

ヘシ【註一】

危険負擔ノ適用アルカ爲メニハ設定若クハ移轉スヘキ物權カ債務者ニ屬スルコトヲ要セス從テ所有權移轉ヲ目的トスル場合ニハ債務者カ給付スヘキ物ノ所有權ヲ有スルコトヲ要セス債務者カ他人ノ物ヲ給付スヘキ債務ヲ負擔セル場合ニ於テモ(例ヘハ他人ノ物ノ賣買ノ如シ)債權者ハ危険ヲ負擔ス蓋既ニ論セルカ如ク危険負擔ノ問題ハ單ニ債權關係ニ基キテ定ムヘキモノニシテ物ノ所有權ノ所在ト關係スル所ナキカ故ナリ而シテ他人ノ物ヲ給付スヘキ債權關係ハ原則トシテ債權者又ハ債務者カ他人ノ物ナルコトヲ知ルト否トニ關セス成立スルカ故ニ債權者又ハ債務者ノ惡意ハ危険負擔ヲ定ムルニ影響スル所ナシ【註二】

【註一】 Windscheid § 406 Anm. 4, Dernburg, Pandekten § 216 Anm. 10, Puntschart a. a. O. S. 487, 反對 Mommsen, Beiträge I S. 407 fg, Wächter, Krit. Vierteljahrschrift B. 15 S. 106 fg

【註二】 他人ノ物ノ賣買トハ直接ニ他人ノ物ノ賣買ヲ目的トスル契約ヲ

云フ從テ賣主カ所有者ヨリ物ヲ取得シタルトキハ之ヲ賣却スヘキコトヲ約セル場合ニハ停止條件附契約成立スルニ過キサレカ故ニ條件附契約ニ關スル危険負擔ノ規定ニ從ヒテ危険ノ負擔ヲ定ムルコトヲ要ス又賣主カ單ニ他人ノ物ヲ買取ルヘキコトヲ盡力スヘキコトヲ約シタル場合ニハ賣主ハ買主ニ對シテ其物ノ所有權ヲ移轉スヘキ債務ヲ負擔スルニアラサルカ故ニ他人ノ物ノ賣買ニアラス從テ危険負擔ノ問題ヲ生セス危険負擔ノ問題ハ賣主カ他人ノ物ノ所有權ヲ移轉スヘキ債務ヲ負擔スル場合ニ生ス

他人ノ物ノ賣買ニ於ケル危険負擔ニ關シテハ獨普通法ニ於テハ議論岐ル通説ニ從ヘハ賣主カ惡意ナル場合ヲ除キ買主カ危險ヲ負擔スルモノトナス即賣主買主共ニ善意ナル場合及ヒ買主カ惡意ニシテ賣主カ善意ナル場合ニハ買主ハ危険ヲ負擔シ買主ハ代金ヲ支拂ハサルヘカラス然レトモ所有者ハ不當利得請求權ニ基キテ賣主ヨリ其得タル代金ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ルモノトナス(Windscheid, § 390 Anm. 15, Hofmann S.

48 fg, Praun, Gefahr beim Kauf S. 13fg) 然レトモ我法典ノ解釋トシテハ此見解ニ從フコトヲ得ス縱令賣主カ惡意ナル場合ニ於テモ賣買ハ有效ニ成立スルカ故ニ危險負擔ニ關シテハ第五百三十四條ニ定ムル原則ニ從フコトヲ要ス唯賣主カ惡意ニシテ買主カ善意ナル場合ニハ或ハ買主ノ錯誤ニ因リテ賣買カ無効ナル場合アルヘク或ハ賣主ノ詐欺ニ基キ賣買ヲ取消スコトヲ得ヘキ場合アルヘシ又此見解ニ從ヘハ賣主カ代金ヲ取得セル場合ニハ物ノ所有者ハ不當利得請求權ニ基キテ賣主ニ對シテ其償還ヲ請求スルコトヲ得トナスト雖モ吾人ノ解スル所ヲ以テスレハ賣主カ代金ヲ取得スルハ賣買契約其モノニ基クモノニシテ物ノ滅失ニ基クモノニアラス故ニ所有者ノ損失ニ因リテ賣主カ利得ヲ得タルモノトナスヲ得此見解ノ如ク所有者カ賣主ヨリ代金ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ルモノトナストキハ却リテ所有者カ不當ニ利得スルニ至ルヘシ蓋所有者カ自己ノ所有物ノ滅失ヲ負擔スヘキハ當然ナルカ故ナリ故ニ此見解ノ如ク所有者ニ不當利得請求權ヲ認ムルコトヲ得ス

或ハ買主カ危險ヲ負擔スルハ其過失ニ基キ賣主ニ損害ヲ與フルカ爲メナリ然ルニ他人ノ物ノ賣買ニ在リテハ賣主ハ損害ヲ被ルコトナキカ故ニ買主ハ危險ヲ負擔スルコトヲ要セストナシ (Ihering, Jahrb. f. Dogm. B. 3 S. 449 fg) 或ハ賣買ノ締結ト同時ニ買主ハ所有權ヲ取得スルカ故ニ危險ヲ負擔ス然ルニ他人ノ物ノ賣買ニ在リテハ買主ハ直チニ所有權ヲ取得セサルカ故ニ危險ヲ負擔セサルモノトナス (Goose, Jahrb. f. Dogm. B. 9 S. 208) 此等ノ見解ハ根本的ニ危險負擔ノ理由ニ關シ非ナルカ故ニ採ルコトヲ得ス

(11) 契約ノ目的物カ滅失又ハ毀損セルコトヲ要ス即債務者ノ給付スヘキ物カ滅失又ハ毀損セルコトヲ要ス物ノ滅失又ハ毀損ナル文字ハ之ヲ其文字ノ意義ニ從フテ解スルトキハ物理的ノ滅失又ハ毀損ヲ云フモノトナササルヘカラス然レトモ債務者ノ意思ニ基カスシテ物體ノ占有ヲ失ヒタル場合例ヘハ紛失盜難等ノ場合ハ給付不能ナル點ニ關シテ物理的滅失ノ場合ト區別スヘキ理由ナク從テ此場合ニモ債權者カ危險ヲ負擔スルモノトナササルヘ

カラス又公力ヲ以テ物體ノ所有權ヲ奪ヒタル場合例ヘハ土地收用ノ場合モ亦給付不能ナル點ニ於テハ物ノ滅失ト同一視スルコトヲ得ヘシ更ニ毀損ハ物カ分量的ニ一部滅失スル場合ノミナラス物カ形狀品質等ノ變更ヲ受ケタル場合ヲモ含ムモノト解スヘシ【註三】【註四】此ノ如ク滅失毀損ハ物理的滅失又ハ毀損ヨリモ廣ク之ヲ解スルコトヲ要スト雖モ給付ノ物體其モノニ關シ給付不能カ生セル場合ニノミ債權者ハ危險ヲ負擔スルモノトス蓋第五百三十四條第一項ハ物ノ滅失毀損ト云ヒ廣ク給付不能ト云ハサルカ故ナリ從テ例ヘハ暴風雨地震戰爭封鎖等ノ如キ外部ノ事情ノ爲メニ給付ヲ爲スコト能ハサル場合ニハ給付スヘキ物ノ滅失毀損ニアラサルカ故ニ此等ノ場合ニハ第五百三十四條第一項ヲ適用スルコトヲ得ス

【註三】羅馬法ニ於テハ賣買ニ於ケル危險負擔ニ關シ滅失ノ危險(Periculum interitus)ト毀損ノ危險(periculum deteriorationis)トニ區別ス其例トシテ舉クル所ニ依レハ賣買ノ目的物タル奴隸カ死亡シ其身體ノ一部カ毀傷セラレ建物カ全部又ハ一部燒失シ土地カ水流ノ爲メニ全部又ハ一部流

失シ若クハ浸沓セラレ樹木カ暴風ノ爲メニ吹倒サレタル場合ノミナラス奴隸カ逃亡シ又ハ盜マレタル場合ニ於テモ買主カ危險ヲ負擔スヘキモノトナス(§313,23, 116D. 18,6)故ニ物理的滅失又ハ毀損ノミニ限ラサルモノト云ハサルヘカラス而シテ各國ノ立法ハ羅馬法ニ從ヒ物ノ滅失(Derbergang, perte)ト毀損(Verschlechterung, deterioration)トニ分ク(Windscheid §390 Ann. 3a. 普國國法第一部第十一章第九十五條、奧民法第千四十八條、佛民法第千六百二十四條、獨民法第四百四十六條、匈牙利民法草案第千百十七條)

【註四】獨普通法ニ於テモムゼンカ給付不能ヲ客觀的不能ト主觀的不能トニ區別シ後發不能ノ效力ニ關シテハ兩者區別スル所ナキコトヲ唱ヘタル以來通説ハ雙務契約ニ在リテ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ不能カ生シタルトキハ其不能カ客觀的ナルト主觀的ナルトヲ問ハス債務者ハ債務ヲ免ルルモノトナス此通説ニ反シハルトマンハ主觀的不能ヲ排斥シ且事變(Causa)ヲ事實上ノ事變ト法律上ノ事變トニ區別シ事實上ノ事變ニ因リテ給付不能ヲ生セル場合即物カ物理的ニ滅失シ

第三者カ物ヲ侵奪スルニ因リ債務者カ履行ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テノミ債權者ハ危險ヲ負擔スルモノトナシ法律上ノ事變ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサル場合(例ヘハ土地收用ノ場合)ニハ債務者ハ再ヒ物體ヲ取得シ給付ヲ爲スコトヲ得ル可能存スルカ故ニ給付不能トシテ認ムルコトヲ得ス從テ此場合ニハ債權者ハ危險ヲ負擔セサルモノトナス(Hartmann, Jahrb. f. Dogm. B. 22 S. 449 fg) ウィンドシヤイドモ亦同一ノ見解ヲ採ル(Windscheid § 390 Anm. 3a)此一派ノ見解ハ羅馬法ニ於テ土地收用ノ場合ニ買主カ危險ヲ負擔スルコトヲ要セサルモノトナスカ故ニ之ヲ説明スルカ爲メニ生セルモノニシテ債務者カ單ニ法律上ノ處分權ヲ失ヒタルニ過キササル場合ニハ債權者ハ危險ヲ負擔セストナスモノナリ然レトモ給付不能ノ觀念ヲ定ムルニ於テ其不能カ事實上ノ事變ニ因ルト法律上ノ事變ニ因ルトヲ區別スヘキ理由ナク從テ危險負擔ヲ定ムルニ此ノ如キ區別ヲ設クル理由ナシハルトマンハ第三者カ物ヲ侵奪セル場合ニハ給付不能ヲ生スルモ土地收用ノ場合ニハ給付不能ヲ生セストナ

スモ此ノ如キ區別ハ實際ニ反ス蓋第三者カ物ヲ侵奪セル場合ニ給付不能ヲ生スルモノトセハ土地收用ノ場合ニ於テモ亦同シク給付不能ヲ生スルモノトナササルヘカラス

或ハ自然力ニ因ル給付不能ノ場合ニノミ債權者ハ危險ヲ負擔ストナス說アリト雖モ(Oesterlen, mehrfache Verkauf derselben Sache S. 23 fg)此ノ如ク狭ク解スヘキ理由ナシ

(三) 債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ契約ノ目的物カ滅失又ハ毀損シタルコトヲ要ス債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由トハ何ヲ云フヤハ各場合ニ法律ノ規定若クハ當事者ノ契約ニ依リテ之ヲ定ムルコトヲ要ス然レトモ特別ノ規定又ハ契約ナキ場合ニハ債務者ハ過失ノ責ニ任スルカ故ニ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由トハ原則トシテ債務者ノ無過失ヲ云フ[註五]故ニ債務者ノ過失ニ基カスシテ目的物ノ滅失毀損ヲ生シタル場合ニハ其危險ハ債權者之ヲ負擔スルモノトス從テ目的物カ自然力ニ因リテ滅失毀損セル場合ノミナラス第三者又ハ債權者ノ行爲ニ因リテ滅失毀損ヲ生セル場

合ニ於テモ債權者ハ危險ヲ負擔ス更ニ尙債務者ノ行爲ニ因リテ物ノ滅失毀損ヲ生セル場合ニ在リテモ若シ債務者ノ過失ナキトキハ(例ヘハ外部ノ強制ニ因リテ物ヲ滅失毀損スルカ如シ)其危險ハ債權者之ヲ負擔ス

【註五】四一六頁五六八頁參照

(四) 契約ノ目的物カ特定スルコトヲ要ス即第五百三十四條ハ特定債權ニ關シテノミ適用アリトス蓋種類債權ニ在リテハ給付ノ物體ハ抽象的ニ定マリ未タ特定セサルカ故ニ債務者カ債權者ニ給付スヘキ物トシテ思考セル或物カ滅失スルモ債務者ハ其債務ヲ免ルルコトヲ得ス尙種類中ノ他ノ物ヲ給付スルコトヲ要ス從テ種類ニ屬スル物ノ全體カ滅失スルニ至ルマテハ債務ヲ免ルルコトヲ得ス而シテ種類ニ屬スル物ノ全體カ滅失スルハ實際ニ於テ稀ナルカ故ニ種類債權ニ於テハ殆危險負擔ノ問題ヲ生スルコトナシ【註六】故ニ當初ヨリ特定物ノ給付ヲ目的トスル場合及ヒ種類債權ニ於テ給付ノ物體カ後ニ至リ特定セル場合ニ於テノミ危險負擔ノ問題ヲ生ス而シテ種類債權ニ於ケル給付ノ特定ハ第四百一條第二項ニ從ヒ或ハ當事者ノ契約ニ基キテ

生シ或ハ債務者カ物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了スルニ依リテ生スルカ故ニ【註七】其後ニ至リ物カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ滅失又ハ毀損シタルトキハ其滅失又ハ毀損ハ債權者ノ負擔ニ歸ス(第五百三十四條第二項)【註八】

【註六】從來種類債權ニ在リテハ給付不能ヲ生スル餘地ナキカ故ニ危險負擔ノ問題ヲ生スルコトナシトナシ Genus perire non censetur ナル格言ヲ生スルニ至レリ然レトモ種類債權ニ在リテモ種類ニ屬スル物ノ全體カ滅失スルコトナシト云フヘカラス例ヘハ或會社ノ株券カ會社ノ解散ノ爲メニ效力ヲ失フ場合ノ如シ且所謂制限的種類債權ニ在リテハ給付スヘキ物ノ屬スル一定ノ範圍(例ヘハ倉庫ニ藏セル米)カ全部滅失スルコトアリ從テ此等ノ場合ニ若シ其滅失カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ生シタルトキハ債務者ハ債務ヲ免ルルカ故ニ危險負擔ノ問題ヲ生ス然レトモ此等ノ場合ニハ給付ノ物體ハ未タ特定セサルカ故ニ第五百三十四條ヲ適用シ債權者カ危險ヲ負擔スルモノトナスコトヲ得

ス第五百三十六條第一項ニ從ヒ債務者カ危險ヲ負擔シ反對給付ヲ請求スルコトヲ得サルモノトナササルヘカラス (L. 35 § 7, D. 18, 1, 1. 5 D. 18, 6, Mommsen, Beiträge I S. 340, Hofmann a. a. O. S. 123, Windscheid § 390 Anm. 8) 從テ種類債權ニ於ケル危險負擔ハ特定債權ニ於ケルト全然相反ス即、特定債權ニ在リテハ債權者カ危險ヲ負擔スルニ反シ種類債權ニ在リテハ債務者カ危險ヲ負擔ス然レトモ兩者ノ間ニ此ノ如キ區別ヲ認ムヘキ理論上ノ根據ナシ

【註七】種類債權ニ於ケル危險負擔ニ關シテハ獨普通法ニ於テテールカ給付スヘキ物體ノ特定ハ債權者ニ引渡ス以前ニ於テ既ニ生スルモノトナシ分離主義ヲ唱ヘタル以來議論紛糾スルニ至レリ而シテ特定ノ方法ニ關シ種種ノ學說ヲ生セリト雖モイェリングノ交付主義カ通説トシテ認メラルルニ至レリ我法典モ亦此主義ニ從ヒ債務者カ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了スルニ依リテ特定ヲ生スルモノトナス(一三六頁以下參照)

危險負擔ノ效力

【註八】選擇債權ノ危險負擔ニ關シテハ一九六頁以下參照

二 危險負擔ノ效力 以上ノ要件ヲ具備スル場合ニハ債權者ハ危險ヲ負擔シ全部ノ反對給付ヲ爲スコトヲ要ス債務者ハ物ノ滅失ノ場合ニハ全ク債務ヲ免レ毀損ノ場合ニハ毀損セル状態ニ於テ給付ヲ爲スヲ以テ足ル然レトモ債務者カ給付不能ヲ生シタル事由ニ因リテ利益即、代償ヲ得タルトキハ之ヲ債權者ニ引渡シ若クハ代償請求權ヲ讓渡スルコトヲ要ス【註九】【註一〇】

債務者ハ債務ヲ免レタルニ因リテ得タル利益ヲ債權者ニ償還スルコトヲ要スルヤ此點ニ關シ法典ハ規定ヲ缺クト雖モ第五百三十六條第二項但書ノ規定ヲ準用シ債務者ハ其債務ヲ免レタルニ因リテ得タル利益ヲ償還スルコトヲ要スルモノト解セサルヘカラス債務ヲ免レタルニ因リテ得タル利益トハ例ヘハ賣主カ債務ヲ免レタルニ因リテ保管ノ費用ヲ節約シ、動物ノ飼養料ヲ節約シ、死亡セル動物ノ毛皮ヲ他ニ賣却シテ利益ヲ得破壊セル機械ヲ地金トシテ他ニ賣却シテ利益ヲ得タル場合ノ如シ本來第五百三十六條第二項但書ニ規定スル利益償還義務ハ後ニ論スルカ如ク債務者ヲシテ不當ニ利得ヲ

得セシメサル目的ニ出ツルモノニシテ物權ノ設定移轉ヲ目的トスル雙務契約ノ場合ニ於テモ亦同一ナラサルヘカラス蓋第五百三十四條ノ場合ニ債務者カ反對給付請求權ヲ有スルハ第五百三十六條第二項ノ場合ト異ナル所ナシ從テ若シ債務者カ債務ヲ免レタルニ因リテ得タル利益ヲ保有スルコトヲ得ルモノトナストキハ債務者ハ雙方ノ債務カ完全ニ履行セラレタルヨリモ更ニ多クノ利益ヲ取得スルノ結果ト爲ルヘシ而モ第五百三十六條第二項ノ場合ニハ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付不能ヲ生シタルニ拘ラス尙債務者ノ利益償還義務ヲ認ム然ルニ第五百三十四條ノ場合ニハ當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラザル事由ニ因リテ給付不能ヲ生セル場合ヲモ含ムカ故ニ一層有力ナル理由ヲ以テ利益償還義務ヲ認メサルヘカラス故ニ第五百三十六條第二項但書ノ規定ヲ準用シ債務者ハ債務ヲ免レタルニ因リテ得タル利益ヲ債權者ニ償還スルコトヲ要スルモノト解スヘシ【註二】

數箇ノ雙務契約ニ依リ同一物ヲ數人ニ給付スヘキ債務ヲ負擔シタル場合例ヘハ同一物ヲ數次ニ數人ニ對シテ賣却スヘキ契約ヲ締結シタル場合ニ於

テ其物カ滅失又ハ毀損シタルトキハ數人ノ債權者ハ各其危險ヲ負擔ス從テ債務者ハ各人ヨリ全部ノ反對給付ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス蓋危險負擔ハ單ニ債權關係ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノナルカ故ニ數箇ノ債權關係アル場合ニハ各債權關係ニ付キ危險負擔ヲ定ムルコトヲ要スルカ故ナリ數人ノ債權者ハ平等ノ地位ニ在リ債權發生ノ前後ニ依リ第一ノ債權者カ危險ヲ負擔スルモノトナスコトヲ得ス又債權者相互間ニ於テハ何等ノ關係ナキカ故ニ數人ノ債權者カ共同シテ一箇ノ反對給付ヲ爲スヘキモノトナスコトヲ得ス又債權者ノ一人カ全部ノ反對給付ヲ爲シタリトノ理由ニ依リ他ノ債權者カ自己ノ反對給付ヲ免ルルコトヲ得ス而シテ同一物ノ給付ヲ目的トスル數箇ノ契約ハ債務者カ惡意ナル場合ニ於テモ成立スルカ故ニ縱令債務者カ惡意ナルモ數人ノ債權者ハ各危險ヲ負擔スルコトヲ要ス此ノ如ク數人ノ債權者カ危險ヲ負擔スルモノトナストキハ債務者ハ不當ニ利得スルコトナリ實際ノ結果ニ於テハ頗不合理ナリト雖モ是レ危險負擔ニ關スル債權者主義ノ結果ニシテ己ムヲ得サルナリ【註三】

以上述フルカ如ク特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル雙務契約ニ在リテハ債權者カ危險ヲ負擔スト雖モ第五百三十四條ハ任意規定ナルカ故ニ當事者ハ同條ト異ナリタル定メヲ爲スコトヲ得從テ債務者カ危險ヲ負擔スヘキコトヲ定メ以テ第五百三十四條ノ適用ヲ除外スルコトヲ得ヘシ又實際ノ取引上ニ於テ債務者カ危險ヲ負擔スルモノトナス慣習アル場合ニ當事者カ之ニ依ルノ意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ(第九十二條)

【註九】五八一頁以下參照

【註一〇】債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ目的物ノ滅失又ハ毀損ヲ生セル場合ニハ債權者ハ場合ニ依リ債務者ニ對シ不法行爲上ノ損害賠償義務ヲ負フコトアルヘシ此場合ニハ債務者ハ債權者ニ對シ第五百三十四條ニ基キ反對給付ヲ請求スルト共ニ不法行爲ニ基ク損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ債務者カ反對給付ヲ得タル場合ニハ損害ナキニ至ルカ故ニ重ネテ不法行爲上ノ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ス

【註一一】羅馬法ニ於テハ雇傭ニ關シ債務者カ債務ヲ免レタルニ因リテ得タル利益ノ償還ヲ認ムル規定アルモ賣買ニ關シテ規定ヲ缺ク獨民法ハ此觀念ヲ擴ケ一般雙務契約ニ於テ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付不能ヲ生セル場合ニハ債務者ハ反對給付請求權ヲ有スルモ債務者カ給付ヲ免ルルニ因リテ得タル利益ヲ控除スヘキモノトナス(第三百二十四條第一項)第五百三十六條第二項但書ハ之ニ倣ヒタルモノナルハ明カナリ而シテ此規定ノ理由ヨリ推ストキハ第五百三十六條第二項ノ場合ノミニ限ルヘキモノニアラス之ヲ擴張シテ第五百三十四條ノ場合ニモ準用スヘキモノトナササルヘカラス

【註一二】乾氏法學志林第十六卷第一號一頁以下

獨普通法ニ於テ同一物ヲ數人ニ賣却セル場合ニ於ケル危險負擔ニ關シテハ議論岐レ或ハ第一ノ買主カ危險ヲ負擔スヘキモノトナシ(Goose, Jahrb. f. Dogm. B. 9S. 197 fg, Hofmann a. a. O. § 51)或ハ第二ノ買主カ危險ヲ負擔スヘキモノトナシ(Windscheid § 390 Anm. 17)或ハ何レノ買主モ危險

ヲ負擔セサルモノトナシ (Martinus, Der mehrfache Verkauf derselben Sache S. 26 fg) 或ハ賣主ハ數人ノ買主中ヨリ危險ヲ負擔スヘキ者ヲ選擇スルコトヲ得ルモノトナシ (Ihering, Jahrb. f. Dogm. B. 3 S. 449 fg) 或ハ數人ノ買主ハ各危險ヲ負擔スルモノトナス (Oesterlen a. a. O. S. 72 fg, Mommsen, Beiträge I S. 298 Anm. 16, Derenburg, Pandekten II § 96 Anm. 5) 此ノ如ク諸種ノ見解アルハ債權者ノ危險負擔ノ根本ノ理由ニ關シ各其見解ヲ異ニスルカ爲メニシテ最後ノ見解ヲ以テ當ヲ得タルモノトナササルヘカラス此等諸種ノ見解ノ批評ニ關シテハ Oesterlen a. a. O. S. 52 fg 參照

三 條件附契約ニ於ケル危險負擔 特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル雙務契約カ條件附ナル場合ニ於ケル危險負擔ニ關シテハ停止條件附ナルト解除條件附ナルトニ依リ其結果ヲ異ニス

(一) 停止條件附ナル場合 之ヲ分チテ

(イ) 契約ノ目的物カ條件ノ成否未定ノ間ニ於テ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ滅失シタル場合ニハ第五百三十四條ノ規定ハ其適用ナシ

條件附契約ニ於ケル危險負擔

(第五百三十五條第一項)從テ目的物カ滅失シタル後ニ至リ條件カ成就スルモ債權者ハ危險ヲ負擔スルコトナシ本來停止條件附契約ニ在リテ條件成就前ニ生スル給付不能ハ原始不能タリ故ニ條件成就スルモ契約ハ原始不能ノ給付ヲ目的トスルカ故ニ其效力ヲ生セス【註一三】從テ債權ハ發生セサルカ故ニ危險負擔ノ問題ヲ生スル餘地ナク第五百三十四條ヲ適用スルコトヲ得サルハ云フヲ俟タス故ニ此場合ニハ債務者ハ債務ヲ免ルルト共ニ反對給付ヲ請求スルコトヲ得ス【註一四】更ニ當事者カ條件成就ノ效果ヲ既往ニ遡ラシムル意思ヲ表示シタル場合ニ於テモ亦同一ニ論スルコトヲ得ヘシ蓋條件ノ成否未定ノ間ニ目的物カ滅失セル場合ニハ契約ハ其效力ヲ生セサルカ故ニ既往ニ效力ヲ遡ラシムル餘地ナキカ故ナリ

(ロ) 契約ノ目的物カ條件ノ成否未定ノ間ニ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ毀損シタルトキハ其毀損ハ債權者ノ負擔ニ歸ス(第五百三十五條第二項)從テ條件カ成就シタルトキハ債權者ハ毀損シタル状態ニ於テ目的物ヲ受領スルニ過キササルニ拘ラス全部ノ反對給付ヲ爲スコトヲ要ス法典カ

債權者ニ毀損ノ危險ヲ負擔セシメタル理由ハ目的物カ毀損セルニ過キサレ
 場合ニハ滅失ノ場合ト異ナリ目的物ハ尙存在シ條件ノ成就ニ依リ契約ハ其
 效力ヲ生スルコトヲ得ルカ故ニ第五百三十四條ノ原則ニ從ヒ債權者カ其毀
 損ヲ負擔スルコトヲ要スルモノトナシタルカ爲メナリ【註一五】【註一六】當事者
 カ條件成就ノ效果ヲ既往ニ遡ラシムル意思ヲ表示シタル場合ニ於テモ亦同
 シク債權者カ危險ヲ負擔ス

【註一三】五五六頁以下參照

【註一四】羅馬法ニ於テハ停止條件附契約ニ在リテ條件ノ成否未定ノ間
 ニ目的物カ滅失シタル場合ニハ契約ノ要件ヲ缺クカ故ニ條件成就スル
 モ契約ハ其效力ヲ生スルコトナク從テ債務者即賣主カ危險ヲ負擔スル
 モノトナス(L. 8, pr. D. h. t. l. 10 § 4, § 5 D. 23, 3)獨普通法(Hofmann a.a.O. § 30,
 Windscheid § 390)普國國法第一部第五章第三百六十四條以下佛民法第千
 百八十二條亦同シ

獨民法ノ通說ニ從ヘハ條件附契約成立後條件ノ成否未定ノ間ニ生セ

ル給付不能ヲ以テ後發不能トナス從テ此見解ニ從ヘハ條件附契約ニ於
 ケル危險負擔モ亦一般ノ原則ニ從ヒテ定ムルコトヲ要スルコトトナル
 カ故ニ我法典ニ適用スルトキハ目的物カ滅失セル場合ニハ債務者ハ債
 務ヲ免ルト雖モ債權者ハ條件成就ノ場合ニ反對給付ヲ爲スコトヲ要ス
 ルノ結果トナルヘシ是レ一ニ條件ノ成否未定ノ間ニ生セル給付不能ヲ
 以テ後發不能トナス謬見ニ基ク(五五八頁參照)

【註一五】目的物ノ毀損カ債權者ノ負擔ニ歸スルモノトナスノ原則モ亦
 羅馬法(L. 8 pr. l. 10 pr. D. 18, 6)ニ認メラレタル所ニシテ獨普通法ハ之ニ
 從フ(Hofmann a.a.O. § 30, Windscheid § 390 Anm. 10)之ニ反シ普國國法ハ此場
 合ニ買主(債權者)ハ契約ヨリ脫退スルコトヲ得ヘク又ハ契約ヲ維持スル
 コトヲ得ヘク其自由ニ任シ(Hofmann a. a. O. S. 87)佛民法(第千八百十二條
 第三項)ハ債務者ノ過失ニ因ラスシテ目的物カ毀損セル場合ニハ債權者
 ハ契約ヲ解除スルカ又ハ代金ヲ減額セスシテ毀損セラレタル狀態ニ於
 テ目的物ヲ請求スルカ選擇スルコトヲ得ルモノトナス

【註一六】第五百三十五條第二項カ債權者ニ目的物ノ毀損ヲ負擔セシメタルハ果シテ當ヲ得タルモノト云フコトヲ得ヘキヤ此規定ハ條件ノ成否未定ノ間ニ生セル不能ヲ以テ後發不能ト爲ス見解ニ基クモノノ如シ然レトモ既ニ述ヘタルカ如ク條件ノ成否未定ノ間ニ生セル給付不能ハ原始不能ナルカ故ニ一部不能ヲ生セル場合ニ在リテモ尙原始不能タリ然ルニ危險負擔ノ問題ハ後發不能ニ關スルモノナルカ故ニ條件ノ成否未定ノ間ニ生セル不能ニ關シ第五百三十四條ヲ適用シ危險負擔ノ原則ニ從ハシメントスルハ謬レリ且目的物ノ毀損ヲ債權者ノ負擔ニ歸セシムルハ同條第一項ニ於テ債務者ニ目的物ノ滅失ヲ負擔セシメタルト矛盾ス目的物ノ全部ノ滅失カ債務者ノ負擔ニ歸スルモノトナス理論ヲ貫クトキハ目的物ノ毀損モ亦債務者ノ負擔ニ歸スルモノトナササルヘカラス損害カ全部ナルトキハ債務者之ヲ負擔シ一部ナルトキハ債權者カ負擔スヘキモノトナスハ論理ヲ一貫スルモノト云フコトヲ得ス故ニ吾人ハ第五百三十五條第二項カ徒ニ羅馬法ノ規定ヲ踏襲セルヲ非トス本

來條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル目的物ノ毀損ハ原始の一部不能ヲ以テ論スヘキモノナルヲ以テ條件成就ニ依リ契約ノ效力ヲ生セシムヘキモノナリヤ否ヤハ當事者ノ意思如何ニ依リテ之ヲ決定セシムルヲ適當トス蓋當事者カ當初條件附契約ヲ締結スルニ當リテハ條件成就ノ時ニ目的物カ毀損ナク完全ニ存スルコトヲ豫想スルヲ通常トスヘキカ故ニ毀損ノ場合ニ條件成就ニ依リ契約カ效力ヲ生スルモノトナスハ必シモ當事者ノ意思ニ合スルモノニアラサルカ故ナリ故ニ普佛法ノ如ク債權者ヲシテ契約ヲ維持スヘキヤ又ハ效力ヲ失ハシムルヤヲ選擇セシムルヲ可トス

(二) 解除條件附ナル場合 契約ニ解除條件カ附セラレタル場合ニ於テ條件ノ成否未定ノ間ニ生セル給付不能ノ效力ニ關シテハ法典ニ規定スル所ナシ從テ此問題ハ解除條件ノ效力ニ依リテ決セサルヘカラス

(イ) 契約ノ目的物カ條件ノ成否未定ノ間ニ滅失シタル場合ニハ解除條件附契約ノ性質上第五百三十四條ヲ適用シ債權者カ危險ヲ負擔スルモノトナ

ササルヘカラス蓋契約ニ解除條件カ附セラレタル場合ニハ契約ノ效力ハ既ニ生シ債權ハ發生シ契約ノ效力ノ消滅カ條件ニ係ルニ過キサカ故ニ條件ノ成否未定ノ間ニ生セル目的物ノ滅失ハ後發不能ヲ以テ論スルコトヲ要ス故ニ第五百三十四條ヲ適用シ債權者カ其危險ヲ負擔シ反對給付ヲ爲スコトヲ要スルモノトナササルヘカラス然レトモ後ニ至リ條件カ成就シタルトキハ債權ハ消滅スルカ故ニ債權者ハ反對給付ヲ爲スコトヲ要セス若シ既ニ債權者カ反對給付ヲ爲シタル後ニ條件成就シタルトキハ目的消滅ニ因ル不當利得請求權 (condictio ob causam finitam)ニ基キテ其償還ヲ請求スルコトヲ得故ニ條件成就ノ場合ニハ債權者カ危險ヲ負擔スル結果トナルヘシ【註一七】

(ロ) 契約ノ目的物カ條件ノ成否未定ノ間ニ毀損セル場合ニハ第五百三十四條ノ定ムル原則ニ從ヒ債權者ハ其毀損ヲ負擔シ全部ノ反對給付ヲ爲スコトヲ要ス然レトモ後ニ至リ條件カ成就シタルトキハ契約ハ效力ヲ失ヒ債權者ハ其受領セル目的物ヲ毀損セル状態ニ於テ返還スルヲ以テ足り債權者ハ其受ケタル全部ノ反對給付ヲ返還スルコトヲ要ス故ニ條件成就ノ場合ニハ

債務者カ危險ヲ負擔スルノ結果トナルヘシ【註一八】

【註一七】羅馬法ニ於テハ解除條件附雙務契約ニ於ケル危險負擔ノ問題ニ關シ規定スル所ナシ從テ獨普通法ニ於テハ條件ノ成否未定ノ間ニ目的物カ滅失セル場合ニ於ケル危險負擔ニ關シテハ議論岐レ(一)或ハ解除條件附雙務契約ノ場合ニハ債權者ハ目的物ノ滅失ノ危險ヲ負擔シ目的物カ滅失シタル後條件カ成就スルモ何等ノ影響ヲ受クル所ナシトナス此見解ハ獨普通法ノ通説ニシテ其説ク所ニ依レハ解除條件附契約ハ主タル無條件契約ト從タル停止條件附契約トカ結合セルモノニシテ主タル契約ニ基キテ債權者ハ危險ヲ負擔ス而シテ條件成就前ニ目的物カ滅失セル場合ニハ先ニ停止條件附契約ニ關シテ述ヘタル所ニ依リ從タル停止條件附契約ハ其效力ヲ生スルコトヲ得サルカ故ニ後ニ至リ條件成就スルモ主タル契約ハ何等ノ影響ヲ受クル所ナシ從テ條件成就スルモ債權者ハ依然トシテ危險ヲ負擔スルモノトナス (Goldschmidt, Zeitschr. f. H. R. B. 1 S. 120, Fitting, das. B. 2 S. 270, Unger, das. B. 3 S. 412, Thöl, H. R. I § 259

Ann. 38, Vangerow III S. 437, Hofmann a.a. O. S. 84, Dernburg, Pandekten II § 95
 Anm. 11, Putschart, a.a.O. S. 354) 佛法ニ於ケル通説モ亦之ト同シク解除條
 件附契約ニ於ケル債權者ハ停止條件附ノ債務者ナルカ故ニ停止條件附
 雙務契約ニ於ケル危險負擔ニ關スル第一千八十二條第二項ニ從ヒ債權
 者カ危險ヲ負擔スルモノトナス (Demolombe, XXV n. 461, Aubry et Rau, IV
 p. 121, Laurent, XVII n. 110, Hue, VII n. 264-6, Baudry-Lacantinerie et Barde,
 XIII n. 892) 然レトモ此見解ノ如ク解除條件附契約ヲ以テ單純ナル契約
 ト從タル停止條件附契約トノ結合ヨリ成ルモノトナスハ從來一派ノ學
 者ノ唱フル所ニシテ羅馬法ニ於テハ其根據存スヘシト雖モ我法典ノ解
 釋トシテハ之ニ從フコトヲ得ス解除條件附契約ハ解除條件附契約トシ
 テ特種ノ契約タルモノトス故ニ此見解ハ其根本ニ於テ當ヲ得ス且此見
 解ニ從フトキハ目的物カ滅失シ債權者カ反對給付ヲ爲ササル間ニ條件
 カ成就セル場合ニハ債權者ノ反對債務ハ何等ノ影響ヲ受クル所ナク債
 權者ハ依然トシテ債務ヲ負擔スルノ結果ヲ生スヘシ蓋此見解ニ從ヘハ

從タル停止條件附契約ハ目的物カ滅失シタルトキハ條件成就スルモ其
 效力ヲ生セストナスカ故ニ債權者ノ負擔スル反對債務ハ消滅セサルカ
 故ナリ從テ債權者ハ條件成就後ニ於テモ尙反對債務ヲ履行スルコトヲ
 要スルノ結果トナルヘシ又此見解ニ從フトキハ債權者カ既ニ反對給付
 ヲ爲シタル後條件カ成就シタル場合ニハ債權者ハ其爲シタル給付ノ返
 還ヲ請求スルコトヲ得サル結果ヲ生ス故ニ實際ノ結果ヨリ云フモ此見
 解ハ採ルコトヲ得ス(二)或ハ解除條件附雙務契約ノ場合ニ條件ノ成否未
 定ノ間ニ目的物カ滅失シ後ニ至リ條件成就シタルトキハ契約ノ締結ナ
 カリシト同一ノ状態ニ復スルカ故ニ債務者カ其危險ヲ負擔スルモノト
 ナス(Windscheid, § 390 Anm. 10, Brinz, I S. 482, Schweppe, röm. Privatrecht III §
 333 Anm. 3, Czylarz, Resolutivbedingung S. 48, Wendt, Reurecht und Gebundenheit
 II S. 109, fg) 然レトモ此見解ハ結果ニ於テハ吾人ノ見解ト異ナル所ナ
 シト雖モ條件成就ノ效果ノ遡及力ヲ以テ説明スルモノナルカ故ニ之ヲ
 採ルコトヲ得ス(法學志林第十八卷第一號拙稿) 解除條件附雙務契約ニ於

ケル危険負擔〔参照〕

【註一八】目的物ノ毀損ノ場合ニ於ケル危険負擔ニ關シテハ獨普通法ノ學說ハ滅失ノ場合ト異ナリ條件成就ノ場合ニハ債務者カ之ヲ負擔スヘキモノトナスニ一致ス蓋解除條件ヲ以テ單純ナル契約ト從タル停止條件附契約トカ結合スルモノトナス見解ニ從フモ停止條件附契約ノ目的物カ條件ノ成否未定ノ間ニ毀損セル場合ト同一ニ論スルコトヲ得ルカ故ニ債務者カ危険ヲ負擔スルノ結果トナルカ故ナリ(Hofmann a. a. O. S. 84/85)

第二目 物權ノ設定移轉以外ノ給付ヲ目的

トスル契約

第一則 總論

特定物ニ關スル物權ノ設定移轉以外ノ給付ヲ目的トスル雙務契約トハ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル契約以外ノ凡テノ契約ヲ總稱ス其主ナルモノハ作爲狹義不作爲ヲ目的トスル契約特ニ物ノ使用、收益、勞務ヲ

物權ノ設定
以外ノ給付
ヲ目的トスル
雙務契約

目的トスル契約即、賃貸借、雇傭、請負等ナリトス組合員カ勞務ヲ出資トスル場合モ亦之ニ屬ス委任、寄託等カ有償ナル場合ニハ雙務契約ナルカ故ニ亦同一ニ論スルコトヲ得ヘシ更ニ第五百三十六條ハ廣ク第五百三十四條、第五百三十五條以外ノ場合ニ適用アルカ故ニ物權ノ設定移轉ヲ目的トスル雙務契約ナルモ其物體カ特定セサル間ニ給付不能ヲ生セル場合即、種類債權、制限の種類債權、選擇債權等ニ在リテ物ノ全部カ滅失セル場合ニハ第五百三十六條ヲ適用スヘキモノトス又特定債權ナルモノ滅失又ハ毀損以外ノ事由ニ因リテ給付カ不能ト爲リタル場合ニハ(例ヘハ戰亂、天災其他外部ノ事情ニ基キテ運送ヲ爲スコト能ハサル場合ノ如シ)第五百三十六條ヲ適用スヘキモノトス更ニ物權以外ノ權利ノ移轉ヲ目的トスル雙務契約ニ關シテモ亦第五百三十六條ヲ適用スルコトヲ要ス

特定物ニ關スル物權ノ設定移轉以外ノ給付ヲ目的トスル雙務契約ニ於ケル危険負擔ニ關シテハ給付不能カ當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ生セル場合ト債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生セル場合トニ依

リテ其效果ヲ異ニス今先ツ給付不能カ當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ生セル場合ニ付キ論セン

第二則 當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ生セル給付不能

當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ生セル給付不能

一 危險負擔ノ要件 特定物ニ關スル物權ノ設定移轉以外ノ給付ヲ以テ雙務契約ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ給付カ不能ト爲リタルトキハ債務者ハ債權者ニ對シテ反對給付ヲ請求スルコトヲ得ス(第五百三十六條第一項)之カ爲メニハ左ノ要件ヲ具フルコトヲ要ス

危險負擔ノ要件

(一) 雙務契約ハ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉以外ノ給付ヲ目的トスルコトヲ要ス故ニ既ニ述ヘタルカ如ク主トシテ適用アルハ貸貸借、雇傭、請負等ナリトス

(二) 當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ給付カ不能ト爲リタルコトヲ要ス即給付不能カ債務者及ヒ債權者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ

危險負擔ノ效力

因リテ生シタルコトヲ要ス債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由トハ原則トシテ債務者ノ過失ニ基カサルヲ云ヒ債權者ノ責ニ歸スヘカラサル事由トハ後ニ論スル債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ基カサルヲ云フ故ニ債權者カ故意又ハ過失ニ因リテ債務者ノ給付ヲ妨ケ不能ナラシメタル場合ハ之ヲ含マス從テ第五百三十六條第一項ハ主トシテ第三者若クハ自然力ニ因リテ給付不能ヲ生セル場合ニ適用アルモノトス

二 危險負擔ノ效力

以上ノ要件ヲ具フル場合ニハ債務者ハ其債務ヲ免ルルト共ニ債權者ニ對シテ反對給付ヲ請求スルコトヲ得ス即債務者カ危險ヲ負擔スルモノトス例ヘハ貸貸借ノ目的物タル土地カ收用セラレ、建物カ燒失セル場合ニハ貸貸人ハ土地、建物ノ使用、收益ヲ供與スヘキ債務ヲ免ルルモ賃金ヲ請求スルコトヲ得ス勞務者カ疾病ノ爲メ勞務ニ服スルコト能ハサル場合ニハ勞務ニ服スヘキ債務ヲ免ルルモ報酬ヲ請求スルコトヲ得ス又請負人カ疾病ノ爲メ仕事ヲ完成スルコト能サル場合(例ヘハ畫工カ腕ヲ折リタルカ爲メ依頼セラレタル畫ヲ描クコト能ハサルカ如シ)ニハ其仕事ヲ完成ス

ヘキ債務ヲ免ルルモ報酬ヲ受クルコトヲ得サルカ如シ物權ノ設定移轉以外ノ給付ヲ目的トスル雙務契約ニ於テ債務者カ危險ヲ負擔スルハ羅馬法ニ於テ認メタル所ニシテ近世各國ノ立法モ亦此主義ヲ採ル〔註二〕債務者主義カ雙務契約ノ性質ニ合シ公平及ヒ實際取引上ノ觀念ニ適スルハ既ニ物權ノ設定移轉ヲ目的トスル雙務契約ニ於ケル危險負擔ニ關スル各主義ノ批評ニ於テ述ヘタルカ如シ

債務者ノ負擔スル給付カ當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ不能ト爲リタル場合ニハ債務者ノ負擔スル債務カ消滅スルト共ニ債權者ノ負擔スル債務モ亦當然ニ消滅ス故ニ債權者カ未タ反對給付ヲ爲ササル場合ニハ之ヲ爲スコトヲ要セス債權者カ既ニ反對給付ヲ爲シタル後債務者ノ負擔スル給付カ不能ト爲リタル場合ニハ債權者ノ給付ハ法律上ノ原因ヲ缺クニ至ルカ故ニ目的消滅ニ因ル不當利得請求權 (condictio ob causam finitam) ニ基キテ其償還ヲ請求スルコトヲ得又債務者ノ負擔スル給付カ不能ト爲リタル後債權者カ其不能ト爲リタルコトヲ知ラスシテ反對給付ヲ爲シタル場合ニ

ハ非債辨濟ニ因ル不當利得請求權ニ基キテ其償還ヲ請求スルコトヲ得之ニ反シ債權者カ其不能ト爲リタルコトヲ知リテ反對給付ヲ爲シタル場合ニハ第七百五條ノ適用ヲ受クルカ故ニ債權者ハ其償還ヲ請求スルコトヲ得ス〔註三〕此ノ如ク給付不能ニ因リテ債權關係ハ消滅スルヲ原則トスト雖モ繼續的債權關係例ヘハ貸借、雇傭等ニ於テ一時不能ヲ生シタルニ過キササル場合ニハ債權者ハ其不能ノ期間ハ反對給付ヲ爲スコトヲ要セスト雖モ債權關係其モノカ直チニ消滅スルモノトナスコトヲ得ス此場合ニハ債權者ハ或ハ告知(即、法典ノ所謂ル解除)ニ依リテ債權關係ヲ消滅セシムルコトヲ得ヘシ〔註四〕

給付不能ニ因リテ債務者ハ債務ヲ免ルト雖モ給付不能ヲ生セル事由ニ因リテ給付ノ代償タルヘキ利益ヲ取得シタル場合ニハ債權者ハ其利益ノ償還ヲ請求スルコトヲ得然レトモ之カ爲メニハ債權者ハ代償タル利益ノ範圍ニ於テ自ラ反對給付ヲ爲スコトヲ要ス〔註四〕

給付ノ一部カ當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ不能ト爲リタル場合ニ於ケル危險負擔ニ關シテハ法典ニ規定ヲ缺ク給付ノ一部不能ハ

例へハ貸借ノ目的物タル土地ノ一部カ收用セラレ、其生産力カ減少シ收益ノ期間カ短縮セララルニ因リテ生シ、勞務ノ期間カ短縮セラレ若クハ勞働力カ減少スルニ因リテ生スルカ如シ請負ニ在リテハ給付ハ不可分ナルヲ原則トスト雖モ可分ナル場合アリ其可分ナル場合ニハ一部不能ヲ生スルコトヲ得例へハ仕事ノ完成ノ期間カ短縮セラレ、數箇ノ結果ヲ目的トスル場合ニ其中ノ或結果ヲ達スルコトヲ得ス、結果其モノカ可分ニシテ不完全ナル給付ト雖モ尙經濟上價格ヲ有スル場合ニ其一部ノミカ成就セルカ如シ此等ノ場合ニ其一部不能カ當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ生シタルトキハ反對給付ニ如何ナル效果ヲ生スヘキヤ本來當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ一部不能ヲ生シタル場合ニハ債務者ハ其不能ト爲リタル範圍ニ於テ其債務ヲ免ルト雖モ可能ノ部分ハ尙之ヲ給付スルコトヲ要ス

【註五】從テ全部不能ノ場合ト同一ニ論シ債務者ハ債權者ヨリ全然反對給付ヲ受クルコトヲ得サルモノトナスコトヲ得然レトモ又債權者カ全部ノ反對給付ヲ爲スヘキモノトナストキハ債權者カ危險ヲ負擔スルノ結果トナルヘ

ク第五百三十六條第一項ノ精神ニ反ス故ニ同項ノ規定ヨリ推ストキハ債務者ハ單ニ其給付ヲ爲スコトヲ得ヘキ可能ノ部分ニ應シテ反對給付ヲ受クルコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス即、債務者ノ負擔スル全部ノ給付ノ價格ト殘存セル可能ノ部分ノ價格トノ割合ニ應シテ反對給付ヲ定ムルコトヲ要ス是レ第六百九條、第六百一十一條ニ於テ債務者ノ給付ノ割合ニ應シテ反對給付ヲ定ムヘキモノトナスニ由リテ觀ルモ明カナリ【註六】

上述スルカ如ク物權ノ設定移轉以外ノ給付ヲ目的トスル雙務契約ニ在リテ當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ給付不能ヲ生セル場合ニハ債務者カ危險ヲ負擔スト雖モ第五百三十六條第一項ハ任意規定ナルカ故ニ當事者ハ此規定ト異ナリタル定メヲ爲スコトヲ得ヘク從テ或ハ債權者カ危險ヲ負擔スヘキコトヲ定ムルコトヲ得ヘシ

【註一】物權ノ設定移轉以外ノ給付ヲ目的トスル契約ニ在リテ債務者カ危險ヲ負擔スルハ羅馬法以來各國ノ立法ノ一致シテ認ムル所ナリ從來ノ立法ハ多クハ一般的规定ヲ設クル所ナシト雖モ各種契約ノ規定ニ於

テ債務者主義ヲ採ルコトヲ明カニス凡テノ雙務契約ニ通シテ債務者主義ヲ採ル獨民法(第三百二十三條)匈牙利民法草案(第九百十六條)ハ一般的規定ヲ設ク

各國立法ニ付キ見ルニ羅馬法ニ於テハ貸貸借ニ關シテハ貸貸人カ自己ノ過失ニ因ラスシテ貸貸物ノ使用收益ヲ不能ナラシメタル場合ニハ其債務ヲ免ルルト共ニ貸金ヲ請求スルコトヲ得サルモトナシ(L. 9 § 3 4, l. 19 § 6, l. 30 pr. § 1, l. 33, 34, 35 pr. D. 19, 2.)獨普通法ハ之ニ從ム(Windscheid § 400 Anm. 5)普國國法(Dernburg, Preuss. Privatrecht II. S. 473)佛民法第七百二十二條等モ亦此主義ヲ採リ獨民法第三百二十三條、瑞債務法第九百九條第二項、匈牙利民法草案第九百十六條等亦之ニ依ル

雇傭ニ關シテハ羅馬法ハ貸貸借ト同一ノ規定ヲ設ケ勞務者カ其責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ勞務ニ服スルコト能ハサルトキハ其債務ヲ免ルルモ報酬ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス(L. 15 § 6 D. 19, 2, l. 10 pr. D. 14, 2)獨普通法ノ通説ハ之ニ從ム(Windscheid § 401 Anm. 6, Mommsen,

Beiträge I S. 383 反對 Fuchs, Arch. f. civilist. Prax. B. 34 S. 403 fg) 普國國法第一部第十一章第八百八十三條以下、獨民法第三百二十三條、第六百十六條ニ例外ノ場合ヲ認ム(瑞債務法第一百十九條第二項、第三百三十五條、第三百四十四條ニ例外ノ場合ヲ認ム)匈牙利民法草案第九百十六條(第千三百九條ニ例外ノ場合ヲ認ム)等之ニ從フ

請負ニ關シテハ羅馬法ニ於テハ其規定錯雜シ統一ヲ缺クヲ以テ(L. 35 D. 19, 2, l. 62, D. 19, 2, l. 33, D. 19, 2)獨普通法ニ於テハ議論岐ル其主ナル見解ヲ擧クレハ(一)或ハ注文者ノ遲滯ノ場合ヲ除キテハ注文者カ仕事ノ結果ヲ認容スルニ依リテ危險ハ注文者ニ移轉スルモノトナス然レトモ此見解ヲ採ル學者中認容以前ニ不可抗力ニ因リテ仕事ノ結果カ滅失シタル場合ニ注文者ノ認容ニ適スルモノナルトキハ請負人ハ反對給付ヲ請求スルコトヲ得トナス者アリ(二)或ハ仕事ノ完成ト共ニ危險ハ注文者ニ移轉スルモノトナス(三)或ハ仕事カ完成前ニ滅失セル場合ニ於テ既ニ成就セル部分カ注文者ノ認容ニ適スルトキハ請負人ハ其部分ニ應シテ報

酬ヲ請求スルコトヲ得ルモノトナス(此等ノ見解ニ關シテハ Motive S. 4 96, Schmahl, Zufall beim Werkvertrag S. 7 fg, Sempell, gemeinrechtliche Streifragen auf dem Gebiete der Werkverdingung S. 17 fg)普國國法第一部第十一章第九百六十條、埃民法第一千五十七條、佛民法第七百八十八條、第一千七百九十條等ハ第一ノ見解ニ從ヒ請負人ハ引渡ニ至ルマテハ事變ニ因ル滅失ノ危険ヲ負擔スヘキモノトス獨民法第六百四十四條、瑞債務法第三百七十六條、匈牙利民法草案第一千三百四十二條等モ亦同一ノ規定ヲ設ク

【註二】當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ債權關係カ消滅スルヤ否ヤニ關シテハ爭ヒアリ或ハ債權關係ハ全然消滅スルモノトナシ(Kisch, Unmöglichkeit S. 151, Ortmann § 326 Nr. 5)或ハ給付不能ト爲リタル債務及ヒ之ニ對スル反對給付ヲ爲スヘキ債務ノミカ消滅シ債權關係(若クハ契約)其モノハ消滅セサルモノトナス(Titze, Unmöglichkeit S. 101 fg Planck Nr. 1)然レトモ雙方ノ債權カ消滅セル場合ニハ債權關係其モノカ消滅スルモノト解セサルヘカラス債權者カ反對給付ヲ爲シタル後給付

不能ヲ生セル場合ニハ債權者ハ其償還ヲ請求スルコトヲ得ト雖モ此請求權ハ不當利得ノ原則ニ基クモノニシテ契約其モノニ基クモノニアラス故ニ債務者カ償還義務ヲ負フカ爲メニ債權關係カ存續スルモノトナスコトヲ得ス又債務者ハ債權者ニ對シ給付不能ヲ通知スヘキ義務ヲ負フモノトナスモ(五七九頁、民法研究第一卷三九八頁以下參照)此義務モ亦契約ニ基ク義務ニアラサルカ故ニ之カ爲メニ債權關係ハ未タ消滅セサルモノトナスヲ得ス然レトモ債權者カ代償請求權ヲ有スル場合ニハ債權者ハ反對給付ヲ爲スコトヲ要スルカ故ニ其範圍ニ於テ債權關係ハ存續スルモノトナスアルヘカラス

【註三】Kisch, Unmöglichkeit S. 55 fg, Planck-Siber § 323 Nr. 3 我法典ノ一時不能ノ場合ニ債權關係カ消滅セサル旨ヲ直接ニ規定スル所ナシト雖モ一時不能ノ性質ヨリ之ヲ認ムルコトヲ要スルノミナラス貸借ニ關シテハ第六百九條、第六百十條ニ依リ雇傭ニ在リテハ第六百二十八條ヨリ之ヲ推論スルコトヲ得ヘシ

【註四】五八一頁以下参照或ハ債權者ハ反對給付ヲ爲スヘキ債務ヲ免ルルカ故ニ代償請求權ヲ有セサルモノト解スヘキカ如シ然レトモ理論上債務者カ給付ノ代償タル利益ヲ償還スヘキ義務ヲ負フモノトナスコトヲ要スルカ故ニ債權者カ反對給付ヲ爲スヘキ場合タルト否トニ依リテ區別スヘキ理由ナシ從テ債權者カ反對給付ヲ爲スコトヲ要セサル場合ト雖モ代償請求權ヲ認メサルヘカラス

【註五】五七六頁参照

【註六】獨民法ハ第三百二十三條第一項後段ニ於テ一部不能ノ效力ヲ規定シ其不能ノ割合ニ應シテ反對給付カ減少スヘキコトヲ定ム我民法ニ於テハ規定ヲ缺クト雖モ同一ニ解スルコトヲ要ス

證明ノ責任

三 證明ノ責任 債權者カ反對給付ヲ爲スヘキ債務ヲ免レタルコトヲ主張スルカ爲メニハ債務者ノ負擔スル給付カ不能ト爲リタルコトヲ證明スルヲ以テ足ル其不能カ當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ生セルモノナルコトヲ證明スルコトヲ要セス蓋給付不能ヲ生シタル場合ニハ債

權者カ反對給付ヲ爲スヘキ債務ヲ免ルルヲ以テ原則トスルカ故ニ債務者カ第五百三十六條第二項ニ從ヒ債權者ニ對シテ反對給付ヲ請求セントセハ其負擔スル給付カ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生セルコトヲ證明スルコトヲ要ス故ニ債權者カ反對給付ヲ爲スヘキ債務ヲ免レタルコトヲ主張スルニハ單ニ給付不能カ生セルコトヲ證明スルヲ以テ足レリトナササルヘカラス且通常ノ場合ニハ債務者ハ債權者ニ比シ容易ニ不能ノ發生ヲ確知スルコトヲ得ル地位ニ在ルモノニシテ債權者カ給付不能ヲ知ルハ困難ナリ故ニ債權者ヲシテ給付不能カ如何ナル原因ニ基キテ生セルヤヲ證明セシムルハ債權者ニ求ムルコト酷ニ失ス從テ公平ノ觀念ヨリ云フモ債權者カ給付不能カ當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ生シタルコトヲ證明スヘキモノトナスコトヲ得ス【註七】

【註十】Planck § 323 Nr. 1, Staudinger-Kuhlenbeck Nr. 3, Örtmann Nr. 8, Kisch a. a. O. S. 50 fg, Enneccerus § 273 I 2, Dernburg § 96 Anm. 1, Schollmeyer Nr. 3, Beckh, Beweislast S. 231 fg

第三則 債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因
リテ生セル給付不能

一 危險負擔ノ要件 特定物ニ關スル物權ノ設定移轉以外ノ給付ヲ以
テ雙務契約ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ
テ給付カ不能ト爲リタルトキハ債務者ハ債權者ニ對シテ反對給付ヲ請求ス
ル權利ヲ失ハス(第五百三十六條第二項)之カ爲メニハ左ノ要件ヲ具備スルコ
トヲ要ス

債權者ノ
責ニ歸ス
ヘキ事由
ニ因リテ
生セル給
付不能ノ
要件

(一) 雙務契約ハ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉以外ノ給付ヲ目的トスル
コトヲ要ス故ニ主トシテ適用アルハ貸貸借、雇傭、請負等ナリトス

(二) 債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ債務者ノ負擔スル給付カ不能ト
爲リタルコトヲ要ス本來債權者ハ債權者トシテハ債務者ニ對シテ何等義務
ヲ負フモノニアラス單ニ權利ヲ有スルニ過キサカ故ニ債權者タル資格ニ
於テ債務者ノ負擔セル給付ノ不能ニ對シテ責任ヲ負フコトナシ從テ債權者
ヲシテ不能ニ對シ責ニ任セシムルカ爲メニハ特ニ其根據アルコトヲ要ス

危險負擔
ノ要件

(イ) 債權者カ債務者トノ間ニ於ケル特別ノ法律關係ニ基キ債務者其人又
ハ其財産ニ對シテ注意ヲ用ユヘキ義務ヲ負フ場合ニ債權者カ其義務ニ違反
シテ給付ヲ不能ナラシメタルトキハ債權者ハ其不能ニ對シ責ニ任シ損害賠
償ヲ爲スコトヲ要ス而シテ此義務ハ或ハ法律ノ規定ニ基キ場合アリ例ハ
後見人、事務管理者カ善良ナル管理者ノ注意ヲ用ヒテ財産ヲ管理スヘキ義務
ヲ負フ場合ノ如シ或ハ債權者カ債務者トノ契約ニ基キテ債務者ノ財産ニ對
シ注意ヲ用ユヘキ義務ヲ負フ場合アリ例ハ賃借人カ貸貸借契約ニ基キテ
善良ナル管理者ノ注意ヲ用ユヘキ義務ヲ負フカ如シ

(ロ) 債權者カ不法行爲ニ因リテ債務者ノ負擔スル給付ヲ不能ナラシメタ
ル場合モ亦同シ債權者ノ不法行爲ニ對スル責任ハ第三者ノ不法行爲ト異ナ
ル所ナシ從テ此場合ニハ債權者ハ債務者ニ對シ不法行爲ニ基キ損害賠償ヲ
爲スコトヲ要ス例ハ賃借人カ其借家ヲ毀損シ使用者カ勞務者ヲ傷害シ注
文者カ請負人ノ供給スヘキ物ヲ毀壞シタル場合ノ如シ

(ハ) 以上二箇ノ場合ノ如ク債權者カ債務者ニ對シテ給付ヲ不能ナラシメ

サル義務ヲ負擔セサルモ債權者カ信義ノ觀念上故意又ハ過失ニ因リテ給付ヲ妨クヘカラサル場合ニ於テ之ヲ妨ク不能ナラシメタル場合ニ於テモ債權者ハ之ニ對シテ其責ニ任スルコトヲ要ス蓋債權者ハ積極的ニ債務者ノ給付ニ助力スヘキ義務ヲ負ハスト雖モ債務者ノ給付ヲ妨クルコトヲ得ス從テ債務ノ履行ノ爲メニ債權者ノ協力ヲ要スル場合ニ債權者カ協力ヲ爲ササルカ爲メ給付不能ヲ生シタルトキハ債權者ハ其責ニ任スルコトヲ要スルモノトナササルヘカラス例ヘハ使用者カ勞務者ノ勞務ノ爲メニ要スル設備ヲ爲サス、注文者カ請負人ノ加工スヘキ材料ヲ引渡サス、運送ヲ委託セルニ貨物ヲ持來ラス、汽船出帆ノ時刻ニ遅レ、劇場、展覽會ノ期日ニ觀覽セサル場合ノ如シ此等ノ場合ニハ給付不能ハ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生セルモノトス【註一】

(三) 債權者ノ受領遲滯後ニ當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ給付カ不能ト爲リタルトキハ第五百三十六條第一項ヲ適用シ債務者カ危險ヲ負擔シ反對給付ヲ請求スルコトヲ得サルモノト解スヘキヤ又ハ同條第

二項ノ場合ト同シク債權者カ危險ヲ負擔シ債務者ハ反對給付ヲ請求スルコトヲ得ルモノト解スヘキヤ此問題ニ關シテハ我法典ハ直接ノ明文ヲ缺ク從テ或ハ債權者カ遲滯ニ在ル間ニ在リテモ第一項ヲ適用スルコトヲ要スルモノト解スヘキカ如シ然レトモ此場合ニ債權者カ適法ノ時期ニ債務者ノ履行ニ協力シタリトセハ(即、債權者ノ遲滯ヲ生スルコトナカリセハ)後ニ至リ給付不能ヲ生スル餘地ナキヲ以テ債權者ノ遲滯ハ給付不能ヲ生セシメタル間接ノ原因ナリト云フコトヲ得ヘシ從テ恰モ債務者ノ遲滯後ニ在リテハ債務者ハ事變ニ對シテ責任ヲ負フト同シク債權者ノ遲滯後ニ在リテハ債務者ハ危險ヲ負擔スルモノトナササルヘカラス故ニ此場合ニハ給付不能ハ直接ニ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生シタルモノト云フコトヲ得スト雖モ第五百三十六條第二項ノ場合ト同一ニ論スルコトヲ要ス【註二】

【註一】 Kisch a. a. O. S. 74 fg, Ennecerus S. 131 Anm. 15 Örlmann zu § 324, 1 b,

Planck-Siber Nr. 1a, Bracht, Jahrb. f. Dogm. B. 53 S. 269 或ハ之ニ反シ債權者ハ

不法行爲及ヒ債務不履行ノ場合ノミニ其責ニ任ストナス者アリ Staudl-

nger-Kuhlenbeck § 324 Nr. 2

【註二】獨民法第三百二十四條第二項ハ特ニ規定ヲ設ケ債權者カ遲滯ニ在ル間ニ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ給付カ不能ト爲リタル場合ニハ債務者ハ反對給付請求權ヲ失ハサル旨ヲ規定ス

危險負擔ノ效力

二 危險負擔ノ效力 以上ノ要件ヲ具フル場合ニハ債務者ハ自己ノ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ免ルルモ債權者ニ對シテ反對給付ヲ請求スルコトヲ得故ニ債權者カ危險ヲ負擔スルモノトス蓋債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付不能ヲ生セル場合ニ債務者カ反對給付ヲ請求スル債權ヲ失フヘキ理由ナシ債務者ヲシテ債務ヲ免レシメタルハ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ基クカ爲メニ債權者カ自己ノ債務ヲ免ルルコトヲ得ルモノトナスコトヲ得ス特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル雙務契約ニ於テ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付不能ヲ生セル場合ニ債務者カ反對給付ヲ請求スルコトヲ得ルト同シ【註三】而シテ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ全部不能ヲ生セル場合ノミナラス一部不能ヲ生セル場合ニ於テモ債務者ハ全

部ノ反對給付ヲ請求スル權利ヲ失ハス從テ繼續的債權關係ニ於テ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ或期間給付不能ヲ生セル場合ニ於テ債務者ハ尙全部ノ反對給付ヲ請求スルコトヲ得例ヘハ賃借人カ建物ノ一部ヲ毀損シ使用者カ勞務者ヲ傷ケテ一時勞務ニ服スルコト能ハサルニ至ラシメタル場合ニ於テ賃借人、勞務者ハ賃金、報酬ノ全部ヲ請求スルコトヲ得ヘシ【註四】

債務者カ反對給付ヲ請求スル債權ハ本來ノ契約ニ基キテ生セル債權其モノニシテ損害賠償請求權ニアラス故ニ例ヘハ賃貸借、雇傭、請負等ノ場合ニ賃借人、勞務者、請負人カ賃借人、使用者、注文者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付ヲ爲スコト能ハサル場合ニハ本來ノ債權トシテ賃金若クハ報酬ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス是レ第五百三十六條第二項ニ於テ「反對給付ヲ受クル權利ヲ失ハス」ト云フニ依リテ見レハ明カナリ【註五】而シテ先ニ述ヘタル(イ)及ヒ(ロ)ノ場合ニハ債權者ハ自ラ負擔スル義務ニ違反シ若クハ不法行爲ニ因リテ給付ヲ不能ナラシメタル場合ナルカ故ニ債務者ハ第五百三十六條第二項ノ反對給付請求權ノ外ニ尙損害賠償請求權ヲ有ス從テ例ヘハ賃借人カ其賃借

セル家屋ヲ燒失シ使用者カ勞務者ヲ傷害シタル場合ニハ賃貸人、勞務者ハ賃金、報酬ヲ請求スルコトヲ得ルノミナラス尙不法行為ニ基ク損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ唯前述(ハ)及ヒ(ニ)ノ場合ニ於テノミ債務者ハ反對給付請求權ヲ有スルニ止マル【註六】

債務者ノ負擔スル給付カ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能ト爲リタル後債權者ノ負擔スル反對給付カ債權者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ不能ト爲リタルトキハ全債權關係ハ消滅ス即、反對給付ヲ負擔セル債權者(即、反對給付ニ付キテハ債務者)ハ第四百十五條後段ノ反對解釋ニ依リテ其債務ヲ免ルルカ故ニ債務者ハ債權者ニ對シテ反對給付ヲ請求スルコトヲ得ス【註七】然レトモ債權者カ前述セルカ如ク債務不履行若クハ不法行為ニ基キテ債務者ノ負擔スル給付ヲ不能ナラシメタル場合ニハ債權者ハ債務不履行若クハ不法行為ニ基キテ損害賠償ヲ爲スヘキ責ニ任ス

債務者ノ負擔スル給付カ債權者、債務者雙方ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能ト爲リタル場合ニハ其不能ハ全ク債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ

因リテ生セルモノニアラスト云フヲ得サルカ故ニ債務者ハ其責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生セル範圍ニ於テハ損害賠償ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ス然レトモ此場合ニハ債權者ノ過失モ亦給付不能ノ發生ニ協力セルカ故ニ第四百十八條ニ依リテ債務者ノ損害賠償ノ範圍ヲ定ムルコトヲ要ス而シテ債務者カ債權者ニ對シテ有スル反對給付請求權ハ損害賠償請求權ニアラスト雖モ尙同條ヲ準用シテ反對給付請求權ノ範圍ヲ定ムヘシ【註八】

【註三】債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付不能ヲ生セル場合ニ債務者カ反對給付請求權ヲ失ハサルハ羅馬法以來各國立法ノ認ムル所ニシテ獨民法第三百二十四條、匈牙利民法草案第九百十七條等ハ一般的規定ヲ設ク普國國法第一部第五章第三百六十一條、第十一章第八百八十八條、第八百八十九條、第九百九條、第九百十條、第九百十八條、埃民法第一千五百十五條等ハ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付不能ヲ生セル場合ニハ債權者ニ損害賠償義務ヲ認ムト雖モ廣キニ失ス唯債權者ニ義務不履行又ハ不法行為ノ責任アル場合ニ於テノミ損害賠償ヲ認ムルコトヲ

得ハシ

【註四】 Planck zu § 324 Nr. 4, Krahmer, Gegenseitige Verträge S. 145 fg

【註五】 獨普通法ニ於テハ債務者ノ請求權ノ性質ニ關シ議論岐レ或ハ債務者ノ負擔スル給付カ不能ト爲リタルカ爲メニ生セル損害賠償請求權ナリトナシ (Mommser, Beiträge I S. 356, III S. 422) 或ハ反對給付請求權其モノトナス (Windscheid, Krit. Vierteljahrschrift II S. 138, Hachmeister, Gefährdung S. 5 fg) 獨民法ニ於テハ通説ハ反對給付請求權トナスノ見解ヲ採ル (Kisch a. a. O. S. 82, Örtmann zu § 324 Nr. 2c)

【註六】 Kisch a.a.O. S. 83 fg, Örtmann zu § 324 Nr. 1 b

【註七】 Örtmann zu § 324 Nr. 2 b, Planck-Siber Nr. 6 之ニ反シ Kisch a.a.O. S. 86 後ニ至リ債權者ノ反對給付カ事變ニ因リテ不能ト爲リタル場合ニ於テハ債權者ハ尙債務者ニ對シ其價格ヲ賠償スヘキモノトナス其理由トスル所ニ依レハ債務者ノ反對給付請求權ハ損害賠償請求權ニアラスト雖モ經濟上損害賠償請求權ト同一ノ目的ヲ有ス而シテ損害賠償ノ目

的ヲ達スルカ爲メニハ事實上債權者ノ負擔スル反對給付カ可能ナルコトヲ要ス故ニ若シ雙方ノ給付カ同時ニ不能ト爲リタリトセハ債權者ハ債務者ニ對シ自己ノ負擔スル反對給付ノ價格ヲ給付スルコトヲ要ス之ト同シク債務者ノ負擔スル給付カ不能ト爲リタル後反對給付カ不能ト爲リタル場合ニ於テモ債權者ハ反對給付ノ價格ヲ給付スルコトヲ要スト云フニ在リ然レトモ此見解ハ正當ニアラス蓋債權者ノ負擔スル反對給付ハ損害賠償請求權タル性質ヲ有セサルカ故ナリ且債權者カ債務不履行若クハ不法行爲ニ基カスシテ債務者ノ負擔スル給付ヲ不能ナラシメタル場合ニハ債權者ハ損害賠償義務ヲ負擔セサルカ故ニ此場合ニハ反對給付請求權カ損害賠償請求權ト同一ノ目的ヲ有セサルハ明カナリ

【註八】 Kisch a. a. O. S. 95, Staudinger-Kuhlenbeck zu § 324 Nr. 4, Planck Nr. 1a, Örtmann Nr. 1b, Lotmar, Arbeitsvertrag II S. 268

利益ノ償還

三 利益ノ償還

債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付不能ヲ生シタルトキハ債務者ハ其債務ヲ免レ反對給付ヲ請求スルコトヲ得ト雖モ債務

者カ自己ノ債務ヲ免レタルニ因リテ利益ヲ得タルトキハ之ヲ債權者ニ償還スルコトヲ要ス(第五百三十六條第二項但書)蓋債務者ハ債權者ノ行爲ニ因リテ損害ヲ被ルコトナキヲ以テ足ル利益ヲ取得スルコトヲ得ルモノトナスヲ得ス換言スレハ債務者ハ反對給付ノ實質的價格ヲ取得シ契約ノ履行アリタルト同一ノ状態ニ在ルヲ以テ足ル故ニ債務者カ自己ノ債務ヲ免レタルニ因リテ得タル利益ヲ保有スルコトヲ得ルモノトナストキハ不當ニ利得スル結果トナルヲ以テ利益ハ之ヲ債權者ニ償還スルコトヲ要ス故ニ債務者ノ利益償還ノ義務ハ公平ノ觀念ニ基ク〔註九〕

債務者カ償還スヘキ利益ハ自己ノ債務ヲ免レタルニ因リテ得タル利益ナルコトヲ要ス從テ債務ノ免脱ト利益トノ間ニ因果關係アルコトヲ要ス償還スヘキ利益ニ屬スルモノヲ舉クレハ

(一) 債務者カ債務ヲ免レタルニ因リテ節約スルコトヲ得タル費用ハ之ヲ債權者ニ償還スルコトヲ要ス例ヘハ賃借人カ賃借セル家屋ヲ燒失シタル場合ニ之カ爲メニ賃借人カ其家ノ設備ノ費用ヲ節約シ注文者カ請負人ノ仕事

ヲ不能ナラシメタル場合ニ請負人カ其材料購入ノ費用ヲ節約シ使用者カ勞務者ヲシテ勞務ニ服スルコト能ハサルニ至ラシメタル場合ニ勞務ノ爲メニ要スル費用ヲ節約スルコトヲ得タル場合ニハ此等ノ費用ハ賃借人注文者使用者ニ償還スルコトヲ要ス

(二) 債務者カ債務ヲ免レタルニ因リ其勞力ヲ他ノ方面ニ用ヒ利益ヲ取得シタルトキハ其利益ヲ償還スルコトヲ要ス例ヘハ勞務者カ他ノ勞務ニ従事シ請負人カ其材料ヲ用ヒテ他ノ注文ニ應セル場合ノ如シ然レトモ利益ハ債務者カ債務ヲ免レタルニ因リテ取得セルモノナルコトヲ要シ若シ債務者カ債務ヲ履行スルト共ニ他ノ方面ニ於テモ利益ヲ取得スルコトヲ得ル場合ニハ利益ヲ償還スルコトヲ要セス

(三) 債務者カ債權ノ當初ノ物體カ不能ト爲リタルカ爲メニ取得シタル利益モ亦償還スルコトヲ要ス例ヘハ賃借人カ賃借セル建物ヲ毀損セル場合ニ賃借人カ尙毀損セル状態ニ於テ他ニ賃貸シ毀損ノ爲メ住居ニ適セサルニ至リタル場合ニ其建物ヲ物置用トシテ賃貸シタル場合ノ如シ

以上ノ場合ニハ債務者ハ其取得シタル利益ヲ債権者ニ償還スルコトヲ要ス法典ハ利益ヲ償還スルコトヲ要スト云フカ故ニ償還スヘキ義務ヲ認メタルモノト解スヘク從テ債権者ハ債務者ニ對シ獨立セル利益償還請求權ヲ有スルモノトナササルヘカラス故ニ債務者ノ取得セル利益ヲ債権者ノ反對給付ヨリ控除シ債権者ハ其殘部ノミヲ給付スルコトヲ得ルモノトナスヲ得ス一方ニ於テハ債権者ハ反對給付ヲ爲シ他方ニ於テハ債務者カ其取得シタル利益ヲ償還スルコトヲ要ス唯雙方ノ給付カ同種ナル場合ニハ相殺ノ方法ニ依リテ其對當額ヲ控除スルコトヲ得ルニ止マル【註一〇】

債権者ハ上述スルカ如ク債務者カ債務ヲ免レタルニ因リテ得タル利益ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ルノミナラス債務者ノ給付ノ代償タル利益ノ償還ヲ請求スルコトヲ得然レトモ實際ニ於テハ其適用稀ナルヘシ【註一一】

【註九】 Decker, Vorteilsrechnung S. 24 fg, Kisch a. a. O. S. 89, Kleinendam, Unmöglichkeit und Unvermögen S. 141

【註一〇】 獨民法第三百二十四條第一項ニ依レハ單ニ反對給付ヨリ利益

ヲ控除スヘキモノトナシ特ニ獨立シタル利益償還請求權ヲ認メス

【註一一】 Planck zu § 324 Nr. 3, Kisch a. a. O. S. 94

證明ノ責任

四 證明ノ責任 債務者カ債権者ニ對シ反對給付ヲ請求スルコトヲ得ルカ爲メニハ債務者ハ給付不能カ債権者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生シタルモノナルコトヲ證明スルコトヲ要ス而シテ債権者カ債務者ヨリ利益ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ルカ爲メニハ債務者カ債務ヲ免レタルニ因リテ利益ヲ取得シタルコトヲ證明スルコトヲ要シ且其利益ノ範圍ニ關シテモ亦債権者之ヲ證明スルコトヲ要ス【註一二】

【註一二】 Kisch a. a. O. S. 81, 93, Staudinger-Kuhlenbeck § 324 Nr. 8, Decker Vorteilsrechnung S. 57 Arm. 1

第三項 債務者ノ責ニ歸スヘキ事

由ニ因リテ生セル給付不能ノ效力

債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生セル給付不能ノ效力

一 給付不能ノ效力 債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生セル給付不能ノ效力ハ雙務契約ノ種類ヲ問ハス同一ニ論スルコトヲ得即雙務契約カ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル場合タルト其以外ノ給付ヲ目的トスル場合タルトニ區別スル所ナク債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付カ不能ト爲リタルトキハ同一ノ原則ニ從ヒテ其效力ヲ定ムルコトヲ得ルモノトス從テ債權者ハ或ハ第四百十五條後段ノ規定ニ依リテ債務者ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルカ或ハ第五百四十三條ノ規定ニ依リテ契約ヲ解除スルカ此二箇ノ權利ノ中其一ヲ選擇スルコトヲ得ヘシ損害賠償ト契約解除トハ其目的ヲ異ニシ損害賠償ハ債務ノ履行アリタルト經濟上同一ノ價格アル状態ヲ生セシムルヲ目的トシ契約解除ハ當初ヨリ契約ノ締結ナカリシト同一ノ状態ヲ回復セシムルヲ目的トス債權者ハ場合ニ依リ或ハ損害賠償ヲ請求スルヲ以テ利益トスルコトアルヘク或ハ契約ノ解除ヲ爲スヲ以テ利益トスルコトアルヘキカ故ニ法律ハ債權者ヲシテ兩者ノ中其一ヲ選擇スルコトヲ得セシメタリ

損害賠償

(一) 雙務契約ニ於テ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付不能ヲ生セル場合ニ於ケル損害賠償請求權ノ效力ニ關シテハ學說上二箇ノ見解アリ
(イ) 交換說(Austausch = od. Subrogationstheorie) 此說ニ從ヘハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生セル給付不能ニ基ク損害賠償ハ債務者ノ負擔スル本來ノ給付ニ代リテ生ス從テ債權者ハ債務者ニ對シテ全部ノ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ト雖モ自己ノ負擔スル反對給付ヲ爲スコトヲ要スルモノトナス故ニ給付不能ヲ生シタル後ニ在リテモ反對給付請求權ト損害賠償債權トハ雙務的關係ニ在ルモノトス【註一】
(ロ) 差額說(Differenztheorie) 此說ニ從ヘハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生セル給付不能ニ基ク損害賠償ハ本來ノ給付ニ代リテ生スルニアラス全雙務契約ニ代リテ生ス故ニ債權者ハ自己ノ負擔スル反對給付ヲ爲スヘキ債務ヲ免レ損害賠償トシテ雙方ノ給付ノ差額ノミヲ請求スルコトヲ得ルモノトナス從テ給付不能ヲ生シタル後ニ在リテハ單ニ債權者ノ損害賠償差額請求權ノミカ殘存スルモノトス【註二】

此二箇ノ見解ハ實際ノ結果ニ於テ種種ノ差異ヲ生ス債權者ノ負擔スル反對給付カ金錢給付ナル場合(例ヘハ賣買、貸借、請負等)ニハ差額說ニ從ヘハ債權者ハ損害賠償額ヨリ反對給付トシテ支拂フヘキ額ヲ控除シ其殘額ヲ請求スルコトヲ得ト雖モ交換說ニ從ヘハ特ニ相殺ノ方法ニ依リテ對當額ニ付キ雙方ノ債權ヲ消滅セシムルノ方法ニ依ルコトヲ要ス若シ雙方ノ債權カ相殺ノ要件ヲ具ヘサルトキハ債權者ハ反對給付ヲ爲スコトヲ要スルト共ニ債務者ハ損害賠償ヲ爲ササルヘカラス更ニ債權者ノ負擔スル反對給付カ金錢給付ニアラサル場合(例ヘハ交換)ニハ兩說ノ差異著シク交換說ニ從ヘハ常ニ反對給付ト損害賠償トヲ交換スルコトヲ要スト雖モ差額說ニ從ヘハ債權者ハ反對給付ヲ爲スコトヲ要セス損害賠償額ヨリ反對給付ノ價格ヲ控除シタル殘額ヲ請求スルコトヲ得ヘシ更ニ交換說ニ從ヘハ給付不能ヲ生シタル後ニ在リテモ反對給付請求權ト損害賠償請求權トハ雙務的關係ニ在ルカ故ニ雙務契約ニ關スル規定カ適用セラルト雖モ差額說ニ從ヘハ單ニ一箇ノ損害賠償請求權ノミカ殘存スルニ過キササルカ故ニ其適用ナシ

上述二箇ノ見解ノ中交換說ヲ以テ正當トス即債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付不能ヲ生セル場合ニハ雙方ノ債權ハ依然トシテ存續シ債權者ハ全部ノ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ト雖モ反對給付ヲ爲スコトヲ要ス差額說ハ法典ノ規定上理論上及ヒ實際ノ適用上非ナリ其理由ヲ述フレハ(一)雙務契約ヨリ生セル債權ノ消滅原因モ亦一般ノ原則ニ從テ定ムルコトヲ要ス差額說ニ從ヘハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付不能ヲ生セル場合ニハ債權者ノ負擔スル債務ハ消滅シ反對給付ヲ爲スコトヲ要セストナスト雖モ法典ハ此場合ニ債權者ノ負擔スル債務カ消滅スヘキコトヲ規定スル所ナシ雙方契約ヨリ生セル一方ノ債權ノ物體タル給付カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ不能ト爲レル場合ニ關シテハ特ニ規定ヲ設ケ或ハ反對債權ハ存續スルモノトナシ(第五百三十四條、第五百三十六條第二項)或ハ反對債權ハ消滅スルモノトナス(第五百三十六條第一項)而シテ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付不能ト爲レル場合ニ關シテハ規定ヲ缺クカ故ニ寧、此等ノ規定ノ反對解釋ヨリシテ反對債權ハ消滅セサルモノト解セサルヘ

カラス之ヲ雙務契約ノ性質ヨリ論スルモ當事者ノ一方ノ債權カ損害賠償請求權ニ變セル場合ニハ單ニ債權ノ内容カ變更セルニ過キサルモノニシテ本來ノ債權ハ其同一ヲ失フコトナク存續スルカ故ニ之カ爲メニ相手方ノ債權カ影響ヲ受クヘキ理由ナシ雙方ノ債權ハ依然トシテ雙務的關係ニ在ルモノトナササルヘカラス(二)差額說ニ從ヘハ損害賠償ハ債務者ノ履行ニ代ルニアラス全契約ノ履行ニ代ルモノナルカ故ニ債權者ハ雙方ノ給付ノ差額ノミヲ請求スルコトヲ得ルモノトナス然レトモ損害賠償ハ債務ノ履行ニ代ルモノニシテ債務ノ不履行ニ因リテ生セル損害ヲ賠償スルヲ云フ契約ノ履行ニ代ルモノニアラス是レ債務不履行ノ效果ヲ規定スル第四百十五條以下ノ規定ニ依リテ明カナリ故ニ債務者ハ本來ノ給付ニ代ルヘキ損害賠償ヲ爲スコトヲ要ス單ニ雙方ノ給付ノ差額ノミヲ賠償スヘキモノトナスコトヲ得ス(三)且若シ差額說ノ主張スルカ如ク債權者ハ損害賠償請求權ヲ行使スルニ依リ反對給付ヲ爲スコトヲ要セス雙方ノ給付ノ差額ヲ請求スルコトヲ得ルモノトナストキハ契約解除權ヲ認ムル必要ナキニ至ルヘシ蓋債權者ハ契約ヲ解除

スルニ依リテ自己ノ負擔スル反對給付ヲ爲スヘキ債務ヲ免ルルコトヲ得ルモノニシテ法典カ債務不履行ニ對スル救濟方法トシテ損害賠償ノ外ニ契約解除ヲ認メタルハ債權者カ債務不履行ノ場合ニ反對給付ヲ爲スコトヲ欲セサル場合ニ解除ノ方法ニ依ラシメントスルニ外ナラス然ルニ差額說ニ從フトキハ債權者ハ損害賠償請求權ヲ行使スルニ依リテ契約解除ト同一ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルカ故ニ契約解除權ヲ認メタル目的ナキニ至ルヘシ特ニ我法典ハ債權者ハ契約ヲ解除スルト共ニ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノトナスカ故ニ(第五百四十五條第三項)債權者カ反對給付ヲ爲サシテ差額ヲ請求スルコトヲ得ルト同一ノ結果ヲ生セシムルコトヲ得ヘシ故ニ法典カ損害賠償以外ニ契約解除ヲ認ムルニ依リテ見レハ差額說ニ從フコトヲ得サルハ明カナリ(四)更ニ差額說ハ實際ノ適用上種種不當ノ結果ヲ生ス特ニ差額說ニ從ヘハ債權者ハ反對給付ヲ爲サス差額ノミヲ請求スルコトヲ得トナスカ故ニ債權者ハ反對給付ヲ留保スルニ付キ利益ヲ有セス寧負擔ト爲ル場合ニ於テモ尙反對給付ヲ留保スルコトヲ強ヒラルル結果トナルヘシ而モ其反

對給付ノ價格ヲ控除シタル殘額ノミヲ損害賠償トシテ請求スルコトヲ得ルカ故ニ小額ノ賠償ヲ以テ満足スルコトヲ要スルコトナルヘク其不當ナルハ云フヲ俟タス又債權者ハ損害賠償ニ依リ自ラ債務者ノ給付ニ對シテ有スル特別ノ利益ニ付キ賠償ヲ受クルモノナルカ故ニ債務者モ亦自ラ特別ノ利益ヲ有スル反對給付ヲ受クルコトヲ要スルモノトナササルヘカラス故ニ債權者カ損害賠償額ヨリ單ニ反對給付ノ價格ヲ控除シタル殘額ヲ請求スルコトヲ得ルモノトナスハ債務者ニ對シテ不公平ナルハ明カナリ【註三】

債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ一部不能ヲ生セル場合ニハ債務者ハ可能ノ部分ヲ給付シ不能ノ部分ニ付キ損害賠償ヲ爲スヲ以テ足ル【註四】債權者ハ全部ノ反對給付ヲ爲スコトヲ要ス

(二) 債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付不能ヲ生シタル場合ニハ債權者ハ契約ヲ解除スルコトヲ得其不能カ全部タルト一部タルト問フ所ナシ(第五百四十三條)而シテ債權者ハ契約ヲ解除スルト共ニ尙損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(第五百四十五條第三項)

【註一】 Kisch, Jahrb. f. Dogm B. 44 S. 68 fg. Mayr, Verhandlungen des 27 Juristententags II S. 167 fg. Örtmann, § 325 Nr. 2 b, Thur, Juristenzeitung 1904 S. 759 fg. 詳細ナル論據ニ依リテ此說ヲ主張シ Titze, Unmöglichkeit S. 183 fg. Kleineldam, Unmöglichkeit und Unvernügen S. 144 fg. Fischer, Bereicherung und Schaden S. 47 fg. Binder, Zeitschr. f. H. R. B. 52 S. 104. Adler, Arch. f. B. R. B. 17 S. 136 fg. Crome, S. 181, Endemann S. 708, Schollmeyer, § 325 Nr. 2, Lehmann-Rin-ger, H. G. B. § 3 76 Nr. 58, Planck, 3. Aufl. § 325 Nr. 1a. 等此說ヲ採ル

【註二】 Schöller, Gruchots Beit. B. 44 S. 603 fg. B. 45 S. 511 fg. 此說ヲ唱ル Kipp, Verhandlungen des 27 Juristentags I S. 249 fg. Strohal IV S. 112 fg. 等之ヲ從ル 其他 Staffel, Arch. f. civilist. Prax. B. 92 S. 467 fg. Littmann, Rücktritt S. 43 fg. Hafmoekel, Seufferts. Blät. 1906 S. 77 fg. Förtsch, Juristenzeitung 1902 S. 65 fg. Krahnert, Gegenseitige Verträge S. 56, Cosack § 99 III 1a, Kuhlbeck-Staudinger Vorbem. vor § 323 IV, Planck-Siber § 325 Nr. 1a, Dernburg § 98 VI, Enneccerus § 276 III, Goldmann-Lilienthal S. 377, Düringer-Hachenburg, H. G. B. II S.

155, Staub, H. G. B. Exkurs zu. § 374 Anm. 21 fg 等之ニ依ル然レトモ差額説ニ在リテハ學者ノ主張スル所種種ニ岐ル(一)或ハ債權者ハ損害賠償トシテ單ニ差額ノミヲ請求スルコトヲ得ルモノトナシ(二)或ハ債權者ハ差額ヲ請求スルカ若クハ自己ノ負擔スル反對給付ヲ爲シテ全部ノ損害賠償ヲ請求スルカ兩者ノ中其一ヲ選擇スルコトヲ得ルモノトナス而シテ選擇説ヲ採ル學者ニ在リテモ更ニ其見解岐レ或ハ債權者ハ常ニ差額請求權ト給付交換請求權トノ中其一ヲ選擇スルコトヲ得ルモノトナシ或ハ債權者ノ負擔スル反對給付カ金錢給付ナル場合ニノミ差額ヲ請求スルコトヲ得ヘク其他ノ給付ナル場合ニハ公平ノ觀念上債權者カ反對給付ヲ爲スコトヲ要セサルモノト認ムルコトヲ得ヘキ場合ニノミ差額ヲ請求スルコトヲ得ルモノトナス

【註三】差額説ハ獨民法ノ解釋トシテ生セルモノニシテ獨民法ニ於テハ差額説ヲ認ムル實際上ノ必要存ス蓋獨民法第三百二十五條ハ當事者ノ一方ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ其負擔スル給付カ不能ト爲リタル場

合ニハ相手方ハ損害賠償ト契約解除トノ中其一ヲ選擇スルコトヲ要シ契約ノ解除ヲ爲ス場合ニハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス故ニ相手方カ契約ノ解除ヲ爲シタル場合ニハ自己ノ負擔スル反對給付ハ之ヲ留保スルコトヲ得ヘシト雖モ其被リタル損害ハ之ヲ賠償セシムルコトヲ得ス從テ若シ損害賠償請求權ヲ選擇セル場合ニ交換説ニ從ヒ損害賠償ヲ請求スルト共ニ反對給付ヲ爲スコトヲ要スルモノトナストキハ相手方ハ自己ノ反對給付ヲ留保スルト共ニ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ル方法ナキニ至ル是レ一派ノ學者カ差額説ヲ唱ヘ相手方カ反對給付ヲ留保シ且損害賠償トシテ差額ヲ請求スルコトヲ得ルモノトナスニ至リシ所以ナリ故ニ差額説ハ獨民法ノ規定ノ不備ヲ補フカ爲メニ實際上ノ理由ニ基キテ生セルモノニシテ理論上ノ根據ハ支離滅裂ナルヲ免レス我民法ハ獨民法ニ反シ契約解除ト共ニ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得トナスカ故ニ獨民法ニ於ケルカ如キ不都合ノ結果ヲ生スルコトナシ從テ差額説ハ我民法上價值ナキモノト云ハサルヘカラス(拙稿)雙務契

約ニ於ケル給付不能ニ基ク損害賠償法學新報第二十六卷第三號四七頁以下參照

【註四】五七一頁以下參照

停止條件ニ於ケル給付不能ノ效力

二 停止條件附契約ニ於ケル給付不能ノ效力 雙務契約カ停止條件付ナル場合ニ條件ノ成否未定ノ間ニ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生セル給付不能ハ其不能カ全部ナルト一部ナルトニ依リテ其效力ヲ異ニス

(一) 全部不能ノ場合 條件ノ成否未定ノ間ニ全部不能ヲ生セル場合ニハ其不能ハ原始不能ナルカ故ニ條件カ成就スルモ契約ハ其效力ヲ生セス雙務契約ノ性質上一方ノ債權カ原始不能ニ因リテ發生セサルトキハ反對債權モ亦發生スルコトナシ而シテ此場合ニ契約カ效力ヲ生セサルハ單ニ給付カ不能ナルニ基クモノナルカ故ニ縱令給付不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生スルモ關スル所ナシ然レトモ此場合ニハ給付不能ハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生セルモノナルカ故ニ債權者ハ條件附權利ヲ侵害セラレタルモノトシテ條件カ成就セル場合ニハ第二百二十八條ニ依リテ損害

賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

(二) 一部不能ノ場合 條件ノ成否未定ノ間ニ一部不能カ生セル場合ニ條件成就スルトキハ契約ハ其殘存セル可能ノ部分ニ付キ效力ヲ生ス雙務契約カ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル場合タルト其以外ノ給付ヲ目的トスル場合タルト區別スル所ナシ然レトモ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル雙務契約ニ關シテハ第五百三十五條第三項ニ於テ物カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ毀損シタルトキハ債權者ハ條件成就ノ場合ニ於テ其選擇ニ從ヒ履行ノ請求又ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ヲ定ム蓋條件ノ成否未定ノ間ニ物カ毀損シタル場合ニ條件成就ニ因リ契約ノ效力ヲ生セシムルハ必シモ當事者ノ意思ニ合スルモノト云フコトヲ得サルノミナラス其毀損ハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生セルモノナルカ故ニ債權者ハ履行ノ請求ト契約ノ解除トノ中選擇スルコトヲ得ルモノトセリ【註五】

(イ) 債權者カ履行ノ請求ヲ選擇シタルトキハ債務者ニ對シテ毀損セル狀

態ニ於テ物ノ給付ヲ請求スルコトヲ得而シテ其毀損ハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生セルモノナルカ故ニ債權者ハ第二百二十八條ノ規定ニ依リ條件附權利ノ侵害ニ對シ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得(第五百三十五條第三項但書)之ニ對シ債權者ハ全部ノ反對給付ヲ爲スコトヲ要ス

(ロ) 債權者カ契約ヲ解除シタルトキハ債務者カ債務ヲ免ルルト共ニ債權者モ亦其負擔スル債務ヲ免ル債權者ノ解除權ハ第五百四十三條ニ基クモノニアラス蓋條件成就前ニ在リテハ債務ハ未タ發生セサルカ故ニ條件成就前ニ生セル給付不能ニ關シテハ第五百四十三條ヲ適用スルコトヲ得サルカ故ナリ故ニ債權者ノ解除權ハ第五百三十五條第三項ノ規定ニ依リ特ニ認メラレタルモノト解セサルヘカラス而シテ債權者カ契約ヲ解除シタルトキハ解除ニ因リテ生セル損害賠償ヲ請求スルコトヲ得(第五百三十五條第三項但書第五百四十五條第三項【註六】)

第五百三十六條第三項ハ單ニ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル雙務契約ニ於テ條件ノ成否未定ノ間ニ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ

テ生セル物ノ毀損ニ關シ規定スト雖モ毀損以外ノ一部不能ニ關シ之ヲ準用スルコトヲ得ヘク又物權ノ設定移轉以外ノ給付ヲ目的トスル雙務契約ニ於テ條件ノ成否未定ノ間ニ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生セル一部不能ニ關シテモ亦同規定ヲ準用スルコトヲ得ヘシ蓋此等ノ一部不能ノ效力ハ物ノ毀損ニ基ク一部不能ノ效力ト區別スヘキ理由ナキヲ以テナリ

【註五】第五百三十五條第三項ノ規定ハ佛民法第千八百八十二條第四項ノ規定ニ基ク佛法ノ學者ハ債權者ノ解除權及ヒ損害賠償請求權ヲ以テ債務者ノ過失ニ基ク給付不能ノ效力ニ關スル一般原則ノ適用ニ過キストナス(Laurent XVII n. 97, Baudry-Lacantinerie et Barde XIII n. 859, 860)我國法ニ在リテハ梅氏(民法要義卷之三、四二二三頁此見解ヲ採ル若シ條件ノ遡及カヲ認ムルトキハ此見解ヲ採ルコトヲ得ヘシト雖モ遡及カヲ認メサル我法典ニ於テハ此見解ヲ採ルコトヲ得ス蓋條件成就前ニ在リテハ債務ハ未タ發生セサルカ故ニ條件ノ成否未定ノ間ニ生セル物ノ毀損ハ後發不能ヲ以テ論スルコトヲ得サルカ故ナリ且若シ條件ノ成否未定ノ間ニ

生シタル毀損ヲ以テ後發不能トナストキハ一般原則ヲ適用スルヲ以テ
足リ同項ノ規定ハ不必要ナリ特ニ同項ノ規定アルハ寧原始の一部不能
トナシタルカ爲メナリト云ハサルヘカラス

【註六】第五百三十五條第三項但書ニ規定スル債權者ノ損害賠償請求權
ノ基礎ニ關シテハ議論ノ餘地アリ上述スルカ如ク條件ノ成否未定ノ間
ニ生セル物ノ毀損ハ後發不能ヲ以テ論スルコトヲ得サルカ故ニ債權者
ノ損害賠償請求權ハ第四百十五條後段ノ適用ニ依リテ生セルモノトナ
スコトヲ得ス故ニ債權者カ可能部分ノ履行ト共ニ請求スル損害賠償ハ
第二百二十八條ニ依リ條件附權利ノ侵害ニ基ク損害賠償タル性質ヲ有ス
ルモノトナササルヘカラス然レトモ債權者カ契約解除ト共ニ請求スル
損害賠償ハ條件附權利ノ侵害ニ基ク損害賠償ナリヤ又ハ第五百四十五
條第三項ニ規定スル契約解除ニ因リテ生セル損害賠償ナリヤ或ハ又兩
者ヲ含ムモノナリヤ疑ナキニアラスト雖モ契約解除ニ因リテ生セル損
害賠償タル性質ヲ有スルモノト解スルヲ正當トス蓋契約ノ解除ハ遡及

カヲ有シ契約ノ締結ナカリシト同一ノ状態ニ回復スルカ故ニ條件附權
利ノ侵害ニ基ク損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキ餘地ナシ而シテ後ニ
論スルカ如ク第五百四十五條第三項ニ規定スル損害賠償ハ債務不履行
ニ因リテ生セル損害賠償ニアラス契約ノ解除ニ因リテ生セル損害賠償
ナルカ故ニ第五百三十五條第三項ノ場合ニ債權者カ契約解除ト共ニ第
五百四十五條第三項ニ規定スル損害賠償ヲ請求スルニ妨クル所ナシ故
ニ解除ト共ニ請求スル損害賠償ハ契約解除ニ因リテ生セル損害賠償ヲ
云フモノト解スヘシ

第八節 第三者ノ爲メニスル契約

第一款 沿革

沿革

羅馬法ニ於テハ何人ト雖モ他人ノ爲メニ約スルコトヲ得ス (alteri stipulari

nemo potest) トノ格言ニ從ヒ原則トシテ第三者ノ爲メニスル契約ヲ認メス【註

ニ唯例外トシテ(一)贈與ヲ爲ス場合ニ受贈者ニ第三者ニ引渡スヘキ義務ヲ負

第三編 債權

第一部 債權總論 第七章 債權ノ發生
第八節 第三者ノ爲メニスル契約

ハシメタルトキ(二)嫁資ヲ設定スル場合ニ其受領者ニ妻又ハ其相續人ニ返還スヘキ義務ヲ負ハシメタルトキ(三)第三者ノ物ヲ供託シ又ハ貸與セル場合ニ第三者ニ返還スヘキコトヲ定メタルトキ(四)受約者ニ第三者ニ交付スヘキ負擔ヲ負ハシメテ或物ヲ引渡シタルトキ(五)質物ヲ賣却スル質權者カ質物所有者ノ爲メニ買戻ヲ留保シタルトキ(六)受約者カ自己ノ相續人ノ利益ノ爲メニ約セシメタルトキ(七)財産管理人カ本人ノ爲メニ約セシメタルトキ等ニ於テハ第三者カ約束者ニ對シテ權利ヲ取得スルコトヲ得ルモノトセリ【註二】而シテ註釋派時代ニ在リテハ羅馬法ノ原則ハ固守セラレ第十六世紀ニ至ルマテハ第三者ノ爲メニスル契約ニ關シテハ學說ノ見ルヘキモノナク佛蘭西學派ノ Cujacius, Donellus 等ハ羅馬法ノ主義ヲ固執セリ第十八世紀ノ前半ニ至リ Grotius カ共同申込說 (Theorie der Collectivoferte) ヲ唱ヘタル以來始メテ第三者ノ爲メニスル契約ニ關スル學說上ノ研究カ其端緒ヲ得爾來獨逸普通法ニ於テハ第三者ノ爲メニスル契約ノ性質ニ關シテ諸種ノ見解カ立テラルルニ至レリ然レトモ第三者ノ爲メニスル契約カ獨立ノ制度トシテ認めラレ理論的

ニ第三者カ權利ヲ取得スル根據ヲ説明スルヲ得ルニ至リタルハ第十九世紀以降ニ屬ス【註三】

近世各國ノ立法ニ付キ見ルニ獨普通法ニ於テハ羅馬法ヲ蹈襲シ特ニ第十九世紀ノ當初ニ在リテハ歷史法學派ノ學者ハ羅馬法ノ原則ヲ固守セリ然レトモ學說ニ於テハ Unger, Regelsberger, Garais 等カ羅馬法ノ舊套ヲ脱シテ第三者ノ爲メニスル契約ノ有效ナルコトヲ唱ヘ又判例ハ一般ニ第三者ノ爲メニスル契約カ有效ニ成立スルコトヲ認めタル以來一般ニ慣習法トシテ第三者ノ爲メニスル契約ノ有效ナルコトヲ認ムルニ至レリ【註四】更ニ普國國法ハ第一部第五章第七十四條ニ於テ第三者ノ利益モ亦契約ノ目的タルコトヲ得ヘキ旨ヲ定メテ以テ羅馬法ト反對ノ主義ヲ採ルコトヲ宣明ス然レトモ第七十五條ニ於テハ第三者ハ主タル當事者ノ許可ヲ得テ其契約ニ參加スルニ依リ權利ヲ取得ストナスカ故ニ之ニ從ヘハ第三者ハ契約當事者ノ共同申込ヲ承諾スルニ依リテ其權利ヲ取得スルモノトス【註五】佛民法ハ第千六百六十五條ニ於テ契約ハ單ニ當事者間ニ於テノミ效力ヲ生シ第三者ヲ害セサルト共ニ又第

三者ヲ利セサル旨ヲ定メ其例外トシテ第千百二十一條ニ於テ第三者ノ利益カ契約ノ條件タル場合ニハ第三者ノ利益ノ爲メニ契約ヲ締結スルコトヲ得ヘク而シテ第三者カ其利益ヲ享クヘキ意思ヲ表示シタルトキハ當事者ハ其契約ヲ撤回スルコトヲ得サルモノトナス從テ佛法ニ於テハ原則トシテ第三者ノ爲メニスル契約ヲ認メス〔註六〕又奧民法第八百八十一條ハ法律ノ定メタル場合ヲ除キテハ何人ト雖モ他人ノ爲メニ約束ヲ承諾スルコトヲ得サル旨ヲ定ム此規定カ第三者ノ爲メニスル契約ニ關スル規定ナリヤ又ハ代理ニ關スル規定ナリヤニ關シテハ爭アル所ナリ然レトモ學說ニ於テハ獨逸普通法ノ影響ヲ受ケ第三者ノ爲メニスル契約カ有效ニ成立シ得ヘキコトヲ認ムル者尠カラス〔註七〕更ニ獨民法ニ至リテハ全然羅馬法ノ原則ヲ排斥シ第三百二十八條以下ニ於テ第三者ノ爲メニスル契約ニ關スル規定ヲ設ケ第三者ノ爲メニスル契約ニ基キ第三者ハ直接ニ給付ヲ請求スルノ權利ヲ取得スヘキ旨ヲ定ム瑞債務法第百十二條第二項モ亦第三者ノ爲メニスル契約ニ依リ第三者ハ獨立シテ履行ヲ請求スルコトヲ得ルモノトナシ匈牙利民法草案ハ第八

百九條以下ニ於テ獨、瑞ト同シク第三者ノ爲メニスル契約カ有效ニ成立シ得ヘキ旨ヲ定メ之ニ關シ詳細ナル規定ヲ設ク

上述スル所ニ依レハ第三者ノ爲メニスル契約ヲ認メサル羅馬法ノ原則ハ近世ニ至リテ全然打破セラルルニ至レルハ明カナルヘシ羅馬法ニ於テ契約ハ單ニ當事者間ニ於テノミ其效力ヲ生シ第三者ニ及ホスコトヲ得サルモノトナシタルハ一ハ各人ハ自己ノ爲メニ行爲ス(Jeder handle für sich selbst)トノ觀念ニ據リタルト共ニ其當時ニ在リテハ今日ノ如ク第三者ノ爲メニスル契約ヲ認ムル必要ナカリシニ基ク然レトモ此ノ如キ極端ナル個人主義ハ共同生活ニ適用スルヲ得サルハ明カニシテ契約ノ效力カ第三者ニ及フコトヲ認ムルコトヲ要ス特ニ今日實際ノ取引上ニ於テハ第三者ノ爲メニスル契約ヲ認ムル必要アリ例ヘハ第三者ノ爲メニスル保險契約、第三者ニ給付スヘキ約款ヲ附シタル賣買契約、債務引受契約等ノ場合ニハ第三者ノ爲メニスル契約ヲ認ムルニアラサレハ第三者ノ權利取得ヲ説明スルコトヲ得ス是レ近世法カ羅馬法ニ反シテ第三者ノ爲メニスル契約ヲ認ムルニ至リシ所以ナリ

【註一】 I. 11 D. 44, 7, 1. 38 § 17, 45, 1, 1. 73 § 4 D. 50, 17 u. a. m.

【註二】 Windscheid § 316, Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter S. 52 fg, Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 1 fg 然レトモ羅馬法カ第三者ノ爲メニ
スル契約ヲ認ムル場合ニ關シテハ見解諸種ニ岐ル

【註三】 第三者ノ爲メニスル契約ノ沿革ニ關シテハ Buchka, Stellvertretung S. 158 fg, Gareis a. a. O. S. 62 fg

【註四】 Windscheid § 316 Anm. 14

【註五】 Gareis a. a. O. S. 165 fg

【註六】 佛民法第一千百六十五條ノ規定ハ Pothier, Oblig. n. 85 ニ基ク佛法ノ
學者ハ一般ニ此規定ハ云フヲ俟タサル所ニシテ寧ク冗文ニ過キサルモノ
トナス

【註七】 Vergl. Hasenöhrl, B. 1 S. 464/456

第二款 第三者ノ爲メニスル契約ノ

根據

第三者ノ爲メニスル契約ハ有效ニ成立スルコトヲ得ルヤ此問題ハ二箇ノ
問題ニ岐ル一ハ第三者ノ爲メニスル契約ニ依リ受約者ノ債權カ成立スルコ
トヲ得ルヤノ問題ニシテ他ハ第三者ハ債權ヲ取得スルコトヲ得ルヤノ問題
是ナリ第一ノ問題ハ即受約者ヲシテ債權ヲ取得セシムルコトヲ目的トスル
契約カ有效ニ成立スルコトヲ得ルヤノ問題ニシテ此ノ如キ契約カ有效ニ成
立スルコトヲ得ルハ疑ヲ容レス羅馬法ニ於テハ利益ナケレハ訴權ナシトノ
格言ニ從ヒ原則トシテ受約者ハ債權ヲ取得スルコトヲ得サルモノトセリ然
レトモ受約者ハ自己ニ對シテ給付カ爲サルニアラス第三者ニ對シテ爲サ
ルルニ付キ利益ヲ有スル場合アリ此場合ニハ第三者ニ對シテ給付ヲ爲スコ
トハ即受約者ニ對スル給付ナリ而シテ給付カ第三者ニ爲サルニ付キ受約
者カ有スル利益カ如何ナルモノナリヤハ問フ所ナシ受約者其人ノ財産的利
益タルコトヲ要セス第三者ニ對スル愛情慈善等ノ無形的利益ナルモ妨クル

所ナシ故ニ受約者カ約束者ニ對シ第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ請求スル
債權ヲ取得スルコトヲ得ルハ明カナリ

第三者ノ
爲メニス
ル契約ノ
根據

第二ノ問題タル第三者ニ權利ヲ取得セシムル契約ヲ成立セシムルコトヲ
得ルヤ換言フレハ第三者ハ自ラ參加セサル他人間ノ契約ニ基キテ權利ヲ取
得スルコトヲ得ルヤノ問題ハ從來頗議論アル所ナリ蓋羅馬法ノ觀念ニ從ヘ
ハ債權關係ハ債權者債務者ヲ拘束スル法鎖ナルカ故ニ其法鎖ヲ生スルニ關
係ナキ第三者カ債權ヲ取得スルコトハ理論上不能ナリトノ觀念ニ支配セラ
レタリ從テ此觀念ト矛盾ナク第三者ノ爲メニスル契約ノ成立ヲ説明スルカ
爲メニ諸種ノ學說ヲ生スルニ至レリ而シテ此問題ハ單ニ理論上ノミナラス
實際上ノ結果ニ影響ヲ及ホス所大ナルカ故ニ以下其重ナル學說ニ付キ觀察
セントス

(一) 承諾說 (Acceptationstheorie, Beirittstheorie) 此說ニ從ヘハ約束者受約

者カ第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムル契約ヲ締結スルニ依リテ兩者間ニ於
テハ拘束力ヲ生スト雖モ第三者ハ直接ニ權利ヲ取得スルコトヲ得ス第三者

カ權利ヲ取得スルカ爲メニハ其承諾ヲ必要トス從テ當事者ノ契約ハ第三者
ニ對シテハ申込タルニ過キササルモノトナス【註】此說ニ從ヘハ第三者ハ第三
者ノ爲メニスル契約其モノニ依リテ直接ニ權利ヲ取得スルコトナク承諾ヲ
爲スニ依リテ約束者ト契約ヲ締結シ之ニ基キテ權利ヲ取得ス然レトモ其承
諾ニ至ルマテハ申込ヲ爲シタル當事者ハ契約ニ依リテ拘束ヲ受クルモノト
ナス而シテ此說ニ在リテモ或ハ約束者受約者共ニ拘束セララルモノトナシ
或ハ約束者ノミカ拘束セララルモノトナス等見解區區ニ岐ル然レトモ(一)申
込說ハ當事者ノ意思ニ合セス當事者ハ契約ニ依リ直接ニ第三者ヲシテ權利
ヲ取得セシムルノ意思ヲ有ス第三者ノ承諾ニ依リテ始メテ權利ヲ取得セシ
ムル意思ヲ有セス(二)若シ第三者ニ對スル申込ナリトセハ(受約者一人カ之ヲ
爲スト約束者受約者カ共ニ之ヲ爲ストヲ問ハス)第三者ニ對シテ之ヲ爲スコ
トヲ要ス然ルニ第三者ノ爲メニスル契約ニ在リテハ第三者ニ對シテ申込ヲ
爲スコトナシ從テ第三者ノ承諾モ亦存スルコトナシ(三)且第三者ニ對スル申
込トナスモ當事者ハ契約ニ依リ申込ヲ撤回スヘカラサル義務ヲ負フモノト

ナストキハ各當事者ハ相互ニ申込ヲ撤回セサル債務ヲ負擔スルニ過キサ
カ故ニ尙申込ヲ撤回スルコトヲ得ヘク唯撤回シタル場合ニハ債務不履行ト
シテ損害賠償ノ義務ヲ負フニ止マル(四)更ニ若シ此說ノ如ク第三者ハ承諾ニ
依リテ權利ヲ取得スルモノトナストキハ第三者ハ當事者ノ一方トシテ契約
ヲ締結シ之ニ基キテ權利ヲ取得スルモノナルカ故ニ一般ノ規定ニ從フヲ以
テ足り特ニ第三者ノ爲メニスル契約ヲ認ムル必要ナシ

(一) 代理說 (Stellvertretungstheorie) 此說ニ從ヘハ受約者ハ第三者ヲ代理
シテ約束者ト契約ヲ締結スルモノトナス而シテ此說ヲ主張スル者ハ多クハ
無權代理ノ觀念ニ依リ受約者ハ第三者ノ無權代理人トシテ約束者ト契約ヲ
締結シ本人タル第三者カ之ヲ追認スルニ依リテ權利ヲ取得スルモノトナス
【註】代理說ハ羅馬法ノ原則ト調和センカ爲メ唱ヘラルル所ナリ第三者ノ爲
メニスル契約ハ當事者以外ノ第三者ニ效力ヲ及ホス點ニ於テ代理ト類似ス
ト雖モ兩者ハ其目的ヲ異ニシ從テ其本質ヲ異ニス(一)第三者ノ爲メニスル契
約ニ在リテハ受約者ハ自己ノ名義ヲ以テ契約ヲ締結スルニ反シ代理ニ在リ

テハ代理人ハ第三者即本人ノ名義ヲ以テ契約ヲ締結ス(二)更ニ兩者ハ實質上
ニ於テモ重大ナル差異アリ即第三者ノ爲メニスル契約ニ在リテハ契約ヨリ
生スル全債權關係ハ受約者ト約束者トノ間ニ生シ第三者ハ單ニ其債權關係
ニ基キ一箇ノ請求權ヲ取得スルニ過キス故ニ債權關係ニ伴フ其他ノ權利義
務ハ受約者ニ付キテ生ス之ニ反シ代理ニ在リテハ契約ノ效力タル全債權關
係ハ第三者タル本人ト相手方トノ間ニ生シ代理人ハ全ク關係スル所ナシ(三)
其他兩者ノ差異ヲ擧クレハ受約者ハ約束者ニ對シ第三者ニ對シ給付ヲ爲ス
ヘキコトヲ請求スル債權ヲ取得スルコトヲ得ト雖モ代理人ハ此ノ如キ請求
權ヲ有セス又受約者カ有效ニ第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結スルカ爲メニ
ハ行爲能力ヲ有スルコトヲ要スルモ代理人ハ能力者タルコトヲ要セス更ニ
代理ニ在リテハ本人ハ代理行爲ニ依リ權利ヲ取得シ又ハ義務ヲ負フト雖モ
第三者ノ爲メニスル契約ニ在リテハ第三者ハ單ニ權利ヲ取得スルコトヲ得
ルニ止マル又本人ハ代理行爲ニ基キ直チニ權利ヲ取得スト雖モ後ニ述フル
カ如ク第三者ノ權利ハ必シモ直チニ發生セサル場合アリ本人ハ代理行爲ニ

依リ權利ノ取得ヲ拒絕スルコトヲ得スト雖モ第三者ハ權利ノ取得ヲ拒絕スルコトヲ得ヘシ

(ii) 傳來説 (Ableitungstheorie, Zessionstheorie, Ermächtigungstheorie) 此説ニ從

ヘハ第三者ノ爲メニスル契約ニ依リテ受約者カ一旦權利ヲ取得シ其權利カ
第三者ニ傳來スルモノトナス而シテ或ハ擬制的讓渡ニ依リ第三者ハ受約者
ヨリ其權利ヲ取得スルモノトナシ【註三】或ハ第三者ノ爲メニスル契約ニ依リ
受約者ハ第三者ニ對シ約束者ヨリ給付ヲ受領スヘキ權限ヲ授與スルモノト
ナス【註四】此兩説ハ實際ノ結果ニ於テ異ナル即擬制的讓渡ニ在リテハ受約者
ハ之ヲ撤回スルコトヲ得スト雖モ第三者ニ權限ヲ授與スルモノトナストキ
ハ受約者ハ之ヲ撤回スルコトヲ得然レトモ後説ハ單ニ受約者ヲシテ撤回ス
ルコトヲ得セシメンカ爲メニ前説ヲ變更セルニ過キササルモノニシテ根本ニ
於テハ同一ノ觀念ニ基ク此二箇ノ見解ハ共ニ之ヲ採ルコトヲ得ス(一)此二箇
ノ見解ハ當事者ノ意思ニ反ス當事者ハ直接ニ第三者ヲシテ權利ヲ取得セシ
ムル意思ヲ有シ第三者ヲシテ受約者カ一旦取得セル權利ヲ承繼セシムル意

思ヲ有セス(二)此説ニ從フトキハ先ツ受約者カ權利ヲ取得スルコトヲ要スト
ナスト雖モ受約者ハ權利ヲ取得スルコトナシ固ヨリ受約者ハ約束者ニ對シ
第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ請求スル權利ヲ取得スト雖モ其權利ハ第三
者ノ權利ト同一ノ内容ヲ有スル權利ニアラス若シ第三者ノ權利ハ受約者ヨ
リ承繼セルモノトセハ第三者ノ權利ハ受約者其人カ有スル權利ト同一ナラ
サルヘカラス然ルニ兩者ハ其内容ヲ異ニスルカ故ニ第三者カ受約者ノ權利
ヲ承繼シ又ハ權限ヲ授與セラレタルモノトナスコトヲ得ス(三)若シ此説ニ從
フトキハ第三者ノ權利ハ受約者ヨリ承繼セルモノナルカ故ニ約束者ハ單ニ
第五百三十九條ニ規定スル契約ニ基因スル抗辯ノミナラス受約者其人ニ對
シテ有スル抗辯ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルノ結果トナルヘシ(四)且
權利ノ讓渡ナリトセハ契約ヲ必要トシ又權限ノ授與ナリトセハ委任ニ依ル
ヘキモノト解スヘキカ故ニ第三者カ權利ヲ取得スルカ爲メニハ其承諾ヲ必
要トスルモノト云ハサルヘカラス讓渡ヲ擬制シ若クハ權限ヲ授與スルモノ
トナスハ實際ニ反ス

(四) 直接取得説 (Anwachsungstheorie, Creationstheorie)

以上述フル諸種ノ

學說ハ羅馬法ノ原則ニ矛盾スル所ナク第三者ノ爲メニスル契約ヲ説明セントスルカ故ニ満足ナル解決ヲ與フルコトヲ得ス完全ニ第三者ノ爲メニスル契約ヲ説明セントセハ須ラク羅馬法ノ原則ヲ排斥スルコトヲ要ス是レ第九世紀ノ終末ニ至リ認メラルルニ至リタル所ニシテ第三者ハ第三者ノ爲メニスル契約其モノニ基キテ直接ニ權利ヲ取得スルモノトナスノ見解ヲ生スルニ至レリ然レトモ此見解ニ在リテモ學說岐ル

(イ) 契約説 此説ハ第三者ハ第三者ノ爲メニスル契約其モノニ基キ直接ニ獨立ノ權利ヲ取得スルモノトナス即約束者カ受約者ニ對シテ第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ約スルニ依リテ第三者ハ權利ヲ取得スルモノトナス【註五】此説ニ從ヘハ第三者ハ第三者ノ爲メニスル契約其モノニ基キ直接ニ權利ヲ取得スルカ故ニ權利ヲ取得スルカ爲メニ第三者ノ承諾ヲ必要トセス又第三者ハ獨立ノ權利ヲ取得スルモノニシテ受約者カ約束者トノ契約ニ基キ一旦取得シタル權利ヲ承繼スルモノニアラス此ノ如ク第三者ハ直接ニ他人

間ノ契約ニ基キテ權利ヲ取得スルカ故ニ此説ハ契約ノ效力ハ當事者以外ノ第三者ニ及ハストノ羅馬法ノ原則ニ反ス然レトモ此原則ハ今日ノ取引上ノ必要及ヒ法律生活ヲ支配スル思想ニ合セサルハ明カナルカ故ニ羅馬法ノ羈絆ヲ脱シテ第三者ノ爲メニスル契約ノ效力ヲ認ムルコトヲ要ス從來第三者ノ爲メニスル契約ヲ以テ無効ト爲セルハ羅馬法ノ原則ヲ認ムルカ爲メナリ從テ此原則ヲ認メサルニ於テハ第三者ノ爲メニスル契約カ有效ニ成立スルコトヲ得ルハ當然ノ結果ニシテ他ニ其根據ヲ求ムルコトヲ要セス

(ロ) 片約説 此説ハ契約説ニ變更ヲ加ヘタルモノニシテ第三者ノ爲メニスル契約ハ當事者間ニ在リテハ契約ナリト雖モ第三者ニ對シテハ片約(einseitiges Versprechen)即單獨行爲タル性質ヲ有ス故ニ第三者ノ權利ハ單獨行爲ニ基キテ生スルモノトナス【註六】或ハ此説ニ類似シ約束者ノ一方的意思表示ノミニ依リテ第三者ハ權利ヲ取得ストナス者アリ【註七】此等ノ見解ハ債權カ單獨行爲ニ因リテ生スルコトヲ得ルモノトナス觀念ニ基クモノニシテ之ニ依リ契約ハ第三者ニ效力ヲ及ホサストノ原則ト調和ヲ圖ラントス

(六) 合同行為説

此説ハ片約説ト同シク第三者ノ爲メニスル契約ハ第三者ニ對シテハ一方的行為トナスノ見解ヲ採ルト雖モ其一方的行為ハ約束者又ハ受約者ノ一方ノ意思ニ依リテ成立スルニアラス雙方ノ合意ニ依リテ成立スルモノナルカ故ニ合同行為(Gesamtakt)トナス【註ハ】

以上三説ノ中契約説ヲ以テ當ヲ得タルモノトナササルヘカラス(一)片約説若クハ合同行為説ハ第三者ノ爲メニスル契約ヲ以テ一方ニ於テハ契約ニシテ他方ニ於テハ單獨行為若クハ合同行為トナスカ故ニ一箇ノ行為ヲ二箇ノ行為ニ分析スルモノナリ然レトモ第三者ノ爲メニスル契約ハ約束者ト受約者トノ間ニ於ケル合意ニ依リテ成立ス故ニ合意其モノヲ以テ第三者ニ債權ヲ取得セシムルコトヲ目的トスル一方的行為(片約若クハ合同行為)トナスハ論理上認ムルコトヲ得ス特ニ合同行為トナスハ謬レリ(二)且此説ニ從フトキハ受約者ノ權利即第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ請求スル權利ハ契約ニ基キテ生シ第三者ノ權利ハ一方的行為ニ基キテ生スルカ故ニ兩者ハ其原因ヲ異ニス從テ二箇ノ行為ハ獨立シ一方ノ行為カ無効ナルモ必シモ他方ノ行為

ハ無効ヲ來ササルノ結果ヲ生スヘシ特ニ約束者一方ノ意思表示ニ依リテ第三者カ權利ヲ取得スルモノトナストキハ契約カ無効ナルモ必シモ約束者ノ意思表示ノ無効ヲ來スモノニアラス故ニ二箇ノ行為ニ分析スルノ見解ハ實際ニ於テ種種ノ不都合ノ結果ヲ生スヘシ(三)更ニ第三者ノ權利カ一方的行為ニ基キテ生スルモノトナストキハ約束者ハ受約者トノ契約ニ基キテ生セル抗辯(第五百三十九條)ヲ第三者ニ對シ援用スルコトヲ得サル結果トナルヘシ蓋當事者ノ契約ト第三者ノ權利ノ原因タル行為トハ獨立スルカ故ニ約束者ハ契約ニ基キテ生セル抗辯ヲ以テ第三者ニ對シ援用スルコトヲ得ルモノトナスコトヲ得サルカ故ナリ故ニ此點ヨリ見ルモ一方的行為説ハ之ヲ採ルコトヲ得ス(四)或ハ一方的行為説ニ從フトキハ契約ノ效力ハ當事者以外ノ者ニ及ハストノ原則ト調和スルコトヲ得ルモノトナス然レトモ一方的行為説ニ從フモ行為ニ參加セサル第三者カ權利ヲ取得スルコトヲ得ルコトヲ認メサルヘカラス既ニ一方的行為ニ依リテ第三者カ權利ヲ取得スルコトヲ得ルモノトナスニ於テハ契約ニ依リ第三者カ權利ヲ取得スルコトヲ認ムルコトヲ

得サル理由ナシ

以上述フル所ニ由リテ觀レハ契約說ヲ以テ當ヲ得タルモノトナササルヲ得ス我法典ハ第五百三十七條第一項ニ於テ契約ニ依リ當事者ノ一方カ第三者ニ對シテ或給付ヲ爲スヘキコトヲ約シタルトキハ其第三者ハ債務者ニ對シテ直接ニ其給付ヲ請求スル權利ヲ有スト規定スルカ故ニ契約說ヲ採ルハ明カナリ

【註一】獨普通法ニ在リテハ Busch, Arch. f. civilist. Prax B. 43 S. 47, Plahner, Arch. f. civilist. Prax B. 50 S. 221, Rudorff zu Puchta § 277 note k, Walter, d. Pr. R. S. 290 尙 Beseler, Erbverträge S. 76fg ハ 第三者ハ承諾ト性質ヲ異ニスル行爲ニ依リテ權利ヲ取得スルコトヲ得ルモノトナシ之ヲ參加(Beitritt)ト稱ス更ニ佛民法第千百二十一條ノ解釋ニ關シテハ議論岐ル通說ニ從ヘハ承諾說ヲ採リ第三者ハ約束者、受約者間ノ契約ニ基キテ直接ニ權利ヲ取得スルコトヲ得ス第三者カ承諾ヲ爲スニ依リテ第三者トノ間ニ契約カ成立シ之ニ基キテ第三者ハ權利ヲ取得スルモノトナス(Colmet de

Santerre, V n. 23 bis IV, Demolombe, XXIV n. 248, Laurent, XV n. 559, Thiry II n. 595)

【註二】Mühlenbruch, Erläuterung d. Pand. Th. 38 § 14, Thibaut, Pand. Th. I § 30, Savigny, Obligationenrecht II § 59, Vangerow § 608 Anm. Arndts, § 245 Anm. 3, Sintenis, Civilrecht § 102 佛法ニ於テハ Planiol, II n. 1261 此見解ヲ採ル

【註三】Heyer, Abhandlungen aus versch. Theilen d. Rechtswissenschaft S. 30 fg, Strippelmann, Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel 5 S. 12fg, Dernburg, Heidelb. kr. Zeitsch. I S. 11fg, Koch, Uebergang der Forderungsrechte S. 48fg, Zaun, Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft B. I S. 42 fg

【註四】Bähr, Jahrb. f. Dogm. B. 6 S. 146 fg

【註五】此說ハ羅馬法ノ舊套ヲ脱セサル從來ノ諸說ヲ排斥シテ唱ヘラレタルモノニシテ Unger, Jahrb. f. Dogm. B. 10 S. 11fg, 特ニ此說ヲ力説ス Regelsberger, Krit. Vierteljahrsschr. B. XI S. 559 fg, Windscheid, § 316 a, Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter S. 223fg 其他ノ學者カ此說ニ從フニ至リ獨普

通法ノ通説トシテ認メラレ獨民法ハ此説ニ從フテ規定ヲ設クルニ至レリ (Motive S. 268) 獨民法ノ通説ハ此見解ヲ採ル (Planck-Siber, Vorbem. IV 2 2 § vor 328, Örtmann § 328 Nr. 2, Schollmeyer Nr. 2, Staudinger-Kuhlenbeck, Vorbem. III vor § 328, Dernburg § 104, Enneccerus § 258 II, Endemann § 127, Crome § 179, Mathias § 87 II B. u. a. m) 佛民法ニ於テモ亦此見解ヲ採ル者アリ即、第三者ハ他人ノ爲メニスル契約其モノニ依リテ權利ヲ取得シ第三者ノ受益ノ意思表示ハ單ニ當事者ヲシテ第三者ノ取得セル權利ヲ消滅セシムルコトヲ得サラシムル效力ヲ有スルニ過キササルモノトナス (Hue VII n. 481, Baudry-Lacantinerie et Barde XII n. 154)

【註六】 Siegel, Versprechen S. 143 fg, Hasenöhrl I S. 460

【註七】 Stammler, Schuldverhältnisse S. 239

【註八】 Hellwig a. a. O. S. 256 fg

第三款 第三者ノ爲メニスル契約ノ

性質

第三者ノ爲メニスル契約ノ性質

第三者ノ爲メニスル契約 (pacta in favorem terti) トハ第三者ヲシテ直接ニ當事者ノ一方ニ對シ債權ヲ取得セシムル契約ヲ云フ從テ第三者ノ爲メニスル契約ニ在リテハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ約シ相手方カ之ヲ承諾スルニ依リテ其效力ヲ生ス 第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ約スル者ヲ約束者 (promittent, Versprechende) ト稱シ其約束ヲ承諾スル者ヲ受約者 (Promissar, Stipulant, Versprechensempfänger) ト稱ス【註一】 第三者ノ爲メニスル契約ノ意義ヲ説明スレハ
(一) 第三者ノ爲メニスル契約ハ、**契約當事者ハ、一方約束者カ、相手方(受約者)ニ對シ、第三者ニ或給付ヲ爲スヘキコトヲ約スル契約ナリ** (第五百三十七條第一項) 契約ノ當事者ハ、**契約締結者其人ニシテ自己ノ名義ヲ以テ契約ヲ締結ス** 第三者ハ、**契約ノ當事者トシテ契約締結ニ參加スルコトナシ** 又受約者ハ、**第三者ヲ代理シテ契約ヲ締結スルモノニアラス**

(二) 第三者ノ爲メニスル契約ハ第三者ヲシテ直接ニ當事者ノ一方(約束者)ニ對シテ權利ヲ取得セシムル契約ナリ故ニ第三者ハ自ラ其契約ニ參加シ若クハ承諾スルコトヲ要セス契約其モノニ依リテ權利ヲ取得ス第五百三十七條第二項ニ於テ第三者ノ權利ハ債務者ニ對シテ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時ニ發生スル旨ヲ規定スト雖モ後ニ述フルカ如ク是レ單ニ第三者ノ權利發生ノ條件ヲ定メタルモノニシテ第三者ノ承諾ノ意思表示ヲ要スル旨ヲ定メタルモノニアラス

(三) 第三者ノ爲メニスル契約ハ第三者ヲシテ獨立ノ權利ヲ取得セシムル契約ナリ故ニ第三者ノ權利ハ受約者ヨリ傳來セルモノニアラス第三者ハ契約ニ依リテ約束者ニ對シテ自己固有ノ權利ヲ取得ス第五百三十七條第一項ニ於テ「第三者ハ債權者ニ對シテ直接ニ其給付ヲ請求スル權利ヲ有ス」ト規定セルハ即、第三者ノ權利カ傳來的ノモノニアラサルコトヲ明カニセルモノナリ【註二】

(四) 第三者ノ爲メニスル契約ハ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムル契約ナ

リ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルコトヲ要スルカ故ニ第三者ヲシテ他ノ權利例ヘハ物權ヲ取得セシムルコトヲ得ス【註三】又第三者ノ爲メニスル契約ハ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムル契約ナルカ故ニ約束者ヲシテ單ニ受約者ニ對シ第三者ニ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負ハシムルニ過キササル契約ハ第三者ノ爲メニスル契約ニアラス廣ク第三者ノ爲メニスル契約ト稱スルトキハ第三者カ其契約ニ基キテ權利ヲ取得スル場合ト第三者カ權利ヲ取得セサル場合トヲ含ム蓋約束者ハ受約者ニ對シテ第三者ニ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スルモ第三者ハ必シモ約束者ニ對シテ給付ヲ請求スル權利ヲ取得スルモノニアラス單ニ約束者カ受約者ニ對シテ第三者ニ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔シ第三者ハ其反射作用トシテ利益ヲ取得スルニ過キササル場合アリ此場合ニハ約束者ハ第三者ニ履行ヲ爲スニ依リテ受約者ニ對スル債務ヲ免ルルコトヲ得ヘシト雖モ第三者ニ對シテ債務ヲ負擔スルコトナシ故ニ此ニ論スル第三者ノ爲メニスル契約ニアラス【註四】【註五】【註六】

(五) 第三者ノ爲メニスル契約ハ其基本タル契約ト共ニ一箇ノ契約ヲ成ス

モノナリ第三者ノ爲メニスル契約ハ約束者、受約者間ニ於ケル基本タル契約ニ伴フテ締結セラレルヲ常トス例ヘハ賣買契約ニ伴フテ買主カ其代金ヲ第三者ニ支拂フヘキコトヲ約スルカ如シテ或ハ當初基本契約ノ締結ト共ニ第三者ノ爲メニスル契約ヲ約スル場合アリ或ハ基本契約カ締結セラレタル後第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結スル場合アリ基本タル契約ト第三者ノ爲メニスル契約トカ如何ナル關係ヲ有スルヤニ關シテハ議論岐レ或ハ兩者ハ相合シテ一箇ノ契約ヲ成スモノトナシ【註七】或ハ主タル契約ト從タル契約トノ關係ヲ有スルモノトナス【註八】前ノ見解ヲ正當トス即約束者、受約者間ニ存スル基本タル契約ハ第三者ノ爲メニスル契約カ加ハルニ依リテ單ニ其内容ヲ變更セルニ過キササルモノトス從テ例ヘハ賣買契約ト共ニ買主カ第三者ニ代金ヲ支拂フヘキコトヲ約セル場合ニハ賣買契約ノ内容ヲ變更セルニ過キサ後ノ見解ノ如ク二箇ノ契約トナスハ理論上其必要ナク徒ニ無益ノ擬制ヲ爲スニ過キサ蓋一箇ノ契約ニ基キ受約者ト第三者トハ各内容ノ異ナレル權利ヲ取得スルコトヲ得ルカ故ニ特ニ二箇ノ契約カ存スルモノトナスコト

ヲ要セサルカ故ナリ而シテ此二箇ノ見解ハ實際ノ結果ニ於テ差異ヲ生ス即二箇ノ契約カ存スルモノトナストキハ第三者ノ爲メニスル契約カ無効ナルカ又ハ取消サルルモ基本タル契約ハ其效力ヲ失フコトナシト雖モ若シ一箇ノ契約ノミ存ストナストキハ全契約カ無効ニ歸スルモノトス

【註一】法典ハ約束者ヲ稱スルニ債務者ナル文字ヲ用ユ約束者ヲ債務者ト稱スルハ第三者ニ對シテ債務者タルカ爲メナルカ或ハ受約者ニ對シテ債務者タルカ爲メナルカ明カナラス第五百三十七條ニ從ヘハ第三者ノ權利發生前ニ於テ約束者ヲ債務者ト稱スルカ故ニ受約者ニ對シテ債務者タルコトヲ示スモノト解セサルヘカラス然レトモ約束者ハ常ニ必シモ受約者ニ對シテ債務(第三者ニ給付ヲ爲スヘキ債務)ヲ負擔スルモノニアラス故ニ約束者ヲ債務者ト稱スルハ當ヲ得ス

我國一般ノ用例ニ從ヘハ舊民法ノ用語ニ倣ヒ約束者ヲ諾約者ト稱シ受約者ヲ要約者ト稱ス然レトモ要約者、諾約者ナル文字ハ單ニ申込者、承諾者ヲ示スニ過キササルカ故ニ第三者ノ爲メニスル契約ニ於ケル受約者

約束者ヲ示スニ適セス

【註二】 通常學者ハ「直接ニ」(unmittelbar)ナル文字ハ「承諾ナクシテ」ノ意義ニ用ヒ第三者カ契約其モノニ依リテ權利ヲ取得スルコトヲ示ス然レトモ第五百三十七條第一項ハ「債務者ニ對シテ直接ニ」ト云フカ故ニ同條ノ「直接ニ」ナル文字ハ中間ノ媒介ナク第三者カ債務者ニ對シテ權利ヲ取得スルコトヲ云フモノト解スヘク從テ第三者ノ權利カ傳來的ノモノニアラサルコトヲ示スモノト云ハサルヘカラス

【註三】 第三者ヲシテ直接ニ物權ヲ取得セシムル契約カ有效ニ成立スルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ議論岐ル或ハ第三者ヲシテ物權ヲ取得セシムル契約カ成立スルコトヲ得ルモノトナス學說アリ (Unger a. a. O. S. 61. Gareis a. a. O. S. 33, Strohal, Jahrb. f. Dogm. B. 38 S. 86, fg, Enneccerus § 259) 然レトモ契約ノ效力カ第三者ニ對シテ效力ヲ生スルハ法律ノ規定ニ依リテ始メテ之ヲ認ムルコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ特別ノ規定ナキニ於テハ第三者ヲシテ物權ヲ取得セシムル契約ハ之ヲ認ムルコトヲ得

サルヘシ (Ehrenzweig, Zweigliedrige Verträge S. 20, Hellwig, a. a. O. S. 53, Wolff, Sachenrecht § 38 II 3, Planck-Siber, Vorbem. V I vor § 328)

【註四】 此區別ハ從來認メラレタル所ニシテ兩者ヲ區別スルカ爲メニ眞正 (echt) 及ヒ不眞正 (unecht) ノ文字ヲ冠スル者アリ (Enneccerus § 258 IV 1, Staudinger-Kuhlenbeck, Vorbem. vor § 328 III b) 〱ルウツヒハ此名稱ヲ不可トシ第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムル (berechtigenden) 契約ト第三者ニ權利ヲ附與スル (ermächtigenden) 契約トニ區別ス而シテ氏ハ兩者ヲ併セテ第三者ニ給付ヲ爲スヘキ契約 (Vertrag auf Leistung an Dritte) ト稱ス然レトモ約束者カ受約者ニ對シ第三者ニ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スル場合ニ第三者ハ常ニ必シモ受領ノ權限ヲ取得スルモノニアラス又約束者カ第三者ニ辨濟ヲ爲スニ依リテ受約者ニ對シテ負擔スル債務ヲ免ルルハ第三者カ辨濟受領ノ權限ヲ有スルカ爲メニアラス第三者ニ對スル給付ハ受約者ニ對シテ負擔スル債務ノ内容ヲ爲スカ爲メナリ故ニヘルウツヒノ區別ハ當ヲ得タルモノト云フヲ得ス

第三者ノ爲メニスル契約若クハ第三者ノ利益ノ爲メニスル契約(Vertrag zu Gunsten Dritter)ナル名稱ハ廣狹何レノ意義ニモ用ユルコトヲ得ヘシト雖モ第五百三十七條以下ニ規定スル契約ハ第三者ニ權利ヲ取得セシムル契約ノミニ關スルモノナルカ故ニ第三者ノ爲メニスル契約ナル名稱ハ狹義ニ用ユルヲ適當トス

【註五】約束者カ單ニ受約者ニ對シテ第三者ニ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スル契約カ有效ニ成立スルコトヲ得ルハ疑ヲ容レス第三者カ辨濟受領ノ權限ヲ有スル場合(solutionis causa adjectus)ハ即之ニ屬ス(一四一七頁参照)而シテ第三者ハ契約ニ基キテ權利ヲ取得スルモノニアラサルカ故ニ其受クル利益ハ單ニ契約ノ反射作用タルニ過キス然レトモ受約者ハ約束者カ第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトニ付キ自ラ利益ヲ有スル場合ニハ第三者ニ對シ給付ヲ爲スコトハ受約者其人ニ對スル給付タルコトヲ得ルカ故ニ受約者ニ債權ヲ取得セシムルコトヲ得ルハ明カナリ約束者ハ相手方タル受約者ニ給付ヲ爲サス第三者ニ給付ヲ爲スコトヲ要スル

カ故ニ通常ノ場合ニ比シ單ニ給付ノ方法ヲ異ニスルニ過キス從テ此種ノ契約ニ關シテハ通常ノ契約ニ關スル規定ヲ適用スルコトヲ得ヘシ

【註六】或ハ契約ニ依リ第三者ヲシテ債務ヲ免レシムル場合アリ第三者カ債權者トノ契約ニ依リ既存ノ債務ヲ引受ケ又ハ更改ヲ約スルカ如シ此等ノ場合ニハ舊債務者ハ債務ヲ免レ利益ヲ受クト雖モ債權ヲ取得スルモノニアラサルカ故ニ第三者ノ爲メニスル契約ニアラス又舊債務者ト新債務者トノ契約ニ依リテ債務ノ引受ヲ約スル場合ニ第三者ノ爲メニスル契約カ成立ストナス說アリト雖モ其非ナルハ既ニ論セリ(一三三〇頁以下)其他抵當權者カ抵當權設定者ト抵當權ヲ拋棄スルノ契約ヲ締結セル場合ニハ後順位ノ抵當權者ハ其順位ヲ進ムルノ利益ヲ取得スト雖モ第三者ノ爲メニスル契約ニアラス

【註七】 Staudinger-Kuhlenbeck S. 296, Psanck-Siber S. 416

【註八】 Hellwig a. a. O. S. 471g, Rappaport, Einrede aus dem fremden Schuldverhältnis S. 133

第四款 第三者ノ爲メニスル契約ノ要件

第三者ノ爲メニスル契約ノ要件

第三者ノ爲メニスル契約カ有效ニ成立スルカ爲メニハ左ノ要件ヲ具フルコトヲ要ス

(一) 約束者、受約者間ニ有效ナル契約カ成立スルコトヲ要ス。契約成立ノ要件ハ一般ノ原則ニ從フ故ニ若シ不法、錯誤、不合意其他ノ原因ニ因リテ契約カ成立セザルトキハ第三者ハ權利ヲ取得スルコトナシ。約束者及ヒ受約者カ虛偽ノ意思表示ニ依リテ第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結セル場合ニハ約束者ハ第五百三十九條ニ依リ契約ノ無効ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルカ故ニ縱令第三者カ善意ナルモ權利ヲ取得スルコトヲ得ス。約束者、受約者間ノ契約カ無能力、強迫等ノ原因ニ基キテ取消スコトヲ得ヘキ場合ニ於テモ第三者ハ權利ヲ取得スルコトヲ得然レトモ取消サレタル場合ニハ第三者ノ權利ハ既往ニ遡リテ消滅ス。當事者ノ一方ノ詐欺ニ因リテ締結セラレタル第三者

ノ爲メニスル契約カ取消サレタル場合亦同シ而シテ利益ヲ享受スル第三者カ其詐欺ノ事實ヲ知リタルト否トニ關スル所ナク約束者ハ第五百三十九條ニ依リテ取消ノ結果ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルカ故ニ取消ニ依リ第三者ハ權利ヲ失フ然レトモ第三者カ約束者ニ對シ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テ受約者カ其事實ヲ知ラサルトキハ縱令利益ヲ享受スル第三者カ其事實ヲ知ルモ其契約ヲ取消スコトヲ得ス。是レ第九十六條第二項ノ解釋上明カナリ利益ヲ享受スル第三者カ惡意ナル場合ニ取消スコトヲ得ルモノトナスカ爲メニハ特ニ其明文アルコトヲ要ス。從テ我法典ノ解釋トシテハ縱令利益ヲ享受スル第三者カ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テモ受約者カ善意ナルトキハ契約ヲ取消スコトヲ得ス。然レトモ第三者ノ詐欺行爲カ不法行爲ノ要件ヲ具フル場合ニハ第三者ハ損害賠償ノ責ニ任ス〔註二〕

上述スルカ如ク第三者ノ爲メニスル契約ハ契約成立ニ關スル一般要件ヲ具フルコトヲ要スルノミナラス債權契約トシテノ要件ヲ具フルコトヲ要ス。蓋第三者ノ爲メニスル契約ハ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルコトヲ目的

第三編 債權

第一部 債權總論 第七章 債權ノ發生 第八節 第三者ノ爲メニスル契約

トスル契約ナルカ故ナリ從テ第三者ニ對スル給付ハ適法、確定、可能ニシテ且法律上保護スヘキ價值アルコトヲ要ス然レトモ其給付ノ種類ハ之ヲ問ハス單ニ作爲ノミナラス不作爲ヲ物體トスル第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結スルコトヲ得例ヘハ貸貸人カ其賃借人ノ爲メニ隣人ト夜中音樂ヲ奏セサルコトヲ約スルコトヲ得ヘシ

第三者ノ爲メニスル契約ハ如何ナル給付ニ付キテモ之ヲ約スルコトヲ得ルカ故ニ如何ナル契約ニ關シテモ附加シテ之ヲ約スルコトヲ得第三者ノ爲メニスル契約カ最、適用アルハ保險契約(商法第三百八十四條、第四百一條)運送契約(第三百四十三條)終身定期金契約(第六百八十九條)負擔附贈與(第五百五十三條)供託(第四百九十四條以下)等ナリト雖モ尙其他ノ契約ニ關シテモ第三者ノ爲メニスル契約ヲ附加スルコトヲ得而シテ或ハ契約締結ト同時ニ當事者ノ一方カ第三者ニ對シテ給付ヲ爲スヘキコトヲ約スルコトヲ得ヘク或ハ契約締結後ニ至リ第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ定ムルコトヲ得ヘシ何レノ場合ニ於テモ基本タル契約ト第三者ノ爲メニスル契約ハ合シテ一箇ノ契約

ヲ成スモノトス例ヘハ賣買契約ニ在リテ買主カ第三者ニ代金ヲ支拂フヘキコトヲ定ムル場合ニハ買主(約束者)カ賣主(受約者)ニ對シテ負擔スル債務ノ内容ハ金錢給付ニアラス第三者ニ金錢ヲ支拂フコトカ即、賣主ニ對スル債務ノ内容トナルカ故ニ賣買ニアラス賣買ニ類似スル契約ニ變スルモノト云ハサルヘカラス此ノ如ク第三者ノ爲メニスル契約ハ基本タル契約ト一體ヲ成スモノナルカ故ニ基本タル契約カ無効ナルトキハ第三者ノ爲メニスル契約モ亦成立スルコトヲ得ス

【註一】獨民法第二百二十三條第二項第二段ニ依レハ相手方以外ノ者カ意思表示ニ依リテ直接ニ權利ヲ取得シタル場合ニ其者カ詐欺ヲ知り又ハ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ其者ニ對シテ意思表示ヲ取消スコトヲ得ヘキ旨ヲ定ム而シテ通説ニ依レハ此規定ハ第三者ノ爲メニスル契約ニ適用アルモノトナス(Planck § 123 Nr. IV, Hölder Nr. 5, Örtmann Nr. 3 a, Ki-pp zu Windscheid S. 406, Thur, Allg. Teil S. 618 反對 Hellwig a. a. O. S. 286fg)

乾氏(法學志林第十七卷第三號)第三者ノ詐欺ト其第三者ノ利益ノ爲メ

ニスル契約ハ第九十六條第一項ノ解釋ニ依リテ約束者ハ第三者ニ對シテ生シタル效力ヲ取消スコトヲ得ルモノトナシ前掲獨民法第百二十三條ト同一ノ結果ヲ得ヘキモノトナス然レトモ此見解ハ探ルコトヲ得ス蓋第九十六條第二項ハ第一項ヲ制限セルモノニシテ相手方アル意思表示ヲ取消ス場合ニハ必第二項ノ規定ニ從フコトヲ要ス從テ約束者カ第三者ノ詐欺ニ因リテ受約者ニ對シテ第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ承諾セル場合ニハ第二項ヲ適用スルコトヲ要シ第一項ヲ適用スル餘地ナシ故ニ契約ノ利益ヲ享受スル第三者ニ對シテ生セル效力モ亦第二項ノ要件ヲ具ヘタル場合ニ於テノミ之ヲ取消スコトヲ得ルモノトス從テ特ニ明文アルニアラサレハ受約者(即意思表示ノ相手方)カ善意ナル場合ニハ第三者ニ對シテ生セル效力ヲ取消スコトヲ得ス且若シ第一項ヲ適用シ第三者ニ對シテ生セル效力ヲ取消スコトヲ得ルモノトナストキハ第三者カ善意ナル場合ニ於テモ尙取消スコトヲ得ルノ結果トナルヘシ獨民法第百二十三條ハ第三者カ詐欺ヲ知り又ハ知ルコトヲ得ヘカリシ場

合ニ於テノミ第三者ニ對シテ意思表示ヲ取消スコトヲ得ヘキ旨ヲ定ムルカ故ニ不都合ナル結果ヲ生スルコトナシト雖モ第九十六條第一項ノ適用ニ依リテ第三者ニ對シテ生セル效力ヲ取消スコトヲ得ヘキモノトナストキハ第三者カ善意ナル場合ノミニ之ニ對シテ取消スコトヲ得ルモノトナスコトヲ得ス若シ第三者カ善意ナル場合ニ於テモ之ニ對シテ取消スコトヲ得ルモノトナストキハ第二項ノ精神ハ全然没却セラルルニ至ルヘシ更ニ此場合ニ約束者ノ取消權ヲ認ムルトキハ第百二十三條ニ從ヒ受約者ニ對スル意思表示ニ依リテ第三者ニ對シテ生セル效力ヲ取消スコトヲ要スヘキカ故ニ(獨民法第百四十二條第二項ハ第三者ニ對スル意思表示ニ依リテ取消スコトヲ得ルモノト定ム)他人ニ對シテ爲サレタル意思表示ニ依リテ第三者ハ取消ノ效果ヲ受クルコトトナルヘシ從テ取消アリタルヤ否ヤノ事實ニ關シテ生シ實際ニ於テ困難ナル問題ヲ惹起スヘシ更ニ一步ヲ進メテ論スレハ受約者カ善意ナル場合ニハ縱令第三者カ善意ナリトスルモ第三者ニ對シテ取消スコトヲ得ルモノ

トナスハ果シテ當ヲ得タルモノナリヤ否ヤ疑ナキ能ハス蓋此場合ニ第三者ニ對シテ生セル效力ヲ取消シ第三者ヲシテ權利ヲ取得スルコトヲ得サラシムルトキハ第三者受約者間ニ於ケル對價關係ニ影響ヲ及ホシ善意ノ受約者ハ損害ヲ受ケ第九十六條第二項ノ保護ヲ受クルコトヲ得サルニ至ルコトアルヘキカ故ナリ例ヘハ約束者カ第三者ノ詐欺ニ因リ受約者ヨリ高價ニ買取リ且其代金ヲ受約者ノ債權者(即利益ヲ享受スル第三者)ニ支拂ヒ之ニ依リテ受約者ヲシテ債務ヲ免レシムルコトヲ約セル場合ニ若シ受約者ノ債權者カ惡意ナルカ爲メ債權者ニ對シテ取消スコトヲ得ルモノトナストキハ受約者ハ債務ヲ免ルコトヲ得サル結果トナルヘシ故ニ惡意ノ第三者ニ對シテ取消スコトヲ得ルモノトナスハ必シモ當ヲ得タルモノト云フコトヲ得ス從テ獨民法第百二十三條第二項第二段ノ規定カ第三者ノ爲メニスル契約ニ適用アリヤ否ヤハ學者間ニ議論岐ルル所ニシテ立法論トシテモ獨民法ノ規定ヲ採ルヘキヤ否ヤハ議論ノ餘地アリ解釋論トシテ牽強附會スルノ必要アルヲ見ス

(二) 當事者以外ノ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルコトヲ約スルコトヲ要ス當事者以外ノ第三者ヲシテ約束者ニ對シテ給付ヲ請求スル債權ヲ取得セシムル場合ニ於テノミ第三者ノ爲メニスル契約ハ成立スルコトヲ得利益ヲ享受スヘキ第三者ハ自然人タルト法人タルトヲ問ハス又第三者ハ契約締結當時確定スルヲ通常トスト雖モ必シモ其當時確定スルコトヲ要セス後ニ至リ確定スルコトヲ得ルヲ以テ足ル此點ニ關シテ我法典ハ直接ノ規定ヲ缺クト雖モ債權者カ客觀的ニ確定セサル場合ニ於テモ供託ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ一般ニ將來確定シ得ヘキ第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結スルコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス然レトモ此場合ニハ第三者カ確定スルニ至リテ始メテ第三者ノ爲メニスル契約ハ效力ヲ生スルモノトス而シテ第三者ヲ確定スルニハ或ハ約束者若クハ受約者ノ意思ニ基キテ確定セシムルノ方法ヲ採ルコトヲ得ヘク或ハ或一定ノ事實ノ發生ニ依リテ第三者ヲ確定スルノ方法ヲ採ルコトヲ得ヘシ

(三) 第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルコトヲ約スルコトヲ要ス即契約當

事者ハ第三者ヲシテ約束者ニ對シ給付ヲ請求スル權利ヲ取得セシムル意思ヲ有スルコトヲ要ス既ニ述ヘタルカ如ク廣ク第三者ノ爲メニスル契約ヲ解スルトキハ第三者ニ權利ヲ取得セシムル契約ノミナラス單ニ約束者ヲシテ受約者ニ對シ第三者ニ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔セシムル契約ヲモ含ム從テ其何レノ契約ナリヤハ當事者ノ意思ニ依リテ之ヲ決定セサルヘカラス此點ニ關シテハ立法及ヒ學說岐レ或ハ推定規定ヲ設ケ疑アル場合ニハ第三者ハ權利ヲ取得スルモノトナシ【註二】或ハ此ノ如キ推定規定ヲ設ケス一ニ當事者ノ意思ニ依リテ第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムル契約ナリヤ否ヤヲ決定スヘキモノトナス【註三】我法典ハ後ノ見解ニ從ヒ推定規定ヲ設クル所ナシ故ニ當事者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ決定セサルヘカラス然レトモ第三者ニ權利ヲ取得セシムルノ意思ハ必シモ明示タルコトヲ要セサルカ故ニ各場合ノ事情契約ノ目的等ニ依リテ當事者ノ意思ヲ定ムヘシ

【註二】 匈牙利民法草案第八百九條第二項ハ受約者カ第三者ノ利益ヲ圖ルカ爲メニ第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結セル場合ニハ第三者ヲシテ

權利ヲ取得セシムル意思アルコトヲ推定スヘキ旨ヲ定ム

【註三】 獨普通法ノ通説ハ各場合ニ之ヲ決定スヘキモノトナシ獨民法、瑞

債務法モ亦特ニ推定規定ヲ設ケス(Vergl. Hellwig a. a. O. S. 148)

(四) 直接ニ、第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルコトヲ約スルコトヲ要ス故ニ若シ第三者ノ承諾ニ依リ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルコトヲ約スル場合ニハ第三者ハ契約當事者若クハ其一方トノ契約ニ依リテ債權ヲ取得スルモノニシテ直接ニ當事者ノ契約ニ依リテ債權ヲ取得スルモノニアラス從テ第三者ノ爲メニスル契約ニアラス第五百三十七條第二項ニ於テ第三者ノ權利ハ第三者カ債務者ニ對シテ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時ニ發生スル旨ヲ規定スルカ故ニ恰モ第三者ハ承諾ニ依リテ權利ヲ取得スルモノノ如ク解スヘキカ如シト雖モ後ニ論スルカ如ク同項ノ所謂ル受益ノ意思表示ハ承諾タル性質ヲ有スルモノニアラス

第五款 第三者ノ爲メニスル契約ノ

效力

第一項 第三者ニ對スル效力

第一目 第三者ノ權利ノ發生

他人間ノ契約ニ基キテ直接ニ第三者カ權利ヲ取得スルコトヲ得トノ原則ヲ認ムルニ於テハ第三者ハ其契約ニ參加スルコトヲ要セス。直接ニ契約其モノニ依リテ權利ヲ取得スルコトヲ得ヘシ從テ第三者ハ其契約アルコトヲ知ラス又ハ權利ヲ取得スルコトヲ欲セサルモ尙權利ヲ取得スルモノトス。是レ既ニ論セルカ如ク近世ニ於ケル第三者ノ爲メニスル契約ノ觀念ヨリ當然生スル結果ナリ。然ルニ我法典ハ第五百三十七條第一項ニ於テ契約ニ依リ當事者ノ一方カ第三者ニ對シテ或給付ヲ爲スヘキコトヲ約シタルトキハ其第三者ハ債務者ニ對シテ直接ニ其給付ヲ請求スル權利ヲ有スト規定シ。第三者ノ權利ハ契約其モノヨリ生スルコトヲ定ムルニ拘ラス。第二項ニ於テハ前項ノ場合ニ於テ第三者ノ權利ハ其第三者カ債務者ニ對シテ契約ノ利益ヲ享受ス

第三者ニ對スル效力
 第三者ノ權利ノ發生

ル意思ヲ表示シタル時ニ發生スル旨ヲ規定ス。若シ第一項ハ最近ノ學說ニ從ヒ第三者ハ契約其モノニ依リテ直接ニ權利ヲ取得スルコトヲ認メタルモノトセハ第二項ノ定ムルカ如ク第三者ノ權利ヲ發生スルカ爲メニ第三者ノ受益ノ意思表示ヲ要スルモノトナスハ解スヘカラス。從テ此二箇ノ規定ハ表面上矛盾スルハ明カナリ。〔註二〕此矛盾ヲ解決スル方法トシテ種種ノ見解ヲ想像スルコトヲ得ヘシ

(一) 或ハ我法典ハ先ニ擧ケタル承諾說ヲ採リ第三者ノ權利ハ契約其モノニ依リテ生スルニアラス。第三者ノ承諾ニ依リテ始メテ生スルモノト解スルコトヲ得ヘシ。從テ此見解ニ從フトキハ第三者ノ受益ノ意思表示ハ承諾タル性質ヲ有スルモノト解スヘク且第二項ハ第三者ハ債務者ニ對シテ受益ノ意思表示ヲ爲スヘキモノトナスカ故ニ第三者ト債務者トノ契約ニ依リテ權利ヲ取得スルコトトナルヘシ。〔註三〕然レトモ此說ハ第三者ノ爲メニスル契約ノ觀念ヲ認メサリシ時代ノ思想ニ復歸セントスルモノニシテ畢竟第三者ノ爲メニスル契約ノ觀念ヲ否認セントスルモノナリ。蓋若シ第三者カ承諾ヲ爲シ

テ始メテ權利ヲ取得スルコトヲ得ルモノトセハ第三者ノ爲メニスル契約ナル觀念ヲ認ムルコトヲ要セス一般契約ニ關スル規定ヲ適用スルヲ以テ足ルカ故ナリ故ニ此見解ニ從フコトヲ得ス更ニ第五百三十七條第一項ニ於テハ第三者ハ契約其モノニ依リ債務者ニ對シテ給付ヲ請求スル權利ヲ有スル旨ヲ規定スルカ故ニ第三者ハ契約其モノニ依リテ權利ヲ取得スルモノトナスハ明カニシテ承諾ニ依リテ權利ヲ取得スルモノトナスコトヲ得ス又第二項ニ於テハ「契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時」ナル文字ヲ用ユルニ依リテ見レハ此文字ヲ以テ承諾ノ意義ヲ有スルモノトナスコトヲ得ス且若シ受益ノ意思表示ヲ以テ承諾トナストキハ先ツ第三者ニ對シ契約ノ利益ヲ享受スルヤ否ヤノ申込アルコトヲ要ス當事者間ニ於ケル契約其モノヲ以テ申込トナスコトヲ得ス然ルニ此ノ如キ申込ヲ爲スコトヲ要セサルニ依リテ見レハ受益ノ意思表示ヲ以テ承諾トナスコトヲ得サルハ明カナリ。

(二) 或ハ第三者ノ受益ノ意思表示ハ法定條件(condicio juris)ニシテ第三者ノ爲メニスル契約ハ受益ノ意思表示ニ依リテ其效力ヲ生スルモノト解スルコ

トヲ得ヘシ然レトモ此見解ニ從ヘハ條件ハ第三者ノ爲メニスル契約其モノニ附セラレ法定條件ノ成就ニ依リテ始メテ契約ハ其效力ヲ生スルモノトナスカ故ニ條件ハ契約ノ效力ヲ生スル要件ニシテ契約其モノト條件トハ同一ノ價值ヲ有ス從テ此見解ハ第三者ノ權利ハ當事者ノ契約其モノニ依リテ生セストナスモノニシテ前説ト同シク第三者ノ爲メニスル契約ナル觀念ヲ否認セントスルモノナリ假ニ此見解ハ第三者ノ爲メニスル契約ナル觀念ニ矛盾セサルモノトナスモ契約ノ效力ヲ生スルカ爲メニ何故ニ當事者ノ契約以外ニ第三者ノ受益ノ意思表示ヲ必要トスルヤ其理由ヲ明カニスルヲ得ス前説ノ如ク第三者ノ受益ノ意思表示ヲ以テ承諾トナストキハ第三者カ權利ヲ取得スル理由ヲ明カニスルコトヲ得ヘシト雖モ單ニ受益ノ意思表示トシテハ意義ナキモノト云ハサルヘカラス而シテ此見解ハ第三者ノ受益ノ意思表示ヲ以テ法定條件トナスカ故ニ固有ノ條件附法律行爲ト同シク條件成就前ニ於テ既ニ第三者ハ條件附權利ヲ有スルモノト解スヘキカ然レトモ第五百三十八條ニ依レハ第三者カ受益ノ意思表示ヲ爲ス以前ニ在リテハ當事者ハ

自由ニ其契約ヲ廢棄シ第三者カ權利ヲ取得スルノ希望ヲ絶ツコトヲ得ルカ故ニ第三者カ條件附權利ヲ取得スルコトハ之ヲ認ムルコトヲ得ス且若シ第三者カ條件附權利ヲ取得スルコトヲ得ルモノトセハ何故ニ一步ヲ進メテ第三者カ無條件ノ權利ヲ取得スルコトヲ得ルモノトナスコトヲ得サルヤ更ニ此見解ノ如ク第三者ノ受益ノ意思表示ヲ以テ契約ノ效力發生ノ要件トナストキハ第三者カ權利ヲ取得スルカ爲メニハ必_ニ受益ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要シ縱令當事者カ第三者カ直チニ權利ヲ取得スヘキコトヲ約スル場合ニ於テモ第三者ハ直チニ權利ヲ取得スルコトヲ得サルモノトナササルヘカラス從テ第五百三十七條ノ規定ハ法律カ直チニ第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムル場合(供託、保險、運送契約等ノ場合)ト矛盾スルニ至ルヘシ尙此見解ノ如ク法定條件ノ成就ニ依リテ第三者ノ爲メニスル契約其モノカ其效力ヲ生スルモノトナストキハ條件成就以前ニ在リテハ當事者間ニ於テモ何等ノ效力ヲモ生セサル結果トナルヘシ然レトモ當事者間ニ於テハ第三者ノ受益ノ意思表示以前ニ於テ既ニ契約ハ其效力ヲ生セルモノトナスコトヲ要スルハ明カナ

リ故ニ此點ヨリ見ルモ此見解ハ採ルコトヲ得ス

(三) 或ハ第三者ノ權利ハ當事者ノ契約ニ依リテ發生シ第三者ノ受益ノ意思表示ハ恰モ遺贈ノ承認ノ如ク其取得シタル權利ヲ確定シ其以後ニ至リ當事者カ第三者ノ權利ヲ變更シ又ハ消滅セシムルコトヲ得サラシムル效力ヲ有スルニ過キササルモノト解スルコトヲ得ヘシ此見解ハ最近ノ學說ト最能ク調和スルコトヲ得ヘシト雖モ我法典ノ解釋トシテハ採ルコトヲ得ス蓋第二項ハ第三者ノ權利ハ第三者カ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時發生スト定ムルカ故ニ第三者ノ權利カ契約ノ成立ト共ニ發生スルモノトナスハ第二項ノ規定ヲ無視スルノ結果トナルカ故ナリ

以上諸種ノ見解ノ採ルヘカラサルニ由リテ觀レハ第二項ハ單ニ第三者ノ權利發生ノ條件(Voraussetzung)ヲ定メタルモノト解スルノ外ナシ即第一項ノ規定ニ依リ第三者ノ權利ハ當事者ノ契約ノミニ依リテ發生スト雖モ尙其條件トシテ第三者ノ受益ノ意思表示ヲ必要トス此見解ニ從ヘハ第二說ノ如ク第三者ノ爲メニスル契約其モノノ效力ノ發生カ第三者ノ受益ノ意思表示ニ

Handwritten mark

係ルニアラス契約ノ一效力タル第三者ノ權利ノ發生カ受益ノ意思表示ニ係ルモノトス故ニ第三者ノ爲メニスル契約ハ第三者カ受益ノ意思表示ヲ爲ス以前ニ在リテ既ニ其效力ヲ生シ受約者ハ約束者ニ對シテ第三者ニ對シテ給付ヲ爲スヘキコトヲ請求スル權利ヲ有ス唯第三者ノ權利發生カ其受益ノ意思表示ニ係ルニ過キス本來第三者ノ權利ハ當事者ノ契約ニ基キテ生スルモノナルカ故ニ當事者ハ自由ニ第三者ノ權利ノ内容ヲ定ムルコトヲ得ヘク從テ當事者ハ如何ナル條件ノ下ニ第三者ノ權利カ發生スルヤモ亦自由ニ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ然レトモ若シ當事者カ其條件ヲ定メサリシトキハ第二項ニ依リ第三者ノ權利ハ第三者カ受益ノ意思表示ヲ爲シタル時發生スルモノトス即第三者カ自ラ權利ヲ取得スルコトヲ欲セサルニ拘ラス權利ヲ取得セシムルハ通常ノ場合ニ適合セサルカ故ニ當事者カ特ニ第三者ノ權利發生ノ條件ヲ定メサリシ場合ニハ第三者カ受益ノ意思表示ヲ爲シタル時其權利ヲ取得スヘキモノトナシタルニ外ナラス故ニ第二項ハ單ニ補充規定タルニ過キササルモノニシテ當事者ハ之ト異ナリタル定メヲ爲スコトヲ得即當事者

ハ或ハ第三者ノ權利カ契約締結ト同時ニ發生スヘキコトヲ定ムルコトヲ得ヘク或ハ第三者ノ權利カ或條件ノ下ニ發生スヘキコトヲ定ムルコトヲ得ヘク或ハ第三者ノ權利ニ解除條件ヲ附シテ發生セシムルコトヲ得ヘク或ハ又第三者カ一旦權利ヲ取得スルモ當事者カ第三者ノ承諾ヲ經スシテ自由ニ其權利ヲ消滅セシメ若クハ變更スルコトヲ得ヘキコトヲ定ムルコトヲ得ヘシ當事者カ何等ノ定メヲモ爲ササリシ場合ニ於テノミ第三者ノ權利ハ其受益ノ意思表示ニ依リテ發生スルモノトス故ニ此見解ニ從フトキハ第三者ノ權利發生ノ基礎ハ當事者ノ契約其モノニ存シ單ニ權利發生ノ條件トシテ第三者ノ受益ノ意思表示ヲ必要トスルニ過キス從テ此見解ハ第三者ノ爲メニスル契約ニ關スル最近ノ學說ト調和スルコトヲ得ルノミナラス第五百三十七條第一項ト第二項トノ關係ヲ矛盾ナク解決スルコトヲ得ヘシ即第一項ハ第三者ノ權利カ當事者ノ契約ノミニ依リテ發生スルコトヲ定メ第二項ハ第三者ノ權利發生ノ條件ヲ定メタルモノトナストキハ兩者ノ間ニ牴觸ヲ生スルコトナシ且此見解ノ如ク第五百三十七條第二項ヲ補充規定トナストキハ我

國法カ供託、運送契約、保險契約等ニ於テ第三者カ當事者ノ契約成立ト共ニ權利ヲ取得シ特ニ受益ノ意思表示ヲ必要トセサル場合ト調和セシムルコトヲ得ヘシ

第三者ノ受益ノ意思表示ハ權利ノ取得ヲ欲スル意思表示ナリ其效力ヲ生スルカ爲メニハ意思表示ノ成立ニ關スル一般要件ヲ具フルコトヲ要ス從テ第三者カ有效ニ受益ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得ルカ爲メニハ第三者ハ原則トシテ行爲能力ヲ有スルコトヲ要ス然レトモ第三者ハ單ニ權利ノミヲ取得スルモノナルカ故ニ未成年者カ第三者ナル場合ニハ獨斷ニテ受益ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得(第四條以下)第三者ノ受益ノ意思表示ハ約束者(債務者)ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス(第五百三十七條)第二項受約者ニ對シテ意思ヲ表示スルモ其效力ヲ生セス且約束者ニ對シテ受益ノ意思ヲ表示スルヲ以テ足り受約者ニ對シテ表示スルコトヲ要セス蓋第三者ニ對シテ債務ヲ負擔スル者ハ約束者ニシテ第三者ト受約者トノ間ニハ直接ノ關係ヲ生セサルカ故ナリ然レトモ其意思表示ハ必シモ明示タルコトヲ要セス默示タルコトヲ得從テ

第三者カ直接ニ債務者ニ對シテ給付ヲ請求シ若クハ給付ノ訴ヲ提起スルニ依リテ受益ノ意思ヲ表示スルコトヲ得ヘシ而シテ第三者カ受益ノ意思ヲ表示ヲ爲スヘキ期間ニ關シテハ別段ノ規定ナキカ故ニ第三者ハ契約成立後何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ

當事者カ契約ニ依リ第三者カ權利ヲ取得スルカ爲メニ受益ノ意思表示アルコトヲ要セサル旨ヲ定メタルトキハ第三者ハ受益ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要セス直チニ其權利ヲ取得スルコトヲ得ルハ既ニ述ヘタルカ如シ此場合ニ第三者ハ其取得セル權利ヲ拋棄スルコトヲ得ルハ云フヲ俟タス此點ニ關シテ我法典ハ規定ヲ缺クト雖モ我法典ハ債權者一方ノ行爲ニ依リテ債務ヲ免除スルコトヲ得ルモノトナスカ故ニ(第五百十九條)特ニ規定アルコトヲ要セス又第三者カ當事者ノ契約ノミニ依リテ直チニ權利ヲ取得スル場合ニ在リテモ第三者ハ債務者ニ對シテ承認ノ意思ヲ表示スルコトヲ得ヘシ然レトモ此承認ハ相續ノ承認ト同シク既ニ取得シタル權利ヲ確定スルノ意思表示タルモノトス

【註一】第五百三十七條第二項ハ佛民法第千二百二十一條第二項ニ倣ヒタルハ明カニシテ「契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時」ナル文字ハ佛民法第千二百二十一條第二項ノ *si le tiers a déclaré vouloir en profiter* ナル文字ヨリ脱化シ來レルモノナルコトハ疑ヲ容レヌ然レトモ佛民法ハ第三者カ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル後ハ當事者ハ其契約ヲ解除スルコトヲ得サル旨ヲ定ムルニ反シ我民法ハ第三者カ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時第三者ノ權利ハ發生スル旨ヲ定ム而シテ既ニ述ヘタルカ如ク佛民法ノ解釋ニ關シテハ學說種種ニ岐ル我法典ニ於テモ亦疑義ヲ免レサル所ニシテ第五百三十七條第一項ニ於テ最近ノ學說ニ從ヒ一般ニ第三者ノ爲メニスル契約カ有效ニ成立スルコトヲ認メタルニ拘ラス第二項ニ於テ承諾說ヲ採リタルノ疑ヲ生セシムル規定ヲ設ケタルハ嘆スヘシ

【註二】梅氏民法要義卷之三、四、三五頁以下、横田氏債權各論一四九頁以下ハ承諾說ヲ採ルモノノ如シ

第二目 第三者ノ權利ノ效力

第三者ノ權利ノ效力

第三者ノ爲メニスル契約ニ依リテ第三者ハ約束者即債務者ニ對シテ直接ニ給付ヲ請求スル權利ヲ有ス(第五百三十七條第一項)而シテ第三者ノ權利ノ内容ハ當事者ノ契約ノ定ムル所ニ依ル既ニ述ヘタルカ如ク如何ナル種類ノ給付ト雖モ第三者ノ債權ノ内容タルコトヲ得第三者ノ債權ハ一般債權ト異ナル所ナシ第三者ハ債權者トシテ有スル凡テノ權能ヲ有ス債務者カ履行ヲ爲ササル場合ニハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク又其債權ヲ讓渡シ、相殺ニ供シ、更改ヲ爲シ、債務ヲ免除スルコトヲ得然レトモ第三者ハ債權者トシテ權能ヲ有スルニ過キサルモノニシテ契約當事者トシテ有スヘキ權能ヲ有セス從テ契約ヲ取消シ又ハ解除スルコトヲ得ス

第三者ノ權利發生後ニ在リテハ當事者ハ之ヲ變更シ又ハ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ス(第五百三十八條)故ニ通常ノ場合ニ在リテハ第三者カ受益ノ意思表示ヲ爲シタル時其權利ハ發生スルカ故ニ其以後ニ在リテハ當事者ノ契約ヲ以テ其權利ヲ變更シ又ハ消滅セシムルコトヲ得ス例ヘハ當事者ノ契約

第三編 債權 第一部 債權總論 第七章 債權ノ發生 第八節 第三者ノ爲メニスル契約

ヲ以テ第三者ノ權利ノ内容ヲ變更シ、既ニ權利ヲ取得セル第三者ヲ代ヘテ他人ニ權利ヲ取得セシメ又ハ全然第三者ノ權利ヲ消滅セシムルコトヲ得ス。第三者ハ確定的ニ權利ヲ取得スルモノトス。蓋第三者カ一旦權利ヲ取得シタル後ニ在リテモ尙當事者カ任意ニ其權利ヲ變更シ又ハ消滅セシムルコトヲ得ルモノトナストキハ第三者ハ不確定ノ權利ヲ取得スルニ止マリ。第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムル目的ナキニ至ルカ故ナリ。

此ノ如ク第三者ノ權利發生後ニ在リテハ其權利ヲ變更消滅セシムルコトヲ得スト。雖モ其發生前即通常ノ場合ニハ第三者ノ受益ノ意思表示以前ニ在リテハ當事者ハ第三者カ取得スヘキ權利ヲ變更シ又ハ消滅セシムルコトヲ得ヘシ。又當事者カ當初契約ヲ以テ第三者ノ權利發生後ニ在リテモ尙其權利ヲ變更シ又ハ消滅セシムルコトヲ得ヘキコトヲ留保シタル場合ニハ其效力ヲ認めサルヘカラス。蓋本來第三者ノ權利ハ當事者ノ契約ニ基キテ生スルモノナルカ故ニ當事者ハ當初ノ契約ヲ以テ自由ニ其權利ノ運命ヲ定ムルコトヲ得ルモノトナササルヘカラサルカ故ナリ。從テ當事者ハ當初ノ契約ニ依リ

テ第三者ノ權利發生後ニ於テモ第三者ノ承諾ヲ得スシテ當事者ノ契約ヲ以テ其權利ヲ變更消滅セシムルコトヲ得ヘキコトヲ定メ又ハ受約者一方ノ行為ヲ以テ其權利ヲ變更消滅セシムルコトヲ得ヘキコトヲ定ムルコトヲ得ヘシ。

第二項 受約者ニ對スル效力

第三者ノ爲メニスル契約ニ在リテ受約者カ約束者ニ對シ第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ請求スル權利ヲ取得スルコトヲ得ルハ既ニ述ヘタルカ如シ然レトモ受約者ハ常ニ權利ヲ取得スルモノトナスコトヲ得ス。蓋第三者カ權利ヲ取得スルハ約束者カ受約者ニ對シテ第三者ニ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スル結果ニアラス。換言スレハ約束者カ受約者ニ對シテ負擔スル債務ノ反射作用トシテ第三者カ權利ヲ取得スルニアラス。第三者ハ約束者ニ對シテ獨立ノ權利ヲ取得ス故ニ約束者カ第三者ニ對シテ給付ヲ爲スヘキ債務ト約束者カ受約者ニ對シテ第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ負擔スル債務トハ分離

受約者ニ對スル效力

スルコトヲ得サルモノニアラス從テ受約者カ約束者ニ對シテ權利ヲ取得スルヤ否ヤハ各場合ニ當事者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ決定スルコトヲ要ス然レトモ第三者ノ爲メニスル契約ニ在リテハ約束者ハ受約者ニ對シテ第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ約スルモノナルカ故ニ通常當事者ノ意思ハ受約者ヲシテ約束者ニ對シテ第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ請求スル債權ヲ取得セシムルニ在ルモノトナササルヘカラス法典ハ此點ニ關シ直接ニ規定スル所ナシト雖モ第五百三十七條第二項ニ於テ債務者ナル文字ヲ用ユルニ依リテ見レハ第三者カ受益ノ意思表示ヲ爲ス當時既ニ約束者カ債務者タルコトヲ認ム而シテ第三者ノ受益ノ意思表示以前ニ在リテハ約束者ハ第三者ニ對シテ債務者タルヘキ理由ナキカ故ニ此規定ハ約束者カ受約者ニ對シテ債務者タルコトヲ認ムルモノト云ハサルヘカラス故ニ我法典ノ解釋トシテ苟モ當事者カ別段ノ定メヲ爲ササル以上ハ約束者ハ受約者ニ對シテ第三者ニ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スルモノト解スルコトヲ得ヘシ【註二】而シテ既ニ述ヘタルカ如ク第三者ノ受益ノ意思表示ハ單ニ第三者ノ權利發生ノ條件タルニ過

キサカ故ニ第三者ノ受益ノ意思表示以前ニ在リテモ契約ハ當事者間ニ其效力ヲ生シ受約者ハ約束者ニ對シテ第三者ニ對シテ給付ヲ爲スヘキコトヲ請求スル權利ヲ有ス

受約者カ約束者ニ對シテ權利ヲ有スル場合ニハ第三者ノ債權ト受約者ノ債權ト二箇ノ債權カ成立ス然レトモ此二箇ノ債權ハ其内容ヲ異ニス即第三者ハ約束者カ自己ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ請求スルコトヲ得ルニ反シ受約者ハ約束者カ自己ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ請求スルコトヲ得ルニアラス第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ請求スルコトヲ得ルニ過キス即第三者ニ給付スルコトカ受約者ニ對スル給付タリ故ニ此二箇ノ債權ハ其原因ヲ同フシ同一ノ契約ニ基キテ生スルモ各獨立ス不可分債權若クハ連帶債權ノ如キ多數主體ノ債權關係ヲ生スルコトナシ從テ第三者ノ債權ニ付キ生セル事項カ受約者ノ債權ニ如何ナル效力ヲ及ホスヤハ各事項ニ付キ之ヲ定ムルコトヲ要ス【註二】以下重ナル事項ノ效力ニ付キ述フヘシ

(一) 給付不能 約束者ノ負擔スル給付カ後發的ニ不能ト爲リタル場合

ニ關シテハ區別ヲ要ス

二二二四

(一) 先ツ第三者ノミ權利ヲ有スル場合ニ付キ論スレハ第三者カ權利ヲ取得シタル後約束者ノ負擔スル給付カ不能ト爲リタル場合ニハ第三者ト約束者トノ間ニ於ケル效力ハ第四百十五條後段ノ規定ノ適用ニ依リテ定マル從テ(イ)約束者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付カ不能ト爲リタル場合ニハ約束者ハ第三者ニ對シテ損害賠償ヲ爲スコトヲ要ス而シテ此場合ニハ約束者ハ約束者ニ對シテ何等ノ權利ヲモ有セサルカ故ニ自ラ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ス雙務契約ナルトキハ約束者ハ此場合ニ尙反對給付ヲ爲スコトヲ要ス而シテ約束者ハ其責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付不能ト爲ルモ約束者ニ對シテ其責ニ任スルモノニアラサルカ故ニ約束者ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ス(ロ)約束者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ其負擔スル給付カ不能ト爲リタル場合ニハ約束者ハ債務ヲ免ル受約者カ反對給付ヲ爲スコトヲ要スルヤ否ヤハ第五百三十四條第五百三十六條ヲ適用シテ之ヲ定ムヘシ

(二) 第三者受約者共ニ權利ヲ有スル場合ニ(イ)約束者ノ責ニ歸スヘキ事由

ニ因リテ給付カ不能ト爲リタルトキハ第三者カ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルノミナラス受約者モ亦自ラ受ケタル損害ニ付キ其賠償ヲ請求スルコトヲ得【註三】雙務契約ナルトキハ此場合ニ受約者ハ反對給付ヲ爲スコトヲ要ス然レトモ受約者カ契約ヲ解除スルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ議論岐レ或ハ受約者ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘク而シテ解除ハ遡及力ヲ有スルカ故ニ解除ニ依リテ第三者ノ損害賠償請求權ハ消滅スルモノトナシ【註四】或ハ受約者ハ解除ヲ爲スコトヲ得ルモ第三者ノ權利ニ影響ヲ及ホササルモノトナシ【註五】或ハ受約者ハ契約ヲ解除スルコトヲ得サルモノトナシ【註六】第三說ヲ以テ正當トス蓋第一說ノ如ク受約者カ契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノトナストキハ第三者ハ獨立ノ權利ヲ取得セルニ關セズ解除ニ依リテ消滅スルノ結果ヲ生ス第三者ノ權利發生後ニ在リテハ當事者ノ契約ヲ以テスルモ其權利ヲ消滅セシムルコトヲ得サルニ拘ラス約束者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付不能ヲ生シタルカ爲メ受約者カ自由ニ第三者ノ權利ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモノトナスハ當ヲ得タルモノト云フコトヲ得ス又第二說ニ從フ

トキハ契約ノ解除ニ依リ受約者ハ反對給付ヲ爲スヘキ債務ヲ免ルルニ拘ラ
 ス約束者ハ第三者ニ對シテ損害賠償ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スルノ結果ヲ生
 スルカ故ニ雙務契約ノ性質ニ反ス故ニ第三說ニ從ヒ受約者ハ解除ヲ爲スコ
 トヲ得サルモノトナササルヘカラス(ロ)約束者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ
 因リテ給付カ不能ト爲リタル場合ニハ約束者ハ第三者及ヒ債權者ニ對シテ
 債務ヲ免ル受約者ニ對シテ反對給付ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤハ第五百
 三十四條、第五百三十六條ヲ適用シテ之ヲ定ムヘシ

(二) 受領遲滞 (イ) 第三者ノミカ權利ヲ取得スル場合ニ第三者カ約束者
 ノ提供セル給付ヲ受領セサルトキハ第三者ノミ受領遲滞ノ責ニ任ス若シ第
 三者ノ遲滞ノ結果トシテ給付カ不能ト爲リタル場合ニハ約束者ハ債務ヲ免
 ル而シテ受約者ハ約束者ニ對シテ權利ヲ有セサルカ故ニ第三者カ給付ヲ受
 領セサルモ影響ヲ受クルコトナシ(ロ) 第三者ト共ニ受約者カ權利ヲ有スル場
 合ニ於テモ亦同シ即、第三者カ給付ヲ受領セサルトキハ第三者ハ遲滞ノ責ニ
 任スルモ受約者ハ遲滞ノ責ニ任スルコトナシ蓋受約者ニ付キテハ遲滞ノ要

件ヲ具備セサルカ故ナリ【註七】若シ第三者ノ遲滞ノ結果トシテ給付カ不能ト
 爲リタルトキハ約束者ハ第三者及ヒ受約者ニ對シテ債務ヲ免ル

(三) 瑕疵擔保 有償的ニ第三者ニ對シ給付ヲ爲スヘキコトヲ約シタル
 場合ニ於ケル擔保義務ニ關シテハ賣賣ニ關スル擔保義務ニ關スル規定ヲ準
 用スヘシ(第五百五十九條)然レトモ受約者ハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因
 リテ生セル給付不能ノ場合ニ解除權ヲ有セサルト同一ノ理由ニ基キ此場合
 ニ於テモ亦解除權ヲ有セス【註八】

(四) 債權ノ消滅 債權ノ消滅ニ關シテハ或ハ第三者、債權者雙方ノ債權
 ヲ消滅セシムル場合アリ或ハ其一方ノ債權ノミヲ消滅セシムル場合アリ

(一) 履行ハ第三者ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得而シテ第三者ニ對シテ
 履行シタル場合ニハ第三者ノ債權ノミナラス受約者ノ債權モ亦消滅ス供託
 代物辨濟、相殺、更改等ニ因リテ第三者ノ債權カ消滅シタル場合ニ於テモ亦受
 約者ノ債權ハ消滅ス

(二) 二箇ノ債務ノ中其一ヲ免除スルモ他ノ債務ニ影響ナキヲ原則トス從

テ受約者カ債務ヲ免除スルモ第三者ノ債權ハ之カ爲メニ影響ヲ受クル所ナシ又第三者カ債務ヲ免除スルモ受約者ノ債權ハ其影響ヲ受クル所ナシ然レトモ第三者ニ對シテ負擔スル債務カ免除セラルルニ因リテ受約者ノ債權モ亦其目的ヲ達スル場合多キカ故ニ受約者ノ債權モ亦消滅スルモノト解スルコトヲ得ルヲ通常トスヘシ第三者ノ債權又ハ受約者ノ債權カ時効ニ因リテ消滅シタル場合モ亦免除ト同一ニ論スルコトヲ得ヘシ

(三) 第三者ノ債權ト債務トノ間ニ混同ヲ生シタルトキハ第三者ノ債權ハ消滅ス而シテ受約者ノ債權モ亦目的ヲ達スルニ因リテ消滅スルヲ通常トス受約者ノ債權ト債務トノ間ニ混同ヲ生スルトキハ受約者ノ債權ハ消滅スルモ第三者ノ債權ハ消滅セス蓋第三者ノ債權ハ獨立スルカ故ニ受約者ノ債權ノ消滅ニ因リテ消滅スヘキ理由ナキカ故ナリ第三者ノ債權ト受約者ノ債權トノ間ニ混同ヲ生スルモ二箇ノ債權ハ存續ス然レトモ二箇ノ債權カ存續スルハ此二箇ノ債權カ擔保其他ノ體様ヲ異ニシ抗辯ヲ異ニスル場合ニ於テノミ其實用ヲ見ルヘシ

【註一】 Gareis a. a. O. S. 248fg, Windscheid § 316 a Anm. 13

獨民法第三百三十五條ハ解釋規定ヲ設ケ當事者ノ反對ノ意思ヲ認ムルコトヲ得サル場合ニハ受約者モ亦債務者ニ對シテ給付ヲ爲スヘキコトヲ請求スル權利ヲ取得スルモノトナス

【註二】 或ハ第三者ノ債權ト受約者ノ債權トハ連帶債權タル性質ヲ有ストナス說アリ (Hellwig a. a. O. S. 141, Rappaport a. a. O. S. 141) 然レトモ通説ハ之ニ反ヌ (Binder, Correobligationen S. 474 fg, Örtmann § 335 Nr. 2, Planck Nr. 1, Kipp zu Windscheid § 316 a Zus. 3, Schollmeyer, Vorbem. Mr. 3 vor § 420, Stammer S. 170/171) 約束者カ第三者ニ履行スルニ因リテ受約者ノ債權モ亦消滅スルカ故ニ此點ニ於テハ連帶債權ニ類似ス然レトモ連帶債權ニ在リテハ各債權ハ同一ノ給付ヲ物體トシ各債權者ハ自己ニ對シテ履行ヲ爲スヘキコトヲ請求スル債權ヲ有ス從テ債務者カ任意ニ債權者ヲ選擇シテ給付ヲ爲スニ因リテ債權ハ消滅ス然ルニ第三者ノ爲メニスル契約ニ在リテハ第三者ノ債權ノ物體タル給付ト受約者ノ債權ノ物體タル

給付トハ異ナル約束者ハ兩者ノ中選擇シテ其一人ニ對シテ給付ヲ爲スコトヲ得ス約束者カ第三者ニ對シテ爲スヘキ給付ヲ受約者ニ對シテ爲スモ何レノ債權ノ履行ヲモ爲シタルモノニアラス受約者ニ對シテ本來ノ給付ト異ナリタル給付ヲ爲シタルニ過キス從テ雙方ノ債權ハ消滅スルコトナシ第三者ニ對スル給付ニ因リテ受約者ノ債權カ消滅スルハ第三者ニ對シテ給付ヲ爲スコトカ受約者ニ對スル給付タルニ外ナラサルカ故ニシテ連帶債權ニ於ケルカ如ク二箇ノ債權カ同一ノ目的同一ノ物體ヲ有スルカ爲メニアラス

或ハ第三者受約者ト約束者トノ關係ハ真正ノ連帶債權ニアラサルモ連帶債權ニ類似スルモノトナシ(Standing-Kuhlenbeck, Vorbem. IV 3 vor § 338) 或ハ一種ノ自動的連帶(aktive Solidarität)を生ストナス者アリ(Ortmann a. a. O.)

【註三】 Planck § 335 Nr. 4 b, Ortmann Nr. 5

【註四】 Schollmeyer § 335 Nr. 1 b

【註五】 Planck, 3 Aufl. § 335 Nr. 3, Staudinger-Kuhlenbeck 3/4 Aufl. Nr. 3 兩者共ニ後ニ此見解ヲ棄テ第三說ニ從フ

【註六】 Ortmann § 335 Nr. 5, Planck-Siber Nr. 4, Standing-Kuhlenbeck § 334 Nr. 3, Enneccerus § 259 Anm. 15 横田氏債權各論一五八頁

【註七】 Ortmann § 333 Nr. 5 或ハ之ニ反シテ此場合ニ受約者モ亦遲滯ノ責ニ任スルモノトナス說アリ然レトモ其根據ニ關シテハ議論岐レ或ハ第三者ハ受約者ヨリ權限ヲ附與セラレタル者ナルカ故ニ受約者モ亦遲滯ノ責ニ任スヘキモノトナス(Hellwig a. a. O. S. III fg. Klipp zu Windscheid S. 311) 然レトモ此說ハ第三者ヲ以テ受約者ノ代理人トナスモノニ外ナラサルカ故ニ其探ルコトヲ得サルハ明カナリ或ハ受約者ハ第三者ヲシテ約束者ノ提供セル給付ヲ受領スヘキ準備ヲ爲サシムル義務ヲ負フカ故ニ受約者モ亦遲滯ノ責ニ任スヘキモノトナス(Planck-Siber, § 335 Nr. 3c) 然レトモ受約者ハ此ノ如キ義務ヲ負擔スルコトナシ

【註八】 Ortmann § 335 Nr. 5, Planck-Siber, Nr. 5

第三項 約束者ニ對スル効力

二二三二

第三者ノ爲メニスル契約ニ依リ約束者(即債務者)ハ第三者ニ對シテ直接ニ債務ヲ負擔ス然レトモ約束者ハ約束者受約者間ノ契約ニ基因スル抗辯ヲ以テ其契約ノ利益ヲ受クヘキ第三者ニ對抗スルコトヲ得(第五百三十九條蓋第三者ハ獨立ノ權利ヲ取得スト雖モ其權利ハ約束者受約者間ノ契約ニ基クモノナルカ故ニ其原因タル契約ヨリ生セル瑕疵ヨリ離脱スルコトヲ得ス從テ約束者ハ契約ニ基キテ受約者ニ對抗スルコトヲ得ル抗辯ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトス約束者カ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ抗辯ノ範圍ヲ述フレハ

(一) 第五百三十九條ノ所謂ル抗辯ハ異議(Einwendungen)ト同一義ニシテ第三者ノ權利ノ行使ヲ防止スヘキ凡テノ事實ノ主張ヲ含ム從テ債務者ハ單ニ實體法上ノ固有ノ抗辯(Biureten)ノミナラス第三者ノ權利其モノヲ否定スル抗辯(即權利不發生ノ抗辯及ヒ權利消滅ノ抗辯)ヲ以テ第三者ニ對抗スルコト

ヲ得ヘシ

(二) 抗辯ハ契約ニ基因スルモノタルコトヲ要ス即債務者カ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ抗辯ハ契約ヨリ生セルモノナルコトヲ要ス然レトモ契約ヨリ基因スル抗辯ハ必シモ直接ニ契約ノミニ基キテ生セルモノタルコトヲ要セス當事者カ特ニ契約ノ内容トシテ附加シタル事實ニ基ク抗辯(例ハ第三者ノ權利發生後ニ成就スヘキ解除條件ヲ附シ第三者ノ爲メニスル保險契約ニ於テ保險料ノ支拂ヲ怠リタルトキハ保險契約カ消滅スヘキコトヲ定メタル場合ノ如シ)及ヒ基本タル契約ニ適用セララル法律ノ規定ニ基ク抗辯(例ハハ第三者ノ爲メニスル契約ノ基本タル契約カ雙務契約タル場合ニ契約不履行ノ抗辯ヲ生スルカ如シ)モ亦契約ヨリ生セル抗辯ナリトス〔註〕然レトモ契約ヨリ生セル抗辯タルコトヲ要スルカ故ニ他ノ原因ニ基キテ生セル抗辯ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス從テ(イ)他ノ原因ニ基キテ受約者其人ノミニ對抗スルコトヲ得ヘキ抗辯ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス例ハ約束者カ受約者ニ對シテ有スル反對債權ニ依リ第三者ニ對シ相殺ヲ以テ

二二三三

對抗スルコトヲ得サルカ如シ(ロ)第三者ノ權利發生後ニ至リ發生セル事實ニ基キ約束者カ受約者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ抗辯ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス例ヘハ受約者カ約束者ニ對シテ債務ヲ免除シ又ハ受約者ト約束者トノ合意ヲ以テ契約ヲ解除スルモ約束者ハ此等ノ事由ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(ハ)約束者ハ受約者、第三者間ニ生セル抗辯ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス例ヘハ受約者カ第三者ノ債務者タルカ爲メ第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結セル場合ニ後ニ第三者カ其債務ヲ免除スルモ約束者ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

今約束者カ、第三者ニ對抗スルコトヲ得ル主ナル抗辯ヲ舉クレハ

(一) 契約カ無効ナル場合ニハ第三者ノ權利ハ發生セサルカ故ニ約束者ハ第三者ニ對シテ第三者カ權利ヲ取得セサルコトヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得
第三者カ善意ナルト否ト問フ所ナシ

第三者ノ爲メニスル契約カ約束者、受約者間ノ虛偽ノ意思表示ニ依リテ成立スル場合ニハ第三者カ善意ナルトキト雖モ約束者ハ其無効ヲ以テ第三者

ニ對抗スルコトヲ得或ハ第九十四條第二項ニ依リ第三者カ善意ナル場合ニハ虛偽ノ意思表示ニ依リテ成立セル第三者ノ爲メニスル契約ニ基キテ權利ヲ取得スルコトヲ得ルモノト解スヘキカ如シ然レトモ此場合ニ第三者ノ爲メニスル契約ハ約束者、受約者間ニ在リテハ虛偽ノ意思表示トシテ無効ナルカ故ニ第五百三十九條ニ依リテ約束者ハ善意ノ第三者ニ對シテモ契約ノ無効ヲ以テ對抗スルコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス蓋虛偽ノ意思表示ノ無効ノ主張ハ契約ニ基因スル抗辯ニ外ナラサルカ故ナリ

(二) 第三者ノ爲メニスル契約カ無能力、詐欺、強迫等ノ原因ニ基キ取消サレタルトキハ約束者ハ其取消ノ結果ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得然レトモ取消ノ意思表示ハ契約當事者ノ一方ヨリ相手方ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス第三者ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ取消ノ効力ヲ生スルコトナシ(註二)從テ約束者カ受約者ニ對シテ契約ヲ取消シタルニ因リテ生シタル結果即、契約ノ無効ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノニシテ取消前ニ在リテハ約束者カ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ抗辯ヲ生セス(註三)或ハ第九十六條第三項ニ

三者ニ對シテ給付ヲ爲スコトヲ要ス之ニ反シテ第五百三十六條第一項ノ適用ヲ受クヘキ場合ナルトキハ約束者ハ債務ヲ免ルルカ故ニ第三者ニ對シテ給付ヲ爲スコトヲ要セス

(ロ) 受約者ノ負擔スル反對給付カ受約者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能ト爲リタル場合ニハ約束者(反對給付ニ付キテ云ヘハ債權者)ハ或ハ不履行ニ因ル損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク(第四百十五條)或ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ(第五百四十三條)而シテ約束者カ受約者ニ對シテ損害賠償ヲ請求スル場合ニハ第三者ニ對シテハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得スト雖モ受約者カ損害賠償ヲ爲ササル間ハ契約不履行ノ抗辯ヲ援用シテ第三者ニ對シテ給付ヲ拒ムコトヲ得ヘシ之ニ反シテ約束者カ契約ヲ解除シタル場合ニハ第三者ノ權利ノ原因タル契約ノ效力ハ既往ニ遡リテ消滅スルカ故ニ第三者ノ權利モ亦消滅ス或ハ第五百四十五條第一項但書ニ依レハ契約ノ解除ニ依リテ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得サルカ故ニ契約ノ解除ハ單ニ當事者間ニ效力ヲ生スルニ止マリ第三者カ既ニ取得セル權利ヲ消滅セシムルコトヲ

得サルモノト解スヘキカ如シ然レトモ第五百四十五條第一項但書ノ所謂ル第三者ハ契約其モノニ因リテ債權ヲ取得スル第三者ヲ含マス且縱令第五百四十五條ノ第三者ハ第三者ノ爲メニスル契約ニ於ケル第三者ヲ含ムモノトナスモ契約ノ解除ハ第五百三十九條ノ所謂ル契約ニ基因スル抗辯ナルカ故ニ約束者ハ第三者ニ對シテ契約カ解除セラレタルコトヲ以テ抗辯トナシ第三者ノ權利ノ消滅ヲ主張スルコトヲ得ヘシ從テ若シ既ニ約束者カ第三者ニ對シテ給付ヲ爲シタル場合ニハ不當利得請求權ニ基キテ其返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ【註五】約束者カ契約ヲ解除スルニハ受約者ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ要ス第三者ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ス又受約者及ヒ第三者雙方ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要セス而シテ債務者ハ解除ノ結果ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノニシテ解除ヲ爲ササル間ハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ抗辯ヲ有セス

(五) 無因契約ニ基キテ第三者カ權利ヲ取得セル場合ニ在リテモ例ヘハ意思欠缺ニ基ク契約ノ無効又ハ取消ヲ以テ約束者ハ第三者ニ對抗スルコトヲ

得約束者ハ原因ノ欠缺ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ議論岐ルト雖モ原因ノ欠缺ハ契約ニ基因スル抗辯ニアラサルヲ以テ約束者ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト云ハサルヘカラス【註六】

(六) 以上ノ外當事者カ契約ヲ以テ第三者ノ權利ヲ撤回スヘキ權利ヲ留保シ解除權ヲ留保シ第三者ノ權利カ解除條件ニ係ルヘキモノトナシタル場合ニ此等ノ事由カ發生シタルトキハ約束者ハ之ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得此ノ如ク約束者ハ契約ニ基因スル抗辯ヲ援用スルコトヲ得ト雖モ當事者カ契約ヲ以テ反對ノ定メヲ爲シタル場合ニハ之ニ從フ例ヘハ契約不履行ノ抗辯ヲ用ユルコトヲ得サルコトヲ定ムルカ如シ蓋第三者ノ權利ハ契約ニ基クモノナルカ故ニ又契約ニ依リテ自由ニ其權利ノ内容ヲ定ムルコトヲ得ヘキカ故ナリ【註七】

尙約束者ハ直接ニ第三者ニ對シテ有スル抗辯ヲ以テ對抗スルコトヲ得例ヘハ第三者カ免除ヲ爲シ第三者ノ債權カ時効ニ罹レルコトヲ以テ抗辯トナスカ如シ約束者ハ受約者ニ對シテ有スル債權ヲ以テ第三者ニ對シ相殺ヲ主

張スルコトヲ得ス蓋相殺ノ抗辯ハ契約ヨリ生セル抗辯ニアラサルノミナラス相殺ヲ爲スニハ雙方ノ債權カ相互的ナルコトヲ要スルカ故ナリ故ニ約束者ハ自ラ第三者ニ對シテ有スル債權ニ依リテノミ第三者ニ對シ相殺ヲ主張スルコトヲ得而シテ其相殺ヲ爲スニ依リ第三者ノ權利ヲ消滅セシメタルトキハ之ヲ以テ受約者ニ對シ抗辯ト爲スコトヲ得ヘシ

【註一】 Planck § 334 Nr. 2, Hellwig a. a. O. S. 270

【註二】 Hellwig a. a. O. S. 285 fg, Örtmann § 334 Nr. 1 c 之ニ反シ Schollmeyer Nr. 2a ハ第三者ニ對シテ取消ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得ルモノトナスモ非ナリ

【註三】 獨法ノ學者ハ保證債務ニ關スル第七百七十條ノ規定ヲ準用シ取消アルマテハ約束者ハ延期抗辯ヲ有ストナスト雖モ (Hellwig a. a. O. S. 293, Örtmann § 334 Nr. 1 c, Planck Nr. 1 a) 此見解カ我法典ノ解釋トシテ採ルコトヲ得サルハ云フヲ俟タス

【註四】 Hellwig a. a. O. 281, Örtmann § 334 Nr. 1a, Planck-Siber 12 a

【註五】 Hellwig a. a. O. S. 302 fg, Planck-Siber § 334 Nr. I 1 a

【註六】 Hellwig a. a. O. S. 270 fg, 反對 Planck-Siber § 334 I 2 a

【註七】 Örtmann § 334 Nr. 3, Staudinger-Kuhlenbeck Nr. 5

第六款 補償關係及ヒ對價關係

第三者ノ爲メニスル契約ニ依リ約束者カ第三者ニ債務ヲ負擔スルニハ其理由ナカルヘカラス即何故ニ約束者ハ受約者ニ對シテ第三者ニ債務ヲ負擔スヘキコトヲ約スルニ至リシヤ又何故ニ受約者ハ約束者カ第三者ニ對シテ債務ヲ負擔スヘキコトヲ承諾セルヤノ問題ヲ生ス從テ一方ニ約束者ト受約者トノ間ニ於テ法律關係ヲ生スルト共ニ他方ニ於テハ受約者ト第三者トノ間ニ法律關係ヲ生ス以下之ヲ分チテ述フヘシ

補償關係

一 補償關係 補償關係(Deckungsverhältnis)トハ約束者ヲシテ第三者ニ對シテ債務ヲ負擔スルニ至ラシメタル約束者、受約者間ノ關係ヲ云フ此法律關係ニ基キ約束者ハ第三者ニ對シテ債務ヲ負擔スルニ至ルモノトス而シテ

此法律關係ハ種種アリ

(一) 或ハ約束者、受約者間ニ於ケル雙務契約ニ附加シテ第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結スル場合アリ即當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ爲スヘキ給付ヲ第三者ニ爲スヘキコトヲ約スルニ依リテ第三者ノ爲メニスル契約ヲ成立セシムルコトヲ得ヘシ此場合ニハ相手方(受約者)ハ一方(約束者)ニ對シテ依然トシテ反對給付ヲ負擔スルカ故ニ通常ノ雙務契約ヲ變形シテ一方カ相手方ニ給付ヲ爲スニ代ヘテ第三者ニ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔セルニ過キス而シテ第三者ノ爲メニスル契約ハ通常保險契約、運送契約、供託等ニ其適用ヲ見ルト雖モ尙他ノ雙務契約ニ附加シテ第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結スルコトヲ得ヘシ例ヘハ買主カ賣主ニ代金ヲ支拂フニ代ヘテ第三者ニ支拂フヘキコトヲ約シ賃借人カ貸借人ニ賃金ヲ支拂フニ代ヘテ第三者ニ支拂フヘキコトヲ約スルカ如シ從テ此等ノ場合ニハ債權者カ一旦債務者ヨリ給付ヲ受領シ更ニ之ヲ第三者ニ交付スルノ手續ヲ省略シ直チニ債務者ヨリ第三者ニ給付セシムルカ爲メ第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結スルコト多シ

第三編 債權

第一部 債權總論 第七章 債權ノ發生
第八節 第三者ノ爲メニスル契約

(二) 或ハ片務契約ニ附加シテ第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結スル場合アリ例ヘハ贈與契約ニ於テ贈與者ヲシテ受贈者ニ給付ヲ爲スニ代ヘテ直接ニ第三者ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ約セシメ贈與ヲ爲スト共ニ受贈者ニ負擔トシテ第三者ニ或給付ヲ爲スヘキコトヲ約セシムルカ如シ又例ヘハ他人ノ金銭ヲ自己ノ名ニ於テ貸付クルト共ニ直接ニ其所有者ニ返還スヘキ債務ヲ負擔セシムルカ如シ

(三) 或ハ又無因契約ニ依リテ第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結スルコトヲ得ヘシ例ヘハ債務者ノ履行ヲ確保スルカ爲メニ或人カ債務者ヲシテ債權者ノ利益ノ爲メニ債務約束ヲ爲サシムルカ如シ然レトモ無因契約ニ依リテ第三者ノ爲メニスル契約ヲ約スルハ實際ニ於テ稀ナリ【註一】

此ノ如ク約束者カ第三者ニ對シテ債務ヲ負擔スルハ受約者トノ法律關係ニ基ク即受約者約束者間ノ通常ノ契約(例ヘハ賣買贈與等)カ第三者ノ爲メニスル契約ニ變形セララルルニ過キス即兩者間ニ存スル補償關係タル通常ノ契約カ第三者ノ爲メニスル契約ニ變スルニ外ナラス然レトモ約束者受約者間

ニ存スル補償關係ハ必シモ契約ヨリ生セル債權關係タルコトヲ要セス他ノ原因ニ基キテ生セル債權關係タルコトヲ得例ヘハ不法行爲ニ基キテ損害賠償債務ヲ負擔スル者カ債權者ニ代ヘテ第三者ニ給付スヘキコトヲ約スルニ依リテ第三者ノ爲メニスル契約ヲ成立セシムルコトヲ得ヘシ

【註一】 Planck-Siber. Vorbem § vor 328 II 1 之ニ反シ Hellwig a. a. O. S. 270 fg

ハ第三者ノ爲メニスル無因契約ヲ認メス

對價關係

二 對價關係

對價關係

(Valutaverhältnis) トハ受約者カ第三者ヲシテ債

權ヲ取得スルニ至ラシメタル受約者第三者間ニ於ケル原因關係ヲ云フ蓋第三者ハ約束者ト受約者トノ契約ニ依リテ債權ヲ取得スルモノナルカ故ニ受約者カ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルニ至リタル原因ナカルヘカラス受約者カ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムル原因ハ大別スレハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得

(一) 或ハ受約者ハ自己ノ利益ノ爲メニ第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結スル場合アリ而シテ其原因ハ種種アリ例ヘハ受約者カ第三者ノ債務者ナル場

合ニ自ラ其債務ヲ免ルルカ爲メニ約束者ヲシテ第三者ニ對シテ債務ヲ負擔セシメ、受約者カ第三者ニ對シテ債權ヲ取得スルカ爲メニ約束者ヲシテ第三者ニ對シテ債務ヲ負擔セシムルカ如シ

(二) 或ハ第三者ノ利益ノ爲メニ第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結スル場合アリ例ヘハ受約者カ第三者ニ贈與ヲ爲スノ意思ヲ以テ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルカ如シ或ハ又受約者ハ第三者ノ間接代理人トシテ第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結スルコトヲ得ヘシ例ヘハ他人ノ計算ニ於テ其人ノ爲メニ保險契約ヲ締結スルカ如シ

此ノ如ク受約者ト第三者トノ間ニ於テハ種種ノ原因存スト雖モ此原因關係カ有效ニ成立スルヤ否ヤハ第三者ノ爲メニスル契約ノ成立ニ影響ヲ及ホスコトナシ蓋第三者ノ爲メニスル契約ハ約束者、受約者間ニ締結セラレルモノナルカ故ニ受約者、第三者間ノ關係カ其影響ヲ及ホスヘキ理由ナキヲ以テナリ唯受約者、第三者間ニ於テ原因關係カ存在セサル場合ニハ受約者ハ第三者ニ對シ不當利得請求權ニ基キテ其利益ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

第七款 第三者ノ負擔ヲ目的トスル契約

第三者ノ負擔ヲ目的トスル契約 (Vertrag zu Lasten eines Dritten) ハ他人ニ對シテ第三者ノ行爲ヲ約スル契約ニシテ第三者ノ爲メニスル契約ト相反ス何人ト雖モ他人ノ承諾ヲ得スシテ他人ニ不利益ヲ被ラシムルコトヲ得サルカ故ニ第三者ノ負擔ヲ目的トスル契約ニ依リ第三者ハ債務ヲ負擔スルコトナシ然レトモ第三者其人ニ債務ヲ負擔セシムルニアラス當事者ノ一方カ自ラ相手方ニ對シテ第三者カ或行爲ヲ爲スヘキコトヲ負擔スルコトヲ得ルハ明カナリ此場合ニハ第三者ノ行爲ヲ約シタル者ノミカ債務ヲ負擔ス【註】而シテ第三者ノ行爲ヲ約スル場合ニ或ハ當事者ノ意思ハ或ハ當事者ノ一方カ單ニ第三者カ行爲ヲ爲スヘキコトヲ盡力スヘキコトヲ約スルニ過キササル場合アリ或ハ當事者ノ一方カ如何ナル事情アルモ第三者ノ行爲ヲ爲サシムヘキコトヲ約スル場合アリ前ノ場合ニハ當事者ノ一方カ善良ナル管理者ノ注意

各獨立スルモノトナスノ見解ヲ採レリ從テ一方ノ債務ノ不履行ノ場合ニハ相手方ハ其不履行ニ因リテ生セル損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マリ契約ヲ解除シテ雙方ノ債務ヲ消滅セシムルノ方法ヲ認メサリキ唯賣買ニ在リテ賣主ノ得タル代金カ賣買ノ目的物ノ價格ノ半ニ達セサル場合ニハ判決ニ依リテ賣買ヲ廢棄セシムル權利ヲ認メ又目的物ノ瑕疵ニ對スル救済方法トシテ回復訴權 (actio redhibitoria) ヲ認メタリ然レトモ此等ノ權利ハ解除權ニ類似スト雖モ純然タル解除權ニアラス之ニ反シ無名契約ニ在リテハ當事者ノ一方カ履行ヲ爲シタルモ相手方カ反對給付ヲ爲ササル場合ニハ不當利得請求權ニ基キテ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノトセリ此場合ニハ解除權ノ行使ト同一ノ效果ヲ生スルカ故ニ學者ハ一般ニ法律上ノ解除權タル性質ヲ有スルモノトナス【註二】此ノ如ク羅馬法ニ於テハ廣ク法律上ノ解除ヲ認メサリシモ契約上ノ解除ヲ認メ特ニ賣買ニ關シ *lex commissoria, in diem addictio* 及ヒ *pactum displicentiae* ノ三種ノ解除約款ヲ認メタリ *lex commissoria* ハ買主カ適法ノ時期ニ代金ヲ支拂ハサル場合ニ賣主カ賣買

ヲ廢棄スルコトヲ得ヘキコトヲ定ムル從タル約款ヲ云フ賣主カ賣買ヲ廢棄シタルトキハ既ニ買主ニ引渡サレタル物ハ再ヒ賣主ニ復歸スルカ故ニ解除權ヲ行使シタルト同一ノ結果ヲ生ス從テ此場合ニハ契約ヲ以テ解除權ヲ留保セルモノト云フコトヲ得ヘシ *in diem addictio* ハ一定ノ期間内ニ更ニ有利ナル賣買ノ申込アリタルトキハ賣主カ一旦締結シタル賣買契約ヲ廢棄スルコトヲ得ヘキコトヲ定ムル從タル約款ヲ云ヒ *pactum displicentiae* ハ買主カ一定ノ期間内ニ一旦締結シタル賣買ヲ履行スルコトヲ欲セサルトキハ無條件ニ之ヲ廢棄スル權利ヲ留保スル從タル約款ヲ云フ從テ此等ノ約款ヲ附シタル場合ニモ亦契約ヲ以テ解除權ヲ留保シタルモノト解スルコトヲ得ヘシ【註三】

羅馬法カ獨逸ニ繼承セラレタル後ニ於テモ尙羅馬法ト同シク一般的ニ法律上ノ解除ヲ認メス特ニ雙務契約ニ於ケル當事者ノ一方カ履行遲滯ニ在ル場合ニ於テモ解除權ヲ認メサリキ【註三】然レトモ羅馬法ノ見解ハ取引上ノ必要ニ合セサルカ故ニ漸次判例ニ於テハ債務者ノ遲滯ノ場合ニ債權者ニ解除權ヲ認ムルニ至レリ普國國法モ亦原則トシテ債務者ノ不履行ノ場合ニ解除

權ヲ認メサルモ第一部第五章第三百九十三條種種ノ場合ニ例外ヲ認メタリ
 埃民法第九百十九條モ亦羅馬法ニ從ヒ當事者ノ一方カ債務ヲ履行セサル場
 合ニハ特別ノ規定又ハ當事者ノ留保アルニアラサレハ相手方ハ契約ヲ解除
 スルコトヲ得ス單ニ履行又ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノトナス

佛民法第一千八百八十四條ハ以上ノ立法ニ反シ雙務契約ハ當事者ノ一方ノ不
 履行ヲ解除條件トナスモノトナス然レトモ不履行ノ場合ニ當然契約ハ解除
 セラレルニアラス相手方ハ履行ヲ請求スルカ又ハ損害賠償ト共ニ契約解除
 ヲ請求スルカ其一ヲ選擇スルコトヲ得ルモノトナシ且解除ハ裁判所ニ對ス
 ル請求ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ要スルモノトナス伊太利民法第一千百六十五
 條、西班牙民法第一千二百二十四條等ハ佛民法ニ從フ

獨逸舊商法第三百五十四條、第三百五十五條ハ羅馬法ノ見解ハ狹キニ失ス
 ルト共ニ佛民法ノ規定ハ廣キニ過クルモノトナシ賣買當事者ノ一方ノ遲滯ノ
 場合ニ相手方ハ履行、損害賠償及ヒ契約解除ノ三者ノ中其一ヲ選擇スルコト
 ヲ得ルモノトセリ獨逸民法ハ第三百四十六條以下ニ於テ契約上ノ解除ニ關

スル規定ヲ設ケ更ニ法律上ノ解除ニ關シテハ大體ニ於テ舊商法ニ則リ一般
 雙務契約ニ適用スヘキモノトシテ第三百二十五條ニ於テ給付不能ニ因ル解
 除、第三百二十六條ニ於テ遲滯ニ因ル解除ヲ規定シ更ニ第三百二十七條ニ於
 テ法律上ノ解除ニ契約上ノ解除ニ關スル規定ヲ準用スヘキ旨ヲ定ム瑞債務
 法第一百七條乃至第九條モ亦一般的ニ法律上ノ解除ヲ規定シ匈牙利民法草
 案第八百三十七條乃至第八百四十九條、第九百十八條、第九百二十七條ハ大體
 ニ於テ獨民法ノ規定ヲ襲用ス

我民法ニ於ケル契約解除ニ關スル規定ハ獨民法ノ規定ニ倣フ第五百四十
 一條乃至第五百四十三條ニ於テ履行遲延及ヒ給付不能ニ基ク法律上ノ解除
 ニ關スル一般の原則ヲ定メ第五百四十條、第五百四十四條乃至第五百四十八
 條ニ於テ解除ノ方法、解除ノ效果、解除權ノ消滅ニ關スル規定ヲ設ク

【註一】一派ノ學者ハ無名契約ニ在リテハ先ニ給付ヲ爲シタル當事者ノ
 一方ハ任意ニ契約ヲ解除スルノ權利ヲ有スルモノトナシ此權利ヲ悔返

權 (jus poenitendi, Reurecht) ト稱ス此說ハ特ニ Wendt, Reurecht und Gebunden-

heit ノ主張スル所ナリ然レトモ此說ニ關シテハ反對說尠カラス (Vergl. Windscheid § 321 Anm. 11, 12, Bendixen, jus penitendi)

【註二】羅馬法ニ於ケル沿革ニ關シテハ Fiebach, Das gesetzliche Rücktrittsrecht S. 3 fg, Drove, Zur Lehre vom vertragsmäßigen Rücktrittsrecht S. 6 fg 參照
【註三】 Windscheid § 280 Anm. 1

第二款 契約解除ノ性質

契約解除ノ性質

一 契約解除ノ性質 契約解除ノ性質ヲ定ムルカ爲メニハ解除ノ效力ヲ明カニスルコトヲ要ス然レトモ解除ノ效力ニ關シテハ從來議論岐ル之ニ關スル主ナル見解三アリ

(一) 直接效力說 (Theorie der direkten Wirkung) 此說ニ從ヘハ解除ニ依リ

全債權關係ハ全然消滅ス即解除ハ遡及力ヲ有シ (ex tunc) 當初ヨリ債權關係カ成立セザリシト同一ノ結果ヲ生スルモノトス從テ當事者ノ債務カ未タ履行セザリシ場合ニハ解除ニ依リテ債務ハ當然消滅シ既ニ債務カ履行セラレ

タル場合ニハ解除ニ依リテ其法律上ノ原因ヲ失フニ至ルカ故ニ目的消滅ニ因ル不當利得請求權 (condictio ob causam finitam) ニ基キテ其償還ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス唯其償還ノ範圍カ一般不當利得ニ關スル規定ニ依ラス第五百四十五條ノ規定ニ依リテ定マルモノトナス【註一】【註二】

(二) 間接效力說 (Theorie der indirekten Wirkung) 此說ニ從ヘハ解除ハ債權關係其モノヲ消滅セシムルニアラス債權關係ハ依然トシテ成立シ單ニ之ニ基キテ生セル效力ヲ阻止スルニ過キス從テ既ニ債務カ履行セラレタル後ニ在リテハ解除ニ依リテ新ナル返還請求權ヲ生シ未タ履行セラレサル場合ニハ解除ニ依リ單ニ抗辯 (Einrede) ヲ生スルニ過キサレモノトナス【註三】

(三) 折衷說 (mittlere Theorie) 此說ニ從ヘハ解除ノ當時債務カ履行セラレタルト否トニ依リテ解除ノ效力ヲ異ニシ未タ履行セラレサル場合ニハ解除ニ依リ債務ハ消滅スト雖モ既ニ履行セラレタル場合ニハ新ニ返還請求權ヲ生ス而シテ返還請求權ハ不當利得ノ觀念ニ基クニアラス法律ノ特別ノ規定ニ基キテ生スルモノトナス從テ第一說ト異ナリ解除ハ遡及力ヲ有セス將來

ニ對シテノミ (ex nunc) 效力ヲ生スルモノトナス【註四】

以上ノ見解ノ中我法典ノ解釋トシテハ第一說ニ從ヒ解除ニ依リ契約ヨリ生セル債權關係其モノヲ消滅セシムルモノト解スルヲ正當トス契約ノ解除ナル文字ヨリ云ヘハ契約ヲ除去スルノ意義ヲ示スモノナルカ故ニ解除ニ依リテ債權關係カ消滅スルモノト解スルハ最、文字ノ意義ニ合ス解除ニ依リ單ニ抗辯ヲ生ストナスハ文字以外ノ意義ヲ附スルモノト云ハサルヘカラス而シテ債務カ未タ履行セラレサル場合ニ解除ニ依リ債權關係カ消滅スルモノト解スヘキハ第五百四十五條第一項ノ規定ヨリ明カナリ蓋同條ニ依レハ履行後ニ解除セラレタル場合ニハ原狀回復ノ義務ヲ生シ給付セラレタルモノヲ返還スルコトヲ要スルカ故ニ履行前ニ解除セラレタル場合ニハ履行ヲ爲スコトヲ要セサルモノト解スヘキハ論理上當然ナルカ故ナリ更ニ債務カ履行セラレタル後ニ解除セラレタルトキハ第五百四十五條第一項ニ依リ各當事者ハ其相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フカ故ニ各當事者ハ契約締結ナカリシト同一ノ狀態ヲ回復スヘキ義務ヲ負フ故ニ解除ハ遡及力ヲ以テ契

約ノ效力ヲ消滅セシムルモノト云ハサルヘカラス契約ノ效力カ消滅スルカ故ニ給付ハ其原因ヲ失ヒ返還義務ヲ生ス故ニ原狀回復ノ義務ハ不當利得ノ觀念ニ基ク然レトモ契約解除ノ場合ニハ各當事者カ償還ヲ爲スヘキ範圍ハ第七百三條ノ規定スルカ如ク現ニ存スル利益ノミニ限ラス給付ヲ爲シタル當時ノ利益ヲ償還スルコトヲ要ス故ニ償還スヘキ範圍ハ通常ノ場合ニ比シ擴張セラレルモノトス

更ニ第一ノ見解カ當ヲ得タルハ第二及ヒ第三ノ見解カ採ルコトヲ得サルニ依リテ見レハ明カナリ先ツ第二ノ見解即、間接效力說ノ非ナル所以ヲ述フレハ

(イ) 此說ノ主張スルカ如ク解除ニ依リ單ニ抗辯ヲ生ストナスハ當事者ノ意思ニ合セス特ニ契約ニ依リ解除權ヲ留保セル場合ニハ當事者ハ解除權ノ行使ニ依リ契約ヲ廢棄スルノ意思ヲ有ス單ニ抗辯ヲ取得スルノ意思ヲ有スルコトナシ

(ロ) 此說ニ從フトキハ雙務契約ニ在リテ契約解除前當事者ノ一方カ其債

權ヲ讓渡セル場合ニ不當ノ結果ヲ生ス即當事者ノ一方カ其債權ヲ讓渡シ之ヲ相手方ニ通知シタル後相手方カ契約ヲ解除セル場合ニハ之ニ依リ單ニ讓渡人ニ對スル抗辯ヲ生スルニ過キス而シテ此抗辯ハ讓渡ノ通知後ニ生セルモノナルカ故ニ第四百六十八條第二項ニ依リ之ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ス從テ讓受人ハ完全ナル債權ヲ取得スルニ至ルヘク當事者ハ常ニ債權ヲ讓渡スルニ依リテ解除ヲ免ルルコトヲ得ルノ結果ヲ生スヘシ之ニ反シ第一說ニ從フトキハ解除ハ遡及力ヲ有スルカ故ニ債權ハ當初ヨリ成立セザリシ結果ト爲ル從テ解除前ニ債權ヲ讓渡スルモ解除ニ依リテ債權ハ消滅シ讓受人ハ債權ヲ取得スルコトヲ得サルニ至ルカ故ニ債權ノ讓渡ニ依リ相手方ハ解除權ノ利益ヲ失フコトナシ

(ハ) 解除ニ依リ單ニ抗辯ヲ生スルニ過キストナストキハ若シ抗辯ヲ援用セサル場合(特ニ闕席判決ノ場合)ニハ契約ヲ解除セルニ拘ラス尙給付ヲ命スル判決ヲ下スコトヲ要ス之ニ反シ第一說ニ從フトキハ此場合ニ異議(Binwen-tung)ニ依リ相手方カ請求權ヲ有セサルコトヲ理由トシテ給付ヲ拒ムコトヲ得ヘシ

(ニ) 更ニ此見解ニ從ヘハ當事者ノ一方ハ既ニ履行ヲ爲セルモ相手方カ未タ履行ヲ爲ササル場合ニハ履行ヲ爲シタル者ハ解除ニ依リ自ラ爲シタル給付ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルノミナラス尙相手方ニ對シテ反對給付請求權(縱令抗辯附着スルモ)ヲ保有ス從テ此二箇ノ請求權ヲ行使スルコトヲ得ヘク若シ相手方カ抗辯ヲ援用セサルトキハ相手方ハ此二箇ノ請求權ニ對シ履行ヲ爲スコトヲ要スルニ至ルヘシ其不當ナルヤ云フヲ俟タス

(ホ) 又此見解ニ從ヘハ解除ニ依リ抗辯ヲ生スルニ過キサカ故ニ抗辯ヲ拋棄スルニ依リテ解除ノ效果ヲ消滅セシムルコトヲ得ヘシ之ニ反シ第一說ニ從ヒ解除ニ依リ債權關係カ消滅スルモノトナストキハ當事者ハ更ニ新ナル契約ヲ締結スルニアラサレハ同一ノ内容ヲ有スル債權關係ヲ發生セシムルコトヲ得ス當事者ノ意思解釋ヨリ云ヘハ後ノ見解カ當ヲ得タルハ明カナリ

(ハ) 此見解ニ從ヘハ解除ニ依リ債權ハ消滅セサルカ故ニ之ニ供セラレタ

ル擔保ハ消滅セス從テ解除後ニ在リテモ擔保設定者ハ其擔保ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス之ニ反シ第一說ニ從フトキハ解除ニ依リテ擔保モ亦消滅ス第三ノ見解タル折衷說ノ採ルヘカラサル所以ヲ述フレハ

(イ) 此說ニ從ヘハ既ニ債務カ履行セラレタルトキハ解除ニ依リ返還請求權ヲ生スルモ解除ハ單ニ將來ニ對シテノミ其效力ヲ生スルモノトナス然レトモ解除ノ遡及力ヲ認ムルニアラサレハ解除ノ效果トシテ生スル原狀回復ノ義務ノ根據ヲ説明スルコトヲ得ス蓋解除ニ依リ當事者カ解除ノ當時ニ現存スル利益ヲ償還スルニアラス受領セル當時ノ利益ヲ償還スルコトヲ要スルハ解除ノ遡及力ヲ認ムルカ爲メニシテ若シ解除カ將來ニ對シテノミ效力ヲ生スヘキモノトナストキハ此結果ヲ得ルコト能ハサルヘシ且解除カ告知(Kündigung)ト區別セラルルハ後ニ論スルカ如ク前者ハ遡及力ヲ有スルニ反シ後者ハ遡及力ヲ有セサル點ニ在リ若シ解除ニ遡及力ヲ認メサルニ於テハ兩者ヲ區別スル必要ナキニ至ルヘシ

(ロ) 此說ニ從ヘハ解除ハ單ニ將來ニ對シテ債權關係ヲ消滅セシムルニ過

キサルカ故ニ先ニ第二說ノ批評ニ於テ述ヘタルカ如ク解除前債權ヲ讓渡セル場合ニハ讓受人ハ尙債權ヲ保有スルノ結果ヲ生スヘシ

(ハ) 或ハ履行アリタル場合ニハ債權ハ消滅スルカ故ニ解除ニ依リ再ヒ債權ヲ消滅セシムルコトヲ得ストナス【註五】然レトモ解除ハ箇箇ノ債權ヲ消滅セシムルニアラス債權ノ原因(Causa)ヲ消滅セシムルヲ云フ債權ノ原因ハ觀念上ニ存スルモノナルカ故ニ履行後ニ於テモ尙之ヲ消滅セシムルコトヲ得ヘシ履行後ニ於テ原因ヲ消滅セシムルコトヲ得ルカ故ニ原因消滅ニ因ル不當利得(condictio ob causam finitam)ヲ認ムルコトヲ得ルモノトス取消シ得ヘキ行爲、解除條件附法律行爲ヨリ生セル債務カ履行セラレタル後ニ在リテモ尙法律行爲ヲ取消シ條件カ成就スルコトヲ得ルニ依リテ見レハ履行後ニ於テモ尙契約ヲ解除スルコトヲ得ルハ明カナリ故ニ履行後ニ於テハ契約ヲ解除スルコトヲ得サルモノトナスヲ得ス【註六】

【註一】 此見解ハ獨民法ニ於ケル通說ニシテ之ヲ採ル者ハ Strohal, Jahrb.

f. Dogm. B. 33 S. 367/368, Örtmann, Vorbem. II vor § 346, Blätter f. Rechtsanwen-

dung S. 65 fg, Planck-Siber, Vorbem. I vor § 346, Schollmeyer § 346 Nr. 2, Staudinger-Kuhlenbem. Vorbem. IV 1 vor § 346, Enneccerus § 263 II, Kisch, Umöglichkeith S. 134 fg, Goldmann-Lilienthal S. 401, 866 Anm. 19, Langheinecken Anspruch und Einrede S. 315/316

【註二】直接效力説ヲ唱フル學者ハ契約ノ解除ハ契約ヨリ生セル債權關係(例ヘハ賣買ヨリ生セル債權關係)ヲ消滅セシムルヲ云フモノニシテ其債權關係ヨリ生セル箇箇ノ債權(例ヘハ代金債權)ヲ消滅セシムルノ謂ヒニアラス箇箇ノ債權ハ其基本タル債權關係カ消滅スル結果トシテ消滅スルモノトス故ニ解除ハ箇箇ノ債權ノ直接ノ消滅原因ニアラス間接ノ消滅原因ナリ是レ契約解除カ箇箇ノ債權消滅ノ原因トシテ規定セラレサル所以ナリ之ヲ形容シテ云ヘハ辨濟相殺等ハ建物ヲ破壊スルモノニシテ解除ハ取消撤回解除條件ノ成就等同シク建物ノ基礎ヲ破壊スルモノトナス此見解ハ固ヨリ謬レルモノト云フコトヲ得スト雖モ吾人ノ解スル所ヲ以テスレハ解除ハ專契約其モノヲ除去スルモノト解スルヲ

以テ當ヲ得タルニアラサルカ通説ノ唱フルカ如ク解除ニ依リ債權關係カ消滅スルモノトナスハ即契約ノ效力カ遡及的ニ消滅スルモノトナスモノタリ契約其モノカ除去セラルルモノトナスト契約ノ效力カ遡及的ニ消滅スルモノトナストハ實際ノ結果ニ於テハ殆異ナル所ナシ然レトモ此二箇ノ見解ハ尙差異ヲ生スル點ナキニアラス例ヘハ條件附契約カ條件成就シタル後之ヲ解除スル場合ニ單ニ條件ノ成就ニ因リテ生セル效力ヲ消滅セシムルト條件附契約其モノヲ除去スルトハ異ナル此場合ニ解除ハ條件附契約其モノヲ除去スルモノトナササルヘカラス而シテ契約其モノヲ除去スト云フモ契約ナル事實ハ之ヲ發生セサリシモノトナスコトヲ得サルカ故ニ契約ナル事實カ始メヨリ存在セサリシト同一ノ結果ヲ生セシムルコトヲ云フニ外ナラス

【註三】Derenburg § 107, Stammler S. 130 Crome § 174 Nr. 4 B, 尙 Endemann S. 851

ハ此見解ニ近ク解除ニ依リ債權關係ハ其内容ヲ變更スルモノトナス

【註四】Seckel, Gestaltungsrecht S. 222 fg, Kipp zu Windscheid § 323 Zns. 3 b

Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 21 fg, Matthiass § 90 III

【註五】 Seeckel a. a. O. S. 222

【註六】 契約解除ノ效力ニ關スル諸種ノ見解ニ關シテハ Ortmann, Blätter f. Rechtsanwendung O. B. 65 fg, Slawski, Wirkung der Rücktrittserklärung auf das bestehende Schuldverhältnis 參照

解除權

二 解除權 契約ヲ解除スルコトヲ得ルハ一箇ノ權利ナリ單ニ法律上ノ可能ニアラス解除權ハ解除權者ノ一方ノ意思表示ニ依リ債權關係ヲ消滅セシムルコトヲ得ル權利ナルカ故ニ形成權タル性質ヲ有ス從テ解除權ハ請求權ニアラス解除權ヲ行使シタル效果トシテ始メテ償還請求權ヲ生ス然レトモ償還請求權ハ將來確定スヘキ請求權トシテ假登記ヲ爲スコトヲ得ヘシ(不動産登記法第二條第二號第二項)

解除權ハ債權關係ニ從タル權利ナルカ故ニ解除權ノミ獨立シテ之ヲ讓渡スルコトヲ得ス若シ解除權ノミ獨立シテ讓渡スルコトヲ許ストキハ利害關係ナキ第三者ヲシテ他人間ノ法律關係ノ運命ヲ決定セシムル不合理ナル結

果ヲ生スヘシ故ニ解除權ハ債權關係ト共ニ之ヲ讓渡スルコトヲ得ルモノトス然レトモ解除權ハ契約ヨリ生スル全效力ヲ消滅セシムルモノナルカ故ニ契約ヨリ生セル一方ノ債權若クハ債務ノミヲ讓渡スルニ過キサレバ場合ニハ解除權ヲ讓渡スルコトヲ得ス若シ一方ノ債權若クハ債務ノミヲ讓渡スル場合ニ之ト共ニ解除權ヲ讓渡スルコトヲ得ルモノトナストキハ解除權ヲ讓受ケタル者ハ解除ニ依リテ自ラ讓受ケタル債權若クハ債務ヲ消滅セシムルト共ニ讓渡人ノ負擔スル反對債務若クハ反對債權ヲモ消滅セシムル結果トナルヘシ故ニ契約ニ於ケル當事者ノ地位換言スレハ債權債務共ニ讓渡スル場合(例ヘハ買主ノ有スル債權ト其負擔スル債務トヲ共ニ讓渡スル場合)ニノミ解除權ヲ讓渡スルコトヲ得ヘシ【註七】

解除權ハ獨立シテ之ヲ讓渡スルコトヲ得スト雖モ他人ヲシテ之ヲ行使セシムルコトヲ得即代理人ヲシテ解除權ヲ行使セシムルコトヲ得ヘク又債權者ハ代位ニ依リテ債務者ノ有スル解除權ヲ行使スルコトヲ得(第四百二十三條)

【註七】拙著民法研究第一卷一九六頁以下參照

三 解除ト之ト類似スルモノトノ區別 解除ノ性質ヲ明カニスルカ爲メニハ之ト類似スルモノトノ區別ヲ述フルコトヲ要ス

(一) 解除ト解除條件トノ區別 解除ハ債權契約ノミ適用アリト雖モ解除條件ハ債權契約タルト物權契約タルトヲ問ハス又契約ノミナラス單獨行爲ニモ亦之ヲ附スコトヲ得債權契約ニ解除條件ヲ附シタル場合ニ條件ノ成就カ契約ノ效力ヲ消滅セシムル點ニ於テハ解除ト相同シト雖モ解除ノ效果ハ遡及力ヲ有スルニ反シ解除條件ノ成就ハ單ニ將來ニ對シテ其效力ヲ生ス(第二百二十七條第三項)又既ニ給付アリタル後其原因タル債權契約カ解除セラレタル場合ニハ當事者ノ償還義務ノ範圍ハ第五百四十五條ニ依リテ定マルト雖モ債權契約ニ附セラレタル解除條件カ成就セル場合ニハ償還義務ノ範圍ハ不當利得ニ關スル一般原則タル第七百三條ニ依リ之ヲ定ムルコトヲ要ス更ニ債權契約ノミナラス給付行爲ニモ解除條件カ附セラレタル場合ニ條件カ成就シタルトキハ給付行爲(物權契約)モ亦其效力ヲ失フカ故ニ解除條

解除ト解除條件トノ區別

解除ト取消トノ區別

件ノ成就ハ物權的效力ヲ有シ給付行爲ニ依リテ一旦移轉シタル權利ハ當然原權利者ニ復歸ス

(二) 解除ト取消トノ區別 取消ハ解除條件ト同シク凡テノ法律行爲ニ適用アリ今債權契約カ取消サルルコトヲ得ル場合ト解除トヲ比較スレハ兩者ハ其原因ニ於テ異ナル即取消權ハ無能力第四條以下詐欺強迫第九十六條債務者ノ詐害行爲(第四百二十四條等)ニ基ク又契約上ノ取消權ナルモノナシ之ニ反シ法律上ノ解除ハ主トシテ債務不履行(第五百四十一條乃至第五百四十三條)ニ基ク且當事者ハ契約ニ依リテ解除權ヲ發生セシムルコトヲ得又兩者ハ其效果ニ於テ異ナル即兩者ハ共ニ遡及力ヲ有シ當初ヨリ契約ノ效力ヲ失ハシムル點ニ於テハ相同シト雖モ債權契約ニ基キ給付行爲アリタル後ニ於ケル償還義務ノ範圍ニ關シ同シカラス解除ノ場合ニハ償還義務ノ範圍ハ第五百四十五條ニ依リテ定マルト雖モ取消ノ場合ニハ償還義務ノ範圍ハ第七百三條ニ依リテ定マル給付行爲モ亦取消サレタル場合ニハ物權的效力ヲ有シ一旦移轉シタル權利ハ當然原權利者ニ復歸ス

(三) 解除ト撤回トノ區別 我法典ハ取消ナル文字ヲ二箇ノ意義ニ用ユ即、一ハ無能力、詐欺、強迫、債務者ノ詐害行為等ノ原因ニ基ク法律行為ノ取消 (Anfechtung) ノ意義ニ用ヒ他ハ撤回 (Widerruf) ノ意義ニ用ユ取消ヲ撤回ノ意義ニ用ヒタル重ナル場合ヲ舉クレハ無權代理行為ノ取消(第百十五條、第百十八條) 選擇債權ニ於ケル選擇ノ意思表示ノ取消(第四百七條第二項) 申込ノ取消(第五百二十一條、第五百二十四條、第五百二十七條) 懸賞廣告ノ取消(第五百三十條) 解除ノ意思表示ノ取消(第五百四十條第二項) 遺言ノ取消(第千二百二十四條以下) 等ノ如シ取消ト撤回トハ全然其性質ヲ異ニスルモノニシテ撤回ニ關シテハ第百二十條以下ノ規定ノ適用ナシ

契約ノ解除ト撤回トハ從來混同セラレタリ(註八) 兩者ハ當事者ノ一方ノ意思表示ニ依リテ法律關係ヲ消滅セシムル點ニ於テハ相同シト雖モ其性質效力ニ於テ全ク異ナル(一) 解除權ハ法律ノ規定ノミナラス當事者ノ契約ヲ以テ發生セシムルコトヲ得ト雖モ撤回權ハ單ニ法律ノ規定ノミニ依リテ生ス(二) 解除ハ既ニ效力ヲ生セル契約ノミニ關シテ適用アリ之ニ反シ撤回ハ未タ効

力ヲ生セサル法律行為ヲ撤回スル場合ト既ニ效力ヲ生セル法律行為ヲ撤回スル場合トノ二種アリ未タ效力ヲ生セサル法律行為ノ撤回ハ例ヘハ無權代理行為ノ撤回、申込、懸賞廣告ノ撤回、遺言ノ撤回等ノ如シ此等ノ場合ニハ行為ハ成立スルモ未タ效力ヲ生セサルカ故ニ撤回ニ依リテ行為ノ效力ヲ消滅スルニアラス行為其モノカ存在ヲ失フ既ニ效力ヲ生セル法律行為ヲ撤回スル場合ハ例ヘハ相手方ノ承諾ヲ得テ選擇ノ意思表示ヲ撤回シ無能力者ニ與ヘタル同意ヲ其行為前ニ撤回シ授權行為ヲ撤回スル場合ノ如シ(三) 法律上ノ解除權ハ主トシテ債權者ヲ保護スルカ爲メニ認メラレタルモノニシテ一定ノ原因アル場合ニノミ發生ス之ニ反シ撤回權ノ發生ニハ特別ノ原因アルコトヲ要セス本來法律行為カ效力ヲ生シタル後ニ在リテハ之ヲ撤回スルコトヲ得サルヲ原則トシ之ヲ撤回スルコトヲ得ルハ例外ニ屬スルモノニシテ撤回權ハ行為其モノノ性質ニ基ク故ニ苟モ撤回シ得ヘキ行為ナルトキハ撤回權者ハ自由ニ其行為ヲ撤回スルコトヲ得四解除ノ效果ハ遡及力ヲ有シ原狀回復ノ義務ヲ生スト雖モ撤回ハ原則トシテ將來ニ對シテノミ其效果ヲ生ス

解除權ノ留保ハ契約ノ種類ヲ問ハス之ヲ約スルコトヲ得片務契約タルト
 雙務契約タルトニ關スル所ナシ又當事者ノ一方ノミカ解除權ヲ有スヘキ旨
 ヲ定ムルコトヲ得ヘク或ハ雙方共ニ解除權ヲ有スヘキ旨ヲ定ムルコトヲ得
 ヘシ而シテ解除權ハ或ハ當初ノ契約ニ於テ之ヲ留保スルコトヲ得ヘク或ハ
 締結後ニ至リ特別ノ契約ヲ以テ之ヲ留保スルコトヲ得ヘシ締結後ニ至リ解
 除權ヲ留保セル場合ニ於テ解除權ノ行使ノ效果ハ契約締結ノ當初マテ遡及
 スヘキヤ又ハ解除權ノ留保ヲ約セル時マテ遡及スヘキヤハ各場合ニ當事者
 ノ意思解釋ニ依リテ之ヲ定ムルコトヲ要ス然レトモ疑アル場合ニハ解除權
 行使ノ效果ハ契約締結ノ當初マテ遡及スルモノト解スヘシ【註三】解除權ヲ留
 保スルニハ其留保ノ意思明カナルヲ以テ足ル必シモ明示タルコトヲ要セス
 而シテ或ハ條件附ニ解除權ヲ留保スルコトヲ得ヘク或ハ期限ヲ附シテ解除
 權ヲ留保スルコトヲ得ヘシ條件附ニ解除權ヲ留保スル場合ニハ條件カ成就
 シタル後始メテ解除權ヲ行使スルコトヲ得ヘシ【註四】
 解除權ハ或ハ或一定額ノ對價ヲ給付スルニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得

此場合ニハ一定額ハ解約手附タル性質ヲ有シ手附ヲ交付シタル者ハ其手附
 ヲ拋棄シテ契約ヲ解除シ相手方ハ其倍額ヲ償還シテ契約ヲ解除スルコトヲ
 得第五百五十七條又或ハ當事者ノ一方カ或一定額ヲ給付シテ解除ヲ爲スコ
 トヲ得ヘキ旨ヲ定ムルコトヲ得此場合ニハ其一定額ハ解約金(Rangeld, Wan-
 delpon)タル性質ヲ有ス解約金ハ解約手附ノ如ク解除權ヲ取得スル對價トシ
 テ豫メ之ヲ支拂フニアラス解除ヲ爲スニ際シテ之ヲ支拂フヲ以テ足ル

【註一】當事者ノ契約ヲ以テ契約ヲ解除スルコトヲ得ルハ一般ニ認メラ
 ルル所ニシテ所謂ル反對契約(contrarius consensus)ト稱スルモノ是ナリ一
 三六八頁以下參照

【註二】買戻ハ契約上ノ解除ノ一場合ニ屬ス從テ買戻權ハ解除權タル性
 質ヲ有ス是レ第五百七十九條ニ於テ賣買ノ解除ナル文字ヲ用ユルニ依
 リテ見ルモ明カナルノミナラス同條但書ニ於テ不動産ノ果實ト代金ノ
 利息トハ之ヲ相殺スルモノト看做ス旨ヲ規定スルニ依リテ見レハ買戻
 ノ效果ニ遡及力ヲ認ムルモノニシテ解除タル性質ヲ有スルモノトナサ

サルヘカラス從テ第五百四十條(第五百八十三條ト共ニ)第五百四十四條、第五百四十五條(第五百七十九條ト共ニ)等ハ買戻ニ關シテ適用アルモノトス

【註三】 Planck 3 Aufl. § 346 Nr. 3, Staudinger-Kuhlenbeck Nr. 1 之ニ反シ Scholmeyer Nr. 1, Planck-Siber Nr. 3 ハ解除權留保ノ時ヨリ解除ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトナス

【註四】 契約ヲ締結スルニ當リ債務者カ履行期ニ履行ヲ爲ササルトキハ當然契約カ效力ヲ失フヘキ旨又ハ當然解除スヘキ旨ヲ定ムルハ日常類繁ニ行ハルル所ナリ是レ所謂ル失權約款 (lex commissoria) ヲ附シタルモノニシテ獨民法第三百六十條ハ失權約款ヲ附シタル場合ニ債務者カ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘキ旨ヲ定ム我民法ハ規定ヲ缺クト雖モ其效力ヲ認ムヘキハ云フヲ俟タス唯此場合ニ契約ヲ解除スルカ爲メニ債權者ノ解除ノ意思表示ヲ必要トスルヤ又ハ解除ノ意思表示ヲ必要トセス不履行ニ依リ當然契約ハ其效力ヲ失フヘ

キヤハ各場合ニ付キ之ヲ定ムヘシ若シ不履行ニ依リ當然契約カ其效力ヲ失フヘキモノナル場合ニハ不履行ヲ解除條件トスルモノト云ハサルヘカラス

第二項 法律上ノ解除

第一目 總論

法律上ノ解除トハ當事者ノ一方カ法律ノ規定ニ基キテ有スル解除權ヲ行使スルニ依リ契約ヲ解除スルヲ云フ即、解除權カ法律ノ規定ニ基キテ發生スル場合ヲ云フ法律ハ一定ノ事實存スル場合ニハ當事者ノ一方ニ契約ヲ解除スルノ權利ヲ認ム

解除權發生ノ原因ハ之ヲ二種ニ大別スルコトヲ得即、一ハ一般契約ニ共通ナル解除原因ニシテ第五百四十一條乃至第五百四十三條ニ規定スル債務不履行ニ基キ解除權ヲ生スル場合はナリ他ハ各種ノ契約ニ付キ存スル特別ナル解除原因ニシテ例ヘハ第五百六十一條乃至第五百六十八條、第五百七十條、

法律上ノ解除

第三編 債權 第一部 債權總論 第七章 債權ノ發生 第九節 契約ノ解除

第六百三十五條、第六百三十七條等ノ如シ特別ナル解除原因ニ關シテハ之ヲ各場合ニ讓リ此ニ一般の解除原因ニ付キ述ヘントス

一般の解除權即、一般契約ニ共通ナル原因ニ基ク解除權ハ債務者ノ履行遲延(第五百四十一條、第五百四十二條)及ヒ給付不能(第五百四十三條)ニ基ク解除權ナリトス【註一】一般の解除權ハ凡テノ債權契約ニ適用アリ我法典ハ雙務契約ノミニ制限セサルヲ以テ片務契約モ亦法律ノ規定スル原因存スル場合ニハ之ヲ解除スルコトヲ得【註二】片務契約ニ在リテハ債權者ハ自ラ反對給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔セサルカ故ニ解除ニ依リテ自己ノ債務ヲ免ルルニアラス單ニ債務者ノ債務ヲ消滅セシムルニ過キサカ故ニ解除ヲ爲スノ實益ナシ然レトモ我法典ニ在リテハ債務者ノ遲滯ノ場合ニ債權者ハ直チニ履行ニ代ルヘキ全部ノ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シ直接ノ明文ヲ缺ク若シ債權者ハ全部ノ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノト解スルトキハ債權者ハ契約ヲ解除シ第五百四十五條第三項ノ規定ニ依リテ損害賠償ヲ請求スルノ外ナシ從テ我法典ニ於テハ片務契約ニ關シテモ解除權ノ實用

アルモノト云ハザルヘカラス【註三】然レトモ一般の解除權カ主トシテ適用アルハ雙務契約ナリトス蓋雙務契約ニ在リテハ當事者雙方カ債務ヲ負擔スルカ故ニ債務者カ履行ヲ爲ササル場合ニハ債權者ハ契約ヲ解除スルニ依リテ債務者ノ負擔スル債務ヲ消滅セシムルト共ニ自己ノ負擔スル債務ヲ消滅セシムルコトヲ得ヘシ從テ債權者カ自己ノ反對給付ヲ留保スルコトヲ欲スル場合ニハ解除ニ依リテ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ債權者カ債務者ニ對シテ債務不履行ニ因リテ生セル損害賠償ヲ請求スル場合ニハ自己モ亦反對給付ヲ爲スコトヲ要シ從テ自ラ本來ノ給付ヲ爲スニ拘ラス債務者ヨリシテ單ニ金錢賠償ヲ取得スルコトヲ得ルニ過キス故ニ債權者カ自己ノ負擔スル給付ヲ留保スルコトヲ欲スル場合ニハ損害賠償ヲ請求スルニ依リテ其目的ヲ達スルコトヲ得ス契約解除ノ方法ニ依ルコトヲ要ス

【註一】積極的契約違反(Positive Vertragsverletzung)ニ基キ契約ヲ解除スルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ議論岐ル不完全給付ニ關シテハ遲滯又ハ給付不能ニ關スル規定ヲ準用スルコトヲ得ス從テ解除ノ方法ヲ認ムル

コトヲ得サルハ既ニ論セリ(五九二頁以下六〇四頁)又繼續的供給契約違反ノ場合ニ契約ヲ解除スルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ五九七頁以下参照

【註二】獨民法第三百二十五條以下ハ雙務契約ノミニ關シ法律上ノ解除權ヲ認ム瑞債務法(第七七條)匈牙利民法草案第九百十八條、第九百二十七條等モ亦同シ

【註三】四九九頁以下参照

第二目 履行遲延ニ因ル解除

債務者カ履行期ニ履行ヲ爲ササル場合ニハ債權者ハ契約ヲ解除スルコトヲ得【註二】然レトモ此場合ニハ履行期カ重要ナル場合ナルト否トニ依リテ解除ノ要件ヲ異ニス【註三】以下分チテ之ヲ論セン

一 履行期カ重要ナラサル場合 履行期カ債權ノ内容上重要ナラサル場合ニハ履行期後ニ於テ債務者カ履行ヲ爲スモ尙債權ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘク債務者カ履行期後ニ於テ爲ス履行ハ債務ノ履行タル性質ヲ有ス此

履行遲延ニ因ル解除

履行期カ重要ナラサル場合

場合ニ債權者カ契約ヲ解除スルコトヲ得ルカ爲メニハ左ノ要件ヲ具フルコトヲ要ス(第五百四十一條)

(一) 債務者カ履行期ニ履行ヲ爲ササルコトヲ要ス單ニ履行ヲ爲ササルヲ以テ足り其不履行カ債務者ノ過失ニ因ルト否ト關スル所ナシ從テ債務者カ遲滞ニ在ルト否トヲ問フ所ナシ履行期カ確定期限ナル場合ニハ履行期ニ履行ヲ爲ササルニ因リ通常債務者ハ遲滞ノ責ニ任スヘシト雖モ第四百十二條第一項其他ノ場合ニハ債務者カ履行期ニ履行ヲ爲ササルモ遲滞ノ責ニ任スルモノニアラス即履行期カ不確定期限ナル場合ニ債務者カ遲滞ノ責ニ任スルカ爲メニハ期限カ到來スルヲ以テ足レリトセス債務者カ其到來シタルコトヲ知ルコトヲ要シ(同條第二項)又履行期ノ定メナキ場合(即債權ノ發生ト共ニ履行期カ到來スル場合)ニ債務者カ遲滞ノ責ニ任スルカ爲メニハ債權者カ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ要ス(同條第三項)從テ此等ノ場合ニハ債務者カ遲滞ニ在ルコトヲ要セス單ニ債務者カ履行期ニ履行ヲ爲ササルヲ以テ足レリトス【註三】

(二) 債權者ハ債務者ニ對シ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告スルコトヲ要ス

(イ) 催告ハ裁判外ノ履行ノ請求ヲ云フ催告ハ單ニ履行請求ノ意思ヲ債務者ニ通知スルニ過キササルモノニシテ意思表示タル性質ヲ有セス催告ハ債務者ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要シ且一般ノ原則ニ從ヒ其到達ニ依リテ其效力ヲ生ス(第九十七條【註四】)

(ロ) 相當ノ期間ヲ定メテ其期間内ニ履行ヲ爲スヘキコトヲ催告スルコトヲ要ス相當ノ期間ヲ定ムルコトハ催告ノ内容ヲ爲スモノニシテ催告ト分離セル獨立ノ意思表示ニアラス相當ノ期間ハ各場合ノ事情ニ依リ當事者雙方ノ利益ノ爲メニ之ヲ定ムルコトヲ要シ一方ノ利益ノミニ偏スヘカラス從テ一方ニ於テハ債權者カ如何ナル時期ニ至ルマテ給付ヲ受領スルニ付キ利益ヲ有スルヤ否ヤヲ顧慮スルト共ニ他方ニ於テハ債務者カ給付ヲ爲スヤ否ヤヲ熟慮決定セシムルカ爲メニ必要ナル猶豫ヲ與フルコトヲ要ス而シテ期間カ相當ナルヤ否ヤニ關シテ爭アルトキハ裁判所之ヲ決スヘシ然レトモ期間

ハ必シモ精確ニ期間ヲ示シテ(例ヘハ幾日内、幾週内ト云フカ如シ)之ヲ定ムルコトヲ要セス單ニ相當ノ期間ナル文字ヲ用ユルモ妨クル所ナシ或ハ法律關係ヲ確定セシムル目的ヨリ云ヘハ精確ニ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スコトヲ要スルモノト解スヘキカ如シト雖モ如何ナル期間カ相當ナリヤハ客觀的ニ之ヲ定ムルコトヲ得ルカ故ニ債權者カ自ラ客觀的ニ定メラルル期間ヲ以テ満足スルニ於テハ相當ノ期間ナル文字ヲ用ヒタル場合ニ於テモ尙催告ハ有效ナルモノトナササルヘカラス【註五】

債權者ノ定メタル期間カ相當ノ期間ヨリ長キ場合ニハ催告カ有效ナルハ明カナリト雖モ相當ノ期間ヨリ短キ場合ニハ催告カ有效ナリヤ否ヤニ關シテハ爭アリ(一)或ハ期間カ相當ナラサル場合ニハ全然效力ヲ生セストナシ【註六】(二)或ハ此場合ニ債權者ノ定メタル期間ニ代ヘテ實際相當ナル期間ニ從フヘキモノトナシ【註七】(三)或ハ各場合ニ催告ノ内容ニ從フテ之ヲ定ムヘキモノトナス【註八】第二說ヲ以テ正當トス蓋債權者カ相當ノ期間ヨリ短キ期間ヲ定メテ催告ヲ爲シタル場合ニ在リテモ尙債權者ハ催告ヲ爲スノ意思ヲ有スルハ

明カナリ故ニ短キ期間ヲ定メタル場合ニ催告全部ヲ無効トナスハ當ヲ得タルモノニアラス從テ債權者カ期間ヲ定メタル部分ノミカ無効ニシテ客觀的ニ定メラルル[相當ノ期間]ニ依リテ其期間カ定メラルルモノトナスコトヲ要ス且此場合ニ相當ノ期間ニ依リテ期間ヲ定ムヘキモノトナスハ債權者ニ不利益ヲ來ササルノミナラス寧實際取引上ノ必要ニ合ス

債權者ハ債務者ノ承諾ヲ得テ相當ノ期間ヨリ短キ期間ヲ定ムルコトヲ妨ケス債權者カ相當ノ期間ヨリ短キ期間ヲ定メテ催告ヲ爲シタル場合ニ債務者カ之ニ對シ明示又ハ默示ノ承諾ヲ與ヘタルトキハ其短キ期間ハ效力ヲ生ス然レトモ此場合ニ債務者カ異議ヲ述ヘサルカ爲メニ直チニ承諾ヲ與ヘタルモノトナスコトヲ得ス承諾ヲ與ヘタルヤ否ヤハ各場合ニ事實問題トシテ之ヲ定ムルコトヲ要ス

債權者ハ一旦定メタル期間ヲ短縮スルコトヲ得スト雖モ債務者ノ利益ノ爲メニ期間ヲ延長スルコトヲ妨ケス唯期間ヲ延長スルカ爲メニ債務者ニ不利益ヲ被ラシムルコトヲ得ス

(ハ) 催告ハ履行期到來シタル以後ニ於テハ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得從テ履行期カ確定期限ナル場合ニハ(第四百十二條第一項)其期限到來ノ時ヨリ之ヲ爲スコトヲ得ヘク又履行期カ不確定期限ナル場合ニ於テモ(同條第二項)其期限到來ノ時ヨリ之ヲ爲スコトヲ得ヘク必シモ債務者カ其到來ヲ知ルコトヲ要セス從テ債權者ノ催告ニ依リテ始メテ債務者カ期限ノ到來ヲ知リタルトキハ同時ニ遲滯ノ責ニ任スルノ結果トナルヘシ又履行期ノ定メナキ場合ニハ(同條第三項)履行期ハ債權ノ發生ト共ニ到來スルカ故ニ債務者カ債權發生後直チニ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ催告ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ此場合ニハ債務者ハ其催告ニ定メラレタル期間經過ト共ニ遲滯ノ責ニ任スル結果トナルヘシ

債權者ハ履行期到來前ニ於テモ第五百四十一條ニ定ムル催告ヲ爲スコトヲ得ルヤニ關シテハ議論岐ルト雖モ債務者カ履行ヲ爲ササルコトハ催告カ效力ヲ生スルニ必要ナル要件ヲ定メタルニ過キス催告ヲ爲スコトヲ得ヘキ時期ヲ定メタルモノニアラス而シテ催告ニハ條件ヲ附スルコトヲ得ルカ故

ニ債権者ハ履行期到來前ニ在リテモ債務者カ履行期ニ履行ヲ爲ササルコトヲ條件トシテ催告ヲ爲スコトヲ得ヘシ且履行期到來前ニ催告ヲ爲スコトヲ得ルモノトナスモ之カ爲メニ債務者ハ不利益ヲ被ルコトナシ蓋此場合ニハ相當ノ期間ハ催告ノ時ヨリ起算スルニアラス履行期到來ノ時ヨリ起算スルカ故ニ債務者ハ其期間内ニ履行ノ準備ヲ爲スコトヲ得ヘク履行期到來後ニ催告ヲ爲スト異ナル所ナキカ故ナリ〔註九〕

(三) 雙務契約ニ在リテ債務者カ契約不履行ノ抗辯第五百三十三條ヲ有スル場合ニ於テモ債権者ハ催告ヲ爲スコトヲ得債権者ハ催告ヲ爲スト共ニ自己ノ負擔スル債務ノ履行ヲ爲シ又ハ其提供ヲ爲スコトヲ要セス蓋債務者カ契約不履行ノ抗辯ヲ有スルモ債権者ノ履行ノ請求ヲ妨クル所ナク債務者ハ單ニ抗辯ノ援用ニ依リテ債権者ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ルニ過キサカ故ナリ且第五百四十一條ハ債権者カ單ニ催告ヲ爲スヲ以テ足レリトシ自己ノ負擔スル債務ノ履行ヲ提供スヘキコトヲ要件ト爲ササルニ依リテ見レハ提供ヲ要スルモノト爲スコトヲ得ス〔註一〇〕

(ホ) 債務者カ豫メ債務ノ履行ヲ拒絶セル場合ニ於テモ債権者カ契約ヲ解除スルカ爲メニ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告スルコトヲ要スルヤ此問題ニ關シテハ議論岐ルト雖モ催告ヲ爲スコトヲ要スルモノト解スルヲ正當トス蓋第五百四十一條ハ例外ヲ認ムル所ナキカ故ニ縱令債務者カ豫メ履行ヲ拒ムモ尙催告ヲ爲スコトヲ要スルモノト解セサルヘカラス此場合ニ催告ヲ爲スコトヲ要セサルモノトナスヘキ法典上ノ根據ナシ同條カ債権者カ契約ヲ解除スルカ爲メニ單ニ債務者カ履行期ニ履行ヲ爲ササルヲ以テ足レリトセス相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スヘキコトヲ必要トナセルハ債務者ニ考慮ノ餘地ヲ與ヘ其不履行ニ依リテ契約解除ノ效果ヲ生セシムルコトヲ欲スルヤ否ヤヲ決定セシメンカ爲メナリ債務者ハ一旦履行ヲ爲ササル旨ヲ表示スルモ催告ニ遇ヒテ其決心ヲ翻スコトナシトセス故ニ縱令債務者カ眞實ニ豫メ履行ヲ爲ササル意思ヲ表示セル場合ニ於テモ尙債権者ハ催告ヲ爲スコトヲ要スルモノト解セサルヘカラス〔註一一〕唯債務者カ豫メ履行拒絶ノ意思ヲ表示スルニ依リ契約解除ノ申込ヲ爲シタルモノト解スルコトヲ得ル場

合ニ債権者カ默示的ニ之ヲ承諾セルモノト認ムルコトヲ得ヘキトキハ合意ニ依リテ契約カ解除セラルルモノト解スルコトヲ得ヘシ

(三) 債務者カ債権者ノ定メタル期間内ニ履行ヲ爲ササルコトヲ要ス從テ債務者カ解除ヲ免レントセハ期間内ニ履行又ハ履行ノ提供ヲ爲ササルヘカラス

以上ノ要件ヲ具フル場合ニハ債権者ハ契約ヲ解除スルコトヲ得然レトモ債権者ノ權利ハ解除ノミニ制限セラルルニアラサルカ故ニ債権者ハ尙本來ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘク又ハ不履行ニ因リテ生セル損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ從テ債権者ハ履行ノ請求、損害賠償ノ請求及ヒ契約解除ノ三者ノ中其一ヲ選擇スルコトヲ得ヘシ又第五百四十一條ハ任意規定ナルカ故ニ當事者ハ之ニ異ナリタル定メヲ爲スコトヲ妨ケス

債務者カ給付ノ一部ノミヲ履行シ其殘部ノ履行ヲ爲ササル場合ニ債権者ハ全契約ヲ解除スルコトヲ得ルヤ第五百四十一條ハ全部不履行ノ場合ニ關スル規定ナルカ故ニ同條ニ依リ一部不履行ノ場合ニ債権者カ全契約ヲ解除

スルコトヲ得ルモノトナスコトヲ得ス寧、同條ノ反對解釋ヨリシテ債権者ハ解除ヲ爲スコトヲ得サルモノトナササルヘカラス然レトモ第五百四十二條第五百六十六條第一項、第五百七十條等ノ規定ヨリ推ストキハ殘部ノ給付ヲ爲スニアラサレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニハ既ニ一部ノ履行アリタル後ニ在リテモ債権者ハ尙第五百四十一條ノ定ムル所ニ從ヒ全契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノト解スヘシ且一部不履行ノ場合ニハ債権者ハ其不履行ノ部分ノミニ付キ契約ノ一部ヲ解除スルコトヲ得ヘシ或ハ契約ハ一體ヲ成スモノナルカ故ニ之ヲ分割シ其一部ノミヲ解除スルコトヲ得サルモノトナスノ見解ヲ立ツルコトヲ得サルニアラス然レトモ契約ノ一部無効、一部取消ヲ認ムルコトヲ得ルニ於テハ理論上一部解除モ亦之ヲ認ムルコトヲ得サルヘカラス從テ債権者ハ不履行ノ部分ノミニ付キ一部解除ヲ爲スコトヲ得ルモノトナササルヘカラス【註一二】

【註一】羅馬法ニ於テハ債務者ノ遲滞ニ因ル解除ヲ認メス獨普通法ニ於テモ未タ一般的ニ之ヲ認ムルニ至ラサリキ獨民法第一草案ニ至リ債権

者カ債務者ノ給付ニ付キ利益ヲ有セサル場合ニノミ履行受領ノ拒絶權ヲ認メタリ然レトモ是レ今日ニ於ケル實際取引上ノ必要ニ合セサルヲ以テ第二草案ハ之ヲ改メ民法第三百二十六條ニ於テハ債務者カ遲滯ニ在ル場合ニハ債權者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トキハ損害賠償ヲ請求スルカ又ハ契約ヲ解除スルカ其一ヲ選擇スルコトヲ得ヘキ旨ヲ定ム瑞債務法第一百七條、匈牙利民法草案第九百十八條モ亦同一ノ規定ヲ設ク我民法第五百四十一條モ亦大體ニ於テ獨民法ノ規定ニ倣フ

【註二】履行期カ重要ナル場合ト然ラサル場合トニ關シテハ四六七頁以下參照

【註三】獨民法第三百二十六條(瑞債務法第一百七條)匈牙利民法草案第九百二十七條第三項等ハ債務者カ遲滯ノ責ニ任スルコトヲ必要トス我民法ニ在リテハ遲滯ヲ要件トセス然レトモ實際ニ於テハ通常債務者カ遲滯ノ責ニ任スル場合ニ於テ解除ヲ爲スノ結果トナルヘシ

【註四】催告ノ性質、催告者及ヒ相手方、催告ノ内容、催告ノ方法等ニ關シテハ第四百十二條第三項ノ場合ニ於ケル催告ト同一ニ論スルコトヲ得ヘシ四七四頁以下參照

【註五】通説ニ相當ナル期間ナル文字ヲ用ユルコトヲ得ルモノトス Crome II § 151 I 2 a, Dernburg II § 33 Nr. 4, Enneccerus § 238 Anm. 12, Staudinger-Kuhlenbeck § 250 Nr. 4, Schollmeyer Nr. 5, Örtmann Nr. 3, Planck-Siber Nr. 2 a 反対 Kipp zu Windscheid § 264 Zus. 7

【註六】Crome § 151 I 2 a, Schollmeyer § 250 Nr. 5, Planck 3 Aufl. Nr. 2 b

【註七】Cosaak § 105 Anm. 18, Dernburg § 33 Nr. 4, Enneccerus § 238 Anm. 10, Kipp zu Windscheid S. 88, Staudinger-Kuhlenbeck § 250 Nr. 5, Örtmann Nr. 2

【註八】Fischer, Schaden S. 217, Goldmann-Lilienthal S. 300

【註九】Planck-Siber § 320 Nr. I 2 b, Staub S. 632 fg Erl. 97 反対 Örtmann Nr. 2 a 催告ニ條件ヲ附スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ四八一頁以下參照

【註一〇】四八〇頁四九〇頁以下、二〇三七頁以下參照

【註一一】債務者カ豫メ履行ヲ拒絶セル場合ニ尙催告ヲ要ストナス者ハ Planck-Siber § 326 Nr. 2 d, Örtmann Nr. 4 b, Kipp zu Wi dscheid § 321 Zus. V 4, Rehbein II S. 198, Erlar, Recht 1901 S. 421 fg, Staub, Deutsche Juristenzeitung 1902 S. 67 fg; Brecht, Jahrb. f. Dogm. B. 53 S. 259 fg 之ニ反シ催告ヲ要セス トナス者ハ Staudinger-Kuhlenbeck § 326 Nr. III 2c, Dernburg, II § 98 IV 1, Nidner, Deutsche Juristenzeitung 1901 S. 443 fg, Ronneck, Fristbestimmung S. 97, Düringer-Hachenburg S. 235 fg, Danz, Jahrb. f. Dogm. B. 54 S. 52 fg
尙債務者ノ履行ノ拒絶カ積極的債權侵害ヲ生スルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ六〇〇頁以下參照

【註一二】Littmann, Das gesetzliche Rücktrittsrecht S. 70 fg

二 履行期カ重要ナル場合 一定ノ時期ヲ履行期トシテ定メ且其履行期カ債權關係ノ内容上重要ナル場合ニハ之ヲ定期行爲(Fixgeschäft)ト稱ス定期行爲ハ二箇ノ意義ヲ有ス(一)或ハ履行期カ法律行爲ノ要素ヲ成シ給付ノ性

履行期カ重要ナル場合

質上履行期トシテ定メラレタル時期ニ債務者ハ必履行ヲ爲スコトヲ要シ其時期ヲ經過シタル後ニ於テ履行ヲ爲スモ債務ノ履行タル性質ヲ有セサル場合アリ此種ノ定期行爲ヲ絶對的定期行爲ト稱ス【註一三】(一)或ハ給付ノ性質上或一定ノ時期ニ履行ヲ爲スコトヲ要セサルモ當事者ノ契約ヲ以テ特ニ一定ノ時期ニ履行ヲ爲スヘキコトヲ定ムル場合アリ此場合ニハ履行期後ニ於ケル履行モ尙債務ノ履行タル性質ヲ有ス此種ノ定期行爲ハ之ヲ相對的定期行爲ト稱ス【註一四】第五百四十二條ハ絶對的定期行爲ニ關スルモノニシテ之ニ依レハ契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニアラサレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ於テ債務者カ履行ヲ爲サスシテ其時期ヲ經過シタルトキハ債權者ハ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スコトヲ要セス直チニ其契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ルモノトス【註一五】從テ此場合ニ債權者カ契約ヲ解除スルコトヲ得ルカ爲メニハ左ノ要件ヲ具フルコトヲ要ス

(一) 債務者カ一定ノ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スコトヲ要スル場

合ナルコトヲ要ス一定ノ日時トハ或一定ノ時點ヲ履行期トシテ定メタル場合ヲ云ヒ一定ノ期間内ト云フハ或一定ノ時期ヨリ或一定ノ時期ノ間ヲ履行期トシテ定メタル場合ヲ云フ

(二) 契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ一定ノ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニアラサレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ナルコトヲ要ス故ニ單ニ當事者カ精確ニ履行期ヲ定ムルヲ以テ足レリトセス履行期ニ履行ヲ爲スニアラサレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ナルコトヲ要ス契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハストハ債權者カ契約ニ依リ達セントスル目的ヲ達スルコト能ハサルヲ云フ換言スレハ履行期後ノ履行カ債權者ニ全ク利益ヲ與ヘサルヲ云フ從テ履行期カ單ニ重要ナルヲ以テ足レリトセス履行期後ニ爲ス履行ハ履行タル價值ヲ有セサル場合ナルコトヲ要ス而シテ一定ノ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニアラサレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルコトハ或ハ契約ノ性質ニ依リ或ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ定マル(イ)契約ノ性質ニ依リテ一定

ノ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニアラサレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合トハ給付ノ性質上一定ノ時期ニ履行ヲ爲スコトヲ要スル場合ヲ云フモノニシテ例ヘハ一定ノ時刻ニ發スル汽車ニ乗車センカ爲メ車ヲ注文シ或祭日ノ行列ヲ見物センカ爲メニ機敷ヲ注文シ或宴會ノ爲メニ料理ヲ注文シ避暑ノ爲メニ海岸ノ家屋ヲ借入ルル場合ノ如シ此等ノ場合ニハ契約ノ性質ニ依リ一定ノ時期ニ履行ヲ爲スコトヲ要スルハ明カナリ(ロ)當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニアラサレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合トハ單ニ精確ニ一定ノ時期ニ債務者カ履行ヲ爲スヘキコトヲ定ムルヲ以テ足レリトスルヤ又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ時期ニ履行ヲ爲スニアラサレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルコトカ明カナルコトヲ要スルヤ第五百四十五條ノ文字解釋ヨリ云ヘハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ時期ニ履行ヲ爲スニアラサレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ於テノミ同條ハ適用アルモノトナササルヘカラス故ニ單ニ債務者カ精確ニ一定ノ

時期ニ履行ヲ爲スヘキコトヲ定ムルニ過キサル場合ニハ第五百四十二條ヲ適用スルコトヲ得ス債務者カ精確ニ一定ノ時期ニ履行ヲ爲スヘキコトヲ定ムル場合ニハ當事者ハ契約ニ依リ債權者ニ債務不履行ノ場合ニ直チニ解除ヲ爲スコトヲ得ヘキ權利ヲ與フルモノト解スルコトヲ得ヘキ場合アルヘシト雖モ第五百四十二條ニ依リ債權者カ直チニ解除スルコトヲ得ルモノトナスコトヲ得ス一定ノ時期ニ履行ヲ爲スニ依リテ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニノミ同條ハ適用アルモノトス而シテ契約ヲ爲シタル目的トハ債權者カ契約ニ依リ達セントスル目的ヲ云フニ外ナラサルカ故ニ債權者カ契約ヲ締結セル緣由タルニ過キス當然當事者間ノ契約ノ内容ヲ成スモノニアラス從テ當事者ノ意思表示ニ依リ債權者カ契約ヲ爲ス目的カ契約ノ内容ノ一部ヲ爲ス場合ニノミ第五百四十二條ハ適用アルモノト解セサルヘカラス即、當事者ノ契約ニ依リ債權者ノ達セントスル或目的ノ爲メニ一定ノ時期ニ履行ヲ爲スヘキコトヲ定メタル場合ニ債務者カ其時期ニ履行ヲ爲ササリシ場合ニノミ債權者ハ直チニ契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノトス

從テ單ニ債權者ノミカ或目的ノ爲メニ契約ヲ締結スヘキコトヲ表示スルニ過キサル場合ニハ第五百四十二條ヲ適用スルコトヲ得ス債務者カ之ヲ承諾シ債權者ノ達セントスル目的ヲ達スルカ爲メニ一定ノ時期ニ履行ヲ爲スヘキコトヲ約セルコトヲ要ス例ヘハ債權者カ第三者ニ一定ノ時期ニ供給スル目的ヲ表示シテ買入ヲ約シ、價格ノ變動甚シキ物品ヲ或一定ノ時期ニ買入ルコトヲ約セル場合ノ如シ

(三) 履行期トシテ定メラレタル一定ノ日時又ハ一定ノ期間内ニ債務者カ履行ヲ爲ササルコトヲ要ス債務者カ履行ヲ爲ササリシコトカ其責ニ歸スヘキ事由ニ基クコトヲ要スルヤ否ヤニ關シテハ直接ノ規定ヲ缺ク然レトモ債務者ノ遲滯ノ要件トシテ債務者ノ過失ヲ必要トスル理由ヨリ推ストキハ債務者ノ不履行ハ過失ヲ要スルモノトナササルヘカラス債權者カ損害賠償ヲ請求スルカ爲メニハ債務者ノ過失ヲ必要トスルモノトセハ契約ヲ解除スルカ爲メニモ亦債務者ノ過失ヲ必要トスルモノト云ハサルヘカラス〔註一六〕且此場合ニハ債務者カ一定ノ時期ニ履行ヲ爲ササル結果トシテ給付不能ヲ生

ス然ルニ第五百四十三條ノ規定ニ依レハ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場合ニ於テノミ債權者ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノトナスカ故ニ第五百四十二條ノ場合ニ於テモ不履行ハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ基クコトヲ要スルモノト解セサルヘカラス

(四) 債務者カ一定ノ時期ニ履行ヲ爲ササルニ因リテ契約ヲ爲シタル目的ヲ達セサリシコトヲ要ス第五百四十二條ハ不履行ノ結果トシテ現實ニ契約ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルニ至リタルコトヲ要スルヤ否ヤニ關シ明言スル所ナシト雖モ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルカ爲メニハ一定ノ時期ニ履行ヲ爲スコトヲ要スル場合ナルヲ以テ其時期ニ履行ヲ爲ササリシ結果トシテ現實ニ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコトヲ得サリシコトヲ要スルモノト解セサルヘカラス從テ不履行ト目的不到達トノ間ニ因果關係アルコトヲ要ス若シ債務者カ一定ノ時期ニ履行ヲ爲ササルモ目的不到達ノ結果ヲ生セサリシ場合ニハ第五百四十二條ノ適用ナシ例ヘハ一定ノ時刻ニ汽車ニ乗ルカ爲メニ車ヲ注文シタルモ出發ヲ見合セ、或祭日ノ行列ヲ見物センカ爲メ棧敷ヲ

注文シタルモ行列カ中止セラレタル場合ノ如シ

以上ノ要件ヲ具フルトキハ債權者ハ第五百四十一條ニ定メタル催告ヲ爲スコトヲ要セス債務者カ履行ヲ爲サシテ一定ノ時期ヲ經過シタルトキハ債權者ハ直チニ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ蓋此場合ニ履行期後ニ履行ヲ爲スモ債權者ハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコトヲ得ス從テ第五百四十一條ノ場合ノ如ク履行期後ニ於テ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スモ何等實益ナシ故ニ債務者カ履行ヲ爲サシテ一定ノ時期ヲ經過シタルトキハ債權者ハ直チニ契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノトス【註一七】

【註一三】 此意義ニ於ケル定期行爲ハ或ハ絶對的定期行爲(absolute Fixgeschäft)ト稱シ(Planck-Siber § 361 Nr. 1)或ハ真正定期行爲(echtes Fixgeschäft)ト稱シ(Titze, Uunmöglichkeit s. 34 Anm. 3)或ハ廣義ノ定期行爲(Fixgeschäft i. w. S.)ト稱ス(Staudinger-Kuhlenbeck § 361 Nr. 1, Lesser, Leistungspflicht S. 111)

【註一四】 此種ノ定期行爲ハ學者或ハ之ヲ單純定期行爲(einfaches Fixgeschäft)ト稱シ(Planck-Siber Nr. 1)或ハ不真正定期行爲(unechtes Fixgeschäft)ト

稱之 (Titze a. a. O.) 或ハ狹義ノ定期行爲 (Fixgeschäft i. e. S.) ト稱ス (Staudin-ger-Kuhlenbeck a. a. O., Lesser a. a. O.)

【註一五】第五百四十二條ハ大體ニ於テ獨民法第一草案第三百六十一條ニ倣ヘルモノノ如シ該條ハ債務者カ一定ノ時期又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ契約ヲ解除スルカ又ハ契約上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ヘキ旨ヲ定メタリ然レトモ絶對的定期行爲ハ商事上ニ於テハ其適用多シト雖モ民事上ニ於テハ其適用ヲ見ルコト稀ニシテ當事者カ精確ニ履行期ヲ定ムル場合ニハ單ニ債務者カ確實ニ履行期ニ履行ヲ爲スコトヲ督勵スルノ意義ヲ有スルニ過キササルモノトナシ委員會ニ於テ之ヲ改メ民法第三百六十一條ニ於テハ相對的定期行爲ニ關スル規定ヲ設ケ且解釋規定トシテ疑アル場合ニ債權者ハ解除權ヲ有スルモノト定ム故ニ我民法第五百四十二條ハ獨民法第三百六十一條ト全然其趣旨ヲ異ニシ寧瑞債務法第百八條第二號ノ規定ト其趣旨ヲ同フス

【註一六】四八七頁以下參照

【註一七】第五百四十二條ハ果シテ之ヲ設クル必要アリヤ蓋一定ノ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニアラサレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニハ履行期後ノ履行ハ債務ノ履行タル性質ヲ有セス從テ履行期トシテ定メラレタル一定ノ時期ニ履行ヲ爲ササル場合ニハ遲滞ノ結果トシテ給付不能ヲ生スルモノトナササルヘカラス(四六三頁以下)固ヨリ抽象的ニ給付其モノニ付キテ云ヘハ履行期後ニ於テモ尙給付ヲ爲ス能ハサルニアラスト雖モ債務ノ履行トシテ觀察スルトキハ履行期ノ經過ニ因リ給付不能ト爲リタルモノトナササルヲ得ス (O. J. mann § 361 Nr. 1, Lesser, Leistungspflicht S. 113 fg) 若シ給付不能ヲ以テ論スヘキモノトナストキハ第五百四十三條ヲ適用スルヲ以テ足ル特ニ第五百四十二條ノ規定アルコトヲ要セス

第三目 給付不能ニ因ル解除

給付ノ全部又ハ一部カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能ト爲リタルトキハ債權者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得(第五百四十三條)即債務者ノ責

給付不能
ニ因ル解除