

法政大学講義録

板倉, 松太郎 / 村上, 隆吉 / 泉二, 新熊 / 横田, 秀雄 / 豊
島, 直通 / 富井, 政章

(出版者 / Publisher)

法政大学

(巻 / Volume)

5

(号 / Number)

2学年の2

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

113

(発行年 / Year)

1907-11-26

明治四十年十一月二十日發行。第貳學年ノ二

四十一年度

明治四十一年 自第貳号
第ニ學年 至第十三号

欠三冊 第三号、第八号、
第十一号。

現在再教八冊

品ヲ店頭ニ陳列スル場合ハ契約ノ申

ハ各個ノ場合ニ於ケル實際ノ狀況ニ

トヲ得スト雖モ商品ニ撰リ取り一

正シテ顧客ノ求メニ應スルハ單純

ニハカラス

ス

以テ之ヲ爲スモノナルカ故ニ

其意思表示ノ内容確定シ契約

トナレハ意思表示ノ内容カ

シ得ヘカラスシテ其意

込ニ在リテハ其申

ヲ明示シ他ニ別

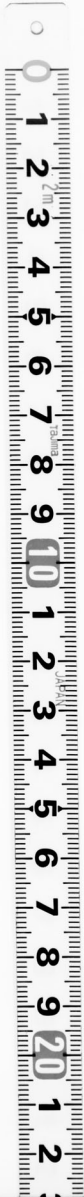
ヲ爲スコトラ

ノ枝葉ノ點

キヲ以テ

義

學發行



明治四十年十一月二十日發行。第貳學年ノ二

四十一年度

法政大學講義

法政大學發行

出品ヲ店頭ニ陳列スル場合ハ契約ノ申
ハ各個ノ場合ニ於ケル實際ノ狀況ニ
コトヲ得スト雖モ商品ニ撰リ取り一
定シテ顧客ノ求メニ應スルハ單純
ルヘカラス

以テ之ヲ爲スモノナルカ故ニ
其意思表示ノ内容確定シ契約
トナレハ意思表示ノ内容カ
シテ得ヘカラスシテ其意
込ニ在リテハ其申
ラ明示シ他ニ別
ラ爲スコトラ
ノ枝葉ノ點
キラ以テ

四十一年度第五號目次

民法物權	第七(自三二)至七(至三二)	法學博士 富井
民法債權	契約總則及ヒ事務管理以下(自一七)至七(至七八)	法學士 横田
民法債權	第二章第二節(自三三)乃至第十四節(至二二三)	法學士 横
商法商行為	第十章(自四六)至四九	法學士
刑法	各論(自二〇)至二一	法學士
民事訴訟法	第一編(自一一)至一二	法學
刑事訴訟法	(自五三)至八四	法學

雜錄 ○大審院判例要旨

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個ノ場合ニ於ケル實際ノ狀況ニ從ヒ決定スヘキ事實上ノ問題ニ屬シ一概ニ之ヲ斷定スルコトヲ得スト雖モ商品ニ撰リ取り一錢一山百文一皿十錢ノ正札ヲ附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

第三 申込ハ契約ヲ成立セシムヘキコトヲ得ヘキモノナルヲ要ス
 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内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ルヤ明カナリ何トナレハ意思表示ノ内容カ此程度ニ於テ確定セザルトキハ契約ハ相手方ノ承諾ニ依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為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内容トシテ目的物ト代金ヲ指定シ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ルニ於テハ其他ノ枝葉ノ點ニ付キ之ヲ他日ニ於ケル當事者ノ協議ニ讓ルコトト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カ爲メ毫モ妨ケララルコトナキハ勿論ナリ

民法債權 契約 申込

090
1908
2-1-2



四十一年度第五號目次

民法物權	第七(白三二)章以下	法學博士 富井
民法債權	契約總則及ヒ事務管理以下	法學士 横田
民法債權	第二章第二節(白三三)乃至第十四節(白二二三)	法學士 横
商法商行為	第十章(白四六九)至(白四九六)	法學士
刑法	各論(白二〇一)至(白二〇九)	法學士
民事訴訟法	第一編(白一一一)至(白一一九)	法學
刑事訴訟法	(白五五三)至(白五八四)	法學

雜錄 ○大審院判例要旨

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個ノ場合ニ於ケル實際ノ狀況ニ從ヒ決定スヘキ事實上ノ問題ニ屬シ一概ニ之ヲ斷定スルコトヲ得スト雖モ商品ニ撰リ取り一錢一山百文一厘十錢ノ正札ヲ附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

第三 申込ハ契約ヲ成立セシムヘキコトヲ得ヘキモノナルヲ要ス

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内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ルヤ明カナリ何トナレハ意思表示ノ内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依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為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内容トシテ目的物ト代價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ヲ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ルニ於テハ其他ノ枝葉ノ點ニ付キ之ヲ他日ニ於ケル當事者ノ協議ニ讓ルコトト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カ爲メ毫モ妨ケララルコトナキハ勿論ナリ

民法債權 契約申込

090
1908
2-1-2

第四 申込ハ相手方ニ對シテ表示セラルルコトヲ要ス

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テ知セシムルノ目的ヲ以テ相手方ニ對シテ之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ハ俟タズ但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ノニ之ヲ爲スハ毫モ妨ケンナシ

第二款 申込ノ效力

第一項 申込ノ效力發生ノ要件

申込ハ一ノ意思表示ナルヲ以テ明示又ハ默示ナルコトヲ得ヘク明示ノ申込ハ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ル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キ相手方ヲシテ申込ヲ了知セシムルノ方法ヲ以テ爲サレ相手方ニ於テ現ニ其申込ヲ認識シタルコトヲ必要トスルヲ以テ申込ハ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識スルモ之カ爲メ申込ハ其效力ヲ生スルコトナシ故ニ對話者間ニ於テハ申込ハ當事者カ相手方ニ其意思ヲ表示シ相手方カ之ヲ

了知シタル時ヲ以テ其效力ヲ生スヘキハ勿論ナレトモ、隔地者間ニ於ケル申込ニ付テハ民法第九七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

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ハ勿論相手方カ之ニ對シテ承諾ノ意思ヲ表示スルモ爲メニ契約ノ成立ヲ見ルコトナカルヘキハ勿論ナリ

第二項 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遭ハハ直チニ契約ヲ成立セシムルニアリ前者ハ所謂形式ノ效力ニシテ後者ハ所謂實質ノ效力ナリトス予ハ以下此二種ノ效力ニ付キ各別ニ説明スヘシ

甲 申込ノ形式ノ效力

申込者ハ自己ノ爲シタル申込ノ意思表示ニ因リテ拘束セラレ得ルニテ取消スコトヲ得サル



トハ既ニ説明スル所ノ如シ而シテ申込ノ拘束力ニ付テハ民法第五二條第五二五條ニ規定スル所ニシテ此等ノ規定ニ依ルトキハ申込ハ左ノ拘束力ヲ生スルモノナリ

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(五二一條) 承諾ノ期間ヲ定メテ契約ノ申込ヲ爲ストハ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ハ賣買ノ申込ヲ爲スニ當リ何年何月何日マテ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リコトヲ要シ此要件ヲ欠ク申込ハ所謂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テハ二箇ノ主義アリ 英美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説ク所必スシモノナラス或ハ之ヲ以テ片務約束ノ一種ナリトシテ申込者ヲシテ任意ニ之ヲ取消スコトヲ得テラシメ或ハ其取消ヲ許ササルハ公益上ノ理由ニ基クトナシ或ハ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セリ我民法モ亦佛獨ノ主義ニ則トリ第五二一條ニ明文ヲ設ケ申込者カ期間ヲ定メテ爲シタルトキハ其期間内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事ハ最モ多クノ場合ニ於テ當事者ノ意思ニ適合スルノミナラス取引ノ安全迅速ヲ期スルノ上ニ於テ極メテ必要ナルヲ以テナリ何トナレハ申込者カ期間ヲ定メテ申込ヲ爲シタルトキハ其期間内ハ申込ヲ維持シ相手方ノ確答ヲ待ツノ意思ナリト推スル事ヲ得ルノミナラス相手方ハ其期間内ニ確答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ノ取消ハ相手方ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシメ取引ノ安全ト敏活ト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テハ前示ノ如ク學者間議論ア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五二一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的ノ理由ノ基ク強行法ニ非サルヲ以テ同條ノ規定ハ申込者カ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サルモノトス

期間ヲ定メテ申込ヲ爲シタルトキハ申込者ハ其期間ヲ經過シタル以上ハ最早相手方ノ承諾ニ依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ズ第五二一條第二項ニ規定スル所ナリ

二 承諾ノ期間ヲ定メシテ隔離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

承諾ノ期間ヲ定メスシテ隔地者ニ爲シタル申込ノ効力ニ付テハ學說立法例區區ニシテ一定
 ル期間之ヲ取消スコトヲ得ス
 セサルモ之ヲ大別スルトキハ申込ニ一切ノ拘束力ヲ否認スルモノト之ヲ是認スルモノトノ
 二個トナスコトヲ得ヘシ但片面的意思ノ表示タル申込カ拘束力ヲ生シ申込者ヲシテ其申込
 ヲ繼續シ之ヲ取消スコトヲ得ザラシムルノ效果ヲ生スル所以ノ法理上ノ根據ニ至リテハ學
 者ノ説ク所區區ニシテ或ハ自己ノ意思表示ヲ爲ス者ハ其意思表示ニ忠實ナルヘキ義務アリ
 トシ申込ノ拘束力ハ則チ此義務效果ナリトシ或ハ申込者ハ相當ノ期間内ニ承諾アルトキハ
 契約上ノ義務ヲ負擔スヘシトノ條件ノ下ニ自己ノ申込ヲ繼續スルノ義務ヲ負フ者ナリト云
 ヘリ然レトモ申込ニ拘束力ヲ附與スル所以ノ主たる理由ハ既ニ期間ノ定メアル申込ノ効力
 ニ付キ説明セル如ク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信ス蓋シ、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期間ヲ許與シ其承諾ヲ待ツモノ
 ト推測セサルヘカラス且申込者ハ其申込ニ羈束セラレル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ト迅速トヲ
 阻害スルニ至ルヘシ是レ民法カ其第五二四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爲セル所以ナリ然レトモ此規定モ亦強行法

ニ非ナ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明言シタルトキ
 ハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ

期間ノ相當ナルヤ否ヤハ各場合ニ於ケル實際ノ狀況ニ從ヒ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ハ裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノトス又或法制ニ依ルトキハ申込ハ
 相當期間經過ニ依リ當然其效ヲ失フモ我民法ハ相當期間經過後ト雖モ申込者ニ於テ之ヲ取
 消サルル間ハ仍ホ其効力ヲ持續シ相手方ノ承諾ニ依リ契約ヲ成立セシムルコトヲ得ヘシ
 對話者間ニ於ケル申込ノ効力ニ付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與フ
 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限ハ申込者ニ於テ任意ニ其申込ヲ取消スコトヲ得ヘキモノトナ
 スヲ正當ナリトスルカ故ニ申込ハ申込者カ其申込ニ依リテ拘束セラレヘキコトヲ特約シ相
 手方カ其特約ニ對シテ承諾ヲ爲シタルトキ即チ契約ノ締結ニ付キ片務豫約アリタル場合ニ
 アラサレハ何等ノ拘束力ヲ生セサルモノトス

乙 申込ノ實質的効力



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言セラル所ニシテ申込ノ此效力ハ申込カ存在スル限ハ依然トシテ持續スルモノニシテ申込ノ消滅ヲ惹起スヘキ理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分離スヘカラサル關係ヲ有スルモノナリ但契約ノ成立ニ要スル承諾并ニ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關シテハ各其所ニ於テ説明スヘク茲ニハ申込ノ承諾能力ニ關スル一ニ疑ハシキ場合ニ付テ説明スヘシ

對話者間ニ於テ申込者カ意思ヲ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場合ニ其申込ハ效力ヲ失フヤ否ヤニ付テハ民法中別段ノ規定ナキヲテ一般ノ原則ニ從ヒ申込ハ其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サルモノト斷言セサルヘカラス何トナレハ此場合ニ於テハ契約ノ成立ニ要スル當事者ノ意思ノ合致ハ申込者ノ死亡又ハ其能力ノ喪失ニ因リテ不可能トナルヘキヲ以テナリ之ニ反シテ隔地ノ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失フモ其申込ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケララルコトナシ是レ民法第九七條第二項ノ適用ヨリ生スル結果ナリ蓋シ純理ヨリ云フトキハ當事者間ニ意思ノ合致アリトスルニハ契約成立ノ當時申込者ニ意思能力アリテ相手方ニ於テ承諾ノ意思ヲ表示シタルコトヲ必要トシ申込者カ相手方ノ承諾前ニ死亡シ又ハ能力ヲ失ヒタルトキハ申込ハ其效力ヲ失フモノト謂ハサルヘカラス然

レトモ斯クスルニ於テハ相手方ヲシテ不測ノ損失ヲ被ムラシムルニ至ルヘキヲ以テ法律ハ相手方ノ利益ヲ保護シ取引ノ安全迅速ヲ期スルノ必要上申込ノ效力ハ申込者ノ死亡又ハ其能力喪失ニ拘ハラズ依然トシテ持續スヘキモノトナシタルモノナリ

然レトモ民法第九七條第二項ノ規定ハ要スルニ申込者ノ死亡又ハ能力ノ喪失ヲ豫期セサル相手方ヲ保護シ之ヲシテ申込ノ效力ノ消滅ヨリ生スル不測ノ損害ヲ免カレシムルヲ以テ目的トスルモノナレハ申込者カ反對ノ意思ヲ表示シ又ハ其相手方カ死亡若クハ能力喪失ノ事實ヲ知リタルトキハ其結果ハ相手方ニ於テ豫期スヘキモノニシテ爲メニ不測ノ損害ヲ被ムルノ虞ナキヲ以テ此場合ニ於テハ民法第九七條第二項ノ適用ヲ除外シ申込ハ申込者ノ死亡又ハ其能力喪失ニ因リテ當然其效力ヲ失フヘキモノトシ第五二五條ニ於テ之ヲ規定シタリ

申込者カ申込ノ通知ヲ發シタル後相手方カ死亡シタル場合ニ付テハ我民法ニ何等特別ノ規定ナキヲ以テ契約ノ成立ニ關スル法理ニ基キ之ヲ決スルノ外ナシ而シテ契約ノ成立ニハ當事者雙方ノ意思表示ノ合致アルコトヲ必要トスルヲ以テ相手方カ死亡シ又ハ能力ヲ失ヒ契約ノ成立ニ要スル意思ノ表示ヲ爲スコトヲ得サルニ至リタルトキハ申込ハ其效力ヲ失ヒ相手方ノ相續人又ハ其法定代理人ニ於テ代リテ承諾ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得サルモノト解釋セザルヘカラス然レトモ此問題ニ付テハ學者間議論ノ存スル所ニシテ或學者ハ原則トシテ相手方ノ相續人又ハ法定代理人ハ有效ニ承諾ヲ爲シ契約ヲ成立セシムルコトヲ得ヘントシ或學者ハ申込

者ノ意思如何ニ依リテ決定スヘキ事實上ノ問題ニシテ疑ハシキ場合ニハ申込ハ其效力ヲ失フモノナリト解ケリ

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ズ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グルトキハ左ノ如シ

第一 申込ノ取消

取消ハ申込者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為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ズ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相手方カ之ヲ了知シ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力ヲ生ズ

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期間ノ定メナキ場合ニハ對話者間ニ於テハ申込者ハ任意ニ申込ノ取消ヲ爲スコトヲ得ヘク隔地者間ニ於テハ申込者カ承諾ノ通知ヲ受タルニ相當ナル期間之ヲ取消スコトヲ得サルコトハ既ニ説明ス

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此場合ニハ契約ハ相手方ノ承諾ニ因リテ成立シ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 申込ノ拒絶

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玆ニ全ク其效力ヲ失ヒ拘束力ト承諾能力トヲ并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一方ヨリノ契約ノ申込並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ザルモノトス

申込ノ拒絶モ亦片面的意思表示トシテ意思表示ノ效力ニ關スル一般ノ原則ニ服從スヘク相手方其拒絶ヲ了知シ又ハ拒絶ノ通知カ相手方ニ到達スルニ依リテ其效力ヲ生ズ又申込ノ拒絶ハ一般意思表示ト等シク明示又ハ默示ナルコトヲ得ヘク默示ノ拒絶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五二八條ニ於テ默示ノ拒絶ニ關スル一ノ推定ノ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絶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内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内容ヲ變更シテ承諾ノ意思ヲ表示シタルトキハ(第一)當事者双方ノ意

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合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加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ノ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合意セサルコトヲ表白シタルモノナレハ其申込ハ相手方ノ拒絶ニ依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此場合ニ於テハ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非スシテ別ニ新ニ契約ノ内容ヲ組成スヘキ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ナル拒絶ニ付キ相手方ノ合意ヲ得テ契約ヲ成立セシメントスルニアルコトハ推測スルニ難カラサルヲ以テ其拒絶ヲ以テ新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依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五二八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ザルト同時ニ其申込者カ期間ヲ定メテ申込ヲ爲シタルトキハ

込ハ期間ノ満了ニ依リテ當然效力ヲ失フコトハ既ニ一言セル所ナリ故ニ期間經過後ニ到達シタル承諾ハ契約ヲ成立セシムルノ効ナシトス

第四 當事者ノ死亡又ハ能力ノ喪失

對話者間ニ於テハ申込者ノ死亡又ハ能力ノ喪失ハ常ニ申込ノ效力ヲ消滅セシムルコト、隔地者間ニ於テハ申込者ノ死亡能力ノ喪失ハ原則トシテハ申込ノ效力ニ影響ヲ及ボササル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ノ喪失ヲ知リタルトキハ申込ハ其效力ヲ失フヘキコトハ相手方ノ死亡又ハ其能力喪失ハ取引上ノ慣習又ハ申込者ノ明示又ハ默示ノ意思ニ依リ反對ノ結果ヲ生スル場合ノ外ハ常ニ申込ノ效力消滅ノ原因トナルコトハ既ニ説明スル所ナリ

第五 相手方ノ承諾

申込ハ相手方ノ承諾ニ依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其ニ契約ノ成立要件ヲ構成シ片面ノ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

第四款 承諾

第一項 承諾ノ性質

承諾ハ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 有效ナル意思表示ノアルコトヲ要ス

承諾モ亦一ノ意思表示ナルヲ以テ承諾ノ有效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即チ承諾者ノ意思、其表示、意思ト表示ノ合致意思表示ノ無瑕疵ナルコトヲ必要トシ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我民法ニ所謂承諾トシテ其效力ヲ生セサルコトハ既ニ一言セル所ナリ故ニ茲ニ承諾アリトスレハ既ニ其以前ニ於テ相手方ノ申込アリテ承諾者ニ於テ之ヲ知リタルコトヲ必要トスルヲ以テ未タ成立セサル申込ニ對シテ承諾ノ意思ヲ表示シ又ハ當事者互ニ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セサルナリ

第三 承諾ハ其内容ニ於テ申込ト全然合致スルコトヲ要ス

契約ハ當事者ノ意思表示ノ合致ニシテ當事者ノ一方ノ申込ト之ニ對スル相手方ノ承諾ハ則チ此當事者間ニ於テ意思表示ヲ合致セシムルカ爲メノ形式ナルヲ以テ相手方ノ承諾カ契約ヲ成立セシムルニハ其内容ニ於テ申込ト全然同一ナルコトヲ要シ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ヲ缺タリ以テ契約ハ成立セサルモノトス而シテ承諾者カ申込ニ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五五二條ニ依リ其申込ノ拒絶ト其ニ新ナル申込ヲ爲シタルモノト看做サルルコトハ既ニ説明スル所ナリ

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ヘハ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旨ハ須ラク之ヲ尊重スルコトヲ要スルヲ以テナリ

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説明スル原因ノ一ニ依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



ヘキコトハ多辯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随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契約ヲ締結セントスル所以ノ趣旨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ノミ承諾ヲ爲スコトヲ得ヘク申込者カ相手方ヲ特定セス一般ノ人ニ對シテ申込ヲ爲シタル場合ニ於テハ則チ一般ノ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コトヲ要ス

承諾ハ申込者ノ申込ニ對シテ契約ヲ成立セシムルノ目的ヲ以テ承諾者ニ於テ爲スモノニシテ申込者ハ則チ承諾ニ關スル相手方ナルヲ以テ承諾ニ關スル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ノ意思ハ承諾者ヨリ之ヲ申込者ニ通知スルコトヲ要シ承諾者ニ於テ其承諾ヲ申込者ニ了知セシムルニ必要ナル方法ヲ執ルコトハ承諾ノ有効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効ナキモノトス但承諾ノ通知カ申込者ニ到達シ申込者ニ於テ之ヲ了知シタルコトヲ必要トスルヤ否ヤハ自カラ別問題ニ屬シ此點ニ付テハ承諾ノ效力ヲ説明スルニ當リ詳論スル所アルヘシ又承諾カ申込者ニ對スル

通知ヲ要セスシテ其效力ヲ生スル例外ノ場合アリ此點ニ付テモ後ニ説明スヘシ

第二項 承諾ノ效力

承諾ノ效力ハ申込ト合致シテ契約ヲ成立セシムルニアアルコトハ既に説明スル所ノ如シテ承諾ハ何時其效力ヲ生スルヤ即チ契約成立ノ時期ニ關スル問題ナルヲ以テ次款ニ於テ之ヲ説明スヘシ

第五款 契約成立ノ時期

契約ハ承諾カ其效力ヲ發生スルト同時ニ成立ス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テハ對話者間ト隔地者間ニ區別スルコトヲ要ス

第一項 對話者間ニ於ケル契約ノ成立

法律行為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テハ學者間ニ議論アル所ナリ而シテ對話者隔地者ノ文字ノ意義ニ依レハ當事者カ同一場所ニ於テ互ニ相對シテ意思ヲ表示ヲ爲ス場合ハ對話者間ノ法律行為ニシテ遠隔ノ地ニアル當事者間ニ於テ爲

ス意思表示ハ隔地者間ノ法律行為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リテ之ヲ決定スルコトヲ得ス即チ予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則チ對話者間ノ法律行為ニシテ其意思ヲ相手方ニ通知スルニ付キ多少ノ日時ヲ要スル場合ハ隔地者ノ法律行為ナリトス故ニ現在者間ニ於テ言語文章態容ヲ用キ若干ハ通稱其他ノ媒介ニ依リテ爲ス意思ノ表示遠隔者間ニ於テ電話其他即時ニ意思表示アリタルコトヲ知ラシムヘキ符號ヲ用キテ爲ス法律行為ハ前者ニ屬シ使テ信書郵便電信ヲ用キテ爲ス遠隔者間ノ法律行為ハ後者ニ屬ス

對話者間ニ於テハ承諾ハ通知ニ依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ヲ以テ承諾アリタルモノトシ此時ヲ以テ兩者間ニ契約ヲ成立セシムルコトハ學說立法例ノ共ニ致スル所ナリ故ニ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スルモ相手方カ之ヲ認知セザルトキハ承諾ハ未タ其效力ヲ生セザルヲ以テ契約ハ成立セザルモノトス

第二項 隔地者間ニ於ケル契約ノ成立

第一目 契約ノ成立時期ニ關スル主義

隔地者間ニ於ケル契約成立ノ時期ニ付テハ古來學說數派ニ分カレ立法例モ亦區區ニシテ左ノ五

主義アリ

第一 表示主義(又ハ表白主義)

此主義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り之ヲ相手方ニ通知スルコトヲ必要トセザルモノナリ故ニ此主義ニ依レハ承諾者カ承諾ノ意思ヲ使者ニ傳ヘ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トナルヘシ

此主義ハ契約ノ成立時期ヲ定ムルニ付テ採用シ得ヘカラサルモノナリ抑々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依リテ其效力ヲ生スルヲ原則トスルモノナレハ申込者ニ通知セザ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申込者モ亦相手方カ何等承諾ヲ爲シタルヤヲ確知スルコトヲ得スシテ爲メニ不測ノ損害ヲ被ムルニ至ルヘケレハナリ

第二 了知主義

此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ナリ是レ隔地者間ニ於ケル承諾ノ效力ニ付テ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ルトキハ承諾カ信書又ハ電信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閱シテ承諾ノ事實ヲ知リタル時ヲ以テ成立スルモノナリ
 此主義ハ理論上ニ於テハ毫モ間然スル所ナシト雖モ取引ノ安全ト敏活トヲ主眼トスル近代ノ
 取引上ノ觀念ニ一致セズ何トナレハ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
 知スルモ相手方カ事由ニ依リ之ヲ了知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了知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
 ヲ薄弱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故ニ此主義ハ對話者間
 ノ契約ニ在テハ極メテ適當ナルモ隔地者ノ契約ニ付テハ之ヲ採用スルコトヲ得ス

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
 トナスモノナリ蓋シ相手方カ承諾ヲ了知シタルヤ否ヤハ相手方ノ内部行為ニ屬シ他人ニ於テ
 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管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モ多クノ場合ニ於テ相手方ノ利益ニモ抵觸セ
 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内容ヲ了知ス
 ルモノニシテ之ヲ了知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取引ヲ安全ニ且迅速ナラシムル
 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其第九七條第一項ニ於テ特ニ之ヲ規定シタル所ナリト雖モ契
 約ノ成立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便宜ノ爲メ次キニ説明スル發信主義ヲ
 採用シ承諾ノ效力發生ノ時期ヲ其以前ニ遡ラシムルコトトナシタル所以ナリ

第四 發信主義

此主義ハ承諾ハ承諾者カ承諾ノ通知ヲ發スルニ依リテ其效力ヲ生シ此時ヲ以テ成立ス
 ルモノトナスモノナリ故ニ此主義ニ依ルトキハ承諾者カ郵便、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係員ニ差出シ信書ヲ使丁
 ニ交付シ又ハ其意思ヲ之ニ傳ヘタル時ニ其效力ヲ生シ承諾ノ通知カ相手方ニ到達シ又ハ相手
 方ニ於テ之ヲ了知シタルト否トハ承諾ノ效力ニ何等ノ影響ヲ及ボスコトナシ

此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
 シタルニ拘ハララス承諾ノ效力ニ付キ發信主義ヲ採用シタル所以ノ理由ハ第一受信主義ニ依ル
 トキハ承諾カ相手方ニ到達スルマテハ契約ハ成立セサルヲ以テ承諾者ハ承諾ノ意思ヲ表示ス
 ルモ其承諾カ果シテ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著手スルコトヲ得ス加之承諾者ハ承諾ノ意思ヲ表示シタル當時ノ狀況ニ從ヒ承諾ノ意思ヲ表示シタルモノナレハ其時ノ狀態ニ從ヒ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當事者ノ地位其他一般經濟上ノ事情ニ變動ヲ生シ承諾者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヘケレハナリ故ニ受信主義ハ承諾者ノ地位ヲ不確ナラシムルニ依リテ取引ノ安全ト迅速ヲ妨タ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又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ルノ虞アルニ似タリ然レトモ申込者ハ相手方ノ承諾ニ依リ契約ヲ成立セシメントスルモノナレハ相手方ノ承諾アルコト其將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申込者ヲシテ意外ノ損失ヲ被ラシムルモノニ非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著スルコトアリテ申込者ニ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ナルノミナラス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満足スルノ外ナク發信主義ハ則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依リテ成立スルモノ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ジ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絶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ヲ發スルニヨリテ其申込ヲ取消スコトヲ得サルニ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申込者カ承諾ニ依リ聽東セラルトナス以上ハ其承諾ハ承諾者トノ關係ニ於テモ效力ヲ生スルモノトナササルヘカラス故ニ此點ニ付テハ現行民法ノ規定ヲ正當ナリト信ス

第二目 契約成立ノ時期

契約ノ成立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五二六條ニ於テ規定シテ曰ク

隔地者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承諾ノ通知ヲ發スルニ依リテ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ボササルコト(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五二六條後段ニ規定スル所ニシテ表

示主義ニ依リタルモノナリ申込者カ豫メ承諾ノ通知ヲ必要トサ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テハ申込者ハ相手方ノ意思表示ノミニ依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ヘハ甲者遠隔ノ地ニ在ル乙者ニ打電シ即時ニ或物品ヲ購買スヘキコトヲ委託シタル場合ニ乙者カ直チニ其購買ニ著手シタルトキハ此時ヲ以テ委託契約カ兩者間ニ成立スルカ如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判斷スヘキ事實上ノ問題ニ屬シ争ノ生シタル場合ニハ裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノトス此關係上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ザレハトテ此一事ノミヲ以テ申込ヲ黙諾シタルモノト謂フコトヲ得ス相手方ノ沈黙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法律上又ハ慣習上ノ義務アルコトヲ必要トス

第二 契約ハ承諾後ニ到達シタル申込ノ取消ニ依リ不成立トナルコトアリ

是レ第五二七條ニ規定スル所ナリ蓋シ民法第五二六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特別ノ事情ニ因リ遅ルルコトハ往々ニシテ是アリ若シ其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ノ豫想ノ如ク相手方ニ到達シ契約ハ成立セザリシモノト信スヘキハ自然ノ數ナレハ取消ノ通知カ延著シタルタ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實質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五二七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り得ヘキトキハ承諾者ハ遲滞ナク其延著ノ通知ヲ發スルコトヲ要スト規定シ承諾者カ此義務ヲ等閑ニ付シタルノ制裁トシテ其第二項ニ於テ承諾者カ前項ノ通知ヲ意リタルトキハ契約ハ成立セザ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ル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依リテ成立スルコトアリ

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成立セス其通知カ申込者ニ到達スルニ依リテ始メテ成立スヘキハ論ヲ俟タス

期間ヲ定メテ申込アリタル場合ニ於テハ承諾ハ其通知カ申込者ニ到達スルニ因リテ其效力ヲ生スルモノナレハ其通知カ申込者ニ到達スルノ前ニ於テ申込カ效力ヲ失ヒタルトキハ承諾ハ法律上無効トナルノ結果ヲ生スルヤ明カナリ然レトモ民法ハ此場合ニ付キ二ヶノ特別規定ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

甲 承諾ノ期間ヲ定メ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り得ヘキトキハ申込者ハ遲滞ナク相手方ニ對シテ其延著ノ通知ヲ發スルノ義務(其到達前ニ遲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著シタル爲メ其豫想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説明セル申込ノ取消ノ通知カ延著シタル場合ニ關スル第五二七條ノ規定ト立法ノ精神ヲ同シウスルモノニシテ本條ノ規定ハ申込者カ承諾ノ通知ノ延著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

乙 遲延シタル承諾ハ申込者ニ於テ之ヲ新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的契約ノ成立ヲ希望スルヲ以テ申込者ヲシテ之ヲ以テ一ノ新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五二三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

第三節 懸賞廣告

第一款 懸賞廣告ノ性質

民法第五二九條ニ曰ク「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参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ヲ問ハサルヲ以テ所謂不要式契約ナリ（二）此契約ハ當事者ノ意思表示ノミニテ其效力ヲ生セス相手方即チ應募者ニ於テ現ニ其行爲ヲ完了スルコトヲ必要トスルヲ以テ所謂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）此契約ハ當事者一方ヲシテ出捐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ヲ生スル契約ナルヤハ學者間議論ノ存スル所ニシテ立法例モ亦區區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モ我民法ノ解釋トシテハ之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五二九條ニハ「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ニ對シテ云云トアリ同條ニ所謂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り之ニ應シテ行爲ヲ爲シタル者ノ意ニシテ廣告ヲ知ラスシテ其行爲ヲ爲シタル者ハ其内ニ包含セサルモノト解釋スルヲ正當トス第二、何人ト雖モ法律ノ特別規定アル場合ノ外ハ意思ナクシテ權利ヲ取得スルコトナカルヘキハ我民法全體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贈與ノ成立ニハ受贈者ノ意思ヲ要シ第三者ノ爲メニスル契約ハ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モノニシテ贈與ハ受贈者ノ意思ナクシテ其效力ヲ生スルト同時ニ第三者ノ爲メニスル契約モ亦第三者ノ意思ナクシテ其利益ニ於テ効ヲ生スルモノトナス獨逸民法ト其主義ヲ異ニス代理權ノ授與ニ付テモ亦獨逸民法ハ授權者ノ單獨行爲ニテ足レリトスルニ反シ我民法ハ當事者間ノ委任契約ヲ必要トスル所ナリ左スレハ懸賞廣告ニ付テモ民法ニ反對ノ規定ヲ存セサル限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テ成立スルモノト解スルコトヲ得ス第三、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三〇五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五六七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モ尙ホ之ニ對シテ報酬支拂ノ義務アリトシ以テ其單獨行爲ニシテ契約ニ非サルコトヲ明カセリ之ニ反シテ我民法ハ契約ノ總則中ニ之カ規定ヲ設ケ單

獨行爲ニ固有ナル效果ヲ之ニ付セサルヨリ推論スルモ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解スルヲ穩當ナリトス是レ予カ契約說ニ左祖スル所以ナリ

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ハ之ヲ取消スコトヲ得又廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲シタル者アルモ其廣告ヲ知り之ニ應スルノ目的ヲ以テ之ヲ爲ササル限ハ契約ハ成立セサルヲ以テ廣告者ハ之ニ對シテ報酬ヲ支拂フノ義務ナキヤ明カナリ

第二 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與フルコトヲ約スル契約ナリ

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是レ懸賞廣告ノ特質ニシテ懸賞廣告カ契約中ニ於テ其固有ノ種類ヲ形成スルハ實ニ此點ニ在テ存スルモノナリ而シテ法文ニハ單ニ「或行爲」トアリ其行爲ノ性質種類ヲ問ハサルヲ以テ人ノ行爲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ル身體の有形ノ事業ナルト學術技藝ノ應用ニ依リテ遂行スルコトヲ得ヘキ精神ノ無形ノ作業ナルト又其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但其行爲ハ一般ノ原則ニ從ヒ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルコトヲ要スルハ勿論ナリ

廣告者ノ意思ハ之ヲ廣告スルコトヲ要ス換言スレハ其意思ハ個個ノ人ニ表示スルニ非スシテ

廣告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但其方法ノ何タルヤハ之ヲ問フコトヲ要セザルモ尤モ普通ニ利用セラルル所ノ方法ハ官報公報新聞紙雜誌ヲ以テ之ヲ公示シ若クハ道路其他公衆ノ往來スル場所ニ之カ揭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

廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲シタル者ニ報酬ヲ支拂フコトヲ約スルハ懸賞廣告ノ一ノ要件タリ所謂報酬トハ廣告者カ相手方ノ爲メニ爲ス所ノ各種ノ給付ヲ意味シ法律ハ此點ニ付キ何等ノ制限ヲ設ケサルヲ以テ相手方カ其行爲ヲ爲スノ對價トシテ廣告者ノ爲ス各種ノ給付ハ懸賞廣告ニ於ケル報酬タルニ妨ケナシ

第三 懸賞廣告ハ當事者ノ一方カ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ハ既ニ説明スル所ノ如シ而シテ相手方ノ此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スヤ廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲スコトニ依リテ之ヲ爲スコトヲ要シ行爲ノ伴ハサル相手方ノ意思表示ハ契約ヲ成

立セシムルノ效力ヲ生セザルト同時ニ廣告ニ應ジ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表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

第二款 廣告

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ザル限ハ廣告者ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ是レ民法第五三〇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云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予ハ以下廣告取消ノ方法取消ノ效果及ヒ取消權ノ喪失ニ區別シテ説明セントス

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前ノ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取消モ亦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新聞紙ニ其取消ノ廣告ヲ爲スコトヲ要ス蓋シ一般ノ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取消ヲ爲スコト能ハサル場合ナキヲ保セス例ヘハ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掲載ヲ拒絕スルカ如シ斯ル場合ニ於テハ廣告者ニ對シテ絶對的ニ廣告ノ取消ヲスルハ苛酷ナルヲ以テ他ノ方法ニ依リテ取消ヲ爲サシムルヲ可ナリトス是レ第五三〇條第二項前段ニ規定スル所ナリ然レトモ之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サルヘカラス是レ同條但書ノ規定アル所以ナリ

第二項 取消ノ效力

廣告者カ有效ニ其廣告ヲ取消シタルトキ換言スレハ未タ何人モ廣告ニ指定シタル行爲ヲ完了セサルノ前ニ於テ法律ニ定メタル方法ニ依リ廣告ノ取消ヲ爲シタルトキハ會テ廣告ナカリシモノトナリ廣告者ハ最早何人ニ對シテモ報酬支拂ノ義務ヲ負擔スルコトナシ故ニ廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲シタル者ハ其既ニ着手シタル部分ノ割合ニ應シテ報酬ノ幾部ヲ支拂フヘキコトヲ廣告者ニ請求スルコトヲ得ス但斯クスルニ於テハ應募者ハ其行爲ヲ完了前ニ廣告ノ取消ニ遭遇シ意外ノ損失ヲ被ムルノ虞レアルヲ以テ廣告者ヲシテ取消前ニ應募者ノ使用シタル勞力並ニ其支出シタル費用ヲ償還スルノ義務ヲ負ハシムル立法例ナキニアラスト雖モ我民法ハ廣告者ニ廣告ノ取消ノ權利ヲ認ムル以上ハ之ヲシ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マテ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利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五三〇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

テ左ノ如シ

一 廣告者カ其廣告中ニ取消ヲ爲ササ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
 コトヲ許ス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然ラハ廣告者ハ永久無限
 ニ其廣告ニ依リテ羈束セラレ之ヲ取消スコトヲ得サルヤ民法ハ此點ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケ
 サルヲ以テ此問題ニ對シテハ消極的ノ斷案ヲ下スヲ可ナリトスルニ似タリ然レトモ何人ト雖
 モ永久無限ナル義務ヲ負擔スルコトナカルヘキハ法理上ノ原則タルト同時ニ我民法全體ニ通
 シテ我立法者ノ採用シタル主義ニシテ現ニ懸賞廣告ト其性質ニ於テ頗ル相類似セル賣買ノ豫
 約ニ付テモ豫約者ハ永久ニ相手方ニ對シテ賣買ヲ成立セシムルノ義務ヲ負擔スルモノニ非ス
 シテ一定ノ期間經過後ハ其義務ヲ免脱スルコトヲ得ルコトハ第五五六條第二項ニ規定スル所
 ナリ故ニ廣告者カ廣告ヲ取消ササル旨ノ意思ヲ表示シタル場合ト雖モ相當ノ期間ヲ定メテ其
 行爲ヲ爲スヘキコトヲ催告シ其期間内行爲ヲ爲スモノナキトキハ廣告者ハ其義務ヲ免カルコ
 ト賣買ノ豫約ノ場合ト同一ナラシムルコトヲ要ス蓋シ此點ニ付キ民法カ何等ノ規定ヲ設ケサ
 リシハ法ノ不備タルヲ免カレサルモノト信スルモ民法ハ類推解釋ヲ許スモノナレハ廣告ノ性
 質ト民法第五五六條第二項トヲ參照シテ立法ノ遺漏ヲ補ヒ前示ノ如ク斷定スルヲ穩當ナリト

ス

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

民法第五三〇條第二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ニ二個ノ意義ヲ有ス
 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付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依リテ當然其義務ヲ免カルモノナリ是レ
 普通契約ノ申込ニ期間ヲ定メタル場合ト其撥ヲ一ニスル所ニシテ假令懸賞廣告ニ付キ特別規
 定ヲ存セザルモ第五二一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内ハ廣
 告ノ效力ヲ持續シテ相手方ニ其行爲ヲ爲スハ猶豫ヲ與ヘ相手方カ其期間内ニ於テ行爲ヲ爲ス
 ニ於テハ契約ヲ成立セシムヘク其期間内ハ其一己ノ意思ヲ以テ之ヲ取消ササルノ意思ヲ表示
 シタルモノト推測セサルヘカラス是レ第五三〇條第二項ノ規定アル所以ニシテ此推測ハ尤モ
 多クノ場合ニ於テ當事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
 内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

法第五三〇條第二項ノ規定ハ強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カ廣告中ニ於テ反對ノ意思ヲ表示シテ廣告ニ指定シタル期間内ト雖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ヘキハ勿論ナリ

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為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為ヲ爲スヘキヤ又如何ナル程度ニ於テ其行為ヲ完了スヘキヤハ廣告ニ指定シタル行為ノ性質ト應募者ノ爲シタル行為トノ比較對照ニ依リ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ニ廣告ニ指定シタル行為ヲ爲シタル者カ一人ナルトキハ其人カ報酬ヲ請求スルノ權利ヲ有シ別ニ困難ナル問題ヲ生スルコトナシト雖モ數名ノ人カ其行為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五三一條ニ於テ之カ規定ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

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

是レ第五三一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カ規定ヲ設ケタルモノ

ナリ蓋シ廣告者カ或行為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為ヲ爲シタル者カ數名アル場合ト雖モ特別ノ意思表示ナキ限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為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五三一條第一項ノ規定アル所以ナリ

第二 數人カ同時ニ廣告ニ指定シタル行為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為ヲ爲シ其前後ヲ定ムルコト能ハサルトキ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能ハサルヲ以テ此場合ニ於テハ其行為ヲ爲シタル各應募者ヲシテ平等ノ割合ヲ以テ報酬ノ請求權ヲ行ハシムルヲ公平ナリトス是レ最も多クノ場合ニ於テ廣告者ノ意思ニ適合スルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ此原則ニハ例外アリ即チ左ノ如シ

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消ノ目的トナル代替物ナルトキハ之ヲ分割スルコトハ容易ナルヲ以テ各應募者ヲシテ平等ノ割合ヲ以テ之カ請求ヲ爲サシムルハ毫モ妨ナシト

雖モ報酬カ不可分物ニシテ分割ニ適セサルトキ例ヘハ廣告者ノ約シタル報酬カ一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平等分割ノ方法ニ依ルコトヲ得ス但此場合ニ於テ應募者ヲシテ一時其時計賞牌ヲ共有セシムルノ方法ナキニアラスト雖モ斯クスルニ於テハ當事者間ノ權利關係複雑トナリ廣告者ノ意思ニ反スルコト往往ニシテ是アルヘキヲ以テ我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五三一條第二項ニ於テ之カ規定ヲ設ケタリ

二 廣告者ニ於テ一人ノミ之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五三一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説明スル所ノ如シ果シテ然ラハ廣告者カ其廣告ニ於テ之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シメシテ應募者中ノ一人ヲシテ其全部ヲ取得セシムルノ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

前二項ニ掲ケタル場合ニ於テ報酬ノ全部ヲ受取ルヘキ應募者ハ如何ニシテ之ヲ定ムルヤ民法ハ其第五三一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為ヲ爲シ其相互間ニ於ケル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實際上ニ於テモ亦頗ル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

民法第五三一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ノ推定の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ヘハ廣告中ニ總テノ應募者若クハ其中ノ數名ニ報酬ヲ支拂フヘキコトヲ約シ又ハ其行為ヲ爲シタルコトノ報知カ廣告者ニ到達シタル時日如何ニ依リ應募者ノ優先權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為ヲ爲シタル者ノ中、最優等者ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スル契約ナリ例ヘハ廣ク和歌小説圖案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

優等懸賞廣告モ亦懸賞廣告ノ一種ナレハ一般ノ原則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五三一條ニ於テ特ニ規定ヲ設ケタリ予ハ以下各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説明スヘシ

第一 優等懸賞廣告ノ要件

優等懸賞廣告ハ、應募ノ期ヲ定メタルトキ、ニ限リ其效力ヲ有ス

是レ優等懸賞廣告ノ性質ヨリ生スル效果ニシテ此廣告カ此條件ヲ充タササルニ於テ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實際ナク其募集ニ應スルコトヲ得ヘク從テ最優等者ノ誰タルヤヲ判定スルニ由ナク何レノ應募者モ最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五三三條カ此種ノ廣告ノ成立要件トシテ應募ノ期間ヲ定ムヘキコトヲ要求スル所以ナリ

第二 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酬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五三二條ノ規定ニ依ルトキハ優等者ハ左ノ方法ニ依リテ之ヲ定ム

第一 廣告ノ判定者ノ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内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

諾シテ行為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テモ亦廣告者ハ其廣告ニ依リテ羈束セララル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思ニ從ハサルヘカラサルハ勿論ナリ

第二 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

第三 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

是レ第五三三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力ヲ生シ應募者ニ於テ其不當ヲ主張スルコトヲ得ス蓋シ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渉ヲ許ササルノ意思ナリト推測スルコトヲ得ヘケレハナリ

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モ最優等ナリト判定セラレタル者カニ

人以上アルトキハ如何ニスヘキヤ此場合ニ於テハ第五三一項ノ規定ヲ準用シ優等ノ各半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ノ不便利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五三二條末項ニ規定スル所ナリ

第四節 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コト既ニ説明シタル所ノ如シ之ヲ以テ契約カ有效ニ成立シタルトキハ其當事者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的契約ハ後者ニ屬ス
契約ノ效力タル私權ノ得喪變更ハ一ニ契約ノ主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此點ニ付キ深ク論究スルノ必要ナシ予ハ民法ノ規定ニ從ヒ雙務契約ニ固有ナル效力ニ付キ説明セントス

第二款 雙務契約ノ效力

雙務契約ニハ廣狹二様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買賣交換ハ勿論無償ノ消費貸借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雙方カ給付義務ヲ負擔シ其義務ハ交換的ニ履行セラレヘキモノヲ謂フ買賣交換雇傭請負契約貸借有償ノ委任ノ寄託ハ則チ此種ノ雙務契約ニ屬ス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リ故ニ契約當事者カ各自給付義務ヲ負擔スルコトハ契約成立ノ要件タリ換言スレバ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スルカ爲メニシテ相手方カ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ヘキ理由ナキモノナレハ雙務契約ニ於ケル當事者雙方ノ義務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義務カ履行ニ關シテモ亦相牽連シテ分離スヘカラサル關係ヲ有スルヤ若クハ契約カ一旦成立シタル以上ハ當事者雙方ノ義務ハ別個獨立ノ存立ヲ有シ各其運命ヲ異ニスルコ

トヲ得ルモノナルヤニ付テハ學者間議論ノ存スル所ニシテ立法例モ亦區區ニシテ一定セス前
 ハ所謂牽連說ニシテ後者ハ所謂獨立說ナリ
 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管ニ契約成立ノ要件ナルノミ
 ナラス相手ノ負擔ニ屬スル給付ハ交換的ニ履行セラルヘキモノニシテ當事者ノ一方カ給付義務
 ヲ履行セザルニ拘ハラス相手方ニ於テ給付義務ヲ履行セザルヘカラサルノ理ナク當事者ノ一方
 カ義務ヲ履行セルニモ拘ハラス相手方ハ尙ホ其義務ヲ履行セザ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相手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ノ一旦契約カ成立シテ相手ノ義務カ發生シタル以上ハ各獨
 立ノ存在ヲ有シ別別ノ運命ニ服従スルコトヲ妨ケサルモノニシテ一方ノ義務ノ不履行ハ必スシ
 モ他ノ一方ヲシテ其義務履行ヲ免カレシムルモノニ非スト云フニアリ

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何トナレハ民法カ第五三三條第五三六條ノ規定ヲ設ケタルハ要スル
 ニ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
 規定シタルモノト見ルコト能ハ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

是レ民法第五三三條ニ規定スル所ニシテ雙務契約ノ性質ヨリ流出スル所ノ效果ナリ何トナレ
 ハ雙務契約ハ給付ノ交換ヲ爲スヲ目的トスルモノナレハ相手方ノ義務ハ交換的ニ履行スルコト
 ラ要シ格段ナル事由ヲ存セザル限ハ別別ニ履行スヘキモノニアラサルヲ以テナリ

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
 拒絶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二九五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絶ノ權利ハ雙務契約ノ性質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ナスモノナレハナリ
 故ニ雙務契約ノ當事者ハ相手方カ相當ノ擔保ヲ供シタル場合ト雖モ相手方カ其義務ヲ履行セ
 サル限ハ自己ノ義務履行ヲ拒絶スル權利ヲ有スルモノナリ
 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必要ノ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爲スト否トハ全ク相手方ノ利害ニ關スルモノナレハ反對給付ヲ提供セサル當事者ノ請求ヲ拒絕シ雙務契約本來ノ性質ニ從ヒ交換の履行ヲ爲サシムルト若クハ反對給付ノ提供アルト否トニ論ナク單獨ニ義務ノ履行ヲ爲スコトヲ相手方ノ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對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

雙務契約ニ於ケル給付ノ交換ハ其通有ノ性質タルニ止マリ絶對的ニアラサルヲ以テ當事者カ相互ノ義務ノ間ニ存スル連鎖關係ヲ解キ別別ニ履行スヘキモノトナスハ毫モ妨ケナシ何トナレハ事全ク當事者ノ利害ニ關スルヲ以テ契約自由ノ原則ヲ適用スルコトヲ要スルヲ以テナリ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期限ノ先ツ到リ當事者ハ先ツ其義務ヲ履行スルコトヲ要シ相手方カ其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五三三條但書ノ規定アル所以ナリ

茲ニ一ノ問題アリ明治四十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コト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提出シ得ルヤ否ヤ此問題ニ付テハ學者間ニ議論アリ民法第五三三條ノ文理解釋トシテハ既ニ相手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予ハ公平ノ原則上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信ス何トナレハ既ニ當事者ニ於テ双方ノ債務ノ間ニ存スル牽連ヲ解キ先ツ乙ノ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亦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原則ニ反スルモノナレハナリ

第二 當事者ノ一方カ當事者双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義務ヲ負擔スル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



ハラス相方ニ對シテ反對給付ヲ請求スルコトヲ得ヘキト此問題ハ双務契約ノ性質ニ基キ容易ニ之ヲ解決スルコトヲ得ヘシ即チ双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説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依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五三六條第一項ニ規定スル所ナリ例ヘハ書工カ金百圓ヲ以テ人ノ爲メニ書ヲ描タコトヲ契約シタル場合ニ其書工カ双手ノ自由ヲ失ヒタルトキハ其書工ハ給付不能ノ爲メニ義務ヲ免カルト同時ニ相手方ニ對シテ金百圓ヲ請求スルノ權利ヲ有セザルコトトナリ債權關係ハ玆ニ全ク消滅スルニ至ルヘシ

民法第五三六條ノ規定ハ双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ルヘキモノニシテ適用ノ範圍極メテ廣キモノニシテ之ヲ以テ双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五三六條第一項ノ規定ハ双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認メタルモノニ非ス是レ予カ我民法ノ解釋トシテハ双方契約ノ牽連性ヲ肯定セザルヘカラスト論スル所以ナリ双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

付テハ民法第五三六條第二項ノ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債務者ヲシテ之ヲ負擔セシムルハ公平ノ原則ニ適セザ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故ニ債務者ハ自己ノ義務ヲ履行セシメ債權者ヨリ反對給付ヲ受クルノ權利ヲ有スルモノ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ザルヘカラス是レ民法第五三六條但書ノ規定アル所以ナリ例ヘハ債務者カ債權者ノ住所ニ於テ机一脚ヲ引渡スノ債務ヲ負擔スル場合ニ債權者ノ過失ニ因リ其机カ滅失シタリト假定スルトキハ債務者ハ其机ヲ引渡スノ義務ヲ免カルト同時ニ其運送費ヲ節約スルコトヲ得テ利得ヲ爲スモノナレハ其運送費ニ相當スル價格ハ之ヲ債權者ニ償還スルコトヲ要ス債務者ノ責ニ歸スルノ權利ヲ失ハサルト同時ニ履行ニ代ヘテ全部ノ損害ヲ賠償スルコトヲ要ス

第三 特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ以テ双務契約ノ目的トナシタル場合ニ於テ其物カ債權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其滅失又ハ毀損ハ債權者ノ負擔ニ歸ス

是レ民法第五三四條第一項ニ規定スル所ニシテ所謂契約ノ目的物ニ關スル危險負擔問題ヲ解決シタルモノナリ蓋シ此問題ニ關シテハ三個ノ主義アリ即チ英法ノ所有者主義獨法ノ債務者主義佛法ノ債權者主義ニシテ我民法ハ則チ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云フ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云シテ此場合ニ於ケル債務者ノ權利ヲ説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探ルニ足ラス結局民法第五三四條ノ規定ハ公平ノ觀念ヲ基礎トセル便宜的規定ニ過キサ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其物ヲ債權者ニ引渡ササルヲ得サルニ依リ目的物ノ運命ハ債務者ヲ去リテ債權者ニ移リタルモノニシテ其物ノ増加改良ハ毫無債務者ヲ利セサルト同時ニ其損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秋毫モ利スルコトヲ得サル債務者ヲシテ其滅失毀損ヨリ生スル損失ヲ負擔セシムルハ不公平ナリト云フニアリ

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スヘキヤニ付テハ學者間議論ノ

存スル所ニシテ一概ニ之ヲ論斷スルコトヲ得スト雖モ予ハ英法ノ所有者主義ヲ以テ正當ナリト信ス何トナレハ物ノ運命ハ何レノ場合ニ於テモ所有權ニ伴フモノニシテ物ノ増加改良ニ因リテ利益ヲ受クル者ハ常ニ所有者ニシテ其滅失毀損ニ因リテ損失ヲ受クル者モ亦所有者タラサルヘカラスアルヲ以テナ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ノ目的物其モノハ具體的ニ確定セサルヲ以テ危險負擔ノ問題ヲ生スルコトナク債務者ハ尙モ履行ヲ爲ササル限ハ其實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債務者ハ他ノ物ヲ以テ履行ヲ爲スコトヲ要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四〇一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為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ヨリ以後民法第五三四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テハ民法第五三五條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ザ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



ニ於テハ民法第五三四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債權者ノ負擔ニ歸スヘキモノトナラサルヘカラス然レトモ民法ハ目的物毀損ノ場合ニノミ第五三四條ノ規定ヲ適用シ目的物ノ滅失シタル場合ニ付テハ其適用ヲ除外セリ(五三五條一項二項)然ラハ此場合ニ於ケル效果如何ノ問題ニ付テハ注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契約ハ成立セサルモノト解ス予ハ我民法ノ解釋トシテハ目的物ノ滅失ハ契約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ス蓋シ我民法ノ主義ニ依レハ一方ニ於テ停止條件付ノ法律行為ハ條件ノ成就ニ因リテ其效力ヲ生スルト同時ニ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トスルモノナレハ條件ノ成就前ニ生ジ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

乙 債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ目的物カ滅失シタル場合

物カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ滅失シタルトキハ條件成就ノ場合ニ債權者ハ履行ニ代ヘ損害ノ賠償ヲ請求シ又ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得蓋シ此場合ニ付テハ法律ニ何等特別ノ規定ナキモ原則ニ依リテ斯ク解釋セサルヘカラス債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ物カ毀損シタル場合ニ付テハ第五三五條第三項ノ特別規定アリ債權者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此等ノ權利ト損害賠償ノ請求權トヲ併セテ行

使スルコトヲ得ヘシ但此規定モ亦要スルニ原則ノ適用ニシテ全ク注意的ノモノニ係リ原則ニ對スル例外ニ非ス

第三款 第三者ノ爲メニスル契約ノ效力

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ヘハ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

第三者ノ爲メニスル契約ノ效力ニ付テハ學說立法例區區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」トノ格言ニ從ヒ諾約者ニ對シテ請求權ヲ有セザ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非サルヲ以テ諾約者ニ對シテ其履行ヲ求ムルコトヲ得ス隨テ此種ノ契約ハ絕對的ニ無効ナリト云フニアリ羅馬法ヲ繼承シタル佛民法並ニ佛民法ヲ模範トセル我舊民法モ亦羅馬法ノ主義ヲ襲踏シ第三者ノ爲メニスル契約ハ無効ナルヲ原則トシ要約者カ其契約ニ付キ金錢の利益ヲ有スルトキ例ヘハ當事者カ其契約ニ過急の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り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の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の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在リ然レトモ當事者ノ一方即チ要約者ハ己レ自カラ諾約者ヨリ給付ヲ受クルヲ普通ノ狀態トナスモ時アリテ要約者ハ自身ニ給付ヲ受クル代リニ諾約者ヲシテ第三者ノ利益ノ爲メニ給付ヲ爲サシムルヲ必要ナリ有益ナリトスルコトアリ此場合ニ於テハ要約者ハ諾約者カ第三者ノ爲メニ給付ヲ爲スニ於テ利益ヲ有スルモノニシテ其契約ニ付キ利害ヲ感スルコトハ論ヲ俟タサルヲ以テ要約者ノ利益ニ於テ契約ノ效力ヲ生セシムルノ必要アリ但要約者カ諾約者ヲシテ第三者ニ給付ヲ爲サシムルニ付テ享有スル利益ハ金錢の價值ヲ有セサルコト往往ニシテ是アルヘシト雖モ債權ノ目的タル給付カ債權者ノ爲メニ金錢の價值ヲ有スルコトハ債權成立ノ要素ニ非サルコトハ民法第三九九條ノ規定ニ徴シテ明カニシテ此點ニ付キ我民法ハ羅馬法系ノ立法主義ト正反對ノ主義ヲ採用セルヲ以テ第三者ノ爲メニスル契約ノ效力ニ付テモ亦勢ヒ反對ノ制度ニ依ラサルヲ得ス是レ民法カ獨法ト等シク第三者ノ爲メニスル契約ノ效力ヲ是認シ第五三七條以下ニ於テ之カ規定ヲ設ケタル所以ナリ予ハ以下第三者ノ爲メニスル契約ノ當事者間ノ效力ト第三者ニ對スル效力ニ付キ説明スヘシ

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ニ給付ヲ爲スノ債務ヲ負擔ス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其給付ヲ請求スルコトヲ得ヘク要約者ニ於テ反對給付ヲ爲スコトヲ要スル雙務的ノ者ナルトキハ要約者ハ民法第五三三條ノ規定ニ從ヒ反對給付ヲ提供スルニ非サレハ諾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要スルニ當事者相互ノ關係ニ付テハ雙務契約ノ原則ヲ適用スルヲ以テ足り特ニ説明ヲ爲スノ要ナシ第三者カ契約ノ利益ヲ享有スル意思ヲ表示シタル場合ニ付テハ後ニ説明スヘシ第三者カ契約ノ利益ヲ享有スルコトヲ拒ミタルトキハ如何ニスヘキヤ其契約ハ給付ノ不能ニ因リテ消滅スヘキヤ若クハ契約ヨリ生スル利益ハ第三者ノ拒絕ニ依リ要約者ニ於テ享有スヘキヤハ契約ノ性質當事者ノ意思ニ依リテ定マルモノニシテ各場合ニ於ケル具體約事實關係ニ從ヒ之ヲ決定スルコトヲ要シ豫メ一定ノ標準ヲ設ケタルコトヲ得ス

第二項 第三者ノ爲メニスル契約ノ第三者

ニ對スル效力

民法第五三七條ニ曰ク「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」ト此規定ニ依
 ルトキハ第三者ノ爲メニスル契約ハ當事者間ニ於テ其效力ヲ生スルノミナラス其契約ニ關與セザ
 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以外ノ第三者ヲ利セザルト同時ニ
 之ヲ害セザ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ズ隨テ第三者ニ對スル關係ニ於テ契約ノ效力ヲ全
 然否認スル法制ナキニ非スト雖モ契約ノ主眼トスル所諾約者ヲシテ第三者ノ利益ニ於テ給付ヲ
 爲サシムルニ存スル以上ハ第三者ヲシテ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ヲ以テ近世諸國ノ立法ハ概テ皆第
 三者ノ爲メニスル契約ハ第三者ノ利益ニ於テモ亦其效力ヲ生スル者トシ我民法モ亦此主義ヲ採用
 シタル者ナリ

然ラハ第三者ハ如何ナル時ニ於テ又如何ナル條件ニ從ヒ契約上ノ權利ヲ取得スヘキカニ付テハ
 學說立法例ノ一致セザ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權利ヲ
 取得スルモノトシ或ハ第三者カ債務者ニ對シテ承諾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說ヲ採用シ我民法ハ第五三七條第二項ニ於テ「前項ノ場
 合ニ於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有スヘキ意思ヲ表示シタル
 トキニ發生ス」ト規定シ第二說ヲ採用セリ

獨逸法ハ單純ナル權利ノ取得ニ付テハ取得者ノ意思ヲ必要トセザルノ主義ヲ採用ス例ヘハ代理
 權ノ授與、贈與、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為ニ屬ス蓋シ單
 純ナル權利ノ取得ハ取得者ヲ利スルノミニシテ毫モ之ヲ害スルモノニ非サルヲ以テ取得者ニ其
 意思アリト推測シ得ヘク豫メ特ニ其意思表示アルコトヲ必要トセス唯取得者カ反對ノ意思ヲ表
 示シタル場合ニ於テ其效果ヲ生セシメサルコト遺贈ノ拒絕ト同一一般ナラシムルヲ以テ足ルヲ以
 テナリ之ニ反シテ我民法ハ何人ト雖モ自己ノ意思ナクシテ權利ヲ取得スルコトナシトノ主義ヲ
 採用セルニ依リ代理權ノ授與、贈與、懸賞廣告ハ何レモ契約トシテ其效力ヲ生スルノミナラス
 第三者ノ爲メニスル契約モ亦第三者カ債務者ニ對シテ其利益ヲ享有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テハ學者間議論ノ存スル所ナ
 リト雖モ予ハ獨逸主義ヲ以テ實際ノ便宜ト近代ノ進步シタル法律思想ニ適合シタルモノナリト
 信ス何トナレハ遺贈カ遺言者ノ片面的意思表示ニテ其效力ヲ生シ受遺者ノ拒絕ニ依リ其效力ヲ失フ
 モノトナス以上ハ生存者間ノ意思表示ニ付テモ同一ノ原則ヲ適用シ單ニ相手方ヲシテ權利ヲ取
 得セシムルヲ以テ目的トスル法律行為ハ相手方ノ拒絕ノ場合ニ其效力ヲ失ハシムヘキ條件ノ下ニ
 其一方ノ意思表示ニテ其效力ヲ生セシムルモノトナスモ之カ爲メ何等ノ害ヲ生セザルノミナラス
 却テ當事者ノ意思ニ適シ取引上ノ觀念ト實際上ノ便宜ニ合スルモノナレハナリ故ニ此點ニ付テ



ハ予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説明スルノ論據ニ至リテハ學者ノ唱道スル所區區ニシテ一定セズ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ザレハナリト説クモノアリ又承諾主義ヲ採用スルノ理由トシテハ(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シタ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債權ヲ取得スト説クモノアリテ何レノ説モ多少ノ真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非ス予ハ當事者ノ意思ト取引上ノ便宜ト法律行為ノ性質上ニ其論據ヲ求メ絕對主義ヲ以テ此三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契約ノ内容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ザル間ハ契約ハ當事者間ノ行為トシ

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五三八條ノ規定アル所以ナリ

第三者ノ承諾ト共ニ其固有ノ權利カ發生シタル場合ニ於ケル當事者間ノ關係如何ニ付テハ法律ニ別段ノ規定ナキヲ以テ疑ヲ生スヘシト雖モ此點ハ法律行為ノ性質ト當事者ノ意思ニ從ヒ之ヲ決定スルコトヲ要ス隨テ或場合ニ於テハ第三者ノ承諾ト共ニ當事者ノ權利關係ハ消滅シ或場合ニ於テハ當事者間ノ權利關係ハ依然トシテ存続スルコトトナルヘシ例ヘハ契約カ諾約者ヲシテ第三者ニ對スル要約者ノ債務ヲ負擔セシムル場合(債務者ノ更替ニ在ル更改)ハ前者ニ屬シ契約カ單ニ諾約者ヲシテ要約者ニ代リ第三者ニ對シテ債務ヲ辨濟セシムルコトヲ目的トスル場合ハ後者ニ屬ス

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

是レ第三者ハ契約ノ内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ヘハ其契約ニ存スル無効又ハ取消ノ原因、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モ契約ニ基因セザル抗辯ハ第三者ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ス例ヘハ

民法債權 契約 契約ノ效力

相殺ノ抗辯ノ如シ又當事者カ第三者ノ爲メニスル契約ノ假裝シタルトキハ債務者ハ其無效力以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ勿論ナリ(九四條)

第四款 契約ノ解除

第一項 解除ノ性質

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為ナリ
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為ナリ

契約ノ解除ハ法律行為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力ヲ生シ取テ相手方ノ同意ヲ必要トセス故ニ我民法ハ佛國民法舊民法ト其主義ヲ異ニシ獨逸民法ト其主義ヲ同シウスル所ナリ契約ノ解除ニハ當事者一方ノ意思ヲ必要トスルヲ以テ此點ニ付テハ解除ハ法律行為ノ取消ト其性質ヲ同シウシ別段ノ意思表示ナクシテ其效力ヲ生スル解除條件附法律行為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為ナリ

契約ノ解除ハ契約ニ因リテ生シタル效果ヲ消滅セシメテ契約以前ノ原狀ニ復シ會テ契約ナカリ
ル意思ノ表示ヲ爲シ債務ヲ負擔履行ヲ欲スル他ノ當事者ノ之ヲ相手取リテ裁判所ニ出訴シ判決ヲ得タル上民法第四一四條ノ規定ニ從ヒ其判決ヲ以テ相手方ノ意思表示ニ代ユルコトトナルヘシ然レトモ買賣契約ノ成立ニ必要ナル條件ハ既ニ具備シ當事者ハ各自相手方ノ申込ニ對シ承諾ノ意思ヲ表示シテ契約ヲ成立セシムルノ義務ヲ負フ以上ハ買賣契約ヲ成立セシムルニハ一方ノ意思表示ノミヲ以テ足レリトシ雙方ノ意思表示ハ必スシモ之ヲ要セサルコト猶ホ買賣ノ一方ノ豫約ノ場合ノ如クナラシメ民法第五六條ノ規定ヲ此場合ニ類推適用スルヲ可ナリト信ス

第二項 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ニ對シ相手方ノ意思表示ニ因リ買賣契約ヲ成立セシメントスル片務約束ヲ謂フ例ヘ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、甲ニ對シテ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效力ニ關シテハ學說立法區區ニシテ一定セサル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 無効說 此說ニ依ルトキハ買賣ノ一方ノ豫約ハ片面的意思表示ニシテ一ノ申込ニ過キタルヲ以テ相手方カ承諾ノ意思ヲ表示スレハ格別然ラザレハ表意者ヲ驅逐セサルヲ以テ其約束ハ効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依リテ直チ



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効力ト買賣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効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 賣買説 此説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効力ヲ有ス」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産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依リテ成立シ得ヘキモノニアラザルコトハ動カスヘカラサル定説ナルヲ以テ賣買ノ豫約ヲ以テ賣買其モノト爲スハ賣買ノ本質ヲ無視シタルモノト云ハサルヲ得ス故ニ此説ノ採ルニ足ラサルハ多辯ヲ要セスシテ明カナリ

第三 條件附賣買説 此説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産權ヲ買受タルノ意思ヲ表示スルコトヲ條件トシテ財産權ヲ相手方ニ賣渡スヘキ旨ノ意思表示ヲ爲スモノ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モハ賣買契約ハ條件ノ成就ニ依リ完全ニ成立スルモノナリ蓋シ此説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片務豫約ノ性質ニ恰當セザルモノト信ス

第四 片務約束説 此説ニ依リテ生シタキハ賣買ノ一方ノ豫約ハ確約者ヲ約束シ之ヲ以テ賣買

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爲スニ依リテ始メテ其成立ヲ見ルニ至ルヘキヤ明カナリ然レドモ豫約者ハ既ニ豫約ノ効力ニ依リテ絕對ニ羈束セラルルモノナレハ其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又新ニ當事者雙方ノ意思表示ヲ必要トスルカ如キハ實際ノ上頗ル迂遠ニシテ取引ノ敏捷ヲ貴フ社會現今ノ必要ニ應ズルニ足ラサルヲ以テ此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則チ此主義ヲ採用シタルモノニシテ民法第五五六條第一項ニ「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効力ヲ生ス」トアルハ此意ニ外ナラス蓋シ賣買契約ノ内容ハ豫約ニ於テ既ニ確定シ豫約者ハ豫約ノ効力ニ依リ契約ヲ締結ニ必要ナル意思表示ヲ爲スヘク羈束セラルルカ故ニ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約束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但豫約ニハ法律行爲ノ効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

解除條付又ハ終期ヲ附シタルトキハ豫約ハ其條件期限ノ到來ト其ニ當然消滅ニ歸シ豫約者ハ其債務ヲ免ルヘク相手方カ買賣契約ノ締結ヲ希望セザル旨ノ意思ヲ表示シタル場合亦同シ然レトモ買賣豫約ニ終期ヲ附セザリシ場合ニ於テハ豫約者ハ永久無限ニ羈束セザルヘキヤ否ヤ民法第五五六條第二項ハ則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内ニ買賣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内ニ確答ヲ爲ササルトキハ豫約ハ其效力ヲ失フモノト蓋シ斯クセザルニ於テハ豫約者ハ其債務ヲ免脱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セ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其期間カ相當ナラサルトキハ催告ハ絕對ニ無効ナルヤ若クハ催告ハ絕對ニ無効ナラスシテ相手方ヲシテ相當ノ期間内ニ意思表示ヲ爲サシムルノ效果ヲ生スルヤニ付テハ學者間議論ノ存スル所ニシテ予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場合ニアラサレハ其義務ヲ免脱スルコト能ハサルコトナルヘシ

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銭又ハ其他ノ有價物ヲ云フ手附ノ授受ハ買賣契約ニ固有ナル行爲ニアラスシテ一般契約ノ締結ニ付テ爲ス所ノ行爲ナルヲ以テ獨逸民法ハ違約ト等シク契約ヨリ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ト爲シタルモノナリ

取引上ニ於テ手附ト稱スルモノハ種種ナル目的ノ爲メニ授受セラレ其性質區區ニシテ一定セズ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内ニ契約ヲ締結セザ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又ハ之ヲ返還スヘク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即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ノ倍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」ト稱スルモノ即チ是ナリ(第四)手附ハ違約ノ場合ニ於ケル罰金トシテ授受セラレルコトアリ此場合ニ於テハ手附供與者ハ其違約ニ因リ當然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内入トシテ授受セラレ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ザルモノトス

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此點ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケ其不明ナル意思ヲ補充シ由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特別規定ヲ設ケ當事者ノ意思不明ナル場合ノ爲メニ一ノ標準ヲ示スラ常トス然レトモ其所謂標準ニ至リテハ區區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外ナラスシテ這般ノ事項ニ關シテハ常ニ國民ノ法律の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自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ニ於テ從來一般ニ行ハレタル前掲第四ノ「手附損倍戻」ノ慣習ニ着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五五

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推定タルニ過キサ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五五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五五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ザ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隨テ特約ナキ限ハ買主ハ手附ヲ拋棄シテ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘク賣主モ亦其倍額ヲ償還シテ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ故ニ賣主ハ前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共結局手附金ノ損失ヲ甘受スルニ於テハ契約ヲ解除スルヲ得

ヘク各利害ノ關係ニ於テ全ク平等ノ地位ニ立ツモノナルコトヲ知り得ヘシ

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即チ左ノ如シ

(甲) 當事者間ニ反對ノ意思表示アルトキ

例ヘハ當事者カ手附金ヲ以テ契約解除ノ方法ト爲サス特別意思表示ヲ以テ單純ナル内入金

トシ又ハ違約ノ制裁トシテ科スヘキ罰金トシ又ハ單純ナル買賣締結ノ證トシタル場合ニハ其意思ニ從テ手附金ノ效力ヲ定ムルコトヲ要ス

(乙) 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五四七條ノ規定ハ買賣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其適用ヲ見サルヘカラス隨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内ニ解除ヲ爲スヤ否ヤヲ確定スヘキ旨ヲ催告シ其期間内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

(丙) 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五七條ノ規定ヨリ生スル結果ニシテ同條ハ「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ルコトアルヘク又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往ニシテ是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當事者中ノ何レヨリスルモ相手方ニ對シテ契約ノ請求ヲ爲スコトヲ得アルモノトス

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契約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違約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五四五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此ニ説明スル所ニシテ此種ノ契約解除ニ付テモ亦第五四五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二倍ノ額ヲ支拂ヒ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則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解約ノ結果相手方カ現實ニ損害ヲ被ルコトアルモ其損害ノ實質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ヌコト正當ナリトス是レ民法第五七條第二項ニ於テ「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但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往ニシテ是アリ例ヘハ賣買證書ニ貼付スル印紙代公正證書ノ作成ニ付キ公證人ニ支拂フ手数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ザリシ場合ニ付キ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ハトス(五五八條)蓋シ賣買契約ノ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タ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謂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ルヘシ

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セシメ買主ヲシテ賣主ニ代金ヲ支拂ハシムルニ在リ故ニ賣買ノ效力ヲ説明スルニ當テハ賣主ト買主トノ各方面ヨリ別別ニ觀察スルヲ以テ便宜ナリトス由テ予ハ此點ニ付キ賣主ノ義務ト買主ノ義務ニ區別シテ説明スヘシ

第一款 賣主ノ義務(即チ買主ノ權利)

賣主ハ賣買契約ニ因リ賣買ノ目的タル財產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產權ノ主體タラシムルノ義務ヲ負フモノナリ故ニ第一、買主ニ財產權ヲ移轉スルノ義務ヲ負フコト隨テ買主ニ對シテ完全ニ其財產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スコト第三、目的物ヲ保管スル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予ハ以下此等ノ諸點ニ付テ順次説明スヘシ

第一項 財產權移轉ノ義務

賣主ハ賣買ノ目的タル財產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

ヲ負フ者ナリ是レ買賣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子ハ此效力ニ付キ特定物ノ賣買、不特定物ノ賣買、他人ノ物ノ賣買ニ區別シテ説明スヘシ

(甲) 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效力ヲ生シ賣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手續ヲ履行スルコトヲ要セス是レ第一七六條ノ規定ヨリ生スル結果ナリ而シテ此場合ニ於テハ賣主カ買主ニ對シテ負擔スル所ノ權利移轉ノ債務ハ法律規定ノ效力ニ依リ其發生ト共ニ直チニ履行セラレ其形骸ヲ殘留セサルコトハ前ニ説明スル所ノ如シ但買主ハ民法第一七六條ニ依リ買賣契約成立ト同時ニ目的物上ニ權利ヲ取得スルモノ之ヲ第三者ニ對抗スルカ爲メニハ不動産ニ付テハ登記動産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茲ニ始メテ確定ノ權利ヲ取得シタルモノト謂ハサルヘカラス故ニ賣主ハ買主ヲシテ事實上財產權ノ主體ト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ノ權利ヲ移轉スル爲メニモ亦此手續ヲ爲スノ義務アリト云フコトヲ得ヘシ其他目的物ニ關スル危險負擔ノ問題ハ諸君ノ既ニ研究セラレタル所ナルヲ以テ之ヲ論セス

(乙) 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ズ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又ハ買主カ履行ヲ爲スニ必要ナル行為ヲ完了シタルトキハ目的物ノ特定スルト同時ニ其所有權買主ニ移轉スルコトハ諸君ノ既ニ研究セラレタル所ナリ

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尙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ヲ以テ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其讓渡ヲ拒ムニ依リテ忽チ履行不能ノ狀態ニ陥ルモノト趣ヲ異ニスル所ナリ

(丙) 他人ノ物ノ賣買 賣買契約ハ其效力トシテ即時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爲ルコトヲ得ルカ爲メニハ其移轉力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能力ヲ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モノ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効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産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ナルヲ要セサルハ勿論其財産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其財産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賣買ノ目的タル財産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ハ不明ナルニモセヨ財産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キモノト論セザルヲ得ス蓋シ他人ノ物ノ賣買ノ效力ニ關シテハ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爲セリ之ニ反シテ佛國民法ハ他人ノ物ノ賣買ハ無効ナリトシテ第一五七九條ニ特ニ規定ヲ設ケ佛國法系ノ法典ハ皆佛國民法ノ先例ヲ襲踏スル所ナリ而シテ之ヲ無効ナリトスル所以ノ理由ニ至リテハ區區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實買ハ無効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實買ハ無効ナリトシ或ハ他人ノ物ヲ目的トスル賣買契約ハ其要素ニ錯誤

アルヲ以テ當然無効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他人ノ物ノ賣買タルカ爲メニ公ノ秩序ニ反スルモノト云フコトヲ得ス何トナレハ賣買ハ其當事者間ニ於テ財産權移轉ノ債務關係ヲ生スルニ止マリ之カ爲メニ所有者其ノ權利ヲ左右シ得ヘキニアラス且賣主ハ所有者ノ權利ヲ害セスシテ其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他人ノ物ノ賣買ノ履行ハ絕對的ニ不能ニアラサルヲ以テ之ヲ賣買ノ目的ト爲スハ毫モ妨ケナキコトハ前既ニ説明スル所ノ如クナルノミナラス其實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モノトス故ニ他人ノ物ノ賣買ヲ當然無効ナリトスルハ謂レナシ是レ民法カ此點ニ付キ佛國法系ノ立法主義ヲ採用セス却テ之ヲ有效ナリトシテ第五六〇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

民法第五六〇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五六〇條ハ此點ニ付キ何等ノ區別ヲ爲サ

サルヲ以テナリ但其權利カ他人ニ屬スルカ爲メ意思表示ノ要素ニ錯誤ヲ生シ爲メ買賣契約ノ無效ヲ來スコトアルヘク此點ニ關シテハ法律行爲ノ效力ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スヘキモノトス

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ルヘキ損失ノ危險ニ對シテ之ヲ防衛シ又ハ其現ニ被リタル損害ヲ賠償スルノ義務ヲ負フヲ云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ナリ即チ追奪擔保ノ責任ハ要スルニ賣主ノ義務不履行ニ對スル一ノ救済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ニ對シテ何等ノ責任ヲ負フコトナク買主カ真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務ヲ履行セザ

ルニ於テハ買主ハ何時ニテモ買主ニ對シテ擔保權ヲ行使スルコトヲ得ヘク敢テ真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不在並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)物ニ存在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所爲ニ基因スルト賣主ノ關知セザ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ザレハ賣主ニ於テ之ヲ擔保スルノ義務ナシ例ヘハ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產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依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買主ニ責任ナシ之ニ反シテ賣買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譲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買主ハ財産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産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産權ノ移轉ヲ妨ケヘキ行為ヲ爲スハ則チ財産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

擔保責任ノ内容ニ付テハ賣主ハ權利ノ欠缺ヨリ生スル損失ノ危險ニ對シテ買主ヲ防衛シ且之カ爲メニ被リタル損害ヲ賠償スヘキモノナルコトハ前述ノ如シ之ヲ以テ買主ハ第一、權利ノ全部又ハ一部欠缺ノ場合ニハ其追完ヲ請求スルノ權利ヲ存シ第二、物ノ一部ノ不足又ハ滅失ノ場合ニハ其補充ヲ請求スルノ權利ヲ有シ第三、物ノ上ニ他人ノ權利存在スル場合ニハ其權利ヲ消滅セシムヘキコトヲ請求スルノ權利ヲ有シ第四、存在スヘキ權利力存在セサルトキハ其權利ヲ存在セシムヘキコトヲ請求スルノ權利ヲ有シ賣主カ權利ノ欠缺不完全ヲ補充セサル間ハ代金ノ辨濟ヲ拒ムコトヲ得ルハ勿論場合ニ從ヒ契約ヲ解除シ代價ノ減額ヲ請求シ損害賠償ヲ請求スルノ權利ヲモ有スルモノナリ

予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依ル所有權ノ喪失(七)強制競賣ノ

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説明スヘシ

一 權利ノ全部欠缺

賣買ノ目的タル財産權カ全部賣主ニ屬セザリシ場合ニ於ケル擔保責任ニ關シテハ賣主ノ善意ナル場合ト惡意ナル場合トヲ區別シテ説明スヘシ

(甲) 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將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賣主ニ對シテ之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第五四五條第三項ノ規定ニ依リ損害ノ賠償ヲ併セテ請求スルコトヲ得ヘシ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ルニ至ルヘキコトハ其將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スナルヲ以テナリ但此事タル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

(乙) 賣主ノ善意ナル場合 賣主カ善意ナルトキハ則チ賣買當時財產權ノ自己ニ屬セサルコトヲ知ラザリシ場合ト雖モ買主カ善意ナルトキハ買主ニ對シテ損害ノ賠償並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テ權利ノ欠缺ニ付キ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對シテ願ル苛酷ナル結果ヲ生スルヲ以テ其責任ハ之ヲ輕減スルノ必要アリ是レ民法カ第五六二條ニ於テ善意ノ賣主ニ與フルニ損害ヲ賠償シテ契約ヲ解除スルノ權利ヲ以テシタル所以ナリ加之買主カ惡意ナリシトキ即チ契約當時其買受ケタル權利ノ賣主ニ屬セサルコトヲ知リタルトキハ賣主ハ買主ニ對シテ單ニ其買却シタル權利ヲ移轉スルコト能ハサル旨ヲ通知シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得蓋シ買主カ惡意ナルトキハ後ニ至リ權利移轉ノ不能ナルヨリ生スル損害ハ買主ニ於テ豫期シタルモノニシテ賣主ノ所爲ニ因リテ不測ノ損害ヲ被リタルモノト云フコト能ハサルヲ以テナリ但買主カ惡意ナル場合ト雖モ民法第五六一條ノ規定ニ從ヒ賣買契約ヲ解除スルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タス

二 權利ノ一部欠缺ノ場合

賣買ノ目的タル財產權ノ一部カ他人ニ屬スルコトアリ例ヘハ甲、乙ニ百坪ノ地所ヲ賣渡シタルニ其内五十坪ハ丙ノ所有ナリシ場合又ハ其地所ハ甲ノ單獨ノ所有ニアラスシテ甲丙兩人ノ共有ナリシ場合ノ如シ此場合ニ於テハ賣主タル甲ハ買主タル乙ニ對シ其地所ノ完全ナル所有權ヲ取得セシムルノ義務ヲ負フモノニシテ若シ甲カ財產權中他人ノ所有ニ係ル部分ノ權利ヲ乙ニ移轉スルコト能ハサルトキハ甲ハ之ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラス是レ民法第五六三條ノ規定スル所ニシテ同條ノ規定ニ依リ此場合ニ於ケル賣主ト買主トノ間ノ權利關係ヲ略述スルトキハ左ノ如シ

第一 買主ハ不足ノ部分ノ割合ニ應ジテ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得

蓋シ賣買ニ付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レ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ズ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公平ノ原則上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五六三條ニ於テ「其足ラサル部分ノ割合ニ應ジテ代金ノ減額ヲ請求スルノ權利」ヲ買主ニ付與シタル所以ナリ例ヘハ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又其地所ノ内四十坪ハ丙ノ所有ニシテ地所ノ實價、何レノ部分ニ在テモ同一ナリト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ノ四分ノ一ニ相當スル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ジ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トナルコトハ前説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將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

第二 善意ノ買主ハ契約ヲ解除スルコトヲ得

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ヤ否ヤハ之ヲ問フコトヲ要セサルモノトス

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買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則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ノ結果ヲ生スヘケレハナリ是レ第五六三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ノ當時賣買ノ目的タル財產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將ニ豫期スヘキ所ニシテ偶々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モノニアラサルヲ以テ其利益ヲ保護スル爲メ故ラニ契約ヲ解除スルノ必要ナケレハナリ且善意ノ買主モ亦賣買契約ノ當時財產權ノ一部欠缺ヲ知ルニ於テハ契約ヲ締結スヘカラサリシ場合ニ限り解除權ヲ行使シ得ヘク其當時此事實ヲ知ルモ尙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場合ニ於テハ善意ノ買主モ亦代金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

0051

第三 善意ノ買主ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得

善意ノ買主ハ買賣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買賣契約ヲ解除スルノ權利ヲ有スルモ此等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往ニシテ之アルヘケレハナリ而シテ此場合ニ於テ買主ノ現ニ被リタル損害並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此場合ニ於テモ亦代金ノ減額及ヒ契約解除ノ請求權ノ外損害賠償ノ權利ヲ買主ニ認ムル所以ナリ(五六三條三項)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ニ豫期スヘキ所ナルヲ以テ之カ爲メ被リタル損害ハ買主自ラ之ヲ甘受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

第四 前三項ノ權利ハ買主カ善意ナリシトキハ事實ヲ知リタル時ヨリ惡意ナリシトキハ契約ノ時ヨリ一年内ニ之ヲ行使スルコトヲ要ス

是レ第五六四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ヨリ一年内ニアラサレハ之ヲ行使スルコト能ハサルモノト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實ヲ知ルカ故ニ其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ケ年ノ期間内ニ代金減額、契約解除又ハ損害賠償ノ請求權ヲ行使スルヲ要ス蓋シ買賣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疑ナキ所ノ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済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真相ヲ發見スルニ苦シムコト往往ニシテ是アルヘク權利欠缺ノ重要ナラサルモノニ付テハ殊ニ然リトス故ニ法律ハ權利ノ欠缺ヲ覺知シタル買主ヲ促シテ速ニ其救済ヲ求ムルノ手段ヲ講セシメ買主カ一ケ年ノ久シキ其權利ヲ等閑ニ附シタルトキハ其意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

三 物ノ數量カ不足シ又ハ其一部カ減失シタル場合

買賣ノ目的物ヲ指示スルニ容積、重量、尺度、員數等物ノ數量ヲ持テセル場合ニ其數量ノ不足スルコトアリ又買賣ノ目的物ノ一部カ契約成立當時減失シテ存在セサルコトアリ例ヘハ甲、乙ニ其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讓渡シタルニ實地ノ坪數ハ百八十坪ニシテ二十坪ノ不足アル場合又ハ甲、乙ニ對シ一定ノ區域ヲ有スル土地ヲ賣渡シタル

0052

ニ其一部カ契約ノ當時洪水ノ爲メ流失シテ存在セザ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區ニシテ一定セス或ハ數量ノ不足ヲ以テ引渡義務ノ不履行ナリトシ或ハ之ヲ以テ瑕疵擔保ノ一種ナリトシ又目的物ノ一部滅失ハ之ヲ擔保ノ場合ト爲サスシテ或ハ特ニ規定ヲ設ケ或ハ契約ノ通則ニ依ルヘキモノトシテ特ニ規定セサルモノアリ我民法ハ右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タルモノナリ而シテ民法第五六五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即チ左ノ如シ

(甲) 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滅失シタルコトヲ知ラザ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代價ノ減額ヲ請求シ目的物ノ數量ノ不足、其一部ノ滅失、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之カ爲メニ被リタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク買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蓋シ賣主カ其約シタル財產權ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサルカ爲メ買主ヲシテ損害ヲ被ラシメタル以上ハ之ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカザ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任ヲ負

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トセス賣主ニ於テ其數量ヲ確保シタルコト換言スレバ買主カ其數量アリト確言シ其數量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物ノ數量ニ付キ何等ノ意思表示ナキトキ又ハ其數量ヲ掲グルモ當事者カ目的物其モノニ著眼シタルモノニシテ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任ニ任セザルモノトス

(乙) 買主カ惡意ナルトキ 買主カ賣買契約當時目的物ノ數量ノ不足又ハ其一部滅失ヲ知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シテ買主ノ利害ニ重大ノ影響ヲ及ホス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ルコトアルヘキハ其當ニ豫期スヘキ所ナリトス然ルニ買主カ何等ノ異議ヲ留メスシテ契約ヲ締結セルハ數量ノ不足、目的物ノ一部滅失ハ之ヲ甘諾シ其當時ニ於ケル目的物ノ現狀ニ著眼シテ契約ヲ締結シタルモノニシテ擔保ノ權利ハ之ヲ拋棄シ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五六五條ノ規定ハ賣買當時ニ於ケル數量ノ不足及ヒ物ノ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

四 賣買ノ目的カ地上權、永小作權、地役權又ハ質權、賃借權ヲ負擔セル場合

賣買ノ目的物ノ負擔スル此等ノ權利中地上權、永小作權、地役權ハ不動産ニ關シ質權ハ動産不動産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能ハサルノ地位ニ在ルヲ以テ買主ノ讓受ケタル目的物ノ所有權ハ其内容ニ於テ不足スル所アリテ其權利ノ一部欠缺スルヲ點ハ賣買ノ目的タル權利ノ外包ニ欠缺アル前記二項ノ場合トモ異ナル所ナシ故ニ此場合ニ於ケル買主ハ責任ニ付テモ同一ノ原則ヲ適用シ買主カ買賣契約締結ノ當時此種ノ負擔ノ存スルコトヲ知ラザ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付與スルヲ可ナリトス然レトモ代金減額ニ付テハ前掲二個ノ場合ト異ナリ此等ノ負擔ノ存在カ目的物ノ價額ニ及ボス影響ヲ算定スルコトハ頗ル困難ナルノミナラス買主ハ契約ノ解除又ハ損害ノ賠償ニ依リテテ充分ニ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘキヲ以テ此權利ヲ買主ニ付與セザリシナリ又買主カ惡意ナルトキハ目的物ノ負擔ハ之ヲ甘許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モ異ナル所ナキヲ以テ賣買ノ目的タル不動産ニ付キ賃借權ノ登記アリタルトキハ其實借權ハ之ヲ買主ニ對抗スルコトヲ得ヘキヲ以テ買主ハ其不動産ノ使用收益ヲ爲スコト能ハサルコトハ其不動産カ物權ヲ負擔セル場合ト全ク同一ナリ是レ民法第五六六條第二項カ賣主ノ擔保ノ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サルヲ以テ權利ノ一部欠缺ノ場合トシテ擔保ノ目的トナラサルモノトス

買主カ物權及ヒ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實事ヲ知リタルヨリ一年內ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要スルハ一部欠缺ノ場合ニ同シ

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ザリシ場合

此場合ニ於テハ土地ト之ニ附屬スル地役權ヲ一體トシテ之ヲ賣買ノ目的ト爲シタルモノナレハ地役權ノ不存在ハ結局目的タル權利ノ一部欠缺トナルヘク又場合ニ於テハ代價ノ減額ヲ爲スコトハ頗ル難事ニ屬スルヤ明カナリ故ニ賣主ニ付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爲シタリ是レ第五六六條後段ニ規定スル所ナリ

六 先取特權抵當權ノ實行ニ依リ買主カ賣買ノ目的タル不動産ノ所有權ヲ失ヒタル場合

賣買ノ目的タル不動産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

ルモノニアラス何トナレハ買主カ其不動産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メニ毫モ妨ケラレ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メ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、抵當權者カ其權利ヲ實行スルトキハ買主ハ茲ニ全ク其權利ヲ剝奪セラ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りタルト否トハ之ヲ問フノ必要ナキモノト云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條五、六、四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

第一 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ヒタルコトトナルヲ以テ契約ヲ解除シ其代金ヲ取戻シテ雙方ノ地位ヲ契約以前ノ原狀ニ復スルハ固ヨリ當然ナリト

第二 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産ヲ買受ケ由テ以テ其所有權ヲ保有シ得タルトキハ之カ爲メニ要シタル辨濟金、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損害ハ賣主カ其賣渡シタル不動産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サルヲ以テナリ

第三 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セキハ勿論ナルヲ以テナリ

七 強制競賣ノ場合ニ於ケル擔保義務

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ズ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買賣契約ヨリ生ズ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依ル所有權ノ取得ハ原始取得ニアラスシテ一種ノ繼承取得ナルヲ以テ強制競買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ルヲ以テ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債務者ヲシテ擔保ノ責任セシムルヲ正當ナリトス然レトモ強制競買ニ在リテハ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利スルヲ以テ此關係上債權者モ亦代金返還ノ義務ヲ負フノ地位ニ在ルノミナラス財產權ノ主體タル債務者ハ自己ノ所爲ヲ以テ財產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テ主働者ノ地位ニ立ツ者ハ其競買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テモ亦普通ノ原則ニ依ルコトヲ得サルヤ明カナリ是レ民法第五六八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產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

第一 權利ノ欠缺セル總テハ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(五六八條一項)

競落人ハ財產權ノ移轉ニ對シテ代金ヲ支拂フモノニ外ナラサルカ故ニ競落人カ財產權ヲ完全ニ取得スルコト能ハサルニ拘ハラズ其代金ヲ支拂フニ於テハ原因ナクシテ給付ヲ爲スノ不公平ナル結果ヲ生ズルノミナラス競落人カ其財產權ヲ買受ケタル所以ノ目的ト全然背馳スルノ結果ヲ生ズ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モノナリ

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產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ケルコトヲ得サルコトハ往往ニシテ之アリ此場合ニ於テ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(五六五條二項)是レ他ナシ此場合ニ於テハ競買代金ノ全部又ハ一部ハ原因ナクシテ債務者ノ資產中ニ入りタルモノニシテ債務者ハ之ヲ債權者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產ヲ前提トシテ其權利ヲ行フ所ノ債權者ハ其代金ニ付テ辨濟ヲ受ケ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原因ナクシテ競落人ノ金錢ヲ分配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

第二 競落人ハ物又ハ權利ノ欠缺ヲ知リテ之ヲ申告セザ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

債務者ハ普通ノ場合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トナレハ債務者ハ競賣ニ在リテハ全ク受働ノ地位ニ在リテ已レ自ラ目的物ヲ賣渡シタルモノニアラサルヲ以テ之ヨリ生スル損害ハ其所爲ニ基因シタルモノニアラス隨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實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謂ハサルヲ得ス隨テ債務者カ此義務ヲ等閑ニ附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又他方ニ於テ競賣ハ債權者ノ請求ニ基キテ之ヲ爲スモノナレハ理論上ヨリ云フトキハ競買人カ競賣ノ目的タル財産權ノ全部又ハ一部欠缺スルカ爲メニ被ル所ノ損害ニ付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ダ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り競落人ニ對シテ賠償ノ義務アルモノト爲セリ

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ニ係ルトキ例ヘハ第三者カ其所有ノ不動産ノ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權利ノ欠缺ヨリ生スル擔保ノ責任ハ所有者タル第三者ニ於テ之ヲ負擔スルコトヲ要スルハ勿論ナリ

八 債權賣買ノ場合ニ於ケル擔保責任

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ニ任スヘキハ勿論ナリト雖モ債權ノ價值ハ債務者ノ資力如何ニ因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買主ヲシテ債權其モノノ存在ニ付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往ニシテ是アルヘシ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

第一 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トナレハ債權ノ移轉ト債務者ノ資力ノ有無ハ全ク別個ノ問題ニ屬スルモノナラス賣買ハ其性質ニ於テ射利ノ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ザ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

ノ危険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テ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賣買契約締結
ノ當時特約ヲ以テ其資力ヲ擔保セシムルコトヲ必要トシ特約ナキ限ハ賣主ニ擔保責任ナシ
トス

第二 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

債務者ノ資力ハ絶ヘ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
資力ニ陥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
ル所ノ債務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五五六條第
一項ノ規定アル所以ナリ隨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

第三 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
權者ニ對シ債務ノ辨濟ヲ要求スルコトヲ得ヘク債務者カ辨濟期ニ於テ充分ナル資力ヲ有スル

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険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至ラサ
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絶對的ニ擔保義務ヲ負擔シタル場合
亦同シ

第三項 瑕疵擔保

民法第五七〇條ニ曰ク「賣買ノ目的物ニ隠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予ハ今ヤ民法ノ規定ニ從ヒ瑕
疵擔保ニ付キ説明ヲ爲スニ當リ瑕疵ノ性質、瑕疵擔保ノ要件、瑕疵擔保ノ内容ニ區別シテ講述
スヘシ

一 瑕疵ノ性質

民法債權 買賣 賣買ノ效力

瑕疵、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因リ物ニ存スルモノト認メラルル所ノ性質カ其物ニ存セザルカ爲メ其物ノ價格ヲ減シ又ハ當事者ノ希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為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ザ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之ヲ授受スルノ意思ナリト認メサルヘカラス例ヘハ牛馬ノ取引ハ健全ナル牛馬ヲ目的トシ健全ニテ之ヲ性質ハ取引ノ目的タル牛馬ノ通常具有セザ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爲ス所ノ疫病ハ則チ瑕疵ナリトス又菓物ノ取引ニ在テハ目的タル菓物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ニ傾キタル菓實ハ通常有スヘキ性質ヲ缺クモノニシテ其菓實ニハ瑕疵アリト云フコトヲ得ヘシ右ノ如ク當事者カ別段ノ意思ヲ表示セザ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ザルヘカラス而シテ當事者ハ任意ニ目的物ノ具有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、沿革等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産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産權ノ主體トラシムルノ義務アルコトハ既ニ説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リヤ明カナリ故ニ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其義務ヲ完全ニ履行セザ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效果タルニ外ナラス但瑕疵擔保ノ由テ生スル法律上ノ原因ニ付テハ議論ニ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效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五六六條ノ規定ヲ瑕疵擔保ニ準用スルコトト爲シタリ

二 瑕疵擔保ノ要件

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任スルニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ必要トス

第一 買賣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五七〇條ニ所謂賣買ノ目的物ナル語ハ有體物ノ意義ニ解釋スヘキハ物ナル語ノ文理上毫無疑ナシトス

第二 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カハ取引上ノ觀念及ヒ當事者ノ意思ニ依リテ定マルコトハ既ニ説明スル所ノ如シ然レトモ物ノ瑕疵ハ常ニ必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物ノ品質ノ如キ有形ノモノナル物ノ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瑕疵カ除去若クハ補修シ得ヘキト否トハ之ヲ論ゼサルモノトス蓋シ瑕疵ハ瑕疵擔保ノ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任スルニハ賣買ノ目的物ニ瑕疵アルコトヲ必要トヘキハ論ヲ俟タサル所ナリ

第三 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賣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ラサルトキハ當事者ノ此意思ハ常ニ推測セザルヘカラサルヲ以テナリ然レニ目的物ノ瑕疵カ表面ノモノナルトキハ當事者間ニ完全ナル目的物ヲ買入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面ノ瑕疵アルニ拘ハラズ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任ニ任セシムルニ於テハ却テ取引ノ安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タルトキハ其表面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

第四 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變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諸君ノ既ニ了知セラル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任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買主ニ於テ其責任ニ任セザ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ズ目的物ノ引渡、目的物ノ協定及ヒ履行ヲ爲スニ必要ナル行為ノ完了ニ依リテ始メテ確定スルコトモ亦諸君ノ既ニ研究セラレ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

引渡、協定、履行行為完了ノ當時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テハ其實ニ任セザルコトナルヘシ

第五、瑕疵ハ目的物ノ價格ヲ減シ又ハ買主ノ希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ボ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任ナルニハ其瑕疵カ賣主ノ利益ヲ害スヘキ性質ノモノタルコトヲ必要トスヘク目的物ノ價格ヲ減シ又ハ買主ノ希圖シタル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ノ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スシモ然ラズ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ボササルモ其用法ニ關シテ利害ヲ異ニスルコトハ往往ニシテ是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掲二個ノ效果ノ標準ト爲スヲ正當ナリトス獨逸民法ハ此點ニ付キ明カニ規定ヲ設ケ我民法ハ瑕疵ノ性質ニ付キ規定スル所ナク之ヲ解釋ニ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

第六、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り異議ナク之ヲ買取り

(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トキ(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ル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賣主ハ瑕疵ノ存在ヲ知リタルト否トニ拘ハラズ常ニ擔保ノ責任ニ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

第七、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產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安全ニ其財產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力強制的ナルトキ即チ賣買力所有者タル債務者ノ意思ニ基因セザルトキハ債務者ヲシテ其關知セザル賣買ニ付キ買主ニ對シテ擔保ノ責任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賣買ヲ請求シタル債權者ヲシテ其責任ニ任セシムヘキカト云フニ債權者ハ通常債務者ノ財產ノ狀態ヲ知悉スルモノニアラサルヲ以テ其財產ニ存スル瑕疵ニ對シテ責任ヲ負ハシムルハ苛酷ニ失スルノ嫌アリトス蓋シ債務者カ其關知セザル賣買ノ結果ニ對シテ損害賠償ノ責任ヲ負フコトナカルヘキハ論ヲ

俟タサル所ナルモ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ニ付テハ競落人ノ爲メニ擔保義務ヲ認メ且過失アル債務者及ヒ競買ヲ請求シタル債權者ヲシテ競落人ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任セシムルヨリ考フルトキハ目的物ニ瑕疵アル場合ニ於テモ亦競落人ノ爲メニ同一ノ救済ヲ與フルヲ可ナリトスルモノノ如シ然レトモ瑕疵ハ全體ニ於テ權利ノ欠缺ニ比シテ重要ナラサル場合多キニ居ルヲ以テ目的物ニ瑕疵アル爲メ競買ヲ解除シ又ハ代價ヲ減少スルハ繁雜ニ涉リ不便少ナカラサルヲ以テ寧ロ競落人ヲシテ其危險ヲ負擔セシムルヲ可ナリト認メタルモノナリ蓋シ斯クスルニ於テハ競落人ハ初メヨリ目的物ノ瑕疵ヨリ生スル損失ノ危險ヲ計益シ安價ニテ競買ノ申込ヲ爲シ自己ノ利益ヲ防衛スルノ手段ヲ就ルヘキヲ以テ不測ノ損害ヲ被ムルノ虞ナシトス

三 瑕疵擔保ノ内容

賣買ノ目的物ニ瑕疵アリタル場合ニ買主ハ賣主ニ對シテ如何ナル責ニ任スヘキカノ問題ニ付テハ民法第五七〇條ハ第五六六條ノ規定ヲ此場合ニ準用セルヲ以テ買主ハ同條ノ規定ニ則トリ賣主ニ對シテ二個ノ權利ヲ有ス即チ左ノ如シ

第一 買主ハ契約ヲ解除スルコトヲ得

目的物ニ瑕疵ノ存スルニ拘ハラズ買主ハ尙ホ之ヲ買取リタル所以ノ目的ヲ達スルニ妨ナキト

キハ其契約ハ之ヲ維持スヘク之ヲ解除スルノ必要ナシ何トナレハ此場合ニ於テハ瑕疵ノ有無ハ賣買ヲ爲サントスル買主ノ決意ニ何等ノ影響ヲ及ホシタルモノニアラスシテ買主ニ於テ之ヲ知ルモ尙ホ契約ヲ締結スルコトヲ妨ケサルモノナレハナリ之ニ反シテ其瑕疵ノ存スル爲メ買主カ之ヲ買取リタル所以ノ目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ契約ヲ解除シテ原狀ニ復スルコトヲ必要トス何トナレハ買主カ此場合ニ於テハ賣買契約ヲ締結スヘカラサリシモノナレハ契約ノ解除ハ買主ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ必要ナルヲ以テナリ

第二 買主ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得

買主カ目的物ニ瑕疵アルカ爲メ損害ヲ被リタルトキハ其賠償ヲ賣主ニ請求スルコトヲ得何トナレハ其損害ハ賣主カ其義務ヲ完全ニ履行セサルヨリ生スル結果タルニ外ナラサルヲ以テ賣主ニ於テ賠償ノ責ヲ負フヘキハ理ノ當然ナレハナリ獨逸民法カ單ニ代價減額ノ請求權ヲ認メ損害賠償ノ請求權ヲ認メサルハ瑕疵擔保ノ責任ニ關シテ我民法ト其主義ヲ異ニスルニ因ルモノナリ又我民法カ代價減額ノ請求權ヲ認メサルハ減額スヘキ代價ヲ算定スルコトノ實際上頗ル困難ナルカ爲ナリ蓋シ賣買ノ目的物ニ瑕疵アル場合ト賣買ノ目的物カ永小作權其他ノ權利ヲ負擔スル場合トハ一ハ物ノ物理的性質ニ欠タル所アリ他ハ物ノ法律の性質ニ於テ欠タル所アルノ差異アルモ賣主カ完全ニ財產權移轉ノ義務ヲ履行スルコト能ハサルノ點ハ二者全ク同一ナルヲ以テ買主ノ擔保責任ニ付ラモ亦同一ノ法則ニ依ラシムルコトト爲シタルモノナリ

第四項 擔保義務ノ履行

買主カ賣主ニ對シテ擔保權ヲ行使シテ代金ノ減額、契約ノ解除、損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルコトハ前既ニ説明スル所ナリ茲ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

一 權利ノ一部欠缺セルカ爲メ買主カ代金減額ノ請求權ヲ行使シタル場合ニ買主カ未タ代金ノ支拂ヲ爲サザリシトキハ權利不足ノ割合ニ應ジテ減額シタル代金ヲ賣主ニ支拂フノミヲ以テ足り既ニ代金ヲ支拂ヒタルトキハ不足ノ部分ニ相當スル代金ノ返還ヲ要求スルコトヲ得又目的物ノ一部カ他人ノ所有ニ屬シ買主カ既ニ之ヲ受取リタル場合ニ於テハ其部分ヲ賣主ニ返還スルノ義務アリトス

二 權利ノ欠缺並ニ瑕疵ノ爲メ買主カ解除權ヲ行使シタル場合ニ未タ代金ヲ支拂ハサルトキハ之ヲ支拂フノ義務ヲ免ケレ既ニ之ヲ支拂ヒタルトキハ其返還ヲ賣主ニ要求スルコトヲ得何レノ場合ニ於テモ買主カ目的物ノ給付ヲ受ケタルトキハ之ヲ返還スルノ義務アリ

三 權利ノ欠缺又ハ瑕疵ノ爲メニ損害ヲ被リタル場合ハ賣主ニ對シテ其賠償金ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

買主ハ場合ニ從ヒ右三個中ノ權利ニ付キ其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ス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種ナル債權債務ノ關係ヲ生スルモノナリ此等ノ債權債務ニ付テモ亦民法第五三條ニ定ムル同時履行ノ原則ヲ適用スヘク當事者ノ一方カ其義務ヲ履行セザルトキハ他ノ一方モ亦自己ノ義務履行ヲ拒絕スルノ權利ヲ有ス是レ民法第五七五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又自ラ定マレルコトハ上來説明スル所ニ依リテ明カナリ然レトモ擔保義務ノ有無並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平ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ關セ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ノ爲スコトヲ得ヘシ換言スレバ擔保義務ハ賣買契約通有ノ性質タルニ止マリ其成立ニ欠缺ヘカラサル要件ヲ成ササルモノトス故ニ特約アルトキ賣主ハ全然擔保義務ヲ免ケレ賣主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ナルヘシト雖モ賣主カ無擔保ノ特約アルニ拘ハラヌ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アリ即チ左ノ如シ

第一 賣主カ知リテ買主ニ告ケザリシ事實

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ズシテ無擔保ノ特約ヲ爲シタル場合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ルト假定セシニ其特約ハ無効ニシテ賣主ハ其知リテ告ケザリシ權利ノ欠缺及ヒ瑕疵ニ付キ擔保ノ責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ヌ之ヲ保護スルノ必要ナキヲ以テナリ然レトモ賣主カ尙ホ善意ナル以上ハ全然擔保ノ義務ヲ免脱スヘク過失ノ有無ハ之ヲ問ハサルモノトス

第二 自ら第三者ノ爲メニ設定シ又ハ之ニ讓渡シタル權利

賣主カ特約ヲ以テ擔保ノ義務ヲ免レタル場合、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ノ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特約ノ有無ニ拘ハラヌ之ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラス抑、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説明スル所ノ如シ然ルニ凡ソ債務ハ其何タルヲ論セズ其債務ノ履行ヲ妨クヘキ行

爲ヲ避止スルノ義務ヲ包含スルモノニシテ豫メ債務ノ履行ヲ妨クヘキ行爲ヲ爲スノ免除ヲ與フルハ債務關係ヲ根本ヨリ毀滅スルモノナルヲ以テ債務ノ本質ニ反シ法律上許スヘカラサルノ事ナリトス是レ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ら第三者ノ爲メニ設定移轉シタル權利ニ付キ擔保ノ責任セシムル所以ナリ例ヘハ甲、乙ニ家屋ヲ賣渡シ擔保ノ責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ルト假定セシムルニ甲ハ無擔保ノ特約ニ拘ハラヌ乙ニ對シテ擔保ノ責任セサルヘカラス佛國民法ハ此點ニ付キ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解釋上同一ノ結果ニ歸著スヘシ

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財產權ノ行使ト物ノ占有トカ分離スヘカラサル關係ヲ有スルトキ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產

民法債權 買賣 買賣ノ效力

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權利ノ移轉ト權利ノ目的タル物ノ引渡トハ全ク別箇ノ觀念ニ屬シ權利移轉ノ義務ハ必スシモ物ノ引渡ノ義務ヲ伴フモノト云フコトヲ得サルニ似タリ然レトモ賣主カ賣買契約ニ依リ買主ニ對シテ財產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產權ノ主體タル地位ヲ辭シ買主ヲシテ其地位ヲ繼承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產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買主ノ爲メニ財產權ノ主體タル地位ヲ作爲シ買主ヲシテ其財產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產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產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ス

物ノ引渡トハ占有ノ移轉ヲ云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スヘク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スシモ之ヲ要セス隨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依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シ賣主ハ爾後寄託貸借等其他ノ法律關係ニ基因スル返還ノ義務ヲ負フコトアルヘシト雖モ賣主トシテ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蓋シ目的物保管ノ義務ハ引渡ノ義務ニ牽連シテ之ト密接ノ關係ヲ有スルモノナリ何トナレハ賣主カ其引渡ヲ完了スルカ爲メニハ引渡ノ目的タル物ヲ自己ノ手裡ニ保有セサルヘカラサルヲ以テナリ而シテ民法第四〇〇條ニ依ルトキハ賣主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テ其責任重シ又買主カ遲滞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ヤニ付テハ學者間ノ議論アル所ニシテ消極論ヲ主張スル者ハ民法第四〇〇條ニ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爲ササルヘカラサルモノトシ積極論者ハ第四〇〇條ハ普通ノ場合ヲ規定シタルモノナレハ債務者カ遲滞ノ責任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テハ民法第六五九條ヨリ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予ハ後記ニ贊成スルモノナリ其詳細ハ諸君カ總則ニ於テ研究セラレタル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ論セス不特定物ニ付テハ民法第四〇一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 引渡ノ場合及ヒ時期 引渡ノ場所ニ付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(四八四條)引渡ノ時期ニ付テモ亦一般ノ原則ニ從ヒ期限ノ定メナキトキハ買主ノ請求ニ隨テ引渡ヲ爲ス(ヘク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但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 引渡スヘキ目的物

賣主ノ引渡スヘキ物ハ賣買ノ目的タル物ニ適合スルコトヲ要ス故ニ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ユルコトヲ得ス又ハ管ニ目的物ノ同一物ナルコトヲ要スルノミナラス賣主ハ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八七條ニ規定スル所ナルヲ以テナリ賣買ノ目的物ヨリ生スル果實ニ付テハ目的物ノ危險ハ債權者ニ於テ負擔スル以上ハ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他方ニ於テハ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ザルヲ得サルニ至リ相互間ノ權利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目的物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ノ利息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(五七五條)
不特定物ノ賣買ニ付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ザリシトキハ中等ノ物ヲ引渡スコトヲ要ス(四〇一條一項)

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四八四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ク目的物カ全部滅失シタルトキハ賣主ハ其義務ヲ免レ目的物カ毀損シタル場合ニ於テハ其毀損シタル狀態ヲ以テ引渡ノ手續ヲ完了スルコトヲ得ヘク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トス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民法第五三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
 其他舞濟ノ費用ニ關スル第四八五條ノ規定ハ賣買ノ目的タル物ノ引渡ノ費用ニ付テモ之ヲ適用
 スヘク舞濟ノ目的ニ關スル民法第四七五條乃至第四七七條ノ規定ハ不特定物ノ賣買ニ付テ之ヲ
 適用スヘキモノトス面シテ此等ノ規定ニ付テハ諸君ノ前學年ニ於テ既ニ研究セラレタル所ニシ
 テ今重ネテ之ヲ説明スルノ要ヲ見サルヲ以テ茲ニ之ヲ贅セス

第七項 登記義務

賣買ノ目的タル財産權カ不動産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産ノ權利ヲ保存スルカ爲メ
 ニ必要ナルノミナラス不動産上權利ノ主體トシテ登記簿上之ヲ目的トスル權利行爲ヲ爲スニハ
 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ヘ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産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産

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
 ノ責任アルヤ明カナリ此點ニ關シテハ動産ノ引渡ト不動産ノ登記トハ全ク同一ノ效用ヲ爲スモ
 ノナリ

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則チ金
 錢ノ給付ヲ目的トスルモノナレハ之カ履行ニ關シテハ金錢債務ニ關スル一般ノ原則ヲ適用ス
 ヘキモノトス面シテ金錢債務竝ニ其履行ニ付テハ諸君ノ既ニ研究セラレタル所ナルヲ以テ更
 ニ之ヲ論スルノ必要ナク茲ニハ唯買主ノ代金支拂ノ義務ニ關スル特別規定ノミニ付テ説明スヘ
 シ

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
 モ當事者カ此點ニ付キ何等ノ意思ヲ表示セザリシトキハ買主ハ買主ノ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ハ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

拂ニ付キ遲滞ノ責ニ任セサルヘカラサルヲ以テ爾後買主ヲシテ遲延利息ヲ支拂フノ責ニ任セシムルモノナリ然レトモ代金支拂ニ付キ特ニ期限ノ定アルトキハ其期限内ハ買主ニ遲滞ノ責任ナキヲ以テ目的物ノ引渡カ完了シタル場合ト雖モ履行期限ノ到來セサル限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(五五七條二項但書)

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ルハ論ヲ俟タス當事者カ買主ノ義務ニ屬スル代金支拂ノ時期ニ付何等ノ意思ヲ表示セサルト同時ニ買主ノ義務ニ屬スル目的物引渡ノ時期ニ付テモ亦別段ノ意思ヲ表示セザリシトキハ雙方ノ債務ハ無期限ニシテ相手方ノ請求ヲ俟テ引替ニ履行スヘキモノトス然レトモ右ノ場合ニ於テ物ノ引渡ニ付キ特ニ期限ノ定アルトキハ法律ハ代金ノ支拂ニ付テモ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其時期ニ支拂フノ意思ナリト推測スルハ取引ノ實狀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其時期ニ於テ爲スノ意思ナリト推測スルコトヲ得ハ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

三 代金支拂ノ場所 代金支拂ノ場所ハ通則ニ依ル即チ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限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五七四條ニ規定スル所ニシテ此規定モ亦當事者ノ意思ノ推測ニ基クモノナリ

四 代金ノ支拂ヲ拒絕スルノ權利 賣買ハ雙務契約ニシテ買主ノ義務ニ屬スル代金ノ給付ト賣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玆ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

(甲) 賣主カ目的物ノ引渡ヲ爲ササルトキハ買主ハ代金ノ支拂ヲ拒絕スルコトヲ得 雙務契約タル賣買ニ在テハ買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互ニ相牽連シ賣主ノ義務ニ屬スル目的物ノ引渡ト買主ノ義務ニ屬スル代金ノ支拂トハ交換ノニ之ヲ爲スコトヲ要ス隨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其義務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘク當事者ノ各自カ相手方ノ債務不履行ニ對シ自己ノ債務ノ履行ヲ拒絕スルコトヲ得ルノ權利ハ雙



務契約ノ性質ニ基因シ且相手方ノ債務不履行ヨリ生ズル損害ノ危険ニ對シ自己ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ極メテ必要ナリトモ是レ唯雙務契約ノ性質タルニ過キスシテ其要素ニアラサルノミナラス事全ク當事者ノ利害ニ關シ公益ニ關セザルヲ以テ當事者ハ雙方ノ權利義務ノ間ニ在ル此連鎖關係ヲ解キ別別ニ之ヲ履行スヘキモノトスルハ毫モ妨ケナシ故ニ雙方ノ債權債務カ其履行期限ヲ異ニスルトキ履行期限ノ先ツ到リタルモノニ付キ先ツ履行ヲ爲スヘキハ當然ノ條理ニシテ履行期限ノ到來セザル相手方ノ債務不履行ヲ理由トシテ其債務ヲ拒ムコトヲ得ルハ勿論ナリ(五三三條)

(乙) 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ジテ代金ノ全部又ハ一部ヲ支拂ヲ拒ムコトヲ得』是レ民法第五七六條ニ規定スル所ニシテ此規定モ亦賣主ノ義務不履行ヨリ生ズル損害ノ危険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權ニ付キ未タ確定ノ欠缺ヲ生ジタルモノニアラサルモ其欠缺ヲ來スヘキ危險アリト信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

茲ニ所謂權利ノ主張トハ買主ヲシテ其買受ケタル財產權ノ全部又ハ一部ヲ喪失セシム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ヘハ甲、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カ如シ而シテ丙ノ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一部ヲ失フ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廣狹ニ從ヒテ代金ノ全部又ハ一部ヲ留置スルコトヲ得ヘシ例ヘハ第三者カ目的物上ニ所有權地上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絶スヘク之ニ反シテ第三者ノ權利ノ存在スル爲メ買主ニ於テ重大ナル損害ヲ被ムルノ虞レナク結局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テ其他ノ部分ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス又買主カ代金ノ全部又ハ一部ヲ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險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五七五條ニ所謂「虞アルトキハ」ナル語ハ此意義ニ解釋スヘク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但此事タル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對シ買主ノ利益ヲ保護スルヲ以テ目的
 ト爲スコトハ前述ノ如ク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
 スルニ於テハ強テ代金ヲ抑留スル必要ナシ是レ第五七六條但書ノ規定アル所以ニシテ賣主
 ハ追奪ノ爲メ買主ノ被ムルヘキ損失ノ大小ニ應ジテ之ヲ償フニ足ルヘキ買物抵當物ヲ供シ
 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
 買受ケタル不動産ニ付キ先取特權質權又ハ抵當權ノ登記アルトキハ買主ハ濫除ノ手續ヲ終
 ルマテ其代金ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得

五 蓋シ此場合ニ於テモ買主ハ先取特權質權抵當權ノ行使ニ依リ其所有權ヲ剝奪セラレバ
 ルヲ以テ買主ハ損失ノ危險ニ對シテ其利益ヲ防衛スルカ爲メ此等物上擔保ノ存スル限ハ其義
 務ニ屬スル代金ノ支拂ヲ拒ムノ必要アリ而シテ買主ハ民法第三八二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供託シテ抵當權ヲ濫除スルコトヲ得ヘク先取特權質權抵
 當權カ濫除ニ依リ消滅シタルトキハ買主ハ其權利ヲ失フノ虞レナキヲ以テ最早代金ノ支拂ヲ
 拒ムコトヲ得ス是レ第五五〇條カ濫除ヲ期限トシテ代金拒絶ノ權利ヲ買主ニ附與スル所以ナ
 リ然レトモ濫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濫除ノ
 手續ヲ爲ササルト同時ニ他方ニ於テ代金ノ支拂ヲ拒ムニ於テハ買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テ遲滯ナク濫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ハ速クニ濫除ノ手續ヲ進行スルノ
 義務アリ但民法ハ買主カ賣主ノ請求ニ應セザリシ場合ノ救済方法ニ付キ規定スル所ナキヲ以
 テ解釋上疑ヲ生スヘシト雖モ濫除ノ手續ヲ等閑ニ附シタル買主ハ代金ノ支拂ヲ拒ムコト能ハ
 サルモノト解釋スルヲ相當トス何トナレハ斯クセサルニ於テハ第五七七條ノ規定ハ空文トナ
 ルノ奇怪ナル結果ヲ生スヘクレハナリ

買主カ濫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
 額ヲ辨濟スヘク何レノ場合ニ於テモ代金ノ全額ヲ支拂フノ義務ナキヤ明カナリ但買主カ初ヨ
 リ不動産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濫除ヲ爲シタルト否
 トニ拘ハラズ其支拂ヲ拒ムコトヲ得ス

六 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コトヲ得
 代金ノ支拂ヲ拒絶スルノ權利ハ要スルニ損失ノ危險ニ對シテ買主ヲ保護スルヲ唯一ノ目的ト
 爲スモノニシテ此目ノ充テテ達セラルル以上ハ買主ヲシテ其代金ヲ保有セシムルノ必
 要ナク又賣主モ亦買主ノ無資力ヨリ生スル損失ニ對シテ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ノ支拂ヲ拒絶シタルトキハ買主ハ其代金ノ供託ヲ買



主ニ請求スルコトヲ得ヘキモノト爲セリ蓋シ供託ハ當事者雙方ノ反對ノ利害ヲ調和スルニ最モ適當ナルヲ以テナリ

第五節 買賣ニ關スル規定

買賣ハ有價契約ノ標本ナルヲ以テ之ニ關スル規定ハ買賣以外ノ有價契約ニ準用スヘキモノトス是レ第五九條ニ規定スル所ナリ所謂有價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價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トキ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買賣、交換、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買賣ノ豫約手附及ヒ賣主ノ擔保責任ニ關スル民法ノ規定ハ其性質ノ許ス限ニ於テ之ヲ前掲買賣以外ノ有價契約ニ準用スヘキモノトス例ヘハ一方ノ豫約及ヒ手附ニ關スル規定ノ如キハ總テ有價契約ニ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價契約ノミニ準用シ瑕疵擔保ノ責任ニ關スル規定ハ物ノ讓渡ヲ目的トスル有價契約ノミニ準用スルカ如シ民法第五九條但書ニ「但契約ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ其限ニ在ラス」トアルハ則チ此謂ナリ

第三章 買戻

第一節 買戻ノ性質

民法第五七九條ニ曰ク「不動産ノ賣主ハ買賣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買戻ノ場合ニ在テハ賣主ハ買戻ノ特約ニ依テ留保シタル解除權ヲ行使シテ買賣契約ノ解除ヲ爲スモノナルヤ明カナリ故ニ買戻ニ付テハ解除權ノ因テ生スル買戻ノ特約ヨリ生スル解除權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キヲ以テ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(舊民法ニ所謂買戻權ハ此意義ヲ有ス)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説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説明スルコトヲ得ヘキヲ以テ此點ハ要スルニ說明ニ關スル便宜ノ問題ニ屬シ買戻ノ性質ニ影響ヲ及ホスヘキ重要ノ問題ニアラス予ハ今ヤ買戻ノ性質ヲ説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點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、不動産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費
用ヲ返還シテ其賣買ヲ解除スルノ權利ナリ

ト今ヨリ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ノ權利ナリ

買戻ナル語ハ其本來ノ意義ニ於テハ賣主カ一旦賣渡シタル物ヲ更ニ買取りテ再ヒ其所有ニ歸
セシムルノ謂ニシテ再賣買ナル語ト其意義ヲ同シウスルモノナリ然レトモ我民法ニ認メラル
ル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普通
一般ノ稱呼ニ從ヒ便益上此名稱ヲ使用シタルモノニ過キスシテ他ニ理由アルニアラス蓋シ買
戻ノ性質ニ付テハ學說立法例區區ニシテ一定セサル所ニシテ獨逸民法ノ如キハ再賣買ナリト
ハ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ル所ナルノミナラス買戻權ヲ以テ
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力ヲ生セサルモノト爲ス所

ナリ我民法ハ買戻權ヲ以テ單純ナル再賣買ノ權限關係ナリトセズ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夫レ自體ニ於
テハ物權的效力ヲ生セシメサルモノト爲セリ

右ノ如ク買戻契約ハ物權的效力ヲ生セサルヲ原則トスルモ登記ヲ爲スニ於テハ之ヲ第三者
對抗スルコトヲ得ルト同時ニ不動産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略ホ同一ノ結果ニ歸著スヘク亦再賣買ハ將來ニ向テノミ其效力ヲ
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 買戻權ハ不動産ノ賣主カ賣買契約ヲ解除スルノ權利ナリ

買戻權ハ不動産ノ賣主ノ獨リ享有スルコトヲ得ヘキ權利ニシテ動産ノ所有權其他ノ財産權ヲ
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ハ往往ニ

0072

シテ是アリ買戻ノ制度ハ則チ吾人ヲシテ此目的ヲ達スル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所有權ヲ確實ニ回復スルコトヲ得セシムルニ外ナラサ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トセス第三者ニ不測ノ損害ヲ及ホササル限ハ之ニ對シテモ尙ホ其效果ヲ對抗シ得ヘキモノトナスヲ必要トス是レ法律カ不動産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然ルニ動產其他ノ財産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難駁ナル各個ノ財産ニ付キ買戻ヲ許スハ繁雜ニ涉リ取引關係ヲ錯綜センメ經濟上不利ナル結果ヲ生スルノミナラス不動産以外ノ財産ニ付テハ其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再賣買ノ豫約ヲ爲シタルトモモ異ナル所ナキニ至リ賣主ノ爲メニ特ニ買戻權ヲ認ムルノ實益ハ始ト是ナキモノト謂ハサルヘカラス是レ法律カ不動産ノ賣買ニ付テノミ買戻權ヲ認メ動產ノ賣買ニ付テ買戻權ヲ認メサル所以ナリ之ニ反シテ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ヲ動產タルト不動産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當事者ハ任意ニ再賣買ノ豫約ヲ爲スコトヲ得ヘク唯此場合ニハ其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 買戻權ハ不動産ノ賣主カ賣買契約ト同時ニ爲シタル買戻ノ特約ニ基キ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主ト買主トノ間ニ賣買ノ解除ニ關スル意思ノ合致即チ特約アルコトヲ必要トス買戻ノ特約ト稱スルモノ即チ是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爲サレタルコトヲ必要トシ其後ニ成立シタル特約ハ再賣買ノ豫約トシテハ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ハ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産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則チ解除權留保ノ意思表示ニ外ナラサルヲ以テ此意思ハ解除權ノ留保ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ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ザ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ルハ格別賣買契約ヲ解除シテ之ヲ原狀ニ復スルコトハ到底不可能ノ事ニ屬スルヲ以テナリ故ニ賣買契約締結後ノ特約ヲ以テ賣買契約ヲ解除スルコトヲ得セシムルハ當ニ理論ニ抵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附與スルコトヲ得サルモノト爲シタル所以ナリ

第四 買戻權ハ不動産ノ賣主カ買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ノ權利ナリ

買戻權ハ當事者ノ意思表示ニ因リテ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ヲ以テ賣主ハ買戻權ノ行使ニ依リ其賣渡シ
タル不動産ノ所有權ヲ回復スルト同時ニ賣主ヨリ受取リタル代金ヲ買主ニ返還スルノ義務ヲ
負擔スヘク此場合ニ於テ賣主ヨリ買主ニ仕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疑問ナシ何トナレハ
買戻權カ既ニ賣主ニ留保セラレタル解除權ナル以上ハ其行使ハ當事者ノ地位ヲ原狀ニ復スル
ヲ以テ唯一ノ效力トスヘク之ニ付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
ルヲ以テナリ且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種ナル弊害ヲ
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買主ノ仕拂フヘ
キ金額カ賣買代金ト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ノミナラス賣買契約ニ付
キ買主ノ支出シタル費用ヲ買主ニ返還セサルヘカラス何トナレハ買主カ自己ノ利益ニ於テ買
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
シテ損害ヲ被ムラシムルコトナキヲ要スルハ公平ノ觀念ニ適スルヲ以テナリ且解除權行使ノ
場合ニハ買主ハ賣買代金ニ利息ヲ附シテ之ヲ買主ニ返還スルヲ當然ノ條理トスルモ我民法ハ
買戻ノ場合ニハ特約ナキ限ハ代金ノ利息ト不動産ノ果實トハ相殺シタルモノト看做シ當事者
雙方ヲシテ返還ノ義務ヲ免レシム蓋シ代金ノ利息ト果實トハ別別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消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法文ノ示ス如ク一ノ推定ノ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、買戻ノ特約ノ附帯スル買賣契約ハ不動産ノ目的トスルコト第二、買戻ノ特約ハ買賣契約ノ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内容トナスコトヲ必要トス而シテ此點ニ付テハ買戻權ノ性質ヲ論スルニ當リ既ニ説明セルヲ以テ再ヒ之ヲ論スルノ必要ナシ予ハ以下買戻ノ特約ニ關スル期限ニ付キ説明スヘシ

買戻ノ約款ヲ付シテ不動産ヲ買買ヲ爲スコトハ不動産ノ所有權ヲ喪失セシテ之ヲ金員融通ノ資ニ供スル一ノ便法ナリ何トナレハ不動産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産ハ買戻ノ特約ニ依リ確實ニ之ヲ回復スルコトヲ得ヘケレハナリ尤モ金員調達ノ手段トシテハ不動産ヲ質物抵當物トシテ金員ヲ借入ルル途ナキニアラサルモ質權及ヒ抵當權ノ實行ニ付テハ繁雜ナル手續ヲ要スルヲ以テ資本家ハ不動産ヲ抵當トシテ金員ヲ貸與スルヨリモ寧ろ買戻約款付ニテ不動産ヲ買取ルコトヲ便利ナリトスル場合往々ニシテ是アルヘキヲ以テ買戻約款付買買ハ不動産ヲ資金融通ノ用ニ供スル一方法トシテ不動産所有者ニ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ヌ尙ホ今日ニ於テ其餘端ヲ保ツ所以ナリ此ノ如ク買戻制度ハ一面ニ於テ不動産ノ所有者ノ爲メニ資本融通ノ便宜ヲ與フルモ他ノ一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往ニシテ是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産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ニ至ルヘケレハナリ而シテ斯ル狀態ハ成ルヘク速カニ之ヲ廢止シ當事者間ノ權利關係ヲ確定シ不動産ヲ其本然ノ狀態ニ復セシムルノ必要アリ是レ法律カ買戻權ノ行使ニ終期ヲ付シタル所以ニシテ我民法ニ依ルトキハ買戻ノ期間ニ付テハ左ノ制限ニ服從スヘキモノトス

第一、特約アル場合、當事者ハ買戻ノ特約ヲ爲スニ當リ買戻權ノ行使ノ期限ヲ協定スルコトヲ得ヘシト雖モ其期間ハ十年ヲ越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此期間ニ付テハ立法例區區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契約ハ當事者ヲ繩束セサルヤ明カナリ然レトモ其特約ハ全然無効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期間ニ對スル部分ノミ其ノ效力ヲ失ヒ買戻ノ期間ヲ十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契約ハ分割ノ觀念ヲ容ルルヲ以テ其一部ヲ無効トシ他ノ部分ヲ維持スルハ毫モ妨ケナク又買戻ノ期間ヲ十年ニ短縮スル以上ハ公益ヲ害セザルノミナラス當事者間ニ於テモ全然之ヲ無効トスルヨリモ寧ろ之ヲ十年ニ短縮シ

テ其特約ヲ維持スルハ其意思ニ適合スヘケレハナリ
 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レハ法律
 カ買戻ノ特約ヲ以テ經濟上不利ナル契約トシ成ルヘク之ヲ制限スルヲ可ナリト認メタルカ爲
 メニシテ買戻ニ關スル契約ハ常ニ必ス賣買契約ト同時ニ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タニ賣買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
 ス之ヲ伸長スルコトヲ得サルモノトス

第二 特約ナキ場合 當事者カ買戻ノ特約ヲ爲スニ當リ其期間ヲ限定セザリシ場合ト雖モ賣主
 ハ無制限ニ買戻權ヲ行使スルコトヲ得サルノミナラス買戻ノ期間ハ法律上五年間ニ制限セラ
 ルモノナリ是レ又成ルヘク速カ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ハ五年ヲ以テ當然其效ヲ失フヘク當事者ハ唯全
 體ニ於テ十年ヲ超ユサル期間内ニ於テ特約ヲ以テ其期間ヲ伸長スルコトヲ得ルニ過キササルモ
 ノトス

第三節 買戻ノ特約ノ效力

買戻ノ特約ハ不動産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ハ

既ニ説明スル所ノ如シ然ニ於テ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ト約言スレハ買戻
 ノ特約ハ當事者間ニ於テ其效ヲ生スルコトハ敢テ説明ヲ要セサル所ナリ然レトモ買戻ノ特約ハ
 前示ノ如ク賣買契約ヲ解除スルノ權利ヲ賣主ニ留保スルモノニ外ナラサルヲ以テ其特約ハ單ニ
 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セサルヘキハ我民法ノ認メタル
 買戻權ノ性質上誠ニ明白ナリトス何トナレハ契約ノ解除ハ當事者間ニ於テ其效ヲ生スルニ止マ
 リ物權の效力ヲ生セサルハ民法第五四五條第一項ニ規定スル所ニシテ買戻ノ特約ニ基ク賣買ノ
 解除ニ付テモ亦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
 ル不動産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一ノ特例ヲ設
 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

買戻ノ特約ハ夫レ自體ニ於テハ當事者タル買主ヲ驅逐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サル買戻ノ特約ハ之カ登記ヲ爲スニ依リテ物權の效力

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買戻ノ特約ノ存在ヲ知ルコトヲ得ヘキヲ以テ買戻權行使ノ結果不測ノ損害ヲ被ムルノ虞レナケレハナリ故ニ賣主カ買戻權ヲ實行シタル時ニ於テ買主ハ常ニ特約ヨリ生スル當然ノ結果トシテ不動産ノ完全ナル所有權ヲ賣主ニ移轉スルノ義務ヲ負擔シ賣買契約後其現ニ設定シタル不動産ノ權利ヲ消滅セシメ其不動産ヲ本然ノ狀態ニ復スルノ責ニ任スヘキ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輾轉シテ第三者ノ所有ニ歸シタル場合ト雖モ賣主ハ之ニ對シテ其權利ヲ主張シ不動産ノ所有權ヲ回復スルコトヲ得ヘク賣買契約後買主又ハ其承繼人ノ設定シタル不動産上ノ權利ハ買戻權ノ行使ト共ニ當然消滅ニ歸スルヲ以テ賣主ヲシテ其所有權ヲ回復セシムルヲ以テ目的トスル所ノ賣買契約ノ解除ハ絕對的ニ其效力ヲ生スルモノナリ然レトモ買戻ノ特約カ如上ノ效力ヲ生スル爲メニハ賣買契約ト同時ニ之ヲ登記スルコトヲ必要トシ其後ニ爲シタル登記ハ其効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物權的效力ヲ生スヘク隨テ第三者既得ノ權利ハ之カ爲メ毫モ妨害ヲ受クルモノニハアラサルヲ以テ此點ヨリ觀察スルトキハ契約後ニ於テ登記ヲ爲スハ毫モ妨ケナキカ如シト雖モ買戻ノ特約ハ不動産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付シタル民法第五八一條ノ規定ハ畢竟一ノ例外の規定ナルヲ以テ其適用ノ範圍ヲ制限シ買戻ノ特約ニ物權的效力ヲ付與スル所以

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

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六〇五條ニ規定スル所ナリ茲ニ於テ買主又ハ其承繼人カ買戻ノ特約ノ附隨セル不動産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ズ故ニ賣主カ買戻ノ特約ヲ登記セザ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權利ヲ主張シ得ヘク買戻權ノ行使ハ其權利ヲ害スルコトヲ得サルヤ明カナリト雖モ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信ハ當然消滅ニ歸スヘキモノトス然レトモ賃貸信ハ不動産利用ノ一方法ニシテ其存在ハ必スシモ不動産ノ所有者ニ不利ナルモノニアラス其期間ノ短キモノニ付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其效力ヲ生スルモノトスルトキハ何人モ其不動産ヲ賃借スルコトヲ欲セサルヘク爲メニ其不動産ヲ利用スルコト能ハサルニ至リ經濟上不利ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ茲ニ於テ法律ハ買戻ノ目的タル不動産上ノ賃貸信ニ付テハ一ノ例外ヲ設ケ買戻ノ當時不動産上ニ存在セル賃貸信ハ買戻ノ時ヨリ起算シ一年間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、第五八一條第二項ニ規定スル所ナリ然レトモ同條ノ規定ハ不動産ノ利用ヲ目的トシ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借權カ不動産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、第四三條ノ規定ニ依リ賣主ニ代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産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産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之ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得ルハ勿論賣主ノ債權者ハ民法第四二三條ノ規定ニ從ヒ賣主ニ代位シテ買戻權ヲ行使シ得タル不動産ヲ賣主ノ所有ニ歸セシメタル上其不動産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産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産其モノ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強チ買戻權ヲ實行スルノ必要ナク又他

方ニ於テ不動産ノ賣主又ハ其承繼人ハ其不動産ノ所有權ヲ保有スルニ於テ利益ヲ有スル場合往往ニシテ是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産所有權ヲ保有セント欲スル買主及ヒ其承繼人ノ爲メニ債權者ニ辨濟シテ買戻權ヲ消滅セシムルノ權能ヲ付與シタリ第五八二條ノ規定即チ是ナリ同條ノ規定ニ依ルトキハ不動産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産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産ノ現時ノ價格トノ差額ハ則チ買戻權ノ行使ニ依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此價格ニ付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産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ナルコトヲ期スルカ爲メニ外ナラス而シテ代位債權者ノ債權額カ前記差額以上ナルトキハ買主ハ其差額ヲ債權者ニ仕拂フノミヲ以テ足り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ハ其殘額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チ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五八二條ノ規定ハ頗ル有益ナリ何トナレハ民法債權 買戻ノ特約ノ效力



此規定ニ依リ買主ハ不動産ノ所有權ヲ保存スルコトヲ得ルノミナラス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其不動産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ヲ以テナリ

第四節 買戻權實行ノ方法

予ハ買戻ノ當事者及ヒ買戻ノ方法ニ區別シテ説明スヘシ

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買戻權ハ專屬的性質有セザルヲ以テ賣主ノ承繼人モ亦權利ヲ行フコトヲ得ヘシ
買戻權ノ對手人ハ買賣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産ノ所有權ヲ保有スル場合ハ勿論不動産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第三者ニ對抗シ得ヘカラサルトキハ買戻權ノ行使ニ必要ナル意思ノ表示其他ノ手續ハ總テ買主ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス蓋シ買戻權ハ買賣契約ノ解除權ニシテ其性質ニ於テ債權の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ニ干與セサル第三者ニ對シテ之ヲ行使シ得ヘキニアラサルヲ以テナリ然レトモ賣主カ買賣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ノ必要ナル行為ハ買主ニ對シテ之ヲ爲スヘキヤ若クハ現ニ不動産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予ハ此場合ニ於テハ買戻權行使ノ對手人ハ轉得者ニシテ買主ニアラス隨テ買戻權ノ行使ニ關スル行為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産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ヨリシテ更ニ再ヒ目的物ノ所有權ヲ移轉セシメ茲ニ再ヒ不動産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前掲權利義務ノ關係ハ不動産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産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産所有權ヲ賣主ニ移轉スルノ義務ヲ負フモノト謂ハサルヲ得ヌ之ヲ要スルニ賣主カ買戻ノ特約ヲ登記セザ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ス買戻ノ期間内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隨テ此要件ヲ欠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力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リ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トナルヲ以テ買戻權行使ノ結果賣主ハ終始不動産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ザリシモノトナルヘシ故ニ不動産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一九六條ノ規定ニ從ヒ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テハ其全部ノ有益費ニ付テハ其費用ノ爲メニ生シタル價格ノ増加ヲ現存スル場合ニ限り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増加額ヲ償還スルノ義

ニ於テハ保險金額ノ支拂ハ常ニ損害填補ヲ意味ス故ニ損害ナケレハ保險金ノ支拂ナク又損害以上ニ保險金ヲ支拂フ義務ナシ損害額カ保險金額ヨリ以下ナルトキハ損害ノ額ノミヲ支拂ヘハ足レリ即チ超過保險ノ原則適用アリ之ニ反シテ定額保險ハ一定ノ事故發生スルトキ一定ノ金額ヲ支拂フコトヲ約スルモノニシテ事故サヘ發生スレハ保險金ヲ支拂ハサルヘカラス損害ノ有無ヲ論セス損害ノ大小ヲ問ハサルナリ故ニ生命保險ハ定額保險ナリ然レトモ兩者ノ範圍必スシモ一致セス例ヘハ徵兵保險ノ如キ之ヲ生命保險ト斷定スルハ困難ナレトモ定額保險ナリト謂フコトヲ得ヘシ何トナレハ徵兵ナル事故ハ人ノ生死ニ直接關係アル事故ナリト斷定シ難シト雖モ苟モ徵兵ナル事故發生スレハ一定ノ金額ヲ給付スルヲ以テナリ疾病保險亦然リ

第三 陸上保險ト海上保險

損害ノ發生スルコトアルヘキ場所ニ依リテ保險ヲ區別スルトキハ陸上保險及ヒ海上保險ノ二ト爲スコトヲ得此區別ハ保險法發達ノ沿革ニ基クモノニシテ既ニ保險ノ起源ヲ論スルニ當リテ述ヘタル如ク保險ハ先ツ海上保險ニ於テ發達シ後ニ至リテ其原理カ一般ノ保險ニ適用セララルニ至リタルモノナリ海上保險ハ航海ニ關シテ生スルコトアルヘキ危險ヲ對スル保險ニシテ陸上保險ハ其他ノ損害ヲ意味ス即チ平水上ノ航行運送等ニ關スル危險ヲモ包含ス而シテ今日ニ於テハ海上運送保險ニ關聯シテ陸上運送保險ヲモ爲スカ故ニ陸上保險ナル名稱ハ單ニ海上保險ナル名稱ニ對シテ生シタルモノニ過キスシテ適當ナル區別ニ非ス

第四 特定保險ト包括保險

保險ノ目的物カ箇箇ニ特定シ居ルヤ否ヤニ依リテ保險ヲ區別スルトキハ特定保險ト包括保險ノ二ト爲スコトヲ得ヘシ蓋シ損害保險ニ在リテハ保險ノ目的ハ常ニ被保險利益ニシテ此被保險利益ハ必ス確定セサルヘカラス然レトモ被保險利益ハ唯一箇特定セル場合アリ又同機ノモノ相集マリテ包括的ニ確定セル場合アリ例ヘハ商品カ繼續的ニ倉庫ヨリ出入スル場合ニ於テ特定倉庫ニ存在スル商品全部ヲ保險ニ付スルトキハ倉庫中ノ商品ハ時時出入異動アルニ拘ハラズ包括的ニ倉庫内ノ商品トシテ保險ニ付スルコトヲ得ヘシ此場合ヲ稱シテ包括保險ト謂フ而シテ保險ノ目的物ノ箇箇ニ特定セル場合ヲ特定保險ト謂フ此名稱ハ單ニ包括保險タル名稱ニ對シテ特定ト云フニ過キス

第五 人保險ト物保險

事故カ人ニ關シテ存在スルト物ニ關シテ存在スルトニ依リテ保險ヲ區別スルトキハ人保險ト物保險ト爲スコトヲ得ヘシ此說ニ依レハ人ノ生命、身體若クハ自由等ニ關シテ事故カ發生スルトキハ人保險ニシテ物ニ對シテ損害ヲ與フヘキ事故ニ付テ保險ヲ爲シタル場合ニ於テハ之ヲ物保險ト爲ス而シテ人保險ハ廣義ノ生命保險ト相一致シ物保險ハ損害保險ト其範圍ヲ同シウスト爲スカ如シ然レトモ此區別ハ必スシモ正確ナラス何トナレハ物トハ我民法ニ依レハ有體物ニ限り無體物ノ觀念ヲ認メズ權利義務ニ關スル保險例ヘハ抵當保險ノ如キ若クハ信用保險ノ如キハ之ヲ

物保險ナリト爲スコトヲ得ス其人保險ニ非サルコト亦言テ俟タス故ニ此分類ニ依レハ人保險ニ非ス物保險ニ非ス其他ノ保險ノ種類ヲ分立セシメサルヘカラサルニ至ルヘシ

第六 通常保險ト再保險

通常保險トハ單ニ再保險ナル名稱ニ對シテ之ヲ假稱シタルニ過キス偶然ナル事故ノ發生ニ因リテ生スルコトアルヘキ損害ヲ填補スルコトヲ約スル場合(損害保險)或ハ人ノ生死ニ關スル事故ノ發生ニ因リテ一定ノ金額ヲ給付スルコトヲ約スル場合(生命保險)ハ孰レモ通常保險ニ外ナラス再保險モ亦此中ノ一種ニ過キサルトモ他ノ保險契約ニ依ル保險金支拂ノ爲メニ保險者カ受クヘキ損害ヲ填補スルヲ以テ保險ノ目的トスル場合ニ於テ特ニ之ヲ再保險ト稱ス詳言スレハ再保險ニハ必ス二箇以上ノ保險契約アリテ初ノ保險契約ニ於ケル保險者ハ後ノ保險契約ニ於ケル保險者即チ再保險者ニ對シ一定ノ保險料ヲ支拂ヒ再保險者ハ初ノ保險契約ニ定メタル事故發生シ初ノ保險者カ初ノ保險契約ニ基テ給付ヲ爲シタル場合ニ此義務ノ履行ニ依リテ被ルヘキ損害ヲ初ノ保險者ニ對シテ填補スルモノナリ故ニ再保險ニ在リテハ常ニ他ノ保險契約ノ存在ヲ前提トシ此保險契約ニ基ケル危險ヲ再保險者カ負擔スルナリ此名稱ニ對シ再保險ニ非サル通常ノ保險ヲ便宜上通常保險ト稱スルニ過キサルナリ

而シテ再保險ハ保險業者カ自己カ負擔セル危險ノ全部若クハ一部ヲ他人ニ負擔セシムル結果ヲ有スルモノニシテ其性質ニ付テハ種種ノ議論アリ然レトモ我商法ノ解釋上ニ於テハ再保險ハ所



謂義務保險ノ一種ニシテ單純ナル損害保險ニ過キスト信ス尤モ此說ヲ貫徹セシムルトキハ我保險業法上頗ル不便アルヲ免レス即チ生命保險ニ於テハ再保險ヲ附スル場合甚タ多ク之ニ依リテ保險金額ヲ大ナラシムルモ保險業者安全ニシテ被保險者モ亦不測ノ損害ニ陥ルコトナキヲ得ヘシ然ルニ我保險業法ニ於テハ生命保險事業ヲ營ムモノハ損害保險事業ヲ兼スルコトヲ得ス故ニ生命保險會社ハ他ノ生命保險契約ニ付テ再保險ヲ爲スコト能ハス則チ生命保險ニ關スル再保險ノ實行サルル爲メニハ特ニ之ヲ目的トスル損害保險會社ノ設立ヲ必要トスルニ至ルヘケレハナリ殊ニ保險業法施行規則第一號書式ニ依レハ生命保險會社ハ同時ニ再保險ヲ爲シ得ルコト明カニ認メ居ルモノナリト謂ハサルヘカラス此再保險ノ問題ハ困難ニシテ趣味アル問題ナルヲ以テ更ニ後ニ時機ヲ見テ詳細ナル研究ヲ爲サント欲ス

第六章 保險ニ關スル法令

蓋シ公法ト私法ト相接觸スルモノ保險ニ如クハナシ保險ノ營業ハ經濟上甚タ重要ナルモノナルカ故ニ法律ハ獨リ保險者、被保險者ノ間ニ於ケル法律關係ヲ規定スルノミナラス直接ニ之ヲ監督ストハ「ベールンド」カ獨逸保險契約法草案ニ付テ述ヘタル所ナリ保險ニ關スル法令ハ私法方面ニ於ケル契約法ト公法方面ニ於ケル監督法ヲ包含スルハ各國實例ノ認ムル所ナリ獨逸帝國ニ於テハ其憲法第四條ニ於テ保險ニ關スル立法及ヒ其監督ハ獨逸帝國政府ノ管轄ニ屬スヘキ

コトヲ定メタルニモ拘ハラス從來保險ニ關スル一般法ナク商法典ニ於テハ第五海商中ニ海上航海ノ危險ニ對スル保險ノ章程ヲ掲ケタルノミニシテ其他ノ保險ニ關スル規定ナシ

普國法典ニ於テハ保險ヲ「(2)射倂行爲」(Geseggen Geschäft)ト爲シ之ニ關スル規定ノ中ニハ保險ニ關スル原則ヲ定ムルト共ニ公法的规定ノ性質ヲモ包含セシメタリ千八百五十七年ニ發布セラレタル普國商法草案ニ於テハ海上保險及ヒ其他ノ保險ノ規定ヲ分チ海上保險以外ノ保險ニ付テハ之ヲ其第三編商行為ノ一般規定中ニ規定シ而シテ其中ニ總則、保險者被保險者ノ關係、保險ノ無効及ヒ保險料ノ返還ニ關スル規定ヲ包含セシメタリ而シテ動産、不動産ニ對スル火災保險、雹害保險、收穫保險及ヒ平水ニ於ケル貨物運送ニ關スル保險ニ適用スルコトト爲セリ此ノ如ク獨逸帝國ニハ一般ニ保險法ナク各聯邦ニ行ハレシ僅少ナル單行法ノ外保險ニ關スル事項ハ常ニ慣習法ニ從フノ外ナカリキ故ニ保險者被保險者間ニ於ケル法律關係ヲ定ムル標準ハ保險者ノ提出スル保險約款ニ依ルノ外ナカリキ此保險約款ハ保險者間ニ團體ヲ組織シテ定メタル所謂組合約款ニ依ルモノニシテ此約款ニ依リテ事業ヲ經營シ隨テ約款ハ事實上總テノ契約ヲ支配シ自ラ慣習法ノ淵源ヲ爲シ勢ヒ被保險者ノ爲メニ壓迫セララルル傾テ生シ被保險者不利ノ地位ニ立ツヲ免レサリキ仍テ立法者モ保險事業ハ監督ニ關スル法令ノ必要ヲ感シ千九百一年私營保險業法ヲ發布スルニ至リタリ然レトモ此法律ハ保險事業監督ニ關スル公法的规定ノミニシテ保險契約法ハ未タ存在セサリキ(其私營ナル文字ヲ冠セシメタルハ獨逸ニハ他ニ公法的ノ保險制



度存スレハナリ)而モ仍ホ本法ニ依リ從來民法ノ規定ニ委ネタル相互保險ヲシテ商法ノ規定ニ從ハシムルコトセリ

而シテ千九百三年保險契約ニ關スル私法の規定即チ保險契約法及ヒ同施行法ノ草案ヲ公表スルニ至レリ同草案ニ依レハ契約法ハ之ヲ五編ニ分チ第一編ニハ保險全般ニ對スル共通の規定ヲ設ケ之ヲ五章ニ細別シ第一章ニ總則、第二章ニ危險狀態ノ告知及ヒ危險ノ増加第三章ニ保險料、第四章ニ保險事項(Versicherungssachen)、第五章ニ保險代理者ニ關スル規定ヲ設ケタリ而シテ第二編損害保險ヲ更ニ六章ニ分チ第一章ニ總則、第二章ニ火災保險、第三章ニ電害保險、第四章ニ家畜保險、第五章ニ運送保險、第六章ニ義務保險ニ關スル規定ヲ設ケタリ而シテ第三編ニ生命保險、第四編ニ災害保險ノ規定ヲ示シ第五編ニ附則ヲ掲ケタリ此草案カ實施セラルルニ至ラハ獨逸帝國法律ハ保險ノ私法の方面ニ關スル規定カ統一セララルルニ至リ千九百一年ニ發布セラレタル私營保險業法ト共ニ保險法ノ完成ヲ致スニ至ルナリ
佛蘭西ニ於テハ千八百七年ノ商法法典ニハ海上保險ニ關スル規定ヲ有スルノミ民法法典ニ於テハ其第一九六四條ニ於テ保險契約ヲ以テ賭博其他ノ射倖契約ト同様ニ看做シ且之ニ關スル規定ハ海上法ニ於ケル保險ニ關スル規定ニ讓レリ而シテ佛蘭西民法典中特ニ保險ト重要ナル關係ヲ有スルハ第一三八二條乃至第一三四四條ニ示セル不法行為ニ關スル規定及ヒ第一七三三條乃至第一七三五條ニ示セル家屋賃借人ノ事項ニ關スル規定ナリトス此規定ニ依レハ家屋ノ賃借人及

ヒ其轉借人ハ天災、不可抗力又ハ家屋建築ノ瑕疵ニ基ク火災及ヒ類燒ノ場合ノ外火災ノ責ニ付スルコトヲ定ムルヲ以テ賃借人等ノ責任甚タ重大ナルヲ以テ其結果此等ノ人人ハ勢ヒ常ニ火災保險ヲ附スルニ至レリ

英吉利ニ於テハ保險ニ關スル包括の規定ナシ唯單行法トシテ保險ニ關スル條例及ヒ生命保險會社條例アルノミ而シテ海上保險法典ノ草案アレトモ未タ成法ト爲ルニ至ラズ
北米合衆國ニ於テハ各聯邦ニ於テ保險ニ關スル規定ヲ設ク其一部ニ於テ國家ノ監督ニ關スル規定ヲ設ク其一部ニ於テハ保險契約法ニ關スル規定ヲ示セリ

我國ニ於テハ明治三十一年舊商法ノ實施セララルマテハ保險ニ關スル法令ナク保險者及ヒ被保險者間ノ關係ハ保險者ノ定メタル保險規則ニ準據シテ決定セラレタリ

而シテ舊商法ハ第一編商ノ通則第一章ニ保險ノ規定ヲ設ケ之ヲ六節ニ分チ第一節ニ總則、第二節ニ火災及ヒ震災ノ保險、第三節ニ土地ノ產物ノ保險、第四節ニ運送保險、第五節ニ生命保險、病傷保險及ヒ年金保險、第六節ニ保險營業ノ公行ヲ規定シ別ニ第二編海商第一編第一章ニ於テ海上保險ヲ規定セリ即チ舊商法ニ在リテハ第一編第一章及ヒ第二編第八章ニ諸種ノ保險ニ關スル私法の規定ヲ定メ保險契約ニ關スル法規ヲ明カニスルト共ニ第一編第一章第六節保險事業監督ニ關スル規定ヲ設ケタリ

然ルニ新商法ニ於テハ海上保險ハ第五編海商ノ中ニ規定シ其他ノ保險ハ第三編商行為第一〇章

ニ規定スルコトト爲セリ即チ第一〇章ヲ二節ニ分チ第一節ヲ損害保險ト爲シ之ヲ更ニ第一款總則、第二款火災保險及ヒ第三款運送保險ニ分類シ第二節ヲ以テ生命保險ヲ規定セリ左レハ新商法ニ於テハ損害保險ト生命保險トヲ全然區別シ舊商法ノ如ク之カ共通ノ總則ヲ設クルコトヲ爲サス全ク二種ノ保險ト爲セリ唯損害保險ノ原則ハ同時ニ生命保險ノ原則ヲ成スヲ以テ損害保險ニ關スル規定ノ生命保險ニ準用セラルルコト多キヲ見ルノミ

而シテ相互保險ハ我保險業法ニ依リ私法的關係ナルモ商行爲ニ非サルヲ以テ商法第四一八條及ヒ第四三三條ニ依リ商行爲タル損害保險及ヒ生命保險ノ規定ハ損害相互保險及ヒ生命相互保險ニ準用スルコトトナシ事實上營利保險モ相互保險モ同一ノ規定ニ從フコトトナセリ

前ニ述ヘタル如ク舊商法ハ保險事業監督ニ關スル公法的規定ヲ商法法典中ニ記載シタレトモ新商法ニ於テハ之ヲ特別法令ニ讓ルノ趣旨ヲ以テ規定セス唯商法施行當時未ダ保險事業取締ニ關スル特別法令存在セサルヲ以テ商法施行法第九五條乃至第一一六條ニ於テ保險事業監督ニ關スル規定ヲ設クタリ而シテ明治三十三年保險業法ヲ發布シタリ是レ保險事業監督ニ關スル公法的規定ニシテ之ヲ第五章ニ分チ第一章ニ總則、第二章ニ株式會社、第三章ニ相互會社、第四章ニ計算、第五章ニ罰則ニ關スル規定ヲ設クタリ而シテ本法ノ施行ト同時ニ商法施行法第九五條乃至第一一六條ノ規定ヲ廢セリ又日本ニ於テ事業ヲ經營スル外國保險會社ノ取締ニ付テハ明治三十三年勅令第三八〇號ニ依リ監督ノ規定ヲ設クタリ是ニ於テ我國ニ於ケル保險ニ關スル法令ハ

刑法各論

法學士 泉 二 新 熊 講 述

緒論

一 多年ノ宿題タリシ改正刑法案ハ第二十三議會ニ於テ兩院交讓ノ結果些少ノ修正ヲ加フルノミニテ全部確定トナリ既ニ御裁可ヲ經テ公布セラレ茲ニ法典トナレリ然レドモ其實施期ハ尙ホ將來ニ在リ現今尙ホ從來ノ法典ヲ實施シツツアルカ故ニ吾人ハ此種舊刑法典更替ノ時ニ際リ暫時二箇ノ刑法典ヲ有ス此時ニ方リテ本學ニ於ケル刑法ノ講義ヲ勸ムルニハ新舊法典ノ孰レニ據ルヘキカハ一問題タルヘシ而シテ一方ヨリ云ヘハ現行刑法ハ將來暫時效力ヲ有スルモノナレハ現今ニ在リテハ之ヲ基礎トシテ講述スルヲ便利ナリトスルモノモアルヘシト雖モ他方ニ於テハ其豫命長カラサル半死ノ法典ヲ講スルヨリハ寧ロ將來必然吾人ノ典據トナルヘキ新刑法ヲ講ムルヲ以テ實益多シトスルカ故ニ予ハ主トシテ新刑法ニ基キ現行刑法ヲ參照シテ

講述スヘシ

二 本論ニ入ルニ先テ新刑法ノ現行刑法トノ異同ヲ概説スルハ甚ダ必要ノコトナリト信スレトモ今ハ茲ニ特ニ其重要ナル關係アル點ノミニ付テ一言スヘク殊ニ各事項ニ關スルモノハ本論中必要ニ應ジテ參照説明スヘシ

先ツ現行刑法ハ犯罪ヲ重罪、輕罪、違警罪ノ三種ニ分類シ尙ホ各種ノ重罪輕罪ヲ公益ニ關スルモノト身體財產ニ對スルモノトニ大別シテ前者ヲ第二編ニ後者ヲ第三編ニ配列シ違警罪ハ一括シテ第四編ニ規定シタルモ罪ノ三分類ハ沿革上ノ名物タルニ止マリ理論上ノ根據ヲ缺キ公益ニ對スル罪ト私益ニ對スル罪トノ類別ハ法典ノ編纂上何等ノ實益ナシトノ理由ニ依リ新刑法ニテハ公益ニ關スル罪ト身體財產ニ對スル罪トノ類別ヲ法典ニ明示セス又現行刑法ハ違警罪中刑事上ノ性質ヲ有スルモノハ總テ之ヲ第二編ニ收容シ他ノ罪ト共ニ其種類ニ從テ之ヲ各章ニ配列シ其他ハ悉ク特別ノ立法ニ讓ルノ主義ヲ採リタルコト形式上ニ於ケル大差點ノ一ナリ

現行法ノ罪目中他ノ法令ノ罰則ト相竝テ行ハルヘキモノハ住任ニシテ他ノ法令ノ罰則ト抵觸シ或ハ重複シテ解釋上ノ困難ヲ生スルコト尠ナカラサルカ故ニ新刑法ハ他ノ法令ト相關涉スルモノハ成ルヘク之ヲ特別法ニ讓ルノ主義ヲ採リタルコト形式的大差點ノ二ナリ

新刑法ハ現行刑法ニ比シ著シク條文ノ數ヲ減少シタル點ニ於テモ形式ヲ異ニス蓋シ新刑法ノ

各本條ノ規定ノ著シク減少シタルハ一ハ特別法ニ規定ヲ讓リタルモノ少ナカラサルニ由リ一ハ現行刑法中特別ノ加重減輕條件ヲ定メタルニ過キサルモノハ概ネ之ヲ削除シ總則ノ規定ノ適用ニ依リテ犯罪ノ狀況ニ由リ加重スルヲ得セシムル主義ヲ採レル結果ナリ例ヘハ現行刑法ハ其第三六六條乃至第三七六條ニ至ル十一箇條ニ於テ竊盜ノ規定ヲ爲シタルニ拘ハラヌ新刑法ハ總則第三三條ト總則ノ規定トノ適用ニ依リ各箇ノ場合ニ於ケル竊盜ヲ處分スルコトヲ得セシメタルカ如キ是ナリ故ニ新刑法ハ現行刑法ニ規定セル特別加重條件ヲ絕對ニ否認スルノ趣意ヲ有スルモノト速斷スヘカラス新刑法ノ解釋ニ付テハ現行刑法ノ規定ヲ參照考較スヘキ場合少ナカラサルヲ注意スヘシ

現行刑法ハ重罪及ヒ輕罪ノ區別ヲ爲シ數多ノ罪名ヲ設ケ特ニ刑ノ範圍ヲ狹隘ニシタルヲ以テ裁判所ハ其裁量ニ依リ罪狀ノ輕重ニ從テ刑ノ輕重ヲ定ムルコト能ハサル結果トシテ或ハ不必要ナル場合ニ於テ重キ刑ヲ科シ或ハ必要ナル場合ニ於テ重キ刑ヲ科スルコト能ハサルノ不便アリ故ニ刑法ハ犯罪ヲ豫防スルノ目的ヲ達スルコト能ハスニテ却テ犯罪ヲ増加スルノ弊害ヲ免レス新刑法ハ茲ニ鑑ミル所アリテ各本條ニ於ケル刑ノ範圍ヲ擴張シ或ハ數箇ノ異種刑ヲ擇一的ニ豫定シ裁判所ヲシテ必要ニ應ジ刑ノ輕重ヲ定ムルコトヲ得セシメタリ是レ一面ニ於テハ形式上ノ差異ニシテ他ノ一面ニ於テハ實質上ノ大差異ナリ其他新刑法ハ未遂罪、併合罪及ヒ累犯ノ處分ニ付テ異ナリタル主義ヲ採用シ刑ノ執行猶豫ヲ認メ最近刑事政策ノ要求ニ應セ

ンコトヲ力メタル點ニ於テ現行法ニ比シテ實質上ノ進歩ヲ爲シタリ

新刑法ノ實質上ニ於ケル進歩ハ一面ニ於テ司法官ノ威信ノ増進ニシテ又其權限ノ擴張ナリ然レトモ裁判所カ其擴張サレタル權能ヲ行使スルニハ罪狀ノ探究及ヒ刑ノ量定ニ付テ從來ニ比シ一層嚴重ナル注意ヲ用キサルヘカラス此注意ニシテ粗漏ナルトキハ刑法改正ノ事業モ遂ニ水泡ニ歸スヘキナリ

三 本講義ノ目的ハ各種ノ犯罪ニ於ケル特別構成要件及ヒ其刑罰ヲ研究スルニ在リ即チ所謂刑法各論ノ講義タリ

各論ノ講義ノ順序ニ付テハ専ラ法典ノ序列ニ從フモノト各種ノ犯罪ヲ系統的ニ分類シテ説明スルモノトノ二主義アリ蓋シ法典ニ於ケル各罪種ノ序列ハ或範圍ニ於テ系統的分類ニ從フコト疑ナシ何トナレハ近世ノ立法ハ學問的知識ノ應用ニ依ルモノナレハナリ故ニ第一ノ主義ヲ採ルモ不可ナラス然レトモ法典ハ社會的ノ行爲ノ準據タルヘキモノニシテ學問ノ發達ヲ計ルヲ以テ目的トナスモノニ非サルカ故ニ其序列モ亦必スシモ學問的ニ秩序ヲ成ササルモノアリ機械的ニ法典ノ序列ヲ逐テテ説明スルハ系統的ノ知識ヲ得ル所以ニ非サルナリ是ヲ以テ予輩ハ一定ノ標準ヲ以テ各種ノ犯罪ヲ序次分類スルノ主義ヲ採用セント欲ス而シテ其標準ニ付テハ多クハ被害法益カ共同ノ性質ヲ有スルヤ將タ個人的ノ性質ヲ有スルヤニ因テ各種ノ犯罪ヲ公益ニ對スルモノト個人ノ法益ニ對スルモノトニ二分シ更ニ異同分合シテ其以下ノ分類ヲ爲ス

ヲ以テ通例トスルモ或種ノ犯罪殊ニ所謂共同危險罪(例ヘハ放火、溢水、往來通信妨害罪ノ類)及ヒ貨幣偽造罪ノ如キハ個人利益ニ對スル罪ノ一種トナスモノアリ或ハ又共同利益ニ對スル罪ノ一種トシテ説明スルアリ學者ニ依リテ其見解ヲ異ニセリ是レ其被害法益カ一面ニ於テハ個人的ノ性質ヲ有シ他ノ一面ニ於テハ共同的ノ性質ヲ有スルニ因ルモノニシテ又此主義ニ對スル非難ノ原因モ此ニ在リ是ヲ以テ我輩ハ各種ノ犯罪ヲ絕對ニ公益ニ對スルモノト私益ニ對スルモノトニ二分セス必要ニシテ便宜ナル範圍内ニ於テ總合分類スルニ止メントス

本論

第一編 國家ニ對スル罪

第一章 皇室ニ對スル罪

第一 本章ニ於ケル犯罪ノ客體ハ天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子、皇太孫、及ヒ其他ノ皇族、神宮又ハ皇陵ナリ現行刑法ハ第一一六條及ヒ第一一七條ニ於テ天皇三后(太皇太后、皇太后及ヒ皇后)及ヒ皇太子ヲ舉ケ皇太孫ヲ此規定中ニ列セス又神宮ヲ客體ニ加ヘスト雖モ我國體ノ上ヨリ觀察スルトキハ其不適當ナルコト論ヲ俟タス天皇トハ皇室典範ノ定ムル所ニ依リ皇位ヲ繼承シテ日本帝國ヲ統治セラルル在世ノ君主ヲ奉稱ス天皇崩御セララルトキハ皇嗣即チ天皇タリ即位ノ禮ハ儀式タルニ過キササルカ故皇位繼承ノ效力ハ天皇ノ崩御ト同時ニ發

生ス現行ノ制度ニ於テハ往時ニ於ケル太上天皇ノ制ヲ認メス太皇太后、皇太后、皇后、皇太子又ハ皇太孫ハ何レモ皇族ノ御一人ナリト雖モ之ニ對スル犯罪ハ他ノ皇族ニ對スルモノヨリ重シ天皇トノ御關係殊ニ御親近ニシテ最モ特別ノ地位ニ在ラセラルルカ爲メナリ皇太子トハ典範ノ規定ニ依リ儲嗣タル皇子ヲ奉稱シ皇太孫トハ皇太子在ラサル場合ニ於テ儲嗣タル皇孫ヲ奉稱ス皇族ノ範圍ハ典範第三〇條ニ定メラルル刑法第七五條及ヒ第七六條ノ皇族ハ第七三條及ヒ第七四條ノ皇族ヲ除クノ外一切ノ皇族ヲ包含シ御親疎ノ差異ニ關係セズ攝政ハ特ニ攝政タルノ資格ニ於テ特別ノ保護ヲ受ケス皇族タル資格ニ於テ或ハ第七三條又ハ第七四條中ニ列シ或ハ第七五條又ハ第七六條中ニ列ス神宮ハ皇祖ヲ奉祀セル伊勢ノ太廟ヲ奉稱シ皇陵ハ歷代ノ天皇ノ陵ヲ意味ス皇族ノ御墳墓ヲ含マス一說ニ據ルトキハ神宮モ亦皇陵ナリトナス然レトモ神宮ト皇陵トハ歴史上ノ觀念ニ於テ互ニ一致セサルコト昭ナルカ故ニ新刑法力之ヲ補ヒタルハ適當ナリ

第二 本章ニ於ケル犯罪ハ危害行為又ハ不敬行為ヲ以テ要件トス

危害トハ身體生命ニ對シ危險ナル暴行、脅迫ヲ意味ス不敬行為トハ皇室ノ尊嚴ヲ冒瀆スル行為ヲ包含スルモノニシテ其極度及ヒ方法ニ付キ制限ナキカ故ニ通常ノ誹毀、侮辱、罵詈、讒謔ニ亘ルヘキ一切ノ言語、形容及ヒ書畫等ヲ包含シ皇陵ニ對シテ毀壞汚損及ヒ發掘等ヲ包含ス不敬罪ニ付テハ未遂ヲ罰セス歷代ノ天皇ノ名譽ヲ毀損スルハ場合ニ依リテ或ハ本章ノ罪ト

ナリ或ハ第二三〇條ノ罪トナルヘシ

第三 本章ニ於ケル犯罪モ亦總テ總則ノ規定ニ從ヒ故意ノ存スル場合ニ非サレハ罰スルコトヲ得ス上序客體ヲ認識シ之ニ對シテ危害又ハ不敬ヲ加フルノ意思アルヲ以テ犯罪成立ノ條件トス故ニ皇室ノ御一人タルコトヲ知ラスシテ危害又ハ名譽毀損ノ行為ヲ爲シタルトキハ殺人、傷害其他身體自由ニ對スル罪又ハ名譽ニ對スル罪ヲ構成スヘキモノニシテ本章ノ罪トナラス危害ヲ加ヘントスル意思ナキトキハ通常ノ過失殺傷罪タルヘク不敬ヲ加フル意思ナキトキハ不敬罪ヲ構成セズ

第四 本罪ハ犯罪ノ場所ノ内國タルト外國タルト又内國人ノ犯シタルト外國人ノ犯シタルトヲ分タス總テ本刑法ヲ適用シテ之ヲ處罰ス(二條一號參照)

第二章 内亂ニ關スル罪

第一 内亂罪トハ國家組織ノ大綱ヲ變更スル目的ヲ以テ暴動ヲ爲スヲ謂フ現行刑法第一二一條新刑法第七七條ニ規定スル所ナリ抑、國家ハ其内部ノ組織ニ變更ヲ生スルモ其當然ノ結果トシテ外部ニ對スル獨立ヲ損スルモノニ非スシテ外部ニ對スル關係ト内部ノ關係トハ之ヲ區別スルコトヲ得ルカ故ニ學者或ハ内亂罪ヲ定義シテ國家全體トシテノ内部ノ存在ヲ攻撃スル犯罪ナリトナス蓋シ説明方法ノ異ナルニ過キスシテ觀念ノ差異ニ非ス

法律ハ内亂ノ豫備又ハ陰謀及ヒ幫助ヲモ處罰スルヲ規定シ内亂ニ關スル罪ノ中ニ包括ス
内亂ニ關スル罪ハ其性質上重大ナルカ故ニ犯人ノ國籍及ヒ犯罪ノ場所如何ニ拘ハラヌ我國ニ
於テ之ヲ處罰ス(一條二條二號參照)

第二 内亂罪ノ實體的構成要素トシテハ暴動行為ノ存在ヲ必要トス暴動トハ多數ノ集合力ニ因
ル暴行強迫ヲ意味ス現行刑法ニハ「内亂ヲ起シ云云」トアルカ爲メニ或ハ國際法上ニ於テ國
内戰爭ト目セラルルモノニ非サレハ内亂罪ヲ構成セザルヤノ疑ヲ生スルヲ以テ此疑ヲ避クル
カ爲メニ新刑法ハ暴動ヲ爲シタルモノト改メ未タ戰爭ノ狀況ニ到ラサル場合ニ於テモ處罰ス
ルコトヲ得ルコトヲ明カニシタリ

第三 内亂罪ノ主觀的要素トシテハ國家組織ノ大綱ヲ紊亂スル目的アルコトヲ要ス法文ニハ
「政府ヲ顛覆シ、邦土ヲ僭竊シ其他朝憲ヲ紊亂スルモノ云云」ト規定ス蓋シ政府ヲ顛覆シ邦土
ヲ僭竊スルカ如キハ國家組織ノ大綱即チ朝憲ヲ紊亂スル一例タルニ過キス而シテ國家組織ノ
大綱ハ成文ノ憲法ナキ國ニ於テモ固ヨリ一定シテ動スヘカラス凡ソ此大綱ヲ紊亂スルトキハ
其大綱ヲ成文ニ規定スルト否トニ拘ハラヌ犯罪要件ヲ充タスニ足ルト雖モ我國ニ在リテハ殊
ニ現今成文ノ憲法ニ於テ其大綱ヲ定ムルカ故ニ此大綱ニ關スル憲法ノ規定ヲ紊亂スルハ則チ
悉ク朝憲紊亂ナリト云フコトヲ得ヘシ故ニ例ヘハ萬世一系ノ君主國體ヲ變史セントスルカ如
キ又ハ天皇ノ大權ヲ制限セントスルカ如キ或ハ立憲政體ノ要素タル帝國議會ヲ廢セントスル

カ如キ又ハ其權限ヲ擴張減縮セントスルカ如キ其他總テ國家組織ノ大綱ニ關スル憲法上ノ大
主義ヲ變更スルハ何レモ朝憲紊亂ナリト云フコトヲ得ヘシ(法文ニ「政府ヲ顛覆シ」ト云フハ
主トシテ帝國ノ統治權力ヲ破壞セントスルノ目的ヲ意味シ「邦土ヲ僭竊シ」ト云フハ帝國ノ統
治權ノ及ヒツツアル範圍ヲ占領シテ統治權ノ普及ヲ遮斷スルコトヲ意味ス)

(註一) 現行刑法ノ解釋トシテハ未タ兵ヲ擧グルニ到ラサルモノト規定スルニ依リテ内亂罪
ノ要素トシテ戰爭ヲ爲スニ到ルヲ必要トスルモノノ如ク思惟シ戰爭ヲ以テ内亂罪ノ要素ト
スルモノナキヲ保セスト雖モ此ノ如ク解スルノ必要ナク必スシモ兵器ヲ執リ爭鬪ヲ爲スニ
到ルヲ要セス苟モ多衆集合力ヲ以テ國家ノ存在ヲ攻撃スルヲ以テ足ルモノナルカ故ニ改正
刑法ハ之ヲ改メテ單ニ暴動云云ト規定シタルハ適當ナリ

(註二) 内亂罪ノ特質例外トシテノ主觀的要素即チ國家組織ノ大綱ヲ紊亂セントスル目的ア
ルコトヲ要ストセルハ特ニ注意スヘキ點ナリ何トナレハ此要素ヲ缺クトキハ他ノ犯罪ヲ構
成スルコトアリトスルモ決シテ内亂罪ヲ成立セシムルモノニ非サレハナリ

(註三) 朝憲ヲ紊亂スル目的ヲ以テ天皇ニ對シテ危害ヲ加ヘタルカ如キ場合ニ於テハ内亂ニ
關スル罪ト天皇ニ對スル危害罪トノ想像上ノ二罪ヲ認メ改正刑法第五四條ニ依リテ之ヲ處
斷セザルヘカラス

第四 前段ニ說明シタルカ如ク内亂罪ノ構成要素トシテ朝憲紊亂ナル特別ノ目的アルコトヲ要



スル外尙ホ暴動者ハ自己ノ行爲カ正當ナル政府ヲ顛覆シ又ハ正當ニ統治權ノ客體タル領土ノ一部ヲ僭竊シ其他憲法上ノ權力行動ヲ破壞スルノ危險タルコトヲ認識スルコトヲ要ス故ニ假ニ暴動者カ權力ヲ得テ政府ヲ自ラ專擅ニ組織スルカ如キ場合ニ於テ之ヲ顛覆スルハ其權力者ノ新ナル法律ニ依リテ處分セララルルハ格別既成ノ法律ニ於テハ之ヲ内亂罪ト認ムヘキモノニ非ス

(註) 現行刑法ハ政府ヲ變亂スル目的ヲ以テ人ヲ謀殺シタル場合其他内亂ニ乘シテ人ノ身體財産ニ對シ内亂ノ目的ニ關セサル罪ヲ犯シタル場合ニ付テノ特別ノ規定ヲ設ケタリト雖モ改正刑法ハ之ヲ別箇ノ犯罪トシ或ハ之ヲ第五四條ノ規定ニ依リテ處分スルコトヲ得ルモノト認メ特別ノ規定ヲ設ケタルコトヲ避ケタリ

第五 新刑法ハ現行刑法ト等シク内亂罪ノ實行者ノ處分ニ付テハ各自ノ行爲カ憲法ノ目的ヲ遂行スルニ適スヘキ程度ノ異ナルニ因テ其刑ヲ區別シタリ

一 首魁ハ死刑又ハ無期禁錮ニ處シ其謀議ニ參シ群衆ヲ指揮シタルモノハ無期禁錮ニ處シ其他諸般ノ行爲ヲ爲シタル者ハ一年以上十年以下ノ禁錮ニ處シ附和隨行シタルモノハ三年以下ノ禁錮ニ處スルモノトス所謂首魁トハ暴動團體中ノ最モ有力ナルモノヲ謂フ即チ暴動全體ヲ指揮監督統率スルモノヲ謂フ暴動ノ最初ヨリ首魁タルモノアリ中途ニシテ首魁ノ地位ヲ占ムルモノアリ或ハ又數人共同シテ此地位ヲ占ムル場合アリ其態樣必スシモ一定セス現

行刑法ハ教唆者ヲ特ニ明文中文ニ規定シタリト雖モ總則ノ適用上同一ノ結果ヲ得ヘキカ故ニ新刑法カ之ヲ除キタルハ至當ナリ

(註) 現行刑法第一二一條ニ首魁又ハ教唆者ナル規定アリ其教唆者ノ種類如何ニ付テハ學者間ニ議論アル所ニシテ首魁ニ對スル教唆者及ヒ全團體ニ對スル教唆者ノミヲ謂フカ附和隨行ニ對スル教唆者ヲモ包含スルカハ疑問ニ屬スト雖モ予輩ハ前者即チ首魁及ヒ暴動團體ニ對スル教唆者ヲ意味スルモノト解スルヲ至當ト信ス何トナレハ後者ニ對スル教唆者ハ總則ノ適用ヲ受クルヲ以テ足ルモノナレハナリ

二 謀議ニ參與シ又群衆ヲ指揮スルモノハ樞要ノ地位ヲ占メ重要ナル職務ヲ司ルモノニシテ暴動ノ經過上至大ノ關係ヲ有スルカ故ニ法律ハ首魁ニ次テ之ヲ重ク罰セリ群衆ヲ指揮シタル者トハ暴動ノ一部ヲ形成シテ其指揮ヲ爲シタル者ヲ謂フ

三 法律ニ所謂諸般ノ職務ニ從事シタル者トハ暴動團體ノ全部ヲ指揮スルカ如キモノ非スト雖モ機械的ニ勞務ニ服シタル者トモ異ナリ輻重運搬ノ指揮ヲ爲ス者又ハ下級ノ部隊長又ハ下級ノ參謀者等ノ如キ者ヲ意味ス

四 附和隨行者其他暴動干與者トハ暴動團體中ニ附屬シ其勢力ヲ增加セシムル者ヲ謂フ此ノ如キ影響ヲ有スルカ故ニ處罰ヲ免レサルハ勿論ナリト雖モ多クハ特別ノ主義アルニ非スシテ單純ニ他人ニ雷同スルニ過キササルモノナルカ故ニ法律ハ之ヲ最モ輕ク處罰スヘキモノト

セリ

第六 本章ノ罪ハ國家ノ生存ヲ危ウスルモノニシテ危險ノ程度重大ナリト雖モ其犯罪タルヤ大抵自己ノ爲メニ企圖スルモノ稀ニシテ多クハ公衆ノ利益ノ爲メニ之ヲ行ハントスルモノナレハ通常ノ犯人ニ科スル懲役刑ヲ科スルハ罪ノ本質ニ適合セサルモノナリトノ理由ニ由リ改正刑法モ亦現行刑法ト同様ニ通常犯人ニ科スヘキ刑ト異ナリタル刑ヲ科シタリ然レトモ其定役ヲ科セサルハ必要ナキニ因ルモノニシテ此種ノ犯人ヲ優遇スルノ趣意ニ非ス

第七 内亂罪ハ首魁、謀議參與者等及ヒ暴動干與者ノ三階級ヲ具備スルニ非サレハ成立スルコトヲ得サルカ蓋シ内亂罪ハ朝憲紊亂ノ目的ニ出テタル暴動ニシテ通常組織的ノ計畫ニ基クモノナルヲ以テ其多數ノ間ニ主タル關係ヲ有スル者ト附隨ノ關係ヲ有スル者及ヒ兩者ノ間ニ斡旋スル者トヲ區別スルコトヲ得ルモノナリト雖モ必スシモ此ノ如キ階級ノ存在スルコトヲ必要トセス何トナレハ多數カ孰レモ同等ノ地位ニ於テ暴動ヲ爲スカ如キ場合ニ於テモ内亂罪ノ成立ヲ否認スヘキノ理由存セサレハナリ加之首魁モ權要ナル職務ニ從事スル者モ又ハ隨行干與者モ相共ニ暴動團體ヲ構成スルモノニシテ其孰レヲ以テ實行者トシ其孰レヲ以テ實行者ニ非スト云フ如キ區別ヲ認ムルヲ得サルカ故ニ其一階級又ハ二階級ヲ缺クモ暴動ノ觀念ヲ妨クヘキモノニ非ス而シテ法律ノ規定ハ多數ノ間ニ首魁以下ノ階級ヲ存スル場合ニ處スルカ爲メニ其各種ノ階級ニ對スル刑ヲ定メタルモノニシテ三階級ノ具備スルコトヲ内亂罪ノ成立要件

トナスノ趣意ナリト解スルヲ得ス各犯人ノ刑ハ其行爲ノ程度カ何レニ該當スルカニ依リテ之ヲ定ムルヲ以テ足ル

第八 内亂罪ハ其影響ノ及フ所極メテ重大ナルヲ以テ法律ハ其未遂ハ勿論又其豫備及ヒ陰謀ヲモ處罰スルコトヲ明カニシタリ而シテ内亂罪ノ未遂ノ處分ニ付テハ現行刑法ハ之ヲ既遂ノ場合ト同一ニ處分スルコトヲ規定シ外國ノ立法例ニ於テモ亦同様ノ規定ヲ爲スモノアリト雖モ新刑法ハ特ニ此ノ如キ規定ヲ設ケスシテ未遂罪ヲ罰スルコトヲ明カニシタルニ止マルカ故ニ

第四三條ニ依リテ處分セサルヘカラス

内亂罪ノ未遂ハ朝憲紊亂ノ目的ヲ以テ多衆カ暴動ニ著手シタルモ未タ遂ケサル場合即チ既遂ニ到ラサル場合ニ存スルモノニシテ其多衆カ朝憲紊亂ノ目的ヲ達シタリヤ否ヤニ依リテ内亂罪ノ既遂、未遂トヲ區別スヘキモノニ非ス而シテ内亂ノ未遂ハ暴動ヲ一體トシテ觀察シ暴動其モノノ未遂ニ終リタル場合ニ於テ第七七條第二項ニ依リテ處罰サルヘキモノトス同項ニ前項ノ未遂罪ト云フハ此意味ニシテ即チ暴動カ未遂ニ終リタルトキハ第一項第一號及ヒ第二號ニ記載シタル者ハ之ヲ處罰シ第三號ニ記載シタル者ハ罰セサルコトヲ明カニスルモノナリ暴動全體トシテハ既遂ニ至リタルモ或者カ或ハ首魁タラントシテ遂ケス或ハ謀議ニ參與セントシテ遂ケサリシ場合ノ如キハ第二項ニ因リテ處罰スヘキモノニ非ス

内亂ノ豫備トハ多衆ヲ招集シ兵器金穀ヲ製造又ハ購買シ暴動ノ根據トナルヘキ場所ヲ定ムル

カ如キ其他内亂ヲ起スノ準備ヲ爲スコトヲ謂ヒ内亂ノ陰謀トハ二人以上ノ間ニ内亂ヲ起スコトニ付テノ謀議ヲ爲スコトヲ謂フ

(註) 一般ノ犯罪ニハ特別ノ目的即チ其犯罪ノ理由原因ヲ必要トセス例ヘハ如何ナル理由ニ依リテ竊盜行爲ヲ爲スモ犯罪ハ犯罪ニシテ其成立上決シテ關係ナキカ如シ唯其意思活動ノ直接ノ目的ハ故意犯ノ成立上必要缺クヘカラサルモノナリ例ヘハ竊盜罪ニ於テハ意思活動ノ直接ノ目的ハ竊取スルコトニ在リト云フヲ得ヘシ然レトモ此意味ニ於ケル目的ハ畢竟故意其モノヲ指稱ス行爲ノ遠因タル目的トハ之ヲ區別セサルヘカラス行爲ノ遠因タル目的ヲ以テ構成要件トスルハ特別ノ規定ニ基ク例外ニシテ内亂罪モ其特別ノ場合ニ屬スルモノナリ然レトモ法律カ特別ノ目的ヲ必要トスル場合ニ於テ其目的ノ達セラレタルコトヲ以テ既遂ノ標準トナスハ一般ニ誤レリ

第九 法律ハ兵器金穀ヲ資給シ犯人ニ集會所ヲ給與スルカ如キ又ハ其他ノ行爲ヲ以テ内亂罪及ヒ其豫備若クハ陰謀ノ罪ヲ幫助シタル者ヲ處罰スルノ明文ヲ置キタリ(此規定ハ現行刑法一二七條ニ該當スルモノニシテ之ヲ修正シタルモノニ過キス)蓋シ犯罪ノ幫助ハ總則ノ規定ニ依リテ之ヲ處分スルコトヲ得ルモノニシテ特別ノ明文ヲ必要トセサルモ内亂罪ノ利ハ行爲ノ階級ニ依リテ區別アリ從テ何レノ正犯ノ刑ヲ標準トシテ減輕スルカノ問題ヲ生スルカ故ニ此明文ヲ置キタルニ外ナラス行爲ノ實質ハ總則ニ於ケル從犯ノ行爲ト異ナル所ナキカ故ニ

從犯ノ成立ニ必要ナル總テノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一〇 内亂罪ノ豫備陰謀ヲ爲シ又ハ内亂罪及ヒ其豫備陰謀幫助ヲ爲シタル者ト雖モ未タ暴動ニ至ラサル前且犯罪搜查ノ權限アル官吏ニ自首シタルトキハ其刑ヲ免除セラル此場合ニ於テハ其犯罪ハ未タ官ニ發覺セサル前ニ於ケル自首タルコトヲ必要トスルヤ否ヤニ付テ議論アリト雖モ元來自首ハ犯人自ラ自己ノ犯罪ヲ官ニ告白シテ之ヲ認知セシムルモノナルカ故ニ其性質上其事未タ官ニ發覺セサル前ナルコトヲ要スルモノト解スルヲ正當ナリト信ス而シテ法律カ此ノ如ク自首免刑ヲ認ムルハ豫備陰謀者ヲシテ實行ノ意思ヲ翻ヘサシメ又ハ幫助者ノ自首ニ依リ犯罪ノ實行ヲ抑壓スル機會ヲ得ントスルノ政策ニ因レリ

(附言) 現行刑法ハ内亂ヲ起ス目的ヲ以テ軍備品ヲ劫奪シタル者又ハ政府騷亂ノ目的ヲ以テ人ヲ謀殺シタル者ヲ内亂ノ既遂ト同一ニ處罰スルコトヲ規定シタルモ新刑法ハ此ノ如キ規定ヲ存セス前者ハ新刑法ニ於テハ内亂ノ豫備罪ニシテ同時ニ多數共同ノ強盜罪ヲ構成スヘキカ故ニ第五四條ノ適用ヲ受クヘク後者ハ殺人罪ヲ構成スルニ過キヌ又現行刑法ハ第一二八條ニ於テ内亂ニ乘シテ人ノ身體財産ニ對シ内亂ノ目的ニ關セサル重罪輕罪即チ暴動ノ實行又ハ豫備ヲ構成セサル罪ヲ内亂犯人カ犯シタル場合ニ關スル規定ヲ設ケタリト雖モ新刑法ハ此ノ如キ規定ヲ設ケサルカ故ニ此種ノ行爲ハ別箇ノ犯罪トシテ處分セサルヘカラス但内亂ノ暴動ハ内亂ノ目的ニ關スル殺傷放火等(第一章ノ罪ヲ除ク)ヲモ

包含スルコト明カニシテ單純ナル暴行ヨリモ其内容廣大ナリ

第三章 外患ニ關スル罪

第一 外患ニ關スル罪ハ帝國ノ軍事上ノ利益ヲ侵害スルニ依リテ其外部ニ對スル存在ヲ攻撃スル行爲ニシテ内亂ニ關スル罪ニ對應スルモノナリ大別シテ外患ヲ誘致スル罪ト外患中帝國ノ軍事上ノ利益ヲ侵害スル罪トニ分類スルコトヲ得

我現行刑法ハ外患ニ關スル罪ヲ以テ帝國臣民カ帝國ニ對スル忠實義務ニ違背スルニ因テ成立スルモノトナシタルモ新法ニ於テハ忠實義務ヲ以テ本罪ノ基礎トセザルカ故ニ行爲者ノ國籍如何ニ關セズシテ處罰スルヲ得ヘク又帝國ノ利益ニ重大ナル影響アルカ故ニ行爲地ノ内國タルト外國タルトヲ問ハズシテ新刑法ヲ適用スヘキモノトス

第二 外患誘致罪ハ第八一條前段ニ規定スル所ニシテ即チ外國ニ通謀シテ帝國ニ對シ戰端ヲ開カシムル行爲ナリ帝國ト開戰中ノ外國ニ關シテハ本罪ヲ構成セス

法律ハ通謀ノ手段ヲ限定セザルカ故ニ帝國ト平和状態ヲ維持シツツアル外國ヲシテ帝國ト開戰セシムル爲メ其外國ノ政府ト爲シタル一切ノ協議ハ本條ニ所謂通謀ナリ然レトモ此ノ如キ通謀ヲ爲スモ未タ其外國ト帝國トノ間ニ戰端ヲ開カサル間ハ既遂罪ヲ構成セス戰端ヲ開クトハ國際法上所謂開戰ノ義ナリト解スヘシ發意者カ外國政府タルト犯人タルトハ本罪ノ成立ニ

影響ナシ

外患誘致罪ニ於ケル攻撃ノ目的物ハ帝國ト外國トノ間ニ於ケル平和状態ナリ此状態ハ獨立ノ法益ナルカ故ニ朝憲紊亂ノ目的ニテ暴動ヲ爲スノ準備トシテ先ツ外患ヲ誘致シタルトキハ本罪ト内亂罪ノ豫備トノ想像上ニ罪ヲ認ムルコトヲ得ヘシ

第三 外患中即チ外國トノ戰爭中帝國ノ軍事上ノ利益ヲ侵害スル罪ハ他ノ一面ニ於テ直接若クハ間接ニ敵國ニ交戦上有益ナル地步ヲ得セシムルモノナリ敵國トハ帝國ノ交戦對手者タル外國ヲ謂フ(故ニ開戰前ニハ敵國ナシ開戰ノ時期ハ國際法上ヨリ之ヲ決定ス)

外患中帝國ノ軍事上ノ利益ヲ侵害スル行爲ハ一、抗敵罪、二、交付罪若クハ毀損罪三機密侵害罪及ヒ四、其他ノ軍事上利益侵害罪ヲ包含ス

第四 抗敵罪ハ第八一條後段ニ規定スル罪ナリ敵國ニ與スト云フハ帝國ノ交戦對手國ニ贊同スルノ義ナリ必スシモ既ニ組織サレタル敵國ノ軍隊ニ附屬スルコトヲ要セス抗敵スト云フハ敵ノ戰鬥作用ニ加擔シテ帝國ニ反抗對スルコトヲ意味ス必スシモ武器ヲ使用スルコトヲ要セザルモ少クトモ戰鬥場裡ニ斡旋スルヲ要ス例ヘハ傳令使ト爲ルカ如キ是ナリ單ニ敵軍ニ附屬シタルモ抗敵行爲ナキトキハ第八六條ノ適用ヲ受クヘシ而シテ既ニ組織サレタル敵ノ軍隊ニ附屬スルコトナク新ニ軍隊ヲ組織シ敵兵ト東西相應シテ帝國ノ軍隊ニ敵對スル場合ニ於テモ抗敵罪ヲ構成ス

諸國ノ立法例ヲ案スルニ外患ニ關スル罪ニ付キ外國ニ於テ外國人ノ犯シタル場合ヲモ處罰スル原則ヲ採用セル法律ニ於テモ抗敵罪ニ付テハ其主體カ內國臣民タルコトヲ以テ要件トシ或ハ一步ヲ進メテ內國臣民ト雖モ敵國ニ居住中其居住國ノ法律ニ依リ兵役義務ヲ負擔スヘキトキハ處罰スヘカラサルコトヲ規定スルモノアリ我新刑法ハ此點ニ付テモ何等ノ制限ナキカ故ニ外國人カ外國ニ於テ第八一條ノ抗敵罪ヲ犯シタルトキハ之ヲ處罰セサルヘカラス然レトモ敵國ノ法律ニ依リ兵役義務ヲ有スル者ニシテ國際法上俘虜ノ取扱ヲ爲スヘキ者ハ特別ノ明文ナシト雖モ本條ヲ適用スヘカラサルコト明カナルヘシ

本罪ノ成立ニ必要ナル故意ハ敵國ニ與スルコト及ヒ帝國ニ抗敵スルコトヲ認識スルニ因リテ成立ス帝國ノ軍隊ヲ敵兵ト誤認シテ抗敵スルモ本罪ヲ構成セス又帝國ノ軍隊ニ抗敵スルコトアルモ敵國ニ合同スル意思ナキトキハ內亂罪又ハ騷擾罪ヲ構成スルコトアルヘキモ本罪ノ成立ヲ認ムルヲ得ス

法律カ第八一條前段ノ罪ト後段ノ罪ト同一條項ニ規定シ同一ニ處分スルハ開戦ノ前後コト異ナレ其他ノ點ニ在リテハ其性質及ヒ危險ノ程度共ニ軒輊スル所ナキニ因ル故ニ前段ノ罪ヲ犯シタル者引繼キ後段ノ罪ヲ犯スモ別罪ヲ構成セサルモノト解スヘシ然レトモ別箇ノ犯人ナルカ又ハ同一犯人カ別箇ノ戰爭ニ關シテ前段及ヒ後段ノ罪ヲ犯シタルトキハ各獨立ノ犯罪タルコト明白ナリ

第五 交付罪及ヒ毀損罪ハ直接若クハ間接ニ帝國ノ戰鬪上ノ利益ヲ害スルモノニシテ第八二條乃至第八四條ニ規定スル所ナリ而シテ第八二條及ヒ第八三條ハ帝國ノ軍用ニ供スル營造物及

ヒ其他ノ物ヲ敵國ニ交付シ、損壞シ若クハ使用スルコト能ハサルニ至ラシメタル場合ニ關シ第八四條ハ帝國ノ軍用ニ供セサルモ直接戰鬪ノ用ニ供スヘキ物(例ヘハ拂下ノ兵器、密製造若クハ密買ニ係ル兵器彈藥、個人ノ所有ニ係ル輜重運搬用具ノ類)ヲ敵國ニ交付スル場合ニ關ス而シテ何レノ場合ニ於テモ是等ノ物ノ所有權カ何人ニ屬スルカハ何等ノ關係ナシ又第八二條ニ所謂軍隊カ陸軍タルト海軍タルトヲ區別スヘキニ非ス

交付トハ我軍隊又ハ物ヲ敵ノ支配力ノ下ニ移スコトヲ謂フ故ニ不動產モ亦交付スルコトヲ得第八二條ノ罪ハ最多數ノ場合ニ於テ現役ノ軍人軍屬ニ非サレハ犯スコトヲ得ス殊ニ帝國ノ軍隊ヲ敵國ニ交付スルカ如キハ實際上普通人ニ於テ企テ及ハサルヲ通例トスルモ必スシモ不能ノ事實ニハ非ス例ヘハ帝國ノ軍隊(兵數ノ多寡ヲ問ハス)ヲ詐稱誘導シテ敵ノ合圍中ニ陷キラシメ以テ之ヲ敵手ニ委シタルカ如キ是ナリ又要塞及ヒ陣營ノ如キモ一時其守備ヲ空ウスルコトナキニ限ラサルヘク此時ニ當リテ敵軍ヲ誘導シテ之ヲ占領セシムルトキハ本條ノ罪ヲ構成スヘシ

第八三條ノ罪ハ行爲者カ敵ヲ利スルノ目的ヲ有シタルコトヲ以テ成立上ノ一要件トスルカ故ニ此目的ナキトキハ本罪ヲ構成セス例ヘハ帝國ノ軍用品運送船カ航海中敵艦ノ爲メニ捕獲セ

ラレントスルニ當リ船長又ハ船員カ之ヲ沈没セシムルカ如キ是ナリ
軍人敵ヲ利スル爲メ部下ノ兵隊若クハ軍用ノ土地、家屋、物件ヲ敵ニ交付シ又ハ常人カ是等
ノ物件ヲ敵前、軍中、臨戦地又ハ合圍地ニ於テ敵ニ交付スルトキハ陸軍刑法又ハ海軍刑法ニ
依リテ處罰セラルヘキカ故ニ本法ノ適用ナシ

第六 機密侵害罪ハ第八五條ニ規定セララル所ニシテ即チ敵國ノ爲メニ間諜ヲ爲シ又ハ敵國ノ
間諜ヲ幫助スル罪及ヒ軍事上ノ機密ヲ敵國ニ漏洩スル罪ヲ總稱ス

敵國ノ爲メニ間諜ヲ爲ストハ敵國ニ通知スル目的ヲ以テ陰ニ帝國ノ軍事上ノ機密ヲ探知シ若
クハ軍事上秘密ニ屬スル圖書物件等ヲ收集スルヲ謂フ（敵兵ニシテ國際法上斥候ト認メラル
ヘキ者ヲ含マス）必スシモ探知シタル事項若クハ收集シタル物ヲ敵國ニ通知シ若クハ交付シ
タルコトヲ要セス敵國ノ間諜ヲ幫助スト云フハ敵國ノ命ニ依リテ間諜ヲ爲ス者ヲ誘導指示シ
或ハ間諜行爲終了前ニ藏匿スルカ如キ其他間諜ヲ容易ナラシムル一切ノ行爲ヲ謂フ間諜行爲
終了後ノ藏匿ハ犯人藏匿罪ヲ構成スルモ本罪ヲ構成セス

軍事上ノ機密トハ兵器ノ精粗、兵器彈藥ノ秘密製法、兵員ノ多寡、軍隊ノ進退、動靜作戰方
略、兵隊屯集スヘキ要害地、道路ノ險夷、軍港ノ廣狹深淺其他國防營造物ノ狀況等總テ帝國
ノ作戰上重要ナル關係ヲ有スル事項ニシテ未タ敵國ノ知ラサルモノヲ謂ヒ漏洩トハ秘密ヲ告
知スルノ義ナリ手段ニハ制限ナキカ故ニ言語又ハ文書ヲ以テ通知スルモ使者ヲ以テ傳達スル

民事訴訟法第一編

法學士 板倉松太郎 講述

第一卷 緒論

第一章 民事訴訟法ノ意義性質及ヒ效力

(一) 意義 民事訴訟法ハ私權保護ノ手續ヲ規定セル法律ナリ詳言スレハ司法裁判所カ私法上
ノ權利關係ヲ審判シ裁判其他ノ執行名義ニ基キ強制執行ヲ實施スルノ手續ヲ規定シタル法文ノ
總括ヲ云フ是レ形式的觀察ヨリ民事訴訟法ヲ定解セシモノナリ今更ニ實質的觀察ニ於テ其意義
ヲ示サハ民事訴訟法ハ私權ノ保護ヲ目的トシ裁判機關ノ代表スル國家ト私人トノ法律關係ヲ規
定スル法律ナリト云フヲ得ヘシ

民事訴訟法ハ訴訟手續運用ノ方法ヲ定ムルモノナレトモ其手續ヲ運用スル國家機關ノ組織其行
動ノ規則等ニ付テハ之ヲ裁判所構成法ニ讓レリ裁判所構成法ハ民刑各裁判所ノ構成、裁判官ノ

資格、裁判所ノ附屬機關タル檢事執達吏等ノ資格、訴訟事物ノ管轄、法律上ノ其助、訴訟手續ノ公開、訟廷ノ秩序裁判所ノ用語事件ノ評議方法、裁判所ノ休暇等ヲ規定セル法律ナリ兩者ヲ對照シテ之ヲ約言セハ前者ハ國家機關ノ運用スル訴訟手續ニ關スル法律ニシテ後者ハ訴訟手續ヲ運用スル國家機關ニ關スル法律ナリト云フヲ得ヘシ

(二) 民事訴訟法ノ性質 民事訴訟法ノ公法ニ屬スルコトハ現時我國ニ於テハ學者間ニ異論ナキ所ナリ公法トハ國家若クハ國家ノ機關ト他ノ國家若クハ他ノ國家機關トノ關係或ハ國家若クハ國家機關ト人民トノ關係ヲ規定スルノ法ヲ云ヒ而シテ民事訴訟法ハ國家ノ機關タル裁判所ト訴訟當事者トノ關係ヲ規定スルモノナレハナリ民事訴訟法ヲ私法ナリトスル理由トスル所ハ或ハ民事訴訟法ハ私法ヲ適用スル爲メノ法律ナルカ故ニ私法ナリト云ヒ或ハ民事訴訟法ハ私權保護ヲ目的トスルカ故ニ私法ナリト云ヒ或ハ人民相互ノ關係ハ私法ノ規定スル所ニシテ其關係ヨリ生スル事項ヲ處理スル法律ナルヲ以テ民事訴訟法ハ私法ナリト云フニ在リ然レトモ以上ノ諸説ハ孰レモ私法ヲ適用スル爲メ或ハ私權ヲ保護スル爲メ或ハ私法關係ヨリ生スル事項ヲ處理スル爲メニハ國家カ其機關ニ依リテ行動スルコト換言セハ國家機關ノ干與ハ訴訟手續ノ成立ニ必要ナルコトヲ度外ニ置キタル議論ナレハ其認レルコトハ練練ノ辯說ヲ要セサルモノナリ(以上ノ説ニシテ眞理ニ適セリトセンカ裁判所ノ訴訟法上有スル權ハ其性質私權ナリト云ハサルヘカラサルニ至ルヘシ)又私法論者中一派ノ者ハ民事訴訟法ハ其規定スル條項任意法ニ屬ス

ルモノ數多アルヲ以テ私法ナリトノ説ヲ主張セリ是レ任意法令令法ノ區別ト公法私法ノ區別トハ異句同義ナリトスル誤謬ノ前提ヨリ生シタルモノナレハ亦敢テ辯駁ヲ加フルノ要ナカルヘシ又折衷説ヲ唱フル論者アリ曰ク民事訴訟法ハ一面ニ於テハ國家ニ關スル法律ニシテ一面ニ於テハ私人ニ關スル法律ナルカ故ニ半公半私ノ法律ナリト然レトモ公法中ニモ私法ニ屬スル規定ヲ包含シ私法中ニモ公法ニ屬スル規定ヲ包含スルモノ多アルカ故ニ此論法ヲ以テスルトキハ法ヲ區別シテ公法私法ト爲ス能ハサルニ至ルヘシ

民事訴訟法ヲ以テ公法ナリトスル理由トシテハ學者中其説明一途ニ出ラス或ハ國家自存ノ必要上私權保護ヲ目的トシ裁判權ノ行動ヲ規定スル法律ナルカ故ニ民事訴訟法ハ公法ナリト云ヒ或ハ民事訴訟法ハ一方ニ於テ國家カ自主救済ヲ禁シ公ノ秩序ヲ維持スル爲メニ設ケタルモノナルヲ以テ公法ニ屬スト云ヒ或ハ民事訴訟法ハ私法即チ法律ヲ保護スルヲ以テ主タル目的トスル法律ヲ保護スルコトハ私事ニ非スシテ公事ナリ且此目的ヲ達セントスルノ行爲即チ裁判權ノ實行ハ國權ニ屬シ強制執行ノコト亦國權ニ屬スルカ故ニ民事訴訟法ハ公法ナリト云ヘリ民事訴訟法ハ形式法ナリ形式法 (Formalrecht) トハ實體法 (Materielrecht) ヲ應用スル爲メニ定メタル方式ヲ規定スル法律ヲ云フモノニシテ民事訴訟法ハ實體法タル民法商法等ノ應用ニ付テノ方式ヲ規定スルモノナレハナリ其本法ニハ立法 (Substantielaw) 助法 (Adjective Law) ノ別アリ主法トハ實體上ノ權利義務ヲ規定スル法律ヲ云ヒ助法トハ主法ヲ應用スル手續ヲ規定ス

ル法律ヲ云フ故ニ民事訴訟法ノ助法ニ屬スルコトハ異論ナキ所ナリ

(三) 民事訴訟法ノ效力

(甲) 時ニ關スル效力 時ニ關スル法律ノ效力ノ如何ニ付キ問題ヲ生スルハ舊法ノ廢止セラレ
 新法ノ實施セラルル時ニアリ我民事訴訟法ハ明治二十四年一月一日ヨリ施行セラレタルモノナ
 レハ今日ニ在リテハ實際上訴訟事件ニ付キ民事訴訟法ノ時ニ關スル效力ノ問題ヲ生スルコトナ
 シ然レトモ學理上此問題ヲ論究スルハ決シテ無用ノモノニアラサルナリ實體法ハ其效力既往ニ
 遡ラサルヲ原則トスルモ形式法即チ手續法ハ其效力既往ニ遡及スルヲ妨ケス司法機關ハ廢止セ
 ラレタル舊法ニ依リ裁判權ヲ行使スル能ハサルカ故ニ舊法時代ニ繫屬シタル訴訟ニ新法ヲ適用
 スヘキハ當然ナリ然レトモ舊法ノ下ニ於テ成立セル訴訟行為ノ適法ナルヤ否ヤハ舊法ニ依リテ
 決スヘク其行為カ新法施行後ニ繼續スル場合ト雖モ新法ニ依リテ其適法ナルヤ否ヤヲ判定スヘ
 キモノニアラス例ヲ舉ケテ之ヲ説明センニ舊法時代ニ於テハ訴ノ提起ニ付キ現行民事訴訟法第
 一九〇條ノ如キ要件ヲ必要トセス故ニ起訴ノ當時訴狀ニ請求ノ原因ヲ掲ケス又ハ一定ノ申立ヲ
 掲ケサリシトスルモ現行訴訟法ノ施行後訴狀ノ記載ヲ補充スルノ要ナキモノナリ唯新法ニ爲サ
 ントスル訴訟行為例ヘハ證據調ノ申立ノ如キハ新法ニ從ハサルヘカラス訴訟法ノ遡及的效力ト
 ハ之ヲ精言セハ其施行前ニ於テ成立セル訴訟ニハ舊法ニ依リテ其適法不適法ヲ決スヘク其訴訟
 ノ繼續行為ニシテ新法ニ提出セララルモノニハ新法ヲ適用スヘシト云フニ外ナラサルナリ

訴訟法ノ效力ハ既往ニ遡及ストノ原則ハ之ヲ抽象的ニ論スレハ毫モ疑難ヲ生セサルモノナリト
 雖モ具體的ニ研究スルトキハ幾多ノ難問ノ起ルヲ免レス又實際ノ適用上此原則ニ例外ヲ設ケル
 ノ必要アリ之ヲ以テ我立法者ハ民事訴訟法施行條例ヲ設ケ以テ實際ニ生スヘキ難問ヲ解決スル
 ノ便ヲ與ヘタリ同法第一條ニハ原則ヲ表明シテ民事訴訟法實施前ニ提起シタル訴訟ニ付テノ爾
 後ノ訴訟手續ハ民事訴訟法ニ依リテ之ヲ完結スル旨ヲ規定セリ、訴訟法實施前ニ裁判アリタル
 事件ニ付テハ新舊例レノ法律ニ依ルヘキヤハ同法第二條及ヒ第三條ニ規定スル所ナリ即チ民事
 訴訟法實施前ニ闕席ノ儘言渡シタル裁判ニ對シテハ民事訴訟法ニ依リテ故障ヲ申立ツルコトヲ得
 ヘク又其期間ハ新法ニ依ルヘク且新法實施ノ日ヨリ起算スヘク其期間カ舊法ノ控訴上告期限ヲ
 超過スルトキハ舊法ノ期限ニ從フヘク(同法二條)又民事訴訟法實施前ニ言渡シタル裁判ニ對ス
 ル控訴上告期限ハ新法ノ控訴上告期間ニ依リ其實施ノ日ヨリ起算スヘク其期間カ舊法ノ控訴上
 告期限ヲ超過スルトキハ其期限ニ從フヘキモノナリ(同法三條)(舊法即チ明治十年第一九號布
 告控訴上告手續第五條第一五條ニ依レハ上訴期間ハ裁判言渡ヨリ二ヶ月トセリ)民事訴訟法實
 施前ニ確定シタル裁判ニ對シテハ民事訴訟法ニ依リ再審ノ訴ヲ爲スヲ得ヘク而シテ訴訟法實施
 前ニ再審ノ條件生シタルトキハ其條件ノ生シタル日ヨリ再審ノ期間ヲ起算ス(同法四條)訴訟
 法實施前言渡シタル裁判ノ強制執行ハ民事訴訟法ニ依リ之ヲ完結ス但既ニ身代限ノ處分ヲ爲シ
 又ハ公賣ニ著手シタル事件ハ其手續ノ終了マテ舊法ニ從フモノトス(同法五條)又舊法時代ニ

繫屬シタル勸解事件ハ民事訴訟法第三八一條ノ規定ニ從ヒ區裁判所ニ於テ之ヲ完結スヘキモノトセリ(同法七條)

(乙) 土地ニ關スル效力 民事訴訟法ハ我帝國ノ版圖内ニ於テハ其何レノ地タルヲ問ハス適用セラルヘキ效力ヲ有スルモノナリ又海洋ニ在ル日本船舶日本人カ治外法權ヲ有スル外國ニ於テ適用セラルヘキモノトス例ヘハ清國韓國ノ如シ現時臺灣ニ於テハ特ニ律令ヲ以テ如何ナル法律ヲ施行スヘキヤヲ明定セルヲ以テ民事訴訟法ノ效力ハ直チニ臺灣ニ及フモノニ非シテ律令ノ效力トシテ民事訴訟法ノ適用セラルモノナリ右訴訟法ノ效力ニ關シ或學者ハ治外法權ナルモノハ人ニ在リテ土地ニ存セス故ニ日本人カ治外法權ヲ有スル外國ニ於テ民事訴訟法ノ規定ヲ適用シ得ルハ裁判手續ノ點ノミニ限リ其執行手續ノ如キハ適用スル能ハサルモノナリト論スレトモ民事訴訟法第五七條第二項ニ外國駐在ノ本邦領事ニ依リ強制執行ヲ爲シ得ヘキトキハ第一審ノ受訴裁判所ハ之ヲ其領事ニ屬スヘシト明定セルニ徴スレハ民事訴訟法ノ效力ハ日本カ治外法權ヲ有スル外國ノ土地ノ上ニ及フモノタルコトヲ知ルヲ得ヘシ

(丙) 人ニ關スル效力 民事訴訟法ハ司法權ノ民事的活動ノ手續ヲ規定セルモノナレハ我司法權ノ支配ヲ受クヘキ者ハ内國人タルト外國人タルト問ハス民事訴訟法ノ適用ヲ受クヘキヤ明カナリ然レトモ左ニ掲クル者ハ民事訴訟法ノ適用ヲ受ケス

一 主權者 一國ノ君主ハ司法權ノ下ニ居ルヘカラサルコトハ國法學上ノ原則ナリ裁判所構成

法第三八條皇室典範第四九條ヲ主權者ニ適用スヘシトノ說ヲ爲スモノアレトモ是レ前示國法學上ノ原則ヲ無視シタルノミナラス右法條ニハ皇族ニ對スル民事訴訟(裁構三八條)或ハ皇族相互ノ民事訴訟(皇典四九條)ナル文詞ヲ用ヒアルカ故ニ論者ノ如キ說ハ右法條ノ文理解釋トシテモ許スヘカラサルモノナリ英國ニ於テハ女皇陛下ニ對スル訴ハ「權利ノ請願」ナル語ヲ用ヒタリ大陸諸國ハ憲法若クハ皇室典範ヲ以テ此種ノ手續ヲ規定セリ然ルニ我國ニ於テハ特別ノ規定ナキヲ以テ主權者ニ對スル民事訴訟ハ許スヘカラサルモノトス

二 皇族 皇族相互ノ民事訴訟ニハ民事訴訟法ヲ適用セス皇室典範第四九條ニ曰ク皇族相互ノ民事ノ訴訟ハ勅旨ニ依リ宮内省ニ於テ裁判員ヲ命ジ裁判セシメ勅裁ヲ得テ之ヲ執行ストアリテ皇族相互ノ民事訴訟ハ通常ノ訴訟手續ニ依ルヘキモノニ非サルコトヲ示セリ之ニ反シテ人民ヨリ皇族ニ對スル民事訴訟ハ東京控訴院ニ於テ裁判スルカ故(典範五〇條)ニ此訴訟ニハ民事訴訟法ノ適用アルヤ明カナリ皇族ヨリ人民ニ對スル訴訟ハ通常ノ手續ニ依ルヘキコト勿論ナリトス

三 治外法權ヲ有スル人 外國ノ君主皇族公使等ハ國際法上治外法權ヲ認メラレタル者ナレハ是等ノ人ニ對シテハ我民事訴訟法ニ依リ訴ヲ提起スル能ハス然レトモ是等ノ人カ我司法權ノ保護ヲ求ムルニ當リテハ我民事訴訟法ヲ適用スヘキヤ當然ナリ

(丁) 事物ニ關スル效力 民事訴訟法ハ民事訴訟ニノミ適用セラルルヲ原則トス但法律ヲ以テ

特ニ民事訴訟法ニ從フヘキコトヲ規定セルモノアリ其一二ヲ例示セハ刑事訴訟法第四條第二項ニ第三者ハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ公訴附帶ノ私訴ニ參加スルコトヲ得トアルカ如キ同法第二〇一條第三項ニ私訴ニ關スル訴訟費用ノ負擔ハ民事訴訟法ノ規定ニ從フトアルカ如キ又行政裁判法第三八條第二項ニ證人又ハ鑑定人トシテ審問ニ應ジ證明及ヒ鑑定ヲ爲スヘキ義務ニ關シテハ民事訴訟法ノ規定ヲ適用ストアルカ如キ是ナリ

第二章 民事訴訟ノ必要及ヒ沿革略

私權ノ保護ニ二箇ノ方法アリ一ヲ自力救済トシ一ヲ國家ノ保護トス自力救済ナル者ハ國家ノ組織齊整ナラス私權保護ノ制度完全ナラサルヨリ已ムヲ得スシテ生セシ方法ナレハ制度ノ完備セル國家ニ在リテハ之ヲ許スヘキモノニ非ス蓋シ自力救済ハ強者ニ對シテハ其實效ヲ奏スル能ハス弱者ニ對シテハ權利ヲ濫用スルノ弊ヲ免レサルカ故ニ公平ナル權利ノ保護ハ得テ望ムヘカサルノミナラス争鬪紛擾ヲ惹起シ安寧秩序ヲ維持スル能ハサレハナリ國家カ人民ノ共同生存ヲ安全ナラシメ社會ノ秩序ヲ維持セントセハ須ラク私權保護ノ事業ヲ以テ自己ノ任務ト爲ササルヘカラス而シテ私權ヲ保護スルノ手段ハ裁判及ヒ裁判ノ執行ノ兩者ナリ然レトモ此二箇ノ手段ハ國家カ自ラ行フ能ハス其機關ニ依リテ行ハサルヘカラスモノナレハ其機關ノ組織權限其機關カ國家ヨリ附與セラレタル職權ヲ行フニ當リ遵守スヘキ法則ヲ定メサルヘカラス否ラズンハ

專斷橫議ノ弊ヲ生スルヲ免レシテ私權保護ノ好結果ヲ得ル能ハサルヘシ又權利ノ保護ヲ求ムル者ノ行動ニ關シテ一定ノ準則ヲ定ムルノ要アリ否ラサレハ其行動ニ秩序ナク進止ノ宜ヲ得サルヨリシテ情上ニ通セス理下ニ徹セスシテ權利ニ對スル十分ノ保護ヲ受タル能ハサルヘク且又健訟濫訴ノ弊ヲ生スルハ情勢ノ免レサル所ナリ是レ訴訟手續ヲ整備スルノ必要アル所以ニシテ又其手續ヲ制定スル訴訟法ノ欠クヘカラス所以ナリ獨ノ「フリドリヒ」第二世カ「不正カ事件ヲ紛治スルノ手段ヲ構フルニ對シ正義ハ須ラク之ヲ解理スルノ術ヲ備ヘサルヘカラス」ト云ヒ佛ノ「ナボレラン」第一世カ「形式ハ私益ノ保護ニ於ケル必要ノ保障ナリ專橫ト形式トノ間ニハ中位ノモノアルナシ國王カ大樹ノ下ニ坐シテ何等ノ形式ナクシテ裁判ヲ下セシハ野蠻時代ノ夢ニ屬スルモノナリ」ト云ヘルハ孰レモ訴訟法ノ必要ナルヲ喝破シタルノ言ナリ佛國ニ在リテハ訴訟手續ハ中古ニ於テ既ニ整備セルモノナリシニ十六世紀ノ頃ニ至リテハ世人ハ之ヲ以テ無用ノ長物ト爲シ極端ナル論者ニ至リテハ訴訟手續法ヲ以テ正義ニ對シ不正ヲ勝タシムル騙詐手段ニ利用セラルルノ外ニハ其要ナキモノトナシ此時代ニ於ケル有名ナル文豪「モンテニユ」「モリエル」「ボアロー」「プオルテール」等ノ如キモ一種ノ謬見ニ傾キ戯文或ハ小説ヲ以テ其無益有害ナルコトヲ諷刺セリ當事人ヲシテ右ノ如キ謬見ヲ有スルニ至ラシメタル主要ノ原因ハ當時ノ訴訟手續カ細密ニ過キ通常人ハ勿論専門ノ狀師ト雖モ往往手續ヲ誤ルコトアリ爲メニ重大ナル損害ヲ訴訟當事者ニ生セシメタルニアリ有名ナル法律家「モンテスキュー」ノ如キモ其

著書「レットルベルサース」ニ於テ訴訟手續ノ有害ナルコトヲ論シタリシカ後ニハ正見ニ復スルニ至リ「萬法精理」ノ一節ニハ遂ニ「若シ訴訟規則アルカ爲メニ其貸シタル財物ノ還償ヲ得ンニモ其受ケタル耻辱ノ報復ヲ遂クントスルニモ幾多ノ勞苦ヲ經サルヲ得ストノ點ヨリシテ之ヲ云ヘハ現今ノ訴訟規則ハ餘リニ煩苛ニ過タルト云フヘシ然レトモ是等ノ規則アルカ爲メニ國人ノ自由ト安寧トヲ保全スルヲ得ルノ點ヨリシテ之ヲ云ヘハ是等規則ニハ猶幾多ノ不備ノ點アルヲ見ル是ニ由テ之ヲ考フレハ訴訟手續ヨリ生スル勞苦費用時間ノ經過等ハ畢竟國人タル者カ其自由ヲ保存スルカ爲メニ拂フ代價ニ外ナラサルナリ云云」ト云ヘリ實ニ是レ名言ナリト云フヘシ而シテ訴訟手續法ノ有用ナルコト或ハ必要欠クヘカラサルモノナルコトヲ證スルノ規定ハ枚擧ニ違ナキモノナレトモ例ヘハ(一)訴訟ノ如キ即チ被告ヲシテ原告カ如何ナル請求ヲ主張スルヤヲ知ラシメ被告ハ原告ニ對シ抗爭セントセハ如何ナル手段ニ依ルヘキヤヲ考量スルノ材料トナルヘキ文書ニ關スル規定ノ如キ(二)裁判所ニ出張スルマテノ間ニ防禦方法ヲ準備スルカ爲メニ存スル時間ニ關スル規定ノ如キ(三)被告ノ答辯ニ對シ原告ヲシテ之ヲ反駁セシメンカ爲メ其答辯書ヲ原告ニ送達スル手續ノ如キ(四)裁判保存ノ手續ノ如キ(五)不在ナル者クハ出頭セサル被告ニ對シテ裁判ヲ得ル方法ノ如キ(六)任意ニ裁判ヲ執行セサル當事者ニ對スル強制執行ノ手續ノ如キ(七)數多ノ事件ノ併起シタルトキ審理ノ順序ヲ定ムル手續ノ如キ(八)突然攻撃防禦ノ方法ヲ提出アリタル場合ニ相手方ヲシテ之ニ答辯ソ若クハ之ヲ反駁スルノ

準備ヲ爲スノ時間ヲ有セシメ其提出者ヲシテ不意撃ノ奇謀ヲ僥倖スル能ハサラシメ裁判官ヲシテ其心證ヲ的確ニ定ムルコトヲ得セシムル手續ノ如キ(九)證據調ニ關スル規定ノ如キ(十)裁判官ヲシテ一事件ニ慎重ノ注意ヲ用ヒ他ノ事件ハ其取扱ヲ疎略ニスルノ弊ナカラシムル爲メニ設ケタル規定ノ如キハ何レモ訴訟法ノ必要欠クヘカラサルモノタルヲ證明スルノ規定ナリ而シテ裁判官ヲシテ公平無私ニ其職務ヲ盡サシムルコトハ訴訟ノ目的ヲ達スル爲メニハ切要ナルモノナレトモ古代ニ於テハ往往此點ニ於テ弊害ヲ生スルヲ免レザリキ聖德太子ノ憲法ノ五ニ絶餐乘欲、明辨訴訟、其百姓之誣、一日千事、一日尙爾、況累歲乎、頃治訟者、得利爲常、見賄聽獻、便有財之誣、如石投水、乏者之誣、似水投石、是以貧民則不知所由、臣道亦於焉闕トアルハ其時代ニ於ケル裁判上ノ弊害ヲ指摘シタルモノナリ細密ナル訴訟手續ノ規定ハ如上ノ弊ヲ絶無ナラシムル能ハストスルモ大ニ之ヲ防クニ足ルヤ明カナリ

訴訟ハ權利ノ保護ヲ目的トスルモノナレハ訴訟其者ハ道德ニ反スルモノニアラス世俗往往訴訟ヲ以テ不道德ナルモノノ如ク思惟シ甚タシキハ職務トシテ訴訟當事者ノ爲メニ訴訟行爲ヲ爲ス者ヲ輕蔑スルノ風アリ是レ正當ナル訴訟ト不正ノ訴訟トヲ區別セテ有德ノ辯護士ト小數ノ不徳者トヲ混同スルヨリシテ生シタル謬見ニ外ナラス真正ノ道德ハ人ニ命スルニ正善ニ自己ヲ導キ篤實ニ自己ヲ保存シ餘力アラハ善ヲ他人ニ施スヘキコトヲ以テスルモ他人カ自己ノ權利ヲ蹂躪スルニ當リ之ヲ忍受スヘシトハ命セサルナリ權利ヲ正當ニ行使スルコトハ自己ヲ篤實ニ保存ス



ル手段ニ外ナラス故ニ正當ナル訴訟ハ道德ノ本旨ニ適スルモノナリ然レトモ之ト異ナリテ正義ニ反セザレトモ經濟ニハ適セザルコトアリ毫絲ナル權利ノ毀損モ正當ナル訴訟ノ原因トナルモノナレトモ其權利ノ救正ヲ得ンカ爲メニ高額ノ報酬ヲ以テ狀師ヲ備ヒ其身モ亦棄ラ廢シテ以テ訴訟ヲ爲スカ如キハ之ニ因リテ後ニ得ルモノハ其前ニ失ヘルモノヲ償フ能ハサルモノナリ法律ノ沿革ヲ調査スルニ各國皆主法ニ先チテ助法ノ發達シタルコトハ歴史法學上證立セラレタル事實ナリ我國最古ノ法典タル大寶令中ニハ裁判管轄及ヒ上訴ニ付テノ規定アリ同公式令中ニ凡訴訟皆從下始、經前人本司本屬、若路遠及事礙者經隨近官司、斷訖訴人不服欲上訴者請不理狀以次上陳云云トアル是ナリ又貞永式目中第四九條ニ兩方證文理非顯然時、擬遂對決事、若彼此證又理非懸隔之時、雖不遂對決、直可有御成敗歟トアルハ訴訟對審ノ原則及ヒ其例外ヲ示シタルモノナリ建武式目及ヒ建武以來追加篇中ニモ訴訟手續ニ關セル規定アリ建武式目ニハ貧弱者ノ訴訟寺社ノ訴訟ニ關スルモノアリ（但建武式目ハ僧是圓、玄惠ノ尊氏ニ對スル十七ヶ條ノ答申書ニシテ其性質法典ニ非ス）建武以來追加篇ニハ訴訟人文書、共以載目錄、加判形、可令備進矣トアル訴訟ノ形式ニ關スル規定其幾多ノ規定アリ徳川氏ノ御定書百ヶ條ニハ寺社奉行町奉行勘定奉行ノ管轄ニ付テノ規定及ヒ審理手續ノ規定等アレトモ以上古代ノ法令ハ實體法ト形式法トノ混淆セルモノニシテ手續の法規トシテハ何レモ斷篇零章ト云フヘキノ明治維新後

第五章 裁判所ノ作用及ヒ職員

裁判所カ司法ヲ行フニハ各種ノ作用ヲ爲スラ要ス此各種ノ作用ヲ爲スモノハ裁判所ノ職員ナリ
裁判所ノ作用ニハ次ノモノアリ

- 第一 刑事事件ノ審理 犯罪アリヤ又何人ニヨリ犯サレタルヤヲ判斷スルカ爲メニ必要ナル材料ヲ集取シ之ヲ調査スル作用ヲ云フ此作用ハ裁判ナル作用ニ對シテ云フ所ニシテ共ニ實體ノ作用ナリ現行法ハ審理裁判ノ用語ヲ用ヒス單ニ裁判ナル語ヲ以テ此二者ヲ云ヒ表スコトアリ（二五七條二五八條一項）審理ノ作用ハ裁判所ノ作用ナルカ故ニ檢事カ現行犯ノ場合ニ於テ豫審判事ノ審理作用ト同一ナル行爲ヲ爲スモ之ヲ審理ト稱セスシテ搜查ト稱ス審理ノ作用ハ手續カ彈劾ナルト糾問ナルトニ依リテ積極ノ作用タリ又ハ消極ノ作用タルモノナリ
- 第二 刑事事件ノ裁判 審理辯論ニ基キ權利ノ有無ヲ定ムル作用ナリ即チ審理ノ結果ヲ確定シ之ニ法律ヲ適用シテ論結ヲ抽出スル作用ナリ而シテ審理モ裁判モ公訴ノ目的物ノ外他ノ目的物ニ付テモ行ハルモノナリ
- 第三 訴訟上ノ事實ノ認證 裁判所ニ於ケル訴訟ノ事實ヲ書面ニ記載シテ之ヲ明確ニスル作用ヲ云フ此作用ハ豫審調査及ヒ公判始末書ヲ作り之ニ裁判所職員カ署名捺印シテ行ハル所ナリ



第四 訴訟追行 訴訟ヲ其終局ノ目的ニ向テ進行セシムル作用ナリ換言スレハ直接又ハ間接ニ

材料集取及ヒ裁判ヲ惹起ス行爲ナリ而シテ訴訟カ進行ヲ始ムルハ訴ノ提起、上訴ノ申立又ハ事實ノ主張等ニ依ルヘク進行ニ置カレタル訴訟ヲ更ニ進行セシムルハ裁判所ノ呼出ニ依リテ行ハル前者ハ直接ノモノナレトモ後者ハ前者ヲ準備スルモノニシテ間接ノモノナリトス

第五 訴訟指揮 訴訟ノ目的ニ要ナル行爲ヲ排斥シ之ニ必要ナル行爲ヲ整理スル作用ヲ云フ 訴訟指揮ハ訴訟ノ進行ヲ條件トシテ行ハルモノニシテ積極ト消極ノ作用ニ分ル積極ノモノハ訴訟行爲ノ順序ヲ定ムルコト、辯護人ヲ選定スルコト事件ヲ併合分離スルコト、手續ヲ停止スルコトノ如シ消極ノモノハ不必要又ハ許スヘカラサル辯論發問ヲ禁スルカ如シ

第六 訟廷警察 訟廷内ノ秩序ヲ維持スル作用ナリ即チ手續ニ對シ外部ヨリ妨害ヲナス者アルトキニ之ヲ斥クルモノナリ(裁構一〇八條一〇九條)

第七 強制ノ作用 前記第一乃至第六ノ作用ニハ必ス強制ノ作用ヲ伴フモノナリ前記ノ作用ハ當事者又ハ第三者ニ對スル命令ヲ以テ行ハレ此命令ニ服從セザルトキハ強制ノ作用ヲ爲ササルヘカラス

裁判所ノ職員ニハ判事、裁判所書記及ヒ執達吏アリ檢事ハ裁判所ノ職員ニ非ス

第一 判事 判事ハ他ノ職員ニ屬スル作用ヲ除ク外總テ裁判所ノ作用ヲ行フ判事ヲシテ行ハシムヘカラサル作用ハ器械的作用ニシテ執行ノ作用ノ如キニ屬ス又認證ノ作用ノ如キハ判

事ノミニ屬スルモノニ非ス

第二 裁判所書記 其主タル職務ハ左ノ如シ

一 認證(九二條一七六條二〇八條)

書記ハ調書及ヒ公判始末書ヲ作成シ之ニ判事ト共ニ署名捺印シ其記載スル事項ノ正當ナルヲ保證スルコトヲ要ス書記カ調書又ハ公判始末書ヲ作成スルニ付テハ常ニ裁判官ノ命令ニ從フト雖モ其調書ノ内容ニ至リテハ裁判官ト雖モ指揮命令シテ之ヲ書記ニ強ユルヲ得ス書記ハ記載ノ事項ニ付テハ自ラ其責任ヲ負フヘキモノナルカ故ニ若シ裁判官ノ命令ヲ正當ナラスト認ムルトキハ自己ノ意見ヲ之ニ附記スル權利ト義務トヲ有ス(裁構九一條參照)

二 被告人、證人、鑑定人ノ呼出及ヒ書類ノ送達ニ干與スルコト(二一三條二項一九條、民

訴三六條參照)

三 判決ノ正本、謄本、抄本又ハ被告人ノ供述書ヲ下附スルコト(九七條、二〇六條參照)

第三 執達吏 器械的作用ヲ爲スカ爲メニ設ケラルル職員ナリ而シテ判事ニ付テハ書類ノ送達

及ヒ訴訟費用、追徴金ノ取立ヲ爲ス(一九條、七六條、執達吏規則一條、一〇條)

裁判所ノ職員ハ共同シテ裁判所ノ作用ヲ爲スコトアリ審理又ハ認證ニ於テ判事ト裁判所書記カ共同シテ作用ヲ爲スコトハ上述シタルカ如シ又合議體ノ裁判所ニ於テハ定數ノ判事カ合議體ヲ組成シ此合議體カ裁判所ノ作用ヲ爲スカ故ニ此場合ニ數人ノ判事カ共同シテ作用ヲ爲スモノナ

リ即チ共同シテ審理シ共同シテ裁判ス而シテ共同シテ裁判スル方法ヲ合議及ヒ評決トス（裁構
一、二、一、條乃至一、二、四、條）合議體ニハ其機關アリ之ヲ裁判長及ヒ受命判事トス其他位ノ大要ハ左
ノ如シ

第一 裁判長 其地位ハ外部即チ當事者及ヒ第三者ニ對シ合議體ヲ代表シテ裁判ノ言渡其他ノ
作用ヲ爲シ又合議體ノ内部ニ於テハ其作用ヲ分配整理スルニ在リ故ニ裁判長ハ合議體ノ機關
ニシテ合議體ヨリ獨立シタルモノニ非ス即チ裁判長モ亦合議體ノ一員ナリトス是ヲ以テ實體
上ノ作用ハ合議體ニ於テ之ヲ爲シ單ニ形式上ノ作用ノミカ裁判長ノ職務ニ屬ス

第二 受命判事 裁判長ハ法律ノ規定ニ依リ設ケラルル合議體ノ機關ナレトモ受命判事ハ各事
件ノ必要ニ依リ裁判長ヨリ命セラルル合議體ノ機關ナリ而シテ受命判事ヲシテ其作用ヲ爲サ
シムヘキヤ又ハ合議體自ラ之ヲ爲スヤハ合議體ノ定ムル所ニシテ何人ヲ受命判事ト爲スヘキ
ヤハ裁判長ノ定ムル所ナリ故ニ受命判事モ亦合議體ノ機關ニシテ其行フヘキ作用ノ範圍ニ於
テ合議體ヲ代表スルモノナリ而シテ受命判事ノ爲スヘキ職務ハ豫備訊問、證據調、上告理由
ノ報告ナリ（九、一、條、二、三、七、條、二、三、八、條、二、四、一、條、二、六、四、條、二、八、一、條）

第六章 裁判所職員ノ除斥、忌避及回避

一定ノ裁判所ノ職員タル資格（絕對的職務ノ資格）ト各刑事事件ニ付キ實際ニ於テ其職務ヲ行

フ裁判所職員ノ資格（相對的職務ノ資格）トハ之ヲ區別セサルヘカラス前者ハ裁判所構成法ニ於
テ之ヲ定メ後者ハ訴訟法ニ之ヲ定ム凡ソ判事ハ公平無私ナラサルヘカラス若シ夫レ各場合ニ於
テ其公平無私ヲ維持スルコト能ハサルカ如キ原因ノ存スルトキハ一定ノ事件ニ關スル判事ノ職
務ニ干與セシムルヲ得ス是レ相對的義務ノ資格ナキモノナリ法律ハ其原由ヲ分チテ二トナシ一
ヲ除斥ノ原因ト謂ヒ他ヲ忌避ノ原因ト謂フ而シテ除斥ノ原因ハ公益ノ爲メニ存スルカ故ニ法律
ニ於テ之ヲ限定シ忌避ノ原因ハ其有無ノ主張ヲ當事者ニ一任ス

第一節 除斥ノ原因

除斥ノ原因タル事實ハ刑事訴訟法第四〇條ニ列舉スル所ニシテ此事實アレハ法律ニ依リ當然除
斥セララルモノトス判事ニ付テ左ニ除斥ノ原因ヲ説明スヘシ

第一 判事被害者ナルトキ

刑事訴訟法第四〇條第一及ヒ第二ノ被害者ナル文字ハ犯罪ニ因リ直接ニ損害ヲ被ムリタル者
即チ犯罪ニ因リテ攻撃セラレタル法益ノ所持者ヲ謂フ即チ親告罪ノ場合ニ告訴ノ權ヲ有スル
者ノ如キ是ナリ之ヲ廣義ニ解スルトキハ判決ノ確實ヲ害スルコト頗ル多キカ故ニ狹義ニ之ヲ
解ス

第二 判事カ被告人又ハ被害者ト親屬ノ關係ヲ有スルトキ

刑事訴訟法 訴訟手続 裁判所職員ノ除斥、忌避及回避 除斥ノ原因

前項及ヒ本項ヲ除斥ノ原因ト爲スハ其事件ハ利害關係ヲ有スルヲ以テナリ本項ニ所謂親屬トハ刑法一一四條第一一五條ノ親屬例ニ依ルヘキモノトス(二四條參照)

第三 判事其事件ニ付キ證人、鑑定人トナリタルトキ又ハ被告人又ハ被害者ノ法律上代理人ナルトキ

本項ニ於テハ第四號ト均シク其事件ニ付テハ之ヲ形式上ノ意義ニ解釋スヘキモノニシテ即チ繫屬スル訴訟ヲ謂フ同一ノ犯罪ニ關シテモ形式上他ノ訴訟ト認ムヘキモノナルトキハ判事カ證人トシテ訊問セラレタリトモ除斥ノ原因タラス又公判ニ付テ之ヲ云ヘハ其審理裁判ノ目的タル事件ニ付キ前記ノ關係ヲ有スル時ニ限り除斥セラル即チ豫審ニ於テ數箇ノ犯罪ヲ取調ヘ其公判ニ附セラレサリシ犯罪ニ付テ判事ヲ證人等トナシタルトキハ除斥ノ原因トナラス
裁判ヲ爲ス地位ト證人鑑定人ノ地位トハ相互ニ容レサルモノナリ之ト同シク判事ノ地位ト被告人ノ法定代理人トシテ辯論ニ與リ又ハ被害者ノ法定代理人トシテ私訴ヲ爲ス地位トモ容レサルカ故ニ其事件ニ干與スルヲ得ス故ニ本項ノ原因ハ裁判ノ作用ト相容レサル他ノ訴訟ニ於ケル行爲ヲ爲シ又ハ爲スヘキニ在リトス

第四 判事其事件ノ豫審決定ニ干與シ又ハ不服ヲ申立テラレタル前審裁判ニ干與シタルトキ本項ハ同一ノ被告事件ニ於テハ判事ノ職務上ノ作用ハ互ニ相容レサルコトヲ定メタルモノナリ故ニ本項ハ第一項乃至第三項ノ除斥ノ原因ナクシテ既ニ其職務ヲ行ヒタル判事ニ適用セ

ラルルモノトス而シテ刑事訴訟法ハ本項ニ於テ判事ノ職務上ノ作用ハ互ニ相容レサルモノトナシタルヲ以テ亦同時ニ本項ニ規定ナキ刑事裁判官ノ作用ハ互ニ相容ルコトヲ認メタルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ本項ノ場合ニ該當スル以外ニ於テハ或ハ處分ヲ爲シタリトノ理由ノミニ因リテハ忌避ヲ爲スヲ得サルモノトス

一 判事其事件ノ豫審決定ニ干與シタルトキ
豫審判事トシテ豫審終結決定ヲ爲シタルトキハ其事件ノ判決ハ裁判所ノ判事トシテ裁判ヲ爲スコトヲ得ス又其事件ノ受託判事タルヲ得ス然レトモ豫審判事カ豫審ノ取調ノミニ干與シ豫審終結ノ決定ヲ爲ササルトキハ除斥セラルコトナシ
豫審判事免訴ノ終結決定ヲ爲シタルモ新ナル證據發見セラレタルニ因リ裁判所ニ於テ更ニ起訴スルコトヲ許シタルトキハ(一七五條參照)曩ニ免訴ノ決定ヲ爲シタル豫審判事ハ更ニ豫審ヲ爲スコトヲ得ルモノトス何トナレハ豫審免訴トナリタル事件ハ新ナル證據ニ基キ起訴シタル事件ト全ク異ナル訴訟ナレハナリ
豫審終結ノ決定ニ對スル抗告ノ裁判ニ干與シタル判事ハ第一審第二審ノ公判ニ干與スルコトヲ得ス又大審院ノ特別權限ニ屬スル事件公判ニ付スヘキヤ否ヤヲ決定シタル大審院ノ判事ハ公判ニ干與スルコトヲ得サルモノトス(三一五條)

二 不服ヲ申立テラレタル前審裁判ニ干與シタルトキ

第一審若クハ第二審ノ裁判ニ干與シタル判事ハ第二審若クハ上告審ノ裁判ニ干與スルコトヲ得ス然レトモ玆ニ所謂裁判ノ前審トハ前審ノ裁判ト云フノ意義ナレハ判決ニ干與セザル受命判事(二三七條、二三八條、二四一條、二六四條參照)受託判事(一二條、一三二條、一九〇條參照)ノ如キハ第二審、上告審ノ裁判ニ干與スルヲ得又第二審ノ裁判カ上告審ニ於テ破毀セラレ他ノ同等ノ裁判所ニ移送セラレタルトキ(二八六條參照)ニ第二審ノ裁判ニ干與シタル判事ハ移送ヲ受ケタル裁判所ノ裁判ニ干與スルヲ得又第一審ニ於テ不當ニ管轄違ヲ認メ第二審ニ於テ差戻ヲ爲シタル場合ニ於テ(二六二條參照)不當ニ管轄違ヲ言渡シタル判事ハ後ノ裁判ニ干與スルヲ得ヘシ

第二節 忌避ノ原因

忌避ノ原因ハ除斥ノ原因ニ屬セザルモノニシテ判事ノ公平ニ對スル不信用ヲ惹起スヘキ原因之ニ屬ス而シテ其原因ヲ列舉スルハ事實上不能ノコトニ屬スルカ故ニ法律ハ別ニ規定ヲ設ケス裁判所ノ認ムル所ニ依リテ忌避スヘキヤ否ヤヲ決定セシム刑事訴訟法第四一條ニ除斥ノ原因アル場合ニモ當事者ハ判事ヲ忌避スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ然リト雖モ此場合ハ忌避ノ原因ト稱スヘキモノニアラス忌避ノ原因ナルモノハ偏頗ノ恐アル場合ノミニ限ル(ヘキモノトス然ラハ何故ニ第四一條ニ於テ除斥ヲ理由トシテ忌避ヲ爲スコトヲ許シタルヤト謂フニ蓋シ法律ハ此場合

ニ於テ除斥ノ原因アルニ拘ハラズ判事カ其原因アルコトヲ知ラスシテ裁判ニ干與スルカ如キ場合又ハ除斥ノ原因ノ存否ニ付キ裁判所ニ於テ争アリテ判事カ裁判ニ干與スルカ如キ場合ヲ想像シタルモノナリ此ノ如キ場合ニ於テハ當事者ハ其除斥ノ原因ヲ主張スルノ權利ヲ有セザルヘカラス而シテ其原因アルコトヲ主張シタル場合ニハ其手續ハ偏頗ノ恐アル爲メニ忌避ヲ爲シタル場合ト異ナルコトナシトス

第三節 除斥及ヒ忌避ノ效力

除斥ノ原因ト忌避ノ原因トハ其效力同一ナラス其主ナル差異ハ左ニ述フル所ノ如シ

第一 法律ニ依リ除斥セラレタル判事ハ如何ナルトキニ於テモ又如何ナル方法ヲ以テスルモ其事件ニ付キ職務ヲ行フヲ得ス之ニ反シテ忌避ノ原因アル判事ハ忌避ノ申請ヲ爲ス權利アル者ヨリシテ其申請ヲ繼續スヘク唯急速ヲ要セザル事件ニ付テノミ豫審手續ヲ中止スルコトヲ得於テハ仍ホ審問ヲ繼續スヘク唯急速ヲ要セザル事件ニ付テノミ豫審手續ヲ中止スルコトヲ得ルモノトナセリ(四三條參照)

第二 除斥ノ原因ハ申立ヲ待ツコトナク裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ調査セザルヘカラス之ニ反シ忌避ノ原因ハ權利者ヨリ主張セラレタル場合ニ於テノミ裁判所ハ之ヲ調査ス

第三 忌避ノ原因ハ一定ノ時期マテハ之ヲ主張スルコトヲ得(四二條民訴三四條二項、三五條

二項参照)之ニ反シテ除斥ノ原因アルトキハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス手續ヲ進行スル間ハ之ヲ認メサルヘカラス

第四 除斥セラレタル判事カ手續ニ干與シタルトキハ其訴訟ヲ終了スル判決及ヒ訴訟ノ進行中ニ言渡サレタル裁判ハ當事者ヨリシテ上訴ノ方法ヲ以テ之ヲ取消ス之ニ反シ忌避ノ原因ニ付テハ判事カ忌避セラレ共申請ヲ理由アリト認メラレタルトキニ於テ始メテ除斥ノ場合ト同一ノ效力ヲ生スルモノトス(二六九條二號、三號參照)

第五 除斥ノ原因アル判事カ爲シタル行爲ノ效力ニ付テハ學說一定スル所ナシ其第一說ニ曰ク法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタル判事カ職務ヲ行ヒタルトキハ其行爲ハ不成立ナリ而シテ此不成立ノ結果ニ付テハ除斥セラレタル判事ノ干與シタル裁判ト其他ノ職務上ノ行爲トヲ區別スルヲ要ス裁判ノ場合ニハ不成立ノ結果トシテ其裁判カ適法ナル上訴ニ依リ攻撃セラレタルトキハ他ノ裁判ヲ以テ取消サルルニ止マル之ニ反シ他ノ職務上ノ行爲殊ニ證據調ノ如キモノニ付テハ無効ノ結果トシテ其行爲ハ一般ニ裁判所ノ行爲ト看做スヲ得ス從テ其調査ハ裁判所ノ調査タルノ效力ナカルヘシ此ノ如キ職務上ノ行爲ノ無効ハ常ニ裁判所ノ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニ屬ス又除斥セラレタル判事ノ行爲ノ無効ハ其判事カ除斥ノ原因ヲ知ルト否トニ因リテ區別アルコトナカルヘシト

第二說ニ曰ク本問題ハ除斥ノ原因アル判事ノ訴訟行爲ノ爲メニ判決ヲ取消サルヘキヤ否ヤノ方針ヲ以テ攻究スルヲ要シ敢テ其訴訟行爲ヲ不成立トスルヲ要セス即チ此違法ト判決トカ原因結果ノ關係アリヤ否ヤニ因リテ判決カ取消サルルト否トヲ定ムルモノナリト予ハ第二說ヲ贊ス

今場合ヲ區別シテ之ヲ左ニ述ヘン

一 判決ニ付テハ刑事訴訟法第二六九條第二ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタル判事裁判ニ參與セルトキハ常ニ法律ニ違背シタルモノトシ其判決ヲ破毀スヘキモノトス然レトモ此規定ノ適用ハ第一審及ヒ第二審ノ判決ニ除斥ノ原因アル判事カ干與シタル場合ニ止マリ上告裁判所ノ判決ニハ適用スルヲ得ス刑事訴訟法ハ民事訴訟法第四六八條第二ノ如ク此場合ヲ再審ノ原因トナササレハ除斥ノ原因アル判事カ判決ニ干與スルモ其判決ハ確定不動ニシテ他ニ之ヲ覆スノ途ナキニ至ル加之除斥ノ原因アル判事カ干與シタル判決ハ無効ナリトノ法律ノ旨趣ナリトセハ除斥ノ原因アルヤ否ヤハ忌避ノ申請却下ノ決定確定シタルトキト雖モ尙ホ上告裁判所ニ於テ之ヲ審査セサルヘカラス然ルニ刑事訴訟法ハ其第二六九條第二號但書ニ於テ除斥ノ原因アルヤ否ヤノ判斷ハ之ヲ被告裁判所ノ裁判ヲ以テ終局ノモノトセリ以テ其意ノ存スル所ヲ知ルニ足ルヘシ

二 被告ヲ爲シ得ヘキ裁判ニ付キ除斥ノ原因アル判事之ニ干與セルトキ其決定ノ效力如何例ヘハ豫審終結決定(一七二條參照)ノ效力如何ト云フニ判決ハ素ト公判ノ審理ニ基クモノニシ

テ豫審終結決定ニ基クモノニアラサレハ除斥ノ原因ニ由リテ終結決定ヲ違法ト判決トハ因果ノ關係ナシ從テ之カ爲メニ判決ハ取消サルルコトナシ又上訴審ニ於テ終結決定ヲ取消シ更ニ其事件ニ付キ終結ノ決定ヲ爲サシムルカ爲メニ事件ヲ豫審ニ差戻ス手續ナキカ故ニ除斥セラレタル判事ノ言渡シタル終結決定ハ適法ノ終結決定ト同一ノ效力アリトス

三 抗告ヲ爲スコトヲ得サル裁判若クハ其他ノ訴訟行爲(證人、鑑定人ノ訊問、檢證、拘引、拘留、保釋、責付等)ニ付テハ判決ノ基礎タルヤ否ヤニ依リテ其效力ヲ異ニスヘシ例ヘハ公判ニ於テ除斥ノ原因アル豫審判事ノ訊問調書ヲ證據ニ引用セラレテ判決ノ基礎トナリタルトキハ其判決ハ取消サルヘキモ其處分カ判決ノ基礎ヲ爲ササルトキハ斯カル效果ヲ生スルコトナシトス

以上ノ如クナルヲ以テ除斥ノ規定ハ或ハ效果ヲ生シ或ハ生セサルコトアリ之ヲ不完全規定ト稱ス

第四節 裁判所書記ノ除斥、忌避、回避

刑事訴訟法第四五條ニ依レハ判事ノ除斥忌避及ヒ回避ノ規定ハ之ヲ書記ニ準用スヘキモノトセリ是レ即チ調書、始末書ノ適法ナルコトヲ保證スルノ職務アレハナリ是故ニ書記ノ偏頗ノ有無ヲ問フヘキ必要ナキ性質ノ行爲ニ對シテハ第四五條ノ規定ハ訓示の規定タルニ過キス例ヘハ除

斥ノ原因アル書記カ前章(一、二)ニ掲ケタル職務ヲ行フモ其行爲ノ效力ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ又第四〇條第四ノ規定ハ書記ニ之ヲ適用スルコトヲ得ス蓋シ書記ハ裁判官ノ行爲ニ立會フモノナリト雖モ其裁判行爲ニ干與スルモノニアラサルヲ以テ前ノ意見ヲ固執スルコトナケレハナリ

除斥ノ原因アル書記又ハ忌避ノ申請ヲ理由アリト認メラレタル場合ニ忌避セラレタル書記カ豫審調書又ハ公判始末書ヲ作成シ判決ニ於テ此調書又ハ始末書ヲ證據トシテ以テ判決ノ基礎トナシタルトキハ其判決ハ上告ニ依リ破毀セラルヘキモノトス然ラハ單ニ公判始末書ハ除斥ノ原因アル書記ノ調製ニ係ルカ故ニ第一審判決ハ違法ナリト云フヲ以テ上告ノ理由トナスコトヲ得ルヤ公判始末書ハ素ト公判ニ於ケル一切ノ訴訟手續ヲ記載シ公判ノ手續カ法律ニ適合スルヤ否ヤヲ證明スル證據方法(二〇八條參照)ニ過キサルヲ以テ其瑕疵ハ直チニ上告ノ理由タラサルヘシ詳言スレハ判決ハ公判始末書ニ依リテ言渡サルモノニアラスシテ公判ノ審理辯論ニ基キ言渡サルモノナルカ故ニ縱令公判始末書ニ瑕疵アルモ此瑕疵ハ判決ト原因結果ノ關係ヲ有スルコトナシ從テ法律ニ違背セル裁判ナリト云フ能ハスシテ此場合ニハ單ニ公判始末書ノ瑕疵ヲ批難スルニ止マルナリ然レトモ又一方ニ於テハ除斥ノ原因アル書記カ作りタル公判始末書ハ固ヨリ不適法ノモノナルヲ以テ此場合ニ於テハ公判手續ノ唯一ノ證據方法タル適法ノ公判始末書ヲ缺クコトハ疑ナキ所タリ是故ニ上告裁判所ハ第一審ノ公判ニ於テハ公判手續ノ方式ヲ適法ニ履踐

シタルヤ否ヤヲ審査スルノ具ヲ有セサルノ結果ヲ生スヘキヲ以テ上告裁判所ハ其手續方法ニ於テ破毀スルニ足ルヘキ違背アリタルヤ否ヤヲ知ルニ由ナク亦裁判所ハ手續ノ方式カ適法ナリトノ證明ノ具ヲ有セサルニ至ルヘシ故ニ當事者ニ於テ公開ノ規定又ハ判決裁判所構成ノ規定ニ違背スル等苟モ判決ヲ破毀スルニ足ル手續ノ違背アリト主張シテ之ヲ上告ノ理由トナスコトヲ得ヘク又此主張アリテ始メテ第一審判決ハ破毀セララルニ足ルモノニシテ漫然公判始末書ハ除斥ノ原因アル書記ノ作成セシ所ナリトノ理由ヲ以テ判決ヲ破毀スルコトヲ得サルナリ

第五節 忌避、回避ノ手續

裁判所職員ヲ訴訟ヨリ排斥スル手續トシテハ一方ニ於テ之ヲ爲スノ義務ヲ認メ一方ニハ之ヲ爲スノ權利ヲ認ムルヲ要ス除斥ノ場合ニ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ爲シ又判事カ回避ノ申立ヲ爲スハ義務ニシテ訴訟關係人カ忌避ノ申請ヲ爲スハ權利ナリ而シテ忌避及ヒ回避ハ除斥ノ原因アル場合又ハ偏頗ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ルノ情況アル場合ニ之ヲ申立ツルヲ得ルモノトス(四一條四四條參照)

忌避ノ申請ヲ爲スノ權ヲ有スル者ハ檢事其他訴訟關係人ナリトス訴訟關係人トハ被告人、辯護人、法律上代理人、訴訟ノ當事者等ナリ然レトモ訴訟ノ當事者ハ公訴ノ豫審中私訴ヲ申立テタル場合ニ豫審判事ヲ忌避スルコトヲ得ス蓋シ豫審判事ハ私訴ノ申立ヲ受理スルモ之ヲ裁判スル

ノ權限ナク又豫審判事カ免訴ノ決定ヲ爲シタル場合ニモ免訴ノ言渡ハ私訴ニ付テ最終ノ斷定ヲ下スモノニアラスシテ民事原告人ハ民事訴訟ヲ以テ私訴ノ請求ヲ爲スコトヲ得レハ此場合ニ於テモ尙ホ利害ノ關係アリト云フヘカラス又私訴當事者ハ公訴ノ審理中ニ忌避ノ申請ヲ爲スコトヲ得ス次ニ辯護人、法律上代理人ハ偏頗ヲ原因トシテハ被告人ノ意思ニ反シ忌避スルコトヲ得サルナリ蓋シ裁判官ノ公平又ハ偏頗ハ被告人ノミニ利害ノ關係アレハナリ然レトモ當然法律ニ依リ除斥セララル場合ハ裁判所ニ於テ職權ヲ以テモ其事件ヨリ排斥スル裁判ヲ爲スヲ得ルモノナルニ依リ辯護人等ニ於テモ亦忌避ノ申請ヲ獨立シテ爲スヲ得

忌避申請ノ效力ハ公判ニ於テハ其手續ヲ中止セシメ豫審ニ於テハ然ラス是レハ本審ノ手續ニシテハ準備ノ手續ナルニ依ル而シテ申請アルニ拘ハラズ公判ニ於テ其手續ヲ進行スルトキハ申請以後ノ手續ハ無効ナリトス

本法ニ於テ忌避ノ手續ハ之ヲ民事訴訟法ニ譲レリ

忌避申請ノ裁判ハ口頭辯論ヲ經又ハ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ若シ其裁判ニシテ忌避ノ申請ヲ正當ナリトスルトキハ其決定ニ對シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ス其申請ヲ不當ナリトスル決定ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ(民事三七條、三八條參照)

抗告期間ハ刑事訴訟法第二九五條ニ從フヘキモノトス蓋シ刑事訴訟法第四二條ハ民事訴訟法第四六六條ニ從ハシムルモノト解スヘカラサルト忌避申請ノ裁判ハ其性質上處分ノ急遽ヲ要スル

トニ因ルモノトス

回避ノ申立ハ忌避申請ノ管轄裁判所ニ之ヲ爲スモノトス(四四條參照)裁判所ニ於テ回避ノ申立ヲ正當ナリトスルトキハ不服ヲ申立ツルヲ得サルハ勿論回避ノ申立ヲ却下シタル場合ト雖モ回避ノ申立ヲ爲シタル判事ハ其裁判ニ對シ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス蓋シ判事ハ除外ノ原因アル場合ニ限リ回避ノ申立ヲ爲ス義務アルト同時ニ忌避ノ原因アル場合ニモ亦此義務アリ法律ニ於テハ判事ニ回避ヲ爲ス固有ノ權利アルコトヲ認メス從テ若シ回避ヲ申立テタル判事ノ意見ニ反シ裁判所カ回避ノ原因ナシトスルトキハ其判事ハ此裁判所ノ裁判ニ從ハサルヘカラス判事カ回避ノ申立ヲ爲シタル場合ニ其原因ヲ認ムル決定ハ當事者カ申立テタル忌避ヲ理由アリトシタル決定ト其效力同一ニシテ即テ其時ヨリシテ裁判ニ干與スルコトヲ得ヌ又刑事訴訟法第四四條第二項ノ決定ハ裁判所ノ内部ノ事務タルニ止マルカ故ニ當事者ニ之ヲ言渡シ又ハ其決定ヲ送達スルコトナシ其結果トシテ此決定ニ於テ忌避ノ原因ナシト認メタル場合ト雖モ當事者ハ更ニ其原因ニ基キ忌避ノ申請ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第七章 裁判所ノ共助

裁判所ハ其管轄區域内ニアラサレハ職務ヲ行フコト能ハサルヲ以テ受訴裁判所カ訴訟行為ヲ其管轄區域外ニ爲スヘキ必要ノ生シタルトキハ他ノ裁判所ニ法律上ノ共助ヲ求メサルヘカラス又

便宜ノ爲メニ他ノ裁判所ニ法律上ノ共助ヲ求ムルコトアリ例ヘハ證人訊問ノ囑託又ハ地方裁判所カ管轄區域内ノ區裁判所ニ檢證等ヲ囑託スル場合ノ如シ而シテ必要ノ囑託ハ法律ニ明文ナキモ之ヲ許スヘク便宜的ノ囑託ハ明文アルニ非サレハ之ヲ爲ス能ハス

法律上ノ共助トハ司法ノ爲メニ一ノ官府カ自己ノ權限ヲ以テ他ノ官府ヲ補助スルヲ謂フ故ニ廣ク法律中ノ共助ト云ヘハ管ニ裁判所ノミナラス檢事ト檢事トノ間ノ共助アリ(裁構一三二條參照)又通常裁判所ト特別裁判所トノ共助アリ(一一八條末項、通常裁判所ト臺灣法院トノ共助法)茲ニ裁判所ノ共助トシテ論スル所ハ通常裁判所ト特別裁判所トカ司法ノ爲メニ裁判權ヲ以テ補助スル場合ニ止マルモノト知ルヘシ

裁判所ノ共助ハ裁判所構成法第一三一條ニ依リ訴訟法又ハ特別法ニ定ムル場合ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得而シテ刑事訴訟法ニ付キ通常裁判所間ノ共助ヲ定メタル特別法ナシ刑事訴訟法ニ於テノミ之ヲ規定シタリ即チ左ノ如シ

第一 被告人ノ訊問及ヒ拘留(七〇條參照) 此囑託ハ受訴裁判所ノ豫審判事ヨリ被告人所在地ノ豫審判事又ハ區裁判所判事ニ爲スヘキモノニシテ公判ニ於テハ此囑託ヲ爲スヲ得ヌ而シテ其方式ニ付テハ制限ナケレハ電信ヲ以テモ囑託スルコトヲ得ヘシ而シテ此囑託ハ拘留ヲ目的トスルモノニシテ拘留ヲ爲スニハ被告人ノ訊問ヲ要スルカ故ニ拘留及ヒ訊問ヲ併セテ囑託スルモノトス故ニ被告人訊問ノミヲ囑託スルコトヲ得ヌ

第二 證人ノ訊問(一一九條三三三條參照) 證人裁判所所在地ニ任セザルトキハ豫審又ハ公判

ニ於テ其住所ノ地ノ區裁判所ニ囑託シ證人管轄地外ニ在ルトキハ其所ノ地ノ豫審判事又ハ區裁判所判事ニ囑託ス是レ亦便宜ノ爲メニスル囑託ナリ

第三 鑑定 鑑定ノ囑託ニ付テハ刑事訴訟法ニ明文ヲ掲ケス即チ證人ニ關スル規定ニシテ鑑定

人ニ準用スヘキモノハ第一三六條ニ列舉スルニ拘ハラズ證人ノ訊問囑託ニ關スル第一三二條ノ規定ヲ舉ケス之ニ依リ或ハ鑑定ノ囑託ハ之ヲ爲スヲ得ストル者アリ是レ便宜ノ爲メニス

ル囑託ハ特ニ明文ナルニアラザレハ許スヘカラストナスヨリ生シタルモノノ如シ然レトモ鑑定人ハ之ヲ勾引スル能ハサルカ故ニ此囑託ハ當ニ便宜ノ爲メノミナラス絕對ニ必要ナルコト

アルヘシ當ニ鑑定ニ付テハ別ニ明文ナキモ第一三二條ヲ準用スルモノト解釋セザルハカラス然ラザルトキハ鑑定人ノ必要アルモ之ヲ爲ス能ハサル場合ヲ生スヘシ

第四 隨檢、搜索及ヒ物件差押 刑事訴訟法ニ於テハ第一一二條ヲ以テ管轄内ノ囑託ヲ規定スルノミナレトモ既ニ管轄地内ト雖モ之ヲ區裁判所判事ニ囑託スルコトヲ得ルモノトスレハ其

職權ノ行ハレザル管轄地外ニ於テ此等ノ處分ヲ行フヘキトキハ其地ノ豫審判事又ハ區裁判所判事ニ囑託スルコトヲ得ルハ勿論ナリトス後ノ場合ニ囑託ハ如何ナル裁判所ニ之ヲ爲スヘキ

ヤニ付テハ刑事訴訟法第一一二條ニ此囑託ヲ併セテ規定シタルモノト解スル能ハサルカ故ニ同第一三二條第二項ヲ準用シテ豫審判事又ハ區裁判所判事ニ之ヲ囑託シ得ヘシトス

受訴裁判所ヨリ法律上ノ共助ノ囑託アリタルトキハ受託裁判所ハ共助ノ行爲カ許スヘキモノニシテ且自己ニ管轄權アルトキハ之ニ應スルノ義務ヲ生ス此場合ニハ共助ヲ與フルヲ拒ムヲ得ス然レトモ故ナク囑託シ來ルトノ理由又ハ囑託シタル裁判所ハ管轄違ナリトノ理由ヲ以テハ之ヲ拒ムヲ得ス故ニ受託裁判所カ審査得ル事項ハ囑託ニ應スル義務ノ條件ノミニ止マル又受託裁判所ハ轉囑ヲ爲スヲ得ス是レ轉囑ハ便宜ノ爲メニスルモノニシテ法律ニ於テ之ヲ許スノ規定ナケレハナリ

第八章 當事者

刑事訴訟ニ於テハ當事者ナルモノ存在スルヤ否ヤハ從來爭アル所ナリ當事者ヲ認メサルモノノ根據トスル所ハ次ノ如シ(一)檢事ヲ一方ノ當事者ト爲ス能ハス檢事ハ一方ノ當事者ノ利益ヲ主張スルモノニ非スシテ正當ノ判決ヲ得ルコトヲ欲スル國家ノ利益ヲ代表スルカ故ニ刑事訴訟ニ於テハ利益ノ爭ヲ欠キ從テ檢事ヲ當事者ト爲ス能ハス又被告人ハ證據方法タルノ地位ヲ有シ當事者ニ非ザルナリ(二)國家ヲ以テ一方ノ當事者ト爲ス能ハス蓋シ國家ハ裁判權ノ主體ナルカ故ニ裁判權ノ主體ナルト同時ニ當事者タルヲ得ヘキモノニ非スト然レトモ次ノ理由ニ依リテ當事者ヲ認ムヘキナリ(一)刑事訴訟ニシテ彈劾ノ方式ヲ採用スル以上ハ當事者ノ存在ヲ否認スルヲ得ヌ又現行法ヲ見ルニ起頭ニ於テ公訴權ナルモノヲ認メ檢事ヲシテ此權利ヲ行使セシム即チ攻

聲ノ作用ヲ爲ス獨立ノ訴訟主體ヲ認ムルコトヲ知ル又現行法ハ被告人ニ證據ヲ提出其他ノ訴訟上ノ權利ヲ有セシム是レ即チ防禦ノ作用ヲ有スル獨立ノ訴訟主體ヲ認メタルモノトス(一)刑事訴訟ハ爭訟利益ヲ欠クモノナリト云フヘカラス檢察ト被告トカ相反スル利益ヲ主張スル場合ニ於テハ爭訟利益ノ存在スルコト疑ナシ又檢察モ被告モ共ニ同一ノ主張ヲ爲シ共ニ無罪若クハ處罰ヲ求ムル場合ニ於テモ爭訟利益ヲ欠クモノニ非ス何トナレハ檢察カ被告人ノ利益ヲ主張スルハ被告人其者ノ利益ヲ眼中ニ置クニ非ス國家ノ利益ノ爲メニ之ヲ主張スルナリ國家ハ正當ナル裁判ヲ得ルノ利益アリテ檢察之ヲ主張ス反之被告人カ檢察ト同一ノ主張ヲ爲スハ私益ノ爲メナリ故ニ其結果ニ於テ檢察ト被告人トノ主張ハ同一ニ歸著スルコトアルモ其根本ノ觀念ニ於テハ相互ニ反對ヲ爲スモノナリ此反對スル利益ハ判決ノ確定スルマテハ互ニ爭ニ係ルモノナリ(二)被告人ハ證據方法タルト同時ニ當事者ナリト云フモ妨ナシ此二箇ノ地位ハ之ヲ兼スルコトヲ得ルモノトス

刑事訴訟ニ當事者アリトセハ何人ヲ以テ當事者ト爲スヘキヤハ亦爭アル所ニシテ左ノ二説アリ
 第一 訴訟上ノ意義ヲ付スル學說 之ニ依レハ當事者トハ自己ノ意思ヲ以テ訴訟ノ方法ヲ行ヒ以テ相手方ニ對峙シ相手方ノ爭ヲ請求ニ付キ裁判ヲ求ムルモノナリ
 第二 實體上ノ意義ヲ付スル學說 之ニ依レハ自己ノ請求及ヒ義務ニ付キ裁判セラルルモノニシテ訴訟ニ干與シ自ら訴訟行爲ヲ爲スコトハ當事者ノ要素ト爲サルモノナリ

右第一説ニ依レハ原告タルモノハ檢察ニシテ國家ニ非ス又法人ヲ處罰スル場合ニ於テ法人カ被告ノ地位ニ在ルニ非スシテ法人ノ代表者カ被告ナリ第二説ニ依レハ刑罰請求權ヲ有スル國家カ原告ニシテ檢察ハ原告ノ代理人ナリ又處罰ヲ受クル法人カ被告ニシテ法人ノ代表者ハ被告ノ法定代理人ナリトス

第一説ノ根據ハ(一)訴訟ノ目的物ニ付キ權利者タリ義務者タルヤハ判決ニ依リテ始メテ定ムルモノナリ然ルニ其判決ノ言渡サルル以前ニ於テモ亦當事者ノ對立スルヲ要スルモノナリ故ニ實體上權利者ナルヤ義務者ナルヤハ當事者ノ意義ニ關係ナキ所ナリ(二)國家ヲ以テ當事者トセハ當事者ヲ否認スルノ結果ニ至ル蓋シ當事者ハ裁判權ニ服従スル者ニシテ自己カ支配セラルル權力ヨリ生スル裁判ヲ求ムルモノナリ然レトモ當事者ノ意義ハ刑罰訴訟ニ於テハ實體上ノ法律關係當事者ナルモノ存在スルコトナシ然レトモ當事者ノ意義ハ刑罰訴訟ニ於テハ實體上ノ法律關係ニ於テ權利者タリ又ハ義務者タルモノト爲スヲ得蓋シ刑罰ノ訴ハ科刑ヲ目的ト爲ス訴ナレハ民事訴訟ニ於ケル如ク消極的ノ訴ナケレハナリ此實體上ノ法律關係カ訴訟ニ繫ルモ決シテ訴訟當事者カ實體上ノ當事者ト異ナルノ理ナシ現行法ニ依ルモ公訴權ノ主體ハ國家アルコト明カナリ公訴權ノ主體タル國家カ當事者ニ非スト爲スハ當事者ト其代理人トヲ區別セサルノ論ナリ又當事者ニ實體上ノ意義ヲ付スルモ決シテ之ヲ否認スルノ結果ヲ生セス國家ハ法律ヲ以テ自ら私法上ノ當事者トナリ又ハ民事訴訟ノ當事者タル地位ヲ占ムルコトヲ規定スルト同シク刑事訴訟

ノ法律關係中ニ自ラ進入シ當事者ノ地位ニ立ツコトヲ規定スルコトヲ得ルモノナリ國家ハ一ニシテ二ナシト雖モ其權力ノ作用ニ於テハ種種アリ一方ニ於テハ裁判權ノ作用ヲ以テ立テ他方ニ於テハ公訴權ノ作用ヲ以テ當事者ノ地位ニ立ツモ妨ナシ檢事ヲ當事者ト爲スハ唯訴訟ノ外觀ヲ以テ事ヲ判斷スルモノナリ

第九章 檢事

第一節 檢事ノ官職

檢事ハ公訴ヲ通常刑事裁判所ニ提起實行スル國家ノ官職ナリ(一條、裁構六條參照)而シテ檢事ハ裁判上ノ官職ニアラスシテ司法行政ノ官職ナリ是故ニ檢事ハ如何ナル場合ニ於テモ刑事事件ヲ裁判スルノ權ナシ(裁構八一條參照)各裁判所ニハ公訴ノ提起實行ノ爲メ檢事ヲ附置スルコトヲ要ス而シテ一箇ノ裁判所ノ檢事局ニ數人ノ檢事アルハ恰モ區裁判所ニ數人ノ判事アルト均シク所謂單獨制ノ官府ニシテ合議制ノモノニアラス即チ職權ノ主體ハ常ニ一人ノ檢事ナリトス

檢事局ノ事務ハ檢事ニアラサレハ之ヲ取扱フコトヲ得ス然レトモ區裁判所ニ於テハ警察官、憲兵將校、下士又ハ林務官ヲシテ之ヲ取扱ハシムルコトヲ得又司法大臣ハ司法官試補又ハ郡市町村長ヲシテ區裁判所ノ事務ヲ取扱ハシムルコトアリ(裁構八條參照)又檢事局ニハ相應ナル員數

ノ檢事ヲ置クモ一裁判所ノ檢事悉ク差支アリテ事務ヲ取扱ヒ得ザルトキハ地方裁判所長又ハ區裁判所監督判事ハ其事件カ猶豫スヘカラサルニ於テハ判事ニ檢事ノ代理ヲ命シ其事件ヲ取扱ハシムルコトヲ得(裁構六條末項參照)此等ハ皆一時檢事ノ事務ヲ取扱ハシムルモノニシテ永久檢事ノ職ニ任命シタルニアラス

第二節 檢事局内部ノ構成

各裁判所ノ檢事局相互ノ關係ハ相密接シタルモノニシテ合シテ同一體ヲ成スモノナリ即チ各檢事局ハ他ノ檢事局ニ對シテ獨立シタルモノニアラスシテ相合シテ一體ヲ成シ其首長ハ司法行政ノ長官タル司法大臣ナリトス故ニ各裁判所ノ檢事局ハ則チ國家ノ檢事局ノ一部ナリ之ヲ名ケテ檢事同一體ノ原則又ハ檢事局不可分ノ原則ト云フ故ニ檢事同一體ノ原則ハ檢事ト首長ハ唯一ニシテ各檢事ハ其首長ノ命令ヲ執行スルノ機關タル内部ノ關係ヲ言表シタルモノニ過キス此原則ヲ認ムル結果ハ左ノ如シ

第一 檢事ハ上官ノ命令ニ從ヒ上官ハ檢事ヲ指揮ス而シテ此命令ヲ爲ス者ハ司法行政ノ監督者ナリ(裁構一二〇條參照)

是故ニ司法大臣以下ハ檢事ノ職務ニ屬スル以上ハ何事ニテモ命令スルヲ得ルモノニシテ公訴ノ提起、實行及ヒ刑ノ執行ニ關スルコトヲ命令スルヲ得ヘシ又命令ハ敢テ一般ナル特別ナ

ルトヲ問ハス法律ノ見解ニ付キ強テ其意見ヲ行ハシムルト上訴ノ如キ行爲ヲ強フルトヲ論セ
 ス常ニ檢束力ヲ有スルモノトス又裁判所構成法第八三條ニ定メタル權モ此命令權ニ伴フモノ
 ナリ而シテ命令ヲ受ケタル檢事カ其命ニ違反セルトキハ如何ナル結果ヲ生スルカト云フニ上
 官ノ命令ハ檢事局ノ内部ニ屬スル關係ナルカ故ニ其違反ハ訴訟ニ影響セズ即チ命令ノ違反ハ
 裁判所ニ對シテ效力生スルモノニアラスシテ單ニ上官ニ對シテ責任ヲ生スルニ止マルヘシ各
 裁判所ノ檢事局ニハ監督權ヲ有スル檢事ヲ上官トシ他ノ檢事ハ其上官ノ補助者且代理者タル
 ニ過キス(裁構三三條、四二條、五六條)

第二 上官ハ其部下ノ檢事ニ對シ監督權ヲ行フ其監督權ノ内容ハ裁判所構成法第一三六條乃至
 第一四一條ニ定ム

第三 各檢事ハ其置カレタル檢事局ヲ外部ニ對シ代表ス故ニ上官ノ命令ニ反スルモ外部ニ對シ
 無効トナラス

第四 法律上ノ共助ニ付テハ裁判所構成法第一三二條ニ依リ各裁判所ノ各檢事局ノ間ニ行ハル
 然レトモ命令ヲ受クヘキ檢事ニハ共助ナルモノ存在セザルナリ而シテ囑託ヲ受ケテ自己ノ權
 限内ノ事務ナリトセハ之ヲ拒ムヲ得サルヘク若シ之ヲ拒ミテ其義務ニ應セサルニ於テハ則チ
 上官ニ對スル抗告ノ途ニ由リ之ヲ強要スルコトヲ得ヘシ

第五 檢事局ノ管轄ニ付テハ裁判所構成法第六條第一項前段及ヒ第二項ノ規定アルノミ而シテ
 此規定ニ依レハ檢事局ノ管轄ハ受訴裁判所ノ管轄ニ從フモノナリト云フヲ得ヘシ然レトモ檢
 事ノ職務ハ被告事件カ裁判所ニ繫屬スル以前ニ始マルモノニシテ又裁判所ノ繫屬ヲ離レタル
 後ニ於テモ存スヘキヲ以テ此等搜查及ヒ刑ノ執行ノ職務ニハ前示ノ原則ハ之ヲ適用スルヲ得
 ス左レハ搜查ニ付テハ管轄ノ定メナク犯罪ヲ發見シタル檢事局ニ於テ搜查ヲ爲スヲ得ヘク又
 刑ノ執行指揮ニ付テハ事物ノ管轄ニ制限セラルルモノニ非ス

第三節 檢事ノ職務

第一 當事者ノ代理人トシテノ職務

一 公訴提起ノ職務 此職務アルカ故ニ搜查ノ職務ヲ併セ有ス
 檢事カ各場合ニ於テ起訴スヘキモノニアラサルニ起訴シ又起訴スヘキモノナルニ起訴セザ
 ルコトアルハ到底法律ノ規定ヲ以テ之ヲ抑制スルコトヲ得サルモノナリ由テ法律ハ此ノ如
 キ場合ヲ慮リ其救済方法ヲ設ケタリ
 甲 不法ニ公訴ヲ提起シ豫審ヲ求メタル場合ニハ豫審免訴ノ決定アリテ之カ救済ヲ爲スモ
 ノトス(一六五條參照)

乙 不法ニ公訴ヲ提起セザル場合ニハ司法事務取扱ノ方法ニ對スル抗告ニ依リテ之ヲ救済
 スルヲ得ヘシ(其構一四〇條參照) 本法第六五條ニ於テ被害者ニ檢事ヨリ處分ヲ通知ス

刑事訴訟法 訴訟主體 檢事ノ職務

ルノ義務ヲ認メタルハ蓋シ一ハ此損害ノ申立ヲ爲スノ便宜ヲ得セシメンカ爲メナリトス
 二 公訴實行ノ職務 検事ハ公訴提起ノ義務ヲ負フノミナラス提起シタル公訴ニ於テ原告ト
 爲リノカ實行ヲ爲スノ義務アリ検事カ一旦提起シタル公訴ヲ取下クルヲ得サルハ蓋シ公訴
 實行ノ義務アルカ爲メナリ然レトモ公訴ノ實行ヲ怠ルモ裁判所ハ之ヲ強要スルヲ得ス今左
 ニ場合ヲ分チテ之ヲ詳論スヘシ

甲 検事カ豫審ヲ求メタル場合ニ於テ豫審ヲ終結セシムルハ検事ノ意見ヲ求メサルヘカラ
 ス(一六一條参照) 検事ハ此期間内ニ意見ヲ付シ始メテ豫審判事ハ豫審終結決定ヲ爲ス
 ヲ得豫審終結決定後ニ至リテハ其訴訟ノ進行ハ全ク検事ノ手中ニ存スルモノトス縦令被
 告事件ハ豫審判事ノ決定ニ依リ公判ニ付セラルルモ公判裁判所ハ直チニ公判ヲ開クコト
 ヲ得ス 検事ハ被告人ニ對シ呼出狀ヲ發スヘキコトヲ裁判所ニ求メ裁判所ハ此申立ヲ待テ
 テ始メテ公判ヲ開廷スルヲ得ヘキモノナリ(一一三條、一三六條参照)

乙 公判開廷後ニ於テ検事ハ亦公訴ノ實行ヲ爲ササルヘカラス例ヘハ公判ニハ検事ノ立會
 ヲ要ス(一七六條)故ニ若シ検事之ニ立會ハサレハ公判ノ構成ヲ欠クヲ以テ訴訟ヲ進行ス
 ル能ハサルナリ又検事ハ證據調ノ後ニ辯論ヲ爲スヲ要ス(二二〇條参照)其他上訴ノ申立
 ヲ爲スモ亦公訴ノ實行ナリ而シテ公訴ノ實行ハ被告人ノ不利益タル訴訟行為ヲ爲スノミ
 ニ止マラス其利益ナル行為ヲ爲スコトモ之ヲ包含スルモノトス

第二 公益ノ代表者トシテノ職務

是レ再審非常上告ヲ爲スノ職務ナリ 検事カ被告人ノ利益ノ爲メ公訴ヲ實行スルハ公益ノ代表
 者トシテノ職務ヲ行フモノトノ説アレトモ非ナリトス是レ亦原告代理人タル職務ナリ

第三 特種ノ職務

是レ裁判執行ヲ指揮スルノ職務ナリ 裁判所構成法第六條ニハ檢事ハ判決ノ適當ニ執行セラル
 ルコトヲ監督スルコトヲ規定シ本法第八編第一章ニ刑ノ執行ヲ指揮スルコトヲ定ム現行法ニ
 ハ決定及ヒ命令ノ執行ハ何人カ之ヲ指揮スルヤニ至リテハ更ニ規定スル所ナシ然レトモ執行
 ノ指揮ノ如キ行為ハ裁判所ニ之ヲ委スヘキ性質ノモノニアラサルカ故ニ決定命令モ亦其執行
 ノ指揮ノ任ハ檢事ニアリ殊ニ勾引狀勾留狀ハ本法第七六條ニ依リ調査、憲兵卒ノ執行スヘキモ
 ノニシテ此等ノ者ノ長官ハ裁判所ニアラスシテ檢事ナリ第七七條第四項ニ依レハ調査、憲兵
 卒ハ令狀ヲ執行シタル後令狀執行ニ關スル書類ヲ檢事ニ提出スヘキモノトセリ此等ノ條文ヲ
 對照シテ考フルトキハ勾引狀、勾留狀ノ執行ヲ指揮スル者ハ檢事ナリト云フヘキナリ但石炭
 狀ノ執行ハ第七六條ニ依リ執達吏ノ爲スヘキモノニシテ執達吏ハ裁判所構成法第一〇〇條ニ
 依リ裁判所及ヒ書記ノ命令ニ從フモノナレハ裁判所直接ニ之カ執行ヲ指揮スルモノトス

第十章 司法警察官

檢察官犯罪アルコトヲ認知スルハ其補助者ヲ必要トス又檢事ハ犯罪アルコトヲ認知シ若クハ犯罪アリト思料スルモ不當ノ公訴ヲ提起スルカ如キコトナカラシメンカ爲メ犯罪ノ證據ヲ蒐集シ犯人ヲ捜査シテ確實ナル根據ヲ得サルヘカラス是レ檢事ノ一身ヲ以テ能クスヘキ所ニアラサレハ其補助者ヲ必要トス此補助ヲ爲ス者ハ實ニ司法警察官ナリトス

司法警察官ハ管轄檢事及ヒ其上官ノ職務上發シタル命令ニ從フヘキモノニシテ檢事及ヒ其上官ハ司法警察官ニ對シ訓令又ハ諭告ヲ爲スヲ得ヘシ(裁構八四條參照)
現行刑事訴訟法ニ於テ司法警察官ト定メタル者ハ左ノ如シ

第一 警視總監及ヒ地方長官 警視總監及ヒ地方長官ハ犯罪捜査ニ付キ地方裁判所檢事ト同一ノ權利ヲ有スルモノトス是レ治罪法ヨリノ規定ニシテ恐ラクハ國事犯等一般公安ニ關スル犯罪アル場合ヲ慮リ規定シタルモノナルヘシ

第二 警視、警察署長、警部、憲兵將校下士、島司、郡長、林務官、市町村長 此等ノ者ハ檢事ノ補佐トシテ捜査ニ從事スルモノトス

第四八條ニ依リ船長ハ海船内ニ於テ司法警察ノ職務ヲ行フニ止マリ司法警察官トシテ檢事ヲ補助スルモノニアラス又間接國稅犯刑者處分法ニ依レハ間稅官吏ハ犯罪事件ノ捜査ヲ爲スモ司法警察官ニアラサルナリ

刑事訴訟法第四七條ハ保安官吏及ヒ警察官吏中其列記スル者ノ全員ヲ司法警察官トシタルヲ以

テ實際ニ於テハ司法警察官ト行政警察官トノ區別ハ存セサルモ法律ニ於テ其區別ヲ認ム司法警察官ハ檢事カ其管轄區域内ニ於テ發シタル命令ニ從フモ行政警察官ニ對シテハ檢事ハ命令ヲ發スルコトヲ得ス是ヲ以テ檢事ニシテ或處分ヲ執行セシメント欲セハ囑託ノ方式ニ出テサルヘカラス故ニ左ノ差異アリ

第一 警察官カ命令若クハ囑託ニ從ハサリシ場合ノ處分ニ差異アリ命令ヲ受クヘキ司法警察官ニ對シテハ檢事及ヒ其上官ハ強制權ヲ有シ此權ヲ以テ直接ニ命令ニ服從セシムルコトヲ得ヘシ之ニ反シ行政警察官カ囑託ニ應ゼサルトキハ檢事ハ其行政長官ニ對シ囑託ニ應スヘキノ指揮ヲ求ムルノ外途ナキナリ

第二 命令ハ囑託ニ優ルノ力アリ故ニ同一處分ニ付キ相反スル命令ト囑託トアリタルトキハ命令ニ從ハサルヘカラス

第三 警察官ハ如何ナル程度マテ命令若クハ囑託ヲ受ケタル處分ノ適法ナリヤ否ヤヲ調査スルヲ得ルカト云フ問題ニ關シテモ異ナル所アリ命令ヲ受クヘキ司法警察官ハ通常檢事ノ命令ノ適法ナリヤ否ヤヲ調査スルノ權ナシト雖モ囑託ヲ受ケタル警察官ハ囑託ノ適法ナリヤ否ヤニ付テハ其長官ノ意思ニ拘束セラレモノトス

以上列記シタル三箇ノ差異ハ檢事ト其管内ノ司法警察官トノ關係及ヒ檢事ト其管外ノ司法警察官トノ關係ニ於テモ適用スルヲ得ヘシ蓋シ司法警察官ハ檢事カ其管轄區域内ニ於テ發シタル命

令ニノミ從フヘキモノナレハナリ

第四七條第二項第三號以下ニ掲グル官吏公吏ハ其職務上ノ事項ニ關スル犯罪ニ付テノミ司法警察官トシテ搜查權ヲ有スルヤ即チ其主管事務ニ於ケル司法警察官ナリト云フヘキヤ否ヤ第四七條ハ司法警察官タル人ヲ定メタルモノニシテ人ニ付テハ限定セラレタルモノナレトモ搜查權ノ範圍ニ至リテハ第一ノ警察官ヨリ第六ノ市町村長ニ至ルマテ毫モ異ナルコトナシ尤モ土地ノ管轄ニ付テハ第四七條列記ノ者ハ其行政區劃ヲ超過スルコト能ハサルヘシト雖モ其司法警察ニ關スル事物ニ至リテハ之ニ制限シタル法文ナシ唯船長及ヒ間接國稅犯則者處分法ニ於ケル間稅官吏ノミハ事物ニ付キ明カニ其搜查權ヲ制限シタリ既ニ明文ノ存スルナキ以上ハ司法警察官タル者ニ至リテハ事物ノ制限ナキモノト云ハサルヘカラス

司法警察官ノ刑事訴訟上ノ權利ハ搜查權ナリ而シテ其之ヲ行フヤ檢事ノ指揮命令ヲ待タサレハ搜查ニ著手スルコトヲ得ナルニアラス常ニ自ら進ミテ搜查ニ從事スルヲ要ス而シテ其權利ノ範圍ハ左ノ如シ

第一 司法警察官ハ第一著ニ搜查ニ著手スルノ權ヲ有スヘシ即チ檢事カ其被告事件ヲ知ラサル場合ト雖モ犯罪アレハ之ヲ搜查シテ其記録ヲ檢事ニ送致スヘキナリ本法第四七條第二項ニ於テ檢事ノ補佐トシテ其指揮ヲ受ケ云トアルヲ以テ常ニ其指揮ヲ受ケルヲ要シ檢事ノ指揮命令アルニアラサレハ決シテ直チニ搜查ニ著手スヘカラスト解スヘキモノニアラス其指揮ヲ受

ケシムルハ一般ニ指揮命令ニ從フヘシトノ意ニ外ナラサルナリ而シテ其搜查ハ檢事ニ被告事件ヲ送致スルマテニ限ラレスシテ其後ト雖モ尙モ搜查ノ必要アル以上ハ進ミテ之ヲ爲ササルヘカラス殊ニ訴訟ノ著著後ト雖モ再審ノ原因アルヤ否ヤニ付テ疑ヲ生シタルトキハ尙ホ進ミテ搜查セサルヘカラサルナリ

第二 司法警察官ハ現行犯ノ場合ハ強制處分ヲ爲スコトヲ得但勾留狀ハ之ヲ發スルコトヲ得ス(一四七條參照)非現行犯ノ場合ハ檢事カ此場合ニ於テ有スル權利ヨリモ多クノ權利ヲ有スルモノニアラス

第十一章 被告人

被告人ハ當事者ナルコトハ既ニ述ヘタル所ナリ被告人ハ自己ノ名義ヲ以テ科刑權ニ對スル防禦方法ニ付キ自己ノ意思ニ從テ處分スル此處分ハ被告人ノ訴訟上ノ權利タルモノニシテ形式及ヒ實質ノ兩方面ヨリ見テ被告人ノ當事者タルコト疑ナシ而シテ一箇ノ訴訟ニ於テ數人ノ被告人カ同時ニ當事者ノ地位ヲ占ムルトキハ之ヲ共同被告人ト稱ス(一九七條二項)

被告人ノ當事者能力ニ付テハ從來爭アル所ナリ被告人ノ當事者能力ハ有效ニ被告人トシテ訴訟セラルル能力ナリ之ニ付キ第一說ハ犯罪無能力者ハ當事者能力ナシト爲ス又此說ヲ採ル者ニシテ此外尙ホ裁判權ニ服從セサル者例ヘハ治外法權者ノ如キモ亦當事者能力ナシト爲スモノアリ

第二説ハ犯罪能力ト當事者能力ト區別スルモノニシテ犯罪能力ノ有無ヲ問ハス苟モ生活スル人ハ悉ク當事者能力アリ又例外トシテ之ヲ罰スルノ明文アルトキニ限り法人ニ當事者能力アリトナスモノナリ予輩ハ第二説ヲ以テ其當ヲ得タルモノト信ス蓋シ犯罪能力ハ犯罪構成ノ問題ニ係リ當事者能力ハ訴訟關係ノ成立ニ係リ兩者全ク別異ノモノナリ而シテ犯罪能力ニ付キ單ニ疑アルニ止マルトキノ如キハ之ヲ裁判所ニ於テ判斷スルノ必要アルヨリ檢事ハ起訴ヲ爲ササルハカラス此場合ニ於テ他ノ訴訟條件ヲ欠缺セサル以上ハ訴訟ハ成立シ本案ノ判決ヲ爲スヲ要ス然レトモ自然人タル被告人カ死去スレハ訴訟關係ハ當然消滅シ別ニ裁判ヲ爲スヲ要セス若シ此場合ニ於テ死去シタルニ拘ハラヌ判決ヲ爲スカ如キコトアレハ其判決ハ外觀的判決ニシテ眞ノ判決ニ非ス

被告人ノ訴訟能力ハ其當事者能力ト區別セサルヘカラス訴訟能力ハ有效ニ訴訟行爲ヲナスノ能力ナリ當事者能力ヲ有スル者ハ必スシモ訴訟能力ヲ有セス例ヘハ國家ハ當事者能力アルモ訴訟能力ナシ又法人ヲ處分スヘキ場合ニ於テ法人ハ當事者能力アルモ訴訟能力ヲ有セス而シテ被告人ノ訴訟能力ニ付テモ從來二説アリテ第一説ハ犯罪能力者ニシテ始メテ訴訟能力アリト爲スモノニシテ第二説ハ犯罪能力ノ如何ヲ問ハス苟モ被告人トシテ訴ヘラレタル人ニハ訴訟能力アリト爲スモノナリ第二説ハ刑事訴訟ノ原則ニ適ス本法ニ於テハ被告人自ラ辯護ヲ爲スヲ以テ眞實發見ニ適切ナリト認メ被告人自身ノ出頭ヲ要求スルヲ原則トス然ラハ苟モ被告人タルモノハ訴

雜 錄

○大審院判例要旨

○未成年者ノ株主ニ對スル拂込催告ノ效力 株式會社カ商法百五十二條ニ規定スル手續ヲ履踐シタルモ株主カ拂込ヲ爲ササル爲メニ其權利ヲ失却シタル後ニ非サレハ株式ノ讓渡人ニ對シテ次條第二項及ヒ第三項ノ規定ヲ適用ス可カラサルコトハ法文上自ラ明カナリ故ニ商法第百五十二條ノ催告及ヒ通知ヲ受ケタル株主カ未成年者ナルカ爲メニ民法第九十八條ニ依リ右意思表示ヲ以テ其株主ニ對抗スルコトヲ得サル場合ニ於テハ會社ハ其株主ニ對シ商法第百五十二條ノ手續ヲ履踐シタルト主張スルコトヲ得サルヲ以テ其株主カ拂込ヲ爲ササルモ之カ爲メニ當然失權ヲ來タスモノニ非ス從テ商法第百五十三條第二項及ヒ第三項ニ規定スル讓渡人ノ責任ハ未ダ發生セサルモノト謂ハサルヲ得ス(明治四十年(即)第二百九十四號 同年九月二十七日第二民事部判決)

○文書偽造ト變造ノ區別 凡ソ文書ノ效用ハ其内ニ包含スル所ノ證明力ニ存スルヲ以テ他人ノ名義ヲ冒シテ新ナル證明力ヲ具有スル文書ヲ作爲スルノ所爲ハ既存ノ文書ヲ利用スルト新ニ文書ヲ作成スルトニ論ナク文書偽造罪ヲ構成スヘク之ニ反シテ既存ノ文書ニ増減變更ヲ加フ

ルニ因リ其文書ノ有セル證明力ヲ増減變更スルニ過キサルトキハ所謂ノ文書偽造罪ヲ構成スルモノナリ之ヲ換言スレハ文書ノ偽造變造ヲ區別スルノ標準ハ單ニ其文書ノ形態ノミヲ基礎トシ新タニ證明ノ形式ヲ作為スル所爲ヲ偽造トシ既存ノ文書ニ増減變更ヲ加フルモノハ其増減變更ノ效果如何ニ拘ハラズ常ニ之ヲ變造トナスヘキモノニアラス寧ろ此區別ハ之ヲ文書ノ證明力ニ求メ既存ノ文書ニ増減變更ヲ加ヘタル場合ト雖モ此増減變更ニ因リ別箇獨立ナル證明ノ形式カ作爲セラレタルトキハ之ヲ以テ偽造ナリトスルコトヲ要シ變造ヲ以テ目スルコトヲ得ス是レ文書カ各固有ノ證明力ヲ有シ其證明力ノ異ナルニ從ヒ其文書モ亦異ナルヨリ生スル結果ニシテ當院從來ノ判例ニ依リテ認メラルル所ナリトス明治四十年(一)第七八二號

○竊盜從犯罪ノ構成 刑法第九條ノ規定ハ犯罪着手ノ前後ヲ問ハズ正犯ヲ幫助シテ其犯罪ヲ容易ナラシムヘキ行爲ヲナシタル者ヲ處罰スル趣旨ナルコトハ本院判例ノ夙ニ認ムル所ナリ而シテ被告淺吉カ本件竊盜ヲ爲スニ當リ被告定吉カ針金ヲ曲ケテ合鍵ヲ作り之ヲ使用シテ猿錠ヲ外ツシ得ヘキ方法ヲ教示シタルハ淺吉カ合鍵ノ作成ニ着手セザル以前ナリト雖モ同人家竊盜ヲ爲サンコトヲ決意シタル後其方法ヲ教示シ即チ之ヲ幫助シ其犯罪ヲ容易ナラシメタルモノニシテ從犯ノ所爲タルコトハ論ヲ俟ス明治四十年(一)第七八一號

梅法學博士 主筆

法學志林

第九卷 每月一回廿日發行
 第十號 定價一冊拾貳錢
 十一月二十日 郵稅壹錢
 發行 壹圓貳拾錢
 共 (第九十九號)

◎ 志

林

民事責任ト刑事責任トノ差異ヲ論シテ
 刑法ノ基礎觀念ニ及フ
 經濟史ノ研究ニ就キテ
 赤十字條約改正會議

法學士 牧野英一
 法學士 阿部秀之助
 法學士 秋山雅之介

◎ 質疑

典

民法三題(乾法學士、横田法學士)
 民法二題(牧野法學士)
 記名株式ノ擔保ニ就テ

法學士 石原三郎
 法學士 加藤正治
 法學士 孫正子

◎ 纂錄

論

故ロエムレル氏ノ逸事
 無題錄

校友 石原三郎
 法學士 孫正子
 法學士 孤螢子

◎ 散錄

例

上海二日觀
 大審院判決例三十四件
 日露通商航海條約

校友 石原三郎
 法學士 孫正子
 法學士 孤螢子

◎ 新法

報

日露通商航海條約
 日露通商航海條約
 日露通商航海條約

校友 石原三郎
 法學士 孫正子
 法學士 孤螢子

發行所

東京市麴町區富士見町
 六丁目十六番地

法政大學

(電話番町 二七四番)

◎ 記

事

日露通商航海條約
 日露通商航海條約
 日露通商航海條約

校友 石原三郎
 法學士 孫正子
 法學士 孤螢子

校外生規則摘要

- 一 十个月以上本大學ノ校外生ナル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義録ノ講習ヲ終リタル者ハ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得但手數料金貳拾錢ヲ納ムヘシ
- 一 校外生月謝ハ左ノ如シ
 - 一 一个月分 各學年 金四拾錢 全學年 金壹圓
 - 一 六个月分 各學年 金貳圓三拾錢 全學年 金五圓五拾錢
 - 一 一全年分 各學年 金四圓五拾錢 全學年 金拾壹圓
- 一 月謝ヲ納付シタルトキハ講義録ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領取證ヲ交付セズ若シ相當ノ日時ヲ過キテ講義録ノ到達セザルトキハ其旨本大學ニ通知スヘシ
- 一 校外生ハ講義録中ニ種義アルトキハ講義録ノ番號ノ科目頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ意解シ難キモノ主旨明瞭ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セズ
- 一 質疑中有益ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義録ニ登載スヘシ

◎注意

振替貯金ヲ以テ月謝ヲ納付セラルトキハ其都度振替貯金規則ニ依ル登記料金二錢ヲ要スルノ外失費ナク安全ニシテ便利ナリ

振替貯金口座『三二九四番』

明治四十年十一月廿五日印刷
明治四十年十一月廿六日發行 (定價金五十錢)

東京市牛込區牛込北町十番地
編輯兼 發行者 萩原敬之

東京市四谷區四谷左門町五十八番地
印刷者 重利俊夫

東京市赤坂區新町五丁目四十二番地
印刷所 金子活版所

發行所

私立法政大學

(電話番町一七四番)