ヲ負フモノナリ而シテ金錢債務ハ常ニ貨幣ノ給付ヲ目的トスルモノナレトモ貨幣ノ給付ヲ目的トスル債務ハ常ニ必ラスシモ金錢

債務ニアラス價格ヲ代表スル物體トシテ貨幣ヲ觀察シ相手方ヲシテ一定ノ價格ヲ保有セシムルノ目的ヲ以テ其給付ヲ約スル場合ニ限リ金錢債務タルノ性質ヲ有スルモノナリ反之債務者ヲシテ特定ノ商品又ハ特種ノ商品トシテ貨幣ヲ給付セシムルニ在ルトキハ其債務ハ即チ特定ノ貨幣又ハ特種ノ貨幣ノ所有權ノ移轉ヲ目的トシ債務者ノ移轉スヘキ貨幣ノ所有權ハ民法ニ所謂金錢ノ所有權ニアラス例之甲、乙ノ所持スル二十圓金貨ヲ得ント欲シ乙ニ對シテ其現ニ所持スル時計ト交換センコトヲ申込ミ乙承諾ノ意思ヲ表示シタルトキハ甲乙間ノ契約ハ交換ニシテ賣買ニアラス何トナレハ金貨ノ受授ニ關スル當事者ノ意思ハ其金貨ノ包含スル價格ノ給付ヲ目的トスルニアラスシテ金貨其者ノ給付ヲ目的トスルモノナレハナリ

兩替ノ性質ニ關シテハ學者間ニ議論アリ或ハ之ヲ賣買ナリトシ或ハ之ヲ交換ナリトシ或ハ之ヲ一種ノ無名契約ナリト爲セリ然レトモ此問題ハ貨幣ノ性質ト當事者ノ意思トニ依リテ之ヲ解決スルコトヲ要シ一概ニ之ヲ論定スルコトヲ得ス例之兩替カ特定ノ貨幣ト特定ノ貨幣ノ交換ヲ目的トスルトキ

即チ當事者ハ各自相手方ヲシテ其貨幣ヲ給付セシムルヲ目的トシ他ノ貨幣ノ給付ヲ許ササルノ意思ナルトキハ純然タル交換ナルコトハ明カナリ兩替カ特定ノ通貨ト特種ノ通貨ト交換シ又ハ特種ノ通貨ト他ノ特種ノ通貨トノ交換ヲ目的トスル場合ニ於テモ亦タ其兩替ハ交換タルノ性質ヲ有スルモノトス之ニ反シテ一方カ特種又ハ特定ノ通貨ヲ給付シ相手方カ其對價トシテ一定ノ金額ヲ支拂フヘキトキハ其支拂ニ充ツル貨幣ノ種類如何ニ拘ハラス其兩替ハ賣買トナル然ルニ當事者ノ意思カ互ニ特種ノ通貨ノ給付ヲ目的トスル金錢債務ヲ負擔スルニ在ルトキハ一種ノ無名契約トナルヘシト雖モ各自互ニ金錢債務ヲ負擔セントスル當事者ノ意思ハ之ヲ想像スルコトヲ得ス當事者ノ意思ハ寧ロ金錢ノ給付ヲ目的トセスシテ特種ノ貨幣ノ給付ヲ目的トスルモノト爲スヲ正當ナリトス但我民法ニ依ルトキハ何レノ場合ニ於テモ有償契約トシテ賣買ニ關スル規定ヲ準用スルコトヲ要シ略ホ同一ノ結果ニ歸著スヘシト雖モ其區別ハ實際上ニ於テ尚ホ實益アルヲ失ハス

第二節　補足金

當事者ノ一方カ相手方ニ金錢ノ所有權以外ノ財產權ヲ移轉シ相手方カ其對價トシテ之ニ金錢ノ所有權ト其以外ノ財產權トヲ併セテ移轉スルコトヲ約スルコトアリ此契約タル當事者各自カ互ニ金錢ノ所有權以外ノ財產權ヲ移轉スルノ義務ヲ負擔スルノ點ニ於テ交換タルノ性質ヲ有スルモ其普通ノ交換ト異ナル點ハ當事者ノ一方カ金錢以外ノ財產權ト共ニ金錢ノ所有權ヲ移轉スルノ義務ヲ負擔スルニ在リ而シテ其金錢ヲ稱シテ補足金ト謂フ蓋シ當事者ノ一方カ相手方ノ移轉スル財產權ノ價格ニ比シテ不足スルヲ以テ其不足部分ヲ補フニ金錢ヲ以テシ相互間ニ平衡ヲ保ツノ目的ニ出テタルモノナリ而シテ此種ノ契約ハ賣買ノ一種ナルヤ又ハ交換ノ一種ナルヤニ付キテハ學者間議論ノ存スル所ニシテ立法例モ又區々ナリ舊民法ハ金錢ノ補足カ交換ニ供シタル物ノ價格ヲ超ユルトキハ之ヲ賣買ト看做スト規定シ當事者一方ノ義務ニ屬スル金錢ノ所有權ト金錢以外ノ財產權トノ價格ノ多寡ヲ以テ契約ノ性質ヲ決スルノ標準ト爲シタレトモ此二者間ノ價格ノ差異ヲ算定スルコト極メテ困難ナル場合アルノミナラス二者其價格ヲ同フスルトキハ孰レノ性質ニモ依ルコトヲ得サルノ結果ヲ生スヘキヲ以テ民法ハ之ヲ以テ交換ノ一種トナシ之ヲ交換ニ關スル第四節中ニ規定シ金錢ニ關シテハ賣買ノ代金ニ關スル規定ヲ準用スルコトト爲シタリ故ニ買主ハ引渡ノ日ヨリ代金ノ利息ヲ拂フ義務ヲ負フ但代金ノ支拂ニ付キ期限アルトキハ其期限ノ到來スルマテハ利息ヲ拂フコトヲ要セス」トアルハ民法第五百七十五條第二項ノ規定ヲ初メトシテ其代金ニ關スル規定ハ補足金ニモ亦之ヲ準用セサルヘカラス

然レトモ當事者カ契約ヲ爲スニ當リ其一方カ相手方ニ移轉スル財產權ニ對シテ先ツ金錢ヲ以テ其代價ヲ定メ其辨濟ニ充ツル爲メ一定ノ金額ト其殘額ニ相當スル價格ヲ有スルモノトシテ金錢以外ノ財產權ヲ移轉スルコトヲ約シタルトキハ其契約ハ賣買ニシテ交換ニアラス從テ相手方ノ負擔スル債務ハ純然タル金錢債務ニシテ金錢以外ノ財產ハ金錢ニ代用セラレタルモノニシテ之ヲ給付スル相手方ノ債務ハ任意債務換價又ハ更改ニ因リ負擔シタル債務ナルヲ以

テ此種ノ契約ニハ賣買ニ關スル規定ヲ適用スルコトヲ要シ交換ニ關スル規定ヲ適用スルコトヲ得ス

第六章　消費貸借

第一節　消費貸借ノ性質

貸借トハ當事者ノ一方即チ借主カ返還ノ義務ヲ負擔シテ相手方即チ貸主ヨリ物ノ引渡ヲ受ケ有償又ハ無償ニテ其使用收益ヲ爲ス法律關係ヲ謂フ是レ他人ノ物ノ使用收益ヲ爲ス借主ノ方面ヨリ觀察シタル貸借關係ニシテ自己ノ物ヲ他人ノ利用ニ供スル貸主ノ方面ヨリ觀察スルトキハ當事者ノ一方カ返還ノ義務ヲ負擔セシメ相手方ニ物ヲ交付シ其使用收益ヲ爲サシムル法律關係ナリト謂フコトヲ得ヘシ而シテ當事者間ニ於テ授與セラルル目的物カ代替物ニシテ貸主カ其所有權ヲ借主ニ移轉シ借主ヲシテ同種類ノ物ヲ以テ返還ノ責ニ任セシムルトキハ其貸借ハ消費貸借ト謂ヒ目的物カ特定物ニシテ貸主カ其所有權ヲ借主ニ移轉セスシテ單ニ其占有ノミヲ移轉シ借主ヲシテ其物ヲ返還スルノ義務ヲ負ハシムル場合ニ借主カ無償ニテ其物ノ使用收益ヲ爲シ得ヘキトキハ其貸借カ有償ナルトキ即チ借主カ貸主ニ一定ノ借賃ヲ支拂フヘキトキハ之ヲ賃貸借ト謂ヒ其間多少ノ差異アルモ當事者間ニ物ノ受授アルコト借主カ其物ノ使用收益ヲ爲スコト及ヒ借主カ同一物又ハ同種ノ物ヲ以テ返還ノ責ニ任スルコトハ各種ノ貸借ニ通スル性質ニシテ我民法上貸借ナル法律關係ノ特性ヲ形成スルモノトス

消費貸借ノ何タルヤニ關シテハ民法第五百八十七條ニ規定アリ此規定ニ依ルトキハ消費貸借ハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

消費貸借ハ當事者ノ一方カ金錢其他ノ代替物ヲ相手方ニ交付シ相手方カ之ト種類品等數量ヲ同フスル物ヲ返還スルコトヲ約スル契約ナリ

此定義ニ從ヒ消費貸借ノ觀念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一　消費貸借ハ契約ナリ

消費貸借ハ當事者即チ物ヲ相手方ニ交付スル貸主ト物ノ交付ヲ受ケテ返還ノ義務ヲ負擔スル借主トノ間ニ於ケル意思ノ合致即チ契約ニ因リテ成立ス

而シテ(一)契約ノ成立ニ必要ナル當事者ノ意思表示ニ付キテハ別ニ方式ノ履行ヲ必要トセサルヲ以テ不要式契約ナリ然レトモ(二)此契約ハ當事者間ニ物ノ受授アリテ始メテ成立スルヲ以テ所謂實踐契約又ハ要物契約ト稱スルモノノ一種ニ屬ス(三)消費貸借ハ其無償ナル場合ニハ當事者ノ一方即チ借主ヲシテ返還ノ義務ヲ負擔セシメ他ノ一方即チ貸主ヲシテ何等ノ義務ヲ負擔セシメサルヲ以テ片務契約ニ屬シ且片務契約中ニ在テ最モ重要ナル地位ヲ占ムルモノナリ然レトモ消費貸借カ有償ナルトキハ貸主モ亦借主ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシムルノ債務ヲ負擔スルヲ以テ此場合ニ於テハ消費貸借ハ雙務契約ノ一種ニ屬スルモノトス(四)消費貸借ハ有償ナルコトアリ無償ナルコトアリ借主カ借用物ノ利用ニ對シ利息ヲ支拂フヘキトキハ有償契約ニシテ然ラサル場合ニ於テハ無償契約ナリトス

第二　消費貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ニ金錢其他ノ物ヲ交付スルニ因リテ成立スル契約ナリ

消費貸借ハ當事者ノ意思表示ノミニテ其效力ヲ生セス當事者ノ意思表示ノ外尙ホ物ノ引渡アリタルコトヲ必要トシ目的物ノ引渡ナキ限リハ契約ハ成立セス是レ他ナシ消費貸借ハ借主ヲシテ契約ノ目的タル金錢其他ノ代替物ヲ返還スルノ義務ヲ負ハシムルヲ以テ唯一ノ效力ト爲スモノニシテ借主ノ義務ハ目的物ノ引渡ニ因リテ始メテ發生シ引渡ヲ受ケサル間ハ借主ニ於テ目的物返還ノ義務ヲ負擔スルコトナキヲ以テ目的物ノ引渡ト共ニ契約ノ效力ヲ生セシムルヲ可ナリトスルヲ以テナリ故ニ消費貸借ヲ以テ一ノ要物契約ト爲スコトハ羅馬法以來學說立法例ノ共ニ一致スル所ナリ然ルニ近世ニ至リ取引上ノ必要ニ應スル爲メ漸次ニ要式契約及ヒ要物契約ヲ變シテ不要式契約諸成契約ト爲スノ傾向ヲ生シ消費貸借モ亦舊ノ如ク要物契約ト爲スヲ可トスルヤ將又之ヲ諸成契約トスルヲ可トスヘキヤニ付キ學者間ニ於テ議論アルノミナラス立法上ニ於テモ最近瑞西債務法ノ如キハ現ニ之ヲ以テ諸成契約トスルノ主義ヲ採用シタル所ナリ蓋シ消費貸借ヲ以テ諸成契約ナリトスルトキハ此契約ハ賃貸借ニ於ケルカ如ク當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ金錢其他ノ代替物ヲ引渡シテ之ヲ處分セシムルコトヲ約シ相手方ハ之

ニ對シテ同種同量ノ物ヲ以テ返還ヲ爲スコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生スルコトナルヘシ玆ニ於テ一ノ諾成契約トシテ消費貸借ノ效力ヲ定ムルトキハ立法上種々ナル難問ヲ生スルノ虞アリ例之消費貸借ヲ以テ當事者ノ意思表示ノミニテ其效力ヲ生スル諾成契約ナリトスルトキハ(一)貸主ハ消費貸借ニ因リテ負擔シタル自己ノ債務ト借主ニ對シテ有スル他ノ債務例之賣買代金ノ債權トヲ相殺シ其一己ノ意思ヲ以テ賣買代金ノ債權ヲ貸金ノ債權ニ變スルコトヲ得ルト同時ニ債務者モ亦其義務ニ屬スル賣買代金ノ債務トノ其權利ニ屬スル借用金ノ債權トヲ相殺シ賣買代金ノ債務ヲ變シテ借用金ノ債務トヲ爲スコトヲ得ヘシ(二)借主ハ賣主カ代金ノ債權ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得ル如ク貸主ニ對スル借用金ノ債權ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得ヘシ(三)貸主ハ契約ノ效力ニ依リ借主ニ對シテ借用物返還ヲ要求スルノ權利ヲ有シ借主ハ唯物ヲ引渡スヘキ貸主ノ債務不履行ヲ理由トシテ其請求ヲ拒絕スルコトヲ得ルニ過キサルモノトナルヘシ然レトモ斯ノ如キハ固ヨリ消費貸借ノ觀念ニ背馳スルモノナレハ消費貸借ヲ諾成契約トスル以上ハ特別規定ヲ設ケ斯ル結果ノ生スルコトヲ豫防スルノ必要アリ且消費貸借ニ在リテハ契約ヨリ生スル主要ノ效果タル借主ノ返還ノ債務ハ既ニ目的物ノ受授アリタルコトヲ前提要件トシ目的物ノ引渡ナキ限リハ其債務ノ成立セサルヘキハ何人モ疑ヲ容レサル所ニシテ此點ハ普通ノ諾成契約ト異ナル所ナルヲ以テ消費貸借ヲ諾成契約ナリトシテ其效果ヲ定ムルヨリモ寧ロ之ヲ以テ要物契約トシ目的物ノ引渡ニ因リテ成立スルモノトスル羅馬法以來ノ沿革ニ從フヲ以テ立法上ノ便宜ニ適スルモノト認メタルモノナリ但他人ノ爲メニ金錢其他ノ代替物ヲ融通スル契約ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルヲ以テ之ニ效力ヲ與フルハ毫モ不可ナク唯此種ノ契約ハ消費貸借ノ豫約トシテ其效ヲ生シ消費貸借ノ一部トシテ其效力ヲ生セサルモノトス要スルニ我民法ハ羅馬法以來要物契約タル消費貸借ヲ諾成契約ト爲スノ必要ナシト認メ羅馬法以來ノ舊慣ニ從ヒタルモノナリ然レトモ近世ニ於ケル取引上ノ便宜ハ寧ロ消費貸借ヲ以テ諾成契約ト爲スニ存スルハ毫モ疑ナク之ヲ要物契約ト爲シタルカ爲メ却テ取引上種々ナル難問ヲ生シ其要求ヲ充タスコトヲ得サルノ結

果ヲ生シ爲メニ諸成契約論ハ漸ク其勢力ヲ增加シ遠カラスシテ各國ノ立法例ニ一大變化ヲ起スノ氣運ヲ作ルニ至ルヘシト信ス

消費貸借ノ成立ニハ當事者間ニ於テ現ニ有體物ノ受授アリタルコトヲ必要トシ且其有體物ハ種類數量ヲ以テ取引ノ目的トナルコトヲ得ヘキ物即チ所謂代替物タルコトヲ要シ其性質ニ於テ代替ノ觀念ト相容レサル物即チ常ニ特定物トシテ取引ノ目的トナリ取引上ノ觀念ニ於テ他種ノ物ヲ以テ之ニ代フルコトヲ許ササル物例之地所建物ノ如キ物ハ消費貸借ノ目的タルコトヲ得ス民法第五百八十七條ニハ消費貸借ノ目的物ニ付キ明カニ代替物ナルコトヲ要スル旨ヲ規定セサルモ法律カ借主ヲシテ種類品等數量ニ於テ其現ニ借用シタル物ト同一ナル物ヲ返還スルノ義務ヲ負ハシムルヨリ推論スルトキハ消費貸借ノ目的物ハ種類數量ヲ以テ取引ノ目的タルコトヲ得ル代替物タルコトヲ要スルモノト解釋スルヲ相當トス但其物ハ他種ノ物ト代替スルヲ得ヘキ所謂代替物タルヲ以テ足レリトシ之ヲ消費スルヲ以テ物ノ法用トスル所謂消費物タルト否トハ之ヲ問フコトヲ要セス蓋シ之ニ消費貸借ナル名稱ヲ附シタルハ最モ普通ニ行ハルル金錢其他ノ消費物ノ貸借ニ著眼シタルモノナリ

消費貸借ハ貸主ヨリ借主ニ物ノ引渡ヲ爲シ借主ヲシテ之ト同種ノ物ヲ以テ返還ヲ爲スノ義務ヲ負ハシムルモノナレハ貸主及ヒ借主間ノ物ノ受授ハ使用貸借賃貸借ノ場合ト異ナリ借主ヲシテ其物ノ處分ヲ爲スコトヲ得セシムルヲ以テ目的トン貸借ノ目的タル物ノ受授ハ物ノ所有權ヲ借主ニ移轉スルノ效果ヲ生スヘキモノトス是レ消費貸借ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリ茲ヲ以テ目的物カ貸主ノ所有ニ係ルトキハ物ノ所有權ハ引渡トトモニ當然借主ニ移轉シ消費貸借ノ爲ニ爲ス物ノ引渡ハ即チ其物ノ所有權移轉ヲ目的トスル一ノ物權契約ヲ組成スルモノナリ從テ貸主ノ引渡シタル物カ其所有ニ屬セサル場合ト雖モ借主カ之ヲ以テ貸主ノ所有物ナリト信シ過失ナクシテ其引渡ヲ受ケ之ヲ占有シタルトキハ借主ハ民法第百九十二條ノ規定ニ從ヒ其物ノ所有權ヲ取得スヘシ而シテ何レノ場合ニ於テモ借主ハ借用物ニ對シ完全ナル處分權ヲ行フコトヲ得ヘキヲ以テ借主ハ貸主ニ對シ同種ノ物ヲ

以テ返還ヲ爲スノ義務ヲ履行スルノ責ニ任セサルヘカラサルヤ明ナリ之ニ反シテ借用物カ第三者ノ所有ニ屬シ貸主ニ處分權ナク借主モ亦引渡ノ當時惡意ナルカ若クハ善意ナルモ過失アリタルトキハ借主ハ其物ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得ス從テ物ノ所有者ニ對シテ直接ニ返還ノ責ニ任セサルヘカラサルヲ以テ物ノ所有權ヲ借主ニ移轉シ因テ以テ借主ヲシテ返還ノ義務ヲ負擔セシムルヲ以テ目的トスル貸借契約ハ完全ニ其效力ヲ生セサルモノトス何トナレハ斯クセサルニ於テハ借主ハ一方ニ於テハ貸借契約ヨリ生スル債權ノ效力トシテ貸主ニ對シテ物ノ返還ヲ爲スコトヲ要スルト同時ニ他方ニ於テハ物權的請求權ノ效力ニ依リ所有者ニ對シテ借用物ヲ返還シ又ハ不當利得若クハ損害賠償ノ請求ニ應セサルヘカラサルノ結果ヲ生スヘケレハナリ故ニ貸主カ更ニ所有者ヨリ借用物ノ權利ヲ讓受ケ又ハ其他ノ方法ヲ以テ所有者ニ滿足ヲ與ヘ借主ヲシテ物ノ所有權ヲ取得セシメタル場合ハ格別然ラサレハ借主ニ對シテ返還ノ請求權ヲ行フコトヲ得サルモノトス但此問題ニ付テハ學者間ニ議論アリ消費貸借ハ借主ヲシテ物ノ使用ヲ爲サシムル

ヲ以テ足リ其所有權ヲ移轉スルコトヲ必要トセストハ多數學者ノ主唱スル所ナルモ其所謂使用ハ一ノ比喩タルニ止マリ眞ノ使用ニアラス蓋シ金錢其他ノ代替物ハ取引上ニ於テ同一物ト看做サルルヲ以テ貸主カ借主ニ一定ノ金錢其他ノ代替物ヲ引渡シ後ニ至リ同種ノ物ヲ以テ返還ヲ受クルニ於テハ借主ハ結局貸主ノ物ヲ使用シテ其ヲ返還シタルト同一ノ結果ヲ生スルカ爲メナリ然レトモ法律上ヨリ言フトキハ消費貸借ハ借主ヲシテ其物ノ處分ヲ爲サシムルヲ以テ目的トスルモノナレハ使用貸借ト異ナリ必然的ニ目的物ノ處分ヲ伴フヘキモノニシテ貸主カ借主ニ對シテ物ノ處分權ヲ授與スルコト即チ其所有權ヲ移轉スルコトハ消費貸借ニ必要ナル觀念ニ屬シ之ヲ缺クハ消費貸借ノ性質ニ反スルモノト謂ハサル可ラス然レトモ法文ニハ單ニ「金錢其他ノ物ヲ受取ルニ因リテ其效力ヲ生ス」トアリ所有權ノ移轉ニ付キテ一言スル所ナキヲ以テ我民法ノ解釋上消費貸借ノ成立要件トシテハ物ノ引渡アリタルノミヲ以テ足リ其物ノ貸主ノ所有物ナルヤ否ヤヲ問ハサルモノト解スルヲ可ナリトシ其物ノ所有權ヲ借主ニ移轉スルコトハ貸主カ

借主ニ對シテ返還請求權ヲ行フニ要スル一ノ條件ナリト解スヘキモノトス故ニ貸主カ借主ニ借用物ノ權利ヲ移轉スルト否トハ契約ノ成立ニ關スル問題ニアラスシテ其效力ニ關スル問題ナルハ賣買契約ニ於ケルト毫モ異ナル所ナシ

消費貸借ノ成立ニ必要ナル目的物ノ授與ハ直接ナルコトアリ貸主カ直接ニ金錢物品ヲ借主又ハ其正當代理人ニ交付スルカ如シ目的物ノ受授ハ又間接ナルコトアリ例之(一)貸主カ借主ノ求メニ依リ借主ノ指定シタル人ニ金錢物品ヲ交付シ其金錢物品ヲ以テ貸借ノ目的トシ(二)銀行ノ振替勘定ニ依リ貸主ノ貸方ニ屬スル金額ヲ借主ノ貸方トシテ帳簿ニ記載ス(三)物品ヲ借主ニ交付シ其價格ヲ金錢ニ見積リ之ヲ以テ消費貸借ノ目的物トシ或ハ借主ヲシテ貸主ノ所有物ヲ賣却セシメ借主ノ領收シタル代金ヲ以テ消費貸借ノ目的トスルカ如シ

消費貸借ハ要物契約ナルニヨリ當事者ニ於テ貸借ノ目的ヲ以テ直接又ハ間接ニ金錢物品ノ受授アルコトヲ必要トス故ニ當事者ノ一方カ消費貸借以外ノ原因ニ依リ他ノ一方ニ對シテ金錢其他ノ代替物ヲ給付スルノ債務ヲ負フ場合ニ之ヲ消費貸借ノ債務ニ變セントスルニハ先以テ債務者ヨリ債務ノ履行トシテ金錢物品ヲ債權者ニ引渡シ其債務ヲ消滅セシメ然ル後更ニ再ヒ貸借ノ爲メ當事者間ニ於テ其金錢物品ノ受授ヲ爲ササルヘカラス然レトモ同一當事者間ニ於テ同一物ヲ二重ニ受授スルハ無用ノ手數ニ屬シ取引ノ敏活ヲ主眼トスル今代ノ法律思想ニ適セサルヲ以テ法律ハ當事者ニ於テ其金錢物品ヲ以テ直チニ消費貸借ノ目的ト爲スコトヲ約シタルトキハ消費貸借ハ當事者ノ意思表示ノミヲ以テ成立スルモノト爲セリ是レ民法第五百八十八條ニ規定スル所ナリ蓋シ此場合ニ於テハ法律ハ其金錢物品ハ當事者間ニ於テ受授セラレタルモノトシ法律ノ擬制ニ依リ消費貸借ヲ成立セシムルモノナリ例之買主カ賣主ニ對シテ負擔スル賣買代金ノ債務又ハ雇主カ雇人ニ對シテ負擔スル給料ノ債務本人カ受任者又ハ事務管理人ニ對シテ負擔スル立替金ノ債務ヲ變シテ同一當事者間ノ消費貸借ノ債務ト爲スカ如シ是レ特定物ニ付キ占有ノ改定ニ因リテ其占有ヲ移轉スルト同一ノ精神ニ基ツクモノ

ニシテ物ノ二重ノ引渡ヲ省略スルノ必要ニ出テタルモノナリ

當事者カ消費貸借以外ノ原因ヨリ生シタル債務ヲ變シテ消費貸借ノ債務トナスヲ爲シタルトキハ其債務ニハ消費貸借ニ關スル法則ヲ適用スルコトヲ要シ變更以前ノ債務關係ヲ基本トシテ當事者相互間ノ權利義務ヲ定ムルコトヲ得ス何トナレハ舊債務ハ消費貸借ノ債務ニ轉換スルニ因リテ全然消滅ニ歸シタルモノナレハナリ故ニ同一當事者間ニ於テ他ノ債務ヲ消費貸借ノ債務ニ變スルハ所謂債務ノ更改ニアラサルモノナルヲ知ルニ足ル而シテ消費貸借ノ原因トナリタル他ノ債務カ不成立ナルトキ又ハ其債務カ取消サレタルトキハ債務者ハ其無效取消ヲ理由トシテ消費貸借契約ノ不成立ヲ主張スルノ權利ヲ有ス是レ他ナシ第五百八十八條ノ規定ハ當事者間ニ於テ金錢物品ノ給付ヲ目的トスル債務ノ存在スルコトヲ以テ前提要件トスルモノナレハ其債務ノ存在セサルコトハ之ヲ消費貸借ニ變スル當事者間ノ契約ヲ無效ナラシムルノ結果ヲ生スヘキハ勿論ナルヲ以テナリ舊債務ヲ發生スル所以ノ契約カ解除セラレタル場合亦同シ然レトモ債務ノ變更カ全ク形式上ニ止マルトキ即チ當事者ノ意思カ實體上其以前ノ權利關係ヲ存セシメ唯便宜上其債務ニ消費貸借ノ形式ヲ有セシムルニアルトキハ當事者間ノ從前ノ權利關係ハ其儘存續シ形式ノ變更ハ毫モ其權利關係ノ實質ニ影響ヲ及ホササルモノトス例之甲、乙ニ其所有ノ時計ヲ代金百圓ニテ賣渡シタル場合ニ實體上其代金百圓ノ債務ヲ變シテ貸金ノ債務トナシタルトキハ乙ハ代金百圓ヲ辨濟シ更ニ新タニ百圓ヲ借用シタルコトトナルヲ以テ乙ハ爾後單純ニ借用金百圓ノ辨濟ヲ爲スノ義務ヲ負擔シ甲ノ時計ヲ引渡ササルヲ理由トシテ其辨濟ヲ拒ムコトヲ得ス甲モ亦乙カ借用金百圓ヲ辨濟セサルヲ理由トシテ時計ノ引渡ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス之ニ反シテ債務ノ變更カ單ニ形式ニ止マルトキ即チ乙カ代金支拂ノ一方法トシテ借用金ノ債務ヲ負擔シタルトキハ其債務ハ時計ノ賣買代金タルノ性質ヲ失ハサルヲ以テ賣買代金ニ關スル法則ヲ適用セサルヘカラス但債務ノ變更カ實質的ナルヤ又ハ形式的ナルヤハ變更當時ニ於ケル當事者ノ意思如何ニ因リテ定マルヘキモノトス

民法ハ「消費貸借ニ因ラスシテ金錢其他ノ物ヲ給付スル義務ヲ負フ者」ト規定ス故ニ當事者カ消費貸借ヨリ生シタル金錢其他ノ物ノ債務ヲ爲スハ法律上不可能ナルニ似タリ然レトモ既ニ當事者間ニ於テ金錢其他ノ物ノ給付ヲ目的トスル債務關係カ存在スル以上ハ之ヲ以テ消費貸借ノ目的ト爲スハ毫モ妨ケナク其債務關係ノ因テ生スル法律上ノ原因カ消費貸借ナルト其他ノ法律關係ナルトニ依リ區別ヲ設クヘキ理由ナシ畢竟民法ノ規定ハ消費貸借ノ成立要件ヲ規定セルモノナルヲ以テ其以外ノ原因ヨリ生シタル債務ニノミ著眼シ消費貸借ヨリ生シタル債務ヲ看過シタルモノニ外ナラス從テ精神解釋ニ依リ之ヲ補フコトヲ得ヘシ

第三　消費貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ニ金錢其他ノ代替物ヲ交付シ相手方カ之ト種類品等及ヒ數量ノ同シキモノヲ返還スルコトヲ約スル契約ナリ

消費貸借ハ當事者ノ一方即チ借主ヲシテ貸主ヨリ交付ヲ受ケタルト同一ナル種類品等數量ノ物ヲ返還スルノ義務ヲ負ハシムルモノナリ蓋シ消費貸借ニ在テハ貸主ハ金錢其他ノ代替物ヲ借主ニ交付シ更ニ借主ヲシテ之レト種類品等數量ノ同シキモノヲ返還セシムルモノニシテ借主ニ於テ其返還ノ義務ヲ履行スルト同時ニ貸主ノ財產上ノ地位ハ貸借契約成立以前ノ舊態ニ復スルコトハ恰カモ貸主カ其所有物ヲ他人ノ用ニ供シ後ニ至リ其物ノ返還ヲ受ケタルト毫モ異ナル所ナシト雖モ何トナレハ貸主ノ引渡シタル物ト借主ノ返還シタル物トハ全ク別物ナルモ二者其效用ヲ同フスル以上ハ貸主ノ利害ニ毫モ影響ヲ及ホスコトナキヲ以テナリ消費貸借ハ物ノ使用ヲ目的トスト謂ヒ或ハ借主カ利息ヲ支拂フ場合ニ其利息ハ元本使用ノ對價ナリト謂フハ結局消費貸借關係ヲ其經濟的性質ヨリ觀察シタルニ外ナラサルモノトス

消費貸借ニ在テハ借主ノ返還スヘキ物ハ其種類ニ於テ貸主ヨリ受取リタルモノト同一ナルコトヲ必要トシ借主カ種類ノ異ナリタル物ヲ返還スルコトヲ約シタルトキハ其契約ハ一種ノ交換ニシテ消費貸借トシテハ其效ヲ生セサルモノトス但當事者ハ附帶ノ契約ヲ以テ同種ノ物ニ代ヘ他物ヲ給付スルコトヲ借主ニ許スハ毫モ妨ケナク此場合ニ於テハ其特約ハ代物辨濟ノ豫約トシテ其效ヲ生シ他ノ給付ハ任意債務ノ目的トナル且當事者ハ消費貸借成

立後ニ至リ借主ノ債務ノ目的ヲ變更スルノ契約即チ更改ヲ爲スコトヲ得ルハ論ヲ俟タス

消費貸借ハ金錢其他代替物ニ付キ行ハルルモノナルコトハ前述ノ如シト雖モ其中ニ就キテ最モ普通ニ行ハレ最モ重要ナル地位ヲ占ムルモノハ金錢ノ貸借ナルコトハ人ノ一般ニ知ル所ナリ

第二節　消費貸借ノ豫約

消費貸借ハ諾成契約ニアラサルコト從テ貸主カ消費貸借ノ效力トシテ金錢其他ノ代替物ヲ借主ニ貸與スルノ義務ヲ負擔セサルコトハ既ニ說明セル所ナリ然レトモ當事者ノ一方カ他ノ一方ニ對シテ金錢其他ノ代替物ヲ貸與スルコトヲ約シタル場合ニ其契約カ當事者間ニ於テ其效力ヲ生スルヤ否ヤハ自カラ別問題ニ屬スルヲ以テ此種ノ契約ハ公ケノ秩序ヲ害シ又ハ善良ノ風俗ニ反スルモノニアラサルヲ以テ契約自由ノ原則ニ從ヒ之ニ效力ヲ與ヘ諾約者ヲシテ契約ノ目的タル金錢其他ノ代替物ノ一定ノ數量ヲ相手方ニ引渡シテ消費貸借ヲ成

立セシムルノ義務ヲ負ハシメサルヘカラス是レ即チ消費貸借ノ豫約若クハ與信契約ト稱スルモノニシテ我民法亦此種ノ契約ヲ認メ第五百八十九條ニ之ヲ規定シタリ而シテ消費貸借ノ豫約カ其效ヲ生スルハ消費貸借ノ成立ニ必要ナル條件ニ付キ當事者ノ協議調ヒタルコトヲ必要トシ其條件カ未タ定マラサルトキハ契約ハ成立セサルハ賣買ノ豫約ニ於ケルト同一ナリ

消費貸借ノ豫約ハ純然タル契約ニシテ豫約者ヲ羈束シ之ヲシテ相手方ニ對シ契約ノ目的タル金錢其他ノ代替物ヲ引渡シ消費貸借契約ヲ成立セシムルノ債務ヲ負擔セシム而シテ消費貸借契約ハ我民法上諾成契約ニアラサルヲ以テ相手方カ契約ヲ完結スルノ意思ヲ表示シタルノミヲ以テハ未タ其效力ヲ生スルニ至ラス豫約者ト相手方トノ間ニ於テ目的物ノ受授アリタル時ヲ以テ其效力ヲ生スヘキモノトス故ニ豫約者カ相手方ノ請求ニ應シ金錢物品ヲ引渡ストキハ豫約ノ履行ニ因リ消費貸借ハ成立スヘク豫約者カ金品ノ引渡ヲ爲ササルトキハ相手方ハ債務ノ不履行ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ其履行ヲ強制スルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タス

消費貸借ノ豫約(與信契約)ハ單ニ豫約者ヲシテ消費貸借ヲ成立セシムルノ債務ヲ負擔セシムル片務契約トシテ有效ニ成立スルコトハ學說立法例ノ共ニ一致スル所ナリト雖モ之ニ雙務的ノ性質ヲ帶有セシメ相手方ヲシテ豫約者ト共ニ債務ヲ負擔セシムルコトヲ得ルヤ否ヤニ付キテハ學者間ニ議論アル所ニシテ多數ノ學者ハ之ヲ否定スルモノノ如シ蓋シ與信契約ハ豫約者ヲシテ相手方ノ爲ニ金錢物品ヲ融通スルノ債務ヲ負擔セシムルト同時ニ相手方ヲシテ其返還ヲ豫約セシムルニ因リテ之ニ雙務契約タルノ性質ヲ有セシムルコトヲ得ヘク此ノ場合ニ於テ相手方ノ負擔スル債務ヲ稱シテ信用ノ債務ト謂ヒ此ノ債務ハ與信者ノ爲ス金品ノ融通ニ對シテ其返還ヲ確保スルヲ以テ目的トスルモノナリ是レ銀行其他ノ貸金營業人ト其顧客トノ間ニ於テ締結スル所ノ金錢貸越契約ニ於テ現ハルル所ニシテ與信者ハ受信者ヲシテ擔保(所謂根抵當)ヲ供セシメテ資金ノ融通ヲ承諾スルハ實際ノ取引上屢々行ハルル所ナリ而シテ其擔保ハ即チ受信者カ與信契約ニ因リ負擔シタル信用ノ債務ノ履行ヲ確保スルカ爲ニ設定セラルルモノナルコトハ與信契約ノ雙務性ヲ肯定スル學者ノ主張スル所ナリ今斯ル契約カ實際ノ取引上ニ於テ行ハルル所以ヲ案スルニ與信契約ニ因リテ資金ヲ相手方ニ融通スル義務ヲ負擔スル所ノ與信者ハ常ニ相手方ヲシテ之ニ對當スル債務ヲ負擔セシムルコトニ因リテ信用開始ノ結果ニ備フルモノニシテ此ノ手段ヲ執ラサルニ於テハ信用ノ開始ハ與信者ヲシテ回復スヘカラサル損害ヲ被ラシムルノ危險アルカ爲ナリ例甲、乙ニ對シ金錢ノ融通ヲ求メ來リタリト假定センニ乙ハ元來其請求ヲ拒否スルノ完全ナル自由ヲ享有スルヲ以テ其請求ニ應セサル間ハ乙ノ財產上ノ地位ニ何等ノ變動ヲ生セサルモノトス然レトモ乙甲ノ請求ニ應シ金錢ヲ融通スルノ義務ヲ負擔スルニ於テハ乙ハ甲ニ對シテ資金融通ノ義務ヲ履行セサルヲ得サルト同時ニ乙ハ甲ノ無資力ニ因リ損失ヲ被ムルノ危險ヲ冒ス者ナレハ資金ノ融通ヲ諾スルニ當リ豫メ其結果ニ備フルノ必要アリ茲ニ於テ乙ハ甲ニ對シテ問フテ曰ク汝若シ返還ノ約ヲ違フコトナクハ吾レ汝ノ請求ニ應シテ資金ヲ融通スヘシ乙曰ク誓テ返還ノ約ヲ履行シテ違フコトナシ甲曰ク余ハ汝ノ言ノミニ信ヲ置クコトヲ得サルヲ以テ相當ノ擔保ヲ供シテ契約ノ履行ヲ確保スヘシト茲ニ於テ甲ハ乙ヲシテ返還

義務ヲ負擔セシメ之ヲ確保スルカ爲メ擔保ヲ提供セシメ乙ノ請求ニ應シテ金錢ヲ乙ニ交付スルノ債務ヲ負擔スルモノニシテ乙カ甲ニ對シ返還義務ヲ負擔スルコトハ與信契約成立ノ要件ニシテ此要件ヲ缺クニ於テハ與信契約ハ成立セサルモノナリ是レ與信契約カ實際ニ於テ成立スルノ徑路ニシテ自己ノ利益ヲ保護スルニ極メテ慧敏ナル與信者ハ實際取引上ニ於テ常ニ此手段ヲ講スル所ニシテ我民法上實際取引ニ於ケル與信者ノ正當ナル要求ヲ充タスコトヲ得サルヤ否ヤハ大ニ講究ヲ要スル問題タラサルヲ得ス而シテ消費貸借契約ニシテ諾成契約ナリトセハ何等ノ問題ヲ生スルコトナシト雖モ我カ民法ハ之ヲ以テ要物契約ト爲シタルヲ以テ契約當事者ノ一方カ未タ目的物ノ引渡ヲ受ケサルノ前ニ於テ相手方ニ對シテ返還義務ヲ負擔スルハ不可能ナリト論スルヲ得ヘシ是レ即チ此問題ノ焦點ニシテ一般學者カ與信契約ノ雙務性ヲ否定スルモ亦此點ニ存スルモノナリ與信契約ハ消費貸借契約ノ前提トナルヘキ一種ノ契約ニシテ消費貸借契約ニアラサルハ論ヲ俟タスト雖モ其契約カ雙務契約トシテ成立スルコトヲ得ルヤ否ヤハ自ラ別問題ニ屬ス而シテ當事者間ノ契約ハ苟

モ公ノ秩序善良ノ風俗ヲ害セス又其目的ノ不能ナラサル限リハ之ヲ有效トスヘキハ近代ニ於ケル私法上ノ原則ニシテ受信者カ豫シメ返還義務ヲ負擔スルコトハ敢テ此原則ニ反スルモノニアラス又民法第五百八十七條ニ依ルトキハ消費貸借契約ハ目的物ノ受授ニ因リテ成立スルモノナレハ受信者カ目的物ノ受授前ニ其返還ヲ約スルモ其契約ハ第五百八十七條ノ規定ニ反スルヲ以テ當事者ノ希望スルカ如ク受信者ヲシテ返還義務ヲ負擔セシムルノ效力ヲ生スルコトナシト論スルハ理由アルニ似タリ然レトモ當事者カ特種ノ契約ニ付キ民法ノ規定ニ異ナリタル意思ヲ表示シタル場合ト雖モ其意思表示ハ常ニ必ラスシモ無效トナルモノニアラスシテ當事者間ニ於テ他ノ種類ノ法律行爲ヲ成立セシムルコトヲ妨ケサルハ毫モ疑ナク而シテ民法第五百八十七條ノ規定ハ要スルニ貸主ヨリ金品ヲ引渡スニ對シ借主ヲシテ返還義務ヲ負擔セシムルニ外ナラサルヲ以テ金品ノ引渡ヲ爲スト否トニ拘ハラス受信者ヲシテ返還義務ヲ負擔セシムルハ第五百八十七條ノ規定ニ反スルモ其引渡ヲ前提條件トシテ返還義務ヲ負擔セシムルハ同條ノ規定ニ反スルモノニアラス唯此ノ場合ニ於テ

ハ目的物ノ引渡ナキカ爲ニ民法ニ所謂消費貸借契約ハ成立スルコトナシト雖モ之ヲ以テ一種ノ無名契約トシテ其效力ヲ有セシムルハ契約自由ノ原則ヲ認メタル我民法ノ解釋上ニ於テ之ヲ是認スルコトヲ得ヘシト信ス換言スレハ與信契約ニ在テハ與信者カ相手方ニ金品ヲ交付シテ之ヲ相手方ノ使用ニ供スル豫約ニ效ヲ與ヘ與信者ヲシテ契約上ノ債務ヲ負擔セシムルト同時ニ相手方カ其金錢ヲ受取リタル場合ニ付キ返還ヲ爲スノ豫約ニ效ヲ與ヘ之ヲシテ等シク契約上ノ義務ヲ負擔セシムルヲ相當トス

消費貸借ノ豫約ハ一定ノ金額ヲ指定シテ締結セラルルコトアリ例之甲、乙ニ對シ金百圓ヲ貸與スルコトヲ約スルカ如シ又一定ノ金額ノ範圍内ニ於テ資金ノ融通ヲ爲スコトヲ目的トスルコトアリ例之甲、乙ニ對シ一萬圓ヲ限度トシテ資金融通ノ請求ニ應スルコトヲ約スルカ如シ貸越契約ハ常ニ此形式ニ依ルモノナリ

純理ヨリ云フトキハ消費貸借ノ豫約者ハ豫約ノ效力ニ因リテ羈束セラレ如何ナル事由アルモ相手方ニ對シテ豫約ノ目的タル金品ノ交付ヲ爲スニアラサレ

ハ其義務ヲ免カルルコトヲ得サルヤ明カナリ然レトモ消費貸借ヲ締結スルニハ貸主ニ資力アルコトヲ必要トスルハ勿論借主ニモ亦信用アルコトヲ必要トスルハ實際ノ取引上ニ於ケル普通ノ狀態ナルヲ以テ消費貸借ノ豫約モ亦貸主ノ資力ト借主ノ信用トヲ豫想シテ之ヲ契約成立ノ要素ト爲シタルモノト推測スルコトヲ得ヘシ從テ當事者ノ一方カ無資力トナリタル場合ニ豫約者ヲシテ尙ホ豫約實行ノ責ニ任セシムルハ豫約者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ結果ヲ生シ當事者カ與信契約ヲ締結シタル所以ノ本旨ニ反スルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ斯ル場合ニハ寧ロ其豫約ノ效力ヲ失ハシメテ豫約者ヲ保護スルハ公平ノ觀念ニ適シ當事者ノ意思ニモ合スルモノト謂フヘシ是レ第五百八十九條ノ規定アル所以ナリ而シテ民法ハ豫約ノ效力ヲ失ハシムルニ付キ當事者ノ一方カ事實上無資力ノ狀態ニ陷リタルノミヲ以テ足レリトセス其何レカ一方ニ對シテ破產ノ宣告(家資分散ノ宣告チ包含ス)アリタルコトヲ必要トセリ蓋シ立法ノ主旨ハ與信契約ト絕對ニ相容レサル事實ノ到來シタル場合ニ限リ豫約ノ效力ヲ失ハシムルニ在ヲ以テ當事者ノ一方ノ無資力ナルコトカ公認セラルルニアラサ

レハ此效果ヲ生セシムルヲ得ス而シテ當事者ノ一方ニ對シテ破產ノ宣告アリタルトキハ賣金融通ノ道ヲ絕ツト共ニ信用ノ絕對的缺乏ヲ來スヲ以テ此場合ニ限リ豫約ノ效力ヲ失ハシムルコトト爲シタルモノナリ

第三節　消費貸借ノ效力

消費貸借ヨリ生スル唯一ノ效力ハ借主ヲシテ貸主ヨリ受取リタル物ト種類品等數量ニ於テ同一ナル物ヲ返還スルノ義務即チ所謂不特定物ノ債務ヲ負ハシムルニ在リ故ニ消費貸借ニ在テハ貸主ハ金錢其他ノ代替物ノ一定ノ數量ヲ借主ニ引渡シテ其所有ニ歸セシムルカ若クハ振替勘定其他ノ方法ニ依リ借主ヲシテ之ト同一ナル利益ヲ享有セシメタル上更ニ借主ヨリ同種同品等同數量ノ物ヲ貸主ニ引渡シ之ヲ貸主ノ所有ニ歸セシメテ當事者相互ノ財產上ノ地位ヲ契約以前ノ舊態ニ復スルモノナリ故ニ消費貸借ハ當事者互ニ物ノ受授ヲ爲スノ點ニ於テ大ニ交換ニ類似スルモ其交換ト異ナル顯著ナル點ハ貸主借主相互間ノ給付カ互ニ交換スヘキ性質ノモノニアラスシテ貸主ニ於テ現實ニ金錢其

他ノ代替物ノ給付ヲ爲シ先ツ以テ借主ヲシテ同種同品等同數量ノ物ヲ貸主ニ返還スルノ義務ヲ負擔セシメ更ニ他日ヲ期シ借主ヲシテ其義務ヲ履行セシムルノ點ニ在リテ借主ヲシテ前キニ受取リタルト同種同品等同數量ノ物ヲ給付スルノ債務ヲ負擔セシムルコトト借主ノ給付義務ニハ常ニ必ス多少ノ猶豫期限ヲ存スルコトヲ要シ貸主ノ給付ト相交換スヘキモノニアラサルコトハ消費貸借ニ缺クヘカラサル觀念ニ屬スルモノナリ

消費貸借ハ片務契約ニシテ借主ノ方面ニ於テノミ債務ヲ發生スルニ止マリ貸主ヲシテ何等ノ債務ヲ負擔セシムルモノニ非ストハ多數學者ノ唱道スル所ナリ然レトモ消費貸借ノ性質ヲ精查スルトキハ一概ニ斯ル絕對的ノ斷定ヲ下スコトハ其當ヲ得タルモノニ非スト信ス蓋シ消費貸借ノ場合ニ於テハ貸主ハ通常自己ノ所有ニ係ル金錢其他ノ代替物ヲ相手方ニ引渡シ因テ以テ消費貸借ヲ成立セシムルモノニシテ其金錢代替物ノ引渡ヲ受ケタル借主ハ完全ニ之ヲ處分スルノ權利ヲ取得シ消費貸借ニ因テ希圖シタル目的ヲ達スルコトヲ得ヘキヲ以テ貸主ハ借主ニ對シテ何等ノ義務ヲ負擔スルコトナシ消費貸借ヲ以テ純

然タル片務契約トナスハ主トシテ此場合ニ著眼シタルモノナリ然レトモ消費貸借ハ借主ヲシテ消費貸借ノ目的タル金錢其他ノ代替物ヲ處分スルコトヲ得セシムルヲ以テ目的トスルモノナレハ貸主ハ契約ノ目的タル金錢其他ノ代替物ヲ借主ニ引渡シタルノミヲ以テ能事了レリトスルコトヲ得ス必ラスヤ其所有權ヲ借主ニ移轉セサルヘカラス然ラサレハ借主ハ其金錢代替物ヲ處分スルコトヲ得サルヲ以テ消費貸借ニ依テ希圖シタル目的ヲ達スルコト能ハサルニ至ルヘシ從テ消費貸借ノ爲メ他人ノ物ヲ借主ニ引渡シタル貸主ハ借主ニ對シ其物ノ所有權ヲ移轉スルノ義務ヲ負フヘキモノナルハ賣買贈與ノ場合ト毫モ異ナル所ナク一方ニ於テ貸主ハ目的物ヲ借主ニ引渡シ且其所有權ヲ借主ニ移轉シテ之ヲ處分スルコトヲ得セシムルト同時ニ他方ニ於テ借主ハ種類品等數量ノ同シキ物ヲ以テ之ヲ返還スルノ義務ヲ負擔スルモノニ外ナラス左スレハ貸主カ借主ニ對シ目的物ノ所有權ヲ移轉スルノ義務ヲ履行セサルトキハ借主モ亦借用物返還ノ義務ヲ履行スルノ責任ナキモノト謂ハサルヘカラス約言スレハ消費貸借契約ハ當事者ノ意思表示ト目的物ノ引渡ニ依テ其效ヲ生スルモ

他人ノ所有物ヲ借主ニ引渡シタル貸主ハ消費貸借ノ效果トシテ其所有權ヲ借主ニ移轉スルノ義務ヲ負フヲ以テ先自己ノ負擔スル所有權移轉ノ義務ヲ履行シタル上ニアラサレハ借主ニ對シテ借用物ノ返還ヲ要求スルコトヲ得サルモノトス故ニ消費貸借ハ其法律上ノ性質ヨリ觀察スルトキハ當事者互ニ財產權ヲ移轉スル交換ノ一種ナリト論スルコトヲ得ヘク其相互ノ權利義務ニ付キテモ亦交換ト同一ナル法理上ノ觀念ニ從フヲ可ナリトス

貸主ハ借主ニ對シ其引渡シタル物ノ所有權ヲ移轉スルノ義務ヲ負フヲ以テ貸主ト借主トノ間ニ於テ物又ハ權利ノ欠缺竝ニ瑕疵ヨリ生スル擔保責任ノ問題ヲ生スヘシ而シテ此問題ニ付キテハ一ノ區別ヲ爲スコトヲ要ス即チ消費貸借カ有償ナルトキ換言スレハ借主カ貸主ニ對シテ利息ヲ支拂フヘキトキハ貸主ハ借主ニ對シ賣買ニ關スル規定ニ從ヒ擔保ノ責ニ任セサルヘカラス何トナレハ賣買ハ有償契約ノ標本ニシテ其規定ハ一般ノ有償契約ニ準用セラルヘキコトハ民法第五百五十九條ニ規定スル所ニシテ有償ノ消費貸借契約ニ付キテモ亦該規定ノ準用アルヘキハ敢テ論ヲ俟タサル所ナルヲ以テナリ故ニ有償ノ消

費貸借ニ在テハ借主ハ契約ノ目的物ニ付キ賣主ト同一ノ責任ヲ負フヲ以テ其消費貸借ハ純然タル雙務契約ノ性質ヲ帶フルモノナルハ毫モ疑ヲ容レス之ニ反シテ無償ノ消費貸借ハ贈與ト等シク一ノ恩惠的行爲ナルヲ以テ一面贈與ニ關スル規定ヨリ類推シ他ノ一面ニ於テハ目的物ニ瑕疵アリタル場合ニ關スル第五百九十條ノ規定ヨリ類推シ權利ノ欠缺ニ付キテハ貸主ニ擔保責任ナク貸主ハ唯タ其欠缺瑕疵ヲ知リテ之ヲ借主ニ告ケサリシ場合ニ限リ其責ニ任スルモノト解釋スルヲ相當トス而シテ貸主カ權利ノ欠缺ニ付キ責任ヲ負ハサル場合ニ於テハ其欠缺ヨリ生スル損害賠償ノ義務ヲ負擔セサルハ勿論ナリト雖モ之ト同時ニ借主ニ對シ貸主トシテ借用物返還ノ請求權ヲ行フコトヲ得ス例之(一)借主カ眞ノ所有者ヨリ借用物回復ノ請求ヲ受ケテ之ヲ迫奪セラレ(二)眞ノ所有者ニ對シテ物ノ價額ヲ償還シ(損害賠償又ハ不當利得)(三)借主カ相續其他ノ原因ニ基ツキ自カラ借用物ノ所有權ヲ取得シタルトキハ貸主ノ返還請求權ハ消滅ス何ントナレハ貸主ヨリ借主ニ對スル返還請求權ノ前提要件タル所有權移轉ハ不能トナリタルヲ以テ借主ハ之ニ對シテ返還義務ヲ負擔スヘキ法律上ノ原因ヲ缺クニ至ルヲ以テナリ但借主カ占有又ハ時效ニ因リ目的物ノ所有權ヲ取得シタル場合ニ於テハ借主ハ其引渡ニ因リテ所有權ヲ取得スルニ至リタルモノハ貸主ニ對シテ返還ノ義務ヲ履行スルコトヲ要スルハ勿論ナリ之ヲ要スルニ消費貸借カ有償ナルトキ又ハ無償ナルモ貸主カ惡意ニシテ借主カ善意ナルトキハ貸主ハ借主ニ對シ貸借ノ目的タル物ニ付キ賣買贈與ノ規定ニ從ヒ擔保責任ヲ負フ而シテ擔保責任ニ付キテハ既ニ說明スル所ナルヲ以テ再ヒ之ヲ論スルノ必要ナク瑕疵擔保ノ責任ニ付キテハ次款ニ於テ說明スヘシ

第一款　返還ノ目的物

借主カ貸主ニ對シテ給付スヘキ物ハ貸主カ契約締結ノ際借主ニ給付シタル物ト種類品質數量ニ於テ同一ナルコトヲ要スルハ既ニ說明スル所ノ如シ而シテ借主カ貸主ニ給付スヘキ金錢其他ノ代替物ハ通常之ヲ原本ト稱ス蓋シ原本ナル名稱ハ利息ニ對シテ用キラルルモノニシテ借主ハ原本使用ノ對價トシテ即チ借主カ金錢其他ノ代替物ヲ即時ニ貸主ニ給付セスシテ一定ノ期間貸主ヲシ

テ其金錢代替物ヲ利用スルヲ得サラシムルト同時ニ自ラ之ヲ利用スルヲ得ル
ノ報償トシテ一定ノ利息（即チ原本ノ額ト其使用ノ時ト比例シテ支拂フヘキ同種類ノ物）ヲ支拂フコトヲ約スルコトアリ此場合ニ於テハ利息トシテ給付スヘキ金錢其他ノ代替物ハ原本タル金錢其他ノ代替物ノ附屬物トシテ之ト共ニ借主ノ返還義務ノ目的トナルモノナリ

借主ハ貸主ニ對シ其現ニ給付ヲ受ケタル物ト其種類品等數量ニ於テ同一ナル物ヲ返還スルノ義務ヲ負擔スルモ此原則ニハ例外アリ即チ左ノ如シ

第一 目的物ニ隱レタル瑕疵アリタル場合

消費貸借ノ目的物ニ瑕疵アルトキハ借主ハ貸主ニ對シテ如何ナル物ヲ返還スル義務ヲ負擔スヘキヤ純理ヨリ言フトキハ借主ハ同一ノ瑕疵アル物ヲ貸主ニ返還スルノミヲ以テ足リ完全ナル物ヲ引渡スノ義務ナキハ勿論ナルモ借主カ其現ニ貸主ヨリ受取リタルト同種類ナル瑕疵アル物ヲ取引市場ニ求メテ之ヲ得ルコト能ハサルヲ以テ民法ハ借主ニ許スニ實物ヲ以テ返還義務ヲ履行セスシテ瑕疵アル物ノ價格ヲ返還シテ其義務ヲ免脫スルコトヲ得ル

ノ權利ヲ以テシタリ是レ第五百九十條第二項ニ規定スル所ニシテ斯クセサルニ於テハ借主ヨリ完全ナル物ヲ貸主ニ引渡シ更ニ貸主ヨリシテ完全ナル物ノ給付ニ因リテ利得シタル價額ヲ借主ニ償還セサルヘカラサルコトトナリ其關係頗ル複雜トナルヲ以テ立法者ハ寧ロ借主ヲシテ其價格ヲ償還セシメ因テ以テ相互ノ關係ヲ簡明ナラシムルハ取引上ノ便宜ニ適スルモノト認メ之ヲ設クルニ至リタルモノナリ然レトモ是レ唯法律カ借主ニ附與シタル一種ノ權能タルニ過キサルヲ以テ借主カ之ヲ拋棄シ瑕疵ナキ物ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得ヘキハ勿論ナリ又民法第五百九十條第二項前段ノ規定ハ無利息ノ消費貸借ニ關スルモノナレトモ有償ノ消費貸借ニ於テ借主カ瑕疵アル物ヲ費消シタル場合ニ於テハ所謂勿論解釋ニ依リ該規定ヲ適用スルコトヲ得ヘキモノト解セサルヘカラス

貸主ノ引渡シタル物カ引渡ノ當時其物ニ存セル瑕疵ノ爲ニ滅失シ借主カ使用ノ目的ヲ達スルコトヲ得サリシトキハ借主ハ返還ノ義務ヲ免カル何トナレハ貸主ハ借主ニ物ノ引渡ヲ爲シ借主ヲシテ之ヲ使用スルコトヲ得セシムル

ルニアラサレハ之ニ對シテ物ノ返還ヲ請求スル權利ヲ有セサルヲ以テナリ

消費貸借カ有償ニシテ借主カ貸主ノ元本ノ給付ニ對シテ一定ノ利息ヲ支拂フヘキトキハ貸主ハ物ノ隱レタル瑕疵ニ付キ其責ニ任スヘキモノトス換言スレハ借主ハ貸主ニ對シテ完全ナル物ヲ引渡スノ義務アルヲ以テ借主ハ貸主ニ對シ瑕疵アル物ニ代ヘテ瑕疵ナキ物ヲ引渡スヘキコトヲ要求スル權利ヲ有スルノミナラス之カ爲ニ損害ヲ被ムリタルトキハ瑕疵擔保ノ責任ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ其賠償ヲモ請求スルコトヲ得ヘシ是レ民法第五百九十條ニ規定スル所ナリ抑モ有償ノ消費貸借ニ在テハ借主ノ支拂フ利息ハ貸主ノ供シタル原本使用ノ對價ニシテ貸主カ借主ヲシテ原本ヲ利用セシムルコトト借主カ之ニ對シテ利息ヲ支拂フコトトハ互ニ相牽連シテ分離スヘカラサル關係ヲ有スルコトハ賣買其他ノ有償契約ト毫モ異ナル所ナキヲ以テ借主ノ利息ノ支拂ニ對シ借主ヲシテ消費貸借ノ締結ニ依リテ企圖シタル原本利用ノ目的ヲ達スルコトヲ得セシムルノ義務ヲ貸主ニ負ハシメ賣買其他ノ有償契約ノ場合ト同一ナラシムルノ必要アリ是レ民法カ利息附ノ消費貸借ニ付キ貸主ヲシテ瑕疵擔保ノ責ニ任セシムル所以ナリ

之ニ反シテ無償ノ消費貸借ニ在リテハ貸主ハ借主ニ對シテ擔保義務ヲ負擔セサルヲ原則トスルモ貸主ハ少クモ自己ノ行爲ニ因リテ借主ニ不測ノ損害ヲ被ムラシムヘキ行爲ヲ避止セサルヘカラサルコトハ不法行爲ニ關スル法理上ノ原則ナルヲ以テ貸主カ目的物ニ瑕疵アルコトヲ知リ借主カ損害ヲ被ムルニ至ルヘキコトヲ豫見スルニ拘ハラス之ヲ告ケスシテ借主ニ引渡スハ善意誠實ヲ旨トスル取引上ノ德義ニ反シ純然タル詐欺ノ行爲ナレハ法律ハ贈與ノ場合ト等シク貸主ヲシテ其結果ニ對シテ責任ヲ負ハシムルコトトナセリ故ニ貸主カ物ノ瑕疵ヲ知リテ之ヲ借主ニ告ケサリシトキハ借主ハ貸主ニ對シ瑕疵ナキ物ヲ以テ之ニ代フルコトヲ請求スルコトヲ得ルト同時ニ之カ爲ニ被ムリタル損害賠償ヲ請求スルノ權利ヲ有ス是レ第五百九十條第二項後段ニ規定スル所ナリ

第二　目的物ノ返還カ不能ナルトキ

消費貸借ニ在リテハ借主ノ負擔スル債務ハ不特定物ノ債務ナルヲ以テ債務

者タル借主ハ債務ノ目的物ノ種類品質ニ該當スル物ヲ取引市場ニ求メ之ヲ債權者タル貸主ニ給付スルコトヲ要シ其種類品質ノ物カ取引市場ニ存在スル間ハ其債務ハ決シテ履行不能ノ狀態ニ陷ルコトナシト雖モ其種類品質ニ屬スル物カ取引市場ニ於テ非常ニ不足シ又ハ全ク其跡ヲ絕ツニ至リタルトキハ借主ハ茲ニ履行不能ノ狀態ニ陷ルモノトス例之其物品ノ製造產出カ絕對的ニ廢絕シ又ハ法律カ其賣買讓渡ヲ禁シタル場合ニ於テハ借主ハ貸主ニ對シ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲スコトヲ得サルヤ明カナリ然レトモ之カ爲メ借主ヲシテ單純ニ其債務ヲ免脫セシムルハ當事者ノ意思ニ反シ公平ノ觀念ニ適セサルモノトス何トナレハ斯クスルニ於テハ貸主ハ原因ナクシテ金品ヲ借主ニ交附シ借主ハ貸主ノ損害ニ於テ其金品ヲ利得スルノ不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘケレハナリ故ニ此場合ニ於テハ借主ヲシテ債務ノ目的タル物ニ代ヘテ其價額ヲ貸主ニ返還セシムルヲ可ナリトスヘク債務ノ本旨ニ從ヒタル履行カ不能トナリタル以上ハ物ノ受授ニ代ヘテ金錢ノ受授ヲ爲シ貸主ヲシテ少クモ財產價格ノ上ニ於テ債務ノ履行ヲ受ケタルト同一

ノ地位ヲ有セシムルヲ以テ最モ適當ノ措置ト謂ハサルヘカラス而シテ其價格ノ算定ニ付キテハ何レノ時ヲ標準トスヘキヤハ學者間ニ議論アル所ニシテ或ハ消費貸借成立當時ノ價格ニ依ルヘキモノトシ或ハ目的物ノ有セシ最終ノ市價ニ依ルヘキモノトナセリ我民法ハ借主ノ返還スヘキ物ノ價格ハ履行不能トナリタル當時ノ價格ニ依ルヘキモノトシ第五百九十二條ニ「其時」トハ前段ノ文詞ヲ受ケ返還不能ノ時ヲ意味スルコトハ文理上明白ナリ故ニ我民法ハ借主ノ給付スヘキ不特定物ノ有セシ最終ノ市價ヲ以テ其價格算定ノ標準ト爲スノ主義ヲ採用シタルモノニシテ理論上ニ於テハ返還スヘキ物ノ價格ハ返還當時ノ市價ニ從フヘキモノナレトモ其物カ最早ヤ取引市場ニ存在セス從テ債務履行ノ當時ニ於テ其物カ商品トシテ市價ヲ有セサル以上ハ其物カ有セシ最終ノ市價ハ即チ其物ノ確定市價トナリタルモノナレハ之ヲ以テ其價格算定ノ標準ト爲スノ外他ニ道ナキヲ以テナリ然レトモ貨幣ニ付キテハ民法第四百二條第二項ニ規定アリ消費貸借ノ目的タル特

種ノ通貨カ強制通用ノ效力ヲ失ヒタル時ハ借主ハ他ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ要シ第五百九十五條ノ規定ニ從ヒ換算ヲ爲スヘキニアラス是レ同條但書ニ「第四百二條第二項ノ場合ハ此限ニ在ラス」トアル所以ナリ

第二款　返還ノ時期

借用物返還ノ時期ニ付キテハ民法第五百九十一條ニ特別規定アリ同條ノ規定ヨリ左ノ結果ヲ生ス

第一　當事者カ返還ノ時期ヲ定メタルトキ

返還時期ノ定メアルトキハ借主ノ債務ハ所謂有期債務ノ一種ナルヲ以テ借主ハ其期限ノ到來ヲ待テ借用物返還ノ義務ヲ履行スルノ責アリ有期ノ債務履行ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スヘキモノトス

第二　當事者カ返還ノ時期ヲ定メサリシトキ

返還時期ノ定メナキトキハ借主ノ債務ハ所謂無期限債務ニ屬スルヲ以テ普通ノ原則ニ依レハ貸主ハ何時ニテモ其履行ヲ請求スルコトヲ得ルト同時ニ貸主ヨリ請求ヲ受ケタルトキハ借主ハ直チニ返還ノ義務ヲ履行スルコトヲ要シ爾後遲滯ノ責ニ任セサルヘカラス然レトモ消費貸借ハ借主ヲシテ貸主ヨリ受取リタル原本ヲ利用スルコトヲ得セシムルヲ以テ目的トスルモノナレハ若シ借主ハ貸主ノ請求ニ應シ何時ニテモ借用物返還ノ責アリトスルトキハ借主ハ不履行ノ責任ヲ免カルルニハ貸主ノ請求ニ備フル爲メ常ニ其金品ヲ自己ノ手裡ニ準備セサルヘカラサルコトトナリ消費貸借ニ依リテ企圖シタル原本使用ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リ借主ニ對シテ頗フル苛酷ナル結果ヲ生ス故ニ當事者間ニ於テ特約アル場合ハ格別然ラサレハ借主ニ與フルニ相當ノ猶豫期間ヲ以テシ其期限內ニ借用物返還ノ爲メ必要ナル一切ノ準備ヲ爲スコトヲ得セシムルヲ可ナリトス蓋シ斯クスルニ於テハ借主ハ必ラスシモ自己ノ手裡ニ返還スヘキ金品ヲ保有スルコトヲ必要トセサルヲ以テ原本利用ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルト同時ニ債務不履行ノ責ヲモ免ルルコトヲ得ヘケレハナリ是レ民法第五百九十一條ニ「貸主ハ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ催告ヲ爲スコトヲ得ト規定セル所ナリ而シテ所謂相當ノ期

間トハ返還ノ準備ヲ爲スニ付キ必要ナル期間ヲ意味シ如何ナル期間ヲ相當トスヘキヤハ債務ノ性質其他債務者カ返還ノ催告ヲ受ケタル當時ノ諸般ノ狀況ヲ參酌シテ取引上ノ觀念ヲ基礎トシテ決定スヘキ事實上ノ問題ニシテ當事者間ニ爭ヲ生シタル場合ニ於テ裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノトス

貸主ノ返還ノ催告ハ返還ヲ求ムル旨ノ片面的意思表示ニシテ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘク其方法如何ハ之ヲ問ハサルモノトス又債務者ハ貸主ノ催告ヲ待テ始テ返還ノ義務ヲ履行スヘキモノニシテ相當ノ期間ヲ定ムルコトハ催告ノ一要件ナルヲ以テ貸主ノ定メタル期間カ不相當ナルトキハ其催告ハ法律上其效力ヲ生セス從テ借主ハ返還ノ義務ヲ履行セサルモ之カ爲メ遲滯ノ責任ヲ負フコトナク貸主ハ更ニ有效ナル催告ヲ爲スニアラサレハ借主ヲ遲滯ニ付スルコトヲ得サルモノトス

消費貸借ノ場合ニ於ケル借用物返還ノ時期ニ付キテハ立法例區々ニシテ一定セス或ハ裁判所ニ於テ適當ノ時期ヲ定ムヘキモノトシ或ハ借主ハ相當ノ猶豫ヲ求ムルコトヲ得ルモノトシ或ハ貸主ハ一定ノ期間ヲ定メテ豫メ返還ノ通告ヲ爲スコトヲ要スルモノト爲セリ我民法ハ可及的迅速且簡單ニ當事者間ノ權利關係ヲ確定スルコトニ留意シ第三ノ主義ヲ採用スルコトト爲セリ

貸主ハ直チニ返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルニ反シ借主ハ何時ニテモ返還ヲ爲スコトヲ得是レ第五百九十一條ニ規定スル所ニシテ一般ノ原則ノ適用ナリ何トナレハ一旦債權關係カ成立シタル以上ハ債務者ハ期限ノ定メアル場合ト雖モ何時ニテモ進ンテ履行ヲ爲スコトヲ得ヘク債務ノ履行期限ハ通常債務者ノ利益ノ爲ニ設ケラレタルモノト推定セラルルヲ以テナリ而シテ消費貸借カ有償ニシテ貸主モ亦其契約ニ因リテ利スルノ一事ハ未タ以テ其期限ノ債權者ノ爲ニ設ケラレタルノ事實ヲ推定スルニ足ラサルニ依リ債權者ハ特ニ其利益ニ於テ期限ヲ定メタル場合ノ外ハ其辨濟受領ヲ拒絕スルコトヲ得サルモノトス且借主ハ借用物ノ返還ヲ爲スニ當リ債權者ニ對シテ豫メ返還ノ通知ヲ爲シ債權者ヲシテ受領ノ準備ヲ爲スコトヲ得セシムルカ爲相當ノ猶豫期間ヲ存スルノ必要ナシ蓋シ貸主カ借用物ノ返還ヲ受領スルニ

付キテハ豫メ準備ヲ爲スノ必要アルハ極メテ稀ニシテ借主カ返還ヲ爲ス場合ト大ニ事情ヲ異ニスルヲ以テナリ是レ貸主ノ爲ニモ亦辨濟受領ニ付キ相當ノ猶豫期間ヲ存スヘシトスル獨逸民法ト趣ヲ異ニスル所ナリ

第七章　使用貸借

第一節　使用貸借ノ性質

民法第五百九十三條ノ規定ニ依ルトキハ使用貸借ハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

使用貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ヨリ或物ヲ受取リ無償ニテ使用收益ヲ爲シタル後返還ヲ爲スコトヲ約スル契約ナリ

今此定義中ニ有スル使用貸借ノ觀念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一　使用貸借ハ契約ナリ

使用貸借モ亦當事者即チ使用貸主ト使用借主トノ間ニ於テ貸主カ借主ヲシテ無償ニテ物ノ使用收益ヲ爲サシムルコトニ付キ意思ノ合致即チ契約アルコトヲ必要トス而シテ其契約ハ不要式契約ニシテ又要物契約タルノ性質ヲ有スルコトハ消費貸借ト異ナルコトナク其常ニ無償契約ナルノ點ハ消費貸借ト異ナル所ナリ

使用貸借カ片務契約ナルヤ雙務契約ナルヤニ付キテハ學者間ニ議論アリ多數ノ學者ハ之ヲ以テ片務契約ト爲ス所ナリ蓋シ使用貸借ニ在テハ貸主ハ借主ニ對シテ物ノ使用收益ヲ爲サシムル積極的ノ債務ヲ負擔スルモノニアラサルモ一時其物ヲ借主ノ使用收益ニ委スルコトヲ要スルヲ以テ貸主ハ少クモ自己ノ所有物ニ關シテ不作爲ノ義務ヲ負フモノニシテ此義務タルヤ物權關係ニ基因スルニアラスシテ貸借契約ヨリ生スル對人的關係ヨリ來ルモノナレハ一ノ債務タルヤ明カナリ左スレハ使用貸借ニ在テハ貸主ハ借主ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシムル消極的ノ債務ヲ負擔シ借主ハ物ヲ返還スルノ債務ヲ負擔スルコトトナルヲ以テ其效力トシテ當事者雙方ヲシテ債務ヲ負擔セシムル廣義ノ雙務契約ニ屬スルモノトス然レトモ雙方ノ債務ハ互ニ相牽連シテ交換的ニ履行スヘキモノニアラスシテ各獨立シテ存在シ別々ニ履

行スヘキモノナレハ雙務契約ニ關スル原則ハ其適用ヲ見サルモノナレハ狹義ノ雙務契約ニ屬セサルヤ明カナリ

第二　使用貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ヨリ或物ヲ受取ルニ因リテ成立スル契約ナリ

使用貸借ハ當事者ノ意思表示ノミニテ其效ヲ生セス當事者ノ一方即チ借主カ相手方即チ貸主ヨリ有體物ノ引渡ヲ受クルニ因リテ始メテ其效ヲ生スルコトハ消費貸借ト毫モ異ナル所ナシ然レトモ使用貸借ノ目的物ハ消費貸借ニ於ケルカ如ク其性質ニ於テ代替物タルコトヲ必要トセス却テ代替物就中消費物ハ使用貸借ノ目的タルニ適セス何トナレハ使用借主ハ同一物ヲ以テ返還ノ責ニ任スルモノナレハ貸主ヨリ受取リタル物ヲ處分スルノ權能ヲ有セサルヲ以テナリ從テ消費物ヲ以テ使用貸借ノ目的ト爲スハ實際上極メテ稀ナリト雖モ法律ハ使用貸借ノ目的タル物ノ種類ヲ限定セサルヲ以テ有體ノ動產不動產ハ其種類ノ何タルヲ論セス總テ使用貸借ノ目的タルコトヲ得ヘキモノト解釋セサルヘカラス然レトモ我民法ニ所謂物トハ單ニ有體物ノ

ミヲ指シ無體物ハ其內ニ包含セサルヲ以ノ當事者ノ一方カ相手方ヲシテ無償ニテ或財產權ヲ使用セシムルノ契約ハ使用貸借ヲ成立セシムルコトナシ而シテ權利ノ使用ヲ目的トスル契約ノ性質ニ付キテハ立法例ハ區々ニシテ一定セス或ハ權利ノ行使ヲ以テ使用貸借ノ目的ト爲シタル場合ニ付キ特ニ規定ヲ設ケ物ノ使用貸借ニ關スル規定ヲ準用スルモノト爲セリ我民法ニ在テハ此種ノ契約ハ一種ノ無名契約トシテ一般契約ノ原則ヲ適用シ且使用貸借ノ規定ヲ準用スヘキモノトス

使用貸借ハ消費貸借ニ於ケルカ如ク物ノ處分ヲ目的トセスシテ單ニ其使用收益ヲ目的トスルモノナレハ當事者間ニ於ケル物ノ受授モ亦消費貸借ノ場合ト異ナリ單ニ貸主ノ占有ニ在リタル物ヲ容假ノ名義ニテ借主ノ占有ニ移シテ其事實上ノ支配ニ歸セシムルヲ唯一ノ目的トシ物ノ所有權ヲ借主ニ移轉スルノ效力ヲ生セサルモノトス換言スレハ使用貸借ニ在リテハ貸主ハ自己ノ占有スル物ヲ他日返還スル約ニテ借主ノ占有ニ移スモノニシテ借主ハ

契約ノ本旨ニ從ヒ同一物ヲ以テ返還ノ責ニ任スルモノナレハ物ノ占有ハ絕對的ニ貸主ヨリ借主ニ移轉セス從テ借主ハ貸主ニ對スル關係ニ於テ常ニ代理占有者ノ地位ニ立ツモノナリ是レ物ノ所有權ト占有權トヲ併セテ絕對的ニ借主ニ移轉スル消費貸借ノ場合ト趣ヲ異ニスル所ナリ

第三 使用貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ヨリ受取リタル物ノ使用收益ヲ爲スコトヲ約スル契約ナリ

使用貸借ノ目的ハ借主ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシムルニ在リ所謂使用收益トハ物ヲ毀損又ハ滅失セシムルコトナクシテ物ノ用法ニ從ヒ之ヲ使用シ又ハ其物ヨリ生スル果實ヲ收取スルヲ謂フ例之田畑ヲ耕作シテ農產物ノ收穫ヲ爲シ家屋ニ居住シ又ハ車馬ニ乘用スルカ如シ蓋シ使用貸借ハ消費貸借ニ於ケルカ如ク物ヲ處分スルノ權利ヲ借主ニ與フルモノニアラス此權利ハ有形ノ處分ニ關スルト法律上ノ處分ニ關スルトニ論ナク依然トシテ所有者タル貸主ニ屬シ借主ハ唯所有者ニ屬スル使用收益ノ權利ヲ行フコトヲ得ルニ過キス但其使用收益權ノ範圍ニ付キテハ各場合ニ於ケル實際ノ事情ニ基キテ之ヲ定ムルコトヲ要スルモ特約ナキ限リハ使用借主ハ貸主ノ承諾ナクシテ本末定マレル物ノ用法ヲ變シ又ハ其物ニ有形的ノ變更ヲ加フルコトヲ得サルモノトス例之畑地ヲ變シテ田地ト爲シ乘用ノ馬ヲ牽曳用ニ供スルカ如シ

使用貸借カ物ノ使用收益ヲ目的トスルノ點ハ賃貸借ト異ナル所ナシト雖モ他ノ點ニ於テ差異アリ他ナシ賃貸借ニ在リテハ貸主ハ借主ニ對シ物ノ使用收益ヲ爲サシムル積極的ノ債務ヲ負擔スルモ使用貸借ニ在リテハ貸主ハ借主ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシムルノミヲ以テ足リ之ニ對シテ積極的債務ヲ負擔セサルコト是レナリ

第四 使用貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ヨリ受取リタル物ヲ無償ニテ使用收益ヲ爲スコトヲ約スル契約ナリ

使用貸借ニ於テ借主ノ爲ス物ノ使用收益ハ無償ナルコト換言スレハ借主ハ物ノ使用收益ニ對シテ貸主ノ爲ニ何等ノ出捐ヲ爲ササルコトヲ必要トス故ニ使用貸借ハ無償ナルヲ以テ其成立ノ要素トスルヲ以テ借主カ物ノ使用收

益ニ對シテ金錢其他ノ給付ヲ爲スコトヲ約シタルトキハ其契約ハ使用貸借ニアラスシテ場合ニ從ヒ或ハ賃貸借トナリ或ハ一種ノ無名契約トナルヘシ

使用貸借ハ無償契約ナルヲ以テ時トシテハ有償タリ時トシテハ無償タル消費貸借殊ニ常ニ必ラス有償タルコトヲ要スル賃貸借ト其性質ヲ異ニスルモノト謂フヘシ

第五 使用貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ヨリ受取リタル物ヲ無償ニテ使用收益ヲ爲シタル後返還ヲ爲スコトヲ約スル契約ナリ

使用貸借ニ在テハ貸主ハ物ノ所有權ヲ借主ニ移轉セス他日返還ヲ爲スコトノ約束ノ下ニ目的物ノ占有ノミヲ借主ニ移轉スルニ過キサルコトハ既ニ說明スル所ノ如シ從テ物ノ所持ハ一時貸主ヨリ借主ニ移轉スルモ其所持ハ契約ノ主旨ニ從ヒ更ニ借主ヨリ貸主ニ復歸スヘキモノナルコトハ使用貸借ノ性質上毫モ疑ナシ是レ使用貸借ノ場合ニ於テハ借主カ物ノ使用收益ヲ爲シタル後更ニ其物ヲ貸主ニ返還スルノ義務ヲ負フ所以ナリ

第二節 使用貸借ノ效力

使用貸借ニ在テハ貸主ハ使用貸借ノ目的タル物ノ使用收益ヲ爲サシムルノ消極的債務ヲ負擔シ借主ハ貸主ヨリ受取リタル物ヲ占有シテ其使用收益ヲ爲スト同時ニ他方ニ於テ其物ヲ貸主ニ返還スルノ義務ヲ負擔スルヲ以テ使用貸借ノ效力ヲ論スルニ當リ貸主ノ權利義務ト借主ノ權利義務トニ區別シテ說明スヘシ

第一款 使用貸主ノ權利義務

使用貸主ハ使用貸借ヨリ生スル效力トシテ借主ニ對シテ借用物ノ返還ヲ要求スルノ債權ヲ有スルハ說明ヲ要セスシテ明ナリ而シテ使用貸主ハ使用貸借締結ノ際目的物ヲ借主ニ引渡シテ貸借契約ヨリ生スル效果トシテハ借主ニ對シテ積極的ニ或給付ヲ爲スノ債務ヲ負擔スルコトナシ唯借用物返還ノ爲ニ定メタル期限ノ到來ニ因リテ契約關係ノ終了スルマテ

ハ借主ヲシテ借用物ノ使用收益ヲ爲サシムルノ消極的債務ヲ負擔スルニ過キス換言スレハ貸主ハ返還ノ期限ノ到來スルマテハ物ノ所有權又ハ其他實體上ノ權利ヲ理由トシテ借主ニ對シテ物ノ回復ヲ要求スルコトヲ得サルモノトス是レ貸主カ使用貸借ニ因リテ負擔スル唯一ノ債務ナリトス

使用貸主ハ賃貸借ノ場合ト異ナリ借主ニ對シテ物ノ使用收益ヲ爲サシムル積極的ノ義務ヲ負擔セサルコトハ前述ノ如シ是レ一ハ有償ニシテ他ハ無償ナルヨリ生スル結果ナリ從テ使用貸主ハ贈與ノ場合ト等シク貸借ノ目的タル物ニ關スル權利ノ欠缺及ヒ瑕疵ニ付キ擔保責任ヲ負ハサルモノトス然レトモ貸主カ其瑕疵又ハ欠缺ヲ知リテ之ヲ借主ニ告ケサルハ純然タル不法行爲ナルヲ以テ借主カ之カ爲ニ損害ヲ被ムリタルトキハ貸主ハ之ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラス而シテ貸主ノ擔保責任ニ付テハ物又ハ權利ノ瑕疵欠缺ヨリ生スル擔保責任ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スヘキモノトナス（第五百五十一條）

第二款　使用借主ノ權利義務

第一項　物ノ使用收益ニ關スル借主ノ權利義務

第一　借用物ノ使用收益

目的物ノ使用收益ニ關シテハ左ノ原則ニ從フヘキモノトス

一　借主ハ契約又ハ其目的物ノ性質ニ依リテ定マリタル用法ニ從ヒ其物ノ使用收益ヲ爲スコトヲ要ス

使用借主ハ使用貸借ヨリ生スル效力トシテ物ノ使用收益ヲ爲スノ權利ヲ有スルモ其使用收益ハ一定ノ制限内ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要シ濫リニ之ヲ爲スコトヲ得ス而シテ使用貸借ノ目的タル物ノ用法ニ付キ當事者間ニ特約アルトキハ借主ハ其特約ニ依リテ羈束セラレ物ノ使用收益ヲ爲スニ當リ其特約ニ從フコトヲ要スルハ論ヲ俟タス又物ノ用法ニ付キ當事者間

ニ特約ナキトキハ借主ハ物ノ性質上自カラ定マレル用法ニ從ヒ之カ使用收益ヲ爲ササルヘカラス

二 借主ハ貸主ノ承諾アルニアラサレハ第三者ヲシテ借用物ノ使用收益ヲ爲サシムルコトヲ得ス

使用貸主カ既ニ物ノ使用收益ヲ爲スノ權利ヲ有スル以上ハ其權利ノ範圍内ニ於テ目的物ヲ轉貸シ第三者ヲシテ使用收益ヲ爲サシムルハ一見不可ナキカ如シト雖モ使用貸借ハ無償ニシテ貸主ハ借主ノ爲ニ一ノ恩惠的行爲ヲ爲スモノニ外ナラサルノミナラス借主其人ノ如何ハ貸主ノ利害ニ重大ナル影響ヲ及ホスヲ以テ使用貸借ハ常ニ借主ノ一身ニ著眼シテ締結セラルルモノト謂フヘシ故ニ使用借主ハ特ニ貸主ノ承諾ヲ經タル上第三者ヲシテ借用物ノ使用收益ヲ爲サシムルハ格別其一己ノ獨斷ヲ以テ此種ノ行爲ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

三 借主カ物ノ使用收益ニ關スル前二項ノ義務ニ違背シタルトキハ貸主ハ契約ノ解除ヲ請求スルコトヲ得

借主カ特約又ハ物ノ性質ニ因リ定マレル物ノ用法ヲ變シテ其使用收益ヲ爲シ又ハ貸主ノ承諾ヲ得スシテ第三者ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシメテ其義務ニ違背シタルトキハ貸主ニ於テ之カ爲ニ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルノ權利ヲ有スルハ勿論其義務違背ノ制裁トシテ契約ヲ解除シ借主ヨリ借用物ヲ取戻シテ其利益ヲ防衛スルノ必要アリ是レ民法カ第五百九十四條第三項ニ於テ之カ制裁ヲ設ケタル所以ナリ

第二 借用物ノ管理

使用貸借ニ在テハ目的物ノ管理ハ其使用收益ヲ爲ス借主ニ於テ之ヲ爲スヲ以テ貸主ト借主相互間ニ目的物ノ管理ニ付キ權利義務ノ關係ヲ生ス即チ左ノ如シ

一 使用借主ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ目的物ヲ保管スルコトヲ要ス」

使用借主ハ貸主ニ對シテ使用貸借ノ目的タル特定ノ動產又ハ不動產ヲ返還スルノ義務ヲ負フモノナレハ民法第四百條ニ所謂債權ノ目的カ特定物ノ引渡ナル場合ニ該當シ借主ハ目的物ノ返還即チ引渡ヲ爲スマテハ善良

ナル管理者ノ注意ヲ以テ之ヲ保管スルノ責ニ任シ此注意ヲ怠リタルカ爲ニ生シタル目的物ノ滅失毀損ニ對シテ賠償ノ責任ヲ負ハサルヘカラス

二 使用借主ハ貸主ニ對シテ借用物ノ管理上ニ於テ支出シタル必要費及ヒ有益費ノ償還ヲ求ムルコトヲ得

使用借主カ借用物ニ關シテ費用ヲ出タシタルトキハ貸主ト借主トノ間ニ費用償還ノ問題ヲ生スル而シテ所有者ト占有者トノ間ノ費用償還ノ權利義務ヲ規定セル民法第百九十六條ハ此場合ニ之ヲ準用スヘキモノトス是レ民法第五百九十五條第二項ニ依リ第五百八十三條ノ規定ヲ貸主ト借主トノ關係ニ準用スルヨリ生スル結果ナリ然レトモ必要費ニ付キテハ民法第五百九十五條ハ特ニ規定ヲ設ケ借用物ノ管理上日常必要ナル費用即チ所謂通常ノ必要費ハ借主ニ於テ之ヲ負擔スヘキモノトセリ蓋シ此種ノ費用ハ物ノ使用收益ニ伴フ費用ニシテ直接ニ借主ヲ利スルト同時ニ收益ノ一部ヲ以テ之ヲ支辨スルハ普通ノ管理方法ナルカ故ニ借主カ既ニ借用物ノ使用收益ヲ爲ス以上ハ通常費モ亦借主ニ於テ負擔スルヲ公平ナリトスル

ヲ以テナリ之ニ反シテ所謂非常費（又ハ臨時費）ハ結局貸主ヲ利スルモノナルヲ以テ之ヲ支出シタル借主ハ貸主ニ對シテ其全部ノ償還ヲ求ムルノ權利ヲ有スルモノトス有益費ニ付テハ之カ爲ニ生シタル借用物ノ價格ノ增加カ現存スル場合ニ限リ貸主ハ借主ノ費シタル金額又ハ其增加額ニ付キ何レカ其一ヲ選擇シテ借主ニ償還ヲ爲スコトヲ要ス又借主ハ借用物ハ早晩貸主ニ返還セサルヘカラサルコトハ其當サニ豫期スヘキ所ナルヲ以テ費用ノ償還ニ付テハ法律ハ之ヲ惡意ノ占有者ニ準シ貸主ヲシテ其償還請求ニ對シテ相當ノ猶豫期間ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得セシム故ニ裁判所カ其請求ヲ正當ト認メ之ヲ許可シタルトキハ借主ハ費用ノ即時償還ヲ受クルコトヲ得サルモノトス

第三 借用物ニ關シテ生シタル請求權

借主カ借用物ノ管理ニ關スル義務ヲ等閑ニ付シ又ハ契約ノ本旨ニ反スル使用收益ヲ爲シ之カ爲ニ貸主ニ損害ヲ被ラシメタルトキハ貸主ハ之ニ對シテ其賠償ヲ請求スルノ權利アルト同時ニ借主モ亦貸主ニ對シ借用物ニ關シテ

支出シタル必要費及ヒ有益費ノ償還ヲ請求スル權利ヲ有スルコトハ既ニ說明スル所ノ如シ當事者間ノ債權關係ヨリ生スル此種ノ請求權ハ民法總則ノ規定ニ從ヒ十箇年ノ經過ニ依リ消滅時效ニ罹ラサル限リハ之ヲ行使スルコトヲ得ヘシト雖モ民法第六百條ハ其權利行使ノ時期ヲ制限シ貸主カ借用物ノ返還ヲ受ケタル時ヨリ一年內ニアラサレハ之ヲ行使スルコトヲ得サルモノトセリ蓋シ此等相互間ノ債權債務ハ借用物返還ノ際當事者間ニ於テ之ヲ精査シ各自相手方ニ對シテ其履行ヲ要求スルコトヲ要シ之ヲ爲ササルハ其權利ノ行使ヲ怠タリタルモノニシテ時日ヲ遷延スルニ於テハ證據湮滅シ事實ノ眞相ヲ得ルコト能ハサルヲ以テ長年月間其權利ノ行使ヲ許スニ於テハ有害ナル結果ヲ生スルニ至ルヘケレハナリ

第二項　借用物返還ノ義務

借主ノ借用物返還ノ義務ニ關シテハ返還ノ目的物ト返還ノ時期トニ區別シテ說明スヘシ

第一　返還ノ目的物

使用借主ハ消費貸借ノ場合ト異ナリ貸主ヨリ引渡ヲ受ケタル物ノ使用收益ヲ爲シタル上更ニ同一物ヲ貸主ニ返還スルコトヲ要シ借用物ヲ處分シ同種ノ物ヲ貸主ニ引渡スノ義務ヲ負擔スルモノニアラサルコトハ使用貸借ノ性質ヲ論スルニ當リ既ニ說明セル所ナリ而シテ借用物カ借主ノ占有中ニ滅失毀損シタルトキハ此滅失毀損ハ借主ノ返還義務ニ如何ナル影響ヲ及ホスヘキヤノ問題ニ關シテハ債務ノ履行ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スルヲ以テ足リ使用貸借ニ固有ナル特別規定ナシ故ニ借用物ノ滅失毀損カ借主ノ責ニ歸スヘカラサル事由ヨリ生シタルトキハ借用物滅失ノ場合ニハ借主ハ其債務ヲ免カレ其毀損ノ場合ニハ借主ハ毀損シタル狀態ヲ以テ借用物ヲ返還スルヲ以テ足ルモノトス之ニ反シテ其滅失毀損カ借主ノ故意又ハ過失ニ基因スルトキハ借主ハ之カ爲メニ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務アリ

借主カ其使用貸借ヨリ生スル權限ニ基キ借用物ニ物ヲ附屬セシメタル場合ニ借用物カ不動產ナルトキハ附屬物カ借用物ニ合シテ之ト一體ヲ爲スニ至

ヲタル場合(例之借用ノ土地ニ建物ヲ築造シ草木花卉ヲ栽植シ借用ノ家屋ニ造作ヲ爲スノ類)ト雖モ借主ハ依然トシテ附屬物ノ所有權ヲ保有スルヲ以テ其附屬物ヲ收去スルノ權利ヲ有シ此場合ニ付キ添付ノ原則ヲ適用スルヲ得ス然レトモ附屬物ノ收去ハ借用物ヲ毀損シ然ラサルモ借用物ノ原狀ニ變更ヲ生シ其毀損變更ハ貸主ニ不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ借主ハ之ヲ原狀ニ復シ貸主ヲシテ附屬物ノ收去ニ因リ損害ヲ被ラシメサルコトヲ必要トス是レ第五百九十八條カ一方ニ於テ附屬物收去ノ權利ヲ借主ニ認ムルト同時ニ收去ノ場合ニ於ケル原狀回復ノ義務ヲ之ニ負擔セシメタル所以ナリ

借主ハ附屬物ヲ收去スルノ權利ヲ有スルト同時ニ貸主モ亦借主ニ對シ附屬物ノ收去及ヒ原狀回復ヲ請求スルノ權利ヲ有ス何トナレハ借主ノ返還義務ハ借用物ヲ原狀ニ復シテ之ヲ貸主ニ返還スルノ義務ヲ包含スルヲ以テナリ然レトモ山林ヲ變シテ田畑ト爲シ住宅ノ間取ヲ變更シテ之ヲ改良シタルカ如キ場合ニ於テハ其儘之ヲ貸主ニ返還シ有益費ノ償還ヲ受クルノ權利ヲ有スルハ勿論ニシテ附屬物收去ノ權利義務ハ附屬物カ借用物以外ニ於テ一物ヲ成ス場合ニ生スルモノトス又借用物ノ不利ナル變更ハ特ニ貸主ノ承諾ヲ得タル場合ノ外借主ヲシテ原狀回復ノ義務ヲ負ハシムルモノトス

第二　返還ノ時期

使用貸借ニ於ケル借用物返還ノ時ニ關シテハ左ノ原則ニ從フヘキモノトス

一　返還ノ時期ニ付キ當事者間ニ特約アルトキハ借主ハ其期限ノ到來ヲ待テ返還ノ義務ヲ履行スヘキモノトス

二　當事者カ返還ノ時期ヲ定メサリシトキハ左ノ方法ニ依リ返還ノ時期ヲ定ム

甲　契約ヲ以テ使用收益ノ目的ヲ定メタルトキ　借主カ契約ニ定メタル目的ニ從ヒ使用收益ヲ終リタルトキハ借主ハ使用貸借ニ依リテ企圖シタル目的ヲ達シタルモノニシテ最早ヤ目的物ノ使用收益ヲ繼續スヘキ理由ナキヲ以テ借主ハ直チニ之ヲ返還スルノ義務アリ例之特定ノ集會ノ爲ニ家屋ヲ借用シタル場合ニ其集會カ終了シタルトキハ借主ハ直チニ其家屋ヲ返還スルコトヲ要スルカ如シマタ借主カ未タ借用物ノ使用

收益ヲ終了セサル場合ト雖モ其使用收益ヲ爲スニ足ルヘキ期間ヲ經過シタルトキハ貸主ハ直チニ其返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

乙　契約ヲ以テ使用收益ノ目的ヲ定メサルトキ　貸主ハ何時ニテモ借用物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得蓋シ當事者カ特ニ返還ノ時期ヲ定メス又借用物ノ使用收益ノ目的上ヨリ自カラ定マレル期限ナキ限リハ借主ハ唯貸主ノ許容スル限リハ借用物ノ使用收益ヲ繼續スルコトヲ得ルモ貸主ヨリ返還ノ請求ヲ受ケタルトキハ何時ニテモ之ヲ返還スルノ義務ヲ負擔シタルモノト推定スルヲ相當ナリトスルヲ以テナリ

第三節　使用貸借ノ終了

使用貸借ハ左ノ事由ニ因リテ終了ス

第一　貸借期限ノ滿了

當事者カ豫メ貸借ノ期間ヲ定メタルトキハ(一)使用貸借ハ其期間ノ滿限ニ因リテ當然終了ス(二)當事者カ返還ノ時期ヲ定メサリシ場合ニ使用收益ノ目的カ契約ニ依リテ定マリタルトキハ使用貸借ハ借主カ其使用收益ヲ終ルト同時ニ終了ス(三)其使用收益ヲ終ラサルモ之ヲ爲スニ必要ナル期間ノ滿了後貸主ヨリ其返還ヲ請求スルニ因リテ終了ス(四)契約ヲ以テ使用收益ノ目的ヲ定メサリシ場合ニ於テ貸主ヨリ返還ノ請求アリタルトキ亦同シ

第二　契約ノ解除

借主カ其義務ニ違背シタルトキ即チ善良ナル管理者ノ注意ヲ怠リ又ハ契約ノ本旨ニ反シタル使用收益ヲ爲シ貸主ノ承諾ナクシテ第三者ヲシテ使用收益ヲ爲サシメタルトキハ貸主ハ其義務違背ヲ理由トシテ契約ノ解除ヲ爲スノ權利ヲ有シ使用貸借ハ貸主カ解除ノ意思表示ヲ爲シタル時ヲ以テ終了ス

第三　使用借主ノ死亡

使用貸借ハ無償ニシテ借主ノ爲ニスル一ノ恩惠的行爲ナルヲ以テ普通借主ノ一身ニ著眼シテ締結セラルルモノナリ從テ借主ノ權利ハ專屬的ノ性質ヲ有スルヲ以テ借主ノミ之ヲ享有スルコトヲ得ヘク借主ノ相續人ニ於テ代リテ其地位ヲ繼承スルコトヲ得ス是レ法律カ使用貸借ハ借主ノ死亡ニ因リ當

然消滅ニ歸スルモノトセル所以ナリ同一ノ理由ニ依リ借主ハ其權利ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得サルモノトス反之使用貸借ハ反對ノ意思表示ナキ限リハ貸主ノ死亡ニ拘ハラズ存續スルコトヲ得ヘシ

第八章　賃貸借

第一節　賃貸借ノ性質

民法第六百一條ノ規定ニ依ルトキハ賃貸借ハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

賃貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用及ヒ收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ賃金ヲ拂フコトヲ約スル契約ナリ

今此定義中ニ包含スル賃貸借ノ概念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一　賃貸借ハ契約ナリ

賃貸借ノ成立ニハ賃借人ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシムルノ義務ヲ負擔スル賃貸人トノ間ニ於テ物ノ使用收益ニ對シテ賃金ノ支拂トニ付キ意思ノ合致即チ契約アルコトヲ必要トス而シテ(一)此契約ハ當事者ノ意思表示ノミニテ成立シ其意思表示ニ付キ別段方式ノ定メナキヲ以テ不要式契約ナリ(二)此契約ハ當事者ノ承諾ニ因リテ成立シ目的物ノ引渡ヲ必要トセサルヲ以テ諾成契約ナリ(三)此契約ニ因リ賃貸人ハ物ヲ賃借人ノ用ニ供シ賃借人ハ之ニ對シテ賃金ヲ支拂ヒ各自互ニ出捐ヲ爲スモノナレハ有償契約ナリ(四)賃貸借ハ當事者雙方ヲシテ債務ヲ負擔セシムルヲ以テ雙務契約ナリ

第二　賃貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用收益ヲ爲サシムルコトヲ約スル契約ナリ

賃貸借ノ成立ニハ當事者ノ一方即チ賃貸人カ相手方即チ賃借人ニ對シ或物ノ使用收益ヲ爲サシムルコトヲ必要トス詳言スレハ賃貸借ニ在テハ貸主ハ使用貸借ニ於ケルカ如ク單ニ借主ニ物ノ使用收益ヲ委シ之ヲ妨ケサルノ消極的債務ヲ負擔スルノミヲ以テ足レリトセス借主ヲシテ完全ニ物ノ使用收益ヲ爲スコトヲ得セシムル積極的債務ヲ負擔シ之カ爲ニ必要

ナル設備ヲ爲スノ責ニ任スルモノナリ例之家屋ノ賃貸人ハ賃貸借ノ目的タル家屋破損ノ場合ニ之ヲ修繕シ賃借人ヲシテ完全ニ其家屋ヲ使用スルコトヲ得セシムルノ債務ヲ負擔スルカ如シ是レ賃貸借カ使用貸借ト異ナル重要ノ點ナリトス

賃借人ハ賃貸借契約ニ因リ亦賃貸人ニ對シテ物ノ使用收益ヲ爲サシムヘキコトヲ要求スルノ債權ヲ有ス之ヲ稱シテ賃借權ト謂フ而シテ賃借權ノ性質ニ付キテハ學者間議論アリ立法例モ亦區々ニ出ツ(一)普國民法及ヒ舊民法ハ賃借權ヲ以テ一ノ物權ナリトシ(二)墺國民法ハ不動產上ノ賃借權ハ之ヲ登記シテ物權ト爲スコトヲ得ルモノトシ(三)其他ノ諸國ハ概ネ皆ナ之ヲ以テ債權ナリトシ我民法モ亦羅馬法以來ノ慣例竝ニ我國從來ノ慣習ニ從ヒ第三ノ主義ヲ採用セリ蓋シ賃借權ヲ以テ一ノ物權ナリトスルノ說ハ賃借權ハ直接ニ物ノ上ニ行ハレ賃借人ハ地上權者永小作人ト等シク權利ノ目的タル物ヲ支配シ直接ニ其使用收益ヲ爲スコトヲ得ルノ點ニ重キヲ置キタルモノナリ然レトモ賃貸人ハ物權關係ニ於ケルカ如ク賃借人ニ對シ單純ニ不作爲ノ債務ヲ負擔シ賃借人ハ賃貸人ニ拘ハラス權利ノ目的タル物ヲ支配スルノ權利ヲ有スルモノニアラス賃貸人ハ賃貸借ヨリ生スル效力トシテ賃借人ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシムヘキ積極的給付ヲ負擔シ賃借人カ物ノ使用收益ヲ爲スハ賃貸人ヲシテ其債務ノ目的タル給付義務ヲ履行セシムルノ結果タルニ過キサルヲ以テ賃貸借ヨリ直接ニ生スル當事者間ノ權利關係ハ債權關係ニシテ物權關係ニアラサルヤ明カナリ是レ地上權及ヒ永小作權ト賃借權トヲ區別スル重要ノ點ニシテ其間ニ種々ナル效力上ノ差異ヲ生スルハ要スルニ權利ノ性質ニ關スル上記ノ差異ヨリ生スル結果タルニ外ナラス

第三 賃貸借ハ當事者ノ一方カ相手方ニ或物ノ使用及ヒ收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方カ之ニ借賃ヲ拂フコトヲ約スル契約ナリ

賃貸借ノ成立ニハ賃貸人ニ於テ賃借人ニ對シ物ノ使用收益ヲ爲サシムルコトヲ約スルト同時ニ賃借人ニ於テ物ノ使用收益ヲ爲スノ對價トシテ一定ノ報酬ヲ賃貸人ニ與フルコトヲ約スルヲ必要トス借賃又ハ賃金ト稱スルモノ即チ是レナリ故ニ賃貸借ハ常ニ必ラス有償ナルコトヲ要スルヲ以テ常ニ必

ラス無償ナルコトヲ要スル使用貸借ト正反對ナリトス

第二節　賃貸借契約ノ締結

賃貸借契約ノ締結ニ關シテハ一般契約ノ締結ニ關スル原則ヲ適用スヘキモノトス然レトモ民法ハ賃貸借ノ存續期間ニ付キテ特別規定ヲ設ケタルヲ以テ此等ノ特別規定ニ付キ說明セントス

第一款　賃貸借ニ關スル一般ノ制限

當事者ハ契約自由ノ原則ニ從ヒ任意ニ賃貸借契約ヲ締結スルコトヲ得ヘシト雖モ法律ハ其存續期間ニ付キ當事者ノ意思ノ自由ヲ制限シ常ニ必ラス二十年以下ノ存續期間內ニ於テ契約ヲ締結スルコトヲ要スルモノトシ二十年以上ノ存續期間ヲ以テ之ヲ締結スルコトヲ許サス蓋シ賃貸借ハ物ノ利用方法ニシテ當事者雙方ヲ利スルノミナラス國家經濟ノ上ヨリ觀察スルモ財產融通ノ途ヲ開キ良好ナル結果ヲ生スルハ論ヲ俟タサル所ナリト雖モ其期間長キニ失スル

トキハ却テ反對ノ結果ヲ生スル虞アリ其理由ハ(一)賃貸人ハ現在ニ於テ物ノ使用收益ヲ爲スコトヲ得サルニ依リ物ノ利用改良ヲ爲スモ其結果ハ賃借人ヲ利スルニ止マリ直接ニ賃貸人ヲ利セサルヲ以テ進ンテ之ヲ爲スコトヲ敢テセサルヘク賃借人モ亦其固有ノ利害ニ從テ動作シ物ノ永遠ノ利害ニ著眼セサルヲ以テ經濟上不利ナル結果ヲ生ス(二)賃貸借ノ期間長キニ渉ルトキハ其間ニ一般經濟事情竝ニ當事者ノ地位ニ變動ヲ生シ或ハ賃貸人ニ於テ借賃ノ增加又ハ目的物ノ返還ヲ要求スルノ必要ヲ感スルコトアリ或ハ反對ニ賃借人ニ於テ借用物ヲ返還シテ借賃支拂ノ債務ヲ免脫シ又ハ借賃ノ減額ヲ請求スルノ必要ヲ感スルコトアルモ有效ニ成立シタル賃貸借契約ハ當事者一方ノ意思ヲ以テ之ヲ解クコト能ハサルヲ以テ契約ノ年限內ハ當事者ハ各自契約ニ依リテ羈束セラレ不利ナル地位ヲ忍ハサルヲ得サルヘシ故ニ賃貸借ノ期間長キニ失スルトキハ時トシテハ賃貸人ニ不利ナル結果ヲ生スルモノナリ故ニ何レノ點ヨリ觀察スルモ賃貸借ノ存續期間ニ付キテハ當事者ノ意思ノ自由ヲ制限シ一定ノ範圍內ニ於テ其存續期間ヲ定メシムル必

要アリ然レトモ反對ニ於テ其期間短カキニ失スルトキハ當事者ノ需要ヲ滿足スルコト能ハサルヲ以テ其制限ハ當事者ヨリ賃貸借ノ便益ヲ剝奪スヘキ性質ノモノニアラサルコトヲ必要トス是レ法律カ二十年ヲ限度トシテ賃貸借契約ヲ締結スルコトヲ認許スル所以ナリ而シテ此二十年ハ土地ノ賃貸借ヲ基本トシテ定メタルモノニシテ二十年以上ノ期間ヲ以テ他人ノ土地ノ使用收益ヲ爲サントスル者ハ地上權、永小作權ノ設定ニ依リテ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘキヲ以テ特ニ二十年以上ノ賃貸借ヲ認許スルノ必要ナク又比較的長期ナルコトヲ必要トスル土地ノ賃貸借ニシテ既ニ二十年ヲ以テ最長期トスル以上ハ他ノ賃貸借ニ在リテモ亦之ヲ以テ存續期間ノ最高限度トスヘキハ當然ナルヲ以テナリ

賃貸借ノ存續期間ニ關スル民法ノ規定ハ公ノ秩序ニ關スルヲ以テ當事者カ二十年以上ノ期間ヲ以テ賃貸借契約ヲ締結シタルトキハ期間ニ關スル契約ノ效ナカルヘキハ勿論ナリト雖モ民法ハ其契約ヲ全然無效トセスシテ單ニ二十年ニ超ユル部分ノミヲ無效トシ其期間ヲ二十年ニ短縮シテ其契約ヲ維持スルヨトヽ爲セリ蓋シ期間ニ關スル契約ハ分割ノ觀念ヲ容ルルヲ以テ其一部ヲ無效トシ他ノ一部ヲ維持スルモ敢テ契約ノ性質ニ反セサルノミナラス其期間ヲ二十年ニ短縮スルニ於テハ法律カ賃貸借ノ存續期間ヲ二十年以內ニ制限シタル所以ノ立法上ノ目的ハ達セラルヘキ筋合ナレハ其契約ヲ維持スルハ毫モ妨ケナク當事者モ亦期間ニ關スル契約ヲ全然無效ト爲スヨリモ寧ロ其期間ヲ二十年ニ短縮シテ之ヲ維持スルコトヲ希望スヘケレハナリ且法律ハ二十年以上ノ期間ヲ以テ賃貸借契約ヲ締結スルノ自由ヲ當事者ニ與ヘサルハ當事者カ豫メ二十年以上ノ期間ヲ以テ賃貸借契約ヲ締結シ如何ナル事由アルモ之ヲ解クコト能ハサルカ爲ニ外ナラスシテ事實上ニ於テ二十年以上賃貸借ノ存續スルコトヲ禁スルノ趣旨ニハアラス故ニ當事者カ賃貸借ヲ更新シ事實上之ヲ繼續セシムルコトハ毫モ妨ケナシトス蓋シ更新ニ際シテハ當事者ハ各自ニ更新ノ利害得失ヲ考究シ契約ノ更新ヲ拒否スルコトヲ得ヘク必要ナル場合ニハ新タナル條件ヲ提出シテ更ニ賃貸借契約ヲ締結スヘキヲ以テ雙互ノ利益ハ充分ニ保護セラレ得ルノミナラス豫メ二十年以上ノ期間ヲ以テ契約ヲ締結シタル場合

ニ於テ生スル各種ノ弊害ハ充分ニ之ヲ豫防スルコトヲ得ヘシ是レ民法カ當事者ニ許スニ契約ヲ更新スルノ自由ヲ以テスル所以ナリ然レトモ當事者ハ二十年以上ノ期間ヲ以テ賃貸借契約ヲ締結スルコトヲ得サルト同一ノ理由ニ依リ更新ニ際シテモ亦常ニ期間ニ關スル法定ノ制限ヲ遵守スヘキモノトス何トナレハ賃貸借ノ更新ハ要スルニ新タナル賃貸借ノ締結ニ外ナラサルヲ以テ賃貸借ノ締結ニ關スル制限ハ更新ノ場合ニモ亦之ヲ遵守スルコトヲ要スルハ勿論ナルヲ以テナリ

民法ハ賃貸借契約ノ存續期間ニ付キ單ニ最長期ノ制限ヲ設ケ其最短期ニ付キテハ當事者間ノ契約ニ何等ノ制限ヲ置カス是レ賃貸借契約ハ種々ナル情況ノ下ニ於テ締結セラルルモノナレハ可及的之ヲ當事者ノ自由意思ニ放任シテ之ヲ制限セサルヲ以テ取引上ノ便宜ニ適スルモノト認メタルカ爲メナリ而シテ民法カ賃貸借ノ短期ニ付キ當事者ノ自由ヲ制限セサルハ賃貸借ニ關スル原則トシテハ不可ナシト雖モ宅地ノ賃貸借ニ付テハ有害ナル結果ヲ生スルヲ免カレス何トナレハ其期間短カキニ失スルニ於テハ借地人ハ期間滿了ト共ニ賃借

地上ニ建設シタル建物ヲ取リ毀チ地主ニ對シテ借地ノ明渡ヲ爲スコトヲ要シ爲ニ非常ナル損失ヲ被ムルノミナラス建物ヲ取毀ッコトハ材料ヲ毀損シ勢力ヲ空費スルニ因リ國家經濟上ノ損失トナルヲ以テナリ其建物カ石造煉瓦造又ハ金屬造ナルトキハ殊ニ然リトス故ニ宅地ノ賃貸借ニ在テハ其期間ハ可及的長期トシテ建物ノ取毀チヲ豫防シ以テ一面借地人ノ利益ヲ保護スルト同時ニ他ノ一面ニ於テ公益ヲ保全スルノ必要アリ且假令當事者ノ自由任意ノ意思ヲ以テ存續期間ヲ定メタルニモセヨ建物ヲ所有スルヲ目的トスル賃貸借ニ付キ其存續期間ヲ短期トシ其期間經過後ハ地主ノ請求ニ因リ借地人ヲシテ建物ヲ取拂ヒ地所ヲ明渡スノ義務ヲ負ハシムルハ地主ノ利益ノ爲ニ借地人ノ利益ヲ蹂躙シテ顧ミサルモノニシテ正義ノ觀念ニ反シ不公平之レヨリ甚タシキハナシ又之ヲ實際ノ經驗ニ徵スルニ地主ハ土地ヲ借地人ニ貸與シ相當ノ借賃ヲ得ルノミヲ以テ足リ必ラスシモ土地ノ明渡ヲ借地人ニ求ムルノ必要ナク地主ハ借賃ノ增額其他自己ニ有利ナル契約更新ヲ爲スノ素地ヲ作爲スル爲メ其存續期間ヲ短期トシ期間滿了ノ曉ニ於テ借地人ヲシテ地主ノ要求ニ應シ自己ニ不

利ナル更新ヲ甘諾スルカ若クハ莫大ナル損失ヲ忍ヒテ建物ノ取拂ヲ爲スカ二中其一ヲ選ハサルヲ得サルノ窮境ニ陷ラシメ結局借地人ヲシテ地主ノ命スル儘借賃ノ增額其他ノ條件ヲ認容セシムルニ至リ地主借地人間ノ爭ハ常ニ借地人ノ敗北ニ因リテ終局スルヲ常トス故ニ契約自由ノ原則ハ優勝ノ地位ニ在ル地主ヲ利シ借地人ハ常ニ地主ノ指命ニ服シ自己ノ利益ヲ保護スルコトヲ得サルノ地位ニ在ルヲ以テ雙方ノ利害ヲ調和シ各自ヲシテ其所ヲ得セシムルカ爲メ此原則ニ制限ヲ加フルノ必要アリ是レ賃貸借ニ關スル民法ノ規定ニ付キ數年前ヨリ識者間ニ於テ物議ヲ生スルニ至リタル所以ニシテ早晩民法ノ改正ヲ見ルニ至ルヘキハ予ノ信シテ疑ハサル所ナリ

第二款　處分ノ能力權限ナキ者ノ爲シタル賃貸借ニ關スル制限

賃貸借ハ物ノ利用方法ニシテ賃貸人ハ賃貸借契約ヲ締結シタルトキト雖モ依然トシテ物ノ完全ナル所有權ヲ保有シ其權利ノ全部又ハ一部ヲ賃借人ニ讓渡スルモノニ非サルヲ以テ賃貸借ハ其性質ニ於テハ管理行爲ニ屬シ處分行爲ニ非ラサルヤ明カナリ故ニ物ノ賃貸借ヲ承諾スルニハ其物ヲ管理スルノ能力又ハ權限アルノミヲ以テ足ルモノニシテ其物ヲ處分スル完全ナル能力アルコトヲ必要トセサルモノトス然レトモ賃貸人ハ賃貸借契約ニ因リ賃貸人ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシムルノ債務ヲ負擔シ目的物ノ支配權ハ事實上賃借人ニ歸シ賃貸人ハ空權ヲ有スルニ過キサルコトハ地上權、永小作權ヲ設定シタル場合ト異ナル所ナキヲ以テ賃貸借ノ期間長キニ渉ルトキハ賃貸人ノ利害ニ重大ナル影響ヲ及ホスモノナルヤ明カナリ他方ニ於テ賃借人ハ一旦賃貸借契約ヲ締結シタル以上ハ其契約ニ因リテ羈束セラレ其期間内ハ借賃支拂ノ義務ヲ負擔シ其一己ノ意思ヲ以テ解約ヲ爲スヲ得サルハ勿論其條件ヲ變更スルヲ得サルヲ以テ長期ノ賃貸借ハ賃借人ノ利害ニモ重大ナル影響ヲ及ホスモノナリ故ニ其本來ノ性質ニ於テハ管理行爲タルヘキ賃貸借ト雖モ其期間長キニ渉ルトキハ處分行爲ト毫モ擇フ所ナキヲ以テ民法ハ之ヲ以テ一種ノ處分行爲ナリト看做シ處分ノ能力權限アル者ニアラサレハ之ヲ締結スルコトヲ得サルモノトシ處分

ノ能力權限ナキ者ノ爲ス賃貸借ニ付キ期間ノ制限ヲ設ケタリ民法ニ處分ノ能力ナキ者トハ未成年者(管理能力ヲ享有スルモ處分ノ能力ヲ有セサル者)準禁治産者妻ノ財産ヲ管理スル夫後見人ノ類ヲ謂ヒ處分ノ權限ナキ者トハ管理爲行ノミヲ委任セラレタル代理人權限ノ定メナキ代理人ノ類ヲ謂フ而シテ民法第六百二條ニ依ルトキハ此等處分ノ能力權限ナキ者ノ爲ス賃貸借ノ期間ニ付キテハ左ノ制限ヲ遵守スルコトヲ要ス

一 樹木ノ栽植又ハ伐採ヲ目的トスル山林ノ賃貸借ハ十年トス

二 其他ノ土地(宅地田畑牧場ノ類)ノ賃貸借ハ五年トス

三 建物ノ賃貸借ハ三年トス

四 動產ノ賃貸借ハ六箇月トス

賃貸借ノ期間ニ關スル法定ノ制限ハ當事者雙方ノ實際上ノ便宜ト取引上ノ慣例トニ基キテ之ヲ定メタルモノナリ蓋シ右法定ノ期間ハ通常賃貸借ヲ爲シタル所以ノ目的ヲ達スルカ爲ニ充分ナリトスル所ニシテ之ヨリモ長キ期間ヲ以テ賃貸借ヲ爲スハ寧ロ稀有ノ事ニ屬スルヲ以テ此期間ヲ以テ賃貸借ノ管理行爲タルト處分行爲タルトヲ區別スルノ標準ト爲シタルモノナリ

處分ノ能力權限ナキ者カ賃貸借ヲ爲ス場合ニ於テハ第六百二條ノ期間ヲ超ユルコトヲ得サルハ前述ノ如シト雖モ之ヲ更新スルハ妨ケナシ是レ第六百三條ニ規定スル所ナリ然レトモ更新ヲ爲スニ當リテハ更ニ同一ナル期間ノ制限ヲ遵守スルコトヲ要スルハ勿論更新ノ時期ニ付キテモ亦制限アリ當事者ハ當初定メタル賃貸借期間ノ滿了前一定ノ期間內ニ之ヲ爲スコトヲ要スル而シテ其期間ハ土地ニ付キテハ一年建物ニ付キテハ三箇月動產ニ付キテハ一箇月トス蓋シ賃貸借契約成立後當事者ニ許スニ其期間滿了前何時ニテモ之ヲ更新スルノ自由ヲ以テスルトキハ當事者ハ間斷ナク之ヲ更新シ因テ以テ期間ニ關スル法定ノ制限ヲ薄弱ナラシムルノ弊害ヲ生スルニ至ルヘキヲ以テナリ然レトモ賃貸借期間ノ終了後ニアラサレハ之ヲ更新スルコトヲ許ササルモノトスルトキハ當事者ニ不利ナル結果ヲ生スルヲ免レス何ントナレハ斯クスルニ於テハ當事者ニ於テ更新ノ協議成立セサルトキハ賃貸人ハ相當ノ賃借人ナキカ爲メ或ル期間內空シク其財產ヲ保有シテ之ヲ利用スルコト能ハサルノ危險アリ賃借

人モ亦時ニ或ハ其資本ト勞力トヲ擁シテ之ヲ施用スヘキ目的物ヲ缺クノ不便ニ遭遇スルコトナキヲ保セサルヲ以テナリ是レ法律カ賃貸借終了前一定ノ期間ヲ劃シ其期間後ハ何時ニテモ更新ヲ爲シ得ヘキモノトシ各當事者ノ爲メ賃貸借終了ノ結果ニ備フルノ餘地ヲ存シタル所以ナリ

處分ノ能力權限ナキ者カ第六百二條ノ期間ヲ超エタル賃貸借契約ヲ締結シタルトキハ其契約ハ如何ナル效力ヲ生スルヤ民法ハ此點ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケサルヲ以テ第六百四條ト法律行爲ノ效力ニ關スル一般原則ノ適用ニ依リ之ヲ定ムルコトヲ要ス玆ニ於テ(一)處分ノ能力ナキ者ノ爲シタル賃貸借ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノトス(二)權限ナキ者ノ爲シタル賃貸借ハ本人ニ對シテ其效ヲ生セス唯本人之ヲ追認スルトキハ既往ニ溯リテ其效ヲ生スルコト代理人カ本人ニ代リテ權限外ノ行爲ヲ爲シタル場合ト毫モ異ナル所ナシ而シテ處分ノ能力權限ナキ者カ第六百二條ノ期間ヲ超エタル賃貸借ヲ爲シタル場合ト雖モ全然之ヲ無效トシ又ハ之ヲ取消シ得ヘキモノト爲サスシテ唯法定期間ヲ超過スル部分ニ付キ契約ノ效力ヲ失ハシメ其期間ヲ短縮シテ之ヲ維持スルハ法

律カ期間ノ制限ヲ設クル所以ノ精神ニ適シ且當事者ノ希望ニモ合スルモノナレハ一見不可ナキカ如シト雖モ第六百二條ノ期間ヲ超エタル賃貸借契約ハ處分ノ能力權限アルモノニシテ始テ締結シ得ヘキモノニシテ契約當事者ニ此能力權限カ欠缺スル以上ハ其契約ハ一般ノ原則ニ從ヒ無效又ハ取消シ得ヘキモノト爲スノ外ナク期間ノ短縮ハ他ノ類似ノ法律行爲(永小作權不動產質權ノ設定、一般賃貸借契約ニ關スル期間ノ制限)ニ於ケルカ如ク法律ノ特別規定ヲ待テ始メテ爲シ得ヘキモノナレハ斯ル特別規定ノ存セサル第六百二條ノ場合ニ於テハ前示ノ如ク解釋スルヲ可ナリトス然レトモ立法上ヨリ言フトキハ余ハ期間ヲ短縮シテ契約ヲ維持シ財產利用ノ便宜ヲ當事者ニ與フルヲ可ナリトス蓋シ立法者ハ既ニ更新ノ時期ニ付キ制限ヲ設ケ之ヲ其時期ノ制限ナキ他ノ法律行爲ト區別シタルト同一ノ精神ニ基ツキ處分ノ能力權限ナキ者ノ爲シタル賃貸借ヲ制限シ本人ノ利益ヲ保護スルコトニ著眼シタルカ爲ナルヘシト雖モ是レ畢竟無用ノ注意ニシテ何等ノ實益ナシト信ス

第三節　賃貸借ノ效力

第一款　當事者間ニ於ケル效力

第一項　賃貸人ノ義務（賃借人ノ權利）

賃貸人ハ賃貸借契約ニ因リテ賃借人ニ對シ物ノ使用收益ヲ爲サシムルノ債務ヲ負擔ス是レ賃貸借契約ヨリ生スル賃貸人ノ主要ノ債務ニシテ其他ノ債務ハ總テ此債務ヨリ生スル效果ニ外ナラス今此等債務ノ最モ重要ナルモノヲ擧クレハ左ノ如シ

第一　引渡ノ義務

賃貸人ハ賃貸借ノ目的物ヲ使用收益ニ適スヘキ狀態ヲ以テ賃借人ニ引渡ス義務アリ蓋シ賃借人ヲシテ其使用收益ヲ爲サシムルカ爲ニハ此條件ノ下ニ目的物ノ引渡ヲ爲スコトヲ必要トスルヲ以テナリ

第二　修繕ノ義務

賃貸借ノ目的タル物カ毀損シタルトキハ賃借人ハ完全ニ其使用收益ヲ爲スコト能ハサルニ至ルヘキヲ以テ賃貸人ハ其債務ノ本旨ニ從ヒ自己ノ費用ヲ以テ目的物ヲ修繕シ賃借人ニ於テ完全ニ其使用收益ヲ爲シ得ヘキ狀態ト爲スノ義務アリテ此義務ハ賃貸借契約ノ期間內ハ依然トシテ存續スルモノナリ

賃貸人ハ賃貸人ニ對シテ目的物ノ修繕ヲ爲スノ義務ヲ負擔スルト同時ニ物ノ保存ニ必要ナル行爲ハ賃借人ノ意思如何ニ拘ハラス之ヲ爲スノ權利ヲ有シ賃借人ハ保存行爲ヲ爲サントスル賃貸人ノ請求ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス蓋シ物ノ保存行爲ハ往々ニシテ賃借人ノ使用收益ヲ妨クルヲ以テ賃借人ノ承諾ナキ限リハ許スヘキニアラサルカ如シト雖モ賃貸人ハ物ヲ保存スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スルモノナレハ賃貸人ヲシテ之カ爲ニ必要ナル行爲ヲ爲スコトヲ得セシムルハ固ヨリ正當ナルノミナラス物ノ保存行爲ヲ等閑ニ付シ之ヲ滅失毀損セシムルニ於テハ國家經濟上ニ於テモ亦不利ナル結果ヲ生スルヲ免カレス是レ民法カ賃貸人ニ與フルニ保存行爲ヲ爲スノ權利

ヲ以テシ賃借人ヲシテ之ヲ拒ムコトヲ得サラシムル所以ナリ（第六百六條第二項）

然リト雖モ賃貸人ノ保存行爲ハ賃借人ノ使用收益ヲ妨害シ之ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ結果ヲ生スルニ至ルヘク此場合ニ付何等救濟ノ道ナシトスルトキハ賃貸人ノ保護厚キニ失シ公平ヲ失スルモノト云ハサルヘカラス玆ニ於テ民法ハ其第六百七條ニ於テ賃貸人カ賃借人ノ承諾ヲ得タル場合ハ格別其意ニ反シテ保存行爲ヲ爲サント欲スル場合ニ賃借人カ之カ爲メ賃貸借ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ賃借人ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ト規定シ保存行爲ノ爲ニ被ムルヘキ損失ノ危險ニ對シテ賃借人ノ利益ヲ保護シ以テ兩者間ニ於テ權衡ヲ維持スルコトト爲セリ而シテ賃借人カ契約ヲ解除セサル場合ト雖モ保存行爲ノ爲ニ其使用收益ヲ停止スルノ止ムヲ得サルニ至リタルトキハ賃借ノ免除又ハ減額ヲ請求スルノ權利アルハ勿論ナリ

第三　目的物ニ關スル擔保義務

賃貸人ハ賃借人ニ物ノ使用收益ヲ爲サシムルノ義務ヲ負擔スルヲ以テ其使用收益ヲ妨クヘキ行爲ヲ避止セサルヘカラサルハ勿論目的物ニ瑕疵アルトキハ賣買ニ關スル規定ニ從ヒ瑕疵擔保ノ責ニ任スヘキモノトス同一ノ理由ニ因リ賃貸人ハ借用物ニ關スル第三者ノ妨害行爲ニ對シ賃貸人ヲ防衞シ之ヲシテ使用收益ヲ完ウセシムルノ義務アリ但シ第三者ノ妨害行爲ニ對スル擔保責任ニ付キテハ一ノ區別ヲ爲スコトヲ必要トス即チ(1)第三者ノ妨害カ全ク事實上ノモノナルトキハ現ニ賃借物ヲ占有スル所ノ賃借人ハ占有權ノ作用ニ依リテ其妨害ヲ排除シ以テ自己ノ利益ヲ防衞スルノ策ヲ講スルコトヲ要シ賃貸人ヲシテ之ヲ排除スルノ責ニ任セシムルコトヲ得ス之ニ反シテ(2)第三者ノ妨害カ賃借物ニ關スル權利ノ主張ニ基因スルトキ例ヘハ第三者カ賃借物上ニ所有權地上權其他ノ權利ヲ主張シ賃借人ニ對シテ目的物ノ引渡又ハ明渡ヲ請求シ其使用收益ヲ妨害シタルトキハ賃貸人ニ於テ第三者ノ主張ヲ除キ賃借人ヲシテ完全ニ使用收益ヲ爲サシムルノ義務アリ蓋シ賃借人ハ賃貸人ニ拘ハラス物ノ使用收益ヲ爲スコトヲ得ル物上權ヲ有スルモノニアラスシテ賃貸人ニ對シテ其使用收益ヲ爲サシムル債權ヲ有スルニ過キス從

テ賃借人カ物ノ使用收益ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ賃貸人カ賃借人ヲシテ其物ノ使用收益ヲ爲サシムル權利ヲ有スルヤ否ヤニ依リテ定マルモノナレハ賃借物ニ關スル第三者ノ主張ヲ排斥シテ賃借人ノ使用收益ヲ擔保スルハ賃貸人ノ責任ニ屬スルモノト謂ハサルヘカラス是レ妨害カ第三者ノ權利ノ主張ヨリ來タルトキハ賃貸人ニ於テ之ヲ排除スルノ義務アリトスル所以ナリ而シテ此場合ニ於テハ權利ノ欠缺ヨリ生スル賣主ノ責任ニ關スル民法ノ規定ヲ準用シテ當事者相互ノ關係ヲ定ムルコトヲ要ス

第四　費用償還ノ義務

賃貸人ハ賃貸物ノ使用收益ニ必要ナル修繕ヲ爲スノ義務ヲ負ヒ之カ爲ニ要スル費用ハ賃貸人ニ於テ之ヲ負擔スルコトヲ要スルト同時ニ賃貸物ノ負擔ニ屬スル公租公課ノ類モ亦所有者タル賃貸人ニ於テ之ヲ支拂フノ義務アリ從テ賃借人カ此種ノ必要費ヲ立替支辨シタルトキハ賃貸人ニ對シ直チニ其全部ノ償還ヲ要求スルノ權利ヲ有ス賃借人ノ支出シタル有益費ニ付キテハ其價格ノ增加カ現存スル場合ニ限リ賃貸人ハ其選擇ニ從ヒ其費シタル金額又ハ其增加額ヲ償還スルノ義務アリ然レトモ此義務ハ目的物ノ返還ト同時ニ履行スルヲ以テ足ルノミナラス裁判所ハ賃借人ノ請求ニ因リ之ニ相當ノ猶豫期限ヲ許與スルコトヲ得而シテ費用償還ノ請求權ハ借用物返還ノ時ヨリ一箇年內ニ之ヲ行使スルコトヲ要シ此期間ヲ經過シタルトキハ賃借人ハ其權利ヲ喪失スルモノトス（第六百條、第六百二十二條）

第二項　賃借人ノ義務（賃貸人ノ權利）

余ハ賃借人ノ義務ヲ論スルニ方リ借賃支拂ノ義務借用物ノ使用收益ニ關スル義務及ヒ借用物返還ノ義務ニ區別シテ說明シ最後ニ賃借權ノ讓渡及ヒ賃借物ノ轉貸ニ關スル賃借人ノ義務ニ付キテ一言スヘシ

第一　借賃支拂ノ義務

一　借賃ノ性質　借賃ハ(一)金錢其他ノ代替物タルヲ以テ其性質トス蓋シ取引上借賃ト稱スルハ通常金錢ヨリ成立スルヲ以テ民法ハ普通ノ場合ニ著眼シテ賃金ナル文字ヲ使用シタリト雖モ其所謂賃金ハ必ラスシモ金錢ノ

ミヲ意味スルモノニアラスシテ金錢ハ勿論金錢以外ノ代替物ヲモ包含スルコトハ註釋家ノ意見略ホ一致スル所ナリ例之田畑ノ賃貸借ニ付キ其田畑ヨリ收穫スル米穀其他ノ產出物若干ヲ以テ賃料ト爲スコトヲ約シ山林又ハ石坑ノ賃貸借ニ付キ林木砂石若干ヲ以テ借賃ニ充ツルコトヲ約スルカ如シ賃借人ノ爲ス給付カ借賃ノ給付タルカ爲ニハ其給付カ金錢其他ノ代替物ノ給付タルノミヲ以テ足レリトセス二)永小作權ニ於ケル小作料ノ如ク使用收益ニ比例シ定期ニ支拂ヲヘキ使用收益ノ對價タルノ性質ヲ有スルコトヲ必要トス故ニ借賃ハ常ニ時ノ經過ト共ニ生スルモノニシテ賃貸人ノ爲ニハ一ノ法定果實ト爲ルト同時ニ之ヲ收取スル權利ノ存續期間ノ日割ヲ以テ相當權利者ノ有ニ歸スヘキモノナルヲ以テ利息、小作料、年金其他ノ定期金ト其性質ヲ同フスルモノト謂フヘシ故ニ契約當事者ノ一方カ物ノ使用收益ニ對シ支拂フ報酬カ特定ノ商品又ハ勞役ヨリ成ルトキハ其報酬ハ所謂借賃ニアラス然レトモ此種ノ契約ニ付キテモ亦賃貸借ニ關スル規定ノ準用アルヘキハ勿論ナリ

二　借賃ノ額

借賃ノ額ハ當事者間ノ契約ヲ以テ之ヲ定ム當事者カ此點ニ付キ明カニ意思ノ表示ヲ爲ササリシトキハ賃借人ハ金錢ヲ以テ相當ノ借賃ヲ支拂フノ義務アリ何トナレハ當事者ノ意思ハ普通ノ慣例ニ從ヒ公平ニ借賃ヲ受授スルニ在リシモノト推定セサルヘカラサルヲ以テナリ又當事者カ借賃ノ額ヲ定メタル場合ニ於テハ其一方ノ意思ヲ以テ之ヲ增減スルコトヲ得サルハ契約法上ノ原則ナルモ反對ノ慣習アルトキハ之ニ從フヘキモノトス例之土地建物ノ賃貸借ニ在リテ公租公課ノ增額又ハ經濟事情ノ變動ニ因リ地主家主カ借賃ノ增額ヲ賃借人ニ求ムルコトヲ得ルハ東京大阪ノ如キ大都會ニ於テ認メラルル所ノ慣習ニシテ此慣習ハ就中長期ノ賃貸借又ハ無期限ノ賃貸借ニ付キテ行ハルル所ナリ然レトモ當事者ハ契約ヲ以テ之ヲ除外スルコトヲ得ヘシ

賃貸人ハ賃借人ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシムルノ債務ヲ負擔シ借貸ハ賃貸人ノ供スル物ノ使用收益ノ對價トシテ賃借人ヨリ支拂フヘキモノナレハ雙方ノ給付ハ互ニ相牽連シ雙務契約ニ固有ナル交換性ヲ帶有スルモ

ノトス從テ賃貸人カ賃借人ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシメサルニ於テハ賃借人モ亦其借賃ヲ支拂フノ義務ナキヤ明カナリ是ヲ以テ賃借物ノ一部カ賃借人ノ過失ニ因ラスシテ滅失シタルトキハ其滅失カ賃貸人ノ故意過失ニ基因シタルト賃貸人ノ責ニ歸ス可ラサル事由即チ所謂不可抗力ヨリ生シタルトニ論ナク賃貸人ハ賃借人ニ對シ借用物ノ使用收益ヲ爲サシムヘキ債務ヲ完全ニ履行スルコト能ハサルニ至ルヘキヲ以テ賃借人モ亦賃貸人ニ對シテ借賃ノ全額ヲ支拂フノ義務ヲ負擔セサルヘキハ賃貸借契約ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリト謂ハサルヲ得ス是レ民法カ其第六百十一條ニ於テ賃借人ニ與フルニ其滅失シタル部分ノ割合ニ應シテ借賃ノ減額ヲ請求スルノ權利ヲ以テシタル所以ナリ然レトモ殘存スル部分ノミニテハ賃借人カ賃借ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ賃借人ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得是レ同條第二項ニ規定スル所ニシテ當事者カ賃貸借契約ヲ爲シタル所以ノ目的ヨリ見ルモ公平ノ觀念ヨリ論スルモ自カラ然ラサルヲ得サルヲ以テナリ又賃借物カ全部滅失シタル場合ニ付キテハ民法ニ特別規定ナシト雖モ一般ノ原則ニ依リ賃貸借契約ハ給付ノ不能ニ因リ絕對ニ消滅ニ歸スヘク其滅失カ當事者ノ中何レカ其一方ノ過失ニ基因スルトキハ當事者間ノ法律關係ハ損害賠償ノ權利義務ニ轉換スルモノトス

反之賃借物カ使用收益ニ適スヘキ狀態ヲ以テ依然トシテ存在シ賃貸人カ賃借人ヲシテ物ノ使用收益ヲ爲サシムルカ爲ニ必要ナル行爲ヲ完了シタル以上ハ賃貸人ハ其義務ヲ完全ニ履行シタルモノニシテ賃借人カ現ニ物ノ使用收益ヲ爲スト否トハ賃貸人ノ關知スル所ニアラサルヲ以テ賃借人カ其一身ニ關スル事由ニ因リテ使用收益ヲ爲サス又ハ之ヲ爲スコトヲ得サル場合ハ勿論不可抗力ノ爲ニ其使用收益ヲ妨ケラレタル場合ト雖モ賃貸人ハ尙ホ之ニ對シテ借賃全部ノ支拂ヲ請求スルノ權利ヲ失ハサルモノトス然レトモ此原則ヲ絕對ニ適用スルニ於テハ賃借人ニ對シテ頗ル苛酷ナル結果ヲ生スルヲ以テ民法ハ公平ノ觀念ニ基キ賃借人ノ利益ノ爲ニ二個ノ例外的規定ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

甲 收益ヲ目的トスル土地ノ賃借人カ不可抗力ニ因リ借賃ヨリ少ナキ收益ヲ得ルトキハ其收益ノ額ニ至ルマテ借賃ノ減額ヲ請求スルコトヲ得但宅地ノ賃貸借ニ付テハ此限ニアラス

玆ニ所謂不可抗力トハ抗拒スヘカラサル事變ヲ意味シ風雨震災洪水旱魃降雹霜害兵燹國家ノ處分ノ類ヲ指スモノニシテ賃借人ノ疾病放火盜難等賃借人ノ一身ニ關スル災害ハ其內ニ包含セス蓋シ收益ヲ目的トスル土地ノ賃貸借ニ在テハ賃借人ノ大部分ヲ占ムル者ハ貧困ナル小作人ニシテ賃貸人即チ富裕ナル地主ト經濟上對等ノ地位ニ立ツモノニアラサルヲ以テ賃借人ハ此點ニ於テ賃貸人ニ比シテ一層保護ニ値スルモノト謂ハサルヲ得ス然ルニ今若シ賃借人ハ不可抗力ノ爲メ收益ヲ爲スコト能ハサル場合ト雖モ尙ホ借賃ノ全部ヲ賃貸人ニ支拂フノ義務アルモノトセンカ賃貸借契約ハ賃借人ヲシテ却テ損失ヲ被ラシメ之ヲシテ非常ニ困難ナル地位ニ陷ラシムルニ至ルヘシ就中短期ノ賃貸借ニ在テハ損益相償フノ途ナキヲ以テ賃借人ニ最モ不利ナル結果ヲ生スルモノナリ而シテ賃借人ノ損失ハ其收益カ借賃ノ額ニ達セサル場合ニ於テ最モ甚タシトスルヲ以テ民法ハ賃借人ノ得タル收益カ其借賃ヨリ低下スルノ結果ヲ生シタル場合ニ限リ賃借人ニ於テ收益ノ額マテ借賃ノ減額ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノトシ我國ニ於テ古來行ハレタル「惡作引」ノ慣習ヲ認メ不可抗力ヨリ生スル災害ニ對シテ賃借人ヲ救助スルノ政策ヲ維持シタルモノナリ

舊民法ハ土地ノ收益ヲ目的トセサル宅地ノ賃貸借ニ付キテモ亦同一ノ規定ヲ設ケ賃借人カ不可抗力ノ爲ニ土地ノ使用ヲ妨ケラレタルトキハ借賃ノ減額ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノト爲シタレトモ宅地ノ賃借人カ不可抗力ノ爲ニ其使用ヲ妨ケラルルコトハ極メテ稀ナルノミナラス法律ノ主眼トスル所ハ貧弱ナル小作人ノ保護ニ在リ之ト經濟上ノ地位ヲ異ニスル宅地ノ賃借人ノ爲ニ同一ノ例外ヲ設クヘキ社會政策上ノ必要ナシト認メ民法第六百九條但書ヲ以テ其適用ヲ除外シタリ

乙 賃借人カ不可抗力ニ因リ引續キ二年以上借賃ヨリ少ナキ收益ヲ得タ

ルトキハ契約ヲ解除スルコトヲ得

是レ前項ト同一ノ理由ニ基キ賃借人ヲ保護スルカ爲ニ此規定ヲ設ケタルモノナリ蓋シ不可抗力ノ爲ニ收益ニ減少ヲ來タシタルトキハ賃借人ハ收益ノ額マテ借賃ノ減額ヲ請求スルコトヲ得ヘキヲ以テ一切ノ收益ヲ放棄スルノミヲ以テ足リ其固有ノ財産ヲ減少スルニ至ラスト雖モ斯クテハ賃借人ハ資本ト勞力トヲ空費シ恰カモ借賃ヲ支拂フ爲ノミニ土地ヲ賃借スルト同一般ニシテ賃貸借ニ因リ秋毫モ利スルコトヲ得サルニ至リ貸借契約ヲ爲シタル所以ノ目的ニ反スルモノト謂ハサルヲ得ス然ルニ契約ノ期間内ハ依然トシテ其賃貸借ヲ存立セシメ賃借人ヲシテ借賃支拂ノ義務ヲ負擔セシムルハ苛酷ニ失シ公平ノ觀念ニ反スルモノナリ故ニ二年ノ久シキ間斯ノ如キ狀態カ繼續シタルトキハ賃借人ヲシテ契約ノ解除ニ依リ其義務ヲ免脫スルコトヲ得セシムルモノトス是レ

第六百十條ニ規定スル所ナリ

三

借賃支拂ノ時期　借賃支拂ノ時期ニ付キテハ契約ニ定ムル所ニ從フ此場合ニ於テハ或ハ賃借人ハ借賃ヲ前拂スル義務ヲ負擔スルコトアリ或ハ一月、半月、一年、半年ヲ期シテ借賃支拂ノ義務ヲ負擔スルコトアルヘシ當事者カ契約ヲ以テ借賃支拂ノ時期ヲ定メサリシトキハ借賃ハ動產建物及ヒ宅地ニ付テハ毎月末ニ其他ノ土地（山林牧場ノ類）ニ付テハ毎年末ニ之ヲ拂フコトヲ要シ收穫季節アルモノ（田畑ノ類）ハ其季節後遲滯ナク之ヲ拂フコトヲ要ス是レ第六百十四條ニ規定スル所ナリ蓋シ民法ハ借賃ハ物ノ使用收益ノ對價ナルヲ以テ先ツ使用收益ヲ爲シタル後之ヲ支拂フコトヲ要スルト同時ニ使用收益ノ時期ヲ區別シ定期ニ之カ支拂ヲ爲ス一般取引上ノ慣例ヲ基本トシテ借賃ノ支拂時期ヲ定メタルモノニシテ當事者カ別段ノ意思ヲ表示セサル限リハ當事者ハ普通ノ慣例ニ從フノ意思ナリト推定スルモノニ外ナラス從テ第六百十四條ハ當事者ノ意思不明ナル場合ニ之ヲ補充スルヲ目的トスル立法規定ノ一ニ屬スルモノナリ

第二　借用物ノ使用收益ニ關スル義務

當事者カ契約ヲ以テ賃借物ノ使用收益ノ方法ヲ定メタルトキハ賃借人ハ其

方法ヲ以テ借用物ノ使用收益ヲ爲スノ義務アリ契約ニ其定メナキトキハ賃借人ハ物ノ性質上自カラ定マレル用法ニ從ヒ其使用收益ヲ爲スコトヲ要ス此點ニ關シテハ使用貸借ヲ論スルニ當リ既ニ說明セルヲ以テ玆ニ之ヲ贅セス（第六百條第六百十六條）而シテ賃借人カ契約又ハ目的物ノ性質ニ因リテ定マリタル用法ニ反シテ其物ノ使用收益ヲ爲シタルカ爲メ賃貸人ニ損害ヲ被ラシメタルトキハ賃貸人ハ債務ノ不履行ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ契約ヲ解除シ又ハ賃借人ニ對シテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

賃貸借契約ニ因リテ賃借人ノ負擔スル借用物返還ノ債務ハ特定物ノ引渡ヲ目的トスルヲ以テ賃借人ハ民法第四百條ノ規定ニ依リ引渡ヲ爲スマテハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ目的物ヲ保管スルコトヲ要シ其注意ノ不足ヨリ生シタル借用物ノ滅失毀損ニ對シテ賠償ノ責ニ任セサルヘカラス

物ノ修繕ハ一種ノ保存行爲トシテ保管ノ義務アル者ノ爲スヘキ行爲ニ屬スルモ賃貸借ノ場合ニ於テハ借用物ノ修繕ハ賃貸人ノ負擔ニ屬スルヲ以テ賃借人ニ於テ之ヲ爲ササルモ之カ爲メニ借用物ノ保管ニ付キ用フヘキ善良ナ

ル管理者ノ注意ヲ怠リタルモノト謂フコトヲ得ス然レトモ借用物カ毀損シ其修繕ヲ必要トスルニ至リタルトキハ其事實ハ速カニ之ヲ賃貸人ニ通知シ賃貸人ヲシテ其修繕ヲ爲シテ以テ之ヲ保存スルコトヲ得セシムルコトヲ要ス是レ賃借人カ現ニ賃借物ヲ保管スルヨリ生スルノ義務ニシテ物ノ保管者トシテ爲ササルヘカラサルノ注意ナリトス第三者カ目的物上ニ權利ヲ主張スル場合ニ於テモ亦所有者タル賃貸人ニ於テ其主張ニ對シテ相當ノ處置ヲ爲スノ必要アリ之ヲ等閑ニ付スルニ於テハ賃貸人ハ權利上回復スヘカラサル損害ヲ被ルニ至ルヤ知ルヘカラサルヲ以テ賃借人ヲシテ前同一ノ義務ヲ負ハシムルヲ相當トス是レ民法第六百十五條ニ規定スル所ナリ故ニ賃借人カ其義務ニ反シテ通知ヲ遲延シ又ハ全然之ヲ等閑ニ付シ去リシトキハ賃貸人ニ對シ之カ爲ニ生シタル損害ヲ賠償スルノ責ニ任セサルヘカラス然レトモ法律カ賃借人ヲシテ通知ヲ爲サシムルハ賃貸人ヲシテ通知ノ目的タル事實ヲ知ラシムルヲ以テ唯一ノ目的ト爲スモノナレハ賃貸人ニ於テ既ニ其事實ヲ知ル以上ハ之ニ對シテ通知ヲ爲スノ必要ナシ是レ民法第六百十五條但

書ノ規定アル所以ナリ

物ノ保管並ニ使用収益ニ關シ賃貸人ト賃借人トノ間ニ生シタル損害賠償ノ權利義務モ亦借用物返還ノ時ヨリ起算シ一箇年ヲ經過スルニ因リテ消滅ス（第六百條、第六百二十二條）

第三　借用物返還ノ義務

賃借人ハ初メヨリ返還ノ義務ヲ負擔シテ目的物ノ引渡ヲ受ケ其使用收益ヲ爲スモノニ外ナラスシテ賃借人ノ爲ス借用物ノ占有ハ賃貸借ノ存續期間内ニ限定セラルルハ論ヲ俟タサル所ナルヲ以テ賃借人ハ賃貸借ノ終了ト共ニ借用物ヲ賃貸人ニ返還スルコトヲ要スルハ多言ヲ要セスシテ明カナリ茲ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

借主ハ借用物ヲ受取リタルト同一ノ狀態ヲ以テ之ヲ返還スルノ義務ヲ負擔スルヲ以テ借用物ヲ返還スル場合ニハ之ヲ原狀ニ復セサルヘカラス然レトモ物ノ毀損變更カ天災不可抗力ニ基因シ又ハ物ノ使用收益ヨリ生スル自然ノ結果ナルトキハ賃借人ハ之ニ對シテ責任ナキヲ以テ原狀ニ復スルノ義務

ヲ負擔スルコトナシ又賃借人ハ自己ノ附屬セシメタル物ヲ收去スル義務アルト同時ニ之ヲ收去スルノ權利ヲ有スルモ借用物ハ之ヲ原狀ニ復スルコトヲ要スルハ勿論ナリ此點ニ關シテハ使用貸借ノ效力ヲ論スルニ當リ既ニ說明セル所ニシテ賃貸借ニ付キテモ亦同一ノ原則ヲ適用スルヲ以テ足リ特ニ之ヲ論スルノ必要ナシ

第四　賃借權ノ讓渡及ヒ轉貸ニ關スル制限

賃借權ハ一ノ債權ナルヲ以テ賃借人ハ債權ノ讓渡ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ之ヲ他人ニ讓渡スルヲ得ルト同時ニマタ賃借人カ既ニ物ノ使用收益ヲ爲スノ權利ヲ有スル以上ハ之ヲ他人ニ貸與シ自己ノ權利ノ範圍内ニ於テ其使用收益ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ然レトモ賃借人ノ甲タルト乙タルトハ賃貸人ノ利害ニ重要ノ關係ヲ有スルモノニシテ賃借人ノ資力竝ニ其性行ノ如何ニ依リ賃貸人ハ或場合ニハ賃貸借契約ニ因リテ其企圖シタル借賃ヲ得ルコト能ハサルニ至ルコトアリ或場合ニハ目的物ノ使用收益其當ヲ得サルカ爲メ其滅失毀損ヲ來タスコトアルヲ以テ賃貸借契約

ハ賃借人其人ノ一身ニ著眼シテ締結セラルルヲ常トシ賃貸借ヨリ生スル權利關係ハ專屬的ノ性質ヲ有スルモノナリ從テ賃借人ハ財產權本來ノ性質ニ從ヒ其一己ノ獨斷ヲ以テ其權利關係ニ付キ權利者タル地位ヲ他人ニ讓渡シ又ハ之ヲ他人ニ貸與シ代リテ其權利ヲ行使セシムルコトヲ得ス然レトモ賃借人ノ何人タルヤハ全ク賃貸人一己ノ利害ニノミ關シ公益ト何等ノ關係ヲ有セサルヲ以テ利害關係ヲ有スル賃借人ニ於テ賃借權ノ讓渡又ハ賃借物ノ轉貸ヲ承諾スルニ於テハ其讓渡及ヒ轉貸ノ行爲ニ效ヲ與フルモ毫モ不可ナシトス是レ民法カ第六百十二條ニ於テ「賃借人ハ賃貸人ノ承諾アルニアラサレハ其權利ヲ讓渡シ又ハ其賃借物ヲ轉貸スルコトヲ得ス」ト規定シ賃借權ノ讓渡及ヒ轉貸ニ制限ヲ附シタル所以ナリ

賃借人カ賃貸人ノ承諾ナクシテ賃借權ヲ讓渡シ又ハ轉貸ヲ爲シ第三者ヲシテ現ニ賃借物ノ使用收益ヲ爲サシムルハ其義務ニ違背スルモノニシテ賃貸人ヲシテ回復スヘカラサル損害ヲ被ラシムルノ虞レアルヲ以テ民法ハ賃借人ノ義務違背ノ制裁トシテ賃貸借契約ヲ解除スルノ權利ヲ賃貸人ニ附與シ因テ以テ賃貸人ノ爲ニ目的物ヲ回復シテ其利益ヲ防衛スルノ方便ヲ與ヘタリ是レ第六百十二條第二項ニ規定スル所ナリ

反之賃貸人ノ承諾ヲ經テ爲シタル賃借權ノ讓渡及ヒ轉貸ハ有效ナルヲ以テ其讓渡及ヒ轉貸ハ如何ナル效ヲ生スルヤヲ研究スルノ必要アリ依テ余ハ以下此二點ニ付キテ說明セントス

一　賃借權ノ讓渡　賃借權ハ一ノ債權ナルヲ以テ之カ讓渡ニ付キテハ債權ノ讓渡ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スルヲ以テ足リ其讓渡ニ付キ特ニ債權者ノ承諾ヲ必要トスルコトト債權移轉ノ當然ノ結果トシテ讓受人ニ於テ借賃支拂ノ債務ヲモ負擔スルコトノ外何等特別ノ效果ナシ換言スレハ賃借人カ其賃借權ヲ讓渡シタルトキハ借賃支拂ノ債務モ亦必然的ニ讓受人ニ移轉ス何トナレハ賃借權ハ借賃支拂ノ義務ト分離スヘカラサル關係ヲ有シ常ニ必ラス同一ノ主體ニ歸屬スヘキモノナレハナリ故ニ賃借權讓渡ノ結果讓受人ハ讓渡人ノ契約上ノ地位ヲ繼承シテ賃借人トナリ賃貸借契約ヨリ生スル權利關係ハ爾後賃貸人ト讓受人トノ間ニ於テ存續シ讓渡人

タル舊賃借人ハ全然契約關係ヲ離脫スルモノナリ而シテ賃貸人ト新賃借人トノ權利關係ハ賃貸人トノ間ニ於テ繼結セラレタル契約ヲ基礎トシテ之ヲ定ムルコトヲ要シ賃貸人ト新賃借人トノ間ニ於テ更ニ新ニ契約ヲ締結スルノ必要ナシ唯實際ノ便宜上賃貸人ハ新賃借人ヲシテ新ニ借用證書ヲ差入レシムルヲ常トスルモ所謂證書ノ書替ニ過キスシテ契約ノ更新ニアラス然レトモ賃借權ノ讓渡ニ際シ契約ヲ更新スルハ當事者ノ自由ニ存スルハ論ヲ俟タス

二　轉貸　轉貸ハ讓渡ノ場合ト異ナリ賃借人ヲシテ賃借關係ヨリ離脫セシムルモノニアラス賃借人ハ轉貸ニ拘ハラス賃貸人ニ對シテ賃借人トシテノ權利ヲ有シ義務ヲ負フモノニシテ兩者間ニ於テ依然トシテ賃貸借關係存續シ之ト同時ニ更ニ新ニ賃貸借人ト轉借人トノ間ニ於テ別異ナル第二ノ賃貸借關係ヲ生スルモノナリ民法ハ其第六百十三條ニ於テ轉借ニ關スル特別規定ヲ設ケタルヲ以テ同條ノ規定ニ從ヒ賃借人カ適法ニ轉貸ヲ爲シタル場合ニ於ケル效果ニ付キテ說明スヘシ

甲　賃貸人ト賃借人トノ關係　賃借人ト賃貸人トノ間ノ賃貸借ハ依然トシテ存續シ轉貸ノ爲ニ毫モ影響ヲ被ルコトナシ故ニ賃貸人及ヒ賃借人ハ各相手方ニ對シテ賃貸借契約ヨリ生スル權利ヲ有シ義務ヲ負擔スルモノナリ蓋シ轉貸借契約ハ先キノ賃貸借契約ニ對シテハ當事者ヲ異ニスル別個獨立ノ契約ナルヲ以テ先キノ契約ヲ變更スルノ效力ヲ生セサルヘキハ言ヲ俟タサルヲ以テナリ

乙　賃借人ト轉借人トノ關係　轉借ハ要スルニ賃借人ト轉借人トノ間ノ賃貸借契約ニ外ナラサルヲ以テ各自契約ニ定ムル所ニ從ヒ賃貸借ノ當事者トシテ權利ヲ有シ義務ヲ負フモノトス

丙　賃貸人ト轉借人トノ關係　轉借ノ場合ニ於テハ賃貸人ハ賃借人ニ對シテ權利ヲ有シ義務ヲ負フモノニシテ賃貸人ト轉借人トノ間ニ於テハ直接ニ權利義務ノ關係ヲ生セサルヲ原則トス故ニ賃貸人ハ轉借人ニ對シ借賃ノ支拂其他賃貸契約ヨリ生スル義務ノ履行ヲ請求スルノ權利ヲ有セサルモノトス然ルニ轉貸人ハ物ノ使用收益ノ對價トシテ轉借人ヨ

リ借賃ノ支拂ヲ受ケ**自己**ハ賃貸人ニ對シテ借賃ヲ支拂ハサルコト往々ニシテ**之**レアリ玆ニ**於**テ賃貸人ハ自己ノ所有物ノ使用收益ヲ爲サシムルノ對價トシテ其正當ニ領收スヘキ借賃ヲ領收セサルニ拘ハラス賃借人ハ他人ノ所有物ヲ使用收益セシメ借賃ヲ受取リ不當ニ利得ヲ爲スノ不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ又賃貸人ハ自己ノ所有物ノ使用收益ヲ爲ス所ノ轉借人ヲシテ契約上ノ義務ヲ履行セシムルノ權利ヲ有セサルニ於テハ實際上極メテ不便ニシテ其利益ヲ充分ニ保護スルコトヲ得ス故ニ此不便ニシテ且不公平ナル結果ヲ豫防スル爲メ民法ハ第六百十三條第一項ニ於テ一ノ特別規定ヲ設ケ轉借ノ場合ニ於テハ轉借人ハ賃貸人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フヘキモノトセリ故ニ賃貸人ハ轉借人ニ對シ直接ニ借賃其他賃貸借契約ヨリ生スル義務ノ履行ヲ直接ニ要求スルコトヲ得ヘシ

民法第六百十三條ノ規定ハ賃貸人ノ權利ヲ保護スルヲ以テ唯一ノ目的ト爲スモノニシテ之カ爲メ其權利ヲ縮小スヘキニアラス從テ賃貸人ハ賃借人ニ對シテ元來有セル權利ヲ失フコトナカルヘキハ勿論ナリ是レ同條第二項ニ規定スル所ナリ又同條ノ規定ハ賃貸人ヲシテ賃借人ニ對シテ直接ニ權利ヲ行フコトヲ得セシメタルニ止マリ轉借人ニ對シテ賃借人ノ有スル權利ヲ剝奪シタルニアラサルヲ以テ賃借人ハ依然トシテ其權利ヲ保有シ轉借人ニ對シテ之ヲ行使スルコトヲ得ヘシ

賃貸人ハ轉借人ニ對シテ權利ヲ行フコトヲ得ルモ其權利行使ハ二重ノ制限ニ服從スル卽チ其權利ハ一方ニ於テハ賃貸人カ賃借人ニ對シテ有スル權利ノ限度內ニ於テスルコトヲ要スルト同時ニ他方ニ於テハ賃借人カ轉借人ニ對シテ有スル權利ノ限度內ニ於テセサル可ラス例之甲其所有家屋ヲ毎月二十圓ニテ乙ニ貸與シ乙更ニ其家屋ヲ三十圓ニテ丙ニ轉貸シタリト假定スルトキハ甲ハ自己カ乙ニ對シテ有スル借賃ノ範圍內ニ於テ毎月二十圓ヲ丙ニ要求スルコトヲ得ルニ止リ轉借賃ハ十五圓ナリトスルトキハ甲ハ丙ニ求スルヲ得ス今前例ニ於テ轉借賃ハ十五圓ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マリ自己ノ借賃全額二十圓ヲ丙ニ

ニ要求スルコトヲ得ヲ

賃貸人カ轉借人ニ對シテ直接ニ借賃ノ取立ヲ爲スコトヲ得ルコトハ賃借人ト轉借人トノ間ニ於テ借賃支拂ノ權利義務ノ存在スルコトヲ必要トスルヲ以テ賃借人カ轉借人ニ對シテ有スル權利カ辨濟其他ノ事由ニ因リ消滅シタルトキハ賃貸人ハ最早ヤ轉借人ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得ス從テ轉借人カ賃借人ニ對シテ借賃ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ賃貸人ハ之ニ對シテ借賃ヲ請求スルノ權利ヲ有セサルヤ明カナリ然レトモ民法ハ第六百十三條第一項後段ニ於テ例外ヲ設ケ借賃ノ前拂ハ之ヲ以テ賃貸人ニ對抗スルコト能ハサルモノトセリ是レ賃借人ト轉借人トノ通謀シテ賃貸人ヲ詐害スルノ弊害ヲ豫防スルノ目的ニ出テタルモノニシテ斯クセサルニ於テハ轉借人ハ其借賃ヲ前拂スルニ因リテ第六百十三條ノ規定ヲ空文タラシメ賃貸人ノ利益ヲ害スルノ結果ヲ生スルヲ以テナリ

借賃ハ其性質ニ於テ後拂ヲ爲スヘキコト換言スレハ賃借人ハ一定ノ期間使用收益ヲ爲シタル後期間ノ終リニ於テ借賃ヲ支拂フヘキモノナルコトハ民法第六百十四條ノ規定ニ徴シテ明カナリ而シテ賃貸借契約ハ多少長ク存續スル場合ト雖モ同條ノ規定ニ從ヒ月末年末又ハ收獲季節後ニ借賃ノ支拂ヲ爲スヲ以テ其性質トスルヲ以テ賃借人ヨリ賃貸人ニ對シテ爲ス所ノ借賃支拂カ前拂ナルヤ否ヤヲ定ムルニ付キテモ亦同一ノ觀念ヲ基礎トシテ之ヲ決定スルコトヲ要ス故ニ一年ノ存續期間ヲ有スル宅地ノ賃貸借ニ付キ賃借人カ賃貸借契約締結ノ際ニ其全年度ノ借賃ヲ卽時ニ支拂フトキハ借賃ノ前拂ヲ爲シタルモノナルハ毫モ疑ナク又每月借賃ノ支拂ヲ爲ス場合ト雖モ月末ニ支拂ヲ爲サスシテ其以前ニ於テ之ヲ支拂フトキハ是亦一種ノ前拂タルコトヲ失ハサルモノトス故ニ轉借ノ場合ニ於テ賃貸人カ月末ニ至リ轉借人ニ對シ借賃ノ請求ヲ爲シ來リタル場合ニ轉借人ハ契約締結ノ際ニ借賃ノ全部ヲ賃借人ニ支拂ヒタルヲ理由トシテ賃貸人ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ス必ラスヤ其借賃ハ普通ノ慣例ニ從ヒ之ヲ

後拂トシ以テ滿期日ニ於ケル賃貸人ノ請求ニ應スルノ義務アリトス然ラハ轉借人ハ滿期日ニ至リ進ンテ借賃ノ支拂ヲ賃貸人ニ提供スルコトヲ要スルヤ若クハ賃貸人ノ請求ヲ待テ之ヲ支拂フヲ以テ足ルヤハ解釋上一ノ疑問ニ屬スルモ余ハ滿期日ニ至リ賃貸人ノ請求ナキトキハ賃借人ニ對シテ有效ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得ヘシト信ス何トナレハ轉借人ハ賃借人ニ對シテモ借賃ヲ支拂フ義務アリ民法ハ唯賃貸人ノ利益ノ爲メ代位ニ依ラス自己ノ權利トシテ之ヲ取立ツルコトヲ之ニ許シタルニ過キサルヲ以テ賃貸人ノ請求ナキ限リハ借賃ヲ賃借人ニ支拂フハ毫モ妨ケナク且民法第六百十三條ハ單ニ前拂ヲ禁シタルニ止マリ後拂ハ之ヲ妨ケサルノ趣旨ニ解スルコトヲ得ヘケレハナリ而シテ賃借人カ轉借人ヨリ借賃ヲ受取リタルトキハ賃貸人カ轉借人ニ對スル權利ハ消滅スヘク又賃貸人カ轉借人ヨリ借賃ヲ受取リタルトキハ其借賃ノ限度ニ於テ賃貸人ヨリ賃借人ニ對スル借賃ノ請求攀ヲ消滅セシムルノ結果ヲ生ス」

民法カ賃貸人ヲシテ轉借人ニ對シ直接ニ權利ヲ行フコトヲ得セシムルハ賃借人カ或期間ノ借賃ノ支拂ヲ爲ササル場合ニ同一期間ニ於テ轉借人ノ支拂フヘキ借賃ヲ取立テ之ヲ賃借人ヨリ支拂ヲ受クヘキ借賃ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得セシムルヲ以テ目的トスルモノナレハ賃貸人カ或期間ニ於ケル借賃ノ不拂ノ場合ニ他ノ期間ニ於ケル轉借賃ノ支拂ヲ轉借人ニ請求スルコトハ賃借人ニ代位スルカ然ラサレハ賃貸人ノ先取特權ニ依ルニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

第二款　第三者ニ對スル賃貸借ノ效力

賃貸借ハ賃借人ト賃貸人トノ間ノ債權關係ナルヲ以テ賃借人ハ其權利ノ本旨ニ從ヒ其對手人タル賃貸人ニ對シテ目的物ノ使用收益ヲ爲サシムヘキコトヲ要求スルコトヲ得ルニ止マリ目的物其者ノ上ニ物權ヲ有スルモノニアラサルヲ以テ賃借人ハ目的物ニ追隨シテ其權利ヲ行使シ賃貸人以外ノ人ニ對シテ其使用收益ヲ爲サシムヘキコトヲ要求スルコトヲ得ス是レ賃借權カ其性質ニ於テ一ノ債權タルヨリ生スル結果ナリ

然リト雖モ賃借權ハ債權トシテ第三者ニ對抗シ得ヘカラサルモノトシ賃貸人カ目的物ノ所有權ヲ第三者ニ讓渡シ又ハ第三者ノ爲ニ物權ヲ設定スルト同時ニ賃借人ハ其權利ヲ喪失スヘキモノトスルトキハ賃借人ノ權利ハ頗フル薄弱トナリ賃貸借ハ充分ニ其效力ヲ發揮スルコト能ハサルニ至ルヘシ蓋シ賃貸借ハ財產ノ利用融通ノ方法トシテ經濟上鴻益アルモノナレハ可及的之ヲ保護奬勵シ賃借人ヲシテ賃貸借ニ因リテ希望シタル賃借物ノ使用收益ノ目的ヲ達スルコトヲ得セシムルノ必要アリ從テ賃借權ハ多少之ヲ鞏固ナラシメ賃借人ヲシテ目的物ノ賣却讓渡ニ拘ハラス其權利ヲ保有スルコトヲ得セシムルハ國家經濟上ヨリ見テ頗フル有益ナリトス而シテ不動產ノ賃借權ハ長期ナルヲ常トシ賃借人ハ一定ノ期間其使用收益ヲ繼續スルニアラサレハ賃貸借ヲ爲シタル所以ノ目的ヲ達スルコトヲ得サル場合多キニ居ルヲ以テ賃借物ノ讓渡又ハ賃借物ニ關スル物權設定ノ結果賃借人カ其賃借權ヲ失フニ於テハ之ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヘキヲ以テ民法ノ多數立法ノ例ニ倣ヒ不動產ノ賃貸借ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケ一定ノ條件ノ下ニ之ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ

得セシムルコトヲ爲セリ民法第六百五條ノ規定卽チ是レナリ同條ノ規定ニ依レハ賃貸借ハ債權契約ナルモ物權ノ得喪變更ト一般登記ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ保存シ爾後其不動產ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生スルモノトス茲ニ於テ賃借人ハ賃貸借ノ存續期間內ハ其權利ヲ奪ハルルノ虞ナキヲ以テ賃貸借ヲ爲シタル所以ノ目的ヲ充分ニ達スルコトヲ得ルト同時ニ第三者モ亦登記ニ依リ其對抗ヲ受クヘキ賃借權ノ存在ヲ了知スルヲ以テ不測ノ損害ヲ被ルノ虞ナク充分ニ取引ノ安全ヲ保ツコトヲ得ヘシ

不動產ノ賃貸借ハ之ヲ登記スルニ因リテ所謂物權的效力ヲ生スルヲ以テ一ノ不動產ニ付キ賃貸借契約ヲ締結スルト同時ニ他方ニ於テ其所有權ヲ第三者ノ爲ニ物權ヲ設定シタルトキハ賃借人ト第三者トノ間ノ權利ノ優劣ハ登記ノ前後ニ依リテ定マル(民法第百七十七條)故ニ第三者カ賃借人ニ先ンシテ其權利ヲ登記シタルトキハ賃借人ノ權利ハ消滅スヘク之ニ反シテ賃借人カ第三者ニ先ンシテ賃借權ノ登記ヲ爲シタルトキハ第三者ハ賃借人ノ權利ヲ尊重スルコトヲ要スルヲ以テ賃借人ハ依然トシテ目的物ノ

使用收益ヲ繼續スルコトヲ得ヘシ而シテ第三者ト賃借人トノ關係ハ第三者ノ取得スル權利カ所有權タルト用益物權タルト抵當權タルトニ依リテ差異アリ卽チ左ノ如シ

第一 第三者カ所有權ヲ讓リ受ケタル場合　例之甲其所有ノ地所又ハ家屋ヲ乙ニ賃貸シテ其賃貸借契約ノ登記ヲ爲シタル場合ニ甲其地所又ハ家屋ヲ丙ニ讓渡シタリト假定センニ乙ハ新地主又ハ新家主タル丙ニ對シテ其賃貸借契約ヲ對抗スルコトヲ得ヘク丙ハ賃貸人トシテ甲ノ契約上ノ地位ヲ承繼シ甲ハ賃貸借關係ヲ離脫ス何トナレハ丙ハ地所又ハ家屋ノ所有權ニ付キ甲ノ地位ヲ承繼スルト同時ニ地主、家主トシテノ甲ノ契約上ノ地位ヲモ承繼スルモノニシテ賃貸借契約ハ要スルニ土地家屋ノ負擔トシテ土地家屋ノ所有權ト共ニ移轉スルハ地上權永小作權ニ於ケルト異ナル所ナキヲ以テナリ故ニ賃貸借契約ハ同一ノ內容範圍ニ於テ新地主新家主ト賃借人トノ間ニ於テ繼續シ更ニ新タニ兩者間ニ於テ賃貸借契約ノ締結ヲ爲スノ必要ナキハ賃借權讓渡ノ場合ニ同シ唯賃借權ノ讓渡ハ賃借人ニ更迭ヲ生シ不動產所有權ノ讓渡ハ賃貸人ニ更迭ヲ生スルニ過キス

第二 第三者カ用益物權ヲ取得シタルトキ　例之甲、乙ニ其所有ノ地所ヲ賃貸シ乙之ヲ登記シタル場合ニ甲、丙ノ爲ニ地上權永小作權又ハ不動產質權ヲ設定シタリト假定センニ其用益物權ハ乙ノ賃借權ト相容レサルヲ以テ乙ハ完全ニ其賃借權ヲ行使スルコトヲ得ルニ反シ第三者ハ其權利ヲ行フコトヲ得サルノ結果ヲ生シ第三者ノ權利ハ成立セサルモノトス

第三 第三者カ抵當權ヲ取得シタルトキ　此場合ニ於テハ賃貸借ハ抵當權ノ實行ニ拘ハラス存續シ競落人ハ不動產ノ負擔トシテ之ヲ引受クルノ義務アリ從テ競賣ノ結果不動產ノ所有權ヲ取得シタル競落人ハ賃貸人タル舊所有者ノ契約上ノ地位ヲ承繼スルハ第一項ニ說明スル所ニ依リ明カナリ民法ハ動產ノ賃貸借ノ第三者ニ對スル效力ニ付キテ規定スル所ナシト雖モ不動產ト賃貸借ト略ホ同一ノ結果ニ歸著スヘシ何トナレハ動產ノ賃借人ト其動產ニ付キ物權ヲ取得シタル者トノ間ノ權利關係ハ常ニ引渡ノ前後ニ依リテ定ムルコトヲ要スルハ不動產ノ賃貸借ニ付キ登記ノ前後ヲ以テ權利ノ優劣ヲ定

ムルト毫モ異ナル所ナキヲ以テナリ蓋シ動産ノ賃貸借ハ其性質ニ於テ第三者ニ對抗シ得ヘカラサルモノナルモ其動產上ニ物權ヲ取得シタル者ハ民法第百七十八條(質權ニ付キテハ第三百四十四條)ノ規定ニ依リ目的物ノ引渡アルニアラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(質權ニ付キテハ目的物ノ引渡アル迄ハ權利成立セス)從テ第三者ニ先タチテ動產ノ引渡ヲ受ケタル賃借人ハ目的物ノ引受ヲ受ケサル第三者ノ權利ヲ否認スルニ因リテ動產ノ占有ヲ保持シ使用收益ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ而シテ第三者カ現實ノ引渡ニ代ヘ第百八十四條ノ規定ニ從ヒ指圖ニ依ル引渡ニ因リテ動產ノ占有權ヲ取得スル場合ト雖モ第三者ハ讓渡人ノ契約上ノ權利ヲ承繼スルヲ以テ讓渡人ト等シク賃借人ノ權利ヲ尊重セサルヘカラス故ニ何レノ場合ニ於テモ引渡ヲ受ケタル賃借人ハ第三者ノ爲ニ其權利ヲ奪ハルルノ虞ナシトス

第四節　賃貸借ノ終了

第一款　存續期間ノ滿了

賃貸借契約ハ存續期間ノ滿了ニ因リテ終了シ賃貸人ハ爾後賃貸物ノ返還ヲ要求スルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タス然レトモ賃貸借ハ其存續期間ノ滿了前ニ終了スルコトアリ又ハ反對ニ其期間滿了後尙ホ存續スルコトアリ第一ハ當事者カ解約ノ權利ヲ留保シタル場合ニシテ此場合ニ於テハ解除權ヲ留保シタル當事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得ヘク賃貸借ハ後ニ說明スル如ク法定期間ノ滿了ニ因リテ終了ス但當事者カ解約ノ時ヲ以テ直チニ賃貸借關係ヲ終了セシムヘキコトヲ特約シタルトキハ其特約ハ有效ニシテ賃貸借ノ終了ニ付キテ法定期間ノ經過ヲ待ツノ必要ナシ第二ハ當事者間ニ於テ賃貸借ノ更新アリタル場合ニシテ此場合ニ於テハ賃貸借關係ハ當事者間ニ於テ尙ホ存續スヘク新賃貸借ハ當事者ノ明示又ハ默示ノ意思ニ從ヒ其內容ヲ定ムルコトヲ要ス蓋シ此場合ニ於テハ當事者ハ更ニ新タニ賃貸借契約ヲ締結スルモノナレハ其效力ハ賃貸借契約ノ效力ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スヘキモノナレハナリ當事者カ賃貸借ヲ更新シタルヤ否ヤハ事實上ノ問題ニ屬スルヲ以テ爭ノ生シタル場合ニ於テ裁判所ハ實際ノ情況ニ從ヒ當事者ノ意思ヲ探究シテ之ヲ決ス

ルコトヲ要ス然レトモ法律ハ實際ノ必要ト普通ノ經驗トニ基キ默示ノ更新ニ關スル一ノ推定ヲ設ケタリ民法第六百十九條ノ規定是レナリ同條ノ規定ニ依レハ當事者間ニ於テ默示ノ更新アリトノ法律上ノ推定ハ二個ノ事實ノ上ニ立ツモノトス(一)賃貸借ノ期間カ滿了シタルコト(二)賃借人カ賃借物ノ使用收益ヲ繼續シ賃貸人カ之ヲ知リテ異議ヲ述ヘサリシコト卽チ是レナリ蓋シ賃貸借關係カ一旦終了ヲ告ケタル以上ハ賃借人ハ玆ニ賃借物ノ使用收益ヲ停止シ之ヲ賃貸人ニ返還シ賃貸人モ亦賃借人ニ對シテ賃貸物ノ返還ヲ要求シ賃借人カ依然トシテ物ノ使用收益ヲ爲スニ於テハ之ニ對シテ異議ヲ主張シ其使用收益ヲ停止セシムルヲ普通ノ狀態トスル所ナリ然ルニ賃貸借終了後賃借人ニ於テ依然トシテ物ノ使用收益ヲ爲スノミナラス賃貸人モ亦之ヲ知リテ何等ノ異議ヲ主張セサルハ賃貸人ニ於テ謂レナクシテ不法ニ其使用收益ヲ繼續シ賃貸人モ亦徒ラニ其權利ノ上ニ眠ルモノト推定スルコトヲ得スシテ寧ロ當事者ハ舊ニ依リ賃貸借關係ヲ繼續スルノ意思ヲ暗默ニ表示シタルモノトスルヲ以テ推理ノ當ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス又之ヲ普通ノ經驗ニ徵スルモ賃貸借ノ

期間滿了後賃借人カ依然トシテ借用物ノ使用收益ヲ爲シ賃貸人カ之ニ對シテ異議ヲ主張セサルハ賃貸借更新ノ場合ニ於テ常ニ見ル所ノ事實ニシテ賃貸借ノ更新ナクシテ斯ル事態ノ發現スルコトハ稀有ノコトニ屬スルモノナリ是レ民法第六百十九條ノ規定アル所以ナリ

賃貸借ノ默示ノ更新アリトノ推定ハ當事者間ニ於テ賃貸借契約ヲ其儘繼續スルノ意思ナリト推定スルモノニ外ナラサルヲ以テ更新セラレタル賃貸借ハ前ノ賃貸借ト同一ノ內容ヲ有スルモノト推定スヘキハ默示ノ更新ノ推定ニ伴フ當然ノ結果ナリトス故ニ民法ハ「前賃貸借ト同一ノ條件ヲ以テ更ニ賃貸借ヲ爲シタルモノト推定ス」ト規定シ前後ノ賃貸借ハ其內容ニ於テ同一ナルコトノ推定ヲ下ス所ナリ然レトモ期間ノ點ニ關シテハ當事者カ前賃貸借ノ期間ヲ其儘ニ襲踏シタリト推定スヘキ事實上ノ根據ヲ缺クノミナラス元來當事者ハ期限ニ關シテハ何等ノ意思ヲ表示セサル場合ナルヲ以テ當事者ハ無期限ニテ賃貸借關係ヲ繼續スルノ意思ナリト推定スルヲ可ナリトス是レ民法カ「但當事者ハ第六百十七條ノ規定ニ依リテ解除ノ申入ヲ爲スコトヲ得」ト規定シ期間ノ定メ

ナキ賃貸借ニ關スル法則ヲ此場合ニ適用シタル所以ナリ

前賃貸借ノ期間カ滿了シタルトキハ之ト同時ニ其賃貸借ハ終了シ更ニ當事者間ニ於テ新タナル賃貸借關係ヲ生スルモノナレハ前賃貸借ニ付キ提供セラレタル對人擔保竝ニ物上擔保ハ當然消滅ニ歸シ更ニ新タニ新賃貸借ノ擔保ニ供スルハ格別更新當然ノ效果トシテ新賃貸借ニ移付セラルルコトナカルヘキハ論ヲ俟タス然レトモ敷金ハ實際ノ便宜上賃貸借ノ更新ニ拘ハラス別段ノ契約ヲ要セスシテ當然之ヲ新賃貸借ノ擔保トシテ其效ヲ有スヘキモノト爲セリ是レ第六百十九條第二項ニ規定スル所ナリ然レトモ其敷金カ第三者ノ供シタルモノナルトキハ第三者ハ本條ノ規定ニ拘ハラス賃貸人ニ對シテ其返還ヲ請求スルコトヲ得ヘキハ勿論ナリ何トナレハ當事者ハ其雙互間ノ契約ヲ以テ第三者ノ權利ヲ左右スルヲ得サレハナリ

第二款　解約ノ申入

當事者カ賃貸借ノ期間ヲ定メサリシトキハ各當事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ此場合ニ於テハ賃貸借ハ解約ノ申込ニ因リ卽時ニ終了セスシテ解約ノ申入ハ法定期間ノ滿了ヲ待テ始テ其效力ヲ生スルモノトス其期間ハ土地ニ付テハ一箇年建物ニ付テハ三箇月貸席及ヒ動產ニ付テハ一日トシ且收穫季節アル土地ノ賃貸借ニ付テハ其季節後次ノ耕作ニ著手スル前ニ解除ノ申入ヲ爲スヘキモノトセリ蓋シ賃貸借ニ付キ期限ノ定メナキ場合ニ於テハ無期限債務ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ賃貸人ハ何時ニテモ目的物ノ返還ヲ要求シ賃借人モ亦何時ニテモ之ヲ返還シテ各自賃貸借契約ヲ終了セシムルノ完全ナル自由ヲ享有スルモノトス然レトモ此原則ヲ絕對ニ適用スルニ於テハ解約ヲ豫期セサル相手方ニ不利ナル結果ヲ生スルヲ免カレス何トナレハ賃貸借ニ在テハ賃貸人ハ其所有物ヲ利用シテ借賃ヲ得ルヲ目的トシ賃借人モ亦他人ノ所有物ノ使用收益ヲ目的トスルモノニシテ賃貸借ノ終了ト共ニ賃貸人ハ其豫期シタル借賃ヲ得ルコト能ハサルニ至ルヘク直チニ其所有物ヲ他人ニ貸與シテ引續キ借賃ヲ收取スルコトヲ得ルヤ否ヤハ全ク不明ニ屬スルト同時ニ賃借人モ亦賃貸借ノ終了ニ因リテ目的物ノ使用收益ヲ爲スコト能ハサル

ニ至ルヘク直チニ他人ヨリ同種ノ物ヲ借受ケ之カ使用收益ヲ爲スコトハ是亦未必ノコトニ屬スルヲ以テ當事者一方ノ意思ニ因ル賃貸借ノ不期ノ終了ハ常ニ相手方ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ危險アルヲ以テナリ是レ民法カ當事者一方ノ解約ヨリ生スル損害ノ危險ニ對シテ相手方ノ利益ヲ保護スル爲メ賃貸借ノ終了ニ付キ一定ノ猶豫期間ヲ設クル所以ニシテ民法ハ上記ノ期間ハ賃貸人ヲシテ更ニ相當ノ條件ヲ以テ其所有物ヲ他人ニ貸與スルコトヲ得セシムルカ爲又賃借人ヲシテ更ニ之ト同種ノ物件ヲ他人ヨリ借用スルコトヲ得セシムルカ爲ニ充分ナリト認メタルモノニシテ其期間ノ長短ハ要スルニ賃貸借契約ノ締結ノ難易ニ比例シテ定メタルモノニ外ナラス又收穫季節アル物例之田畑ノ賃貸借ニ付キテハ解約ノ通知前ニ賃借人カ既ニ耕作ニ著手シタル以上ハ其季節ニ付キテハ賃貸借關係ヲ當然存續セシメ各當事者ヲシテ其收穫季節ノ終了ヲ待テ契約ノ申入ヲ爲サシムルハ相手方ノ利益ヲ保護スルカ爲ニ必要ナリ何トナレハ耕作著手後ニ於テ爲シタル解約ノ申入ハ一週年ノ後ニ於テ其效ヲ生スルヲ以テ常ニ耕作期間ノ半途ニ於テ賃貸借ヲ終了セシムルノ結果ヲ生シ相手方ヲシテ大ニ不便ヲ感セシムルモノナレハナリ

第三款　契約ノ解除

賃貸借契約ノ解除ニ付キテハ契約ノ解除ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スルコトヲ要ス故ニ賃借人カ賃貸借契約ニ因リテ負擔シタル債務卽チ賃借人ヲシテ使用收益ヲ爲サシムルノ義務ヲ完全ニ履行セサルトキハ賃借人ハ民法第五百四十一條及第五百四十二條ノ規定ニ從ヒ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘク賃貸人モ亦賃借人カ賃借其他賃貸借契約ヨリ生スル義務ヲ履行セサル場合ニ付キテ前二條ノ規定ニ從ヒ解除權ヲ行使スルコトヲ得ヘシ其外(一)賃借人ハ不可抗力ノ爲ニ其收益ニ付キ損害ヲ受ケタル第六百十條ノ場合(二)自己ノ過失ニ因ラスシテ賃借物ノ一部カ滅失シタル第六百十一條ノ場合(三)賃貸人ノ保存行爲ノ爲ニ賃借ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタル第六百七條ノ場合ニ於テ契約ヲ解除スルコトヲ得賃貸人モ亦賃借人カ其承諾ナクシテ第三者ニ賃借物ノ使用收益ヲ爲サシメタル第六百十二條ノ場合ニ於テ解除ヲ爲スコトヲ得

ハシ

契約ノ解除ハ既往ニ溯リテ效力ヲ生シ各當事者ヲシテ相手方ヲ原狀ニ復スルノ義務ヲ負ハシムルコトハ民法第五百四十五條ニ規定スル所ナリ然レトモ此規定ヲ賃貸借契約ニ適用スルニ於テハ賃借人ハ其受取リタル一切ノ借賃ヲ賃借人ニ返還スルノ義務ヲ負フト同時ニ賃借人モ亦賃貸人カ賃借物ノ使用收益ニ因リテ得ヘカリシ一切ノ利益ヲ賃貸人ニ償還スルノ義務ヲ負フコトトナルヲ以テ當事者間ノ關係ハ頗ル錯雜シ容易ニ解決シ得ヘカラサル事實上及ヒ法律上ノ難問題ヲ惹起シ到底其煩ニ堪フルコト能ハサルニ至ルヘシ況ンヤ借賃ハ賃借物ノ使用收益料タルノ性質ヲ有シ一定ノ日時ニ於ケル物ノ使用收益ト之ニ對スル借賃トヲ交換スルヲ以テ目的トスルモノナレハ賃貸借契約ヲ解除スル場合ト雖モ既往ニ於ケル賃貸借ノ效力ヲ消滅セシメ各當事者ノ地位ヲ契約ナカリシ場合ノ現狀ニ復スルノ必要ナク却テ其契約ヲ維持シ既往ニ於ケル當事者間ノ權利關係ヲ動カササルハ賃貸借契約ノ性質ニ適合スルモノト謂ハサルヘカラス是レ民法カ第六百二十條ニ於テ契約ノ解除ニ關スル一般ノ原則ニ對スル一ノ例外ヲ設ケ「賃貸借ヲ解除シタル場合ニ於テハ其解除ハ將來ニ向テノミ其效力ヲ生ス」ト規定セル所以ナリ然レトモ賃貸借契約カ當事者一方ノ過失ニ因テ解除セラレタルトキハ相手方ハ之ニ對シ解除ノ爲ニ生シタル損害賠償ヲ要求スルノ權利ヲ失フコトナシ蓋シ債務者カ債務ノ不履行ニ因リテ債權者ニ損害ヲ被ラシメタルトキハ債權者ハ常ニ之ニ對シテ賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得スンハアラス從テ賃貸借契約ヲ解除シタル場合ニ既往ニ於ケル契約ノ效力ヲ維持スルモノトスルモ之カ爲メ債權者ヲシテ債務者ニ對スル賠償ノ請求權ヲ喪失セシムヘキ理由ナケレハナリ

第四款　賃借人ノ破産

賃借人カ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ賃貸借ニ期間ノ定メアル場合ト雖モ各當事者(賃貸人又ハ破產管財人)ハ第六百十七條ノ規定ニ依リ解約ヲ爲スコトヲ得ヘシ是レ第六百二十一條ニ規定スル所ナリ是レ他ナシ賃借人カ破產シタルトキハ(家資分散ヲ包含ス)賃借人ハ爾後借賃ノ支拂ヲ爲スコト能ハサルノ狀態ニ陷ルヲ

以テ賃貸借ノ繼續ハ賃貸人ニ不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ法律ハ賃貸人ヲシテ契約ヲ解除シ目的物ヲ取戻スコトヲ得セシムト雖モ又タ他方ニ於テ賃貸人ニ借賃ヲ支拂ヒ物ノ使用收益ヲ繼續スルコトハ常ニ必ラスシモ破產財團ニ不利ナルモノニハアラサルモ借賃ハ時ノ經過ト共ニ生シ破產財團ノ負擔ヲ加重スルニ因リテ不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ破產管財人モ亦破產財團ノ利益ノ爲ニ賃貸契約ヲ解除シ得ヘキモノト爲セリ而シテ此解除權ハ當事者ノ利益ヲ保護スル爲ニ法律カ特ニ附與スル所ノ權利ニシテ已ムコトヲ得サル事由ニ基因シ當事者ノ故意過失ヲ豫想セサルヲ以テ當事者ハ各自相手方ニ對シテ解約ノ爲ニ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス是レ第六百二十一條後段ニ規定スル所ナリ

第五款　目的物ノ滅失

賃貸借ノ目的物カ全部滅失シタルトキハ賃貸借ノ成立ニ必要ナル條件ノ一ヲ缺クニ至ルヲ以テ賃貸借關係ハ玆ニ全ク消滅ニ歸スヘキモノトス但目的物ノ滅失カ當事者一方ノ責ニ歸スヘキ事由ヨリ生シタルトキハ其當事者ハ相手方ニ對シ債務不履行ヨリ生スル損害ヲ賠償スルノ責任アルハ論ヲ俟タス

第九章　雇傭

第一節　雇傭ノ性質

民法第六百二十三條ノ規定ニ依ルトキハ雇傭ハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

雇傭ハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ勞務ニ服スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ與フルコトヲ約スル契約ナリ

今此定義中ニ包含スル雇傭ノ概念ヲ分析スルトキハ卽チ左ノ如シ

第一　雇傭ハ契約ナリ

雇傭關係ノ成立ニハ當事者ノ一方卽チ使用者ト相手方卽チ勞務者トノ間ニ於テ勞務者ニ於テ一定ノ勞務ヲ供シ使用者ニ於テ之ニ報酬ヲ與フルコトニ付キ意思ノ合致卽チ契約アルコトヲ必要トス而シテ此契約ニハ當事者ノ意

思表示アルノミヲ以テ足レリトシ其意思表示ニハ別段ニ形式ノ定メナク又其成立ノ前提要件トシテ現實ニ或給付ヲ爲スコトヲ要セサルヲ以テ不要式契約ニシテ且諾成契約ナリ又此契約ハ當事者雙方カ互ニ出捐ヲ爲シテ勞務ト報酬トヲ交換スルモノナレハ當ニ必ラス有償契約タルト同時ニ又雙務契約タルモノトス

第二 雇傭ハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ勞務ニ服スルコトヲ約スル契約ナリ

雇傭契約ノ成立ニハ當事者ノ一方ニ於テ相手方ニ對シ一定ノ勞務ニ服スヘキコトヲ約スルコトヲ必要トス是レ雇傭契約ノ特質トスル所ニシテ此契約ト他ノ契約トノ間ニ存スル差別ノ點ナリトス所謂勞務トハ相手方ノ爲メ供スル百般ノ勞力ヲ指シ其勞力ノ身體上ノモノナルト精神上ノモノナルトヲ區別スルコトナシ從テ我民法ニ依ルトキハ人ノ供給スル勞力ニシテ苟モ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル限リハ其何タルヲ問ハス總テ雇傭契約ノ目的タルコトヲ得ヘシ故ニ此點ハ雇傭契約ノ目的タルコトヲ得ヘキ勞務ノ中ヨリ特ニ醫師辯護士及ヒ學藝敎師ノ勞務ヲ除外シタル舊民法ト異ナル所ナリ

雇傭契約ハ羅馬法ノ奴隸ノ賃貸借ニ淵源ス羅馬法ニ在テハ身體的劣等ノ勞務ハ奴隸ノ供給スル所ニ係リ主人カ奴隸ヲ使役シテ其用務ヲ辨スルハ物ノ所有者カ其使用收益ヲ爲シテ其生活上ノ需要ヲ充タスト毫モ異ナル所ナカリキ從テ物ノ所有者カ其物ヲ他人ニ貸與シテ借賃ヲ受取ルト一般奴隸ノ主人ハ其奴隸ヲ他人ニ貸與シテ賃料ヲ受取リタルモノナリ前者ハ卽チ物ノ賃貸賃ニシテ後者ハ卽チ勞力ノ賃貸借ナリトス其後自由人モ亦一定ノ賃料ヲ受取リテ他人ノ爲ニ勞役ニ從事スルコトトナリタルモ貸借ノ目的タルコトヲ得ヘキ勞務ハ身體的劣等ノ勞務卽チ所謂不自由勞務ニ限定セラレ精神的高尙ナル勞務卽チ所謂自由勞務ハ貸貸借ノ目的タルコトヲ得スシテ唯委任ノ目的タルコトヲ得ルニ過キサリキ羅馬法ヲ繼受シタル歐洲諸國ノ古代法ニ在テモ亦自由勞務不自由勞務ノ區別ヲ存スルト共ニ前者ヲ以テ雇傭契約ノ目的トシ後者ヲ以テ委任ノ目的トスル羅馬法ノ觀念ヲ襲蹈シ使用者ト勞

務者トノ間ニ主従ノ關係ヲ認メ使用者ニ付スルニ主人又ハ雇主ノ名稱ヲ以テシ勞務者ヲ稱シテ雇人ト謂ヒ勞力ノ賃貸借ナル稱呼ヲモ保存シタル所ナリ然ルニ近代ニ至リ獨逸民法ハ葡萄牙民法及ヒ瑞西債務法ト共ニ從來ノ制度ニ變更ヲ加ヘ自由勞務不自由勞務ノ區別ヲ廢シ人ノ勞務ハ其何タルヲ問ハス總テ雇傭契約ノ目的タルコトヲ得ヘキモノトスルト同時ニ使用者ト勞務者トハ各對等ノ關係ニ於テ互ニ債權債務ヲ負擔スルモノトシ兩者間ニ於テ服從ノ關係ヲ想起セシムヘキ一切ノ稱呼ヲモ廢止シタリ我民法モ亦此主義ニ則トリ凡百ノ勞務ヲ以テ雇傭契約ノ目的ト爲シ羅馬法系ノ立法例ト異ナリタル制度ヲ採用シタルモノナリ

雇傭契約ハ請負契約委任契約ト共ニ人ノ勞務ヲ目的トスル契約ノ一種ニ屬シ勞務者ヲシテ作爲ノ債務ヲ負擔セシムルモノニシテ財產權ノ移轉ヲ目的トスル贈與賣買交換物ノ使用收益ヲ目的トスル貸借ト其性質ヲ異ニスルモノナリ

委任契約ト雇傭契約ヲ區別スルノ標準如何ハ我民法ノ下ニ在テハ稍ヤ困難ナル問題ニ屬スル而シテ人ノ勞務ヲ目的トスル契約ハ或ハ純然タル委任契約タルコトアリ或ハ純然タル雇傭契約(又ハ請負契約)タルコトアリ或ハ又此二者ノ混合ヨリ成立スルコトアリ委任ヲ以テ必然的ニ無償ナリトスル獨逸民法ノ如キ法制ニ在テハ通例勞務ノ供給カ有償ナルヤ無償ナルヤヲ以テ區別ノ標準ト爲スコトヲ得ヘシト雖モ我カ民法ニ在テハ委任ハ無償ナルヲ其性質ト爲スモ有償タルコトヲ妨ケサルヲ以テ後ノ場合ニ付キ區別ノ標準ヲ他ニ求メサルヘカラス又我民法ニ依ルトキハ委任ハ當事者ノ一方カ法律行爲ヲ爲スコトヲ相手方ニ委任スルコトヲ以テ目的トスルヲ以テ兩者ノ區別ハ一見明瞭ナルカ如シト雖モ民法ハ準委任ナルモノヲ認メ法律行爲以外ノ事務ノ委託ヲ以テ之カ目的トシ其事務ノ性質如何ニ付キ何等ノ制限ヲ設ケサルヲ以テ此種ノ委任ト雇傭トノ間ニ於テ更ラニ區別ノ標準ヲ求ムルノ必要ヲ生スル而シテ余ノ信スル所ニ依レハ勞務契約ノ當事者カ相互ニ勞力ト報酬トヲ交換スルヲ以テ主要ノ目的トシテ契約ヲ締結スルトキハ其契約ハ雇傭契約ニシテ勞務契約當事者ノ一方カ相手方ニ信賴シ之ヲシテ事務ノ處理ヲ

爲サシムルヲ以テ主要ノ目的トシテ契約ヲ締結スルトキハ其契約ハ委任契約ナリトス抑モ委任ト雇傭ノ區別ヲ其目的タル勞務ノ性質ニ求メタル羅馬法ノ標準ハ我カ民法ノ下ニ於テ兩者ヲ區別スルノ標準タルヲ得サルハ勿論ナリト雖モ羅馬法ノ下ニ於テ此區別ヲ生スルニ至リタル所以ノ思想ハ今日ト雖モ尚ホ取引上ノ觀念ニ於テ殘存スルヲ疑ハス他ナシ人ノ勞力ヲ射利ノ用ニ供シ之ヲ報酬ト交換スルコトヲ不名譽ナリトシテ之ヲ賤シミ他人ノ囑託ヲ受ケテ其事務ヲ處理スルハ假令囑託者ヨリ報酬ヲ受クルモ其人ノ名譽ニ害ナシトシテ之ヲ辭セサリシコト卽チ是ナリ左レハ其報酬ハ之ヲ以テ受託者ノ勞力ノ對價トセスシテ一種ノ謝禮（オノレール）トシテ受授セラレタル所ニシテ雇傭ノ目的タル勞務ノ範圍カ取引上ノ必要ニ依リ擴張セラレタル後ニ於テモ雇傭ト委任ノ間ニ於テ從來行ハレタル上記ノ區別ハ自カラ取引上ノ觀念ニ存シ民法其他ノ立法例カ「委託」ナル語ヲ使用シテ委任契約ノ目的ヲ表示シタルハ全ク此觀念ニ依リタルモノト解セサルヘカラス故ニ勞務ト報酬ノ交換ヲ目的トスル所ノ契約ハ其勞務ノ法律行爲ニ關スルト其以外ノ行爲ニ關ス

ルトニ論ナク又其勞務ノ身體的劣等ノモノナルト精神的高尚ノモノナルトヲ問ハス總テ雇傭契約タルノ性質ヲ有シ唯契約ノ目的タル勞務カ法律行爲ニ關スルトキハ雇傭關係ノ外ニ委任代理ノ關係ヲ生セシムルニ過キス例ヘハ一定ノ給料ヲ支給セラレテ他人ノ爲ニ訴訟事務ヲ取扱フ辯護士同一ノ條件ノ下ニ子弟ノ敎育ニ從事スル家庭敎師ハ其職務トシテ法律行爲ヲ爲ス會社ノ使用人ノ如シ醫師カ患者ヲ治療シ其報酬トシ一定ノ給料ヲ受クル場合亦同シ之ニ反シテ當事者間ノ契約カ其相互間ノ信任ヲ基礎トシ其一方カ相手方ニ囑託シテ其事務ヲ處理スルノ任ニ當ラシメ相手方モ亦其囑託ニ應シテ其事務ヲ處理スル場合ニハ其事務カ法律行爲ニ關スル場合ハ勿論其以外ノ行爲ニ關スル場合ト雖モ委任契約ノ成立ヲ見ルニ至ルヘク其勞務ノ身體的劣等ノモノナルトヲ區別スルコトナシ故ニ田畑ノ耕作器物器械ノ製造モ亦他人ノ囑託ニ因リテ之ヲ爲ストキハ委託者ト受託者ノ間ニ於テ委任關係ヲ成立セシムルモノニシテ其有償ナルト無償ナルトヲ區別スルコトナシ他人ノ委託ヲ受ケテ訴訟事務ニ從事スル辯護士、子弟

ノ敎育ヲ擔任スル敎師患者ノ治療ヲ爲ス醫師ハ何レモ皆委任契約ニ固リテ他人ノ爲ニ事務ヲ處理スルモノナリ而シテ自由勞務不自由勞務ノ區別ハ法律上ニ於テハ既ニ廢止セラレタルモ實際ニ於テハ自由勞務ハ委任ノ目的トナリ不自由勞務ハ雇傭ノ目的タルヲ常トスルヲ以テ當事者間ノ契約カ自由勞務殊ニ法律行爲ニ關スル勞務ヲ目的トスルトキハ之ヲ委任契約ナリト規定シ不自由勞務ヲ目的トスルトキハ之ヲ雇傭契約ト推定スルヲ可トス然レトモ其契約カ無償ナルトキハ常ニ委任契約ニ關スル規定ヲ適用スルコトヲ要スルハ勿論ナリ何トナレハ我カ民法ハ無償ノ雇傭契約ヲ認メサルヲ以テナリ

勞務者ハ雇傭契約ニ因リ使用者ニ對シテ勞務ニ服スルノ義務ヲ負擔スルモノナリ換言スレハ勞務者カ使用者ニ對シテ爲ス給付ハ卽チ勞務其者ニシテ其勞務ノ結果ニアラス是レ雇傭契約ト請負契約ヲ區別スル重要ノ點ナリトス但此二ノ者ノ區別ハ理論上ニ於テハ極メテ簡明ナレトモ實際ニ於テ當事者間ノ契約ハ勞務ノ給付ヲ目的トシタル雇傭契約ナルヤ又ハ勞務ノ結果ヲ目的トシタル請負契約ナルヤ判別スルコトノ頗ル困難ナル場合アリ多數ノ學者ハ其給付ニ對スル報酬カ定期ニ支拂フヘキモノナルヤ(賃金)ヲ以テ區別ノ標準ト爲シタリ是レ最モ多數ノ場合ニ於テ二者ヲ區別スル適切ノ標準タルヤ疑ナシ何トナレハ勞力ノ分量ハ之ヲ用ユル時間ノ長短ニ比例スルヲ普通ノ狀態ト爲スヲ以テ期間ヲ定メテ報酬ヲ支拂フ場合ニハ其期間內ニ勞務者ノ供スル勞力ノ對價トシテ報酬ヲ支拂フモノト認ムルコトヲ得ヘク又仕事ノ數量ハ勞力ノ結果ヲ示スモノナレハ之ヲ基礎トシテ報酬ヲ定ムル場合ニハ仕事ノ結果ニ對シテ報酬ヲ支拂フ當事者ノ意思ノミヲ推定スルコトヲ得ヘキヲ以テナリ然レトモ强チ此形式的標準ノミニ依頼スルコトヲ得ス何トナレハ雇傭契約ニ在テモ報酬ヲ區分シ仕事ノ數量ニ應シテ賃金ノ形式ヲ以テ順次ニ之ヲ支拂フコトハ往々ニシテ之レアルヲ以テナリ故ニ此二者ノ區別ハ各場合ニ於ケル實際ノ情況ニ基キ當事者ノ意思ヲ探究シテ之ヲ決スルノ外ナシトス

雇傭契約ハ勞務者ヲシテ一定ノ事務ニ服セシムルヲ目的トスルヲ以テ勞務

者ハ使用者ニ對シテ一定ノ働作ヲ爲スヘキ法律上ノ羈絆ヲ受クルモノナリト雖モ之ヲ爲スト否トハ一ニ其自由意思ノ發動ニ依ルヘキモノトス從テ使用者ハ契約ノ趣旨ニ從ヒ勞務者ニ對シ勞務ヲ供スヘキコトヲ要求スルコトヲ得ルモ勞務者カ之ニ應セサル場合ニ之ヲ强制シ器械的ニ其指揮命令ニ服從セシムルコトヲ得ス何トナレハ勞務者ハ法律上勞務ヲ供スルノ債務ヲ負擔スルニ止マリ使用者ハ往時ニ於ケルカ如ク勞務者ノ身體ニ對シテ物的ノ支配權ヲ有スルモノニアラサルヲ以テナリ蓋シ奴隷ノ賃貸借ニ基因スル勞力ノ賃貸借並ニ主從ノ觀念ハ近世ノ立法例ニ於テ之ヲ認メサル所ニシテ勞務者ハ私法上使用者ト全然對等ノ人格ヲ享有スルモノナリ

第三 雇傭ハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ勞務ニ服スヘキコトヲ約シ相手方カ之ニ報酬ヲ支拂フコトヲ約スル契約ナリ

雇傭契約ハ必然的ニ有償ナリ換言スレハ使用者カ勞務者ノ爲ス勞務ノ給付ニ對シテ其報酬ヲ支拂フコトヲ約スルコトハ雇傭契約成立ノ一要件タリ然レトモ其契約ハ有償ナルヲ以テ足レリトシ使用者ノ支拂フ報酬ノ何タルヤ

ハ之ヲ問フノ必要ナシ何トナレハ民法ハ單ニ「報酬」トノミ規定シ其種類ニ付キ別ニ制限ヲ設ケサルヲ以テナリ

論各種ノ利益ハ其種類ノ如何ニ關ハラス總テ雇傭契約ニ因リテ使用者ノ負擔スル債務ノ内容ヲ組織スルコトヲ得ヘシ故ニ最モ普通ニ行ハルル金錢有價物ハ勿

第二節　雇傭契約ノ締結

雇傭契約ノ締結ニ付キテモ亦一般契約ノ締結ニ關スル原則ヲ適用スルヲ以テ足ルモノトス但雇傭契約ハ勞務ヲ目的トシ勞務者ヲシテ其身體ニ羈絆ヲ受ケシムルノ結果ヲ生シ人身ノ自由ト密接ノ關係ヲ有スルヲ以テ契約ノ目的タル勞務ノ性質カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルヤ否ヤヲ審査スルノ必要アリ契約締結ノ能力及ヒ權限ニ付キテモ特別ノ規定ニ從フコトヲ要ス例之妻カ雇傭契約ヲ締結スルニ付キ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要シ親權者後見人カ未成年者ノ爲ニ雇傭契約ヲ締結スルニハ其同意ヲ必要トスルカ如シ

第三節　雇傭契約ノ效力

第一款　使用者ノ義務

雇傭契約ニ因リ使用者ノ負擔スル義務ハ左ノ如シ

第一　報酬ヲ支拂フ義務

使用者ハ雇傭契約ノ效力ニ因リ勞務者ニ對シテ勞務ニ對スル報酬ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スル而シテ報酬ノ種類數額ハ當事者ノ定ムル所ニ從フヘク當事者ハ或ハ豫シメ一定ノ金錢物品ヲ受授スヘキコトヲ契約シ或ハ勞務者ノ供シタル勞務ニ因リ使用者ノ所得ニ歸シタル收穫其他ノ利益ノ一部ヲ勞務者ニ支給スヘキコトヲ約スルコトヲ得又報酬支拂ノ時期ニ付キテ當事者間ニ特約アルトキハ特約ヲ以テ定メタル時期ニ於テ之カ支拂ヲ爲スコトヲ要スル當事者間ニ特約ナキトキハ如何ナル時期ニ於テ之カ支拂ヲ爲スコトヲ要スルヤ是レ民法第六百二十四條第一項ニ規定スル所ニシテ此場合ニ於テハ勞務者カ其約シタル勞務ヲ終了シタル後ニアラサレハ報酬ヲ請求スルコトヲ

得サルモノト爲セリ蓋シ雇傭契約ニ於ケル報酬ハ勞務ノ對價ニシテ其性質ニ於テハ相交換スヘキモノナルモ勞務ハ卽時ニ終了スルモノニアラスシテ多少繼續スヘキ性質ヲ有スルヲ以テ實際上ニ於テハ勞務ト報酬トハ賣買交換ニ於ケルカ如ク卽時ニ交換セラルルコトヲ得スシテ其受授ニ付キ前後アルコトヲ免レサルモノトス而シテ雇傭ニ於ケル報酬ハ勞務ノ對價ナルヲ以テ勞務ノ終了ヲ待ッテ之ヲ支拂フヲ契約ノ性質ニ適シ取引上ノ觀念ニ合スルヲ以テ當事者カ別段ノ意思ヲ表示セサル限リハ勞務者ニ於テ先ッ其勞務ヲ供シ然ル後使用者ニ於テ其報酬ヲ支拂フノ意思ナリト推定スルモノニ外ナラス蓋シ第六百二十四條ノ規定ハ當事者ノ意思不明ナル場合ニ其意思ヲ補充スルヲ以テ目的トスルモノナレハ反對ノ特約アルトキハ之ニ從フヘキハ勿論ナリトス又期間ヲ以テ報酬ヲ定メタルトキハ報酬ハ其期間ニ割リ當テ支拂フノ意思ナリト推定スヘキヲ以テ其期間經過ノ後ハ勞務者ハ之ニ對當スル報酬ノ支拂ヲ要求スルコトヲ得ヘシ是レ同條第二項ニ規定スル所ナリ

雇傭ハ元來法律上ノ關係タルト同時ニ又道德上ノ關係ニシテ歐洲諸國ノ立法例並ニ其風俗慣習ハ雇傭ヲ以テ純然タル法律關係トシ使用者ト勞務者相互ノ關係ハ其自由任意ノ意思ヲ以テ定メタル契約ヲ以テ之ヲ律シ各自ヲシテ之ヲ嚴守セシメ違フコトナカラシムル主義ニ於テ雇傭ノ道義關係ハ措テ顧ミサルノ風潮ヲ生シ雇主ト雇人トノ間ニ存セル家族的ノ溫情ハ漸次ニ消磨シテ復之ヲ見ルコトヲ得サルニ至レリ玆ニ於テ雇主ト雇人トノ關係ハ益々冷淡トナリ甚タシキニ至リテハ利害ノ衝突ハ終ニ兩者ヲシテ仇敵ノ思ヲ爲サシムルノ極ニ達シ所謂勞働問題其他幾多ノ社會問題ノ簇生スルヲ妨クルコトヲ得サリキ獨逸民法ハ玆ニ鑑ミル所アリ雇傭ニ付キ道德的ノ慈善的觀念ヲ加味シ漸次沈下シ來リタル勞務者ノ地位ヲ改善シ契約自由ノ原則ヨリ生スル弊害ヲ去リ使用者ト勞務者ノ利害ノ衝突ヲ緩和セント試ミタリ卽チ獨逸民法ハ其第六百十六條ニ於テ勞務者カ其一身ニ關スル事由ニ因リ過失ナクシテ比較的重要ナラサル期間内勞務ニ從事スルコトヲ妨ケラレタル場合ニ付キ之ニ報酬ノ請求權ヲ認メ第六百十七條ニ於テ使用者ヲシテ同居ノ勞務者カ不慮ノ疾病ニ罹リタル場合ニ付キ六週間勞務者ヲ扶助療養スルノ責ニ任セシメ第六百十八條ニ於テ使用者ノ指揮ノ下ニ勞務者ノ供給スル勞務カ其性質上勞務者ノ生命健康ニ危害ヲ及ホス虞アル場合(勞務ノ場所、設計器具ヨリ生スル危害)ニハ之ヲ豫防スルニ必要ナル設備ヲ爲スノ義務ヲ負ハシメ第六百二十條以下ニ於テ解約ニ付キ勞務者ノ利益ヲ保護スルニ必要ナル規定ヲ設ケタリ是等獨逸民法ノ規定ハ歐洲諸國ニ於テ多年勞務者ノ地位改善ノ爲ニ盡力シタル慈善家經世家ノ希望ヲ實現シタルモノニ係リ識者ノ稱贊ヲ博シタル所ニシテ將來ノ立法上ニ於テ反響アルヘシト信ス我國ニ於ケル雇傭關係ハ舊慣ニ依リ餘マリニ非契約的ナルノ弊アルモ亦尙ホ道德的性質ヲ帶有スルノ美風ナクンハアラス一面其弊ヲ矯正シ他ノ一面ニ於テ永ク其美風ヲ保存シ法律ノ力ヲ借ラスシテ雇主ト雇人ノ利害ヲ調和スルヲ以テ策ノ得タルモノナリト信ス

第二　權利ノ處分ニ關スル制限

使用人ハ勞務者ニ對シテ勞務ヲ供セシムルノ債權ヲ有シ而シテ其勞務ハ一

定ノ範圍ヲ有スルヲ以テ其權利ヲ他人ニ讓渡シ之ヲシテ自己ノ地位ニ代ハラシムルハ妨ケナキカ如シ然レトモ雇傭契約ヨリ生スル使用人ノ債權ハ專屬的ノ性質ヲ有シ其性質上讓渡ヲ許ササル債權ノ一ニ居ルモノナリ何トナレハ勞務者ハ雇傭契約ニ因リ其身體ニ羈絆ヲ受ケ使用者ノ指揮命令ニ從ヒ働作ヲ爲スモノナレハ使用者ノ何人タルヤハ勞務者ノ利害ニ重大ノ影響ヲ及ホスモノニシテ使用者ノ性格如何ニ因リ債務ノ內容ニ變更ヲ來タス場合往々ニシテ之レアルヘキヲ以テナリ例之勞務者カ甲ノ雇人トシテ其使役ニ服スルト乙ノ雇人トシテ同種ノ勞務ヲ供スルトニ依リ其勞務ノ內容ヲ異ニスヘク又甲ヲ敎授スルト乙ヲ敎授スルトハ等シク他人ノ敎授ヲ目的トスルモ債務ノ內容ハ全ク異ナルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ雇傭契約ハ普通使用者ノ一身ニ著眼シテ締結セラルルモノニシテ使用者其人カ債務關係ノ一要素ヲ形成スルヲ常トス然レトモ使用者ノ甲タルト乙タルトハ勞務者ノ利害ノミニ關スル問題ナルヲ以テ勞務者ニ於テ使用人ノ有スル債權ノ讓渡ヲ承諾スルニ於テハ其讓渡ニ效ヲ與フルハ毫モ妨ケナシ是レ民法カ第六百二十五條第一項ニ於テ勞務者ノ承諾ヲ條件トシテ權利ノ讓渡ヲ使用者ニ許ス所以ナリ故ニ勞務者ノ承諾ナクシテ爲シタル使用者ノ權利ノ讓渡ハ讓渡ノ目的タル權利ヲ讓受人ニ移轉スルノ效力ヲ有セサルモノトス

第二款　勞務者ノ義務

勞務者ハ雇傭契約ニ因リ使用者ニ對シテ勞務ニ服スルノ義務ヲ負擔ス是レ勞務者カ雇傭契約ニ因リテ負擔スル唯一ノ義務ナリトス故ニ勞務者ハ雇傭契約ノ本旨ニ從ヒ其約シタル勞務ヲ供スルコトヲ要シ之ヲ供シタル上ニアラサレハ其對價タル報酬ノ請求權ヲ行使スルコトヲ得サルモノトス

勞務者ハ自身ニ契約ノ目的タル勞務ヲ供スルコトヲ要シ第三者ヲシテ自己ニ代ハリテ勞務ニ服セシムルコトヲ得ス（民法第六百二十五條第二項）蓋シ勞務ニ服スル人ノ何人タルヤハ雇傭ノ目的タル勞務者ニ重要ナル關係ヲ有スルヲ以テ使用者モ亦相手方タル勞務者ノ一身ニ著眼シテ雇傭契約ヲ締結スルヲ常トスルカ故ニ勞務者カ他人ヲシテ代ハリテ勞務ヲ供セシムルハ其債務ノ本旨ニ反スルノ結果

ヲ生スルヲ以テナリ但勞務者ノ何人タルヤハ是レ亦使用者ノ利害ニ關スル問題ナルヲ以テ勞務者ハ使用者ノ承諾アルニ於テハ第三者ヲシテ代ハリテ勞務ニ服セシムルハ固ヨリ妨ケナシ而シテ勞務者カ使用者ノ承諾ナキニ第三者ヲシテ勞務ニ服セシムルハ其義務ニ違背スルモノニシテ使用者ヲシ損失ヲ被ラシムルノ虞アルヲ以テ民法ハ其義務違背ノ制裁トシテ契約ヲ解除スルノ權利ヲ使用者ニ附與シタリ蓋シ此場合ニ於ケル契約ノ解除ハ使用者ノ權利ヲ保護スルカ爲ニ必要ナルヲ以テナリ

第四節　雇傭ノ終了

雇傭ノ終了原因ハ左ノ如シ

第一　勞務ノ終了

勞務者カ雇傭契約ノ目的タル勞務カ一定ノ範圍ヲ有スル場合ニ勞務ヲ了リタルトキハ雇傭關係ハ茲ニ全ク消滅ニ歸スヘキモノトス

第二　期間ノ滿了

當事者カ契約ノ期間ヲ定メタルトキハ雇傭ハ其期間ノ滿了ニ因リテ終了スルモノトス然レトモ雇傭ノ期間カ五年ヲ超過シ又ハ當事者ノ一方若クハ第三者ノ終身間存續スヘキ場合ニ五年ヲ經過シタルトキハ各當事者ハ契約ヲ解除スルコトヲ得是レ第六百二十六條ニ規定スル所ナリ蓋シ雇傭ノ期間ニ付キテハ多數ノ立法例ハ其期間ノ最高限ヲ定メ當事者ハ常ニ必ラス其期間内ニ於テ雇傭契約ヲ締結スヘキモノト爲セリ舊民法亦此主義ヲ採用シ使用人番頭手代ニ付テハ五箇年職工其他ノ雇人ニ付テハ一箇年習業契約ニ依ルモノハ未成年ノ期ヲ超ユルコトヲ得サルモノト爲セリ是レ他ナシ(イ)雇傭契約ハ人ノ勞務ヲ目的トシ人身ノ自由ヲ拘束スルモノニシテ勞務ニ服スル者ノ煩累トナルモノナレハ其期間長キニ失スルトキハ勞務者ノ人格ヲ毀損スルノ虞アルヲ以テ其期間ハ之ヲ相當ノ圍範内ニ制限スルコトヲ要シ(ロ)雇傭ノ期間長キニ失スルトキハ其間ニ一般經濟上ノ事情並ニ當事者各自ノ地位ニ變動ヲ生シ同一條件ノ下ニ雇傭關係ヲ存續セシムルハ當事者ノ一方ヲシテ不利ナル地位ニ陷ラシムルニ至ルノ虞アリ從テ雇傭ノ存續期間ニ付キテハ當事者ソ

契約自由ニ多少ノ制限ヲ附スルノ必要アルヲ以テナリ我民法ハ雇傭契約ノ存續期間ニ付キテモ亦原則トシテハ之ヲ當事者ノ自由意思ニ一任シ直接ニ之ヲ制限セサルノ主義ヲ採用シ唯當事者ノ一方ハ一定ノ期間經過後ハ其一己ノ意思ヲ以テ契約ヲ解除シ雇傭關係ヲ終了セシムルコトヲ得ヘキモノトシ間接ニ之カ制限ヲ設ケ當事者各自ヲシテ長期ノ雇傭ニ伴フ弊害ヲ避クルコトヲ得セシム而シテ其期間ハ普通五箇年トシ雇傭ノ期間カ五年以上ニ渉リ又ハ當事者ノ一方若クハ第三者ノ死亡ヲ以テ雇傭ノ存續期間ト定メタル場合ニハ當事者ノ一方ハ雇傭契約成立ノ時ヨリ五年ヲ經過シタルトキハ爾後何時ニテモ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシトシ唯商工業見習者ノ雇傭ニ付キテハ其期間ヲ延長シテ之ヲ十箇年ト爲シタリ而シテ右ノ期間ハ何レモ我國ニ於ケル取引上ノ必要ニ應シテ之ヲ定メタルモノニシテ殊ニ商工業見習ハ元來商工業ノ練習ヲ目的トスルモノナレハ比較的長期間雇傭關係ヲ維持スルニアラサレハ契約ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リ猥リニ之ヲ短縮スルハ害アリテ寧ロ益ナキヲ以テナリ故ニ我民法ハ雇傭契約存續期間ノ最

長期ヲ定メサルモ一定ノ期間後ハ各當事者ニ契約ヲ解除スルノ自由ヲ與フルヲ以テ最長期ヲ定メタルト同一ノ結果ニ歸スルノミナラス其期間後契約ヲ解除スルト否トヲ當事者ノ意思ニ繫ラシメタルハ當事者ノ爲ニ頗ル便利ナルヲ以テ我民法ノ規定ハ其當ヲ得タルモノト云フヲ得ヘシ

各當事者ハ一定ノ期間經過後ハ契約ヲ解除スルノ權利ヲ有スルモ當事者一方ノ解除ノ意思表示カ直チニ雇傭關係ヲ終了セシムルモノトスルトキハ其解約ヲ豫期セサル相手方ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ虞アルヲ以テ民法ハ此場合ニ於ケル當事者ノ解除ハ直チニ其效力ヲ生セスシテ雇傭關係ハ解除ノ意思表示ヨリ三箇月間ハ依然トシテ存續シ此期間經過ヲ以テ始メテ終了スヘキモノト爲セリ

雇傭契約ノ期間ニ關スル制限ハ公ノ秩序ニ關スルヲ以テ當事者間ノ特約ヲ以テ之ヲ左右スルコトヲ得ス故ニ當事者ノ一方カ法定期間後ニ契約ヲ解除セサルコトヲ約スルモ其約束ハ全然無效ニシテ當事者ヲ羈束セス從テ各當事者カ法定ノ期間後契約ヲ解除スルノ權利ハ此特約ノ爲メ毫モ妨ケラルル

コトナシ

當事者ハ雇傭契約ヲ更新スルコトヲ得ヘシ而シテ更新セラレタル契約カ五年以上ノ存續期間ヲ有シ當事者又ハ第三者ノ終身間存續スヘキトキハ更新ノ時ヨリ起算シ五年ヲ經過シタルトキハ各當事者ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ルハ新タニ雇傭契約ヲ締結シタル場合ト毫モ異ナルコトナシ何トナレハ更新ハ更ニ新タニ雇傭契約ヲ締結スルモノニ外ナラサルヲ以テナリ而シテ當事者間ニ更新アリタルヤ否ヤハ當事者ノ意思如何ニ依リテ決定スヘキ事實上ノ問題ナリト雖モ民法ハ默示ノ更新ニ關スル一ノ推定ヲ設ケタリ民法第六百二十九條ノ規定卽チ是レナリ同條ニ曰ク「雇傭ノ期間終了ノ後勞務者カ引續キ其勞務ニ服スル場合ニ於テ使用者カ之ヲ知リテ異議ヲ述ヘサルトキハ前雇傭ト同一ノ條件ヲ以テ更ニ雇傭ヲ爲シタルモノト推定ス」ト是レ賃貸借更新ノ場合ト等シク普通一般ノ經驗ト當事者ノ意思ノ推測トニ基キ當事者ハ同一ノ範圍內容ヲ以テ其儘雇傭契約ヲ繼續セシムルノ意思ナリト認ムルモノニ外ナラス然レトモ期間ニ付キテハ當事者ノ意思ハ必ラスシモ前

雇傭ノ期間ニ由ルモノト推定スルコトヲ得サルヲ以テ是レ亦賃貸借ノ場合ト等シク當事者間ニ於テ別段ノ意思表示ナキモノトシ期間ノ定メナキ雇傭ニ關スル第六百二十七條ノ規定ヲ此場合ニ適用シ同條ニ定ムル制限條件ニ從ヒ各當事者ニ於テ解約申入ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトセリ

雇傭契約更新ノ場合ニハ前雇傭ハ期間ノ滿了ニ因リテ終了シ更ニ當事者ニ於テ新タナル雇傭關係ヲ發生セシムルモノナレハ前雇傭ニ付キ當事者カ擔保ヲ供シタルトキハ其擔保ハ當然消滅ニ歸スヘキモノトス然レトモ身元保證金ハ賃貸借ニ於ケル敷金ト等シク從來ノ慣習ニ從ヒ當事者双方ノ便宜ノ爲ニ之ヲ存續セシムルコトト爲セリ（第六百二十七條ノ二）

第三　解約ノ申入

當事者カ雇傭契約ノ期間ヲ定メサリシトキハ各當事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得（民法第六百二十七條）蓋シ當事者カ雇傭契約ヲ締結スルニ當リ特ニ其存續期間ヲ定メサル以上ハ期間ニ關シテハ當事者ハ羈束セラルルコトナキヲ以テ各自何時ニテモ雇傭契約ヨリ生スル羈絆ヲ脫スルノ完全ナル自

由ヲ享有スルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ然レトモ當事者一方ノ解約ノ申入カ直チニ雇傭關係ヲ終了セシムルモノトスルトキハ解約ヲ豫セサル相手方ニ不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ解約ノ申入ト雇傭ノ終了トノ間ニ多少ノ猶豫期間ヲ存シ相手方ヲシテ雇傭ノ終了ヨリ生スル結果ニ備フルコトヲ得セシムルノ必要アリ是レ我民法カ此場合ニ於テハ雇傭ハ解約申入ノ後二週間ヲ經過シタルニ因リテ終了スト規定セル所以ナリ

期間ヲ以テ報酬ヲ定メタル場合ニ付キテハ民法ハ特別規定ヲ設ケ解約ノ申入ハ次期以後ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要シ當期ニ付キ之ヲ爲スコトヲ許サス例之毎月若干ノ給料ヲ勞務者ニ支拂フヘキ場合ニ當事者カ三月ニ至リ解約ヲ爲サントスルトキハ三月中ハ契約ヲ維持スルコトヲ要シ四月ヨリ解約ヲ爲スヘキコトヲ相手方ニ通知スルカ如シ是ン他ナシ當事者カ既ニ其期間内ニ入リタル以上ハ其全期間ヲ通シテ雇傭關係ヲ繼續セシムルコトヲ要シ其期間ノ中途ニ於テ之ヲ終了セシムルハ相手方ニ不利ナル結果ヲ生スルヲ以テナリ且當事者カ次期以後ニ付キテ解約ヲ爲ス場合ト雖モ必ラスヤ當期ノ前半ニ於テ之ヲ相手方ニ通知シ之ヲシテ解約ニ對スル準備ヲ爲スコトヲ得セシムルコトヲ要ス（第六百二十七條第二項）然レトモ六箇月以上ノ期間ヲ以テ報酬ヲ定メタル場合ニ於テハ解約ノ申入ハ三箇月前ニ之ヲ爲スヲ以テ足リ必ラシモ當期ノ前半ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要セス蓋シ三箇月ノ猶豫期間ハ何レノ場合ニ於テモ相手方ヲシテ解約ニ對スル準備ヲ爲スコトヲ得セシムルニ足リ之レヨリモ長キ期間ヲ存スル必要ナキノミナラス其期間長キニ失スルトキハ解約者ニ不利ナル結果ヲ生スルヲ以テナリ

第四　契約ノ解除

當事者カ雇傭ノ期間ヲ定メタルトキハ其期間内ハ雇傭關係ハ存續シ當事者ハ唯五箇年ヲ經過シタル場合ニ法定ノ猶豫期間ヲ存シテ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得ルニ過キス然レトモ已ムコトヲ得サル事由ノ爲メ雇傭關係ヲ繼續スルコト能ハサルニ至リタルトキハ直ニ契約ヲ解除スルコトヲ得（民法第六百二十八條）茲ニ所謂已ムコトヲ得サル事由トハ雇傭契約ノ履行ヲ絶對的不能ナラシメ又ハ其履行ヲ著シク困難ナラシムヘキ事情ヲ謂フ例之勞務者カ（一）疾病ニ

羅リタルカ爲メ契約ニ定メタル勞務ニ從事スルヲ得サルニ至リタル場合(二)勞務者タル男子カ兵役公務其他一身ニ關スル重大ノ理由ニ因リ又勞務者タル女子カ結婚ヲ爲シ又ハ父母ノ看護其他家政上ノ都合ニ依リ身體ノ自由ヲ回復スルノ必要アル場合(三)勞務者カ犯罪ノ爲ニ拘留セラレタル場合(四)使用者カ轉任廢業外國旅行其他ノ理由ニ因リ雇人ヨリ其勞務ノ供給ヲ受クル能ハサルニ至リタル場合ノ如シ蓋シ當事者ノ一方ニ付キ雇傭ノ繼續ヲ許ササル事由ノ生シタル場合ニ其事由カ當事者ノ責ニ歸スヘカラサルモノナルトキハ雇傭契約ハ卽チ當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ履行ノ不能若クハ履行ノ困難ヲ來タシタルモノナルヲ以テ當事者ヲシテ契約ノ解除ニ因リテ債務ヲ免脫スルコトヲ得セシムルコトヲ要スルハ勿論其事由カ當事者ノ過失ニ基因シタル場合ト雖モ雇傭關係ヲ維持シ強テ當事者ヲシテ履行ノ責ニ任セシムルハ苛酷ニ失スルモノニシテ就中勞務者ノ品位ヲ失墜シ之ヲシテ悲慘ナル境遇ニ陷ラシメ人道ニ反スルノ結果ヲ生スルヲ以テ各當事者ヲシテ解除權ヲ行フコトヲ得セシムルヲ可ナリトス而シテ當事者一方ノ

契約解除ノ原因トナリタル事由カ其責ニ歸スヘカラサルトキハ相手方カ解除ノ爲メニ損害ヲ被ルモ之ニ對シテ賠償ノ責ヲ負フコトナシト雖モ其事由カ當事者ノ過失ニ基因シタルトキハ相手方ニ對シテ賠償ノ責ニ任スヘキモノトス何トナレハ此場合ニ於ケル契約ノ解除ハ當事者ヲシテ契約上ノ羈絆ヲ免レシムルコトヲ唯一ノ目的トシ其當事者ヲシテ自己ノ過失ヨリ生シタル債務不履行ノ責ヲ免レシムルモノニアラサルノミナラス之カ爲メ相手方ノ利益ヲ全然犧牲ニ供スルカ如キハ不公平ナルヲ以テ普通ノ原則ニ從ヒ賠償ノ義務ヲ負ハシムルヲ正當ナリトスルヲ以テナリ

相手方ノ債務不履行ヲ原因トシテ契約ノ解除ヲ爲ス民法第五百四十一條第五百四十二條ノ規定ハ雇傭契約ニ付キテモ亦之ヲ適用スルコトヲ要ス其他雇傭契約ニ固有ナル解除ノ原因トシテハ已ムコトヲ得サル事由ニ基ク第六百二十八條ノ解除ノ外雇傭關係發生後五年ノ經過ノ後ニ於テ爲ス第六百二十六條ノ解除ヲ指摘スルコトヲ得ヘシ而シテ契約解除ノ效力ハ賃貸借ノ場合ト等シク將來ニ向テノミ其效力ヲ生シ既往ニ於テ生シタル當事者間ノ權

利關係ハ解除ノ爲メ毫モ影響ヲ被ルコトナシ然レトモ當事者間ノ賠償責任ハ之カ爲ニ毫モ變更ヲ受クルコトナキヲ以テ當事者ノ一方ハ過失アル他ノ一方ニ對シテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ケサルモノトス是レ賃貸借ノ場合ト其論理ヲ同フスル所ニシテ民法カ第六百三十條ヲ以テ賃貸借ニ關スル第六百二十條ノ規定ヲ準用シタルハ之カ爲メナリ

第五 使用者ノ破産

使用者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ爾後繼續シテ報酬ヲ支拂フコト能ハサルニ至ルヲ以テ勞務者ハ自己ノ利益ノ爲ニ又破產管財人ハ破產財團ノ利益ノ爲ニ第六百二十七條ノ規定ニ從ヒ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ各當事者ハ相手方ニ對シテ解約ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス是レ賃貸借ニ關スル第六百二十一條ト同一ノ精神ニ基キタルモノナルヲ以テ再ヒ之ヲ論スルノ必要ナシ

第六 勞務者ノ死亡

雇傭契約ニ於ケル勞務者ノ供スヘキ勞務ハ勞務者自身ニ之ヲ爲スコトヲ必要トスルヲ以テ勞務者ノ死亡ハ其當然ノ結果トシテ雇傭關係ヲ終了セシムルモノトス之ニ反シテ使用者ノ死亡ハ必ラスシモ此結果ヲ生スルコトナシ唯勞務ノ供給カ使用者ノ一身ニ著眼シタル場合ニ限リ此效果ヲ生スルモノトス例之甲カ其一身上ノ用務ノ爲ニ僕婢ヲ雇入レタルトキハ甲ノ死亡ト共ニ雇傭關係終了シ相續人ニ於テ其權利義務ヲ承繼セサルカ如シ

第十章 請負

第一節 請負ノ性質

民法第六百三十二條ノ規定ニ依ルトキハ請負ハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

請負ハ當事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ對シテ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スル契約ナリ

今此定義中ニ包含スル請負ノ觀念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一 請負ハ契約ナリ

請負ノ成立ニハ當事者ノ一方卽チ或仕事ヲ完成スルノ債務ヲ負擔スル所ノ請負人ト他ノ一方卽チ其仕事ノ結果ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ債務ヲ負擔スル所ノ註文者トノ間ニ於テ仕事ノ完成ト報酬トヲ交換スルトニ付キ意思ノ合致卽チ契約アルコトヲ必要トス而シテ(一)請負契約ハ當事者ノ意思表示ノミニテ其效力ヲ生シ契約成立ノ前提要件トシテ目的物ノ引渡其他現實ニ或給付ヲ爲スコトヲ要セサルヲ以テ諸成契約ナリ(二)請負契約ハ其成立ニ要スル意思表示ニ付キテ別段ナル方式ノ定ナキヲ以テ不要式契約ナリ(三)請負契約ハ各當事者ニ於テ給付義務ヲ負擔シ各出捐ヲ爲スモノナレハ有償契約ナリ(四)請負契約ハ當事者雙方ヲシテ互ニ債務ヲ負擔セシムルヲ以テ雙務契約ナリ

第二 請負ハ當事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約スル契約ナリ

請負ニ在テハ當事者ノ一方卽チ請負人カ相手方卽チ註文者ニ對シテ或仕事ヲ完成スルコトヲ約スルコトヲ必要トス是レ請負ノ特質ニシテ請負ト他ノ契約トノ間ニ存スル差別ノ點ナリトス

民法第六百三十二條ニ所謂仕事ヲ完成スルトハ勞務ニ依リ人ノ需要ヲ充スヘキ一定ノ結果ヲ生セシムルヲ謂ヒ民法ハ其仕事ノ範圍ヲ限定セサルヲ以テ人ノ勞務ニ依リテ達セラルヘキ結果ハ其何タルヲ問ハス總テ請負ノ目的トナルコトヲ得ヘク其有形ノモノナルト無形ノモノナルトハ之ヲ問フコトヲ要セス例之家屋ノ建築、器具ノ製造修繕ノ如キ仕事ノ目的タル有形物アルモノハ勿論人又ハ物ノ運送、計算、測量、書畫ノ揮毫、奏樂、唱歌、演藝、彫刻等人ノ體力、手藝、美術、科學、技術ノ應用ニ依リテ達スルコトヲ得ヘキ有形無形ノ結果ハ總テ請負契約ノ目的トナルモノナリ獨逸民法ニハ物ノ製作、改造其他勞務ニ依リテ達スルコトヲ得ト規定シ此意義ヲ明カニセリ我民法ニハ請負ノ目的タルコトヲ得ヘキ仕事ノ性質ニ付キ規定スル所ナシト雖モ解釋上同一ノ結果ニ歸著スヘキハ論ヲ俟タス

請負契約ノ目的タル仕事ハ材料ヲ要スル場合往々ニシテ之レアルモ仕事ノ目的タル材料アルコトハ請負契約ノ要素ニアラス仕事ノ目的タル材料ナキ場合ト雖モ請負契約ハ完全ニ成立シ得ヘク其材料ハ註文者之ヲ供スルト請

負人之ヲ供スルトハ之ヲ問フコトヲ要セス然レトモ請負者カ材料ヲ供スル場合ニ於テハ當事者間ノ契約ハ賣買契約ニ類似スルヲ以テ其性質ニ付キ學者ニ議論アリテ立法例モ亦區々ニ出ッ我民法ニハ何等特別規定ノ設ケナキヲ以テ當事者ノ意思ヲ探究シテ契約ノ性質ヲ決スルノ外ナシ卽チ當事者カ請負人ヲシテ註文者ノ爲メニ仕事ヲ完成セシムルコトヲ目的トシテ契約ヲ締結シタルトキハ其契約ハ請負ナリ之ニ反シテ其契約カ註文者ニ目的物ノ所有權ヲ移轉スルヲ以テ主眼ノ目的ト爲シタルトキハ其契約ハ賣買ナリトス故ニ我民法ハ結局瑞西債務法ト同一ノ主義ヲ採用シタルモノナリ

請負契約カ特定ノ材料ヲ用キテ仕事ヲ完成スルコトヲ以テ目的トシ他ノ材料ヲ代用スルコトヲ許ササル場合ニハ請負人ノ債務ハ特定物ノ債務ニ類似シ材料ノ種類ノミヲ定メ他物ヲ以テ代替シ得ヘキトキハ其債務ハ特定物債務ニ類似スルヲ以テ請負契約カ前者タルト後者タルトニ依リ之ニ適用スヘキ法則ヲ異ニス前者ニ付テハ特定物ノ債務ニ關スル觀念ニ從ヒ其效果ヲ定ムルコトヲ要シ後者ニ付キテハ不特定物ノ債務ニ關スル原則ヲ適用スル

ノ必要ヲ生ス

第三 請負ハ當事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ對シテ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スル契約ナリ

請負契約ハ常ニ必ラス有償ナルコトヲ要シ註文者カ請負人ノ完成スル仕事ノ給付ニ對シテ反對給付ヲ爲スコトハ請負契約成立ノ一要件ヲ成スヲ以テ此要件ヲ缺ク所ノ契約ハ或ハ委任契約トナリ或ハ一種ノ無名契約トナリ請負契約ヲ成立セシムルコトナシ而シテ請負契約ノ成立ニハ註文者ニ於テ請負人ノ完成スル仕事ノ對價トシテ反對給付ヲ爲スノ義務ヲ負擔スルノミヲ以テ足レリトシ其給付ノ何タルヤハ之ヲ問フコトヲ要セス何トナレハ民法ハ單ニ「報酬云々」ト規定シ此點ニ付キ何等ノ制限ヲ設ケサルヲ以テナリ

請負契約ハ勞務契約ノ一種ニシテ請負人カ勞務ニ服スルハ雇傭ノ場合ト毫モ異ナル所ナシト雖モ註文者ハ雇傭契約ニ於ケルカ如ク相手方ノ勞務ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スルモノニアラスシテ勞務ノ結果ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スルモノナレハ請負人カ勞務ニ服スルモ其勞務

カ請負契約ニ因リ當事者ノ豫期シタル結果ヲ生セサリシトキハ註文者ハ之ニ對シテ報酬ヲ支拂ノ義務ナキト同時ニ請負人仕事ヲ完成シタル以上ハ其勞務ノ分量如何ニ拘ハラス常ニ註文者ニ對シテ報酬ノ支拂ヲ求ムルコトヲ得ヘシ是レ雇傭契約ト請負契約トノ間ニ存スル唯一ノ差異ナリトス

第二節　請負ノ效力

第一款　註文者ノ義務(請負人ノ權利)

請負契約ニ因リテ註文者ノ負擔スル所ノ債務ハ請負人ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ債務ナリ余ハ以下報酬ノ性質及ヒ報酬支拂ノ時期ニ區別シテ說明スヘシ

第一　報酬ノ性質

報酬トハ註文者カ請負人ノ完成シタル仕事ノ對價トシテ請負人ニ供與スル各種ノ利益ヲ意味シ民法ハ請負契約ニ於テ註文者ノ供與スル利益ノ種類ヲ制限セサルヲ以テ註文者カ請負人ノ利益ニ於テ爲ス所ノ反對給付ハ其何タルヲ論セス總テ請負契約ニ於ケル報酬タルノ性質ヲ有スルモノナリ故ニ最モ普通ニ行ハルル金錢ノ給付ハ勿論金錢以外ノ物ノ給付物ノ使用收益勞務ノ類ト雖モ之ヲ以テ請負契約ニ於ケル報酬ト爲スコトヲ妨ケサルモノトス要スルニ請負契約ハ有償タルコトヲ必要トスルト同時ニ有償タルノミヲ以テ足リ註文者ノ爲ス給付ノ何タルヤハ之ヲ問ハサルモノトス

第二　報酬支拂ノ時期

報酬支拂ノ時期ハ契約ニ定ムル所ニ依リ當事者カ契約ヲ以テ其時期ヲ定メサリシ場合ニ付キテハ一ノ區別ヲ爲スコトヲ要ス卽チ左ノ如シ

一　目的物ノ引渡ヲ要スル場合　例之請負ノ目的カ家屋堤防庭園ノ築造器物器械ノ製作修繕、物品ノ運送ヲ爲ス場合ニ於テハ請負人ノ債務ハ目的物ノ引渡ニ因リ完了スルヲ以テ註文者ハ此時ヲ以テ報酬支拂ノ債務ヲ履行スルコトヲ要ス是レ第六百三十三條ニ規定スル所ニシテ請負契約ノ性質ヨリ生スル結果ナリ何トナレハ請負契約ハ其性質ニ於テ請負人ノ爲ス仕事ノ結果ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ義務ヲ註文者ニ負ハシムルモノナレハ註文者ハ仕事ノ結果ヲ待テ報酬支拂ノ義務ヲ履行セサルヘカラス而シテ

請負人カ仕事ノ目的物ヲ引渡スコトヲ要スル場合ニハ請負人ノ目的物引渡ハ註文者ヲシテ仕事ノ結果ヲ領收セシムルニ要スル最終行爲ニシテ請負人ハ此時ヲ以テ其債務ノ履行ヲ了リ之ト同時ニ註文者ハ請負契約ニ因リテ希圖シタル目的ヲ達スルモノナレハナリ故ニ註文者ハ請負人カ目的物ノ引渡ヲ爲ササル限リハ報酬ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得ヘシ

二 目的ノ引渡ヲ要セサル場合 例之屋蓋ヲ修繕シ溝渠ヲ開鑿シ音樂ノ演奏ヲ爲スカ如キ場合ニ於テハ註文者ハ請負人カ仕事ヲ完了シタル時ヲ以テ報酬ヲ支拂フノ義務アリ是レ第六百三十三條但書ヲ以テ雇傭ニ關スル第六百二十四條第一項ノ規定ヲ準用シタル結果ニシテ前項ニ說明スル所ト同一ノ觀念ニ基クモノナリ何トナレハ此場合ニ於テハ仕事ヲ終了スルト同時ニ請負人ハ自己ノ義務ニ屬スル一切ノ行爲ヲ完了シ仕事ノ結果ハ別ニ何等ノ行爲ヲ要セスシテ當然註文者ノ利益ニ歸スヘキモノナレハ註文者ハ之ニ對シテ其義務ニ屬スル報酬ヲ支拂フコトヲ要スルハ事理ノ當然ナルヲ以テナリ

第二款 請負人ノ義務(註文者ノ權利)

請負人ハ註文者ニ對シテ一定ノ仕事ヲ完成スルノ義務ヲ負擔ス是レ請負契約ヨリ生スル請負人ノ主タル義務ニシテ其他ノ義務ハ請負人ノ此義務ヨリ生スル結果タルニ外ナラス今請負人ノ義務ヲ擧クルトキハ左ノ如シ

第一 仕事完成ノ義務

請負人ノ負擔スル仕事完成ノ義務ニ付キテハ特ニ左ノ點ニ著眼スルコトヲ要ス

一 請負人ノ負擔ニ屬スル仕事ノ何タルヤハ請負契約ノ性質及ヒ當事者ノ明示又ハ默示ノ意思ヲ基礎トシテ之ヲ決定スルコトヲ要ス所謂仕事トハ身體上精神上ノ勞力カ吾人々類ノ欲望ヲ滿タスヘキ一定ノ結果ヲ生スル場合ニ其結果ニ附スル所ノ名稱タルニ外ナラサルヲ以テ仕事ヲ完成スル義務アル請負人ハ其仕事ヲ組成スル所以ノ一定ノ結果ヲ生セシメ註文者ヲシテ請負契約ニ因リ希圖シタル目的ヲ達スルコトヲ得セシメサルヘカ

ラス而シテ仕事ノ目的カ物ヲ製作シ物ニ工作ヲ加フルニアルトキハ請負人ハ仕事ノ材料ニ工作ヲ施シ豫期ノ結果ヲ生セシメタルノミヲ以テ足レリトセス其物ヲ註文者ニ引渡スコトヲ要スルヲ以テ請負人ノ義務ハ物ノ引渡ニ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲スニ因リテ始メテ完了スヘキモノトス蓋シ仕事ノ目的物アリテ請負人之ヲ占有スルトキハ請負人ハ目的物ヲ註文者ニ引渡シ因テ以テ註文者ヲ仕事ノ利益ヲ享受シ得ヘキ地位ニ置クノ必要アルヲ以テナリ

請負ハ(一)仕事ノ完成ヲ以テ目的トスル雇傭契約ト其性質ヲ異ニシ(二)請負ハ仕事ノ完成ト報酬ヲ交換スルヲ以テ目的トスルモノナレハ委任者ノ委託ヲ受ケテ其事務ヲ處理スルヲ以テ觀念トスル委任契約ト其性質ヲ異ニスルハ既ニ說明スル所ノ如シ(三)物ノ引渡ヲ要スル請負契約ハ賣買ニ酷似スルヲ以テ賣買的請負契約ノ名稱アリ就中請負ノ目的物カ代替的性質ヲ有スルトキハ其請負契約ハ代替シ得ヘキ物ノ引渡ヲ目的トスル有償契約トシテ不特定物ノ賣買ト其性質ヲ同フスルヲ以テ主トシテ賣買ニ關スル規定ノ適用ヲ見ルヘク請負ニ關スル規定ハ其適用却テ稀ナルノ結果ヲ生スヘシ反之請負ノ目的物カ特定的性質ヲ有スルトキ例之其材料寸方製法等カ特定シ他物ヲ以テ代替スルコトヲ許サルトキハ主トシテ請負契約ニ關スル規定ヲ適用シ特定物ニ關スル賣買契約ノ規定ハ補充的ニ之ヲ適用スルコトヲ要ス(四)請負契約ハ人ノ勞力ヲ以テ一定ノ結果ヲ生セシムルヲ目的トスルヲ以テ物ノ使用收益ヲ目的トスル賃貸借ト其性質ヲ異ニスルモ相類似スル場合ナキニアラス例之蓄音機ノ所有者甲之ヲ乙ニ交付シ之ヲシテ隨意ニ之ヲ聞クコトヲ得セシムルト甲自身之ヲ操縱シ乙ヲシテ之ヲ聞カシムルトハ結果ニ於テハ同一ナリト雖モ前ノ場合ニ於テハ蓄音機ナル物體ノ使用ヲ目的トスルヲ以テ當事者間ノ關係ハ賃借ニシテ後ノ場合ニ於テハ蓄音機ヲ操縱シテ之ヲ乙ニ聞カシムル甲ノ勞力ヲ主トスルヲ以テ當事者間ノ關係ハ請負ナリ故ニ當事者ノ一方カ一定ノ器物器械ノ使用ニ依リ相手方ヲシテ一定ノ利益ヲ享有セシムル爲メ其器物器械ヲ相手方ニ交付シ自カラ之ヲ使用セシ

ムル場合ト雖モ相手方カ其利益ヲ享有スルニ付キテ主トシテ契約當事者ノ勞力(例之其操縱設計準備指導ノ類)ヲ要求スルトキハ其契約ハ請負ニシテ然ラサル場合ハ貸借ナリトス

雇傭請負、賣買、貸借ハ法律上其觀念ヲ異ニシ明確ナル區別ノ限界ヲ有スルモ之ヲ實際取引ニ應用スルニ至リテハ往々困難ナル問題ヲ生シ一ノ契約カ其何レニ該當スルヤニ付キ疑ヲ生スルコトアリ是他ナシ契約ノ內容ヲ構成スル具體的事實ノ性質ニ付キ精確ナル觀念ヲ得ルコト能ハサル場合往々ニシテ之レアルノミナラス實際上ノ必要ニ因リ屢々各種ノ契約ニ多少ノ交渉ヲ有スル混合契約ノ締結ヲ見ルニ至ルヲ以テナリ其一例トシテ電氣ノ供給契約ヲ擧クルコトヲ得ヘク其性質ニ付キテハ學者間ニ於テ大ニ議論アル所ニシテ或學者ハ之ヲ以テ電氣ノ賣買ナリトシ或學者ハ之ヲ以テ一ノ貸借ナリトシ或學者ハ之ヲ以テ一ノ無名契約ナリトシ或學者ハ之ヲ以テ請負契約ナリトセリ電流ノ供給ヲ以テ賣買又ハ賃貸借ナリトスルハ電流ヲ以テ瓦斯ト等シク一ノ物體ナリトスルノ觀念ヲ基礎トスルモ

ノナルモ電流ハ物理學上所謂力ニシテ物卽チ有體的ニアラサルコトハ動スヘカラサル定論ニシテ我民法亦物ヲ有體物ニ限定セルヲ以テ電流ノ供給ヲ目的トスル契約ハ法理上ニ於テモ亦我民法ノ解釋上ニ於テモ賣買契約又ハ賃貸借契約ニ屬セサルヤ明カナリ而シテ電流ノ供給ハ照燈車輛其他ノ器械ノ運轉等電力ノ作用ニ依リテ達スルコトヲ得ヘキ一定ノ結果ヲ生セシムルヲ目的トシ電流ノ供給者ハ發電其他電流ノ輸送ニ必要ナル裝置其他ノ設備ヲ爲シ因テ以テ相手方ノ爲ニ照燈其他ノ結果ヲ生セシムルヲ以テ主要ノ目的ト爲スモノナレハ之ヲ以テ一ノ請負トスルハ最モ好ク契約ノ性質ニ適スルモノト謂フヘク供給者ト相手方トノ間ニ於テ電線ノ引込室內ニ於ケル器具ノ取付使用等ニ付キ賣買賃貸借其他ノ契約ヲ締結スルコトアルモ此種ノ契約ハ電流ノ供給契約ニ附隨スル枝葉ノ契約ニシテ其根本ノ觀念ニ於テ請負契約タル電流供給契約ノ性質ニ影響ヲ及ホスヘキモノニアラス而シテ電流供給契約ニ於ケル仕事ノ結果ハ輸送ニ係ル電力ノ強弱時間ノ長短カ照燈車輛器械ノ運轉ニ及ホス效果ニ依リテ之ヲ

測定スルコトヲ得ヘク電氣計量器ハ數量的ニ其結果ヲ表示スルノ用ニ供セラルルモノナリ其他奏樂、演技活動寫眞ノ類ヲ公衆ノ觀覽聽聞ニ供スル各種ノ興行ハ何レモ興行主ニ於テ必要ナル設備ヲ爲シ顧客ヲシテ人類生活要求ノ一タル慰安娯樂ノ目的ヲ達スルコトヲ得セシムルモノナレハ興行主ト顧客トノ間ノ法律關係ハ一ノ請負契約ニシテ顧客ノ爲ニ座席ヲ供シ一定ノ場所ヲ使用セシムルハ請負契約ノ目的ヲ達スルカ爲メノ手段方法タルニ過キサルモノトス

運送契約仲立契約其他特種ノ請負契約ニ付キテハ商法ニ特別規定アリテ其固有ノ原則ニ服從スルモノトス

二　請負契約ノ目的タル仕事ハ請負人自カラ之ヲ爲スコトヲ要セス第三者ヲシテ代ハリテ之ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ蓋シ請負ノ目的タル仕事ハ請負人自カラ爲スコトヲ要スト爲シ又ハ少クトモ請負人自カラ之ヲ監督スルコトヲ要スト爲スル法制ナルモ我民法ニハ何等制限的規定ヲ設ケサルヲ以テ仕事仕上ノ任ニ當ルヘキ人ノ請負人タルト第三者タルトハ之ヲ問ハサルモノトス

サルモノト解釋スルコトヲ要ス是レ他ナシ請負契約ニ在テハ當事者ハ主トシテ仕事ノ結果ニ著眼シ相手方ヲシテ唯其責ニ任セシメ相手方其人ノ勞務ニ重キヲ置カサルヲ其本來ノ性質ト爲スヲ以テ反對意思ノ表示ナキ限リハ請負人ハ契約ノ目的タル仕事ヲ成就スルノ責任ヲ負擔シ自ラ之ヲ成就スルト他人ヲシテ之ヲ成就セシムルトハ敢テ之ヲ問ハサルモノト推定スルヲ可ナリトスルヲ以テナリ然レトモ請負人ハ註文者ノ爲メ仕事ノ結果ヲ生セシメサル限ハ其責任ヲ免カルルコトヲ得サルト同時ニ其責任ハ自己ノ代理人又ハ使用人ヲシテ仕事完成ノ任ニ當ラシムルカ爲メ加重セラレ若クハ減輕セラルルコトナキハ勿論ナルヲ以テ請負人ハ自己ノ故意過失ニ付キテ責任ヲ負フト同一ノ制限條件ニ從ヒ此等仕事ノ完成上ニ於テ利用シタル代理人使用人ノ故意過失ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラス從テ請負人ハ使用人ノ選任ヲ誤リタルト否ト又事業ノ監督ヲ怠リタルト否トニ拘ハラス註文者ニ對シテ責任ヲ負フモノニシテ民法第七百十五條ノ規定ハ此場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得サルモノトス

第二　目的物ニ關スル權利ノ得喪及ヒ危險負擔

註文者カ仕事ノ材料ヲ請負人ニ供シテ新タニ器物器械ヲ製作セシメ又ハ加工改造ヲ爲サシムル場合ニ請負人ノ加ヘタル工作ノ價カ材料ノ價ニ著シク超過セサルトキハ工作物ハ註文者ノ所有ニシテ請負人ノ所有ニ屬セサルハ何人モ異論ナキ所ナリ然レトモ工作ノ價カ著シク材料ノ價ニ超過シタル場合ニ於テハ請負人一旦加工物ノ所有權ヲ取得シ更ニ引渡ニ因リ之ヲ註文者ニ移轉スルモノナリヤ否ヤハ較ヤ疑ハシキ問題ニ屬シ之ヲ肯定スル論者ナキニアラスト雖モ此場合ニ於テモ加工物ハ註文者ノ所有ニ屬シ請負人ハ加工ニ因リ其所有權ヲ取得セサルモノトスルヲ正當ノ見解ナリト信ス何トナレハ請負人ハ註文者ノ爲ニ註文者ノ材料ニ工作ヲ加フルモノナレハ其加工ハ註文者自身ニ之ヲ爲シタルト同一ノ效力ヲ生スルモノニシテ註文者カ加工ノ利益ヲ享有スルハ請負契約ニ因リ請負人ヲシテ自己ノ利益ニ於テ仕事ヲ完成セシムルノ權利ヲ有スルノ結果ニ外ナラサルヲ以テナリ從テ法律上ノ原因ナクシテ他人ノ物ニ加工ヲ爲シタル場合ニ適用スヘキ民法第二百四十六條ノ規定ヲ以テ請負ニ因ル加工ノ效力ヲ律スルハ正鵠ヲ得タルモノト謂フヲ得ス故ニ註文者ノ供シタル材料カ加工物ノ基礎ヲ爲スニ於テハ加工物ハ常ニ註文者ノ所有ニ歸スヘク請負人カ加工ニ際シ他ノ材料ヲ附合混和シテ之ニ工作ヲ加ヘタル場合ト雖モ尚ホ然リトス例之畫工カ顧客ノ註文ニ因リ絹地ヲ受取リテ之ニ繪ヲ描ク場合ニ畫工カ繪具其他ノ材料ヲ絹地ニ施スモ出來上リタル繪畫ハ顧客ノ所有ニシテ畫工ノ供シタル材料並ニ其工作ノ價カ絹地ノ價ヲ超過スル場合ト雖モ畫工ニ於テ其所有權ヲ取得スルコトナシ

反之請負人カ仕事ノ材料ノ全部又ハ少クモ其基礎ヲ形成スル材料ヲ供シ之ニ工作ヲ加ヘタルトキハ加工物ハ請負人ノ所有ニ歸スヘク註文者カ仕事ノ完成ニ要スル多少ノ材料ヲ供シタル場合ト雖モ其材料タル請負人ノ供シタル材料ニ對シテ補充的性質ヲ有スルニ過キサルトキハ請負人ニ於テ加工物ノ所有權ヲ取得スルコトヲ妨ケサルモノトス例之註文者カ墨繪具ヲ供シ請負人ノ供スル紙類又ハ布類ニ揮毫ヲ爲サシムルカ如シ蓋シ此場合ニ於テハ

仕事ノ材料及ヒ之ニ加ハリタル勞力カ共ニ請負人ノ供シタルモノナル以上ハ請負人ハ一般ノ原則ニ依リ加工物ノ所有權ヲ取得スヘキハ當然ニシテ註文者ニ於テ直接ニ其所有權ヲ取得スヘキ法律上ノ原因ナク註文主ハ唯請負契約ニ基ツキ目的物ノ引渡ニ因リテ其所有權ヲ自己ニ移轉セシムルノ權利ヲ有スルニ過キサルヲ以テナリ故ニ此場合ニ於ケル目的物ノ引渡ハ註文者ト請負人トノ間ニ於テ一ノ物權契約ヲ成スモノトス

仕事ノ目的物カ不動產ナルトキ例之請負人カ家屋ノ裝飾修繕庭園ノ改造ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ仕事ノ結果ハ當然註文者ヲ利シ請負人カ仕事ノ材料ヲ不動產ニ取リ付クルト同時ニ註文者(又ハ其所有者)ニ於テ其材料ノ所有權ヲ取得スルコト註文者自身ニ之ヲ取付ケタルト毫モ異ナルコトナシ而シテ此場合ニ於テ註文者カ材料ノ所有權ヲ取得スルハ其材料カ不動產ニ附合スルカ爲ニシテ材料ノ所有權カ請負人ヨリ註文者ニ移轉シタルカ爲ニハアラス例之家屋ノ柱ノ取替壁ノ塗替天井板ノ張替ヲ爲スカ如シ然レトモ不動產以外ニ於テ一物ヲ成スモノハ其不動產ニ定著スルト否トニ拘ハラス其取付ハ引渡ノ行爲トシテ其所有權請負人ヨリ註文者ニ移轉スルモノト解スルヲ可ナリトス例之戸障子庭木庭石ノ如シ

家屋其他ノ建物ノ新築カ請負契約ノ目的タル場合ニ其家屋建物ハ何レノ時ヲ以テ註文者ノ所有ニ歸スルヤニ付キテハ學者間議論ノ存スル所ニシテ其多數ハ家屋建物ノ引渡ト共ニ註文者其所有權ヲ取得スト爲スモノノ如シ此說ニ依ルトキハ新築ノ家屋建物ハ一旦請負人ニ於テ其所有權ヲ取得シ請負人ハ引渡ニ因リ其所有權ヲ註文者ニ移轉スルコトトナルヘク此說ノ因テ生スル主タル理由ハ請負人ハ目的物ノ引渡迄ハ之ニ關スル危險ヲ負擔シ其引渡ニ因リテ註文者危險ヲ負擔スルニ依リ危險移轉ノ時期ト所有權移轉ノ時期トヲ同一ナラシムルヲ可ナリトスト云フニ在リ然レトモ此說ハ請負契約ノ性質ト取引上ノ觀念ニ反スルモノト信ス蓋シ請負契約ハ註文者ノ爲ニ仕事ヲ完成スルヲ以テ目的トシ請負人ノ完成スル仕事ノ結果ハ註文者ヲ利スヘキモノナルハ疑ヲ容レス而シテ請負人カ註文者ノ所有ニ屬スルカ若クハ少ナクモ其占有ニ屬スル土地ニ材料ヲ定著セシメテ建築ヲ爲ス場合ニ於テ

ハ其材料ハ土地ト一體ヲ爲シテ獨立ノ存在ヲ有セサルニ至リタルモノナルヲ以テ請負人ハ動産トシテ其所有權ヲ保有スルコトヲ得サルハ論ヲ俟タス然レトモ其材料ハ請負人ニ於テ之ヲ供シ且其勞力ニ依リテ之ヲ土地ニ定著セシメタルモノナレハ其材料カ不動産ニ變シタル後ト雖モ請負人ニ於テ其所有權ヲ保有スルモノト爲スハ一見不可ナキカ如シト雖モ元來請負人ハ註文者ノ爲ニ材料ト工作トヲ供スルモノニシテ自己ノ利益ノ爲ニ之ヲ爲スモノニアラサルヲ以テ請負人ノ工作ノ結果ハ直接ニ註文者ヲ利スルコト尙ホカラス換言スレハ動産ノ製作ニ在リテハ請負人ハ自己ノ材料ニ自己ノ工作ヲ加ヘテ自カラ工作物ノ所有權ヲ取得シ更ニ之ヲ註文者ニ移轉スルニ反シ不動産ノ工作ニ在リテハ請負人ハ土地又ハ建物ニ材料ヲ定著セシムルニ因リ直接ニ註文者ヲシテ其所有權ヲ取得セシムルヲ目的トシ請負人ハ要スルニ註文者ニ代リテ勞務ニ從事スルモノニ外ナラサルヲ以テ註文者ハ請負人カ其材料ヲ土地又ハ建物ニ定著セシムルニ從ヒ漸次ニ其所有權ヲ取得シ至

工事ノ竣成又ハ其引渡ヲ待テ初メテ其所有權ヲ取得スルモノニアラス故ニ請負契約ニ因リ家屋其他ノ建物ヲ新築スル場合ニ於ケル註文者ノ權利取得ハ所有權ノ繼承取得ニアラス註文者カ請負人ヲシテ自己ノ利益ノ爲ニ勞務ヲ供セシムルニ因リテ完成スル一種ノ原始取得ニ屬スルモノトス而シテ此理論ハ既存ノ建物ニ材料ヲ取リ付ケテ修繕改造ヲ爲ス場合ト土地ニ材料ヲ定著セシメテ建物ヲ新築スル場合トニ依テ何等ノ差異アルナク前者ニ付キテ建物ノ所有者ハ直ニ之ニ取付ケタル材料ノ所有權ヲ取得スルモノトスル以上ハ後者ニ付テモ亦請負人カ其材料ヲ註文者ノ占有スル土地ニ定著セシムルト同時ニ註文者其所有權ヲ取得スルモノト解セサルヘカラス如上ノ解說ハ理論上之ヲ支持スルノ根據アルコト前述ノ如クナルノミナラス取引上ノ觀念モ亦此解說ト其揆ヲ一ニスルハ余ノ信シテ疑ハサル所ナリ且我民法カ不動產ノ工事ニ付キ先取特權ヲ請負人ニ與フルヨリ推論スルモ工事ノ結果ハ註文者ヲ利シ請負人ハ唯其工作ノ目的トナリタル土地又ハ建物ニ對シ優先權ヲ行フニ過キサルコトヲ知ルニ足ル而シテ危險ノ移轉ニ關スル原則

ハ此問題ヲ解決スルニ付キテ看過スヘカラサル有力ナル材料タルハ疑ヲ容レスト雖モ目的物ノ所有權カ其危險ト共ニ移轉スルハ一般ノ原則タルニ止マリ法律行爲竝ニ目的物ノ性質如何ニ依リ例外ノ場合ヲ生スルハ免カルヘカラサルノ數ナルヲ以テ必ラスシモ此原則ノミニ依ルコトヲ得サルヲ以テ之ヲ唯一ノ理由トシテ請負ノ場合ニ於ケル所有權移轉ノ時期ヲ定ムルハ不可ナリト信ス

仕事ノ目的物アル場合ニ其目的物竝ニ仕事ノ完成ニ關スル危險ハ何人カ之ヲ負擔スヘキヤノ問題ニ付キテハ仕事ノ完成ニ關スル危險ハ請負人之ヲ負擔シ請負人カ目的物ヲ註文者ニ引渡シ又ハ其引渡ヲ要セサル場合ニ於テハ仕事ヲ完成シタル時ヲ以テ註文者ニ於テ危險ヲ負擔スルヲ原則トス然レトモ此問題ハ請負人ノ完成スル仕事ノ性質ニ依リ必ラスシモ其歸趨ヲ同フスルモノニアラサルヲ以テ各種ノ請負ニ付キ之ヲ研究スルノ必要アリ依テ余ハ場合ヲ分チテ說明スヘシ

仕事ノ目的物ナキトキ又ハ目的物アルモ引渡ヲ要セサルトキ例之音樂ヲ演奏シ屋蓋ヲ修繕シ又ハ斬髮ヲ爲スカ如キ場合ニ於テハ當事者間ノ權利關係ハ民法第五百三十六條ノ規定ニ從ヒ之ヲ定ムルコトヲ要ス從テ請負人ハ仕事ノ完成ニ因リテ其責任ヲ免カルルモ不可抗力ニ因リ仕事ヲ完成スルコト能ハサルニ至ルトキハ報酬ヲ請求スルノ權利ヲ失フモノトス

仕事ノ目的物アリテ引渡ヲ要スルトキ例之器物ヲ製造シ家屋ヲ建築スルカ如キ場合ニ其目的物ハ註文者ノ所有ニ係リ請負人ハ之ニ工作ヲ加ヘテ註文主ニ引渡スヘキ場合ニ請負人カ工作ヲ終ラサルニ先タチ目的物カ滅失シタルトキハ請負人ハ引渡ノ義務ヲ免カルルモ其報酬ヲ請求スルヲ得ス工作ノ終了後引渡前ニ於テ目的物カ滅失シタル場合ニ付キテモ亦同一ノ原則ヲ適用スヘキモノトス蓋シ此場合ニ於テハ第五百三十四條ヨリ類推シテ註文者ハ危險ヲ負擔スヘキモノトスルヲ可ナリトスルカ如シ何トナレハ其目的物ハ特定シ工事ノ完成ニ因リテ其引渡義務ノミ殘存スル場合ナレハ債權者タル請負人ヲシテ危險ヲ負擔セシムルハ第五百三十四條ノ精神ニ適スルモノナレハナリ又請負人カ材料ヲ供スル場合ト雖モ其目的物カ代替シ得ヘカラ

サルモノナルトキハ仕事ノ完成ト共ニ目的物ハ特定シ請負人ノ負擔ヌル債務ハ特定物ノ債務ナルヲ以テ假令其所有權ハ引渡ニ依リテ註文者ニ移轉セサルモ尙ホ註文者ヲシテ其危險ヲ負擔セシムルヲ可ナリトスヘキカ如シ然レトモ請負ノ場合ニ於テハ註文者ハ目的物ノ引渡ニ依リ請負人ノ爲シタル仕事ノ結果ヲ檢認スルコトヲ得ルモノニシテ引渡前ニ於テハ其仕事カ果シテ豫期ノ結果ヲ生シタルヤ否ヲ知ルコトヲ得サルヤ明ナリ然ルニ註文者ヲシテ其引渡前ニ於テ目的物ニ關スル危險ヲ負擔セシムルハ公平ヲ失スルモノト謂ハサルヘカラス是レ目的物ノ特定スル場合ト雖モ其引渡アルマテハ尙ホ請負人ヲシテ之ニ關スル危險ヲ負擔セシムル所以ナリ又仕事ノ目的物カ代替的性質ヲ有スルトキ換言スレハ註文者カ一度請負ノ目的物ヲ製作スルモ必ラスシモ其物ヲ引渡スコトヲ要セス他ノ物ヲ以テ之ニ代ユルノ自由ヲ享有スルトキハ其債務ハ不特定物ノ引渡ヲ目的トスルモノナレハ之ニ關スル危險ハ引渡ニ依リテ註文者ニ移轉スルハ勿論ナリ然レトモ此場合ニ於テハ民法第五百三十四條第二項ノ規定ニ依リ第四百一條第二項ノ條件ヲ充タシタルトキハ註文者ニ於テ其危險ヲ負擔スルヲ相當ナリトスヘク何レノ場合ニ於テモ註文者カ目的物ノ受取ニ付キテ遲滯ニ在ルトキハ引渡前ト雖モ註文者ニ於テ危險ヲ負擔スヘキハ論ヲ俟タス

請負人ハ仕事ヲ完成シタル上目的物ヲ註文者ニ引渡ス迄ハ之ニ關スル危險ヲ負擔スルヲ以テ例之甲、乙ノ註文ヲ受ケテ家屋ノ建築ニ著手シ既ニ其大部分ノ工事ヲ遂行シ又ハ既ニ之ヲ竣成シタル場合ト雖モ其家屋カ火災ノ爲ニ全部又ハ一部滅失シタルトキハ請負人ニ對シテ報酬ヲ請求スルコトヲ得サルヲ以テ請負人ハ其勞力ト材料トヲ併セテ空費シ一物モ得ルコト能ハサルニ至リ請負人ニ對シテ極メテ苛酷ナル結果ヲ生スルヲ免カレス是レ請負カ仕事ノ完成ヲ目的トシ仕事ヲ完成スルニアラサレハ報酬ヲ請求スルコトヲ得サルヨリ生スルモノナルヲ以テ此結果ヲ避クルカ爲メニハ危險ノ負擔ニ關シ特約ヲ爲スノ外他ニ道ナシトス獨逸民法ノ下ニ在テハ獨逸ノ普通法ノ觀念ニ從ヒ不可抗力カ註文者ノ方面ニ於テ生シタル場合ト請負人ノ方面ニ於テ生シタル場合トヲ區別シ前キノ場合ニ於テハ註文者ヲシテ危險ヲ負擔

セシメ後ノ場合ニ於テハ請負人ヲシテ之ヲ負擔セシムヘシト論スル學者アルモ此區別ハ獨逸民法ノ認メサル所ナルヲ以テ他ノ學者ハ一般ニ之ヲ排斥スル所ナリ

仕事ノ完成カ註文者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能トナリタルトキ例之仕事ノ完成カ註文者ノ指圖又ハ材料ノ性質ニ因リ全部又ハ一部不能トナリ又ハ加工改良ヲ爲スヘキ仕事ノ目的物カ註文者ノ過失ニ因リ滅失又ハ毀損シタルカ如キ場合ニ於テハ請負人ハ民法第五百三十六條第二項ノ規定ニ依リ報酬ヲ請求スルノ權利ヲ失ハサルモノトス

第三　擔保義務

請負ノ目的タル仕事カ材料ヲ要スル場合ニ請負人カ其材料ヲ供シタルトキハ之ヲ註文者ニ引渡シテ其所有權ヲ註文者ニ移轉スルノ義務ヲ負擔スルヲ以テ請負人ハ其讓渡シタル權利ノ欠缺ヨリ生スル擔保責任ヲ負フト同時ニ目的物ノ瑕疵ニ付キテモ又擔保ノ責ニ任スヘキハ勿論ニシテ賣主ノ擔保責任ニ關スル一般ノ原則ハ此場合ニ之ヲ適用スヘキモノナルコトハ請負ノ性質及ヒ民法第五百五十九條ノ規定ニ徴シテ明カナリ然レトモ民法ハ仕事ノ目的物ノ瑕疵ニ付キ第六百三十四條以下ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケタルヲ以テ目的物ノ瑕疵ヨリ生スル當事者間ノ權利關係ハ專ラ此等ノ特別規定ニ從ヒ之ヲ定ムルコトヲ要ス依テ余ハ請負人ノ瑕疵擔保ノ責任ト瑕疵ヨリ生スル請求權行使ノ期間ニ區別シテ之ヲ說明スヘシ

一　請負人ノ瑕疵擔保ノ責任

瑕疵トハ物ノ價格ヲ減スヘキ物ノ欠點及ヒ物ノ性質上又ハ當事者ノ意思ニ依リテ豫期セラレタル物ノ效用ヲ不完全ナラシムヘキ物ノ缺點ヲ謂フコトハ賣買ノ效力ヲ論スルニ當リ既ニ一言セル所ナリ而シテ民法第六百三十四條ニ所謂目的物ノ瑕疵ニ付キテモ亦物ノ價格ト物ノ效用トヲ標準トシテ瑕疵ノ有無ヲ決定スルコトヲ要ス換言スレハ請負ノ目的タル材料カ其價格ヲ減スヘキ缺點ヲ有シ又ハ物ノ性質上又ハ當事者ノ意思ニ因リテ定マレル效用ヲ妨クヘキ缺點ノ存スルニ於テハ請負人ハ之ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラス而シテ民法第六百三十四條以下ノ規定ニ依ルトキ

ハ目的物ニ瑕疵アル場合ニ請負人カ註文者ニ對シテ負擔スル所ノ義務ハ左ノ如シ

甲　瑕疵ノ修補　仕事ノ目的物ニ瑕疵アルトキハ註文者ハ請負人ニ對シ相當ノ期間ヲ定メテ其瑕疵ノ補修ヲ請求スルコトヲ得例之請負人カ腐朽シタル木材其他註文品ト異ナリタル材料ヲ使用シテ請負ノ目的タル家屋ヲ築造シ又ハ請負ノ目的タル石垣ノ工事ニ極メテ軟弱ナル石材ヲ使用シ又ハ材料其者ニハ缺點ナキモ**工事**ノ設計仕樣ニ缺點アリタル場合ニ於テハ註文者ハ相當ノ期間ヲ定メテ不完全ナル材料ヲ完全ナルモノト取替ヘ又ハ工事ノ不完全ナル箇所ヲ改修シテ之ヲ完全ノモノト爲スヘキコトヲ要求スルコトヲ得ヘシ是レ賣買ノ場合ト異ナル所ナリ何トナレハ賣買ニ在リテハ民法ハ單ニ代價ノ減額契約解除損害賠償ノ權利ヲ買主ニ認ムルニ止マリ目的物ノ瑕疵ヲ補修スルノ權利ヲ之ニ附與セサルヲ以テナリ然レトモ瑕疵カ重要ナラサル場合ニ過分ノ費用ヲ投シテ之カ補修ヲ爲サシムルハ請負人ニ對シテ苛酷ニ失スルノミナラス之カ爲メ費用ト勞力トヲ空費シ其得ル所却テ失フ所ヲ償フニ足ラサルヲ以テ國家經濟ノ上ニ於テモ亦不利ナル結果ヲ生スルヲ免レス故ニ此場合ニ於テハ註文者ハ單ニ其瑕疵ヨリ生シタル損害ノ賠償ヲ請負人ニ請求スルコトヲ得ルニ止マリ其補修ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス是レ民法第六百三十四條第一項ニ規定スル所ニシテ瑕疵ノ補修カ目的物ノ性質上不能ナル場合ニ於テモ亦同一規定ヲ適用スヘキモノトス而シテ其瑕疵ノ重要ナルヤ否ヤ又其補修ニ要スル費用ノ過分ナルヤ否ヤハ各場合ニ於ケル瑕疵ノ性質如何ニ依リテ定マルヘキ**事實上ノ問題**ニシテ爭ノ生シタル場合ニハ裁判所ノ裁判ヲ受クヘキモノトス

乙　損害ノ賠償　註文者ハ瑕疵ニ對シテ其瑕疵ヨリ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ註文者ハ場合ニ從ヒ瑕疵擔保ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ請負人ニ對シテ其瑕疵ヨリ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ之カ爲ニ生シタル損害ノ賠償ヲモ併セテ請求スルノ權利ヲ有ス是レ民法第六百三十四條第二項ニ規定スル所ナリ

リ而シテ同條ハ民法第五百三十三條ノ履行拒絶ニ關スル規定ヲ此場合ニ準用セルヲ以テ註文者ハ請負人ニ支拂フヘキ報酬金額中損害賠償トシテ請求スヘキ金額ニ相當スル部分ニ付キテハ支拂ヲ拒絶シ之ヲ自己ノ掌裡ニ抑留スルノ權利ヲ有シ報酬カ不可分ナルトキハ其全部ノ支拂ヲ拒絶スルコトヲ得ヘシ

丙　契約ノ解除　仕事ノ目的物ニ瑕疵アリテ之カ爲ニ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ註文者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得是レ第六百三十五條ニ規定スル所ニシテ瑕疵擔保ノ責任ニ關スル一般ノ原則ノ適用ナリ然レトモ請負ノ目的物カ建物其他土地ノ工作物ナルトキハ契約解除ノ結果請負人ハ建物其他ノ工作物ヲ收去セサルヘカラサルニ至リ經濟上不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ民法ハ此種ノ請負契約ニ付テハ註文者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得サルモノトセリ從テ註文者ハ仕事ノ目的物ノ瑕疵ニ對スル救濟トシテハ前項ニ揭ケタル方法ニ依ラサルヘカラサルヤ明カナリ而シテ民法第六百三十五條第二項ノ規定ハ工事ノ保護ヲ目的トスル公益上ノ理由ニ基ツクヲ以テ當事者ハ特約ヲ以テ其適用ヲ除外スルコトヲ得ス

請負人ハ仕事ノ目的物ノ瑕疵ニ付キテ責任ヲ負フモ此原則ニハ例外アリ卽チ左ノ如シ

甲　瑕疵カ註文者ヨリ供シタル材料ノ性質又ハ註文者ノ與ヘタル指圖ニ因リテ生シタルトキ　仕事ノ目的物ノ瑕疵カ註文者ヨリ供シタル材料ノ性質又ハ註文者ノ與ヘタル指圖ニ因リテ生シタルトキハ請負人ハ之ニ對シテ責任ヲ負ハサルモノトス何トナレハ此場合ニ於ケル目的物ノ瑕疵ハ全ク註文者ノ所爲ニ基因シタルモノニシテ請負人ノ所爲ヨリ生シタルモノニアラサルヲ以テ之ヲシテ債務不履行ノ責ニ任セシムヘキ理由ナケレハナリ然レトモ請負人カ既ニ請負契約ニ因リ仕事ノ完成ヲ約シタル以上ハ善意誠實ニ其遂行ニ從事スルノ責務アルハ勿論ナルヲ以テ註文者ヨリ供シタル材料又ハ其指圖ノ不適當ナルコトヲ覺知シタルトキハ速カニ之ヲ註文者ニ通告シ其材料及ヒ指圖ノ變更ニ因リ目的

物ノ瑕疵ヲ未然ニ豫防スルノ用意ナカルヘカラス然ルニ請負人カ其材料又ハ指圖ノ不適當ナルヲ知リナカラ之ヲ註文者ニ告ケサルハ債務ノ履行ニ關シテ其當サニ用フヘキ注意ヲ怠リタルモノニシテ請負人トシテノ義務ニ違背シタルモノナレハ之ニ對シテ責任ヲ負ハシムルヲ相當ナリトス是レ第六百三十六條但書ノ規定アル所以ナリ

乙 無擔保ノ特約アルトキ　請負人カ目的物ノ瑕疵ニ付キ其責ヲ負ハサル旨ヲ特約シタルトキハ其特約ハ有效ニシテ請負人ハ目的物ノ瑕疵ヨリ生スル一切ノ責任ヲ免カルル蓋シ請負人カ目的物ノ瑕疵ニ付キ責ヲ負フヤ否ヤハ當事者ノ利害ニ關スル問題ニシテ公ノ秩序ニ關スルモノニアラサルヲ以テ其特約ニ效ヲ與フルハ毫モ不可ナシトス然レトモ請負人カ現ニ目的物ニ瑕疵アリタルコトヲ知ルニ拘ハラス之ヲ註文者ニ告ケスシテ無擔保ノ特約ヲ爲スハ純然タル詐欺ニシテ公ノ秩序ニ反スルモノナレハ其現ニ知リタル瑕疵ニ付キテハ特約ハ其效ナク請負人ハ之ニ對シテ責任ヲ免カルルコトヲ得サルモノトス是レ第六百四十條ニ規定スル所ナリ而シテ同條ノ規定ハ主トシテ既往ニ於テ遂行シタル工事ノ瑕疵ニ付キ無擔保ノ特約アリタル場合ニ適用スヘキモノニシテ將來遂行スヘキ仕事ニ付キ將來ニ於テ生スヘキ瑕疵ニ付キ無擔保ノ特約ヲ爲ス場合ニ於テハ仕事ノ瑕疵カ過失ヨリ生スル場合ニ付キ責任ヲ免除スル契約ハ有效ナルモ故意ヨリ生スル瑕疵ニ付キテハ豫シメ其責任ヲ免除スルノ契約ハ無效ナリトス

二　瑕疵ヨリ生スル請求權

目的物ノ瑕疵ヨリ生スル瑕疵ノ補修、損害ノ賠償、契約解除ノ請求權ハ請負契約ヨリ生スル當事者間ノ債權關係ヲ基本トシ債權ト運命ヲ同フスヘキモノナルヲ以テ民法總則ノ規定ニ依レハ十箇年ヲ以テ消滅時效ニ罹ルヘキモノトス然レトモ民法ハ此等特種ノ請求權ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケ其權利行使ノ期限ヲ制限シタリ卽チ左ノ如シ

甲 瑕疵修補損害賠償及ヒ契約解除ノ請求權ハ一箇年ノ豫定期間內ニ之ヲ行使スルコトヲ要シ此期間ヲ經過シタルトキハ註文者ノ權利ハ消滅

ス而シテ一箇年ノ期間ノ起算點ハ工事ノ目的物ヲ註文者ニ引渡スコトヲ要スル場合ニハ其引渡ノ時トシ之カ引渡ヲ要セサルトキハ仕事終了ノ時トス蓋シ註文者ハ目的物ノ引渡又ハ工事終了ノ時ヲ以テ目的物ノ狀態ヲ檢閱シ瑕疵ノ有無ヲ確認シタル以上法律ニ認許スル救濟ノ手段ヲ執ルコトヲ要シ之ヲ等閑ニ付スルハ其權利ノ行使ヲ怠ルモノニ外ナラサルヲ以テ民法ハ之ヲ以テ註文者ノ失權ヲ來タスヘキ期間ノ起算點ト爲シタルモノナリ又此期間ヲ一箇年ニ短縮シタルハ請負人ヲシテ永ク擔保責任ヲ負ハシムルニ於テハ當事者間ノ權利關係ヲ不確定ノ地位ニ置キ請負人ニ對シテ苛酷ナル結果ヲ生スルノミナラス瑕疵ノ有無大小ハ工事ノ終了又ハ目的物引渡ノ當時ニアラサレハ之ヲ確認シ得ヘカラサル場合往々ニシテ之アルヲ以テ工事ノ終了又ハ目的物ノ引渡ヲ隔ツル數年ノ後ニ於テハ證據堙滅シ事實ノ眞相ヲ發露シテ適切ナル判斷ヲ下スコトハ極メテ困難ナルヲ以テナリ是レ民法ハ一箇年ノ短カキ期間内ニ目的物ノ瑕疵ニ對スル救濟ヲ求ムルノ責任ヲ註文者ニ負ハシメ其間ニ於テ當事者間ノ權利關係ヲ確定スルコトニ留意シタル所以ナリ

（第六百三十七條）

乙　土地ノ工作物ノ請負人ハ其工作物又ハ地盤ノ瑕疵ニ付テハ引渡後五年間ハ其擔保ノ責ニ任ス是レ前項ニ揭ケタル原則ノ例外ナリ蓋シ一方ニ於テ土地ノ工作物ノ瑕疵ハ註文者ニ對シテ頗ル重大ナル結果ヲ生スルノ危險アルノミナラス其瑕疵ハ速カニ之ヲ發見スルコト能ハサル場合往々ニシテ之アルヲ以テ若シ前項ニ揭クル原則ニ從ヒ一箇年經過後請負人ハ全然擔保責任ヲ免カレ得ヘキモノトスルトキハ其期間内ニ於テ瑕疵ヲ發見スルコトヲ得サル註文者ハ終ニ其權利ヲ行使スルニ由ナク請負人ノ擔保ノ責任ハ名アリテ其實ナキニ至リ註文者ニ對シテ頗ル不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ民法ハ此種ノ請負ニ付キテハ豫定期間ヲ延長シテ五年トシ其期間内ハ請負人ヲシテ擔保ノ責任ヲ負ハシメ註文者ヲシテ其間ニ目的物ノ瑕疵ニ對スル救濟ヲ求ムルコトヲ得セシムルコトト爲シタルモノニシテ五年ノ期間ハ註文者ヲシテ工作

物ノ瑕疵ヲ發見シテ之ニ對スル救濟ヲ求ムルコトヲ得セシムルニ充分ナリト認メタルモノナリ而シテ石造土造煉瓦造又ハ金屬造ノ工作物ニ於テハ其工事ハ極メテ堅牢ニシテ耐久ノ性質ヲ有スルコトヲ必要トスルト同時ニ其瑕疵モ亦之ヲ發見スルコト一層困難ナルヲ以テ請負人ノ擔保責任モ亦從テ普通ノ工作物ニ於ケルヨリモ一層大ナリトス是レ民法カ此種ノ工作物ニ付キ更ニ其擔保責任ノ期間ヲ延長シテ十箇年ト爲シタル所以ナリ

工作物ノ瑕疵ニ付キ註文者ノ爲ニ請負人ノ擔保責任ニ服スル期間ヲ延長シタルハ要スルニ註文者ノ利益ニ於テ瑕疵ヲ發見スルカ爲ニ必要ナル期間ヲ存スルニ外ナラサルヲ以テ工作物ノ瑕疵カ其滅失又ハ毀損ニ因リテ實現シタルトキハ註文者ハ容易ニ其瑕疵ヲ發見スルヲ得ヘキヲ以テ速カニ其權利ヲ行使シテ當事者間ノ權利關係ヲ確定スルノ必要アリ故ニ此場合ニ於テハ註文者ハ更ニ一般ノ原則ニ戻リ其滅失又ハ毀損ノ時ヨリ一箇年內ニ瑕疵ノ修補又ハ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ要シ此期間ヲ經過スルトキハ其權利ハ消滅スヘキモノトス但瑕疵ノ爲メ契約ヲ爲シタル所以ノ目的ヲ達スルコト能ハサル場合ト雖モ註文者ハ第六百三十六條ノ規定ニ依リ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ス唯一箇年ノ豫定期間內ニ其瑕疵ノ補修又ハ損害賠償ヲ請求スルノ權利ヲ行使スルコトヲ得ルニ止マル是レ民法第六百三十八條第二項ニ「第六百三十四條ノ權利ヲ行使スルコトヲ要スト規定シ第六百三十五條ノ權利行使ヲ除外セル所以ナリ

請負人ノ瑕疵擔保ノ責任ヨリ生スル註文者ノ請求權行使ニ附シタル民法第六百三十七條及第六百三十八條第一項ノ期間ノ制限ハ當事者ニ別段ノ意思表示ナキ場合ニ適用スヘキ一般ノ原則タルニ過キサルヲ以テ當事者ハ特約ヲ以テ其期間ヲ伸縮スルコトヲ得此場合ニ於テハ當事者ノ定メタル期間ノ滿了ニ因リ請負人ハ瑕疵擔保ノ責任ヲ免カレ註文者ハ之ニ對スル請求權ヲ喪失スルモノトス蓋シ請負人カ瑕疵擔保ノ責任スル期間ノ長短ハ要スルニ各當事者ノ利害ニ關スル問題ニシテ多少

之ヲ伸縮スルノ必要アルヲ以テナリ然レトモ期間ノ伸張ハ普通時效ノ期間内ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要シ其以外ニ渉ルコトヲ得ス何トナレハ斯クセサルニ於テハ法律カ時效ノ制度ヲ設ケタル所以ノ趣旨ニ反シ公益ヲ害スルノ結果ヲ生スヘケレハナリ

第三節　請負ノ終了

請負ハ左ノ事由ニ因リテ終了ス

第一　請負人カ請負ノ目的タル仕事ヲ完成シ又ハ仕事ノ目的物アル場合ニ仕事ヲ完成シタル上目的物ノ引渡ヲ爲シタルトキ

請負契約ハ契約ヨリ生スル債務ノ辨濟ニ因リテ終了スルハ一般債權契約ニ同シ

第二　請負ノ目的タル仕事ノ完成カ不能トナリタルトキ

給付ノ不能モ亦契約ノ效力ヲ消滅セシムル原因ノ一ニ居ル然レトモ其不能トナリタルコトニ付キ請負人カ其責ニ任スヘキトキハ請負人ハ仕事ノ完成ニ代ヘテ損害ノ賠償ヲ爲スヘキモノトス

第三　請負契約カ解除セラレタルトキ

請負契約ノ當事者ハ契約解除ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ契約當時留保シタル解除權ニ因リ又ハ相手方ノ債務不履行ヲ理由トシテ請負契約ヲ解除スルコトヲ得ヘク請負ハ解除ニ因リテ終了スヘキモノトス然レトモ民法ハ註文者ノ爲メニ特別ノ解除權ヲ認メ民法第六百四十一條ニ於テ「請負人カ仕事ヲ完成セサル間ハ註文者ハ何時ニテモ損害ヲ賠償シテ契約ヲ解除スルコトヲ得」ト規定セリ是レ請負契約ノ性質ヨリ生スル結果ニシテ請負ハ普通註文者ノ利益ノ爲ニ爲スモノニシテ請負人カ自己ノ利益ノ爲ニ爲ス仕事ノ完成ヲ希望セサル以上ハ強ヒテ之ヲ完成スルノ必要ナキノミナラス請負人モ亦損害ノ賠償ヲ受クル以上ハ之ニ對シテ苦情ヲ唱フヘキ理由ナケレハナリ然レトモ註文者カ解除權ヲ行フニハ仕事ノ完成前ニ之ヲ爲スコトヲ要シ請負人カ仕事ヲ完成シタルトキハ最早ヤ此權利ヲ行フコトヲ得ス蓋シ此場合ニ於テハ契約ノ解除ヲ許スモ何等ノ實益ナキヲ以テ註文者ノ爲メニ此例外的權

利ヲ認ムルノ必要ナケレハナリ

第四 註文者カ破産シタルトキ

註文者カ破産シタルトキハ註文者ハ報酬ヲ支拂フコト能ハサルニ至リ玆ニ當事者間ニ於テ請負ノ關係ヲ繼續スル能ハサルノ事情ヲ生シタルモノト謂ハサルヘカラス故ニ此場合ニ於テハ法律ハ請負人ヲシテ自己ノ利益ヲ防衛スルカ爲ノ必要上請負契約ヲ解除スルコトヲ得セシムルト同時ニ破產管財人ヲシテ破產財團ノ利益ノ爲メ同一ノ權利ヲ行使スルコトヲ得セシムルヲ是レ賃貸借ニ關スル第六百二十一條及ヒ雇傭ニ關スル第六百三十一條ト其精神ヲ同フスルモノナリ故ニ各當事者ハ解約ノ爲ニ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス然レトモ此場合ニ於テハ請負ノ目的タル仕事ハ未タ完成セスシテ其半途ニ於テ終了スルヲ以テ一般ノ原則ニ依レハ請負人ハ報酬ヲ請求スルコトヲ得サルニ至ルヘシ是レ請負人ノ爲ニ極メテ不利ナリトス故ニ契約ノ解除ハ單ニ將來ニ向テ其效力ヲ失フモノトシテ請負人ノ爲シタル仕事ノ割合ニ應シテ之ニ報酬ノ請求權ヲ與ヘ且其報酬中ニ包含セサル費用(例之材料ノ運搬費其他報酬以外ニ於テ註文者ノ負擔スヘキ材料勞務ノ對價)ニシテ請負人ノ支出シタルモノハ之ヲ請負人ニ償還スルコトヲ要ス是レ民法第六百四十二條但書ヲ以テ此種ノ請求權ニ付キ請負人ヲシテ財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得セシムル所以ナリ

第十一章 委任

第一節 委任ノ性質

民法第六百四十三條ノ規定ニ依ルトキハ委任ニ付キテハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

委任ハ當事者ノ一方カ法律行爲ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スル契約ナリ

今此定義中ニ包含スル委任ノ概念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一 委任ハ契約ナリ

委任ノ成立ニハ當事者ノ一方卽チ委任者ト相手方卽チ受任者トノ間ニ於テ

受任者ニ法律行爲ヲ爲スコトヲ委託セントスル委任者ノ意思ト其委託ニ應シテ法律行爲ヲ爲サントスル受任者ノ意思トノ合致即チ契約アルコトヲ必要トス而シテ(一)此契約ハ當事者ノ意思表示ノミニテ其效ヲ生シ其意思表示ニ付キ別段方式ノ定メナキヲ以テ不要式契約ナリ(二)此契約ハ當事者間ノ意思表示ノミヲ以テ成立シ契約成立ノ前提要件トシテ當事者ノ一方ニ於テ現ニ或給付ヲ爲スコトヲ要セサルヲ以テ諾成契約ナリ(三)此契約ハ無償ナルヲ以テ其性質ト爲スモ無償ナルコトハ委任契約ノ成立要件ニアラス從テ委任者ハ受任者ニ對シテ有效ニ報酬ノ支拂ヲ約スルコトヲ得ヘク此場合ニ於ケル委任契約ハ有償契約タルノ性質ヲ有スルモノナリ(四)委任契約ハ其性質ニ於テハ片務契約ナリ故ニ委任契約ヨリ生スル效力トシテハ受任者ノミ給付義務ヲ負擔スルコトナシ然レトモ委任者モ亦委任事務處理ノ結果トシテ受任者ニ對シテ立替金ノ償還其他ノ債務ヲ負擔シ是等ノ義務ハ委任契約ヨリ生スルモノナレハ雙務契約ヲ以テ契約ノ效力ニ因リ當事者雙方債務ヲ負擔スル契約ナリトスルトキハ委任

契約モ亦常ニ雙務契約タルノ性質ヲ有スルモノトス加之無償ナルコトハ委任契約成立ノ要件ニアラサルヲ以テ委任者ハ委任契約ニ因リ受任者ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ債務ヲ負擔スルコトヲ得ルヲ以テ此場合ニ於テハ委任者モ亦委任契約ニ因リ報酬ヲ支拂フノ義務ヲ負擔シ受任者ノ義務ニ屬スル委任事務ノ處理ト委任者ノ義務ニ屬スル報酬トハ相交換スヘキモノナレハ純然タル雙務契約ノ一種ニ屬スルモノナリ但委任契約ニ付キ報酬ノ定メアルトキト雖モ其報酬ハ委任契約ヨリ生スル義務ニアラサルノミナラス委任者ハ委任契約解除ニ因リテ何時ニテモ之ヲ免カルルコトヲ得ヘキヲ以テ委任契約ハ常ニ必ラス片務契約ナリト說ク者アレトモ此說ハ委任契約ヲ以テ必然的ニ無償ナリトセル舊來ノ觀念ニ基キタルモノニシテ我民法ノ解釋トシテハ此說ニ依ルコトヲ得ス有償ノ委任ハ我民法上有償契約ニシテ雙務契約タルヲ妨ケサルモ其賣買貸借雇傭請負ト異ナリ財利ヲ目的トセスシテ他人ノ委託ニ依リ其事務ヲ處理スルヲ以テ主眼ノ目的トスルニ在ルコトハ旣ニ說明セル所タリ

第二　委任ハ當事者ノ一方ヵ法律行爲ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託スル契約ナリ

委任契約ニ在テハ當事者ノ一方カ相手方ニ法律行爲ヲ爲スコトヲ委託スルコト卽チ相手方ヲシテ自己ニ代ハリテ法律行爲ヲ爲サシムル旨ノ意思表示スルコトヲ必要トス是レ委任契約ト他ノ契約トノ間ニ存スル差別ノ點ニシテ委任契約ノ特質ヲ成スモノナリ所謂法律行爲トハ私權ノ得喪變更ヲ目的トスル意思表示ヲ謂ヒ賣買、贈與、交換、貸借、辨濟、更改、其他吾人ノ意思表示カ私法上ノ效力ヲ生スル場合ハ總テ其中ニ包含シ受任者カ委任者ノ名ニ於テ之ヲ爲スト自己ノ名ニ於テ之ヲ爲ストハ委任契約ノ成立ニ何等ノ關係ヲ有セサルモノトス蓋シ受任者カ委任者ノ爲メニ法律行爲ヲ爲スコトヲ委託セラレタル場合ニ其法律行爲ハ多クハ委任者ノ名ニ於テ之ヲ爲スモノナルモ自己ノ名ヲ以テ之ヲ爲スコトモ亦往々ニシテ之レアル所ニシテ何レノ場合ニ在テモ當事者間ニ於テ其法律行爲ヲ爲スコトノ委託ハ委任契約ヲ成立セシムルモノナリ而シテ受任者カ委託ノ旨趣ニ依リ委任者ノ名ヲ以テ法律行爲ヲ爲スコトヲ要シ之カ爲ニ必要ナル權限ヲ授與セラレタルトキハ代理ニ關スル民法總則ノ規定ニ從ヒ受任者ノ行爲ハ本人タル委任者ニ對シテ直接ニ其效力ヲ生スルモノナリ然レトモ代理ト委任トハ一ハ委任者本人ト第三者トノ間ノ法律關係ニシテ他ハ委任者ト受任者トノ間ノ權利關係ニ屬シ二者其法律上ノ性質ヲ異ニスルノミナラス委任ハ代理權發生ノ唯一ノ原因ニアラサルト同時ニ常ニ必ラスシモ受任者ノ代理權ヲ伴フモノニアラサルヲ以テ委任ト代理トハ各獨立シテ成立スルコトヲ得ヘク其間ニ分離スヘカラサル關係ヲ有スルモノニアラス是レ舊民法其他ノ立法例カ委任ヲ以テ代理權ヲ授與スル契約ナリトシタルニ反シ我民法ハ此二者ヲ區別シ法律行爲ヲ爲スコトノ委託ハ受任者ノ代理權ヲ伴フト否トニ拘ハラス總テ委任契約ノ目的タルコトヲ得ヘキモノトシタル所以ナリ

訴訟行爲ハ法律行爲ナルヤ否ヤニ付キテハ學者間議論アリト雖モ余ハ之ヲ目スルニ純然タル法律行爲ヲ以テスルコト能ハサルモノト信ス然レトモ委任ハ法律行爲以外ノ事務ノ委託ヲ目的トスルコトヲ得ルハ後ニ說明スル如

クナルヲ以テ訴訟行爲ノ委任モ亦委任ノ一種トシテ委任ニ關スル法則ノ適用ヲ受クヘキモノトス

委任ハ法律行爲ノ委託ヲ以テ目的トスルコトハ前述ノ如シ所謂委託トハ相手方ニ對シ自己ニ代リテ或行爲ヲ爲スコトヲ囑託スルコトヲ意味シ兩者間ニ於ケル對人的信任關係ヲ基礎トシテ勞務ノ供給ヲ約スルコトハ委任契約ニ必要ナル觀念ニ屬スルコトハ既ニ說明スル所ナリ而シテ委託ノ目的タル法律行爲ノ利益ヲ受クル者ノ委任者タルト受任者タルト第三者タルトハ之ヲ問フノ必要ナシト雖モ少クトモ其法律行爲ハ直接ニ受任者ノ利益ノ爲ミニ爲スヘキモノニアラサルコトヲ要ス何トナレハ其法律行爲カ直接ニ受任者ノ爲メノミニ效力ヲ生スルモノナルトキハ委任者ハ受任者ヲシテ自己ニ代リテ事務ノ處理ヲ爲サシムルニアラスシテ受任者ヲシテ受任者ノ事務ヲ爲サシムルモノニ外ナラス從テ其所謂委託ナルモノハ畢竟助言若クハ忠告タルニ過キサルヲ以テナリ

第三　委任ハ當事者ノ一方カ法律行爲ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スル契約ナリ

**委任契約ノ成立ニハ委任者ニ於テ受任者ヲシテ或法律行爲ヲ爲スコトヲ委託スルノ意思ヲ表示シ受任者ニ於テ委任者ノ委託ニ應シテ其法律行爲ヲ爲スヘキ旨ノ意思ヲ表示スルコトヲ必要トシ此意思表示ナキトキハ契約ハ成立セサルモノトス蓋シ委任契約ニ在テハ受任者ハ委任者ニ對シテ委託ニ係ル法律行爲ヲ爲スノ義務ヲ負擔シ受任者ノ此義務ハ卽チ委任契約ノ實質ヲ成スモノナレハ此義務ヲ負擔スヘキ受任者ノ承諾ヲ必要トスルコトハ敢テ說明ヲ要セサル所ナリ而シテ委任契約ハ法律行爲ノ委託ニ付キ當事者間ニ意思ノ合致アリテ受任者カ其行爲ヲ爲スノ義務ヲ負擔スルニ因リテ成立シ委任者カ受任者ニ對シテ給付義務ヲ負擔スルト否トハ委任契約ノ成立ニ毫モ影響ヲ及ホササルノミナラス民法第六百四十八條ニ依ルトキハ受任者ハ特約アルニアラサレハ委任者ニ對シテ報酬ヲ請求スルコトヲ得サルヲ以テ委任契約ハ無償ニシテ片務ナルコト卽チ委任者ヲシテ受任者ノ爲ス法律行爲ノ處理ニ對シテ何等ノ給付義務ヲ負擔セシメサルヲ以テ其本質トシ其有

償ニシテ雙務ナルコト卽チ委任者ニ於テ報酬支拂ノ義務ヲ負擔スルハ例外ナリトス蓋シ他人ヨリ事務ノ委託ヲ受ケテ之ヲ處理スル者ハ多クハ好意上他人ノ爲ニ勞務ヲ供スルモノニシテ射利ヲ目的トスルモノニアラサルヲ以テ報酬ヲ支拂フノ意思ハ當然推定スルコトヲ得サルモノナレハナリ

委任ニハ一般ノモノト特別ノモノトアリ一般ノ委任ハ總テノ事務ノ委託ヲ目的トスルモノヲ謂ヒ特別ノ委任ハ特定セル裁判上裁判外ノ事務ヲ委託スルコトヲ目的トスルモノヲ謂フ是レ多數ノ立法例ニ於テ認メラルル所ノ區別ナレトモ我民法ハ委任ノ範圍ハ各場合ニ於ケル當事者ノ意思如何ニ依リテ決定スヘキモノニシテ法律ヲ以テ之ヲ規定スルノ必要ナシト認メ此等立法ノ慣例ヲ襲踏セサリシモノナリ

第二節　委任ノ效力

第一款　受任者ノ義務(委任者ノ權利)

受任者ハ委任契約ニ因リ委任者ヨリ委託ヲ受ケタル事務ヲ處理スルノ義務ヲ負擔ス是レ委任契約ヨリ生スル主要ノ義務ニシテ當事者間ニ於テ生スル其他ノ權利義務ノ關係ハ受任者ノ義務ニ屬スル委任事務ノ處理ニ牽連シ之ヨリ生スル結果タルニ外ナラス而シテ今委任契約ニ因リ受任者ノ負擔スル義務ヲ殊別的ニ指摘スルトキハ左ノ如シ

第一　委任事務ヲ處理スルノ義務

委任事務ノ內容範圍ハ委任契約ニ定ムル所ニ從フコトヲ要シ受任者ハ其事務ノ內容範圍ニ屬スル一切ノ行爲ヲ完了スルノ義務アルモノトス而シテ委任事務ノ處理ニ關シテハ特ニ左ノ點ニ注意スルコトヲ要ス

一　受任者ハ委任ノ本旨ニ從ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ處理スルノ義務アリ

是レ民法第六百四十四條ニ規定スル所ニシテ受任者ハ委任事務ヲ處理スルニ當リ用意周到ナル人カ其事務ノ管理上ニ於テ用フル所ノ注意ヲ以テ其事務ヲ處理シ以テ委任ノ主旨ヲ貫徹スルコトヲ期セサルヘカラス抑モ委任ハ當事者間ノ對人的信任ヲ基礎トスルモノニシテ委任者カ受任者ニ

自己ノ事務ノ處理ヲ委託スルハ受任者其人ニ信ヲ置キ受任者ハ能ク委任ノ主旨ニ從ヒ善意誠實ニ委任事務ヲ處理スヘシト期待スルカ爲ニ外ナラサルヲ以テ受任者カ初メヨリ受任ヲ爲ササレハ格別一旦之ヲ受諾シタル以上ハ忠實ニ委任事務ヲ處理シ受任者ノ信任ニ背カサランコトヲ期セサルヘカラサルハ事理ノ當然ニシテ實際ノ取引上ニ於ケル普通ノ觀念モ亦斯ノ如クナルヲ以テ當事者間ニ特約ナキ限リハ受任者ヲシテ善良ナル管理者ノ注意ヲ用フルノ責ニ任セシムルヲ可ナリトシ委任事務ノ處理ニ對スル報酬ノ有無ハ之ヲ問フノ必要ナキモノト謂ハサルヘカラス是レ民法カ第六百四十四條ニ於テ受任者ヲシテ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スノ義務ヲ負ハシメタル所以ナリ

**二　受任者ハ自カラ委任事務ヲ處理スルコトヲ要シ委任事務ノ性質又ハ當事者ノ明示又ハ默示ノ意思ニ依リ必ラスシモ受任者ニ於テ之ヲ爲スコトヲ必要トセサル場合ノ外ハ他人ヲシテ代リテ其事務ヲ處理セシムルコトヲ得ス換言スレハ委任事務カ受任者自カラ處理スルコトヲ要スルヤ若ク

ハ他人ヲシテ代ハリテ之ヲ處理セシムルコトヲ得ルヤニ付キ疑アルトキハ當事者ノ意思ハ受任者ヲシテ自身ニ委任事務ヲ處理セシムルニ在リト推測セサルヘカラス何トナレハ既ニ說明セル所ノ如クナルヲ以テ契約ノ性質又ハ當事者間ノ對人的信任ニ基クコト示ノ意思ニ依リ其反對カ顯ハレサル限リハ委託ヲ受ケタル受任者ニ於テ自カラ委任事務ヲ處理スルコトヲ要シ他人ヲシテ之ヲ爲サシムルコトヲ得サルハ委任ノ性質上自カラ明白ナルヲ以テナリ然レトモ此問題ニ關シテハ代理ニ關スル民法總則ノ規定ヲ參照スルノ必要アリ民法第百四條ニハ「委任ニ因ル代理人ハ本人ノ許諾ヲ得タルトキ又ハ已ムコトヲ得サル事由アルトキニアラサレハ複代理人ヲ選任スルコトヲ得ス」トアルヲ以テ受任者カ委任者ニ代ハリ其名義ヲ以テ法律行爲ヲ爲ス場合ニ本人ノ許諾ヲ得タルトキト雖モ已ムコトヲ得サル事由アルトキハ第三者ヲシテ委任事務ヲ處理セシムルコトヲ得ルヤ明カナリ元來代理ニ關スル規定ハ主トシテ本人ト第三者トノ關係ヲ定ムルヲ目的トシ委任者ト受任者トノ契約關係ヲ

定ムルハ其主眼ノ目的ニアラサルモ第百五條ニ複代理人ノ選任ニ關スル代理人ノ責任ヲ規定シタルヨリ推究スルトキハ民法第百四條以下ノ規定ハ委任者ト受任者トノ契約關係ヲモ併セテ規定シタルモノト解釋スルヲ相當トス

受任者カ自カラ委任事務ヲ處理スルノ義務アル場合ニ第三者ヲシテ之ヲ爲サシムルハ其義務ニ違背スルモノナレハ債務ノ不履行ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ委任者ニ對シテ其責ニ任セサルヘカラスマタ委任事務ノ性質カ第三者ヲシテ代リテ其處理ヲ爲サシムルコトヲ許スカ爲メ受任者カ第三者ヲシテ之ヲ處理セシメタルトキト雖モ委任者ト第三者トノ間ニハ何等直接ノ關係ナク委任者ニ對スル關係ニ於テハ受任者ハ依然トシテ債務履行ノ責ニ任シ委任事務ノ處理ニ關スル第三者ノ故意過失ニ付キ自己ノ故意過失ニ於ケルト同一ノ制限條件ニ從ヒ責任ヲ負ハサルヘカラス然レトモ受任者カ特ニ本人ノ許諾ヲ得又ハ已ムコトヲ得サル事由アルニ因リ自カラ複代理人ヲ選任シタルトキハ民法第百五條ノ規定ニ依リ其選任及ヒ監督ニ付キテノミ本人ニ對シテ其責ニ任シ本人ノ指名ニ從ヒテ複代理人ヲ選任シタルトキハ其不適任又ハ不誠實ナルコトヲ知リテ之ヲ本人ニ通知シ又ハ之ヲ解除スルコトヲ怠リタル場合ニ限リ其責ニ任シ複代理人ハ民法第百七條第二項ニ依リ直接ニ本人ニ對シテ責任ヲ負フコトトナルヘシ

第二　委任事務ノ處理ヲ報告スルノ義務

受任者ハ委任者ニ對シテ委任事務處理ノ狀況ヲ報告スルノ義務アリ是レ第六百四十五條ニ規定スル所ニシテ委任ノ性質上自カラ然ラサルヲ得サル所ナリ何トナレハ委任者ハ受任者ニ依リテ處理セラルル自己ノ事務ノ狀況ヲ知悉シ因テ以テ受任者ノ行爲竝ニ事務ノ成績ヲ監査シ事務ノ成績充分ナラスシテ受任者ノ處理其當ヲ得スト認メタルトキハ之ニ對シテ相當ノ救濟方法ヲ講スルノ必要アリ受任者ノ報告ハ卽チ委任者ノ爲メニ此手段方法ヲ供スルモノニシテ受任者カ既ニ承諾上委任者ノ爲メニ委任事務處理ノ任ニ當リタル以上ハ委任者ニ對シテ委任事務ノ狀況ヲ報告シ之ヲシテ受任者ノ施

設竝ニ事務ノ成績ヲ知ラシムルノ義務アルハ勿論ナルヲ以テナリ而シテ此報告ハ委任者ヨリノ請求アルトキハ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ要シ委任終了ノ曉ニ於テハ受任者ハ委任者ノ請求ヲ俟タス遲滯ナク委任事務處理ノ顚末ヲ報告スルコトヲ要ス所謂「遲滯ナク」トハ事情ノ許ス限リ速カニ報告スヘシトノ意ニシテ其然ルヤ否ヤハ各場合ニ於ケル實際ノ狀況ニ基キ之ヲ決定スルコトヲ要シ裁判所ノ判斷ニ大ナル餘地ヲ存スルモノナリ

第三 金錢物品ノ引渡及ヒ權利移轉ノ義務

受任者ハ委任者ニ代リ委任者ノ爲メニ其事務ヲ處理スルモノニ外ナラサルヲ以テ委任事務ヲ處理スルニ當リテ受取リタル金錢其他ノ物ハ之ヲ委任者ニ引渡シ且自己ノ名ヲ以テ取得シタル權利ハ之ヲ委任者ニ移轉スルノ義務アリ是レ第六百四十四條ニ規定スル所ナリ

受任者カ委任事務ヲ處理スル上ニ於テ金錢物品ヲ受取リタルトキハ其金錢物品ハ委任者本人ニ代リテ債權ノ取立ヲ爲ス場合ノ如ク本人ノ名ヲ以テ之ヲ受取リタルモノナルト若クハ受任者自ラ賣主トナリテ委任者ノ所有物ヲ賣却シ其代金ヲ受取ル場合ノ如ク自己ノ名ヲ以テ之ヲ受取リタルモノナルトヲ問ハス總テ之ヲ委任者ニ引渡スコトヲ要ス何トナレハ此等ノ金錢物品ハ之ヲ受取リタル名義ノ如何ニ拘ハラス委任者ノ爲ニ之ヲ受取リタルモノニシテ自己ノ爲ニ受取リタルモノニアラサルヲ以テナリ

受任者ノ手裡ニ存スル金品ノ利益ヲ受クヘキ者ハ委任者ニシテ受任者ハ秋毫モ其金品ニ付キ利得ヲ爲スコトヲ得サルモノナルヲ以テ其金品ヨリ生スル果實ハ天然ノモノト法定ノモノトニ論ナク其金品ノ所有者タリ若クハ其所有者トナルヘキ委任者ノ利得ニ歸スヘキハ勿論ナリ故ニ受任者カ其手裡ニ保有スル所ノ金品ヨリ此等ノ果實ヲ收取シタルトキハ其果實モ亦原物タル金品ト共ニ總テ之ヲ委任者ニ引渡ササルヘカラス

受任者カ委任事務ヲ處理スルニ當リ委任者ノ名ヲ以テ權利ノ取得ヲ目的トスル法律行爲ヲ爲シタルトキハ代理ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ其法律行爲ハ直チニ本人タル委任者ニ對シテ其效力ヲ生シ委任者ハ直チニ其權利ヲ取得スルヲ以テ委任者ハ爾後其權利ノ主體トシテ行動スルコトヲ得ヘク委任

者ト受任者トノ間ニ於テ權利移轉ノ問題ヲ生スルコトナシ之ニ反シテ受任者カ自己ノ名ヲ以テ權利ノ取得ニ關スル法律行爲ヲ爲シタルトキハ其法律行爲ヨリ生スル效果トシテ受任者自ラ權利者トナリ委任者ハ直チニ其權利ノ主體トナラサルヲ以テ委任ノ本旨ニ從ヒ委任者ヲシテ其主體タラシムルニハ受任者ノ取得シタル權利ヲ委任者ニ移轉スルコトヲ要スルヤ明カナリ例之受任者カ委任ノ主旨ニ從ヒ第三者ニ對シテ貸金ノ債權ヲ取得シ又ハ登記ヲ經テ第三者ヨリ不動產ノ所有權ヲ讓受ケタルトキハ受任者ハ貸金ノ債權ニ付キテハ第三者ニ對シ委任者ニ其債權ヲ讓渡スル旨ノ通知ヲ爲シテ其債權ヲ委任者ニ移轉シ不動產ノ所有權ニ付キテハ委任者ノ爲ニ所有權移轉ノ登記手續ヲ履行スルカ如シ

受任者カ委任者ノ代理人トシテ金錢物品ヲ第三者ヨリ受取リタルトキハ其金錢物品ハ當然委任者ノ所有ニ歸シ受任者ニ於テ其所有權ヲ取得スルコトナカルヘキハ論ヲ俟タス例之受任者カ委任者ノ名ヲ以テ地所家屋ヲ其所有者ヨリ買取リ又ハ委任者ニ代リテ債權ノ取立ヲ爲シ債務者ヨリ金錢其他ノ物ヲ領收スルカ如シ然レトモ受任者カ委任者ニ代リテ取立テタル物カ金錢其他ノ代替物ニシテ委任者カ豫シメ其融通使用ヲ受任者ニ許シタル場合ニ於テハ受任者其所有權ヲ取得シ唯委任者ニ對シテ同種同數量ノ物ヲ返還スルノ債務ヲ負擔ス此場合ニ於テハ第三者ト委任者トノ間ニ取立ノ目的物ニ付キ物權契約成立スルト同時ニ其物ニ付キ委任者ト受任者トノ間ニ於テ物權契約成立スヘク受任者カ其物ヲ受取リタル後ニ於テ委任者カ其物ノ使用ヲ受任者ニ許シタルトキハ此時ヲ以テ委任者ト受任者ノ間ニ物權契約成立ス何レノ場合ニ於テモ兩者間ニ於テ消費寄託ノ場合ト同一ナル法律關係ヲ生スルモノトス

受任者カ自己ノ名ヲ以テ權利ヲ取得シタルトキハ受任者先ツ其權利ヲ取得シ更ニ之ヲ委任者ニ移轉スルコトヲ要スルハ上述ノ如シト雖モ當事者ノ意思カ初メヨリ委任者ヲ以テ權利ノ主體ト爲スニアルトキ例之甲乙ニ一定ノ金額ヲ交附シ乙ノ名義ヲ以テ時計又ハ地所ノ購買ヲ爲サシメ又ハ甲其指環ヲ交付シ乙ヲシテ之カ賣却ヲ爲サシムルモノト假定センニ第一ノ場合ニ於

テハ當事者ハ甲ヲシテ直接ニ其時計又ハ地所ノ所有權ヲ取得セシムルノ意思ヲ有シ第二ノ場合ニ於テモ亦指環ノ代金ハ直接ニ甲ノ所有ト爲スノ意思ヲ有スルヲ以テ乙カ委託ノ趣旨(信託契約)ニ從ヒ其時計地所ヲ購買シ又ハ指環ノ賣渡代金ヲ受取リタルトキハ其時計地所代金ハ當然甲ノ所有トナリ更ニ當事者間ニ於テ所有權ノ移轉ヲ目的トスル物權契約ノ締結ヲ必要トスルコトナシ換言スレハ乙ハ其名義ヲ以テ取得スル金品ノ所有權ヲ直チニ甲ニ移轉スルノ約ニテ甲ノ爲ニ購買又ハ賣却ヲ爲スモノナレハ乙カ其時計又ハ地所ヲ第三者ヨリ買取リ又ハ代金ヲ受取ルトキハ第三者ト乙トノ間ニ物權契約成立スルト同時ニ乙ト甲トノ間ニ於テモ亦物權契約成立シ甲ハ直チニ目的物ノ所有權ヲ取得スヘシ何トナレハ我民法ニ依ルトキハ物權契約ハ其成立ニ付キ登記又ハ引渡ヲ要セサルヲ以テ委任者甲ト受任者乙トノ間ニ於テ意思表示アルノミヲ以テ足リ且其意思表示ハ乙カ目的物ノ所有權ヲ取得スルノ前ニ於テ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テナリ然レトモ第三者ニ對スル關係ニ於テハ登記又ハ引渡ヲ要スルヲ以テ此手續ノ完了セサル間ハ乙ハ依然トシテ其所有者ナルヲ以テ第三者ハ有效ニ乙ヨリ其所有權ヲ讓受ケテ之ヲ取得スルコトヲ得ヘシ而シテ前例ニ於テ乙ハ初メヨリ甲ノ代理人トシテ買入レタル時計賣渡シタル指環ノ代金ヲ占有スルモノニシテ乙カ之ヲ占有スルノ瞬間ニ於テ占得ハ第百七十八條ノ規定ニ依リ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘシ反之ノ地所ノ所有權カ乙ノ名義ヲ以テ登記セラレタルトキハ甲ハ乙ヲシテ更ニ移轉登記ヲ爲サシメテ之ヲ自己ノ所有名義ト爲スニアラサレハ之ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

當事者カ初メヨリ委任者ヲシテ直チニ權利ヲ取得セシムルノ意思ヲ有セサリシトキハ受任者ハ其權利ヲ委任者ニ移轉スルノ義務ヲ負フニ過キサルヲ以テ委任者カ其權利ヲ取得スルニハ當事者間ニ於テ其移轉ヲ目的トスル物權契約ヲ締結スルコトヲ要ス

第四　利息ノ支拂及ヒ損害賠償ノ義務

受任者ハ委任事務ヲ處理スルニ當リ受取リタル金錢ヲ委任者ニ引渡スノ義

務アルヲ以テ委任者カ其金錢引渡ノ義務ニ付キ遲滯ニ在ルトキハ爾後損害ノ賠償トシテ法定利率ニ相當スル金額ヲ仕拂フノ義務アルハ債務ノ不履行ヨリ生スル一般ノ原則ナリ而シテ受任者カ如何ナル場合ニ遲滯ノ責ニ任スルヤハ引渡スヘキ金錢ノ性質如何ニ依ルモノニシテ此點ニ付キテハ當事者ノ意思ヲ探究シテ金錢引渡ノ時期ヲ確定シ民法第四百十二條ニ定ムル區別ニ從ヒ受任者ノ責任ヲ定ムルコトヲ要ス

受任者ハ正當ノ時期ニ於テ其受取リタル金錢ヲ委任者ニ引渡スノ義務アルハ勿論其金錢ハ委任者ノ所有物ニシテ受任者カ之ヲ占有スルモノニアラサルヲ以テ委任者ノ過スシテ自己ノ利益ノ爲メニ之ヲ使用スルハ格別自己ノ利益ノ爲メニ之ヲ利用スルコトヲ得サルヤ明カナリ受任者カ委任事務ノ處理ニ付キ委任者ノ爲メニ用ユヘキ其他ノ金錢ニ付キテモ亦然リトス故ニ受任者カ此等ノ金錢ヲ自己ノ爲メニ費消シタルトキハ法律ハ受任者ヲシテ其費消シタル日以後ノ法定利息ヲ仕拂フノ義務ヲ負擔セシム蓋シ金錢ハ普通ノ利用方法ニ依レハ年五朱ノ利益ヲ生スルモノナレハ受任者カ委任者ノ爲ニ占有スル金錢ヲ自己ノ爲ニ費消之カ賠償ヲモ請求スルコトヲ得是レ民法第四百十九條ノ規定ニ對シテ一ノ例外ヲ成スモノナリ故ニ受任者カ委託金ノ消費ニ因リテ委任者ニ被ラシメタル損害ハ其價格如何ニ拘ハラス其全部ヲ委任者ニ賠償スルノ義務アリ普通ノ場合ニ於ケルカ如ク約定利率又ハ法定利率ニ限定セラルルモノニアラス蓋シ受任者ハ委任者ノ信任ヲ受ケテ其事務ヲ處理スルモノナレハ委託ニ係ル金額ヲ費消スルハ背信ノ甚シキモノニシテ委任者ノ不利益之ヨリ大ナルハナキヲ以テ法律ハ受任者ヲシテ重キ責任ヲ負ハシメ委任者ノ利益ヲ保護スルヲ必要ト認メタルモノナリ

第二款　委任者ノ義務(受任者ノ權利)

委任ハ無償ナルヲ以テ其要素ト爲ササルモ少クモ無償ナルヲ以テ其性質ト爲スコトハ既ニ說明スル所ノ如クナルヲ以テ委任者ハ特約アル場合ニ限リ報酬ヲ仕拂フノ義務ヲ負擔ス換言スレハ報酬ヲ仕拂フノ意思ハ常ニ必ラス當事者ニ於テ之ヲ表示スルコトヲ要シ當然之ヲ推測セサルモノトス是レ民法カ第六百四十八條ニ於テ「受任者ハ特約アルニアラサレハ委任者ニ對シテ報酬ヲ請求スルコトヲ得ス」ト規定セル所以ナリ然レトモ其特約ハ明示又ハ默示ナルコトヲ得ヘク默示ノ特約ハ委任事務ノ性質其他ノ狀況ニ依リテ之ヲ推斷スルヲ得ヘシ而シテ委任者ハ報酬ヲ仕拂フノ義務ヲ負擔シタル場合ノ外受任者ニ對シテ反對給付ヲ爲ス義務ヲ負擔スルモノニアラサルモ受任者ニ對シテ費用ノ前拂ヲ爲シ委任事務ヲ處理スルヨリ生スル損害ノ危險ニ對シテ受任者ノ利益ヲ保護スルノ責ニ任シ受任者カ現ニ損害ヲ受ケタルトキハ之ヲ賠償スルノ義務ヲ負擔スルヲ以テ此等ノ義務ニ付キ說明ヲ爲スノ必要アリ依テ余ハ報酬支拂ノ義務、費用支拂ノ義務、辨濟ノ義務及損害賠償ノ義務ニ區別シテ說明スヘシ

第一　報酬支拂ノ義務

委任者ハ特約アル場合ニ限リ受任者ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スルコトハ前述ノ如シ而シテ其所謂報酬中ニハ最モ普通ニ行ハルル金錢其他ノ有價物ノ給付ハ勿論相手方ノ爲ニ爲ス所ノ各種ノ給付ハ總テ其中ニ包含スルモノナリ

一　報酬ノ額　報酬ノ額ハ當事者ノ定ムル所ニ從フ但委任者カ報酬支拂ノ義務ヲ負擔スルニハ報酬ノ支拂ニ付キ當事者間ニ明示又ハ默示ノ意思表示アルノミヲ以テ足レリトシ其額ハ必ラスシモ之ヲ確定スルコトヲ要セス蓋シ當事者カ報酬ノ額ヲ定メサルトキハ當事者ハ金錢ヲ以テ相當ノ報酬ヲ支拂フノ意思アリト推測シ得ヘク其額ハ各場合ニ於ケル事務ノ性質ニ從ヒ取引上ノ觀念ヲ基礎トシテ之ヲ確定スルコトヲ得ヘケレハナリ

二　報酬支拂ノ時期　委任者ハ委任事務ノ處理ニ對シテ報酬ノ全部ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スルモノナレハ受任者カ其義務ニ屬スル委任事務ノ處理

ヲ爲ササルトキハ委任者ハ之ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ義務ナキハ論ヲ俟タサル所ナリ故ニ受任者ハ自己ノ義務ニ屬スル委任事務ノ處理ヲ完了シタル後ニアラサレハ其權利ニ屬スル報酬ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス是レ民法第六百四十七條第二項前段ニ規定スル所ナリ然レトモ期間ヲ以テ報酬ヲ定メタルトキハ當事者ノ意思ハ報酬ノ支拂ヲ區分シ各期間ノ經過ト共ニ其期間ノ報酬ヲ支拂フノ意思ナリト推測シ得ヘキヲ以テ受任者ハ其期間ヲ經過シタル後ハ委任事務ノ處理ヲ完了セサルモ尙ホ其期間ニ對スル報酬ヲ請求スルコトヲ得ヘシ是レ同條第二項後段ニ規定スル所ナリ(第六百二十四條第二項)

受任者ハ其義務ニ屬スル委任事務ノ處理ヲ終了シタル後ニアラサレハ報酬ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得サルヲ原則トスルモ此原則ニハ例外アリ卽チ委任カ受任者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ其履行ノ半途ニ於テ終了シタルトキ例之委任カ委任者又ハ受任者ノ死亡又ハ其破產ニ因リテ終了シ各當事者カ任意ニ之ヲ解除シタル場合ニ於テハ受任者ハ其既ニ爲シタル履行ノ割合ニ應シテ報酬ヲ請求スルコトヲ得是レ第六百四十八條第三項ニ規定スル所ナリ蓋シ此場合ニ於テモ一般ノ原則ヲ適用シ委任者ハ其委任ヲ履行セサルモノトシテ何等報酬ノ請求權ナシトスルトキハ受任者カ委任者ニ對シテ事務ノ處理ヲ受諾シタル所以ノ意思ニ反シ受任者ニ對シテ苛酷ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ受任者ヲシテ少クモ其既ニ爲シタル委任事務ノ處理ニ對シテ報酬ヲ受クルコトヲ得セシムルハ公平ノ觀念ニ適スルヲ以テナリ

第二　費用支拂ノ義務

受任者ハ委任者ノ計算ヲ以テ受任事務ノ處理ヲ爲スモノナレハ委任事務ノ處理ニ要スル費用ハ委任者之ヲ支出スルコトヲ要シ委任者ヲシテ之ヲ支出セシムヘキニアラサルハ受任ノ性質上明白ナリ茲ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

一　受任者事務ヲ處理スルニ付キ費用ヲ要スルトキハ委任者ハ受任者ノ請求ニ因リ其前拂ヲ爲スコトヲ要ス

是レ他ナシ受任者ノ處理スル事務ハ委任者ノ事務ニシテ受任者ハ唯委任

者ニ代リテ之カ處理ヲ爲スニ過キサルヲ以テ委任事務ノ處理ニ付キ費用ヲ要スルトキハ其費用ハ委任者ニ於テ之ヲ負擔スルコトヲ要スルハ勿論之カ爲ニ必要ナル金額ハ豫メ受任者ニ交付シ以テ其費用ヲ支辨セシムルコトヲ要シ受任者ニ於テ其金額ノ立替ヲ爲スノ義務ナキヲ以テナリ是レ第六百四十九條ノ規定アル所以ナリ

然レトモ費用前拂ノ請求權ハ受任者ノ利益ノ爲ニ附與セラルル所ノ純然タル債權ニアラスシテ委任事務ヲ處理スルコトヲ得セシムルヲ以テ唯一ノ目的トスルモノナレハ委任者カ受任者ノ請求ニ應シテ費用ノ支出ヲ爲ササル場合ト雖モ受任者ハ委任者ノ所爲ニ因リ委任事務ノ處理シムルノ權利ヲ有セス唯タ受任者ハ其結果ハ委任者之ヲ負擔スルコトヲ要ヲ爲スコト能ハサルニ至ルヲ以テ其結果ハ委任者之ヲ負擔スルコトヲ要シ受任者其責ニ任セサルノミナラス受任者カ解任セラレサル限リハ報酬ヲ請求スルノ權利ハ之カ爲メ毫モ妨ケラルルコトナシ然レトモ受任者カ委任事務ノ處理ニ付キ利害關係ヲ有スルカ爲メ委任者ニ於テ委任ヲ解ク

コトヲ得サル場合ニ於テハ費用ノ前拂ニ付キ受任者ノ爲ニ訴權ヲ認ムルヲ可ナリトス

二　受任者カ委任事務ヲ處理スルニ必要ト認ムヘキ費用ヲ出タシタルトキハ委任者ニ對シテ其費用及ヒ支出ノ日以後ニ於ケル其利息ノ償還ヲ請求スルコトヲ得

是レ第六百五十條第一項ニ規定スル處ニシテ前項ト同一ノ理由ニ基クモノナリ例之甲乙ニ時計ノ購買ヲ委託シタル場合ニ乙其代金ノ立替ヲ爲シ又ハ甲、乙ニ其所有地所ノ賣却ニ關スル一切ノ事項ヲ委任シタル場合ニ乙契約ノ締結竝ニ登記ニ要スル費用ノ立替ヲ爲シタルトキハ乙ハ其費用ノ償還ヲ甲ニ請求スルコトヲ得ヘシ蓋シ委任事務ノ處理ニ必要ナル費用ハ其何タルヲ問ハス總テ委任者ニ於テ負擔スヘキモノニシテ受任者ハ唯タ委任者ニ代リテ其費用ノ立替ヲ爲シタルモノニ過キサルヲ以テ其費用ヲ支出スヘキ委任者ニ於テ之ヲ受任者ニ償還シ受任者ヲシテ毫モ損失ヲ被ムラシメサルコトヲ必要トスルヲ以テナリ而シテ受任者ハ其費用ヲ立替

ヘタルカ爲メ之ニ相當スル資本ノ利用ヲ妨ケラレテ損失ヲ受ケ委任者ハ受任者ニ費用ノ立替ヲ爲サシムルニ因リ之ニ相當スル資本ヲ利用スルコトヲ得テ利得ヲ爲スモノニシテ法律ハ金錢ノ普通ノ利用方法ヨリ打算シテ受任者ト委任者トノ間ニ年五分ニ相當スル損益アリト認メ利得ヲ爲シタル委任者ヲシテ損失ヲ爲シタル受任者ニ年五分ノ利息ヲ償還セシムルコトト爲シタルモノナリ

受任者カ其立替ヘタル費用ノ請求權ヲ行フコトヲ得ルニハ其費用カ委任事務ノ處理ニ必要ナリシノミヲ以テ足レリトシ其費用カ結局委任者ニ利益トナリタルヤ否ヤハ之ヲ問フコトヲ要セス何トナレハ委任ノ本旨ニ從ヒ必要ト認ムヘキ費用ハ當然委任者ノ負擔ニ歸シ受任者ニ於テ豫メ其支拂ヲ要求スルコトヲ得ヘキモノナレハ委任者カ之カ立替支拂ヲ爲シタル以上ハ委任者ニ於テ償還ノ義務アリ委任者ハ其費用ノ結局自己ノ利益トナラサリシヲ理由トシテ其償還ヲ拒ムコトヲ得サルハ委任ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナルヲ以テナリ故ニ委任ノ趣旨ニ從ヒ賣買契約ノ締結ニ關スル費用ノ立替ヲ爲シタル委任者カ後ニ至リ其契約カ取消サレ又ハ解除セラレタル場合ト雖モ其費用ノ償還ヲ委任者ニ請求スルコトヲ得ヘキハ勿論ナリ

受任者ノ締結シタル契約カ委任者ニ不利ナル結果ヲ生シタル場合例之委任者ノ所有物ヲ不利ナル條件ヲ以テ第三者ニ賣却又ハ賃貸シタル場合ト雖モ委任ノ趣旨ニ從ヒ之ヲ爲シタルモノナルトキハ其費用ノ償還ヲ委任者ニ求ムルコトヲ得ヘク委任者ハ其契約ノ自己ニ不利ナリシヲ理由トシテ其償還ヲ拒ムコトヲ得ス是レ事務管理ノ場合ト異ナル所ナリ然レトモ其費用ハ委任ノ趣旨ニ從ヒ必要ト認ムヘキモノタルコトヲ要シ此性質ヲ缺ク所ノ費用ニ付キテハ償還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス例之東京ヨリ大阪ニ出張シテ契約ヲ締結スルコトノ委任ヲ受ケタル者ハ其旅費宿泊料ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ルモ其遊興費ノ償還ヲ請求スルコトヲ得サルカ如シ

第三　債務辨濟ノ義務

受任者カ委任事務ヲ處理スルニ必要ト認ムヘキ債務ヲ負擔シタルトキハ委

任者ヲシテ自己ニ代リテ其辨濟ヲ爲サシメ又其債務カ辨濟期ニ在ラサルトキハ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得

是レ第六百五十條第二項ニ規定スル處ナリ例之委任事務ヲ處理スルニ付キ費用ヲ要スル場合ニ委任者カ受任者ヲシテ受任者ノ名義ヲ以テ第三者ヨリ金錢ヲ借用セシメ之ヲ其費用ニ充テ又ハ受任者ノ名ヲ以テ物品ノ購買ヲ爲スコトヲ受任者ニ委託シ受任者ニ於テ第三者ニ對シ代金支拂ノ債務ヲ負擔シタル場合ノ如シ此等借用金ノ債務及代金支拂ノ債務ハ委任者ニ於テ之ヲ辨濟スルコトヲ要シ其債務ノ辨濟期カ未タ到來セサル時ハ損害ノ危險ニ對シテ受任者ヲ保護スル爲メ委任者ニ於テ相當ノ擔保ヲ供スルノ義務アリ蓋シ受任者ハ委任者ニ代リテ委任事務ヲ處理スルモノニシテ委任者ノ爲ニ債務ヲ負擔スルモノニ外ナラサルヲ以テ其債務ニシテ委任事務ヲ處理スルニ必要ナリシモノナルニ於テハ委任者自ラ其辨濟ノ任ニ當リ其債務ノ爲ニ受任者ニ損失ヲ被ラシムルコトナキヲ要スルハ受任者カ委任事務ノ處理ニ必要ナル費用ノ立替ヲ爲シタル場合ト毫モ異ナル所ナシ

受任者カ委任者ノ爲ニ債務ヲ負擔シタル場合ニ委任者ニ對シ債務ノ免脫ヲ得セシムヘキコトヲ請求スルノ權利ヲ受任者ニ認ムルハ委任契約ノ性質ニ適シ各國立法例ノ共ニ認ムル所ナリ我民法ニハ特別ノ規定ナシト雖モ委任ノ性質竝ニ第六百五十條ノ規定ヨリ推論シテ同一ノ權利ヲ受任者ニ附與スルヲ可ナリトス從テ委任者ハ受任者ノ請求ニ依リ債務ノ更改其他ノ方法ニ依リ其債務ヲ引受ケ委任者ヲシテ債務ヲ免脫セシムルノ義務アリト解セサルヘカラス

第四　損害賠償ノ義務

受任者カ委任事務ヲ處理スル爲メ自己ニ過失ナクシテ損害ヲ受ケタルトキハ委任者ニ對シテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得

是レ第六百五十條第三項ニ規定スル所ナリ蓋シ委任者ハ受任者ニ委託スルニ自己ニ代ハリテ其事務ノ處理ヲ爲スコトヲ以テスルモノナレハ委託關係ヨリ生スル結果ニ對シテ受任者ヲシテ損害ヲ被ラシメサルコトヲ要スルハ勿論ナリトス故ニ受任者カ委任事務ヲ處理スル爲

ニ損害ヲ受ケタル場合ニ其損害カ受任者ノ過失ニ基因シタルモノニアラサル以上ハ委任者ニ於テ之ヲ賠償スルノ義務アリトス何トナレハ其損害ハ委託關係ヨリ生シタルモノニシテ委託ヲ爲シタル委任者ニ於テ之ヲ賠償スヘキ默約委任契約中ニ存スルモノト認メサルヘカラサルヲ以テナリ故ニ此場合ニ於ケル損害賠償ハ不法行爲ニ基因セス又公平ノ觀念ヲ基礎トスル法律ノ恩典ニ基因スルニアラスシテ當事者間ノ契約關係ニ基因スルモノト謂フヘシ例之受任者カ過失ナクシテ第三者ヨリ債務ノ履行ヲ訴求セラレテ訴訟費用ヲ支出シ又ハ之ニ對シテ損害賠償ヲ爲スノ止ムヲ得サルニ至リシ場合ノ如シ

民法第六百五十條第三項ノ規定ハ委任事務ノ處理ニ付キテ受任者ノ遭遇スルコトアルヘキ危險ニ付キ其負擔ヲ定メタルモノナリ蓋シ此問題ニ付キテハ學說立法例區々ニシテ一定セス瑞西債務法ハ委任者カ其危險ノ發生ニ付キ責任アル場合ニ於テノミ損害賠償ノ責ニ任スヘキモノトシ佛國民法ハ委任者ハ不可抗力ヨリ生スル損害ニ對シテモ亦責任ヲ負フモノトシ獨逸民法ハ受任者ノ爲ニ費用償還ノ請求權ノミヲ認メ損害賠償ノ權利ニ付キテハ特別規定ヲ設ケスシテ解釋ニ一任セリ我民法ハ損害ノ生スル原因ニ付キ何等ノ區別ヲ爲ササルヲ以テ不可抗力ヨリ生スル損害ニ付キテモ亦委任者ニ賠償ノ責任アリト解スヘキヲ以テ我民法ハ佛國民法ノ主義ヲ採用シタルモノナリ故ニ委任事務カ其性質上受任者ニ損害ヲ及ホスヘキトキ卽チ其損害カ委任事務ノ處理ニ付キ通常生スヘキモノナルトキハ委任者賠償ノ責ニ任スルコトヲ要スルハ勿論特別ノ事情ヨリ生シタル損害ト雖モ委任者之ヲ豫見シ又ハ之ヲ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ委任者ニ賠償ノ責任アリト爲ササルヘカラス反之其損害カ當事者ニ於テ豫見スルコトヲ得サル偶然ノ原因ヨリ生シタル場合ニ於テモ尙委任者ニ賠償責任アリトスヘキヤ否ヤハ疑ハシキ問題ニ屬ス例之甲乙ニ委任シ大阪ニ急行シテ其事務ノ處理ヲ爲サシムル場合ニ乙ハ急行列車ニ便乘シテ大阪ニ赴カントスル途中汽車ノ脫線衝突ノ爲メ負傷シタリトスルトキハ甲ハ之カ爲ニ生シタル損害ヲ乙ニ賠償スルコトヲ要スルヤ余ハ此場合ニ於テハ甲ニ賠償責任ナシトスルヲ可ナリト

信ス抑モ委任者カ委任事務ノ處理ニ付キ受任者ノ被ムルコトアルヘキ損害ニ付キ之ニ對シテ擔保義務ヲ負擔スルハ其故意又ハ過失ヨリ生スル責任ニアラスシテ委任契約ニ因リテ負擔シタル義務ナルハ既ニ說明スル所ノ如クナリト雖モ其擔保義務ハ委任者ノ豫見シ得ヘカラサル事情ヨリ生シタル偶然ノ損害ニ及フモノト解スルヲ得ス却テ委任者ハ其豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシ危險ニ付キテ擔保義務ヲ負フノ意思ナリト推測スルハ取引上ノ觀念ニ一致スルモノナレハナリ

第三節　委任ノ終了

委任ハ左ノ事由ニ因リテ終了ス

第一　委任事務ノ終了

委任ハ委任者カ受任者ヲシテ委任ノ目的タル委任者ノ事務ヲ處理セシムルヲ以テ目的トスルモノナレハ受任者カ委任事務ノ處理ヲ完了シタルトキハ當事者ハ委任ニ因リテ企圖シタル目的ヲ達シタルモノナレハ委任關係ハ玆ニ全ク終了スヘキモノトス

第二　委任契約ニ附シタル期間、條件ノ到來

委任契約ニ終期又ハ解除條件ヲ附シタルトキハ期限附、條件附ノ法律行爲ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ委任ハ其期限又ハ條件ノ到來ニ因リテ終了ス

第三　委任契約ノ解除

契約ノ解除ニ關スル一般ノ原則ハ委任ノ場合ニモ亦之ヲ適用スルコトヲ要ス故ニ各當事者ハ相手方ノ債務不履行ヲ理由トシテ委任契約ヲ解除スルノ權利ヲ有スルヤ明カナリ然レトモ民法ハ其第六百五十一條ニ於テ委任ニ關スル特別ノ規定ヲ設ケ各當事者ハ何時ニテモ之ヲ解除スルコトヲ得ヘキモノト爲セリ是レ他ナシ委任ハ當事者相互ノ信任ヲ基本トスルモノニシテ委任者ハ自己ノ信任スル受任者ニ其事務ノ處理ヲ委任シ受任者モ亦自己ノ信任スル委任者ノ爲メニ好意上事務ノ處理ヲ爲スニ過キサルヲ以テ委任ト相手方ニ對スル當事者一方ノ信用トハ分離スヘカラサル關係ヲ有スルモノナリ故ニ委任關係ノ存續スルニハ當事者間ニ於ケル信用ノ持續スルコトヲ必

要トシ委任者ニ強ユルニ其信任セサル受任者ニ事務ノ處理ヲ爲サシムルコトヲ以テシ受任者ニ強ユルニ其信用セサル委任者ノ爲ニ其事務ノ處理ヲ爲スヘキコトヲ以テスルハ委任ノ本旨ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス是レ民法カ委任事務終了前何時ニテモ委任契約ヲ解除スルノ權利ヲ當事者雙方ニ認許スル所以ナリ

法律ハ當事者間ノ對人的信任ヲ基礎トスル委任ノ性質上之ヲ解除スルノ權利ヲ各當事者ニ認メタルヲ以テ各當事者ハ何時ニテモ此權利ヲ行使スルコトヲ得ヘク相手方カ損害ヲ被ルヤ否ヤハ此權利ノ行使ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシト雖モ委任解除ノ爲メ相手方カ損害ヲ被ルニモ拘ハラス解除者ニ於テ何等ノ責任ナシトスルハ不公平ナルヲ以テ民法ハ特ニ規定ヲ設ケ當事者ノ一方カ相手方ノ爲メニ不利ナル時期ニ於テ委任ヲ解除シタルトキハ其損害ヲ賠償スルコトヲ要スルモノト爲セリ而シテ其所謂不利ナル時期トハ委任解除ノ爲メニ相手方ニ損害ヲ生スヘキ時期ヲ意味シ當事者ノ解除カ斯ル時期ニ於テ爲サレタルヤ否ヤハ各場合ニ於ケル實際ノ狀況ニ從ヒ之ヲ

決定スルコトヲ要スルモ今其一例ヲ擧クレハ受任者カ委任者ノ旅行中委任ノ解除ヲ爲シ委任者ニ於テ自カラ其事務ヲ處理シ又ハ第三者ヲシテ代ハリテ之ヲ爲サシムルコト能ハスシテ爲メニ損害ヲ被リタル場合ノ如シ然レトモ當事者カ已ムコトヲ得サル事由アルカ爲メ委任ヲ解除シタル場合ニ之ヲシテ尙ホ損害賠償ノ責ニ任セシムルハ苛酷ニ失スルヲ以テ此場合ニ於テハ解除ノ爲メ相手方カ損害ヲ被ルモ其損害ハ相手方ニ於テ之ヲ甘受スルコトヲ要シ解除者ニ賠償責任ナキモノト爲セリ例之受任者カ疾病ニ罹リ又ハ自身ニ其事務ヲ處理スルニアラサレハ重大ナル損害ヲ被ルニ至ルノ虞アルカ爲メ委任ヲ解除スルノ已ムヲ得サルニ至リタル場合ノ如シ

獨逸民法草案ハ委任者ノ爲メ何時ニテモ委任契約ヲ解除スル權利ヲ認ムルト同時ニ委任者ノ爲シタル解除權ノ拋棄ハ法律上其效力ナキモノト爲セリ是レ他ナシ委任ハ受任者ヲシテ委任者ノ爲ニ其事務ノ處理ヲ爲サシムルヲ以テ目的トスルモノニシテ委任者ノ意思ニ反シ其信任セサル受任者ヲシテ事務ノ處理ヲ爲サシムルコトヲ委任者ニ强ユルハ委任ノ性質ニ反スルモノナ

レハナリ然レトモ既成法典ニハ草案ノ規定ヲ削除シアリ何トナレハ此規定ハ或場合ニ於テハ不必要ニシテ他ノ場合ニ於テハ受任者ノ正當ナル權利ヲ害スルノ虞アルヲ以テナリ換言スレハ委任カ委任者ノ事務ヲ處理スルヲ以テ唯一ノ目的トシ受任者カ其事務ノ處理ニ付キ利害ヲ有セサル通常ノ場合ニ於テハ委任者ヲシテ其本來享有スル契約解除ノ權利ヲ失ハシムルハ委任ノ性質ニ反スルモノナレハ法律ノ特別規定ナシト雖モ委任者ノ爲シタル解除權拋棄ハ委任者ヲ羈束スルコトナク委任者ハ常ニ契約ヲ解除シ受任者ノ手ヨリ其事務ヲ回收スルノ完全ナル自由ヲ享有セサルヘカラス之ニ反シテ受任者カ委任事務ノ處理ニ付キ其固有ノ利害關係ヲ有スルトキ例之甲乙ニ對シ丙ヨリ時計ヲ買取リ之ヲ乙ニ移轉スルコトヲ約シ且乙ニ委任シテ丙ヨリ其時計ヲ買取ラシムル場合又ハ甲山林ノ下戻ニ關スル一切ノ事務ヲ乙ニ委任シ乙其事務ヲ擔任シ成功ノ曉ニ於テハ其山林ノ一部又ハ一定ノ報酬ヲ受クヘキコトヲ約シタル場合ニ於テ甲乙間ニ於テ明示又ハ默示ニテ委任契約ヲ解除セサルコトヲ約シタルトキハ其契約ハ有效ニシテ甲ハ謂レナクシテ委任契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ此場合ニ於テハ乙モ亦委任事務ノ遂行ニ付キテ直接利害ヲ有スルモノニシテ甲カ其一己ノ獨斷ヲ以テ契約ヲ解除シ其遂行ヲ不能ナラシムルハ乙ノ權利ヲ侵害スルモノナレハナリ我民法ニモ亦委任者ノ解除權拋棄ノ效力ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケサルモ委任ノ性質ト一般原則ノ適用ニ依リ上記ノ區別ニ從ヒ其效力ヲ定ムルヲ可ナリトス又委任カ委任者ノ爲メニ其事務ヲ處理スルヲ以テ唯一ノ目的トスル場合ニ於テハ委任者ハ常ニ契約ヲ解除スルノ權利ヲ有スルモ委任者カ受理者ノ爲ニ其全部ノ報酬ヲ擔保スル爲メ解除權ヲ拋棄シタルトキハ委任者ハ尙ホ解除權ヲ行フコトヲ得ルモ報酬ノ全額ヲ受任者ニ支拂フノ義務アリトス

解除ハ既往ニ遡リテ其效力ヲ生スルヲ原則トスルヲ以テ委任カ當事者一方ノ意思ニ因リ其履行ノ中途ニ於テ解除セラレタルトキハ各當事者ヲ原狀ニ復スルノ必要アリ茲ニ於テ當事者相互ノ間ニ於テ頗ル繁雜ナル手續ヲ要シ極テ困難ナル問題ヲ生スヘキヲ以テ民法ハ第六百二十條ノ規定ヲ委任ニ準

用シ委任ノ解除モ亦將來ニ向テノミ其效力ヲ生スルモノト爲セリ故ニ委任契約解除前ニ於テ生シタル當事者間ノ權利關係ハ解除ノ爲メ毫モ影響ヲ被ルコトナキヲ以テ受任者ハ委任事務ヲ處理スルカ爲メニ支出シタル金額其他自己ニ過失ナクシテ受ケタル一切ノ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルト同時ニ委任者ニ對シテ金錢物品ノ引渡、委託金ノ消費ヨリ生スル損害賠償其他受任者トシテノ義務ヲ履行セサルヘカラサルハ勿論ナリ又委任ノ解除カ當事者一方ノ過失ニ基因スルトキハ過失アル當事者ハ一般ノ原則ニ從ヒ解除ノ爲ニ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務アリトス是レ民法第六百二十條但書ニ規定スル所ニシテ此規定モ亦委任契約解除ノ場合ニ準用セラルルモノトス

第四　當事者一方ノ死亡

委任ハ同一當事者間ニ於テノミ其效力ヲ生スルモノト爲セリ故ニ委任關係存續ノ要件ナリ從テ當事者ノ一方カ死亡シタルトキハ委任ヲ以テ終了スヘク殘存セル當事者ト死亡當事者ノ相續人トノ間ニ於テ委任關係ノ存續シ得ヘク當事者ノ同一タルコトハ委任ヲ以テ終了スヘク殘存セル當事者ト死亡當事者ノ相續人トノ間ニ於テ委任關係ノ存續シ得ヘカラサルハ論ヲ俟タス何トナレハ委任ハ當事者相互ノ信任ヲ基礎トスルコトハ既ニ說明スル所ノ如クニシテ其信任ハ全ク信任ヲ爲ス特定ノ人ト其信任ヲ受クル特定ノ人トノ對人的關係ニシテ之ヲ別異ナル當事者間ニ移スコトハ不可能ナルヲ以テナリ是レ民法第六百五十三條ニ規定スル所ナリ

第五　當事者一方ノ破產

委任ハ當事者間ノ信任ヲ基礎トスルモノニシテ當事者ノ一方カ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ玆ニ當事者相互間ニ於テ從來存シタル信任ノ欠缺ヲ來スハ必然ニシテ殊ニ破產ヲ爲シタル委任者ハ報酬支拂ノ義務ヲ履行スル能ハサル場合十中八九ニ居リ又管財人ヲシテ代リテ事務ヲ管理セシムルハ對人的信任ヲ基本トスル委任ノ本旨ニ反スルモノナレハ委任契約ハ當事者一方ノ破產ヲ以テ當然之ヲ終了セシムルヲ相當ト認メタルモノナリ

第六　受任者ノ禁治產

受任者カ禁治產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ委任事務ヲ處理スルニ必要ナル能

力ヲ缺キ自カラ義務ノ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リ受任者ニ對スル信任ハ其後見人ニ及ハサルヲ以テ後見人ニ於テ代ハリテ委任事務ノ處理ヲ爲スコトヲ得ス從テ受任者ノ禁治産モ亦委任終了ノ法定原因トナルモノナリ之ニ反シテ委任者ノ禁治産ハ委任ヲ終了セシムルコトナシ何トナレハ委任者カ治産ノ禁ヲ受クルモ當事者間ニ於テ從來存シタル信任ニ影響ヲ及ホスノ理ナク又委任者ノ報酬支拂ノ義務ニ付キ何等變動ヲ生スルモノニアラサルヲ以テナリ

第四節　委任終了ノ場合ニ於ケル特別規定

委任カ其履行ノ半途ニ於テ終了シタル場合ニ其終了ハ往々ニシテ相手方ニ不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ民法ハ委任終了ノ爲ニ當事者ノ被ルヘキ損害ノ危險ニ對シテ之ヲ保護スルノ必要ヲ認メ其第六百五十四條、第六百五十五條ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケタリ應急處分ヲ爲スノ義務及ヒ委任ノ終了ヲ通知スル義務卽チ是レナリ

第一　應急處分ヲ爲スノ義務

委任カ前ニ說明セル原由ノ一ニ因リテ終了シタルトキハ受任者ハ玆ニ全ク委任事務ヲ處理スルノ義務ヲ免脫シ其以後ニ於テ生シタル事項ニ付キ委任者ニ對シテ何等ノ責任ヲ負擔セス又受任者ノ死亡シタル場合ニ其相續人法定代理人ニ於テ受任者ニ代ハリテ委任事務ヲ處理スルノ義務ナキコトハ旣ニ一言セル所ナリ然レトモ此原則ヲ絕對ニ適用スルニ於テハ時ニ或ハ委任者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ虞ナキヲ保セス何トナレハ委任者ハ委任終了ノ結果ニ對シテ相當ノ處分ヲ爲シ自己ノ事務ヲ處理スルノ必要アルニ際シ急速ニ之カ處分ヲ爲スコト能ハサルカ爲メ損害ヲ被ルコト往々ニシテ之レアルヘキヲ以テナリ玆ニ於テ民法ハ委任ノ終了ヨリ生スル損害ノ危險ニ對シテ委任者ヲ保護スル爲メ急迫ノ事情アルトキハ受任者其相續人又ハ法定代理人ハ委任者其相續人又ハ法定代理人カ委任事務ヲ處理スルコトヲ得ルニ至ルマテ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ要スルモノトシ第六百五十四條ニ於テ之カ規定ヲ設ケタリ但急迫ノ事情及ヒ之ニ應スル必要ノ處分ノ何

タルヤハ各場合ニ於ケル實際ノ狀況ニ從ヒ之ヲ判斷スルコトヲ要シ事實裁判所ノ認定ニ廣キ餘地ヲ存スルモノナリ

應急處分ヲ爲スコトハ委任契約ノ延長ト見ルヘキヤ又ハ法律ノ規定ヨリ生スル別種ノ義務ト解スヘキヤ若シ應急處分ヲ爲スコトカ前者ナリトスルトキハ當事者相互ノ關係ハ委任契約ニ關スル原則ニ依リ之ヲ定ムルコトヲ要シ後者ナリトスルトキハ一般債務ノ履行ニ關スル原則ヲ適用セサルヘカラス獨逸民法ニハ此場合ニハ委任關係ハ尙ホ繼續スルコトヲ規定スルモ我民法ニハ何等ノ規定ヲ存セス然レトモ我民法ノ下ニ在テモ之ヲ以テ委任ノ繼續ナリトスルヲ以テ立法ノ主旨ニ適シタルモノト信ス

第二　委任終了通知ノ義務

委任カ半途ニ終了シタル場合ニ於テハ各當事者カ其事實ヲ知ルニ於テハ相當ノ處分ヲ爲シ損害ヲ未然ニ豫防スルコトヲ得ヘシト雖モ委任ノ終了ハ當事者ノ一方ニ於テ之ヲ知ラサルコト往々ニシテ之レアリ此場合ニ於テハ當事者ハ委任終了ノ結果ニ備フルコト能ハサルカ爲メ意外ノ損害ヲ被ルコトナキヲ保セサルヲ以テ各當事者ハ委任ノ終了ヲ知ラシメ因テ以テ損害ヲ免ルルコトヲ得セシムルノ必要アリ茲ヲ以テ民法ハ委任カ終了シタル總テノ場合ニ其終了ノ事由ノ當事者何レニ出テタルヲ問ハス常ニ各當事者ヲシテ自己ノ方面ニ於テ生シタル委任ノ終了ヲ相手方ニ對シテ通知セシメ此通知ナキトキハ相手方ニ對シテ委任ノ終了ヲ主張スルコトヲ得サルモノト爲セリ例之受任者又ハ委任者カ破產シタル場合ニ各其事實ヲ相手方ニ通知シ受任者カ禁治產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ其法定代理人ヨリ其事實ヲ委任者ニ通知シ委任者又ハ受任者カ死亡シタル場合ニ其相續人ヨリ其事實ヲ相手方ニ通知スルカ如シ而シテ當事者ノ一方カ此義務ヲ等閑ニ付シタルトキハ相手方ハ委任關係ノ存續ヲ主張スルコトヲ得ヘク通知ヲ怠リタル當事者ハ相手方ニ對シ依然トシテ委任契約ヨリ生スル義務ニ服從セサルヘカラス然レトモ當事者ノ一方カ委任關係ノ存續ヲ主張スル以上ハ相手方ニ對シテ委任ヨリ生スル自己ノ義務ヲ履行スルコトヲ要スルハ勿論ナリ

民法第六百五十五條ノ規定ハ委任ノ終了ヲ知ラサル當事者ノ一方ノ利益ヲ保

護スルヲ以テ唯一ノ目的ト爲スモノナレハ委任關係ヲ存續セシムルト否トハ其當事者ノ隨意ニシテ其當事者ニ於テ委任關係ノ終了ヲ主張スルハ固ヨリ妨ケナシトス又委任カ終了シタル場合ニ相手方カ之ヲ知リタルトキハ特ニ之ニ對シテ通知ヲ爲スノ必要ナキヲ以テ此場合ニ於ケハ委任ノ終了ハ相手方カ之ヲ知リタルトキヨリ相手方ニ對抗シ得ヘキモノト爲ササルヘカラス是レ第六百五十五條カ「之ヲ相手方ニ通知シ又ハ相手方カ之ヲ知リタルトキニ非サレハ」ト規定セル所以ナリ

第五節　準委任

民法第六百五十六條ニ曰ク「本節ノ規定ハ法律行爲ニアラサルモ其事務カ委任者ノ事務ニシテ受任者カ委任者ノ委託ニ因リ委任者ニ代ハリテ之ヲ處理スルモヲ準用ス」ト故ニ委任ノ目的タル事務カ法律行爲ニアラサル場合ニ於テハ當事者ノ權利關係ハ委任ノ法則ニ依リテ支配セラレ民法第六百四十三條乃至第六百五十條ノ規定ヲ之ニ準用スルコトヲ要ス準委任ト稱スルモノ卽チ是レナリ玆ニ於テ原則上法律行爲ノ委託ニ限定セラレタル委任ハ玆ニ再ヒ其範圍ヲ擴張スルニ至リ委任ト雇傭又ハ請負トヲ區別スルノ極メテ困難ナル場合ヲ生スルニ至ルコトハ既ニ說明スル所ノ如シ然レトモ委任ハ自己ノ事務ヲ他人ニ委託スルコトヲ意味スルヲ以テ委任ノ目的タル事務ハ委任者ノ事務ニシテ受任者其囑託ヲ受ケ代リテ之ヲ處理スルモノナリトノ觀念ハ委任契約ニ缺クヘカラサルモノナルヲ以テ此觀念ノ有無ヲ以テ委任契約ト他ノ勞務供給契約トヲ區別スルノ標準ト爲スヘキモノト信ス而シテ勞務供給契約カ此性質ヲ有スルヤ否ヤハ委任ノ目的タル事務ノ性質及ヒ當事者ノ意思如何ニ依リテ定マルヘキモノナリ但受任者カ委任者ノ名ヲ以テ第三者ニ對シテ委任者ノ爲ニ事務ノ處理ヲ爲ス場合ニハ其事務ノ性質如何ニ拘ハラス常ニ委任アリトスヘク其事務ノ處理カ雇傭契約又ハ請負契約ノ結果ナルトキハ玆ニ雇傭又ハ請負ト委任トノ混合契約ヲ成立セシムルモノニシテ當事者間ノ權利關係ハ主トシテ原因タル雇傭契約又ハ請負契約ニ因リ之ヲ定ムルコトヲ要シ補充的ニ委任ノ原則ヲ適用スヘキモノトス又勞務者ノ爲スヘキ事務カ第三者ニ

對スル事務ニアラサルトキハ委託關係ノ有無ヲ標準トシ各場合ニ於ケル實際ノ事實ニ基キテ之ヲ判斷スルコトヲ要ス

第十二章　寄託

第一節　寄託ノ性質

民法第六百五十七條ノ規定ニ依ルトキハ寄託ハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

寄託ハ當事者ノ一方カ相手方ニ物ノ保管ヲ委託シテ其物ヲ相手方ニ引渡シ相手方カ之ヲ承諾スル契約ナリ

今此定義中ニ存スル寄託ノ概念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一　寄託ハ契約ナリ

寄託關係ノ成立ニハ當事者ノ一方卽チ相手方ニ物ノ保管ヲ委託スル寄託者ト相手方卽チ寄託者ノ委託ヲ受ケテ其物ヲ保管スル受託者トノ間ニ於テ物ノ保管ニ關スル意思ノ合致卽チ契約アルコトヲ必要トス而シテ(一)此契約ノ成立ニハ當事者ノ意思表示アルノミヲ以テ足リ其意思表示ニ付キ何等特別ノ方式ヲ要セサルヲ以テ所謂不要式契約ノ一種ニ屬ス(二)然レトモ此契約ノ成立ニ付キテハ當事者間ニ於テ目的物ノ保管ニ關スル意思表示アルノミヲ以テ足レリトセス保管スヘキ目的物ヲ寄託者ヨリ受寄者ニ引渡スコトヲ要シ此引渡アルマテハ契約ハ成立セサルヲ以テ所謂要物契約又ハ實踐契約ト稱スルモノノ一種ニ屬ス是レ羅馬法以來各國法制ノ共ニ認ムル所ナリ(三)寄託ハ其性質ニ於テハ無償契約ナルモ當事者カ之ヲ以テ有償トシ寄託者ヲシテ受寄者ニ對シテ報酬支拂ノ義務ヲ負擔セシムルコトハ毫モ妨ケナシトス是レ方今多數ノ立法例ニ於テ採用セラルル所ノ主義ニシテ常ニ無償ナルコトヲ必要トセル羅馬法ト異ナル所ナリト(四)寄託ハ時トシテハ片務契約トナリ時トシテハ雙務契約トナル無償寄託ハ前者ニ屬シ有償ノ寄託ハ後者ニ屬ス

第二　寄託ハ當事者ノ一方カ物ノ保管ヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ受諾スル契約ナリ

寄託ニ在テハ寄託者ヨリ物ノ保管ヲ受寄者ニ委託シ受寄者ニ於テ寄託者ノ爲ニ其物ノ保管ヲ爲スヘキコトヲ約スルコトヲ必要トス是レ寄託ノ特質ニシテ寄託ト他ノ契約トノ間ニ存スル差異ノ點ナリトス

寄託ハ物ノ保管ヲ目的トスルヲ以テ寄託關係ノ成立ニハ債務者ニ於テ保管スヘキ物アルコトヲ必要トスルモ寄託關係ノ成立ニ要スル物ハ有體物タルノミヲ以テ足リ其物ノ動産タルト不動産タルト金錢其他ノ有價物タルト證書其他ノ書類タルトハ之ヲ問フコトヲ要セス何トナレハ民法ハ概括的ニ「物ノ保管云々」ト規定シ物ノ種類ヲ限定セサルヲ以テ各種ノ有體物ハ總テ其中ニ包含スルモノト解釋セサルヘカラサルヲ以テナリ獨逸民法其他ノ立法例ハ寄託ノ目的物ヲ動產ニ限定シ不動產ノ保管ハ當事者ノ意思ニ依リ雇傭請負又ハ委任ノ目的タルヘキモノトシ之ヲ以テ寄託ノ目的トセス蓋シ寄託ハ其實質ニ於テハ或ハ雇傭タルコトアリ或ハ請負タルコトアリ或ハ委任タルコトアリト雖モ取引上ノ必要ヨリ之ヲ以テ特種ノ契約トシ特別ノ規則ニ服從セシムルコトトナシタルモノナリ而シテ寄託ハ寄託者ノ爲ニ物ノ保管ヲ

爲スヲ目的トス爲スヲ以テ其性質ニ於テハ委任者ノ爲ニ其事務ヲ管理スル法律關係ニシテ委任契約ノ性質ヲ帶有スルモノナリ

寄託契約ノ內容ヲ組成スル所ノ物ノ保管トハ寄託ノ目的タル物ヲ監督保護スル行爲ヲ爲スコトヲ云フ故ニ受寄者ノ義務ハ寄託者ノ爲ニ目的物ヲ所持シ其滅失毀損ニ對シ保存監督ヲ爲スノ一點ニ存スルモノニシテ受寄者ヲシテ此義務ヲ負擔セシムルヲ以テ唯一若クハ主要ノ效果ト爲ス所ノ契約ハ寄託契約ヲ組成スルモノナリ之ニ反シテ保管ノ義務カ契約ノ唯一若クハ主要ノ效果ニアラスシテ契約ノ內容ヲ組成スル他ノ權利關係ノ反射的效果ナルトキ又ハ契約ヨリ生スル他ノ主タル義務ニ附隨スルニ過キサルトキハ寄託契約ヲ成立セシムルコトナシ使用貸借、賃貸借ニ於ケル借用物保管ノ義務ハ前者ニ屬シ雇傭又ハ請負ノ場合ニ於テ被傭者、請負人カ雇傭者、註文者ニ對シテ負擔スル材料保管ノ義務ハ後者ニ屬ス

第三 寄託ハ當事者ノ一方カ相手方ニ物ノ保管ヲ委託シテ其物ヲ引渡シ相手方カ之ヲ承諾スル契約ナリ

寄託契約成立ニハ物ノ寄託ニ關シテ當事者間ニ意思ノ合致アリタルノミヲ以テ足レリトセス常ニ必ラス目的物ノ引渡アルコトヲ要シ目的物ノ引渡アルマテハ寄託契約ハ成立セサルモノトス故ニ寄託ハ要物契約ノ一種ニ屬シ消費貸借、使用貸借ト其性質ヲ同フスルモノナリ

寄託ハ單ニ物ノ保管ヲ目的トシ相手方ニ物ヲ引渡シ或期間ノ後同一物ヲ以テ返還ノ責ニ任セシムルモノナレハ物ノ占有者ニアラサレハ寄託契約ヲ締結スルコトヲ得サルヤ明カナリ然レトモ物ノ寄託者ハ其占有者タルノミヲ以テ足リ所有者又ハ其物ヲ占有スヘキ正當ノ權限ヲ有スル者タルコトヲ必要トセス何トナレハ寄託契約ハ受寄者ヲシテ目的物ノ保管竝ニ其返還ノ義務ヲ負ハシムルヲ以テ目的トスルモノニシテ其物ノ使用收益ヲ爲スノ權利ヲ受寄者ニ授與スルモノニアラサルヲ以テ物ノ所持人ハ有效ニ寄託契約ヲ締結スルコトヲ得ヘク寄託者カ其物ノ所有者又ハ其他ノ權利者ニアラサルコトハ毫モ當事者間ニ於ケル契約ノ效力ヲ妨クルモノニアラサルヲ以テナリ但消費寄託ハ必然的ニ目的物ヲ處分スル權利ヲ受寄者ニ授與スルモノニシテ所有者ニアラサレハ之ヲ承諾スルコトヲ得サルヲ以テ所有者以外ノ人ノ爲シタル消費寄託ハ受寄者ヲシテ返還ノ義務ヲ負擔セシムルノ效力ヲ生セサルコトアルハ消費貸借ノ場合ト毫モ異ナル所ナシ

第二節　寄託ノ效力

第一款　受寄者ノ義務(寄託者ノ權利)

受寄者カ寄託契約ニ因リ寄託者ニ對シテ負擔スル義務ハ左ノ如シ

第一　受寄物ヲ保管スル義務

保管ナル語ハ其文字ノ構造ヨリ見ルトキハ保存管理ナル語ヲ節略シタル如キ觀アルモ法律ハ他ノ場合ニ於テ特ニ保存管理ナル語ヲ用ヒ寄託ニ關シテ特ニ保管ナル語ヲ用ヒタルヲ以テ保存管理ト保管トハ之ヲ同一意義ニ解スルコト能ハサルノミナラス若シ保管カ管理行爲ヲ包含スルモノトスルトキハ受寄者ハ物又ハ權利ノ性質ヲ變更セサル限度ニ於テ物ノ利用改良ヲ目的

トスル行爲ヲ爲スノ義務ヲ負フコトトナリ從來認メラレタル寄託ノ觀念ニ反シ委任契約ト殆ト擇フ所ナキニ至ルヲ以テ何レノ點ヨリ見ルモ保管ニ付スルニ管理ノ意義ヲ以テスルハ不可ナリトス而シテ保管ハ最モ普通ノ用語上物ノ保持監守ヲ意味スルヲ以テ寄託ノ內容ヲ組成スル所ノ保管ノ何タルヤヲ定ムルニ付キテモ亦普通ノ意義ニ從ヒ目的物ヲ自己ノ所持內ニ置キテ之ヲ監督保存スルノ所爲ナリト解スルヲ相當ナリト信ス從テ寄託契約ニ因リテ受寄者ノ負擔スル保管ノ義務ハ(第一)寄託者ノ爲ニ受寄物ヲ其所持內ニ保持スルコト(第二)受寄物ヲ監督シ占有ノ喪失竝ニ其有形的滅失毀損ニ對シテ之ヲ保護スルコト卽チ寄託者ニ代ハリテ受寄物ヲ占有シ其保存ニ必要ナル行爲ヲ爲スノ點ニ存スルモノトス故ニ受寄者ハ寄託契約ヨリ生スル義務トシテ目的物ヲ自己ノ所持內ニ置キ其完全ナル狀態ヲ維持スルコトヲ要スルト同時ニ此狀態ヲ維持スルノミヲ以テ足リ其利用改良ヲ目的トスル行爲ヲ爲スカ如キハ寄託契約ノ範圍外ニ屬スルヲ以テ受寄者ハ之ヲ爲スノ義務ナク又之ヲ爲スハ却テ其義務ニ違背スルコトトナルヘシ余ハ今ヨリ受寄者ノ保管義務ヲ論スルニ當リ保管ノ注意保管ノ方法保管ノ場所目的物ノ使用ニ區別シテ說明スヘシ

一　保管ノ注意　受寄者ハ寄託者ヨリ有體物ノ引渡ヲ受ケテ之ヲ占有スルモノニシテ寄託者ニ對シテ返還ノ義務ヲ負擔スルモノナレハ當事者間ノ權利關係ハ民法第四百條ニ所謂特定物ノ引渡ヲ目的トスル債務關係ニ該當ス故ニ債務者タル受託者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ目的物ヲ保管スルノ義務アルモノトス而シテ民法第四百條ノ原則ハ寄託カ有償ニシテ受寄者モ亦目的物ノ保管ニ因リ利益ヲ受クルカ爲メ其責任重キ場合ニ全然適用セラルヘキハ勿論ナリト雖モ寄託カ無償ニシテ受寄者カ寄託者ノ爲メノミニ受寄物ヲ保管シ其保管ニ因リテ利益ヲ享有セサル場合ニ於テ之ニ負ハシムルニ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スノ責任ヲ以テスルハ苛酷ニ失スルヲ以テ法律ハ其責任ヲ輕減シ單ニ自己ノ財產ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スノ責ノミニ任スヘキモノト爲セリ故ニ此場合ニ於ケル受寄者ノ責任ハ其日常ノ性行如何ニ依リテ定マルヘキモノニシテ自己ノ財產ヲ

管理スルニ付キ注意ノ周到ナラサル受寄者ハ受寄物ノ保管ニ付キ善良ナル管理者ノ注意ヲ怠ルモ寄託者ニ對シテ過失ノ責ニ任セサルノ結果ヲ生スヘシ然レトモ受寄者カ極メテ注意深キ人ニシテ自己ノ財産ニ付キテ用ユル注意カ善良ナル管理者ノ注意ヲ超越スルコトアルモ受寄者ハ受寄物ノ保管ニ付キテハ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スヲ以テ足リ其レヨリ以上ノ注意ヲ爲スノ義務ナシ何トナレハ民法第六百五十九條ハ受寄者ノ責任ヲ輕減スルヲ以テ目的トスルモノナレハ之ヲシテ普通ノ場合ヨリモ重キ責任ヲ負ハシムルハ同條ノ規定ヲ設ケタル所以ノ趣旨ニ反スルヲ以テナリ

受寄者ハ寄託者ノ爲メニ目的物ノ保管ヲ爲スモノナルヲ以テ本人カ目的物ニ關スル權利ヲ喪失スルノ危險アルトキハ之ヲ未然ニ豫防スルノ義務アリ故ニ第三者カ目的物上ニ權利ヲ主張シ受寄者ニ對シテ訴ヲ提起シ又ハ差押ヲ爲シタルトキハ受寄者ハ遲滯ナク其事實ヲ寄託者ニ通知スルコトヲ要ス蓋シ第三者カ訴ヲ提起シ又ハ差押ヲ爲シタル場合ニ之ヲ等閑ニ付スルニ於テハ寄託者ノ失權ヲ來タスコト往々ニシテ之レアルヲ以テ其事實ハ速ニ之ヲ寄託者ニ通知シ豫防手段ヲ施スコトヲ得セシムルノ必要アルヲ以テナリ（民法第六百六十條）

ニ　保管ノ方法　保管ノ方法ニ付キ當事者間ニ特約アルトキハ受寄者ハ特約ニ定ムル方法ニ從ヒ目的物ヲ保管スルコトヲ要ス例之寄託ノ目的タル貴重品ヲ金庫又ハ土藏内ニ於テ保管シ又ハ特ニ看守者ヲ附スルコトヲ約トキハ受寄者ハ目的物ノ性質ニ適シタルスルカ如シ當事者間ニ特約ナキトキハ受寄者ハ保管方法ヲ採用スルコトヲ得ヘク其方法ノ何タルヤハ之ヲ問フコトヲ要セス要スルニ保管方法ノ可否得失ハ其方法タル取引上善良ナル管理者カ物ノ保管ニ付キ採ル所ノ方法トシテ之ヲ是認スルコトヲ得ルヤ否ヤニ依リテ定マルモノトス但自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スノ責ニ任スル受寄者ハ自己ノ財産ニ於ケルト同樣ノ保管方法ヲ講スルノミヲ以テ足リ一般取引上ノ觀念ニ基ツキテ保管ニ要スル設備ヲ爲スコトヲ要セサルハ勿論ナリ而シテ受寄者カ特約ニ定ムル方法ヲ變シ又ハ其採用シタル

保管ノ方法其當ヲ得サルカ爲メ寄託者ニ損害ヲ被ラシメタルトキハ其損害ヲ賠償スルノ責アリ

寄託ハ委任ト等シク受寄者ニ對スル信任ヲ基礎トシ寄託者ハ受寄者其人ノ一身ニ著眼シテ目的物ノ保管ヲ委託スルモノナレハ受寄者ハ寄託ノ本旨ニ從ヒ自身ニ目的物保管ノ行爲ヲ爲スコトヲ要シ第三者ヲシテ代ハリテ之ヲ爲サシムルコトヲ得ス然レトモ受寄者ノ何人タルヤハ專ラ寄託者ノ利害ニ關スル問題ニシテ公益ト何等ノ關係ヲ有セサルヲ以テ寄託者ハ特約ヲ以テ受寄者以外ノ人ヲシテ代ハリテ保管ヲ爲サシムルノ權能ヲ受寄者ニ許與スルコトヲ得ヘク此場合ニ於テハ受寄者ハ第三者ヲシテ代ハリテ目的物ノ保管ヲ爲サシムルコトヲ得而シテ受寄者カ第三者ヲシテ保管ノ責ニ任セシムル場合ニ於テハ受寄者ト第三者トノ間ニ於テ更ニ別異ナル寄託契約ノ成立ヲ見ルニ至ルヘシト雖モ寄託者ト第三者トノ間ニ於テ直接ニ權利義務ノ關係ヲ生スルコトナシ然レトモ目的物ノ保管ハ寄託者ノ爲ニ爲スモノニシテ受寄者ハ目的物ノ保管ニ付キ直接ノ利害關係ヲ有セサルヲ以テ民法ハ實際ノ便宜上第三者ハ寄託者ニ對シ受寄者トシテ目的物保管ノ責ニ任シ直接ニ權利ヲ有シ義務ヲ負擔スルモノトシ民法第百七條ノ規定ヲ此場合ニ準用シタリ又第三者ノ行爲ニ付キテハ受寄者ハ自己ノ行爲ニ於ケルト同一ノ制限條件ニ從ヒ其責ニ任スルハ一般ノ原則ナルモ民法ハ此點ニ付キテモ亦民法第百五條ノ規定ヲ準用スルコトト爲セリ茲ニ於テ目的物ノ保管ニ付キ代人ヲ立ツルコトヲ特ニ許サレタル受寄者カ自カラ其代人ヲ選任シタルトキハ受寄者ハ其選任及ヒ監督ニ付キ本人ニ對シテ其責ニ任シ又寄託者ノ指名ニ從ヒ代人ヲ選任シタルトキハ其不適任又ハ不誠實ナルコトヲ知リテ之ヲ本人ニ通知シ又ハ之ヲ解任スルコトヲ怠リタルニアラサレハ其責ニ任セサルモノトス蓋シ寄託ハ委任ト其根本的ノ觀念ヲ同フスルヲ以テ委任代理人カ複代理人ヲ選任シタル場合ニ於ケル本人ト代理人トノ關係及ヒ本人ト複代理人トノ關係ヲ定メタル民法總則第百五條、第百七條ヲ寄託ノ場合ニ準用シ同一ノ原則ニ服從セシムルコトト爲シタルモノナリ

三　寄託物ノ使用　受託者ハ寄託契約ヨリ生スル效力トシテ**自己**ノ利益ノ爲ニ受寄物ヲ使用スルコトヲ得ス何トナレハ寄託ハ受寄者ヲシテ目的物ヲ**自己**ノ所持内ニ置キテ之カ保存行爲ヲ爲サシムルヲ以テ唯一ノ目的トスモノナレハ受寄者ハ目的物ノ使用カ其保存ノ爲ニ必要ナル場合ハ格別其物ヲ使用シテ**自己**ヲ利スルノ權利ヲ有セサルコトハ寄託ノ性質上自カラ明白ナルヲ以テナリ然レトモ寄託者ノ承諾ヲ得テ目的物ヲ使用スルハ毫モ妨ケナク寄託者ノ承諾アルトキハ或ハ受寄者ニ於テ現物ノ儘受寄物ヲ使用スルコトヲ得ヘク或ハ目的物カ代替物ナルトキハ消費貸借ニ於ケルカ如ク同種同量ノ物ヲ返還スルノ義務ヲ負擔シテ寄託物ヲ處分スルコトヲ得ヘシ

四　保管ノ場所　保管ノ場所ニ付キテ契約アルトキハ卽チ當事者カ保管ノ場所ヲ明示又ハ默示シタルトキハ受寄者ハ其場所ニ於テ目的物ノ保管ヲ爲スヘキモノトス然レトモ不動產ハ一定不變ノ所在ヲ有シ之ヲ轉置スルコト能ハサルヲ以テ受寄者ハ常ニ其所在ニ付キ之カ保管ヲ爲ササルヘカラサルハ勿論ナリ又保管ノ場所カ契約ニ因リテ定マレル場合ト雖モ正當ノ理由アルトキハ受寄者ニ於テ之ヲ轉置スルコトヲ得第六百六十四條但書ハ卽チ此場合ヲ豫想シタルモノナリ例之當事者カ寄託物ヲ存置スヘキ特定ノ倉庫ヲ指示シタル場合ニ其倉庫カ火災ノ爲ニ燒失シタルトキハ受寄者ハ之ヲ他ノ倉庫ニ轉置スルコトヲ得ルカ如シ當事者カ保管ノ場所ニ付キ何等特別ノ意思ヲ表示セサリシ場合ニ寄託ノ目的物カ動產ナルトキハ受寄者ハ之ヲ**自己**ノ實力範圍内ニ置キ且其保存ニ必要ナル設備ヲ爲スコトヲ要スルヲ以テ保管ノ場所ハ寄託契約成立ノ場所卽チ目的物ノ授受ヲリタル場所ニアラスシテ受寄者ノ住所ナリト解スルヲ可ナリトス

第二　金錢物品ノ引渡及ヒ權利移轉ノ義務

受寄者カ受寄物ヲ保管スルニ當リ收取シタル果實其受取リタル金品ハ之ヲ寄託者ニ引渡スノ義務アリマタ受寄者カ寄託者ノ爲ニ自己ノ名ヲ以テ取得シタル權利ハ之ヲ委託者ニ移轉スルコトヲ要ス例之寄託ノ金品ヲ他人ニ貸與シテ其利息ヲ受取リタル場合ニ之ヲ寄託者ニ交付シ又ハ自己ノ名ヲ以テ

金品ヲ貸與シ債權ヲ取得シタル場合ニ之ヲ寄託者ニ移轉スルノ手續ヲ爲スカ如シ

第三　利息ノ支拂及ヒ損害賠償ノ義務

受寄者カ寄託者ニ引渡スヘキ金額又ハ其利益ノ爲ニ用ユヘキ金額ヲ費消シタルトキハ其費消シタル日以後ノ法定利息ヲ拂フコトヲ要スルハ勿論尙ホ損害アルトキハ其賠償ノ責ニ任スルコト委任ノ場合ニ同シ

第四　受寄物返還ノ義務

受寄者ハ物ノ占有者タル寄託者ヨリ目的物ノ保管ヲ委託セラレ其引渡ヲ受ケテ目的物ヲ占有スルモノニシテ他日返還ヲ爲スヘキコトノ約束ノ下ニ一時目的物ヲ占有スルモノニ過キサルヲ以テ受寄物返還ノ義務ハ寄託契約ヨリ生スル當然ノ效果ナリ余ハ返還ノ目的物返還ノ場所及ヒ返還ノ時期ニ區別スヘシ

一　返還ノ目的物　受寄者ハ保管ノ爲メ寄託者ヨリ受取リタル物ヲ其儘寄託者ニ返還スルコトヲ要シ他物ヲ引渡シテ其義務ヲ免脫スルコトヲ得ス何トナレハ委託ノ目的物ハ特定物ナルヲ以テ之カ返還ノ義務ヲ負フ所ノ受寄者ハ其物ノ引渡ニ因リテノミ其義務ヲ履行シ得ヘケレハナリ但消費寄託ノ場合ニ於テハ受寄者ハ其種類品質數量ニ於テ引渡ヲ受ケタル物ニ適合スル物ヲ寄託者ニ返還スルヲ以テ足レリトス

二　返還ノ場所　受寄物返還ノ場所ニ付キ當事者間ニ特約ナキトキハ受寄者ハ保管ノ場所ニ於テ受寄物ヲ寄託者ニ返還スヘキモノトス蓋シ民法第四百八十四條ノ原則ニ對スル例外ニシテ當事者ノ意思ノ推測ニ基クモノナリ是レ羅馬法其他多數ノ立法例ニ於テ採用セラルル所ノ主義ニシテ我民法モ亦第六百四十四條前段ニ於テ特ニ之カ規定ヲ設ケタル所ナリ故ニ寄託物カ不動產ナルトキハ其所在ニ於テ之カ授受ヲ爲スコトヲ要シ動產ナル場合ニ保管ノ場所カ債務者ノ住所ナルトキハ其住所ニ到リテ之カ授受ヲ爲スヘキモノトス故ニ受寄者カ保管ノ場所以外ニ目的物ヲ目的物ノ返還ヲ受クヘク其他ノ場所ニ持チ行キ之ヲ債權者ニ引渡スノ義務ヲ轉置シタルトキハ更ニ保管ノ場所ニ到リテ之カ授受ヲ爲スヘキモノトス故ニ受寄者カ保管ノ場所以外ニ目的物ヲ

アルヤ明カナリ然レトモ受寄者カ正當ノ事由ニ基キ目的物ヲ他ニ轉置シタル場合ニ保管ヲ爲スヘキ場所ニ於テ目的物ノ引渡ヲ爲スノ義務ヲ受寄者ニ負擔セシムルニ於テハ受寄者ニ對シテ苛酷ナル結果ヲ生スルニ至ルヘク然ラサルモ保管スヘキ場所ニ於テ返還ヲ爲スコトノ不能ナル場合往々ニシテ之レアルヘキヲ以テ民法ハ此場合ニ於テハ受寄者ハ轉置ニ依リテ目的物ノ現在スル場所ニ於テ返還ヲ爲スコトヲ得ヘキモノト爲セリ是レ第六百六十四條但書ニ規定スル所ナリ

三　返還ノ時期　當事者カ返還ノ時期ヲ定メタルトキト雖モ寄託者ハ何時ニテモ其返還ヲ請求スルコトヲ得是レ民法第六百六十二條ニ規定スル所ニシテ寄託契約ノ本質ヨリ生スル結果ナリ何トナレハ寄託ハ受寄者ヲシテ寄託者ノ爲ニ物ヲ保管スルノ義務ヲ負ハシムルヲ以テ唯一ノ目的トスモノニシテ受寄者ハ寄託者ノ爲ニ保管ヲ爲スモノニ外ナラサルヲ以テ其利益ヲ享有スヘキ寄託者カ最早保管ノ必要ナシトシテ其返還ヲ要求スル以上ハ受寄者ハ其要求ニ應シ目的物ヲ寄託者ニ返還スルコトヲ要シ強テ目的物ヲ抑留シテ寄託者ノ要求ヲ拒ムヘキ理由ナキヲ以テナリ但寄託ニ付キ報酬ノ定メアル場合ニ寄託者カ返還ノ時期ニ先チ寄託物ノ返還ヲ要求シタルトキハ受寄者ハ民法第六百四十一條第三項ニ從ヒ其既ニ爲シタル履行ノ割合ニ應シテ報酬ヲ請求スルコトヲ得ヘシ（第六五條）

當事者カ寄託物返還ノ時期ヲ定メサリシトキハ受寄者ハ何時ニテモ其返還ヲ爲スコトヲ得何トナレハ此場合ニ於テハ受寄者ハ保管ヲ爲スヘキ時期ニ付キ毫モ羈束ヲ受ケサルヲ以テ何時ニテモ目的物ヲ返還シ其義務ヲ免脫スルノ完全ナル自由ヲ享有セサルヘカラサルヲ以テナリ之ニ反シテ返還時期ノ定メアルトキハ此時期ハ卽チ寄託者ノ利益ノ爲ニ設ケラルルモノナレハ受寄者ハ其期限内ハ保管ノ義務ヲ負擔シ期限前ニ返還ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ寄託ハ當事者雙方ノ信任ニ基クモノナレハ一旦返還時期ヲ定メタル以上ハ寄託者ハ如何ナル事由アルモ之ヲ返還スルコトヲ得サルモノト爲ストキハ當事者ノ意思ニ反スルノミナラス受寄者ニ對シ苛酷ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ民法ハ已ムコトヲ得サル事由アル

場合ニ限リ受寄者ヲシテ目的物ヲ返還シテ其義務ヲ免ルルコトヲ得セシムヘシ是レ第六百六十三條第二項ニ規定スル所ナリ例之受寄者カ疾病ニ罹リ又ハ公務ノ爲メ遠國ニ旅行シ又ハ兵役ニ從事スルカ爲メ目的物ノ保管ニ付キ著シキ困難ヲ生シタル場合ノ如シ

第二款　寄託者ノ義務(受寄者ノ權利)

寄託者ハ報酬ノ特約アル場合ノ外寄託契約ニ因リ受寄者ニ對シ交換的ニ何等ノ義務ヲモ負擔スルコトナシ唯寄託ヨリ生シタル結果トシテ受寄者ノ立替ヘタル費用ヲ償還シ其受ケタル損害ヲ賠償スル義務ヲ負フニ過キス今其義務ノ最モ重要ナルモノヲ指摘スルトキハ左ノ如シ

第一　報酬支拂ノ義務

寄託ハ其性質ニ於テ無償ナルコトハ委任ト異ナル所ナキヲ以テ受寄者ハ當事者間ニ明示又ハ默示ノ特約アル場合ニアラサレハ寄託者ニ對シテ報酬ヲ請求スルノ權利ヲ有セサルモノトス又受寄者カ報酬ヲ受クヘキ場合ニ於テモ保管行爲終了後ニアラサレハ報酬ヲ受取ルコトヲ得ス但報酬ノ支拂ニ付キ期間ノ定メアルトキハ其期間經過後之ヲ請求スルコトヲ得ヘシ又寄託カ受寄者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ半途ニテ終了シタルトキハ受寄者ハ既ニ爲シタル履行ノ割合ニ應シテ報酬ヲ請求スルコトヲ得

第二　費用前拂ノ義務

保管ハ寄託者ノ利益ノ爲ニ爲スモノナレハ之ニ要スル費用ハ寄託者ノ負擔ニ歸シ且其費用ハ豫メ之ヲ受寄者ニ支拂ヒ受寄者ヲシテ物ノ保管ニ必要ナル行爲ヲ爲スコトヲ得セシムルコトヲ要スルハ委任ノ場合ト毫モ異ナル所ナシ是レ民法カ第六百六十五條ニ於テ第六百四十九條ノ規定ヲ寄託ニ準用シタル所以ナリ

第三　費用償還ノ義務

寄託物ノ保管ニ必要ナル費用ハ寄託者ノ負擔ニ屬スルヲ以テ受寄者カ其費用ヲ立替支辨シタルトキハ寄託者ハ其費用ヲ受寄者ニ償還スルコトヲ要スルハ勿論其費用支出以後ニ於ケル利息ヲモ償還スルコトヲ要ス又受寄者カ

目的物ノ保管ニ必要ト認ムヘキ債務ヲ負擔シタルトキ例之受寄者カ其權限内ニ於テ目的物ヲ倉庫業者ノ保管ニ付シ倉敷料ヲ支拂フノ義務ヲ負擔シタルカ如キ場合ニ於テハ寄託者ヲシテ自己ニ代ハリ辨濟ヲ爲サシメ又其債務カ辨濟期ニアラサルトキハ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得此點モ亦委任ニ關スル第六百五十條ノ規定ヲ寄託ニ準用シタル結果ナリトス

第四 損害賠償ノ義務

受寄者ハ寄託者ノ委託ヲ受ケテ目的物ヲ保管スルモノナレハ受寄者カ受寄物ノ爲メニ受ケタル損失ニシテ其過失ニ因リテ自カラ之ヲ招キタルニアラサル以上ハ寄託者ニ於テ之ヲ賠償シ受寄者ヲシテ損害ヲ被ラシメサルコトヲ要スルハ寄託契約ノ性質ヨリ生スル結果ナリ是レ第六百六十一條ノ規定アル所以ニシテ同條ノ規定ニ依ルトキハ寄託者ハ寄託物ノ性質又ハ瑕疵ヨリ生シタル損害ヲ受寄者ニ賠償スルノ義務アリ例之目的物カ爆發性、燃燒性腐敗性、有毒性ヲ有シ或ハ病牛騈馬又ハ狂犬類ナル場合ニ之ヲ告ケスシテ受寄者ニ其保管ヲ託シ因テ受寄者ノ身體財產ニ損害ヲ及ホシタルトキハ寄託者ハ其損害ヲ賠償セサルヘカラス然レトモ同條但書ハ此原則ニ對スル例外ヲ設ケタリ卽チ左ノ如シ

一 寄託者カ過失ナクシテ其性質又ハ瑕疵ヲ知ラサリシトキ　蓋シ寄託者カ過失ナクシテ其性質瑕疵ヲ知ラスシテ之ヲ受寄者ニ寄託シタル場合ニ寄託者ヲシテ其責ニ任セシムルハ苛酷ニ失スルヲ以テナリ然レトモ此場合ニ於ケル受寄者ノ損害ハ寄託ニ基因スルヲ以テ寄託者ヲシテ其責ニ任セシムルハ條理上當然ニシテ委任ノ場合ト法理ヲ異ニスヘキ理由ナキノミナラス寄託者ノ保護厚キニ失シ受寄者ニ對シテ不公平ナル結果ヲ生スルヲ以テ此點ニ關スル民法ノ規定ハ其當ヲ失スルモノト謂ハサルヲ得ス

二 受寄者カ之ヲ知リタルトキ　受寄者カ既ニ目的物ノ性質瑕疵ヲ知リ之カ寄託ヲ承諾シタル以上ハ之ニ關スル危險ハ自カラ之ヲ負擔スルノ覺悟ナカルヘカラス從テ其結果ハ自カラ之ヲ甘受スルコトヲ要シ寄託者ヲシテ其責ニ任セシムヘキニアラサルヲ以テナリ

第三節　寄託ノ終了

寄託ハ(一)存續期間ノ定メアル場合ニハ其滿了ニ因リテ終了シ(二)受寄物ノ返還又ハ其返還ノ請求ニ因リテ終了シ(三)目的物ノ滅失(四)解除條件ノ成就(五)不履行ニ因ル解除權ノ行使モ亦寄託終了ノ原因トナル但民法ニハ特別規定ナキモ其解除ハ委任ノ場合ト等シク將來ニ向テ其效力ヲ生スルモノト解釋スルコトヲ要ス然レトモ當事者ノ死亡破產禁治產ハ寄託關係ヲ終了セシムルコトナシ蓋シ寄託ハ物ノ保管ヲ目的トシ當事者間ノ權利關係ハ頗ル簡單ナルヲ以テ普通委任ノ場合ニ於ケルカ如ク之ヲ當事者ニ專屬セシムルノ必要ナキヲ以テナリ當事者ノ一方カ破產ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦然リ何トナレハ寄託者ハ常ニ目的物ノ返還ヲ請求スルノ權利ヲ有シ受寄者ハ已ムコトヲ得サル事由ノ一トシテ之ヲ返還スルコトヲ得ルヲ以テ破產ヲ以テ特別ナル契約終了ノ原因トスルノ必要ナキヲ以テナリ

第四節　消費寄託

寄託ノ目的物カ代替物ニシテ受寄者カ之ヲ費消シタル上更ニ同種ノ物ヲ以テ返還ヲ爲スコトヲ許サレタル場合ニ於ケル當事者間ノ權利關係ハ消費貸借ト毫モ異ナル所ナキヲ以テ民法ハ消費貸借ニ關スル規定ヲ之ニ準用スルコトヲ爲セリ費消寄託ハ消費貸借ナルヤ寄託ナルヤニ付キテハ立法例區々ニシテ一定セスト雖モ獨逸民法ハ之ヲ以テ消費貸借トシ返還ノ時期ト場所ニ付キ疑アルトキハ寄託契約ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノト爲セリ我民法ハ契約カ物又ハ價格ノ保管ヲ目的トスルヤ若クハ其使用費消ヲ目的トスルヤヲ以テ區別ノ標準ト爲シタルヲ以テ其根原ニ於テ寄託者ノ爲メニ其價格ノ保管ヲ目的トスル所ノ寄託ハ受寄者ニ其使用消費ヲ許シタルカ爲メ費消貸借ニ變スルコトナシ

消費寄託ニ關シテハ消費貸借ノ規定ヲ準用スルコトヲ要ス故ニ準消費貸借ニ關スル民法第五百八十八條目的物ノ瑕疵ニ關スル第五百九十條目的物ノ返還

不能ニ關スル第五百九十二條ノ規定ハ消費寄託ニ之ヲ準用スヘキモノトス然レトモ消費寄託ト消費貸借ノ差異ハ一ハ寄託者ノ爲ニシ他ハ借主ノ爲ニスルノ一點ニ存スルコトハ既ニ說明セル所ノ如クナルヲ以テ其返還時期ノ定メアル場合ハ格別其定メナキトキハ寄託者ニ於テ何時ニテモ其返還ヲ要求スルコトヲ得ヘク受寄者ノ爲ニ相當ノ猶豫期間ヲ存スルコトヲ要セサルモノトス爲セリ是レ第六百六十六條ニ規定スル所ナリ

第十三章　組合

第一節　組合ノ性質

民法第六百六十七條ノ規定ニ依ルトキハ組合ハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

組合ハ各當事者カ出資ヲ爲シテ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スル契約ナリ

今此定義中ニ存スル組合ノ概念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

組合ハ契約ナルヲ以テ會社其他法人ノ設立ノ如キ共同行爲卽チ所謂併行的法律行爲ト其性質ヲ異ニス蓋シ組合カ前者ニ屬スルヤ後者ニ屬スルヤニ付キ學者間議論ナキニアラスト雖モ組合ニ在リテハ各反對ノ利害ヲ有スル當事者卽チ組合員カ事業ノ經營ニ從事シ共同ノ目的ヲ達スルノ手段トシテ其相互間ニ權利義務ヲ創設スルモノナレハ共同ノ目的ヲ有スル當事者カ同一ノ意思表示ヲ爲ス共同行爲ト其性質ヲ異ニス換言スレハ組合ニ在テモ反對當事者ハ各自相手方ニ對シテ組合ノ目的タル共同事業ノ經營ニ付キテ意思ノ表示ヲ爲シ相手方モ亦之ニ對當スル他ノ意思ヲ表示スルニ因リテ其相互間ニ權利義務ヲ發生セシムルト同時ニ各當事者ハ相互ニ給付義務ヲ負擔スルヲ以テ一ノ契約タルト同時ニ雙務契約タルノ性質ヲ有スルモノトス

第一　組合ハ契約ナリ

組合ハ數人間ノ權利關係ニシテ此關係ヲ生スルニハ當事者卽チ組合員間ニ於テ各自ニ出資ヲ爲シテ共同ノ事業ヲ營ムコトニ付キテ意思ノ合致卽チ契約アルコトヲ必要トス而シテ(一)組合契約ニハ當事者間ノ意思表示アルノミヲ以テ足レリトシ其成立ニ付キ書面ノ作成其他ノ形式ヲ必要トセサルヲ以

テ所謂不要式契約ナリ(二)組合契約ノ成立ニハ當事者各自ニ於テ物ノ引渡ヲ爲シ又ハ現實ニ或給付ヲ爲スコトヲ要セサルヲ以テ諾成契約ノ一種ニ屬ス(三)組合契約ノ當事者ハ各自ニ出資ヲ爲スコトヲ要スルヲ以テ有償契約ナリ(四)組合契約ハ當事者各自ヲシテ相互ニ出資ヲ爲シテ事業ノ經營ニ盡力スルノ義務ヲ負擔セシムルヲ以テ雙務契約ナリ

第二 組合契約ハ各當事者カ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スル契約ナリ

組合契約ノ成立ニハ數名ノ當事者ニ於テ共同ノ目的ヲ有シ此目的ヲ遂行スルカ爲メ共同シテ其事業ノ經營ヲ爲スコト卽チ目的事業ノ成功ニ盡力スルコトニ付キテ意思ノ合致アルコトヲ必要トス是レ組合契約ノ性質ニシテ他ノ契約ト組合契約トノ間ニ存スル差別ノ點ナリトス

組合契約ノ成立ニ要スル組合員共同ノ目的ノ爲メニスル事業ノ經營ニ付キテハ我民法中特別ノ規定ナキヲ以テ或法制ニ於ケルカ如ク其範圍ヲ營利的事業若クハ少クモ經濟的事業ニ限定スヘキモノニアラス學藝美術宗教敎育慈善其他純然タル精神上理想ノ目的ヲ遂行スルカ爲メノ事業モ亦有效ニ組合契約ノ目的タルコトヲ得ヘク要ハ其目的ノ適法ニシテ可能ナルニ在リ

組合契約ハ各組合員ヲシテ契約ノ目的タル共同ノ事業ノ遂行ニ盡力スルノ義務ヲ負ハシムルヲ以テ目的トスルヲ以テ此性質ヲ缺如スル所ノ共同的法律關係ハ組合ニアラス故ニ甲乙二人カ共同シテ所有權其他ノ財產權ヲ所有シ又ハ連帶シテ債務ヲ負擔スルモ其間ニ組合契約ヲ成立セシムルコトナシ然レトモ鑛業權ノ共有ハ他ノ財產權ノ共有ト異ナリ共有者相互間ニ於テ複雜ナル事業ノ經營ヲ必要トスルヲ以テ鑛業法第七條ハ共有者間ニ於テ常ニ組合契約ノ締結アルモノト看做シ單純ナル共有ノ規定ニ依ラスシテ專ラ組合契約ノ法則ニ從フヘキモノト爲セリ

第三 組合契約ハ各當事者カ出資ヲ爲シテ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スル契約ナリ

組合契約ノ目的タル共同事業ハ經濟的性質ヲ有スルコトヲ必要トセサルモ經濟的ノ手段ニ依リ共同事業ヲ遂行スルヲ以テ唯一ノ目的トシ各組合員ハ契約ノ本旨ニ從ヒ事業ノ成功ニ盡力スルノ義務ヲ負擔スルニ依リ共同事業

ノ成就ニ要スル資本ハ組合員ニ於テ之ヲ供スルコトヲ要シ組合員ニ於テ出資ノ義務ヲ負擔スルコトモ亦組合契約成立ノ要件タリ所謂出資トハ事業ノ經營ニ要スル金錢其他ノ有價物ノ給付ヲ意味シ民法第六百六十七條ハ勞務モ亦出資ノ契約タルコトヲ得ヘキモノトセリ

組合員カ出資ヲ爲スコトハ組合契約成立ノ要件ナルヲ以テ此要件ヲ缺ク所ノ共同契約ハ組合契約ニアラス例之數名ノ文學者カシェクスピアー研究會ヲ組織シ會員ノ家ニ集會シテ其著作物ニ付キ互ニ質疑ヲ爲スカ如シ

組合員ハ各自他ノ組合員ニ對シテ資本醵出ノ義務ヲ負擔スルト同時ニ醵出セラレタル資本ハ之ヲ事業經營ノ資ニ供シ因テ以テ組合員全體ヲ利スヘキモノタルコトヲ要ス故ニ組合員ノ供シタル資本カ單ニ組合員中ノ一人若クハ數人ヲ利スヘキモノナルトキハ贈與契約其他ノ無名契約ヲ成立セシムルコトアルモ組合契約ヲ成立セシムルコトナシ反對ニ於テ組合員ノ爲シタル出資カ總組合員ヲ利スルモ其出資ハ組合員中ノ或者ニ於テ負擔シ他ノ者ニ於テ之ヲ負擔セサル場合ニ於テモ亦組合契約ハ成立シ得ヘカラサルモノニシテ組合員カ各自一定ノ金額ヲ支出シ其金額ヲ以テ共同ノ利益ノ爲メニスル事業ノ資ニ供シ各自出資ノ利益ヲ享受スルコトヲ得ル場合ニ於テ始メテ其間ニ組合契約ノ成立ヲ見ルニ至ルヘシ然レトモ組合員ノ權利義務ノ平等ナルコトハ組合契約ノ要素ニ屬セサルヲ以テ各組合員ノ負擔スル出資義務ニ差等ヲ設クルコトハ毫モ妨ケサシ

資本醵出ノ義務ハ各組合員カ他ノ各組合員ニ對スル義務ナリヤ若クハ組合卽チ組合總員ニ對スル義務ナリヤニ付キテハ學者間ニ議論ノ存スル所ナリト雖モ組合契約ハ各組合員ト總組合員トノ間ノ契約ニアラスシテ組合員ト他ノ組合員各自トノ間ニ於テ互ニ共同事業ノ經營ニ盡力スルコトヲ約スルニ因リテ成立スルモノナレハ各組合員ノ負擔スル義務モ亦他ノ組合員ノ各自ニ對シテ負擔スル義務ナリト解スルヲ正當ナリトス是レ會社其他ノ法人ノ社員カ會社其他ノ法人ニ對シテ負擔スル債務ト其性質ヲ異ニスル所ナリ從テ雙務契約ニ關スル規定ハ組合員相互トノ間ニ之ヲ適用スルコトヲ要シ組合ト各組合員トノ間ニ於テ之ヲ適用スルコトヲ得ス

第二節　組合契約ノ效力

第一款　組合員ノ出資

各組合員ハ組合契約ニ因リ共同事業ノ經營ニ必要ナル出資ヲ爲スノ義務ヲ負擔スルコトハ既ニ說明セル所ノ如シ余ハ今ヨリ出資ノ性質及ヒ出資義務ノ履行ニ區別シテ說明スヘシ

第一　出資ノ性質

所謂出資ヲ爲ストハ資本ヲ醸出スルコトヲ意味シ資本ト財產トハ之ヲ同意義ニ解スルコトヲ得ルヲ以テ各種ノ財產ハ其何タルヲ論セス總テ出資ノ目的タルコトヲ得ヘシ故ニ最モ普通ニ出資ニ充ツル金錢其他ノ有價物ハ勿論動產不動產ノ使用收益ヲ爲スノ權利版權特許權債權モ亦有效ニ組合員ノ出資ヲ形成スルコトヲ得ヘシ但組合員ノ供スル勞務ハ適當ニ財產ト稱スヘカラサルヲ以テ出資ノ目的タルコトヲ得ルヤ否ヤニ付キ疑ヲ生スヘキヲ以テ民法ハ多數立法ノ例ニ倣ヒ特ニ規定ヲ設ケ組合事業ノ爲メニ組合員ノ供スル勞務モ亦之ヲ以テ出資ト爲スコトヲ得ヘキモノト爲セリ例之組合員ノ或者カ組合ノ爲メ一時的又ハ繼續的ニ器物器械ノ製造ニ從事シ又ハ物品ノ購買會計其他ノ事務ヲ司掌スルカ如シ蓋シ組合員カ自己ノ所有物ヲ組合ノ使用ニ供シテ之ヲ出資ニ充ツルコトヲ得ル以上ハ自己ノ勞力ヲ組合ノ使用ニ供シテ出資ニ充ツルコトヲ得ヘシトスルハ固ヨリ正當ニシテ其間ニ區別ヲ設クヘキノ理由ナケレハナリ故ニ組合員ノ各自カ勞務ノ供給ヲ爲スコトヲ約スル場合ニ於テモ組合ハ成立スルコトヲ妨ケサルモノトス而シテ組合員ノ出資カ金錢以外ノモノナルトキハ損益ノ分配殘餘財產ノ配當其他組合間ノ權利義務ノ割合ヲ定ムル爲メ其出資ヲ金錢ニ見積ルノ必要ヲ生スルモノトス

第二　出資義務ノ履行

組合事業ノ爲メニスル出資ハ組合員相互ノ權利タルト同時ニ其相互ノ義務ニ屬スルヲ以テ組合員ハ各他ノ組合員ニ對シテ出資ヲ要求スルコトヲ得ルト同時ニ他ノ組合員ノ要求ニ應シテ出資ヲ爲スノ義務ヲ履行セサルヘカラ

ス而シテ出資義務ノ履行ニ關シテハ左ノ原則ニ從フヘキモノトス

一　出資ハ組合總員ノ利益ノ爲メニ爲スヘキモノトス　各組合員ハ他ノ組合員ニ對シテ出資ヲ要求スルノ權利ヲ有スルヲ以テ組合員中ノ或者ヨリ請求ヲ受ケタル組合員ハ其請求ニ對シ出資ヲ爲スノ義務アルハ論ヲ俟タサルモ其出資ハ組合總員ノ爲メニ爲スモノニアラス故ニ其現ニ爲シタル出資ハ當然總組合員ヲ利スヘキモノトス隨テ(一)各組合員ハ他ノ組合員ノ請求ヲ受ケタル場合ニ其組合員ニ對シテ出資ヲ組成スル給付ヲ爲スヘキモノニアラスシテ總組合員ノ爲メニ其給付ヲ受取ルノ權限ヲ有スル者ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス但請求者ニ此權限アルトキハ之ニ對シテ給付ヲ爲スコトヲ要スルハ勿論ナリ(二)各組合員ハ他ノ組合員ヨリ出資ノ請求ヲ受ケタルトキハ出資義務ノ全部履行ヲ爲スコトヲ要シ出資ニ對スル其組合員ノ持分ニ付キテノミ履行ヲ爲シ又ハ其組合員ノ請求ニ對シ其組合員ヨリ給付スヘキ出資ニ對スル自己ノ持分ヲ援用シ相殺ニ因リテ義務ヲ免ルルコトヲ得ス何トナレハ出資ハ各組合員個々ノ利益ノ爲ニ之ヲ爲ノモノニアラスシテ契約ノ目的タル共同事業ノ經營ノ資ニ供スル爲メ組合總員ノ利益ニ於テ之ヲ爲スモノナレハ不可分的ニ總員ニ歸屬シ之ヲ分割シテ社員各自ノ所得ト爲スコトヲ得サルヲ以テナリ然レトモ其組合員カ出資義務ヲ履行セサルトキハ民法第五百三十三條ノ規定ニ依リ自己ノ出資義務ノ履行ヲ拒絕スルコトヲ得ヘシ而シテ出資義務ノ履行ヲ請求スルノ權利ヲ有スル者ハ契約ノ當事者タル各組合員ニシテ組合其者ニアラサルコトハ既ニ說明スル所ノ如クナルヲ以テ組合ノ業務執行者ハ特約アル場合ノ外ハ組合ノ名ヲ以テ出資義務ノ履行ヲ各組合員ニ請求スルコトヲ得サルモノトス

二　金錢ヲ以テ出資ノ目的トナシタル場合ニ於テ組合員カ其出資ヲ爲スコトヲ怠リタルトキハ其利息ヲ拂フ外尙ホ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要ス組合員カ其出資ヲ怠リタルトキハ債務不履行ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ損害ヲ賠償スルノ義務アルハ勿論ナリ但民法ハ第六百六十九條ニ於テ一般ノ原則ニ對スル一ノ例外ヲ設ケタリ他ナシ一般ノ原則ニ依レハ金錢債

務ノ不履行ヨリ生スル損害賠償ニ付キテハ債權者ハ約定利率又ハ法定利率ニ相當スル賠償金卽チ遲延利息ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マリ其以上ニ於テハ賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモ組合ノ場合ニ於テハ組合員カ金錢ノ出資義務ニ付キ履行ヲ遲延シタルトキハ遲延利息ノ外尙ホ其遲延ノ爲ニ組合ノ業務ニ生シタル損害ヲ賠償スルノ責任ヲ負フコト是レナリ蓋シ組合ハ多數組合員共同ノ力ヲ以テ事業ヲ經營スルヲ目的トシ經濟上有益ナル效果ヲ生スルヲ以テ可及的之ヲ保護奬勵スルノ必要アリ然ルニ組合員カ金錢ノ出資ヲ怠ルモ其利息ヲ拂フノ外何等賠償ノ責ナシトスルトキハ組合ノ目的タル事業ノ經營ハ到底期スヘカラサルニ至リ組合契約ヲ締結シタル所以ノ本旨ニ反スルノ結果ヲ生スルヲ以テ違約ノ責アル組合員ヲシテ債務ノ不履行ヨリ生シタル一切ノ損害ヲ賠償スルノ責ヲ負ハシムルハ組合事業ノ成效ヲ期スルノ上ニ於テ必要ナルヲ以テナリ

第二款　組合業務ノ執行

組合ノ業務ヲ執行スルコトハ組合契約ヲ締結シタル所以ノ目的ヲ遂行スルカ爲メ必要ニシテ缺クヘカラサルヲ以テ何人カ業務ヲ執行スルノ權利ヲ有スルヤ又業務執行者ハ業務ノ執行上ニ於テ如何ナル責任ヲ負フヤヲ定ムルノ必要アリ依テ余ハ業務執行ノ權限ト業務執行ヨリ生スル權利關係ニ區別シテ說明セントス

第一項　業務執行ノ權限

何人カ業務執行ノ責ニ任スヘキヤノ問題ニ關シテハ民法第六百七十條及第六百七十二條ニ特別規定アリ卽チ左ノ如シ

第一　組合ノ業務執行ハ組合員ノ過半數ヲ以テ之ヲ決ス

組合契約ニ在テハ各組合員ト共同シテ組合ノ目的タル共同事業ノ經營ニ從事スルノ權利義務ヲ有スルヲ以テ各組合員ハ他ノ組合員ニ拘ハラス單獨ニ業務ノ執行ヲ爲スコトヲ得スシテ組合業務ノ執行ハ必ラスヤ總組合員協力ノ結果タルコトヲ要ス茲ニ於テ組合契約ヲ以テ特ニ業務執行

者ヲ選任セサリシ場合ニ於テハ業務ノ執行ハ組合員ノ過半數ヲ以テ之ヲ決ス是レ民法第六百七十條ニ規定スル所ナリ抑モ組合契約ヲ以テ業務執行者ヲ定メサリシ場合ニ於テ何人カ如何ナル方法ヲ以テ組合ノ業務ヲ執行スヘキヤノ問題ニ付テハ各國ノ立法例其主義ヲ異ニスル所ニシテ大要之ヲ三個ニ區別スルコトヲ得ヘシ卽チ(一)ハ組合ノ業務執行ハ總組合員ノ一致共同ノ意思ニ基クコトヲ必要トスルモノニシテ獨逸民法ハ此主義ヲ採用ス(二)ハ組合ノ業務ハ各組合員ニ於テ他ノ組合員ニ拘ハラス單獨ニテ之ヲ執行シ得ヘキモノトスルモノニシテ佛國民法瑞西債務法ハ此主義ヲ採用ス(三)ハ組合ノ業務ハ必ラスシモ總組合員ノ一致共同ノ意思ニ基ツクコトヲ要セサルト同時ニ之ヲ各組合員ノ專斷ニ任スルコトヲ得ス總組合員ノ過半數ヲ以テ之ヲ決スヘキモノトスルモノニシテ前二者ノ中間ニ位シ我民法ノ採用スル所ナリ蓋シ第一ノ主義ハ組合ノ業務ハ組合員共同ノ事業ニシテ共同シテ之ヲ經營スヘキモノナレハ業務ノ執行モ亦其一致共同ノ意思ニ基クコトヲ要スルモノトシ組合ノ基礎タル組合員ノ意思ヲ重ンスルノ精神ニ出テタルモノニシテ又第二ノ主義ハ組合員相互間ニ委任關係アリトノ推測ト業務進捗ノ便宜トニ基クモノナリ然レトモ第一ノ主義ニ依ルトキハ業務ノ執行ニ付キ動モスレハ總員ノ間ニ意思ノ一致ヲ缺キ之カ爲メ組合業務ノ進行ヲ妨クルノ不便アリ又第二ノ主義ニ依ルトキハ各組合員ノ行動專斷ニ渉リテ其間ニ於テ往々矛盾ヲ生シ組合ノ利益ヲ害スルノ虞ナシトセス之ニ反シテ過半數ノ議決ニ依リテ業務ノ執行ヲ爲ストキハ一致主義ニ於ケルカ如ク業務ノ進捗ヲ遲緩ナラシムルノ弊害ナク又專斷主義ニ於ケルカ如ク組合員間ニ於テ行爲ノ矛盾ヲ生スルノ不便ナシ是レ民法カ共有物ノ管理ニ付キ共有者持分ノ過半數ヲ以テ之ヲ決スヘキモノト爲シタルト同一ノ精神ニ基キ組合員ノ共同事業タル組合事業ニ付キテモ亦總組合員頭數ノ過半數ヲ以テ之ヲ決スヘキモノト爲シタルモノナリ

業務ノ執行カ過半數ノ議決ニ依リテ定マル場合ト雖モ過半數ノ組合員カ少數ノ組合員ヲ省キ專斷ヲ以テ議決ヲ爲スコトヲ得ス必ラスヤ總組合員ヲ其議決ニテ干與セシメテ決議ヲ爲スコトヲ要ス組合員カ自己ノ所爲ニ因リテ

其議決ニ加ハラサリシ場合ハ此限ニアラス而シテ其決議ノ目的トナルヘキモノハ如何ナル方法ヲ以テ業務ノ執行ヲ爲スヘキヤ又何人カ其執行ノ任ニ當ルヘキヤノ問題ニシテ此決議ハ單ニ執行ノ方法ノミヲ定メ各組合員ヲシテ適宜執行ヲ爲サシムルコトヲ得ヘク或ハ執行ノ方法ヲ定メテ之ヲ或組合員ニ一任スルコトヲ得ヘク或ハ執行ノ方法ヲ定メスシテ之ヲ組合總員又ハ其中ノ或者ニ一任スルコトヲ得ヘシ

第二 組合契約又ハ其後ノ特別契約ヲ以テ業務執行者ヲ定メタルトキハ其契約ニ指定セラレタル者ニ於テ業務ヲ執行スルコトヲ要ス

然レトモ組合契約ヲ以テ執行者ヲ定メタル場合ト其後ノ特別契約ヲ以テ之ヲ定メタル場合トニ依リテ差異アルヲ以テ余ハ此二個ノ場合ヲ區別シテ說明スヘシ

一 組合契約ヲ以テ業務執行者ヲ定メタル場合　組合員ハ組合契約ヲ締結スルニ當リ其契約ノ一部トシテ業務執行者ヲ選任シ又ハ其後ニ至リ組合契約ヲ變更シ新タニ業務執行者ヲ新任又ハ改任スルコトヲ得ヘク選任セラルヘキ業務執行者ハ組合員タルト組合以外ノ第三者タルトハ之ヲ問フコトヲ要セス而シテ選任セラレタル業務執行者數名アルトキハ業務ノ執行ハ其過半數ヲ以テ之ヲ決スルコトハ業務執行者ノ定メナキ場合ニ同シ蓋シ民法ハ事業進捗ノ遲延ト執行者相互間ノ行爲ノ矛盾トヲ豫防セントスル同一ノ精神ニ出テタルモノナリ

組合契約ヲ以テ業務執行者ヲ選任シタル場合ニ被選者カ組合以外ノ第三者ナルトキハ業務執行者ト組合トノ關係ハ純然タル委任關係ナルヲ以テ委任ノ法則ニ依リテ支配セラルヘシ從テ業務執行者ハ其一己ノ意思ヲ以テ何時ニテモ委任ノ解除ヲ爲スコトヲ得ルト同時ニ組合員モ亦何時ニテモ之ヲ解任スルコトヲ得ヘシ然レトモ業務執行者ハ組合契約ヲ以テ選任セラレタルモノナルヲ以テ之ヲ解任スルハ契約ヲ變更スルモノナレハ總組合員ノ同意アルニアラサレハ爲シ得ヘカラサルヤ明カナリ

組合契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ組合員ニ委任シタルトキハ其組合員ト總組合員トノ關係ハ大體ニ於テ委任ノ法則ニ依リ支配セラルヘキモ之ヲ以テ

純然タル委任關係ナリトシ辭任及ヒ解任ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スルコトヲ得ス蓋シ組合員ハ各組合ノ目的タル業務ノ遂行ニ付キ組合員トシテ直接ノ利害關係ヲ有スルモノナレハ組合契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ委任セラレタル以上ハ業務ノ執行ハ其權利タルト同時ニ其義務ニ屬シ業務執行者タル組合員ニ於テ濫リニ辭任ヲ爲シテ其義務ヲ免ルルコトヲ得サルト同時ニ他ノ組合員ニ於テモ亦謂レナクシテ之カ解任ヲ爲シ業務執行者ノ權利ヲ奪フコト能ハサルモノトス是レ民法カ第六百十二條ニ於テ「組合契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ委任セラレタル組合員ハ正當ノ事由アルニアラサレハ辭任ヲ爲スコトヲ得ス又解任セラルルコトナシ」ト規定セル所以ナリ但シ組合契約ヲ以テ委任シタル組合員ヲ解任スルハ卽チ組合契約ノ一部ヲ成ス委任契約ヲ解除スルモノナレハ理論上ヨリ云フトキハ總組合員ノ同意アルニアラサレハ之ヲ爲スコト能ハサルモノト論スルコトヲ得ヘシト雖モ斯クスルニ於テハ受任者タル業務執行者ノ同意ナキカ爲メ正當ノ事由アルモ之ヲ解任スルコト能ハサルノ結果ヲ生スルヲ以テ民法ハ此

場合ニ於テハ其解任ニ付キ他ノ組合員ノ一致アルコトヲ要スルト同時ニ其一致アルノミヲ以テ足レリトシ總組合員ノ同意ヲ要セサルモノト爲セリ是レ第六百七十二條第二項ニ規定スル所ナリ

ニ　組合契約以外ノ契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ委任シタル場合　例之總組合員又ハ之ヲ代表スル業務執行者ニ於テ組合業務ニ關スル裁判上裁判外ノ行爲ヲ組合以外ノ第三者又ハ組合員ノ一人又ハ數人ニ委任スルカ如シ此場合ニ於ケル總組合員ト受任者ノ間ノ權利關係ハ純然タル委任ノ法則ニ依リテ支配セラルヘキモノトス何トナレハ總組合員ト第三者トノ間ニ於テ業務執行ニ關シ委任契約ノ成立スルコトヲ得ルハ勿論總組合員ト其中ノ一名若クハ數名トノ間ニ於テ純然タル委任契約ノ成立スルコトヲ妨ケサルハ委任ノ性質上毫モ疑ヲ容レサルヲ以テナリ蓋シ委任ヲ受ケタル組合員ハ其一己ノ資格ヲ以テ受任ヲ爲スモノニシテ其組合員ハ委任事務ニ付テハ第三者ノ地位ニ立ツモノトス唯民法第六百七十一條ノ規定ハ此場合ニモ亦之ヲ適用

シ準委任トシテ其效力ヲ定ムヘキニ似タリト雖モ同條ノ規定ハ其明文ノ示ス如ク組合契約ヲ以テ組合員ニ業務ノ執行ヲ委任シタル場合ニ關スル特別ノ規定ナルヲ以テ組合契約以外ニ於テ業務ノ執行ヲ他人ニ委任シタル場合ニ付キテハ受任者ノ組合員タルト第三者ナルトニ論ナク委任ニ關スル普通ノ原則ヲ適用スヘキハ事理ノ當然ナルヲ以テナリ

第三 前二項ノ原則ニ拘ハラス組合ノ常務ハ各組合員又ハ各業務執行者之ヲ專行スルコトヲ得

是レ第六百七十條第三項ニ規定スル所ナリ蓋シ組合ノ業務執行ハ上來說明スル如ク特ニ業務執行者ノ定メナキトキハ組合員ノ過半數ヲ以テ之ヲ決シ組合契約ヲ以テ執行者ヲ選任シタルトキハ其過半數ヲ以テ之ヲ決スルコトヲ要シ各組合員又ハ各業務執行者ニ於テ濫リニ業務ノ執行ニ干與スルコトヲ得スト雖モ組合事業ノ經營上ニ於テ日常取扱フ所ノ事務ハ其取扱方法自ラ一定シ何人カ其任ニ當ルモ利害ヲ異ニスヘキ性質ノモノニアラサルヲ以テ第一ノ場合ニ於テハ各組合員第二ノ場合ニ於テハ各業務執行者ヲシテ之

ヲ專行セシムルモ之カ爲メ組合ニ不利ナル結果ヲ生スルノ虞ナキヲ以テナリ例之取引先ト業務ニ關スル通信ヲ爲シ金錢物品ノ出納ヲ帳簿ニ記載シ定價付ノ物品ヲ代金引替ニ顧客ニ賣渡シ又ハ取引先ニ送付スヘキ荷物ノ包裝其他發送ニ關スル事務ヲ取扱フカ如シ然レトモ組合ノ業務執行ハ總組合員又ハ總業務執行者ノ過半數ヲ以テ之ヲ決定スルヲ本則トシ法律カ各組合員又ハ各業務執行者ヲシテ常務ヲ專行セシムルハ要スルニ他ノ組合員又ハ業務執行者ニ於テ之ヲ默認スルモノト推測スルモノニ外ナラサルヲ以テ他ノ組合員又ハ業務執行者カ異議ヲ主張シタルトキハ各組合員又ハ各業務執行者ハ其現ニ爲シツツアル常務ノ專行ヲ停止シ之ヲ其決議ニ委スルコトヲ必要トス然レトモ或組合員又ハ或業務執行者カ常務ヲ專行シタル場合ニ他ノ組合員又ハ業務執行者カ之ヲ停止セントスルニハ其結了前ニ異議ヲ主張スルコトヲ要シ其常務カ異議ノ主張前ニ終了シタルトキハ其常務ハ適法ニ執行セラレ了リタルモノニシテ後ニ爲シタル異議ノ爲ニ不法トナルノ結果ヲ生セサルモノトス

第二項　業務執行者ト組合員トノ權利關係

業務執行ノ權限ハ組合ノ業務ニ關スル一切ノ行爲ヲ包含ス故ニ業務執行者ハ組合事業ノ經營ニ必要ナル事實上及ヒ法律上ノ行爲ヲ爲スノ權限ヲ有シ其爲シタル行爲ハ組合總員ノ利害ニ於テ其效ヲ生ス但業務執行者ノ權限ハ組合員ニ於テ之ヲ制限スルコトヲ得ルヲ以テ此場合ニ於テハ業務執行者ノ行爲ハ其制限ノ範圍內ニ於テ其效ヲ生スヘキハ論ヲ俟タス

業務執行カ純然タル委任ノ關係ニ基クトキ卽チ組合契約又ハ特別契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ組合員以外ノ人ニ委任シ又ハ組合契約以外ノ特別契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ組合員ニ委任シタル場合ニ於テハ組合員ト委任者トノ權利關係ハ其受任者ノ組合員以外ノ人タルト組合員タルトニ論ナク純然タル委任ノ法則ニ依リテ支配セラルヘキモノナルコトハ既ニ說明スル所ノ如シ然レトモ組合契約ニ業務執行者ノ定メナキ爲メ過半數ノ決議ニ從ヒ各組合員又ハ其中ノ或者ニ於テ業務ヲ執行スル場合ニ於テハ業務執行者ノ權限ハ法律ノ規定ヨリ生シ當事者間ノ委任契約ヨリ生スルモノニアラサルヲ以テ業務執行者ト組合員トノ關係ニ付キ委任ニ關スル規定ヲ當然適用スルコトヲ得サルヤ明カナリ然レトモ此場合ニ於テモ亦業務ノ執行ハ總組合員共同ノ利益ノ爲ニ爲スモノニシテ各組合員カ之ヲ爲スニ付キ正當ノ權限ヲ有スルコトハ業務執行ノ權限カ委任關係ヨリ生スル場合ト毫モ異ナル所ナク唯一ハ當事者間ノ契約ヲ基本トシテ他ハ法律ノ規定ニ淵源スルノ差異アルニ過キサルヲ以テ組合員ト業務執行者ノ權利關係ニ付キテハ同一ノ原則ヲ適用シ同一ノ規定ヲ以テ之ヲ支配スルノ必要アリトス又組合契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ組合員中ノ或者ニ委任シタル場合ニ於テハ業務ノ執行ヲ委任セラレタル組合員ト總組合員トノ間ニ於テ委任契約ノ成立スルコト猶ホ組合契約ヲ以テ組合員以外ノ人ニ業務ノ執行ヲ委任シタル場合ト異ナル所ナキモノノ如シ然レトモ此二者間ニハ重要ナル差異アリ他ナシ組合契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ組合員ノ或者ニ委任スヘキコトヲ約シタルトキハ其契約ハ組合契約ノ一部ヲ成シ受任者タル組合員ハ業務ヲ執

行スルノ權利ヲ得ルト同時ニ之ヲ執行スルノ義務ヲ負擔スルモノニシテ此權利ハ他ノ組合員ニ於テ謂レナクシテ之ヲ奪フコトヲ得サルト同時ニ此義務ハ業務執行者ニ於テ隨意ニ之ヲ免脫スルコトヲ得サルヲ以テ當事者間ノ權利關係ハ純然タル委任ノ關係ナリト云フコト能ハサルヘシ故ニ委任ニ關スル法律ハ何等特別ノ規定ヲ待タスシテ當然此場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得ス然レトモ此場合ニ於テモ業務執行者ハ總組合員ニ代ハリテ共同ノ業務ヲ執行スルモノニ外ナラサルヲ以テ其性質ノ許ス限リハ委任ニ關スル法則ヲ應用スルヲ以テ正當ナリトスヘキハ多言ヲ要セサル所ナリ是レ民法カ第六百七十一條ニ於テ特ニ規定ヲ設ケ此等組合員カ組合契約又ハ法律ノ規定ニ依リ業務ノ執行ヲ爲ス場合ニ付キ委任ニ關スル民法第六百四十四條ノ規定ヲ準用スルコトヲ爲シタル所以ナリ玆ニ於テ次ノ效果ヲ生ス(一)業務執行者ハ其業務ノ執行ニ付キ善良ナル管理者ノ注意ヲ用ユルコトヲ要シ此注意ノ不足ヨリ生スル結果ニ付キ組合總員ニ對シテ其責ニ任セサルヘカラス(第六百四十四條)(二)業務執行者ハ他ノ組合員ノ請求アルトキハ何時ニテモ其業務執行ノ狀況ヲ報告シ其任務終了ノ後

ハ遲滯ナク業務執行ノ顚末ヲ報告スルコトヲ要ス(第六百四十五條)(三)業務執行者カ其業務執行上ニ於テ受取リタル金錢其他ノ物及ヒ其收取シタル果實ハ之ヲ總組合員ノ爲メニ其管理ヲ爲スノ權限ヲ有スル者ニ引渡シ(自ラ權限ヲ有スルトキハ其儘之ヲ所持スルコトヲ得ヘキハ勿論ナリ)自己ノ名ヲ以テ取得シタル權利ハ之ヲ組合ニ移轉スルコトヲ要ス(第四百四十六條)四業務執行者カ組合ニ引渡スヘキ金額又ハ業務執行上ニ於テ使用スヘキ金額ヲ自己ノ利益ニ於テ費消シタルトキハ其費消シタル日以後ノ利息ヲ支拂ヒ尚ホ損害アルトキハ不法行爲ニ關スル原則ニ從ヒ賠償ノ責ニ任ス(第四百四十七條)(五)組合員ハ特約アル場合ニ限リ組合ニ對シテ報酬ノ請求權ヲ有シ業務執行ノ權限カ業務執行者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ半途ニテ終了シタルトキハ既ニ爲シタル業務執行ノ割合ニ應シ其報酬ヲ請求スルノ權ヲ有スルモノトス(六)組合事業ノ執行ニ要スル費用ハ總組合員ノ負擔ニ屬スルヲ以テ此費用ハ豫メ之ヲ執行者ニ支拂ヒ以テ事業ノ經費ニ充テシムルコトヲ要ス故ニ業務執行者カ其費用ヲ立替支辨シタルトキハ之カ償還ヲ求ムルコトヲ得ルハ勿論費用支出ノ日以後ノ法定利息ヲモ請求スルコトヲ得ヘシ(第六百五十一條第一項)(七)業務

執行者カ組合事業ヲ執行スルニ當リ其事業ノ執行上ニ於テ必要ト認ムヘキ債務ヲ負擔シタルトキハ總組合員ニ對シ自己ニ代ハリテ其債務ヲ辨濟スヘキコトヲ要求シ其債務カ未タ辨濟期ニ至ラサルトキハ之ニ對シテ擔保ヲ請求スルコトヲ得（第六百五十條第二項）（八）業務執行者カ業務ノ執行上ニ於テ過失ナクシテ損害ヲ受ケタルトキハ其損害ハ業務執行者一名ノ負擔ニ歸スヘキモノニアラス組合全員ニ於テ之ヲ分擔スルコトヲ要ス

民法第六百七十一條ニ所謂組合ノ業務ヲ執行スル組合員ハ單ニ組合員過半數ノ決議ニ從ヒ業務ヲ執行スル組合員及ヒ組合契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ委任セラレタル組合員ノミヲ指シ何等正當ノ權限ナクシテ業務ヲ執行スル組合員ハ其内ニ包含セス何トナレハ此等ノ組合員ハ組合ノ爲ニ單純ナル事務管理ヲ爲スニ過キサルヲ以テ其組合員ト組合トノ權利關係ニ付キ其組合員ヲシテ受任者ト同一ナル重キ義務ヲ負ハシムルコトヲ要セス又受任者ト同一ナル特別ノ保護ヲ之ニ與フルノ必要ナキヲ以テ純然タル事務管理ノ法則ヲ適用スルノミニテ足ルモノナレハナリ故ニ第六百七十一條ノ規定ハ組合員カ委任契約ニ於ケルカ如ク他ノ組合員ノ爲ニ業務ヲ執行スヘキ正當ノ權限ヲ授與セラルル場合ニ限定セラルルモノト解釋セサルヘカラス蓋シ第六百七十一條ノ組合員ト雖モ組合ノ業務カ法律行爲ニ關スルトキハ其執行ハ第三者ニ對スル關係ニ於テ重要ナル效果ヲ生スヘシ何トナレハ業務ノ執行カ代理權ヲ伴フトキハ業務執行者ノ行爲ハ直接ニ組合ニ對シテ其效ヲ生シ第三者ト組合トノ間ニ於テ權利義務ノ關係ヲ生スヘケレハナリ依テ余ハ業務執行者ノ代理權ト第三者ト

第三項　業務ノ執行ト第三者トノ關係

組合ノ業務ハ法律行爲ニ關スルコトアリ或ハ法律行爲以外ノ事務ニ關スルコトアリ組合ノ事務カ法律行爲以外ノ事務ナルトキハ其執行ハ執行者ト組合總員トノ間ニ於テ其效ヲ生スルニ止マリ第三者ノ利害ニ影響ヲ及ホスコトナシト雖モ組合ノ業務カ法律行爲ニ關スルトキハ其執行ハ第三者ニ對スル關係ニ於テ重要ナル效果ヲ生スヘシ何トナレハ業務ノ執行カ代理權ヲ伴フトキハ業務執行者ノ行爲ハ直接ニ組合ニ對シテ其效ヲ生シ第三者ト組合トノ間ニ於テ權利義務ノ關係ヲ生スヘケレハナリ依テ余ハ業務執行者ノ代理權ト第三者ト

組合トノ關係ニ區別シテ說明スヘシ

第一　業務執行者ノ代理權

組合契約以外ノ契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ組合員ノ或者ニ委任シ又ハ一般ニ契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ組合員以外ノ者ニ委任シタルトキハ業務執行者ノ代理權ノ得喪變更及ヒ其範圍ハ總テ委任ノ原則ニ從ヒ之ヲ定ムルコトヲ要シ組合ノ場合ニ固有ナル特別ノ法則ナシ業務ノ執行カ純然タル委任契約ニ基因セサルトキ卽チ組合契約ヲ以テ業務執行者ヲ定メタル場合又ハ組合契約ニ業務執行者ノ定メナキ爲メ各組合員ニ於テ業務ノ執行ヲ爲スヘキ場合ニ業務執行者ハ組合ヲ代表シテ法律行爲ヲ爲スノ權限ヲ有スルヤ否ヤニ付キ疑ヲ生スヘシ而シテ此問題ニ付テハ我民法中何等特別ノ規定ヲ存セサルモ組合ノ業務カ法律行爲ニ關スル場合ニ其業務ヲ執行スルノ權限ハ當然其法律行爲ニ關スル業務執行者ノ代理權ヲ包含シ業務執行者ハ組合ヲ代表シテ其法律行爲ヲ爲スノ權限ヲ有スルモノト解釋スルヲ相當ナリトス何トナレハ其業務ハ組合ノ業務ニシテ執行者ノ業務ニアラサル以上ハ組合ノ名義ヲ以テ之ヲ爲スヲ當然トシ執行者ノ名義ヲ以テ之ヲ爲スコトハ寧ロ其業務ノ性質ニ反スルモノト云ハサルヘカラサルヲ以テナリ獨逸民法第七百十四條ニハ組合員ノ一人カ業務ノ執行ヲ爲スノ權限ヲ有スルトキハ疑ハシキ場合ニハ第三者ニ對シテ他ノ組合員ヲ代理スルノ權限ヲ授與セラレタルモノト看做ス旨規定セリ我民法ニハ之ヲ缺クモ前示ノ理由ニ依リ同一ノ解釋ヲ爲スヲ可ナリトス故ニ組合員カ享有スル業務執行ノ權限ハ其權限內ニ於テ爲ス法律行爲ニ付キ業務執行者ノ代理權ヲ當然隨伴シ業務執行者カ其業務執行ノ權限內ニ於テ組合ノ名ヲ以テ爲シタル法律行爲ハ總テ組合總員ニ對シテ其效ヲ生シ組合ト第三者トノ間ニ於テ直接ニ權利義務ヲ發生スルモノトス約言スレハ業務執行者ノ代理權ハ業務執行ノ權限ト共ニ發生シ其範圍モ亦業務執行ノ權限ヲ以テ範圍ト爲スト同時ニ其變更消滅モ亦業務執行ノ權限ノ消滅變更ニ伴フヘキモノトス然レトモ業務執行者カ契約又ハ議決ニ依リ代理權ヲ授與セラレサリシ場合ニ於テハ自己ノ名ヲ以テ法律行爲ヲ爲スコトヲ要シ組合ノ名ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ其行爲ハ假令組

合ノ名ヲ以テ之ヲ爲スモ組合ニ對シテ其效ヲ生セサルモノトス

第二 組合ト第三者トノ關係

代理權ヲ有スル業務執行者カ組合ノ名ヲ以テ法律行爲ヲ爲シタルトキハ其執行者ノ組合員ナルト組合員以外ノ人タルトニ論ナク其行爲ハ組合ニ對シテ效力ヲ生シ組合ト第三者トノ間ニ於テ直接ニ權利義務ノ關係ヲ生ス而シテ組合ハ法人ニアラサルヲ以テ第三者トノ關係ニ於テ權利義務ノ主體トナル者ハ組合總員ニシテ第三者ハ組合總員ニ對シテ權利ヲ有スルト同時ニ組合總員ニ對シテ義務ヲ負擔スルコトトナルヘシ而シテ組合ト第三者トノ間ノ權利關係ニ付キテハ第三者ノ權利ト第三者ノ義務トヲ區別スルコトヲ要ス卽チ左ノ如シ

一 第三者ノ權利 第三者ハ組合總員ニ對シテ直接ニ權利ヲ有スルヲ以テ第三者ハ組合員ニ對シテ其權利ヲ實行スルニ當リ組合員ノ出資其他ノ組合財產ニ付キ其權利ヲ行フコトヲ得ルハ勿論各組合員一己ノ財產ニ付キテモ亦其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ何トナレハ組合ハ組合員ノ集合體タルニ過キスシテ組合員以外ニ於テ存在スルノ一ノ法人ニアラサルヲ以テ組合ノ責任ハ組合財產ニ限定セラルヘキモノニアラス債務者タル組合員一己ノ財產ニ及フヘキハ論ヲ俟タサルヲ以テナリ而シテ組合ノ債務ハ組合總員ノ債務ナルヲ以テ組合ノ債權者カ組合總員ノ共有ニ屬スル組合財產ニ付キ其債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルハ勿論ナリト雖モ必ラスシモ之ヲ爲スコトヲ要セス組合財產ヲ擴キ各組合員ノ負擔部分ニ付キ各自ノ固有財產ニ付キテ辨濟ヲ受クルコトヲ妨ケサルモノトス

第三者カ組合ニ對シテ有スル權利卽チ組合員ノ債務ハ組合員共同ノ債務ナリトシテ各自如何ナル限度ニ於テ履行ノ責ニ任スヘキヤニ付キテハ立法例區々ニシテ一定セス或ハ組合員ハ連帶シテ債務ヲ負擔スヘキモノトシ或ハ組合員ニ於テ之ヲ分擔スヘキモノトシ又分擔主義ヲ採用スル法制ニ付キ平等ノ割合ヲ以テ債務ヲ負擔スヘシトスルモノト持分ニ應シテ之ヲ負擔スヘシトスルモノトノ區別アリ我民法ハ損益分配ノ割合ニ應スル分擔主義ヲ採用シ第六百七十五條ニ於テ此意義ヲ明カニセリ蓋シ組合事

業ニ伴フ損益ハ之ヲ組合員ニ分配スルコトヲ要シ分配ノ割合ハ特約又ハ出資ノ額ニ依リテ定マルヘキコトハ第六百七十四條ニ規定スル所ニシテ組合員カ組合事務ノ經營上ニ於テ共同シテ債務ヲ負擔シタルトキハ其債務ハ卽チ組合事業ニ伴フ損失ニ外ナラサルヲ以テ損失分擔ノ割合ニ應シ組合員間ニ之ヲ分配スルコトヲ要スルハ組合契約ヨリ生スル當然ノ結果ナルヲ以テナリ故ニ債務分擔ノ原則ハ組合員相互ノ關係ニ之ヲ適用スルコトヲ要スルハ勿論ナルモ債權者ニ對スル關係ニ於テハ各組合員ハ連帶シテ債務ヲ負擔スヘキヤト云フニ我民法ニ依ルトキハ分割ハ原則ニシテ連帶ハ例外ナルト同時ニ可分ノ給付ハ當事者間ニ特別ノ意思表示ナキトキハ之ヲ不可分トスルコトヲ得サルヲ以テ債務者間ニ於テ連帶又ハ不可分ノ關係ヲ生セシムルニハ常ニ當事者間ニ特約アリタルコトヲ必要トスルヲ以テ組合員カ共同シテ債務ヲ負擔スルモ唯此一事ノミニテハ其間ニ連帶又ハ不可分ノ關係アルコトヲ推定スルコトヲ得サルノミナラス我立法者ハ組合ノ場合ニ付キ斯ノ如キ推定ヲ設クルノ必要ナシト認メタルヲ以テ債權者ニ對スル外部ノ關係ニ於テモ亦組合員相互間ニ於ケル內部ノ關係ニ從ヒ損失分擔ノ割合ヲ標準トシテ債務ノ分割ヲ爲スヘキモノト爲シタルモノナリ而シテ組合員相互ノ間ニ於ケル債務分擔ノ割合ハ損失分擔ノ割合ニ從フヲ原則トスルモ債權者トノ關係ニ於テモ亦常ニ此割合ニ據ルヘキモノトスルトキハ組合相互間ノ內部ノ關係タル損失分擔ノ割合ハ債權者之ヲ知ラサルコト往々ニシテ之レアリ且必ラスシモ之ヲ知ルノ義務ナキモノナレハ組合ト取引ヲ爲ス債權者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヲ以テ民法ハ組合ノ債權者カ其債權取得ノ當時組合員ノ損失分擔ノ割合ヲ知ラサリシトキハ各組合員ニ對シ均一ノ部分ニ付キ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキモノトシ第六百七十五條ノ但書ヲ以テ特ニ之カ規定ヲ設ケタリ

二　第三者ノ債務　第三者カ組合ニ對シテ債務ヲ負擔スルトキハ其債務ハ組合總員ニ對スル不可分債務ニシテ個々ノ組合員ニ對スル連合債務ニアラス是レ組合ノ性質上自カラ然ラサルヲ得サル所ナリ何トナレハ其債務

權ハ組合總員ノ所有ニ屬スル共有財產トシテ不可分的ニ總組合員ノ共有ニ屬シ之ヲ分割シテ各自ノ所有ニ歸セシムルコトハ組合ノ目的ニ反シ組合ノ存續スル間ハ之ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テナリ茲ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

甲 各組合員ハ第三者ニ對スル組合ノ債權ヲ分割シ其持分ノ割合ニ從ヒ自己ノ所得ニ歸スヘキ部分ノ履行ヲ單獨ニ請求スルコトヲ得ス 組合ノ債權ハ常ニ必ラス業務執行ノ權限ヲ有スル者ニ於テ組合總員ヲ代表シテ之カ履行ヲ第三者ニ請求スルコトヲ要ス故ニ多數當事者間ノ債權ニ關スル平等分割ノ原則又ハ持分ニ因ル分割ノ原則ハ此場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得ス蓋シ組合ノ目的トスル所ハ共同事業ノ經營ニ存スルヲ以テ事業ノ經營上ニ於テ取得シタル權利ハ物權ナルト債權ナルトニ論ナク先ツ之ヲ組合總員ノ共有ト爲スコトヲ要シ當然之ヲ分割スルコトヲ得サルハ勿論組合ノ存立スル限リハ其分割ヲ請求スルコトヲ得サルハ第六百六十八條第六百七十六條第二項ノ規定ニ徵シテ明カナリ

以テナリ

乙 組合ノ債務者ハ其債務ト組合員ニ對スル債權ヲ相殺スルコトヲ得ス是レ第六百七十七條ニ規定スル所ニシテ前項ニ說明セル所ト同一ノ理由ニ基クモノナリ蓋シ第三者カ組合ニ對シテ負擔スル債務ハ不可分的ニ組合總員ニ對スル債務ニシテ其履行ハ不可分的ニ組合總員ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要シ履行ノ結果ハ組合總員ヲ利スヘキモノナリ左レハ第三者カ組合ニ對シテ負擔スル債務ト第三者カ組合員ノ各自ニ對シテ有スル債權トハ同一當事者間ニ於ケル債權債務ニアラサルヲ以テ其間ニ相殺ノ行ハル可ラサルハ敢テ論ヲ俟タサル所ナリ故ニ組合ノ債務者ハ自己ノ債務ト各組合員ニ對スル債權トヲ相殺スルコトヲ得サルハ勿論組合ニ對スル債務ヲ組合員ノ持分ニ應シテ之ヲ組合員間ニ分割シ其一部分ニ付キテ相殺ヲ援用スルコトヲ得ス何トナレハ第三者カ組合ニ對シテ負擔スル債務卽チ組合ノ債權ハ不可分的ニ總組合員ノ共有ニ屬シ組合員ノ持分ニ應シテ之ヲ組合員間ニ分割スルコトヲ得サルハ

既ニ說明セル所ノ如クナルヲ以テナリ之ニ反シテ組合ノ債務者ハ自己ノ債務ト組合事業ノ經營ニ付キ總組合員ニ對シテ取得シタル自己ノ債權トニ付キ相殺ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第三款　組合事業ノ檢査

各組合員ハ組合ノ業務ヲ執行スルノ權利ヲ有セサルトキト雖モ其業務及ヒ組合財產ノ狀況ヲ檢査スルコトヲ得ヘシ是レ第六百七十三條ニ規定スル所ナリ蓋シ組合ノ事業ハ組合員共同ノ事業ニシテ組合財產モ亦總組合員ノ共有ニ屬スルモノナレハ各組合員ハ組合ノ業務ハ適當ニ執行セラレツツアルヤ否ヤ組合財產ハ完全ナル狀態ニアルヤ否ヤヲ監督シ必要ナル場合ニハ相當ノ處置ヲ施スハ自己ノ利益ヲ保護スルカ爲ニ必要ニシテ組合員ハ直接業務ノ執行ニ干與セサルモ尙ホ且組合員タルノ資格ニ於テ此權利ヲ享有セサルヘカラス而シテ我民法ハ此場合ニ於ケル檢查ノ方法如何ニ付キ別段ニ規定スル所ナキヲ以テ各組合員ハ苟モ組合ノ業務執行ヲ妨ケサル限リハ適宜之ヲ施行スルコトヲ得ヘシ例之組合員ハ組合ノ帳簿其他ノ書類ヲ閱覽シ業務執行者ニ對シテ質問ヲ爲シ倉庫其他財產ノ所在ニ付キ實地見分ヲ爲スカ如シ但業務執行者ハ如何ナル程度マテ組合員ノ檢查ノ要求ニ應スヘキヤハ各場合ニ於ケル實際ノ情況ニ依リテ定マルヘキ事實上ノ問題ニシテ其當否ニ付キ爭ヲ生シタルトキハ裁判所ニ於テ之ヲ判斷スヘキモノトス

第四款　損益ノ分配

組合員カ組合事業ノ經營ニ伴フ利益ノ分配ニ與カルコトハ組合契約ノ成立要件タルコト從テ或組合員ヲシテ利益ノ全部ヲ獨占セシメテ他ノ組合員ヲシテ利益ノ分配ニ與カルコトヲ得サラシムル契約(組合)ハ組合ノ性質ニ反シ全然無效ナルハ學說立法例ノ共ニ一致スル所ナリ是レ他ナシ此種ノ契約ニ在テハ利益ノ分配ヲ受ケサル當事者ハ共同ノ目的ノ爲メニ契約ヲ爲スモノニ外ナラサルヲ以テナリ反之或組合員ニ於テ損失ヲ負擔シ他ノ組合

員ヲシテ損失ヲ負擔スルノ義務ヲ免カレシムルハ共同事業ノ經營ヲ目的トスル組合ノ性質ニ反スルモノニアラスシテ各自ニ契約ノ目的タル事業ノ經營ニ付キ利害ヲ有スルモノナレハ組合契約ハ有效ニ成立スルモノトス但當事者間ニ特約ナキ限リハ各組合員ハ損益ノ分配ニ與カルヘキモノトス而シテ民法第六百七十四條ニ依ルトキハ組合員ノ損益分配ノ割合ハ左ノ原則ニ從ヒ之ヲ定ムヘシ

第一 組合員ノ損益分配ノ割合ハ各組合員ノ出資ノ額ニ應シテ之ヲ定ム

組合員ノ損益分配ノ割合ニ關シテハ二個ノ主義アリ其一ハ組合員間ニ於ケル損益分配ハ出資ノ種類價格ノ如何ニ拘ハラス平等均一ノ割合ニ依ルヘキモノトシ獨逸民法ハ此主義ヲ採用ス他ノ一ハ損益分配ノ割合ハ出資ノ多寡ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキモノトシ我民法ハ卽チ此主義ヲ採用シタルモノニシテ公平ノ觀念ニ適シ當事者ノ意思ニ合スルモノト謂ハサルヲ得ス蓋シ出資ハ共同事業ノ經營上必要ニシテ缺ク可ラサルモノニシテ組合員ハ組合事業ノ爲メ各自出資ヲ爲シ因テ以テ其事業ヲ遂行スルモノニ外ナラサルヲ以テ組合事業ノ成功ニ對スル組合員功勞ノ大小ハ出資ノ多寡ニ依リテ定マルモノト論セサルヲ得ス而シテ組合事業ノ經營ヨリ生スル利益ハ事業ノ經營ニ對スル組合員ノ功勞ニ應シテ之ヲ分配スルヲ公平ナリトスルヲ以テ利益分配ノ割合ハ結局出資ノ額ニ應シテ之ヲ定ムルノ外ナシトス若シ夫レ出資額ノ如何ニ拘ハラス平等ニ利益ノ分配ヲ爲スカ如キハ不公平ノ最モ甚シキモノナレハ當事者カ斯ル利益分配ヲ爲サントスルノ意思ハ特ニ之ヲ表示スルコトヲ要シ當然之ヲ推測スルコトヲ得ス是レ民法カ特約ナキ限リハ利益分配ノ割合ハ出資額ニ應シテ之ヲ定ムルコトト爲セル所以ナリ而シテ利益分配ノ割合ハ出資ノ額ニ應スヘキモノト爲シタル以上ハ組合事業ノ經營上ニ於テ組合員ノ被ムルヘキ損失モ亦出資額ニ應シ之ヲ分擔スルコトヲ必要トスヘシ何トナレハ共同事業ニ付キ利益ヲ受クルコト多ケレハ之ヨリ生スル損失ノ負擔モ亦比例的ニ多カラシメ利益ヲ受クルコト少ナケレハ損失ノ負擔モ亦比例的ニ少ナカラシムルコトハ是又公平ノ觀念ニ適スルヲ以テ特約ナキ限リハ當事者ノ損失ノ負擔モ亦出資ノ額ニ應シテ之ヲ定ムルノ意

思ナリト推定スルコトヲ要シ損益分配ノ割合ヲ異ニスル當事者ノ意思ハ當然之ヲ推測スルコト能ハサルヲ以テナリ

第二 當事者カ特約ヲ以テ損益分配ノ割合ヲ定メタルトキハ之ニ從フ

組合契約ニ在リテハ組合員ハ各損益ノ分配ニ與カルコトヲ必要トスルモ其損益分配ノ割合如何ハ契約ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ホササルノミナラス事全ク組合員各自ノ利益ニ關スル問題ナルヲ以テ法律ハ契約自由ノ原則ニ從ヒ組合員ヲシテ契約ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得セシムルモノナリ故ニ組合員ハ利益ト損失トニ付キ別々ニ分配ノ割合ヲ定ムルコトヲ得ヘク此點ニ關スル契約ハ當事者ヲ羈束ス但シ當事者カ利益又ハ損失ニ付キテノミ分配ノ割合ヲ定メタルトキハ其割合ハ利益及ヒ損失ニ共通ナルモノト推定ス是レ第六百七十四條第二項ニ規定スル所ニシテ公平ノ原則ハ利益ト損失トハ常ニ其分配ノ割合ヲ同一ニスルコトヲ要求スルヲ以テ當事者ノ意思モ亦此要求ニ從フニアリト推測スルモノニ外ナラス然レトモ是レ所謂一應ノ推定タルニ過キサルヲ以テ反證ヲ擧テ之ヲ打破スルコトヲ得ヘキハ勿論ナリ

第五款 組合財産

民法第六百六十八條ニ曰ク「各組合員ノ出資其他ノ組合財産ハ總組合員ノ共有ニ屬ス」ト組合事業カ既ニ總組合員共同ノ事業タル以上ハ此事業ノ經營ニ要スル財產及ヒ此事業ノ經營ニ於テ取得シタル財產モ亦總組合員ニテ共同シテ之ヲ所有スルモノト爲スハ組合ノ性質ニ適スルヲ以テナリ余ハ以下組合財產ノ種類共有及ヒ分割ニ區別シテ說明スヘシ

第一項 組合財產ノ種類

民法第六百六十八條ニ依レハ各組合員ノ出資其他ノ組合財產ハ總組合員ノ共有ニ屬ス卽チ左ノ如シ

一 出資 出資ハ各組合員カ組合事業經營ノ爲ニ醵出スル財物ニシテ金錢其他ノ有價物ハ勿論債權、版權、特許權、物ノ使用收益權其他各種ノ財產權ヲ包含シ組合ノ爲ニ爲ス組合員ノ勞務モ亦出資ノ目的タルコトヲ得ルハ既ニ說明

セル所ナリ而シテ出資ハ總組合員ノ共有ニ屬スヘキモノニアラサルヲ以テ各組合員ハ他ノ組合員ニ對シテ出資義務ノ履行ヲ求ムルニ當リ自己ニ對シテ其全部又ハ一部ヲ給付スヘキコトヲ要求スルコトヲ得ス常ニ必ラス總組合員ノ爲メ業務執行ノ權限アル者ニ之カ給付ヲ爲スヘキコトヲ要求スルコトヲ要シ各組合員カ其出資義務ヲ履行シタルトキハ總組合員ハ出資義務ノ履行トシテ給付シタル金錢物品其他ノ財産ノ主體トシテ之ヲ共有スルコトトナルヘシ

二　其他ノ財産　民法第六百六十八條ニ所謂「其他ノ財産」トハ組合事業ノ經營上ニ於テ取得シタル一切ノ財産ヲ謂フ例之組合財産ノ賣却代金、組合ノ金錢ヲ以テ購入シタル財産類、組合財産ヨリ生スル天然及ヒ法定ノ果實、組合財産ノ滅失毀損ニ對シ第三者ヨリ給付ヲ受ケタル金錢物品ノ如シ

組合ノ業務執行者カ其業務ノ執行上ニ於テ組合ノ名ヲ以テ第三者ヨリ取得シタル權利ハ直チニ組合ノ財産トナルハ勿論自己ノ名ヲ以テ取得シタルモノト雖モ組合トノ關係ニ於テハ其權利ハ直チニ組合ニ移轉シ組合ノ財産トナル何トナレハ業務執行者ハ業務ノ執行上取得スル權利ハ組合ノ爲ニ取得スル意思アルモノニシテ我民法ニ依ルトキハ權利カ義務者ノ所有ニ係ルトキハ履行ヲ要セスシテ當然其權利ヲ相手方ニ移轉スルノ效果ヲ生スルヲ以テナリ

第二項　組合財産ノ共有

組合財産ハ總組合員ノ共有ニ屬スルヲ以テ各組合員カ組合財産ニ付キ持分ヲ有スヘキハ勿論持分ノ割合ハ出資ノ額ニ比例シテ之ヲ定ムルコトヲ要ス何トナレハ組合員ノ損益分配ノ割合ハ公平ノ觀念ニ從ヒ出資額ニ應シテ之ヲ定ムルコトヲ要スルモノト爲ス以上ハ組合財産ニ付キ各自ノ有スル權利ノ割合ヲ定ムルニ當リテモ亦等シク此標準ニ依ルヲ以テ正當ナリトスヘケレハナリ然レトモ持分ノ多少ハ全ク當事者タル組合員ノ利害ニ關スル問題ナルヲ以テ組合員ハ其協議ヲ以テ各自ノ持分ノ割合ヲ定ムルコトヲ得ヘク當事者間ニ特約アリタルトキハ其特約ニ從ヒ各自ノ持分ヲ定ムルコトヲ要スルハ勿論ナリ

組合財産ニ對スル組合員ノ權利ノ性質ニ付キテハ古來學說立法例ノ岐ルル所ニシテ數個ノ主義アリ之ヲ大別スルトキハ個別的共有主義ト合同的共有主義ト爲スコトヲ得ヘシ

個別的共有主義（インディヴィジュアル）ハ羅馬法及ヒ其法系ニ屬スル諸國ノ立法例ニ於テ採用スル所ニシテ此主義ニ依レハ各組合員カ組合財産ニ付キ個別的ニ其持分ヲ有スルハ普通共有ノ場合ト異ナル所ナシ從テ第三者ニ對シテモ亦各自其持分ニ付キテ其權利ヲ主張シ且持分ノ處分モ亦各組合員ニ於テ個別的ニ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲スモノナリ故ニ羅馬法系ノ立法主義ニ在テハ組合事業ノ經營ニ供スヘキ組合特有ノ財産ナク唯各組合員ハ契約ノ效力トシテ事業ノ經營ニ供スヘキ財産ノ共有狀體ヲ維持スヘキ對人的權利義務ヲ有スルニ過キサルモノトス

合同的共有主義（グサンシムトハンシド）ハ獨逸法系ノ立法主義ニ於テ採用セラルル所ニシテ此主義ニ依レハ組合財産ハ組合員各自ニ於テ持分ヲ有スル個々ノ財産ヨリ成立スルモノニアラスシテ組合事業ノ經營ニ供スヘキ組合特有ノ財産トシテ不可分的ニ

總組合員ニ屬シ組合員一致共同ノ意思ニ基ツクカ然ラサレハ之ヲ代表スル組合員ニ於テ組合ノ名義ヲ以テスルニアラサレハ之ヲ處分スルコトヲ得サルモノト爲スモノナリ然レトモ合同的財産共有ノ法律上ノ性質ニ付キテハ學者間議論ノ存スル所ニシテ之ヲ三個ニ大別スルコトヲ得

一　可分共有說　此說ニ依レハ組合財産ノ共有ハ其實質ニ於テハ普通ノ共有ト異ナル所ナク各組合員ハ何レモ個々ノ財産ニ付キ其持分卽チ完全所有權ノ分數的一部ニ相當スル權利ヲ有スルモノトス然レトモ其普通ノ共有ト異ナルノ點ハ其持分ノ處分ニ關スル制限ニ在リ普通ノ共有ニ在テハ各共有者ハ他ノ共有者ニ拘ラス自己ノ持分ヲ處分スルノ完全ナル權能ヲ有スルモ組合財産ノ合同的共有ニ在リテハ各組合員ハ此權能ヲ有セスシテ組合財産ハ常ニ必ラス組合總員ノ一致ヲ以テ之カ處分ヲ爲スコトヲ必要トスルモノナリ而シテ此說ニ對スル批難トシテハ(一)此說ハ一方ニ於テ各組合員ニ個別的共有ノ持分ヲ認ムルニ拘ハラス他方ニ於テ個別的ニ之ヲ處分スルノ權利ヲ各組合員ニ認メサルハ全ク矛盾ノ觀念ニ屬ス(二)此說ハ組合員カ組合ニ加入

シ又ハ脫退スルニ因リ直接ニ其持分ニ增減ヲ來タスノ理由ヲ說明スルコトヲ得スト云フニ在リ

二　不可分共有說　此說ハ組合財產ハ包括的不可分的ニ總組合員ノ共同團體ニ屬スルモノニシテ各組合員ニ於テ個別的ニ持分(卽チ分數的權利ノ一部)ヲ有スル財產ニアラス從テ各共有者カ其包括財產ノ持分ヲ處分スルノ權能ヲモ有セサルハ夫レ自有セサルハ勿論個々ノ財產ノ持分ヲ處分スルノ權能ヲモ有セサルハ夫レ自體ニ於テ所謂合同關係ノ性質ニ屬スルモノニアラスシテ寧ロ合同關係ノ性質ヨリ生スル一效果ナリトスルモノナリ而シテ此說ニ對スル批難ハ同一ノ權利カ數人ノ主體ニ歸屬スルトキハ各自ノ權利ハ其一部分タルヘキハ共有ノ觀念ヨリ生スル論理的ノ結果ニシテ唯一不可分ナル權利カ數人ノ主體ニ屬スルモノトスルハ矛盾ノ觀念ニ屬ス故ニ不可分共有說ニ於テ合同共有ノ主體ヲ以テ單一ナル組合員ノ共同團體ナリトスルトキハ組合ヲ以テ一ノ法人ト爲ササルヘカラサルニ依リ組合ノ性質ニ反スルノ結果ヲ生シ共有ノ主體ヲ以テ組合總員ナリトスルトキハ各組合員ニ其持分ヲ認メサルハ共有ノ性質ニ反スルノ結果ヲ生スト謂フニ在リ

三　身分共有說　此說ハ組合財產ノ合同的共有ヲ以テ組合員ノ身分ニ伴フ權利ト爲スモノニシテ各組合員ハ組合財產ヲ組成スル權利ニ付キテ自己ノ持分ヲ有スルモ普通共有ニ於ケルカ如ク共有者ノ一人トシテ個別的ノ持分ヲ有スルモノニアラスシテ唯其身分上ノ理由ニ基ツキ組合員ノ一人トシテ持分ヲ有スルニ過キス換言スレハ組合財產ニ對スル組合員ノ持分ハ組合員タルノ資格ヲ失フニ因リテ當然之ヲ喪失シ其得喪ハ他ニ特別ノ原因ヲ要セスシテ一ニ身分權ノ得喪ニ繫ルモノト爲スモノナリ斯ノ如ク組合財產ハ各組合員カ組合員タル資格ニ於テ共有スル財產ニシテ各組合員カ其財產ニ付キ個別的持分ヲ有セサル以上ハ組合財產ハ總組合員又ハ其代表者ニ於テ之ヲ處分スルハ格別各自單獨ニ自己ノ持分ヲ處分スルコトヲ得サルハ合同關係ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ此點ハ第二說ト其歸著ヲ同フスルコトナル

以上三說中何レヲ可ナリトスルヤハ一概ニ之ヲ論斷スルコトヲ得スト雖モ余ハ身分共有說ヲ以テ最モ好ク組合共有ノ性質ヲ研究シテ之ヲ闡明シタルモノト信ス

組合財產ハ共同事業ノ經營ニ必要ナルヲ以テ組合ノ存續スル限リハ總組合員ノ合同的共有トシテ之ヲ組合事業經營ノ資ニ供セサルヘカラス茲ヲ以テ普通ノ場合ニハ各共有者ハ他ノ共有者ニ拘ハラス自己ノ持分ヲ處分スルコトヲ得ルニ反シ組合ノ場合ニ於テハ之ヲ爲スコトヲ得ス之ヲ爲スモ組合及ヒ組合取引ヲ爲シタル第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス是レ民法第六百七十六條ニ規定スル所ナリ何トナレハ組合財產ノ持分ハ組合員ニシテ始メテ之ヲ所有スルコトヲ得ヘク組合員ニアラサル第三者ヲシテ組合財產ノ持分ヲ所有セシムルハ組合ノ性質ニ反スルノミナラス組合事業ノ經營ノ資ニ供スヘキ財產ノ持分ヲ組合員以外ノ第三者ノ有ニ歸セシムルニ於テハ組合事業ノ經營ニ必要ナル財產ヲ缺クニ至リ組合事業ノ經營ヲ妨クルノ結果ヲ有スルヲ以テナリ故ニ組合員ノ各自カ第三者ノ爲ニ其持分ヲ處分シタル場合ト雖モ組合及ヒ

組合ト取引シタル第三者トノ關係ニ於テハ其持分ハ依然トシテ其組合員ノ有ニ屬スルヲ以テ組合ハ舊ニ依リ其財產ヲ以テ組合員ノ共有トシテ之ヲ組合事業ノ資ニ供スルコトヲ得ヘク組合ト取引ヲ爲シタル第三者モ亦其財產ハ總組合員ノ共有ニ屬スルモノトシテ其上ニ權利ヲ行フコトヲ得ヘシ然レトモ組合員カ自己ノ有スル持分ヲ目的トシテ第三者ト契約ヲ爲スハ妨ケナク第三者ハ組合員ニ對シテ持分ノ處分ヨリ生スル利益ヲ要求スルコトヲ得ヘシ

組合員ハ其資格ト分離スヘカラサル共有財產ノ持分ヲ第三者ニ讓渡スルコトヲ得サルハ前述ノ如シト雖モ其資格ヲ離レテ存在スルコトヲ得ヘキ請求權ハ有效ニ之ヲ第三者ニ讓渡スルコトヲ得ヘシ例之組合員カ每年末ニ利益ノ配當ヲ受クヘキ場合ニ年末ニ至リ各組合員ニ配當スヘキモノト確定シタル金額ハ組合員カ元來持分ヲ有スルヨリ生スル利益ナレトモ之ヲ組合員ニ專屬セシムヘキ必要ナキヲ以テ之ヲ第三者ニ讓渡スルハ毫モ妨ケナク其請求權ヲ讓受ケタル第三者ハ債權讓渡ノ形式ヲ履行スルニ依リテ組合及ヒ他ノ第三者ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ヘシ其他組合員ノ權利カ其個別的權利ニ變シタ

ル場合ニ於テモ亦同一ノ原則ヲ適用スルコトヲ要ス

各組合員ノ債權者カ其組合員ノ持分ヲ差押フルコトヲ得ルヤ否ヤニ付キテハ民法中何等ノ規定ナシト雖モ前示ノ區別ニ從ヒ其合同的持分ハ之ヲ差押フルコトヲ得サルト同時ニ其個別的權利ヲ差押フルコトハ毫モ妨ケナシト解セサルヘカラス獨逸民法ハ其第七百二十五條第二項ニ於テ組合員ノ債權者ノ爲メ持分ヲ差押フルノ權利ト共ニ即時ニ組合ノ解約ヲ爲スノ權利ヲ認メ其第二項ニ於テ組合ノ成立スル間ハ債權者ハ利益ノ配當ヲ請求スルノ權利ヲ除キ其他ノ組合員ノ權利ヲ行フコトヲ得サルコトヲ規定セリ我民法ニハ特別規定ナシト雖モ債權者ハ其代位權ニ依リテ組合員ニ代リテ解約ヲ爲スコトヲ得ヘシト信ス然レトモ獨逸民法ハ絕對的解約ノ權利ヲ債權者ニ認ムルモ我民法ノ下ニ在テハ組合員カ自カラ解約ヲ爲スコトヲ得ル場合ニ限リ債權者ニ於テ解約ヲ爲スコトヲ得ルコトハ論ヲ俟タス

第三項　組合財產ノ分割

共有者ハ何時ニテモ共有物ノ分割ヲ請求スルノ權利ヲ有スルハ民法第二百五十六條ニ規定スル所ナリ然レトモ此原則ハ組合員カ組合財產ヲ共有スル場合ニ之ヲ適用スルコトヲ得ス何トナレハ組合財產ハ組合事業經營ノ必要上之ヲ總組合員ノ合同的共有ト爲シタルモノニシテ組合員ノ請求ニ依リ何時ニテモ之ヲ分割スヘキモノトスルニ於テハ組合事業ノ經營ハ到底期スヘカラサルヲ以テナリ而シテ組合財產ニ付キ共有ノ狀態ヲ維持スルノ必要ハ組合契約ノ繼續スル限リハ永久ニ存在スルモノニシテ此必要ハ組合契約カ終了シ其清算ヲ爲ス場合ニ於テ始メテ消滅スルモノナレハ此時ヲ以テ一般ノ原則ヲ適用シ各組合員ヲシテ其分割ヲ請求スルコトヲ得セシムルヲ要ス是レ民法第六百六十七條第二項ニ「組合員ハ清算前ニ組合財產ノ分割ヲ請求スルコトヲ得ス」ト規定セル所以ナリ

組合契約又ハ其後ノ特別契約ヲ以テ共有財產分割ノ方法ヲ定メタルトキハ其契約ニ定ムル所ニ從フ其他ノ場合ニ於テハ其方法ハ清算事務ノ一部トシテ清算人ニ於テ之ヲ定ムルモノトス而シテ出資ハ原物ニテ其儘之ヲ各組合員ニ返

還スルノ主義ヲ採用セル立法例アルモ各組合員ノ爲シタル出資ハ清算ノ當時常ニ必ラスシモ現存スルモノニアラサルヲ以テ或組合員ハ其出資現存スルヲ以テ其返還ヲ受ケ他ノ組合員ハ其出資現存セサル爲メ其返還ヲ受クルコト能ハサルニ至リ不公平ナル結果ヲ生スルヲ以テ我民法ハ共有物ノ分割ニ要スル普通ノ方法ニ從フヲ正當ナリト認メタルモノナリ但動產不動產其他ノ財產ノ使用收益カ出資ノ目的タル場合ニハ其財產ハ清算ノ際出資者ニ返還スルコトヲ要ス此場合ニ於テハ其財產カ不可抗力ニ因リテ滅失毀損シタルトキハ出資者ハ其代價ヲ請求スルコトヲ得ス何レノ場合ニ於テモ組合契約ヲ以テ分割ノ方法ヲ定メタルトキハ之ニ從フコトヲ要スルハ勿論ナリ

第三節　組合ノ終了

第一款　組合員ノ脫退

組合員ノ脫退ハ脫退シタル組合員トノ關係ニ於テ組合契約ヲ終了セシムルニ止マリ組合關係ヲ絕對的ニ終了セシムルノ效果ヲ生スルモノニアラス故ニ組合員カ二名ニシテ一組合員ノ脫退ニ因リ組合員カ一名ニ減少シタルトキハ組合契約ハ組合員ノ缺乏ノ爲メ終了スヘキハ勿論ナルモ殘存セル組合員カ二名以上アルトキハ組合契約ハ殘存セル組合員間ニ於テ依然トシテ存續シ組合員ノ脫退ノ爲メ當然終了スルコトナシ

第一項　組合員脫退ノ原因

組合員カ組合ヨリ脫退スル場合ハ左ノ如シ

第一　任意ノ脫退

任意ノ脫退トハ組合員カ自己ノ意思ヲ以テ組合關係ヨリ離脫スルノ謂ニシテ組合契約ノ解除ニ外ナラサルヲ以テ他ノ組合員ニ對スル片面的意思ノ表示ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ組合契約ハ組合總員間ノ契約ナルヲ以テ或組合員カ法律ニ依リ附與セラレタル解除權ヲ行使スルニハ他ノ總員ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要シ其中ノ或者ニ對シテ爲シタル解除ノ意思表示ハ組合員ヲシテ組合關係ヨリ離脫セシムルノ效力ヲ生セサルモノトス而シ

テ組合員ノ任意ノ脱退ニ付キテハ組合契的ヲ以テ組合ノ契約ノ存續期間ヲ定メサリシ場合ト其存續期間ヲ定メタル場合トヲ區別スルコトヲ要ス

一 存續期間ヲ定メサリシ場合　此場合ニ於テハ組合員ハ何時ニテモ組合ヨリ脱退スルコトヲ得蓋シ組合ノ存續期間ヲ定メサリシトキハ各組合員ヲシテ**永久無限**ニ組合員タルノ義務ヲ負ハシムルハ苛酷ニ失スルノミナラス組合員カ別段組合ノ存續期間ヲ定メサル**以上**ハ各組合員ニ脱退ノ自由ヲ認許シ**之**ヲ羈束セサルノ意思ナリト推測セサルヘカラサルヲ以テナリ**或**組合員ノ終身間組合ノ存續スヘキコトヲ**定**メタル場合ニ**於**テモ**亦**組合員ニ任意ノ脱退權ヲ認ムルノ必要アリ何トナレハ組合ハ其存續期間**如**何ニ長キニ渉ルモ組合員ノ死亡ト共ニ終了スヘキモノナルヲ以テ組合カ**或**組合員ノ終身間存續スヘキコトヲ定ムルハ存續期間ヲ定メサルニ等シケレハナリ

組合員ハ前二個ノ場合ニ於テハ何時ニテモ組合ヨリ脱退スルコトヲ得ルモ無制限ニ此權利ヲ行フコトヲ得ス他ナシ組合員カ脱退權ヲ行フニ當リテハ可及的組合ノ利益ヲ尊重シ組合ヲシテ損害ヲ被ラシメサルコトヲ要スルコト是レナリ故ニ組合員カ其一己ノ意思ヲ以テ組合ヨリ脱退スルハ固ヨリ妨ケナシト雖モ組合ニ不利ナル時期ニ於テ脱退ヲ**爲**スコトヲ得ス**必**スヤ組合ニ損害ヲ及ホササルヘカラス是レ組合ノ利益ヲ保護スルカ**爲**ニ必要ナルヲ以テナリ而シテ組合員カ組合ニ不利ナル時期ニ於テ脱退ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思表示ハ法律**上**何等ノ效果ヲ**生**セサルヲ以テ其組合員ハ組合ヲ脱スルコトヲ得サルモノトス然レトモ組合員ノ脱退カ止ムコトヲ得サル事由ニ基クトキハ其時期ノ如何ニ拘ハラス**之**ヲシテ組合ヨリ脱スルコトヲ得セシムルコトヲ要ス何トナレハ此場合ニモ尙ホ組合ニ不利ナリトシテ脱退ヲ**爲**スコトヲ許ササルニ於テハ組合員ニ對シテ苛酷ナル結果ヲ生スルヲ以テナリ

二 存續期間ヲ定メタル場合　契約ヲ以テ組合ノ存續期間ヲ定メタルトキハ各組合員ハ其期間**内**組合員トシテ組合關係ヲ繼續スルコトヲ要シ其一

己ノ意思ヲ以テ組合ヲ脫スルコトヲ得スト雖モ各組合員ノ爲メ止ムコトヲ得サル事由生シタル場合ニ付キ組合ヲ脫退スルノ權能ヲ認メサルヲ得ス而シテ如何ナル場合ニ組合員ノ脫退カ止ムコトヲ得サル事由ニ基クモノト謂フコトヲ得ヘキヤハ事實上ノ問題ナルヲ以テ爭ノ生シタル場合ニ裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノトス一二ノ例ヲ擧クレハ(一)組合員カ外國ニ旅行スル爲メ組合事業ニ從事スルコトヲ得サルニ至リタル場合(二)組合員カ疾病其他ノ事由ニ因リ事業ノ經營ニ必要ナル勞務ヲ供スル能ハサル場合(三)他ノ組合員カ契約上ノ義務ヲ履行セス又ハ適當ニ業務ノ執行ヲ爲ササル場合ノ如シ

第二　組合員ノ死亡

組合契約ハ組合員相互間ノ信用ヲ基礎トシ當事者其人ノ一身ニ著眼シテ締結セラルルモノナレハ組合ヨリ生スル權利義務ハ死亡ニ因リ其相續人ニ移轉スルコトヲ得ス從テ組合員ハ死亡ニ因リテ當然組合ヨリ脫退シ組合關係ハ單ニ殘存セル組合員間ニ於テ存續スルコトトナルヘシ然レトモ組合員ノ

何人ナルヤハ當事者タル組合員ノ利害ニ關スル問題ナルヲ以テ組合契約又ハ其後ノ特別契約ヲ以テ組合員死亡ノ場合ニ付キ殘存セル組合員ト死亡組合員ノ相續人トノ間ニ組合關係ヲ存續セシムヘキコトヲ特約シタルトキハ其特約ハ有效ニシテ各組合員ノ相續人ハ組合員ノ死亡ニ因リ組合員トシテノ其地位ヲ全然繼承シ組合關係ハ其相續人ト自餘ノ組合員トノ間ニ於テ存續スルモノトス

第三　組合員ノ破產

組合員カ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其組合員ハ組合員トシテノ義務ヲ履行スルコト能ハサルノ地位ニ陷ルヲ以テ之ヲ組合ヨリ脫退セシムルヲ相當トス

第四　組合員ノ禁治產

組合ハ當事者間ノ對人的信用ヲ基礎トスルヲ以テ組合員カ治產ノ禁ヲ受ケ行爲能力ヲ喪失シタルトキハ其組合員トノ關係ニ於テ組合ヲ繼續スルコト能ハサルヲ以テ其組合員ハ當然組合ヨリ脫退スルモノトス然レトモ組合契

約又ハ其後ノ特別契約ヲ以テ組合關係ヲ存續セシメ後見人ニ於テ禁治產者ニ代ハリ組合員トシテノ行爲ヲ爲シ得ヘキ旨ヲ特約シタルトキハ組合關係ハ組合員ノ禁治產ニ拘ハラス其組合員トノ間ニ於テ依然トシテ存續スルモノトス

第五 組合員ノ除名

組合員ハ除名ニ因リテ組合ヨリ脫退ス而シテ民法第六百八十條ニ依ルトキハ組合員ヲ除名スルニハ左ノ條件ノ具備スルコトヲ必要トス

一 正當ノ事由アルコト 組合員ノ除名ハ除名セラルル組合員ノ名譽及ヒ利益ニ重大ナル影響ヲ及ホスモノナレハ其承諾アル場合ハ格別他ノ組合員ニ於テ擯ニ之ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ組合ノ利益ヲ保護スルカ爲メ或組合員ヲ除名スルコトノ必要ヲ感スルコトハ往々ニシテ之アルヲ以テ民法ハ正當ナル事由アルニ於テハ組合員ヲ除名スルコトヲ許スト同時ニ正當ナル事由アルニアラサレハ之ヲ除名スルコトヲ得サルモノト爲セリ例之(一)或組合員カ其義務ニ屬スル出資ヲ怠リタル場合(二)疾病其他ノ理由ニ依リ義務ヲ履行スルコト能ハサルニ至リタル場合(三)組合事業ノ經營ニ對シテ妨害ヲ試ミ其義務ニ違背シタル場合ノ如シ但如何ナル場合ニ於テ組合員ノ除名ヲ必要トスル正當ノ事由アリト云フコトヲ得ヘキヤハ事實上ノ問題ニ屬スルヲ以テ各場合ニ於ケル實際ノ情況ニ基ツキ之ヲ判斷スルコトヲ要ス

二 他ノ組合員全體ノ承諾アルコト 組合員ノ除名ハ組合ノ利害ニ重大ノ影響ヲ及ホスノミナラス其組合員ノ關係ニ於テ組合契約ノ變更ニ外ナラサルヲ以テ之ヲ爲スニハ總組合員ノ同意ヲ要スルモノト云フコトヲ得ヘシ然レトモ除名セラルル組合員ノ同意ヲ得ルコトハ到底不可能ナルヲ以テ他ノ總組合員ノ一致共同ノ意思ニ基クコトヲ必要トスルト同時ニ其同意アルヲ以テ足レリトシ總組合員ノ承諾ヲ必要トセス故ニ除名セラルル組合員ノ同意ナクシテ之ヲ除名スルハ固ヨリ妨ケナシト雖モ他ノ總組合員中一名タリトモ不服ヲ唱フル者アルトキハ除名處分ハ行ハレサルモノトス換言スレハ組合員ノ除名ハ常ニ必ラ

ス除名セラルル一名ノ組合員ニ對シ他ノ總組合員ノ共同一致ノ行爲ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス從テ數名ノ組合員ヨリ他ノ數名ノ組合員ニ對シ包括的ニ除名處分ヲ爲スコトヲ得ス假之甲、乙共同シテ組合事業ノ經營ヲ妨クルカ如キ場合ニ於テハ甲ヲ除名セントスレハ乙之ニ同意セス乙ヲ除名セントスレハ甲之ニ同意セサルヲ以テ甲、乙ノ除名ハ到底行ハルルノ道ナキニ至ルヘシ

除名處分ハ總組合員ヨリ之ヲ除名者ニ通知スルコトヲ要シ此通知ナキ限リハ之ニ對シテ其效ヲ生セサルモノトス何トナレハ組合員ノ除名ハ他ノ組合員ノ同意ニ依リ直チニ其效ヲ生スヘキモノトスルニ於テハ其除名ヲ知ラサル被除名者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルノ虞アルヲ以テナリ然レトモ除名ヲ爲シタル組合員相互ノ關係ニ於テハ總員ノ承諾ト共ニ除名ノ效ヲ生スルモ妨ケナク各組合員カ被除名者ノ除名ヲ主張スルノ權利ハ被除名者ニ對スル通知ノ有無ニ依リテ影響ヲ受クルコトナシトス

第二項　組合員脫退ノ效力

脫退シタル組合員ハ將來ニ向テ組合關係ヲ離脫シ組合ノ事業ニ何等ノ關係ヲ有セサルヲ以テ脫退以後ニ於テ組合員ノ爲シタル行爲竝ニ組合ニ付キ生シタル事項殊ニ其損益ハ其利害ニ於テ效ヲ生セサルヤ明カナリ然レトモ脫退以前ニ生シタル權利義務及ヒ損益ノ關係ハ其後ニ生シタル脫退ノ爲メ毫モ影響ヲ受クルコトナキヲ以テ脫退シタル組合員ト他ノ組合員トノ間ニ於テ清算ヲ爲スノ必要アリ而シテ民法第六百八十一條ニ依ルトキハ脫退シタル組合員ト他ノ組合員トノ間ノ清算ハ左ノ方法ニ從ヒ之ヲ爲スコトヲ要ス

第一　脫退シタル組合員ト他ノ組合員トノ間ノ清算ハ脫退ノ當時ニ於ケル組合財產ノ狀況ニ從ヒ之ヲ爲スコトヲ要シ其以前ニ之ヲ爲スコトヲ得サルヲ組合ノ性質ト爲スモ法律カ組合員ノ脫退ヲ認許シ之ヲシテ組合ノ清算ハ組合ノ終了ヲ待テ之ヲ爲スコトヲ要ス

事業ノ半途ニ於テ組合ヲ脫退スルコトヲ得セシムル以上ハ組合ノ終了ヲ待

タスシテ脫退者ト他ノ組合員トノ間ニ於テ損益ノ計算ヲ爲シ其相互ノ關係ヲ定ムルノ必要アリ是レ民法カ脫退ト共ニ組合員相互間ニ於テ損益ノ計算ヲ爲サシムル所以ニシテ此場合ニ於テハ脫退當時ニ於ケル組合財產ノ狀況ニ從ヒ其計算ヲ爲スヘキモノトス是レ他ナシ脫退シタル組合員トノ關係ニ於テハ組合ハ恰カモ解散ニ因リテ終了シ其清算ヲ爲スト同一ノ狀態ニ在ルモノニシテ當事者相互ノ關係ハ此時ニ於テ確定シタルモノナルヲ以テ此時ニ於ケル財產ノ狀態ヲ標準トシテ損益ノ計算ヲ爲スヘキハ事理ノ當然ナルヲ以テナリ故ニ脫退當時ニ於テ組合事業カ良好サル狀態ニ在リテ組合員各自ノ出資ノ外ニ尙ホ組合財產カ增加シタルトキハ其財產ヲ包括シテ脫退者ノ持分ニ相當スル拂戻ヲ爲スコトヲ要シ組合事業カ不良ナル狀態ニ在リテ組合財產カ減少シタルトキハ其殘餘ノ財產ニ付キテ拂戻ヲ爲シ損失ノ額カ財產ノ額ヲ超過シタルトキハ脫退者ヲシテ其一部ヲ分擔セシムルコトヲ要ス

第二 脫退シタル組合員ノ持分ハ其出資ノ種類如何ヲ問ハス金錢ヲ以テ之ヲ

拂戻スコトヲ得

組合ハ組合員ノ脫退ニ拘ハラス依然トシテ存續シ殘存セル組合員ニ於テ共同事業ヲ經營スルコトヲ要スルヲ以テ脫退者ト此等組合員トノ間ニ於テ組合終了ノ場合ニ於テ爲ス眞正ノ清算ヲ遂クルコトヲ得ス何トナレハ斯クスルニ於テハ往々ニシテ組合事業ノ經營ヲ不可能ナラシメ法律カ組合ヲ存續セシメテ組合員ノ脫退ヲ許ス所以ノ目的ニ反スルノ結果ヲ生スルヲ以テナリ故ニ其組合員ノ出資ノ金錢ナルト土物建物又ハ其他ノ財產ナルトヲ問ハス其持分ハ之ヲ金額ニ換算シ金錢ニテ之カ拂戻ヲ爲スコトヲ得ヘク組合財產ノ原物分割ヲ爲シテ其一部ヲ返還シ又ハ其財產ノ持分ヲ分與スルコトヲ要セス是レ他ナシ原物ノ一部又ハ其持分ヲ以テ持分ノ拂戻ヲ爲スニ於テハ組合事業ノ經營ヲ阻害スルノ結果ヲ生スヘケレハナリ然レトモ金錢ヲ以テ持分ノ拂戻ヲ爲スコトハ組合ノ權利ニシテ其義務ニアラサルヲ以テ脫退シタル組合員ニ對シ原物ニテ出資ノ拂戻ヲ爲スハ毫モ不可ナシトス但脫退者カ其所有物ノ使用收益ヲ以テ出資ト爲シタルトキハ原物ヲ以テ返還ヲ受ク

ルノ權利ヲ有スルハ勿論ナリ

脫退シタル組合員ハ脫退ト共ニ組合財產ニ對スル持分ヲ失ヒ其持分ハ他ノ組合員ニ歸屬スト同時ニ脫退者ノ持分ハ他ノ組合員ニ對シ原物ノ一部又ハ其價格ヲ以テ拂戻ヲ受クルノ請求權ニ轉換スルモノナリ然レトモ脫退者ハ組合ノ債權者ニ對シ依然トシテ組合債務ノ一部ヲ負擔スルモノナルモ其債務ハ組合ノ債務トシテ他ノ組合員ノ負擔ニ屬スヘキモノナレハ脫退者カ其負擔部分ヲ以テ其固有ノ債務トシテ組合ヲ脫退シタル場合ハ格外其他ノ場合ニ於テハ他ノ組合員ニ對シテ其免責ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

第三 脫退ノ當時ニ於テ未タ結了セサル事項ニ付テハ其結了後ニ計算ヲ爲スコトヲ得

法律ハ脫退者ノ利益ノ爲メ脫退ト同時ニ損益ノ計算ヲ爲スノ義務ヲ組合ニ負ハシムルモ脫退ノ當時未タ結了セサル事項ニ付キテハ損益ノ計算ヲ爲スニ由ナキヲ以テ其事項カ結了シ損益ノ計算確定シタル後ニ於テ始メテ之カ計算ヲ遂クヘキモノトス其結果脫退者ニ於テ或ハ利益ノ分配ヲ受ケ或ハ損失ヲ分擔スルコトアルヘシ例之ハ商品ノ賣買又果實鑛物製作品ノ販賣ヲ以テ共同事業ノ目的ト爲シタル場合ニ組合ト第三者トノ間ニ於テ既ニ賣買契約ヲ締結シタルモ未タ其履行ニ著手セス又ハ其履行ヲ了ラサル場合ニ於テハ其履行ヲ待テ損益ノ計算ヲ遂クルカ如シ

脫退者ハ組合トノ間ノ損益計算ニ依リ組合ニ對スル一切ノ權利關係ヲ離脫スルモ脫退前ニ生シタル組合ト第三者トノ關係ニ付キ第三者ニ對シテ其責ニ任セサルヘカラス故ニ脫退前ニ組合ニ對シテ債權ヲ取得シタル第三者ハ脫退者ニ對シ其持分ノ割合ニ應シテ其債權ノ履行ヲ求ムルコトヲ得

第二款 組合ノ解散

組合ノ解散ハ總組合員ノ間ニ行ハルル組合契約ノ解除ニシテ絕對的ニ組合ヲ終了セシム余ハ以下組合解散ノ原因ト其效力トニ區別シテ說明スヘシ

第一項 組合解散ノ原因

組合解散ノ原因ハ左ノ如シ

第一 目的タル事業ノ成效又ハ成效ノ不能

組合ノ目的タル事業カ成效シタルトキハ組合ヲ組織シタル所以ノ目的ヲ達シタルモノナレハ最早ヤ之ヲ存續セシムルノ理由ナシ又事業ノ成效カ不能トナリタルトキ例之組合ノ資本カ缺乏シ又ハ或組合員カ組合事業ノ遂行ニ缺クヘカラサル勞務ヲ供スルコト能ハサルニ至リタルカ爲メ事業ノ成效ヲ期待シ得ヘカラサルニ至リタルトキハ之ヲ繼續スルハ無益ニシテ當事者カ組合ヲ組織シタル所以ノ目的ニ反スルヲ以テ孰レノ場合ニ於テモ組合ハ解散スヘキモノナルハ多辯ヲ要セスシテ明カナリ

第二 止ムコトヲ得サル事由卽チ組合ノ解散ヲ必要トスヘキ重大ナル理由アルトキ

此場合ニ於テハ各組合員ハ組合ノ解散ヲ請求スルコトヲ得ヘク請求ヲ受ケタル他ノ組合員ハ其請求ヲ拒ムコトヲ得ス換言セハ組合員ノ一人カ他ノ組合員ニ對シテ解散ヲ求ムルノ意思表示ヲ爲シタルトキハ其意思表示ハ契約ノ解除ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ組合關係ヲ終了セシムルノ效力ヲ生スルモノナリ但止ムコトヲ得サル事由ノ何タルヤハ各場合ニ於ケル實際ノ狀況ニ從ヒテ決スヘキ事實上ノ問題ニ屬シ爭ノ生シタル場合ニハ裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノトス

第三 組合契約ニ定ムル解散ノ事由カ生シタルトキ

組合員ハ組合契約又ハ其後ノ特別契約ヲ以テ組合解散ノ事由ヲ協定スルコトヲ得ヘク契約自由ノ原則ハ解散ノ原因ヲ定ムル當事者間ノ契約ニ適用セラルヘキモノトス例之組合員カ組合契約ノ存續期間ヲ定メ又ハ之ニ解除條件ヲ付シ又ハ組合ノ解散ヲ一名若クハ數名ノ組合員ノ意思又ハ其過半數ノ決議ニ繫ラシムルカ如シ又契約ニ其定メナシト雖モ組合員ハ何時ニテモ其總員一致ノ意思ヲ以テ組合ヲ解散スルコトヲ得ルハ勿論ナリ故ニ民法第六百八十二條第六百八十三條ニ掲クル前記解散ノ事由ハ當事者間ニ別段ノ契約ナキ場合ニ於テ組合解散ノ原因トナルヘキモノニシテ當事者カ其以外ニ於テ組合解散ノ原因ヲ定ムルハ固ヨリ妨ケナシト雖モ前二條ノ規定ハ公ノ

秩序ニ關スルヲ以テ其規定ニ反シ解散ヲ許ササルコトヲ約スル當事者ノ契約ハ全然無效ナリトス

第二項　組合解散ノ性質

解散ハ要スルニ組合總員間ニ於ケル組合契約ノ解除ニ外ナラサルヲ以テ一般ノ原則ニ依レハ組合員ハ各自相手方ヲ原狀ニ復スルノ義務ヲ負フコトトナルヘシト雖モ斯クスルニ於テハ當事者間ニ頗ル複雜ナル權利關係ヲ生シ容易ニ解散シ難キ事實上及ヒ法律上ノ問題ヲ生スルヲ以テ民法ハ其第六百五十四條ニ於テ第六百二十條ノ規定ヲ組合ニ準用シ解散ハ將來ニ向テノミ其效力ヲ生シ既往ニ於テ生シタル當事者間ノ權利關係ハ解散ノ爲メ毫モ影響ヲ被ルコトナキモノト爲スト同時ニ組合ノ解散カ組合員ノ過失ニ基因スルトキハ其組合員ニ於テ賠償ノ責ニ任スヘキモノト爲セリ

組合契約ニ付キテモ亦契約ノ解除ニ關スル一般ノ原則ヲ適用シ之ヲシテ一般契約ノ解除ニ關スル規定ニ服從セシムルコトヲ要スルヤ否ヤハ我民法ノ解釋上一ノ疑問ナリト雖モ余ハ組合契約ハ之ニ固有ナル特別ナル終了ノ原因ヲ有シ且其終了後ニ於ケル當事者間ノ權利義務ニ付キテモ亦特別ノ規定アリテ契約ノ解除ニ關スル一般ノ規定ハ其適用ヲ除外セラルルモノト解スルヲ可ナリト信ス而シテ一般契約ノ規定ト組合ノ終了ニ關スル規定ヲ比較對照スルトキハ次ノ結果ヲ生ス(一)當事者カ契約ヲ以テ解除權ヲ留保シタル場合、各當事者カ自己ノ利益ノ爲ニ解除權ヲ留保シタル場合ニ於テ或當事者カ解除權ヲ行使シタルトキハ之ト同時ニ其組合員ハ組合ヨリ任意ニ脫退シタルモノナレハ其組合員ト他ノ組合員トノ間ノ權利關係ハ組合員ノ任意脫退ニ關スル民法第六百八十一條ノ規定ニ從ヒ之ヲ定ムルコトヲ要シ契約ノ解除ニ關スル一般規定ヲ適用スルコトヲ得ス故ニコノ場合ニ於ケル解除權ノ留保ハ結局任意脫退權ヲ留保シタルモノトナルヘシ反之各組合員カ組合總員ニ對シテ契約ヲ解除スルノ權利ヲ留保シタルトキハ各組合員ノ解除權行使ハ絕對的ニ組合關係ヲ終了セシムルノ效力ヲ生スルヲ以テ玆ニ組合ノ解散ヲ見ルニ至リ組合ニ關スル特別規定ニ依リテ其效果ヲ定ムルコトヲ要シ契約ノ解除

ニ關スル一般規定ニ依ルコトヲ得ス(二)組合員カ其義務ヲ履行セサル場合、組合員ノ一人ニ對シ其義務不履行ヲ理由トシテ契約ヲ解除スルハ卽チ其組合員ノ除名ニ該當スルヲ以テ民法第六百八十一條ノ規定ニ從ヒ他ノ組合員ノ一致ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要スルト同時ニ其效果ハ第六百八十一條ノ規定ニ則トリ之ヲ定ムルコトヲ要ス又組合員ノ債務不履行ニ因リ總員ニ對シテ組合契約ノ解除ヲ爲ストキハ卽チ組合ノ解散ヲ爲スモノトナルヲ以テ第六百八十三條以下ノ規定ニ從ヒ其效力ヲ定ムルコトヲ要ス又各組合員カ他ノ組合員ノ債務不履行ヲ理由トシテ契約解除ヲ爲シ組合ヨリ離脫セントスル場合ニハ第六百七十八條第二項第六百八十一條ノ規定ニ從ヒ其效力ヲ定ムヘキモノトス要之組合契約ノ個別的解除ハ常ニ必ラス組合員ノ任意脫退又ハ除名ノ方法ニ依ルコトヲ要シ組合契約ノ全部解除ハ常ニ必ラス組合解散ノ方法ニ依ルコトヲ要シ其以外ニ於テ總則ノ規定ヲ適用スヘキ全部又ハ一部ノ契約ノ解除アルナシ加之組合員カ組合ノ存續期間內ニ於テ任意脫退ヲ爲シ又ハ組合員カ共同シテ一組合員ノ除名ヲ爲スコトハ組合ニ固有ナル契約終了ノ原因ニシテ普通ノ契約解除ニ於テ見ルコトヲ得サル特殊ノ效力ナリ何トナレハ普通ノ原則ニ依レハ數人間ノ契約ハ全部之ヲ維持スルカ又ハ全部之ヲ除解スルカ二中必ラス其一ニ出ツルコトヲ要シ單ニ或當事者ヨリ又ハ或當事者ニ對シテ契約ノ部分的解除ヲ爲スコトヲ許ササルモノナレハナリ然レトモ余ノ信スル所ニ依レハ組合員ノ任意ノ脫退、組合員ノ除名モ亦組合ノ解散ト共ニ其性質ニ於テハ組合契約ノ解除ナルヲ以テ後者ニ關スル規定中ニ設ケラレタル第六百八十五條ノ規定ハ前者ニ付キテモ亦準用アルモノト論セサルヲ得ス

第三項　組合解散ノ效果

組合カ解散シタルトキハ組合總員間ニ於テ清算ヲ爲スノ必要ヲ生ス所謂清算トハ解散ノ當時既ニ著手シタル事務ヲ終了シ組合ノ債權ヲ取立テ其債權ヲ辨濟シ殘餘財產ヲ各組合員ニ分配スルカ爲ニ必要ナル事務ノ總稱ナリ而シテ組合ハ解除ニ因リテ終了シ共同事業ノ經營ヲ目的トスル組合關係ハ玆ニ全ク消滅ニ歸スト雖モ清算ノ範圍內ニ於テハ組合ハ尙存續シ清算ノ決了ニ因リテ絕

對的ニ消滅ス從テ清算中ニ於ケル組合ノ權利義務竝ニ其財產ハ依然トシテ組合ノ權利義務及ヒ其特別財產ヲ組成シ組合ノ解散シタルカ爲メ其權利義務ハ組合員ノ個別的權利義務ニ變シ其財產モ亦合同的共有ヨリ個別的共有ニ變スルコトナシ而シテ我民法ニ依ルトキハ組合ノ清算ハ左ノ方法ニ依リテ之ヲ爲スモノトス

第一 組合解散ノ場合ニ於ケル清算ノ方法ニ付キ當事者間ニ特約アルトキハ其特約ニ從フ

清算ノ方法如何ハ專ラ當事者ノ利害ニ關スル問題ナルヲ以テ其意思ニ從フヘキハ毫モ妨ケナキヲ以テナリ

第二 當事者間ニ特約ナキトキハ清算ハ組合員共同ニテ又ハ其選任シタル清算人ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス又清算人ヲ選任スル場合ニハ總組合員ノ過半數ヲ以テ之ヲ決スヘキモノトス

清算人ノ選任ニ付キテハ立法例區々ニシテ或ハ組合總員ノ合意ヲ必要トシ或ハ其多數決ニ依ルヘキモノトスルモノアレトモ一ハ嚴ニ失シ一ハ寬ニ流レ何レモ中庸ヲ得サルヲ以テ我民法ハ過半數ノ同意ヲ以テ之ヲ選任スヘキモノト爲シテ寬嚴其宜シキヲ得セシメタリ

第三 清算人數人アルトキ卽チ組合總員ニ於テ清算ニ從事シ又ハ數名ノ清算人ヲ選任シテ清算ヲ爲サシムル場合ニハ第六百七十條ノ規定ヲ準用シ清算事務ノ執行ハ其過半數ヲ以テ之ヲ決ス

清算ハ要スルニ組合事業ノ殘務ニ過キサルヲ以テ組合事業ノ執行ニ關スル規定ヲ之ニ準用スルヲ相當ナリト認メタルモノナリ故ニ同條準用ノ結果トシテ各清算人ハ他ノ清算人ノ異議ナキ限リハ清算ニ關シテ日常必要ナル事務ヲ取扱フコトヲ得ヘキヤ明カナリ

第四 清算人ノ職務權限ニ付キテハ法人ノ清算ニ關スル第七十八條ノ規定ヲ準用ス

故ニ清算人ハ(一)現務ノ終了(二)債權ノ取立及ヒ債務ノ辨濟(三)殘餘財產ノ引渡ヲ爲スノ職務ヲ行フカ爲ニ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲スコトヲ得蓋シ清算ノ目的ハ法人ニ關スルト組合ニ關スルトニ論ナク此以外ニ出テサルヲ以テナ

清算ハ組合ノ殘務ヲ處理スルヲ以テ唯一ノ目的トスルヲ以テ既ニ著手シタル事務ヲ終了スルコトハ清算ノ範圍ニ屬スルモ新タニ共同事業ノ經營ヲ爲スハ其範圍外ニ渉ルモノトス例之共同事業ヲ經營スル爲メ既ニ買入レタル物品ヲ販賣シテ之ヲ換價シ共同事業ノ經營ノ爲ニ爲シタル動產不動產ノ賃貸借ヲ解約シ既ニ著手シタル請負工事ニ付キ請負人ヲシテ之ヲ完成セシメ若クハ其半途ニ於テ解約ヲ爲スハ何レモ殘務ノ處理ヲ目的トスルモノナレハ清算ノ範圍內ニ入ルモ新タニ物品ノ註文ヲ爲シ新タニ賃貸借其他事業ノ經營ニ關スル契約ヲ締結スルハ清算ノ範圍外ニ屬スルヲ以テ此種ノ行爲ハ組合ノ行爲トシテ其效力ヲ生セサルモノトス

清算人カ組合ノ債權ヲ取立テ其債務ヲ辨濟シタル後組合ノ所有ニ屬スル殘餘財產アルトキハ其財產ハ持分卽チ出資ノ割合ニ應シ之ヲ總組合員ニ分配スルコトヲ要ス而シテ我民法ニハ各組合員ニ對スル出資ノ返還ニ付キ特別ノ規定ナキヲ以テ現物ニテ之ヲ返還スルト之ヲ換價シテ其代金ノ一部ヲ各

組合員ニ返還スルトハ一ニ組合員ノ契約其過半數ノ決議若クハ清算人ノ自由裁量若クハ其過半數ノ決議ニ依リテ定マルモノトス且組合員ノ承諾アルトキハ殘餘財產ヲ組合員ノ個別的共有ニ變シテ清算ヲ結了スルモ敢テ不可ナシトス然レトモ動產不動產其他ノ財產ノ使用收益カ組合員ノ出資ヲ組成スル場合ニ於テハ其所有名義ヲ組合ニ移轉シタルト否トニ拘ハラス之ヲ出資者ニ返還スルコトヲ要スルハ勿論ナリ獨逸民法ニハ特別規定アリ我民法ニハ之ヲ缺クモ解釋上同一ノ結果ニ歸著スヘキモノトス

組合ノ總財產カ其總債務ヲ辨濟スルニ足ラサルトキハ其不足ヨリ生スル損失ハ各組合員ノ出資卽チ負擔部分ニ應シテ之ヲ總員ニ配當スルコトヲ要シ清算人ハ總組合員ヨリ各自ノ負擔部分ヲ取立テ之ヲ債權者ニ辨濟スル責任アリ此場合ニ於テ組合員中ニ無資力者ヲ生シタルトキハ其者ノ負擔スヘキ部分ハ他ノ資力アル組合員ニ於テ其負擔部分ニ應シテ之ヲ分擔スルハ共同一體ノ關係ヲ有スル組合ノ性質ニ適スルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ我民法ニ依レハ組合ノ債務ハ可分ノ性質ヲ有シ組合員相互ノ間ニ連帶又ハ

不可分ノ關係ナキヲ以テ清算人カ組合財產ヲ債務額ニ應シテ總債權者ニ分配シタル後ニ尙ホ不足アルトキハ其部分ハ結局各債權者ノ損失ニ歸シ他ノ組合員ニ於テ之ヲ分擔スルノ義務ナキモノト解セサルヘカラス

第十四章　終身定期金

第一節　終身定期金ノ性質

民法第六百八十九條ノ規定ニ依ルトキハ終身定期金契約ハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

終身定期金契約ハ當事者ノ一方カ自己相手方又ハ第三者ノ死亡ニ至ルマテ定期ニ金錢其他ノ物ヲ相手方又ハ第三者ニ給付スルコトヲ約スル契約ナリ

今此定義中ニ包含スル終身定期金契約ノ概念ヲ分析的ニ說明スルトキハ左ノ如シ

第一　終身定期金ハ契約ナリ

終身定期金契約ハ其名稱ノ示スカ如ク一ノ契約ニシテ當事者ノ一方カ自己相手方又ハ第三者ノ死亡ニ至ルマテ定期ニ金錢其他ノ物ヲ相手方又ハ第三者ニ給付スヘキ旨ノ意思ヲ表示シ相手方カ之ヲ受諾スルニ因リテ成立スル而シテ(一)終身定期金契約ノ成立ニハ當事者間ニ於テ意思表示アルノミヲ以テ足リ契約成立ノ前提要件トシテ物ノ引渡其他ノ給付ヲ爲スコトヲ要セサルヲ以テ諾成契約ノ一種ニ屬ス(二)終身定期金契約ニハ當事者間ニ於テ意思表示アルノミヲ以テ足リ其意思表示ニ付キ別段形式ノ定メナキヲ以テ不要式契約ナリ(三)終身定期金契約ハ時トシテ定期金ノ給付ヲ爲スノ義務ヲ負ハシメ相手方ヲシテ何等ノ債務ヲモ負擔セシメサル片務的ノモノタルコトアリ或ハ定期金債務者カ定期金ノ給付ヲ爲スノ債務ヲ負擔スルト同時ニ相手方ヲシテ之ニ對シテ或給付ヲ爲スノ債務ヲ負擔セシムル雙務的ノモノタルコトアリ(四)終身定期金契約ハ其雙務ナル場合ハ有償ナル場合ハ無償ナリ

第二　終身定期金契約ハ當事者ノ一方カ金錢其他ノ物ヲ相手方又ハ第三者ニ給付スルコトヲ約スル契約ナリ

終身定期金契約ノ成立ニハ當事者ノ一方卽チ定期金債務者カ相手方ニ對シテ相手方又ハ第三者卽チ定期金債權者ニ金錢其他ノ物ヲ給付スルコトヲ約スルコトヲ要シ契約ノ目的物カ金錢其他ノ物ナルコトハ契約成立ノ一要件タリ從テ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ相手方又ハ第三者ノ爲ニ金錢物品以外ノ給付ヲ爲スコトヲ約シタルトキハ其契約ハ定期金ノ契約ニアラスシテ一種ノ無名契約トス然レトモ定期金契約ノ目的ハ必スシモ金錢ノミニ限定セラルルモノニアラス唯金錢ナル場合大多數ヲ占ムルヲ以テ之ニ付スル定期金ノ名稱ヲ以テスルニ過キス獨逸民法ニハ定期金ノ目的タルヘキ給付ヲ限定セサルヲ以テ債務ノ目的タル給付カ代替的ノ性質ヲ有シ定期ニ之ヲ爲スニ於テハ定期金契約ハ有效ニ成立スルコトヲ得ヘシト雖モ我民法ニハ定期金ノ目的物ヲ物ニ限定シタルヲ以テ物以外ノ給付ハ定期金契約ノ目的タルコトヲ得ス然レトモ此種ノ契約ニハ終身定期金ニ關スル規定ヲ準用スルコトヲ得ヘシ

給付ノ利益ヲ受クヘキ者卽チ所謂定期金債權者ハ契約ノ相手方タルコトア

リ當事者以外ノ第三者タルコトアリ第三者カ給付ノ利益ヲ受クヘキトキハ定期金契約ハ第三者ノ爲ニスル契約ナルヲ以テ民法第五百三十七條ノ規定ニ從ヒ其效力ヲ定ムルコトヲ要ス從テ第三者ノ權利ハ其第三者カ債務者ニ對シテ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時ニ發生スルコトトナルヘシ蓋シ終身定期金ハ各人カ自己又ハ其親族知友ノ爲ニ生活ノ資ヲ作爲シ將來ニ於ケル一身ノ安全ヲ計畫スルノ必要ヨリ生スルモノニシテ保險契約ト其根本ノ觀念ヲ同フスルモノナリ

第三 終身定期金契約ハ當事者ノ一方カ定期ニ金錢其他ノ物ヲ相手方又ハ第三者ニ給付スルコトヲ約スル契約ナリ

終身定期金ノ特質トシテ債務者ノ爲スヘキ給付ハ定期ナルコトヲ要ス換言スレハ定期金ハ時ノ經過ニ從テ生シ一定ノ時期ニ支拂フヘキモノタルコトヲ要ス是レ定期金ノ名稱アル所以ニシテ此性質ヲ有セサル金錢其他ノ物ノ給付ハ定期金契約ノ目的タルコトヲ得ス故ニ定期金ハ賃貸借ニ於ケル賃金、地上權ニ於ケル地代、永小作權ニ於ケル永小作料及利息ト其性質ヲ同フスル

モノナリ而シテ定期金支拂ノ時期ハ當事者ニ於テ任意ニ之ヲ定ムルコトヲ得ヘク或ハ一月ヲ期限トシ或ハ半月ヲ期限トシ或ハ一年若クハ二年ヲ以テ期限トスルハ固ヨリ妨ケナシト雖モ何レノ場合ニ於テモ債務者ノ支拂フ定期金ハ一定ノ時期ニ對シ比例的ニ計算セラレタルモノナルコトヲ要シ時ノ經過ト無關係ナル金錢物品ノ給付ハ之ヲ一定ノ時期ニ分割シテ辨濟ヲ爲スモ之カ爲メ定期金ノ債務ニ變スルコトナシトス

第四 終身定期金契約ハ當事者ノ一方カ自己相手方又ハ第三者ノ死亡ニ至ルマテ定期ニ金錢其他ノ物ヲ相手方又ハ第三者ニ給付スルコトヲ約スル契約ナリ

契約關係カ人ノ死亡ニ至ルマテ存續スヘキコトモ亦終身定期金契約ノ成立要件ニシテ終身定期金ノ名稱アルハ之カ爲メナリ故ニ此性質ヲ有セサル契約ハ縱令定期ニ相手方又ハ第三者ニ金錢其他ノ物ノ給付ヲ爲スコトヲ目的トスルモ終身定期金契約タルコトヲ得ス例之甲、乙ニ對シテ乙カ婚姻ヲ爲スマテ年々金一萬圓ヲ支拂フヘキコトヲ約シタル場合ニ其契約ハ一種ノ定期金契約ナルモ終身定期金契約ニアラス

第二節 終身定期金契約ノ效力

終身定期金債務者ハ終身定期金債權者ニ對シテ契約ノ目的タル定期金ヲ支拂フノ債務ヲ負擔ス是レ終身定期金契約ヨリ生スル唯一ノ效力ナリ余ハ定期金ノ性質、定期金ノ數額、定期金支拂ノ時期、定期金債務ノ不履行ニ區別シテ之ヲ說明スヘシ

第一 定期金ノ性質

定期金ハ金錢其他ノ物タルコトヲ要スルハ既ニ說明スル所ニシテ米穀其他種類數量ヲ以テ取引ノ目的トナル物卽チ所謂代替物ノ給付ハ何レモ皆ナ定期金債務ノ內容ヲ組成スルコトヲ得ヘシト雖モ無體物ハ定期金債務ノ目的タルコトヲ得サルヲ以テ有價證券中無記名證券ハ定期金ノ目的タルコトヲ得ルモ記名證券又ハ指圖證券ハ物ニアラサルカ故ニ其給付ヲ以テ終身定期金ノ目的ト爲スコトヲ得サルモノトス

定期金ハ又時ノ經過ト共ニ生スヘキモノニシテ定期ニ支拂フヘキモノタルコトヲ要スルコト從テ時ノ經過ニ拘ハラス一時ニ一定ノ金額ヲ支拂ヒ又ハ一定ノ金額ヲ分割シテ定期ニ支拂フノ契約ハ定期金ノ性質ヲ有セサルコトハ既ニ說明セル所ナリ

第二　定期金ノ數額

定期金ノ數額ハ契約自由ノ原則ニ從ヒ當事者ノ定ムル所ニ任ス故ニ當事者ハ毎月、毎半年又ハ毎年ニ若干ノ金額ヲ支拂フコトヲ約スルト其支拂ハ毎月、毎半年又ハ毎年ノ初メニ於テ前拂ヲ爲スト其滿了ヲ待テ之カ支拂ヲ爲スト又ハ全ク當事者ノ隨意ナリ然レトモ當事者カ定期ニ支拂フヘキ金額ヲ定メ其期限ハ一月ナルヤ半年ナルヤ一年ナルヤヲ指定セサリシ場合ニ付キテハ獨逸民法ハ之ヲ以テ一年ニ給付スヘキ額ト看做シ又定期金支拂ノ期限ニ付キ定期金ハ一般ニ前拂スヘキモノニシテ金錢ノ定期金ハ三箇月宛前拂スヘク其他ノ定期金ハ目的ノ物ノ性質竝ニ目的ニ從ヒ相當ノ時期ニ前拂スヘキ旨ノ規定ヲ設ケ瑞西債務法ハ別段ノ意思表示ナキトキハ半箇年分ヲ前拂スヘキモノト規定スルモ我民法ハ別ニ何等ノ規定ヲ設ケス各場合ニ於ケル當事者ノ意思解釋ニ一任スルコトトセリ然レトモ定期金ハ時ノ經過ニ從ヒ生スルモノニシテ定期金債權者ハ時ノ經過ニ依リ其時期ニ對スル定期金ノ上ニ既得ノ權利ヲ有スルコトトナルヲ以テ特約ナキ限リハ定期金ハ期限經過ノ後ニ支拂フヘキモノト解釋スルヲ正當ナリト信ス

定期金ハ時ノ經過ト共ニ生スルモノナレハ其支拂ノ時期如何ニ拘ハラス常務關係カ其相當期間ノ中途ニ終了シタルトキハ定期金ハ日割ヲ以テ計算シ未經過ノ日子ニ對當スル部分ヲ債務者ニ返還シ又定期金ノ後拂ヲ爲ス場合ニ其期限ノ半途ニ於テ契約ノ終了ヲ見ルニ至リタルトキハ債務者ハ既ニ經過シタル日子ニ對當スル金額ノミヲ支拂ヒ其他ノ部分ヲ支拂フノ義務ナキモノトス但一日ノ端數ハ一日トシテ計算スルヤ又ハ之ヲ控除スルヤニ付キテハ學者間ニ議論アルモ一日ニ算入セサルヲ可ナリト信ス（第六百九十條）故ニ定期金ヲ前拂シタル場合ニ債

第三　終身定期金債務ノ不履行

終身定期金債務者カ其債務ヲ履行セサルトキハ債權者ハ民法第六百九十一條ノ規定ニ從ヒ其不履行ニ對スル救濟ヲ求ムルコトヲ得卽チ左ノ如シ

一　定期金債務者カ終身定期金ノ全部又ハ一部ノ支拂ヲ遲滯シ又ハ其他ノ義務ヲ履行セサルトキ（例之債務者カ擔保ヲ供スルノ義務ヲ履行セサルカ如キ場合）ニハ債權者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得　民法第六百九十一條ノ規定ハ卽チ此場合ニ該當シ定期金債權ノ設定カ有償ナル場合ニ實益アリ

二　定期金債務者カ定期金ノ元本ヲ受ケタルトキハ債權者ハ契約解除ノ結果其元本ノ返還ヲ請求スルコトヲ得　例之甲乙ニ金一萬圓ヲ支拂ヒ乙ヲシテ甲ノ終身間毎年金六百圓ヲ支拂フコトヲ確約セシメタル場合ニ乙其義務ヲ履行セサルトキハ甲ハ其契約ヲ解除シ其現ニ給付シタル一萬圓ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ是レ一般ノ原則ノ適用ニシテ法律ハ不履行ノ責アル債務者ヲシテ其受取リタル元本ヲ債權者ニ返還セシメ因テ以テ債權者ノ地位ヲ契約以前ノ原狀ニ復セシムルモノナリ

三　債權者ハ既ニ受取リタル定期金ノ中ヨリ其元本ノ利息ヲ控除シタル殘額ヲ債務者ニ返還スルコトトナルヘキヲ以テナリ　是レ亦一般ノ原則ノ適用ニ外ナラス

四　債權者ハ債務ノ不履行ヨリ生スル損害ノ賠償ヲ債務者ニ求ムルコトヲ得　是レ第六百九十一條第二項ニ規定スル所ニシテ一般契約ノ解除ニ關スル原則ノ適用ナリ蓋シ民法ハ定期金債務ノ不履行ヨリ生スル效果トシテ債務者ニ許スニ定期金ノ返還ニ因リテ事物ヲ契約以前ノ原狀ニ復スルノ權利ヲ以テシ第六百九十一條ニ於テ特ニ之ヲ規定セルヲ以テ債權者ハ單ニ原狀回復ノ權利ヲ有スルニ止マリ損害賠償ノ請求權ヲ有セサルヤノ疑ヲ生スヘキヲ以テ此點ヲ明確ナラシムル爲メ特ニ第二項ノ規定ヲ設ケタルモノナリ

五　債務ノ不履行ヨリ生スル當事者ノ權利義務ニ關シテハ第五百三十三條ノ規定ヲ準用ス　卽チ一方ニ於テ債權者カ債務者ニ對シテ要求スルコトヲ得ヘキ元本利息損害賠償ト債權者ヨリ債務者ニ返還スヘキ定期金トハ互ニ相牽連シ同時ニ其受授ヲ了スヘキモノナレハ當事者ノ一方カ自己ノ義務ニ屬スル給付ヲ爲ササルトキハ他ノ一方モ亦其義務ニ屬スル給付ヲ拒絕スルノ權利ヲ有スルモノナリ

第三節　終身定期金契約ノ終了

終身定期金契約終了唯一ノ原因ハ其契約ニ於テ終身ヲ期セラレタル債務者債權者又ハ第三者ノ死亡ニシテ終身定期金契約ハ此等ノ人ノ死亡ニ因リテ當然消滅ス然レトモ終身ヲ期セラレタル人ノ死亡カ定期金債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生シタル場合例之債務者ノ終身ヲ期限トシタル場合ニ債務者カ自殺シ又ハ死刑ニ處セラレ債權者又ハ第三者ノ終身ヲ期限トシタル場合ニ債權者カ之ヲ死ニ致シタルカ如キ場合ニ於テ定期金契約カ一般ノ原則ニ從ヒ終

身ヲ期セラレタル人ノ死亡ニ因リテ消滅スルモノト爲ストキハ債權者ハ債務者ノ所爲ニ因リテ其權利ヲ縮少セラルルコトトナリ不條理不公平ナル結果ヲ生スルヲ以テ裁判所ハ債權者又ハ其相續人ノ請求ニ因リ相當ノ期間債權ノ存續スルコトヲ宣告スルコトヲ得ヘシ是レ第六百九十三條ニ規定スル所ナリ而シテ裁判所ハ其期間ヲ定ムルニ當リ終身ヲ期セラレタル人カ幾何ノ期間尙ホ生存スヘカリシヤヲ以テ其標準ト爲スヘキハ勿論ナルモ之ヲ確認スルコトハ極メテ困難ナルヲ以テ法律ハ單ニ「相當ノ期間」トシ其確定ヲ裁判所ノ判斷ニ一任シタリ故ニ事實裁判所ハ自由ナル心證ヲ以テ其期間ノ相當ナルヤ否ヤヲ判斷スルコトヲ得ヘク其判斷ノ當否ハ上告裁判所ニ於ケル審査ノ目的トナルコトヲ得サルモノトス

民法第六百九十三條ハ終身ヲ期セラレタル人ノ死亡カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生シタル場合ニ付キ債權者ノ利益ヲ保護スル爲メ特別ナル權利ヲ之ニ附與シタルモノニシテ毫モ其權利ヲ制限スルノ意義ヲ有セサルヲ以テ債權者カ債務者ノ行爲ニ對シ一般ノ原則ニ從ヒ救濟ヲ求ムルハ毫モ妨ケナク

債權者ハ此場合ニ於テモ尚ホ第六百九十一條ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ヘシ

何トナレハ其故意過失ニ因リテ死亡ヲ期セラレタル者ノ死亡ヲ惹起シタル債務者ハ其所爲ニ因リ債務ノ履行ヲ不能ナラシメタルモノニ外ナラサルヲ以テ債權者ニ對シテ其債務ヲ履行セサルモノトシテ第六百九十一條ニ規定スル元本返還ノ責ニ任スヘキハ勿論ナルヲ以テナリ但元本ノ給付ヲ爲サスシテ無償請求スルノ外他ニ救濟ノ途ナシトスルハ第六百九十三條ノ規定ニ從ヒ期間ノ延長ヲ

第四節　終身定期金ノ遺贈

終身定期金ハ遺贈ニ依リテ之ヲ設定スルコトヲ得ヘシ而シテ此種ノ遺贈ニ付キテモ亦當事者間ノ契約ニ基ク終身定期金ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス蓋シ此二個ノ場合ニ於テ終身定期金ハ其發生原因ヲ異ニスルモ其實質ニ於テ異ナルモノニアラサルヲ以テ同一ノ規定ヲ以テ支配スルヲ相當ナリトス但其發生原因ノ相異ナルニヨリ其間ニ差異ヲ生スヘキハ勿論ナリ是レ法律カ「準用」ナル語ヲ用ヒ此點ヲ明カニシタル所ナリ

第十五章　和解

第一節　和解ノ性質

民法第六百九十五條ノ規定ニ依ルトキハ和解ニ付キテハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

和解ハ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ其間ニ存スル爭ヲ止ムル契約ナリ

今此定義中ニ存スル和解ノ觀念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一　和解ハ契約ナリ

和解ノ成立ニハ當事者間ニ於テ互ニ讓歩ヲ爲シテ其間ニ存スル爭ヲ止ムルノ點ニ付キ意思ノ合致即チ契約アルコトヲ必要トス而シテ(一)此契約ハ當事者ノ意思表示アルノミヲ以テ足レリトシ其意思表示ノ形式如何ハ契約ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ホササルヲ以テ不要式契約ナリ(二)此契約ノ成立ニハ當事者間ニ於テ意思表示ノ合致アルノミヲ以テ足レリトシ契約成立ノ前提要

件トシテ物ノ引渡其他現實ノ給付ヲ爲スコトヲ要セサルヲ以テ諾成契約ナリ(三)此契約ハ當事者互ニ讓歩ヲ爲シテ爭ヲ止ムルモノナレハ有償契約ナリ(四)此契約ハ當事者雙方ヲシテ債務ヲ負擔セシムルモノナレハ雙務契約ナリ」

第二 和解ハ當事者カ其間ニ存スル爭ヲ止ムルコトヲ約スル契約ナリ

和解契約ノ成立ニハ當事者間ニ於テ爭アリテ之ヲ止ムルコトニ付キテ意思表示ノ合致アルコトヲ必要トス所謂爭トハ當事者間ニ於ケル權利義務ノ存否其範圍體樣ニ關シテ當事者雙方カ反對ノ主張ヲ爲スヲ謂ヒ和解ハ雙方間ノ互ニ相反對セル主張ヲ一致セシメ因テ以テ爭ヲ終局スルヲ目的トス而シテ爭ニ係ル權利關係ノ物權ナルト債權ナルト財產權ナルト親族法上ノ權利ナルト又其爭ノ裁判外ニ於テ生シタルト訴訟トナリテ裁判所ニ繫屬シタルトヲ問フコトナク其爭ニシテ苟モ私法上ノ權利關係ニ付キ既ニ生シタルモノニシテ且其權利關係カ當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ左右シ得ヘキモノナルニ於テハ有效ニ和解ノ目的タルコトヲ得ヘシ

當事者雙方ノ爭トナリタル權利關係ハ客觀的ニハ常ニ確定スルモ主觀的ニ

不明ナル場合往々ニシテ之アリ和解ハ多クノ場合ニ於テハ主觀的ニ不明ナル權利關係ヲ確定スルコトヲ以テ目的トスルモノナリ然レトモ當事者間ノ權利關係カ主觀的ニ確定スル場合ニ於テモ亦當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ其爭ヲ止ムルコトアリ例之甲、乙ニ對シテ金三百圓ヲ貸與シ甲其中百圓ヲ返濟シタル場合ニ甲ハ尙ホ三百圓ノ貸金アリト主張シ乙ハ全部辨濟ヲ爲シタリト主張スルモノト假定センニ客觀的事實ニ依レハ甲ハ乙ニ對シテ尙ホ二百圓ノ請求權ヲ有スルモノニシテ甲ノ三百圓ノ貸付金アリトノ主張竝ニ乙ノ借用金ナシトノ主張ハ何レモ客觀的事實ニ反スルモノナレトモ甲、乙互ニ自己ノ主張ヲ眞實ナリト信シ爭ヲ爲ス場合ニ於テ之ヲ止ムルカ爲メ互ニ讓歩ヲ爲シテ和解契約ヲ締結スルコトヲ得ヘキハ疑ヲ容レスト雖モ甲乙兩者カ客觀的事實ヲ知リテ之ト異ナリタル主張ヲ爲シ又ハ甲乙何レカ一方カ客觀的事實ヲ知リテ相手方ノ主張ヲ爭フ場合ニ於テモ亦其間ニ和解契約ノ成立スルコトヲ妨ケサルモノトス何トナレハ我民法ハ當事者互ニ讓歩ヲ爲シテ爭ヲ止ムルヲ以テ和解契約ノ目的ト爲シ當事者ノ主張ニ係ル權利關係ノ主

觀的ニ確定スルヤ否ヤヲ問ハサルヲ以テナリ然レトモ當事者カ客觀的ニ確定セル權利關係ヲ爭フコト能ハサルニ至リタル場合ニ於テハ當事者カ其權利關係ニ付キテ讓歩ヲ爲スモ其讓歩ハ和解契約ヲ成立セシムルコトナシ例之當事者ハ訴訟ノ繫屬中訴訟ノ目的タル權利關係ニ付キ和解ヲ爲スコトヲ得ルモ其判決確定シタルトキハ當事者ハ其判決ニ因リテ確定シタル權利關係ヲ爭フコトヲ得サルヲ以テ判決ノ結果ニ付キテ讓歩ヲ爲スハ固ヨリ當事者ノ隨意ナリト雖モ其讓歩ハ或ハ權利ノ拋棄又ハ認諾トナリ或ハ權利ノ設定移轉トナルノ結果ヲ生スルモノナレハ獨逸民法ニ依レハ和解契約ハ其權利關係ニ付キ當事者間ノ爭ヲ止ムルコトノ外尚ホ當事者間ニ於テ不明ナル權利關係ヲ確定スルコトヲ目的トスルモノトス我民法ニハ斯ル規定ナシト雖モ類推解釋ニ依リ和解ニ關スル原則ニ從ヒ其效力ヲ定ムルコトヲ得ヘキモノト信ス

第三 和解ハ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ其間ニ存スル爭ヲ止ムルコトヲ約スル契約ナリ

和解ニ在テハ當事者雙方カ爭ヲ止ムルコトヲ約スルノミヲ以テ足レリトセス其爭ヲ止ムルノ方法トシテ互ニ讓歩ヲ爲スコトヲ要ス所謂讓歩トハ各自ニ自己ノ利益ヲ犧牲ニ供スルヲ云ヒ各自ニ幾分ノ利益ヲ拋チ因テ以テ其相互ノ間ニ存スル主張ノ不一致ヲ除去シ之ヲ同一ノ點ニ歸著セシムルハ卽チ和解契約ノ實質ヲ組成スルモノナリ故ニ當事者ノ一方ノミカ其利益ヲ拋ツノ契約ハ和解契約ニアラスシテ或ハ權利ノ拋棄トナリ或ハ權利ノ認諾トナルモノナリ而シテ前ニ所謂自己ノ利益ヲ犧牲ニ供スルトハ或ハ相手方ノ主張ノ全部又ハ一部ヲ認メテ自己ノ主張ヲ撤回シ或ハ相手方ノ爲ニ物權ヲ設定移轉シ或ハ相手方ニ對シテ債務ヲ負擔シ若クハ相手方ニ對スル權利ヲ拋棄シ又ハ相手方ノ爲ニ各種ノ給付ヲ爲スノ類ナリ故ニ和解ノ內容ヲ形成スル雙方ノ讓歩ハ種々ノ方法ニ依リテ行ハルルコトヲ得ヘシ例之甲、乙ニ對シテ貸金三百圓ノ債務アリト主張シ乙ハ旣ニ其全部ヲ辨濟シタリト主張シ其間ニ爭ヲ生シタル場合ニ相方協議ノ上乙ヨリ百圓ヲ辨濟スヘキモノト爲シタルトキハ甲ハ其主張ノ金額二百圓ニ付キ自己ノ主張ヲ撤回シテ乙ノ主張

ヲ認メ乙モ亦一百圓ニ付キ自己ノ主張ヲ撤回シテ甲ノ主張ヲ認メ雙方互ニ讓歩ヲ爲シタルモノナレハ其間ニ和解契約ノ成立ヲ見ルニ至ルヤ明カナリ又甲カ乙ニ對スル全部ノ請求權ヲ拋棄シ或物品ヲ給付セシメ若クハ之ヲシテ或種類ノ勞役ニ從事セシムルコトトシ若クハ乙ニ於テ全部甲ノ請求ヲ認メ更ニ甲ヲシテ或給付ヲ爲サシムルコトト爲スモ和解契約ハ完全ニ成立スルモノトス

當事者ノ一方ノミカ讓歩ヲ爲シテ爭ヲ止ムルハ和解ニアラサルコト從テ和解ノ成立ニハ常ニ當事者雙方ニ於テ讓歩ヲ爲スコトヲ必要トスルコトハ既ニ說明スル所ナルモ其讓歩ノ程度如何ハ之ヲ問フノ必要ナシトス又當事者カ讓歩ヲ爲シタルヤ否ヤハ客觀的事實ヲ基礎トシテ之ヲ決定スヘキモノニアラスシテ當事者雙方ノ主張ヲ基礎トシテ之ヲ決定スヘキモノトス何トナレハ客觀的事實ヲ基礎トシテ當事者ノ權利關係ヲ定ムルトキハ其契約ハ常ニ權利ノ認諾拋棄設定又ハ移轉トナリ和解契約ハ其存在ノ必要ヲ失フニ至ルヘケレハナリ

和解ハ當事者互ニ讓歩ヲ爲スニ因リテ成立スルモノニシテ其實質ニ於テハ權利ノ拋棄トナリ又權利ノ認諾トナルヲ以テ爭ノ目的タル權利ヲ處分スルノ權限能力ヲ有スル者ニアラサレハ和解ヲ承諾スルコトヲ得サルヤ明カナリ從テ無權限者又ハ無能力者ノ爲シタル和解ハ或ハ不成立トナリ或ハ取消シ得ヘキモノトナル

第二節　和解ノ效力

和解契約ノ成立ニハ契約ノ成立ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スヘク又和解契約ハ雙務契約ナルヲ以テ其效力ニ關シテ雙務契約ニ關スル原則ヲ適用スヘキモノトス佛國民法ハ和解契約ノ基礎トナリタル證書カ僞造又ハ變造ナルトキハ其和解ハ無效トシ獨逸民法モ亦當事者カ確定シタル事實トシテ和解契約ノ基礎トシタル事實カ眞實ニ反スルトキハ其契約ハ無效ナリトシ特ニ規定ヲ設ケタリ我民法ニハ斯ル特別規定ナシト雖モ法律行爲ノ效力ニ關スル一般ノ原則ニ依リ解釋ヲ以テ之ヲ補フコトヲ得ヘシト信ス

和解ハ當事者間ニ於テ實體上ノ權利關係如何ニ拘ハラス契約ヲ以テ其權利關係ヲ確定スルヲ以テ目的トス玆ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

第一 和解契約ハ一般契約ト等シク契約當事者ヲ羈束スルヲ以テ爾後當事者間ノ權利關係ハ和解契約ニ從ヒ之ヲ定ムルコトヲ要シ當事者ハ最早ヤ契約以前ノ權利關係ヲ主張スルコトヲ得ス

和解ハ當事者間ニ於ケル從前ノ權利關係如何ニ拘ハラス將來ニ向テ其關係ヲ定メ雙方間ノ爭ヲ終局スルヲ以テ唯一ノ目的ト爲スモノナレハ和解契約カ有效ニ成立シタル以上ハ其契約ニ從ヒ當事者間ノ關係ヲ定ムヘキハ理ノ當然ナルヲ以テナリ

第二 和解ノ效力ハ認定的ナルヲ原則トス

和解ニ因リ當事者ノ一方カ爭ノ目的タル權利ヲ有スルモノト認メラレ又ハ相手方カ之ヲ有セサルモノト認メラレタルトキハ當事者ノ一方ハ和解契約ニ因リテ其權利ヲ取得スルニアラスシテ初メヨリ之ヲ有セルモノトナリ相手方モ亦和解契約ニ因リ其權利ヲ喪失シタルニアラスシテ初メヨリ其權利ヲ有セサリシモノトナルヘシ之ヲ換言スレハ和解ハ認定的ニシテ創設的ノモノニアラサルモノト推定セラルルモノトス

第三 前項ノ場合ニ於テ當事者ノ一方カ之ヲ有セシ確證出テタルトキハ其權利ハ和解ニ因リテ其者ニ移轉シ又ハ消滅シタルモノトス

是レ第六百九十六條ニ規定スル所ニシテ此場合ニ於ケル和解ノ效力ハ創設的トナルモノナリ卽チ當事者ノ一方カ和解ニ因リテ爭ノ目的タル權利ヲ有スルモノト認メラレタル後其當事者カ之ヲ有セサリシコトノ確證出テタルトキハ其權利ハ和解契約ニ因リ其當事者ニ移轉(設定)シタルモノトシテ和解契約ノ效力ヲ維持シ當事者ノ一方ヲシテ其權利ヲ享有スルコトヲ得セシム又相手方カ權利ヲ有セサルモノト認メラレタル場合ニ其權利ヲ有シタルコトノ確證出テタルトキハ其權利ハ和解契約ニ因リ消滅シタルモノトシ相手方ヲシテ契約以前ノ狀態ニ溯リテ權利ヲ主張スルコトヲ得サラシム蓋シ和解契約ヲ以テ認定的ノモノト爲スニ於テハ其效力ヲ薄弱ナラシメ當事者間

ノ權利關係ヲ不確定ノモノト爲スヲ以テ和解ニ因リテ定マリタル當事者ノ權利關係カ實體的ノ權利關係ト合致セサルトキハ其契約ニ創設的ノ效力ヲ付シ因テ以テ當事者間ノ權利關係ヲ確定不可動ノモノトシ和解契約ヲシテ其效力ヲ發揮セシムルコトヲ必要トスルヲ以テナリ

第二編　事務管理

第一章　事務管理ノ性質

民法第六百九十七條ノ規定ニ依ルトキハ事務管理ハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得

事務管理トハ法律上ノ義務ナクシテ他人ノ爲ニ其事務ヲ管理スルヲ謂フ

今此定義中ニ包含スル事務管理ノ觀念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一　管理者ハ他人ノ事務ヲ管理スルコトヲ要ス

茲ニ事務管理アリトスルニハ常ニ必ス二人ノ者アリテ其中ノ一人カ他ノ一人ノ事務ヲ管理スルノ事實アルコトヲ要ス而シテ其他人ノ事務ヲ管理スル者ヲ稱シテ管理者ト云ヒ其事務ヲ管理セラルル者ヲ稱シテ本人ト謂ヒ事務管理ハ本人ト管理者トノ間ニ於テ生スル法律關係ナリトス

事務管理ハ管理者一方ノ意思ニ基ク行爲ニシテ事務管理ナル法律關係ノ成立スルカ爲ニハ本人ノ意思ヲ必要トセサルヲ以テ所謂單獨行爲ノ一種ニ屬シ當事者雙方ノ意思ノ合致ヨリ成立スル契約關係ニ屬セサルヤ明カナリ故ニ本人ノ能力者ナルト否トハ事務管理ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ羅馬法ニ於テハ準契約ナル名稱ノ下ニ事務管理ナル債務發生ノ原因ヲ認メ此權利關係ノ成立ニハ本人ニ行爲能力アルコトヲ必要トシ本人ニ行爲能力ナキトキハ不當利得ノ原則ヲ適用スヘキモノト爲セリ是レ事務管理ヲ契約ニ準スルヨリ生スル結果ナリ反之近世ノ法律ハ事務管理ノ管理者一方ノ行爲タル性質ニ著眼シ本人ニ行爲能力アルト否トヲ區別セサルコトト爲セリ然レトモ事務管理カ管理者ヲシテ一定ノ義務ヲ負ハシムルノ效果ヲ生スルハ契約關係ニ於ケルト毫モ異ナル所ナキヲ以テ管理者カ事務管理ニ因リ

本人ニ對シテ法定ノ義務ヲ負フニハ管理者ニ完全ナル行爲能力アルコトヲ必要トシ管理者カ意思能力ヲ缺ク場合ハ勿論意思能力ヲ享有スルトキト雖モ自己ノ行爲ニ因リ他人ニ對シテ義務ヲ負フノ完全ナル行爲能力ヲ有セサルトキハ本人ニ對シテ其事務管理ヨリ生スル義務ヲ負擔スルコトナシ故ニ完全ナル行爲能力ヲ具有セサル管理者ニ對シテハ單ニ不當利得又ハ不法行爲ニ關係スル原則ヲ適用スルコトヲ要シ民法第六百九十七條乃至第七百條ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ス而シテ民法第七百一條第七百二條ノ規定ハ不當利得ノ觀念ヲ基礎トスルモノナレハ常ニ管理者ノ利益ニ於テ之ヲ適用スルコトヲ要シ其完全ナル能力者タルト否トハ之ヲ問フノ必要ナシ

事務管理ノ成立ニハ管理者ニ於テ他人ノ事務ノ管理ヲ爲スコトヲ必要トシ管理者カ他人ノ利益ノ爲メニ事務ノ管理ヲ爲スモ其事務カ元來自己ノ事務ナルトキハ事務管理ナル法律關係ヲ發生セサルヤ明カナリ然レトモ管理者ノ管理スル事務ノ法律行爲ナルト否トハ之ヲ問フノ必要ナク又其法律行爲ハ自己ノ名ヲ以テスルト本人ノ名ヲ以テスルトヲ區別スルコトナシ

第二　管理者ハ他人ノ爲メニ他人ノ事務ヲ管理スルコトヲ要ス

事務管理ノ成立スルニハ管理人カ事實上ニ於テ他人ノ爲ニ事務ノ管理ヲ爲シタルノミヲ以テ足レリトセス管理者カ其事務ハ他人ノ事務ナルコトヲ知リ且他人ノ爲ニスルノ好意ヲ以テ事務ノ管理ヲ爲スコトヲ必要トス故ニ他人ノ事務ヲ自己ノ事務ナリト信シ自己ノ爲ニ之ヲ處理シタルトキ例之善意ノ占有者カ他人ノ物ヲ自己ノ物ナリト信シテ改良ヲ加ヘタルトキ及ヒ他人ノ事務ナルコトヲ知リタル場合ト雖モ自己ノ利益ノ爲ニ其事務ヲ管理シタルモノナルトキ例之竊盜カ其竊取シタル物品ヲ修繕シタルトキハ所謂事務管理アルコトナシ然レトモ其事務管理ハ必スシモ本人ノ爲メノミニ之ヲ爲スコトヲ要セス管理者カ自己又ハ第三者ノ爲ニスルト同時ニ本人ノ爲メニスルノ意思ヲ有スルトキハ本人ト管理者トノ間ニ於テ事務管理ノ成立スルコトヲ妨ケサルモノトス蓋シ管理者カ他人ノ爲メニスルノ意想ヲ以テ好意上他人ノ事務ノ管理ヲ始メタル以上ハ事務ノ管理ヲ繼續シ本人ノ利益ヲ保護スルノ責ニ任スヘキハ其當サニ豫期スヘキ所ナルヲ以テ法律ハ本人ノ利

益ヲ保護スル爲メ管理者ヲシテ一定ノ義務ニ服從セシムルト同時ニ管理者ハ本人利益ノ爲ニ事務ノ管理ヲ爲スモノナルヲ以テ管理者モ亦特ニ之ヲ保護スルノ必要アリ本人ヲシテ管理者ニ對シテ一定ノ義務ヲ負ハシムルモノナリ

管理者カ法律上ノ義務ナキコトヲ知リテ他人ノ事務ヲ管理スルコトヲ要スルヤハ一ノ疑問ナリ從テ法律上ノ原因ニ基キテ他人ノ事務ヲ處理スル場合ニ其原因カ初メヨリ存在セス又ハ後ニ至リテ消滅シタルトキハ其事務ノ處理ハ事務管理トナルヤ否ヤニ付キテハ學者間ニ議論アリト雖モ余ハ此場合ニ於テハ管理者ニ好意ヲ以テ他人ノ事務ヲ管理スルノ意思ナキモノナレハ第二ノ條件ノ欠缺ニ因リ事務管理ハ成立セサルモノト信ス

管理者カ他人ノ事務ヲ自己ノ事務ナリト誤信シテ之ヲ處理シ又ハ法律上ノ義務アリト誤信シテ他人ノ事務ヲ處理シ又ハ他人ノ事務ナルコトヲ知リナカラ之ヲ自己又ハ第三者ノ利益ノ爲メニ處理スル場合ニ其事務ノ處理カ或ハ本人ヲ利スルコトアリ或ハ之ヲ害スルコトアリ此場合ニ於ケル雙方間ノ權利義務ハ純然タル不當利得又ハ不法行爲ノ原則ニ從ヒ之ヲ定ムルコトヲ要ス

第三 管理者ハ法律上ノ義務ナクシテ他人ノ爲メニ他人ノ事務ヲ管理スルコトヲ要ス

事務管理ノ成立ニハ管理者ニ於テ法律ノ規定又ハ當事者ノ意思ニ因リ他人ノ事務ヲ管理スルノ義務ヲ負擔シ其義務ノ履行トシテ他人ノ事務ヲ管理シタルモノニアラサルコトヲ必要トス故ニ受任者カ其委任ノ範圍内ニ於テ委任者ノ爲ニナス事務ノ管理、法定代理人カ其本人ノ爲ニナス事務ノ管理ハ勿論雇傭請負寄託其他ノ契約ニ基ツキテ爲ス所ノ事務ノ管理ハ事務管理ニアラス然レトモ此等ノ者カ其委任又ハ職務ノ範圍外ニ於テ爲シタル事務ニ付キテハ事務管理ノ成立ヲ妨ケサルハ勿論ナリ

以上三個ノ條件ヲ具備スルニ於テハ管理者ノ行爲ハ事務管理トシテ民法第六百九十七條以下ノ規定ヲ適用スルコトヲ要ス其他本人ノ意思ニ反セサルコトヲ以テ事務管理ノ一條件ト爲ス者アリト雖モ民法ハ事務管理ニ關スル第七百

二條ニ此場合ヲ網羅セルヲ以テ我民法ノ解釋トシテハ事務ノ管理カ本人ノ意思ニ反スルヤ否ヤハ之ヲ問ハサルモノト爲ササルヘカラス

第二章　事務管理ノ效力

第一節　事務管理者ノ義務

何人ト雖モ義務ナクシテ他人ノ事務ヲ管理スルノ責任ヲ負フコトナカルヘキハ敢テ論ヲ俟タサル所ナリト雖モ好意上他人ノ爲メニ事務ノ管理ヲ始メタル以上ハ其結果ニ對シテ責ヲ負ハサルヘカラス是レ第六百九十七條以下ノ規定アル所以ニシテ此等ノ規定ニ依ルトキハ義務ナクシテ他人ノ爲メニ其事務ノ管理ヲ始メタル者ハ左ノ義務ニ服從スヘキモノトス

第一　本人ノ事務ヲ管理スルノ義務

義務ナクシテ他人ノ事務ノ管理ヲ始メタル者ハ此一事ノミヲ以テ其事務ヲ管理スルノ責ニ任セサルト同時ニ他人ノ事務ニ干渉スルコトハ本人ノ承諾アルニアラサレハ爲シ得ヘカラサルヲ以テ普通ノ原則トス是レ羅馬法及ヒ歐洲諸國ノ古代法ニ於テ委任ナクシテ他人ノ事務ニ干渉スルノ行爲ヲ一般ニ不法視シタル所以ナリ然レトモ世運ノ進歩ト共ニ取引關係ノ漸ク複雜トナルニ從ヒ各人ハ常ニ必ラスシモ自身ニ其事務ヲ管理スルコトヲ得ルノ地位ニ在ルモノニアラス又他人ニ委任シテ其事務ヲ管理セシムルコトヲ得サル場合往々ニシテ之レアリ斯ノ如キ場合ニ他人カ來リテ好意上其事務ヲ管理シ本人ヲシテ其需要ヲ充タスコトヲ得セシムルハ本人ノ爲メ頗フル有益ナルヲ以テ假令之ヲ爲スニ付キ本人ノ許諾ヲ經サルニモセヨ不法行爲ナリトシテ強テ之ヲ禁スルノ必要ナク寧ロ之ヲ適法行爲ナリトシテ之ニ法律上ノ效果ヲ付シ本人ノ利益ヲ保護スルヲ以テ得策ナリトスヘシ是レ民法カ義務ナクシテ他人ノ事務ノ管理ヲ始メタル人ヲシテ其事務ヲ管理スルノ責任ヲ負ハシメタル所以ニシテ事務ノ管理ニ關スル管理人ノ責任ハ委任契約ニ於ケル受任者ノ責任ニ類似スルヲ以テ民法ハ數多ノ點ニ於テ委任契約ニ關スル規定ヲ事務管理ニ準用セリ而シテ我民法ニ依ルトキハ管理者カ本人ニ對シテ負擔スル義

務ハ左ノ如シ

一 管理人ハ其管理スル事務ノ性質ニ從ヒ本人ノ利益ニ適スヘキ方法ニ依リテ其管理ヲ爲スコトヲ要ス

是レ民法第六百九十七條第一項ニ規定スル所ニシテ法律ハ管理人ヲシテ本人ノ利益ヲ標的トシテ其事務ノ管理ヲ爲サシムルモノニシテ管理者カ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ本人ノ事務ヲ管理スルトキハ此要求ヲ充タスモノト謂フコトヲ得ヘシ何トナレハ用意周到ナル人ハ自己ノ事務ヲ處理スルニ當リ常ニ必ラス其事務ノ性質ニ從ヒ最モ其利益ニ適スヘキ方法ヲ以テ事務ノ管理ヲ爲スモノナレハナリ故ニ第六百九十七條ハ主トシテ本人ノ利益ノ方面ヨリ管理方法ヲ定メタルモノナルモ結局管理者ヲシテ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スノ義務ヲ負ハシムルモノニ外ナラスシテ委任ノ場合ニ於ケル受任者ノ責任ト其歸趣ヲ同フスルモノナリ唯此二者間ニ存スル區別ノ點ハ前者ニ在リテハ管理者ハ事務ノ性質ト本人ノ利益トヲ標準トシテ其事務ノ管理ヲ爲シ後者ニ在リテハ受任者ハ委任ノ本旨ヲ

基本トシテ委任事務ノ處理ヲ爲スニ在リテ一方ハ本人ノ委任ニ因ラス好意ヲ以テ本人ノ利益ノ爲ニ其事務ヲ管理スルノ法律關係タリ他方ハ本人ノ委任ヲ受ケテ其事務ヲ處理スル法律關係タルヨリ生スル結果ナリ而シテ管理人カ既ニ好意上他人ノ爲ニ事務ノ管理ヲ擔任シタル以上ハ周到ナル注意ヲ用キテ誠實ニ其事務ヲ管理シ本人ノ利益ヲ保護スルコトヲ要スルハ取引上ノ觀念ニ適スルモノナルヲ以テナリ

二 管理者カ本人ノ意思ヲ知リタルトキ又ハ之ヲ推知スルコトヲ得ヘキトキハ其意思ニ從ヒテ管理ヲ爲スコトヲ要ス

管理人ハ他人ノ爲ニ其事務ヲ管理スルモノナレハ如何ナル方法ヲ以テ事務ノ管理ヲ爲スヘキヤノ問題ニ付キテハ常ニ本人ノ意思ヲ標準トシテ之ヲ決セサルヘカラス故ニ本人カ明カニ意思ヲ表示シ管理人之ヲ知ルトキハ其意思ニ從ヒ事務ノ管理ヲ爲スコトヲ要スルハ勿論本人カ明カニ其意思ヲ推測シ得ヘキ四圍ノ狀況ヨリ其意思ヲ尊重シ之ニ基キ事務ノ管理ヲ爲ササルヘカラストキハ管理者ハ其意思ヲ尊重シ之ニ基キ事務ノ管理ヲ爲ササルヘカラス

是レ事務管理ノ性質上自カラ然ラサルヲ得サル所ニシテ他人ノ爲ニスル事務ノ管理ヲシテ他人ノ事務ニ對スル不當ノ干渉タルノ性質ヲ有セシメサルカ爲ニハ事務管理人ヲシテ右ノ制限ヲ遵守セシムルコトヲ必要トスルヲ以テナリ故ニ事務ノ管理ニ關スル本人ノ意思カ明確ナルトキ又ハ間接ニ之ヲ推知シ得ヘキトキハ管理人ハ本人ノ意思ニ依リテ定マレル具體的ノ標準ニ從ヒ事務ノ管理ヲ爲スコトヲ要シ前項ニ說明セル抽象的ノ標準ニ從ヒ其管理ヲ爲スヘキモノニアラス從テ本人ノ意思ニ適シタル管理ノ方法ハ之ヲ一般取引上ノ觀念ヨリ觀察シ本人ニ最モ利益ナル方法ニアラストスルモ管理人ハ本人ノ意思ヲ尊重シテ之ニ從フコトヲ要シ抽象的ノ標準ニ從ヒ本人ノ意思ニ適セサル方法ヲ以テ管理ヲ爲スコトヲ得ス唯本人ノ意思不明ナル場合ニハ本人ハ其事務ノ性質ニ從ヒ自己ニ最モ利益ナル方法ヲ以テ事務ノ管理ヲ爲スコトノ希望ヲ有スルモノト推測シ得ヘキヲ以テ之ヲ事務管理人ノ用ユヘキ注意ノ標準ト爲シタルモノナリ

管理人カ本人ノ身體名譽又ハ財產ニ對スル急迫ノ危險ヲ免レシムル爲ニ其事務ノ管理ヲ爲シタルトキハ惡意又ハ重大ナル過失アルニアラサレハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スルノ責ニ任セス

是レ第六百九十八條ニ規定スル所ニシテ法律ハ特別ノ場合ニ限リ管理人ノ責任ヲ輕減シタルモノナリ蓋シ理論上ヨリ言フトキハ管理者ハ假令本人ノ爲ニ事務ノ管理ヲ爲スモノナルニモセヨ其故意ニ因リテ本人ノ利益ヲ侵害シタルトキハ之ニ對シテ賠償ヲ爲スノ責任アルハ勿論其過失ニ付キテモ亦同一ノ責任ヲ負擔シ其過失ノ輕重ハ之ヲ問フノ必要ナシトス然レトモ人ノ身體名譽又ハ財產ニ對シテ急迫ノ危害ヲ生シタル場合ニ其人ノ爲ニ危害ヲ除キ之ヲシテ身體名譽財產ヲ保全スルコトヲ得セシムルノ必要アルハ敢テ論ヲ俟タサル所ナルヲ以テ斯ノ如キ場合ニ於ケル事務管理ハ可及的之ヲ奬勵シ他人ノ急難ヲ認知シタル者ヲシテ速カニ之ヲ救助スルノ策ヲ講セシムルヲ可ナリトス然ルニ斯ル急迫ノ場合ニ於テモ尙ホ事務管理者ヲシテ一般ノ原則ニ從ヒ責任ヲ負ハシメ苟モ其注意ニ不足ノ

點アリテ之カ爲メ本人ニ損害ヲ生シタルトキハ事務管理者ニ於テ之ヲ賠償セサルヘカラサルモノトスルトキハ事務管理者カ急迫ノ場合ニ處シテ過失ナキヲ保セサルヲ以テ之ニ對シ極メテ不公平ナル結果ヲ生スルノミナラス之カ爲メ人ヲシテ他人ノ急難ニ趣クコトヲ躊躇セシメ終ニ其危難ヲ救フコト能ハサルコト往々ニシテ之レアルヲ以テ民事政策トシテモ亦其當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス是レ法律カ斯ル場合ニ於ケル事務管理人ノ責任ヲ輕減シ惡意又ハ重過失アルニアラサレハ其事務管理ヨリ生シタル損害ヲ賠償スルノ責ニ任セサルモノト爲シタル所以ナリ

四 管理者ハ本人其相續人又ハ法定代理人カ管理ヲ爲スコトヲ得ルニ至ルマテ其管理ヲ繼續スルコトヲ要ス

管理者カ一旦他人ノ爲ニ其事務ノ管理ヲ始メタルトキハ其一己ノ意思ヲ以テ之ヲ拋擲スルスルコトヲ得ス本人其相續人又ハ法定代理人カ本人ノ爲ニ管理ヲ爲スコトヲ得ルマテ其管理ヲ繼續スルノ義務ヲ負フモノトス何トナレハ管理人カ一旦事務ノ管理ヲ始メタル後半途ニテ之ヲ拋擲シ其事務ニ付キ適當ノ管理者ヲ缺クニ於テハ本人ニ不利ナルヲ以テ管理者ヲシテ相當ノ權限ヲ有スル者カ事務ノ管理ヲ繼續セシムルノ必要アリ管理者モ亦既ニ好意ヲ以テ他人ノ爲ニ事務ノ管理ヲ始メタル以上ハ本人ニ不利益ヲ及ホササル方法ヲ以テ之ヲ終了スルノ用意ナカルヘカラサルヲ以テ任意ニ管理ノ繼續ヲ辭スルコトヲ得サルハ理ノ當然ナルヲ以テナリ從テ管理者ハ本人其相續人又ハ法定代理人ニ事務ノ引續ヲ爲スコトヲ要シ之ヲ爲スマテハ其責任ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス然レトモ管理者ハ本人ノ利益ノ爲ニ事務ノ管理ヲ爲スニ過キサルヲ以テ管理者ニ於テ事務ノ管理ヲ繼續スルコトカ本人ノ意思ニ反シ又ハ本人ノ爲ニ不利ナルコト明白ナルニ於テハ事務ノ管理ヲ停止スルハ寧ロ其義務ニ屬シ之ヲ繼續スルコトヲ要セス是レ第七百條但書ノ規定アル所以ナリ

第二 通知ノ義務

管理者ハ本人ノ爲メニ事務ノ管理ヲ爲スモノニシテ其事務ノ管理ニ付キテ

ハ常ニハ本人ノ意思ニ基クコトヲ要スルヲ以テ事務ノ管理ヲ始メタルコトヲ遲滯ナク本人ニ通知シ之ヲシテ自己ノ事務ニ付キ其必要ナリト信スル處分ヲ爲スコトヲ得セシメサルヘカラス蓋シ通知ヲ受ケタル本人ハ場合ニ從ヒ或ハ事務ノ管理ヲ其儘ニ管理者ニ委シ或ハ自身ニ事務ノ管理ヲ爲シ或ハ適當ノ人ニ委任シテ其管理ヲ爲サシムルコトヲ得ルヲ以テ本人ノ利益ハ充分ニ保護セラルルモノナリ是レ民法カ特ニ第六百九十九條ノ規定ヲ設ケ管理者ヲシテ通知ノ義務ヲ負ハシムル所以ナリ然レトモ通知ノ義務ハ本人ヲシテ事務管理ノ事實ヲ知ラシムルヲ以テ唯一ノ目的ト爲スモノナレハ本人ニ於テ既ニ其事實ヲ知ルニ於テハ之ニ對シテ特ニ通知ノ手續ヲ爲スノ必要ナキハ說明ヲ要セスシテ明カナリ是レ第六百九十九條但書ニ規定スル所ナリ

第三　報告ノ義務

事務管理者ハ他人ノ爲ニ其事務ヲ管理スルモノナレハ委任ノ場合ト等シク本人ノ請求アルトキハ何時ニテモ事務管理ノ狀況ヲ報告シ又其管理ヲ終了シタル際ニハ遲滯ナク其顚末ヲ報スルコトヲ要ス（六百四十五條）

第四　物ノ引渡ノ義務

管理人ハ本人ノ爲ニ事務ノ管理ヲ爲スニ過キサルヲ以テ事務ノ管理上ニ於テ第三者ヨリ受取リタル物ハ之ヲ本人ニ引渡スコトヲ要ス然レトモ管理者カ第三者トノ法律行爲ニ因リ物ヲ受取リタル場合ニ本人之ヲ追認セサルトキハ管理者ハ其物ヲ本人ニ引渡スノ義務ナキモノトス（六百四十六條一項）

第五　權利移轉ノ義務

管理者カ本人ノ名ヲ以テ取得シタル權利ハ本人カ之ヲ追認スルト同時ニ代理ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ當然本人ニ移轉ス管理人カ自己ノ名ヲ以テ本人ノ爲メニ權利ヲ取得シタル場合ニ本人之ヲ追認セサルトキハ其權利ヲ本人ニ移轉スル義務ナシ反之本人之ヲ追認シタルトキハ管理者ハ民法第六百四十六條ノ規定ニ從ヒ其權利ヲ本人ニ移轉スル義務ヲ負フ然レトモ本人カ管理者ニ對シテ其事務管理ヲ追認スルノ意思ヲ表示シタルノミヲ以テハ其權利ハ本人ニ移轉セス本人ト管理者トノ間ニ於テ其權利ノ移轉ヲ目的トス

ル法律行爲ノ成立スルコトヲ必要トス然レトモ事務管理ノ場合ニ於テモ管理者カ直接ニ其權利ヲ以テ本人ノ所有ト爲スノ意思ヲ有スルトキ例之本人ノ金錢ヲ以テ第三者ヨリ其權利ヲ讓受ケタル如キ場合ニ於テハ其權利ハ本人ノ追認ト共ニ本人ノ所有ニ歸スヘキモノトスルヲ相當ナリトス

第六 損害賠償ノ義務

事務管理人カ本人ニ引渡スヘキ金額又ハ其利益ノ爲ニ用ユヘキ金額ヲ自己ノ爲ニ消費シタル日以後ノ利息ヲ拂フコトヲ要ス尙ホ損害アリタルトキハ其ノ賠償ノ責ニ任ス蓋シ其保管スル金錢ハ他人ノ所有ニ係ルヲ以テ之ヲ自己ノ利益ニ於テ費消スルハ他人ノ財產ニ因リテ利益ヲ爲スト同時ニ他人ノ權利ヲ侵害スルモノナレハナリ(六百四十七條)然レトモ此規定モ亦本人カ管理者ノ行爲ヲ追認シタル場合ニ於テ適用セラルヘキモノニシテ本人之ヲ追認セサルトキハ其金錢ハ本人ノ所有ナラサルヲ以テ管理者之ヲ費消スルモ本人ニ對シ第六百四十七條所定ノ責任ヲ負フヘキモノニアラス

第二節 本人ノ義務

事務管理ハ管理者ノ單獨行爲ニシテ本人ハ其行爲ニ干與セサルヲ以テ管理者ハ本人ニ對シ事務管理ヨリ生スル結果ニ對シ本人ノ保護ヲ要求スルノ權利ヲ有セサルモノトス是レ委任ノ場合ト大ニ趣ヲ異ニスル所ナリ然レトモ何人ト雖モ他人ヲ害シテ自己ヲ利スルコトヲ得サルハ法理上ノ原則ナルヲ以テ本人カ管理者ノ財產ニ因リテ利得ヲ爲シタルトキハ不當利得ノ原則ニ從ヒ其利得ヲ返還スルノ義務ヲ負擔セサルヘカラス之ヲ換言スレハ委任ノ場合ニ於テハ委任者ハ委任事務ノ處理上ニ於テ受任者ノ受ケタル一切ノ損害ヲ賠償スルノ責ニ任スルモ事務管理ノ場合ニ於テハ本人ハ管理人ノ支出シタル費用カ自己ニ利益ナリシ場合ニ限リ其費用ノ償還ヲ爲スノ義務アリトス茲ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

第一 管理者カ本人ノ爲ニ有益ナル費用ヲ出シタルトキハ本人ニ對シテ其償還ヲ請求スルコトヲ得

民法第七百二條ハ本人ノ爲ニナシタル事務ノ管理ニ付キ管理者ノ求償權ヲ規定シタルモノニシテ其第一項ハ事務ノ管理カ本人ノ意思ニ反セサル場合ニ關シ其第二項ハ本人ノ意思ニ反スル場合ニ關スルコトハ第二項ニ於テ特ニ「本人ノ意思ニ反シテ事務ノ管理ヲ爲シタルトキト規定シ此場合ヲ第一項ノ規定ヨリ除外シタルニ依リテ之ヲ認ムルヲ得ヘシ而シテ管理者ノ行爲カ本人ノ意思ニ反スルヤ否ヤハ事務管理ノ當時ニ於ケル本人ノ意思ヲ基本トシテ之ヲ決定スルコトヲ要ス而シテ本人カ管理者ノ行爲ヲ認識シテ異議ヲ主張セサリシ場合ハ勿論本人カ管理者ノ行爲ヲ認識セサリシ場合ト雖モ其前後ノ事情ニ依リ反對ノ意思カ推測セラレサル限リハ管理者ノ行爲ハ本人ノ意思ニ反セサルモノト推定スルヲ相當トスルヲ以テ管理者ノ行爲カ自己ノ意思ニ反スルコトヲ主張スル本人ハ其事實ヲ立證スルノ責アリトス又本人カ管理者ノ行爲ヲ知リテ異議ヲ述ヘサリシ場合ニ之ヲ以テ其行爲ヲ承認シタルモノト認ムヘキヤ否ヤハ是又其當時ニ於ケル情況ニ從ヒ判斷スヘキ事實上ノ問題ニシテ本人之ヲ承認シタルモノトスルトキハ玆ニ當事者間ニ

於テ委任契約ノ成立ヲ見ルニ至ルヘク其承認ハ民法第百十六條ノ規定ニ從ヒ既往ニ溯リテ其效力ヲ生シ且當事者間ノ權利義務ハ委任ニ關スル規定ニ從ヒ之ヲ定ムルコトヲ要ス然レトモ本人カ管理者ノ行爲ヲ認識シテ何等ノ異議ヲ主張セス之ヲシテ依然トシテ其事務ヲ管理セシムルモ此事實ハ事務ノ管理カ其意思ニ反セサルコトヲ推定セシムルニ止マリ直チニ其承認殊ニ既往ニ於ケル行爲ノ追認ヲ推定セシムルモノニアラス從テ管理者カ委任契約ヲ成立セシムヘキ本人ノ承諾又ハ其追認アリト主張スルトキハ管理者ニ於テ其事實ヲ立證スルノ責アリトス從テ反證ナキ限リハ管理者ノ行爲ハ事務管理ナリト認ムルヲ相當トス

事務管理ハ無償ナルコトアリ事務管理者カ本人ニ恩惠ヲ施スノ意思ヲ以テ其事務ヲ管理シタルトキ例之父カ其子ノ爲ニ子ノ所有ニ屬スル家屋ヲ修繕シタルカ如キ場合ニ於テハ其事務管理ハ無償ニシテ管理者ハ本人ニ對シテ求償ヲ有セス反之管理者カ本人ニ恩惠ヲ爲スノ意思ヲ明示マタハ默示セサリシトキハ其事務管理ハ有償ニシテ管理者ハ本人ニ對シテ求償權ヲ有ス換言

言スレハ事務管理ハ有償ナルヲ原則トシ無償ナルヲ例外トス而シテ民法第七百二條第一項ノ規定ニ依ルトキハ管理者ノ支出シタル費用カ本人ノ利益トナリタルトキハ管理者ハ不當利得ノ原則ニ從ヒ本人ニ對シ其利益ノ範圍內ニ於テ其償還ヲ請求スルコトヲ得ヘキヤ明カナリ然レトモ管理者ノ支出シタル費用カ本人ニ利益トナラサリシトキハ管理者ハ本人ニ對シテ償還ノ請求權ヲ有セサルモノトス何トナレハ管理者ハ其事務管理ニ因リ本人ニ利得ヲ與ヘタルヲ理由トシテ其利益ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ルニ過キスシテ其支出シタル費用カ本人ノ利益トナラサルトキハ何等本人ニ對シテ其償還ヲ請求スヘキ法律上ノ原因ヲ缺クヲ以テナリ而シテ管理者ノ支出シタル費用カ本人ニ利益ヲ與ヘタルヤ否ヤハ其費用支出ノ當時ニ於テ之ヲ定ムルコトヲ要シ費用ノ支出カ其當時本人ニ利益ナリシモノト認メラレ得ヘキトキハ管理者ハ本人ニ對シテ償還ノ請求權ヲ有シ其以後ニ於テ生シタル事實ハ其權利ニ消長ヲ來ササルモノトス例之(一)甲、乙ノ爲ニ物ノ保管ヲ爲シ必要費ヲ支出シタルトキハ其物ノ現存スルト否トニ拘ハラス乙ニ對シテ償還ヲ

求ムルコトヲ得(二)有益費ヲ支出シタルトキハ其費用ノ爲ニ生シタル增加額ヲ限度トシテ費用償還ヲ求ムルコトヲ得ヘク其物カ後ニ至リテ滅失毀損スルモ甲ノ求償權ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ(三)甲、乙ニ代リ丙ニ對スル債務ヲ辨濟シタルトキハ甲ハ乙ニ對シテ求償權ヲ有スルヲ原則トスルモ乙モ亦丙ニ對シテ同種ノ債權ヲ有シ相殺ニ因リテ債務ヲ免ルルコトヲ得ヘカリシトキハ甲ノ辨濟ハ乙ノ利益トナラサルヲ以テ甲ハ其償還ヲ求ムルコトヲ得ス然レトモ此場合ニ於テハ甲ハ乙ニ代リ相殺ニ因リテ消滅スヘカリシ債權ノ辨濟ヲ丙ニ求ムルコトヲ得(民法第四百四十三條)之ニ反シテ甲カ乙ノ債務ヲ辨濟シタル當時乙ハ丙ニ對シテ何等ノ債權ヲ有セス其債權ヲ取得シタルハ全ク甲ノ辨濟後ニアリト假定スルトキハ甲ノ辨濟ハ其當時乙ノ利益トナリタルモノナレハ甲ハ乙ニ對シテ其償還ヲ求ムルコトヲ得ヘク乙ハ其後ニ生シタル相殺ノ原因ヲ理由トシテ甲ノ求償ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス(四)甲、乙ニ代リ乙カ丙ヨリ買取リタル時計ノ代金ヲ支拂ヒタリト假定センニ甲既ニ其時計ノ引渡ヲ受ケタルトキハ甲ハ其支拂ヒタル代金ニ付キ乙ニ對シ求償權

ヲ有スルヤ明カナリ然レトモ甲未タ時計ノ引渡ヲ受ケサル場合ニ於テハ一ノ區別ヲ爲スコトヲ要ス此場合ニ於テ甲先ツ其代金ヲ支拂フノ義務アル場合ニ乙ニ代リ之ヲ辨濟シタルトキハ乙モ其代金ハ時計ト引換ニテ又ハ時計ノ引渡後ニ支拂フヘキモノナルトキハ甲ハ時計ノ引渡アルマテ乙ノ求償ヲ拒ムコトヲ得ルト同時ニ賣買契約カ丙ノ引渡義務不履行ニ因リ解除セラレタルトキハ乙ハ甲ニ對シテ求償權ヲ有セサルモノトス甲、乙ニ代リ取消シ得ヘキ債務ノ辨濟ヲ爲シタルニ其債務カ取消サレタル場合ニ於テモ又甲ハ乙ニ對シテ求償權ヲ有セス蓋シ何レノ場合ニ於テモ乙ノ辨濟ハ甲ノ利益トナラサリシモノナレハナリ

第二 管理者カ本人ノ爲ニ有益ナル債務ヲ負擔シタルトキハ第六百五十條第二項ノ規定ヲ準用ス

管理者カ本人ノ爲ニ負擔シタル債務カ本人ニ有益ナルトキハ管理者ハ本人ニ對シテ其免脫ヲ請求スルコトヲ得ルハ勿論本人ヲシテ自己ニ代リテ其債務ノ辨濟ヲ爲サシメ又其債務カ辨濟期ニアラサルトキハ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得然レトモ管理者カ本人ニ對シテ此請求權ヲ有スルニハ其負擔シタル債務ハ委任ノ場合ニ於ケルカ如ク其性質ニ於テ本人ノ意思ニ適スヘキモノナルヲ以テ足レリトセス現實ニ本人ニ利益トナリタルコトヲ要シ此要件ヲ缺クトキハ管理人ニ此請求權ナシトス是レ委任ト事務管理トハ一ハ本人ノ委託ニ基ク法律關係ニシテ他ハ本人ノ意思ニ拘ハラサル管理者一己ノ行爲ニシテ其根本ノ性質ヲ異ニスルヲ以テナリ是レ委任ニ關スル第六百五十條第二項ニハ「委任事務ヲ處理スルニ必要ト認ムヘキ債務」ト規定シタルニ反シ事務管理ニ關スル第七百二條ニハ「本人ノ爲ニ有益ナル債務ト規定シ」此二者間ニ存スル差異ノ點ヲ明カニシタル所以ナリ

管理者カ自己ノ名義ヲ以テ本人ニ有益ナル債務ヲ負擔シタル場合ニ於テ第七百二條ノ適用アルヘキハ論ヲ俟タス然レトモ管理者カ本人ノ名義ヲ以テ債務ヲ負擔シタルトキハ民法總則ノ規定ニ依レハ自稱代理人カ本人ノ名義ヲ以テ法律行爲ヲ爲シタル場合ニ該當シ本人之ヲ追認セサルトキハ第三者ニ對シテ責任ヲ負フヘキモノナルハ第百十七條ノ規定ニ徴シテ明カナリ而

シテ管理者カ本人ニ代リ有益ナル債務ヲ負擔シタル場合ニ於テモ本人ハ追認ヲ拒絶シ更ニ管理者カ第百十七條ノ規定ニ依リ第三者ニ對シテ負擔シタル債務ニ付キ本人ハ第七百二條ニ依リ辨濟ノ責ニ任スヘキニ似タリ然レトモ斯ノ如キ迂回ノ方法ニ依リテ管理者ヲ保護スルハ全ク無益ノ手數ヲ增加スルニ止マリ何等ノ實益ナキヲ以テ此場合ニ於テハ本人ハ管理者カ其名ヲ以テ負擔シタル債務ノ承認ヲ拒絶スル權利ヲ有セサルモノトシ第三者ト本人トノ間ニ於テ直接ニ其債務ノ效力ヲ生セシメ管理者ノ責任ヲ解除スルヲ以テ立法ノ精神ニ適シタルモノト信ス

第三 管理者カ本人ノ意思ニ反シテ管理ヲ爲シタルトキハ本人カ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ前二項ノ規定ヲ適用ス

管理者カ本人ノ爲ニ費用ヲ支出シ又ハ債務ヲ負擔シタル場合ニ其費用ノ支出竝ニ債務ノ負擔ヨリ生スル利益カ求償當時尙ホ現存スルニアラサレハ本人ニ對シテ費用ノ償還及ヒ債務ノ免責ヲ請求スルコトヲ得ス蓋シ管理者カ本人ノ意思ニ反シテ其事務ヲ管理シタルトキハ特ニ之ヲ保護スルノ必要ナク却テ此場合ニ於テハ事務管理者ノ不當ノ干涉ニ對シテ本人ノ利益ヲ保護シ之ヲシテ損失ヲ被ラシメサルコトヲ必要トスルヲ以テ法律ハ求償當時本人ノ受クル利益ヲ限度トシテ管理者ニ求償權ヲ認ムルコトト爲シタルモノナリ故ニ管理者ノ支出シタル費用又ハ其負擔シタル債務カ本人ニ利益ナルモ其利益カ求償ノ當時消滅又ハ減縮シタルトキハ管理者ハ全部又ハ一部求償權ヲ失フモノトス例之(一)本人ノ爲ニ修繕シタル器物カ求償當時滅失又ハ毀損シ(二)本人ニ代リテ債務ノ辨濟ヲ爲シタルニ其債務カ契約解除ノ結果消滅ニ歸シ(三)本人ト債權者トノ間ニ於テ新タニ相殺ノ原因ヲ生シタル場合ニ於テハ管理者ハ全部又ハ一部其求償權ヲ喪失スルコトトナル

第三編 不當利得

第一章 不當利得ノ性質

民法第七百三條ノ規定ニ依ルトキハ、不當利得ハ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ

得ヘシ

不當利得トハ法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財產又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之カ爲メ他人ニ損失ヲ及ホシタル事實ヲ謂フ

今此定義中ニ有スル不當利得ノ觀念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一 他人ノ財產又ハ勞務ニ因リテ利益ヲ受ケタルコト

各人カ自己ノ財產又ハ勞務ニ因リテ利益ヲ受クルコトハ固ヨリ當然ノ事ニ屬スルヲ以テ自己ノ財產及ヒ勞務ヨリ生スル利益ノ享有ニ付キ他人ニ對シテ責任ヲ負フコトナカルヘキハ勿論ニシテ不當利得ノ問題ハ自己ニ於テ當然享有シ得ヘカラサル他人ノ財產勞務ヨリ生スル利益ヲ享有スルニ因リテ生スルモノナリ而シテ如何ナル場合ニ於テ他人ノ財產勞務ニ因リテ利益ヲ得タルモノト云フコトヲ得ヘキヤハ全ク事實上ノ問題ニ屬スルモ他人ノ財產勞務ニ因リ積極的ニ自己ノ財產ヲ增加シ自己ノ財產ノ減少ヲ免カレ自己ノ權利ニ加ヘラレタル制限ヲ脫スルコトハ總テ其中ニ包含スルモノニシテ物ノ單純ナル占有モ亦廣義ニ於ケル不當利得ノ目的タルコトヲ得ヘシ舊民法其他ノ法制ニ於テハ不當利得ヲ他人ノ財產ニ因リテ利益ヲ受クル場合ノミニ限定シ他人ノ勞務ニ因リテ利益ヲ得ル場合ハ此二個ノ場合ニ付キ區別ヲ設クヘキ理由ナシト認メ兩ツナカラ之ヲ不當利得中ニ包含セシムルコトト爲セリ

第二 他人ニ損害ヲ及ホスコト

不當利得アリトスルニハ他人ノ財產勞務ニ因リテ利得ヲ爲シタルノミヲ以テ足レリトセス之カ爲メ他人ニ損害ヲ及ホシタルコトヲ必要トス換言スレハ不當利得アリトスルニハ利得者カ一面ニ於テ他人ノ財產勞務ニ因リテ利得ヲ爲スト同時ニ他ノ一面ニ於テ其財產勞務ノ利益ヲ享有スヘキ人ヲシテ其利益ヲ失ハシメタルコトヲ必要トシ利得者ノ利益享有ト他人ノ利益損失トノ間ニ因果關係アルコトハ不當利得ノ構成要件ニ屬シ之ヲ缺クトキハ不當利得ナシトス然レトモ此因果關係ノ存スル限リハ利得者ト被害者トノ間ニ不當利得ノ關係アリ其利得ハ直接ニ被害者ヨリ利得者ニ歸シタルト被害者ト利得者トノ間ニ他ノ人格者カ介入シ其利得ノ轉嫁ニ因リ間接ニ利得者

ニ歸シタルトハ之ヲ問フノ必要ナク其利得ノ原形ヲ存スルト他ノ形體ニ變シタルトヲ區別スルコトナシ而シテ他人ニ損害アリトスルニハ其財產勞務ノ主體タル人カ其財產ノ增加ヲ妨ケラレ其權利ニ制限ヲ受ケ或ハ積極的ニ其財產ヲ減少スルノ事實アルコトヲ要ス而シテ單純ナル占有ノ喪失モ亦廣義ニ於ケル損失タルヲ妨ケサルモノトス

第三 法律上ノ原因ナキコト

不當利得アリトスルニハ他人ノ財產勞務ニ因リテ利益ヲ受ケ之カ爲メ他人ニ損害ヲ被ラシメタルノ事實アルノミヲ以テ足レリトセス法律上ノ原因ナクシテ此結果ヲ生シタルコトヲ必要トス蓋シ法律上ノ原因ニ基キ他人ノ財產勞務ニ因リ利益ヲ受クルハ固ヨリ正當ニシテ其利益ハ法律上享有シ得ヘキ性質ノモノナレハ之ヲ其財產勞務ヲ供シタル者ニ返還スヘキ理由ナケレハナリ故ニ賣買贈與交換雇傭請負其他ノ契約ニ基キ他ノ財產勞務ニ因リテ利益ヲ受ケタル場合ニ於テハ所謂不當利得ナシ法律ノ規定ニ因リ此種ノ利益ヲ享有スル場合亦同シ例之他人ノ物ノ占有者カ時效又ハ占有ノ效力ニ因リ其物ノ所有權又ハ其他ノ權利ヲ取得スルカ如シ舊民法ハ正當ノ原因ナキコトヲ要スト規定シ法律上ノ原因中ニ包含セシメタルモ我民法ハ不當利得ヲ法律上ノ原因ハ勿論德義上正當ト認ムヘキ原因ヲモ其假令德義上正當ノ原因アリトスルモ法律上ヨリ見テ財產勞務ニ對スル利益享有ノ正當ノ原因ナキトキハ其利得ハ總テ之ヲ不當利得中ニ包含セシムルコトト爲セリ

第二章 不當利得ノ種類

不當利得ハ種々ナル原因ヨリ生ス今之ヲ類別スルトキハ左ノ如シ

第一 存在セサル債務ニ對シ辨濟トシテ給付ヲ爲シタルトキ

債務ノ辨濟トシテ現ニ或給付ヲ爲シタル場合ニ其債務カ存在セサリシトキハ其給付ハ原因ナクシテ之ヲ爲シタルモノナレハ給付ヲ受ケタル者ハ給付ヲ爲シタル者ニ對シ其給付ニ因リテ受ケタル利益ヲ償還スルノ義務アリ例之(一)債務ヲ發生スル所以ノ法律行爲カ不成立ナル場合ニ其債務ノ履行トシ

テ辨濟ヲ爲シ(二)一旦成立シタル債務カ辨濟又ハ其他ノ債務消滅ノ事由ニ因リ全部又ハ一部消滅シタル場合ニ二重ノ辨濟ヲ爲シ(三)債務者ニアラサル者カ債務者ナリト誤信シテ債權者ニ辨濟ヲ爲シ(四)債權者ニアラサル者ヲ債權者ナリト誤信シテ辨濟ヲ爲シタルカ如シ

第二 給付ヲ爲シタル法律上ノ原因カ消滅シタルトキ

債務者カ或法律上ノ原因ニ基キ給付ヲ爲シタル場合ニ其原因カ消滅シタルトキハ債務者ハ無原因ニテ給付ヲ爲シタルモノナルヲ以テ此場合ニ於テモ亦不當利得アリトス例之(一)賣買行爲カ法定ノ原因ノ一ニ因リテ取消サレタルトキハ其賣買行爲ハ初メヨリ成立セサリシモノトナルヲ以テ目的物ヲ買主ニ引渡シタル賣主ハ其返還ヲ要求スルコトヲ得ヘク代金ヲ支拂ヒタル買主モ亦其代金ノ返還ヲ要求スルノ權利ヲ有ス(二)債務者カ解除條件付法律行爲ニ基キ給付ヲ爲シタル場合ニ其條件カ到來シタルトキハ其返還ヲ要求スルノ權利ヲ有ス(三)假執行ノ宣言ニ基キ判決ノ執行ヲ爲シタル後其判決ノ全部又ハ一部カ破毀廢棄又ハ變更セラレタルトキハ被告ハ其破毀廢棄變更ノ程度ニ應シ前キニ給付シタルモノノ返還ヲ原告ニ要求スルコトヲ得ヘシ證書訴訟、爲替訴訟、執行命令、再審、上訴等ニ於テハ往々右ノ如キ結果ヲ生ス

第三 或事實上又ハ法律上ノ效果ノ發生シヲ爲シタル場合ニ其效力發生セス又ハ發生シ又ハ發生セサルコトヲ豫期シ給付蓋シ此場合ニ於テ債務者カ給付ヲ爲シタルハ發生シタル場合

ノ效果カ發生シ又ハ發生セサルカ爲ニ外ナラサルヲ以テ其發生スヘシト豫期シタル效果カ發生セス又ハ其發生セサルヘシト豫期シタル效果カ發生スルニ於テハ債務者カ給付ヲ爲シタル所以ノ理由ヲ缺クニ至ルヲ以テ既ニ爲シタル給付ヲ返還セシメテ事物ヲ給付前ノ原狀ニ復スルノ必要アルハ論ヲ俟タサルヲ以テナリ例之(一)賣主カ目的物ニ關スル危險ヲ負擔シテ賣買契約ヲ締結シタル場合ニ其物カ不可抗力ニ因リ滅失毀損シタルトキハ賣主ハ買主ニ對シ其支拂ヒタル代金ノ全部又ハ一部ヲ返還シ(二)畫工カ疾病ノ爲メ其義務ニ屬スル繪畫ヲ描クコト能ハサルニ至リタルトキハ其代金ヲ註文者ニ返還スルコトヲ要シ(三)賃借人カ借賃ノ前拂ヲ爲シタル場合ニ目的物カ滅失

シタルトキハ其借賃ヲ賃貸人ニ返還スルコトヲ要スルカ如シ

第四 不法ノ原因ノ爲メニ給付ヲ爲シタル場合

不法ノ原因ヲ有スル法律行爲ハ無效ナルヲ以テ其法律行爲ニ基ク債務ノ履行トシテ給付ヲ爲シタル者ハ原因ナクシテ給付ヲ爲シタルモノナルヲ以テ其返還ヲ要求スルコトヲ得スンハアルヘカラス例之官吏ニ賄賂シ賭博ノ債務ヲ辨濟シ犯罪行爲ノ遂行ニ對シテ報酬ヲ支拂ヒタル場合ノ如シ

第五 他人ノ物ヲ自己ノ所有トシ又ハ其使用收益處分ヲ爲シ又ハ他人ノ勞務ニ因リテ利益ヲ得タル場合

前記第一乃至第四ノ場合ハ不當利得ノ最モ顯著ナル場合ヲ例示シタルモノニシテ其他一般ニ當事者ノ一方カ不當ニ他方ノ財產勞務ニ因リテ利得ヲ爲シタル場合ニ於テ利得返還ノ問題ヲ生スルモノトス例之(一)特定ノ物又ハ特種ノ物ヲ目的トスル債務ニ付キ債務者カ誤テ他ノ物又ハ他ノ種類ノ物ヲ給付シ(二)他人ノ物ノ占有者カ其物ノ使用收益又ハ處分ヲ爲シテ利益ヲ得(三)他人ノ物ノ附合混和加工ニ因リテ其所有權ヲ取得シ又ハ自己ノ物ニ施シタル他人ノ工作ニ因リテ利益ヲ得タル場合ノ如シ

第三章 不當利得ノ效力

不當利得ノ效力ハ民法第七百三條、第七百四條ニ規定スル所ニシテ此等規定ニ依ルトキハ不當利得ハ民法上債權發生ノ一原因ヲ成シ不當ノ利得ヲ爲シタル者ハ之カ爲メニ損失ヲ受ケタル者ニ對シテ其利得ヲ返還スルノ債務ヲ負擔スルモノナリ蓋シ此規定タル何人ト雖モ他人ヲ害シテ自己ヲ利スルコトヲ得ス ト謂ヘル公平ノ觀念ヲ基礎トスル所ノ法理上ノ原則ニ其根底ヲ有シ羅馬法以來各國法制ノ共ニ認ムル所ニシテ其正當ナルハ今更喋々ヲ要セサル所ナリ余ハ不當所得ノ效力タル利得返還義務ニ付キ其性質ト其範圍トニ區別シテ說明セントス

第一節 不當利得返還義務ノ性質

不當利得返還ノ請求權ハ不當利得者(卽チ法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財產勞

務ニ因リテ利益ヲ受ケタル者)ヲシテ其受ケタル利益ノ範圍内ニ於テ被害者(即チ不當利得者カ利益ヲ受ケタルニ因リテ其正當ニ享有スル利益ヲ害セラレタル者)ニ損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ目的トスルヲ以テ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ請求權ニ類似スルモ此二者ノ間ニ存スル根本ノ差異ハ前者ハ不當利得者ニ有責違法ノ行爲アルコトヲ其前提要件トスルモノニアラスシテ其利得ノ由來スル原因カ利得者ノ行爲ナルト自然ノ出來事ナルトニ拘ラス之ヲシテ其利得ヲ被害者ニ返還セシムルヲ以テ目的トス反之後者ハ其有責違法ノ行爲ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シ之ニ損害ヲ被ラシメタル加害者ヲシテ被害者ニ對シ其行爲ヨリ生シタル損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ目的トシ加害者カ被害者ノ損害ニ於テ利得ヲ爲シタルヤ否ヤハ之ヲ問ハサルニ在リ然レトモ加害者カ不法行爲ニ因リ被害者ノ損害ニ於テ利得ヲ爲シタルトキハ前掲二個ノ請求權同時ニ發生スルヲ以テ被害者ハ其選擇ニ從ヒ何レカ其一ヲ行使シテ其損失ノ全部又ハ一部ヲ塡補スルコトヲ得ヘク又ハ二個ノ請求權ヲ併セテ行使シ加害者ヲシテ其損失ノ全部賠償ヲ爲サシムルコトヲ得ヘク此二個ノ請求權ハ兩々併立シテ互ニ相妨クルコトナシ唯被害者ハ此等請求權ノ作用ニ依リテ其受ケタル損害ノ全部賠償ヲ受クルコトヲ得ルニ止マリ加害者ヲシテ二重ニ同一ノ損害ヲ賠償セシムルコトヲ得サルハ論ヲ俟タス而シテ不當利得返還ノ請求權ハ被害者ヲシテ其喪失シタル利益ノ賠償ヲ利得者ニ求ムルコトヲ得セシムルノ點ニ於テ損害賠償ノ請求權ト其性質ヲ同フスルヲ以テ此兩者ニ通スル數多ノ原則アリ其一ニ付キテ設ケラレタル規定ハ之ヲ他ニ準用シ得ヘキモノトス例之民法第四百二十二條第七百八條ノ如シ

不當利得ノ請求權ハ又之ヲ原狀回復ノ請求權ト區別スルコトヲ要ス所謂原狀回復ノ請求權ハ當事者ノ一方カ或法律行爲ノ存在ヲ前提トシテ他ノ當事者ニ給付ヲ爲シタル場合ニ其法律行爲ノ效力カ初メヨリ存在セス又ハ其法律行爲ノ效力カ後ニ至リ消滅シタル場合ニ給付ヲ受ケタル當事者ヲシテ給付ヲ爲シタル相手方ニ對シ其現ニ受ケタルモノヲ相手方ニ返還セシメ相手方ノ地位ヲ其給付ヲ爲シタル以前ノ原狀ニ復セシムルヲ以テ目的トスル所ノ請求權ヲ謂フ例之解除條件付ノ法律行爲ニ付キ條件ノ成就シタル場合法律行爲ノ取消又

ハ解除ノ場合ニ於テ各當事者カ相手方ニ對シテ原狀回復ノ權利義務ヲ有スルカ如シ蓋シ法律行爲ノ存在ヲ前提トシテ給付ノ受授ヲ爲シタル當事者ハ常ニ其法律行爲ノ存在セサル場合ニ付キ當事者ノ地位ヲ給付以前ノ原狀ニ復スル義務ヲ未必的ニ負擔スルモノト解スルハ當事者ノ意思ト公平ノ原則トヲ基礎トスル法律取引上ノ觀念ニ適スルモノナレハナリ而シテ不當利得ノ請求權ト原狀回復ノ請求權トハ互ニ相類似シ其效用亦相似タリト雖モ其本來ノ觀念ニ於テハ互ニ相異ナリ從テ其效力モ亦必ラスシモ同一ナラサルノ結果ヲ生スルモノトス是レ他ナシ不當利得ノ請求權ハ前示ノ如ク他人ノ損害ニ於テ利得シタル者ヲシテ其利得ヲ被害者ニ返還セシムルヲ以テ唯一ノ目的トスルモノナルニ原狀回復ノ請求權ハ當事者ノ一方ヲシテ相手方ノ地位ヲ給付以前ノ原狀ニ復セシムルヲ以テ目的トシ回復義務者カ利得ヲ爲シタルヤ否ヤ其利得カ現存スルヤ否ヤハ請求權ノ效力ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナケレハナリ故ニ此點ヨリ觀察スルトキハ原狀回復ノ義務ハ損害賠償ノ義務ニ類似スルモノニシテ唯一ハ當事者間ノ權利關係ニ由來シ他ハ加害者ノ有責違法ノ行爲　基因

シ二者其法律上ノ發生原因ヲ異ニスルノ差異アルニ過キス斯ノ如ク不當利得ノ請求權ト原狀回復ノ請求權トハ其本質ヲ異ニスルヲ以テ其效果ニ在リテモ亦差異アリ今其一二ノ顯著ナル例證ヲ示サンニ(一)不當利得者カ善意ナルトキハ其受ケタル利益ノ現存スル場合ニ限リ返還義務ヲ負擔シ其利得ノ消滅減縮カ其責ニ歸スヘキ事由ヨリ生シタルト否トヲ區別スルコトナシト雖モ原狀回復ノ義務者ハ其受ケタル利益ノ現存スルト否トニ拘ハラス相手方ノ地位ヲ原狀ニ復スルノ義務アリ唯原狀回復カ其責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ不能トナリタルトキハ其義務ヲ免カルルニ過キス(二)不當利得者カ惡意ナルトキハ其受ケタル利益ノ現存セサル場合ト雖モ尙ホ其利益ヲ返還スルノ責ニ任スルモ原狀回復ノ義務者ハ原狀回復カ不可抗力ニ因リテ不能トナリタル場合ニ於テハ常ニ其義務ヲ免カルルモノニシテ法律ハ回復義務者ノ意思ノ善惡ニ依リテ其責任ニ何等ノ差等ヲ設クルコトナシ然レトモ原狀回復ノ請求權ト不當利得返還ノ請求權トハ互ニ相容レサルモノニアラスシテ寧ロ同一ノ目的ヲ達スルカ爲ノ手段ニ供セラレ得ルヲ以テ原狀回復ノ權利者ハ元來享有スル請求權

ノ外不當利得返還ノ請求權ヲ行使シテ其損害ノ全部又ハ一部ヲ塡充スルノ權利ヲ有スルモノトス

法律行爲ノ取消ノ場合ニ於ケル當事者相互間ノ關係ハ不當利得ノ觀念ニ依ルヘキヤ若クハ原狀回復ノ觀念ニ依ルヘキヤニ付キテハ學者間ニ議論アリト雖モ余ハ前述ノ理由ニ依リ當事者相互ノ關係ハ原狀回復ノ權利關係ニシテ民法第百二十一條但書ノ規定ハ無能力者ノ利益ノ爲ニ例外ヲ設ケ之ヲシテ善意ノ受益者ノ返還義務ニ服從セシメテ其責任ヲ輕減シタルモノト解スルヲ正當ナリト信ス

不得利得返還ノ權利義務ハ不當利得者ト被害者トノ間ニ存スル對人的權利關係ニシテ當事者以外ニ其效力ヲ及ホササルモノトス故ニ甲者ノ財產勞務ニ因リテ乙者カ利得ヲ爲シタル場合ニ於テハ不當利得返還權利者ハ直接ノ被害者乙タルヘク被害ノ轉嫁ニ因リ其損害カ第三者ニ歸屬スル場合ノ外ハ第三者ニ於テ權利者トナルコトナシ例之乙丙ノ代理人ナリト詐ハリ其正式ノ受取證書ヲ持參シ甲ヨリ債權ノ取立ヲ爲シタル場合ニ甲、乙ヲ丙ノ代理人ナリト信シ過失ナクシテ辨濟ヲ爲シタルトキハ被害者ハ元來甲ナルモ甲ノ辨濟ハ民法第四百八十條ニ依リ有效トナルヲ以テ丙ハ不當利得返還ノ權利者トナルヲ以テ甲ノ損害ハ丙ニ轉嫁シ丙被害者トナルヲ以上ハ之カ返還ノ義務モ亦乙ニ於テ之ヲ負擔スルコトヲ要シ利得ノ轉嫁ニ因リ第三者カ利得者トナル場合ノ外甲ハ第三者ニ對シテ利得返還ノ請求權ヲ行使スルコトヲ得ス例之甲、乙ニ對シテ金百圓ノ債權ヲ有シ之ヲ丙ニ讓渡シ未タ之ヲ通知セサルノ前乙ヨリ其全部辨濟ヲ受ケタリ然ルニ其後ニ至リテ乙誤テ丙ニ對シ其讓渡ヲ認諾シタルトキハ乙ハ丙ニ對シ存在セサル債務ノ辨濟ヲ爲ササルヲ得サルニ至ルヘク不當利得者ハ元來丙ナルヘキモ丙ニ對スル乙ノ債務ハ完全ニ成立シ乙ハ之ニ對シテ返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ乙ハ轉シテ甲ニ對シ前キニ支拂ヒタル金百圓ヲ不當利得トシテ返還セシムルコトヲ得ルモノトス

不當利得ニ因ル返還請求權ノ目的ハ不當利得者カ被害者ノ損害ニ於テ受ケタル財產上ノ利益ニシテ其利益ハ實際ノ取引上種々ナル形體ヲ取ルコトヲ得ヘ

キヲ以テ其利益ヲ被害者ニ回復セシムルノ手段方法モ亦従テ區々ナリト雖モ要スルニ利得者ヨリ其受ケタル財産上ノ利益ヲ剝奪シ更ニ之ヲ被害者ニ歸屬セシメテ直接又ハ間接ニ其損害ヲ回復スルコトヲ得セシムルヲ以テ其主眼ノ目的トス

不當利得者ノ受ケタル利益ノ返還ハ直接ナルヲ原則トシ間接ナルヲ例外トス第一ノ場合ニ於ケル利益ノ返還ハ原狀回復其他不當利得者カ受ケタル利益ヲ現狀ノ儘被害者ニ歸屬セシメ第二ノ場合ニ於テハ其利益ヲ金錢ニ見積リ利得者ヲシテ之ヲ被害者ニ償還セシム

第一ノ方法ハ原狀回復カ可能ニシテ現狀ノ儘利益ノ返還ヲ爲スコトカ適當ナル場合ニ於テ行ハルルモノトス卽チ(一)物ノ單純ナル占有カ不當利得ノ目的タル場合ニ於テ受益者カ現ニ其物ヲ占有スル場合ニハ不當利得ノ返還ハ其物ノ占有ヲ被害者ニ返還セシムルニ依リテ之ヲ爲スヘキモノトス(二)不當利得者カ被害者ヨリ給付ヲ受ケタル物ノ上ニ所有權ヲ得タルトキハ被害者ハ物ノ占有ト其權利トヲ回復スルニ因リテ不當利得返還ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ例之不特定物ノ債務ノ履行トシテ金錢物品ノ受授ヲ爲シタル場合ニ其金錢カ尙ホ受益者ノ手裡ニ於テ特定ノ存在ヲ有スル場合ノ如シ蓋シ此場合ニ於テハ給付ヲ爲シタル所以ノ法律上ノ原因欠缺スルモ其金品ノ所有權ハ其受授ニ因リテ成立スル物權契約ノ效力ニ因リ受益者ニ移轉スルヲ以テ其物カ尙ホ受益者ノ所有トシテ其手裡ニ存スルトキハ更ニ之ヲシテ其所有權ト占有權トヲ被害者ニ移轉セシムルニ依リテ原狀ニ復スルコトヲ得ヘケレハナリ特定物ノ債務カ存在セサル場合ニ其辨濟トシテ特定物ヲ相手方ニ引渡シタル場合ニ其權利ハ相手方ニ移轉スルヤ否ヤハ我民法ノ解釋上一ノ疑問ナリ何トナレハ我民法ニ依レハ物權契約ハ當事者ノ意思表示ノミニテ其效ヲ生シ目的物ノ引渡ハ單ニ占有權ノ移轉ヲ目的トスル行爲ニシテ所有權ノ移轉ヲ目的トスルモノニアラス從テ特定物ノ引渡ト異ナリ一ノ物權契約ヲ成立セシムルモノト解スルヲ得サルヲ以テナリ故ニ我民法ノ解釋トシテハ特定物ノ引渡ハ代物辨濟ニ於ケル如ク當事者間ニ於テ同時ニ所有權ヲ移轉スルノ意思アル場合ノ外ハ物權契約ヲ成立セシムルコトナキヲ以テ特定物ノ引渡カ無效ノ原

因ニ基ツクトキハ其權利相手方ニ移轉セサルニ依リ權利回復ノ問題ヲ生スルコトナシ不動產上物權ノ設定移轉ノ登記カ無原因ナル場合亦同シ(三)第三者ニ對シテ取得シタル受益者ノ權利カ不當利得トナル場合ニ於テハ被害者ハ受益者ヲシテ其權利ヲ讓渡セシムルニ依リテ利得返還ノ目的ヲ達スルコトヲ得例之(イ)强窃盜カ其賍金ヲ銀行ニ預ケ入レテ其金額ニ相當スル債權ヲ取得シ(ロ)特定物ノ引渡ヲ目的トスル賣買契約ニ於テ目的物カ不可抗力ニ因リテ滅失毀損シタル場合ニ賣主カ第三者ヨリ目物的ノ滅失毀損ニ對シ損害賠償金又ハ保險金ヲ請求スルノ權利ヲ取得シタルトキハ買主ハ其請求權ヲ自己ニ讓渡セシムルニ依リテ利得返還ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ但賣主既ニ其金額ヲ領收シタルトキハ返還請求權ハ其金額ヲ目的トスヘキハ論ヲ俟タス

不當利得者ノ受ケタル利益カ金錢ナル場合ハ勿論其利益カ金錢以外ノ利益ニシテ原狀回復カ不能ナルトキ又ハ現狀ノ儘其利益ヲ返還スルコトカ不適當ナルトキハ不當利得ノ返還ハ其利益ヲ金錢ニ見積リテ之ヲ爲スヘキモノトス例之(一)受益者カ其家屋ヲ修繕又ハ建築スル爲メ被害者ノ所有ニ係ル材料ヲ使用シ(二)受益者ノ田畑ヲ被害者カ耕作シ又ハ受益者ノ荷物ヲ被害者カ運搬シ(三)受益者カ被害者ヨリ受取リタル米穀其他ノ物ヲ費消シ又ハ之ヲ他ニ讓渡シ又ハ其物カ滅失又ハ毀損シタル場合ノ如シ

不當利得返還ノ請求權ハ受益者カ他人ノ財產勞務ニ因リテ受ケタル利益ヲ目的トスルモ他方ニ於テ其財產勞務ヲ供シタル人ニ財產上ノ損害アルコトヲ要スルヲ以テ受益者カ他人ニ損害ヲ及ホササル限リハ其利益ヲ返還スルノ責ニ任スルコトナキハ勿論ナリ同一ノ理由ニ依リ被害者ノ損害カ塡補セラレタルトキハ其返還請求權ハ茲ニ消滅ニ歸スルモノト謂ハサルヘカラス從テ受益者カ自己ノ技倆又ハ其投機ニ因リテ得タル利益ハ返還ノ目的タルコトヲ得ス然レトモ他人ノ被ムリタル財產上ノ損害ト受益者ノ得タル利益トノ間ニ於テ因果ノ連絡アル以上ハ受益者ハ他人ノ損害ニ於テ利益ヲ得タルモノト推定ス可ク其利益ハ自己ノ特殊ノ技倆又ハ其投機ノ結果ナリト主張スル受益者ニ於テ之ヲ立證スル責アリトス

第二節　不當利得返還義務ノ範圍

第一款　善意ノ受益者

法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産又ハ勞務ニ因リテ利益ヲ受ケ之カ爲メ他人ニ損失ヲ及ホシタル者ハ其利益ノ存スル限度ニ於テ之ヲ返還スル義務ヲ負フ是レ第七百三條ニ規定スル所ニシテ民法ハ其第七百四條ヲ以テ特ニ惡意ノ受益者ノ返還義務ヲ規定セルヲ以テ第七百三條ノ規定ハ專ラ善意ノ受益者ノミニ適用セラルルコトトナルヘシ所謂善意ノ受益者トハ他人ノ財産又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケタル場合ニ其利益ヲ受クルニ付キ何等法律上ノ原因ナカリシコトヲ知ラサリシ者ヲ云ヒ受益者カ善意ナルカ爲ニハ給付ノ利益ヲ受ケタル當時ニ善意ナリシヲ以テ足レリトシ其善意ハ終始繼續スルコトヲ要セス故ニ後ニ至リ其給付カ正當原因ニ基カサルコトヲ發見スルモ之カ爲メ惡意ノ受益者トナルコトナシ例之甲存在セサル債務ヲ存在セルモノト信シ乙ヨリ米穀類ヲ受取リ之ヲ費消セリト假定センニ甲カ後ニ至リ其債務ノ存在セサルコトヲ發見スルモ惡意ノ受益者カ給付ヲ受ケタル當時ニ於テハ善意ナルモ其受ケタル利益カ尙ホ返還請求ノ目的トナリ得ヘキ間ニ於テ其給付ノ無原因ナルコトヲ發見シタルトキハ爾後惡意ノ受益者トシテ其責ニ任セサルヘカラス前例ニ於テ甲カ其米穀ノ現存スル間ニ於テ債務ノ存在セサルコトヲ覺知シタルトキハ其米穀ニ付キ惡意ノ受益者トシテ返還義務ヲ負フコトトナル而シテ善意ノ受益者ノ負擔スル利益返還ニ付キテハ左ノ二個ノ點ニ注意スルコトヲ要ス

第一　善意ノ受益者ノ返還義務ハ他人ノ財産又ハ勞務ニ因リテ受ケタル利益ヲ以テ標準トシ他人ニ被ラシメタル損害カ之ニ超ユルモ返還ノ義務ニ何等ノ影響ヲ及ホササルモノトス

蓋シ不當利得返還ノ義務ハ受益者ヲシテ其故意又ハ過失ニ對シテ責任ヲ負ハシムルヲ目的トスルモノニアラスシテ何人ト雖モ他人ヲ害シテ自己ヲ利スルコトヲ得サル公平ノ原則ニ從ヒ單ニ利得返還ノ義務ヲ負ハシムルモノニ外ナラサルヲ以テナリ

乙　代金ニ因リテ得タル目的物ヲ他人ニ賣却シタル場合ニ於テハ其賣却ニ因リテ受ケタル目的物ヲ賣却シ又ハ其代金ヲ以テ負擔スル債務ヲ履行シタル場合ニ於テハ其

之ヲ喪失シタル場合ハ勿論故意ニ之ヲ遺棄シ又ハ之ヲ滅失セシメタル場合ニ於テハ其金錢物品ハ何等受益者ノ需要ヲ充タスノ用ヲ爲ササリシモノナレハ受益者ニ利得返還ノ義務ナシトス受益者カ無償ニテ其金品ヲ他人ニ贈與シタル場合ニ於テモ亦然リ例之受益者カ其友人ノ所望ニ依リテ目的物ヲ友人ニ惠贈シ又ハ之ヲ兒童窮民ニ施與スルカ如シ但無償讓與ノ場合ニ付キテハ學者間ニ議論アリ此場合ニ於テモ受益者ハ恩惠的行爲ヲ爲シテ其友誼心又ハ慈善心ヲ滿足シ精神上無形ノ利益ヲ得タルモノナレハ現ニ利益ヲ受ケタルモノトシテ返還ノ義務アリト論スルモノアリ大審院ノ判例亦此主義ヲ採用セリト雖モ余ハ斯ル無形ノ利益ハ一ノ不當利得トシテ返還ノ目的タルコトヲ得サルモノト信ス然レトモ受益者カ給付ヲ受ケタル金錢物品ヲ他人ニ贈與シタルカ爲メ之ニ相當スル其財產ノ減少ヲ免カレタルノ事實アルトキハ其金錢物品ニ因リテ現ニ財產上ノ利益ヲ受ケタルモノナルヲ以テ利益返還ノ義務ヲ負擔スヘキハ勿論ナリ例之甲者一ノ時計ヲ買取リ之ヲ乙者ニ寄贈セント思惟セルニ偶マ原因ナクシテ時計ヲ受取リタルヲ以テ之ヲ乙者ニ贈リテ時計買入ノ費用ヲ節約シ又ハ甲者ハ慈善家ニシテ常ニ貧民ニ施與ヲ爲シ來リタルニ無原因ニテ受取リタル米穀金錢カ其手裡ニ存在セルヲ以テ之ヲ貧民ニ施シテ其慈善心ヲ滿足シタル場合ニ於テハ受益者ハ無原因ニテ受取リタル金品ニ依リテ自己ノ財產減少ヲ免レタルモノトス何トナレハ受益者ハ其金品ナカリセハ自己ノ財產ヲ以テ之ニ相當スル出捐ヲ爲スヘカリシモノナレハナリ之ニ反シテ西行法師カ賴朝ヨリ寄贈セラレタル銀ノ猫ヲ路傍ノ兒童ニ與ヘタルカ如キ場合ニ於テハ財產上ノ利益ハ現存スルモノト謂フコトヲ得ス

善意ノ受益者ハ法律上ノ原因ナクシテ利益ヲ受ケタルコトヲ知ラサルヲ以テ他日相手方ヨリ返還ノ請求ヲ受クヘキコトハ毫モ豫期セサル所ナレハ相手方ヨリノ返還ノ請求ニ對シ其利益ノ現存スルト否トニ拘ラス返還ノ責ニ任スヘキモノトスルトキハ之ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至リ頗ル苛酷ナル結果ヲ生スルノミナラス之カ爲メ取引ノ安全ヲ害スルノ虞アルヲ以テ法律ハ善意ノ受益者ヲ保護シ其利益ノ現存スル限度ニ於テ返還ノ義務ヲ負ハシムルコ

トトナシタルモノナリ

第二款　惡意ノ受益者

惡意ノ受益者ハ其受ケタル利益ニ利息ヲ附シテ之ヲ返還スルノ義務アルノミナラス尚ホ損害アルトキハ其賠償ノ責ニ任ス是レ第七百四條ニ規定スル所ナリ蓋シ惡意ノ受益者ハ他人ノ財產勞務ニ因リ利益ヲ受クヘキ正當ノ原因ナキコトヲ知ルヲ以テ他日被害者ヨリ利得返還ノ請求ヲ受クヘキコトハ其當サニ豫期スヘキ所ニシテ其受ケタル利益ノ全部ヲ返還スルノ責ニ任セシムルモ毫モ不公平ナル結果ヲ生スルノ虞ナク此場合ニ於テハ寧ロ被害者ヲ保護スルノ必要アルノミナラス法律上ノ原因ナキコトヲ知ルニ拘ラス他人ノ財產勞務ニ因テ利益ヲ受クルハ純然タル不法行爲ナルヲ以テ受益者ヲシテ其故意過失ヨリ生スル損害ニ付キ其責ニ任セシメ相手方ヲシテ其損失ヲ回復スルコトヲ得セシムルノ必要アリ是レ民法第七百四條ノ規定アル所以ナリ然レトモ受益者カ損害賠償ノ責ニ任スルニハ其損害ト受益者ノ受ケタル利益トノ間ニ因果

關係アルコトヲ必要トスルヲ以テ單ニ損害ノミアリテ受益ナキ場合ハ勿論其損害カ受益ノ結果ニアラサルトキハ受益者ハ不法行爲ニ因ル賠償ノ責ニ任セサルモノトス

フハ格別不當利得ニ因ル賠償ノ責ニ任セサルモノトス

惡意ノ受益者トハ法律上ノ原因ナキコトヲ知リナカラ他人ノ財產勞務ニ因リテ利得ヲ爲シタル者ヲ云ヒ過失ニ因リテ之ヲ知ラサリシ者ハ其中ニ包含セス

而シテ受益者カ初メヨリ惡意ナルトキハ其給付ヲ受ケタル利益ハ卽チ受益者ノ受ケタル利益トシテ全部返還ノ目的トナリ初メ善意ナリシモ其後ニ至リテ惡意ニ變シタルトキハ其當時現存セル利益ヲ以テ返還ノ目的物トシ其以前ニ於テ旣ニ消滅シタルモノニ付キテハ何等ノ責任ヲ負ハサルモノトス又惡意ノ受益者ハ其故意過失ニ因リテ消滅ニ歸シタル利益ニ付キテ返還ノ責ニ任スルハ勿論天災不可抗力ニ因リテ其利益カ消滅シタル場合ト雖モ其利益ヲ返還スルノ義務アリトス何トナレハ惡意ノ受益者ハ他人ノ財產勞務ニ因リテ利益ヲ受クルノ瞬間ニ於テ返還義務ヲ負擔スルモノニシテ其後ニ生シタル事實ハ其義務ニ消長ヲ來タササルヲ以テナリ

第四章　不當利得返還請求ノ阻却

法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産勞務ニ因リ利益ヲ受ケタル者ハ其受ケタル利益ヲ被害者ニ返還スルノ義務アルヲ原則トスルモ左ノ場合ニ於テハ被害者ハ返還請求權ヲ有セス

第一　債務ノ辨濟トシテ給付ヲ爲シタル者カ其當時債務ノ存在セサルコトヲ知リタルトキハ其給付シタル物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス

是レ第七百五條ニ規定スル所謂非債取戻ハ債務ノ辨濟カ錯誤ニ基ク場合ニ於テノミ許容セラルルモノニシテ債務ノ存在セサルコトヲ知リナカラ辨濟トシテ給付ヲ爲シタル者ハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス是レ他ナシ債務ノ存在セサルコトヲ知リテ給付ヲ爲シタル者ハ自己ノ財産勞務ニ因リテ他人カ利益ヲ受クルコトヲ認諾シタルモノニ外ナラスシテ各人ハ他人ノ利益ノ爲メ自己ノ財産勞務ヲ處分スルノ完全ナル自由ヲ享有スルヲ以テ被害者カ給付ヲ拒ミ得ルニ拘ハラス任意ニ給付ヲ爲シタル以上ハ法律ハ之ヲ保護スルノ必要ナシト認メタルカ爲メナリ例之(一)父カ子ノ債權者ヨリ其債務ノ辨濟ヲ要求セラレ德義上之ヲ辨濟シ(二)借主カ高利貸ヨリ高利ヲ請求セラレ利息制限法ノ禁止規定ヲ知リツツ辨濟ヲ爲スカ如シ

第二　債務者カ辨濟期ニ在ラサル債務ノ辨濟トシテ給付ヲ爲シタルトキハ其給付シタル物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス

是レ第七百六條ノ前段ニ規定スル所ナリ蓋シ債務者カ辨濟期前ニ給付ヲ爲スモ存在セサル債務ニ對シテ辨濟ヲ爲シタルモノト謂フコトヲ得サルノミナラス不當利得ノ原則ニ從ヒ債權者ヲシテ其受ケタル給付ヲ返還スルノ責ニ任セシムルニ於テハ徒ラニ當事者間ノ權利關係ヲ錯雜セシメ實際上却テ不便ナルヲ以テ法律ハ其辨濟ヲ有效トシ債務者ヲシテ其給付ノ返還ヲ要求スルヲ得サラシムルモノナリ然レトモ之カ爲メ債權者ヲシテ債務者ノ損害ニ於テ利得ヲ爲サシムルハ不公平ナルヲ以テ債權者カ期限前ニ給付ヲ受クルニ因リテ利益ヲ受ケタルトキハ其利益ハ之ヲ債務者ニ返還セサルヘカラ

ス例之金錢ノ無利息消費貸借ニ於テ債權者カ辨濟期前ニ其元金ヲ受取リタルトキハ債權者ハ債務者ニ對シテ中間利息ヲ支拂フコトヲ要スルカ如シ而シテ債務者ハ何時ニテモ期限ノ利益ヲ拋棄シテ辨濟ヲ爲スコトヲ得ヘキヲ以テ債務者カ期限ノ未タ到來セサルコトヲ知リナカラ進ンテ辨濟ヲ爲シタルトキハ期限ノ利益ヲ拋棄シタルモノトシテ何等ノ返還請求權ヲ有セサルモノトス故ニ債務者カ債權者ニ對シテ此權利ヲ行フコトヲ得ルハ錯誤ニ因リ期限前ニ辨濟ヲ爲シタル場合ニ限定セラルヘキモノトス是レ第七百六條但書ニ規定スル所ナリ

第三 債務者ニ非サル者カ錯誤ニ因リテ債務ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ其辨濟者ハ權者カ善意ニテ證書ヲ毀滅シ擔保ヲ拋棄シ又ハ時效ニ因リテ其債權ヲ失ヒタルトキハ辨濟者ハ返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス

債務者ニアラサル者カ錯誤ニ因リ債務ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ債務者ニ對シテ其受ケタル利益ノ返還ヲ請求スルコトヲ得サルヘカラス然レトモ債權者カ辨濟者ヲ以テ眞ノ債務者ナリト誤信シ又ハ債務者ニ代リテ辨濟ヲ爲ス者ト信シテ其給付ヲ受取リ其結果債務關係ハ根本的ニ消滅シタリト信シ證書ハ之ヲ保有スルノ必要ナシトシテ之ヲ毀滅シ質物ハ之ヲ返還シ抵當權ハ其登記ヲ抹消シ又ハ眞正ノ債務者ニ對シテハ消滅時效カ成就スルニ至リタルトキハ辨濟者ハ最早ヤ債權者ニ對シテ返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ斯クスルニ於テハ債權者ハ辨濟者ニ對シテ其受取リタル給付ヲ返還シタル曉ニ於テ眞正ノ債務者ヨリ其債務ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得サルニ至リ意外ノ損失ヲ被ムリ債權者ニ對シテ不利ナル結果ヲ生スヘケレハナリ

債務ニアラサル者ノ爲シタル辨濟ハ無效ナルヲ以テ辨濟ノ目的タル債務ハ依然トシテ存在シ眞ノ債務者ハ債權者ニ對シテ尙辨濟ヲ爲スノ責ニ任セサルヘカラス然レトモ債權者カ善意ニテ證書ヲ毀滅シ擔保ヲ拋棄シ又ハ時效ニ因リテ其債權ヲ失ヒタルトキハ債權者ノ利益ヲ保護スル必要上其辨濟ヲ有效トシ辨濟者ヲシテ其給付シタルモノノ返還ヲ債權者ニ求ムルコトヲ得

サラシムルモノニ外ナラス而シテ前掲三個ノ事由中債權カ消滅時效ニ罹リタル場合ニ於テハ債權者ノ權利消滅スルヲ以テ誤辨濟者ノ辨濟ヲ有效トナサルヘカラサルハ勿論ナルモ證書ノ毀滅及ヒ擔保ノ拋棄ノ場合ニ於テハ債權者ノ權利ハ消滅シタルニアラサルヲ以テ債權者ハ誤辨濟者ヨリ給付ヲ受ケタルモノヲ之ニ返還シ更ニ眞ノ債務者ニ對シテ辨濟ヲ求ムルコトヲ得ルヤ若クハ此場合ニ於テモ誤辨濟者ノ辨濟ハ有效トナリ債權者ノ權利ハ絕對ニ消滅スルヤハ民法ノ解釋上一ノ疑問タルヲ免カレス然レトモ余ハ後段ノ見解ヲ正當ナリト信ス何トナレハ債權者ハ既ニ辨濟ヲ受ケタルモノナレハ更ニ債務者ニ對シテ其辨濟ヲ求ムルノ必要ナキヲ以テナリ

辨濟者カ債權者ニ對シテ返還ノ請求ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキハ其辨濟ハ確定不可動ノモノナリ債務關係ハ絕對的ニ消滅スルハ前述ノ如シ而シテ其茲ニ至レルハ辨濟者カ給付ヲ爲シタルカ爲ニシテ債務者ハ之ニ因リテ其債務ヲ免カレタルモノナルヲ以テ辨濟者ハ不當利得ノ原則ニ從ヒ債務者ニ對シテ求償權ヲ行フコトヲ得ヘキハ勿論ニシテ債權者ニ對スル返還請求權ノ喪失ハ債務者ニ對スル求償權行使ノ障碍トナルコトナシ是レ第七百七條但書ノ規定アル所以ナリ

第四　不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタル者ハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス

是レ民法第七百八條前段ニ規定スル所ニシテ同條ノ規定ハ何人ト雖モ自己ノ不法行爲ヲ理由トシテ法律ノ保護ヲ仰クコトヲ得スト云ヘル羅馬法以來認メラルル所ノ法理上ノ原則ヲ基礎トシ法律ハ不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタル者ハ法律ノ保護ニ値セサルモノトシテ不當利得返還ノ請求權ニ付キ其本來享有スル訴權ヲ剝奪スルモノニシテ一種ノ政策ナリ換言スレハ不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタル者ハ給付ヲ爲シタル者ニ對シテ返還ノ義務ヲ負擔スヘキモノナルモ法律ハ給付ヲ爲シタル者ニ對シ相手方カ任意ニ其義務ヲ履行セサル場合ニ付キテ救濟ヲ與ヘサルニ過キス左レハ相手方ハ適法ニ給付ヲ爲シタルモノナルヲ以テ其給付ハ不當利得ニ因ル返還ノ目的タルコトヲ得サルモノトス是レ

不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタル場合ニ於ケル當事者ノ權利關係ヲ研究スルニ當リ看過スヘカラサルノ點ナリトス

民法第七百八條ニ所謂不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲ストハ給付者カ法律上ノ原因ニ基ツキテ給付ヲ爲シタルニ其原因カ不法ナリシコト換言スレハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルヲ謂フ元來給付者カ一定ノ原因ニ基ツキテ給付ヲ爲シタル場合ニ其原因カ不法ナルトキハ給付者ハ給付義務ヲ負擔セサルヲ以テ其給付ハ結局法律上ノ原因ナキモノトナルヲ以テ玆ニ給付者ト給付受領者ノ間ニ於テ不當利得返還ノ問題ヲ生スヘシト雖モ此場合ニ於テハ法律ハ給付ヲ爲シタル被害者ノ爲ニ返還請求權ヲ認メサルモノナリ而シテ給付義務ノ原因ハ或ハ其給付義務ト交換スヘキ反對給付タルコトアリ或ハ其給付義務ヲ發生セシムヘキ條件タルコトアリト雖モ其原因ハ給付義務ノ因テ生スル直接ノ原因ノミヲ指シ其遠因ハ給付義務ノ發生ニ何等ノ影響ヲ及ホスモノニアラサルヲ以テ其遠因ニシテ不法ナリトスルモ民法第七百八條ノ意義ニ於テ不法ノ原因ナリト謂フコトヲ得ス例之人ヲ殺スノ報酬トシテ又ハ人ヲ殺スコトヲ條件トシテ金品ヲ交付スルコトヲ約シ金品ヲ賭シテ博戯ヲ爲シ又ハ貨幣ヲ僞造スルノ資金トシテ金錢ノ拂込ヲ爲シタル場合ニ於テ當事者間ニ給付ノ受授ヲ爲ス所以ノ法律上ノ原因ハ殺人賭博貨幣僞造等公ノ秩序ニ反スル行爲ニシテ當事者間ニ於テ其金品ヲ受授スヘキ法律關係ヲ發生セサルヲ以テ當事者カ之ヲ受授シタルトキハ不法ノ原因ノ爲ニ給付ヲ爲シタルモノトナル反之殺人ノ用ニ供スルコトヲ知リテ器具ヲ賣渡シ賭博又ハ貨幣僞造ノ資ニ供スル場合ニ於テハ殺人僞造賭博ハ其賣買貸借ノ直接ノ原因ニアラスシテ之ヲ締結スル所以ノ動機即チ遠因タルニ過キサルヲ以テ其賣買貸借ノ無效ヲ惹起スルコトナク從テ當事者間ニ於テ不當利得ノ問題ヲ生スルコトナシ且民法第七百八條ノ規定ハ不當利得ヲ唯一ノ原因トシテ返還ノ請求ヲ爲ス場合ニ適用セラルヘキモノナレハ之レト其性質ヲ同フスル原狀回復ノ義務及ヒ損害賠償ノ義務ニ之ヲ準用スルコトヲ得ルモ所有權其他ノ權利ヲ基礎トスル返還ノ請求ハ之カ爲メ毫モ妨ケラルルモノニアラス例之甲名ヲ貨幣ノ僞造ニ假託シ乙

ヲ欺キ其資本トシテ金錢ヲ醵出セシメタリトセンニ乙ノ資本醵出ハ不法ノ原因ニ基ツクモノナレハ乙ハ不當利得トシテモ又不法行爲トシテモ甲ニ對シテ資金ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ス然レトモ乙カ僞造用トシテ甲ニ交付シタル器具類ニシテ乙ニ於テ其所有權ヲ保有スルモノハ回復ノ請求ニ依リ其返還ヲ求ムルコトヲ得ヘシ

民法第七百八條ノ規定ハ不法ノ原因ノ爲メ物ノ占有又ハ登記名義ヲ相手方ニ移付シタル總テノ場合ニ於テ其權利ノ相手方ニ移轉スルト否トニ拘ハラス之ヲ適用スルコトヲ要スルヤ否ヤニ付キテハ多少ノ異論アリ大審院ノ判例ハ有名ナル角石事件ニ付キ之ヲ肯定シタルモノノ如シ何トナレハ大審院ハ該事件ニ於テ債務者カ家資分散ノ際財產隱匿ノ手段トシテ其所有財產ヲ他人ノ名義ト爲シ債權者ノ訴追ヲ免カレタル後名義主ニ對シテ其返還ヲ要求スルハ卽チ不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタルモノノ返還ヲ求ムルモノナリトシテ原告ノ請求ヲ排斥シタルモノナレハナリ然レトモ余ハ第七百八條ニ所謂「給付」トハ物ノ所有權ヲ相手方ニ移轉スル場合ヲ意味シ物ノ所有權ヲ

相手方ニ移轉セスシテ單ニ其占有又ハ其名義ノミヲ移轉シ相手方ヲシテ貸借、寄託、委任其他ノ原因ニ基ツキ返還ノ義務ヲ負擔セシムル場合ハ同條ノ給付ニ該當セサルモノト解スルヲ可ナリトス何トナレハ此種ノ返還義務ハ其目的ノ不法ナルト否トニ拘ハラス有效ニ成立スルコトヲ得ルヲ以テナリ

法律行爲カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル爲メ卽チ所謂不法ノ原因ノ爲ニ成立セサルトキハ常ニ第七百八條ノ適用アリヤ否ヤハ他ノ疑問ナリ而シテ此問題ニ付キテハ一ノ區別ヲ爲スコトヲ要ス卽チ給付ノ原因タル事實カ夫レ自體ニ於テ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキハ第七百八條ノ意義ニ於テ不法ノ原因ニ基ツク給付アリトスヘク反之當事者一方ノ負擔ニ屬スル給付ノ原因タル事實ハ夫レ自體ニ於テハ不法ニアラサルモ其原因ニ基ツク法律行爲ニ效力ヲ與ヘ當事者ヲ羈束スルコトカ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル場合ニ於テハ其給付ハ所謂不法ノ原因ニ基ツク給付ニアラス殺人ノ所爲ニ對シテ報酬ヲ拂フコトヲ約スルハ前者ニ屬シ一定ノ金額ノ支拂ニ

對シテ結婚ヲ爲スコトヲ約スルハ後者ニ屬ス蓋シ第一ノ場合ニ於テハ報酬支拂ノ原因タル殺人行爲ハ夫レ自體ニ於テ不法ニシテ之カ爲メ契約ノ成立ヲ妨クルモノナルモ第二ノ場合ニ於テハ結婚其者ハ敢テ不法ニアラサルモ之ヲ以テ民事上ノ義務トシ之ヲ强制スルコトカ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルモノナレハナリ權利株ノ買主カ賣主ニ支拂ヒタル代金ハ不法原因ニ基ツク給付ナルヤ否ヤニ付キテハ學者間ニ議論アルモ權利株ノ讓渡禁止ハ取引ノ安全ヲ保ツ公益上ノ理由ニ基ツキ讓渡其者カ公ノ秩序ヲ害スルモノナレハ其代金ヲ賣主ニ支拂フハ不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲スモノト解スルヲ可ナリトス然レトモ大審院ノ判例ハ久シキ以前ヨリ反對說ヲ採用シ買主ノ爲ニ返還ノ請求權ヲ認ム

法律ハ不法ノ原因ノ爲ニ給付ヲ爲シタル者ハ保護ニ値セストシテ返還請求權ヲ拒ムコトハ前述ノ如シ然レトモ不法ノ原因カ相手方ニノミ存シ給付ヲ爲シタル者ニ存セサルトキハ給付ヲ爲シタル者ヲシテ返還ノ請求權ヲ行フコトヲ得セシムルノ必要アリ給付ヲ爲シタル者ヨリ此權利ヲ剝奪スヘキ理由ナシ例之(一)他人ノ犯罪ヲ告發スヘシト脅喝シ因テ金錢物品ヲ交付セシメ(二)正當ニ職務ヲ行フコトヲ條件トシテ官吏ニ贈賄シ(三)借主カ貸主ニ制限外ノ高利ヲ支拂ヒタル場合ニ於テハ不法ノ原因ハ相手方ニノミ存シ給付者ニ存セサルヲ以テ給付者ハ相手方ニ對シテ其返還ヲ請求スルコトヲ妨ケサルモノトス

不法ノ原因ニ基ク給付ニ付キテハ立法例區々ニシテ一定セス或ハ一般ノ原則ヲ適用シ受益者ヲシテ利得ノ返還ヲ爲サシメ或ハ國庫又ハ寺院ノ利益ノ爲メ之ヲ沒收スヘキモノト爲セリ我民法ハ佛民法其他多數ノ立法例ニ從ヒ給付者ニ對シテ返還請求權ヲ拒絕スルノ主義ヲ採用シタルモノナリ

第四編　不法行爲

第一章　不法行爲ノ性質

不法行爲モ亦債權發生ノ一原因トシテ契約、事務管理、不當利得ト其性質ヲ同フ

スト雖モ不法行爲ハ私法上ノ效果ヲ生セシムルヲ目的トスル所ノ契約公平ノ觀念ヲ基礎トスル所ノ事務管理及ヒ不當利得ト異ナリ有責違法ノ行爲ヲ爲シタル加害者ヲシテ其行爲ヨリ生シタル結果ニ付キ被害者ニ對シテ其責ヲ負ハシムルモノニ外ナラス而シテ我民法第七百九條ニ依ルトキハ不法行爲ハ債權發生ノ原因トシテ左ノ如ク定義ヲ與フルコトヲ得ヘシ

不法行爲トハ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害シ損害ヲ生セシムル人ノ行爲ナリ

今此定義中ニ存スル不法行爲ノ概念ヲ分析スルトキハ左ノ如シ

第一 不法行爲ハ他人ノ權利ヲ侵害スル人ノ行爲ナリ

所謂行爲トハ人ノ意思ニ基ツク行爲(不行爲ヲ包含ス)ヲ謂ヒ不法行爲ハ此點ニ於テ法律行爲ト其性質ヲ同フシ人ノ意思ト何等ノ關係ヲ有セサル外界ノ現象卽チ所謂事變若クハ事件ト稱スルモノト異ル所ナリ然レトモ不法行爲ハ有責違法ノ行爲ナルヲ以テ此點ニ於テ適法行爲タル法律行爲ト其性質ヲ異ニス蓋シ法律行爲カ其效力ヲ生シ當事者間ニ權利義務ノ關係ヲ發生スル

ハ法律カ自由任意ニ其相互ノ私法的關係ヲ定ムル當事者ノ意思ニ其效ヲ與フルモノニ外ナラス之ニ反シテ不法行爲ハ法律ニ禁セラレタル行爲ヲ爲シタル者ヲシテ其行爲ノ結果ニ付キ被害者ニ對シテ責任ヲ負ハシムルモノニシテ法律カ當事者間ニ權利義務ノ關係ヲ創設スル所以ノ理由ハ法律行爲ノ場合ト正反對ナルコトヲ知ルヘシ

如何ナル場合ニ於テ人ノ行爲ハ違法ナリト云フコトヲ得ヘキヤト謂フニ人ノ行爲カ違法タルカ爲メニハ其行爲カ他人ノ權利ヲ侵害シタルコトヲ必要トシ他人ノ權利ヲ侵害セサル行爲ハ其結果トシテ他人ニ損害ヲ被ラシムルモ違法行爲ヲ以テ之ヲ目スルコトヲ得ス我民法ニ「他人ノ權利ヲ侵害シタル者」トアルハ之カ爲ナリ蓋シ他人ノ權利ニ關シテハ法律ハ吾人ヲシテ不行爲ノ義務ヲ負ハシムルモノナレハ吾人カ他人ノ權利ノ畛域内ニ侵入シ權利者ニアラサレハ爲シ得ヘカラサル行爲ヲ爲シ其權利ノ行使ヲ妨ケ其權利ヲ不完全ナラシメ事實上又ハ法律上其權利ヲ喪失セシムルハ他人ノ權利ヲ侵害スルモノニシテ法律ノ禁令ニ違反スルモノナレハ其行爲ニ對シテ責任ヲ負

ハサルヘカラス例之(一)所有者ノ承諾ナクシテ其所有物ノ使用收益ヲ爲シ(二)猥リニ他人ノ所有地内ニ侵入シ(三)他人ノ體軀又ハ他人ノ所有物ヲ毀損シ(四)他人ノ生命ヲ斷チ他人ノ財物ヲ騙取シ他人ノ家屋ヲ燒燬スルカ如シ之ニ反シテ吾人カ他人ノ權利ヲ侵害セサル限リハ任意ノ行動ヲ爲スコトヲ得ヘク其結果他人ニ損害ヲ加フルモ之カ爲メ德義上ノ責任ヲ負フコトアルハ格別法律上ノ責任ヲ負フコトナカルヘキハ敢テ論ヲ俟タス例之(一)高樓ヲ建築シテ隣地ノ觀望ヲ妨ケ(二)米穀ノ買占ヲ爲シテ米價ヲ騰貴セシメ因テ多數ノ人ニ損失ヲ被ラシメ(三)他人ノ買取リタル動產不動產ニ付キ未タ登記又ハ引渡ナキニ乘シ之ヲ買取リ登記又ハ引渡ニ因リテ其權利ヲ取得スルカ如シ不法行爲アリトスルニハ他人ノ私權ヲ侵害スルノ行爲アルコトヲ必要トスルモ其權利ノ何タルヤハ之ヲ問フコトヲ要セス故ニ財產權(物權意匠權特許權其他ノ智能權)ハ勿論人格權(生命權名譽權體軀權自由權稱號權ノ類)親族權モ亦不法行爲ニ因ル侵害ノ目的タルヲ得ヘシト雖モ民法七百九條以下ニ規定スル不法行爲ハ常ニ必ラス對世的關係ニ於ケル權利ノ侵害タルコトヲ要シ對人的權利關係ノ當事者間ニ於ケル權利ノ侵害ハ玆ニ所謂不法行爲ヲ組成セサルモノトス玆ヲ以テ常ニ其成立ニ於テ對世的關係ノミヲ生スル人格權物權特許權著作權等ノ侵害ハ其何レノ方面ヨリ來ルヲ問ハス常ニ不法行爲トシテ債權發生ノ原因トナルモ債權親族權ノ如キ對人的權利ニ在テハ對手人タル義務者ノ義務違反ハ債務ノ不履行又ハ親族法上ノ義務違背トシテ其當事者間ニ權利義務ノ關係ヲ生スルニ止マリ不法行爲トシテ別ニ債權發生ノ原因ヲ成ササルモノトス然レトモ債權其他ノ對人權ニ付キテモ亦對世的關係ニ於ケル權利侵害ノ場合ヲ想像スルコトヲ得ヘシ例之(一)第三者カ債務者ト共ニ債權者ニ引渡スヘキ物ヲ毀損シ之ヲ滅失セシメ又ハ之ヲ隱匿シ(二)債務者ヲ敎唆シテ債務ノ履行ヲ拒マシメ(三)雇傭契約ニ因リ勞務ニ服スル雇人ヲ誘拐スルカ如シ民法第四百二十四條ニ認ムル詐害行爲廢罷訴權モ亦第三者ノ債權侵害ヲ以テ其基本ノ觀念ト爲スモノナリ此等ノ場合ニ於テ被害者タル權利者ハ不法行爲ノ原則ニ從ヒ救濟ヲ求ムルコトヲ得ヘキヤ否ヤニ付キテハ學者間大ニ議論アリテ甲論乙駁未タ其歸著スル所ヲ知ラスト雖

モ債權其他ノ對人權カ既ニ一ノ權利トシテ成立スル以上ハ其當事者タル義務者ニ於テ直接ニ履行ヲ爲スノ責ニ任スルハ勿論當事者以外ノ第三者ニ於テモ亦當事者ニ存スル權利關係ヲ尊重シ之レヲ侵害セサル義務ヲ負擔スルモノト爲ササルヘカラス然ルニ第三者ハ其權利關係ノ當事者ニアラサルノ故ヲ以テ局外ニ在リテ其權利ノ行使ヲ妨ケ又ハ其權利ヲ不完全ナラシメ權利者ニ損害ヲ加フルモ何等救濟ノ道ナシトスルハ決シテ其當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス蓋シ物權ト債權トハ一ハ物ヲ支配スルヲ目的トシ他ハ人ノ行爲ヲ支配スルヲ目的トシ權利ノ內容ニ於テ差異アリト雖モ權利者ヲシテ其生活上ノ需要ヲ充タスコトヲ得セシムルヲ以テ目的トシ法律カ一ノ權利トシテ之ヲ保護スルモ亦共同生活關係ニ於ケル此要求ニ應スルカ爲メニ外ナラサルヲ以テ旣ニ物權其他ノ對世權ニ加ヘタル他人ノ侵害行爲ニ對シ權利者ノ爲メニ救濟ヲ與フル以上ハ債權ニ付テモ亦第三者ノ方面ヨリ來ル加害行爲ニ對シ同一ノ救濟方法ヲ拒ムヘキ理由ナシ若シ夫レ一派ノ論者ノ主張スルカ如ク第三者カ債權ヲ侵害スルハ不可能ナリトセハ債權侵害ノ問

題ヲ生スルコトナカルヘキハ論ヲ俟タスト雖モ第三者ハ債權者ヲシテ其權利ヲ完全ニ行フコトヲ得サラシムヘキ事實上及ヒ法律上ノ狀態ヲ作爲スルニ因リテ債權者ノ利益ヲ害スルコトヲ得ルハ容易ニ之ヲ想像シ得ヘク債權者ノ權利ヲ不完全ナラシメテ其利益ヲ害スルハ債權者ノ權利ヲ侵害スルモノニ外ナラサルヘキヲ以テ論者ノ前提ハ到底誤謬ノ見解ニ基ツクモノト謂ハサルヘカラス若シ又債權ハ單ニ債務者ヲ對手人トスヘキモノニシテ物權ノ如ク一般人ヲ以テ對手人トスヘキモノニアラストスルハ古往今來一般ニ認メラレタル思想ニシテ此點ハ物權ト債權ヲ區別スルノ標準トナリタルモノナレトモ債權ノ對世的效力ヲ認ムルハ一般權利ニ對世的效力ヲ認ムルヲ可ナリトスル法理上ノ觀念ニ適シ共同生活上ノ要求ニ應スルモノナルヲ以上ハ必ラスシモ舊套ヲ墨守スルノ要ナク却テ舊思想ヲ脫シ之ニ對世的效力ヲ認メテ法律思想界ニ一新生面ヲ開クヲ可ナリトス且第三者カ其所爲ニ因リ債權ノ實行ヲ妨ケ又ハ之ヲ不可能ナラシムルニ因リテ債務者ノ權利ヲ侵害スル場合往々ニシテ之レアリ斯ル場合ニハ債權者ハ債務者ニ代位シ又ハ債

務者ヲシテ第三者ニ對スル請求權ヲ讓渡セシムルニ因リ債權ノ侵害ニ對スル救濟ヲ求ムルコトヲ得サルニアラスト雖モ斯カル間接ナル救濟方法ハ債權者ノ權利ヲ充分ニ確保スルニ足ラス債權者ヲシテ直接ニ第三者ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得セシムルノ適切ナルニ若カサルノミナラス債務者カ第三者ニ對シテ救濟ヲ求ムルノ方便ヲ有セサルトキハ債權ノ侵害ハ何等ノ救濟ナキニ至リ正義ノ觀念ニ反シ實際取引ニ於ケル正當ノ要求ヲ充タスコト能ハサルノ結果ヲ生スヘシ故ニ何レノ點ヨリ見ルモ債權ニハ其本來ノ性質ニ從ヒ對人的效力ヲ認ムルト共ニ對世的效力ヲ認メ第三者ヲシテ猥リニ之ヲ侵害スルコトヲ得サラシムルノ必要アルハ毫モ疑ナシト信ス然レトモ我民法ノ解釋トシテ債權ニ對世的效力ヲ認メ其故意又ハ過失ニ因リテ債權ヲ侵害シタル第三者ヲシテ損害賠償ノ責ニ任セシムヘキヤ否ヤハ別問題ニ屬スル而シテ債權ニ對世的效力アリヤ否ヤハ學者間議論ノ存スル所ナリト雖モ之レヲ沿革ニ徵スルニ羅馬法其他諸國ノ立法例ニ於テ物權其他ノ對世權ニ於ケルカ如ク一般的ニ故意又ハ過失ニ因ル債權ノ侵害ヲ以テ不法行爲ト

シ救濟ヲ與ヘタル形跡ナク唯債權ノ侵害ニ對スル救濟ト認ムヘキモノハ債權者ノ爲メニ詐害行爲廢罷訴權ヲ認メ英法ニ於テ雇人ノ誘拐者ニ對シテ雇主ニ賠償ノ請求權ヲ許スノ類ニシテ其例極メテ僅少ナルノミナラス一般取引上ノ觀念モ亦債權ノ侵害ニ對シテ救濟ヲ求ムルノ必要ヲ感スルニ拘ハラス第三者ニ對シテハ救濟ノ道ナキモノトシ債務者ニ對シテ不履行ノ責任ヲ問フヲ以テ止ミタルモノナリ又債權ノ侵害ヲ認ムルモノトスルモ第三者カ故意ニ債權ヲ侵害シタル場合ニ限リ債權者ノ爲メニ之ニ對スル賠償請求權ヲ認ムルヲ要シ物權其他ノ對世權ニ於ケルカ如ク第三者ノ過失ニ因ル債權ノ侵害ヲ認ムルノ不可ナルハ立法上ヨリ見ルモ亦詐害行爲廢罷訴權ノ例ニ徵スルモ疑ヲ容ルヘキノ餘地ナキノミナラス第三者ノ債權侵害ハ假令理論上ニ於テハ之ヲ實際ニ應用スルニ當リ如何ナル場合ニ於テ債權ノ侵害アリトスヘキヤニ付キ容易ニ解決シ難キ疑問ノ簇生スルコトヲ妨クルコト能ハサルヲ以テ所謂民事政策トシテ之ヲ認メサルノ勝レルニ若カストスル極メテ有

力ナル反對論ニ充分ナル餘地ヲ與フルヲ以テ民法第七百九條ニ所謂「權利」中ニハ債權ヲモ包含スルモノナリトノ解釋ハ俄カニ之ヲ肯定スルヲ得ス然レトモ余ハ民法ノ解釋トシテモ第三者カ債權者ノ權利ヲ害スルノ故意ニ出テ不正ニ其權利行使ヲ不能不完全又ハ困難ナラシメ債權者ニ損害ヲ與ヘタル場合ニ付キ債權者ノ爲メニ賠償請求權ヲ認ムルヲ可ナリト信ス而シテ余カ債權ノ侵害ヲ認ムルハ一般權利ノ對世的性質ト實際取引上ノ必要ニ基ツクモノニシテ第三者ノ過失ニ因ル債權侵害ノミニ限定スルハ一面詐害行爲廢罷訴權ヨリ類推シ一面第三者ノ債權侵害ハ其故意ニ出テタル場合ニアラサレハ之ニ不法性ヲ帶有セシムルコトヲ得サル取引上ノ必要ヨリ演繹シタルモノナリ

獨逸民法ハ不實ノ事實ヲ主張シ又ハ之ヲ流布シテ他人ノ信用ヲ害シ因テ他人ヲシテ損害ヲ被ラシメ又ハ不實ノ事實ヲ他人ニ報告シテ之ニ損害ヲ被ラシメタル場合ニ付キテ被害者ノ爲メニ損害賠償ノ請求權ヲ認メ後ノ場合ニ付キテハ被害者カ其報告ニ付キ法律上利害關係ヲ有セサル場合ヲ除外セリ

我民法ニハ特別規定ナキヲ以テ他人ノ信用ヲ毀損シ又ハ虛僞ノ報告ニ因リ他人ヲ錯誤ニ陷ラシムルハ不法行爲トナルヘキヤ否ヤハ疑問ニ屬スルモ余ハ少クモ信用毀損ヨリ生スル損害ハ財產權ノ不法侵害トシテ救濟ヲ與フルヲ可ナリトス但信用ヲ以テ名譽權ニ包含セシムル者アリト雖モ余ハ寧ロ財產上利益ノ一種ト解スルヲ正當ナリト信ス

第二　不法行爲ハ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害スル行爲ナリ

不法行爲ハ有責違法ノ行爲ナルヲ以テ或行爲ノ不法ナルカ爲メニハ其行爲カ他人ノ權利ヲ侵害シタルノミヲ以テ足レリトセス其行爲ヲ爲シタル者ニ故意又ハ過失ノ責アルコトヲ必要トス何トナレハ不法行爲ハ之ヲ爲シタル者ヲシテ其行爲ヨリ生シタル損害ヲ賠償スルノ責任ヲ負ハシムルモノニ外ナラス然ルニ人ノ故意又ハ過失ハ其行爲ニ對スル責任ノ因テ生スル行爲ノ必要條件トシテ常ニ分離スヘカラサル關係ヲ有シ故意過失ナキ所爲ハ要スルニ一ノ事件ニ過キサルヲ以テ之ヨリ生スル結果ニ付キ其責ニ任スヘキ理由ナケレハナリ故ニ或人カ其行爲ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害スルモ其人ニ責

任能力ナク又ハ責任能力アルモ故意過失ノ責ムヘキモノナキトキハ其人ハ權利侵害ノ結果ニ對シ賠償ノ責ヲ負ハサルモノトス

不法行爲ハ或ハ他人ノ權利ヲ侵害スル積極的ノ行爲ナルコトアリ或ハ他人ノ權利侵害ヲ防止セサル消極的ノ行爲ナルコトアリ何レノ場合ニ於テモ其積極的行爲ヲ爲シタル者又ハ其行爲ヲ爲ササリシ者ニ故意過失アルトキハ其者ハ不法行爲ヲ爲シタル者トシテ其責ニ任セサルヘカラス

所謂故意トハ行爲ノ結果ヲ豫見シテ之ヲ希望シ又ハ少クモ之ヲ認許セル意思ノ狀態ヲ謂ヒ過失トハ結果ヲ豫見シ得ヘキニ注意ノ足ラサル爲メ之ヲ豫見セス又ハ行爲ノ結果ヲ豫見シ之ヲ防止シ得ヘキニ注意ノ足ラサル爲メ之ヲ防止スルコトヲ得サリシ狀態ヲ謂フ故ニ余ノ信スル所ニ依レハ故意ト過失トヲ區別スルノ標準ハ單ニ行爲ノ結果ニ對スル豫見ノ有無ニアラスシテ寧ロ其結果ニ對スル希望又ハ少クモ認許ノ有無ニ在リトス而シテ故意ハ結果ヲ豫見シテ之ヲ希望シ又ハ之ヲ認許シタル意思ノ狀態トシテ別段說明ヲ爲スノ要ナシト雖モ過失ハ注意ノ不足セル狀態ヲ指スヲ以テ各人ノ用ユヘキ注意ノ程度ハ如何ニシテ之ヲ定ムヘキヤノ問題ヲ生スヘシ獨逸民法ハ取引上必要ナル注意ヲ怠リタル者ハ過失ノ責アリトノ一般的規定ヲ設ケタルヲ以テ何等ノ問題ヲ生スルコトナシト雖モ我民法ニハ斯ル一般的規定ヲ缺クノミナラス不法行爲ニ關シテ特ニ規定スル所ナキヲ以テ解釋上疑ヲ生スルヲ免カレス而シテ我民法全篇ヲ通シテ立法者ノ採用シタル注意ノ標準ニアリ一ヲ善良ナル管理者ノ注意トシ他ノ一ヲ自己ノ財產ニ於ケル注意トスル所ニシテ右二個ノ標準中何レヲ以テ不法行爲ニ關スル過失ノ有無ヲ定ムルノ標準ト爲スヘキヤニ付キ學者間ニ議論アリト雖モ余ノ信スル所ニ依レハ善良ナル管理者ノ注意ハ其性質ニ於テ各人ノ用ユヘキ注意ノ標準トナルヘキモノニシテ自己ノ財產ニ於ケル注意ハ或ル特別ノ場合ニ法律カ義務者ノ責任ヲ輕減シタル例外タルニ過キサルヲ以テ各人ノ用ユヘキ注意ニ付キ特別ノ規定ナキ限リハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ標準トシ此注意ヲ怠リタルヤ否ヤヲ以テ過失ノ有無ヲ判定セサルヘカラス蓋シ法律ハ他人ノ權利ニ關シテハ一般ノ人ヲシテ不行爲ノ義務ヲ負ハシムルモノナレハ各人ヲシ

テ周到ナル注意ヲ用ヒテ此義務ヲ遂行セシメ因テ以テ他人ノ權利ヲ尊重セシムルハ私權ノ安固ヲ保障スルカ爲メ極メテ必要ナリトス若シ夫レ反對論者ノ主唱スル如ク自己ノ財產ニ於ケル具體的注意ヲ以テ注意ノ標準ト爲スニ於テハ生來思慮ニ乏シキ者日常粗漏ナル者ハ他人ノ權利ヲ侵害スルモ往往ニシテ其責ヲ免ルルニ至ルヘク斯クテハ私權ノ保護不充分ニシテ有害ノ結果ヲ生スルハ論ヲ俟タス唯抽象的標準ニ依ルトキハ平素極メテ粗漏ナル人又ハ智能經驗ノ足ラサル人ニ對シテ苛酷ナル結果ヲ生スルヲ免カレスト雖モ法律ハ共同生活ノ法則ヲ設クルニ當リテハ其秩序ノ維持ニ必要ナル規則ヲ設ケ一般人ヲシテ之ニ由ラシメ小異ヲ捨テ大同ニ從フヲ以テ普通人ノ知能性格ヲ標準トシテ注意ノ程度ヲ定メ其以下ノ者ト雖モ之ニ由ラシメテ違フコトナカラシムルモノニシテ共同生活ノ必要上止ムヲ得サル所ナリトス故ニ不法行爲ノ場合ニ於テモ亦善良ナル管理者ノ注意卽チ我民法ニ認ムル抽象的注意ヲ以テ過失ノ有無ヲ定ムルヲ唯一ノ標準トシ自己ノ財產ニ於ケル具體的注意ニ從フヘキモノニアラストノ信ス

官公吏カ其職務ノ範圍內ニ於テ爲シタル行爲ハ其故意又ハ過失ニ出テタル場合ト雖モ民法上所謂不法行爲ヲ構成スルコトナク其官公吏ニ賠償義務ナキハ勿論國家モ亦之ニ對シテ責任ヲ負フコトナシ蓋シ官公吏ノ職務上ノ行爲(職權行爲)ハ行政權ノ發動ニ基ツク行爲ナルヲ以テ民事上ノ法則ヲ以テ之ヲ律スルヲ得サルヲ以テナリ反之官公吏カ其職務ノ範圍外ニ出テテ他人ノ權利ヲ侵害シタルトキハ被害者ニ對シテ賠償責任ヲ負擔スルモノトス故ニ官公吏ノ行爲カ不法行爲ヲ構成スルヤ否ヤハ一ニ其行爲カ職權內ノ行爲ニ屬スルヤ否ヤニ依リテ定マルモノニシテ其行爲カ苟クモ其職權ノ範圍內ニ止マルニ於テハ其當否ノ如何ニ拘ハラス民事上無責任ナリトス從テ行政法規カ官公吏ノ職權ノ行使ヲ其自由裁量ニ任セタル場合ニ於テハ官公吏カ其行爲不行爲ニ因リ私人ニ損害ヲ被ラシムルモ不法行爲ヲ構成スルコトナシト雖モ官公吏カ其職權ニ屬セサル行爲ヲ爲シタルトキ又ハ其行爲カ抽象的ニハ其職權ニ屬スルモ其行使カ法規ニ依リテ定マル場合ニ官公吏ノ行爲カ客觀的ニ法律規定ニ觸レ官公吏ニ於テ自己ニ職權ナキコトノ認識アリタル

トキハ其官公吏ハ其職務ノ範圍外ニ出テタルモノトシテ不法行爲ノ責ヲ負ハシムルヲ可トス例之司法警察官カ犯罪ノ嫌疑者ヲ毆打拷責シ又ハ現行犯ニアラサルコトヲ知ルニ拘ラス現行犯トシテ逮捕監禁シ判事檢事カ被告人ノ無罪ナルコトヲ知ルニ拘ラス故意ニ之ヲ訴追處罰スルカ如シ刑事訴訟法第十四條ハ「被告人無罪ノ言渡ヲ受ケタルト雖モ判事檢事裁判所書記執達吏司法警察官又ハ巡査憲兵ニ對シ要償ノ訴ヲ爲スコトヲ得ス但是等ノ官吏被告人ニ對シ故意ヲ以テ損害ヲ加ヘ又ハ刑法ニ定メタル罪ヲ犯シタル場合ハ此限ニアラス」ト規定シ刑事ノ裁判ニ干與スル官公吏ノ責任ヲ定メタリト雖モ同條ノ規定ハ其職務ノ執行ニ關シ官公吏ニ不法行爲ノ責任アルコトヲ豫想シタルモノト解スヘキヲ以テ同條ノ精神ヨリ推シテ他ノ官公吏ノ賠償責任ヲ定メ官公吏ノ職權ニ關スル行爲トシテ雖モ法規ニ反シテ故意ニ之ヲ爲シタルモノナル以上ハ之ヲシテ賠償ノ責任ヲ負ハシムルヲ可ナリトス然レトモ官公吏カ其過失ニ因リ不當ニ其職權ヲ行使シタル場合ニ付キテハ法律ニ特別規定アレハ格別之ヲシテ賠償責任ヲ負ハシメサルヲ以テ民事政策ノ當ヲ得タルモノト信ス

被害者ノ承諾ハ加害者ノ行爲ノ違法性ヲ阻却シ被害者ノ賠償請求權ヲ杜絕スルヤ否ヤハ一ノ疑問ナリト雖モ被害ノ目的タル法益カ處分ノ觀念ヲ容ルルヤ否ヤニ依リテ區別ヲ爲ス通說ニ從フヲ正當ナリト信ス

故意過失ハ賠償ヲ求ムル被害者ニ於テ之ヲ證明スルコトヲ要ス然レトモ被害者ハ之ヲ推定セシムヘキ事實ヲ提出スルノミヲ以テ足ルヲ以テ其訴ニ付キ常ニ必ラスシモ多大ノ困難ヲ惹起スルコトナシ

他人ノ權利ヲ侵害シタル者ニ過失卽チ注意ノ不足アリタルトキハ其輕重大小ニ拘ハラス之ヲシテ不法行爲ノ責ニ任セシムルモ法律ハ或場合ニ於テ其責任ヲ輕減シ故意又ハ重過失アル場合ノ外ハ加害者ニ賠償ノ責任ナキモノト爲セリ例之不實ノ事ヲ以テ人ヲ告訴告發シタル者ハ惡意又ハ重過失アルニアラサレハ被害者ニ對シテ賠償ノ責ニ任セサルモノト爲ス刑事訴訟法第十三條ノ規定失火ノ場合ニ於テハ失火者ハ惡意又ハ重過失アルニアラサレハ賠償ノ責ニ任セサルモノトスル明治三十二年法律第四十號ノ如シ蓋シ第

一ノ場合ニ於テ告訴人告發者ノ責任ヲ輕減スルハ犯罪ノ訴追處罰ヲ確保スル公益上ノ理由ニ基クモノニシテ第二ノ場合ニ於テ失火者ノ責任ヲ輕減スルハ原則ノ適用ヨリ生スル苛酷ナル結果ヲ豫防スルヲ目的トスルモノナリ」

反對ニ於テ或特別ノ場合ニ於テ加害者ノ責任ヲ加重シ其故意又ハ過失ニ因ラサル損害ト雖モ苟クモ其行爲ノ結果タル以上ハ之ヲシテ賠償ノ責任ヲ負ハシムル法制アリ例之電氣事業鐵道事業其他個人ノ身體財產ニ危害ヲ及ホスノ虞アル營業ニ從事スル者猛獸其他人ヲシテ不慮ノ災禍ニ罹ラシムヘキ動物工作物類ノ占有者ヲシテ其營業又ハ物件ノ性質上免カルヘカラサル災厄ニ付キ危險ヲ負擔セシメ之カ爲メニ損害ヲ被ムリタル人ニ損害ノ賠償ヲ爲サシムルカ如シ是レ共同生活上ニ於ケル利害ノ調和ヲ目的トスル民事政策ノ一ニシテ加害者ハ公衆ニ危險ナル營業ヲ爲シ又ハ人身ニ危險ヲ及ホスヘキ物件ヲ所持スルニ因リ法律ハ其危險ヲ負擔スル條件ノ下ニ其營業ヲ認可シ其物件ノ所持ヲ聽許スルモノト解スルヲ得ヘシ我國ニハ斯ル特別規定ナシト雖モ時世ノ進歩ト共ニ早晩之ヲ設クルノ必要アリト信ス

第三　不法行爲ハ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害シ損害ヲ生セシメタル行爲ナリ

損害賠償ノ原因タル不法行爲ハ有責違法ノ行爲タルノミヲ以テ足レリトセス其行爲ノ結果他人ニ損害ヲ生セシメタルコトヲ必要トス何トナレハ法律カ不法行爲ヲ以テ債權發生ノ一原因ト爲スハ要スルニ被害者ヲシテ加害者ニ對シ其受ケタル損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得セシムルヲ以テ目的ト爲スモノニシテ假令權利ノ侵害アルモ何等ノ損害ナキトキハ當事者間ニ於テ賠償ノ問題ヲ生スルコトナキヲ以テナリ是レ所謂名義上ノ賠償ナルモノヲ認許スル英國ノ如キ法制ト其主義ヲ異ニスル所ニシテ我立法者ハ有形無形ノ損害ノ隨伴セサル權利ノ侵害ニ對シテハ賠償ヲ與フルノ必要ナシト認メタルモノナリ

不法行爲アリトスルニハ常ニ必ラス損害アルコトヲ要スルハ前述ノ如シト雖モ如何ナル場合ニ損害アリトシ又ハ利益ノ喪失ヨリ生シタル缺陷ヲ意味シ廣義ニ於テハ有ニ屬スル所謂損害トハ利益ノ喪失ヨリ生シタル缺陷ヲ意味シ廣義ニ於テハ有

形無形ノ利益ノ喪失ハ總テ其中ニ包含スルヲ以テ名譽感情ヲ傷ケラレタルカ爲メ受ケタル煩悶苦痛ノ如キモ亦一種ノ損害ナリト謂フコトヲ妨ケス然レトモ損害賠償ハ常ニ金錢ヲ以テ其額ヲ定ムルモノナレハ取引上金錢ニ見積ルコトヲ得サル無形ノ利益ハ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ目的タルコトヲ得サルヤノ疑ヲ生スヘシ我舊民法ハ從來ノ立法例ト共ニ賠償スヘキ損害ハ金錢ニ見積リ得ヘキモノタルコトヲ必要トスルノ主義ヲ採用シタリト雖モ民法ハ既ニ債權ノ目的ニ付キ金錢的利益ノ有無ヲ問ハサルノ主義ヲ採用シ尚ホ同一ノ精神ニ基キ不法行爲ノ場合ニ於テモ亦賠償スヘキ損害ハ敢テ金錢的利益ノ喪失タルコトヲ必要トセス精神的無形ノ利益ノ喪失ト雖モ賠償ノ目的タルニ妨ケナキモノト爲セリ是レ近代ノ進歩シタル法律思想ト私權保護ノ必要ニ出テタルモノニシテ權利侵害ノ爲メニ現ニ損害ヲ生シタルニ拘ハラス其損害ノ金錢的有形ノモノニアラサルノ故ヲ以テ之ニ對スル救濟ヲ否認スルハ理論ニ反シ權利ノ保護ニ於テ悉ササル所アリ立法上ノ一缺點タルヲ免カレサルノミナラス喪失セラレタル利益カ取引上金錢ニ見積ルコトヲ得サルニ非レハ之カ賠償ニ充ツルノ妨ケトナルコトナシ何トナレハ金錢ハ名譽感情ノ如キ無形ノ利益ヲ代表スルモノニアラサルモ而カモ此等利益ノ喪失ヨリ生スル苦痛ヲ慰藉スヘキ最良ノ賠償方法タルヲ失ハサルヲ以テナリ是レ我民法カ第七百十條ニ於テ「他人ノ身體自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財產權ヲ害シタル場合トヲ問ハス前條ニ依リテ損害賠償ノ責ニ任スル者ハ財產以外ノ損害ニ對シテモ其賠償ヲ爲スコトヲ要ス」ト規定シ英法ノ主義ヲ採用シタル所以ナリ而シテ其所謂財產以外ノ損害トハ金錢價格ヲ有セサル損害ヲ意味シ財產ナル語ハ金錢價格アル利益ノ意ニ用ヒラレタルモノナルヤ明カナリ

第四 不法行爲ハ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害シ損害ヲ生セシメタル者ヲシテ金錢的賠償ヲ爲スノ責ニ任セシムル行爲ナリ

不法行爲ハ債權發生ノ原因中ニ在テ特別ノ地位ヲ占メ之ヨリ生スル債權ハ他ノ原因ヨリ生スル債權ト其性質ニ於テ差異アルヲ以テ其性質ノ許ス範圍ニ於テ一般債權ニ關スル原則ヲ適用スルコトヲ要ス而シテ不法行爲ヨリ生

スル債權ノ特質トシテ見ルヘキモノハ此債權ハ常ニ金錢ノ給付ヲ目的トシ名譽毀損ノ場合ニ於ケル例外ヲ除キ他ニ金錢以外ノ給付ヲ目的トスルコトナキコト是レナリ故ニ物權侵害ノ場合ニ其侵害ヲ理由トシテ金錢的損害賠償ヲ要求スルハ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ範圍ニ屬スルモ妨害排除及ヒ原狀回復ノ請求權ハ所謂物權ヨリ生スル特別ノ救濟權ニ屬シ不法行爲ヨリ生スル債權ニアラス又債務ノ不履行ヨリ生スル損害賠償ノ請求權ハ債權アルコトヲ前提要件トシ主タル債權ニ附隨スル從タル債權ナルモ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ請求權ハ獨立ノ債權ヲ形成スルモノナリ又債務ノ不履行ハ廣義ノ不法行爲ナルモ債權者カ之ヲ理由トシテ損害賠償ヲ請求スルハ玆ニ所謂不法行爲ヨリ生スル債權ニアラス然レトモ債務ノ不履行カ對世權ノ侵害ヲ包含スルトキ例之受寄者カ寄託者ノ所有ニ屬スル寄託物ヲ毀損シタルトキハ債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ノ請求權ト不法行爲ニ因ル損害賠償ノ請求權ヲ併發スルヲ以テ寄託者ハ其撰擇ニ依リ此二箇ノ請求權ヲ行使スルコトヲ得ルモ寄託者ハ通常不履行ニ因ル損害賠償ノ請求權ヲ行使スルニ因リテ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ

損害賠償請求權ノ移轉承繼ニ付キテハ侵害セラレタル利益ノ性質如何ニ依リテ差異アリ卽チ余ノ信スル所ニ依レハ權利者其人ト分離スヘカラサル關係ヲ有スル所ノ利益ノ喪失ヨリ生スル損害賠償ノ請求權ハ基本タル利益ト等シク被害者ニ專屬シ他人ニ於テ全然之ヲ承繼シ若クハ被害者ニ代位シテ之ヲ行使スルコトヲ得サルモノトス換言スレハ名譽ノ毀損若クハ愛情ノ傷害ヨリ生スル非財產的利益ノ喪失ニ對スル賠償ノ請求權ハ被害者ニ專屬スルモノトシテ相續遺贈ニ因ル一般承繼竝ニ賣買贈與其他ノ特定承繼ノ目的タルコトヲ得ス之ニ反シテ被害者ノ被リタル財產的損害ニ對スル賠償請求權ハ財產權ノ侵害ニ基因スルト身分權ノ侵害ニ基因スルトニ論ナク相續人ハ勿論其他ノ承繼人ニ於テ之ヲ承繼シ之ヲ行使スルコトヲ妨ケス何トナレハ非財產的損害ニ對シ金錢賠償ヲ許スハ要スルニ被害者ノ苦痛煩悶ヲ慰藉スルヲ以テ唯一ノ目的トスルモノナレハ其請求權ハ最高度ニ於テ被害者其人ニ專屬シ被害者ニシテ初メテ之ヲ享有スルコトヲ得ヘク他人ヲシテ其利

益ヲ享有セシムヘキモノニアラス之ニ反シテ被害者ノ受ケタル財產的損失ニ對シ金錢的賠償ヲ請求スル權利ハ身分權ノ侵害ヨリ生シタル場合ト雖モ一種ノ財產權タルノ性質ヲ有シ之ヲ被害者ニ專屬セシムヘキ必要ヲ見サルヲ以テナリ故ニ余ハ原權カ專屬性ヲ有スルトキハ其救濟權タル損害要償ノ權利モ亦專屬性ヲ有ストノ說ニ左袒セス被害者ノ受ケタル損害ノ財產上ノ損害ナルト財產以外ノ損害ナルトニ依リテ區別ヲ爲スヲ可ナリトスルノ說ヲ主張セントス然レトモ何レノ場合ニ於テモ損害賠償ノ請求權カ當事者間ノ契約又ハ確定判決ニ因リ純然タル金錢ノ債權ニ變シタルトキハ其發生原因ノ如何ニ拘ハラス相續人又ハ第三者ニ於テ有效ニ之ヲ承繼スルコトヲ得ヘシ

第二章　不法行爲ノ權利者

不法行爲ヨリ生スル損害賠償ノ請求權ハ要スルニ權利ノ侵害ニ對スル救濟ニ外ナラサルヲ以テ加害者ニ對シテ請求權ヲ有スル者ハ被害者卽チ其權利ヲ侵害セラレタル者タルヤ明カナリ故ニ不法行爲ノ權利者ハ權利能力ヲ享有スル者タルコトヲ必要トスルト同時ニ此能力ヲ有スルノミヲ以テ足リ其自然人タルト法人タルトハ之ヲ問フノ必要ナシ唯タ法人ハ常ニ必ラス一定ノ目的ヲ有シ其目的ノ範圍內ニ於テ權利能力ヲ享有スルニ過キサルヲ以テ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ請求權ニ關シテモ亦其目的ノ範圍內ニ於テ被害者トシテ救濟ヲ求ムルコトヲ得ルニ過キサルモノトス又自然人ハ出生ニ因リテ權利能力ヲ享有スルト同時ニ死亡ニ因リテ之ヲ喪失スルヲ以テ未タ出生セサル胎兒ハ權利能力ナキモノトシテ賠償ノ請求權ヲ有セサルニ至ルヘシ然レトモ斯クテハ私權ノ保護不充分ニシテ動モスレハ正當ナル需要ヲ滿足スルコト能ハサルノ結果ヲ生スルヲ以テ民法ハ損害賠償ノ請求權ニ付キ特ニ規定ヲ設ケ第七百二十一條ニ於テ胎兒ハ損害賠償ノ請求權ニ關シテハ旣ニ生レタルモノト看做シ胎兒ヲシテ他日出生シタル場合ノ爲メニ損害賠償ノ請求權ヲ取得セシム此規定ハ胎兒カ出生前ニ其父ヲ殺害セラレタル場合ニ於テ最モ其必要ヲ感スルモノナリ然レトモ胎兒カ死シテ生レタルトキハ賠償ノ請求權ハ始メヨリ成立セサ

リシモノトナルヘキハ勿論ナリ

一ノ不法行爲カ同時ニ數人ノ權利ヲ害シタルトキハ被害者ハ各自ニ加害者ニ對シテ賠償ノ請求權ヲ有スルハ論ヲ俟タス而シテ生命權侵害ノ場合ニ於テハ加害者ハ直接ニ他人ノ生命權ヲ害シ間接ニ死者ノ近親ノ權利ヲ害スルモノナリ然ルニ生命權侵害ノ場合ニ於テハ損害賠償ノ原因タル殺害ナル事實ノ發生スル當時ニ在テハ被害者ハ最早ヤ存在セサルニ依リ權利ノ主體タルヘキ人格者ヲ缺クコトトナリ生命權ノ侵害ニ對スル賠償ノ請求權ハ終ニ發生スルコトヲ得スシテ吾人ノ最モ貴重スヘキ權利タル生命權其者ノ侵害ニ對シテハ私法上何等救濟ノ途ナキハ奇異ノ感ナキヲ得ス故ニ死者ノ相續人モ亦死者ノ承繼人トシテ生命權ノ侵害ヨリ生スル有形無形ノ損害賠償ヲ加害者ニ請求スルコトヲ得ス然レトモ生命權ノ侵害ハ縱シ夫レ自體ニ於テ損害賠償ノ原因タルコトヲ得ストスルモ死者ノ親族カ其固有ノ利害關係ニ基キ損害ノ賠償ヲ請求スルハ毫モ妨ケナシ何トナレハ死者ノ親族ハ生命權侵害ノ結果其財產的及ヒ非財產的利益ヲ害セラルルコト往々ニシテ之レアルヲ以テナリ是レ民法第七百

十一條ニ規定スル所ニシテ同條ノ規定ニ依ルトキハ生命權侵害ノ場合ニ賠償ノ請求權ヲ有スル者ハ被害者ノ兩親、配偶者及ヒ子ニ止リ其他ノ親族ハ此恩典ニ浴セス蓋シ此等ノ者ハ被害者ト最モ親密ノ關係ヲ有スルヲ以テ被害者ノ死亡ニ因リ損害ヲ被ルコトハ自餘ノ親族ト日ヲ同フシテ論スルコトヲ得サルヲ以テナリ而シテ賠償ノ目的タル損害ハ有形無形ノ損害ヲ包含シ此等親族ハ先ツ第一ニ被害者ノ死亡ノ爲メニ被リタル財產上ノ損害賠償ヲ要求スルノ權利ヲ有シ被害者ノ生存中被害者ヨリ養料其他ノ名義ヲ以テ給與ヲ受クヘキ金額ハ損害賠償ノ內容ヲ組成スルモノナリ加之此等親族カ被害者ノ死亡ニ因リテ受ケタル無形ノ損失卽チ最愛ノ近親ヲ喪失シタルヨリ生スル悲哀ノ感情モ亦金錢的賠償ニ依リテ慰藉セラレ得ヘシ蓋シ此等近親ノ悲哀ノ感情ニ對シテモ亦財產上ノ損害ト等シク損害賠償ノ方法ヲ以テ救濟ヲ與フルノ必要ナルハ論ヲ俟タサルヲ以テナリ民法第七百十一條ニ「他人ノ生命ヲ害シタル者ハ被害者ノ父母、配偶者及ヒ子ニ對シテハ其財產權ヲ害セラレサリシ場合ニ於テモ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要ス」トアルハ卽チ此謂ナリ故ニ被害者ニ父母妻子アルト

キハ此等ノ者ハ各自獨立シテ損害賠償ノ請求權ヲ行使スルコトヲ得ヘシ又賠償請求權ノ發生ニハ加害者カ被害者ノ死亡ニ付キ責任ヲ負フヲ以テ足レリトシ死亡ノ原因ノ故殺ナルト過失殺ナルトヲ區別スルコトナシ

生命權侵害ノ場合ニ於ケル賠償請求者ノ範圍ニ關シテハ立法例區々ニシテ一定セス或ハ之ヲ被害者ノ未亡人及ヒ遺子トシ或ハ之ニ尊屬親ヲ加ヘ或ハ未成年ノ子及ヒ寡婦ト爲セリ我民法ハ諸國ノ立法例ヲ參照シテ之ヲ被害者ノ一等親者及ヒ其配偶者ト定メタルモノナリ

第三章　不法行爲ノ義務者

不法行爲ヨリ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務アル者ハ其行爲ニ因リ現ニ他人ニ損害ヲ加ヘタル者卽チ加害者ナリトス何トナレハ加害者ハ其故意又ハ過失ニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘタルモノナレハ其結果ニ對シテ賠償ノ責任ヲ負フハ理ノ當サニ然ルヘキ所ナルヲ以テナリ然レトモ現ニ其行爲ヲ爲シタル加害者ハ常ニ必スシモ損害賠償ノ責ヲ負フモノニアラスシテ時アリテ加害者以外ノ人ニ於テ賠償ノ責ニ任スルコトアリ且ツ加害者カ賠償ノ責ニ任スル場合ト雖モ或ハ單獨ニテ賠償ノ責ニ任スルコトアリ或ハ他ノ者ト共同シテ賠償ノ責ニ任スルコトアリ余ハ今ヨリ民法ノ規定ニ從ヒ種々ノ場合ヲ區別シテ說明セントス

第一節　未成年者、心神喪失者カ他人ニ加ヘタル損害

不法行爲ハ有責違法ノ行爲ナルヲ以テ他人ニ對スル加害行爲カ不法行爲トナルカ爲メニハ之ヲ爲シタル者ニ責任能力アリテ故意又ハ過失ノ責ムヘキモノアルコトヲ必要トスルコトハ不法行爲ノ性質ヲ論スルニ當リ既ニ一言セル所ナリ故ニ意思能力ヲ缺ク者ハ責任ノ何タルヲ解スルノ能力ナキモノナレハ不法行爲ニ於ケル賠償義務ノ主體タルコトヲ得ス茲ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

第一　未成年者カ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ其行爲ノ責任ヲ辨識スルニ足

ルヘキ知能ヲ具ヘサリシトキハ其行爲ニ付キテハ賠償ノ責ニ任セス

是レ民法第七百十二條ニ規定スル所ニシテ所謂行爲ノ責任ヲ辨識スルニ足ルヘキ知能トハ或ハ辨別心ト云ヒ或ハ意思能力ト稱シ是非善惡ヲ識別スルノ知能ヲ意味スル而シテ此知能タル人ノ生レナカラニシテ具有スルモノニアラスシテ漸ヲ以テ發育シ多少成長ノ後ニアラサレハ成熟セサルハ經驗ノ證明スル所タリ而シテ識別心ヲ具有セサル者ノ爲シタル意思表示ハ何等ノ效力ヲ生セサルト同時ニ其爲シタル行爲モ亦何等民事上ノ責任ヲ惹起スルコトナシトスルハ各國法制ノ一致スル所ナリ然レトモ識別心ノ發育ヲ認ムルノ標準ニ至リテハ區々ニシテ一定セス或ハ一定ノ年齡ニ達スルヲ以テ識別心ノ發育ヲ認メ或ハ各個ノ場合ニ於テ實際ノ事實ニ基キ識別心ノ有無ヲ判定スヘキモノトシ或ハ此二者ヲ折衷セリ而シテ年齡ヲ標準トシテ責任能力ノ有無ヲ定ムルノ法制ニ在テモ或ハ之ヲ滿七歳トシ或ハ之ヲ十二歳トシ刑事上ノ責任能力ト同一ナラシメ或ハ責任能力ノ發生ニ付キテ法定ノ年齡ヲ定メ其年齡ニ達セサル者ハ全然無責任トシ其以上一定ノ年齡マテハ知能發

育ノ如何ニ依リ責任ノ有無ヲ定ムルモノアリ我民法ハ刑事ニ關シテハ十四歳以下ヲ無責任トシタルモ民事ニ付キテハ法定ノ年齡ヲ定メス裁判官ヲシテ加害者知能ノ發育ノ程度如何ヲ判斷シテ責任ノ有無ヲ定メシムルコトト爲シタリ加害者カ其加害行爲ヨリ生スル責任ヲ負フニハ是非善惡ヲ識別スルノ能力アルヲ以テ足レリトシ完全ナル行爲能力ヲ具有スルコトヲ必要トセス茲ヲ以テ意思能力アル未成年者ノ爲シタル法律行爲ハ之ヲ取消スルコトヲ得ルニ拘ハラス不法行爲ヲ爲シタル未成年者ハ完全ナル行爲能力ヲ具有セサルモ之カ爲メ毫モ其責任ヲ輕減セラルルモノニアラスシテ成年者ト等シク損害賠償ノ責ニ任スルモノトス蓋シ不法行爲ヲ爲シタル者ヲシテ責任ヲ負ハシムルハ私權保護ノ爲メニ必要ナルノミナラス加害者カ既ニ責任ノ何タルヤヲ解スルノ能力ヲ有スル以上ハ之ヲシテ其責ニ任セシムルモ敢テ苛酷ナル結果ヲ生スルコトナキヲ以テナリ

加害者カ不法行爲ノ責任ヲ負フニハ其知能カ既ニ一般的ニ是非ヲ辨別スルノ程度ニ發達シタルヤ否ヤヲ以テ標準トスルコトヲ要シ各個ノ場合ニ於テ

其行爲ノ是非善惡ヲ識別シタルヤ否ヤヲ以テ標準ト爲スヘキモノニアラス而シテ知能ノ發育ハ人ニ依リテ異ナルヲ以テ識別心ノ有無モ亦人ニ依リテ自カラ異ナラサルヲ得サルモ同一人ニ付キテ云フトキハ智能ノ發育如何ハ一般的ニ之ヲ定ムルコトヲ要シ行爲ノ種類若クハ場合ノ如何ニ從ヒテ之ヲ定ムヘキモノニアラス蓋シ各人カ既ニ一般的ニ識別心ヲ具有スル以上ハ偶マ或場合ニ於テ是非ノ識別ヲ誤ルモ之カ爲メ其責任ニ何等ノ影響ヲ及ホスヘキモノニアラス何トナレハ既ニ識別心ヲ有スルニ拘ハラス自己ノ行爲ノ是非ヲ識別セサルハ畢竟其過失ニ歸スヘケレハナリ

第二 心神喪失ノ間ニ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ賠償ノ責ニ任セス

是レ第七百十四條前段ニ規定スル所ニシテ不法行爲ノ有責違法ノ行爲タルヨリ生スル結果ナリ何トナレハ知覺精神ヲ有スル者ニシテ初メテ意思能力ヲ具備シ責任ノ何タルヤヲ解スルコトヲ得ヘク知覺精神ナキ者ノ爲シタル行爲ハ人ノ意思ニ基カサル動作ニシテ人類以外ノ動物ノ動作ト毫モ異ナル所ナキヲ以テナリ然リト雖モ心神喪失者カ其行爲ニ對シテ責任ヲ負ハサルハ要スルニ其行爲カ自己ノ故意過失ニ出テタルカ爲メ外ナラス然ルニ其爲シタル加害行爲カ假令心神喪失中ノ出來事ナルニモセヨ其心神喪失ノ狀態カ自己ノ故意又ハ過失ニ胚胎シタルモノナルトキハ其行爲ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラス何トナレハ此場合ニ於テハ加害行爲ハ結局心神喪失者ノ故意又ハ過失ニ基因スルモノトナルヘケレハナリ是レ第七百十三條但書ノ規定アル所以ナリ例之過度ノ飲酒ヲ爲シ心神喪失ノ狀態ニ陷リテ他人ヲ傷害シタル場合ノ如シ蓋シ過度ノ飲酒カ其故意又ハ過失ニ基因スルトキハ之カ爲メニ生シタル殺傷行爲ハ結局加害者ノ故意過失ニ基因スルモノトナルヘケレハナリ

民法第七百十五條但書ノ規定ハ加害者カ其故意過失ニ因リ一時心神ヲ喪失シタル間ニ爲シタル加害行爲ニ適用スヘキモノナルコトハ法文上明白ナリ

從テ心神喪失ニ付キテ加害者カ其責ニ任セサル場合及ヒ加害者カ心神喪失ノ常態ニ在ル場合ニ於テハ一般ノ原則ヲ適用スルコトヲ要スルハ勿論ニシテ後ノ場合ニ於テハ其心神喪失ヲ來タスニ至リタル原因カ其故意過失ニ存

スルト其他ノ事由ニ存スルトヲ問ハサルモノトス

第三 加害者ニ責任能力ナキ場合ニ之ヲ監督スヘキ法定ノ義務アル者ハ其無能力者カ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スルノ義務アリ

茲ニ責任者無能力ヲ監督スヘキ法定義務アル者トハ未成年者、禁治産者ヲ監督スルノ義務アル父母後見人ノ類ヲ謂フ蓋シ此等監督者ハ無能力者ノ動作ヲ監視シ無能力者カ他人ニ對シテ加害行爲ヲ爲スコトヲ防止スヘキ法律上ノ義務ニ服從スルモノナレハ監督者カ故意又ハ過失ニ因リ此義務ヲ等閑ニ付シ其結果無能力者ニ於テ他人ニ損害ヲ與ヘタルトキハ監督者ハ被害者ニ對シテ賠償ノ責任ヲ負ハサルヘカラス是レ他ナシ此場合ニ於ケル被害者ノ損害ト監督者ノ故意又ハ過失トノ間ニ於テ因果關係アルヲ以テナリ然レトモ監督者ハ自己ノ監督スル未成年者其他ノ者ノ一切ノ非行ニ付キ責任ヲ負フモノニアラスシテ唯被監督者ニ責任能力ナキ場合ニ限リ責任ヲ負フニ過キス第七百十四條ハ無能力者ニ責任ナキ場合ト規定シ此點ヲ明カニセリ抑モ被監督者カ他人ニ損害ヲ與ヘタル場合ニ監督者ニ怠慢アリタルトキハ被

監督者カ其損害ニ付キ責任ヲ負フト否トニ拘ハラス監督者ヲシテ其責ニ任セシムルハ毫モ不可ナキカ如シ然レトモ被監督者カ現ニ意思能力ヲ具ヘ不法行爲ノ責任ヲ負フヘキ場合ニ於テハ被監督者ハ不法行爲ニ關シテハ能力者ト同一ノ地位ニ在ルモノナレハ少クモ不法行爲ヲ防止スルカ爲メノ監督ハ其必要ナキモノト云フヘク此監督ハ被監督者ニ責任能力ヲ缺ク場合ニ於テ其必要ヲ感スルモノナレハ民法ハ被監督者ニ責任能力アル場合ハ一般ノ原則ニ從ヒ之ヲシテ賠償ノ義務ヲ負ハシメ監督者ニハ怠慢ノ責ナキモノトシ之ヲシテ賠償ノ義務ヲ負ハシメサルモノナリ

監督者ノ責任ハ故意又ハ過失ニ因リ其監督ノ義務ヲ怠リタルニ基因スルヲ以テ監督者ニ故意又ハ過失ノ責ムヘキモノナキトキ卽チ監督者カ其義務ヲ怠ラサリシトキハ被害者ニ對シテ損害ヲ賠償スルノ義務ナシトス是レ第七百十四條第一項但書ノ規定アル所以ナリ

監督者ニ代ハリテ無能力者ヲ監督スル者モ亦同一ノ理由ニ依リ同一ノ制限條件ニ從ヒ第三者ニ對シテ賠償ノ責ヲ負フ是レ第七百十四條第二項ニ規定

スル所ナリ而シテ其監督義務ノ法律ノ規定又ハ契約ニ基クト事務管理ニ基クトハ之ヲ問フコトヲ要セス學生生徒ヲ監督スル教師舍監入院患者ヲ監督スル醫師看護人ノ如シ而シテ法定ノ監督者モ亦責任ヲ負フヘキ場合ニ於テハ被害者ハ其撰擇ニ依リ監督者及ヒ代理監督者ニ對シテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第二節　被用者、請負人カ他人ニ加ヘタル損害

故意過失ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其損害ヲ賠償スルノ責アルコトハ民法第七百九條ニ規定スル所ナリ故ニ甲者ノ故意過失ト乙者ノ被リタル損害トノ間ニ苟モ因果ノ連絡アルニ於テハ甲者ハ賠償ノ義務ヲ負擔シ其損害ハ直接ニ甲者ノ所爲ニ基因スルト若クハ直接ニ第三者ノ有責違法ノ所爲ニ基因シ甲者ノ故意過失ハ其損害ノ間接ノ原因タルニ過キサルトハ之ヲ問フノ必要ナシトス是レ民法第七百十五條ノ規定アル所以ニシテ同條ノ規定ヨリ左ノ結果ヲ生ス

第一　或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者又ハ之ニ代リテ事業ヲ監督スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スルノ責ヲ負フ（民法第七百十五條第一項）

茲ニ所謂被用者中ニハ僕婢園丁車夫馬丁職工車掌運轉手其他雇傭關係ニ因リ他人ノ指揮命令ヲ受ケテ其使役ニ服スル勞務者ヲ包含スト雖モ此等ノ者ハ何レモ皆ナ使用者ノ指揮命令ヲ受ケテ一定ノ事業ニ從事シ使用者ノ手足トナリテ使用者ノ爲メニ外ナラサルヲ以テ此等被用者ノ選任竝ニ事業ノ執行ニ關スル監督ヲ嚴ニシテ因テ以テ被用者カ事業ノ執行上ニ於テ第三者ニ加フルコトアルヘキ損害ヲ未發ニ防止スルハ使用人當然ノ義務ニ屬スルモノナリ故ニ被用者カ其業務ノ執行上ニ於テ第三者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ使用者ハ被用者ノ選任監督ヲ怠リタルモノトシテ第三者ニ對シテ賠償ノ責ニ任セサルヘカラス然レトモ使用者ハ被用者カ第三者ニ加ヘタル一切ノ損害ニ付キ責任ヲ負フモノニアラスシテ其責任ハ法文ノ示ス

如ク事業ノ執行ヨリ生シタル損害ノ賠償ニ制限セラルルモノナリ故ニ馬車ノ營業人ハ其雇人カ馬車ヲ疾驅セシメタル爲メニ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スルノ義務アルモ其雇人カ飲酒ノ末他人ヲ毆打シテ之ヲ殺傷シタル所爲ニ對シテ賠償ノ責任ヲ負フコトナシ蓋シ使用者ノ責任ハ自己ノ經營スル事業ニ他人ヲ使用シタルニ基因スルモノナレハ其責任ノ範圍モ亦事業ノ執行ニ關スル事項ニ限定セラルヘキハ當然ナルヲ以テナリ使用者ニ代リテ事業ノ監督ヲ爲ス者ニ對シテモ亦同一ノ理論ヲ適用シテ其責任ヲ定ムルコトヲ要ス

使用人及ヒ監督者ノ責任ハ被用者ノ選任又ハ事業ノ監督上ニ於テ怠慢アリタルコトヲ豫想スルヲ以テ使用人カ被用者ノ選任及ヒ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シ過失怠慢ノ責ムヘキモノナカリシコトヲ證明シタルトキハ責任ノ因テ生スル基本ノ事實ヲ缺クニ至ルヲ以テ被害者ニ對シテ賠償ヲ爲スノ義務ナシトス使用者ニ代リテ事業ノ監督ヲ爲スモノカ事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルコトヲ證明シタル場合亦同シ

法人ニ付キテハ民法第四十四條ニ「法人ハ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スルノ責ニ任ス」トアルヲ以テ法人ノ理事又ハ其他ノ代理人カ其職務ニ關シテ爲シタル加害行爲ハ卽チ法人其人ノ爲シタル加害行爲トシテ法人ニ於テ其責ニ任セサルヘカラス茲ニ於テ法人ノ經營スル事業ノ執行上ニ於テ使用セラルル者カ他人ニ加ヘタル損害ニ付キ法人カ其責ニ任スルヤ否ヤハ理事其他ノ代理人カ被用者ノ選任及ヒ事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルヤ否ヤニ依リテ定マル換言スレハ使用者ノ選任及ヒ其監督ニ關スル理事其他ノ代理人ノ怠慢ハ法人ノ行爲トシテ其不利益ニ於テ效ヲ生スルモノナリ何トナレハ理事其他ノ代理人ハ使用者ノ選任及ヒ監督ヲ誤リ因テ以テ他人ニ損害ヲ加ヘタルモノニ外ナラスシテ民法第四十四條ノ場合ニ該當スルヲ以テナリ

使用者、監督者カ被害者ニ對シテ賠償ノ責ニ任スルコトハ被害者ニ對スル被用者本來ノ責任ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ而シテ此場合ニ於テハ賠償

義務者ハ各自損害ノ全部ヲ賠償スルノ義務ヲ負フニ止マリ其相互ノ間ニ連帶ノ關係ナシト雖モ被害者カ賠償義務者中ノ或者ヨリ其損害ノ全部又ハ一部ノ賠償ヲ受ケタルトキハ其權利ハ全部又ハ一部消滅ニ歸スヘキハ論ヲ俟タス且使用者又ハ監督者カ被害者ノ請求ニ依リ損害ノ賠償ヲ爲シタルトキハ轉シテ加害行爲ヲ爲シタル被用者ニ對シテ其償還ヲ請求スルノ權利ヲ有スルモノナリ

第二 註文者ハ請負人カ其仕事ニ付テ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スルノ責ニ任セス

是レ第七百十六條前段ニ規定スル所ニシテ請負ノ性質ヨリ生スル結果ナリ何トナレハ請負人ハ獨立シテ請負事業ノ完成ニ從事スルモノニシテ註文者ノ指揮監督ヲ受ケ其手足トナリテ事業ノ執行ヲ爲スモノニ非サルヲ以テナリ然レトモ請負人ノ加害行爲カ註文又ハ指圖ニ關スル註文者ノ過失ニ基因スルトキ卽チ註文者カ其過失ニ因リ他人ニ損害ヲ加フヘキ性質ノ註文又ハ指圖ヲ爲シ請負人カ其註文指圖ニ從ヒ動作シ其結果他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ註文者モ亦其損害ニ付キ責ヲ免ルルコトヲ得ス何トナレハ其損害ハ結局註文者ノ過失ニ基因スルモノニシテ其間ニ因果ノ連絡アルヲ以テナリ是レ第七百十六條ノ但書ノ規定アル所以ナリ

第三節 土地ノ工作物、竹木ヨリ生スル損害

損害カ直接ニ人ノ行爲ヨリ生シタル結果ニアラスシテ無生物タル工作物又ハ竹木ヨリ生シタルモノナルトキハ何人カ其賠償ノ責ニ任スヘキヤノ問題ニ關シテハ民法第七百十七條ニ特別規定アリ卽チ左ノ如シ

第一 土地ノ工作物ノ設置又ハ保存ニ瑕疵アルニ因リテ他人ニ損害ヲ生シタルトキハ其工作物ノ占有者ハ被害者ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任ス

所謂工作物トハ家屋工場其他ノ建物堤防溝渠地窖貯水池等土地ノ上ニ施ス一切ノ建設物ヲ意味シ此等工作物ノ設計工事ノ不完全ナルハ所謂設置ノ瑕疵ニシテ工事後ニ於テ其修理ヲ等閑ニ付スルハ保存ノ瑕疵ニ該當スト而シテ

工作物ノ占有者ハ現ニ其工作物上ニ實權ヲ行フモノニシテ工作物ニ補修ヲ加ヘ損害ヲ未然ニ豫防スルコトヲ得ルノ地位ニアルモノナレハ法律ハ占有者ヲシテ先ツ第一ニ工作物ノ瑕疵ヨリ生スル危害ヲ豫防スルノ責ニ任セシメ損害ノ生シタル場合ニ付キ之ヲ賠償スルノ義務ヲ負ハシムルモノナリ然レトモ占有者ハ絕對無限ニ賠償ノ責任ヲ負フモノニアラスシテ法文ノ示ス如ク損害ノ發生ヲ防止スルニ必要ナル注意ヲ爲スノミヲ以テ足リ夫レヨリ以上ニ於テ責任ヲ負フコトナシ故ニ工作物ノ修補ニ付キ他ニ責任者アル場合ニ於テハ損害ヲ豫防スルカ爲メニ必要ナル應急處分ハ占有者自カラ之ヲ爲スコトヲ要スルモ其處分急速ヲ要セサルトキハ其責任者ニ對シテ其修補ヲ通知スルヲ以テ足リ自カラ之ヲ爲ス義務ナシトス

第二 損害ノ發生ニ付キ工作物ノ占有者ニ責任ナキ場合ニ於テハ工作物ノ所有者其責ニ任ス

工作物ノ所有者ハ常ニ其工作物ヲ完全ナル狀態ニ維持シ其設置保存ノ瑕疵ノ爲メニ損害ノ發生スルコトヲ豫防スルノ義務アリ故ニ工作物ノ所有者カ

工作物ノ瑕疵ノ爲メニ生シタル損害ヲ賠償スルハ工作物ノ所有者ナシテ負擔スヘキ當然ノ義務ニ屬スルモノナリ唯工作物ノ所有者カ同時ニ其占有者ニアラサルトキハ工作物ノ修補ハ現ニ工作物ヲ占有スル者ニ於テ之ヲ爲スヲ穩當トスルヲ以テ工作物ノ占有者ヲシテ第一位ニ於テ其責ニ任セシムルニ過キス從テ占有者ニ責任ナキトキハ一般ノ原則ニ從ヒ所有者ヲシテ其責ニ任セシムルコトヲ要ス是レ第七百十七條但書ノ規定アル所以ナリ

第三 竹木ノ栽植又ハ支持ニ瑕疵アル場合ニ於テモ前同一ノ原則ヲ適用スヘキモノトス

竹木ノ栽植ノ瑕疵トハ竹木ノ栽植方法其當ヲ得サルコトヲ意味シ竹木ノ支持ノ瑕疵トハ竹木ノ倒壞ヲ豫防スルニ必要ナル設備ノ不完全ナルヲ謂フ蓋シ竹木ノ栽培支持其當ヲ得サルトキハ之カ爲メ其竹木ノ破壞顚倒ヲ惹起シ隣地ニ損害ヲ生シ又ハ人身ニ危害ヲ及ホスノ虞アルヲ以テ此場合ニ於テモ亦竹木ノ占有者先ツ其責ニ任シ占有者ニ責任ナキ場合ニ所有者其責ニ任スルモノトス蓋シ工作物ノ設置、保存ニ瑕疵アルニ因リ他人ニ損害ヲ生シタル

場合ト同一精神ニ基クモノナリ

第四 前二項ノ場合ニ於テ他ニ損害ノ原因ニ付キ其責ニ任スヘキ者アルトキハ占有者ハ之ニ對シテ求償權ヲ行使スルコトヲ得

是レ第七百十七條第三項ニ規定スル所ニシテ前說明セル如ク賠償義務者ハ工作物、竹木ノ占有者又ハ所有者トシテ被害者ニ對シ賠償ノ責ヲ負フニ止マリ其損害ハ結局何人ニ於テ負擔スヘキヤハ自カラ別問題ニ屬スルヲ以テ他ニ其損害ニ付キ責任ヲ負フ者アルトキハ被害者ニ對シ賠償ヲ爲シタル占有者、所有者ハ更ニ其責任者ニ對シテ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ例之竹木、工作物ヨリ生シタル損害カ請負人ノ過失ニ基因シタル場合ノ如シ

第四節 動物ノ加ヘタル損害

動物ノ占有者及ヒ之ニ代リテ動物ヲ保管スル者モ亦其動物カ他人ニ加ヘタル損害ニ付キ賠償ヲ爲スノ責ニ任ス所謂「動物ノ占有者」トハ自己ノ爲メニ動物ヲ占有スル者ヲ謂フ例之動物ノ所有者質取主借主ノ如シ「之ニ代リテ占有ヲ爲ス者」トハ他人ノ委託ヲ受ケテ單ニ動物保管ノ責ニ任スルモノヲ謂フ例之雇主ノ爲メニ動物ヲ監守スル雇人ノ如シ而シテ占有者及ヒ保管者ノ責任モ亦一般ノ原則ニ從ヒ其過失ヲ豫想スルモノナレハ此等ノ者カ動物ノ種類性質ニ從ヒ相當ノ注意ヲ以テ其保管ヲ爲シタルトキハ何等過失ノ責ムヘキモノナキヲ以テ賠償ノ責任ヲ負ハサルモノトス是レ民法第七百十八條ニ規定スル所ナリ但或種類ノ動物ニ付キテハ過失ノ有無ニ拘ハラス所有者又ハ占有者ヲシテ賠償ノ責ニ任セシムル法制アルモ我民法ハ過失ナキ占有者ヲシテ賠償ノ責ニ任セシムルハ不法行爲ノ觀念ニ反スルヲ以テ此場合ニ於テモ亦占有者ニ過失ノ責アルコトヲ必要トシタルナリ

第五節 共同ノ不法行爲ヨリ生シタル損害

各人ハ自己ノ故意過失ニ基因スル加害行爲ニ對シテノミ責任ヲ負フヘキモノニシテ他人ノ爲シタル加害行爲ニ對シテ責任ヲ負ハサルヲ原則トスルモ數人

カ共同シテ不法行爲ヲ爲シタル場合ニ於テハ共同者ハ各自ニ他ノ共同者ノ爲シタル損害ニ對シテモ其責ニ任セサルヘカラス是レ第七百十九條ニ規定スル所ニシテ同條ノ規定ヨリ左ノ結果ヲ生ス

第一 數人カ共同ノ不法行爲ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ各自連帶シテ其賠償ノ責ニ任ス

數人カ共同ノ行爲ニ因リテ他人ニ損害ヲ加フルトハ數人カ共同シテ同一ノ不法行爲ニ干與シタル場合ニ於テ各自ノ行爲ト因テ生シタル損害トノ間ニ因果ノ連絡アルコトヲ意味シ數人ノ行爲カ同一ノ結果ノ發生ニ必要ナリシコトヲ必要トス從テ行爲ノ合同アルモ因テ生シタル結果カ同一ナラサルトキ又ハ數人ノ行爲カ同一ノ結果ヲ生スルモ其行爲ハ各獨立シテ合同シテ之ヲ爲シタルニアラサルトキハ玆ニ所謂共同ノ不法行爲ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルモノト謂フヲ得ス然レトモ加害者相互間ニ於テ客觀的ニ行爲ノ合同アリテ同一ナル損害ヲ生シタル以上ハ共同ノ不法行爲ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルモノト謂フコトヲ得ヘク其相互間ニ於テ主眼的ニ通謀意思ノ連絡アルコトヲ必要トセス卽チ左ノ如シ

一 加害者間ニ意思ノ連絡アル場合　數人ノ者カ共同シテ不法行爲ヲ爲ソント決意シ之ヲ分擔實行シタルトキハ其間ニ共同ノ關係ヲ生スルハ疑ヲ容レス例之甲乙ノ二人カ丙ヲ殺害セント企テ甲先ツ丙ニ對シテ一擊ヲ加ヘテ之ヲ死ニ致シタル場合ニ於テ甲乙間ニ行爲ノ合同アリテ甲、乙ノ各行爲ハ相待テ丙ノ致死ノ原因トナリタルモノナレハ甲乙ノ行爲ハ共同ノ不法行爲ニシテ各自連帶シテ致死ノ結果ニ對スル責任ヲ負擔スルコトヲ要スルヤ明カナリ然レトモ(一)數人ノ者カ共同シテ不法行爲ヲ爲サント企テタル場合ニ於テ其中ノ或者カ實行行爲ニ干與シ他ノ者カ之ニ干與セサリシトキ例之甲、乙、丙ノ三人カ丁ニ對シテ宿怨アリ之ヲ殺サント決意シ謀議ヲ遂ケタル上甲乙其實行ヲ擔任シ暗夜ニ乘シ丁ヲ途中ニ要シテ之ヲ殺害シタルカ如キ場合ニ於テハ現ニ其行爲ニ干與シタル甲、乙者ノ間ニ於テノミ共同ノ關係成立シ之ニ干與セ

サル丙ハ共同ノ不法行爲者トシテ其責ニ任スルコトナキヤ否ヤハ疑ハシキ問題ナリ蓋シ此場合ニ於テハ非干與者丙ハ主觀的ニハ不法行爲ニ原因ヲ與ヘタルモノナレトモ客觀的ニハ其行爲ヲ共ニセサリシモノニシテ民法第七百十九條ニ所謂共同ノ不法行爲中ニハ單ニ客觀的行爲ノ合同ノミヲ意味シ主觀的共同關係ヲ包含セサルヤ否ヤハ學者間議論ノ存スル所ニシテ多數ノ學者ハ刑法ノ共犯ノ場合ニ於ケルト等シク客觀說ニ左祖スル所ナリ然レトモ不法行爲カ多數共同ノ意思ニ基ツク場合ニ於テ其中ノ一名又ハ數名カ實行ヲ擔任シタルトキハ實行者ハ自己ノ爲メ竝ニ他ノ共同者ノ爲メニ其行爲ヲ爲スモノニ外ナラナルヲ以テ現ニ其實行ニ干與セサル者モ亦其結果ニ對シテ責任ヲ負フモノト爲ス主觀說ヲ正當ナリト信ス又(二)數人カ共同シテ實行行爲ヲ爲スモ各自ニ各別ノ損害ヲ加ヘタル場合ニ其間ニ意思ノ連絡ナキトキハ各自其現ニ加ヘタル損害ニ對シテ責任ヲ負フニ止マリ他ノ者ノ加ヘタル損害ニ對シテ責任ナキハ論ヲ俟タスト雖モ其相互ノ間ニ意思ノ連絡アリテ各自カ共同ノ意思ニ基ツキ其行爲ヲ分擔實行シタルモノナルトキハ各自ヲシテ全部ノ損害ニ付キ責ヲ負ハシムヘキヤ否ヤノ問題モ亦主觀說ヲ採用スルト客觀說ヲ採用スルトニ依リテ其解釋ヲ異ニスヘシト雖モ余ハ此場合ニ於テモ主觀主義ニ從ヒ共同者ヲシテ全責任ヲ負ハシムルヲ可ナリト信ス

二 意思ノ連絡ナキ場合　數人ノ不法行爲者ニ意思ノ連絡ナキ場合ト雖モ各自合同シテ不法行爲ヲ爲シ且各自ノ行爲カ相共ニ同一ノ結果ヲ發生スルノ必要條件ヲ構成スルトキハ之ヲ以テ共同不法行爲トシ各自ニ其全部ノ損害ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラス而シテ其不法行爲ハ總員ノ故意ニ基因スルト、其過失ニ基因スルトヲ區別スルコトナシ例之(一)甲、乙二人ノ者カ鑛ヲ以テ一狂犬ヲ繫キ之ヲ病院ニ牽行ク途中不注意ヲ以テ其狂犬ヲ逸走セシメ之カ爲メ人ヲシテ咬傷ヲ被ラシメタル場合(二)甲其監督內ノ道路ニ一大坑ヲ穿チ之ヲ塡塞スルコトヲ怠リタルニ偶マ乙丙ノ二人其道路ヲ通行スルニ際シ乙丙ニ戲レ丙ヲシテ其坑內ニ墜落セシメ負傷セシメクル場合(三)甲、乙二人自働

車ニ駕乘シテ競爭ヲ試ミ兩車ノ間ニ通行人ヲ壓迫シテ之ヲ殺傷シタル場合(四)甲乙二人カ同一ノ家屋ノ同一ノ場所ニ放火シ各自ノ使用シタル燃料カ相待テ其家屋ヲ燒燬スルニ至リタル場合(五)船舶汽車電車ノ操縱其當ヲ失シ互ニ相衝突シテ人ノ身體財產ヲ毀損シタル場合ノ如シ然レトモ夫レ自體ニ於テ獨立セル各別ノ行爲ヲ以テ加ヘタル損害ハ各獨立ノ不法行爲ヲ成立セシムルモノニシテ加害者相互間ニ於テ共同不法行爲者トシテノ責任ヲ發生セシムルコトナシ例之甲暗夜强盜ヲ爲スノ目的ヲ以テ乙ニ對シテ正面ヨリ發砲シタルニ偶マ丙モ亦强盜ヲ爲スノ目的ヲ以テ背部ヨリ乙ニ發砲シ乙ヲ死ニ致シタルトキハ甲乙ハ各別ニ不法行爲者トシテ其責任ヲ負擔スルコトナシ何トナレハ此ニ任シ共同不法行爲者トシテ連帶責任ヲ以テナリ

場合ニ於テハ兩者間ニ行爲ノ共同存セサルヲ以テナリ

第二 共同行爲者中ノ孰レカ損害ヲ加ヘタルヤヲ知ルコト能ハサル場合ニ於テモ亦タ各自連帶シテ賠償ノ責ニ任ス

民法第七百十九條第一項ハ數人カ同一ノ不法行爲ニ干與シタル場合ニ各ノ行爲カ損害發生ノ必要條件ヲ構成シ其一ヲ缺クニ於テハ其損害ハ發生スルコトヲ得ヘカラサリシ事實關係ノ認識セラレ得ル場合ニ適用セラルヘキ規定ナルハ前項ニ說明スル所ニ依リテ明カナリ故ニ數人カ同一ノ不法行爲ニ干與シタル場合ニ其不法行爲ヨリ生シタル損害ハ何人カ之ヲ加ヘタルヤヲ知ルコト能ハサル場合ニ於テハ第一項ノ規定ニ依リテ各自ノ責任ヲ定ムルコトヲ得ス同條第二項ハ卽チ此場合ニ關スル規定ヲ包含スルモノニシテ其不法行爲ニ干與シタル者ハ其損害ニ付キ各自連帶シテ賠償ノ責ニ任スヘキモノトス而シテ第二項ニ所謂共同行爲者トハ如何ナル人ヲ指スヤノ問題ニ付キテハ學者間ニ議論ノ存スル所ニシテ之ヲ三個ニ區別スルコトヲ得

甲 共同行爲說 此說ニ依ルトキハ同一ノ行爲ニ數人カ干與シタル場合ニ其結果トシテ損害ヲ生シタルトキハ各自ノ行爲ハ夫レ自體ニ於テ犯罪行爲ヲ構成スルト否トニ拘ラス苟クモ其一人ノ爲シタル行爲カ損害ヲ生シタルトキハ其行爲ニ干與シタル者ハ共同ノ不法行爲者トナル例之數人ノ青年カ行人稀ナル原野ニ於テ相共ニ投石ノ競技ヲ試ミタルニ偶マ其中ノ

一人ノ投シタル石塊カ通行人ヲ打撃シ負傷セシメタリトスルトキハ其競技ニ干與シテ投石ヲ爲シタル青年ハ總テ共同不法行爲者トナリ被害者ニ對シテ連帶責任ヲ負擔スルモノトス然レトモ原野ニ於ケル投石ノ競技ハ夫レ自體ニ於テ不法行爲ニアラサルヲ以テ偶マ其中ノ一人ノ行爲カ不法行爲ヲ構成スルモ之カ爲メ其總員ヲ以テ共同不法行爲ナリトスルハ法律ノ明文ニ反シ共同不法行爲者ナル語ノ意義ヲ、不當ニ擴張スルモノニシテ解釋ノ當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス

乙　因果連絡說　此說ニ依レハ同一ノ不法行爲ニ數人カ干與シタル場合ニ損害ヲ生セシメタル人ノ何人タルヤヲ知ルコト能ハサルモ各自カ少クモ主觀的ニ其損害ノ發生ニ原因ヲ與ヘタル者ト認メラルヘキ場合ニ於テハ之ニ干與シタル者ハ總テ共同不法行爲者ト爲ルモノニシテ此因果關係カ認メラレサルトキハ共同ノ不法行爲者ニ非ス然レトモ此說ハ第一項ノ共同不法行爲者ト第二項ノ共同不法行爲ノ區別ヲ不明ナラシムルノ缺點アルノミナラス第二項ハ各自ノ行爲ト損害トノ間ノ因果關係ヲ認ムルコトヲ能ハサル場合ヲ規定シタルモノナルコトハ其明文ニ徵シテ明カナルヲ以テ此說モ亦其當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス

丙　共同不法行爲說　此說ハ數人カ共同シテ不法行爲ヲ爲シタル場合ニ其中ノ何人カ損害ヲ生セシメタルヤヲ知ルコト能ハサルトキハ其行爲ニ干與シタル者ヲ以テ共同不法行爲者ト爲スモノナリ此說ハ數人ノ干與シタル行爲ハ不法行爲タルコトヲ要シ數人カ單ニ或行爲ニ干與シタル場合ニ其行爲ノ結果トシテ他人ニ損害ヲ加ヘ不法行爲ヲ構成スルヲ以テ足レリトセサルノ點ニ於テ第一說ト異ナリ又各自ノ行爲ト損害トノ間ニ因果ノ連絡ヲ認メスシテ各自ノ行爲カ損害ノ發生ニ機會ヲ與ヘタルノミヲ以テ足レリトスルノ點ニ於テ第二說ト異ナル所ナリ例之甲、乙、丙、丁カ相共ニ他人ノ家屋ニ投石シ其中ノ一人ノ投シタル石カ硝子ヲ破壞シタルモ何人カ之ヲ破壞シタルヤヲ知ルコト能ハサルトキハ甲、乙、丙、丁ノ各自ヲ以テ共同不法行爲者トシテ硝子ノ破壞ニ付キテ連帶責任ヲ負ハシムルカ如シ而シテ此說ニ依レハ前例投石競技ノ際ニ通行人ヲ傷害シタル者ノ何人タルヤ

ヲ知ルコト能ハサルトキハ何人モ其傷害ニ對シテ責任ヲ負ハサルコトトナルヘシ

民法第七百十九條第二項ノ規定ヨリ生スル結果トシテ損害ヲ加ヘタル人ノ何人タルヤカ證明セラレタルトキハ其人ノミ責任ヲ負擔シ他ノ共同行爲者ハ其責任ヲ免カルルモノトス又同條第二項ハ共同行爲者ヲ以テ加害者ト推測スルモノニ外ナラサルヲ以テ共同者ハ各自ニ其損害ハ自己ノ加ヘタルモノニアラサルコトヲ證明シテ其責任ヲ免カルルコトヲ得ヘキモノト信ス

第三 敎唆者及ヒ幇助者ノ責任ハ行爲者ニ同シ

是レ第七百十九條第三項ニ於テ敎唆者及ヒ幇助者ヲ共同行爲者ナリト看做スヨリ生スル結果ニシテ敎唆者ハ實行行爲者ヲシテ不法行爲ヲ爲スノ決意ヲ爲サシメテ損害ノ因ヲ爲シタル者又幇助者ハ不法行爲ヲ容易ナラシメテ損害ノ發生ニ干與シタルモノナレハ共同行爲者トシテ連帶責任ヲ負ハシムルヲ正當ナリトス刑法ニ於テハ敎唆者ハ原則トシテ正犯ト同一ノ責任ヲ負フモ時アリテ其責任ニ差等アルノミナラス幇助者ハ所謂從犯トシテ正犯ヨリモ輕キ責任ヲ負フモノナリ是レ刑事上ノ責任ハ犯人ノ罪惡ニ對シテ懲罰ヲ加フルヲ目的トスルヨリ生スル結果ナリ之ニ反シテ民事上ノ責任ハ各人ヲシテ其故意過失ヨリ生シタル結果ニ對シテ賠償ノ責ヲ負ハシムルヲ以テ目的トスルモノナレハ苟モ或人ノ故意過失ト他人ノ被リタル損害トノ間ニ因果ノ連絡アルニ於テハ損害賠償ノ責任從テ生スルモノニシテ加害者ノ罪惡其加功ノ程度如何ヲ問フノ必要ナシ是レ敎唆者及ヒ幇助者モ亦被害者ニ對シ共同行爲者トシテ同一ノ責任ニ服從スル所以ナリ

第四章 防禦行爲

防禦行爲トハ自己ノ權利ヲ防衞スルカ爲メニ爲ス行爲ヲ謂フ蓋シ法制完備セス權利ノ保護充分ナラサル往時ニ在テハ人民ハ各自ニ自己ノ權利ヲ防禦スルノ任ニ當リ自衞權ノ範圍極メテ廣大ナリシモ世運ノ進歩ト共ニ權利ノ保護ニ關スル制度亦漸ク發達スルニ至リ自衞權ノ範圍大ニ縮少セラレ現今法治國ニ於テハ權利ノ侵害ニ對スル救濟ハ常ニ必ラス法律ニ定ムル手段方法ニ依ルヘ

キモノトシ各人ニ於テ自カラ救濟ヲ爲スコトヲ許サス唯萬止ムヲ得サル極メテ例外ノ場合ニ限リ自衞權ヲ認ムルコトハ各國法制ノ一致スル所ナリ我民法モ亦第七百十二條ニ於テ之ヲ規定セリ卽チ左ノ如シ

第一 他人ノ不法行爲ニ對シ自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衞スル爲メ止ムコトヲ得スシテ加害行爲ヲ爲シタル者ハ損害賠償ノ責ニ任セス

是レ第七百二十條第一項前段ニ規定スル所ニシテ所謂正當防衞ノ場合ニ該當スル而シテ加害行爲カ正當防衞トシテ適法行爲タルカ爲メニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

一 其行爲カ自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衞スル爲メナルコト　茲ニ所謂權利中ニハ身分權財產權等一切ノ私權ヲ包含シ加害者ノ行爲カ正當ナル權利ノ行使トナルニハ他人ノ不法行爲ニ對シ自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衞スルカ爲メニ爲サレタルコトヲ必要トス例之強盜ノ侵入ニ際シ自己又ハ家人ノ身體ヲ防衞スルカ爲メ強盜ヲ殺傷シタル場合ノ如シ蓋シ法治國ニ在テハ權利ノ侵害ニ對スル救濟ハ常ニ必ラス法律ニ定ムル手段方法ニ依

ルコトヲ要スルハ前述ノ如シト雖モ此原則ハ絕對的ニ之ヲ適用スルコトヲ得ス何トナレハ權利ノ侵害ニ對スル法律ノ保護ハ其來ル常ニ遲キカ故ニ現ニ自己又ハ他人ノ權利ヲ不法ニ侵害スル者アルモ之ヲ防止スルコトヲ得ス袖手傍觀シテ侵害行爲ヲ遂ケシムルノ止ムヲ得サルニ至ルヘケレハナリ是レ法律カ或程度ニ於テ各人ニ自衞自助ヲ許ス所以ナリ故ニ各人カ自己又ハ第三者ノ權利防衞ノ爲メニ爲ス行爲ハ法律ノ認許スル正當ノ權利行爲ナルヲ以テ之レヨリ生スル損害ニ對シテ責任ヲ負フヘキ理由ナク其損害ヲ被リタル者ノ不法行爲者其人タルト其以外ノ第三者タルトハ之ヲ問フノ必要ナシトス唯被害者カ第三者ナルトキハ第三者ハ轉シテ不法行爲者ニ對シ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ是レ第七百二十條第一項後段ニ規定スル所ナリ蓋シ正當防衞ノ爲メニ生シタル損害ハ不法行爲者ノ行爲ニ基因シタルモノナレハナリ

二 已ムコトヲ得スシテ爲シタルモノナルコト　所謂已ムコトヲ得サルトハ自己又ハ第三者ノ權利ニ對スル急迫ナル侵害行爲アリテ之ヲ防止スル

カ爲メ法律ノ保護ヲ仰クノ遑ナカリシコトト他ニ損害ヲ發生セシムルコトナクシテ權利保護ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘキ適當ノ手段方法ナカリシコトヲ必要トス故ニ第三者ノ侵害行爲カ急迫ナラサリシトキ又ハ之ヲ防衞スルカ爲メニ加害者ノ用キタル手段カ其當ヲ得サリシトキハ其行爲ハ不法行爲タルヲ失ハサルモノトス例之警察官吏ニ申告シテ強盜ヲ逮捕シ危害ヲ未然ニ豫防スルコトヲ得ル場合又ハ財物ノ奪取ヲ防ク爲メニ必ラスシモ腕力ヲ用ユルコトヲ要セサル場合ニ強盜ヲ殺傷シタルトキハ加害者ノ行爲ハ不法行爲ニシテ權利行爲トナラサルカ如シ蓋シ法律ハ一般ノ自助自衞ヲ禁スルモ私權保護ノ必要上已ムコトヲ得サル場合ニ限リ之ヲ許スモノニ外ナラサルヲ以テ自衞權ノ行使ハ常ニ法律ノ制限内ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラス從テ此制限ヲ超エテ爲シタル自衞ノ行爲ハ一般ノ原則ニ從ヒ不法行爲トナスモノトス

第二 他人ノ物ヨリ生シタル急迫ノ危難ヲ避クル爲メ其物ヲ毀損シタル場合ニ於テモ亦前項ノ規定ヲ準用ス

是レ所謂緊急狀態ニシテ此場合ニ於テモ加害者ノ行爲ハ自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衞スルノ必要ニ出テタルモノナルコトハ正當防衞ノ場合ニ同シト雖モ其相異ナルノ點ハ被害者ノ防衞セントスル權利ヲ迫害スル所ノ原因カ前者ニ在リテハ人ノ不法行爲ナルニ後者ニ在リテハ他人ノ所有物ナルニ在リ然レトモ權利保護ノ爲メニ自衞ヲ許スノ必要ハ彼此全ク同一ナルヲ以テ同一ノ制限條件ノ下ニ他人ノ所有物ヲ破壞シ其物ヨリ生スル危險ヲ除クノ行爲ハ民法上ニ於テ無責任ナリトセリ蓋シ此場合ニ於テモ法律ハ他人ノ所有物破壞ノ行爲ヲ以テ不法行爲ナリト看做サルルモノナレハ加害者ハ民事上ニ於テ責任ナキノミナラス刑事上ニ於テモ亦責任ナシトス何トナレハ犯罪ハ有責違法ノ行爲ナルニ加害者ノ行爲ハ此性質ヲ缺クヲ以テナリ

民法第七百二十條ノ所謂物ノ中ニハ無生物ハ勿論動物ヲモ包含スルモノトス何トナレハ我民法上動物モ亦有體物トシテ物タルコトヲ失ハサルヲ以テナリ然レトモ民法ハ他人ノ物ヨリ生シタル危難ニ付キテノミ自衞權ヲ認メ其他ノ原因ヨリ生シタル危難ニ付キテハ自衞權ヲ認メサルヲ以テ刑法ノ緊

急狀態ニ比シテ其範圍遙カニ小ナルヲ以テ加害者カ刑事上ノ責任ナキ場合ト雖モ民事上ニ於テハ尙ホ賠償ノ責任ヲ免カルルコトヲ得サルノ結果ヲ生ス又民法第七百二十條第一項ノ規定ハ全部第二項ノ場合ニ準用スルコトヲ要スルヲ以テ物ノ所有者又ハ占有者ニ故意又ハ過失ノ責ムヘキモノアルトキハ被害者ハ之ニ對シテ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ妨ケサルモノトス

第五章　損害賠償ノ範圍及ヒ方法

第一節　損害賠償ノ方法

不法行爲ヨリ生スル損害賠償ノ方法ニ付キテハ民法第七百二十二條ハ民法第四百十七條ノ規定ヲ準用セルヲ以テ金錢ヲ以テ之ヲ定ムルヲ原則トス故ニ被害者ノ失ヒタル利益カ取引上ニ於テ金錢ニ見積ルコトヲ得ルト否トニ拘ハラス裁判所ハ加害者ニ對シテ一定ノ金額ヲ被害者ニ給付スヘキコトヲ命令スルコトヲ要ス

然レトモ民法第七百二十三條ノ規定ニ依ルトキハ他人ノ名譽ヲ毀損シタル者ニ對シテハ裁判所ハ被害者ノ請求ニ依リ損害賠償ニ代ヘ又ハ損害賠償ト共ニ名譽ヲ回復スルニ適當ナル處分ヲ命令スルコトヲ得ヘシ蓋シ名譽ノ毀損ニ對シテ金錢ノ賠償ヲ爲スハ要スルニ一ノ慰藉方法タルニ過キスシテ事實上毀損セラレタル名譽ヲ原狀ニ復スルノ效力アルモノニアラス故ニ他ニ名譽ヲ回復スルニ適スル手段方法アルニ於テハ其方法ニ依ルハ名譽ノ毀損ニ對スル救濟處分トシテ最モ宜シキヲ得タルモノト謂ハサルヲ得ス是レ民法第七百二十三條ノ規定アル所以ナリ例之加害者ノ費用ヲ以テ被害者ニ對スル謝罪狀ヲ新聞紙ニ廣告スルカ如シ此方法ハ民法實施以前ヨリ今日ニ至ルマテ慣用セラレ來リタル所ナリ

第二節　損害賠償ノ範圍

加害者カ被害者ニ支拂フヘキ損害賠償ノ範圍ニ付キテハ民法中特別ノ規定ナク又民法ハ債務ノ不履行ニ關スル民法第四百十六條ノ規定ヲ不法行爲ニ準用セサルヲ以テ解釋上疑問ヲ生シ學者ノ意見三個ニ分カレ未タ其歸著ヲ見ルニ

至ラス卽チ其一ハ苟クモ加害者ノ行爲ト被害者ノ損失トノ間ニ因果連絡アルニ於テハ其損害ノ直接ナルト間接ナルトヲ通常生スヘキモノナルト特別ノ事情ヨリ生シタルモノト又其損害ヲ豫見シ又ハ豫見シ得タルモノナルトヲ拘ハラス加害者ニ賠償責任アリトシ其二ハ加害者ハ其行爲ヨリ通常生スヘキ損害ヲ賠償スルノ責ノミニ任シ偶然ノ損害ニ對シテハ賠償責任ナシトシ第三ハ加害者ノ賠償責任ハ債務不履行ノ場合ト等シク通常生スヘキ損害ト特別ノ事情ヨリ生シタル損害ニシテ其豫見シ得ヘカリシモノヲ以テ其範圍ト爲スヘキモノトセリ余ハ第三說ヲ正當ナリトス何トナレハ第一說ハ加害者ノ責任重キニ失シ且因果律ニ關スル法則ノ範圍外ニ逸出スルノ嫌アリ第二說ハ加害者ノ責任輕キニ失シ被害者ノ正當ナル要求ヲ充タスコトヲ得サルヲ以テナリ而シテ第三者ハ民法ノ精神ニ適シ且因果律ノ觀念上ニ於テモ亦之ヲ推奬スルニ足ル蓋シ加害者カ其行爲ヨリ生シタル損害ニ對シテ賠償責任ヲ負フニハ其行爲ト損害トノ間ニ因果ノ連絡アルコトヲ必要トスルハ勿論ナルモ其所謂因果ノ連絡ハ物理上哲學上ノ因果律ニ因リテ之ヲ認ムルニ非スシテ人類

ノ共同生活關係ニ於テ加害者ニ責任ヲ負ハシムルヲ相當ナリトスル範圍内ニ於テ物理上哲學上ノ因果律ヲ應用スルコトヲ要シ其以外ニ於テ加害者ニ責任ヲ負ハシムルコトナキヲ要スルハ債務不履行ノ場合ト異ナル所ナク損害賠償ハ各人カ自己ノ行爲ヨリ生スル民事上ノ責任タルノ點ニ於テ對人權ノ侵害ニ起因スルト對世權ノ侵害ニ基因スルトニ依リ區別ヲ設クヘキ理論上及ヒ民事政策上ノ必要ナキノミナラス民法第四百十六條ノ規定ハ人類共同ノ生活上ニ於テ人ノ行爲ヨリ生スル責任ヲ定ムルニ付キ其行爲ト結果トノ間ニ存スル因果律ノ限界ヲ示シタルモノニシテ理論上及ヒ實際上其正當ナルヲ論證シ得ヘキモノナレハ論理解釋トシテモ亦類推解釋トシテモ同一ノ法則ヲ不法行爲ニ適用スルコトヲ得ヘシ蓋シ債務ノ不履行ト不法行爲トハ各固有ノ法則ニ依リテ支配セラレ別異ナル規定ノ適用ヲ受クルモノナリト雖モ何レモ有責違法ノ行爲トシテ共通ノ性質ヲ有スルヲ以テ其性質ノ許ス限リハ類推解釋ニ依リテ一方ノ規定ヲ他方ニ準用スルコトヲ得ヘキモノト爲ササルヘカラス唯民法ノ起草者ハ單ニ債權總則中ノ或規定ヲ不法行爲ニ準用スルコトヲ規定セルヲ以

テ他ノ規定ハ之カ準用ヲ許ササルモノナリトノ反對推理ノ解釋ニ餘地ヲ存スルノ嫌ナキニアラスト雖モ元來民法ハ類推解釋ヲ許ス法規ナルヲ以テ假令民法ニ特別規定ナシトスルモ尙ホ一ノ規定ヨリ類推シテ之ヲ他ニ及ホスコトハ毫モ妨ケナシト信ス是レ余カ第三說ヲ支持スル所以ナリ

損害ノ發生ニ付キ被害者ニ過失アル場合(共同懈怠竝ニ損害ノ發生擴張ニ付キ債權者ニ過失アル場合)ニ付キテハ民法第七百二十三條第二項ニ特別規定アリ裁判所ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得ルヲ以テ裁判所ハ雙方ノ過失カ如何ナル程度ニ於テ損害ノ因ヲ爲シタルヤヲ審究シ雙方ノ過失ノ輕重大小ニ從ヒ被害者ノ賠償責任ヲ輕減シ賠償額ヲ減少スルコトヲ得ヘシ然レトモ裁判所ハ加害者ノ責任ヲ斟酌スルコトヲ得サルヲ以テ被害者ニ過失アル場合ト雖モ常ニ必ラス一定ノ賠償額ヲ被害者ニ給付スヘキコトヲ加害者ニ命スルノ責務アリ是レ債務不履行ノ場合ト異ナル所ナリ又被害者ニ過失アリヤ否ヤハ一般取引上ノ觀念ヲ基礎トシテ之ヲ決定スルコトヲ要スルヲ以テ被害者カ損害發生ノ原因ヲ未然ニ防止シ損害ノ發生又ハ其擴張ヲ豫防スルニ付キ善良ナル管理者ノ注意ヲ怠ラサリシヤ否ヤヲ審究シテ過失ノ有無ヲ定ムルコトヲ要ス

夫レ自體ニ於テ金錢價格ナキ損害ニ付キテハ賠償額ハ裁判所ノ自由裁量ニ依ルヘキモノトス獨逸民法ニハ特別規定アリ我民法ニハ斯ル規定ナキモ理論上同一ノ結果ニ歸著スヘシ何トナレハ利益ノ喪失カ本來金錢ニ見積リ得ヘカラサルモノナルトキハ鑑定其他ノ證據方法ヲ以テ其範圍ヲ證明スルニ由ナキモノナレハ各個ノ場合ニ於テ其確定ヲ事實裁判所ノ自由ナル判斷ニ委スルノ外他ニ途ナキヲ以テナリ

第六章　時效

不法行爲ニ因ル損害賠償ノ請求權ハ被害者又ハ其法定代理人カ損害及ヒ加害者ヲ知リタル時ヨリ三年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅ス是レ當事者間ノ權利關係ヲ永ク不確定ノ地位ニ置クハ公益上害アルヲ以テ不法行爲ヲ認知シタル被害者ヲシテ可及的迅速ニ救濟ヲ求メシメ當事者ノ權利關係ヲ確

定セシメントスルノ必要ニ出テタルモノニシテ不法行爲竝ニ加害者ヲ認識スルニ拘ハラス救濟ヲ求メサルハ被害者ノ怠慢ナリトシ三箇年ノ經過ト共ニ被害者ノ請求權ヲ消滅セシムルモノナリ然レトモ被害者カ加害行爲又ハ加害者ヲ知ラサルトキハ之ニ對シテ救濟ヲ求ムルニ由ナキヲ以テ被害者ニ怠慢ノ責ナク之ヲシテ速カニ其權利ヲ喪失セシムルハ苛酷ニ失スルヲ以テ此場合ニ於テハ被害者ノ賠償請求權ハ普通消滅時效ノ最長期即チ二十年ノ經過ニ因リテ時效ニ罹ルモノトス是レ第七百二十條ニ規定スル所ナリ

債權各論

明治四十五年四月二十二日印刷
明治四十五年四月二十五日發行

債權各論奥付

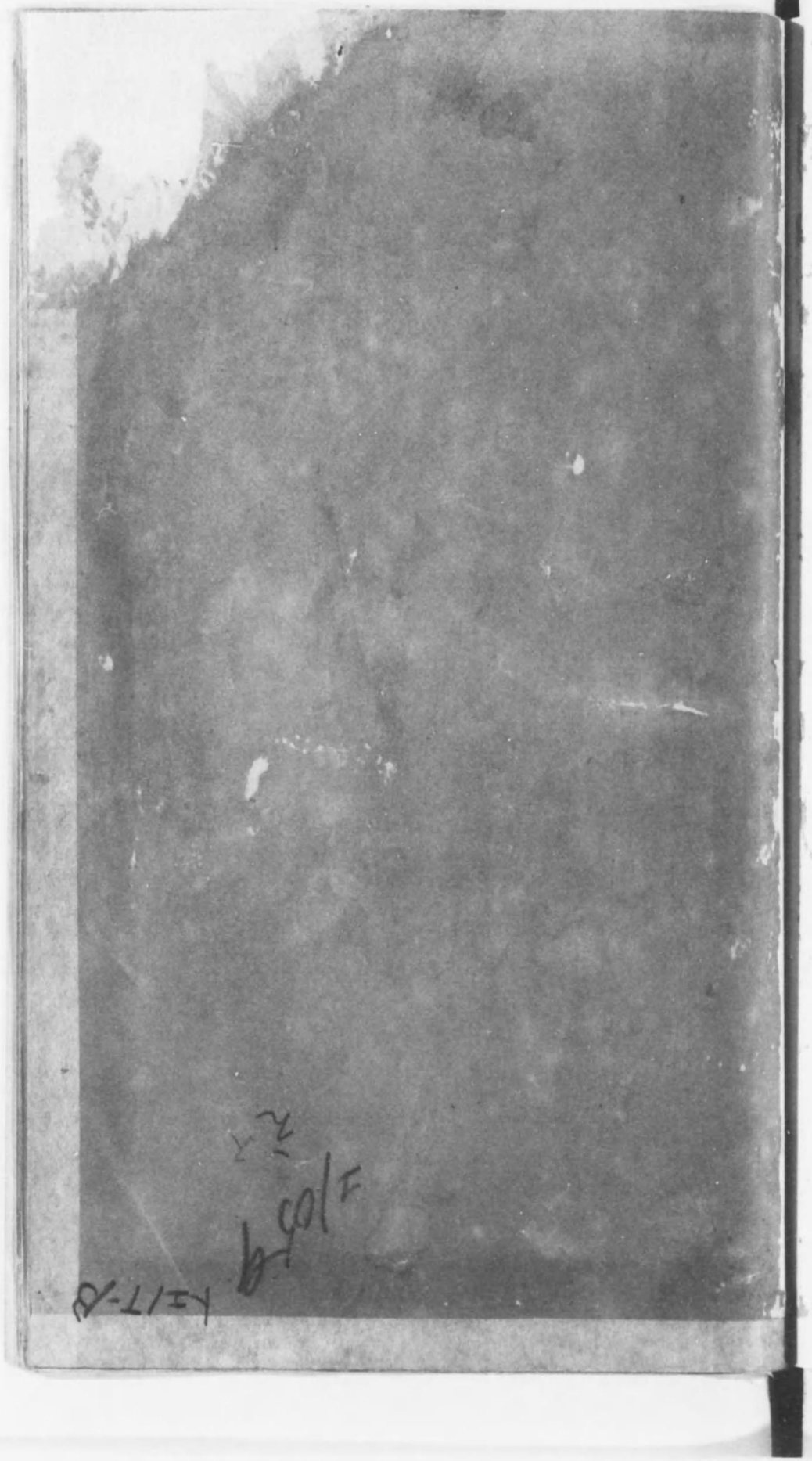
定價金貳圓七拾五錢

上製金貳拾五錢增

著作者　橫田秀雄
發行者　葉多野太兵衞
東京市神田區今川小路二丁目四番地
印刷者　小川德三郎
東京市小石川區久堅町百〇八番地
印刷所　博文館印刷所
東京市小石川區久堅町百〇八番地

發行所　東京市神田區今川小路二丁目四番地
電話本局九六五番、四四四七番
振替口座東京七四四七番
清水書店

著作權所有



終