

乙

# 債權各論

(上卷)

大審院判事  
矢部克己著

東京  
松華堂發行



0013953-000

特218-777

債權各論

矢部克己・著

松華堂書店

上卷

昭和17

ACE



特218  
777



大審院判事  
矢部克己著

債權各論  
(上卷)

東京 松華堂 發行



はしがき

本書は民法債権編中第二章契約以下の規定の簡短な解説書である。上梓の目的は初學者の斯法研鑽に資せむが爲めであるから、各法則の解説は概ね大綱に止め、微細の註釋を省略した。けれども各法則の基く理由は努めて之を説明し、併せて出來得る限り其の實用に留意したつもりである。本書が幾許か斯法の會得に役立つならば寔に望外の幸である。

昭和十七年五月

著者

# 債權各論目次

## 序 說

- 一 債權發生の原因……………一
- 二 法典の規定……………三

## 第一章 契約總論……………四

### 第一節 契約の意義……………四

- 一 廣義の契約……………四
- 二 債權契約……………五
- 三 債權契約の内容……………七

(I)適法(九) (II)可能(10) (III)確定(11)

### 第二節 契約の種類……………一四

目次

- 一 雙務契約、片務契約……………一五
- 二 有償契約、無償契約……………一七
- 三 諾成契約、要物契約……………一九
- 四 典型契約、非典型契約……………二〇
- 五 其餘の分類……………二二

第三節 契約の成立……………二二

第一款 總說……………二三

第二款 申込……………二三

- 一 申込の意義……………二三
- 二 申込の效力……………二五

(一)承諾の期間を定めて爲した申込の場合(二七)——(二八)承諾の期間を定めずして爲した申込の場合(二七)

- 三 申込の消滅……………二九

(一)存続期間の満了(三〇)——(三一)申込の取消(三一)——(三二)當事者の死亡又は能力喪失(三一)——(三四)申込の拒絶(三五)

第三款 承諾……………三五

- 一 承諾の意義……………三五
- 二 承諾を爲し得る時期……………三六
- 三 承諾の效力發生時期……………三六
- 四 承諾の意思實現と契約の成立……………三九

第四款 合意……………四六

- 一 合意の成立……………四六
- 二 不合意及錯誤……………四七

第五款 懸賞廣告……………四九

- 一 懸賞廣告の意義……………四九
- (一)總說(四九)——(一〇)懸賞廣告の要件(五一)——(一一)契約の成立(五一)
- 二 懸賞廣告の取消……………五〇
- 三 懸賞契約の效力……………五〇
- 四 優等懸賞廣告……………五九

目次……………三

第六款 競争締結

- 一 意義……………三
- 二 競賣……………三
- 三 入札……………三

第四節 契約の效力

第一款 雙務契約の效力

- 第一項 總説……………五
- 第二項 同時履行の抗辯……………七

- 一 總説……………七
- 二 成立要件……………九

(一)相手方の債務が辨済期に在ること(九)——(二)相手方が其の債務の履行又は履行の提供を爲さざること(七〇)

- 三 效力……………七

第三項 履行不能の他の債務に及ぼす効果

- 第一目 總説……………七
- 第二目 債務者の責に歸すべからざる事由に因る履行不能の効果……………七

- 一 總説……………七
- 二 物權の設定移轉を目的とする雙務契約の場合……………八〇
  - (一)危險の負擔者(八〇)——(二)條件附契約に關する特則(八三)
- 三 物權の設定移轉以外の給付を目的とする雙務契約の場合……………八六
  - (一)危險の負擔者(八六)——(二)條件附契約の場合(九〇)

第二款 第三者の爲めにする契約

- 第一項 總説……………九
- 第二項 成立要件……………九

(一)要約者、諾約者間に有效なる契約の成立すること(九)——(二)當事者が第三

者をして債権を取得せしめむことを約すること(100)

第三項 效力.....101

- 一 第三者の権利取得.....101
- 二 要約者の地位.....105

第四項 實質關係.....108

第五節 契約の解除.....109

第一款 總 說.....109

- 一 契約の解除と其の實益.....109
- 二 契約解除の意義.....110
- 三 解除類似の行爲.....113

(1) 解約申入(113)——(1) 取消(114)——(1) 撤回(115)

第二款 解除權の發生.....115

第一項 契約上の解除.....115

第二項 法律上の解除.....126

- 一 總 說.....126
- 二 履行遲滞に因る解除.....127
- 三 履行不能に因る解除.....127
- 四 不完全履行に因る解除.....128
- 五 經濟事情の變更と契約解除.....128

第三款 解除權の行使.....129

第四款 解除の效果.....131

- 一 原狀回復の義務.....131
- 二 損害賠償.....136
- 三 同時履行.....136

(1) 受けたる給付の返還(133)——(1) 果實の返還(133)——(1) 費用の償還(134)  
——(1) 原物に代はる價格の返還(135)



第五款 解除權の消滅……………一三九

(一)期間の経過(一三九)——(二)解除權者の行爲又は過失に因る契約の目的物の毀損若くは返還不能(一四〇)——(三)解除權者の加工若くは改造(一四一)

第二章 契約各論……………一四二

第一節 總說……………一四二

- 一 典型契約……………一四二
- 二 混合契約……………一四三

第二節 贈與……………一四五

- 一 贈與の意義……………一四五
- 二 贈與の效力……………一四七
- 三 種類の贈與……………一五〇

(一)混合贈與(一五〇)——(二)定期の給付を目的とする贈與(一五一)——(三)負擔附贈與(一五二)——(四)死因贈與(一五三)

第三節 賣買……………一五五

第一款 總論……………一五九

- 一 賣買の意義……………一五九
- 二 賣買の豫約……………一六〇
- 三 手附……………一六四
- 四 賣買の費用……………一六七

第二款 賣買の效力……………一六八

第一項 賣主の義務……………一六八

第一目 財産權移轉の義務……………一六八

第二目 擔保責任……………一七一

- 一 總說……………一七一
  - 二 擔保責任の内容……………一七二
- (一)權利の欠缺に對する擔保責任(一七三)——(イ)權利が他人に屬する場合の擔保責任(一七三)——(ロ)權利が不足なる場合の擔保責任(一七四)——(ニ)物の瑕疵に對する擔保責任(一七五)

- 三 強制競賣に於ける擔保責任……………一八四
- 四 擔保責任に關する特約……………一八六
- 五 同時履行……………一八六

第二項 買主の義務……………一八六

第三款 買 戻……………一九二

- 一 買戻の意義……………一九二
- 二 買戻の期間……………一九四
- 三 買戻權の行使……………一九五
- 四 共有者持分の買戻……………一九九

第四款 特種の賣買……………二〇一

- 一 見本賣買……………二〇一
- 二 試味賣買……………二〇一
- 三 繼續的供給契約……………二〇一
- 四 割賦拂約款附賣買……………二〇四

第四節 交 換……………二〇四

第五節 消費貸借……………二〇五

- 一 消費貸借の意義……………二〇五
- 二 準消費貸借……………二〇五
- 三 消費貸借の豫約……………二〇八
- 四 消費貸借の效力……………二一一

(1)貸主の擔保責任(二二二) — (11)借主の義務(二二五) — [(5)返還の義務(二二五)] —  
 (3)利息支拂の義務(二二二)

——上卷目次終——

# 債權各論



説

債權發生の原因 債權は種々の原因に基きて發生する。之を人の行爲  
の行爲の主なるものは法律行爲である。法律行爲中(1)契約は債權發生の主要の  
原因であつて、日常の生活に於ける多數の債權關係は概ね契約を其の發生原因  
とする。(2)一方的行爲が廣く債權發生の原因と爲るや否やに付ては、理論上之  
を否定すべき根據に乏しい。然し民法が債權發生の原因として各種の契約を  
掲げたに反し、一方的行爲に付て其の規定を缺くことより推せば、解釋上一方的  
行爲を廣く債權發生の原因と認めなかつたものと謂はねばならぬ。けれども

民法は絶対に一方的行為に因る債権の発生を否定した譯ではない。寄附行為及遺言に因り債権の発生することは民法の是認する所である。加之民法上一方的行為に因る債権の発生を絶対に否定せぬものとせば、或債権に付て其の發生原因を一方的行為に歸することが其の債権の性質に照し社會生活の現狀に最も適する場合に於ては、例外としてかかる解釋を採ることも亦必ずしも不當ではない。例へば手形債権の發生原因を其の債務者の一方的行為に歸するの類である。次に法律行為以外の適法行為も亦債権發生の原因と爲ることがある。事務管理は其の適例である。(二)違法行為として債権發生の原因と爲るものは不法行為である。債務不履行も亦違法行為であるが、之に基く損害賠償請求權は本來の債権が其の物體を變更したものに過ぎぬのであるから、債務不履行を獨立の債権發生原因に數ふることが出來ぬ。

人の行為に非ざる事實も亦債権發生の原因と爲ることが多い。其の主なるものは不當利得である。其の他共有關係(例へば管)、親族關係(例へば扶養)、相續關係(例へば共同相続)等の類も債権發生の原因と爲る。時効も亦此の部類に屬する。

以上の事實は總て私法上の事實であるが、公法上の事實も亦債権發生の原因と爲ることがある(例へば行政分)。

二 法典の規定 民法は各種の債権中、契約、事務管理、不當利得及不法行為を其の發生原因とするものに付て債権編第二章以下に詳細の規定を設けた。之に反し他の法律關係に伴ひて發生する債権に付ては其の法律關係に附隨して斷片的に規定を設けたのみである。蓋し契約、事務管理、不當利得及不法行為は債権發生の原因中獨立して債権を發生する主要のものであるから、之に關する規定のみを債権編に收めたのである。以下法典の順序に従ひ此等の原因より發生する債権に付て其の成立、行使、消滅等の事項を説明する。

# 第一章 契約總論

## 第一節 契約の意義

一 廣義の契約 契約なる語の用例は各國の立法に於て必ずしも其の授を一にせぬ。或は契約を以て私法上の效果の發生を目的とする合意の總稱と爲すものがあり、或は斯様な合意中債權を發生するもののみを契約と指稱するものがある。我民法は債權關係以外の法律關係に關する合意に付て特別の名稱を用ゐぬのみならず、第百十三條以下に契約とあるは、獨り債權關係を發生する合意のみを指稱したものと解し難いから、畢竟契約とは廣く私法上の效果の發生を目的とする合意の總稱であると解するを正當とする。從て此の意義に於ける契約は、常に債權を發生する合意のみでなく、物權法上の合意(例へば物權の設定、移轉、親族法上の合意(例へば婚)、並相續法上の合意(例へば遺產相續回復請求權の拋棄に關する合意))をも含むものと解すべきである。此等の合意中主要のものは債權發生の原因たる合意であり、此

の合意は獨立して債權を發生するから、之を債權契約と謂ふ。

民法は債權契約に付て詳細の規定を設けたが、其の他の契約に付て或は僅少の規定を設け、或は何等の規定を設けてゐない。故に債權契約に關する法則は條理上他の契約にも其の性質の許す限り之を準用するを正當とする。契約の成立に關する法則の如きは其の一例である。

二 債權契約 債權契約は債權關係の發生を目的とする法律行爲であり、二人以上の當事者の對立的意思表示の合致を其の要素とする。詳しく言へば、債權契約は左の事項を要件とする法律行爲である。

(一) 二人以上の當事者が對立すること 契約は其の當事者の相互間に、又は其の相互間並第三者との間に(第三者の利益の爲にす、契約は之に該當する)法律關係の發生を目的とするから、契約の當事者は二人以上であり、而も對立することを要する。二人以上の數に制限はない。例へば組合契約は數十人の間に之を締結することを妨げぬ。對立とは利害相反する關係に在るの謂である。例へば賣買契約の當事者たる賣主と買主とは互に對立するの類である。

(二) 對立的意思表示が合致すること 契約は意思表示を其の構成要素とすることと言ふ迄もない。此の意思表示は利害相反する當事者の意思(效果意思)の發表であるから、對立のものと言ふべきである。即ち契約は二箇以上の對立的意思表示を其の構成要素とする。其の一は申込、他は承諾である。然し斯様な意思表示が併存するだけでは契約は成立せぬ。契約の成立には必ずや二箇以上の意思表示の合致を要する。二箇以上の意思表示が何れも同一の内容を有し且互に他の意思表示と結合して法律上の効果を發生せしむる目的を以て爲されたときは其の合致あるものである。(1)二箇以上の意思表示が同一の内容を有するや否やは客觀的に觀察して之を判定せねばならぬ。例へば當事者の一方は賣ると言ひ、他方は買ふと言ふも、客觀的に觀察すれば何れも財産權移轉の債務に對し代金支拂の債務を成立せしめむことを内容とする意思表示である。客觀的觀察には當事者の表示行爲のみを基準とすべきこと勿論である。意思表示の内容が如何なる事項に付て合致即ち符合すれば足るかの問題は後に説明する(本章第三節第四款一參照)。(2)二箇以上の意思表示は他の意思表示と結合して法律上

の効果を發生せしむる目的を以て爲されねばならぬ。二箇以上の意思表示が偶然に結合するも契約は成立せぬ。然し各當事者が意思表示の合致したことを認識したるや否やは契約成立の要件でない(此の事は五二六・一項の法意に照し明白である)。以上(1)及(2)の事實あるときは意思表示は合致したと謂ふべきである。

契約は對立的意思表示の合致を要素とする點に於て合同行爲と異なる。合同行爲は多數の當事者の意思表示の合致に因り成立するが、其の意思表示は對立せるものでなく、同一の方向に合流するものである。例へば社團法人の設立行爲は之に屬する。

(三) 當事者が債權關係の發生を目的とすること 債權契約を構成する意思表示は債權關係の發生を目的とするものでなければならぬ。當事者間に初めて債權關係を發生せしむるものなると、舊債權關係を變更し若くは之を消滅せしめて新債權關係を發生せしむるものなると、將た又當事者と第三者との間に債權關係を發生せしむるものなるとは問ふ所でない。但し契約の内容に付ては後段説明の制限に従はねばならぬ。

### 三 債權契約の内容 債權契約の内容に付ては從來契約自由の法則が認め

られた(其の締結に付て亦同じ)。蓋し債權契約は其の當事者が生活上の需要充足の爲めに之を締結するのであるから、其の内容の決定に付て自由を認むることが正當と考へられたのである。然し外國に於て認められた契約自由の根柢を爲すものは所謂個人主義の思想であつた。此の主義は、一面に於て個人に至高の價値を認め其の自由を主張すると共に、他面に於て國家や民族を超越した抽象的な世界觀を尊重せむとするものであり、我國の國體と相容れざること茲に説く迄もないのであるから、從來認められた趣旨に於て契約自由の法則を我國に受け容れ難きことは極めて明白である。惟ふに我國に於ては天業翼贊、國家奉仕が國民の社會生活の全部であり、彼の個人の利益のみを基調とする社會生活は有り得ないのであるから、債權關係の如きも亦此の觀念に基きてのみ之を成立せしめ得るものと謂はねばならぬ。然らば契約の内容に關する當事者の自由も亦此の觀念を基調とし、其の社會生活上の百般の需要充足の爲めにのみ許容されるものと謂ふべきである。即ち此の自由は個人尊重の爲めの自由でなく、右の趣旨に於ける社會生活の發展を基調とするものでなければならぬ。之を要する

に契約自由の法則は以上の趣旨に於てのみ之を認め得るのであるから、當事者が債權契約の内容と爲した事項は必ずや此の趣旨に悖らざること、即ち此の意義に於て適法のものでなければならぬ。加之債權契約が債權創設の爲めにするものたる性質上、其の事項は更に可能且確定のものなることを要する。此の事は債權が他人の行爲を要求する權利であり、他人を羈束するに足る内容を有たねばならぬことに照し自ら明である。即ち債權契約の内容は左の三條件を具ふることを要する。

(一) 適法 適法ならざる事項を内容とする債權契約は無効である(九〇參照)。

但し動機の如何は必ずしも契約の效力に影響を及ぼすものではない。蓋し契約の内容が適法ならざる場合に非ざれば之を反社會性のもつと觀察し得られぬからである。尤も契約の動機であつても、當事者が之を契約の要素と爲し、其の内容と爲した場合に於ては、動機の不適法なることは即ち契約の内容の不適法なることに歸するから、契約其のものを無効と解さねばならぬ(當事者が特に動機を發表した場合亦同)。

(二) 可能 不能の給付を目的とする債権は有効に成立せぬから、當初より不能の事項を目的とする債権契約の無効なることは自明である。茲に不能とは契約の履行が物理的に不能の場合のみを指すのではない、物理的に可能であつても之を履行するに非常の犠牲を必要とする場合も亦之を含むのである。不能なるや否やは社會生活(前に述べた趣旨に於ける)の理念に従ひ之を判定せねばならぬ(大正二・五・二二大判民集一九輯三二七頁、同。二・五・二二大判民集一卷六四九頁)。例へば既に滅失した物の給付は素より不能であると共に海底に沈める寶石の給付の如きも亦之を不能と解するの類である。

債権契約の成立に障礙と爲る不能は、(イ)原始的不能即ち當初より給付の不能なる場合でなければならぬ。給付が契約の當時既に不能であるか、又は後に不能と爲ることが契約の當時既に確定せるときは原始不能であつて、其の他の場合に、後に至り給付が不能と爲るときは後發不能である。例へば存在せざる物を給付する契約又は現に給付可能なるも一定の時期以後の給付が禁ぜられた物を其の禁止期後に給付すべき契約の類は、何れも原始的に不能の給付を目的とするものである。給付が原始的に不能なるときは債権契約は有効に成立せ

ぬ。之に反し給付が後發的に不能と爲るも債権契約其のものは消滅せぬ。唯其の不能が債務者の責に歸すべからざる事由に因る場合に限り債務者は其の債務を免れるのみである(四一五參照)。(ロ)客觀的不能なることを要する。民法は後發不能が客觀的のものなる場合に債務者をして其の債務を免れしむるものと解し得るから(四一五參照)、原始不能も亦客觀的のものなる場合に限り契約成立の障礙と爲ると解するを正當とする。從て主觀的不能の事項を目的とする契約は、有効であり、債権者は其の給付を訴求し得るものと解さねばならぬ、但し債権者は其の執行の不能を理由として金錢賠償を請求することを妨げぬ(昭和一五・三・一五三〇參照)。客觀的不能は事實上の事由に因ると法律上の事由に因るとを問はず、均しく契約成立の障礙となる。例へば存在せざる物の移轉、不融通物の移轉等を目的とする契約は何れも成立せぬ。他人に對し可能なるも相手方に對し不能の事項を目的とする契約も亦成立せぬ。例へば相手方の所有物を其の者に移轉すべき契約は無効である。尙ほ客觀的不能は必ずしも永久的のものなることを要せぬ、一時的即ち後日除去され得べきものにては契約成立の障礙と爲る。



例へば買主の所有物の賣買は買主が後日其の所有權を失ふことあるも仍ほ無効である(但し給付が後日可能となることを條件とする)。(契約は條件成就の場合に其の效力を生ずる)。(は全部不能の場合に限らぬ。給付の一部不能の場合に於ても、契約の當事者が可能部分のみにても契約を成立せしめむとする意思を有したことが肯定せられぬ限り、契約の全部は成立せぬ、唯斯様な意思の分明なる場合に限り可能部分のみに付て契約を有効と解すべきである。蓋し給付の一部のみに付て契約の成立を肯定せむとせば當事者に之を欲する意思ありたることを要するからである。然し民法は賣買契約に付て擔保責任に關する規定を設け、更に之を他の有價契約に準用したから、其の規定に従はねばならぬ限り、給付の一部不能の場合にも契約全部が成立し、當事者は其の全部又は一部の解除を爲し得るに過ぎざるものと解さねばならぬ(五六三、五六六、五五九)。

給付の不能なる爲め契約不成立の場合に於て、其の契約締結の際不能を知り又は之を知らざるに付て過失ありたる當事者は相手方に對し契約の有効なることを信じたに因りて被つた損害(消極的利益)を賠償すべき責任を負ふや否やの問題は、特別の規定を設けぬ民法の解釋として之を否定せねばならぬ(獨民三〇七は此の責任を肯定した)。蓋し契約締結前に在りては當事者

何れも相手方に對し未だ何等の義務を負はず、從て又給付の不能を告知するの責任を負はぬからである。但し詐欺又は強迫に因り他人をして不能の給付を目的とする契約を締結せしめた者は不法行爲者として損害賠償の責任を負ふこと言ふ迄もない。

(三) 確定 給付が全然不確定なるか又は之を確定し得られぬときは債權は成立せぬ、從て契約は其の内容が不定のものとして無効である。之に反し給付を確定し得べき方法あるときは契約は無効でない。其の確定の方法として民法に規定あるものは之に従ひ(四〇一、四〇六參照)、規定なきものは契約の性質、當事者の合意等に依り給付、從て契約の内容を確定するの外はない。當事者が其の確定を(1)何れか一方の正當なる決定に委ねた場合には當該契約は素より有効である。例へば賣買目的物の數量を當事者の供給力又は需要量の限度に應じて其の何れか一方の決定に委ねた場合の類である。之に反し若し當事者が其の確定を何れか一方の全然自由なる決定に委ねた場合には契約は概ね無効と解すべきである。蓋し債權者の自由決定に委ねたときは債務者の自由の拘束と爲り、又債務者の自由決定に委ねたときは債務者は眞實羈束されぬからである。

果して契約當事者の一方の自由決定に委ねたか否かは各箇の契約に付て之を考察せねばならぬ。次に(2)第三者の正當なる決定に委ねた場合亦契約は有効である。第三者が決定を爲すこと能はざる場合に如何なる方法に依り契約の内容を確定すべきかは契約の性質、當事者の合意等に依るの外はない。之を定め難きときは契約は無効である。(獨民三一九は裁判所の判。決に従ふべきものとした)。決定を委託された第三者が多數なるときは別段の合意なき限り其の一致を要する。其の他第三者の自由決定に委ねた場合に於ても一應其の契約を有効と解すべきである。但し此の場合に於ても第三者は信義に反して決定を爲すを得ざること勿論である。以上説明の確定は(1)の場合は相手方に對する意思表示に依り、(2)の場合は契約當事者の一方又は雙方に對する意思表示に依り(其の何れに依るか各箇の契約に付て判定すべきである)。夫々之を爲すべく、且其の意思表示は之を取消(撤)すことが出来ぬ(四〇七・二項参照)。

## 第二節 契約の種類

債權契約は種々の標準に依り之を分類することが出来る。主なるものを舉

示せば左の如くである。

### 一 雙務契約、片務契約

此の區別は契約の當事者が相互に對價的關係に在る債務を負ふや否やに依るものである。多數の債權契約に在りては各當事者は互に相手方をして給付を爲すことを約せしむると共に其の對價として自己も亦給付を爲すことを約する。即ち各當事者は互に對價的關係に在る債務を負ふ。此の種の契約を雙務契約と謂ふ。之に對し然らざる債權契約を片務契約と謂ふ。

雙務契約に在りては、各當事者は何れも債權者たると共に債務者である。然し各當事者が互に相手方に對し債務を負ふ契約を總て雙務契約と稱するのではない。雙務契約に在りては雙方の債務は必ずや對價的關係を有たねばならぬ。即ち甲の給付は乙の給付の對價であり、乙の給付は甲の給付の對價である關係の存在を要件とする。例へば物を無償にて使用せしむる契約(使用貸借)に在りては、貸主は使用許容の債務を負ひ、借主は借用物返還の債務を負ふ、けれども雙方の債務の間に對價的關係がないから、此の契約は雙務契約でない。之に反し、

買買契約に在りては、買主が代金の支拂を約するが故に賣主は買買目的物の移轉を約し、又賣主が目的物の移轉を約するが故に買主は代金の支拂を約する。即ち雙方の債務は對價的關係に在るが故に此の契約は雙務契約である。但し雙方の債務は客觀的にも亦主觀的にも同價なることを要せぬ。各當事者が互に相手方の債務負擔の對價として自己の債務負擔を約するを以て足るのである。又多數の雙務契約に在りては給付は交換されるが、此の事は雙務契約の要件でない。組合契約は雙務契約であるが、各組合員は互に出資の交換を約するものではない。

次に片務契約に在りては、其の當事者の一方のみが債務を負ふか（絶對的片務契約）若くは其の當事者の雙方に債務を生ずるも相互の間に對價的關係は存在しない。前者の適例は贈與である。後者には、(1) 契約成立後特別の事情に因りて債務者に非ざる當事者も亦債務を負ふ場合（例へば無償委任に在りて委任者が受任者に對し費用償還の債務を負ふの類）（學者の所謂不完全雙務契約）と(2) 契約の効果として各當事者が債務を負ふも相互の間に對價的關係の存在せざる場合（例へば前に説明せる使用貸借の類）とがある。(1)の場合も亦(2)の場合と同様、各當事者に生じ

た債務の間に對價的關係がないから、何れも片務契約であつて雙務契約に該當せぬ。

雙務契約と片務契約とは其の性質上適用法規に差異あるを免れぬ。即ち同時履行の抗辯（五三）、危險負擔（五三四乃至五三六）に關する法則は前者にのみ、又契約の解除に關する法則は主として前者に適用される（後者に全然適用されないと譯ではなく）。是れ兩者區別の實益である。

## 二 有償契約、無償契約

此の區別は契約の當事者が相互に出捐を爲すや否やに依るものである（出捐他人を財産的に利得せしむる行為の謂である）。當事者の雙方が何れも對價的に出捐を爲す契約は有償契約である。賣買、交換、貸借、雇傭、請負等は之に屬する。之に反し、當事者の一方のみが出捐を爲す契約は無償契約である。贈與、使用貸借、無利息消費貸借、無償委任、無償寄託等の類之に屬する。

有償契約に於て當事者雙方の出捐即ち給付は相互に對價的關係を有たねばならぬ（對價の意義に付て雙務契約に關する説明参照）。雙方の給付が對價的關係を有たざるときは雙方が

出捐を爲す場合にも當該契約は有償契約でない(例へば負擔附贈與)。斯様な牽連關係の存する以上は、(1)當事者の雙方が契約の効果として相互に給付を爲すべき債務を負ふ場合(例へば買換)のみに限らず、(2)當事者の一方は契約成立の要件として契約成立の際給付を爲し、相手方は契約の効果として給付を爲すべき債務を負ふ場合(例へば利息附消費貸借)にても、當該契約は有償契約たるを失はぬ。斯の如く有償契約たるや否やは當事者の雙方が債務を負ふや否やに依らず、出捐を爲すや否やに依るから、有償契約は總て雙務契約であると謂ひ難い(反對に雙務契約は總て有償契約である)。即ち上記(1)の場合に於ては當該契約は有償契約であると共に雙務契約であるが、(2)の場合に於ては當該契約は有償契約であるが雙務契約でない。

有償契約に於ける當事者の出捐は必ずしも當初より確定的なることを要せぬ。所謂利得分配契約(partiarischer Vertrag)も亦有償契約に屬する。利得分配契約とは當事者の一方が相手方の爲したる給付を基本として得たる利益を相手方に分配することを約する契約の謂である。例へば土地貸借の場合に收穫の割合に應じて其の賃料の額を定め、雇傭の場合に一定の報酬の外營業上の收

益の割合に應じて利益の分配を約するの類である。此等の契約に於て當事者の一方の給付の額は確定せざるも仍ほ之を有償契約と謂ふを妨げぬ。その他射伴契約も亦有償契約の一種である。射伴契約とは當事者の一方又は雙方の爲すべき給付が偶然の事實に依りて確定する契約を謂ふ。賭博、保險、希望賣買の類是れである。之に對し其餘の有償契約を實定契約と謂ふ。射伴契約は射伴の内容が適法なる場合に於てのみ有償契約として有効と解すべきである。有償契約、無償契約の區別の實益は、賣買に關する法則が他の有償契約に準用されること(五五九參照)、破産法上兩者の否認に付て取扱の異なること(同法七二、八三參照)等である。

### 三 諾成契約、要物契約

此の區別は當事者の意思表示の合致の外、物の引渡を契約成立の要件とするや否やに依るものである。債權契約は當事者の意思表示の合致即ち合意のみに依りて成立するを本則とする、即ち諾成契約である。然るに法律は或債權契約に付て合意の外當事者の一方が物の引渡を完了したことを契約成立の要

件とした(物の引渡は意思表示の方式でない)。之を要物契約(實踐契約又はは踐成契約)と謂ふ。消費貸借、使用貸借及寄託は要物契約である。此等の契約は物の返還を主たる目的とするから、之を要物契約としたのである(然し立法上の理由として十分でない)。

要物契約は諾成契約と其の成立要件を異にするから、契約の成立時期は後者と區別して之を考察せねばならぬ(其の成立時期は合意及物の引渡を完了した時である)。

#### 四 典型契約、非典型契約

此の區別は法典に特別の名稱及規定を有するや否やに依るものである。典型契約とは法典に名稱及規定の存する契約の謂であつて、之を有名契約とも謂ふ。之に對し非典型契約(又は無名契約)とは法典に名稱及規定の存せざる契約を謂ふ。非典型契約と雖其の内容が適法なる限り其の效力を認むべきものなること言ふ迄もない。非典型契約には、法典に全然規定なき事項を内容とするものと、典型契約の構成部分に該當する事項をも其の一構成部分とするものがある(後者は混合契約である)。

典型契約、非典型契約の區別の實益は其の適用法規を定むる點に存する。法

典に全然規定なき事項を内容とする非典型契約には、債權法就中契約に関する一般的規定の外、類似せる典型契約の規定を類推適用するの外はない(第二章第一節二參照)。

#### 五 其の餘の分類

契約の分類として尙ほ(1)要式契約と不要式契約、(2)有因契約と無因契約、(3)主たる契約と從たる契約、(4)本契約と豫約等の區別を數ふことが出来る。(1)及(3)は一般法律行爲に於ける區別と同様である。(2)は出捐の目的即ち原因を契約の内容と爲したるや否やに依る區別である。原因を契約の内容とする契約は有因契約(又は要因契約)然らざる契約は無因契約(又は不要因契約)である。債權契約は有因契約なるを本則とする。但し當事者が特に無因契約としての成立を合意したとせば必ずしも其の效力を否定することが出来ぬ(獨民七八〇、七八一は書面に依る債務約束、債務承認を有效とした)。(4)に付ては後に説明する(第二章第三節第一款の二參照)。

### 第三節 契約の成立

#### 第一款 總說

債權契約は少くとも二箇の意思表示の合致を其の成立要件とする。此の二箇の意思表示は前後して表示されるを常とする。即ち當事者の何れか一方よ

り先づ契約の成立を目的とする意思表示を爲し、之に對して相手方は同意の意思表示を爲すを普通の順序とする。前者を申込後者を承諾と謂ふ。

然し債權契約は二箇の意思表示が申込及承諾の形成を採れる場合でなければ成立せぬ譯ではない。二箇の意思表示が同時に表示され、何れが申込なるか、何れが承諾なるかを明に爲し難き場合に於ても、二箇の意思表示が合致するに於ては(合致に付て第一節二の(二)参照)債權契約の成立を肯定せねばならぬ(例へば停車場にて旅客と赤帽との手荷物運搬合意の類)。隔地者間に於て當事者の雙方が互に同一内容の申込を爲した場合に於ても亦同様である。例へば甲は乙に對し馬一頭を代金千圓にて賣却せむことを申込みたる場合に、乙も亦甲に對し同一の馬を代金千圓にて買受けむことを申込みたる場合の類である。之を交叉申込と謂ふ。之に付て民法は規定を設けぬが、此の故を以て此の場合に債權契約の成立を否定するは正當でない。契約の成立に關する民法の規定は普通の場合のみを対象としたのであつて、申込及承諾の形式に依らざる契約の成立を否定せむとするものではない。加之契約の當事者は相手方が申込を認識して意思表示を爲したるや否やに重きを置かず、相手

方が契約を欲するならば之と結合して契約を締結せむとするを常とするから、右の場合に於ても同一内容の雙方の申込即ち意思表示は合致したものと謂ふを妨げぬ。是れ上記の如く解釋する所以である(雙方の意思表示が全部到達した時に契約は成立する)。

### 第二款 申込

一 申込の意義 申込は申込者が相手方との間に契約の成立を目的とする意思表示である。

(一) 申込は意思表示である 契約は法律行為であるが、申込其のものは法律行為でなく、契約の一構成要素である。然し申込は法律上の効果の發生(契約の締結)を目的とするから、意思表示なること疑を容れぬ。畢竟申込は他の意思表示と結合して法律行為を構成する意思表示であると謂ふべきである。從て意思表示に關する一般の法則は申込に適用されること勿論である。其の他申込は明示又は默示たることを妨げぬ。

(二) 申込は相手方に對する意思表示である 申込は契約を締結せむと

する者より其の相手方(又は其の代理人)に對して爲された意思表示なることを要する。相手方に對する意思表示なる以上は、表意者の何人なるかを申込中に明示せざるも仍ほ申込たるを失はぬ(商法五四、八参照)。又申込は通常、特定の相手方に對して表示さるべきも、此の事は申込の要件でない。不特定人に對する意思表示も亦申込として成立することがある。自動販賣機の設置、映畫劇場の開設等は不特定人に對する申込と解すべきである。

(三) 申込は相手方の承諾に因り契約を成立せしめむことを目的とする意思表示である。申込は相手方が承諾するならば契約を成立せしむるの意思を以て爲されたことを要する。言ひ換へれば申込は契約締結の意思表示として爲されねばならぬ。他人と對談中或種の契約締結の用意ある旨を語るも素より申込でなく、斯様な行爲は申込の誘引と爲るのみである。申込の誘引とは相手方をして申込を爲さしめむとする行爲の謂であつて、之に誘はれ相手方が申込を爲した場合に、申込誘引者が更に承諾を爲すに因りて契約は成立する。故に申込の誘引は申込其のものと違ひ契約を構成する意思表示でなく、單に契

約の準備行爲たるに過ぎぬ。斯の如く申込は申込の誘引と異なるが、實際上二者の識別に困難なる場合少しとせぬ。貸家の貼札、傭人雇入の廣告、豫約出版の廣告、正札附商品の陳列、商品目錄の配付、汽車汽船の時間表の貼附等は、或は表意者に於て相手方となるべき者の何人なるかに重きを置けるに因り、或は表示事項其のものの性質に因り、或は表示行爲の態様に因り、何れも申込の誘引と解するを妥當とする。尙ほ申込は契約締結の意思表示であるから、其の内容は申込者が目的とした契約の成立に必要な事項を含まねばならぬ(申込當時の事情に依り之を了知し得るを以て足)。但し申込者に於て必ずしも其の事項の内容を悉く確定せねばならぬ譯ではない。申込受領者に或部分の確定を委ねた申込も亦有效である。例へば賣買目的物の數量を需要の限度内として、其の確定を相手方に委ねた申込は無効でない。其の他或事項の確定を留保して爲された申込も亦必ずしも無効と言へぬ。例へば契約履行の時期の確定を後日に留保したとするも仍ほ申込たるを妨げざるの類である。

## 二 申込の效力

隔地者に對する申込は到達に因りて其の效力を生じ(七九)

照(一項參)

に因りて其の効力を生ずる。但し不特定人に對する申込は不特定人に了知せらるべき状態に置かれた時に其の効力を生ずるものと解さねばならぬ。

申込の効力として、申込受領者は之を承諾することに因り契約を成立せしむることを得るの地位に立つ(申込受領者が権利を取  
得するの謂ではない)。言ひ換へれば申込は其の到達後、承諾を受くるに適するものと爲る。此の効力を申込の承諾適格と謂ふ。然し申込受領者は申込者に對し諾否を表示すべき義務を負ふものではなく、又申込と共に物品を受取るも之を送還又は保管すべき義務を負ふものでもない。但し商法は商人間の取引に付て例外規定を設けた(同法五〇九、  
五一〇參照)。(尙ほ次款一末)。

尙ほ申込は申込者に對し或期間内之を取消すことを得ざるの拘束力を生ずる(五二一、五  
二四參照)。拘束力に付て五三〇參照)。申込の拘束力は申込を維持すべき拘束であつて、意思表示に基く効果(欲したが故に  
生ずる効果)でない。民法は申込が相手方をして之に信頼し契約成立の希望を懐かしむるを常とするに鑑み、特に申込に右の拘束力を認め取引の圓滑を期したのである。

申込が申込者を拘束する期間は申込に承諾期間の定あると否とに依りて異なる。

(一) 承諾の期間を定めて爲した申込の場合 此の申込は其の承諾期間内之を取消すことが出事ぬ(五二一、  
一項)。相手方は承諾期間内承諾に因り契約を成立せしめ得ると共に、其の期間を徒過すれば申込は消滅する(五二一、  
二項)。承諾の期間は申込が對話者に對するものなると、隔地者に對するものなるとを問はず、申込者に於て任意に之を定むることが出来る(何時迄と定めずとも申込の内容、當時の事情等に依り  
はぬ)。然し承諾の期間を定むる意思表示は申込と同時に爲されるか若くは遅くとも申込と同時に相手方に到達せねばならぬ。蓋し申込が一旦承諾期間の定なきものとして相手方に到達せば第五百二十四條所定の拘束力を生じ後に至り之を變更し難いからである(但し後に定めた承諾の期間が同條所定の期間より長  
きときは當該申込は承諾期間の定あるものと爲る)。

(二) 承諾の期間を定めずして爲した申込の場合 承諾の期間を定めずして隔地者に爲した申込は、申込者が承諾の通知を受くるに相當なる期間之を取消すことが出来ぬ(五二一、  
四)。但し前の場合と異なり、右の期間を経過するも申込



は其の取消ある迄消滅せぬ。申込に承諾の期間を限定せぬ以上は此の結果を認めねばならぬ(商行為たる契約の申込は例外である、商法五〇八・一項参照)。承諾の通知を受くるに相當なる期間は申込の到達に要する期間、諾否の考量期間及承諾の到達に要する期間を斟酌して之を判定することを要する。考量期間は實直な人が當該申込を受けて思考し返答を爲すに要する期間に依るべく、又承諾の到達期間は承諾の發信方法に付て申込者の指定なき限り、當該契約の締結に一般に用ひられる方法を標準として之を定むべきである。其の他右の期間の何れに付ても特別に暇取るべき事情が在つても(例へば相手方の旅行不在、通信機關の故障の類)、之を斟酌することを要せぬ。但し申込者が當初より其の事情を了知してゐたとせば、一應之を斟酌して相當なる期間を定むるを正當とする。蓋し此の事は申込者の意思に反するものと言へぬからである。

承諾の期間を定めずして對話者に爲した申込に付て民法は其の取消の制限を定めてゐない。申込の拘束力は法律の規定に基く効果であるから、民法に制限規定なきは其の拘束力を認めなかつたが爲めであると解されぬこともない。

加之右の申込の場合には、申込者も其の相手方も即時互に他方の意思を了知し得られるから、申込の取消を許容するも必然に取引の安全を害するものと即断し難い。此等の理由に依り右の申込の拘束力は之を否定すべきである(即時の承諾も必ずしも申込は消滅せぬ、但し商行為たる契約の申込は例外である、商法五〇七参照)。

以上説明の申込の拘束力は申込者に於て之を排除することを妨げぬ(獨民一四五は此の事を認む)。例へば賣切の節は承諾期間内と雖取消すことあるべき趣旨を表示した賣却申込は其の趣旨に従ひ取消し得べきものと解すべきである。蓋し申込者が任意に承諾の期間を定め得る以上は、拘束力を排除せる申込も亦之を肯認し得るからである。

三 申込の消滅 申込は其の消滅事由の發生と共に消滅し、爾後相手方は之に對する承諾に因り契約を成立せしむることが出來ぬ。申込の消滅事由は左の如くである。

(一) 存続期間の満了 承諾の期間を定めて爲した申込は、申込者が其の期間内に承諾の通知を受けざる時は其の效力を失ふ(五二一)。承諾の通知を受くとは承諾期間内に承諾の意思表示が到達したことの謂である。承諾の通知が其の期間後に到達したときは契約は成立せぬ。然し承諾の通知が承諾の

期間後に到達するも、通常の場合に於ては其の期間内に到達すべかりし時に發送したことを知り得べきときは(例へば郵便日)申込者は遅滞なく相手方に對して其の延著の通知を發することを要する(五二二・一)。蓋し延著の事實を知らざる相手方をして契約の成立を誤信することなからしめむが爲めである(此の義務は全に基く義務である)。故に申込者が承諾の到達前に其の遅延の通知を發したときは更に延著の通知を發することを要せぬ(五二二・一)。申込者が延著の通知を發すべき場合に於て、通知義務を履行したときは、契約は不成立と爲る。之に反し、其の履行を怠つたときは、相手方をして損害を被ることなからしめむが爲め、承諾の通知は延著せざりしものと看做す(五二二・二)。

承諾の期間を定めずして隔地者に爲した申込は其の拘束力の存續する期間の満了に因りて當然に消滅せざることは前に説明した。承諾の期間を定めずして對話者に爲した申込は即時に承諾なかりし場合に當然に消滅するや否やに付て民法は規定を設けぬが、之を消極に解するを正當とする(反對獨民一四七)。蓋し其の消滅を肯定すべきものとせば民法に其の旨の規定がなければならぬ(商法五〇七は商行為)。

爲たる契約の申込に付て特に右の場合に申込は消滅する旨を定めた。加之隔地者に對する申込が承諾を受くるに相當なる期間を経過するも仍ほ消滅せぬ以上は、對話者に對する申込のみ即時に承諾なかりし場合に當然に消滅すと解するは彼此權衡を失する。是れ上記の如く解釋する所以である。但し申込の性質、當事者の意思等に依り、或期限を経過すれば之に對し承諾あるも契約締結の目的を達し難きものと解し得られる場合には、其の期限の経過と共に申込の消滅を認めねばならぬ(例へば料理の注文の類)。

(二) 申込の取消 申込は其の拘束力の發生前に之を取消(同撤)し得べきことと言ふ迄もない。但し之が爲めには申込の到達前若くは其の到達と同時に取消の通知が相手方に到達せねばならぬ。又申込は其の效力發生後と雖承諾の期間を定めずして隔地者に爲した申込に在りては、承諾を受くるに相當なる期間の経過後承諾なき間は之を取消し得べきこと、對話者に爲した申込に在りては、承諾なき限り隨時之を取消し得べきこと等は前に言へる通りである。以上申込の取消は其の到達に因りて效力を生ずる。故に申込の取消の通知が承諾の通知の發送後(即ち契約の成立後)に相手方に到達したときは素より取消の效を生ぜぬ。

けれども當該取消の通知が通常の場合に於ては、承諾の通知の發送前に承諾者に到達すべかりし時に發送されたことを知り得べきときは、承諾者は遅滞なく申込者に對して取消延著の通知を發することを要する（五二七）。蓋し申込者をして申込が有効に取消されたものと誤信することなからしめむが爲めである（此の通知義務は法律の規定に基くものである）。承諾者が通知義務を履行したときは申込は取消と爲らず、契約は成立する。之に反し、其の履行を怠つたときは取消の通知は延著せず、從て契約は成立せざりしものと看做す（五二七・二項）。

(三) 當事者の死亡又は能力喪失 隔地者に對する申込は其の發信後到達前に申込者が死亡し又は能力を失ふも、之が爲めに其の效力を妨げられざるを本則とする、但し以下の場合には例外である（五二二）。即ち(1)申込者が反對の意思を表示したときは之に從ふ。例へば右の事由發生せば申込の消滅すべき旨を表示したときは其の發生に因りて申込は消滅する。法文に反對の意思の表示を必要とせるは、假に表示を要せずとせむか、例外の場合なることを知らざる相手方を害するの虞あるからである。(2)相手方が申込者の死亡又は能力喪失の

事實を知るときは其の死亡に因り、通知は效力を生ぜずして消滅し、又其の能力喪失に因り申込は無能力者の爲した申込として效力を生ずる。蓋し申込到達前に申込者が死亡し又は能力を失ふも、此等の事由が申込に影響を及ぼさざるものとせるは、其の事由の發生を知らざる相手方を保護せむが爲めであるから、相手方が之を知る以上は敢て上記の本則に從ふことを要せぬとしたのである。尙ほ申込は其の到達後、承諾の發信前に申込者が死亡し又は能力を失ふも、之に因りて其の效力を失ふものではない（承諾の發信後右の事由が發生するも亦同様である五二六・一項參照）。蓋し申込が一旦相手方に到達した以上は完全に其の效力を生ずるからである。けれども申込者が申込と同時に反對の意思を表示したときは亦之に從はねばならぬ。加之申込者の締結せむとした契約の性質に依り例外の場合あることを看過することが出來ぬ。例へば委任契約の申込は申込者の死亡に因りて消滅する（三六五照）。然し申込到達後、申込者の死亡又は能力喪失の場合に於ては、其の到達の前に此等の事由の發生した場合と異なつて、相手方が之を知るも此の事は申込の效力に影響を及ぼすものではない。即ち此の場合に第五百二十五條を適用す

ることが出来ぬ。蓋し同條は第九十七條第二項の例外規定であり、又第九十七條第二項は意思表示の到達前に表意者の死亡又は能力喪失の場合に關するこ  
と同條第一項との對照上明白であるから、第五百二十五條は申込到達後、申込者  
の死亡又は能力喪失の場合をも含む規定と解することが出来ぬ。加之假に此  
の場合にも同條を適用すべきものとせば、一旦效力を生じた申込が、前掲例外の  
場合でなくとも、爾後の事實たる申込者の死亡又は能力喪失に因りて不當に影  
響を受けなければならぬ。是れ上記の解釋を採る所以である(反對説がある)。

申込は相手方の死亡又は能力喪失に因り影響を受くるや否やの問題は以下  
の如く解すべきである。即ち(1)申込到達前に相手方の死亡の場合に於ては、申  
込の趣旨に依りて區別し、申込者が相續人に對しても申込を爲すの意思を有し  
たことの明白なるときは、申込は相續人に對する申込として其の效力を生ずべ  
きも(例へば土地賃借の申込の類)、然らざるときは、申込は效力を生ぜずして消滅すと解すべきで  
ある(例へば扶養の申込の類)。又申込到達前に相手方の能力喪失の場合に於ては、申込の效力  
は第九十八條の規定に従ひ之を定むることを要する。次に(2)申込到達後、承諾

の發信前に相手方の死亡又は能力喪失の場合に於ては、申込は其の效力を失は  
ざるを本則とする(承諾の發信後右の事由の發したる場合亦同様である)。但し申込者が反對の意思を表示したと  
きは之に従ふ。其の他申込の性質に依り指定の人を要素とせる場合は例外で  
ある。

對話者間に於ては申込は即時に成立するから、當事者の死亡又は能力喪失の事實に關聯して  
上記の如き問題を生ずるの餘地がない。

(四) 申込の拒絶 申込は相手方の拒絶に因りて消滅する。純然たる拒絶  
なると第五百二十八條に申込の拒絶と看做したものを問はぬ。承諾期  
間内にも申込は其の拒絶に因りて消滅する。申込の拒絶は申込に應ぜざる  
旨の意思表示であつて、其の到達に因り拒絶と爲るから、到達前若くは到達と同  
時に之を取消(同撤)すを妨げざることと言ふ迄もない。

### 第三款 承諾

#### 一 承諾の意義

承諾は申込受領者が申込に同意し契約の成立を目的と

する意思表示である。

(一) 承諾は意思表示である。承諾は申込と同様契約の一構成要素であつて承諾其のものとしては法律行為でない。然し承諾は契約の成立を目的とする行為であるから意思表示なること明白である。故に意思表示に關する一般の法則は別段の規定なき限り承諾にも亦適用される。尙ほ承諾は明示又は默示たることを妨げぬ。承諾の方法は申込受領者に於て任意に選擇することを得るが取引上の慣習あるときは之に従はねばならぬ。申込者が承諾の方法を指定した場合(承諾方法を制した申込)亦同様である。例へば電報にて返答すべき旨を定め又承諾を爲すべき場所を定めた申込ありたる場合の類である。但し承諾方法の指定が申込者の希望として若くは申込受領者の便宜の爲めに爲されたに過ぎぬならば承諾者に於て必ずしも其の方法を採ることを要せぬ。指定が如何なる趣旨に出でたるかは事實認定の問題である。其の他承諾方法に付て合意ある場合も亦之に依らねばならぬ。

(二) 承諾は申込者に對する意思表示である。承諾は申込受領者が申込

者(又は其の代理人)に對して爲す意思表示である(申込受領者の相續人が承諾を爲し得るや、又申込者の相續人に對し承諾を爲し得るやの問題に付て前款三の(三)參照)。故に申込の效力發生前に爲された意思表示は茲に所謂承諾でない(又又申込たるに參照)。尙ほ承諾は申込と異なつて其の性質上不特定人に對して之を爲すことが出來ぬ、必ずや申込者たる特定の人に對して之を爲さねばならぬ。

(三) 承諾は申込に同意し契約を成立せしむるの目的を以て爲された意思表示である。承諾は申込に同意する意思表示であつて、申込と結合して契約を成立せしむるの意思を以て爲されたことを要する。從て承諾は申込の内容全部に對し無條件にて之を爲すことを要する。尤も申込者が申込受領者に確定を委ねた事項に付ては之を確定して承諾を爲さねばならぬ(申込の内容が可分のものならば一部の承諾を妨げぬ)。承諾者が申込に條件を附し其の他變更を加へて之を承諾するも素より承諾と爲らぬ。民法は之を申込の拒絶であると共に新なる申込を爲したものと看做した(五二) (例へば違約金約款の附加を條件とした承諾、代金を減額して爲した承諾の類)。蓋し斯の如く看做すことが當事者の意思に適し且取引上便宜なるに因るのである。但し申込の内容を擴張して爲した承諾は(例へば米百俵買入申込に對し二百俵賣却承諾の類)事情に依り、申込の無條件承諾に新なる申込を附

加したものと解されることがある。

以上説明の承諾を爲すことは申込受領者の義務に非ざるを本則とするが、契約を締結すべき豫約ある場合には豫約者は承諾を爲すべき義務を負ふ。之に付ては後に説明する。其の他法律に於て或場合に或企業者に承諾を爲すべき義務を負はしむることがある。鐵道運送業者は其の適例である(鐵道營業法六參照)。

## 二 承諾を爲し得る時期

承諾は申込に同意し契約の成立を目的とする意思表示であるから、申込受領者に於て承諾を爲さむと欲せば、申込の消滅前即ち承諾の期間を定めて爲した申込に在りては其の承諾期間内、承諾の期間を定めずして爲した申込に在りては申込の取消前に夫々承諾の通知を爲すことを要する(前款三の(一)商人が平常取引を爲す者より其の營業の部類に屬する契約の申込を及(二)參照) (受けたときは遅滞なく諾否の通知を發することを要する商法五〇九) 但し其の後に爲された承諾と雖全然法律上の効果を生ぜぬ譯ではない。(1) 延著した承諾は申込者が延著通知の義務を負ふに拘らず之を怠つた場合に延著せざりしものと看做され、承諾としての効果を生ずることは前に説明した(前款三の(二)參照)。又(2) 遅延した承諾は申込者に於て之を新なる申込と看做すことが出来る(五二二・二項、商法五〇八・二項)。蓋し遅延した承諾も亦申込の内容に相當する契約を締結せむとするの意思表示

示を含むから、之を新なる申込と看做し之に對し承諾を爲すに因りて契約を成立せしむることは、承諾者の意思に適すると共に取引上便宜なるに因るのである(承諾者が承諾の際反對の意思を表示したるときは此の規定を適用することが出来ぬ)。遅延した承諾と言へば延著した承諾をも含むと解すべきであるが、唯承諾の延著した爲め申込者に於て承諾者に對し延著通知の義務を負ふ場合のみは右の規定の適用を受けぬと解さねばならぬ。此の場合に申込者が契約の締結を欲するならば、延著した承諾を新なる申込と看做し之に對し承諾を爲す迄もなく、承諾者に對し延著の通知を怠れば宜い。加之申込者が一旦延著の通知を發するときは承諾者は契約を不成立と信ずるから後に至り延著した承諾を新なる申込と看做すときは承諾者を害するの結果と爲る。是れ上記の如く解釋する所以である。申込者が遅延した承諾を新なる申込と看做すには其の旨を承諾者に通知せねばならぬ(新なる申込と看做す) (権利は形成権である)。此の通知ありたるときは遅延した承諾は其の到達の時に遡り新なる申込と看做されるのである。申込者が右の通知を爲すべき期間に付ては、民法に規定を設けぬが、遅延した承諾を新なる申込と看做した場合に、此の申込が舊承諾者(新申込者)に對

し之を取消すことを得ざるの拘束力を生ずる期間内(五二一・一項 五二四参照)に限り、舊申込者は其の遅延した承諾を新なる申込と看做し得るものと解するを正當とする。蓋し遅延した承諾を右の期間經過後に仍ほ新なる申込と看做して契約を成立せしむることは舊承諾者の意思に副ふものと言へぬからである。

三 承諾の效力発生時期 適法の承諾あるに因り契約は成立するのであるから、契約成立の時期は承諾の效力発生時期に外ならぬ。第五百二十六條第一項に依れば、隔地者間の契約は承諾の通知を發した時に成立する。此の規定は一般の意思表示が到達の時に其の效力を生ずるに對し、承諾の意思表示は發信の時に其の效力を生ずる趣旨を定めたのであり、其の立法理由は承諾者をして速に契約成立の時期を確知せしめむとするのである(強行規定でない)。然らば此の規定は承諾の通知が發信の時に確定的に其の效力を生ずる趣旨を定めたのであらうか。此の問題に付て學者の解釋は一致せぬが、以下の如く解するを正當とする。先づ第五百二十一條第二項の規定に依れば、申込者が承諾の期間を定め、て申込を爲した場合に其の期間内に承諾の通知が申込者に到達せざるときは

契約は成立せぬこと明白であるから、承諾の通知が發信に因り其の效力を生ずるには其の到達を要するものと謂はねばならぬ。申込者が承諾の期間を定めずして申込を爲した場合に同一の規定なきも、契約の成立に承諾の通知の到達を要するや否やに付て前の場合と解釋を異にすべき理由がないから、彼此同一に解するを正當とせねばならぬ。けれども之が爲め承諾の通知の到達迄契約の成立を來たさぬと解し難きことは第五百二十六條第一項の明文に照すも、又第五百二十七條の法意に照すも明白であるから、此等の規定と第五百二十一條第二項に基く上記の解釋との調和を圖らむとせば、承諾の通知は其の發信と同時に一應契約成立の効果を生ずるも、此の効果は承諾の通知の到達前に於ては未だ確定的でなく、其の通知が適法の時期に到達せず若くは全然不到達るときは發信の時に遡り契約は不成立と爲ると解釋するの外はない。之れを要するに承諾は其の通知が適法の時期に到達せざること若くは全然不到達を法定の解除條件として發信と同時に其の效力を生ずるものと解すべきである(承諾の通知到達を停止條件として發信と同時に其の效力を生ずるものと解するは五二六、五二七の明文と抵觸する)。斯の

如く承諾の通知は其の發信と同時に其の效力を生ずるから、一旦發信ありたる以上は、其の到達前と雖、之を取消(撤回)し難きこと自明である。此の事は承諾に付て發信主義を採つた當然の結果と謂ふべきのみならず、第五百二十七條の規定に依れば承諾の發信後は申込の取消を許さぬから、承諾の取消も亦之を許さぬと解するも必ずしも不當でない。

以上の説明は隔地者に對し承諾を爲す場合のみに關する。對話者に對し承諾を爲す場合に付ては民法に規定を設けぬから、一般の意思表示と同様、對話者に對する承諾は申込者の了知の時(了知と到達とは同、時なるを常とする)、若し申込者が其の了知を妨げたときは到達の時を以て其の效力發生の時と解すべきである。

四 承諾の意思實現と契約の成立 隔地者間の契約は承諾の通知に因りて成立すること上述の通りであるが、民法は申込者の意思表示又は取引上の慣習に依り承諾の通知を必要とせざる場合に於ては、契約は承諾の意思表示と認むべき事實ありたる時に成立するものとした(五二六、二項)。例へば即時の履行を求めて物品買入の申込ありたるに對し申込受領者が直に注成品を發送した場合、

室留保の申込を受けた旅館主が之に應ずる爲め他の旅客の申込を斷りたる場合等の類である。抑も申込者が急速に契約の履行を欲するが如き場合に上記の如き法則を是認することは當事者の意思に副ふものたるは勿論、之を是認するときは承諾の通知なき爲め申込者は承諾の有無を迅速に確知し得られざるの不便あるも、本來申込者は承諾の通知を受くることを拋棄したのであるから、其の不便は上記の法則を不當とするの理由と爲らぬ。是れ民法が實際上の必要より上記規定を設けた所以である。

承諾の意思表示と認むべき事實とは承諾の意思の實現と解し得らるべき客觀的事實の謂である。第五百二十六條第二項の規定は承諾の通知なくとも承諾の意思表示と認むべき事實ありたる場合に、契約の成立を是認する趣旨なること、同條第一項との對照上明白であるから、右の事實ありといふには、申込受領者に於て承諾の意思を有し、而も其の意思の存在が其の者の行爲に依り之を肯定し得らるべき場合でなければならぬ。然し此の故を以て承諾の意思表示と認むべき事實を默示の承諾即ち暗黙の意思表示と解するは正當でない。意思



表示が明示なるか將た又默示なるかは意思表示の方法に關する區別であつて、何れも意思表示なる點に於て差異はない。然るに上記規定は承諾の通知即ち意思表示なくとも契約を成立せしむる趣旨であること前叙の通りであるから、畢竟承諾の意思表示と認むべき事實とは默示の承諾でなく、承諾の意思が行爲に依り外部に實現された場合を指すものと解さねばならぬ(民法は意思實現を意思表  
示と同視したのである)。如何なる事實を以て承諾意思の實現と解すべきかは各箇の場合に付て考察せねばならぬ。申込に應じ契約の履行行爲ありたる場合及申込と同時に送付された物品の領得行爲ありたる場合は何れも承諾の意思表示と認むべき事實ありたるものと推斷すべきである。例へば申込受領者が承諾の通知を爲さず即時に注文品を發送した場合、申込と同時に送付を受けた書籍の包装を解き閱讀した場合等の類是れである(申込と同時に物品を送付するは所謂現物申込であつて、債權契約の申込と物權契約の申込とが併存する)。其の他申込受領者が契約履行の準備を爲した場合にも亦上記事實を推斷し得ることがある。室留保の申込を受けた旅館主が他の旅客の申込を斷りたる場合は其の適例である。

然し承諾意思の實現に因り契約の成立するは、申込者の意思表示又は取引上の慣習に依り承諾の通知を必要とせざる場合に限る。(1)申込者が承諾の通知を必要とせざる旨を表示する方法は明示でも亦默示でも宜い(現物申込の場合は暗黙に  
其の表示ありたるものであ  
る)。又其の表示は必ずしも申込と同時にすることを要せぬ。けれども申込者が申込と共に申込受領者の沈黙を以て承諾と看做す旨を通知するも、沈黙の場合に契約の成立を肯定することが出来ぬ唯特別の事情ある場合に限り沈黙に因る契約の成立を肯定し得るのみである。(2)取引上の慣習に依り承諾の通知を必要とせざる場合とは、承諾の通知を必要とせざる事實上の慣習ある場合の謂である。斯様な事實上の慣習あるときは、申込者が之に依る意思を有すると否とを問はず、申込受領者の承諾意思の實現に依り契約は成立すと解すべきである。蓋し申込者に斯様な意思ある場合に限るものとせば、第九十二條の規定に依り當該慣習に従ふこととなり、特に第五百二十六條第二項の規定を必要とせぬからである。申込者の所在地と申込受領者の所在地とが慣習を異にするときは、申込者所在地の慣習に従はねばならぬ。

以上説明の承諾の意思表示と認むべき事實は申込の存続する間即ち其の消滅前に成立することを要する(此の點に付て申込者の意思表示あるときは之に従ふ)。申込の存続中右の事實ありたるときは其の事實の成立した時に契約は成立する。申込者が其の事實ありたることを知りたるや否やは問ふ所でない。

#### 第四款 合意

一 合意の成立 契約は少くとも二箇の意思表示の合致を其の成立要件とすることは前に説明した。是れ即ち合意である。各意思表示は其の内容が同一のものでなければ合致せぬこと言ふ迄もない。然し此の故を以て各意思表示の内容が全く符合した場合でなければ契約の成立に必要な合致なきものと即断することが出来ぬ。意思表示が如何なる事項に付て合致することを要するか言ひ換へれば合致の範圍は各箇の場合に付て之を考察せねばならぬ。(1) 法律が當該契約の要素と定めた事項(客觀的要素)に付ては常に意思表示の合致を要する。例へば賣買の成立には目的物及代金に關し合意を要するの類である。

然るに其の他の事項即ち當該契約の常素及偶素に付ては合意なきも契約の成立に影響を及ぼさざるを本則とする。例へば賣主に於て擔保責任を負ふ旨の合意なきも賣買は成立し、又解除權の留保に付て合意なきも賣買は成立するの類である。蓋し法律が各種の契約に付て其の要素たる事項を定めた以上は其の事項につき合意ある限り契約を成立せしむる法意であると解さねばならぬからである。(2) 但し要素でなくとも當事者が特に契約の要件と爲した事項(主觀的要素)に付ては例外として意思表示の合致を要する。例へば當事者が契約履行の時期及場所につき合意を要するものと定めたときは其の合意の成立せざる限り契約は成立せぬ。或事項を契約の主觀的要素と爲すには必ずしも之に付て合意あることを要せぬが當事者の何れか一方より其の旨の意思表示ありたることを要する。但し申込受領者の斯様な意思表示は申込に變更を加へた承諾に外ならない(五二八參照)。之を要するに以上(1)及(2)の點に付て各意思表示の内容が同一なるときは合意は成立する。

#### 二 不合意及錯誤

各意思表示の合致せざることを不合意と謂ふ。契約

の成立に合意を要する事項<sup>(1)</sup>につき各意思表示の合致なきことを當事者が意識せる場合には契約の成立せざること多言を要せぬ<sup>(2)</sup>。其の事項につき各意思表示が客觀的に合致せざるに拘らず、當事者の一方又は雙方が合致したと誤信せる場合亦同様である<sup>(非意識的)</sup>。例へば若干の代金にて鍍金の時計賣却の申込ありたるに對し、買主は之を純金の時計の賣却と誤解した爲め其の代金にて純金の時計の買受を承諾した場合、新舊二隻の東京丸中、新東京丸に乗船の意思にて東京丸乗船の申込ありたるに對し、承諾者は舊東京丸に乗船せしむる意思にて東京丸乗船を承諾した場合等の類である。非意識的不合意は當事者の一方が相手方の意思表示を誤解せる場合に之を生ずる。けれども不合意は第九十五條に所謂錯誤と其の觀念を異にする。不合意は箇々の意思表示其のものに意思と表示との齟齬なく即ち瑕疵なきも、其の内容が同じからざる爲め合致を缺く場合である。之に反し、錯誤は箇々の意思表示其のものに意思と表示との齟齬即ち瑕疵ある場合である。従て不合意の場合は各意思表示の合致を缺く爲め契約は不成立と爲り、錯誤の場合は意思表示が第九十五條の規

定に依り無効である爲め契約は不成立と爲るのである。斯の如く不合意の場合には第九十五條の規定に依り契約の不成立を來たすのでないから、相手方の意思表示を誤解した當事者に過失なかりしや否やは問題でない。

申込者が例へば物品を代金五十圓にて賣却の申込を爲したに對し、承諾者が之を十五圓と誤解し、簡單に承諾の旨を返答した場合、不合意でなく、承諾者の意思表示に錯誤あるものに外ならぬ。従て此の理由に因り契約は成立せぬ。

## 第五款 懸賞廣告

### 一 懸賞廣告の意義

(一) 總說 懸賞廣告とは或行爲を爲した者に一定の報酬を與ふべき旨の廣告に依る意思表示を謂ふ。行衛不明者の搜索、學術上の著作、技術上の發明等の行爲者に一定の報酬を與ふべき旨の廣告の類は之に屬する。

懸賞廣告者は當該廣告中に指定された行爲を爲した者に報酬を與ふる義務を負ふ<sup>(五二)</sup>。此の義務は廣告者と行爲者との間の契約に基因するか、將た又廣

告者の一方的行為の効果であるか、言ひ換へれば懸賞廣告の性質は契約なるや否やに付て學者の見解は岐れてゐる。契約説に依れば懸賞廣告は不特定人に對する申込であつて廣告者の申込に對し廣告中に指定された行為を爲した者が承諾を爲すに因り契約は成立し廣告者が義務を負ふと解する。之に反し、一方的行為説に依れば懸賞廣告を以て廣告者の一方的行為と做し、此の行為其のものに因り廣告者は上記の義務を負ふのであるが、此の義務は指定行為の完了を條件として發生すと解する。實際に於て廣告者は何人にも指定行為を完了せる者あらば契約を締結する迄もなく之に報酬を與ふる意思を有するを常とする。加之廣告を申込と解せば之に對する承諾は廣告あることを知りて之を爲すことを要するから、申込即ち廣告あることを知らずして指定行為を完了するも承諾と爲らず、從て此の場合に行爲者は報酬請求権を取得せざる結果と爲る。けれども民法の解釋としては一方的行為説を採ることが出來ぬ。民法が契約の成立と題する款中に懸賞廣告に關する規定を設けたことより推考せば、懸賞廣告を以て不特定人に對する申込なりと解し、之に對する承諾に因り契

約は成立し廣告者の義務が發生するものと做したと殆んど疑を容れる餘地がない(獨民六五七は行爲者が廣告に關係なく指定行為を爲した場合と雖廣)。  
(告者は報酬を與ふる義務を負ふ旨を定め一方的行為説を採用した)。

(二) 懸賞廣告の要件

(い) 廣告の方法に依る意思表示あること 廣告の方法に依ることとは(九三)。

懸賞廣告が普通の申込と異なる主要の點である。廣告とは特定の人のみならず不特定の多數人に了知せしむるに適する方法を謂ふ。文書に依ると否とは之を問はぬ。了知せしむべき人の範圍の廣狹も亦問題でない(例へば或種の職業者のみの制限なく一般の公衆に對するものは問はぬ)。少數の人に對する通知にても、其の者を通じて一般の人に了知せしむることが目的であるときは仍ほ廣告と言ふを妨げぬ。

(ろ) 一定の報酬を與ふべき旨の意思表示あること 報酬は金錢に限らぬ、又必ずしも財産的給付なることを要せぬ(例へば或學會の會員に推薦するの類)。但し債權の物體たることを得るものでなければならぬ。報酬を與ふる旨の意思表示は畢竟債務を負ふ旨の意思表示である。故に債務負擔の効果意思なくして爲された廣告は懸賞廣告と爲らぬ。廣告者が自己の利益の爲め(例へば遺失品)。公益の爲め(例へば技術上)。

勵の發明獎) 其の他如何なる動機から廣告を爲すとも、其の動機の如何は問題でない。當該廣告が債務負擔の意思に基くものと解し得られる限り懸賞廣告たるを失はぬ(或行爲を爲す者なきことを希望して懸賞廣告を爲したとするも必ずしも之を無効と言へぬ、例へば自己製造の金庫を破る者あらば賞金を與ふといふの類)。斯様な效果意思の存否は事實認定の問題である(山師的廣告者は場合に依り斯様な意思を缺くことがある)。

(は) 特定の行爲を爲した者に對し報酬を與ふべき旨の意思表示あること 行爲は廣告中に指定されねばならぬ。其の行爲は遺失品の搜索、技術上の發明等の如く或結果を生ずべきものなることが多い。然し此の點は要件でない。例へば或事實の通知も懸賞の對象と爲る、不作爲亦同様である(例へば十年間去らざること)。尙ほ行爲が廣告者に利益を齎すものなるや否や、又公共の利益に歸するものなるや否やは之を問はぬ、但し公序良俗に反するものなることを得ざるは言ふ迄もない。懸賞の對象は行爲でなければならぬから、或事實上の状態の發生した場合に或利益を與ふべき旨の廣告は懸賞廣告と爲らぬ(例へば最近の自己生誕日ふる旨の類)(斯様な廣告は不特定人に對する廣告の類)(贈與の申込と爲ることがある)。

(三) 契約の成立 懸賞廣告は不特定人に對する申込であるから、之に對

する承諾あるに因り契約は成立し債權關係が発生する。承諾は廣告中に指定された行爲の完了に依りて之を爲すことを要する(此の事は第五二九條の文、言に照し自ら明である)。抑も廣告者は指定行爲を完了せる者あらば之に報酬を與ふる意思を有するも、未だ指定行爲を完了せざる者に對し義務を負ふ意思なきを常とする。故に指定行爲を完了せずして承諾を爲す者あるも其の承諾に因る契約の成立を是認することが出来ぬ。然し此の故を以て契約の成立には指定行爲の完了後に承諾の意思表示あることを要するものと解することも亦妥當でない。蓋しかく解するときは指定行爲の完了後、承諾の意思表示前に行爲者死亡したときは何人も報酬を請求し得ざる結果を生ずるからである。是れ民法が指定行爲の完了のみにより承諾ありたるものとする所以である。然し指定行爲の完了が承諾と爲るには其の行爲が承諾の意思、詳しく言へば廣告に依る申込に應じ承諾を爲すの意思を以て爲された場合でなければならぬこと、承諾其のもの性質に照し自明である。故に民法の趣旨は、畢竟指定行爲の完了なる事實即ち承諾意思の實現に因り契約の成立することを認めたと解すべきである。

以上説明の如く指定行爲の完了は承諾の意思に基くことを要するから、廣告あることを知らずして指定行爲を完了するも契約は成立せず、従て行爲者は報酬請求権を取得せざること明白である(廣告前に行爲完了者亦同様である)。此の點は實際に適せざるの觀あるも、民法の解釋としては已むを得ざる結果である(一方的行爲説に依れば反對の結果と爲る)。

二 懸賞廣告の取消 懸賞廣告は契約の申込であるから、普通の申込の消滅に關する法則は懸賞廣告にも亦之を適用すべきものである。但し其の取消(同撤)に付ては以下説明の規定に従ふ。

抑も廣告者は指定行爲を完了せる者あらば義務を負ふ意思を以て廣告を爲したに過ぎぬから、其の完了者なき間は拘束を受くるの意思なきものと觀察せねばならぬ。加之指定行爲の完了に先だち社會事情に變更を生ずるときは廣告者に於て最早指定行爲を不要とすることもあらう。是に由て觀れば廣告撤回の禁止は廣告者に對し酷に失すると謂はねばならぬ。尤も廣告を撤回せば指定行爲著手者に於て損害を被るの虞あるも、懸賞廣告が不特定且多數の人に對する申込なることより推考せば、首尾よく指定行爲を完了するまでは報酬に

對する行爲者の期待は確實なるものではない、従て其の完了前に廣告が撤回されるも、之に因り甚しく行爲者を害するものと言ひ難い。以上の理由から、第五百三十條は指定行爲の完了者なき間は廣告を取消(同撤)すことを得るものとした(獨民は一方的行爲説を採るも仍ほ廣告の撤回を許容した同法六五八)。

懸賞廣告の取消(同撤)は、(い)指定行爲を完了せる者なき間に限り之を爲すことが出来る(一五三〇)。(一)指定行爲に著手せる者あると否とを問はぬ。之に反し、指定行爲の完了後に於ては廣告者は之を知ると否とを問はず最早廣告を撤回することが出来る。る前の廣告と同一の方法に依りて之を爲すことを要する(上同)。即ち撤回は廣告の方法に依り、而も前の廣告と同一の方法に依らねばならぬ。例へば前の廣告を新聞紙に掲載したとせば其の撤回も亦同一の新聞紙に掲載して之を爲すの類である。蓋し前の廣告の了知者を保護せむが爲めである。

然し前の廣告と同一の方法に依ること能はざる場合(例へば前の廣告掲載新聞の廢刊の場合)に於ては他の方法に依りて撤回を爲すことを妨げぬ、但し其の撤回は之を知りたる者に對してのみ其の效力を有つ(一五三〇)。従て此の場合に於ては撤回を知らずして指定

行爲を完了した者に對し廣告者は報酬支拂の義務を免れぬ。以上説明の如く撤回は廣告の方法に依りて之を爲すべきものなるも、之に依らざる撤回を全然無効と解するは妥當でない。廣告の方法に依らずして特に通知された撤回であつても、其の通知を受けた者に對しては其の效力を有つと解すべきである。(は撤回權を拋棄せざりし者のみ之を爲すことが出来る。懸賞廣告の撤回權は之を拋棄することを妨げぬ。廣告者が廣告中に取消(同撤)を爲さざる旨を表示したときは廣告を撤回することが出来ぬ(五三〇・一)。廣告後に特に前の廣告と同一の方法に依り撤回權を拋棄した場合亦同様である。民法は廣告者が明確に拋棄の旨を表示せざるも、廣告中に指定行爲を爲すべき期間を定めたとときは其の撤回權を拋棄したものと推定した(五三〇)。蓋し此の場合には一應廣告者に廣告を撤回せざるの意思あるものと解し得られるからである。

懸賞廣告は取消(同撤)に因り全く其の效力を失ふ。故に撤回後に指定行爲を完了せる者あるも之に因り契約は成立せぬ。行爲者は撤回に因り損害を被ることあるも廣告者に對して其の賠償を請求することが出来ぬ。

懸賞廣告は詐欺又は強迫に基く場合に一般の法則に従ひ之を取消し得ること言ふ迄もない。然し此の取消は撤回の許されざる場合に其の實益を見るのみである。

### 三 懸賞契約の效力 指定行爲の完了に因り懸賞契約は成立し、其の效力

として廣告者のみ債務を負ひ、行爲者は債權を取得する。故に懸賞契約は片務契約である。又懸賞廣告が廣告者の利益の爲めに爲されたときは其の利益と行爲者に對する報酬とは對價的關係を有つから、懸賞契約は有償契約であるが、斯様な關係を有たざる懸賞契約は無償契約である(懸賞契約は有償の場合にても請負の性質を有つものではない)。

懸賞廣告に定めた報酬の請求權は數人の行爲者ある場合に、何人に歸屬するかは民法は特別の規定を設けた。以下之を説明する。

(い) 數人が異時に指定行爲を完了せるときは、最初に其の行爲を爲した者のみ報酬の請求權を取得する(五三一)。此の規定は指定行爲が幾回も爲され得る場合、而も指定行爲の完了に期限あるときは其の期限内に數人が指定行爲を爲した場合に限り、其の適用あるものである。最初の行爲者のみに報酬を與ふる所以は、此の事が廣告者の意思に副ふものと認められたからである。行爲完了

の時を基準として何人が最初の行爲者なるかを判定せねばならぬ。其の者が報酬請求権を抛棄するも、他の行爲者は其の権利を取得することが出来ぬ、尤も最初の行爲者は自己の権利を他人に譲渡することを妨げぬ。

(ろ) 數人が同時に指定行爲を完了せるときは、各別に之を爲したるや否やに依り區別して考察せねばならぬ。(1) 數人が各別に指定行爲を完了せる場合に於ては、各平等の割合を以て報酬請求権を取得する(五三一)。蓋し此の解決が最も公平なるに因るのである。但し報酬が其の性質上分割に不便なるとき(不可分の場合)又は廣告に於て一人のみ之を受くべきものとしたときは抽籤を以て報酬請求権者を定む(但書)。如何なる方法に依り抽籤を爲すかは廣告者の決定に従ふ。尙ほ右の場合に於ても行爲者中一人が報酬に對する割前を抛棄するも他の行爲者の割前の増加を來すものではない。(2) 數人が協力して指定行爲を完了せる場合に於ては、廣告が協力を禁ぜると否とに依り判断を異にする。廣告が協力を許容せざる場合に於ては、何人も報酬請求権を取得することが出来ぬ。之に反し、斯様な制限なき場合に於ては、報酬が可分なるときは協力せる數人は

各平等の割合を以て報酬請求権を取得し(四二七)、又報酬が不可分なるときは其の數人は不可分債權者として報酬請求権を取得する(四二八)。蓋し此の場合に於ては何人も單獨にて指定行爲を完了せるものでないから、各別に行爲完了の場合に關する第五百三十一條第二項の規定の適用なく、從て協力せる數人を報酬請求権の主體と解するの外はないからである(獨民六六〇は協力の程度を考慮し、て公平に分割すべきものとした)。

(は) 以上何れの場合に付ても廣告者が廣告中に別段の意思を表示したときは之に従ふ(五三一)。例へば各行爲者に報酬を與ふる旨を定めたときは之に従ふの類である。廣告者が廣告を撤回することを得る間は、廣告後と雖前の廣告と同一の方法に依り報酬の取得に關して別段の意思を表示することを妨げぬ。

四 優等懸賞廣告 優等懸賞廣告とは廣告中に定めた行爲を爲した者の中、優等者のみに報酬を與ふべき趣旨の廣告を謂ふ。論文、小説、圖案等の懸賞募集に此の方法を用ふることが多い。民法は優等懸賞廣告を懸賞廣告の一種と認め、たから、優等懸賞廣告も亦契約の申込たる性質を有つと解さねばならぬ。



然し此の廣告に基き行爲者が廣告者に對し報酬請求権を取得するには指定行爲を完了せる外、應募の上優等者と判定された事實あることを要する。故に民法は此の種の廣告に付て以下説明の特則を設けた。

(い) 要件 優等懸賞廣告は普通の廣告の成立要件の外、(1) 行爲者中優等者のみに報酬を與ふべき旨の表示を含まねばならぬ(五三二・一)。從て懸賞の對象たる行爲は數人が各別に爲すことを得るものでなければならぬ。優等とは一般的に優等の意なるか否かに付て疑なしとせぬが、廣告者の意思より推して一般的の意に解すべきものと思ふ。然し優等者を一人に限ることを要せぬ、數人を優等者と爲し而も之に差等を設くることを妨げぬ。(2) 應募の期間を定めねばならぬ(同上)。蓋し期間の定なきときは廣告者は常に最優等者を待つことを得て、永久に優劣を判定せざることなきを保し難いからである。斯の如く應募期間の定を要するから、廣告者は廣告の撤回權拋棄の推定を受け其の撤回を許されない(五三〇・三)。

(ろ) 契約の成立 契約の成立には指定行爲の完了の外、行爲者が應募

の意思を表示したことを要する。此の事は第五百三十二條第二項に應募者中云々と在るに照し明白である。蓋し應募の通知なければ廣告に依る申込に應じたるや否やを識別し難く、從て又優劣を判定し難いからである。應募の通知は廣告に依る申込に應ずる意思表示、即ち承諾の意思表示である。故に此の種の廣告は普通の廣告と異なり、契約の成立に承諾の意思表示を要するものと解さねばならぬ。應募の通知は廣告中に別段の定なき限り、行爲の完了を通知し若くは、行爲の結果を送付して之を爲すことを要する。尙ほ行爲者は應募の通知に依り承諾を爲すものなる以上は、行爲は必ずしも廣告を知りて之を爲したることを要せぬと解すべきである。以上説明の如く契約の成立に應募の通知を要するが、之に因り契約は無條件に成立するのではない。優等懸賞廣告に基く契約は、行爲者が優等者と判定されることを法定條件として應募に因り成立するのである。判定は廣告中に定めた判定者(數人なることを妨げぬ)が之を爲し、若し廣告中に其の定なきときは廣告者が之を爲すのである(五三二・二)。蓋し廣告中に判定者の定あるときは廣告者が判定を第三者に委ねたのであり、其の定なきときは廣

告者自ら判定を爲すの意思であると解し得られるからである。第三者たる判定者が判定を爲すこと能はず若くは之を爲すことを欲せざる場合に於ても亦前同様、廣告者が判定を爲すと解すべきである(廣告中に別段の定めあるときは之に從ふ)。判定は何人を優等者と認むるかに付ての意見の發表である。判定者は自由なる判断に依り其の意見を發表し得る道理であるから、應募者は判定に對して異議を述べることが出来ぬ(五三二・三項)。(判定者たる廣告者は審査の上優等者)。尙ほ判定は意思表示でないが、錯誤、詐欺等に關する法則を之に準用し得べきものと解するを正當とする。

(は) 契約の效力 優等懸賞契約は判定に因り其の效力を生ずるが、應募者に對する判定の通知は效力發生の要件でない。應募者中一人が優等者と判定されたときは、其の者のみ報酬請求權を取得する。數人の行爲が同等と判定されたときは、各平等の割合を以て其の權利を取得し、唯報酬が分割に不便なるとき又は廣告に於て一人のみが之を受くべきものとしたときは抽籤を以て之を受くべき者を決定する(五三二・四項)。

行爲の結果たる製作物に付て所有權、著作權、特許權其の他の權利の成立することあるも、廣告

に別段の定なき限り、其の權利は行爲者に歸屬し、廣告者に移轉せぬと解すべきである。

### 第六款 競争締結

一 意義 競争締結とは競争の方法に依り契約締結の希望者中最も有利の條件を表示せる者と契約を締結する方法を謂ふ。競争の方法として競争者が互に他の競争者の條件を知り更に相手方の有利に前の條件を變更することを得る方法と、他の競争者の條件を知らずして競争する方法とがある。競賣は前者に、入札は後者に屬する。何れの方法に依るも競争締結は普通の契約締結と其の締結の方法に於て異なる以外に性質上の差異あるものではない。

二 競賣 競争締結の方法たる競賣は、法律が公の機關をして之を爲さしむる場合ある外、私人も亦任意に此の方法を採る場合がある。前者に付ては民事訴訟法及競賣法中之に關する規定あるも、後者に付ては民法に一般的の法則を設けぬから、其の競賣に基く契約の成立時期は契約の締結に關する普通の法則に従ひ之を決せねばならぬ。之に付ては先づ競争締結の表示(競賣の表示)が申込

の誘引なるか將た又申込なるかの問題を解決することを要する。若し前者なりとせば競争者の申出は申込に外ならぬから、更に之に對し競落の表示あるに因り契約は成立する。即ち競落の表示は承諾たる性質を有つ。且競争者の申出が申込なる以上は、締結者(競賣の表示者)は之に拘束されず、從て申出に係る條件の如何に依り契約を締結するや否やの自由を有つことと爲る(競争者の申込は競争締結の性質、但し其の申込は更に有利の申込あり、之に因り當然に其の効力を失ふ)。之に反し後者なりとせば競争者の申出は承諾であつて、之に因り契約は成立する。然し此の承諾は競賣の終了までに更に相手方の爲めに有利の承諾なきことを條件とするものに過ぎぬから、其の條件成就の場合に非ざれば契約は其の効力を生ぜぬ。競落の表示は競争者の申出が最も有利の承諾なりしこと即ち條件の成就を表示する行爲たるに過ぎない。惟ふに前掲問題は各箇の場合に締結者の意思を解釋して之を解決することを要する。若し其の意思を解釋し難き場合に於ては締結者の表示を一應申込の誘引と解し、唯締結者が最低競落價額を定めて糶上競争締結を表示し若くは最高競落價額を定めて糶下競争締結を表示した場合のみは其の表示を申込と解すべきで

ある。蓋し此等の場合に於ては締結者が自ら定めた價額を限度として契約締結の確定的意思を有するものと解し得られるからである(獨民一五六は競落に依り契約が成立するものとした)。之を要するに、競賣に基く契約成立の時期は、各箇の場合に競争締結の表示を解釋して之を決するの外はない。

三 入札 入札は契約締結の希望者が互に他の競争者の條件を知らずして競争を爲すことを其の特質とする。入札を爲すべき旨の表示は入札の右の性質に稽へ、之を申込の誘引と解し得るから、競争者の入札は申込であり、之に對する落札の表示即ち承諾に因り入札に基く契約は成立すると解すべきである。

#### 第四節 契約の效力

##### 第一款 雙務契約の效力

###### 第一項 總 說

債權契約は、其の當事者の雙方に債務を生じ而も各債務が相互に對價的の關

係に立つや否やに依り、之を雙務契約と片務契約とに區別し得ることは前に説明した。

雙務契約に在りては、各當事者が相手方の給付の對價として自己も亦給付を爲す趣旨に於て互に債務を負ふのであるから、(1)其の當事者の一方の債務が當初より成立せず若くは取消に因り當初に遡りて消滅した場合に相手方の債務も亦成立せず若くは消滅するや否やの問題と、(2)其の當事者の雙方の債務が何れも有効に成立した場合に其の各債務は如何なる程度に牽連するかの問題とを生ずる。之に反し、片務契約に在りては、其の當事者の一方のみが債務を負ふ場合は勿論、當事者の雙方に債務を生ずる場合であつても(本章第二節一參照)各債務は相互に對價的關係に立つものでないから、雙務契約に於けると同一の問題を生ずるの餘地がない。

雙務契約に於ける上記の問題中、(1)の問題は當事者の雙方の債務が對價的に成立することより論じて之を積極に解するを正當とする。次に(2)の問題は更に當事者の雙方の債務の履行に關する牽連關係と、當事者の一方の債務が其の

履行不能に因りて消滅した場合に於ける牽連關係とに區別して之を考察することを要する。前者は同時履行に關する問題であり、後者は危險負擔に關する問題である。以下之を説明する。

## 第二項 同時履行の抗辯

### 一 總說

雙務契約より生ずる各債務は其の成否が相互に牽連すると同様、其の履行も亦全然箇別的でなく、相互に牽連して爲されねばならぬ。蓋し然らざるものとせば債務履行の請求を受けた當事者は先給付を強要される不公平な結果の生ずることなきを保し難いからである。此の履行上の牽連は雙務契約の性質上當然に生ずるものと解すべきや否やに付て學説は岐れてゐる。或學者は雙務契約より生ずる各當事者の債權は單純に相手方の給付を目的とするものでなく、反對給付に對する給付を目的とするから、自己の債務の履行又は其の履行の提供を爲した當事者でなければ相手方の債務の履行を請求することが出來ぬ、即ち履行上の牽連は當然に存在するものと解した。之に反し他

の學者は雙務契約より生ずる各當事者の債權は單純に相手方の給付を目的とするものとして成立するが、自己の債務の履行又は履行の提供を爲さずして相手方の先給付を請求するは公平に反する、故に相手方は斯様な請求に對し未だ反對給付なきことを抗辯して自己の債務の履行を拒むことが出来る、即ち履行上の牽連は此の抗辯に因り始めて生ずるものと解した。抑も各當事者は契約の締結に因り債務を負ふたのであつて、各債務は相手方の反對給付が爲されたことに因り成立したのではない。故に自己の債務の履行又は履行の提供を相手方に對する履行請求の成立條件なるが如く解するは其の理據に乏しい。加之此の解釋に従ふときは反對給付を爲さずして相手方の給付を請求した當事者は訴訟に於て常に請求の排斥を免れぬ。然るに雙務契約に於て履行上の牽連を認むる所以は、上記の如く當事者の一方のみ先給付を強要される不公平な結果の生ぜむことを避けむが爲めに外ならぬから、今若し請求を受けた當事者が敢て先給付を厭はぬならば必ずしも之に對する相手方の請求を排斥するに及ばぬ道理である。是に由て觀れば各債務の履行上の牽連は請求を受けた當

事者が先給付を欲せず之を拒むに因り始めて生ずるものとする前掲後説を正當と爲さねばならぬ。民法も亦此の説を採用した。即ち第五百三十三條に依れば、雙務契約の各當事者は自己の債務の履行又は履行の提供を爲さざるも、相手方に對し債務履行の請求を爲すことを妨げぬけれども、其の相手方は請求者が其の債務の履行を提供するまでは自己の債務の履行を拒むことが出来る。此の履行拒絶の主張を同時履行の抗辯(又は不履行の抗辯)と謂ふ。

二 成立要件 雙務契約の當事者の一方が相手方の請求に對し同時履行の抗辯を爲すことを得るには、左の事項を前提要件(成立要件)とする。

(一) 相手方の債務が辨濟期に在ること 請求を受けた當事者は相手方の債務が未だ辨濟期に達せぬときは同時履行の抗辯を爲すことが出来る(三五三書)。蓋し請求を受けた當事者より相手方に對し其の債務の履行を請求し得べき場合でなければ此の抗辯を爲すに由ないからである。故に請求を受けた當事者が、法律の規定又は特約に因り相手方に先だちて給付を爲すべき債務を負ふ場合に於ては、此の抗辯を爲すことが出来る。但し先給付の債務者と雖、相手

方の債務が辨濟期に達した後に於ては、仍ほ此の抗辯を爲すことを妨げぬ（相手方が先給付の債務を負ふ場合に於ては、素より此の抗辯の援用を妨げぬ）。

(二) 相手方が其の債務の履行又は履行の提供を爲さざること 請求を受けた當事者は、相手方が現に債務を負ふに拘らず其の履行又は履行の提供を爲さずして請求を爲した場合でなければ、同時履行の抗辯を爲すことが出来ぬ。故に相手方の債務が履行不能と爲り消滅したときは此の抗辯は成立せぬ。但し請求を受けた當事者は、相手方が本來の債務に代へ損害賠償の債務を負ふときは、仍ほ此の抗辯を用ふることを妨げぬ。次に相手方の履行又は履行の提供は債務の本旨に従ふものでなければならぬ。故に請求を受けた當事者は、相手方が其の債務の一部の履行を爲したに過ぎざるときは、同時履行の抗辯を爲すことを妨げぬ（大正一二・五・二八六。判民集二卷四一三頁）。但し其の不足部分が全部との對照上極めて僅少であつて、此の不足の爲めに同時履行の抗辯を爲すことが信義に反する場合に於ては、此の抗辯は成立せぬ（獨民三二〇・二項は）。相手方の履行の提供が不完全なる場合（例へば提供せる物に品質上の瑕疵ある場合の類）も亦一部不履行の場合と同一に解すべきである（所謂不完全履行の場合）。

抗辯。尤も請求を受けた當事者は、相手方が主たる債務の全部を履行し唯従たる債務のみ未だ履行せざる場合（例へば寄託者が報酬を支拂ふたのみにて受寄者に生じた損害を賠償せざる場合の類）に於ては、特約なき限り、同時履行の抗辯を用ふる事が出来ぬ（從たる債務は對價的關係に立たぬ）。其の他繼續的供給契約（例へば毎月一定の數量の材木を供給する契約の類）に在りては、其の當事者の一方は相手方が前期の給付を爲さざる場合に之を理由として自己の後期の給付を拒むことを妨げぬ。蓋し繼續的供給契約は一箇の契約であつて、之に基く各箇の給付は畢竟一部の履行に外ならぬからである（昭和一二・二・九六。判民集一六卷三三頁）。又相手方が數人ありて各自可分債務を負ふ場合に於ても、其の一人が債務の履行又は履行の提供を爲したるのみにて相手方の全員が未だ其の債務の履行又は履行の提供を爲さざるときは、其の一人の請求に對し請求を受けた當事者は同時履行の抗辯を爲すことを妨げぬ。蓋し其の者の債務は相手方の全員の債務と對價的關係に立つからである。以上説明の如く相手方が其の債務の履行又は履行の提供を爲さざることとは同時履行の抗辯の前提要件であるから、既に其の履行の提供を受けながら受領を拒むだ當事者は最早此の抗辯を爲すことが出来ぬ。相手方が其の債務の履

行の提供を繼續せざる場合と雖同様である(此の點に付て第五節第二款第二項の(1)の(3)參照、反對明治四四・二二・一一一、大判民錄一七輯七七二頁)蓋し受領を遲滯せる債權者は債務者に對し履行の提供なかりしことを主張し得ざる道理なるが故である。加之當事者の一方が既に契約を履行せざる意思を明確に表明したときは相手方の履行の提供は全く無益であるから、相手方が其の提供を爲さずして請求を爲すも、之に對し同時履行の抗辯を爲すことが出來ぬ(大正一〇・一一・九、大判民錄二七輯一九〇七頁)。

同時履行の抗辯の成立は請求を受けた當事者即ち被告に於て之を證明することを要せぬ。蓋し被告の債務が雙務契約に基くことは原告の主張自體に依り了知し得られ且雙務契約に在りては法律の規定又は特約なき限り當事者の雙方の債務は同時に履行すべきものなるが故である。故に原告は其の抗辯の對抗を免れむと欲せば、被告の債務が先給付のものなること若くは原告が既に履行又は履行の提供を爲したことを證明せねばならぬ。

### 三 效力 同時履行の抗辯は左の效果を生ずる。

(一) 抗辯を援用せる當事者は、相手方が其の債務の履行を提供するまでは自己の債務を履行することを要せぬ。同時履行の抗辯は相手方の請求權其のものを否定する效力を有つものではなく、唯其の請求權の行使を延期せしむる

效力を有つのみである。故に此の抗辯は所謂延期抗辯に屬する。而も當事者が此の抗辯權を有するのみにては當然に相手方の請求權の行使を延期せしむるものでなく、其の援用を俟つて始めて此の效果を生ずる(抗辯を援用せずして爲した辨濟とするも非債辨濟と爲らぬ)。且此の抗辯は相手方が其の債務の履行を提供するまでの延期抗辯であるから、相手方の履行の提供に因り其の效力を失ふ(相手方は擔保の供與に依り此の抗辯は此の點に於て同時履行の抗辯權は留置權と異なる、三〇一參照)。

(二) 裁判上此の抗辯を援用せる當事者に對しては、相手方の債務の履行と引換に其の債務の履行を命ずる判決を爲すことを要する。當事者の一方が相手方の裁判上の請求に對し此の抗辯を援用したときは、相手方即ち原告の請求を棄却する判決を言渡すべきか、將た又抗辯を援用せる被告に對し原告の給付と引換に給付を命ずる判決を言渡すべきかに付て、民法は規定を設けてゐない。けれども此の問題は、同時履行の抗辯が延期抗辯であつて原告の債務の履行の提供に因り其の效力を失ふこと、原告の請求中には原告の給付と引換に被告をして給付を爲さしめむとする請求をも含むものと解し得られること等の理由

から、後説の如く解釋するを正當とする(大正七・四・一五六判)。被告に對し原告の給付と引換に給付を命ずる判決ありたる場合に於て、原告の債務の履行の提供は、此の判決に基く強制執行につき執行文付與(民訴五一七)の要件であるか、將た又執行開始の要件であるか、疑問なしとせぬが、判決は原告の債權の實行を原告の反對給付に繋らしめたのであるから、別段の規定なき限り後説の如く解すべきものと思ふ(大正五・九・六六決民)。

(三) 此の抗辯を援用し得る當事者の債務に付ては、相手方が其の債務の履行を提供するまで、履行の遲滯を生ぜぬ。同時履行の抗辯權を有する當事者は、何時にても相手方の請求に對し抗辯を援用して其の債務の履行を拒み得るのであるから、相手方が其の債務の履行の提供を爲さざる限り、自己の債務につき辨濟期が到來したとするも、之を履行せざるは法律上正當の理由あるものと謂はねばならぬ。故に其の當事者は、此の抗辯を援用し得る間は、自己の債務につき履行遲滯の責に任ぜぬと解すべきである(大正一〇・六・三〇大判)。

### 第三項 履行不能の他の債務に及ぼす效果

#### 第一目 總説

債權契約の目的たる給付が原始的に不能なるときは契約は無効であるが、後發的に不能と爲るも契約其のものは消滅せぬ。給付が後發的に不能と爲れる場合に、其の不能が債務者の責に歸すべからざる事由に因るときは債務者は其の債務を免るべきも、不能が債務者の責に歸すべき事由に因るときは債務者は本來の給付に代へ損害賠償の責に任ぜねばならぬ(四)。雙務契約の當事者の一方の債務に付て其の履行が後發的に不能と爲れる場合にも亦右の法則の適用あること勿論である。唯雙務契約の場合に於ては、之より生じた各債務は相互に對價的關係に立つから、他の契約の場合と異なつて、當事者の一方の債務の後發的履行不能は他の當事者の債務に如何なる影響を及ぼすかの問題を考察せねばならぬ。



抑も雙務契約の當事者の一方の債務が其の債務者の責に歸すべき事由に因りて後發的に履行不能と爲れる場合に於ては、上記の如く債務者は損害賠償の責を免れぬから、相手方即ち債權者も亦自己の債務を免るべき道理がない。又右の履行不能が債務者の責に歸すべからざる事由に因る場合に於ても、若し其の事由が債權者の責に歸すべきものなるに於ては、之に因り債務者は債權者に對する自己の債權を失ふ道理がないから、債務者の履行不能は相手方即ち債權者の債務其のものに影響を及ぼさぬと解さねばならぬ。之に反し、其の履行不能が當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因る場合に於ては、之に因り債務者のみならず相手方即ち債權者も亦自己の債務を免れるや否やに付て問題を生ずるの餘地なしとせぬ。今此の場合に於て、債權者も亦自己の債務を免れるものと解せば、債務者は反對給付を受くることが出来ぬ、即ち履行不能に因る損失は債務者に歸する。之に反し、債權者は自己の債務を免れざるものと解せば、債務者は反對給付を受くる權利を失はぬ、即ち履行不能に因る損失は債權者に歸する。言ひ換へれば後發的履行不能の生ずることあるべき危険は、前者の解

釋に従へば債務者の負擔と爲り、後者の解釋に従へば債權者の負擔と爲る。以上何れの解釋を是とすべきかは議論ある問題であつて、之を危険負擔の問題と謂ひ、其の解決に付て從來の立法例も亦一致してゐない。以下此の問題をも併せ當事者の一方の債務の履行不能が相手方の債務に及ぼす効果を、不能の事由が債務者の責に歸すべからざるものなるや否やに區別して説明する。

## 第二目 債務者の責に歸すべからざる事由

に因る履行不能の効果

一 總説 債務の履行不能が債務者の責に歸すべからずして却て債權者の責に歸すべき事由に因る場合に於ては、前に言へる如く債務者は其の債務を免れるも、債權者は自己の債務を免れない。之に反し、其の履行不能が債務者の責に歸すべからざると共に債權者の責にも歸すべからざる事由、言ひ換へれば當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因る場合に於ては、債務者は其の債務を免れると共に債權者も亦自己の債務を免れるもの(危険は債務者の負擔)と解するを雙務

契約の性質に稽へ公平の觀念に適するものと謂はねばならぬ。然るに羅馬法を始め多數の立法例は雙務契約中物權の設定又は移轉を目的とする契約殊に物の賣買契約に付て特則を認め、危険は必ずしも債務者の負擔たるものと定めなかつた。此の點に關する立法例に債權者主義、所有者主義及債務者主義がある。債權者主義は物權の設定又は移轉を目的とする雙務契約例へば物の賣買契約に於て物が當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因り滅失したときは賣主即ち債務者は其の債務を免れるも、買主即ち債權者は代金支拂の債務を免れぬとするものである(此の主義は羅馬法の採る所)。又所有者主義(又は物權者主義)は右の場合に物の所有者が其の滅失に因る損失を負擔すべきものとするから、之に依れば、契約上物の所有權が未だ買主に移轉せざるときは其の滅失に因り買主は代金支拂の債務を免れるも、物の所有權が買主に移轉せるときは買主は代金支拂の債務を免れざることを爲る(英法は此の主義を採る)。次に債務者主義は物權の設定又は移轉を目的とする雙務契約に於ても亦危険は債務者の負擔たるものとし、右の場合に債權者は自己の債務を免れるとするものである(獨法は此の主義を採る)。以上三主義中、

債權者主義は債權者が利益を受くるの故を以て之に損失をも歸せしめむとするのであるが、斯様な理由から、物の滅失に因る損失をも債權者の負擔とするは、債務者が全く其の債務を免れると比較し公平を缺くものと謂はねばならぬ。又所有者主義の如く所有者なるの故を以て其の者が危険を負擔すべきものとするは、當事者の一方の債務の履行不能の効果を債權關係に基き解決せずして物權關係に基き解決せむとするものであり、理論上正當と言へぬ。是に由て觀れば物權の設定又は移轉を目的とする雙務契約に付ても亦危険は債務者の負擔に歸すとするを立法上正當とすべきである。けれども民法は此の主義に依らず、債權者主義を採用した。

然し民法は、雙務契約の當事者の一方の債務が當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因り履行不能と爲れる場合に相手方は常に其の債務を免れざるものとするものではない。民法は、此の場合に相手方は其の債務を免れるを本則とするも、唯物權の設定又は移轉を目的とする雙務契約に限り、例外として其の債務を免れざるものとするものなることは第五百三十六條と其の前二條との

對照上自ら明である。

## 二 物權の設定移轉を目的とする雙務契約の場合

(一) 危険の負擔者 特定物に關する物權の設定又は移轉を以て雙務契約の目的と爲した場合に於て、其の物が債務者の責に歸すべからざる事由に因りて滅失又は毀損したときは、其の滅失又は毀損は債權者の負擔に歸する(五三項)。即ち危険は債權者の負擔である。

此の規定は、(い)特定物に關する物權の設定又は移轉を目的とする雙務契約に限り、之を適用すべきものである。物權の設定、移轉とは、例へば地上權、永小作權の設定又は移轉、所有權の移轉等の類である。當事者の一方が斯様な給付義務を負ふに對し相手方が反對給付を爲すべき契約に限り、右の規定の適用があるのである。然し其の契約は特定物に關するものでなければならぬ。不特定物に關する契約に付ては、第四百一條第二項の規定に依りて其の物が確定した時、詳しく言へば債務者が物の給付を爲すに必要な行爲を完了し又は債權者の同意を得て其の給付すべき物を指定した時より右の規定を適用する、即ち其の

時より危険は債權者の負擔と爲る(五三四・二項)。蓋し其の確定前に於ては殆んど債務の履行不能を生ぜぬからである(事實上履行不能を生じた場合)。尙ほ他人の物を賣買の目的とした場合でも右の規定の適用に依り危険は債權者の負擔である(所有者は請求權を取得せぬ)。蓋し債務の履行不能の效果は物權關係に依り定まるものでないからである。(ろ)物の滅失又は毀損の場合に限り、右の規定を適用すべきものである。物の滅失又は毀損とは物理的の滅失又は毀損(形狀品質等の變更をも含む)のみの謂でなく、社會生活(本章第一節三)の理念に従ひ之と同視すべき場合をも含む。例へば盜難に罹り物の所在を發見し得ざる場合も亦滅失である。其の他物が公用徵收された場合も之を滅失と同視すべきである。然し上記規定は物の滅失又は毀損に因らずして債務の履行が不能と爲れる場合(例へば洪水、地震等に因る場合)に之を適用することが出來ぬ。斯様な場合に於ては危険は債務者の負擔である(五三六・一)。(は)物の滅失又は毀損が債務者の責に歸すべからざる事由に因る場合に限り、右の規定を適用すべきものである。「責に歸すべからざる」とは、故意も過失もなかりし趣旨である(法律又は契約に別段の定ある)。滅失又は毀損が債務者の責に歸すべからざる事

由に因る以上は自然力に因ると第三者又は債権者の行爲に因るとを問はず、均しく右の規定を適用すべきものである。債務者の行爲に因る場合に於ても債務者に過失なかりし場合亦同様である。

上記規定を適用すべき場合に於ては、債務者は履行不能に歸した自己の債務を免れるに拘らず債権者に對し反對給付を請求する権利を失はぬ。但し此の法則は任意規定に過ぎぬから、別段の特約あるときは之に従はねばならぬ。其他上記規定の適用ある場合に於ても、債務者は債務を免れたるに因り利益を得たときは之を債権者に償還せねばならぬ。例へば債務者が物の滅失又は毀損を理由として加害者より取得した賠償金若くは加害者に對する賠償請求權を債権者に移轉し、又債務者が債務を免れたるに因りて節約し得た費用を債権者に償還するの類である。尤も此の點に付ては民法に規定を缺くも、此等の償還義務を認めぬときは債務者は不當に利得するの結果を生ずるから、物權の設定、移轉以外の給付を目的とする雙務契約に付て第五百三十六條第二項の規定が斯様な償還義務を肯定した精神に則り右の如く解するを正當とする。

數箇の雙務契約に因り同一物を數人に給付すべき債務を負担した場合例へば同一物を數次に數人に賣渡した場合に於て、債務者の責に歸すべからざる事由に因り物が滅失又は毀損したときは、何人が危険を負担するか解釋上疑問である。此の場合に各債権者が總て危険を負担すると解するは其の結果に於て餘りに不當である。然し此の故を以て右の場合を第五百三十四條第一項の規定の適用範圍外と做し、從て債務者が危険を負担すると解するも亦正當でない。蓋し斯様な解釋は同條項の文理解釋と相容れぬからである。故に同一物に付て數箇の雙務契約ある場合に於ては、當初自己のみ危険を負担すべき地位に立つた第一の債権者即ち第一の買主をして危険を負担せしむるの外はない。

(二) 條件附契約に關する特則 物權の設定又は移轉を目的とする雙務契約が停止條件附なる場合に於ては、其の危険負擔に付て以下の特則に従はねばならぬ。即ち(イ)停止條件附雙務契約の目的物が條件の成否未定の間に於て、債務者の責に歸すべからざる事由に因り滅失したときは第五百三十四條の規定を適用せぬ(五三五・一五)。從て危険は債務者の負擔である。蓋し停止條件附雙務契

約は條件成就の時まで其の效力を生ぜぬも、契約其のものは既に成立してゐるから、條件の成否未定の間に目的物が滅失したときは履行の後發不能を生じたものであり、從て第五百三十四條の適用あるべき筈である。けれども條件の成否未定の間は契約は效力を生ずるや否や不確定の状態であるから、同條の規定を適用し債權者をして危険を負擔せしむるは聊か酷に失するの嫌がある。是れ右の規定を設けた所以である。故に後に至り條件成就するも債務者は反對給付を請求することが出來ぬ。(物の滅失が債權者の責に歸すべき事由に於ては債務者は債權者に對し第一二八條に依り損害賠償を請求するの外はない)。尤も物が條件成就後に滅失したときは第五百三十四條の規定を適用すべきものなること言ふ迄もない。(る)物が條件の成否未定の間に於て債務者の責に歸すべからざる事由に因り毀損したときは其の毀損は債權者の負擔に歸する。(五三五)。從て債務者は條件成就の場合に毀損した物を給付して完全なる反對給付を請求することが出來る。蓋し此の場合に於ては物が毀損したとはいへ、債權者は其の給付を受け得られるから、債權者をして毀損の限度に於て危険を負擔せしむるを正當としたのである。物が條件成就後に毀損したときは素より危険は

債權者の負擔である。(五三四)。

雙務契約が解除條件附なる場合の危険負擔に付て民法は規定を設けてゐない。故に此の問題は解除條件附法律行為の性質に依り之を解決するの外はない。抑も解除條件附法律行為は條件成就の時より其の效力を失ふも、條件成就までは其の效力を有すること無條件の法律行為と異なることはない。故に物權の設定又は移轉を目的とする解除條件附雙務契約に於て、解除條件の成就前に物が債務者の責に歸すべからざる事由に因り滅失又は毀損したときは、第五百三十四條の規定に依り其の滅失又は毀損は債權者の負擔に歸すと解さねばならぬ。從て債務者は反對給付を請求することを妨げぬ。けれども此の効果は確定的のものではない。後日解除條件成就するときは爾後契約は其の效力を失ふ結果、債務者は反對給付を請求する權利を失ひ、又既に反對給付を受けたときは條件成就後の關係より觀察して法律上の原因なく利得したことに歸するから、之を債權者に返還せねばならぬ。(七〇三)。畢竟解除條件不成就の場合に於てのみ危険は確定的に債權者の負擔と爲ると解すべきである。

### 三 物件の設定、移轉以外の給付を目的とする雙務契約の場合

(一) 危険の負擔者 物權の設定、移轉以外の給付を目的とする雙務契約に於て、債務者の責に歸すべからざる事由に因り債務の履行不能を生じたときは、其の危険負擔に付て第五百三十六條の規定を適用する。同條に前二條に掲げたる場合を除く外と在るに依れば、民法が雙務契約に於ける危険負擔の問題に付て同條の規定を本則とし、前二條の規定を例外とした趣旨を窺ふに十分である。即ち民法は雙務契約に於ける危険負擔に付て第五百三十六條の規定に依るを本則とし、唯第五百三十四條及第五百三十五條所定の場合に限り、例外として此等の規定に依らしめたのである。故に第五百三十六條の規定は特定物に關する物權の設定又は移轉を目的とする契約を除くの外總ての雙務契約に之を適用すべきものである。例へば賃貸借の如く物の使用を目的とする雙務契約、雇傭、請負の如く勞務の供給を目的とする雙務契約等は、其の危険負擔に付て同條の規定に従ふ。物權以外の權利の移轉を目的とする雙務契約亦同様である。不特定物に關する雙務契約に付ても、物の確定前に債務の履行不能を生

じたときは、其の危険負擔に付て同條の規定を適用せねばならぬ。選擇債務に付て選擇前に全部の履行不能を生じた場合亦同様である。其の他物權の設定又は移轉を目的とする雙務契約と雖物の滅失、毀損以外の事由に因り債務の履行不能を生じたときは、其の危険負擔に付て同條の規定を適用すべきである。

第五百三十六條の規定に依れば、上記の雙務契約に於ける危険負擔の法則は左の如くである。但し民法の規定は任意規定に過ぎぬから、別段の合意あるときは、之に従はねばならぬ。

(い) 當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因りて債務の履行不能を生じたときは、債務者は債務を免れると共に、反對給付を受くる權利を失ふ、即ち危険は債務者の負擔である(五三六、一項)。例へば建物の賃貸借若くは建物修繕の請負に於て、建物が近隣の失火に因り類焼したときは、賃貸人は賃料の、又請負人は報酬の各請求權を失ふの類である。當事者雙方の責に歸すべからざる事由とは、債務者の過失にも基因せず、又債權者の不注意(後段(三)の說明參照)にも基因せざる事由の謂であつて、之に因る履行不能は、畢竟當事者の何れの落度<sup>後段(三)の說明參照</sup>に因るもの

ない。故に公平の觀念に従ひ債務者は債務を免れると共に債権者も亦其の債務を免るべきものとしたのである。債権者は既に反對給付を爲したとせば債務者に對し其の返還を請求することが出来る(七〇三) 参照。

給付の一部不能の場合に於ける危険負擔に付て民法は規定を設けぬが此の場合に於ては債務者は可能なる部分に付て債務を免れぬから公平の觀念に従ひ其の可能の給付に相當する反對給付の請求權を失はぬと解するを正當とする(獨民三二三は此の趣旨を定めた)。尤も反對給付が不可分のものなるときは債権者は全部の反對給付を爲し債務者の請求權を超過する部分に付て其の價額の返還を請求するの外はない。繼續的供給契約に於て給付の一部不能を生じた場合も亦上記の趣旨に従ひ其の效果を定むべきである。

(ろ) 債権者の責に歸すべき事由に因りて債務の履行不能を生じたときは債務者は債務を免れるに拘らず反對給付を受くる權利を失はぬ即ち危険は債権者の負擔である(五三六) 二項。例へば雇傭に於て使用者が勞務者を傷害して勞務の供給を不能ならしめ又建物修繕の請負に於て建物が注文者の過失に因

り燒失したときは勞務者並請負人は自己の債務を免れるに拘らず報酬を請求し得るの類である。債権者の責に歸すべき事由とは給付の不能を惹起した事由が債権者の故意又は少くとも債権者に於て通常人の注意を怠りたるに因るものなることを謂ふのである。債務者の給付不能が斯様な事由に因る場合に於ては債務者をして反對給付の請求權を失はしむべき道理がない是れ右の規定を設けた所以である。此の場合に債権者の行爲が債務者に對する不法行爲を構成するときは債権者は反對給付を爲すの外尙ほ不法行爲の法則に従ひ債務者に對し損害賠償の責に任せねばならぬ。其の他債権者の責に歸すべき事由に因りて給付の一部不能を生じた場合に於ても亦債務者は反對給付の全部に付て其の請求權を失はぬと言ふ迄もない。債権者の受領遲滞後に當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因りて給付の不能を生じた場合に於ても其の受領遲滞が債権者の過失に因るときは債権者の責に歸すべき事由に因りて給付の不能を生じた場合と同視し債務者は反對給付を受くる權利を失はぬと解すべきである(受領遲滞が債権者の過失に因らずとせば五三六一項を適用せねばならぬ)。

債務の履行不能が債権者の責に歸すべき事由に因る場合に於ては、債務者は反對給付を請求し得るも、自己の債務を免れたるに因りて利益を得たときは之を債権者に償還することを要する(項但書五三六・二)。例へば債務者が債務を免れたるに因りて節約し得た費用を償還するの類である。勞務者が債務を免れたるに因りて他の勞務に従事し他より得た報酬も亦茲に所謂利益に該當する(反對説がある)。此等の利益の保有は債務者をして不當に利得せしむるの結果と爲るから、債務者に其の償還義務を負はしめたのであり、畢竟此の義務は公平の觀念に基くものである。

(は) 當事者雙方の責に歸すべき事由に因りて債務の履行不能を生じた場合に付ては民法に規定を缺くも、此の場合に於ける給付の不能は債務者の過失にも因るのであつて、債務者は損害賠償の責任を免れぬから、反對給付を受くる權利を失はぬと解すべきである(債務者の損害賠償の責任に付て第四一八條が適用される)。

(二) 條件附契約の場合 以上説明の法則は停止條件附雙務契約に於て條件の成否未定の間に債務の履行不能を生じた場合にも亦均しく之を適用す

べきものである。此の事は第五百三十六條に前二條に掲げたる場合を除く外と在りて、物權の設定、移轉以外の給付を目的とする停止條件附雙務契約に付ても第五百三十五條の規定に依るべきでなく、第五百三十六條の規定を適用すべき法意を示せるに照し明白である。解除條件附雙務契約に於て條件の成否未定の間に債務の履行不能を生じた場合亦同様である、但し其の効果は前に説明せる如く確定的のものではない(前段二の(一)の說明参照)。

### 第三目 債務者の責に歸すべき事由に因る履行不能の効果

債務の履行不能が債務者の責に歸すべき事由に因る場合に於ては、債務者は本來の給付に代へて損害賠償の義務を負ふ(四一五参照)。此の義務は本來の債務の變形したものに外ならぬから、給付の不能は債務者の反對給付請求權に影響を及ぼさぬと解さねばならぬ。此の事は特定物に關する物權の設定又は移轉を目的とする雙務契約に付ても、將た又物權の設定、移轉以外の給付を目的とする



雙務契約に付ても全く同一である。従て債権者は反對給付を免れむと欲せば債務者の給付不能を理由として契約を解除するの外はない。

右の場合に於て債務者の損害賠償と債権者の反對給付とは各別に之を爲すべきものなるや否や。此の問題に付て、或學者は債権者が債務者に對し損害賠償の請求を爲すには之と共に反對給付を爲すべきものと説明し、而も此の兩者は雙務契約に於ける雙方の債務と同一の關係に立つものとした、之を交換説と謂ふ。又他の學者は債権者は債務者が給付すべかりしものと、自己の給付すべかりしものとの差額を損害賠償として請求し得るものと説明し、債権者は反對給付の債務を免れると共に右の差額に付てのみ賠償請求權を有するものとした、之を差額説と謂ふ。抑も差額説の如き解釋は債務者の責に歸すべき事由に因りて債務の履行不能を生じたときは當然に契約の消滅することを前提とするものに外ならぬ。然るに民法は履行の不能が債務者の責に歸すべき事由に因る場合に於ては、債権者は契約の解除を爲すことを得て、之に因り始めて反對給付を免れ得るものとしたから、此の點に於て差額説は民法の規定と牴觸する

ものと謂はねばならぬ(五四三參照)。加之差額説に依れば、債権者が反對給付を免れることを利益とせず却て反對給付を爲して債務者の給付不能に因る損害全額の賠償を欲する場合に於ても、反對給付を爲さずして差額のみ賠償請求を強ひられる結果と爲り不便である。是に由て觀れば民法の解釋として交換説を正當とせねばならぬ(之を通説とする)。但し交換説に依るも事實上損害賠償と反對給付とを相殺し差額のみを給付し得ることは言ふ迄もない。

履行不能が債務者の責に歸すべき事由に因る場合に於て、其の不能が給付の一部のみにつき生じたときは、債務者は可能部分を給付し不能部分の給付に代へ損害賠償を爲すと共に、全部の反對給付を請求することを妨げぬ。

次に停止條件附雙務契約に於て、條件の成否未定の間に債務者の責に歸すべき事由に因り債務の履行不能を生じたときは以下説明の如く解すべきである。  
 (イ) 特定物に關する物權の設定又は移轉を目的とする雙務契約に於て物が條件の成否未定の間に右の事由に因りて滅失したときは、後發不能の一場合に外ならぬから、條件成就の場合に於て、債務者は一面損害賠償の責任を免れぬと共に、

他面反對給付を受くる権利を失はぬ(五三五・一項は此の場合に關するものではない)。又物が條件の成否未定の間に右の事由に因りて毀損したときは、條件成就の場合に於て、債権者は其の選擇に従ひ契約の履行又は其の解除を請求することが出来る、但し損害賠償の請求を妨げぬ(三五五・三項)。債権者が契約の履行を請求したときは、債務者は毀損した物の給付及毀損部分につき損害賠償の責任を免れぬと共に反對給付の請求権を失はぬ。(ろ)物權の設定、移轉以外の給付を目的とする雙務契約に於て條件の成否未定の間に右の事由に因りて給付の全部不能を生じたときは、(い)の物の滅失の場合と同一に解し、又一部不能を生じたときは、第五百三十五條第三項の規定を準用して、(い)の物の毀損の場合と同一に解するを正當とする。蓋し債務者の責に歸すべき事由に因りて給付の不能を生じた以上は彼此其の不能の効果を區別すべき理據を發見せぬからである。

解除條件附雙務契約に於て、條件の成否未定の間に債務者の責に歸すべき事由に因りて給付の不能を生じたときは、其の給付の種類を問はず、債務者は損害賠償の責任を負ふと共に反對給付の請求権を失はぬと解すべきである。但し

前に説明せる如く此の効果は確定的のものではない(第二目(2)の說明参照)。

## 第二款 第三者の爲めにする契約

### 第一項 總 說

債權契約は概ね其の當事者の間に效力を生ずるのみなるも、一般に契約の效力を其の當事者の間に限定すべき理論上の根據はない。債權契約は前に述べた社會生活の目的遂行の爲めにのみ締結せらるべきものであるが、此の限界を逸脱せざる限り、其の内容は各箇の需要に應じて適宜に之を定め得るのである。然らば契約の效力を當事者間に限定すべきや將た又第三者に迄も之を及ぼし得るものと爲すべきやは、社會生活の實情に照し之を解決するを正當とする。羅馬法は契約の效力を當事者間に限定したが、後に實際上の必要より例外を認めた。斯様な主義の下に於ては、契約に因り第三者が當事者に對し債權を取得し得ることを認めむとせば、其の法律的構成に技巧的解釋を施さねばなら

ぬ。之に反し契約の效力を其の當事者間に限定せぬときは技巧は不要である。我民法は社會生活の實情に照して後の主義を正當とし、第三者が契約當事者に對し直接に債權を取得すべき契約の效力を認めたる(獨民三二八以下亦同じ)。是れ即ち第三者の爲めにする契約である。

第三者の爲めにする契約は、其の當事者が第三者をして債權を取得せしめむことを目的として自己の名を以て締結する契約である。當事者の一方が相手方をして第三者に給付を爲さしむべき債權を取得するのみにて、第三者に債權を取得せしめざる契約は民法に所謂第三者の爲めにする契約に該當せぬ。學者は之を不眞正なる第三者の爲めにする契約と謂ふ。斯様な契約は給付が第三者に爲さるべきことを特色とするの外、普通の債權契約と異なるものではない。第三者に對し債務を負ふ者と其の履行を引受けた者との間に於て、右の第三者に新なる債權を取得せしむるの意思なくして締結した履行引受契約の類は不眞正なる第三者の爲めにする契約の一例である。或契約が之に該當するや否やに付て後に説明する。

第三者の爲めにする契約は第三者をして債權を取得せしむる契約である。第三者をして物權を取得せしむる契約は民法に所謂第三者の爲めにする契約に該當せぬ。第三者の爲めにする物權契約の效力を認めて可なりや否に付て、反對説あるも、債權契約に關する法則は他の契約にも其の性質の許す限り之を準用するを正當とすること、第三者の爲めにする債權契約につき民法の定めたる法則は物權契約の性質上之に其の準用を許さざるものと解すべき理據なきこと等に稽へ右の法則を第三者の爲めにする物權契約に準用し其の效力を認むるを正當とする(同題旨昭和五・一〇・二六判民集九卷九三〇頁、尙ほ第一七六條の規定に依り第三者の爲めにする物權契約の效力を否定せむとする解釋の非なることに付て同判決參照)。例へば甲乙間に於て甲所有の不動産を丙に贈與し其の所有權を移轉する旨の契約を締結したとせば丙の受益の意思表示と共に所有權は丙に移轉するの類である。其他第三者の爲めにする債權移轉若くは債務免除の契約も亦同一の理由に因り其の效力を認むべきである(免除契約に付て同題旨大正五・六・二六判民集二二卷一六八頁)。

第三者の給付を約する契約も亦無効でない。此の種の契約は之に因り第三者をして債務を負はしめむとするものではなく、契約當事者の一方が相手方に對し第三者の給付の實現に盡力

すべきことを約するか若くは其の實現を約するものに過ぎぬから、之を無効と解すべき理據はない。前の場合には第三者の給付の實現なきも其の實現に盡力した限り債務者は債務を免れるに反し、後の場合には盡力するも實現なき限り債務者は未だ債務を免れぬ(契約が何れの場合に該當するかは事實認定の問題である)。

## 第二項 成立要件

第三者の爲めにする契約は左の二事項を其の契約成立の要件とする。

(一) 要約者、諾約者間に有效なる契約の成立すること 契約の當事者中相手方に對し第三者に給付を爲すべきことを求めた者は要約者であり、其の相手方は諾約者である。要約者、諾約者間に契約の成立せざる限り、第三者の権利は絶対に成立せぬ。要約者、諾約者間の契約が即ち第三者の爲めにする契約であつて、其の所謂第三者は契約の當事者でない。又要約者及諾約者は自己の名を以て契約を締結するのであり、要約者は第三者の代理人でない。故に行爲能力の有無は勿論意思表示の効力が意思の欠缺、詐欺、強迫又は或事情を知りたることに因りて影響を受くべき場合に於て其の事實の有無等は、總て要約者及諾約

者に付て之を定めねばならぬ(契約に因り權利を取得すべき第三者の詐欺の場合に當事者善意なるときは諾約者は之を知るも要約者善意なるとき亦同じ、但し、何れの場合にても不法行爲の成否は別問題である)。從て要約者、諾約者間の契約が或原因の爲めに不成立なるときは、第三者は之に付て善意であつても權利を取得することが出来ぬ。此の事は第五百三十九條の法意に照し明白である。

要約者、諾約者間の契約即ち第三者の爲めにする契約は其の當事者間の他の契約に附加して締結されるを常とする。他人の爲めにする保険契約、運送契約等の類是である。賣買契約に於て第三者に代金を拂ふことを約した場合も亦賣買契約に附加して第三者の爲めにする契約を締結したものに外ならぬ。又第三者の爲めにする契約は他の契約の締結と同時に之に附加し得るは勿論、他の契約の締結後にても之に附加することを妨げぬ。何れの場合に於ても、附加された他の契約即ち基本の契約と第三者の爲めにする契約との二箇の契約が併存するのでなく、二者合して一體を爲し一箇の契約のみが成立するのである。故に其の基本の契約が不成立なるときは第三者の爲めにする契約も亦成立せぬ。其の他基本の契約が有償なると否とに依り、第三者の爲めにする契約も亦

有債若くは無債である。

(二) 當事者が第三者をして債権を取得せしめむことを約すること 第三者の爲めにする契約は第三者をして諾約者に對し直接に債権を取得せしめむことを目的とするから、當事者が斯様な意思を以て其の趣旨を約するに非ざれば此の契約は成立せぬ。廣く「第三者の利益の爲め」と言へば第三者をして債権を取得せしむる場合のみでなく、當事者の一方が相手方に對し第三者に給付を爲さしむべき債権を取得する場合も亦之に該當するが、民法に所謂第三者の爲めにする契約が後者を含まぬことは前に説明した。第三者をして債権を取得せしむるか將た又諾約者をして第三者に給付を爲さしめむとしたに過ぎぬかは各場合に當事者の意思を解釋して之を判定せねばならぬ。(諸般の事情殊に契約の目的に照し意思を解釋すべきであら) (判例に依れば當座預金契約は第三者の爲めにする趣旨を含まぬ、昭和六・七・二〇大判民集一〇卷五六頁、又債務者との履行引受者との間の引受契約は特約なき限り第三者の爲めにする契約に該當せぬ同一一・七・四大判同一五卷一三〇頁)。(四) 民法は此の點に付て一般的の推定規定を設けてゐない。(但し商法は或種の契約が第 三者に權利を取得せしむるものなることを定めた、例へば運送契約の類)。

所謂第三者は自然人なると法人なるとを問はぬ、又必ずしも契約の當時確定

せることを要せぬ。例へば將來出現すべき者なることを豫期し、其の者の爲めにした契約も亦第三者の爲めにする契約である。(大正七・一・五大判)。

尙ほ當事者が第三者をして取得せしめむとする債権は必ずしも單純のものなることを要せぬ、反對給付の之に伴ふものなることを妨げぬ。(大正八・二・一大判)。又其の債権は既に要約者に對して第三者の有する債権と同一のものなることも妨げない。例へば要約者、諾約者間に於て、第三者に對する要約者の債務(要約者對する債権)につき、其の第三者の爲めに其の者を債権者として締結した重疊的債務引受契約は第三者の爲めにする契約として有効である。(大正六・一・七大判)。

### 第三項 效力

一 第三者の權利取得 第三者の爲めにする契約の成立に因り、其の第三者は諾約者に對し直接に給付を請求する權利を取得する。(五三七)。然し此の權利は其の第三者が諾約者に對し契約の利益を享受する意思を表示した時に發生する(同二)。之に依れば、第三者の爲めにする契約の效力として、其の第三者

は諾約者に對し直接に給付請求権を取得するも、此の権利は諾約者に對する第三者の受益の意思表示を俟つて現實に發生するのである。第三者の権利取得と其の受益の意思表示との關係に付て、或は受益の意思表示を承諾と解し、第三者の権利は諾約者と第三者との間の契約類似の關係より發生すと解する説もあるも、斯様な解釋は第三者の権利が要約者、諾約者間の契約を其の發生原因とすることを否定せむとするに均しいから、第五百三十七條第一項の規定の文理解釋上之に左袒することが出來ぬ。同項の規定に依れば、第三者の権利は要約者、諾約者間の契約其のものを其の發生原因とすること明白である。けれども民法は第三者が欲せざるに拘らず権利を取得せしむるは當事者の意思に副はぬと認められたから、同條第二項に於て、第三者の権利は其の者が諾約者に對し受益の意思を表示した時に發生する旨を定めたのであり、之に依れば、受益の意思表示は第三者の権利發生の原因でなく、其の發生の條件であると解さねばならぬ。之を要するに民法は第三者の爲めにする契約の效力中、第三者の権利取得のみは、要約者、諾約者間に別段の合意なき限り、其の發生原因たる契約の成立と同時に

に發生せず、第三者の受益の意思表示を條件とし、其の表示の時に發生する趣旨を定めたものと解すべきである。

第三者の受益の意思表示は一般の意思表示に關する法則の適用を受くることと言ふ迄もない。行爲能力に關する法則の適用を受くること亦同様である

(此の意思表示は單に權利を得る行爲である。又此の意思表示は承諾でないから、諾約者に到達した時より其の效力を生ずる。又第三者は契約成立後何時にても之を爲し得べく、裁判外に於ては勿論、裁判上に於ても之を爲すことを妨げぬ。(大正七、一、五、大正七、二、四、二、一、三))

(一) (受益の意思を表示する権利は相手方ある形成権であるか。或は債權に準じて其の時効期間を定むるを相當とするか。)

第三者が適法に受益の意思を表示したときは、茲に第三者は諾約者に對し直接に給付を請求する権利を取得する。此の権利は要約者、諾約者間の契約を其の發生原因とするから、其の内容も亦此の契約に依り定まることと言ふ迄もない。然し要約者及諾約者は第三者の権利が一旦發生した後に於ては、(第三者の受益の意思表示後に於ては)最早其の権利を變更し又は之を消滅せしむることが出來ぬ(八五三)。蓋し斯様な行爲に出づるは第三者をして権利を取得せしめむとした契約の目的に副はぬ

からである。例へば既に受益の意思を表示せる第三者に代へ他の者に権利を取  
取得せしめむとする合意の類は無効である。但し之と反對に、第三者の受益の  
意思表示前に於ては第三者の権利は未だ發生せぬから當事者間の合意を以て  
之を變更し又は之を消滅せしめ得るのである(此の事は五三八の反面)。加之當事者が  
當初の契約に於て第三者の権利發生後に於ても仍ほ其の権利を變更又は消滅  
せしめ得るものと定めたときは、之に従ひ第三者の権利を變更し又は之を消滅  
せしめ得るものと解すべきである。蓋し第三者の権利は斯様な運命にあるも  
のとして發生したからである。

第三者は其の権利取得後に於ては諾約者に對し一般の債権者と同一の地位  
に立つ。故に第三者は諾約者が其の債務を履行せざるときは、之に對し損害賠  
償の請求を爲すことが出来る。然し第三者は契約の當事者でないから契約を  
取消し又は解除することが出来ぬ。

尚ほ第三者の権利取得後に於ける第三者と諾約者との關係に付て民法は特  
に規定を設けた。之に依れば、諾約者は要約者諾約者間の契約に基因する抗辯

を以て第三者に對抗することが出来る(九五三)。蓋し第三者の権利は要約者、諾約  
者間の契約を其の發生原因とするからである。例へば諾約者が錯誤、詐欺、強迫  
其の他の事由に因る自己の意思表示の無効又は取消、解除條件附契約の場合に  
其の條件の成就等を第三者に對抗し、又雙務契約の場合(第三者の爲めにする契約)に要  
約者が債務を履行せざるときは同時履行の抗辯若くは契約の解除を第三者に  
對抗し得るの類である(諾約者は要約者、諾約者間の契約に基因する抗辯を以て善意の第三者にも對抗し得るの  
に基因せざる要約者に對する抗辯を第三者に對抗することが出来ぬ、然し諾約者は契約  
を第三者に對抗することが出来ぬ)。

二 要約者の地位

第三者の爲めにする契約の效力として要約者も亦諾

約者に對し債権を取得するや否やに付て、民法は何等の規定を設けてゐない。  
故に此の問題は要約者及諾約者の意思を解釋して之を判定せねばならぬ。例  
へば諾約者が要約者に對し義務を負ふの意思なくして第三者に對する贈與を  
約した場合の類は要約者の権利を否定すべきである。然し斯様な意思の有無  
が分明ならざる場合には契約締結の目的に稽へ、當事者は要約者にも権利を取  
得せしめむとしたものと解するを其の意思に副ふものと謂はねばならぬ(獨三)

五はこの趣旨を定めた)。従て此の場合には、第三者が諾約者に對し給付を請求し得ると共に、要約者も亦諾約者に對し第三者に其の給付を爲すべきことを請求し得るものと解すべきである。

第三者及要約者が何れも権利を取得した場合に於ては、此の二箇の権利は同一の契約より生じたものであり、而も第三者に對する一箇の給付を目的とするから、恰も連帶債權關係(又は不可分債權關係)に似てゐるが、其の實、斯様な關係を有つものと解することが出来ぬ。此の事は要約者が自己に給付を爲すべき旨の請求權を有せざること、従て又諾約者は要約者に給付を爲して第三者に對する債務を免れ難きことに照し明白である。

然し第三者及要約者の各権利は第三者に對する一箇の給付を目的とする結果、(い)第三者に對する諾約者の辨濟に因り兩者共満足を得て消滅する。諾約者の供託、諾約者と第三者との間に於ける相殺、更改、混同、免除、時効完成等亦同様の效果を生ずるものと解すべきである。(ろ)諾約者の給付不能が其の責に歸すべき事由に因りて生じたときは、第三者は諾約者に對し損害賠償の請求を爲し得

ると共に要約者も亦諾約者に對し第三者に損害賠償を爲すべき旨を請求することが出来る。但し要約者は諾約者に對し自己に生じた損害の賠償を請求することが出来ぬ。蓋し第三者に對する諾約者の損害賠償は本來の債務に代はるべきものであり、従つて諾約者が其の賠償債務を履行する以上は契約上の責任を免れるものと解するを正當とするからである(異説がある)。加之要約者は諾約者の給付が不能と爲るも、之を理由として契約を解除することが出来ぬ。蓋し契約の解除は第三者の権利を消滅せしむるからである(五三八参照)。尙ほ諾約者の給付不能が其の責に歸すべからざる事由に因るときは、諾約者は第三者及要約者に對し其の債務を免れること言ふ迄もない(四一五参照)。(は)第三者の受領遲滯は要約者に付ても亦受領遲滯の效果を生ずる。然し第三者が受益の意思表示を爲さざるも、必ずしも之に因りて要約者の権利は消滅せぬ。尤も第三者が受益の意思表示は勿論、給付の受領をも全然拒絶したときは、要約者の権利は諾約者の給付不能に因りて消滅すと解さねばならぬ。



#### 第四項 實質關係

第三者の爲めにする契約に因りて諾約者が第三者に對し給付を爲す所以は、要約者、諾約者間に或關係の存在するが爲めである。例へば賣買契約に附加して締結された第三者の爲めにする契約に因り諾約者が第三者に對し代金を拂ふは、要約者が諾約者に對し物の所有權移轉の義務を負ふからである。言ひ換へれば要約者、諾約者間の斯様な關係が諾約者をして第三者に對し出捐を爲さしむる理由である。此の點より觀察せば要約者、諾約者間の關係は諾約者の出捐の補償であると謂ひ得るのである。此の補償關係は概ね要約者、諾約者間の契約關係(雙務契約に限らぬ)であるが、必ずしも之のみに限らぬ、他の原因に基く債權關係(例へば不法行為に基く債權關係の類)であつても宜し。

次に諾約者の給付に因る第三者の利得は直接には諾約者の出捐に因るものに外ならぬが、其の出捐は要約者、諾約者間に補償の關係が存在する爲めであるから、第三者の利得は、間接には要約者の出捐に因るものと觀察し得るのである。然らば第三者の爲めにする契約は要約者が第三者に對し間接に出捐を爲すことを目的とするものであると共に、此の出捐の原因こそ要約者が第三者をして諾約者に對し債權を取得せしむる原因であり、其の對價關係であるといひ得るのである。斯の如く第三者の債權取得、從て又利得は要約者、第三者間の關係を原因とするが(例へば贈與の爲め、既存債務を消滅せしむる爲め、新に債權取得の爲め等千態萬様である)、其の關係の有効に成立せるや否やは、第三者の爲めにする契約其のものの效力に影響を及ぼすもので

はない。故に第三者の權利取得につき其の原因關係が存在せず又は有効に成立せぬとするも、諾約者は第三者に對し給付を拒み又は利得返還の請求を爲すことが出來ぬ。然し斯様な事由あるときは、第三者の利得は要約者との關係に於て無原因と爲るから、要約者は第三者に對し其の利得の返還を請求し得るものと解さねばならぬ(七〇三參照)。

### 第五節 契約の解除

#### 第一款 總說

一 契約の解除と其の實益 債權契約の當事者は其の締結した契約の存續する限り、之に拘束されねばならぬ。縱令契約の締結後に其の履行が不能若くは困難と爲るも、斯様な事由は必ずしも其の當事者をして當然に契約上の拘束を脱することを得しむるものではない。殊に雙務契約に在りては、當事者の一方が約に背き其の債務を履行せぬとするも、之に因り相手方は當然に自己の債務を免れることが出來ぬ。從て履行を怠れる債務者が後に至り履行の提供を爲すに於ては、相手方も亦之に應じ自己の債務を履行せねばならぬと共に之

を拒めば却て履行遅滞の責を免れぬ。是に由て觀れば、或場合に契約の當事者をして其の締結した契約上の拘束を消滅せしむることを得しむることは契約の拘束力を是認するの反面、實益あることと謂はねばならぬ。故に民法は、契約の當事者が其の契約締結の際、必要の場合に契約を消滅せしむる權利を留保したか又は其の留保なくとも法律に定めた事由の發生した場合には、當事者をして其の契約を消滅せしめ之に因る拘束を脱することを得しむることとした。是れ即ち契約の解除である。

二 契約解除の意義 契約の解除とは契約の當事者が瑕疵なく成立した契約の効果を其の成立の當初に遡りて消滅せしむる一方的意思表示を謂ふ。

(一) 契約の解除は當事者の一方的意思表示である 契約の解除は契約の効果を消滅を目的とする行爲であるから、意思表示であり、法律行爲である。然し解除は當事者の一方の意思表示のみに因りて其の効果を生ずるのであり、相手方の承諾を要せぬ。尤も契約の當事者は雙方の合意に依りても亦其の締結した契約の効果を消滅せしむることが出来る(之を反對契約又は解除契約と謂ふ)。然し此の解除

の効果は其の合意に依り定まるのであつて、一方的意思表示に依る解除の法則に従ふことが出来ぬ。斯様な解除は民法に所謂解除に含まれてゐない。

(二) 契約の解除は契約の効果を其の成立の當初に遡りて消滅せしむる行爲である 契約の解除が斯様な性質の行爲なるや否やに付て學説は岐れてゐる。或は解除に因り債權關係は消滅し契約が當初より成立せざりしと同一の効果を生ずるものと解し(直接效、果説)、或は解除に因り債權關係は消滅することなく、未だ債務の履行なき場合には履行拒絶の抗辯權を生じ、既に債務の履行ありたる場合には給付の返還請求權を生ずるものと解し(間接效、果説)、又或は解除に因り未だ履行なき債務は消滅し、既に債務の履行ありたるときは給付の返還請求權を生ずるものと解する(折衷、説)。民法は解除の性質を明定せぬが、第五百四十五條第一項に「各當事者は其相手方を原狀に復せしむる義務を負ふ」と在るに由て觀れば、解除に因り契約の效果即ち債權關係が契約成立の當初に遡りて消滅することを前提としたこと、從て直接效果説を採るものと解さねばならぬ。即ち契約の解除は法律が契約締結の事實に附着せしめた効果を當初に遡りて消滅せ

しめ、恰も當初より債權關係が発生せざりしと同一の効果を生ぜしむる行爲であるとして解すべきである。

(三) 契約の解除は瑕疵なく成立した契約の効果を消滅せしむる行爲である。契約の解除は契約が完全に成立したに拘らず當該契約の効果を消滅しむる行爲である。故に解除は當事者が契約上解除を爲し得る權利を留保したか若くは法律上其の權利を賦與せられた場合でなければ之を爲すことが出来ぬ。此の權利は即ち解除權である。解除權は形成權に屬し、契約の當事者たる地位に伴ふ權利である。故に契約の當事者でなければ之を行使することが出来ぬ、從て又解除權のみを他人に讓渡することが出来ぬ。

(四) 契約の解除は債權契約の効果を消滅せしむる行爲である。契約の解除は債權關係を消滅せしむるに止つて、契約の履行として爲された行爲即ち物權行爲(賣買契約に付て言へば、物の引渡及代金の交付)までも消滅せしむるものではない。蓋し解除は當事者をして債權契約上の拘束を免れしめむことのみを目的とするが故である。然し債權契約が解除されたときは其の履行行爲は法律上の原因なくして爲さ

れた行爲と爲るから、各當事者は互に相手方に對し其の受けたる利益を返還せねばならぬ、言ひ換へれば其の相手方を原狀に復せしむる義務を負ふ(五四五・一)。尤も當事者が債權契約と共に其の履行行爲をも解除し得る趣旨に於て解除權を留保したか若くは履行行爲の際契約解除の場合には(即ち之を條件として)履行行爲も遡及的に其の效力を失ふ旨を特約したとせば、債權契約の解除に因りて履行行爲も亦當然に其の效力を失ふと解さねばならぬ(其の失効を第三者に對抗せむとせば對抗要件の具備を要する、同趣旨昭和一三・一〇・二四大判民集一七卷二頁)。但し特約の存否不明の場合は之と同一に解することが出来ぬ。

### 三 解除類似の行爲

(一) 解約申入 茲に解約申入とは繼續的契約關係を遡及的に消滅せしむることなく、唯將來に向てのみ其の效力を失はしむる意思表示を指稱したのである。民法が貸借、雇傭及委任の規定中或は「解除」(例へば六一二、六二五、六二六、六五一等)又或は「解約申入」(例へば六一七、六一八、六一九、六二一、六二七、六二九、六三一等)の語を以て指稱した意思表示は契約の解除と異なり、唯將來に向てのみ契約の效力を消滅せしむるものなることは第六百二十條第六百三十條及第六百五十二條の規定に依り明白である。其の他使用貸借及請負の規定中解除と言へる意思表示(五九四、六四二参照)も亦將來に向てのみ契約を失効せしむるに過ぎない(組合の規定に解散請求とある行爲亦同じ)。故に此等の意思表示に付ては民法の用語に拘泥せず、契約の解除と異なる

別種の行爲として之を考察せねばならぬ(學者は之を「告知」と稱するも、此の語は法典の用語でないから、茲には上記意思表示を一括して解約申入と指稱したのである)。

解約申入の権利は法律の規定又は特別の契約(六一八参照)に因りて發生する。解約申入は解除と別種の行爲であるから、必ずしも解除に關する法則を之に適用することが出來ぬ。例へば解約申入権の行使に付ては第五百四十四條を之に適用し難い(五四七、五四八亦同じ)。又其の效果は解除の如く溯及的に契約の效果を消滅せしむるものではないから、第五百四十五條の適用なく、其の當事者に原狀回復の義務を生ぜぬ。但し第五百四十一條乃至第五百四十三條所定の條件が具はるときは當事者に於て解約申入を爲し得るものと解すべきである。蓋し繼續的契約關係に付ても債務者の債務不履行の場合に契約の效力を將來に向てのみ消滅せしむるの實益あるからである。

(二) 取消 取消及解除は何れも法律行爲の效力を其の當事者の一方的意思表示に因り成立の當初に遡りて消滅せしむる行爲である。けれども取消は法律行爲の當事者の行爲能力が完全でなく若くは其の意思表示に瑕疵ある場合に其の效力を消滅せしむる行爲であるに反し、解除は瑕疵なく完全に成立した法律行爲の效力を消滅せしむる行爲であるから、二者は全く別種の行爲である(取消権と解除権とは其の發生原因及效果に付ても差異なしとせぬ)。

(三) 撤回 民法は撤回をも取消と稱してゐる。然し撤回は法律行爲の效力を其の發生前に阻止することを主たる目的とするから、取消と其の性質を異にするは勿論、撤回が斯様な行爲なる以上は、解除とも亦異なること自ら明である。無權代理行爲の取消(一一五)、申込の取

消(五二二、五二四)、懸賞廣告の取消(五三〇)、遺言の取消(一一二四)の類は撤回の適例である(撤回は解除の如く債權契約のみに關するものではなし)。

## 第二款 解除權の發生

### 第一項 契約上の解除

契約の當事者は當該契約を以て又は契約の成立後に別箇の契約を以て、其の一方又は雙方の爲めに解除權を留保することが出來る(五四〇)。(参照)留保に因り發生した解除權の行使に因る解除は契約上の解除である。解除權は無條件に又は條件附にて、又無期限に又は期限附にて之を留保し得るのであつて、其の留保の意思が明なるに於ては必ずしも明示のものなることを要せぬ、默示の留保も亦有效である。又如何なる理由から之を留保したかは問ふ所でない、解約手附の交付(五五七参照)及買戻の特約(五七九参照)も其の性質は解除權の留保である。

契約の當事者が、其の一方に債務不履行あるときは契約が效力を失ふ旨を約した場合に、之を解除權の留保と解し得るや否やの問題は當事者の意思を解釋

して之を判定することを要する。此の種の約款を失権約款と謂ふ。此の場合に相手方が契約を失効せしめむと欲せば其の旨の意思表示を要する趣旨なりとせば解除権の留保と解し得るも、之に反し斯様な意思表示を要せざる趣旨なりとせば其の契約は債務不履行を解除条件とするものに外ならぬ。意思不明の場合には債務者の利益の爲め前者の趣旨に解すべきである（不動産賃借に付て昭  
民集一六卷一八八頁参照、尙ほ此の場合に債権者が遅延し（獨民三六〇は債権者が解除  
た履行を受領したとせば解除権の拋棄と解されるであらう）（債権を有する旨を明定した）。

## 第二項 法律上の解除

一 總説 解除権は法律の規定に因りても亦發生する。此の解除権の行使に因る解除は法律上の解除である。民法は一般の契約に通じ解除権の發生する場合を定めた外（五四一乃至五四三参照）尙ほ或種の契約に付て特別に解除権の發生する場合を定めた（例へば五六一乃至五六八参照、他）。前者に依れば契約當事者の一方は相手方の債務不履行の場合に法定の條件の下に解除を爲すことが出来る（債務契約に限ら  
き片務契約も亦之を解除し得るのである、）。尤も民法は債務の履行遅滯及履行不能の場合の  
昭和八・四・八大判民集一二卷五六一頁）。

みに付て規定を設け不完全履行の場合に及ばぬが、此の場合にも解除権の發生を認むべきものなることは後に説く通りである。以下一般の契約に通じ解除権の發生する場合のみを説明する。

二 履行遅滯に因る解除 此の解除は契約が定期行為ならざる場合と定期行為なる場合とに依り、其の解除權發生の條件を異にする。

(一) 定期行為ならざる場合 契約上の債務が一定の時期の經過後に履行されても、仍ほ之に依り契約を爲したる目的を達し得るものなるときは、其の契約は茲に所謂定期行為ならざる行為を内容とするものである。今契約が定期行為ならざる場合に於て、債務者が其の債務を履行せざるときは、債権者は相當の期間を定めて其の履行を催告し、若し其の期間内に履行なきときは、契約の解除を爲すことが出来る（五四）。即ち此の場合に於ける解除権は左の事項を其の發生條件とする。

(い) 債務者が其の債務を履行せざること 債務者が債務の履行可能なるに拘らず履行を遅滯せることを要する（大正一〇・六・三〇大判）（契約當事者の一方が受領  
民集二七輯一二八七頁）（遅滯に在るも相手方は契

約の解除を爲す)。約の解除を爲すことが出来ぬ。 債務者が履行を遅滞せるや否やは第四百十二條の規定に従ひ之を定めねばならぬ。債務者が同時履行の抗辯を援用し得る間は自己の債務に付て辨濟期を経過するも履行遅滞の責に任せぬから(第四節第一款第二項三の(三)参照)。債権者は其の履行なきことを理由として契約の解除を爲すことが出来ぬ。債務の一部に付て履行なきときは、債権者は之が爲め契約を爲したる目的を達すること能はざる場合に限り、契約全部の解除権を取得するも、其の場合には履行なき部分に付て契約一部(契約が可分のもの)の解除権を取得するのみである(契約を爲したる目的を達し難き場合に限り契約全部の解除権を認むるは)。(継続的供給契約の一部不履行の場合亦同じ同)。然し全部不履行と一部不履行とを問はず、債務者が契約の要素を爲せる債務に付て履行の遅滞に在る場合でなければ、債権者の解除権は発生せぬ。債務者が附隨の債務のみに付て履行の遅滞に在るも、債権者は契約の解除を爲すことが出来ぬ(昭和一三・九・三〇大判民集一七卷一七頁)。(例へば買主が代金を支拂ひ約定の利息のみに付て支拂を遅滞せる場)。(七五) (合の類である、尙ほ不動産の賣主の登記義務は附隨の義務でない)。

(ろ) 債権者が債務者に對し相當の期間を定めて履行の催告を爲したること。此の催告を爲さしむる所以は、債務者をして隨意せしめむが爲めに外

ならぬ。故に債権者は債務者が豫め契約不履行を表明せる場合に於ても、仍ほ此の催告を爲すに非ざれば契約の解除を爲すことが出来ぬ(大正一一・一一・二五大判民集一巻六八四頁)。

(1) 此の催告は債務者が履行を遅滞せる後に之を爲すか若くは遅くとも此の催告と同時に之に因り遅滞に付せられた場合でなければ、解除の前提たる履行の催告としての效力を生ぜぬ(大正一〇・六・三〇大判民集二七輯一二八七頁)。故に債務者が同時履行の抗辯権を有する場合に於ては、債権者は此の催告を爲す際、之と共に自己の債務の履行提供を爲すことを要する(債権者が催告前債務者を遅滞に付した以上は爾後催告の際重ねて自己の債務の履行提供を要せぬ、昭和三・一〇・三〇大判民集七卷八七一頁)。但し債権者は其の催告に定めた期間中履行の提供を繼續することを要せぬ(昭和五・三・三一大判民集七卷三九三頁)。次に(2)催告は相當の期間を定めて爲した履行の催告でなければならぬ。相當の期間とは債務の履行を準備し且之を完了するに要する期間を指すのである。然し債務者は契約締結の當初より既に履行の準備を爲さねばならぬのであるから、履行の催告に於て定むべき相當の期間は必ずしも契約締結の當初に於て履行の準備に着手し之を完了するまでに要すべかりし期間と同一期間なることを要せぬ。其の期間は履行すべき債務の性質其他客觀的

事情に依り債務者が既に爲したるものと認むべき履行準備の程度を基準とし、爾後之を完了する爲めに必要と認むべき期間であれば足るのである(大正一三・七三三頁)。即ち此の期間は債務者の主觀的事情(例へば病氣、旅行の類)を考察して之を定むべきものではない(大正六・六・二六六頁)。加之相當の期間を定むべきものとした民法の規定は債権者をして解除前債務者に對し相當の猶豫期間を與へしめむとする趣旨であるから、債権者が履行の催告に於て相當の期間を明示せぬとするも、催告の時より相當の期間を経過せる後に於ては契約の解除を爲し得るものと解するを正當とする(昭和二・二・二二六頁)。履行の催告に定めた期間が短期に失し不相當であつても、催告後相當の期間を経過せる場合亦同様である。尙ほ(3)催告は債務の本旨に適合した履行の催告でなければならぬ。但し催告の内容が眞實の債務に適合せぬとするも、其の適合せざる程度が微少にて、一面債務者が之を理由として催告を拒否することが信義に反すると共に、他面債権者も催告通りの提供でなくとも債務の本旨に従ふ履行の提供あるに於ては之を受領するの意思あるものと認め得るときは、其の催告を適法のものとして解さねばならぬ(昭和

三・二二六頁、民集六卷一三七頁、同七・三・一七六頁、同一卷四三四頁参照)。

(ハ) 債務者が催告期間内に債務の履行を爲さざること 債務の不履行に付て債務者に過失あることを要する。然し既に履行の遲滞に在る債務者が相當の期間を定めた催告を受け其の期間内に履行を爲さざる場合に於ては、之につき債務者に過失の有無を問はず、債権者は契約の解除を爲すことを妨げぬ。蓋し履行の遲滞に在る債務者は爾後債務を履行せざることが其の責に歸すべからざる事由に因る場合に於ても、之に付て責を免れぬからである(明治三〇・二九六頁、民集二卷一三五八頁、大正八・九・一六〇七頁)。其の他催告期間内なりとも、債務者が催告に對し履行の意思なき旨を表明したときは、債権者は契約の解除を爲し得るものと解すべきである(昭和七・七・七〇七頁)。之に反し、債務者が催告期間内に債務の履行又は履行提供を爲したるときは、債権者は契約の解除を爲すことが出来ぬ。

以上の三條件が具はるときは、債権者は契約の解除を取得する。然し契約は之に因り當然に解除と爲るのでなく、解除權の行使に因り解除と爲るのである。但し債権者が債務者に對し相當の期間を定めて履行の催告を爲す際、之と共に其

の期間内に履行なきときは契約の解除を爲す旨の條件附解除の意思表示を爲したときは其の期間の徒過と同時に契約は解除と爲る。斯様な條件附解除の意思表示は之に因り債務者の利益を害するものでないから素より有効である(本節第三款の說明参照)。尙ほ債権者は以上三條件の具備に因り解除権を取得するも必ずしも契約の解除を爲さねばならぬ譯ではない。債権者は解除を爲さずして債務者に對し履行の請求を爲すことを妨げぬ(獨民法三二六は履行の請求を爲すことを得ざるものとした)。加之債権者の解除權發生後其の行使までに債務者が履行の提供を爲したときは之に因り履行遲滯の効果は消滅するから債権者は最早履行遲滯を理由として契約の解除を爲すことが出来ぬ(大正六・七・一〇大判) (一部履行の受領は其の部分に付) (民錄二三輯一一二八頁) (てのみ解除権を喪失せしむる)。

(二) 定期行爲なる場合 契約上の債務が其の性質上一定の履行期を經過すれば之を履行すること能はざるものなるとき言ひ換へれば縱令給付を爲し得るとするも其の債務の履行と爲らざるものなるときは其の契約は所謂絶對的定期行爲である(例へば某日の宴會用) (として料理注文の類)。又契約上の債務が斯様な性質のものでなくとも當事者が一定の日時又は一定の期間内に履行さるべき旨を強調し其の

趣旨の合意を爲したときは其の契約は所謂相對的定期行爲である(例へば某日の宴會出席の爲め洋服を注文し履行期の嚴守を特約した場合の類)。

契約が定期行爲なる場合に於て債務者が履行を爲さずして履行期を經過したときは債権者は直に契約の解除を爲すことが出来る(二五四)。(い)此の規定は契約の性質又は當事者の意思表示に依り一定の日時又は一定の期間内に履行を爲すに非ざれば契約を爲したる目的を達すること能はざる場合に限り之を適用すべきものである。抑も絶對的定期行爲の場合に於ては債務者が履行期を徒過すれば債務の本旨に従ひ履行を爲すべき途がない。又相對的定期行爲の場合に於ても履行期の嚴守は契約締結の主要の動機と爲つたのであつて履行期を嚴守せぬときは契約を爲したる目的を達し難いのであり畢竟履行期經過後の給付は當該契約上の債務の履行と爲らぬと謂ひ得るのである。是れ民法が定期行爲の場合に付て右の規定を設けた所以である。故に契約が定期行爲と認め得るものなる以上は絶對的と相對的とを問はず均しく之に右の規定を適用すべきものである。尤も履行期の嚴守が當事者の意思表示に依るとき



は、當事者が特に其の嚴守の合意を爲し而も其の合意ありたるが故に契約を爲したものと認め得る場合でなければ、之に右の規定を適用することが出来ぬ。蓋し斯様な場合でなければ履行期に履行なかりしとするも、契約を爲したる目的を達し難きものと言ひ難いからである。(ろ)次に上記規定は履行期に履行なかりしことが債務者の過失に因る場合に付てのみ其の適用を認むべきものである。此の事は、絶對的定期行爲の場合に於て履行期の徒過が債務の履行不能を來たすこと、從て第五百四十三條所定の場合と同様、債務の不履行が債務者の過失に因る場合でなければ右の規定の適用なきものと解するを正當とする。と、既に絶對的定期行爲の場合に然るものとせば相對的定期行爲の場合に於ても之と解釋を異にする理據なきことに照し明白である。(は)尚ほ上記規定に依れば、債務者が履行期を徒過したるときは、債権者は更に履行の催告を爲す迄もなく直に契約の解除を爲すことが出来る。蓋し履行期經過後の給付は債権者に實益がないからである。

以上説明の規定に依り解除權の發生した場合に於ても、亦其の行使を待ちて

契約は解除と爲るのである。(定期行爲が商行為なるときは履行期の徒過に因り契約は當然に解除と爲る、商法五二五參照)。且債権者は解除權を取得するも、必ずしも解除を爲さねばならぬ譯ではない。(大正一〇・三・二大判、民錄二七輯三八九頁)。債権者が履行期經過後の給付を受領すれば解除權を拋棄したものと解すべきである。

三 履行不能に因る解除 履行の全部又は一部が債務者の責に歸すべき

事由に因りて不能と爲りたるときは、債権者は契約の解除を爲すことが出来る。(三四)。(い)此の規定は履行の客觀的後發不能の場合に關するものである。此の事は債務者其の人の全然主觀的な事情に其く不能は之を他の不能と區別して取扱ふを理論上正當とすること、主觀的不能の場合には債務者が履行の遲滯に在る場合と解除の前提條件を異にすべき理據なきことに照し自明である。(履行不能なるや否やは社會生活の理念、賣主が賣買の目的物を更に第三者に譲渡した時は之を當初の買主に移轉、(ろ)次に從ふ、第一章第一節三の(二)參照、(す)る事不能と認むべきである、大正二・五・一二大判、民錄一九輯三二七頁)。(ろ)次に上記規定は履行不能が債務者の責に歸すべき事由に因る場合に限り之を適用すべきものである。「責に歸す」とは少くとも過失ある趣旨である。即ち債務者の故意か、少くとも過失に因りて履行不能と爲れる場合に、債権者は此の規定

に依り契約の解除権を取得するのである。は尙ほ上記規定に依れば債権者は履行の全部不能の場合に契約全部の解除権を取得すること敢て言ふ迄もないが履行の一部不能の場合にも常に契約全部の解除権を取得するや否や必ずしも明白と言へぬ。此の問題は履行の一部が不能と爲れる爲め契約を爲したる目的を達すること能はざる場合に限り之を積極に解し、即ち此の場合に於てのみ債権者は契約全部の解除権を取得するものと解すべきである。蓋し上記規定を第五百六十六條第一項、第五百七十條と對照し、且民法が債権者に解除権を賦與した趣旨より推論せば、斯の如く解するを正當とするからである。従て其の他の一部不能の場合に於ては給付の可分なる場合に、債権者は其の不能部分に付て契約一部の解除権を取得するに過ぎない。

尙ほ履行の全部又は一部が債務者の責に歸すべき事由に因りて不能と爲れる場合に於ては、債権者は履行期前にも、契約の解除を爲すことを妨げぬ。蓋し履行期の到來を待つことは全く無益なるが故である。(同趣旨大正一五・一一・二。五大判民集五卷七六三頁。)

四 不完全履行に因る解除 債務の履行遅滯及履行不能は何れも債権の

侵害である。然し債務者の債権侵害は之に盡く譯ではない。學者は此等の何れにも該當せざる行爲即ち遅滯でもなく又不能とも爲らぬ他の行爲に因る債権侵害の場合を認めた。債権の積極的侵害即ち是れである。但し如何なる場合を積極的侵害と認むべきかに付て議論あるも、所謂不完全履行の場合が之に屬することは多數學者の認むる所である。(債務者の履行期前に於ける履行拒否の表。明は債権の積極的侵害と爲らぬと思ふ。) 例へば債務者が病牛を引渡した爲め債権者の他の牛に傳染した場合は、履行なきに非ず又健牛の引渡不能でもない、然し債権者は債務者の不完全履行に因り債権を侵害され損害を被つたのである。又例へば四週間に鑛山の眞價を調査すべき債務者が一週日目に誤謬ある報告を爲し、債権者は之に基き鑛山を買取れる爲め損害を被つた場合に、債務者が残餘の期間内に再調査を爲し得るものとせば遅滯と爲らず又不能も生ぜず、唯不完全履行あるのみである。(繼續的供給契約に於て當初の供給物不良の爲め債権者が損害を被つた場合も亦不完全履行の場合である。)

不完全履行の場合に債権者は契約の解除を爲すことを得るや否やに付て民法は規定を設けてゐない。故に消極説あるも、不完全履行後に債務者をして改

めて給付を爲さしめたとするも契約を爲したる目的を達すること能はざる場合に於ては、第五百四十三條の規定を準用し、債権者は契約の解除を爲し得るものと解するを正當とする。蓋し斯様な場合に於ては後日の給付は事實上之を爲し得たとするも當該契約上の債務の履行と爲らぬのみならず、不完全履行も債権の侵害なることに於ては債務者の責に歸すべき事由に因る履行不能と同一であり、従て前者を後者に準ずるも敢て不當と言へぬからである。

債務者の給付が債務の本旨に適合せずして履行の遲滞と爲り若くは不能を生ずる場合に於ては(例へば數量不足の場合、債務者が特定の材料に注文違反の工作を加へた場合の類)、第五四一條若くは第五四三條に則り、債権者が契約の解除権を取得すること自明である。

**五 經濟事情の變更と契約解除** 契約の締結後戰爭其の他の事由に因りて經濟事情が變更し之が爲め債務の履行が著しく困難と爲れる場合に、當事者は契約の解除を爲すことを得るや否やの問題は、豫め斯様な場合の爲めに解除権を留保したものと解し得る場合は格別であるが、然らざる限り、本則として之を否定せねばならぬ。蓋し民法上此の場合に解除権の發生を肯定した規定を缺くからである。けれども此の法則を貫徹するときは、場合に依り正義公平の觀念に反することを免れぬ。例へば對價を確定した動力の継続的供給契約に於て豫期せぬ經濟事情の變更の爲め燃料代及勞賃が契約締結後數倍に騰貴した場合、又例へば土木請負契約に於

て豫期せぬ經濟事情の變更の爲め請負人が前同一の苦境に陥つた場合に於て、債務者は仍ほ契約上の拘束を脱し得ざるものと解するは果して正當であらうか。之を經濟的に觀察せば、契約上の給付は豫期せぬ經濟事情の變更の爲め、契約締結の際當事者の觀念且意欲した給付と全く別箇のものと認め得る迄に變じたのであるから、契約通りの履行強要は最早信義則に反するものと解し得るのである。然らば債務者は之を理由として其の履行を拒み得る道理であるが、然し之が爲め當然に契約上の債務を免れるものと解するは行過である。蓋し此の解釋は債務者が經濟事情の變更にも拘らず契約を履行せむと欲した場合に其の意思に反する結果と爲るかからである。けれども既に履行の強要が信義則に反するものとせば當事者をして其の契約上の拘束を脱することを得しむるも必ずしも不當と言へぬ。是に由て觀れば上記の如き特別の場合に限り解除権の發生を認むることは、民法が契約の當事者に對し特定の場合に解除権を賦與した精神に副ふものと謂ふべきである。

### 第三款 解除權の行使

契約上の解除なると法律上の解除なるとを問はず、解除權の行使は解除權者が相手方に對する意思表示に依りて之を爲すべきものである(五四〇)。即ち解除の方法としては此の意思表示を以て足り、敢て裁判上の請求を必要とせぬ(佛民一八四は之を必要とした)、又相手方の承諾も必要でなく、且明示又は默示にて足る(契約履行請求の訴に於

て被告は防禦方法として解除の) (解除原因の明示も必要でない、大正)。  
 意思表示を爲すことを妨げぬ) (元・八・五大判民録一八輯七二六頁)。  
 然し此の意思表示は相手方に到達した時より其の效力を生ずる (九七、尙ほ九)。  
 従て爾後之を撤回することが出来ぬ (五四〇)。  
 蓋し解除の撤回を許すに於ては取引の安全を害するからである。然らば當事者の合意を以てするも解除後に之を撤回して契約を復活し得ざるものと解さねばならぬ (明治三七・二・一五五大) (當事者は新に契約)。  
 (判民録一〇輯一四七頁) (を爲すの外はない)。

解除の意思表示は解除権者の一方的意思表示であるから、之に條件を附するときは、相手方の地位を不確定ならしめ其の利益を害するの虞がある。故に條件附解除の意思表示は一應之を無効と解さねばならぬ。但し條件を附するも、之に因り相手方の利益を害せざるときは例外である。例へば相手方の債務不履行を停止条件とする解除は、有効である。

解除の意思表示は當事者の一方が數人ある場合に於ては、其の全員より又は其の全員に對してのみ之を爲すことが出来る (五四四) (給付の不可分なると否と又)。  
 蓋し此の場合に其の數人が各自獨立して解除を爲し又は之を受け得るものとするときは、錯綜せる法律關係を生じ實際上不便なるに因るのである (強行規定)。  
 然し

其の全員より又は其の全員に對する意思表示は必ずしも同時に之を爲し又は之を受けたことを要せぬ、時を異にするときは最後の意思表示が效力を生じた時に解除と爲るのである (大正一・二・六・一七六) (判民集二卷四一七頁)。  
 斯の如く全員より又は全員に對してのみ解除の意思表示を爲し得るのであるから、解除権が其の當事者中の一人につき消滅したときは他の者に付ても亦消滅する (五四四)。  
 此の規定は當事者中の一人につき如何なる事由に因り解除権が消滅したかを問はず、均しく他の者に付ても亦之を消滅せしむる趣旨である (然し強行規定)。

#### 第四款 解除の效果

一 原状回復の義務 解除権の行使即ち解除に因り契約の效力は當初に遡りて消滅し、恰も債權關係が當初より成立せざりしと同一の效果を生ずる。即ち解除は遡及效を有つ。故に未だ契約上の履行なかりしときは解除の效果として契約は消滅し各當事者は其の債務を免れ、又既に其の履行ありたるときは各當事者は其の履行前の状態に復することを得るのである。然し解除に因

りて當然に原状回復を生ずるものではない。解除ありたるときは各當事者は其の相手方を原状に復せしむる義務を負ふのである(五四五)。此の規定は解除に因り債権關係のみが消滅し、之に基く履行行為は當然に失効せぬことを前提とするものであり、其の履行行為は當然に失効せぬから、各當事者に原状回復の義務を負はしめ、此の義務の履行に因りて相手方を原状に復せしむる趣旨である。尤も前に言へる如く特約あるか若くは履行行為が解除を解除條件として爲されたときは解除に因り履行行為も共に失効すること勿論である(大正一〇・五・一七六)。

判民録二七輯九二九頁は特定物の買契約に於て當事者が即時に所有權を移轉せしめたときは解除に因り所有權も賣主に歸屬するものとした。

以上説明の如く解除の効果は履行行為に及ばぬが、今解除に因り債権關係が遡及的に消滅するときは、履行行為は法律上の原因を失ひ各當事者の受けた利益は不當利得と爲るから、其の當事者は之を相手方に返還せねばならぬ道理である。然るに民法が此の場合に不當利得返還の一般法則(以下三)に依ることなく、特に原状回復義務を生ずるものと定めた所以は、一般法則に於ける如く返還すべき利益の範圍を限定せず各當事者を全く原状に復せしむるを解除の目的

に副ふものと認め、たが爲めであつて、一般不當利得返還の義務と原状回復の義務とは其の性質に於て毫も異なるものではない。

原状回復の義務は各當事者が其の相手方を當初より債権關係なかりしと全く同一の状態に復せしむる義務であり、左の事項を其の内容とするものである。

(一) 受けたる給付の返還 特定物に關する物權の設定又は移轉を目的とする契約が其の履行後に解除されたときは、各當事者は其の取得した權利を消滅せしめ又は之を相手方に再移轉する義務を負ふ。此の再移轉に依りて當該權利は相手方に復歸するのである。其の他の權利の移轉を目的とする契約が其の履行後に解除された場合亦同様である。勞務又は物の使用等返還し難き給付を目的とする契約が解除された場合に付ては、民法に明文なきも、給付を受けた當時に於ける其の勞務又は物の使用の價格(客觀的)を返還すべきものと解する。

(二) 果實の返還 給付された物又は權利より果實を生じた場合に之を返還すべきものなるや否やに付て、民法は一般的の規定を設けず、唯返還すべき

金錢には其の受領の時より利息を附すべきものとした(五四五・二項)。此の規定は金錢の給付を受けた者が利息を收取したと否とを問はず、之に利息を附して返還すべきものとせる趣旨である(利率は年五分である)。民法が返還すべき金錢に利息を附すべきものとせることと、解除の場合に原状回復の義務を認めたる立法理由とに照せば、返還すべき物又は権利より利息以外の果實を生じたときは之を返還すべきものと解するを正當とする(尙ほ五七九、但書参照)。従て原状回復義務者は收取した果實が現存するときは其のものを、又現存せざるときは收取の時に於ける其の價格を返還せねばならぬ(同一の理由から、原状回復義務者が返還すべき物を使用したとせば相當)。但し其の者は事實上收取せざりし果實につき償還の義務を負はぬ。蓋し其の者に收取を怠れる者として償還の義務を負はしむべき理據がないからである(第一九〇條を適用すべき餘地がなす)。

(三) 費用の償還 給付を受けた者が其の目的物の保存、改良等の爲めに必要費又は有益費を支出したときは、契約解除の場合に、相手方は其の費用償還の義務を負ふ。民法に明文なきも原状回復義務を認めたる精神に照しかく解す

るを正當とする。

(四) 原物に代はる價格の返還 返還すべき物が解除前に滅失又は毀損したときは其の物に代へ價格を返還すべきものなるや否やの問題に付て、或は其の滅失又は毀損が給付を受けた者の過失に因り生じた場合に限り之を肯定する説あるも、給付を受けた者は解除前に其の物につき保管義務を負ふものと解し難いから、此の説に左袒し難い。原状回復は給付なかりし原状に復するの趣旨であるから、其の滅失又は毀損が給付を受けた者の過失に因ると否とを問はず、其の者は價格返還の義務を負ふと解するを正當とする(給付者が其の物を占有して免れざりし場合にも同様である、蓋し給付を受けた者が此の場合に限り、原状回復義務を免れると解すべき理據がないからである)。返還すべき物が解除後に滅失又は毀損したときは、原状回復義務の發生後に履行不能を生じたのであるから、其の義務者は自己の責に歸すべき事由に因る滅失又は毀損に付て責任を免れな(四一五)。

以上説明の如く解除は原状回復の義務を生ずるも、當然に原状回復を生ぜぬから、畢竟解除は債權的效力を生ずるのみにて物權的效力を生ぜぬと謂はねば

ならぬ。従て給付を受けた者が其の目的物を更に第三者に移轉し又は之につき權利を設定したときは、其の後に解除と爲るも、第三者は其の取得した權利を失ふ譯がない。故に民法は解除に因り第三者の權利を害することを得ざるものとした(五四五・一)。茲に第三者とは給付の目的物につき權利を取得した第三者のみを指稱したのであつて、解除された契約より生ぜる債權其のものを讓受け又は其の債權其のものにつき權利(例へば)を取得した第三者を含むのではない。後者は解除に因り契約、従て之に基く債權が當初に遡りて消滅する以上は、其の讓受け又は取得した權利を失ふこと言ふ迄もない(大正七・九・二五大判)。同一の理由から、第三者の爲めにする契約が解除されたときは、其の第三者の權利も亦消滅する。(民錄二四輯一八一頁)

二 損害賠償 解除權の行使は損害賠償の請求を妨げぬ(五四五・三項)。契約の當事者は解除權を行使すると共に尙ほ損害賠償の請求を爲し得るや否やに付て、立法例は一樣でない。或は債務者の不履行ある場合に債權者は契約の解除を爲すか將た又損害賠償の請求を爲すか、其の一を選択すべきものとし(獨民三二)

或は此の場合に債權者は契約の解除と共に不履行に因りて生じた損害賠償の請求を爲し得るものとし(佛民一)、又或は債權者は契約の解除と共に契約の消滅に因りて生じた損害即ち消極的契約利益の賠償請求のみを爲し得るものとし(瑞西債務法一〇九)。抑も解除は契約の効果を遡及的に消滅せしむるものであるから、債務者の不履行に因り契約が解除されたときは、別段の規定なき限り、債權者は其の不履行に因りて受けた損害の賠償請求權を失はねばならぬ。此の結果は債務者の不履行ある場合に債權者に解除權を賦與して其の利益を保護せむとする立法の趣旨に反すること言ふ迄もない。故に債權者の利益保護の見地よりせば、此の場合に債權者をして解除に因り契約を消滅せしむると共に、既に生じた損害賠償の請求權のみは仍ほ之を行ふことを得しむるを妥當とする。我民法が單に解除權の行使は損害賠償の請求を妨げずと定め、其の損害が債務不履行に因るものなることを否定すべき文言なく、却て「妨げず」と言へるに由て觀れば、右の理由に基き其の規定を設けた法意を窺ふに難くない。即ち民法の規定は、債務者の不履行に因り債權者が損害を被つたときは、契約の解除と共に其の

損害賠償の請求を爲し得ることを認めためたのであつて、畢竟解除に因り契約は消滅するも、債務不履行に因りて既に生じた損害賠償請求権のみは依然存続する趣旨を定めたものと解するを正當とする(異説がある)。

解除の場合に於ける損害賠償は債務不履行を原因とするものであるから、債権者は受けた損害なると、失ふた利益なるとを問はず、第四百十六條所定の範圍内に於て其の賠償請求を爲すことを妨げぬ。然し其の損害の範圍を定むるには契約解除の當時既に生じた損害を標準とするを本則とし、解除後に生じた損害は唯債務不履行との間に因果關係の存する場合に限り賠償請求を爲し得るものと解するを正當とする(大正九・八・二八大判、民錄二六輯一・二九八頁)。其の他履行不能に因る雙務契約解除の場合に債権者が損害賠償の請求を爲すには履行に代はるべき損害額より自己の債務を免れたるに因りて受けた利益を控除することを要する。蓋し其の殘額が此の場合に於ける實損害に該當するからである。

三 同時履行 以上説明の如く契約が解除されたときは各當事者に原狀回復の義務を生じ且解除に拘らず損害賠償の債務は消滅せぬから、當事者の雙

方は何れも相手方に對し自己の債務を履行せねばならぬ。民法は此の場合に第五百三十三條の規定を準用し、其の當事者の一方は相手方が其の債務の履行を提供するまでは自己の債務の履行を拒み得るものとした(五四、六)。蓋し其の雙方の債務の間に牽連關係を認むることが解除の趣旨に副ひ公平なるに因るのである(必ずしも雙務契約の場合に限らぬ)。

### 第五款 解除權の消滅

解除權は其の拋棄(相手方に對する一方の意思表示と解する)及時效(解除權は相手方ある形成權であるから、其の消滅時効期間に付て債權に準すべきである、商行為の解除權に付て同趣旨大正五・五・一〇大判、民錄二二輯九三六頁)の外、尙ほ左の事由に因りて消滅する(五四四・二項も亦消滅事由を定めた、第三款末段參照)。

(一) 期間の經過 解除權の行使につき期間の定あるときは、其の期間の徒過に因りて解除權は消滅する。又期間の定なきときは、相手方は解除權を有する者に對し相當の期間を定め、其の期間内に解除を爲すや否やを確答すべき旨を催告することが出来る。若し其の期間内に解除の通知を受けざるときは、解除權は消滅する(五四七)。此の規定は相手方の利益保護を目的とすることと言ふ迄



もない。

(二) 解除権者の行爲又は過失に因る契約の目的物の毀損若くは返還不能  
解除権者が自己の行爲又は過失に因りて著しく契約の目的物を毀損し若  
くは返還不能と爲したときは解除権は消滅する(五四八)。蓋し解除の目的たる  
原状回復は解除権者の行爲又は過失に因る事由の爲めに之を達成し難いから  
である。(1)此の規定は解除権者が契約の目的物を著しく毀損し若くは返還不  
能と爲した場合に限り之を適用すべきものである。茲に契約の目的物とは契  
約の履行として給付された物を謂ふ。故に未だ履行なき場合には此の規定の  
適用なきこと勿論である。解除権者が契約の目的物を毀損するも其の程度が  
輕微なるときは解除権を失はぬ(著大なるや否やは原状回復の目的を達成し得るや否やに依る)。又返還不能とは契約の  
目的物の滅失喪失は勿論解除権者が其の目的物を第三者に譲渡し又は第三者  
の爲めに其の目的物の上に権利を設定した場合をも含む趣旨である(解除権者の行  
爲に依り其の  
第三者の権利を消滅せしめ得る場合は例外である)。蓋し後者の場合は取引上之を返還不能と同視し得るからで  
ある。次に(2)此の規定は其の毀損若くは返還不能が解除権者の行爲又は過失

に基く場合でなければ之を適用することが出来ぬ。契約の目的物が解除権者  
の行爲又は過失に因らずして滅失又は毀損したときは解除権は消滅せぬ(五四  
八)。(二)行爲又は過失の意義に付て異説あるも民法は過失を行爲と對立せしめて  
「行爲」に「過失」を含まぬ意を明にしたから畢竟行爲とは故意の意に外ならぬと解  
するを正當とする(害意あるを要せぬ)。從て契約の目的物の毀損又は返還不能が解除権  
者の故意に出で又は過失に基くときは其の者は解除権を失ふと解すべきであ  
る。尙ほ(3)此の規定は解除権の發生後其の行使前に右の事由の生じた場合に  
關するものである(解除権の行使後に其の事由の生じたときは原状回復義務の不履行と爲る)。但し將來解除権を取得すること  
あるべき者が其の取得前に契約の目的物を著しく毀損し又は返還不能と爲し  
たときは此の規定の精神に従ひ解除権を取得し難きものと解するを正當とす  
る。

(三) 解除権者の加工若くは改造 解除権者が加工若くは改造に因りて  
契約の目的物を他の種類の物に變じたときは解除権は消滅する(五四八)。(一)此  
の場合も亦解除に因り原状回復の目的を達成し難いから解除権を消滅せしむ

るのである。加工と改造とは原物に工作を加へた程度に依る區別である。解除権者が加工若くは改造に因りて原物を取引上他の種類と認むべき物に變じたときは解除権を失ふ。加工若くは改造が解除権者の過失に基くや否やは之を問はぬ。

## 第二章 契約各論

### 第一節 總説

一 典型契約 債權契約は其の當事者が前に述べた社會生活の趣旨を認識し、此の社會生活上其の地位に應ずる需要充足の爲めに之を締結した場合でなければ、法の保護に値せぬこと言ふ迄もない。然し此の限界内に於ては百般の需要充足の爲めに其の締結の自由が許容され、實際に於て種々雑多の債權契約が行はれてゐる。民法は此等の債權契約中主要のものみに付て第三編第二章第二節以下に其の名稱を掲げ之に關する規定を設けた。是れ即ち典型契

約である。之を其の内容に従ひ分類せば、(1)處分契約(贈與、賣買、交換)、(2)貸借契約(消費貸借、使用貸借、賃貸借)、(3)勞務契約(雇傭、請負、委任)、(4)保管契約(寄託)、(5)組合契約(組合)及(6)其の他の契約(終身定期金、和解)と爲る。此等の契約中贈與は典型的の無償契約であり、賣買は典型的の有償契約である。

二 混合契約 民法に定めた或契約の構成部分と、他の契約の構成部分若くは民法に規定なき事項との結合したものを其の内容とする契約を混合契約と謂ふ。混合契約は契約の結合でなく、或典型契約の構成部分に該當する事項を其の一構成部分とする一箇の契約である。然らば之に當該典型契約に關する規定を其の儘適用すべきものなるや否や。此の問題の取扱に付て、學說上、或は其の構成部分中主要のものに屬する典型契約の規定を適用すべきものとし(吸收主義)、或は各構成部分の屬する各典型契約の規定を結合して適用すべきものとし(結合主義)、又或は他の典型契約の規定の類推に依り適用法規を發見すべきものとした(類推主義)。抑も民法の定めた各箇の契約に關する規定は其の種の契約として成立したものを對象としたこと、然し諸般の事情に因り他の契約に其の類推

適用を妨げざることより推論せば、當該混合契約の性質及目的に反せざる限り、類推に依り之に適用すべき法則を發見すべきものとするを正當とせねばならぬ。之を例示せば、(1)當事者の一方が混合給付を爲すに對し相手方は一箇の給付を爲すべき混合契約例へば一定の料金を定め、船夫附船貸借契約に在りては、船夫の勞務給付に付て雇傭、釣舟の提供に付て貸借の規定を夫々類推適用すべく、又(2)當事者の一方が或契約の構成部分に該當する給付を爲すに對し相手方は他の契約の構成部分に該當する給付を爲すべき混合契約例へば住居附門番契約に在りては、雇傭及貸借の規定を何れも類推適用すべく、又(3)一面或契約の構成部分に該當すると同時に、他面他の契約の構成部分に該當する事項を構成部分とする混合契約例へば廉價賣買に依る贈與(混合贈與とも謂ふ、次節三の(一)参照)に在りては、贈與及賣買の規定を夫々類推適用するの類である。

以上説明の混合契約と異なつて、數箇の典型契約の結合せるものに付ては、其の各箇の契約に對し之に關する規定を夫々適用すべきものなることと言ふ迄もない。

## 第二節 贈與

### 一 贈與の意義

贈與は當事者の一方が自己の財産を無償にて相手方と與ふる意思を表示し、相手方が受諾を爲すに因りて成立する契約である(五四)。

(一) 贈與は他人に財産を與ふる行爲である。他人を財産的に利得せしむる行爲(出捐行爲)でなければ贈與と爲らぬ。茲に財産とは債務を含まざることを言ふ迄もない。物權、債權其の他の財産權の移轉、制限物權の設定、其の拋棄、債權の成立等は總て財産を與ふる行爲である。債務消滅の合意亦同様である(此の場合に債務は債權者の意思表示のみによりて、消滅するも其の消滅の原因行爲は合意である)。然し贈與者に財産の減少を生ずるに因りて受贈者に財産の増加を生ずる行爲でなければ贈與と爲らぬ。例へば勞務の供給は通常財産の増加を生ぜぬから贈與と爲らぬ。けれども贈與の目的たる財産は必ずしも現に贈與者に屬するものなることを要せぬ。贈與者が他人に屬する財産を後日取得し得べきものとして贈與の目的と爲したときは之を有效と解さねばならぬ。唯贈與者が其の財産の他人に屬することを知らざりしもの

とせば、法律行為の要素に錯誤あるものとして贈與は無効である。

(二) 贈與は無償行為である。對價なくして爲された出捐でなければ贈與と爲らぬ。故に當事者の一方が債權の成立若くは債權の消滅を目的として財産的利益を相手方に與ふるは素より贈與でない。對價なくして財産的利益を與ふる以上は其の動機の如何は問ふ所でない。又對價なくして爲されたと認め得る限り(主觀的標準に依る)、相手方に於て或種の義務を負ふことあるも、仍ほ贈與たるを失はぬ。後に説く負擔附贈與も亦贈與である。

(三) 贈與は契約である。贈與は贈與者の意思表示に對し、受贈者が受諾を爲すに非ざれば成立せぬ。故に贈與は契約である。此の點に於て贈與と遺贈とは異なる。即時に出捐を爲さざる贈與(贈與)は債權契約なること疑を容れぬ。之に反し、即時に出捐を爲す贈與(現物贈與)は債權契約なるや否やに付て疑あるも、贈與者は此の贈與に因り義務を負ふ意思あるものと推測し難いから、之に債權契約たる性質を否定すべきものと思ふ。以上説明の如く贈與は契約であるから、其の成立には、贈與者より受贈者に財産を與ふること及無償なることに付

て、贈與者及受贈者間に意思表示の合致を要する。然し贈與の成立には、必ずしも書面の作成を要せぬ(外國法中書面の作成を要件とするものが)。唯書面に依らざる贈與は後に説く如く其の履行前に之を取消すことを得るのである。

二 贈與の效力 贈與に因り贈與者は受贈者に對し自己の財産を與ふる債務を負ふ(現物贈與は(受贈者は債權を負はぬ)例外である)。贈與者は此の債務の履行として贈與を實行するのであつて、贈與と其の實行行為とは觀念上異なる。贈與が成立せざるに拘らず實行行為が爲されたときは、受贈者に不當利得返還の義務を生ずる。

贈與者は其の債務の履行に關し擔保責任を負はざるを本則とする。即ち贈與者は贈與の目的たる物又は權利の瑕疵又は欠缺につき其の責に任せぬ(五五項)。従て受贈者は贈與者より受けた物又は權利の瑕疵又は欠缺の爲めに所期の利益を受け得ざりしとするも、贈與者に對し損害の賠償を請求することが出來ぬ(贈與の目的物が種類を以て定められたときは瑕疵なき物の給付なき限)。蓋し贈與の無償行為たる性質に稽へ、贈與者に擔保責任を負はしめざるを至當としたのである。然し此の規定は強行規定でないから、當事者間に擔保責任に關する特約あるときは、之

に従ふことを要する。加之贈與者が其の瑕疵又は欠缺を知りて之を受贈者に  
 告げざりしときは擔保の責に任せねばならぬ(五五・一項但書)。此の規定は贈與者をし  
 て受贈者が瑕疵又は欠缺なきものと信じたに因り被つた損害を賠償せしむる  
 趣旨である。受贈者は瑕疵又は欠缺の存する物又は權利其のもの贈與を受  
 けたのであるから、瑕疵又は欠缺なかりし物又は權利の給付を受けたと同一の  
 利益の賠償を請求することが出来ぬ。尙ほ右の規定は瑕疵又は欠缺なきもの  
 と信じた受贈者を保護する趣旨であるから、受贈者が贈與の當時既に其の瑕疵  
 又は欠缺を知るときは其の適用なきものと解さねばならぬ。其の他負擔附贈  
 與に付ては、贈與者は其の負擔の限度に於て賣主と同一の擔保責任を負ふ(五五・  
 二)。蓋し負擔附贈與は有償契約に似てゐるからである。

贈與は無償行爲である爲め、事後の事情に因り或は其の取消を許すも、之を不  
 當と做し難きことなしとせぬ。外國法中贈與者の困窮を理由とする贈與の履  
 行拒絶又は贈與物の返還請求(例へば獨民五・一九、五二八)、受贈者の忘恩を理由とする贈與の取  
 消(例へば獨民五・三〇、佛民九五五)等を許すものあるは之が爲めである。然し民法は此等の制度を

採らず、唯書面に依らざる贈與に限り各當事者は任意に之を取消し得るものと  
 した、但し此の種の贈與と雖既に履行を終はりたる部分は之を取消することが出  
 来ぬ(五五)。蓋し一面贈與意思の明確を期すると共に他面輕忽なる贈與を豫防  
 せむが爲めである。贈與の意思表示が書面に記載された贈與は書面に依る贈  
 與であり、然らざる贈與は書面に依らざる贈與である(賣買に假託し賣買證書を作成した贈與  
 正三・一二・二五、大判民錄二〇輯一・一八五頁、同一五・四・七大判民集五卷二五二頁、  
 買、受贈者の記載なき書面に依る贈與亦同じ、昭和二・一〇・三一民集六卷五八一頁)。受贈者の受諾の意思表示  
 が書面に依りたるや否やは問ふ所でない。贈與の書面は必ずしも贈與の際作  
 成されたことを要せぬ、贈與成立後之を作成するも其の贈與は仍ほ書面に依る  
 贈與である。書面に依らざる贈與は之を取消すことを得るも、贈與者既に全部  
 の履行を終はりたる時は全く贈與を取消すことが出来ぬ、從て贈與は完全に其  
 の效力を保有する。履行を終はりたるや否やは事實問題である。不動産の贈  
 與に付て既に引渡を了したときは未だ登記を了せずとするも、既に履行を終は  
 りたるものと解すべきである。蓋し登記を爲すことは贈與其のものの内容を  
 爲すものでなく、贈與に附隨の債務に過ぎぬからである(同趣旨大正九・六・一七)(尙ほ贈  
 與の減  
 大判民錄二六輯九二一頁)

殺、贈與の否認に付て一三三。四以下、破産法七二以下参照。

### 三 特種の贈與

(一) 混合贈與 混合贈與とは有償行為を包含する贈與である、言ひ換へれば當事者の一方の出捐の一部は相手方の出捐の對價であり、殘餘は全く對價なきものとして爲された贈與である。廉價賣買に依る贈與は其の適例である。此の贈與に在りては、其の當事者間に必ず契約の目的物の一部につき之を無償にて與ふる合意あることを要する。縱令當事者雙方の出捐の價格に差異あるも、此の合意なきものは單純なる有償契約である。然し混合贈與は其の當事者が特に之を有償部分と無償部分とに區別すれば格別であるが、然らざる限り、之を有償契約及無償契約の併存するものと解することが出來ぬ。却て當事者の意思に従へば混合贈與は有償行為に依る贈與即ち單一の契約であつて、唯其の契約の内容が有償契約と無償契約との二箇の性質を具有するものと解するを正當とする。言ひ換へれば混合贈與は當事者が財産の有償處分と無償處分とを一箇の契約を以て爲した一の混合契約である。(混合贈與を以て有償行為と其の對價の一部免除の合意とより成ると解するは二種の契約の併存)

リを認むるものである。(正當でない)。

混合贈與は贈與の性質を有するから、其の成立及取消に付ては契約の全部に對し贈與の規定を類推適用するを正當とする。又混合贈與は有償契約の性質を有するから、有償契約に關する法則は、混合贈與たるの性質上其の適用を排除されざる限り、之に類推適用することを妨げぬ。例へば目的物の瑕疵の爲め其の價額が相手方の出捐の價額に達せぬときは、贈與者は相手方の出捐の價額に達する迄其の瑕疵につき責に任ずるの類である。(前者の價額が後者の價額を超えるときは當該行擔保責任に關する規定は、其の適用を排除される)

(二) 定期の給付を目的とする贈與 此の贈與は一定の時期毎に財産を與ふることを内容とする贈與である。此の種の贈與に在りては、終期の定あると否とを問はず、其の當事者が反對の合意を爲さざる限り、贈與契約は贈與者又は受贈者の死亡に因りて其の效力を失ふ<sup>(二五五)</sup>。蓋し其の當事者は通常贈與者及受贈者間のみ債權關係を成立せしめむことを目的とするからである。從て此の種の贈與に在りては、其の當事者は贈與の方法として之と共に終身定期

金契約を締結したものと謂ひ得るから、贈與契約及終身定期金契約の併存するものとして贈與の規定の外第六百八十九條以下の規定をも之に適用せねばならぬ。

(三) 負擔附贈與 負擔附贈與とは受贈者をして或給付を爲すべき債務を負擔せしむることを附款とする贈與を謂ふ。例へば贈與者が受贈者をして扶養を約せしめ、贈與物を公益の爲めに利用することを約せしめ、又贈與物の收益の給付を約せしむるの類である。負擔附贈與は其の當事者の意思に従へば無償出捐を目的とする行爲であつて、唯之に受贈者の負擔なる附款の存する點に於て普通の贈與と異なるのみである。言ひ換へれば其の無償出捐は單純なる無償出捐でなく、負擔附の無償出捐である。故に負擔附贈與は之を單一の契約と解するを正當とし、贈與契約と負擔契約との併存するものと解することが出來ぬ(明治四五・五・九大判民錄一八輯四七)。既に負擔附の無償出捐と解すべきものなる以上は出捐と負擔とは互に對價を爲すものと解し難いから、負擔附贈與は有償契約でなく、又雙務契約でもない。

受贈者の負擔は出捐行爲なると否とを問はぬ、又贈與物より出捐を爲すか、他の物より出捐を爲すかも、問ふ所でない、何れも負擔たるを失はぬ。又負擔は必ずしも贈與者に對する給付のみに限らず、第三者に對する給付にても宜い。何れにするも受贈者をして現實に債務を負はしむる合意ある場合でなければ負擔附贈與と爲らぬ。例へば温泉旅行の爲めにする贈與は別段の合意なき限り單純なる贈與である。尙ほ負擔の價値は贈與者の出捐と比較し少額のものでなければならぬ、蓋し反對の場合に於ては實質的に贈與と爲らぬからである。故に負擔の價値が贈與者の出捐より多額なるときは其の當事者に於て贈與でなく、一種の有償契約を締結したものと解さねばならぬ。従て當事者が契約の當時其の事實を知りたるときは、契約上の給付義務を免れざるは勿論、又其の事實を知らざりしとするも、之が爲め意思表示の錯誤と爲らざる限り仍ほ契約上の給付義務を免れざるものと解するの外はない。其の他負擔に關する合意が法規違反、履行不能、他の事由に因り無効なるときは、畢竟契約の一部に無効事由が存するのであるから、當事者が負擔なくとも贈與を爲したものと解し得

る場合は格別、然らざる限り全契約を無効と解すべきである(前掲判決は反) 對に解した。

負擔附贈與に付ては普通の贈與に関する規定の適用あること言ふ迄もない。但し贈與者は負擔の限度に於て賣主と同じく擔保の責に任ずる(三五五)。其の他負擔附贈與には雙務契約に関する規定を準用する(三五五)。蓋し此の贈與は雙務契約に似てゐるからである。從て同時履行の抗辯、危險負擔、契約解除等に關する規定は負擔附贈與に之を準用すべきものである。

(四) 死因贈與 死因贈與とは贈與者の死亡に因りて效力を生ずべき贈與を謂ふ。死因贈與は遺贈と同様、贈與者の死後に於ける財産の處分を目的とするも、遺贈が遺言者の一方的行為であるに反し、死因贈與は贈與者が其の生前に受贈者との間に締結する契約である。然し死因贈與は普通の贈與と異なり、贈與者の生前に其の效力を生ずることなく、贈與者死亡の時に其の效力を生ずるを特質とする。民法は此の贈與は遺贈に関する規定に従ふべきものとした(四五五)。此の規定は死因贈與が贈與者の死後に其の效力を生ずる點に於て遺贈に似てゐるから、之に遺贈の效力に關する規定を準用せむとする趣旨であり、遺

贈の方式に關する規定をも準用せむとする趣旨ではない。從て死因贈與の效力に付ては遺贈と同一に解すべきも(從て贈與者の死亡前に受贈者が死亡したときは其の效力を生ぜぬ、一〇九六參照)、其の成立は遺言の方式に依ることを要せぬ。

### 第三節 賣 買

#### 第一款 總 說

一 賣買の意義 賣買は當事者の一方が或財産權を相手方に移轉することを約し、相手方が之に其の代金を拂ふことを約するに因りて成立する契約である(三五五)。

(一) 賣買は財産權の移轉を目的とする行為である。茲に財産權とは取引の目的と爲り得べき物及權利の謂である。動産並不動産のみならず、制限物權、債權、無體財産權、占有權など總て之を賣買の目的と爲すことが出来る。又財産權の移轉とは其の承繼の謂であつて、賣主に屬した財産權を其の儘買主に移



轉する場合のみに限らず賣主の権利に基き買主をして或財産権を取得せしむる場合をも含む。例へば土地の所有者が代金を得て地上権の設定を約するの類も亦賣買たるを失はぬ。

賣買の目的たる財産権は、(い)必ずしも賣主に屬するものなることを要せぬ。當事者は他人の財産権にても之を賣買の目的と爲すことが出来る(五六)。蓋し他人の財産権に付て之を移轉すべき債權債務を生ぜしむることは不能でないからである。他人の財産権を賣買の目的と爲したときは、賣主は其の権利を取得して之を買主に移轉する義務を負ふ(此の點に付て、五六一参照)。之に反し既に買主に屬する財産権は之を賣買の目的と爲すことが出来ぬ、之を目的とせる賣買は無効である。但し買主の所有物につき賣主が對價を得て其の占有權を移轉し、若くは制限物權を消滅せしむるの類は有効である。(ろ)現に存するもののみに限らぬ。將來の物又は權利(例へば後日の收穫物、後日特許ありたる場合に成立する權利の類)も亦之を賣買の目的と爲すことが出来る。將來のもの(例へば後日の收穫物、後日特許ありたる場合に成立する權利の類)の賣買には、(1)將來物又は權利の成立した場合に付てのみ代金の支拂が約された場合と、(2)將來物又は權利の成立すると否とに拘らず代金

の支拂が約された場合とがある。前者は條件附賣買である。之に反し、後者は將來成立すべき物又は權利の移轉を約したものでなく、財産権成立の期待即ち希望を賣買の目的と爲したものであり、真正の賣買でない(一種の射倖契約である)。希望の賣買は賣買に類する有償契約であつて、之に因り賣主は物又は權利を成立せしむべき行爲を爲す義務を負ふものである。(は)必ずしも特定のものなることを要せぬ。賣買の目的たる財産権は種類に依り之を定めても宜い。不特定の物又は權利の賣買も亦民法所定の賣買に外ならぬ。

賣買の目的と爲るものは財産権に限るから、財貨であつても財産権と認め難きものの移轉を目的とする行爲は賣買でない。例へば營業上の秘密若くは得意先の讓渡を目的とする行爲は賣買と言へぬ(此等のものを含む營業其のもの。但し此種の行爲が有償的に爲されたときは、之に賣買の規定を準用すべきものである(五五九)参照)。約に付て第四款三参照。

(二) 賣買は財産権移轉の反對給付として代金を拂ふことを約する行爲である。財産権の移轉に對し代金の支拂を目的とする行爲でなければ賣買と

爲らぬ。財産権移轉の反對給付として金銭以外の物又は権利の給付を目的とする契約は交換であり、又勞務の給付を目的とする契約は雇傭又は請負である。往時羅馬法に於て代金額が時價の半額以下に定められたときは賣主をして賣買を取消すことを得しめたが、近世法は斯様な法則を採らず當事者に代金額決定の自由を認めた。但し世界大戰以降各國に於て代金額の決定は必ずしも當事者の自由に放任されてゐない。我國に於ても支那事變勃發以降國家總動員法に基き價格等統制令(昭和十四年勅令七〇五)、宅地建物等價格統制令(昭和十五年勅令七八一)、臨時農地價格統制令(昭和十六年勅令一〇九)等の發布を見た結果、代金額は此等の法規に定めた限度を超えて自由に之を定むることが出来ぬ。若し當事者が其の限度を超えて代金額を定めたときは、限度を超えた部分につき代金額の合意は無効である(代金を抑制せむとする立法趣旨に考へかく解)。尙ほ代金は當事者が金額のみに依り之を定むるを常とするが、金種をも特定することを妨げぬ。又數額は必ずしも之を確定することを要せぬ、債權の成立に必要な程度に確定し得られるやう定むれば足る。市場價格ある物を代金額を定めずして賣買の目的と爲した

ときは、其の市場價格(履行地及履行時に於ける)を代金額と定めたものと解すべきである。

(三) 賣買は債權契約である。契約と同時に給付を爲さざる賣買は其の直接の效果として當事者間に債權債務を生ずるのであるから、債權契約なることと言ふ迄もない。即時に給付を爲す賣買(現物賣買)は債權契約なるや否やに付て否定説あるも、(1)第五百五十五條に移轉することを約し、代金を拂ふことを約すと在りて、賣買に因り債務の發生すべきものとせること、言ひ換へれば財産權の移轉に對し代金を拂ふ契約を債權契約とせる法意を窺ひ得ること、(2)現物賣買を債權契約に非ずとせば、此の賣買に因り其の當事者に債務の發生することを肯認し難い、從て買主が偽造の貨幣を給付したとするも賣主は眞正の貨幣に依る支拂を請求することが出来ぬ、然るに此の請求を爲し得るものと解してこそ當事者の意思に適することなどに稽へ、現物賣買に在りても當事者は之に拘束される意思を有し其の表示と同時に現實に給付を爲すものと解するを正當とする。即ち現物賣買も亦債權契約である。以上説明の如く賣買は債權契約であるから、其の成立には、當事者の一方が財産權を移轉すること及之に對し相手方

が代金を拂ふことにつき其の當事者間に意思表示の合致を要する。然し賣買は諾成契約であつて、其の成立に特別の方式を要せざるを本則とする。且賣買は其の當事者雙方が何れも債務を負ふのみならず雙方の出捐は互に對價を爲すのであるから、雙務契約であり、有償契約である。而も賣買は有償契約中最も頻繁に行はれ、正に此の種の契約中典型的のものであるから、賣買に關する規定は賣買以外の有償契約に之を準用すべきものである。但し契約の性質が之を許さざるときは此の限りでない(九五)。

二 賣買の豫約 或契約を締結することを約する契約を豫約と謂ふ。豫約は或契約締結の意思表示を爲すことを契約の目的と爲したのであるから、其の當事者間に契約を締結すべき債權債務を生ずる。其の締結せらるべき契約を本契約と謂ふ。豫約當事者の雙方が互に相手方に對し本契約を締結すべき債務を負ふときは之を雙務豫約と謂ひ、其の當事者の一方のみが相手方に對し本契約を締結すべき債務を負ふときは之を片務豫約と謂ふ。

豫約は種々の債權契約に付て之を締結することが出来る。當該債權契約が

雙務契約なると片務契約なると、又要物契約なると諾成契約なるとを問はず、均しく之に付て豫約を締結することを妨げぬ。諾成契約に付て雙務豫約の締結も亦將來に於ける本契約締結の確保の爲めに之を許容すべきである。加之豫約は常に債權契約に付てのみならず物權契約其の他の契約に付ても亦之を締結することを妨げぬ(例へば抵當權設定の豫約、婚姻の豫約の類)。

豫約の成立には、後日締結せらるべき本契約の内容に付て當事者が豫約中に之を確定したか又は之を確定し得べき標準を定めたことを要する。蓋し然らざれば當事者を拘束し難いからである。然し豫約は必ずしも書面契約と爲すことを要せぬ。但し本契約に付て其の締結を慎重にするの目的から方式を要件とするときは其の豫約に付ても亦方式を要件とするものと解するを正當とする(書面に依らざる贈與の豫約は其の類、履行前に之を取消すことを妨げぬ)。

豫約は賣買に付ても亦素より之を締結することを妨げぬ。民法は賣買の片務豫約に付て規定を設け、賣買の一方の豫約は相手方が賣買を完結する意思を表示した時より賣買の效力を生ずるものとした(五五六・一)。(賣買完結の意思表示を爲す権利は形成権である)。

の規定は賣買の一方の豫約を以て相手方の意思表示(承)を停止条件とする賣買契約と同視するものである。抑も片務豫約と相手方の承諾を停止条件とする契約とは頗る似てゐるが、二者は觀念上同一のものではない。前者に在りては、後日本契約を締結すべき債務を生ずるのであるから、本契約の成立に相手方の意思表示の外、尙ほ豫約者の意思表示を要する道理である。之に反し、後者に在りては、本契約締結の意思表示は既に條件附にて爲されたのであるから、條件たる相手方の意思表示あると同時に本契約は其の效力を生ぜねばならぬ。然るに民法は賣買の一方の豫約と相手方の意思表示を停止条件とする賣買との間に斯様な差異を認め、前者に在りて、賣買の成立に更に豫約者の意思表示を要するものとするを實際上不便としたから、上記の規定を設け、前者を後者と同視したのであり、畢竟、賣買の一方の豫約を豫約と名づけたが、眞の豫約でなく、條件附賣買に外ならざるものと認められたのである。従て民法に所謂賣買の一方の豫約のみは眞の豫約と違ひ、豫約者に賣買を締結すべき債務を生ずることなく、豫約者は條件附義務を負ふものと解さねばならぬ。尙ほ上記の規定は第五百五

十九條の規定に依り、契約の性質が許す限り、他の有償契約の豫約に之を準用し得ることと言ふ迄もない。然し無償契約の豫約に之を準用することが出来ぬ。其の他豫約の當事者間に別段の合意ある場合亦其の適用を排除される、蓋し強行規定でないからである。

賣買の一方の豫約は本契約を締結すべき期間の定ある場合に、相手方が其の期間を徒過せるときは其の效力を失ふ。其の期間の定なき場合に於ても、豫約者が相當の期間を定め、其の期間内に賣買を完結するや否やを確答すべき旨を相手方に催告したるに對し、相手方が其の期間内に確答を爲さざるときは、豫約は其の效力を失ふ(五五六・二項)。此の規定は實際の便宜に基くものである。尙ほ期間の定あると否とを問はず、相手方が豫約者に對し本契約締結の意思なき旨を表明せる場合亦同様である(本契約締結の權の拋棄)。

賣買の雙方の豫約に付て民法は規定を設けてゐない。然し賣買の雙方の豫約は當事者中何れか一方の賣買完結の意思表示を條件とするものと解し得るから、其の意思表示あるに因りて賣買の效力を生ずるものと解さねばならぬ。又此の豫約中に本契約を締結すべき期間の定なきときは、當事者中何れか一方が第五百五十六條第二項所定の催告を爲し、相手方の確答なき場

合は拒絶と解し之に同意するに因りて豫約は其の効力を失ふものと解すべきである。

### 三 手 附

契約締結の際其の當事者の一方より相手方に對し金錢其の他の有價物を交付することがある。之を手附と謂ふ。民法は賣買の手附に付て規定を設け之を他の有價契約の手附に準用すべきものとした(五五七、五、五九參照)。

手附授受の目的は(1)或は契約の成立を證せむが爲めなることがあり(證約手附)(2)或は契約を成立せしめむが爲めなることあり(成約手附)(3)或は違約することなからしめむが爲めなることあり(違約手附)(4)又或は解除權を留保せむが爲めなることあり(解約手附)。何れの目的に出でたるを問はず、手附の授受には其の合意即ち手附契約を要する。手附契約は主たる契約(賣買の手附に付て言へば賣買契約)に従たる契約なること疑なく、又手附其のものの交付を要件とするから、一種の要物契約である。且其の當事者の意思に従へば手附の所有權は其の交付に因り授者より受者に移轉するのである。尤も當事者は手附が其の用を失ひたる場合に其の返還を求め得べき趣旨に於て之を交付するものなること言ふ迄もない。

手附が如何なる目的の爲めに授受されたかは、當事者の意思を解釋して之を定め、意思分明ならざるときは、慣習に従ふことを要する。民法は慣習に依るも之を定め難きときは、解約手附と解すべきものとした。即ち買主が手附を交付したときは、當事者の一方が契約の履行に著手するまでは、買主は其の手附を抛棄し、賣主は其の倍額を償還して契約の解除を爲すことを得るのである(五五七、一項)。解約手附に斯様な効力を認むるは全く從來の慣習に従ふものである。此の規定は買主が手附を交付した場合を対象としたが、賣主が手附を交付した場合にも之と解釋を異にすべき理據がないから、同一に解するを正當とする。

右の規定に依れば、(イ)手附を交付した買主は手附を抛棄して契約の解除を爲すことが出来る。手附は交付に因り既に賣主の所有に歸したのであるから、茲に手附を抛棄しとは手附返還請求權を抛棄するの趣旨に解さねばならぬ。(ロ)手附を受けた賣主も亦其の倍額を償還して契約の解除を爲すことが出来る。是れ所謂手附損倍戻である。今賣主が手附損倍戻に依り契約を解除せむと欲せば、必ずや其の意思表示と同時に又は其の前に手附の倍額を買主に償還することを要する。但し買主が之を受領せぬときは其の受領を強制する方法が

ないから、手附倍額の提供を以て足ると解さねばならぬ。(は賣主又は買主が契約の解除を爲し得る時期は相手方の履行著手前に限る(自己の履行著手は解除権の拋棄である))。蓋し相手方の履行著手後に解除を爲すときは相手方を害するの虞あるに因るのである。斯の如く解除を履行著手前に限りたるは、畢竟解除権の行使につき期間を定めたものに外ならぬから、解約手附交付の場合には第五百四十七條の規定の適用なきものと解すべきである。

解約手附を授受した場合に、(1)當事者が適法に契約の解除を爲したときは、契約は遡及的に消滅することと言ふ迄もない。但し履行前であるから、當事者に原状回復の義務を生ぜぬ。又其の解除は當事者の債務不履行を原因とするものでないから、解除者は相手方に對し損害賠償の請求を爲すことが出来ぬ(五五七・二項)。(2)當事者が契約の解除を爲さずして債務を履行したときは手附を受けた者は相手方に對し之を返還することを要する(手附返還の義務は手附契約に基づくものである)。但し手附が金銭なるときは實際上買主は契約履行の際之を相手方に給付すべき金銭に算入するを常とする、言ひ換へれば手附を内金と同一に取扱ふてゐる。けれども手附と

内金とは同一のものではない。内金は契約締結の際之を交付する場合に於ても代金の一部の前渡に過ぎぬ。契約締結の際、當事者の一方より相手方に對し交付した金銭が手附であるか將た又内金であるかは、各場合に當事者の意思を解釋して之を判定することを要する。

四 賣買の費用 賣買契約に關する費用は、特約を以て其の負擔者と定められた者が之を負擔し、特約なきときは當事者雙方平分して之を負擔する(八五)。

賣買契約に關する費用とは、例へば契約證作成の費用、目的物評價の費用、目的物検査の費用等の類である(不動産賣買に付て登記に要する登録税、不動産取得税等も亦賣買に關する費用に外なる負擔とする)。  
(らぬ、大正七・一一・一大判民録二四輯二一〇三頁、但し此の種の費用は實際上買主を常とする)。

## 第二款 賣買の效力

### 第一項 賣主の義務

#### 第一目 財産権移轉の義務

賣買の效力として、賣主は買主に對し賣買の目的たる財産権を移轉する義務を負ふと共に、其の財産権につき擔保の責任を負ふ。

賣主の財産権移轉の義務は、買主をして賣買の目的たる財産権を完全に取得せしむることを内容とするから、賣主は其の義務の履行として左の行爲を爲さねばならぬ。

(一) 財産権其のものを移轉すること 賣買は物又は權利の一時の利用を目的とする行爲でなく、財産権其のものの移轉を目的とする行爲であるから、賣主は其の移轉に必要な行爲(物權行爲又は準物權行爲)を爲さねばならぬ。若し賣主が他人の權利を賣買の目的と爲したときは、其の權利を取得して之を買主に移轉す

ることを要する(五六)。而も賣買の當事者が契約の當時其の權利の他人に屬することを知りたるや否やを區別せず、均しく賣主は右の義務を負ふのである。是に由て觀れば、賣買の目的たる權利の所屬につき當事者の意思表示に錯誤あるも、之が爲め賣買は無効と爲らぬと解すべきである。即ち第九十五條の規定を之に適用することが出來ぬ。但し當事者が其の權利の賣主に屬することを重視し、特に其の旨の意思表示を爲したときは、其の權利の所屬を賣買の要素とするものに外ならぬから、此の點につき錯誤あるときは、第九十五條の規定に則り賣買を無効と認めねばならぬ。

(二) 物の占有を内容とする財産権に付ては、其の占有を移轉すること 動産の賣買は勿論、不動産の所有權、地上權、永小作權等の賣買に在りては、占有の移轉を要する。債權中、賃借權の如く物の占有を内容とするものの賣買に在りても、亦其の占有を移轉せねばならぬ。占有の移轉は現實の引渡の外、簡易の引渡(二八二)、占有の改定(三八)、指圖に依る引渡(四一八)等に依りても亦之を爲すことを妨げぬ。

(三) 財産権の移轉を第三者に對抗するに必要なる行爲を爲すこと 賣主は買主をして賣買の目的たる財産権の取得を第三者に對抗することを得しむる爲め買主に對し不動産物権の移轉に付ては登記(七七)動産物権の移轉に付ては引渡(八七)債権の移轉に付ては債務者に對する讓渡通知(四六)を爲すべき義務を負ふ。此の義務は賣買契約に伴ひ當然に發生する義務であるから特に其の負擔につき合意なくとも買主は賣主に對し其の履行を請求することを妨げぬ(大正九・二二大判(但し取毀の目的を以てする建物の賣主は通常移轉登記)民集二六輯一八五六頁)義務を負はぬ昭和五・二四大判民集九卷一三七頁。

(四) 賣買の目的たる権利の實情(事實上の基礎例へば土地の境界の類)を買主に知らしめ且其の權利の存在を證明する證書(例へば貸金證書の類)を買主に交付すること 民法に明文なきも買主をして財産権を完全に取得せしむる爲め賣主に此等の行爲を爲すべき義務を負はしめねばならぬ。

(五) 従物及従たる権利をも移轉すること 此の事は従物に付ては第八十七條第二項の規定に依り明白であり従たる権利に付ても亦其の性質上之を認めねばならぬ但し別段の特約あるときは此の限りでない。尙ほ果實に付て

は賣買目的物の引渡前に生じたものは賣主に屬する(五七五・一項)。

## 第二目 擔保責任

### 一 總 說

賣主は買主に對し賣買の目的たる權利其のもの之の欠缺及賣買目的物の瑕疵につき擔保の責任を負ふ。抑も賣買の目的たる財産権が當初より全然存在せぬときは賣買は當然に無効である。之に反し其の財産権の一部のみが當初より全然存在せず若くは其の目的物に瑕疵ありたるときは給付の全部につき原始的不能の事由の存在する場合と異なるから必ずしも賣買其のものを當然に無効とするに及ばぬ道理である。民法は此の場合に賣買を有効とするを賣買當事者の意思に副ふものと認むると共に賣主は買主に對し法定の責任を負ふべきものとした。是れ即ち賣主の擔保責任である。民法が此の責任を認めたる所以は本來賣買の當事者は完全なる財産権の移轉に對し反對給付たる代金の支拂を合意したものと解すべきであるから其の財産権の一部の欠缺若くは其の目的物に瑕疵ある場合にも賣買を有効とする以上は賣主を



して買主に對し其の欠缺若くは瑕疵につき責に任せしむるを正當と認めたるに因るのである。畢竟民法は賣買の有償契約なることに稽へ、賣主に右の擔保責任を認めたるものと解すべきである。此の事は無償契約たる贈與の場合に、贈與者は本則として贈與の目的たる物又は権利の瑕疵又は欠缺に付て擔保責任を負はざることに照すも自ら明である。

以上説明の賣主の擔保責任は賣買契約成立の當時既に賣買の目的たる権利又は物につき存在した欠缺又は瑕疵につき之を生ずるのである。賣買契約成立後に其の欠缺又は瑕疵を生じたときは賣主の債務不履行の問題であり、其の欠缺又は瑕疵が賣主の責に歸すべき事由に因る場合に於て、賣主は損害賠償の責任を負ふのみである。加之賣主の擔保責任は賣買の目的たる権利又は物の欠缺又は瑕疵につき賣主に過失ありたるを否とを問はず、均しく之を生ずるのである。蓋し此の責任は賣買の有償契約たる性質に稽へ民法の認めたる責任なるが故である。(同趣旨大正一〇・六・九大。判民錄二七輯一二二二頁)

## 二 擔保責任の内容

### (一) 権利の欠缺に對する擔保責任

此の擔保責任は、(い)賣買の目的たる権利が他人に屬するに、因り賣主が之を買主に移轉すること能はざるが爲めに負ふ責任と、(ろ)賣主が買主に移轉した権利の不足なるが爲めに負ふ責任とに之を分つことが出来る。從來の立法は大體に於て賣買の目的たる権利が第三者より追奪された場合に此の擔保責任を生ずるものとしたから、學者は之を追奪擔保と稱した。然し民法は之を採らず、此の擔保責任は第三者の追奪後は勿論追奪前に於ても之を生ずるものとした。即ち第三者の追奪は此の擔保責任發生の要件でない。以下其の責任の内容を分説する。

(い) 権利が他人に屬する場合の擔保責任　賣買の目的たる権利が他人に屬するに因り賣主が之を買主に移轉すること能はざるが爲めに負ふ責任は、他人の権利を賣買の目的と爲した場合に於ける賣主の擔保責任である。此の擔保責任は権利が賣主に屬せずして他人に屬する爲めに賣主が其の権利を買主に移轉すること能はざる場合に之を生ずるのである。従つて賣買の目的たる権利が全然存在せざるときは此の擔保責任を生ぜぬ。又此の擔保責任は

賣主及買主が契約の當時権利の他人に属することを知りたると否とを問はず、又賣主が之を知らざるにつき過失ありたると否とを問はず、均しく之を生ずるのである。民法は賣買の目的たる権利の全部が他人に属する場合と、其の一部が他人に属する場合とに依り各別に其の責任の内容を定めた。

(1) 権利の全部が他人に属する場合 賣買の目的たる権利の全部が他人に属する場合に於て、賣主が其の権利を取得して之を買主に移轉すること能はざるときは、買主は契約の解除を爲すことを得ると共に損害賠償の請求を爲すことが出来る<sup>(五六)</sup>。即ち此の場合に於ける賣主の擔保責任は買主をして契約解除權及損害賠償請求權を取得せしむることを其の内容とする。但し買主は契約の當時其の権利の賣主に屬せざることを知りたるときは損害賠償の請求を爲すことが出来ぬ<sup>(五六)</sup>。損害賠償の責任は買主が善意なりし場合に限り賣主が之を負ふのであり、且買主が善意なりしときは、賣主は自己に過失なかりし場合に於ても之を負ふのであるから、此の責任は債務不履行に因る損害賠償の責任と其の性質を異にするものと謂はねばならぬ。畢竟此の責任は

賣買の目的たる権利が賣主に屬せざる爲め善意の買主が賣買契約の解除を爲した場合に、民法が特に賣主に認めたる責任であり、専ら善意の買主の利益保護を目的とするものである。従て買主が右の規定に依り賣主に對し賠償を求め得べき損害の範圍は、賣買の目的たる権利が賣主に屬することを信じたに因り被つた損害のみに限らず、賣買の履行を受け得ざるに因り被つた損害をも含むものと解すべきである。

賣買の目的たる権利の全部が他人に屬し而も賣主が契約の當時之を知らざりし場合に於て、其の権利を取得して之を買主に移轉すること能はざるときは、賣主は、イ買主が契約の當時其の権利の他人に屬することを知らざりし場合ならば損害を賠償して契約の解除を爲し<sup>(必ずしも解除の際損害賠償の提供を要せぬ)</sup>、又、ロ買主が契約の當時之を知りたる場合ならば買主に對し單に其の賣却した権利の移轉不能の旨を通知して契約の解除を爲すことが出来る<sup>(五六)</sup>。賣主に契約解除權を賦與した所以は、買主に損害を被らしむることなくして善意の賣主の利益を保護せむが爲めであり、賣主に擔保責任あるに因るのではない<sup>(尙ほ権利の所屬と錯誤との關係に付て本項第一目(一)参照)</sup>。

(2) 権利の一部が他人に属する場合 賣買の目的たる権利の一部が他人に属するに因り賣主が之を買主に移轉すること能はざるときは、買主は代金減額請求權、契約全部解除權及損害賠償請求權を取得する(五六)。即ち此の場合に於ける賣主の擔保責任は買主をして此等の権利を取得せしむることを其の内容とする。但し買主が契約の當時賣買の目的たる権利の一部が他人に属することを知りたるときは、代金減額請求權のみを取得し、契約全部解除權及損害賠償請求權を取得せぬ(五六三)。(惡意の買主は権利の一部につき移轉不能を豫期したものと謂ひ得るからである) 代金減額請求權は権利の一部が他人に属する結果、其の足らざる部分の割合に應じて代金の減額を請求する権利であり(五六三)、其の性質は契約の一部解除權である。蓋し権利の全部が他人に属する場合に買主に契約の全部解除權を賦與した法意に照せば、権利の一部が他人に属する場合に買主に賦與した代金減額請求權は之を契約の一部解除權と解するを正當とするからである。從て買主の代金減額の請求は賣主の承諾の有無を問はず代金減額の效果を生ずる(其の效果は一般の解除と同じ)。

次に権利の一部が他人に属するに因る契約全部解除權は残存する部分のみな

れば買主が之を買受けざるべかりし場合に於てのみ善意の買主が之を取得する(五六三)。残存する部分のみなれば買主が之を買受けざるべかりしや否やは契約の當時に於ける買主の意思に依り之を判定することを要する(異説が) (此の場合應錯誤の規定は適用なきものと解すべきも當事者が特に権利の全部が買主に属することを意思表示の要素としたときは例外である) 尚ほ代金減額請求權、契約全部解除權及損害賠償請求權は買主が善意なりしときは事實を知りたる時より、惡意なりしときは契約の時より夫々一年内に之を行使することを要する(五六)。此の期間は除斥期間であり、時効期間でない。然し一年内に行使すれば、契約解除に因りて生じた権利(原状回復請求權)は爾後其の権利の時効期間内存続し、又一年内に損害の賠償を得ざるも、其の賠償請求權は爾後其の権利の時効期間内存続する(同趣旨五・一〇・二一六判民集一九卷一九七九頁)。

(3) 権利が不足なる場合の擔保責任 民法は権利不足の理由を區別し、以下説明の如く買主に對し、夫々権利を賦與した。即ち此の場合に於ける賣主の擔保責任は買主をして法定の各権利を取得せしむることを其の内容とするものである。

(1) 數量を指示して賣買した物が不足なる場合及物の一部が契約の當時既に滅失した場合 此等の場合に於て買主が其の不足又は滅失を知らざりしときは、其の足らざる部分の割合に應じて代金減額請求権を取得し、且殘存する部分のみなれば之を買受けざるべかりしときは契約全部解除権を取得し、尙ほ以上の請求権と共に損害賠償請求権をも取得する(五六三)。買主が契約の當時右の不足又は滅失を知りたるときは以上の権利を取得せず、即ち賣主は擔保責任を負はぬ。蓋し買主は不足又は滅失を知りながら賣買を締結したのであるから、之に代金減額請求権をも賦與するの理由がないからである。數量を指示して賣買したとは特定物の賣主が其の目的物につき一定の容積、重量、員數、尺度等を表示し、賣主及買主間に其の數量を代金額を定むる基準と爲したことを謂ふのである(競賣法に依る競買手續に於て土地が公簿記載の坪數を以て表示されたとするも、之を數量指示の賣買と認め難し、昭和一四・八・一二大判民集一八卷八一七頁)。故に指示された數量を代金額を定むる基準とせず、専ら物其のものに着眼して代金額を定めたときは上記規定を之に適用することが出來ぬ(上記規定と錯誤の規定との關係は(五)の(2)の説明と同一に解すべきである)。尙ほ以上説明の買主の権利は買主が事實を知りたる時より一年内に之を

行使することを要する(五六五、五六四)。

(2) (イ)賣買の目的物が地上權、永小作權、地役權、留置權又は質權の目的たる場合、(ロ)賣買の目的たる不動産の爲めに存すと稱した地役權が存せざりし場合及(ハ)其の不動産につき登記したる賃貸借ありたる場合 此等の場合中(イ)及(ハ)の各權利は其の權利者より買主に之を對抗することを得るのであるから、其の範圍に於て賣買の目的たる權利に不足の部分あり、又(ロ)の場合は地役權附土地所有權の賣買であるに拘らず其の從たる權利は存せぬのである。故に(イ)(ロ)及(ハ)の場合共買主が契約の當時善意なりしときは、賣主は擔保責任を負ひ、買主は賣買の目的たる權利の不足の爲めに、(a)契約を爲したる目的を達すること能はざる場合(買主が契約を爲したる目的を賣主に於て知了せることを要せぬ、大正四・一・二・二一、大判民集二一卷二一四四頁)に限り契約解除權及損害賠償請求権を取得し、(b)其の他の場合には損害賠償請求権のみを取得する(五六六)。(買主は前掲各權利の除去請求權を有せぬと解さねばならぬ)。契約の解除又は損害賠償の請求は買主が事實を知りたる時より一年内に之を爲すことを要する(五六六)。(三項)。尙ほ買主が惡意なりしときは上記の權利を取得せぬ、即ち賣主は擔保責任を負はぬ。