買建全部を買戻、轉賣して決濟を了することである。多くは商工省の取引停止命令の期間中行はるものである。

解合は一見、合意解除の如く考へらるるから、解合を以て解除とする說（長滿氏取引所要論一九五頁）があり得る。然かし、判例は多くは、之を賣建買建の履行行爲と見る。學者は之を團體的に行はるる決濟方法であつて、通常の場合に行はる個々的取引でない。又轉賣買戻は單に計算方法たるに止まり眞の轉賣買戻があるのでないと說明する（松本氏評釋、大正十三年度判例民事法五二一頁、五二二頁）。

何れにしても、現在建玉となつて居る所の賣建、買建の契約を合意解除し、之を消滅せしむるものでないことは疑ない。賣建、買建を爲したる以上は之を手仕舞することを心要とするから、解合は手仕舞と同一視すべき團體的、計算上の決濟の合意に外ならないと思ふ。

（甲）判例は前示の如く、解合又は總解合を以て賣買の履行の一種と見る。又結算勘定を爲す方法だとも謂ふ。合意解除と見ない。

一「米穀賣買ノ解合ナルモノハ賣買契約ノ履行ニシテ之カ解除ニ非ス」（明治二八、一二、一四、大判、一輯五卷八一頁）。

二「所謂解合ハ當事者カ標準値段ヲ協定シ之ニ基キテ取引ノ結算勘定ヲ爲ス方法タル以上ハ之ヲ一種ノ轉賣買戻ト爲スモ亦理由ナキニ非サルノミナラス斯ノ如キ見解ハ實ニ本院ノ判例（明治三二年第二六號定期賣建株券引取要求事件）ト符合スルヲ以テ固ヨリ不當ニアラストス」（明治三五、七、五、大判、八輯七卷二五頁、新聞一〇一號二五頁）。

三「解合ナルモノハ取引所ニ於ケル賣買建玉ヲ一定ノ協定價格ニ依リ決算シ互ニ取引ヲ終了セシム可キ商慣習上ノ手仕舞方法ニ外ナラス」（大正七、六、七、東控判決、判例三卷民法一三七九頁）。

四「俗ニ解合ト稱スルモノハ市場變調ヲ呈シ賣方買方双方死力ヲ盡シテ相爭ヒ一方倒ルレハ假令違約處分ヲ爲スモ相手方亦多少ノ損害ヲ免レサルカ如キ場合ニ於テ賣方買方合議ノ上所謂解合値段ヲ協定シ其ノ値段ヲ以テ轉賣買戻ノ形式ニ依リ總賣買ノ差引消合ヲ爲スヲ謂フモノナレハ其行爲ノ性質ハ轉賣買戻ノ行爲ニ於ケルト全ク同一ニシテ畢竟解合ハ之ヲ其ノ賣方又ハ買方ノ一方ヨリ箇々ノ契約ニ付テ觀察スレハ卽チ轉賣買戻ニ外ナラサルモノトス」（大正一二、八、七、朝高判決、判決錄一〇卷民法二三五頁）。

五　取引所ニ於テスル取引ノ解合ナルモノハ一定ノ價格ノ下ニ轉賣買ヲ爲シタルト同一ノ效果ヲ生セシムルモノニシテ法律上ノ所謂解除ニ非ス」（大正一三、一二、二四、大判、三卷一二號五六一頁、評論一四卷民法一一四頁、松本氏評釋「取引所に於てする解合の性質――立會停止の命令と解合」同年度判例民事法五一八頁）。

六「解合ハ賣買契約ノ解除ニ非スシテ取引所ニ於テ賣方買方双方ノ取引人カ合意上其ノ賣買玉ニ付轉賣買ヲ爲シ相殺計算ヲ爲シタルト同一效果ヲ生スヘキ履行ニ代ル一種ノ決濟方法ニ外ナラス」（昭和二、五、一六、長崎控訴判決、八卷二六八頁）

七「解合ナルモノハ相場ノ高低ニ急激異常ナル變徵ヲ來シ若シ其間ニ於テ爲サレタル取引關係ヲ存續セシムルトキハ取引人ニ對シ測ルヘカラサル財產上ノ危殆ヲ招ク虞アル場合ニ之ヲ爲シ以テ一切ノ關係ヲ解銷スルコトヲ謂フ」（昭和四、三、二、大判、八卷二六二頁、新聞三〇〇四號九頁、評論一八卷商法二八四頁、松本氏評釋「取引所に於てする解合の效力注文者に及ぶや否や」同年度判例民事法一一一頁以下）。

八「解合ハ取引所ノ相場ニ異常ノ變調ヲ來シ其受渡不能ニ陷ルヘキ場合ニ於テ解合値段ニヨリテ既存ノ建玉ヲ轉賣買シ一齊ニ決濟スルコトヲ謂フモノナレハ非常時ノ手段トシテ取引員全員カ右ノ如キ事項ヲ目的トスル契約ヲ爲スコトノ有效ナルハ勿論ニシテ株式會社東京株式取引所業務規程第三十二條ハ解合ニ關スル取引結了ノ方法ヲ規定シタルモノナリ故ニ右第三十二條ノ趣旨ニ徵シ取引員全員ノ總解合ノ決議ヲ爲シ取引所ノ承諾ヲ得タル時ハ玆ニ解合ノ效力發生シ現實ニ轉賣買ヲ爲サスシテ直ニ轉賣買アリタルト同一ノ效果ヲ生スルモノニシテ取引所法第二十五條ノ原則ニ對シ解合ハ其ノ例外ニ屬スルモノニシテ解合ニ付テモ現實取引ヲ

強制スル趣旨ト解スルヲ得ス」（昭和五、一二、二〇、大判、新報二四七號二八頁）。

九　「解合ナルモノハ取引所ニ於ケル賣買建玉ヲ一定ノ協定價格ニ依リ決算シ互ニ取引ヲ終了セシムヘキ商慣習上ノ手仕舞方法ナリ」（大正七、六、七、東控判決、判例三巻民法一三七七頁）。

一〇　「解合ニ依リテ委託者ノ爲メニ處理シタル事務ハ終了シタルモノナレハ委託者ハ證據金代用株券ノ返還ヲ求メ得ヘク而モ之カ返還ヲ求ムルカ爲メニハ何等委託契約解除ノ必要アルモノニ非ス」（大正一二、三、二、東控判決、新聞二一六五號二一頁）。

一一　「取引所法第二十七條ニ基キ農商務大臣カ立會ノ停止ヲ命シタル期間内ニ於テハ普通ノ方法ヲ以テスル轉賣買ノ如キハ之ヲ爲スヲ得サルコトハ勿論ナリト雖所謂解合ニ依ルソレハ決シテ禁止セラレサルモノト解スルヲ相當トスヘシ」（大正一三、一二、二四、大判、三巻一二號五六一頁、松本氏評釋、同年度判例民事法五一八頁）。

（乙）解合は委任者の承諾なくんば取引員（舊仲買人）に於て之を恣に爲すことを得ざるものである。

之れに關しては多數の判例の存する所である。

一　「米穀賣買ノ解合ナルモノハ賣買契約ノ履行ニシテ之カ解除ニ非ス故ニ賣買ノ委託ヲ受ケタル仲買人ニ於テ恣ニ解合ヲ爲シ之カ爲メ委託ヲ爲シタル委託者ニ損害ヲ被ラシメタル場合ニ在テハ委託者ハ解合ノ委託權外ナルコトト損害ノ事實トヲ證明シテ仲買人ヨリ之ヲ償ハシムル迄ニ止マリ右ノ擅恣ヲ以テハ曾テ承諾ノ上爲サシメタル賣買ヲ取消シ保證金ヲ取戻スノ理由ト爲スコトヲ得サルモノトス」（明治二八、一二、一四、大判、一輯五巻八一頁）。

二　「賣買ノ委託ヲ受ケタル米穀仲買人カ擅ニ解合ヲ爲シ其委託者ニ損害ヲ蒙ラシメタルトキハ委託者ハ損害賠償ヲ求ムルヲ得ヘキモ賣買ヲ取消シ保證金ヲ取戻スヲ得ス」（明治二八、一二、一四、大判、一輯五巻八一頁）。

三　「取引所ノ仲賣人カ委託者ノ承諾ナキニ之ニ對シ何等ノ責任ヲ負フコトナクシテ賣買ノ總解合ヲ爲シ得ヘキ一般ノ慣習アルコトハ未タ曾テ認メサル所ナリ」（明治三一、九、一六、大判、四輯八巻一八頁）。

四　「取引所仲買人カ委託者ノ爲メニ商品ノ定期賣買ヲ爲シタル末其取引ノ停止ト爲リタル場合ニ於テ總解合ニ因リ委託セラレタル賣買ノ解除ヲ爲シ委託者ニ對シ其責任ヲ免レンニハ豫メ其委任者ノ承諾アルカ然ラサレハ公認セラルヘキ慣習法若クハ規約ニ依ルコトヲ要ス」（明治三一、九、一六、大判、四輯八巻一八頁）。

五　「取引所仲買人カ他人ノ注文ニ依リ取引所ニ於テ取引ヲ爲スコトハ一種ノ委任行爲ニ外ナラサルヲ以テ一般委任ノ法則ニ從フヘキコト勿論ナリ而シテ委任ノ原因トシテ受任者ハ委任者ノ注文ニ依リ商品ノ定期賣買ヲ爲シタル末其取引ノ停止ト爲リタル場合ニ於テ賣買ノ解合ヲ爲スモ委任者ノ承諾ニ出テタルニ非サル限リハ委任者ニ向ツテ其結果ヲ對抗スルコトヲ得ス」（明治三二、六、一〇、大判、五輯六巻二九頁）。

六　「追證據金又ハ增證據金ナルモノハ相場ノ變動又ハ不穩ノ模樣ニ依リ取引所ニ於テ差出サシムルモノナレハ相場ニ非常ノ變動ヲ生シ遂ニ總解合ヲ爲スニ至リタル場合ニ在リテハ既ニ追證據金又ハ增證據金ノ必要ナキニ至リシヲ以テ取引所ヨリ仲買人ニ引渡シ而シテ委託者ハ取引ノ定期賣付ヲ委託シタルニモ拘ラス其取引結了前ニ於テ仲買人ヨリ其ノ追證據金又ハ增證據金ヲ受取リタルヲ以テ見レハ畢竟委託者ハ右ノ解合ヲ承認シ居リタルモノナリト認定セサルヲ得ス」（明治三二、一〇、二、大判、五輯九巻五頁）。

七　「仲買人カ注文者ノ意思ニ反シテ勝手ニ解合ヲ爲シタルトキハ仲買人ハ注文者ニ對シテ自ラ履行ノ責ニ任シ賣建タル株券ヲ受取リ賣建代金ヲ支拂フヘキ義務ヲ負フヘキコトハ從來本院ノ判例トスル所ニシテ固ヨリ違法ニアラス」（明治三五、七、五、大判、八輯七巻二五頁）。

八　「仲買人カ委託者ノ爲メニ一旦定期米ノ買付ヲ爲シ乍ラ其承諾ヲ得ルコトナク恣ニ解合處分ヲ爲シ買付米受渡前ニ取引關係ヲ消滅セシメタルハ是レ卽チ仲買人トシテ注文主ニ對スル義務ヲ完全ニ履行スル所以ニアラサルヲ以テ仲買人ニ債務不履行ノ事蹟ナシト云フヲ得ス」（大正二、三、一三、東控判決、新聞八八八號二一頁）。

九　「取引所仲買人カ委託者ノ委託ニ因リ取引所ニ於テ株式ヲ買建テタル後仲買人カ任意ニ取引所ニ於テ解合ヲ爲シタルトキハ

右解合ノ結果損失ヲ生シタリトスルモ其損失ハ仲買人自ラ負擔スヘク而シテ解合ニ依リ委託者ノ爲メニ處理シタル事務ハ終了シタルモノナレハ仲買人ハ右證據金代用ノ株式ヲ委託者ニ返還スヘキ義務アルモノトス」(大正一二、三、二、東控判決、新聞二一六五號二一頁)。

一〇　「控訴代理人ハ青島取引所ニ於テハ大正十一年九月二十七日立會ヲ停止シタル儘打過キ同年十一月二十日ニ至リ總解合成立シ而モ該解合ニ付テハ被控訴人先代ニ於テモ之ヲ承諾シ居リタルモノナルカ假ニ其ノ承諾ナカリシトスルモ被控訴人先代ハ本件賣建委託ヲ爲ス際市況ニ鑑ミ控訴人ニ於テ隨意處分ヲ爲シ得ヘキコトヲ約諾セシヲ以テ之ニ基キ解合ヲ爲シタルモノナレハ被控訴人先代ハ其ノ解合ノ結果ヲ甘受スヘキモノナル旨抗辯スレトモ此ノ點ニ關スル證人久留島象三ノ證言ハ輒ク措信シ難ク其他控訴代理人擧出ノ總テノ證據資料ニ依ルモ右抗辯事實ヲ肯セシムルニ足ラサルヲ以テ前記解合ハ控訴人カ被控訴人先代ノ承諾ヲ得ス自己ノ責任ヲ以テ擅ニ之ヲ爲シタルモノト爲スヘク從テ該解合ハ之カ內容如何ヲ問ハス其結果ヲ以テ委託者タル被控訴人先代ニ對抗シ得サルヤ勿論ナリ」(昭和二、五、一六、長崎控訴判決、八卷二六七頁)。

一一　「取引所ニ於ケル取引ニ在リテハ直接ニ其衝ニ立ツ者ハ取引員ニ外ナラスト雖元來此種ノ取引タルヤ其終局ノ計算ハ注文者ニ歸スル性質ノモノナルカ故ニ取引所ニ於ケル取引ハ解合ノ效果ノ又從ヒテ注文者ニ及フヘキ場合ノ必無ナラサルヤ知ルヘキナリ而モ解合ナルモノカ非常ノ際ニ處スル應急ノ措置ナルコトヲ省レハ其效果ノ注文者ニ及フヘキ前示ノ如キ場合ニ於テ注文者ノ承諾ハ之ヲ得ルコトヲ必要トセス卽チ之ヲ注文者ノ側ヨリ云ハハ注文者ハ右ノ加キ萬一ノ場合ノ或ハ生シ得ルコトヲ當初ヨリ豫想シテ注文ヲ爲シタルモノト認メサルヘカラサルコト言ヲ俟タス之ヲ要スルニ解合ノ效果カ注文者ニ及フヤ否ハ各場合ニ於ケル解合ノ內容ヲ審案シテ定メラルヘキ問題ニ外ナラス原審カ思ヲ此ノ點ニ致スコトナク解合ノ效果カ注文者ニ及フコトハ必無ナリトノ前提ノ下ニ委託者ノ本訴請求ヲ是認シタルハ審理不盡ノ違法アルヲ免レス」(昭和四、三、二、大判、新聞三〇〇四號九頁、評論一八卷商法二八四頁)。

(二)　反對契約と免除契約

反對契約を免除契約に過ぎすと爲す學說がある。卽ち、片務契約に對する反對契約は一個の免除契約であり、雙務契約に對する反對契約は原因關係に因りて連結せられたる二個の免除契約であるとする(Brinz, Pandekten Bd. II S. 459, Bechmann, Kauf Bd. II S. 471 ff.)。

併し乍ら、反對契約と免除契約とは其の性質を異にする。

(a)免除契約は債權を消滅せしめる。反對契約は債權の發生原因たる契約を消滅せしむるものである。債權發生原因たる契約を消滅せしむる結果として、其の債權が消滅する結果と爲る。

同說　末弘氏各論二一二頁、喜頭氏三頁、石坂氏一三六八頁。

(b)免除契約は債務の履行後に於ては之を爲すべき餘地はない。蓋し、免除は債務の現存を前提とする。反對契約は債務履行後に於ても、尙之を爲すことを得る。蓋し、反對契約は原因たる契約を除去するものなるが故である。

(c)免除契約は債務履行前に之を爲すべきものなるが故に不當利得返還の問題を生ずる餘地がない。然るに反對契約は債務履行後に於て之を爲すときは不當利得返還の問題を生ずる。

同說　石坂氏中卷一三六九頁。

第二　合意解除の方式

合意解除は非要式行爲なるを以て何等の方式を必要としない。唯、單に契約當事者間の意思の合致あるを以て足るものである。從つて、又、其の合意が明示的に爲さるると默示的に爲さるるとを問はないのである。

合意解除が默示的意思表示の方法に依りて爲され得べきことに關しては多數の判例の存する所である。

一　「凡ソ契約ニシテ一旦成立シタル上ハ何年ヲ過クルモ其權義ノ時效ニ係ラサル限リハ有效ニシテ原判決カ暗默ノ解除即チ當事者カ暗默ノ合意ヲ以テ解約シタルモノトスルトキハ其事實アルコトヲ要ス又一方カ暗默ノ解除權ヲ有スル場合ニ於テ其一方カ解除シタルモノトスルトキハ其意思ノ表示若シ解除條件ニ繫ル場合ニ於テ其條件到來シタリトスルトキハ其到來シタル事實アルコトヲ要ス然ルニ原判決ハ既ニ契約ノ成立シタル事實ヲ認メナカラ如何ナル事實若クハ意思ノ表示アリシヤ又ハ如何ナル條件ノ到來セシ事實アリシヤヲ確メスシテ當事者ノ主張シテ確定シタル事實ニ非サル事項即チ一年有餘ノ間之ヲ放擲シ去リタリト云フ事實ヲ擧ケ之ニ加フルニ被上告人カ船舶徵發ノ爲豫期ノ如ク石油纜ノ積送ヲ爲シ能ハサリシ事情ヲ付シ以テ當事者間ニ於テ暗默ニ契約ヲ解除シタルモノト認定シタルハ法律ニ違背シテ事實ヲ確定シタル不法ノ裁判タルヲ免レス即上告其理由アリ」（明治三〇、一一、二四、大判、三輯十卷八〇頁以下）。

二　「當事者双方ノ合意ニ依リ既存ノ契約ノ效力ヲ消滅セシムル契約タル所謂合意解除（又ハ反對契約ト稱ス）アリト爲スニハ縱令暗默ノ意思表示ニ依ルトキト雖モ申込及承諾等總テ契約ノ成立ニ關スル法則ニ從フコトヲ要スルモノナルヲ以テ或契約カ當事者双方ノ暗默ノ意思表示ニ依リ解除セラレタルコトヲ認ムルニハ申込及承諾ノ意思表示アリタルコトヲ推知スルニ足ルヘキ事實ヲ判示スルコトヲ要スルヤ論ヲ俟タス本件ニ付キ原判決ヲ査スルニ原院ハ五箇ノ事實ヲ列擧シ之ヲ綜合考覈シ上告人ノ前主タル博多遠洋漁業株式會社（以下單ニ漁業會社ト稱ス）ト被上告會社間ノ本件石炭賣買契約ハ大正六年三月末日ヲ以テ右當事者双方ノ暗默ノ合意ニ依リ解除セラレタルモノト認メタルモノニシテ右五箇ノ事實中被上告會社カ大正五年十二月中漁業會社ニ引渡スヘキ石炭ヲ適當ノ時期ニ引渡ヲ爲ササリシヲ以テ漁業會社カ大正六年一月二十日解散ノ決議ヲ爲ス以前之カ引渡ヲ請求シタルニ被上告會社ハ漁業會社ハ既ニ其船舶ヲ賣却シテ之ヲ有セサル故最早石炭ヲ要セサルニアラスヤト表意シタルハ卽チ大正五年十二月ニ引渡スヘキ分ニ對シ履行ヲ拒絕スルト同時ニ一面漁業會社カ其船舶ヲ賣却シタル爲メ事情ニ變更ヲ生シタルヨリ解除ノ申込ヲ爲シタルモノト謂フヘク又漁業會社カ大正六年一月二十日解散ノ決議ヲ爲シタル上債權者ニ對シ同年三月末日ヲ限リトシテ解散ニ對シ異議ノ申出ヲ爲スヘキ旨ヲ催告シタルハ卽チ大正六年一月及ヒ其以後每月引渡ヲ請求シ得ヘキ石炭ニ關シ賣買契約ヲ解除スルノ申込ヲ爲シタルモノト認メ得ヘク（原院ノ確定シタル事實ニヨレハ本件石炭賣買契約ハ被上告會社ヨリ漁業會社ニ對シ每月姪濱塊炭千五百噸及ヒ洗粉炭四百噸ヲ引渡シ之レカ代金ハ漁業會社ニ於テ石炭受領後ノ翌月十日迄ニ支拂フヘキ約旨ナルヲ以テ該契約ハ分割シ得ヘキモノト認ム）而カモ前者ニ對シテハ漁業會社ハ何等ノ囘答ヲモ爲サスシテ默過シ去リ又後者ニ對シテハ本件賣買契約ハ双方契約タルノ關係上一面債權者ノ地位ニ在ル被上告會社ハ何等ノ申出ヲ爲サスシテ異議申出期間ヲ經過シ去サシメタルモノナレハ這ハ執レモ右期間ノ末日ニ於テ解除ノ申込ニ對シ承諾ノ意思表示ヲ爲シタルモノト認ムルヲ相當トス蓋シ沈默ハ意思表示ノ方法トナラサルヲ方則トスト雖モ當事者カ取引上ノ誠實ヲ破ラント欲セハ當該ノ場合ノ意思表示ヲ爲ササルヘカラサル場合ノ如キハ沈默モ亦意思表示ノ方法トナルヘキモノニシテ敍上ノ際ニ漁業會社及被上告會社カ沈默シタルハ此場合ニ該當シ執レモ相手方ノ申込ヲ承諾シタル意思表示ヲ爲シタルモノト認メ得ヘケレハナリ又原院カ列擧シタル五箇ノ事實中（四）ノ事實ニ付テハ獨リ原審證人吉田增太郎ノ證言ノミニ依リタルニアラス同人ノ證言及ヒ谷慶祐ノ證言ヲ綜合考覈シタルモノニ係リ此等ノ證言ニヨレハ原院判示ノ如ク認ムルニ難カラス然ラハ原判決ハ毫モ所論ノ如キ不法ナキノミナラス假リニ所論ノ如キ不法アリトスルモ此不法ハ原判決理由ノ前段ニ

關スルノミニ止マリ原判決ハ其後段ニ於ケル契約失效ノ理由ニヨリ其主文ヲ維持スルニ足ルヲ以テ未タ以テ原判決ヲ破毀スルニ足ラス本論旨ハ總テ理由ナシ」（大正八、一〇、九、大判、二五輯一七六一頁以下）。

三　「甲乙間ニ六千俵ノ木炭賣買契約成立シタル場合ニ賣主乙ハ解約ヲ申出ツルト共ニ其送附シタル二百八十九俵ノ木炭代金三百四十六圓八十錢ヲ其受領シタル手附金四百圓ノ内ヨリ控除シ殘額ハ之ヲ返還シタルニ買主ハ之ヲ受領シ送付ヲ受ケタル木炭代金ノ支拂ヲ爲ササリシ事實ハ未タ以テ甲カ乙ノ解約申入ヲ暗默ニ承諾シタルモノト認ムルニ足ラサルモノトス」（大正九、六、一六、東地判決、評論九巻民法九四二頁）。

四　「時效期間ニモ等シキ長期間履行ノ請求乃至履行ノ提供ナキ場合ニ在リテハ反對ノ立證ナキ限リ當事者ハ契約ヲ解除スルノ合意ヲ爲シタルモノト推定スルヲ穩當トス」（大正一三、一〇、三〇、東地判決、新聞二三二八號二一頁）。

五　「上告人等ハ原院ニ於テ本件係爭ノ宅地及建物ニ付被上告人トノ間ニ爲シタル買戻ノ特約ハ當事者ノ合意ニヨリ解除セラレタリト抗爭シ之カ事實トシテ被上告人カ曩ニ上告人等ニ對シ右宅地建物ヲ無斷ニテ川久保磯太郎外一人ニ賣却シタリト稱シ之カ損害金六千圓ノ請求訴訟ヲ提起シタル際被上告人ハ上告人等ノ爲シタル賣却行爲ヲ承諾シ之カ賣却行爲ヨリ生シタル利益金トシテ上告人等ヨリ三百圓ノ預金證書ノ交付ヲ受ケタル事實アリ之ニ基キ右ノ訴訟ハ被上告人ノ敗訴ニ歸シ其判決確定スルニ至リタルコトヲ陳述シタルコト記錄ニ徵シテ明ナリ故ニ若上告人等抗爭スルカ如ク被上告人ニ於テ右賣却ニヨリ生シタル利益金トシテ上告人等ヨリ三百圓ノ預金證書ノ交付ヲ受ケタル事實アリトセンカ這ハ被上告人ノ有スル買戻權ノ存續ト相容レサル事實ナルニヨリ特別ノ事情ナキ限リ本件買戻ノ特約ハ當事者合意ノ上解除セラレタルモノト謂ハサルヘカラス」（大正一五、一、一五、大判、大審院判例拾遺（一）二七頁）。

六　「凡ソ同一ノ當事者間ニ於テ前後兩度ノ賃貸借契約ノ締結セラレタル場合ニハ特別事情ノ存セサル限リ當事者ノ意思ハ後ノ契約ノミヲ存續セシメ前ノ契約ハ之ヲ存續セシメス暗默ニ解除ノ合意ヲ爲シタルモノト解スルヲ相當トスヘシ」（昭和二、一一、二四、東地判決、新報一四二號二二頁）。

七　「當事者カ契約履行ノ意思ナキ事ヲ確明シテ爾來三年ノ歲月ヲ閱シタル本件ニアリテハ之ヲ以テ暗默ノ合意解除アリタルモノト解スルヲ相當トス」（昭和五、一〇、二三、鳥原區判決、新聞三二〇五號一六頁）。

第三　多數當事者間の契約の合意解除

一個の契約が多數當事者間に成立したる場合に於て、其の一員のみが、又は其の一員に對してのみ、其の契約を合意解除し得べきや否やは解除權不可分の原則に關聯して疑がある。併し、第五百四十四條は合意解除には適用がなく、又解除權不可分の原則は政策的の原則にして、契約解除の本質的原則ではないのであるから、合意解除は多數當事者間の契約に於ても單獨解除を妨げないものと解すべきであらう。併し、全員より全員に對し爲さるることが明快であり便宜なること論を俟たない。次に掲ぐる判例は反對說である。

一　「契約當事者ノ一方カ數人アル場合ニ於テ合意ニヨリ契約ヲ解除スルニハ必スヤ其全員トノ間ニ解除ノ合意ヲ爲スコトヲ要シ單ニ其內ノ一人又ハ數人トノ合意ニヨリテハ解除ヲ爲スコトヲ得ス」（大正五、九、二〇、大地判決、新聞一一七九號二六頁）。

二　「或契約カ三者間ニ於テ效力ヲ生シ右三者間ニ夫々權利ノ得喪變更アリタル後ニ於テハ該契約ハ該三者ノ合意アラハ格別其內ノ兩者ノミノ合意ニヨリテハ之ヲ消滅セシメ得サルモノト解スヘキモノニシテ此ノ事ハ民法第五百三十條ノ規定ノ趣旨ニヨリテモ之ヲ推斷シ得ルモノトス」（昭和四、二、二〇、福岡地方判決、新聞二九七六號七頁）。

第四　合意解除の效力

第六章　合意解除

（一）　合意解除の一般的效力

合意解除は一旦成立したる第一の契約を消滅せしめ、未だ嘗て第一契約が締結せられざりしと同一の效力を發生せしむるものである。第一契約が一旦成立したりと謂ふ歷史的事實は之を抹消することを得ないけれども、法律上、第一契約の效力を第二契約を以て消滅せしめて、初めより發生せざりしと同一の效力を與ふべきことは契約自由の原則上可能である。

此の點に於ては解除權の行使に依る契約解除も、合意に因る契約解除も何等の差異は存在しない。

「契約ノ解除ハ當事者雙方ノ合意ニヨルト將又當事者ノ一方カ契約又ハ法律ニヨリ與ヘラレタル解除權ノ行使ニヨルトヲ問ハス契約ヲシテ初ヨリ存在セサリシト同一ノ效果ヲ生セシムルモノトス」（大正八、九、一五、大判、二五輯一六四〇頁、抄錄八五卷二〇二九五頁、新聞一六一五號二二頁、評論八卷諸法三六〇頁）。

（二）　契約履行前の合意解除の效力

合意解除は第二の契約に因る第一の契約の解除であるから、民法に規定する解除は一方的意思表示に依る解除であつて、全然其の性質を異にするものであるから、解除に關する民法の規定は合意解除に適用することを得ない。又之を準用することを得ない。

同說　例へば、鳩山氏各論一九七頁、石田氏講義七〇頁等。

從つて債務履行前に爲したる合意解除の效力としては、原狀回復義務を發生しない。蓋し、其の債務は未だ履行せられざるが故に原狀に回復すべき何物も存在しないであらう。又、假りに原狀回復すべきものありとするも解除の效力に關する民法の原狀回復に關する規定の適用なき結果として、原狀回復の問題は惹起し得ない。又、合意解除の結果、損害賠償義務も發生しない。訴訟の實際に於て、合意解除を爲して、損害賠償を請求するものが稀れでないけれども、斯の如き請求は認容せらるべきものでない。

合意解除の效力に關して民法の規定を適用又は準用せられないから、合意解除の效力は當事者の定むる所に從はねばならない。當事者が之れに關して何等の定めを爲さざる場合に於ては、合意解除に依りて第一契約は解除せられ、當事者双方は其の履行義務を負擔せざるに至るのみである。當事者が合意解除を爲すに當り、損害賠償義務を合意したるとき、又は合意解除の結果、民法の解除の效力に關する規定に從ふべき旨を定めたるときは、勿論、法律上の解除と同一の效力を生せしめ得る。

岡村氏は合意解除も契約解除の觀念に包含せしめらるるを以て民法第五百四十五條は當事者が特別の定めを爲さざるときは、性質の許す限り合意解除に類推適用ありとせらる（各論一一四頁）。

（三）　契約履行後の合意解除の效力

合意解除は債務の履行前に行はるることが固より通常である。併し乍ら、當事者の一方又は双方の債務の一部又は全部が既に履行せられたる後に於ても、合意解除を爲すことを妨げないこと前示の如

し。

債務履行後に於て合意解除が爲されたるときは其の合意解除の效力如何が問題と爲る。

(A)　原狀回復義務

債務履行後に合意解除が爲されたるときは其の給付の原因たる契約が除去せられ、其の給付は原因なきことと爲る。從つて、此の場合に於ては第七百三條に基き不當利得返還請求權が發生する。法律上の解除に依る原狀回復義務も亦其の性質は不當利得の法理に屬するけれども其の返還すべき利得の範圍に關しては第五百四十五條の特則が設けられて居る。合意解除には法律上の解除に關する民法の規定が適用せられないのであるから、合意解除の場合には不當利得の範圍は第七百三條以下の規定に從ふ。第五百四十五條の適用又は準用を爲すを得ない。

通說である。例へば、末弘氏各論二二二頁、鳩山氏各論一九八頁、三潴氏現代法學全集契約總論一〇六頁、近藤氏各論六六頁、喜頭氏一〇頁。

判例中には其の結論を同ふするも其の理論構成の曖昧なるものがある。亦債務履行後の合意解除の效力は法律上の解除と同一に取扱ふべきものなるかの如き口吻に出でて居るが如きものもある。

一　「法律ノ規定ニ從ヒ一方ノ意思表示ヲ以テ契約ヲ解除スルモ又當事者ノ合意ヲ以テ解除スルモ各當事者ヲシテ原狀ニ復セシムル效力ヲ發生スルノ點ニ於テ彼是同一ニシテ二者ノ間ニ區別ノ存スルモノニ非ス」(明治三六、九、二五、宮城控訴判決、新聞一六五號一一頁)。

二　「權利讓渡ノ契約ヲ履行シ終リタル後ニ至リ當事者カ其讓渡契約ヲ解除スルコトヲ合意スルカ如キハ其所謂解除ハ固ヨリ法律上正確ナル意義ニ於テ謂フ所ノ解除ニ非スト雖モ其實契約解除ノ法律上ノ效果ト同一ノ效果ヲ生セシメント欲スル趣旨ニ出テタルモノト解スヘキハ當然ナリ而シテ凡ソ契約解除ノ效果ハ夙カモ第三者ノ權利ヲ害スルコトナク唯當事者相互ノ間ニ於テ恰モ當初ヨリ契約ヲ締結セサリシカ如キ狀態ニ回復セシムル法律關係ヲ生スルニ在ルヲ以テ如上讓渡契約解除ノ合意ハ畢竟之ト同一ノ效果ヲ生セシムルコトヲ目的トスルモノニ外ナラス斯ノ如キ事項ヲ目的トスル法律行爲ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルモノニ非サルヲ以テ契約自由ノ法則ニ依リ其效力ヲ有スルモノト謂ハサルヲ得ス本件買戻權ヲ土屋元次ニ讓渡シタル後觀長元次兩人間ニ於テ其讓渡契約解除ノ合意ヲ爲シタリト云フニ在リテ上告人ハ被上告人ノ主張シタル買戻權其モノニ付テハ爭ヒタルモ其讓渡契約ノ合意アリタルコトニ付テハ爭ハサリシモノニシテ當事者双方共ニ原院認定ノ如キ買戻權再讓渡ノ事實ヲ主張セサリシコトハ原審記錄ニ徵シ明白ナリ而シテ本件ノ如キ讓渡契約解除ノ合意ト雖モ契約解除ノ效果ト同一ノ結果ヲ生セシムルコトヲ約シタルモノトシテ有效ナルコトハ前ニ說示シタルカ如シ然ルニ原院ハ當事者間ニ爭ナカリシ本件讓渡契約ノ解除ノ合意ヲ以テ法律上其效力ヲ生セサルモノト爲シ此見地ニ基キ當事者双方ノ主張セサリシ買戻權再讓渡ノ事實ヲ認定シタルハ違法タルヲ免レス」(明治四五、五、二九、大判、一八輯五二九頁、抄錄四四卷一〇二〇一頁)。

三　「契約ノ一部履行アリタル後當事者双方ノ合意ニヨリ契約ヲ解除シタル場合ニ於ケル各當事者ノ返還義務ノ範圍ニ付テハ當事者カ特ニ別段ノ定ヲ爲スヲ以テ通例ト爲スト雖モ若シ何等ノ定ヲサルトキハ不當利得ノ法理ニ從ヒ民法第七百三條以下ノ規定ニヨリ之ヲ定ムルノ外ナク同法第五百四十五條以下ノ規定ヲ準用スヘキモノニアラス蓋シ契約ノ解除ハ當事者双方ノ合意ニヨル解除權ノ行使ニヨルトヲ問ハス契約ヲシテ初ヨリ存在セサリシト同一ノ效果ヲ生セシムルモノニ係リ卽チ債權債務ハ初ヨリ存在セサリシコトトナリ從テ其債務ヲ履行スルカ爲メ爲シタル給付ハ法律上ノ原因ナクシテ爲シタル給付トナルカ故ニ茲ニ不當利得返還ノ義務ヲ生スルモノトス而シテ此不當利得返還義務ノ範圍ニ付テハ別段ノ

定ナキ以上ハ不當利得ニ關スル一般ノ原則タル民法第七百三條以下ノ規定ニヨリ決スヘキモノナリト雖モ同法ハ當事者ノ一方カ契約又ハ法律ニヨリ與ヘラレタル解除權ノ行使ニヨリ契約ヲ解除シタル場合ニ於ケル效果ニ付テハ特ニ第五百四十五條以下ニ於テ其特例ヲ設ケ之ニ依ラシムルコトトナシタルヲ以テ右第五百四十五條以下ノ規定ハ之ヲ當事者双方カ合意ニヨリ契約ヲ解除シタル場合ニ之ヲ準用スルコトヲ得サレハナリ」(大正八、九、一五、大判、二五輯一六三三頁以下、抄錄八五卷二〇二九〇頁、新聞一六一五號二一頁、評論八卷諸法三六〇頁前出)。

四　「民法第五百四十五條ハ解除權ヲ行使シタル場合ノ規定ナレハ當事者ノ合意ニ因リ契約ヲ解除シタル場合ニハ之ヲ適用スルヲ得ス當事者ノ合意ニ因リ契約ヲ解除シタル場合ニ於テ若シ同條ト同一ノ效果ヲ生セシムル趣旨ノ特約ヲ爲シタルトキハ固ヨリ其特約ニ從フヘキモ然ラサレハ民法第七百三條以下不當利得ノ規定ニ依リ返還義務ヲ生スルニ過キスシテ同時履行ノ抗辯權ヲ生スルコトナキモノトス」(大正一〇、三、八、朝高判決、新聞一八四〇號一七頁)。

五　「當事者雙方ノ合意ニヨリ契約ノ解除アリタルトキ契約ニヨル債務ヲ履行スル爲ニナシタル給付ノ返還義務並ニ其ノ義務ノ範圍ニ關シテハ不當利得ノ法理ニ從ヒ民法第七百三條以下ノ規定ニヨリ之ヲ定ムヘク民法第五百四十五條以下ノ規定ニヨリ之ヲ定ムヘキモノニ非ス」(大正一一、九、一六、大判、新聞二〇四三號二七頁)。

六　「甲カ乙ニ對シ乙發行ニ係ル新聞ヲ奉天ニ於テ販賣スル爲保證金及得意料ヲ差入ルルニ際シ保證金ト得意料トヲ區別シタル點及社會通念上ヨリ之ヲ觀察スルニ保證金ハ當事者間ニ於テ契約期間中乙發行ニ係ル新聞紙ヲ奉天ニ於テ一手販賣シ得ヘキ權利ノ對價ナリト認ムルヲ相當トスルヲ以テ新聞取次販賣契約期間三ケ年ヲ經過シ當事者ノ合意ニ依リ解約シタル場合ニ於テハ右契約ノ當初又ハ解約ニ際シ之ヲ返還スヘキ意思表示無キニ於テハ該得意料ニ對スル經濟的成果ハ既ニ之ヲ得タルモノニシテ乙ハ甲ニ之カ返還ヲ爲スヘキ義務ナキモノト認ムルヲ相當トス」(大正一五、一〇、一二、關高覆審部判決、新聞二七〇五號一四頁、評論一六卷民法一〇五一頁)。

七　「契約當事者間ニ解除ノ合意ヲ爲ス場合ニハ既ニ契約ニ基キ給付シタル物ノ返還義務ニ付特約ヲ爲スコト通例ナルヘシト雖必スシモ之カ返還義務ナキ旨ヲ特約スルヲ以テ通例ナリト爲スヘカラス却テ解除ノ合意カ契約ニ因ル債權關係ヲ既往ニ遡リテ消滅セシムヘキ約旨ヲ以テ爲サルル以上反證ナキ限リ既ニ契約ニ基キ給付シタル物ハ之ヲ返還スヘキ約旨ヲ以テ爲サレタルモノト認ムルヲ相當トス」(昭和六、四、二四、大判、新聞三二六八號一六頁、評論二〇卷民法四九八頁、彙報四二卷一六號民事一二六頁)。

八　「賣買契約ヲ同意解除シタル場合ニ於テ別段ノ特約ナキ限リ契約成立後解除ニ至ル迄目的物ニ付支出シタル必要費ハ賣主ヲシテ負擔セシムヘキモノト解スヘキヲ以テ買主カ之ヲ支出シタルトキハ賣主ニ對シ之カ償還ヲ請求スルコトヲ得ヘク若シ賣主カ買主ノ爲メニ之ヲ立替ヘ支拂ヒタル場合ニ於テハ買主ハ賣主ニ對シ右立替金支拂ノ義務ナキニ至ルモノトス」(昭和七、六、七、大判、法學二卷二號一〇三頁)。

九　「然レトモ假ニ本件賣買ノ手附差入レニ際シ當事者間ニ所論ノ如キ約款アリタルニモセヨ這ハ當事者ノ一方ニ不履行アリト認メラレタル場合ニ適用セラルヘキモノニシテ契約カ當事者ノ協議ニ依リ圓滿ニ解除セラレタル場合ヲ律スヘキモノニアラサレハ既ニ原審カ證據ニ依リ本件當事者カ協議ノ上圓滿ニ契約ヲ解除シタル事實ヲ認定シタル以上原審ハ右解除ノ際買主ニ於テ手附金ヲ拋棄シタルモノニアラサル事實ヲ認メタルモノト解スヘキハ勿論ノ次第ナリ」(昭和八、四、二四、大判、法學二卷一二號九九頁)。

一〇　「原判決ノ確定シタル所ニ依レハ被上告人ハ上告人ニ對シ一宇村ニ於ケル杉立木ノ買入及人夫ヲ使用シ其ノ造材卽元切玉拔ヲ爲シ之ヲ德島市迄搬出スルコトヲ委託シ且該仕事ヲ一才ニ付金三錢以內ニテ完了シタルトキハ一才ニ付金三厘ノ割合ノ手數料ヲ支拂フヘク若シ一才ニ付三錢三厘ヲ超過スルトキハ手數料ヲ支拂ハサルヘキ旨ヲ約定シ仍テ上告人ハ昭和八年七月ヨリ數量十萬七千八百五十九才ノ杉竝立木ノ買入及造材ニ從事シ昭和九年三月末迄ニハ立木ノ元切ヲ全部了リ玉拔未完了ナリシカ被上告人ヨリ其ノ完了ヲ督促セラレシ爲雙方協議ノ上右契約ヲ解除シ爾後仕事ヲ被上告人ノ直營ニ移シタルモノナリト云フニ在リテ而カモ原審ハ斯ル場合ニハ特別ノ契約ヲ爲ササル限リ上告人ハ被上告人ニ對シ手數料ヲ請求シ得サルモノナル旨判斷シタリ然レトモ有償的ニ仕事ノ完成ヲ委託シタル以上假令中途ニ於テ該契約ヲ合意解除スルモ其ノ既ニ了シタル仕事ニ對シ毫モ報酬ノ支拂ヲ要セスト做スカ如キハ當事者ノ意思ニ適フ所以ナリト稱シ難ク寧ロ實驗則ニ從ヘハ鼓上原判示ノ場合ニ於テハ反對ノ意思表示ナク且約旨ニ依

リ手數料ノ支拂ヲ要セサルヘキ特別ノ事情ナキ限リ上告人ハ被上告人ニ對シ仕事ノ全部完成ヲ目標トセル約定ノ報酬ハ之ヲ措クモ其ノ爲シタル仕事ノ成果ニ應シ相當ノ報酬ヲ請求シ得ルモノト做スコトハ少クトモ合意解除ノ趣旨ニ適合スヘク從テ原判決カ之ト異ナル見地ヨリシテ別段ノ理由ヲ判示スルコトナク上告人ノ報酬請求ヲ否定シ去リタルハ違法ニシテ破毀ヲ免レス」（昭和一一、五、一一、大判、法學五卷一〇號九九頁）。

(B)　損害賠償義務

合意解除の場合には第五百四十五條の適用を爲すことを得ず、又準用を爲すことを得ざるものなるが故に、當事者が損害賠償を特約せざる限りは債務不履行に因る損害賠償義務の發生せざることは論を俟たない所である。

同說　末川氏二二二頁、喜頭氏三三頁等、之れに關する判例は其の數尠くない。

一　「契約ノ合意解除ヲ爲シタルトキハ契約不履行ニ因ル損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス」（明治四四、一一、一八、東地判決、新聞七六九號二一頁、評論一卷民法八七頁）。

二　「契約ノ解除カ契約關係ヲ始メヨリ存在セサリシモノト同一ナラシムルノ效果ヲ生スル以上ハ契約不履行ノ問題ヲ生スルノ餘地ナキヤ明カナリ故ニ契約カ合意ニヨリ解除セラレタルモノトセハ契約不履行ヲ原因トスル損害賠償ノ請求ハ其當ヲ得サルモノトス」（明治四五年東地判決、評論一卷民法八七頁）。

三　「契約ノ合意解除アリタル場合ニ其契約不履行ノ損害ノ請求權ニ付キ當事者別段ノ定メ又ハ留保ヲ爲ササリシトキハ民法第五百四十五條第三項ノ適用ナキ結果右解除ト同時ニ不履行ヲ理由トスル損害賠償ヲ請求スルヲ得サルモノトス」（大正九、三、三一、大阪地判決、新聞一六九三號一九頁）。

四　「損害賠償ノ請求ヲ認ムル特別規定タル民法第五百四十五條第三項ニハ明ニ解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケスト規定スルヲ以テ解除權ノ行使ニアラサル合意解除ノ場合ニハ右特別規定ヲ適用スヘカラサルモノトス」（大正九、一〇、五、東區判決、評論九卷民法九四頁）。

五　「本件契約解除ノ意思表示ヲ爲シタル大正十年一月二十日及同月二十五日當時ニ於テハ本件賣買契約ハ既ニ當事者ノ合意解約ニ依リ消滅ニ歸シ居リタルコト明瞭ナレハ控訴人ニ於テハ當時何等契約不履行ノ責ナク從テ右池田雷一ノ爲シタル履行ノ提供催告竝ニ契約解除ノ意思表示ハ孰レモ法律上何等ノ效果ヲ發生スヘキ餘地ナキコト論ヲ俟タサレハ同人ハ控訴人ニ對シ何等契約解除ニ基因スル損害金債權ヲ取得スヘキ理由ナキヲ以テ右債權ノ存在ヲ前提トシ之カ讓渡ヲ受ケタリト稱スル被控訴人ノ本訴請求ハ爾餘ノ爭點ニ付審按スル迄モナク此點ニ於テ既ニ失當ナルコト明瞭ナリトス」（大正一一、一一、九、東控判決、新聞二〇九一號一八頁）。

六　「契約ノ解除ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケサルコトハ民法第五百四十五條第三項ノ規定スル所ナルモ該規定ハ當事者ノ一方的意思表示ニヨリ契約ノ效果ヲ消滅セシムル解除權ノ行使ニ關スル規定ニシテ當事者雙方ノ合意ニヨリ契約ノ效果ヲ消滅セシムル場合ニ適用スルコトヲ得サルハ勿論ナルノミナラス合意ニヨリ契約ヲ解除シタル場合ニ尙不履行ニヨル損害賠償ノ請求ヲ爲シ得ルヤ否ヤハ其合意ノ趣旨ニヨリ決スヘキモノナレハ後日損害賠償ノ請求ヲ爲サントスル當事者ハ契約解除ノ合意ヲ爲スニ當リ其旨留保ノ特約ヲ爲ササルヘカラサルモノトス」（大正一二、七、一九、東控判決、新聞二一七九號一七頁、評論一三卷民法七四頁）。

七　「合意解約ナルモノハ既存契約ノ解除ヲ約スル別個ノ契約ニシテ該契約成立スルトキハ既存契約ハ初メヨリ成立セサリシモノトナルヲ以テ當事者カ既ニ履行シタルモノアラハ互ニ之ヲ原狀ニ回復スルノ義務ヲ負ヒ特別ノ意思表示ナキ限リ不履行ニ因ル損害賠償ノ義務ヲ負擔スルコトナキモノトス」（昭和六、四、二五、臺高判決、評論二一卷民法一九三頁）。

八　「本件當事者間ノ賣買契約ハ合意ニ因リ解除セラレタル以上特約アルニ非サレハ當事者ノ一方ハ相手方ニ對シ契約不履行ニ基ク損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノト解スルヲ相當トス」（昭和六、九、二九、大判、法學一卷二號一〇五頁）。

(C)　合意解除と第三者の權利

——合意解除の制限——

合意解除は契約自由の原則によりて認めらるべきもので契約自由の原則の行はるる範圍に於ては無制限に行はるれ得るを原則とする。

然かし、當事者間の合意解除によりて、第三者の權利を害することを得ない。合意解除に因り第三者の權利が侵害せらるる結果を惹起するが如き場合には合意解除を爲し得ざるものと解すべきである。嚴格に之を云へば、合意解除は可能であるが、其の合意解除を以て當該利害關係を有する第三者に對抗することを得ざるものと解するのが妥當であらう。第三者の利益を害せざる範圍に於て、當事者間の合意解除を全部無效と解すべき必要はないからである。例へば、

(1)解除せらるべき契約より發生したる債權が一旦讓渡せられ又は擔保に供せられたる後は、其の後、其の契約が合意解除せらるるとも、其の債權の讓受人又は其の債權を擔保に取りたる擔保權者、卽ち質權者は其の權利を喪失することがない。

(2)又、賃貸人、賃借人間の賃貸借契約の合意解除により轉借人の權利が消滅する場合の如きは、合意解除を以て轉借人に對抗出來ないものと解すべきである。勿論、此の場合と雖も、法定の要件を具備して法律上の解除又は解約を爲すことを妨げらるる筋合はない。

合意解除に因りて第三者の權利を害するを得ざる根據としては、

(1)民法が、第五百三十七條を設け第三者の利益の爲めにする契約を認めざる趣旨よりするも之を窺ひ得る。

(2)民法第三百九十八條は「地上權又ハ永小作權ヲ抵當ト爲シタル者カ其權利ヲ拋棄シタルモ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ス」と規定する趣旨に徴するも之を觀取し得べきである。

(3)民法第五百四十五條第一項但書には契約解除により「第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス」と規定して居る。此の趣旨より見るも亦同一の結論を抽出し得べきである。

契約解除によりて第三者の權利を害することを得ざる旨の右規定は一方行爲に因る契約解除の場合卽ち、法定解除權の行使に依る契約解除の效力である。合意解除の場合には右規定の適用もなく、又準用もないけれども、恰かも第五百四十五條第一項但書の規定が適用せられ、又は準用せらるると同一の結果を生ずるに過ぎない。

(4)當事者の合意を以て第三者の權利を害することを得ざるは民法一般の根本法理である。明文を要せずして當然明なる所である。當事者の合意を以て恣に第三者の權利を害するを得るならば、民法は不法行爲の成立を認むることを得ないであらう。

(5)本問題に關する判例左の如し。

一　「契約解除ノ效力カ相對的ニシテ第三者ノ權利關係ニ何等影響ヲ及ホスコトヲ得サルモノナルコト亦明カナレハ原被告間ノ合意ニ依ル契約解除ノ效力トシテ原告ト訴外人等トノ間ニ締結セラレタル株式ノ賣買ノ效力ヲ左右スルヲ得サルハ勿論ナルヲ以テ右契約解除ヲ理由トシテ原告ノ該株式ノ所有者タリシ關係ヲ離脫シ得ヘキモノニアラサルコト言ヲ俟タス」(大正五、五、二六、東地判決、新聞一一五二號一九頁)。此の判例の詳細は後に更に援用するであらう。

二　「債務者ノ交替ニ因ル更改契約成立シテ一旦舊債務消滅シタル以上ハ縱令其後新債務者ト債權者タル上告人トノ合意ヲ以テ右更改契約ヲ解除スルモ之カ爲メニ其效力ヲ第三者タル舊債務者ニ及ホシ一旦消滅シタル舊債務ノ復活ヲ來スヘキモノニ非サルヤ明カナリ」(大正六、四、一六、大判、二三輯六四三頁、抄錄七一卷一六一八八頁、新聞一二六二號二五頁)。

三　「雙務契約ノ當事者雙方ハ該契約ニ因ル一方ノ債權カ第三者ニ讓渡セラレタル後ト雖モ該契約解除ノ合意ヲ爲シ得ヘキモ此合意タル當事者間ニ於テノミ始メヨリ契約ナカリシト同一ノ結果ヲ生シ從テ其相互間ニ存スル契約ニ因ル債權契約ハ總テ消滅スヘキモ已ニ合意前當事者ノ一方ヨリ契約ニ因ル債權ヲ讓受ケタル第三者ニ對シテハ其債權ヲ消滅セシムルノ效果ヲ生セサルモノトス」(大正六、七、一九、大阪地方判決、新聞一三一二號二八頁、評論六卷民法七二五頁)。

四　「權利カ其ノ性質上拋棄スルヲ得サルモノニ非サル限リ權利者ニ於テ之ヲ拋棄スルコトハ原則トシテ自由ナリト雖今若シ此ノ權利ヲ基本トシテ始メテ存立シ得ラレ若クハ其ノ相當價額ヲ保有スルヲ得ル權利ヲ第三者カ有スル場合ニ於テモ亦拋棄ハ絕對ニ有效ナリトセムカ第三者ノ權利ハ其ノ基本ヲ失フ結果或ハ全ク存立スルヲ得サルニ至リ若クハ著シク其ノ價額ヲ減シ爲ニ不測ノ損害ヲ第三者ニ蒙ラシムニ至ルヘキヲ以テ斯ル場合ニハ權利者ノ爲シタル拋棄ハ何人モ之ヲ以テ右ノ第三者ニ對抗スルヲ得サルモノト云ハサルヘカラス夫ノ民法第三百九十八條ノ如キハ畢竟是原則ノ一適用ニ外ナラス本件ニ於テ訴外八百板梅三ハ本件土地ニ對シ借地權ヲ有シ且同地上ニ建物ヲ所有シ此ノ建物ニ對シテ抵當權ヲ設定シタルモノナルカ故ニ同人ノ爲シタル前記借地權ノ拋棄ハ抵當權者ニ對抗スルヲ得サルモノト云ハサルヘカラサルコトハ之ヲ以上ノ說示ニ照シ明白ナリ蓋借地アレハコソ地上ノ建物ハ其ノ相當價額ヲ保有スルヲ得ルモノナルヲ以テ若シ此ノ借地權ノ拋棄ニシテ絕對ニ有效ナルモノトセムカ建物ノ價額ハ激落ヲ來シ抵當權ヲ亦之ニ對抗シテ殆ント有名無實ニ了ラシムルニ至ルヘケレハナリ果シテ然ラハ右ノ拋棄ハ抵當權實行ノ結果建物ノ競落人ト爲リタル者ニモ及ほすべき借地權の拋棄」法協四一卷一〇號、大正十一年度判例民法四六一頁以下、民法研究二卷二四六頁以下、菅原氏論叢一〇卷二號九二頁以下)。此の判例は權利拋棄に關するものであつて合意解除に關するものではないが其の趣旨は同一であるから、參考とするに足るであらう。

五　「民法第五百四十五條ハ解除權ヲ行使シタル場合ノ規定ニシテ當事者ノ合意ニ因リ契約ヲ解除シタル場合ノ規定ニ非スト雖同條第一項但書ニ所謂契約解除ノ效果トシテ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得サルコトハ合意解除ノ場合ニ於テモ同一ニシテ信託者カ不動產ヲ信託行爲ニ依リテ讓渡シタル後該信託契約ヲ解除シタル場合ニハ此ノ第三者ニ對シ其ノ善意ナルト惡意ナルトヲ問ハス解除權ヲ以テ對抗スルコトヲ得サルモノトス」(昭和二、四、一五、朝高判決、評論一六卷民法一〇〇五頁)。

六　「丙ハ被告甲ヨリ受取ルヘキ工事請負代金及保證金ノ返還請求權ヲ原告乙ニ讓渡シタル後甲丙ノ間ニ該工事請負ノ任意解除アリタリトスルモ右解除ハ乙カ適法ニ讓渡ヲ受ケタル債權ニ對シテ何等ノ消長ヲ及ホササルモノトス」(昭和四、七、一三、長崎控訴判決、評論一八卷民法七五八頁)。

七　「株式賣買ノ當事者カ合意ヲ以テ契約ヲ破棄シ恰モ賣買契約ナカリシ狀態ニ復セシムルコトヲ約スルモ會社ニ對スル關係ニ於テハ契約破棄迄ノ間株主タリシ事實ヲ抹殺スルヲ得ス」(昭和六、一二、二八、東控判決、新聞三三七四號一四頁)。

八　賃貸借契約

(1)「甲カ乙ヨリ其ノ所有ニ係ル土地ヲ賃借シ尋テ丙ニ該土地ヲ期間ノ定ナク轉貸ヲ爲シ丙ハ該土地ノ上ニ家屋ヲ建築所有シ居タル場合ニ於テ其ノ後甲ト丙トカ合意ニ因リテ該轉貸契約ヲ解除シタリトスルモ右建物ハ既ニ丙カ丁ニ對シ負擔スル消費貸借上ノ債務ニ付其ノ擔保ニ供セラレアリタルトキハ右建物ヲ收去シテ其ノ敷地ノ明渡ヲ約スルカ如キ右ノ合意ハ物權ヲ負擔シタル自己ノ物

ノ損傷若ハ毀損ヲ目的トスルモノナルカ故ニ其ノ效力ヲ生セサルモノトス」(大正一四、五、二六、東地判決、評論一四巻民法六六四頁)。

(2)「建物ノ抵當權設定者カ元他人ノ土地ニ付適法ニ賃借權ヲ有セシカ爲其ノ地上ニ建物ヲ建設シ之ヲ抵當ト爲シタル場合ニ於テ其ノ後賃貸人タル土地所有者ト合意シ以テ賃貸借契約ヲ解除シタリトスルモ右賃貸借ノ終了ハ抵當權者ニ對抗スルヲ得サルモノト解スヘク從テ抵當權ノ實行ニ依リ該建物ノ競落シタル者ハ建物ノ所有權ヲ取得スルト同時ニ土地ノ所有者ニ對シ賃借人トシテ其ノ儘土地ヲ占有使用シ得ル權利アルモノト解スヘキナリ蓋シ斯ノ如ク解スルニ非サレハ土地ト建物ト其所有者ヲ異ニセル場合ニ建物ヲ抵當ト爲スコトハ實際上行ハレ難キニ至ルヘク我法制上建物ノミノ抵當ヲ認メタル立法ノ趣旨ニ副ハサルコトトナルヘケレハナリ尙此ノ事實タルヤ民法第三百八十八條第三百九十八條ノ規定ノ趣旨ヨリ推スモ察スルニ難カラス然ラハ原審カ本件建物ノ抵當權設定後ニ於テ爲サレタル土地ノ賃貸借契約解除ニヨリ競落人タル上告人ハ土地ヲ占有使用スル何等ノ權利ナキモノト判斷シ上告人ニ對シ建物ノ收去土地ノ明渡ヲ命シタルハ違法ト謂フヘク本論旨ハ理由アリ原判決ハ此點ニ於テ破毀セラルヘキモノトス」(大正一四、七、一八、大判、新聞二四六三號六〇〇八頁)。

(3)「甲カ其ノ所有物ヲ乙ニ賃貸シ乙カ甲ノ承諾ヲ得テ之ヲ丙ニ轉貸シタルトキハ丙ハ其ノ轉貸借契約ノ內容ニ從ヒテ右物件ノ使用收益ヲ爲ス權利ヲ有シ其ノ使用收益ハ甲ニ於テモ之ヲ認容セサルヘカラサルモノニシテ乃チ丙ハ甲ニ對シテモ右ノ權利ヲ主張シ得ルモノナルコト言ヲ俟タサル所ナルヲ以テ其ノ權利ハ甲單獨ノ意思ヲ以テ任意ニ之ヲ消滅セシメ得ヘキ道理ナキハ勿論甲乙間ノ合意ヲ以テスルモ之ヲ消滅セシメ得ヘキ理由ナキモノト云フヘク此ノ結論タルヤ信義ノ原則ヨリシテ觀ルモ洵ニ當然ノコトナリト云フヘシ」(昭和九、三、七、大判、一三巻四號二七八頁、石田氏「賃貸借の合意解除と轉貸借」論叢三一巻五號九一六頁、板木氏評釋法と經濟二巻三號)。

(4)「調停ノ效力ハ當事者間ニ止マルトスルモ調停ノ結果或權利カ消滅セルトキ之カ第三者ニ如何ナル效果ヲ及ホスヤハ其ノ權利ノ性質ニ就テ判斷セサルヘカラス調停其ノモノノ效力カ當事者間ニ止マルノ故ヲ以テ當ニ第三者ニ何等ノ效果ヲ及ホササルモノト解スヘカラス而シテ土地ノ賃借人カ其ノ借地內ニ建物ヲ建設シ之ヲ他人ニ抵當トシタル後該借地人カ地主ト合意シ擅ニ賃貸借契約ノ解除ヲ爲スカ如キ場合ト借地人ニ義務不履行ノ事實アリシ爲地主ヨリ賃貸借契約ノ解除セラレタル場合トハ趣ヲ異ニシ前ノ場合ニ在リテハ其ノ借地權消滅ノ效果ヲ抵當權ノ實行ニ因リ建物ヲ競落セル者ニ迄及ホスハ可ナラスト雖後ノ場合ニ在リテハ元來賃貸借契約ノ解除カ抵當權ノ存スル爲メ阻止セラルヘキ理ナキ點ヨリシテ旣ニ借地權ノ消滅セル以上抵當權ノ實行ニ因リ建物ヲ競落セル者ハ建物ノ所有權ヲ取得スルニ止マリ借地權ヲ承繼取得スヘキモノニ非スト云ハサルヘカラス倘斯ル場合ノ抵當權ハ何時解除セラルヤモ計リ難キ賃貸借契約ニ基ク借地內ノ建物ニ關スルモノトナレハ此ノ抵當權ノ實行ニ因リ建物ヲ競落スル者ノ如キハ民法第五百四十五條第一項但書ニ所謂第三者ニ該當セス本論旨ハ孰レモ之ト反對ノ見解ニ立チ原判決ヲ非難スルモノナレハ理由ナシ」(昭和三、三、一〇、大判、彙報三九巻二一號三八八頁)。

(5)反對判例「然レトモ原判決ハ縱令被上告人カ本件ノ轉貸借ニ承諾ヲ與ヘ居リタリトスルモ賃貸借契約カ合意ニ因リ解除セラレタル以上轉借人タル上告人ハ土地占有ノ正權原ヲ失ヘル者ナリト判示シタルモノニシテ所論ノ如キ判斷違脫ノ違法ナク又賃借人カ轉貸借ニ承諾ヲ與ヘタリトテ之カ爲ニ直接轉借人ニ對シテ義務ヲ負擔スヘキ理由ナク其ノ承諾ハ單ニ賃貸借契約カ有效ニ存續スルコトヲ前提トシ賃借人カ他ニ轉貸スルコトヲ許容スルモノニ過キサレハ賃借人トノ合意ニ因リ賃貸借契約ヲ解除スル妨ト爲ラサルハ勿論賃貸借カ解除セラレタル以上轉借人カ目的物件ヲ占有シ得ル權利モ亦消滅ニ歸スヘキハ當然ノ事理ナルヲ以テ原判決ハ正當ニシテ論旨ハ採用スルニ足ラス」(昭和四、三、一三、大判、彙報四〇巻一六號一〇〇頁)。

九　合意解除ト詐害行爲

合意解除契約か詐害行爲の要件を具備する以上は詐害行爲として取消され得べきことは論を俟たない。

(1)「詐害行爲取消權ハ債權者ヲ保護シ其滿足ヲ得シメンカ爲メニ設ケラレタモノナレハ直接該債權ニ影響ヲ及ホスヘキ債務者ノ財產權ヲ目的トスル法律行爲ニ付テモ亦取消ノ必要アルモノニシテ從テ債務者カ其得ヘカリシ利益ヲ喪失シ之カ爲メニ債權者ヲシテ金錢賠償ヲ受クルコト能ハサルニ至ラシムルトキハ債權者ハ他ノ要件ヲ具備スル以上詐害行爲取消權ヲ行使シ得ヘキハ疑ヲ容レ

サルトコロナリ而シテ本件ニ於テ組合ハ原告ニ對シ四千九百圓餘ノ債務ヲ負擔セルニ拘ラス相當ノ利益有ルヘカリシ本訴契約ヲ解除シ殆ント無資力ト爲リ原告ニ對スル債務ノ辨濟ヲ爲ス能ハサル狀態ニ陷リタルモノニシテカカル契約解除ト雖モ亦之ヲ取消シ得サルノ理由ナシ要スルニ詐害行爲カ債務者ノ財產權ヲ目的トスル法律行爲タル以上處分行爲タルト將タ債權ヲ發生セシムル行爲タルトヲ問ハス取消權ノ物體タリ得ルモノト解セサル可カラス況ンヤ契約解除ハ物權ノ移轉讓渡等ト等シク處分行爲ニ屬スルニ於テヲヤ」(大正一四、五、一九、鹿兒島地方判決、新聞二四三六號六頁)。

(2)又詐害實行爲自體が合意解除に因り消滅せしめられたるときは詐害行爲として更に之を取消すべき餘地がない。

(a)「詐害行爲タル契約カ當事者ノ合意解除ニ因リ消滅シタルトキハ取消請求ノ目的タル契約ナルモノ存在セサルヲ以テ債權者ハ其契約ノ取消ヲ請求スルヲ得サルモノトス」(大正一一、六、二二、大判、一卷三四七頁、新聞二〇二四號一七頁、評論一一卷民法五〇三頁)。

(b)「債權者ヲ詐害スル行爲カ民法第四百二十四號ノ規定ニ基キ裁判上取消サレタル場合ト契約ノ當事者ニヨリ解除セラレタル場合トハ法律上其ノ效果ヲ異ニスルモ債權者ヲ詐害スル法律行爲タル契約モ亦其ノ契約當事者ニ於テ民法第五百四十條以下ノ規定ニヨリ之ヲ解除シ若ハ合意上ノ解除ヲ爲シ得ルコトハ謂フヲ俟タサル所ニシテ若シ賣買契約當事者カ合意上該契約ヲ解除シタルトキハ其ノ賣買契約ハ初メニ遡リテ效力ヲ失ヒ當事者ハ各原狀回復ノ義務ヲ負フニ至ルヘク當事者カ其ノ義務ヲ履行シタル上ハ契約以前ノ狀態ニ復スルカ故ニ其ノ後ニ於テハ右賣買契約ヲ詐害行爲ナリトシテ更ニ之カ取消ヲ求メ得サルモノトス」(昭和六、二、一九、東控判決、評論二〇卷民法四四八頁)。

一〇　第一の物權契約が締結せられ、次に第二の物權契約が締結せられたる場合に、第一の物權契約を合意解除し得べきやの問題に關しては既に說明を了したる所である。

一一　代物辨濟契約、更改契約、又は相殺契約等が合意解除せられて原債權が復活する場合に、其の債權に對して第三者の爲したる保證債務、擔保物權等の復活せざる理由は曩に說明したる所である。

第五　合意解除に因る契約の復活

第一契約を消滅せしめたる第二契約を合意解除することに因り、第一契約は復活すべきや否や、殊に代物辨濟契約(四八二)、更改契約(五一三以下)、免除契約、相殺契約(Aufrechnungsvertrag, Kompensationsvertrag)等の如く、債權を消滅せしめたる契約が解除せらるるときは、原債權は復活するや否やが爭はれる。茲に謂ふ免除契約、相殺契約は法律に規定する所の單獨行爲たる免除(五一九)、相殺(五〇五以下)、を謂ふに非ずして、契約に因る免除、相殺を意味する。

先決問題として、物權契約は解除し得べきか、準物權契約は解除し得べきか、財產處分の效力を直接に發生する點に於て準物權契約たる性質を有するものと稱することを得べき相殺契約、更改契約、免除契約又は代物辨濟契約等の解除が爲され得べきかの問題が存在するのであるが、此の點に關しては解除の目的たる契約に關して既に說明を了したる所である。

茲には此等の契約の解除が適法であることを前提として考究を進めて行かねばならない。

(一)　第一說は原契約の復活を認むべからざるものとする說である。此の說は原契約の合意解除も許されないものとするであらう。

獨逸の學界に於けれ通說は契約の解除に因りて一旦消滅したる此の種の債權は當然復活せざるものであるとし、此の場合には當事者に單に原狀回復の債權債務を發生せしむることを得るに過ぎざるも

のとするが如し。

Staudinger, Komm. S. 356 etc., Planck, Komm. zu § 366Nr. 2, Oertmann, Komm. S. 235, Derilburg, Das Bürg. R. § 112 II, Enneccerus I 2 S. 184.

我が國に於ても原契約の復活を認めざる說があつて、第五百四十條第二項は解除の意思表示の取消を禁止する、此の規定の趣旨とする所は解除に依りて消滅したる契約の復活を禁止するに在るとする。

鳩山氏「代物辨濟の效力」法協三四卷一〇號一六六〇頁、民法研究三卷五一〇頁、同氏債權總論四三四頁、末弘氏各論二六五頁、二二五頁註一〇。

大審院判例中にも原契約の復活を認めざるものが存在する。

一　「依テ審按スルニ原院カ說示スル如ク當事者ハ一旦成立シタル契約ヲ解除シ又ハ其契約ヲ變更シ若クハ其效力ヲ變更スルコトヲ契約自由ノ原則ニ基キ自由ニ之ヲ爲スコトヲ得可シ然リト雖モ當事者間ニ成立シタル契約ニシテ一旦解除シタルモノハ之ヲ復活シ最初ヨリ解除セラレサリシカ如ク爲スヲ得ス何トナレハ當事者間ニ成立シタル契約ヲ解除シタルトキハ其契約關係ハ事實上全ク消滅ス可ク此場合ニ後ノ契約ヲ以テ既ニ消滅シタル契約ヲ復活セシメントスルカ如キハ是レ新契約ノ效力ヲ既往ニ遡ホリテ生セシムルコトヲ目的トスルニ非スシテ既往ノ事實ヲ抹消セシムルコトヲ以テ法律上許容セラレ外人秋田鍬三郎外三名間ニ成立シタル明治三十年十二月九日附公證人野口十藏ノ作成セル金員貸借公正證書（乙第一號證）ノ契約ハ其後甲第一號證明治三十二年一月二十四日附同公證人作成ノ第二千七百十五號金員貸借公正證書ヲ以テ消滅シタルモノナレハ最初ノ契約ノ解除カ條件附ニ非サル以上ハ乙第一號證ノ契約ノ消滅ハ事實上確定シ回復ス可カラサルモノナレハ之ニ執行文ヲ附シ執行ヲ爲スコトヲ得サルヤ勿論ナルニ原院カ其後ノ作成ニ係ル乙第二號證明治三十二年四月二十三日附同公證人役場第二千九百二十六號取消證書ト題スル公正證書ヲ以テ甲第一號證ノ契約ヲ取消シ乙第一號證ノ契約ヲ復活セシメタルコトヲ以テ法律上許容セラレ得ルモノト判示シタルハ契約解除ニ關スル法則ヲ誤解セルモノニシテ上告其理由アリ」（明治三七、二、一五、大判、一〇輯一八三頁、抄錄二〇卷三九〇三頁）。

二　「當事者カ債務ノ要素ヲ變更スル契約ヲ爲シタルトキハ其契約カ不法原因ノ爲メ又ハ當事者ノ知ラサル事由ニ因リテ成立セス若クハ取消サレタルトキノ外舊債務ハ消滅スルカ故ニ假令其後ニ於テ當事者カ解除ノ意思ヲ表示スルモ爲メニ既ニ消滅シタル舊債務カ當然復活スルコトナシ」（大正五、五、八、大判、二二輯九一八頁、抄錄六六卷一四五四一頁、新聞一一四八號二九頁）。

三　「已ニ一旦準消費貸借契約ヲ締結シ債務ヲ消滅セシメタル以上其ノ後ニ至リ該準消費貸借契約ヲ解除スルモ直ニ舊債務カ復活スルノ理ナキモノトス」（昭和二、一二、八、東控判決、評論一七卷民法一七〇頁）。

四　「上告人甲ハ當初ノ賃貸借契約ニ基ク上告會社ノ債務ニ付保證債務ヲ負擔シタルモノナルヲ以テ該契約ニシテ解除セラレ之ニ基ク上告會社ノ債務ニシテ一旦消滅シタル以上ハ上告人甲ノ保證債務モ亦之ト同時ニ消滅ニ歸シタルコト勿論ニシテ後ニ至リ被上告人及上告會社間ニ於テ右契約ノ「解除ナカリシコト」トスルコトノ合意アリタレハトテ此ノ一事ノミニ因リ上告人甲ノ保證債務ヲ復活セシメ若クハ之ト同一ノ債務ヲ同人ニ負擔セシメ得ヘキニ非ス唯同上告人ニ於テ被上告人及上告會社間ノ前敍合意ニ基ク上告會社ノ債務ニ付保證債務ヲ負擔スヘキ旨ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ始メテ其ノ債務ヲ負擔セシメ得ヘキモノトス」（昭和四、三、一六、大判、新聞三〇二三號一二頁、評論一九卷民法二九頁）。

（二）第二說は債務を消滅せしめたる契約の解除を有效とし、原債權債務の復活を認むべきものと

する說である。是れは契約自由の原則上當然であるとするのである。

吾妻光俊氏評釋、昭和三年度判例民事法一三一頁、曄道氏京法一二卷三號。
Windscheid-Kipp, Pand. I § 47 Anm. 1 S. 207.

此の第二說が正當である。

債權契約が合意解除せられ得べきことは契約自由の原則、及び民法が約定解除權(五四〇)を認むる趣旨に徵して疑がない。曩に述べたるが如く、物權契約の合意解除を認め得べきかに關して、反對說はあるけれども之を禁止すべき根據はないから、之を認むべきである。準物權契約亦同じ。然らば、同一の理由に依りて、相殺契約、代物辨濟契約、更改契約等、處分行爲たる性質を有する契約の合意解除を認むべきこと勿論である。而して、此等の處分契約の合意解除の結果として、反對說は一旦消滅したる契約を當事者の同意解除に因りて復活せしむることを得ないとするけれども、夫れは自然現象として消滅したるものを復活せしむることを得ないと謂ふ意味ならば正當である。然れども法律現象として、復活と同一の效力を付與することは不能ではない。

契約の取消ある場合には舊債權債務は復活し得ること疑なしとすれば、合意解除により舊債權債務の復活を認むることは少しも不合理でないであらう。

復活の結果、第三者の權利を害したり、第三者に對して一旦消滅したる債務を再び負擔せしむるに至るが如きことは許されないことは前示の通りである。從つて、斯の如き結果を生ずる場合には其の範圍內に於ては、合意解除は對抗力を有しない。

判例も亦第二說に從ひ原債權債務の復活を認むる。

一　再賣買の豫約

「再賣買ノ豫約ノ內容カ甲カ所定期日ニ乙ニ對シ小作料又ハ賃料ノ支拂ヲ怠リタルトキハ催告其ノ他何等ノ意思表示ヲ要セスシテ當然其ノ效力ヲ失フヘキ約旨ナリシ場合ニ於テ甲カ所定期日ニ支拂ヲ怠リタルトキハ再賣買豫約ハ理論上當然失效スヘキモノナレトモ當事者ハ斯カル場合ニ於テ後日合意ノ上恰モ正當期日ニ支拂アリタルト同樣ノ權利關係ニ立チ再賣買豫約ハ初ヨリ其效力ヲ失ハサリシモノト爲スコトヲ妨ケサルモノトス」(大正一四、一二、二一、大判、四卷七五一頁、新聞二五二九號一六頁、評論一五卷民法一二〇頁、乾氏評釋、同年度判例民事法五八四頁以下)。

二　代物辨濟契約の合意解除

「原裁判所ノ確定シタル事實ニ依レハ係爭債權ノ讓渡ハ上告人カ淺野與吉ニ對シ有シタル一千餘圓ノ債權ノ一部辨濟ニ充テ之ヲ爲シタルモノニシテ則チ代物辨濟ナリ然ルニ代物辨濟ハ辨濟ノ如ク給付行爲ニ依ル債務ノ內容ノ實現ニ非スシテ本來ノ給付ニ代リ他ノ給付ヲ爲スト同時ニ之ニ依リ債權ヲ消滅セシムル契約ナリ債務ノ內容ノ實現ハ當事者ノ意思表示ニ基キ其效力ヲ有スルモノニ非サルヲ以テ後日ニ至リ契約ヲ以テ其實現ナカリシモノト爲サントスルモ當事者ノ得テ能クスヘキ所ニ非サレトモ代物辨濟ハ當事者ノ契約ノ效力ニ外ナラサルヲ以テ當事者ハ後日ニ至リ反對契約ヲ以テ其效力ヲ動カスコトハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反セサル限リ敢テ妨アルコトナシ」(大正四、一一、二〇、大判、二一輯一八七一頁、曄道氏「代物辨濟滅却契約(反對契約)ノ效力」京法一二卷三號、最近大審院民法判例批評一六二頁、鳩山氏「代物辨濟ノ效力」法協三四卷一六六〇頁、民事判例研究一卷一八〇頁以下)。

三　更改契約の合意解除

更改に關しては、大審院初期の判例は復活を認めないのであるが後に之を認むるに至つた。

更改が債務の要素を變更するが如き場合は、その合意解除により舊債務の復活を認むるも何等の差支なき所である。併し、債務者の交替に因る更改の場合に在りては、更改は債權者と新債務者との間の契約を以て爲さるるから(五一四)、債權者及び新債務者の間の合意解除により第三者たる舊債務者の債務が復活する結果を生ずる。從つて、斯の如き場合の更改の合意解除は此の點に於て許さるべきでない。

結果同說　末弘氏新法學全集債權總論一九九頁。

(1)「更改契約モ亦一ノ契約ナルカ故ニ當事者ノ合意ニ依リ之レカ解除ヲ爲シタルトキハ他ニ反對ノ意思表示ナキ限リハ民法第五百十五條ニ準據シ當事者間ニ於テハ解除ノ效力ヲ既往ニ遡及シ爲ニ相手方ヲ原狀ニ回復スルノ義務ヲ生スルモノナリト雖モ右解除ノ效力ハ固ヨリ當事者間ニ限局セラルルモノニシテ其契約ニ關係ヲ有セサル第三者ニ其效力ヲ及スヘキモノニ非ス故ニ原判決ノ認定シタルカ如ク被上告人及ヒ訴外小堀辨三郎小堀太一三名ノ連帶負擔シタル舊消費貸借ニ替フルニ小堀太一ヲ債務者トスル新消費貸借ヲ以テシ債務者ノ交替ニ因ル更改契約成立シテ一旦舊債務消滅シタル以上ハ縱令其後新債務者タル小堀太一ト債權者タル上告人トノ合意ヲ以テ右更改契約ヲ解除スルモ之カ爲メニ其效力ヲ第三者タル舊債務者ニ及ホシ一旦消滅シタル舊債務ノ復活ヲ來スモノニ非サルヤ明ナリ若シ夫レ更改契約ニ無效又ハ取消ノ原因存シタルトキハ之カ爲メニ更改ノ效力ヲ失ヒ舊債務復活スル場合アルヘシト雖モ本件更改契約カ錯誤ニ因リ無效ナリトノ上告人ノ主張ハ敢テ原判決ノ排斥シタル所ニシテ卽チ本件ハ更改契約ニ無效又ハ取消ノ原因アル場合ニ非サルナリ尙原判決ニ更改ノ取消契約トアルハ當事者ノ合意ニ依リ更改契約ヲ解除スルノ謂ニシテ法律行爲ノ取消ヲ意味スルモノニ非サルハ判文上明カナリ」(大正六、四、一六、大判、二三輯六三八頁、抄錄七一卷一六一八八頁、新聞一二六二號二五頁)。

(2)「更改契約ニシテ適法ニ解除セラレンカ契約當事者間ニ在リテハ更改ニ因リテ生シタル新ナル債務消滅スルト同時ニ舊債務關係ハ當然ニ復活スルモノトス民法第五百十七條ニ依レハ更改ニ因ル新債務カ不法ノ原因以外ノ事由ニ因リ成立セス又ハ取消サレタル場合ニ於テハ當事者カ初ヨリ其ノ事由ノ存スルコトヲ知悉セル限リ舊債務ハ新債務ノ發生セサルニ拘ラス竟ニ消滅ニ歸スルコト明ナルモ同條ノ規定ハ原狀回復ニ關スル更改契約解除ノ效力ヲ排除スルモノニ非ス」(昭和三、三、一〇、大判、新聞二八四七號一六頁、評論一七卷民法六三二頁)。

四　相殺契約の合意解除

當事者間の相殺契約を合意解除し、當事者間に債權關係が復活することは差支ない。併し、之れにより一旦消滅したる連帶債務者の債務を復活するが如きは許されざる所である。

(1)「控訴人ハ一旦有效ニ行ハレタル相殺ハ債權ノ消滅ヲ來シ縱令契約當事者間ノ合意ヲ以テスルモ復活セシムルコトヲ得ス斯ル契約ハ無效ナリト抗爭スレトモ前示ノ如キ意思ニ基キ相殺契約ヲ解除スル契約ヲ爲スコトハ一般契約自由ノ原則ニ照シ毫モ支障ナキ所ナルヲ以テ固ヨリ有效ナリト謂ハサルヘカラス而シテ該解除契約ハ前示ノ如キ趣旨ニ出テタルモノナルニ依リ遡及的效力ヲ有スルコト勿論ニシテ其ノ結果初ヨリ相殺ナカリシ狀態ニ歸シ該相殺ニ供セラレタル前示公正證書ニ依ル債務モ亦消滅セサリシ狀態ニ歸着スヘキハ當然ノ事象ニ屬シ之ヲ控訴代理人主張ノ如ク解シテ該解除契約ヲ無效ナリトスルハ當ラス」(第二審名古屋控訴判決、大審院判例集七卷二六七頁所載、此の控訴審の判決に對する大審院判決は後に掲げる)。

更に相殺に關する別個の問題として、相殺の遡及效は其の以前に一方の債權に關して爲されたる解除の效力を破壞するや否やの問題がある。卽ち、賃料延滯の爲めに賃貸借契約が解除せられたる後、賃借人が賃貸人に對して有したる自己の債權を以て、賃貸人の延滯賃料債權と相殺したる場合には、相殺の遡及效により、賃借人の賃料延滯は初めより存在せざることとなり、賃料延滯を理由としたる賃貸借契約の解除は不當であり、其の效力を失ふが如く考へ得る。併し、賃借人が其當時相殺權を行使せずして、後に至り、之を行使し、解除の效力を、後日に至りて破壞することは許すべきでない。相殺に遡及效を認むる必要は、其の遡及效を認むることが公平の要求に合するからであるから、斯の如き場合に於ける相殺の遡及效は制限すべきであらう。判例、亦同じ。

末弘氏新法學全集債權總論二一六頁、同氏評釋判例民法大正十年度判例民法六頁以下、菅原氏「相殺ノ意思表示ノ遡及效ノ制限」民法判例批評一卷二二六頁以下、小池氏總論三七〇頁、岡村氏總論三三八頁。

(2)「民法第五百六條第二項ニハ相殺ノ意思表示ハ双方ノ債務カ互ニ相殺ヲ爲スニ適シタル始ニ遡リテ其ノ效力ヲ生ストアルヲ以テ本件事實ノ如ク賃貸借契約カ賃料不拂ノ爲メニ解除セラレタル後ニ至リ賃借人カ其不拂ニ係ル賃料ノ債務ト解除前既ニ相殺ヲ爲スニ適シタル賃貸人ノ債務ト相殺ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ其賃料ノ債務ハ右契約ノ解除以前ニ於テ消滅シタルモノト看做ササルヲ得スト雖モ之カ爲メニ右契約ノ解除カ無效ニ歸スヘキモノトセンカ其解除以後ノ法律關係ハ如上相殺ノ意思表示ノ有無ニ依リ左右セラレテ速ニ確定セサルニ至リ公益上弊害ヲ生スルノ慮アリ民法ニ於テ斯ノ如キ法律關係ノ不確定ナル狀態ノ存續ヲ嫌忌スルコトハ其立法ノ旨趣ニ照シ明白ナレハ同法第五百六條第二項ニ規定スル相殺ノ意思表示ノ遡及力ハ此點ニ於テ制限セラレ當然右契約ノ解除ヲ無效ニ歸セシムルモノニ非スト解スルヲ相當トス卽チ賃貸借契約カ賃料不拂ノ爲メニ一旦適法ニ解除セラレタルトキハ其賃貸借ノ關係ハ旣ニ消滅セルハ勿論更ニ他ノ關係ヲ生スルコトアルニ拘ハラス爾後何時ニ至ルマテモ隨意ニ爲スコトヲ得ヘキ相殺ノ意思表示ヲ以テ其賃貸借關係ヲ復活セシムルカ如キ效力ヲ生スルモノト謂フ可カラス」(大正一〇、一、一八、大判、二七輯七九頁、末弘氏評釋、同年度判例民法六頁以下)。

(3)「原判決ハ「訴外師田甚兵衞ハ被上告人ノ先代彌兵衞及訴外竹内實五郎ヲ連帶債務者トシ訴外笹島彦左衞門ヲ連帶保證人トシテ金一千圓ヲ利息付ニテ貸付ケタルトコロ右笹島彦右衞門ハ債權者師田甚兵衞ト合意ノ上自己カ同人ニ對シテ有スル賣買代金債權ノ一部ヲ以テ右貸金元利金ノ債權ト相殺シ該債權全部ヲ消滅セシメシカ其ノ後更ニ笹島及師田ハ合意ヲ以テ右ノ相殺ヲ爲ササリシコトニ取極メタルヲ以テ之ニ因リ貸金元利金ハ總テ消滅セサリシコトニ歸セシモノナル旨」ヲ判示セリ然レトモ上記ノ如ク右貸金債權ニシテ當事者ノ合意ニ因リ一旦消滅ニ歸セシモノトセハ之ト同時ニ被上告人先代ハ其ノ連帶債務ヲ免レシモノナルカ故ニ後ニ至リ笹島及師田ノ合意ヲ以テシテ一旦消滅セシ債權債務其ノモノヲ復活シ以テ消滅前ニ於ケルト同一ノ權利狀態ニ復セシメ被上告人先代ヲシテ再ヒ其ノ從前ノ連帶債務ヲ負擔セシムルカ如キハ右兩名ノ爲シ得サルトコロナリ蓋同一ノモノヲ遡及シテ再生セシムルコトハ事實上不能ニシテ契約自由ト云ヘト雖事實上不能ナルコトハ之ヲ爲スニ由無ケレハナリ但右兩名ノ合意ニ因リ舊債權債務ト等シキ別個ノモノヲ新ニ成立セシムルハ不可ナク而シテ被上告人先代若ハ被上告人ニシテ右ノ合意ニ同意シ從前ト等シキ連帶債務ヲ負擔スルニ異議ナキトキハ同樣ノ債務ヲ是認シ得ヘキノミ故ニ之カ判示ニ付テハ少クモ被上告人ノ側ニ於ケル右同意ノ有無ヲ確定セサルヘカラサル筋合ナリトス」(昭和三、二、一五、大判、七卷二五五頁、吾妻光俊氏評釋、判例民事法昭和三年度一二八頁、末川氏「連帶債務の消滅とその復活」論叢二一卷三〇六頁、破毀判例民法研究一卷二九六頁以下)。

此の判例は原審が「相殺取消ノ合意ノ遡及效ヲ無條件ニ是認」(判例集七卷二五七頁)したる點を非難するのであつて、此の點を侵犯せざる限りは相殺契約の合意解除自體を否定せんとする趣旨ではなからうと思ふ。

五　拋棄契約(免除契約)の合意解除

拋棄契約(免除契約)に關しては其の合意解除に因り原債務は復活するものとすることが判例である。此の判例は正當である。

「債權拋棄ノ方法ハ單獨行爲ニ限定セラレタルモノニ非ス債權ハ其ノ契約ニ因リテモ亦之ヲ拋棄スルコトヲ得ヘキモノニシテ契約ニ因リテ拋棄セラレタル債權ハ其ノ契約ノ解除ニ因リ原狀ニ回復セラルルモノトス」(昭和四、三、二六、大判、新聞二九七六號一一頁、評論一八卷民法五八三頁)。

第七章　契約解除法の性質

（一）任意法

民法法規を二大別して之れを強行法と任意法と爲すことが普く行はれて居る。

強行法（dispositions impératives, zwingendes Recht）とは當事者の意思如何に拘はらず適用せらるべき法規を謂ひ、これに依つて私法的自治の限界が嚴として確定せられる。任意法（dispositions déclaratives, dispositions supplétives, nichtzwingendes Recht, dispositives Recht, nachgiebiges Recht）とは當事者の意思に依りて其の適用を排除し得べき法規を謂ふ。任意法は當事者の意思を解釋し、又は補充するものであつて、從つて亦、之れに依つて私法的自治の內容が解釋し補充せらるる。任意法は當事者の意思に反して強行せられ得ないものであるが、當事者が任意法と異なりたる意思を表示せざる限りは、任意法も亦強行せらるるものなること勿論である。

強行法、任意法の觀念の限界は前示の定義に依りて極めて明白に區別せられ得て、一點の疑問を存しない。併し乍ら、實際の法律生活に於て、裁判所が、一個の法規を適用せんとするに際し、其の問題たる一個の法規が果して強行法に屬するや、又は任意法に屬するやを決定することは極めて重大な

る問題であり、又極めて困難なる問題である。

一個の法規が強行法なるか、任意法なるかを決定せんが爲めには

(1)其の法文の體裁上明白なる場合もあり得る。此の場合には別段の問題と爲らない。

(2)然らざる場合には其の規定の立法目的を推究して、果して個人意思を以て其の適用を排斥し得べきものなるや否やを判斷することに依りて之れを決定するの外はない。

(3)一個の法規が強行法に屬するや、任意法に屬するやを決定せんが爲めには、その法規が民法の何れの編に屬するやを考査することに依りて、容易に決定せられ得る場合が多い。卽ち、大體に於て、債權編に屬する法規は任意法であり、物權編、親族編、相續編に屬する法規は強行法であり、總則編に屬する法規は強行法、任意法の兩者を包含し、必ずしも、一律に之れを斷言するを得ない。親族編に屬する法規中、夫婦財產法に關する法規（七九八以下）は任意法である。

任意法が強行法に轉化しゆく傾向に關しては我妻氏民法總則（民法講義Ⅰ）二八六頁參照。

そこで我が民法の契約解除に關する規定は強行法なるか任意法なるか。

契約解除に關する民法の規定は任意法である。當事者が別段の定めを爲して此等の法規の適用を除外することを得る。併し當事者が別段の定めを爲さざる以上は此等の法規の適用を免るることを得な

いのである。

通説である。例へば、石坂氏二三〇九頁、鳩山氏二二八頁等。

契約解除に關する民法の規定が任意法に屬することは判例の一致する所である。

一　「民法ノ契約解除ニ關スル規定ハ任意法規ニ屬スルコト疑ナキ所ニシテ任意法規ハ當事者カ別段ノ定メヲ爲ササルトキ又ハ之ト異ル慣習存在セサル場合等ニ於テノミ强行セラルルモノナルモ本件ノ如ク契約解除ニ關スル商慣習存在シ且當事者カ之ニ依ル意思ヲ有スル場合ニ於テハ右法規ハ適用ヲ除外セラルルモノナルヲ以テ被告ノ之ニ關スル抗辯ハ採用スルコトヲ得サルモノナリ」（昭和三、一二、一八、大地判決、新聞二九三二號一三頁以下）。

二　「契約當事者ノ一方カ解除權ヲ有セサル場合ニ於テ其相手方カ債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ當事者ノ一方ハ民法第五百四十一條ニ則リ相當ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲シ尙ホ其ノ期間ニ履行ヲ爲サルトキ玆ニ始メテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得レトモ若シ契約ニヨリ當事者ノ一方ニ解除權ヲ附與シアリタルトキハ相手方カ債務ヲ履行セサル場合ニ於テ敢テ此等ノ履行ノ催告ヲ爲スコトヲ要セス民法第五百四十條ニヨリ相手方ニ對スル意思表示ヲ以テ直チニ解除權ヲ行使スルコトヲ得ルハ勿論ナリ何トナレハ民法第五百四十一條ノ規定ハ當事者ノ一方カ解除權ヲ有セサル場合ニ於テ單ニ債務不履行ノ一事ヲ以テ直ニ契約ヲ解除スルコトヲ許スカ如キハ相手方ニ對シ苛酷ニ失シ又其ノ利益ヲ害スルコト尠少ナラサルカ故ニ法律上此ノ催告期間ノ猶豫ヲ與ヘタルモノナレトモ之ニ反シテ當事者ノ契約ヲ以テ任意上解除權ヲ附與シタル場合ニ在リテハ此固ヨリ當事者ノ豫期シ居ルヘキ所ニシテ特ニ催告期間ヲ設クルノ理由毫モ之レナケレハナリ是故ニ原院カ甲一號證ニ據リ當事者ニ解除權ヲ付與シアリタルモノト認メタル本件ニ關シ民法第五百四十一條ヲ適用スヘキモノニ非スト判示シタルハ固ヨリ相當ニシテ本論旨ハ全ク前記民法ノ法理ヲ誤解シタルモノトス」（明治三七、六、一八、大判、一〇輯九四五頁以下）。

三　「被告ハ右特約即チ被告ニ於テ賃料延滯ノ場合ニ何等催告ヲ要セスシテ直チニ本件契約ヲ解除シ得ヘキ旨ノ文辭ハ所謂坊間一般ニ行ハルル例文ニシテ之ヲ嚴守シテ敢テ當事者ヲ羈束スル意思ニ出テタルニ非サルハ勿論民法第五百四十一條ノ規定ニ反スル無效ノ契約ナリト主張スレトモ前記甲第一號證及證人長谷川穩助ノ證言トヲ對照スレハ被告ハ原告ノ前主ヨリ本件家屋ヲ賃借シ居リタル時ヨリ兎角賃料ヲ遲滯シ原告ノ本件家屋ヲ讓受クルニ際シテモ尙其延滯賃料ノ多キニアリタルニ依リ原告ハ被告ニ對シ特ニ右條項ヲ嚴守スヘキ旨ヲ被告ト約シタルコトヲ認メ得ヘク從テ之ヲ以テ被告主張ノ如キ單ナル例文ナリトシテ之ヲ排斥スルヲ得サルノミナラス右特約ハ民法第五百四十一條ノ規定ニ反スル無效ノモノナリトノ主張モ肯定スルヲ得ス之右規定ハカカル特約ナキ場合ニ當然之ヲ遵守スヘキ規定ニシテ之ニ異ナル特約ヲ禁スヘキ趣旨ノ所謂强行規定ニ非サレハ前揭特約ハ有效ナリト解スルヲ正當トス」（昭和二、七、二二、東區判決、法律新報一三五號二六頁）。

（二）一般解除法と特別解除法

商法第一條（獨舊商一、伊商一、西商一）は「商事ニ關シ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習法ヲ適用シ商慣習法ナキトキハ民法ヲ適用ス」と規定する。此の規定は極めて大體の趣旨を規定するものたるに過ぎない。稍、詳細に各種法規及び慣習法等の適用の順位を考ふるときは、

(1)商事特別法、(2)商法、(3)商慣習法、(4)民事特別法、(5)民法、(6)民事慣習法

等の順序によりて適用せられる。

民法第五百四十條以下の契約解除に關する法規は契約解除に關する一般法である。契約解除に關する限りに於ては此等の規定が如何なる場合にも適用せらるべきである。併し乍ら、此等の規定以外に於て、民法に於て契約解除に關する規定を設けたる場合に在りては夫れ等の規定は契約解除に關する

特別法であるから、第五百四十條以下の契約解除に關する規定に優先して適用せられ、夫れ等の規定に定められざる事項に付きてのみ一般法たる第五百四十條以下の契約解除法が補充的に適用せられる。

商法中に尙契約解除に關する規定ある場合には、夫れ等の規定は民法の一般の契約解除法に優先して適用せられる。商法に規定する契約解除法は或は民法第五百四十條の一般契約解除法に優先して適用せられ、或は民法中の特別契約解除法に對して優先して適用せらるるであらう。

例へば、商法第二百八十七條の定期行爲たる商事賣買に關する規定は契約解除の特別の要件を規定して居るから、契約解除の要件に關しては、契約解除の要件に關する民法の規定の適用を受けないけれども、右商法第二百八十七條は商事賣買に付き契約解除の效力に關しては何等規定して居ないから、契約解除の效力に關しては民法の規定（五四五）が適用せられる。

一　「商法第二百八十八條第一項ハ商人間ノ賣買ニ於テ買主カ受取リタル目的物ニ瑕疵アルコト又ハ其數量ニ不足アルコトヲ原因トシテ契約ノ解除又ハ代金減額若クハ損害賠償ノ請求ヲ爲スニハ先ツ檢査及ヒ通知ノ手續ヲ爲スコトヲ要スル旨ヲ規定シタル止マルヲ以テ其手續ノ外ニ契約解除等ノ權利ヲ行使スルニ必要ナル事項ニ付テハ商法ニ其他ノ規定アルカ又ハ商慣習法存セサル限リハ商法第一條ニ依リ民法ヲ適用スヘキモノトス而シテ民法第五百七十條ニハ賣買ノ目的物ニ隱レタル瑕疵アリタルトキハ同法第五百六十六條ノ規定ヲ準用シ其瑕疵ヲ原因トスル契約ノ解除ハ買主カ事實ヲ知リタル時ヨリ一年内ニ之ヲ爲スコトヲ要スル旨規定シ且商事賣買ニ付テ此規定ト異リタル特別ノ法則存セサルヲ以テ商人間ノ賣買ニ於テ買主カ受取リタル目的物ニ瑕疵アルコト又ハ其數量ニ不足アルコトヲ原因トシテ契約ノ解除又ハ代金減額若クハ損害賠償ノ請求ヲ爲スニハ先ツ檢査及ヒ通知ノ手續ヲ爲スコトヲ要スル旨ヲ規定シタル止マルヲ以テ其手續ノ外ニ契約解除等ノ權利ヲ行使スルニ必要ナル事項ニ付テハ商法ニ其他ノ規定アルカ又ハ商慣習法存セサル限リハ商法第一條ニ依リ民法ヲ適用スヘキモノトス而シテ民法第五百七十條ニハ賣買ノ目的物ニ隱レタル瑕疵アリタルトキハ同法第五百六十六條ノ規定ヲ準用シ其瑕疵ヲ原因トスル契約ノ解除ハ買主カ事實ヲ知リタル時ヨリ一年内ニ之ヲ爲スコトヲ要スル旨規定シ且商事賣買ニ付テ此規定ト異リタル特別ノ法則存セサルヲ以テ商人間ノ賣買ニ於テ買主カ受取リタル目的物ニ瑕疵アルコトヲ原因トスル契約ノ解除モ亦右民法ノ規定ニ從ヒ一年内ニ之ヲ爲スコトヲ要スルヤ明ナリ本件ニ於テ原院ハ被上告人カ明治四十四年三月二十一日上告人ヨリ賣買ノ目的物ヲ受取リタル後十日内ニ之ヲ檢査シテ表ハレタル破損ノ外ニ尙ホ製造不完全ノ事實ヲ發見シ直ニ其旨ヲ上告人ニ通知シタルコト其製造不完全ノ通知中ニハ隱レタル瑕疵ノ通知ヲモ包含スルコト及ヒ其隱レタル瑕疵ニ基キ被上告人ノ訴訟代理人カ明治四十五年五月三十日ノ第一審口頭辯論期日ニ於テ賣買契約解除ノ意思表示ヲ爲シタルコトヲ認メ以テ賣買契約ノ有效ニ解除セラレタルコトヲ斷定シタルコト判文ノ明示スル所ナリ故ニ原判旨ニ依レハ被上告人カ賣買ノ目的物ニ隱レタル瑕疵アルコトヲ知リタル時日モ亦明治四十四年三月二十一日以後十日以内ニ在リシカ如シ果シテ然ラハ其瑕疵ニ基キ明治四十五年五月三十日ニ爲シタル契約解除ノ意思表示ハ敍上解除權行使ノ要件タル一年ノ法定期間經過後ニ爲シタルモノニ係リ其效ナキモノト謂ハサルヲ得ス然ルニ原院カ其意思表示ニ因リ契約ノ有效ニ解除セラレタルコトヲ斷定シ之ニ基キ判決ヲ爲シタルハ違法ニシテ本件上告ハ其理由アリ既ニ此點ニ於テ本件上告ヲ理由アリトスル上ハ爾餘ノ上告論者ニ對シ說明ヲ加フルノ必要ナキヲ以テ之ヲ省キ民事訴訟法第四百四十七條及ヒ第四百四十八條各初項ニ依リ主文ノ如ク判決スルモノナリ」（大正三、三、五、大判、二〇輯一四四頁）。

二　「商法第二百八十六條ハ買主カ其目的物ヲ引取ラサル場合ニ於テ賣主ニ其供託又ハ競賣ノ權利ヲ認メタルニ過キスシテ之カ爲メ賣買代金ヲ提供シ目的物ヲ引取ラサル買主ニ對シ賣買契約ヲ解除シ損害ノ賠償ヲ求ムル權利ヲ賣主ニ認メタル民法ノ規定ノ適用ヲ妨クルモノニ非ス」（大正、六、一二、二五、大判、二三輯二二二四頁、抄錄七五卷一七三八〇頁、新聞一三七二號二七頁）。

三　大正一四、五、一四、安濃津地方判決、新聞二五二〇號一五頁、評論一五卷民法五五〇頁（後揭）。

四　「商法第二百八十八條第一項ハ商人間ノ賣買ニ於テ目的物ノ瑕疵又ハ數量ノ不足ヲ原因トシ契約解除又ハ代金減額若ハ損害賠償ノ請求ヲ爲スニハ先ツ目的物ヲ檢査シ瑕疵ノ通知ヲ發スルコトヲ要スル旨ヲ規定スルニ止マリ右檢査及ヒ通知以外ニ契約解除等ヲ爲シ得ルノ要件ニ付テハ民法ノ規定ニ從フコトヲ要スルモノトス」（大正一五、九、二三、東地判決、評論一六卷商法二九一頁）。

第七章　契約解除の性質

(三)　民事慣習及び商事慣習

民事慣習又は商事慣習（Handelsgebräuche）は事實たる慣習（Usanz, Verkehrssitte）であつて、民事慣習法又は商事慣習法（Handelsgewohnheitsrecht）と其の性質を異にする。民事慣習法又は商事慣習法は法であるが、民事慣習又は商事慣習は法ではない。單に當事者の意思を解釋する資料たるに過ぎない。卽ち、事實たる慣習は當事者が之に從ふ意思を有する場合に於てのみ其の效力があるに過ぎない。卽ち、事實たる慣習は當事者が之に從ふ意思を有する場合に於てのみ其の效力がある（九二）。事實たる慣習の效力は當事者意思の效力であつて、法たる效力ではない。

契約解除に關する事實たる民事慣習、又は事實たる商事慣習が存在する場合は少くない。今、判例の示す所により、其の慣習の二三を示す。

一　「小樽區ニ於ケル雜穀澱粉類ノ賣買ノ履行ニ付テハ賣主ヨリ先ツ目的ノ倉庫證券若ハ第三者ニ對シ效力アル同證券ニ代ル書面ヲ買主ノ店鋪ニ提供シ之ト引換ニ代金ヲ支拂フヘキ取引上ノ慣習行ハルルモノトス右ハ所謂双務契約ノ效力タル同時履行ノ抗辯權ヲ適用セサル趣旨ノ慣習ニシテ何等公序良俗ニ反セサルモノトス」（大正九、三、六、札幌地方小樽支部判決、新聞一七五九號一七頁）。

二　「東京市ニ於ケル大豆粕ノ取引ニ付テハ其目的物カ倉庫ニ在ル場合ニ於テ賣主ハ其受渡期日前豫メ買主ニ荷渡通知ヲ爲シ買主ハ該通知記載ノ場所ニ就キ目的物ノ檢査ヲ爲シ若シ其目的物カ約旨ニ適合スルトキハ受渡期日ニ出庫證ト引換ニ代金ノ支拂ヲ爲スヘク反之提供ノ目的物カ約旨ニ適合セサルトキハ更ニ適當ナル目的物ノ提供ヲ求メ賣主カ尙之ニ應セサルトキハ買主ハ契約ヲ解除シ得ルノ商慣習アルモノトス」（大正九、三、一二、橫濱地方判決、新聞一六八七號一四頁、評論五卷民法三三四頁）。

三　「埼玉縣北埼玉郡加須町地方ニ於テ大麥ノ賣買契約ニ賣買ニ付引渡場所ハ加須町㊧倉庫ノコト有貫渡前市斷リノコト大正六年十一月十五日迄買入勝手高下正俵引取ノコト等ノ約款存スルトキハ買主ハ約定期間內ハ何時ニテモ賣買品ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得レトモ之ヲ爲スニハ勘クトモ五日以前ニ其ノ豫告ヲ爲スコトヲ要シ若シ豫告ヲ爲ササルトキハ期間ノ最終日ニ取引ヲ完了スヘキモノニシテ第一買主ニ於テ最終日ニ於テモ賣買物件ノ引渡ヲ請求セサルトキハ賣買契約ハ當然解除トナリ今日ノ市價ト賣買代金トノ差額ヲ授受シテ取引ノ決濟ヲ爲ス商慣習存スルコト明カナリ」（大正一〇、三、七、東控判決、新聞一八二九號二一頁）。

四　「大阪市內ニ於ケル有價證券ノ賣買ヲ業トスル賣主ト同市內ニ於ケル客トノ間ニ於テハ客ヨリ現株引渡ノ請求ヲ爲シタルト否トヲ問ハス賣買契約以後遲クトモ一週間以內ニ其ノ引渡ヲ爲スコト無クシテ同期間ヲ經過シタルトキハ特段ノ意思表示ナキ以上同期間經過後ハ買主ニ於テ何時ニテモ契約解除ノ意思ヲ表示シ次テ契約ヲ消滅セシメ得ヘキ商慣習存ス」（大正一一、一、二九、大阪地判決、新聞二〇八三號七頁）。

五　「大阪市內ニ在ル株式賣買營業者ト和歌山縣日方町ニアル同營業者間ニ於ケル株式ノ賣買ニ付キ賣方カ荷爲替附ニテ現品ヲ送附シタルニ買主カ其ノ受領ヲ拒ミタルヨリ契約解除ノ前提トシテ「來ル何日株式持參スヘキニ付引受相成度」旨ヲ催告スルトキハ右引受ノ請求中ニハ當然代金支拂ノ請求ヲモ包含スルハ勿論右期日ヲ以テ買主カ現品ヲ受取ラサルニ於テハ之ニ因リ契約ハ當然解除セラルヘキ商慣習アルモノトス」（大正一一、二、一〇、和歌山地方判決、新聞一九五二號一七頁）。

六　「卸賣商人間ニ於テ右クレップノ如キ夏向期間用ノ內地製綿布ノ賣買契約ニ於テハ六月末マテ其ノ引渡ヲ完了セサルトキハ該賣買契約ハ何等ノ意思表示ヲ要セス當然解除ト爲ル慣習ノ存スルコトヲ認ムルニ足ルヲ以テ卸賣商人タルコトニ爭ナキ本件當事者ハ亦反證ナキ限リ該慣習ニ依ルノ意思ヲ以テ右賣買ヲ爲シタルモノト認ムルヲ相當トス」（大正一三、六、三〇、東控判決、新聞二二九二號二二頁）。

七　「大阪市內ニ於ケル株式賣買業者カ客ニ對シ株式ヲ賣却シタル場合其ノ株式カ大阪市內ニ於テ容易ニ手ニ入ルルコトヲ得ルモノナルトキハ慣習上一週間內ニ履行スルヲ普通トスルモ此ノ期間ハ所謂賣勝手ト稱シ賣主ノ履行準備ノ期間ニシテ買主ニ於テ代金ヲ提供スルモ强テ株ノ引渡ヲ求ムルコトヲ得ス又右期間ヲ徒過スルモ賣買ハ依然存續スルノミナラス期間經過ノ一事ニ依リ買主

ハ賣買ヲ解除シ得ル商慣習存在セサルモノトス」(大正一三、一〇、二五、大阪控訴判決、新聞二三三〇號二二頁、評論一三巻商法六九〇頁)。

八　「東京横濱地方ニ於テピロード毛織物等ノ外國品ノ輸入賣買等ヲ營業トスル商人間ニ於テハ商品ノ賣買ニ付其積込船ノ積込時期ヲ定メタルトキハ天災其ノ他不可抗力ニ因ル場合ヲ除キ其積込船カ約定時期ヨリ遲延シテ入港スルコトカ豫メ判明セルカ如キ場合ニ於テハ其ノ到着前ト雖モ買主ハ賣主ニ對シ目的物ヲ引取ラサル旨ヲ通知シテ一方的ニ該賣買契約ヲ解除シ得ヘク此場合生スヘキ損害ニ付テハ各當事者ニ於テ之カ賠償ノ請求ヲ爲ササルカ或ハ著シク延着シタルニハ非ス而モ買主カ引取ラサル旨ヲ通知セス默シ居ルトキハ買主ハ着荷ヲ引取リテ其値引ヲ求メ得ル商慣習存在セルコトヲ認メ得」(昭和二、六、三〇、東地判決、新報一四二號二四頁)。

九　「東京市ニ於ケル株式現物賣買業者間ニ於テ株式賣買アリタルトキハ別段ノ意思表示ナキ限リ賣主ハ賣買ノ日ヨリ十五日間内ニ株式ノ引渡ヲ爲スヘク買主ハ其ノ引渡アリタルトキハ卽時之ヲ受領スヘキモノニシテ若シ買主ニ於テ之カ受領ヲ怠リタルトキハ賣主ハ任意ニ其ノ株式ヲ時價ヲ以テ他ニ賣却シ其ノ賣得金カ賣買代金ニ充タサル場合ハ其ノ不足額ヲ買主ニ請求スルコトヲ得ヘク又賣主ハ賣買株式ノ一部ヲ買主ニ引渡シタル場合ニ買主カ卽時之ヲ受領セス而モ殘株式ニ付テモ受領ノ意思ナキコト明白ナル場合ニ於テ賣主ハ全部ノ株式ニ付前記ノ如ク處分ヲ爲シ不足代金額全部ヲ買主ニ請求シ得ヘキ旨ノ商慣習存スル事實ヲ認メ得ヘク又鑑定人甲ノ鑑定ノ結果ニ依レハ大阪市ノ株式現物賣買業者ヨリ東京市ノ株式現物賣買業者ニ對シ株式ノ買受ケ注文ヲ爲シ來リタル際ニハ東京市ノ商慣習ニ從フヘキ旨ノ商慣習存スル事實ヲ認メ得ヘシ」(昭和三、一二、一八、東地判決、新報一六九號二一頁)。

一〇　「汽船カ傭船期間中修繕ノ爲船渠ニ入渠シタルトコロ修繕並檢査ヲ完了シタルヲ以テ甲ハ卽日直ニ乙ニ對シ本船ヲ引取ルヘキ旨ヲ通知シタルモ乙ハ之ヲ引取ラサリシ事實及一般傭船契約ニ於テ船舶カ傭船期間中ニ必要ナル修繕ヲ爲シ之ヲ完了シタル場合ニ船主カ傭船者ニ對シ其ノ旨ヲ通知シ船舶ヲ提供スルモ傭船者之ヲ引取ラサルトキハ船主ハ契約ヲ解除シ得ヘキ慣習存スル事實ハ原判決ノ確定セル所ニシテ甲ハ本件傭船契約ニ於テハ船主ヨリ傭船者ニ對シ右ノ通知ヲ爲シタル場合傭船者ハ船舶ヲ引取ルヘキ義務アル旨及違約者ハ相手方ニ對シ違約ニ因ル損害ヲ賠償スヘキ旨ノ特約アリ且當事者双方ハ前記慣習ニ依ル意思ヲ以テ契約ヲ爲シタルニ乙ハ特約ニ違反シ右ノ如ク船舶ヲ引取ラサリシ爲慣習ニ基キ契約ヲ解除シタル旨ヲ主張セルモノトス然レハ此ノ甲主張ノ特約並ニ解除ノ事實ニシテ認メ得ヘシトセハ本件傭船契約ハ乙ノ不履行ニ因リ解除セラレタルモノニシテ甲ハ乙ニ對シ之ニ因ル損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキハ言ヲ俟タス假令右修繕完了前ヨリ本件傭船契約ノ内容及其ノ存續等ニ關シ當事者間ニ交渉ヲ爲シ居リタル事實アリトスルモ之カ爲當然乙ニ前記不履行ノ責ナシト斷スルヲ得サルハ勿論ナリ」(昭和五、七、二、大判、新聞三一六三號一一頁)。

第八章　解　除　權

第一節　解除權の性質及び其の移轉性

（一）　契約解除は法律行爲（一方的意思表示）であるが、當事者が契約解除を爲し得るは其の當事者が解除權を有するが爲めである。契約解除は當事者の有する解除權を行使して之れを爲すものに外ならない。從つて、解除權は民法の認むる權利である。而して、形成權である。蓋し、形成權は權利者の一方的意思表示に因りて他の權利を發生、變更又は消滅せしむる權利であつて、解除權は契約より發生したる債權を消滅せしむるものなるが爲めである。

解除權は形成權である。從つて其の行使方法は一方的意思表示に依る（五四〇I）。相手方の承諾を要せず、隔地者間に在りては、唯單に其の意思表示が相手方に到達するを以て足り（九七I）、對話者間に在りても亦通說の主張するが如く、民法は隔地者間に於ける意思表の原則と異なる主義を採るのでないから、矢張り到達によつて效力を生ずるものと解すべきである（例へば我妻氏民法總則民法講義I三三二頁以下參照）。

解除權は形成權なること疑なき所であるけれども、消滅時效の適用に關して之を債權と同視する判例が多い。之れに關しては後に解除權の消滅時效に關して說明するであらう。

訴訟上、抗辯として解除權を行使したるときは解除は私法上に於ては法律行爲であるが、それと同時に民事訴訟法上の訴訟行爲である（鳩山民二二六頁、後掲の大正八、一一、一二、大判、二五輯二〇〇一頁、大正八、一一、二四、大判、二五輯二〇九六頁參照）。

（二）　解除權は當該債權契約に於ける、當事者の一方の地位の全部を承繼する場合に非ざれば、他人に移轉することを得ない。解除權のみを獨立して讓渡することは許されない。

(a)若し、當事者の一方の權利及び義務と分離して解除權のみを第三者に讓渡することを許すときは、解除權のみを讓受けたる第三者が當事者間の法律關係に恣に干涉することを得ることとなり妥當でない。

(b)又當事者一方の義務を除き權利のみと共に解除權を讓渡することを許すべきではない。又當事者一方の權利を除き、當事者一方の義務のみと共に解除權を讓渡することを許すべきではない。蓋し解除權と主たる權利義務とは觀念上、不可分の一體を爲すものと見るを妥當とすべきであるから。

(c)解除權の讓渡は當事者一方の債權を讓渡し、債務を引受けしめ、之れと共に解除權を讓渡する場合に於てのみ可能である。換言すれば、解除權の讓渡は當事者一方の地位を承繼する者に對してのみ

行はれ得るのである。

從つて、結局、解除權は契約當事者たる地位を承繼する者に對して當然移轉するものと見るべきであつて、解除權には移轉性あれども、讓渡性はないと見るべきである。斯の如く、當事者たる地位に當然隨伴して移轉する權利を狀態權又は間接歸屬權と稱する學者がある（乾氏評釋、大正十四年度判例民事法五六三頁參照）。

同說　近藤氏各論五七頁、末弘氏各論二二三頁、石坂氏下卷二二六四頁、西川氏新報二三卷一號九七頁、林氏判例を中心とした る債權法各論八四頁。

解除權の移轉性に關しては後に解除權者に關して述ぶる所をも參照せられたい。

第二節　解除權の發生原因

第一　總說

契約の消滅は諸種の方法に依りて惹起せられ得る。(1)契約は契約當事者の合意に依りて解除せられ得る（合意解除）。(2)解約申入によつても契約は消滅し得る。(3)契約の取消、(4)契約の撤回、又は(5)解除條件の成就に依りても契約の效力は消滅する。(6)又、解除權の行使に因りても契約は消滅する。

併し乍ら、此等の(1)乃至(5)の原因は玆に問題とするものではない。玆に問題と爲るは(6)の契約解除が解除權の行使に依りて行はるる場合、卽ち、民法第五百四十條以下に規定する「契約ノ解除」の場合に於ける契約解除權の發生原因を說明せんとするに在る。

契約解除權は(1)或は當事者の契約に因りて發生することがあり得る。之れを約定解除權と稱する。(2)或は法律の規定に依りて發生する。之れを法定解除權と稱する。

約定解除權は當事者が契約を以て解除權を留保する場合に生ずる（五四〇）。賃貸借（六一七以下）、使用貸借（五九四）、雇傭（六二七Ⅰ）、委任（六五一Ⅰ）、組合（六七八）の如き、法律が解約權を發生せしむる契約に在りても、當事者は、尙、解除權を留保することを得るものなること曩に述べたるが如し。

解除權發生原因は二種ある。其の一は總ての契約に共通の解除原因であつて、第五百四十一條乃至第五百四十三條に規定する所である。其の二は各種の債權契約に特有の解除原因であつて、例へば賣買契約に關する第五百六十一條乃至第五百六十八條、第六百三十五條、第六百三十七條等の如し。

總ての債權契約に共通の解除原因は(1)債務者の履行遲滯（五四一、五四二）及び(2)履行不能（五四三）である。尙、此の以外は民法に直接の明文を設けざるも、(3)不完全履行又は(4)事情變更の如きも解除權發生原因となり得ること後に說明せんとする所である。

契約解除は當事者が合意解除を爲すか、又は法律の明文に依り各種の債權契約に特有の解除原因に

基きて之れを爲す場合は格別であるけれども、其の以外の場合に於ては民法第五百四十條以下の明文に基き、總ての債權契約に共通の解除原因に依りて之れを爲すことを要し、其の以外の方法を以て一方的に之れを解除することを得ざることは多數の判例の明言する所である。

以下には一般的解除原因に關する判例を示し、各種の債權契約に特有の解除原因に關する判例は後に示すであらう。

一　「契約ハ法律ニ規定セルカ又ハ契約ニ定メタル場合ノ外解除スルコトヲ得サルモノトス」（明治四四、一〇、一二、東控判決、新聞七六四號二〇頁）。

二　「消費貸借ノ與信契約ニ於ケル受信者カ與信者ニ對シ將來融通ヲ受ケサル旨ノ意思ヲ表示シタレハトテ之ヲ以テ民法上契約解除ノ事由トハ爲シ難シ然レトモ此場合ニハ受信者カ與信者ニ對シテ有スル將來消費貸借ノ契約ヲ締結セシムヘキ權利ヲ拋棄シタルモノト認ムヘキモノトス」（大正五、九、二〇、東地判決、評論五卷民法一〇〇五頁）。

三　「債權擔保ノ爲ニ債務者カ債權者ニ對シ自己ノ所有ニ屬スル不動產ヲ信託的ニ讓渡シタル場合ニ於テハ債務者ハ任意ニ其契約ヲ解除スルコトヲ得サルモノトス」（大正一五、六、一、朝高判決、評論一五卷民法一一五四頁）。

四　「契約ノ解除ハ當事者ノ契約又ハ法律ノ規定ニ因ルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノトス」（昭和五、二、一五、長崎控訴判決、新聞三〇九一號四頁、評論一九卷民法七〇二頁）。

第二　約定解除權

(a)約定解除權とは當事者間の契約卽ち、解除權留保契約又は解除約款に因りて留保せられたる解除權を謂ふ。而して、約定解除權を行使して契約を解除することを契約上の解除と稱する。解除權留保契約は詳言すれば約定解除權留保契約、卽ち約定解除權發生契約である。契約は其の拘束力を有するが爲めに其の存在價値を有する。契約にして拘束力なきときは、契約たる使命を果すことを得ず、當事者は契約を締結するも何等の得る所はない。從つて、一旦契約が締結せられたる以上は、各當事者は絕對的に之れに服從することを要し、各當事者の一方的意思によりて之れを消滅せしむることを得ざるは當然である。

(b)然れども當事者は契約締結の際、豫め解除條件を附し、解除條件の成就によりて契約が當然に解除せらるるものと爲すを得ることは其の自由である。曩に述べたる失權約款（lex commissoria）が之れに屬する。失權約款は契約に解除條件を附する約款なるが故に、何等の手續を必要とせずして、條件成就により當然契約は解除に歸するから、最も簡便なる契約解除方法である。

併し乍ら、當事者が契約に失權約款を附せざりし場合に、後に其の契約を不必要とする事情が生じ來りたるときは、當事者は契約自由の原則に從ひ新に契約を締結して、何時にても、從來の契約を解消せしむることを得る。此の契約を解除契約又は反對契約と謂ひ、反對契約により從前の契約を解消せしむることを合意解除と稱すること曩に述べたるが如し。

合意解除は失權約款の如く當然に契約の解消を來さない。新契約の締結を必要とするけれども、新契約（反對契約）が成立したる以上は前契約は當然に解消せられ、其の以上、何等の手續を必要としない。

(c)契約の解消は失權約款又は反對契約によりて當然惹起する外、契約を以て當事者の一方、他方又は双方に對して解除權（約定解除權）を付與し、其の約定解除權の行使に依りて契約を解除することを得る（五四〇）。失權約款、反對契約が契約を當然に解消せしむるに反し、約定解除權は之れを行使して始めて契約の解除を惹起するものなる點に特異性が存在する。約定解除權の行使方法に關しては法定解除權の行使方法と共に後に說明するであらう。

(d)約定解除權の發生原因たる解除權留保契約は債權契約と同時に解除權留保の特約を爲すを得る。債權契約自體の內容として之れを爲すと、從たる別個の契約に因りて之れを爲すとを問はない。又、債權契約成立後に於て別個の契約を以て爲すを妨げない。

(e)約定解除權は當事者双方に對して之れを留保すると一方のみに對して之れを留保するとを問はない。

片務契約に對しても、雙務契約に對しても約定解除權を留保し得る。繼續的債權契約に對しても亦之れを留保し得る。

(f)約定解除權の發生又は行使に條件を附し、又は期限を附することを妨げない（末弘氏二四〇頁）。

(g)當事者の一方が約定解除權を取得せんが爲めに相手方に對價を給付することを得る。解約手附は此の目的の爲めに當事者雙方に對して役立つ（五五七）。解約手附は當事者が之れを拋棄して契約を解除し得べく、相手方は其の倍額を支拂つて契約を解除することを得る。解約手附は當事者雙方に對して契約解除の爲めに役立つのである。然るに又、當事者の一方が一定金額を相手方に給付して自己のみが約定解除權を取得する場合があり得る。解約金（Reugeld, Wandelpön）が之れに該當する。解約金は解除の際に支拂へば足る。

(h)契約解除に關する法規中、民法第五百四十條は法定解除權及び約定解除權に適用があるが、第五百四十一條乃至第五百四十三條は法定解除權に對してのみ適用があり、第五百四十四條乃至第五百四十八條は法定解除權及び約定解除權には適用がない。合意解除には此等の規定の全部が適用せられない。

通說である。例へば、三潴氏契約總論（現代法學全集）一一一頁、一一二頁、小池氏各論五二頁等。

唯、約定解除權に在りては、其の行使の效力其の他に關して當事者が特別の定めを爲すことを妨げない。當事者間に特別の定めなき場合に限り前示の如く、法律の規定に從ふべきである。

但し我妻氏は民法第五百五十七條第二項を引用することにより損害賠償の如き債務不履行に基因する效力を約定解除權行使の效力として否認せられる（同氏債權法講義案四六頁參照）。

一　「當事者ノ一方カ解除權ヲ行使シタルトキハ各當事者ハ其ノ相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フトハ民法第五百四十五條ノ規定スル所ニシテ同條ハ當事者ノ一方カ契約ニ依リ留保セラレタル解除權ヲ行使スル場合ニモ適用アルモノナレハ被上告人ノ爲シタル解除ノ效力ハ特約ナキ限リ既往ニ遡ルモノニシテ從テ被上告人ノ解除ノ意思表示ニ依リ被上告人ハ始ヨリ組合員タルト同一

ノ地位ヲ有セサルコトトナリ上告人ノ前示契約上ノ義務消滅スルト同時ニ上告人ハ其ノ曩ニ對價トシテ受取リタル金千五百圓ヲ被上告人ニ返還スル義務ヲ負フモノト謂フヘシ尤モ被上告人ニ契約上ノ債務ノ不履行アラハ上告人ハ之ヲ理由トシテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得レトモ之カ爲ニ被上告人ニ對シテ解除權ノ行使及其結果トシテ生スル原狀回復ノ請求ヲ妨クルコトヲ得サルモノトス」(昭和八、五、二四、大判、法學三卷一號九八頁)。

二　「民法第五百四十一條ハ法定解除權ニ關スル規定ニシテ約定解除權ニハ適用ナキモノナルヲ以テ原審カ本件ニ付催告ヲ要セスシテ契約解除ヲ爲シ得ヘキモノト判示シタルハ正當ナリ」(昭和一二、五、五、大判、昭和十一年(オ)第二八二〇號民四判決)。

(i)約定解除權發生原因たる契約の實例は諸種あり得る。催告不要契約は其の最も著しきものである。卽ち、民法第五百四十一條には「當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其ノ履行ヲ催告シ其期間內ニ履行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」と規定する。然るに當事者は右規定を排除し、債務者が不履行の場合には催告を爲すを要せずして契約を解除し得べき旨を定むることが、實際上、頻繁に行はれて居る。是れ卽ち催告不要契約である。

次に催告不要契約及び其の他の契約に關する判例を揭げる。

一　「債務不履行ヲ原因トスル契約ノ解除權ノ發生ハ當事者ノ一方カ一定ノ期間ヲ定メ履行ヲ催告シタルモ其效力ナカリシトキニ於テ始メテ發生スルモノナルヲ通則トスルモ特ニ當事者ノ意思表示ニ依ツテ其手續ヲ要セサル旨ヲ定メタルトキハ此ノ通則ニ拘ハラサル者トス」(明治三六、三、三一、大判、九輯三八一頁、新聞一三七號二七頁)。

二　「契約當事者ノ一方カ解除權ヲ有セサル場合ニ於テ其相手方カ債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ當事者ノ一方ハ相當ノ期間ヲ定メ履行ノ催告ヲ爲シ尙其期間ニ履行ヲ爲ササル時始テ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得レトモ若シ契約ニ依リ當事者ノ一方ニ解除權ヲ付與シアリタル場合ニ於テ相手方カ債務ヲ履行セサルトキハ敢テ履行ノ催告ヲ爲スコトヲ要セス相手方ニ對スル意思表示ヲ以テ直ニ解除權ヲ行使スルコトヲ得ヘシ」(明治三七、六、一八、大判、一〇輯九四八頁、抄錄二二卷四二九〇頁、新聞二二〇號一〇頁)。

三　「當事者ノ特約ニ基ク契約ノ解除ハ契約當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサル場合ニ相手方カ民法第五百四十一條ノ履行ノ催告ヲ爲シタル上其履行ナキ場合ニ爲ス契約ノ解除トハ全然別箇ノ法律事實ニ屬ス」(明治四五、七、二四、東地判決、新聞八一二號一九頁)。

四　「地所賃借契約書ニ「賃借料ノ支拂ヲ怠リタルトキハ其時ヲ以テ此契約ヲ解除シ」ト規定シアル場合ニ於テハ契約當事者ノ眞意ハ賃料延滯ニ依リテ當然解約ノ效果ヲ發生セシムル趣意ニアラサルモノトス」(大正四、一一、一二、東地判決、評論四卷民法七六二頁)。

五　「賣買契約ニ在テハ當事者ノ一方カ契約ヲ履行セサル場合ニ於テハ相手方ハ解除ノ意思表示タニ爲サハ契約ハ當然其效力ヲ失フヘキ旨ノ所謂失權約款ハ民法上別ニ規定スル所ナキモ固ヨリ公序良俗ニ反スルモノニ非サルニ依リ契約自由ノ原則上其有效ナルヤ論ヲ俟タス」(大正七、四、二、萩區判決、新聞一四〇二號二〇頁)。

此の判例は失權約款ある場合には、催告は必要でないが尙解除の意思表示を爲すことを要するものとして居る。

六　「解除權留保特約ニ基キ解除權ヲ行使スル場合該賣買契約解除ニ付テハ雙務契約解除ノ一般原則ヲ適用スルコトヲ得サルモノトス」(大正一〇、一、一九、長野地方飯田支部判決、評論一〇卷民法二八七頁)。

七　「甲ハ契約成立ノ日ヨリ四十八日間以內ニ目的物件タルボイラーニ付キ北米合衆國官憲ノ輸出特許ヲ取得スヘク之ヲ取得シタル場合ニハ乙ニ於テ右物件ニ付キ更ニ賣買契約ヲ締結スルコトヲ定メ尙其場合ニ至リ乙ニ於テ賣買契約ノ締結ヲ欲セサルコトアルヘキヲ豫想シ輸出特許ノ取得後正式契約ノ締結前乙ニ於テ本契約ヲ解除セントスルトキハ目的物ノ約定價格ノ一割ニ相當スル金圓ヲ乙ヨリ甲ニ支拂フコトヲ要スト爲シ以テ乙ヲシテ本契約ノ解除權ヲ保有セシムルト同時ニ甲ヲシテ右解除權行使ニ因リ被ルヘキ損害ヲ免レシムル途ヲ講シタルモノタル本件契約ハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルコトヲ目的トスルモノニ非サレハ固ヨリ有效ト

ス」（大正一〇、四、二五、東地判決、評論一〇巻民法四九五頁）。

八　「東京市内及其附近ニ於テハ賃借人カ賃借家屋ヲ契約期間内ニ返還シ得ヘキコトヲ特約シタル場合ニ於テハ賃借人ハ期間内ト雖モ契約解除ノ意思ヲ表示シ直ニ賃借家屋ノ返還ヲ爲シ得ル慣習ノ存在スルコトハ東京控訴院ニ顯著ナル事實ニシテ此場合ニ於ケル特約ハ民法第六百十八條ニ所謂期間内ニ解約ヲ爲ス權利ヲ留保シタルモノニ非スシテ同法第五百四十條ニ所謂契約ニヨル解除權ヲ留保シタル場合ニ屬スルモノト認ムルヲ相當トス而シテ斯ル場合ニ於テハ賃借人カ契約解除ノ意思ヲ表示シタルトキハ賃貸借契約ハ卽時ニ解除セラルヘク民法第六百十八條ノ規定ニ依ル場合ノ如ク同法第六百十七條所定ノ期間ノ滿了ヲ俟テ賃貸借終了スルモノニ非サルモノト解セサルヘカラス而シテ本件賃貸借契約證書ニシテ其成立ニ爭ナキ乙第一號證ニヨレハ其第二條ノ第四項ニハ期限到來シ又ハ借主ノ都合ニ由リ賃借物ヲ返還スルトキハ借主ノ加工シ增設シ其他改良ヲ加ヘタル部分ヲハ建物ニ附着スル儘無代金ニテ返還スル事アリ又同第四條ニハ期限内ニ在テ貸主自己ノ都合ニ由テ賃貸物ヲ返還セシムルトキハ貸主ハ借主ノ施シタル加工入費ヲ一切辨償スヘシト記載シアリ且契約當事者ハ孰レモ東京市又ハ其附近ノ住居者ニシテ本件賃貸物件亦東京市附近ニ存在セルコト同號證記載ニ徵シ明白ナルヲ以テ本件契約當事者ハ第一審被告主張ノ如ク前述ノ如キ慣習ニ從フヘキ意思ヲ以テ契約ヲ締結シタルモノト認ムルヲ相當トスヘク從テ契約當事者ハ相互ニ期限内ニ於ケル契約解除權ヲ留保シタルモノト解スヘキカ故ニ前示第一審被告ノ爲シタル契約解除ノ意思表示ニヨリ本件賃貸借契約ハ大正七年七月三十一日ニ於テ解除セラレタルモノト謂ハサルヘカラス」（大正一一、四、二〇、東控判決、新聞二〇〇四號一七頁、評論一一卷民法三四五頁）。

九　「甲カ乙ニ對シ其所有家屋ヲ賃料一ケ月十六圓毎月二十八日支拂ノ約ニテ賃貸スルニ該リ右賃料ノ支拂ヲ一回タリトモ遲延シタルトキハ甲ハ相當ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲スコトヲ要セスシテ直ニ右賃貸借契約ヲ解除スルコトヲ得ヘキ旨ノ特約ヲ爲シタル場合ニ於テ乙カ一回タリトモ賃料ヲ期日ニ支拂ヒタルコトナク甲モ亦之ニ對シ何等ノ異議ヲ述ヘサリシトスルモ此事實ノミヲ以テ甲ニ於テ將來ノ賃料支拂期ヲ猶豫シ又ハ前示特約ヲ廢棄スル意思アリタリト認ムルヲ得サルモノトス」（大正一一、一〇、一九、東區判決、評論一二卷民法二八頁）。

一〇　「土地賃貸借ノ附隨約款トシテ賃借人カ賃貸人ノ承諾ヲ得スシテ何時ニテモ該賃貸借契約ヲ解除シ土地ノ明渡ノ請求ヲ爲シ得ヘキ旨ノ特約ハ不當ニ賃借人ノ權利ヲ剝奪若クハ壓迫スルカ如キ所謂公序良俗ニ背反スルモノニアラス又如上ノ特約ハ借地法第二條ノ法定存續期間ヲ設ケタル律意ヲ沒却セサルハ勿論其他同法違反ノ條件ト謂フヲ得サルカ故ニ同法第十一條ニ依リ無效ナリト論斷スルコトヲ得サルモノトス」（大正一二、五、三、東控判決、評論一二卷民法三八〇頁）。

一一　「買戻ノ特約ハ契約解除權ノ留保ニ外ナラス」（大正一四、一〇、一三、朝高判決、評論一四卷民法九三二頁）。

判例は買戻權も亦約定解除權に外ならないとする。是れが從來の通說であつた。例へば石坂氏下卷二二七三頁註二、鳩山氏各論二〇六頁、本問題に關しては義に說明したる所である。

一二　「甲第一號證ニヨレハ契約條項第五項ニハ若シ契約期間中萬一家屋カ火災ニヨリ燒失シタル場合ニハ賣主ハ手附金ヲ其儘買主ニ返還シ契約ヲ解除スルコトヲ得ル旨ノ特約アリタルコトヲ認メ得ヘク而シテ該文言ハ一見賣主ニ對シテノミ解除權ヲ留保スルモノノ如キ觀ナキニアラスト雖本件ノ如ク特定物ノ賣買ニアリテハ賣買成立後不可抗力ニ基ク目的物ノ滅失毀損ノ危險ハ買主ノ負擔ニ歸スヘキモノナレハ賣主ハ契約ヲ解除スルニ付何等ノ利益ナキヲ以テ賣主ノ爲ニ解除權ヲ留保スヘキ謂レナク却ツテ買主ハ斯ル場合契約ニヨリ危險ノ負擔ヲ免ルルヲ得ヘキ故解除權留保ハ買主ノ爲ニ解除權ヲ留保シタルモノト解スヘキモノトス」（大正一四、一〇、二一、東地判決、法律新報五六號二六頁）。

一三　「賃料延滯ノ場合ニ何等ノ催告ヲ要セシテ直チニ賃貸契約ヲ解除シ得ヘキ旨ノ文辭ヲ以テ所謂坊間一般ニ行ハルル例文ナリトシ之ヲ排斥スルヲ得サルノミナラスカカル特約ハ民法第五百四十一條ノ規定ニ反スル無效ノ契約ナリト謂フヲ得ス」（昭和二、七、二二、東區判決、新報一三五號二五頁）。

一四　「原審ノ確定シタル事實ニ依レハ當事者間ノ賣買契約ニ於テハ其ノ目的タル樹木中ニ第三者ヨリ正當ノ理由ニテ伐採ヲ差止メラルルモノアルトキハ買主タル被上告人ハ賣買契約ヲ解除シ得ヘキ特約アリシモノトス斯ル特約ハ第三者ヨリ目的物ノ上ニ權

利ヲ主張シ又ハ賣主ノ行爲ニ基カスシテ伐採ヲ差止ムルコトアルトキハ賣買ノ目的ヲ達シ得サルニ至ルニ因リ買主ノ利益保護ノ爲ニ定メタルモノニ外ナラサルヲ以テ特別ノ事情存セサル限リ第三者カ目的タル樹木ノ上ニ權利ヲ有スルコトヲ主張シ又ハ賣主ノ行爲ニ基カスシテ伐採ヲ禁止シ得ヘキ場合ノミ契約ヲ解除シ得ヘキ趣旨ナリト解スルヲ相當トス然ルニ原審ハ特別事情ノ存在ヲ確定セス且右ノ場合ニ該當スルモノナルコトヲ明ニスルコトナク上告人カ目的物中松立木十三本ヲ伐採セサルコトヲ訴外小富士村トノ契約シタルコトノ一事ニ因リ被上告人ハ前示特約ニ基キ賣買契約ヲ解除シ得ヘキモノトシテ被上告人ノ契約解除ヲ有效ナリト判示シタルハ審理不盡又ハ理由不備ノ不法アリ」(昭和三、六、七、大判、大審院裁判例民事(二)七頁)。

一五　「特約ニ基ク解除權ノ行使ハ債務不履行ヲ原因トスル場合ト其ノ趣キヲ異ニスルヲ以テ解除ノ前提トシテ履行ノ催告ヲ爲スノ要ナキモノトス」(昭和四、二、六、大田原區判決、評論一八卷民訴一七五頁)。

一六　「土地賃貸借ニ付若シ賃借人カ一ケ月タリトモ賃料ノ支拂ヲ怠リタル時ハ契約ヲ解除シ直ニ土地明渡ノ請求ニ應スルモノトストノ約款アリトスルモ右ハ賃借人カ賃料ヲ一ケ月ニテモ延滯シタル場合ニハ民法所定ノ催告ノ手續ヲ爲スコトヲ要セスシテ契約ヲ解除シ得ル特約ト解スルヲ得サルモノトス」(昭和四、四、九、東控判決、新聞二九九九號九頁)。

一七　「甲ハ其ノ所有土地ヲ何時ニテモ返還ヲ受クル契約ノ下ニ控訴人先代ニ大正九年頃小作セシメタルモノナル所大正十五年三月十日右土地ヲ被控訴人ニ賣却セシヲ以テ甲ハ右土地ノ極付前同年同月十三日頃右先代死亡ニ因リ其ノ承繼人タル當時未成年者控訴人ニ對シ其ノ親權者母乙ニ右特約ニ基ク解除ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テ甲ハ右土地ヲ他人ニ賣却セルノ故ノミヲ以テ同人カ控訴人トノ間ニ締結シタル賃貸借契約ニ消長ヲ來ササルモノナルヲ以テ右解除ノ意思表示ニ因リ同契約ハ解除セラレタルモノトス」(昭和四、四、一七、岐阜地方判決、新聞三〇三二號一〇頁、評論一九卷民法一二四頁)。

一八　「原判決ハ甲第一、二號證ニハ被上告人カ天災其ノ他避クヘカラサル事故ニ因リ期限内ニ契約品ノ引渡ヲ爲ス能ハサル場合ニ於テハ上告人ハ民法ノ規定ニ依ルコトナク直ニ契約ヲ解除シ得ル旨ノ特約記載シアルモ斯ル事故發生セス被上告人カ單ニ契約品ノ引渡ヲ遲延セルカ如キ場合ニ關シテハ解除權ノ有無ニ付何等記載スル所ナキカ故ニ此ノ場合ニ關スル特約ニ因ル解除權ハ之ヲ否定シタルハ違法ナリ」(昭和四、五、一五、大判、大審院裁判例(三)民事六九頁)。

一九　「土地ノ賃借人ニ於テ一ケ月タリトモ賃料ノ支拂ヲ懈ルトキハ賃貸人ニ於テ直ニ契約ヲ解除スルコトヲ得ト云フカ如キ特約ハ賃借人ニ對シ甚シク過酷ニシテ時ニ或ハ當事者ニ於テ之ヲ勵行スル意思ナキコトモアルヘシト雖モ必スシモ常ニ然ルモノト速斷スルヲ得ス斯カル特約ハ賃貸人ニノミ有利ニシテ賃借人又ハ地上家屋ノ抵當權者等ニ對シテハ甚シク不利ナルコト勿論ナリト雖モ當事者カ任意ニ斯カル特約ヲ爲シ特ニ惡意ヲ藏セサル以上直ニ其ノ契約ヲ以テ公ノ秩序ニ反スル無效ノ契約ト爲シ難シ」(昭和七、一〇、二三、大判、法學二卷六號八三頁)。

二〇　「契約當事者カ契約中ノ或事項ニ關シ其ノ不履行ノ場合ニ契約解除權ヲ留保スル特約ノ有效ナルコト勿論ニシテ該事項カ契約ノ附隨的約款タルト否トハ不履行ノ責ヲ負ハシムルニ消長ナシト謂ハサルヘカラス」(昭和八、三、二八、大判、法學二卷一一一號九三頁)。

二一　「次に揭ぐる判例は約定解約權に關するものではないけれども、參考とするに足る判例であるから、揭げて置く。

「按スルニ民法第六百二十七條ハ雇傭契約ノ當事者カ雇傭ノ期間ヲ定メサリシトキ各當事者ニ於テ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得ヘキト同時ニ契約終了ノ時期ヲ規定シタルモノナレハ當事者ノ一方ニ於テ解約權ヲ留保シタル場合ニ於テハ同條ノ適用ナ

キコトハ論ヲ俟タス本件記錄中ノ同第一號證第二十二條ニハ社團法人實費診療所（上告人）ノ從業員カ內規又ハ其他ノ規定ニ反シ免職等ノ處分ヲ受ケタル者ハ資產ノ分配又ハ一切ノ手當金等ヲ受クルコト能ハサル趣旨ヲ定メ同第二號證（社團法人實費診療所內規）第二十一條ニモ同趣旨ノ定メアリ又同號證中從業員服務章程第一條第三條ニ職員ハ誠實ニ職務ニ從事スヘキコトノ趣旨ヲ規定シタルヨリ推セハ上告人ノ業務ニ從事スル職員ニシテ誠實ニ其ノ職務ヲ執行セサルトキハ上告人ニ於テ何時ニテモ之ヲ免職スルコトアルヘキ旨ヲ豫メ定メタルモノト云フヘク而シテ本件當事者間ノ契約ハ雇傭契約ニシテ被上告人ニ於テモ前揭甲號證ノ趣旨ニ竊東セラルヘキモノナルコトハ原審裁判所ノ確定セル所ナレハ被上告人ハ何時ニテモ雇傭契約ヲ解約スルコトヲ得ルノ權利ヲ留保シタルモノト解スルヲ至當トス若シ前揭甲號各證ノ趣旨ヲ原審裁判所ノ如ク上告人ニ於テ解約權ヲ留保シタルモノニ非スト解センカ從業員タル被上告人ニ於テ職務ノ執行ニ付不正若クハ不誠實ノ行爲ヲ敢テシ上告人ニ於テ免職等ノ處分ヲ爲ササル以前ニ於テ解約ノ申入ヲ爲シ以テ自己ノ責任ヲ免ルル手段ヲ採ルニ至ルヘク如斯ハ前揭甲號各證ニ於テ免職者等ニ對シテハ資產ノ分配其他一切ノ手當金等ヲ受クル權利ナキコト等ヲ定メタル趣旨ヲ沒却スルニ至ルヘシ故ニ原審裁判所カ甲第一、二號證ノ契約ノ趣旨ヲ解スルニ付キ上告人ニ於テ解約權ヲ留保シタルモノニ非ストシ民法第六百二十七條ノ規定ニ準據シ本件ヲ斷セルハ實驗上ノ法則ニ違反スルモノト云フヘキヲ以テ原判決ハ此點ニ於テ破毀スヘキモノトス」（大正七、一二、一四、大判、二四輯二三二五頁、疇道氏「勞働者ニ不正又ハ不誠實ノ行爲アル場合ニ關スル解職等ノ約束ハ雇主ノ方面ニ於ケル解約權留保ノ特約ナルカ」最近大審院民法判例批評三五二頁以下）。

第三　法定解除權

法定解除權は

(1)債務者の不履行

(2)債務の履行不能

に因つて發生する。而して、

(3)債務の不完全履行

(4)事情變更

に因つて法定解除權が發生するや否やに關しては明文を缺く。此等の諸問題に關しては後に詳說を必要とする。

第三節　解除權の行使

第一款　總說

解除權に二種あり、其の一を法定解除權とし、其の二を約定解除權とすること曩に述べたる所である。

獨逸民法第三百四十六條以下は約定解除權を中心として組織せられて居る。我が民法は第五百四十一條乃至第五百四十三條は法定解除權（發生要件）にのみ適用があり、其の他の第五百四十四條、第五百四十四條乃至第五百四十八條は法定解除權及び約定解除權の双方に適用があること曩に述べたるが如し。

卽ち、約定解除權の行使方法及び其の效力は第五百四十條、第五百四十四條乃至第五百四十八條に依りて定められるのである。併し、此等の規定は任意法であるから、當事者の特約を妨げないこと勿論である。但し、失權約款又は反對契約には民法第五百四十條以下の適用なきことを注意するを要する。

法定解除權に付きては、民法は、後に說明するが如く、債務不履行と履行不能との場合を分ちて、契約解除の要件を規定し、又債務不履行の場合を更に非定期行爲と定期行爲とに分ちて其の解除の要件を規定して居る。然し乍ら、此の各場合に應じて、夫れ夫れ、契約解除の要件が如何に具備すれば とて、其れは解除權發生の要件と爲るに過ぎずして、夫れが爲め、契約は當然解消するものではない。契約解除には、先づ以て、解除權發生の要件が具備し、且、其の解除權が行使せられて始めて、契約が解消するものである。從つて、解除權の行使が契約解除の重要なる役目を擔當するものである。仍て、第二卷に於て、契約解除權發生の要件を述ぶる以前に於て、豫め本卷に於て解除權の行使に關して考究することとした。

約定解除權に在りても、解除は約定解除權の行使に依りてのみ發生し得る。約定解除權と解除權の行使を要せざる失權約款、反對契約（合意解除）等の場合と混同するを得ざること曩に述べたるが如し。

第二款　立法主義

契約解除の方法、卽ち、解除權行使の方法に關して二種の立法主義が存在する。

(a)第一の主義は法定解除權の行使の場合たると、約定解除權の行使の場合たるとを問はず、解除權者の一方的意思表示に依りて契約を解除すべきものとする主義であつて、獨逸民法（三四九）の採用する所である。匈牙利民法草案（八三七）亦、此の主義に從ふ。

我が民法は法律上の解除たると、契約上、解除權を留保したる場合たるときを問はず、契約解除は解除權者が相手方に對して爲す單獨の意思表示に依りて之れを爲すべきものとし、第一の立法主義たる獨逸民法の立法例に從つた（五四〇―I）。

(b)第二の主義は法律上の解除の場合に於ては、債務不履行あるときは當然、契約が解除に歸し、裁判上の手續又は裁判外の意思表示等の何等の手續を必要とせざる主義である。此の主義は特種の場合に於て伊太利商法（六九）の採用する所であり、又我が商法（二八七）の採用する所である。敏活なる商取引に於て此の主義は簡便迅速の要求を滿足せしめるであらう。併し乍ら、此の主義は當事者が契約の解除を欲せざる場合に於ても、法律は當然契約を解除せしむるが故に、簡便に過ぎて、當事者の豫期にも反し、却て不便を感せざるを得ざる場合あることを想像せざるを得ない。

我が民法は前示の如く、法律上の解除たると契約上解除權を留保したる場合たるとを問はず、解除は解除權者が相手方に對して爲す意思表示によりて爲すべきものとし、第一の立法主義たる獨逸民法

の立法例に從つたのであるが、我が商法第二百八十七條は例外として、第二の立法主義に從つた。卽ち、「賣買ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定の日時又ハ一定の期間內ニ履行ヲ爲スニ非サレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ於テ當事者ノ一方カ履行ヲ爲サスシテ其時期ヲ經過シタルトキハ相手方ハ直チニ其履行を請求スルニ非サレハ契約ノ解除ヲ爲シタルモノト看做ス」。此の規定に關しては後に說明するであらう。

(c)第三の主義は解除權の行使は裁判上に於て之れを爲すことを要するものとする主義である。此の主義は佛國民法(一一八四)が法律上の解除に關して規定する所であり、伊太利民法(一一六五)、西班牙民法(一一二四)も亦此の主義に從ひ、和蘭法亦此の主義に從ふが如し。

近代の取引が簡便、迅速を尊ぶに當りて、佛民法其の他前示の立法が契約の解除に一々裁判上の手續を必要とするは迂遠も亦甚しいと謂はざるを得ない。商事取引に於て殊に然り。又定期行爲に於ては簡單に、

我が舊民法も曩に述べたるが如く、佛國民法の主義に從ひ、契約解除に付いて諸種の規定を設けて居た。新民事訴訟法第五條に

「財產權上ノ訴ハ義務履行地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得」(舊民訴一九、佛二、五九Ⅰ、伊九〇Ⅰ、九一參照)と規定して居るに過ぎないのであるが、此の規定に對應する舊民事訴訟法第十八條は前示舊民法の規定に基きて、

「契約ノ成立若クハ不成立ノ確定又ハ其履行若クハ不履行若クハ不十分ノ履行ニ關スル賠償ノ訴ハ其訴訟ニ係ル義務ヲ履行ス可キ地ノ裁判所ニ之ヲ起スコトヲ得」(舊民訴一八)と規定して居る。

此の規定は曩に援用したる我が舊民法の契約解除に關する規定を前提として居るものに外ならない。此の規定中に現はれて居る契約の鎖除、廢罷、解除の語は頗る難解の語であるが、此等の語は舊民法の規定する術語に外ならない。鎖除は舊民法財產編第五百四十四條以下、廢罷は同第五百六十條、解除は同第五百六十一條以下に規定せられて居る。

舊民法は遂に未だ嘗て施行せらるるに至らず、又我が民法に於ては契約の解除又は廢罷卽ち取消は原則として、當事者の一方的意思表示のみによりて之を爲す。契約の解除又は取消を宣言する判決を要するものでない(民一二三、五四〇參照)。從つて、當事者は契約の解除又は取消を訴訟外に於て爲したる後、爭ある場合には其の契約上の債權關係の不存在確定の訴を提起すべきものであつて、契約の解除又は取消を請求する形成の訴を提起することを得ない。舊民事訴訟法第十八條の契約の鎖除、廢罷、解除を求むる訴は契約の取消又は解除を言渡す形成訴訟を意味するものなるが故に、新民法の下に在りては之を適用するを得ざるものである。人事訴訟、殊に離婚、離緣事件等又は其の他の場合に於て、殊に形成權の行使を判決によりて爲すべき旨を明定する場合は例外として形成權の行使を訴訟によりて爲さねばならないことは言を俟たないのであるが此等は特殊の立法理由に基くものであつて、例外たるに過ぎない。

「民事訴訟法第十八條ニ所謂契約解除ノ訴トハ單ニ契約ノ解除ヲ求ムル訴ノミヲ謂フニ非スシテ契約ヲ解除シタル結果原狀ニ回復スルコトヲ求ムル訴ヲモ包含スルモノト解釋スルヲ穩當ト爲セハナリ而シテ民法施行後ニ至テハ契約ノ解除ハ解除權ヲ有スル當事者カ相手方ニ對シ其意思ヲ表示スレハ效力ヲ生スルモノニシテ特ニ解除ノ訴ヲ提起スルノ必要ナキニ至リタルモ之カ爲メニ契約解除ノ結果原狀ニ回復スルコトヲ求ムル訴ハ民事訴訟法第十八條ノ適用ヲ受ケサルニ至ルヘキ

理由ナシ然リ而シテ本件當事者ノ原審ニ於ケル事實上ノ主張ヲ按スルニ上告人ノ主張ノ要領ハ上告人ハ嘗テ被上告人ノ發起ニ係リ且廣島縣下吳ニ於テ開會スヘキ頼母子講ニ加入シ若干ノ講金ヲ拂込ミタルニ被上告人ハ發起人タル義務ヲ怠タリ廣島縣令ニ從ヒ縣廳ノ許可ヲ受ケサルノミナラス實際廢講シテ開會セサルニ付キ曩ニ被上告人ニ對シ契約解除ノ意思ヲ表示シ本訴ヲ以テ掛込金返還ノ請求ヲ爲スト云フニ歸着シ被上告人ノ抗辯ノ要旨ハ被上告人ハ大阪ニ住居ヲ有スルヲ以テ被上告人ノ普通裁判籍ハ大阪ニシテ吳ニ非ス且本訴ノ契約ノ義務履行地ハ大阪ニシテ吳ニ非サレハ本訴ハ廣島地方裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノニ非スト云フニ在ルコトハ原判決ノ事實ノ摘示及原審口頭辯論調書ニ徵シテ明白ナリトス然ラハ則チ本件ノ管轄裁判所ヲ確定スルニハ本件訴訟ニ係ル被上告人ノ契約上ノ義務ヲ履行スヘキ地ハ果シテ上告人主張ノ如ク廣島縣下吳ナルヤ將タ被上告人主張ノ如ク大阪府下大阪ナルヤヲ審判セサル可カラス然ルニ原審ハ民事訴訟法第十八條ハ契約解除ノ訴ニ適用スヘキモ契約解除ノ結果原狀ニ回復スルコトヲ求ムル訴ニハ適用スヘカラサルモノト誤解シ其結果本件訴訟ニ係ル被上告人ノ契約上ノ義務履行地ハ果シテ何レノ地ナルヤヲ審判セスシテ裁判所管轄違ノ判決ヲ爲シタルハ失當ナリトス」（明治三四、一二、七、大判、七輯一卷二二頁以下）。

第三款　解除權行使の方式

解除權行使の方法は無方式である。卽ち、對話者間に在りては相手方が之れを了知し、又は了知せざるも相手方に到達するを以て足り、隔地者間に在りては其の意思表示が相手方に到達するを以て足る。代理人に依りても之れを爲し得る。一方的行爲なるが故に相手方の承諾を必要としない。他に明文ある場合の如く、形成判決によりて之れを行使することは許されない。

（一）　解除權の行使と意思表示

解除權は形成權である。其の行使は解除權者の一方的意思表示に依りて之れを爲すことを要し、又之れを以て足る。

解除權の行使は代理人によりても之れを爲し得ること勿論である。

一　「契約ノ解除ハ意思表示ヲ以テ足リ訴ヲ以テスルヲ要セサルニ付キ裁判上契約解除ノ承認ヲ言渡スカ如キハ失當ナリ」（明治三四、四、二四、大判、七輯四卷七四頁、抄錄八卷一五七七頁）。

二　「條件ノ成就ニ依リ解除權發生スルモ相手方ニ對シ解除ノ意思表示ヲ爲スニ非サレハ解除ノ效力ヲ生セス」（明治三五、五、六、東控判決、新聞八九號九頁）。

三　「當事者ノ一方カ契約ニ因リ解除權ヲ有スル場合ニ其解除ヲ爲スニ方リテハ單ニ相手方ニ對シ其旨ノ意思表示ヲ爲セハ足リ特ニ之カ請求ヲ爲スノ要アルモノニ非ス」（明治四二年（ネ）六二八號東控判決、新聞七一七號二〇頁）。

四　解除は解除の意思表示の到達を必要とする。從つて、隔地者間に於て、事實上相手方が解除の意思表示ありたることを知るとも、相手方に到達するに非ざれば其の效はない。

「契約解除ノ意思表示ハ相手方ニ於テ之カ受領ヲ要スル意思表示ナルカ故ニ苟モ其意思表示ニシテ相手方ニ向ツテ爲サレサル限リ單ニ相手方カ之ヲ知リ得タリトスルモ其者ニ效果ヲ生スヘキモノニ非ス」（大正四、一四、二八、東地判決、新聞一一一二號二八頁、評論四卷商法三八〇頁）。

五　民法施行前の解除權の行使に關しては判例は相手方に對する意思表示によるべき旨を宣明する。

(1)「解除權ハ當然行ハルルモノニアラス故ニ之ヲ行使セントスルモノハ相手方ニ對シ其意思ヲ表示セサル可ラス隨テ意思ノ表示ナキ間ハ暗ニ延期ヲ認諾シ居ルモノト看做スヘキ理合ナリ而シテ上告人ハ是等ノ表示ヲ爲シタリト云フニアラス唯タ被上告人カ代

金支拂ノ期日ヲ懈怠シタリトノ事ヲ以テ豫約ハ既ニ其效力ヲ失シタリト主張スルモノナレハ此主張ハ法律上採用セラルヘキモノニアラスシテ原判決理由中之ニ對スル判斷ノ有無ハ原判決主文ニ影響ナシ依テ此上告論旨モ亦採用シ得ル限リニアラス」（明治三一、六、二〇、大判、四輯六卷九四頁）。

(2)「契約ノ解除權ヲ有スル者カ其權利ヲ實行セントスルニハ相手方ニ向テ之カ意思表示ヲ爲スヘキコトハ民法施行前ニ於テモ尙ホ今日ト異ナラス」（明治三三、四、一八、大判、六輯四卷八七頁、抄錄六卷九七九頁）。

(3)「民法施行後ニ至リ債務ヲ履行セサルモノハ民法ノ規定ニ從ヒテ不履行ノ責ニ任スヘキコトハ同法施行法第五十三條第一項ノ明カニ規定スル所ニシテ其趣旨ニ依レハ縱令債務者カ民法施行前ヨリ之ヲ不履行ノ狀態ニアリタルトキト雖モ同法施行後ニ至リテ尙其債務ヲ履行セサルトキハ同法ノ適用ヲ受クヘキモノトスルヲ當然トス然レハ被上告人カ上告人ニ對シ其債務ノ不履行ヲ原因トシテ本件契約ヲ解除センニハ民法第五百四十條ニ依リ上告人ニ對シ解除ノ意思表示ヲ爲スヲ以テ足レリトシ然ラスシテ解除ノ請求ヲ爲スハ其當ヲ得サルモノトス」（明治三四、一一、一三、東控判決、新聞六八號九頁）。

(4)「不動產ノ買戻ハ民法施行前ニ在リテモ賣主カ賣買契約ト共ニ其解除權ヲ留保スルモノニ外ナラス而シテ本件ノ賣買契約ハ明治二十九年十一月ノ成立ニ係ルモ同三十三年十一月ヨリ同三十八年十一月マテ六个年ヲ以テ買戻期間ト爲シタルモノニシテ賣主タル被上告人カ解除權ヲ行使スヘキ時期ハ民法施行後ニ係リ民法施行法中何等ノ規定ナキモ解除權ヲ行使スルニ相手方ニ對スル意思表示ヲ以テ民法施行以前ニ生シタル事項ト雖モ民法ニ依リ相手方ニ對スル意思表示ヲ爲シタルコトハ原判決ノ認ムル所ナレハ係爭不動產ノ賣買契約ハ既ニ解除セラレタルモノナリ然ルニ被上告人ニ於テ尙ホ賣買解除ノ請求ヲ爲シ原院カ之ヲ認容シタルハ法則ヲ適用セサル不法アルモノニシテ破毀ヲ免カレス被上告人ノ右請求ヲ棄却スヘキモノトス」（明治四一、二、二一、大判、一四輯一四四頁）。

(5)「民法施行前ニ生シタル事項ト雖モ民法施行後ノ今日ニ在リテハ契約ノ解除權ヲ有スル者カ其權利ヲ行使セントスルニハ民法ニ依リ相手方ニ對スル意思表示ヲ以テ足レリトス」（明治四五、七、二三、東控判決、新聞八一九號二五頁、評論一卷民法四四七頁）。

（二）　解除權の行使と暗默の意思表示

解除權の行使は明示的の意思表示に依りて之を爲すことは最も便宜であり通例であるけれども、解除權の行使が暗默の意思表示に依りて爲されたればとて其の效力を妨ぐるものに非ざること論を俟たない。卽ち、契約解除と謂ふ文言を使用せずとも、契約の效力を遡及的に消滅せしむる意思が明確に表示せらるるならば契約解除の效力を生ずること疑がない。默示の合意解除に關しては曩に述べた。

一　「契約ノ解除ハ解除權ヲ有スル當事者カ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スヘキモノナルコトハ民法第五百四十條第一項ノ規定スル所ナリ而シテ解除ノ意思ヲ表示スルニハ法律上一定ノ方式アルニ非サレハ明示ノ方法ニテモ又ハ默示ノ方法ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タス而シテ本訴ノ如ク當座預金契約ノ存續ト全ク相容レサル請求ヲ爲シタルトキハ原告ハ其訴訟行爲ニ依リ暗默ニ該契約解除ノ意思ヲ表示シタリト謂フヘシ而シテ其訴狀カ被告ニ送達セラレタルトキハ意思表示ノ通知カ相手方ニ到達シタルトキナルヲ以テ契約解除ノ效力ハ此時ニ於テ生スルモノトス然ラハ則チ裁判ハ裁判當時ノ狀態ニ於テ之ヲ爲スヲ以テ原則トスルカ故ニ原審ハ當座預金契約解除ノ意思表示ハ既ニ有リシモノトシテ本訴ノ曲直ヲ判斷スヘキモノナルヤ明カナリ然ルニ原審カ「（前略）被控訴人ニ於テ小切手ニ依ラスシテ本訴ノ如ク當座預金ノ拂戻ヲ請求セントセハ宜ク先ツ控訴人トノ當座取引契約ヲ解除セサル可カラサルモノナルニ未タ其手續ヲ盡サスシテ直ニ本訴ヲ提起シタルハ不當ナリト云ハサルヲ得ス」トノ理由ニ依リ本訴ヲ却下シタルハ不法タルヲ免レス故ニ本上告論旨ハ結局其理由アリトス」（明治三四、六、八、大判、七輯六卷一五頁）。

二　「催告等ヲ要セシテ契約ノ解除ヲ爲シ得ヘキ特約アルモノハ其解除ノ意思表示ヲ以テ解除ノ意思表示ヲ爲シタルモノト認ムルコトヲ得」（明治四〇、七、二四、宮控判決、最近判一卷一六四頁）。

三　「賃貸借期間中賃貸人カ目的物タル土地ヲ他人ニ譲渡シタルトキハ賃借権ヲ土地ノ譲渡ト同時ニ賃借人ニ對スル賃貸借契約解除ノ暗默ノ意思表示ト看做ス」（明治四三、一一、二六、東控判決、最近判七巻二〇一頁）。

四　「賃貸人カ賃借人ニ對シ賃貸家屋ノ明渡ヲ請求スルハ其ノ賃貸借契約ノ存續ヲ欲セサルノ意思ニ出テタルモノナレハ其ノ明渡請求中ニハ自ラ該契約解除ノ意思表示ヲ包含スルモノトス」（大正一二、一二、二五、大判、新聞二二三二號二〇頁）。

五　「債權譲渡契約ノ解除アリタル場合ニ於テ債權譲受人ヨリ債務者ニ對シ其ノ旨ヲ通知シタル以上ハ反證ナキ限リ適法ニ譲渡契約ノ解除アリタルモノト推認スルヲ相當ナリトス」（昭和二、四、一二、朝高判決、評論一六巻民法七一三頁）。

六　「家屋明渡ヲ請求スルノミノ記載アル書狀ヲ被告ヘ送達スルモ之カ爲メ賃貸借契約解除ノ意思表示ヲ爲シタル效果ヲ生セス」（明治三五、三、七、東地判決、新聞八一號八頁）。

（三）訴狀其の他の書面に依る解除權の行使

解除權の行使は、對話者間に在りては口頭を以て之れを爲すと口頭辯論期日に於て相手方に對して之れを爲すとを問はない。又隔地者間に在りては、書面を以て之を爲すと、訴狀中に之れを記載して相手方に送達すると、訴訟に於て答辯書又は準備書面に之れを記載して相手方に送達するとを問はないのである。蓋し、是れ解除權の行使が要式行爲に非ざる當然の歸結である。

一　「單ニ契約ヲ解除スルニハ其意思ヲ相手方ニ對シ表示スルヲ以テ足レリトシ敢テ訴ヲ以テスルヲ要セサルコトハ既ニ法意トシテ當院ノ認ムル所ノ判例ナレトモ原判決ノ認ムル所ニヨレハ本件請求ノ目的物ハ單ニ契約ノ解除ノミナラス數種ノ物件ヲ引渡シ且ツ營業權ノ鑑札ヲ書替ヘ隨テ全員ノ返還ヲ求ムルニ在リ斯ル場合ニ於テハ契約ヲ解除スル意思表示ノ手續ヲ各別ニ爲サスシテ之ヲ訴狀中ニ併記シ訴求スルモ敢テ妨ケナシ然ラハ此場合ニ在リテハ其訴狀ヲ相手方ニ送達シタルトキ契約ヲ解除スル意思表示ノアリタルモノト看做ササルヲ得ス換言スレハ其送達ニ依リ契約ヲ解除セルモノト云ハサルヲ得ス然ルニ被上告人ハ其判決ヲ受クヘキ事項ノ申立中ニ明治三十二年四月二日ノ賣藥營業譲渡約定ノ解除ヲ承認スヘキ判決ヲ受ケタシトノ申立ヲ加ヘ原判決モ亦其理由ノ第三ニ於テ控訴人ヨリ本訴ヲ提起シタルハ契約解除ノ承認ヲ求メ云々ト說明シ此事項ニ對シテ判決ヲ與ヘ其主文ニ於テ「明治三十二年四月二日取結タル賣藥營業譲渡約定解除ヲ承認シ」ト言渡シタルハ失當ナリ卽チ契約ヲ解除セシ事項ニ對シ尙ホ之カ解除ヲ承認スヘシト命シタル筋合ニシテ此點ニ於ケル原判決ノ一部ハ破毀ヲ免カレサルモノトス」（明治三四、四、二四、大判、七輯四巻七八頁以下）。

二　「契約ノ解除ハ解除ノ意思ヲ相手方ニ表示スルヲ以テ當然解除セラルルモノトス然レトモ訴カ契約ノ解除ニ止マラス物ノ返還若クハ損害賠償又ハ其他ノ行爲ヲ併セテ請求スルモノニ付テハ訴狀ヲ相手方ニ送達スルト同時ニ契約解除ノ意思ハ相手方ニ表示セラレタルモノト看做スヘキモノトス」（明治三四、五、八、大判、七輯五巻四三頁、新聞三七號一三頁）。

三　「契約解除ノ意思ヲ表示スルニハ明示ノ方法ニテモ又ハ默示ノ方法ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘキニ因リ解除權ヲ有スル者カ契約ノ存續ト相容レサル請求ノ訴狀ヲ相手方ニ送達シタルトキハ解除ノ效力ヲ生スルモノトス」（明治三四、六、八、大判、七輯六巻一三頁、抄錄九巻一七二頁、新聞四五號二六頁）。

四　「契約解除ノ意思表示ニハ法律上特ニ法式ノ規定ナキニ因リ買戻契約ノ當事者間ニ於テ買戻ヲ請求スル旨ノ訴狀カ相手方ヘ送達セラレタルトキハ卽チ意思表示カ相手方ヘ到達シタルトキナルヲ以テ賣買契約ノ解除ハ其訴狀ノ到達ノ時ニ於テ效力ヲ生スルモノトス」（明治三五、三、五、大判、八輯三巻五頁、抄錄一二巻二二八二頁）。

五　「訴訟上ニ於テ爲シタル契約解除ノ意思表示ニ付キ本院ノ判例トシテ認ムル所ノ理由ハ上告所論ノ如ク民事訴訟法第百九十條第百九十五條等ノ規定ニ依リテ其意思表示カ爲サルヘキモノナリト言フニ非スシテ其意思表示ヲ爲ス方法ニ付テハ法律上一定ノ

法式アルニアラサルヲ以テ何等ノ方法ニ依リテモ之ヲ爲シ得ヘキモノナルカ故ニ訴訟提起ト共ニ訴狀ニ依リテ其意思表示ヲ爲スニ於テハ訴狀カ相手方ニ送達セラルルト同時ニ其意思表示モ亦相手方ニ到達スルヲ以テ其契約解除ノ效力ヲ發生スヘシト言フニ在リ（明治三十四年第四百三十九號明治三十五年三月五日ノ判決參照）本案モ亦被上告人ハ訴狀中ニ於テ契約解除ノ意思表示ヲ爲シアリテ其訴狀カ上告人ニ送達セラレタルコトハ上告人モ爭ハサル事實ニシテ訴狀ノ送達ト同時ニ其意思表示モ亦上告人ニ到達シタルヲ以テ解除ノ效力ヲ發生シタルモノナルカ故ニ原判決ハ上告人所論ノ如ク法律行爲ト訴訟行爲トヲ混同シタル不法ノ結果ヲ生スルモノニアラス」（明治三六、五、一六、大判、九輯五九二頁）。

六　「契約解除ノ意思表示ヲ爲ス方法ニ就テハ法律上一定ノ法式アラサルヲ以テ解除權ヲ有スル者カ訴狀ニ於テ其意思ヲ表示シ訴狀ノ相手方ニ送達セラルルヲ利用シテ解除ノ效力ヲ發生セシムルコトヲ得」（明治三八、三、一八、東地判決、新聞二七一號六頁）。

七　「契約解除ノ意思表示ニ付テハ法律上何等ノ方式ヲ要スルモノニ非サレハ訴訟當事者ハ訴狀答辯書若クハ口頭辯論ニ於テ攻擊又ハ防禦ノ方法トシテ之ヲ爲スコトヲ妨ケス」（明治三八、一二、一二、大判、一一輯一七一八頁、新聞三三〇號一四頁）。

八　「訴狀ニ於テ賣買契約ノ解除ヲ主張シタルトキハ其訴狀ノ送達ニ依リ之カ解除ノ意思表示ヲ爲シタルモノト認ムルヲ妥當トス」（大正三、一二、一四、東地判決、新聞九九一號二七頁）。

九　「契約解除ノ意思ノ表示ニ付テハ法律上何等ノ方式ヲ要スルモノニ非サレハ訴訟當事者ハ訴狀答辯書若クハ口頭辯論ニ於テ攻擊又ハ防禦ノ方法トシテ之ヲ爲スコトヲ妨ケサルハ當院從來ノ判例トスル所（明治三十八年十二月二十一日第一民事部判決參照）ナレハ本件ニ於テ原審カ大正七年三月三十日附第一審口頭辯論ニ於テ被上告人ハ上告人ニ對シ貸貸借契約解除ノ意思表示ヲ爲シタルモノトシ被上告人ノ請求ヲ認容シタルハ相當ニシテ本論旨ハ理由ナシ」（大正八、一一、一二、大判、二五輯二〇〇一頁以下）。

一〇　「契約解除ノ意思表示ハ私法上ノ法律行爲ナルコト論ヲ俟タサル所ナルモ這ハ必ス裁判外ニ於テ爲ササルヘカラサルモノニアラサルト同時ニ之カ表示方法ニ付キテハ法律上何等ノ方式ヲモ要セサルモノナルニヨリ解除權ヲ有スル者ハ訴訟ノ繫屬中裁判所ニ於テ攻擊防禦ノ方法トシテ相手方ニ對シ之カ意思ヲ表示スルモ素ヨリ支障アルコトナク此ノ場合ニ於テハ解除ノ意思表示ハ訴訟行爲タルト同時ニ法律行爲タル性質ヲ有スルモノトス然リ而シテ民事訴訟法第六十五條第一項ニヨレハ訴訟委任ハ同條第二項ニヨリ特別委任ヲ要スル事項ヲ除クノ外一切ノ訴訟行爲ヲ爲ス權限ヲ授與スルモノナルヲ以テ訴訟代理人ハ特別ノ委任ナキトキト雖モ訴訟行爲タルト同時ニ法律行爲タル性質ヲ有スル行爲ヲモ之ヲ爲シ又ハ之ヲ受クル權限アルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ若シ訴訟代理人ニシテ特別ノ委任ナキ以上ハ此種ノ行爲ヲ爲シ又ハ之ヲ受クルノ權限ナシトセムカ代理人ハ到底其委任セラレタル目的ヲ完全ニ遂行スルコトヲ得サレハナリ然ラハ本件ニ付キ原審カ論旨摘示ノ如キ理由ノ下ニ被上告人ノ訴訟代理人カ大正七年四月二十三日第一審口頭辯論ノ際上告人ノ訴訟代理人ニ對シテ爲シタル解除ノ意思表示ヲ有效ト認メ當事者間ニ於ケル本件家屋ノ賃貸借契約カ同日ヲ以テ終了シタルモノト爲シタルハ至當ナリトス依テ本論旨モ亦理由ナシ」（大正八、一一、二四、大判、二五輯二〇九七頁以下）。

一一　「解除權者カ訴訟ヲ提起シ解除ニ因ル效果ノ實行ヲ求メタル場合ニ於テ其ノ訴狀カ送達セラレタルトキハ之ニ依リ契約解除ノ意思表示ヲ爲シタルモノト認ムヘキハ言ヲ俟タサル所ニシテ而シテ本件訴狀ノ記載ト同送達證書ニ依リ契約解除ノ意思表示アリタルコトヲ認メ得ヘキカ故ニ原審ノ認定ハ違法ニ非ス論旨理由ナシ」（昭和二、三、四、大判、彙報三八卷一一號五三一頁）。

一二　「訴狀ノ送達ニ因リテ爲シタル契約解除ノ意思表示ハ訴訟ノ取下ニ因リテ其ノ效力ヲ失ハサルモノトス」（昭和五、一、二八、大判、評論一九卷民法三四五頁）。

問題と爲るは提供の要否である。併し乍ら、非定期行爲たる雙務契約については（五四一）、提供は解除權發生の要件であつて、提供其の他の要件の具備に因つて一旦解除權が發生したる以上は、最早や、其の後に於て、更に提供又は提供の繼續を必要としない。提供は解除權發生の要件であつて、解除權行使の要件ではないことを注意すべきである（末川氏、論叢二一卷五號一二六頁、我妻

氏評釋、判例民事法昭和三年度四〇事件參照)。

此の事は尚後に契約解除の要件に關聯して說明するであらう。

(四)　解除と解除原因の明示

契約解除は解除權の行使、卽ち、解除の意思表示が相手方に到達すれば足る。其の意思表示を爲すに當り解除原因を示すことを要しないこと勿論である。

同說　末弘氏各論二三九頁。

一　「契約解除ノ意思表示ハ其原因ヲ明示スルコトヲ要スル旨ノ規定ナキニ依リ其原因ヲ明示セサルモ之ヲ以テ其意思表示ヲ無效ナリト云フヲ得ス」(明治四四年(ネ)九三號、宮城控訴判決、新聞七八一號二八頁、評論一卷民法八一頁)。

二　「契約解除ノ意思表示ニ付テハ其原因ヲ明示スルコトヲ要スル旨ノ規定ナキカ故ニ之カ明示ヲ爲ササルモ其意思表示ハ有效ナリトス而シテ本件ニ於テ被上告人カ爲シタル解除ノ意思表示ニ付テハ其原因ヲ知ルヲ得サルコトハ原院ノ認ムル所ナレトモ被上告人ノ爲メニ解除原因存シ而シテ其原因ニ基キテ解除ノ意思ヲ表示シタルコトモ亦原院ノ認ムル所ナレハ被上告人カ本件ニ付キ爲シタル解除ノ意思表示ハ有效ニシテ之ヲ是認シタル原判決ハ論旨ノ如キ違法アルコトナシ」(大正元、八、五、大判、一八輯七三三頁、同趣旨名控判決、新聞七八一號)。

三　「契約解除ノ意思ヲ表示スルニ付テハ其發生原因ヲモ明示スルコトヲ要スル旨ノ法規ナキカ故ニ既ニ解除權アリ之ニ基ク解除ノ意思表示タニアラハ假令其意思ヲ表示スルニ當リ解除權發生原因ノ明示ヲ缺キ又ハ誤レル原因ノ附加アリタリトスルモ尙其意思表示ノ有效ナルコトヲ妨ケサルモノト認ムルヲ相當トス」(大正一二、一〇、二〇、東控判決、新聞二一八九號二〇頁)。

四　「契約ノ解除ハ特ニ其原因タル可キ事由ヲ開示シテ之ヲ爲スコトヲ要セサルモノトス」(大正一二、一一、二二、大判、新聞二二一五號一六頁、評論一三卷民法一八四頁)。

五　「解除ヲ爲ス場合例ヘハ其ノ民法第何條ニ因ル解除ナルコトヲ表示スルカ如キハ其必要ヲ見ス姑ク之ヲ表示シタリトテ拘ルニ足ラサルト共ニ拘ル可カラス一ノ解除權カ發生シ居レハソレニテ解除ハ遺憾ナク其效ヲ奏ス原審ノ確定スル所ニ依レハ本件賣買ハ實ニ他人ノ物ノ賣買ナリシナリ而モ上告人カ被上告人ニ對シ所有權移轉ヲ爲スコト能ハサル狀態ナリシコトモ原審ノ確定スル所ナリ然ラハ則チ被上告人トシテ民法第五百六十一條所定ノ解除權ヲ有セルヤ論無キニ於テ縱令被上告人其人ノ意中ハ則チ不履行ニ因ル解除ヲ爲スニ在リシトテ又爾ク言明シタリトテ當該意思表示ニ因リ當然解除ノ效力ヲ生スル上ニ何等妨ケラルルトコロ無シ特ニ催告期間ヲ定メシカ如キハ所謂宋襄ノ仁ニ類スルモノ唯之カ爲メ解除ノ意思表示カ前記法條ノソレニ該當スルモノトシテ其效力ヲ生セサルノ理無キハ多言ヲ俟タス」(昭和一〇、九、一七、大判、法學五卷四號一一二頁)。

(五)　解除原因と請求原因及び請求の基礎

民事訴訟に於て、訴の請求原因は一定することを要する。從つて、原告が數種の契約解除原因を主張したる場合には請求原因の一定を缺くことと爲るや否やの問題も惹起し得るものであるが、斯の如き場合には請求原因の一定を缺かないものと解すべきである。

固より數種の解除原因を主張する場合に於て、其の數種の解除原因を同時に主張する場合と豫備的又は選擇的に主張する場合とがあり得る。數種の解除原因を豫備的に主張する場合に在りては、原告は先づ第一の解除原因に對して判斷を求め、第一の解除原因が理由ありとせらるる場合には他の第二第三の解除原因に對しては判斷を求めない。第一の解除原因が理由なしと判斷せらるる場合に於て始めて第二の解除原因に對して判斷を求むるものである。從つて、斯の如き場合には請求原因の一定を

缺くものでないこと疑がない。數種の解除原因が選擇的に主張せらるる場合に在りても亦請求の原因が不定に非ざることは勿論である。

又、原告が同時に數種の解除原因を主張し、之れに關して、同時に其の判斷を求むる場合に在りても、夫れは、請求原因が復數に於て存在するのみであつて、請求原因が一定を缺くものではない。請求原因の一定と謂ふことは請求原因の一個と謂ふこととは異なる觀念である。請求原因の復數が請求原因の一定を缺くものでないことは大審院判例の存する所であつて、何等の疑なきことである。

此等の判例は後に塡補賠償の項に於て之を掲げるであらう。

又、舊民事訴訟法に於ては請求原因の變更ありや、否や（舊民訴一九五3、民訴二三二參照）が重大なる問題であつた。從つて、契約解除に基き原狀回復又は損害賠償を請求する訴訟に於て其の契約解除原因を甲と主張すると乙と主張するとは請求原因の變更問題に關して重要なる關聯を持つこととなる。卽ち、原告が請求原因として或る解除原因を主張し、後に之れを他の種類の解除原因に變更したるときは請求原因の變更と爲るや否やの問題が惹起するのである。從つて、此の問題に關して多くの判例が宣告せられた。

現行民事訴訟法(二三二)に在りては請求の基礎に變更なき限りは請求原因を變更することを妨げないこと明文の示す通りである。請求の基礎（Unterlage des Anspruchs）の何たるかに關しては頗る疑の存する所ではあるが、原告が請求原因として一種の解除原因を主張したる場合に、之れを他の種の解除原因に變更することを幾回反覆するとも、夫れが請求原因の變更となるも、請求の基礎の變更とは爲らないものと解すべきは當然であらう。之れに關しては大審院判例の存在する所である。

契約解除に關する訴訟に於ける請求原因及び請求の基礎に就ての判例左の如し。何、本問題に關しては、後に塡補賠償に關して說明する所を參照せられたい。

一　「當事者間ノ特約ニ基ク契約ノ解除ハ契約當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサル場合ニ相手方カ民法第五百四十一條ノ履行ノ催告ヲ爲シタル上其履行ナキ場合ニ爲ス契約ノ解除トハ全然別個ノ法律事實ニ屬ス」（明治四五、七、二四、東地判決、新聞八一二號一九頁）。

二　「前訴ハ特約ニ基ク解除ヲ原因トシ後訴ハ民法ノ規定ニ從ヒ解除シタルコトヲ原因トセルトキハ訴ノ原因ヲ異ニスルモノトス從テ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ス」（大正三、一、二八、東地判決、新聞九二六號二一頁、雉本氏「訴訟物の同一認識及ひ權利拘束の抗辯」判例批評錄一卷三七五頁以下）。

三　「一審ニ於テ主張セサリシ履行ノ催告竝ニ契約解除ノ通知ノ事實ヲ控訴審ニ於テ主張スルモ幷ハ單ニ請求原因タル事實ヲ補充シタルニ止マリ請求ノ原因ヲ變更シタルモノニアラス」（大正一〇、八、四、東控判決、評論一〇卷民法一一三六頁）。

四　「依テ其抗辯ノ理由アルヤ否ヤヲ審究スルニ先ツ訴ニヨリ契約解除ニ基ク原狀回復請求權ノ保護ヲ求ムル場合ニ於テ其請求ノ原因ハ何ナリヤヲ定ムルヲ必要トス。元來契約解除ニ基ク原狀回復請求ノ發生スルニハ第一ニ適法ニ成立シタル契約ノ存在スルコトヲ前提トシ第二ニ此契約カ解除ナル手段ニヨリテ消滅ニ歸シタルコトヲ必要トスルモノナリ故ニ訴訟ニ於テ特定ノ契約ノ解除ヨリ生シタル原狀回復請求權ヲ主張スル場合ニ於ケル請求ノ原因トハ其特定ノ契約カ存在シタル事實ト解除ナル方法ニヨリテ其存在シタリシ契約カ始ヨリ契約ナカリシ狀態ニ歸シタル事實トノ二ツニ歸着スト言フヘキナリ其契約ノ消滅ヲ惹起スルニ至リシハ原

告ノ解除ノ意思表示ニヨルト被告ノ解除ノ意思表示ニヨルト將タ又其解除ノ意思表示カ訴訟提起前ニ爲サレタルト第一審若クハ第二審ニ於テ爲サレタルトハ毫モ其請求原因ニ關スル處ナシ今其理由ヲ究スルニ特定ノ契約ハ一度解除サルルトキハ契約成立ノ時ニ遡リテ消滅ニ歸シ始メヨリ契約ヲ爲ササリシト同一ノ狀態トナルモノニシテ此狀態ヲ呈スルコト其解除ノ時期カ訴訟提起前ナルト第一審若クハ第二審ナルトニヨリ異ル處無ク又其解除ノ意思表示カ原告ナルト被告ナルトニヨリ異ル處ナシ又特定ノ契約ノ解除アリタルトキハ當事者双方互ニ相手方ヲシテ原狀ニ回復セシムル權利ヲ得ルモノニシテ之レ亦原告ノ解除タルト被告ノ解除タルトニヨリ異ル所ナシ故ニ訴ニ於テ契約解除ニヨル原狀回復請求ヲ爲スニ當リテハ特定ノ契約カ有效ニ成立シタルコト及ヒ此ノ契約カ解除ニヨリ始ヨリ契約ナカリシト同一狀態ニ歸シタルコトヲ主張スルトキハ其後ノ原因ハ一定シテ動ク處ナキニ至リタルモノト言フヘキナリ故ニ契約解除ニヨル原狀回復請求ノ訴ニ在リテハ特定ノ契約カ解除ニ歸シタリトノ事實カ請求ノ原因ナリト言ハサルヘカラス蓋シ契約ノ解除ヲ來スニハ具體的ニ原告若クハ被告ノ適法ナル解除ノ意思表示アルハ必然ナレトモ是等ハ爭アル場合ニ解除ノ事實ヲ證明スル方法タルニ過キサルモノト言フヘキナリ本件ニ於テハ控訴人ノ請求ハ大正八年九月十五日控訴人兩名及ヒ久保兼七トノ間ニ成立シタル土地賣買契約カ解除ニ歸シタル事實ヲ請求ノ原因ト爲スモノナルカ故ニ先ツ控訴人ノ意思表示ニヨリ解除シタリト主張シ次テ其解除不當ナリトスルモ被控訴人ノ意思表示ニヨリ解除ニ歸シタリト主張シタリトモ請求ノ原因ニ關スル處ナキノミニシテ被控訴人抗辯ノ如キ不適法ナル點ナキモノトス」（大正一一、一二、一四、旭川地方判決、新聞二一一八號、二一一九號）。

五　「先ツ訴ノ原因ニ變更アリヤ否ヤニ付按スルニ（一）原告カ大正十四年五月二十五日ノ口頭辯論ニ於テ陳述シタル本訴手附金殘額九萬七千六百五十四圓三十六錢ノ請求原因ハ民法第五百六十三條第二項ニ依ル賣買契約ノ解除卽賣買ノ目的物ノ一部カ他人ニ屬スルニ因リ賣主カ其ノ所有權ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサル場合ニ殘存スル部分ノミナレハ買受ケサルヘカラサリシコトヲ理由トシテ其ノ善意ノ買主ノ爲シタル契約ノ解除ナリシトコロ其ノ後原告ノ昭和三年五月九日ノ口頭辯論ニ於テ其ノ請求原因ヲ同法第五百六十一條ニ依ル賣買契約ノ解除卽チ賣買ノ目的物カ全部他人ノ權利ニ屬スル爲賣主カ其ノ所有權ヲ買主ニ移轉スルコト能ハサル場合ニ於ケル賣買契約ノ解除ト主張シタルコト竝（二）原告カ大正十三年九月二十二日ノ口頭辯論ニ於テ訴狀ニ基キ陳述シタル本訴內拂金八千七百九十八圓六十四錢ノ請求原因ハ前示民法第五百六十一條ノ賣買契約ノ解除ニ在リタルニ拘ラス大正十五年三月十日ノ口頭辯論ニ於テ該請求原因トシテ被告等ノ不當利得ヲ主張シタルコト孰レモ本件記錄ニ徵シ明白ナルトコロニシテ前記（一）ノ場合ニ在リテハ原告ハ等シク買主ノ賣買契約ノ解除ヲ原因トスルモノニシテ請求ノ原因ヲ變更シタルモノト謂フヲ得サルヲ以テ此ノ部分ニ對スル被告等ノ異議ハ其理由ナシト雖前記（二）ノ場合ニ在リテハ明カニ請求原因ニ變更アリタルモノト謂フヘク卽舊訴以外ニ新訴ヲ提起シタルモノト解スヘキニ依リ此ノ新訴ハ不適法トシテ之ヲ却下スヘキモノトス」（昭和三、五、二八、大地判決、法律新報一五六號二五頁）。

六　「地代不拂ノ場合ハ何等催告ヲ要セスシテ直ニ契約解除ヲ爲シ得ル特約アリトノ主張ヲ維持シツツ尙斯ル特約ナキ場合ヲ假定シテ第二審ニ至リ賃料ノ支拂ヲ催告シタルモ之ニ應セサリシヲ以テ賃貸借契約ヲ解除シタル旨ノ主張ヲ爲シタリト認ムヘキ場合ハ斯ル主張ノ附加ハ素ヨリ請求ノ基礎ニ何等ノ變更ヲ來スモノニ非ス」（昭和五、九、五、大判、新聞三一七三號一一頁、評論一九卷民法一二五三頁）。

第四款　解除の意思表示の取消（五四〇Ⅱ）

第五百四十條第二項には「前項（解除）ノ意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得ス」と規定して居る。

蓋し、解除の意思表示を爲し、契約の效力が消滅したる後に於て、又、解除の意思表示を解除者の任意に取消すことを得るものとするときは、一旦消滅したる債權關係が再び復活することと爲り、法律關係は或は消滅し、或は復活して頗る不安定となり取引の安全は害せらるるに至るからである。解

除の效力發生前、例へば、解除の意思表示が相手方に到達せざる以前の撤回は可能である。

通說である。例へば末弘氏各論二六五頁、小池氏各論五九頁等。

併し乍ら、又、解除の意思表示が相手方に到達したる後と雖も、民法總則の規定等に依り、解除の取消を爲すことを妨げない。例へば無能力、詐欺、强迫等の理由に依つて解除を取消し得ること勿論である(末弘氏二六五頁)。

第五款　解除の豫告

後に說明するが如く、契約解除の意思表示に條件を附し得るや否やは爭ある所であるけれども、解除の豫告のみによりては、契約解除を爲し得ざること勿論である。蓋し、解除の豫告は解除の條件ではないから(鳩山氏二一八頁參照)。實際問題としては豫告附解除と條件附解除とを區別することは相當に困難なる場合があるであらう。

「催告期間內に履行なきときは契約を解除することあるべし」といふが如き文詞が使用せらるるが如き場合は、解除の豫告であつて、條件附解除ではないであらう。

一　「契約ノ解除權ハ其權利ヲ行使スル者カ相當ノ期間ヲ定メテ義務ノ履行ヲ催告シ債務者ノ之ニ應セサル場合ニ於テ始メテ發生スヘキモノナルヲ以テ其未タ解除權ノ發生セサル以前卽チ義務履行ノ催告ヲ爲スト同時ニ期間內ニ其履行ナキトキ契約ヲ解除スル旨ノ通知ヲ爲シタル場合ノ如キハ只タ解除ノ豫告ヲ爲シタルモノニ過キスシテ解除ノ意思表示ヲ爲シタルモノト云フヲ得サルモノトス」(明治三七、六、一三、大阪地方判決、新聞二一七號三頁)。

二　「『于今本契約締結不相成右ハ假契約ノ規定ニ違反ナサレ候次第ニ有之候間來ル……何日迄ニ於ケル本契約締結ノ運ニ至ラサレハ……ノ假契約ハ解除可致候』トアル通信書ハ單ニ解除ノ豫告ト解スヘクシテ發送ノ當時解除ノ意思ヲ表示シタルモノト解スルヲ得ス」(明治四三、一一、一、東控判決、最近判七卷一五七頁)。

第六款　條件附解除の意思表示

解除の意思表示は條件附にて之れを爲すことを得るや否や。之れに關しては學說は爭つて居る。

(一)　否定說

解除の意思表示に條件を附することを得ざるものと爲す說に依れば、(1)解除の意思表示に條件を附することを得るものとするときは契約が解除せらるるや否や不確定であるから、相手方を不安の地位に陷れる。又、(2)相手方不知の間に契約が解除に歸するが如き不合理なる結果を招致するから、契約解除の意思表示には條件を附することを得ないとする。

又、(3)契約解除の效力は契約の效力を遡及的に消滅せしめるから、爾後之れを復活せしむることを許さない。是れは民法が解除の意思表示の撤回を禁止するに依りて明白である(五四〇Ⅱ)。從つて、亦、

是れが解除に解除條件を附することを許さざる理由の一つと爲り得ると謂ふに在る。

岩田氏債權法概論二六頁、石坂氏下卷二三一〇頁に引用の否定說。

Kiseh, Unmöglichkeit, S. 137, Staudinger, Nr. 2, Fiebach, Das gesetzliche Rücktrittrecht S. 42, Planck, Anm. 3 § 349 Nr. 1, Cohn, Recht 1908 S. 35.

（二）制限的肯定說

我が國に於ける現在の通說及び判例は契約解除の意思表示は相手方を不利益に陷れざる限りは條件附にて之れを爲すことを妨げざるものとして居る。

蓋し、我が民法上、直接に、契約解除の意思表示に條件を附することを禁止する明文がない。從つて、絕對的に之れに條件を附することを得ないと謂ふことを得ない。唯、條件を附することに因りて相手方に不利益を與ふることは許されないとする。制限的肯定說が正當である。

解除に條件を附することを絕對的に不可能とすることを得ない。又解除には條件を附し得るのであるが之れを無制限に認容することを得るものとすることを得ない。解除に條件を附することが相手方に不利益なる場合には條件を附することを得ないものと解すべきである（五〇六一但書準用）。

相手方の行爲を停止條件として解除の意思表示を爲すが如き場合には、或は相手方は自己の行爲を以て、其の條件を成就せしめて其の契約より生ずる債權關係を脫離することを得べく、或は自己の行爲を以て、其の條件を成就せしめずして其の契約より生ずる債權關係を存續せしむることを得べく、其の何れを選ぶかは全く相手方の任意に屬するのであるから、解除の意思表示に自己の行爲を條件とする條件が附せらるるも相手方は之れに因りて何等の不利益を蒙らない。卽ち、債權者が債務者に對して、履行の催告を爲すに當り、催告期間内に履行なきときは契約は當然解除せらるべき旨の意思表示は有效と解すべきである。日常行はるる契約解除は殆んど大多數の場合に於ては、停止條件附意思表示に依りて行はれて居る樣である。此の方法は一通の催告書中に於て、催告と停止條件附解除の意思表示とを包含するから、催告期間の滿了後、更に契約解除の意思表示を爲す必要がなく、其の手續が簡單なる點に於て推賞せらるべき方法である。

制限的肯定說は我が國の通說である。例へば、我妻氏講義案五二頁、鳩山氏各論二一八頁、二二七頁、民法全書二卷四六八頁以下、石坂氏「條件附契約解除」京法九卷一一號一二八頁以下、民法研究四卷五一〇頁、同氏日本民法二三〇七頁、末弘氏各論二二六頁、三潴氏現代法學全集契約總論一一九頁、磯谷氏各論二七八頁、末川氏契約總論二三三頁、勝本氏概說五八頁、石田氏講義八〇頁、近藤氏各論六五頁、林信雄氏判例を中心としたる債權法各論八四頁、池田氏各論一五七頁、中村氏二四五頁、小池氏各論五〇頁、其の他、石坂氏下卷二三一〇頁に引用せられたる肯定說。

Örtmann § 349 Nr. 3, Planck-Siber § 349, Enneccerus § 182 II 2 b.

但し末弘氏（各論二二六頁註一一）は催告を爲すに當り催告期間内に履行なきときは當然に契約は解除せらるべき旨の意思表示は條件附解除の意思表示に非すとせらる。其の理由は催告當時には未だ解除權存在せず、債務者が催告期間内に履行を爲さざるに因りて始めて解除權が發生するからである。此の場合は解除權者は將來解除權が發生することを豫期し、其の發生の場合に直に之

が效力發生を欲する旨の意思表示として有效である。此の場合には發生したる解除權が豫め爲されたる意思表示によりて直に行使せらるるものであるとせられて居る。併し、必ずしも斯の如く嚴格に解する必要はないであらう。

停止條件附契約解除を適法とする判例左の如し。

一　「契約當事者ノ一方カ民法第五百四十一條ニ依リ爲ス所ノ契約解除ハ必スシモ催告ヲ爲スニ方リ定メタル期間内ニ相手方カ債務ヲ履行セサルヲ待テ始メテ爲スコトヲ得ルモノニ非ス其期間内ニ履行セサルコトヲ條件トシテ催告ト共ニ爲シタル解除ノ意思表示モ亦有效ナリトス何トナレハ是レ法律ノ禁スル所ニ非サルノミナラス其意思表示ハ其條件成就シ解除權ノ發生スルニ至テ始メテ其效力ヲ生シ其前ニ遡リテ效力ヲ生スルニ非サレハ解除權發生後ニ於テ爲シタルト債務者ノ利害上何等擇ム所ナケレハナリ」(明治四三、一二、九、大判、一六輯九一七頁、抄錄四〇卷九一二六頁、新聞六九五號二七頁)。

二　「契約解除ノ意思表示ハ必スシモ單純ニ之ヲ爲ササル可カラサルモノニ非ス解除權者ニ於テ履行ノ請求ト同時ニ豫メ相手方ノ不履行ヲ條件トシテ之ヲ爲スモ有效ナリトス」(明治四四、六、一三、京都地方判決、新聞七三〇號二六頁)。

三　「期間ヲ定メテ契約履行ノ催告ヲ爲スト同時ニ其期間内ニ履行ナキトキハ契約ヲ解除スル旨ノ意思表示ヲ爲スハ法律ノ禁止スル所ニ非サレハ此場合ニハ其期間ノ經過ニ因リ契約解除權發生スルト同時ニ契約解除セラルルモノトス」(明治四五、五、四、大判、一八輯四四六頁、抄錄四四卷一〇一三〇頁、新聞七九二號二六頁)。

四　「不履行ヲ條件トセル解除ノ意思表示ト雖モ債務者カ催告ヲ受ケタル期間内ニ尙ホ履行セサル場合ニ始メテ其效力ヲ生スルモノニシテ債務者カ履行ヲ爲サヽシテ右ノ期間ヲ徒過シタル後直チニ解除ノ意思表示ヲ爲ス場合ト其法律上ノ效果ニ於テ毫モ異ナル所ナシ」(大正元、横濱地方判決、新聞八三三號一九頁、評論一卷民法五六六頁)。

五　「債務不履行ニ基ク契約ノ解除ハ債務者ノ不履行ヲ俟テ後初メテ解除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要セス履行ノ催告期間内ニ債務者カ履行ヲ爲ササルトキハ其履行期間ノ終了ト共ニ解除ノ效果ヲ發生セシムヘキ條件附解除ノ意思表示モ亦有效ナルヲ以テ被告此點ノ抗辯ハ之レヲ採用スルニ由ナキモノトス」(大正三、一、三〇、東地判決、新聞九二八號二四頁)。

六　「家屋等ノ賃借人カ賃料ノ支拂ヲ怠リタル場合ニ於テ賃貸人カ賃借人ニ對シ滯賃料ヲ一週間内ニ支拂フヘク之ニ應セサルトキハ賃貸借ヲ解除スヘキ旨ノ催告ヲ爲シタルトキハ斯カル意思表示ハ債務ノ履行ノ催告竝ニ催告ニ應セシテ履行期間ヲ經過シタル場合ニ於ケル解除ヲ豫メ通知セルモノナレハ催告及ヒ解除ノ意思表示トシテ有效ノモノナリ」(大正三、一一、六、東地判決、新聞九八五號一九頁)。

七　「債務不履行ニ基ク契約ノ解除ハ債務者ノ不履行ヲ俟チテ後始メテ解除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要セス履行ノ催告期間内ニ債務者カ履行ヲ爲ササルトキハ履行期間ノ終了ト共ニ解除ノ效果ヲ發生セシムヘキ條件附解除ノ意思表示モ亦有效ナリトス」(大正五、三、七、東地判決、新聞一〇九八號二八頁、評論五卷民法三九八頁)。

八　「賃借人カ直ニ賃貸借ノ解除權ヲ行使シ得ル場合ニ於テ先以テ賃貸人ニ對シ賃料減額ヲ請求シ同時ニ其請求ノ容レラレサルコトヲ條件トシテ契約解除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得ルモノトス」(大正六、五、一六、大判、二三輯八六九頁、抄錄七二卷一六三六二頁、新聞一二八五號二七頁)。

九　「賣主カ買主ニ對シ明治四十五年三月二十七日附ヲ以テ同年四月一日マテニ賣買代金ノ支拂ヲ求メ同日迄ニ支拂ヲ爲ササルトキハ賣買契約ヲ解除スヘキ旨通知シ其通知カ同年三月三十日買主方ニ到達シタルニ拘ラス同人カ支拂ヲ爲ササリシトキハ右四月一日ノ經過ト共ニ賣買契約ノ解除セラレタリト認ムルヲ相當トス而シテ右通知カ三月三十日ニ買主方ニ到達シタル以上ハ四月一日マテニ尙二日間ノ餘裕アルカ故ニ該通知ハ相當ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲シタルモノト認ムルヲ相當トス」(大正七、三、二二、東控判決、評論七卷民法一五八頁)。

一〇　「契約當事者(商人)カ大正七年二月十日ヲ以テ最終納期ト定メタル場合ニ債權者カ債務者ニ對シ同年二月二十五日ニ於テ同日ヨリ同月二十八日正午迄ノ間ニ生葛城三百反(一反ノ長サ四十二碼巾三十吋ノ物代金合計四千四百圓)ヲ引渡スヘキ旨ノ催告ヲ爲スト同時ニ右期間内ニ履行ナキトキハ賣買契約ヲ解除スル旨ヲ通知シタトキハ該契約ハ同月二十八日ニ於テ適法ニ解除セラレタルモノトス」(大正八、四、四、東地判決、評論八卷民法二四一頁)。

一一　「大正五年八月二十七日既ニ引渡期限ヲ經過セルモ引渡ヲ爲ササル爲メ甲カ乙ニ對シ同年九月二日午後四時迄ニ該契約殘品ノ引渡ヲ爲スヘキ旨催告シ同時ニ其期間内ニ引渡ヲ爲ササルトキハ賣買契約ヲ解除スル旨ノ意思表示ヲ爲シタルモ乙カ其期間内ニ其殘品ヲ引渡ササリシトキハ右期間ノ經過ト共ニ賣買契約ハ解除セラレタルモノニシテ乙ハ右不履行ニ因リ甲ノ蒙リタル損害ヲ賠償スヘキ義務アルモノトス」（大正八、七、二二、大控判決、新聞一六二〇號一五頁、評論八卷民法一一五四頁）。

一二　「履行ヲ催告スルト同時ニ其催告ニ從フ履行ナキ時ハ契約ヲ解除スル旨ノ豫告的解除ノ意思表示ハ有效ニ之ヲ爲シ得ヘキモノニシテ履行ナカリシ時ハ其時期ニ於テ意思表示ハ效力ヲ生スヘキモノトス」（大正九、三、一五、東控判決、新聞一七〇〇號一三頁、評論九卷民法四二三頁）。

一三　「履行ノ催告ト同時ニ催告ニ定メタル期間内ニ履行セサルトキハ契約ヲ解除スル旨ノ條件附契約解除ノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テ該期間内ニ履行ナキトキハ契約ハ解除セラレ改メテ契約解除ノ意思表示ヲ爲スノ要ナキモノトス」（大正一〇、二、二三、長野地方上田支部判決、評論一〇卷民法四〇七頁）。

一四　「契約解除ノ要件タル履行ノ催告ヲ爲スニ當リ債權者ハ相當ノ期間内ニ履行ナキトキハ期間ノ經過ト同時ニ契約ハ解除セラルヘキ旨條件附ニテ解除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得ルモノトス」（大正一二、一二、一四、朝高判決、評論一三卷民法一五六頁）。

一五　「請負人カ履行期ニ至ルモ工事ヲ完成セサルヲ以テ注文者ハ大正十三年八月三日附郵便ヲ以テ同月末日マテニ該工事ヲ完成スヘク然ラサルトキハ其ノ完成ナキコトヲ停止條件トシテ請負契約ヲ解除スル旨ノ催告狀ヲ發シ同狀カ八月五日請負人方ニ到達シタルニ拘ラス請負人ニ於テ之カ履行ヲ爲ササリシモノナルトキハ該契約ハ八月末日ノ經過ト同時ニ解除セラレタルモノトス」（大正一四、六、一七、東地判決、評論一四卷民法六六二頁）。

一六　「賣主甲ハ何時ニテモ賣買物件ヲ引渡シ得ル樣履行ノ準備ヲ完了シ之カ引取及代金支拂ノ催告ヲ爲シタルニ拘ラス買主乙ハ大正九年四月二十日ノ履行期ニ至ルモ右代金ノ支拂ヲ爲ササルノミナラス却テ同年六月十八日甲ニ對シ之カ支拂ヲ爲スノ意思無キ旨通知シタルニ依リ甲ハ右物件引渡ノ準備ヲ爲シタル儘同月二十日乙ニ對シ其ノ請求次第何時ニテモ右物件ノ引渡ヲ爲シ得ヘキニ付之カ代金支拂アリ度キ旨催告シ更ニ同年九月八日同月十五日迄ニ其ノ債務ノ履行ヲ爲スヘク若シ同日迄ニ其ノ履行ヲ爲ササルニ於テハ右賣買契約ヲ解除スル旨履行ノ催告ト同時ニ條件附契約解除ノ意思表示ヲ爲シタルニ乙ハ尙之カ支拂ヲ爲ササリシトキハ該契約ハ右期間ノ經過ト同時ニ當然解除セラレタルモノトス」（大正一四、六、一八、東控判決、評論一四卷民訴四四五頁）。

一七　「賃貸人甲ハ賃借人乙ニ延滯賃料ヲ三日内ニ支拂フヘキ旨ノ催告並若シ之ニ應セサルトキハ之ヲ條件トシテ右賃貸借ヲ解除スル旨ノ通知ヲ發シ該書面ハ卽日乙ニ到達シタルニ拘ラス同人ニシテ之ニ應セサルニ於テハ右解除ハ其ノ效アルモノトス」（昭和五、五、一、東區判決、評論一九卷民法七四二頁）。

一八　「延滯賃料若干圓ヲ催告書到達ノ日ヨリ一定期間内ニ支拂フヘク若シ右期間内ニ之カ履行ナキトキハ何等特別ノ意思表示ヲ俟タスシテ期間ノ滿了ト同時ニ賃貸借契約ヲ解除スヘキ旨ノ催告並條件附解除ノ意思表示ヲ爲シタル場合ハ該賃貸借契約ハ右期間ノ經過ト共ニ有效ニ解除セラルルモノト謂ハサルヘカラス」（昭和五、七、二四、東區判決、新聞三一六六號一三頁、評論一九卷民法一二二五頁）。

第七款　期限附解除の意思表示

解除の意思表示に條件を附することを得ると得ざるとに拘はらず、解除の意思表示に期限を附することを得ることは疑ないであらう。玆に謂ふ期限は法律行爲の效力の發生を停止する期限は條件と異なり其の到來すること確實なるものであるから、期限を附するも相手方を不確定、不安の地位に置くことがないからである。

併し乍ら、期限と雖も、無制限に之を附することを許されない。

(a)解除權の行使に始期を附することが適法なりとせらるることは通說の認むる所である。

同說　末弘氏二二六頁、末川氏契約總論二三三頁、林信雄氏判例を中心としたる債權法各論八四頁。

反對　岩田氏債權法概論二六頁、池田氏各論一五七頁、一五八頁。

(b)解除は契約の效力を一方的意思表示に依りて遡及的に消滅せしむるものであるから、後に再び之れを復活せしむることを得ない。民法か解除の撤回を許さざるに依り(五四〇Ⅱ)此の事は明白である。從つて、解除に終期を附し得ざること論を得たない。

通說である。例へば、末弘氏各論二二五頁、池田氏各論一五七頁、一五八頁。

合意解除の復活に關しては既に說明した。玆に謂ふ所は一方的行爲による解除に關する。

解約權に條件期限を附し得べきや否やは曩に說明を了した。

第八款　解除權不可分の原則（五四四）

解除權不可分の原則か存在するや否やの問題に關しては二種の場合あることを想像し得る。

第一は解除せらるべき契約の範圍に關して解除權は不可分なりや否やの問題である。是れは契約の一部解除の問題であつて、給付の可分なる場合に於ては一部解除を爲し得べきものなることは疑がない。此の點に關しては既に說明したる所である。玆に問題とすべき第二の解除權不可分の原則である。是れは解除せらるべき契約の當事者に關する解除權不可分の原則である。

而して、契約當事者に關する解除權不可分の原則には亦二種の場合が存在する。

其の一は解除權行使に關する解除權不可分の原則であり、其の二は解除權消滅に關する解除權不可分の原則である。

前者は契約當事者が數人存在する場合に其の當事者の全員に非ずして、其の一部分（一人又は數人）に付いてのみ契約を解除し得べきや否やの問題である(五四四Ⅰ)。

後者は契約當事者數人存在する場合に於て、解除權が其の一人に付き消滅したる場合に、他の當事者の解除權も亦消滅すべきや否やの問題である(五四四Ⅱ)。

後者に關しては後に解除權の消滅の部に於て考究するであらう。玆には單に前者、卽ち、解除權行使に關する解除權不可分の原則に付てのみ考究せんとするものである。

解除權の不可分は解除權の本質に屬しないものとせられて居る。卽ち、解除に一部解除を認め得るものとするならば、契約の主體たる當事者の一方又は雙方が數人存在する場合に於ては各當事者が契

約の一部を解除し得るものと解せざるを得ないからである。

然るに我が民法第五百四十四條第一項は「當事者ノ一方ヵ數人アル場合ニ於テハ契約ノ解除ハ其全員ヨリ又ハ其全員ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得」と規定して、主體より見たる解除權不可分の原則を確立した。

我が民法が主體より見たる解除權不可分の原則を採りたるは、解除權の本質に基くものに非ずして、單に政策に出づる。卽ち、若し解除權者數人ある場合に各當事者が獨立して自己の部分に付いて解除權を行使し、又は相手方が數人存在する場合に、其の中の一人に對してのみ解除權を行使せしむるときは複雜なる法律關係を惹起し、實際の便宜に合しないからである。

併し、解除權不可分の原則を認めざる可からざる公益上の理由は毫も存在しないのであるから、本條は當事者が別段の定めを約したるときは其の適用を排除せられる。

同說　石坂氏下卷二三〇九頁、鳩山氏二二八頁、磯谷氏各論二七六頁等。

數人の解除權者の解除權行使は必ずしも同時に之れを爲し、又は同時に之を受くる必要はない。最後の當事者が解除の意思表示を爲し、又は之れを受けたる時に於て其の效力を生ずることと爲る。法律要件の漸次充足の原則が此の場合にも排斥せられないのである。

同說　池田氏各論上卷一六〇頁、磯谷氏各論二七六頁、石坂氏下卷二三〇九頁、末弘氏二二四頁、判例民事法大正十二年度三一三頁以下、鳩山氏各論上二二八頁、同氏「多數當事者間に於ける契約解除の意思表示—同時に意思表示を爲すことを要せず」法協四二卷九號、大正十二度判例民事法三一三頁以下、民法研究四卷一九七頁以下、契約當事者に關する解除權不可分の原則に關する判例は後に解除權者及び解除の相手方に關して說明する所を參照せられたい。

第九款　解除權者

解除權者に就ては曩に解除權の移轉性に關して簡單なる說明をした。今玆に再び解除權者に關して注目すべき問題及び之れに對する判例を擧示するであらう。

第一　契約當事者又は當事者たる地位の承繼者

解除權は契約當事者中の何れかの一方又は雙方が之れを有する。契約當事者以外の第三者が之れを有すべき理由はない。

併し乍ら、契約締結の當事者に非ずとも、契約當事者たる地位を承繼したる者は契約締結の當事者と法律上の地位を同ふするのであるから、解除權は契約當事者に非ずとも、當事者たる地位の承繼者にも歸屬するものと解すべきである。例へば契約當事者の相續人の如し。

其の契約より發生したる權利義務の全部を承繼したる者は、嚴格なる意味に於ては契約締結の當事

者又は其の地位の承繼者に非ざるも尙、契約締結の當事者に準ずべき者なるが故に、斯の如き者が解除權を有するものなること疑ないであらう。蓋し斯の如き者にも解除權を付與するに非ざれば其の保護は完全と謂ふを得ないからである。權利のみの讓受人、又は義務のみの引受人の如きは當事者たる地位の承繼者と謂ふことを得ない。

同說　末弘氏各論二二三頁、岡村氏各論一一六頁、磯谷氏各論二四七頁、曄道氏「解除權ノ消滅時效」京法一三卷八二三頁、最近大審院民法判例批評二九七頁等。石坂氏「債務引受ノ成立、債權讓渡ト解除」民法研究四卷五五九頁以下、同書一卷一九七頁以下及び同所引用の獨逸文獻參照。同氏日本民法二二六五頁、一二九七頁。

契約當事者たる地位の承繼人のみが解除權を取得し其の契約より生ずる權利又は義務のみの承繼人が解除權を取得せざるは、民法が解除權を付與することに依つて保護せんと欲するものは雙務契約の一方の當事者たる地位であつて、單に雙務契約より生じたる債權のみを保護せんと欲するものではないからである。

權利義務全部の承繼人が解除權を有することは前示の如し。然らば第二の問題として當然、惹起すべき問題は、權利義務が全部承繼せられずして、單に債權のみが讓渡せられ、又は債務のみが承繼せられたるが如き場合には、解除權は何人に屬するのであらうかと謂ふことである。判例は此の場合には債權の讓渡人が依然として解除權を有し、債權讓受人は解除權を有せざるものとして居る。債務が引受けられたる場合に關しては判例は見出されない。之れに關しては後に契約解除の相手方に關する說明に讓る。

次に揭ぐる判例は解除權者は當事者又は當事者の地位の承繼者たるを要するものとし、又債權讓渡の場合には讓渡人が依然として解除權者たることを宣明して居る。

一　「本件賣買ノ如キ雙務契約ニ於テ玄白米買受ニ關スル債權ノミヲ讓受ケタル原告ハ當事者タル地位ヲ繼承シタルモノニアラサルヲ以テ縱シヤ被告ニ債務不履行ノ事實アリタレハトテ契約ノ解除權ナキコト論ヲ俟タス」（大正二年（通）二二號、名古屋地方判決、新聞九三八號二六頁、石坂氏「債務引受ノ成立、債權讓渡ト解除」民法研究四卷五五九頁以下）。

二　「凡ソ第三者カ同時ニ賣買契約ニ依リテ買受人カ有シタル權利ヲ讓受ケ義務ヲ引受ケタリト云フトキハ債權讓渡債務引受ノ契約ヲ締結スルニ依リテ權利義務ヲ第三者ニ歸屬セシムル結果ヲ生スルモノニ外ナラスシテ斯ル權利義務承繼ノ契約カ有效ニ成立シタルトキハ第三者ハ債權ノ效力トシテ流出スル解除權ヲ有スルニ至ルコト明ナリ而シテ其債權讓渡ニ付テハ第三者ト買受人トノ合意ニヨリテ成立スルモノナリ換言スレハ第三者ハ賣渡人ニ對シ通知シ若クハ承諾ヲ得ルコトヲ要ス其債務引受ニ付テハ第三者ト賣渡人トノ合意ニヨリテ成立スルモノナリ換言スレハ第三者カ斯ル權利義務ヲ買受人ヨリ承繼スルカ爲ニハ買受人トノ合意アリタル外常ニ賣渡人トノ合意アリタル者ト云ハサルヘカラス何トナレハ賣渡人ノ合意ナキニ於テハ債務引受行爲ハ無效ニ歸スレハナリ第三者カ賣渡人ノ合意ヲ得ルコトナク從テ買受人ノ債務ヲ引受クルコトナキ場合ニ於テハ第三者ハ賣渡人ニ不履行アリト雖モ賣買契約解除ヲ爲シ得サルコトハ勿論ナリトス」（大正七、二、一三、大阪地方判決、新聞一四〇三號四頁、評論七卷民法四三四頁）。

三　「賣主ノ不履行ヲ理由トスル賣買契約ノ解除ハ買主又ハ買主ノ地位タル權利及義務ヲ一切承繼シタルモノニ於テ之ヲ爲シ得ヘキモノトス」（大正一一、一、二七、東地判決、評論一一卷民法七七頁）。

四　「契約解除權ハ契約當事者ニシテ初メテ之ヲ有シ得ヘキモノナルカ故ニ甲乙間ニ成立セル賣買契約ニ付其賣買ノ目的物ノ給付ヲ求メ得ル債權ヲ讓受ケタル丙ノ爲シタル契約解除ノ意思表示ハ右賣買契約ニ付キ解除ノ效力ヲ生セサルモノトス」(大正一一、一一、一四、東控判決、評論一二卷民法一二三頁)。

五　「大正八年十一月七日原告ヨリ訴外某ニ對シ被告所有ノ末尾目錄記載ノ物件ヲ代金六萬圓ニテ賣渡シ其後右兩人間ニ內金一萬二千圓ノ授受アリタル事實ハ當事者間ニ爭ナシ而シテ原告主張スルトコロハ右訴外人ヨリ右賣買契約上ノ債權ヲ讓受クルト同時ニ原被告並ニ右訴外人間ノ契約ヲ以テ其殘代金支拂債權ノ引受ヲ爲シタルニ拘ラス之カ履行期ヲ經過スルモ其支拂ヲ爲サヽルヨリ被告ニ對シ法定ノ手續ニ依ル契約解除ノ意志表示ヲ爲シタル上右契約ヲ解除シ仍テ代金支拂債務ノ履行ニ代ルヘキ損害賠償ヲ求ムル爲メ本訴請求ニ及ヒタリト謂フニ在リ然レトモ被告ハ單ニ右賣買契約ノ權利義務ヲ承繼シタルニ止マリ其當事者ニ非サルハ勿論其ノ地位ノ承繼者ニモ非サル故被告ニ對スル右契約解除ノ意思表示ハ其解除ノ效果ヲ生セサルモノト謂ハサルヘカラス從テ右ノ如キ場合ニ在リテハ原告ニ於テ右債務引受契約ノ解除ヲ爲ササル以上被告ニ對シ債務ノ履行ニ代ルヘキ損害賠償ノ請求權ヲ取得スルニ由ナク本訴請求ハ失當ナリ」(大正一三、五、一四、東地判決、新聞二一一一號二二頁)。

六　「解除權ハ契約ヲ解除スル權利ナルヲ以テ契約當事者タル地位ニ在ル者ニ非サレハ之ヲ有スルコト能ハサルハ言ヲ俟タサル所ニシテ賣買契約ニ基ク買主ノ權利ヲ讓受ケタル者ハ單ニ其ノ權利ノ讓受人タルニ止マリ賣買契約ノ當事者タル地位ヲ承繼スルモノニ非サルヲ以テ該賣買契約ノ解除權ハ右權利ノ讓渡ニ當然隨伴シテ讓受人ニ移轉スルモノニ非サルナリ然ラハ原判決カ本件ノ如キ雙務契約上ノ債權ノ讓渡ニ在リテハ之ニ從タル解除權ハ全債權關係ト共ニノミ讓渡スルコトヲ得ルモノニシテ契約ヨリ生スル一方ノ債權若ハ債務ノミヲ讓渡スルニ過キサル場合ニハ解除權ヲ讓渡スルノ效力ナシ」(大正一四、一二、一五、大判、四卷七一〇頁以下、乾氏評釋、判例民事法大正十四年度五五六頁以下參照)。

七　「解除權ハ債權契約ヲシテ初メヨリ存在セサリシト同一ノ效果ヲ生セシムルヲ目的トスル權利ニシテ債權契約ヨリ發生シタル全法律關係ハ解除權ノ行使ニ因リ消滅スルモノナルカ故ニ解除權ハ債權契約ノ當事者又ハ全法律關係ニ付其地位ヲ承繼シタル者ニ於テノミ之ヲ有シ得ヘキモノトス左レハ雙務契約當事者ノ一方カ其債權ヲ讓渡シタル場合ニ於テ相手方カ債務ノ履行ヲ爲サルトキ解除權ヲ取得スル者ハ契約當事者タル讓渡人タルヘク單ニ債權ノミヲ有スル讓受人タラサルナリ蓋シ民法カ相手方ノ債務不履行ヲ原因トシテ當事者ノ一方ニ解除權ヲ與ヘタル所以ハ主トシテ斯ル相手方トノ契約上ノ拘束ヲ離脫シ自由ノ天地ニ復スルコトヲ得セシムルカ爲ニシテ專ラ解除ノ規定ノ適用セラルル雙務契約ニ就テ之ヲ觀レハ解除權ニ依リ保護セントスル利益ノ中核ハ當事者ノ一方ヲシテ相手方不履行ノ債務ノ對價タル自己ノ債務ヲ免ルルコトヲ得セシムルニ存スルモノト謂フヘク雙務契約ノ當事者又ハ全法律關係ニ付其地位ヲ承繼シタル者ノミ斯ル保護ヲ受クルノ資格ヲ有スルコト明ナレハナリ或ハ讓渡人ハ契約當事者ナルモ債權ヲ有セサルヲ以テ相手方債務不履行ノ場合ニ是レ亦解除權ヲ取得スルコトナシトノ疑ヲ挾ム者アラン然レトモ若其ノ疑ヲ是ナリトセハ讓渡人ノ債務不履行ノ場合ニハ相手方ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ルニモ拘ラス相手方ノ債務不履行ノ場合ハ何人モ契約ヲ解除スルコトヲ得サルコトト爲リ雙務契約當事者ノ地位ヲ著シク不公平ナラシムルヲ以テ讓渡人ニ解除權ナキモノト爲スヲ得サルナリ錢上說明ノ如ク雙務契約當事者ノ一方ハ債務ヲ讓渡スルモ猶ホ相手方ノ債務不履行ノ場合ニ解除權ヲ取得スルモノナリト雖モ解除ノ結果讓渡債權ハ消滅スルモノナルカ故ニ若其ノ專斷ヲ以テ解除權ノ行使ヲ爲シ得ルモノトセハ讓受人ノ權利ハ蹂躙セラルルノ虞ナシトセス自ラ債權ヲ讓渡シナカラ隨意ニ之ヲ消滅セシムルノ行爲ヲ敢テスルカ如キハ著シク信義誠實ニ反シ法ノ許容セサル所ナルカ故ニ債權ヲ讓渡シタル雙務契約當事者ノ一方ハ讓受人ノ同意ヲ以テノミ解除權ヲ行使シ得ルモノト解セサルヘカラス換言スレハ解除權ノ行使ニハ制限アルモ解除權其ノモノハ債權ノ讓渡人タル雙務契約當事者ノ一方ノ有スル所ナルヲ以テ之ヲ有セストノ前提ノ下ニ上告人ノ請求ヲ排斥シタル原判決ハ失當ニシテ全部之ヲ破毀スヘキモノトス」(昭和三、二、二八、大判、七卷三號一〇七頁以下、評論一七卷民法四〇四頁)、末川氏「雙務契約に因る債權の讓渡と解除權」破毀判例民法研究一卷二四四頁以下、宮崎氏評釋、判例民事法昭和三年度四八頁以下)。此の判例は讓渡人が解除權を有するものと爲す點は從來の判例と同一であるが、其の行使には讓受人の同意を要するものとする點に特異性を有する。

八　「解除權ハ債權契約ヲシテ初メヨリ存在セサリシト同一ノ效果ヲ生セシムルコトヲ目的トスル權利ナルカ故ニ賣買契約ノ解

除權ハ該契約ノ當事者又ハ其ノ當事者タル地位ヲ承繼シタル者ニ於テノミ之ヲ有シ得ヘク買主ノ權利ノミノ讓受人ハ當然ニ解除權ヲ讓受クルモノニ非ス」（昭和五、三、二九、大判、新聞三一一二號一五頁、評論一九卷民法五一三頁）。

九　「甲カ乙ヨリ不動產ヲ該地上ノ立木及家屋ト共ニ買受ケ其支拂方法ニ付之ヲ三回ニ分割シ順次ニ支拂ヲ爲スヘキ旨ノ賣買契約ヲ締結シタルモ第二回ノ支拂金ノ支拂ヲ爲ササル爲賣主乙カ右賣買契約ヲ解除シタル場合ニ於テハ甲ノ代金支拂義務モ亦當然消滅シタルモノニシテ假令乙カ右契約解除前ニ於テ丙ニ對シ贈與ヲ原因トシテ右第三回支拂金ノ代金債權ヲ讓渡シタリトスルモ雙務契約ヨリ生スル債權ノ讓渡ハ其ノ債權ノ性質ヲ毫モ變更スルモノニ非スシテ其債權カ讓渡人ノ手ニアルトキト同一ノ運命ニ從フヘキモノナレハ該債權ハ解除ニ依リ給付前ニ在リテハ當然消滅スヘキモノニシテ甲ニ於テ未タ曾テ右第三回支拂金額ヲ乙ハ勿論丙ニ對シテモ支拂ヲ爲ササルニ於テハ甲ハ右債權ノ讓受人タル丙ニ對シ右代金ノ支拂義務ナキト同時ニ乙ニ對シ之カ返還請求權ヲ有セサルモノト謂フヘキモノトス」（昭和七、八、九、長控判決、新聞三四五五號一四頁、新報三〇三號二一頁、評論二一卷民法九二〇頁）。

債權者が契約の效力として發生したる債權を讓渡したる場合に、其の契約の解除權は依然として讓渡人たる原債權者が有する。蓋し、債權讓受人は契約當事者たる地位の承繼人でないからである。併し、其の解除の結果として、其の讓受人の債權は何等の影響を蒙らない。此の問題に關しては、後に第三卷契約解除の效力中、原狀回復の問題としての說明を參照せられたい（五四五Ⅰ但書）。

第二　契約當事者及び當事者たる地位の承繼者以外の特殊の人々

當事者及び當事者たる地位の承繼者以外の人々が解除權を有するや否やに關して、從來諸種の判例が存在する。以下に之れを列擧しよう。

（一）　訴訟代理人

「民事訴訟法第六十五條第一項ノ規定ニ依レハ訴訟委任ハ同條第二項ニ依リ特別委任ヲ要スル事項ヲ除キタル外一切ノ訴訟行爲ヲ爲ス權限ヲ授與スルモノナレハ苟モ委任ノ目的ヲ達スルニ必要ナル總テノ攻擊又ハ防禦ノ方法ハ擧ツテ之ヲ提出スル權限ヲ付與スルモノト解セサル可カラス而シテ本件ノ如ク契約ヲ解除スルニ非サレハ請求スルコトヲ得サル事件ニ付原告ヨリ訴訟委任ヲ受ケタル場合ニ於テハ契約ヲ解除スルコトハ實ニ委任ノ目的ヲ達スル爲メ必要ナル攻擊方法ナルヲ以テ訴訟代理人ハ特別ノ委任ナキモ相手方ニ對シテ契約解除ノ意思ヲ表示シ以テ契約ヲ解除スル權限ヲ有スルモノトス蓋契約ノ解除ハ解除權者カ相手方ニ對スル意思表示ニヨリ之ヲ爲スヘキモノニシテ裁判所ニ之ヲ請求スヘキモノニアラサルヲ原則トスルモ解除ノ意思表示ノ方法ニ付キテハ法律上何等ノ方式ヲ要スルモノニ非サレハ訴訟當事者ハ訴狀又ハ答辯書若クハ口頭辯論ニ於テ攻擊又ハ防禦ノ方法トシテ之ヲ爲スコトヲ妨ケス而シテ訴訟代理人ハ前述ノ如ク特別委任ヲ要スル場合ヲ除キ一切ノ攻擊又ハ防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得ヘク而シテ契約ヲ解除スルコトニシテ必要ナル攻擊又ハ防禦ノ方法ナル以上ハ訴訟代理人ニ於テモ契約ヲ解除スル權限ヲ有スルモノト解スルヲ相當トス故ニ原判決カ契約解除ノ意思ヲ表示シタル本件訴狀ノ相手方ニ送達セラレタル時ヲ以テ契約解除ノ通知ノ相手方ニ到達シタル時ト認メ其ノ到達ノ時ヨリ契約解除ノ效力ヲ生シタルモノト爲シタルハ相當ニシテ毫モ本論旨ノ如キ不法ノ點アルヲ視ス」（明治三八、一二、二一、大判、一一輯一七一八頁以下）。判決に引用する舊民事訴訟法第六十五條は現行民事訴訟法第八十一條に該當する。而して舊法も新法も同趣旨の規定である。判示の如き特別の場合に關しては、本判例は勿論正當であらう。

（二）　代金取立の受任者

「代理人ハ本人ヨリ授與セラレタル代理權ノ範圍内ニ於テノミ本人ニ代リテ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノナレハ賣買代金ヲ取

立ツヘキコトヲ委任セラレタル代理人ハ本人ニ代リ買主ニ對シ代金ヲ請求スルノ權限ヲ有スルニ止マリ賣買契約ノ效力ヲ消滅セシムヘキ契約解除ノ意思表示ヲ爲スノ權限ヲ有セサルモノトス本件ニ於テ原裁判所ハ證人本岡幾藏西川長太郎古川猶吉ノ證言竝證人山口榮太郎ノ證言ノ一部ヲ綜合シテ被上告人（控訴人）カ上告人（控訴人）ノ代理人タル山口榮太郎ト交渉ノ結果賣買契約ヲ合意上解除シタル事實ヲ認定シタリ然レトモ此等ノ證言ヲ綜合スルモ山口榮太郎カ上告人ヨリ本件賣買代金ヲ取立ツヘキ權限ヲ授與セラレタル事實ヲ認定シ得ルニ過キスシテ同人カ上告人ヨリ本件賣買契約ヲ解除スヘキ權限ヲ授與セラレタル事實ヲ認定スルニ足ラス然ラハ原裁判所ハ賣買代金ヲ取立ツルノ代理權ヲ有スル者ハ其ノ賣買契約ヲ解除スルノ權限ヲ有スト云フノ前提ヲ以テ證據ヲ解釋シ事實ヲ認定シタルモノト謂ハサルヲ得ス是法則ニ違背シテ事實ヲ確定シタル不法アルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免レス」（大正一四、一〇、五、大判、四卷四八九頁以下、評論一四卷民法七一九頁、平井氏評釋、同年度判例民事法三六五頁以下。代理人が如何なる行爲を爲す權限を有し、亦如何なる權限を有せざるかの實例は平井氏が列擧せられて居る）。

（三）違約者

「原判決ハ其ノ理由ノ前段ニ於テ本件契約ノ履行ハ明治三十五年一月二十日迄延期セラレタルヤ否ヤ該期日ニ其履行セラレサリシハ被上告人ノ違約ニ因リシヤ否ヤノ事實上ノ爭點ニ付消極ノ判定ヲ爲シ其ノ後段ニ於テハ當事者間爭ナキ本件契約ノ履行期日タル明治三十五年一月十五日ニ其ノ履行ヲ爲ササリシハ全ク上告人ノ違約ニ基因セシ事實ヲ確定シタルヲ以テ上告人ハ違約ノ責アルモ被上告人ハ其ノ責ナシト謂ハサル可カラス而シテ違約者ハ違約セサル相手方ニ對シテ契約解除ノ權利ヲ有スヘキモノニ非サルハ固ヨリ論ナシ而シテ原判決ハ全ク此ノ理由ヲ以テ上告人ノ請求ヲ排斥シタルニ外ナラサレハ毫モ不法ノ點アルヲ視ス」（明治三七、三、五、大判、一〇輯二三九頁）。

（四）事務管理者

「他人ノ事務ヲ管理スル者ハ管理行爲ノ他仍ホ必要アル場合ニ於テ本人ノ爲メ其意思ニ反セサル限リハ處分行爲ヲモ爲スコトヲ得ヘキモノナレハ契約ノ解除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得サルニ非サルモ事務管理者ノ爲シタル契約解除ノ意思表示カ本人ニ效力ヲ生スルニハ其追認ヲ必要トスルヲ以テ買主カ自己ノ爲ニ賣買契約解除ノ意思ヲ表示シ、併セテ自己ト共同ニテ買主ト爲リソノ他ノ者ノ事務管理者トシテ其者ノ爲ニ賣買契約解除ノ意思ヲ表示スルモ其者ノ追認ナキ以上ハ之ヲ以テ買主ノ全員ヨリ爲シタル契約ノ解除アリト斷スルコトヲ得サルモノトス」（大正七、七、一〇、大判、二四輯一四三三頁、抄錄七九卷一八四七八頁、藥師寺氏「事務管理者の權限及ひ事務管理者の爲す契約解除の要件」志林二一卷四號四五頁以下、民事判例研究三六頁以下）。

（五）社債權者

「上告人ノ主張ニ依レハ上告人ハ被上告會社カ大正七年八月六日發行シタル第八回丙第一四九號無記名利札附社債券一枚（但金額五百圓利率年七分償還期限社債發行ノ日ヨリ滿三ケ年据置其ノ後五ケ年間ニ毎年二十萬圓宛（社債總額百萬圓）ヲ抽籤ニ依リ償還スルコト償還手續債權及利札ト引換ニ支拂フコトノ定メ）ヲ他人ヨリ讓受ケ現ニ其ノ所持人ナルトコロ被上告會社ハ大正十一年八月六日迄ニ爲スヘキ第一回ノ抽籤ヲ執行セス其ノ後二ケ年ヲ經過スルモ猶之ヲ爲ササルヲ以テ大正十三年十二月十二日右社債券ヲ被上告會社ニ呈示ノ上同日ヨリ五日間内ニ抽籤ヲ爲スヘキ旨請求シタルモ尙抽籤ヲ爲ササル爲上告人ノ有スル社債券ニ關スル契約ハ同月十八日適法ニ解除セラレタリト謂フニ在リ銃上ノ事實ニ依レハ本件社債ニ關シテハ社債發行ノ日ヨリ滿三ケ年ヲ經過シタル後五年ノ期間内ニ毎年償還ノ爲ニ抽籤ヲ執行スヘク遲クトモ同期間ノ滿了スル迄ニハ之ヲ償還スヘキコトヲ以テ本件社債契約ノ内容ト爲シタルモノト解スヘク從テ被上告會社カ上告人主張ノ如ク約定ノ期日毎ニ抽籤ヲ爲スコトヲ怠リ上告人所有ノ社債券ニ付當籤ノ機會ヲ得セシメサルモノトセハ是正シク本件社債契約ニ違反スルモノニシテ債權者タル上告人ニ對シテ同契約上ノ義務不履行ノ責ヲ免ルルコトヲ得サルモノト斷スヘク而シテ債務ノ履行ナキトキハ双務契約タルト片務契約タルトヲ問ハス均シク之ヲ解除シ得ルモノナレハ上告人ハ自己ノ有スル社債券ニ關シテハ社債契約上ノ義務不履行ヲ理由トシテ社債契約ノ解除ヲ爲シ得ルモ

ノト謂ハサルヘカラス而シテ凡ソ契約ハ當該契約ノ當事者又ハ其ノ地位ヲ承繼シタル者ニ限リ解除シ得ルモノトスルモ前陳社債契約ニ依レハ社債權者ニ對シ何等契約上ノ義務ヲ負擔セシムルトコロナク社債券ノ移轉ニ伴ヒ社債契約ノ當事者タル地位ヲモ移轉スルモノト解シ得ヘキカ故ニ上告人カ其ノ有スル社債權ニ關シテハ社債契約ヲ解除シ得ルモノト解スヘキハ當然ナリ然ルニ原判決ハ事玆ニ出テス上告人ハ單ニ社債券ヲ有スルノミニテ社債契約ノ當事者ニ非ラサルカ故ニ解除權ヲ有スルコトナシトノ前提ニ立テ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ不法ニシテ到底破毀ヲ免レサルモノトス」(大正一四、一二、一九、大判、彙報三七卷一〇號三八八頁以下、評論一五卷商法七五頁、新聞二五三一號一〇頁)。

(六)　保險倉社支店員たる出張員

「本件ニ於テ山田平之助ハ被上告會社仙臺支店ノ社員ニシテ同人ガ大正七年九月二十三、四日頃被上告會社ノ保險募集員タル高橋直次郎ト共ニ上告人方ニ到リ「ルイ」ノ既往症ヲ會社ニ告知セサリシコトヲ理由トシテ本件契約ヲ合意上解除セラレタキ旨申込ミタルコトハ原院ノ確定セル事實ニシテ凡ソ被上告會社支店ノ社員タル者カ會社ノ業務タル保險契約ニ關シ殊ニ遠距離ナル他地方ニ出張シ被保險人ノ既往症ヲ會社ニ告知セサリシコトヲ理由トシテ上告人ニ對シ其解除ヲ申込ムカ如キニ至リテハ他ニ特段ナル事由ノ存セサル限リ同社員ハ一應會社ノ命ヲ受ケテ派遣セラレ從テ被上告會社ハ右解除ノ原因ヲ知リ居タルモノト推定スヘキハ實驗法則上當然ニシテ契約ノ效力如何ヲ判定スル場合ノ如クニ其者カ會社ヲ代表スヘキ權限ヲ有スルト否トヲ問フヘキモノニアラス然ルニ原院カ如上ノ事實ヲ認メナカラ平之助ハ被上告會社ヲ代表スヘキ社員ニ非ス且證人高橋直次郎ニ於テ平之助カ被上告會社ヲ代表シテ派遣セラレタル事ヲ供述セルモノトシテ之ヲ措信セス其他前示ノ交涉ハ會社ノ命ヲ受クルモ正當代理權限ヲ付與セラレサル以上ハ事實ニ於テ之ヲ爲シ得サルモノノ如ク認メ會社ニ關係無ク同人單獨ノ意思ヲ以テ爲シタルモノト判定シ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ實驗法則ヲ無視シ不當ニ事實ヲ確定シタル不法アルモノニシテ破毀スヘキモノトス」(大正一一、四、六、大判、新聞一九九二號二一頁)。

(七)　破產管財人(舊法)

「阿藤武次郎カ被控訴會社ト控訴人主張ノ如キ各生命保險契約ヲ締結シ同會社ニ對シ控訴人主張ノ如キ各生命保險料ノ支拂ヲ爲シタルコト及右武次郎カ控訴人主張ノ如ク大正十四年四月十四日破產ノ宣告ヲ受ケ控訴人カ其破產管財人トナリ同月十八日被控訴會社ニ對シ右各生命保險契約解除ノ意思表示ヲ爲シ右意思表示カ其翌日被控訴會社ニ到達シタルコトハ當事者間ニ爭ナキ所ナリ而シテ控訴人ハ右保險契約ノ解除ハ破產法第五十九條ニ基キ解除シタリト主張シ被控訴人ハ同法條ハ保險契約ニハ適用ナキ旨抗爭スルヲ以テ之ヲ按スルニ同法條ハ廣ク雙務契約ニ付キ破產者及其相手方カ破產宣告ノ當時未タ共ニ其履行ヲ完了セサル場合ニハ凡ソ其適用アルモノニシテ特ニ保險契約ノ場合ニ其適用ヲ排除スヘキ理由ナキヲ以テ雙務契約タル保險契約ニモ亦其適用アルモノト解セサルヘカラス從テ本件ノ如キ保險契約者タル阿藤武次郎及保險者タル被控訴會社カ右武次郎ノ破產宣告ヲ受ケタル大正十四年四月十四日當時未タ共ニ其履行ヲ完了セサル場合ニハ破產管財人タル控訴人ハ右法條ニ從ヒ阿藤武次郎ト被控訴會社間ノ保險契約ヲ解除シ得ヘキヲ以テ右保險契約ハ控訴人ノ解除ノ意思表示カ被控訴會社ニ到達シタルコト爭ナキ大正十四年四月十九日ヲ以テ解除セラレタルモノト謂ハサルヲ得ス仍テ進テ右解除ノ效力ニ付キ審按スルニ破產法第三百九十條ニハ保險者カ破產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ保險契約者カ契約ノ解除ヲ爲シタルトキハ其解除ハ將來ニ向テノミ其效力ヲ生スル旨ヲ規定スルノミニシテ本件ノ如ク保險契約者カ破產ノ宣告ヲ受ケ其破產管財人カ契約ノ解除ヲ爲シタル場合ノ效力ニ付テハ別ニ規定スル所ナキヲ以テ斯ル場合ニ付キ契約當事者間ニ特別ノ合意ナキトキハ民法ノ規定ニ從ヒ原狀回復ノ義務ヲ生スヘシト雖モ當事者間ニ豫メ合意ヲ以テ定メタル破產法規ニ牴觸セサル保險約款アル場合ニ於テハ此約款ニ依ルヘキモノト解スルヲ相當トス而シテ本件保險約款タルコトニ付キ當事者間ニ爭ナキ乙第一號證ノ第十九條ニ依レハ保險契約ノ解除失效又ハ會社カ保險金ヲ支拂フ責ニ任セサル場合ニハ責任準備金ヨリ費用ノ賠償トシテ保險金額ノ百分ノ五ヲ超過セサル金額ヲ控除シ其殘額ヲ保險契約人ニ拂戻スヘキ旨ヲ規定シ此規定ハ特ニ合意解除ノ場合ノミニ制限シタルモノト認ムヘキ文詞ナク且破產法規ニ牴觸スル所ナキヲ以テ破產管財人カ破產法第五十九條ニ依リ保險契約ヲ解除シタル場合ニ於テモ亦此約款ノ規定ニ從ヒ保險者ハ一定ノ金額ヲ破產管財人ニ支拂フヘキモノト解スヘキモノトス然ルニ右保險約款

ニ依ルヘキモノトスレハ控訴人ノ返戻ヲ受クヘキ金額カ被控訴人主張ノ如クナルコトハ控訴人ノ爭ハサル所ナルヲ以テ被控訴會社ハ右解除ノ結果控訴人ニ對シ被控訴人主張（イ）ノ保險契約ニ付テハ金百八十八圓八十七錢（ロ）ノ保險契約ニ付テハ金百四十四圓二十三錢（ハ）ノ保險契約ニ付テハ金六十七圓三錢（ニ）ノ保險契約ニ付テハ金六十五圓二錢以上四口合計金四百六十五圓十五錢ヲ支拂フヘキ義務アルモノトス」（大正一五、三、三一、大控判決、新聞二五六七號六二六一頁）。

（八）代位辨濟者

辨濟に因る代位者（四九九、五〇〇）は解除權を有するや否やに關しては爭がある。

代位者（債務全部の代位辨濟者）は契約解除權を有するものと解すべきである。蓋し、第五百二條第二項には一部の代位辨濟が爲されたる場合には、契約解除權は債權者に屬する旨を規定して居る。從つて、全部の代位辨濟が爲されたる場合には、代位者が解除權を有するものと解すべきは當然であらう。此の場合は解除權者は契約當事者、又は其の地位の承繼人たることを要するものとする原則の例外であると見る。

反對論者は代位者は債權讓受人と同じく單に債權を承繼するに止まり、債權者たる地位を承繼するものでないから、解除權を有せないと主張するけれども、斯の如き解釋は第五百二條第二項の明文に反するであらう。

肯定說　末弘氏各論二二三頁註八、鳩山氏總論一九二頁、横田氏新報一九卷三號九六頁。

否定說　石坂氏中卷一二九七頁本文及び註一。

（九）民法第三百九十五條の場合

民法第三百九十五條は第六百二條に定めたる期間を超えざる短期賃貸借は抵當權の登記後に登記したるものと雖も、之を以て抵當權者に對抗することを得るものとし、唯、其の賃貸借が抵當權者に損害を及ぼすときは、裁判所は抵當權者の請求に因り其の解除を命ずることを得るものとして居る。從つて、此の賃貸借の解除は、(1)解除權行使方法を解除權者の一方的意思表示に依りて爲すものとする原則に對して、解除權行使方法を判決によりて爲すべきものとする一大例外を爲すのみならず、(2)解除權を有する者は契約當事者又は其の地位の承繼人でなければならないとする原則に對し、當事者又は當事者たる地位の承繼人に非ざる第三者が解除權を行使し得べき例外を構成するものである。同條に規定する解除に關しては後に說明するであらう。

（一〇）解除權者の債權者（四二三）

解除權は解除權者の債權者も亦之を行使し得る（四二三）。卽ち、契約解除は債權者代位權の目的と爲り得る。

「債務者カ自己ノ負債ノ整理ヲ他人ニ委任シ且之カ爲メ必要ナル事項トシテ自己ノ不動產ノ所有權ヲ其他人ニ移轉スルモ還ハ債權者總員ノ利益ノ爲メニ爲シタル行爲ナルノミナラス債權者中ノ或者カ債務者ノ斯ル行爲ヲ不利益ナリト信スルニ於テハ民法第四百二十三條ノ規定ニ則リ該委任ヲ解除シ且受任者タル他人ヲシテ整理ノ爲メニ所有權ヲ取得シタル財產ヲ返還セシメ因テ以テ容易ニ執行ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ斯ル行爲ヲ目シテ一部債權者ノ執行ヲ避ケンカ爲メニ爲シタル行爲ニシテ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル無效ノモノナリト云フコトヲ得ス」（大正八、二、八、大判、二五輯七八頁、抄錄八二卷一九二六九頁、新聞一五四〇號二四頁、評論八卷民法二三三頁）。

第三　多數當事者間の契約解除權（五四四）

民法第五百四十四條第一項には「當事者ノ一方カ數人アル場合ニ於テハ契約ノ解除は其全員ヨリ又ハ其全員ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得」と規定して居る。

之れに關しては諸種の判例が存在する。爰には解除權者に關するものを採用し、解除の相手方に關

しては更に後に援用するであらう。

一　「賣買契約ノ如ク當事者ノ一方カ數人アル場合ニ於テ其一人ノミカ解除權取得ノ契約ヲ相手方ト締結スルモ其數人中ノ他ノ當事者カ之ニ因リテ解除權ヲ取得シ得サルハ勿論右ノ一人モ亦之ヲ取得シ得サルモノトス」(大正三、六、九、東控判決、新聞二二八〇號一七頁、評論一三卷民法七二四頁)。

二　「當事者ノ一方カ數人アル場合ニ於テハ契約ノ解除ハ其全員ヨリ又ハ其全員ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要スヘキハ民法第五百四十四條第一項ノ規定スル所トス而シテ原判決ニ據レハ本件消費貸借ハ被上告人及訴外甲カ上告人ヨリ乙ノ承繼人及外二名ニ對スル帝國公債額面五百圓一通ノ貸借ニ基ク債權ヲ讓受ケ其代金トシテ支拂フヘキ金圓ヲ目的トシテ成立シタルモノナルコト及上告人ニ對スル右債權讓渡契約ノ當事者タル讓受人ハ被上告人及外一名ナルコトハ原審ノ確定シタル事實ナルコト明瞭ナリトス然ラハ本件ニ於テ右債權讓渡契約カ有效ニ解除セラレタル事實ヲ認定センカ爲メニハ其解除ノ意思表示ハ被上告人及外一名ヨリ爲サレタルコトノ事實ヲ確定セサルヘカラサルモノトス然ルニ原判示ニ據レハ被上告人ノ代理人ヨリ本訴ニ於テ大正四年二月二十五日口頭辯論ニ際シ契約解除ノ意思表示アリタル事實ハ之ヲ確定シタルモ外一名ノ當事者タル訴外甲ヨリ解除ノ意思表示アリタルヤ否ヤノ事實ヲ確定セスシテ直チニ右契約カ有效ニ解除セラレタルモノト認定シタルハ民法第五百四十四條第一項ニ違背シテ事實ヲ確定シタルモノニシテ之ヲ違法ナリト謂ハサルヘカラス被上告人ハ原審ニ於テ被上告人ノ訴訟代理人カ被上告人及外一名ヲ代理シテ解除ノ意思表示ヲ爲シタリト認ムヘキ旨辯解スルモ斯ル事實ハ原判決ニ於テ認メサル所ナルカ故ニ右辯解ハ之ヲ採用シ難ク又被上告人ハ上告人カ此點ニ付キ何等反對ノ主張抗辯ヲモ提出セサルニ依リ原判決ハ正當ナリト論スルモ上告人ハ本來讓渡契約ノ解除セラレサルコトヲ主張シテ本訴ノ請求ヲ爲スモノナルコト原判決摘示ニ引用シタル第一審判決事實摘示ニ依リ明カナレハ右解除ノ有效ナルコトヲ爭フ意思アリタルモノト認ムヘキモノト謂ハサルヘカラス」(大正四、一二、二八、大判、新聞一〇八六號一九頁)。

三　「他人ノ事務管理者ハ管理行爲ノ他仍ホ必要アル場合ニ於テ本人ノ爲メニ其意思ニ反セサル限リハ處分行爲ヲモ爲スコトヲ得ヘキモノナレハ契約解除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得サルニ非サルモ事務管理者ノ爲シタル契約解除ノ意思表示カ本人ニ對シ其ノ效力ヲ生スルニハ其追認ヲ必要トスルコト言ヲ俟タサルヲ以テ買主カ自己ノ爲メニ賣買契約解除ノ意思ヲ表示シ併テ自己ト共同ニテ買主ト爲リタル他ノ者ノ事務管理者トシテ其者ノ爲メニ賣買契約解除ノ意思ヲ表示スルモ其者ノ追認ナキ限リハ之ヲ以テ買主ノ全員ヨリ爲シタル契約ノ解除アリト斷スルコトヲ得ス本件ニ在リテハ上告人ハ本件賣買ノ買主ノ全員ヨリ爲メニ賣買契約解除ノ意思ヲ表示シ併テ右二名ノ買主ノ全員ヨリ爲シタル契約ノ解除アリト主張シタル名ニシテ上告人ハ買主トシテ本件賣買契約解除ノ意思ヲ表示シ併テ右二名ノ買主ノ全員ヨリ爲シタル契約ノ解除アリト主張シタルコト判文上明白ナリ果シテ然ラハ上告人カ事務管理者トシテ爲シタル本件賣買契約解除ノ意思表示ハ本人ノ追認ナキヲ以テ其效力ヲ生セス從テ未タ買主ノ全員ヨリ爲シタル契約解除アリト云フコトヲ得ス是ヲ以テ原裁判所カ「契約解除權行使ノ如キ管理行爲ニ屬セサルモノハ他人ノ事務管理トシテ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ契約ノ相手方タル被控訴人(被上告人)ニ對シ何等效力ヲ生スヘキモノニ非サレハ」ト判示シタルハ失當タルヲ免カレスト雖モ本件賣買契約カ有效ニ解除セラレサルモノトシ上告人敗訴ノ判決ヲ爲シタルコト判文上明白ナルヲ以テ原判決ハ結局正當ナリ」(大正七、七、一〇、大判、二四輯一四三二頁、抄錄七九卷一八四七八頁、新聞一四七〇號二四頁)。

四　「共有漁業權ノ賃貸借契約ノ解除ハ共有物ノ管理ニ關スル事項ニシテ民法第二百五十二條ニ依リ各共有者ノ持分ノ價格ニ從ヒ其過半數ヲ以テ決スヘキモノナリト雖モ同條ハ共有者間ニ於ケル其管理ニ付決議方法ヲ規定シタルモノニシテ共有者ノ相手方ニ對シ右契約解除ノ意思ヲ表示スヘキコトハ同法第五百四十四條第一項ニ則リ其共有者全員ヨリ又ハ其全員ニ對シテノミ之ヲ爲スヘキコト極メテ明瞭ナルヲ以テ賃貸人タル共有者ヨリ爲ササル賃貸借契約ノ解除ハ不適法ナリトス」(大正一一、三、一三、横濱地方判決、評論一一卷民法七八五頁)。

五　「我民法第五百四十四條ハ契約解除權不可分ノ法理ヲ認メタルモノナルコト所論ノ如クナレトモ唯單ニ當事者ノ一方カ數人アル場合ニ於テ契約ヲ解除スルニハ其全員ヨリ又ハ全員ニ對シテノミ之ヲ行フコトヲ得ルコトヲ規定シタルニ過キスシテ苟モ其全員ヨリ又ハ其全員ニ對シテ契約解除ノ意思ヲ表示シタル以上ハ必スシモ其全員ヨリ又ハ全員ニ對シテ同時ニ之ヲ爲スコトヲ要セス個々別々ニ其時ヲ異ニシテ之ヲ爲スモ其ノ效力ノ發生ヲ妨ケサル法意ナリト解スルニ難カラス從テ其表意カ全員ヨリ又ハ全員ニ對

シ同時ニ爲サレ若ハ各員ヨリ又ハ各員ニ對シ個々別々ニ其時ヲ同シクシテ爲サレタル場合ニ於テハ其ノ解除ノ效力カ同時ニ發生スルモノナルコト論ナキモ其意思カ各員ヨリ又ハ各員ニ對シ個々別々ニ時ヲ異ニシテ爲サレタル場合ニ於テハ最後ニ爲サレタル表意ノ時期ニ於テ其以前ニ爲サレタル表意モ亦之ト共ニ其效力ヲ發生スルモノト認ムルヲ妥當ナリトス原判決ノ確定シタル事實ニ依レハ被上告人兩名ハ本件山林賣買ノ共同買主ニシテ被上告人木村森藏ハ大正十一年二月（原判決ニ所謂大正十一年一月ハ大正十一年二月ノ誤記ト認ム）十五日又被上告人柳田才一郎ハ同月二十七日ニ於テ共ニ手附金二百五十圓ヲ拋棄シテ賣買契約ヲ解除スル旨ノ意思表示ヲ爲シタルモノナルヲ以テ其表意ハ買主ノ各員ヨリ各別々其時ヲ異ニシテ爲サレタルモノナルモ前陳ノ理由ニ依リ最後ニ被上告人柳田才一郎カ表意ヲ爲シタル右二月二十七日ニ於テ本件山林賣買ハ有效ニ解除セラレタルモノト判定セサルヲ得ス故ニ原審カ之ト同一ノ理由ニ基キ本件契約解除ノ事實ヲ肯定シタルハ適法ニシテ論旨ハ採用スルニ足ラス」（大正一二、六、一、大判、二卷四一七頁、鳩山氏評釋「多數當事者間に於ける契約解除の意思表示」法協四二卷九號、大正十二年度判例民事法三一三頁以下、民法研究四卷一九七頁以下）。

契約當事者の一人のみの爲したる又は一人に對してのみ爲されたる解除の意思表示は無效であるから、其の無效の意思表示が集合して有效なる解除の意思表示と爲るのは不合理であると謂ふのは（上告論旨）餘りに拙劣なる形式論理である。一人のみの爲したる解除の意思表示、一人に對してのみ爲されたる解除の意思表示であるからこそ無效なのであつて、集合して居れば有效なる意思表示と爲るのであるから、此の上告論旨は當らない。例へば一種の藥だけでは何等の治療的效力を發生せしめなくとも、二三種の藥を混合せしむることに依りて絶大なる治療的效力を發生せしむることがあり得る。腐敗したる一種の藥は何等の治療作用を呈しない。腐敗したる藥を數種混合せしめても何等の作用を發生せないと謂ふ場合もあり得る。此の兩者の場合を混同して議論を爲すことを許されないであらう。

六　「契約ノ締結カ多數當事者ニ依リ爲サレタル場合ハ苟モ單純ナル連合當事者ニアラサル限リ當事者雙方共各全員共同一致ノ意思表示ノ合致ニ依リ成立スルモノナレハ其ノ取消モ亦雙方全員ノ一致共同ノ意思表示ニ依リ爲サルルニ非サレハ其ノ效ナキコト契約ノ本質ニ照シ明白ナルヲ以テ共同當事者中ノ一員カ單獨ニテ全契約ノ取消ヲナサントスル意思表示ヲナスモ其ノ全契約ハ勿論其ノ一部ト雖之カ取消ヲ爲シ得サルモノトス」（大正一五、一一、一三、福島地方判決、新聞二六三二號一一頁、評論一六卷民法一〇五頁）。

是れは解除に關する判例に非ずして、取消に關する判例であるが、參考として茲に揭げて置く。

第十款　解除權行使の相手方

（一）　總說

契約は契約當事者のみを連結するものであるから、當事者の一方が其の契約を解除せんとするには、其の契約當事者の他方、卽ち、相手方に對して、解除權の行使を爲すべきものなること疑なき所である。契約解除は契約當事者一方の相手方に對して之れを爲すべきものなるが、相手方は必ずしも本人たることを要しない。本人の代理人に對しても解除の意思表示を爲し得ること勿論である。唯、其の代理人が眞に代理權を有する者なるや否やが主要なる問題たるのみである。

一　「上告人ハ株式會社ナルヲ以テ上告人ニ對スル意思表示ハ之ヲ上告會社ノ取締役又ハ其ノ他上告會社ニ代リテ其ノ意思表示ヲ受クル權限アル者ニ對シ爲スニ非サレハ上告會社ニ對シ其ノ效力ヲ生スルモノト爲スニハ其ノ意思表示ヲ受ケタル者カ上告會社ノ取締役又ハ支配人其ノ他上告會社ニ代リテ之ヲ受クル權限アルコトヲ確定セサルヘカラス本件ニ付原審ノ確定シタル事實ニ依レハ被上告人ノ爲シタル被上告人ト上告會社トノ間ニ成立シタル代理店契約ノ解約ノ意思表示ハ之ヲ上告會社大阪支部長田中平次郎ニ爲シタルモノナルヲ以テ右解約カ上告會社ニ對シ效力ヲ生スルモ

ノト爲スニハ右田中平次郎カ上告會社ノ取締役又ハ支配人其ノ他上告會社ニ代リ右解約ノ意思表示ヲ受クル權限ヲ有スル者ナルコトヲ確定スルコトヲ要スルニ拘ラス原審ハ此擧ニ出テスシテ右解約ノ意思表示ニ因リテ代理店契約終了シタルモノトシテ上告人ノ本訴請求ヲ排斥シタルハ審理不盡ニ非サレハ理由不備ノ不法アルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免レサルモノトス」(昭和一〇、二、一二、大判、一四卷一號六一頁以下、有泉亨氏評釋、昭和十年度判例民事法二二頁以下、於保氏論叢三二卷一二〇一頁、大西氏民商法雜誌二卷一號九八頁)。

二　「商法第二百六十六條ノ規定ハ受動的代理ノ場合ニ適用ナキヲ以テ保險者カ保險金受取人ノ相續人ノ法定代理人ニ對シテハ其資格ニ於ケル者ニ對シテ之ヲ爲スノ意思ヲ有シタルト否トヲ問ハス之ヲ示シテ爲シタルニ非サル限リ商法第四百二十九條ニ基ク解除ノ意思表示ヲ爲スモ契約ノ相手方ニ對シテ爲サレタルモノニ非サルヲ以テ當然無效ナリトス」(大正一〇、一〇、九、横濱地方判決、評論一〇卷商法七六五頁)。

三　「組合契約ノ締結及其目的タル事業ノ經營ト該契約ノ解除トハ全然正反對ノ事項ナルヲ以テ本件匿名組合契約ノ締結及ヒ其目的タル紙函製造販賣事業ノ經營ニ關スル一切ノ事項ヲ擧ケテ上告人ノ代理人トシテ小安藏之輔ノ處理ニ任セル事實アレハトテ援テ以テ被上告人及ヒ田阪梅尾カ之ト正反對ナル該契約解除ノ意思表示ヲ爲スニ當リ藏之輔ハ之ヲ受クルニ付キ相當ノ代理權限ヲ有スルモノト謂フコトヲ得ス然ルニ原院カ右藏之輔ニ對スル解除ノ意思表示カ有效ナリヤ否ヤノ爭點ヲ判斷スルニ當リ論旨摘錄ノ如ク判示シ民法第九十九條第二項第一項ニ則リ意思表示ノ效力ヲ直接ニ本人タル上告人ニ對シテ生セシメタルハ理由不備ノ不法アル判決ニシテ破毀ヲ免レス依テ他論旨ニ對シテ一々說明ヲ附スルノ要ナシ」(明治四四、一二、一、大判、一七輯七五二頁以下)。

尤も、大審院は組合契約の解除を認めざる旨の判決を爲し居ること裏に述べたる通りである。

四　「妻ハ其夫ノ不在ニ際シテハ日常普通ノ用務ニ付キ之ヲ代理スヘキモ賣買契約ノ解除ニ關スル法律行爲ニ至リテハ之ヲ日常普通ノ用務トハ解シ難ク從テ當然其夫ヲ代理スル權限ヲ有スルモノト認ムルヲ得サルカ故ニ右夫ノ不在中其妻ニ對シテ爲サレタル解除ノ意思表示ハ夫ニ對シテ其效力ヲ生セサルモノトス」(大正七、一二、二六、長控判決、新聞一五一六號二二頁、評論八卷民法二八五頁)。

五　「解除ノ意思表示ヲ受クヘキ者二人アリ而カモ此二人ニ對シテ意思表示スルコトカ解除ノ有效無效ヲ決スル決定的關鍵タル場合ニ於テハ單ニ何某親權者某殿ト記載シアル以上ハ獨リ其本人タル無能力者ニ對スル意思表示トシテ其法定代理人タル親權者ニ對シテノミ之ヲ爲シタルモノニシテ其親權者自身ニ對スル意思表示ヲ包含セサルモノト解スルヲ相當トス」(大正五、一〇、三〇、東地判決、新聞一二三九號二一頁)。

解除權の行使は契約の相手方に對して、之れを爲すべきものなるが故に、亦、其の相手方の地位の承繼者に對しても、解除權の行使を爲し得る。卽ち、

(a)相手方の家督相續人は相手方の地位の承繼者なるが故に、解除權の行使は、相手方の家督相續人に對しても之を爲し得る。

同說、末弘氏各論二二三頁、大正四、一二、二一、大判、二二輯八三頁以下(後揭)、大正四、一二、二一、東地判決、評論四卷商法五二五頁(後揭)、大正三(ワ)五三七號大地判決、新聞一〇二一號二三頁、評論四卷商法二六一頁(後揭)、大正八、九、一〇、東控判決、評論八卷商法四九五頁(後揭)、大正一〇、一〇、九、橫濱地方判決、評論一〇卷商法七六五頁(前揭)。

(b)遺產相續人も財產關係に關しては亦相手方の地位を承繼するものであるから、解除權の行使は遺產相續人に對しても之れを爲し得る。

遺產相續人が數人ある場合には第五百四十四條の適用を受け、遺產相續人全員に對して解除權を行使することを要すること勿論である。之れに關しては後に述べる。

同說　末弘氏二二五頁。

(c)相續以外の原因に因り契約の相手方たる地位を承繼する者は解除權行使の相手方たる適格を有する。

一　昭和七、二、二九、大判、一一卷四〇七頁(後掲)。

二　「債權讓渡ノ通知ヲ受ケテ後債權讓渡人ニ契約解除カ有效ニ行ハレタリトスルモ讓受人ニ對シテ其效ノナキコトハ民法第五百四十五條第一項ニヨリ明カナリ」(明治三九、一二、五、東控判決、最近判一卷五頁)。蓋し前債權者は現在の債權者に非ざる當然の結果である。

(二)　債務引受人

契約解除權行使の相手方たる適格を有する者は契約當事者又は其の地位の承繼人たるを要することは前示の如し。

解除權行使の相手方たるべき者の地位を承繼する者は解除權行使の相手方たることを得べきや否や。

其の債務の引受が重疊的債務引受なるときは前債務者たる原契約の當事者の一方は依然として契約當事者であるから、解除權行使の相手方たるべきである。其の債務引受が免責的債務引受なる場合には前債務者は一方に對して債務を負擔せず、引受人のみが債務を負擔するけれども、前債務者は未だ夫れに依りて契約當事者たる地位を脫退して居ないのであるから、契約解除は前債務者に對して爲すべきであつて、債務引受人に對して爲すべきでないと考へる。此の事は契約當事者の一方が其の債權を讓渡したるに拘はらず、尙依然として契約當事者たる地位を保持し、契約解除權は依然として債權讓渡人が之れを保有し、債權讓受人は解除權を有せざると同一の結果である。

(三)　數人の相手方

一　「契約ノ解除ハ一方ノ當事者ニ付キ遺產相續開始シ數人カ共同相續ヲ爲シタル場合ニ於テハ其相續人全員ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトス」(大正四、一〇、二八、東地判決、評論四卷商法三七九頁)。

二　「當事者ノ一方カ數人アル場合ニ於テハ契約解除ハ其全員ヨリ又ハ其全員ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナルコトハ民法第五百四十四條ノ明定スルトコロナリト雖モ右法條ハ契約當事者ノ一方カ數人アル場合ニ其當事者中ノ或者ニ付契約關係ヲ存續セシメ或者ニ對シテハ之ヲ解消セシムル能ハサルコトヲ規定スルニ止マリ敢テ公益上ノ理由ニ基クモノニアラサルヲ以テ多數當事者中ノ或者ニ對シテハ合意解除ニヨリ或者ニ對シテハ一方的解除權ノ行使ニヨリ契約ヲ解消セシムルコトヲ禁止スル趣旨ニ非ス又解除ノ意思表示ハ必スシモ同時ニ爲サルルコトヲ要セス時ヲ異ニシテ之ヲ爲スコトヲ妨ケサルモノト解スヘキヲ以テ數人ノ當事者ノ一員ニ對シテ爲シタル契約解除ノ意思表示ハ直ニ何等ノ效力ヲ生セサルモノト爲スヲ得ス後日他ノ當事者ニ對シ解除ノ通知カ爲サルルカ又ハ後日他ノ當事者トノ契約關係カ解消セラレ一方的解除ノ意思表示ヲ爲ス必要ナキニ至ルトキハ先キニ爲シタル解除ノ通知ハ完全ニ其效力ヲ生スルモノト解スルヲ相當トス仍テ今本件ニ付之ヲ觀ルニ控訴人カ爲シタル前記大正十三年二月九日附契約解除ノ意思表示ハ被控訴人ノミニ對シ爲サレタルコトハ控訴人ノ爭ハサルトコロナレトモ證人增田傳吉ノ原審並ニ當審ニ於ケル證言ニ依レハ本件請負契約ハ控訴人ト訴外增田傳吉トノ間ニ於テハ其後合意解約ニ依リ解消セラレタル事實明カナルカ故ニ控訴人ハ最早同人ニ對シ解除ノ通知ヲ爲スヲ要セサルニ至リタル結果被控訴人ノミニ對シ爲シタル前記契約解除ノ意思表示ハ完全ニ其效

力ヲ生スルニ至リ本件請負契約ハ玆ニ完全ニ解除セラレタルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テ此點ニ關スル抗辯モ亦理由ナシ」(昭和三、一、三〇、東控判決、法律新報一四三號一四頁一五頁、新聞二八一七號一五頁、評論一七卷民法四三五頁)。

三　「數人カ地上權ヲ共有スル場合ニ於テハ持分ノミニ付消滅ノ請求ヲ爲スコトヲ許ササルモノトス」(昭和四、一二、一一、大判、評論一九卷民法三二頁)。

之れは物權契約の解除に關するものであるが、矢張り、判例は之れに關しても、亦解除權不可分の原則を認むるが如し。

四　「賣買契約又ハ賃貸借契約ニ數人ノ買主又ハ數人ノ賃借人アリテ其ノ内ノ一人ノミカ自己ノ負擔スル代金又ハ賃料ノ一部ヲ支拂ハサルトキニ於テモ尚賣主又ハ賃貸人ハ買主又ハ賃借人ノ全員ニ對シテ法定ノ手續ヲ履踐シ契約ヲ解除シ得ルモノトス」(昭和四、一二、一一、大判、評論一九卷民法三一頁)。

(四)　賃借權の讓受人

一　「凡ソ他人ノ地上ニ存スル建物ヲ買受クルニ當リテハ其借地權ト共ニ取得スルニ非サレハ建物買受ノ目的ヲ達スル能ハサルヲ以テ特ニ取毀チノ目的ニ出テタル等爾後建物トシテ之ヲ存續セシムルノ必要ナキ事情ノ存セサル限リ當事者ハ賣買ト同時ニ其借地權ヲ買主ニ讓渡シタルモノトス此場合ニ於テ假令地主ニ於テ建物ノ賣主ニ對シ賃貸借解除ノ意思表示ヲ爲シタリトスルモ既ニ其以前ニ賃貸借關係カ建物ノ買主ニ移轉シ賣主ハ該契約ヨリ脫退シタルトキハ賣主ニ對シ解除權ヲ有スルト否トニ拘ラス其意思表示ハ買主ニ對シ效力ナキモノトス」(大正五、一、二四、東地判決、新聞一一三四號二三頁)。

二　「賃借權カ適法ニ讓渡サレタルトキハ別段ノ意思表示ナキ限リ讓受人ハ讓渡人タル賃借人ニ替リテ其ノ地位ヲ承繼シ爾後賃貸借ノ當事者トシテ賃貸人ト對立スルニ至ルカ故ニ該賃貸借ヲ解除スルニ當リテハ其ノ意思表示又ハ之ニ代ル裁判ハ右讓受人ニ對シテ爲サルヘキモノトス」(昭和七、二、二九、大判、一一卷四〇七頁、新聞三四〇七號七頁、新報二九一號一二頁、評論二一卷一〇五頁、彙報四三卷一二號民事六五九頁)。

(五)　保險金受取人

一　「按スルニ生命保險契約ニ於テ第三者ヲ以テ保險金額ヲ受取ルヘキモノト定メタル場合ニ於テモ尚ホ第三者ニ於テ其利益ヲ享受シタル保險金額ヲ受取ルヘキ權利及此權利ヲ行使スルニ必要ナル義務ニ關スル部分以外ノ保險契約ニ因ル法律關係ハ依然該契約ノ當事者タル保險者ト保險契約者トノ間ニ存スルモノナルヲ以テ隨テ保險契約者ノ保險者ニ對スル權利義務ハ保險契約者死亡ノ場合ニ於テハ其相續人ニ移轉スヘキモノニシテ保險金額ヲ受取ルヘキ者ニ於テ此等ノ權利義務ヲ承繼スヘキモノニ非スト謂ハサルヘカラス故ニ保險者カ商法第四百二十九條第一項ニ從ヒテ爲ス保險契約解除ノ意思表示モ保險契約者死亡後ハ之ヲ保險契約者ノ相續人ニ對シテ爲スヲ要スルモノニシテ保險金額ヲ受取ルヘキ者ニ對シテ爲シタル保險契約解除ノ意思表示ハ何等ノ效力ヲ生セサルモノニシテ無效ナリト爲ササルヘカラス上告人ハ如上ノ場合ニ於テ保險契約者ノ相續人ハ何等承繼スヘキ法益ナキ旨論スルモ苟クモ其被相續人タル保險契約者ニ於テ保險契約ヲ爲スニ付キ法益ヲ有シタル以上ハ法律上其權利義務ヲ承繼スヘキ相續人ハ當然其法益ヲ承繼スルモノト爲スヘキカ故ニ上告人ノ所論ヲ理由アリト謂フヲ得ス又上告人ハ商法第四百二十九條ノ三第二項ヲ援用シテ論スル所アルモ右商法第三百九十九條ノ三第二項カ第三者ヲ以テ保險金額ヲ受取ルヘキ者ト定メタル生命保險ニ準用セラルル場合ニ於テハ該條項ニ保險契約者トアルハ如上ノ生命保險ニ在リテハ保險金額ヲ受取ルヘキ者ニ該當スルモノトシテ解釋スヘキ旨趣ナルコト疑ヲ容レサルヲ以テ上告論旨ノ正當ナルコトヲ確ムル理由ト爲スニ足ラス又上告人ハ所論中第四百三十二條ニ於テ保險金額ヲ受取ルヘキ者ニ被保險者ノ死亡ニ付キ通知ノ義務ヲ負ハシメタル規定ヲ援用スト雖是レ特ニ法律ニ於テ保險金額ヲ受取ルヘキ者ニ負擔セシメタル義務ニ止マリ之ヲ以テ本件ノ如キ保險契約解除ノ相手方カ保險金額ヲ受取ルヘキ者ナリトノ理由ノ基礎ト爲スニ足ラス上告人ハ其他尚ホ論スル所アルモ孰レモ其理由アリト爲スニ足ラス故ニ本件ニ付キ原審ニ於テ上告人カ被上告人ニ對シテ爲シタル本訴保險契約解除ノ意思表示ヲ以テ其效力ナキモノト判示シタルハ正當ニシテ本訴ニ於ケル上告人ノ抗辯ハ此點ニ於テ理由ナキニ歸スルモノトス故ニ假リニ上告論旨第二點第三點ニシテ理由アリトスルモ原判決ノ正當タルニ妨クル所ナキモノトス」(大正

四、二、七、大判、二二輯八三頁以下)。

二　「保險契約ノ解除ニ付テハ特別ノ規定ナキヲ以テ民法一般ノ原則ニ依リ契約ノ相手方又ハ其相續人ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スヘキモノト解スヘキモノナルカ故ニ保險者ヨリ保險契約者又ハ相續人ニアラサル保險金受取人ニ對スル解除ノ意思表示ハ效ヲ生セサルモノトス」(大正四、一二、二一、東地判決、評論四卷商法五二五頁)。

三　「保險契約者カ契約滿期ノ際尙ホ生存スルトキハ同人ヲ若シ死亡シタルトキハ第三者ヲ保險金受取人トスル保險契約ハ普通ノ契約ト第三者ノ爲メニスル契約トヲ相關聯セシメタルモノニシテ保險契約者カ死亡シタルトキハ純然タル第三者ノ爲メニスル契約トナリ其第三者ハ其時ヨリ保險金請求權ヲ取得スルモノナリ從テ此場合保險者ニ於テ該契約ニ基因スル抗辯ヲ主張セントスルトキハ直チニ第三者ニ對シ之ヲ主張シ得ヘキコト論ヲ俟タスト雖モ民法第五百三十九條ニ所謂抗辯ニハ契約ノ解除權ヲ包含セス從テ保險者ハ解除ヲ以テ第三者タル保險金受取人ニ對抗スルコトヲ得ス又第三者ノ爲ニスル契約ノ第三者ハ契約上ノ利益享受ノ權利ヲ取得シタルト否トニ拘ラス決シテ契約ノ當事者トナルモノニアラサルヲ以テ保險者ハ民法第五百四十條ノ原則ニ基キ契約ノ相手方ニ對シ解除ノ意思表示ヲ爲スヘク若シ其相手方死亡シタルトキハ其相續人ニ對シ之ヲ爲ササル可カラス」(大正三年(ワ)五三七號大阪地方判決、新聞一〇二一號二三頁、評論四卷商法二六一頁)。

四　「保險者ニ於テ保險契約者ノ妻ヨリ保險金支拂ノ請求ヲ受ケタル當時ハ保險契約者ノ家族トシテハ其者一人ニシテ他ニ卑屬親無カリシヲ以テ右妻ヲ以テ保險契約者ノ相續人ト爲シ同人カ契約關係ヲ承繼スヘキカ如シト雖モ保險者カ解除ノ通知ヲ爲ス前卑屬親トシテ出生シタル者アルトキハ保險者カ契約解除ノ意思表示ヲ爲スニ際シ之ヲ受クル相手方ト爲ルモノハ右妻ニ非スシテ卑屬親ト爲ササル可カラス如上ノ場合保險者ニ於テ右卑屬親ノ出生及相續ノ事實ヲ知ルト否トハ同人カ契約關係ヲ承繼スルニ付キ影響アルヘキニ非サルヲ以テ當時右妻ヲ解除ノ相手方トシテ爲シタル意思表示ハ不適法ニシテ法律上其效ナキモノトス」(大正八、九、一〇、東控判決、評論八卷商法四九五頁)。

(六)　第三者の爲めにする契約解除の相手方

前示大正三年(ワ)第五三七號、大阪地方判決、新聞一〇二一號二三頁、評論四卷商法二六一頁參照。

(七)　雇人

「契約ノ解除ハ相手方ニ對スル意思表示ニヨリ之ヲ爲スヘキモノナレハ相手方カ之ヲ知リ得ヘキ地位ニ達シタルトキハ意思表示ノ到達シタルモノト看做スヲ相當トス故ニ雇人ニ送達シタル契約ノ解除ノ通知ハ有效ナリ」(明治三六、六、一九、東地判決、新聞一四七號一八頁)。

(八)　代位債權者

「民法第四百二十三條ニ依ル代位權ノ行使ハ債權者自己ノ名ニ於テ債務者ノ權利ヲ行使スルモノナルニ依リ第三者ハ債務者ニ對スルト同シク債權者ニ對シテモ契約解除ノ意思表示ヲ爲シ得ヘキモノトス」(昭和三、二、二八、朝高判決、評論一七卷民法五六二頁)。

(九)　講の世話人

「普通ノ無盡講ニ於テ世話人タル者ハ一定ノ期日ニ開會ノ手續ヲ爲シ講員ヨリ掛金ヲ徵集シ之ヲ當籤者ニ交付スヘキハ其當然ノ義務ニシテ世話人ニシテ此等ノ義務ヲ履行セサル場合ニ於テ何等ノ特約ナキ限リ講員ハ一定ノ期日ヲ定メテ之カ履行ヲ催告シ然モ尙履行セサルトキハ世話人ニ對シ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘキモノト解スルヲ相當トシ單ニ講契約ハ講員全體ノ契約ナルノ故ヲ以テ世話人ニ對シテ爲シタル解除ハ講ニ對シ其效ナキモノトスルヲ得サルナリ」(大正二、九、一五、東地判決、新聞九〇四號二三頁、石坂氏判批京法九卷七號一一一頁以下)。

第十一款　解除權行使方法の例外

第一項　判決に依る契約解除（三九五但書）

——抵當權と短期賃貸借との關係——

第一目　總　說

(a)形成權の行使は一方的意思表示の到達に因りて之れを行使すべきが原則である。然るに、民法は、例外として、形成權の行使を判決を以て爲すべき旨を規定する場合がある。例へば裁判離婚・裁判離緣の場合の如し。形成權の一種たる契約解除權の行使も亦民法は判決を以て之を爲すべきことを命ずる場合がある。民法第三百九十五條但書が之れに屬する。卽ち、民法が「第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得但其賃貸借カ抵當權者ニ損害ヲ及ホストキハ裁判所ハ抵當權者ノ請求ニ因リ其ノ解除ヲ命スルコトヲ得」（三九五）と規定するのか是れである。

(b)賃借權は債權契約たる賃貸借契約に基きて發生する權利であつて、賃借人が賃借物に對して有する使用權、收益權、支配權である。此等の使用、收益、支配權は物權契約に基きて發生する支配權でないから、賃借人は自己の賃借權を以て賃借物に對して物權、例へば所有權、抵當權等を取得したる者に對抗することを得ない。其の賃貸借が賃貸物の所有權取得者の所有權取得登記、抵當權取得者の抵當權登記以後に發生したる場合は勿論、其の以前に發生したる場合に在りても、賃借權は此等の物權取得者に對抗し得ない。又賃借物の所有權の取得原因が競賣によると、任意賣買によるとを問はない。

(c)併し乍ら、我が民法は債權たる賃借權に登記を認め、「不動產ノ賃貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ、爾後、其不動產ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生ス」るものとした（六〇五）。從つて、不動產賃貸借に付き登記が爲されたる場合には、賃貸借の登記以前に抵當權を取得し且登記したる抵當權者には對抗できないけれども、其の以後に所有權又は抵當權を取得し且登記したる者には對抗が出來ることとなる。從つて、賃借人は、賃借物の新所有者に對して賃借權を以て對抗し得べく、賃借物に對して新に抵當權を取得したる抵當權者に對抗し得べきが故に、抵當權實行の爲めの競賣に因りても何等の影響を蒙むることがない。

建物保護法により、建物所有を目的とする土地の賃借人が其の地上に登記したる建物を有するときは土地其の物の賃借權の登記なくとも、其の賃借權を以て、其の土地に對して物權を取得するに至りたる第三者に對抗することを得る。從つて、此の場合には土地賃借人は其の賃借權を以て、其の土地に對する抵當權者にも對抗することを得る。

又、借家法の施行地域に在りては、借家人は借家法第一條第一項によつて、賃借權の登記なくとも、健物の引渡を受けたる後は、爾後、其の賃借の目的たる建物に付き物權を取得したる者に對して其の效力を生ずるから、其の建物に付き抵當權を取得したる者に對しても其の效力を生ずる。

(d)抵當權者の抵當權登記以後に賃借權を取得し、且之れを登記したる賃借人は其の賃借權を以て、抵當權者に對抗することを得ざるのが一般法理である。從つて、抵當權者は賃借人の賃借權あるに拘はらず、之れを無視し抵當物を競賣に附することを得べく、其の賃借權は抵當物の競賣によりて消滅に歸する。從つて、賃借權は抵當債權の期限に至る迄は安全に存續することを得べしと雖も、其の以後は消滅の危險に曝されるのである。

又抵當權の設定登記後に、建物の所有を目的とする土地の賃借人が、其の土地の上に登記したる建物を取得したる場合にも、建物保護法による保護は抵當權者に何等の效力を及ぼさない。又借家法施行地域に於て、抵當權の登記後に於て、借家人が建物の引渡を受けたる場合に借家人は借家法により、其の賃借權を以て抵當權者に對抗は出來ない。

然し乍ら、斯の如き法理の貫徹は抵當權者を不必要の程度まで保護することによつて、賃借權者を迫害するものにして不合理である。抵當權が質權に比して優秀なる一點は、不動產の利用價値を損せずして、擔保價値を利用し得る點に存するものである。卽ち、不動產に抵當權を設定して、債權を擔保しつゝ、尙、所有者は其の擔保不動產を他人に賃貸し、其の利用價値を發揮し得ることが抵當權の特色である。然るに右に述べたるが如く、抵當權登記後の賃借權をして、絕對に抵當權者に對抗し得ざるものとするが如きは、抵當物の利用價値を無益に絕滅せしむるものであつて、抵當權の擔保權としての前示特色を喪失せしむるに歸着することとなる。仍て民法は抵當權登記以後に登記したる不動產の短期賃貸借（第六百二條の期間を超へざる賃貸借）に限り、抵當權者に對抗すべきことを得べきものとした（三九五本文）。

右法條の立法趣旨は抵當權の擔保價値を損せざる限度に於て、不動產の利用價値を保護せんとするに在るから、右短期賃貸借と雖も、尙、抵當權者を害するが如きものは之を認容することを得ない。斯の如き賃貸借に關しては裁判所は抵當權者の請求に因り其の解除を命ずることを得るものとした。

第六百二條の期間を超えざる賃貸借にして抵當權設定後登記せられたる賃貸借を解除せずして競賣したるときは競落人は賃貸借附のまゝ不動產を取得することとなる。

一　「民法第三百九十五條ニ依レハ同法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超過セサル場合ニ限リ抵當權登記後ニ登記シタル賃貸借ハ抵當權者ニ對シ其效力ヲ生スルカ故ニ抵當權者カ其權利ヲ實行スルニ當リテハ賃貸借ノ存在スルモノトシテ目的タル不動產ヲ競賣スルコトヲ得ヘク從テ競落人モ又賃貸借ノ存在スル不動產ノ所有權ヲ取得スルモノトス」（明治四四、七、三〇、東控判決、新聞七五二號二四頁）。

二　「賃貸借ニ付テハ民法第三百九十五條ノ規定ニ依リ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ苟モ第六百二條ノ期間ヲ超エサ

ルモノハ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルモ其賃貸借ノ存スル爲メ物件ノ價格ヲ低落セシメ抵當權者ニ損害ヲ及ホストキハ抵當權者ハ其賃貸借ノ解除ヲ請求スルコトヲ得ルノミ從テ競落人モ亦抵當權者カ賃貸借解除ノ請求ヲ爲ササル以上ハ賃貸借附ノ儘其所有權ヲ取得スルコトヲ得ルニ過キサルモノトス」（明治三八、一、二四、神戸地方判決、新聞二六二號五頁）。

(e)此の制度は擔保不動產の利用價値の保護と謂ふ高き理想の下に設定せられたる制度ではあるが、事實は此の高遠の理想を裏切り、惡劣なる債務者の爲めに抵當權實行妨害の目的に向つて頻繁に惡用せらるるを常として居る事情に在る。從つて、此の債務者の惡用から此の制度を保護せんとする點に於て判例法の努力がなければならない。

(f)民法第三百九十五條に規定する判決に依る賃貸借の解除が眞正の意義に於ける解除なるか又は解約なるかは必ずしも明白ではない。曩に說明したるが如く、解約には二種ある。其一は解約期間の定めある解約であり、其二は卽時解約である。解約は解約期間の定めある場合を通例とし、卽時解約は重大事由ある場合に限り認められる。民法第三百九十五條の規定に基く解除は解約期間の定めある解約に非ざること勿論であるが、同條が判決に依る卽時解約を認めたるものなりや、又は判決に依る解除を認めたるものなりやは明白を缺く。然かし、卽時解約は繼續的債權關係に於て、當事者の一方が他方に對し、其の債權關係の存續を强要することを不當ならしむべき信賴關係の破壞ある場合に認められるものであつて、前示法條に於けるが如く、契約關係以外に在る第三者たる抵當權者が自己の利益を保護せんがために、當事者間の債權關係に干涉するが如き場合は卽時解約を認むべき基本觀念に適合するものでないから、予は民法第三百九十五條の解除は卽時解約と見ないのが適當と信ずる。從つて、同條の解除は眞正の意義に於ける解除として理解するのが妥當ではないかと考へる。

石坂氏は第三百九十五條但書の解除を以て眞正の解除に非すして、實は解約なりとせられる（同氏「賃貸借解除請求ノ訴ノ被告」民法研究四卷五三八頁以下、京法一〇卷一二一頁以下）。

然かし遡及效の有無のみが解除と解約との唯一の區別ではあり得ない。殊に曩に援用したる一說によれば、賃貸借に關しては、眞正の解除が遡及效を有せざるものとせられて居る。我妻氏は同條の解除又は解除權と稱せられて居る所より見れば同條の解除は解除であつて、解約でないとせらるるのかも知れない（擔保物權法二五五頁、二五六頁）。

(g)契約解除權の行使方法は解除權者の一方的意思表示によつて爲さるべきことが原則である。然るに民法第三百九十五條の解除は判決に依りて解除權が行使せらるべき場合であるから、同條の解除は解除權行使方法に關する右の原則に對する一大例外を構成する點に於て注目せらるべきである。

又契約解除權を有する者は必ずや、其の解除せらるべき契約の當事者又は其の當事者たる地位の承繼人たらざるべからざることを原則とする。然るに民法第三百九十五條の解除は其の解除權者は抵當權者である。抵當權者は其の契約當事者でもなく、又當事者たる地位の承繼人でもなく、全然、契約關係以外に立つ第三者である。此の點に於て同條の解除は契約解除權者に關する原則に對して、一大

例外を構成する。

第三百九十五條但書は民法制定の際、衆議院に於て附加せられたるものである。

此の賃貸借の解除は抵當權に對する妨害除去の請求に外ならない。

第二目　賃貸借解除の訴

（一）非訟事件か訴訟事件（形成訴訟）か

抵當權者の裁判所に對する賃貸借解除の請求は法文には別段に非訟事件とも、訴訟事件とも限定して居ないから、其の請求が如何なる性質を有するものなるかは極めて曖昧であるが、之れを非訟事件と見ずして、訴訟事件と認め賃貸借解除の形成判決を求むる形成の訴の方式に從ふべきものとすることと現在の慣行であり、亦之れが正當である。

形成訴訟說　我妻氏擔保物權法二五六頁、近藤氏二二四頁、石田氏擔保物權法二一九頁、沼氏三卷一七六頁、柚木氏判例物權法各論四三三頁、我妻、福島兩氏「抵當權判例法（二）法律時報七卷二號二五頁、雉本氏「抵當權者ニ損害ヲ及ホスヘキ賃貸借取消請求訴訟ノ性質並ニ必要的共同訴訟ニ於ケル擬制的代理ノ性質」判例批評錄一卷三八八頁。

一　「民法上裁判所カ權利者ノ請求ニ因リ或ル關係ノ解除ヲ命スルコトヲ得ヘキ規定ノ設アル場合ハ實體上ノ法律關係ヲ解除スル法意ニ出テ其請求ハ訴ノ形式ニヨルヲ常トス」（明治三五、二、七、大判、八輯二卷三七頁）。

二　「民法第三百九十五條但書ニ依リ賃貸借ノ解除ヲ命スルトキハ已ニ存スル解除義務ニ付キ其存在ヲ宣言スルニ非スシテ創設的ノ判決ヲ爲スモノナリ」（明治三七、七、一六、法曹會決議、法曹要錄上二四九頁、法記一五四號三頁）。

三　「民法第三百九十五條ハ抵當權者ニ與フルニ其抵當權ニ損害ヲ及ホスヘキ賃貸借ノ解除ヲ裁判所ニ請求シ得ヘキ實體上ノ權利ヲ以テシ（訴トシテハ創設ノ訴トナル）敢テ賃貸借契約ヲ締結シタル當事者ニ解除ノ意思表示ヲ爲サシムヘキ實體上ノ權利ヲ與ヘタルニアラス其他此ノ如キ場合ニ解除ノ意思表示ヲ求ムヘキ權利ヲ抵當權者ニ與ヘタル規定ノ存スルナシ」（大正二、三、一八、大地判決、新聞八六五號二五頁、評論二卷民法二二七頁）。

（二）正當なる當事者

(a)此の訴に於ける正當なる原告は抵當權者であつて、其の以外の者ではあり得ない。

一　「民法第三百九十五條ハ專ラ抵當權者ト賃借人ノ關係ヲ規定シタルモノトス故ニ抵當權者カ其權利ヲ實行シテ競賣不動產ノ競落人トナリタル場合ニハ同條ヲ適用スルモノニ非ス」（明治三八、一〇、二五、大判、一一輯一四七六頁）。

二　「民法第三百九十五條ニ依リ抵當權者カ賃貸借ノ解除ヲ求ムルノ權利ハ抵當權ニ附隨スル一ノ效力ニシテ固ヨリ抵當權者ニ專屬シ現ニ抵當權ヲ有スルモノニアラサレハ之レヲ行使スルコト能ハス從テ抵當權者カ其解除請求權ヲ行使セスシテ競賣申立ヲ爲シ該不動產カ競落セラレタルトキハ抵當權ハ當然消滅スルト同時ニ競落人ハ賃借權ノ存スル狀態ニ於テ其所有權ヲ取得スルモノナルカ故ニ其後ニ至リ右抵當權者又ハ競落人ハ賃貸借解除ヲ請求スルコトヲ得ス又之ト同シク抵當權者カ解除請求權ヲ行使セサル以前相續或ハ賣買其他ノ原因ニ因リ該不動產ノ所有權ヲ承繼シテ混同ヲ生シタルトキハ抵當權ハ消滅スルト同時ニ賃借權ノ存スル狀態ニ於テ其所有權ヲ承繼スルモノナルカ故ニ其後ニ至リ新所有者トシテハ勿論前抵當權者タル資格ニ於テモ賃貸借解除ヲ請求スルコトヲ得ス」（大正五、五、二三、東地判決、新聞一一六七號二九頁）。

(b)土地の抵當權者は其の地上の建物の賃貸借を解除するを得ない。

同說　柚木氏判例物權法各論四三七頁。

「建物ノ賃貸借ハ建物ノ存在スル土地ノ所有者ニ對抗シ得ヘキ權利ニ非サルカ故ニ假ニ建物ヲ賃貸シタルカ爲メ事實上抵當ニ供シタル土地ノ競賣價格ヲ低下セシムルコトアリトスルモ之カ爲メ土地ノ抵當權者ハ建物ニ對スル賃貸借契約ヲ解除シ得ヘキモノアラサルモノトス然ラハ本件賃貸借ノ成立カ抵當權者ニ損害ヲ及ホスヤ否ヤヲ審理スルニ當リテハ賃貸借ノ目的タル建物カ抵當權ノ目的タルヤ否ヤ若然リトセハ抵當權ノ目的タル建物ノ競賣價額カ賃貸借ノ成立對抗ニ因リ低落シタルヤ否ヤヲ標準トシテ之ヲ判定スヘク其ノ土地ノ競賣價額ニ及ホスヘキ影響ヲ考慮スヘキモノニアラス」(昭和九、七、九、大判、一三卷一七五九頁)。

反對　田島氏民商法雜誌一卷四號二九九頁。

(c)此の訴に於ける正當なる被告は賃貸人(抵當債務者)及び賃借人である。賃貸人及び賃借人に對する訴は固有の必要的共同訴訟を構成する。蓋し、賃貸借の解除は賃貸人、賃借人間に合一にのみ確定すべき權利關係なるが爲めである。

必要的共同訴訟說　石坂氏「賃貸借解除請求ノ訴ノ被告」民法研究四卷五三八頁、京法一〇卷一二一頁、石田氏擔保物權法二一八頁、近藤氏二二四頁、柚木氏判例物權法各論四三三頁、山下氏擔保物權法三三〇頁、久保氏三九四頁、我妻福島兩氏「抵當權判例法」時報七卷二號二五頁、雉本氏「抵當權者ニ依ル賃貸借解除請求ノ訴ノ被告及ヒ右請求ヲ提起シ得ル時期」判例批評錄三卷五八四頁以下、同氏「抵當權者ニ損害ヲ及ホスヘキ賃貸借取消請求訴訟ノ性質並ニ必要的共同訴訟ニ於ケル擬制的代理ノ性質」判例批評錄一卷三八八頁)。

一　「本件訴訟(抵當權者ニ損害ヲ及ホス賃貸借解除訴訟)ニ係ル權利關係ハ共同訴訟人タル被告兩人ニ對シ合一ニノミ確定スヘキ場合ナリ」(大正三年(ワ)第一二號大地判決、新聞九二七號五〇一頁、雉本氏「抵當權者ニ損害ヲ及ホスヘキ賃貸借取消請求訴訟ノ性質並ニ必要的共同訴訟ニ於ケル擬制的代理ノ性質」判例批評錄一卷三八八頁以下)。

二　「民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ヘサル賃貸借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルトキト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ヘシト雖モ之カ爲メニ抵當不動產ノ價格ヲ減少シ抵當權者ニ損害ヲ及ホストキハ抵當權者ニ損害ヲ及ホストキハ抵當權者ヲ保護センカ爲メニ民法第三百九十五條但書ノ規定ヲ設ケ抵當權者ヲシテ賃貸借契約ヲ解除ノ宣言ニ依リ消滅ニ歸スルモノナレハ訴訟ニ係ル權利關係カ契約當事者間ニ合一ニノミ確定スヘキモノナルヲ以テ所謂必要的共同訴訟ニ屬シ抵當權者ハ賃貸人及ヒ賃借人ヲ相手方トシテ訴訟ヲ提起セサルヘカラサルモノトス」(大正四、一〇、六、大判、二一輯一五九六頁、抄錄六〇卷一三三五四頁、雉本氏「抵當權者ニ依ル賃貸借解除請求ノ訴ノ被告及ヒ右請求ヲ提起シ得ル時期」判例批評錄三卷五八四頁以下)。

三　「然レトモ民法第三百九十條但書ノ規定ニ依リ賃貸借ノ解除ヲ認メタルトキハ賃貸借契約ヲ解消セシムルモノナルヲ以テ其ノ關係ハ契約當事者間ニ同一ニノミ確定スヘキモノナルコト論ヲ俟タサルヲ以テ抵當權者カ右規定ニ依リ賃貸借ノ解除並ニ賃借權設定登記ノ抹消請求ヲ爲スコト固ヨリ賃貸人及賃借人ヲ共同被告トスルコトヲ要スルモノト謂ハサルヘカラス」(昭和七、九、三〇、大判、新聞三四八二號一五頁)。

四　同趣旨　昭和九、四、一九、大判、新報附錄大審院判決全集昭和九年二五〇頁。

五　反對判例「抵當權者カ其抵當權ヲ害スル賃貸借契約ノ解除ヲ訴求スル場合ニハ賃借人ノミヲ相手方トス爲スヘク賃貸人ヲ相手方トス爲スコトヲ得ス」(大正三年(通)五號名古屋地方判決、新聞九三三號二五頁)。

此の判例の誤なること論を俟たない(石坂氏「賃貸借解除請求ノ訴ノ被告」民法研究四卷五三八頁以下、京法一〇卷一二一頁以下)。

(三)　裁判籍

舊民事訴訟法に於ては同法第二十二條の不動產上の訴の專屬管轄に關する規定の存する結果、民法第三百九十五條但書の規定する賃貸借解除の訴は不動產上の訴なるや否やの問題を解決する必要があ

つたが、現行民事訴訟法に於ては斯の如き專屬管轄に關する規定が存在しないから、舊法時代に於けるが如き問題は存在しない。通常の裁判籍に從へば足る（民訴一、一七）。

「民法第三百九十五條ニヨリ抵當權者カ賃貸借ノ解除竝ニ其登記ノ抹消ヲ請求スルハ抵當權ノ效力ヲ主張スルモノニシテ抵當權ノ效果タル物上請求權ノ行使ニ外ナラサルヲ以テ民事訴訟法第二十二條ニ所謂不動產上ノ訴トシテ不動產所在地ノ專屬管轄ニ屬スヘキモノナリ」（明治四五年（ワ）五一三號大阪地方判決、新聞八二九號二四頁）。

第三目　賃貸借解除請求權の發生要件

民法第三百九十五條に基く賃貸借解除請求權の發生に必要なる要件は左の如し。

第一　賃貸借が抵當權者に對抗し得べきものなること（第一要件）

抵當權者に對抗することを得ざる賃貸借は、解除訴訟を爲さずとも、抵當權に何等の妨害を與へない。從つて、大審院は此の如き賃貸借は解除訴訟の目的とならないものとして居る。勿論此の見解は正當である。

同說　我妻、福島兩氏「抵當權判例法」法律時報七卷二號一六三頁。

（一）　短期賃貸借、卽ち、民法第六百二條の期間を超えざる賃貸借たることが必要である。

卽ち、樹木の栽植又は伐採を目的とする山林に付ては十年以內、其の他の土地に付ては五年以內、建物に付ては三年以內の賃貸借（六〇二）たることを要する。

(a)第六百二條の期間を超ゆる賃貸借は解除の目的とならない。

一　「抵當權者ハ抵當權ノ登記ヲ爲シタル當時ノ原狀ニ於テ其權利ヲ實行シ得ヘキヲ本則トス止タ民法六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルトキト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルノミ故ニ該條ノ定メタル期間ヲ超エタル賃貸借ハ抵當權ノ登記後ニ於テハ假令登記スルモ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコト能ハサルモノトス」（明治三四、一〇、四、東地判決、新聞五八號九頁）。

二　「建物ニ付キ抵當權設定後期間三年ヲ超ユル賃貸借ハ登記スルモ抵當權者ニ對抗スル事ヲ得サレトモ當事者間ニ於テハ有效ナリ故ニ抵當權登記後該建物ニ就キ登記セル十年間ノ賃貸借ハ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルモ當事者間ニ於テハ有效ナリ」（明治三五、一〇、三、東地判決、新聞一一四號九頁）。

三　「家屋ニ對スル抵當權ノ登記後設定シタル賃借權ニシテ且其期間カ三年ヲ超エタルモノハ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ス從テ抵當權者ハ該家屋ニ對シテ賃借權ナキト同一ノ狀態ニ於テ其權利ヲ行使スルコトヲ得ルヲ以テ鑑賣ニ因リ所有權ヲ取得シタル者ハ賃借權設定ナキト同一ノ狀態ニ於テ其所有權ヲ取得スルモノナリ」（明治三五、一〇、九、東地判決、新聞一一一號四頁）。

四　「抵當權設定ノ登記後ニ登記シタル家屋ノ賃貸借ニシテ且ツ期間三年ヲ超過シタルモノハ抵當權者カ其權利ヲ實行スルニ付テハ賃貸借ノ附著ナキト同一ノ狀態ニ於テ其抵當物件ヲ競賣ニ付シ得ヘキモノトス」（明治三六年（レ）三九號東地判決、新聞一三七號一一頁）。

五　「民法第六百二條ノ期間ヲ超エタル家屋ノ賃貸借ニシテ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノハ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルカ故ニ該抵當權者カ抵當權ノ實行トシテ競賣法ニヨリ競賣ノ申立ヲ爲ストキハ其抵當不動產ハ賃貸借ノ存在セサルモノ

トシテ競賣ニ付スルモノナリ從テ競賣許可決定ニヨリ該不動産ヲ取得スルモノハ亦賃貸借ノ存在セサルモノトシテ之ヲ取得スルモノナリ」（明治三六、五、二二、東地判決、新聞一四二號一三頁）。

六　「賃貸借ニシテ民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エ且抵當權登記ノ後ニ登記セラレタルモノハ抵當權者ニ對シテ其效力ヲ生セサルカ故ニ抵當權者カ其權利ヲ實行スルニ當リテハ賃貸借ナキモノトシテ目的タル不動產ヲ競賣スルコトヲ得ヘク從テ競落人モ亦賃貸ナキ不動產ノ所有權ヲ取得スヘシ」（明治三六、六、一二、大判、九輯七一九頁、新聞一四五號一四頁）。

七　「民法第三百九十五條ニ所謂抵當權者ニ對抗シ得ヘキ賃貸借ヲ抵當權設定後ニ登記シタルトキハ該賃貸借ハ抵當權者ニ對抗スルヲ得或ルモノニ付テハ五年或ルモノニ付テハ三年ト云フ意味ニシテ動產ニ關スル六月ノ期間ヲ包含セス而シテ不動產ノ抵當權ニ關スル規定ハ登記シタル船舶ノ抵當權ニ準用セラルヘキモノナルカ故ニ船舶ノ抵當權登記後ニ登記シタル賃貸借ト雖モ民法第三百九十五條ニ所謂第六百二條ノ期間ヲ超過セサル時ハ抵當權者ニ對抗スル事ヲ得ルモノニシテ其期間ハ最少ノ期間タル三年ヲ限度トスヘキモノト解スルヲ至當トス」（明治三七年（ワ）六〇七號東地判決、新聞二四三號八頁）。

八　「民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エタル賃貸借ヲ抵當權設定後ニ登記シタルトキハ該賃貸借ハ抵當權者ニ對抗スルヲ得ス賃借權ハ抵當權ニ打勝ツヘキ性質ヲ有セサルモノナルカ故ニ一旦抵當權ノ實行ニ遭フトキハ其實行ニヨリ當然第三者ニ對スル效力ヲ失フヘキモノトス」（明治三七、三、二八、東控判決、新聞二〇一號四頁）。

九　「抵當權設定登記後ニ登記シタル期間三年ヲ超過スル建物ノ賃貸借ハ抵當權者ニ對シ其效力ナキヲ以テ抵當權實行トシテ競賣手續ヲ爲ス場合ニ在テハ抵當建物ハ賃貸借ノ存在セサルモノトシテ競落人ハ賃貸借ナキモノトシテ建物ノ所有權ヲ取得スヘク從テ競落人ニ對シテハ賃貸借ハ其效力ナキモノトス」（明治三七、一〇、一八、東控判決、新聞二四一號八頁）。

一〇　「抵當權設定登記後ニ爲シタル長期ノ賃貸借ト雖モ絕對ニ無效ナルモノニアラス唯抵當權者ニ對抗シ得サルニ過キス其所謂抵當權者ニ對抗シ得サルトハ抵當權ヲ實行スルニ當リ賃貸借ノ設定ナキ狀態ニ於テ抵當物件ヲ競賣ニ付シ競落人ヲシテ完全ナル所有權ヲ取得セシムルヲ謂フ」（明治三八、大控判決、新聞三一八號九頁）。

一一　「民法第六百二條ノ規定ニ違背セル契約ニ依リ抵當地所ヲ賃借スルモ其賃借權ハ無效ニシテ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ス故ニ抵當權ノ實行トシテ抵當地所ヲ競賣ニ付スルトキハ競落人ハ完全ナル所有權ヲ取得スルモノニシテ賃借人ハ其競落ノ通知ヲ受クルト同時ニ惡意ノ占有者ト爲ルモノトス」（昭治三八、一、二五、大判、一一輯四一頁）。

一二　「抵當權設定登記ノ後ニ登記シタル賃貸借カ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルニハ民法第六百二條ノ期間ヲ超エサルコトヲ要ス從テ民法第六百二條ノ期間ヲ超エ其抵當權設定登記ノ後ニ登記セラレタル賃貸借アリトスルモ抵當權者カ其抵當權ヲ實行スルニ當リテハ賃貸借ナキモノトシテ其目的物タル不動產ヲ競賣スルコトヲ得ヘク競落人モ亦賃貸借登記ノ存在ニヨリテ何等ノ妨害ヲ受クルコトナシ」（明治四二年（ワ）一三五號長崎地方判決、新聞六一九號一六頁）。

一三　「抵當權設定ノ登記後登記シタル賃貸借ニシテ民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エタルモノハ有效ナル行爲ナレトモ其抵當權者ニ對シ何等ノ效力ナシ」（明治四二、一〇、九、法曹會決議、法曹要錄上二五一頁、法曹一九卷一一號三三頁）。

一四　「民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ヘタル賃貸借ニシテ抵當權登記後設定シタルモノハ抵當權者ニ對抗シ得サル無效ノモノニシテ契約解除ヲ要セサルモノナリ」（明治四三、二、一四、大地判決、新聞六八四號二三頁）。

一五　「抵當權設定登記後ニ登記シタル賃借權ハ民法第三百九十五條ニ該當スル場合ノ外抵當權者及ヒ競落人ニ對抗シ得サルモノトス」（明治四三、一一、一八、東控判決、新聞七三四號二二頁）。

一六　「他人間ノ契約ハ民法ノ特別明文アル場合ノ外當事者以外ノ第三者ヨリ之カ解除ヲ爲ス事ヲ得サルヤ勿論ナリトス而シテ民法第三百九十五條ノ法意ハ抵當權設定登記後抵當權ノ目的タル不動產ト同一不動產ニ對シ期間三年ヲ超エサル賃貸借ヲ登記シタル場合ニ於テ右賃貸借カ抵當權ニ損害ヲ及ホス場合ニハ抵當權者ハ賃貸借契約ノ當事者ヲ共同被告トシテ賃貸借解除ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得可キモ期間三年ヲ超ユル場合ニハ抵當權者ニ於テ右賃貸借ヲ解除スル途モナク抵當權者ニ對スル關係ニ於テ其效ナキ旨ヲ定メ以テ抵當權者ヲシテ賃貸借ナキモノト同一視シテ其權利ヲ實行セシメントシタル規定ナリト解ス可ク抵當權者ニ期間三年ヲ超ユル賃貸借ノ解除權ヲ附與シタルモノト解スルヲ得ス」（大正五、一〇、一六、東區判決、新聞一一九〇號二二頁）。

第八章　解　除　權

一七　「民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ユル賃貸借ニシテ抵當權者ニ對抗スルヲ得サルハ民法第三百九十五條ノ反面解釋上明ナル所ナレハ抵當權實行ノ競賣ニ於テハ競賣裁判所ハ斯ル賃貸借ノ附著セサルモノトシテ抵當不動產ヲ競賣ニ付セサルヘカラス斯ル賃貸借ハ抵當不動產ノ競落者ニ之ヲ以テ對抗スルヲ得サルモノト爲ササルヘカラス」（大正一二、一、一九、大決、二卷七頁、新聞二〇九六號二〇頁、評論一二卷諸法四四頁）。

一八　「抵當權實行ノ競賣ニ在テハ民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ユル賃貸借ニシテ抵當權ノ登記後ニ成立シタルモノノ期間及借賃ハ之ヲ競賣期日ノ公告ニ掲載スルノ必要ナク斯ル賃貸借ヲ掲載スルハ寧ロ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サラシメタル法ノ精神ニ背馳スルモノト謂フヘク從テ抵當權實行ノ競賣ニ於テハ競賣法第二十九條ニ依リ競賣期日ノ公告ニ掲載スルヲ要スル賃貸借ノ期間及借賃ハ抵當權者ニ對抗スルヲ得ヘキ賃貸借ノ期間及借賃ニ限ルモノト解スルノ正當ナルヲ知ルヘク本件不動產ニ付登記セラレタル賃貸借ハ抗告人ノ抵當權登記後ニ成立シ其ノ期間民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ユルコト本件記錄中ノ登記簿謄本ニ徵シ明ニシテ之ヲ以テ抵當權者タル抗告人ニ對抗スルコトヲ得サルモノナレハ競賣裁判所カ抗告人ノ抵當權實行ノ爲ナル本件競賣ニ於テ該賃貸借ノ期間及借賃ヲ競賣期日ノ公告ニ掲載セサルハ當然ニシテ競落許可決定ニ對スル抗告ノ原因トナルヘキモノニ非ス原裁判所カ之ヲ原因トスル債務者ノ抗告ヲ正當ナリトシテ競落許可決定ヲ廢棄シ競落ヲ許サスト決定シタルハ不法タルヲ免レス」（大正一二、一、一九、大決、二卷七頁、新聞二〇九六號二一頁、評論一二卷諸法四五頁、鳩山氏評釋、同年度判例民事法、一頁以下）。

一九　「民事訴訟法第六百五十八條ニ依リ競賣期日ノ公告ニ掲載スルコトヲ要スル賃貸借ハ競賣申立抵當權者ニ對抗シ得ヘキ賃貸借ニ限ルモノニシテ其對抗シ得サル賃貸借ハ之レカ登記アルモ其ノ公告ニ掲載スルコトヲ要セサルモノトス」（大正一三、四、四、東地決定、評論一三卷民訴三八一頁）。

二〇　「抵當權設定登記後民法第六百二條ニ定ムル期間ヲ超過スル賃貸借ハ其全部ニ於テ之ヲ抵當權者ニ對抗スルコト能ハサルモノニシテ抵當權者ハ競賣申立ヲ爲スニ際シテ斯ル賃借權ハ存在セサルモノトシテ抵當不動產ヲ競賣ニ付スルヲ得ヘキモノトス斯ノ如クシテ競落セラレタル不動產ハ競落人ニ於テ斯ル賃借權ノ附著セサル完全ナル權利ヲ取得シ得ヘキモノトス」（大正一三、七、一、東地決定、新聞二二八二號一七頁）。

二一　「競賣不動產中ノ建物ニ付キ賃貸借ノ登記アリトスルモ該賃貸借カ民法第六百二條所定ノ期間ヲ超エ且當該競賣申立人ノ抵當權設定登記以後ニ於テ之カ登記アリタルモノナルニ於テハ之ヲ以テ右抵當權者ニ對抗シ得サルモノナルカ故ニ該抵當權實行ノ爲ノ競賣期日ノ公告ニ右賃貸借ノ期限竝借賃ヲ掲載セスト雖違法ニ非サルモノトス」（大正一三、四、四、東地決定、評論一三卷民訴三八二頁）。

二二　「土地ノ賃貸借カ抵當權ノ登記後ニ爲サレ而モ其期間カ民法第六百二條所定ノ期間ヲ超エタルモノナルトキハ右賃貸借ハ抵當權者ニ對抗シ得ヘカラサルヲ以テ抵當權者ハ右賃貸借ナキモノトシテ之カ競賣ヲ申立得ヘク而シテ之カ競賣期日ノ公告ニハ賃貸借ナキ旨ヲ記載スルカ然ラサレハ賃貸借ニ付何等ノ記載ヲモ爲スヘカラサルモノトス」（大正一五年（ソ）五四六號東地決定、評論一六卷諸法三二頁）。

二三　「抵當權設定登記後ニ登記セラレタル賃貸借ニシテ其期間カ民法第六百二條所定ノ期間ヲ超過スルモノハ其締結ノ時期カ競賣申立ノ前ナルト後ナルト將其賃貸行爲カ處分行爲ナルト利用行爲ナルトヲ問ハス常ニ抵當權者ニ對抗シ得サルモノトス」（大正一五、二、一六、東控判決、評論一五卷民法一四五頁）。

二四　「宅地ニ付キ爲サレタル地上權設定登記及同假登記カ執レモ抵當權者カ其抵當權實行ノ爲メ競賣申立ヲ爲シ其登記アリタル後ナル場合ニ在リテハ同抵當權者ハ右ノ地上權者ニ對シ抵當權實行ノ通知ヲ爲スニ由ナク又賃借權者ニ付テハ民法ニ於テ之カ通知ヲ爲スヘキ旨ヲ定メタル規定ノ徵スヘキモノナキヲ以テ假令是等ノ者ニ對シ之カ通知ヲ爲ササリシトスルモ何等缺クル所ナシ」（大正一五、二、二三、東地判決、評論一五卷民法四九四頁）。

二五　「民法第三百九十五條ノ規定ハ其反面ニ於テ抵當權ノ設定登記後ニ登記セラレタル同法第六百二條所定ノ期間ヲ超過セル賃借權ハ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗シ得サルモノナル趣旨ヲ明ニシタルモノトス」（大正一五、二、二七、東控判決、新報八四號一六

頁、評論一五卷民法三八三頁)。

二六　「民法第六百二條ノ期間ヲ超エテ賃借セル抵當建物カ競落ニ依リ競落人ニ於テ其ノ所有權ヲ取得シタル以降ハ賃借權者ハ其ノ賃借權ヲ以テ競落人ニ對抗シ得サルモノナルカ故ニ之ニ基キ該建物ヲ占有スルコトヲ得サルニ至リ他ニ之カ占有ノ權原ノ立證ナキ限リ賃借人ハ不法ニ該建物ヲ占有シ居タルモノト爲ササルヘカラス」(大正一五、三、八、東地判決、評論一五卷民法一一八三頁)。

二七　「抵當權者ニ對抗シ得サル長期ノ賃貸借ハ之ヲ以テ尙抵當不動產ノ競落人ニモ對抗シ得サルモノト解スヘキコトハ民法第三百九十五條ノ立法趣旨ニ鑑ミ之ヲ推論シ得ヘキトコロトス」(大正一五、三、八、東地判決、評論一五卷民法一一八三頁)。

二八　「抵當權設定登記後其目的タル不動產ニ付キ地上權又ハ賃借權ヲ設定スルモ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルヲ得サルモノナレハ抵當權者カ其ノ權利ノ實行トシテ抵當不動產ノ競賣ノ申立ヲ爲シ競落許可ノ決定アリタルトキハ地上權又ハ賃借權ハ執レモ消滅スヘク又抵當權ノ實行ニ際シ此等ノ者ニ通知ヲ爲スヲ要スルモノニ非ス」(大正一五、五、二二、東地判決、新聞二五八〇號一〇頁)。

二九　「民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ユル賃貸借ニシテ抵當權設定登記後ニ成立シ其ノ登記アリタルモノハ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルコトハ民法第三百九十五條ノ反面解釋上毫モ疑ヲ容ルル餘地ナキトコロナレハ抵當權實行ノ競賣ニ於テハ競賣裁判所ハ斯ル賃貸借ノ存在セサルモノトシテ抵當不動產ヲ競賣ニ附スヘキモノナルヲ以テ斯ノ如キ賃貸借ハ抵當不動產ノ競落人ニ對シテモ之ヲ對抗シ得サルモノトス」(大正一五、九、一八、東控判決、新報九三號一三頁、評論一六卷民法六八三頁)。

三〇　「抵當權設定登記後ニ抵當不動產ニ付キ民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エタル賃借權ヲ設定スルモ此ノ賃貸借ハ抵當權者ニ對抗シ得サルモノニシテ抵當權者ノ賃貸借ノ解除權ハ抵當權者ニ對抗シ得ヘク且其ノ競落ニヨリテ消滅スルコトナキ民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ニ付テノミ適用アリ民法第三百九十五條ハ此ノ趣旨ヲ表明シタルモノナリ」(昭和二、八、二七、東地判決、新報一三九號一三頁)。

三一　「本訴係爭地ノ賃貸借契約ハ其ノ存續期間六ケ年有餘ニ達シ民法第六百二條所定ノ期間ヲ超エ且抵當權ノ設定登記後ニ登記シタルモノナルヲ以テ抵當權者ニ對シテハ何等ノ效果ヲ及ホササルハ勿論之ニ對抗スルコト能ハサル筋合ナルト共ニ競落人ニモ亦對抗シ得サルモノト爲スヘク從テ抵當地所ヲ競落ニ因リ取得シタル原告ハ賃貸借ナキ不動產トシテ完全ナル所有權ヲ取得セルモノト謂ハサルヘカラス被告等ハ五ケ年ヲ超ユル賃貸借契約モ有效ナルヲ以テ其ノ登記ヲ抹消セントスルニハ契約解除ノ上訴求スヘク之ニ依ラサル本訴請求ハ失當ナル趣旨ノ抗辯ヲ爲スト雖賃貸借ハ其ノ效力トシテ契約當事者間ニ債權債務ノ關係ヲ生シ第三者ニ效力ニ及ホササルヲ以テ該契約以外ノ原告ハ抵當權者ナリトスルモ之ヲ解除シ其ノ效力ヲ消滅セシムルニ由ナク唯之ヲ爲シ得ルニハ民法第三百九十五條但書ノ如キ規定アルヲ要ス然ルニ同法第六百二條ノ期間ヲ超ユル賃貸借ニ付テハ右ノ如キ例外規定アラサルヲ以テ原則ニ從ヒ前段說明ノ理由ニ論結セサルヘカラス」(昭和四、三、二五、盛岡地方一關支部判決、新聞二九六八號一三頁、評論一八卷民法六三〇頁)。

三二　民法第六百二條第三百九十五條ノ規定ニヨリ抵當權者ニ對抗シ得サル家屋ノ賃借契約ハ其ノ後ノ競落手續ニ於テ該家屋ヲ競落シテ其ノ所有權ヲ取得シ抵當權者タルノ地位ヲ承繼シタル者ニ對シテモ亦對抗スル能ハサルモノト斷セサルヲ得ス」(昭和五、九、一六、名古屋地方判決、新報二三八號二八頁)。

三三　「抵當權者ハ之カ目的タル不動產ニ付他ノ債權者ニ對シ優先シテ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スルニ止リ該不動產ニ付直接支配的權能ヲ有セサルヲ以テ抵當物件所有者ノ行爲ニシテ敍上優先的辨濟ヲ受クル權利ニ侵害ヲ加フルトキハ之カ排除ヲ請求スルコトヲ得ヘキモ然ラサル場合ニ於テハ何等ノ權利ヲモ有セサルモノトス(中略)果シテ然ラハ右A下上告會社トノ間ニ成立シタル賃貸借ハ民法第六百二條ノ期間ヲ超ヘ而モ之カ登記ハ被上告銀行ノ取得シタル抵當權設定登記後ニ係ルヲ以テ同銀行ニ對抗スルコトヲ得ス被上告銀行ハ何等負擔ナキモノトシテ本件不動產ヲ競賣ニ附スルコトヲ得ヘキニヨリ本件不動產ニ付上告會社ノ取得シタル賃借權ハ素ヨリ之ヲ解除スルノ必要ナキハ論ヲ俟タサル所ナルト同時ニ之カ登記ノ存在ハ法律上抵當權利者タル被上告銀行ノ權利行使ニ妨害ヲ加フルモノニ非サルニヨリ同銀行ノ本訴請求ハ冒頭說示ノ理由ニ徵シ全ク理由ナキモノト謂ハサル可カラス」(昭和六、

七、一〇、大判、一〇巻五二四頁、戒能氏評釋、同年度判例民事法二二四頁以下)。

三四　「抵當權實行ノ爲ニ競賣手續開始セラレ其登記セラレタル後ニ於テ抵當權ノ目的タル不動產ノ所有者カ該不動產ニ付抵當權者ニ對抗シ得ヘキ有效ナル賃貸借ヲ爲シ得サルコト洵ニ被控訴人主張ノ如ク從テ其登記亦何等ノ效力ヲモ有セサルハ勿論ナルカ故ニ抵當權實行ノ競賣手續ニ於テハ目的タル不動產ハ右ノ如キ賃貸借存セサルモノトシテ競賣ニ附セラルヘキモノニシテ從テ斯ル賃貸借存セサルモノトシテノ價額ヲ以テ競落セラルヘキモノニ非ス(中略)以上說明スル如ク被控訴人カ抹消ヲ求ムル登記ハ毫モ被控訴人ノ抵當權ヲ害スルモノニ非サルヲ以テ被控訴人ハ斯ル登記抹消ヲ求ムル何等ノ法律上ノ利益ヲ有セス斯ル登記名義人ニ對シ抹消ノ請求ヲ爲ス權利ヲ有セサルモノトス」(昭和八、二、二二、東控判決、新聞三五四九號一四頁)。

三五　判例は地上權も亦同一要件に從ひ抵當權者に對抗するを得ざるものとする。

「抵當權設定ノ登記後ニ於テ地上權設定ノ登記ヲ受ケタル場合ニ於テ其抵當權者カ抵當權ヲ實行シタルトキハ該地上權ハ其效力ヲ失フヘキモノニシテ競落人ハ右土地ニ關シ完全ナル所有權ヲ取得スルモノトス」(明治四一、四、二一、長野地方松本支部判決、新聞四九六號七頁)。

三六　「抵當權者カ甲ノ持分ニ對シテノミ抵當權ヲ實行シタル場合ニ於テ該抵當權設定後共有地全部ニ付設定セラレタル地上權アルトキハ甲ノ持分ニ對スル地上權カ競落ニ因リ消滅スルノ結果トシテ共有地ニ於ケル地上權全部ノ消滅ヲ來スモノトス」(大正一二年三月六日法曹會決議、法曹一巻二號一〇五頁)。

三七　「凡ソ抵當權ノ設定登記ヲ爲シタル後其ノ目的物タル不動產ニ付地上權ヲ設定シ之カ登記ヲ經ルモ該地上權ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルハ抵當權者カ其ノ權利ノ實行トシテ抵當不動產ニ對シ競賣ノ申立ヲ爲シ競落許可決定アルトキハ如上地上權ハ之ニ因リ消滅スルモノニシテ地上權ノ設定カ右抵當權ニ基ク競賣申立前ナルト後ナルトニ依リ此ノ理ヲ異ニセス」(大正一五、八、二八、大判、新聞二六二七號一〇頁、評論一五巻民法九二二頁)。

三八　反對判例(抹消登記手續のみを許す)

「賃貸借ノ存續期間十年ニシテ民法第六百二條所定期間ヲ超ユル場合ニ當ル以上右賃貸借ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルモノナルヲ以テ抵當權者ハ其權利ヲ行使スルニ當リテハ右賃貸借ナキモノトシテ其目的不動產ヲ競賣スルヲ得ヘク競落人モ右賃貸借ナキ不動產ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得ヘキカ故ニ之ニ對シ登記ノ抹消ヲ求ムル利益ナキカ如キモ實體上對抗スルコトヲ得サル賃貸借モ形式上登記簿ニ登記セラレアルニ於テハ抵當權者ハ其抵當權ノ行使其他諸般ノ取引上ニ於テ事實上障礙ヲ受クルコト無キヲ保セサルヲ以テ該抵當權者ハ登記簿上ノ賃借權者ニ對シ之カ登記ノ抹消手續ヲ求ムル利益アルモノトス」(昭和五、九、三〇、東控判決、新聞三一八三號一六頁)。

三九　尙、此の以外に、後に、賃貸借抹消登記請求の訴に關して援用する判例參照。

(b)次に、判例は第六百二條の期間を超ゆる賃貸借は第六百二條の期間に短縮せらるるものでなく、全部抵當權者に對抗することを得ざるものとする。從つて、右期間を超ゆる賃貸借は解除訴訟の目的とならず、斯の如き賃貸借は全然存在せざるものとして競賣手續を開始、進行、終結し得る。

超過期間のみならず、賃貸借が全然抵當權者、競落人に對抗し得ざるものとする說　中島氏釋義一一八三頁、末弘氏債權各論六〇〇頁、鳩山氏評釋大正十二年度判例民法三頁、末川氏論叢二七巻五號八〇九頁、富井氏五八〇頁、久保氏三九三頁、東氏一六〇頁、沼氏四巻二一七頁、柚木氏判例物權法各論四二六頁、三潴氏下巻三三五頁、擔保物權法五〇一頁、近藤氏二二四頁、田島氏二三二頁。

(1)「民法第三百九十五條ハ家屋ニ付テハ三年ヲ超エタルル賃貸借ト雖モ之ヲ分割シテ常ニ三年ヲ超エサル部分ハ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得トノ趣意ニアラス」(明治三五、一〇、九、東地判決、新聞一一一一號四頁)。

(2) 明治三六、六、一二、大判、九輯七一九頁。
(3) 明治三六、一〇、三〇、大判、九輯一一九七頁。
(4) 明治三八、一、二五、大判、一一輯四一頁。
(5)「民法第六百二條所定ノ期間ヨリモ長期ノ賃貸借ハ抵當權設定登記後ニ在リテハ之ヲ登記スルモ抵當權者ニ對抗シ得サルモノニシテ假令民法第六百二條所定ノ期間內ニ屬スル部分ニ付テモ尙ホ對抗シ得サルモノトス」(明治四四、一二、四、東地判決、新聞七六五號一九頁)。
(6)「民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ユル賃貸借ニシテ抵當權登記後ニ成立シタルモノハ之ヲ登記スト雖之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルヲ得サルハ民法第三百九十五條ノ反面解釋上明ナル所ナレハ抵當權實行ノ競賣ニ於テハ競賣裁判所ハ斯ル賃貸借ノ附着セサルモノトシテ抵當不動產ヲ競賣ニ付セサルヘカラス然ラサレハ斯ル賃貸借ニ因リ抵當不動產ノ擔保價値ヲ減殺セラルルノ不利益ヲ免レシメンカ爲之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルヲ得サラシメタル法律ノ精神ヲ沒却スルニ至ルヘシ而シテ此ノ精神ヲ貫徹スルニハ斯ル賃貸借ハ抵當不動產ノ競落者ニモ之ヲ以テ對抗スルヲ得サルモノト爲ササルヘカラス何トナレハ競落者ニハ之ヲ以テ對抗シ得ルニ於テハ競買者ハ勢賃貸借ノ存セサル場合ヨリモ低廉ナル價額ヲ以テ競買ヲ申出ツルヲ免レス其ノ結果抵當權者ハ賃貸借ヲ對抗セラルルト同一ノ不利益ヲ受クヘケレハナリ」(大正一二、一、一九、大判、二卷七頁、鳩山氏評釋、同年度判例民事法一頁以下)。
(7)「賃貸借ハ借家法適用ノ結果建物ノ引渡アルトキハ爾後其建物ニ付物權ヲ取得シタル者ニ對シ其效力アルコト明ナルモ抵當權ノ登記後ニ民法第六百二條ノ期間ヲ超ユル賃貸借契約成立スルトキハ其賃貸借ハ抵當權者ニ於テ裁判所ニ其解除ヲ請求スル迄モナク且民法第六百二條所定ノ期間內ニ止マリテ其效力ヲ生スルコトナク其全體トシテ之ヲ抵當權者ニ對抗スルコト能ハサルモノトス」(大正一四、一、一五、東地決定、新報三三號二〇頁、評論一四卷民法一三七頁)。
(8)「抵當權設定登記後ニ登記セラレタル賃貸借ニシテ民法第六百二條所定ノ期間ヲ超過スルモノハ其ノ賃貸借契約締結ノ時期カ競賣申立登記ノ前後ヲ問ハス又其ノ登記後ニ於テモ所謂處分行爲ナリヤ利用行爲ナリヤヲ問ハス常ニ抵當權者ニ對抗シ得サル理ニ於テ異ナル所ナキモノトス」(大正一四、八、四、東地判決、評論一五卷民法一四七頁)。
(9)「民法第三百九十五條ノ規定ハ抵當權アル爲ニ其ノ目的物タル不動產ノ所有者ヲシテ之カ利用ヲ妨ケサラシメンカ爲ニ特ニ右不動產ニ關スル短期ノ賃貸借ニ限リ之ヲ保護セントシタルモノニシテ民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エタル期間ノ賃貸借ヲ締結シタル場合ニ其ノ期間ヲ短縮シテ同條所定ノ範圍內ニ於テハ登記アレハ其ノ賃貸借ヲ以テ抵當權者ニ對抗シ得セシムルノ法意ナリトスルヲ得サレハ第六百二條ノ期間ヲ超エタル期間ヲ定メタル賃貸借ハ全部之ヲ抵當權者ニ對抗シ得サルモノト謂ハサルヘカラス」(大正一五、三、八、東地判決、新聞二六一四號一五頁、新報八三號一九頁、評論一五卷民法一一八三頁)。
(10)「三ケ年ヲ越ユル賃借權ニ至テハ之ヲ登記スルモ抵當權者ニ對抗スルヲ得スト云フハ三ケ年丈ケハ對抗シ得ルモ其ノ餘ノ期間ヲ對抗シ得スト云フノ趣旨ニアラスシテ全然始メヨリ對抗シ得サルノ趣旨ナリトス」(大正一五、七、二三、大判、新聞二六一〇號一三頁、評論一五卷民法九二二頁)。
(11)「大正一五、八、二八、大判、評論一五卷民法九二二頁。
(12) 昭和六、七、一〇、大判、一〇卷五二四頁(前揭)。
(13) 昭和八、一二、一五、大判、新聞三六六五號一三頁(前揭)。

超過期間のみが抵當權者に對抗し得ざるものと解する說　石田氏擔保物權法二一二頁、山下氏擔保物權法三二九頁。

「抵當權ヲ設定セル土地ニ對シ民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超過部分ニ付テノミ抵當權者ニ對抗シ得サルモノトス」(明治四一年(レ)三〇號浦和地方判決、新聞五二八號一五頁)。

第一番抵當權設定登記後、第二番抵當權設定前、民法第六百二條の期間を超ゆる賃貸借の登記せられたる場合に、第二番抵當權者が其の抵當權を實行したるときは、其の賃貸借は如何なる影響を蒙るかの問題に關しては三潴氏「民法第三百九十五條論」法協五一卷九號一六頁以下、及び石田氏擔保物權法上卷二一四頁參照。

(c)民法第六百二條の期間を超ゆる賃貸借と雖も、抵當債權の辨濟期以前に其の賃貸期間の經過するが如き賃貸借は抵當權者に損害を生じないから、解除請求の目的とならない。

同說　石田氏擔保物權法上卷二二〇頁。

(d)期間の定めなき賃貸借は第六百二條の期間を超えざる賃貸借とせられる。蓋し、何時にても解約申入によりて之れを消滅せしめ得るからである。

同說　石田氏擔保物權法二一〇頁、我妻氏擔保物權法二五四頁、昭和五、六、二三、大判、裁判例四卷七二頁。

(e)第六百二條の期間を超えざる限り、抵當權登記後、新賃貸借契約の締結が可能なるが故に、從來の賃貸借契約の期間の更新も亦其の限度に於て妨げはない。

同說　石田氏擔保物權法二一一頁。

一　「民法第六百二條ニ定メタル賃貸借ノ期間ハ同第三百九十五條ノ場合ニ於テモ亦之ヲ更新スルコトヲ妨ケス」(明治四〇、一〇、一〇、大判、二三輯九二七頁、新聞四五八號九頁)。

二　「民法第三百九十五條ノ場合ニ於テ不動產ノ所有權者カ未タ其ノ行爲ノ制限ヲ受ケサル通常ノ場合ニ於テハ民法第六百二條ニ則リ賃貸借期間ノ更新ヲ爲ストキハ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗シ得ヘシト雖モ抵當物件ニ付既ニ增價競賣申立登記アリテ抵當不動產所有者カ其ノ處分行爲ヲ制限セラレタル後ニ至リ期限更新ノ約定ヲ爲スモ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗シ得サルモノニシテ此ノ理ハ更新アリタル後抵當權者自ラ抵當物ヲ競落取得シタル場合ニ於テモ何等異ルトコロナキモノト解スルヲ相當トス」(昭和五、七、一七、東地判決、新報二二八號二二頁)。

(f)短期期間は借地法によりて變更せられない。

我妻氏評釋、昭和二年度判例民事法六頁、中村氏二八三頁、沼氏四卷三五八頁。

一　「抵當權ノ登記後ニ登記セラレタル賃貸借ニ付テハ民法第三百九十五條ノ規定スル所ニシテ借地法第五條第十七條ニ定メタル賃貸借ノ存續期間ハ普通ノ場合ニ於ケル借地人ヲ保護スル爲定メラレタルモノニ係リ抵當權ノ登記後ニ登記セラレタル賃貸借ニ付適用セラルヘキモノニ非ス蓋民法第三百九十五條ノ規定ハ抵當權ノ登記アリタル後ニ於ケル不動產利用ノ方法トシテ短期ノ賃貸借ノミヲ許容シタル趣旨ナレハナリ故ニ同條ニ所謂第六百二條ニ定メタル期間ハ借地法ノ規定ト牴觸スルモノニ非ス」(昭和二、一、三一、大判、六卷一二頁、新聞二六六一號七頁、新報一〇四號一一頁、評論一六卷民法五九二頁、我妻氏評釋、同年度判例民事法四頁以下)。

二　「民法第三百九十五條ノ規定ハ抵當權ノ設定登記アリタル以後ニ於ケル不動產利用ノ方法トシテ特ニ短期ノ賃貸借ノミヲ許容セルモノニシテ同條ニ所謂民法第六百二條ニ定メタル期間ハ借地法ノ規定ニ依リ變更セラレタルモノニ非サルハ勿論是等民法ノ規定ハ借地法ノ規定ト牴觸スルモノニ非ス」(昭和三、六、二六、東地判決、新報一五四號一六頁)。

(g)第六百二條の期間を超ゆる賃貸借と雖も其の期間を三年に變更するときは抵當權者に對抗し得ること論を俟たない。

「抵當權設定登記後期間三年ヲ超ユル賃貸借ハ其登記後存續期間ヲ三年ニ變更スルモ亦決シテ無效ニ非ス而シテ建物ニ付キ爲シタル期間三年ノ賃貸借ハ縱令抵當權ノ登記後ニ於テモ登記スレハ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノナルヲ以テ變更登記ニ因リ三年ハ減縮シ且ツ其附記登記カ抵當物ノ競賣前ナルニ於テハ競落人ニ對抗スルコトヲ得ルモノトス」(明治三五、一〇、三、東地判決、新聞一一四號九頁)。

(h)本條の賃貸借中には轉貸借を包含せざるものとする判例がある。

「轉貸借ハ賃貸借ヨリ流出スル從タル權利ニシテ主タル賃貸借ノ效力範圍内ニ就テノミ效力ヲ有スルニ過キサルモノナルヲ以テ轉貸借カ主タル賃貸借ト獨立シテ抵當權者ニ損害ヲ及ホスコトアルナシ從テ民法第三百九十五條ハ獨立シテ抵當權者ニ損害ヲ與ヘ得ヘキ賃貸借ニ付テノミ規定シタルモノニシテ同條ニ所謂賃貸借中ニハ轉貸借ヲ包含セサルモノトス」(明治三八、一〇、三一、東地判決、新聞三三〇號一〇頁)。

(二)　賃貸借は登記あることを必要とする

民法第三百九十五條但書により抵當權者が其の解除を請求し得べき賃貸借には登記あることを必要とする。登記なき賃貸借は抵當權者に對抗することを得ないから、解除訴訟の目的とは爲り得ない。抵當權者は登記なき賃貸借あるも之れに顧慮するを要せず、當然、競賣を進行し得る。

登記は競賣申立登記の爲さるる前迄に爲さるれば足る。其の以後は登記を爲すを得ず、爲すとも效はない。此點に關しては後に述べる。

假登記ある賃貸借に關しても、判例は其の解除請求を認容してゐる。

「假登記ハ本登記ト同一ノ效力ヲ生スルニ非スシテ單ニ他日本登記ノ爲サレタル場合ニ其ノ順位ヲ保全スルノ效力ヲ生スルニ止マルモノナリト雖モ一旦本登記ヲ爲シタルトキハ假登記權利者ハ假登記ノ日ニ遡リ其權利ヲ第三者ニ對抗シ之ニ牴觸スル權利ヲ排除スルコトヲ得ヘキモノナレハ本登記ヲ爲スニ至ル迄ハ假登記權利者ハ一種ノ期待權ヲ有スルモノト謂ハサルヲ得ス而シテ不動産ニ於ケル賃借權設定ノ始期附若ハ停止條件附請求權ニ付假登記ヲ爲シタル者ハ期間ノ到來又ハ條件ノ成就ニ因リ本登記ヲ爲シタル後ハ其ノ賃借權ヲ假登記ノ日ニ遡リテ抵當權者及競落人ニ對抗スルコトヲ得ヘキモノナレハ右不動産ハ抵當權者及競落人ニ對抗セラルヘキ賃借權ノ目的トナルヘキコトヲ期待セラルルモノニシテ假登記ハ假登記權利者ノ爲メニ此期待權ヲ保全スルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ該賃貸借カ本登記ノ爲サレタル後ニ於テ民法第三百九十五條但書ニ依リ抵當權者ニ損害ヲ與フルコト明ナルトキハ抵當權者ハ同條ノ趣旨ニ準據シ本登記前ト雖始期附若ハ停止條件附賃貸借契約ノ解除ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノト解スルヲ相當ス」(昭和一〇、四、二五、大判、一四卷六九九頁)。

同說　末川氏「假登記ある賃貸借解除」民商法雜誌二卷四號一四二頁、有泉亨氏評釋、昭和十年度判例民事法一九五頁、田島氏論叢三三卷三號五二一頁、板木氏法と經濟四卷三號四八〇頁、梶浦氏評註法學四卷一二號八五頁。

反對　柚木氏判例物權法各論四三六頁。

(三)　賃貸借の登配なきも、特別法による他の對抗要件を以て之れに代用することを得るか本問題に關しては判例法は統一を缺いて居る。

(a)建物保護法に付いては次の二個の判例は之れを否定する。

否認說　田島氏二三三頁。

一　「民法第三百九十五條ニ依レハ同法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ハ登記アル場合ニ限リ其ノ登記カ抵當權設定登記後ニ係ルトキト雖モ抵當權者ニ對抗シ得ヘキモノニシテ又明治四十二年法律第四十號建物保護法第一條第一項ニハ建物ノ所有ヲ目的トスル地上權又ハ土地ノ賃貸借ニ因リ地上權者又ハ土地ノ賃借人カ其ノ土地ノ上ニ登記シタル建物ヲ有スルトキハ地上權又ハ土地ノ賃貸借ハ其登記ナキモ之ヲ以テ第三者ニ對抗シ得ル旨規定シアルモ其ノ所謂第三者中ニハ建物ノ登記前其ノ土地ニ付登記シタル抵當權ヲ有スル者ヲ包含スルモノト解シ難キヲ以テ是等法條ニ依リテ建物ノ所有ヲ目的トスル土地ノ賃貸借ニ因リ土地ノ

賃借人カ其ノ土地ノ上ニ登記シタル建物ヲ有スルモ其ノ登記前登記シタル抵當權ヲ有スル者ニ對シテハ賃貸借ノ登記ナキ限リ縱令其ノ期間カ民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサルトキト雖モ之カ對抗ヲ爲シ得サルモノト謂フヘク從ツテ其ノ賃貸借ハ抵當權ノ實行ニ因リ其ノ土地ノ所有權ヲ取得シタル者ニモ對抗シ得サルコト自明ノ理ナリ」（昭和六、七、二〇、大判、一〇卷五八五頁、新報二七四號一三頁、末弘氏評釋、同年度判例民事法二四九頁以下）。

二　「明治四十二年法律第四十號建物保護法第一條第一項ニ所謂第三者中ニハ建物ノ登記前其ノ土地ニ付登記シタル抵當權ヲ有スル者ヲ包含セサルカ故ニ縱令建物ノ所有ヲ目的トスル借地權ヲ有スル者カ其ノ土地ノ上ニ登記シタル建物ヲ有シタレハトテ其ノ登記前既ニ登記シタル抵當權ヲ有スル者ニハ對抗スルコトヲ得サルモノニシテ從テ其ノ借地權ハ抵當權ノ實行ニ因リテ其ノ土地ノ所有權ヲ取得シタル者ニモ對抗シ得サルコトハ當院ノ夙ニ判例トスル所（昭和六年(オ)第三二號同年七月二十一日當院判決）ナルカ故ニ原審カ同一見解ノ下ニ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルハ固ヨリ正當ナリ」（昭和九、五、一一、大判、新聞三七〇二號一三頁）。

三　然るに、昭和七、二、二四、大判、新報二八八號一一頁は之を肯定する。

(b)借家法に付いては之れを肯定する。

「原審ハ第一番抵當權設定後ニ於テ成立シタル本件建物ニ關スル賃貸借ノ如キハ之ヲ競落人ニ對抗シ得サルモノナリトノ理由ノ下ニ賃貸借ノ期限及借賃ヲ競賣及競落期日ノ公告ニ記載セサリシトテ違法タラスト說示スルトモ借家法第一條ニ依レハ建物ノ賃貸借ハ其ノ登記ナキモ建物ノ引渡アリタル時ハ爾後其ノ建物ニ付物權ヲ取得シタル者ニ對シ其ノ效力ヲ生ストアリ又民法第三百九十五條ニ依レハ第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ヘサル賃貸借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得トアリ而シテ本件建物ハ借家法施行地區タル大阪市内ニ存在スルモノナルコトハ本件記錄ニ徵シ明白ナレハ抗告人ノ主張ノ賃貸借ニシテ民法第六百二條所定ノ期間ヲ超ヘサルモノナルトキハ假令第一番抵當權設定後ノ成立ニ係リ且其ノ登記ナシトスルモ尙之ヲ競落人ニ對抗シ得ヘキモノナリト解セサルヘカラス」（昭和六、五、二〇、大判、新報二五七號一一頁、評論二〇卷民法六五六頁）。

併し、本條に於て登記を要求するは抵當權に優先する賃貸借の存在を第三者に公示するに過ぎないのであるから、他の法律の認むる登記以外の公示方法を除外すべき理由はない。

卽ち、賃貸借の目的自體に登記なき場合と雖も、建物に登記ある場合（建物保護法一）、又は賃借權の登記なき場合と雖も、建物の引渡ありたる場合（借家法一）に於ては賃貸借自體に登記ある場合とは同一に取扱はれ得べきものである。

同說　我妻、廣瀨兩氏「最近の判例に現はれたる賃貸借」法律時報五卷三號四頁、我妻氏擔保物權法二五五頁、石田氏擔保物權法二一五頁、近藤氏二二三頁、田島氏論叢三三卷三號五二三頁、末弘氏評釋、昭和六年度判例民事法二四九頁、柚木氏判例物權法各論四三〇頁、山下氏擔保物權法三三一頁、東氏擔保物權法一六一頁、沼氏四卷二一七頁、三潴氏「續借家法問題」法協五一卷二號四頁以下、同氏「民法第三百九十五條論」法協五一卷九號六頁。

(四)　賃貸借を爲すべき時期

賃貸借の登記は抵當權の登記後如何なる時期に爲さるるも差支ない。併し、遲くとも何時迄に爲さるべきであるかに就いては見解が岐れる。

其の時期としては

(1)競賣申立の時期、

(2)競賣開始決定の時期、

(3)競賣申立の登記を爲したる時期、
(4)競賣許可決定ありたる時期
等が考へられ得る。

(a)右の時期中、競賣申立登記の爲さるる時期迄に爲すことを要するものとする說がある。是れが判例の採る主張であり、亦是れが正しい。

同說　石田氏擔保物權法上卷二一七頁、我妻氏擔保物權法二五四頁、近藤氏二二三頁、石田氏擔保物權法二一七頁、田島氏二三六頁、東氏擔保物權法一六〇頁、山下氏擔保物權法三二九頁、小池氏三一八頁、柚木氏判例物權法各論四二九頁。

反對說　石坂氏「抵當權ノ實行ト賃借權ノ登記」民法研究三卷三九五頁以下。

一　「抵當權者カ其權利ノ實行トシテ競賣ノ申立ヲ爲シ其申立カ登記簿ニ記入セラレタル以上ハ其抵當權ノ目的物ニ付キ賃貸借ヲ爲シテ其登記ヲ經ルモ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルカ故ニ競賣ノ結果競落許可決定ニ依リ該目的物ノ所有權ヲ取得シタル者ニ對シテモ亦其賃借權ヲ以テ對抗スルコトヲ得サルモノトス」(明治三八年(ワ)三五七號東地判決、新聞二八四號七頁)。

二　明治三八、一〇、二五、大判、一一輯一四八四頁。

三　「抵當權者カ抵當權ノ實行ニ着手シ抵當不動產競賣申立ノ登記ヲ爲シタルトキハ之ト同時ニ其不動產ノ所有者ハ其不動產ニ付キ抵當權者ノ權利ニ影響スヘキ一切ノ登記行爲ヲ爲スコトヲ禁セラルルモノトス故ニ不動產ノ所有者ハ其不動產上ニ地上權其他ノ物權ノ設定登記ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論賃貸借契約ヲ登記シ之ヲ不動產所有者カ競賣申立ノ登記前ニ於テ第三者ト賃貸借契約ヲ締結シタル場合ト雖モ其申立ノ登記後ニ至リ之カ登記ヲ爲シタルトキハ第三者ハ其賃借物ヲ以テ抵當權者及ヒ不動產ノ競落人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス而シテ所論ノ民法第三百九十五條ノ規定ハ不動產ノ所有者カ未タ其行爲ノ制限ヲ受ケサル通常ノ場合ヲ規定セルモノニシテ本件ノ如ク不動產ノ所有者カ競賣ノ申立ニ依リ其行爲ヲ制限セラレタル場合ヲ同條ノ規定外ニ屬スルヲ以テ同條ニ基キテ本件賃貸借ノ有效ナルコトヲ主張スル上告論旨ハ其當ヲ得サルモノトス」(大正二、一、二四、大判、一九輯一三頁、石坂氏「抵當權ノ實行ト賃借權ノ登記」民法研究三卷三九五頁以下)。

四　「民法第三百九十五條ニ依レハ三年ノ期間ヲ超エサル建物ノ賃貸借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ヘク又借家法第一條ニヨレハ建物ノ賃貸借ハ登記ナクモ引渡アリタルトキハ爾後建物ノ所有權ヲ取得シタル者ニ對シ其效力ヲ生スル旨規定スレトモ民法第三百九十五條ノ趣旨ハ不動產ノ所有者カ未タ其行爲ノ制限ヲ受ケサル通常ノ場合ヲ規定シタルモノニシテ競賣ノ申立ニヨリテ其行爲ヲ制限セラレタル場合ヲ含マサルカ故ニ競賣申立ノ登記後ニ爲シタル賃貸借ハ其效力ナシト解スルヲ相當トス」(大正一二、三、二六、東地判決、評論一二卷民法一八五頁)。

五　「抵當權者カ抵當權ノ實行ニ著手シ抵當不動產ニ付競賣申立ノ登記ヲ爲シタルトキハ之ト同時ニ其ノ不動產ノ所有者ハ其ノ不動產ニ付抵當權者ノ權利ニ影響スヘキ一切ノ登記行爲ヲ爲スコトヲ禁セラルルモノトス故ニ不動產ノ所有者ハ其ノ不動產上ニ地上權其ノ他ノ物權ノ設定登記ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論賃貸借契約ヲ登記シ之ヲ不動產ノ競賣後ニ存續セシムルヲ得ス從テ不動產所有者カ競賣申立ノ登記前ニ於テ第三者ト賃貸借契約ヲ締結シタル場合ト雖モ其申立ノ登記後ニ至リ之カ登記ヲ爲シタルトキハ第三者ハ其賃借權ヲ以テ抵當權者及不動產ノ競落人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス而シテ所論ノ場合ハ勿論前ナル場合ト雖競賣申立ノ登記アリタル後ニ賃貸借契約ノ登記ヲ爲シタルトキハ其ノ第三者ハ右ノ賃貸借ヲ以テ抵當權者及不動產ノ競落人ニ對抗スルコトヲ得ス而シテ民法第三百九十五條ノ規定ハ不動產ノ所有者カ未タ其ノ行爲ノ制限ヲ受ケサル通常ノ場合ヲ規定セルモノニシテ不動產ノ所有者カ競賣ノ申立ニ依リ其ノ行爲ヲ制限セラレタル場合ニハ其ノ適用ナキモノトス」(昭和四、五、一八、大判、新聞二九九一號六頁、評論一八卷民法七〇五頁)。

六　「縣市稅ノ滯納處分ニ付テハ國稅徵收法ノ規定ノ適用セラルル可キモノナリ而シテ國稅徵收法ニ依リ滯納處分トシテ納稅義務者ノ不動產ニ對シ差押ヲ爲シ之カ登記アリタル場合ニアリテモ其ノ不動產ノ所有者ハ其ノ利用又ハ管理ヲ爲スコトヲ妨ケサル可シト雖其ノ利用又ハ管理ハ將來公賣處分ニ因リ徵收ノ目的ヲ達スルニ差支ナキ範圍內ニ限ラル可キコトハ其ノ差押ヲ爲シタル目的ニ照シ疑ナキ所ナレハ不動產ノ差押アリタル該不動產ニ付公賣處分後迄永續スヘキ賃貸借ヲ爲スカ如キハ前記ノ利用又ハ管理ノ範圍

ヲ超越シタルモノト云フ可ク其ノ登記アルモ公賣ニ因リ差押不動產ノ所有權ヲ取得シタル者ニ對シ之ヲ對抗シ得サルコト勿論ナリトス左レハ縣市稅滯納處分トシテ國稅徵收法ニ依リ本件不動產ニ對シ差押處分アリタル後公賣處分後ニ永續スヘキ本件賃貸借契約締結セラレ其ノ登記アリタルモ右ハ差押物件ノ一時ノ利用又ハ管理ノ範圍外ニ屬ストナシ公賣處分ニ依ル不動產所有權ノ取得者ニ之ヲ對抗スルコトヲ得サルモノト解シ上告人ノ抗辯ヲ排斥シタルコト判文上明白ナル原判決ニ毫モ所論ノ如キ違法ノ點ナシ」（昭和五、一一、八、大判、九卷一〇七四頁以下、戒能氏評釋、同年度判例民事法三八〇頁以下）。

(b)無制限說を採る學說は次の如し。

富井氏原論二卷五八一頁、石坂氏判批京法八卷七號、三潴氏舊說擔保物權法五〇四頁、提要三三六頁。中島氏釋義二卷一一八六頁、末弘氏債權各論六〇二頁、沼氏四卷二一七頁。

一　「民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ハ競賣申立登記記入以後ニ設定セラレタルモノト雖モ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得何トナレハ民法第三百九十五條ニハ其賃貸借カ競賣申立登記記入以前ニ制限シタル明文ナキヲ以テナリ」（明治三五年(ラ)三二三號同年東控決定、新聞一一六號一八頁）。

二　「民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ハ抵當權登記ニ登記セラレタルモノト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ヘキモノニシテ且ツ其ノ登記ノ時期ニ付キ何等ノ制限ナキヲ以テ縱シ抵當權實行ノ爲メニスル競賣申立ノ登記後ニ登記セラレタル賃貸借ト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ヘク又其不動產ノ競落人ニモ對抗シ得ヘキモノトス」（明治三六、一二、二四、大地判決、新聞一八五號七頁）。

(c)競賣期日の通知の爲さるるまで之れを爲すことを得べきものとする說もある。

三潴氏改說「民法第三百九十五條論」法協五一卷九號二四頁以下。

第二　賃貸借が抵當權者に損害を及ぼすものなること（第二要件）

(a)抵當權者に損害を及ぼすとは賃貸借の設定に因り抵當不動產の價格の低落を惹起せしむること、從つて抵當債權者が之れにより十分なる辨濟の滿足を得ざるべき危險あるに至ることである。

而して、賃料が不當に低廉なる場合、又は賃料前拂の登記ある場合には抵當不動產の價格を低落せしむること勿論である。

一　「抵當權者カ其抵當物ノ上ニ設定セラレタル賃貸借契約ノ解除ヲ請求スルコトヲ得ルハ民法第三百九十五條ニ依リ同法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ニシテ且ツ之レカ爲メニ抵當權者ニ損害ヲ及ホスヘキ場合ナラサルヘカラス」（明治三四、六、五、東地判決、新聞四二號一一頁）。

二　「民法第六百二條ノ期間ヲ超過スル賃貸借ハ縱令其ノ登記ヲ經タル抵當權ニ對抗シ得サルヲ以テ該抵當權者カ抵當權ヲ實行スルニ當リテハ後ニ登記ヲ經タル賃貸借ヲ全ク無視シテ其權利ヲ實行シ得ヘキニ付先ユ登記ヲ經タル抵當權者ハ後ニ登記ヲ經タル該賃貸借ノ爲メ寸毫モ其抵當權ニ損害ヲ受クルノ理ナシ」（明治三六年(ネ)三一二號東控判決、新聞一六二號九頁）。

三　「民法第三百九十五條但書ハ絕對的規定ニシテ苟モ其本文ニ規定セル賃貸借ニシテ抵當權者ニ損害ヲ及ホスヘキ場合ニ於テ抵當權者ノ請求アランカ裁判所ハ必スヤ其賃貸借ノ解除ヲ命セサルヘカラサルモノニシテ其損害ノ程度如何ニ因リ解除ヲ命スルト否トノ自由裁量ノ餘地ナキモノトス」（明治四二年(ワ)五九五號同四三年大地判決、新聞六四一號一三頁）。

四　「抵當權ニ損害ヲ及ホスヘキ賃貸借設定ハ抵當權者ニ於テ其解除ヲ請求スルノ權利アルモノトス」（大正五、一、二九、東控判決、新聞一一〇六號二二頁、評論五卷民法二一二頁）。

五　「抵當不動產ニ付キ賃貸借契約存スルノ一事ハ必スシモ同不動產ノ價値ヲ低落セシメ抵當權者ニ損害ヲ與フルモノト云フヲ

得サルモ又賃料ノ前拂アルト否トト賃料ノ額ノ不當ニ少キト否トニ拘ハラス抵當物ノ價格ヲ損シ抵當權者ニ損害ヲ被ラシムル場合アル前者ニ在テハ賃貸借ハ之ヲ解除スルヲ得サルモ後者ニ在テハ民法第三百九十五條但書ニ因リ抵當權ヲ害スルモノトシテ賃貸借ハ解除セラルヘキモノトス」(大正五、五、六、大判、二二輯九〇八頁)。

六　「抵當權ノ設定アル不動產ノ賃貸借ヲ爲スコトハ法律上是認スル所ニシテ其賃貸借ヲ以テ直チニ抵當權ヲ侵害スルモノト云フヲ得サルハ勿論ナルノミナラス抵當權ノ實行トシテ目的不動產ヲ競賣スルニ當リテモ競賣代金カ抵當債權ヲ辨濟スルニ足ルヘキトキハ賃貸借存在ハ抵當權ヲ侵害スルモノト云フヘカラスト雖モ若シ賃貸借ノ存在ハ抵當不動產ノ代價ヲ低廉ナラシメ爲メニ抵當權者ヲシテ完全ニ辨濟ヲ受クルコトヲ得サラシムヘキ場合ハ卽チ抵當權ヲ侵害スルモノニ外ナラスシテ抵當權者ニ賃貸借ノ解除ヲ爲スヲ得セシムル所以ナリ」(大正五、五、二五、大判、二二輯一〇一六頁、同說　田島氏民商法雜誌一卷四號二九九頁、同氏論叢三三卷三號五二二頁、柚木氏判例物權法各論四三二頁)。

七　「抵當權ノ目的タル土地カ牧用區域内ニ豫定セラレ居ル時ハ抵當權實行ノ場合ニ於テ競賣申立ヲ爲サントスル者ハ後日自己ノ用途ニ之ヲ使用スルコト能ハサルヘキヲ豫想シ從テ他ニ何等カノ利益ヲ目算スルニアラスンハ競賣申立ヲ爲スコトナカルヘキカ故ニ斯ル場合ニ在テハ抵當不動產上ノ負擔ハ假令些少ナリト雖モ之ヲ除去スルニ非スンハ抵當權ノ實行ヲ困難若クハ不能ナラシメ延テ抵當權者ニ損害ヲ及ホスヘキハ見易キ理ナルヲ以テ苟モ土地ノ價格カ賃貸借アルニ因リ低落シ爲メニ抵當物件全部ノ換價ヲ爲スモ抵當債權者全部ヲ滿足セシムルニ足ラスシテ抵當權者ニ損害ヲ及ホスモノナル以上其損害額ヲ審究スル迄モナク抵當權者ハ其賃貸借ノ解除ヲ請求シ得ルモノト謂ハサルヲ得ス」(昭和六、二、二五、東地判決、新報二五五號二二頁)。

八　「被上告人ノ抵當權ニヨリ擔保セラレタル債權ノ辨濟期カ到來シ該抵當權ノ旣ニ實行シ得ヘキモノナルコトハ判文上明白ナルヲ以テ本件建物ニ付上告人等ノ賃貸借契約ノ存在スルコトニ因リ現ニ抵當權者タル被上告人ニ損害ヲ及ホスコト判示ノ如クナル以上ハ民法第三百九十五條ニ依リ被上告人ハ上告人等ニ對シテ該賃貸借契約ノ解除ヲ訴求シ得ヘキコト論ヲ俟タス」(昭和七、六、四、大判、法學二卷一號一〇九頁)。

九　「原審ノ認定ニ依レハ本件建物ノ擔保力ハ本件賃貸借ノ設定ニヨリ減少シタルモノナルコト明ニシテ此減少ハ賃借期間ノ經過ト共ニ漸次其恢復ヲ見ルヘキモノナリト雖モ苟モ賃借期間ニシテ尙其幾分ヲ殘存スル場合ニ於テハ擔保力ハ未タ完全ナル恢復ヲ見タルモノト認ムヘキモノニ非ス而シテ民法第三百九十五條ハ其損害ノ多寡ヲ定メサルヲ以テ苟モ損害ノ認ムヘキ限リ抵當權者ハ賃貸借契約當事者ニ對シ其解除ヲ求メ恢復ニ關スル行爲ヲ求メ得ヘキコト論ナシ」(昭和七、七、七、大判、法學二卷二號一〇七頁、重倉氏評註同所)。

一〇　「抵當權ノ設定アル不動產ノ賃貸借ヲ爲スコトハ法律ノ是認スル所ナレハ其ノ賃貸借ヲ以テ直ニ抵當權ヲ妨害スルモノト謂フヲ得スト雖モ若シ賃貸借ノ存在カ抵當不動產ノ代價ヲ低廉ナラシメ因ツテ抵當權者ヲシテ完全ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得サラシムルトキハ抵當權者ニ損害ヲ及ホスモノニシテ其賃貸借ノ解除ヲ請求スルコトヲ得ヘク從テ賃貸借カ抵當權ヲ害スルヤ否ヤハ抵當權實行ノ場合ニ於ケル事情ニ依リテ定ムヘキモノトス(大正五年(オ)第二二六號大正五年五月二十二日當院判決參照)」(昭和七、一一、二四、大判、法學二卷七號九三頁)。

一一　「登記シタル抵當權ノ目的物ニ付民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ヘサル賃貸借ノ爲スコトハ法ノ認容スル所ニシテ假令其ノ賃貸借カ賃料ノ前拂ノ他ノ事由ニ因リ抵當權者ニ損害ヲ及ホスコトアルモ之ヲ以テ抵當權ノ侵害ナリト謂フコト能ハス抵當權者ハ其ノ賃貸借ノ解除ヲ命スルコトヲ裁判所ニ請求シ得ルニ過キサルコトハ民法第三百九十五條ノ法意ニ照シテ明ナリ」(昭和八、四、二五、大判、法學二卷一二號一〇一頁)。

一二　「被上告人カ本件二棟ノ建物及其ノ敷地ノ地上權ニ付抵當權ヲ有スルコトハ原審ニ於テ爭ナカリシ事實ニシテ鑑定人澤木喜太郎ハ建物ニ付テノミ賃貸借ノ設定ニ因ル價格ノ低落ヲ鑑定シ鑑定人池原健作高桑淺吉ハ右賃貸借ノ設定ニ依ル價格ノ低落ヲ建物及地上權ノ併合價格ニ付鑑定スレトモ被上告人ノ上告人石突龍ニ對スル債權額ハ最後ノ二ケ年分ノ利息損害金ヲ元金ニ通算スレハ右池原高桑兩名ノ鑑定シタル賃貸借ナキ場合ニ於ケル建物及地上權ノ併合價格ヨリモ超過シ該賃貸借ノ設定アル爲其ノ價格ハ債權額ニ對シ一層不足ヲ生スルコト明ナレハ右鑑定ニ依レハ建物ノ賃貸借カ地上權ノ價格ニ及ホス影響ヲ考慮セサルモ尙該賃貸借ハ

抵當權者ヲ害スルモノト謂フヘク從テ本件ニ於テハ建物ト地上權トノ價格ヲ區別シテ鑑定スルノ必要ナキモノトス而シテ原裁判所ハ右兩名ノ鑑定ヲ澤木ノ鑑定ト綜合シテ本件建物ニ於ケル賃貸借ノ存在カ地上權ノ價格ニ影響スルヤ否ヲ論スル迄モナク抵當權者タル被上告人ニ損害ヲ及ホス旨ヲ判斷シタルモノト解スルニ難カラサレハ其ノ判斷ハ不法ニ非ス又抵當權者ハ抵當債務ノ辨濟期到來後何時ニテモ抵當權ヲ實行スルコトヲ得ヘキヲ以テ抵當權者カ辨濟期經過後久シキヲ經テ抵當權ノ實行ヲ爲サントスル場合モ有リ得ヘク斯カル場合ニハ其ノ間ノ經濟上ノ變動ニ因リ抵當物件ノ價格ニ變動ヲ生シ之ト相俟チテ抵當物件ニ於ケル賃貸借ノ設定カ抵當權者ヲ害スルニ至ルコトナキヲ保セス然レトモ經濟上ノ變動ヲ伴フト然ラサルトヲ問ハス而モ賃貸借ノ設定カ抵當權者ヲ害スルノ一原因ヲナス場合ナル以上ハ右抵當權者ハ民法第三百九十五條但書ニ依ル權利ヲ行使スルコトヲ得ヘキモノト謂ハサルヲ得ス故ニ原裁判所カ抵當債權ノ辨濟期當時ト原判決言渡當時トノ間ノ經濟事情ノ變動ノ如何ヲ審査セサリシハ不法ニ非ス」(昭和一〇、五、二、大判、法學五卷一號八七頁)。

一三　「民法第三百九十五條但書ハ但其賃貸借カ抵當權者ニ損害ヲ及ホストキハ裁判所ハ抵當權者ノ請求ニ因リ其解除ヲ命スルコトヲ得ト規定スルニ止マリ所論ノ如ク賃借權設定當時ニ於テ該賃貸借ノ存在カ抵當權者ニ損害ヲ及ホス場合ニ限リテ其ノ適用アルモノト解スヘキ根據アルコトナク苟モ其ノ賃貸借ノ存在カ現ニ抵當權者ニ損害ヲ及ホシ居ルモノナル以上則チ右但書ノ適用アルモノト解スルヲ妥當トス」(昭和一一、二、八、大判、法學五卷七號一一七頁)。

(b)賃料前拂の登記が抵當權者に對抗出來るか。判例は初めは之れを以て競落人に對抗出來ないとしたが、後に其の效力を認めた。

一　明治四〇、三、一一、大判、一三輯二六二頁。

二「登記セラレタル賃貸借ニシテ民法第六百二條ノ期間ヲ超エサルモノナルトキハ假令其ノ登記カ抵當權ノ登記後ニ爲サレタルモノト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルヲ得ヘキモノナルコトハ同法第三百九十五條ノ規定ニ依リ明白ナレハ同時ニ登記セラレタル賃料前拂ノ事實ノ如キ當然抵當權者ニ對抗シ得ルモノト謂ハサル可カラス然ラハ本件係爭賃貸借ニ付キ賃貸料全部ノ前拂アリタル事實ヲ認定シ右ハ抵當權ノ競賣價格ヲ著シク減少セシムルニ足ルモノトシ民法第三百九十五條但書ヲ適用シタル原判決ハ正當ナリ」(大正七、九、二七、大判、新聞一四八八號二四頁)。

三　昭和六、七、八、大判、新聞三三〇六號一五頁。

四　「不動產登記法第百二十七條ニ所謂「借賃ノ支拂時期ノ定」ノ中ニハ借賃ノ前拂ヲモ包含スルモノト解スヘキカ故ニ不動產ノ賃借人ニシテ其ノ賃借權設定ノ登記ヲ受クルニ當リ賃料ノ前拂ヲ爲シ而モ其ノ旨ノ登記ヲ了シタルトキハ爾後其ノ賃借權ノ對抗ヲ受クル總テノ者ニ對シ其ノ前拂ヲ主張シ得ヘクシテ更ニ賃料ノ支拂ヲ强要セラルルコトナキモノトス」(昭和七、四、二八、大判、一一卷八五一頁、戒能氏評釋、同年度判例民事法二二〇頁以下、柚木氏判例物權法各論四三一頁)。

五　反對判例　「不動產登記法第百二十七條ニ所謂借賃又ハ支拂時期ハ賃借人ニ於テ支拂フヘキ借賃又ハ時期ヲ指稱セルモノトス從テ借賃ノ前拂ヲ爲シタル事實ノ如キハ縱令當事者ノ申請ニ因リ登記官吏ニ於テ其ノ登記ヲ爲スモ固ヨリ登記ノ效力ヲ有セサレハ借賃人ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗シ得サルモノトス」(明治三八、二、一九、大判、一一輯二三三頁)。

問題は賃料低廉ならず、賃料前拂濟の登記なき場合にも尙、抵當不動產の價格を低落せしむるや否やであるが、斯の如き場合も尙、抵當不動產の價格の低落を來たすこと疑がない。併し、若し然りとすれば、總ての賃貸借は皆解除を必要とするに至り、第三百九十五條は空文に歸するから、如何に不動產の價格が低落するも擔保債權額以下に降らざる限りは解除を許すべきでないと解すべきである。

賃貸借の存在により不動產の價格の低下を惹起するも、尙其の賣却代金を以て抵當債權の全部を完

濟するに足る場合には、抵當權者に損害を及ぼさないから、抵當權者は賃貸借の解除を請求することを得ない。

同說　大正五、五、二二、大判、二二輯一〇一六頁、昭和六、七、二〇、大判、一〇卷五七五頁、石田氏擔保物權法上卷二一九頁、我妻氏擔保物權法二五五頁。

(c)抵當不動產の價格の低落を生ずるを以て足り、抵當債務の保證人に對する請求が價値ありや否やを問はない。

昭和九、一一、二二、大判、新報附錄大審院判決全集昭和九年六一九頁。

(d)損害の有無は各場合の狀況に從つて決定せらるべき事實問題である。

同說　田島氏民商法雜誌一卷四號二九九頁、柚木氏判例物權法各論四三四頁、我妻氏擔保物權法二五五頁、大正五、五、六、大判、二二輯九〇八頁。

(e)抵當權者に損害を及ぼすべきことに付きては賃貸借當事者の故意過失、惡意等の主觀的要件を必要としないこと判例の存する所である。

同說　我妻氏擔保物權法二五五頁、石田氏擔保物權法二一八頁、田島氏二三三頁、近藤氏二二四頁、柚木氏判例物權法各論四三四頁、山下氏擔保物權法三三一頁、沼氏三卷一七七頁。

一　「民法第三百九十五條ニ依リ抵當權者カ賃貸借ノ解除ヲ裁判所ニ請求スルニハ賃貸人及ヒ賃借人カ賃貸借ノ登記ヲ爲ス當時抵當權者ノ損害ヲ及ホス事實ヲ知リタルコトヲ要セサルモノナルコト夙ニ當院ノ判例トスル所ナルヲ以テ（大正七、二、二八、大判、二四輯三二〇頁、新聞一三九三號三一頁、評論七卷民法一三六頁）。

二　「本訴ハ民法第四百二十四條ニ依ル訴害行爲取消ノ訴ニ非スシテ同法第三百九十五條ニ基ク賃貸借ノ解除並ニ賃貸借登記抹消ヲ求ムル訴ニシテ此ノ解除ヲ訴求スルニハ賃貸人及賃借人カ賃貸借ノ登記ヲ爲ス當時抵當權者ニ損害ヲ及ホス事實ヲ知リタルコトヲ要セサルモノナルコト夙ニ當院ノ判例トスル所ナルヲ以テ（大正七年（オ）第六八號同年二月二十八日言渡判決）各論旨ハ孰レモ失當トス」（昭和一〇、四、二三、大判、法學四卷一二號、實方氏評註同所）。

三　「民法第三百九十五條但書ニ基キ抵當權者カ賃貸借契約ノ解除ヲ請求スルカ爲ニハ其ノ賃貸借ニ因リテ抵當權カ害セラルル事實アルヲ以テ足リ賃貸借ノ當事者ノ惡意ナルコトヲ必要トセサルコト同條ノ解釋上一點ノ疑ナキニ因リ原審カ右ト同趣旨ノ判示ヲ爲シタルハ正當ナリ」（昭和一一、三、一一、大判、法學六卷三號一二四頁）。

(f)賃貸借が抵當不動產に損害を與ふることを決定すべき時期は賃貸借設定當時を標準とせず、抵當權實行の時を標準とし、又抵當權實行の準備として賃貸借解除訴訟の提起を爲すときは其の口頭辯論終結の時を標準とすべきものなること多數の判例の存する所である。

同說　我妻氏擔保物權法二五五頁、二五六頁、石田氏擔保物權法二二〇頁、田島氏二三三頁、柚木氏判例物權法各論四三四頁、山下氏三三〇頁、沼氏三卷一七七頁、久保氏三九三頁、我妻福島兩氏「抵當權判例法」時報七卷二號二七頁。

一　「抵當權ノ設定アル不動產ニ付キ賃貸借ヲ爲シタル場合ニ於テ其賃貸借カ抵當權ヲ妨害スルヤ否ヤハ抵當權ノ實行當時ニ於ケル事情ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノトス」（大正五、五、二二、大判、二二輯一〇一六頁、評論五卷民法七九六頁）。

二　「抵當權者カ抵當權ヲ實行スルニ先チ抵當不動產ニ付爲サレタル賃貸借ノ解除ヲ請求シタルトキハ口頭辯論終結當時ニ於ケル不動產ノ價額ヲ標準トシテ損害ノ有無ヲ定ム」（昭和六、五、二三、大判、新聞三二七九號九頁、彙報四二卷下民八一頁）。

三　「抵當權ノ設定アル不動產ニ付賃貸借ヲ爲シタル場合ニ於テ其ノ賃貸借カ抵當權者ニ損害ヲ及ホスヤ否ヤハ賃貸借ノ成立シタル時ヲ標準トシテ決スヘキニ非スシテ抵當權實行ノ時ヲ標準トスヘキモノトス」（昭和六、五、二三、大判、新聞三二七九號九頁、彙報四二卷一五號下民八一頁、新報二五八號一七頁）。

四　「抵當權ノ設定アル不動產ノ賃貸借カ其ノ抵當權ニ損害ヲ及ホスヤ否ヤハ右賃貸借當時ノ事情ヲ標準トスヘキモノトス」（昭和六、六、一九、大判、新聞三三〇三號一四頁）。

五　「民法第三百九十五條但書ニ「其賃貸借カ抵當權者ニ損害ヲ及ホストキ」トアルハ該賃貸借ノ存スルカ爲抵當物件ノ價額ノ減少ヲ來シ抵當權者カ之ニ依リテ十分ナル辨濟ヲ受クルヲ得サルニ至リタルコトヲ意味スルモノニシテ右ハ抵當權實行ノ時ニ於ケル抵當物件ノ價額ニ依リテ之ヲ決スヘク賃貸借成立ノ時ヲ標準トスヘキモノニ非サルコト右規定ノ法意上當然明瞭ナルトコロナリトス」（昭和六、七、二〇、大判、一〇卷五七八頁、戒能氏評釋、同年度判例民事法二四六頁以下）。

六　「抵當權ニ損害ヲ及ホスコトヲ原因トスル賃貸借解除ノ請求ハ既ニ抵當權ノ實行ニ著手シタリトスルモ未タ之ヲ完結セサルコトヲ前提トスルモノナルヲ以テ右損害ノ有無ハ判決當時ヲ標準トシテ決セサルヘカラス」（昭和六、一〇、三〇、大判、新聞三三三九號八頁）。

七　昭和七、一一、二四、大判、新聞三五〇三號七頁。

八　昭和九、一一、一五、大判、新聞三七八五號一二頁。

九　民法第三百九十五條ニ依リ抵當權者ニ對抗シ得ル賃貸借カ抵當權者ニ損害ヲ及ホスヤ否ヤハ賃借權設定ノ時ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキモノニ非スシテ被擔保債權ノ履行期到來シ抵當權ノ實行ヲ爲シ得ルニ至リタル以後ニ於ケル事情ニ依リ決スヘキモノトス蓋抵當權者カ抵當物件ノ賃貸借ニ因リ損害ヲ受クルヤ否ヤ又其ノ損害額如何ハ抵當權ヲ實行シ得ル時期ニ到ラサレハ之ヲ明ニスルニ由ナケレハナリ」（昭和八、七、七、大判、法學三卷二號一〇二頁）。

一〇　「抵當權設定登記後成立シタル賃貸借カ抵當權者ヲ害スルヤ否ヤハ抵當權實行當時ノ狀況ニヨリ之ヲ決スヘキコト當院ノ判例トスル處ナリ（昭和六年（オ）第一〇五號同年七月二十日判決）」（昭和八、一〇、一三、大判、法學三卷四號八九頁）。

第三　解除訴訟の時間的制限

解除請求訴訟は何時より何時までに之れを提起することを要するか。

(a)其の始期には制限はない。

同說　我妻福島兩氏「抵當權判例法」時報七卷二號二八頁。

一　「抵當權者カ民法第三百九十五條但書ノ規定ニ依リ賃貸借解除ノ請求ヲ爲サスシテ先ツ抵當不動產ノ競賣申請ヲ爲シタル場合ト雖モ競賣手續ノ完結前ニ於テハ尙ホ之カ解除請求ヲ爲スノ妨ト爲ラス蓋シ競賣法第二十八條乃至第三十一條民事訴訟法第六百六十二條第六百七十條ニ依レハ裁判所カ一タヒ抵當不動產ニ對スル鑑定人ノ評價ニ基キ最低競賣價額ヲ定メタル以後ニ於テハ其減額ノ場合ノ外之カ變更ヲ爲スコトヲ得スト雖モ賃貸借ノ解除及ヒ其登記ノ抹消ニ依リ抵當不動產ノ價格ハ之ニ比シ增額スヘキモノナルヲ以テ優ニ最低競賣價額以上ニ競賣セラレ得ヘク從テ抵當權者ハ實際ニ於テ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘケレハ解除請求訴訟ハ抵當權者ニ利益ナシト謂フ能ハサルヲ以テナリ本件ニ於テ被上告人カ係爭不動產ニ對シ競賣ノ申立ヲ爲シタル以後ニ於テ本訴ヲ提起シタルコトハ原判決ニ引用セル第一審判決事實摘示ニ依リ明ナリト雖モ競賣手續ノ完結シタルコトハ原審ニ於テ上告人ノ抗辯トシテ提出シタル形跡ナキノミナラス原審ノ確定セサル所ナルヲ以テ本論旨モ亦理由ナシ」（大正四、一〇、六、大判、二一輯一六〇二頁）。

二　「抵當權ヲ以テ擔保セラルル債權ニ付債權者カ其ノ辨濟期ニ抵當權ノ實行ヲ爲ササリシトテ苟モ抵當不動產ニ設定セラレタル賃借權ニシテ自己ノ抵當權ニ不利益ヲ生スヘキ限リ其ノ解除ヲ請求シ得ルモノナリ」（昭和五、九、一三、大判、新聞三一八九號一六頁）。

從つて、解除權行使の時期は抵當債權の辨濟期到來前にても差支がない。

通說である。例へば、我妻氏擔保物權法二五六頁。

競賣開始後でも差支ない。

同說　我妻氏擔保物權法二五六頁。

(b)解除請求は何時までに之れを爲すことを要するか。其の終期に關しては疑なきを得ない。判例は競賣手續完結迄、之れを爲し得るものとする。卽ち、競落代金の支拂を了し、不動產の所有權は競落人に移轉し、抵當權の消滅したる時期を以て終期とする。

同說　我妻氏擔保物權法二五六頁、中島氏一一八八頁、近藤氏二二四頁、山下氏三三〇頁、柚木氏判例物權法各論四三七頁、久保氏三九四頁、沼氏三卷一七七頁、雉本氏「抵當權者ニ依ル賃貸借解除請求ノ訴ノ被告及ヒ右請求ヲ提起シタル時期」判例批評錄三卷五九〇頁。

一　「抵當權者カ民法第三百九十五條但書ノ規定ニ依リ賃貸借解除ノ請求ヲ爲サスシテ先ツ抵當不動產ノ競賣申請ヲ爲シタル場合ト雖競賣手續ノ完結前ニ於テハ尙之カ解除請求ヲ爲スノ妨トナラス蓋シ競賣法第二十八條乃至第三十一條民事訴訟法第六百六十二條第六百七十條ニ依レハ裁判所カ一度抵當不動產ニ對スル鑑定人ノ評價ニ基キ最低競賣價格ヲ定メタル以後ニ於テハ其ノ減額ノ場合ノ他之カ變更ヲ爲スヲ得スト雖モ賃貸借ノ解除及其登記ノ抹消ニ依リ抵當不動產ノ價額ハ之ニ比シ增額スヘキモノナルヲ以テ優ニ最低競賣價額以上ニ競賣セラレ得ヘク隨テ抵當權者カ實際ニ於テ其ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘケレハ解除請求訴訟ハ抵當權者ニ利益ナシト云フ能ハサルヲ以テナリ」(大正四、一〇、六、大判、二一輯一五九六頁)。

昭和七、二、二九、大判、一一卷三九七頁は競落代金支拂の時迄解除請求を爲し得るものとして居るが、それは結局前揭判例と同趣旨に歸することは次に揭ぐる昭和三、六、二八、大判、七卷五三三頁に徵して疑ない。蓋し、競賣手續の完結とは抵當不動產の抵當權の消滅の時期、卽ち、競落代金の支拂ありて競落人に不動產の所有權が移轉する時期を謂ふからである。

一　「競賣法ニ依ル競賣手續ニ於テ競落ノ決定アリタル後ト雖該競賣手續ノ完了前ニ競賣ノ基本タル債權ノ辨濟アリタルトキハ之ニ依リ債權ハ消滅スルヲ以テ爾後競賣手續ハ之ヲ續行スヘカラサルモノニシテ縱令競落許可決定確定スルモ競落人ハ競落ニ因リ所有權ヲ取得シ得ヘカラサルモノトス是當院判例トシテ是認スル所ナリ(本院昭和二年(ク)第一二一〇號同年十一月十九日第四民事部決定)本件ニ於テ原審ハ上告人ノ前主タル債務者松山某外二名ハ抵當不動產ノ競落許可決定アリタル後ナルモ該競賣手續ノ完了卽競賣代金ノ支拂前ナル大正十二年二月九日辨濟ノ爲債權額ヲ橫濱供託局ニ供託シタル事實ヲ確定シタルモノナレハ右辨濟ノ爲メニスル供託ハ競落許可決定後ナルモ競落代金支拂前ナルヲ以テ債權ノ辨濟トシテ債權ヲ消滅セシムル效力ヲ有スルモノト爲サルヘカラス」(昭和三、六、二八、大判、七卷五三三頁、加藤氏評釋、同年度判例民事法二六七頁以下)。

二　「然レトモ競賣法ニ依ル競落不動產ノ所有權ハ競落代價ノ全額カ支拂ハレタルトキニ於テ競落人ニ移轉スルモノナルコトハ當院ノ判例トスルトコロニシテ(大正四年(オ)第八百六號同年十二月十五日言渡大正十一年(オ)第五百六十九號同年十二月二十八日言渡當院判決參照)之ヲ變更スヘキ理由ナク援用ノ判例ハ本件ニ適切ナラサルニ依リ旣ニ原判示ノ如ク本件賃貸借ノ目的タル建物カ抵當權ノ實行ニ因リ競賣法ニ基キ競賣セラレ競落許可決定確定スルモ競落人ニ於テ其ノ競落代金ヲ支拂ハサル限建物ノ所有權ハ依然トシテ元所有者Aニ存シ競落人ニ移轉セス從テ被上告人ノ抵當物モ亦消滅セサル筋合ナルカ故ニ被上告人ハ抵當權者トシテ該建物ニ有スル賃貸借ノ解除ヲ請求シ得ヘキ地位ニ在ルモノト云ハサルヘカラス」(昭和七、二、二九、大判、一一卷三九七頁、東氏評釋、同年度判例民事法一一五頁以下)。

反對說　柚木氏判例物權法各論四三七頁、東氏評釋、昭和七年度判例民事法一一八頁。

第四目　賃貸借登記の抹消登記手續請求の訴

民法第三百九十五條に依りて抵當權を侵害すべき賃貸借が解除に歸したるときは、其の解除せられたる賃貸借の登記を抹消する必要がある。蓋し、抵當權者に對抗することを得ざる賃貸借が登記せられ居る場合には、其の解除訴訟を提起することは必要ないけれども、抵當權者を侵害すべき賃貸借が解除せられたるときは、其の登記が登記簿上に殘存することは、其の登記せられ居る賃貸借が未だ存立するが如き外觀を呈し、不便なるが故である。抵當權者が斯の如き抹消登記手續申請請求權を有することは判例法上、疑なき所である。尚、次に揭ぐる判例に現はれたる事案の如き場合にも抹消登記が許さるべきこと勿論である。

「登記簿上第一次ノ賃借權設定ノ登記アリ第二次ニ其賃借權移轉ノ登記アリテ抵當權者カ民法第三百九十五條但書ノ規定ニ依リ第一次ノ登記原因タル賃貸借ノ解除ヲ請求スル場合ニ於テ第二次ノ登記原因タル賃貸借ノ移轉行爲カ假裝ニ出テタル無效ノ行爲ナルトキハ第一次及ヒ第二次ノ登記ハ共ニ抵當權者ノ權利ニ害アル者ニシテ何レモ之ヲ抹消スルノ必要アルモノトス何トナレハ第二次ノ登記原因タル賃借權ノ移轉行爲ハ無效ニシテ其實移轉ナカリシ者ナレハ第一次ノ登記原因タル賃貸借ハ依然トシテ其效力ヲ有シ從テ第一次ノ登記モ亦現ニ其效力ヲ有スルヲ以テ之ヲ抹消スルニ非サレハ抵當權者ノ權利ヲ保全スルニ足ラサレハナリ但タ第二次ノ登記ハ形式上存在スルヲ以テ其原因ノ無效ヲ理由トシテ之ヲ抹消スルコトヲ得ルハ勿論ナルモ之ヲ抹消シタレハトテ第一次ノ登記ハ其原因タル賃貸借ト共ニ依然效力ヲ有シテ存在スルコト敍上ノ如クナルカ故ニ尙ホ其賃貸借ノ解除ヲ理由トシテ之ヲ抹消スル必要アルヤ明カナリトス」（明治四二、一二、一〇、大判、一五輯九三九頁、新聞六二二號一七頁）。

(a)解除せられたる賃貸借の抹消登記請求訴訟に於ける正當なる原告が抵當權者なることは疑なき所である。其の正當なる被告に關しては賃貸人及び賃借人雙方を必要的共同被告と爲すべきものとする判例（昭和七、九、三〇、大判、新聞三四八二號一五頁、前揭）あれども、是れは誤りであつて、賃借人のみを被告と爲せば足るものである。此の事は大審院が解除訴訟に關する事案に對して判例とする所であるし、又、總ての抹消登記請求事件に付き大審院が登記權利者のみを被告とすれば足るものとする從來の判例に徵しても明白である。

「然レトモ抵當權ノ設定アル不動產ニ付賃貸借契約ヲ締結シ之レカ登記ヲ爲シタル場合ニ於テ該賃貸借カ抵當權者ニ損害ヲ及ホスモノトシテ民法第三百九十五條ニ基キ判決ニ依リ解除セラレタルトキハ抵當權者ハ物上請求權ニ基キ登記原因ヲ失ヒタル賃貸借登記上ノ權利者タル賃借人ニ對シ之レカ訴求ヲ爲シ得ヘキコト論ヲ俟タサル所ニシテ賃貸人ハ登記上ノ權利者ニアラサルカ故ニ該ニ付其ノ賃貸人及賃借人兩名ヲ共同被告トシテ訴求セサルヲ得ヘキ裁判ノ謄本ヲ必要トスルモノニアラサルヲ以テ本件賃貸借登記ノ抹消承諾書又ハ之レニ對抗スルコトヲ得ル可カラストスル所論ハ到底採用スルニ由ナク論旨理由ナシ」（昭和九、二、一七、大判、新聞三六七五號七頁）。

雖本氏は抹消登記請求訴訟は法律上の利益（卽ち必要）なく且理由なき請求なりとせられる。其の理由は判決に因る登記は登記權利者のみにて之を爲すことを得るが故に（不二七）、抵當權者が賃貸借關係の消滅を言渡す判決を受けたるときは、此の判決に

因り抵當權者のみにて賃貸借の抹消登記申請手續を爲し得るが爲めであるとせられるのである（雉本氏「抵當權者ニ損害ヲ及ホス賃貸借取消請求訴訟ノ性質並ニ必要的共同訴訟ニ於ケル擬制的代理ノ性質」判例批評錄一卷三八八頁及び同所引用の同氏論文參照）。

(b)尙訴訟の實際に於ては賃貸借解除訴訟と登記抹消請求訴訟とが併合して提起せらるることが極めて通例である。

併し、此の兩者を別個の訴訟に於て請求することは妨げない。併合訴訟の途中に於て、一方のみの訴訟に請求を減縮することも妨げない。但し解除が抹消の前提であるから、解除なくして抹消のみの請求は許されない。

解除訴訟に在りては、原告たる抵當權者は賃貸人及び賃借人を必要的共同被告とし、其の雙方に向つて解除判決を要求し、尙賃借人のみに對して、解除の目的たる賃貸借登記の抹消登記の請求を爲すこととなつて居るのである。

一　「賃貸借ノ登記抹消ヲ求ムル前提トシテ右賃貸借ニツキ民法第三百九十五條但書ノ規定ニヨリ之カ解除ヲ求ムル必要アリト爲シ之カ解除ノ請求ヲ併セ主張シタルニ後右賃貸借ハ之カ解除ヲ求ムルコトヲ要セス當然抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルモノナリトノ見解ノ下ニ右解除ノ請求ヲ減縮シタルハ請求ノ基礎ニ變更ヲ來シタルモノニアラス」（昭和五、九、三〇、東控判決、新聞三一八三號一五頁、評論一九卷民訴四八七頁）。

二　「本件賃貸借ハ甲ノ不動產ニ對スル抵當權設定登記後登記セラレタルモノニシテ右抵當權ニ損害ヲ及ホスモノナルカ故ニ民法第三百九十五條但書ニ依リ解除ヲ求メ且右賃貸借登記ノ抹消手續ヲ求ムル旨ノ請求ヲ爲シタル後右賃貸借ハ民法第六百二條ニ定メラレタル期間ヲ超ユルモノナルカ故ニ當然抵當權者タル甲ニ對抗スルコトヲ得サルニ因リ直チニ之カ登記ノ抹消手續ヲ求ムル旨ノ請求ニ變更シタル場合ニ於テ右各請求ハ右賃貸借ノ登記ハ甲ノ抵當權設定登記後ニ爲サレタルモノニシテ右抵當權ニ損害ヲ及ホスモノナルヲ以テ右賃貸借登記ノ抹消ヲ求ムト云フ點ニ於テ終始スル所ナク唯前者ニ於テハ右抹消ヲ求ムル前提トシテ右賃貸借ニ付キ民法第三百九十五條但書ニ因リ之カ解除ノ請求ヲモ併セテ主張シタルニ後者ニ於テハ右賃貸借ハ之カ解除ヲ求ムルヲ要セス當然抵當權者甲ニ對抗スルコトヲ得サルモノナリトノ見解ノ下ニ右解除ノ請求ヲ減縮シタルニ過キス斯ノ如キハ其ノ請求ノ基礎ニ變更ヲ來シタルモノト謂ヒ難ク且之ニ因リ著シク訴訟手續ヲ遲滯セシムルモノト爲シ難キヲ以テ右請求ノ變更ハ許容スヘキモノトス」（昭和五、九、三〇、東控判決、新聞三一八三號一六頁、評論一九卷民訴四八七頁）。

第五目　抵當權設定登記以後に爲したる長期賃貸借の登記の抹消登記手續請求の訴

（一）　抵當權者

抵當權設定登記以後に爲したる民法第六百二條の期間を超ゆる賃貸借の登記ある場合に抵當權者は其の登記の抹消の請求は出來ない。蓋し、抵當權者は其の不動產につき所有權を有せず、單に優先辨濟を受くる權利以外に何等の權利を有せざるが爲めである。

我妻氏擔保物權法二五六頁、我妻福島兩氏「抵當權判例法」法律時報七卷二號、末川氏論叢二七卷五號八〇九頁、石田氏擔保物

權法上卷二二〇頁、柚木氏各論四三五頁、戒能氏評釋、昭和六年度判例民事法二二六頁。

一　「或建物ニ付キ抵當權設定登記後其建物ニ付キ民法第六百二條ニ定ムル期間ヲ超ユル賃借權ノ設定及其登記ヲ受ケタル者ハ其賃借權ヲ以テ抵當權者ニ對抗シ得サルモノニシテ抵當權者ニ於テ其抵當權實行ニ當リテハ該賃借權ナキモノトシテ之カ競賣ヲ爲シ競買人ハ其競落ニ因リ右賃借權消滅シタル該建物ノ所有權ヲ抵當權設定者ヨリ取得スルニ至ルモノナルカ故ニ同法第三百九十五條但書ニ依ル抵當權者ノ賃貸借解除權ハ其競落ニ因リ消滅スルコトナキ同法第六百二條所定ノ期間ヲ超エサル賃借權ニ付テノミ其適用アルモノト解スルヲ相當トス此場合ニ在ツテハ抵當權者ハ民法第三百九十五條但書ニヨリ其賃貸借ヲ解除スル權利ヲ有セサルノミナラス該賃借權カ未タ競落ニ因リ消滅セサル限リ抵當權者ニ於テ賃借權者ニ對シ之カ設定登記ノ抹消請求權ナキコト明白ナリトス」（大正一一、一一、二二、東地判決、評論一一卷民法一一〇一頁）。

二　「抵當權者ハ之カ目的タル不動產ニ付他ノ債權者ニ對シ優先シテ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スルニ止マリ該不動產ニ付直接支配的權能ヲ有セサルヲ以テ抵當物所有者ノ行爲ニシテ敍上優先的辨濟ヲ受クル權利ニ侵害ヲ加フルトキハ之カ排除ヲ請求スルコトヲ得ヘキモ然ラサル場合ニ於テハ何等ノ權利ヲ有セサルモノトス從ツテ抵當權設定登記以後抵當權ノ目的タル不動產ニ付民法第六百二條ノ期間ヲ超エタル賃貸借ヲ成立セシメ之カ登記ヲ爲スモ法律上抵當權者ノ權利行使ニ妨害ヲ加フルモノニ非サルニヨリ抵當權者ハ右賃貸借登記ノ抹消ヲ請求スルコトヲ得ス」（昭和五、七、一〇、大判、一〇卷五二八頁）。

三　反對判例　「賃貸借ノ存續期間十年ニシテ民法第六百二條所定期間ヲ超ユル場合ニ當ル以上右賃貸借ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルモノナルヲ以テ抵當權者ハ其權利ヲ行使スルニ當リテハ右賃貸借ナキモノトシテ其目的不動產ヲ競賣スルヲ得ヘク競落人モ右賃貸借ナキ不動產ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得ヘキカ故ニ之ニ對シ登記ノ抹消手續ヲ求ムル利益ナキカ如キモ實體上對抗スルコトヲ得サル賃貸借モ形式上登記簿ニ登記セラレアルニ於テハ抵當權者ハ其抵當權ノ行使其ノ他諸般ノ取引上ニ於テ事實上障礙ヲ受クルコトナキヲ保セサルヲ以テ該抵當權者ハ登記簿上ノ賃借權者ニ對シ之カ登記ノ抹消手續ヲ求ムルノ利益アルモノトス然レトモ右賃貸借ノ登記抹消ヲ求ムル相手方ハ其抹消セラルヘキ登記ノ權利者タル賃借權者一人ノミヲ以テ足リ賃貸人ヲ共同被告ト爲スヘキモノニ非ス」（昭和五、九、三〇、東控判決、新聞三一八三號一六頁、評論一九卷民訴四八七頁）。

（二）競落人又は競落人より不動產を讓受けたる者

抵當不動產の競落人又は競落人より不動產を讓受けたる者は抵當權設定登記後、民法第六百二條の期間を超ゆる長期賃貸借の登記の抹消登記手續の請求を爲し得る。

一　「不動產ノ競落人ニ對シ效力ヲ生セサル賃貸借カ登記簿ニ登記セラレタル場合ニ於テハ其競落人ハ該登記ヲ抹消セシメ以テ賃貸借ノ存立セサルコトヲ明カニスヘキ權利アルモノトス」（明治三八、一〇、二五、大判、一一輯一四七六頁）。

二　「抵當權設定登記後其ノ目的タル不動產ニ付地上權ヲ設定シ又ハ民法第六百二條所定ノ期間ヲ超ユル宅地ノ賃貸借契約ヲ締結スルモ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルモノナレハ抵當權者カ其ノ權利ノ實行トシテ抵當不動產ノ競賣ノ申立ヲ爲シ競落許可決定アリタルトキハ之ニ因リ該地上權若ハ賃借權ハ執レモ消滅スルモノナルカ故ニ其ノ競落人ヨリ該不動產ノ讓渡ヲ受ケ之カ登記ヲ經タル者ハ該地上權者若ハ賃借權者ニ對シ各其ノ登記ニ付キ之カ抹消手續ヲ求メ得ヘキモノトス」（大正一五、二、二三、東地判決、評論一五卷民法四九四頁）。

三　「民法第三百九十五條ニ依レハ同法第六百二條所定ノ期間ヲ超エ抵當不動產ヲ賃借スルモ賃借權ハ無效ニシテ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ス故ニ其ノ抵當權ノ實行トシテ該不動產ヲ競賣ニ付スルトキハ競落人ハ抵當權者ノ有シタル地位ヲモ承繼スル結果完全ナル不動產ノ所有權ヲ取得スルモノニシテ賃借人ハ其賃借權ヲ以テ競落人ニ對抗スルコトヲ得ス（明治三十七年（オ）第五百七十二號同三十八年一月二十五日當院第二民事部判決參照）競落人カ競落ニ方リ賃借權ノ登記ノ存在ヲ知リタルト否トヲ問フコトナク又右賃借權ハ所論ノ如ク存續期間三箇年ヲ限度トシテ競落人ニ對抗シ得ヘキモノニ非ス而シテ本件賃借權ハ本訴不動產ニ付第一順位及第二順位ノ抵當權ノ設定後上告人ノ爲メ存續期間ヲ二十年トシテ登記ヲ經夾テ賃料ニ關スル變更ノ附記登記ヲ爲シ其ノ後

抵當權ノ實行トシテ競賣ノ申立アリテ被上告人之ヲ競落シタルモノナルコト當事者間ノ爭ナキ所ナルニ依リ上告人ハ被上告人ノ請求ニ應シ右賃借權設定登記竝賃料ニ關スル變更ノ附記登記ヲ抹消スヘキ義務アリ」(大正一五、七、二三、大判、新聞二六一〇號一四頁、評論一五卷民法一一一六頁)。

第六目　抵當權者の損害賠償請求の訴

抵當權者は損害賠償請求權を有しない。

同說　末川氏志林三六卷一號七七頁、石田氏擔保物權法二一九頁、柚木氏判例物權法各論四三八頁。

一「抵當權登記後ノ賃貸借登記ト雖モ民法第六百二條ノ期間ヲ越エサル限リハ同法第三百九十五條ニヨリ抵當權者ニ對抗シ得ヘキモノナルカ故ニ之カ爲メニ抵當權者ニ損害ヲ及ホスコトアリトスルモ法規當然ノ結果ニシテ不法行爲ノ損害要償權アル場合ハ格別然ラサレハ之ニ對シ損害賠償ノ請求權ナキヤ勿論ナリ民法第三百九十五條但書ノ規定ハ抵當權者ニ特ニ解除請求ノ保護ヲ與ヘタル規定ニ過キスシテコノ救濟手段アルノ故ヲ以テ直チニ損害要償權アリト爲スヲ得ス」(明治四四、一〇、三〇、東控判決、新聞七六〇號二三頁、最近判九卷一八五頁)。

二「登記シタル抵當權ノ目的物ニ付民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル賃貸借ヲ爲スコトハ法ノ認容スル所ニシテ假令其ノ賃貸借カ賃料ノ前拂其ノ他ノ事由ニ由リ抵當權者ニ損害ヲ及ホスコトアルモ之ヲ以テ抵當權ノ侵害ナリト謂フコト能ハス抵當權者ハ其ノ賃貸借契約ノ解除ヲ命スルコトヲ裁判所ニ請求シ得ルニ過キサルコトハ民法第三百九十五條ノ法意ニ照シテ明ナリ」(昭和八、四、二五、大判、一二卷九三〇頁、川島氏評釋、同年度判例民事法二五七頁以下)。

第二項　解除權の行使を必要とせざる契約解除(商二八七)

第一　總說

商法第二百八十七條には「賣買ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ日時又ハ一定ノ期間內ニ履行ヲ爲スニ非サレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ於テ當事者ノ一方カ履行ヲ爲サスシテ其時期ヲ經過シタルトキハ相手方ハ直チニ其履行ヲ請求スルニ非サレハ契約ヲ解除ヲ爲シタルモノト看做ス」と規定する。此の規定は民法が契約の解除には、解除の意思表示を爲すことを要するものとする原則に對して一大例外を認むるものであつて契約解除法上、注目を要すべき規定である。

右商法第二百八十七條の規定は商事賣買中、殊に確定期賣買卽ち、確定期商事賣買(Fixhandelskauf)を規定する。確定期商事賣買は定期行爲(Fixgeschäft)の一種であつて、確定期行爲の何たるかに關する判例學說の詳細は後に契約解除の要件中に說明するであらう。

第二　要件

確定期商事賣買の解除に關する要件左の如し。

(a)確定期賣買たることを要する。

確定期賣買は一定の日時又は一定期間內に履行せらるるに非ざれば契約を爲したる目的を達する能

はざる賣買である。賣買の性質上一定日時又は一定期間内に履行せらるることを必要とするものと（絶對的定期行爲）、當事者間の意思表示によりて一定日時又は一定期間内に履行することを必要とするもの（相對的定期行爲）とがある。本條は此の兩者を包含する。

確定期賣買は重要なる期限附賣買である。卽時賣買を包含しない。又期限の定めなき賣買を包含しない。

(b)確定期は當事者雙方の債務に付き存在し得る。

確定期賣買に在りては、確定期に履行を爲すことを要する者は多くは物件の引渡義務を負擔する賣買であるが、然かし、必ずしも賣主に限定せらるべき理由はない。代金支拂義務を負擔する買主に對しても確定期に履行を爲すことを要する場合はあり得る。本條は此の兩者の何れをも包含する。

同說　岡野氏五七頁、松本氏一一九頁、小町谷氏新法學全集九六頁。

(c)確定期賣買は商行爲たることを要する。

確定期賣買は民事賣買としても行はれ得るのであるが、本條の適用ある確定期賣買は商事賣買たることを要する。卽ち、其の賣買が商行爲なることを要する。而して、夫れは當事者雙方に對して商行爲たる場合は固より本條の適用があるが、當事者の一方に對して商行爲たる場合にも、本條の適用を妨げない。當事者の資格に付いて制限を設くる說（竹田氏五五頁、松波氏三八四頁）には從はない。商人間の賣買と雖も通常賣買あり、又確定期賣買あり、其の孰れなるかは賣買の性質又は當事者の意思によりて決定せらるべきである。

一　「商法第二百八十七條及ヒ民法第五百四十二條ハ共ニ契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニ非サレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スル能ハサル場合ノ規定ニシテ民法上ノ契約ナルト商行爲タル賣買ナルトニヨリ契約ノ解除ニ關シテ差異ヲ設ケタルニ過キサレハ契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニヨリ一定ノ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニ非サレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スル能ハサル場合ナルヤ否ヤハ其契約カ民法上ノ契約タリ又商行爲タル賣買若クハ商人間ノ賣買タルニ依リ決スヘカラサルハ甚タ明白ナル所ナリ然ルニ本件ニ付テハ原判決ノ事實摘示ニヨリ商人間ノ該賣買ノ契約ナルコトヲ認メ得ルニ過キサルニ原判決ニハ「本件ハ商法第二百八十八條（第二百八十七條ノ誤記ナリト認ム）ノ商人間ノ賣買ニ係リ性質上一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニ非サレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スル能ハサルニ云々」トノ理由ヲ付シ商人間ノ賣買ハ常ニ性質上一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニ非サレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルモノノ如ク說明シ當事者間ノ賣買契約ハ商法第二百八十七條ニ依リ解除セラレタルモノトシ上告人ノ提出シタル賣買契約ハ未タ解除セラレサル旨ノ抗辯ヲ排斥シタルハ商法第二百八十七條ヲ不當ニ適用シタル違法ノ裁判タルヲ免レス」（明治三九、五、一、長控判決、新聞三五八號一三頁）。

二　「商人間ノ賣買ニ於テ物品引渡ノ日時ヲ定メタルトキト雖モ其ノ期日ニ引渡ヲ爲スニ非サレハ契約ノ目的ヲ達スル能ハサルニ限ラス故ニ當事者間ノ取引カ商人間ノ取引ナレハトテ上告人ノ謂フカ如ク商人間ノ賣買ニ於テ物品引渡ノ日時ヲ定メタル以上ハ其期日ニ履行ヲ爲スニ非サレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルモノト看做スヘキハ當然ナリト論斷スヘキニ非ス」（明治三九、一〇、一八、大判、一二輯一二九三頁）。

三　「商事賣買ニ於テモ確定期賣買ニ非サル限リハ債務者カ期日ニ其ノ債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ履

行ヲ催告シ其ノ期間内ニ履行ナキトキニ於テ契約ノ解除ヲ爲シ得ルモノナリ（大正六、六、一八、大地判決、新聞一二八四號二五頁）。

四　「商法第二百八十七條ノ規定ニ由テ之ヲ觀ルモ將又實驗ニ徴シテ之ヲ考フルモ商人間ニ於ケル商品賣買ハ必スシモ買主カ賣主ヨリ一定ノ履行期間内ニ商品ノ給付ヲ受クルニアラサレハ賣買ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルモノト謂フコトヲ得サルヤ多辯ヲ要セスシテ自明ナリ」（大正七、四、二、大判、二四輯六二〇頁、評論七卷民訴一一二〇頁）。

五　「定期行爲ノ場合ニアリテモ何等解除ノ意思ヲ表示セスシテ當然契約解除ノ效果ヲ發生セシメンニハ少クトモ不履行ヲ條件トシテ當然解除ノ效果ヲ發生セシムヘキ約旨換言スレハ所謂失權約款ノ如キ特約ノ存スルカ若ハ商法第二百八十七條所定ノ所謂商行爲ニ依ル賣買ノ如キ場合ニ該當スルコトヲ要ス、然ルニ本件カ右何レノ場合ニモ該當セサルコトハ其主張自體ニ徴シ明白ナルトコロニ屬スルヲ以テ之ヲ採用スルヲ得サルヤ勿論ナリ」（昭和二、二、二、東區判決、法律新報一一三號二二頁）。

六　反對判例　「商法第二百八十七條ハ商人間ノ賣買ニ關スル規定ナルヲ以テ本訴ノ契約カ賣買契約ナラハ本條ニ準據シ得ヘシト雖モ本訴ノ原因ニ依レハ本契約ハ仲買人タル被告カ註文者タル原告ノ計算ノ下ニ大阪米穀取引所ニ於テ定期米ノ賣買ヲ爲スコトヲ内容トスル委託契約ニシテ被告カ右委託ニ基キ原告ノ爲メニ取引所ニ於テ締結スル定期米ノ賣買契約トハ全然相異ナル契約ナルコト明ナルヲ以テ假ニ被告ニ契約不履行ノ事實アリトスルモ商法第二百八十七條ヲ適用シ委託契約ハ當然解除セラレタルモノト認ムルヲ得ス」（明治四二年（ツ）第四〇一號大地判決、新聞六一〇號一三頁）。

(d)確定期に履行を爲す義務を負擔する當事者の一方が其の日時に履行せずして履行期を經過したることを要する。

(e)相手方が直ちに其の履行を請求せざりしことを要する。

相手方が直ちに其の履行を請求せざりしことを必要とするのであるが、「直ちに」とは確定期たる履行期の到來と同時又は其の到來後直ちにといふ意である。遲滯なくといふ意ではない。然かし、「直ちに」といふことは物理學的正確に於て之を謂ふのでない。こゝにも信義則の支配があること勿論である。

一　「商法第二百八十七條ノ規定ハ當事者ノ一方ニ於テ履行ヲ爲サスシテ其ノ時期ヲ經過シタルニ拘ラス相手方カ直ニ履行ノ請求ヲ爲ササルトキハ契約ヲ解除シタルモノト看做スコトヲ定メタルモノニシテ相手方カ約定ノ時期ニ於テ履行ノ請求ヲ爲シタル場合ハ勿論時期ノ經過後ト雖モ直チニ其請求ヲ爲シタル場合ハ契約ヲ解除シタルモノト見做ササル趣旨ナリトス」（明治四四、六、一三、大判、一七輯三九二頁）。

二　「隔地者間ノ意思表示カ其ノ效力ヲ生スルハ通知ヲ發シタル時ニ在ラスシテ通知ノ到達シタル時ニ在ルヲ以テ契約履行ノ請求ハ其履行期間經過前ニ之ヲ發シタルトキト雖モ之カ到達ノ日如何ニ依リテハ必スシモ履行期間經過後ニ爲サレタルモノニ非ストノ謂フ可カラス」（大正九、二、二四、大判、二六輯一九六頁）。

三　「商法第二百八十七條ノ規定ハ當事者ノ一方ニ於テ履行ヲ爲サスシテ其ノ時期ヲ經過シタルニ拘ラス相手方カ直チニ履行ノ請求ヲ爲ササルトキニ限リ契約ヲ解除シタルモノト看做スコトヲ定メタルモノニシテ相手方カ直チニ其ノ請求ヲ爲シタル場合ハ契約ヲ解除シタルモノト看做ササル趣旨ノ規定ナリ」（大正九、五、二八、朝高判決、同判決錄七卷民法一八三頁）。

第三　效力

確定期に履行を爲す義務を負擔する當事者の一方が其の履行期に履行を爲さずして、遲滯に陷りた

るときは、相手方が直ちに其の履行の請求を爲さざる限りは其の確定期商事賣買は當然解除したるものと看做される。卽ち、民法の原則(五四二)によりて、債務者の遲滯により債權者は契約解除の意思表示を爲すことを要せざるものである。

民法の定むるが如く、契約解除の要件が具備したる場合に、尙、債權者が解除の意思表示を爲すまでは、其の契約は存續し、債權者は其の契約を解除すると否とは其の任意に放任せらるるものと爲すときは殊に商取引に於て債務者に不利益である。債務者は本來の履行の請求を受くるか、又は契約を解除せらるるかを豫想するを得ざる不確定の地位に放置せらるるからである。又此の場合に解除權が債權者の投機の具に惡用せらるる虞なきを得ない。是れが商法第二百八十七條の存在理由の第一であつて、此の場合には契約は債權者の解除の意思表示を要せずして、當然解除せられたるものと看做さるる。又、契約が當然解除せらるるものと爲すときは債權者は無用の手數たる解除の意思表示を爲す煩累から免れ得る利益がある。蓋し、確定期賣買に在りて、債務者が債權者にとり重大なる履行期を徒過する場合には債權者には其の以後の履行は何等の利益を與へざるが故に、契約が當然解除せらるるものと爲すは、恰かも、債權者の希望する所に外ならないからである。

契約解除の效力たる原狀回復及び損害賠償に關しては民法の規定(五四五)が適用せられる。

第三項　手附の授受と解除權の行使

之れに關しては後に手附に關して說明する所に讓る。

第四節　解除權の消滅

解除權は諸種の原因に因りて消滅する。其の消滅原因は或は解除權が形成權の一種なるが故に、一般の形成權の消滅原因に因つて消滅することあり、或は解除權に特有の原因に因つて消滅することもある。

第一　解除權の拋棄

解除權は形成權、其の他一般の權利と同じく拋棄に因りて消滅する。

(a)單獨行爲

解除權の拋棄は單獨行爲である。獨法の通說は解除權の拋棄には契約を必要とするものと爲すが如しと雖も(Staudinger Komm. II 342, Planck. Komm. § 355, 2)、我が民法に於ては、一般に權利の拋棄は單獨行爲を以て、之れを爲すことを得るものと解せられる。例へば、債務の免除の如し(五一九)。從つて、解除權の拋棄も單獨行爲を以て之れを爲し得るものと解すべきである。

(b)不要式行爲

解除權の拋棄は不要式行爲である。明示たると、默示たるとを問はない。解除權者が解除權を有することを知り乍ら、契約を全部又は一部履行するが如き場合、解除權者が解除權を有することを知り乍ら、相手方に對して、全部又は一部の履行を請求し、又は其の履行を受領するが如き場合には、默示的の解除權の拋棄あるものと認め得る。

以下に列擧する判例は、直接には、損害賠償請求權の拋棄に關するものなるが如くであるが、其の實は解除權の拋棄に關する判例としても參考とするに足るであらう。

一　「契約ノ履行期間ニ於ケル不履行ノ責任發生以後ノ延期卽チ新履行期限ノ承認アル場合ハ特別ノ意思表示ナキ限リハ其延期承諾ニヨリ間接ニ不履行ニ因ル債務ヲ免除スル表示ヲ爲シタルモノナリト認ムルヲ相當トス」(明治四四、九、二八、東控判決、新聞七五二號二一頁)。

二　「履行期ヲ延期スルニ當リ遲滯ノ爲メ生シタル損害賠償請求權ヲ留保セサルニ於テハ其請求權ヲ拋棄シタルモノト認定スルヲ相當トス」(大正八、八、七、東控判決、評論八卷民法一四六八頁)。

三　「甲カ當初契約ノ履行ヲ遲滯セシ際乙ハ寧ロ契約解除ヲ欲セス右遲延ヲ宥恕シ目的物ノ引渡ヲ得ルヲ以テ滿足スルノ意思ヲ表示シタルトキハ右遲延ヲ理由トシテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス」(大正一二、三、二六、大判、新聞二一三九號一七頁)。

四　「債務者カ履行期日ニ履行ヲ爲ササリシ爲債權者カ其履行期日ヲ延期シタル一事ハ何等格段ノ反證ナキ限リハ旣ニ發生シタル損害賠償請求權ヲ拋棄シタルモノト謂フヲ得ス」(大正七、三、一一、東地判決、新聞一三九三號二八頁、評論七卷民法一四七頁)。

(c)相手方ある行爲

解除權の拋棄は必ずしも相手方に對して之れを爲すことを要せないとする說がある。蓋し、物が民法上、權利の拋棄は一般に相手方なき行爲であるからである(石坂氏二三四五頁)。併し、解除權の行使(五四〇)、取消權の拋棄卽ち追認(一二三)、又は債權の拋棄(免除)と比較して解除權の拋棄は相手方に對する意思表示なりとする說に從ふべきである。

同說　末弘氏二七五頁、末川氏二五六頁、鳩山氏二四七頁、池田氏各論上卷一七六頁、一七七頁、永井壽吉氏「催告後に於ける解除權」法曹會雜誌五卷四號一六頁。

(d)事前の拋棄

解除權の拋棄に關しては判例は事前の拋棄を認めて居る。

「私權ニ關スル當事者ノ意思表示ハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反セサル限リハ有效ニ成立スヘキモノナルヤ勿論ナリ而シテ契約解除權ノ拋棄ニ關スル意思表示モ亦一ノ私權ニ關スルモノニ外ナラサレハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル以上ハ相手方ノ不履行ニ因ル解除ノ場合ト約定條件ノ到來ニ因ル解除ノ場合トヲ問ハス當事者ハ豫メ有效ニ其ノ解除權ヲ拋棄シ得ルモノトス本件係爭保險契約ハ原判決ノ確定シタル事實ニ依レハ其ノ解除ヲ條件ニ繫ラシメタルモノニアラス當事者カ單ニ不履行ニ因ル解除ノ時期ヲ約定シタルモノナレハ其ノ解除權ヲ豫メ拋棄スルハ毫モ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルモノニアラス故ニ原院カ「控訴會社(上告人)カ伊藤補助ニ對シ右保險契約ノ繼續及回復スヘキ期間ヲ經過シタル明治三十五年五月三十日ニ於テ乙第一號證ノ保險繼續契約ヲ爲シタル事跡ニ依テ之ヲ觀レハ控訴會社ハ最初ヨリ甲第一號證ニ於ケル保險契約ヲ解除スヘキ利益ヲ拋棄シ居タルモノト認メサルヲ

得ス」云々ト說示シ以テ上告人ハ甲第一號證保險契約ヲ解除スルノ權利ヲ拋棄シタルモノト認メタルハ毫モ不法ニアラス又其ノ拋棄ノ意思ハ甲第一號證保險契約締結當初ヨリ之ヲ有シ乙第一號證保險繼續契約ヲ締結シタル際之ヲ表示シタルモノト判定セルモノナルコト前揭判文上明カナルヲ以テ上告理由第二第三モ亦理由ナシ」(明治三七、九、一五、大判、一〇輯一一一五頁)。

(e)委任契約の解除權の拋棄

次に揭ぐる判例は委任契約の解除權の拋棄に關するものであつて、解除權と稱するも其の實は解除權であるが、其の拋棄に關する理論は解除權と異なる所はなからう。

恩給法第十一條に於て「恩給ヲ受クル權利ハ之ヲ讓渡シ又ハ擔保ニ供スルコトヲ得ス」と規定せらるるに拘はらず、恩給權者は生活に苦しむ結果、遂に恩給を擔保として、貸金業者の手より借財を爲し、恩給の受領を貸金業者に委任して辨濟に充つることが頻りに行はるるが如し。而して、恩給權者が後に至り、貸金業者に對して、恩給受領の委任を解除するに及びて訴訟上の問題と爲り來るのである。

大審院は恩給受領の委任契約自體又は恩給受領の爲めによる恩給證書寄託契約自體は有效と認むる。唯、恩給受領の委任契約又は恩給受領の爲めにする恩給證書寄託契約を解除せざる旨の契約を以て恩給法第十一條に違反するものとして無效と爲すのである。此の恩給受領の委任契約又は恩給證書の寄託契約が高利貸に對して爲さるるものでないならば、何等の違法性のあるべき筈はないこと勿論であるが、實際は恩給權者が實質上高利貸に對して、借金の方便と爲すのであるから、其の委任契約又は寄託契約自體も亦脫法行爲として當然無效と考へられないこともない(昭和八、三、一〇、大判の原審たる札幌地方裁判所の判決は恩給受領の委任契約を當然無效として居る。又、石坂氏「恩給受領委任ト脫法行爲」民法研究四卷五六四頁以下も之を無效とせられる)。又、右の目的を有する委任契約又は寄託契約の解除禁止契約が恩給法第十一條に違反すること勿論であらう。

然かし、委任契約又は寄託契約自體を無效とするときは恩給權者が其の恩給證書を債權者より取戻す場合に不法原因に因る給付として其の取戻が不可能なるや否やの重大問題が惹起し來る。此の問題を回避せんが爲めに大審院の見解が便宜を與ふるわけである。

尤も石坂氏は辨濟の目的の爲めにする恩給受領の委任が脫法行爲として無效なるときは、債權者が恩給證書を占有することを得へき基本關係なきに至るが故に、恩給權利者は證書の所有權に基き恩給證書の返還を請求することを得るものとせられる(同氏民法研究四卷五六六頁)。

何れにしても、物貨の騰貴、不時の入費の爲め恩給權者が金融機關を必要とすることは免れ難い社會情勢であるから、恩給權者の爲め其の國家的金融機關の設置せらるることが急がるべきである。

恩給受領の委任に限らず、一般的に委任契約解除權の拋棄を許すべからざるものとする判例は大正四、五、一二、大判、二一輯一四卷六八七頁がある。之れに對する批評は、畔道氏「委任契約解除權ノ拋棄」(京法一一卷一〇三三頁、最近大審院民法判例批評九五頁以下參照)。

(1)委任契約の解除權拋棄契約の無效に關する判例

一　「委任契約ニ付テハ民法ノ規定ニ異ナリタル特約ヲ爲スコトヲ妨ケサルモ原告ノ扶助料受取方ヲ被告ニ委任シタル場合ニ原告ニ於テ其委任ノ解除ヲ求ムル以上ハ或期間委任ヲ解除セスト云フカ如キ特約アルモ受任者タル被告ニ於テ其特約ヲ强要スルヲ得サルモノトス」(明治三六、一、二二、大判)。

是れは解約權の拋棄に非ずして一定期間內に於ける解約權不行使の特約である。

二　「恩給ヲ以テ債務ノ辨濟ヲ爲サンカ爲メ債務者カ恩給證書ヲ債權者ニ占有セシメ同時ニ其恩給受領ノ行爲ヲ債權者ニ委任シ債務完濟ニ至ルマテ委任ノ解除若クハ該證書ノ返還請求ヲ爲ササル趣旨ノ契約ハ債務ノ擔保ノ目的ヲ有スルモノナルカ故ニ陸軍軍人恩給法第四十二條「恩給ハ賣買讓與質入書入ヲ爲スコトヲ得ス」トノ規定ノ脫法行爲ニシテ無效ナリ……恩給證書ヲ占有スル債權者ハ其證書ニ付所有權ヲ有スル恩給權利者ノ請求ニ應シ何時ニテモ之カ返還ヲ爲スヘキ義務アルモノトス」(大正二、民控第一九八號名古屋地方判決、新聞九四三號二八頁、石坂氏「恩給受領委任ト脫法行爲」民法研究四卷五六四頁以下)。

三　「恩給金受領委任契約ニ附帶シ債務者タル恩給金受領者ヲシテ委任ノ解除權ヲ拋棄セシメ債權者カ之ニ因リテ自己ノ權利トシテ恩給金ヲ取立テ擔保ノ實ヲ擧ケントスルトキハ其解除權拋棄ハ公ノ秩序ニ反スルヲ以テ無效ナリト雖モ其恩給金受領者カ單ニ恩給金ノ受領ヲ債權者ニ委任シ同時ニ債權者カ其受領シタル恩給金ヲ以テ債務ノ辨濟ニ充當スヘキコトヲ約スレハ假令擔保名義ノ下ニ恩給證書ヲ債權者ニ交付スルモ債務者ハ何時ニテモ委任ヲ解除シテ之カ返還ヲ請求シ得ヘク債權者ハ擔保ノ實ヲ擧クルコト能ハサルヲ以テ之ヲ以テ恩給法ノ禁止規定ヲ回避スル脫法行爲ト目スヘキモノニ非ス」(大正四年五月十二日第三民事部判決同年六月十八日第一民事部判決參照)論旨ニ援用セル當院ノ判例ハ委任契約ト相待チテ債務者ヲシテ解除權ヲ拋棄セシメ以テ擔保ノ實ヲ擧ケントスル場合ニ付キ判示シタルモノニシテ被上告人ノ主張事實カ前點ニ對スル說明ノ如クナル本件ニハ適切ナラス然レハ原審カ被上告人ニ於テ恩給金受領ノ委任ヲ解除セサル旨ヲ特約シタルコトヲ認メタルモ其特約ノ無效ナルコトヲ判示シ本件ノ委任契約及ヒ債務辨濟ノ特約カ何等脫法行爲ニ非ス隨テ被上告人ノ委任解除ヲ適法ト爲シタルハ相當ニシテ本論旨ハ理由ナシ」(大正六、一二、一二、大判、二三輯二〇七九頁)。

四　「恩給ノ受領ニ關スル委任カ受恩給者ノ債務ノ辨濟ニ充當スル爲ニ爲サレタル場合ニ於テハ其ノ債務ノ完濟ニ至ル迄ハ委任ヲ解除セサル旨ノ特約アリタリトスルモ斯ル特約ノ效力ヲ認ムルコトハ實質的ニハ恩給ヲ受クル權利ヲ擔保ニ供スルト異ナル所ナキニ至ルヲ以テ其ノ特約ハ恩給法ノ規定ノ精神ニ照シ無效ナリト解スヘシ」(昭和七、三、二五、大判、法學一卷八號一一三頁、廣濱氏評註同所)。

五　「民法第六百二十二條ノ適用ヲ除外シ消費貸借上ノ債務ノ完濟アル迄ハ恩給證書ノ寄託契約ヲ解除セサル旨ノ本件特約カ右消費貸借上ノ債務ノ履行ヲ確保スル目的ヲ以テ該寄託契約ニ附帶シテ爲サレタルモノナルコトハ原審ノ確定セル事實ナリ該特約ニシテ若シ有效ナリトセンカ債務者タル被上告人ハ債務完濟迄恩給權利者トシテ自ラ該權利ヲ行使スルコト能ハス其間債權者タル上告人ハ恰モ質權者ノ如ク右恩給權ヲ自由ニ行使シテ其結果ニ於テ恩給權ヲ右債權ノ擔保ニ供シタルト何等擇フ所ナキヲ以テ該特約ハ恩給法第十一條ノ趣旨ニ照シ無效ナリトス」(昭和七、三、二九、大判、法學一卷八號一一三頁、廣濱氏評註同所)。

六　「債務者カ自己ノ恩給金ノ受領方ヲ債權者ニ委任シ之ニ恩給證書ヲ交付シ同時ニ債權者カ其ノ受領シタル恩給金ヲ以テ其ノ債權ノ支拂ニ充テ且右委任ハ債權ノ辨濟完了スル迄任意ニ之ヲ解除セサル旨特約スルコトハ恩給ヲ受クル權利ヲ擔保ニ供スルト同一結果ニ歸スルヲ以テ右特約ハ無效ナリトス」(昭和七、六、一七、大判、法學二卷二號一〇三頁)。

七　「原判決ノ確定シタル所ニ依レハ甲ハ其ノ主張ノ恩給證書ヲ乙ニ交付シテ恩給金受領ノ委任ヲ爲シタルモノトス而シテ乙カ其ノ受領シタル金員ヲ以テ甲ニ對スル貸付金ノ辨濟ニ充當スヘキ特約アルコトモ亦原判決ノ認定スル所ナレトモ之カ爲メニ右委任契約ノ性質ヲ變スルモノニアラス斯ノ如ク右恩給證書ヲ乙ニ交付シタルハ委任事務ヲ履行セシムル方法タルニ外ナラサレハ之ヲ以テ民法第七百八條ニ所謂不法ノ原因ニ因リ給付シタルモノト謂フヲ得サルモノトス又委任ヲ解除セサル特約アルトキハ其ノ特約ハ原判示ノ如ク恩給法第十一條ノ趣旨ニヨリ無效トナルヘキモ之カ爲メニ委任契約其ノモノノ無效ヲ惹起スヘキモノニアラス」(昭和八、三、二、大判、法學二卷一〇號九六頁、津野氏評註同所)。

八　「債務者カ其ノ受クヘキ恩給ノ受領方ヲ債權者ニ委任シ債權者カ其ノ受領スヘキ金員ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充ツヘキ旨ノ契約ハ何等脫法行爲ト爲スヲ得サルモ此場合ニ債務者ニ債務完濟迄右委任ヲ解除セサル旨ヲ特約スルハ恩給法第十一條ノ規定ヲ回避シテ恩給ヲ擔保ニ供スルト同一ノ結果ヲ得ルコトヲ目的トスル脫法行爲ニシテ無效ナリト云フヘク從テ被上告人カ本訴ニ於テ右委任契約ヲ解除シ本件恩給證書ノ返還ヲ請求スルハ正當ナリトス原判決カ右委任契約自體ヲ當然無效ナリト判示シタルハ所論ノ如ク違法ナリト雖其ノ確定シタル事實ニ依レハ本訴請求ノ正當ナルコト右說明ノ如クナルヲ以テ之ヲ認容シタル原判決ハ結局正當ナリ」（昭和八、三、一〇、大判、法學二卷一〇號九七頁、津野氏評註同所）。

九　「恩給權者カ其ノ債權者ヲシテ恩給金ヲ受領セシメ之ヲ自己債務ノ辨濟ニ充當スル約旨ノ下ニ恩給金受領方ヲ右債權者ニ委任シテ該恩給證書ヲ交付スルト共ニ其ノ委任契約ハ右債務完濟ニ至ルマテ之ヲ解除セサルヘキ旨ノ特約ヲ爲スモ其ノ特約ノ無效ナルコトハ既ニ當院判例（昭和六年（オ）第一六二二號昭和七年三月二十五日判決、昭和六年（オ）第二四七七號同年三月二十九日判決）ノ示ス所ナリ」（昭和九、一、一〇、大判、法學三卷六號八五頁）。

一〇　「被上告人カ上告人ニ對スル債務ノ全額ヲ辨濟スルニ至ル迄ハ本件委任契約ヲ解除スルコトヲ得ストノ特約ヲ有效ナリトセンカ債務者タル被上告人ハ債務ヲ完濟スル迄ハ恩給權利者トシテ自ラ其ノ權利ヲ行使スルコト能ハス其ノ間債權者タル上告人ノミ恩給ヲ受領スルヲ得ルコトトナリ恰カモ擔保權ヲ取得シタルト同一ノ結果ヲ生スヘキカ故ニ該特約ハ恩給法第十一條ノ趣旨ニ反シ無效ナリト謂ハサルヘカラス（昭和六年（オ）第二四七七號同年三月二十九日第二民事部判決參照）」（昭和九、七、二〇、大判、法學三卷一二號一一六頁）。

一一　「債務者カ債權者ニ對シ自己ノ恩給金ノ受領ヲ委任シ債權者ハ其ノ受領シタル金員ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ約シ右債務ノ完濟アル迄債務者ニ於テ委任契約ヲ解除セサルヘキコトヲ特約スルモ該特約ハ恩給法第十一條ノ規定ニ照シ無效ナルコトハ當院ノ從來判例トスルトコロニシテ今尙之ヲ變更スヘキ理由ヲ發見セス」（昭和九、七、二一、大判、法學四卷三號一一五頁）。

一二　「恩給受領ノ委任契約ニ附帶シテ委任者ヲシテ豫メ委任ノ解除權ヲ拋棄セシメ之レニ因リ恩給金ヲ取立テ債權擔保ノ實ヲ擧ケントスルカ如キ特約ヲ爲スモ該特約ハ公ノ秩序ニ反スル無效ノモノナル事ハ當院判例ノ夙ニ示ス所ナレハ所論ノ特約ハ法律上無效ノモノト云ハサルヘカラス」（昭和一〇、一、二六、大判、法學四卷六號一〇三頁）。

一三　「然レトモ所論ノ原判示ハ凡ソ金員ヲ借受クルニ當リ債務者カ債權者ニ對シ恩給證書ヲ債權者ニ交付シ債權者ノ受領シタル金員ヲ以テ債務ノ辨濟ニ充當スルコトヲ約シタリトスルモ委任者ハ何時ニテモ該契約ヲ解除シ得テ自ラ恩給ヲ受クル權利ヲ行使シ得ルニ至ルヘキカ故ニ右委任契約ハ恩給法第十一條ニ牴觸スルコトナク斯ル目的ヲ以テスル恩給證書ノ交付ハ何等不法原因ニ因ル給付ト目スヘカラサルモノナルコトヲ判示シ若シ右ノ場合ニ於テ債務者カ借用金ノ辨濟ヲ完了スル迄ハ前示ノ委任契約ヲ解除セサルコト又恩給證書ノ返還ヲ請求セサルヘキコトヲ特約シタリトセハ夫ハ事實上恩給ヲ受クル權利ヲ以テ擔保ニ供シタルト擇フトコロナク恩給法第十一條ヲ潛脫スル違法無效ノ行爲ニ屬スヘシト雖モ斯クノ如キ特約ハ前段說示シタル委任契約ニ附加セル別個ノ特約ニ過キサルヲ以テ其ノ無效ハ委任契約ノ效力ニ消長ヲ及ササルモノト解スヘク從テ斯ル特約ノ存スル場合ニ於テモ右委任契約ニ因リ恩給證書ヲ交付シタル行爲自體ハ敢テ不法原因ニ因ル給付ニ屬セサル所以ヲ判示シタルモノナルヲ以テ右判示ハ固ヨリ正當ニシテ原判決ニハ所論ノ如キ違法アルナク論旨ハ理由ナシ」（昭和一〇、三、三〇、大判、法學四卷一二號七九頁、梶浦氏評註同書八〇頁）。

一四　「上告人ノ所論抗辯ノ要旨ハ上告人（控訴人）ハ被上告人（被控訴人）ニ對シ金二千五百五十圓ヲ貸渡スト同時ニ被上告人ヨリ同人名義年額金六百六十八圓ノ本訴恩給金受領ノ委任ヲ受ケ該恩給證書ヲ受領シ而シテ被上告人トノ間ニ上告人ノ受領セル恩給金ハ之ヲ以テ右貸金債權ノ辨濟ニ充當スヘキ旨及右貸金債權ハ被上告人ノ別段ノ承諾ヲ要セスシテ自由ニ之ヲ他人ニ讓渡シ得ヘシ該讓渡アリタルトキハ新債權者ト被上告人トノ間ニ前示ト同一ナル委任其ノ他ノ契約關係ヲ生シムヘキ旨ノ特約ヲ爲シ仍テ恩給金ノ受領ニ使用スヘキ白紙委任狀數通ヲ被上告人ヨリ受領セルモノナレハ本訴恩給金受領ニ基ク受任者ハ特定セス從テ被上告人ハ上告人ニ對シ該委任ヲ解除シ得スト云フニ在ルコト記錄上自明ニシテ若シ然リトセハ被上告人不知ノ間ニ前示貸金債權カ轉轍讓渡セラルルト共ニ恩給金ヲ受領シ得ヘキ受任者モ亦輾轉變更シ從テ被上告人ニ於テ本訴委任契約ヲ解

除セントスルモ之ヲ爲スニ由ナキニ至ルヘキヲ以テ前示特約ハ結局被上告人カ上告人ニ對シ爾メ該委任ノ解除權ヲ拋棄セルト何等選フトコロナク斯ノ如キハ恩給法第十一條ニ於テ恩給ヲ受クル權利ヲ擔保ニ供スルコトヲ禁止セル法意ニ反スルモノナレハ其ノ無效タルヤ明瞭ナリトス然ラハ前示特約ニ基キ本訴恩給證書カ白紙委任狀ト共ニ他人間ニ轉輾セラルル狀態ニ置カレタリトスルモ上告人ハ依然トシテ本訴委任契約上ノ受任者タル地位ヲ失フコトナキモノト解スヘキカ故ニ被上告人ハ上告人ニ對シ何時ニテモ該委任ヲ解除シ得ヘキ筋合ニシテ上告人ノ所論抗辯ハ全ク理由ナシ」(昭和一〇、四、六、大判、法學四卷一一號一一一頁)。

一五　「原判決ノ措辭ヤヤ盡ササルノ憾ナキニ非サルモ原判決ハ畢竟論旨摘錄ニ係ル上告人抗辯ノ如ク上告人カ本件恩給金受領方委任ヲ受クル當初ヨリ上告人ニ於テ第三者ニ其ノ受領方ノ復委任ヲ爲シ得ルト同時ニ恩給證書並ニ其ノ附屬書類一切ヲモ本件債權ト共ニ第三者ニ讓渡シ得ヘキコトヲ特約シタリトセハ債務者タル被上告人ニ對シ其ノ恩給證書ノ返還ヲ著シク困難ナラシメ其實恩給證書ヲ擔保ニ供シタル以上ノ結果ヲ招來スル處アルヲ以テ斯ノ如キハ公ノ秩序ニ反スル無效ノ特約タルモノト斷スヘク從テ委任者タル被上告人ハ上告人ニ對シ本件委任契約ヲ解除シ其ノ恩給證書ノ返還ヲ請求シ得ヘキ筋合ナル旨ノ判斷ヲ與ヘタル趣旨ニ外ナラサルコト原判決ヲ通覽シテ其ノ意ヲ領得スルニ難カラス而シテ如上ノ判斷ハ素ヨリ正當ナリ」(昭和一〇、四、一三、大判、法學四卷一一號一一六頁)。

一六　「恩給受領ニ關スル委任契約ノ目的カ其ノ受領金圓ヲ以テ受任者ニ對スル債務ノ辨濟ニ充當スルニ存スル場合ニ於テモ其ノ債務ノ完濟ニ至ル迄ハ委任ヲ解除セサル旨ノ特約ニ效力ヲ認メンカ實質的ニハ恩給ヲ受クルノ權利ヲ擔保ニ供スルト異ナル所ナキニ至ルヲ以テ斯ル特約ハ恩給法第十一條ノ規定ノ精神ニ照シ無效ニシテ右委任契約ハ委任者ニ於テ何時ニテモ之ヲ解除スルコトヲ得ルモノナルコト當院ノ判例トスル所ナリ(昭和六年(オ)第一六二二號同七年三月二十五日言渡判決、昭和六年(オ)第二四七七號同七年三月二十九日言渡判決)」(昭和一〇、一〇、一、大判、法學五卷五號一三〇頁)。

一七　「恩給受領ノ委任契約ヲ爲スハ固ヨリ有效ナレトモ恩給受領權者タル各債務者カ債權者ニ對シ恩給金ノ受領ヲ委任シテ委任ノ解除權ヲ拋棄スルノ特約ヲ爲スハ債權者ヲシテ自己ノ權利トシテ恩給金ヲ取立テシメ實質上恩給金ノ請求權ヲ擔保ト爲シタルモノト謂フコトヲ得ヘキヲ以テ恩給法第十一條ニ違背シタルモノニシテ其ノ特約ハ無效ナリト謂ハサルヲ得ス」(昭和一〇、一一、一八、大判、法學五卷四號一一六頁)。

一八　「恩給ノ受領方ヲ債權者又ハ第三者ニ委任シ其ノ受領シタル金員ヲ以テ債務ノ辨濟ニ充テシムルコトヲ約スルハ固ヨリ違法ニアラス然レトモ之ト同時ニ債務ノ完濟ニ至ル迄委任ヲ解除セサルコトヲ特約セシメ又ハ右時期迄恩給證書ノ返還ヲ請求セサルコトヲ特約セシメタルト擇フ所ナク法律上效ナシ(昭和六年(オ)第二四七七號昭和七年三月二十九日當院言渡參照)」(昭和一〇、一二、二四、大判、法學五卷五號一一七頁)。

一九　「恩給金ノ受領者カ金借スルニ當リ其ノ債務ノ辨濟ヲ確保セントスルモ之ヲ爲スニ由ナキニ至ル迄右恩給證書ノ返還ヲ請求セサル旨ノ特約ヲ爲スカ如キハ恩給金ヲ受クルノ權利ヲ擔保ニ供スルト同時ニ債務ヲ完濟スルニ至ル迄右恩給證書ノ返還ヲ請求セサル旨ノ特約ヲ爲スカ如キハ恩給金ヲ受クルノ權利ヲ擔保ニ供スルト結果ニ於テ何等異ナル所ナク該特約ハ恩給法第十一條ノ趣旨ヲ沒却スル無數ノ契約トス」(昭和一〇、一二、二七、大判、法學五卷五號一三〇頁)。

二〇　「消費貸借契約ニ於テ借主カ恩給證書ヲ貸主ニ交付シ之ニ因リ恩給金ヲ受領スヘキコトヲ委任シ貸主ハ右恩給金受領ノ都度之ヲ貸金ノ辨濟ニ充當スヘキ旨ノ約定ヲ爲シタル場合之ニ附帶シテ借主ハ債務完濟ニ至ル迄委任ヲ解除セサル旨ノ特約ヲ爲シタルトキハ右特約ハ其結果ニ於テ恩給ヲ受クル權利ヲ擔保ニ供シタルト何等擇フトコロナキニ至ルヲ以テ恩給法第十一條ノ趣旨ニ違反シ無效ナルコトハ當院ノ判例トスルトコロナリ(昭和六年(オ)第二四七七號昭和七年三月二十九日當院判例參照)」(昭和一一、三、一六、大判、法學五卷八號一二九頁)。

二一　「所論原判決第二項ノ理由ハ上告人ニ於テ債權者タル上告人カ辨濟確保ノ爲メ恩給金受領ノ委任ヲ受ケタル場合ニハ債務者ニシテ且委任者タル被上告人ハ債務完濟ノ上ナラテハ濫ニ解約シ得サルモノナル旨ヲ抗辯シタルニ對シ斯ル委任ニ付テモ恩給法第十一條ノ規定ノ趣旨ニ鑑ミ被上告人ハ何時ニテモ委任ノ解除ヲ爲シ得ヘキコトヲ判示シタルニ過キスシテ該判示タル固ヨリ正當ナリトス故ニ原判決カ其ノ解除ヲ原因トスル被上告人ノ本訴請求ヲ是認シタルコトニ付テハ違法ナク及原判決ニ於ケル所論第三段

ノ理由ハ上告人主張ノ債務皆濟ニ至ル迄恩給金受領ノ委任ヲ解除セサル旨ノ特約ハ恩給法第十一條ノ規定ニ牴觸シ無效ナルコトヲ判示シタルモノニ屬シ何等第二段ノ理由ト齟齬ストコロナシ」(昭和一一、五、一一、大判、法學五卷八號一二九頁)。

(2)恩給證書の返還請求に關する判例

一　「被上告人カ眞實委任ノ事實ヲ主張シタルコト既ニ前點ニ對シテ說明シタルカ如クニシテ本件恩給證書カ其ノ委任ノ爲メニ授受セラレタルモノナルコトハ原審ノ確定セル所ナリ而シテ凡ソ委任契約ノ解除ハ將來ニ向ツテノミ效力ヲ生スルモノナルコト洵ニ所論ノ如クナリト雖恩給金受領ノ委任事務履行ノ必要上委任者ヨリ受任者ニ交付シタル恩給證書ノ如キハ委任解除ノ場合ニ於テモ受任者ヨリ殘務ノ履行トシテモ之ニ返還スヘキモノニシテ其ノ返還義務ハ畢竟契約上ノ義務タルヲ失ハス乃チ當事者ハ委任契約終了ノ上ハ之ヲ返還スヘキコトヲモ契約ノ內容トセルモノト解スルヲ相當トスサレハ原審カ委任契約解除ノ結果上告人ト原狀回復義務ノ履行トシテ本件恩給證書ヲ返還スヘキ義務アルモノト爲シタルハ用語妥當ナラスト雖モ原審ハ畢竟右契約上ノ返還義務ヲ捉ヘテ原狀回復ノ義務ト稱シタルモノニ外ナラサルコト原判文ヲ通讀シテ之ヲ諒スルニ難カラサルカ故ニ右返還義務ヲ認メタルハ正當ニシテ所論ノ如キ違法アルモノニ非ス」(昭和九、九、一二、大判、一三卷一六五九頁)。

二　「恩給金受領ノ委任ヲ受ケ恩給證書ノ交付ヲ受ケタル者カ特約ニ基キ更ニ第三者ニ其ノ受領ノ委任ヲ爲シ恩給證書ヲ交付シタル事實アリトスルモ之ニ依リ其者カ受ケタル委任カ當然終了スヘキニ非サルハ固ヨリ論ナシ從テ該委任契約ノ解除セラレタル場合ハ受任者ハ相手方ヲ原狀ニ回復スヘク恩給證書返還義務ヲ負擔スヘキコト勿論ニシテ原判示ハ其理ヲ說明シタルニ過キサレハ所論ノ如キ違法ナク論旨ハ理由ナシ」(昭和一〇、三、三〇、大判、法學四卷一二號七九頁、梶浦氏評註同書八〇頁)。

三　「本件恩給證書ハ債權ニ關スル證書又ハ債權ノ擔保トシテ上告人カ被上告人ヨリ之カ交付ヲ受ケタルニ非スシテ恩給金受領ノ委任ヲ受ケ之カ委任事務處理ノ爲ニ交付セラレタルモノニ過キサルコト原判決ノ確定スルトコロナルヲ以テ所論ノ如ク第三者カ被上告人ノ債務ヲ辨濟シタレハトテ上告人カ右恩給證書ヲ第三者ニ交付スヘキ法律上ノ理由アルコトナシ從テ之ヲ交付シタルコトヲ理由トシ恩給證書ノ返還請求ヲ拒否シ得サルハ勿論ニシテ原審カ被上告人ノ本訴請求ハ上告人ニ對シ解除ニ因ル委任契約終了ヲ原因トシテ本件恩給證書ノ返還ヲ求ムルモノナレハ上告人ノ該恩給證書ヲ現ニ占有スルト否トニ論ナク之カ返還ノ義務アル旨ヲ判示シタルハ正當ナリ」(昭和一〇、三、三〇、大判、法學四卷一二號八〇頁、梶浦氏評註同所)。

四　「恩給證書返還請求ノ訴ニ在リテハ其之ヲ喪失シタル場合ニ於テ喪失セサリシト同一ノ狀態ニ回復スルニ必要ナル費用卽恩給證書ノ再交付ヲ受クル手續ニ要スル費用ヲ以テ訴訟物ノ價額ナリト判定スヘキハ夙ニ當院判例ノ示ス所ナリ」(昭和一二、四、二一、大判、新聞四一三三號一三頁)。

(3)金鵄勳章年金に關する判例

一　「委任ハ受任者カ委任者ノ爲メニ其事務ヲ處理スルヲ以テ目的トスル所ノ契約ニシテ委任事務ノ處理ニ付利害關係ヲ有スルモノハ委任者ニシテ受任者ニアラス從テ委任者ハ何時ニテモ受任者ヲ解任スルコトヲ得ルハ勿論受任者ハ委任者ヨリ解任ヲ免カレ委任者ノ意思ニ反シテ委任事務ノ處理ヲ繼續スルコトヲ得ス是レ他ナシ委任者ノ意思ニ反シテ委任者ノ爲メニ其事務ヲ處理スルコトハ委任ノ性質ニ反スルモノナレハナリ然レトモ受任者カ委任者ノ爲メノミニ其事務ヲ處理スルニアラスシテ受任者モ亦事務ノ處理ニ付キ正當ナル利害關係ヲ有スル場合ニ於テハ受任者カ委任者ヨリシテ解除權ヲ拋棄セシメ因テ以テ其事務ヲ處理シ之ヲ終了スルコトハ其利益ヲ保護スルカ爲メニモ必要ナルヲ以テ此場合ニ於ケル委任者解除權ノ拋棄ハ有效ニシテ委任者ハ謂レナクシテ受任者ヲ解任スルコトヲ得サルニ依リ其解任ハ法律上何等ノ效力ヲ生セサルモノトス然レトモ受任者カ委任者ヨシテ解除權ヲ拋棄セシムルニハ委任事務ノ處理ニ付キ利害關係ヲ有スルノミヲ以テ足レリトセス其利害關係ノ正當ナルコトヲ必要トスルヲ以テ委任者解除權ノ拋棄カ不當ニ委任者ノ權利ヲ制限シ受任者ヲシテ法律上享有シ得ヘカラサル利益ヲ獲得セシムルヲ以テ目的トスルトキハ其拋棄ハ委任者ヲ羈束セサルヲ以テ委任者カ其債權ノ辨濟ヲ確保スルカ爲メ債務者ヲシテ第三債務者ニ對スル普通債權ノ取立ヲ委任セシムルト同時ニ委任者ヲシテ解除權ヲ拋棄セシムルハ固ヨリ正當ニシテ其拋棄カ有效ナルハ論ヲ俟タスト雖モ取立委任ノ目的タル債權カ養料ノ債權恩給金扶助料ノ債權ノ如キ債務者ニ專屬シ他人ノ權利ノ目的タリ得ヘカラサルモノナルトキハ債權者カ債務者ヲシテ解除權ヲ拋棄セシムルニ因リテ

之カ取立ヲ爲スハ公ノ秩序ニ反スルヲ以テ解除權ノ拋棄ハ法律上無效ニシテ受任者ハ委任者ノ解除權拋棄ニ藉口シテ解任ヲ免カルルコトヲ得ス而シテ本件ニ於テ取立委任ノ目的トナリタル金鵄勳章年金ニ付キテハ年金令中官吏恩給法及遺族扶助法ニ於ケルカ如ク其賣買讓與質入差押等ニ付キ何等制限的規定ノ設ケナシト雖モ特ニ武功拔群ナル者ヲ優遇スル爲メ之ニ敍賜セラルル勳章ニ附帶スル年金ニシテ年金受領者死亡ノ場合ニ付キ其年度內遺族ニ於テ其下附ヲ受クルノ特典ヲ享有スルノ外ハ絕對的專屬性ヲ有シ之ヲ以テ賣買讓與質入又ハ差押ノ目的トナシ得ヘカラサルハ其性質上一點ノ疑ヲ容レサルヲ以テ年金受領者カ自由任意ノ意思ヲ以テ之カ取立ヲ其債權者ニ委任シ任意ニ其約ヲ履行スルハ格別債權者カ之ヲシテ解除權ヲ拋棄セシメ權利トシテ之カ取立ヲ爲スコトハ法律上不可能ナリトス然レハ原審カ本件委任契約ハ被上告人カ上告人ニ對スル借用金ノ辨濟ヲ終ラサル間ハ之ヲ解除セサル特約即チ解除權ノ拋棄アルコトヲ認メナカラ之ニ依リ本件當事者ヲ强制シ得可カラサルカ故ニ委任契約ノ解除シ得ヘキモノナルコトヲ判示シタルニ止マリ其特約ノ法律上有效ナルヤ否ヲ判定セサルハ妥當ナラサルモ如上ノ理由ニ依リ原判決ハ結局正當ニシテ明治三十六年一月二十三日附扶助料下附證書返還請求ニ關スル當院判例ハ之ヲ維持スルニ足ルヲ以テ本論旨ハ採用セス」(大正四、五、一二、大判、二一輯六八八頁)。

二　「金鵄勳章ニ關スル法令ニハ恩給法第十一條ノ如キ規定ナシト雖右年金ヲ受クル權利ハ法律上之ヲ讓渡シ又ハ擔保ニ供スルコトヲ得サルモノト解スヘシ」(昭和七、一二、二〇、大判、法學二卷七號一二八頁)。

三　「金鵄勳章年金ハ武功拔群ノ者ニ敍賜セラルル勳章ニ附帶スルモノニシテ之ヲ受クル權利ハ其ノ性質上他ニ讓渡シ又ハ擔保ニ供スルコトヲ得サルモノト解スヘシ」(昭和八、六、三〇、大判、法學三卷二號一〇〇頁)。

四　「債權者カ債權ノ辨濟ヲ受クル迄ハ年金證書ヲ債務者ニ返還スルコトヲ要セサルモノトスルハ年金受領ノ委任ニ依リ債權擔保ノ實ヲ擧ケントスル脫法行爲ニシテ無效ナリト謂フヘシ」(昭和九、八、三、大判、法學三卷一二號一二〇頁)。

五　「民法第七百八條ニ所謂不法原因トハ公序良俗ニ反スル場合ヲ指示スルモノニシテ縱令法律ノ禁止規定ニ違反シ給付ヲ爲シタルトキト雖其ノ行爲自體カ公序良俗ニ反セサル限リ同條ノ適用ナキモノトス而シテ金鵄勳章ノ年金證書ヲ債權者ニ交付シ年金ノ受領方ヲ委任シ以テ債權擔保ノ實ヲ擧ケントスル脫法行爲ニシテ無效ナリト雖モ債權辨濟ノ爲擔保ヲ供スル行爲自體ハ何等公序良俗ニ反スルモノニ非サルカ故ニ債權者ハ同條ニ依リ年金證書ノ返還ヲ拒絕シ得サルモノト謂フヘシ」(昭和九、八、三、大判、法學三卷一二號一二〇頁)。

六　「金鵄勳章及其ノ年金ハ武勳拔群ノ者ニ限リ敍賜セラレタルモノニシテ其ノ年金ヲ受クル權利ヲ債權ノ擔保ニ供スルカ如キハ法律ノ許ササル所ナレハ之カ受領方ヲ債權者ニ委任シ其ノ受取リタル金額ヲ債權ノ辨濟ニ充當セシメ以テ債權擔保ノ實ヲ擧ケントスル契約ハ脫法行爲ニシテ無效タルヘキモノトス(大正四年(オ)第一二一號同四年十二月二日第二民事部判決參照)」(昭和九、八、三、大判、法學三卷一二號一二〇頁)。

七　「原審ノ確定シタル事實ニ依レハ被上告人ハ上告人ヨリ昭和五年八月一日金六百圓ヲ借受ケ其ノ辨濟方法ヲ被上告人ニ於テ其ノ受給名義人トシテ支給セラルヘキ年額百五十圓ノ改第三九一一號功七級金鵄勳章年金證書ニ依ル年金ヲ以テ之ニ充ツルコトト定メ被上告人ヨリ上告人ニ對シ該年金ノ受領方ヲ委任シ卽時右年金證書並之カ受領ノ爲ニスル白紙委任狀等ヲ交付シ且之ト同時ニ上告人カ右消費貸借上ノ債權ヲ他ニ讓渡スルトキハ前示年金證書及委任狀等ヲ該債權ノ讓受人ニ引渡シ之ニ年金受領ノ事務ヲ委任スルコトヲ得ヘク此場合ニ於テ上告人及被上告人間ノ委任關係ハ當然ニ消滅シ上告人ハ年金證書返還ノ義務ヲ負フヘク又右債權讓渡及年金證書等ノ引渡ニ關スル通知ヲ被上告人ニ對シ爲スコトヲ要セサル旨並前示貸金債務完濟ニ至ル迄ハ被上告人ニ於テ右委任契約ヲ解除セス且年金證書等ノ返還ヲ請求セサル旨ノ特約ヲ締結シタリト謂フニ在リテ斯ノ如キ特約存スルトキハ此ノ兩者ハ相俟ツテ被上告人ヲシテ一定ノ期間右年金ノ享受ヲ不能ナラシメ唯獨リ上告人又ハ其ノ債權ノ讓受人ニ於テノミ之ニ依リ自己ノ債權ノ滿足ヲ得ルコトトナリ恰モ被上告人カ上告人ニ對シ右年金ノ支給ヲ受クヘキ權利ニ付質權ヲ設定シタルト同一ノ效果ヲ生スヘキコト洵ニ原判示ノ如シ然ルニ金鵄勳章ハ武功拔群ノ者ニ限リ下賜セラルルモノナルカ故ニ其ノ年金ヲ受クル權利モ亦性質上權利者ノ一身ニ專屬シ之ヲ他ニ讓渡シ若ハ質入スルカ如キ行爲ハ固ヨリ法ノ許ササルトコロナルヲ以テ右特約ハ共ニ法律上ノ禁止ヲ潛脫スル所謂脫法行爲トシテソノ無效タルコト多言ヲ俟タサルヘク之ト同旨ニ出テタル原判決ニハ所論ノ如キ違法アルナク又右特約ハ本

件年金受領ニ關スル委任契約ニ附加シテ締結セラレタルモノナルモ其ノ内容上別個ノ契約タルヲ失ハサルヲ以テ其ノ無效ハ該委任契約ノ效力ニ消長ヲ來ササルモノナリトハ原審ノ判示スル所ニシテ此ノ判斷タルヤ固ヨリ正當ナリト謂フヘシ」（昭和一一、九、三、大判、法學六卷一號八〇頁）。

第二　解除權の行使

解除權は形成權である。形成權は一回の行使に因りて其の目的を達し、消滅に歸する。解除權も一回之を行使するときは契約の效力は消滅し、原狀回復義務を發生する。從つて、再三、再四、解除權の行使を反覆する必要もなければ、又可能もない。從つて解除權が一回の行使に因りて消滅することは當然であつて、明文を要しない。解除權の行使に關しては曩に詳述したる所に屬する。

第三　不履行の消滅又は債務の消滅

債務不履行に因り發生したる解除權は、其の後、債務の不履行が消滅するときは消滅する。卽ち履行遲滯又は不完全履行に因りて解除權が發生したる場合に、解除權者が未だ解除權を行使せずして、契約が依然として存立する間に於ては、債務者が履行を完了し、又は履行の提供を爲したるときは、解除權は消滅する。但し遲延賠償を併せて提供するを要する。

債務不履行の消滅は卽ち履行に因る債務自體の消滅である。併し、債務が履行以外の原因、例へば免除等に因りて消滅する場合も解除權の消滅すること勿論である。

本問題に關しては曩に解除權の行使に關して述べたる所及び後に契約解除の意思表示に關して述ぶる所を參照せられたい。

第四　契約の目的物の滅失、毀損、又は加工、改造（五四八）

（一）　總說

民法第五百四十八條には「解除權ヲ有スル者カ自己ノ行爲又ハ過失ニ因リテ著シク契約ノ目的物ヲ毀損シ若クハ之ヲ返還スルコト能ハサルニ至リタルトキ又ハ加工若クハ改造ニ因リテ之ヲ他ノ種類ノ物ニ變シタルトキハ解除權ハ消滅ス、

契約ノ目的物カ解除權ヲ有スル者ノ行爲又ハ過失ニ因ラスシテ滅失又ハ毀損シタルトキハ解除權ハ消滅セス」と規定する。

本條の規定する所は此の如き行爲を爲したる解除權者に對して、解除權が消滅する趣旨であつて、之れが爲め、相手方の解除權は何等の影響を受くるものではないことを注意すべきである。

一派の學者は本條に規定するが如き場合は解除權者が暗默に解除權を拋棄したるものと看做して、其の解除權を消滅せしむべきものとしたのであると說明するのであるが、解除權者の故意に因る場合は兎に角、過失に因る場合にも、尙、解除權の拋棄ありとするは當らない。斯の如き場合には原狀回復が不能であり、相手方は價格の償還を以て甘んせなければならない不利益を蒙むるのであるから、

寧ろ、解除權者の解除權を消滅せしめ、當事者間の衡平を維持することを妥當とする立法政策に基くものと解すべきである。

默示的解除權拋棄說を採るは、梅氏要義三卷四六〇頁、岡松氏理由三卷五一六頁、鈴木氏債權各論七九頁、馬場氏債權各論一一五頁、磯谷氏債權原因論一二〇頁、嘉山氏債權各論一二四頁、村上氏債權各論三一二頁。

衡平維持說を採るは、磯谷氏債權法論各論二九八頁、我妻氏債權法講義案五四頁、同氏岩波版民法五九六頁、富井氏債權各論(東大講義)一三七頁、松波、仁保、仁井田三氏正解債權九〇八頁、榊原氏債權(明大講義)一〇四頁、近藤氏各論七二頁。

「契約解除權ヲ有スル者カ自己ノ行爲又ハ過失ニ因リテ契約ノ目的物ヲ滅失セシメ爲メニ相手方ヲ原狀ニ回復セシムルコト能ハサルニ至リタルトキハ其解除權ヲ行使シ得サルヤ論ヲ俟タス然レトモ本件ニ關シテハ原判文上明カナル事實ニ依レハ上告人ハ被上告人ト爲シタル契約カ法律上無效ニシテ而シテ其無效ナル契約ニ因リテ辨濟シタル金額タルヤ被上告人ニ於テ不當ニ利得シタルモノナルヲ以テ其返還ヲ請求スルモノナルカ故ニ契約ノ解除ヲ原因トシテ金額ノ返還ヲ請求スルモノニアラスシテ不當利得ヲ原因トシテ金額ノ返還ヲ請求スルモノナリ然レハ假令上告人カ株金拂込ヲ爲スカ爲メ株式申込ノ證據金領收證ヲ會社ニ返付シテ之レヲ被上告人ニ還付スルコト能ハサル事實アルモ上告人ト被上告人間ニ於ケル登記前ニ係ル株式ノ讓渡カ爲メニ有效トナルヘキ場合ナリ隨テ被上告人カ不當ニ利得シタル讓渡代金額ノ返還ヲ請求スルコトヲ妨ケス然ルニ原院カ被上告人ヲ原狀ニ回復セシムルコト能ハサル云々ノ理由ニ因リテ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ要スルニ契約解除ニ關スル法則ヲ不當ニ適用シタルモノトス」(明治三二、二、二八、大判、五輯二卷一二七頁、抄錄二卷三五七頁)。

(二)　解除權者の故意過失に因る契約の目的物の滅失、毀損(五四八Ⅰ前段)

民法第五百四十八條第一項前段の規定に依れば、契約の目的物が解除權を有する者の行爲又は過失に因りて著しく毀損し、又は返還不能ならしめられたる場合に於ては、解除權者の解除權は消滅する。

(a)解除權を有する者

解除權を有する者とは現在、解除權を有する者を謂ふものなること勿論であるが、縱令、現在、解除權を有せざるも、將來、解除權を取得し得べきことが確實なる者も亦之を包含するものと解すべきであらう。

例へば、既に契約の履行を受領したる者が、將來、條件の成就によつて解除權を取得すべき場合に於て、其の既に受領したる契約の目的物を著しく毀損したる場合の如し。斯の如き場合に在りては嚴格に謂へば、解除權は消滅するに非ずして、解除權は發生せずと謂ふ意味に解すべきである。

同說　磯谷氏各論三〇〇頁、穗積氏債權法及擔保物權法講義案一六一頁、末弘氏各論二七六頁、池田氏各論上一七五頁、鳩山氏各論二六一頁、三潴氏現代法學全集契約總論一二六頁、中村氏各論一二六頁、石田氏講義八五頁、永井壽吉氏「催告後に於ける解除權」法曹會雜誌五卷四號二一頁。

解除權者の代理人は勿論、使用人、承繼人の行爲の如きは、解除權者自身の行爲中に包含せしむるのが至當であらう。

同說　富井氏債權各論(東大講義)一三八頁、橫田氏各論二〇八頁。

(b)契約の目的物

契約の目的物とは當該債權契約より發生する債務の履行として給付せられたる目的物である。此の目的物は契約解除によりて相手方に返還せられなければならないのであるから、返還義務ある解除權者が之れを毀損し、又は返還不能たらしむることが問題とせらるるのである。

同說　我妻氏講義案五四頁、近藤氏各論七三頁等。

(c)毀損又は返還不能

毀損とは物の物理的變更を謂ふ。從つて、目的物の一部が滅失したる場合も毀損である。毀損は著しき程度に達することを要する。其の物の本來の用法を失はしむるが如きは著しき毀損と謂ひ得る。

一　「民法第五百四十八條第一項ノ規定ハ解除權行使ノ結果原狀回復ニ付キ不確實ナル損害賠償ノ方法ニ依ルノ外適當ニ其目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルカ如キ場合ヲ豫想シタルモノナレハ苟クモ一般取引ノ觀念ニ於テ原狀回復ノ目的ヲ適當ニ達スルコトヲ得ヘキトキノ如キハ右法條ノ規定ニ依リ解除權ヲ消滅セシムル法意ニ非スト解スヘキモノトス」(明治四五、二、九、大判、一八輯八三頁、抄錄四三卷九八九三頁、新聞七七四號二六頁、評論一卷民法二五頁)。

二　「民法第五百四十八條第一項ノ規定ハ解除權行使ノ結果原狀回復ニ關シ損害賠償ナルモノノ不確實ナル方法ニ因ルノ外其目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルカ如キ場合ヲ豫期シタルモノニシテ若シ契約ノ目的物ノ數量數多アルトキニ際シ其內僅少ノ部分ニ對シ或事情ニ依リ返還スルコト能ハサルニ至リ殘餘ノ部分ニ付キ一般取引ノ觀念上原狀回復ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘキカ如キ場合ニハ解除權ヲ消滅セシムルノ趣旨ニアラス」ニ明治四五、七、九、東控判決、新聞八一四號一九頁、評論一卷民法三八〇頁)。

目的物の返還不能は目的物の滅失、紛失、侵奪に因る返還不能、讓渡に因る返還不能又は目的物上に第三者の權利を設定して再び之れを回復することの不可能なるが如き場合を謂ふ。

同說　鳩山氏二四九頁、石坂氏二三四九頁、村上氏各論三二二頁、近藤氏各論七三頁、三潴氏現代法學全集契約總論一二六頁、理由書五四七條。

反對說は、返還不能は契約の目的物の事實上の有形的返還不能を意味し、第三者に對する權利の設定行爲の如きは之を包含せざるものとする。併し、斯の如く狹く解すべき理由はない。

此の反對說を採るは、富井氏債權各論(東大講義)一三八頁、橫田氏各論二一〇頁等である。

契約の目的が可分的給付なるとき、解除權者が其の目的物の一部に付き、滅失、毀損を惹起せしめたる場合には、解除權は其の部分につきてのみ消滅するものと解するを妥當とする。

一　「債務ノ目的物カ可分ナルトキハ債權者ハ不履行ノ部分ニ對シ一部ノ契約解除ヲ爲シ得ヘキハ當然ニシテ他ノ部分ニ對シ債權者ノ處分行爲アリタリトスルモ民法第五百四十八條ニ依ル解除權ノ消滅ナキモノトス」(大正一〇、一一、二六、甲府地方判決、評論一〇卷民法一三九頁)。

二　後掲、明治四五、二、九、大判、一八輯八三頁、抄錄四三卷九八九三頁。

(d)滅失毀損の時期

(イ)　解除後の滅失毀損

契約解除後、返還義務者が故意過失に因り契約の目的物を滅失、毀損又は返還不能たらしめたるときは、返還義務の侵害を惹起するものなるを以て、損害賠償の責に任ずべきは當然である。故意過失

に因らざる滅失毀損に對しては責任はない。解除後の滅失毀損は第五百四十八條の關する所ではない。

同說　末弘氏各論二六一頁、石坂氏二三一四頁、神戸氏契約解除論二四九頁。

（ロ）　解除前の滅失毀損

本條の適用あるは解除權行使以前に目的物が著しく毀損せられ又は返還不能と爲りたる場合である。蓋し、解除權消滅の問題は解除權行使前の問題である。解除權の行使あるときは既に解除權は之れに因りて消滅したるものであるから、更に目的物の毀損又は返還不能に因る解除權消滅の餘地が存在し得ない。

(e)解除權者の行爲又は過失

目的物の毀損若くは返還不能が解除權者の行爲又は過失に基くことを要する。

行爲又は過失の語は我が民法上、本條以外に其の要語例がない。學者は此の語を佛國民法の le fait ou la faute（佛民一〇四二、一二四五）より轉化し來りたるものとして居る。而して、此の意義に關して學說は爭ふ。

（イ）　第一說

第一說は自己の行爲とは必ずしも故意と謂ふ意に非ずして解除權者の總ての行爲の意であるとする。

清瀨氏各論前編六四頁。

（ロ）　第二說

第二說は行爲とは「任意ノ行爲」を謂ふものとし、從つて、解除權者の意志に基く總ての働作を謂ふものと爲る。又過失は「故意及ヒ過失」を指稱し、從つて解除權者が解除權を有すること又は之れを有するに至るべきことを知り又は知ることを得べかりしことを謂ふものとする。

石坂氏下卷二三五〇頁（石坂說の批評は末弘氏二七六頁、二七七頁本文及び註八參照）、横田氏各論二〇九頁。

（ハ）　第三說

第三說は「行爲又ハ過失」とは「故意又ハ過失」と同意義であるとする。

末弘氏二七六頁、穗積氏債權法及び擔保物權法講義案一六一頁、岡松氏民法理由三卷五一七頁、鳩山氏各論二五一頁、石田氏講義八五頁、八六頁、林信雄氏判例を中心としたる債權法各論一一二頁、我妻氏債權法講義案五四頁、岩波全書民法Ⅱ五九六頁、三潴氏現代法學全集契約總論一二六頁、池田氏各論上卷一七三頁、永井壽吉氏「催告後に於ける解除權」法曹會雜誌五卷四號二二頁、松本重敏氏契約法論一二三頁、中村氏各論一二六頁、磯谷氏各論二九九頁。

（ニ）　第四說

第四說は行爲又は過失とは廣義の故意又は過失、卽ち、自己の責に歸すべき事由によりと謂ふと同一義に外ならぬとする。

近藤氏各論七二頁、二上氏債權各論（法大講義）一一九頁。

第一說及び第二說の如く解するときは行爲又は過失は重複するが故に不合理である。第三說の如く故意又は過失と解すべきである。併し、一旦之れを故意過失と解する以上は、更に、之れを嚴格なる意義に於ける故意過失に制限すべき理由はない。卽ち、解除權者の責に歸すべき事由を除外する理由はないのであるから、結局、第四說に從ふべきである。

（ホ）　故意過失の意義

故意又は過失は、解除權の存在に對する認識の存在又は不注意に基く認識の欠缺を謂ふものなるか（石坂氏下卷二三五〇頁）、又は目的物の毀損又は返還不能に對する認識の存在又は不注意に基く認識の欠缺を謂ふものなるかが爭はれる。解除權の存在に付きてまで故意又は過失を必要とすべき立法上、又は法文上の根據に乏しいから、毀損又は返還不能に對して故意過失を必要とすれば足るものと解すべきであらう。

同說　我妻氏講義案五四頁、鳩山氏二五一頁、三潴氏現代法學全集契約總論一二六頁、近藤氏各論七二頁。

（ニ）　解除權者の故意過失に因らざる契約の目的物の滅失、毀損（五四八Ⅱ）

「契約ノ目的物カ解除權ヲ有スル者ノ行爲又ハ過失ニ因ラスシテ滅失又ハ毀損シタルトキハ解除權ハ消滅セス」（五四八Ⅱ）。

此の規定は同條第一項の反對解釋上、當然のことである。蓋し、第一項には契約の目的物が解除權者の行爲又は過失によりて著しく毀損せられ、又は返還不能と爲りたるときは解除權は消滅する旨を規定して居るのであるから、契約の目的物が解除權者の行爲又は過失に因らずして、毀損せられ又は返還不能と爲りたるときは解除權は消滅せざるものなること（九四八Ⅱ）は當然のことである。

詳言すれば、契約の目的物が相手方又は第三者の行爲により、又は自然力に依りて滅失毀損したる場合に於ては、解除權者の解除權は消滅しない。其の結果は相手方が危險を負擔することと爲る（理由書五四七條參照）。

此の結果の不當なることに關しては石坂氏下卷二三五二頁、二三五六頁註八參照。

（四）　解除權者の爲す契約の目的物の加工、改造（五四八Ⅰ後段）

解除權者が契約の目的物を加工又は改造することに因りて之れを他の種類の物に變じたるときは解除權は消滅する（五四八Ⅰ後段）。

(a)加工（Bearbeitung）とは單に工作を加ふることを謂ひ、改造（Umbildung）とは目的物を變更するを謂ふ。玆に謂ふ所の加工及び改造は合せて第二百四十六條の加工に屬する。

蓋し、第二百四十六條の加工（Verarbeitung, Spezifikation）は一個又は數個の他人の動産に工作を加へ（verarbeiten）、又はこれに變更を加へ（umbilden）、社會的に見て新物（nova species）を成立せしむる行爲であるから、第五百四十八條第一項後段に謂ふ所の加工又は改造と同趣旨に歸するのである。

同說　石坂氏二三五八頁、鳩山氏二五四頁、磯谷氏債權原因論一二〇頁、松波氏外二氏正解債權九一一頁。

民法は解除權者が加工又は改造によりて契約の目的物を他の種類の物に變更したるときは解除者は解除權を喪失すべきものとした。蓋し、斯の如き場合には目的物の原狀に於ける返還不能と爲るからである。

(b)加工、改造には解除權者の故意過失を必要とする。蓋し、此の場合にのみ故意過失を必要とせざるは權衡を失するからである。

(1)故意過失必要說　末弘氏二七八頁、三潴氏現代法學全集契約總論一二七頁、池田氏各論上卷一七五頁。

(2)故意過失不要說　石坂氏二三五八頁。

(3)當然故意存在說　鳩山氏二五三頁、磯谷氏各論二九九頁。

(c)加工、改造が爲さるるも、目的物が他の種類の物に變更せず、單純なる變更を受けたるに止まる場合には解除權を消滅しない。

末弘氏各論二七九頁、石坂氏二三五八頁、磯谷氏各論三〇〇頁。

明治四五、二、九、大判、一八輯八三頁（後揭）。

此の場合には、却つて必要費、有益費償還の問題を惹起し得るであらう。

(d)可分給付の一部に付き加工、改造あるときは、其の部分に付き解除權は消滅すべきも、他の殘部に付きては解除權は消滅しない。

「民法第五百四十八條第一項ノ規定ハ契約當事者一方ノ解除權行使ニ因リ相手方ヲ原狀ニ復セシムル付キ不確實ナル損害賠償ノ方法ニ依ルノ外適當ニ其目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルカ如キ場合ヲ豫想シタルモノナレハ契約ノ目的物數多アル場合ニ其中重要ナラサル僅少ノ部分ニ加工シテ之ヲ他ノ種類ノ物ニ變シ又ハ之ヲ返還スルコト能ハサルニ至リタルモ尙多大ノ部分殘存シ一般取引ノ觀念ニ於テ原狀回復ノ目的ヲ適當ニ達スルコトヲ得ヘキトキノ如キハ同法條ノ規定ニ依リ解除權ヲ消滅セシムル法意ニアラスト解スルヲ當然トス原判文ヲ閱スルニ原院カ本件ニ付キ確定シタル事實ニ依レハ本件立木ノ賣買ハ被上告人カ他人ノ物ヲ上告人先代ニ賣渡シタルモノニシテ卽チ被上告人ハ立木ノ所有權ヲ取得シテ之ヲ上告人先代ニ移轉スヘキ義務ヲ負擔シタルニ其義務ヲ履行セサリシ爲メ上告人先代ニ於テ賣買解除ノ意思ヲ表示シタルモ其解除ノ意思表示前ニ上告人先代カ本件立木ノ中五十七本ヲ伐採シ其內十五本ニ加工シテ之ヲ返還スルコト能ハサルニ至ラシメタルモノナリ而シテ原審口頭辯論調書及ヒ原判文ニ引用セル第一審判文ノ事實摘示ニ依レハ本件立木ノ賣買ハ山林五町一反一畝十五步ニ生立スル立木ノ悉皆ヲ代金二千圓ニテ賣買シタルモノナルコトハ上告人ノ主張シタル事實ニシテ被上告人ハ此點ニ付キ特ニ之ヲ爭ヒタル形跡アルヲ見ス果シテ然ラハ本件賣買ノ目的ト爲リタル立木ノ中上告人先代ノ加工シタル十五本ハ其立木全部ニ比シ數量ニ於テ極メテ僅少ナル部分ナルヤ推シテ知ル可シ斯ノ如キ僅

少ナル部分ヲ加工シテ之ヲ他ノ種類ノ物ニ變シ又ハ之ヲ返還スルコト能ハサルニ至リタレハトテ一般取引ノ觀念ニ於テ特ニ其部分カ重要ニシテ殘餘ノ部分ニ重キヲ措カサルカ如キ事情存セサル限リハ民法第五百四十八條第一項ノ規定ニ依リ解除權ノ消滅ヲ來タスヘキモノニ非ス且本件賣買ノ目的物ハ山林ニ生立スル數多ノ立木ナレハ解除ニ因リ原狀ニ復スルニ付テハ之ヲ性質上ヨリ觀察シテ分割シ得ヘキモノト看做スヘク從テ其立木中上告人先代カ加工シタル十五本ハ之ヲ返還スルコト能ハサルニ至リタリトスルモ如上特別ノ事情ナキ限リハ尚殘餘ノ部分ヲ返還シ以テ適當ニ原狀回復ノ目的ヲ達シ得ヘキコトハ又一般取引ノ觀念ニ照シ當然ノコトナレハ一概ニ其賣買解除ヲ全然許ササルモノト謂フコトヲ得ス然ルニ原院カ單ニ本件賣買ノ立木中僅ニ十五本ヲ上告人先代ニ於テ加工シ返還スルコト能ハサルニ至リタル事實ノミヲ確定シ之ニ基キ直ニ其賣買ノ解除ヲ全然許ササルモノト斷定シタルハ違法タルヲ免レス」（明治四五、二、九、大判、一八輯八三頁、抄錄四三卷九八九三頁）。尙前掲、大正一〇、一一、二六、甲府地方判決、評論一〇卷民法一三九六頁參照。

(e)此の規定は任意規定である。從つて當事者は物の種類の變更を生ぜざる程度の解除權者の加工、改造を以て解除權消滅事由と爲すことを得べく、又當事者は解除權者の加工、改造に因り目的物が他の種類の物に變更するも解除權が消滅せざることを約することを得るであらう。

第五　消滅時效

（一）　形成權と消滅時效

獨逸民法は他人に對して作爲又は不作爲を要求する權利、卽ち、請求權は消滅時效に服するものなることを規定し（一九四）、其の反面に於て、其の他の權利は消滅時效に服せざるものなることを示して居る。從つて獨逸民法に於ては形成權（例へば解除權）の如き權利は消滅時效に服しない。其の本質より之れを見れば、形成權は除斥期間の適用を受け得るも、消滅時效には服せざるものなること、獨逸民法の如き明文なくとも疑なき所であらう。

同說　石坂氏下卷二三四七頁、升田氏京法一二卷一號七九頁、松本氏法協三四卷一一號一五七頁。Staudinger Bd. I S. 763.

我が判例法も亦消滅時效に服せざる權利を認めて居る。

(1)所有權確認を求むる權利（大正四、一一、二四、大判、二一輯一九〇六頁、抄錄六二卷一三五八三頁）。

(2)所有權に基く返還請求權（大正五、六、二三、大判、二二輯一一六四頁、抄錄六六卷一四七四四頁）。

(3)所有權確認並に登記請求權（大正一三、四、一七、大判、新報四號一五頁）。

(4)登記請求權（大正五、四、一、大判、二二輯六七六頁、抄錄六六卷一四三九六頁、大正九、八、二、大判、二六輯一二九五頁、抄錄八九卷二一八六五頁、大正一三、三、一九、大判、新聞二二六二號一五頁、昭和三、一〇、一六、大判、評論一九卷民法一三二頁）。

(5)解約權（當座貸越契約）（大正七、一二、二三、大判、二四輯二四〇二頁、抄錄八一卷一九一七〇頁、新聞一五一九號二〇頁、前揭）。

(6)人的會社が會社財產を以て債務を完濟することを得ざる場合に、無限責任社員に對して債務の履行を求むる權利（昭和九、九、二六、大判、新聞三七五七號九頁）。

併し乍ら、我が民法に於ては第百六十七條第二項に於て總ての財產權には消滅時效の適用あること

を規定し、又形成權の一種たる取消權に關しても消滅時效の適用ありとして居るのであるから(一二六、四二六、七五九Ⅲ、一〇二二Ⅱ)、右明文の存在する關係上、形成權の一種たる解除權にも消滅時效の適用ありとしなければならない。但し、形成權は一回の行使によりて消滅するのであるから、大體、時效の中斷に關する規定は適用することを得ない。

(二)　二十年の時效說

解除權が消滅時效に服するものとするときは、其の時效期間は如何なる法條に依りて之れを定むべきかが問題となる。

之れに就いては、債權又は所有權に非ざる財產權として第百六十七條第二項に依りて「債權又ハ所有權ニ非サル財產權ハ二十年間之ヲ行ハサルニ依リテ消滅ス」るものと見るべきであつて、債權に關する第百六十七條第一項、商法第二百八十五條の時效に依るべきものでないとするのが通說である。

末弘氏二七四頁、鳩山氏二四八頁、石坂氏下卷二三四六頁、松本氏法協三四卷一一號一五七頁(大正五、五、一〇、大判の批評)、竹田氏京法一二卷一號七九頁(大正五、五、一〇、大判の批評)、畔道氏京法一二卷九號六〇頁、石田氏講義八五頁、末川氏二五六頁、三潴氏概論一二五頁、現代法學全集契約總論一二五頁、中村氏各論一二七頁、村上氏各論一七八頁。

(三)　十年の時效說

形式論理に從へば形成權は債權ではないのであるから、通說の主張するが如く、第百六十七條第一項、商法第二百八十五條の時效に依るべきものでなく、第百六十七條第二項の二十年の時效に從ふべきものと解すべきが妥當である。併し、予は次の理由によりて、解除權は第百六十七條第一項の十年の時效又は商法第二百八十五條の五年の時效に從ふべきものと解する。

(a)解除權の形成權なること何等の疑問はないのであるが、其の結果として、民法第百六十七條第二項を適用すると、其の消滅時效は二十年となる。然るときは、債權自體は十年の時效に依りて消滅するに拘はらず、其の解除權は二十年の時效に依りて消滅することと爲り、不合理の結果を來すことと爲る。卽ち、債權は旣に消滅するも解除權は依然として存續するが如き結果と爲る。此の如き解除權は解除の目的物の存在せざる解除權であつて何等の實益なき解除權である。斯の如き解除權の存立を認むべき理由はない。

(b)獨逸民法第二百二十四條は主たる請求權に附隨する從たる給付に對する請求權は之れに適用すべき特別時效が未だ完成せざるときと雖も、主たる請求權と共に時效に依りて消滅すべき旨を規定して居る。玆に所謂、從たる給付に對する請求權とは法定利息、約定利息、果實、費用、報酬等の債權である(Staudinger Bd. I S. 856.)。

債權と解除權との關係は必ずしも、主たる請求權と從たる給付に對する請求權との關係ではないけれども、更に强き理由を以て、斯の如き消滅關係が考へられなければならない。我が民法上には獨逸