



第

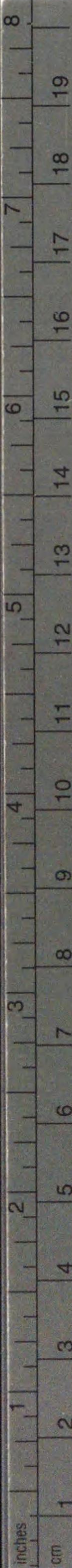
一〇

二〇

義錄合本

債權原因論

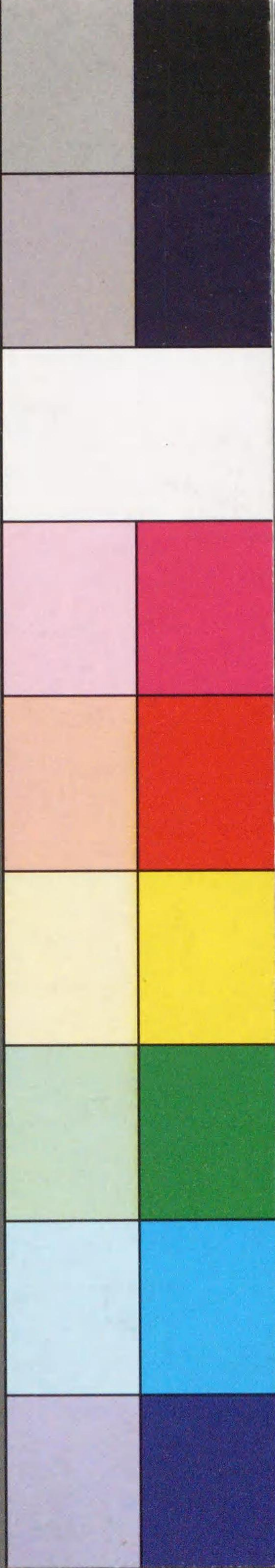
完



Kodak Color Control Patches

© Kodak, 2007 TM: Kodak

Blue Cyan Green Yellow Red Magenta White 3/Color Black

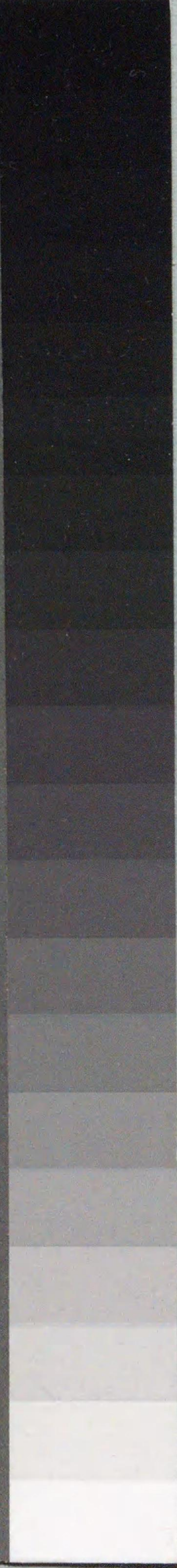


Kodak Gray Scale

© Kodak, 2007 TM: Kodak



A 1 2 3 4 5 6 M 8 9 10 11 12 13 14 15 B 17 18 19



和
第四百八十八號

法學士 磯谷幸次郎 講義

債權原因論

完

中央大學發行

債權原因論

目次

緒論

第一章 私權總說

第二章 債權ノ發生原因

本論

第一編 契約

第一章 契約ノ沿革

第二章 契約ノ意義

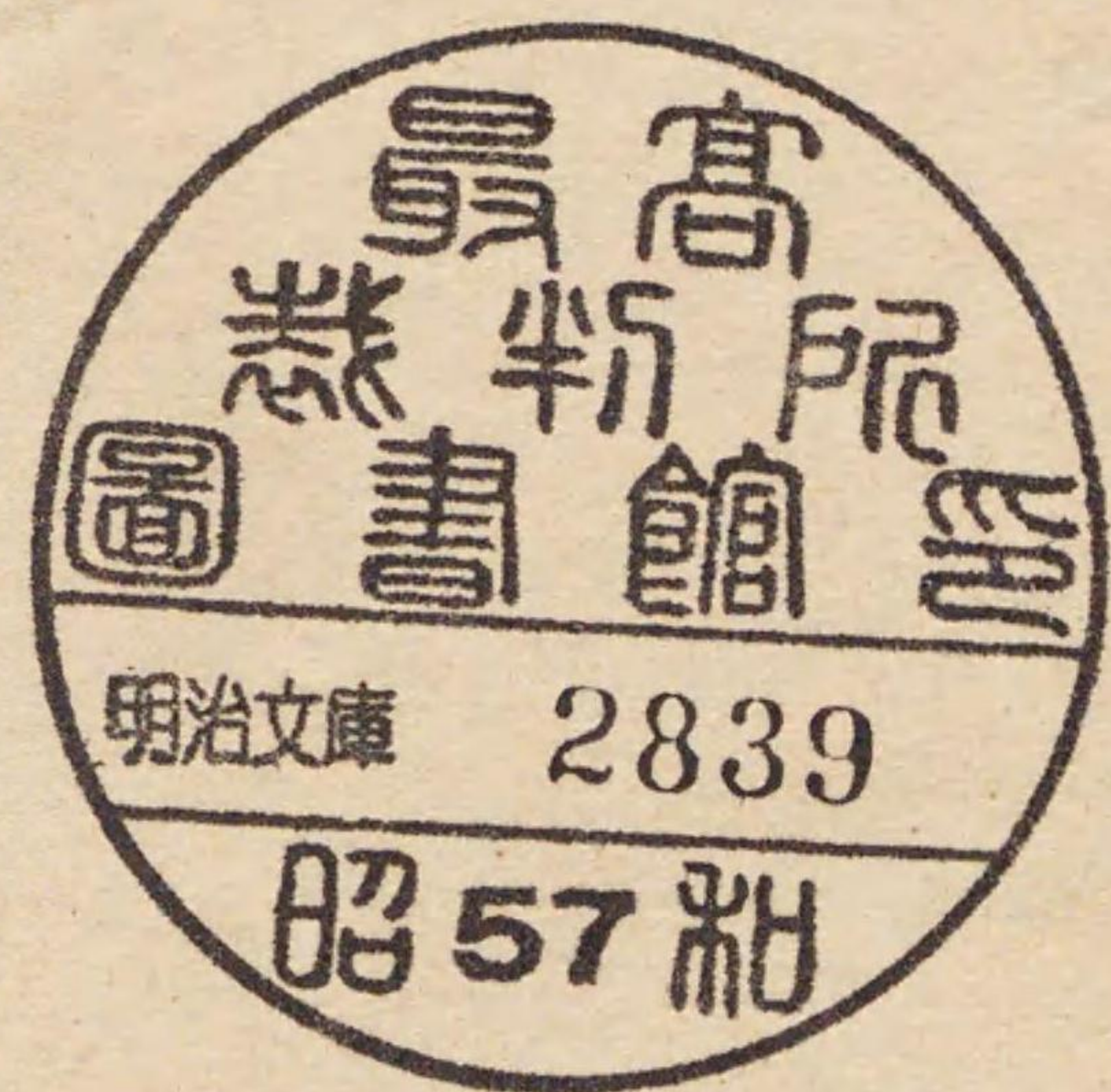
第三章 契約ノ種類

第四章 契約ノ成立

第一節 總論

債權原因論目次

一	同	二	一	一	同	同	八	四	同	一
丁	丁	六	七	五	丁	丁	丁	丁	丁	丁



債權原因論

目次

緒論

第一章 私權總說

第二章 債權ノ發生原因

本論

第一編 契約

第一章 契約ノ沿革

第二章 契約ノ意義

第三章 契約ノ種類

第四章 契約ノ成立

第一節 總論

債權原因論目次

一	同	二	一	一	同	同	八	四	同	一
	丁	六	七	五	丁	丁	丁	丁	丁	丁



第二節 申込及承諾

第一款 意思表示ノ方法

第二款 意思表示ノ合致

第三款 申込ト申込ノ誘引

第四款 申込ノ消滅

第一項 申込ノ取消

第二項 期間ノ經過

第五款 懸賞廣告

第五章 契約ノ效力

第一節 第三者ニ對スル效力

第二節 當事者ニ對スル效力

第一款 雙務契約ノ效力

第一項 同時履行ノ原則

第二項 危險負擔ノ責任

第三節 第三者ノ利益ノ爲メニスル契約

第六章 契約ノ解除

第一節 契約解除ノ性質

第二節 解除權ノ發生原因

第一款 契約ヨリ生スル解除權

第二款 法律ノ規定ニ依リ生スル解除權

第三節 契約解除ノ方法

第四節 契約解除ノ效力

第五節 解除權消滅

第二編 不法行爲

緒論

第一章 不法行爲ノ意義

第二章 不法行爲ノ構成

二

二九丁

三〇丁

三二丁

三三丁

三七丁

同丁

四二丁

六四丁

七一丁

同丁

七四丁

同丁

同丁

七七丁

九三丁

九八丁

同丁

一〇二丁

同丁

一〇三丁

一〇六丁

一〇九丁

一一三丁

一一七丁

同丁

一二二丁

一二五丁

三

第三章

不法行為ノ責任者

一六八丁

第一節

未成年者及心神喪失者ノ行為ニ對スル

責任

同 丁

第二節

被用者ノ行為ニ對スル使用者ノ責任

一七三丁

第三節

土地ノ工作物ヨリ生スル損害ノ責任

一七九丁

第四節

動物ノ加ヘタル損害ニ對スル責任

一八四丁

第四章

共同不法行為ノ責任

一八六丁

第五章

胎兒ノ損害賠償請求權

一八九丁

第六章

損害賠償ノ範圍

一九〇丁

第七章

損害賠償ノ方法

一九三丁

第八章

共同懈怠

一九七丁

第九章

時效

一九八丁

第十章

不法行為ヨリ生シタル債權ノ讓渡

一九九丁

第十一章 英法ノ準私犯

二〇一丁

第三編 事務管理

二〇二丁

第一章 總論

同 丁

第二章 事務管理ノ意義

二〇四丁

第三章 事務管理ノ效力

二〇七丁

第一節 管理者ノ義務

同 丁

第二節 管理者ノ權利

二一二丁

第四編 不當利得

二二四丁

第一章 不當利得ノ意義

同 丁

第二章 不當利得返還

二二七丁

第三章 不當辨濟ノ返還

二二九丁

第四章 不法ノ原因ニ基ク給付

二三五丁

最高裁判所図書

債權原因論目次

第一章	緒論	一
第二章	債權原因論	二
第三章	不當得喪	三
第四章	不當得喪	四
第五章	不當得喪	五
第六章	不當得喪	六
第七章	不當得喪	七
第八章	不當得喪	八
第九章	不當得喪	九
第十章	不當得喪	十
第十一章	不當得喪	十一
第十二章	不當得喪	十二
第十三章	不當得喪	十三
第十四章	不當得喪	十四
第十五章	不當得喪	十五
第十六章	不當得喪	十六
第十七章	不當得喪	十七
第十八章	不當得喪	十八
第十九章	不當得喪	十九
第二十章	不當得喪	二十
第二十一章	不當得喪	二十一
第二十二章	不當得喪	二十二
第二十三章	不當得喪	二十三
第二十四章	不當得喪	二十四
第二十五章	不當得喪	二十五
第二十六章	不當得喪	二十六
第二十七章	不當得喪	二十七
第二十八章	不當得喪	二十八
第二十九章	不當得喪	二十九
第三十章	不當得喪	三十
第三十一章	不當得喪	三十一
第三十二章	不當得喪	三十二
第三十三章	不當得喪	三十三
第三十四章	不當得喪	三十四
第三十五章	不當得喪	三十五
第三十六章	不當得喪	三十六
第三十七章	不當得喪	三十七
第三十八章	不當得喪	三十八
第三十九章	不當得喪	三十九
第四十章	不當得喪	四十
第四十一章	不當得喪	四十一
第四十二章	不當得喪	四十二
第四十三章	不當得喪	四十三
第四十四章	不當得喪	四十四
第四十五章	不當得喪	四十五
第四十六章	不當得喪	四十六
第四十七章	不當得喪	四十七
第四十八章	不當得喪	四十八
第四十九章	不當得喪	四十九
第五十章	不當得喪	五十
第五十一章	不當得喪	五十一
第五十二章	不當得喪	五十二
第五十三章	不當得喪	五十三
第五十四章	不當得喪	五十四
第五十五章	不當得喪	五十五
第五十六章	不當得喪	五十六
第五十七章	不當得喪	五十七
第五十八章	不當得喪	五十八
第五十九章	不當得喪	五十九
第六十章	不當得喪	六十
第六十一章	不當得喪	六十一
第六十二章	不當得喪	六十二
第六十三章	不當得喪	六十三
第六十四章	不當得喪	六十四
第六十五章	不當得喪	六十五
第六十六章	不當得喪	六十六
第六十七章	不當得喪	六十七
第六十八章	不當得喪	六十八
第六十九章	不當得喪	六十九
第七十章	不當得喪	七十
第七十一章	不當得喪	七十一
第七十二章	不當得喪	七十二
第七十三章	不當得喪	七十三
第七十四章	不當得喪	七十四
第七十五章	不當得喪	七十五
第七十六章	不當得喪	七十六
第七十七章	不當得喪	七十七
第七十八章	不當得喪	七十八
第七十九章	不當得喪	七十九
第八十章	不當得喪	八十
第八十一章	不當得喪	八十一
第八十二章	不當得喪	八十二
第八十三章	不當得喪	八十三
第八十四章	不當得喪	八十四
第八十五章	不當得喪	八十五
第八十六章	不當得喪	八十六
第八十七章	不當得喪	八十七
第八十八章	不當得喪	八十八
第八十九章	不當得喪	八十九
第九十章	不當得喪	九十
第九十一章	不當得喪	九十一
第九十二章	不當得喪	九十二
第九十三章	不當得喪	九十三
第九十四章	不當得喪	九十四
第九十五章	不當得喪	九十五
第九十六章	不當得喪	九十六
第九十七章	不當得喪	九十七
第九十八章	不當得喪	九十八
第九十九章	不當得喪	九十九
第一百章	不當得喪	一百

債權原因論

法學士 磯谷幸次郎 講義
卒業生 山本一藏 編輯

緒論

第一章 私權總說

債權原因論ヲ講スルニ當リテヤ先ツ其順序トシテ債權ノ如何ナルモノナルヤヲ説明セサルヘカラス而シテ之カ説明ヲ盡サント欲セハ勢ヒ私權ノ性質ヲ究メサルヘカラサルナリ然レトモ是等ニ付テハ民法總則或ハ債權總論ニ於テ諸君ノ研究セラルヘキ所ナルカ故ニ茲ニハ之ヲ概説スルニ止メントス

凡ソ法律ハ其規定スル事項カ直接國家ニ關スルト否トニ因リ公法私法ノ二種ノ區別ヲ生ス從テ權利モ亦公權私權ノ二種ニ區別セラル而シテ公權トハ公法的ノ

緒論
私權總說

債權原因論 緒論 私權總說

關係ヨリ生スル權利ニシテ私權トハ私法的ノ關係ヨリ生スルモノナリ又私權ハ更ニ之ヲ分チテ人格權、親族權、財產權ノ三ト爲ス則チ人格權トハ人タルノ資格ニ離ルヘカラサルモノニシテ人カ人タルノ資格ヲ具有スルニ於テハ絶對的ニ此權利ヲ必要トスルモノナリ故ニ人ニシテ此權利ヲ有セザランカ人タルノ地位ハ喪失シ法律上ハ全ク一箇ノ財產タルニ過キサリナリ而シテ人格權ヲ更ニ細分スルトキハ生命權、身體權、自由權、名譽權等ナリ昔時歐洲ニ行ハレタル奴隸ノ如キハ生殺與奪ノ權一ニ主人ニ屬シタリカ故ニ是等ノ者ハ人格ニ必要ナル權利ヲ有セザリシナリ故ニ奴隸ハ一ノ財產ニシテ法律上ノ人ニアラザリキ次ニ親族權トハ一定ノ親族關係ヨリ生スル權利ニシテ例ハ夫ハ妻ニ對シ夫權ヲ有シ父母ハ子ニ對シ親權ヲ有スルカ如キ是ナリ而シテ當事者間ニ親族關係又ハ之ニ準スル關係ヲ生スルニ依リ發生スルモノニシテ人トシテ當然享受セサルヘカラサルモノニアラス若シ人アリ妻子モナク親屬ヲモ有セストセハ固ヨリ親族權ヲ有セサルナリ然レトモ親族權ヲ有セサルモ人タル要件ニ於テ更ニ缺クル所ナキナリ是レ人格權ト異ル所ナリ又此二權利ハ同一ナル特別性質ヲ有ス即チ其權利ヲ賣買讓渡スル

カ如キ處分ヲ爲スコト能ハサルコト是ナリ既ニ述ヘタルカ如ク人格權ハ人タルモノ、當然具有セサルヘカラサルモノナルカ故ニ他人ニ之ヲ賣買讓渡スルコトヲ得サルハ當然ナリ又親族權ニ於テモ苟モ親族關係ノ存スル以上ハ法律ハ當事者ノ意思如何ニ係ラス社會ノ必要上ヨリシテ之ニ對シ權利義務ヲ附隨セシムルモノナルカ故ニ是レ又賣買讓渡スルカ如キ處分スルコトヲ得サルハ當然ナリ財產權トハ所謂交換的價格ヲ有スルモノヲ目的トスル權利ニシテ之ヲ分チテ物權、債權、特別權ノ三種トナス而シテ物權トハ直接ニ物ヲ支配スルノ權利ニシテ社會一般ノ人ニ對抗シ得ル所ノ權利ナリ又債權トハ或特定ノ人ニ對シテ一定ノ行為ヲ要求スルノ權利ニシテ特定ノ人ニ對抗スル權利ナリ學者或ハ說ヲ爲シテ曰ク物權トハ物ニ對スル權利ニシテ債權トハ人ニ對スル權利ナリト然レトモ凡ソ權利アレハ必ス義務ノ之ニ伴フヘキモノニシテ即チ茲ニ權利者ノ存スルアラハ必ス義務者ノ存在スヘキハ理ノ當然ナリ故ニ權利者ナクシテ義務者ノミ存在スヘキ理由ハ決シテナキナリ畢竟權利トハ總テノ場合ニ於テ人ト人トノ關係ヨリ生スルモノニシテ物權トハ直接ニ物ヲ支配スルヲ目的トシ廣ク社會一般ノ人ニ

對抗スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ社會一般ノ人カ義務者タルヘキモノナリ之ニ反シ債權ハ或特定ノ人ニノミ對抗スルコトヲ得ヘキ權利ニシテ其相手方ノミカ義務者タルヘキモノナリ以上ノ如ク物權モ債權モ人ニ對シテ行ハル、點ハ同一ナリ從テ生活機關ナキ物ニ對シテ權利行ハルト云フカ如キハ意味ナキノ言ト云ハサルヘカラス

特別權トハ物權又ハ債權ニ屬セサル財產權ニ對シ便宜ノ爲メ與ヘタル名稱ニシテ例ハ著述者カ文書圖書ヲ發行シテ其利益ヲ收ムル權利タル版權トカ又技術者カ有益ナル機械ヲ發明シテ一定ノ年限間之ヲ自ラ發賣シテ收益ヲ爲スヘキ特許權ノ如キモノ其他意匠專用權又ハ商標權ノ如キ即チ是ナリ是等ノ權利ハ法律ヲ以テ物權ト認メラレタルモノニアラス去レトモ又特定ノ人ニ對シテノミ行ハルル債權ニモアラサルカ故ニ便宜上特別權ナル名稱ヲ附シタルナリ以上ノ如ク私權ハ之ヲ分類スルコトヲ得ヘシ而シテ以下講述セントスルモノハ此私權中ノ債權ノ發生原因ニ關スルモノナリ

債權ノ發生原因

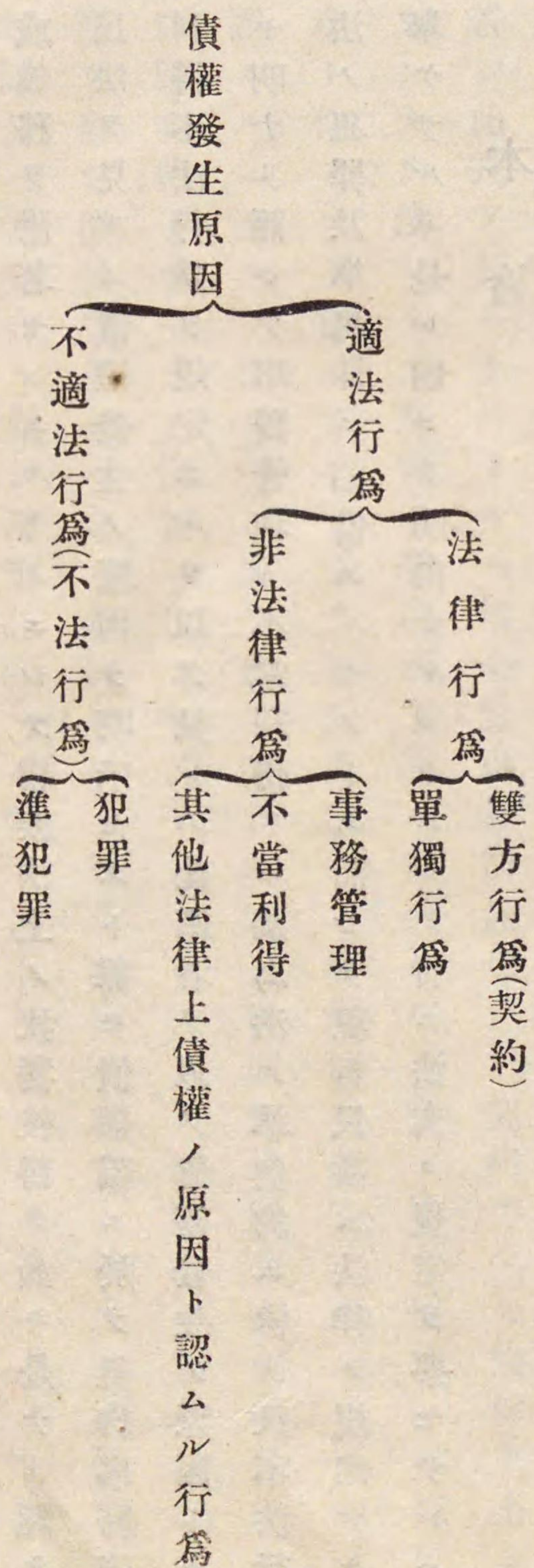
第一章 債權ノ發生原因

社會ノ事物ノ發生、變更、消滅ハ總テ一ノ事實ニシテ山河草木ノ地上ニ存在シ日月星辰ノ天體ヲ運行スル是レ皆事實ニアラサルハナシ然リト雖モ吾人ハ自己ノ責ニ屬セサル是等諸般ノ事實ニ對シ法律上何等ノ責ヲ有セサルモノナリ而シテ苟モ法律上ノ責任ヲ發生スルニハ其事實カ債務者ノ責ニ歸スヘキ行爲ナラサルヘカラス而シテ其債權債務ノ關係ノ發生スヘキ行爲ヲ適法行爲、不適法行爲(違法行爲)ト爲シ適法行爲ハ更ニ分チテ法律行爲ト法律行爲ニアラサル行爲トナスコトヲ得ヘシ法律行爲ニ關スル説明ハ民法總則ノ講義ニ屬スルヲ以テ茲ニ詳論ノ要ナシト雖モ要スルニ一定ノ法律上ノ效果ヲ發生セシメントスル意思表示ニ外ナラス故ニ債權關係ニ付テ之ヲ謂フトキハ一定ノ債權關係ヲ發生セシメントスル意思ヲ以テ爲ス行爲ヲ謂フニ外ナラス而シテ此意思カ當事者ノ雙方ニ存スルトキハ所謂雙方行爲ニシテ民法ハ之ヲ契約ト稱セリ若シ一方ニノミ存在スレハ之ヲ單獨行爲ト云フ例ハ遺言又ハ債務ノ免除ノ如キ是ナリ而シテ法律行爲ニアラサル行爲ニシテ債權發生ノ原因ト爲スモノ三アリ一、事務管理二、不當利得三、法律ノ規定ニ依リ債務發生ノ原因ト認メタル行爲是ナリ

抑債務發生ノ原因ニ付テハ種々ナル沿革アリ古代羅馬ニ於テハ債務發生ノ原因ヲ契約及犯罪ノ二トナシ即チ種々ノ債權債務ハ當事者ノ約束ヨリ生スルモノト犯罪行爲ニ因リ賠償ノ義務ヲ生スルモノトノ二者トセリ然レトモ世ノ進運ト共ニ此單純ナル原因ノミニテハ到底總テノ債權債務ヲ律スル能ハス遂ニハ此外ニ債務發生ノ原因ヲ認メサルヘカラサルニ至レリ即チ契約ノ如ク當事者ノ合意ニ基カサルモノ例ハ不在者ノ財産ヲ管理シタル者ニ對シ後日ニ至リ所有者ハ其費用ヲ賠償セサルヘカラサル債務ヲ負フカ如キ是ナリ斯ル場合ハ契約上他人ノ財産ヲ管理シタルニアラサルモ法律ハ此間ニ債權債務ノ關係ヲ發生セシメテ當事者ノ利益ヲ平等ニ保護スルハ當然ナルモノト云ハサルヘカラス去レハ羅馬法ニ於テモ後ニ至リテハ之ヲ準契約トシテ認メ我民法モ事務管理又ハ不當利得ノ名稱ノ下ニ之ヲ認メタリ

又羅馬ニテハ犯罪トハ故意ヲ以テ他人ニ不法ナル行爲ヲ加ヘタル場合ヲ指稱シ過失ニ出テタルモノハ之ヲ犯罪ト看做サ、リキ而シテ刑法上ハ別問題トシテ民法上ヨリ云フトキハ縱令過失ノ爲メ他人ヲ害シタル場合タリトモ亦賠償ノ責ヲ

負ハサルヘカラサルヤ明ナリ故ニ後世羅馬ニ於テハ準犯罪トシテ債務發生ノ原因ト爲スニ至レリ我民法ニ所謂不法行爲ニ屬スルモノナリ依テ紀元五〇〇年ジュスチニアン帝ノ編纂シタル羅馬法典ニ於テハ債務發生ノ原因ヲ契約、準契約、犯罪、準犯罪ノ四トセリ左ニ債權發生ノ原因ヲ分類スヘシ



近世歐洲諸國ノ法典ハ皆其根源ヲ羅馬法ニ汲ミ我舊民法モ亦佛法ヲ母法トシタルノ結果トシテ是レ亦羅馬法ノ分類ニ倣ヒ債權發生ノ原因ヲ(第一)合意(第二)不當利得(第三)不正ノ損害(第四)法律ノ規定ノ四トナシタリ之ヲ羅馬法ニ對照スレハ第

一ハ羅馬法ノ契約ニ第二ハ準契約ニ第三ノ中有意ニ出ツルモノハ犯罪ニ無意ニ出ツルモノハ準犯罪ニ相當スヘシ
 而シテ第四ノ法律ノ規定トハ當事者ノ意思ノ如何ニ關セス法律ニ依リ或行爲ニ或義務ヲ附著セシムルモノニシテ親族法上ノ扶養義務ノ如キ是ナリ翻テ我現行民法ヲ見ルニ債權發生ノ原因ヲ明示セスト雖モ債權編ニ於テ契約事務管理不當利得不法行爲ヲ規定スルヲ以テ見レハ此四者ヲ以テ債權發生ノ原因トナシタルヤ明ナリ而シテ事務管理ト不當利得トハ羅馬法ノ準契約ニ當リ又不法行爲ハ同法ノ犯罪及準犯罪ニ相當スルモノトス而シテ現行民法ニ法律ノ規定ナルモノヲ舉ケサルハ是レ固ヨリ明白ナルコトニシテ特ニ法文ノ規定ヲ要セサレハナリ

本論

第一編 契約

第一章 契約ノ沿革

近世ノ法律ハ人ノ意思ヲ尊重シ合意カ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反セサル限ハ總テ之ヲ有效ナル契約トシテ法律上之ヲ保護スト雖モ古代ニ於テハ當事者ノ意思ヨ

リモ寧ロ法律上ノ儀式ニ重ヲ置キ或合意ヲシテ法律上ノ效果ヲ生セシメントセハ必ス一定ノ方式ヲ履踐スルヲ必要トセリ即チ紀元前四五百年ノ羅馬古法ニ依ルトキハ有效ナル財産ノ移轉ヲ爲サントスルニハ必ス羅馬人五名以上ノ證人ノ面前ニテ「ネキザム」又ハ「コンシピアム」ト稱スル賣買ノ儀式ヲ履行セサルヘカラス若シ此式ヲ行ハサルトキハ縱令當事者間如何ナル契約アルモ法律上全ク無効ナリシナリ然レトモ文化ノ發達商工業ノ勃興スルニ從ヒ斯ル儀式ハ到底社會ノ進歩ト伴フコト能ハサルヲ覺リ紀元五〇〇年羅馬法典發布ノ際ニハ四種ノ契約ヲ認ムルニ至レリ即チ(一)口頭契約(二)要物契約(三)書面契約(四)合意契約是ナリ而シテ口頭契約トハ一定ノ問答ニ依リ契約ヲ爲スモノニテ債權者ハ契約ノ事項ニ付キ問ヲ發シ債務者ハ一々之ニ應答スルニ於テ契約ハ成立シ第二ノ要物契約ハ貸借寄託又ハ質契約ノ如ク現實相手方ニ物ヲ所有セシムルカ又ハ占有ヲ移スニ因リ契約ハ成立シ第三ノ書面契約トハ或種類ノ契約ハ必ス書面ニ記載セサレハ效力ヲ生セサルモノトシ第四ノ合意契約ハ合意ニノミ因リ契約ハ茲ニ成立スルモノトナシタリシナリ是レ畢竟前記三種ノ契約ノミニテハ到底社會ノ需要ヲ充スニ

由ナキヲ以テ日常生スル或特種ノ取引ニ關シテハ單ニ合意ノミニ因リ效力アルモノトスルニ至リシモノナリ然レトモ其範圍ハ頗ル狹隘ニシテ賣買貸借委任及組合ノ四者ニ限ルナリ是レ羅馬法ニ於ケル契約沿革ノ大要ナリトス

其後羅馬帝國ノ滅亡ト共ニ羅馬法ハ一旦地ニ委セラレタレトモジヤスチニアン帝ノ死後凡五百五十年即チ第十二世紀ノ始ニ至リ伊太利ニ於テイルネリアスナル者大學ヲ開キテ盛ニ羅馬法ノ研究ヲ始メタルヨリ羅馬法ノ勢力ハ輓回シ第十六七世紀ニ至リテハ漸次歐洲各國ニ傳播シ遂ニ普漏西ニ入リテハフレデリック法典トナリ佛國ニ入リテハ那翁法典ト爲リ其他爾餘ノ諸國競フテ羅馬法ヲ繼受スルニ至レリ故ニ歐洲各國ノ法律ハ其根本ノ觀念ニ於テハ大要羅馬法ト異ル所ナシト雖モ契約ノ法理ニ至リテハ到底前記ノ如キ嚴正ナル方式ニ拘泥スヘキニアラサルヲ以テ漸次當事者ノ意思ノミニ依リ有效ナル契約ヲ結フコトヲ得ルノ範圍ヲ擴張シ現ニナポレオン法典ニテハ第三篇第三卷ニ於テ適法ニ爲シタル合意ハ之ヲ爲シタル者ニ付キテハ法律ニ代ルモノトストノ明文ヲ掲ケ(佛三民一)以テ當事者間ノ合意ハ法律ト等シキ效力ヲ與ヘ又所有權ヲ移轉スルノ義務ハ合意ノミニ

一〇四
一〇五

テ直ニ成立シ(同上八)又賣買ニ付テモ物及代價ニ付キ當事者ノ合意表示セラルトキハ縱令未タ其物件ヲ引渡サス又代價ヲ辨濟セサルモ其賣買ハ當事者間ニ於テハ合意ト同時ニ完結シ所有權ハ直ニ買主ニ移轉スルモノト規定セラル、ニ至レリ(同上五)是レ實ニ契約上ノ一大進歩ナリトス

抑斯ノ如ク古代ニ在リテ專ラ契約ノ方式ヲ重シタルノ所以ヲ考フルニ概ネ三箇ノ理由ノ存スルモノ、如シ即チ古代ニ在リテハ社會ノ事物總テ簡易ニシテ又商工業ノ發達日極テ淺ク人民又淳朴ニシテ是等ノ取引ニ慣熟セス動モスレハ其間ニ紛議ヲ來スノ恐少ナシトセサルカ故ニ法律ハ後日ノ紛擾ヲ防クカ爲メ嚴重ナル方式ヲ定メ或ハ立會人或ハ一定ノ問答等ヲ設ケテ契約ノ成立ヲ確固タラシメントシタルモノ其原因ノ一ナリ次ニ古代人文普ク人民ニ及ハサルノトキニ當テハ文字ヲ解シ文書ヲ作成スルノ便一般ニ開ケス一片ノ文書ニ依リテ契約ヲ契約スルハ容易ニ望ムコト能ハサルカ故ニ之ニ代フルニ是等繁雜ナル方式ヲ設ケ以テ契約ノ成立ヲ證明スルノ具ニ供シタルモノナリ是レ原因ノ二ナリ斯ノ如ク一方當事者ノ必要アルニ加ヘテ法律ノ制定具ラス從テ訴訟手續尙ホ不完全ニシテ

是等有形上ノ證據ヲ外ニシ其他諸般ノ證據及事實ニ依リ當事者ノ意思ニ基キ判
 斷スルノ技能甚タ乏シカリシコト是レ其原因ノ三ナリ
 是等ノ必要ヨリシテ古代ニ在リテハ獨リ契約ノミナラス一切ノ法律行爲ニ總テ
 方式ヲ遵守スルノ必要アリタリト雖モ近時文明ノ發達ト共ニ是等ノ必要漸時消
 滅スルノミナラス商工業ノ發達ハ社會取引ヲシテ愈複雑ナラシムルト同時ニ之
 ヲ簡單且敏捷ニ處理スルノ必要愈加リ終ニ契約自由ノ主義ヲ採用スルニ至リタ
 ルモノナリ

抑商工業ノ發達ト同時ニ富ノ増殖愈盛ナルニ至ルハ自然ノ數ニシテ而シテ是等
 ノ富ヲ増殖スルニ付テハ必スヤ資本ノ貸借商品ノ販賣其他一切ノ商事ニ付キテ
 ハ必スヤ數多ノ人ノ共同的行爲ニ出テサルヘカラス茲ニ共同事業アレハ必スヤ
 其間ニ債務關係ヲ生スヘキハ免ルヘカラサルコトニシテ殆ト近世商工業ノ發達
 ハ全ク契約ノ力ニ依ルト云フモ過言ニアラス而シテ當事者間ニ契約ヲ締結シテ
 共ニ事業ニ從事スルハ畢竟相互ノ信用ニ基クモノニシテ若シ社會ニ於テ嚴格ニ
 約束履行ノ美德行ハレズンハ到底契約殊ニ無式契約ハ發達スルヲ得サルナリ歐

洲ニテ近時契約ノ法理愈發達シ羅馬法時代ト雲泥ノ相違ヲ見ルニ至リタルハ全
 ク人文ノ發達德義ノ進歩ニ基キタルモノニ外ナラス斯ノ如ク古來ノ方式契約ノ
 範圍ハ益減縮セラレ無式契約即チ合意契約ヲ以テ却テ原則ト爲スニ至リタリト
 雖モ絶對的ニ方式契約ヲ廢止シタルニアラス殊ニ以上ニ説明シタルカ如キ沿革
 ノ存スルアルヲ以テ歐洲各國ノ法律ニ於テハ無式契約主義ノ例外トシテ尙ホ方
 式ヲ重スルモノ頗ル多キモノ、如シ例ハ英國ノチャールズ二世ノ時代ニ發布セ
 ラレタル詐欺條例ニ依ルトキハ土地ノ賣買婚姻ニ伴フ財產契約又一年以内ニ履
 行セラレサル契約等五六種ノ契約ハ書面ニ依ラサレハ其効力ナキモノト定メラ
 ル、ノミナラス十磅以上ノ動産ノ賣買ハ手附ヲ取ルカ又ハ契約ト同時ニ其物品
 ノ一分ヲ授受スル等ノ行爲アレハ格別然ラサレハ書面ニ調製セサルトキハ其効
 カナキモノトセリ其他先帝ピクトリア女王ノ世ニ發布セラレタル幾多ノ法律中
 ニハ書面契約ヲ必要トスルモノ少ナカラス去レト是等ノ規定ハ却テ我國ニハ其
 例比較的少ナク舊商法第二百七十七條ニハ價格五十圓以上ノ物ニ關スル契約ニ
 シテ即時ニ履行セラレサルモノハ必ス之ヲ書面ニ作成スヘキ旨ノ規定アリシモ

新法ニテハ之ヲ廢シ努メテ無式契約ノ主義ヲ擴充セリ此點ニ付キテハ我新法ハ歐洲諸國ノ法律ヨリ一步ヲ進メタルモノト云フヘシ但婚姻養子縁組遺言其他商業手形等ニ關シテハ或ハ一定ノ儀式又ハ文書ヲ作ラシムル等ノ要式契約ノ認メラル、モノ固ヨリ少ナカラサレトモ是等特殊ノ契約ノ外ハ一般普通ニ契約ノ方式ヲ要セサルモノト爲シ大ニ契約ノ範圍ヲ擴張スルニ至レリ

以上説明シタル理由ニ依リ契約ナルモノハ近世ノ法律ニ於テ其最モ主要ナル地位ヲ占ムルニ至リタルノミナラス尙ホ社會ノ進歩ニ伴ヒ契約ノ範圍ヲ擴張スルノ理由アリ英國歴史法學家ノ泰斗タルメイ^ン氏曰ク法律ハ身分法ヨリ契約法ニ進ムモノナリト即チ古代ニ在リテハ人ト人トノ權利關係ハ概ネ身分ニ依リテ定リタルモノニシテ而シテ其身分ニ伴フ權利義務ハ概ネ生前既ニ確定シタルモノナリ君臣夫婦親子ノ關係ハ勿論彼ノ主從ノ關係ノ如キ孰レモ身分法ニ屬シ當事者ノ契約ニ依リ任意ニ之ヲ左右スルコト能ハサリシモノナリ然ルニ近世ニ至リテハ權利思想發達スルト同時ニ身分法ノ範圍大ニ減縮シ之ニ代フルニ契約ヲ以テスルニ至レリ

第一章 契約ノ意義

契約ニハ廣狹二義アリ狹義ニ於テハ債權ヲ創設セントスル二人以上ノ意思表示ノ合致即チ當事者ノ合意ヲ以テ債權ヲ創設スルヲ謂ヒ佛民法及我舊民法ニ於テハ狹義ノ意味ニ於テ契約ナルモノヲ認メ即チ佛國民法第千百一條ハ契約ハ或物ノ所有權ヲ移轉シ又ハ或事ヲ爲シ又ハ爲サ、ルノ義務ヲ負擔スル義務ナリトシ又我舊民法ハ人權即チ債權ノ創設ヲ主タル目的トスルモノヲ契約ト稱ストセリ而シテ英國法ニ於テモ之ト同シク合意ト契約トヲ區別シ當事者間ノ債務即チ法鎖ヲ生セシムルヲ目的トスルモノヲ契約トナセリ故ニ英國ニ於テハ合意ニ加フルニ法鎖ナルモノヲ以テシ此二箇ノ觀念ノ結合セラレタルモノ即チ契約ト稱セリ

我現行民法ニ於テハ如何ト云フニ獨逸民法ニ模倣シタルノ結果廣義ニ之ヲ解シ舊民法ニ存シタル合意ト契約トヲ全廢シ唯債權ノ創設ヲ目的トスル合意ノミナラス其物權タルト債權タルトニ拘ラス苟モ權利ノ創設、移轉、變更又ハ消滅ヲ目的トスル合意ハ凡テ之ヲ契約ナリト稱セリ當ニ之ノミナラス親族關係ノ創設、消滅

ニ關スルモノモ亦契約中ニ包含セシメタルモノ、如シ
契約ノ性質ヲ了解ニ便ナラシムルカ爲メニ設例ヲ假リテ之ヲ説明センニ現金賣
買ハ賣主ハ或物品ヲ買主ニ引渡シ買主ハ同時ニ代金ヲ支拂ヒ以テ實際ノ取引關
係ハ直ニ結了スルカ故ニ當事者間ニハ何等ノ債權債務ノ關係ハ殘存セサルニ至
ルヘキヲ以テ英國等ニ於テハ現金賣買ハ之ヲ契約ト看做サスト雖モ我民法ノ主
義ニ從フトキハ是レ亦契約ナリ依テ茲ニ我民法ニ所謂契約ナルモノ、定義ヲ與
フレハ

契約トハ私法上ノ效果ヲ生セシメントスル二人以上ノ意思表示ノ合致ナリ
左ニ之ヲ分説センニ

- 一 契約ノ當事者ハ二人以上ナラサルヘカラス、即チ債權者及債務者ノ二人存
セサルヘカラス是レ契約カ雙方行爲タル性質ヨリ來ル當然ノ結果ナリ
- 二 私法上ノ效果ヲ生セシメントスル目的ニ出テサルヘカラス、單ニ社交上、道
徳上ノ效果ヲ生セシメントスル合意ハ決シテ契約ニアラス公法上ノ關係ヲ生
セシメントスル合意モ亦契約ニアラサルナリ而シテ當事者カ果シテ私法上ノ

效果ヲ生セシメントスル意思ヲ有スルヤ否ヤヲ定ムルニ付テハ一定ノ標準ノ
存スルモノニアラサルカ故ニ各場合ニ付キ當事者ノ意思ヲ推測スルノ外途ナ
キナリ

三 當事者ノ意思表示ノ合致ナラサルヘカラス、故ニ縱令當事者ハ内心如何ナ
ル考ヲ有スルモ外部ニ向テ表示セサル以上ハ何等法律上ノ效果ヲ生スルモノ
ニアラス由來法律ハ吾人人類ノ頭腦ニ立入りテ其意思ヲ究ムルモノニアラサ
ルカ故ニ一旦有效ニ表示シタル意思ナル以上ハ縱令其眞意ニアラサルモノト
雖モ之ニ羈束セラレサルヘカラサルナリ故ニ契約カ成立スルニハ外部ニ表レ
タル意思即チ意思ノ表示カ合致セサルヘカラサルナリ而シテ當事者ノ一方カ
相手方ニ爲シタル意思表示ヲ契約ノ申込ト云ヒ其相手方カ申込者ニ對シテ爲
ス意思表示ヲ承諾ト云フ而シテ此申込及承諾ノ二者合致シテ始テ契約ハ成立
スルナリ

第三章 契約ノ種類

契約ハ其觀察ノ方法ニ依リ種々ナル區別ヲ生ス左ニ之ヲ分説スヘシ

第一 雙務契約及片務契約 雙務契約トハ債務カ當事者雙方ニ存スルモノニシテ片務契約トハ其債務カ當事者ノ一方ニノミ存スルモノヲ謂フ例ハ賣買、交換ノ如キハ概ネ雙務契約ニシテ贈與ノ如キハ片務契約ナリトス故ニ此區別ハ何レモ債務ニ關係スルカ故ニ債權債務ノ發生セサル合意ニ付テハ斯ル區別ヲ生スルコトナシ故ニ雙務及片務契約ナル名稱ハ前述ノ狹義ノ契約ノミニ用キラル、モノトス

第二 有償契約及無償契約 有償契約トハ當事者ノ雙方カ出捐ヲ爲ス契約ニシテ無償契約トハ當事者ノ一方ノミカ出捐スル契約ヲ謂フ而シテ出捐トハ自己ノ財産又ハ自由ヲ減殺スル不利益ヲ受クルモノヲ謂フ故ニ賣買ノ如キハ賣主ハ其目的物ノ權利ヲ失ハサルヘカラサル不利益ヲ受ケ又買主ハ代金ヲ辨濟スヘキ不利益ヲ受クルモノナルカ故ニ有償契約ナリトス而シテ贈與ノ如キハ當事者ノ一方カ無償ニテ自己ノ財産ヲ相手方ニ與フルモノナルカ故ニ無償契約ナリトスノ如ク出捐カ雙方ニ在リヤ否ヤニ依リ之ヲ區別スレトモ其契約ヨリ生スル利益ヲ受クルモノ、何人ナルヤハ毫モ問フ所ニアラス當事者雙方カ利益

ヲ受クルコトアリ一方ナルコトアリ又第三者タルコトアリ例ハ甲カ代金ヲ支拂ヒ乙ヲシテ或物品ヲ第三者タル丙ニ與ヘシムル契約ノ如キハ甲ハ何等財産上ノ利益ヲ取得スルモノニアラスト雖モ有償契約タルナリ故ニ利益ノ點ヨリ觀察スルトキハ當事者雙方カ出捐シテ以テ相互ニ利益ヲ得又ハ第三者ヲシテ利益ヲ得セシムルモノハ有償契約ナリ之ニ反シテ一方ヨリハ何等ノ出捐ヲ爲スコトナク相手方ヨリノミ利益ヲ自己ニ獲得シ又ハ第三者ニ得セシムルモノハ無償契約タルナリ故ニ契約中賣買、交換、貸借、請負ノ如キハ有償契約ニシテ使用貸借、消費貸借、委任契約ノ如キハ無償契約ニ屬スヘキモノナリ然レトモ利息附消費貸借及報酬附委任契約ノ如キハ有償契約ニ屬スルモノトス今有償契約、無償契約及雙務契約、片務契約ニ付テ考フルニ雙務契約ハ必ス有償契約タルヘシト雖モ凡テノ有償契約ハ必スシモ雙務契約ニハアラサルナリ何トナレハ雙務契約ハ必ス二箇ノ債務ノ存在スルヲ必要トスルモノナルカ故ニ契約ノ成立ト同時ニ直ニ一方ノ出捐即チ一方ノ義務ヲ終了シ唯相手方ノ債務ノミ殘存スル場合ノ如キハ片務契約ナリト雖モ尙ホ有償契約ナリトス例ハ人

ノ動産ヲ自己ノ倉庫ニ預リアル場合ニ雙方合意上其物品ヲ買受ケタリトセンニ斯ル場合ニ於テハ有償契約ナリト雖モ其賣主ハ既ニ買主ノ手ニ賣買ノ目的物ヲ交附シ居ルヲ以テ此上何等ノ債務ヲ負擔スルモノニアラサルカ故ニ斯ル場合ニハ片務契約ナリトス故ニ前述ノ如ク雙務契約ハ必ス有償契約ナリト雖モ有償契約中ニハ雙務ノモノト片務ノモノトアリ片務契約中ニハ又有償契約ト無償契約トノ二者存スルナリ

第三 諾成契約及要物契約 諾成契約トハ當事者ノ承諾即チ合意ニノミ依リ契約ハ成立シ要物契約トハ目的物ノ引渡ニ因リ成立スル契約ヲ謂フ既ニ述ヘタルカ如ク羅馬ニ於テハ有效契約ヲ口頭契約、要物契約、書面契約、諾成契約ノ四種トナシタリシカ近世ニ於テハ口頭契約ハ其跡ヲ絶チ單ニ僅ナル種類ノ契約ニ書面、要物ノ二契約ヲ認ムルノ外他ノ大部分ハ諾成契約ナリトス而シテ我民法ニ於テ要物契約ト稱スヘキモノハ質權ノ設定、消費貸借、使用貸借、寄託等ナリトス故ニ是等ノ契約成立ニハ當事者ノ合意ノ外ニ目的物ノ交附ヲ必要トスルナリ

第四 要式契約及不要式契約 契約ノ成立ニ方式ヲ要スルモノハ要式契約ニシテ方式ヲ要セス單ニ合意ニ依リテノミ成立スルモノヲ不要式契約ト云フ舊民法財産編ニハ公正證書ヲ以テ締結セサルヘカラサル契約ヲ要式契約ト稱シ其他ノ總テノ契約ハ不要式契約トナセシト雖モ苟モ合意ノミニテハ成立セスシテ有形ナル方式ヲ要スルモノハ要式契約ナリト云ハサルヘカラス故ニ公正證書ハ勿論契約ノ成立ニ書面ヲ要スルモノ或ハ物ノ引渡ヲ要スルモノ、如キハ總テ要式契約ナリト稱スルコトヲ得ヘシ
近世ノ法律ハ原則トシテ諾成契約ヲ認ムト雖モ特別ナル場合ニ限り要式契約ヲ認ムルコト、セリ即チ一定ノ方式ヲ履マサレハ當事者ノ權利關係ヲ紊スノ恐アルモノ例ハ婚姻ノ成立ニ當事者ノ届出ヲ要スト爲スカ如キ是ナリ其他又精確ナル書面ノ存スルニアラサレハ詐欺ノ憂ノ存スル場合ノ如キニ於テモ亦要式契約ヲ認ムルコト、セリ

第五 實定契約、射倖契約 實定契約トハ契約ヨリ生スル當事者ノ損益カ契約締結當時ヨリ確定スルモノヲ謂ヒ射倖契約トハ契約ヨリ生スル當事者ノ損益カ

偶然發生スル事項ニ繫ルモノ即チ契約締結當時確知スルコトヲ得サルモノヲ謂フ例ハ賭事終身年金權保險ノ如キモノハ當事者カ如何ナル程度ニ於テ利益ヲ受クルヤハ結約當時ニ於テ到底豫想スルコトヲ得ス是等ハ全ク技藝ノ優劣力量ノ多少又ハ當事者ノ死亡ノ時期ノ遲速等ニ依リ其損益ハ確定スヘキモノナルカ故ニ之ヲ射倖契約ト稱スルナリ

抑射倖契約ハ人ノ僥倖心ヲ誘導スルモノナルカ故ニ無制限ニ放任スルカ如キコトアラシムニハ社會ノ公安ヲ害シ誠實ナル實業ノ發達ヲ阻害スルニ至ルヘキヲ以テ何レノ國ノ法律モ嚴格ナル制限ヲ設ケ唯或程度即チ公安ニ害ナキ限度ニ於テ之ヲ許容シ且法律上保護ヲ與フルモノトナセリ舊民法財産取得編ニ於テハ射倖契約ニ關スル總則三箇條ヲ掲ケ以テ其效力ヲ定ムルノ標準トナシタリト雖モ現行法典ニテハ全ク之ヲ廢止シテ唯終身年金權及保險ノ如キ射倖契約ノ各種類ニ付キ規定ヲ設ケ一般ニ通スル規定ヲ設ケサルカ故ニ如何ナルモノカ公安ニ害アル射倖契約ナリヤハ各事實ニ付キ判斷スヘキモノトス

第六 主タル契約從タル契約 主タル契約トハ其契約ノ成立カ他ノ契約ニ關係

セス獨立シテ成立スルモノヲ謂ヒ從タル契約トハ他ノ契約ニ附隨シテ成立スル契約ヲ謂フ故ニ從タル契約ハ主タル契約ノ效力ヲ確固タラシムル爲メ若ハ主タル契約ト運命ヲ共ニスルカ爲メ之ニ附屬シテ成立スルモノナリ例ハ貸借契約ハ主タル契約ニシテ其借主ノ義務ヲ擔保センカ爲メニ生スル保證、抵當契約ノ如キハ從タル契約ナリ又地所家屋ヲ賣買スル契約ノ場合ニ器物又ハ庭園ノ樹木ヲ別ノ契約ニ於テ賣渡スヘキ場合ノ如キハ是レ亦從タル契約ナリ抑此區別ノ必要タルヤ主タル契約ノ無効ハ從タル契約ノ無効ヲ生セシムルモノナリ然レトモ之ニ反シ從タル契約ノ無効ハ主タル契約ノ成立ニ何等ノ效力ヲ及スモノニアラス唯之ニ付キ二箇ノ例外ノ存スルアリ左ニ之ヲ説明セン

一、從タル契約カ主タル契約ノ無効タルヘキ場合ニ之ニ代ルヘキ目的ヲ有スル場合 例ハ賣買ニ於テ當事者カ其賣買ノ目的物カ存セサル場合ニハ他ノ物品ヲ給付スルトカ或ハ損害金ヲ支拂フヲ約スル場合ノ如キ是ナリ即チ斯ル場合ニハ主タル契約無効トナルモ從タル契約ハ無効トナルモノニアラス

何トナレハ斯ル場合ニハ主タル契約ノ無効ナルトキ從タル契約ノ之ニ代ル

ヘキ意思ヲ有スルモノナルカ故ナリ

二 主從二箇ノ契約ヲ分離シテ成立セシムル意思ニアラサルコト明白ナル場
合 斯ル場合ニ於テハ從タル契約カ無効ナルトキハ主タル契約モ亦無効ニ
歸スルモノナリ例ハ一ノ温泉場ヲ讓渡スル場合ニ其地所家屋ヲ一ノ契約ト
シ温泉營業ニ附隨スル器具及其他ノ物品ヲ別契約ト爲シタルトキハ當事者
間ニハ此二契約ヲ分別シテ成立セシメントスルノ意思ノ存セサルヤ明瞭ナ
ルカ故ニ附隨ノ契約カ若シ無効ナリトセハ獨リ地所家屋ノミヲ買受クルモ
其目的ヲ達スルヲ得サルヲ以テ此二箇ノ契約ハ共ニ不成立ニ歸スヘキモノ
ナリ

第七 有名契約及無名契約 有名契約トハ法律上一定ノ名稱ヲ有スル契約ナリ
即チ贈與、賣買、交換、消費貸借、使用貸借、賃貸借、雇傭、請負、委任、寄託、組合、終身定期金
和解ノ十三種ハ民法上ノ有名契約ニシテ會社、保險、運送等ノ契約ハ商法上ノ有
名契約ナリトス

無名契約トハ法律上一定ノ名稱ヲ有セサル契約ニシテ之ニ關シテハ民法第五

百五十九條ニ依リ有償契約ニ付テハ賣買ノ規定ヲ準用シ無償契約ニ關スルモ
ノ又ハ賣買ノ規定ヲ準用シ能ハサルモノニ付テハ契約一般ノ總則ニ準據スヘ
キモノナリトス

羅馬ニ於テハ諾成契約ハ四箇ニ限ラレタリシカ社會ノ進歩ハ更ニ他ニ契約ノ
種類ヲ認ムルノ必要ヲ促シ遂ニ無名契約ナル名稱ノ下ニ四箇ノ外他ノ契約ヲ
保護スルニ至リ茲ニ此區別ヲ生スルニ至レリ然レトモ現時ノ如ク契約ノ範圍
ヲ擴充シタル以上ハ此區別ヲ認ムルノ必要ヲ感セサルナリ

以上ノ外契約ノ區別ハ尙ホ條件附契約、無條件契約又ハ其效力カ生前ニ發スルト
死後ニ發スルトニ依リ生前契約、死後契約トシ又合意カ言語文書等ニ依リ直接ニ
表示セラル、ト否トニ依リ默示契約、明示契約等種々ナル分類ヲ生スヘシト雖モ
是等ハ性質極テ明瞭ニシテ深ク説明ヲ要セサルヲ以テ茲ニ之ヲ省略シ單ニ明示
及默示ノ區別ニ付キ一言セント欲ス

初學ノ徒往々言語文書ニ依リ意思ヲ表示シテ契約ヲ締結スルモノヲ明示契約ト
ナシ之ニ依ラサルモノヲ默示契約ナリト爲スモノアレトモ是レ誤レリ縱令言語

文書ニ依ラス單ニ舉動ニノミ依リ意思ヲ表示スルモ尙ホ明示契約タルコトヲ失ハス故ニ此區別ハ其方法ノ如何ヲ問ハス自己ノ意思ヲ直接ニ表示スルト間接ニ周圍ノ事情ヨリシテ其意思ヲ推測スルトニ其標準ヲ取ルヘキナリ例ハ吳服商カ華客タル主人ノ不在中ナルニ拘ラス或反物ヲ置キ去リタルニ主人カ其反物ヲ衣類ニ調製シタル場合ノ如キハ默示ニ依リ其反物ヲ買取ルノ意思ヲ表示シタルモノト云フヘキナリ

第四章 契約ノ成立

第一節 總論

契約モ亦法律行爲ナルカ故ニ其成立ニ付テハ法律行爲ニ必要ナル條件ヲ具備セサルヘカラサルナリ然レトモ是等ノ說明ハ民法總論ノ規定ニ讓リ茲ニ特ニ契約ノ成立ニ必要ナルモノヲ當事者意思表示ノ合致トナス故ニ其結果トシテ契約ノ成立ニハ必ス二箇ノ當事者存セサルヘカラス從テ又二箇ノ意思表示存セサルヘカラス而シテ其相手方ノ意思表示ヲ喚起スヘキ爲メニ先ニ表示セラレタルモノヲ申込ト稱シ之ニ對シテ表示セラレタルモノ之ヲ承諾ト稱ス又此申込ト承諾ト

ハ互ニ通知セサルヘカラス此通知アリテ始テ其間ニ契約ハ成立スルナリ舊民法及佛國民法ニ於テハ契約ノ成立要件トシテ原因ナルモノ、存在ヲ必要トセリ此原因トハ當事者カ契約ヲ締結スルノ理由即チ契約ニ依リ得ントスル直接ノ目的ヲ指稱セルナリ例ハ賣買ニ於テ賣主ハ買主ヨリ代金ヲ得ント欲シ又買主ハ賣主ヨリ目的物ノ引渡ヲ得ントスル目的ヲ有スルモノニシテ舊民法ニ所謂原因トハ之ヲ謂フナリ而シテ債權者カ其契約ニ依リ金錢ニ見積リ得ヘキ利益ヲ有セサルトキハ其契約ハ無原因ナリトシテ之ヲ無効ニ歸セシムルモノト爲セリト雖モ契約ノ原因ナルモノヲ上述ノ如クニ解スルニ於テハ契約ノ原因ト契約ノ目的トヲ混同スルニ至ルヘシ即チ其賣買ノ目的物ヲ移轉シ代金ヲ取得スルハ是レ畢竟契約ノ目的ナリ而シテ又一面ヨリ觀察スルトキハ是レ契約ヲ結フ意思ナリト云フヲ得ヘシ故ニ極言スルトキハ契約ハ契約締結ノ意思ナカルヘカラスト云フニ歸シ殆ト無意味ナルモノナリ畢竟スルニ佛國民法ニ於テ原因ヲ一ノ條件ト爲シタルハ因習ノ依テ然ラシムル所ニシテ要式契約ヲ打破シ契約自由ノ曙光ヲ見タル現今ニ於テハ何等ノ必要ヲ認メサルナリ尙ホ何人ト雖モ一定ノ原因ナク故ナク

契約ヲ締結スルカ如キ迂愚ハナカルヘキヲ以テ契約ニ原因ノ存在ヲ必要トスルカ如キ無意味ノ條件ヲ附加スルノ要ナキヲ以テ我現行民法ハ之ヲ削除シタリ
 以上述ヘタル佛國民法及我舊民法ノ原因ナルモノニ對照スルカ爲メ英國法ニ所謂約因又ハ報償ニ付キ一言セント欲ス英法ニ於テハ契約ヲ二種類ニ區別ス一ハ方式契約(フォーマル、コントラクト)ニシテ他ハ普通契約(シンブル、コントラクト)トナス而シテ方式契約トハ捺印契約ニシテ署名捺印シタル證書ニ依リテ契約成立スルモノナリ又普通契約トハ何等ノ方式ヲ要セス書面又ハ口頭ニテ自由ニ締結シ得ルモノナリ而シテ前者ハ約因ナルモノヲ要セスト雖モ後者ハ必ス約因ナルモノヲ必要トスルナリ若シ其約因存セサルニ於テハ其契約ハ全然無効ニ歸スヘキモノナリ而シテ約因トハ當事者一方ノ享受スル權利、利益又ハ便利若ハ他方ノ負フヘキ義務、損失又ハ不便ヲ謂フ例ハ賣買ニ於テ賣主ハ目的物ヲ相手方ニ交付シ其代リニ約因トシテ受クルモノハ代金ナルカ如キ又買主ハ代金ヲ支拂フ代リニ其約因トシテ受クヘキモノハ目的物タルナリ又一定ノ地域内ニ於テ他人ニ商業ヲ營マシメサルカ爲メ一定ノ報酬ヲ支拂フカ如キ契約ニ於テハ其約因タルヘ

キモノハ相手方ノ被ル損失即チ商業ノ廢止是ナリ斯ノ如ク約因ヲ必要トナシタルハ利益カ一方ノミ偏在スルヲ避ケ雙方共ニ利益ヲ受ケシムルト云フ趣旨ニ出テタルモノナリ自己ニ何等ノ利益ナキニ義務ノミヲ負擔スルカ如キハ義侠的又ハ恩惠的ノ行爲ニシテ道德上ノ制裁ニ依ルヘク法律ノ力ヲ以テ制スヘキモノニアラスト云フカ即チ英法ノ根本觀念ナリ故ニ同法ニ於テハ贈與ノ如キハ捺印證書ニアラサレハ絶對ニ效力ヲ有セサルモノトセリ
 以上ノ如ク英法ニテハ普通契約ノ成立ニハ必ス約因ヲ要シ又我舊民法ニ於テハ債權者カ合意上金錢ニ見積リ得ヘキ利益ヲ有セサルモノハ無原因トシテ無効ト爲シタレトモ現行民法ニ於テハ債權ノ目的ハ金錢ニ見積リ得サルモノト雖モ其效力ヲ有スト規定シ且又雙方ニ約因ヲ要スル旨ノ規定モ存セス全ク契約自由ノ主義ヲ則リタルカ故ニ契約ナルモノハ範圍ハ頗ル廣汎ニシテ苟モ私法上ノ效果ヲ生セシメントスル意思表示ノ合致タル以上ハ公ノ秩序、善良ノ風俗ニ反セサル限度ニ於テ契約ノ效力ヲ生スルモノナリ

申込及承諾

第二節 申込及承諾

債權原因論 本論 契約ノ成立 申込及承諾

第一款 意思表示ノ方法

申込トハ前既ニ述ヘタルカ如ク契約ヲ締結セントスル意思表示ニシテ承諾ハ申込ニ應シテ契約ヲ締結セントスル意思表示ヲ謂フ故ニ偶然二箇ノ意思カ合致スルコトアルモ契約ハ成立スルコトナシ例ハ甲カ自己ノ商品ヲ乙ニ賣却スヘキコトヲ發意シ其旨ヲ乙ニ申込ミ偶乙ニ於テモ甲ノ商品ヲ購求センコトヲ欲シ同シク申込ヲ爲シタル場合ニ於テモ是レ二箇ノ申込ノ存スルニ過キスシテ承諾ナルモノ存セサルカ故ニ契約ハ成立スルコトナシ而シテ若シ甲又ハ乙ノ一方ヨリ更メテ承諾ノ意思ヲ表示シタルトキハ茲ニ始テ契約ハ成立スルナリ而シテ其意思表示ニハ明示又ハ默示ノ二方法アリ明示ノ申込又ハ承諾トハ書面、口頭又ハ舉動ニ依リ表示スルヲ謂ヒ默示ノ申込又ハ承諾トハ當事者カ直接ニ意思ヲ表示セス他ノ事情ヨリシテ申込又ハ承諾ノアリタルコトヲ推測スルヲ謂フ而シテ申込者カ此方法中如何ナル方法ニ依リ申込ヲ爲スヘキヤハ固ヨリ其人ノ自由タルヘキモノナリ然レトモ申込者ハ承諾ニ付テハ豫メ其方法ヲ指定スルコトヲ得ルモノニシテ其承諾ヲ表示スヘキ時期、場所及方法等ニ付キ自由ナル條件ヲ附スルコト

ヲ得ルナリ而シテ其申込ヲ受ケタル被申込者ニ於テ若シ其申込者ノ申込カ自己ノ意ニ合セサル場合ニハ承諾ヲ與ヘサレハ即チ可ナリ故ニ申込者カ或期日マテニ承諾者ヨリ諾否ノ通知ナキニ於テハ承諾シタルモノト看做スト云フカ如キ申込ヲ爲シ而シテ被申込者カ之ニ對シ何等ノ通知ヲ發セサルトモ契約ハ決シテ成立スルモノニアラサルナリ何トナレハ凡ソ被申込者ハ他人ノ爲シタル申込ニ對シ一々諾否ノ通知ヲ發セサルヘカラサル義務ヲ負フモノニアラサレハナリ若シ被申込者ニ於テ自己ノ業務多忙ナリシ等ノ爲メニ其諾否ノ通知ヲ發セサリシトセンニ斯ル場合ニモ契約ハ尙ホ成立スルモノトセンカ被申込者ノ迷惑ヤ蓋尠少ニアラサルヘシ殊ニ斯ル申込カ其效力ヲ有スルモノトセハ業務繁劇ナル者ニ對シ不正ノ徒妄ニ申込ヲ爲シ社會ニ害毒ヲ流スニ至ルヘシ蓋單純ナル沈黙ハ決シテ之ヲ承諾ト看做スヘキモノニアラサルナリ尤モ縱令沈黙ヲ爲スモ周圍ノ事情等ヨリシテ承諾アリタルモノト看做シ得ヘキ場合ニハ契約ノ成立シ得ヘキハ敢テ論ヲ待タサルナリ但是レ民法上ノ契約ニ關スルモノナリト雖モ商行爲ニ付キ營業部類ニ屬スル契約ニ付テハ例外ノ規定アリ即チ商人ハ平常取引ヲ爲ス者ヨ

リ申込ヲ受ケタル場合ニハ其諾否ノ通知ヲ發セサルヘカラス若シ之カ通知ヲ發セサルトキハ承諾ヲ爲シタルモノト看做サル、モノトス(商七一)

意思表示ノ合致

第二款 意思表示ノ合致

承諾ハ申込者ノ指定スル時、場所及方法ヲ以テ表示セサレハ契約ハ成立セサルノミナラス其内容ニ於テモ申込ト全ク合致セサレハ承諾ノ效力ナキモノナリ例ハ申込者ハ自己ノ家屋ヲ金五千圓ニテ賣却スヘキコトヲ申込ミタルニ被申込者ハ之ニ對シ其家屋ヲ一見シタル後買受ケントノ意思ヲ表示シタルカ如キ場合ニハ承諾ニ條件ヲ加ヘタルモノナルカ故ニ承諾トシテ效力ナシ又其家屋ヲ金四千五百圓ニテ買受ケント云フカ如キ場合ニハ申込ニ變更ヲ加ヘタルモノナルカ故ニ承諾トシテハ同シク無効タルヘキモノナリ故ニ斯ク條件ヲ附シ又ハ變更ヲ加ヘタル承諾ハ申込ニ對シテ爲シタル拒絶ト看做スヘキモノナリ然レトモ被申込者ノ側ヨリ觀察スルトキハ取引ヲ全然拒絶スルノ意思ニアラスシテ條件ヲ附シ或ハ變更ヲ加ヘテ契約ヲ締結セントスル意思ナルカ故ニ單ニ申込ト一致セサルノ理由ヲ以テ法律上全然之ヲ無効トスルハ當事者ノ眞意ニ反スルノミナラス若シ

申込ト申込ノ誘引

此場合ニ契約ヲ成立セシメントスルニハ更ニ被申込者ヨリ、條件ヲ加ヘ又ハ變更ヲ爲シタル新ナル申込ヲ爲サ、ルヘカラサルモノトセハ無益ナル手數ヲ重ネ取引ノ迅速ヲ阻害スルニ至ルヘキヲ以テ民法第五百二十八條ハ承諾者カ申込ニ條件又ハ變更ヲ加ヘテ承諾ヲ爲シタルトキハ一面申込ニ對スル拒絶トナルト同時に一面新ナル申込ヲ爲シタルモノト看做セリ故ニ其相手方ニ於テ之ニ同意セハ契約ハ直ニ成立スルナリ然レトモ是レ新ナル申込ナルカ故ニ相手方カ之ヲ承諾スルト否トハ固ヨリ其自由ナリトス

第三款 申込ト申込ノ誘引

前既ニ述ヘタルカ如ク申込ハ相手方ノ承諾ヲ誘引スルカ爲メニスルモノナルカ故ニ相手方カ之ニ對シテ承諾ノ意思ヲ表示スレハ直ニ契約ハ成立スルモノナリ之ニ反シテ申込ノ誘引トハ單ニ契約ヲ締結セントスル希望ヲ表示スルニ過キサルモノニシテ即チ有效ナル申込ヲ誘引セントスルモノナリトス故ニ申込ノ誘引ヲ爲シタル者ハ相手方ヨリ之ニ對シテ申込アルモ之ニ應スルト否トハ其者ノ自由ナリトス斯ノ如ク申込ノ誘引トハ理論上ハ其區別頗ル明白ナリト雖モ

實際上之ヲ判斷スルニ當リテハ其區別甚々困難ナル場合少ナカラス例ハ勸工場ノ正札販賣ノ如キ又ハ貸家ノ廣告ノ如キハ申込ナルヤ申込ノ誘引ナルヤ若シ申込ナリトセハ其物品ヲ購ヒ其貸家ヲ借ラントスル意思ノ表示即チ承諾アレハ契約ハ直ニ成立スルモノナリ故ニ其場合ニ其物品ノ販賣及家屋ノ貸與ヲ肯セサル場合ニハ違約ノ責ヲ免レサルナリ之ニ反シテ申込ノ誘引ニ過キストセハ其物品ヲ購求シ又ハ家屋ヲ借ラントスル者即チ契約ノ申込者ナルカ故ニ之ヲ承諾スルト否トハ固ヨリ賣主又ハ家主ノ自由ナリ我國ニ於テハ是等申込ト申込ノ誘引トノ別ニ付キ爭ヲ生シタルノ例ヲ見スト雖モ英米ニ於テハ數多ノ判例アリ其重ナルモノハ競賣、汽車、汽船ノ發著時間ノ廣告及懸賞廣告ニ付キ屢起ルヘキ問題ナリトス

先ツ競賣ノ場合ニ付テ見ンニ競賣人ノ呼上ハ申込ナルヤ又ハ單純ナル申込ノ誘引ナルヤト云フニ二箇ノ學說ノ存スルアリ第一ハ買手ノ申込ヲ誘引スルノ手段ナルカ故ニ買手ノ唱フル價ノ申出即チ契約ノ申込ナリ故ニ買人ノ申出價格カ縱令最高價ナリトモ之ニ應スルト否トハ競賣人ノ自由ナリトナシ第二ハ競賣ハ買

手中ノ最高價申出人ニ必ス競落セシムヘシトノ申込ナリ故ニ最高價ヲ申出テタル者ニ競落セシメサルトキハ競賣人ニ違約ノ責アリトナス然レトモ普通ハ第一說ノ見解ニ從フカ如シ然レトモ是レ一樣ニ然リト云フヲ得ス競賣ノ場所、種類、方法等ニ依リ異ルモノニテ或場合ニハ最高價申出人ニ競落セシムル意思ナルコトアルヘク斯ル場合ニハ契約ノ申込ナルコト明ナリ往々外國ノ新聞廣告等ニ散見スル殘ナク競賣スヘシトノ告知ヲ掲ケタル場合ノ如シ
 汽車、汽船ノ發著時間ニ付テモ外國ニ於テハ屢起ル問題ニシテ數多ノ判決例ノ存スルアリト雖モ我國ニテハ未タ斯ル判例ニ接セス英國ノ或事件ノ判決ニ於テ意見ニ派ニ分レタリ其甲ハ鐵道會社カ發著時間ヲ報告スルハ一定ノ賃金ヲ支拂フニ於テハ兼テノ廣告ノ如ク旅客乃至貨物ヲ運搬スヘキコトヲ申込ムモノニシテ一ノ繼續的の申込ト云ハサルヘカラス故ニ乗客カ此申込ニ應シ切符ヲ購求セントシテ賃金ヲ提供スルニ於テハ直ニ契約ハ成立スルモノナリ故ニ若シ會社カ廣告ノ如ク履行セサル場合ニ於テハ會社ハ契約違反ノ責ヲ負フヘキモノナリトシ乙說ハ時間賃錢表ノ公示ハ申込ノ誘引ニ過キサルカ故ニ旅客カ切符ヲ求メントシ

テ金錢ヲ提供スルノ行爲即チ契約ノ申込ナリ故ニ會社カ其申込ニ應セサルモ契約違反ノ責ニ任スヘキモノニアラス但會社ハ時間ノ變更ヲ生シタルトキハ速ニ訂正シテ廣告セサルヘカラサルニ自己ノ過失ノ爲メニ其訂正ヲ怠リ虛偽ナル廣告ノ爲メニ公衆ニ損害ヲ與ヘタルモノナルカ故ニ一ノ不法行爲(英法ノ私犯)タルヲ免レサルハ明白ナリ故ニ不法ノ行爲ヲ原因トシテ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得レトモ契約違反ヲ目的トシテ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ストナス而シテ英國ニテハ現今甲說頗ル勢力ヲ有スルモノ、如シ然レトモ我國ノ狀態ヨリ之ヲ察スレハ瀛車、瀛船ノ發著場所及時間ヲ廣告スルハ公衆ニ其大體ノ時間乃至場所ヲ知ラシムルカ爲メニ揭示スルニ過キスシテ何人ト雖モ之ニ承諾ヲ與フルモノニ對シ直ニ契約ヲ成立セシムル趣旨ニアラサルモノト解スヘキモノナリト信ス故ニ是等ハ寧ロ契約申込ノ誘引ト看做ス方穩當ナランカ尙ホ新聞紙上ニ掲載スル廣告料ノ廣告ノ如キモ前同様契約申込ノ誘引ト看做スヘキモノナラン

次ニ懸賞廣告例ハ家畜ノ行衛不明トナリタル場合ニ發見者又ハ持參者ニ一定ノ報酬ヲ支拂フヘキコトヲ廣告シタル場合ノ如キハ契約ノ申込ナルヤ誘引ナルヤ

ニ付キ從來多少ノ議論アリト雖モ我民法ハ之ヲ申込ナリト爲セリ(五二)凡ソ承諾ナルモノハ特定ノ人ヨリ發セサルヘカラスト雖モ申込ハ必ス特定ノ人ニノミ爲スコトヲ要セス廣ク一般ノ人ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキカ故ニ其申込ニ對シ何人タリトモ承諾ノ意思ヲ表示スレハ直ニ契約ハ成立スルナリ是レ懸賞廣告カ契約ノ申込タル所以ナリ而シテ其承諾ノ方法ニ關シ何等ノ形式ヲ要セス唯廣告ノ要件ニ從テ其事項ヲ履行シタルモノ即チ承諾ノ意思表示ナリ但賣藥廣告等ニ多ク其例ヲ見ル彼ノ賣藥ニシテ若シ效驗ナキトキハ金何百圓ヲ贈與スヘシト云フカ如キハ極テ漠然タルモノニテ商業上ノ策略タルニ止ルヘキモノニシテ是等ハ概シテ法律行爲トシテノ效力ヲ生スルモノニアラサルナリ

第四款 申込ノ消滅

第一項 申込ノ取消

申込ノ消滅原因ノ第一ハ申込ノ取消ナリトス而シテ申込ノ取消ナルモノヲ法律カ許容スルヤ否ヤト云フニ承諾ノ期間ヲ定メテ爲シタル申込ト其期間ヲ定メスシテ爲シタル申込トノ二ニ區別シテ説明セントス

申込ノ消滅
申込ノ取消

一 承諾ノ期間ヲ定メテ爲シタル申込ノ取消 這ハ其期間内自由ニ取消スコトヲ得ルヤト云フニ英法ニ於テハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノト爲セリ蓋申込ハ承諾ニ依リ始テ當事者間ニ債權關係ヲ生スルモノニテ其承諾ノアラサル間ハ申込者ハ何等ノ拘束ヲ受クルモノニアラス尙ホ被申込者ニ於テ其承諾ヲナスト否トノ自由ヲ有スルカ如ク申込者ニ於テ之ヲ取消スト否トハ其自由ナリト然レトモ此理由ハ承諾ノ期間ヲ定メサル申込ニ對シテハ適當ナルヘシト雖モ承諾ノ期間ヲ定メテ爲シタル申込ニ對シテハ不當ナル見解ナリトナサ、ルヘカラス何トナレハ承諾ノ期間ヲ定メテ爲シタル申込ハ申込者ニ於テ其期間内ハ申込ヲ取消サ、ルヘキコトヲ默示スルモノナリト云ハサルヘカラス加之被申込者ノ方面ヨリ觀察スルモ其諾否ヲ決スル爲メニハ種々準備ノ必要アルヘク然ルニ其期間内ニ突然其申込ヲ取消サル、カ如キコトアリテハ申込ヲ受ケタル者ノ損害タルヤ鮮少ニアラス之カ爲メニ取引ノ安全ヲ害スルコトアルヘキヲ以テ我民法ハ獨佛ノ法律ニ倣ヒ期間内ハ之ヲ取消シ得サルモノトナシタルナリ

二 承諾ノ期間ヲ定メシテ爲シタル申込ノ取消 是ニ付テハ對話者間ト隔地者間トニ區別シテ説明スルヲ便ナリトス

甲 對話者間ノ申込ノ取消 對話者ト隔地者トノ區別ハ何レニ存スルヤト云フニ是レ亦實ニ困難ナル問題ニシテ之ニ付キ對話者トハ面接者ナリト解スルモノアレトモ然ラハ戸一枚ヲ隔テ、話ス場合、盲目者間ノ契約ノ如キハ隔地者間ノ契約ナリト云ハサルヘカラサルカ如キ奇怪ノ現象ヲ呈スルニ至ルヘシ又之ニ反シ隣室ニ在ル者トノ間ニ於テ文書又ハ使者ニ依リテ互ニ取引ヲ爲ス場合ノ如キハ互ニ其面貌ヲ見ルコトヲ得ヘシト雖モ法律上ハ隔地者間ナリトセサルヘカラサルカ故ニ地域上ノ距離ノ區別ニモアラサルナリ然ラハ對話者ト隔地者トノ區別ハ如何ナル標準ニ依リ之ヲ決スヘキヤト云フニ當事者カ文書其他ノ媒介ニ依ラスシテ直接ニ相互ノ意思ヲ交換シ得ルモノヲ對話者ト云ヒ之ニ反シ文書其他ノ媒介ニ依リ互ニ意思ヲ交換スルモノヲ隔地者ト云フヲ相當ナリトス故ニ例ハ軍艦商船等ノ信號ニ依ル意思ノ交換ハ其間數哩ノ距離アルモ尙ホ法律上對話者タルヘキモノナリ而シテ又電

話ニ依ル意思ノ交換ノ如キモ對話者ト看做スヘキナリ但電話ニ依ル意思表示カ對話者間ノ意思表示ナルヤ否ヤニ付キテハ大ニ議論ノ存スル所ナレトモ茲ニ之ヲ省略ス

對話者間ニ於テハ申込及申込ノ取消ハ同對話中ニ於テ爲サレ雙方ノ意思ハ直ニ通知セラル、ヲ以テ被申込者ハ對話中其申込ヲ取消サル、コトアルモ何等ノ損害ナシ故ニ申込者ハ其對話中何時ニテモ其申込ヲ取消スコトヲ得ルナリ然レトモ電話ニ依ルモノハ一度相手方ヲ呼出シ以テ其申込ヲ爲シ其一通話ヲ切斷シタル以上ハ對話中ニアラス故ニ更ニ通話ヲ更メテ重テ取消ヲ爲ス場合ノ如キハ隔地者ヲ以テ目スヘキモノナリト信ス

乙 隔地者ニ對シテ爲シタル申込ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘキヤト云フニ(承諾ノ期間ヲ定メサル場合)此場合ニ於テハ申込者ノ爲シタル申込ト取消ノ意思トハ同時ニ相手方ニ通知セラル、モノニアラス即チ始メ申込ノアリタル時及申込取消ノ通知ノアルヘキ間ニハ若干ノ時間ノ存スヘキヲ以テ其間被申込者ハ種々ノ準備ト費用ヲ要スル場合アルヘキハ恰モ前述ノ期間ノ定アル

申込ノ場合ト同一ナルヲ以テ申込者ハ相手方ヨリ承諾ノ通知ヲ受ルニ要スル相當ナル期間内ハ申込ヲ取消スコトヲ得サルナリ(四)(五)故ニ普通申込カ相手方ニ到達スヘキ日數及相手方ノ爲シタル承諾カ申込者ニ到達スヘキ日數ヲ加ヘ尙ホ是レニ相手方ニ於テ其申込ニ應スルヤ否ヤヲ思考スヘキ相當ナル期間ヲモ加ヘ其期間内ハ如何ナル理由ノ存スルモ申込ハ取消スコトヲ得サルモノトス而シテ承諾ノ期間ヲ定メシテ隔地者ニ爲シタル申込カ未タ相手方ニ到達セサル以前ニ於テハ申込者ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘキヤ例ハ申込ノ書面カ相手方ニ到達スル以前電報ニテ其申込ヲ取消スコトヲ得ルヤト云フニ民法第九十七條ニ依レハ隔地者ニ對スル意思表示ハ通知ノ相手方ニ到達シタルトキ其效力ヲ生スルモノナルカ故ニ前ニ發シタル申込書ト同時又ハ夫レヨリ以前ニ取消ノ通知カ到達シタルトキハ其後又ハ之ト同時ニ到達シタル申込ハ何等ノ效力ヲ生スルニ至ラス其儘消滅スルモノトス以上説明シタル申込ノ取消ニ關スル規定ハ民法上公益規定ニアラスシテ私益上ノ規定ナルカ故ニ當事者間ニ反對ノ意思表示アレハ之ニ從フヘキハ敢テ論

ヲ待タサルナリ尙ホ申込ノ變更ナルモノハ之ヲ爲スコトヲ得ルヤ例ハ米一俵ヲ五圓ニテ賣ルヘキ申込ヲ爲シタルニ後ニ至リ之ヲ七圓ニ變更スルコトヲ得ルヤト云フニ這ハ前キニ爲シタル申込ノ取消ト同一ノ結果ヲ生スルモノナルカ故ニ以上説明シタル申込ノ取消ニ關スル規定ニ依リ判定セサルヘカラサルナリ

期間ノ經過

第二項 期間ノ經過

申込ニ承諾ノ期間ヲ定メタルモノト之ヲ定メサルモノトニ區別シテ説明スルノ要アリ

第一 承諾ノ期間ヲ定メサル申込ニ付キ期間ノ經過 英米獨ノ法律ニ於テハ承諾ヲ爲スニ相當ナル期間ヲ經過シタルトキハ其申込ハ何等ノ手續ヲ要セス當然消滅スルモノトナセリ其理由トスル所ハ申込者カ申込ヲ爲スハ申込當時ノ事情ニ基キ取引ヲ爲サントスル意思ヲ有スルモノニシテ殊ニ商業等ニ付キテハ相場ハ變動シテ常ナキモノナルカ故ニ一度申込ヲ爲シタルトキハ其效力ハ永久ニ存續スルモノナリトセンカ其不便少ナカラサルノミナラス當事者ノ意

思ニ反シ且取引ノ敏捷ヲ阻害スルニ至ルヘキヲ以テ若シ承諾ノ期間ヲ定メスシテ爲シタル申込ニ對シ相當ナル期間ヲ經過シタルトキハ其申込ハ當然消滅スヘキモノナリト云フニ在リ我商法第二百七十條モ亦此主義ニ依據シタリト雖モ民法ニ於テハ斯ル規定存セサルヲ以テ申込者カ其申込ノ取消ヲ爲サ、ル以上ハ永久ニ其效力ヲ有スルモノト解釋セサルヲ以テ被申込者カ長キ時日ノ經過シタル後タルニ拘ラス其申込ニ應スルノ意思ヲ表示シタルトキハ契約ハ成立スルモノト云ハサル可カラズ然レトモ是レ單ニ法理上ノ議論タルニ止リ實際上當事者意思ノ解釋トシテハ申込者ハ永久ニ其申込ノ效力ヲ存續セシムルノ意思ニアラサルヘク相當ナル期間ヲ經過シタルトキハ自ラ其申込ノ效力ヲ失ハシムヘシトノ意思ニテ申込ヲ爲シタルモノト解釋スルヲ穩當ナリト信ス

對話者ニ對スル承諾ノ期間ノ定ナキ申込ニ付テハ獨民法ニ於テハ對話者ニ對スル申込ハ直ニ承諾ヲ表示スヘク若シ其對話中ニ承諾ナキトキハ其申込ハ直ニ消滅スヘキモノトシ又電話ニ依ル申込ニ付テモ其對話ノ繼續中ニ承諾ヲ爲

サ、レハ申込ハ消滅スヘキモノトセリ(四七民)然ルニ我民法ニ於テハ何等ノ規定存セサルヲ以テ隔地者間ノ場合ト同シク相當ノ期間經過スルモ其申込ヲ取消サ、ル以上ハ如何ニ長キ期間ヲ經過スト雖モ其申込ノ效力ハ存續スルモノニテ當然消滅セサルモノト云ハサル可カラス然レトモ凡ソ對話者間ノ申込ハ其對話中ニ承諾ヲ求ムルノ意思ニシテ若シ其對話中ニ承諾ヲ得サルトキハ其申込ヲ撤回スルノ意思ニ出テタルモノト推定スルヲ相當トスルカ故ニ他ニ反對ノ證明ナキ以上ハ當事者ノ意思ノ解釋トシテ對話ノ終了ト同時ニ消滅スヘキモノト爲ヌヲ得ヘシ商法ニ於テハ其第二百六十九條ニ於テ此場合ニ直ニ承諾ヲ爲サ、レハ申込ハ其效力ヲ失フヘキコトヲ規定セリ

第二 承諾ノ期間ヲ定メタル申込ノ取消ハ其期間ノ經過ニ依リ自然ニ消滅スヘキモノトス而シテ其期間ノ經過ハ何時ヲ以テ之ヲ定ムヘキヤト云フニ民法第五百二十一條第二項ハ申込者カ期間内ニ承諾ノ通知ヲ受ケサルトキハ申込ハ其效力ヲ失フトセリ故ニ被申込者ニ於テ契約ヲ締結セントセハ其期間内ニ承諾ノ通知カ申込者ニ到達スル様爲サ、レハ其效力ヲ生セサルモノトス抑契

約ノ成立ハ相手方カ期間内ニ承諾ノ通知ヲ發スレハ可ナルヤ又ハ其通知カ期間内ニ申込者ニ到達セサルヘカラサルヤニ付テハ從來二箇ノ主義行ハル

甲 發信主義 此主義ハ期間内ニ承諾ノ通知ヲ發シタル以上ハ期間後ニ相手方ニ到達スルモ可ナリト爲ス說ニシテ英米法ノ採用スル所ナリ

乙 受信主義(到達主義) 此主義ニ於テハ期間内ニ承諾ノ通知カ申込者ニ到達セサレハ期間經過ノ理由ニ依リ申込ハ消滅スヘキモノトセリ

以上二主義中何レヲ勝レリヤト云フニ各一利一害ノ伴フアリテ今遽ニ斷定シ難シト雖モ凡ソ申込者カ期間ヲ定メテ申込ヲ爲シタルトキハ其期間ハ何人ノ利益ノ爲メニ定メタルヤト云フニ是レ固ヨリ申込者ノ便宜ニ出テタルモノニテ被申込者ノ利益ヲ計リタルモノニアラス故ニ自己ノ便宜上定メタル期間内ニ承諾ノ通知到來セサルニ尙ホ且若干ノ期間空ク待タサルヘカラストセハ特ニ期間ヲ定メタル趣旨ニ反シ申込者ノ利益ヲ害スルノ恐アルヲ以テ我民法ハ到達主義即チ受信主義ヲ採用シ相手方ノ承諾カ期間内ニ申込者ニ到達セサレハ其效力ヲ失フモノトセリ尙ホ問題トナルヘキハ被申込者ニ於テ申込者ニ到

達スヘキ期間ヲ見積リテ承諾ノ通知ヲ發シタルニ其通知カ郵便、電信ノ延著等不慮ノ事故ノ爲メ期間内ニ相手方ニ到達セザリシ場合はナリ舊民法財産編第三百八條ハ郵便、電信ノ錯誤ハ差出人ノ責ニ歸スト規定セリト雖モ現行民法ニハ之ニ關シ何等ノ規定存セサルヲ以テ疑ヲ生スヘキカ如シト雖モ是レ亦發信人ニ於テ其責ニ任セサルヘカラサルナリ何トナレハ若シ被申込者ニ於テ郵便電信ノ代リニ特ニ使者ヲ遣シタルモノトセンニ若シ途中ニ於テ使者ノ過失ニ依リ遂ニ期間内ニ申込者ニ其承諾ノ通知ヲ持參スルコト能ハサリシモノトセンカ無論承諾ハ期間經過後ノ到達ナルカ故ニ無効タルヘキナリ而シテ郵便電信ナルモノハ被申込者カ使者ニ代ルニ此公共ノ通知機關ニ依リタルニ過キス法理上ノ性質ヨリ云ハ、郵便、電信ハ發信人ノ用ニ供セラル、一ノ使者ナリ從テ其使者ノ過失ハ發信人ニ於テ其責ヲ負フヘキハ當然ナリ但此延著ノ爲メニ契約締結ノ時期ヲ失シ之カ爲メ當事者ニ非常ナル損害ヲ生シタル場合ニ於テハ郵便、電信ヲ經營スル國家ニ對シ損害賠償ヲ請求シ得ヘキヤ否ヤハ別問題ナリトス

以上説明シタルカ如ク被申込者カ縱令期間内ニ承諾ノ通知ヲ發シタリトスルモ其通知カ期間内ニ申込者ニ到達セザルトキハ契約ハ成立セスト雖モ一方承諾者ノ地位ニ立チ觀察スルトキハ承諾者ハ相當ノ期間内ニ承諾ノ通知ヲ發シタルモノナルカ故ニ若シ不慮ノ故障ナキ以上ハ期間内ニ到著スヘキモノナルヲ豫測シ其後契約履行ノ準備ニ著手スヘキハ當然ニシテ若シ此場合ニ申込者ニ於テ其延著ノ事實ヲ承諾者ニ通知セサル以上ハ相手方ハ之ヲ知ルニ由ナク從テ其契約履行ノ爲メ要シタル準備其他費用ヲ水泡ニ歸セサルヘカラサルニ至リ承諾者ノ損害タルヤ寡少ニアラサルナリ依テ取引ノ安全ヲ保タシムルカ爲メニ我民法ハ獨民法ニ倣ヒ一ノ便宜規定ヲ設ケ申込者ヲシテ延著ノ通知ヲ承諾者ニ發セシムルコト、ナシタリ^(五二)即チ通常ノ場合ニハ當然期間内ニ到達シ得ヘキモノト認めラル、ニ拘ラス延著シタル場合ニハ申込者ハ遲滯ナク承諾者ニ之ヲ通知セサルヘカラサルモノトセリ斯ル通知ノ義務ヲ申込者ニ負ハシメタルハ申込者ニ於テハ單ニ一片ノ通知ヲ發スルノ勞ニ過キスト雖モ承諾者ニ於テハ之カ爲メニ利スルコト甚大ナルヘケレハナリ但延著シタル承諾

ノ通知カ到達スル以前ニ於テ申込者ヨリ相手方ニ對シ承諾ノ通知カ遅延シテ未タ到達セサル旨ヲ通知シタルトキハ更ニ重テ延著ノ通知ヲ發スルノ必要ナキナリ何トナレハ相手方ハ右ノ通知ニ依リ其延著ノ事實ヲ知了スルカ故ニ契約カ成立シタルモノト信スルカ如キ誤解ヲ來ス憂ナキヲ以テナリ而シテ申込者ニ於テ此通知義務ヲ怠リタルトキハ承諾ハ期間内ニ到達シタルモノト看做シ契約ヲ成立セシムルモノトス是レ申込者カ延著ノ通知ヲ發セサルハ承諾ハ延著シタルモ契約ヲ成立セシムル意思アルモノト看做スコトヲ得ヘク又被申込者ハ既ニ承諾ノ意思ヲ通知シタルモノナルカ故ニ其契約ノ成立ハ固ヨリ望ム所ナルヘキヲ以テ此場合ニハ契約ハ成立スルモノトナシタル所以ナリ即チ是レ一ニハ申込者カ通知ヲ怠リタルノ制裁ナリト雖モ又一ハ却テ當事者ノ意思ニ適合スル場合多ク且其利益ヲ害スルコト少ナキヲ以テナリ

第三項 當事者ノ死亡及能力喪失

當事者ノ死亡及能力喪失

第一 申込者カ申込ノ意思ヲ表示シタル後死亡シ又ハ能力ヲ喪失シタルトキハ單純ナル理論ヨリスレハ相手方カ承諾ノ意思ヲ表示セサル間ハ契約ハ成立セ

サルヘキヲ以テ其間ニ申込者カ死亡又ハ能力ヲ喪失シタルトキハ申込ハ當然消滅ニ歸スヘキナリ然レトモ若シ斯ノ如クスルニ於テハ相手方ノ不便實ニ大ナリ何トナレハ一旦被申込者カ承諾ノ通知ヲ發シタル以上ハ其契約ハ有效ニ成立シタルモノト信シ數多ノ準備ヲ爲スコトアルヘシ然ルニ其申込ハ申込者ノ死亡又ハ能力喪失ニ因リ消滅スルモノトセンカ被申込者ハ取引ヲ爲サントスルニ際シ申込者ノ生死及能力ノ有無ヲ確メサルヘカラサルニ至リ被申込者ノ不便頗ル大ナルヘキヲ以テ印度契約法ニ於テハ其母法タル英法ヲ改メ申込者ノ死亡ヲ被申込者カ知ラサルトキハ其申込ハ消滅セサルモノトセリ我民法第五百二十五條ニ於テモ申込者カ死亡又ハ能力ヲ喪失スルモ被申込者ニ於テ之ヲ知ラスシテ承諾ヲ爲シタルトキハ契約ハ成立スルモノトセリ而シテ被申込者ニ於テ申込者ノ死亡又ハ能力ノ喪失ヲ知ルニ拘ラス承諾ノ通知ヲ爲シタル場合ニハ契約ハ成立セサルナリ何トナレハ被申込者ハ申込者ノ死亡又ハ能力ノ喪失ヲ既ニ知ルモノナルカ故ニ其申込ヲ無効トスルモ被申込者ニ損害ヲ與フル憂ナキヲ以テナリ我民法ノ規定ハ上述ノ如クナルヲ以テ被相續人ノ爲

シタル申込ヲ相續人カ繼受シテ取引ヲ爲スヲ欲セサルトキハ相續人ハ其死亡
ヲ相手方ニ通知セサルヘカラサルナリ

第二 被申込者カ死亡又ハ能力ヲ喪失シタル場合ニハ申込ノ效力如何ト云フニ
元來申込ハ到達ニ因リ其效力ヲ生スルモノナルカ故ニ其申込ノ到達前被申込
者即チ相手方カ死亡シタルトキ又ハ能力ヲ喪失シタル場合ニハ效力ヲ生セス
シテ消滅スヘキハ明ナリトス又被申込者カ一旦承諾ノ通知ヲ發シタル後被申
込者カ死亡又ハ能力ヲ喪失シタル場合ニハ契約ハ既ニ成立スルヲ以テ爾後其
者カ死亡又ハ能力ヲ喪失スルモ既ニ成立シタル契約ハ無効トナルヘキモノニ
アラサルヤ明ナリ唯疑ノ存スルハ申込カ被申込者ニ既ニ到達シ被申込者カ未
タ承諾ノ通知ヲ發セサル以前ニ死亡又ハ能力ヲ喪失シタル場合はナリ而シテ
此場合ニ付テハ先ツ申込者カ被申込者ノ一身ニ重ヲ置キテ爲セル申込ナルヤ
否ヤヲ見若シ被申込者一身ニ重ヲ置キタルモノナルトキハ被申込者ノ死亡又
ハ能力ノ喪失ニ因リ申込消滅シ若シ然ラサル場合ニ於テハ其申込ハ相續人ニ
對シテ繼續シ相續人若シ承諾スルトキハ茲ニ契約成立スヘシト説ク者アリ然

承諾拒絶
及申込ニ
異リタル
承諾

レトモ相續人ハ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スヘシト雖モ申込ニ對シテ承諾ヲ
與フルカ如キ行爲ハ相續ノ效力トシテ當然相續人ニ移轉スヘキモノニアラス
且上來説明セルカ如ク申込ハ承諾前ニハ羈束力ヲ有スルモノニアラサルカ故
ニ其承諾前ニ被申込者カ死亡又ハ能力ヲ喪失スルトキハ相手方ノ存セサル申
込トナルヘキカ故ニ申込ノ效力ハ消滅スヘキモノトスルヲ正當ナリト信ス又
實際ヨリ觀察スルニ被申込者ノ相續人ニ於テモ被相續人死亡シタルヲ以テ其
者ニ宛テタル申込ハ消滅シタルモノト見ルヘキハ普通ノ状態ナリ

第四項 承諾拒絶及申込ニ異リタル承諾

承諾ヲ申込ノ消滅原因トスルハ奇異ナル觀アルヘシト雖モ承諾アレハ契約ハ成
立スルカ故ニ其契約ノ成立前ノ意思表示タル申込ハ承諾ニ因リ其形跡ヲ留メサ
ルニ至ルヘキハ當然ナリ

拒絶ハ申込ニ應スルヲ得サル旨ノ意思ヲ表示シタルモノナルカ故ニ申込ハ其拒
絶ノ爲メニ效力ヲ失フヘキナリ故ニ縱令承諾ノ期間ノ定アル申込ト雖モ若シ拒
絶セラレトキハ其期間ノ滿了ヲ待タズ申込ハ直ニ消滅スルナリ是ヲ以テ被申

込者カ一旦拒絶シタル後直ニ承諾ノ通知ヲ發スルモ申込ハ既ニ拒絶ニ依リ消滅ニ歸シ居ルモノナルカ故ニ所謂時期ニ後レタル承諾ニシテ何等ノ效力ヲ生セス唯申込者ニ於テ之ヲ新ナル申込ト認ムルコトヲ得ルモノトス故ニ申込者カ此新ナル申込ニ對シ承諾ヲ爲サ、ルトキハ契約ハ成立セサルモノトス(五二)
申込ニ異リタル承諾トハ申込ニ條件ヲ附シ又ハ變更ヲ加ヘテ承諾シタルモノニシテ此場合ハ既ニ述ヘタルカ如ク申込ノ拒絶トナルト同時ニ新ナル申込ヲ爲シタルモノト看做サル、モノトス

第五款 隔地者間契約成立ノ時期

單純ナル理論ヨリスレハ契約ノ成立ニハ當事者ノ意思カ完全ニ成立セサルヘカラサルナリ故ニサグイニハ契約ノ成立ニハ當事者ノ意思カ單一ニシテ完全ナル而モ又分割スルヲ得サル一箇ノ意思ニ結合セサルヘカラスト云ヘリ然レトモ當事者ノ意思カ眞實一致スルヤ否ヤハ心理學上ノ問題ニシテ外面ヨリ之ヲ研究スルハ到底不可能ノ事ニ屬ス故ニ法律ハ心理學的ノ當事者ノ意思ヲ付度揣摩スヘキモノニアラス外面ニ表レタル即チ表示セラレタル意思ヲ觀察セサルヘカラサ

隔地者間
契約成立
ノ時期

ルナリ且又同氏ハ雙方ノ意思カ相互ニ完全ニ通知セララル、ヲ必要ナリト説ケトモ對話者間ニ在リテハ是等ハ左程困難ヲ感セサルヘキモ隔地者間而モ書信其他ノ方法ニ依ルトキハ通知カ雙方ニ完全ニ到達スルハ頗ル困難ナリトス故ニ隔地者間ノ契約ニ於テハ雙方ノ意思カ通知セララル、ト否トニ關セス法律上一定ノ時期ヲ定メ當事者ノ紛議ヲ防クノ方法ヲ講セサルヘカラスト而シテ此契約成立ノ時期ニ關シテハ學說立法例種々アリト雖モ概ネ左ノ四種ニ區別スルヲ得ヘシ

第一 表白主義(表示主義)

第二 認知主義

第三 發信主義

第四 受信主義(到達主義)

第一 表白主義 此主義ハ承諾者カ承諾ノ意思ヲ外部ニ表示セハ直ニ契約ハ成立スルモノト爲スニ在リ即チ承諾者カ縱令其胸中ニ承諾ノ意ヲ決スルモ未タ之ヲ外部ニ表示セサルトキハ是レ唯心理學ノ領域ニ屬シ法律上何等ノ效果ヲ生セスト雖モ一旦其意思ヲ外部ニ表示シタル以上ハ契約ハ直ニ成立スヘシ

云フニ在リ即チ例ハ承諾者カ承諾ノ意思ヲ書面ニ記載セハ縱令先方ニ發送セ
ストモ契約ハ直ニ成立スルモノトス

第二 認知主義 此主義ニ依レハ縱令承諾者カ承諾ノ意思ヲ外部ニ表示スルモ
是レ唯自己一己ノ事タルニ過キスシテ相手方ニ對シ寸毫モ効力ナシ故ニ所謂
法律上ノ法鎖タル契約ノ効力ヲ發生セシメントセハ承諾ノ意思ヲ相手方ニ通
知シ且申込者カ現實之ヲ知リタルトキナラサルヘカラス元來申込ハ被申込者
ニ於テ之ヲ認知スルヲ必要トスルト同シク承諾モ亦申込者ニ於テ認知セサル
ヘカラス是ニ於テ始テ兩者ノ意思ハ完全ニ通知セラル、ナリ故ニ隔地者カ書
面ニ依ル契約ハ其承諾狀カ申込者ニ到達シ申込者カ之ヲ披見シ其承諾ノアリ
タルコトヲ知リタルトキ始テ契約ハ成立スルモノト爲スニ在リ

第三 發信主義 發信主義トハ第一ノ表示主義ノ如ク承諾ノ意思ヲ外部ニ表シ
タルノミニ止ラス其意思ヲ相手方ニ表示スルノ手續ヲ爲サ、ルヘカラス故ニ
隔地者カ書面ニ依リテ契約ヲ爲ス場合ニハ承諾ノ通知ヲ發シタル瞬間ニ契約
ハ成立スヘキモノト爲スニ在リ

第四 受信主義 受信主義トハ承諾ノ通知カ申込者ニ到達シタルトキ契約ハ成

立スルモノト爲スニ在リ然レトモ認知主義ノ如ク申込者ニ於テ其承諾ノアリ
タルコトヲ承知スルヲ要セス唯其承諾ノ通知カ申込者ニ到達スルヲ以テ足レ
リトス申込者カ知ルト知ラサルトハ問フ所ニアラス

以上四主義中第一ノ表示主義ト第二ノ認知主義トハ其趣意タル全然相異ルト雖
モ理論上ヨリスルトキハ寧ロ正鵠ヲ得タルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ
表示主義ニ依レハ契約ノ成立ニハ意思其モノ、合致ヲ必要トセス唯意思ノ表示
アレハ直ニ契約ハ成立スヘシトスルモノナルカ故ニ意思表示ノ主義ヲ嚴格ニ貫
徹セントシタルモノナリ而シテ又認知主義ハ全然之ニ反シ即チ契約ノ成立ニハ
當事者ノ意思カ互ニ充分通知セラレ一箇ノ意思ニ歸スルコトヲ必要トスルモノ
ニシテ是レ固ヨリ近世ノ意思表示ナル法理ノ觀念ニ合セスト雖モ一ノ理論トシ
テハ貫徹シタルモノナリ

然レトモ右二主義ハ理論上ニ於テハ必スシモ不可ナシト雖モ實際ニ於テハ極テ
不適當ナリ何トナレハ表示主義ニ依ランカ承諾ノ通知ヲ認メ承諾者ノ意思ヲ外

部ニ表示シタルヤ否ヤハ相手方ニ於テ之ヲ知ルニ由ナク從テ又其意思ヲ表示シタル時期ノ如キハ到底申込者ニ於テ之ヲ確知スルコト能ハサルヘシ又認知主義ニ依ランカ其承諾ノ通知カ何時相手方ニ到達シテ實際之ヲ親シク知了シタルヤハ承諾者ニ於テハ之ヲ知ルコトヲ得サルヘシ故ニ相手方ハ契約成立ノ時期ヲ立證スル點ニ於テ頗ル困難ニシテ殆ト不能ニ屬ス從テ契約成立ノ時期ニ關シテハ表示主義ニ在リテハ承諾者又認知主義ニ在リテハ申込者ノ云フ所ニ一任セサルヘカラス故ニ此ニ主義ハ理論トシテハ見ルヘキモノアリト雖モ實際ニ適セス當事者ニ不利益ナル結果ヲ與フヘキヲ以テ之ヲ採用スルコトヲ得サルナリ故ニ議論ノ燒點トナルヘキモノハ受信主義ト發信主義ナリトス此ニ主義ハ何レモ一利一害ノ伴フアリ故ニ外國ノ立法例等モ頗ル區々ニシテ英國ニ於テハ發信主義ヲ採用シ獨逸ニ於テハ受信主義ヲ採用シ佛國ニ於テハ學說裁判例多岐ニ分レ未タ一定セス而シテ英國カ發信主義ヲ採用シタルハ數十年來判決ノ結果ニ依ルモノニテ一八一八年アダムス對リンドセルノ事件ニ於テ始テ問題トナリ一八七九年火災保險會社對グラントノ事件ニ至リ發信主義ヲ採ルヘキコトヲ確定ス

ルニ至レリ而シテ英國カ此主義ヲ採用スヘキコトヲ確定スルニ至リタルハ三箇ノ理由ニ依ルモノトス其第一ハ申込者カ郵便又ハ電信ニ依リ申込ヲ爲シタルトキハ之ニ對スル承諾モ亦郵便又ハ電信ニテ爲スヘキコトヲ暗黙ニ認メタルモノト推定スヘキハ當然ナルカ故ニ其相手方ハ此暗黙ナル指示ニ從ヒテ郵便又ハ電信ニ依リ承諾ノ意思ヲ表示セハ之ト同時ニ契約ハ成立スヘキモノトナサ、ルヘカラス其第二ハ被申込者ニ於テハ自己ノ承諾ヲ通知スル爲メニ申込者カ暗黙ニ指示スル所ノ方法ニ依リ自己ノ爲スヘキコトハ既ニ盡セルモノナリ然ル後ハ自己ノ監督ニ屬セサル郵便、電信ノ延著、不著ニ付キ責ヲ負フヘキ理由毫モ存セス故ニ縱令公共機關ニ過失アリタル爲メニ承諾ノ通知カ申込者ニ到達セサルモ契約ハ成立スト云フニ在リアンソノ契約法ニ於テハ之ニ關シ巧妙ナル比喻ヲ設ケテ曰ク例ハ一ノ大ナル湖水ノ兩岸ニ當事者カ立テ契約ヲ爲ス場合ニ甲ハ乙ニ對シ其承諾ノ表示方法トシテ銃砲ヲ發スヘキコトヲ約シ乙ハ其約旨ニ從ヒ承諾ノ方法トシテ發砲シタリシニ偶暴風雨ノ爲メ終ニ甲カ其砲聲ヲ知覺セサリシ場合ニ承諾者タル乙ハ甲ノ指示ニ從ヒテ承諾ノ意思ヲ發送シ了リタルモノニシテ而

シテ天災ニ付キ乙ハ責ヲ負フヘキモノニアラサルカ故ニ契約ハ發砲ト同時ニ成立シタルモノト云ハサルヘカラスト其第三ハ若シ承諾ノ通知カ申込者ニ到達シ始テ契約ヲ成立セシムルモノトセハ契約成立ノ時期ハ殆ト之ナキニ至ルヘシ何トナレハ承諾ノ通知カ申込者ニ安全ニ到達セサレハ契約ハ成立セストセンカ承諾者ハ自己ノ承諾カ先方ニ無事ニ到達シタルヤ否ヤヲ確メサルヘカラスト若シ然ラサレハ契約ハ成立シタルヤ否ヤ不明ナルヲ以テ承諾者ハ取引ニ著手スルヲ得サルハ當然ナリ從テ又申込者ハ承諾書カ確ニ自己ニ到達シタルコトヲ承諾者ニ通知セサルヲ得サルニ至リ殆ト底止スル所ヲ知ラス隔地者間ニ契約成立ノ時期ナキニ至ラント以上三箇ノ理由ニ依リ英米等ニ於テハ發信主義ヲ採用セリ獨逸民法ハ隔地者ニ對スル意思表示ハ其通知カ相手方ニ到達シタルトキヨリ效力ヲ生スルモノトナセリ而シテ何等例外ノ規定ヲ存セサル故ニ契約ノ場合ニ於テモ同國ニ於テハ承諾ノ通知カ申込者ニ到達シタルトキ成立スルモノトセリ其說ニ依レハ此二主義何レヲ採用スルモ當事者ノ一方ニ不便ヲ與フルモノニシテ雙方ノ利益ヲ平等ニ保護スルハ到底不能タルヲ免レス然レトモ發信主義ノ弊害

タルヤ積極的ナリト雖モ受信主義ノ弊害ハ消極的ナリ何トナレハ發信主義ニ依レハ承諾者カ發シタル通知カ申込者ニ到達スルト否トニ關セス申込者ニ於テ承諾ノアリタルコトヲ知ラサルニ拘ラス申込者ハ契約上ノ義務ヲ負ハサルヘカラサルニ至リ其害タル即チ積極的ナリ之ニ反シ受信主義ニ於テハ承諾者ハ承諾ノ通知ヲ發シタルカ故ニ既ニ申込者ニ其通知ハ到達シ契約ハ確立シタリト信セシニ其通知カ不著ナリシカ爲メ契約カ不成立トナリ自己ノ豫期シタル契約上ノ利得ヲ得ル能ハサルニ至リタルニ過キス換言スレハ儲ケ損ヒタルニ過キサルカ故ニ消極的ノ害タルナリ且又契約法上ヨリスルモ能フヘキタケ雙方ノ意思カ互ニ通知セラル、コトハ固ヨリ望ム所ナルカ故ニ彼ノ認知主義ノ如キハ採用スルヲ得サルヘシト雖モ到達主義ハ認知主義ニ最モ近キモノナリトノ理由ノ下ニ獨逸ニテハ此主義ヲ採用セルナリ翻テ我民法ヲ案スルニ法典調査會ニ於テハ各地ノ商業會議所ニ向テ其意見ヲ諮問セシニ東京商業會議所ヲ始メ全國ノ會議所ハ實際ノ取引上ヨリシテ發信主義ヲ便ナリトセシヲ以テ調査會ニ於テモ其意見ヲ容レ發信主義ヲ採用シタルナリ(五二)抑法典調査會カ此主義ヲ採用スルニ至リタル

ハ前段ニ述ヘタル英米等ニテ行ハル、理由ノ外ニ尙ホ數多實際上ノ便益ニ基キタルナリ即チ(第一)若シ到達主義ヲ採用センカ承諾者ハ自己ノ承諾ノ通知カ相手方ニ到達シタルヤ否ヤヲ確メサルヘカラス若シ斯クセハ是等ノ照會ノ爲メ空シク時日ヲ費サ、ルヘカラス(第二)承諾者カ承諾ノ意思ヲ確定スルハ即チ承諾當時ノ相場ニ基クモノナリ例ハ米何俵ヲ買ハントスルハ其當時ノ米相場ニテ買ハントスルモノナリ然ルニ相手方ニ通知シテ始テ契約カ成立スルモノナリトセハ其間ニ相場ノ變動ヲ來シ之カ爲メニ意外ノ不利益ヲ被ルノ恐アリ(第三)發信ト受信トノ間ニハ少ナクモ若干ノ時日ヲ要スヘシ然ルニ當事者ノ權利關係ハ一刻モ早ク確定スルヲ要スト以上三理由ニ基キ我民法ハ發信主義ヲ採用シタルナリ但注意スヘキハ發信主義トハ自己ノ承諾ノ意思ヲ通知スルニ郵便電信等ニ託スルカ如ク即チ自己ノ監督以外ノ程度マテニ之ヲ置クコトヲ以テ足レリトス此監督ノ範圍外ニ置キタルトキ契約ハ成立スルモノナルカ故ニ若シ承諾者カ郵便電信ノ方法ニ依ラス使者ヲ以テ承諾ノ通知ヲ持參セシメタル場合ニハ郵便電信ニ依リタルモノト同一ニ論スルコトヲ得ス蓋承諾ノ通知ヲ自己ノ使者ニ渡スハ是レ決

シテ承諾ノ通知ヲ發シタルモノト爲スコトヲ得ス故ニ斯ル場合ニハ承諾書カ申込者ノ手ニ渡リタルトキ始テ契約ハ成立スヘキモノナリト信ス尙ホ誤解ヲ生シ易キハ隔地者間ノ承諾ハ承諾ノ通知ヲ發シタルトキ成立スト云フ民法第五百二十六條ノ規定ハ同第五百二十一條第二項ノ規定ト矛盾セサルヤトノ疑是ナリ第五百二十一條第二項ヲ見ルニ申込者カ承諾ノ期間ヲ定メタルトキハ其期間内ニ承諾ノ通知ヲ申込者カ受ケサレハ申込ハ消滅ストアリ然ルニ第五百二十六條ニ於テハ承諾ノ通知ヲ發シタルトキハ契約ハ直ニ成立ストアルカ故ニ一見甚タ奇異ノ感アリト雖モ此二規定ノ性質ハ全ク相異リ則チ全ク異リタル方面ノ規定ニシテ其内容モ亦別種ノモノナリトス故ニ第五百二十一條第二項ニ依リ期間内ニ承諾狀ノ到達ハ必要ナリト雖モ契約成立ノ時期ハ第五百二十六條ニ依リ即チ承諾狀發信ノ時ニ在リト云ハサルヘカラス又是ト同シク縱令期間内ニ承諾ノ通知ヲ發スルモ其期間内ニ到達セサル場合ニハ第五百二十一條第二項ニ依リ無効トナルモノニシテ此二箇ノ法文ハ決シテ牴觸スルコトナキナリ一旦承諾ノ通知ヲ發シタル後電信電話其他ノ方法ニ依リ之ヲ取消シ而シテ其取

消カ承諾ノ通知到達以前又ハ同時ニ相手方ニ到達シタル場合ニ於テハ承諾ヲ取消スノ效力アリヤ否ト云フニ從來大ニ議論ノ存スル所ニシテ英米ニ於テハ未タ實際裁判例ヲ見サルカ故ニ今後如何ナル解釋ニ決定スヘキヤハ不明ナリ從テ英國ニ於テハ是ニ對スル學說モ頗ル區々ニシテ唯蘇格蘭ニ於テハ一八三〇年ニ一事件發生シ承諾ヲ發シタル後他ノ方法ニ依リ取消シタルトキハ其取消ハ有效ナリト判決セリ而シテ又英領東印度ニ行ハル、印度契約法ニハ明文ノ存スルアリ同法ニ依レハ申込者ニ對シテ承諾ノ通知ヲ發スレハ承諾ハ有效ナリ即チ申込者ニ對シテハ承諾ノ通知ヲ發スレハ直ニ契約ハ成立スルモ承諾者ニ對シテハ其承諾カ申込者ニ到達シタルトキ始テ有效ニ成立ストナセリ我舊民法モ亦之ト同主義ヲ採用ス(舊民法三〇八)然レトモ斯ノ如ク申込者ニ對シテハ發信主義ヲ採リ承諾者ニ對シテハ受信主義ヲ採ルハ理論上不當ナルノミナラス契約成立ノ時期一定セサルカ爲メ當事者間ニ紛擾ヲ生スル恐アリ且此主義ニ依レハ申込者ハ相手方カ一度承諾ノ通知ヲ發セハ之ヲ取消スコトヲ得ス然ルニ被申込者ハ其承諾到達以前ニ在リテハ何時ニテモ承諾ヲ取消スコトヲ得ル等不公平ナル結果ヲ生スヘシ殊

ニ其承諾狀ニシテ申込者ニ到達セストセンカ承諾者ハ何時ニテモ即チ未來永遠之ヲ取消スヲ得ルカ如キ不條理ノ結果ヲ生スルヲ免レス去レハ右蘇格蘭ノ判決ニ對シテハ英國ニ於テモ大ニ反對論ヲ唱導スル者アルヲ以テ今後果シテ印度契約法ノ主義カ採用セラル、ニ至ルヤ否ヤハ甚タ不確定ナル問題ナリ我民法第五百二十六條ハ上述ノ如キ規定ヲ設ケ之ニ對シ何等例外ノ規定ヲ存セサルカ故ニ一旦承諾ノ通知ヲ發シタル以上ハ如何ナル方法ニ依ルモ之ヲ取消スコトヲ得サルモノト云ハサルヘカラス然レトモ以上述ヘタル隔地者間ノ契約成立時期ノ如キハ公益規定ニアラサルカ故ニ當事者ノ意思ニ依リ自由ニ之ヲ特約シ得ヘキハ勿論ナリ以上述ヘタルカ如ク承諾ノ通知ヲ發スレハ契約ハ成立スヘシト雖モ申込者ノ意思表示又ハ取引上ノ慣習ニ依リ別段承諾ノ通知ヲ發スルヲ要セサル場合ニハ承諾ノ意思表示ト認ムヘキ事實アリタルトキ契約ハ成立スルモノトス例ハ東京ヨリ酒千樽ヲ送ラレタキ旨申送りタル場合ニ相手方ニ於テ千樽ノ酒ヲ送レハ茲ニ契約ハ成立スルモノニシテ斯ル場合ニ於テ特ニ承諾ノ通知ヲ發スルヲ要セサル

ナリ
 承諾狀ヲ發シタル後若シ申込ノ取消アリタルトキハ其取消ノ效力如何ト云フニ
 民法第九十七條ノ規定ニ依リ申込ノ取消モ亦被申込者ニ到達セザレハ其取消ノ
 效力ヲ生セス然ルニ其取消到達前既ニ承諾ノ通知ヲ發シ契約ハ成立セルモノナ
 ルカ故ニ申込ノ取消ハ何等ノ效力ヲ生スルモノニアラス然レトモ申込者ハ如何
 ト云フニ若シ相當ナル時期ニ於テ申込取消ノ通知ヲ發シタル場合ナランニハ申
 込者ハ自己ノ申込ノ取消ハ當然相手方ニ到達シ從テ申込ノ取消ハ效力ヲ生シタ
 ルモノト信スルハ當然ナルヲ以テ民法ハ申込者ノ便宜ヲ圖ルカ爲メ第五百二十
 七條ニ依リ被申込者ヲシテ其申込取消ノ通知ノ延著シタルコト即チ承諾狀ヲ發
 シタル後ニ到著シタルコトヲ遲滯ナク申込者ニ通知セサルヘカラストセリ故ニ
 若シ承諾者カ其延著ノ通知ヲ發セサルトキハ申込ノ取消ハ契約成立後ニ到達シ
 タルニ拘ラス取消ハ有效ナルモノトナシ契約ハ不成立ニ歸スヘキモノトセリ是
 レ通知ヲ怠リタル承諾者ニ對スル制裁ナリ

懸賞廣告

第六款 懸賞廣告

近來新聞雜誌其他種々ノ方法ニ依リ賞ヲ懸ケ或行爲ヲ需ムルモノ頻繁ニ社會ニ
 行ハル、ニ至レリ是等ノ事項ハ總テ契約ノ法則ニ依リ支配セラルヘキハ勿論ナ
 レトモ又或ハ契約一般ノ通則ニ依リテハ之ヲ支配スル能ハサル場合尠ナシトセ
 ス故ニ獨逸民法ハ之ニ關シ特別規定ヲ設ケ我民法モ亦之ニ倣ヒ第五百二十九條
 以下ニ於テ之ニ關スル規定ヲ設ケタルニ至レリ
 懸賞廣告ノ法理上ノ性質ニ付キ獨逸ノ採用スル主義ニ依レハ懸賞廣告ハ相手方
 ノ確定セサル片面的約束片面行爲ナリトセリ而シテ其廣告ノ趣旨ニ從ヒ其行爲
 ヲ爲シタル者ニ賞ヲ與フヘキ義務ハ那邊ヨリ生スルヤト云フニ單獨行爲ヨリ生
 スルモノナリトセリ換言スレハ廣告ハ廣告者カ廣告ヲ掲載スルト同時ニ其單獨
 行爲ニ依リテ義務ヲ生スルモノナリト故ニ特ニ廣告ニ反對ノ意思ヲ表示スレハ
 格別然ラザレハ之ヲ取消シ又ハ變更スルコトヲ得スト爲セリ然レトモ廣告者ノ
 意思ヲ付度スルニ單ニ廣告シタルカ爲メニ漫然義務ヲ負擔スト云フカ如キ意思
 ハ更ニナク唯廣告ノ趣旨ニ從ヒ或行爲ヲ爲シタル人アリタルトキ其報酬ヲ與フ
 ヘキコトヲ期シタルモノナルカ故ニ獨逸學者ノ所謂單獨行爲ナリト爲スハ肯綮

ヲ得タルモノニアラサルヘシ然ラハ其法理上ノ意義如何ト云フニ純粹ナル一ノ
 申込ナリト解シテ何等疑ヲ挾ムノ餘地ナキナリ抑契約ノ申込ナルモノハ必スシ
 モ確定シタル人ニ對シテ爲スヲ要セス唯確定シタル人ニ依テ承諾セラレハ茲
 ニ契約ハ完全ニ成立スルモノトス即チ懸賞廣告ハ社會一般ノ人ニ對シテ或行爲
 者ニ一定ノ報酬ヲ支拂フヘキコトヲ申込ムモノニシテ其行爲者ハ即チ承諾者タ
 ルヘキモノニシテ契約ハ茲ニ完全ニ成立シ廣告者ハ其報酬ヲ支拂フヘキ義務ヲ
 負擔スルナリ

廣告者カ其指定シタル行爲ヲ爲スヘキ期間ヲ定メタル場合ニハ廣告者ハ其期間
 内其廣告ヲ取消スコトヲ得ス何トナレハ此場合ニハ廣告者カ廣告取消權ヲ拋棄
 スル意思ヲ表示シタルモノト認ムルコトヲ得ヘキヲ以テナリ但反對ノ意思ヲ推
 測シ得ヘキ場合ニハ此限ニアラス而シテ期間ノ定ナキ場合ニハ其廣告ニ指定シ
 タル行爲ヲ完了シタル者ナキ間ハ廣告者ハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ルモ
 若シ其行爲ヲ完了シタル者アランカ廣告ハ之ヲ取消スコトヲ得ス何トナレハ第
 三者ハ廣告ノ趣旨ニ基キ其指定シタル行爲ヲ爲サンカ爲メ勞力其他出費ヲ要ス

ルコトアルヘク而シテ既ニ其行爲ヲ完了シタルニ廣告ハ其後ニ至リ取消サレ目
 的ノ報酬ヲ得ルコト能ハストセハ其行爲ヲ爲シタル者ノ損害タルヤ蓋少ナカラ
 サルヘシ故ニ其行爲ノ完了スルマテハ取消スコトヲ得ヘキモ完了シタル者アリ
 タル以上ハ之ヲ取消スコトヲ得サルモノトセリ故ニ其廣告ノ指定シタル行爲ニ
 著手シタル者アルモ未タ完了セサル以前ニハ何時ナリトモ之ヲ取消サル、恐ア
 リ從テ其行爲ニ著手シタル者ノ利益ヲ害スル嫌ハ免レサルヘシト雖モ公衆一般
 ニ對シテ爲シタル申込カ一人ナリトモ其指定シタル行爲ニ著手シタル者アル以
 上ハ之ヲ取消シ得ストセンカ廣告者ニ對シ過酷ノ譏ヲ免レサルノミナラス其果
 シテ著手シタルヤ否ヤハ複雑ナル事實上ノ爭ヲ生シ從テ之ヲ判斷スルコト困難
 ナル場合少ナカラサルヲ以テ行爲カ完了シテ契約カ成立シタルヤ否ヤヲ限度ト
 シテ取消權ノ有無ヲ區別スルモノトセリ換言スレハ契約カ一旦成立スレハ之ヲ
 取消スコトヲ得スト爲シタルニ過キス畢竟スルニ申込ニ對シ一旦承諾アリタル
 以上ハ其申込ヲ取消スコトヲ得スト云フ契約法ノ原則ヲ適用シタルニ過キサ
 ナリ故ニ前ニ述フルカ如ク廣告ニ指定シタル行爲ニ著手シ之カ爲メニ出費勞力

等ヲ要シタリトスルモ其廣告ノ取消ニ因リ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルノ權
 利ヲ有セサルナリ尤モ民法第五百三十條ニ云フカ如ク廣告中ニ取消ヲ爲サ、ル
 コトヲ表示シタルトキハ其行爲完了ノ前後ヲ問ハス之ヲ取消シ得サルハ當然ナ
 リ
 懸賞廣告ノ取消ハ如何ナル方法ニ依ルヘキヤト云フニ其懸賞廣告ヲ爲シタルト
 同一ノ方法ニ依リ取消サ、ルヘカラス(五三)例ハ官報ニテ廣告ヲ爲シタルトキハ
 官報ニテ取消シ又或新聞紙ニ廣告ヲ爲シタルトキハ其廣告ヲ爲シタル新聞紙ニ
 テ取消ヲ爲サ、ルヘカラス若シ取消ヲ爲サントスルトキ前ニ廣告シタル新聞紙
 カ廢刊スルカ發行停止又ハ禁止ヲ命セラレタルカ如ク前ト同一ノ方法ニ依リ取
 消ノ廣告ヲ爲シ得サルトキハ他ノ新聞紙ニテ取消ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ然レ
 トモ是レ一ノ例外ナルカ故ニ其取消ハ唯之ヲ知リタル人ニ對シテノミ效力ヲ有
 シ之ヲ知ラサル者ニ對シテハ之ヲ對抗スルコトヲ得サルナリ斯ノ如クスルハ廣
 告者ニ對シテハ不便ナルカ如シト雖モ第三者保護ノ爲メ已ムヲ得サル所ナリト
 ス(五三)

廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲シタル者數人アリタルトキハ其報酬ハ何人ニ之ヲ與
 フヘキモノナリヤ例ハ逃走人ノ住所ヲ通知シタル者ニ一定ノ報酬ヲ與フヘキコ
 トヲ廣告シタルニ其廣告ノ趣旨ニ從ヒ之ヲ通知シタル者數名アリタル場合ニハ
 何人ニ其報酬ヲ與フヘキモノナリヤト云フニ最モ先ニ之カ通知ヲ爲シタル者ニ
 與フヘキモノトス是レ亦廣告者ノ意思ヲ解釋シタルニ出テタルモノニテ即チ廣
 告者ハ一度自己ノ希望ヲ充スヲ得ハ足り其後幾名ナリトモ通知ノ勞ヲ執リタル
 人ノ全部ニ報酬ヲ與フル意思ニアラサルヤ明ナリ然レトモ若シ數人カ同時ニ其
 行爲ヲ爲シタルトキハ時ノ前後ニ依リ是カ區別ヲ爲シ得サルカ故ニ行爲者ノ利
 益ヲ平等ニ保護スル爲メ其報酬ヲ平等ニ分配スヘキモノトセリ然レトモ其報酬
 カ分割ニ不便ナル場合例ハ一箇ノ銀盃ヲ與フト云フカ如キ又ハ縱令性質上分割
 シ得サルニアラサルモ應募者中ノ一人ニノミ與フヘキコトヲ特ニ廣告シタル場
 合ニハ數名ノ應募者ノ一人ニ其物ヲ與ヘ其受賞者ヨリ相當ノ金額ヲ支出セシメ
 他ノ行爲者ニ之ヲ分配スルカ如キ方法モナキニアラサレトモ若シ斯ノ如クセハ
 強テ應募者中ノ一人ニ其賞品ヲ買取ラシムルカ如キ結果トナリ其賞品ノ受領ヲ

強ヒラル、者ノ不利益尠ナカラサルナリ或ハ其物品ヲ競賣ニ附シ代金ヲ分配スルノ方法ナキニアラスト雖モ是等複雑ナル手數ヲ用キルハ策ノ得タルモノニアラサルカ故ニ我民法ハ獨逸民法ニ倣ヒ此場合ニハ抽籤ノ方法ニ依リ受賞者ヲ決定スルコト、セリ元來權利ノ實行ニ關シ抽籤ヲ行フカ如キハ奇怪ノ感ナキニアラサレトモ實際上ニ於テハ頗ル輕便ニシテ且紛擾ヲ避クルノ點ニ於テ巧妙ナル方法ナルカ故ニ之ヲ採用シタルナリ但報酬分配ニ關スル以上ノ規定ハ一般ノ標準ヲ示シタルニ過キササルヲ以テ若シ廣告中ニ特別ノ意思ヲ表示シタルトキハ之ニ準據スヘキハ勿論ナリトス

懸賞廣告中優等者ノミニ報酬ヲ與フルモノト定ムルアリ例ハ詩歌ノ秀逸者ニ賞品ヲ與フルコトヲ約スルカ如シ抑優劣ナルモノハ固ヨリ比較的ノモノナルカ故ニ斯ル場合ニ於テ其優劣ヲ定ムルニハ少ナクトモ或一定ノ應募者ヲ得テ其中ニ於テ優劣ヲ判斷セサルヘカラス故ニ其結果トシテ應募ノ期間ヲ定メサルヘカラス期間ノ定ナキ廣告ハ果シテ何人カ優等者ナルヤヲ定ムルヲ得ス從テ日期、期間ノ定ナキ廣告ハ法律上無効ナリトシ權利義務ノ關係ヲ生セサルナリ而シテ又優

契約ノ效力
對三者ニ
力

等者ヲ定ムルニハ如何ナル審査方法ニ依ルヘキヤト云フニ民法第五百三十二條ハ之カ規定ヲ設ケ應募者中ノ何人ノ行爲カ優等ナルヤハ廣告中ニ定メタル人ヲ以テ之ヲ判斷セシムヘキナリ若シ廣告中ニ其判定者ヲ定メサルトキハ廣告者自ラ之ヲ判定セサルヘカラス而シテ其審査ニ對シテハ何人モ異議ヲ述フルコトヲ得ス又數人ノ行爲カ全ク同等ナリト判定セラレタルトキハ其報酬ハ前ニ説明セシカ如ク平等ニ分配セラル、モノナリ而シテ其モノ、性質及廣告ノ趣旨ニ依リ分割ヲ許サ、ルトキハ抽籤ヲ以テ受賞者ヲ定ムヘキモノトス

第五章 契約ノ效力

第一節 第三者ニ對スル效力

契約ノ效力ハ第三者ニ對シテモ其效力ヲ生スルヤト云フニ抑契約ハ第三者ヲ利セス又之ヲ害セストハ古來ヨリノ契約法上ノ原則ナリトス即チ何人ト雖モ自己ノ關與セサル他人ノ契約ニ依リテ責任ヲ負フヘキ謂レナク又利益ヲ享受スヘキ筈モナシトノ趣旨ナリトス然レトモ此原則ハ契約ヨリ生スル權利義務ノ關係ヲ第三者ニ及サストノ趣旨タルニ過キスシテ決シテ第三者ニ對シテハ何等ノ關係

ヲ生セストノ意義ニアラス英法學者ノ説ク所ニ依レハ契約トハ當事者雙方ノ間ニ債權即チ對人權ヲ生シ社會一般ノ人ニ對シテハ對世權ヲ生スルカ故ニ契約ヨリ生スル權利義務ハ契約當事者間ニノミ行ハル、モ其當事者間ニ存スル債權關係ハ社會一般ノ人カ之ヲ尊重セサルヘカラス而シテ秋毫モ之ヲ侵害スルコトヲ許サ、ルナリ是レ恰モ各個人カ自己ノ身體又ハ生命、財産ニ對シテハ第三者ヨリ侵害ヲ受ケサルノ權利ヲ有スルト同シク自己ノ爲シタル契約ニ依ル債權モ亦社會一般ノ人ヨリ害セラレサル對世權ヲ有スルカ故ニ社會ノ人モ亦之ヲ妨害セサル所謂消極的ノ義務ヲ負フモノナリ故ニ契約ノ當事者カ契約ニ違背スルハ債權(對人)ノ侵害ニシテ又第三者カ契約ノ實行ヲ妨害スルハ對世權ノ侵害ト云フヘキナリ而シテ債權ノ侵害ヲ違約ト稱シ對世權ノ侵害ヲ不法ノ行爲(英法ノ私犯)ト云フナリ此法理ハ英米學者ノ常ニ唱導スル所ニシテ最モ適當セルモノナリト信ス然レトモ獨佛ノ學者ハ之ヲ認メス我民法モ亦是ニ付キ何等ノ規定スル所ナシト雖モ之ヲ否認スルモノナリトノ解釋ハ爲シ得サルナリ何トナレハ契約ノ效力トシテハ何等規定スルナシト雖モ民法ノ不法行爲ノ章下ニ於テ苟モ故意ヲ以テ他

人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ損害賠償ノ責ニ任スト規定セリ而シテ債權關係モ亦權利ナルカ故ニ即チ第三者ニシテ其權利ヲ侵害センカ不法行爲トナルヤ明ナリトス故ニ他ニ明文ノ規定ヲ俟ツノ要ナキヲ以テ之ヲ明規セサルモノト解セサルヘカラス英國ニ於テ此法理カ裁判上實際ニ認メラレタルハ一八五三年ラムレ一對ガイノ事件ナリトス即チ原告ハ或劇場ノ持主ニシテ或演藝者ヲ一定ノ期間内自己ノ劇場ニ雇入レ而シテ他ノ劇場ニ出演セサルヘキコトヲ契約セリ然ルニ被告ハ其演藝者ヲ教唆シテ自己ノ劇場ニ出演セシメ原告ト演藝者トノ契約ヲ破棄セシメタリ此事件ニ於テ裁判所ハ被告ノ行爲ハ恰モ第三者間ノ主從ノ關係ヲ破ラシメ其主人ヲシテ其從者ヲ失ハシメタルト同一ニシテ其損害ノ賠償ヲ爲スヘキ責ニ任スヘキモノナリトセリ其後一八八一年及一八九三年ノ兩度ニ之ト同一ノ判例アリ是ニ因テ同國ニテハ全ク此法理ヲ採用スルノ基礎ヲ鞏固ニセリ同國ニ於テハ此法理ハ總テノ對人權ニ適用セラル、モノニシテ例ハ夫婦、親子間ノ關係ニ於テモ亦同一ノ法理ニ依リテ解決セラル、モノトス即チ英國ニ於テハ親子ニ對シ對人權ヲ有スルカ故ニ他人カ其子ヲ誘拐シタルトキハ其者ハ親ノ子ニ

對シテ有スル權利ヲ侵害シタルモノトセリ
如上ノ法理ハ我民法ニ於テモ採用スルコトヲ得ヘキモノト信スレトモ往々反對
說ヲ唱ヘ契約ハ單ニ當事者ヲ羈束スルモノニシテ第三者ハ他人間ニ存在スル債
權關係ヲ尊重スルノ義務ナク從テ前記ラムレ一對ガイ事件ノ如キ我民法ニテハ
被告ニ責ナシト論スル者決シテ少ナシトセス是等ハ今後宜シク諸君ニ於テ研究
スヘキ問題ナリ

第二節 當事者ニ對スル效力

第一款 雙務契約ノ效力

第一項 同時履行ノ原則

雙務契約ハ既ニ述ヘタルカ如ク契約ノ成立ト同時ニ當事者ノ雙方ニ各債務ヲ生
スルモノナリ而シテ此二箇ノ債務ハ同時ニ履行スヘキモノナリヤ否ヤニ關シテ
二箇ノ學說アリ

第一說 ハ雙務契約ハ當事者雙方ヲシテ債務ヲ負擔セシムルノ意思ヲ以テ契約
ヲ締結スルモノニシテ即チ二箇ノ債務ノ存在ハ雙務契約成立ノ要件ナリト然

レトモ一旦成立シタル此二箇ノ債務ハ全然獨立スルモノニシテ其運命ヲ共ニ
スヘキモノニアラス故ニ當事者ノ一方カ縱令其債務ヲ履行セサルモ相手方ハ
自己ノ債務ヲ履行セサルヘカラサルナリ何トナレハ當事者ノ一方ニ不履行ノ
存スルカ爲メニ相手方ノ履行ヲ免除スルノ理由トナルモノニアラスト云フニ
ニ在リ然レトモ此說ニ從フトキハ當事者ノ一方ハ自己ノ權利ハ之ヲ享クルコ
トヲ得サルニ拘ラス自己ノ義務ハ履行セサルヘカラサルニ至リ遂ニ自己ノ不
利益ヲ被ルノ結果ヲ生シ不公平トナルヘキヲ以テ此說ハ採用スルコトヲ得サ
ルナリ

第二說 ハ雙務契約ハ利益ノ交換ヲ目的トスルモノニテ例ハ買主カ代金支拂ノ
債務ヲ負擔スルハ物品ヲ得ンカ爲メニシテ又賣主カ物品ヲ引渡スハ代金ヲ獲
得セン爲メナリ然ルニ自己ノ利益ハ之ヲ享受スルコトヲ得サルニ反シ唯自己
ノ債務ノミ履行セサルヘカラストスルカ如キハ當事者ノ意思ニ背クモノナリ
即チ雙務契約ノ二箇ノ債務ハ其成立ノ上ニ於テ互ニ相關聯スルノミナラス尙
ホ其履行ノ上ニ付テモ相關聯スルモノナリト云フニ在リ是レ歐米各國ノ認ム

當事者ニ對スル效力
雙務契約ノ同時履行ノ原則

ル法制ニシテ所謂同時履行ノ原則ナルモノ即チ是ナリ但此原則ヲ適用スルニ付テハ寬嚴二種ノ別アリ即チ其一ハ相手方ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲サント欲セハ必ス先ツ自己ノ債務ヲ履行スルカ又ハ履行ノ提供ヲ爲サルヘカラス換言スレハ自己ノ債務ヲ履行スルカ又ハ履行ノ提供カ相手方ニ對スル履行請求ノ必要條件ト爲スモノニシテ其二ハ相手方ニ對シテ請求スルニ當リ必スシモ自己ノ債務ヲ履行シ又ハ提供スルヲ必要トセス唯相手方ニ於テ履行ノ請求ヲ拒絶スルヲ得ル權利(抗辯權)ヲ有スルニ過キストスルニ在リ英國ノ法律ニ於テハ自己ノ債務ノ履行ヲ必要條件トセリ即チ同國ノ判例ニ或當事者間ニ米穀ノ賣買ヲ契約シ其引渡ノ期間ハ一个月トナシタリ然ルニ債務者ハ其期間ヲ經過シタルニ拘ラス履行セサルカ故ニ之ニ對シ損害賠償ヲ請求シタル事件ニ關シ其判決ノ要旨ニ曰ク原告ニ於テ其債務ノ履行ヲ請求セントセハ先ツ第一ニ原告タル者ハ其米穀代金ヲ支拂フヘク準備ヲ爲シタル事實ノ證明ヲ爲サルヘカラス然ルニ原告ハ其準備ヲ爲シタル事實ヲ立證セサルヲ以テ相手方ニ對シテモ履行又ハ賠償ヲ請求スルコトヲ得スト之ニ因テ是ヲ觀ルトキハ英國ニテハ

雙務契約ノ履行ヲ相手方ニ請求スルニハ先ツ自己ノ債務ヲ履行スルカ又ハ債務履行ノ提供ヲ必要トシ若シ此條件ヲ缺クトキハ相手方ヨリ其抗辯ヲ提出シタルト否トヲ問ハス裁判所ハ當然請求ヲ棄却スヘキモノト爲セリ
我民法ニ於テハ如何ト云フニ右ニ述ヘタル條件ヲ以テ必要ナリトナサス唯相手方ニ抗辯權ヲ認ムルノミナリトス^(三五)故ニ若シ被告カ同時履行ノ抗辯ヲ提出セサルトキハ裁判所ハ原告ノ請求ヲ認容セサルヘカラサルナリ此抗辯ヲ同時履行ノ抗辯又ハ不履行ノ抗辯ト云フ尤モ原告ノ債務カ未タ辨濟期限ノ到來セサルモノナルトキ例ハ品物ハ本月末ニ渡スヘキモ代金ハ年末ニ支拂フト云フカ如シ斯ル場合ニ於テハ原告ノ債務ハ履行ノ期限未タ到來セサルカ故ニ相手方ニ於テ同時履行ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ス其他反對ノ特約ノ存スル場合ニモ亦此抗辯ヲ提出シ得サルヤ勿論ナリ

危險負擔ノ責任

第一項 危險負擔ノ責任

雙務契約ニ於ケル一方ノ債務カ當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ履行ノ全部又ハ一部カ不能トナリタルトキハ其相手方ハ反對給付ヲ爲スヘキ義務ヲ免

除セラルヘキヤ否ヤ是レ所謂危險負擔ノ問題ニシテ又損失負擔ノ問題トモ云フ
 此問題ハ雙務契約ニ關シテノミ生スル問題ニシテ片務契約ニ關シテハ斯ル問題
 ハ生セサルナリ何トナレハ片務契約ハ一方ノミカ債務ヲ負擔スルモノナルカ故
 ニ其債務ノ履行カ不能トナルモ相手方ニハ元來何等ノ債務ナキカ故ニ相手方ノ
 責任カ免除セラル、ヤ否ヤノ問題ヲ生スルコトナケレハナリ又危險負擔ノ責任
 問題ヲ生スル場合ハ債務ノ不履行カ當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ依リタ
 ルモノナラサルヘカラス若シ履行ノ不能カ當事者ノ責ニ歸スヘキ事由ヨリ生シ
 タルトキハ其責任カ何レニ存スルカヲ判スルニ於テ何等苦シムヘキモノナシ即
 チ若シ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ノ爲メ債務履行カ不能トナリタルトキハ其履
 行不能ヨリ生シタル損害ハ債務者ニ於テ負擔スヘキヤ勿論ナリ換言スレハ此場
 合ハ債權者ハ反對給付ノ義務ヲ免除セラル、ノミナラス債權者ハ之ヲ原因トシ
 テ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ヘク(三五)又損害賠償ノ請求ヲモ爲スヲ得ヘシ(四一五)
四五又之ニ反シテ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ノ爲メ債務ノ履行ヲ不能ナラシ
 メタリトセンカ其損失ハ債權者ニ於テ負擔スヘキハ勿論ニシテ此場合ニハ債務

者ハ自己ノ債務ヲ履行セサルニ債權者ハ反對給付ヲ爲サ、ルヘカラサルヤ明ナ
 リ故ニ當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ依リ一部又ハ全部ノ履行不能ト
 ナリタル場合ニ始テ危險負擔ノ問題ヲ生スルナリ
 之ヨリ特定物ノ讓渡ヲ目的トスル契約ノ危險負擔ニ付キ説明センニ危險負擔ノ
 責任問題ハ主トシテ特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ雙務契約ノ目的トス
 ル場合ニ若シ其物カ當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ依リ滅失又ハ毀損シタ
 ルトキハ債權者ハ反對給付ノ責任ヲ免ル、ヤ否ヤ是レ即チ純粹ナル危險負擔ノ
 責任問題タルヘキモノナリ例ハ家屋ノ賣買契約ヲ締結セシニ其家屋ノ引渡前ニ
 類焼ニ罹リ焼失シタル場合又ハ品物ノ賣買ニ於テ賣主カ既ニ瀛車ニ積込ミタル
 ニ暴風雨ノ爲メ瀛車顛覆シ其商品滅失又ハ毀損シタル場合ノ如ク天災、地變又ハ
 第三者ノ所爲ニ因リ債務履行ノ全部又ハ一部カ不能トナリタルトキハ債權者ハ
 自己ノ債務ヲ免脱セラル、ヤ否ヤ(雙務契約ニ於テハ雙方互ニ債權者タリ債務者
タルカ故ニ危險負擔ノ責任ヲ説クニ當リ債權者ト稱スルハ賣主ヲ指スヤ又ハ買
主ヲ指スヤ頗ル混雜シ易キカ如キモ特定物ノ讓渡ニ關シテ債權者又ハ債務者ト

云フモノナルカ故ニ其讓渡ヲ爲スモノ即チ賣主ハ債務者ニシテ買主ハ債權者ナリ此問題ニ關シ各國ノ法制ハ所有者主義、債權者主義、債務者主義ノ三トナスコトヲ得ヘシ

第一 所有者主義 此主義ニ依レハ其目的物ノ滅失毀損ノ當時所有權ヲ有スルモノカ損失ヲ負擔スルモノナリトスルニ在リ是レ昔時羅馬法ニ於テ謂フ所ノ物ハ所有者ト共ニ死ストノ原則ニ依據シタルモノニシテ即チ前例ニ於テ目的物タル家屋ノ所有權ハ契約ト同時ニ買主ニ移轉スルカ故ニ債權者タル買主ハ目的物滅失スルニ拘ラス其代金ハ全部支拂ハサルヘカラス蓋物ヨリ生スル損害ハ所有者カ負擔スヘキハ所有權ノ當然ノ結果ニシテ他人ニ之ヲ嫁セシムルコトヲ得スト云フニ在リ是レ英米ノ法律ニテ採用スル所ノ主義ナリ

第二 債權者主義 其物權ヲ取得スヘキ者即チ債權者ニ於テ危險ヲ負擔スヘキモノナリトナシ即チ特定物ノ賣買ニ於テハ總テ買主ニ於テ負擔セサルヘカラス從テ買主ハ其物ノ全部又ハ一部ノ引渡ヲ受ケサルニ關ラス代金ハ全部ノ支拂ヲ爲サルヘカラス故ニ債權者主義ニ依ルトキハ其目的物ノ滅失、毀損ノ當

時ニ何人カ所有者ナリシカヲ問フノ要ナク唯其所有權ヲ取得スヘキ債權者ノ何人ナルカヲ知レハ即チ足ルナリ而シテ此主義ノ理由トスル所ハ學說區々ナリト雖モ其主要ナルモノ左ノ如シ

- 一 雙務契約ハ其始メ契約締結ノ當時ニハ一方ノ義務ハ他ノ一方ノ義務ノ原因トナルモ契約カ一度有效ニ成立シ當事者カ互ニ義務ヲ負擔シタルトキハ其義務タル全ク相獨立シテ存在スルモノナルカ故ニ其義務ノ免除ヲ得ルニハ雙方別々ニ法律上ノ義務消滅原因ナカルヘカラス而シテ債務者ハ天災地變其他第三者ノ行爲ニ依リ義務履行不能トナリタルモノナルカ故ニ債務者ノ義務ハ當然消滅スルモノトス蓋法律ハ不能ヲ責メサルヲ原則トスルカ故ニ自己ノ責ニ歸スヘカラサル原因ニ因リ其引渡不能トナリタルトキハ彼ハ其引渡義務ヨリ當然免脱セラル、モノナリ然レトモ相手方ニハ何等其義務消滅ノ原因存セサルヲ以テ彼ハ自己ノ義務ヲ履行セサルヘカラスト云フニ在リ
- 二 凡ソ契約成立後債權者ニ其目的物ヲ引渡サル以前ニ於テ其目的物ノ價

格カ騰貴シ又ハ果實ヲ生シタルトキハ其利益ハ何人ニ屬スヘキヤト云フニ
債權者タル買主ノ所得ニ屬スヘキハ當然ナリ既ニ目的物ノ騰貴ノ場合ニ其
利益ヲ收得スル以上ハ其毀損滅失ノ損害ヲモ亦自ラ負擔セサルヘカラス
ハ自然ノ法則ナリ利ノ歸スル所害之ニ伴フヘキハ羅馬法以來ノ原則ナリト
云フニ在リ

第三 債務者主義 此主義ニ依レハ雙務契約ナルモノハ當事者雙方ノ意思ヲ推
測スルニ利益ノ交換ヲ第一ノ目的ト爲シ債權者ハ現實其物ノ引渡ヲ受ケ事實
上其物ヲ支配スルコトヲ得テ始テ契約ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルモノニシテ
單ニ權利ノ移轉ノミニ依リ其目的ヲ達スルモノニアラス而シテ賣主タル債務
者モ亦其物ノ引渡ヲ爲スヘキ義務ヲ負フモノナルカ故ニ現實ニ其引渡ヲ爲サ
サル間ニ其目的物カ滅失毀損セハ其損害ハ債務者自身カ負擔スヘキハ當事者
ノ意思ニ適合スルモノト云ハサルヘカラス故ニ動産ニ付テハ引渡ヲ爲ス前マ
テ又不動産ハ登記ヲ結了スルマテノ間ニ其物カ滅失毀損スルコトアランカ買
主ハ代金支拂ノ義務ヲ免脱セラルヘキモノナリ尤モ登記ハ必スシモ不動産ノ

引渡ト同一視スヘキモノニアラサレトモ登記ニ依リ不動産ノ所有權移轉ノ事
實ヲ既ニ當事者カ確認スル以上ハ其後不動産ヨリ生スル利害共ニ買主ニ於テ
負擔スヘキハ當事者カ暗黙ニ合意シタルモノト認ムルコトヲ得ヘキヲ以テ登
記後ノ不動産ノ損失ハ買主ニ於テ之ヲ負擔セサルヘカラスト云フニ在リ獨逸
民法第三百二十三條ハ此主義ヲ採用セリ

危險負擔ノ問題ニ付テハ以上三主義ノ存在スルアリ而シテ我民法ハ佛國民法ト
同シク債權者主義ヲ採用セリ^(五三)此主義ヲ採用シタルニ付キテハ英法學者中之
ヲ非難スル者頗ル多シ其說ニ曰ク抑特定物ノ讓渡ヲ目的トスル雙務契約ハ當事
者カ利益ノ交換ヲ期スルモノナルカ故ニ代金ノ支拂ハ權利ノ移轉ニ對スル對價
ナリ然ルニ權利ノ移轉ノ有無ニ拘ラス買主タル債權者ニ代金支拂ノ義務アリト
云フハ當事者ノ意思ニ背反スルモノナリ現ニ我民法ニ於テハ雙務契約ニ付キ同
時履行ノ原則ヲ採用セルニ危險負擔ノ場合ニ至リテハ此趣旨ニ背ケリ又目的物
ノ價格カ騰貴スルカ又ハ果實ヲ生シタルトキハ債權者ニ於テ之ヲ收得スヘキハ
勿論ナリト雖モ之カ爲メニ目的物カ滅失又ハ毀損シタル場合ニ債權者ヲシテ其

危険ヲ負擔セシムルノ理由トハナラサルノミナラス殊ニ權利移轉中最モ其主要ナル賣買ニ付テハ民法第五百七十五條ニ於テ賣買ノ目的物ノ引渡前ニ其物ヨリ果實ヲ生シタルトキハ其果實ハ債務者タル賣主ノ所得ニ歸スヘキモノトナセルニアラスヤ然ルニ其目的物ニ損害ヲ生シタル場合ニハ買主タル債權者ニ危険ヲ負擔セシムルハ賣買法ノ原則ニ反スルニアラスヤ故ニ債權者主義ハ我民法ノ規定ニ適合セスト是レ即チ債權者主義ニ對スル攻撃ノ重要ナルモノナリ此攻撃ハ理論上ニ於テハ間然スル所ナシト雖モ實際ニ於テハ債權者主義ト所有者主義トハ殆ト全ク同一ナリトス何トナレハ昔時ノ法律觀念ニ於テハ現實ノ引渡ニ因リ茲ニ始テ目的物ノ所有權移轉シタリト雖モ現時ノ法律ニ於テハ意思表示ニ因リ直ニ契約ハ成立シ其權利ハ即時ニ移轉スルモノナルカ故ニ特定物ニ關スル物權ノ移轉又ハ設定ヲ目的トスル雙務契約ニ於テハ契約ノ成立ト同時ニ所有權ハ移轉スルヲ以テ買主ハ債權者タルト同時ニ所有者タリ故ニ未タ登記ヲ經サル家屋ノ買主又ハ引渡ヲ了セサル動産ノ買主ノ如キ所有者主義ヨリ謂フモ是等ノモノハ其損失ヲ負擔セサルヘカラス又債權者主義ヨリ謂フモ其損失ハ負擔セサルヘ

カラスシテ其結果ハ全ク同一ナリトス而シテ又所有者主義ト債務者主義トハ其結果ハ全然相異リト雖モ立論ノ根據ニ至リテハ全ク同一ニ歸スルモノトス即チ債務者主義ヲ採用スル獨逸ニ於テハ不動産ト動産トニ拘ラス所有權ヲ移轉セントセハ其引渡ヲ要スルモノトセリ即チ不動産ニ於テハ登記ヲ經サルヘカラス此手續ヲ爲サ、ル間ハ決シテ移轉セス又動産ニ在リテハ現實引渡ヲ爲サ、レハ同シク所有權移轉セス故ニ是等ノ行爲ヲ爲サ、ル間即チ其登記又ハ引渡ヲ爲スマテニ生シタル損失ヲ債務者ニ負擔セシムルハ即チ所有權ヲ有スル者ヲシテ負擔セシムト云フニ同シク理論上ニ於テハ全ク所有者主義ト同一ナリトス唯其異ル點ハ所有權移轉時期ノ異ルニ過キサレナリ以上述ヘタルカ如ク英法ノ所有者主義ト我民法ノ債權者主義トハ其結果殆ト同一ナレトモ唯當事者ノ特約ヲ以テ或期間内所有權ヲ賣主タル債務者ニ留保スル場合ニ於テ全ク其結果ヲ異ニセサルヲ得サルナリ何トナレハ此場合ニ債權者主義ニ依レハ買主カ負擔スヘク又所有者主義ニ依レハ債務者カ負擔セサルヘカラサレハナリ抑當事者カ所有權ノ移轉ヲ賣主ニ留保スルカ如キコトハ實際上其例ナシトセス明治二十七年三井家ト大

藏大臣トノ間ニ起リシ三池鑛山震災損害要償事件ノ如キ其適例ナリ其事實ハ九州三池炭坑ハ元ト大藏省ノ所有ナリシカ三井ニ於テ之カ拂下ヲ受ケ其代金ハ向十餘年間ニ年賦ニテ分納スルコト、シ三井ハ直ニ採炭事業ニ著手スルコト、ナレリ然レトモ所有權即チ鑛物ノ探掘權ハ代金完済マテ大藏省ニ留保シタリシカ其後震災ノ爲メ此炭坑破壊シ爲メニ八十餘万圓ノ損害ヲ生シタルナリ而シテ三井ハ曰ク所有權ハ大藏省ニ存スルヲ以テ其損害ハ同省ニ於テ負擔スヘキモノナリト然レトモ大藏省ニ於テハ契約ハ既ニ成立セルカ故ニ債權者タル三井ニ於テ其損害ヲ負擔スヘシト主張シ結局大審院ハ債權者主義ヲ採用シタルノ結果其損害ハ三井ニ於テ負擔スヘキモノナリトノ判決ヲ爲シタリ

以上説明セルカ如ク債權者主義ニ依ルトキハ目的物ハ滅失毀損スルモ債權者ハ代金ノ全部ヲ支拂ハサルヘカラサルナリ然レトモ若シ債務者即チ賣主カ引渡又ハ登記ヲ怠リタル其間ニ目的物滅失又ハ毀損シタリトセハ此場合ニモ尙ホ債權者ハ代金ヲ支拂ハサルヘカラサルヤト云フニ此場合ニハ債務者ニ遲滯ノ責アルカ故ニ危險負擔ノ責任ハ一轉シテ債務者ニ歸スヘキモノトス故ニ此場合ニハ債

權者ハ代金支拂ノ一部又ハ全部ヲ免除セラル、ニ至ルヘキナリ然レトモ若シ債務者ニ縱令遲滯ノ事實ナキモ尙ホ同一ノ損害ヲ免レサリシ場合ハ如何例ハ暴風雨連日繼續シ縱令契約ノ期日ニ引渡シタリトスルモ尙ホ天災ニ因リ其目的物カ毀損シタルヘキコトヲ立證シタルトキハ如何ト云フニ斯ル場合ニ於テハ又原則ニ復歸シ債權者タル買主ニ於テ負擔スヘキモノトス(舊民法三三五)

危險負擔ノ問題ノ多クハ所有權移轉ノ場合ニ生スルモノナレトモ必スシモ所有權ニ限ルモノニアラス地上權、永小作權、地役權等ノ權利移轉ノ場合ニモ同一ノ法則ヲ適用シ得ヘキナリ然レトモ是等ノ權利ニ付キテハ民法ハ特別ノ規定ヲ設クルカ故ニ此危險負擔ノ通則ヲ適用スル場合ハ比較的少ナキナリ(二七四、二七五、二七六等)

尙ホ以上ノ法則ハ特定物ニ關スル規定ナルモ不特定物ニ付テモ第四百一條ニ依リ債務者カ物ノ給付ヲ爲スニ付キ必要ナル行爲ヲ完了シ又ハ債權者ノ同意ヲ得テ其目的物ヲ指定シタル場合ニハ契約ノ目的物ハ確定スルカ故ニ其以後ハ債權者カ損失ヲ負擔セサルヘカラサルハ論ヲ俟タサル所ナリ

我民法ハ停止條件附雙務契約ニ關スル危險負擔ノ規定ヲ設定セリ然ルニ諸君ハ

未タ民法總則中條件ノ講義ヲ聽カレサルヘキニ因リ茲ニ先ツ一言停止條件ノ何タルヤヲ説明セサルヘカラス抑條件ニハ停止條件ト解除條件トノ二アリ停止條件トハ條件ノ到來ニ因リ法律行為ノ成立スルヲ謂ヒ解除條件トハ法律行為ハ現實成立シ居ルモ或條件ノ到來ニ因リ其效力ヲ失フヲ謂フ例ハ余カ或試驗ニ及第セハ汝ノ家屋ヲ金五千圓ニテ買取ルヘシト云フカ如キハ停止ノ條件附賣買契約ナリ之ニ反シ余ハ今汝ノ家屋ヲ五千圓ニテ買取ルヘシ然レトモ余カ若シ或一定ノ試驗ニ落第セハ此賣買ヲ解除スベシト云フカ如キハ解除條件附賣買契約ナリトス

而シテ停止條件附雙務契約ノ場合ニ其條件ノ成就カ未定ノ間ニ目的物カ滅失、毀損セハ其損失ハ何人カ負擔スヘキヤ例ハ甲カ試驗及第前ニ前例ノ家屋カ燒失シタリトセハ其損失ハ何人カ負擔スヘキヤ換言スレハ甲ハ其目的物タル家屋カ滅失シタルニ拘ラス試驗及第後即チ條件成就後其家屋ノ代金ヲ支拂ハサルヘカラサルヤ否ヤ此場合ニ於テハ目的物ノ滅失シタル場合ト毀損シタル場合トノ二ニ區別シテ説明セサルヘカラス

第一 目的物ノ滅失シタル場合 停止條件附契約ハ條件成就ノトキ始テ完全ナル契約ノ效力ヲ生スルモノナルカ故ニ其效力ヲ生スルトキ即チ條件ノ成就當時完全ナル法律行為トシテ存在セサルヘカラス從テ法律行為ノ要素タル目的物ノ存在ヲ要ス然ルニ條件ノ到來前既ニ目的物タル家屋ハ燒失セシモノナルカ故ニ其試驗及第ノ日ニ賣買契約ハ成立スルニ由ナキナリ從テ其損失ハ賣主タル債務者乙ニ於テ負擔シ甲ハ代金支拂ノ義務ヲ免セラル、モノトス

第二 目的物ノ毀損シタル場合 此場合ニ於テハ契約ノ目的物タル家屋ハ存在スルカ故ニ前例ニ於ケル條件成就ノ時即チ試驗及第ノ日賣買契約ハ有效ニ成立スルモノニシテ危險負擔ノ原則ニ依リ債權者タル者ニ於テ其損失ヲ負擔セサルヘカラサルナリ故ニ買主ハ家屋ノ毀損シタルニ拘ラス代金ノ全部ヲ支拂ハサルヘカラサルナリ(五三項)

右ノ如ク滅失ト毀損トノ場合ヲ分チテ責任者ヲ區別スルカ故ニ實際ニ於テハ甚ダ不公平ナル結果ヲ生スルコトアリ即チ天災ノ爲メ其契約ノ目的物カ全然滅失スルトキハ條件ノ到來ノトキ代金全部ノ支拂義務ナキニ拘ラス未タ滅失ナル程

度ニ至ラサル毀損ノ場合ニハ全部ノ代金ヲ支拂ハサルヘカラサルニ至リ即チ被害ノ程度如何ニ依リ危險負擔ノ責任ヲ異ニスルカ如キハ奇怪ナル現象ト云ハサルヘカラス且又理論上ヨリスルモ停止條件附契約ハ條件ノ成就ニ依リ始テ其效力ヲ生シ茲ニ債權者債務者ノ關係ヲ生スルモノニシテ決シテ條件成就以前毀損ノ當時ニ遡リテ債權關係ヲ發生スルモノニアラス從テ毀損ノ當時未タ真正ナル債權者ナルモノアルヘキ筈ナキナリ而シテ契約成立ノ當時ハ目的物滅失又ハ毀損シ完全ナル目的物存セス契約當初ノ意思ニ反スヘキヲ以テ所有者タル債務者ニ於テ自ラ其損害ヲ負擔スルヲ以テ最モ當ヲ得タルモノト云ハサルヘカラス然ルニ毀損ノ場合ニ限リ買主ニ損失ヲ負擔セシムルハ停止條件附契約ノ本質ニ反スルモノニシテ學者ノ非難ヲ免レサル所ナリ

停止條件附契約ノ目的物カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リ毀損シタル場合例ハ前記ノ例ニ於テ賣主タル乙カ家屋ノ修繕ヲ怠リタルカ爲メ條件到來ノ際目的物カ毀損シタリトセンカ此場合ニハ目的物ハ存スルモ元來買主タル甲ハ完全ナル家屋ヲ買受クヘキコトヲ欲シテ契約シタルモノナルカ故ニ所有主タル乙カ懈

1011

怠ノ結果毀損セシメタル家屋ヲ甲ノ意思ニ反シ強テ是レヲ引取ラシムルコトヲ得ス然レトモ又法律上此場合ニ當然契約ヲ無効ナリトセンカ或ハ甲ノ意思ニ反スル場合ナキニアラサルヘシ例ハ甲ハ目的物ニ縱令些少ノ毀損アルモ之カ引渡ヲ受クルコトヲ以テ利益ナリトナス場合アルヘシ故ニ民法ハ斯ル場合ニハ債權者タル買主カ其契約ノ履行ヲ請求スルトモ或ハ又之ヲ解除スルトモ二者其一ヲ擇フコトヲ得ルモノトセリ但執レノ場合ニモ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリ(第五三五項)

以下特定物ノ讓渡ヲ目的トセサル契約ノ危險負擔ニ付テ之ヲ説明セン
特定物ノ讓渡以外ノ契約即チ不特定物又ハ行爲不行爲ヲ目的トスル契約ニ付キ當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル原因ニ依リ履行カ不能トナリタルトキハ債務者ハ自己ノ債務ヲ履行スルノ義務ヲ免脱セラル、ヤ否ヤ例ハ火藥ノ供給ヲ契約シタルニ戰爭ノ爲メ其賣買ヲ禁セラレ債務者ハ期日ニ之ヲ引渡スコトヲ得サルニ至リタルカ如キ又雇傭契約ヲ爲シタル場合ニ債務者カ病氣等ノ爲メ其義務ヲ果ス能ハサルニ至リタルカ如キハ何レモ當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ依

リ其債務ノ履行カ不能トナリタル場合ナリ故ニ債務者ハ斯ル場合ニハ法律上債務ノ免除ヲ受クルト同時ニ相手方ニ對スル反對給付ノ請求權ヲモ喪失スルナリ從テ此場合ニハ火藥ノ代金及給料ノ支拂ヲモ請求スルコトヲ得ス結局其履行ノ不能ヨリ生シタル損害ハ債務者ニ於テ自ラ負擔セサルヘカラサルナリ(五三項六)故ニ斯ル場合ニ於テハ前述ノ特定物ノ讓渡ニ關スル危險負擔ノ原則ト反對ノ主義ヲ採用セルモノナリ特定物ノ讓渡ノ場合ニ債權者ハ目的物カ滅失毀損スルニ拘ラス自己ノ債務ノ履行ヲ爲サ、ルヘカラスト云フハ全ク特別ノ理由ノ存スルカ故ナリ而シテ不特定物ノ場合又ハ行爲、不行爲ヲ目的トスル契約ニ在リテハ其損失ハ債務ノ履行ヲ爲ス能ハサルニ至リタル者其者ニ於テ負擔スヘキハ理ノ當然ナリ自己ノ債務ヲ履行セサルニ反對給付ノミヲ受ケントスルハ雙務契約ノ趣旨ニ背クモノナリ然レトモ若シ債權者ノ責ニ歸スル事由ノ爲メニ債務ノ履行カ不能トナリタル場合トハ例ハ會社カ不完全ナル機械ヲ使用セシメタルカ爲メ其事務員カ負傷シ爲メニ執務ニ堪ヘサルニ至リタル場合ノ如キハ債務者タル事務員ハ勞務ニ服セサルニ拘ラス全部ノ賃金ノ支拂ヲ受クルコトヲ得ヘシ是レ債權者

ノ過失ノ爲メ債務者ノ當然受クヘキ利益ヲ剝奪スルノ理由毫モ存セサルヘケレハナリ但此場合ニ若シ債務者カ自己ノ債務ヲ免脱セラレタルカ爲メニ利益ヲ得タルトキハ相手方タル債權者ニ償還セサルヘカラサルナリ(五三項六)例ハ船舶ノ所有者カ造船所ニ船舶ノ修繕ヲ依頼シタルニ其所有者カ違約ヲ爲シ其船舶ヲ修繕者ニ引渡サ、リシ爲メ修繕ノ義務ヲ果ス能ハサリシカ如キ場合ニハ其修繕ヲ引受ケタル者ハ自己ノ債務ヲ履行セサルニ拘ラス其修繕料ヲ請求シ得ヘシト雖モ修繕ノ爲メニ要スル職工ノ賃金及其材料ノ價ノ如キハ其船舶ノ所有者ニ償還セサルヘカラサルナリ若シ然ラストセンカ其修繕者ハ不當ニ二重ノ利益ヲ得ルニ至ルヘシ

第三節 第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ノ效力

羅馬法ノ原則ニ依ルトキハ第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ハ直接第三者ニ對シテハ何等ノ效力ヲ生セサルノミナラス當事者間ニ於テモ何等ノ效力ヲ生セス全ク無効ノ契約ナリトセリ而シテ其理由トスル所ハ(第一)契約ハ第三者ヲ利セス又之ヲ害セスト云フ法律上ノ格言ニ基クモノニシテ即チ自己カ當事者ニアラサル

第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ノ效力

他人間ノ契約ニ依テ利害ノ影響ヲ受クルハ甚タ失當ナリト云フニ在リ第二ハ利益ナケレハ訴權ナシトノ格言ニ基因スルモノニシテ即チ契約ノ當事者ニ利益ヲ與ヘサル契約ハ當事者間ニ何等ノ利害關係ヲ生セサルモノナリ故ニ法律上契約ナル效力ノ發生ヲ認ムヘキモノニアラスト云フニ在リ然レトモ右第一ハ到底社會ノ進歩ニ伴ハサル理論ニシテ即チ第三者ノ利益ノ爲メニスル事業ハ頗ル増加シ例ハ慈善家カ自己所有ノ不動産ノ收益ヲ慈善事業又ハ教育事業ニ投シ又ハ第三者ニ給付セシムル爲メ其不動産ノ所有權ヲ他人ニ與ヘ彼ヲシテ之ヲ給付セシムルカ如キ其他近時専ラ行ハル、生命保險ニ於テ契約者カ死亡後第三者ニ保險金ヲ給付セシムル契約ノ如キ是等ハ何レモ第三者ノ爲メニスルモノニシテ社會ノ必要上ヨリシテ其效力ヲ認メサルヘカラサルハ明ナリ而シテ第二ノ理由モ羅馬法ノ採用セル原則ナリト雖モ極端ニ之ヲ實行センカ實際上種々ノ不便ヲ生スルニ至ルヘキヲ以テ佛國民法及我舊民法ニ於テハ主トシテ第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ナルモ當事者ニ於テ幾分ナリトモ該契約ニ依リ其利益ヲ受クル事實ノ存スルニ於テハ其契約ハ有效ナリトセリ(舊民法三二三編)故ニ當事者ニ於テ全ク其契

約上ノ利益ヲ受ケサルトキハ原則トシテ其契約ハ無効ナルモノトナセルナリ然レトモ凡ソ利益ナルモノハ有形ノモノニノミ限ラス第三者カ自己ノ妻子又ハ親友ナルカ爲メ或ハ又教育慈善ノ爲メ之ヲ給付セントスルモノニシテ是等ハ寧ロ金錢以上ノ利益ノ爲メニ第三者ニ給付セントスルモノニシテ當事者間ニハ有形上ノ利益ハ存セサルモ法律ヲ以テ強テ其契約ヲ無効ニスルカ如キハ謂レナキモノト云ハサルヘカラス現ニ我新民法ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノタリトモ尙ホ債權ノ目的トナスコトヲ得ト規定セリ即チ自己ノ快樂又ハ慈善ノ行爲ノ如キ自己ノ満足ヲ得セシムル無形ノ利益モ亦債權ノ目的トナスコトヲ得ルコト、ナシタルヲ以テ契約ノ爲メニ直接金錢上ノ利益ヲ受クル者カ第三者タルト又ハ當事者タルト並ニ其利益カ金錢ニ見積ルコトヲ得ルモノナルト否トヲ問ハス其契約ノ有效ナルヘキハ當然ノ結果ト云ハサルヘカラス唯茲ニ問題トナルハ其契約ハ第三者ニ對シ直接效力アリヤ否ヤ換言スレハ若シ其契約ノ履行ヲ爲サ、ル場合ニ第三者ヨリ直接其履行ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤニ在リ單純ナル理論ヨリスレハ債務者ハ第三者ニ或給付ヲ爲スコトヲ債權

者ニ對シ契約セシモノナルカ故ニ若シ債務者カ其給付ヲ爲サ、ルトキハ債權者ヨリ第三者ニ給付スヘキコトヲ債務者ニ對シテ請求スヘキハ勿論ナレトモ其第三者ト債務者トハ法律上何等ノ關係ヲ有スルモノニアラサルカ故ニ第三者ヨリ直接債務者ニ對シテ請求スルヲ得サルモノト云ハサルヘカラス然レトモ債務者ハ第三者ニ對シ給付スル義務ヲ債權者ニ對シ負擔スルモノナル以上ハ其利益ヲ享受スヘキ第三者ニ直接請求權ヲ與フルモ債務者ノ利害ニハ寸毫ノ關係ナキノミナラス却テ當事者ノ意思ニ適合スルモノニテ實際上ニ於テモ便宜ナリトナサ、ルヘカラス故ニ我民法ハ獨逸民法ニ倣ヒ第三者ハ直接債務者ニ對シ給付ヲ請求シ得ルモノトナセリ是レ契約法上ノ一大進歩ト云ハサルヘカラス(五三七獨)以上述フルカ如ク第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ハ有效ナリト雖モ之ニ反シテ第三者ニ不利益ヲ與フル契約ハ素トヨリ無効タルヘキナリ第三者ハ自己ノ干與セサル契約ノ爲メニ不利益ヲ受クルカ如キ理由ナケレハナリ但其契約ニ期限ヲ附スルカ又ハ條件ヲ付シ以テ第三者ヲシテ之ニ從ハシムルカ如キハ強チ無効ニアラサルヘシト信ス是レ我大審院ニ於テモ判例トスル所ナリ何トナレハ若シ第三者

カ其條件ニ服スルヲ欲セサレハ其契約ノ履行ヲ請求セサレハ即チ可ナリ敢テ第三者ニ不利益ヲ與フルコトナケレハナリ
而シテ第三者ノ權利ハ何時發生スルヤト云フニ第三者カ債務者ニ對シ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタルトキ始テ成立スルモノナリ何トナレハ第三者タル本人ノ知ラサル間ニ權利ノ發生スル理由ナケレハナリ而シテ第三者カ一度其意思ヲ表示シタルトキハ第三者ハ變シテ債權者トナリ以テ其債務者トノ間ニ權利關係ヲ生シ爾後ハ前ノ當事者ト雖モ其權利ヲ變更消滅セシムル行爲ヲ爲スコトヲ許サス(五三八)是レ第三者ノ權利カ一度發生シタル後尙ホ之ニ影響スル行爲ヲ爲シ得ルトセンカ第三者ノ權利ハ確定スルノ時期ナキニ至ルヘキヲ以テナリ斯ノ如ク論シ來ルトキハ第三者ノ爲メニスル契約ハ第三者ヲ利セス又第三者ヲ害セストノ原則ニ牴觸セス寧ロ其原則ノ適用タルノ觀アリ何トナレハ第三者カ一度利益ヲ享受スルノ意思ヲ表示スレハ即時ニ債權者ナル地位ヲ取得シ最早第三者ト云フヘキモノニアラスシテ當事者トナルヘケレハナリ
又第三者ノ權利ノ發生後ハ前ノ債權者ハ如何ナル地位ニ在ルヤト云フニ是レ亦

依然タル債權者タルヘキモノナリト雖モ此債權者ノ有スル權利ト第三者ノ有スル權利トハ其内容ヲ異ニセリ即チ前ノ債權者ハ債務者ヲシテ第三者ニ給付ヲ爲サシムル權利ヲ有スルモノナレトモ第三者ハ自己ノ爲メ之ヲ請求スルノ權利ヲ有スルモノナルカ故同一ノ權利ヲ二箇以上ノ當事者ニ於テ保有スルモノニアラス然レトモ第三者カ新ニ請求權ヲ得タルカ爲メ債務者ノ本來ノ利益ヲ減殺スルコトハ能ハサルナリ故ニ契約ニ基ク抗辯ヲ有スルニ於テハ債務者ハ其第三者ニ對シテモ等シク之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ故ニ其契約ニ取消シ得ヘキ瑕疵アルカ又ハ債權者カ或條件ヲ履行スヘキ筈ナルニ之ヲ履行セサルカ如キ其契約ヨリ起因スル抗辯ハ第三者ニ對シテモ對抗スルコトヲ得ヘキナリ例ハ甲カ友人乙ニ財産ヲ與ヘ乙ハ其財産ヲ受クル代リニ第三者丙ニ或給付ヲ爲スヘキ契約ヲ爲シタル場合ニ甲カ其財産ヲ引渡サ、ルトキハ乙ハ同時履行ノ抗辯ヲ以テ丙ニ對抗シ得ヘキハ敢テ言フ要セサルナリ(五三)

契約ノ解除

第六章 契約ノ解除

第一節 契約解除ノ性質

契約解除ノ性質

契約ノ解除ハ當事者間ノ契約關係ヲ解キ契約締結以前ノ状態ニ回復セシムルヲ謂フモノニシテ解除權ノ行使ニ因ルモノナリ故ニ契約ノ解除ハ債權消滅ノ一原因ニシテ是ニ依リテ契約ヨリ生シタル債權債務ノ關係ヲ消滅セシメ契約成立以前ノ状態ニ回復セシムヘキ債務關係ヲ發生スルモノナリ
 契約ノ解除ト契約ノ取消トハ之ヲ混同スルナキヲ要ス此二者ハ契約ヨリ生シタル法律關係ヲ消滅セシムル點ニ於テハ同一ナリト雖モ其效力ハ同一ニアラス即チ契約ノ取消ハ始ヨリ無効ナリシモノト看做サレ(一) 全ク契約ナカリシモノトナルナリ然レトモ契約ノ解除ハ一旦有效ニ成立シタル契約ヲ解除シテ新ニ當事者ヲシテ契約ヲ締結セル以前ノ状態ニ回復セシムル債務關係ヲ生セシムルナリ故ニ例ハ賣買契約ヲ解除シタル場合ニハ賣主ハ自己ノ受取リタル代金ヲ相手方ニ返還スヘキ債務ヲ負擔スルモ之ニ反シ賣買ノ取消ハ全ク賣買ナカリシモノト看做サレ之ヲ換言スレハ賣買ノ存セサルモノト看做サル、モノナルカ故ニ代金返還ノ債務ヲ生スルカ如キコトナキナリ故ニ取消ノ場合ニ買主カ代金ノ辨償ヲ得ントセハ不當利得ノ原則ニ依リ請求セサルヘカラサルナリ然レトモ結局當初

債權原因論

本論 契約ノ解除 契約解除ノ性質

ニ遡リテ契約關係ヲ消滅セシムル點ニ於テハ同一ナリトス又契約ノ取消ニ付テハ取消ノ原因ハ必ス契約成立ノ當時ニ存在スルモノトス例ハ詐欺無能力ノ原因等ニ依リ契約ヲ取消スカ如シ之ニ反シ契約ノ解除ハ其解除ノ原因ハ契約ノ成立ニ何等ノ關係ナク全ク契約成立後新ニ生シタル事實ナリ例ハ契約當事者一方ノ違約ニ基キ契約ヲ解除スルカ如シ

契約ノ解除ト解除條件附契約ニ於ケル條件成就ニ因ル契約ノ解除トハ全ク其性質ヲ異ニスルモノナリ

- 一 解除條件附契約ハ當事者カ合意ニテ豫メ解除條件ヲ定メタルモノナリ故ニ其條件カ到來セハ契約ハ當然解除セラル、モ契約解除ハ解除權ヲ有スル當事者カ解除ノ意思ヲ表示セサレハ解除セサルナリ
- 二 解除權ハ權利ナリ故ニ當事者ハ解除ノ原因生スルモ其權利ヲ行使スルト否トハ其解除權利者ノ隨意ニシテ是レヲ拋棄スルコトヲ得ヘシト雖モ解除條件ノ成就ニ因ル契約ノ解除ハ意思表示ニ依リ解除セラル、ニアラスシテ當然解除セラル、モノナリ故ニ當事者カ解除條件ノ成就ニ拘ラス尙ホ其契約ヲ存續

セシメントスルトキハ之ニ依リ新ナル契約ノ成立スルハ格別條件附契約ノ解除ヲ妨クルヲ得ス

- 三 契約ノ解除ハ原狀回復ノ債務ヲ生スルモノナルカ故ニ其解除ノ效力ハ契約ノ締結當時ニ遡ラサルヘカラス故ニ例ハ賣買ヲ解除シタルトキハ買主ハ解除以前ニ自己ノ收得シタル果實ノ如キハ賣主ニ返還セサルヘカラス之ニ反シ解除條件到來シテ契約カ解除セラル、場合ニハ條件成就ノトキヨリ契約ノ效力ヲ失フニ止リ其解除ノ效力ハ既往ニ遡ルモノニアラサルナリ故ニ條件ノ成就前ニ得タル果實アルモ之ヲ返還スルノ要ナキナリ
- 四 契約解除ノ場合ニ於テ若シ債權者ニ損害ヲ生シタル場合ニハ契約ヲ解除スルノ外尙ホ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキモ解除條件ノ成就ニ依ル解除ハ當事者カ豫期シタル條件ノ到來ニ原因スルモノナルカ故ニ其條件カ到來シタル爲メ損害ヲ生スルモ相手方ニ對シ之カ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス

第二節 解除權ノ發生原因

第一款 契約ヨリ生スル解除權

解除權ノ發生原因
契約ヨリ生スル解除權

契約ノ解除權發生ノ原因ニアリ一ハ當事者ノ契約ニ依リ解除權ヲ定ムルモノニシテ他ノ一ハ法律ノ規定ニ依リ當事者ノ一方ニ解除權ヲ付與スル場合はナリ茲ニ特約ニ依ル契約ノ解除權ニ付キ説明セン

抑羅馬法ニ於テハ當事者カ一度締結シタル契約ハ縱令一方カ違約スルモ他ノ一方ノ意思ノミニ依リテハ之ヲ解除スルヲ許サ、リシナリ唯雙務契約ノ場合ニ一方ニ債務不履行ノ責アルトキハ相手方ニ於テ之ヲ解除スルコトヲ得ヘキ特約アル場合ニ限り之ヲ解除スルコトヲ得ヘキモノトナセリ此特約ヲ名ケテ解除約款ト稱ス佛國民法第千八百八十四條及我舊民法第四百二十一條ニ於テモ亦契約ヲ解除スルニハ解除約款ヲ必要トセリ唯雙務契約ノ場合ニ於テハ若シ當事者ノ一方カ契約ヲ履行セサル場合ニハ相手方ハ當然契約ヲ解除スルコトヲ得ヘキ解除約款即チ解除條件ヲモ自ラ包含スルモノナリトノ規定ヲ設ケタルノ結果殊更ニ約款ヲ設ケサルモ雙務契約ニ限り解除權ヲ行使スルコトヲ得タリシナリ然ルニ現行民法ハ更ニ一步ヲ進メ解除約款ノ存スルト否トニ關セス又雙務契約タルト否トヲ問ハス總テ當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ當然契約ヲ

ヲ解除スルヲ得ルモノトナセリ(五四)故ニ現今ニ於テハ契約ヲ以テ解除權ヲ特約スルノ必要ハ大ニ減シタルナリ然レトモ全然其必要ナキニアラス何トナレハ特約ノ有無ニ拘ラス法律ハ契約ノ解除權ヲ認ムルモ其權利ヲ行使セント欲セハ法定ノ手續ヲ履踐セサルヘカラサルノ煩アルカ故ニ苟モ契約ヲ締結スルニハ其如何ナル場合ニ解除權ノ存在スルヤ又其權利ヲ行使スルニハ如何ナル方法ヲ以テスヘキヤ等詳細ナル特約ヲ定メ以テ紛議ヲ避クルノ必要少ナシトセサルナリ

第二款 法律ノ規定ニ依リ生スル解除權

法律ノ規定ニ依ル契約ノ解除權ハ二箇ノ場合ニ生スルモノトス其一ハ當事者ノ一方カ債務ヲ履行セサルトキニシテ(五四)其二ハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リ履行カ不能トナリタル場合(三五)是ナリ

佛國民法及我舊民法ニテハ既ニ述ヘタルカ如ク雙務契約ノ當事者ノ一方カ債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ其契約ヲ解除シ得ヘキ解除條件ヲ當然包含スルモノトセリ然レトモ片務契約ニ於テハ斯ル解除條件ヲ認メサリシカ故ニ當事者ノ

法律ノ規定ニ依リ生スル解除權

一方カ債務ヲ履行セサル場合ニハ之ヲ解除スルコトヲ得サリシナリ然レトモ特約ノ存スル場合ニハ此限ニアラサルナリ現行民法ニ於テハ總テノ契約ニ付キ前ニ説明セルカ如ク法定ノ解除權ヲ與フルカ故ニ其雙務契約ナルト片務契約ナルトヲ問ハス當事者ノ一方カ債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ直ニ契約ヲ解除スルコトヲ得ルナリ而シテ其一方カ債務ヲ履行セサル原因ノ如何ハ敢テ問フ所ニアラサルヲ以テ其履行セサル原因ノ如何ニ拘ラス相手方ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノトス但此解除權ヲ行使スルニ付テハ一定ノ手續ノ存スルアリ即チ相當期間ヲ定メ一應履行ノ催告ヲ爲サ、ルヘカラス而シテ相手方カ此期間内ニ尙ホ履行セサルトキハ始テ契約ヲ解除スルコトヲ得ルナリ是レ相手方ニハ債務ヲ履行セサルノ怠慢アリト雖モ其怠慢ハ必スシモ契約ヲ解除スルノ意思ニ出テタルモノト推測スルコト能ス或ハ業務多端ノ爲メ又ハ一時ノ差支ノ爲メ之ヲ履行セサリシ場合アルヘシ然ルニ斯ル場合ニモ即時ニ契約ヲ解除スルヲ得トセハ却テ當事者ノ意思ニ反スルノミナラス債務者ニ對シ苛酷ニ失シ取引ノ圓滿ヲ害スルノ恐少ナカラサルヲ以テ契約ヲ解除スル爲メニハ相當ノ猶豫期間ヲ與フル爲

メ一應ノ催告ヲ要スルモノトナシタルナリ而シテ其債務不履行タルヤ一部ノ不履行ナルト全部ノ不履行ナルトヲ問ハス債權者ハ其契約ノ全部ヲ解除スルコトヲ得ルモノナリ是レ其何レノ場合タルヲ問ハス契約ノ目的ヲ完全ニ達スルコト能ハサルヘキヲ以テナリ

以上述べタルカ如ク契約ヲ解除スルニ付テハ一應催告スルコトヲ必要トスト雖モ之ニハ例外ノ存スルモノアリ(五四)即チ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サ、レハ契約ノ目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニハ更メテ催告ヲ爲スノ必要ナシ苟モ契約ノ期日ヲ經過セハ直ニ解除スルコトヲ得ヘシ例ハ年末旅行ノ用ニ供センカ爲メ洋服ヲ注文シタルニ十二月末日マテニ出來セサルカ如キ場合ニハ敢テ催告ヲ要セスシテ契約ヲ解除シ得ルナリ

法律ノ規定ニ基ク第二ノ解除原因タル債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リ債務ノ履行カ一部又ハ全部不能トナリタル場合ハ相手方ハ直ニ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ヘクシテ敢テ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スヲ要セス(三五)何トナレハ此場合ハ全

然履行不能ナルカ故ニ履行ノ催告ヲ爲スモ全ク無益ナレハナリ而シテ若シ履行ノ不能カ當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ依リテ生シタルトキハ是レ契約解除ノ問題ニアラスシテ既ニ説述シタル危険負擔ノ法則ニ依リ解決スヘキモノトス(三五四)

契約解除ノ方法

第三節 契約解除ノ方法

契約解除ノ方法ニ二アリ左ニ之ヲ分説スヘシ

第一 佛國民法及我舊民法ノ採用セル所ノモノハ(佛民一八四我舊民財產編四二一)契約ヲ解除スルニ必ス裁判所ニ出訴スヘシトスル主義ニシテ即チ雙務契約ニハ必ス解除條件ヲ包含スルモノナルモ其解除ナルモノハ當然行ハルヘキモノニアラス故ニ債務者カ其債務ヲ履行セサルトキハ債權者ハ裁判所ニ對シ解除ヲ請求セサルヘカラス而シテ裁判所ハ其請求ニ基キ直ニ契約ノ解除ヲ命スルコトヲ得ヘク或ハ又債務者ニ對シ恩惠上ノ猶豫期間ヲ與ヘ若シ其期間内ニ履行セサルトキハ始テ契約ノ解除ヲ命スルコトヲ得此方法ハ頗ル確實ナルモノナリト雖モ契約ヲ解除スルニ付キ其都度裁判所ノ判決ヲ待タサルヘカラストスルカ如キ

ハ多クノ費用及時日ヲ要シ且煩雜ニ堪ヘサルナリ

第二 相手方ニ對スル意思表示ニ依リ契約ヲ解除スルノ方法ナリ獨民法及現行民法ノ採用セル主義(獨民五三九四)ニシテ何等煩雜ナル手續ヲ要セス單ニ相手方ニ對シ解除スルノ意思ヲ表示スレハ直ニ契約ハ解除セラレ極テ簡單ナル方法ナリ然レトモ一度契約解除ノ意思ヲ表示シタル以上ハ之ヲ取消スコトヲ得サルナリ(五四項)何トナレハ債權者カ一度契約解除ノ意思ヲ表示シタルニ拘ラス又之ヲ取消スコトヲ得トセンカ相手方ノ權利ハ永ク不確定ノ状態ニ在ラサルヘカラサルノミナラス契約ノ成立及不成立ハ一ニ債權者ノ手中ニ存シ債權者一己ノ意思ニ依リ自由ニ左右セラル、ニ至ルヘキヲ以テナリ故ニ一度解除ノ意思ヲ表示シタルトキハ之ヲ取消スコトヲ得サルモノトセリ而シテ此解除權行使ノ方法ハ解除權カ特約ニ基ク場合ト法律ノ規定ニ基ク場合トヲ問ハス總テ適用セラル、ナリ但契約解除ノ方法ハ公益規定ニアラサルヲ以テ如何ナル方法ニ依テ行使スルコトヲ特約スルモ妨ナシ

解除權ヲ行使スル場合ニ若シ當事者ノ一方又ハ雙方カ數人アル場合ニハ其數名

カ合同シテ行使シ又ハ數人ニ對シ合同シテ請求セサルヘカラサルナリ(五四)
 元來民法第四百二十七條ノ原則ヨリスルトキハ多數當事者ノ債權債務ハ當事者
 ニ平分セラル、モノナルカ故ニ契約ノ解除權モ亦當事者ニ平等ニ分割セラレ各
 自獨立シテ其自己ニ屬スル解除權ヲ行使シ得ルカ如シト雖モ若シ爾タセンカ一
 ノ契約ニ付キ或者ハ之ヲ解除シ或者ハ之ヲ保全シ其結果契約ヲ分割スルコト、
 ナリ從テ或一部ノ人ニ對シテハ原狀ヲ回復セサルヘカラサルカ如キコト、ナリ
 取引關係頗ル繁雜トナルノミナラス契約當初ノ目的ヲ害スルニ至ルヘキヲ以テ
 契約カ性質上不可分ノ場合ハ勿論可分ノ場合ニモ其當事者全員ヨリ解除ノ意思
 ヲ表示シ又當事者全員ニ對シテノミ解除ノ意思ヲ表スルコトヲ得ルナリ斯ノ如
 ク解除權ヲ不可分トナシタル結果若シ當事者ノ一分解除權ヲ拋棄シタル場合ノ
 如キ解除權消滅ノ原因ヲ來シタルトキハ其效力ハ全員ニ及シ解除ヲ爲サント欲
 シタル他ノ者ニ向テモ解除權消滅ノ效力ヲ及スニ至ルヘシ但當事者ノ一人カ他
 ノ人ノ意思ニ反シ解除權ヲ消滅セシメタルトキハ其效力ハ右ノ如ク全員ニ及ス
 モノナルモ他ノ當事者ハ其一人ニ對シ損害賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘキハ當然ナリ

契約解除
ノ效力

第四節 契約解除ノ效力

契約解除ノ效力ハ單ニ將來ニ向テノミ契約上ノ效力ヲ消滅セシムルノミナラス
 契約成立ノ當時ニ遡リテ其效力ヲ消滅セシムルモノナリ故ニ例ハ賣買ヲ解除シ
 タルトキハ買主ハ前ニ受取リタル目的物ヲ相手方ニ返還シ又相手方ハ其代金ヲ
 返還セサルヘカラサルノミナラス若シ其目的物カ果實ヲ生シタルトキハ其果實
 ヲモ返還セサルヘカラス而シテ其代金ニ付テハ金錢ハ利用ノ方法如何ニ依リ其
 收益ニ非常ノ差異ヲ生スルモノナルカ故ニ法律上各場合ニ相當スル規定ヲ設定
 スルハ不能ノ事ニ屬スルヲ以テ實際利益ノ多少ニ拘ラス始メ受取リタルトキヨ
 リ法定利子(年五分)ヲ附シテ返還スヘキモノトナシタリ
 原狀回復ナル語ヲ嚴格ニ解スルトキハ契約ヨリ生スル一切ノ利害關係ヲ消滅セ
 シメ契約ノナカリシ以前ノ狀態ニ回復セシムルモノナルカ故ニ果實ノ如キ有形
 ノモノヲ返還スルノミナラス無形ノ利益ト雖モ亦之ヲ返還シ全ク契約ナカリシ
 以前ノ狀態ニ回復セサルヘカラス例ハ一ノ家屋ノ賣買契約ヲ解除シタリトセン
 カ買主ハ其家屋ノ使用ニ依リテ得タル對價ヲモ支拂ハサルヘカラサルカ如シ何

トナレハ若シ之ヲ支拂ハサルモノトセハ買主ハ解約マテノ間無賃ニテ其家屋ヲ使用シタルモノトナリ結局買主ハ其契約ニ依リ利益ヲ受クルコト、ナルヲ以テ單ニ其家屋ノミヲ返還シタルノミニテハ未タ純然タル原狀回復トハナラサルヲ以テナリ故ニ獨逸民法ニテハ是等無形ノ回復モ契約解除ノ效力中ニ認メ之カ對價ヲ補償スヘキモノトセリ(獨逸民法三)然レトモ是レ頗ル精細ニ亘リ且煩雜ニ堪ヘサルヲ以テ我民法ハ契約解除ノ原狀回復ハ金錢ノ場合ニハ法定利息ヲ付スルコトトナセトモ其他ハ單ニ有形的回復ニ止ルモノトセリ然レトモ一方ヨリ考フルトキハ此契約ノ存在シタルカ爲メ空シク其目的物ヲ他ニ利用シテ利益ヲ得ルコト能ハス而シテ終ニ相手方ノ違約等ノ爲メ契約ヲ解除シタルモノナルカ故ニ是等使用ノ對價ハ契約解除ノ效力トシテハ當然請求スルコト能ハスト雖モ違約ヲ原因トシテ契約解除ト共ニ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキハ明ナリ故ニ我民法ニ於テハ無形ノ原狀回復ヲ認メスト雖モ損害賠償ノ方法ニ依リ請求ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ結局其結果ニ於テハ獨逸民法ト同一ナリトス

民法第五百四十五條第三項ニハ解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケスト規定

1011

セリ是レ固ヨリ當然ノコトニシテ敢テ法文ニ規定スルノ要ナキカ如シ何トナレハ凡ソ債務者カ債務ノ履行ヲ爲サ、ルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルハ明ナルコトニシテ此場合ニ債權者カ債務不履行ヲ原因トシテ其契約ヲ解除シタルカ爲メ是等賠償請求ノ權利ヲ失フヘキニアラサルヤ言フ俟タサル所ナレハナリ去レト往々契約解除權ノ行使ト損害賠償トハ二者其一ヲ擇ハサルヘカラスト云フ學說ナキニアラサルカ故ニ是等ノ誤解ヲ避クルカ爲メ特ニ此法文ヲ置キタルナリ

契約解除ノ效力ハ第三者ニ及フヘキヤ否ヤト云フニ舊民法ハ契約ノ解除ハ原狀回復ナル一ノ物權的效果ヲ生スルモノトナセルカ故ニ其解除ノ效力ハ第三者ニ對シテモ對抗スルコトヲ得タリシナリ從テ其契約ノ解除以前ニ其目的物ヲ讓受ケタル第三者ハ一タヒ契約カ解除セラレタルトキハ之ヲ返還セサルヘカラスト尤モ舊民法ニ於テモ財產編第三百四十七條以下ノ規定ニ依リ第三者ニ對シ契約解除ノ效力ヲ及サントスルニハ多少ノ制限ハ存シタルナリ即チ豫メ解除權ノ存スルコトヲ公示セサルヘカラストナセルカ故ニ實際上ニ於テハ左マテ第三者ヲ害

スルコトナカリシト雖モ公示方法ハ法律上已ムヲ得サルノ手段トシテ採ルモノ
ニシテ實際上ニ於テハ其公示ヲ知ラスシテ讓受ケ意外ノ損失ヲ被ルコト少ナシ
トセス尙ホ解除權附ナルコトヲ知リテ讓受ケタルモノニ在リテハ何時之ヲ返還
セサルヘカラサルヤ測ルヘカラサルヲ以テ其物ニ對スル保存改良等ヲ自然怠リ
其結果ハ國家經濟上喜フヘキ現象ニアラサルヘキヲ以テ現行民法ハ舊民法ノ如
キ規定ヲ採用セス獨逸民法ノ主義ニ則リ契約ノ解除ニハ物權上ノ效果ヲ認メス
單ニ當事者間ニ原狀回復ナル債權關係ヲ生スルモノトセリ斯ノ如ク我民法ハ契
約解除ノ效力ハ當事者間ニ債權關係ヲ生スルニ止メタルヲ以テ例ハ賣買ヲ解除
スルモ其契約ノ解除以前ニ目的物ヲ讓受ケタル第三者ニ對シテ其解除ノ效力ヲ
主張スルコトヲ得サルハ勿論其契約解除後ニ在リテモ現實賣主カ其目的物ヲ取
戻サ、ル間ニ讓受ケタル第三者ニ對シテハ之ヲ對抗スルコトヲ得サルナリ故ニ
第三者ノ權利ハ極テ安全ナルモノナリ而シテ此第三者ハ目的物ヲ讓受ケタルニ當
リ解除權ノ存在ヲ知ルト否トハ第三者ノ權利ニ影響ヲ及スヘキニアラス但若シ
債務者ニ於テ債權者ヲ害センカ爲メ第三者ト謀リ其目的物ヲ第三者ニ讓渡シタ

ルカ如キ場合ニハ是レ所謂詐害行爲ナルカ故ニ債權者ニ於テ其讓渡ノ取消ヲ裁
判所ニ請求シ得ヘキハ勿論ナリ

以上述ヘタルカ如ク契約解除ノ效力ハ各當事者ヲシテ各相手方ヲ原狀ニ回復セ
シムルノ債務ヲ負ハシムルモノニシテ此義務カ雙方ニ存在スルコトハ恰モ雙務
契約ノ場合ニ各當事者間ニ義務ノ對立スルト同一理ナリトス故ニ此原狀回復ノ
場合ニ當事者ノ一方カ相手方ニ代金又ハ物ヲ返還シ而シテ相手方ニ於テハ空シ
ク原狀回復ノ義務ヲ怠ルカ如キコトアリテハ頗ル不公平ノ結果ヲ生スルハ恰モ
雙務契約ノ場合ニ於テ當事者ノ一方カ履行ヲ怠リツ、アルニ拘ラス相手方ニ對
シ履行ヲ強フルコトヲ得サルト同一ナリ故ニ民法第五百三十三條同時履行ノ原
則ハ原狀回復ノ場合ニモ準用セラル、モノトス(五 四 六)

第五節 解除權ノ消滅

我民法上解除權ノ消滅ヲ規定スルモノニアリ左ノ如シ

第一 解除權ノ行使ニ付キ期間ノ定ナキモノハ相手方ハ解除權者ニ對シ相當ノ
期間ヲ定メ其期間内ニ解除スルヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ催告シ而シテ若シ其

解除權ノ
消滅

期間内ニ相手方カ解除ノ通知ヲ受ケサルトキハ其解除權ハ消滅スルモノトス
 (五)元來契約ノ解除權ハ一ノ權利ナルヲ以テ之ヲ行使スルト否ト及行使ノ遲
 速ハ一ニ權利者ノ自由ナリトス但其權利カ時効ニ罹ルトキハ論外ナリト雖モ
 然ラサルトキハ何時ナリトモ之ヲ解除シ得ルモノト云ハサルヘカラス然レト
 モ翻テ相手方ノ地位ヨリシテ之ヲ見ルトキハ素ヨリ相手方ハ違約其他自己ノ
 責ニ歸スヘキ原因ノ爲メ一方ニ解除權ヲ發生セシメタルモノナルカ故ニ已ハ
 不利益ノ地位ニ在ルヘキハ勿論ナレトモ其權利ノ行使ニ際限ナク何時タリト
 モ隨意ニ契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノトセハ相手方ノ損害莫大ニシテ契約
 不履行ノ制裁トシテハ餘リ過酷ナルモノト云ハサルヘカラスナルノミナラス契
 約當事者ノ權利ヲ永年間に不確定ノ状態ニ置クハ經濟上其不利益少ナカラサル
 カ故ニ解除權ヲ有スル者ノ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メ解除スルヤ否ヤヲ催告
 シ若シ其期間内ニ何等ノ通知ニ接セサルトキハ其解除權ハ消滅スルモノトナ
 シ各當事者間ノ權利關係確定ノ時期ヲ早カラシムルノ方法ヲ採リタルナリ而
 シテ解除權者カ此催告ヲ受ケ其契約ヲ解除セント欲セハ何時通知ヲ發セサル

ヘカラサルカト云フニ解除ノ通知ヲ其期間内ニ相手方ニ到達スル様發セサル
 ヘカラサルハ總則第九十七條ノ原則ノ適用上當然ノ論結ナリトス
 立法例ニ依レハ此解除權行使ノ期間ヲ法律ヲ以テ一定スルモノアリ例ハ舊民
 法財産取得編第八十三條ニ於テハ賣買ノ場合ニ賣主カ相手方ヨリ代金ノ辨濟
 ナキトキハ物ノ引渡ヨリ八日內ニ解除セサルヘカラストナセリト雖モ斯ノ如
 ク豫メ法律ヲ以テ一般ニ通スル期間ヲ設クルカ如キハ頗ル困難ナルノミナラ
 ス實際上ノ便益ニ背クノ恐アルヲ以テ現行民法ニ於テハ當事者ヲシテ相當ノ
 期間ヲ定メシムルモノトセリ

第二 解除權ヲ有スル者カ默示ノ拋棄ト看做スヘキ行爲ヲ爲シタルトキ即チ民
 法第五百四十八條ニ規定スルカ如ク(一)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タル場合(二)目的物ヲ第三者ニ讓渡シ或ハ目的
 物上ニ第三者ノ權利ヲ設定シ又ハ目的物ヲ滅失セシメタル等之ヲ返還スルコ
 ト能ハサル場合(三)加工又ハ改造ニ依リ之ヲ他ノ種類ノ物ニ變シタルカ如キ場
 合ニハ解除權ヲ有スル者ノ行爲又ハ過失ニ因リ以テ原狀回復ヲ不能ナラシメ

タルモノナルカ故ニ之ヲ解除權ノ暗黙ノ拋棄ト看做スヘキナリ若シ是等ノ場
 合ニモ尙ホ原狀ニ回復セサルヘカラサルモノトセンカ相手方ハ毀損若ハ變形
 シタル目的物ヲ受取ラサルヘカラサルニ至リ相手方ノ不利益タルヤ蓋少シニ
 アラス故ニ解除權ヲ有スル者ニ於テ以上ノ行爲ヲ爲シタルトキハ暗黙ニ解除
 權ヲ拋棄シタルモノト看做シ斯ル場合ニハ解除權ヲ消滅スルモノトナシタル
 ナリ而シテ茲ニ所謂加工又ハ改造トハ如何ナル意義ヲ有スルヤト云フニ其物
 ノ種類ヲ變更スヘキ程度ニ在ルモノヲ謂フナリ例ハ家屋ヲ買受ケタル者カ全
 部又ハ一部ヲ取崩シ更ニ他ノ家屋ニ改造シタルカ如キ又ハ金銀塊ヲ買受ケタ
 ル者カ指環其他ノ物品ヲ造リタルカ如キ是ナリ而シテ家屋ニ修繕ヲ加フルカ
 如キ又ハ指環ニ彫刻ヲ施スカ如キハ改造ト云フヲ得サルカ故ニ斯ル場合ハ解
 除權消滅ノ原因トナラサルナリ

以上ハ解除權消滅ノ場合トシテ法文ニ掲クルモノナリ此他當事者ニ於テ解除ヲ
 爲サハルコトノ意思表示ヲ爲シタルトキハ是レ明示ノ拋棄ニシテ解除權消滅ノ
 原因タルヘキハ言ヲ俟タサルナリ

第二編 不法行爲

緒論

余ハ前編ノ始ニ於テ債權發生ノ原因ニ四アルコトヲ説明セリ而シテ契約ニ付テ
 ハ既ニ講述セルヲ以テ爾餘ノ三者ニ付キ法文規定ノ順序ニ從ヒ説明スヘキ筈ナ
 レトモ先ツ不法行爲ヨリ之ヲ説明セントス蓋債權ノ發生原因中契約ニ次キ重要
 ナルモノハ不法行爲ナレハナリ

抑不法行爲ノ法理ハ一個人ノ權利思想ノ發達ト共ニ漸々進歩シタルモノニシテ
 權利觀念ノ最モ發達セル國民ニ在テハ不法行爲ノ觀念ハ最モ能ク發達スルモノ
 ナリ故ニ英米ニ於テハ不法行爲ニ關スル觀念最モ發達シ之ニ關スル判例學說頗
 ル多ク綿密ナル不文法ヲ形成シ大陸諸國モ之ニ及ハサル遙ニ遠シ英國ノ私犯法
 ナルモノ即チ是ナリ蓋英國ニ於テ私犯法ノ著シク發達シタルハ該國ハ一方商業
 國ニシテ最モ實利ヲ重スルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ權利思想最モ堅固ニシテ

極テ權利ヲ尊重スルノ國狀ナルカ故ニ私犯法ノ進歩ヲ促シタルモノナルヘシ
 凡ソ法律上ノ不適法行為即チ非行ヲ大別スルトキハ二トナル一ハ刑事上ノ非行
 即チ公犯ニシテ二ハ民事上ノ非行即チ私犯ナリ而シテ公犯トハ社會ノ安寧秩序
 ヲ侵害シ社會ノ生存ニ對シ危害ヲ與フルモノニシテ、其被害者ハ國家ナリトス之
 ニ反シテ民事上ノ非行即チ私犯ハ一個人ノ權利ヲ侵害スルモノニシテ其被害者
 ハ一個人ナリトス故ニ公犯ニ於テハ國家ヲ代表スル檢事カ刑事上ノ制裁即チ刑
 罰ヲ科スヘキコトヲ請求スルモノニシテ其手續ハ刑事法ノ規定スル所ナリ之ニ
 反シ民事上ノ非行即チ私犯ハ一個人ノ權利ヲ侵害スルモノナルカ故ニ一個人ハ
 其被リタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク其手續ハ一ニ民事法ノ定ムル所
 ナリトス斯ノ如ク公犯ト私犯トハ其性質ヲ異ニスレトモ是レ唯被害者ノ何人ナ
 ルヤヲ基礎トシテ觀察シタル區別ニ過キサルヲ以テ一ノ不法行為ニシテ同時ニ
 公犯私犯トナルコトアリ私犯トナルモ公犯トナラサルコトアリ又公犯トナルモ
 私犯トナラサルモノアリ例ハ殺傷強竊盜詐欺取財ノ如キハ一面ニ於テハ公犯ト
 シテ刑事上ノ制裁ヲ受ケ他ノ一面ニ於テハ被害者ノ權利ヲ侵害シタルヲ以テ私

犯トシテ民事上賠償ノ責任ヲ負ハサルヘカラサルナリ然レトモ他人ノ請負契約
 ヲ妨害セントシ其請負人ヲ教唆シテ其契約ヲ解除セシメ依テ以テ注文者ノ權利
 ヲ侵害シタル場合ハ他人ノ權利即チ其請負契約ヨリ生スル債權ノ對世的效力ヲ
 侵害セルモノナルカ故ニ私犯トシテ民事上ノ損害賠償ヲ免レスト雖モ是等ノ行
 爲ハ國家ノ生存ニ危害ヲ加フルモノト云フヲ得サルカ故ニ刑事法上罰スヘキ法
 文ノ存セサル限ハ公犯トハナラサルナリ之ニ反シ單ニ官職位階ヲ詐稱シ又ハ内
 外國ノ勳章ヲ濫用スルカ如キハ公犯トシテ刑事上ノ制裁アリト雖モ私人ノ權利
 ヲ侵害スルモノニアラサルヲ以テ私犯トハナラサルナリ
 以上説明シタルカ如ク總テノ不適法行為ヲ公犯ト私犯トニ大別シ又私犯ヲ契約
 ヲヨリ生スル非行ト契約ヨリ生セサル非行トノ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ而シ
 テ契約ヨリ生スル非行トハ債務者カ自己ノ債務ヲ履行セサル場合ヲ謂ヒ是等ニ
 關スル法規ハ契約法ノ規定スル所ニシテ私犯法ハ之ニ關スルモノニアラス故ニ
 民法上不法行為ト稱スルハ廣義ノ私犯ノ中ヨリ契約ニ關スル不法行為ヲ除キタ
 ル以外ノ不法行為ヲ謂フモノニシテ換言スレハ公犯ハ刑法ノ管轄ニ屬シ私犯中

契約ニ屬スル非行ハ契約法ノ規定ニ入り殘レル非行即チ契約ニ關係ナキ非行ヲ純粹ナル不法行爲又ハ私犯ト稱スルナリ

以上ノ如ク公犯私犯ノ區別ハ今日ニ於テハ頗ル明瞭ナレトモ昔時ニ於テハ此二者ヲ混同シ之ヲ區別スルコトヲ得サリシナリ今羅馬ノ十二銅表ニ依リ西曆紀元前四五百年頃ノ法律ヲ案スルニ他人ノ手足ヲ傷ケタルモノハ其制裁トシテ加害者ノ手足ヲ傷ケ又他人ノ一目ヲ害シタルトキハ其者ノ一目ヲ害シ又自己ノ家畜カ他人ニ害ヲ加ヘタルトキハ飼主其畜類ヲ被害者ニ引渡サ、ルヘカラス然レトモ若シ其飼主カ其引渡ヲ欲セサルトキハ損害ヲ賠償セサルヘカラス又現行竊盜ノ場合ニ其犯人カ羅馬ノ市民ナルトキハ鞭撻シタル後被害者ニ交付シテ之ヲ奴隸トナシ若シ奴隸ナルトキハ羅馬ノ「ターペシアン」ナル岩上ヨリ突落スコト、セリ又放火犯ヲ爲シタル者ハ之ヲ火刑ニ處シ而シテ羅馬ハ農業國ナリシヲ以テ夜中他人ノ畠ヲ害シタルモノハ之ヲ死刑ニ處セリ其他負債辨濟ニ關シテハ債務ヲ辨濟スヘキ旨ノ判決ヲ受ケタルニ拘ラス三十日ヲ經過シ尙ホ辨濟セサルトキハ債權者ハ六十日間其債務者ヲ自宅ニ於テ鐵鎖ヲ以テ繫留スルコトヲ得ヘク而シ

テ其間債權者ハ數回之ヲ裁判所ニ伴ヒ生命ニ恙ナキコトノ検査ヲ受ケサルヘカラス而シテ其間尙ホ市日毎ニ之ヲ市場ニ引出シテ其負擔ノ額ヲ公衆ニ告知シ以テ其代辨者ノ出ツルヲ待タサルヘカラス而モ尙ホ期間内ニ代辨者顯レサルトキハ之ヲ奴隸トナシ債權者ノ自由處分ニ委シ彼ハ之ヲ自己ノ用務ニ使役スルモ又ハ外國ニ販賣スルモ若ハ之ヲ殺傷スルモ自由ナリ而シテ若シ債權者數人アルトキハ債務者ノ身體ヲ分割シ之ヲ分配スルコトヲ得ルモノトス是等古代ノ法律ヲ觀察スルトキハ是等ノ制裁ハ一ノ賠償トシテ命シタルモノナルヤ將又刑罰トシテ科シタルモノナルヤ判明セスシテ公犯ト私犯トハ全ク混淆セルモノ、如シ抑一箇ノ非行カ直接ニ個人ノ利益ヲ害シ間接ニ國家ノ公益ヲ害スト云フカ如キ觀念ハ昔時幼稚ナル國民ニハ之ヲ分解スルノ思想ナカリシナリ故ニ人ヲ殺シ又ハ財物ヲ竊取スルカ如キハ被害者ト加害者トノ關係ハ之ヲ見ルコトヲ得ルモ國家ノ安寧秩序ヲ亂スモノナリトノ觀念ハ更ニナカリシナリ彼ノ加害ノ畜類ヲ被害者ニ引渡スカ如キ又ハ現行竊盜ノ犯人ヲ被害者ニ與フルカ如キハ被害者ノ憤怒ヲ慰ムルノ方法ニシテ一ノ損害賠償タルニ過キス而シテ放火者ヲ火刑ニ處シ

農作物ヲ害シタルモノヲ死刑ニ處スルカ如キハ刑罰タルカ如シト雖モ是又被害者ヲ慰ムルカ爲メ此嚴重ナル制裁ヲ附シタリシナリ故ニ此當時ニ於テハ公犯ト私犯トハ全ク混同シタリト云ハンヨリハ寧ロ公犯ナル思想ハ未タ立法者ノ頭腦ニ入ラサリシモノニシテ一切ノ非行ハ凡テ私犯トシテ民事上ノ責ヲ負ハシメタルナリ而シテ始テ刑法ノ發達シタルハ其後君主ノ權力強大トナリ主權者ニ對スル犯罪ノ如キハ直接國家ノ治安ニ影響ヲ及スモノナルコトヲ自覺スルニ至リ是等國事犯ニ關スル犯罪カ始テ刑法ノ領域ニ入り茲ニ刑法發達ノ端緒ヲ開キタルモノニシテ而シテ現今ニ於テハ一箇ノ犯罪ニ付キ公訴私訴並ヒ起リ公犯私犯ノ區別頗ル明晰タルニ至レリ

不法行為ノ意義

第一章 不法行為ノ意義

不法行為ナル文字ヲ廣義ニ解シ總テ法令ニ違背スル違法行為ナリトセハ彼ノ契約ヨリ生スル債務ノ履行ヲ怠リタルモノ不法行為ナリト云ハサルヘカラス然レトモ民法ノ所謂不法行為ナルモノハ斯ル廣キ意味ヲ有スルモノニアラス英國ノ一八五二年改正民事訴訟法ニハ「私犯トハ契約ニ關係ナキ非行ナリ」トセリ然レトモ

其非行トハ如何ナルモノナルヤト云フニ之ニ對シテ精確ナル定義ヲ與フルハ頗ル困難ナリトス而シテ茲ニ所謂非行トハ法律上ノ制裁ヲ受クヘキ非行ヲ謂フモノニシテ廣ク道德上ノ非行マテモ包含スルモノニアラス而シテ法律上ノ非行ナルモノハ社會ノ發達ト共ニ變遷スルモノニシテ決シテ萬古不易ノモノニハアラサルナリ現社會ニ於テ法律上ノ非行トシテ何人モ疑ハサル所ノモノモ或時代ニ於テハ非行トセサルモノアリ又往昔ニ在テハ法律上ノ非行タリシモ現社會ニ於テハ法律上ノ非行ト認メサルモノアリ例ハ泰西諸國古代矇昧ノ時代ニ於テハ不具異形ノ兒生ル、トキハ家長ニ於テ之ヲ殺スヘキコトヲ規定スルノ法律少ナシトセズ即チ希臘ノ古法ニ其例アルノミナラス羅馬ノ十二銅表中ノ第四表ニ現ニ其明文アリ蓋此時代ニ於テハ人種ノ競爭激烈ニシテ不具者ノ如キハ自活獨立ノ途ナク戰爭等ノ場合ニ何等ノ用ヲ爲サ、ル者多數存在スルトキハ終ニ他部落ノ爲メニ壓倒セラレ、ニ至ルヲ以テ社會生存ノ必要上斯ル規定ヲ設ケタルナリ又復讎ノ如キハ司法權ノ發達セサル往時ニ在テハ却テ美德トシテ之ヲ獎勵シ而シテ當時法律ヲ制定スルニ當リテモ報復主義ヲ立法ノ根據トナシタリシカ現今ニ

債權原因論 不法行為 不法行為ノ意義

於テハ復讐ハ社會ノ秩序ヲ害スル最モ甚クシキモノトシテ禁止スルニ至レリス
 ノ如ク法律上ノ非行ナルモノハ其範圍頗ル不明ナルモノニシテ從テ不法行爲ノ
 精確ナル定義ヲ下スコトモ亦至難ノ業ナリトス佛國民法第千三百八十二條ニハ
 「凡ソ何事ニ限ラス人ノ所爲ニシテ他人ニ損害ヲ生セシメタルモノハ自己ノ過失
 ニ因リ其損害ヲ生セシメタル者ヲシテ之カ損害賠償ノ義務ヲ負ハシム」ト規定シ
 又我舊民法財産編第三百七十條ニハ過失又ハ懈怠ニ依リ他人ニ損害ヲ加ヘタル
 モノハ其賠償ヲ爲ス責ニ任ス」トアリ是等ノ規定ヲ綜合シテ考フルトキハ不法行
 爲ノ觀念ノ大要ヲ見ルコトヲ得ヘシト雖モ何レモ過失ノ場合ノミヲ掲ケテ故意
 ノ場合ヲ掲ケサル缺點アリ尤モ過失ノ場合ヲ舉クル以上ハ故意ノ場合ハ當然包
 含セラルヘシトノ意ナルヘシト雖モ法律ノ規定トシテハ不完全ナルモノナリト
 云ハサルヘカラス而シテ現行民法ニ依レハ不法行爲ハ故意又ハ過失ニ因リ他人
 ノ權利ヲ侵害シタル行爲ニシテ契約ニ關セサルモノト云フコトヲ得シ英法ニ
 於テハ私犯ハ個人ノ對世權ヲ侵害スルノ行爲ナリト云ヘリ又我舊民法ハ不法行
 爲ヲ不正ノ損害ト稱シタリト雖モ不正ノ損害トハ不法行爲ノ結果ヲ謂フヘキ言

第一章 不法行爲ノ構成

辭ナルノミナラス不正ナル文字モ甚ク漠然タルモノナリ又舊民法ニ於テハ不法
 行爲ヲ犯罪ト準犯罪トノ二種ニ區別セリト雖モ是レ畢竟羅馬法ノ沿革ニ據リタ
 ルモノニテ即チ犯罪トハ有意ノ不法行爲ヲ謂ヒ準犯罪トハ無意ノ不法行爲ヲ謂
 ヒシナリ然レトモ今日之ヲ區別スルノ必要ナキヲ以テ現行民法ハ之ヲ削除シタ
 リ

不法行爲ノ成立要素ニ四アリ即チ(第一)他人ノ權利ヲ侵害スルコト(第二)不適法ノ
 行爲ナルコト(第三)故意又ハ過失アルコト(第四)他人ニ損害ヲ生セシメタルコト是
 ナリ以上ノ四要素集リテ初テ不法行爲ヲ成立ス尤モ此四要素備ルモ其不適法行
 爲カ契約ヨリ生シタルトキ(即チ債務ノ不履行)ハ不法行爲ニ屬セス

第一 他人ノ權利ヲ侵害スルコト 不法行爲ヲ構成スルニハ權利侵害ノ事實ナ
 カルヘカラス單ニ他人ノ有スル希望ヲ侵害スルモ決シテ不法行爲ニアラス元
 來不法行爲ナル制裁ヲ附シテ侵害行爲ヲ防クノ理由ハ畢竟權利ヲ保護シ以テ
 其人ノ有スル利益ヲ確保スルノ趣旨ニ外ナラス故ニ未タ法律カ權利ト認メサ

ルモノハ縦令之ヲ侵害スルモ不法行為ニアラサルヤ勿論ナリ然レトモ其權利ハ如何ナル種類ノモノタルヤハ之ニ制限ナシ唯私法上ノ權利タレハ足ル尤モ公法上個人ノ有スル權利ヲ侵害スル行為ハ勿論不適法行為ナリト雖モ這ハ公法上ノ行為ニ屬スルヲ以テ民法上ノ不法行為ニアラス而シテ私權タル以上ハ物權、債權等ノ如キ財產權タルト生命、身體、自由、名譽ノ如キ人格權タルト或ハ親權、夫權、戶主權等ノ如キ親族權タルト其他特許權、商標權、意匠權、版權ノ如キ特別權タルトヲ問ハサルナリ凡ソ權利ハ其如何ナル種類ノモノタルヲ問ハス其權利ノ内容トシテハ或ハ特定ノ人ニ對シテ行為、不行爲ヲ要求スルノ權利ナルコトアリ或ハ物ヲ支配スル權利ナルコトアリ其内容種々ナルモ一般世人ニ對シテハ決シテ其權利ヲ侵害セシメサルノ對世の効力ヲ有シ又第三者ハ其權利ヲ侵害セサルノ義務ヲ負フモノニシテ之ヲ權利不可侵ノ義務ト稱シ又其權利不可侵ノ對世の効力ヲ稱シテ對世權ト云フ從テ英米法學者ハ不法行為トハ此對世權ヲ侵害スルノ行為ナリトセリ斯ノ如ク權利ノ種類ノ如何ヲ問ハス苟モ他人ノ權利ヲ害スルトキハ是レ權利ノ對世の効力ヲ侵害スルモノナリ故ニ他人

ノ財產ヲ竊取シ又ハ毀損スルハ是レ物權ノ侵害ナリ又親權ヲ有スル親ノ養育スル未成年者タル子ヲ他人カ猥ニ之ヲ誘拐スルハ親族權ノ侵害ナリ又主人カ現ニ自己ノ勞務ニ付キ使用スル雇人ヲ不法ニ他人カ之ヲ奪取スルトキハ是レ雇傭契約ニ依リテ主人カ雇人ニ對シテ有スル債權ノ侵害ナリ以上ノ行為ノ不法行為タルハ毫モ疑ナキ所ナリ唯茲ニ一ノ問題タルハ甲カ或期間内乙ヲ勞務ニ服セシムル爲メ雇傭契約ヲ締結シタルニ丙ハ惡意ヲ以テ乙者ヲ強テ自己ノ勞務ニ服セシメ爲ヌニ乙ヲシテ甲ニ對スル債務ヲ履行スルコト能ハサラシメ甲ニ損害ヲ與ヘタル場合ナリ此場合ニ於テ乙ハ甲ニ對シテ債務不履行ノ責任ヲ生スルハ論ナキ所ナルモ之ヲ誘ヒタル丙ハ畢竟甲カ乙ニ對シテ有スル債權ヲ侵害シタルニ外ナラサレハ丙ノ不法行為者タルハ論ヲ俟タサル所ナラント信ス何トナレハ既ニ雇入レタル被傭者ヲ他ニ誘致スルモ又未タ勞務ニ服セサル者ヲ説キテ其契約ニ違反セシムルモ共ニ債權ノ侵害タル點ニ於テ同一ニシテ其間ニ區別ヲ設タルノ理由毫モ存セサレハナリ英國ニ於テハ之ニ付キ一八五三年ラムレー對ジャイノ事件アリ即チ原告タルラムレーハ或期間内某歌妓ヲ

自己ノ劇場ニ雇入ル、コト、シ其期間内ハ決シテ他ニ雇ハル、ヘカラストノ契約ヲ爲シタリ然ルニ被告ジヤイハ前二者間ニ斯ル契約アルコトヲ知リツ、其歌妓ヲ説キテ遂ニ自己ノ劇場ニ於テ興行セシムルコト、ナシタルヲ以テラムレトハジヤイニ對シテ私犯トシテ損害賠償ノ請求ヲ爲スニ至レリ此事件ニ於テ其歌妓カラムレトニ對シ債務不履行ノ責アルヤ勿論ナリト雖モ原告ハ被告ニ對シテ損害賠償ノ要求權アルヤ否ヤハ當時ノ疑問タリシナリ然ルニ英國裁判所ハ原告ハ歌妓ニ對シテ債務ヲ履行セシムル對人權ヲ有シ且廣ク第三者ニ對シ其權利ヲ侵害セシメサルノ對世權ヲ有ス故ニ其對世權ヲ侵害シタル第三者ハ尙ホ他人ノ從僕ヲ奪ヒ去リタルト同シク不法行爲ノ責任アリト判決シタリ其後尙ホ二三ノ類似事件ノ判例アリテ英國ニ於テハ最早動スヘカラサル法理トナリタリ然レトモ我國ノ法學者中之ニ反對スル者決シテ尠ナシトセス其理由トスル所ハ債權ハ唯債務者ヲ拘束スルノミニテ第三者ニ對シ何等ノ權利ヲモ有スルモノニアラス故ニ第三者カ縱シ債務者ヲシテ債務ノ履行ヲ不能ナラシムルモ第三者ニ何等ノ責任ナシト云フニ在リ然レトモ斯ク論スルハ甚タ謂

レナキコトナリ債權ノ内容ヲ成スモノハ或者ニ對シテノミ履行ヲ請求シ得ルモノナリト雖モ苟モ權利タル以上ハ他人ヲシテ妨害セシメサルノ對世的效力ノ存スルハ物權タルト債權タルトニ因リテ之ヲ區別スルノ要ナキニアラスヤ或ハ説ヲ作シテ曰ク甲カ乙ニ對シ自己ノ爲メニ使役スル契約ヲ締結スルモ之カ爲メニ第三者カ乙ヲ使役スルノ權利ヲ奪ハル、コトナシ恰モ或人開店シテ盛ニ或營業ヲ爲シタルニ第三者カ競争ノ目的ヲ以テ同一營業ノ爲メニ開店シタルト同様ナリ而モ是レ決シテ不法行爲ニアラサルニアラスヤト然レトモ這ハ誤ナリ勿論此場合ハ何等權利ノ侵害ナク唯其營業ニ依リテ利益ヲ得ントスルノ希望ヲ害スルニ過キス之ニ反シテ或者カ他人ノ契約履行ヲ不能ナラシムルハ是レ債權ヲ侵害スルモノニシテ同日ノ談ニアラサルナリ人ノ生命ハ權利ナリヤ否ヤハ外國ニ於テモ古クヨリ一ノ問題ヲ成シタリ何故斯ル問題ヲ生スルニ至リシヤヲ釋スルニ權利アレハ必ス救濟アリ苟モ救濟ノ途ナクハ權利ニアラサルハ言ヲ俟タサル所ナリ而シテ自己ノ身體ニ對シ他人ヨリ侵害ヲ受ケタルトキハ損害賠償ヲ請求スルノ途アレトモ其生命ヲ失ヒ

タルトキハ被害者ハ既ニ死亡シテ人格ヲ失ヒタルモノナルカ故ニ最早加害者ニ對シテ其救濟ヲ求ムルコト能ハス而シテ其者ノ遺族ハ他人ノ生命ヲ害セラレタルモノニシテ自己ノ權利ヲ害セラレタルニアラス故ニ不法行為ノ原則トシテ自己ノ權利ヲ侵害セラレタルモノニアラサレハ損害賠償ノ權利ナシ即チ古來ヨリ稱スル人的訴權ハ人ト共ニ死ストノ原則ヲ適用スルトキハ生命ノ喪失ニ對スル損害要償權ハ權利者タル本人ノ死亡ト共ニ消滅スト云ハサルヘカラス去レハ民法上救濟ノ途ナキモノトナルヲ以テ法理上生命ハ權利トシテ認ムルコト能ハサルナリ此法理ハ羅馬法ニ於テ絶對的ニ適用セラレタルモ斯クスルトキハ實際上頗ル不都合ナリ加之近世工業ノ進歩ト共ニ工場ニ使役セラレ者カ其機械ノ爲メニ生命ヲ殞ス者日ヲ逐フテ益多キニ拘ラス其遺族ニシテ賠償ヲ要求スルコトヲ得サルモノトセハ頗ル實際ノ事情ニ反スルモノト云ハサルヘカラス故ニ英國ノ如キハ夙ニ一八四六年ニ於テ「ロールド、カンベル」條例ヲ作り之ニ依リテ被害者ノ遺族カ損害ノ賠償ヲ請求シ得ルコト、ナセリ獨リ英國ノミナラス他ノ諸國ニ於テモ概ネ皆其遺族ニ賠償請求權ヲ與フルコト

トナレリ

然ラハ我民法ハ如何其第七百一十一條ニ於テ「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」ト規定シ以テ被害者ノ遺族中父母、配偶者及子ハ生命ヲ喪失セシメタル者ニ對シテ賠償ヲ請求シ得ルコト、ナセリ蓋是等ノ遺族ハ死亡シタルコトカ財產權上ノ損害ヲ生セサル場合タリトモ之カ爲メニ受クル苦痛、悲哀ハ財產權以上ノ損害ナルカ故ニ法律ハ特ニ死亡ノ場合ニ限り此特例ヲ設ケタリ然レトモ其損害賠償ヲ要求シ得ル者ハ第七百一十一條ニ限定セラレ、カ故ニ例ハ祖母ト孫ト在リテ祖母カ他人ニ殺サレタル場合ニ於テハ孫ハ之ニ對シテ損害賠償ノ請求權ヲ有セサルナリ尙ホ第七百一十一條ノ解釋ヲ爲スニ付キテハ生命ノ侵害ニ對スル賠償ト生命ヲ喪失シタルカ爲メニ他人ノ財產權上ニ生シタル損害ノ賠償トヲ區別セサルヘカラス即チ生命ヲ失ヒタルカ爲メニ他人カ其財產權上ニ損害ヲ被リタル場合ニ於テハ純然タル財產權ノ侵害ニシテ不法行為ニ關スル規定ニ依リテ請求スルコトヲ得ルハ言ヲ俟タス(七〇)

債權原因論

不法行為

不法行為ノ構成

例ハ甲者カ乙ヨリ學資金ヲ受ケツ、アリシニ乙カ丙ノ爲メニ殺サレタルニ因
 リ學資ノ途絶エタルトキハ是レ甲ノ財産權ヲ侵害セラレタルナリ故ニ第七百
 九條ノ規定ニ依リ損害賠償ヲ請求シ得ルナリ是レ其人ノ有スル財産權上ニ被
 リタル損害ニ對スル救濟ニシテ決シテ生命喪失其モノニ對スル賠償ニアラス
 然ルニ第七百十一條ハ生命喪失ヨリ生スル財産上ノ損害ヲ賠償スルノ規定ニ
 アラスシテ生命其モノ、損害ヲ賠償スルコトニ關スルモノナリ即チ何等權利
 上ニ侵害ヲ被ラサル遺族ニ對スル規定ニシテ第七百九條ノ規定ニ對スル例外
 ナリ

次ニ婦女子ハ自己ノ貞操ヲ侵害セラレサルノ權利ヲ有スルヤ否ヤ換言スレハ
 貞操權ナルモノ法律上存在スルヤ否ヤノ問題ナリ獨逸民法ニ於テハ第八百二
 十五條ニ明文アリテ婦女ノ貞操權ヲ認メタルヤ疑ナシ然レトモ我民法ニ於テ
 果シテ斯ル權利ヲ認メタルヤ否ヤニ付テハ頗ル疑アリト雖モ親權者ハ未成年
 ノ子ヲ教育シ又監護ヲ爲スノ權利ヲ有スルカ故ニ(八七)未成年ノ女子ヲ詐欺又
 ハ脅迫ニ依リテ誘拐スルカ如キ行爲ハ少ナクトモ親權ヲ侵害スルノ行爲ナリ

故ニ其親權者ニ對シ責任アルヤ疑ナシ又夫ハ妻ヲ同居セシムルノ權利ヲ有ス
 (七八)而シテ此權利ハ妻ノ貞操ノ義務ヲ包含スルコト疑ナキ所ナルヲ以テ他人
 ノ妻ト通スルハ夫權ヲ侵害スルノ不法行爲ナリ故ニ其夫ニ對シテ不法行爲ノ
 責任ヲ負ハサルヘカラサルヤ言フ俟タヌ又強姦ハ其婦女ノ自由ヲ害シ又ハ身
 體ヲ害スルモノナレハ其婦女子ニ對スル不法行爲タルコト勿論ナリ唯此以外
 ノ場合ニ於テモ尙ホ婦女子ノ貞操ヲ害シタルモノトシテ不法行爲ヲ構成スル
 ヤ否ヤハ我民法上ノ一問題タルヲ失ハサルナリ

第二 不法法ノ行爲ナルコト 不法行爲ヲ構成スルニハ其行爲カ不法法ノ行爲
 ナラサルヘカラス若シ其行爲ニシテ毫モ不法法ノモノニアラサルトキハ縱令
 他人ノ權利ヲ侵害スルモ而モ不法行爲ノ構成要素ヲ缺クモノナリ故ニ換言ス
 レハ不法行爲ニハ一面ニ他人ノ權利侵害ノ存スルコトヲ要スルト同時ニ他ノ
 一面ニ於テ義務違反ノ事實ノ存スルコトヲ要ス即チ自己カ法令ノ下ニ於テ負
 フ所ノ種々ノ義務ニ違背シ之カ爲メニ他人ノ權利ヲ侵害シタルモノナラサル
 ヘカラス然リ而シテ義務違背ニアラサル行爲即チ法律上不適法行爲トシテ認

債權原因論 不法行爲ノ構成

メラレサル行爲ヲ區別セハ大略之ヲ五種ト爲スコトヲ得即チ左ノ如シ

(一) 私法上ノ權利ニ基ク行爲即チ所謂權利行爲 對世權ハ他人ノ妨害ヲ排除スルノ效力ヲ有スルモノナルモ這ハ絶對的ノモノニアラス法令ニ於テ認めラレタル他ノ私法上ノ權利ノ爲メニ其拘束ヲ受クルモノナリ例ハ債權者ハ債務者ノ財産ヲ差押ヘ之ヲ競賣ニ附スルコトアリ又債務者ノ有スル物品ヲ債權者ハ其債權ヲ實行スルカ爲メニ留置スルコトアリ是等ハ皆債務者ノ所有權即チ對世權ヲ侵害スルノ行爲ナリ然レトモ斯ル行爲ハ債權者ノ私法上有スル權利ノ實行ナレハ不法行爲ニアラス又親權者ハ未成年ノ子ヲ懲戒スルコトアルヘク(二八)瘋癲病院ノ醫員看護者ハ患者ニ對シ監禁其他ノ束縛ヲ加フルコトアルヘシ是等ノ行爲ハ他人ノ身體又ハ自由ヲ羈束スルモノナルモ是等ノ行爲ハ何レモ私法上認めラレタル權利ノ實行ニシテ所謂權利行爲ニ他ナラサルヲ以テ義務違背ヲ生スルコトナシ但是等行爲ト雖モ懲戒監護ノ程度ヲ超ユルコトヲ得サルハ言ヲ俟タス故ニ茲ニ其程度如何ノ問題ヲ生ス而シテ這ハ世ノ變遷ニ伴ヒテ變遷シ決シテ一定不動ノモノニアラス例ハ

英國等ノ古法ニ於テハ夫ハ妻ヲ懲戒スル爲メ之ヲ毆打スルノ權利ヲ認め居リシカ彼ノ有名ナル法律家ブラックストーン出テ、其非理ナルコトヲ唱ヘ終ニ夫ノ手ヨリ此權利ヲ奪フニ至レリ故ニ若シ現今ニ於テ斯ル行爲ヲ爲シタランニハ妻ニ對スル不法行爲トシテ制裁ヲ受クルモノナリ

(二) 官吏ノ職務執行ニ基ク行爲 官吏ハ法律命令ノ規定ニ依リテ國家ノ行爲ヲ爲スモノニシテ決シテ一個人トシテ其職務ヲ行フ者ニアラス而シテ官吏ハ國家ニ對シテ其職務ヲ誠實ニ執行スルノ公法上ノ責任ヲ有ス故ニ若シ故意又ハ過失ニ依リテ其職務ヲ怠リ爲メニ私人ノ權利ヲ侵害シタルトキハ懲戒ノ責ハ固ヨリ免レサル所ナルモ一私人ニ對シテハ職務ヲ誠實ニ執行スルノ義務ヲ負フモノニアラサルヲ以テ官吏ト一私人トノ間ニハ何等法律上直接ノ關係アルコトナシ故ニ其官吏ノ行爲カ偶私人ノ權利ヲ侵害スルコトアルモ之ヲ目シテ一私人ニ對スル義務違背ト稱スルコト能ハス故ニ刑事訴訟法第十四條登記法第十三條戶籍法第六條ノ如キ特別規定ナキ以上ハ官吏ハ一私人ニ對シテ損害ヲ賠償スルノ義務ナキモノトス或ハ說ヲ爲シテ曰ク官

吏カ職務上ノ規定ニ背キタルカ爲メニ一私人ノ權利ヲ侵害シタル場合ハ是レ決シテ國家ノ行爲ニアラスシテ一私人ノ行爲タルナリ國家ハ元來官吏ニ對シテ適法ナル職務ノ執行ヲ命スルモノナルモ不適法行爲ヲ命スルモノニアラス故ニ官吏ノ行ヒタル不法處分ニ對シテハ官吏自身ニ責任アリト然レトモ斯ク論スルトキハ例ハ下級裁判所カ法律ノ適用ヲ誤リ或ハ事實ヲ認定ヲ誤リテ判決シ上級裁判所カ之ヲ取消シタルトキハ下級裁判所ノ行爲ハ明ニ法律ノ規定ニ違背スルモノナレハ這ハ決シテ國家ノ行爲ニアラス唯其裁判ニ干與シタル裁判官一個人ノ資格ニ於テ爲シタル行爲ナリ故ニ其判事ハ不法行爲者トシテ其責ニ任セサルヘカラスト云ハサルヘカラス其他行政官ノ處分ニ付テモ若シ監督官廳カ其處分ノ取消ヲ命シタルトキハ是亦其行政官一個人トシテ不法行爲ノ責任ヲ負ハサルヘカラスナルコト、ナル然レトモ斯ク論スルトキハ大ニ奇異ナル結果ヲ來ス何トナレハ其取消サレタル判決ハ國家ノ行爲ニアラス一個人ノ資格ニ於テ爲シタルモノナリトセハ國家ノ下シタル第一審ノ判決ナキコト、ナルヘシ抑多數ノ機關ヲ有スル國家ニ在

リテハ其機關ノ意思カ互ニ衝突矛盾ヲ來スコトアルハ免レサル所ナリ然レトモ此予盾セル意思ハ何レモ國家ノ意思ニシテ決シテ一個人ノ意思ニアラス故ニ官吏一個人ノ資格ヲ以テ其責任ヲ負擔スヘキモノニアラス然ラハ斯ル場合ニ國家ニ其責任アリヤト云フニ官吏ハ勿論國家ノ雇人ニアラス國家ト官吏トノ關係ハ雇傭契約ト同一視スヘカラス雇人カ第三者ニ加ヘタル損害ハ主人ニ於テ賠償セサルヘカラスナルモノナレトモ官吏ノ加ヘタル損害ハ必スシモ國家ニ於テ賠償スヘキモノニアラス元來國家ハ私法上ノ關係ニ付テハ一個人ト同様ノ關係ヲ有スルモノナルモ其公法上ノ關係ニ付テハ土地收用法、煙草專賣法、河川法等ノ特別法ニ依テ特ニ其賠償責任ヲ負擔スル場合ハ例外トシテ其他一般ノ場合ニ於テハ國家カ公法上ノ權能ニ基キ爲シタル行爲ノ爲メ如何ニ私人ノ權利ヲ侵害スルモ賠償ノ責任ヲ負ハサルモノナリ決シテ民法上ノ不法行爲ノ規定ヲ適用スヘキモノニアラス其他公吏ニ付テモ亦同様ノ法理ヲ適用スヘキモノナリ但以上ノ法則ハ官吏ノ職務執行ニ關スル行爲タラサルヘカラス即夫其行爲ハ其職務ノ範圍内ニ限ラル、カ故ニ

若シ職務ノ範圍外ニ亘リテ私人ノ權利ヲ侵害シタルトキハ是レ固ヨリ國家ノ行爲ニアラサルカ故ニ其官吏自ラ賠償ヲ爲スノ責任アルヤ言フ俟タス例ハ農商務省ノ官吏カ臨檢、搜查、拘引ヲ爲シ又ハ内務省ノ官吏カ會社銀行ニ出張シテ帳簿ヲ差押フルカ如キハ全ク其職務ノ範圍外ニ屬スルモノナリ

(三) 當事者ノ認諾ニ基ク行爲 例ハ他人ノ手足ヲ切斷スルハ人ノ身體ヲ毀損スルモノナリト雖モ外科醫カ患者ノ手足ヲ切斷スルモ何等ノ責任ナシ是レ畢竟患者其人ノ認諾アレハナリ又擊劍、柔道ノ試合ニ於テ之カ爲メ多少ノ毆打負傷等ヲ生スルモ其責任ナキハ是レ亦任意上爲シタル行爲ノ結果ナレハナリ然リ而シテ縱令當事者ノ認諾ニ基ク行爲ト雖モ其行爲ニシテ社會ノ秩序ヲ亂シ風俗ヲ破ルモノナルトキハ其認諾アルヲ以テ責任ヲ免除スヘキモノニアラス例ハ相互ニ決闘ヲ約シ其結果一方ヲ死ニ致シ又ハ負傷セシメタル場合ノ如キ是ナリ

(四) 法律ノ認容シタル行爲 法律ノ認容シタル行爲トハ若シ法律ノ規定ナクシハ不適法行爲トナルモノナルモ法律ノ認容ニ由リテ不法行爲ノ責任ヲ免

脱セラル、行爲ナリ例ハ文書圖書ヲ以テ人ヲ誹毀スルハ勿論不法行爲ノ責任ヲ免ル、能ハサル所ナルモ新聞紙條例第二十五條ニ依レハ新聞紙ニ記載シタル事項ニシテ苟モ其人ヲ害スル惡意ナク專ラ公益ノ爲メニ爲シタルモノト認メラル、モノハ其事實ノ立證ヲ許シ若シ事實タルノ立證ヲ得ハ名譽毀損ノ責任ナキモノトセリ但其記載事項カ單ニ其人ノ私行ニ亘ルトキハ免責ノ理由ナシト規定セリ英米ノ私犯法ニ於テモ亦同様ニシテ官職、公職ニ在ル人若ハ其候補者ニ對シ其人物伎倆ヲ批評スルハ法律上認容セラル、所ニシテ即チ公人ノ公生活ニ對スル批評ノ自由ヲ認ム然レトモ其私行ヲ摘發スルハ不法行爲ノ責任ヲ免ル、コト能ハサルモノトセリ其他刑事訴訟法ニ於テ重罪又ハ禁錮ニ當ル輕罪ノ現行犯アル場合ニ於テハ何人タリトモ隨意ニ之ヲ逮捕スルコトヲ得ルカ如キ(刑訴六〇)是レ亦法律ノ認容スル行爲ナリトス

(五) 權利ノ防衛行爲 權利ノ防衛行爲ニニアリ一ハ正當防衛ニシテ二ハ急迫避難ノ行爲是ナリ

(甲) 正當防衛 抑自己ノ生命、身體、自由、財產等ニ對シ暴行ヲ受クルニ際シ其

權利ヲ防衛シテ危害ヲ免ル、カ爲メニ暴行者ニ對シテ相當ナル手段ヲ講スルハ人ノ常情ニシテ又人ノ享有スル防衛手段ナリ吾人ハ斯ル場合ニ自己ノ生命、身體、自由、財産等ノ權利ヲ毀損セラル、ヲ傍觀セサルヘカラスアルノ義務ナシ故ニ例ハ我家ニ火ヲ放タントシ或ハ強竊盜ノ我財産ヲ奪ハントスル者アルニ際シテ相當ノ處置ヲ爲シ得ルヤ勿論ニシテ若シ必要アラハ其者ヲ殺傷スルモ尙ホ可ナリ而シテ既ニ自己ノ生命、身體、自由、財産ヲ防衛スル爲メニ正當防衛ノ特權アリトセハ自己ノ父母、妻子、奴婢等ノ生命、身體、自由、財産ハ勿論何等身分上關係ナキ第三者ト雖モ苟モ其人カ是等ノ危害ヲ受ケ居ルコトヲ見ルニ於テハ自己ニ對スル危害ト同シク之ヲ防衛スルノ權利アルモノトナサ、ルヘカラス何トナレハ其間毫末モ差別ヲ設クルノ理由ナケレハナリ故ニ民法第七百二十條ハ「……自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衛スル爲メ……」ト廣ク規定シタリ英國私犯法ニ於テハ我國ノ如ク廣ク規定セス即チ自己ノ生命、身體、自由、財産等ノ以外ニハ配偶者、父母其他ノ尊屬親、子其他ノ卑屬親又ハ自己ノ雇人ノ爲メニ防衛スルコトヲ得ル

ノミ

次ニ正當防衛ノ範圍如何ノ問題即チ如何ナル程度マテ之ヲ實行シ得ルヤニ付キテハ嚴重ナル制限ヲ置カサルヘカラス若シ無制限ニ之ヲ實行スルヲ得ルモノトセハ國家ノ裁判權ハ全ク無視セラレ國家ノ安寧秩序ハ破壊セラル、ニ至ルヘシ故ニ何レノ國ノ法律ニ於テモ一定ノ範圍ヲ設ケテ之ヲ超ユルコトヲ許サス而シテ其制限トハ其權利ヲ防衛スルカ爲メニ必要已ムヘカラサルノ程度ヲ超ユヘカラスコト即チ是ナリ元來正當防衛ハ其本來ノ性質ヨリシテ一私人ノ擅ニ爲シ得ル所ニアラス必スヤ國家ノ公力ヲ藉リテ初テ自己ノ權利ヲ保全セサルヘカラスモノナリ然リト雖モ其危害切迫シ到底公力ノ救助ヲ俟ツノ遑ナキ場合ニハ自ら起テ防衛手段ヲ採ルノ外途ナキカ故ニ法律ハ斯ル場合ヲ限リテ正當防衛權ヲ認メタルナリ而シテ若シ危害ヲ防衛スルカ爲メニ必要ノ程度ヲ超エタルトキハ如何此場合ハ不法行爲トシテ民事上ノ責任ヲ負ハサルヘカラス而シテ其防衛行爲ノ必要ナリシヤ否ヤハ事實問題ニ屬スルモ其必要ノ有無ヲ決定ス

債權原因論

不法行爲 不法行爲ノ構成

ルニハ決シテ後ノ結果ヨリシテ之ヲ判断スヘキモノニアラス身自ラ斯ル
 場合ニ遭遇シタリト假定シ其當事者ノ身分職業等ヲ參酌シテ其人カ其危
 害ヲ防クカ爲メニハ其手段ヲ要スルモノト信シタルヤ又其信念ハ果シテ
 正當ナリシヤ否ヤヲ判定セサルヘカラス例ハ甲カ乙ニ對シテ脅迫ヲ加ヘ
 タル上將ニ短銃ヲ發射セントシテ之ヲ擬シタリ茲ニ於テ乙ハ他ニ危害ヲ
 避クルニ由ナク已ムナク机上ニ在ル短銃ヲ取リテ甲ヲ殺セリ然ルニ後甲
 ノ死體ヲ檢シタルニ甲ノ短銃ハ空砲ニシテ唯一時ノ脅迫手段ニ用キタル
 ニ過キサレ事實ヲ發見シ得タリトスルモ乙ノ行爲ノ正當防衛ナルヤ毫モ
 疑ヲ容ル、所ナキカ如シ

正當防衛權ノ實行ニ依リテ防止スヘキ危害ハ現在切迫セルモノナラサル
 ヘカラス將來生スルノ恐アリ又ハ既ニ過キ去リタル危害ヲ防クカ爲メニ
 スル正當防衛權ナルモノナシ又其防衛權ノ實行ニ依リ生スル損害ノ程度
 ト他人ノ不法行爲ヨリ生スル損害ノ程度トヲ比較シ必スシモ互ニ恰當ス
 ルモノタルヲ要セス苟モ危害切迫スル以上ハ小ナル損害ヲ避クルカ爲メ

ニハ大ナル加害行爲ヲ爲スモ正當防衛タルヲ失ハス故ニ自己ノ僅少ナル
 財産ノ奪去ヲ防カン爲メ其加害者ヲ殺傷スルモ正當防衛ナリ而シテ防衛
 上必要已ムヘカラサル場合ニ於テハ不法行爲ヲ爲シタル者ニアラサル第
 三者ノ權利ヲ侵害スルコトアルモ是レ亦防衛ヨリ生シタル結果ニシテ之
 ニ對シ責任ヲ生スルモノニアラス例ハ不法行爲者ヲ投ケ倒シタル爲メ他
 人ノ露店ヲ破壊シ又ハ通行ノ小兒ヲ傷クルコトアルモ防衛者ハ責任ナキ
 ノミナラス例ハ往來雜鬧ノ場合加害者ニアラサル第三者ヲ已ムコトヲ得
 スシテ殺傷スルコトアルモ尙ホ且其責任ナキモノト云ハサルヘカラス何
 トナレハ其防衛力若シ加害者ニアラサル者ニ對シ損害ヲ與ヘタルトキハ
 其責任アルモノトセンカ是等急迫ノ場合ニ於テ到底完全ナル防衛ヲ爲ス
 コト能ハサルニ至ルヲ以テナリ然ラハ是等第三者ノ損害ニ對シテハ何人
 カ賠償ノ責任ヲ有スルヤト云フニ是等ノ被害ハ其根本タル加害者ノ不法
 行爲ニ原因スルモノナルカ故ニ第三者ハ直接不法行爲ヲ爲シタル者ニ對
 シテ賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(七二〇第項但書)

人ハ名譽ニ對シ防衛權ヲ有スルヤ即チ他人カ己ノ名譽ヲ毀損セントスルノ行爲ヲ爲ストキハ被害者ハ自ラ起テ其不法行爲ヲ防止スルコトヲ得ルヤ例ハ公衆ノ面前ニテ余カ名譽ニ對シ侮辱ヲ加フルカ如キ演說ヲ爲ス者在ルトキハ其演說ヲ差止ムルヲ得ルヤ又己ノ名譽ヲ害セントスル新聞紙其他ノ出版物ヲ世ニ出サントスル者アルトキハ腕力ヲ用キテ其刊行發賣ヲ止ムルコトヲ得ルヤ是レ泰西諸國ニ於ケル近時ノ難問ナリ之ニ關シテハ各國ノ立法例竝ニ學說區々ナレトモ之ヲ略言スレハ近世以前ニ在リテハ正當防衛ナルモノハ主トシテ生命身體又ハ財產ヲ防衛スルカ爲メニ認メラレタルモノニシテ名譽ニ對シテハ未タ防衛ノ觀念ナカリシナリ現ニ英國ノ如キ正當防衛英國ニテハ自己防衛ト稱ス^{セルフデフェンス}ノ範圍ハ頗ル狭ク名譽ハ原則トシテ從來ノ判例ニ於テ其防衛權ヲ認メラレサリシナリ但同國ニ在リテモ婦人カ男子ノ爲メニ強姦セラレントスル場合ニハ其婦人ハ自己ヲ防衛スル爲メ男子ヲ殺傷スルノ權利アルコトハ之ヲ認ムル所ナレトモ這ハ身體ヲ防衛スルモノトシテ認メラル、モノナリヤ又ハ婦人ノ名譽即チ

節操ニ對スルモノトシテ認メラレタルモノナリヤ稍不明ナリト雖モ兎ニ角此防衛ハ從前ヨリ認メラル、所ナリ之ヲ要スルニ素ト正當防衛ナルモノハ生命若ハ身體ニ限ラレタルモノナルモ後財產ニ及ヒ尙ホ近時ニ至リ名譽ノ觀念愈重セラレ人格ヲ維持スルニハ名譽ハ身體、財產ト等シク最モ必要ナルモノトナリタルヲ以テ近世各國ノ法律ニ於テハ名譽ヲ以テ財產ト同一視シ從テ正當防衛權ヲ認メントスルノ傾アルハ掩フヘカラサルノ事實ナリ而シテ我民法第七百二十條ニハ唯自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得スシテ加害行爲ヲ爲シタル者ハ云々ト規定シ其權利ノ區別ヲ設ケサルカ故ニ名譽ニ對スル防衛權ヲ認メタルコト明白ナリ但名譽ニ對スル不法行爲ノ如キハ其危害必スシモ切迫セルモノニアラス他日相當ナル救濟ヲ得テ之ヲ回復スルノ途ナキニアラサルカ故ニ多クノ場合ニ於テハ正當防衛ヲ爲サ、ルヘカラサルノ必要アルモノト云フヲ得サルヘシ然レトモ苟モ危害切迫シテ眞ニ已ムヲ得サル場合タルニ於テハ防衛權ヲ實行シ得ルモノト云ハサルヘカラス

正當防衛ノ範圍ニ關シ民法ト刑法トハ大ニ之ヲ異ニス即チ刑法ニ在リテハ單ニ身體、生命、財産ヲ防衛スルカ爲メニ防衛權ヲ認ムルニ止レリト雖モ(刑三―四)民法ニ在リテハ前述ノ如ク總テノ權利ニ對シ防衛權ヲ認メタリ又刑法ニ在リテハ正當防衛ハ殺傷ノ場合ニ限ルモ民法ニ在リテハ單リ殺傷ノ行爲ニ限ラス防衛手段トシテ必要ナル一切ノ加害行爲ヲ爲シ得ルモノニシテ要スルニ民法ニ於テ認ムル防衛權ハ之ヲ刑法ニ比較スルトキハ其範圍頗ル廣シ

(乙) 急迫避難ノ行爲

急迫避難ノ行爲トハ刑法ニ所謂緊急狀態ニ該當スルモノナレトモ其範圍ハ之ヲ刑法ニ比シ極テ狹隘ナリ即チ民法ニ在リテハ他人ノ物ヨリ生スル急迫ノ危難ヲ免ルハカ爲メ其物ヲ毀損シタルノ所爲ハ急迫避難ノ行爲トシテ不法行爲タルノ責任ヲ除却スルモノトス即チ正當防衛ハ人ノ行爲ニ對スル防衛ナレトモ急迫避難ノ行爲ハ他人ノ物ヨリ生スル危難ニ對スル防衛ナリ右何レノ場合ニ於テモ自己ノ權利ヲ防衛スルノ必要ニ至リテハ

全ク同一ニシテ其危害ノ原因人ナルト物ナルトニ依リ之ヲ區別スヘキノ理由存スルコトナシ而シテ正當防衛權ヲ實行スルニ付テハ必要已ムヘカラサルノ程度ヲ超ユルコトヲ許サ、ルト等シク急迫避難ノ場合ニ於テモ亦縱令法文ニ其明記ナキモ必要已ムヘカラサルノ程度ヲ超ユヘカラサルハ言ヲ俟タス又物トハ動物ヲモ包含スルモノナルコトハ勿論ナレハ例ハ隣家ニ飼養セル犬カ余ノ邸内ニ侵入シ余ノ飼養セル數十羽ノ家鶏ノ群ニ闖入シ暴行ヲ恣ニスルヲ以テ此多數ノ鶏ヲ救ハント欲セハ其犬ヲ撲殺スルヨリ他ニ方法ナキカ如キ場合ニ於テハ其犬ヲ撲殺スルモ是レ所謂急迫避難ノ行爲ニシテ民法上何等ノ責任ヲ生スルコトナシ若シ又之ニ反シ隣家ノ犬カ余ノ地内ニ侵入シ耕作物ヲ荒スカ如キ場合ニ在テハ余ハ唯其犬ヲ放逐スレハ事足ルモノニシテ必シモ之ヲ撲殺セサルヘカラサル程危難急迫ナルモノアラス故ニ若シ此場合ニ其犬ヲ撲殺セハ是レ必要已ムヘカラサルノ程度ヲ超エタルモノニシテ不法行爲トシテ制裁ヲ免レサルナリ急迫避難ノ行爲モ必スシモ自己ノ權利ヲ防衛スル爲メノミニ制限セラレ

ルモノニアス第三者ノ權利ヲ防衛スルカ爲メニモ亦之ヲ爲シ得ルハ正當
 防衛ノ場合ト異ルコトナシ
 民法上急迫避難ノ行爲ト刑法上ニ緊急状態トヲ比較スルニ刑法第七十五
 條ニ依レハ其天災又ハ意外ノ變ニ因リ避クヘカラサルノ危難ニ遭ヒ自己
 若ハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出テタル所爲ハ緊急状態ニ在ルモノトシテ
 之ヲ無罪トセリ然レトモ民法ニ在リテハ單ニ他人ノ物ヨリ生シタル危難
 ヲ避クルカ爲メニ此防衛行爲ヲ認メタルニ過キサカ故ニ天災又ハ意外
 ノ變ニ因リ避クヘカラサルノ危難ヲ免ル、カ爲メ他人ヲ殺傷シ又ハ他人
 ノ物ヲ毀損シタルトキハ民法上ノ避難行爲トナラス從テ不法行爲ノ責任
 ヲ免ル、能ハス例ハ大洋ニテ船舶覆没シ僅ニ一片ノ材木浮流セルカ如キ
 場合ニ其材木ニ縋リ漸ク生命ヲ保テル者ヲ押退ケテ其材木ヲ奪ヒ之カ爲
 メニ其人ヲ溺死セシメタルカ如キハ刑法上緊急状態トシテ無罪ナレトモ
 民法ニテハ其責ヲ免ル、コト能ハス何トナレハ如何ナル緊急状態ニ在ル
 モノナリトモ自己ノ危急ヲ救ハンカ爲メ加害者ニアラサル他人ノ權利ヲ

侵害スルノ權利ナキハ自明ノ理ナルカ故ニ天災又ハ意外ノ變ニ因リ自ラ
 危難ヲ受ケタル者カ其危難ヲ免ル、カ爲メ他人ニ損害ヲ與ヘタルトキハ
 其損害ヲ賠償スヘキ義務アリトスヘキハ理ノ當然ナレハナリ又民法上ノ
 避難行爲ハ其危難ノ原因ヲ爲セル物ヲ毀損シタル場合ニ生スルモノナル
 ヲ以テ第三者ノ身體ヲ害シ又ハ第三者ノ物ヲ害スル等危難ノ原因ヲ爲セ
 ル物ノ毀損ニ關セサルモノニ付テハ賠償ノ責ヲ免ル、コト能ハス但其物
 ヲ毀損スルノ結果トシテ他人ノ權利ヲ侵害シタルカ如キハ是レ避難行爲
 ヲヨリ生シタル結果ニ外ナラサルカ故ニ加害者ニ於テ賠償ノ責ナク其危難
 ノ原因ヲ爲シタル物ノ所有者其他其物ニ付キ責任ヲ有スル人ニ對シテ賠
 償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトス是レ第七百二十條第一項ノ規定ヲ同
 條第二項急迫避難ノ場合ニ準用スルノ結果ナリ故ニ例ハ甲所有ノ飼犬カ
 途上乙ニ咬ミ付キタル爲メ乙ハ之ヲ撲殺シタルニ其犬カ斃レテ綠日商人
 ノ益裁ヲ損シタルカ如キ場合ニハ被害商人ハ飼主甲ニ對シ賠償ヲ求ムル
 コトヲ得ヘシ又甲カ自己ノ狂犬ヲ使喚シテ乙ニ咬ミ付カセシメントシタ

ルニ乙カ其犬ヲ撲殺スルノ行爲ハ急迫避難ノ行爲ナリヤ又ハ正當防衛ナ
リヤト云フニ此場合ハ甲カ乙ニ對シ狂犬ヲ使用シテ不法行爲ヲ加ヘント
シタルモノニシテ乙カ狂犬ヲ撲殺シタルハ全ク甲ノ不法行爲ニ對シ自己
ノ權利ヲ防衛センカ爲メニ爲シタルモノナルカ故ニ正當防衛ニシテ急迫
避難ノ行爲ニアラス

以上列記シタル五箇ノ場合ハ或ハ權利ノ實行或ハ法律ノ認容シタル行爲ニシ
テ何レモ義務違背ノ事實ナキヲ以テ不適法行爲ニアラス從テ不法行爲ノ責任
ヲ發生スルコトナシ

第三 故意又ハ過失アルコト

是レ不法行爲構成要素ノ第三ナリ抑不法行爲ノ成立ニ故意又ハ過失ヲ必要ト
スルコトハ單リ我國ノミナラス泰西諸國ニ於テモ原則トシテ何レモ之ヲ必要
トセリ何トナレハ法律ハ不能ヲ強ユルモノニアラス人トシテ充分ノ注意ヲナ
シタルニ尙且他人ニ損害ヲ與フルノ結果ヲ生スルカ如キハ是レ毫モ責ムヘキ
ノ過失ナキモノニシテ之ニ對シテマテ尙ホ賠償ノ責任アリトスルハ甚タ酷ナ

レハナリ人ハ天帝ノ所爲又ハ第三者ノ所爲ニ付キ責任ヲ有セストハ私犯法ノ
通則ナリ例ハ地震ノ爲メ家屋顛覆シ之カ爲メ通行ノ人ヲ傷ケタルカ如キハ天
災即チ不可抗力ニ原因スルモノニシテ何等ノ故意過失アルニアラサルカ故ニ
不法行爲トシテ責任ヲ生スルコトナシ又例ハ一頭ノ馬ヲ牽キテ市街ヲ通行シ
タルニ偶電車來リタル爲メ馬驚キテ逸走シ遂ニ之ヲ制スルニ由ナク爲メニ通
行人ヲ傷ケタルカ如キハ是レ第三者ノ所爲ニ原因スルモノナルカ故ニ賠償ノ
責ナキカ如シ

抑不法行爲ニ故意過失ヲ要スルヤ否ヤハ立法論トシテ大ニ研究ニ値スル問題
ニシテ英國ニテハ原則トシテ故意又ハ過失ヲ要スルノ法制ナレトモ之ニ對シ
テ例外ヲ認ムルモノ、如シ即チ英國ニテハ私犯法上重要ナル二箇ノ規則行ハ
ル、モノニシテ其一ハ人ハ自己ノ意思ニ基因セサル行爲ニ付キ其責ニ任セス
ト云フモノニシテ二ハ他人ニ損害ヲ與フヘキ虞アル物ヲ占有スル者ハ自己ノ
危険ヲ以テ其物ヲ保管セサルヘカラスト云フニ在リ右第一ノ規則ハ自己ノ意
思ニ基カサル不可抗力又ハ第三者ノ行爲ニ付キ人ハ之ヲ制止シ又ハ監督スル

ノ力ナキモノナルカ故ニ其行爲ニ付キ責任ヲ有セストナスモノニシテ又第二ノ規則ハ鐵道其他機械工作物ノ如キ若シ其設計又ハ管理ヲ誤ルトキハ他人ニ損害ヲ與フルノ危険アルモノハ宜シク自己ノ責任ヲ以テ保管セサルヘカラス故ニ其損害ノ原因カ不可抗力又ハ第三者ノ所爲ニ原因セサル限ハ自己ノ過失ナカリシトノ理由ニ依リテ責任ヲ免ル、コト能ハストノ趣旨ニシテ要スルニ英國ニテハ原則トシテハ故意又ハ過失ヲ要スルモノ之ニ對シテハ大ナル除外例アルモノト云ハサルヘカラス又獨逸ニ在リテモ不法行爲ニ故意又ハ過失ヲ要ストノ古來ノ原則ニ付キテハ近時頗ル有力ナル反對說ヲ生スルニ至レリ今其說ノ大要ヲ摘載スレハ抑羅馬法ニ於ケル私犯ノ訴ナルモノハ一種刑事上ノ訴ニシテ之ニ對シテ體刑ヲサヘ科シタルモノナルカ故ニ刑法ノ原則ニ從ヒ加害者ハ故意若ハ過失ナルヘカラサルハ勿論ニシテ即チ當時私犯ノ訴ノ過失主義ニ基ケルハ明ニシテ又相當ナリシナリ然レトモ其後ニ至リテハ私犯ハ漸ク刑事的ノ性質ヲ失ヒ現今ニテハ全ク民法上ノ賠償方法ニ變化シタルモノナレハ今日ニ於テモ尙ホ加害者ノ意思ニ重ヲ置キ故意又ハ過失ヲ要ストナスハ賠

償ノ趣旨ニ適合セサルモノナリ殊ニ近時交通機關ノ發達著シク蒸氣又ハ電力ヲ應用セル種々危険ナル事業勃興セル今日尙ホ古來繼續セル過失主義ヲ株守セントスルハ社會ノ狀態ニ副ハサルモノナリ抑是等ノ營業ハ一方ニ於テハ公共ニ對シ又彼等營業者ニ對シ多大ノ利益ヲ與フルモノナレトモ又他ノ一方ニ於テハ社會ニ對シ大ナル危険ヲ與フルモノナリ去レハ其營業者ハ利益ヲ受クルノ償トシテ自己ノ事業ヨリ生スル危険ヲ自ラ負擔シ其事業ノ爲メ他人ニ損害ヲ與ヘシメサル責任ヲ負擔スルハ理ノ當然ニシテ裁判ノ實例ニ於テモ亦漸ク此希望ヲ容レ是等ノ場合ニ在リテハ過失ノ有無ヲ問ハス其責任ヲ負擔セシムルコト、ナセリ斯ノ如ク或場合ニ於テハ實際上過失主義ヲ捨テタレトモ未タ之ニ代ルヘキ適當ナル主義ヲ發見セス依然トシテ尙ホ過失主義ニ拘泥シ終ニハ鐵道營業ノ如キハ當然過失的行爲ヲ包含スルモノナリトノ理由ヲ付シテ裁判スルニ至リシカ近時ニ至リテハ各特別法ノ制定ヲ見ルニ至リ責任ノ根據ニ一變化ヲ生スルニ至レリ即チ一八三八年普國鐵道法、普國鑛山法及一八七一年ノ責任義務法ノ如キ種々ノ法令ヲ以テ過失ノ有無ニ拘ラス其損害ヲ賠償セ

債權原因論 不法行爲 不法行爲ノ構成

シムルコト、ナリ從テ其裁判例ニ於テモ是等ノ場合ニハ全然過失主義ヲ捨テテ此種ノ賠償義務ヲ以テ獨立ノ義務ト認メ多クハ法律ニ因ル債務ナル名稱ヲ付シテ彼ノ契約ニ因ル債務、私犯ニ因ル債務ト三者相特立セシムルニ至レリ然レトモ法律ニ因ル債務ナル名稱ハ殆ト無意味ナルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ私犯ト云ヒ契約ト云フモ是レ皆法律ノ規定ニ因リ始テ債務ヲ生スルモノナルカ故ニ此名稱ハ學理上正確ナルモノト云フ能ハサルヲ以テナリ而シテ是等特別法ニ規定セル場合ハ或ハ不法行爲ト看做スヘキモノナリト云ヒ或ハ不法行爲ニアラサルモ其規定ヲ準用スヘキモノナリト云ヒ學者ノ所說一ナラスト雖モ之ヲ要スルニ近時法律發達ノ趨勢ヲ見ルニ損害賠償義務ヲ擴張シテ過失ノ有無ヲ問ハス賠償ヲ命スルノ傾向アルハ明ナリト云フニ在リ即チ以上所論ノ趣旨トスル所ハ自己ノ利益ニ基因シタル損害ニシテ普通一般ニ豫見シ得ヘキモノニ付テハ企業者ハ過失ノ如何ニ關セス第三者ニ對スル損害ヲ賠償セサルヘカラスト云フニ在リテ獨民法第二章案ハ頗ル此主義ニ傾キタリシカ確定民法ニ至リ種々ナル修正ヲ受ケ前記特別法ノ支配ニ屬セサル一般ノ私

犯ニ付テハ依然トシテ過失主義ヲ採リ唯動物カ他人ニ加ヘタル損害ノミニ付テハ過失ノ有無ニ拘ラス賠償ノ義務アルモノトナセリ(獨民八三五)翻テ我新民法ヲ見ルニ故意又ハ過失ヲ要ストノ第七百九條ノ規定ニハ何等ノ例外ナキカ故ニ如何ナル危險物ヲ使用シ之カ爲メ損害ヲ與フルモ苟モ過失ナキ限ハ賠償ノ責ナシト云ハサルヘカラス即チ此點ニ於テ我民法ハ絶對的ニ過失主義ヲ採リ英米及獨逸ハ或場合ニ過失ノ有無ヲ問ハサル所謂無過失主義ヲ採用セルモノト云フコトヲ得ヘシ然レトモ是レ又畢竟過失ナル文字ノ解釋如何ニ歸スルモノニアラサルナキカ若シ危險ナル工業ヲ營ミテ利益ヲ圖ル者ハ其事業ノ爲メニ他人ニ損害ヲ與フヘカラス如何ナル方法ヲ以テスルモ其危險ヲ豫防スルノ義務アリトノ前提果シテ其當ヲ得タルモノトセハ苟モ損害ヲ他人ニ與ヘタルノ事實アル以上ハ是レ其義務ニ違背シタルモノニシテ從テ一ノ過失ヲ以テ目セサルヘカラサルニ至ラン

不法行爲ノ要素タル故意トハ自己ノ行爲ノ結果ヲ豫見スル心意ノ狀態ヲ謂フ故ニ自己ノ行爲カ他人ニ損害ヲ與フル結果ヲ生スヘキコトヲ豫知シテ爲シタ

債權原因論 不法行爲ノ構成

ルモノハ是レ故意ナリ然レトモ故意ハ其行爲ノ不法ナルコトヲ認識スルヲ要
 セス唯之カ爲メニ權利侵害ノ結果アルヘキコトヲ認識スレハ足ル例ハ醫師カ
 患者ノ手足ヲ切斷スルカ如キ是レ決シテ患者ニ損害ヲ與ヘントスル不法ナル
 意思ニ出テタルモノニアラスト雖モ其切斷タルヤ全ク其切斷ノ結果ヲ豫見シ
 テ爲シタルモノナルカ故ニ故意ニ出テタルモノト云ハサルヘカラス唯其行爲
 ハ患者ノ認諾ニ出テタルモノニシテ不法法行爲ニアラサルカ故ニ不法行爲ヲ
 構成セサルノミ又過失トハ自己ノ不注意ニ依リ其行爲ノ結果ヲ豫見セサル心
 意ノ状態ヲ謂フ即チ自己ノ行爲ニ依リ他人ニ損害ヲ與フヘキ結果ノ生スルコ
 トヲ不注意ノ爲メ豫知セスシテ爲シタルモノヲ謂フ故ニ過失ハ無意識ノ行爲
 ニアラス無意識ノ行爲トハ尙ホ白癲、瘋癲者カ他人ヲ殺傷スルカ如ク毫モ意思
 ノ發動ニ基カサルモノニシテ法律上何等ノ責任ヲ生スルモノニアラス之ニ反
 シテ過失ハ全ク意思ノ發動ナレトモ唯其行爲ノ結果ヲ豫見セサリシノミ
 古來法學者往々注意ノ程度ヲ分テ之ヲ三種トセリ即チ輕微ナル注意、普通ナル
 注意及非常ナル注意トシ從テ又過失ヲモ三段ニ分チ非常ナル注意ヲ怠リタル

モノヲ輕微ナル過失ト云ヒ普通ノ注意ヲ怠リタルモノヲ普通過失ト云ヒ又輕
 微ナル注意ヲ怠リタルモノヲ非常ナル過失ト云ヘリ然レトモ是レ唯便宜上ノ
 區別タルニ止ルモノニシテ過失ノ程度ハ幾百千ノ階級ヲ有シ決シテ之ヲ三段
 ニ區別スヘキモノニアラス各場合ニ應シテ其適當ナル注意ヲ缺キタルヤ否ヤ
 ヲ判斷セサルヘカラス而シテ過失ノ程度ヲ判斷スルニ當リテ之ヲ主觀的ニ判
 斷スルモノト客觀的ニ判斷スルモノトノ二アリ其主觀的標準ニ依ルトキハ過
 失ノ有無ヲ判斷スルニ付キ一ニ行爲者平素ノ注意力如何ヲ標準トスルモノニ
 シテ即チ其行爲者自身ノ注意力ヲ充分用キタルヤ否ヤヲ見若シ其人トシテ充
 分ノ注意ヲ用キタルトキハ過失ノ責ナシトスルモノナリ故ニ若シ其人タル平
 生注意力極テ淺薄ナル人ナランニハ之ヲ尋常ノ人ニ比スルトキハ不注意ヲ以
 テ目スヘキ場合ト雖モ尙ホ且過失ノ責任ヲ免ル、コトアリ又之ニ反シテ若シ
 其人ニシテ平素注意周到ナル人ナランニハ縱令當時ノ注意力尋常人ニ比シ鄭
 重ナリシ場合ト雖モ苟モ其平素ノ注意ニ比シ鮮少ナルトキハ尙ホ過失ノ責ヲ
 免レサルモノトス又客觀的標準ニ依ルトキハ其注意力行爲者トシテ充分ナル

ヤ否ヤヲ見ス唯通常智慮アル人カ施スヘキ注意ヲ用キタルヤ否ヤヲ標準トシテ其責任ヲ定ムルモノトス故ニ其行爲者自身トシテハ充分ナル注意ヲ用キタル場合ト雖モ普通人ニ比シ注意ノ程度低キトキハ尙ホ過失ノ責ヲ免レサルモノトス然リ而シテ我民法上不法行爲ノ構成要素トシテ必要ナル過失ハ主觀的過失ヲ謂フモノナリヤ又ハ客觀的過失ヲ指スモノナリヤニ付キ二箇ノ學說アリ主觀的過失ヲ必要トスル學說ニ曰ク抑各人ノ有スル注意力ニハ種々ノ階級アリト雖モ苟モ其人トシテ充分ノ注意ヲ用キル以上ハ是レ毫モ責ムヘキ點ナキモノナルカ故ニ縱令其注意タル他ノ尋常思慮アル人ノ目ヨリ見レハ甚タ不注意ト稱スヘキ場合タリトモ決シテ不法行爲ノ制裁ヲ與フヘキモノニアラス若シ此場合ニモ他ノ思慮アル人カ施スヘキ注意ヲ爲スノ義務アルモノトセハ是レ實ニ難キヲ責ムルモノニシテ其結果タルヤ尋常人ニ比シテ注意周到ナル者ノ爲メニハ其負擔輕ク之ニ反シテ注意ノ度薄キ人ニ對シテハ過重ナル負擔トナリ甚タ公平ヲ失スルモノト云ハサルヘカラスト然レトモ民法第六百五十九條ノ如ク特別ノ規定ナキ以上ハ過失トハ通常思慮アル人ノ爲スヘキ注意ヲ

怠リタル者ト解スヘキハ普通ノ理ニシテ苟モ各場合ニ就テ相當ナル注意ヲ爲サ、ル以上ハ其人ハ過失ノ責任ヲ負擔セサルヘカラサルヤ明白ナリ若シ此場合ニ於テ其行爲者カ平素ノ注意ヲ用キサリシ場合ニ限り過失ノ責アルモノトセンカ被害者カ賠償ヲ請求セントスルニハ必ス行爲者平素ノ注意力如何ヲ立證シ而シテ後加害當時ニ於ケル行爲者ノ注意力カ之ニ劣リタルコトヲ立證セサルヘカラスト然レトモ被害者ハ其行爲者平素ノ注意力ノ如何ナルモノナリヤハ到底之ヲ立證スルニ由ナク加害者ハ常ニ賠償ノ責任ヲ免脱セラル、ノ結果ヲ生スルヤ明ナリ加之斯ノ如キ主觀的過失主義ニ依ルモノトセンカ平素極テ怠慢疎漏ニシテ且注意力ノ薄キ者ハ常ニ其責任ヲ免レ平常注意周到ナル者ハ却テ過重ノ責任ヲ負擔セサルヘカラサルコト、ナリ不公平ノ結果ヲ生スルヲ免レスルソ法律ハ社會ノ各人ニ對シ嚴正ナル注意ヲ強ユルコト能ハサレトモ又怠慢輕率ナル者ノ注意ヲ標準トスルコトヲ許サス常ニ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ他人ノ權利ヲ尊重シ又之ヲ侵害セサルコトニ勉メサルヘカラスト是レ社會共同生存ノ必要上當然ノ事理ナリ且不法行爲ノ成立ニハ固ヨリ過失ヲ要

スト雖モ刑法トハ異リ加害者ノ注意如何ニ重ヲ置クヘキモノニアラス其主眼トスル所ハ損害ノ補充ニ在リ故ニ苟モ他人ノ過失ノ爲メ損害ヲ受ケタル以上ハ之カ賠償ヲ請求シ得ヘキハ當然ニシテ其行爲者ノ平素ニ於ケル注意力ノ厚薄如何ノ如キハ賠償ノ上ニ影響ナキモノト云ハサルヘカラス故ニ余ハ多數ノ反對說アルニモ拘ラス民法ノ不法行爲ニ付テハ其過失ノ程度ハ客觀的標準ニ依ルヘキモノナラント信ス

不法行爲ノ成立ニ故意又ハ過失ヲ要スルハ既ニ述ヘタルカ如シ然レトモ若シ其損害カ天災地變等ノ不可抗力ト行爲者ノ過失トノ二者ニ原因スルモノナルトキハ如何例ハ商船會社カ既ニ朽廢用ニ堪ヘサル老船ヲ使用シ航海ヲ爲サシメツ、アリシニ偶暴風ノ爲メ坐礁シ乗客及貨物ニ損害ヲ與ヘタリトセハ會社ノ責任如何是レ泰西諸國ニ於テ屢實際上生スル問題ナリ英國ニ於ケル或訴訟ニ於テ被告「ドック」會社ハ河水ヨリ四尺二寸ノ高サニ堤防ヲ築クヘキ義務ヲ有シタルニ之ヲ怠リ四尺ノ高サニ築造セリ然ルニ或年非常ナル降雨ノ爲メ河水著シク増加シ終ニ四尺五寸ノ高サニ達シ河水溢レテ原告會社ニ損害ヲ及シタリ

依テ被告會社ニ對シ損害賠償ノ訴ヲ提起シタルニ此事件ニ於ケル被告ノ抗辯ハ縱令會社ニ於テ四尺二寸ノ高サニ築造スルモ到底今回洪水ノ害ヲ避クルニ由ナカリシモノニシテ全ク天災ノ爲メ原告ニ損害ヲ被ラシメタルモノナリト云フニ在リキ然ルニ該事件ノ判決ニ依レハ被告ニ於テ築造ノ義務ニ違背セストモ此被害ヲ免レサリシモノトスルモ苟モ被告カ法定ノ義務ニ違背シタル以上ハ又其責任ヲ免ルヘキモノニアラス且其河水タル四尺ニ達シタルトキ既ニ其損害ヲ原告ニ與ヘ其後時々刻々河水溢レテ被害ヲ重ネタルモノニシテ被害ノ責任ハ河水四尺ニ達シタルトキ既ニ發シタルモノナリ換言セハ河水カ四尺ニ達スル以前ニ於テ既ニ充分ナル損害ヲ生シタルモノナルヲ以テ被告ハ其責任ヲ免ル、コト能ハス但若シ裁判所ニ於テ増水四尺二寸以上ニ及ヒタルカ爲メ特ニ其損害ヲ劇甚ナラシメタルノ事實アリテ其損害ハ四尺二寸ノ上下ニ依リテ之ヲ區分スルコトヲ得ルモノナルニ於テハ賠償額ニ於テ相當ナル減少ヲ爲スヲ妨ケスト雖モ本件ニ付テハ斯ル事實ヲ發見セスト判決セリ去レハ英國ニテハ苟モ過失ニ因リ他人ニ損害ヲ與ヘタル以上ハ此損害カ縱令被告ノ

過失ナクトモ生スヘカリシモノナリトノコトハ其責任ヲ免脱スルノ理由トナ
 ラス但若シ被告ニ於テ其損害ノ或部分ハ全ク天災又ハ第三者ノ所爲ニ原因シ
 タルモノナルコトヲ證明シタルトキハ其部分ハ賠償額ヨリ控除スヘキモノナ
 リト云フニ歸著ス而シテ我民法ニハ之ニ關シ何等詳細ナル規定ナシト雖モ苟
 モ天災其他第三者ノ所爲之ニ加ハリ之カ爲メ其損害額ヲ大ナラシメタル事實
 明白ナルトキハ其部分ニ對シテハ加害者ニ其責任ナキコトハ疑ナカルヘシ
 尙ホ故意過失ヲ終ルニ臨ミ一言スヘキハ失火ニ關スル特別法ノ規定ナリトス
 抑失火ノ爲メ他人ノ家屋其他財産ヲ燒毀スルノ行爲ハ一ノ不法行爲タルハ言
 ヲ俟タサル所ナルカ刑法附則第五十九條ニハ人ノ名譽若ハ殺傷ニ關シタル損
 害其他犯罪ノ爲メニ現ニ生シタル損害ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得但失火ハ
 此限ニアラストアリ而シテ此規定ハ新民法施行法第六十一條ニ依リ廢止セラ
 レタレハ新民法施行期日タル明治三十一年七月十六日以後ハ民法第七百九條
 ノ原則ニ依リテ支配セラル、コト、ナリタルヲ以テ失火者ニ於テ苟モ過失ア
 ル以上ハ賠償ノ義務アルコト、ナレリ然ルニ其後衆議院議員ヨリ之ニ關スル

二箇ノ法律案ヲ提出シ一ハ民法第七百九條ニ但書ヲ加ヘテ其例外ヲ設ケント
 シ又他ノ一ハ單行法トシテ其例外ヲ設ケントスルノ案ナリシカ委員會ニテハ
 單行法ノ說ヲ採リ貴族院ヲ經由シ明治三十二年三月七日法律第四十號トシテ
 發布スルニ至レリ其法文ハ民法第七百九條ノ規定ハ失火ノ場合ニハ之ヲ適用
 セス但失火者ニ重大ナル過失アリタルトキハ此限ニアラスト規定セリ抑我國
 ニ於テ明治十五年刑法實施以來失火ニ關シ特別ナル規定ヲ設ケタル所以ハ我
 國ノ家屋ハ概ネ木造ニシテ煉瓦造又ハ石造ハ極テ稀ナルカ故ニ市街地等ニテ
 一度火ヲ失スレハ忽チ四隣ニ延燒シ數百千ノ人家ヲ類燒セシムルコト屢ナリ
 然ルニ是等無限ノ損害ニ對シ失火者ニ於テ悉ク其責ヲ負ハサルヘカラスアルモ
 ノトセハ單ニ一箇ノ過失行爲ニ對スルノ制裁トシテハ餘リ過重ナルモノト云
 ハサルヘカラス加之失火ノ場合ニハ失火者概ネ先ツ自己ノ財産ヲ燒毀シ不幸
 ニ沈淪セルモノナルニ尙ホ之ニ加ヘテ斯ル莫大ナル損害ヲ賠償セサルヘカラ
 サルモノトスルハ實ニ人情ニ背キ爲メニ如何ナル富豪モ其資財ヲ盡シ破産ノ
 窮境ニ陥ルヲ免レス是レ決シテ社會經濟上ニ於テ喜フヘキコトニハアラス且

古來概ネ火災ヲ以テ一種ノ天災ナルカ如ク諦メ來リタルモノニシテ失火者ニ對シ賠償ヲ請求セントスルカ如キハ其例少ナカリシコトナルカ故ニ失火ニ對シ刑法附則ヲ以テ特ニ此賠償義務ヲ免除シタルナリ蓋斯ノ如キ特例ハ固ヨリ泰西諸國ニ其例ヲ聽カサル所ニシテ新民法編纂ニ際シ此特例ヲ廢シタレトモ後又之ヲ復舊スルコト、ナセリ但失火者ニ於テ重大ナル過失アリタルトキ例ハ爆發物ヲ取扱フ者ハ警察命令ニ依リ相當ノ設備ヲ爲サ、ルヘカラサルニ之ヲ意リタルカ爲メニ火災ヲ生シタル場合ノ如キハ重大ナル過失ト云ハサルヘカラサルカ故ニ斯ル場合ニハ賠償ノ義務ヲ免レサルモノトス

右明治三十二年法律第四十號ノ解釋ニ付キ一疑問ヲ生セリ即チ家屋ノ賃借人カ自己ノ過失ニ因リ其家屋ヲ燒毀シタル場合ハ尙ホ此法律ニ依リ免責ヲ得ルヤ否ヤトノ問題ナリ之ニ付キ消極論ヲ主張スル者ノ說ニ曰ク此法律ハ民法第七百九條ノ例外ヲ規定シタルモノナルカ故ニ契約ニ關係ナキ不法行爲ニノミ關スルモノナリ故ニ賃借人カ其家屋ヲ燒毀シ終ニ之ヲ貸主ニ返還スルコト能ハサルニ至リタルカ如キハ是レ純然タル契約違背ニシテ民法契約法ニ依リ違

約ニ基ケル損害ヲ賠償セサルヘカラス此第四十號ノ法律ハ是等契約ニ關スルモノニアラスト云フニ在リ然レトモ刑法附則第五十九條ノ規定カ契約ニ關スルト否トノ別ヲ設クルコトナク一切ノ失火ニ對シテ損害ノ責任ヲ免除シタルモノナルコトハ何人モ疑ハサル所ニシテ右第四十號ノ法律ハ其文字ハ稍不穩當ナルモ其趣旨タル全然此刑法附則ノ精神ヲ復活シタルモノナルコトハ當時衆議院ノ議事録ニ依テ見ルモ明ナリ且賃借人カ借家ヲ燒毀スルノ行爲タルヤ之ヲ一面ヨリ觀レハ賃借人ノ契約義務違背タルコト論ヲ俟タスト雖モ之ヲ他ノ方面ヨリ觀レハ亦一ノ不法行爲タルヲ失ハス英法ニ於テハ是等ノ行爲ヲ準私犯ト稱シ被害者カ違約ヲ原因トシテ賠償ヲ請求スルト將又不法行爲ヲ原因トシテ賠償ヲ請求スルトハ其自由ノ選擇ニ任セタリ此準私犯ナル法理ハ吾民法亦之ヲ認ムルヤ否ヤ固ヨリ疑アリト雖モ要スルニ賃借人カ借家ヲ燒毀スルノ行爲ハ不法行爲タルノ性質ヲ帶フルモノナルヤ明ナルヲ以テ不法行爲ニ關スル第七百九條ノ例外法タル第四十號ノ法律カ賃貸借ノ場合ニモ尙ホ其適用アルヘキコトハ蓋當然ノ結果ト云ハサルヲ得ス大審院モ亦同一ノ見解ヲ採レ

リ(三十八年二月)
十八日判例)

第四 他人ニ損害ヲ生セシメタルコト

不法行爲ノ成立ニ必要ナル損害ナルモノハ金錢ニ見積リ得ヘキ財産上ノ損害ヲ謂フヤ否ヤニ付テハ古來英佛ノ法律ハ全ク反對ノ見解ヲ採レリ英法ニ於テハ苟モ自己ノ權利ニシテ他人ノ爲メニ侵害ヲ受ケタル以上ハ縱令之カ爲メ何等財産上ノ損害ナキトキト雖モ加害者ニ賠償責任アルモノト爲シ以テ權利アレハ救濟アリトノ法理ヲ嚴格ニ實行セリ故ニ例ハ不法ニ人ヲ監禁シタル場合ノ如キ縱令被害者カ遊食ノ徒ニシテ何等定マリタル職業ナク監禁ノ爲メ財産權上寸毫ノ損害ヲ生セサル場合タリトモ尙ホ他人ノ自由ヲ侵害スルモノナルヲ以テ英法ニ於テハ損害賠償ノ責任アルモノトス然ルニ佛國ニ於テハ實害主義ヲ採リ財産上ノ損失ヲ生セサル權利侵害ハ不法行爲ニアラストセリ其理由ハ私法上ノ權利侵害ニ對スル賠償ナルモノハ財産權上ノ損失ヲ補充スルモノナルカ故ニ毫モ財産權上ニ關係ナキ無形ノ損害ニ對シテ賠償ノ責ヲ負ハシムルカ如キハ寧ロ刑罰的ノ制裁ニ亘リ損害賠償ノ本旨ニ反スルノミナラス斯ノ

如キモノニ對シテモ一々救濟ヲ與フルニ於テハ徒ニ濫訴ノ弊ヲ生スルニ至ルヘシト云フニ在ルモノ、如シ我舊民法ハ佛法ノ主義ヲ採用シタルモ現行民法ハ其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産權ヲ害シタル場合トヲ問ハス前條ノ規定ニ依リテ損害賠償ノ責ニ任スルモノハ財産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以テ金錢ニ見積ルコトヲ得サル損害ニ付テモ尙ホ賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ明ニセリ抑現行民法ハ歐米多數ノ立法例ニ反シ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノト雖モ之ヲ以テ債權ノ目的ト爲スコトヲ得(三九)ト規定セル以上ハ不法行爲ニ於ケル損害ハ尙ホ一層之ヲ金錢上ノ損害以外ニ擴張スルノ必要アリト云ハサルヲ得ス蓋契約ヨリ生スル債權ノ如キハ概ネ財産上ノ利益ヲ目的トスルモノナリト雖モ不法行爲ニ基ク損害ノ如キハ名譽、生命、自由ノ如キ財産權以外ノ權利侵害ノ場合頗ル多キカ故ニ若シ佛國ノ如ク金錢上ノ損害ニアラサレハ賠償ヲ請求スルヲ得ストセンカ多クノ場合ニ於テ之カ救濟ヲ得ルニ由ナク法律ノ保護全キモノト云フヲ得サルヲ以テナリ故ニ名譽ヲ害セラレタルニ依リ單ニ信用ヲ失ヒ

タルカ如キ又ハ自由ヲ侵サレタルカ爲メ苦痛ヲ感シタルカ如キ全ク財産權上ニ無關係ナル無形の又ハ精神的ノ損害ヲモ之ヲ賠償セサルヘカラサルモノトセル民法第七百十條ノ規定ハ其當ヲ得タルモノト云ハサルヘカラス

第三章 不法行爲ノ責任者

第一節 未成年者及心神喪失者ノ行爲ニ對スル

責任

凡ソ自己ノ爲シタル不法行爲ニ付テハ行爲者自ラ其責任ヲ負フヘク第三者ヲシテ之ヲ負ハシムヘキモノニアラス又第三者ノ行爲ニ對シテ責任ヲ負フヘキモノニアラサルハ是レ不法行爲ノ原則ナリ然レトモ未成年者及心神喪失者ハ完全ナル意思能力ヲ具有セス又ハ全ク之ヲ缺クモノナルヲ以テ是等ノ者ヲシテ民法上責任ヲ負擔セシムヘキモノニアラサルヤ明ナリ故ニ民法ハ此兩者ヲ以テ不法行爲ニ於ケル無能力者トシ法律上其責任ヲ生セサルモノトセリ但此兩者ト雖モ絶對的無責任者ニアラサルコトハ後ニ之ヲ詳ニスヘシ
抑民法總則ニ於テハ未成年者及心神喪失者ノ外ニ尙ホ準禁治產者及妻ヲ以テ法

不法行爲ノ責任者
未成年者及心神喪失者ノ行爲ニ對スル責任

律行爲ノ無能力者トシテ認メタルニ拘ラス不法行爲ノ無責任者トシテハ單ニ未成年者及心神喪失者ノミニ付キテ規定シタルハ如何ナル理由ニ基クヤト云フニ蓋民法カ未成年者、禁治產者、準禁治產者及妻ヲ法律行爲無能力者ト爲シテ特ニ之ヲ保護スル所以ノモノハ或ハ身體精神ノ發達不完全ナルカ爲メ或ハ一家ノ平和ヲ維持スルカ爲メニシテ而モ之ヲ保護スルニ因リテ何等ノ損害ヲモ他人ニ被ラシムルコトナキヲ以テナリ何トナレハ相手方ハ是等無能力者ノ後見人、保佐人又ハ夫ノ承諾ヲ得テ完全ナル法律行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノナルニ此手續ヲ履行セサルハ寧ロ其人ノ過失ト云ハサルヘカラサルヲ以テナリ之ニ反シテ不法行爲ニ在テハ苟モ其加害者ニシテ相當ナル辨理心ヲ有シ普通ノ智能ヲ具フルモノナルニ於テハ自己ノ爲シタル不法行爲ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラサルハ明ナル所ニシテ其聾者タリ啞者タリ或ハ浪費者タリ將又妻タルノ故ヲ以テ之カ責任ヲ免ル、コトヲ得ヘキモノニアラス故ニ不法行爲ニ關シテハ未成年者ニ付キテモ其未成年者タルノ一事ヲ以テ直ニ之ヲ無能力者ト爲サ、ルノミナラス寧ロ未成年者ト雖モ原則トシテハ責任ヲ有スルモノト爲シ唯第七百十二條ニ於テ「未成年

債權原因論

不法行爲ノ責任者 未成年者及心神喪失者ノ行爲ニ對スル責任

者カ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ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賠償ノ責ニ任セスト規定シ以テ一ノ除外例ト爲シタルニ過キス抑未成年者ノ責任ニ關シテハ從來年齢主義ト智能主義トノ二アリ年齢主義トハ豫メ法律ニ於テ未成年者ノ年齢ヲ定メ之ニ依リテ責任ノ輕重ヲ定ムルモノニシテ刑法ニ付テハ各國概ネ之ヲ採用セリ羅馬法ニ於テハ民法刑法共ニ此主義ヲ採リ七歳以下ハ全ク其責任ナキモノト爲セリ獨民法亦本主義ヲ採用シ七歳未滿ノ幼者ニハ損害ノ責任ナキモノトシ七歳以上十八歳以下ノ未成年者ハ當時適當ナル識別心ヲ有シタルヤ否ヤニ依リテ責任ヲ定ムルコト、セリ智能主義ハ是等年齢ノ制限ヲ設ケスシテ凡テ其當時自己ノ行爲ニ付キ責任ヲ辨識スルニ足ルヘキ智能ヲ有シタルヤ否ヤノ實際問題ニ依リテ責任ヲ決スルモノニシテ英米法ト同シク我現行民法ノ採用シタル所ナリ而シテ此主義ニ依レハ其當時責任ヲ辨識スルニ足ルヘキ智能ヲ具ヘ居リタルヤ否ヤヲ見ルヲ要スルノミニシテ當時現ニ責任ヲ辨識シタルヤ否ヤハ問フ所ニアラス是レ刑法(七)ト其規定ヲ異ニスル所ナリ

次ニ心神喪失者ニ付キ説述センニ民法第七百十三條ハ「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但故意又ハ過失ニ因テ一時ノ心神喪失ヲ招キタルトキハ此限ニ在ラス」ト規定セリ故ニ舊民法ニ瘋癲白痴者ヲ以テ無責任者ト定メタルトハ大ニ其範圍ヲ異ニセリ即チ瘋癲白痴ノ如ク全ク平常心神ヲ喪失セル者ニアラスシテ唯一時的喪失者タリト雖モ苟モ其行爲ヲ爲スノ當時責任ヲ辨別スル能ハサル心神喪失ノ程度ニ在リタルニ於テハ等シク無責任者タルト同時ニ縱令平常心神喪失ノ状態ニ在ルモノト雖モ苟モ其當時偶本心ニ復シタル時ニ於テ不法行爲ヲ爲シタルニ於テハ之カ責任ヲ負ハサルヘカラサルモノトス但心神喪失ノ情况タル全ク其故意又ハ過失ニ因テ之ヲ招キタルモノニ在テハ其責ヲ免ル、コト能ハサルハ同條但書ノ規定スル所ナリ獨逸民法第八百二十七條ニハ暴飲又ハ之ト類似ノ方法ニ依リ一時此狀況ニ陥リタル者ハ過失ノ場合ト同一ノ責ニ任ス但過失ナクシテ此狀況ニ陥リタルトキハ此限ニ在ラストアリ文字異ルト雖モ其趣旨我民法ト同シ是レ畢竟暴飲ノ如キハ自ラ求メタルモノニシテ其責ニ任セサルヘカラサルハ勿論ナルヲ以テナリ但他人ノ爲メニ酒ヲ強ヒラレテ

債權原因論

不法行爲ノ責任者 未成年者及心神喪失者ノ行爲ニ對スル責任

終ニ心神喪失ニ陥リタル場合ノ如キハ此限ニアラサルヘシ此點ニ於テモ民法ノ規定ハ亦刑法ノ規定ト異ル刑法ニ於テハ縱令故意過失ニ因リ心神喪失ヲ招キタル場合ト雖モ苟モ當時知覺精神喪失セル以上ハ何等ノ責任ヲ生スルコトナシ以上述ヘタル未成年者及心神喪失者ハ是レ不法行為ノ無責任者ナリ然ラハ是等ノ者カ賠償ノ責ニ任セサルトキハ被害者ハ法律上全ク之カ救濟ヲ求ムルノ途ナキカ本法ハ第七百十四條ニ於テ斯ノ如キ場合ニハ之ヲ監督スヘキ法定義務者ニ於テ賠償ノ責任ヲ負フヘキ旨ヲ規定セリ而シテ同條第二項ニ於テ監督義務者ニ代リテ無能力者ヲ監督スル者モ亦賠償ノ責任アルモノト爲セルヲ以テ例ハ醫師舍監等ノ如キ者モ等シク賠償ノ責ヲ免ル、能ハサルモノトス抑人ハ他人ノ行為ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘキハ法律上ノ原則ナリ然ルニ未成年者又ハ心神喪失者ノ行為ニ付キ監督義務者ヲシテ其責ニ任セシムルハ此原則ニ違反スルカ如シト雖モ其實然ラス蓋此場合ニ監督義務者ヲシテ賠償ノ責任ヲ負ハシムル所以ノモノハ未成年者又ハ心神喪失者ニ對シ懲戒監督ノ責任ヲ有スルニ拘ラス其監督不行届ノ爲メ是等ノ者カ他人ニ對シ不法行為ヲ加ヘタル爲メニシテ畢竟監督者

ノ過失タルヲ免レサルカ故ナリ決シテ第三者ノ行為ニ關シ代テ責任ヲ負ハシムルモノニアラス監督者ノ責任ノ根據ニシテ既ニ其義務違背ニ在ルトスル以上ハ若シ監督義務者ニシテ相當ナル注意ヲ施シ決シテ其義務ニ違背セサルニ於テハ賠償ノ責任ナキヤ論ヲ俟タス(七四項但書)

第二節 被用者ノ行為ニ對スル使用者ノ責任

或事業ノ爲メニ他人ヲ使用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セサルヘカラス是レ其源ヲ遠ク奴隸制度ノ行ハレタル時ニ發シタルモノニシテ往昔羅馬ニ於テハ奴隸ハ勿論家族、僕婢ハ全ク法律上ノ人格ヲ有セス其家長タル主人ノ財産トシテ取扱ハレタルモノニシテ法律上ヨリ之ヲ觀レハ一箇ノ獸畜ト何等擇フ所ナシ從テ是等ノ者カ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ獸畜カ他人ニ損害ヲ生セシメタル場合ト同シク主人ニ於テ自ラ賠償ノ責ニ任スヘキハ當然ノ事理トス中古奴隸制度ノ廢止セラレ奴隸モ亦法律上ノ人格ヲ得ルニ及ヒテモ所謂主從ノ關係ハ依然トシテ存在シ從者ノ行為ニ付キ主人カ責任ヲ負フノ一事ニ至テハ毫モ異ル所ナク延テ今日ニ至レリ然レトモ今日ノ法理ニ於

被用者ノ行為ニ對スル責任者ノ責任

債權原因論

不法行為

不法行為ノ責任者

被用者ノ行為ニ對スル使用者ノ責任

テハ單ニ主從ノ關係ヲ以テ使用者責任ノ根據ト爲スコト能ハス何トナレハ人權ノ發達シタル今日他人ノ爲シタル行爲ニ付キテ責任ヲ有セサルコトハ私犯法上ノ一大原則ナルヲ以テナリ故ニ使用者ヲシテ被用者ノ行爲ニ付キ第三者ニ對シテ責任ヲ負擔セシメントスルニハ必スヤ使用者其人ニ過失ノ責ムヘキモノアルヲ要スヘキヤ明ナリ民法ハ第七百十五條ニ於テ使用者ハ被用者ノ不法行爲ニ付キ賠償責任ヲ負擔スヘキモノトシ唯使用者カ被用者ノ選任及事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ例外トシテ賠償ノ責任ナキモノトシ以テ右原則ノ適用ヲ明ニシタリ是レ使用者カ被用者ノ選任ヲ誤リ事業ノ監督ニ付キ注意ヲ怠リタルハ全ク其使用者タルノ責任ヲ盡サ、ルモノニシテ畢竟過失ニ因リ他人ノ權利ヲ害シタルカ故ノミ敢テ主從タル關係ノ存在スルカ爲メ漫然他人ノ行爲ニ付キ責任ヲ負ハシメタルニアラサルナリ英米法ハ此點ニ關シ使用者ハ縱令被用者ノ選任ヲ誤ラス又其監督ヲ怠ラサリシ事實アルモ苟モ其使用者ノ業務執行中被用者ノ爲シタル不法行爲ナルニ於テハ凡テ使用者ニ於テ其責任ヲ有スルモノトスルカ故ニ使用者ノ責任ハ

極テ重キモノト云ハサルヲ得ス然レトモ吾民法ハ獨逸民法ノ規定ニ則リ英米又ハ佛法ノ主義ヲ捨テ、之ニ前述ノ制限ヲ付シタリ被用者ノ爲シタル不法行爲ニ付キ使用者ニ責任アルコトハ既ニ述ヘタル所ナリ然レトモ使用者ハ被用者ノ爲シタル一切ノ不法行爲ニ對シテ總テ其責ニ任スヘキモノニアラスシテ唯被用者カ使用者ノ事業ノ執行中ニ第三者ニ加ヘタル損害ニ限り之カ賠償ノ責任アルノミ蓋其業務ノ執行ニ關セサル行爲ハ被用者自己ノ擅ニ爲シタルモノニシテ使用者ニ對シ毫モ關係ナキヲ以テナリ例ハ吳服店ノ手代カ馬車ヲ驅テ得意先ヲ廻ル際過テ他人ヲ傷ケタル場合ハ即チ事業ノ執行ニ際シ生シタルモノナルヲ以テ使用者タル主人ニ於テ賠償ノ責ヲ負擔スヘキハ言ヲ俟タスト雖モ既ニ用務ヲ終リタルニ拘ラス手代等カ擅ニ歸途馬車ヲ公園ニ驅リ爲メニ他人ヲ傷ケタル如キハ是レ事業ノ執行中ニアラサルカ故ニ使用者ニ何等ノ責任ナシ又被用者カ曾テ使用者ノ委託ヲ受ケタルコトナキノミナラス絶對的ニ之ヲ爲スノ權能ナキ不法行爲ヲ爲シタルカ如キ場合モ同シク業務執行ニ付キ爲シタルモノト云フヲ得ス例ハ鐵道會社ノ驛長カ乘車賃未拂ヲ理由トシテ乘客

ヲ逮捕監禁シタル場合ノ如キ元來會社ハ運賃未拂ノ場合ニ其者ヲ逮捕シ又ハ監禁スルノ權能ナキカ故ニ會社カ驛長ニ對シ斯ル行爲ヲ爲サシムルノ理由ナク又驛長自身モ會社ヨリ斯ル權能ヲ付與セラレタルモノト認ムル能ハサルカ故ニ之ヲ以テ業務ノ執行ト云フヘカラス從テ被害者ハ會社ニ對シテ賠償ノ請求權ナキモノトス但被用者ノ爲シタル不法行爲ハ使用者ニ於テ之ヲ知り又ハ之ヲ指圖シタルコトヲ必要トセサルハ勿論苟モ其事業ノ執行ヨリ生シタルモノナルトキハ其行爲タル縱令使用者ノ指揮ニ背反シテ爲シタル行爲ナルモ尙ホ且使用者ニ於テ責任ヲ負擔セサルヘカラス

以上述フルカ如ク被用者カ業務執行ニ付キ爲シタル損害ハ使用者之ヲ負擔スヘク而シテ若シ使用者ニ代リテ事業ヲ監督スル者アルトキハ其監督者亦賠償ノ責任ニ任セサルヘカラサルハ(七一五)猶ホ父兄ニ代リテ未成年者ヲ監督スル者カ責任ヲ免ル、コト能ハサルカ如シ但使用者又ハ監督者ニ責任アルノ故ヲ以テ被用者自身ノ責任ハ爲メニ除却セラル、コトナキカ故ニ被害者ハ本人ニ對シテモ亦賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリ(七一四)而シテ被害者ニ對シ賠償ヲ爲シ

タル使用者又ハ監督者ヨリ被用者ニ對スル求償權ノ行使ヲ妨ケサルハ當然ナリ(七一五)

次ニ使用者ト被用者トノ關係如何ヲ觀ルニ其間ニ如何ナル關係ノ存在スルヲ要スルヤニ付テハ何等特別ナル規定ナシト雖モ一方カ他方ヲ指揮監督スルノ地位ニ在ルトキハ前者ヲ使用者ト云ヒ後者ヲ被用者ト云フヘキモノニシテ其關係カ雇傭契約ニ基クト委任契約ニ基クトハ更ニ問フ所ニアラサルナリ而シテ使用者ハ被用者ノ選任及事業ノ執行ニ關シ常ニ之ヲ指揮監督シ第三者ヲシテ損害ヲ被ラシメサル様注意ヲ爲スノ責任ヲ負フモノトス從テ請負事業ノ如キ請負人ハ決シテ注文者ノ指揮監督ノ下ニ立ツモノニアラスシテ請負人ハ其請負ヒタル事業ヲ自己ノ責任ヲ以テ完成スルモノナルカ故ニ縱令請負人カ第三者ニ對シテ如何ナル損害ヲ加フルコトアルモ注文者ハ之ニ對シテ何等ノ責任ヲ負フヘキモノニアラス(七一六)而シテ被用者ト見ルヘキヤ請負人ト見ルヘキヤハ實際上之カ區別ヲ爲スニ困難ナル場合少ナカラスト雖モ一方カ他方ヲ指揮監督スルノ責任アリヤ否ヤハ常ニ之カ標準ト爲ルヘキモノトス故ニ注文者ニ於テ若シ自ラ請負人ヲ指

揮監督シタルニ於テハ請負人ノ行爲ニ付キ責任ヲ免レサルヘシ又注文者ノ爲シタル注文又ハ指圖カ既ニ不法ナルカ又ハ過失アリタル爲メ損害ヲ生セシメタルトキハ等シク注文者ノ責任ニ歸スヘキモノトス

尙ホ茲ニ一言スヘキハ被用者相互間ニ於ケル不法行爲ニ關スル使用者ノ責任如何ノ問題ナリ英法ニ於テハ曩ニ述ヘタル如ク被用者ノ不法行爲ニ付キ使用者ヲシテ其過失ノ有無ヲ問ハス責任ヲ負擔セシメタルニ拘ラス此點ニ關シテハ一ノ特例アリテ同一使用者ノ下ニ在ル被用者ノ一人カ他ノ被用者ニ與ヘタル損害ニ付テハ使用者ニ賠償ノ責任ナキモノトセリ其理由トスル所ハ苟モ他人ノ事業ニ付キ被用者トシテ雇ハル、以上ハ他ノ被用者ノ爲メニ被ルコトアルヘキ損害ノ危険ハ雇傭契約締結ノ當時豫期スル所ナルノミナラス其給料ノ如キハ是等ノ危険ヲ包含スルモノナリ加之他ノ被用者カ未熟不注意ナルヤ否ヤハ共同被用者間ニ於テ却テ能ク之ヲ知り得ヘキヲ以テ宜シク互ニ警戒ヲ加ヘサルヘカラス偶警戒ヲ怠リ爲メニ自ラ招キタル損害ハ使用者ニ於テ責任ヲ負擔スルノ限ニアラスト云フニ在リ然レトモ近時工業ノ發達ト共ニ種々危険ナル機械發明セラレ他方

土地ノ工
作物ノ損
害ノ責任

ニ於テハ事業ノ規模益擴大セラレ被用者相互間ニ於テ如何ナル人物ナルヤヲ知ルコト能ハサルノミナラス是等ノ被用者タル概シテ無資力者ナルニ使用者ニ於テ敢テ之ヲ顧ミサルハ實ニ苛酷ノ處置ト云ハサルヲ得ス茲ニ於テ英國ハ遂ニ一八八一年使用者責任條例 (Employer's Liability Act) ヲ發布シテ普通法ニ一ノ除外例ヲ設ケ鐵道工夫、勞働者、工業被用人、鑛業夫等ノ如キ被用人カ其共同被用者ニ與ヘタル損害ニ對シテハ使用者カ其選任ニ關シテ注意ヲ爲シタル場合ト雖モ賠償ノ義務アルモノト爲シ (Workmen's compensation Act) 尙ホ一八九七年ニ至リ勞働者救濟法ニ依リ一層使用者ノ責任ヲ擴張セリ本法ニテハ英法ノ如キ何等特別ノ規定ナキヲ以テ苟モ被用者カ事業ノ執行中他人ニ加ヘタル損害ニ對シテハ被害者ノ何人タルヲ問ハス使用者ニ賠償ノ義務アルコト言ヲ跋タス即チ第七百十五條ニ所謂第三者ナル文字ハ加害行爲ヲ爲シタル被用者以外ノ者ヲ指示スルモノナルカ故ニ共同被用人モ亦之ニ包含セララルヘキモノト知ルヘシ

第三節 土地ノ工作物ヨリ生スル損害ノ責任

土地ノ工作物トハ家屋、鐵道、橋梁、堤防、水道等ノ如キ土地ニ附着セル工作物ヲ謂フ

債權原因論 不法行爲 不法行爲ノ責任者 被用者ノ行爲ニ對スル使用者ノ責任 一七九

モノニシテ是等ノ工作物ノ設置又ハ保存ニ瑕疵アルニ因リ他人ニ損害ヲ生セシメタルトキハ其損害ハ何人ニ於テ之ヲ賠償スルノ責任ヲ負フヘキヤ抑工作物ノ所有者カ同時ニ占有者ナル場合ニ於テハ其者カ損害ヲ賠償スヘキハ敢テ論ヲ竣タス唯問題トナルハ所有者カ其工作物ヲ他人ニ賃貸シタル場合ノ如ク所有者ト占有者ト其人ヲ異ニスル場合ニ於テ果シテ何人カ其責ニ任スヘキヤニ付テハ二箇ノ主義アリ佛法並ニ其法系ニ屬スル諸國ニ於テハ所有者主義ヲ採用シ吾舊民法亦之ニ據リタルモ現行民法ハ英米法及獨逸民法ニ則リ占有者主義ヲ採用セリ(七七)蓋工作物ノ設置又ハ保存ニ關シ之カ修覆ヲ要スヘキ瑕疵ノ存スルアリヤ否ヤヲ知悉スル者ハ占有者ニシテ即チ占有者ハ充分ナル注意ヲ爲スヘキ地位ニ在ルモノナルカ故ニ其工作物ノ瑕疵ノ爲メニ損害ヲ與フルカ如キハ畢竟占有者ノ不注意ニ基因スルヲ以テ之ヲシテ賠償ノ責ニ任セシムヘキハ當然ノ事理トス但占有者カ損害ノ發生ヲ防止スルニ必要ナル注意ヲ爲シタルニ於テハ毫モ過失ノ責ムヘキモノナキヲ以テ其損害ハ所有者之ヲ賠償セサルヘカラス(七一七)斯ノ如ク我民法ハ占有者ニ其責任アルモノト爲セトモ之ヲ以テ占有者ニ是等瑕疵ヲ

修繕スルノ義務アルモノト速斷スヘカラス民法第六百六條ニ規定スルカ如ク賃貸借ノ場合ニ於テハ修繕義務ハ賃貸人ニ在ルヲ以テ賃借人タル占有者ニ於テ毫モ修繕スルノ義務アルモノニアラス故ニ賃貸物ニ付キ瑕疵ヲ生シタルトキハ占有者ハ民法第六百十五條ニ依リ遲滯ナク之ヲ賃借人ニ通知スヘク右ノ通知ヲ爲シタルニ拘ラス尙ホ賃貸人ニ於テ修繕ヲ怠リ居リタルカ如キ場合ハ賃借人ニ於テ損害ノ發生ヲ防クニ付キ必要ナル注意ヲ爲シタルモノト認ムルコトヲ得ルカ故ニ前記第七百十七條第一項但書ニ依リ其責任ヲ免ル、モノトス占有者若ハ所有者ニ於テ賠償ノ責任アルコトハ上述スルカ如シト雖モ此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賠償ヲ爲シタル占有者又ハ所有者ハ之ニ對シテ求償權ヲ行使スルコトヲ得ヘシ(七一七)例ハ請負人ノ爲シタル工事ニ瑕疵アルニ因リテ他人ニ損害ヲ生セシメタルトキハ請負人ニ責任アルハ勿論ニシテ之ニ對シ其賠償シタル全額ニ付キ求償權ヲ行使スルヲ得ヘシ尙ホ竹木ノ栽植又ハ支持ニ瑕疵アルニ因リ他人ニ損害ヲ生シタル場合ハ工作物ノ設置又ハ保存ニ瑕疵アル場合ト毫モ異ルナキヲ以テ第七百十七條第二項ヲ以テ之ヲ準用セ

民法第七百十七條ニハ土地ノ工作物ヨリ生シタル損害ニ付キ占有者ニ於テ其損害ノ發生ヲ防止スルニ必要ナル注意ヲ爲シタルトキハ其損害ハ所有者之ヲ賠償スルコトヲ要スト規定シタルノミニシテ其所有者ノ過失ニ及ハサルヲ以テ茲ニ二箇ノ異リタル解釋ヲ生スルニ至レリ即チ一説ニ曰ク占有者ハ過失アルトキニ限り賠償ノ責任アルモ所有者ハ過失ノ有無ヲ問ハス絶對的責任ヲ有スルモノニシテ不法行爲ニ過失ヲ要ストノ第七百九條ノ原則ハ工作物ノ所有者ニハ適用ナキモノナリト然レトモ第七百十七條ノ法文ハ單ニ工作物ニ關シテ從來行ハレタル二箇ノ主義ノ孰レニ依ルヘキヤヲ明ニセルニ過キスシテ即チ占有者先ツ其責ニ任スヘク占有者過失ナキトキ所有者其責ニ任スヘシトノ趣旨ヲ規定シタルモノニシテ決シテ工作物ノ所有者ニ限り不法行爲ノ一大原則ヲ適用セスト云フカ如キ深意ノ存スルモノニアラサルコトハ法文自體ニ之ヲ觀ルモ明ナリ且第七百十七條ノ損害タルヤ元來工作物ノ設置又ハ保存ニ瑕疵アルニ因リ生シタルモノニシテ畢竟占有者又ハ所有者ノ過失ニ歸セサルヘカラサルカ故ニ之ヲシテ賠償

ノ責任ヲ負擔セシムルモノナリ反對論者往々家屋鐵道等ノ構造ニ瑕疵アルコトヲ知リテ之カ修覆ヲ怠リタル所有者ニハ過失アリト云フコトヲ得ヘキモ所有者ニ於テ毫モ知ラサル隱レタル瑕疵ノ存シタル場合ノ如キハ以テ過失ト云フコトヲ得スト云フト雖モ抑工作物ニ瑕疵アルニ因リ損害ヲ與フルノ所爲ハ所謂消極的ノ不法行爲ニシテ即チ不作爲ヨリ生スル損害ナリ而シテ其瑕疵ノ爲メニ通行人又ハ乗客ニ損害ヲ與フヘキ危險アルコトヲ了知セルニ之カ修覆ヲ爲サ、ルハ是レ即チ故意ヲ有スル不作爲ニ外ナラス若シ又之ニ反シテ其瑕疵ノ存在ヲ眞實知ラサリシ如キニ至テハ是レ全ク其不注意ト云ハサルヘカラサルモノニシテ因テ以テ損害ヲ他ニ與フルハ即チ過失ニ因ル不作爲ナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ所有者カ其工作物ノ瑕疵ヲ知ルト否トニ拘ラス之ニ因リテ他人ニ損害ヲ與ヘタルトキハ畢竟所有者ノ故意又ハ過失ニ基クモノナルヲ以テ占有者ニ責ナキトキハ茲ニ所有者ヲシテ責任ヲ負擔セシムルモノナリ但シ是等ノ瑕疵カ全ク所有者ノ過失ト云フコト能ハサルノ場合アリトセハ是レ民法ニ所謂不法行爲ニアラサルカ故ニ第七百九條ノ原則ニ依リ其責任ナキモノナルコト言フ筈タサルナリ尙ホ

論者ハ土地ノ工作物ニ限リ此除外例ヲ設ケタルモノナリト云フト雖モ若シ工作物ニ關シテ特ニ所有者ニ絶對的責任ヲ負ハシムヘキモノトセハ何カ故ニ船舶等ノ場合ニモ之カ除外例ヲ設ケサルヤ況ヤ民法修正案理由書ニ之ヲ見ルモ現行民法第七百十七條ハ唯舊民法財産編第三百七十五條ノ規定ニ多少ノ變更ヲ加ヘタルニ過キスシテ敢テ反對論者ノ主張スルカ如キ深意アルニアラサルニ於テヤ

第四節 動物ノ加ヘタル損害ニ對スル責任

英米法ニ於テハ動物ヲ分チテ猛獸及家畜ノ二ト爲シ以テ其責任ニ差等ヲ設ケタリ即チ猛獸カ他人ニ加ヘタル損害ニ付テハ其飼養者ヲシテ絶對的責任ヲ負擔セシメ損害ノ發生ヲ防止スルカ爲メ如何ナル注意ヲ爲シタルヤ否ヤヲ問ハス是レ畢竟猛獸ヲ飼養スルモノハ第三者ニ對シテ損害ヲ及サ、ルノ擔保義務ヲ有スルモノニシテ即チ自ラ危險ヲ負擔シテ之ヲ飼養スルモノト認メタルニ依ル之ニ反シテ犬、鶏ノ如キ家畜ニ在リテハ縱令他人ニ損害ヲ與フルコトアルモ被害者ニ於テ飼養者カ其家畜ノ猛惡ナルコトヲ知リテ之ヲ飼養シタルノ事實ヲ證明セサル以上ハ之カ賠償ヲ請求スルコト能ハス例ハ飼養者カ其飼養セル犬カ狂犬ナルコ

動物ノ加ヘタル損害ニ對スル責任

トヲ知リツ、之ヲ飼養シ居リタルノ事實ヲ被害者ニ於テ證明スルコトヲ得ハ被害者ハ賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモ然ラサル場合ニ於テハ飼養者ハ家畜トシテ相當ノ注意ヲ施スコトヲ怠ラサリシ限リハ何等ノ責任ヲ負擔スルコトナキモノトス獨逸民法第二草案亦英米法ト同シク家畜ト其他ノ動物トヲ區別シ家畜ニ付テハ普通ノ注意ヲ爲シタルトキハ其責ナキコトヲ規定シタリト雖モ其確定民法ニ於テハ此區別ヲ廢シ動物カ他人ニ與ヘタル損害ニ付テハ過失ノ有無ヲ問ハス動物ノ占有者ニ於テ絶對的責任アルモノトセリ(同三國民八三) 翻リテ我民法ノ規定ヲ見ルニ此點ニ付テモ尙ホ過失ヲ要ストノ根本的原則ヲ探ルカ故ニ(七一) 其動物ノ占有者ニ於テ動物ノ種類及性質ニ從ヒ相當ノ注意ヲ施シタルトキハ是レ毫モ過失ナキモノナルカ故ニ猛獸ナルト家畜ナルトヲ問ハス占有者ハ何等ノ責任ヲ有スルコトナシ但動物ノ加ヘタル損害ニ付テハ其占有者ニ賠償ノ責アルコトヲ本則トスルヲ以テ占有者ニ於テ責任ヲ免レントスルニハ相當ノ注意ヲ以テ動物ノ保管ヲ爲シタル事實ヲ證明セサルヘカラス若シ其舉證ヲ爲スコト能ハサルトキハ賠償ノ責ヲ免ル、コト能ハサルモノトス而シテ此責任

債權原因論 不法行爲ノ責任者 動物ノ加ヘタル損害ニ對スル責任 一八五

ハ占有者ニ代リテ動物ヲ保管スル者ニ於テモ亦同一ナルヘキコトハ第七百十八條第二項ノ明定スル所ナリ

共同不法行為ノ責任

第四章 共同不法行為ノ責任

共同不法行為トハ數人カ連合シテ同一ノ不法行為ヲ爲スヲ謂フ凡ソ數人カ共同シテ同一ノ不法行為ヲ爲シタル場合ニ於テハ數人ノ意思相合シテ同一ノ行為ヲ爲シタルモノニシテ其結果ハ之ヲ分割スルコトヲ得ルモノニアラス故ニ共同行為者ハ各自連帶シテ之カ賠償ノ責ニ任セサルヘカラス是レ共同行為ノ性質ヨリシテ之ヲ見ルモ當ニ然ラサルヘカラサルノミナラス若シ其各自カ與ヘタル損害ノ部分ニ應シテ賠償ノ責任アルモノトセンカ被害者ハ到底之カ損害ノ部分ヲ證明スルニ由ナク大ナル困難ニ陥ラサルヘカラサルニ至ルヘシ故ニ各國ノ法律ハ共同行為者連帶シテ賠償ノ責任アルモノトセリ我民法亦之ニ倣ヘリ(七一)而シテ共同行為ナルモノハ必スシモ共謀ノ場合ニ限ルモノニアラスシテ苟モ共ニ爲スノ意思アルニ於テハ行為者ハ連帶ノ責任ヲ免ル、コトヲ得サルモノトス例ハ甲乙兩者カ丙ヲ毆打スルニ當リ甲ハ乙カ丙ヲ毆打シ居ルコトヲ知リテ之ニ加ハリ

共ニ加害行為ヲ爲ストキハ是レ共ニ爲スノ意思アルモノナリト雖モ共謀ニアラス共謀トハ毆打ノ意思カ甲乙ノ間ニ通知セラレ二者ノ意思ノ間ニ其一致アリタル場合ニ於テ存スルモノトス而シテ民法ニ所謂共同不法行為ト稱スルモノハ此二箇ノ場合ヲ包含スルノミナラス尙ホ民法修正案理由書ノ説明スル所ニ依レハ第七百十九條ノ規定ハ數人カ各自ニ數箇ノ不法行為ヲ同時ニ爲シ且共同者中ノ何人カ實際損害ヲ加ヘタルヤ不明ナル場合モ亦加害者ハ連帶シテ賠償ノ責任ヲ負擔セサルヘカラストノ趣旨ニ出テタルモノナリ嚴格ニ云ヘハ此場合ハ共同行為ト稱スヘキモノニアラスシテ唯數箇ノ不法行為カ偶時ヲ同ウシテ爲サレタルニ過キス即チ共同行為ニアラスシテ唯同時行為タルニ止ルト雖モ若シ是等ノ場合ニ於テ果シテ何人カ如何ナル損害ヲ加ヘタルヤ明ニシ其各自ニ對スル損害ノ有無並ニ程度ヲ證明セサルヘカラサルモノトセハ其證明ハ極テ難ク被害者ハ爲メニ實際上賠償ヲ得ルニ由ナキニ至ルヲ以テ法律ハ茲ニ便宜上一同ヲシテ連帶ノ義務ヲ負ハシメタルモノナリ尙ホ次ニ不法行為ノ教唆者及幫助者ノ責任如何ト云フニハ不法行為ヲ教唆シタルニ止リ自ラ手ヲ下シタルモノニアラス又

債權原因論 不法行為 共同不法行為ノ責任