民法第二百二十四條の如き明文は存在しないけれども同一趣旨に解すべきである。

(c)我が民法は形成權と請求權卽ち債權とを混同する場合がある。例へば「解除ノ請求」（四二〇Ⅱ）等の語が之れを證する。從つて、民法第百六十七條第一項の「債權」の語を擴張解釋し、此の中に解除權を包含せしめて解釋することは必ずしも不合理ではない。但し、予は形成權を債權の一種と主張するつもりでないこと勿論である。

十年の時效の適用を受くるものとする說左の如し。

石田氏講義八五頁、我妻氏岩波全書民法Ⅱ五九七頁、同氏講義案五四頁、勝本氏概說六四頁、池田氏各論上一七七頁、磯谷氏各論三〇〇頁、松本重敏氏契約法論一二五頁、林信雄氏各論一一一頁。

大審院聯合部は不法行爲に因る損害賠償債務の不履行に基く遲延利息に因る損害賠償債務（七二四條により三年の時效）の不履行に基く遲延利息債權（一六七Ⅰにより十年の時效）は三年の時效により消滅するものとして居る（昭和一一、七、一五、大審院民聯判決、一五卷一七號一四四五頁後揭）。以て本問題の參考と爲すに足るであらう。

(d)判例は解除權は十年（商事は五年）の時效により消滅するものとして居る。

一　「控訴人ハ大阪株式取引所仲買人ニシテ本件ハ其客タル被控訴人ヨリ同取引所ニ於ケル株式定期賣買委託ヲ受ケタルモノナレハ、控訴人カ受託者トシテ右受託事務ヲ履行スヘキ債務ハ固ヨリ控訴人ノ商行爲ニ因リテ生シタル債務ニ外ナラサルカ故ニ商法第二百八十五條ニ依リ五箇年ノ消滅時效ノ適用アルハ勿論ナリ而シテ解除權ハ固ヨリ形成權ノ一ニシテ特定人ノ行爲ヲ要求スル權利ニ非サルヲ以テ嚴正ナル意味ニ於ケル債權ト云フ能ハサルモ商法ニ於テ商行爲ニ因リテ生シタル債權トアル其債權トハ此ノ如キ權利ヲ汎稱スルモノト解スヘク又解除權ハ法律ノ規定ニ基クモノニシテ元來契約ノ效果ヲ消滅セシムルヲ目的トスルモノナレトモ契約ノ存在ヲ基礎トシ其契約上ノ債務ヲ履行セサルコトヲ前提トシテ生スル權利ニシテ此ノ如キ權利モ亦商法ニ所謂商行爲ニ因リテ生シタル權利ト云フ語ニ包含セラルルモノト解ス」（大正三（ネ）五二號大阪控訴判決、新聞一〇八八號一六頁、評論五卷商法六六頁）。

二　「民法第百六十七條第一項ニ所謂債權ハ獨リ特定ノ人ニ對シ行爲又ハ不行爲ヲ要求スルノ權利卽嚴格ナル意義ニ於ケル債權ヲ指稱スルニ止マラス學者ノ所謂形成權ヲモ包含スルモノト解スルヲ正當トス何トナレハ後者ノ時效期間ヲ前者ノ時效期間ヨリ長カラシムルノ理由ナク特ニ民法中所謂形成權ニ屬スル或ル權利ニ付キ相手方ヲシテ權利不行使ノ狀態ノ繼續ヲ免レシムル爲メ期間ヲ定メテ權利ノ行使ヲ催告スルコトヲ得セシメタルヨリ見レハ其ノ時效期間ヨリモ長カラシムルハ法律ノ精神ニ副ハサレハナリ是故ニ再賣買豫約ノ相手方カ賣買完結ノ意思ヲ表示シ賣買ヲ成立セシムルノ權利ハ所謂形成權ニ屬スレトモ之ヲ以テ一種ノ債權ナリトシ之ニ民法第百六十七條第一項ヲ適用シタル原判決ハ正當ニシテ法律ノ適用ヲ誤マリタルモノト謂フ可ラス」（大正四、七、一三、大判、二一輯一三八四頁、抄錄五九卷一三二〇二頁）。

三　「解除權ハ形成權ノ一種ニシテ特定人ノ行爲不行爲ヲ要求スル權利ニ非サルヲ以テ嚴正ナル意味ニ於ケル債權ト云フ能ハサルモ商法ニ於テ商行爲ニ因リテ生シタル債權中ニ包含セラルルモノトス」（大正四、一二、二四、大阪控訴判決、新聞一〇八八號一六頁）。

四　「契約ノ解除權ハ講學上所謂形成權ノ一種ニ屬シ他人ノ作爲又ハ不作爲ヲ要求スル債權トハ之ヲ區別シ得サルニ非サルモ其特定ノ人ニ對シテ存スル權利ニシテ之カ行使ノ結果ハ相手方ヲシテ原狀ニ復セシムル義務ヲ負ハシムルモノナルト民法第五百四十七條カ相手方ヲシテ期間ヲ定メテ解除權ノ行使ヲ催告スルコトヲ得セシムルハ權利不行使ノ狀態ヲ長キ年月間繼續セシメサル趣旨ニ出テタルトヲ以テ觀レハ解除權ハ該催告ノ方法ニ依ルノ外全然消滅時效ノ適用ナキモノト論斷スヘカラサルハ勿論債權ノ消滅時效ヨリモ長キ期間ノ不行使ヲ必要トセサル法意ヲ推知スルニ足レリ殊ニ商行爲ニ因リテ生シタル債權ハ商法第二百八十五條ニ依リ民法ノ普通時效ニ因ルニ非スシテ五年ノ短期時效ニ因リテ消滅スヘキモノナレハ商行爲ノ解除權ニハ民法ノ消滅時效ヲ適用スヘキ理

由毫モ存セス寧ロ同解除權ハ純然タル債權ニ非サルモ商行爲ニ因リテ生シタル債權ト同視シ五年ノ時效ニ因リテ消滅スルモノト解釋スルヲ相當トス然レハ原院カ本件賣買契約ヲ以テ商行爲ナリトシ上告人カ同契約ニ依リ有スル解除權ハ商行爲ニ因リテ生シタル一種ノ債權ニシテ五年ノ時效ニ因リテ消滅シタルモノト爲シタルハ相當ニシテ本論旨ハ理由ナシ」(大正五、五、一〇、大判、二二輯九三七頁以下)。

五　「契約ノ解除權ハ嚴格ナル意義ニ於ケル債權ト云フヲ得サルヘシト雖其特定人ニ對シテ有スル權利ニシテ之カ行使ノ結果ハ相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負ハシムルモノナルコト竝ニ民法第五百四十七條等ニ徵スルトキハ解除權ヲ以テ一種ノ債權ナリトシ之ニ消滅時效ヲ適用スルヲ以テ能ク法ノ精神ニ適合スルモノトス」(大正六、五、一五、大阪控訴判決、新聞一二六四號二四頁)。

六　「商行爲ノ解除權ハ純然タル債權ニ非サルモ商法第二百八十五條ニ所謂商行爲ニ因リテ生シタル債權ト同視シ五年ノ時效ニ因リテ消滅スルモノナルコトハ當院ノ判例トスル所ナリ(大正五年五月十日民三判決參照)而シテ解除權カ時效ニ因リ消滅スルハ主トシテ相手方ヲ長年月間權利不行使ノ狀態ニ置カサル公益上ノ理由ニ基クモノナレハ法律ノ規定ニ依ル解除權ナルト契約ヲ以テ定メタル解除權ナルトニ由リ其時效ニ因リテ消滅スルニ於テ差別ヲ設クヘキモノニ非ス本訴ニ於ケル上告人ノ主張ハ被上告人ト爲シタル株式定期賣買ノ委託契約ハ其不履行ヲ原因トシテ之ヲ解除スト云フニ在リテ一定ノ日時ヲ指定シ其日時ニ於テ一定ノ銘柄限月株數單價ニテ賣買スヘキ委託契約ハ當事者ノ意思表示ニ依リ其一定ノ日時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ニシテ本件注文カ全部履行セラレスシテ各其時期ヲ經過シタルコトハ原院ノ判示セル所ナレハ委託者タル上告人ハ直ニ契約ヲ解除シ得ヘク其解除權ハ之ヲ行使シ得ル時ヨリ起算シ前示五年ノ時效ニ因リテ消滅スヘキモノトス果シテ然ラハ斯ノ如キ定期行爲ニ於テ其一定ノ日時ヲ經過シタルトキハ當事者ノ債權債務ハ當然消滅スヘキヤ將タ其契約ヲ解除セサル間ハ尙ホ存續スルモノナリヤ及ヒ原院カ上告人ノ契約上ノ債權モ五年ノ時效ニ因リテ消滅シタルモノト爲シタル當否ヲ判定スル要ナク如上ト同一趣旨ニ出タル原判決ハ相當ニシテ其前段ノ判示ニ不當ノ點アリトスルモ以テ原判決ヲ破毀スルニ足ラス本論旨ハ理由ナシ」(大正六、一一、一四、大判、二三輯一九八四頁、抄錄七五卷一七二三頁)。

七　「消滅時效ハ權利ヲ行使スルコトヲ得ル時ヨリ進行スルヲ以テ通則トシ民法第四百二十六條ノ詐害行爲取消權ノ二年ノ時效同第七百二十四條ノ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ請求權ノ三年ノ時效ノ如ク特別ノ規定アルモノノ外權利者ニ於テ權利發生ノ事實ヲ覺知スルノ要ナク時效ノ適用ニ付テハ債權ト同視スヘキ解除權ニ在リテモ相手方ノ債務不履行ニ因リテ解除權發生シ解除權者カ之ヲ行使シ得ル以上ハ相手方ノ債務不履行ノ事實ヲ覺知スルト否トヲ問ハス時效ハ進行ヲ始ムルモノナルヲ以テ原院カ上告人ノ本件各注文カ履行セラレスシテ其期日ヲ經過スル毎ニ上告人ハ解除權ヲ行使シ得ヘク其時ヨリ起算シテ五年ノ時效ノ完成シタルコトヲ判示シ上告人ノ主張ヲ排斥シタルハ相當ニシテ本論旨ハ理由ナシ」(大正六、一一、一四、大判、二三輯一九八六頁)。

八　「賣買ノ一方ノ豫約ハ豫約者ニ賣買契約ヲ締結スヘキ義務ヲ負ハシメ相手方ヲシテ其意思表示ノミニ依リ賣買ヲ完結セシムルコトヲ得セシムルモノニシテ其相手方ノ權利ハ講學上所謂形成權ノ一種ニ屬シ他人ノ作爲又ハ不作爲ヲ要求スル債權トハ之ヲ區別シ得サルニ非サルモ該權利ハ特定ノ人ニ對シテ存スル權利ナレハ之ヲ債權ト同視シ民法第百六十七條第一項ヲ適用シ十年ノ時效ニ因リテ消滅スルモノニシテ同條第二項ヲ適用スヘキモノニ非スト解スルヲ相當トス是レ當院判例ノ認ムル所ナリ(大正四年七月十三日第一民事部判決參照)」(大正一〇、三、五、大判、二七輯四九三頁)。

(四)　折衷說

形成權中、前示十年の時效說の(a)に揭ぐるが如き理由により債權と同一の時效に罹らしむべき理由あるものは第百六十七條第一項によりて十年の時效の適用ありと解せざるを得ないけれども、其の以外の形成權は同條第二項により二十年の時效の適用を受くるものとする說がある。

鳩山氏總論六二八頁、平野氏判例民法大正十年度九八頁、永井壽吉氏「催告後に於ける解除權」法曹會雜誌五卷四號一八頁。

併し、同じく形成權にして其の一は十年の時效によりて消滅し、其の二は二十年の時效によりて消滅するものとするが如き、取扱を二三にすることは妥當でない。

尙、解除權及び解約權の時效に關しては本書第一卷總論第三章第五、解除と告知參照。

第六　契約に定むる解除權の喪失事由の惹起

當事者は契約自由の原則に依りて、解除權喪失事由（消滅事由）を定むることを得ること勿論である。此の場合に於ては、其の喪失事由の惹起により解除權は消滅する。

「上告人（控訴人）ヲ賣主トシ被上告人（被控訴人）ヲ買主トシ當事者間ニ（一）昭和六年十月十九日及（二）同年十一月十九日ノ二回ニ被上告人主張ノ如キ數量ノ硫安ノ賣買契約成立シ其ノ目的物件中昭和七年二月中マテ產地タル英本國積出ニ係ル合計三千二百噸ニ付テハ受渡ヲ了シタルモ右（一）ノ契約品中昭和七年三四月中產地英本國積出ノ契約タル二百噸及同年四月中產地英本國積出ノ契約タル五百噸以上合計千七百噸ニ付テハ未タ其ノ受渡ナク而モ日本政府ニ於テ昭和六年十二月八日硫安ノ輸入ニ付許可制度ヲ實施シ右受渡未了部分千七百噸ニ付テハ其ノ積出月ノ末日ニ至ルモ輸入ノ許可ヲ得ルニ至ラス同年五月二十三日ニ至リ輸入許可ノ決定アリタルモノトス而シテ當事者間ノ本件契約ニハ「輸入許可ノ得ラレサル場合ニハ契約ハ賣主又ハ買主ノ選擇ニ從ヒ無條件ニ解除セラルヘシ」トノ約款アリ同約款ハ當事者カ積出月ノ嚴守ヲ特ニ重要視シタル關係上約定ノ積出月ノ末日迄ニ輸入許可ナカリシ場合ニハ當事者双方ハ執レモ無條件ニテ本件契約ヲ解除シ得ルノ趣旨ナルコトモ亦原判決ノ確定スルトコロナリ而シテ原判示ニ依レハ係爭硫安ニ付テハ約定ノ積出月タル昭和七年三月及四月各月ノ各月末迄ニ輸入許可ナカリシモノナルカ故ニ賣主タル上告人モ同日以後何時ニテモ右硫安ニ關スル賣買契約ヲ解除シ得タルモノト謂ハサル可ラス然リ而シテ原審ハ右積出月以後ノ同年五月二十三日ニ至リ輸入許可セラレタリトノ故ヲ以テ同日以降解除權發生ノ原因タル事由除去セラレタルモノト做シ同年九月二十七日上告人ニ於テ解除權ヲ行使シタル事實アリトスルモ契約解除ノ效力ハ竟ニ發生セサリシモノト斷シ之ヲ前提トシテ上告人ノ抗辯ヲ排斥シ去リタリ然レトモ本件當事者カ特ニ重要視シタル積出月ノ月末迄ニ輸入許可ナカリシカ故ニ發生セル契約解除權カ單ニ其後ニ於ケル輸入許可アリタルカ故ニ當然消滅ニ歸スル筈ナク假ニ消滅スルモノトセハ之ヲ首肯スルニ足ル理由ヲ示ササル可ラサルニ拘ラス原審ノ措置玆ニ出テス前示ノ如ク約定ノ積出月後ノ輸入許可ノミヲ前提トシ漫然既存ノ解除權行使ヲ效力ナシト斷シ上告人ニ敗訴ノ言渡ヲ爲シタルハ到底解除權ノ法則ヲ誤解シタル違法アリ」（昭和一一、三、一三、大判、法學五卷八號一二六頁）。

第七　契約に依りて定めたる除斥期間の經過

解除權の存續期間は當事者が契約に依りて之を定め得る。當事者が解除權の存續期間を定めたるときは解除權は其の期間中存續し、其の期間の經過によりて消滅する。

當事者が之を定めざるときは第五百四十七條の定むる所に依ること後に述ぶるが如し。

第八　法律の定むる除斥期間の經過

民法は例へば第五百六十六條第三項に於て解除權の行使に付き、除斥期間を定めて居る場合がある。斯の如き場合に於ては、解除權は其の法定の除斥期間の經過によりて消滅する。

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ニ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ナ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隱レタル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」(大正三、三、五、大判、二〇輯一四四頁、評論三卷商法二三頁)。

二　「商法第二百八十八條ハ商人間ノ賣買ニ於テ買主ニ目的物檢査竝ニ瑕疵通知ノ義務アルコトヲ規定シタルニ止マリ同條ニ依リ賣買契約ノ解除又ハ代金減額若クハ損害賠償ノ請求ヲ買主ニ付與セラレタルモノニ非サルヲ以テ此等ノ要件ハ一ニ民法ノ規定ニ依リ決定スルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ民法第五百七十條ニ依レハ本件賣買ノ如ク其目的物ニ隱レタル瑕疵アル場合ニハ民法第五百六十六條ノ準用ヲ受クル結果右瑕疵カ原告主張ノ如ク契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ於テハ買主ハ契約ノ解除ヲ爲シタル後損害ノ請求ヲ爲スコトヲ要スルモノトス尤モ原告ニ於テ右解除權ヲ行使セス損害賠償ノミヲ請求スルハ毫モ妨ケナキ所ナレトモ前者ハ履行ニ代ル損害賠償ノ性質ヲ有シ後者ハ履行アルモ免レサル買主ノ損害ヲ賠償セシメムトスルニ在ルヲ以テ其ノ性質範圍自ラ異ナリ從テ本件ニ於テハ原告ノ爲メ後者ニ屬スル損害賠償權ノ存否ヲ決スル必要ナキコト當然ナリトス仍テ進ンテ原告代理人ノ主張ニ基キ原告ニ本賣買ノ解除權アリヤ否ヤヲ審案スルニ民法第五百七十條ニ準用セラルル同法第五百六十六條第三項ニ依レハ賣買ノ目的物ニ原告主張ノ如キ瑕疵アル場合ハ買主カ右事實ヲ知リタルトキヨリ一ケ年内ニ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ要ス」(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)。

第九　催告期間の經過(五四七、獨民三五五)

民法第五百四十七條は「解除權ノ行使ニ付キ期間ノ定メナキトキハ相手方ハ解除權ヲ有スル者ニ對シ相當ノ期間ヲ定メ其期間内ニ解除ヲ爲スヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得、若シ其期間内ニ解除ノ通知ヲ受ケサルトキハ解除權ハ消滅ス」と規定する。此の規定は當事者が契約を以て解除權の除斥期間を定めざる場合に實用があり得る。

蓋し、解除權者に對して永年間、解除權の行使を許すときは、相手方は永年間不安の地位に置かれる。解除權の消滅時效を認むることに依りても、尙、此の不安狀態の繼續は永きに失するであらう。民法が解除權の消滅時效以外に於て本條の規定を設くることを忘れなかつたのは多とすべきである。

理由書五四六條、富井氏債權各論(東大講義)一三七頁、梅氏要義三卷四五七頁、松波外二氏正解三卷九〇三頁、横田氏各論二〇八頁。

本條は相手方に催告權を與へ、不確定なる法律關係を迅速に確定せしむるものであるから、民法第十九條、第百十四條等と同種の立法目的を達することを得るのである。

民法第十九條は殊に無能力者を保護せんが爲めに、民法は催告に對する確答に付き、發信主義を採りて無能力者の利益を計つて居るのであるが、第百十四條の無權代理の場合の催告に對する確答、及び本條の催告に對する解除の通知に關しては、一般原則に從ひ受信主義に依るが故に、催告に定められたる相當期間内に解除の通知が催告者に到達するに非ざれば、催告期間の經過により解除權は當然消滅する。

第十　解除權消滅に關する不可分性(五四四Ⅱ)

民法第五百四十四條は「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

ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得。前項ノ場合ニ於テ解除權カ當事者中ノ一人ニ付キ消滅シタルトキハ他ノ者ニ付テモ亦消滅ス」と規定する。

本條は曩に述べたるが如く、解除權不可分の原則を規定するものである。

解除權不可分の原則は、第一に契約の範圍に關して、契約の一部解除を爲し得べきや否やの問題として現はれ來る。之れに關しては曩に說明したる所である。第二に、又契約當事者の解除權行使の問題として現はれ來る。卽ち、契約の當事者が數人ある場合に於て、其の當事者の一人に付いてのみ、又は其の一部の當事者に付いてのみ契約を解除し得べきや否やの問題として現はれ來る。是れは第五百四十四條第一項の規定する所であつて、既に說明を了したる所に屬する。

今玆に考究せんとするは第三種の解除權不可分の原則である。卽ち、民法第五百四十四條第二項の規定する所であつて、解除權消滅に關する解除權不可分の原則である。

(a)數人の解除權者ある場合に、解除權が當事者の一人に付き消滅するときは、他の當事者に對しても亦消滅すべきものとしたるは當事者の一人に付て解除權が消滅したる場合に他の當事者は尙解除權を有するものと爲すときは、各當事者が各自獨立して解除權の行使を許されたる場合と同じく解除に依りて複雜なる法律關係を惹起するが爲め、之を妨止せんとする立法上の政策に出づるのである。

民法第五百四十四條第一項に規定する解除權不可分の原則と、同條第二項の解除權不可分の原則とは正反對の立脚地に立つものである。第一項の解除權不可分の原則は解除權は共同行使を爲すに非ざれば其の效なきものなることを規定して契約關係の複雜化を回避せしめんとするのであるが、第二項の解除權不可分の原則は之れと正反對に、契約當事者中の一人に付いて解除權が消滅したるときは全員に對しても當然消滅するものとするのである。此の第一原則と第二原則とは正反對の結果を惹起し、思想的に矛盾を暴露して居るが如くに見ゆるけれども、深く之れを考察するときは必ずしも矛盾ではない。第一項の原則は解除權の行使に關する原則であり、其の結果は契約の消滅を來たすものであるから、全員の共同行使を必要とするのであるが、第二項の原則は解除權の消滅に關する原則であり、從つて、契約維持の結果を生ずるものであるから、一人に對する解除權の消滅の效力を之れに關係なき他の當事者に對して不可分的、共同的に普及せしむるとも、寧ろ、他の當事者の利益でこそあれ、不利益にはならない。又寧ろ之れは契約締結の趣旨を全ふせしめるのであるから、他の當事者全員の意思に適合するものと謂ひ得るのである。第一項の原則は行爲の不可分に關する原則であり、第二項の原則は效力に關する不可分の原則である。

(b)此の原則の適用に關しては解除權者が數人存在する場合たると、相手方が數人存在する場合たるとを問はない。

獨逸民法(三五六)は我が民法の如く、「當事者ノ一方」、又は「當事者ノ一人」と規定せずして解除權

者の一人の解除權が消滅したる場合のみに關して規定を設けて居る。從つて、獨逸民法に在りては相手方の一人に對してのみ解除權が消滅するとも、他の相手方に對しては解除權は消滅せざるものと解せざるを得ざる結果となり（鳩山氏二二九頁註五）、法律關係は單純化せらるることを得ない。

(c)本規定は解除權消滅原因に關しては何等の制限を設けて居ない。從つて、如何なる原因に基いて解除權が消滅するも當事者全員に對して解除權が消滅することとなるが如く解せられ、學說の大勢は皆、無制限說に從つて居る。

池田氏各論一六〇頁、鳩山氏二二九頁、石坂氏二三五九頁。
Örtmann, zu § 356 S. 353.

併し、斯くては不當なる結果を惹起し、民法が第五百四十條以下の規定を設けたる趣旨に違反することとなり來る虞があるから、一派の學者は之れに反對する。例へば拋棄の如き解除權者の任意に因る消滅原因に在りては、解除權を有する當事者が數人存在する場合に於て、其の一人の專恣なる解除權の拋棄に因り妄りに其の以外の當事者の解除權が消滅することとなる。從つて本條第二項の規定には縮少解釋を加へ、拋棄の如き當事者一部の專恣に出で得べき消滅原因を除外しなければならないと謂ふ（末弘氏二七九頁、二八〇頁參照）。

併し、當事者の一人又は數人の專恣なる解除權の消滅行爲、例へば拋棄により損害を蒙むりたる他の當事者は其の當事者に對して損害賠償の請求を爲し得べき筈であるから、當事者に資力ある場合には不當なる結果を生じない。寧ろ、實務上、簡便なる通說に從ふべきである。

(d)本條は任意規定であるから當事者が之れと異なる特約を爲すことを妨げない。

鳩山氏二二九頁、石坂氏下卷二三五九頁、磯谷氏各論二七七頁。

第二卷　契約解除の要件

第一章　總　說

契約解除は解除權の行使に依りて之れを爲す。解除權には二種ある。約定解除權及び法定解除權が之れに屬すること曩に述べたるが如し。

法定解除權は(1)債務の不履行、(2)債務の不完全履行、及び(4)事情變更に因りて發生する。此の中(3)及び(4)に關しては民法は明文を缺くと雖も、此等のものは約定解除權に非さるが故に、明文なきに拘はらず、之れを法定解除權と稱するの外はない。

本卷に於ては、契約解除の要件を詳說せんとするに在る。換言すれば、法定解除權の發生要件(一般的發生要件)如何の問題を說明せんとするに在る。

曩に述べたるが如く、契約解除に關する規定(五四〇以下)は約定解除權と法定解除權とに共通の規定であるが、其の中、第五百四十一條乃至第五百四十三條は法定解除權の發生要件を規定するものであつて、約定解除權には適用がない。蓋し、約定解除權は當事者の契約に因つて發生し、法定解除權は第五百四十一條乃至第五百四十三條に因つて發生するからである。

第五百四十條及び第五百四十四條乃至第五百四十八條は約定解除權及び法定解除權に共通の規定な

ること亦前述の如し。

解除權を發生せしめずして契約に依り當然契約の解除せらるる場合、卽ち、所謂、合意解除に關しては本卷の關する所ではない。又次卷（契約解除の效力）の關する所ではない。之れに關しては全然當事者の定むる所に依らなければならないこと亦曩に述べたるが如し。

民法は法定解除權の發生要件に關しては、(1)債務者の債務不履行の場合（五四一、五四二）と、(2)履行不能の場合（五四三）とを區別して其の規定を設けて居る。而して債務者の債務不履行に因る解除權發生要件を更に、(a)非定期行爲の場合（五四一）と、(b)定期行爲の場合（五四二）とに區別して規定して居る。

解除權發生 ┬ (1)債務不履行 ┬ (a)非定期行爲の場合（五四一）
　　　　　 │　　　　　　 └ (b)定期行爲の場合（五四二）
　　　　　 └ (2)履行不能（五四三）

本卷に於ては民法の前示組織に從つて順次に契約解除の要件、詳言すれば法定解除權發生要件を考究し行くであらう。

第二章　非定期行爲の不履行に因る契約解除の要件（五四一）

第一節　總　說

債務者の不履行は契約解除の原因、詳言すれば、契約解除權發生の原因と爲る。

前示の如く、民法は債務者の不履行に因る契約解除は、之れを二種に分ちて、解除の要件を定むる。卽ち、其の一は契約が定期行爲に非ざる場合に於ける契約解除の要件であり、其の二は契約が定期行爲なる場合に於ける契約解除の要件である。本章に於ては先づ契約が定期行爲に非ざる場合、卽ち、非定期行爲の場合に於ける契約解除の要件を考究し、次章に於て契約が定期行爲たる場合に於ける契約解除の要件を考究せんとする。

契約が定期行爲に非ざる場合に於ける契約解除は最も實用多き場合であつて、諸種の契約解除中、最も主要なるものである。

契約が定期行爲に非ざる場合に於ける契約解除の要件は

(1)債務者が履行期に至るも債務の履行を爲さざること、

(2)債權者が債務者に對して相當期間を定めて履行の催告を爲すこと、

(3)雙務契約の場合に於ては債權者が自己の債務の辨濟又は辨濟の提供を爲すこと。

而して、契約解除は殆んど總てが雙務契約の場合に惹起し、片務契約の解除は極めて稀であるから、此の(3)の要件も殆んど總ての解除の場合に必要であることに歸着する。

(4)債務者が債權者の催告に應じて、其の催告期間内に履行又は履行の提供を爲さざることを要する。

以上の(1)乃至(4)の要件が具備するときは、債權者は其の非定期行爲たる契約を解除することを得る。詳言すれば、以上の(1)乃至(4)の要件が具備するときは、債權者に法定解除權が發生する。而して債權者は自己に發生したる此の法定解除權を行使したるとき、卽ち、一方的に契約解除の意思表示を爲したるときは、始めて契約解除と爲る。卽ち、以上の(1)乃至(4)の要件に加ふるに、

(5)債權者が契約解除の意思表示を爲すに非ざれば契約は解除と爲らない。

卽ち、法定解除權の發生には(1)乃至(4)の要件を以て足り、契約解除には(1)乃至(4)の要件以外に更に(5)の要件を必要とするのである。而して此の(5)の要件たる解除權の行使に關しては既に第一卷總論に於て其の說明を了した。

第二節　債務者が履行期に至るも其の債務の履行を爲さざることを要する(第一要件)

非定期行爲に在りては、債務が履行期に於て履行可能なるに拘はらず、債務者が履行期に至るも其の債務の履行又は履行の提供を爲さざることを以て、契約解除の第一要件とする。

第一款　債務が履行期に在ることを必要とする

非定期行爲の不履行に因る契約解除の要件の第一は債務者が履行期に至るも、尙、其の債務の履行を爲さざることに在るから、其の債務は先づ以て、履行期に在ることを必要とする。

履行期に關して注意を要する事項左の如し。

第一項　履行期の意義

履行期とは債務者が債權者に對して其の債務の履行を爲すことを要する時期を謂ふ。卽ち、履行期は履行期限である。條件と共に法律行爲の附款である。廣義に於ては、法律の規定によりて債務又は義務の履行を爲すことを要する時期も亦履行期である。

債務者が履行を爲すことを要する時期（履行期）と履行を爲すことを得る時期とは異なる。履行期が債務者の利益の爲めに定められたる場合には債務者は期限の利益を抛棄し履行期前に於ても、尙其の履行を爲し得る（一三六Ⅱ）。

而して、原則として、履行期は債務者の利益の爲めに定められたるものと推定せられて居る（一三六Ⅰ）。

履行期が債權者の利益の爲めに定められたる場合には債權者は履行期前に債務の履行を請求し得る。此の場合には、曩に定められたる履行期前に債務者は履行を爲すことを要することとなる。

第二項　履行期を定むる方法

履行期は諸種の方法によつて定められる。

（一）當事者の意思表示

履行期は當事者の合意によりて定められることを原則とする。確定期限でも不確定期限でも差支ない（例外、商四五〇、手形三三Ⅰ、三四Ⅱ）。

履行期は一方的意思表示によりても定め得る。遺言又は手形の振出行爲（商四五〇、手形三三Ⅰ、三四Ⅱ）等の場合の如し。

又履行期は默示的に定められる場合もあり得る（大正九、三、三〇、東控判決、評論九卷民法八〇七頁）。

（二）給付の性質

給付の性質によりて履行期が定められる場合も少くない。祝日の宴會の爲めの料理、若くは、大禮服の注文、選擧の爲めの推薦狀の印刷、年賀狀、暑中見舞の印刷の債務の如きは給付の性質上、一定の時期に履行することを絕對的に必要とする。又物品製造の請負契約の如きは、其の物品製造に必要なる期間の經過を必要とするが如し。

（三）法律の規定

履行期は法律の規定によりて定まる場合がある。例へば第六百十四條、第六百二十四條、第五百九十七條の如し。

（四）裁判

履行期は裁判によりて定められる場合がある。卽ち、裁判所が期限を許與する場合の如し（一九六Ⅱ）。

（五）慣習

履行期は慣習によりて定められる場合もあり得る。田舍町の呉服商の賣掛代金、農村の賣掛代金の履行期が盆、暮なるが如し。又或る地方の賣掛代金は隔月支拂、都市の賣掛代金は月末拂なるが如し。

「商取引ノ通念上取引代金ハ其ノ月末ニ支拂フヘク其翌月ヨリ遲滯ニ陷ルモノト解スルヲ相當トス」（大正一五、一〇、一二、關

高覆審判決、新聞二七〇五號一五頁、評論一六卷民法一〇五一頁）。

（六）　解約申入

法律の規定により債權者の一方的意思表示、卽ち解約申入によつて履行期が定まる場合がある。例へば、第五百九十一條、第六百七條、第六百六十二條等の如し。

解約申入は申入後、一定期間の經過によつて履行期を到來せしむることあり（例、五九一、六一七）、又卽時に履行期を到來せしむるものあり（例、六六二）。

（七）　以上の方法によつて履行期が定められざる場合

以上の方法によりて履行期が定められざる場合には、債權は其の成立と同時に履行期に在るものであるとするのが原則である。蓋し、履行期は債務者の利益の爲めに存するものと推定せられ、債務者の爲めに其の履行を猶豫するのが履行期の存在理由なるが故に、當事者が契約を以て、履行期を定めざる限りは、履行期は債權成立と同時に到來するものと解すべきが當然である（大正五、一、二六、大判、二二輯一二五頁）。從つて、又、履行期の定めなき數個の債務存在する場合に在りては、其の債務の發生時期の早いものが順次に履行期に在る（大正六、一〇、二〇、大判、二三輯一六六八頁）。

同時に成立したる數個の債務が履行期の定めなきときは同時に履行期が到來する。

尙履行期の定めなき債務に關しては後に說明する所を參照せられたい。

第三項　履行期の種類

第一目　期限と期間

履行期は期限を以て定め得べく、又期間を以て定め得る。例へば某年某月某日と定め、又は某年某月某日より何日間、何月間、何年間と定むるが如し。期間の計算方法は意思表示、法令等の定めなき限り、第百三十八條以下に從ふべきこと勿論である。

第二目　確定期限と不確定期限

第一　總說

期限は條件と異り、其の到來することは確定的であるが、其の到來すべき時期に關しては、確定的のものと、不確定的のものとある。到來する時期の確定的なる期限を確定期限、到來する時期の不確定的なるものを不確定期限と謂ふ。某年某月某日と謂ふは前者に屬し、誰某の死亡の時といふは後者に屬する。

停止條件附債務は債務の成否が未定である。然るに、不確定期限は債務は存在し、唯其の履行期が不確定なるのみである。具體的に或る債務が停止條件附債務なるか、不確定期限附債務なるかは當事者の意思解釋によつて定めらるべき事實問題である。

停止條件附債務及び不確定期限附債務に關する學說判例に關しては、勝本氏債權總論中卷(2)三一頁以下に詳細に引用せられて居る。

第二　確定期限

(一)　總說

確定期限が定められたる場合に於ては、其の期限の到來により債務者は遲滯の責に任せねばならぬ(四一二I)。債務者が確定期限の到來を知り居りたるや否やを問はない「期限ハ人ニ代ハリテ催告ス」(Dies interpellat pro homine)といふ原則に從つたのである(獨民二七一、二八四II、瑞債七五、一〇二II、中華民二二九I、反對　佛民一一三九、一一四六、舊民法財產編三三六)。

(二)　判例

確定期限に關する判例の主なるもの左の如し。

一　「無盡金既得者ノ掛戻金ハ無盡會ノ開會ト否トニ關係ナク所定ノ期日ニ辨濟スヘキモノトス而シテ無盡積立金ハ無盡カ滿會トナリ或ハ無盡契約カ解除等ノ事由ニヨリ終了セシ場合ニ始メテ辨濟期到來スルモノトス」(大正四、五、二二、東區判決、新聞一四一三〇號二五頁)。

二　「無盡ノ掛返金ト雖モ消費貸借ニ改メラレタルトキハ其辨濟ハ無盡開會ノ際ニ於テノミ之ヲ爲スヘキモノト認ムルヲ得サルヲ以テ辨濟期ニ辨濟ヲ爲ザサリシ以上ハ無盡ノ開會セラレタルト否トニ拘ラス履行遲滯ノ責アリ」(大正五、三、二、東區判決、新聞一一三〇號二一頁)。

三　「賃借料毎月前拂ノ約アル場合ニ於テ義務履行ノ遲滯ノ有無ヲ判定センニハ須ラク債務者ニ於テ前拂ヲ爲スヘキ時期如何ヲ確定シ其日時ヲ經過スルト否トニヨリ履行遲滯ノ存否ヲ決セサルヘカラス」(大正五、五、二七、大判、新聞一一四四號二八頁)。

四　「官廳ノ公休日タル八月三十一日ニハ登記手續ヲ爲ス能ハサルモノナルカ故ニ假令履行ノ期日カ偶八月三十一日ト定メアルモ當事者ノ意思ハ敢テ不能ヲ强フル契約ヲ爲シタルモノト認メ難ケレハ其ノ翌日ナル九月一日ヲ以テ登記履行ノ期日ナリト解スルヲ相當トス」(大正一四、七、二一、宇都宮地方判決、新報五五號二一頁、評論一五卷民法四〇八頁)。

五　「向何日間ハ履行ヲ請求セスト約シタル債權者カ其ノ前言ヲ飜シ期ニ至リ被告ニ於テ契約不履行アリタル場合ト雖判決當時已ニ右期間ヲ經過セル以上原告勝訴タルヘシ」(昭和二、九、一四、大決、新聞二八一七號八頁)。

六　「原告ハ大正十三年十二月二十日被告ヨリ原告主張ノ如キ土地ノ賃借權ヲ一坪金六十圓ノ割合ニテ買受クル旨ノ契約ヲ爲シ卽日手附金トシテ金千五百圓ヲ被告ニ交付シタルコト並ニ履行期ニ至リ被告ニ於テ契約不履行アリタル場合ニハ原告ニ對シ右手附金ノ倍額ヲ支拂フヘキ旨ノ特約アリタルコトハ當事者間爭ナシ而シテ右履行期ニ就キ爭アルヲ以テ案スルニ成立ニ爭ナキ甲第一號證ニ依レハ右土地ノ地上權引渡期間ハ立退着手後三十日間ニ立退カセ引渡スヘキ旨並ニ代金殘額ハ地上物件撤退後引渡ノ上支拂フヘキ旨ノ記載アリテ單ニ之ノミニ因リテハ未タ其ノ趣旨明瞭ナラストハ雖モ右書證ト證人並ニ原告本人ノ各供述トヲ綜合スルトキハ賣主タル被告カ本件土地ノ居住人ヲ立退カシムル事ニ着手シタル後三十日間ニ地上ノ家屋其他ノ物件ヲモ撤去セシメ所謂之ヲ更地トシテ原告ニ引渡スヘク且被告ハ何時ニテモ右手附金中ヨリ居住人ニ對シ相當ノ立退料ヲ與ヘ以テ之ヲ立退カシムル事ニ着手シ得ヘキ事情ニアリタルヲ以テ右契約成立ノ日ヲ右「立退着手」ノ日ト定メタルモノニシテ換言スレハ被告ハ契約成立ノ日ヨリ三十日

内ニ右土地ヲ更地トシテ原告ニ引渡シ原告ハ之カ引渡ヲ受ケタル上殘額代金全部ヲ被告ニ支拂フヘキ約定ナリシコトヲ認メ得ヘシ被告ハ右土地ノ居住人カ立退ニ着手シタル後三十日間ニ之ヲ引渡スヘキ約旨ナリト主張シ證人及ヒ被告本人ハ何レモ其旨ノ供述ヲ爲スト雖モ若シ然リトセハ居住人カ立退ニ着手セサル限リ容易ニ履行期到來セサル事ト爲リ買主ニ對シ甚シク不利益ナルヲ以テ特別ナル事情ナキ限リ當事者ハ斯ノ如キ約定ヲ爲シタリトハ認メ難シ」（昭和二、九、一六、東地判決、新聞二七七〇號一〇頁）。

七　「賣買ニ付受渡期日ヲ十月中賣人自由渡トシタルトキハ同月三十一日迄ハ賣主ニ於テ之カ引渡ヲ爲スト否トノ自由ヲ有スルモノト謂フヘク右十月中買主ヨリ引渡ノ要求ヲ受クルモ賣主ニ期限ノ利益ヲ拋棄スル等特殊ノ事由ナキ限リ之カ要求ヲ拒絶シ得ヘキハ當然ナレハ之ヲ拒絶シタレハトテ賣主ニ履行遲滯ヲ生スルノ理由ナシ」（昭和四、二、九、大判、新聞二九六二號一一頁）。

八　「荷爲替付商取引ニ於テハ反證ナキ限リ荷爲替ノ滿期日ヲ以テ其ノ双方ノ債務ノ履行期ト爲ス旨當事者間ニ暗默ノ合意アリタルモノト解スルヲ相當トス」（昭和三、八、六、東地判決、評論一九卷民法二六二頁）。

九　「地代並ニ月賦金ニ付辨濟期日ノ確定セル以上其ノ辨濟期ヲ經過シタルトキハ債務者ニ義務ノ違背アリト云フヘク其ノ履行遲滯カ數日ノミナルノ故ヲ以テ契約上ノ義務ニ違背ナシト云フヲ得ス」（昭和六、六、一三、大判、新聞三三〇二號一三頁、評論二〇卷民法九一八頁、彙報四二卷一九號民事二八六頁）。

一〇　月賦契約、年賦契約等の不履行と債務者の期限の利益喪失との關係に關する判例は纍に援用したる所を參照せられたい。

(三)　確定期限附債務の附遲滯原則に對する例外

確定期限附債務は期限の到來によりて、當然、債務者は遲滯に附せらるるものなること前示の如し。然るに、我が國の通說に依れば、手形其の他の指圖債權の如きは、確定期限附債務であるけれども、其の確定期限の到來のみによりては遲滯に附せられない。其の期限が到來し、且、其の呈示を必要とする。蓋し、此等のものは呈示證券なるが爲めである（商二七九）。

勝本氏中卷(2)一二〇頁、田中氏手形法三九三頁、解良氏評釋昭和二年度判例民事法四九六頁、伊澤氏評註法學二卷八號一〇一二頁、法學四卷一一號一二一頁、田中氏手形法（現代法學全集）一三九頁、其の他一般の手形法教科書參照。

然かし、通說は正當でない。手形金支拂の訴狀が手形債務者に送達せられたる以上は手形債務の附遲滯に付き手形の呈示と同一の效力あるものと認むるを相當とする。蓋し、手形の呈示は手形債務者の日前に之れを債務者に交付し得べき狀態に在るを以て足るものと解すべきであるからである。之れを債務者が手形を所持し、且、債務者の支拂あるときは

其の詳細の說明は竹田氏「手形金支拂の訴と債務者の遲滯」論叢二一卷八〇〇頁參照。

(A)　古くは、判例は右の理論通りに手形其の他の指圖債權は呈示によりて遲滯に附せらるるものとした。

一　「手形上ニ於ケル遲滯ノ責任ハ其呈示アリテ始メテ遲滯ノ責ヲ負フモノトス故ニ約束手形振出人ニ對シ遲滯利息ヲ請求スルニハ呈示ノ事實ヲ立證セサルヘカラス」（明治三三年（カ）四六五號東地判決、新聞一九號七頁）。

二　「約束手形ノ振出人ハ呈示ヲ受クルニアラサレハ遲滯ノ責ナキモノトス」（明治三五、五、一四、東控判決、新聞九〇號六頁）。

三　「支拂命令ノ申請ヲ爲スモ之ヲ手形呈示ノ補充ノ行爲ト爲スヲ得サルヲ以テ支拂命令ノ申請ヲ爲シタルノミニテハ未タ以テ手形債務者ニ遲滯ノ責任ヲ生スル事ナシ」（明治三五年（ワ）一七四三號東地判決、新聞一一三號一九頁）。

四　「民法及ヒ商法ニ於テハ裁判上ノ請求ト裁判外ノ請求トノ間ニ效力ノ差異アルコトヲ認メス而シテ指圖債權又ハ無記名債權ニ付テハ債務者ヲ遲滯ノ責ニ任セシムルニ履行期限カ到來シタル後單ニ履行ノ請求ヲナスヲ以テ足レリトセス其證券ヲ呈示スルコ

トヲ必要トセリ従テ裁判上ノ請求ヲ爲ス場合ニ於テモ證券ヲ呈示スルニ非サレハ債務者ヲ遲滯ノ責ニ任セシムルコトヲ得ス」（明治三九、一〇、二七、長崎控訴判決、新聞四〇九號九頁）。

五　「約束手形ノ振出人ハ其支拂ノ爲メ呈示ヲ受ケ之ヲ拒ミタル場合ニ始メテ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトス」（明治三七、九、三、大阪控訴判決、新聞二三六號五頁）。

六　「手形ハ所謂呈示證券ナルヲ以テ手形上ノ債權者カ其債務者ヲシテ遲滯ノ責ニ任セシムルニハ支拂場所ニ於テ手形上ノ債務者ニ手形ヲ呈示シテ其支拂ヲ請求スヘキモノニシテ手形上ノ債務者ハ單ニ滿期日ノ到來ニヨリテ直ニ遲滯ノ責ヲ負フ可キモノニ非ス」（明治四二、三、一七、東地判決、新聞五六二號一二頁）。

七　「訴ノ提起ハ手形呈示ノ效力ナキヲ以テ訴ノ提起ニ因リテ直チニ遲滯ノ責任アルモノニ非スシテ訴狀送達ノ日ニ於テ其責ニ任スヘキモノトス」（明治四二、四、二七、東地判決、新聞五七二號一一頁）。

八　「手形ノ呈示證券ナルヲ以テ債務者カ遲滯ノ責ニ任スルハ支拂ヲ求ムル爲メニスル手形ノ呈示アルコトヲ要件トス從テ假令確定セル日ヲ以テ滿期日トセル場合ト雖モ債務者ハ其期限ノ到來ト共ニ當然遲滯ノ責ニ任スルモノニアラス」（明治四三、三、二二、東地判決、新聞六四六號一二頁）。

(B)　判例は近時、手形其の他の指圖債權は訴訟的方法によりて遲滯に附せらるることを得るものとするに至つた。

一　「裁判外ノ請求ノ場合ニ於テハ手形債權者カ其債務者ヲシテ遲滯ノ責ニ任セシムルニハ履行期限ノ到來シタル後手形ヲ呈示シテ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ要スルモ裁判上ノ請求ノ場合ニ於テハ債權者カ其履行ノ訴ヲ有效ニ提起スルトキハ其提起ノ時ヨリ債務者ヲ遲滯ニ附シタルモノト謂ハサルヲ得ス蓋シ指圖債權又ハ無記名債權ノ債務者ハ債權者ヨリ請求ヲ受クルニ非サレハ何人ニ辨濟スヘキモノナルヤヲ知ルコト能ハサルヲ以テ其債務辨濟ノ時期確定セルトキト雖モ民法第四百十二條第一項ノ適用スヘカラサルハ債務ノ性質上明ナルカ如シ然レトモ民法債權總則中ニハ是等債權ニ關スル規定ヲ設ケタルニ拘ハラス其辨濟期ニ關スル規定ニ至テハ右條文アルニ過キサルヲ以テ解釋上疑ヲ生スル嫌ナシトセス商法第二百七十九條ハ是等ノ債權ニハ民法第四百十二條第一項ノ適用ナキ旨ヲ明ニシ此ノ如キ疑ヲ避ケシメタルモノニ過キスシテ訴訟ニ於ケル付遲滯ノ準則ヲ示シタルモノニアラス而シテ訴ノ提起ハ其性質上債務者ヲ遲滯ニ付セシムヘキモノニシテ指圖債權ニ關スル場合ナルト否トニ因リテ其適用ヲ異ニスヘキ理ナシ」（明治三六、一〇、三、大判、九輯一〇四二頁、抄錄一八卷三五三一頁）。

二　「商法第二百七十九條ニ於テ期限ノ到來シタル後ト雖モ特ニ證券ヲ呈示シテ支拂ヲ請求スルニ非サレハ債務者ヲシテ遲滯ノ責ヲ負ハシムル能ハスト定メタル趣旨ハ元來指圖證券又ハ無記名證券ハ始メヨリ權利者ノ轉轍スルコトヲ豫想シテ發行セルモノナレハ債務者ハ期限到來スルモ何人カ果シテ正當ノ權利者ナルヤ換言スレハ何人ニ對シテ支拂ヲ爲シテ可ナルヤヲ知ルヲ得サルヲ以テ債務者ヲ保護スルカ爲メ證券ノ所持人ヨリ進ンテ證券ヲ呈示シテ債務ノ履行ヲ求メシムルニ過キス然ルニ證券ノ所持人カ訴ヲ提起シテ訴狀カ債務者ニ送達セラレ債務者ニ於テ權利者ノ何人ナルカヲ確知シ得ヘキ狀態ニ在ルニモ拘ハラス尙ホ支拂ヲ肯セサルトキハ最早之ヲ保護スルノ必要ナシ從テ斯ノ如キ場合ニ尙呈示ナキノ理由ヲ以テ遲滯利息ヲ支拂フノ義務ナシト論スルハ法文ニ拘泥シタル解釋ト云ハサル可カラス」（明治四一、七、三、東地判決、新聞五一五號二四頁）。

三　「商法第二百七十九條ハ指圖債權又ハ無記名債權ニ在テハ證券ハ裏書若クハ引渡ニ因リ容易ニ轉轍シ爲メニ債務者ハ所持人ノ何人ナルヤヲ知ルヲ得ヘキ故ニ約束手形ノ所持人カ手形金額ニ付キ裁判上ノ請求ヲ爲シタル場合ニ於ケル請求ノ場合ハ右規定中ニ包含セサルモノトス故ニ約束手形ノ所持人カ何人ナルヤヲ知リ得ヘキ裁判上ニ於ケル請求ノ場合ハ右規定中ニ包含セサルモノトス故ニ約束手形ノ所持人カ何人ナルヤヲ知リ得ヘキ裁判上ノ請求ヲ爲シタル場合ニ敢テ手形ノ呈示ヲ要セス債務者ニ訴狀ノ送達アリタルトキヨリ債務者ハ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトス」（明治四一、一〇、一三、東地判決、新聞五三一號一四頁）。

四　「商法第二百七十九條ニ所謂履行ノ請求ヲ爲シタル時トハ裁判上ノ請求ニ在テハ訴狀カ相手方タル債務者ニ送達セラレタル時ヲ謂フ」（明治四二、四、一、大判、一五輯三一四頁、抄錄三六卷八一九二頁）。

五　「支拂命令ノ送達ハ權利拘束ノ效力ヲ生シ約束手形ノ所持人カ其手形ヲ債務者ニ呈示シテ支拂ヒノ請求ヲ爲ス場合ニ比シ一層有力ナル請求方法ナルノミナラス手形債務者ハ之レニ依リテ其債權者ヲ確知シ得ヘキモノナルヲ以テ手形ノ滿期日以後手形金ニ

付テノ支拂命令カ債務者ニ送達セラレタルトキハ其送達ハ手形ノ呈示ト同一ノ效力ヲ生スヘク此場合ニ債務者カ其債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ其時ヨリ遲滯ノ責ニ任スルモノト解スルヲ相當トス」（明治四四年（ネ）二八八號東控判決、新聞八一二號二二頁）。

六　「約束手形ノ滿期日後其支拂命令ノ送達アリタルトキハ其發送ハ手形ノ呈示ト同一ノ效力ヲ生スヘク從テ債務者カ其債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ其時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトス」（明治四五、三、七、東控判決、新聞七八三號一九頁、評論一卷商法七二頁）。

七　「裁判上ノ手形金ノ支拂ノ請求ニ於テハ訴狀ノ送達ハ裁判外ニ於ケル手形ノ呈示ト同一ニ解スルヲ妥當トス」（大正三、一二、九、東地判決、評論四卷商法二四頁）。

八　「手形債務ハ辨濟期ノ到來ニヨリ當然履行遲滯ノ效力ヲ生スルモノニ非スシテ支拂ヲ求ムル爲メ手形ヲ呈示シタルトキ若クハ之ト同視スヘキ事實アリタルトキヨリ遲滯ノ效力ヲ生スルモノトス」（大正八、一一、四、東地判決、評論八卷商法六八〇頁）。

九　「約束手形裏書年月日ノ補充前ニ於テハ裏書トシテ完全ナル效力ナキヲ以テ補充前ノ支拂要求ノ呈示ニ依リ振出人ハ遲滯ノ責任ヲ負フヘキ理由ナキモ該補充カ約束手形金請求ノ訴提起後ニシテ第一審ノ口頭辯論中ナリシトキハ右振出人ハ其補充ノ翌日ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトス」（大正一一、五、一一、東控判決、評論一一卷商法一四五頁）。

一〇　「手形金支拂ノ訴ヲ提起シタルトキハ手形ノ呈示ナキモ債務者ハ遲滯ニ付セラルルモノトス」（昭和二、一二、一〇、大判、六卷六八二頁、竹田氏「手形金支拂の訴と債務者の遲滯」論叢二一卷七九七頁）。

一一　「手形金請求ノ訴ヲ提起シタルトキハ手形ノ呈示ナキモ債務者ハ遲滯ニ付セラルルコトハ夙ニ當院ノ判示スル所ニシテ其ノ趣旨ハ訴ノ提起ニ手形ノ呈示ト同一ノ效力ヲ生セシムルニアルモノトス本件ニ付テ之ヲ觀ルニ白地手形ノ所持人タル被上告人ハ白地ヲ補充スルコトナクシテ手形金請求ノ訴ヲ提起シタルモ其ノ後白地ヲ補充シ且昭和九年五月三十日ノ口頭辯論ニ於テ當該手形ヲ證據トシテ提出ノ上既ニ完成セル手形所持ノ事實ヲ主張シ依然手形金ノ請求ヲ維持シタルコト記錄上明白ニシテ爾後本訴ハ白地ノ補充アリ既ニ完成セル手形ニ基ク請求トシテ原審ニ繫屬シタルモノナレハ冒頭說明ノ解釋ヨリ推シテ原審ニ於ケル本訴ノ繫屬ハ手形ノ呈示ト同一ノ效力ヲ生スルモノトス」（大正一二、一一、一八、大判、二卷六八一頁、竹田氏「手形金支拂の訴と債務者の遲滯」論叢二一卷一一號一二一頁）。

一二　以上に掲ぐる判例以外の同趣旨の判例は小町谷、伊澤兩氏商事判例集四九八頁所載一四―二七判例參照。

第三　不確定期限

債務の履行に付き不確定期限あるときは債務者は其の期限の到來を知りたる時より遲滯の責に任ずる（四一二Ⅱ）。蓋し不確定期限の場合は、確定期限の場合と異なり、債務者が不確定期限の到來を知らざるに尙遲滯に陷るものとするは殘酷なるが爲めである。

嚴格に之れを謂へば、不確定期限の場合には催告により債務者が遲滯に陷るのではなく、期限の到來を知りたることによりて遲滯に陷るのであるから、催告により債務者は遲滯に陷らない。其の催告により債務者が期限の到來を知りたる場合には遲滯に陷るのみである（勝本氏中卷(之)一二五頁、川名氏要論一四九頁）。

然かし、不確定期限の到來後、債權者が催告を爲したるに拘はらず、債務者が尙其の期限の到來を知らざるが如きは多くは債務者の過失に基く場合なるが故に、此の場合には債務者の遲滯を生ずるものとすることが信義則上妥當である。

催告あらば債務者は期限の到來を知らずとも遲滯を生ずるとする說　鳩山氏一三二頁、東氏五〇頁、森山氏一九五頁、一九六頁、嘉山氏一八二頁、小池氏總論一四〇頁、林氏七八頁、近藤、柚木兩氏一〇〇頁。

不確定期限に關する判例の主なるもの左の如し。

一　「所謂出世證文トハ通例債務者カ債權者ニ對シテ借用金額ヲ返還スヘキ債務ヲ負擔スルモノニシテ唯ソノ履行ヲ債務者ノ立身出世ナル不確定ナル事實ニ繫ラシメタルニ過キサルモノニシテ停止條件附消費貸借ニハアラス而シテ出世證文中ノ立身トハ債務者ニ於テソノ債務ヲ辨濟シ得ル資力ヲ發生シタルコトノ謂ナリ」(明治四二年(ワ)九三二號同四三年東地判決、新聞六二六號一一頁)。

二　「消費貸借ノ辨濟期限ヲ債務者ノ立身セシ時ト定メタル場合ハ其債務者ニ對シ早急ニ辨濟ヲ促スノ意見ニアラスシテ比較的多クノ猶豫期限ヲ與ヘ其資力ノ回復ニ努力セシメントノ希望ニ職由ス畢竟恩惠的趣旨ニ出テタルモノトス故ニ該債務者カ單ニ或一、二ノ債權者ニ對シテ其債務ヲ辨濟シ得ルノミヲ以テ直チニ立身トナスヘカラス比較的多數ノ債務ヲ履行シ得ル程度ニマテ達スルニアラサレハ資力回復所謂立身ヲナシタルモノトシテ期限ノ到來トスル能ハス」(明治四三、六、三〇、東控判決、新聞六六二號一三頁)。

三　「消費貸借ニ因ル債務ニ付キ借主ノ立身ナル不確定ノ事實ヲ以テ其履行ノ期限ト爲スハ違法ニ非ス」(明治四三、一〇、三一、大判、一六輯七三九頁、民抄錄三九卷九〇〇四頁)。

四　「消費貸借ニ基ク債務ノ履行ヲ債務者ノ家政整理ナル不確定ノ事實ニ繫ラシメタルニ過キサルモノニシテ債權者ヨリ債務者ニ對スル果シテ到來シタルヤ否ヤハ既ニ債務者ノ家政整理ノ完了シタルヤ否ヤ判斷シテ決定スヘキモノニシテ債權者ヨリ債務者ニ對スル債務辨濟ノ催告ヲ以テ直ニ辨濟期ノ到來スルモノト謂フヘカラス而シテ果シテ債務者ノ家政整理カ完了シタルヤ否ヤハ當事者雙方ノ利益及ヒ事情ヲ斟酌シテ家政整理遂行ニ必要ナル相當ノ期間ヲ定メ若シ此ノ期間ヲ徒過シタルトキハ其期間滿了ノ日ヲ以テ債務辨濟期トナスヘキモノナリ」(大正二、九、四、東控判決、新聞九〇〇號二二頁、評論二卷民法四八〇頁、石坂氏「不確定期限ノ到來」民法研究三卷五一八頁)。

五　「債務者ノ出世ノ時履行スヘキ旨ヲ定メタル債務ハ停止條件附債務ニ非スシテ不確定期限附ノ債務ナリトス不確定期限附債權ト雖モ其消滅時效ハ期限到來ノ時ヨリ進行スルモノニシテ債權者カ期限ノ到來ヲ知ルト否ト又其過失ノ存スルト否トニ關係ナキモノトス」(大正四、三、二四、大判、二一輯四三九頁、抄錄五四卷一二四九一頁、新聞一〇二〇號二八頁、評論四卷民法三二七頁、疇道氏「出世ノ時又ハ成功ノ時ヲ履行期トセル契約ノ性質」(最近大審院民法判例批評一二〇頁)。

六　「借用證書ニ「今後精々力附次第少々宛入金可仕云々」ノ趣旨ハ身代持直シタル事實ノ到來ヲ以テ辨濟期ト定メタルモノニシテ少クトモ經濟上獨立ノ地位ニ立チ其辨濟ヲ爲シ得ル狀態ニ至リタル時ヲ言フモノトス」(大正五、一〇、二三、名古屋地方判決、新聞一二〇八號二三頁)。

七　「返濟ノ義ハ成功ノ上又ハ事業成就ノ上若クハ成業ノ上等トアルトキハ期限ノ定メナキ債權ニ非スシテ不確定期限付ノ債權ナリトス」(大正八、五、八、東區判決、新聞一五五七號二一頁、評論八卷民法六一〇頁)。

八　「負債償却ノ時期ヲ定ムルニ債務者カ「身代持直」ノ時ヲ以テシタル場合ニ所謂「身代持直」トハ債務者ノ資產カ增加シテ負債ヲ償却スルモ一家ノ生活ヲ支持スルニ差支ナキニ至リタル時期ヲ云フモノナルコト實驗則ノ認ムル所ナリ左レハ債務者ノ財產カ契約當時ニ比シ何等增加ヲ見サル今日ニ於テハ未タ履行期ノ到來ヲ認ムルヲ得ス」(大正一四、四、四、大判、評論一四卷民法四五一頁)。

九　「債務履行ノ時期ヲ定ムルニ當リ債務者ノ婚嫁又ハ分家シタル時ヲ以テ履行ノ時期ト爲スコトヲ約シタルトキハ債務ノ履行ニ付キ不確定期限ヲ定メタルモノニシテ債務ノ消滅ヲ條件ニ繫ラシメタルモノト云フヲ得ス」(大正四、二、一九、大判、二一輯一六三頁、抄錄五三卷一二二九三頁、新聞一〇〇六號二六頁、評論四卷民法一六八頁、疇道氏「婚嫁ノ時ヲ履行期トセル契約ノ性質及解釋」最近大審院民法判例批評五〇頁以下)。

一〇　「鐵業權ノ買主カ即時ニ代金ノ一部ヲ支拂ヒ殘部ヲ目的トシテ製鍊盛行ノ見込立チタル時ヲ以テ辨濟ヲ爲スヘキ旨ノ消費

貸借ヲ爲シタルトキハ其消費貸借上ノ債務ハ條件附ニ非スシテ不確定期限ナリト解スヘキモノトス」(大正四、五、一七、大判、二一輯七一四頁、抄錄五六卷一二七〇三頁、新聞一〇二七號二七頁)。

一一　「使用貸借契約ハ借主ノ死亡ニ因リ消滅スルハ格別債務完濟ノ資力充實ト云フカ如キ不確定ナル事實ノ到來ニ至ル迄存續スヘキコトヲ約スルヲ妨ケサルモノトス」(大正七、二、一九、大判、二四輯二二五頁、抄錄七六卷一七六〇四頁)。

一二　「債務者カ運送貨物ノ取扱ニ關シ將來負擔スルコトアルヘキ債務ヲ確保スル爲メ運送人ニ保證金ヲ納付シタル場合ニハ其貨物取扱ニ關スル契約終了後運送人ニ對シテ債務ヲ負擔スルコトナキ事實確定セサレハ之レカ返還ヲ請求シ得サルモノトス從テ債務者ハ縱令此債權ヲ差押ヘ且轉付命令ヲ受クルモ運送人ニ對シ直ニ保證金ノ支拂ヲ求ムルコトヲ得ス」(明治三九、一一、一七、大判、一二輯一五二三頁、抄錄三〇卷六五一八頁)。

一三　「當事者カ客觀的不確定ノ事實ヲ以テ期限ノ場合ニ於ケル事實ヲ定メタル場合客觀的不確定ノ事實發生セルトキニ債務ヲ履行スヘキコトヲ約スルモ其約旨ニシテ假令該事實ノ發生セサルトキト雖モ尙ホ債務ヲ履行スルコトヲ要スル場合ニ於テハ條件附債務ニアラスシテ期限附債務ナリトス故ニ其事實發生セサルコト確定シタルトキハ其時ニ於テ期限到來シタルモノト解スルヲ妥當トス但シ如上ノ場合ハ該期限到來ト同時ニ遲滯ノ責ニ任セス債務者カ其期限到來セルコトヲ知リタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトス」(明治四四、一、二四、東控判決、最近判八卷四一頁)。

一四　「訴訟委任ノ報酬金ニ付キ相手方ニ對シ執行ノ上金員ヲ領收シタルトキ辨濟ストノ契約ハ所謂條件附契約ニアラスシテ不確定期限ニ外ナラス卽チ斯ル事實到來ノ時ニ於テ期限到來シタルモノト認ムヘキモノナルカ故ニ若シ事實到來セサル事確定シタル時ハ其時ヲ以テ期限ノ到來ト看做スヘキモノトス從テ本人カ擅ニ委任ヲ解除シタルトキハ之カ爲メ代理人ヲシテ執行ヲ爲シ金圓ヲ領收シ能ハサルニ至ラシメタルモノナレハ其解除ノ日ニ於テ不確定期限ハ到來シタリト認ムルヲ相當トス」(明治四四、五、四、東控判決、最近判九卷六六頁)。

一五　「民法第四百十二條ハ辨濟期ノ不確定ナル場合ニ於ケル遲滯責任ニ關スル規定ニシテ辨濟期ノ到來ハ債務者カ之ヲ知ルト否トニ拘ハラサルモノトス」(大正三、二、六、大判、新聞九二六號二六頁)。

一六　「債務ノ履行ニ付キ不確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタルコトヲ知リタルトキヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキコトハ民法第四百十二條第二項ノ明定スル所ナレハ上告人ハ本件債務ニ付キ銀行家屋ノ賣却ナル不確定ノ事實ノ發生不能トナリテ辨濟期到來シタルコトヲ知リタルニアラサレハ遲滯ノ責ニ任スヘキモノニアラス」(大正四、一二、一、大判、二一輯一九三八頁、抄錄六二卷一三六〇四頁、新聞一〇八二號一三頁、評論五卷民法五九頁、畔道氏「不確定事實ノ發生ニ繫ル債務履行(期限ト條件ノ區別)」最近大審院民法判例批評二三九頁)。

一七　「消費貸借ノ成立シタル以上ハ借主ハ辨濟ノ義務アルモノナルカ故ニ當事者カ不確定ナル事實ノ發生ヲ豫期シ之ニ辨濟義務ノ履行ヲ繫ラシメタルトキハ其時ニ於テ辨濟義務ヲ履行スルニ在リト爲ササルヘカラス蓋シ此場合ニハ當事者ハ不確定ナル事實ノ發生ニ辨濟義務ノ履行ヲ繫ラシメタルモノナレハ當事者ノ意思ハ必ス辨濟義務ノ履行ヲ要スト爲スニ在リ從ツテ不確定ナル事實カ發生シタルトキハ勿論其發生カ不能トナリタルトキハ債權者ハ直チニ履行ヲ爲スヲ要スト爲スノ約旨ナリト推定セサルヘカラサルヲ以テナリ不確定ノ事實ナレハトテ期限トナスコトヲ得サルモノト謂フヘカラス期限ハ到來スルコトヲ得ルモノタレハ足リ而シテ右ノ如キ約旨ニ於テ期限ハ必ス到來スヘキモノナレハナリ」(大正四、一二、一、大判、二一輯一九四一頁、抄錄六二卷一三六〇六頁、新聞一〇八二號一三頁、評論五卷民法六一頁)。

一八　「甲ハ會社ト乙トノ間ニ老舖買收契約アリトスルモ右ハ會社カ營業上ノ利益ヲ以テ拾貳萬圓ノ債務ヲ支拂フコトヲ得ヘキ營業狀態ニ達スルコトヲ條件トシ其條件ノ到來スル迄契約ノ效力ハ停止サレタルモノニシテ而シテ右條件ハ結局到來セスシテ會社ハ解散シタルカ故ニ代金支拂ノ義務ナキ如ク主張スレトモ原審證人ノ初メ桑名屋ノ老舖ヲ拾貳萬圓ニテ買收スル約束アリシカ直チニ渡ス金カナキ故參拾萬圓ニテ會社ヲ設立シ利益アレハ老舖料ヲ渡スノ話アリタリ但シ何年間ニ渡スト云フコトハ定マリ居ラサリシカ桑名屋ノ老舖ヲ此儘ニ潰スハ殘念テモアリ且債權者ニ取リテモ不利益

ナリト云フコトニテ債權者ノ或者ト他ノ者トカ發起トナリ桑名屋ノ老舖ヲ買收シテ會社ヲ設立スルコトニナリタリ而シテ私モ乙ノ利益ヲ保護スル爲メ同人ヲ代表シテ發起人トノ間ニ交渉シ株式會社桑名屋製油所ヲ設立スルニ至レリ當時發起人間ニテハ老舖料ニ付キ拾貳萬圓見當ナリシカ私ハ之ニ對シ宜シク賴ムト申シ置キタリ其支拂方法トテモ纏リタル話ハナク唯會社ハ漸次相當ノ利益ヲ得ル見込ナリシヲ以テ利益アレハ其ノ時ニ應シテ支拂ヘハ宜シトノ事ナリシ旨ノ各供述竝ニ甲第二號證ノ三ニ「桑名屋商店老舖買收ニ關シテハ契約濟ナルモ其代金支拂方法ハ未定ナル」旨同第二號證ノ二ニ「既ニ契約濟ナル合資會社八尾製油場及桑名屋商店老舖買收ノ件ニ付總會ノ承認及ヒ老舖買收代金支拂ノ方法ハ後ニ還定セラルヘキ取締役ニ一任スヘキ旨ヲ述ヘタルニ滿場異議ナク之ヲ承認シタル」旨ノ各記載トヲ綜合スルトキハ桑名屋ノ老舖料支拂ニ付テ賣買當事者間ハ其利益ヲ以テ取締役ノ定ムル方法ニ從ヒ辨濟スルノ合意ヲ爲シタルモノ卽チ利益アルトキヲ以テ老舖料支拂ノ期間ト定メタルモノニシテ甲主張ノ如キ條件付賣買ニ非スト認定スルヲ相當トス蓋シ將來ノ利益ノ有無ノ如キハ其到來及其時期共ニ不確定ニシテ其性質條件ニ類似スト雖モ當事者カ斯ル不確定ノ事項ヲモ將來發生スヘキコト確定スルモノトシ之ニ依リテ履行期ヲ定ムル意思ナル場合ニハ其利益發生ノ時期ヲ以テ履行期トナス事法律上毫モ支障ナシト解スルヲ正當トスレハナリ甲ハ假リニ甲主張ノ如ク老舖買收契約成立シタリトスルモ其後ノ臨時株主總會ニ於テ右買收ノ契約ヲ取消スノ決議ヲ爲シ賣主タル乙モ之ヲ承諾シタル者ニシテ卽チ右契約ハ當事者雙方ノ合意ニ依リ解除セラレタル者ナリト抗爭スレトモ之ニ關スル原審證人ノ供述ハ曖昧ニシテ信ヲ措キ難ク其他ノ證人ノ證言竝ニ乙號證ハ何レモ右抗辯事實ヲ認ムルノ資料ト爲スニ足ラス敍上ノ說明ニ照ラセハ會社ト乙トノ間ニハ老舖買收契約存在スルコト明カナルヲ以テ次ニ代金支拂ノ時期到來シタルヤ否ヤヲ審究スルニ本件老舖料支拂ノ方法ハ前認定ノ如ク會社カ營業上利益ヲ生シタル曉ニ於テ取締役ノ定ムル方法ニ從ヒ之ヲ辨濟スルノ約束ナルコト明カナルヲ以テ右利益ヲ生シタル時ヲ以テ辨濟ノ時期ト認メサルヘカラス然ルニ證人ノ證言ニ依レハ會社ハ遂ニ利益ヲ覩ルノ運ニ至ラスシテ解散シタルコトヲ認メ得ルカ故ニ少クトモ右解散迄ハ未タ辨濟期到來セサリシモノト認ムヘク而シテ前示ノ如キ履行期ノ定メアル場合ニハ卽チ解散ノ時ヲ以テ履行期ノ到來シタルモノト解釋スルヲ相當トス蓋シ會社ノ解散ハ營業ノ廢止ヲ意味スルヲ以テ前記ノ如ク營業ヨリ利益ヲ生シタル時ニ辨濟スヘキコトヲ約シタルカ如キ場合ニ於テハ若シ會社カ營業ヨリ利益ヲ生スルコトナクシテ解散スルニ至リタルトキハ卽チ其時ヲ以テ履行期ト爲スヘキ當事者ノ意思ナリシト解釋スルヲ至當トナセハナリ」（大正五、六、二六、大控判決、新聞一二七一號三二頁）。

一九　「不確定ナル事實ニ依リ其辨濟額定マル場合ニ其事實ノ到來セサルコトノ原因カ債務者ノ行爲ニ基ク場合ニハ當事者ノ意思ハ其到來セサルコトノ確定シタルトキ直ニ辨濟期ノ到來シタルモノト爲スニ在リト認ムヘキモノトス辨濟期カ每年六月十二月ト定メラレ各時期ニ於テ支拂フヘキ金額カ純益ノ多寡ニ依リ豫メ一定セラレサリシニ止マルトキハ之ヲ以テ條件附辨濟ヲ約シタルモノト認ムヘキモノニ非ス」（大正五、八、二、東控判決、新聞一一七七號二七頁）。

二〇　「約款ニ荷物ノ受取場ハ甲倉庫代金ハ重量品質檢査ヲ受ケタル後其品質カ合格シタル數量ニ對シテノミ買主ノ代金支拂ノ債務カ辨濟期ニ至所タル甲倉庫ニ於テ履行ノ提供ヲ爲シ檢査ノ上支拂フ事トアルトキハ賣買ノ目的物ハ賣主ヨリ先ツ債務履行ノ場ルヘキ關係ニ在ルモノトス」（大正五、一二、七、大控判決、新聞一二〇八號二一頁）。

二一　「契約證ニ甲ハ乙ニ對シ該材料悉皆出材濟ノ上代金ヲ支拂フヘシトアルハ全部ノ出材ヲ以テ代金支拂ノ條件ト爲シタルモノニ非ス單ニ代金支拂ノ時期ヲ定メタルモノニシテ卽チ出材濟ノ時代金ヲ支拂フヘキ旨ノ約束ヲ示シタルモノト解スルヲ相當トス」（大正六、一、二六、大判、新聞一二五五號三一頁）。

二二　「鑛山代金ハ每年六月十二月ノ兩度ニ債務者經營ノ金鑛製煉事業ノ純益中ヨリ其十分ノ一ツヽヲ以テ之カ辨濟ニ充ツヘキ旨ヲ當事者間ニ契約シタルハ卽チ金鑛製煉事業ニ付キ純益ヲ生シタル時ヲ以テ鑛山代金辨濟ノ時期ト爲シタルモノナルカ故ニ債務ノ履行ニ付キ不確定期限ヲ約シタルモノト謂フヘク而シテ斯カル不確定期限ヲ有スル場合ニ若シ債務者ニ於テ該金鑛ノ鑛業權ヲ第三者ニ讓渡シ前記期限ノ到達ヲ全然不能ト爲シタルトキハ當事者ノ眞意ハ直チニ辨濟期限到來シタルモノト做シテ其ノ代金ノ全部ヲ支拂フニ在リタルモノト解スルハ相當ニシテ右事實ノ發生ヲ以テ債務辨濟ノ條件ト解スヘキモノニアラス」（大正六、七、二、大判、二三輯一〇〇六頁、抄錄七二卷一六四六七頁、新聞一三一五號三二頁）。

二三　「消費貸借ノ當事者カ不確定ナル事實ノ發生ヲ豫期シ之ニ辨濟義務ノ履行ヲ繫ラシメタル場合ニ於テハ當事者ノ意思ハ不

確定ノ事實ハ發生シタルトキ又若シ其事實ハ發生カ不能トナリタルトキハ其時ニ於テ辨濟義務ヲ履行スルニ在リト爲サヽルヘカラス是レ當院ノ判例トスル所ナリ」（大正四年（オ）第三百五十號同年十二月一日言渡判例參照）（大正六、一一、二四、大判、二三輯二〇〇七頁、抄錄七五卷一七二三五頁、新聞一三七六號三一頁、評論六卷民法一〇三八頁）。

二四　「性質上到來スルヤ否ヤ不確定ナル事實ヲ當事者カ到來スルコト確定ノ事實ナリトシ而シテ其事實ノ發生ノ不能ナルコトカ確定トナリタルトキハ期限ノ到來スルモノト爲スヲ以テ事理ニ適スルモノトス」（大正七、四、六、東地判決、新聞一三九九號二二頁）。

二五　「第三者ノ「金額支拂」ナル不確定ノ事實ノ到來ヲ以テ債務履行ノ期限ト爲シタル場合ニ於テハ其ノ「支拂不能」ノ事實ノ確定シタル時ヲ以テ履行期限ノ到來シタルモノト爲スヘシ」（大正八、一、二七、東控判決、新聞一五四四號二四頁、評論八卷民法四三一頁）。

二六　「不確定期限ノ場合ニ於テ當事者不確定ナル甲ノ事實到來スル時若シ甲ノ事實到來スルトキヲ以テ辨濟期ト爲スヘキ旨ヲ定ムルコトヲ得ヘク斯ル場合ニ於テハ辨濟期ヲ二箇ト爲シタルニ非ス何レカ一箇ノ不確定ナル事實ノ到來スル時ヲ以テ辨濟期ト爲シタルモノニシテ不確定期限ノ性質ニ牴觸スルモノニ非ス」（大正八、二、六、大判、二五輯二七六頁、抄錄八二卷一九三九二頁、評論八卷民法二六八頁）。

二七　「賣買契約ニ於テ船舶ヲ給付スヘキ時期ヲ大正六年七月末頃トナシタルニ當時該船舶ハ某株式會社カ某造船所ニ於テ建造中ナリシコトノ明ナル以上右約旨ハ大正六年七月末頃ニ於ケル船舶竣成ノ時ヲ以テ履行期ト爲シタルモノニシテ卽チ不確定期限ヲ約シタルモノト解スルヲ相當トス」（大正八、一〇、三〇、長崎控訴判決、評論一〇卷民法五八頁）。

二八　「期限ニハ確定ノモノアリ不確定ノモノアリテ當事者カ契約當時既ニ存在スル債務ニ付キ或不確定ノ事實到來シタル時ヲ以テ之ヲ履行スヘキ事ヲ約シ債務ノ消滅ヲ其不確定ノ事實ノ到來ニ繫ラシメタルニ非サルトキハ債務ノ履行ニ付キ不確定期限ヲ約シタルモノト謂ハサルヲ得ス何トナレハ條件ハ法律行爲ノ效力ノ發生若クハ消滅ヲ不確定ナル事實ノ到來ニ繫ラシムルモノナルニ反シ期限ハ法律行爲ノ效力タル債務ニ付キ其履行ヲ猶豫スルモノナレハ到來スヘキ時迄既ニ存在スル債務ノ履行ヲ猶豫スヘキコトヲ約シ其事實到來セサルコト確定スルノ意思ヲ有スルモノト認メ得ルトキハ條件ヲ約シタルモノニアラサレハナリ（大正三年（オ）第五五五號大正四年三月二十四日同年（オ）第一七五號同年五月十七日當院判決參照）」（大正五、六、〇、抄錄八八卷二一三一四頁、新聞一七〇四號一八頁）。

二九　「當事者間ノ契約中殘代金ハ買主ニ於テ物品全部受領ノ上交付スヘキコトアル條項ニ付キ單ニ其字句ニ拘泥シ之ヲ買主ニ於テ現實物品全部ノ受領ヲ爲ササル限リ賣主其代金ヲ請求スルコトヲ得サルノ義ニ解セムカ買主ニ於テ賣主ノ提供ヲ故意ニ受領セサル場合ニモ元來買主ハ法律上其受領ノ義務ナキモノナルカ故ニ之ニ受領ヲ强制スルノ方法ナク從テ賣主ハ自己ニ於テ爲スヘキ凡テノ行爲ヲ完了シタルニモ拘ラス何時迄モ代金ノ支拂ヲ請求シ得サルノ不合理ナル結果ヲ生スヘキコトヨリ推考シ又本件契約ハ賣主ニ於テハ分割給付ヲ爲シ得ル約旨ナルニ徵シ當事者ノ意思ハ其最終ノ提供ニ對シ買主ニ向ツテ殘代金ノ支拂ヲ請求シ得ヘキモノト爲スニアリタルモノト解スルヲ相當トス」（大正一〇、五、三、橫濱地方判決、評論一〇卷民法一一四八頁）。

三〇　「期限ハ到來スヘキコトノ確定シタルモノニシテ不確定期限ハ何時到來スヘキヤノ確定セサルニ過キサルモノナレトモ債務者カ山林ノ特賣權ヲ得タルトキハ其時ヨリ二ケ月內ニ借用金ヲ辨濟スヘク若シ特賣權ヲ得サルトキハ其之ヲ得サルコトノ確定シタル時ニ借用金ヲ辨濟スヘキコトヲ約シタル場合ハ債務ノ履行ニ付キ不確定期限ヲ定メタルモノニアラス何トナレハ此場合ニ於テハ當事者ハ山林ノ特賣權ヲ得タルトキヨリ計算シタル二ケ月ノ末日又ハ特賣權ヲ得サルコト確定シタル時ノ何レカノ時期ヲ以テ債務ノ履行期ト爲シタルモノニシテ特賣權ヲ得サル場合ニ於テ債務ノ履行ヲ免レシムル意思ヲ有セサルモノナレハナリ（不確定期限ニ關スル大正三年（オ）第五百十一號大正四年二月十九日當院判決參照）」（大正一〇、五、二三、大判、二七輯九五七頁、新聞一八六五號二二頁）。

三一　「契約ノ履行時期ヲ甲老木ノ時トナシタルトキハ大正八年五月十五日其履行ヲ催告シタル當時ハ甲ハ齡既ニ古稀ヲ超ヘ居

ルコト大正八年十二月七日裁判所カ甲ニ對シ證人トシテ訊問スルニ際シ病氣ノ故ヲ以テ臨床訊問ヲ爲シタルコト甲カ隱居ノ身ニシテ大正七年中其所有ニ係ル係爭不動產ノ登記名義ヲ現戶主ニ移轉シタル事實等ヲ辯酌シテ判斷スルトキハ少クトモ右催告當時ハ所謂老末ノ時期ニ入リタルモノニシテ履行期到來セルモノト認ムヘキモノトス」(大正一一、六、六、水戶地方判決、評論一一卷民法一二六〇頁)。

三二　「松薪引渡ノ期限ニ付甲ハ立木全部伐採引渡スノ約ニシテ未タ伐採ヲ終ラサレハ引渡ノ期限到來セスト主張スレトモ甲第一號證ノ記載ヲ證人ノ證言ニ參照考覈スレハ同證ニ山林伐採次第何時成リ共相渡シ可申候ト在ルハ本件ノ賣買カ豹多屋山林ノ立木ヲ伐採シテ松薪ヲ製シ之ヲ引渡スノ約ナルカ爲其ノ趣旨ヲ記載セルモノト認ムルヲ相當トシ現實ニ伐採ヲ終ルマテ引渡ノ期限到來セサル趣旨ヲ定メタルモノトハ認メ難ク且他ニ其ノ引渡ノ期限ニ付テ確約アリタルコトヲ認メ得ヘキ證據ナケレハ本件賣買カ豹多屋山林ノ立木ヲ伐採製薪シテ引渡スノ約ナル事實ニ稽ヘ契約ノ日ヨリ其ノ伐採製薪ニ要スヘキ相當ナル期間經過後買主ニ於テ松薪全部ニ付テ引渡ヲ求メ得ヘカリシモノト認ムルヲ妥當トス而シテ證人ノ證言ニ依レハ約六ケ月ヲ以テ右伐採製薪ヲ爲シ得ヘカリシコトヲ認メ得ヘケレハ此ノ期間ヲ以テ右ノ相當期間ト認ム」(大正一三、三、一、東控判決、新聞二二五五號一六頁)。

三三　「丙カ甲乙ノ共同營業ノ爲メニ返濟期限ヲ定メスシテ金錢ノ消費貸借及物品ノ使用貸借ヲ爲シタル場合ニ於テ右共同營業カ組合ノ解散ニ因リテ終了シタルトキハ甲乙ハ右金圓ヲ丙ノ請求次第何時ニテモ辨濟スヘキ義務アルハ勿論右物品モ亦契約ノ目的ニ從フ使用及收益ヲ終リタルモノナレハ之ヲ返還スルコトヲ要スルモノトス」(大正一三、一一、六、東控判決、評論一三卷商法六七五頁)。

三四　「大正六年八月四日被控訴人カ控訴會社ヨリ米國製軟鋼丸棒合計四十二噸(一噸和貫二百七十貫)ヲ代金十貫目ニ付三十三圓ノ約定ニテ買付ケ其後同年九月三日右契約物件中ノ一部履行トシテ控訴會社ヨリ被控訴人主張ノ如キ丸棒十二本(合計二千八百七十三貫九百二十匁)ノ引渡ヲ受ケタルモ殘餘ノ八千四百六十六貫八十匁ノ物件ハ未タ引渡ヲ受ケサリシコト及該物件ハ米國ヨリ近々入荷中ノモノトシテ賣買セラレタル事實ハ本件當事者間ニ爭ナシ而シテ右近々トハ被訴控人主張ノ如ク大正六年八月十日頃ヲ意味シタル事實ハ當審鑑定兼證人ノ各陳述及控訴代理人ノ陳述ニ徵シテ明白ナリ控訴人ハ右近々トハ本件契約成立後三四ケ月以內ノ意味ナリト抗爭スレトモ毫モ其主張ヲ認容スルニ足ル確證ナシ然レトモ前記各證人控訴會社ノ代表社員ノ各陳述竝ニ乙第二號證殊ニ同證ニ本件物件引渡期日ノ記載ナキ事實ヲ彼此參酌シテ考覈スレハ本件契約締結當時ハ米國ヨリ輸入セラルヘキ鐵類ハ歐洲戰亂ノ結果船腹不足ノ爲メ一般ニ延着勝ニシテ豫メ到着ノ日ヲ確定シ難カリシニ拘ラス本件當事者ハ前敍ノ如ク本件物件カ近々入荷即チ大正六年八月十日頃到着スヘキモノト豫想シ賣買シタルモ其引渡ハ賣主タル控訴會社ニ於テ該物件到着後順次遲滯ナク爲スヘキ約旨ニシテ物件到着セサルモ尙代用品ヲ以テ之カ引渡ヲ爲スヘキ約旨ニ非サル事實ヲ推認シ得ヘキカ故ニ本件物件カ米國ヨリ到着セサル限リハ未タ其引渡期日カ到來セサルモノト認定スルヲ相當トス」(大正一四、八、五、東控判決、新聞二四五六號一四頁)。

三五　「甲乙間ニ於テ莫大小ヲ賣買シ三回ニ各一千貫宛ノ受渡ヲ爲シ賣主勝手渡ノ約アリシ場合ニ於テハ右所謂賣主勝手渡トハ單ニ各月中受渡ノ日時等ニ關スルモノニシテ其受渡ノ回數及數量等ヲ任意增減シテ提供シ得ルノ意義ニ非スト解スルヲ妥當トス」(昭和二、五、一九、大判、評論一六卷民法七三一頁)。

三六　「訴訟費用辨濟義務ハ確定判決ニ因リ費用負擔者カ定マリタルトキト雖費用額確定決定ヲ經ルニアラサレハ其ノ金額不明ニシテ權利者モ其ノ辨濟ヲ求ムルヲ得サルト同時ニ相手方モ之カ辨濟ヲ爲スコトヲ得サル狀態ニ在リテ費用額確定決定ヲ經テ始メテ辨濟期到達スルモノトス」(昭和二、一二、三、大判、評論一七卷民訴三一三頁)。

三七　「保險契約者又ハ被保險者カ當該保險契約ノ目的物ニ對スル放火罪ノ刑事被告人トシテ訴追ヲ受ケ其ノ審理中ニアルカ如キ場合ニ於テハ其ノ裁判ノ確定ニ至ル迄ハ火災保險約款第十五條ニ所謂保險者ニ於テ必要ナル取調ヲ終了スルコト能ハサル場合ニ該當スルモノニシテ他ニ特別ナル事情ナキ限リ該判決ノ確定ト同時ニ辨濟期到來スルモノト解スルヲ相當トス」(昭和二、一二、二三、岐阜地方判決、新聞二八三〇號一三頁、評論一七卷商法三六四頁)。

三八　「機械類ノ賣買契約ニ於テ代金ノ全部又ハ一部ノ支拂時期ヲ買主ノ機械据付及ヒ試運轉後ト謂フカ如キ專ラ債務者ノミノ

行爲ニ係ラシメタル場合ニ於テハ特ニ明示ノ意思表示ナシトスルモ當事者ノ意思ハ買主ハ物件ノ引渡ヲ受ケタル後相當ノ期間内ニ遲滯ナク右不確定期限ノ内容タルヘキ事實ヲ實現スヘキ責務アリトスルニアルコト勿論ニシテ且債務者ニ於テ其ノ實施ヲ遲滯スル場合ニ於テハ債權者ハ相當ノ期間ヲ定メテ之カ實施ヲ催告シ債務者ニ於テ其期間ヲ徒過シタル場合ニハ債務者ハ不確定期限ノ利益ヲ失ヒ債權者ハ直チニ代金ノ支拂ヲ求メ得ル趣旨ナリト解スルヲ妥當トス尙斯ノ如キ場合ニ於テ債務者カ不確定期限ノ内容タル行爲ヲ爲ササルコトニ確定シタル場合ニハ直チニ其ノ支拂ヲ爲ササルヘカラサルコトハ當然ナリトス」(昭和三、一〇、二二、東地判決、新報一六六號二五頁)。

三九　「原判決ハ當事者間ノ契約ニ依リ甲ノ引受タル債務ノ辨濟期限ヲ甲カ別ニ丙ニ對シ貸與シタル貸金一萬圓ノ辨濟ヲ受タル時ト定メタル事實ヲ認定シタルモ丙ヨリ貸金一萬圓ノ辨濟ヲ受クルコトハ到來スルコト不確定ナル事實ナルカ故ニ之ヲ期限ト爲シタル右ノ認定ハ甲カ丙ヨリ右ノ辨濟ヲ受ケタル時又ハ受ケサルコト確定シタル時ヲ以テ乙ノ債務ノ辨濟期限到來シタルモノト爲スノ趣旨ナリト解スルノ外ナク從テ該辨濟期限未タ到來セスト爲スニハ甲カ現ニ丙ヨリ右ノ辨濟ヲ受ケ居ラサル事實ヲ確定スルヲ以テ足レリトセス尙進テ此ノ辨濟ヲ受ケサルコトノ確定セサル事實換言セハ辨濟ヲ受クルコト尙可能ナル事實ヲ認定セサルヘカラス」(昭和四、一一、九、大判、新聞三〇六〇號一五頁)。

四〇　「消費貸借債務ニ付債務者タル娼妓カ貸座敷業者甲方ニテ娼妓稼業ヲ爲スコトヲ廢業シタルトキニ一時皆濟スヘキ旨ノ期限ノ定アリシ場合甲ノ貸座敷營業繼續中該娼妓カ娼妓稼業ヲ廢業シタルトキハ此ノ時ニ於テ該債權ノ辨濟期限到來スルモノトス」(昭和五、一〇、一、大判、評論一九卷民法一四七七頁)。

四一　次の判例は不確定期限と消滅時效の起算點との關係に關するものである。

「按スルニ債權ノ消滅時效ハ債權者カ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ル時ヨリ進行スルモノニシテ債務者ヲ遲滯ニ付スルコトハ其要件ニ非ス如何トナレハ民法第四百十二條第三項ノ規定ニ依レハ債務ノ履行ニ付期限ノ定ナキトキハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタルトキヨリ遲滯ニ付セラルルト雖モ債權者ハ債權成立ノ時ヨリ何時ニテモ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク卽民法第百六十六條第一項ニ所謂權利ノ行使ヲ爲シ得ヘキモノナレハナリ而シテ債權者カ履行ノ請求ヲ爲シタル後一定ノ期間内ニ債務ヲ履行スヘキ特約アル債權關係ニ於テハ債權者ハ債權成立後何時ニテモ任意ニ履行請求權ヲ行使シ履行期ヲ到達セシメ得ヘキモノナレハ斯ル債權關係ニ付テハ其成立後契約ノ期間ヲ經過シタル時ヨリ債權ノ消滅時效ノ期間ヲ起算スヘキモノトス蓋シ民法ニ於テ時效ノ制度ヲ設ケ永續セル權利ノ行使又ハ不行使ノ狀態ヲ以テ權利得喪ノ原因ト爲シタルハ永久ニ過去ノ事實ニ基キ權利ヲ行使シ若クハ他人ノ權利ヲ否認スルコトヲ得ルモノトスルトキハ法律關係ノ紛爭ヲ來タシ共同生存ノ安全ヲ保ツ能ハサルニ基因スルモノナレハ債權者カ履行ヲ請求シタル後一定ノ期間内ニ債務ヲ履行スヘキ債權關係ハ其履行請求後一定ノ期間ヲ經過スルニ非サレハ消滅時效ノ進行ヲ始メサルモノトセンカ債權者カ履行ノ請求ヲ爲ササレハ消滅時效ハ永久ニ進行セサルノ結果ヲ來タシ法律カ時效ノ制度ヲ設ケタル立法ノ精神ヲ沒却スルニ至ルヘケレハナリ」(大正三、三、一二、大判、二〇輯一五二頁、抄錄四九卷一一四三八頁、石坂氏「不確定期限ト消滅時效進行ノ起點」民法研究四卷、四八六頁以下)。

第三目　期限の定めなき債務

(a)當事者が債務の成立と同時に履行期も亦到來するを約したる場合は債務の履行に付き確定期限ある場合として第四百十二條第一項の適用を受けるであらう。

(b)當事者が債務の履行期に付き何等の履行期を定めざる場合は、債權は成立と同時に履行期が到來すると謂ふ原則に從つて、其の債務の履行期は債權成立と同時に到來することとなる。

(c)以上二種の債務の外に、殊に當事者は履行期を定めず、履行期を未定のまゝ放置する特約を爲し

得る。斯る場合には其の債務は成立と同時に履行期が到來するといふ原則の支配を受けず、履行期は未定のままに殘存し得る。

第四百十二條第三項は「債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メサリシトキハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス」と規定する。此の規定は債務者の遲滯に關する規定であるが、其の履行の請求を受けたる時より遲滯の責に任ずべき債務の履行期は何時なるかを明言して居ない。「債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メサリシトキ」とは前示(c)の履行期未定の場合を指すか、又は前示(b)の債權は成立と同時に履行期に在りとする債務を指すか、或は此の兩者を包含するか頗る疑はしい。

通說及び判例は第四百十二條、第三項は前示(b)の場合、卽ち、債權は其の成立と同時に履行期に在るものと規定してゐるものとする。

中島氏總論一一九頁、一二七頁、釋義三卷上三二六頁、近藤、柚木兩氏九四頁、林氏六六頁、鳩山氏一一二頁、石坂氏三八八頁、横田氏二三二頁、磯谷氏一五〇頁、森山氏一九六頁。

一　「辨濟期ノ定メナキ債權ハ債權發生ト同時ニ辨濟期ノ到來スルモノニシテ債權者ハ爾後何時ニテモ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ヘク其辨濟期ノ到來スルニハ特ニ債務者ヲ遲滯ニ付スルコトヲ要スルモノニアラス蓋シ民法第四百十二條第三項ハ債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メサリシ場合ニ於テ債務者カ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スル旨ヲ定メタルニ過キサルノミナラス同第五百九十一條第一項カ返還時期ノ定メナキ消費貸借ノ貸金ヲシテ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ催告ヲナスコトヲ得セシムルハ借主ノ抗辯權ヲ規定シタルニ止マリ貸主ノ權利行使ニ付テ之ヲ以テ必要條件ト爲シタルモノニ非サルコトハ當院判例ノ認ムル所タレハナリ」(大正五、一、二六、大判、二二輯一二八頁、抄錄六四卷一四〇一二頁、新聞一一〇三號二八頁、評論五卷民法三九七頁)。

二　昭和八、二、二五、大判、法學二卷一〇號九四頁。

三　昭和九、七、一一、大判、法學三卷一二號一一一頁。

四　「被上告人ハ原審ニ於テ本件預金ハ當座預金ニシテ請求次第支拂ノ約定ナリシ旨主張シ上告人ハ之ヲ爭ハサリシコト明ニシテ被上告人ハ本訴ノ提起ニ依リ其返還請求ヲ爲セルモノナレハ本訴債權ハ始ヨリ辨濟期到來シ且被上告人ノ請求ニ因リ上告人カ遲滯ニ附セラレタルモノト謂ヒ得ヘシ」(昭和七、一、二五、大判、法學一卷五號九五頁)。

五　「期限ノ定メナキ債權ハ其ノ成立ノ時ヨリ既ニ履行期ニ在ルモノト認ムヘキカ故ニ(殊ニ民法第六百六十六條但書參照)所論貯金債權カ期限ノ定メナキモノト認ムヘキコト原判決說示ノ如クナル以上該債權ヲ以テ相殺適狀ニ在ルモノト云フニ妨ナシ」(昭和一〇、七、九、大判、民二、法學五卷二號一一六頁)。

六　反對判例　「代金ノ支拂ニ付キ期限ノ定メナカリシトキハ其代金支拂ノ時期ハ一般債權ノ效力ニ依リ履行ノ請求アリタル時ヲ以テ到來シタルモノトス」(大正五、一〇、四、東地判決、新聞一一七九號二三頁)。

併し乍ら、第四百十二條第三項は單純に債務の履行に付き期限を定めざりしときと規定するのであるから、前示(b)及び(c)の兩場合を此の中に包含するものと解すべきである。嚴格に解するならば(b)の場合は債權法の一般原則上、履行期が確定するものであるから、同條第一項の確定期限中に包含せしむべきであるけれども、債務の成立と同時に履行期が到來するが如きは債務者に酷であり、又、債務者の豫期に反する場合なきを得ないから、斯の如き債務は同條第三項中に包含せしむべきである。而して前示(c)の當事者が殊に期限を未定のまま殘存せしめんとする債務は恰かも同條の「期限ヲ定メサ

リシトキ」の文言に一致する債務であるから、之を同條第三項中に包含せしむべきものなることは論を俟たないと思ふ。同條第三項中に(c)の債務のみを包含せしむべきものとするときは、一々具體的の場合に於て、其の債務が(b)の債務なりやや、(c)の債務なりやを、當事者の意思を探究して、決定することを要するに至り、實際上、頗る繁雜の手數を惹起することと爲り來るであらう。

(c)の場合は催告によりて履行期が到來し、且債務者遲滯の責任を發生せしむるものと解する。

勝本氏は同條第三項には前示(c)の債務のみを包含するものとせられる。卽ち、當事者か債務の履行につき期限を定めざりし場合に於て、法律規定に基づき又は給付の性質に依り直接履行期を定むるを得ざるときは、債權者は何時にても催告卽ち履行の請求を爲し得べく、而して履行の請求を以て債務は履行期に到達するものと解すべきである（四一二Ⅲの解釋）。此の點に就いては、法律に直接の規定なく、且通說は寧ろ債務發生と共に履行期に在るものとして居るが、民法が期限を以て債務者の利益の爲めに定めたるものと推定せる趣旨より考ふれば（一三六Ⅰ）、確定せざる期限も亦一應債務者の利益の爲めに存するものと解すべく、從つて期限を定めざる場合を以て、債務者が直ちに履行を爲すべき旨を定めたる場合と同視し得ざると共に、第四百十二條第三項と第一項とを對照して解すれば債權者は何時にても履行の請求を爲し得べく、且つ履行の請求を以て債務者が履行を爲すことを要すべき時期、卽ち、履行期が到來し、且つそれと共に債務者が遲滯に陷るものと解しなければならぬとせられて居る（債權總論中卷2二七頁、二八頁、及び一二九頁以下參照）。

期限の定めなき債務に關する判例（催告によりて初めて遲滯に附せらるるものとする）

一　「無期限ノ債務ハ債權者ノ請求ニ因リ當然遲滯ニ付セラレタルモノトス」（明治三二、一〇、二、大判、五輯九卷五頁）。

二　「訴ノ提起ハ相手方ニ對シ請求ノ效力ヲ生スルモノトス故ニ返還時期ノ定メナキ預金ノ債務者ハ訴ノ提起ニ因リ返還ノ請求ヲ受ケタルトキヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトス」（明治三六、六、二三、大判、九輯七八一頁）。

三　「契約履行ノ期限ヲ定ムルニ一定ノ曆日ヲ以テシタルトキハ其期限ノ最終日及ヒ翌日カ官廳ノ休暇日ニ相當シ爲メニ其契約ヲ履行スル能ハサリシトキト雖モ其期間ハ當然其翌日迄延長セラルヘキモノニアラスシテ其契約ハ當初ヨリ履行不能ヲ想像シ得ヘキ日ヲ以テ其契約期限ト爲シタルモノトシ履行期限ノ定メナキ契約ト同一ニ歸スヘキモノトス」（明治三九、三、七、廣島控訴判決、新聞三七七號八頁）。

四　「期限ノ定メナキ商品代金ニ付キ債務者ニ遲滯責任ノ生スルハ商人間ノ取引ニ基クモノト雖債務者カ履行ノ請求ヲ受ケタル時ニ始マルモノトス」（明治四〇、四、一九、神戸地方判決、新聞四二九號七頁）。

五　「履行ニ付キ期限ノ定メナキ債務ノ辨濟ヲ求ムル訴ニ於テハ訴狀ノ送達ノ日ヨリ付遲滯ノ效力ヲ生スルモノトス」（明治三九、六、二八、東控判決、新聞四〇〇號一五頁）。

六　「訴ノ提起ハ時效中斷及ヒ債務者ヲ遲滯ニ付スルノ效力ヲ生スルモノトス」（明治三九、一二、一一、大判、一二輯一六一一頁、新聞四〇〇號一五頁）。

七　「辨濟期ノ定メナキ債權ニ於テ債務者カ遲滯ノ責ニ付セラルルニハ債權者ヨリ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ始マルモノニシテ訴ノ方法ニ依ル履行ノ請求ナルト否トヲ區別スルモノニ非ス」（明治四〇、六、二九、東控判決、新聞四四一號五頁）。

八　「債務者ノ遲滯ハ履行期限ヲ定メサル場合ニハ催告ヲ要スルモ其催告ハ法律ニ特別ノ規定アル場合ノ外必スシモ相當ノ猶豫期間ヲ定メテ之ヲ爲スコトヲ要セス」（明治四一、二、二二、大判、一四輯一二二頁、新聞四八六號一三頁）。

九　「民法第四百十二條第三項ニ所謂請求ヲ受ケタル時トハ隔地者間ニ於テハ請求ノ意思表示カ債務者ニ到達シタル時ニシテ裁判上ノ請求ニアリテハ請求ヲ表示スル訴狀カ相手方タル債務者ニ送達セラレタル時卽チ請求ヲ受ケタル時ナルヲ以テ債務者ハ此時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトス」（明治四一、三、一〇、大判、一四輯二五一頁、新聞四八七號一三頁）。

一〇　「遲延利息ハ特別規定若クハ同意アラサル以上ハ債務ニ付キ履行期限ノ定メナキ場合ニ於テハ債務發生ノ日ヨリ當然債務

者ヲシテ之ヲ負擔セシムヘキモノニ非ス債權者ニ於テ其履行ノ請求ヲ爲シタル事實アリテ始メテ其請求ノ時ヨリ以後ノモノヲ債務者ニ負擔セシムルヲ以テ我民事法ノ法則トス」(明治四二、一〇、一九、大判、刑一五輯一四一九頁)。

一一　「民法第四百十二條第三項ニ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ストアルハ履行ノ請求ヲ受ケタル其ノ時日ヨリ直チニ遲滯ノ責アリトノ意味ニ非スシテ其翌日ヨリ其責ニ任スヘシトノ意味ナリトス」(明治四二、一一、二五、東控判決、新聞六三一號一一頁)。

一二　「債務ノ履行ニ付期限ヲ定メサリシ場合ハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘク而シテ履行ノ請求ヲ受ケタル時トハ裁判上ノ請求ニ在テハ其訴狀カ債務者タル相手方ニ送達セラレタル時ヲ謂フモノトス」(明治四三、一、二四、大地判決、新聞六二六號一四頁)。

一三　「消費貸借ノ返還時期ノ定ナキ場合ニ在リテハ特別ノ意思表示アラサル以上ハ貸主ハ返還ノ準備ニ要スル相當ノ期間ヲ定メ借主ニ返還ノ催告ヲ爲スニ非ラサレハ借主ノ履行義務ハ發生セサルモノトス」(明治四四年(ワ)四號青森地方弘前支部判決、新聞七一二號二六頁)。

一四　「民法第四百十二條第三項ハ債務者ニ遲滯ノ責任ヲ生スル時期ノ規定ニシテ時效起算ノ時期ヲ定メタルモノニアラス」(明治四四、四、一八、東控判決、新聞七一八號二六頁)。

一五　「期限附債權ト期限ノ定メナキ債權トハ全ク其種類ヲ異ニス從テ債權者カ債權ノ辨濟期到來セリト主張シナカラ之カ立證ヲ爲ササルトキハ請求却下ノ判決ヲ爲スヘク辨濟期到來ノ立證ナキカ爲メ當然期限ノ定ナキ債權ナリトノ推定ヲ生スヘキモノニアラス然レトモ民法第六百十四條ノ如キ法定ノ期限アルモノハ當然支拂期ノ推定ヲ受クルカ故ニ固ヨリ立證ヲ要スルモノニアラス」(明治四四、四、二九、東控判決、最近判九卷三二頁)。

一六　「期限ノ定メナキ債權ハ履行ノ請求ノ翌日ヨリ付遲滯ノ效力ヲ生ス」(明治四四、五、四、東控判決、最近判九卷六六頁)。

一七　「裁判上ノ請求ニ因ル付遲滯ハ訴ノ提起ノ時ニアラスシテ訴狀カ送達セラレタル日以後ニ於テ其效力ヲ發生ス」(明治四四、七、一〇、東控判決、最近判九卷三九頁)。

一八　「返還時期ノ定メナキ消費貸借ハ債權者カ債務者ニ對シ支拂命令ヲ以テ履行ノ催告ヲ爲シタルトキハ其命令ニ揭ケタル十四日ノ期間終了ニ依リ返還時期到達スヘキモノトス」(明治四五、一、一八、長崎控訴判決、新聞七七二號二四頁)。

一九　「返還時期ノ定ナキ消費貸借ニアリテハ貸主カ相當ノ期間ヲ定メテ返還ヲ催告スルニ非サハハ其返還期ハ到來セサルモノトス」(大正元、一一、一五、東地判決、新聞八二九號二一頁)。

二〇　「無期限ノ消費貸借ニ付キ貸主カ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ請求ヲ爲スコトハ返還請求權行使ノ絕對的必要條件ニアラスシテ借主ニ屬スル一ノ抗辯方法タルニ過キス」(大正二、二、一九、大判、一九輯八七頁、抄錄四六卷一〇六四〇頁)。

二一　「債權者ニ於テ何時ニテモ請求シ得ヘキ債權ニシテ其請求アリタル時ヨリ一定ノ期間ヲ經過シタル後辨濟スヘキ債權ノ性質ニ付テハ多少ノ疑ヒアリト雖モ期限ノ定メナキ債權ノ一種ニシテ債權者ノ請求アリタル場合ニ債務者ニ一定ノ期限內履行ノ猶豫ヲ與ヘタルモノト解スルヲ穩當トスヘキナリ」(大正二、三、一三、東控判決、新聞八六七號二三頁、評論二卷民法三七九頁)。

二二　「發起人ノ第一回株金拂込未濟ノモノニ對スル拂込責任ハ一般理論ニ依リ之ヲ決スヘク其性質上辨濟期限ノ定メナキモノニシテ民法ノ適用ニ依リ會社ヨリ其拂込方請求ヲ爲シタル時ニ遲滯ノ責ニ任ス可キモノトス」(大正二、四、二六、東地判決、評論一卷商法六六頁)。

二三　「履行ノ請求ハ債務ノ履行ヲ促スノ意思ノ發表ニシテ私法上ノ行爲ナレハ之カ效果ハ一ニ民法ノ規定ニ從ヒ之ヲ定メサルヘカラス給付ノ訴ニ於テ履行ノ請求ヲ爲ス場合ト雖モ訴ノ提起カ履行請求ノ效力ヲ生スルモノニ非スシテ訴狀ニ包含セラレタル債務ノ履行ヲ促スノ私法上ノ意思ノ發表カ訴狀ノ送達ヲ以テ相手方ニ到達スルニ因リテ履行請求ノ效力ヲ生スルモノナリ故ニ訴ノ提起カ訴訟法上有效ナラサリシト否ト後ニ訴ノ取下アリタルト否トハ履行請求ノ私法上ノ效力ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナキモノトス」(大正二、六、一九、大判、一九輯四六三頁、抄錄四七卷一〇九二四頁、新聞八七八號二五頁、評論二卷民法四〇四頁)。

二四　「債務ノ辨濟ニ付キ毎月仕事上リ高ノ內ヨリ返濟スヘキ旨記載アルニ止マリ其最少限度ヲモ定メサルトキハ毎月幾何宛ノ

金額ヲ分割辨濟スヘキヤハ債務者ノ自由意思ニ一任シタルモノニシテ從テ其給付ノ内容不確定ニシテ債務者ノ自由ヲ拘束スルニ足ラサルモノトス從テ法律上效力ナキ約款ナリ故ニ其債權ハ期限ノ定ナキモノトス」(大正三年(レ)九七號東地判決、新聞九五二號二五頁)。

二五　「請負契約カ仕事終了シ引渡ノ後解除セラレタルトキハ注文者ハ當然遲滯ニ付セラルルニ非スシテ無期限ノ債務ヲ負フコトトナルモノナルカ故ニ請負人ノ請求ニ因リテ遲滯ニ附セラルルモノトス」(大正三、二、四、東控判決、新聞九四六號二六頁)。

二六　「債權關係ノ發生ト同時ニ債權者カ履行ノ請求ヲ爲シ得ヘキ場合ニ於テハ期間ヲ定メテ履行ノ請求ヲ爲シ得ヘキ場合ナルト將又債權關係成立當時ノ契約ニ因リ債務者カ履行ノ請求ヲ受ケタル後一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スヘキ場合ナルトヲ問ハス斯ル債權關係ノ發生ヲ目的トスル法律行爲ハ之ヲ以テ期限ヲ附シタルモノト爲スヲ得ス」(大正三、三、一二、大判、二〇輯一五三頁、抄錄四九卷一一四三八頁)。

二七　「差押ハ債權者カ其債權ノ辨濟ヲ得ンカ爲メ自ラ行フモノニシテ本來債務者ニ對スル意思表示ノ方法トセルモノニ非サレハ債務者ニ對シ履行ヲ受ケント欲スルコトノ意思表示タル請求ト同一視スヘキニ非ス」(大正三、一〇、一九、大判、二〇輯七七七頁、抄錄五一卷一一八七一頁、新聞九八〇號二二頁)。

二八　「合資會社カ其退社員ニ持分ヲ拂戻スヘキ債務ノ履行期ニ付テハ法律ニ之ヲ定ムル所ナキカ故ニ債務者タル會社ハ民法第四百十二條第三項ニ從ヒ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトス」(大正四、五、六、大判、二一輯八五頁、抄錄五六卷一二七九六頁、新聞一〇二九號二七頁、評論四卷民訴一六三頁)。

二九　「履行期限ノ定メナキ債務ノ辨濟ヲ求ムル訴ニ於テハ訴狀送達ノ日ヨリ付遲滯ノ效力ヲ生スルモノトス」(大正五、五、一五、東地判決、新聞一一四三號二二頁、評論五卷民法五八七頁)。

三〇　「金錢債權ニ付キ期限ノ定メナキ場合ニ於テ相殺ノ意思表示ヲ爲スモ對當額ヲ超過シテ殘留スヘキ債權ノ請求ヲ當然包含スルモノニ非サレハ相殺ノ意思表示ヲ以テ履行ノ請求ヲ爲シタルモノト謂フヲ得ス」(大正五、五、一五、東地判決、新聞一一四三號二一頁)。

三一　「商法第百三十六條ハ發起人ニ對シ單ニ引受人ノ拂込マサル株金ノミノ拂込ヲ爲スノ義務アルコトヲ認メタルニ止マリ同人ノ拂込遲滯ニ基ク損害金ノ支拂ヲモ命シタルモノト解シ難ケレハ發起人自ラ請求ヲ受ケ遲滯ニ付セラレタルトキヨリ損害金ヲ支拂フノ義務アルモノト謂ハサルヘカラス」(大正五、一〇、一二、東控判決、評論五卷商法七七二頁)。

三二　「訴狀送達ニヨリテ債務ノ履行ヲ催告シタル場合ニ於テハ債務者ハ訴狀送達ノ翌日ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトス」(大正六、六、一六、東控判決、新聞一三四一號一七頁)。

三三　「民法第四百十二條第三項ニハ債務ノ履行ニ付期限ヲ定メサリシトキハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スト謂フニ在ルモノト解スヘカラス同條ノ法意ハ寧ロ請求ヲ受ケタル時卽時ニ履行ヲ爲ササルモ其請求ヲ受ケタル日中ニ支拂ヲ爲シタル時ハ何等遲滯ノ責任ナク從テ其支拂ナクシテ請求ヲ受ケタル日ヲ經過シタル場合ニ於テ始メテ遲滯ノ責ニ任スヘキモノト謂フニ在ルモノト解スルヲ相當トス」(大正八、一〇、三、大判、新聞一六三〇號一九頁)

三四　「支拂命令ハ十四日ノ期間ヲ定メテ其執行ヲ催告スルモノニシテ卽時ノ履行ヲ催告スルモノニ非サルカ故ニ債務者ハ支拂命令ノ送達ニ因リテ直チニ遲滯ニ付セラルルコトナク該命令ノ送達後十四日ヲ經過スルニ因リテ始メテ遲滯ノ責ヲ負フモノトス」(大正九、一〇、二三、東地判決、評論九卷民法九八四頁)。

三五　「雙務契約ニ於テ當初ヨリ双方ノ債務ノ履行期ノ定メヲ期日ニ於ケル當事者ノ協定ニ委シタル場合ハ之ヲ當初ヨリ債務ノ履行ニ付何等期限ヲ定メサリシ場合(民法第四百十二條第三項)ト同一ニ論スルヲ得サルハ勿論其債務ハ單純ナル時日ノ經過ニヨリ化シテ履行期ノ定メナキモノトナルヘキ筋合ニアラサルカ故ニ催告ヲ爲スモ該催告ハ何レモ履行期ノ定メナキ債務ニ對スルモノニシテ催告タルノ效果ヲ生スルニ由ナキモノト謂ハサルヘカラス」(大正一〇、五、三〇、横濱地方判決、新聞一九〇五號一一頁)。

第二章　非定期行爲の不履行に因る契約解除の要件

第二卷　契約解除の要件

三六　「所有權移轉登記ニ付確定期限ヲ付セスシテ相續登記完了後ニ履行スヘキコトヲ約シタルトキハ特ニ相續登記ニ付確定期限ヲ付セサル以上其相續登記ハ該移轉登記ノ必須ノ前提行爲ニ過キサルモノナレハ其移轉登記ニ付テハ履行期限ノ定メナキモノトシテ何時ニテモ之カ履行ヲ請求シ得ルモノトス」(大正一一、一、朝高判決、評論一一卷民法一三七頁)。

三七　「民法第五百六十八條第二項ノ規定ニ基キ代金ノ配當ヲ受ケタル債權者ニ對シ其受領セル代金ノ返還ヲ請求スル債權ハ同法第四百十二條第三項ニ所謂債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メサリシ債權ニ外ナラサレハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノニアラス」(大正一二、五、二三、大判、二卷三一九頁、新聞二一六二號二一頁、評論一二卷民法四二六頁)。

三八　「本訴ハ競落人ニ於テ競落代金ノ支拂ヲ爲シタル後民法第五百六十八條第一項ニヨリ契約ノ解除ヲ爲シ同條第二項ニヨリ代金ノ配當ヲ受ケタル債權者ニ對シ其代金ノ返還ヲ請求スルモノナル所右第二項ニ規定スル債權ハ同法第四百十二條第三項所謂期限ノ定メナキ債權ニ外ナラサルヲ以テ競落人ノ前記債權ニ付テハ債權者ハ其履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノト謂ハサルヘカラス」(大正一三、三、一七、東控判決、新聞二二六八號二〇頁)。

三九　「買主甲カ賣主乙ニ對シ賣買代金ノ一部ハ買主乙ノ創立中ナル會社成立シタル時其ノ第一回株金拂込濟ノ株券若干枚ヲ以テ支拂フ旨ノ契約ヲ爲スモ該契約ハ商法第百四十九條但書ニ所謂會社ノ設立登記前ニ於ケル株式讓渡ノ豫約ニ恰當シ固ヨリ無效ニシテ右支拂方法ハ之ナカリシト同一ニ歸シ且其ノ代金支拂時期ニ付特別ノ定アラサリシトキハ賣主乙ノ請求次第買主甲ニ於テ其ノ支拂ヲ爲スヘキ義務アルモノトス」(大正一五、八、七、東地判決、評論一五卷民法一一八七頁)。

四〇　「會社不成立ノ場合ニ於ケル拂込金返還義務ハ返還ノ請求アリタルニ拘ラス其ノ支拂ヲ怠リタルトキ始メテ遲滯ノ問題ヲ生スヘキモノトス」(昭和二年(上)三號關高判決、新聞三一〇八號一五頁、評論一九卷商法二七六頁)。

四一　「債務者ニ於テ何時ニテモ辨濟ヲ爲スヲ得ト謂フハ他ニ特別ノ趣旨ノ窺フヘキモノ無キ限リ辨濟期ノ定メナシト謂フニ外ナラサルモノトス」(昭和二、六、二九、大判、評論一六卷民法九二二頁)。

四二　「甲ノ請求ハ寺崎廣業筆尊信忍辱圖一幅ノ賣買契約ハ其ノ要素ニ錯誤アリ無效ナルヲ以テ其ノ對價トシテ乙ニ交付シタル金三百圓及ヒ佐久間鐵園筆樓閣松下高士ノ圖ハ法律上ノ原因ナクシテ給付シタルモノナルヲ以テ乙ハ之ニ因リ利益ヲ受ケタルモノトス依テ之カ返還ヲ求ムト云フニ在ルヲ以テ乙カ惡意ヲ以テ其ノ利益ヲ得タルモノナリトセハ右ノ金額ニ其ノ受領ノ日ヨリ利息ヲ付シテ之ヲ返還セサルヘカラサルモ若善意ニテ右ノ利益ヲ得タルモノトセハ其ノ返還ノ債務ハ期限ノ定メナキモノナレハ民法第四百十二條第三項ニ依リ甲ヨリ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲延利息ヲ支拂フヲ以テ足ルモノト謂ハサルヲ得ス」(昭和二、一二、二六、大判、新聞二八〇六號一六頁、評論一七卷商法一三一頁)。

四三　「金錢以外ノ財產ノ出資ニ關シテハ其ノ履行期ニ付法律上別ニ規定ナキカ故ニ一ニ定款ノ定ムル所ニ依ルノ外ナク而モ定款ニ於テモ亦其ノ規定ナキトキハ出資ヲ爲スヘキ株主カ其ノ履行ノ請求ヲ受ケタル時ニ於テ始メテ履行ノ責アルヘキモノトス」(昭和三、二、一〇、東控判決、評論一七卷商法一六三頁)。

四四　「期限ノ定ナキ債權ニ付テハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノニシテ其ノ請求ヲ受ケタル時トハ請求アリタル日(又ハ訴狀ノ送達アリタル時)ヲ指摘スルモノナルニ依リ債務者ハ請求アリタル其日ヨリ遲延利息ヲ支拂フヘキモノトス」(昭和三、二、一五、朝高判決、評論一九卷民法四九頁)。

四五　「乙ハ甲ヨリノ負債殘額金一千一百六十圓ニ對シ丙丁ヲ保證人トシ利息金百圓ニ付日歩金八錢利息ハ毎月末ニ支拂フヘキ旨約定スルモ右ハ毎月末ニ支拂フヘキ金額ハ不定ニシテ其ノ給付ノ內容ハ乙ノ自由意思ニノミ依リテ決定セラルヘク毫モ之ヲ拘束スルニ足ルモノナケレハ右元本ノ辨濟カ毎月末ニ到來スルモノト斷定シ難ク且當事者ノ意思ハ毎月幾分カツツヲ支拂フ意思アルコト明瞭ナルカ故全ク將來出世ノ際ニ支拂フ意思ナリトモ解シ得ス他ニ何等當事者ノ意思ヲ確定スヘキ證據無キニ於テハ前敍毎月末出來ル丈支拂フヘキ旨ノ契約ハ請求次第何時ニテモ支拂フ旨ノ契約ト解スルヲ相當トス」(昭和三、七、一四、關地判決、新聞二八七七號一三頁、評論一七卷民法一一四四頁)。

四六　「訴訟ノ告知ハ履行ノ請求トハ解シ難キヲ以テ該告知ノミニ依リテハ相手方ニ履行遲滯ヲ生セサルモノトス」(昭和三、一

一、一二、東地判決、新聞二九二〇號一五頁)。

四七　「返還時期ヲ定メサル消費貸借ノ貸主ハ何時ニテモ返還ヲ請求シ得ヘク借主ハ之ニ對シ民法第五百九十一條第一項ノ抗辯權ヲ行使シタル時ハ請求ヲ受ケタル時以後相當期間ヲ經過シタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノニシテ右ノ抗辯權ヲ行使セサルトキハ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトス」(昭和六、五、一二、大判、新聞三二七三號九頁、評論二〇卷民法六三五頁)。

四八　「消費貸借契約ニ於テ當事者カ返還ノ時期ヲ定メサリシトキハ借主ハ何時ニテモ返還ヲ爲スコトヲ得ルト同時ニ貸主モ亦何時ニテモ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘク民法第五百九十一條第一項ノ規定ハ借主ノ利益ヲ保護スル爲借主ニ一ノ抗辯權ヲ付與シタルニ過キスシテ返還請求權ノ行使ニ付貸主ノ遵守スヘキ必要條件ヲ規定シタルモノニ非スト解スルヲ相當トス」(昭和六、一〇、三、臺高判決、評論二一卷民法一一三三頁)。

四九　「被上告人ハ第一審ニ於テ訴狀ニ基キ金五千二百二十三圓八十三錢ノ支拂ヲ求ムル旨ノ申立ヲ爲シタルトコロ昭和六年十一月十日ノ口頭辯論期日ニ於テ請求ノ趣旨ヲ擴張シ同日附訂正申立書ニ基キ金五千八百三十五圓七十五錢ノ支拂ヲ求ムル旨ヲ申立テ居ルコトハ本件記錄ニ徵シ明白ナリ故ニ原審認定ノ如ク本訴金五千八百三十五圓七十五錢ノ請求全部ヲ認容スルヲ相當ナリトスルモ上告人ニ於テ本件訴狀カ上告人ニ送達セラレタル日ノ翌日タル昭和六年三月十三日以降履行遲滯ノ責ニ任スルハ右金額中金五千二百二十二圓八十三錢ノミニ限ルヘク其ノ餘ノ全額ニ對シテハ同日以降遲滯ノ責ニ任スヘキ理由ナキコト多言ヲ俟タス」(昭和七、一二、二四、大判、法學二卷七號一〇三頁)。

五〇　「原判決ハ本件取引ノ手仕舞ニ因ル差損金三百三十圓並手數料九十六圓合計金四百二十六圓及之ニ對スル右手仕舞ノ日ノ翌日タル昭和七年五月十四日以降完濟ニ至ル迄年六分ノ割合ニ依ル遲延損害金ヲ上告人ニ於テ被上告人ニ支拂フヘキ義務アル旨判示シタリ然レトモ右差損金及手數料ハ上告人ニ於テ被上告人カ手仕舞ヲ爲シタル卽日之カ支拂ヲ爲スヘキ旨ノ特約ヲ爲シタル事實ナキ限リ同日被上告人ニ於テ上告人ニ對シ右債務ニ對スル履行ノ催告ヲ爲シタル事實無キ以上該手仕舞ノ日ノ翌日以降上告人ニ於テ當然之カ履行遲滯ノ責ニ任スヘキ理由ナク若シ又如上差損金ニ對スル部分ニ付テハ原判示ニ所謂遲延損害金トハ乃チ法定利息ノ意ナリトセンカ上揭手仕舞ノ日被上告人ニ於テ取引所ニ對シ自ラ右差損金ノ支拂ヲ爲シタル事實ヲ確定スルニ非サレハ輸ク商法第二百七十五條第二項ノ規定ニ從ヒ右手仕舞ノ日ノ割合ニ依ル法定利息ノ支拂ヲ命シ得ヘキモノニ非ス果シテ然ラハ原審ハ敍上ノ點ニ付須ク當事者ヲシテ其主張事實ヲ明確ナラシメタル上證據ニ依リ本件計算金ニ對スル遲延損害金若クハ法定利息金ノ支拂義務ニ付其當否ヲ判斷セサルヘカラサルニ拘ハラス原審ノ措置玆ニ出テス漫然上告人ニ對シ前示手仕舞ノ日ノ翌日以後本件計算金ニ對シ年六分ノ割合ニ依ル遲延損害金ヲ支拂フヘキ義務アル旨判示シタルハ失當ナリ」(昭和一〇、二、二、大判、法學四卷七號一四二頁)。

第四項　履行の猶豫

(a)履行の猶豫、履行の延期(Stundung)又は支拂猶豫(Moratorium)とは履行期を延期することを謂ふ。

履行の猶豫には(a)履行期を變更することなく、單に事實上、債權者が債權の實行を猶豫する場合もあり得るし、又(b)履行期を變更する場合もあり得る。(c)又履行の猶豫は履行期の更新によりてもなされ得る。

一　「假ニ賣主ニ遲滯ノ責任アリトスルモ若シ買主ニ於テ之カ損害ノ賠償ヲ請求セントスルノ意思アラハ履行期日ヲ延期スルニ當リ一應右請求權ヲ留保スヘキ筋合ナルニ右留保ノ事實ハ之ヲ認ムヘキ證左ナク漫然延期ヲ承認シタル事蹟ニ徵スレハ買主ニ於テ

右請求權ヲ抛棄シタル上改メテ延期ノ約定ヲ爲シタルモノト認定スルヲ相當トス」(大正八、八、七、東控判決、新聞一六一六號一五頁)。

二　「債權ノ辨濟期ハ其經過後ニ於テモ延長スルコトヲ得ルモノトス」(大正一〇、二、一九、法曹會決議、要錄上二六四頁、評論一〇卷民法四七五頁)。

三　「當事者間示談ヲ了シタリトテ當然債務ノ辨濟期ヲ延期シタルモノト認定スルヲ得ス」(大正三、一〇、一九、大判、二〇輯七八一頁、民抄錄五一卷一一八七五頁、評論三卷民訴二〇六頁)。

四　「辨濟期延長ノ特約アル場合ニ債務者ノ提供セサル利息ヲ債權者ニ於テ受領セサル爲メ辨濟ノ實ヲ擧クル能ハサル場合ハ提供ヲ以テ現ニ辨濟アリシモノト見テ辨濟期延長ノ效果ヲ生セシムヘキ當事者ノ意思ト解スルヲ相當トス」(大正七、一〇、二二、東控判決、新聞一四七六號二三頁、評論七卷商法六七七頁)。

五　「本件賣買契約ノ履行期日ハ當事者ノ契約ニ依リ之ヲ昭和七年三月二十日ト定メタルモ同日ハ日曜日ニシテ其ノ翌日ハ大祭日ニ相當スルコト原判決ノ認定スル所ニシテ民法第百四十七條ノ趣旨ニ依レハ履行期日カ日曜日大祭日ニ相當スルトキハ其ノ日ニ取引ヲ爲ササル慣習アル場合ニ限リ其ノ翌日ヲ以テ履行期日ト爲スヘキモノト解スルヲ相當トス而シテ本件賣買契約ノ履行トシテ爲スヘキ不動產登記ノ手續ノ如キハ日曜日大祭日ニ於テハ之ヲ爲ササルコト顯著ナル事實ナレハ原院カ本件契約ノ履行期日ハ同年三月二十二日ナリト認定シタルハ不法ニ非ス」(昭和一〇、一、三一、大判、法學四卷六號一〇五頁)。

(b)單純なる履行期の延期に在りては既に發生したる遲延利息は消滅しない。

同說　大正七、三、一一、東地判決、新聞一三九三號二八頁、勝本氏中卷(2)二二五頁。

反對　近藤、柚木兩氏一〇三頁。

(c)然るに履行期の更新に在りては、從來の履行期による效力は全部消滅し、遲延利息は發生しない。

勝本氏前揭二二六頁。

一　「契約不履行ノ責任發生後ノ延期卽チ新履行期間ノ承認アル場合ニ於テハ特別ノ意思表示ナキ限リ其行爲ニ因リ間接ニ不履行ニ因ル債務ヲ免除スル意思ヲ表白シタルモノトス」(明治四四、九、二八、東控判決、新聞七五二號二一頁)。

二　「賣買契約上ノ義務履行ニ付キ爭ヒ中ニ當事者間ニ協定ヲ遂ケテ其履行期ヲ更ラニ定メタルトキハ當事者ノ何レカ旣ニ遲滯ニ在リタリトスルモ其遲滯ハ將來ニ向テ消滅スルハ勿論旣ニ發生シタル遲滯ノ效力モ別ニ之レヲ留保シタル事情ナキトキハ同シク消滅ニ歸スルモノト謂ハサルヘカラス」(大正四、四、一、東控判決、新聞一〇一八號二三頁)。

三　「甲カ當初其ノ履行ヲ遲延セシ際乙ハ寧ロ契約ノ解除ヲ欲セス荷物ノ送付ヲ希望シ更ニ荷送先等ヲ指圖シ其送付ヲ促シタルカ爲甲ハ其指定ニ從ヒ荷物ヲ發送スルニ至リタルモノニシテ卽チ乙ハ甲ノ右遲滯ノ責ヲ宥恕シ目的物ノ引渡ヲ得ルヲ以テ滿足スルノ意思ナリシコトハ認メ得ラレサルニ非サレハ原審カ此ト同一趣旨ニ出テ右遲延ヲ理由トスル乙ノ損害賠償ノ請求權ヲ否定シ其ノ相殺ノ抗辯ヲ排斥シタルハ相當ナリ」(大正一二、三、二六、大判、新聞二一三九號一八頁、評論一二卷民法四四五頁)。

(d)履行の猶豫は或は(1)契約によりて發生し、或は(2)債權者の一方的意思表示により發生し、或は(3)法律の規定によりて發生し得る。

我が國に於ては旣に二回の支拂猶豫令が公布せられた(大正一二、九、七、緊急勅令四〇四號及び昭和二、四、二二、緊急勅令九六號)。是れに關しては後に詳說するであらう。

(e)履行の猶豫ありたるときは更に履行期が到來するに迄は債務者は履行の義務を負擔しないこと勿論

である。

第二款　履行可能なることが必要である

債務不履行に因る契約解除は前示の如く、債務の履行不能に因る契約解除と對立する觀念である。從つて、債務不履行に因る契約解除は履行の可能なることを前提としなければならない。債務者が債務の履行可能なるに拘はらず、其の履行を爲さざることが契約解除の中心要件を構成するのである。

而して、履行可能は先づ以て其の債務の履行期に於て履行の可能なることを謂ふものであるけれども、債務者は必ずしも正確に、履行期に於てのみ其の履行を爲すものと限られないのであるから、債務が履行期に於て可能なるのみならず、其の履行期を徒過したるときは、履行期以後、現實、債權者が債務者に對して其の履行を請求する時期に於て履行の可能なることを必要とせざるを得ないのである。

履行遲滯は履行期に於て履行が可能なることを要するのみならず、又、債權者が履行を請求する時期に於ても尙履行が可能なることを要するものとする說　中島氏釋義三卷三一九頁、勝本氏中卷(2)一六三頁、近藤、柚木兩氏一五七頁、嘉山氏一七九頁、沼氏要論七七頁、疇道氏京法五卷一一號一七三頁。

履行遲滯は履行期に於て履行が可能なることを以て十分なりとする說　石坂氏四六一頁、大綱九二頁、鳩山氏一三一頁、「債權者遲滯」法協三四卷九號九五頁、末弘氏五〇頁、川名氏要論一四七頁、三潴氏一一三頁、小池氏一三八頁、大谷氏七六頁、東氏四九頁、入江氏四二頁、中村氏各論二六一頁、森山氏一九四頁、林氏七七頁、三潴氏提要上卷一一三頁。

一　「債務者カ債務ノ履行ヲ爲サント欲スルモ其ノ履行カ法律上可能ナルニ止リ事實上不能ナル場合ニ於テ債權者仍ホ其ノ履行ヲ受ケンカ爲ニ催告ヲナスカ如キハ無意義ノコトナルノミナラス其ノ催告ニ期間ヲ附スルモ其ノ期間カ相當ナリヤ否ノ差別アルヘキモノニ非サルカ故ニ民法カ第五百四十一條ニ當事者ノ一方カ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其履行ヲ催告シ若シ其期間内ニ履行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ト規定シタルハ則チ債務ノ履行カ法律上可能ナルノミナラス事實上モ亦可能ナル場合ニ付テノミ規定シタルモノニシテ其ノ履行カ事實上不能ナル場合ニ於テハ同條ノ適用ナク債務者カ既ニ遲滯ニ在ル時ハ債務者ハ同條所定ノ催告ヲ要セスシテ直ニ契約ヲ解除シ得ルモノト解スルヲ相當トス然ルニ原判決ヲ通讀スレハ原審カ所論ノ如ク判示シタルハ則チ銀行カ預金ノ支拂期限到來後屢催告ヲ受クルモ之ニ應セス支拂ヲ停止シ居リテ事實上其ノ支拂不能ナリシコトヲ認定シ斯ル場合ニ於テ債權者ハ特ニ期間ヲ定メタル催告ヲ爲スコトヲ要セスシテ直ニ契約ヲ解除シ得ヘキモノト爲シタルモノナルコト自ラ明白ナリ」(昭和九、五、二三、大判、法學三卷一一號九五頁)。

二　「抑債權者カ先ツ期間ヲ定メテ履行ヲ催告シ其ノ履行無キニ及ヒテ解除ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニ催告當時履行ハ已ニ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ不能ナリシトスルモ此解除ノ效力ハ毫モ妨ケラルルトコロ無シ蓋債權者カ履行ハ尙可能ナリト思料シ居リシハ其ノ心中ノ一狀態ニ過キス縱令民法第五百四十一條ニ依リ解除スト言明シタレハトテ幷ハ解除ノ理由トシテ債權者ノ懷ケル一意見ニ外ナラス執ノ場合モ解除ノ意思表示ソノモノハ嚴然確然何等增損セラルルトコロ無キカ故ニ而モ解除ノ客觀的要件ニシテ具備セル以上解除ハ則チ其ノ效力ヲ生スルコト殆ント諸易キノ理ナリ卽時ニ解除ヲ爲シ得ルニ拘ラス債務者ニ與フルニ若干ノ日時ヲ以テシタルノ故ヲ以テ解除ヲ無效視スルカ如キハ必要以上ニ形式ヲ墨守スルノ見採ル可カラス夫レ催告ト解除ノ意思表示トノ二段ニ分チテ之ヲ爲スハ正例ナリ之ヲ一舉ニ了セムトスルモノ所謂條件附解除ノ意思表示ト爲ス今履行ノ已ニ不能ナル場合ニ解除ノ手續カ二段ニ分チ爲サルルトキハ有效ナルモ之ヲ一舉ニ了スルトキハ則チ無效ナリテフ道理ノ竟ニ之ヲ發見スルヲ得サルニ於テ所論ノ當否ハ知ル可キナリ若シ夫レ此後ノ場合ニ解除ノ效力ハ何時ヲ以テ之ヲ生スルヤト云ハハ幷ハ固ヨリ催告期間ノ滿了ノ時ト

爲ス何者先ツ催告アリ次ニ解除ノ意思表示アリタル場合解除ノ效力ハ此意思表示當時ヲ以テ生スルハ前敍判示ノ如クナル以上所謂條件附解除ノ場合ニ於テモ亦當該意思表示カ無條件ニ確定シタル時ヲ以テ其ノ時ト爲スヘキハ則チ多言ヲ俟タサレハナリ」（昭和九、一二、二一、大判、一三卷二三四九頁）。

第三款　債務者の不履行あることが必要である

第一項　總說（債務の本旨に從ひたる履行）

債務の履行は債務の本旨に從つて之れを爲さねばならない（四一五）。債務の本旨とは當事者の契約の解釋、債務の性質又は法律の規定に從つて定まるべきものであつて、債務者が債務を履行するに付き準據せざるべからざる規準に從ふことを謂ふ。信義誠實の原則（Treu und Glauben, de bonne foi, 獨民二四二、佛民一一三四Ⅲ、瑞民二Ⅰ）は債權法全般を支配する原則であるから、債務の本旨に從ふ履行も亦、信義誠實の原則に從ふべきものなること勿論である。

而して、債務者は債務の本旨に從ふ履行を爲さんが爲めには、殊に、給付の內容、履行期及び履行の場所等に關して債務の本旨に從はねばならないのであるが、其の中、給付の內容に關しては質的にも、量的にも、債務の本旨に從はねばならない。

債務不履行に因る契約解除は債務不履行あるが爲めに許される制度であるから、不履行と謂ふことは亦重大なる要件の一である。不履行が存在するに非されば他に如何なる理由あるも、此の種類に屬する契約解除を爲すことを得ざることは論を俟たない。

債務の本旨に從ふ履行に關しては其の詳細は契約解除の第三要件たる履行の提供に關する說明を參照せられたい。

第二項　要素たる債務の不履行と附隨的債務の不履行

(a)非定期行爲たる契約の解除を爲し得べき第一要件としては債務者が債務の履行を爲さざることであるが、其の債務は契約の要素を爲せる債務、卽ち本體たる債務である。雙務契約に在りては、其の要素たる債務、本體たる債務は相互に對價たる債務である。從つて、從たる債務、附隨的債務、本體に非ざる債務の不履行は解除の要件とはならない。蓋し、附隨的債務の履行なきも契約を爲したる目的を達することを得ざるものと謂ふことを得ないからである。

同說　我妻氏債權法講義案四七頁、末弘氏各論二四二頁、鳩山氏各論二〇九頁、石坂氏判批京法九卷七號一一三頁、磯谷氏各論二五七頁、林信雄氏判例を中心としたる債權法各論八六頁、三潴氏契約總論法學全集一一四頁。

(b)併し乍ら、假令、附隨的債務なりと雖も、其の附隨的約款が當事者間に於て殊に重大にして、契

約締結の目的が此の約款に存するが如き場合には、其の約款が外觀上、附隨的なりとするも、其の不履行は契約を解除すべき要件を構成するものと見るべきである。次に掲ぐる大審院判例中此の趣旨を宣明するものがある。

本問題に關しては第一卷契約解除總論（一三四頁以下）に於ける可分給付を目的とせざる契約の一部解除に關する說明をも參照せられたい。

(c)本問題に關する判例も亦前示學說と異なる所がない。

一　「不動產賣買ノ契約ヲ爲シタルニ拘ハラス賣主カ所有權移轉ノ登記ヲ爲スコトヲ拒ミタル場合ニハ義務不履行ノ責任カ生スルモノナレハ買主ニハ契約ノ解除權ヲ生スルモノトス從テ若シ買主カ其代價ヲ支拂ヒタル場合ニ於テハ其代價ノ返還ハ勿論支拂ヒタル日ヨリノ利息ヲモ請求シ得ヘキナリ」（明治四〇、四、六、東地判決、新聞四二五號五頁）。

二　「不動產賣買ノ場合ニ於ケル賣主ノ登記義務ハ所有權移轉ノ義務ニ附隨シテ負ハシメタルモノナレハ賣買ヨリ生シタル債務ナリト云フヘク從テ登記義務ノ不履行ハ民法第五百四十一條ニ當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキトアルニ該當スルモノトス」（明治四四、一一、一四、大判、一七輯七〇八頁、抄錄四二卷九六三七頁）。

三　「契約當事者ノ一方カ附隨ノ約款ニ違反セル事實アルトキニ他方カ契約ヲ解除シ得ヘキヤ否ハ一概ニ論スルヲ得ス若シ其附隨ノ約款ニヨリ定ムル所カ履行サレサルニ於テハ契約ヲ爲シタル當事者ノ目的ヲ達シ得サルカ如キ場合ニハ附隨約款違反ノ事實モ契約解除ノ理由ト爲シ得ヘシト雖モ然ラサル場合ニハ約款ヲ解除シ得ヘキモノニ非ス」（大正四、一二、二八、東控判決、新聞一〇九一號一七頁、評論五卷民法一一二頁）。

四　「附隨ノ約款ニ定メタル義務ノ不履行ハ其履行セラレサルコトノ爲メ債權者カ契約ヲ爲シタル目的ヲ達シ得サル場合ニ非サレハ債權者ヲシテ契約ヲ消滅セシメ原狀ニ回復セシムル必要ナキカ故ニ債權者ハ唯不履行ノ爲メ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ限リ之ヲ理由トシテ契約ヲ解除シ得ヘキモノトス」（大正六、二、二六、東控判決、新聞一二五二號二六頁）。

五　「所謂附隨約款ノ存スルハ甲カ自家ノ寫眞ノ發展ヲ欲シタルカ爲ナリトセンカ是畢竟甲カ約定ノ期間中他ノ同業者ノ競爭ヲ防キ乙ヲシテ專ラ甲ノ寫眞ヲ使用セシメ以テ自家ノ寫眞發表ノ目的ヲ達センカ爲メニ其約款ヲ契約中ニ加ヘタルモノニ外ナラサレハ其約款ニヨル乙ノ義務不履行ハ之カ爲メニ甲ノ其主トスル報酬金取得ノ目的ヲ達スルノ妨トナラストスルモ其從トスル所ナルニモセヨ右契約ヲ以テ達セント欲シタル自家ノ寫眞發表ノ目的ハ遂ニ之ヲ達スル能ハサルニ至ルヘク從テ其義務不履行ノ場合右契約ヲ解除スルコトヲ得サルヘカラス」（大正七、二、一七、大判、新聞一三八八號二九頁）。

六　「債務不履行ヲ原因トスル契約ノ解除ハソノ主タル債務ノ不履行ヲ以テ主タル債務ノ因テ來ル契約ヲ解除シ得ヘキモノニシテ從タル債務ノ不履行ヲ以テ主張ノ非スシテ從タル債務タル利息支拂義務ノ不履行ヲ原因トスルニアラス本件ニ於テ原告ノ主張ハ主タル債務タル社債償還義務ノ不履行ヲ原因トスルニ非スシテ從タル債務タル社債契約ヲ解除セントスルニアルヲ以テ原告ノ主張ハ失當ナリ」（昭和二、四、二〇、東地判決、新報一一六號二三頁）。

第三項　主たる契約より生ずる債務の不履行と從たる契約より生ずる債務の不履行

主たる契約と從たる契約とが並存する場合に於て、主たる契約を解除し得べく、從たる契約より生ずる債務の不履行によりて、從たる契約を解除し得ること勿論である。而して從たる契約が解除せらるるとも、必ずしも主たる契約が解除せらるべき理由

はない。併し、主たる契約が解除せらるるときは其の效力として、從たる契約も當然解消に歸することは考へ得る。蓋し、從たる契約は、主たる契約の存立を前提とするが故である。一個の契約により主たる債務と從たる債務とが發生する場合と雖も、從たる債務の不履行のみによりては其の契約を解除するを得ない。契約解除には主たる債務の不履行あることを要することは曩に述べたる如し。

「基本タル一ノ契約ニ附隨シ該契約ノ存在ヲ前提トシテ當事者間ニ從タル契約ヲ締結シタル場合ニ於テ其基本タル契約カ適法ナル原因ニ依リ解除セラルルトキハ其解除ノ效力ハ當然從タル契約ニモ及フヘキモノニシテ其從タル契約ニ對シ特ニ解除ノ意思ヲ表示セサルモ基本タル契約ト共ニ當然解除セラルルモノトス」(大正五、九、一三、大判、二二輯一七一二頁、抄錄六八卷一五一二六頁、新聞一二〇八號二六頁)。

第四項　不履行に過失を必要とするや否や

第一　債務者遲滯と過失

(a)履行遲滯(mora solvendi, Leistungsverzug)、又は、債務者の遲滯(mora debitoris, Verzug des Schuldners)とは債務が既に履行期に在りて、且、其の履行が可能なるに拘はらず、債務者が其の債務を履行せざることを謂ふ。

履行遲滯に過失を必要とするや否やに關しては既にローマ法に於て爭はれ、後世の立法に於ても其の解決、區々に岐れて居る。我が民法第四百十二條、第五百四十一條に於ては此の問題に關して沈默を守つて居る。

過失に關する詳細は後に掲ぐる損害賠償義務に關する說明を參照せられたい。

(b)本問題に關しては債務を二大別することを必要とする。其の一は金錢債務であり、其の二は其の以外の債務である。

金錢債務に在りては、金錢の特質上、原則として契約の目的物に關して、履行不能が發生せず、單に履行遲滯のみが發生し得るに止まるし、又其の遲滯による損害賠償に關しては債務者は不可抗力を以て抗辯とすることを得ざる旨が定められて居る(四一九Ⅱ)。卽ち、金錢債務は目的物に關しては無過失責任である。

金錢債務に關する遲滯に關しては詳細は後に遲延賠償に關聯して更に說明するであらう。

(c)金錢債務以外の債務に關しては、通說は債務者の遲滯に過失を必要とするものと主張する。此の通說を正當とする。通說の根據、概ね左の如し。

(1)民法は明文を設けて金錢債務の遲滯には債務者は不可抗力を以て抗辯と爲すことを得ない旨を規定する(四一九Ⅱ)。卽ち、金錢債務の遲滯には過失を必要としないことと爲る。從つて、其の以外の債

務に關しては、右規定の反對解釋に依り債務者遲滯に過失を必要とするものと解せざるを得ない。從つて、債務者が事變により履行を遲延したる場合、和解契約進行中なるが爲め履行を遲延したる場合の如きは履行遲滯にはならない。

(2)我が民法は原則として過失責任主義を採り過失なければ責任なしとして居る。從つて、債務者が遲滯の責任を負擔せんが爲めには、遲滯に過失を必要とせざるを得ない。蓋し、債務者遲滯に過失を必要とせざるが如きは債務者に酷に失するから。

(3)履行不能の場合には債務者の過失を必要とするのであるから(五四三)、債務者遲滯の場合にも過失を必要とすべきである。蓋し、此の問題に關して、履行不能の場合と履行遲滯の場合とに差別を設くべき理由は毫も存在しないからである。

(4)學者は亦、運送人船舶所有者は自己若くは其の使用人の過失あるに非ざれば運送品の延着に付き損害賠償の責に任せないと謂ふ商法第三百三十七條第六百十九條の規定を引用し、一般に債務者の遲滯に過失を必要とせざるときは此の規定と權衡を失し、一般債務者は運送人、船舶所有者に比し、遙に不利益を蒙る結果と爲り失當であるから、一般債務者に關しては更に強き理由を以て遲滯に過失を必要とすべきものと解すべきであるとする(石坂氏四八八頁、鳩山氏總論二、九頁(舊說)、富井氏二、一八頁、横田氏二三六頁、過失必要說　我妻氏岩波民法II四三二頁、債權法講義案四八頁參照)。

嘉山氏一八七頁、中島弘道氏債權法論四九三頁、同氏債權總論五五頁、磯谷氏一七八頁、三潴氏一二四頁、東氏債權法總論五一頁、森山氏二〇〇頁、東氏五一頁、西川氏新報二一卷一一號九三頁、入江氏四四頁、大谷氏八三頁、勝本氏概說二六三頁、總論中卷(2)一八〇頁、岡村氏八八頁、吾孫子氏八一頁、近藤、柚木兩氏總則上卷一六一頁、林氏八一頁、八二頁、石田氏講義二一一頁、同氏「民法第五百四十一條に就て」論叢五卷六號六七頁以下、石坂氏四八七頁、大綱九七頁、同氏「債務者遲滯ニ過失ヲ必要トセサルヤ」京法六卷四號四七頁以下、志林一五卷一〇號七九頁、改纂民法研究下卷一一七頁以下、研究二卷四七頁、藥師寺氏「民法第五百四十一條の解除權發生要件並に履行期の定めなき債務と解除權の行使」志林二二卷一號九四頁以下、民事判例研究一五四頁。過失不要說　末弘氏新法學全集債權總論五二頁、川名氏總論一五六頁、要論一五六頁、岡松氏無過失損害賠償責任論三九五頁、遊佐氏四九八頁、鳥賀陽氏一八五頁、沼氏要論八三頁、岩田氏新論六一頁、概論八二頁、鳩山氏(改說)法協三九卷三號八二頁、總論二二二頁。

大審院は最初は過失不要說を採用したるも後に過失を必要とする說に改めた。

(一)　債務者遲滯に過失を必要とせざる判例

一　「民法第四百十五條ニハ單ニ履行ヲ爲ササルトキハ云々ト規定セルカ故ニ苟モ債務不履行ノ事實アルニ於テハ其債務者ノ故意又ハ過失ニ原因スルト否トヲ問ハス債權者ハ同條ニ從ヒ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルハ明白ナリ。民法第四百十九條第二項ニ於テ特ニ金錢債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ニ付テハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得スト規定シタルニ鑑ミレハ金錢債務以外ノ債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ニ付テハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲シ得ルコト疑ナキ所ナリト雖モ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得ルカ故ニ故意又ハ過失ニ原因セサル債務ノ不履行ハ損害賠償ノ請求權ヲ發生セシメス換言スレハ損害賠償ノ請求權ヲ發生スルニハ債務ノ不履行カ故意又ハ過失ニ原因スルコトヲ要スト論スルヲ得ス。何トナレハ不可抗力ニ因ル不履行ト故意又ハ過失ニ原因セサル不履行トハ必スシモ其觀念ヲ同フスルモノニアラス假リニ同一意義ナリトスルモ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スト言ヘハ一面ニ於

テ損害賠償ノ請求權ノ存在ヲ認ムルモノナレハ債務ノ不履行カ不可抗力ニ因ル場合卽チ故意又ハ過失ニ原因セサル場合ニ於テモ損害賠償ノ請求權ハ成立スト論結スルヲ以テ寧ロ正當ナリトスレハナリ左レハ原院カ上告人ニ於テ期日ニ廻船セサリシ事實卽チ債務不履行ノ事實ノミヲ確定シ其事實カ上告人ノ故意又ハ過失ニ原因シタルコトヲ確定セスシテ民法第四百十五條ヲ適用シタルハ不法ニアラス」（明治四〇、一一、二、大判、一三輯一〇六七頁、我妻氏評釋大正十年度判例民法二三九頁）。

二　「履行不能ト不可抗力ノ場合ヲ除キテハ債務者ハ過失ノ有無ニ拘ラス其不履行ノ責ヲ免ルルヲ得サルコトハ民法第四百十五條以下數條ノ規定ニ徵シ疑ナキ所ナリ」（明治四一、二、一五、大判、一四輯一〇七頁以下）。

三　「債務者ノ債務不履行ニ因リテ損害ヲ生シタルトキハ如何ナル場合ヲ問ハス債權者ハ之ニ對シテ其不履行ニ代ハルヘキ損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキモノトス」（明治四二年（ネ）五九五號、東控判決、新聞七〇一號二三頁）。

四　「期限ノ定メナキ債務ノ履行ニ付テハ債務者ハ催告其他履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキコトハ民法第四百十二條第三項ノ規定ニ依リテ明白ナリ而シテ債務者カ民法第五百四十一條ニ依リ契約ノ解除權ヲ有スルニハ債務ノ不履行卽チ債務者ノ付遲滯ヲ前提トスヘキハ勿論ナリト雖モ履行期ノ定メナキ債務ニ在リテハ債務者ヲ遲滯ニ付スルカ爲メノ催告ヲ爲シタル後更ニ同條所定ノ催告ヲ爲スコトヲ要スルモノニ非スシテ債務者カ其過失ニ因ルト否トヲ問ハス債務ヲ履行セサルニ當リ債權者ハ相當ノ期間ヲ定メテ履行ヲ催告シ遲滯ニ付スルト同時ニ其期間内ニ履行ナキトキニ契約ヲ解除シ得ルモノト解スルヲ相當トス云々」（大正六、六、二七、大判、二三輯一一五三頁）。

（二）　債務者遲滯に過失を必要とする判例

一　「總テ債務者カ債務ノ不履行ニ因リテ損害賠償ノ責ニ任スルニハ其債務ヲ履行セサルニ付キ故意又ハ過失ノ存在スルコトヲ必要トス」（明治四〇年（ワ）四二七號、東地判決、新聞四四〇號三頁）。

二　「債務不履行ノ場合ニ於テ債務者ニ損害賠償ノ責任ヲ發生スルニハ債務ノ不履行若シクハ履行不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ原因スルコトヲ要シ且ツ之ニ因リテ債權者ニ損害ヲ生シタルコトヲ要スルモノトス」（明治四一年（ワ）一五七號、東地判決、新聞六三九號一一頁）。

三　「何人モ適當ノ時期ニ到達スヘシト確信シ又確信スルニ正當ノ理由ヲ有シタル郵便物カ短時間ノ差異ヲ以テ月拂債務履行ノ時期ヲ經過シタリトスルモ之ヲ以テ債務不履行ト爲スヲ得ス」（明治四三年（ワ）一七七號、京都地方判決、新聞六八一號一四頁）。

四　「債務不履行ニ因ル損害賠償請求權ノ發生ニ付テハ遲滯ノ場合ヲ除キ債務者ノ故意又ハ過失ノ責アルコトヲ其要件ト爲ス」（大正二、一一、一五、大判、一九輯九六〇頁、抄錄四八頁一一二五頁）。

五　「債務者カ其債務不履行ニ付キ遲滯ノ責ニ任スルハ其債務ヲ履行セサルニツキ過失アルコトヲ要スルヲ以テ苟クモ債務者ニシテ其債務ヲ履行セサルモ其間何等ノ過失ナキ限リハ履行遲滯ノ責ニ任セサルモノトス」（大正七、三、一一、東地判決、評論七卷民法一三一頁）。

六　「上告人ハ饅頭素麵ノ製造業者ナレハ自己所持ノ器具ヲ以テ其製造ニ從事スルヲ通常トスヘク從テ別段ナル意思表示ナキ限リ本件契約モ一應上告人所持ノ製造器具ヲ使用シテ被上告人ノ需ニ應スルニ在リシモノト解スルヲ以テ當事者ノ意思ニ適スルモノト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ上告人所有ノ製造器具ニ付キ假差押ノ執行繼續中ナル事實存スルコト前示ノ如クナル以上ハ右器具ヲ使用シテ被上告人ノ委託ニ係ル行爲ヲ完了スル能ハサルハ論ヲ俟タサル處ナレハ縱令上告人ニ於テ委託通リ饅頭素麵等ノ製造供給ヲ爲ササレハトテ當然上告人ノ責ニ歸スヘキ義務不履行アリタルモノト斷スルヲ得サル筋合ナリ」（大正九、四、五、大判、二六輯四三五頁以下）。

七　「契約ヲ以テ其當事者ノ一方カ相手方ニ對シ一定ノ期間内ニ或行爲ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔シナカラ期間内ニ其義務ヲ履行セサルカ如キハ反證ナキ限リ自己ノ過失ニ原因スルモノト推定スルヲ當然トスルヲ以テ原判決ノ理由ニ上告人カ本件契約ノ履行期ヲ經過スルモ其義務ノ履行ヲ爲ササリシ旨說示シアルハ畢竟其義務不履行カ上告人ノ過失ニ因ルコトヲモ認メタル旨趣ニ出テタルモノニ外ナラサルヤ判文ノ全旨趣ニ徵シ推知スルニ難カラス」（大正一〇、五、二七、大判、二七輯九六九頁、我妻氏評釋大正十年度

判例民法二三九頁以下)。

八　「債務者ハ債務ノ履行期ニ履行セサルノ一事ヲ以テ履行遅滞ノ責ニ任スヘキモノニ非ス其不履行ニ付キ過失アル場合ニ於テ其責ニ任ス可キモノナリ故ニ原院カ被上告人ニ於テ履行期ヲ過クルモ上告人ニ鑛業權ヲ移轉セサリシコトニ付キ被上告人ニ責ムヘキ不注意ナキヲ以テ履行遅滞ノ責ヲ歸ス可ラスト爲シタルハ正當ナリ」(大正一〇、一一、二二、大判、二七輯一九七八頁以下、評論一〇卷民法一二八九頁、田中誠二氏評釋、大正十年度判例民法五七七頁)。

九　「給付カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能ト爲リタルトキハ債權者ハ債務者ニ對シテ其ノ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク此ノ場合ニ於テ債權者ハ給付カ不能ト爲リタル事實ヲ證明スル責任アルコト論ヲ俟タスト雖給付ノ不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リタルモノナリヤ否ニ付爭アル場合ニ於テ之カ立證ノ責任ノ所在ニ付テハ解釋上疑義ノ存スル所ナリ然レトモ給付ノ不能ニ基ク損害賠償ノ請求權ハ給付不能ニ因リ新ニ發生スルモノニシテ單ニ其ノ內容ヲ變更シタルニ過キサルモノト解スヘキヲ以テ給付ノ不能夫自體ハ給付義務ヲ免レシムルモノニ非ス從テ債務者ニ於テ給付義務ヲ免レムトセハ給付ノ不能カ自己ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因ルコトヲ主張シ且立證セサルヘカラサルモノト解スルヲ相當トス蓋給付不能ノ事實存スルニ於テハ一應債權者ノ過失ヲ推定スルコトヲ得ヘク又之ヲ履行遅滞ノ場合ト對比スルニ債務者カ履行遅滞ノ責ニ任スルニハ其ノ不履行ニ付債務者ニ過失アルコトヲ要スヘク此ノ場合ニ於テハ民法第四百十九條第二項ニ於テ金錢債務ノ履行遅滞ニ付テハ特ニ不可抗力ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得サル旨ヲ規定セルカ故ニ金錢債務ニ非サル債務ノ履行遅滞ニハ不可抗力ノ抗辯ヲ爲シ得ルモノト解セサルヘカラス從テ債權者カ履行遅滞ニ因ル損害賠償ノ請求ヲ爲スニハ履行遅滞カ債務者ノ過失ニ基ケルコトヲ證明スルコトヲ要セス債務者ニ於テ義務ヲ免レントセハ不可抗力ニ基ケル旨ノ證據ヲ擧クルコトヲ要スルモノナルコト解釋上疑ナキ所ナルヲ以テ前示擧證責任ノ問題ニ付遅滯ノ場合ト給付不能ノ場合トノ間ニ解釋上區別ヲ爲スヘキ理論上ノ理由ナク旣ニ遅滯ノ場合ニ債務者ニ立證責任アリト爲ス以上給付不能ノ場合ニ於テモ亦同樣ナリト解スルヲ妥當トスレハナリ」(大正一四、二、二七、大判、四卷九七頁以下、評論一四卷民法九七頁、藤田氏評釋、大正十四年度判例民事法六八頁以下)。

一〇　「債務者カ債務全部ノ履行ヲ拒ミタリトスルモ正當ノ理由存スルトキハ之ニ遅滯ノ責任ヲ負ハシムルコトヲ得ス」(大正一四、三、一三、大判、彙報三六卷三二四頁)。

一一　「甲丙間ニ爲サレタル土地ノ賣買契約ノ目的物カ賣主タル甲ノ單獨所有ニ屬セス乙ニ於テ共有權ヲ有シタルモノナル場合ニハ右賣買契約ノ趣旨カ甲ニ於テ乙ヨリ其ノ共有持分ヲ取得シ因テ以テ單獨所有者トナリタル後其ノ權利ヲ買主丙ニ移轉スヘキコトヲ約シタルモノナルトキハ甲ハ目的物ノ所有權ヲ丙ニ移轉セサルニ於テハ固ヨリ不履行ノ責ニ任セサルヘカラスト雖若シ自己ノ持分及右乙ノ持分ヲ目的ト爲シタル賣買ニ過キサルモノナルトキハソノ他人ノ權利ノ賣買ヲ包含スルモノナルヲ以テ甲ハ乙ノ持分ヲ取得シテ之ヲ丙ニ移轉セサルコトニ付過失アルニ非サレハ履行遅滯ノ責ナキモノトス」(大正一四、五、一二、大判、評論一四卷民法二三九頁)。

一二　「本件假處分命令ノ申請ハ被上告人カ自己ノ權利ヲ保全スル目的ニ出テタルモノナルヲ以テ該命令實施ノ結果明治四十四年七月十日ヨリ大正四年七月二十七日迄係爭地ヨリ白土ノ採取ヲ禁止セラレ爲ニ被上告人カ訴外吉田勇助ニ對スル契約上ノ義務ノ履行ヲ爲シ能ハサリシトスルモ被上告人ノ義務不履行ハ其ノ故意又ハ過失ニ因ルモノト認ムル能ハサルナリ然ラハ被上告人ハ訴外吉田勇助ニ對シテ義務不履行ノ責ニ任スルモノニ非サルヲ以テ被上告人カ勇助ニ對シテ損害賠償トシテ金千五百圓ノ支拂ヲ爲シタル事實アリトスルモソハ被上告人カ損害賠償ノ義務ナキニ拘ラス其ノ支拂ヲ爲シタルモノニシテ之カ爲ニ被上告人ハ上告人ニ對シ何等損害賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘキニ非サルナリ」(大正一四、一二、二七、大判、判例彙報三六卷二六號四九八頁)。

一三　「甲ハ契約成立ト同時ニ乙ニ對シ信用狀ヲ發行スヘキ約ナリシニ信用狀ヲ發行セサリシコトハ甲ノ認ムルトコロニシテ元來信用狀ハ概ネ對外貿易ニ於テ買主カ賣主ノ爲ニ自己ノ信用ヲ保證シ其ノ代金支拂ヲ確保スル目的ヲ以テ發行セラルルモノニシテ固ヨリ賣主一方ノ利益ノ爲ニ存スルモノナレハ賣主ハ自ラ該利益ヲ拋棄シ相手方ノ信用狀ノ取組ナキモ自己ノ契約ノ履行ヲ爲スコトヲ妨ケサルモノニシテ此場合ニハ賣主ハ相手方ノ信用狀ノ不發行ニ據ル不履行ニ基キ之ヲ理由トスル契約解除權ヲ拋棄セルモノト謂フヘク賣主ニ於テハ買主ノ信用狀發行ナキ限リ其ノ信用程度ヲ確知シ得サルカ故ニ買主ノ契約義務ノ履行ニ付危惧ノ念ヲ抱ク

ニ至リ之カ發行アル迄自ラ自己ノ履行ヲ豫儼シ其ノ爲契約期間ヲ遲延スルニ至ルコトアルヘキハ事理ノ正ニ然ルヘキトコロナレハ此爲ニ乙カ多少契約期間ヲ遲延スルコトアルモ右ノ理由ヨリ推考シテ甲ハ乙ニ對シ其ノ履行遲滯ヲ責ムル能ハサルモノト爲スヲ信義誠實ノ原則ニ適スルモノトス」(昭和三、一〇、一、大地判決、新聞二九三六號一二頁、評論一八卷商法五七八頁)。

一四　「凡ソ商人間ニ於テ相次イテ二個ノ取引契約ヲ爲シ其ノ第一ノ取引ニ付キ賣主ノ履行アリタルニ拘ラス該代金ノ支拂ヲ爲ササル以上其後ニ履行期到來スル第二ノ取引ノ代金ノ支拂ナキ以上第二ノ取引ノ目的物ヲ引渡ハ債權法ヲ支配スル信義誠實ノ原則上之レヲ爲ササルニ付キ正當ノ理由アルモノト謂フヘキヲ以テ第一ノ取引ノ目的物ヲ引渡ササルモ賣主ニハ過失ナク從ツテ履行遲滯ノ責ヲ負サルモノト解スルヲ相當トス」(昭和六、一、一七、東控判決、新聞三二四七號一五頁)。

(d)債務者遲滯の要件として金錢債務以外の債務に在りては債務者に過失を必要とするものなることは前示の如し。併し、其の立證責任は債權者之を負擔すべきか否かの問題が訴訟上、最も重大なる問題である。

近時、履行遲滯には債權者の側に於て債務者の過失を主張し且立證することを要件とせず、債務者の側に於て不履行が不可抗力に基くこと、卽ち、不履行が自己の過失に基かざることを主張し、且立證することを要するものとすることが通說となり來つた。蓋し、此の說が妥當である。

中島氏一三〇頁、我妻氏講義案二一八頁、岩波全書四三二頁、穗積氏講義案三八頁、末弘氏新法學全集債權總論五二頁、勝本氏中卷(之)一八一頁、鳩山氏一三七頁、石坂氏四九〇頁、京法六卷四號五四頁、横田氏二三六頁以下、三潴氏一二五頁、二〇一頁、嘉山氏一八八頁、近藤、柚木兩氏一六一頁、小池氏一四四頁、林氏八三頁。

(1)大正一〇、五、二七、大判、二七輯九六九頁(前揭)。
(2)大正一〇、一一、二二、大判、二七輯一九七八頁(前揭)。
(3)大正一四、二、二七、大判、四卷九七頁(前揭)。
(4)昭和七、六、七、大判、法學二卷一號一〇〇頁。
(5)昭和九、一二、一八、朝高判決、評論二四卷民法三七三頁。
反對　磯谷氏一七〇頁、横田氏二六六頁、二六七頁。

第二　契約解除の要件たる不履行と過失

(a)債務者遲滯に過失を必要とすべきものなること前示の如し。然らば、契約解除の要件たる不履行には過失を必要とするや否や。此の問題に關しては爭あれども、債務者遲滯に過失を必要とする以上は、契約解除の要件たる不履行にも亦過失を必要とすべきものと爲さざるを得ない。蓋し、債務者遲滯あるときは其の效力として損害賠償義務を發生するものであるが、此の債務者遲滯に過失を要件とするならば、其の效力として損害賠償義務を發生するものであるが、此の債務者遲滯に過失を要件とたる不履行には、勿論、過失を必要とすべきものと解すべきは當然なるが故である。

債務者の不履行に基く契約解除は不履行に過失を必要とせざる說に從へば之れを履行遲延に因る契約解除と稱すべく、過失を必要とする說に從へば之れを履行遲滯に因る契約解除と稱すべきことと爲ること夙に學者の唱導する所である。

過失必要說　獨民三二六條、瑞債一〇七條、匈牙利民法草案九二七條三項、池田氏各論一四四頁、一四五頁、石田氏講義七五頁、磯谷氏各論二五五頁、岡村氏一二三頁、小池氏各論五五頁、同氏「契約の解除に就て」法學研究二卷三號四號合併號五一頁、鳩山氏二一五頁乃至二一七頁。鳩山氏は第五百四十一條前段の不履行又は後段の不履行の中、何れか一方に過失あれば足るものとせられる。

反對　中村氏二五五頁。

(b)次に掲ぐるが如く、契約解除の要件として債務者の遅滞を必要とする旨の多數の判例が存在して居るけれども進んで遅滞に過失を必要とするや否やを明言しては居ない。併し乍ら、單に不履行又は遅延と謂ふときは過失を問題としない趣旨であり、遅滞と謂ふときは文字上、當然、過失を包含し、過失ある不履行が則ち遅滞であると考へて居るものと見る外はないと思ふ(末弘氏各論二四四頁參照)。

(c)契約解除には債務者の不履行を必要とし、又其の不履行には遅滞を必要とするものなること判例の明示する所である。而して債權者が債務者に對して契約を解除せんが爲めには、催告を必要とすること後に述ぶるが如くであるが、債務者の遅滞は催告前に存在することを必要とするか、又は催告と同時に遅滞に陷るを以て足るかに關して、判例は曩には催告前に遅滞の存在することを要するものとして居たのであつたが、現在に於ては催告と同時に遅滞に陷るを以て足るものとするに至つた。

此の事は後に催告の項に於て述ぶるが如く、期限の定めなき債務に對しては二重催告の要否に關係するし、提供の問題にも關係を生じ來るであらう。

(d)判例

判例は契約解除の前提たる債務者の不履行には過失を必要とするものと爲す。卽ち、左の如し。

一　賣買契約ハ其債務者ニ對シ履行ノ催告ヲ爲シ之ヲ遅滯ニ付シタル上ニ非サレハ之ヲ解除スルコトヲ得ス」(明治二九、九、二八、大判、二輯八卷七七頁)。

二　「然レトモ甲第一號證第七項ノ約旨ニ基キ被上告人カ殘代金ヲ其月二十五日迄ニ支拂ハサルトキハ上告人ニ於テ契約ノ石炭ヲ被上告人ニ引渡スヘキ義務ナキヤ否ヤヲ判斷スルハ事實承審官ノ專權タル契約ノ解釋事實認定ノ範圍ニ屬ス然ルニ原院カ甲第一號證ノ契約ハ上告人ニ於テ帆船ヲ雇入レ之ニ石炭ノ積込ヲ爲スヘキモノナリ而シテ上告人カ其約旨ニ違背シテ相當ノ貯炭ヲ爲ササルニ拘ハラス被上告人ハ同證第四項ノ內入金ヲ爲シタル事實ヲ認メタルコト前第一點以下ニ對スル說明ノ如クナリ然レハ雙務契約ニ於テ當事者ノ一方カ自ラ盡スヘキ債務ノ提供ヲ爲シ相手方ノ債務履行ヲ要求スルニ拘ハラス其相手方カ債務ヲ履行セサルトキハ民法第五百四十一條ノ債務不履行者タルコト勿論ニシテ被上告人ニ於テ約旨ニ從ヒ債務ノ提供ヲ爲シタルモ上告人ハ債務ヲ履行セサルモノナレハ原院カ上告人ヲ以テ債務不履行者ナリト爲シ其催告並ニ解除ノ同法條ニ該當セサルコトヲ判示シタルハ適當ナリ故ニ本論旨ハ孰レモ理由ナシ」(明治四一、四、一、大判、抄錄三四卷七五三三頁)。

右判例は其の文詞よりすれば契約解除の前提たる債務者の不履行には過失を必要とする趣旨なるや否や必ずしも明白でないけれども後に引用する大正五年三月二十三日の大審院判例(二二輯五六八頁)には此の判例を以て契約解除の前提たる債務者の不履行には過失を必要とするものとして引用して居る。

三　「請負契約ハ民法第五百四十一條ニ依リ當事者ノ一方カ相手方ノ債務不履行ニ基キ之ヲ解除スルコトヲ得ルノ外ニ尙同法第六百四十一條ニ依リ請負人カ仕事ヲ完成セサル間ハ注文者ニ於テ何時ニテモ解除ヲ爲スコトヲ得ルモノナリト雖モ注文者カ右第六

百四十一條ニ定ムル解除權ヲ行使スルニ非スシテ專ラ第五百四十一條ニ依リ請負人ノ債務不履行ヲ理由トシテ解除ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テ請負人ニ債務ノ不履行ヲ責ムヘキ事實ナキトキハ解除ノ效ヲ生スルコトナク契約ハ依然トシテ其效力ヲ有スルモノトス。又其既ニ無效ニ歸シタル解除ノ意思表示ヲ以テ第六百四十一條ニ依ル解除ノ效力ヲ生シタルモノト爲スコトヲ得サルナリ」（明治四四、一、二五、大判、一七輯五頁）。

四　「民法第五百四十一條ハ契約解除ノ原因タルニハ不履行ニ付キ其一部タルト全部タルトヲ區別セサルカ故ニ不履行カ契約ノ目的物ノ一部ニ對スル者ナルコトハ毫モ契約全部ヲ解除スルノ妨ケト爲ラサルト同時ニ同條ニ債務ヲ履行セサルト謂フハ雙務契約ニ在リテハ必スシモ當事者ノ一方カ自己ノ債務ノ履行ヲ提供シタルニ拘ハラス相手方カ其債務ノ履行ヲ拒ミタル場合ヲ指スモノニアラスシテ他ノ法條ニ於ケルカ如ク同法第四百十二條ノ規定ニ依リ債務者カ遲滯者タル場合ヲ意味スルニ過キス」（明治四四（ワ）三七七號、大正元、横濱地方判決、新聞八三三號二〇頁、評論一卷民法五六頁）。

五　「民法第五百四十一條ニ於テ當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキ相手方ヲシテ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲シ尙履行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得セシメタルハ一方ニ債務不履行ノ責アルニ因リ其相手方ヲ保護スル趣旨ニ出テタルモノナレハ一方ニ不履行ノ責ナキニ於テハ相手方ニ催告及ヒ解除ヲ爲スノ權利アリト爲スヘカラサルヲ以テ斯ル場合ニ於テ相手方カ催告及ヒ解除ヲ爲スモ法律上其效力ナキモノト爲ササルヲ得ス。抑上告人等カ四月三日迄ニ引渡ノ準備ヲ爲シタル事實ハ原院ノ認メサル所ナレハ被上告人ハ同日迄ニ代金ヲ支拂ハサリシトテ遲滯卽チ不履行ノ責ヲ負フモノニ非ス故ニ原院ハ上告人等カ四月五日若クハ六日附ヲ以テ爲シタル催告及ヒ解除ノ意思表示ハ其效ヲ生セサル旨判定シタルモノナレハ民法第五百四十一條ヲ誤解シタルモノニ非ス之ヲ要スルニ同條ニ當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキトアルハ其一方カ遲滯卽チ不履行ノ責アル場合ノ謂ナレハ（明治四十一年（オ）第三百八十六號同四十四年一月二十五日判決參照）相手方カ催告及ヒ解除ヲ爲スニハ一方ノ債務不履行ヲ前提トスルヲ要スルモノニ非ストノ上告人ノ所論コソ卽テ同條ヲ誤解セルモノニシテ本論旨ハ執レモ其誤解ニ出ツルモノナレハ採用スルヲ得ス」（大正五、三、二三、大判、二二輯五六八頁）。

六　「期限ノ定ナキ債務ノ履行ニ付テハ債務者ハ催告其他履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキコトハ民法第四百十二條第三項ノ規定ニ依リテ明白ナリ。而シテ債權者カ民法第五百四十一條ニ依リ契約ノ解除權ヲ有スルニハ債務ノ不履行卽チ債務者ノ付遲滯ヲ前提トスヘキハ勿論ナリト雖モ履行期ノ定メナキ債務ニ在リテハ債務者ヲ遲滯ニ付スルカ爲メノ催告ヲ爲シタル後更ニ同條所定ノ催告ヲ爲スコトヲ要スルモノニ非スシテ債務者カ其過失ニ因ルト否トヲ問ハス債務ヲ履行セサルニ當リ債權者ハ相當ノ期間ヲ定メテ履行ヲ催告シ遲滯ニ付スルト同時ニ其期間內ニ履行ナキトキニ契約ヲ解除シ得ルモノト解スルヲ相當トス」（大正六、六、二七、大判、二三輯一一五三頁、我妻氏前揭參照）。

七　「民法第五百四十一條所定ノ解除權ハ債務者ノ履行遲滯ノ一效果ニシテ換言スレハ債權者カ同條ノ解除權ヲ行使スルニハ債務者ノ履行遲滯ニアルコトヲ要スルモノトス故ニ債權者ニ受領ノ遲滯アリテ債務者ハ其債務ノ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免レタルト否トヲ問ハス債權者ニ解除權ノ發生ヲ見サルモノトス」（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）。

八　「買主カ賣主ノ不履行ヲ理由トシテ賣買契約ヲ解除スルニハ單ニ賣主カ履行期限ニ其債務ヲ履行セサルコトノミヲ以テ足レリトセス履行期限又ハ遲クトモ催告期間ノ始マル迄ニ賣主カ債務ノ遲滯ニ在ル事ヲ要ス」（大正八、二、五、大阪地方判決、新聞一五三七號二二頁、評論八卷民法四七六頁）。

九　「民法第五百四十一條ニ依ル契約履行ノ催告ハ當事者ノ一方カ既ニ其債務ヲ履行セサリシ場合換言スレハ其一方カ既ニ遲滯ニ在ル場合ニ限ルモノナルヲ以テ未タ不履行ノ責ナキ一方ニ對シ同條ノ催告ヲ爲スモ有效ナル解除ノ前提要件ヲ充タスコトヲ得サルハ勿論右ノ催告ト同時ニ自己ノ債務ノ提供ヲ爲スコトニ依リ如上ノ催告ヲ適法ナラシムルコトヲ得サルモノトス」（大正九、七、八、大判、二六輯九七二頁、新聞一七四四號二〇頁、評論九卷民法八三三頁、鳩山氏「契約解除ノ要件タル催告ト履行遲滯」（法協三九卷三八七頁）。

一〇　「雙務契約ノ債務者ハ契約ニ定メタル辨濟期ヲ經過シテ債務ヲ履行セサルモ當然遲滯ニ附セラルヽモノニアラスシテ相手

方ヨリ其負擔スル債務ノ履行ヲ提供シタルニ拘ラス自己ノ債務ヲ履行セサル場合ニ於テ始メテ遲滯ノ責ニ任スヘキモノニシテ履行ノ提供ハ債務ノ本旨ニ從ヒテ現實ニ之ヲ爲スコトヲ要シ其履行ノ準備ヲ爲シテ之カ通知ヲ爲シ受領ノ催告ヲ爲スヲ以テ足レリトスルハ債務者カ豫メ其受領ヲ拒ミ又ハ履行ニ付キ相手方ノ行爲ヲ要スル場合タラサルヘカラサルハ民法第四百九十三條ニ依リテ明ナリ而シテ民法第五百四十一條ニ依リ契約ノ解除ヲ爲スニハ當事者ノ一方タル債務者カ既ニ其債務ノ履行ニ付キ遲滯ニ在ルコトヲ要シ解除ノ前提タル履行ノ催告ヲ爲スニモ其債務者カ既ニ遲滯ニ在ルカ若クハ遲クトモ其催告ト同時ニ遲滯ニ附セラルヽコトヲ要スルヲ以テ（大正六年（オ）第二八三號同年六月二十七日當院判決參照）未タ遲滯ニ至ラサル間ニ爲シタル解除ノ前提タル履行ノ催告及ヒ解除ノ意思表示ハ無效ナリトス」（大正一〇、六、三〇、大判、二七輯一二八七頁、評論一〇卷民法七〇二頁）。

一一　「民法第五百四十一條ニ於テ債務者カ履行ヲ爲ササルコトハ其過失ニ基クコトヲ要スト解スルヲ相當トス」（大正一〇、八、一六、東地判決、新聞一九〇一號二一頁）。

一二　「民法第五百四十一條ニ依リ契約ノ解除ヲ爲スニハ債務者カ既ニ其債務ノ履行ニ付キ遲滯ニ在ルコトヲ要スルモノトス」（大正一〇、一〇、一二、東控判決、評論一〇卷民法一一七七頁）。

一三　「賣買契約ニ付キ賣主ニ履行遲滯ノ事實ナキニ拘ハラス買主ノ爲シタル契約履行ノ催告並ニ解除ノ意思表示ハ賣買契約解除ノ效力ヲ發生セサルモノトス」（大正一一、六、二九、東控判決、評論一一卷民法五一一頁）。

一四　「民法第五百四十一條ニ依リ契約ノ解除ヲ爲スニハ當事者ノ一方タル債務者カ既ニ其ノ債務ノ履行ニ付遲滯ニアルコトヲ要シ解除ノ前提タル履行ノ催告ヲ爲スニハ其債務者カ既ニ遲滯ニ在ルカ若ハ遲クトモ其催告ト同時ニ遲滯ニ付セラルルコトヲ要スルヲ以テ未タ其ノ遲滯ニ至ラサル間ニ爲シタル解除ノ前提タル履行ノ催告及解除ノ意思表示ハ無效ナリトス」（大正一三、五、七、大判、評論一三卷民法七九五頁）。

一五　「民法第五百四十一條ニ依ル催告並解除ノ意思表示ハ債務者ノ遲滯ヲ前提トス」（大正一三、一二、一、東地判決、新報二九號二二頁、評論一四卷民法四卷民法五二頁）。

一六　「被告ハ民法第五百四十一條ノ規定ニ依リ契約ヲ解除セントセハ債務者ニ於テ催告前既ニ遲滯ニ在ルコトヲ要スヘキモノナルニ本件ニ於テハ斯ル事實ナカリシ故ニ原告主張ノ右解除ハ無效ナル旨主張スレトモ該規定ニ基ク契約解除ノ場合ニ於テハ債務者カ催告ト同時ニ遲滯ニ在ルヲ以テ足リ催告前遲滯ニ在ルヲ要セサルモノナルヲ以テ被告ノ此抗辯モ亦之ヲ採用スルニ由ナキモノトス然ラハ右契約ハ原告ノ前記解除ノ意思表示ニヨリ適法ニ解除セラレタルモノト謂フヘシ」（大正一三、一二、一、東地判決、新報三〇號二〇頁）。

一七　「原告ハ被告ノ不履行ニ基ク解約ヲ原因トシ本訴請求ヲ爲スト雖本件契約ノ履行期日タル大正十二年十月十日前後ニ於テハ大震災ノ影響ヲ受ケ一時交通杜絶シ普通商品ノ輸送ノ如キハ殆ント不可能ナル狀態ニアリタルコトハ極メテ顯著ナル事實ナリトス而シテ被告ハ右契約輸送ニ付如何ニ盡力シタルカハ乙第二號乃至第十號證ヲ綜合シ之ヲ認ムルニ足リ被告ニ於テ十月二十六日右肥料ヲ送附シタルコトハ乙第一號證及乙第五號證第七號證ニ依リ明ニシテ原告ハ右肥料ノ送附ヲ受ケタルニ拘ラス反テ其受領ヲ爲サス翌十三年三月ニ至リ契約解除ノ通知ヲナシ本訴請求ニ及ヒタルコト明ナルヲ以テ被告ニ不履行ノ責任ヲ負ハシムルコトヲ得サルモノニシテ原告ノ解約表意ハ無效ナリ」（大正一四、四、六、浦和區判決、新聞二三九五號二〇頁）。

一八　「雙方ノ債務ヲ同時ニ履行スヘキ賣買契約ニ於テ買主カ其義務ヲ履行セサルトキハ賣主ハ民法第五百四十一條ニ依リ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ其期間内ニ履行ナキトキハ契約ハ解除シ得ヘシト雖モ同條ニ依ル履行ノ催告ハ買主ノ其義務ヲ履行セサル場合即チ買主カ既ニ遲滯ニ在ル場合ニ限ルモノナルヲ以テ未タ不履行ノ責ナキ買主ニ對シ同條ノ催告ヲ爲スモ有效ナル解除ノ前提要件タルヲ得サルノミナラス右催告ト同時ニ自己ノ債務ノ提供ヲ爲スモ之ニ依リ該催告ヲ適法ナラシムルコトヲ得サルモノトス然ルニ原告ノ主張ニ依レハ賣主タル原告ハ其履行期限内タル大正六年十二月二十一日契約品一千七十英噸一六八五九ヲ準備ノ上買主タル日本製造業者組合ニ對シ履行期タル同月三十一日限リ代金引換ニ之レカ受渡ヲ求メタルモ右組合ニ於テ之ニ應セサリシヲ以テ同月三十一日ヲ以テ賣買契約ヲ解除シタリト謂フニ在リテ其催告前買主タル右組合ニ遲滯ナキコト明白ナルヲ以テ右原告ノ四卷民法五二頁）。

第二章　非定期行爲の不履行に因る契約解除の要件

爲シタル催告ハ契約解除ノ前提トシテ不適法ナルコト言ヲ俟タス從テ右催告ニヨリ本件賣買契約ヲ解除シタルコトヲ前提トスル本訴原告ノ請求ハ既ニ此點ニ於テ失當ナリ」(大正一四、一〇、二七、東地判決、新聞二四九五號一五頁、評論一五卷民法五〇三頁)。

一九　「買主カ大正八年十二月十三日賣主ニ對シ買主ハ同月十五日株式ノ引渡ヲ爲スヘク若右期日ニ引渡ヲ爲ササルトキハ賣買契約ヲ解除スヘキ旨ノ催告並停止條件付契約解除ノ意思表示ヲ爲シ翌二月十五日賣主方ニ於テ賣買代金ニ相當スル金額ノ小切手ヲ提供シ若小切手ニテ受領ヲ欲セサル場合ニハ卽時現金ニテ提供スル旨ヲ述ヘテ株式ノ引渡ヲ求メタルモ賣主ニ於テハ現金ヲ提供セラルルモ株式ノ引渡ヲ爲スコトヲ得スト申出テ之カ引渡ヲ爲ササリシ場合ニ於テハ假令買主ノ右小切手ノ提供ヲ以テ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ナリトスルモ賣主ハ其ノ提供ヲ受ケタル右十二月十五日ヨリ株式引渡ニ付遲滯ノ責ニ任スヘキモノナルコト明瞭ナルヲ以テ同日以前ニ於テ賣主ニ對シテ爲シタル右契約解除ノ意思表示ハ無效ナリトス」(昭和二、四、二一、東控判決、新聞二七〇五號一四頁、評論一六卷民法一〇二三頁)。

二〇　「按スルニ原審ハ被上告人ハ上告人ニ對シ莫大小三千貫ヲ賣渡シ大正九年四月、五月、六月ノ三回ニ各一千貫宛名古屋驛前ニ於テ代金引換ニ受渡ヲ爲スヘキコトヲ約シ同年四月二十日過頃四月分一千貫ノ內百五十貫ノ引渡準備ヲ整ヘタル上上告人ニ對シ其ノ受領ヲ催告シタルニ上告人ハ只管猶豫ヲ乞ヒ本訴物件ノ受領ヲ囘避シタル旨ヲ若シ之ニ應セサルニ於テハ本件賣買契約ヲ解除スヘキ旨通告シ同月付五月四日附ヲ以テ同月十日ヲ期シ約旨ニ從ヒ受渡ヲ爲スヘク若シ之ニ應セサリシ事實ヲ認定シ以テ本件契約ハ適法ニ解除セラレタリト判示シタリ然レトモ契約解除ノ前提タル履行ノ催告ヲ爲スニハ債務者カ既ニ遲滯ニ在ルカ若ハ遲クトモ其ノ催告ト同時ニ遲滯ニ附セラルヘキヲ要スルコト當院ノ判例トスル所ナレハ（大正十年（オ）第二百號同年六月三十日當院判決參照）原審カ本件解除ノ正當ナリトスルニハ五月四日ノ催告以前ニ上告人カ既ニ遲滯ニ在リタルカ若ハ右催告ト同時ニ遲滯ニ附セラレタルコトヲ判示セサルヘカラス然ルニ前記原判示ノ四月二十日過頃ノ百五十貫ノ受領催告ハ其ノ數量ニ於テ每回一千貫宛受渡スヘシトノ當事者間ノ約旨ニ副ハス卽債務ノ本旨ニ從ヒタルモノト云フヘカラサルカ故ニ正當ノ提供トナラス從テ上告人ハ此ノ催告ニ應セサリシカ爲ニ遲滯ニ附セラルヽモノニ非ス又上告人カ本訴物件ノ受領ヲ囘避シタリトノ前記原審ノ認定ハ上告人ニ於テ豫メ目的物ノ受領ヲ拒ミタル事實ヲ判示シタル趣旨ナリトセンカ債權者カ豫メ受領ヲ拒ミタル場合ニ於テモ債權者ヲ遲滯ニ附スルニハ債務者ニ於テ辨濟ノ準備ヲ整ヘタルコトヲ通知シ其ノ受領ヲ催告セサルヘカラサルニ被上告人カ催告ト同時ニ上告人ヲ遲滯ニ附セシムヘキ催告ヲモ包含スル事實ハ原審ノ認定セサル所ナレハ上告人ハ該催告ニ依リ同時ニ遲滯ニ附セラルヽノ理ナク要スルニ原審ハ上告人カ催告ノ日ニ於テ既ニ遲滯ニ在リ又ハ催告ト同時ニ遲滯ニ附セラレタル事實ヲ判示セサリシモノト云ハサルヘカラス然ラハ原審カ本件解除ヲ正當ナリト判示シタルハ違法ニシテ論旨第一點ハ其ノ理由アリ尤モ原審ハ前記事實ノ外尙被上告人ノ主張ヲ採用シ本件賣買ハ賣主勝手渡ノ約ナリト判示シタレトモ原審ハ又原判決理由冒頭ニ於テ當事者間爭ナキ事實トシテ三回ニ各一千貫宛ヲ受渡スルノ約ナルコトヲ確定シタルニ依リ之ヲ考フレハ右所謂賣主勝手渡トハ單ニ各月中受渡ノ日時等ニ關スルモノニシテ其ノ受渡ノ回數及數量ヲ任意增減シテ提供シ得ルノ意義ニ非スト解スルヲ妥當トス故ニ原審カ右ノ事實ヲ判示シタルカ爲ニ前記百五十貫ノ受領催告ヲ正當ノ提供ナリトシ從テ上告人ニ於テ遲滯ニ付セラレタリト判示シタルモノト解スルヲ得ス若又原審ハ被上告人ニ於テ每月一千貫宛ヲ提供スルコトヲ要セス隨意ニ分割提供スルコトヲ得ルノ意義ナリト解シタルモノニシテ從テ前記四月二十日過頃ニ於ケル百五十貫ノ受領催告ヲ正當ノ提供ナリトシ上告人カ之ニ應セサリシニ依リ遲滯ニ附セラレタリト判示シタル趣旨ナリトセンカ原判決ニハ前段說明ノ違法ハ之ナキコトニ歸着スト雖斯ル分割提供ヲ爲シ得ルノ事實ハ前記原審ノ確定シタル當事者間爭ナキ事實ト牴觸スルヲ以テ此ノ點ニ於テ理由齟齬ノ違法アリト謂ハサルヘカラサルノミナラス斯ル重要ナル點ニ關スル被上告人ノ主張ノ前後牴觸スルニ拘ラス何等釋明セシムルコトナク漫然審理判決シタルハ違法ニシテ論旨第十點後段ハ結局其ノ理由アリ要スルニ原判決ハ論旨第一點所論ノ違法アルカ然ラサレハ論旨第十點後段所論ノ違法アルコトヲ免レサルヲ以テ之ヲ破毀スヘキモノトス」(昭和二、五、一二、大判、判例彙報三八卷一六號一一二頁以下)。

二一　「契約解除ノ前提タル履行ノ催告ヲ爲スニハ債務者カ既ニ遲滯ニ在ルカ若ハ遲クトモ其ノ催告ト同時ニ遲滯ニ附セラルヽヲ要スルコト當院ノ判例トスル所ナレハ（大正十年（オ）第二百號同年六月三十日當院判決參照）原審カ本件解除ノ正當ナリトスルニハ五月四日ノ催告以前ニ上告人カ既ニ遲滯ニ在リタルカ若ハ右催告ト同時ニ遲滯ニ附セラレタルコトヲ判示セサルヘカラス然ルニ前記原判示ノ四月二十日過頃ノ百五十貫ノ受領催告ハ其ノ數量ニ於テ每回一千貫宛受渡スヘシトノ當事者間ノ約旨ニ副ハス卽債務ノ本旨ニ從ヒタルモノト云フヘカラサルカ故ニ正當ノ提供トナラス從テ上告人ハ此ノ催告ニ應セサリシカ爲ニ遲滯ニ附セラルヽモノニ非ス又上告人カ本訴物件ノ受領ヲ囘避シタリトノ前記原審ノ認定ハ上告人ニ於テ豫メ目的物ノ受領ヲ拒ミタル事實ヲ判示シタル趣旨ナリトセンカ債權者カ豫メ受領ヲ拒ミタル場合ニ於テモ債權者ヲ遲滯ニ附スルニハ債務者ニ於テ辨濟ノ準備ヲ整ヘタルコトヲ通知シ其ノ受領ヲ催告セサルヘカラサルニ被上告人カ催告ト同時ニ上告人ヲ遲滯ニ附セシムヘキ催告ヲモ包含スル事實ハ原審ノ認定セサル所ナレハ上告人ハ該催告ニ依リ同時ニ遲滯ニ附セラルヽノ理ナク要スルニ原審ハ上告人カ催告ノ日ニ於テ既ニ遲滯ニ在リ又ハ催告ト同時ニ遲滯ニ附セラレタル事實ヲ判示セサリシモノト云ハサルヘカラス然ラハ原審カ本件解除ヲ正當ナリト判示シタルハ違法ニシテ論旨第一點ハ其ノ理由アリ尤モ原審ハ前記事實ノ外尙被上告人ノ主張ヲ採用シ本件賣買ハ賣主勝手渡ノ約ナリト判示シタレトモ原審ハ又原判決理由冒頭ニ於テ當事者間爭ナキ事實トシテ三回ニ各一千貫宛ヲ受渡スルノ約ナルコトヲ確定シタルニ依リ之ヲ考フレハ右所謂賣主勝手渡トハ單ニ各月中受渡ノ日時等ニ關スルモノニシテ其ノ受渡ノ回數及數量ヲ任意增減シテ提供シ得ルノ意義ニ非スト解スルヲ妥當トス故ニ原審カ右ノ事實ヲ判示シタルカ爲ニ前記百五十貫ノ受領催告ヲ正當ノ提供ナリトシ從テ上告人ニ於テ遲滯ニ付セラレタリト判示シタルモノト解スルヲ得ス若又原審ハ被上告人ニ於テ每月一千貫宛ヲ提供スルコトヲ要セス隨意ニ分割提供スルコトヲ得ルノ意義ナリト解シタルモノニシテ從テ前記四月二十日過頃ニ於ケル百五十貫ノ受領催告ヲ正當ノ提供ナリトシ上告人カ之ニ應セサリシニ依リ遲滯ニ附セラレタリト判示シタル趣旨ナリトセンカ原判決ニハ前段說明ノ違法ハ之ナキコトニ歸着スト雖斯ル分割提供ヲ爲シ得ルノ事實ハ前記原審ノ確定シタル當事者間爭ナキ事實ト牴觸スルヲ以テ此ノ點ニ於テ理由齟齬ノ違法アリト謂ハサルヘカラサルノミナラス斯ル重要ナル點ニ關スル被上告人ノ主張ノ前後牴觸スルニ拘ラス何等釋明セシムルコトナク漫然審理判決シタルハ違法ニシテ論旨第十點後段ハ結局其ノ理由アリ要スルニ原判決ハ論旨第一點所論ノ違法アルカ然ラサレハ論旨第十點後段所論ノ違法アルコトヲ免レサルヲ以テ之ヲ破毀スヘキモノトス」(昭和二、五、一二、大判、判例彙報三八卷一六號一一二頁以下)。

コトヲ要スルモノトス」（昭和二、五、一九、大判、評論一六巻民法七三一頁）。

二二　「民法第五百四十一條ニ依リ契約ヲ解除セントスルニハ既ニ履行遲滯ニ付セラレタル當事者ノ一方ニ對シ相手方カ相當ノ期間ヲ定メテ其ノ履行ヲ催告スルコトヲ要シ未タ履行遲滯ノ責ナキ者ニ對シ右ノ如キ催告ヲ爲シタレハトテ解除權發生スルモノニ非ス」（昭和三、五、三一、名古屋地方判決、評論一七巻民法八七六頁）。

二三　「解除ノ前提タル履行ノ催告ハ其ノ催告ト同時ニ債務者ヲ遲滯ニ付スル場合ニ於テモ尚ホ其ノ效力ヲ生スヘク（大正十年六月三十日同年（オ）第二〇〇號判決參照）又債務ノ履行ニ付債權者ノ行爲ヲ要スルトキハ現實ニ辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シテ其ノ受領ヲ催告スルヲ以テ足ルモノナルカ故ニ上告人ノ住所ニ非サル富良野倉庫ニ於テ目的物ノ受渡ト同時ニ代金ノ支拂ヲ爲スヘキ本件賣買ニ於テハ被上告人カ代金支拂ヲ爲スニ付テハ債權者タル上告人ノ行爲ヲ要スルコト明ナルト共ニ原判決ノ認定シタル昭和二年十二月七日附被上告人ノ催告ハ同人ニ於テ代金支拂ノ準備ヲ爲シ上告人ニ對シ其ノ受領ヲ催告シタル趣旨ヲモ包含スルモノト解シ得ラルルヲ以テ被上告人ハ右催告ニ依リ上告人ヲ遲滯ニ附シタルモノト云ヒ得ヘク從テ該催告タルヤ解除ノ前提タル履行ノ催告トシテ適法ニシテ之ニ基ク解除ハ有效ナリト云ハサルヘカラス原判決ハ之ト異ナル見地ヨリシテ本件解除ノ有效ナルコトヲ判示シタルモ其ノ結局ノ判斷ニ於テハ正鵠ヲ失ハサルニヨリ論旨ハ採用セス」（昭和四、九、七、大判、新報二〇一號一一頁）。

二四　「民法第五百四十一條ニ依ル契約ノ解除ハ相手方ニ履行遲滯ノ責アルトコヲ前提トセルモノナレハ被上告人カ爲シタル本件履行ノ催告及解除ノ意思表示ニ因リ本訴ノ賣買契約カ有效ニ解除セラレタルコトヲ論斷センカ爲ニハ先ツ被上告人カ代金ノ提供ヲ爲シ上告人ヲ遲滯ニ附シタル事實ヲ確定スルコトヲ必要トス」（昭和五、一〇、一一、大判、新聞三一九九號八頁）。

二五　次の二個の判例は民法施行前の判例に屬するのであるが、此等の判例に依れば民法施行前に於ても原則として契約解除には債務者の遲滯を必要とし、唯例外の場合にのみ其の必要がないとせられたらしい。

(1)「債權者カ債務者ニ對シ債務履行ノ猶豫ヲ與ヘタル事跡ナク反テ他ノ事實ニ依リ其反對ノ意思ヲ知リ得ラルル場合ニハ必スシモ特ニ其債務者ヲ遲滯ニ付スルヲ要セス直ニ契約ノ解除ヲ請求スルコトヲ得」（明治二九、四、一〇、大判、二輯四卷三〇頁）。

(2)「義務ノ不履行ニ因リ契約ノ解除ヲ求ムルニハ相手方ヲ遲滯ニ付スルノ手續ヲ爲スヘキハ裁判上認ムル所ノ慣習ナリト雖モ相手方カ不當ノ主張ヲ爲シ以テ義務ヲ履行セサル事實明確ナル場合ニ於テハ更ニ遲滯ニ付スルノ手續ヲ爲スノ要ナシ」（明治三一、三、一四、大判、四輯三卷二七頁、抄錄一卷六九頁）。

以上に掲げたるが如く我が判例法は多年に亘って契約解除には債務者の故意過失を必要とせざる趣旨の判例は發見に困難である。

(e)民法の規定する債務の不履行に關して諸種の場合がある。

(1)第四百十五條の債務者遲滯の場合に於ける債務者の不履行、

(2)第五百四十一條前段の非定期行爲の解除に關する債權者の催告前の債務者の不履行、

(3)同條後段の債權者の催告後の債務者の不履行、

(4)第五百四十二條の定期行爲の解除に關する債務者の不履行（絕對的定期行爲の不履行、相對的定期行爲の不履行）等の如し。

右の中、(1)の第四百十五條の債務者遲滯の場合に於ける不履行に過失を必要とするや否や、及び(2)の第五百四十一條前段の非定期行爲の解除に關する債權者の催告前の債務者の不履行に過失を必要とするや否やに關しては既に說明したる所である。

(3)(4)の場合に關しては、後に說明するであらう。

第五項　債務者の履行拒絶

債務者が履行期前、履行拒絶の意思表示を爲したる場合に之を理由として解除を爲すことを得るや否や。履行期の到來を待つことを要するや否や。

債務者が履行期又は履行期後に於て履行を拒絶したる場合の效力如何等の問題は後に催告に關して說明するであらう。

第六項　債權者の受領遲滯と債務不履行（受領義務）

債務の履行は、(a)例へば不作爲債務の如く、債務者一方のみの給付行爲によつて成立する場合もある。(b)又、例へば、債務者が債權者の選定すべき土地の上に、債權者の提供する材料を以て家屋の建築を爲すべき債務、又は債務者が債權者の肖像畫を描く債務の如く、債務の履行に債權者の協力あることを絕對必要とし、債權者の協力がなければ、債務者の給付行爲自體が成立せざる場合があり得る。(c)又、例へば、金錢其他の物の給付債務の如く、債務者の給付行爲自體には債權者の協力を必要としないけれども、債權者の受領によりて始めて履行が完成せられ得る場合があり得る。

斯の如き債務の履行に債權者の協力を必要とする場合に在りて、債權者の協力は債權者の義務なることは疑ないけれども、其の義務は特殊の義務として、特殊の規定（例へば四一三）に服すべきものなるか、又は其の義務は債務であつて、其の違反は債務不履行を惹起するものなるかは從來爭ある所である。

（一）第一說

第一說の主張に依れば、債權者は債權の效力として債務者に對して給付を請求し得べき權利を有する。受領、又は、協力の債務を負擔するものではない。受領、協力等を債權者が債務者に對して負擔する債務と爲さんが爲めには特に契約又は特別の規定（獨民四三三、六五一）を必要とするものである。蓋し、我が民法が債權者の受領、又は協力を以て債權者の債務なりと考へて居るならば債權者の受領遲滯は受領債務の遲滯に外ならないのであるから、債務者遲滯（四一二）の制度を設くるを以て足れりとすべきである。然るに、民法は債務者遲滯の外に債權者遲滯（四一三）の制度を設けて居るのであるから、民法は債權者の受領義務を以て債務と爲して居ないものと考ふべきである。從つて、債權者の受領義務、又は協力義務の違反を以て債務不履行として考へて居ないものと解すべきものであるとする。

此の債權者に受領義務（Annahmepflicht, Abnahmepflicht）なしと爲す說が從來の通說であり、又、多數の判例の存する所である。

石坂氏六〇五頁、六三六頁、大綱一一九頁、志林一四卷一二號七五頁、三潴氏債權法提要總論上册一五五頁、末弘氏各論二四一

頁、入江氏總論五〇頁、一四六頁、中島氏釋義三六一頁、鳩山氏總論一七〇頁、一七一頁、「債權者ノ遲滯」法協三四卷八號、一二號、川名氏二三五頁、横田氏二四四頁、新報三二卷六號、東季彦氏債權法總論五七頁、乾氏「債權者ノ引取義務」志林一一卷四號四〇三頁、石田氏講義二二九頁、勝本氏中卷(3)四七頁以下、一七二頁、一七五頁、磯谷氏一九三頁、林氏一四〇頁、嘉山氏二三頁、沼氏一四一頁、柚木氏「辨濟提供論」民商法雜誌二卷二號五〇頁。烏賀陽氏（二〇〇頁）は契約に因りても債權者に受領義務を負擔せしむることを得ないとせられる。

一　「賣買ニ於テ買主ハ其目的物ヲ受領スヘキ權利ヲ有スルモ之ヲ受領スヘキ義務ヲ負擔スルモノニ非ス隨テ買主カ賣買ノ目的物ノ受領ヲ拒絕シタリトセハ是レ權利ノ不行使ニシテ受領遲滯ノ責ヲ負フモ債務ノ不履行ニアラス賣主ハ之ヲ理由トシテ賣買ヲ解除シ得ヘカラス」（大正四、五、二九、大判、二一輯八六〇頁、抄錄五七卷一二八三五頁、評論四卷民法四七七頁、末弘氏各論二四一頁註2、疇道氏「買主ノ目的物引取ノ義務」最近大審院民法判例批評二一五頁以下、反對　森氏新聞一〇九七號）。

二　「賣買契約ニ於テ目的物ノ引渡ヲ受クルコトハ買主ノ權利ニシテ其義務ニアラサルカ故ニ賣買ノ目的タル綿絲ノ受渡ニ關シ當事者間ニ別段ノ特約アラサル場合ニ於テハ假令買主ニ於テ賣主ノ請求ニ應シ其引取ヲ爲ササリシニセヨ之ヲ以テ債務ノ不履行アリト爲スニ足ラサルハ勿論ナルノミナラス若シ買主カ相手方ノ正當ナル履行ノ提供アリタルニ拘ラス其ノ受領ヲ爲ササルトキハ債權者ノ受領遲滯ヲ生シ相手方タル賣主ハ爾後債務ノ不履行ニ因リ生スヘキ一切ノ責任ヲ免カレ且ツ一定ノ場合ニ買主ノ協力ナクシテ（供託若クハ自助賣却ニ因リ）債務ヲ免カルルコトヲ得ルニ至ルヘシト雖之カ爲メニ買主ニ損害賠償ノ義務ヲ生スルモノト解スルヲ得ス何トナレハ債權者ノ受領遲滯ハ契約解除ノ正當ナル原因タラサルヤ言ヲ俟タサルト同時ニ買主ニ於テ目的物ノ引取ヲ爲ササル一事ハ賣主ノ有スル代金請求權ニ何等ノ影響ヲモ及ホスモノニアラサルヲ以テ目的物ノ時價カ低落シタレハトテ賣主ハ約定代金ト低落シタル時價トノ差額ヲ損失スル理由アルヘカラサレハナリ」（大正四、六、二、大控判決、新聞一〇二五號二四頁）。

三　「買主ハ何等ノ特約ナキ限リハ賣主ニ對シ單ニ代金支拂ノ義務ヲ負擔スルニ止マリ賣買目的物件ニ付テハ引渡ノ請求權ヲ有シ何等之ヲ引取ルヘキ義務ヲ負擔セサルモノトス」（大正七、四、一七、東地判決、評論七卷民法五二九頁）。

四　「賣買契約ニ於テ目的物ノ引渡ヲ爲ス事ハ買主ノ權利ニシテ其義務ニ非サルカ故ニ其目的物ノ受渡ニ關シ當事者間ニ特約アラサル限リハ假令買主ニ於テ相手方ノ正當ナル履行ノ提供アリタルニ拘ラス其引取ヲ爲ササリシ事實アリトスルモ受領遲滯ノ責ヲ負フニ止マリ債務不履行ノ責ナキヲ以テ賣主ハ之レヲ理由トシテ賣買ヲ解除スル事ヲ得ス從テ賣主ハ買主ニ對シ依然トシテ約定代金ノ請求權ヲ保有スヘキカ故ニ目的物ノ時價カ低落シタリトスルモ其金額ト約定代金額トノ差額ヲ損失スルノ理由ナキモノトス」（大正八、五、二〇、大區判決、新聞一五五七號二二頁、評論八卷民法七〇七頁）。

五　「賣買契約ニ於テ買主ハ當事者ノ合意ニ因リ特ニ目的物受領ノ債務ヲ負ヒタル場合ヲ除ク外其目的物ヲ受領スヘキ權利ヲ有スルモ之ヲ受領スヘキ債務ヲ負擔スルコトナシ故ニ買主カ目的物ノ受領ヲ拒絕スルハ畢竟其債權ヲ行使セサルニ止マリ因テ債務不履行ノ責アリト云フコトヲ得サルヲ以テ賣主ハ之ヲ理由トシテ解除スルコトヲ得ス」（大正一〇、九、八、臺高上告部判決、新聞一九三〇號一五頁）。

六　「買主ハ其目的物ヲ受領スヘキ權利ヲ有スト雖モ特約ナキ限リ法律上當然之ヲ受領スヘキ義務アルモノニアラサルヲ以テ賣主ハ其受領遲滯ヲ理由トシテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ爲サルモノトス」（大正一〇、一二、一五、甲府地方判決、評論一〇卷民法一三三九頁）。

七　「賣買ノ目的物ノ引取ハ買主ノ義務ニアラサルヲ原則トスト雖契約ヲ以テ之カ引取ノ義務ヲ負擔スルコトヲ得サルニアラサルヲ以テ其ノ契約ノ存在スル以上ハ上告人ハ被上告人カ目的物ノ引取ヲ爲ササル場合ニ於テ其ノ義務不履行ヲ原因トシテ賣買契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ヘキモノト謂ハサルヲ得ス然ルニ原院カ前示ノ爭ナキ事實ヲ看過シ上告人ノ爲シタル解除ノ意思表示ヲ效力ナキモノト判斷シタルハ不法ナリ」（大正一一、一一、一、大判、新聞二〇七〇號一七頁）。

八　「原告ノ本訴請求ハ竹内式鐵筋コンクリート合資會社ハ富士水電株式會社ヨリ觀音橋發電所鐵筋コンクリート水壓管工事ヲ代金拾貳萬八千七百九拾七圓九拾錢ニテ請負ヒ工事着手時期ハ富士水電株式會社ヨリ工事着手命令アリタル後五週間内ト定メタリ然ルニ右富士水電株式會社ヨリハ其後工事着手命令ナキヲ以テ竹内式鐵筋コンクリート合資會社ノ右契約上ノ地位ヲ承繼シタル原

告ハ該契約ニ基キ被告ノ前主タル富士水電株式會社ニ對シ相當期間ヲ定メテ工事着手命令ヲ發セラルヘキコトヲ催告シタルモ之ニ應セサルヲ以テ右請負契約ヲ解除シタリ仍テ被告ニ對シ契約ノ履行ニ代ハルヘキ損害ノ賠償ヲ求ムト謂フニ在レトモ右ノ場合ニ於テ注文者カ工事着手命令ヲ發セサルハ債權者ノ爲スヘキ協力行爲ヲ爲ササリシニ止リ債權者遲滯ヲ生スルコトアルヘシト雖モ債權者ハ之カ爲メニ契約上ノ不履行ノ責ヲ負フヘキモノニアラス然ラハ原告カ富士水電株式會社ニ於テ右工事着手命令ヲ發セサルヲ理由トシテ民法第五百四十一條ニ基キ相當ノ期間ヲ定メテ工事着手命令ヲ發スヘキコトヲ催告シ之ニ應セサルニヨリ請負契約ヲ解除シ得ヘキモノニアラス從テ右ノ解除ヲ前提トシテ請負契約上ノ履行ニ代ル損害賠償ヲ求ムル原告ノ本訴請求ハ失當ナリト謂ハサルヘカラス」（昭和二、一一、五、東地判決、法律新報一三六號二五頁）。

（二）第二說

第二說の主張する所に依れば、我が民法は債權者の遲滯をも債務者の遲滯と同じく一種の履行遲滯なりとする考へに從つて居るものと解すべきであるとする。

蓋し、民法は第四百十二條に於て債務者遲滯の成立要件を規定し、其の效力を規定しない。又次に第四百十三條に於て債權者遲滯の成立要件を規定しつつ然かも亦其の效力を規定して居ない。而して、第四百十四條以下に於て現實的履行の請求、損害賠償の請求等債務者の履行遲滯の諸效力を規定して居ることから考へると、我が民法は債權者の遲滯を債務者の遲滯と同じく一種の履行遲滯なりとするものであるとする。

末弘氏現代法學全集債權總論一〇卷二四〇頁、新法學全集債權總論一七六頁、一八二頁、德積氏講義案四五頁、我妻氏債權法講義案二九〇頁、二八四頁、五一頁、岩波全書民法Ⅱ四四六頁、四四九頁、五一六頁、小池氏總論一六六頁以下、概說日本民法二四二頁、法學研究一四卷一號三九頁、岡村氏一〇三頁（義務なれども債務に非ざるものとする說）、森山氏二三七頁、牧野氏「民法の基本問題」四編一八八頁、梅氏要義三卷四一五條五七頁、森氏新聞一〇九七號。佛法の學說及び獨逸普通法の學說亦然り。

債權者に受領義務なしとするときは債務者は一方に於て契約の效力として債務の履行を強制せらるるに拘はらず、債權者が受領拒絕又は受領不能の狀態に在るときは、債務者は窮境に立ち、不利益を被むるのであるから、民法は或は供託の法理により、或は受領遲滯（mora accipiendi; Annahme-verzug）若くは債權者遲滯（mora creditoris; Verzug des Gläubigers）の法理によりて債務者を救濟せんとする。

併し、供託又は債務不履行に非ざる債權者遲滯の法理によりては債務者の不利益は完全に救濟せられ難い。債權法を支配する信義誠實の原則は債務の履行に對して最も强力なる支配を及ぼさねばならない。信義誠實の原則より見れば、債務の履行は債權者と債務者とが相互に協力することによりてのみ其の目的を達し得るのであるから、債權者の協力を債務として觀察することが妥當である。債權者に常に受領義務なしとすることは實際生活上、便宜でない。債權者に受領義務を認むることは社會生活上必要を感せしめられる。從つて、第二說の主張する所が正當である。

（三）特約による受領義務

第一說、第二說の何れによるを問はず當事者間に契約を以て、又は法律の規定を以て、債權者の受領義務（Annahmepflicht）を定めたるときは債權者の受領遲滯は契約解除の原因たる不履行と爲り、債務者の側より之れに基きて契約を解除することを得ること勿論である。獨逸民法は賣買（四三三Ⅱ）、請負（六四〇Ⅰ）に關して債權者に引取義務（Abnahmepflicht）を認めて居る。

其の他、瑞西債務法（二一一）、ソビエットロシア民法（一八〇、二二八）、中華國民法（三六七、五一二）等に於ても受領義務に關する明文を設けて居る。此等諸國の立法例は將來我が國に移植せられざるべからざる立法である。

契約、法律の規定以外に尙受領義務を認むべき場合は勝本氏中卷(3)五一頁以下に詳說せられて居る。

第三節　債權者が債務者に對して相當期間を定めて履行の催告を爲すことを要すること（第二要件）

非定期行爲の不履行に因る契約解除（五四一）は債權者が債務者に對して、相當期間を定めて履行の催告を爲すことを必要とする。卽ち、催告は此の場合に於て、契約解除の第二要件である。

第一款　催告の必要

非定期行爲の解除には其の前提要件として催告を必要とすること明文の示す所である。之れに關する判例も尠くない。蓋し、債務者が履行期に至るも尙債務の履行を爲さざる意思を有するものに非ず、或は業務の多忙により、或は何等かの一時的障害により之を履行せざる場合があるからである。然るに債權者が直に豫告なくして契約を解除するが如きは債務者に苛酷であり、取引の圓滿を期し難い。又當事者の意思にも反するからである。

一　「雙務契約ハ一方ニ於テ義務ヲ怠リタル事實アルモ他ノ一方ニ於テ何等ノ手續ヲモ盡サス當然其契約ヲ解除シ得ヘキモノニ非ス」（明治二九、一、二四、大判、二輯一卷七〇號）。

二　「不動產ノ賣買契約ヲ爲シタル者カ或ル一定ノ日時及ヒ一定ノ登記所ニ於テ登記ヲ受クヘキ旨約束シタルニ不拘當事者ノ一方カ其日時ニ於テ該登記所ニ來ラサリシトスルモ特約ナキ限リ之ヲ以テ催告ヲ俟タス直ニ該契約ヲ解除シ得サルモノトス」（明治四一年（ワ）五一一號大阪地方判決、新聞五四七號一二頁）。

三　「契約ヲ解除スルカ爲メニ其履行ノ催告ヲ爲スニ當リテハ當事者ノ一方ハ債務ヲ履行セサル相手方ニ對シ辨濟ヲ爲スヘキ場所ニ於テ履行ヲ爲スヘキ旨ノ催告ヲ爲スニ非サレハ其效ナキモノトス」（大正七、七、三、大判、二四輯一三八七頁、抄錄七九卷一八四四三頁、新聞一四六九號一七頁、評論七卷民法七九六頁）。

四　「賃借家屋ノ構造及造作ヲ賃貸人ノ承諾ヲ得スシテ著シク變更シ其價値ヲ減損セシメ物ノ用法ノ範圍ヲ超ヘタル使用收益ヲ爲シタル場合ニ於テモ賃貸人ハ特約又ハ右違反行爲停止義務ノ履行遲延アリタルコトヲ原因トシテ一般規定タル民法第五百四十一

條ニ依リテ契約ヲ解除スルハ格別右違反行爲ヲ原因トシテ直ニ契約ヲ解除スルコトヲ得サルモノトス」(大正八、九、二五、大阪區判決、新聞一六一九號一五頁、評論八卷民法一一八七頁)。

五　「賣買當事者一方ノ履行ノ拒絶ノミニ依リ解約ノ效果ハ生スヘキモノニアラス」(大正九、七、一四、長崎地方松本支部判決、評論九卷民法一一五一頁)。

六　大正一〇、一〇、六、大判、二七輯一七三八頁、新聞一九一九號二一頁、評論一〇卷民法一二二頁(後掲)。

七　「凡ソ双務契約ニ付相手方ノ義務不履行ヲ原因トシテ契約ノ解除ヲ爲サントセハ當事者間ニ特約アルカ又ハ民法第五百四十二條ニ規定スル如キ特別ノ場合ヲ除クノ外豫メ相當期間ヲ定メテ相手方ニ對シ義務ノ履行ヲ催告スルコトヲ要シ相手方ノ該期間ヲ徒過スルニ依リ初メテ解除シ得ヘキモノニシテ當事者ノ一方ニ義務不履行ノ事實アリタレハトテ他ノ一方ハ直ニ該契約ヲ解除シ得ルモノニアラス」(大正一五、五、二五、東控判決、新聞二六〇五號六三八頁)。

八　「定期行爲ニ非サル契約ノ解除權ハ當事者ノ一方カ其ノ債務ヲ履行セサル場合ニ於テ相手方カ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ、其期間内ニ履行ナキ時始メテ發生スルモノナルヲ以テ右ノ要件ヲ具備セサルニ於テハ假令契約解除ノ意思表示ヲ爲スモ其效ナキコト論ヲ俟タス」(昭和六、一二、日不詳、大判、法學一卷五號九五頁)。

併し乍ら、契約解除に付き催告を必要とする第二要件の具備は約定解除權には之れを必要としない。蓋し(1)右催告要件を規定する民法第五百四十一條の規定は法定解除權の發生要件を規定するものにして、約定解除權には適用がない。又(2)同條の規定は法定解除權の發生に必要なる要件である。既に解除權(約定解除權)が發生し居るに拘はらず、重ねて、其の發生要件の具備を必要とすべき理由はない。

結果同說　磯谷氏各論二六六頁、判例も亦之れを承認して居る。

一　「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カ債務ノ履行ヲ爲サ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付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頗ル苛酷ニ失シ又其利益ヲ害スルコト鮮少ナラサルカ故ニ法律上此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付與シタル場合ニ在リテハ此レ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」(明治三七、六、一八、大判、一〇輯六卷九四五頁、抄錄二二卷四二九〇頁)。

二　昭和一二、五、五、大判、(前掲)。

第二款　催告の性質

催告は債權者が債務者に對する債務の履行の請求であつて、其の性質は意思通知(Willensmitteilung)である。卽ち、準法律行爲に屬し、法律行爲に屬しない。

催告が法律行爲(單獨行爲)なりや、準法律行爲なりやに關しては爭ある所であるけれども、準法律行爲であると解すべきである。蓋し、催告は債權者が債務者に對して、債務の履行を欲する旨を表示するけれども、法律效果の發生を欲する意思を表示しない。催告の效力、例へば債務者遲滯、時效中斷

等の效力の發生には債權者が之れを欲したることを必要としない。法律は債權者が其の效力の發生を欲したると否とを問はず之れを附與するものなるが爲めである。又、催告に因りて新なる法律關係を發生するものに非ずして、單に債權の行使方法たるに過ぎないからである。

催告を意思通知なりとする說　石坂氏七四頁以下、四七四頁、四七五頁、「通知及と通知義務」改纂民法研究上卷三〇三頁、大綱九四頁、鳩山氏一三三頁、民法總論二七七頁、二八七頁、勝本氏中卷(2)一四〇頁、三潴氏一二〇頁、森山氏一九六頁、岡村氏八七頁、小池氏一四一頁、嘉山氏一八三頁、東氏五〇頁、大谷氏八三頁、沼氏要論七九頁、末川氏論叢一八卷六號一五〇頁、近藤、柚木兩氏九六頁。

反對說　中島氏一二七頁、釋義三卷上三二七頁、川名氏要論一五一頁。

後に掲ぐる大正三（ワ）三〇號大地判決（新聞九五三號一六頁）も催告を以て單獨行爲、卽ち、法律行爲として居る。

催告(Mahnung, interpellatio)は債權者が債務者に對して爲す履行請求を謂ふのであるから(一五三、四五二、五四一等)、其の以外の請求(Aufforderung)(一九、六一II、七九、一一四、四〇八、四五二、四五五、四九三、五四七、五八五、六三七等)とは嚴格に區別せらるべきである。併し、催告以外の請求も亦、法律行爲に非ずして、準法律行爲たる意思通知たることは同一である。我が民法に於ては催告の文字を眞正の催告と請求との各場合に混用して居る。

玆に謂ふ催告（五四一）は第四百十二條第三項の履行の請求と同一の性質を有する（石坂氏下卷二二八九頁註四、上卷四七四頁、鳩山氏二一一頁）。但、前者は相當期間を定むることを要するに反し、後者は之れを必要としない點が異なる。

第三款　催告の當事者

債務不履行に因る契約解除の要件としての履行の催告は債權者が債務者に對して之れを爲すことを要する。併し債權者、債務者が代理人を使用することを得るから。當事者以外の者が催告を爲すとも、代理の規定を準用することを妨げない。蓋し、催告は法律行爲ではないけれども、代理人の效力を生じない。

催告は單に權利取得要件に外ならないから、未成年者の爲す催告も有效である(四一)。從つて、辨濟の受領が債權の處分行爲たるが爲め、法定代理人の許可を必要とするのと其の性質を異にするところである。

尙、催告に關する諸問題は、石坂氏上卷四七六頁參照。

一　「催告ハ一方ノ意思表示ニ因ル單獨行爲ナルヲ以テ無權代理人カ之ヲ爲スニ於テハ原則トシテ當然無效ナルニ因リ民法第百十八條ノ適用アラサル限リ原告ヨリ保險金ノ請求ナキニ歸スルコト被告代理人所論ノ如シト雖被告會社ニ於テハ右催告ノアリシ當時白崎由太夫カ原告ノ後見人タルコトヲ爭ハスシテ五ニ交涉ヲ重ネタルコト前敍認定ノ如クナルノミナラス本訴ニ於テモ依然トシテ白崎由太夫カ原告ノ後見人タルコトヲ爭ハスシテ戶籍簿上ハ如何樣ニ記載サレアリトモ右請求當時白崎由太夫ハ事實上原告ノ後見人ナリシト論スルモノナルコト其主張自體ニ徵シ洵ニ明白ナルヲ以テ前記法條ニ則リ原告ヨリ右催告ヲ追認スルニ於テハ右催告ハ原告ニ對シ其行爲ノ當時ニ遡リテ其效力ヲ生スルモノト爲ササルヘカラス然リ而シテ大正三年四月廿日原告ノ法定代理人カ被告

會社ニ對シ白崎由太夫カ大正二年七月一日爲シタル本件保險金ノ催告ヲ追認シタルコトハ成立ニ爭ナキ甲第三號證ニ依リ明カナルヲ以テ右催告ハ被告會社ニ對シ原告ノ行爲トシテ有效ナリト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ被告會社ノ爲シタル本件保險契約解除ノ意思表示ハ無效ナルヲ以テ本件保險契約ハ依然トシテ存續シ居ルコトトナリ又白崎由太夫ノ爲シタル本件保險金ノ請求ニ對スル原告ノ追認ハ有效ナルヲ以テ保險金受取人タル原告ハ相當ノ手續ヲ盡シタルモノナルヘキカ故ニ被告會社ハ原告ニ對シ本件保險契約ニ基キ保險金ヲ支拂フノ義務アルモノト認メサルヘカラス」（大正三（ワ）三〇號、大地判決、新聞九五三號一六頁）。

二　「契約ヲ解除スルカ爲メニ其履行ノ催告ヲ爲スニ當リテハ當事者ノ一方ハ債務ヲ履行セサル相手方ニ對シ辨濟ヲ爲スヘキ場所ニ於テ履行ヲ爲スヘキ旨ノ催告ヲ爲スニ非サレハ其效ナキモノトス」（大正七、七、三、大判、二四輯一三八七頁、抄錄七九卷一八四四三頁、新聞一四六九號一七頁、評論七卷民法七九六頁）。

三　「賃借人ハ甲一人ニシテ乙ハ宅地ノ使用ニ付キ甲トノ間ニ一種ノ利害關係ヲ有スルニ止マリテ共同賃借人ニ非サルコト明カナル場合ニ甲ニ於テ賃貸借ノ義務不履行ヲ理由トシテ賃貸借契約ヲ解除スルニハ甲ヨリ賃貸人丙ニ對シ相當ノ期間ヲ定メテ義務ノ履行ヲ催告スルコトヲ必要トスルモノニシテ賃借人ニ非サル乙カ自己モ亦契約上ノ權利ヲ有スト主張シ賃貸人丙ニ對シテ義務ノ履行ヲ催告シタリトテ之ヲ以テ賃貸借契約ノ解除ニ必要ナル履行催告ノ條件ヲ充タシタルモノト謂フヲ得サルモノトス」（大正一〇、一〇、六、大判、二七輯一七三八頁、新聞一九一九號二一頁、評論一〇卷民法一二二頁）。

四　大正一五、五、二五、東控判決、新聞二六〇五號六三八頁（前揭）。

五　「株主死亡シテ既ニ其ノ記名株式カ相續人ニ移轉シタル場合ニ於テモ未タ株主名簿ニ之カ名義書換ノ記載ヲ爲ササル限リ會社カ株主名簿ニ記載シアル被相續人名義ノ下ニ其ノ住所宛ニテ爲シタル通知又ハ催告ハ會社カ信義ノ原則ニ背キ惡意ニテ爲シタル場合ノ外ノ場合ヲ除キ相續人ニ對シテ其ノ效力ヲ生スルモノト解スルノ妥當ナルコト商法第百七十二條ノ二ノ規定ニ照シテ考フルモ疑ナキ所ニシテ相續人カ書換手續ヲ爲スノ義務ヲ有スルヤ否ニ關係ナキモノナリ」（昭和八、九、二〇、大判、一二卷二一七七頁、石井照久氏評釋、昭和八年度判例民事法五五四頁以下、同趣旨、昭和九、九、二〇、大判、一二卷二一號二一七七頁、昭和一〇、三、一五、大判、一四卷四號三六三頁、田中誠二氏評釋昭和十年度判例民事法一〇七頁以下、伊澤氏民商法雜誌二卷二號三二六頁、大森氏論叢三三卷二號三四四頁）。

株金拂込の催告に關しては其の株主が死亡したる場合にも、死亡者に對して催告を爲せば足ることを判例として居る。蓋し、商法第百七十二條ノ二の規定の類推によるのであらう。然し、契約解除權の發生要件たる催告に關しては、此の理論を適用出來ない。

第四款　催告の方法

民法は催告に關して、方式を必要とする旨の規定を設けて居ないのであるから、催告には方式を必要としない。書面を以て之れを爲すと、電話を以て之を爲すとを問はない。催告の文字を用ふると否とを問はない。催告の文字を用ふるとは、債權者は催告を爲したること、其の日時、及び內容の證據を保存せざるときは、催告を爲すとも、催告を爲したる實益がないのであるから、實際に於ては、內容證明郵便を以て之を爲し、且、其の配達證明をとり置くことが必要であり、又實際、此の方法が最も頻繁に行はれて居る。

催告の方法には何等の制限がないけれども、隔地者間に於ては、其の催告が到達することを要する。催告は法律行爲ではないけれども第九十七條の準用があるものと解せざるを得ない。

一　「債務履行ノ催告ハ口頭又ハ私書ヲ以テスルモ其效アリトス」（明治三二、三、一〇、大判、五輯三卷一二頁）。

二　「債權者カ債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スニハ親シク履行地ニ臨ミテ其引渡ヲ求ムルコトヲ要スルモノニ非ス」（大正一四、一一、二八、東控判決、評論一五卷民法六七五頁）。

催告は私法上の行爲であつて其の效力は民法の原則によりて定むべきである。從つて、裁判上たると裁判外たるとを問はず、之れを爲し得る。如何なる方法によるも其の意思通知が債務者に到達すれば足るのである。從つて、裁判上の催告は訴の提起のみを以ては足らない。訴狀の送達又は辯論期日に於て、其の表示が債務者に對して爲されねばならない。訴が不適法なると、取下となるとは關係がない。裁判上の催告は確認訴訟を以ては足らない、給付訴訟たるを要する。

催告は裁判上の請求の場合には訴狀が相手方に送達せらるることを要するものとする說　雉本氏「訴ニ依ル履行請求ノ效力」判例批評錄一卷一三七頁以下、中島氏釋義三卷上三二八頁、勝本氏中卷(2)一四三頁、近藤、柚木兩氏九七頁、遊佐氏四九七頁、森山氏一九七頁、鳩山氏一三四頁、磯谷氏一五二頁、東氏五一頁、三潴氏一二二頁、沼氏要論八〇頁。

一　明治三九、六、二八、東控判決、新聞三六五號二〇頁。

二　明治四一、三、一〇、大判、一四輯二五一頁。

三　大正二、一二、二二、大判、一九輯一〇五〇頁。

四　大正一〇、五、二七、大判、二七輯九六三頁。

五　「履行ノ請求ハ債務ノ履行ヲ促ス意思ノ發表ニシテ私法上ノ行爲ナレハ之カ效果ハ一ニ民法ノ規定ニ從ヒ之ヲ定メサルヘカラス給付ノ訴ニ於テ履行ノ請求ヲ爲ス場合ト雖モ訴ノ提起カ履行請求ノ效力ヲ生スルモノニ非スシテ訴狀ニ包含セラレタル債務ノ履行ヲ促スノ私法上ノ意思ノ發表カ訴狀ノ送達ヲ以テ相手方ニ到達スルニ因リテ履行請求ノ效力ヲ生スルモノナリ故ニ訴ノ提起カ訴訟法上有效ナラサリシト否ト後ニ訴ノ取下アリタルト否トハ履行請求ノ私法上ノ效力ニ何等ノ影響ヲ及ホサス」（大正二、六、一九、大判、一九輯一六卷四六三頁、雉本氏「訴ニ依ル履行請求ノ效力」京法九卷一號、民法研究三卷四七三頁以下）。

訴提起の時より遲滯の效力を生するものとする說　石坂氏大綱九四頁、九六頁、同氏「訴ニ依ル履行請求ノ效力」京法九卷一號一五七頁、民法研究三卷四七五頁（石坂說に對する非難に關しては雉本氏前揭參照）。

一　明治三六、六、二三、大判、九輯七八一頁。

二　明治三九、一二、一一、大判、一二輯一六一二頁。

訴の提起が無效取下となるも催告の效力に影響なしとする說　勝本氏中卷(2)一四三頁、森山氏一九七頁、雉本氏「訴ニ依ル履行請求ノ效力」判例批評錄一卷一三七頁以下。

一　明治四一、三、一〇、大判、一四輯二五一頁。

二　大正二、六、一九、大判、一九輯四六三頁、前揭。

三　大正二、一二、二二、大判、一九輯一〇五〇頁。

債務者の住所不明なるときは、訴訟上に在りては公示催告によるを得れども、訴訟外に於ては不在者の財產管理人を選任する以外に(二五以下)、催告の方法がない。債務者が履行を拒絕したる場合には催告を不必要とする說に從ふときは逃亡によりて債務者が履行拒絕の意思あるものと認定し得るから、催告を待たずして履行遲滯となる。債務者が突然履行期に不在となりたるときは逃亡と推定し得

る。

逃亡を履行拒絶と見る說　勝本氏中卷(2)一四一頁、近藤、柚木兩氏九八頁。

第五款　催告を爲すべき場所

催告を爲すべき場所と債務履行の場所若くは履行提供の場所とは全然別個の觀念である。從つて、催告は履行の場所、若くは、履行提供の場所に於て爲すことを必要としない。催告は唯其の意思通知を債務者に到達せしむるを以て足り、債務者が何れの場所に在るを問はない。唯、對話者間の催告については、信義誠實の原則に反する場所、換言すれば通常の取引範圍に屬せざる場所に於て催告を爲すは無效である。例へば劇場に於て觀劇中に爲す催告の如し。

石坂氏上卷四八二頁、同所引用の獨逸學說參照。

第六款　催告を爲すべき時期

(一)　履行期到來後の催告

催告は履行期到來後は何時にても之れを爲すことを得る。卽ち、確定期限の場合(四一二I)には期限到來の時より之れを爲すことを得る。履行期が不確定期限なるときは(四一二II)、債務者が其の期限の到來を知ると否とを問はず、其の期限到來の時より催告を爲すを得る。債務者が催告により期限の到來を知る場合もあり得る。

履行期の定めなき場合(四一二III)は特約又は法律の規定等あらざる限り、債權の成立と同時に履行期は到來するが故に、債權者は債權發生後は何時にても催告を爲すことを得る。債務者は催告期間經過と同時に遲滯に付せられる。

(二)　履行期到來前の催告

第五百四十一條の催告は履行期到來前に於て之れを爲し得るや否やは爭がある。併し、肯定說を正當とすべきである。

(a)債務者が履行期に履行を爲さざることは催告の效力發生要件であつて、催告を爲すべき要件ではない。履行期は催告を爲すことを得べき時期を定むるものではない。(b)又催告には條件を附すること を得るから、債權者は履行期到來前に於ても債務者が履行を爲さざることを條件として催告を爲すことを得る。

又(c)履行期前に催告を爲すことを得るものとするも之れが爲めに債務者は何等の不利益を被らない。此の場合の相當期間は催告書の到達の時より起算するものに非ずして、履行期より之れを起算す

べきものなるが爲めである。

同說　石坂氏下巻二二八三頁、二二八四頁、同氏下巻二二八九頁註九に引用の獨逸文獻。

反對說　Oertmann Nr. 2 a. 磯谷氏各論二六三頁、三潴氏契約總論（現代法學全集）一一五頁。

判例は履行期前の催告を無效とする。

一「按スルニ原審ハ被上告人ニ對シ莫大小三千貫ヲ賣渡シ大正九年四月五月六月ノ三回ニ各一千貫宛名古屋驛前ニ於テ代金引換ニ受渡ヲ爲スヘキコトヲ約シ同年四月二十日過頃四月分一千貫ノ内百五十貫ノ引渡準備ヲ整ヘタル上告人ニ對シ其ノ受領ヲ催告シタルニ上告人ハ只管猶豫ヲ乞ヒ本訴物件ノ受領ヲ回避シタル事實及被上告人ハ上告人ニ對シ四月分ノ一千貫ニ付キ五月四日付ヲ以テ同月十日ヲ期シ約旨ニ從ヒ受渡ヲ爲スヘク若シ之ニ應セサルニ於テハ本件賣買契約ヲ解除スヘキ旨通告シ同月十日以前ニ目的物一千貫引渡ノ準備ヲ整ヘタルニ上告人ハ右催告ニ應セサリシ事實ヲ認定シ以テ本件契約ハ適法ニ解除セラレタリト判示シタリ然レトモ契約解除ノ前提タル履行ノ催告ヲ爲スニハ債務者カ既ニ遲滯ニ在ルカ若ハ遲クトモ其ノ催告ト同時ニ遲滯ニ附セラルヽヲ要スルコト當院ノ判例トスル所ナレハ（大正十年（オ）第二百號同年六月三十日當院判決參照）原審カ本件解除ヲ正當ナリトスルニハ五月四日ノ催告以前ニ上告人カ既ニ遲滯ニ在リタルカ若ハ右催告ト同時ニ遲滯ニ附セラレタルコトヲ判示セサルヘカラス然ニ前記原判示ノ四月二十日過頃ノ百五十貫ノ受領催告ハ其ノ數量ニ於テ每回一千貫宛受渡ヲ爲スヘシトノ當事者間ノ約旨ニ副ハス卽債務ノ本旨ニ從ヒタルモノト云フヘカラサルカ故ニ正當ノ提供トナラス從テ上告人ハ此ノ催告ニ應セサリシカ爲ニ遲滯ニ附セラルヽモノニ非ス又上告人カ本訴物件ノ受領ヲ回避シタリトノ前記原審ノ認定ハ上告人ニ於テ豫メ目的物ノ受領ヲ拒ミタル事實ヲ判示シタル趣旨ナリトセンカ債權者カ豫メ受領ヲ拒ミタル場合ニ於テモ債權者ヲ遲滯ニ附スルニハ債務者ニ於テ辨濟ノ準備ヲ整ヘタル事ヲ通知シ其ノ受領ヲ催告セサルヘカラサルニ被上告人カ催告ノ日ナル五月四日ニ於テ辨濟ノ準備ヲ整ヘ居リタル事實及被上告人ノ爲シタル催告カ該催告ト同時ニ上告人ヲ遲滯ニ付セシムヘキ催告ヲモ包含スル事實ハ原審ノ認定セサル所ナレハ上告人ハ該催告ニヨリ同時ニ遲滯ニ付セラルヽノ理ナク要スルニ原審ハ上告人カ催告ノ日ニ於テ既ニ遲滯ニ在リ又ハ催告ト同時ニ遲滯ニ付セラレタル事實ヲ判示セサリシモノト云ハサルヘカラス然ラハ原審カ本件解除ヲ正當ナリト判示シタルハ違法ニシテ論旨第一點ハ其ノ理由アリ」（昭和二、五、一六、大判、新聞二七〇二號八頁）。

二「契約解除ノ前提要件タル履行ノ催告ハ債務ノ履行期カ到來シ而モ其履行無キトキ相當ノ期間ヲ定メテ催告スコトヲ要スルモノニシテ債務カ其履行期ニアラサル以前ニ豫メ履行期到來シタルトキハ其支拂ヲ爲スヘキ旨ノ催告ヲ爲スモ之ヲ以テ契約解除ノ前提タル履行ノ催告ト謂フヲ得サルモノトス從テ本件ニ於テ前期大正十五年一月分賃料ニ付キテハ右賃料債務不履行ヲ原因トシテ爲ス契約解除ノ前提タル有效ナル催告ナカリシモノト云ハサルヲ得ス然レトモ大正十四年九月一日以降同年十二月三十一日迄ノ賃料ニ付テハ右催告ノ當時履行期到來シ居リタルコト明カナルヲ以テ前記催告ハ其ノ請求シ得ヘキ額ヲ超ヘタルモノトスルモ尙右大正十四年九月一日以降同年十二月三十一日迄ノ賃料ノ催告タルヲ失ハス而モ右催告ニ定メタル期間ハ之ヲ相當ト認ムヘキヲ以テ被告ニ於テ右催告期間内ニ其支拂或ハ其提供ヲナシタルカ又ハソノ支拂ヲ爲サヽルニ付キ正當ナル理由アリシコトヲ主張シ且立證セサル限リ本件契約ハ前記催告期間滿了ノ日ニ於テ有效ニ解除セラレ得ヘキモノト謂ハサルヘカラス」（昭和二、一〇、四、東地判決、新聞二七五三號六七四五頁）。

三「原判決ノ認定ニ依レハ本件石炭賣買契約ニ於テハ買主ヨリ賣主ニ對シ保證金千圓ヲ交付スル約旨ニシテ契約締結ノ日上告人ハ被上告人ニ對シ右保證金トシテ金額千圓ノ小切手ヲ交付シタルモ此小切手ハ支拂拒絶トナリ其ノ後昭和二年三月十九日ニ至リ始メテ其支拂アリタルノミナラス右契約ハ被上告人ニ於テ右保證金從テ小切手金ノ支拂ヲ受クルト否トニ拘ラス上告人ニ對シ石炭ヲ送附スヘキ趣旨ニ非スト云フニ在ルヲ以テ之ヨリ推考スレハ原判示ノ如ク被上告人ハ右小切手金ノ支拂前ニ於テハ上告人ニ對シ契約所定ノ數量ノ石炭ヲ送附セサルモ未タ履行遲滯ノ責ニ任セサルモノト解セサルヘカラス然ラハ昭和二年三月十五日上告人ヨリ被上告人ニ對シ契約數量ノ送炭ナキ事實ヲ理由トシテ昭和二年二月末日迄ニ送附ヲ受クヘキ分中十車分ヲ十日内ニ送附スヘキ旨ノ催告及其ノ不履行ヲ條件トスル契約解除ノ意思表示ヲ爲シタル當時ニ於テハ被上告人ハ石炭送附ノ債務ニツキ履行ノ遲滯ニ在リタルモノニ非サルハ勿論右催告ト同時ニ遲滯ニ付セラレタルモノニ非サルヲ以テ解除ノ前提タル右ノ催告及ヒ解除ノ意思表示ハ之ヲ

適法ナラサルモノト謂フヘク縦令上告人ニ於テ催告期間中途前記小切手金ノ支拂ヲ爲スモ之ニ因リ該催告及解除ノ意思表示ヲ適法ナラシムルコトヲ得サルハ勿論ナリトス」（昭和六、一〇、一〇、大判、法學一卷三號一二二頁）。

第七款　催告の内容

第一　債務の同一性を知るべき表示

催告は孰れの債務に關するものなるやを知り得るものなることは必要である。數個の債務關係が同一當事者間に存在する場合には殊に其の催告が孰れの債務に對する催告なるかを明示することが必要である。數個の債務に對する催告が一通の書面を以て爲さるることは固より差支へない。

催告の内容は債權の内容と符合することを要するけれども、其の僅少なる一部が符合せざるも、即ち、數額に僅少の差異あるも、爲めに請求の目的たる債權の同一性を誤認せしむる虞なきときは、尚有效なる催告である。

尚本問題に關しては、次に說明する過大なる催告、過少なる催告の效力に關する說明を參照せられたい。

同說　末弘氏各論二四七頁、鳩山氏總論二三四頁、石坂氏大綱九四頁、嘉山氏一八四頁、江川氏評釋、昭和二年度判例民事法一二三頁、沼氏要論八一頁、末川氏論叢一八卷六號一五〇頁、小池氏一四二頁、森山氏一九八頁、林氏八〇頁。

一　「契約解除ノ前提トシテ爲スヘキ債務履行ノ催告ハ債務ノ不履行アル場合ニ之カ履行ヲ促ス目的ニ出ツルヲ以テ苟クモ債務者ニ不履行ノ事實アリテ其債務ニ關スル履行ノ催告ナルコトヲ認メ得ヘキ場合ニ於テハ假令當事者間ニ債務額ニ爭ヒアルカ爲メ多少實際ニ副ハサル數額ニ付キ支拂ヲ求メタリトスルモ此ノ一事ヲ以テ直チニ其催告ハ不適法ニシテ法律上ノ效力ナキモノト云フヲ得ス」（明治四四年（ネ）一二七號東控判決、新聞七五五號二二頁）。

二　「履行催告中ノ一部ニ不穩當ノ廉アルモ之カ爲メ其催告ヲ無效トシ不履行ノ責ヲ免ルルモノト爲スヲ得ス」（明治四四、一、二五、東控判決、最近判八卷六五頁）。

三　次の判例は催告金額不定の催告を無效として居る。併し、催告金額が事實不定にして債務者が履行を爲すこと能はざる場合は格別であるが、然らざる場合には債權の同一性を害せざる限り有效なる催告と見るべきであらう。

「控訴代理人ハ該貸金ハ大正二年三月ヨリ漸次辨濟スルノ約ナルニ被控訴人ハ同年三四月分ノ月賦辨濟金ヲ支拂ハサルニ付相當期間ヲ定メタル催告ニ及ヒタルモ尚其履行ヲ爲ササルヲ以テ該割賦辨濟ニ關スル特約ハ解除セラレタルニヨリ一時ニ全部ノ支拂ヲ求ムルニアリトノ旨主張スレトモ其提出ノ右甲第一號證ニヨレハ本件債權ハ單ニ每月仕事上リ高ノ内ヨリ支拂フヘキコトヲ定メタルニ止マリ每月幾何ノ金額ヲ支拂フヘキモノナルヤハ一ニ被控訴人ノ自由ニ委シタルモノト解スルノ外ナク從テ其給付ノ内容不確定ニシテ毫モ債務者ノ自由ヲ拘束スルニ足ラサルヲ以テ如斯約款ハ法律上效力ナク結局該約定ハ之レカ添付ナキモノト同一視スヘキモノトスサレハ本件債務ハ初メヨリ返還ノ時期ヲ定メサリシ消費貸借ト看做スヘキモノナルヲ以テ貸主ニ於テ相當ノ期間ヲ定メテ其支拂ヲ催告セハ借主ハ一時ニ之レカ全部ヲ支拂ハサルヘカラサル筋合ナルカ故ニ控訴人ノ爲シタル割賦辨濟ニ關スル特約ノ解除ハ全ク無用ノ手續ヲ盡シタルモノト云ハサルヘカラス然リ而シテ甲第二號證ノ一二ニヨレハ控訴人カ三日内ニ大正二年三四月分ノ辨濟金ヲ支拂フヘキ旨ノ催告ニ及ヒタルコト明白ナレトモ其支拂請求ハ金額不定ナルヲ以テ該催告ハ未タ以テ一定ノ金員ニ對シ支拂ノ催告アリタルモノト看ルヲ得ス」（大正二、七、二八、東地判決、新聞八九二號三三六頁）。

四　「債權者カ債務者ニ對シ既ニ辨濟期ノ到來シタル三箇以上ノ債權ヲ有スル場合ニ之レカ返濟ノ督促ヲ爲スニ當リ右數個ノ債

權ニ付キ同時ニ之カ辨濟ノ請求ヲ爲シタリヤ又ハ其內ノ一箇ニ付キ請求ヲ爲シタリヤニ付キ爭アルトキハ其主張者ニ於テ之カ擧證ヲ爲スノ責アリ斯ル場合ニ辨濟期ノ到來セル總テノ債權ニ付キ同時ニ請求スルヲ普通ノ事態トナシ右擧證ヲ免除スヘキ實驗則ナルモノ存在セス」(大正五、七、五、大判、二二輯一三二一頁、抄錄六七卷一四八六二頁、新聞一一五九號三二頁)。

五　「契約解除ノ前提トシテ爲スヘキ債務履行ノ催告ハ債務ノ不履行アル場合ニ其履行ヲ促ス目的ヲ以テ爲サルルモノナルヲ以テ苟モ債務者ニ不履行ノ事實アリテ其債務ニ關スル履行ノ催告ナルコトヲ認メ得ル場合ニ於テハ多少實際ニ副ハサル數額ニ付キ支拂ヲ求メタリトスルモ此一事ヲ以テ直チニ其催告ヲ不適法ナルモノト謂フヲ得ス本件ニ於テ控訴人ニ債務不履行ノ事實アルコトハ前段說示ノ如クニシテ被控訴人ノ爲シタル催告カ本件延滯賃料ニ關スル催告ナルコトハ當事者間ニ爭ナキ其催告ノ旨趣ニ依リテ之ヲ認メ得ヘキカ故ニ縱シヤ數額ニ於テ過當ノ點アリトスルモ右催告ハ之ヲ目シテ不適法ノモノト爲スコトヲ得サルモノトス從テ之ヲ前提トセル本件契約解除ノ通知モ不適法ノモノト謂フヲ得ス」(大正九、七、一三、東控判決、評論九卷民法一〇九四頁)。

六　「催告書ニ表示ノ金額カ實在ノ請求金額ヨリ過大ナルモ其ノ差額カ僅少ニシテ結局該催告書ニ依ル催告カ實在ノ請求金ニ對スル催告ナリト認得ラルル限リ履行ノ催告トシテ有效タルコトヲ失ハサルヲ以テ本件ニ付原審カ所論日附ノ催告書發送當時上告人ニ金五百九十三圓九十錢ノ延滯賃料存セルコトヲ認メ從テ催告書記載ノ金六百十三圓二十五錢ノ賃料額ハ過大ニ失スルモ敍上ノ理由ニ依リ履行ノ催告トシテ有效ナルコトヲ判示シタルハ正當ナリトス」(昭和八、一二、一四、大判、法學三卷五號七七頁)。

七　「契約解除ノ前提タルヘキ履行ノ催告ハ債務不履行ノ存スル場合ニ其ノ履行ヲ促ス目的ノ下ニ爲サルルモノナルカ故ニ苟モ當該不履行ノ債務ニ關スル催告ナルコトヲ認識シ得ヘキモノナル以上、縱令其ノ催告カ實際ノ債務ト金額ノ點ニ於テ多少一致セサル所アリトスルモ單ニ此一事ノミニ依リテ直ニ催告ヲ不適當ト速斷スヘカラス而シテ本件ニ付原判決ノ確定スル事實ニ依レハ被上告人ノ爲シタル一ケ月一坪金十九錢ノ割合ニ依ル所論催告ハ本來ノ約定賃料ニ從ヒタルモノニシテ偶々上告人カ借地法ノ規定ニ依リ賃料減額ノ請求ヲ爲シ裁判所ニ於テ一ケ月一坪金十七錢割ノ賃料ヲ相當トストノ裁定ヲ爲シタル結果上告人ノ支拂フヘキ實際ノ賃料額トノ間ニ多少ノ差異ヲ見ルニ至リシモ右ノ催告カ係爭延滯賃料ノ債務ニ對スル催告ナルコトハ之ヲ疑フノ餘地ナキモノト認ムヘキカ故ニ該催告ヲ以テ所論ノ如ク法律上效力ナキモノト謂フコト能ハス」(昭和九、五、八、大判、法學三卷一一號九〇頁)。

第二　債務發生原因の表示

催告には必ずしも、債務の發生原因を表示する必要はない。如何なる債務に對する催告なるかを知り得るを以て足るものと解すべきである。

第三　解除の豫告の表示

催告の內容は債務者の履行を督促すれば足る。解除の豫告を必要としない。

第四　履行期及び履行場所の表示

催告には必ずしも、契約に定むる履行期又は履行場所を表示することを必要としない。唯、債務者が催告せらるる債務が如何なる債務なるかの同一性を覺知し得るを以て足る。

唯、契約解除の前提としての催告には債務者が其の履行を爲すべき相當期間の表示を必要とすることと後に說明するが如し。

一　「賣主カ物品引渡ノ場所ヲ指定シテ之ヲ買主ニ通知セス買主カ該引渡場所ヲ知ラサリシトスルモ買主ニ於テ誠實ニ取引スルノ意思アラハ賣主ニ對スル一片ノ問合セニ依リ直ニ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシモノナル場合ニハ信義ノ原則ニ依リ買主ハ右問合セヲ爲スコトヲ要シ之ヲ怠リタルニ於テハ賣主ノ代金支拂ノ催告ニ基キ遲滯ノ責ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス」(大正一四、一二、三、大判、四卷六九〇頁、評論一四卷民法八二五頁)。

二　「甲カ乙ニ對シ一定期限ヲ定メテ登記手續ヲ爲ス可キ旨催告シタル場合右催告カ右期間ノ末日ヲ以テ甲ニ於テ登記所ニ出頭スヘキニ依リ乙モ亦來會シテ登記手續ヲ爲ス可シト謂フニ在ルカ又ハ期間內甲若クハ其代理人日々登記所ニ出頭スヘク囑ラサルモ相當ノ手配ヲ講シアルニ付乙サヘ隨時出頭スル時ハ登記手續ヲ完了スルヲ得ヘシト謂フニ在ルカニ在ラサルニ於テハ當該登記手續カ乙單獨ニテ完了シ得サルモノナルトキハ乙ニ於テ右ノ催告ニ應シ其登記義務ヲ履行セムトスルトキハ乙ハ右期間中日々登記所ニ出頭シテ甲ノ來會ヲ待ツカ或ハ進テ甲ト交涉シ双方ヨリ登記所ニ出頭スヘキ日時ヲ協定セサル可ラサルモノニシテ乙ニ於テ此等ノ煩勞ヲ敢テセサリシ結果當該登記ヲ竟ニ爲スヲ得サルニ至リタル場合ニ於テ右ノ催告ヲ以テ有效ナリトシ乙ニ歸スルニ不履行ノ責ヲ以テスルヲ得サルモノトス」（昭和五、四、一九、大判、評論一九卷民法一三〇四頁）。

三　「債權者ニ於テ畢ニ辨濟ヲ受領スルコトニ依リテ履行ノ完了ヲ見ル場合ハ債權者ハ唯拱手シテ債務者ノ來リテ辨濟ヲ爲スヲ待ツノミニテ足ルカ故ニ何日間ニ履行ス可シト云フ單純ナル催告モ亦有效ナルヲ失ハスト雖債權者ニ於テ受領以上ノ或行爲ヲ爲スニ依リテ始メテ履行ヲ見ル場合ニ在リテハ債權者ハ宜シク當該行爲ヲ爲ス可キ日時場所等ヲ債務者ニ示シ其ノ履行ヲ催告シ以テ債權者ニ於テ之ニ應シテ其ノ義務タル給付ヲ爲シ得ルノ素地ヲ作リ置カサル可カラサルモノトス」（昭和五、四、一九、大判、評論一九卷民法一三〇四頁）。

四　「按スルニ原判決ハ本件契約ハ被上告人カ豫メ指定シタル場所ニ於テ契約所定ノ小麥ヲ上告人ニ引渡スヘキ約旨ナルトコロ被上告人ハ期日ニ其ノ指定ヲ爲サス其ノ儘期日ヲ經過シタルモノナルモ其ノ後ニ於テ上告人ノ爲シタル催告ハ右約旨ニ反シ被上告人ノ店舖ニ於テ之ヲ引渡スヘキコトヲ要請シタルモノニシテ右催告ハ適法ナルモノニアラス從テ之ニ基キテ爲シタル解除ハ其ノ效ナク上告人ノ請求ハ失當ナリト云フニ在ルモ右判示ニ依レハ本件契約ニ在リテハ先ニ被上告人ニ於テ契約履行ノ場所ヲ指定スヘキ義務ヲ負擔シタルモノト云フヘク被上告人カ此ノ義務ヲ履行セサルニ於テハ上告人ハ其ノ履行ノ場所ヲ知ルニ由ナキ關係ニ在ルモノナルカ故ニ上告人トシテハ先ニ被上告人ニ對シ履行ノ場所ヲ指定スヘキコトヲ催告スヘカリシモノナリト雖履行ノ場所ヲ指定シ其ノ場所ニ於テ債務ヲ履行スヘキ義務ヲ負フ者カ相手方ヨリ其ノ店舖ニ於テ履行ヲ爲スヘキ催告ヲ受ケタルカ如キ場合ニ於テハ特

ニ其ノ履行場所ヲ被上告人ノ店舖ニ限リタルモノト認メラレサル以上債權者ニ於テ其ノ履行場所ノ如何ヲ問ハス債務者ニ屬スヘキ義務ノ履行ヲ求ムルノ意思ヲ有スルコトヲ知リ得ヘキヲ以テ若債務者ニ於テ其ノ店舖ニ於テ引渡ヲ爲スコトヲ欲セサル場合ニハ約旨ニ從ヒ履行ノ場所ヲ指定スルヲ相當トシ債務者ニ於テ此ノ如キ一擧手一投足ノ勞ヲ怠避シ催告ノ適否ヲ云爲スルカ如キハ債務ノ履行ニ關スル取引ノ信義ニ照シ之ヲ許スヘキニアラサルモノトス果シテ然ラハ被上告人カ右催告ニ對シ何等ノ應對ヲ爲サス其ノ儘催告所定ノ期間ヲ空過シタル事實アリトセハ之ヲ以テ被上告人カ上告人ノ催告ニ應セサリシモノト認ム可ク被上告人ニ遲滯ノ責ヲ歸スルヲ得ヘキハ更ニ論ヲ俟タサルトコロナリ」（昭和九、二、一九、大判、一三卷一五〇頁）。

催告は債務者が債務の履行を爲すべき場所に於て履行すべきことを催告することを要する。併し、次に揭ぐる大審院判例の示す如くに履行場所以外の場所に於て履行を爲すべきことを催告したる場合に、其の催告を直に無效とする必要はないと思ふ。蓋し、催告に於ける履行場所の表示を斯の如く嚴格に解する必要はない。契約によりて定められたる履行場所以外の場所に於て履行を爲すことを債權者が債務者に強要する趣旨ならば其の催告は無效なること論を俟たないけれども、然らざる限りは、斯の如き契約に定めたる履行場所以外の場所を履行場所として催告するも、其の催告は其の履行場所に關する部分のみが無效であつて、催告自體は效力を有するものと見るのが妥當であると信ずる。

催告に殊に履行の場所を表示することは必ずしも必要でない。法律は催告に履行場所を表示すべきことを強要して居ない。催告に殊に履行場所を表示せざるも、其の催告は契約に定むる履行場所に於

て履行を爲すべきことを請求するに外ならないこと勿論であるから、履行場所の表示は必要でない。

同說　石坂氏上卷四八〇頁參照。

一「契約ヲ解除スルカ爲メニ其履行ノ催告ヲ爲スニ當リテハ當事者ノ一方ハ債務ヲ履行セサル相手方ニ對シ辨濟ヲ爲スヘキ場所ニ於テ履行ヲ爲スヘキ旨ノ催告ヲ爲スニ非サレハ其效ナキコト言ヲ俟タサル所ナリ」（大正七、七、三、大判、二四輯一三八七頁、疇道氏「支拂場所ヲ變更シテ爲サレタル履行催告ノ效力」最近大審院民法判例批評三四〇頁以下）。

二「縱令上告人（買主）カ原判示ノ如ク被上告人（賣主）ヨリ目的物件到着ノ通知ヲ受ケ乍ラ其ノ引渡場所ヲ指定セサルノミナラス物件受領ノ意思ナキコト亦明白ナリトスルモ之カ爲被上告人ノ營業所ニ於テ代金ノ支拂ヲ爲スヲ當然トナスヘキ理由アルコトナシ從テ敍上ノ如キ場合ニ被上告人カ上告人ノ不履行ヲ原因トシテ賣買契約ヲ解除スルニハ被上告人ノ營業所ニ於テ代金ノ支拂ヲ爲スヘキコトヲ催告スヘキニアラスシテ目的物件引渡ノ場所ニ關スル上告人ノ指定ヲ促スト共ニ其ノ指定セル場所ニ於テ物件ト引換ニ代金ノ支拂ヲ爲スヘキ旨ヲ催告スヘキモノナルコトハ多言ヲ要セサル所ナリトス」（昭和八、四、一八、大判、法學二卷一二號九八頁）。

三「本件ニ在リテハ先ニ被上告人ニ於テ契約履行ノ場所ヲ指定スヘキ義務ヲ負擔シタルモノト云フヘク被上告人カ此ノ義務ヲ履行セサルニ於テハ上告人ハ其ノ履行ノ場所ヲ知ルニ由ナキ關係ニ在ルモノナルカ故ニ上告人トシテハ先ツ被上告人ニ對シ履行ノ場所ヲ指定スヘキコトヲ催告スヘカリシモノナリト雖履行ノ場所ヲ指定シ其ノ場所ニ於テ債務ヲ履行スヘキ義務ヲ負フ者カ相手方ヨリ其ノ店舖ニ於テ履行ヲ爲スヘキ催告ヲ受ケタルカ如キ場合ニ於テハ特ニ其ノ履行場所ヲ被上告人ノ店舖ニ限リタルモノト認メラレサル以上債權者ニ於テ其ノ履行場所ノ如何ヲ問ハス債務者ニ屬スヘキ義務ノ履行ヲ求ムルノ意思ヲ有スルコトヲ知リ得ヘキヲ以テ若債務者ニ於テ其ノ店舖ニ於テ引渡ヲ爲スコトヲ欲セサル場合ニハ約旨ニ從ヒ履行ノ場所ヲ指定スルヲ相當トシ債務者ニ於テ此ノ如キ一擧手一投足ノ勞ヲ怠避シ催告ノ適否ヲ云爲スルカ如キハ債務ノ履行ニ關スル取引ノ信義ニ照シ之ヲ許スヘキニアラサルモノトス」（昭和九、二、一九、大判、一三卷一五〇頁、石田氏「履行場所の指定を爲さざる債務者に對する催告」論叢三一卷一二

三頁以下）。

第五　催告額の相當、過大及び過少

（一）　相當額の催告

催告は債務額に相當なる額を內容とせざるべからざること勿論である。不定額の催告、過少なる催告は變態である。

催告の內容と債權の內容とが多少齟齬することありとするも、債權の同一を認識するを得るものなるときは催告の效力に影響はなきこと前に述べたる所の如し。

（二）　過大なる催告（Zuvielforderung）

(a)通常の場合

債權者が債務者に對して其の債權額を超過したる額を催告するときは、其の催告は其の債務額の限度內に於て完全に效力を生ずる。債務者は債權者が債務額を超過したる債務の履行を請求するも、斯の如き、債權者の一方的行爲に因りて其の債務を增額せらるべき理由がない。

又、債權者の過大なる催告は、其の過大なるが爲めに之れを全部無效と見る必要はない。債務超過部分のみの一部無效と見るべきものであつて、相當部分に對しては有效と見るを至當とする。判例も

亦之れと同趣旨である。過大なる額に依る催告の相當部分は卽ち債務の全部であるから、結局、斯の如き催告は其の債務全額に對する催告として完全なる催告と爲るべきである。

同說　石坂氏上卷四七八頁、及び同所註八に引用の獨乙文獻。

無效說　Kipp-Windscheid § 279 Zusatz 2. S. 114.

一　「上告人カ本件債務ノ履行ヲ催告シタルハ乙第二號證ヲ以テシタルコト明ナルカ故ニ被控訴人（被上告人）カ「控訴人ヨリ物品引渡ノ催告アリタルコト及ヒ先ノ契約ノ際當事者間ニ手金倍返ノ契約ヲ爲シタルコトハ認ム」ト陳述シタリトスルモ右乙第二號證ノ內容及當否ヲモ認メテ爭ハサリジモノト云ノヘカラスト雖モ原院カ同號證ノ催告ヲ爲シタル當時被上告人カ上告人ニ對シ燻草六梱ヲ引渡スヘキ債務アルコト及其催告ハ右債務ニ對スルモノナルコトヲ認メナカラ畢ニ其當時上告人カ請求スヘキモノハ六梱ノミナルニ十梱ノ請求ヲ爲シタルヲ不當ナリトシ六梱ニ對シテモ被上告人ヲ遲滯ニ付スルノ效ナキモノト判定シタルハ不法ナリ如何トナレハ假令數額ニ於テ不當ノ點アリト雖モ請求ノ範圍內ニ於テ債務ノ限度マテハ催告ノ效ヲ生スヘキハ當然ナレハナリ」（明治三八、六、一四、大判、一一輯一〇三九頁、抄錄二五卷五三二六頁）。

二　明治四四、一、二五、東控判決、彙報八卷六五頁。

三　「原判決ノ判示セル所ニ依レハ本件係爭山林ノ立木ハ地方廳ヨリ伐採ヲ許可セラレタル部分ニ限定シ賣買成立シタルモノ伐採不許可ノ爲メ賣買ノ目的ヨリ除外シタル部分ノ立木トノ代價ノ割合ニ付テ當事者間ノ協議纏マラサリシヨリ伐採許可ト爲リテ賣買セラレタル部分ノ代金額確定ニ至ラサリシモノナリ而シテ被上告人カ本訴ニ於テ賣買殘代金トシテ二千五百圓ヲ請求シタルニ對シ原院ハ千八百四十二圓ヲ以テ相當代金殘額ナリト判定シタルモノナルヲ以テ如上伐採ヲ許可セラレタル立木部分ニ付テハ相當代金ヲ以テ賣買成立シ上告人カ之ヲ支拂フヘキ義務アリ隨テ被上告人カ其支拂ヲ請求スルニ於テハ假令數額ニ於テ不當ノ點アリトモ相當代金ノ限度マテハ上告人ハ訴狀送達ノ日ヨリ遲滯ニ付セラレタルモノニシテ判決ノ確定ヲ俟チテ後遲滯ノ責任生スヘキモノニ非ス（明治三十八年六月二十四日第一民事部判決參照）」（大正二、一二、二二、大判、一九輯一〇五二頁）。

四　「催告カ解除ノ前提トシテ相當ナルモノ以外ノ請求ノ包含スル場合ト雖モ其催告ハ素ヨリ無效ノモノニアラス又斯ル催告ニ應セサルコトヲ條件トスル解除ノ意思表示モ當然無效ノモノニアラス」（大正九、一二、一四、東區判決、評論九卷民法一三六八頁）。

五　「支拂ヲ催告セル金額カ債權額ヨリ大ナルトキト雖何レノ債權ノ請求ニ該當スルカ明瞭ナルトキハ催告ハ現ニ存スル債權額ニ對シ有效ニシテ債務者ハ現ニ存スル債權額ノ辨濟ヲ提供セサルトキハ遲滯ノ責ヲ免レサルモノトス」（大正一五、三、一九、朝高判決、評論一五卷民法三七〇頁）。

六　「甲カ乙ヨリ英國製自轉車用「スポーク」ニツプル附一萬グロス買入ノ委託ヲ受ケ大正九年六七月中英國積出單價一グロス英貨八志替卽邦貨三圓二十錢替引渡場所橫濱沖本船渡代金ハ英本國ヨリ積出通知並神戶市內ノ爲替銀行ニ荷爲替書類到着次第之ヲ甲ヨリ乙ニ通知スヘク乙ハ其ノ通知ヲ受ケタル都度甲又ハ爲替銀行ニ荷爲替金卽代金ヲ支拂ヒ爲替手形及船荷證券ヲ受取リ乙自ラ橫濱港ニ於テ貨物積載ノ船舶ヨリ品物ヲ引取ルコト右輸入品引取終了ト同時ニ代金ノ百分ノ三ニ相當スル手數料ヲ甲ニ支拂フヘキコトノ約定ニテ買入ノ委託ヲ受ケタルモノナリシトキハ積出及荷爲替ノ書類カ爲替銀行ニ到着スルニ非サレハ甲ハ乙ニ對シテ之カ通知及其ノ部分ノ代金支拂ノ催告ヲ爲シ得サルモノナルコト明瞭ニシテ事實上五千五百グロス着荷シ其ノ部分ノ積出及爲替ノ書類カ到着シタルニ過キサルニ拘ラス七千グロスニ付其ノ事實アルモノトシテ之ヲ通知及其ノ七千グロス分ノ代金支拂ノ催告ヲ爲シタル場合ニハ右催告中未タ事實上到着セサル一千五百グロス分ノ代金ノ催告カ無效ナルコト論ヲ俟タスト雖之カ爲事實上到着シタル五千五百グロス分ノ代金ノ催告モ亦無效タルヘキ理由ナク此ノ部分ノ催告ハ解除ノ要件タル催告トシテ有效ナリトス」（昭和二、三、二二、大判、六卷一四四頁、新聞二六七六號八頁、新報一〇八號一二頁、彙報三八卷上民三九六頁、評論一六卷民法七九〇頁、江川英文氏評釋、法協四六卷一三二七頁、昭和二年度判例民事法一一七頁、穗積氏判例小話第四八話、法學全集一三卷四一六頁、四一七頁、末川氏「過大なる催告の效力」破毀判例民法研究一卷三二頁）。

七　「甲カ乙ニ對シテ爲シタル賃貸借ノ條件附解除ノ意思表示中大正十五年一月分賃料ニ付キテハ右賃料債務不履行ヲ原因トシ

テ爲ス契約解除ノ前提タル有效ナル催告ナカリシモノト謂ハサルヲ得ス然レトモ大正十四年九月一日以降同年十二月三十一日迄ノ賃料ノ催告タルヲ失ハス」(昭和二、一〇、八、東地判決、新聞二七五三號一三頁、評論一七卷民法九五頁)。

八　「當事者ノ一方ヨリ契約解除ノ前提トシテ履行ノ催告ヲ爲スニ當リ其ノ債權金額中未タ履行期到來セサル部分ヲ既ニ履行期到來セリト誤認シ之ヲ既ニ履行期到來セル部分ト併セテ其ノ履行ヲ求メタル場合ニ於テ該當事者ハ苟モ催告ニ係ル全金額ノ提供無キ以上假令催告當時履行期到來シ居リタル部分ノミノ提供アルモ之ヲ受領セサル意思ナリト解スルカ如キハ一般取引觀念ニ馳背スルモノト謂フ可ク寧ロ特別ノ事情ノ存スルモノ無キ限リ如上履行期到來セル部分ノ提供アルニ遭ハハ之ヲ受領スルノ意思ヲ有スルモノト解スルヲ相當トスヘク右催告ハ履行期到來セル範圍ニ於テハ解除ノ前提タル效力アルモノトス」(昭和四、六、五、大判、新聞三〇三五號一一頁、評論一八卷民法九六三頁)。

九　「賃借人乙ハ昭和四年五月分以降ノ賃料ヲ支拂ハサルニヨリ賃貸人甲ハ同五年一月書面ニテ乙ニ右延滯賃料ヲ三日內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カ其ノ翌日乙ニ到達シタル場合ニ於テ假令甲乙間ニ昭和四年十一月中ニ同月分以降ノ賃料ヲ一ケ月若干圓ニ減額シ且其ノ前月分迄ノ延滯賃料ハ每月金三圓宛ニ分割シテ支拂フ旨ノ特約成立シタリトスルモ尙右特約ノ限度ニ於テ甲ノ右催告ハ其ノ效力ヲ生シタルモノトス」(昭和五、五、三、東區判決、評論一九卷民法七七二頁)。

一〇　「延滯地代ノ過大ナル請求ヲ爲ス催告ノ不當ナルコト明ナレトモ該催告ハ賃貸人ノ請求シ得ヘキ相當ナル金額ノ範圍內ニ於テハ有效ナリト云フヘク其ノ全部カ無效トナルニ非ス(大正十五年(オ)第一一二四號昭和二年三月二十二日當院判決參照)」(昭和七、七、一四、大判、新聞三四四九號一八頁、彙報四三卷二一號民事三八六頁)。

一一　「契約解除ノ前提タル催告ノ數額カ實在ノ債權額ヲ超過スル場合ト雖該債權額ニ付催告ノ效力ヲ生スルコトハ右超過ノ爲

妨ケラルルモノニ非ス」(昭和一〇、一〇、三〇、大判、法學五卷三號一二一頁)。

(b)債權者が殊に過大給付を要求する場合・併し乍ら、其の過大なる催告は債權者が其の過大なる額を以て、正當なる額として之れより少額は之れを受領せざる意思なるときは、斯の如き催告は全部無效である。

同說　石坂氏上卷四七八頁、勝本氏中卷(2)一五四頁。

一　「契約履行ノ催告ハ契約ノ趣旨ヲ超過シタルカ爲メ常ニ無效トナルモノニ非ス然レトモ相手方ニ於テ超過催告ニ全然從フニアラサレハ換言スレハ相手方ニ於テ其負擔セル債務ノミノ履行ヲ以テシテハ催告者カ之ヲ受領セサルヘキコト明カナル場合ニアリテハ其催告ハ契約解除ノ前提要件トシテ效力ヲ有スルモノニ非ス」(明治四三、三、一二、東控判決、新聞六四〇號一三頁)。

二　「債權者ノ請求額カ不當ニシテ而モ其意思必ス請求シタル額ノ支拂ヲ欲シキハ債務者カ全然其催告ニ應セサリシトスルモ付遲滯ノ效力ヲ發生セサルカ故ニ該催告附遲滯ヲ原因トシテ契約ヲ解除スルコトヲ得ス」(明治四五、七、二、東控判決、最近判一一卷一一四頁)。

三　「債務者カ履行ヲ爲ササル爲債權者ニ於テ催告ヲ爲スニ當リテハ其債務ニ關スル履行ノ催告ナルコトヲ認メ得ヘキ限リ縱令債權者ノ請求カ其數額ニ付多少ノ眞實ノ數額ヲ超過スルカ如キコトアリトスルモ直ニ右ノ催告ヲ以テ不適法ト爲スヘキニアラサルヘシト雖債權者ノ意思カ必ス其請求シタル數額ノ支拂ヲ受クルコトニ存シ債務者ニ於テ眞實負擔セル債務ノミノ履行ヲ爲スモ債權者カ之ヲ受領セサルヘキコト明カナル場合ニアリテハ債務者ニ於テ履行ノ催告ニ應セサルモ遲滯ノ效力アルコトナク斯ル催告ハ契約解除ノ前提要件タル催告トシテハ適法ナラサルモノト解スルヲ妥當トスヘシ」(大正一五、七、二九、東地判決、新聞二六〇九號一二頁、新報八八號二一頁、評論一六卷民法九五頁)。

四　「當事者ノ一方ヨリ契約解除ノ前提トシテ履行ノ催告ヲ爲スニ當リ其ノ債權金額中未タ履行期到來セサル部分ヲ既ニ履行期

到來セリト誤認シ之ヲ既ニ履行期ニ履行セル部分ト併セテ其ノ履行ヲ求メタル場合ニ於テ該當事者ハ苟シクモ催告ニ係ル全金額ノ提供無キ以上設令催告當時履行期到來シ居リタル部分ノミノ提供アルモ之ヲ受領セサル意思ナリト解スルカ如キハ一般取引觀念ニ驅背スルモノト謂フ可ク寧特別ノ事情ノ存スルモノ無キ限リ如上履行期到來セル部分ノ提供アルニ遭ハハ之ヲ受領スルノ意思ヲ有スルモノト解スルヲ相當トスヘク原審亦之ト同一見解ノ下ニ被上告人ハ本件催告當時既ニ履行期到來シ居リタル部分ノ賃料ニシテ提供セラルルニ於テハ之ヲ受領スルノ意思ナカリシコトヲ認定シタル上本件催告ハ該賃料額ノ範圍ニ於テ解除ノ前提タル效力アリト爲シタルモノナルコト原判文上自ラ明ナルヲ以テ原判決ニハ所論ノ如キ違法アリト謂フヲ得スシテ論旨ハ理由ナシ」（昭和四、六、五、大判、新報一九二號一〇頁）。

五　「土地ヲ分割シテ賣渡スヘキ旨ヲ約シ、其ノ分割區域並其ノ坪數ノ未定ナル賣買ニ於テハ雙方カ立會ノ上分割シ測量ヲ爲シテ其ノ坪數ヲ確定スヘキハ普通ナルノミナラス本件モ亦其ノ如キ定ナリシ場合ニ於テ賣主ハ自己ノ專擅ニ分割ナルモノヲ爲シ其ノ坪數若干坪アリト稱シテ强テ買主ニ對峙シ某日移轉登記ヲ爲スヘキニ依リ右坪數相當ノ代金ヲ支拂フヘシトノ催告ヲ爲シタルハ失當ナルヲ以テ買主カ未タ坪數不明ナレハ催告ニ應スルノ義務ナシト囘答シ右催告ニ應セサリシハ素ヨリ相當ナリトス」（昭和四、一二、二〇、大控判決、新聞三〇九四號一二頁、評論一九卷民法六九一頁）。

六　「債權者ノ債務者ニ對シテ履行ノ催告ヲ爲シタル債權額カ實際ノ債權額ニ比シ甚シク過大ナル場合ニ於テ債權者カ斯ル過大ナル債權ヲ有スト信シテ催告ヲ爲シ實際ノ債權額ニ相當スル少額ノ給付ナラハ之ヲ受領セサル意思ヲ有シタリト推測セラレ得ヘキトキハ其ノ催告ハ無效ナリトス」（昭和五、五、二二、大判、評論一九卷民法四〇二頁）。

七　「眞實ノ債務額ヨリ過大ナル債務ノ履行催告ヲ受ケタル債務者カ假令其ノ眞實ノ債務額ヲ提供スルモ債權者カ之ヲ受領セサルヘキ意圖ヲ有シ其ノ受領ヲ拒否スルモノト見得ラルル場合ニ於テハ債權者ハ右ノ催告ヲ理由トシテ契約ヲ解除スルコトヲ得サルモノトス」（昭和七、三、一七、大判、一一卷四三四頁、評論二一卷民法二五六頁、彙報四三卷一四號民事三四頁、小町谷氏評釋、同年度判例民事法一二一頁以下）。

八　「債權者カ契約解除ノ前提トシテ履行ヲ催告シタル金額カ多額ニ失スルトキト雖債權者カ其ノ請求全額全部ノ提供アルニ非サレハ之カ受領ヲ拒絕スヘキコト明ナル場合ハ格別ナルモ然ラサル限リ債務者ハ單ニ其ノ多額ニ失スルノ故ノミヲ以テ眞實負擔セル債務額ノ提供ヲモ爲ササルコトヲ得ヘキ理由ナキヲ以テ債務者カ指定セラレタル期間內ニ全然其ノ債務ノ履行ヲ提供セサルトキハ債權者ハ之ヲ理由トシテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ルモノトス」（昭和九、四、六、大判、法學三卷一一號八四頁）。

九　「仍テ右催告カ過大ニ失シ之ヲ前提トスル本件契約解除ハ無效ナル旨ノ控訴人等ノ抗辯ニ付按スルニ凡ソ債務ノ履行催告ニシテ眞實ノ債務額ヲ超過シ而カモ債務者カ其ノ眞實ノ債務額ヲ提供スルモ債權者ニ於テ其ノ受領ヲ拒否スルノ意圖アルコト明瞭ナル場合ニ於テハ該催告ノ不適法ナルコト勿論ナレトモ之ト異リ縱令請求ノ數額ニ於テ不當ノ點アリトスルモ債務者ニ於テ眞實ノ債務額ヲ提供シタラン二ハ債權者之ヲ受領スルモノト客觀的ニ觀取シ得ラルル場合ニ於テハ債務者ハ單ニ催告ニ係ル債務額ノ不當ナルヲ理由トシテ自己ノ爲スヘキ辨濟提供ノ義務ヲ免レ得サルモノナレハ斯ル催告ト雖モ眞實ノ債務額ニ對シテハ適法ナル催告ノ效アルモノト謂ハサルヘカラス而シテ之ヲ本件ニ付キ見ルニ前記履行ノ催告アリタル當時ニ於テ控訴人渡邊ハ昭和八年八月一日以降昭和十年二月末日ニ至ル迄一ケ月金十五圓ノ割合ニ依ル合計金二百八十五圓ノ延滯賃料債務ヲ負擔セルニ過キサリシニ拘ラス右催告ハ昭和七年十一月一日以降昭和十年二月末日ニ至ル迄一ケ月金二十圓ノ割合ニ依ル合計金五百六十圓ノ延滯賃料債務ノ履行ヲ求ムルモノニ係ルコト前示ノ如ク當事者間ニ爭ナキトコロナレトモ原審ニ於ル證人山田千代子及被控訴本人訊問ノ結果ヲ綜合シ且之ヲ成立ニ爭ナキ乙第一號證同第六號證ニ徵スルトキハ昭和八年四月二日頃被控訴人ニ代リ賃料取立ノ任ニ當レル其ノ妻山田千代子ハ被控訴人ニ計ラス控訴人渡邊ニ對スル從來ノ賃料ヲ昭和七年十月分ヨリ一ケ月十五圓ニ減額シテ同月分ヲ受領シ爾來昭和十年二月二十八日ニ至ル迄ノ間ニ昭和八年七月分迄ノ賃料ヲ右割合ヲ以テ異議ナク受領シ其ノ都度領收證（乙第一號證同第六號證）ニ捺印シテ同控訴人ニ交付シ來リタルニ被控訴人カ其ノ間ノ事情ヲ知悉セス誤ツテ減額以前ノ賃料タル一ケ月金二十圓ノ割合ニテ延滯賃料ヲ計算シテ本件催告ニ及ヒタルモノナルコトヲ窺ヒ得ヘク斯ル場合ニ在リテハ控訴人渡邊カ被控訴人ニ對シ自己ノ所持スル賃料領收證ヲ示シ敍上ノ債務額ヲ提供シタランニハ被控訴人ニ於テモ之ヲ諒解シ該金額ヲ受領スルニ至ルヘキハ敍上ノ經緯

ニ徴シ輒ク推斷シ得ヘキトコロナリ然レハ被控訴人ノ爲シタル本件催告ハ眞實ノ債務額ニ對スル限リ適法ナル催告トシテノ效アルモノト爲スヘキニ依リ控訴人等ノ右抗辯ハ採用スルニ由ナキモノトス」（昭和一一、四、二四、横濱地方判決、未發表）。

(c)敷金を差引かざる延滯賃料の催告

(甲)　敷金の充當問題

賃貸借契約に於て、賃借人が其の賃料の延滯を爲したる場合に、賃貸人が賃借人に對して、契約解除の前提たる催告を爲さんが爲めには、延滯賃料より敷金を控除したる殘額のみに對して催告を爲すべきか、又は、敷金は其の儘、之れを保有し、延滯賃料の全額に付き催告を爲すことを得べきかに關して疑がある。

賃借人が賃料を延滯したる場合に、賃貸人は賃貸借契約の終了を俟たず、何時にても、其の敷金を以て、延滯賃料に充當することを得べきは勿論である。或は延滯ある場合に卽時に之れを充當し、或は賃貸物件の所有權を第三者に移轉する際に之れを充當するは其の自由である。

「仍テ案スルニ原院ハ被上告人カ本件家屋ノ賃貸借ノ保證金トシテ賃借人ヨリ受取リタル三百圓ハ所謂敷金ノ性質ヲ有スルモノト認定シタルモノニ係リ從テ敷金ノ性質ヲ有スルモノニ非ストノ論旨ハ原院ノ事實認定ヲ批難スルモノニ外ナラサレハ採ルニ足ラス然リ而シテ所謂賃貸借ノ敷金ナルモノハ畢竟賃借人ノ賃料支拂ノ債務ヲ擔保スルモノニ外ナラサレハ賃借人カ賃料ノ支拂ヲ怠リタルトキハ賃貸人ハ賃貸借存續中ト雖敷金ヲ以テ之カ支拂ニ充當スルコトヲ得ヘク賃貸借終了ヲ俟ツテ始メテ延滯賃料ノ支拂ニ充當スヘキモノニ非サルコトハ本院判例ノ認ムル所ナリ（昭和二年（オ）第五八五號同年十二月二十二日第一事民部判決參照）從テ原院カ賃借人ニ於テ賃料ノ支拂ヲ怠リタルトキハ賃貸人ハ賃貸借終了ノ際始メテ敷金ヲ以テ之カ支拂ニ充當スルコトヲ得ヘキモノト爲シタルハ失當タルヲ免レス然レトモ賃貸人ハ賃借人カ賃料ノ支拂ヲ怠リタル場合ニ於テ敷金ヲ以テ之カ支拂ニ充ツルト否トハ其ノ權利ナルヲ以テ縱令賃借人カ賃料ノ支拂ヲ怠リタルトキト雖賃貸人ハ敷金ヲ以テ之カ支拂ニ充ツルコトヲ得ルハ言ヲ俟タサル所ナリトス然ラハ本件ニ於テ賃貸人タル被上告人カ賃料ノ延滯アルニ拘ラス敷金ヲ以テ之カ支拂ヲ請求シ原院カ右ノ請求ヲ許容シタルハ結局相當ナリ」（昭和五、三、一〇、大判、九卷二五三頁、我妻氏評釋、同年度判例民事法七四頁）。

然かし、賃貸人が賃借人の賃料延滯ある毎に、當然、之れに充當せらるべきものなるか、又は(2)如何に賃料の延滯あるも、賃貸人又は賃借人が之れに充當の手續を執るに非ざれば充當と爲らざるかが問題と爲るであらう。

現在に於ける大審院の判例とする所は、敷金は賃借人が賃料を延滯するも、當然には之れに充當せられない。併し、賃貸借契約消滅の際には、敷金は當然に延滯賃料に充當せられると謂ふことになつて居る。

從つて、賃貸人は賃借人の延滯賃料に對して、賃貸借繼續中は自ら敷金を充當し、其の殘額に對して契約解除の前提たる催告を爲し得べく、又、延滯賃料に對して敷金を充當せずして、契約解除の前提たる催告を爲し得べく、其の選擇は賃貸人に任せられる。

一　「民法第三百十六條ニ賃貸人カ敷金ヲ以テ辨濟ヲ受ケサル債權ノ部分ニ付テノミ先取特權ヲ有スト規定シ同法第六百十九條

第二項ニ敷金カ一種ノ擔保ナルコトヲ規定シアルニ依リテ之ヲ觀レハ敷金ナルモノハ賃借人カ其債務ヲ擔保スル目的ヲ以テ金錢ノ所有權ヲ賃貸人ニ移轉シ賃貸借終了ノ際ニ於テ賃借人ノ債務不履行ナキトキハ賃貸人ハ其ノ金額ヲ返還スヘク若不履行アルトキハ其ノ金額中ヨリ當然辨濟ニ充當セラルヘキコトヲ約シテ授受スル金錢ナリト解スルヲ相當トス故ニ民法第三百六十三條以下ニ規定シタル債權質ト等ク擔保ナリト雖モ其ノ性質ヲ異ニシ賃借人ニ於テ先ツ延滯賃金ノ支拂ヲ爲シタル上敷金ノ返還ヲ請求スヘキモノニ非スシテ賃貸借終了ノ場合ニ賃金ノ延滯アルトキハ其ノ賃金ハ辨濟期ノ至リタル順序ニ從ヒ當然敷金中ヨリ辨濟ニ充當セラレ賃借人ハ不履行ナキコトヲ條件トシテ敷金ノ返還請求權ヲ有スルモノトス故ニ賃借人ノ延滯賃金支拂ノ債務ハ辨濟期ノ順序ニ依リ敷金額ノ範圍内ニ於テ當然消滅スルモノニシテ賃借人ハ賃貸人ヨリ延滯賃金ノ請求ヲ受クルモ敷金返還ノ請求權ヲ以テ相殺ヲ對抗スルヲ要セス又之ヲ爲スコトヲ得サルモノトス」（大正一五、七、一二、大判、五巻六一六頁、乾氏評釋、大正十五年度判例民事法四二五頁、我妻氏「判例に現れた敷金問題」法律時報昭和六年一月號一二頁以下）。

二　「仍テ按スルニ原判決ハ安倉彌吉カ被上告人ニ對シ敷金三百圓ヲ差入レ居ルニ付之ヲ延滯家賃ニ充當セラルヘキモノナル旨ノ上告人ノ抗辯ニ對シ論旨摘錄ノ如ク判示シテ之ヲ排斥シタルモノナリ然レトモ敷金ハ賃借人カ其ノ債務ヲ擔保スル目的ヲ以テ金錢ノ所有權ヲ賃貸人ニ移轉シ賃貸借終了ノ際ニ於テ賃借人ノ債務不履行アルトキハ其ノ金額中ヨリ當然辨濟ニ充當セラルヘキコトヲ約シテ授受スル金錢ナリト解スヘキモノナルコト當院ノ判例（大正十五年（オ）第四九號同年七月十二日第一民事部判例參照）トスル所ナリ從テ賃貸借終了ノ場合ニ於テ賃借人カ賃貸借ニ關スル數箇ノ債務ヲ負擔スルトキハ敷金ハ民法第四百八十九條ノ規定ニ依リ當然辨濟ニ充當セラルルモノニシテ賃貸人ニ於テ任意ニ之カ充當ヲ爲スコトヲ得ヘキモノニ非スト解スルヲ相當トス果シテ然ラハ原判決カ敷金ハ賃借人ノ負擔スル總テノ債務ヲ擔保スルモノナルヲ以テ特ニ之ヲ延滯家賃ニノミ充當スヘキ約ナキ限賃貸人ハ必スシモ之ヲ延滯家賃ニ充當セサルヘカラサル理由ナク賃借人ノ負擔スル其ノ他ノ債務ニ充當スルモ支障ナキモノナリト說示シ本件敷金ヲ以テ彌吉ノ負擔スヘキ修繕費支拂ノ債務ニ充當シタリトノ被上告人ノ主張ヲ是認シ上告人ノ前記抗辯ヲ排斥シタルハ失當ナリ」（昭和七、一一、一五、大判、一一巻二一〇五頁、我妻氏評釋、同年度判例民事法三五四頁以下）。

三　昭和一〇、二、一二、大判、四巻三號二〇四頁（後揭）。

四　「然レトモ所論債務履行ノ催告ハ本件土地ノ轉借人タル上告人ヨリ賃借人タル被上告人ニ支拂フヘキ昭和八年二月分ノ賃料金九圓及同年三月一日ヨリ昭和九年一月末日迄ノ一箇月金九圓五十錢ノ割合ノ延滯賃料（賃料ハ月末拂）合計金百十三圓五十錢ノ債務ニ付爲サレタルモノナルコトハ原判決ノ確定シタル事實ニ徵シ明白ニシテ同年二月九日ニ於テ上告人ニ對シ爲サレタル催告ハ契約解除ノ前提トシテ當ニ然ルヘキ金額ニ付爲サレタルモノト謂ハサルヲ得ス而シテ原審カ上告人ニ對シ支拂ヲ命シタル所論ノ金六十七圓六十一錢ハ前示延滯賃料ト轉貸借契約ノ解除セラレタル昭和九年二月十三日迄ノ同月分ノ賃料金四圓四十一錢トノ合計金百十七圓九十一錢ヨリ被上告人カ豫テ受領シ居リタル敷金五十圓ヲ控除シタル金額中ノ一部ニ該當スルモノナルコトハ原判文ヲ通讀スルニ依リ明白ニシテ賃借人カ賃貸人ニ差入レタル敷金ハ特別ノ定ナキ限リ賃貸借ノ終了セサル以前ニ於テハ當然ニ延滯賃料ニ充當セラルヘキモノニ非サルヲ以テ賃貸借契約解除ノ前提トシテ債務者ニ對シ延滯賃料ノ履行ヲ催告スル場合ニ於テハ該賃料ヨリ敷金ヲ控除セサル金額ニ對シ其ノ支拂ヲ求ムルコトハ固ヨリ正當ナリ」（昭和一〇、五、一五、大判、一四巻八九一頁、有泉亨氏評釋、昭和十年度判例民事法二三七頁、舟橋氏民商法雜誌二巻五號八六五頁、石本氏法と經濟四巻五號七九〇頁）。

（乙）　敷金の承繼問題

借家法第一條に依れば建物の賃貸借は其の登記なきも建物引渡ありたるときは爾後其の建物に付き物權を取得したる者に對し其の效力を生ずる。又同條以外に於ても、賃借物件の所有權の讓渡あり、賃貸借關係も亦新所有者が之を承繼する場合があり得る。此の場合に賃借人が前所有者（前賃貸人）に差入れたる敷金は、賃貸借關係の移轉に依り、新賃貸人（新所有者）に承繼せらるべきや否やが問題となる。

後に掲ぐるが如く、判例は、斯の如き場合に敷金は賃料の延滯なき限り、當然新賃貸人(新所有者)に承繼せらるるものとする。

此の判例の利害得失に關して諸種の事項が考へられ得る。

(a)國家は賃借困難なる時勢に際して、借地人借家人を保護せんとする政策を採り、借地人借家人保護の爲め借地法、借家法を制定公布した。判例が敷金は家屋所有權の移轉と共に新所有者に當然移轉するものと爲したるは、借家人保護の國家政策に合する所であり、借地法、借家法の制定理由を考慮するときは此の判例の見解は最も妥當なる結論であると謂はなければならない。敷金の當然移轉を認むることによつて借家人の保護は遺憾なきに似て居る。借家人は家屋の前賃貸人に對して敷金を納入して居るのであるが、家屋の所有權が新賃貸人に移轉するに際して、若し、前賃貸人が無資力なる場合、從つて、前賃貸人が競賣によつて其の家屋の所有權を競落人に移轉するが如き場合には、前賃貸人は借主に對して敷金の返還を爲す資力がないから、借家人は前賃貸人より敷金の返還を受くるを得ず、又新賃貸人に對しては新に敷金を納入せざるべからずとせば、賃借人は窮地に陷らざるを得ない。然るに判例の示すが如く、賃借人が前賃貸人に納入したる敷金が新賃貸人に當然移轉するものと認めらるるならば、借家人の利益は實に多大なるものがある。

(b)一方に於て判例が賃借人を極度に保護する結果は新賃貸人に對しては亦不測の不利益を惹起する場合があり得る。

蓋し、敷金に對する權利のみは新所有者に當然移轉するも敷金の本體たる現金が毫も新所有者に承繼せられざる場合には、新所有者(新賃貸人)は賃借人が賃料を延滯するも、敷金を以て之れに充當することを得ず、又、賃借人が賃料の延滯を爲さずして賃貸借が終了したるときは、新賃貸人は舊賃貸人より何等敷金の現金を受領し居らざるに拘らず、之れを賃借人に返還すべき義務を負ふこととなり極めて不當である。尤も新賃貸人は前賃貸人に對して、賃借人に敷金を返還したる代償として、不當利得其の他の原因に基き敷金相當の金員の給付を請求し得るであらうけれども、前賃貸人が無資力なる場合には何等の實益は得られない。

(c)前賃貸人が借財の爲め賃貸家屋が競賣に附せらるる場合に、競落人は其の競落に際し、其の競賣家屋に賃貸借が附着し居ることは競賣期日の公告に依りて之れを知ることを得るけれども、敷金が納入せられ居ること、及び競落するときは競落人が其の賃貸借を承繼し、且其の敷金をも承繼せざるべからざることを知るものはなからう。殊に、敷金は通常の場合に在りては、賃料の一ヶ月分、二ヶ月、三ヶ月分又は半年分等に相當する額であるけれども、時には、其の敷金が商店、床屋其の他の老舗の權利金の意味を含ませられ居りて莫大なる額なる場合が尠くない。例へば賃料一ヶ月二十圓の賃貸借の敷金が千五百圓なるが如き場合があり得る。斯の如き場合に競落人は競落に當りて敷金の有無及び

其の額を調査すべきことに氣付かず、又之れに氣付きて前賃貸人及び賃借人に付き之れを問合はすも、此等の者が通謀して、其の眞實を告げざる場合には如何とも爲し難い。

判例の意見を正當として維持せんが爲めには少くとも、強制執行法又は競賣法に改正を加へて競賣期日の公告に敷金の有無及び其の額を明示することを要件とすることが先づ以て必要である。

一　「本訴ハ上告人ニ於テ訴外北村樋松外一名ヨリ家屋ヲ賃借スルニ當リ敷金一萬圓ヲ差入レ家屋ヲ使用シ來リタルトコロ該家屋ハ競賣ニ附セラレ被上告人之ヲ競落シテ其ノ所有權ヲ取得シタル結果借家法第一條ノ規定ニ依リ被上告人トノ間ニ賃貸借關係存續スルニ至リタルモ其ノ後當事者ノ合意ニ因リテ賃貸借ヲ解約シテ家屋ヲ被上告人ニ明渡シタルヲ以テ右敷金ノ返還ヲ求メントスルニ在ルコト原判決ニ引用シタル第一審判決ノ事實摘示ニ依リ明ナリトス而シテ敷金ナルモノハ賃借人ニ於テ債務不履行アルトキ當然之ヲ賃料ノ辨濟ニ充當スヘク若シ其ノ不履行ナキトキハ賃貸借終了ノ際之ヲ返還スヘキモノナルカ故ニ借家法第一條ノ規定ニ依リ舊所有者トノ賃貸借カ其ノ賃借家屋ノ所有權ヲ取得シタル新所有者ニ對シ其ノ效力ヲ有シ賃貸借カ依然存續スル場合ニハ舊所有者ニ差入レタル敷金ハ舊所有者ニ對スル賃料ノ延滯ナキ限リ當然所有權ノ移轉ト同時ニ新所有者ニ移轉シ該賃貸借ノ終了セサル以上之カ返還ヲ求メ得ヘキモノニ非ス從テ斯ル場合ニハ右敷金ニ相當スル金額ヲ舊所有者ヨリ新所有者ニ引繼キ新所有者ノ爲ニ擔保ノ效力ヲ保有セシムヘキモノトス然レトモ敷金ハ賃貸借契約ノ要素ニ非スシテ特約ニ因ル擔保關係タルニ過キサルヲ以テ賃貸家屋ノ所有權移轉ノトキ新所有者ニ於テモ新所有者ニ移轉スヘキ敷金存スル場合ニ於テモ新所有者ハ敷金ヲ承繼スルコトナキモノナレハ其ノ賃貸借終了ノ場合ニ之カ返還義務ヲ負フヘキニ非サルコト勿論ナリ故ニ新所有者ニ於テ敷金ヲ承繼スルコトナシトシ從テ賃貸借終了スルモ新所有者ニ敷金返還ノ義務ナシトスルニハ宜シク右ノ如キ之ヲ不用ト爲シタル事實アルカ又ハ前所有者ニ於テ延滯賃料ニ充當シ剩餘ナカリシコトヲ明ニセサルヘカラス」（昭和二、一二、二二、大判、六卷七一六頁、我妻氏評釋、同年度判例民事法五二一頁、同氏「判例に現はれた敷金問題」法律時報三卷一號一五頁、末川氏「敷金と賃貸借の目的たる建物の所有權移轉」破毀判例民法研究一卷一七六頁）。

二　「案スルニ借家法第一條ノ規定ニヨリ建物ノ舊所有者ト賃借人間ニ右賃貸借依然存續スル場合ニ於テハ其ノ賃貸借カ新所有者ト賃借人間ノ賃貸借終了スルトキハ賃借人ニ賃料ノ延滯ナキ限リ若ハ延滯賃料ヲ控除シタル範圍ニ於テ新所有者ハ賃借人ニ對シ之カ返還ノ義務ヲ有スト解スルヲ相當トス從ヒテ若シ新所有者ニシテ特ニ敷金ノ差入ヲ不用ナリトシ其ノ引繼ヲ拒否セントスル場合ニ於テハ此ノ點ニ付新舊所有者及賃借人間ニソノ旨ノ合意アルコトヲ要スルヤ論無シ蓋敷金ハ賃借人ノ賃料債務履行ノ擔保ニ外ナラスト雖モソノ差入ニヨリ利益ヲ受クルモノハ獨リ賃貸人ノミニ止ラス賃借人ニ於テ賃貸人ニ對スル一種ノ牽制力ヲ成シ賃借人ノ地位ヲ安固ナラシムルニ役立ツト共ニ已ムヲ得サル場合ニハ賃料ノ請求ヲ緩フスルノ便アルカ故ニ今若シ敷金ノ引繼ト否トヲ專ラ新所有者ノ内心的ノ又ハ一方的意思ニヨリ或ハ新舊所有者間ノ契約ニヨリテノミ決ス可キモノトセンカ賃借人ハ一言ノ以テ挾ムヲ得サル間ニソノ差入レタル敷金カ或ハ新所有者ニ引繼カルルコトアリ或ハ爾ラサルコトアリ前者ノ場合ハ猶忍フヘキモ其ノ後者ノ場合ハ舊所有者ニ對スル返還請求ハ彼ノ無資力ナルカ爲其ノ意ヲ得サルニ拘ラス新所有者ニ對スル賃料ハ現實ニ其ノ支拂ヲ爲ササル可カラサルニ至リテ賃借人タルモノ又窮スト云フ可シ斯ルハ固ヨリ賃借人ノ經濟的地位ヲ保護スル爲ニ設ケラレタル借家法第一條ノ法意ニアラサルヤ多言ヲ俟タス當院昭和二年（オ）第五八五號事件ノ判決モ亦此ノ趣旨ヲ明ニシタルモノニ外ナラス今原判決ノ確定シタル事實ニヨレハ本件建物ノ賃貸借ハ舊所有者訴外恩田眞吉ト上告人トノ間ニ成立シソノ際被上告人ヨリ金四千圓ノ敷金ヲ差入レタル所其ノ後訴外大上陽平ニ於テ右建物ヲ讓受ケ上告人ト恩田眞吉間ノ賃貸借ハ大上陽平ニ對シ其ノ效力ヲ生シタルモ當時大上陽平ハ敷金ノ差入ヲ不用トシタル事情アリタル爲同人ハ其ノ引繼ヲ爲サス從テ右大上陽平ヨリ家屋ヲ讓受ケ上告人ニ對スル賃貸人ナリタル被上告人モ亦敷金ヲ引繼ク可キ筈ナシト云フニ在リ抑原判決ニ所謂大上陽平ニ於テ敷金差入ヲ不用トシタル事情アリトハ何事ヲ意味スルヤ敷金ハ之ヲ大上陽平ニ引繼カストノ合意カ同人ト訴外恩田眞吉ト上告人間ニ成立シタリト云フニアリトセンカ原

判決ノ據リテ以テ右認定ノ資料ト爲シタル證人大上陽平ノ供述ニヨリテハ到底之ヲ認ムルニ由無シ原判決ハ證據ニヨラスシテ事實ヲ認定シタル違法ヲ免ルヘカラス若又原判決ノ趣旨ニシテ建物ノ新所有者ハ其ノ内心的又ハ一方的意思表示ニヨリ或ハ舊所有者トノ合意ノミニ因リ敷金ノ引繼ヲ拒否スルヲ得トスルニアリトセムカ之ヲ上告ノ判示ニ照セハ法律ノ解釋ヲ誤リタル違法アルヲ奈何セム本件上告ハ理由アリ」（昭和一一、一一、二七、大判、一五卷二三號、二一一〇頁、後藤清氏「家屋所有權の移轉と敷金の引繼」民商法雜誌五卷五號四七一頁以下、穗積氏評釋法協五五卷五號一〇二三頁以下、石本雅男氏「家屋所有權移轉と敷金」法と經濟七卷五號一三六頁以下）。

三　大正一五、五、二〇、東區判決、新聞二六八三號一二頁。

四　昭和五、四、一二、東區判決、法律時報二卷八號九五頁。

五　反對判例

(1)昭和二、一、二六、大地判決、新聞二六五七號四頁。

(2)大正一三、一二、二、東地判決、新聞二三八一號一七頁。

六　次の判例は賃料債權の讓渡と敷金との關係に關するものであるが、參考として玆に援用する。

「賃貸借終了ノ際賃料ノ延滯アルトキハ敷金ハ右ノ終了ト共ニ當然其ノ辨濟ニ充當セラルト云フモノヲ當院ノ判例ト爲ス玆ニ辨濟ノ充當トアルハ民法第四百八十八條以下ニ規定シアルソレニハ非ス俗ニ所謂差引勘定ノ意味ニシテ法律的ニ云ハハ賃料債權ト敷金返還請求權トカ賃貸借終了ノ時ヲ以テ當然對等額ニ於テ相殺セラルルノ義ニ外ナラス從ヒテ敷金返還義務者カ恰モ賃料債權ヲ有スル其ノ人ナル場合ハ此事固ヨリ疑ヲ容ル可カラスト雖獨リ其ノ人ヲ異ニスル場合ハ如何例ヘハ賃貸借終了マテノ賃料債權ハ賃貸人ニ於テ一ノ將來ノ請求權トシテ已ニ之ヲ第三者ニ讓渡シ其ノ通知マテモ爲シタルカ敷金ハ尙其ノ儘賃貸人ノ手中ニ保有セル間ニ賃貸借終了ニ至リタル場合ノ如キ卽是ナリ夫レ前記ノ相殺適狀ハ賃貸借終了當時（卽チ右ノ讓渡通知後）ニ至リ始メテ之ヲ生スルコト上敍ノ如クナルニ於テ右ノ讓受人ヨリ延滯賃料ノ請求ヲ受ケタル賃借人トシテ此場合相殺ヲ對抗スルニ由無キハ論ヲ俟タス何者讓渡ノ通知以前ニハ賃借人ハ讓渡人ニ對シ未タ曾テ何等ノ相殺權モ之ヲ取得セサリシヲ以テナリ（民法第四百六十八條第二項）然ラハ則チ賃借人タル者延滯賃料ハ則チ唯々トシテ之ヲ讓受人ニ支拂ヒ而シテ敷金ハ則チ轉シテ賃貸人ニ對シ其ノ返還ヲ請求スルヲ以テ唯一ノ道ト爲スヘキヤ是或ハ純理ナラムモ所謂請求ノ輪廻以上ニモ以下ニモ非ス斯ル不生產的勞作ハ內ニシテ當事者ノ爲メ外ニシテ社會經濟ノ爲メ努メテ之ヲ避クルヲ得策トスルカ故ニ敷金ハ則チ當事者（下文所謂讓渡人ト讓受人其ノ他傍之）ノ合意ニ依リ之ヲ讓渡人タル賃貸人ノ手ヨリ讓受人ニ移スコトアリ得ヘシ但敷金ト云ヘハトテ當初差入レラレタル儘ニ封金トシテ賃貸人ノ金庫ニ深藏セル筈モ無ケレハ所謂敷金ヲ移ステフコトハ其ノ差入人タル賃借人トノ關係ニ於テハ取リモ直サス賃借人ニ對スル敷金返還義務ヲ賃貸人ヨリ右ノ讓受人ニ移轉スルコトニ外ナラス則チ爾ルカ故ニ此移轉ニハ賃借人ノ同意ヲ要スルヤ勿論ナリ又或ハ敷金ノ之ヲ移スコト無ク依然賃貸人ノ保有ニ任スト共ニ當事者間ニ一ノ契約ヲ締結シ他日賃貸借終了ノ曉賃料ノ延滯アルトキハ此延滯賃料ノ支拂ハ前記敷金ノ限度ニ於テ讓受人ハ賃貸人ニ對シテノミ之ヲ請求ス可シ（換言スレハ賃貸人獨リ其ノ責ニ任ス可シ）ト定ムルヲ得可シ此契約ハ術語ヲ以テスレハ卽チ債權者（右ノ賃貸人）間ニ爲サレタル移轉的債務引受ナルカ故ニ之ニ因リテ賃借人ハ其ノ賃料支拂ノ債務ヲ免ルルト共ニ其ノ賃貸人ニ對スル敷金返還請求權モ亦之ヲ失フニ至ルハ睹易キノ理ナリ何者此場合敷金ハ今ヤ專ラ賃貸人ニ依リテ爲サルヘキ延滯賃料支拂ノ資源ト化シ去リタレハナリ若シ或ハ賃貸人無資力ノ結果讓受人ニ於テ厘毛ノ辨濟タモ受クル能ハサレハトテ幷ハ契約ノ效力辭スルニ由無シ纔ツテ賃借人ニ對シ何等ノ請求モ之ヲ爲スヲ得サルハ素ト多言ヲ俟タサラムナリ然ラハ則チ如上處置カ明示的若クハ暗默的ニ當事者間ニ講セラレシコトノ竟ニ之ヲ窺フニ足ラサル場合ハ如何曰ク前敍ト甚タ異ル所無キノミ夫レ敷金ハ賃貸借終了ノ際當然且必然且直接ニ延滯賃料ノ辨濟ニ充當セラルルモノタルハ冒頭判示ノ如ク（賃貸借存續中ニ於ケル充當ノ場合ハ姑ク之ヲ寬ク）從ヒテ敷金ハ慶義ニ於テ一ノ擔保ニ外ナラス而モ一般ノ擔保ニ在リテハ擔保權ト被擔保債權ト孰ヲ先ニ實行スルモ幷ハ一ニ債權者ノ自由ナルニ反シ敷金ノ場合ニ在リテハ此一種ノ擔保ハ右ノ如ク當然必然且直接ニ其ノ實效ヲ奏スル次第ナルカ故ニ試ニ之ヲ債權者ノ側ヨリ立言スルトキハ何ヲ舍キテモ第一ニ此擔保ニ依リ辨濟ヲ享クルコトカ取リモ直サス債權者ノ權利ナルト共ニ其ノ義務ニ外ナラスト說クモ誰カ之ヲ强ヒタリトセム夫レ敷金ノ

差入アル場合ニ於ケル賃料債權ナルモノハ實ニ斯カル特色アル一種ノ擔保ニ依リテ擔保セラルルモノナリ今延滯賃料債權者ト敷金保有者トヲ同一人ナルトキハ問題無シ正シク言ヘハ問題ハ簡單ナリ獨リ其ノ人ヲ異ニスル場合ハ如何ト云フニ彼債權者ハ先ツ此敷金保有者ニ就キテ其ノ辨濟ヲ求ムヘク否是ニ就クニ非サレハ以テ其ノ辨濟ヲ求ムルニ由無シト解ス可キハ之ヲ敷金ニ依リ擔保セラルル賃料債權ノ本質ニ省ミテ殆ント自明ノ數ナラスムハアラス若シ夫レ此場合賃貸人ノ無資力ニ依ル辨濟不能ノ危險ハ果シテ何人カ之ヲ負フヘキヤ他無シ讓受人是ノミ何者將來ノ賃料債權ノ讓渡ニ付キテハ何等相關セサリシ否相關スルヲ得サリシ賃借人ト敷金ハ之ヲ賃貸人ノ手ニ委ネタル儘敢テ此債權ヲ讓受ケタル者トス故ニ賃貸人ノ手ニ於テ萬一ノ損失ヲ忍ハサルヘカラサルヤハ又絮說ヲ要セサルモノアレハナリ斯クテ當事者間ニ別段ノ處置カ講セラレサリシトキト雖其ノ歸結ハ則チ夫ノ移轉的債務引受ヲ特約シタル場合ト妙ニ符節ヲ合ス如クナルハ怪ムニ足ラス適正ナル當事者ノ處置カ自カラ一般的公理軌道ニ乘リ來ルハ事ノ宜ク爾ルヘキトコロニ外ナラサラムナリ原審確定ノ事實ニ從ヘハ上告人ハ昭和六年十月十一日訴外高橋新四郎ヨリ本件家屋ヲ期間ノ定メ無ク借受ケ一個月賃料七十七圓毎月末拂トシ敷金五百圓ヲ差入レ爾後賃貸借繼續中翌七年九月分ヨリ賃料延滯ノ折柄同年十一月十一日家屋ノ明渡ヲ了シタルカ先是同年七月中前記高橋ハ同年五月一日以降翌八年二月末日マテノ賃料總額七百七十圓ノ債權ヲ被上告人ニ讓渡シ直チニ其ノ通知ヲ了シタリト云フニ在リテ尙前記敷金中三百圓ハ賃貸借終了後上告人ニ返還セラレシカ殘二百圓ハ前記高橋ノ家督相續人正之助ニ於テ今尙之ヲ保有セルコトモ亦原審ノ確定スルトコロナリ然ラハ則チ此ノ事實ノ下ニ於テ右延滯ニ係ル昭和七年九、十兩月分賃料百五十四圓ノ支拂ヲ上告人ニ對シテ請求スル本訴自體ノ理由無キハ之ヲ上叙ノ判示ニ照シテ明白ナリ」（昭和一〇、二、一二、大判、一四卷三號二〇四頁、梶浦氏評釋法學四卷九號九八頁、有泉氏評釋法協五三卷一三九四頁、昭和十年度判例民事法六六頁以下、岡村氏評釋新報四五卷八號一五九頁、民事判例研究錄一卷五七七頁、淺井氏法と經濟四卷一號一四九頁、舟橋氏「賃料債權の讓渡と敷金」民商法雜誌二卷二號八一頁）。

敷金の性質其の他に關しては、鳩山氏「敷金ノ性質」法制時報六卷一二號一頁以下、同氏債權法各論下卷四九七頁以下、神戸氏權利質論三〇〇頁以下、岡松氏內外論叢五卷二號一七一頁以下、仁井田氏內外論叢三卷四號一六七頁、三潴氏擔保物權法一五一頁、西川氏新報一八卷八號九九頁、中島氏釋義二卷下六九〇頁、八〇一頁以下、富井氏原論二卷三七四頁、横田氏物權法六四〇頁、我妻氏擔保物權法七七頁以下、柚木氏物權法各論一五五頁以下、其の他一般の債權法、物權法の著書參照。

（三）過少なる催告

過少なる催告は其の過少部分の催告として有效であつて、其の以上の殘額に對しては催告の效力はない。卽ち、之れを一部請求と見るべきである。其の催告せられざる部分が免除となるか、又は履行の猶豫となるかは當事者の意思による。

「元金ト遲延利息ノ一部トヲ請求シナカラ殘部ノ利息ヲ請求セサリシ事實ノミユ依リ直ニ殘部ノ遲延利息債權免除ノ默示ノ意思表示アリト推定スル能ハス」（昭和四、一二、二一、大判、新聞三〇八二號、中島氏「一部請求と殘部免除の推定」論叢二三卷九二一頁以下）。

併し乍ら、過少の催告が債權者の錯誤に出でたるものなるときは全部に付き有效とせられる。

同說、石坂氏上卷四七九頁、勝本氏中卷(2)一五九頁。

第六　相當期間

催告は通常の場合に於ては（契約解除の場合以外に於ては）履行期を定めて之れを爲すことを要しない。蓋し、債權者が催告を爲す時には、通常、既に履行期が到來し居るものであるから、債務者は催告なく

とも即時に其の履行を爲すべきものである。催告あらば、債務者は又催告に應じて即時に其の履行を爲すべきものなるが爲めである。併し乍ら、非定期行爲たる契約の解除の要件たる催告に關しては民法は殊に相當期間を定めて履行の催告を爲すことを要する旨を規定して居る(五四一)。從つて、契約解除の場合の催告(五四一)には殊に相當期間を定むることが要件となる。併し乍ら、之れに關しては諸種の問題がある。

「控訴人カ昭和三年一月二十六日被控訴會社ノ新宿分店内郵便切手賣捌所ニ到リ被控訴會社發行ニ係ル額面一圓ノ商品券ヲ呈示シテ金三錢ノ郵便切手一枚ヲ請求シタルトコロ拒絕セラレタル事仍テ同年三月七日被控訴人ニ對シ向フ三日ノ期間内ニ商品券ノ券面額ニ相當スル金一圓ヲ現金ニテ返還スヘキ旨催告シ次テ同年四月十一日契約解除ヲ爲スヘキ旨ノ意思表示ヲ爲シタルコトハ當事者間爭ナキトコロナリ仍テ右解除ノ當否ヲ按スルニ先ツ控訴人被控訴人間ニ解除セラルヘキ契約關係アリヤト云フニ甲第一號證ノ裏面ニ依レハ被控訴人ハ右證券ノ所持人ニ對シ同人ノ撰擇ニ從ヒ被控訴人ノ店舗ニ於テ販賣セラルル物品ヲ券面額ニ相當スル丈交付スルコトヲ約セルモノナルコト明カナルヲ以テ該證券ハ被控訴人ニ對スル右ノ如キ物品請求權ヲ化體シタル記名ノ證券ナリト謂フヘク從テ之ヲ取得スル行爲ハ有償無償ノ區別ニ依リ賣買交換又ハ贈與タルコトアルヘク要スルニ債權契約關係ナリト謂ハサルヘカラス而シテ直接ニ被控訴人ヨリ證券ヲ取得セサル控訴人ノ如キ者ハ固ヨリ右債權關係設定ノ當事者ニ非サルモ此ノ種ノ證券上ノ責任ハ音ニ物品交付ノ本來ノ義務ノミナラス解除取消等ニ關スル責任モ總テ證券ノ所持人ニ對シテノミ負擔スルモノト爲スニ非サレハ證券流通上ノ安全ハ確保シ得サルカ故ニ此ノ種ノ證券上ノ債權關係ハ被控訴人ノ如キ轉得者ニ依リテモ承繼セラルルモノト認ムルヲ相當トス(控訴人ハ此債權關係ヲ寄託ナリト謂フモ右ハ單ニ右債權關係ニ對スル法律上ノ意見ヲ開陳シタルニスキサルモノト認ムルヲ相當トスルニ依リ特ニ其判斷ヲ爲サス)從テ若シ被控訴人カ右證券上ノ義務ノ履行ヲ肯セサルニ於テハ相當手續ノ後右債權關係ヲ解除シ得ヘキヤ勿論ナリ然ルニ控訴人ハ右解除ヲ爲スニ當リ被控訴人ニ對シ相當期間ヲ定メテ本來ノ給付ノ履行ヲ催告セサルヘカラサルニ拘ラス之ヲ爲サス券面相當ノ金額ヲ現金ニテ引渡スヘキ旨ヲ催告シ之カ履行ナキヲ理由トシテ契約解除ノ意思表示ヲ爲シタルモノナルコトハ控訴人ノ主張スルトコロニ依リ明カナルヲ以テ斯ル解除ハ其ノ前提要件ヲ缺如シ解除ノ效果ナキモノト謂ハサルヘカラス」(昭和三、一二、八、東地判決、法律新報一九二號二三頁)。

(一)　期間明示說

此の說は契約解除(五四一)の要件としては催告に相當期間を定むることが絕對に必要であると爲す。從つて、此の說に從へば縱令催告を爲すとも、何等の履行期間を定めざるときは解除を爲すことを得ない。又期間を定むるも不相當なる期間、卽ち短きに失する期間を定めたるときは催告は無效である。又具體的に期間を定むることなく、單に抽象的に「相當期間内」に履行せられたしと催告するも、其の催告は無效である。勿論相當期間を定むることは催告の内容であつて、催告と分離したる獨立の意思表示ではない。

期間明示說の根據とする所左の如し。

(a)第五百四十一條は「相手方に相當ノ期間ヲ定メテ催告シ」と規定するが故に同條の文字解釋上、期間の明示を必要とすること明白である。

(b)第五百四十一條の相當期間の指定を命ずる規定は債務者、卽ち、被催告者保護の規定である。從つて、其の期間は極めて明瞭にして且嚴正なることを要する。

(c)債務者が催告を受けたるにも拘らず、尙、其の債務の履行を爲さざる場合には、催告期間滿了と共に解除權が發生するが故に、解除權發生の時期は正に催告期間滿了の時である。然るに若し、催告期間の指示にして明確ならずとせば、其の結果は解除權發生の時期を不明確ならしむるから不都合である。

期間明示說に從ふ學說左の如し。

鳩山氏「相當ならざる期間を定めたる催告と契約解除」法協三五卷一二號二一八八頁、民法研究四卷一八七頁以下、民事判例研究一卷二三七頁以下、同氏「契約解除の要件及び效果」法協三七卷三號、民法研究四卷一七三頁以下、同氏債權各論上卷二一四頁、同氏民法全書一一四條三五三頁、三潴氏概論一一六頁、同氏契約總論（現代法學全集）一一六頁、横田氏各論一七〇頁、一七一頁、磯谷氏改說各論上卷二六一頁、岡村氏一二一頁、畔道氏論叢二卷二號一一九頁、梅氏要義一一四條、我妻氏評釋、大正十一年度判例民法三〇四頁、林信雄氏判例を中心としたる債權法各論九三頁、永井壽吉氏「催告後に於ける解除權」法曹會雜誌五卷四號九頁、一〇頁、小池氏各論五四頁、同氏「契約の解除に就て」法學研究二卷三號四號合併號五一頁。

Kipp zu Windscheid § 264 Zus. 7, Crome § 151, I 2 a, Schollmeyer § 250 Nr. 5.

催告には相當期間の明示を要するものとする判例は大凡左の如し。

一　明治三三、一〇、一九、東控判決、新聞八號一一頁。

二　明治三四、東地判決、新聞三六號五頁。

三　明治三九、三、七、廣島控訴判決、新聞三七七號一〇頁。

四　明治四〇、七、一六、大地判決、新聞四五二號五頁。

五　明治四〇、一〇、二三、大控判決、最近判例集一卷一六三頁。

六　明治四二、七、二、東控判決、最近判一一卷一一四頁。

七　明治四四、横濱地方判決、新聞八三三號二一頁。

八　明治四四、九、二八、東地、新聞七四七號二二頁。

九　明治四五、七、二、東控判決、最近判一一卷二一四頁。

一〇　大正二、大控判決、新聞一〇四八號二三頁。

一一　大正二、二、二〇、東控判決、新聞八五八號。

一二　大正四、二、三、東地判決、評論三卷民法六八七頁。

一三　大正五、三、二七、東控判決、新聞一一一〇號二五頁。

一四　大正五、七、二〇、大地判決、新聞一一六六號二七頁。

一五　大正六、六、一八、大地判決、新聞一二八四號二四頁。

一六　大正六、七、一〇、大判、二三輯一一三〇頁。

一七　大正七、九、二五、大判二四輯一八一三頁。

一八　大正八、三、二八、東地判決、評論八卷民法三二一頁。

一九　大正九、二、二三、東地判決、評論九卷民法二三八頁。

二〇　大正九、五、三一、東地判決、評論九卷民法六二三頁。

二一　大正九、七、二一、東地判決、評論一〇卷民法四〇七頁。

二二　大正一〇、二、二三、長崎地方上田支部判決、評論一〇卷民法四〇七頁。

二三　大正一〇、三、一一、東控判決、新聞一八三六號一九頁。

二四　大正一〇、四、七、長控判決、評論一〇卷商法一八三頁。

第二章　非定期行爲の不履行に因る契約解除の要件

二五　大正一〇、七、八、東地判決、新聞一九〇四號二一頁。
二六　大正一〇、八、二九、東控判決、新聞一九〇八號二〇頁。
二七　大正一〇、一一、一、東地判決、評論一〇卷民法一〇八〇頁。
二八　大正一一、一、一一、朝高判決、評論一一卷民法一三七頁。
二九　大正一一、七、一三、東控判決、新聞二〇二八號一四頁。
三〇　大正一一、四、一七、大判、評論一一卷民法二四五頁。
三一　大正一一、八、四、大判、評論一一卷民法七三五頁、我妻氏評釋。
三二　大正一二、六、二八、東控判決、評論一三卷民法二〇五頁。
三三　大正一二、八、一八、大判、評論一三卷民法三四七頁。
三四　大正一三、四、二、東控判決、評論一三卷民法五七九頁。
三五　大正一三、一〇、二〇、東控判決、新聞二三二五號二一頁。
三六　大正一四、四、二〇、大判、評論一四卷民法四三三頁。
三七　大正一四、五、一、朝高判決、評論一四卷民法三三三頁。
三八　大正一四、七、四、東地判決、新報五三號二〇頁。
三九　大正一四、八、五、東控判決、評論一四卷民法八三四頁。
四〇　大正一四、九、二〇、東地判決、新報五七號二四頁。
四一　大正一四、一〇、二〇、東控判決、評論一四卷民法七五〇頁。
四二　大正一五、五、一三、東控判決、新聞二五七六號一六頁、評論一六卷民法三〇九頁。
四三　大正一五、五、二五、東控判決、評論一五卷民法四六四頁。
四四　大正一五、五、二七、東控判決、評論一五卷民法四六七頁。
四五　昭和二、九、二二、東地判決、評論一七卷民法一八五頁。
四六　昭和二、一〇、一一、東控判決、新聞二七七〇號一四頁。
四七　昭和二、一〇、三一、上諏訪區判決、新聞二七六一號一六頁。
四八　昭和三、三、一七、東控判決、評論一七卷民法六六三頁。
四九　昭和四、一〇、二三、横濱地方判決、新聞三〇五八號一〇頁、評論一九卷民法一九頁。
五〇　昭和五、七、二四、東區判決、評論一九卷民法一二二五頁。
五一　昭和五、一〇、二二、東地判決、新聞三一九一號一七頁。
五二　昭和六、八、二八、東控判決、新聞三三四一號、二〇頁。
五三　昭和七、一〇、二五、東地判決、評論二一卷民法一一四四頁。

以上に列擧したる判例中、純粋に期間明示說の思想を宣明するものに付き其の内容を掲載し、其の餘は期間明示說の思想を宣明するのみならず、一々具體的に期間の相當、不相當期間及び不相當期間の具體的の實例として、後に其の場所に其の内容を掲載することとする。

一　「契約解除ノ通知ヲ爲スモ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シタルニ非ラサレハ該通知ノミニテ直ニ契約ヲ解除シタルモノト云フヲ得ス」（明治三三、一〇、一九、東控判決、新聞八號一一頁）。

二　「賣買契約ヲ履行セサル爲メ期間ヲ定メテ催告ヲ受クルモ該催告期間カ相當ナラストセハ之ニ應スルト否トハ催告ヲ受クル者ノ隨意ナルヲ以テ其催告ノ爲メ何等ノ利害關係ヲ及ホスモノニ非ス」（明治三四年（ワ）四二一號東地判決、新聞三六號五頁）。

三　「相當ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲シタルニアラサレハ契約ノ解除ヲ爲スヲ得サルモノトス從テ單ニ履行ノ催告ヲ爲シタルノミニテハ解除權ヲ發生セス解除權ノ發生ニ適當ナル手續ヲ盡ササルモノニシテ解除權ノ發生ヲ自信シタリトセハ其ノ誤信ハ卽

チ其者ノ過失ナリトス」（明治四〇、七、一六、大阪地方判決、新聞四五二號五頁）。

四　「双務契約ニ付キ義務不履行ヲ原因トシテ契約ヲ解除スルニハ當事者間ニ特約アル場合又ハ民法第五百四十二條ノ如キ特別ノ場合ヲ除クノ外豫メ相當期間ヲ定メテ義務ノ履行ヲ催告シ其期間内ニ履行ナカリシトキニ於テ解除シ得ヘキ者ニシテ當事者ノ一方ニ義務不履行ノ事實アレハトテ他ノ一方ハ直チニ其契約ヲ解除シ得ヘキモノニアラス依テ本件ノ如キ右ノ特約及ヒ特別ノ場合ニ該當セサル案件ニアツテハ須ラク被控訴人ハ先ツ相當期間ヲ定メテ控訴人ニ義務履行ノ催告ヲ爲シ其效ナカリシトキニ於テ契約ノ解除ヲ爲シ得ヘキ者トスルヲ以テ被控訴人ハ前示契約解除ノ電報ヲ發スル前右催告等ノ手續等ヲ盡シタルヤ否ヤヲ案スルニ被控訴代理人ハ明治四十四年一月中控訴人ニ對シ來ル二月十二日迄ニ履行セサルトキハ契約ヲ解除スル旨ノ通知ヲナシタル旨主張スルモ此點ニ付キ何等見ルヘキ證據ナク却ツテ原審證人望月道藏齋藤鎌太郎ノ證言ニ依レハ控訴人ハ一回タモ日時ヲ限リ催告ヲ爲シタルコトナカリシ事實ヲ推認シ得ラルルカ故ニ右主張ハ之レヲ採容スルニ由ナク卽チ被控訴人ハ相當期間ヲ定メテ催告等ノ手續キヲ盡サヽリシモノト認ムルノ外ナク此ノ手續ヲ缺キタルニ基ク前示契約解除ノ意思表ホハ法律上何等ノ效力ヲ生スルモノニアラサルヲ以テ本件甲第一號證ノ契約ハ其當時ニ於テ解除セラレスシテ依然存續セラレタリシモノト認ムルヲ相當トスルカ故ニ被控訴代理人ノ前示契約解除ノ抗辯ハ之レヲ容ルルヲ得ス」（大正二、二、二〇、東控判決、新聞八五八號二七頁）。

五　「契約ノ解除ハ相手方ノ債務不履行ニ對スル當事者ノ保護ヲ目的トセルモノナルコト勿論ニシテ相手方ニ債務ノ不履行アル場合ニ始メテ當事者ノ一方ヲシテ特別ノ場合ヲ除キ相當期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ其期間内ニ履行ナキトキニ限リ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ルモノトス」（大正二年（ネ）五一五號大控判決、新聞一〇四八號二三頁）。

六　「債務不履行ヲ原因トスル法律上ノ解除權ヲ行使スルニハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告スルコトヲ要ス從テ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲シタル事實ナキトキハ解除ノ效ナシ」（大正五、三、二七、東控判決、新聞一一一〇號二五頁）。

七　「商事賣買ニ於テモ特定期賣買ニ非サル限リハ債務者カ期日ニ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履行ヲ催告シ其期間内ニ履行ナキ時ニ於テ契約ノ解除ヲ爲シ得ルモノトス（大正六、六、一八、大阪地方判決、新聞一二八四號二四頁）。

八　「民法第五百四十一條ハ債務ノ不履行ニ因リ契約ノ解除ヲ爲スニ付キ原則トスヘキ要件ヲ定メタルモノナレハ同條ノ規定ニ從ヒ契約ヲ解除スルニハ必ス先ツ相當ノ期間ヲ定メテ債務ノ履行ヲ催告スルコトヲ要シ其催告ヲ爲スニ當リ定メタル履行期間カ不相當ナルトキハ其催告ハ法律ノ定メタル要件ニ適セサルモノニシテ當初ヨリ無效ナリ從テ其無效ナル催告ハ之ニ定メタル履行期間經過後更ニ幾日ヲ經過スルモ爲ニ有效ト爲ルヘキ理由ナキヲ以テ之ニ基ク契約解除ノ意思表示ハ亦其效ナキモノトス」（大正六、七、一〇、大判、二三輯一一三〇頁、抄錄七二卷一六五五頁、新聞一三二三號三三頁、評論六卷民法七七九頁、鳩山氏「相當ナラサル期間ヲ定メタル催告ト契約解除」民事判例研究一卷二三七頁、曄道氏「不相當ナル期間ヲ指定セル催告ノ效力」最近大審院民法判例批評三六三頁）。

九　「商法第二百八十六條ハ買主カ契約ノ目的物ノ受領ヲ拒ミ又ハ受領不能ナル場合ニ目的物ノ供託權及其競賣權ヲ與ヘ且若シ代金未濟ノ場合ニハ競賣代金ノ全部又ハ一部ニ充當スルコトヲ得セシメタルモノニ過キスシテ買主ノ代金支拂義務不履行ト何等關係スル所ナキカ故ニ此規定アルノ故ヲ以テ買主カ其代金支拂義務ノ履行ヲ遲滯セル場合ニ賣主カ民法ノ規定ニ從ヒ之ヲ原因トシテ其猶豫期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲シタル上契約ヲ解除シ得ル權能ニ何等ノ消長ヲ來スコトナキモノトス」（大正一〇、四、七、長崎控訴判決、新聞一八三九號二〇頁、評論一〇卷商法一八三頁）。

一〇　「非定期行爲タル賣買契約ヲ解除スル爲メニハ相當ノ期間ヲ定メテ催告スヘク催告期間ハ何日マテ若クハ何日内ト具體的ニ之ヲ定メサルヘカラス抽象的ニ相當ノ期間ヲ定メテ之ヲ催告スルハ不適法ナリトス」（大正一〇、一一、一、東地判決、評論一〇卷民法一〇八〇頁）。

一一　「所有權移轉登記ニ付確定期限ヲ付セスシテ相續登記完了後ニ履行スヘキコトヲ約シタル場合ニ於テ相手方カ之ニ應セサルトキハ買主ハ相續登記ヲ爲シ更ニ移轉登記ヲ爲スニ必要ナル相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲シ若シ其期間内ニ履行ヲ爲ササルトキハ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシトスルヲ一般取引通念ニ適合スルモノトス」（大正一一、一、一一、朝高判決、評論一一卷民法一三

七頁)。

一二　「債權者カ履行ノ催告ヲ爲シタル場合ニ於テ其期間相當ナラサル場合ニ於テハ解除ハ其效力ヲ生セサルモノトス」(大正一一、四、一七、大判、新聞一九八八號一七頁、評論一一卷民法二四五頁)。

一三　「世間ノ實情ニ照シ一萬五千餘圓ノ巨額ノ現金ヲ二日ニ足ラサル短期間ニ準備シテ支拂ヲ完了スルカ如キハ普通人ノ困難トスル所ナレハ右催告書ニ定メタル期間ハ郵便發着ノ普通ノ經過ニ於テ同書ノ到達シタル時ヨリ期間終了ノ時マテ僅ニ一日ト半日餘ヲ存スルニ過キスシテ其ノ間ニ被催告者カ斯ノ如キ大金ヲ準備シテ支拂ヲ完了シ得ヘカリシ特別ノ事情アルニ非サレハ甚タ短キニ失シ不相當ナリト言ハサルヘカラス」(大正一一、八、四、大判、一卷四八三頁、我妻氏評釋、判例民法大正十一年度三〇二頁以下)。

一四　「民法第五百四十一條ニ基ク催告ノ期間ハ明ニ限定シテ相手方ニ示スコトヲ要スルヲ以テ單ニ相當ノ期間內ニ契約ノ履行ヲ爲スヘキ旨ヲ催告スルモ未タ解除權ヲ發生セサルモノトス」(大正一一、六、二八、東控判決、新聞二一七八號一五頁、評論一一卷民法二〇五頁)。

一五　「債務履行ノ催告ハ履行ニ必要ナル相當ノ期間ヲ以テスルコトヲ要ス期間相當ナラサルトキハ其催告ハ無效ナリ」(大正一二、八、一八、大判、新聞二一八八號一九頁、評論一三卷民法三四九頁、彙報三五卷上民二六二頁)。

一六　「債權者カ相當ノ期間ヲ定メスシテ履行ヲ催告シタルトキハ其ノ催告ハ無效ナルヲ以テ契約解除ノ意思表示ヲ爲スモ其ノ效力ヲ生セサルモノトス」(大正一四、四、二〇、大判、評論一四卷民法四三三頁)。

一七　「甲乙間ニ甲ヨリ乙ニ賣渡シタル日本勸業銀行債券ヲ後日乙ヨリノ請求アルトキハ何時ニテモ甲ニ於テ買取ルヘキ旨ノ特約アリ而シテ其ノ後乙カ甲ニ對シ該債券ノ買取方ノ請求ヲ爲シタルモ甲ハ之ニ應セサルニ付乙ハ甲トノ間ノ右債券賣買契約ヲ解除センカ爲其ノ前提トシテ大正十年十一月十五日午後一時ヨリ同三時迄ノ間ニ右債券當方ヨリ持參可致候間代金御支拂相成度」ト記載シ發送シタルニ過キサル場合ニ於テハ到底乙ニ於テ甲ニ對シ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲シタルモノト認メラレサルカ故ニ甲カ右催告ニ應セサリシトスルモ乙ハ甲ノ契約不履行ヲ理由トシテ右債券賣買契約ヲ解除シ得サルモノトス」(大正一五、五、二五、東控判決、評論一五卷民法四六四頁)。

一八　「契約解除ノ前提タル履行ノ催告ハ相當ノ期間ヲ定メテ之ヲ爲スコトヲ要シ其期間ハ後ニ至リ之ヲ伸長スルコトヲ許サス期間短キニ過キ相當ナラサル場合ハ其ノ催告ハ解除權ノ成立ニ付キ何等其ノ效力ナキモノト謂フ可ク又數次ノ催告ハ各獨立シテ之ヲ觀察スヘク後ノ催告ハ前ノ催告ヲ取消シタルモノト解シ得サルト共ニ各期間ヲ合シタル上其期間ノ相當ナリヤ否ヤヲ判定スヘキモノニ非ス從テ數次ノ催告何レモ其ノ期間相當ナラサル場合ハ總テ催告トシテ無效ナル可ク其ノ中何レカ適法ナル場合ハ其後ノ催告ハ無意義ノ催告ニ歸スヘキモノトス」(昭和四、一〇、二三、橫濱地方判決、新聞三〇五八號一三頁、評論一九卷民法二八五頁)。

(二)　債權者は必ず期間を具體的に定めて催告を爲すことを要するも、其の期間が不相當なるときは相當の程度まで繰延べらるべきものとする說

一派の學者は債權者の方面より見て相當と思惟する期間を具體的に債務者をして知ることを得せしむるは債務者の保護上必要であるから、債權者は催告に際して、催告期間を具體的に指定することを必要とする。然し、債權者の定めたる期間が客觀的に相當ならざるときは、其の催告は無效に非ずして、不相當なる期間は法律上當然に、客觀的に相當なる期間內に履行を爲さざるときは、債務者が債權者の指定せる期間の如何に拘らず客觀的に相當なる期間に轉換せられ、債務者が債權者に契約解除權を生ずるものと解すべきであると主張する。

曄道氏「不相當ナル期間ヲ指定セル催告ノ效力」最近大審院民法判例批評三六三頁、Romeick, Fristbestimmung S. 45 ff.

石田氏「民法第五百四十一條に就て」論叢五卷七七四頁、七七五頁、岡松氏新報三一卷一號。

(三)「相當期間」と謂ふ語を用ひて催告すれば足るものとする說

此の說に從へば、期間は精確に幾日內、何日迄と表示する必要はない。單に「相當期間」と謂ふ語を用ふるも差支ない。蓋し、期間が相當なりや否やは客觀的に決定し得べきが故である。

此の說も亦催告學說發展の中間階段に在る說である。次に述ぶる催告期間明示不要說の行はる現今に於ては其の範圍內に在る此の說は固より誤りでない。唯此の說は「相當期間」と謂ふ語を使用することは絕對的に必要とするのであるから、催告期間明示不要說より謂へば尙無用の制限を遺存して居るものである。此の說は獨逸に於ける通說である。

末弘氏二四六頁註一一參照、石坂氏下卷二二八一頁及び同書二二八九頁註五に引用の獨逸文獻參照。

○(四)　期間明示不要說（引延說）

催告學說は嚴格なる相當期間明示必要說より漸次に發展の經路を辿り現在に於ては判例も學說も共に催告期間明示不要說にまで到達してしまつた。卽ち、契約解除の前提要件たる催告には相當期間を明示することを必要とせず、單に履行の催告を爲せば足るものとする。唯、其の催告ありたる時より相當期間を經過するに非ざれば、契約解除を爲すを得ざるものとするのである。此の說が妥當である。

此の說の根據とする所は概ね次の如し。

(a)第五百四十一條の「相當ノ期間ニ定メテ」と謂ふのは、相當期間を明示することに重點があるのではなくして、催告に依りて債務者に警告を與へ、相當の猶豫期間內に履行を爲すべきことを要求し得る點が主眼である。卽ち、催告の時と解除の時との間に相當期間を經過すれば足るのであつて、必ずしも催告に相當期間を定むることを必要としない（宮崎氏評釋、昭和二年度判例民事法一一五頁）。

(b)第五百四十一條の規定は一方に於ては債務者の保護規定である。卽ち、無警告擊沈を爲すことを酷なりとして相當期間の猶豫を與ふるのである。併し、又他方に於て、怠慢なる債務者に對して債權者を保護せんとする規定でもある。

然るに、催告後、既に相當期間が經過するに拘はらず、催告に相當期間が明示さられざることに藉口して催告を無效とするは同條の規定が債權者保護の規定たる趣旨に反する。

元來債務者は履行期後は常に卽時履行の義務を負擔するのであつて、催告期間の當否又は明示の有無に依りて此の義務が左右せらるべき筈はない（宮崎氏前揭一一四頁）。

(c)催告期間を明示せざればとて解除權發生の時期を不明ならしむることはない。不當なる催告期間が定められたるときはそれが延長せられなければならないではないか（宮崎氏前揭一一五頁）。

(d)此の說に依れば法律は何を苦しみて相當期間を定むることを要求するか。何等の期間を定めずし

て、催告を爲さしめ、相當期間經過によりて解除を爲し得べきものとするを以て足るが如くに解せらるれざるに非ざるも、催告期間を定むるときは債務者に依る所を知らしむる利益がある。催告期間を定めざるときは債務者は何日間に履行すれば解除を免るべきかを知るに苦慮せざるべからざることと爲り不便である。

短きに過ぐる期間を定めたる催告と雖も、尙債權者は催告を爲す意思を有する。故に全部其の催告を無效とするは當を得ない。此の場合には短きに失する期間を定めたる部分のみが無效にして、客觀的に定めらるる相當期間によりて、其の期間が定めらるるものと爲すべきである。此の場合に斯く解することは債務者に不利益を來さず又取引上の必要に合する。勿論、債權者は債務者の承諾を得たるときは相當期間より短き期間を定むるを得る（石坂氏下卷二二八一頁、二二八二頁）。

(e)若し然らずとせば、債權者は自己の催告を有效ならしむべき萬全の策を採らんが爲めには、常に自己が相當なりと信ずる期間よりも、多少長き期間を定めざるべからざることと爲り、債務者の保護に必要なる程度を超へて債權者に不利益を及ぼすこととなる（末弘氏二四六頁）。

(f)債權者が短きに過ぐる期間を定めて、催告を爲したる場合に、之れを全然無效とし、其の催告をやりなほさねばならないとする程、不履行の相手方を保護せねばならないといふ理由はどこに在るであらうか（我妻氏岩波全書民法Ⅱ、五八七頁參照）。

(g)此の說は最も嚴格なる期間明示說の反對の極端に立つ所の最も寬大なる說であるから、此の說を採る以上は此の說の主張する催告に到達する以前に存在する中間階級に屬する催告は總て有效と見ることを得る。例へば、

(1)嚴格に相當期間を定めたる催告、

(2)「相當期間」內に履行ありたしと謂ふ催告、

(3)不相當期間（短きに失する期間）を定めたる催告、

(4)全然期間を定めずして爲す催告

等は總て有效となる。

此の說を主張する學說左の如し。

我妻氏債權法講義案四七頁、岩波全書民法Ⅱ五八七頁、石坂氏下卷二二八一頁、同氏大綱三五八頁、末弘氏各論二四六頁、穗積氏判例百話二一七頁、法學全集一三卷四一五頁、宮崎氏評釋、昭和二年度判例民事法一一五頁、磯谷氏舊說債權法論二二一頁、暉道氏論叢二卷二號一二一頁、石田氏講義七五頁、七六頁、末川氏二一九頁、論叢一八卷六號一四六頁、池田氏一四七頁、勝本氏五四頁、中卷(2)一五〇頁、近藤氏各論六三頁、六四頁、堀內氏評註、法學四卷四號一二一頁、尙、石坂氏下卷二二八九頁註七に引用の獨逸文獻參照。

判例は期間明示說より出發して現今に於ては期間明示不要說に到達して居る。

一「民法第五百四十一條ニ規定シタル相手方ニ對スル債務履行ノ爲メニスル相當ノ期間ハ必スシモ常ニ明示ヲ要スルモノニアラス」（明治四四、一一、一五、橫濱地方判決、新聞七六七號一九頁）。

二　「契約ノ解除ニ必要ナル履行ノ催告ニハ催告後且債務者付遅滞後債務ヲ履行スルニ付相當ノ期間ヲ保有スルコトヲ要スルヲ以テ假令債務者ヲ一旦履行遅滞ニ付スルモ其ノ後之カ履行ヲ爲スニ付所謂相當期間ノ殘存セサル以上ハ其ノ催告ハ相當期間ヲ定メタル適法ノモノト云フヲ得サルモノトス」（大正一三、四、二、東控判決、評論一三卷民法五七九頁）。

三　「原判決ハ本件取引ハ民法第五百四十二條ノ場合ニモ當ラス又凡ソ債務者ニ履行ノ意思ナケレハトテ直ニ解除權ヲ生スルモノニモアラス而モ亦解除ノ意思表示ニ先チ相當ノ期間ヲ定メテ履行ヲ催告シタル事實ハ上告人ノ主張セサルトコロナルヲ以テ本件契約カ解除セラレタル旨ノ主張ハ夫自體理由ナキモノナリト判定シタリ然レトモ原判決ノ事實摘示ニ依レハ第一審以來上告人ノ主張スルトコロハ本件建具ノ引渡期日タル大正十二年七月二十日ヲ過クルモ被上告人ハ其ノ履行ヲ爲ササルヲ以テ上告人ハ數回ニ亘リテ履行ヲ催告シ更ニ大正十三年八月二十日及同年十月二日ノ二回ニ内容證明郵便ヲ以テ履行ヲ求メタルモ尚其ノ效ナカリシニ依リ被上告人ニ於テハ履行ノ意思ナキモノト認メ同年十二月十三日之ニ對シ解除ノ意思表示ヲ爲シタリト云フニ在リ然ラハ則チ履行ノ意思ナキモノト認メ云々ハ畢竟一ノ餘波的主張ニ外ナラス之ヲ以テ解除ノ原因ト爲セシモノト解セシナラハ原裁判所ハ徒ニ言辭ノ末ニ拘ルモノナリ催告ニ應セサルニ及ヒ解除シタリトノ事實自體ハ始メヨリ上告人ノ主張スルトコロナラスヤ而モ其催告期間ノ如何ニ付原裁判所ニ於テ其ノ釋明ヲ求メタル形跡ハ一モ見ルヘキナシ抑亦催告ニ相當ノ期間ヲ定メサルヘカラサルハ固ヨリ論ナシト雖モ必ス常ニ始メヨリ一定ノ日時若ハ期間ヲ明示スルヲ要ストノ意ニアラス催告ノ時ト解除ノ時トノ間ニ既ニ相當ノ時ヲ經過シ居レハ是亦足レリ善履行期以後ニ在リテハ債務者ハ卽時履行ノ義務ヲ當然ニ負擔セルモノニシテ這ハ固ヨリ催告期間ノ當否如何ニヨリテ左右セラルヘキニ非ス法意ノ核心ハ原則トシテ解除權ハ不履行若ハ催告不應ニ依リ直ニ之ヲ生スルモノニアラス催告後相當ノ期間ヲ過クルモ尚且履行ヲ爲ササルニ及ヒテ始メテ之ヲ生ス又之ヲ以テ足ルト云フニ外ナラサレハナリ凡ソ此等ノ點ニ付原審ハ何等ノ考慮ヲ拂ハス又何等ノ釋明ヲモ求メス輒ク本件契約ノ解除ヲ無效ナリト斷定シタルハ正シク審理不盡ノ違法アリ」（昭和二、二、二、大判、六卷四號一三三頁以下、大審院裁判例（二）七一頁、評論一六卷民法二五二頁、穗積氏現代法學全集一三卷判例小話第四八話四一五頁、判例百話「催促の仕方」二一七頁、末川氏「契約解除の前提たる催告」破毀判例民法研究一卷二五頁）。

四　「契約解除ノ前提タル催告ニ相當期間ヲ明示セサレハトテ爾後相當期間ヲ經過スルモ尚債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ契約ノ解除ヲ爲スニ妨ナキモノトス」（昭和四、一〇、一一、朝高判決、評論一九卷民法六五頁）。

五　「民法第五百四十一條ニ依ル契約解除ノ前提要件タル履行ノ催告ハ必スシモ一定ノ期間ヲ明示スルノ要ナク債權者カ期間ノ明示ナキ催告ヲ發シタル場合ニ於テモ債務者カ相當ノ期間ヲ經過スルモ尚履行ヲ爲ササルニ於テハ債權者ハ同條ニ依リ契約ノ解除ヲ爲シ得ルモノトス」（昭和五、九、五、大判、新聞三一七三號一一頁、評論一九卷民法一二五四頁）。

六　「契約解除ノ前提タル履行ノ催告ニハ始ヨリ一定ノ期間ヲ明示スルコトヲ要セス催告後相當ノ期間ヲ過クルモ尚且履行ヲ爲ササル時ハ適法ニ契約ヲ解除シ得ルモノトス（當院大正十五年（オ）第八八二號昭和二年二月二日判決參照）」（昭和六、三、一〇、大判、新聞三二五〇號一一頁、評論二〇卷民法三三一頁、彙報四二卷一七號民事一七七頁）。

七　「賣主甲ハ某月十七日買主乙ニ對シ賣買殘代金二萬圓ヲ同月十九日迄ニ支拂フヘシトノ催告及條件附契約解除ノ通知ヲ發シ該通知ハ翌十八日乙ニ到達シタル場合ニ於テハ右支拂猶豫期間ハ催告書到達ノ翌日ニ相當シ僅カニ一日ニ過キスシテ然モ其金額ハ二萬圓ナルヲ以テ右催告ニ付シタル期間ハ本件催告期間トシテ相當ナラスト謂ハサルヘカラサルモ其後相當期間内ニ之カ履行ノ爲サレタルコトナキ以上右賣買契約ハ右催告カ乙ニ到達シタル後相當期間ノ經過ニヨリ有效ニ解除セラレタルモノト謂ハサルヘカラサルモノトス」（昭和七、一〇、二五、東地判決、評論二一卷民法一一四四頁）。

八　「契約解除ノ前提タル履行ノ催告ニハ始メヨリ一定ノ期間ヲ明示スルコトヲ要セス催告後相當ノ期間ヲ過クルモ尚履行ナキトキハ債權者ハ適法ニ契約ヲ解除シ得ルモノナレハ（當院大正十五年（オ）第八八二號昭和二年二月二日判決參照）原判決カ右ト同趣旨ノ下ニ上告人ハ所論ノ催告後二年ヲ過クルモ履行ヲ爲ササリシニ依リ該期間ノ經過セル時期ニ於テ爲シタル被上告人ノ本件契約解除ノ意思表示ハ有效ナル旨判斷シタルハ違法ニアラス」（昭和九、一〇、三一、大判、法學四卷四號一二一頁、堀内氏評註同所）。

第二章　非定期行爲の不履行に因る契約解除の要件

（五）　相當期間を定むる標準

催告に相當期間を明示することを必要とする說によるも、又、催告に相當期間を明示することを必要とせず、事實上、催告の時より解除の時までに相當期間が存在すれば足るものとする說によるも、又其の中間說によるも、兎に角、契約解除の前提要件たる催告には「相當期間」の觀念が嚴として必要である。從つて、相當期間が幾日なるかを定むべき標準を確立する必要がある。

相當期間は各場合の具體的事情に因り當事者雙方の利益の爲めに之れを定むべきものである。催告を爲す債權者一方のみの利益を偏重して之れを定むることを得ない。

一方に於ては債權者は如何なる時期までに其の履行を受くるに付いて利益を有するやを測定し、他方に於ては債務者が其の履行を爲すべきや否やを熟慮せんが爲めに必要なる猶豫を與ふることを要する。

卽ち、之れを一言にして謂へば、各場合の事情を考慮し、客觀的標準（例へば催務の性質）によりて之れを決定すべきであつて、債務者の主觀的事情（例へば、旅行不在、病氣等）は參酌すべきでない。

小池氏各論五四頁、同氏「契約の解除に就て」法學研究二卷三號四號合併號五〇頁、鳩山氏二一三頁、中村氏二五六頁。

民法第五百四十一條に依る契約解除權發生要件の一たる相當期間の催告に關して、相當期間を定むる標準は、債務者の主觀的事情に依るべきでなくして、客觀的事情に依りて決定すべきものなることは既に大審院判例（大正六、六、二七、大判、二三輯一一五三頁以下）の存在する所であるが、更に、大審院は大正十三年七月十五日の判例に依りて客觀的標準に一つの內容を與ふるに至つた。此の判決の妥當なることを論を俟たない所であつて、學者の贊同を惜まざる所である（舟橋氏評釋、判例民事法大正十二年度三二八頁以下）。

此の問題に關しては、鳩山氏法協三七卷三號四三六頁以下、判例研究一卷二二五頁以下、舟橋氏評釋、判例民事法大正十三年度三二五頁以下が重要なる參考文獻である。

一　「民法第五百四十一條ニ所謂相當ナル期間トハ債務ノ履行ヲ準備シ之ヲ履行スルカ爲メニ要スル期間ヲ謂フノミニシテ其相當ナルヤ否ヤハ履行スヘキ債務ノ性質其他各觀的事情ニ因リテ定ムヘク債務者其人ノ病氣旅行等ノ如キ主觀的事情ヲ考察シテ定ムヘキモノニ非ス」（大正六、六、二七、大判、二三輯一一五三頁、抄錄七三卷一六五七五頁、新聞一三三二號二五頁、評論六卷民法七七七頁）。

二　「債務履行期以後ノ給付催告ハ債務者ニ於テ既ニ大體履行ノ準備ヲ爲シ居ルコトヲ前提トスルモノナレハ債權者ハ債務者ニ於テ其最後ノ履行準備ヲ爲シテ給付ヲ完了スルニ足ルヘキ期間ヲ定ムルヲ以テ足ルモノトス」（大正八、七、一九、和歌山地方判決、新聞一五九五號一九頁）。

三　「民法第五百四十一條ノ規定ニ依リ相當ノ期間ヲ定メテ債務ノ履行ヲ催告スルハ契約當事者ノ一方カ其ノ債務ヲ履行セサルニ因リ之ニ對シ相手方ヨリ契約解除ノ行ハルヘキコトヲ警告スルノ趣旨ヲ以テ爲スモノニ過キサレハ其ノ催告ニ於テ定ムヘキ相當ノ期間ハ必スシモ契約ノ當初ニ於テ履行ノ準備ニ着手シ給付ヲ完了スルニ足ルヘキ期間ト同一ナルコトヲ要セス契約ノ當事者ハ其ノ當初ニ定メタル履行期マテニ債務者カ履行ヲ準備シテ之ヲ完了スヘキコトヲ豫期シ其ノ準備ノ大略ハ既ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘカリシモノト推定スルヲ當然トスルヲ以テ右規定ニ依ル催告ニ於テ定ムヘキ期間ハ契約ノ當初ニ於テ相當トスヘキ履行期間ニ比シ短

キトキト雖モ特別ノ事情ナキ限リハ履行準備ノ大略ヲ爲スコトヲ得ヘカリシ場合ニ於テ認メ得ヘキ履行ノ準備及給付ノ完了ニ必要ナル猶豫期間アルヲ以テ足ルモノト解セサルヲ得ス蓋民法第五百四十一條ニ於テ當事者ノ一方カ其ノ債務ヲ履行セサルニ拘ラス倘相當ノ期間ヲ定メテ其ノ履行ノ催告ヲ爲スコトヲ以テ契約解除ノ前提要件ト爲シタル所以ノモノハ其ノ債務不履行ニ對スル救濟ノ一方法トシテハ相手方ニ契約ノ解除ヲ許スノ必要アリト雖モ不履行者ニ於テハ契約ノ解除ヲ豫期セサルコトナキニ非ス且契約當初ノ履行期後ニ在リテモ尚履行ニ付注意ヲ加ヘラレ相當ノ猶豫期間アリテ履行ヲ爲スニ於テハ相手方ハ契約ノ目的ヲ達スルコトヲ得テ解除ヲ爲スノ必要ナケレハ單ニ不履行ノ一事ノミヲ以テ直ニ相手方ニ契約ノ解除ヲ許スハ信義公平ノ觀念ニ反シ穩當ナラスト認メタルニ因ル然ルニ右規定ニ依ル催告ニ於テ債務ノ不履行者カ其ノ催告ヲ受ケタル時ヨリ始メテ履行ノ準備ニ着手シ契約當初ノ履行期間ニ等シキ期間ヲ定ムルコトヲ要スルモノトセンカ債務不履行者ノ保護厚キニ失シ却テ其ノ怠慢ヲ助長スルノ虞アリ斯ノ如キハ又信義公平ノ觀念ニ戻リ失當ナルコト明白ナレハナリ本件ニ於テハ原裁判所ノ認定シタル事實ニ依レハ大正八年四月四日當事者間ニ青島落花生剝實普通品二百英噸ヲ賣渡スヘク該目的物ハ被上告人ニ於テ爾後產地青島ニ於テ買付ケ同年五月中ニ青島ヲ積出シテ神戸ニ輸入シ引渡ヲ爲スヘキ契約成立シタル處被上告人ハ同年六月二十五日附ノ書面ヲ以テ右賣買契約ヲ否認シ履行ヲ拒絕シタルヲ以テ上告人ハ被上告人ニ對シ同月二十六日附ノ書面ヲ以テ右契約ノ目的物全部ヲ同月三十日迄ニ積出シ次テ之ヲ神戸ニ輸入シテ引渡ヲ爲スヘキ趣旨ノ催告ヲ爲シ其ノ催告ハ同月二十七日午前中被上告會社神戸出張所ニ到達シタルモノナリ而シテ右事實ニ對シ原裁判所ハ當時被上告會社カ青島地方ニ營業所ヲ有シタリトノ主張立證ナク且同會社カ青島ニ於ケル本件契約品ノ買附又ハ積出ニ着手シ居ラサリシコトハ竈買契約ヲ否認シ履行ヲ拒絕シ居リシ事蹟ニ徵シ明白ナレハ同會社カ右催告書ノ神戸出張所ニ到達シタル同月二十七日午前中ヨリ同月三十日迄僅ニ三日ト半日餘ノ間ニ青島ニ於テ契約ノ目的物全部ヲ買附ケ之ヲ船積ノ上發航セシムルコトハ普通商人ノ困難トスル所ニシテ右催告ニ定メタル期間ハ短キニ失シ其ノ催告ハ無效ナリト斷定シタルコト判文上明白ナリ其ノ判旨ハ畢竟契約解除ノ前提タル催告ニ於テハ債務不履行者カ其ノ催告ヲ受ケタル時ヨリ始メテ履行ノ準備ニ着手スヘキモノトシテ期間ヲ定メ恰モ契約當初ノ履行期間ト同一ナル期間ヲ定ムルコトヲ要スルモノノ如キ見解ヲ以テ本件ノ催告ニ定メタル期間ヲ不相當ナリト判斷スヘキ標準ヲ誤リタルモノニシテ違法タルヲ免レス」（大正一三、七、一五、大判、三卷三六二頁、舟橋氏評釋、大正十三年度判例民事法三二五頁以下、鳩山氏判例研究一卷二二五頁以下）。

四　「債務ニシテ存スル以上特別ノ事情ナキ限リ債務者カ之ヲ履行スルノ誠意ヲ有スヘキハ云フヲ俟タサルトコロナルカ故ニ已ニ履行期ヲ經過セル場合ニハ履行ノ準備ハ已ニ或程度ニ迄進捗セルナルヘク恐ラク催告ヲ俟チテ始メテ其ノ準備ニ着手スルカ如キ狀態ニハ非サルヘシト債權者ニ於テ推測スルハ蓋當然ノコトニ屬スト云ハサルヘカラス從テ債權者トシテハ此殘餘ノ準備ヲ完了スルニ必要ナル時間ノ幾許ニシテ可ナルヘキヤヲ商量シ以テ所謂相當ノ催告期間ヲ定ムレハ足ル必スシモ常ニ其ノ初頭ヨリ新ニ事ニ從フモノトシテ期間ヲ命スルヲ要セス若夫之ニ對シ或事情上債務者ニ於テハ未タ何等ノ準備タモ爲シアラス若クハ債權者ノ推測セル程ニハ準備ノ進捗シ居ラサルトキハ債務者ハ遲滯無ク其ノ旨ヲ債權者ニ告ケテ期間ノ伸長ヲ求ムヘク此ノ際履行ノ遷延已ニ今日ニ至リシコトノ爲メ縱令直ニ履行アリタリトスルモ契約ヲ爲シタル目的ハマタ之ヲ達スルコト能ハス從テ債權者ノ側ニ於テハ無催告解除ヲ爲スヲ得ヘキ狀態ニアルカ如キ場合ハ格別爲サル限リ債權者ハ債務者ノ求メニ應セサルヘカラサルハ是亦言ヲ俟タサルトコロトス當院從來ノ判例（大正十三年（オ）第一三九號事件同年七月十五日言渡）又此ノ趣旨ニ外ナラス」（大正一四、一、二八、大判、新聞二三七三號一九頁以下）。

此の判決の後半の議論の不合理なることに關しては舟橋氏評釋、判例民事法大正十三年度三三〇頁參照。此の問題に關しては後に述ぶる所を參照せられたい。

五　「期間ノ相當ナルヤ否ヤハ畢竟契約ノ履行ニ通常要スヘキ猶豫ノ存スルヤ否ヤヲ標準トスヘク而シテ其ノ具體的期間ノ判定ハ各契約ノ性質ニ鑑ミ之ヲ爲スヘク豫メ之ヲ示スヲ得サルナリ」（大正一四、四、二〇、大判、彙報三六卷下民七五頁）。

六　「民法第五百四十一條ノ規定ニヨリ相當ノ期間ヲ定メテ債務ノ履行ヲ催告スルノ趣旨ヲ以テ爲スモノニ過キサレハ其契催告ニ於テ定ムヘキ相當ノ期間ハ必スシモ契約ノ當初ニ於テ履行ノ準備ニ着手シ給付ヲ完了スルニ足ルヘキ期間ト同一ナルコトヲ要セス契約ノ當事者ハ其ノ當初ニ於テ定メタル履行期迄ニ債務者カ履行ノ準備ニ着手シ

テ之ヲ完ウスヘキコトヲ豫期シ其ノ準備ノ大略ハ既ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘカリシモノト推定スルヲ當然トスルヲ以テ履行ノ準備及給付ノ完了ニ必要ナル猶豫期間アルヲ以テ足ルモノトス」（大正一四、一二、一七、東地判決、評論一五巻民法三八八頁）。

七　「債務ハ履行期ニ於テ之ヲナスヲ本則トシ同時期ニ於テスヘキモノトスルノ必要ナル準備ヲ整フヘキモノナレハ解除ノタメニスル催告ニ於テ定ムル期間ハ履行準備ヲ整ヘ且ツ履行ヲ爲スニ十分ナル日時ヲ必要トスト解スヘキニ非ス」（大正一五年（ハ）一〇五〇二號東區判決、新報一五二號二四頁）。

八　「契約解除ノ前提トシテ履行ヲ催告スルニ際リ定ムヘキ期間ハ始メテ履行ノ準備ニ著手スル債務者カ之ヲ完了スルニ至ル迄ニ要スル期間タルコトヲ必要トスルモノニ非スシテ大凡其ノ準備ヲ爲シ居レル債務者カ之ヲ完了シテ履行シ得ル期間タルヲ以テ足ルモノトス」（昭和二、一一、二六、大判、新聞二七九一號九頁、評論一七巻民法一三五頁）。

九　「民法第五百四十一條ニ所謂相當ノ期間ハ履行遲滯ニ在ル債務者カ履行準備ノ大略ヲ了シ居ルモノナルコトヲ豫期シ之ニ對シ準備及給付ノ完了ニ必要ナル猶豫期間ヲ與ヘントスル趣旨ナレハ本件ノ如キ數額ノ金錢債務ニ在リテハ債務者ノ地位如何ヲ問ハス五日間ヲ以テ短キニ失スルモノト爲スヘカラサルヲ以テ論旨ハ其ノ理由ナキモノトス」（昭和八、二、一六、大判、法學三巻一〇號九〇頁）。

一〇　「凡ソ契約解除ノ前提トシテ爲ス履行ノ催告期間ハ既ニ債務者カ契約ノ趣旨ニ從ヒ相當ノ準備ヲ了シタル履行行爲ニ付更ニ最後ノ履行準備ヲ爲シテ該給付ヲ完了スルニ足ルヘキ期間ヲ謂フモノナリ」（昭和八、三、二二、大判、法學二巻一一號九〇頁）。

一一　「本條（五四一）カ契約解除ノ前提トシテ相當ノ期間ヲ定メテ債務ノ履行ヲ催告スルコトヲ命シタルハ契約ノ一方ノ當事者カ債務ヲ履行セサルニ因リ相手方ヨリ契約カ解除セラルルコトアルヘキヲ警告スルノ趣旨ニ外ナラサルヲ以テ右法條ニ所謂相當ノ期間ハ必スシモ契約ノ當初ニ於テ履行ノ準備ニ着手シ給付ヲ完了スルニ足ルヘキ期間ト同一ナルヲ要セス又履行ヲ爲スヤ否ヤニ付キ熟慮ヲ爲スヘキ猶豫期間ヲ包含スルモノニアラス同條ハ既ニ履行期ニ於テ準備ノ大略ヲ了シタルモノナルコトヲ豫定シ其ノ上更ニ必要ナル準備給付ノ期間ヲ與ヘテ催告ヲ爲スコトヲ命シタルモノト解スヘク履行ノ日的物カ千圓ニ充タサル金錢給付ニシテ之ヲ同町同字ニ住スル債權者ニ持參スヘキ場合ノ如キハ其ノ期間ヲ一日トスルモ相當ニシテ敢テ之ヲ不當苛酷ニシテ取引上ノ信義ニ反スルモノト認ムルヲ得ス」（昭和八、三、二三、大判、法學二巻一一號九〇頁、津野氏評註同所）。

一二　「民法第五百四十一條ノ催告ニ於テ定ムヘキ相當期間ハ債務者カ既ニ履行期迄ニ其ノ履行準備ノ大略ヲ完了シ居ルコトヲ豫想シ單ニ履行ノ完了ニ必要ナルヘキ期間ヲ意味スルモノニ過キサレハ（大正十三年七月十五日言渡當院同年（オ）第一三九號事件判決參照）特別ノ事情ナキ限リ仙臺市ニ住スル上告人カ八百圓ニ滿タサル金額ヲ辨濟スルニ當リテハ被上告人ノ定メタル原審認定ノ期間（三日間）ハ之ヲ相當ナリト認ム可シ」（昭和八、九、二八、大判、法學三巻三號九〇頁）。

一三　「債權者カ民法第五百四十一條所定ノ催告ヲ爲スニ付指定スヘキ同條ノ所謂相當期間ハ必スシモ債務者カ其催告ヲ受ケタル後ニ於テ始メテ履行ノ準備ニ着手シ之カ履行ヲ完了スルニ至ル迄ノ日時ヲ考慮シテ定ムルヲ要セス既ニ準備ノ大略ヲ爲シ催告後ニ於テ其ノ準備及給付ヲ完了スルニ付必要ナル期間ヲ與フルヲ以テ足ルモノト解スヘク（大正十三年七月十五日言渡當院同年（オ）第一三九號判決參照）被上告人カ本件契約解除ニ付定メタル四日間ノ期間ハ之ヲ履行ノ目的物カ大豆粕一千枚ナルニ照シ相當ナリト認ムヘキヲ以テ論旨採用セス」（昭和八、一二、二一、大判、法學三巻五號八〇頁）。

（六）　催告期間の起算點

催告者は催告を爲すに付き、自己の任意なる催告期間の起算點を定むることを得る。通常の場合においては、其の催告が相手方に到達したる時から起算することが適當であらう。其の以後は何時より起算するも妨げはない。唯、催告狀到達以前（例へば催告狀發信の日）**より起算するときは期間が不相當とならざるよう、其の催告期間を定めなければならない。尤も、催告期間が不相當なりとも、契約解除の意思表示を爲すことを遲らせるならば其の缺點は補充せられ得ること前示の如し。**

「隔地者ニ對スル意思表示ハ其ノ通知ノ相手方ニ到達シタル時ヨリ其ノ效力ヲ生スルコト民法第九十七條第一項ノ定ムル所ナレハ隔地者ニ對シ民法第五百四十一條ニ依ル契約解除ノ場合ニ於テモ解除ノ前提トシテ爲ス一定ノ期間ヲ定メテ爲ス履行ノ催告カ相手方ニ到達シタル時ヨリ計算シ其ノ期間ノ滿了シタル後ニアラサレハ其ノ不履行ヲ理由トスル契約解除ノ意思表示ハ其ノ效力ヲ生セサルモノトス」（昭和二、一、二五、大判、評論一六卷民法四六頁）。

（七）相當期間又は不相當期間の實例

一　「契約履行ノ催告ヲ爲スニハ法律上其準備ヲ爲スニ足ルヘキ相當ノ猶豫期間ヲ與フヘキモノナルニ控訴人ノ認ムル所ニ依ルモ右催告狀ハ同月十八日被控訴人ニ送達セラレタルモノニシテ該送達ノ日ト右催告狀ニ指定セル契約履行期日トノ間ニハ僅ニ四日ノ日子ヲ存スルノミニシテ若シ被控訴人主張ノ如ク右催告狀カ同月十九日ニ到達シタルモノトスレハ其ノ期間ハ益短縮セラルヘク殊ニ本件地所カ他人ニ賣却サレアルコトハ雙方爭ナキ所ニシテ被控訴人ニ於テ本件契約ヲ履行セント欲セハ必ス先ツ該地所ヲ自己ノ所有ニ復スルノ必要アリテ此ノ如キハ數日若クハ旬日ノ能クシ得ヘキ所ニアラサルカ故ニ右催告ハ被控訴人カ本件契約履行ノ準備ヲ爲スニ付相當ノ猶豫期間ヲ與ヘタルモノト認ムルコトヲ得ス故ニ被控訴人カ其ノ催告ニ應スル能ハサリシモ畢竟被控訴人主張ノ如ク其猶豫期間ノ短キニ過クルニ因スルモノト認ムルニ難カラスシテ該催告ハ不適法ノモノト謂ハサルヘカラス」（明治三九、三、七、廣島控訴判決、新聞三七七號一〇頁）。

二　「土地賣買ノ契約履行ニ確定期限アルモ其期限ヲ經過シタル一事ノミニテハ其契約ハ當然ニ解除セラレス更ニ相當ノ期間ヲ定メテ履行ヲ求メタル後ナラテハ解除スヘキニ非ス右履行請求ノ期間ハ催告ヲ受ケタル日ヨリ僅カ二日間ト定メタリトスルモ其期間カ不相當ナリトスルヲ得ス」（明治四〇、一〇、二三、大控判決、最近判一卷一六三頁）。

三　「債務者カ辨濟ヲ怠リタル場合ニ債權者カ三日ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲナシタルトキハ民法第五百四十一條ニ所謂相當ノ期間ナリト認ムヘキモノトス」（明治四四、九、二八、東地判決、新聞七四七號二二頁）。

四　「一日ノ猶豫期間ト雖モ事情ニ依リテ相當期間ト爲スヲ妨ケス」（明治四四年（ワ）三七七號橫濱地方判決、新聞八三三號二一頁、評論一卷民法五六六頁）。

五　「請求金額カ四百五六十圓餘ニ該リ而モ債務者ノ居村及其附近三里以內ニ金融機關ナキ場合ニ於テ催告狀到達ノ翌日中ニ支拂フヘシトノ催告ハ相當ノ期間ニアラスト認ム」（明治四五、七、二、東控判決、最近判一一卷一一四頁）。

六　「民法第五百四十一條ニ所謂相當ノ期間トハ債務者カ其義務履行ノ準備ヲ爲スニ足ルヘキ猶豫期間及其義務ヲ履行スル期間ヲ包含スルモノニシテ其期間ノ相當ナルヤ否ヤハ債務ノ性質債務者ノ住所ト債務履行地トノ距離及其間ノ交通機關ノ狀態其他一般經濟狀態等ヲ參酌シテ個々ノ場合ニ付キ之ヲ判定ス可キモノニシテ一律ニ之ヲ論定ス可キモノニ非ス本件ニ於テ原告ノ住所地カ東京市ニシテ被告ノ住所ハ橫濱ニ存在スルコトハ乙第一號證ニヨリテ明ナリ而シテ原告主張ノ催告狀カ大正三年十一月十二日午後被告ニ送達セラレタルコトハ乙第一號證ノ一ノ日附印ニヨリテ之ヲ認メ得ヘク催告狀送達ノ日ト原告指定ノ契約履行期日トノ間ニ僅カニ一日ノ日子ヲ存スルニ止マルヲ以テ該期間ハ本件延滯賃料支拂ノ準備ヲ爲シ且之カ履行ヲ爲スニ十分ナリト謂フヲ得ス從テ該催告ハ不適法ノモノナリ」（大正四、二、三、東地判決、評論三卷民法六八七頁）。

七　「日曜日ト大祭日トノ二日內ニ三箇月分ノ家賃金ノ請求ヲ爲スカ如キハ被控訴人タル被控訴人カ現金取引ヲ以テ營業トスル貸座敷業ナルト否トニ拘ラス契約解除ノ前提タル催告期間トシテハ決シテ之ヲ相當ノ期間ト認メ難シ」（大正五、七、二〇、大地判決、新聞一一六六號二七頁）。

八　「甲ハ乙ニ發動機五十組ノ製作ヲ請負ハシメ其完成引渡ノ時期ヲ大正四年九月十一日ト定メタルニ鑑見直人ハ同年十月ニ至ルモ其債務ヲ履行セサルヲ以テ同月七日ニ至リ甲ハ向フ七日ノ期間ヲ定メテ履行ヲ催告シタルモ尙該債務ノ履行ヲ爲ササルニ依リ同月十五日頃契約ヲ解除シタルトキハ右ノ催告期間ハ適當ノモノトス」（大正七、九、二五、大判、二四輯一八一三頁、新聞一四九一號二一頁、評論七卷民法一〇五七頁、鳩山氏「契約解除の要件及び效果」法協三七卷三號、民法研究四卷一七三頁以下）。

九　「乙カ契約ニ違反シ工事ヲ遲延シ且ツ全然中止シ居リタルニ對シ甲カ七日ノ期間ヲ定メ工事ノ進行ヲ促シ右催告期間內ニ工

事ニ着手セサリシトキハ契約ヲ解除スヘキ旨ノ意思表示ヲ爲シタルモノナレハ甲ノ定メタル七日ノ期間ハ相當ナリ」(大正八、三、二八、東地判決、評論八卷民法三二一頁)。

一〇　「債權者カ債務者ニ對シ郵便物(催告書)到達ノ日ヨリ三日間ニ株式ノ讓渡ヲ爲スヘキ旨催告シタルハ相當ノ期間ナルヲ以テ之ヲ前提トシテ爲シタル契約解除ノ意思表示ハ適法ナリトス」(大正九、二、二三、東地判決、評論九卷民法二三八頁)。

一一　「石炭賣業者間ニ於テ橫濱本船船側渡シノ約ニテ福岡塊炭ヲ賣買シタル場合ニ引渡期間ヲ經過スルモ賣主カ引渡ヲ怠リタル爲メ買主ヨリ契約解除ノ前提トシテ其引渡ヲ催告スルニ付キ定メタル十日ノ期間ハ相當ニシテ短カキニ失スルモノニ非ス」(大正九、五、三一、東地判決、評論九卷民法六二三頁)。

一二　「債務ノ履行ノ爲メ準備ヲ爲シ得ヘカリシ時間ハ僅ニ六時間ニ過キサリシ場合契約ノ目的物ハ鐵板千三百五十貫ニシテ此ノ如キ多量ノ鐵板ノ取引ニ付賣主ヲシテ右ノ如キ短キ時間內ニ之カ引渡準備ヲ完了セシムルコトヲ望ムハ之ヲ一般取引上妥當ナル要求ト爲シ難ク其民法第五百四十一條ニ所謂相當ノ期間ト指稱シ得サルハ論ヲ俟タサルモノトス」(大正九、七、二一、東地判決、評論九卷民法九八二頁)。

一三　「債權者カ債務者ニ對シテ爲シタル條件附解除ノ意思表示ハ九月十二日迄ニ債務者ニ到達シタルモ其ノ履行ヲ同月十七日迄ト定メタル猶豫期間ハ賣買ノ目的物タル電柱ノ本數百五十ニシテ之カ製材ニ人夫三十人ヲ要スト謂フカ如キ債務ノ性質ニ鑑ミ一見不相當ナル觀ナキニアラサルモ引渡期日後既ニ數十日ヲ經過シタル以上債務者ハ履行準備ニ十分ノ猶豫アルコトヲ認メ得ヘク且債權者ハ既ニ代金ヲ提供シテ履行ヲ催告シタル事實アレハ之等ノ事實ヲ參酌シテ右期間ハ相當ナリトス」(大正一〇、二、二三、長野地方上田支部判決、評論一卷民法四〇七頁)。

一四　「控訴人カ期限ヲ過クルモ履行セサルニ因リ大正九年一月二十六日被控訴人等カ殘代金支拂ノ準備ヲ爲シ控訴人ニ對シ同年二月三日迄ニ右殘代金ト引換ニ落花生引渡ノ義務ヲ履行スヘキ旨ノ催告書ヲ發シ控訴人カ其催告ヲ受ケタルコトハ當事者間爭ナキ所ナルヲ以テ反對ノ主張ナキ本件ニ於テハ其催告書カ控訴人ニ到達シタルハ之ヲ發シタル後一兩日ノ間ナリト認ムルヲ相當トスヘク隨テ同年二月三日迄ノ期間ハ卽チ相當ノ期間ナリト認メサルヘカラス然ルニ控訴人カ猶ホ其期間內ニ辨濟ノ提供ヲ爲ササリシコトハ之レ亦當事者間爭ナキ所ニシテ被控訴人等カ其不履行ヲ理由トシテ大正九年二月十二日本件訴狀ノ送達ニ因リ右賣買契約解除ノ意思表示ヲ爲シタルコトハ訴狀ノ記載及ヒ其送達證書ニ依リテ明瞭ナルカ故ニ其契約ハ大正九年二月十二日解除セラレタルモノト云ハサルヘカラス」(大正一〇、三、一一、東控判決、新聞一八三六號一九頁)。

一五　「被告ハ大正九年二月五日本件瓦斯管中二千五百尺ハ引渡ヲ了シ殘餘ノ部分ニ付テハ同月中旬ヨリ數回現品ヲ準備シテ原告ニ代金引換ニテ之カ引取方ヲ催告セルモ原告之ニ應セス依テ同月二十九日迄ニ代金引換ニテ本件瓦斯管ヲ引取ルヘキ旨ノ大正九年二月二十六日附被告ノ催告及條件附契約解除ノ通知ハ同月二十八日午後五時過原告店舖ノ營業時間經過後ニ到達シ二十九日ハ日曜ニシテ原告店舖ノ休業日ニ該當シ原告カ右催告及通知ヲ知リタルハ同年三月一日ナリシヲ以テ相當ノ期間ヲ定メテ爲シタル催告ト云フヲ得サルコト明カナレハ右催告前原告ニ履行遲滯アルト否トニ拘ラス右催告ハ不適法ナルコト勿論ナレハ之ニ應セサリシヲ理由トシテ爲シタル被告ノ右契約解除ハ無效ナリ」(大正一〇、七、八、東地判決、新聞一九〇四號二一頁)。

一六　「控訴人カ大正五年十月十日被控訴人ニ對シ同月十四日迄ニ契約ノ本旨ニ適合スルプリズム及ヒレンズト取替フヘキ旨催告ヲ爲シタル事實ハ當事者間ニ爭ナシ被控訴人ハ本件プリズム及ヒレンズノ總數ハ六百個ニシテ之ヲ取替フル爲メ製造ニ着手スト セハ少クモ五十日間內外ノ日數ヲ要スルヲ以テ控訴人カ定メタル四日ノ催告期間ハ相當ナラサル旨主張スレトモ本件契約ノ趣旨ハ被控訴人ニ於テ自ラ注文品ヲ製作スヘキコトヲ要件トセサルヲ以テ四日ノ期間ヲ定メテ爲シタル控訴人ノ催告ハ相當ナラスト謂フコトヲ得ス」(大正一〇、八、二九、東控判決、新聞一九〇八號二〇頁)。

一七　「賣買ノ目的物カ米國製品ナル場合ト雖契約後米國ヨリ輸入スヘキ所謂先キ物ノ賣買ニ非サルトキハ契約品ヲ引渡スヘキ催告期間ヲ五日間トシ債務履行ノ催告ヲ爲スモ其期間ハ取引上信義ノ觀念ニ照シ不相當ナリト爲スコトヲ得ス」(大正一一、七、一三、東控判決、新聞二〇二八號一四頁)。

一八　「世間ノ實情ニ照シ一萬五千圓餘ノ巨額ノ現金ヲ二日ニ足ラサル短期間ニ準備シテ支拂ヲ完了スルカ如キハ普通人ノ困難

トスル所ナレハ右催告書ニ定メタル期間ハ郵便發着ノ普通ノ經過ニ於テ同書ノ到達シタル時ヨリ期間滿了ノ時マテ催ニ一日ト半日餘ヲ存スルニ過キスシテ其ノ間ニ被催告者カ斯ノ如キ大金ヲ準備シテ支拂ヲ完了シ得ヘカリシ特別ノ事情アルニ非サレハ其短キニ失シ不當ナリト謂ハサルヘカラス」(大正一一、八、四、大判、一卷四八六頁、新聞二〇三八號五頁、評論一一卷民法七三五頁、我妻氏評釋、同年度判例民法三〇四頁)。

一九　「右ノ催告ニ定メタル期間ハ控訴人ニ於テ短キニ失スト主張スレトモ其催告カ同月二十五日中ニ控訴人ニ到達シタルコトハ爭ナキ所ナルニヨリ縱令其到達ノ時刻カ控訴人主張ノ如ク午後八時後ニシテ而カモ其翌日ハ日曜日ナルカ爲メ履行ノ準備ヲ爲スコトヲ得ストスルモ尙ホ其翌二十七日ヨリ二十八日午前十時マテノ期間ヲ存スヘク此期間ハ東京市ニ於ケル控訴人カ横濱市内ニ於テ本件物品六十英噸(一英噸カ二百七十貫ナルコトハ爭ナシ)ヲ受領シ之ト引換ニ代金壹萬九千四百四十圓(十貫ニ付キ金十二圓ノ割)ヲ支拂フ債務ノ履行ヲ準備シ之ヲ履行スルガ爲メニ要スル期間トシテハ相當ナリト認ムルニ足ルカ故ニ控訴人ハ右ノ催告ニ應シ本件契約ヲ履行セサルヘカラサリシモノトス然ルニ催告ニ定メタル期間被控訴人カ受渡場所ニ於テ物品ヲ準備シ履行ヲ爲シ得ヘキ狀態ニ在リタルニ拘ラス控訴人カ履行ヲ爲サヽリシ事ハ原審證人佐藤光二ノ證言ニ依リ明白ナルカ故ニ本件賣買ハ控訴人ノ不履行ニ因リ右期日ノ經過ト同時ニ適法ニ解除セラレタルモノト認定ス」(大正一一、一〇、四、東控判決、新聞二一三三號一八頁)。

二〇　「本件契約ハ石炭採掘販賣契約ニ非スシテ單純ナル福岡産石炭ヲ目的トシタル賣買契約ニ過キサルモノニシテ證言ニヨリ福岡炭ハ同縣今宿港ヨリ橫濱ニ積出スモノナルコトヲ認メ得ルヲ以テ本件ニ於テハ催告期間ノ適否ヲ定ムルニ付キ敢テ石炭採掘竝ニ今宿港マテノ運送ニ要スル期間ハ之ヲ顧慮スル必要ナキモノト謂ハサルヘカラス而シテ橫濱港本船側渡ノ方法ニ因ル福岡炭ノ賣買ニ在リテハ一週間ノ期間ヲ存置スルヲ以テ足リ又福岡縣ヨリ橫濱港迄三千浬ヲ輸送スルニ一週間ニテ十分ナルコトヲ認メ得ルニ因リ右二月一日ノ催告ハ翌二日控訴人ニ到達シタルコトハ控訴人ノ自認スル所ナルヲ以テ二月十日迄ニハ一週間ノ期間存スルコト明ナレハ被控訴人ノ催告シタル履行期間ハ相當ナリ」(大正一二、六、二五、東控判決、新聞二二一〇號一八頁)。

二一　「東海倉庫ヨリ履行ノ場所タル名古屋驛迄之ヲ運搬スルニ催ニ三十分ヲ要スニ過キサル事實ヲ基礎トシテ之ヲ一般取引ノ通念ニ照シ考察スルトキハ右催告ノ履行期間(二十四時間)ハ特ニ其ノ間ニ履行ヲ爲シ得ヘカラサリシ事情アルニ非サル限リ決シテ短カキニ失スルモノト云フヘカラス」(大正一二、八、一八、大判、新聞二一八八號一九頁、評論一三卷民法三四七頁、彙報三五卷上民二六三頁)。

二二　「當時控訴會社(被告賣主)カ青島地方ニ營業所ヲ有シ契約品ノ買附又ハ積出ニ着手シ居ラサリシコトハ右ノ如ク賣買ヲ否認シ履行ヲ拒絶シ居リシ事實ニ徵シ明白ナリシモノト認ムヘク斯ル事情ノ下ニ控訴會社カ右催告書ノ神戸出張所ニ到達シタル同月二十七日午前中ヨリ同月三十日迄僅ニ三日ト半日餘ノ間ニ青島ニ於テ目的物二百噸ノ全部ヲ買附ケ之ヲ船積ノ上發航セシムルコトハ普通商人ノ困難トスル所ナレハ右催告ニ定メタル期間ハ短キニ失シ不相當ナリト謂ハサルヘカラス」(大正一三、七、一五、大判の第二審たる大阪控訴院判決)。

二三　「被控訴人ハ木材商ニシテ本件契約當時挽割機一臺切組機四臺ヲ使用シテ石油箱切組及ヒ妻板ノ製作ヲ爲シ居レル事實ヲ認メ得ルヲ以テ反證ナキ本件ニ於テハ被控訴人ハ其ノ當時ニ於ケル右機械ニ依ル製作力ヲ標準トシテ契約品ノ數量及ヒ引渡時期ヲ約定シタルモノト認ムルヲ妥當トシ本件石油箱切組殘二千八百五十組及石油妻板四千組ヲ製作スルニハ被控訴人ノ前記機械ニ依ル製造力ヲ以テシテハ少クトモ十數日ヲ要スヘキモノト認メ得ルヲ以テ控訴人ノ爲シタル前示五日間ノ催告期間ハ短キニ失スルモノト謂フヘク其期間カ相當ナルコトヲ認ムルニ足ルヘキ證據ナシ左レハ何レノ點ヨリ觀ルモ被控訴人カ前示催告期間內ニ履行ヲ爲サリシトテ之ニ因リ控訴人ハ本件賣買契約ノ解除權ヲ取得シタルモノト謂フヲ得ス隨テ控訴人ノ爲シタル本件解除ノ意思表示ハ其效力ヲ生セス」(大正一三、一〇、二〇、東控判決、新聞二三二五號二一頁)。

二四　「民法第五百四十一條ニ規定スル相當ノ期間トハ債務者カ既ニ契約上相當ノ準備ヲ了シタル履行ニ付最後ノ履行準備ヲ爲シテ給付ヲ完了スルニ足ルヘキ期間ヲ謂フモノナレハ同時履行ノ賣買契約ニ於テ賣主カ買主ニ對シ一定ノ日ヲ指定シテ其ノ履行ヲ催告シ來リタルトキハ該催告ニ依リ賣主ハ既ニ自己ノ債務ニ付テモ其ノ指定ノ日マテニ一切ノ準備ヲ完了スヘキコトヲ表明シタルモノト認ムルヲ相當ト爲スヘキカ故ニ斯ノ如キ場合買主カ其ノ指定ノ日ノ前日之ニ對シ賣主ノ爲スヘキ反對給付ニ付テモ同日履行

スヘキコトヲ以テ催告シタルトキハ其ノ催告ノ爲ニ存シタル期間ハ總令一日ニ滿タサルトスルモ最後ノ履行準備ヲ爲シテ其ノ給付ヲ完了スルニ足ルモノナル以上其ノ催告ハ尙民法第五百四十一條ニ定メタル要所ヲ遵守シタルモノト謂ハサルヘカラス」（大正一四、五、一、朝高判決、評論一四卷民法三三三頁）。

二五　「震災直後ニ當リ人夫ノ拂底建築材料ノ缺乏ニ加ヘ交通運輸機關未タ舊ニ復セス異狀ナル經濟狀態ニ在リタルハ顯著ナル事實ニシテ斯ノ如キ時期ニ際シ通常時タル震災前ノ締結ニ係ル契約ニ因ル期間ト同一期間內ニ同一狀態ノ建物ノ竣工引渡ヲ求メタル催告ハ其期間短キニ失シ所謂相當ノ期間ト稱スルコト能ハス」（大正一四、七、四、東地判決、新報五三號二〇頁）。

二六　「米國ヲ出發シタル船舶カ我國ニ到着スルニハ約二十日間ノ日子ヲ要シ而モ係爭物件ヲ積載セル船舶カ買主ノ催告ノ當時未タ米國ヲ出發シ居ラサリシ場合ニ於テ該物件ノ引渡請求ニ付契約解除ノ前提タル催告ノ期間トシテ十五日間ヲ定ムルハ短キニ失スルモノトス」（大正一四、八、五、東控判決、評論一四卷民法八三四頁）。

二七　「關東大震火災ノ後ニシテ東京市內外ハ未タ全ク秩序整ハス金融交通モ完全ナラサリシ當時地主甲カ借地人乙ニ對シ四ケ月分ノ延滯地代四十八圓ヲ請求スルニ當リ五日間ノ催告期間ヲ定メタルハ相當ニアラス」（大正一四、九、二〇、東地判決、新報五七號二四頁、評論一四卷民法九四三頁）。

二八　「賣主カ買主ニ對シ賣買殘代金四萬八千四百四十三圓ニ付二日ノ短期間ヲ定メテ之カ支拂ヲ求メタル場合ニハ右催告ハ期間不相當ト認ムルヲ妥當トスヘキカ故ニ契約解除ノ前提タル催告トシテ其ノ效ナキモノトス」（大正一四、一〇、二〇、東控判決、評論一四卷民法七五〇頁）。

二九　「本件賣買契約ニ於ケル履行地ハ前敍ノ如ク瓜哇北岸ナル「スラバヤ」及ヒ「スマラン」ノ二港ニシテ買主タル控訴會社カ右履行地ニ出張所ヲ有シ或ハ代理人ヲ置キタリトノ事實ヲ認ムヘキ證據ナキ本件ニ於テ右催告ニ從ハントセハ控訴會社ハ先ツ右履行地ニ於ケル自己ニ代リテ本件貨物ヲ引取ルヘキ者ヲ依頼シ其承諾ヲ得タル上之ニ對シ該貨物ノ取引及ヒ代金ノ支拂方ヲ囑託スルト同時ニ其代金ノ調達送金ノ手續ヲ爲ササルヘカラサルモ原審鑑定人牛田英雄ノ鑑定ノ結果ニ據レハ大正十年十二月中ニ於ケル瓜哇「スマラン」ヨリ東京ニ向ケ發シタル電信ノ平均所要時間ハ二十四時間五十分（最長四十一時間十分最短十五時間五分）「スラバヤ」ヨリ東京ニ宛テタル電信ノ着電所要時間ハ平均十二時間二十分（最長十六時間八分）ニシテ同年八月中ハ右十二月頃ヨリモ一層長時間ヲ要シタル事實ヲ認ムヘク東京ヨリ「スラバヤ」或ハ「スマラン」ニ發スル電信ノ到達所要時間モ亦右二港ヨリ東京ヘノ各所要時間ト大差ナカリシモノト推定スヘク前揭八月四日ノ催告ニ基キ控訴會社ノ支拂ハサルヘカラサル代金ノ額ハ繭貨百三十三萬七千三百六十四盾同月十九日ノ催告ニ依リ控訴會社ノ支拂ハサルヘカラサル代金ノ額ハ繭貨六十六萬八千六百八十二盾ナルコト算數上明白ニシテ控訴會社カ右各催告ヲ東京ニテ受ケタルコトハ當事者間ニ爭ナク東京ヨリ電信ニ依ルモ尙上敍認定ノ如ク長時間ヲ要スル遠隔ノ地ニ於ケル履行ニシテ然カモ相當多額ナル右金員ノ調達ヲ必要トスル契約ニ付之カ履行ノ催告ヲ爲スニ當リ其期間ヲ五日ト定ムルカ如キハ短キニ失シ不相當ト認ムヘク催告期間不相當ト認ムヘキ以上該催告ハ無效ナリト謂ハサルヲ得ス」（大正一五、五、一三、東控判決、新聞二五七六號一六頁、評論一六卷民法三〇九頁）。

三〇　「甲カ乙トノ間ニ凍氷五千噸ヲ引渡期日大正十二年十二月二十五日以降翌大正十三年三月三十日迄ノ約定ニテ賣買契約ヲ爲セシニ乙ハ之ヲ履行セサルニ付甲ハ乙ニ對シ大正十三年八月二十三日催告狀到達ノ日ヨリ十日ノ期間內ニ右凍氷ヲ送附スヘキ旨ヲ催告シタルモ尙ホ乙ニ於テ之ニ應セサリシヲ以テ同年九月二十七日右凍氷賣買契約解除ノ意思表示ヲ爲シタリトスルモ凍氷ノ如キ物件ヲ盛夏ノ候催々十日以內ノ期間ヲ指定シテ之カ履行ヲ催告シタル所謂相當ノ期間ヲ定メテ催告シタルモノト謂フヲ得サルモノトス」（大正一五、五、二七、東控判決、評論一五卷民法四六七頁）。

三一　「控訴人ハ被控訴人先代ニ對シ前示約旨ニ基キ本件目的物ヲ速ニ發送シテ惠比壽驛ニ於テ引渡スヘキ義務アリタルモノトス然ルニ控訴人ハ右債權ノ履行ヲ爲ササリシヲ以テ被控訴人先代ハ大正十三年五月五日控訴人ニ對シ催告到達ノ日ヨリ五日內ニ右契約ヲ履行スヘキコトヲ求メ該催告カ同月七日控訴人ニ到達シタル事實ハ當事者間ニ爭ナク被控訴人先代カ右催告期限ニ代金支拂ノ準備ヲ爲シテ受渡場所ニ到リタルモ遂ニ控訴人ハ目的物引渡ノ提供ヲ爲ササリシ事實ハ當審證人ノ證言ニ依リ之ヲ認ムルニ足リ被控訴人先代ハ之カ爲ニ控訴人ニ對シ同月十四日右契約ノ解除ヲ爲シ其ノ意思表示カ同月十六日控訴人ニ到達シタル事實ハ控訴人

第二章　非定期行爲の不履行に因る契約解除の要件

ノ爭ハサル事實ナリ控訴人ハ右五日ノ催告期間ハ本件契約履行ノ爲メニハ不相當ニ短キヲ以テ其期間内ニ履行ナカリシコトニ基キ被控訴人先代カ爲シタル解除ハ不適法ナリト抗辯スレトモ控訴人ノ肩書住所地タル山形縣東村山郡長崎村ヨリ其ノ地方ノ產米タル本件目的物ヲ汽車便ヲ以テ東京市外惠比壽驛迄送付スル本件債務ノ履行ニ五日ノ期間ヲ置キタルハ定ニ相當ナルヲ以テ控訴人ノ右抗辯理由ナク右解除ノ意思表示ハ適法ナリ」(昭和二、九、二二、東地判決、新聞二七七九號一三頁、評論一七卷民法一八五頁)。

三二　「控訴人カ被控訴人ヨリノ催告ニ應シ更ニ契約ノ本旨ニ適合セル履行ヲ爲ス爲メ獨逸國ヨリ新ニ印刷機ヲ輸入シテ之ヲ被控訴人ニ引渡サントスルニ當リテモ尙約四ケ月ハ要スルモノト認ムヘク此ノ場合ニ於テハ控訴人ニ於テ本件契約ノ履行ヲ遲延セルコト一年以上ニ及フト雖モ尙賣買契約解解ノ前提トシテ催告期間一ケ月ハ短キニ失シ不相當ニシテ法律上其效ナキモノト解スルヲ穩當トス」(昭和二、一〇、一一、東控判決、新聞二七七〇號一四頁)。

三三　「賃貸人甲カ賃借人乙ニ對シ延滯家賃ノ支拂ヲ求ムルニ當リ定メタル七日ノ猶豫期間ハ其ノ賃料三ケ月分僅ニ三十三圓ニ過キサルニ鑑ミルトキハ相當ノ期間ナリト謂フヘキモノトス」(昭和二、一〇、三一、上諏訪區判決、新聞二七六一號一六頁)。

三四　「賃料支拂ノ催告書タル郵便物ハ大正十五年三月三日東京府下ナル丙ニ配達セラレ同人ヨリ更ニ青森縣下ニ在ル乙ニ轉送セラレタルニ於テハ乙カ右催告ニ接シタルハ右日時後ニ屬シ該催告ニ於ケル賃料支拂期日タル同月五日ハ民法第五百四十一條所定ノ相當ノ期間ニアラスト認ムルノ外ナク右賃料不拂ヲ理由トスル契約解除ハ無效ナリトス」(昭和三、三、一七、東控判決、評論一七卷民法六六三頁)。

三五　「濠洲小麥ヲ濠洲ヨリ積出シ日本内地ニ輸入ノ上引渡スヘキ賣買契約ノ履行ノ催告期間トシテ十四日又ハ六日ヲ定ムルカ如キハ東京濠洲間ノ通信ニ要スル時間四千英噸ノ傭船若ハ運送契約ニ要スル時間及同量ノ小麥ノ船積ニ要スル時間ヲ斟酌シ共ニ短キニ過キ不相當ナリトス」(昭和四、一〇、二三、横濱地方判決、新聞三〇五八號一〇頁、評論一九卷民法二八五頁)。

三六　「一ケ月ノ賃料金三十三圓毎月末日拂ノ家屋賃貸借契約ニ於テ延滯賃料合計九十九圓ニ對スル契約解除ノ前提タル催告ニ付定メタル三日ノ期間ハ催告ノ目的竝金額等ニ鑑ミ將又現時取引社會ノ通念ニ徵シ相當ナリトス」(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)。

三七　「債務者ハ催告ニ付定メタル三日ノ期間ハ短キニ失シ不相當ナリト主張スレトモ右三日ノ期間ハ債務者ノ延滯賃料金二百三十四圓ノ支拂ニ對シテハ取引ノ通念ニ照シ不當ナリトハ認メ難シ」(昭和五、一〇、二二、東地判決、新聞三一九一號一七頁)。

三八　「仍テ進ンテ本件當事者間ニ爭ナキ前記催告竝契約解除ノ意思表示カ有效ナリヤ否ヤニ付案スルニ……控訴人ノ被控訴人ニ對シテ爲シタル催告ハ前後二回共何レモ獨立シタル催告ト解スヘク然カモ其ノ期間、前者ニ於テハ十三日、後者ニ於テハ五日ヲ算スルノミニ過キサルヲ以テ本件小麥四千英噸ノ履行ヲ爲スニ要スル期間ハ之ヲ東京濠洲間ノ通信ニ要スル時間四千英噸ノ傭船若クハ運送契約ニ要スル時間及同數量ノ小麥ノ船積ニ要スル時間等ヲ斟酌シ普通之ニ要スル期間トシテ執レモ短キニ失スルヲ以テ不相當ナリト認ム」(昭和六、八、二八、東控判決、新聞三三四一號一九頁)。

三九　「原審ノ確定シタル事實ニ依レハ所論催告ノ目的タル金額ハ千三百餘圓ニシテ昭和五年十一月十日ノ夜半型十一日午前中ニ支拂ヲ爲スヘキ旨ヲ催告シ且其ノ催告ハ廣島市ヨリ大阪市ニ在リタル被上告人ニ宛テ電報ヲ以テ之ヲ爲シタルモノナルヲ以テ原判示ノ如ク之ヲ不相當ノ期間ヲ以テシタル催告ト做シ得ヘキモノナリ」(昭和九、三、二〇、大判、法學三卷一〇號一一〇頁)。

四〇　「上告人ハ右ノ債務ニ付遲滯ニ在ルモノニシテ常ニ之カ支拂ノ準備ヲ爲スヘキ責任ヲ有スルモノナレハ前示三日ノ期間中最終日カ日曜日ニ該當シ且上告人カ其ノ所有ノ金錢ヲ銀行ニ預入レ之ヲ引出スニ非サレハ支拂ヲ爲スコト能ハサルモノトスルモ其ノ前日タル金土兩曜日ノ中ニ銀行ヨリ該金額ヲ引出シ置キ最終日ニ於テ之ヲ被上告人指定ノ支拂場所ニ持參スルコトヲ得サルニ非サルヲ以テ前示ノ期間ハ催告期間トシテ不相當ナルモノト謂フヲ得ス上告人ニ於テ催告ノ金額カ相當ナルヤ否ヤ被上告人ノ代理人ト稱スル池田辯護士カ代理權ヲ有スルヤ否ヤヲ調査スル必要アリ又池田辯護士ノ事務所ヲ捜索スル必要アリトスルモ此等ハ短時間ニ於テ爲シ得ヘキ事項ナレハ之ヲ以テ三日ノ期間ヲ短キニ失スルモノト爲スニ足ラス」(昭和一〇、五、一六、大判、法學五卷一號九五頁)。

ノ爭ハサル事實ナリ控訴人ハ右五日ノ催告期間ハ本件契約履行ノ爲メニハ不相當ニ短キヲ以テ其期間内ニ履行ナカリシコトニ基キ被控訴人先代カ爲シタル解除ハ不適法ナリト抗辯スレトモ控訴人ノ肩書住所地タル山形縣東村山郡長崎村ヨリ其ノ地方ノ產米タル本件目的物ヲ汽車便ヲ以テ東京市外惠比壽驛迄送付スル本件債務ノ履行ニ五日ノ期間ヲ置キタルハ寔ニ相當ナルヲ以テ控訴人ノ右抗辯理由ナク右解除ノ意思表示ハ適法ナリ」（昭和二、九、二二、東地判決、新聞二七七九號一三頁、評論一七卷民法一八五頁）。

三二　「控訴人カ被控訴人ヨリノ催告ニ應シ更ニ契約ノ本旨ニ適合セル履行ヲ爲ス爲メ獨逸國ヨリ新ニ印刷機ヲ輸入シテ之ヲ被控訴人ニ引渡サントスルニ當リテモ尙約四ケ月ハ要スルモノト認ムヘク此ノ場合ニ於テハ控訴人ニ於テ本件契約ノ履行ヲ遲延セルコト一年以上ニ及フト雖モ尙賣買契約解解ノ前提トシテ催告期間一ケ月ハ短キニ失シ不相當ニシテ法律上其效ナキモノト解スルヲ穩當トス」（昭和二、一〇、一一、東控判決、新聞二七七〇號一四頁）。

三三　「賃貸人甲カ賃借人乙ニ對シ延滯家賃ノ支拂ヲ求ムルニ當リ定メタル七日ノ猶豫期間ハ其ノ賃料三ケ月分僅ニ三十三圓ニ過キサルニ鑑ミルトキハ相當ノ期間ナリト謂フヘキモノトス」（昭和二、一〇、三一、上諏訪區判決、新聞二七六一號一六頁）。

三四　「賃料支拂ノ催告書タル郵便物ハ大正十五年三月三日東京府下ナル丙ニ配達セラレ同人ヨリ更ニ靑森縣下ニ在ル乙ニ轉送セラレタルニ於テハ乙カ右催告ニ接シタルハ右日時後ニ屬シ該催告ニ於ケル賃料支拂期日タル同月五日ハ民法第五百四十一條所定ノ相當ノ期間ニアラスト認ムルノ外ナク右賃料不拂ヲ理由トスル契約解除ハ無效ナリトス」（昭和三、三、一七、東控判決、評論一七卷民法六六三頁）。

三五　「濠洲小麥ヲ濠洲ヲ積出シ日本内地ニ輸入ノ上引渡スヘキ賣買契約ノ履行ノ催告期間トシテ十四日又ハ六日ヲ定ムルカ如キハ東京濠洲間ノ通信ニ要スル時間四千英噸ノ傭船若ハ運送契約ニ要スル時間及同量ノ小麥ノ船積ニ要スル時間ヲ斟酌シ共ニ短キニ過キ不相當ナリトス」（昭和四、一〇、二三、横濱地方判決、新聞三〇五八號一〇頁、評論一九卷民法二八五頁）。

三六　「一ケ月ノ賃料金三十三圓毎月末日拂ノ家屋賃貸借契約ニ於テ延滯賃料合計九十九圓ニ對スル契約解除ノ前提タル催告ニ付定メタル三日ノ期間ハ催告ノ目的竝金額等ニ鑑ミ將又現時取引社會ノ通念ニ徵シ相當ナリトス」（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）。

三七　「債務者ハ催告ニ付定メタル三日ノ期間ハ短キニ失シ不相當ナリト主張スレトモ右三日ノ期間ハ債務者ノ延滯賃料金二百三十四圓ノ支拂ニ對シテハ取引ノ通念ニ照シ不當ナリトハ認メ難シ」（昭和五、一〇、二二、東地判決、新聞三一九一號一七頁）。

三八　「仍テ進ンテ本件當事者間ニ爭ナキ前記催告竝契約解除ノ意思表示カ有效ナリヤ否ヤニ付案スルニ……控訴人ノ被控訴人ニ對シテ爲シタル催告ハ前後二回共何レモ獨立シタル催告ト解スヘク然カモ其ノ期間、前者ニ於テハ十三日、後者ニ於テハ五日ヲ算スルノミニ過キサルヲ以テ本件小麥四千英噸ノ履行ヲ爲スニ要スル期間ハ之ヲ東京濠洲間ノ通信ニ要スル時間四千英噸ノ傭船若クハ運送契約ニ要スル時間及同數量ノ小麥ノ船積ニ要スル時間等ヲ斟酌シ普通之ニ要スル期間トシテ執レモ短キニ失スルヲ以テ不相當ナリト認ム」（昭和六、八、二八、東控判決、新聞三三四一號一九頁）。

三九　「原審ノ確定シタル事實ニ依レハ所論催告ノ目的タル金額ハ千三百餘圓ニシテ昭和五年十一月十日ノ夜半型十一日午前中ニ支拂ヲ爲スヘキ旨ヲ催告シ且其ノ催告ハ廣島市ヨリ大阪市ニ在リタル被上告人ニ宛テ電報ヲ以テ之ヲ爲シタルモノナルヲ以テ原判示ノ如ク之ヲ不相當ノ期間ヲ以テシタル催告ト做シ得ヘキモノナリ」（昭和九、三、二〇、大判、法學三卷一〇號一一〇頁）。

四〇　「上告人ハ右ノ債務ニ付遲滯ニ在ルモノニシテ常ニ之カ支拂ノ準備ヲ爲スヘキ責任ヲ有スルモノナレハ前示三日ノ期間中最終日カ日曜日ニ該當シ且上告人カ其ノ所有ノ金錢ヲ銀行ニ預入レ之ヲ引出スニ非サレハ支拂ヲ爲スコト能ハサルモノトスルモ其ノ前日タル金土兩曜日ノ中ニ銀行ヨリ該金額ヲ引出シ置キ最終日ニ於テ之ヲ被上告人指定ノ支拂場所ニ持參スルコトヲ得サルニ非サルヲ以テ前示ノ期間ハ催告期間トシテ不相當ナルモノト謂フヲ得ス上告人ニ於テ催告ノ金額カ相當ナルヤ否ヤ被上告人ノ代理人ト稱スル池田辯護士カ代理權ヲ有スルヤ否ヤヲ調査スル必要アリ又池田辯護士ノ事務所ヲ搜索スル必要アリトスルモ此等ハ短時間ニ於テ爲シ得ヘキ事項ナレハ之ヲ以テ三日ノ期間ヲ短キニ失スルモノト爲スニ足ラス」（昭和一〇、五、一六、大判、法學五卷一號九五頁）。

（八）催告期間の適否と其の效力

(A) 長きに失する催告期間を定めたる催告の效力

催告期間が長きに失する催告は有效である。蓋し、相當期間を定むるは一方に於て、債務者保護の爲めであつて、其の催告期間が長きに失するも債務者は何等の不利益を蒙むることがない。相當なる期間を定めて催告を爲すことは、債務者の爲めのみならず、他方に於ては債權者の爲めではあるけれども、債權者は自ら自己の利益を棄てて、長きに失する催告期間を定めたのであるから、此の場合は債權者の利益は問題に爲らないであらう。

池田氏各論一四七頁、鳩山氏二一三頁、末弘氏各論二四五頁。

(B) 相當なる催告期間を定めたる催告の效力

相當期間を定めて爲す催告が完全なる效力を生ずることは論を俟たない。卽ち、相當期間を定めて爲したる催告は契約解除の要件の一を構成するものなること勿論である。

(C) 期間を全然定めざる催告の效力

催告期間明示不要說に從へば前示の如く期間を定めざる催告も有效である。唯、催告後解除まで相當期間が經過し居れば足るものとするのであるが、催告期間明示必要說に從へば催告期間を定めざる催告は全然無效なること前示の如し。

(D) 短きに失する催告期間を定めたる催告の效力

短きに失する催告期間を定めたる催告は期間明示說に從へば勿論無效である。

併し、期間明示不要說に從へば催告は全然期間を定めざる場合でさへも有效である。短きに過ぐる期間が定められたる場合には債權者の定めたる期間に代へて實際相當なる期間に從ふ。卽ち、短きに失する期間は當然に相當なる期間に達するまで引延ばさるるものとする（引延說）。是れ期間明示不要說の當然の歸結である。

(E) 短きに失する期間を定めたる催告に對する債務者の異議

一派の學者及び或る種の判例の主張する所によれば、不相當期間を定めて爲されたる催告に對して、相手方は異議を述べ得べきものとする。卽ち、曩に揭げたる大正十四年一月二十八日の大審院判決（新聞二三七三號一九頁、評論一四卷民法一〇五頁、尙、同判決中に引用する大正十三年七月十五日大審院判決も同趣旨）に依れば、

「若シ夫レ之ニ對シ或事情上債務者ニ於テハ未タ何等ノ準備タモ爲シアラス若クハ債權者ノ推測セル程ニ準備ノ進捗シ居ラサルトキハ債務者ハ遲滯シタル其ノ旨ヲ債權者ニ告ケテ期間ノ伸張ヲ求ムヘク此ノ際遲滯ノ遷延既ニ今日ニ至リシコトノ爲メ縱令直チニ履行アリタリトスルモ契約ヲ爲シタル目的ハマタ之ヲ達スルコト能ハス從テ債權者ノ側ニ於テハ無催告解除ヲ爲スヲ得ヘキ狀態

ニアルカ如キ場合ハ格別爾ラサル限リ債權者ハ債務者ノ求メニ應セサルヘカラサルハ是亦言ヲ俟タサルトコロトス」。

と謂ふに在る。

併し乍ら、斯の如き主張は我法典上、何等の根據なきものであつて採るに足らない。又立法上も斯の如き明文を設くる必要はない。蓋し、短きに失する催告は期間明示說に從へば當然無效であつて、債務者の異議を必要としないものであるし、期間明示不要說によれば、短かきに失する催告期間は當然相當期間に繰り延べられるから、是亦債務者の異議を必要としないからである。

債務者の異論を認むる說　梅氏要義五四一條、Oertmann zu § 250.
反對說　鳩山氏民事判例研究二四六頁、舟橋氏大正十三年度判例民事法三三〇頁以下、永井氏「催告後に於ける解除權」法曹會雜誌五卷四號一〇頁。

（九）期限の定めなき債務と二重催告の要否

――債務者遲滯は催告前に存在することを必要とするや否や――

(a)確定期限ある債務は履行期に履行を爲さざるときは債務者は遲滯の責に任ずる（四一二I）。蓋し、確定期限が何時到來するかは債務者にとりて始めから明白であるから、催告等の必要を感じないのである。

(b)履行期か不確定期限なるときは、債務者が遲滯の責に任せんが爲めには期限の到來を以ては足らず。債務者が其の不確定期限の到來を知ることを要する（四一二II）。

(c)前示の如く、(a)の債務の履行に確定期限ある場合、及び、(b)の債務の履行に不確定期限ありて債務者が期限の到來を知る場合に債務者を遲滯に附するには催告を必要としないのであるけれども、債務に履行期の定めなき場合は其の債務は債權發生と同時に履行期に在る。履行期の定めなき債務の履行期は直に到來すること前示の如しと雖も、斯の如き債務に在りては履行期に於て卽時に債務者を遲滯に附するは酷であるから、債務者は履行の請求、卽ち催告を受けたる時より遲滯に附せらるるものとせられる（四一二III）。

履行期の定めなき債務に關しては前示の如く民法は第四百十二條第三項に於て「債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス」と規定して居る。而して、尙民法は第五百四十一條に於て、更に契約解除の前提要件としての催告を規定し「當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其期間內ニ履行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」と定めて居る。從つて、履行期の定めなき債務に付き契約を解除せんが爲めには、催告を二回重複して爲す必要ありや否やの問題が惹起せざるを得ない。卽ち、第四百十二條第三項の遲滯の爲めの催告と第五百四十一條の契約解除の爲めにする催告とを必要とするや否やの問題である。

併し此の場合に於ては一回の催告を以て足るものと解するのが通說である。蓋し、第四百十二條第

三項の履行の請求と第五百四十一條の催告とは共に同一の性質を有する。卽ち、此等の催告は何れも債權者が債務者に對して債務の履行を要求する意思通知であるからである。唯兩催告の異なる所は後者は相當期間を定むることを要する點に在る。從つて、後者の中には前者を當然包含するものなるが爲めである。

同說　石田氏講義七五頁、同氏論叢五卷六號六五頁、鳩山氏二一一頁、磯谷氏各論二六五頁、我妻氏評釋、大正十年度判例民法三五四頁、債權法講義案四七頁、小池氏日本債權法各論五四頁、林信雄氏判例を中心としたる債權法各論八九頁、曄道氏「契約上ノ債務ニ履行期ノ定ナキ場合ニ於ケル契約解除權發生ノ要件」京法一三卷三號八四頁以下、最近大審院民法判例批評二七九頁以下、判例も亦夙に此の見解を採る。

一　「期限ノ定メナキ債務ノ履行ニ付テハ債務者ハ催告其他履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキコトハ民法第四百十二條第三項ノ規定ニ依リテ明白ナリ而シテ債權者カ民法第五百四十一條ニ依リ契約ノ解除權ヲ有スルニハ債務ノ不履行卽チ債務者ノ付遲滯ヲ前提トスヘキハ勿論ナリト雖モ履行期ノ定メナキ債務ニ在リテハ債務者ヲ遲滯ニ付スルカ爲メノ催告ヲ爲シタル後更ニ同條所定ノ催告ヲ爲スコトヲ要スルモノニ非スシテ債務者カ其過失ニ因ルト否トヲ問ハス債務ヲ履行セサルニ當リ債務者ハ相當ノ期間ヲ定メテ履行ヲ催告シ遲滯ニ付スルト同時ニ其期間內ニ履行ナキトキニ契約ヲ解除シ得ルモノト解スルヲ相當トス」(大正六、六、二七、大判、二三輯一一五三頁、抄錄七三卷一六五七四頁、新聞一三三二號二五頁、評論六卷民法七七七頁、曄道氏「契約上ノ債務ニ履行期ノ定ナキ場合ニ於ケル契約解除權發生ノ要件」最近大審院民法判例批評二七九頁以下、藤師寺氏「民法第五百四十一條の解除權發生要件並に履行期の定なき債務と解除權の行使」志林二二卷一號九四頁、民事判例研究一五一頁以下)。

二　「履行期ノ定メナキ債務ハ直チニ履行期ニアルモノニシテ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノナレハ特ニ付遲滯ノ催告及ヒ解除ノ意思表示ヲ爲スヲ要セス債權者ハ直ニ相當期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲シ之ニヨリテ債務者ヲ遲滯ニ付スルト同時ニ猶豫期間內ニ尙不履行ノ場合ハ契約ヲ解除スル旨ノ意思表示ヲ爲シ得ルモノト解スルヲ妥當トス」(大正一一、七、一〇、長控判決、新聞二〇二七號一六頁、評論一一卷民法七五一頁)。

五　「同時履行ノ雙務契約ニ在リテ其ノ債務ノ履行カ期限ノ定メナク且當事者ノ一方カ豫メ相手方ノ履行ヲ受領スルコトヲ拒絕シ自己ノ義務ヲ履行セサル意思明確ナル場合ニハ相手方タル債權者ハ其ノ當事者ノ一方ニ對シ現實ニ義務ノ履行ヲ提供シ若ハ履行ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知スルノ要ナク單ニ履行ノ催告ヲ爲スニ依リ遲滯ニ付シ得ヘキモノナルヲ以テ斯ル場合ニ債權者カ相當

シ履行ヲ爲ササルコトニヨリ其到達ノ日ヨリ債務者遲滯ノ效力ヲ生シ他面ニ於テ契約解除ノ前提要件タル催告ノ效力ヲ具有シ催告期間ノ徒過ニヨリ契約ヲ解除セラルル結果ヲ生スルモノナレハ特ニ付遲滯ノ催告ト解除權發生ノ前提要件タル催告トヲ區別シ二重ニ催告ヲ爲スノ要ナキモノトス」(大正八、五、九、神戸地方姬路支部判決、新聞一五七二號一七頁、評論八卷民法八八五頁)。

三　「双務契約ノ債務者ハ契約ニ定メタル辨濟期ヲ經過シテ債務ヲ履行セサルモ當然遲滯ニ付セラルルモノニアラスシテ相手方ヨリ其負擔スル債務ノ履行ヲ提供シタルニ拘ラス自己ノ債務ヲ履行セサル場合ニ於テ初メテ遲滯ノ責ニ任スヘキモノニシテ履行ノ提供ハ債務ノ本旨ニ從ヒテ現實ニ之ヲ爲スコトヲ要シ其履行ノ準備ヲ爲シテ之カ通知ヲ爲シ受領ノ催告ヲ爲スヲ以テ足レリトスルハ債務者カ豫メ其受領ヲ拒ミ又ハ履行ニ付キ相手方ノ行爲ヲ要スル場合タラサルヘカラサルハ民法第四百九十三條ニ依リテ明カナリ而シテ民法第五百四十一條ニ依リ契約ノ解除ヲ爲スニハ當事者ノ一方タル債務者カ既ニ其債務ノ履行ニ付キ遲滯ニ在ルコトヲ要シ解除ノ前提タル履行ノ催告ヲ爲スニモ其債務者カ既ニ遲滯ニ在ルカ若クハ遲クトモ其催告ト同時ニ遲滯ニ附セラルルコトヲ要スルヲ以テ」(大正六年(オ)第二八三號同年六月二十七日當院判決參照)未タ其遲滯ニ至ラサル間ニ爲シタル解除ノ前提タル履行ノ催告及ヒ解除ノ意思表示ハ無效トス」(大正一〇、六、三〇、大判、二七輯一二八七頁、我妻氏評釋、大正十年度判例民法三五二頁以下、鳩山氏二一二頁)。

四　「履行期ノ定メナキ債務ニ付不履行ヲ原因トシテ契約ヲ解除スル場合ニハ特ニ債務者ヲ遲滯ニ付スル爲メノ催告ヲ要セス債權者ハ直ニ相當期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲シ之ニヨリテ債務者ヲ遲滯ニ付スルト同時ニ猶豫期間內ニ尙不履行ノ場合ハ契約ヲ解除スル旨ノ意思表示ヲ爲シ得ルモノト解スルヲ妥當トス」(大正一一、七、一〇、長控判決、新聞二〇二七號一六頁、評論一一卷民法七五一頁)。

期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲シタルトキハ其ノ催告ハ一面債務者ヲ遲滯ニ付スル效力ヲ有スルト同時ニ一面ニハ民法第五百四十一條所定ノ履行ノ催告タル效力ヲ有シ其ノ期間ヲ經過シ履行ヲ爲サザルトキハ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘキモノニシテ債務者ヲ遲滯ニ付スル催告ト民法第五百四十一條所定ノ履行催告トヲ區別シ前後時ヲ異ニシ二重ニ催告ヲ爲スノ要ナシ」（大正一二、一二、一四、朝高判決、評論一三除民法一五五頁）。

六　「民法第五百四十一條ニ依リ契約ノ解除ヲ爲スニハ當事者ノ一方タル債務者カ既ニ其ノ債務ノ履行ニ付遲滯ニ在ルコトヲ要シ解除ノ前提タル履行ノ催告ヲ爲スニハ其ノ催務者カ既ニ遲滯ニ在ルカ若ハ遲クトモ其催告ト同時ニ遲滯ニ附セラルルコトヲ要スルヲ以テ未タ其ノ遲滯ニ至ラサル間ニ爲シタル解除ノ前提タル履行ノ催告及解除ノ意思表示ハ無效ナリ」（大正一三、五、七、大判、評論一三卷民法七九五頁）。

七　「原判決ノ確定セル事實ニ依レハ本件契約ノ履行期ハ大正八年四月十五日ナリシニ同期日ハ双方共其ノ履行ヲ爲スコトナク經過シ被上告人ハ同年十月二十二日上告人ニ對シ自己ノ債務ノ履行ヲ準備セル旨ヲ通知スルト同時ニ同月二十七日午前十時迄ニ代金ノ支拂ヲ催告シ右催告ハ同月二十三日上告人ニ到達シタルニ上告人ハ右期間内ニ履行ヲ爲ササリシモノトス是ニ依リ之ヲ觀レハ大正八年四月十五日經過後本件契約ハ期限ノ定ナキモノトナリ被上告人ハ同年十月二十二日上告人ニ對シ自己ノ債務ノ履行ヲ提供シタルモノニシテ上告人ノ負擔スル債務ハ賣買代金一萬四千九百四十七圓八十三錢三厘ノ支拂ヲ目的トスルモノナルヲ以テ右催告ノ到達シタル二十三日ヨリ二十七日迄ノ間ニハ上告人カ右代金ノ支拂ヲ準備スルニ要スル時間ナキモノト云フヲ得サルモノトス故ニ本件ノ如キ場合ニハ右二十二日ニ爲シタル催告以外ニ更ニ催告ヲ爲シテ上告人ヲ遲滯ニ付スル手續ヲ採ルコトヲ必要トスルコトナク右二十二日ニ爲シタル催告ニ應シ二十七日午前十時迄ニ上告人カ履行ヲ爲ササルコトニ因リテ被上告人ニ本件契約ノ解除權發生シタルモノト爲スヲ相當トスヘシ（當院大正六年（オ）第二八三號同年六月三十日判決參照）然ラハ右上告人ノ不履行ヲ事由トシテ被上告人ノ爲シタル本件契約ノ解除ハ適法ニシテ其效力ヲ生スルモノト云フヘシ」（大正一三、五、二七、大判、三卷六號二四〇頁、評論一三卷民法五六八頁、舟橋氏評釋、大正十三年度判例民事法二一八頁參照）。

八　「民法第五百四十一條ニ依リ契約ノ解除權ヲ有スルニハ債務者ノ付遲滯ヲ前提トスヘキモノナリト雖履行期日ノ定ナキ債務ニ在リテハ債務者ヲ遲滯ニ付スルカ爲ノ催告ヲ爲シタル後更ニ同條所定ノ催告ヲ要スルニ非スシテ債務者カ過失ニ因ルト否トヲ問ハス債務ヲ履行セサルニ當リ債權者ハ相當ノ期間ヲ定メテ履行ヲ催告シ遲滯ニ付スルト同時ニ其ノ期間内ニ履行ナキトキハ契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノトス」（大正一五、一一、二、朝高判決、評論一六卷民法五一頁、朝鮮司法協會雜誌五卷一二號四三頁）。

九　「契約解除ノ前提タル履行ノ催告ヲ爲スニハ債務者カ既ニ遲滯ニ在ルカ若ハ遲クトモ其ノ催告ト同時ニ遲滯ニ附セラルルヲ要スルコト當院ノ判例トスル所ナレハ（大正十年（オ）第二百號同年六月三十日當院判決參照）云々」（昭和二、五、一二、大判、彙報三八卷一六號一一二頁）。

一〇　「契約解除ノ前提タル履行ノ催告ヲ爲スニハ債務者カ既ニ遲滯ニ在ルカ若ハ其ノ催告ト同時ニ遲滯ニ附セラルルコトヲ要スルモノトス」（昭和二、五、一九、大判、評論一六卷民法七三一頁）。

一一　「解除ノ前提タル履行ノ催告ハ其ノ催告ト同時ニ債務者ヲ遲滯ニ付スル場合ニ於テモ尙ホ其ノ效力ヲ生スヘク（大正十年六月三十日同年（オ）第二〇〇號判決參照）又債務ノ履行ニ付債權者ノ行爲ヲ要スルトキハ現實ニ辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シテ其ノ受領ヲ催告スルヲ以テ足ル」（昭和四、九、七、大判、新報二〇一號一一頁）。

一二　「履行期ノ定メナキ債務ニ在リテハ債務者ヲ遲滯ニ附スルカ爲ノ催告ヲ爲シタル後更ニ相當ノ期間ヲ定メテ履行ヲ催告スルコトヲ要スルコトナク債務者カ履行ヲ爲ササルニ當リ債權者ハ相當ノ期間ヲ定メテ履行ヲ催告シテ遲滯ニ付スルト同時ニ其ノ期間内ニ履行ナキトキ契約ヲ解除シ得ヘキモノトス」（昭和五、一、二八、大判、評論一九卷民法三四四頁）。

反對說（二重催告必要說）　藥師寺氏「民法第五百四十一條の解除權發生要件並に履行期の定なき債務と解除權の行使」志林二卷一號九四頁、民事判例研究一五六頁以下、三潴氏現代法學全集、契約總論一一五頁。

「被告ハ民法第五百四十一條ノ規定ニ依リ契約ヲ解除セントセハ債務者ニ於テ催告前既ニ遲滯ニ在ルコトヲ要スヘキモノナリ」

第二章　非定期行爲の不履行に因る契約解除の要件

（大正一三、一二、一三、東地判決、新報三〇號二〇頁）。

（一〇）猶豫期間の性質

民法第五百四十一條に定むる契約解除の第二要件たる催告に於て定むべき猶豫期間（催告期間）の性質に關して大審院は次の如き判決を宣告して居る。

「上告論旨ハ被上告人ハ昭和七年六月二十三日ノ口頭辯論ニ於テ「相手方カ四月六日ニ履行セサルニ依リ被控訴人（上告人）ニ催告シタル處云々」ト主張シ、上告人ニ對シ不動產移轉登記ノミヲ昭和六年五月十日迄ニ猶豫シタルコト一點ノ疑ナキトコロナリ右猶豫期間ハ被上告人主張ノ如ク本件家屋賣買契約解除ノ前提タル催告期間ナリト雖モ而モ右期間內ニ上告人カ移轉登記ヲ爲スニ於テハ本件ノ如ク違約金ノ請求ハ勿論契約解除ヲ爲シ得サルコト明ナリ然レハ乙第一號證並甲第二號證及被上告人ノ陳述ヲ綜合スレハ被上告人カ上告人ニ對シ所有權移轉登記期日ヲ昭和六年五月十日迄猶豫シタルモノト云ハサルヘカラスト云フニ在リ然レトモ債務者カ約定ノ期日ニ其ノ債務ヲ履行セサルニ因リ債權者ニ於テ契約解除ノ前提トシテ一定ノ期日ヲ指定シ該期日迄ニ履行アリタキ旨債務者ニ對シ催告シタルコトハ法律上全然其ノ效果ヲ異ニシ同一視シ得サルヤ多言ヲ須ヒス之ヲ同一視セントスル論旨ハ抑誤レリ而シテ論旨摘錄ニ係ル被上告人ノ陳述ハ被上告人カ約定期日ニ登記濟證引渡ノ義務ヲ履行セサリシニヨリ本件契約解除ノ前提トシテ昭和六年五月十日迄ニ右義務ヲ履行セラレタキ旨催告シタルコトヲ主張シタルモノニシテ約定ノ登記濟證引渡期日ヲ猶豫シタルコトヲ認メタルモノニ非ス」（昭和一〇、三、一六、大判、法學四卷一一號九六頁）。

（一一）債務者の履行拒絶と契約解除の要件

債務者の履行拒絶は契約解除の要件に二種の影響を及ぼすことを考へ得る。其の一は債務者の履行拒絶ある場合に、債權者が契約解除を爲さんが爲めには、尙、通常の場合の如く催告を必要とするや否やの問題であり、其の二は債權者が相當期間を定めて債務者に履行の催告を爲したる後、債務者が履行の拒絶を爲したるときは、債權者は其の催告期間の滿了を俟たずして、契約解除の意思表示を爲し得べきや否やの問題である。

尙債務者の履行拒絶は相手方の提供を必要とするや否やの問題にも影響する。

（甲）履行拒絶が適法なる場合

履行拒絶が適法なる場合は、債務者が履行拒絶權を有する場合である。

債務者が履行拒絶權を有するは或は(a)法律の規定に基く場合がある。例へば、債務者が同時履行の抗辯權を有する場合、第五百七十六條の場合、第五百七十七條の場合、保證人の催告の抗辯權（四五二）、檢索の抗辯權（四五三）の如き、又留置權、支拂差止（四八一）の如きも之れに屬する。

或は當事者は契約を以て一定の場合に債務者が履行拒絶權を有するものなることを定むることを得る。

或は事情變更に因り履行拒絶權を發生することもあり得る。

以上の如き、債務者が履行拒絶權（Leistungsverweigerungsrecht）を有する場合に債務者が履行を拒絶するは其の權利の行使であり、意思通知である。契約解除の要件問題と關係はない。

（乙）債務者の違法なる履行拒絶

(A)　履行拒絶の性質

履行拒絶（Erfüllungsweigerung, Erfüllungsverweigerung）とは債務者が債權者に對して、債務の履行を爲さざる意思を表現することを謂ふ。明示たると、默示たるとを問はない。履行拒絶は履行遲滯、履行不能及び不完全履行以外の獨立の債務不履行である。

履行遲滯は履行期及び其の以後に履行が遲滯することであるが、履行拒絶は履行期の前後を問はず爲され得る。又履行不能は當事者の意思に拘はらず履行が不能なのであるが、履行拒絶は履行可能なるに拘はらず、債務者の意思により履行が期待し得られざるに至りたるものである。又履行拒絶には全然履行が存在せざるものであるから、履行拒絶は不完全履行ではない。

履行拒絶の性質に關しては或は之れを債務不履行なりとし（殊に獨立の債務不履行なりとし）、或は之れを債務不履行に非ずとする。前說に屬するは、菅原氏論叢八卷一號八頁、勝本氏中卷(2)三九九頁以下、法學四卷六號三八頁以下である。後說に屬するは、石坂氏六〇一頁、鳩山氏各論二一二頁、岡松氏新報一六卷一號七七頁である。

(B)　催告前の履行拒絶の效力

債權者の催告前に於ける債務者の履行拒絶は其の履行期前なると、履行期後なるとを問はない。蓋し、履行拒絶は履行期に關係なきが故である。併し、此の問題に關しては履行期の前後に區別して其の解決を別異にせんとする學者がないでもない。

池田氏各論一四八頁、三潴氏契約總論（法學全集）一一六頁、勝本氏中卷(2)四〇九頁。

(I)催告必要說

此の說は債權者は此の場合にも尙催告を爲すを要するものとする。其の理由左の如し。

（イ）第五百四十一條には此の場合の例外を認めない。

（ロ）又此の場合に催告を不必要とすべき法典上の根據なし。

（ハ）催告を必要とするは債務者に考慮の餘地を與へんが爲めである。債務者は催告によりて不履行の意思を飜すことがないとも限らない。

我妻氏債權法講義案四七頁、同氏評釋、大正十一年度判例民法四三六頁（大正一一、一一、二五、大判、一卷六八四頁の批評）、石坂氏下卷二二八五頁、六〇〇頁、鳩山氏二一二頁、菅原氏論叢八卷一號一七頁、末弘氏二四四頁、橫田氏各論一七六頁、磯谷氏二六三頁、中村氏債權法各論上卷一〇九頁、岡松氏新報一六卷一號七六頁、金田氏法協三一卷六號一四〇頁參照。池田氏各論一四八頁（履行期後の履行拒絶の場合に催告の必要なしとせらる）、勝本氏中卷(2)四〇九頁（氏は精密に諸種の場合を分析せられ、其の中、履行期後に履行拒絶ありたる場合の如きは催告を要せざるものとせらる）。獨逸文獻に關しては石坂氏下卷二二九〇頁註一參照。

石坂氏は債務者が豫め履行拒絶の意思を表示することを合意解除の申込と解することを得る場合に、債權者が默示的にこれを承諾せるものと認め得べきときは合意解除は成立し得る。從つて、契約解除の要件たる催告の問題は起らないとせらる（石坂氏下卷二二八五頁、二二八六頁）。併し、石坂氏の說は輙く贊同を爲し難い。債權者の催告を債權者の默示的合意解除の承諾と見ることは無理である。蓋し、催告は債務の履行の請求であるから到底、合意解除の承諾ではあり得ないから。

一　「民法第五百四十三條ハ契約ノ履行カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リ絕對ニ不能ト爲リタル場合ヲ想定シタルモノニシテ其履行カ單ニ困難ト爲リタル場合又ハ債務者ニ於テ其債務ヲ履行セサルコトヲ明言シタル場合ヲ規定シタルモノニ非ス依テ如此場合ニ於テモ第五百四十一條ノ規定ニ從ハサルヘカラス」（明治三七、大判、一四五三頁）。

二　「履行遲滯ヲ理由トシテ契約ヲ解除スルニハ豫メ相當ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲スコトヲ要スルコト民法第五百四十一條ノ規定ニ徵シテ明ナルヲ以テ債務ノ履行期ニ於テ債務者カ其ノ履行ヲ爲スノ意思ナキコト明ナル場合ニ於テモ尙履行ノ催告ヲ爲シタル後ニ非サレハ債權者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得サルモノトス而シテ履行ノ催告ヲ爲シタル場合ニ於テ其ノ期間相當ナラサル場合ニ於テハ解除ハ其ノ效力ヲ生セサルモノナルニ原院ハ上告人（控訴人）ハ內入金三百圓ヲ不當ニモ手附金ナリト稱シ其ノ倍額ヲ償還シテ契約解除ヲ爲ス旨ヲ通知シ來リタルニヨリ被上告人（被控訴人）ハ上告人ニ最早契約履行ノ意思ナキコトヲ確認シタルモノニシテ此ノ如キ場合ニ於テハ其ノ催告ニ於テ定メタル履行期間カ相當ナルト否ト又其ノ催告自體ノ有無ヲモ問フコトナク被上告人カ後ニ爲シタル契約解除ノ意思表示ハ有效ナル旨ヲ判示シテ上告人敗訴ノ判決ヲ爲シタルハ違法ナリ」（大正一一、四、一七、大判、新聞一九八八號一七頁、評論一一卷民法二四五頁）。

三　「民法第五百四十一條ニハ當事者ノ一方カ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其ノ履行ヲ催告シ云々ト規定シ特ニ之カ除外的規定ヲ設ケサルノミナラス所謂定期行爲ニ關スル同法第五百四十二條ノ規定トノ對照上右第五百四十一條ノ場合ニ於テハ縱令當事者ノ一方カ其ノ債務ヲ履行セサルノ意思明確ナルトキト雖相手方ハ必スヤ相當ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲スニ非サレハ解除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得サルモノト解スルヲ以テ相當トナスヘキニヨリ原裁判所カ本件ヲ以テ同條ノ場合ニ該當スルモノトナシ上告人ノ代理人ノ爲シタル催告ハ相當ノ期間ヲ定メテ爲シタルモノニ非サルニヨリ解除ノ效力ヲ生セサルモノト判斷シタルハ洵ニ相當ナリ」（大正一一、一一、二五、大判、一卷六八八頁、新聞二〇七六號二二頁、評論一一卷民法一二四一頁）。

四　「民法第五百四十一條ニハ當事者ノ一方カ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其ノ履行ヲ催告シ云々ト規定シ特ニ之カ除外規定ヲ設ケサルノミナラス所謂定期行爲ニ關スル同法第五百四十二條ノ規定トノ對照上右第五百四十一條ノ場合ニ於テハ假令當事者ノ一方カ其ノ債務ヲ履行セサルノ意思明確ナルトキト雖相手方ハ必スヤ相當ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲スニアラサレハ解除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得サルモノト解スヘキハ當院ノ判例（大正十一年（オ）第八二八號同年十一月二十五日第三民事部判決參照）トスル所ナルヲ以テ原判決カ右ト同一見解ノ下ニ本件ニ於テ上告人カ被上告人ノ債務不履行ヲ原因トスルニ拘ラス履行ノ催告ヲ爲スコトナク直ニ本件契約ヲ解除シタルハ失當ニシテ該解除ハ其ノ效力ヲ生セサル旨判示シタルハ相當ナリ」（大正一五、一、二五、大判、新聞二六六六號一二頁）。

五　「民法第五百四十一條ノ場合ニ於テハ縱令當事者ノ一方カ其ノ債務ヲ履行セサルノ意思明確ナルトキト雖相手方ハ必スヤ相當ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲スニ非サレハ解除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得サルモノト解スルヲ相當トス」（昭和五、四、一九、大阪高上告部判決、評論一九卷民法六七六頁）。

六　「民法第五百四十一條ハ債務者遲滯ノ場合ニ債權者ヲシテ單ニ損害ノ賠償ヲ求メシムルノミニテハ其ノ保護十分ナラストシ之ニ契約ノ解除權ヲ與ヘタルモノニシテ同條カ解除權發生ノ要件トシテ單ニ債務者ニ對シ更ニ履行ノ機會ヲ與ヘ契約解除ニヨリテ生スヘキ不利益ヲ免レシメント欲シタルモノニ外ナラサルヲ以テ履行期間ニ於テハ縱令履行期ニ債務ヲ履行セサル債務者ノ意思明確ナリトスルモ債權者ハ同法條ニ依リ直ニ契約ノ解除ヲナスニハ履行遲到來後更ニ相當ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲スコトヲ要スルモノト解スルヲ相當トス」（昭和九、五、一九、大判、法學三卷一一號九四頁）。

第二章　非定期行爲の不履行に因る契約解除の要件

(II)催告不要說

前示の催告必要說に對立して、催告不要說が存在し得る。卽ち、債務者に履行の意思なきこと明白なる場合、殊に、履行拒絶（Erfüllungsweigerung）の場合に尙債權者は催告を爲すことを要するものとするは債權者に苛酷なるが爲めであらう。

催告不要說　石田氏講義二一七頁、水口氏法律論叢八卷五號八四頁以下、藥師寺氏新報三二卷九號、評論一一卷民法八八頁、小池氏各論五五頁、中村氏二五六頁、小町谷氏「商人間の賣買——履行期前の履行拒絶の意思表示と解除」志林三四卷七號六四頁以下、乾氏「催告不要の契約解除」志林三七卷一一號七二頁以下。

Staudinger-Kuhlenbeck § 326 Nr. III 2c. Dernburg II § 98 IV 1. Niedner, Deutsche Juristenzeitung 1901 S. 443 ff. Romeick, Fristbestimung S. 97. Düringer-Hachenburg S. 235 ff. Danz, Jahrb. f. Dogm. B 54 S. 52 ff.

一　「到底賣買契約ノ履行ヲ爲スコト能ハサル旨ノ意思表示ヲ爲シ以テ何等ノ手續ヲ要セス直ニ契約ノ解除ヲ爲スト否トヲ相手方ノ自由ニ任シタルモノナレハ被告ハ原告ニ對シ單ニ解除ノ意思表示ノミヲ爲シ手附金ヲ沒收シ得ルノ權能ヲ有ス」（年月日不詳、大阪地方判決、新聞七九二號二三頁、評論一卷民法一六四頁）。

二　「契約者ノ一方カ違約者タル事實確定シ契約ヲ履行スル能ハサル情況アルトキハ他ノ一方ハ契約解除ノ權アルコトハ雙務契約ニ於ケル普通ノ法理ナリトス」（明治二八、一一、一二、大判、一輯四卷七六頁）。

三　「相手方ニ債務履行ノ意思ナキコトヲ確認シ得ヘキ場合ハ催告ニ於テ定メタル履行期間カ相當ナルト否ト又其催告自體ノ有無ヲモ問フコトナク契約解除ノ通知ニヨリ有效ニ解除ノ效力ヲ發生スルモノトス」（大正一〇、八、四、東控判決、評論一〇卷民法一一三六頁）。

(III)折衷說

債務者が豫じめ債務の履行を拒絶する場合に於て債權者が契約を解除せんが爲めには尙催告を必要とするや否やに關して學說に爭あるのみならず、我が判例法も兩說に岐れて居ること前示の如し。唯、判例法の大勢は催告必要說に從ふて居るのであつて、催告不必要說に從ふ判例は其の數も尠なく、其の勢力は弱いと見ることを得るのであつた。

併し乍ら、昭和三年十二月十二日に至つて大審院は重要なる判決を宣告するに至り、其の以後、二三の判例を得るに至つた。

一　「契約當事者ノ一方ニ於テ其ノ債務ヲ履行セサルトキト雖モ相手方ハ更ニ相當期間ヲ定メテ催告ヲ爲スニ非サレハ契約ヲ解除スルヲ得サルコトハ民法第五百四十一條ノ定ムル所ニシテ而モ此ノ催告ハ債務者ニ於テ履行ヲ爲ス意思ナキコト明ナル場合ニ於テモ尙且之ヲ必要トストノコトハ當院ノ判例トスル所ナリト雖モ（大正十一年十一月二十五日判例集一卷六八四頁）商人間ノ賣買ニ於テハ賣主ノ爲シタル給付カ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行トシテ買主ヨリ履行ノ催告ヲ爲シタルニ對シ賣主ニ於テハ囊ノ給付ヲ以テ債務ノ本旨ニ從ヒタルモノト爲シ此ノ催告ニ應スルノ意ナキコトヲ表示シタル場合ニアリテハ買主ハ直ニ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘク更ニ相當期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲スカ如キハ其必要ナキモノト解スルヲ相當トス蓋當事者カ契約ヲ締結スル所以ノモノハ債務ノ本旨ニ從フ履行アルコトヲ庶幾スルニアルハ言フマテモ無キヲ以テ債務者ニ於テ履行ノ意思ナキコト

明カナルノ一事ニ依リ何等ノ催告ヲモ爲スコトナク直ニ契約ヲ解除セシムルカ如キハ聊早計ニ失シ契約締結ヲシテ輒ク徒爾ニ了ラシムルニ至ルヘキカ故ニ之ヲ許スヲ得スト雖モ賣主ノ爲シタル給付カ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ト爲スニ足ラサル爲買主ヨリ更ニ其ノ履行ヲ爲スヘキ旨ノ催告アリタルニ拘ハラス賣主ハ其ノ爲シタル給付ヲ以テ相當ノモノナリトシ此ノ催告ニ應セサル意思ヲ表示シタル場合ニ於テモ尚且買主ヲシテ催告ヲ再ヒセシムルカ如キハ畢竟無用ノ形式ヲ强ユルニ過キス殊ニ取引ノ敏活ヲ尙フ商人間ノ賣買ナル場合ニ於テハ更ニ其ノ爾ルヲ知ルニ餘リアリ」（昭和三、一二、一二、大判、七卷一〇八五頁以下、鈴木竹雄氏評釋、判例民事法昭和三年度五〇八頁以下、乾氏「催告不要の契約解除」志林三七卷一一號七二頁）。

二　「商人間ノ賣買ニ於テ其賣主カ買主ニ對シ契約上ノ義務履行ヲ拒絕スル意思ヲ表示シタルトキハ買主ハ直ニ契約ヲ解除シ得ヘク解除ノ前提トシテ相當ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲スコトヲ要スルモノニ非ス（昭和三年（オ）第九百六十號同年十二月十二日民事第四部判決參照）」（昭和六、一一、一四、大判、法學一卷四號一〇八頁）。

三　「原判決ノ確定スル所ニ依レハ上告人ハ被上告人ノ適法ナル履行ノ催告ニ對シ金十三萬圓ノ支拂ヲ受クルニ非サレハ本件交換契約上ノ債務ヲ履行セサル旨ノ謂ハレナキ言辭ヲ弄シテ履行ヲ拒絕シ更ニ再度ノ催告ヲ受クルモ之ニ應スルノ意思ナカリシコト自ラ明ナレハ斯ノ如キ場合ニ再ヒ催告ヲ爲スハ徒ニ無用ノ手數ヲ重ヌルコトトナルヲ以テ債務者タル上告人ニ於テ不履行ノ儘相當ノ期間經過スルニ於テハ債權者タル被上告人ヨリ不履行ヲ理由トシテ契約ノ解除ヲ爲シ得ルモノト解スルヲ相當トス（昭和三年（オ）第九六〇號同年十二月十二日當院判決參照）」（昭和九、一二、二六、大判、法學四卷六號九三頁）。

四　「凡ソ商人間ノ賣買ニ於テ前敍ノ如ク賣主ノ爲シタル給付カ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ト爲スニ足ラサルノ故ヲ以テ買主ヨリ約旨ニ適合スル履行ノ催告ヲ爲シタルニ對シ賣主ニ於テハ義ノ給付ヲ以テ債務ノ本旨ニ從ヒタルモノト爲シ此ノ催告ニ應スルノ意思ナキコトヲ表示シタル場合ニアリテハ買主ハ更ニ相當期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲スヲ要セスシテ直ニ契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノト解スヘキカ故ニ被上告人ノ爲シタル前示契約ノ解除ハ有效ナルコト多言ヲ須ヒサルトコロナリ」（昭和一二、二、二四、臺灣高等法院上告部判決、新聞四一二三號一二頁）。

從來の催告必要說に從ふときは債務者の利益保護が厚きに過ぎ、從つて、債權者の保護は輕視せられて居ると謂ふ缺陷が明かに觀取せられ得る。然し、此の問題に關しても債務者の保護のみを强調して債權者の利益保護を無視することは公平の觀念上許さるべきではないから、之れを中和し、折衷せんとする此の判例は妥當である。殊に判例は債務者の履行意思なきこと明白なる場合に提供を必要とせざることを是認すること後に述ぶるが如くであるから、催告に關しても、當事者双方の利益保護を較量して特殊の場合には催告を不必要とする場合を認むべきである。

唯如何なる場合に催告を不必要とすべきかは各場合に於て、總ての事情を斟酌して判斷すべきである。要するに、卽時の解除を許し、催告の如き閑手段を不必要とする程度に債務者が履行拒絕の意思を表現したる場合の如きは催告を不必要とすべきであらう。

單純に債務者が履行拒絕の意思を表示するのみにては、催告に會ふて、其の不履行の意思を飜へし、履行を爲すことを決心するやも計り難いから、單なる履行拒絕の意思を傳達するのみにては足らない。履行拒絕の意思の發生したる根據又は其の背景の確乎たるものあることが必要なること勿論であらう。

大審院の此の判例は商人間の賣買に關して例外を認めたのであるが、例外を之れに限定することを

得ないこと勿論である。將來、判例法は商人間の賣買以外に於ても催告不要の例外の場合を漸次に確定して行かなければならないと思ふ。

鈴木氏は「若し其の履行の拒絶にして或は爲さるべき解除の危險を感知すべき事情に於て爲されたるものと認め得るに於ては直ちに解除を許し敢へて催告を重ぬるを俟たぬとなすべきであらう」と說明せられて居る。（判例民事法昭和三年度五一一頁）。其の趣旨を明白に理解し得ないけれども、結局前示の說明と同趣旨であらうと思ふ。川添氏によりて引用せらるる獨逸大審院判例に所謂、債務者の履行拒絶が確定的（bestimmt）、決定的（entscheidend）、反複的（wiederholt）、又は眞面目（ernsthaft）なるときの如きは亦之れを判別するに付き、良き標準となるであらう。

折衷說　川添氏「債務の履行拒絶」法曹一〇卷三號二七頁以下、鈴木氏評釋、昭和三年度判例民事法五〇八頁以下。

(C)　催告後の履行拒絶の效力

以上に述へたる所は債權者が債務者に對して、未だ、何等の催告を爲さざる場合に債務者が自ら進んで履行拒絶の意思通知を爲したる場合に關する。

今玆に述べんとするは、債權者が債務者の不履行に基き相當期間を定めて履行の催告を爲したるに拘はらず、債務者は其の催告期間經過前に履行拒絶を爲したる場合である。是れは實は契約解除の第二要件（催告）の問題に非ずして、第四要件（催告期間内の不履行）、又は第五要件（契約解除の意思表示）に關聯する問題であるが、便宜の爲め玆に附說する。

債務者が債權者の相當期間を定めて爲したる催告に對して履行拒絶を爲したる場合に於ても、尙債權者をして、催告期間の滿了を待ちて初めて解除の意思表示を爲すべきものとするは不當に債務者を保護し、債權者の不利益を來すものであるから、此の場合には、債權者は催告期間の滿了を待たずして契約の解除を爲し得べきものと解せざるを得ない。

催告期間が滿了したる後は債務者が履行拒絶の意思を表現すると否とに拘はらず、債權者は契約を解除し得べきこと論を待たない。

「按スルニ民法第五百四十一條カ契約解除ノ前提トシテ一定ノ期間ヲ定メ履行ヲ催告スヘキ旨ヲ命シタル所以ハ一方ニ於テ履行遲滯ニ在ル債務者ニ對シ更ニ最後ノ考慮ヲ促サントスルト共ニ他方其ノ履行ノ準備竝其ノ完了ニ要スル期間ノ猶豫ヲ與ヘントスルノ趣旨ナレハ（大正十三年七月十五日言渡當院同年（オ）第一三九號事件判決參照）債務者ニシテ如上ノ催告ニ對シ之ヲ拒絶スヘキ意思ヲ表示シタルトキハ債權者カ與ヘタル履行期間ノ猶豫ノ如キハ之ヲ同條ノ本旨ニ照シ全ク無用ノモノトナルヘキカ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ債務者ハ與ヘラレタル期間ノ利益ヲ失ヒ債權者ハ强テ右期間ノ終了ヲ待ツコトナク直ニ進ムテ契約ノ解除ヲ爲シ得ヘキ權限ヲ取得スルモノト解スルヲ相當トス蓋右ノ期間ハ履行ノ爲ニ必要ナルモノニシテ履行ヲ爲スヤ否ヲ考慮スルカ爲ニ設ケラレタルモノニアラサレハ如上催告ニ對シ一旦拒絶ヲ爲シタル者カ更ニ其ノ意ヲ飜スコトアルヘキカ爲メ之ヲ留保シ得ヘキ期間ニアラサルヲ以テナリ故ニ右ノ如キ拒絶ノ意思表示ヲ受ケタル債權者ハ直ニ契約ヲ解除シ得ヘキハ勿論必要アルトキハ權利ノ行使又ハ保存ノ爲適當ナル處置ヲ採ルコトヲ妨ケサルモノニシテ此等處置ノ結果債務者カ期間内ニ爲スヘカリシ行爲不能ニ歸スルモ之カ爲メ債權者カ一旦取得シタル解除權ハ毫モ其ノ影響ヲ受クルモノニアラス」（昭和七、七、七、大判、一一卷一五一〇頁、川島氏評釋、昭和七年度判例民事法四〇三頁、吉田氏評註法學二卷二號一〇七頁、小町谷氏判例研究志林三四卷八三二頁）。

(D)　履行拒絶と同時履行の抗辯權

同時履行の抗辯權に關する諸問題は後に詳細に說明せんとする所であるが、玆には履行拒絶と同時履行の抗辯權との關係を見んとする。債務者が履行拒絶を爲したるときは同時履行の抗辯權は消滅する。此の事は學說判例の認むる所である。但し判例は債務者に履行の意思なきこと明白なる場合といふ觀念によりて此の問題を解決して居るのであつて、未だ、履行拒絶の觀念は必ずしも明確に表現せらるるに至つては居ない。

本問題に關しては後に契約解除の第三要件（提供）に關して說明する所を參照せられたい。

（一二）　催告期間が相當なりや否やは法律問題なりや、事實問題なりや

催告に相當期間を明示することを要すと爲す說に從ひ、催告に定められたる期間が相當なりや否や、又、催告に相當期間を定むるを要せずして事實上相當期間が經過すれば足ると爲す見解に從ひ、其の經過したる期間が相當なりや否やを判斷することは法律問題（Rechtsfrage）であつて事實問題（Tatfrage）ではない。蓋し、期間の相當なりや否やの觀念が正當に定められたりや否やは其の規定の適用、當を得たりや否やを決定する法律的基礎となるべきものであるから。但し、判斷の基礎たる事實に關する認定は事實問題である。卽ち、催告ありしや否や。期間を定めたりや否や。期間を定めたりとせば、何日の期間を定めたりや。期間を定めさりしとせば、催告後、解除まで何日を經過し居るや等の事實を認定することは事實問題である。

法律問題とする說　末弘氏各論二四七頁、鳩山氏各論二一三頁、法律行爲乃至時效七九頁。

併し期間が相當なるや否やに關して當事者間に爭なきときは裁判所は之れに關して審査することを得ないものとせられて居る（鳩山氏二一三頁）。

「商法第二百八十六條ノ如ク相當ナル期間ヲ定メテ催告ヲ爲スヘキ旨ノ規定ハ催告ヲ受クル者ノ利益ヲ保護スル趣旨ニ出テタルモノナルカ故ニ若シ其催告カ相當ノ期間ヲ定メサルモノナルトキハ被催告者ハ其ノ催告ノ無效ナルコトヲ主張スルコトヲ得ヘシト雖モ之ニ反シテ被催告者ニ於テ其期間ノ長短ニ付キ爭ハサル場合ニハ裁判所ハ遂テ其期間ノ相當ナルヤ否ヤヲ審判スヘキモノニ非ス」（大正八、四、二三、大判、二五輯六九八頁）。

（一三）　催告と提供との關係

債務者が債權者に對して履行の拒絶を爲す場合に、債權者の側に於ては、契約を解除するに付き(1)催告を必要とすべきか、(2)提供を必要とすべきかの二つの問題に逢着する。

提供は雙務契約に於ける解除の要件の一つであること後に述ぶる通りである。併し、提供は契約解除の要件ではあるが催告の要件ではない。

契約解除の要件の一たる提供に關しては後に詳細に說明するであらう。

第三節　雙務契約の場合に於ては債權者が債務者に對して自己の債務の提供を爲すことを要する（第三要件）

第一款　準備的解說

第一項　雙務契約

契約解除の第三要件は雙務契約の解除にのみ必要とせらるる要件であつて、片務契約の解除に關しては此の要件の存在を必要としない。併し乍ら、實際生活に於て頻繁に惹起するのは片務契約に非ずして、雙務契約であるから、此の第三要件は極めて重大なる要件で、又頻繁に問題と爲るべき要件たる

を失はない。

元來、片務契約と雙務契約とは契約の效力として當事者雙方の債務が對價的意義を有するや否やの問題を基本とする區別である。

雙務契約（contrats synalagmatiques, zweiseitiger Vertrag）とは契約當事者が相互に對價的意義を有する債務を負擔する契約を謂ひ、片務契約（contrats unilatéraux, einseitiger Vertrag）とは其の以外の契約を謂ふ。

雙務契約より生ずる當事者の一方の債務と相手方の債務とは相互に對價又は代償（Entgelt）たる關係を有する。經濟上に於ては、對價又は代償は同一價格を有することが必要であらうけれども、法律上、雙務契約の觀念を定むべき對價又は代償は客觀的に同一の價格を有する必要はない。當事者の主觀に於て、一方の給付が、他方の給付の報酬と爲されたることを以て足る。前示の如く、雙務契約に於ては當事者雙方の債務が相互に主觀的に對價關係あるを以て足るものなるが故に、例へば一方が五百圓に相當する物の給付を爲すに對して、他方が千圓に相當する物の給付を爲す場合と雖も雙務契約たるに差支がない。

雙務契約に屬するは賣買、交換、賃貸借、雇傭、請負、有償委任、有償寄託、組合、和解等の如き契約である。

併し乍ら、契約當事者の雙方が債務を負擔するも、其の債務が對價たる意義を有せざるときは雙務契約ではない。例へば、無償委任に於ても委任者が費用償還義務を負擔するけれども(六五〇)、此の義務は受任者に對する對價又は報酬でないから、無償委任は雙務契約ではない。又、使用貸借に於て、貸主の負擔する物の使用を爲さしむる債務と借主の負擔する物の返還義務との間には對價關係が存在しないから、使用貸借は雙務契約ではない。

片務契約は雙務契約以外の契約であるから、當事者雙方が對價關係ある債務を負擔しない。換言すれば、片務契約に在りては、當事者の一方のみが債務を負擔する場合(例へば贈與)と、前示の如く、當事者雙方が債務を負擔するも、其の債務が相互に對價的意義を有せざる場合(無償委任)とがあり得る。

契約の當事者雙方が相互に對價的給付を爲すべきや否やの區別に關して、尙、有償契約、無償契約の區別が存在する。

有償契約 (contrats à titre onereux, entgeltlicher Vertrag) とは雙方の當事者が相互に對價的意義を有する給付(債務の目的)を爲す契約を謂ふ。而して、無償契約 (contrats à titre gratuit, unentgeltlicher Vertrag) とは有償契約に非ざる債權契約を謂ふ。

雙務契約と有償契約との差異に關しては學說岐れ、亦、屢、誤解せられて居るけれども、要するに、雙務契約に於ては、債務が對價的關係に於て對立し、有償契約に在りては、債務の目的たる給付(又は出捐)が對價的關係に於て對立する點に於て差異が見出され得るものである。

從つて、當事者雙方に對して、契約成立以後に於て對價的債務を負擔せしむる契約は有償契約であると同時に、亦、雙務契約である。併し乍ら、契約に因りて直に給付が爲され、給付義務を成立せしめざる場合に在りては、其の契約は有償契約ではあるけれども、雙務契約ではあり得ない。例へば、利息附消費貸借の如きは有償契約であるけれども、雙務契約ではない。

有償契約に在りても、當事者雙方の給付は對價的關係に在ることが必要であるから、契約の效力として、當事者雙方が給付を爲す場合と雖も、對價的關係なきときは有償契約ではない。例へば、負擔附贈與の如し。

一　「契約ノ當事者雙方各々或債務ヲ負擔セル場合必スシモ常ニ所謂雙務契約ニハ非ス其ノ各自ノ負擔セル債務カ互ニ對價ノ關係ヲ成セル場合ニシテ始メテ爾リトス」(昭和四、四、六、大判、評論一八卷民法一一〇七頁)。

二　「片務契約ヲ變シテ雙務契約ト爲シタリトテ契約自由ノ原則ノ行ハルル現時ノ法律ノ下ニ於テ此ノ事必スシモ直ニ債務ノ同一性ヲ失ハシムルモノニ非ス這ハ夫ノ準消費貸借締結ノ場合ニ債務ノ同一性ヲ維持スルヤ否ハ一ニ繫リテ當事者ノ意思ニ在ルモノニシテ必ス常ニ舊債務ヲ消滅セシメテ新債務ヲ發生セシムルモノト解スルノ誤レルト選フ所ナキモノトス」(昭和四、四、六、大判、評論一八卷民法一一〇七頁)。

三　「雙務契約ヨリ生スル當事者雙方ノ債務ハ一人ノ保證人ニ於テ之ヲ保證スルコトヲ得」(大正一二、五、四、法曹會決議、要錄上二八一頁、法曹一卷六號一〇七頁)。

第二項　雙務契約より生ずる債務の成立に關する牽聯性

雙務契約とは當事者雙方が相互に對價的意義を有する債務を負擔する契約を謂ふものなること前示の如し。從つて、雙務契約は各當事者の各債務を獨立して成立せしむべき無因行爲の結合ではない。雙務契約は相互に對價關係、原因關係に在る當事者雙方の各債務を發生せしむべき一個の有因契約に外ならない。

其の結果として、雙務契約に在りては、當事者一方の債務が何等かの理由に因つて成立せざるときは、雙務契約自體も亦不成立に歸する。之れを雙務契約より生ずる當事者一方の債務が不法、不能の爲め無效なるとき、又は詐欺、强迫、無能力に因りて取消されたる場合の如きは、雙務契約が、一旦成立したる以後の問題であるから、此等の問題は雙務契約の成立、不成立に關する問題ではない。

「雙務契約ニ於ケル一方ノ債權者カ其債權ヲ第三者ニ讓渡シタル場合ト雖モ其讓渡サレタル債權ハ依然トシテ雙務契約ヨリ生スル一方ノ債權タル性質ヲ保有シ他ノ一方ノ有スル債權トノ間ニ交互的關聯ヲ存續スルヲ以テ一方ノ債權成立セサルカ又ハ無效ト爲ルトキハ他方ノ債權モ亦不成立若クハ無效ト爲ルヘキモノトス」（明治四二、五、一四、大判、一五輯四九〇頁、抄錄三七卷八二九三頁）。

第三項　雙務契約より生ずる債務の存續に關する牽聯性

雙務契約が一旦成立したる後に於て、當事者の一方の債務が其の存續を失ふことがあり得る。例へば雙務契約の一方の當事者の債務が不法、不能等に因る無效性を有する場合、又は、取消されたる場合には、他方の當事者の債務も亦消滅するや否やの問題である。是れは雙務契約より生ずる債務の存續に關する牽聯性の問題である。

雙務契約より生ずる當事者一方の債務が履行不能なる場合は危險負擔の問題として取扱はれる。

第四項　雙務契約より生ずる債務の履行に關する牽聯性

——同時履行の抗辯權——

雙務契約より生ずる當事者雙方の債權は相手方の債權を顧慮することなくして、獨立して之れを行使することを得るや否やの問題は雙務契約より生ずる債權の履行に關する牽聯性、又は雙務契約より生ずる債權の行使に關する牽聯性の問題であつて、此の問題は、同時履行の抗辯の問題に歸着することとなるのである。今、茲に研究せんとするは此の同時履行の抗辯である。

第一目　同時履行の抗辯の意義及び性質

（一）要件說と抗辯說

民法第五百三十三條は「雙務契約當事者ノ一方ハ相手方ガ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得但相手方ノ債務カ辨濟期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス」と規定する。卽ち、相手方が其の債務の履行を提供するまで、自己の債務の履行を拒絕し得べき權利を同時履行の抗辯、又は、契約不履行の抗辯（exceptio non adimpleti contractus, Exception tirée de l'inexécution, Einrede des nicht erfüllten Vertrages）と謂ふ。同時履行の抗辯權は夙にローマ法に存在し、近世に於ては獨逸民法第三百二十條、第三百二十二條に於て見出され、我が民法亦之を採用した。

雙務契約上の雙方の債務の成立上の牽連性を認めて履行上の牽連性を認めざる舊說すたれて、雙方の債務の履行上の牽連性を認むることが通說と爲つて居る。而して雙務契約より生ずる雙方の債務の履行上の牽連性を認むる學說に二種類ある。假りに其一を要件說、其二を抗辯說と稱することとする。

要件說は雙務契約上の雙方の債權は無條件に、絕對的に、單純に、債務者に履行を爲さしむることを目的とするものに非ずして、自己の爲すべき反對給付に對して給付を爲さしむべきことを目的とするものであるから、債權者は自己の債務の履行又は履行の提供を爲すに非ざれば相手方の履行を請求することを得ない。卽ち自己の債務の履行又は履行の提供が自己の債權を請求すべき要件を爲すものとする。卽ち履行に關して當然の牽連性があるものと爲すのである。瑞西債務法第八十二條は此の主義を採用する。獨逸の學者にして此說を稱ふる者もある。

要件說に從へば雙務契約上の債權者が債務者に對して、其の債權の履行を請求するに當つては自己の債務の提供を爲すことが要件とせられるのであるから、其の要件たる提供を爲さずして、自己の債權の履行を請求するも法律上何等の效力を發生することを得ない。從つて、債務者は何等の抗辯を提出せざるも、債權者の請求は夫れ自身、不適法であつて、其の請求は無效である。從つて、此說に依れば同時履行の抗辯は眞正の抗辯（Einrede）ではないことと爲る。卽ち、眞正の抗辯とは債權者の請求を認容しつつ、尙之れに對して永久的又は一時的に之を拒絕し得べき抗辯を謂ふものであるが、要件說によれば、提供を伴はさる債權者の請求は當然不法であつて、之れを認容すべき餘地はないからである。

此の說は前示の如く瑞西債務法第八十二條の採る所であるが、我が國に於ては岡村氏六一頁が此の說に依られて居るようである。英法に於ても同時履行の抗辯に關しては要件說を採るものの如し。

抗辯說に依れば同時履行の抗辯は眞正の抗辯である。雙務契約に於て、當時者の一方が自己の債權を行使せんが爲めには、自己の債務の履行を提供することは決して請求の要件ではない。債權者は自己の債務に關係なく、自己の債權の履行を債務者に請求することを得る。唯、相手方は公平上の理由

に依りて債權者に對し、債權者が自己の債務の履行の提供を爲す迄は、債務者も亦自己の債務の履行の提供を拒絕する權利を有するものとする。卽ち、同時履行の抗辯權を行使することを得るものとするのである。

同時履行の抗辯は相手方の請求を認容しつつ、尙且之れを一時的に拒絕し得べき權利であるから、眞正の意義に於ける抗辯であり、一時的抗辯であり、停止的抗辯であり、延期的抗辯である。永久に相手方の請求を拒絕するを得ないのであるから、永久的抗辯、否認的抗辯ではない。又相手方の請求權の不存在、不成立又は要件を具備せざる等の爲め相手方の請求權自體を否認するものでないから、同時履行の抗辯は眞の抗辯であつて、異議ではない。

此の主義は獨逸民法（三二〇、三二二）の採用する主義であり、又、我が民法上の通說である。要件說の不當にして、我が民法上、之れを採用することを得ざることは多言を要しない。蓋し、此の事は第五百三十三條の文理解釋に徵して疑がないからである。

大多數の學說及び大審院判例も亦其の說を同ふして居る。

末弘氏各論一三二頁、一三三頁、磯谷氏一四二頁、穗積氏講義案、石坂氏二〇三七頁、新報二五卷七號八號、鳩山氏一一三頁、橫田氏各論一〇四頁、土方氏債權原因論一三四頁、岡松氏理由四六三頁、池田氏債權各論七八頁。

一　「同時履行ノ原則ハ契約當事者ノ一方カ債務ノ履行ヲ爲ササル場合ニ於テ相手方ニ自己ノ債務ノ履行ヲ拒絕シ得ヘキ權利ヲ附與シタルニ過キスシテ當事者雙方ノ義務カ同時ニ履行セラレタリトノ推定ヲ生セシムルモノニ非ス」（明治三七、一、一九、大判、一〇輯一四頁、新聞一八八號一二頁）。

二　「抑同時履行ノ抗辯權ハ雙務契約ニ因ル債務特有ノ規定ニシテ債務者カ適當ノ時期ニ於テ之ヲ行フトキハ因リテ以テ不履行ノ責ヲ免ルルヲ得ヘシト雖モ同時履行ノ抗辯アラサル限リハ當事者ハ一方ハ其債權ヲ行使スルニ付テ自己ノ債務ノ履行アルコトヲ必要トセス何トナレハ抗辯權ヲ行使スルト否トハ其利益ヲ受クヘキ當事者ノ自由ニ屬スレハナリ則チ本件ノ如ク上告人カ木材引渡請求ヲ受ケタルトキ如上ノ抗辯權ヲ行使セスシテ損害賠償ノ訴訟提起アリタル後之ヲ行使セント欲スルハ既ニ時期ヲ失シタルモノト謂ハサルヲ得ス何トナレハ債務不履行ニ因ル損害賠償ノ債務ハ雙務契約ニ因リテ當然生スルモノニ非サレハナリ」（明治四一、四、二三、大判、一四輯四七七頁）。

三　「法律カ民法第五百三十三條ニ於テ雙務契約ノ當事者ノ一方ニ相手方カ其債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ル權利ヲ與ヘタルハ雙務契約ノ當事者ノ相手方ハ自己ノ債務ヲ履行スルコトナクシテ其一方ニ對シテノミ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルトスルハ不公平ナルカ故ニ當事者雙方ノ利益ヲ公平ニ保護センカ爲メニ外ナラサルナリ」（明治四一、六、一七、大判、一四輯七三五頁、新聞五一〇號一三頁）。

四　「民法第五百三十三條ニ依レハ雙務契約ノ當事者ノ一方ハ相手方ノ債務カ辨濟期ニ在ル時ニ限リ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スル迄ハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ミ得ル權利ヲ有スルニ止マリ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供セサル場合ニハ當然自己ニ債務履行ノ責任ナキコトヲ規定シタルモノニ非ス」明治四四年（ワ）三七七號橫濱地方判決、新聞八三三號一九頁、評論一卷民法五六六頁）。

五　「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テ相手方カ契約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ニ其請求ヲ爲シタル場合ハ契約ヲ解除シタルモノト看做サルルノ趣旨ナルコト法文上明白ナリ又手形金支拂ノ請求ノ如キハ法律ノ規定上手形ノ呈示ヲ要スルカ故ニ手形ヲ呈示セスシテ爲シタル支拂ノ請求ハ裁判上ノ請求ノ場合ノ外其效ナシト雖本件賣買ノ如キ雙務契約ノ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スニハ自己ノ債務ノ辨濟ヲ提供スルコト

ヲ必要トセサルカ故ニ提供ヲ伴ハサル請求ト雖モ請求トシテ效力アルコト敢テ多言ヲ要セス」(明治四四、六、一三、大判、一七輯三九二頁)。

六　「然レトモ假令被上告人ニ原狀回復ノ義務アルニモセヨ上告人ニ於テ同時履行ノ抗辯ヲ提出セサル限リ裁判所ハ民法第五百四十六條ニ從ヒ同第五百三十三條ヲ準用スヘキニ非サルコト多言ヲ要セス而シテ上告人カ同時履行ノ抗辯ヲ爲シタルコト記錄中更ニ之ヲ徵スヘキ點ナキカ故ニ原審カ被上告人ノ手附金返還ノ請求ヲ認容シタレハトテ論旨ニ謂フ如キ不法アルモノト爲スヲ得ス」(大正七、五、二、大判、二四輯九四九頁)。

七　「雙務契約ニ於テ同時履行ノ抗辯權ヲ有スルモノハ自己ノ債務ニ付遲滯ニ陷ラサルモノト解スルヲ相當トスルモ同時履行ノ抗辯權ヲ認メタル法律ノ趣旨ハ信義ノ原則ニ基キ當事者雙方ノ利益ヲ公平ニ保護スルニ在ルヲ以テ相手方ニ於テ其ノ債務ノ大部分若ハ主タル部分ノ履行ヲ爲シタル場合ニ極メテ僅少部分若ハ附隨ノ債務不履行アリタルヲ理由トシテ相手方ニ對シ反對債務ノ履行ヲ拒ムカ如キハ彼上法律ノ趣旨ニ背クモノナレハ斯クノ如キ場合ニハ同時履行ノ抗辯權ナキモノト解スルヲ相當トス」(昭和二、三、二二、東地判決、評論一六卷民法三二八頁)。

後に説明するが如く、同時履行の抗辯の效力には行使に因りて生ずる效力と、存在に因りて生ずる效力との二種類がある。而して、同時履行の抗辯權の存在に因りて生ずる效力と、爰に述べたる同時履行の抗辯の性質に關する要件說とは其の經濟上の結果は同一に歸着するであらうけれども、理論構成は非常に異なつて居ることを注意すべきである。前者は同時履行の抗辯を以て、飽くまでも眞正の抗辯なりとし、要件說に反對する。然かも、同時履行の抗辯を抗辯なりとしつつ、其の效力の一種として存在に關する效力を認め、之れに因りて、要件說の主張と經濟上、略同一の結論に到達して居るからである。

(二)　同時履行契約の實例

一　「雙務契約ハ給付ノ順序ニ付特約ナキトキハ當事者雙方ニ於テ同時ニ之ヲ履行スヘキモノトス故ニ未タ義務ヲ履行セサル一方ハ他ノ一方ニ對シ之カ履行ヲ求メ得ヘキモノニ非ス」(明治二九、六、一九、大判、二輯六卷六二頁)。

二　「雙務契約者ノ一方カ一部ノ履行ヲ爲ササル場合ニ於テハ他ノ一方ハ之ニ應スル一部ノ履行ヲ拒ムヲ得ヘキモ他ニ特別ノ理由ナキ限リハ之ヲ以テ全部ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ス」(明治三二、二、九、大判、五輯二卷二八頁、抄錄二卷三二五頁)。

三　「有償寄託ノ場合ニ於テハ寄託者カ報酬ヲ提供スルマテ受寄者ハ寄託物ノ返還ヲ拒ミ得ルモノトス」(明治三六、一〇、三一、大判、九輯一二〇四頁、抄錄一八卷三六四二頁、新聞一七四號一〇頁)。

四　「雙務契約ノ場合ニ於テ當事者ノ一方カ債務ヲ履行セサルニ拘ハラス相手方ニ對シテ債務ノ履行ヲ請求スルトキハ相手方ハ契約ヲ解除スルコトナク他ノ一方カ其債務ノ履行ヲ提供スル迄自己ノ債務ノ履行ヲ拒絕シ得ルモノトス」(明治三八、五、一〇、大判、一一輯六九三頁、抄錄二五卷五一三四頁)。

五　「雙務契約當事者ノ一方カ相手方ニ於テ其債務ヲ履行セサルトキハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘキ權利ハ相手方カ全然履行セサル場合ノミナラス不完全ナル履行ヲナシタル場合ニモ亦之ヲ有スルモノトス」(明治三九、九、二九、長崎控訴判決、新聞三八八號七頁)。

六　「賣買代金ノ支拂ニ付キ「殘金ノ儀ハ貴殿ノ御都合御申出ニ從ヒ登記申請其上受領可仕候云々」トアル文言ハ賣主ニ於テ義務ヲ履行シタル後チ代金ヲ支拂フ爲メナリトハ解シ難ク寧ロ地所所有權移轉登記ノ申請ト同時ニ授受スヘキ約旨ナリト解スルヲ相當トナス故ニ此ノ如キ契約アル場合ニ其代金ヲ提供セスシテ地所所有權移轉登記ヲ求ムル權利ナシ」(明治四一、四、一八、名古屋控訴判決、最近判二卷一一二頁)。

七　「「債務ハ其片務契約ニ因ルト雙務契約ニ因ルトノ別ナク辨濟期ニ在ルトキハ債務者ハ均シク之ヲ履行スルノ責アルコト勿論

ナリト雖モ雙務契約ノ場合ニ在リテハ當事者ハ交互ニ債權者タルト同時ニ債務者タル地位ニアリ而シテ其相互ノ債務ハ均シク同一ノ法律行爲ヨリ生シタルモノナレハ兩者均シク辨濟期ニ在ル場合ニ於テ當事者ノ一方ハ其債務ヲ履行シタルニ拘ラス他ノ一方ハ之ヲ履行セサルカ如キハ公平ヲ失フコト殊ニ太甚シ是レ民法第五百三十三條ノ規定卽チ所謂同時履行ノ抗辯權ノ規定アル所以ナリ然リ而シテ同一ノ雙務契約ヨリ生シタル雙方ノ債務ハ特別ノ意思表示アラサル限リハ其目的物ノ性質可分タルト不可分タルトヲ問ハス各一箇ノ債務ヲ構成スルニ止マルコト勿論ナレハ假令其履行ハ分割シテ之ヲ爲スヘキ場合ト雖モ依然トシテ一箇ノ債務存在スルニ外ナラス然レハ則チ當事者ノ一方ハ他ノ一方カ前ノ辨濟期ニ屬スル債務ノ履行ヲ提供セサルヲ理由トシテ後ノ辨濟期ニ屬スル自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ル權利アルハ當然ノ理ナリトス」(明治四一、四、二三、大判、一四輯四八二頁、抄錄三四卷七五九四頁、新聞四九六號一三頁)。

八　「法律カ民法第五百三十三條ニ於テ雙務契約ノ當事者ノ一方ニ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ル權利ヲ與ヘタルハ雙務契約ノ當事者ノ相手方ハ自己ノ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルトスルハ不公平ナルカ故ニ當事者雙方ノ利益ヲ公平ニ保護センカ爲メニ外ナラサルナリ依テ本件カ被上告人ヨリ自己ノ債務ニ屬スル代金ヲ提供スルコトナクシテ單ニ上告人ニ對シテ其債務ニ屬スル酒精ノ引渡ヲ請求スルニアランニハ上告人ハ同條ノ規定ニ依リ其履行ヲ拒ムコトヲ得可シト雖モ本件被上告人ノ請求ハ然ルニアラスシテ代金ト引換ニ酒精ノ引渡ヲ請求スルニ在レハ酒精ヲ引渡ス可キ上告人ハ單ニ之ヲ引渡スノミニテ其代金ヲ受領スルコトヲ得可クス又被上告人カ代金ヲ支拂ハサルニ於テハ酒精ヲ引渡シタルモノニシテ此趣旨ニ基キタル原判決ハ違法ナルコトナク上告人ハ同時履行ノコトヲ規定シタル右第五百三十三條ノ規定ニ適應シタルモノニシテ此趣旨ニ基キタル原判決ハ違法ナルコトナク而シテ上告人カ本論旨中ニ揭ケタル當院ノ判例ハ孰レモ民法第五百三十三條ノ規定ニシテ買主ノ單ニ其債權ニ屬スルモノノミノ請求ヲ爲ス相手方ニ對シテ當事者ノ一方ノ爲メニ履行請求ノ拒絕權ヲ與ヘタルコトヲ說示シタルニ止マリ毫モ本判旨ト違フ所アラサルナリ依テ本論旨ハ採用スルヲ得ス」(明治四一、六、一七、大判、一四輯七三五頁)。

九　「民法第五百七十七條ニハ不動產ノ賣買アリタル場合ニ抵當權先取特權質權等ノ登記存スルトキハ買主ハ滌除ノ手續ヲ爲ス迄賣買代金ノ支拂ヲ拒絕スル事ヲ得ル旨規定スレトモ同條ハ單ニ抵當權等ノ登記アル儘ニテ移轉登記ヲ爲ス場合ノ規定ニシテ買主カ斯ル登記ヲ欲セスシテ完全ナル所有權ノ移轉登記ヲ求ムル場合ニハ賣主ハ同法第五百三十三條ニヨリ代金ノ提供アル迄登記ノ手續ヲ拒絕スルコトヲ得ルモノトス」(明治四二(ワ)四三八號大阪地方判決、新聞六六〇號一四頁)。

一〇　「負擔付贈與ハ雙務契約ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノナルヲ以テ受贈者カ其負擔ニ屬スル債務ノ提供ナキマテハ贈與者ハ贈與ノ履行ヲ拒ムコトヲ得」(明治四二、五、一、東控判決、最近判五卷二五頁)。

一一　「請負契約ハ雙務契約ニ屬スルヲ以テ請負人ハ工事ノ完成及引渡ニ付期日ノ定メアル場合ニ於テモ注文者カ已ニ辨濟期ニ達セル負擔債務ヲ履行セサル以上ハ請負人ハ之カ工事ノ完成及ヒ引渡ノ義務履行ヲ拒絕スル權利ヲ有スルニ因リ其期日ニ履行セサリシトテ之ヲ以テ直ニ請負人ニ不履行ノ責アリト論スルコトヲ得ス」(明治四三、一一、一、東控判決、新聞六八五號二一頁、最近判七卷一六四頁)。

一二　「請負人カ既ニ爲シタル工事ニ瑕疵アリタルトキハ注文者ハ其瑕疵ニ付損害賠償ヲ請求シ又同時履行ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得レトモ其抗辯ニ因ラスシテ漫然報酬ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得ス」(大正元、一二、二〇、大判、一八輯一〇六六頁、抄錄四五卷一〇五三二頁、新聞八三八號二八頁)。

一三　「債權ノ拋棄ハ債務者ニ對シテ其意思ヲ表示スルニ非サレハ效力ヲ生セサルヲ以テ債權者カ第三者ニ對シテ債權ヲ拋棄スルコトヲ約シ之ニ對シテ第三者カ債務者ノ債務ト同一內容ヲ有スル債務ヲ負擔スルコトヲ約スルモ債權者カ債務者ニ對シテ有スル債權ハ第三者ノ債務成立ト同時ニ消滅スルモノニ非スシテ債權者ハ第三者ニ對シテ債務者ノ爲メニ債權ヲ拋棄スヘキ債務ヲ負擔シタル一種ノ雙務契約カ成立スルニ至ルモノナリ故ニ債權者カ第三者ニ右契約ノ履行ヲ求メタルトキハ債權者カ債務者ニ對シテ債權ヲ拋棄スル意思ヲ表示スルカ若クハ債務者カ債權者ニ對シテ利益享受ノ意思ヲ表示スル迄ハ第三者ハ雙務契約同時履行ノ抗辯ヲ主張スルヲ得ヘシト雖如上ノ契約ヲ以テ債務者ノ交替ニ因ル更改契約又ハ