

立法主義  
及其批評

來債權者主義及ビ所有者主義（物權者主義）ノ二主義アリ。

債權者主義

1) 債權者主義即チ一方ノ債務ガ不能ノ爲メ消滅スルモ債權者ノ反對債務ハ消滅セズトスル主義ハ其源ヲ遠ク羅馬法ニ發スルモノニシテ<sup>3)</sup>吾民法第五三四條ハ此主義ニ從ヒ其他獨逸普通法、佛蘭西民法（一一三八<sup>4)</sup>、瑞西債務法（一八五、二二〇）、和蘭民法（一四九六）、伊太利民法（一四八〇、一一二五、一四四八、一二九八）等亦之ヲ採用セリ。然レドモ此主義ハ理論上ヨリ云フモ又實際ノ結果ヨリ云フモ穩當ニアラズ。蓋シ（一）債權者主義ノ立法理由トシテ古來說明セラルルモノ頗ル多キニ拘ラズトシテ首肯ニ値スルモノナキヨリ見レバ<sup>5) 6)</sup>此主義ガ何等

3) 註 2 參照。

4) *Baudry-Lacantinerie et Barde, des obligations, 1 nos. 420 et suiv.; Planiol, 2 no. 1343; Colin et Capitant, 2 p. 128 參照。*

5) 獨普通法上此主義ノ立法理由トシテ説明セラレタルモノ大凡四種アリ。（一）履行擬制說（債務者ノ責ニ歸スベカラザル履行不能ハ履行ト同様ニ取扱ハルベシトノ獨斷ヲ基礎トス）*Wächter, Koch, Mommsen*（舊說）、*Fuchs* 等。然レドモ擬制ハ説明ノ拋棄ニシテ説明ニアラザルガ故ニ本說ハ不可也。（二）債務獨立說（雙務契約上ノ債務ハ其發生以後ニ於テハ全然互ニ獨立セルモノナレバ一方ノ運命ハ他方ノ運命ニ影響セズ）*Wächter, Dernburg, Madai, Bruns, Bechmann*（舊說）等。佛ニモ同様ノ說ヲ爲ス者アリ（*Baudry-Lacantinerie et Barde, no. 423, p. 381; Demolombe, 24 no. 424, p. 406*）。然レドモ此說ハ給付交換ヲ以テ本旨トスル雙務契約ノ性質上穩當ニアラザルノミナラズ假ニ之ヲ以テ危險在買主ノ原則ヲ説明シ得ルトスルモ危險在貸貸人ノ原則ヲ説明シ得ズ。（三）財產移轉說（契約ノ目的物ハ契約完成ト同時ニ債權者ニ移轉スルモノナレバ債權者之ニ關スル危險ヲ

ノ理論的根據ヲ有セザルコトヲ知り得ベキノミナラズ、（二）實際上ノ結果ヨリ云フモ（イ）給付ノ交換ヲ目的トスル雙務契約ニ於テ偶然事變ガ當事者一方ノ

負擔ス）*Mommsen*（新說）、*Kuntze, Windscheid* 等。然レドモ債權契約成立スルモ未ダ目的物ニ關スル所有權ハ買主ニ移轉セズ假ニ移轉ストスルモ之ヲ理由トシテ債權者主義ヲ設クハ結局所有者主義ト同一思想ヲ基礎トスルモノニシテ其不當ナルコト後ニ述ブルガ如シ。（四）過失說（危險ハ履行遲延ニ付キテ過失アル者之ヲ負擔スベシトシテ實買ニ於ケル履行遲延ハ常ニ買主ノ過失ナルガ故ニ買主危險ヲ負擔ス）*Jhering*。然レドモ實買成立ト同時ニ其履行ナキコトハ常ニ必ズシモ買主ノ過失ニ因ルモノニアラズ。尙此等諸說ノ詳細及ビ其批評ニ付キテハ前掲拙稿法協五 41—、六 120—參照。

6) 吾民法上債權者主義ヲ辯護スル學者ノ主張スル理由（一）實買ノ目的物ニ關スル利益（*commodum*）ハ實買成立ト共ニ買主ニ移轉スルガ故ニ危險モ亦同時ニ移轉ス（*仁井田氏法典質疑問答債權 147、横田氏各論 115、岡松氏理由 三 477、今井氏通論 304、村上氏各論 211、志田氏各論講義案 26*。尙佛國ニモ同様ノ說ヲ爲ス者アリ（*Baudry-Lacantinerie et Barde, no. 423, p. 382*）。然レドモ目的物ニ關スル利益中（1）物ノ自然の増大ハ常ニ必ズ債權者ニ歸屬セザルベカラザルノ理論の必要存スルニアラザルガ故ニ此種ノ理由ヲ以テ危險モ亦必ズ債權者之ヲ負擔セザルベカラズトノ論ヲ爲スコト能ハズ。殊ニ吾民法ハ未ダ引渡サザル實買ノ目的物ノ果實ハ賣主ニ屬スベキコトヲ定メタルガ故ニ（§575<sup>1</sup>）若シ此種ノ論法ニ從フベシトセバ寧ロ危險ハ之ヲ債務者ニ歸セシムベキモノト云ハザルベカラズ。（2）又目的物ノ價格騰貴ニ因ル利益ニ對應スルモノハ價格下落ニ因ル損失ナルガ故ニ更ニ夫レ以上物ノ減失毀損ニ因ル損失ヲモ負擔セシメントスルハ誤レリ。（二）債務者若シ當該ノ債務ヲ約シタルコトナクシテ危險ノ生ズルニ先立チテ或ハ其物ヲ他人ニ讓渡シ以テ危險ヲ避クルコトヲ得タルヤモ知ルベカラズ故ニ債務者ヲシテ危險ヲ負擔セシムルハ酷ナリ（*仁井田氏前掲 147 獨ニテモ Wächter, Regelsberger, Jhering* 等同論）。然レドモ債務者若シ假リニ當該ノ債務ヲ負擔セズトセバ本來所有者トシテ危險ヲ負擔スベキ地位ニアリタルモノトス加之當該ノ債務ヲ負擔スルガ爲メ債務者ハ違約ノ危險ヲ冒スニアラザレバ同一ノ物ニ付キテ第二ノ處分ヲ爲シ得ザルノ地位ニ立チ至レリト雖モ第一ノ處分ニ因リテ債務ヲ負擔セルコト夫自身ガ自ラ自己ノ利益ヲ計リタルノ結果ニ出ブルモノナレバ之ニ應ジテ或程度ノ拘束ヲ受ケルハ寧ろ當然ナリ。故ニ自由ニ第二ノ處分ヲ爲シ得ザルコトヲ理由トシテ危險ヲ負擔セシムベカラズト論ズルハ正當ニアラズ。前掲拙稿法協三四 六 110—參照。

給付ニ付キテ生ジタルガ爲メ其者ノミ債務ヲ免レ他  
方ハ依然トシテ債務ヲ負擔スルモノトスルハ衡平ニ  
アラズ、(ロ)又契約ガ物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的ト  
スルヤ否ヤニヨリテ異別ノ取扱ヲ爲スハ穩當ニアラ  
ズ、(ハ)尙又契約成立ト同時ニ危險ヲ債權者ニ移ス  
トキハ債權者未ダ物ノ引渡ヲ受ケズ從ヒテ自ラ物ノ  
保管ヲ爲シ得ザル以前ニ於テ滅失毀損ノ危險ヲ負擔  
スルコトトナリテ債權者ハ頗ル不利益ナル地位ニ立  
ツコトトナルベキヲ以テナリ<sup>7)</sup>。

所有者主  
義

2) 次ニ所有者主義(物權者主義)ハ所有權移轉  
ノ時ヲ以テ初メテ危險ヲ債權者ニ移スノ主義ニシテ  
其源ヲ獨逸固有法ニ發スルモノナリ。而シテ普國法  
(一・一一・九五及一〇〇)、埃民法(一〇四八、一〇四  
九、一〇五一、一〇六四)<sup>8)</sup>、獨民法(四四六<sup>1)</sup>)<sup>9)</sup>、英法  
<sup>10)</sup>等ハ此主義ニ從ヘリ。然レドモ初期ノ獨逸普通法  
ノ下ニ於テ一般ニ信ゼラレタルガ如ク<sup>11)</sup>所有者主

7) 前掲拙稿法協三四六124。

8) 石坂氏民法三六2078ハ獨逸固有法以下普埃等ノ法律亦  
債務者主義ナリト説ケルモ余輩ハ寧ロ所有者主義ナリト解スルヲ正  
當ナリト信ズ(拙稿法協三四五55—参照)。

9) 獨民§446ガ所有者主義ヲ原則トセルモノナリヤ債務者主義  
ヲ原則トセルモノナリヤハ疑問ノ餘地アリ。然レドモ余ハ同條成立  
ノ沿革ニ鑑ミテ所有者主義ノ思想ヲ根據トセルモノナリト解スルヲ  
正當ナリト信ズ(拙稿法協三四五56—参照)。

10) Sale of Goods Act (1893) sect. 20

11) 一八三二年 Wächter, Arch. f. civ. Prax. 15 97—ノ現ハシタル  
以前ニ於テハ學者一般ニ「變災ハ所有者之ヲ受ク」(Casum sentit do-  
minus)ノ原則ニ依リテ危險問題ヲ解決シ得ベシト信ジタリ。

義ノ根本思想ニシテ若シ現在所有者ナルガ故ニ危險  
ヲ負擔セシムルヲ可トスト云フニアリトセバ夫ハ全  
然危險問題ノ真相ヲ解セザルモノナリ。蓋シ危險問  
題ハ當事者ノ一方ガ事變ニ因リテ債務ヲ免レタル場  
合ニ他方モ亦反對債務ヲ免ルベキヤ否ヤノ問題ニシ  
テ事變ノ結果所有權ガ何人ノ手ヨリ失ハルベキヤノ  
問題ニアラズ、而シテ所謂「變災ハ所有者之ヲ受ク」  
トノ原則ハ此後ノ問題ニ付キテハ常ニ真理ナルニ反  
シ前ノ問題ニ對シテハ何等ノ價值ヲモ有セザルヲ以  
テナリ<sup>12)</sup>。勿論獨逸固有法ニ於ケルガ如ク物權ノ設  
定移轉ニ物ノ引渡ヲ必要トシタル立法主義ノ下ニ於  
テハ所有者主義ニ依リテ無意識ノ間ニ危險ト物ノ占  
有即チ保管トヲ平行セシメ得ルノ利益ヲ收メ得タル  
モノニシテ此點ヨリ云ヘバ獨逸固有法ノ採リタル所  
ハ全體トシテ比較的正当ノモノタリシナリ。故ニ物  
權ノ移轉設定ニ付キテ全然異別ノ立脚地ニ立テル吾  
民法ヲ前提トシテ所有者主義ノ正當ナルコトヲ説ク  
者ノ如キハ畢竟此主義ノ短所ノミヲ容レテ長所ヲ捨  
テントスルモノナリト云ハザルベカラズ。

3) 斯クノ如ク從來行ハレタル債權者主義及ビ所  
有者主義ハ共ニ之ヲ採用スベカラズトセバ殘ル所ハ

債務者主  
義

12) 拙稿法協三四六127—参照。

唯債務者主義ヲ採用スルノ一事アルノミ<sup>13)</sup>、債務者主義トハ契約ノ目的タル物が當事者何レノ責ニモ歸スベカラザル事由ニ因リテ滅失又ハ毀損シタル場合ニ於テハ債權者モ亦之ニ應ジテ自己ノ反對債務ノ全部又ハ一部ヲ免レ從ヒテ滅失又ハ毀損ハ結局債務者自身ノ負擔ニ歸ストスルノ主義ニシテ物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル契約ニ付キテ此種ノ主義ヲ採用シタル立法例ハ從來一モ之アルコトナシ<sup>14)</sup>。然レドモ此主義ニ從ヘバ上述セルガ如キ債權者主義並ニ所有者主義ニ對スル非難ハスベテ之ヲ避ケ得ルノミナラズ、保管者ト危險負擔者トヲ同一ナラシムル獨逸固有法ノ採用シタル所有者主義ノ長所<sup>15)</sup>ヲモ採入シ得ルコトトナリテ其結果頗ル良好ナリトス<sup>16)</sup>。

此故ニ余輩ハ將來吾民法ガ債權者主義ヲ捨テテ債務者主義ヲ採用センコトヲ切望スルモノナリ。

二 吾民法ノ規定

「特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ以テ雙務契約ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ其物が債務者ノ責ニ

13) 此ノ外立法論トシテ分擔主義即チ危險ヲ債權者債務者間ニ分配スベキコトヲ主張スル者アレドモ此主義ハ單ニ何等ノ理論的根據ヲ有セザルノミナラズ實際上ニ於テモ亦債權者主義ト同様ノ不都合ヲ生ズベシ (Motive 2 207 參照)。

14) 註 8 及 9 參照。

15) 摺稿法協 三四 六 127 參照

16) 同說石坂氏民法 三 六 2095—。

吾民法ノ規定  
第五三四條第一項

歸スベカラザ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」(五三四<sup>1)</sup>)。

故ニ本規定ノ適用ヲ生ズルガ爲メニハ左記ノ二要件ヲ必要トス。

一) 契約上ノ債務ノ一方又ハ雙方ガ特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスルコト

1) 物權ノ種類ニ付キテハ何等ノ制限存在セザルガ故ニ其所有權ナルト其他ノ制限物權例ヘバ地上權、永小作權等ナルトヲ問ハズト雖モ、物權以外ノ權利ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル契約ニ本規定ヲ類推適用スルハ正當ニアラズ。蓋シ第五三四條ハ第五三六條ニ對スル例外規定ナルガ故ニ濫リニ擴張的解釋ヲ施サザルヲ適當トスベキノミナラズ、沿革上ニ於テモ亦本規定ノ採用セル原則ハ古來物權殊ニ所有權ノ移轉ヲ目的トスル契約ニ付キテノミ認メラレタルモノナレバナリ<sup>17)</sup>。

2) 縱令契約ガ物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスルモ其目的タル物が特定セザルトキハ本條ノ適用ナシ。故ニ

4) 契約ノ目的物が種類ノミヲ以テ指示セラ

17) 同說石坂氏民法 三 六 2127。反對村上氏各論 214。

本規定ノ適用ニ必要ナル要件  
第一要件(特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスルコト)  
物權ノ種類如何ヲ問ハズ

特定物ニ關スルコトヲ要ス

種類債務ノ場合

第五三四  
條第二項

レタル場合ニ於テハ契約成立シタルノミニテハ未ダ  
以上ノ規定ノ適用ヲ生ズルコトナク、第四〇一條第  
二項ノ規定ニ依リテ其物が確定シタル時即チ(1)債  
務者が物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シタル  
時、(2)債權者ノ同意ヲ得テ其給付スベキ物ヲ指定シ  
タル時又ハ(3)其他當事者ノ特約ヲ以テ定メタル特  
別ノ集中原因ガ生ジタル時<sup>18)</sup>ニ至リテ初メテ其適用  
ヲ生ズルモノトス(五三四<sup>II</sup>)。從ヒテ縱令其時以前  
ニ種類ノ全部ガ滅失スルコトアルモ債權者ハ未ダ其  
危険ヲ負擔スベキモノニアラズ<sup>19)</sup>。故ニ又例ヘバ種  
類中ノ或部分ガ事變ニ因リテ滅失シテ恰モ債務ノ内  
容ニ相當スル數額又ハ其以下ノ數額殘留スルニ至ル  
モ之ガ爲メ集中ヲ生ズルコトナク<sup>20)</sup>、從ヒテ又未ダ  
危険ノ移轉ヲ生ズルコトナシ。尙所謂制限の種類債  
務<sup>21)</sup>モ亦選擇セラルベキ個々ノ物ノ個性ニ重キヲ置

18) §401<sup>II</sup>ハ種類債務ノ集中(Konzentration)原因トシテ本文  
(1)(2)ノ原因ヲ掲ケルニ過ギズト雖モ本規定ハ強行法規ニアラザル  
ガ故ニ當事者特約ヲ以テ特別ナル集中原因ヲ定ムルコトヲ妨グズ(同  
說鳩山氏債權 27)。而シテ §534<sup>II</sup>ハ古來ノ沿革ニ從ヒテ單ニ集中ノ  
時ヲ以テ危険ヲ債權者ノ負擔ニ移サンコトヲ目的トスルニ過ギザル  
ガ故ニ特ニ明文ヲ以テ認メラレタル(1)(2)ノ場合以外ニ於テモ苟モ  
集中ヲ生ジタル限リハ之ニヨリテ危険ノ移轉ヲ生ズルモノト解スル  
チ正當トス。

19) 同說石坂氏民法 三 六 2109。

20) 同說石坂氏民法 三 一 131。

21) Beschränkte Gattungsschuld 一ニ又混合の種類債務(gemisch-generische Obligation)トモ云フ。例ヘバ此倉庫中ノ米一俵ヲ給  
付スト云フガ如シ。

カザル限リ尙一種ノ種類債務ナルガ故ニ<sup>22)</sup>以上ノ理  
論ハ凡テ其適用ヲ見ルベク從ヒテ未ダ集中ヲ生ゼザ  
ルニ先立チテ限定セラレタル範圍内ノ種類ノ全部ガ  
滅失スルモ債權者其危険ヲ負擔スベキモノニアラ  
ズ<sup>23)</sup>。

□) 契約ノ目的物が選擇的ニ定メレル場合ニ  
關シテハ民法中何等ノ規定存在セズト雖モ、既ニ民  
法ガ種類債務ノ場合ニ集中ヲ以テ危険移轉ノ時期ヲ  
劃セル以上此場合ニ於テモ亦集中ト共ニ危険移轉ス  
ルモノト解スルヲ正當トスベシ。蓋シ集中以前ニ於  
ケル選擇債務ハ未ダ之ヲ特定物ニ關スル債務ト稱ス  
ルコト能ハザレバナリ。選擇債務集中ノ原因三アリ、  
(1) 當事者ノ契約、(2) 選擇(四一一)、(3) 選擇權ヲ有  
セザル當事者ノ過失ニ因ラザル履行不能(四一〇)<sup>24)</sup>

選擇債務  
ノ場合

22) 此點ニ關スル學說ニ付キテハ石坂氏民法 三 一 153-155  
參照。

23) 獨普通法上ノ議論トシテ Loewy, Unmöglichkeit der Leistung  
63-64 同說、Bechmann, Kauf 2 330 反對。

24) 此最後ノ舉合ニ關シテハ二個ノ困難ナル問題ヲ生ズ。(一) 例  
ヘバ甲乙二物ヲ選擇スベキ債務ニ於テ當事者何レノ責ニモ歸スベカ  
ラザル事由ニヨリテ二物が同時ニ滅失セルトキハ債權者危険ヲ負擔  
スベキカ。今若シ甲乙二物が順次ニ時ヲ異ニシテ滅失セル場合ナラ  
ンニハ第一ノ滅失ニ因リテ集中ヲ生ズルガ故ニ第二ノ滅失ハ債權者  
之ヲ負擔セザルベカラザルコト勿論ナルヲ以テ此場合トノ權衡ヨリ  
云ヘバ右ノ場合ニモ亦債權者危険ヲ負擔スト論ズルチ正當トスルガ  
如キモ(石坂氏民法 三 一 197、Loewy 前掲 81) 集中前ノ選擇債  
務ハ甲又ハ乙ヲ給付ストノ特殊ノ形式ヲ有スル給付チ物體トスル  
一個ノ債務ニシテ未ダ之ヲ以テ特定物債務ナリト云フベカラザルニ  
ヨリ民法 §534ノ解釋トシテハ上述セル制限の種類債務ノ場合ト同

即チ之レナリ。此中選擇ハ常ニ遡及效ヲ有スルガ故ニ其結果選擇セラレタル物ノミガ初メヨリ債務ノ目的物タリシモノト看做サレ從ヒテ既ニ選擇以前ニ第四一〇條ノ適用ニ依リテ集中ヲ生ゼザル限度ニ於テ物が滅失又ハ毀損シ居タルトキト雖モ亦債權者危險ヲ負擔スルノ結果ヲ生ズルモノトス。反之他ノ二原因ハ共ニ將來ニ向ヒテ集中ノ效果ヲ生ズルガ故ニ其時以後ニ於テノミ債權者危險ヲ負擔スルノ結果ヲ生ズルモノトス。

*Emtio ad mensuram*ノ場合

ハ) 以上ト異ナリテ苟モ契約ノ目的タル物が特定セル限リハスベテ第五三四條第一項ノ規定ノ適用ヲ受クベキモノナルガ故ニ、例ヘバ數量不明ナル特定物ヲ一定割合ノ代金ヲ以テ<sup>25)</sup>賣却スル場合<sup>26)</sup>ノ如キモ本規定ノ適用ニ依リテ債權者タル買主初メヨリ危險ヲ負擔スベキモノトス<sup>27)</sup> 28。

債權者危險ヲ負擔セズト解セザルベカラズ。(二)次ニ又甲乙中何レカ一物が毀損シ其他一部ヲ能トナレルニ過ギザル場合ニモ集中ヲ生ズベキカ。此點從來學者ノ大ニ争フ所ナリト雖モ余輩ハ通説ト共ニ非集中説ニ左袒スルモノナリ(學説及ビ理由ニ付テハ拙稿法論三四六147註103參照)。從ヒテ例ヘバ債務者が選擇權ヲ有スル場合ニ於テハ債權者其毀損シタル物ヲ選擇スルモ又毀損セザル他ノ物ヲ選擇スルモ全然其自由ニシテ選擇ハ常ニ遡及效ヲ有スルガ故ニ毀損シタル物が選擇セラレタル場合ニハ遡及的ニ<sup>25341</sup>ノ適用ヲ受クルモノニシテ右ノ危險ハ債權者之ヲ負擔スベキモノトス。

25) 例ヘバ一俵五圓、一貫目五十錢ト云フガ如シ。  
26) 此種ノ賣買ヲ稱シテ *emptio ad mensuram* ト云フ。  
27) 反對説ニアリ。(一) 此種ノ賣買ハ數量分明トナルコトヲ停止條件トスルモノナレバ<sup>2535</sup>ノ適用ヲ受テベキモノ也トスル

3) 次ニ又特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル限リハスベテ本規定ノ適用ヲ受クベキモノナルガ故ニ、債務ノ目的物が契約成立ノ當時債務者以外ノ第三者ニ屬スルコトハ毫モ本規定ノ適用ヲ妨グルモノニアラズ<sup>29)</sup>。學者或ハ他人ニ屬スル權利ヲ以テ契約ノ目的ト爲シタル場合ニハ本規定ノ適用ナキコトヲ主張スルモノアリト雖モ<sup>30)</sup>、本條ハ此點ニ付キテ何等ノ制限ヲ設ケザルガ故ニ濫リニ解釋ニヨリテ斯ル制限ヲ付スルハ正當ニアラズ。

契約ノ目的タル債權者自身ニ屬セザルコトハ本條適用ノ妨ゲトナラズ

二) 契約ノ目的タル物が當事者雙方ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因リテ滅失又ハ毀損シタルコト  
茲ニ「滅失」トハ物が全然債務ノ本旨ニ適合セザル

第二要件(物が當事者雙方ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因リテ滅失又ハ毀損セルコト)

説。然レドモ此場合ニ於テ物ノ客觀的數量ハ初メヨリ確定セルモノニシテ單ニ主觀的ニ數量不明ナルニ過ギザルガ故ニ毫モ之ヲ條件附賣買ナリト解スルノ餘地ナシ。(二) 此種ノ賣買ニ在リテハ買主ハ實際受取リタル數量ニ從ヒテ代金ヲ支拂フベキコトヲ約シタルモノナレバ例ヘバ物が全部滅失セル場合ニハ賣主ハ又何等ノ代金請求ヲ爲シ得ザルモノニシテ買主危險ヲ負擔スベキモノ也トスル説。然レドモ此種ノ契約ニ於ケル當事者ノ意思ヲ解釋シテ常ニ斯クノ如キモノ也トスルハ正當ニアラズ、何トナレバ數量及ビ代金額ハ初メヨリ確定セルモノニシテ單ニ主觀的ニ不明ナルニ過ギズ從ヒテ數量ノ計算ハ單ニ其不明ヲ除クノ手段タルニ過ギザレバ也。

28) 勿論賣主代金ヲ請求セント欲セバ目的物ノ數量ヲ證明キザルベカラザルガ故ニ立證困難ナルガ爲メ實際上完全ナル請求ヲ爲シ得ザルコトアリ得ルヤ勿論也。

29) 同説石坂氏民法三六2100。獨普通法上ノ通説亦同説也(*Windscheid* 2 665)。

30) 横田氏各論117一。氏ハ立法理由ノ點ヨリ反對説ヲ主張セラレドモ其所謂立法理由トシテ主張スル所夫レ自身が正當ナラザルガ爲メ其結論モ亦正當ニアラズ(拙稿法論三四六128參照)。

程度ニ事實的存狀ヲ變ジタルコトヲ云フモノニシテ例ヘバ家屋ノ燒失、乘馬ノ斃死等ハ勿論一定ノ動産ガ盜難、流失、沈沒等ノ爲メ到底其所在ヲ知ルコト能ハズ若クハ縱令所在ヲ知り得ルトスルモ不相當ノ費用勞力ヲ費スニアラザレバ之ヲ恢復スルコト能ハザルニ至レルガ如キ場合ヲモ包含シ<sup>31)</sup>、次ニ又「毀損」トハ一部分債務ノ本旨ニ適合セザル程度ニ事實的存狀ヲ變ジタルヲ云フ。而シテ法律ハ本規定ノ適用ヲ生ズルガ爲メニハ物が滅失又ハ毀損シタルコトヲ要求セルガ故ニ其以外ノ原因例ヘバ暴風雨、戰爭、洪水、封鎖等ニ因リテ履行不能ヲ生ジタル場合ハ本規定ノ適用ヲ受クベキモノニアラズシテ寧ロ原則規定タル第五三六條ノ適用ヲ受クベキモノトス<sup>32)</sup>。

債權者危險ヲ負擔ストノ意義

以上ノ二要件具備スルトキハ債權者其危險ヲ負擔スベキモノニシテ自ラ何等ノ給付ヲ受ケザルカ又ハ單ニ毀損シタル物ノ給付ヲ受クルニ過ギザルニ拘ハラズ尙完全ニ自己ノ反對給付ヲ爲サザルベカラザルモノトス。

31) 滅失ノ文字ハ嚴格ニ之ヲ解スレバ喪失ト區別スルヲ正當トスルガ如キモ物ノ事實的存狀ヲ變ズルノ點ニ於テ兩者ハ全然同一ナルガ故ニ沿革並ニ實際上ノ見地ニ鑑ミテ喪失モ亦滅失ノ一場合ナリト解スルヲ正當トス。同說石坂氏民法 三 六 2103、研究 二 231。

32) 村上氏各論 206—ハ履行不能ノ凡テノ場合ニ本規定ヲ適用スベキコトヲ主張スレドモ斯クノ如キハ法文ノ文字ヲ無視スルノミナラズ全然沿革ニ反スルノ說也。同說石坂氏民法 三 六 2104。

然ラバ例ヘバ甲ガ特定物ヲ乙ニ賣却セル後更ニ同一物ヲ丙ニ賣却シタルニ其後ニ至リテ當事者何レノ責ニモ歸スベカラザル事由ニ因リテ滅失又ハ毀損セルトキハ其危險ハ何人之ヲ負擔スベキカ\*)。此問題ハ二重賣買又ハ重複賣買ニ於ケル危險問題トシテ獨逸普通法上大ニ議論アリタル所ニシテ<sup>33)</sup>、民法ノ解釋トシテモ亦學說頗ル分レタリ。(一)第一第二ノ買主中何レカーノミヲシテ危險ヲ負擔セシムベシトスル說 (イ)第一ノ買主ノミ危險ヲ負擔ストスル說<sup>34)</sup>、(ロ)第二ノ買主惡意ナル場合ニハ賣主ノ不正行爲ヲ助成セルモノナレバ之ヲシテ危險ヲ負擔セシムルヲ公平トスベク反之第二ノ買主善意ナル場合ニハ第二ノ買主ハ何等責ムベキ所ナク而シテ第一ノ買主ハ本來第二ノ賣買ノ有無ニ拘ハラズ賣主ニ對シテ目的物ノ引渡ヲ請求シ代金ヲ支拂フベキ地位ニアリタルモノナレバ之ヲシテ危險ヲ負擔セシムルヲ公平トストスル

二重賣買ニ於ケル危險負擔

學說

\*) 乾氏志林 一六 一〇 1—、鳩山—郎氏辯錄 二— 44—、西川氏新報 二二 九 92—。

33) 拙稿法協 三四 六 137 註 79 參照。

34) (一) 橫田氏各論 121— (第一ノ買主ハ賣買成立ト同時ニ物ノ運命ヲ掌握スルニ至ルモノナレバ常ニ必ズ危險ヲ負擔スベク反之單ニ未必的ニ之ヲ掌握シタルニ止マル第二ノ買主ハ危險ヲ負擔セズトノ論)、(二) 梅氏志林 一〇 三 43— (賣主ガ第二ノ買主ニ對シテ履行ヲ爲シ得ザルハ不可抗力ニ因ルニアラズシテ第一ノ賣買存スルガ爲メナルガ故ニ第二ノ買主ハ危險ヲ負擔セズトノ論)。

説<sup>35)</sup>、(二)第一第二ノ買主何レモ危険ヲ負擔セズシテ賣主反リテ危険ヲ負擔ストスル説<sup>36)</sup>、及ビ(三)第一第二ノ買主何レモ危険ヲ負擔スベシトスル説<sup>37)</sup>即チ之レ也。然レドモ元來債權ハ排他性ヲ有セザルモノナルガ故ニ<sup>38)</sup>其發生ヲ目的トスル契約ハ縱令其内容ニ於テ相抵觸スルモノト雖モ互ニ併存スルコトヲ妨グルモノニアラズ、又其併存スル場合ニ於テモ契約成立時期ノ前後如何ニヨリテ互ニ何等ノ優劣アルモノニアラズ、而シテ又此等二個ノ契約相互間ニハ債務者自己ノ自由意思ニヨリテ其一ヲ履行スレバ他ノ一ハ必ズ不履行ニ終ラザルベカラザルノ事實的關係アルノ外何等ノ法律的關係存在スルコトナキ也。故ニ二個ノ賣買ニ付キテ同時ニ第五三四條ノ適用ヲ生ズベキ事由發生セル場合ニ於テハ二個ノ賣買ハ各獨立シテ同條ノ適用ヲ受クルモノニシテ以上ノ三說中第三說ノ主張スル所ト同ジク第一第二ノ買主ハ何レモ獨立シテ危険ヲ負擔スルモノト解スルヲ正當トス

35) 西川氏前掲。

36) 鳩山氏前掲殊ニ 55— (§534 ハ特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル契約ガ一個アル場合ノミチ豫想セル規定ナレバ二個以上併存スルカ如キ本來同條ノ豫想セザル場合ニハ寧ロ同條ニ對スル原則規定タル §536<sup>I</sup>ヲ適用スベシトスル説)。

37) 乾氏前掲、石坂氏民法 三 六 2112。

38) 債權ガ物權ト異ナリテ排他性ヲ有セザルコトハ通説ノ認ムル所ニシテ此點ニ付キテハ拙稿志林 一七 一〇 1—、一二 15— 參照。

專見

ベシ。(1)反對論中一ノイハ何レモ第一ノ賣買ガ第二ノ賣買ニ對シテ優越的地位ニ在ルコトヲ基礎トスルノ論ニシテ其中横田氏ハ第一ノ賣買成立スルトキハ目的物ノ運命ハ既ニ第一ノ買主ニ歸スルガ故ニ第一ノ買主ノミ危険ヲ負擔スベシト云ヒ、梅氏ハ又賣主ガ第二ノ買主ニ對シテ履行シ得ザルハ第一ノ賣買存スルガ爲メニシテ物ノ滅失毀損ノ爲メニアラズト云ヘルモ、第一第二ノ賣買成立セル場合ニ物ノ運命ガ獨リ第一ノ買主ノミニ歸屬シテ第一第二ノ買主間ニ優劣ノ差異ヲ生ズルノ理果シテ何レニアリヤ、又賣主ハ本來二個ノ賣買中何レカーノミヲ履行シ得タルニ過ギズトスルモ其實際履行セララル賣買ガ第一第二ノ何レナルカハ賣主自身ノ自由選擇ニヨリテ定ムルモノニシテ何レカーガ初メヨリ當然ニ履行不能トナラザルベカラザルノ理アルコトナシ。故ニ此等ノ説ハ何レモ正當ニアラズ。(2)次ニ又一ノロハ第二ノ買主ノ善意惡意ニヨリテ第一ノ買主ガ危険ヲ負擔スルヤ否ヤヲ定メントスルモノナリト雖モ本來無關係ニシテ且何等其地位ニ優劣ナキ二個ノ買主中其一ガ善意ナリヤ否ヤニヨリテ二者何レガ危険ヲ負擔スルヤヲ定メントスルガ如キハ何等ノ合理的根據ヲ有セザルノ説ナリ。(3)尙又二ハ民法第五三四條第一

反對説ニ對スル批評

項ノ規定ハ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ガ一個存在スル通常ノ場合ニノミ適用セラルベキ例外規定ナルガ故ニ二個以上併存スル場合ニハ原則規定タル第五三六條第一項ノ規定ヲ適用スベシト説ケルモ、第一ノ賣買ト第二ノ賣買トハ互ニ何等ノ法律的關係ヲ有スルモノニアラザルガ故ニ二個ヲ不可分的ニ觀察シツツ之ヲ特殊ノ場合ナリトシテ之ニ第五三四條第一項ノ規定ヲ適用シ得ベキヤ否ヤヲ論ズルハ正當ニアラズ、第一第二ノ賣買ハ各夫レ自身獨立ノ契約ナレバ各別ニ第五三四條第一項ノ適用ヲ受クルモノニシテ其結果ハ何等互ニ相牽制スベキモノニアラザル也。(4 要之反對説ハ何レモ專ラ結果ノ點ニノミ着眼シテ賣主殊ニ惡意ノ賣主ガ不當ニ利益ヲ受クルコトヲ防止センガ爲メニ案出セラレタル窮説ニシテ何レモ探ルニ足ラザル也。然リ而シテ斯クノ如キ不公平ナル結果ハ元來民法ガ第五三四條ニ於テ債權者主義ヲ採リタルガ爲メニ生ズルモノニシテ之ヲ避止スルノ方法ハ將來民法ヲ改正シテ債權者主義ヲ拋棄スルノ一途アルノミ。

尙以上滅失ノ場合ニ付キテ述べタル所ハ毀損ノ場合ニモ亦當然ニ適用アルモノト解セザルベカラザルガ故ニ賣主ハ毀損ノ結果二個ノ買主中其何レニ對シ

テモ單ニ其毀損シタル物ヲ給付スルヲ以テ足ルニ至ルニ反シ自ラハ尙其何レニ對シテモ完全ニ反對給付ヲ請求シ得ルノ状態ニ立チ至ルモノトス。從ヒテ賣主ハ甲乙何レカノ買主ニ其毀損シタル物ヲ提供シテ反對給付ヲ請求シ得ベク、其結果他ノ買主ニ對シテハ其毀損シタル物ヲ給付スル債務ニ付キテ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ル履行不能ニ陥ルモノトス。

尙以上ノ債權者主義ヲ適用シタルノ結果債務者ガ當事者雙方ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ基ク物ノ滅失又ハ毀損ニ因リテ其債務ヲ免レタル場合ニ同一ノ事由ニ因リテ其物ノ代償タルベキ利益ヲ取得シタルトキハ債權者ハ債務者ニ對シテ其償還ヲ請求スルヲ得ベキカ<sup>\*)</sup>。此點ニ關シ民法ハ羅馬法以下諸國ノ法律ニ於ケルガ如ク<sup>39)</sup>、特別ノ明文ヲ設ケテ代償請求權ヲ認ムルコトナシト雖若シ之ヲ認メザルモノトセバ債務者ハ一方ニ於テ自己ノ債務ヲ免レツツ而カモ尙反對給付ヲ受ケ得ルノミナラズ他方ニ於テ右ノ利益ヲ取得スルガ故ニ二重ニ利得ヲ受クルノ不當ナル結

代償請求  
權

\*) 石坂氏研究 二 308—、佐藤氏「民法ニ於ケル代償主義」法曹 二五 九 一—。

39) 羅馬法ニ關シテハ Hofmann, Periculum beim Kauf 42-43, Anm. 10; Windscheid 2 §264, 93—94。尙獨民 §281、佛民 Art. 1303 參照。



果ヲ生ジ一ニハ 第五三六條第二項 但書ノ 精神ト 矛盾シ<sup>40)</sup> 二ニハ 又 損害賠償ニ 關シ 一般學者ニ 依リテ 認メラレタル 損益相殺並ニ 同ジク 損害賠償ニ 關シテ 民法ノ 認メタル 賠償義務者ノ 法定代位 (四二二) 等ノ 根本思想ト 抵觸スルコトト ナルベシ<sup>41)</sup>。 故ニ 當該ノ 物が 滅失シタルノ 結果後ニ 殘リタル 殘留物、盜難ニ 因リテ 喪失セル 場合ニ 生ズル 所有物返還請求權、物ガ 第三者ニ 依リテ 破壞セラレタル 場合ニ 所有者ノ 取得スル 賠償請求權ノ 如キハ スベテ之ヲ 債權者ニ 引渡シ又ハ 讓渡セザルベカラザルモノト 解スルヲ 正當トス<sup>42)</sup>。 而シテ 此代償請求權ハ 債權者ノ 本來ノ 債權ノ 繼續ト 見ルベキモノナレバ 自己ノ 反對債務ニ 對シ第

40) §536 III の債務が債權者の責に歸すべき事由に因りて履行不能トナル場合ニ於テ債務者が「自己ノ債務ヲ免レタルニ因リテ利益ヲ得タルトキ」之ヲ債權者ニ償還スルコトヲ要スル旨ヲ規定シ而シテ此規定ハ物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル契約ノ場合ニモ之ヲ類推シ得ベキモノナリト雖モ本規定ハ單ニ債務ヲ免レタルニ因リテ得タル利益ノ償還ニ關スルモノニシテ直接代償請求權ヲ認メタルモノニアラズ。然レドモ債務者ヲシテ不當ニ利益ヲ得シメザラントスルノ精神ニ至リテハ代償請求權ニ於ケルト毫モ異ナル所ナシ。

41) 同說石坂氏前掲、佐藤氏前掲。

42) 如何ナルモノヲ代償ト見ルベキカハ頗ル疑アリ。殊ニ本文ニ掲ケタルモノノ外物ノ滅失ニ因リテ債務者ノ受ケル保險金額ヲモ代償ノ範圍ニ加フベキヤ否ヤハ學者間ニ爭アリ。債務者ガ特ニ保險契約ヲ締結シタルノ結果トシテ取得シタルモノ (commodum ex negotiatione) ナルノ點ヨリ之ヲ見レバ保險金額ヲ代償ノ觀念中ニ加フルハ不當ナルガ如キモ債務者ハ本來被保險物ニ代ハラシムルノ意思ヲ以テ保險ヲ締結セルモノナレバ因リテ得タル所ノ利益ハ寧ロ之ヲ代償ナリト解スルヲ正當トスベシ。(同說佐藤氏前掲 4、石坂氏研究 二 312-314)。

五三三條ノ 適用ヲ 受クベキ 雙務的 關係ニ 立ツモノトス。

尙以上ノ 外債務者ガ 其債務ヲ 免レタルニ 因リテ 利益ヲ 得タルトキ<sup>43)</sup> ハ 債權者ハ 第五三六條第二項 但書ノ 類推ニ 依リテ 之ガ 償還ヲ 請求シ得ルモノト 云ハザルベカラズ。 蓋シ 公平ノ 觀念上 此種ノ 利得ヲ 債務者ニ 留保セシムベカラザルノ 理ハ 契約ガ 物權ノ 設定又ハ 移轉ヲ 目的トスルヤ 否ヤニ ヨリテ 何等ノ 差異ナキヲ 以テナリ。 尙此點ニ 付キテハ 後ニ 第五三六條第二項 但書ニ 付キテ 説明スル所ヲ 參照スベシ。

債務ヲ免レタルニ因リテ得タル利益ノ償還

乙 物權ノ 設定又ハ 移轉以外ノ 給付ヲ 目的トスル 契約

物權ノ設定又ハ移轉以外ノ給付ヲ目的トスル契約

以上ニ 説明セル 第五三四條ノ 規定ハ 物權ノ 設定又ハ 移轉ヲ 目的トスル 契約ニ ノミ 適用セラレベキモノナルガ 故ニ 其以外ノ 契約例ヘバ 物權以外ノ 權利ノ 設定又ハ 移轉ヲ 目的トスル 契約、勞務供給ヲ 目的トスル 契約、賃貸借等ニ 付キテハ 同規定ヲ 適用スルヲ 得ズ。

一 全部不能ノ 場合

全部不能ノ場合

此等ノ 契約ニ 依リテハ 當事者 雙方ノ 責ニ 歸スベカラザル 事由ニ 因リテ 全部不能ヲ 生ジタルトキハ 債務

43) 例ヘバ 債務者ガ 若シ 債務ヲ 免レザリセバ 履行ノ 爲メニ 要シタルベキ費用ヲ 節約シ得タルコト。

第五三六  
條第一項

者ハ反對給付ヲ受クル權利ヲ有セズ(五三六<sup>4)</sup>(債務者主義)。從ヒテ其以前既ニ反對給付ノ履行ヲ終レルトキハ不當利得トシテ之ガ返還ヲ請求シ得ベク、又若シ相手方ノ債務ガ履行不能トナレルニ拘ラズ之ヲ知ラズシテ自己ノ反對給付ヲ履行セルトキハ同ジク不當利得トシテ返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ベシ(七〇三、七〇五)。

一部不能  
ノ場合

## 二 一部不能ノ場合

反之一部不能ノ場合ニ關シテハ民法中何等明定スル所ナシト雖モ債務者自ラ可能ナル殘存部分ヲ給付スルヲ以テ足ルニ拘ラズ債權者ハ尙全部ノ反對給付ヲ爲サザルベカラズトスルガ如キハ雙務契約ノ性質及ビ全部不能ノ場合ニ關スル第五三六條第一項ノ規定ノ精神ニ照シテ不當ナルガ故ニ此場合ニ於テモ亦債務者ハ自己ノ給付ノ可能ナル殘存部分ニ比例スル一部ノ反對給付ヲ請求シ得ルニ過ギズト解スルヲ正當トスベシ<sup>44)</sup>。然レドモ反對給付ガ給付ノ不能トナレル部分ノ割合ニ應ジテ比例的ニ分割スベカラザル性質ノモノナルトキハ反對給付ノ比例的減額ヲ行フコト事實上不可能ナルガ故ニ其取扱ヲ如何ニスベキカハ困難ナル問題ノ一ナリ。獨逸民法ハ此場合ニ付

44) 同說石坂氏民法 三 六 2132。

キテモ債權者ヲシテ全部ノ反對給付ヲ爲サシムル代リニ債務者ヲシテ給付ノ不能部分ニ比例スル反對給付ノ比例的價格ヲ補足金トシテ支拂ハシムルコトト爲セルモ(三二三、四七三)斯クノ如キハ決シテ理論上當然ニ生ズル結果ニアラズ。然レドモ此場合ト雖モ債務者ヲシテ漫リニ利益ヲ取得セシムベキニアラザルコト勿論ナルヲ以テ何等カノ方法ニヨリテ債權者ニ救済ヲ與ヘザルベカラズ。而シテ余輩ハ民法ガ附合混和加工等ノ場合ニ不當利得ノ請求權ヲ認メタル(二四八)ト同一ノ精神ニ依リ此場合ニモ債務者ヲシテ不當利得ノ返還ヲ爲サシムルヲ最モ正當ナリト信ズ。蓋シ第二四八條ハ一物上ニ二個ノ完全ナル所有權併存スベカラザルノ原理ト附合混和又ハ加工ニ因リテ成立セル新物ヲ分割スルコトガ社會經濟上不利利益ナルコトトニ鑑ミテ一方ニ不當ノ利得ヲ取得セシムルト同時ニ他方ニ對シテ金錢ヲ以テ之ガ償還ヲ爲スベキコトヲ命ジタルモノナレバ特別ノ規定ナシト雖モ全然同様ノ狀況ニ立テル本場合ニ付キテモ右ノ精神ヲ類推スルハ必ズシモ不當ニアラザルヲ以テナリ。

其二 不能ガ債權者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ發生セル場合

債權者ノ  
責ニ歸ス  
ベキ事由

ニ因ル不  
能ノ場合

茲ニ「債權者ノ責ニ歸スベキ事由」トハ債權者ノ故意又ハ過失ハ勿論債權者ノ遲滯ヲモ包含ス、即チ債權者遲滯ニアルトキハ事變ニ因リテ不能ヲ生ジタル場合ト雖モ尙債權者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ不能ヲ生ジタルモノトシテ取扱ハルルモノトス。蓋シ若シ債權者ノ遲滯ナカリシトセバ債務者ハ其履行ヲ完了スルコトヲ得、從ヒテ履行不能ノ問題ヲ生ズルノ餘地ナカリシ筈ナレバナリ<sup>45)</sup>。

第五三四  
條第一項  
第五三六  
條第二項

雙務契約上ノ債務ノ一方ガ債權者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ履行不能トナレルトキハ債務者ハ其不能トナレル範圍ニ於テ債務ヲ免レ反之債權者ハ尙依然トシテ其反對債務ヲ負擔スルモノトス(五三四<sup>I</sup>、五三六<sup>II</sup>)。但シ此場合ニ債務者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(五三六<sup>III</sup>)。此規定ハ物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル契約ニ付キテハ存在セズト雖モ此點ニ關シテ特ニ二者ヲ區別スベキ理由毫モ存在セザルヲ以テ此場合ニモ亦右ノ規定ヲ類推適用スベキ

45) 獨民 §324<sup>II</sup> 參照。吾民法ハ一般ニ債權者遲滯ノ效果ニ關シテ何等ノ規定ヲ設ケズ (§413 參照) 又雙務契約ノ場合ニ付キテモ特ニ獨民ノ如キ規定ヲ設ケズト雖モ債權者ノ遲滯ナクハ履行不能ノ問題ヲ生ゼザルベカリシモノナレバ債權者遲滯ニ陥レル以後ノ履行不能ハ特ニ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ基カザル限リ常ニ債權者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リタルモノト解スルヲ妨ゲザルベシ。(同說石坂氏民法 三六 2142、反對鳩山氏法協 三四 一二 123)。

モノト解スルヲ正當トスベシ、蓋シ然ラズトセバ債務者ハ反ツテ不當ニ利得ヲ受クルノ結果トナルベケレバ也。而シテ本規定ノ命ズル償還ハ上述セル代償ノ償還ト異ナリテ本來ノ給付ニ代ハルベキモノノ引渡又ハ讓渡ヲ爲サシムルコトヲ目的トスルモノニアラズシテ唯單ニ「債務ヲ免レタルニ因リテ得タル利益」例ヘバ債務ヲ免レザリセバ履行ノ爲メ支出スルコトヲ要シタルベキ費用、本來債務履行ノ爲メニ用フベカリシ勞力ヲ他ニ使用シタルニ因リテ得タル利益等ヲ償還セシムルコトヲ目的トスルモノトス。尙此場合ニ於テモ右ノ償還請求ノ外之ト併セテ上述ノ代償請求權ヲ行フコトハ素ヨリ妨ゲナシ。蓋シ代償請求權ノ理論ハ廣ク履行不能ノスベテノ場合ニ付キテ認メラルベキモノニシテ單ニ事變ニ因ル不能ノ場合ノミニ限ラルベキモノニアラザレバ也<sup>46)</sup>。

其三 不能ガ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ基キテ發生セル場合

雙務契約上ノ債務ノ一方ガ債務者ノ責ニ歸スベキ事由<sup>46a)</sup>ニ因リテ履行不能トナレルトキハ債權者ハ

債務者ノ  
責ニ歸ス  
ベキ事由  
ニ因ル不  
能ノ場合

46) 同說石坂氏研究 二 319、佐藤氏前掲 19。

46a) 此場合ニ所謂「債務者ノ責ニ歸スベキ事由」ノ中ニモ債務者ノ遲滯ヲ包含スベシ蓋シ債務者ノ遲滯ナカリセバ既ニ履行ヲ終リ從ヒテ後ヨリ履行不能ヲ生ズルノ餘地ナケレバナリ。從ヒテ債務者ノ遲滯發生以後ニ於テ事變ノ爲メ目的物ノ滅失又ハ毀損ヲ生ジタル

差額説ト  
交換説

之ヲ理由トシテ契約ヲ解除シ得ルノミナラズ(五四三)、債務者ハ又之ニ因リテ賠償義務ヲ負擔スルニ至リ(四一五)、而シテ此義務ハ本來ノ債務ノ繼續タルベキ性質ノモノナルガ故ニ以後債權者ノ反對債務ニ對シテ雙務的關係ニ立ツニ至ルモノトス<sup>\*)</sup>。此點ニ關シ學者或ハ此場合ノ賠償義務ハ單ニ不能トナレル舊債務ニ代ハルモノニアラズシテ雙方ノ債務關係全部ニ代ハルベキモノナレバ賠償權利者ハ同時ニ自己ノ反對債務ヲ免レ而シテ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ニ過ギズト説ク者少カラズ(差額説<sup>47)</sup>)ト雖モ、余輩ハ寧ロ通説ト共ニ當事者一方ノ賠償義務ト他方ノ反對債務トノ併立ヲ認ムルヲ正當ナリト信ズ(交換説<sup>48)</sup>)。蓋シ(1)第五三六條第一項ハ物權ノ設定又ハ移轉以外ノ目的ヲ有スル契約ニ付キテ當事者何レノ責ニモ歸スベカラザル事由ニ因リテ債務ノ一方ガ履行不能トナレルトキハ他方ノ債務モ亦當然消滅スルコトヲ規定セルモ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ履行不能ヲ生ジタル

場合ニハ § 534<sup>I</sup>ヲ適用スベカラズ(同説石坂氏民法 三 二 503一、川名氏債權 158)。

<sup>\*)</sup> 石坂氏新報 二六 三 47一、五 81一、七 32一、岡松氏内外 五 三 143、四 131一。

<sup>47)</sup> Differenztheorie

<sup>48)</sup> Austauschtheorie oder Surrogationstheorie

場合ニ付キテハ同様ノ規定存在セズ而シテ債務ハ特ニ消滅原因存スルニアラザレバ濫リニ消滅スルモノニアラザルガ故ニ此場合ニハ寧ロ相手方ノ反對債務ハ依然トシテ存續スルモノト解スルヲ正當トスベク(2)又若シ此場合ニ差額説ノ主張スルガ如キ結果ヲ生ズルモノナリトセバ民法ガ債權者ヲ保護スルガ爲メ之ニ損害賠償請求權ヲ與ヘタルノ外(五二四)、別ニ契約解除權ヲ與ヘタル(五四三)ノ主旨ヲ解スルコト能ハザルベシ。何トナレバ民法ガ此種ノ場合ニ契約解除權ヲ認メタルハ特ニ債權者ヲシテ自己ノ反對債務ヲ免ルルコトヲ得シメンガ爲メナルニ拘ハラズ若シ差額説ノ主張スルガ如ク債權者當然ニ其反對債務ヲ免ルルモノナリトセバ別ニ解除權ヲ與ヘテ之ヲ保護スルノ餘地全然存在セザルヲ以テナリ<sup>49)</sup>。

其四 不能ガ當事者雙方ノ責ニ歸スベキ事由ニ基キテ發生セル場合

此場合ニ於テモ不能ハ尙債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ基キテ發生セルモノナルガ故ニ一應以上其三ニ述べタルト同一ノ結果ヲ生ズベシ。然レドモ債權者ノ過失モ亦競合セルガ故ニ「裁判所ハ損害賠償ノ責任及ビ其金額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス」(四一八<sup>1)</sup>)

<sup>49)</sup> 同説石坂氏前掲、岡松氏前掲。

當事者雙方ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ル不能ノ場合

ベキモノナレバ債務者ハ債權者ノ過失ノ程度如何ニヨリテ或ハ全然賠償義務ヲ免レ又或ハ其義務ヲ輕減セラルベシト雖モ債權者ノ反對債務ハ之ガ爲メ何等ノ影響ヲ受クルコトナシ<sup>50)</sup>。而シテ其結果債務者全然債務ヲ免レテ債權者ノミ依然トシテ反對債務ヲ負擔スルニ至レルトキハ第五三六條第二項ノ場合ト同一ノ結果トナルガ故ニ同項但書ノ規定モ亦其適用ヲ見ルコトトナルベシ。

契約が停止条件附ナル場合

第二 契約が停止条件附ナル場合<sup>51)</sup>

停止条件附契約ト雖モ一旦条件成就シタル後ニ於テハ毫モ通常ノ契約ト擇ブベキモノナク從ヒテ其時以後ニ履行不能ヲ生ジタルトキハ凡テ以上第一ニ於テ説明シタルト同一ノ結果ヲ生ズベク、又此種ノ契約ニアリテモ履行不能ガ既ニ契約締結以前ニ存スルトキハ通常ノ原始不能トシテ凡テ先ニ第四節第一款ニ於テ説明シタル所ノ適用ヲ受クベシ<sup>52)</sup>。而シテ契約締結後条件ノ成否未定ノ間ニ發生シタル履行不能

50) 獨民ノ解釋トシテ *Oertmann* 2 §324, 1 ハ過失ガ主トシテ債權者ニアルトキハ §324(吾§536<sup>II</sup>ニ相當ス)ヲ適用シ主トシテ債務者ニアルトキハ §325(吾§536<sup>I</sup>ニ相當ス)ヲ適用スベキモノナリト云ヘリ。

51) 以下停止条件附ノ場合ニ付キテ説明スル所ハ凡テ始期附ノ場合ニモ準用シ得ベシ。但シ茲ニ始期トハ契約ノ效力發生夫レ自身ヲ停止スル意義ノ始期ヲ云フモノニシテ §135<sup>I</sup>ニ所謂始期ノ如ク單ニ履行期ヲ定ムル意義ノモノヲ云フニアラザルコト勿論也。

52) 119 頁以下参照。

ハ理論上原始不能トシテ取扱フヲ正當トスルモノナリト雖モ<sup>53)</sup>、民法ハ雙務契約ニ付キテハ特ニ此純理ヲ貫クコトナク寧ロ一般後發不能ノ場合ニ準ジタル特殊ノ取扱ヲ爲セルコト以下ニ述ブル所ノ如シ。

其一 物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル契約

一 物ガ滅失シタル場合

第五三五條第一項ニ曰ク「前條ノ規定ハ停止条件附雙務契約ノ目的物ガ条件ノ成否未定ノ間ニ於テ滅失シタル場合ニハ之ヲ適用セズ」ト。故ニ契約ノ目的物ガ滅失シタル後ニ至リテ条件成就スルモ契約ハ全然何等ノ效力ヲ生ゼザルモノニシテ獨リ其物ニ關スル債務者ガ債務ヲ免ルルノミナラズ其債權者モ亦自己ノ反對債務ヲ免ルルモノトス。而シテ此場合ニ付キテハ滅失ガ何人ノ責ニ歸スベキ事由ニ基因スルカヲ問ハザルコト一般原始不能ノ場合ト同一ナリ。然レドモ「条件附法律行為ノ各當事者ハ条件ノ成否未定ノ間ニ於テ条件ノ成就ニ因リ其行為ヨリ生ズベキ相手方ノ利益ヲ害スルコトヲ得」ザルモノナルガ故ニ(一二八)条件成就ノ曉ニ於テ各當事者ハ物ノ滅失ガ何人ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ生ジタ

物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル契約滅失ノ場合(第五三五條第一項)

53) 119 頁参照。尙拙稿法協三四三 18—19、石坂氏研究二 275 参照。

ルカニ從ヒ若シ契約完全ニ効力ヲ發生セバ自己ノ得ベカリシ利益ノ賠償ヲ過失者<sup>64)</sup>ニ對シテ請求スルコトヲ得ルモノトス(七〇九)<sup>55)</sup>。

毀損ノ場合

ニ 物が毀損シタル場合

以上ノ如ク物が滅失シタル場合ニハ民法ハ其原因如何ヲ問ハズシテ常ニ同一ノ取扱ヲ爲セルニ反シ毀損シタルニ過ギザル場合ニハ其原因ガ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ存スルヤ否ヤヲ區別シテ異別ノ結果

64) 故ニ例ヘハ物ノ滅失ガ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ルトキハ債權者ハ若シ物が滅失セザリセバ自己ノ得ベカリシ利益ノ賠償ヲ債務者ニ對シテ請求シ得ベク、又若シ債權者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ物が滅失セルトキハ債務者ハ物が滅失セズシテ契約完全ニ効力ヲ生ジタリセバ自己ノ得ベカリシ利益ノ賠償ヲ債權者ニ對シテ請求シ得ルモノトス。然ラバ第三者ガ自己ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ物が滅失セシメタル場合ニ契約當事者ハ之ニ對シテ以上ト同様ノ損害賠償ヲ請求シ得ベキカ。法文ノ文字ノミヨリ云ヘバ條件附法律行為ニ因ル期待權ハ獨リ當事者相互間ノ關係ニ於テノミ保護セラルルニ過ギズシテ第三者ニ對スル關係ニ於テハ何等ノ保護ヲ受ケザルモノト解スルチ正當トスルガ如キモ §128 ガ期待權保護ノ爲メニ當事者ニ對シテ命シタル侵害禁止ハ敢テ特ニ當事者タルノ故ノミヲ以テ與ヘラレベキ性質ノモノニアラザルガ故ニ當事者以外ノ第三者ニ付キテモ亦同様ノ禁止アルモノト解スルチ正當トスベシ(反對鳩山氏全書ニ 515一)。

55) 從來ノ通説ハ期待權ヲ侵害シタル者ハ §128 ノ規定ニ依リテ賠償義務ヲ負擔スルモノナリト説明セリ(鳩山氏全書ニ 513、川名氏總論 260、富井氏原論一 504、平沼氏總論 628、中島氏釋義 740等)ト雖モ、本條ハ單ニ侵害ノ禁止ヲ爲セルニ過ギズシテ獨民 §160 ノ如ク何等損害賠償ノコトニ言及セザルガ故ニ本條ハ單ニ侵害的法律行為ノ無効ナルコトト事實的侵害行為ノ違法ナルコトトヲ規定セルニ過ギズト云ハザルベカラズ。而シテ §709 ニ所謂權利ハ廣ク法律ニ依リテ保護セラレタル利益ヲ意味スルモノト解スベキコト後ニ述ブルガ如クナルガ故ニ §128 ニ依リテ保護セラレタル期待權ハ尙 §709 ニ所謂權利ノ一種ト見ルヲ得ベク從ヒテ之ガ侵害ニ因ル損害賠償ノ問題ヘ不法行為ノ一場合トシテ §709 ノ適用ヲ受ケベキモノト解スルチ正當トス。

ヲ生ゼシメタリ:

1) 債務者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因リテ毀損シタルトキ 此場合ニハ其毀損ハ債權者ノ負擔ニ歸スルモノニシテ(五三五<sup>m</sup>)後ニ至リテ條件成就スルモ債權者ハ自ラ其毀損シタル物ノ給付ヲ請求シ得ルニ過ギザルニ拘ハラズ尙完全ニ自己ノ反對給付ヲ履行セザルベカラザルコトトナルベシ。

第五三五條第二項

2) 債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ毀損シタルトキ 此場合ニハ債權者ハ後ニ至リテ條件成就セルトキハ其選擇ニ從ヒ契約ノ履行又ハ其解除ヲ請求スルコトヲ得(五三五<sup>m</sup>)。而シテ(一)其履行ヲ請求スル場合ニハ其毀損シタル物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ請求シ得ルモノニシテ而カモ之ガ爲メ本來受クベカリシ完全ナル履行ヲ受ケ得ザルニ至レルモノナレバ其範圍ニ於テ債權者ハ履行ニ代ハル損害賠償ヲ請求シ得ルモノナルコト後ニ述ブル所ノ如シ。而シテ此場合ニ於テハ債權者ハ自己ノ反對債務ヲ完全ニ履行セザルベカラザルコト素ヨリ當然ナリ。

第五三五條第三項

(二)以上ト異ナリテ債權者契約ヲ解除セルトキハ第五四五條ニ規定セル結果ヲ生ズベシ。(三)而シテ以上履行ノ請求ト解除トヲ選擇スル債權者ノ權利ハ選擇債權ニ於ケル選擇權ニアラザルガ故ニ債務者ハ第

四〇八條ノ方法ニ依リテ其行使ヲ促スコト能ハズ。故ニ債務者若シ速カニ未選擇ノ不確定状態ヲ脱セント欲セバ第五四七條ノ規定ニ依リテ解除ヲ爲スヤ否ヤノ確答ヲ爲スベキ旨ノ催告ヲ爲シ以テ解除權ヲ行使セシムルカ又ハ之ヲ消滅セシムルノ外ナカルベシ。(四)尙以上何レノ方法ガ選擇セラレ實行セラレタルヲ問ハズ債權者ニ尙損害アルトキハ更ニ之ガ賠償ヲ請求スルコトヲ妨ゲザルモノトス(五三五<sup>III</sup>)。而シテ右ノ損害賠償ノ範圍ハ履行ノ請求ヲ爲シタル場合ト解除ヲ爲シタル場合トニ依リテ同一ナラズ。即チ前者ニアリテハ一方ニ於テ毀損シタル殘存部分ノ給付ヲ請求シ得ルト同時ニ若シ毀損ヲ生ズルコトナクシテ完全ニ履行セラレタリトセバ受ケタルベキ利益ト毀損シタル殘存部分ノ價格トノ差額ヲ履行ニ代ハル損害賠償トシテ請求シ得ルニ反シ、後者ニアリテハ一般解除ノ場合ニ於ケル損害賠償ト同様若シ毀損ヲ生ズルコトナクシテ完全ニ履行セラレタリトセバ受ケタルベキ利益ト債權者ノ反對債務額トノ差額即チ解除ナカリセバ取得シタルベキ利益ヲ請求シ得ルニ過ギザルモノトス<sup>56)</sup>。但シ前者ノ場合ニ履行ニ

56) 解除ノ場合ニ於ケル損害賠償ノ性質及ビ其範圍ニ付キテハ後ニ §545<sup>III</sup> ノ規定ニ付キテ説明スル所參照。

代ハル損害賠償ヲ請求シ得シムルコトニ付キテハ多少ノ反對アルベシ。蓋シ債務ハ不能トナレル範圍内ニ於テ初メヨリ發生セザルベク而シテ履行ニ代ハル損害賠償ノ請求ハ債務ノ存在ヲ前提トスルモノナルコト通説ノ認ムル所ナレバ也。然レドモ民法ガ一部不能ナルニ拘ハラズ履行請求ヲ許シ而シテ又別ニ損害賠償ノ請求ヲ許セルノ點ヨリ考フレバ民法ハ特ニ後發不能ノ場合ニ準ジテ履行ニ代ハル賠償請求ヲ許シタルモノト解スルヲ適當トスベシ<sup>57)</sup>。

其二 物權ノ設定又ハ移轉以外ノ目的ヲ有スル契約

此種ノ契約ニ於テ其目的タル給付ガ條件ノ成否未定ノ間ニ不能ニ陥レルトキハ其取扱ヲ如何ニスベキカハ疑問ノ餘地少カラズ。學者或ハ此場合ニモ上述

物權ノ設定又ハ移轉以外ノ目的ヲ有スル契約

57) 不能ハ法理上必ズシモ當然ニ契約ヲ無効ナラシメザルベカラザルモノニアラズ從ヒテ法律ハ場合ニヨリ不能ナルニ拘ハラズ契約ヲ成立セシメテ履行請求ヲ許シ得ベキモノトス(拙稿法協三四三4—參照)。而シテ民法ガ 535<sup>III</sup> ノ場合ニ無制限ニ履行請求ヲ許セルノ點ヨリ之ヲ見レバ民法ハ右ノ法理ニヨリテ毀損アリタルニモ拘ハラズ尙全部ニ關スル履行請求ヲ認メタル主旨ナリト解スルヲ正當トスベシ。石坂氏民法 三六 2168 ハ此場合ニ毀損部分ニ關スル債務ノ發生ヲ認メ得ズ從ヒテ債務不履行ヲ理由トスル損害賠償ヲ認ムルコトヲ得ズト主張セルモ之レ原始不能ハ常ニ必ズ契約ヲ無効タラシメザルベカラズトスル理法的原則ノ存在ヲ信ズルノ致ス所ナリ。勿論吾民法ガ原則トシテ此原則ヲ採用セルコトハ既ニ之ヲ上述セルモ(119—120頁)常ニ必ズ此原則ヲ以テ一貫セザルベカラザル答ナシ(前掲拙稿參照)。而シテ §535<sup>III</sup> ハ正ニ其例外ヲ認メタルモノト解シ得ベキコト法文ノ文字ヨリ見ルモ明カナリ。

セル第五三五條ノ規定ヲ準用スベキコトヲ主張スル者アリト雖モ<sup>58)</sup>、余輩ハ寧ロ此場合ニハ第五三六條ノ適用アリト解スルモノ也。其理由下ノ如シ。(1)民法ハ第五三四條及ビ第五三五條ノ適用ヲ受ケザル場合ハ苟クモ事物ノ性質ノ許ス限リ凡テ原則規定タル第五三六條ヲ適用スルコトトナセルモノナルコト同條ガ特ニ「前二條ニ掲ゲタル場合ヲ除ク外」云々ト規定セルニヨリテ明ナリ、而シテ第五三五條ハ物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル停止條件附契約ニ關スル規定ナルヨリ見レバ物權ノ設定又ハ移轉以外ノ目的ヲ有スル契約ハ其停止條件附ナル場合ト雖モ第五三六條ノ適用ヲ受クルモノト解セザルベカラズ。(2)民法ハ條件附債務者ヲモ單ニ債務者ト稱セルコト第五三五條ノ文字ニヨリテ明カナリ、從ヒテ第五三六條ノ文字ハ毫モ之ヲ停止條件附契約ノ場合ニ適用スルノ妨ゲトナルコトナシ。(3)又事物ノ性質ヨリ云フモ契約締結後條件ノ成否未定ノ間ニ發生セル履行不能ハ法理上當然ニ原始不能一般ノ場合ト同様ノ取扱ヲ爲サザルベカラザルノ理ナク現ニ第五三五條第二項及ビ第三項自身ニ於テモ後發不能ノ場合ニ準ジテ之ガ取扱ヲ爲セリ、故ニ第五三六條ヲ當該ノ場合ニ

58) 石坂氏民法 三 六 2164—2167。

適用スルコトハ毫モ法理ノ必然的的要求ニ反スルコトナシ。(4)第五三四條ノ規定セル債權者主義ガ民法上例外タルニ過ギザルコトハ學者一般ニ之ヲ認ム、果シテ然リトセバ同様ノ理ハ又之ヲ第五三五條ニ付キテモ認メザルベカラズ、然ルニ第五三四條ニ付キテ濫リニ之ガ類推適用ヲ爲スベカラザルコトヲ主張スル學者ガ第五三五條ニ付キテ濫リニ其類推適用ヲ説クハ議論ノ統一ヲ缺ケリ。

故ニ此種ノ契約ニ於テ不能發生後ニ至リテ條件成就スルモ (一) 不能ガ當事者雙方ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因レル場合ニハ其不能トナレル限度ニ於テ債務發生セザルベク而シテ相手方亦其不能トナレル部分ニ應ジテ自己ノ反對債務ヲ免ルベシ(五三六<sup>1)</sup>)。 (二) 又不能ガ債權者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因レル場合ニハ債務者ハ其不能トナレル限度ニ於テ債務ヲ免ルルニ反シ債權者ハ毫モ自己ノ反對債務ヲ免ルルコトナシ但シ債務者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(五三六<sup>2)</sup>)。 (三) 以上ト異ナリテ不能ガ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ基ク場合ニ付キテハ特別ノ明文ナキガ故ニ頗ル疑問ナリト雖モ此場合ニ限リテ特ニ明文ナキノ故ヲ以テ原始不能一般ノ場合ト同



様ノ取扱ヲ爲スハ議論ノ權衡上穩當ナラザルガ故ニ寧ロ上述セル後發不能ノ場合ト同様一方ニ於テ不能給付ニ代ハルベキ損害賠償債務ヲ發生セシムルト同時ニ相手方ヲシテ完全ナル反對債務ヲ負擔セシムルニ至ルモノナリト解スルヲ正當トスベシ。

契約ガ解除條件附ナル場合  
條件ガ遡及效ヲ有セザル場

第三 契約ガ解除條件附ナル場合<sup>\*) 59)</sup>

一 解除條件附契約ハ其條件成否未定ノ間ニアリテハ通常ノ無條件契約ト同様ノ效力ヲ保有セルガ故ニ其間ニ契約上ノ債務ノ一ガ履行不能トナルトキハ凡テ先ニ第一ニ於テ述べタル諸原則ノ適用ヲ受クルコトトナルベシ。而シテ其後ニ至リテ(一)條件成就セザリシトキハ右ノ結果ハソノママ確定的ニ存續スベク、(二)反之條件成就セルトキハ契約上ノ效果ハスベテ將來ニ向ヒテ消滅スルガ故ニ(一二七<sup>II III</sup>)上述ノ諸原則適用ノ結果既ニ其債務ヲ免レ居タル當事者ハソノママ依然トシテ債務ヲ免レ、反之尙未ダ債務ヲ免ルルニ至ラザリシ當事者ハ以後將來ニ向ヒテ其債務ヲ免ルルコトトナリ從ヒテ既ニ其債務ガ履行セラレタル場合ニ於テハ目的消滅ノ不當利得<sup>60)</sup>ヲ理

\*) 石坂氏志林 一八 - 37一、西川氏新報 一八 五 82一、仁井田氏内外 三 四 171一。  
59) 解除條件附ノ場合ニ付キテ説明スル所ハ又凡テ之ヲ終期附ノ場合ニ適用スルコトヲ得ベシ。  
60) *Condictio ob causam finitam*

由トシテ之ガ償還ヲ請求シ得ベシ<sup>60a)</sup>。故ニ例ヘバ契約ノ目的タル物が債權者債務者何レノ責ニモ歸スベカラザル事由ニ因リテ滅失シタルガ爲メ第五三四條第一項ノ規定ニ依リテ債權者危險ヲ負擔シタル場合ニ於テ其後ニ至リテ解除條件成就セルトキハ危險負擔ノ結果自ラ債權ヲ失ヘルニ拘ハラズ尙依然トシテ自己ノ反對債務ヲ免レザリシ債權者ハ以後其債務ヲ免レ從ヒテ一旦債權者ノ負擔シタル滅失ノ危險ハ以後債務者ニ於テ之ヲ負擔スルノ結果トナルモノトス<sup>61)</sup>。

二 尙以上ハ凡テ解除條件ガ遡及力ヲ有セザル通常ノ場合ニ關ス。反之當事者ガ別段ノ意思表示ニ依リテ遡及力ヲ認メタル場合(一二七<sup>III</sup>)ニハ條件成就ト共ニ契約ハ初メヨリ何等ノ效力發生シ居ラザリ

條件ガ遡及效ヲ有スル場合

60a) 解除條件ハ原則トシテ遡及效ヲ有セズ。故ニ條件成就前ニ爲サレタル債務ノ履行ハ現實ニ存在シタル債務ヲ履行シタルモノニシテ之ヲ不當利得ト稱スベカラザルガ如キモ、給付ノ當時存シタル給付ノ目的ガ其後ニ至リテ消滅セルトキハ廣ク不當利得返還ノ請求ヲ許スベキコト古來學者ノ均シク認ムル所ニシテ (*Windscheid 2 883 Anm. 12, 13* 參照) 民法モ亦之ヲ認メタルモノト解セザルベカラズ。此點ノ詳細ハ後ニ不當利得ノ部ニ於テ説明スル所參照。

61) 同說石坂氏前掲及ビ民法 三 六 1221一。尙仁井田氏前掲及ビ西川氏前掲ハ此場合ニ付キテ殆ド同一ノ結論ヲ認メラレドモ理由ノ點ニ於テ全然本文ト異ナレリ。又獨普通法及ビ佛法ノ解釋トシテハ(一)解除條件ガ常ニ遡及力ヲ爲スルコトヲ主張シテ本文ト同一ノ結論ヲ認メントスル說及ビ(二)解除條件附契約ノ性質ニ關スル特殊ノ見解ニ基キテ本文ト反對ニ債權者危險ヲ負擔スベシトスル說アリ。此等ノ說ノ詳細及ビ批評ニ付キテハ石坂氏前掲 38一參照。

シコトトナルガ故ニ一旦發生シタル契約上ノ效果ヲ基礎トシテ更ニ發生シタル危險負擔ノ效果モ亦初メヨリ發生セザリシコトトナルモノトス。

○第三款 第三者ノ爲メニスル契約ノ效力\*

第三者ノ爲メニスル契約ノ性質

第一 第三者ノ爲メニスル契約ノ性質

一 第三者ノ爲メニスル契約トハ當事者ノ一方(諾約者)ガ第三者ニ對シテ或給付ヲ爲スベキコトヲ相手方(要約者)ニ約スル契約ニシテ第三者ガ之ニ因リ直接其給付ヲ請求スル權利ヲ取得スルモノヲ云フ。

成立要件

一) 故ニ第三者ノ爲メニスル契約成立スルガ爲メニハ要約者諾約者間ニ左記ノ二點ニ關スル合意成立スルコトヲ必要トス。

第一諾約者ガ第三者ニ對スル給付ヲ約スルコト

1) 諾約者ガ第三者ニ對シテ或給付ヲ爲スベキコト (一)然レドモ具體的ノ何人ガ其第三者ナルカハ之ヲ契約中ニ確定スルコトヲ要スルモノニアラズシテ或ハ將來契約所定ノ資格ヲ取得スベキ人ヲ以テ第三者ト爲スヲ得ベク又或ハ其確定ヲ要約者若ク

\* 植月氏「第三者ノ利益ノ爲メニスル契約」京都大學卒業論文京法二、大家論文集民法下 318一、鳩山氏「我民法ニ於ケル債務履行ノ引受ヲ論ズ」法曹一九三 1一。

1) 石坂氏ハ諾約者及ビ要約者ノ名稱ヲ不當ナリトシ之ニ代フルニ約束者及ビ受約者ノ名稱ヲ以テシ乾氏ハ又與約者及ビ受約者ノ名稱ヲ用フレドモ余ハ寧ロ從來一般ノ用例ニ從ヘリ。

ハ局外者ノ指定ニ一任スルコトヲ妨ゲザルベシ。加之現在存在セザル人例ヘバ將來成立スベキ法人<sup>2)</sup>又ハ將來出生スベキ人ノ爲メニスル契約亦素ヨリ有效也。(二)諾約者ノ約スル給付ノ種類ニ付キテハ法律上何等ノ制限ナシ、從ヒテ又不作為ニテモ可ナリ。

2) 第三者ヲシテ直接其契約上ノ給付ヲ請求スル權利ヲ取得セシムルコト 諾約者第三者ニ對シテ一定ノ給付ヲ爲スベキ旨ノ合意成立セル場合ト雖モ同時ニ第三者ヲシテ直接其給付ヲ請求スル債權ヲ取得セシメザルニ於テハ之ヲ第三者ノ爲メニスル契約ト云フベカラズ<sup>3)</sup>。此ノコト第五三七條ノ文字ニ依リテ明ナリ。故ニ(一)第三者ヲシテ新ニ權利ヲ取得セシムルニアラズシテ現ニ要約者ガ第三者ニ對シテ負擔セル債務ヲ要約者ニ代リテ引受クル要約者諾約者間ノ契約<sup>4)</sup>ハ第三者ノ爲メニスル契約ニアラズ<sup>5)</sup>。但シ其效力ヲ妨ゲザルコト素ヨリ也。反之

第二 第三者ヲシテ其給付ヲ請求スル權利ヲ取得セシムルコトヲ約スルコト

第三者ノ爲メニスル契約ナリヤ否ヤ疑ハシキ場合

免責的債務引受

2) 同説大審三六・三・一〇民錄九 299。

3) 故ニ第三者ノ爲メニスル物權契約ハ §§ 537一ノ規定スル所ニアラズ。然レドモ余輩ハ類推ニ依リテ其效力ヲ認メ得ベシト信ズ。學者或ハ第三者ノ爲メニスル契約ハ例外ナルガ故ニ明文ナキ限り之ヲ認ムベカラザルコトヲ理由トシテ反對論ヲ爲ス者アレドモ(石坂氏民法三六 2194註3、岡松氏法協二六 90)余輩ハ(一)法理上此等ノ規定ノ類推ヲ許スベカラズトスルノ理由ナキコト及ビ(二)之ヲ認ムルノ實際的需要アルコト(例ヘバ第三者ノ爲メニ債權ヲ發生セシムルト同時ニ之ヲ擔保スル爲メ抵當權ヲ設定スルコト)ヲ理由トシテ有效説ヲ主張ス。獨民ノ解釋トシテモ議論アリ(Biermann, Sachenrecht III Aufl. 5 參照)。

4) 免責的債務引受 (Privative od. befreiende Schuldübernahme)

重疊的債務引受

(二)所謂重疊的債務引受<sup>5)</sup>ハ從來ノ債務ノ外ニ之ト並ビテ新ナル債務ヲ發生セシムルモノナレバ要約者ガ第三者ニ對シテ一定ノ債務ヲ負擔セル場合ニ要約者諾約者間ニ此種ノ契約成立セルトキハ之ヲ第三者ノ爲メニスル契約ナリト云フヲ得ベク<sup>7)</sup>、(三)又債務ノ履行引受<sup>8)</sup>ハ現ニ存スル債務ノ外新ニ引受人ヲシテ代リテ履行ヲ爲スベキ債務ヲ負擔セシムルモノニシテ其債務ハ各場合ニ於ケル契約ノ趣旨ニ從ヒテ或ハ直接第三者ヲ以テ債權者トスルコトアリ又或ハ要約者ヲ以テ債權者トスルニ過ギザルコトアリ。故ニ要約者ガ第三者ニ對シテ負擔セル債務ニ付キ要約者諾約者間ニ此種ノ契約成立セル場合ニ其契約ガ會會第一ノ場合ニ相當スベキ内容ノモノナルトキハ第三者ノ爲メニスル契約トナルベク反之第二ノ場合ニ相當スルトキハ直接第三者ヲシテ何等ノ權利ヲ取得セシムルモノニアラズシテ第三者ガ事實上利益ヲ受クルハ要約者ニ對スル債務ノ反射作用タルニ過ギザルガ故ニ第三者ノ爲メニスル契約トナルコトナシ<sup>9)</sup>。

5) 同說石坂氏民法 三 四 1330、大審四二・二・一七 民錄 一五 111。  
6) Kumulative Schuldübernahme 7) 同說石坂氏民法 三 四 1355。

8) Erfüllungübernahme  
9) 同說鳩山氏前掲、大審四・七・一六 民錄 二一 1227、曄道氏京法 一一 一〇 76。

而シテ契約ノ趣旨ガ果シテ何レナリヤ不明ナル場合ニハ寧ロ第二ノ場合ナリト解セザルベカラズ、蓋シ要約者ハ特別ノ事情ナキ限リ單ニ自己ノ利益ノ爲メニノミ契約ヲ締結セルモノト解スルヲ穩當トスベケレバ也<sup>10)</sup>。(四)同様ノ理由ニヨリ第三者ノ爲ニスル債務免除モ亦茲ニ所謂第三者ノ爲メニスル契約ニアラズ、蓋シ直接第三者ヲシテ何等ノ權利ヲ取得セシムルモノニアラザレバ也、但シ此種ノ契約ト雖モ有效ナルコト素ヨリ也<sup>11)</sup>。(五)尙又第三者ヲシテ直接契約上ノ給付ヲ請求スルノ權利ヲ取得セシムルニアラズシテ單ニ諾約者ヲシテ第三者ニ給付ヲ爲スベキ債務ヲ要約者ニ對シテ負擔セシムルニ過ギザル契約モ亦第三者ノ爲メニスル契約ニアラズ<sup>12)</sup>。學者或ハ此種ノ契約ヲ稱シテ不純正ナル第三者ノ爲メニスル契約<sup>13)</sup>又ハ第三者ニ權限ヲ與フル契約<sup>14)</sup>ト云ヒ、之ト嚴格ナル意義ニ於ケル第三者ノ爲メニスル

第三者ノ爲メニスル債務免除

不純正ナル第三者ノ爲メニスル契約

10) 同說鳩山氏前掲殊ニ 28。反之曄道氏前掲ハ此種ノ推測ヲ認メズ。尙獨民 2229ハ明文ヲ以テ此種ノ推定ヲ設ケタリ。

11) 同說鳩山氏志林 一九 二 14一、大審五・六・二六 民錄 二二 1268。但シ本判決ハ此種ノ契約ガ効力ヲ生ズルガ爲ニハ第三者ノ受益ノ意思表示ヲ要スト説ケルモ債權者ノ一方的的意思表示ヲ以テ債務ヲ免除シ得ベキコトヲ認メタル 民法ノ立脚地ヨリ論ズレバ寧ロ反對ニ解スルヲ正當ナリト信ズ(2519參照)。

12) 石坂氏京法 一〇 五 130參照。

13) unechter Vertrag zugunsten Dritter

14) ermächtigender Vertrag zugunsten Dritter

契約トヲ總稱シテ廣義ノ第三者ノ爲メニスル契約ト云ヘリ。

第三者ハ  
效果ノ點  
ニ於テノ  
ミ契約ニ  
關係アル  
ニ過ギズ

二) 斯クノ如ク第三者ノ爲メニスル契約ハ直接第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルコトヲ目的トスルモノナリト雖モ、法律要件トシテノ契約自身ハ要約者諾約者間ニノミ存スルニ過ギザルガ故ニ例ヘバ契約ヲ構成スル法律事實自身ノ瑕疵等ニ關スル問題ハ凡テ契約當事者自身ニ付キテ之ヲ審査スベク又當事者ノ一方ガ契約ヲ解除セントスルトキハ既ニ第三者ガ權利ヲ取得シタル後ト雖モ相手方(又ハ其相續人)ニ對シテ解除ノ意思表示ヲ爲スベキモノニシテ第三者ニ對シテ爲スベキモノニアラズ<sup>15)</sup>。

補償關係

三) 諾約者ガ要約者ト第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結スルニ付キテハ必ズヤ常ニ何等カノ主觀的目的ヲ有ス。加之其目的ハ契約自身ノ内容ヲ構成シテ其法律的原因ヲ成セルヲ通例トス。其法律的原因種種アリ。即チ(一)或ハ要約者ヲシテ同時ニ反對債務ヲ負擔セシムル目的即チ與信原因<sup>16)</sup>ニ出ヅルコトア

15) 同說大審四・二・七民錄 二二 83, 大阪地新聞 一〇二一。

16) Causa credendi

17) 例ヘバ第三者ノ爲メニスル保險契約、代金ヲ第三者ニ支拂フベキ賣買等。此等ノ場合ニハ保險契約、賣買等ノ契約ノ一部ガ第三者ノ爲メニスル契約ノ形式ヲトレルモノニシテ二個ノ契約存在スルモノニアラズ。

リ<sup>17)</sup>。此場合ハ即チ第三者ノ爲メニスル雙務契約ニシテ諾約者ノ第三者ニ對スル債務ト要約者ノ諾約者ニ對スル債務トハ互ニ雙務的關係ニ立チ從ヒテ第五三三條以下ノ諸規定ノ適用ヲ受クルモノトス<sup>18)</sup>。 (二)或ハ要約者ニ贈與ヲ爲スノ目的即チ贈與目的<sup>20)</sup>ニ出ヅルコトアリ<sup>21)</sup>。 (三)又或ハ要約者ニ對シテ負擔セル債務ヲ消滅セシムルノ目的即チ債務消却目的<sup>22)</sup>ニ出ヅルコトアリ。而シテ學者ハ此等ノ原因關係ヲ稱シテ補償關係<sup>23)</sup>ト云ヘリ。

此等ノ場合ニ於ケル各種ノ法律上ノ原因ハ凡テ契約自身ノ一部ヲ構成セルモノナレバ其原因ノ内容タル事項ガ不法ナルカ若クハ公序良俗ニ違反スルトキ又ハ原因ノ點ニ付キテ合意成立セザルトキハ契約ハ

18) 故ニ例ヘバ第三者ヨリ履行請求ヲ受ケタル諾約者ハ要約者ガ未ダ反對債務ヲ履行セザルコトヲ理由トシテ同時履行ノ抗辯ヲ主張シ得ベク(§533, 539)又諾約者ヨリ履行請求ヲ受ケタル要約者モ亦諾約者ガ未ダ第三者ニ對スル履行ヲ爲サザルコトヲ理由トシテ同時履行ノ抗辯ヲ主張シ得ベシ。此後ノ點ニ付キテハ特ニ§539ノ如キ規定ナリト雖モ當事者雙方ノ債務ガ互ニ雙務的關係ニ立テル以上右ノ結果ヲ生ズルハ法律上當然ニシテ特ニ明文ヲ要スベキ事項ニアラズ。

19) 尙第三者ト併ビテ要約者モ亦債權(第三者ニ給付ヲ爲スベキコトヲ諾約者ニ對シテ請求スル權利)ヲ取得スル場合(198頁參照)ニ於テハ其債權ト諾約者ノ要約者ニ對スル債權トノ間ニモ雙務的關係ヲ生ズベキコト勿論也。

20) Causa donandi

21) 從ヒテ一定ノ負擔附贈與ヲ爲スノ目的ニ出ヅルコト亦アリ得ベシ(註 66參照)。

22) Causa solvendi

23) Deckungsverhältnisse

全部無効トナルモノトス。

斯クノ如ク第三者ノ爲メニスル契約ハ有因行爲ナルヲ常トスルモ當事者ハ特約ヲ以テ無因ノ第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結スルコトヲ妨ゲザルモノトス<sup>24)</sup>。

對價關係

四) 次ニ又要約者ガ第三者ノ爲メニスル契約ニ依リ第三者ヲシテ諾約者ニ對スル債權ヲ取得セシムルニ付キテモ必ズヤ何等カノ主觀的目的ヲ有ス。例ヘバ(一)要約者ガ第三者ニ對シテ負擔セル債務ヲ辨済スルノ目的、又ハ將來第三者ニ對シテ負擔スルニ至ルベキ債務ノ辨済ニ充ツルノ目的、(二)第三者ヲシテ要約者ニ對スル債務ヲ負擔セシムルノ目的、(三)第三者ニ贈與ヲ爲スノ目的等ノ如シ。學者ハ此等ノ原因關係ヲ稱シテ對價關係<sup>25)</sup>ト云フヲ常トス。然レドモ此等ノ原因關係ハ第三者要約者間ノ内部的關係タルニ過ギザルガ故ニ要約者諾約者間ニ締結セラレル第三者ノ爲メニスル契約ノ效力ニ對シテハ何等ノ影響ヲ及ボサザルヲ原則トスルモノニシテ<sup>26)</sup>、例ヘバ將來負擔スルニ至ルベキ損害賠償債務ノ辨済ニ充ツ

24) 同說石坂氏民法三六 2244。

25) Valutaverhältnisse

26) 尤モ契約當事者別段ノ定メヲ爲セル場合ハ此限ニアラザルコト勿論也。

ルノ目的ヲ以テ金一千圓ノ支拂ヲ目的トスル第三者ノ爲メニスル契約ヲ締結シタルモ實際發生シタル債務額ハ七百圓ニ過ギザリシ場合ニ於テモ契約夫レ自身ハ一千圓全額ニ付キテ完全ニ效力ヲ生ズルモノトス。但シ此場合ニ於テハ第三者ノ利得中三百圓ハ法律上ノ原因ナキモノナルガ故ニ不當利得ヲ理由トシテ之ヲ要約者ニ返還セザルベカラズ<sup>27)</sup>。

二\*) 以上ノ意味ニ於ケル第三者ノ爲メニスル契約<sup>沿革</sup>ハ何人ト雖モ他人ノ爲メニ約スルコトヲ得ザルモノト爲シ<sup>28)</sup>從ヒテ代理ノ法理ヲモ認ムルニ至ラザリシ羅馬法ノ原則トシテ認メザル所ナリシモ<sup>29)</sup>、獨逸普通法ハ幾多ノ論争ヲ經タル後漸次ニ此種ノ契約ヲ有效ト認ムルノ慣習法ヲ成立確定セシムルニ至リ<sup>30)</sup>、現行獨逸民法(三二八以下)亦之ニ從ヘリ。佛蘭西民法ハ原則トシテ尙ホ羅馬法ノ主義ニ從ヘルモ(一一六五、一一一九)第一一二一條ニ規定セル場合ニ限リ例外トシテ第三者ノ爲メニスル契約ヲ認メタルノミナラズ判例ハ廣ク其他ノ場合ニモ之ヲ認ムルニ至レリ。我民法ハ獨逸民法ニ於ケルト同ジク一般

27) 同說石坂氏民法三六 2246。

\*) 沿革ニ付キテハ石坂氏民法三六 2169—、植月氏前掲參照。

28) Alteri stipulari nemo potest

29) 此原則ニ對スル例外ニ付キテハ Windscheid 2 §316,2參照。

30) Windscheid 2 §316,2

ニ第三者ノ爲メニスル契約ノ有效ナルコトヲ認メタルガ(五三七<sup>1)</sup>) 第三者ノ権利ハ原則トシテ第三者ノ受益ノ意思表示アルニ依リテ始メテ發生スルモノナリト規定セリ(五三七<sup>11)</sup>)。

第三者ノ爲メニスル契約ノ效力

第二 第三者ノ爲メニスル契約ノ效力

其一 當事者間ノ效力

當事者間ノ效力

一 第三者ノ爲メニスル契約ノ要素ハ當事者間ノ契約ニ因リ其效果トシテ直接ニ第三者ヲシテ権利ヲ取得セシムルノ點ニ在リ。故ニ當事者ハ其任意ノ合意ニ依リテ契約ノ結果(一)單ニ第三者ノミガ給付ヲ請求スルノ権利ヲ取得スルモノト定ムルモ又(二)第三者ノ外要約者モ亦諾約者ニ對シテ第三者ニ給付ヲ爲スベキコトヲ請求スル権利ヲ取得スルモノト定ムルモ可ナリ。其果シテ何レノ場合ニ屬スルカハ畢竟當事者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ決スルノ外ナシト雖モ、特ニ反對ノ意思アルコトガ認メラザル限リハ寧ロ第二ノ場合ガ存在スルモノナリト解スルヲ正當トスベシ。蓋シ當事者ガ其契約ニ依リテ第三者ニ利益ヲ與ヘンコトヲ欲スル以上ハ當事者間ニ於テモ尙ホ互ニ其利得授與ノ實行セラレンコトヲ請求強制スルノ權利關係アラシメントスルコト寧ロ當事者ノ通常欲スル所ナリト解スベケレバナリ<sup>31)</sup>。以上第一ノ場合

要約者ハ常ニ債權ヲ取得スルモノニアラズ

31) 同説石坂氏民法三六 2222。獨民 §335 ハ明文ヲ以テ此種ノ推測ヲ設ケナリ。

ニ付キテハ當事者間ノ效力トシテ特ニ論ズベキモノ少シ。故ニ以下ハ唯通例ノ場合タル第二ノ場合ニ付キテノミ説明スベシ。

ニ 要約者ノ諾約者ニ對シテ有スル債權ハ要約者自身ニ給付ヲ爲スベキコトヲ請求スル權利ニアラズシテ、第三者ニ給付ヲ爲スベキコトヲ請求スルヲ以テ其内容トス。故ニ要約者ノ權利ハ或學者ノ唱フルガ如ク<sup>32)</sup> 第三者ノ債權ト連帶債權ノ關係ニ立ツモノニアラズ。蓋シ債務者ハ連帶債權ノ場合ニ於ケルガ如ク、要約者第三者ノ何レカヲ擇ビテ給付ヲ爲シ得ルモノニアラザレバナリ<sup>33)</sup>。但兩者ノ債權ハ共ニ同一ノ給付ヲ物體トスルモノナレバ、第三者ニ對スル給付アルトキハ兩者共ニ之ニ依リテ消滅スベシ。

要約者ノ債權

而シテ第三者ノ權利取得ガ受益意思表示ヲ條件トシテ始メテ發生スル通常ノ場合(五三七<sup>11)</sup>)ニ在リテハ要約者ノ權利モ亦第三者ノ受益意思表示アリタル時ニ發生スルヲ原則トスベシ<sup>34)</sup>。蓋シ元來要約者ノ

32) *Heinig, Verträge auf Leistung an Dritte* (99) 310—

33) 同説石坂氏民法三六 2223。尙獨民ノ解釋トシテモ *Emmercus* 2 §259 Anm. 16; *Planck-Siber* §335, 1a; *Certmann* 2 §335, 2 其他通説同説。

34) 同説石坂氏民法一〇五 127。反對大審三・四・二民錄二〇 317—。然ルニ石坂氏ハ其後説ヲ改メテ要約者ノ權利ノミハ直ニ發生スト主張セラルルニ至レリ(民法三六 2214, 2222)。其理由ハ主トシテ §537<sup>11</sup> ハ單ニ第三者ノ權利ノ發生ノミヲ停止スルモノナ

権利ハ單ニ第三者ニ對スル給付ヲ目的トスルモノナレバ、未ダ第三者ガ受益ノ意思表示ヲ爲サザルニ當リテハ此權利モ亦存在ノ必要ナキヲ通例トスレバナリ。但シ當事者別段ノ定メヲ爲シ得ルコト勿論ナリ。

第三者ニ對スル效力

其二 第三者ニ對スル效力

第五三七條第一項

「契約ニ依リ當事者ノ一方ガ第三者ニ對シテ或給付ヲ爲スベキコトヲ約シタルトキハ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」(五三七<sup>1)</sup>)。

第三者ノ權利取得ノ法理

一 第三者ノ權利取得ノ法理

第三者ノ爲メニスル契約締結セラレタルトキハ第三者ハ要約者ガ同ジク請求權ヲ取得スルヤ否ヤヲ問ハズ、必ズ其契約ニ基キ其直接ノ效果トシテ請求權ヲ取得スルモノトス。

學說

其之ヲ取得スル法律上ノ理由如何ニ關シテハ從來議論頗ル多シト雖モ、之ヲ大別シテ次ノ二種ト爲スコトヲ得ベシ。

第三者ノ意思ヲ要求スル說

イ) 第三者ノ意思ヲ以テ其權利取得ノ法律的原因トスル說、

レバ要約者ノ權利ニハ關係ナシト云フニアリ。然レドモ要約者ノ權利ハ第三者ニ對スル給付ヲ目的トスルモノナレバ特ニ別段ノ意思ガ認メラザル限リ第三者ノ權利ト同時ニ發生スト解スルチ正當ナリト信ズ。

羅馬法ニ於テハ第三者ガ自己ノ關係セザル契約ニ因リテ直接權利ヲ取得スルコトハ理論上不可能ナリトシ、而シテ此思想ハ其後長ク羅馬法系諸國ノ學說ヲ支配シタルガ故ニ、從來學者ハ多ク第三者ノ爲メニスル契約ヲ説明スルニ當リテモ右ノ思想ヲ離ルルコト能ハズ、從ヒテ何等カノ方法ニヨリテ<sup>35)</sup> 第三者ノ權利取得ハ單ニ契約當事者ノ合意ノミニ因リテ生ズルモノニアラズシテ第三者自身ノ意思ヲモ其法律的原因トスルモノナルコトヲ説ケリ。

然レドモ契約ニ關係ナキ第三者ガ之ニ因リテ直接權利ヲ取得スルコトハ何故ニ不可能ナリヤ。遺贈ノ場合ノ如ク單獨行爲ニ依リテ直接受遺者ヲシテ權利ヲ取得セシムルコトヲ得又代理ノ場合ノ如ク代理人ノ意思表示ニ依リテ直接本人ヲシテ權利ヲ取得セシ

批評

35) 其方法ハ學者ニヨリ同一ナラズ。(一)要約者ハ無權代理人トシテ諾約者ト契約ヲ締結シ第三者之ヲ追認スルニ依リテ權利ヲ取得ストノ說(代理說 Vertretungstheorie 尙佛學者ガ事務管理說 Théorie de la gestion d'affaires ト稱スルモノ亦同一思想ニ出ヅ)。(二)諾約者ノ申込ニ對シ第三者承諾ヲ爲スニヨリテ權利ヲ取得スルモノニシテ第三者ノ爲メニスル契約ハ諾約者ガ其申込ヲ撤回セザルベキコトヲ要約者ニ約スル契約ニ違ギズシテ同時ニ第三者ニ對スル右ノ申込ヲ包含スルモノナリトノ說(承認說 Acceptationstheorie 參加說 Beitritts-theorie尙佛學者ハ之ヲ申込受 Théorie de l'offre ト云ヘリ)。(三)第三者ノ爲メニスル契約上ノ權利ハ一旦要約者之ヲ取得シ然レ後暗黙ニ第三者ニ讓渡セラレ(Stillschweigende Zession)ルモノナリトスル說(讓渡說 Zessionslehre 此說ハ實際上ノ結果ニ於テハ殆ド第三者ノ意思ヲ要求セザルモノナレドモ理論上ニ於テハ尙讓渡行爲ヲ前提トスルモノニシテ第三者ノ權利取得ノ原因ヲ結局其意思ニ歸スルモノ也)。此等ノ說ニ對スル批評ニ付テハ石坂氏民法 三 六 2176一、Windscheid 2 §316a 參照。

ムルコトヲ得ベキモノトセバ、同様に理由ニヨリ契約ヲ以テ直接第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムルコト亦可能ナラザルベカラズ、受遺者ノ權利ヲ取得スルハ遺言者之ヲ欲スルガ故ナリ、代理ニ依リテ本人ガ權利ヲ取得スルモ亦代理人之ヲ欲スルガ故ナリ、果シテ然ラバ契約當事者雙方ガ第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムルコトヲ欲スルニ於テハ其欲スルコトヲ原因トシテ第三者ガ權利ヲ取得スルハ寧ろ當然ナリ、故ニ以上ノ如キ第三者ノ意思ヲ以テ其權利取得ノ法律的原因ナリトスル説ハ既ニ其出發點ヲ誤レルモノニシテ上記註35ニ列記セル諸種ノ説明ノ如キハ畢竟自ラ選ビタル誤謬ノ根本思想ニ束縛セラレテ窮餘解説ヲ別途ニ求メントスルモノニ過ギズ。故ニ其説ク所多クハ人工的ニシテ當事者ノ意思ニ合セザルナリ<sup>36)</sup>

第三者ノ意思ヲ要求セザル説

□) 第三者ノ意思ヲ以テ其權利取得ノ法律的原因トセザル説

何人ト雖モ自己ノ意思ニ基カズシテ權利ヲ取得スルモノニアラズトスル根本思想ヲ捨テザル限リハ

36) (一)要約者ハ自己ノ名ニ於テ契約スルモノニシテ第三者ノ名ニ於テ契約スルモノニアラザルガ故ニ代價説ハ不可也。(二)契約當事者ハ共ニ契約ニヨリテ直接第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムルコトヲ欲スルモノニシテ單ニ申込ヲ撤回セザルベキコトヲ約スルモノニアラザルガ故ニ承諾説亦不可也。(三)尙又要約者ハ自ラ先づ權利ヲ自己ニ取得シ然ル後之ヲ第三者ニ移轉スベキコトヲ欲スルモノニアラザルガ故ニ讓渡説亦當事者ノ意思ニ合セザル也。

第三者ノ爲メニスル契約ノ本旨ニ適合スベキ満足ナル解説ヲ與ヘ得ザルコト既ニ上述ノ如クナルガ故ニ、第十九世紀ノ末葉以來學者ハ漸ク羅馬法傳來ノ舊思想ノ束縛ヲ脱シテ新ニ第三者權利取得ノ法律的原因ヲ別途ニ求ムルニ至レリ。然レドモ其解説方法ニ至リテハ學者ノ説ク所必ズシモ一ナラズ。之ヲ大別シテ次ノ三トスベシ。

1) 第三者ガ自己ノ意思ニ基カズシテ直接權利ヲ取得スルハ契約當事者雙方ガ之ヲ欲スルガ故ナリ、換言スレバ契約其モノノ本旨ガ第三者ヲシテ直接權利ヲ取得セシメントスルノ點ニ存スルガ故ニ其本旨ニ應ズベキ效果ヲ生ズルモノタルニ過ギズトスル説<sup>37)</sup>。

契約説

2) 第三者ノ爲メニスル契約ニ基キテ第三者ガ權利ヲ取得スルト同時ニ要約者モ亦權利ヲ取得スル場合ト第三者ノミガ權利ヲ取得スル場合トヲ區別シ、而シテ第一ノ場合ニ付キテハ要約者ノ權利ハ當事者間ノ契約自身ニ基キテ發生スレドモ第三者ノ權利ノミハ右ノ契約ニ從屬セル諾約者ノ一方的的意思表示ニ基キテ發生スルモノナリト説明シ、第二ノ場合モ亦右ト構成ヲ同ジウスレドモ要約者自身何等ノ權

單獨行為説

37) 獨普通法末期ノ通説。



利ヲ有セザルハ要約者ガ其本來取得スベキ權利ヲ拋棄セルモノナリト説明スル説<sup>38)</sup>。

合同行為  
説

3) 第三者ノ爲メニスル契約ハ當事者間ニ於テハ一方ノ契約ナレドモ第三者ニ對スル關係ニ於テハ一方的法律行為ナリ、然レドモ其行為ハ尙要約者並ニ諾約者ノ意思表示ノ合致ヲ要素ト爲セルガ故ニ諾約者ノミノ一方的法律行為ニアラズシテ一種ノ合同行為タル性質ヲ有ストスル説<sup>39)</sup>。

批評

此等ノ諸説中第二説及ビ第三説ハ共ニ法律要件タル契約夫レ自身ト之ニ基キテ發生スル法律的效果タル債權關係トヲ混同スル舊來ノ謬想ニ拘束セラレタルガ爲メ當事者相互間ノ債權關係ハ契約ニ因リテ發生スレドモ要約者第三者間ノ債權關係發生スルガ爲メニハ別箇ノ法律要件ノ存在ヲ要スルモノト思惟シ其法律要件トシテ第二説ハ一方的意思表示ヲ必要トシ第三説ハ契約ガ同時ニ合同行為タルモノナリト説ケリ。然レドモ法律要件ト之ニ基キテ發生スル法律的效果トノ全然別物タルハ現今ノ通説ノ均シク認ムル所ニシテ一箇ノ契約ニ基キテ當事者間及ビ第三者諾約者間ニ債權關係ヲ發生セシムルコトハ何等ノ差

38) *Stammier*, *Recht der Schuldverhältnisse* (97) 165—, insb. 172, 176

39) *Hellwig*, *Verträge auf Leistung an Dritte* (99), 255—, insb. 256

支ナカルベキヲ以テ一箇ノ契約ヲ強ヒテ二箇ノ法律要件ニ分割シテ考フルノ必要ナキノミナラズ、斯クノ如キハ又當事者ノ意思ニモ合致セザルノ見解ナリ。而シテ契約當事者雙方ガ第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムベキ旨ノ意思表示ヲ爲セル限リハ其意思ニ基キテ其内容ニ相當スベキ效果ヲ生ズルハ當然ニシテ毫モ奇トスルニ足ラザルガ故ニ余輩ハ通説ト共ニ第一説ヲ以テ最モ正當ナリト信ズルモノナリ<sup>40)</sup>。

但シ民法ガ果シテ此見解ヲ採用セルモノナリヤ否ヤニ付テハ多少ノ疑ヲ容ルルノ餘地ナキニアラズ。何トナレバ民法ハ第五三七條第一項ニ於テ「契約ニ依リ當事者ノ一方ガ第三者ニ對シテ或給付ヲ爲スベ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」ル旨ヲ定メタルノミナラズ、更ニ第二項ニ於テ「前項ノ場合ニ於テ第三者ノ權利ハ其第三者ガ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」ベキコトヲ定メタルヲ以テナリ。然レドモ右第一項ノ文字ヨリ觀察スルトキハ第三者ノ權利取得ハ直接契約夫レ自身ニ基因スルコト明瞭ニシテ一點ノ疑ヲ容レズ、從ヒテ第二項ハ單ニ其權利取得ノ效果ガ發生ス

民法ノ見  
解

40) 同説石坂氏民法三 六 2175—。

ルノ條件ヲ定メタルニ過ギズト解セザルベカラズ。單ニ第二項ノ文字ノミニ拘泥シテ民法ハ上述セル註35中第二說即チ承諾說ヲ採用セルモノナリト解スルハ正當ニアラズ<sup>41)</sup>。蓋シ(一)理論上第三者ヲシテ直接債權ヲ取得セシムベキ契約ヲ認ムルコトハ毫モ不可能ニアラズトセバ其理論ニ適合スベキ文字ノ法規存スル以上之ヲ其理論ニ適合スル意義ニ解釋スルヲ穩當トスルノミナラズ、(二)第五三九條ノ規定ヨリ見ルモ第三者ノ權利ハ直接要約者諾約者間ノ契約自身ニ因リテ發生スルモノト解スルヲ正當トスベク<sup>42)</sup>、(三)又商法ガ他人ノ爲メニスル保險ニ付キテ其他人ノ受益意思表示ヲ必要トセザルコト(四〇二、四二八ノ二)トノ調和ヨリ云フモ民法ノ第三者ノ爲メニスル契約ニ限リテ承諾說ニ從ヘルモノト解スルハ穩當ニアラザレバナリ。

第三者ノ權利取得ノ條件

二 第三者ノ權利取得ノ條件

第三者ノ權利ハ第三者ノ爲メニスル契約ノ直接ノ

41) 同說石坂氏民法三六 2209一、法曹會決議四・五・二〇法曹二一 八 44。反之梅氏要義三 435一ハ第三者ノ受益意思表示アルトキハ當事者ト第三者トノ間ニ契約類似ノ關係成立スト云ヘルガ故ニ承諾說ヲ採用セルコト明カ也。尙横田氏各論 149一ノ説明モ亦承諾說ニ傾ケルモノノ如シ。

42) §539ニヨレバ第三者ノ請求ニ對シ諾約者ハ契約ニ基因スル抗辯ヲ主張スルコトヲ得。是レ第三者ノ請求權ハ本來諾約者要約者間ノ契約ニ因リテ發生セルモノナレバナリ。

效果トシテ發生スルモノナリト雖モ、其發生ガ更ニ他ノ條件ニ繫ルヤ否ヤハ一ニ當事者ノ任意ニ定メ得ル所ナリ。

此點ニ關シ民法ハ特ニ「第三者ノ權利ハ第三者ガ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」(五三七<sup>II</sup>)ナル規定ヲ設ケタリト雖モ、本規定ハ決シテ強行法規ニアラズシテ、單ニ原則ヲ定ムルノミ。故ニ當事者反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ之ニ從ハザルベカラズ。此ノコト一見民法ガ明文ヲ以テ認メタル一ニノ場合ヲ除ク外原則トシテ一方的約束ノ效力ヲ認メザルノ事實<sup>43)</sup>ト相容レザルガ如キモ、(一)元來民法ガ原則トシテ一方的約束ノ效力ヲ認メザルハ羅馬法ニ於ケルガ如ク之ヲ理論上不可能ナリトスルガ爲メニアラズ又其效力ヲ認ムルコトガ公益ニ反スト認ムルガ爲メニモアラズシテ單ニ從來ノ沿革ヲ追ヘルモノタルニ過ギズ、果シテ然リトセバ現ニ民法ガ廣ク第三者ノ爲メニスル契約ノ效力ヲ認メタル以上單ニ其效力發生ヲ第三者ノ受益意思表示ニ繫ラシメタルニ過ギザル第五三七條第二項ノ規定ノ如キハ之ヲ強行法規ナリト解スルノ根據毫モ存在スルコトナシ、(二)之ヲ他人ノ爲メニ

第五三七條第二項但シ本規定ハ強行法規ニアラズ

43) 3—5頁參照。

スル保險契約ニ關スル商法ノ規定（四〇二、四二八ノ二）トノ比較ヨリ云フモ第三者ノ受益意思表示ガ其權利發生ノ爲メ絶對的ニ必要ナリヤ否ヤノ問題ガ民商兩法ニ付キラ異別ニ解釋セラレザルベカラザルノ理ナキガ故ニ民法第五三七條第二項ハ單ニ原則ヲ定メタルニ過ギズシテ當事者別段ノ定メヲ以テ其適用ヲ排除シ得ルモノト解セザルベカラズ、（三）尙又實際ノ結果ヨリ云フモ自己ノ受益意思表示ヲ俟タズシテ債權ヲ得タル第三者ハ之ガ爲メ單ニ利益ヲ受タルニ過ギズシテ毫モ損害ヲ蒙ルモノニアラズ自己若シ之ヲ欲セザルニ於テハ或ハ之ヲ拋棄シ又或ハ之ヲ行使セズシテ放置スレバ可ナリ。故ニ何レノ點ヨリ云フモ當事者別段ノ意思表示ニ依リテ第五三七條第二項ノ適用ヲ排除シ得ルモノト解セザルベカラザル也<sup>44)</sup>。

尙當事者ハ其特約ヲ以テ第三者ノ權利取得ヲ第三者ノ受益意思表示ノ外更ニ其他ノ條件ニ繋ラシムルコトヲ得ベシ<sup>45)</sup>。

44) 同說石坂氏民法三 六 2214—。

45) 同說大審三・三・一〇民錄九 299、大阪地新聞一〇二—（契約満期ノ時保險契約者生存セルニ於テハ契約者自身ニ支拂フベク其以前ニ死亡セルトキハ相續人ニ支拂フベシトスル保險契約ハ普通ノ契約ト異ニ第三者ノ爲メニスル契約トテ相續人ニシテモノニシテ此第三者ノ爲メニスル契約ハ保險契約者ガ満期以前ニ死亡スルコトヲ條件トスルモノナリトノ主旨）。

三 未ダ受益ノ意思表示ヲ爲サザル第三者ノ法律上ノ地位

受益前ノ  
第三者ノ  
地位

民法第五三七條第二項ニ依レバ「第三者ノ權利ハ第三者ガ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」ルモノナルガ故ニ未ダ受益ノ意思表示ヲ爲サザル第三者ハ契約上ノ債權ヲ取得スルニ至ラズ。然レドモ何時ト雖モ自己ノ欲スル所ニ從ヒテ一方的ニ受益ノ意思表示ヲ爲シ以テ契約上ノ債權ヲ取得シ得ルノ地位ニアルモノナレバ其意思表示ヲ爲シ得ルノ權能ハ之ヲ一種ノ形成權ナリト解セザルベカラズ。以下之ヲ受益權ト稱スベシ。

第五三七  
條第二項

受益權

1) 受益權ノ發生及ビ消滅 受益權ハ第三者ノ爲メニスル契約ノ成立ト同時ニ發生ス。但シ契約ガ停止條件附ナル場合等ハ此限ニアラズ。而シテ以下ニ掲グルガ如キ種種ナル消滅事由ノ發生ト共ニ消滅ス。

發生

消滅

1) 存續期間ノ空過 (一)契約ニ於テ受益權ノ存續期間ヲ定メタルトキハ其空過ト共ニ受益權消滅スベシ。(二)反之當事者何等ノ存續期間ヲ定メザル場合ニ付キラハ民法中第三者ニ對シテ受益ヲ爲スヤ否ヤノ確答ヲ催告スベキ何等ノ方法ヲ規定セザルガ故ニ諾約者ハ空シク第三者ノ爲メニ放任セザルベカラザルノ觀アリト雖モ、存續期間ノ定メナキ形

成權ニ付キテ廣ク其相手方ニ此種ノ催告權ヲ認メタル民法ノ精神ヨリ考フルトキハ（一九、一四、五四七等參照）此場合ニ於テモ亦諾約者ハ相當ノ期間ヲ定メテ受益ヲ爲スヤ否ヤノ確答ヲ催告シ其期間内ニ何等ノ確答ナキトキハ受益ヲ拒絶シタルモノト看做シ得ルモノト解スルヲ適當トスベシ、尙諾約者特ニ斯ル催告ヲ爲サザルモ第三者ガ長ク何等ノ意思表示ヲ爲サザルトキハ暗黙ニ受益ヲ拒絶シタルモノト認メ得ベキ場合アルコト勿論ナリ、

2) 契約當事者ノ合意 受益權ハ契約當事者相互間ノ合意ヲ以テ消滅又ハ變更セシムルヲ得ベシ。此ノコト第五三八條ノ反對解釋ニ依リテ明白也。反之要約者又ハ諾約者一方ノ意思表示ヲ以テ之ヲ消滅又ハ變更セシムルコト能ハザルヤ勿論也、

3) 受益權ノ拋棄(受益ノ拒絶) 第三者ガ積極的ニ受益ヲ拒絶スル旨ノ意思表示ヲ爲セルトキハ第三者ハ終局的ニ受益權ヲ喪失スベク從ヒテ以後更ニ前言ヲ撤回シテ受益ノ意思表示ヲ爲スコト能ハズ、蓋シ受益權ノ拋棄ヲ爲セルモノナレバ也。受益權ノ拋棄ハ諾約者ニ對スル意思表示ヲ以テ之ヲ爲サザルベカラズ。蓋シ受益ノ意思表示ハ諾約者ニ對シテ爲スベキモノナルコト後ニ述ブルガ如クナレバ也。<sup>46)</sup>

4) 解除條件ノ成就(一二七<sup>II</sup>)

## □) 受益權ノ行使

受益權ノ行使

受益ノ意思表示ハ受益權存續中ニ限リテ之ヲ爲スコトヲ得。而シテ其意思表示ハ必ズ諾約者ニ對スル意思表示ヲ以テ之ヲ爲サザルベカラズ(五三七<sup>II</sup>)<sup>47)</sup>。從ヒテ隔地者ニ對シテ之ヲ爲シタル場合ニハ相手方ニ到達スルニ依リテ效力ヲ生ズルモノトス(九七<sup>I</sup>)。尙第三者受益ノ意思表示ヲ爲スガ爲メニハ行為能力ヲ有スルコトヲ要スルヤ勿論ナリト雖モ其效果ハ單ニ第三者ヲシテ權利ヲ得シムルニ過ギザルガ故ニ未成年者ハ尙獨斷ニテ之ヲ爲スコトヲ妨ゲザルモノトス(四<sup>III</sup>)。

ハ) 受益權ノ保護<sup>48)</sup>

受益權ノ保護

第三者ハ受益權ノ行使ニ依リテ一定ノ利益ヲ受ケ

46) 尙第三者ガ受益ヲ拒絶セル場合ニ於テ其結果要約者諾約者ニ如何ナル影響ヲ及ボスベキカハ各場合ニ於ケル當事者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ決メザルベカラズ即チ當事者ハ第三者受益ヲ拒絶セル場合ニハ或ハ要約者自身又ハ第二ノ第三者ガ權利ヲ取得スベシト定ムルヲ得ベク又或ハ契約ハ全然效力ヲ失フモノト定ムルヲ得ベシ。然レドモ意思不明ナル場合ニハ契約ハ全然其效力ヲ失フモノト解スルヲ正當トスベシ。蓋シ此種ノ契約ハ通例單ニ第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムルコトヲ目的トスルモノナレバ也。反對大審 三・四・二二 民錄二〇 317 (但シ何等ノ理由ナシ同說石坂氏京法一〇 五 133—)。

47) 訴狀ノ送達ニ依リテ之ヲ爲スモ亦可ナリ (同說東京控四三・六・二七新聞六六九)。

48) 受益權ノ保護ト云フモ實ハ受益ノ意思表示ニ依リテ受クベキ利益ノ保護ヲ云フニ過ギズ。受益權其モノト此利益トハ全然別個ノ觀念ニ關ス。

得べき地位ニアリ、而シテ其地位ハ一般ノ條件附法律行為ニ基ク期待權ト同一ノ性質ヲ有スルガ故ニ契約當事者又ハ第三者<sup>49)</sup>ガ其利益ヲ害シタルトキハ受益權者ハ之ニ對シテ損害賠償ヲ請求シ得ベシ（一二八ノ類推及ビ七〇九）。蓋シ第一二八條ハ本來通常ノ條件附法律行為ノミヲ豫想シテ規定セラレタルモノナリト雖モ其條件成就ニ因リテ受クベキ利益ヲ保護セントスルノ根本精神ハ獨リ其利益ヲ受クベキ者が契約當事者自身タル通常ノ場合ニノミ限ラルベキ性質ノモノニアラザルガ故ニ第三者ガ受益者タル場合ニモ亦之ヲ類推スルヲ可トスレバナリ。然レドモ契約當事者雙方ノ合意ヲ以テ右ノ利益ヲ害スベキ行為ヲ爲シタルガ如キ場合ニハ特ニ反對意思ガ認めラレザル限リ同時ニ受益權其モノヲ消滅又ハ變更セシムル合意ヲ爲シタルモノト解スルコトヲ得ベク、而シテ此場合ニハ受益權ソノモノノ消滅ヲ來スガ故ニ右ノ侵害行為ハ又結局不法行為トナラザルモノトス。

四 受益ノ意思表示ヲ爲シタル以後ニ於ケル第三者ノ法律上ノ地位

「第三者ノ權利ハ 第三者ガ債務者ニ對シテ契約ノ

49) 獨リ契約當事者ノミナラズ第三者ヲモ包含スルコトニ付キテハ 182 頁註 54 參照。

受益ノ意思表示ヲ爲シタル第三者ノ地位

5  
—  
—

利益ヲ享受スル意思ヲ表シタル時ニ發生ス」(五三七<sup>1)</sup>)。

第五三七條第二項

1) 第三者ノ權利ハ其性質毫モ通常ノ債權ト異ナル所ナキガ故ニ一般債權ニ關スル通則ノ適用ヲ受クベシ。故ニ例ヘバ之ニ付キテ讓渡、相殺、免除、更改等ノ行為ヲ爲シ得ルハ勿論諾約者ガ履行遲滯ニ陥リ又ハ諾約者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ履行不能ヲ生ジタルトキハ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得(四一五)。然レドモ第三者ハ單ニ效果ノ點ニ於テ契約ニ關係アルニ過ギズシテ契約當事者ニアラザルガ故ニ契約ニ付キテ取消ノ原因存在スル場合ト雖モ取消ヲ爲スヲ得ザルベク又契約解除ノ原因存スル場合ニ於テモ解除ヲ爲スコト能ハズ。

第三者ノ權利ノ性質

2) 次ニ又第三者ノ權利ハ一旦發生シタル以上獨立ノ存在ヲ有スルモノナレバ縱令契約當事者ノ合意ヲ以テスルモ之ヲ變更シ又ハ消滅セシムルコト能ハザルモノトス(五三八)。但シ當事者豫メ別段ノ定メヲ爲シタル場合ハ此限ニアラズ。然ラバ諾約者其債務ヲ履行セズ又ハ諾約者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ履行不能ヲ生ジタル場合ニ於テ要約者ハ第五四一條乃至第五四三條ノ規定ヲ理由トシテ契約ヲ解除シ得ベキカ。第三者ハ既ニ受益ノ意思表示ニ依リテ債

第三者ノ權利ト契約當事者

第五三八條

受益後ニ於テモ契約ヲ解除シ得ルカ

權ヲ取得セルモノナレバ濫リニ要約者一個ノ意思ヲ以テ之ヲ剝奪スルコトヲ許スベキニアラザルガ故ニ原則トシテハ解除權ナキモノト解スルヲ正當トスベシ。然レドモ(一)當事者豫メ反對ノ特約ヲ爲セル場合及ビ(二)第三者ガ解除ニ同意シタル場合ニ於テハ例外トシテ解除權アルモノト解セザルベカラズ<sup>50)</sup>。

尙其外要約者ガ解除ヲ爲スニ付キ法律上ノ利害關係ヲ有スル場合例ヘバ要約者亦諾約者ニ對シテ反對債務ヲ負擔セル場合ニ付キテハ頗ル疑ヒアリ<sup>51)</sup>。

此場合ニ於ケル諾約者ノ債務ト要約者ノ債務トハ互ニ平等ナル雙務的關係ニ立テルモノナレバ此點ヨリ見レバ要約者ニ解除權ヲ與フルヲ正當トスルガ如キモ、元來通常ノ雙務契約ニ於テ當事者一方ノ不履行ヲ理由トシテ相手方ニ解除權ヲ與フルハ相手方ガ之ニ因リテ自己ノ債務ヲ免ルルト同時ニ債權ヲ失フガ爲メナリ。然ルニ第三者ノ爲メニスル契約ニ於ケル要約者ハ單ニ債務ヲ負擔セルノミニテ自己ニ給付ヲ爲サシムベキ何等ノ債權ヲ有セザルヲ以テ<sup>52)</sup>此場合

50) 勿論此場合ト雖モ解除ノ意思表示ハ契約ノ相手方タル諾約者ニ對シテ之ヲ爲スベキモノトス。

51) 獨民ノ解釋トシテ Oertmann 2 § 335, 5; Planck-Siber § 335, 4b; Enneccerus 2 § 259 Anm. 15 等通説ハ解除權ナキモノトシ獨リ Schollmeyer § 335, 1b ハ反對說ヲ主張セリ。尙又中間說トシテ解除シ得レドモ第三者ノ權利ニ影響ヲ及ボサズトノ說アリ (Planck III Aufl. § 335, 3; Staudinger-Kuhlenbeck III/IV Aufl. § 335, 3.)。

ニ若シ要約者ニ解除權ヲ認ムルトキハ要約者ハ自ラ何等失フ所ナクシテ自己ノ債務ヲ免ルルノ結果ヲ認ムルコトトナリ第三者既得ノ權利ハ爲メニ蹂躪セラレルコトトナルガ故ニ余輩ハ寧ロ解除權ヲ認メザルノ說ニ賛成セント欲スルモノ也<sup>53)</sup>。

3) 斯クノ如ク第三者ノ權利ハ獨立的存在ヲ有スルモノナリト雖モ本來要約者諾約者間ノ契約ニ基キテ發生セルモノナルガ故ニ其契約ニ何等カノ缺點アルトキハ第三者ノ權利モ亦當然ニ其缺點ヲ負擔セルモノト云フベク、從ヒテ「契約ニ基因スル抗辯ハ債務者(諾約者)之ヲ以テ其契約ノ利益ヲ受クベキ第三者ニ對抗スルコトヲ得」ルモノトス(五三九)。但シ當事者別段ノ定メヲ爲シテ或種ノ抗辯ヲ制限シ得ルヤ勿論也。(一)茲ニ「抗辯」トハ獨リ固有ノ意義ニ於ケル抗辯權ノ行使ノミナラズ廣ク一切ノ異議<sup>54)</sup>ヲ包含スルモノト云ハザルベカラズ。故ニ(4)諾約者ガ第三者ニ對シテ債務ヲ負擔スルト同時ニ要約者亦雙務的反對債務ヲ負擔セル場合ニ於テ諾約者第三者ノ請求ヲ受ケタルトキハ自己ノ要約者ニ對スル反對債

第三者ノ權利ト契約トノ關係

第五三九條

52) 勿論要約者亦債權ヲ有スル場合アルコト既ニ上述ノ如クナルモ其債權ハ自己ニ給付ヲ爲サシムルコトヲ目的トスルニアラズシテ第三者ニ對スル給付ヲ目的トスルモノナリ。

53) 同說石坂氏民法三六 2225—。

54) Einwendungen

權ヲ理由トシテ同時履行ノ抗辯ヲ主張シ得ベク(五三三)<sup>55)</sup>、(四)又同様ノ場合ニ第五三四條及ビ五第三六條ノ適用ニ依リテ第三者ノ債權ガ影響ヲ受ケタルトキハ諾約者其事實ヲ主張シ得ルコト素ヨリナルベク、(ハ)尙又契約ガ本來無効ナルトキ、取消サレタルトキ<sup>56)</sup>、解除セラレタルトキ<sup>57) 58) 59)</sup>又ハ其他效力ヲ失ヘルトキハ第三者ノ權利ハ初メヨリ發生セズ

55) 195 頁註 18 參照。

56) 故ニ例ヘバ契約ガ無能力、詐欺、強迫等ヲ原因トシテ取消サレタル場合ニ於テ諾約者ハ其取消サレタル事實ヲ主張シ得ベキコト勿論ナリ。然レドモ取消ノ意思表示ハ契約上ノ相手方タル要約者ニ對シテ爲スコトヲ要シ第三者ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ズ。(4)尙詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗シ得ザルコト<sup>96III</sup>ノ規定スル所ナリト雖モ<sup>539</sup>ニテハ何等此種ノ制限ヲ設クルコトナキガ故ニ第三者善意ナル場合ニ於テモ尙取消ノ效果ヲ對抗シ得ルモノト解スルヲ正當トス(石坂氏民法三六 2235、鳩山氏全書二 172 同説)。(四)尙又<sup>96II</sup>ニヨレバ第三者ノ詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ハ意思表示ノ相手方之ヲ知リタル場合ニ限リテ爲スコトヲ得ルモノナレバ第三者ノ爲メニスル契約ニ於ケル諾約者ノ意思表示ガ要約者以外ノ者ノ詐欺ニ因ル場合ニ於テモ苟モ要約者ニシテ善意ナル限リハ縱令受益者タル第三者ガ惡意ナルモ取消スコトヲ得ザルモノト解セザルベカラズ(同説石坂氏 2199、反對乾氏志林一七三 70—)。

57) 或ハ<sup>545 III</sup>ノ規定ヲ利用シテ解除ノ效果ハ第三者ニ及バズト主張シ得ルガ如キモ同規定ニ所謂第三者中ニハ契約自身ニ因リテ債權ヲ取得シタル者及ビ其債權ヲ承繼セル者ヲ包含セザルコト後ニ述アル所ノ如シ(263頁參照)。

58) (4)第三者ハ如何ナル場合ニモ契約ヲ解除スルヲ得ズ(213頁參照)、(四)要約者ハ(1)特約アル場合及ビ(2)第三者ノ同意アル場合ニミ例外トシテ解除ヲ爲シ得ルニ過ギズ(214頁參照)、(ハ)反之諾約者ハ獨リ此種ノ場合ノミナラズ要約者ガ反對債務ヲ履行セズ又ハ其債務ガ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ履行不能トナレルトキハ廣ク<sup>541—543</sup>ノ諸規定ニヨリテ解除シ得ルモノト云ハザルベカラズ(同説石坂氏民法三六 2238、法曹會決議法曹二ニ一— 47—)。蓋シ此場合ニ於テハ諾約者ハ解除ヲ爲スニヨリテ自己ノ

又ハ既ニ消滅セルモノナルガ故ニ諾約者第三者ノ請求ヲ受クルモ右ノ事實ヲ理由トシテ第三者ニ請求ノ權利ナキコトヲ主張シ得ベキヤ素ヨリ也。(二)次ニ又諾約者ガ第三者ニ對抗シ得ル抗辯ハ「契約ニ基因スル」モノナルコトヲ要ス。故ニ契約以外ノ原因ニ基キ獨リ要約者其人ノミニ對抗シ得ベキ抗辯ノ如キハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ。例ヘバ諾約者ガ別個ノ原因ニ因リテ要約者ニ對シテ有スル債權ニ依リテ第三者ニ對シ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ザルガ如シ。(三)尙契約ニ基因スル抗辯ニアラズト雖モ諾約者自身ガ第三者ニ對シテ直接有スル抗辯(例ヘバ第三者ガ債務ヲ免除セルコト又ハ第三者ノ權利ガ時効ニ罹レルコト等)ハ第三者ニ對シテ之ガ主張ヲ爲シ得ベキヤ勿論也。

### 第三 第三者ノ負擔ヲ目的トスル契約<sup>60)</sup>

一 第三者ノ負擔ヲ目的トスル契約トハ第三者ヲシテ一定ノ行爲ヲ爲サシムベキコトヲ約スル契約ヲ

第三者ノ負擔ヲ目的トスル契約

債務ヲ免ルルト同時ニ債權ヲ失フガ故ニ之ニ解除權ヲ與フルコトハ解除權制度ノ根本精神ニ合致シ同様ノ場合ニ要約者ニ解除ヲ許スガ如キ不當ノ結果(214頁參照)ヲ生ズルコトナクナレバナリ。

59) 解除シタル結果ヲ第三者ニ對抗シ得ルニ過ギズシテ第三者自身ニ對シテ解除ノ意思表示ヲ爲シ得ルニアラズ。蓋シ解除ハ契約ノ相手方ニ對シテ之ヲ爲スベキモノナレバナリ(同説大阪地新聞一〇二—)。

60) Vertrag zu Lasten eines Dritten

云フ。

此種ノ契約ハ當事者ノ意思如何ニ依リテ種々ナル意義ヲ有スルコトアリ。

イ) 第三者ヲシテ其行爲ヲ爲スベキ債務ヲ負擔セシムルコトヲ目的トスル場合 何人ト雖モ濫リニ他人ヲシテ債務ヲ負擔セシムルコト能ハザルガ故ニ此種ノ契約ハ常ニ之ヲ無効ナリト云ハザルベカラズ。

ロ) 第三者ヲシテ何等ノ義務ヲ負擔セシムルコトヲ目的トセズシテ單ニ自己ガ第三者ノ行爲ヲ目的トスル債務ヲ負擔スベキコトヲ約スル場合 此場合ハ更ニ分チテ二種ト爲スコトヲ得ベシ<sup>61)</sup>。(一) 第三者ガ一定ノ行爲ヲ爲スコトヲ承諾スルヤウ盡カスベキコトヲ約スル場合 此場合ニ於テハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ出來ル限リ盡力シタル以上縱令結局第三者ノ承諾ヲ得ルニ至ラザルモ債務不履行トナルコトナシ。蓋シ此場合ニ於テハ一方ニ於テ出來得ル限リノ盡力ヲ爲スベキコトヲ約スルト同時ニ他方ニ於テ若シ第三者承諾セバナル條件ノ下ニ其行爲

61) 何レノ場合ナルカハ各場合ニ於ケル當事者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ決スベシ。Oertmann 2 § 305, 1 ハ疑ハシキ場合ニハ責任輕キ場合即チ(一)ノ場合ナリト推測スベシト云ヘルモ是レ債務者ノ側ノミニ着眼シタル片面的觀察ノ致ス所ニシテ余之ニ賛セズ。

ヲ給付スベキコトヲ約シタルモノナレバ也<sup>62)</sup>。(二) 無條件ニ第三者ノ行爲ヲ約シタル場合 此場合ニ於テハ單ニ第三者承諾セバナル條件ノ下ニ其行爲ヲ約スルモノニアラズシテ絶對的ニ之ヲ約スルモノナレバ苟モ第三者其行爲ヲ爲サザル限リハ縱令債務者ニ於テ如何程盡力シタル場合ト雖モ尙不履行ノ責任ヲ負ハザルベカラズ。

ニ 然ラバ上述セル通常ノ第三者ノ爲メニスル契約ニ附加スルニ「第三者一定ノ行爲ヲ爲スベキコトヲ承諾スルニ於テハ」ナル條件ヲ以テスル契約ハ之ヲ有效ト見ルベキヤ否ヤ。第三者ノ爲メニスル契約ト雖モ之ニ條件ヲ附スルヲ妨ゲザルコト既ニ上述ノ如クナルガ故ニ、(一) 若シ當該ノ契約ノ主旨ガ特ニ第三者ヲシテ義務ヲ負擔セシムルコトヲ目的トセズシテ單ニ一定ノ行爲ヲ爲スコトヲ條件トシテ契約ノ效力ヲ發生セシムベキコトニ存スルトキハ何等其效力ヲ否認セザルベカラザルノ理ナシ<sup>63)</sup>。(二) 反之契約ノ内容ガ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルト同時ニ之ト雙務的關係ニ立テル反對債務ヲ負擔セシムルコトニ存スルトキハ畢竟契約ヲ以テ他人ニ債務

第三者ノ行爲ヲ條件トスル第三者ノ爲メニスル契約

62) Oertmann 2 § 305, 1 同説。

63) 大審三六・三・一〇 民録九 299 ハ此種ノ契約ノ有效ナルコトヲ認メタリ。



ヲ負擔セシメントスルモノナレバ之ヲ無効ナリト解  
セザルベカラズ<sup>64)</sup>。然レドモ(イ)第三者ヲシテ負擔  
セシムル債務ガ雙務的反對債務タル性質ヲ有セズ  
シテ單ニ負擔<sup>65)</sup>タルニ過ギザルトキハ此種ノ契約ト  
雖モ尙有效ナリト認メザルベカラズ<sup>66)</sup>、(ロ)又契約  
自身ヲ以テ債務ヲ負擔セシムルコトヲ目的トセズシ  
テ單ニ通常ノ第三者ノ爲メニスル契約ニ附加スルニ  
「第三者若シ一定ノ義務ヲ負擔スルコトヲ承諾スル  
ニ於テハ」ナル條件ヲ以テスルコトハ毫モ差支ナキ  
ガ故ニ此種ノ契約ハ尙之ヲ有效ト見ザルベカラズ。  
但シ此場合ニ於テハ其義務ノミハ第三者諾約者間ノ  
契約ニ因リテ發生スルモノニシテ直接第三者ノ爲メ  
ニスル契約ニ因リテ發生スルモノニアラズ。故ニ此  
場合ニ於テハ諾約者ノ義務ト第三者ノ義務トハ其發  
生原因ヲ異ニスルモノト云フベク、從ヒテ二者ハ發  
生ノ點<sup>67)</sup>以外ニ於テハ特ニ別段ノ意思表示ナキ限リ

64) 東京地四一・六・一九新聞五〇八、池田氏法協二五 六 815。  
共ニ此理由ニヨリテ第三者ノ爲メニスル貸借ヲ無効ナリト説ケ  
リ。

65) Auflage

66) 負擔ハ反對給付ニアラズシテ一方ノ給付ニ對スル控除ナリ。  
從ヒテ之ヲ負擔セシムルモ何等ノ損害ヲ與フルモノニアラザルガ故  
ニ第三者ノ爲メニスル負擔附贈與ハ例外トシテ之ヲ有效ナリト認メ  
ザルベカラズ。此點ニ付キテハ後ニ負擔附贈與ニ付キテ説明スル所  
参照。

67) 發生ノ點ニ付キテハ當事者ノ意思ニ因リテ互ニ條件タルノ關  
係ヲ生ズ。

互ニ雙務的關係ナキモノト云ハザルベカラズ。

## 第五節 契約ノ解除<sup>1)</sup>

### 第一款 解除ノ意義<sup>\*)</sup>

契約ノ解除トハ契約當事者ノ一方ガ契約又ハ法律  
ノ規定ニ依リテ與ヘラレタル權利(解除權)ヲ行使シ  
以テ債務關係ノ原因タル契約ヲシテ始メヨリナカリ  
シト同一ノ結果ヲ發生セシムル一方的意思表示ヲ謂  
フ。故ニ

解除ノ意  
義

一 解除ハ意思表示ナリ。

意思表示  
ナリ

加之之ニ依リテ當事者ノ欲スル解除ノ效果ヲ生ズ  
ルガ故ニ又法律行爲ナリ。從ヒテ法律行爲並ニ意思  
表示ニ關スル一般ノ法規ハ當然之ニ適用セラルベシ。

二 解除ハ一方的意思表示ナリ。

一方的意  
思表示ナ  
リ

イ) 解除ハ契約當事者一方ノ意思表示ニ依リテ契  
約ヲ消滅セシムルモノナルヲ以テ敢テ相手方ノ同意  
ヲ得ルコトヲ必要トスルモノニアラズ。勿論契約當  
事者ハ後ニ説明スルガ如キ解除權ノ存否如何ヲ問ハ  
ズ、相互ノ合意<sup>2)</sup>ニ依リ契約ヲシテ始メヨリ之レナ

合意ニ依  
ル解除

1) Rücktritt

\*) 竹田氏「契約解除ノ性質ニ就キテ」京法三 二 89—、喜頭氏  
「合意ニ依ル契約ノ解除」志林一四 七 1—。

2) Aufhebungsatrede, contrarius consensus

カリシト同一ノ效果ヲ生ゼシメ以テ解除ト同一ノ目的ヲ達スルコトヲ得ベシ<sup>3)</sup> 4)。然レドモ此種ノ消滅方法ハ縱令會々當事者ニ解除權アル場合ト雖モ解除權ノ行使ニアラズ、從ヒテ又第五百四十條乃至第五百四十八條ニ所謂解除ニアラザルナリ<sup>5)</sup> 6)。

方式ヲ要セズ

□) 解除ノ意思表示ハ法律上何等ノ方式ヲ必要ト

3) 同説石坂氏民法 三 六 2273、喜頭氏前掲殊ニ7一、東京地四四・一一・一八新聞七六九。

4) 既ニ契約ノ履行アリタル後ト雖モ合意ニ依ル解除ヲ爲スコトヲ得(喜頭氏前掲 10一、大審四五・五・二九民錄一八 539 同説)。而シテ此場合ニ於ケル各當事者ノ返還義務ノ範圍ニ付キテハ當事者特ニ別段ノ定メヲ爲スヲ通例トスベキモ若シ何等ノ定メヲ爲サザルトキハ不當利得 (condictio ob causam finitam) ノ法理ニ從ヒ §§ 703—ノ諸規定ニヨリテ之ヲ定ムルノ外ナク § 545ヲ準用スベキ限リニアラザルナリ。蓋シ § 545ハ §§ 703—ニ對スル特別規定タルニ過ギザレバナリ。(一)但シ契約ノ履行カ物權契約又ハ準物權契約ノ如キ法律行為ナルトキハ契約ノ解除ヲ合意スルト同時ニ此等ノ履行行為ヲモ解除スルノ意思アルモノト推定スルヲ正當トスベク而シテ此場合ニ於テハ後ニ述ブレカ如キ物權契約又ハ準物權契約ノ解除ニ關スル一般原則ノ適用ヲ生ズベシ。(二)尙合意ニ依ル解除ノ場合ニ § 545ノ準用ナキ結果トシテ當事者別段ノ定メヲ爲サザル限リ解除ト同時ニ不履行ヲ理由トスル損害賠償ノ請求ヲ爲シ得ザルモノト解セザルベカラズ(註3ニ引用セル判決、喜頭氏 33 同説)。

5) 合意ニ依ル解除ニ § 540—ノ適用ナキハ明カナリ。從ヒテ此場合ニ於ケル解除ノ結果ハ當事者ノ意思解釋及ヒ解除ノ特質(債務發生ノ原因タル契約夫レ自身ヲ除去スルモノタルコト)ニ照シテ之ヲ決スルノ外ナシ。

6) 合意ニ依ル解除ニ類似セルモノニ契約當事者ノ相互的債務免除契約アリ。然レドモ前者ハ債務發生ノ原因タル契約自身ヲ消滅セシムルモノタルニ反シ後者ハ單ニ現存ノ債務ヲ將來ニ向ヒテ消滅セシムルモノタルニ過ギザルガ故ニ二者ハ全然其性質ヲ異ニス(喜頭氏 3一、石坂氏民法 三 四 1368 同説)。而シテ具體的ノ場合ニ付キテ果シテ何レガ存スルカハ當事者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ決スベシ。但シ當該ノ合意ガ少クトモ債務ノ一方ガ履行セラレタル後ニ爲サレタルトキハ之ヲ解除ナリト解セザルベカラズ。蓋シ免除ハ債務ノ現存ヲ前提トスルモノナレバ也。

セズト雖モ、必ズ解除權ヲ有スル契約當事者ノ一方ヨリ相手方ニ對スル意思表示ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス。

解除ノ當事者

1) 從ヒテ契約當事者ト雖モ解除權ナキモノハ勿論解除ヲ爲スコト能ハズ。又解除ハ契約夫レ自身ヲ除去スルコトヲ目的トスルモノナレバ契約當事者以外ノ者ハ之ヲ解除スルコト能ハザルモノト云ハザルベカラズ。故ニ當事者ハ解除權ノミヲ獨立シテ第三者ニ讓渡スルコト能ハザルハ勿論契約上ノ箇々ノ債權ノ讓受人又ハ箇々ノ債務ノ引受人ニモ之ヲ讓渡スルコト能ハズ。反之契約上ノ當事者タル地位ノ全部ヲ承繼セル者ハ特ニ解除權讓渡ノ特約ナキ場合ト雖モ解除權ヲ承繼スルコトトナルベシ<sup>7)</sup>。然レドモ解除權ト雖モ代理人ヲシテ之ヲ行使セシメ得ルハ勿論解除權者ノ債權者ハ第四二三條ノ規定ニ依リテ之ヲ行使スルヲ得ベシ<sup>8)</sup>。

解除ヲ爲シ得ル者

2) 解除ノ意思表示ハ契約ノ相手方(又ハ其相續人<sup>9)</sup>)ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス(五四〇<sup>1)</sup>)。故ニ隔

解除ノ相手方

7) 同説石坂氏民法 三 六 2264、西川氏新報 二三 一 97。

8) 辨濟ニ因ル代位者 (§ 499, 500)ハ解除權ヲ有スルヤ否ヤ(積極說横田氏新報 一九 三 96、消極說鳩山氏債權 358、石坂氏民法 三 四 1295)。積極說ヲ正當トス。蓋シ然ラズトセバ民法ガ特ニ一部ノ代位辨濟ノ場合ニ付キテ § 502<sup>11)</sup>ヲ設クルノ必要ナクナリ。

9) 同説大阪地新聞一〇二一(相手方死亡セルトキハ相續人ニ對シテ之ヲ爲スベシ)。

地者ニ對シテ之ヲ爲ス場合ニハ相手方ニ到達スルニ依リテ效力ヲ生ズ（九七<sup>1</sup>）。

契約當事者數人アル場合ノ解除

第五四四條第一項

3) 尙ホ契約「當事者ノ一方ガ數人アル場合ニ於テハ契約ノ解除ハ其全員ヨリ又ハ其全員ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得」(五四四<sup>1</sup>) ベシ。蓋シ解除ハ債務發生ノ原因タル契約自身ヲ消滅セシムルモノナレバ其契約ニ干與セル凡テノ者ニ效力ヲ及ボスヲ以テ原則トスベク、而シテ當事者中ノ或者ニ付キテ契約ヲ消滅セシムルニ拘ラズ他ノ者ニ付キテハ尙ホ之ヲ存續セシムルガ如キハ徒ニ法律關係ヲ複雑ナラシムル所以ニシテ實際上ノ便宜ニ適セザルヲ以テナリ。然レドモ斯クノ如キハ毫モ法理當然ノ要求ニアラザルガ故ニ當事者契約ノ當初ニ於テ別段ノ定メヲ爲セルトキハ其定メノ有效ナルコト勿論ナリ。尙ホ本條ノ適用ニ付キテハ當事者相互ガ連帶的關係ヲ有スルト否トヲ問ハズ、又數人ノ爲シ又ハ數人ニ對シテ爲サルル解除ハ敢テ共同的ニ爲サルルコトヲ必要トセザルハ勿論、又同時ニ爲サルルコトヲ必要トセズ。故ニ例ヘバ時ヲ異ニシテ數人ガ解除ノ表示ヲ爲セル場合ニ於テ最初ニ爲サレタル意思表示ハ本條ノ條件ヲ缺クノ故ヲ以テ直ニ之ヲ無効ナリト認ムベカラズ。蓋シ爾後他ノ當事者ノ意思表示アルコトヲ條

件トセルモノト認ムベケレバナリ、從ヒテ此場合ニ於テハ條件成就スルニ因リテ其效力ヲ生ジ成就セザルコト確定スルニ因リテ絕對ニ效力ヲ生ジ得ザルコトトナルモノトス。又契約當事者ノ一方ガ單ニ一人ヨリ成ルニ過ギザル場合ト雖モ其者ガ死亡シテ數人ノ遺産相続人之ニ代ハレル場合ニ於テハ尙ホ本條ノ適用ヲ受クベシ。

ハ) 尙ホ解除ノ意思表示ハ之ニ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得ベキヤ否ヤ<sup>\*)</sup>。解除條件又ハ終期ノ不可ナルハ素ヨリナリト雖モ<sup>10)</sup>、停止條件及ビ始期ニ付キテハ學者間大ニ爭アリ。案フニ民法ガ解除ヲシテ法律上當然ニ其效果ヲ發生セシメズシテ解除ノ意思表示ニ依リテ始メテ其效果ヲ發生セシムル所以ノモノハ相手方ヲシテ何時ニ於テ解除ノ效果ヲ生ズルカニ付キ確實ナル智識ヲ有セシメントスルニアリ。從ヒテ解除ニ停止條件ヲ附スルコトヲ得ルヤ否ヤハ之ヲ附スルコトガ此目的ニ背反スルヤ否ヤニ依リテ決セラルベキ問題ナルベシ。故ニ當該ノ條件ニシテ若シ其成就セリヤ否ヤガ直ニ相手方ニ知ラレ得ベキ

解除ニ條件期限ヲ附スルコトヲ得ルカ

\*) 石坂氏民法九 — 128—。

10) 解除ハ之ニヨリテ契約ヲ適及的ニ消滅セシムルモノナレバ後ヨリ更ニ之ヲ發生セシムルコト能ハズ。是レ民法ガ解除ノ撤回ヲ許サザルニヨリテ明カナリ (§ 540<sup>II</sup>)。果シテ然ラバ解除ニ解除條件又ハ終期ヲ附シ得ザルコト亦素ヨリ明カナリト云ハザルベカラズ。

性質ノモノナル以上ハ解除ト雖モ之ニ停止條件ヲ附スルコトヲ妨グズト云ハザルベカラズ<sup>11)</sup>。尙ホ始期附解除ガ有效ナリヤ否ヤノ問題モ亦同様ノ理論ニ依リテ決セラルベキモノトス。

契約ヲ除去スルコトヲ目的トスル意思表示也

三 契約ヲ除去スルコトヲ目的トスル意思表示ナリ。

解除ノ目的タル契約ノ種類

解除ノ目的タル契約ノ種類如何ニ付キテハ民法中何等ノ規定ナシト雖モ獨リ債權契約ノミニ限ルモノナルコト素ヨリ明ナリ<sup>12)</sup>。尙ホ片務契約モ亦素ヨリ之ヲ解除スルコトヲ妨グザルベシト雖モ<sup>13)</sup>實際上解除ノ實用ヲ見ルハ主トシテ雙務契約ナリ<sup>14)</sup>。

11) 故ニ例ヘバ解除ノ相手方ガ一定ノ行爲ヲ爲スコトヲ條件トスルガ如キハ有效ナリ(同說石坂氏前掲、民法三六 2307、東京地三・一・三〇新聞九二八)。但シ石坂氏及ビ前掲判決ハ§541ニ依リテ履行ノ催告ヲ爲スニ當リ催告期間内ニ履行ナキトキハ當然ニ解除セラレベキ旨ノ意思表示ヲ以テ條件附解除ノ一例ナリト爲セルモ此場合ニ於ケル解除權ハ債務者ガ催告期間内ニ履行ヲ爲サザルニ因リテ初メテ發生スルモノナレバ右ノ意思表示ガ爲サレタル當時ニハ未ダ解除權ナク從ヒテ縱令條件附ナリト雖モ之ヲ行使シテ解除ヲ爲スコト能ハズト云ハザルベカラズ。然レドモ將來解除權ノ發生スルコトヲ豫期シテ其發生セル場合ニハ直ニ之ガ效力發生ヲ欲スル旨ノ意思表示ハ素ヨリ之ヲ有效ト認メザルベカラズ。而シテ余輩ハ此場合ニ於テハ發生シタル解除權ガ豫メ爲サレタル意思表示ニ依リテ直ニ行使セラレルモノナリト解ス。此種ノ解除ヲ有效ト認メタル判例(大審四三・一・二九民錄一六 910、同四五・五・四民錄一八 446等)。

12) 此ノコト§540ノ法典中ノ位置ヨリ云フモ又此等ノ規定ノ沿革ヨリ云フモ明カ也。從ヒテ此等ノ規定ニ依リテ獨リ債權契約ノミナラズ其履行行爲ヲモ解除シ得ルモノト解スルハ全然誤レリ。

13) 竹田氏前掲 272、岡松氏内外五 四 150、喜頭氏前掲 16、石坂氏民法三六 2276。

14) 片務契約ヲ解除スルコト亦實益絶無ニアラズ。蓋シ債務者其履行ヲ遲延セル場合ニ於テハ債權者ハ§541ニ依リテ契約ヲ解除シ以テ履行ニ代ハル全部ノ損害賠償ヲ請求シ得ルコトナレバナリ。

斯クノ如ク解除ノ目的タル契約ハ債權契約ニ限ルガ故ニ物權契約及ビ準物權契約ハ民法第五四〇條以下ニ所謂解除ノ目的トナラザルコト明白ナリ。然レドモ此等ノ契約ニ付キテモ(一)當事者雙方ノ合意ニ依リテ當事者ノ一方又ハ雙方ニ解除權ヲ留保シ得ベキハ勿論(二)合意ニ依リテ直接契約夫レ自身ヲ解除スルコトヲ得ベシ<sup>15)</sup> <sup>16)</sup>。

1) 物權契約ノ解除 物權契約解除セラレタルトキハ之ニ因リテ契約ハ初メヨリ存在セザリシコトトナルモノナレバ契約上ノ效果ハ遡及的且物權的ニ消滅スルモノト解セザルベカラズ<sup>17)</sup>。然ラバ契約ニ因リテ物權ノ移轉又ハ設定ヲ受ケタル者ガ更ニ第二ノ物權契約ニ依リテ第三者ニ物權ヲ移轉シ又ハ設定シ與ヘタル場合ニ於テ後ヨリ第一ノ物權契約ヲ解除スルコトヲ得ルカ。若シ之ヲ得ベシトセバ第一ノ契約ハ遡及的ニ效力ヲ失フガ故ニ第二ノ契約ハ無

物權契約ノ解除

第三者ニ對スル效力

15) 物權契約ノ解除ヲ認ムルハ現今ノ通說也(石坂氏新報二五—〇 94—、牧野氏志林一六 五 79—、喜頭氏 23—(但シ氏ハ合意ニ依リテ解除ノミナ可能ナリトシ解除權ヲ留保ヲ認メズ)、京都地評論三 民 802)。債權讓渡ノ如キ準物權契約ノ解除ヲ認メ得ベキヤ否ヤニ付キテハ學者ノ說ヲ爲ス者少シト雖モ已ニ物權契約ニ付キテ之ヲ認メ得ベクンバ同様ノ理ハ準物權契約ニ付キテモ亦之ヲ認メザルベカラズ。

16) 物權契約ノ解除ハ契約夫レ自身ノ除去ヲ目的トスルモノナレバ單ニ將來ニ向ヒテ物權ヲ消滅セシムル場合(例ヘバ§276)ト區別スルコトヲ要ス。

17) 同說石坂氏前掲、牧野氏前掲、喜頭氏前掲等。

権利者ノ爲シタル處分行爲タリシコトトナリテ當然其效力ヲ失ハザルベカラザルノ理ナリ。然レドモ斯クノ如キハ全然第三者ノ利益ヲ無視スルノ結果トナルガ故ニ到底其ママ之ヲ認ムルコト能ハズ。然ラバ民法上第三者ハ如何ナル方法ニ依リテ保護セラレベキカ。(一)合意ニ依ル解除 第一ノ物權契約ニ當リ何等ノ解除權留保ヲ爲サザリシニ拘ハラズ其當事者ヲシテ第二ノ物權契約成立後ニ任意ニ第一ノ契約ヲ解除スルノ合意ヲ爲スコトヲ得シムルハ結局無權利者ガ任意ニ他人ノ物權ヲ處分スルコトヲ認ムルモノニシテ其之ヲ許スベカラザルハ明カ也。(二)留保シタル解除權ノ行使ニ依ル解除 (イ)目的物ガ不動産ナル場合 (1)此場合ニ於テハ第一ノ契約ニ關スル登記ト同時ニ解除權ノ留保ヲモ登記セルトキハ<sup>18)</sup>第一ノ契約解除セラレルニヨリテ第二ノ契約亦其效力ヲ失フモノト解スベク<sup>19)</sup>、(2)反之此種ノ登記ナキトキハ解除ヲ爲スコト能ハザルベシ。蓋シ右ノ登記ナキトキハ第二ノ契約ニ因リテ物權ヲ得タル者ハ登記上完全ナル權利ヲ取得セルモノナレバ第一ノ契約ノ解除ノ爲メ之ヲシテ其權利ヲ失ハシムルハ登

18) 登記ノ方法ハ不動産登記法 1, 38 參照。

19) 此場合ニ於テモ解除ノ意思表示夫自身ハ第一ノ契約ノ相手方ニ對シテ爲スベキモノナルコト勿論也。

記ナキ事項ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ許サザル登記制度ノ精神ニ違背スレバ也<sup>20)</sup>。(ロ)尙契約ノ目的物ガ動産ナル場合ニハ解除權ノ留保ヲ公示スルノ制度ナキガ故ニ以上ト同一ノ理論ヲ認ムルコト能ハズ。故ニ此場合ニ於ケル第三者ノ保護ハ專ラ第一九二條ニ依ルベキモノト解スルヲ正當トスベシ。

尙物權契約解除セラレルトキハ契約ニ因リテ物權ヲ得タル者ハ適及的ニ之ヲ失フガ故ニ其間ニ得タル利益ハ法律上ノ原因ナクシテ取得シタルコトトナルベク徒ヒテ凡テ不當利得ノ原則ニ依リテ之ヲ返還セザルベカラズ。但シ其物權ヲ得タル者ガ其間物ノ占有權ヲ有シタルトキハ其物ヨリ生ジタル果實ノ返還義務、物ヲ滅失又ハ毀損セシメタル場合ノ責任、物ニ付キテ支出セル費用ノ償還等ニ關シテハ凡テ第一八九條、第一九一條、第一九六條等ヲ適用スルコトトナルベシ。

ロ) 準物權契約ノ解除 準物權契約ノ解除ニ關スル問題ハ從來特ニ債權讓渡契約ニ付キテ生ジタ

準物權契約ノ解除

20) 喜頭氏 23—ハスベテ此等ノ場合ニ於テモ解除ヲ可能ナリトシ而シテ第三者ヲ保護スルガ爲メ己ニ第二ノ契約ニ付キテ登記又ハ引渡ノ如キ對抗要件完備セル後ニ於テハ經令第一ノ契約ヲ解除スルモ之ヲ以テ其第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルニ至ルモノナリト説ケリ。然レドモ如上ノ場合ニ合意ニ依ル解除ヲ許スベシトセバ蓋リニ他人ノ權利ヲ處分スルコトヲ認ムルノ結果トナルベシ。尙氏ハ物權契約ニ付キテハ全然解除權ノ行使ニ依ル解除ヲ認メズ。

リ<sup>21)</sup>。而シテ其解除ノ效果ハ物權契約ノ場合ト同様物權的且遡及的ニ生ズルモノトス<sup>22)</sup>。而シテ此場合ニ於テモ債權ノ讓受人ガ更ニ第二ノ行爲ニ依リテ債權ヲ第三者ニ讓渡シタル後ニ至リ(一)合意ヲ以テ第一ノ契約ヲ解除スルコトヲ許スベカラズ<sup>23)</sup>、(二)又豫メ特約ヲ以テ解除權ヲ留保シタル場合ニ於テハ動

21) 債權讓渡契約ト其契約ノ原因(Causa cessionis)(例ヘバ債權ノ賣買、贈與等)トハ嚴格ニ區別スルコトヲ要ス。而シテ後者ハ通常ノ債權契約ナルガ故ニ §§ 540—ニ依リテ之ヲ解除シ得ルモ前者ハ直接債權ノ移轉其モノヲ生ゼシムル契約ナレバ直接 §§ 540—ノ適用ヲ受クルコトナシ。加之債權讓渡契約ハ無因ナルヲ原則トスガ故ニ(勿論當事者ノ意思表示ヲ以テ有因ト爲スコトヲ得)原因契約解除セラレルモ債權讓渡契約ハ依然トシテ其效力ヲ失フコトナク而シテ讓渡人ハ不當利得ヲ理由トシテ新ニ再讓渡ヲ爲スベキコトヲ請求シ得ルニ過ギズ。此再讓渡ハ通常ノ債權讓渡契約ナルガ故ニ例ヘバ當該ノ債權ガ指名債權ナル場合ニ於テ再讓渡ヲ第三者ニ對抗スルガ爲メニハ再讓渡人(舊讓渡人ニアラズ)之ヲ債務者ニ通知スルカ又ハ債務者之ヲ承諾スルコトヲ要ス。

22) 債權ガ舊讓渡人ニ復歸セル場合ニ之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルガ爲メニハ通常ノ債權讓渡ノ場合ト同様ノ手續ヲ經ルコトヲ要スベキカ。特ニ明文ナシト雖モ要スベキモノト解スルヲ正當トス。蓋シ債權者ノ轉換ヲ生ズルノ點ニ於テモ債權讓渡ノ場合ト異ナル所ナクナレバ也。從ヒテ例ヘバ指名債權讓渡契約ガ解除セラレタル場合ニハ § 467ノ準用ニ依リテ之ヲ債務者ニ通知スルカ又ハ債務者ノ承諾アルニアラザレバ解除ノ效果ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ(同說大審二・三・八民錄一九 120、四五・一・二五民錄一八 25、東控評論一民 20等)。然ラバ此場合ニ於ケル通知ハ何人之ヲ爲スベキカ。大審四五・一・二五ハ舊讓受人之ヲ爲スベシト云ヒ反之東控評論一民 20ハ舊讓渡人之ヲ爲スベシト云ヘリ。一見前說ヲ以テ正當トスルガ如キモ此場合ノ通知ハ舊讓渡行爲ガ解除セラレテ遡及的ニ消滅セルコトヲ通知スルモノナレバ舊讓渡行爲ニ付テノ通知義務者即チ舊讓渡人ニ於テ之ヲ爲スベキモノト解スルヲ正當トスベシ。

23) 無權利者ガ濫リニ他人ノ權利ヲ處分スルコトヲ許スノ結果トナルベクナレバ也。

産ニ關スル物權契約ニ付キテ上述シタル所ト同様解除ハ有效ニシテ之ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ベク而シテ第三者ハ第二〇五條及ビ第一九二條ニ依リテ保護ヲ受クルコトトナルベシ。

四 解除ハ契約ヲ除去シ之ヲシテ始メヨリ存在セザリシト同一ノ效果ヲ生ゼシムル意思表示ナリ。

契約ヲシテ始メヨリ存在セザリシト同一ノ效果ヲ生ゼシムル意思表示ナリ

一旦存在シタル契約ナル法律事實ハ素ヨリ再ビ之ヲ消滅セシムルニ由ナシ。然レドモ法律ハ一定ノ條件ノ下ニ全然始メヨリ契約ナカリシト同一ニ看做スコトヲ妨グルモノニアラズ。解除ハ即チ此種ノ效果ヲ發生セシムルコトヲ目的トスルモノニシテ其結果契約ハ法律上始メヨリ全然存在セザリシト同一ニ取扱ハレ從ヒテ契約上ノ債權亦遡及的ニ消滅スルモノトス。

一) 抑モ解除ノ性質如何ニ關シテハ從來略三種ノ學說アリ。即チ下ノ如シ。

解除ノ性質ニ關スル學說

1) 直接效果說<sup>24)</sup> 解除ハ契約ヲシテ始メヨリ存在セザリシト同一ノ效果ヲ生ゼシムルモノニシテ其結果契約上ノ債權亦遡及的ニ消滅ス、從ヒテ既ニ債務ノ履行アリタル後ニ至リテ解除セラレルトキハ債務者ハ不當利得ヲ理由トシテ給付ノ目的物ノ返

24) Theorie der direkten Wirkung

還ヲ請求スルコトヲ得<sup>25)</sup>。

2) 間接効果説<sup>26)</sup> 解除ハ契約上ノ債務關係夫レ自身ヲ消滅セシムルモノニアラズシテ、單ニ未ダ履行ヲ爲サザル債務者ニ履行ヲ拒絕スベキ抗辯權ヲ與ヘ、既ニ履行ヲ爲シタル債務者ニ新ナル返還請求權ヲ與フルモノタルニ過ギズ<sup>27)</sup>。

3) 中間説 契約解除セラレルトキハ未ダ履行セラレザル債務ハ將來ニ向ヒテ消滅スベク、又既ニ履行セラレタル債務ニ付キテハ將來ニ向ヒテ新ニ履行ノ目的物ノ返還請求權發生スルモノトス<sup>28)</sup>。

此等ノ三説中吾民法ノ解釋トシテハ第一説ヲ採用セルモノト解セザルベカラズ。其理由次ノ如シ。

(一)民法ガ「契約ノ解除」ナル文字ヲ使用セルノ點ヨリ之ヲ見レバ民法上ノ解除ハ契約夫レ自身ノ解消ヲ目的トスルモノナリト解スルヲ穩當トス。(二)第二説ハ未ダ履行セラレザル債務ハ消滅スルモノニアラズシテ單ニ債務者ヲシテ抗辯權ヲ取得セシムルニ

25) 石坂氏民法三六 224、岡松氏新報一九三 78。尙此説ハ獨民ニ於ケル通説ナリ。

26) Theorie der indirekten Wirkung

27) 竹田氏前掲。尙獨民ノ下ニ於テモ Dernburg BR.II2 § 107, V; Crome 2 § 174, 4; Endemann § 148, 2; Matthiass VAuf. 223 等少數ノ學者此説ヲ採レリ。

28) 獨民ノ解釋トシテ Seckel, Gestaltungsrechte, in der Festschrift für Koch 222; Heilwig Anspruch 22-; Windscheid-Kipp 2 347, 537 等之ヲ唱フ。

過ギズト説ケルモ、(イ)民法上斯クノ如キ抗辯權ノ發生ヲ推測セシムベキ何等ノ規定存セザルノミナラズ、(ロ)第五四五條第一項ガ既ニ債務ノ履行アリタル後ニ至リテ契約解除セラレルトキハ各當事者ハ互ニ原狀回復ノ義務アルコトヲ規定セルノ點ヨリ考フルトキハ未ダ履行セラレザル債務ハ解除ニ因リテ當然ニ消滅スルモノト解スルヲ穩當トスベク、(ハ)又若シ單ニ抗辯權ヲ生ズルニ過ギズトセバ債權者契約ノ履行ヲ訴求セル場合ニ於テ債務者右ノ抗辯權ヲ行使セザルトキハ裁判所ハ縱令契約ノ解除アリタルコトヲ知レル場合ト雖モ原告ノ勝訴ヲ言渡サザルベカラズ、從ヒテ例ヘバ債權者ガ解除以前ニ其反對債務ヲ履行シタル場合ニ於テハ債權者ハ自ラ之ガ返還ヲ請求シ得ルト同時ニ自己ノ債權ノ履行ヲモ請求シ得ルコトトナリテ當事者雙方ノ保護ニ付キ著シキ不均衡ヲ生ジ第五四五條第一項ガ解除ノ結果各當事者ヲシテ原狀回復義務ヲ負擔セシメタル精神ト相容レザルコトトナルベシ。(二)第二説及ビ第三説ハ其ニ既ニ契約上ノ債務履行セラレタルトキハ解除ノ結果新ナル返還請求權發生スベシト云ヘルモ、(イ)貸借等ノ解除ハ單ニ將來ニ向ヒテノミ効力ヲ生ズト云ヘル第六二〇條、第六三〇條、第六五二條等ノ規定ノ反

對解釋ヨリ論ズレバ通常ノ解除ハ契約成立ノ當初ニ  
 遡リテ其効力ヲ生ズルモノト解セザルベカラズ、果  
 シテ然ラバ解除ニ因ル原狀回復請求權ハ原因消滅ニ  
 因ル不當利得返還請求權<sup>29)</sup>ニシテ解除夫レ自身ヲ原  
 因トスル特殊ノ返還請求權ニアラズト解スルヲ穩當  
 トスルノミナラズ、(□)解除ニ基ク返還請求權ハ契  
 約締結前ノ原狀ニ復スルコトヲ目的トスルモノナレ  
 バ契約上ノ債務ノ履行ヲ受ケタル者ハ苟モ其受ケタ  
 ル利益ノ全部ヲ返還スルコトヲ要スルモノニシテ現  
 ニ有スル利益ヲ返還スベキモノニアラズ、此點ヨリ  
 考フルトキハ右ノ返還請求權ハ原因消滅ニ因ル不當  
 利得返還請求權ニシテ特殊ノ返還請求權ニアラズト  
 解スルヲ正當トスベシ。(ハ)第三說ノ論者中ニハ既  
 ニ履行ニ因リテ消滅シタル債務ヲ再ビ消滅セシムル  
 コト能ハズトノ論ヲ爲ス者アリ<sup>30)</sup>ト雖モ債務發生ノ  
 原因タル契約ガ初メヨリ存在セザリシト同一ノ效果  
 ヲ生ゼシメ以テ其契約上ノ效果ヲシテ初メヨリ全然  
 發生セザリシコトト爲スハ理論上毫モ不可能ニアラ  
 ザルガ故ニ此理由ヲ以テ第二說乃至第三說ノ主張ヲ  
 支持セントスルハ不可ナリ。

29) *condictio ob causam finitam*

30) *Seckel, a. a. O. 222*

二) 斯クノ如ク解除ハ契約夫レ自身ヲシテ初メ  
 ヨリ存在セザリシト同一ノ結果ヲ生ゼシムルモノ  
 ナリト雖モ之ガ爲メ契約ヲ解除スル際ニハ必ズ一體  
 タル契約ノ全部ヲ解除スルコトヲ要スルモノニシテ  
 一部ノ解除ヲ爲シ得ザルモノト解スルハ正當ニアラ  
 ズ。其理由次ノ如シ。(イ)契約夫レ自身ハ統一的一  
 體ナルガ故ニ其一部消滅ヲ認メ得ザルガ如キモ現ニ  
 法律行爲ノ一部無効ガ學者ノ一般ニ認ムル所ナルヨ  
 リ考フルトキハ一旦成立セル法律行爲ノ一部ノミヲ  
 消滅セシムルコト亦必ズシモ不可能ニアラズ。(□)  
 第五四四條ノ規定ハ契約當事者ノ一方又ハ雙方ガ數  
 人アル場合ニ其數人相互間ノ關係ニ於テ解除權ノ不  
 可分ナルコトヲ規定セルモ其決シテ法理當然ノ要求  
 ニアラズシテ當事者別段ノ定メヲ爲シ得ベキコト既  
 ニ上述セル所ノ如シ、故ニ特ニカカル明文ナキ以上  
 ハ契約ノ内容タル事項ヲ標準トシテ一部ノ解除ヲ爲  
 スコトハ寧ロ原則トシテ可能ナリト解セザルベカラ  
 ズ。(ハ)尙民法ハ現ニ賣買ニ付キテ代金減額ノ請求  
 ヲ認ム(五六三等)、而シテ其一部解除タル性質ヲ有  
 スルコト多ク學者ノ認ムル所ナルヨリ考フレバ民法  
 上一部解除ヲ認ムルモノト解セザルベカラズ。斯ク  
 ノ如ク一部解除ハ理論上毫モ不可能ニアラズト雖モ

一部ノ解  
 除



契約ノ内容ガ性質上其分割ヲ許サザル場合ニ其一部解除ヲ許スベカラザルヤ明カナルガ故ニ一部解除ヲ認ムルガ爲メニハ契約上ノ給付ガ可分ナルコト殊ニ雙務契約ニ在リテハ雙方ノ給付共ニ可分ナルコトヲ要スルモノト云ハザルベカラズ<sup>31)</sup>。

解除ト告知トノ區別

三) 以上ニ説明セルガ如クナルヲ以テ解除ハ其本質トシテ常ニ遡及力ヲ有ス。從ヒテ單ニ將來ニ對シテ繼續的契約關係ヲ消滅セシムルニ過ギザル告知<sup>\*) 32)</sup>ハ明ニ之ヲ解除ト區別セザルベカラズ。但シ告知ノ文字ハ民法中其用例ナク單ニ解約申入、解約、解除、解散請求等ノ文字ヲ使用セルニ過ギザルガ故ニ<sup>33)</sup>單ニ法典ノ文字ノミニ依リテ告知ナリヤ否

31) 同説石坂氏京法九八130一。

\*) 石坂氏「解約申入ノ性質」研究三 338一。

32) Kündigung

33) (一)「解約申入」ノ文字ハ §§ 617, 619, 621, 627, 629, 631 等ノ使用スル所ニシテ其將來ニ向ヒテノミ效力ヲ生ズルニ過ギザルコトハ §§ 617, 627 等ガ「解約申入ノ後云々」ノ期間ヲ經過シタルニ因リテ終了ス」ト云ヘルニヨリテ明カ也。(二)「解約」ノ文字ハ §§ 618, 621, 631, 642 等ノ使用スル所ニシテ其解約申入ト同一物ナルコトハ §§ 618, 621 等ノ文字ニヨリテ明カナリ。(三)「解除」ノ文字ハ §§ 607, 610, 611<sup>II</sup>, 612<sup>II</sup>, 625<sup>III</sup>, 626, 628, 651 等ノ使用スル所ニシテ其將來ニ向ヒテノミ效力ヲ生ズルニ過ギザルコトハ §§ 620, 630, 652 ノ明定スル所ナリ。尙組合ニ關スル §§ 667一ノ規定中ニハ解除ノ文字ヲ使用セズト雖モ上述セル § 620ノ規定ハ組合ニモ準用セラレルコト § 684ノ明言スル所ナリ。又使用貸借ノ解除ニ付キテハ § 620ニ相當スル規定存在セズト雖モ其貸借ト同一性質ヲ有スル繼續契約タルコト及ビ § 594<sup>III</sup>ハ貸借ニ關スル § 619<sup>II</sup>ニ相當スル規定ナルコトヨリ考フニ使用貸借ノ解除モ亦將來ニ向ヒテノミ效力ヲ生ズルモノト解セザルベカラズ。尙又請負ハ勞務供給ヲ目的トスルノ點ニ於テ雇傭ニ類似スレドモ勞務ノ結果ヲ供給スルコトヲ目的トスルノ點ニ於テ

ヤヲ識別スルコト頗ル困難ナリ。

1) 告知ノ性質 告知ハ解除ノ如ク債權發生ノ原因タル契約夫レ自身ヲ遡及的ニ除去スルコトヲ目的トスルモノニアラズシテ單ニ現存ノ繼續的契約關係ヲ將來ニ向ヒテ廢止スルコトヲ目的トスルモノトス。從ヒテ告知ノ效力發生以前ニ發生シタル契約上ノ效力ハ其ママ存續スルモノニシテ解除ノ如ク遡及的ニ之ヲ消滅セシムルコトナシ。此故ニ告知ハ解除ノ一種ニアラズシテ全然獨立ノ性質ヲ有スルモノナリ。

2) 告知權 告知權ハ一方的意思表示ニ依リ繼續的契約關係ヲ將來ニ向ヒテ消滅セシムル權利ニシテ一種ノ形成權ナリ。(イ)發生原因 告知權ハ當事者ノ契約又ハ法律ノ規定ニ因リテ發生ス。而シテ告知權ハ註33ニ掲ゲタル諸規定ニ因リテ發生スルノ外解除權ニ關スル第五四一條乃至第五四三條ノ諸規定ニ因リテモ發生スベシ。蓋シ解除權ト告知權トハ全然其性質ヲ異ニスルモノナリト雖モ第六二〇條、第六三〇條、第六五三條、第六八四條ノ諸規定ハ

兩者ハ異別ナリ從ヒテ此場合ニハ貸借雇傭等ニ於ケルガ如ク時間ノ割合ニ應ジタル平均的繼續關係ヲ生ゼザルガ故ニ其解除ハ通常ノ解除ニシテ告知ニアラズト解スルヲ正當トス(此點反對石坂氏民法三六 2364註3)。(四)尙「解散請求」ノ文字ハ § 683ノ使用スル所ニシテ其告知タル性質ヲ有スルコト後ニ述アル所ノ如シ。

廣ク「解除」ト云ヒテ其發生原因ヲ限ラザルヲ以テナリ<sup>34)</sup>。(ロ)行使告知權ハ形成權ノ一種ナルガ故ニ之ガ行使ハ解除權ト同様相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲サザルベカラズ。又解除ニ於ケルト同一ノ制限ノ下ニ之ニ條件期限ヲ附スルコトヲ得ベシ。反之契約當事者ノ一方又ハ雙方ガ數人アル場合ト雖モ第五四四條第一項ニ於ケルガ如ク其全員ヨリ又ハ全員ニ對シテ告知ヲ爲スヲ要セズ。蓋シ告知ハ遡及的ニ契約夫レ自身ヲ除去スルコトヲ目的トスルモノニアラザレバナリ。(ハ)效果 將來ニ向ヒテ契約關係ヲ消滅セシムルモノニシテ第五四五條ノ適用又ハ準用ナシ。其他尙告知權ヲ認メタル各個ノ規定ニ於テ特殊ノ效果ヲ規定セリ。

解除權ノ行使ナリ

### 五 解除ハ解除權ノ行使ナリ。

契約當事者ハ何等ノ理由ナクシテ解除ヲ爲シ得ルモノニアラズ。常ニ必ズ一定ノ原因ニ基キテ發生スル解除權ヲ行使スルニ依リテノミ之ヲ爲スコトヲ得ベシ。然レドモ解除ノ意思表示ヲ爲スニ當リ之ガ原

34) 結果同說梅氏要義 三 580、横田氏各論 538。反對石坂氏研究 三 352—。石坂氏ハ §§ 541—ニ依ル解除ニモ §§ 620 等ヲ適用スルコトトスルトキハ契約ニ依リテ給付ヲ爲シタル當事者ハ解除スルモ尙之ガ返還ヲ請求シ得ザルガ故ニ其結果頗ル不當ナリト云ヘルモ其當事者ハ又相手方ニ對シテ解除以前ノ期間ニ對スル履行請求權ヲ有スルト同時ニ過失アル相手方ニ對シテハ更ニ賠償請求權ヲ有スルガ故ニ (§ 620) 毫モ不當ノ結果ヲ生ズルコトナシ。

因ヲ明示スルコトハ毫モ必要ニアラズ<sup>35)</sup>。此權利ハ權利者ノ一方ノ意思表示ニ依リテ契約ヲ除去スルノ效果ヲ發生セシムルモノナルヲ以テ形成權ノ一種ニ屬スルモノニシテ請求權ニアラズ。尙ホ此權利ハ當事者ノ契約又ハ法律ノ特別ナル規定ニ因リテ發生スルモノナリ。此點ニ關シテハ以下款ヲ改メテ説明ヲ爲スベシ。

### 第二款 解除權ノ發生原因

解除權ハ凡テノ契約ニ付キテ常ニ存在スルモノニアラズシテ一定ノ原因ニ基キテノミ發生スルモノトス。之ヲ大別スレバ即チ左ノ如シ。

#### 第一 當事者ノ契約(約定解除權)

約定解除權

契約當事者ハ其契約ノ種類如何ヲ問ハズ相互ノ合意ヲ以テ解除權ヲ留保スルコトヲ得ベシ(五四〇<sup>1)</sup>)。民法ハ貸貸借、雇傭、委任、組合等ノ解除ハ單ニ將來ニ向ヒテノミ效力ヲ生ズルモノト爲シ(六二〇、六三〇、六五二、六八四) 從ヒテ其所謂解除ハ告知ノ性質ヲ有スルニ過ギズト雖モ契約當事者ハ其合意ヲ以テ特ニ遡及的の效力ヲ有スル通常ノ解除權ヲ留保ス

35) 同說大審元・八・五民錄 一八 726、名控新聞七八一。

ルコトヲ妨ゲザルベシ。

當事者契約ヲ以テ解除權ヲ留保スルニハ(一)契約ト同時ニ留保ノ特約ヲ爲スモ可ナルベク又或ハ後ヨリ之ヲ爲スモ可ナルベシ。而シテ此後ノ場合ニ於テモ當事者反對ノ意思ヲ有スルコト明カナラザル限リハ解除ノ效果ハ契約ノ當初ニ遡及スルモノナリト解スルヲ正當トスベシ。(二)又解除權ハ當事者雙方共ニ之ヲ有スルコトト爲スモ又一方ノミ之ヲ有スルコトト爲スモ可ナリ。(三)尙又之ガ發生又ハ行使ヲシテ全然無條件タラシムルモ又ハ之ニ一定ノ條件期限ヲ附スルモ可ナルベシ。而シテ此後ノ場合ニ在リテハ解除權ハ約定ノ期限到來シ又ハ條件成就スルニアラザレバ發生セズ又ハ之ヲ行使スルコト能ハズ。

尙以上ノ外契約當事者ハ契約ヲ締結スルニ當リテ債務者ガ履行期ニ履行ヲ爲サザルトキハ契約ハ當然解除セラルベキ旨又ハ效力ヲ失フベキ旨ヲ定ムルコ

失權約款

トアリ。所謂失權約款<sup>1)</sup>即チ之レナリ。此場合ニ於テ契約ハ特ニ解除ノ意思表示ヲ要セズシテ當然ニ消滅スルモノナルガ故ニ此種ノ特約ハ解除權ヲ留保セントスルモノニアラズシテ債務ノ不履行ヲ解除條件トスルノ意ナリト解スルヲ正當トスベシ。

1) Ex commissoria

第二 法律ノ規定 (法定解除權)

法定解除權

當事者何等ノ定メヲ爲サズト雖モ法律ハ一定ノ場合ニ當事者保護ノ爲メ之ニ解除權ヲ付與シタリ。而シテ民法ハ、(一)一方ニ於テ各種ノ契約ニ特殊ナル解除原因ヲ規定スルト同時ニ、(二)他方ニ於テ各種ノ契約ニ通ズル一般の解除原因ヲ定ムル規定ヲ設ケタリ。此中前者ニ付キテハ後ニ各種ノ契約ヲ説クニ當リテ説明スルコトトシ以下ニハ先ヅ後者ニ付キテノミ場合ヲ分チテ説明ヲ爲サン。

一 債務者ノ履行遲延ニ因ル解除

履行遲延ニ因ル解除

契約當事者ノ一方ガ其債務ノ履行ヲ爲サザルトキハ債權者ハ或ハ第四一四條ニ依リテ債務ノ強制履行ヲ爲シ得ベク又或ハ損害賠償ノ請求ヲ爲シ得ベシ。然レドモ此等ノ方法ハ未ダ以テ完全ナル救済方法ト稱スルニ足ラザルガ故ニ民法ハ更ニ解除權ヲ與ヘテ債權者ノ保護ヲ力メタリ。

2) 反之債權者遲滯ニ陥リタル場合ニ於テ債務者ハ之ヲ理由トシテ解除ヲ爲スコト能ハズ。蓋シ民法中之テ認メタル明文ナクモ也。故ニ例ヘバ(一)買主ガ物品ヲ引取ラザルモ賣主ハ契約ヲ解除スルヲ得ズ(同說大審四・五・二九民錄二一 858、反對森氏新聞一〇九七)。學者或ハ買主ニ引取義務ヲ認メテ賣主ニ § 541ニ依ル解除ヲ許サントスル者之ナキニアラズト雖モ民法上買主ハ此種ノ義務ヲ負擔スルモノニアラズ(鳩山氏債權 146 參照)又縱令之ヲ負擔ストスルモ其不履行ヲ理由トスル解除ハ債權者ノ遲滯ヲ理由トスルモノニアラズ。(二)請買人ガ注文者ノ選定シタル土地ニ建築ヲ爲スベキ契約ニ於テ注文者其選定ヲ爲サザルモ請買人ハ解除ヲ爲スコト能ハズ(同說石坂氏志林 一四 一二 75)。尙鳩山氏法協 三四 一二 93 參照。

契約が定期行為ナラザル場合

① 契約が定期行為ナラザル場合

定期行為トハ「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ザレバ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハザル場合」ヲ云フ。契約ガ此種ノ性質ヲ有セザル場合ニ於テハ「當事者ノ一方ガ其債務ヲ履行セザルトキハ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其期間内ニ履行ナキトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」(五四一)。

第五四一條

要件

故ニ本條ニ依リテ解除ヲ爲スガ爲メニハ次ノ三個ノ要件ヲ必要トス。

債務ノ不履行

① 契約當事者ノ一方ガ其債務ノ履行ヲ爲サザルコト。

茲ニ「債務」トハ契約ノ要素ヲ構成セル債務ヲ云フ。故ニ雙務契約ノ場合ニ付キテ之ヲ云ヘバ互ニ對價的關係ニ立テル雙方ノ債務ノミヲ云フモノニシテ單ニ從タル債務ノ不履行アルモ本條ニ依リテ解除ヲ爲スコト能ハズ<sup>3)</sup>。

又茲ニ「債務ノ履行ヲ爲サズ」トハ債務者ガ履行期間内ニ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲サザルコトヲ

3) 此要件ヲ缺クトキハ第二以下ノ要件具備スルモ解除ヲ爲スコト能ハズ(同說大審五・三・二三民錄二二 588)。

4) 石坂氏京法 九 七 113一同說。尙東控評論 五 民 112一参照。

云フモノニシテ (一) 履行期前ニ全然何等ノ給付ヲ爲サザル場合ナルト (二) 履行期前ニ給付アリタレドモ其給付ガ數量又ハ性質ノ點ニ於テ債務ノ本旨ニ從ハザル場合ナルトヲ問フコトナシ。然レドモ此後ノ場合ニ於テ (イ) 給付ノ缺點ガ數量ニ付キテ存スルトキハ之ヲ追完スルニ依リテ完全ナル給付トナルノ餘地アルガ故ニ履行期前ニ其追完アルトキハ勿論本條ニ依リテ解除ノ手續ヲ爲スコト能ハズ、(ロ) 又給付ノ缺點ガ性質ニ付キテ存スル場合ト雖モ、(1) 追完ニ依リテ完全ナル給付トナルノ餘地アルトキハ數量ニ關スル缺點ノ場合ト同一ノ取扱ヲ爲スベク、(2) 反之追完ニ依リテ完全ナル給付ト爲スコトガ不可能ナル場合ニハ給付セラレタルモノヲ返還シテ更ニ完全ナル履行ヲ請求シ得ルモノニシテ若シ履行期前ニ完全ナル履行ナキトキハ本條ニ依リテ解除ノ手續ヲ爲スコトヲ得ベシ。(3) 以上1及ビ2ノ手段ヲ執ルモ本來履行ガ債務ノ本旨ニ從ハザリシガ爲メニ生ジタル損害ヲ除去スルニ足ラザル場合例ヘバ債務者ガ傳染病ニ罹レル牛ヲ給付シテ債權者ノ有スル他ノ牛ニ傳染セシメタル場合等ニ解除ヲ爲シ得ベキヤ否ヤハ學者ノ争フ所ナリト雖モ\*)、此場合ト雖モ1又

追完ニ依リテ完全ナル履行ヲ請求シ得ルモノニシテ若シ履行期前ニ完全ナル履行ナキトキハ本條ニ依リテ解除ノ手續ヲ爲スコトヲ得ベシ。

\*) 石坂氏民法 三 二 589一、岡松氏新報 一六 二 19一、鳩山氏債權 146。

ハ2ニ説明シタル手續ヲ踐ミテ解除ヲ爲スコトヲ妨グベキ理由毫モ存在セズ。而シテ既ニ生ジタル損害ノ賠償ハ第四一五條前段及ビ第五四五條第三項ニ依リテ請求シ得ベキモノナリト信ズ<sup>5)</sup>。

○以上ト異ナリテ未ダ履行期到來セザルニ先立テ債務者ガ履行拒絶ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニハ單ニ不履行ノ危険ヲ生ジタルニ過ギズシテ未ダ履行ヲ爲サザル事實アルモノト云フコトヲ得ザルガ故ニ債權者ハ直ニ之ヲ理由トシテ本條ノ手續ヲ爲スコト能ハズ、之ヲ爲スガ爲メニハ履行期ノ到來ヲ俟ツコトヲ要ス<sup>6)</sup>。

尙不履行ニ付キテ債務者ニ過失アリヤ否ヤハ民法ノ問フ所ニアラズ、從ヒテ債務者ガ遲滯ニ在ルコトハ毫モ本條ニ依リテ解除ヲ爲スノ要件ニアラズ<sup>7)</sup>。

2) 相手方ガ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告スルコト<sup>8)</sup>。

故ニ第一要件具備スルモ (一) 何等ノ催告ヲ爲サズシテ直ニ解除ヲ爲スコト能ハズ、(二) 又縱令催告

5) 同說鳩山氏、反對石坂氏 604、岡松氏。

6) 同說石坂氏民法三二 600、岡松氏新報一六一 76—。尙金田氏法協三一 六 140—参照。

7) 反之獨民 § 325, 瑞債 Art. 107 ハ債務者ガ遲滯ニ在ルコトヲ要求セリ。

8) 債務者ガ豫メ履行ヲ爲サザルベキ旨ヲ明言セル場合ニ於テモ此第二要件ヲ充スニアラザレバ解除スルヲ得ザルヤ否ヤニ付キテハ

相當ノ期間ヲ定メテ催告スルコト

ヲ爲スモ何等ノ履行期間ヲモ定メザルトキハ同ジク解除ヲ爲スコト能ハズ<sup>9)</sup>。但シ此等二點ニ付キテハ當事者豫メ別段ノ定メヲ爲シ得ベキコト勿論ナリ。(三) 以上ト異ナリテ事實上定メタル期間ガ相當ナラザル場合ニ於テ其催告ガ效力ヲ生ゼザルヤ否ヤハ必ズシモ明瞭ナラズ。(イ) 其期間ガ相當以上ニ長キトキハ之ヲ無効トスルノ理由毫モ存在スルコトナシ。蓋シ本條ガ相當ノ期間ヲ定メシムル所以ノモノハ以テ相手方ヲ保護セントスルノ主旨ニ出ヅルモノナレバナリ。(ロ) 然ルニ其期間ガ相當以下ニ短キトキハ無効ナリトスルヲ從來ノ通説トス<sup>10)</sup>。然レドモ元來本條ガ相當ノ期間ヲ定メテ催告スルコトヲ要求スル所以ノモノハ以テ相手方ヲ保護セントスルニアルコト既ニ上述セル所ノ如シ。果シテ然ラバ縱令定メラレタル期間ガ不相當ナリトスルモ之ガ爲メ直ニ其催告ヲシテ全然無効ナラシムルノ必要毫モ存在セザルナリ。寧ロ催告ハ其期間ノ相當ナルト否トヲ問ハズ

獨民ノ解釋トシテ學說分レタリ (Oertmann 2 § 326, 4b 参照)。然レドモ余輩ハ此場合ト雖モ第二要件ヲ充スコトヲ要スルモノナリト解ス。理由(一) § 541ハ毫モ此種ノ例外ヲ設ケルコトナシ、(二) 一旦拒絶セル債務者ト雖モ或ハ催告ヲ受ケタルノ結果再ビ意ヲ轉シテ履行スルコトアリ得ベキヲ以テ也 (反對大阪地評論一 民 164)。

9) 同說東控二・二・二〇 新聞八五八、東控五・三・二七新聞一一〇。

10) 横田氏各論171等。尙獨民ノ解釋トシテモ議論アリ。學說ニ付キテハ石坂氏民法三六 2281 参照。

シテ之ヲ有效ナラシメ、而シテ其期間ハ當然ニ相當ナル點マデ引延バサルルモノナリト解スルヲ正當トスベシ<sup>11)</sup>。蓋シ然ラズトセバ債權者ニ於テ自己ノ催告ヲ有效ナラシムベキ萬全ノ方策ヲ採ラントセバ常ニ自己ガ相當ナリト信ズルヨリハ多少長キ期間ヲ定メザルベカラザルコトトナリ其結果債務者ノ保護ニ必要ナル程度ヲ超エテ債權者ニ不利益ヲ及ボスコトトナルベケレバナリ。反對論者或ハ曰ハン「果シテ然ラバ法律ハ何ヲ苦ミテカ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スベキコトヲ要求スルカ寧ロ何等ノ期間ヲ定メズシテ催告ヲ爲サシメ而シテ催告ノ後相當ノ期間内ニ履行ナキトキハ解除ヲ爲シ得ルモノト定ムルヲ以テ足ルニアラズヤ」ト。然レドモ催告ニ當リ債權者ヲシテ自己ノ相當ト信ズル期間ヲ定メシムルトキハ其期間ニシテ縱令客觀的ニ不相當ナリトスルモ債務者忍ビテ其催告ニ應ズルコトアリ得ベク、畢竟債務者ヲシテ其據ル所ヲ知ラシムルノ效アルヲ以テ此非難ノ故ナキヲ知ルベシ。要之通説ハ餘リニ文字ノ末ニ拘泥シテ法規ノ精神ヲ忘レタルモノト云ハザルベカラズ<sup>12)</sup>。

⑪ 從ヒテ精確ナル日數ヲ示サズシテ單ニ「相當ノ期間内ニ履行アリキ旨」ヲ催告スルモ亦可ナリト解セザルベカラズ。

⑫ 同說石坂氏民法 三六 2281—。

期間ガ相當ナリヤ否ヤハ當該ノ契約ノ目的其他各場合ノ事情ヲ參酌シテ之ヲ決セザルベカラザル問題ニシテ其法律問題ナリヤ事實問題ナリヤニ付キテハ疑ナキニアラズト雖モ余輩ハ法律問題ナリト解スルヲ正當ナリト信ズ。蓋シ法律ガ「相當」「公ノ秩序」「善良ノ風俗」等ノ觀念ヲ標準トシテ權利ノ存否、行爲ノ有效無効等ヲ決スル場合ニアリテハ箇々ノ場合ニ付キ幾多ノ經驗上ノ法則ヲ適用シテ是等ノ觀念ヲ正當ニ定ムルニアラザレバ是等ノ規定ノ正當ナル適用ヲ期スベカラズ、然ラバ即チ是等ノ觀念ガ正當ニ定メラレタリヤ否ヤハ是等ノ規定ノ適用其當ヲ得タリヤ否ヤヲ決スルノ法律的基础トナルベキモノナレバナリ。但シ其判斷ノ基礎タル箇々ノ事實ニ關スル認定ハ勿論事實問題ナリ。

尙ホ催告ノ内容ハ之ニ依リテ請求スル債權ノ内容ト符合スルヲ要ス。但シ其一部ガ符合セザルモ爲メニ請求ノ目的タル債權ノ同一性ヲ誤認セシムルノ處ナキトキハ尙ホ之ヲ以テ有效ナル催告ナリト爲サザルベカラズ<sup>13)</sup>。

### 3) 債務者ガ相當ノ期間内ニ履行セザルコト

茲ニ履行トハ履行ノ提供ヲ謂フ。蓋シ債權者ハ履

相當ノ期間内ニ履行ナキコト

13) 同說東控四四・一・二五判例彙報 八 65。

行ノ催告ヲ爲シツツ而モ尙ホ履行完了ノ爲メ自己ノ側ニ於テ爲スベキ行爲ヲ爲サズシテ履行ノ完了ヲ妨グルコトヲ得ベケレバナリ。從ヒテ履行ノ提供アリタル以上ハ債權者ノ協力ナキ爲メ履行ヲ完了シ得ザルモ債權者ハ之ヲ理由トシテ解除ヲ爲スコト能ハザルモノトス<sup>14)</sup>。

○ 債務者ガ相當ノ期間内ニ履行ヲ爲サザルコトハ其故意又ハ過失ニ基クコトヲ必要トスルヤ否ヤ。特ニ之ヲ必要トスベキ明文ナキコト及ビ第五四三條トノ比較ヨリ云ヘバ寧ロ之ヲ要セザルモノト解セザルベカラズ。然レドモ債務者ガ履行ヲ爲サザルコトヲシテ法律上適法ナラシムル事由存スルトキハ縱令期間内ニ履行ヲ爲サズト雖モ尙解除シ得ザルモノト解セザルベカラズ。蓋シ不履行ガ法律上正當ナルニ拘ハラズ之ヲシテ解除ニ因ル不利益ヲ蒙ラシムルハ穩當ニアラザレバナリ。從ヒテ例ヘバ雙務契約ニ於テ相手方同時履行ノ抗辯權ヲ有スルトキハ債權者ハ自己ノ負擔セル反對給付ヲ提供スルニアラザレバ相手方ノ不履行ヲ理由トシテ解除ヲ爲スコト能ハザルモノト云フベシ<sup>15)</sup>。

○ 尙債務者ガ期間内ニ履行ノ一部ヲ爲シタルモ他ノ

14) 同說東控新聞四六七。

15) 同說長島氏新報 二七 三 86—尙判例ハ多ク同說ナリ。大審四一・四一民錄 一四 369、長控新聞一〇三五等。反之石坂氏民法 三

部分ヲ爲サザルトキト雖モ債權者ハ本條ニ依リテ契約全部ヲ解除シ得ベシ。學者或ハ本條ハ全部不履行ノ場合ノミニ關スト説ケルモ<sup>16)</sup>、苟モ期間内ニ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲サザル限リハ凡テ本條ノ適用ヲ受クルモノト解スルヲ正當トスベシ。

以上ノ三要件具備スルトキハ債權者ハ解除權ヲ取得シ之ヲ行使シテ契約ヲ解除シ得ルニ至ル。反之相手方ハ解除權ヲ取得スルモノニアラザルコト勿論ナリ。尙ホ不履行ガ給付ノ一部ノミニ關スル場合ニ於テ解除權者ハ全部ノ解除ヲ爲サズシテ不履行トナレル一部ノミヲ解除スルヲ得ベキカ。多少ノ議論ナキニアラズト雖モ其給付並ニ反對給付共ニ可分ナル限リハ特ニ之ヲ禁ズベキノ理存在セザルヲ以テ之ヲ許スベキモノト云ハザルベカラズ<sup>17)</sup>。

## 二) 契約ガ定期行爲ナル場合

「契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ

契約ガ定期行爲ナル場合

六 2234、梅氏志林 七 六 5—ハ自己ノ反對給付ノ提供ヲ要セズト説ケリ。石坂氏ハ同時履行ノ抗辯ハ債務者ノ採用ニヨリテ初メテ效力ヲ生ズルモノナレバ單ニ存在スルノミニテハ債務ノ不履行ヲシテ正當ナラシムルニ至ラズト云ヘルモ其不當ナルコト既ニ之ヲ上述セリ(151頁以下參照)。尙又氏ハ §541 ガ解除ノ要件トシテ反對給付ノ提供ヲ要求セザルコトヲ以テ反對説ノ根據ト爲セルモ同條ハ特ニ雙務契約ノミヲ標準トシテ設ケラレタルモノニアラザルガ故ニ法文中右ノ要件ヲ明言セザルハ寧ロ當然ナリト云ハザルベカラズ。

16) 石坂氏民法 三 六 2236。

17) 235 頁參照。同說石坂氏京法 九 八 132、民法 三 六 2287、東京地 四・二・三評論 四 民 101。反對東京地 二・一・二・二五 評論 二 民 731。

第五四二條

日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニ非ザレバ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハザル場合ニ於テ當事者ノ一方ガ履行ヲ爲サズシテ其時期ヲ經過シタルトキハ相手方ハ前條ノ催告ヲ爲サズシテ直チニ解除ヲ爲スコトヲ得」(五四二)。

要件

故ニ本條ヲ適用スルガ爲メニハ次ノ諸要件ヲ必要トス。

定期行爲ナルコト

1) 契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニ非ザレバ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハザル場合ナルコト。

定期行爲ノ意義

4) 茲ニ「契約ヲ爲シタル目的」トハ廣ク債權者ガ其契約ヲ爲スニ至レル理由即チ動機ヲ云フ。但シ其理由ハ契約上ニ明示若クハ默示セラレタルモノナルコトヲ要スルヤ勿論也。從ヒテ「一定ノ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニ非ザレバ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハズ」トハ其時期ニ履行ナキトキハ右ノ理由ガ貫徹セラレザルコトヲ云フ。故ニ(1)一定ノ履行期ヲ經過スルトキハ以後履行ガ其履行タル本來ノ價值ヲ失フベキ場合(絶對的定期行爲)<sup>18)</sup>ハ勿論(2)苟モ債權者ガ精確ニ一定ノ時期

18) absolutes Fixgeschäft 例ヘバ 運水式観覧券ノ賣買、一定ノ時日ニ舉行セラレル行列見物ノ爲メニスル二階ノ貸貸借。

ニ履行ヲ爲スコトヲ以テ契約ノ要素ト爲シタル場合(相對的定期行爲)<sup>19)</sup>ニ於テハ若シ其時期ニ履行ナキトキハ凡テ債權者ハ其契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハザルモノト云フコトヲ得ベシ。

然ルニ此點ニ付キテハ二種ノ反對說アリ。(一)絶對的定期行爲ノ場合ニハ履行期ノ經過ニ因リテ履行不能ヲ生ズルガ故ニ此場合ハ寧ロ第五四三條ノ適用ヲ受クベキモノニシテ本條ハ獨リ相對的定期行爲ノ場合ニノミ適用セラルベキモノナリトノ說<sup>20)</sup>。此說ハ獨逸民法第三六一條ノ解釋トシテ通說ナルモ此場合ニ於ケル履行不能ハ履行期ニ履行ヲ爲サザルノ結果トシテ生ズルモノニシテ履行不能ノ結果トシテ履行期ニ履行ヲ爲シ得ザル場合トハ明カニ區別アリ。而シテ本條ハ履行可能ナルニモ拘ハラズ履行期ニ履行ヲ爲サザルトキハ之ヲ理由トシテ直ニ解除ヲ爲シ得ベキコトヲ規定セルモノナルコト法文ノ文字ニ依リテ明カナルガ故ニ絶對的定期行爲ノ場合モ亦本條ノ適用ヲ受クルモノト解スルヲ正當トス<sup>21)</sup>。(二)相對的定期行爲ノ場合ハ本條ノ適用ヲ受ケズトスル說<sup>22)</sup>。

反對說 其一

批評

其二

19) relatives Fixgeschäft 例ヘバ一定ノ物品ヲ注文スルト同時ニ若シ明日正午マテニ履行ナキトキハ受領セザルベキコトヲ定メタル場合等。

20) 鳩山氏債權 97(?)。

21) 石坂氏民法三 二 463—參照。

22) 石坂氏民法三 六 2291—2295。



批評

此說ハ本條ガ單ニ精確ニ一定ノ時期ニ履行ヲ爲スコトヲ契約ノ要素トスル場合ナルヲ以テ足レリトセズシテ其時期ニ履行ヲ爲サザルトキハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハザル場合ナルコトヲ要求セルコトヲ論據トスルモノナリ。然レドモ(イ)本條ニ所謂「契約ヲ爲シタル目的」トハ廣ク債權者ガ契約ヲ爲スニ至レル理由ヲ云フモノニシテ契約ニ依リテ達セントシタル特殊ノ目的ヲ云フモノニアラズ。蓋シ「契約ヲ爲シタル目的」ノ文字ハ文理上特ニ之ヲ狹ク解セザルベカラザルノ必要ナク、斯ル別箇ノ目的ナキ場合ト雖モ當事者ガ精確ニ一定ノ時期ニ履行アルコトヲ要素トシテ契約ヲ締結セル場合ニハ其精確ナル履行アルコト夫レ自身ガ契約締結ノ目的即チ理由トナルモノト解シ得ベキヲ以テナリ。(ロ)加之若シ此說ニ從フトキハ相對的定期行爲ノ場合ニハ第五四一條ニ依リテ解除ヲ爲スノ外ナカルベシト雖モ、契約ガ精確ニ履行期ニ於テ履行セラルベキコトヲ其要素ト爲シ從ヒテ履行期後ノ履行アルモ債權者ハ之ガ受領ヲ爲サズシテ直ニ履行ニ代ハル損害賠償ノ請求ヲ爲シ得ベキニ拘ラズ<sup>23)</sup>、若シ解除ヲ爲サントセバ第五四一條ノ定ムル所ニ從ヒ一旦相當ノ期間ヲ定メ

23) 鳩山氏債權 97 參照。

テ催告ヲ爲サザルベカラズトスルハ債權者ニ對シ契約ノ本旨ト矛盾セル無用ノ手續ヲ要求スルコトナリテ其結果頗ル不穩當ナリト云ハザルベカラズ。

ロ) 次ニ又契約ガ定期行爲タルコトハ契約ノ性質ニ依リテ定マルコトアルベク又當事者ノ意思表示ニ依リテ定マルコトアルベシ。而シテ本條ノ適用上其果シテ何レノ場合ナルカラ區別スルコトナシ。

2) 債務者ガ上述セルガ如キ一定ノ時期ニ履行ヲ爲サザルコト。 債務ノ不履行

イ) 茲ニ履行トハ履行ノ提供ヲ云フ。

ロ) 然ラバ其履行ヲ爲サザルコトハ債務者ノ過失ニ基因スルコトヲ要スルヤ否ヤ。余輩ハ消極說ヲ採ル<sup>24)</sup>。其理由次ノ如シ。(1)法文中毫モ之ヲ要スル旨ヲ規定セザルヨリ見レバ寧ロ之ヲ要セズト解スルヲ正當トス。(2)反對論者ハ不履行ヲ理由トシテ損害賠償ヲ請求スルガ爲メニハ債務者ニ過失アルコトヲ要スルガ故ニ解除ノ場合ニモ之ヲ要スト解スベシト云ヘルモ理論上毫モ此種ノ必要的論理存スルニアラズ、加之後ニ述ブルガ如ク余輩ハ第五四五條第三項ニ於ケル損害賠償ヲ以テ債務不履行ニ基クモノト爲シ、解除以前既ニ債務不履行ヲ理由トスル賠

24) 積極說石坂氏民法 三六 2295。

償請求ノ原因存スルトキハ解除ヲ爲スモ尙其請求ヲ爲スコトヲ妨ゲザルニ反シ、斯ル賠償請求ノ原因存セザルトキハ解除ヲ爲スモ賠償請求ヲ爲スヲ得ズト解スルモノナレバ、本條ニ依ル解除ノ要件トシテ債務者ノ過失ヲ要セズト解スルモ毫モ不當ノ結果ヲ生ズルコトナシ。(3)又反對論者ハ本條ハ履行期ニ履行セザルトキハ履行不能ヲ生ズル場合ナレバ履行不能ニ因ル解除ニ關スル第五四三條トノ對比上同ジク債務者ニ過失アルコトヲ要スト解スルヲ正當トスト云ヘルモ、本條ハ絶對的定期行爲ノ場合ノミニ適用セラルベキモノニアラザルコト既ニ上述ノ如クナルノミナラズ、縱令絶對的定期行爲ニ關スル場合ト雖モ履行不能ヲ理由トシテ解除スルニアラズシテ履行遅延ヲ理由トシテ解除スルモノナレバ必ズシモ兩者ヲ同一ニ取扱ハザルベカラザルノ理ナシ。(4)尙第五四一條ノ場合ニ過失ヲ要セザルコトハ反對論者モ亦之ヲ認ム。果シテ然ラバ第五四二條ノ場合ニモ之ヲ要セズト解スルヲ穩當トスベシ。(5)殊ニ本條ニ於テハ當事者ハ給付ガ一定ノ時期ニ爲サルルコトニ重キヲ置ケルモノナレバ假令過失ナシト雖モ解除ヲ許サザルベカラザルノ理ハ第五四一條ノ場合ニ比シテ

25) 石坂氏民法 三六 2279、2286。

一層顯著ナリ。

ハ) 然レドモ債權者ノ過失ニ因リテ履行期ニ履行ヲ爲スコト能ハザラシメタルトキハ債權者之ヲ理由トシテ解除ヲ爲スコト能ハザルヤ勿論ナリ。

以上ノ二要件ヲ具フルトキハ相手方ハ第五四一條ノ場合ノ如ク特ニ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スコトヲ要セズシテ直ニ解除ヲ爲スコトヲ得ベシト雖モ商法第二八七條ニ於ケルガ如ク當然ニ解除ノ結果ヲ生ズルモノニアラズ。但シ當事者ガ豫メ當然ニ解除ノ結果ヲ生ズベキコトヲ定メタルトキハ此限ニアラザルヤ勿論也。

## 二 債務ノ履行不能ニ因ル解除

債務ノ履行不能ニ因ル解除

「履行ノ全部又ハ一部ガ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ不能トナリタルトキハ債權者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」(五四三)。

第五四三條

故ニ債權者本條ニ依リテ契約ヲ解除スルガ爲メニハ次ノ二要件ヲ必要トス。

要件

### 一) 履行ノ全部又ハ一部ガ不能トナリタルコト

履行不能

1) 履行不能ヲ生ジタルコトヲ要スルガ故ニ單ニ履行ガ困難トナリタルニ過ギザル場合<sup>26)</sup>又ハ債務

26) 尤モ過大ノ利益ヲ犠牲トスルニアラザレバ履行シ得ザルニ至レル場合ハ之ヲ不能ト解スベキコト素ヨリ也。然レドモ例ヘバ特定物ノ賣買ニ於テ賣主ガ賣買ノ目的物ヲ更ニ第二ノ賣買ニ依リテ他人ニ

者ニ於テ其債務ヲ履行セザルコトヲ明言シタル場合  
ノ如キハ本條ニ依リテ解除ヲ爲スコト能ハズ。

ロ) 然ラバ次ニ履行不能ヲ生ジタルトキハ履行  
期到來ヲ俟タズシテ解除ヲ爲シ得ルモノナリヤ否  
ヤ。一定ノ給付ガ不能ナリヤ否ヤハ履行期ヲ標準ト  
シテ之ヲ云フモノナレバ履行期前ニ不能ヲ生ズルモ  
直ニ此一事ヲ以テ解除ヲ爲スコト能ハザルヲ原則ト  
セザルベカラズ。然レドモ其不能ガ確定的ニシテ履  
行期ニ至ルモ恢復セザルコト明白ナル場合ニハ敢テ  
履行期ノ到來ヲ俟タズシテ直ニ解除シ得ルモノト解  
セザルベカラズ。

ハ) 不能ハ給付ノ全部ニ關スル一部ニ關スル  
トヲ問ハズ。但シ其不能トナレル部分ガ僅少ニシテ  
之ヲ理由トシテ解除ヲ爲スコトハ徒ニ債務者ヲ苦ム  
ルノミニテ何等債權者ヲ益スル所ナキトキハ解除ヲ  
爲スコト能ハズ。尙一部不能ノ場合ニ於テ契約上ノ  
給付ガ可分ナルトキハ其不能部分ニ付キテノミ契約  
ヲ解除シ得ベシ。

移轉スベキコトヲ約シ又ハ更ニ進ミテ其契約ノ履行ヲ終レトスル  
モ單ニ之ノミニテハ履行不能アリト云フコトヲ得ズ。此場合ニ於ケル  
履行不能ハ賣主更ニ第二ノ買主ヨリ其特定物ヲ取得シテ履行ニ充ツ  
ルコト能ハザルコト確定スルニ至リテ初メテ發生スルモノトス(反對  
大審二・五・一一民錄一九 327)。

27) 同說大審三七・一一・一五民錄一〇 1453。

二) 履行不能ガ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リ  
テ生ジタルコト

債務者ノ  
責ニ歸ス  
ベキ事由

### 第三款 解除ノ效果

#### 第一 原狀回復義務

原狀回復  
義務

解除ハ債務關係發生ノ原因タル契約夫レ自身ヲ除  
去シテ始メヨリ存在セザリシト同一ノ結果ヲ生ゼシ  
ムルモノナルコト既ニ上述セル所ノ如シ。從ヒテ一  
旦解除權ノ行使アルトキハ契約ニ因リテ生ジタル債  
權債務ハ遡及的ニ全然消滅スベシ。反之其債權債務  
ニ基キテ爲サレタル履行行為ハ根本タル債權行為自  
身ノ當然ノ效果ニアラザルヲ以テ解除ノ爲メ當然ニ  
其效力ヲ害セラルルモノニアラズ。唯其履行ニ依リ  
テ給付セラレタルモノハ解除ノ結果債權債務消滅ス  
ルガ爲メ法律上正當ノ原因ナクシテ給付セラレタ  
ルコトトナリ、其結果不當利得返還ノ原理ニ基キテ  
之ヲ債務者ニ返還セザルベカラザルニ至ルモノト  
ス。

然レドモ民法ハ此場合ニ於ケル不當利得返還ノ範  
圍ニ付キテハ不當利得ニ關スル一般原則(七〇三以  
下)ヲ適用セズシテ特ニ別段ノ規定ヲ設ケタリ(五四  
五)。以下本條ノ規定及ビ解除ノ性質ヲ基礎トシテ返

還義務ノ範圍ヲ説明スベシ。

履行前ノ債務ニ對スル效果

一 未ダ履行セラレザル債務ハ解除ニ因リテ當然消滅ス<sup>1)</sup>。從ヒテ此點ニ付キテハ特ニ不當利得返還ノ問題ヲ生ズルコトナシ。

履行後ノ債務ニ對スル效果

二 既ニ履行セラレタル債務モ亦遡及的ニ消滅スルガ故ニ其以前ニ爲サレタル履行ハ其法律上ノ原因ヲ失フコトトナルベク、從ヒテ履行ヲ受ケタル當事者ハ之ヲ返還シテ相手方ヲ原狀ニ復セザルベカラズ(五四五)。

第五四五條

一 給付ノ返還

一) 債權者ハ其受ケタル給付ヲ返還スルコトヲ要ス。

給付ガ權利ノ移轉ナル場合

1) 給付ノ内容ガ權利ノ移轉ナルトキハ債權者ハ更ニ之ヲ債務者ニ移轉スベキ行爲ヲ爲サザルベカラズ。從來吾國ノ通說ニ依レバ契約ノ目的物ガ特定

1) (一)故ニ契約上ノ債務ノ爲メニ設定セラレタル擔保ハ當然ニ消滅スルヲ原則トスベシ。然レドモ其債務ガ既ニ不履行ノ爲メ損害賠償債務ニ變ジ居タルトキハ解除ノ爲メ消滅スルニ至ラザルコト後ニ述ブルガ如クナルヲ以テ擔保モ亦其範圍ニ於テ存續スルモノト云ハザルベカラズ(橫田氏志林一〇四48一同說)。(二)違約金契約モ亦別段ノ意思表示ナキ限り契約ノ解除ニ因リテ消滅スベシ。蓋シ其確保スル主タル債權遡及的ニ消滅スレバナリ。然レドモ§545IIIニ依レバ解除ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ゲザルモノナルガ故ニ違約金ガ損害賠償額ノ豫定タル性質ヲ有スル場合ニ於テ若シ其豫定ガ解除ノ場合ニ於ケル損害額ヲ豫定セルモノナルトキハ解除ト同時ニ之ヲ請求スルヲ妨グズ。反之解除ヲ爲サザル場合ノ損害額ヲ豫定セルニ過ギザルトキハ解除ト同時ニ之ヲ請求スルヲ得ズ但シ此場合ト雖モ通常ノ原則ニ從ヒテ損害賠償ヲ請求シ得ベキコト素ヨリ也。反對東京地三・一一・二五新聞九九三(履行不能ノ場合ニ付キテ違約金ヲ約シタルトキハ解除ト同時ニ之ヲ請求スルヲ得)。

物ナルトキハ其權利ハ當然債務者ニ復歸スルモノニシテ特ニ再移轉ノ行爲ヲ要セズト説ケルモ<sup>2)</sup>、解除ハ原因行爲タル債權契約夫レ自身ヲ消滅セシムルモノタルニ過ギザルコト上述ノ如ク、而シテ又吾民法上佛蘭西民法(一一三八)ニ於ケルガ如ク特定物移轉ノ債務アルトキハ之ニ因リテ當然物權ノ移轉ヲ生ズトノ原則存在セザルコト明カナルガ故ニ吾人ハ素ヨリ通說ヲ認ムルコト能ハズ。但シ當事者債務ノ履行ヲ爲スニ當リ契約解除セラレタルトキハ法律上當然ニ權利復歸スベキコトヲ特約セルトキハ其特約ノ有效ナルコト素ヨリ也。

然ラバ債權者ガ給付セラレタル物ヲ滅失セシメ又ハ更ニ他人ニ轉讓シタル等ノ原因ニ因リテ原形ノママ返還スルコト能ハザルトキハ如何ナル結果ヲ生ズベキカ。(一)目的物ガ代替物ナルトキハ初メニ給付セラレタル物夫レ自身ヲ返還スルヲ要セズシテ同種同等ノ代替物ヲ以テ返還ヲ爲スベシ。(二)反之不代替物ナルトキハ原物返還ノ方法ナキガ故ニ解除ノ當時ニ於ケル價格ヲ返還セザルベカラズ。蓋シ本來原物ヲ返還スルニ依リテノミ原狀回復ノ目的ヲ達シ得ルモノナレバ原物返還不能ナル場合ニ於テハ原物ニ

原物返還不能ノ場合ハ如何

2) 橫田氏法曹一八 九 1一、同氏各論 197一、牧野氏志林 一六五 79一、大審四一・七・八民錄一四 859、東控四二・一一・一三判例彙報五 276、東控四二・七・六判例彙報五 157、長控四三・一〇・一二新聞六七八等。

代ハルベキモノ即チ其物ノ現在ノ價格ヲ返還セザルベカラザルコト明カナレバ也。而シテ此場合ニ於ケル返還ハ不當利得返還ノ性質ヲ有スルモノナレバ原物返還ヲ爲シ得ザルニ至レル原因ノ如何ハ毫モ返還義務ノ有無及ビ範圍ニ關係ナキモノトス。然ルニ學者或ハ此點ニ反對シテ右ノ價格賠償義務ハ原物返還ノ不能ガ契約ノ履行トシテ其物ヲ受領シタル者(即チ解除ノ結果返還義務者トナルベキ者)ノ責ニ歸スベキ事由ニ基因スル場合ニノミ發生スベシト説ク者アリト雖モ、(イ)解除ニ因ル原狀回復義務ハ不當利得ノ性質ヲ有スルコト既ニ上述ノ如ク而シテ此場合ニ於テハ返還義務ノ範圍ニ付キ第七〇三條、第七〇四條ニ於ケルガ如キ何等ノ制限ナキガ故ニ苟モ履行ノ爲メニ得タル利益ハ其現存スルト否トヲ問ハズ又現存セザルニ至レル原因ノ如何ヲ問ハズシテ返還スルコトヲ要スルモノト解セザルベカラズ、(ロ)而シテ又實際上ノ結果ヨリ云フモ若シ右ノ結果ヲ認ムベシトセバ例ヘバ原物返還ノ不能ガ第三者ノ不法行爲ニ基因スルガ如キ場合ニ於テ返還義務者ハ一方ニ於テ損害賠償ヲ請求スル權利ヲ有スルニ拘ハラズ自己ノ返還義務ヲ免ルルノ結果トナルベク、加之雙務契

異説及其批評

3) 石坂氏民法三 六 2314、喜蔭氏前掲 18-1、横田氏各論192,195。

約ニアリテハ更ニ又自己ノ爲シタル反對給付ノ返還ヲ請求シ得ルガ故ニ其結果頗ル不公平ナリト云ハザルベカラズ。(ハ)尙第一九一條ハ占有ヲ爲スノ權利ナキ占有者ニノミ適用セラルベキ規定ニシテ解除ハ毫モ物權的迦及效ヲ有スルモノニアラザルガ故ニ同條ヲ此場合ニ適用スルヲ得ズ。(ニ)尤モ一度解除アリタルトキハ返還債務發生スルガ故ニ其後ニ至リテ原物返還ノ不能ヲ生ズルトキハ履行不能ニ關スル一般原則(四一五後段)ニ依リテ損害賠償ノ問題ヲ生ズレドモ解除以前ニアリテハ未ダ斯ル債務存在セザルガ故ニ問題ハ全然別箇ニシテ混同スルヲ許サズ。

ロ) 給付ノ内容ガ勞務又ハ物ノ使用ナルトキハ其給付セラレタル當時ノ客觀的相場ヲ標準トシテ定メラレタル評價額ヲ金錢ニテ償還スベシ。

給付ガ勞務又ハ物ノ使用ナル場合

二) 給付セラレタル物ガ(一)果實ヲ生ジタルトキハ之ヲ返還スベク又若シ現存セザルトキハ其價格ヲ償還セザルベカラズ。蓋シ(イ)果實ノ取得モ亦之ヲ不當ノ利得ト云ハザルベカラザルノミナラズ(ロ)利息ノ償還ヲ命ジタル第五四五條第二項ノ規定トノ權衡及ビ(ハ)同ジク解除ノ性質ヲ有スル買戻ノ場合ニ付キ果實ノ返還ヲ認メタル第五七九條但書ノ規定トノ比較ヨリ云フモ果實返還ノ義務アリト解スルヲ正

二 給付ノ増加物ノ返還

果實

當トスベケレバ也。尙此場合ニ付キテモ占有ニ關スル第一八九條、第一九〇條ヲ適用スルヲ得ズ。蓋シ此等ノ規定ハ占有ヲ爲スノ權利ナキ占有者ニノミ關スルモノナレバ也。(二)次ニ又給付セラレタル物が金銭ナルトキハ其返還義務者ハ「其受領シタル時ヨリ利息ヲ附スルコトヲ要ス」ルガ故ニ(五四五<sup>3a)</sup>、其實際之ヲ利用シテ利息ヲ取得シタルト否トヲ問ハズ法定利率年五分(四〇四)ノ利息ヲ支拂フコトヲ要ス。(三)尙同様ノ理由ニヨリ給付受領者ガ返還ニ至ルマデノ間給付セラレタル物ヲ利用スルニ由リテ得タル利益モ亦之ヲ返還セザルベカラズ<sup>3a)</sup>。

利息

使用利益

三 費用ノ償還

三) 尙以上ト反對ニ給付ノ目的物ヲ返還スベキ者が其物ヲ保存スルガ爲メ費用ヲ出シタルトキハ相手方ニ對シテ之ガ償還ヲ請求スルコトヲ得ベシ。蓋シ保存費ハ原物返還ヲ可能ナラシムルニ必要ナル手段ナレバナリ。尙改良費ヲ支出セルトキハ之ニ因リテ生ジタル原物ノ増價額ノ償還ヲ請求シ得ルト同時ニ改良費中特ニ保存ニ必要ナリシ部分ノ償還ヲ請求シ得ベシ<sup>4)</sup>。蓋シ若シ前者ノ償還ヲ要セズトセバ返還請求權者ハ反ツテ原狀回復以上ニ利益ヲ取得スルノ結果トナルベク又後者ハ原物返還ヲ可能ナラシムル

3a) 反對梅氏要義三 454。

4) 石坂氏民法三 六 2314ハ改良費モ亦其全部ノ償還ヲ請求シ得ベシト云ヘリ。

ニ必要ナル手段ナレバナリ。而シテ此場合ニモ占有ニ關スル第一九六條ヲ適用スルヲ得ズ<sup>5)</sup>。

四) 解除アルトキハ以上ノ如キ種々ナル債務ヲ生ズ。而シテ當事者雙方共ニ此種ノ債務ヲ負擔セル場合ニ於テ當事者ノ一方ノミヲシテ先ヅ履行ヲ爲サシムルハ公平ニアラザルガ故ニ民法ハ第五三三條ノ準用ニ依リテ當事者相互間ニ同時履行ノ抗辯權ヲ認メタリ(五四六)。但シ本條ハ雙方ノ債務ハ雙務契約ニ因リテ發生シタルモノナリトノ擬制ヲ認メントスルモノニアラザルガ故ニ本條ヲ基礎トシテ第五三四條以下ノ諸規定ヲ準用シ得ザルコト勿論也。

同時履行ノ抗辯(第五四六條)

三 以上ニ論ジタルガ如ク解除ハ獨リ債權契約ヲ除去スルモノニシテ當然ニ履行行爲ヲモ除去スルモノニアラザルヲ以テ第三者ニ對シテハ何等ノ影響ヲ及ボスコトナシ。是レ即チ第五四五條第一項但書ニ於テ「但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ズ」ト規定スル所以ニシテ素ヨリ當然ノコトニ屬ス。

解除ノ效果ハ第三者ニ及ボズ

第五四五條第一項但書

茲ニ所謂「第三者」ノ意義ニ付キテハ從來學者間ニ異論アリ。學者或ハ之ヲ最モ廣義ニ解シ包括承繼人ヲ除クノ外總テ當該ノ契約ニ干與セザル者ヲ包含スルモノナリト説ケリト雖モ、(イ)包括承繼人ハ勿

第三者ノ意義

5) 反對喜頭氏前掲 29。

論(口)包括承繼ノ方法ニ依ラズシテ契約當事者ヨリ債權ヲ讓受ケタル者ハ其債權ニ付テハ讓渡ヲ爲シタル當事者ノ地位ニ代ハルベキモノナルヲ以テ尙ホ之ヲ第三者ノ觀念中ヨリ除外スルヲ正當トスヘシ<sup>6)</sup>。

(ハ)又第三者ノ爲メニスル契約ニ因リテ債權ヲ得タル第三者モ亦縱令契約自身ニ干與セズト雖モ之ニ因リ直接債權ヲ取得スルノ點ニ於テ普通ノ契約ニ於ケル當事者ト何等擇ブベキ所ナシ、從ヒテ是レ亦本條ニ所謂第三者中ニ加フベキモノニアラズ。(ニ)尙ホ契約上ノ債權ヲ直接物體トスル物權例ヘバ債權質ハ解除ニ因リテ當然ニ其物體ヲ喪失スルモノナレバ若シ此種ノ權利者ヲモ亦第三者ナリトシ之ニ第五四五條第一項但書ノ規定ヲ適用スベシトセバ結局解除夫レ自身ヲ爲スコト能ハザルノ結果トナリテ本規定ノ規律セントスル目的ノ範圍ヲ逸脱スルコトトナルベシ、故ニ之レ亦第三者ノ中ヨリ除外スルヲ要ス。此等ノ者ハ契約上ノ債權其物ヲ承繼シ又ハ直接其債權ヲ物體トスル權利ヲ取得セル者ナレバ契約ノ解除ニ因リテ債權消滅スルトキハ此等ノ者亦其權利ヲ失フ

6) 同說石坂氏志林—三 三 38、岡松氏新報—九 三 74—、殊ニ83—、大審四二・五・一四民錄—五 491。反對梅氏志林—二 三 1—(前掲判決ニ對スル批評)。

ベキハ當然ナリ。故ニ結局本條ニ所謂「第三者」トハ契約上ノ債務ノ履行トシテ給付セラレタル物ニ付キ權利ヲ取得シタル者例ヘバ其物ノ所有權ノ轉得者、其物ニ付キ新ニ制限物權ノ設定ヲ受ケタル者等ヲ云フモノトス。尙ホ又契約ニ依リテ給付セラレタル物ニ付キ之ガ給付ヲ目的トスル單純ナル債權ヲ取得セル者ハ解除ノ結果發生スル返還請求權ノ權利者ニ對シ共ニ單純ナル債權者トシテ同一順位ニ立ツニ過ギザルヲ以テ解除ニ依リテ其權利ヲ害セラレルコト事實上之レアラズ。故ニ是レ亦本條ニ所謂「第三者」ノ中ニ加フベキ者ニアラズ。從ヒテ本規定ヲ利用シテ之レニ優先權ヲ認ムルコトヲ得ズ。

四 尙ホ終ニ解除ハ上述ノ如ク始メヨリ契約ナカリシト同一ノ状態ヲ發生セシメ之ニ因リ契約上ノ凡テノ效果ヲ終局的ニ除去スルモノナレバ一旦解除ヲ爲シタル後再ビ之ヲ撤回シテ舊契約ヲ蘇生セシムルコト能ハズ(五四〇<sup>II</sup>)。當事者間ノ契約ヲ以テスルモ同一内容ノ新契約ヲ締結シ得ルニ過ギズ。但シ未ダ相手方ニ到達セズ從ヒテ未ダ效力ヲ生ゼザル間ニ之ヲ撤回シ得ルハ勿論無能力、意思ノ欠缺等ヲ理由トシテ之ヲ取消シ得ルハ素ヨリ明ナリ。

解除ハ撤回ヲ許サズ

第五四〇條第二項

解除ト損害賠償

## 第二 解除ト債務不履行ヲ理由トスル賠償義務トノ關係

解除ハ契約ヲシテ遡及的ニ消滅セシムルモノナルガ故ニ純理上ヨリ云ヘバ其契約ニ因リテ發生セル債務ノ不履行ヲ理由トスル損害賠償ハ解除ト同時ニ之ヲ請求シ得ザルモノト云ハザルベカラズ。蓋シ債務不履行ニ因ル賠償義務ハ本來ノ債務ノ變形又ハ擴張タルニ過ギザルガ故ニ本來ノ債務遡及的ニ消滅シタル場合ニ於テハ賠償義務モ亦當然消滅セザルベカラザルヲ以テ也。從來ノ立法例中此理論ヲ以テ一貫セルモノハ實ニ獨逸民法ナリ(三二五、三二六)。

然レドモ解除ハ單ニ契約締結前ノ状態ヲ回復セシムルモノタルニ過ギザルガ故ニ契約締結以後特ニ債務不履行ノ爲メニ生ジタル損害ハ過失者タル債務者ノ負擔ニ歸セズシテ反ツテ債權者之ヲ負擔セザルベカラザルノ結果トナルベク、從ヒテ右ノ純理ノミヲ以テ一貫スルトキハ實際上充分ニ債權者ヲ保護スルコト能ハザルベシ。故ニ一方ニ於テ解除ヲ許スト同時ニ特ニ不履行ノ爲メニ生ジタル損害ノミハ尙之ガ賠償ヲ請求シ得ルモノトスルハ實際上公平ナリ。獨逸民法ニ於ケルガ如ク債權者ニ強フルニ損害賠償ヲ請求スルカ又ハ賠償ヲ斷念シテ契約ヲ解除スルカノ一途ヲ擇ブベキコトヲ以テスルハ徒ラニ理論ニ拘泥

シテ不必要ニ債權者ノ利益ヲ束縛スルモノト云ハザルベカラズ<sup>6a)</sup>。此故ニ佛蘭西民法(一一八四<sup>11)</sup>、伊太利民法(一一六五)等ハ皆解除ト同時ニ不履行ヲ理由トスル損害賠償ヲ請求スルコトヲ認メタリ。

以上ノ二主義中吾民法ハ佛法主義ヲ採用セルモノニシテ其意ヲ明カニスルガ爲メ「解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ゲズ」(五四五<sup>12)</sup>トノ規定ヲ設ケタリ。

## 一 賠償請求權ノ性質

本規定ハ債務不履行ヲ原因トシテ賠償請求權發生セル後ニ至リテ契約解除セラルルモノ之ガ爲メ其賠償請求權ノ消滅ヲ來サザルコトヲ規定セルモノナリ。

故ニ本條ニ所謂「損害賠償」ハ佛法ニ於ケルト同様債務不履行ニ因ル損害賠償タル性質ヲ有スルモノト解セザルベカラズ。是レ實ニ吾國現時ノ通説ナリ<sup>7)</sup>。

其理由次ノ如シ。

一) 積極的理由 (1) 本規定ノ文字ガ單ニ消極的ニ「解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ゲズ」ト云ヘルニ過ギザルヨリ見レバ本規定ハ積極的ニ損害賠償ノ原因ヲ規定セルモノニアラズシテ單ニ他ノ

6a) Kohler, BR. II, 1 251—252 參照。

7) 同說梅氏要義三 454、横田氏各論 204—、岡松氏内外五 四 149—(但シ氏ハ新報一六 四 41—43 ニテハ消極的契約利益 negativum Vertragsinteresse ヲ請求シ得ルニ過ギズト云ヘリ)、竹田氏京法三 二 103、高木氏新聞一—六七乃至一—七〇。

第五四五條第三項

本規定ニ所謂損害賠償ノ性質



原因ニ因リテ發生セル賠償請求權ハ解除ノ爲メ其行使ヲ妨ゲラルルコトナキ旨ヲ規定セルニ過ギズト解スルヲ穩當トス。(□)契約解除ト同時ニ不履行ヲ理由トスル賠償請求ヲ許スコトハ立法上先例少カラザルノミナラズ學者モ亦之ヲ唱ヘタルモノ少カラズ<sup>8)</sup>。(ハ)債務不履行ノ爲メ實際債權者ノ蒙リタル損害ハ契約ヲ解除スルモ之ガ爲メ消滅ヲ來スモノニアラズ、從ヒテ解除ト同時ニ之ガ賠償ヲ請求スルコトヲ許スハ債權者保護ノ上ニ於テ適當ノ施設ト云フベク、而シテ其損害ハ債務不履行ヲ原因トスルモノナレバ之ガ賠償請求權ハ又債務不履行ヲ原因トスルモノナリト解スルヲ要ス。

二) 消極的理由 然ルニ學者ニヨリテハ以上ト正反對ニ本規定ニ所謂「損害賠償」ハ解除ヲ原因トスル特別ノ損害賠償ニシテ債務不履行上ノ損害賠償ニアラズト主張スル者アルガ故ニ<sup>9)</sup>、以下其理由トスル所ヲ列挙シテ之ニ反駁ヲ加ヘ以テ如上ノ議論ノ消極的理由ト爲スベシ。(イ)反對論者曰ク「債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ル履行不能ノ場合ニ於テハ債權者ハ履行ニ代ハル全部ノ損害賠償ヲ請求シ得ルモノナレバ若シ履行不能ヲ理由トシテ雙務契約ヲ解除

8) 此點ニ付キテハ岡松氏前掲 150—151、高木氏前掲一—六七 10—参照。

9) 石坂氏民法三 六 2332—。

シタル場合(五四三)ニ同時ニ右ノ賠償請求ヲ許スベシトセバ債權者ハ一方ニ於テ自己ノ反對債務ヲ免ルルト同時ニ債務者ニ對シテ其本來ノ履行ト同一ノ價值アル損害賠償ヲ請求シ得ルコトトナリテ二重ノ利得ヲ取得スルコトトナルベシ」ト。然レドモ元來損害賠償ハ實際被害者ノ蒙リタル損害ヲ填補スルコトヲ目的トスルモノナリ、而シテ契約解除以前ニアリテハ債權者ガ履行不能ノ爲メ蒙リタル損害額ハ若シ完全ニ履行アリタリトセバ債權者ノ受ケタルベキ全利益額ナレドモ、一旦契約解除セララルルトキハ從來自己ノ反對債務ヲ履行スルニ依リテノミ右ノ全利益額ヲ請求シ得タルニ過ギザル債權者ハ以後自己ノ反對債務ヲ免ルルガ故ニ其實際蒙リタル損害ハ右ノ全利益額ヨリ自己ノ反對債務額ヲ控除シタル殘額ニ過ギザルコトトナルベシ。故ニ解除ト同時ニ賠償請求ヲ許スモ毫モ所論ノ如キ不當ノ結果ヲ生ズルコトナシ。然ルニ反對論者ハ之ニ對シテ更ニ二個ノ反對理由ヲ主張セリ。(1)曰ク「若シ損害賠償トシテ殘額ノミヲ請求スルコトヲ得ルモノト爲ストキハ差額説<sup>10)</sup>ト同ジク損害賠償ハ債務ノ不履行ニ因リテ發生セル損害ノ賠償ヲ云フニアラズシテ全契約ノ不履行ニ因リテ生ゼル損害ノ賠償ヲ云フノ結果トナリ畢竟

10) Differenztheorie (178頁参照)

債権者ヲ保護スルニハ損害賠償債権ノミヲ認ムルヲ以テ足り解除權ヲ認ムルノ必要ナキニ至ルベシト。然レドモ吾人ガ差額說ヲ採ラザルハ一方ノ債務ガ履行不能ノ爲メ賠償債務トナルモ之ガ爲メ同時ニ債権者ノ反對債務ガ消滅スルノ理由ヲ見出スコト能ハザルガ爲メナリ。然ルニ此結果ハ場合ニヨリ債権者ニトリテ不利益ナルガ故ニ法律ハ特ニ債権者ニ與フルニ解除ニ依リテ自己ノ反對債務ヲ免ルルノ方法ヲ以テセルモノナリ。果シテ然ラバ之ガ爲メ差額說ノ主張ト同一ノ結果ヲ生ズルハ寧ロ當然ニシテ毫モ怪ムニ足ラズ。(2)然ルニ又曰ク「債権者ガ反對給付ヲ留保スルコトヲ得ルハ契約ヲ解除セル結果ナルガ故ニ殘額ノ賠償ハ不履行ニ因ル損害賠償ニアラズシテ寧ロ解除ノ結果トシテ發生スル損害賠償ト爲サザルベカラズ」ト。然レドモ解除ハ單ニ債権者ノ蒙リタル損害ヲ減少セシムルノ原因タルニ過ギズ、從ヒテ殘額ノ賠償請求權ハ單ニ從來ノ不履行ヲ理由トスル賠償請求權ガ其範圍ヲ縮少セルモノタルニ過ギズシテ之ガ爲メ賠償請求權夫レ自身ガ新ニ解除ヲ原因トシテ發生スルモノナリト解スルハ正當ニアラズ<sup>11)</sup>。(□)次ニ又反對論者ハ曰ク「第五四五條ハ廣

11) 高木氏前掲一六八 8—9 同説。

ク凡テノ解除ノ場合ニ適用セラルルモノナレバ同條第三項ノ規定ニ限リテ特ニ債務不履行ヲ理由トスル解除ノ場合ニノミ適用アルモノトスルハ正當ニアラズ」ト。然レドモ同條ガ解除ノ凡テノ場合ニ適用セラルベキコトハ之ガ爲メ直ニ同條第三項モ亦解除ノ凡テノ場合ニ適用セラルベシトノ結論ヲ生ゼシムルモノニアラズシテ其ノコト夫レ自身既ニ疑問タルナリ。而シテ既ニ積極的理由トシテ上述シタルガ如ク、同項ガ單ニ消極的ナル形式ヲ有スルニ過ギザルコトヨリ考フレバ、同項ノ目的ハ本來解除ハ契約上ノ債務ノ遡及的消滅ヲ來スモノナレバ其債務ノ存在ヲ前提トスル請求ハ凡テ之ヲ許サザルベキ筈ナレドモ既ニ其債務ノ不履行ヨリ生ジタル損害アルトキハソレノミハ尙之ガ賠償ヲ請求スルコトヲ妨ゲザルノ主旨ナリト解スルヲ穩當トスベク、單ニ法文ノ文字ノ廣汎ナルコトノミニ拘泥シテ反對論ヲ爲スハ正當ニアラズ。(ハ)尙以上ノ外反對論者ハ法典上ニ根據ヲ求メテ(1)或ハ解除ト同時ニ賠償請求ヲ爲シ得ザルコトヲ規定セル第五五七條第三項、第六二一條、第六三一條、第六四二條第二項等ノ反對解釋ニ依リ解除ノ場合ニハ縱令債務不履行存在セズト雖モ尙賠償請求權發生スルヲ原則トスルモノト解セザルベ

カラズト説ケルモ、此等ノ規定ハ或ハ生ズベキ疑惑ヲ避クルガ爲メ設ケラレタル注意規定ナリト解スルノ餘地アルガ故ニ直ニ之ニ基キテ反對解釋ヲ爲スハ穩當ニアラズ。(2) 又或ハ解除ヲ理由トシテ賠償請求ヲ爲シ得ベキコトヲ認メタル第六二八條、第五六二條第一項、第六四一條等ノ規定ヲ理由トシテ民法ガ解除其モノヲ原因トスル賠償請求ヲ認メタルノ例證ト爲セルモ、此等ノ規定ハ單純ナル解除ヲ理由トシテ發生スル賠償請求權ヲ認メタルモノニアラズシテ、或ハ相手方ノ過失ヲ理由トシテ之ヲ認メ(六二八) 又或ハ解除ヲ爲スノ條件トシテ損害賠償ヲ爲スベキコトヲ命ジタルニ過ギズ(五六二、六四一)、假リニ一步ヲ讓リテ此等ノ規定ニ於ケル賠償請求ハ解除其モノヲ理由トスルモノナリトスルモ之ガ爲メ原則規定タル第五四五條第三項ノ賠償請求亦同一ノ性質ヲ有スルモノト解セザルベカラザルノ理ナシ。(3) 尙又或ハ第五六一條、第五六三條第三項、第五六五條、第五六七條第三項等ニ於ケル解除ト共ニスル損害賠償ガ債務不履行ヲ理由トスルモノニアラザルコトヲ理由トシテ民法上解除夫レ自身ヲ理由トスル損害賠償ノ存在スルコトヲ主張セルモ、之ガ爲メ直ニ第五四五條第三項ノ損害賠償亦同一性質ヲ

有ストノ結論ヲ發生セシメザルノミナラズ、若シ假リニ然リトセバ此等第五六一條以下ノ諸規定ハ反リテ蛇足ヲ添ヘタル無用ノ規定タルニ至ルベシ。(二) 尙以上ノ外第五四五條第三項ハ唯單純ニ損害賠償ノ請求ヲ妨ゲザルコトヲ規定セルニ過ギザルガ故ニ本條ニ所謂「損害賠償」ニシテ若シ反對論者ノ主張スルガ如ク解除其モノヲ原因トスルモノトセバ、解除ノ結果損害ヲ蒙リタル者ハ相手方ニ何等カノ歸責事由アリヤ否ヤ等ヲ問ハズシテ之ガ賠償ヲ請求シ得ルコトトナリテ、過失ナクンバ責任ナキコトヲ原則トスル民法ノ解釋上其結果頗ル不當ナリト云ハザルベカラズ。

## 二 損害賠償ノ範圍

損害賠償ノ範圍

第五四五條第三項ニ依ル賠償請求權ノ性質既ニ上述ノ如シトセバ其賠償請求ノ範圍ハ(一)片務契約ニアリテハ履行ナキガ爲メニ生ジタル全部ノ損害額ナリト云フベク、(二)反之雙務契約ニアリテハ右ノ全損害額ヨリ債權者ノ反對給付額ヲ控除シタル殘額即チ特ニ不履行ヲ原因トシテ發生シタル純損害ナリト云ハザルベカラズ<sup>12)</sup>。蓋シ債權者ハ元來自己ノ反對

12) 岡松氏前掲 151 同説。

債務ヲ履行スルニ依リテノミ全損害額ノ賠償ヲ請求シ得ルニ過ギザルモノナレバナリ。

第四款 解除權ノ消滅

一旦發生セル解除權ハ種種ナル原因ニ因リテ消滅ス。其中主ナルモノ次ノ如シ。

消滅時効

一 消滅時効(一六七<sup>1)</sup>)

最近大審院ハ解除權ハ債權ト同一視スベキモノナレバ之ガ消滅時効ハ債權ニ關スル短期時効ノ規定(一六七<sup>1</sup>、商二八五)ニ依ルベキモノナリトノ判決ヲ爲セルモ<sup>1)</sup>、解除權ハ形成權ニシテ債權ニアラザルガ故ニ特別ノ規定ナキ限リ債權以外ノ權利ニ關スル第一六七條第二項ニ依ルベキモノト解スルヲ正當ナリト信ズ<sup>2)</sup>。

拋棄

二 拋棄

解除權者ハ一方的意思表示ヲ以テ解除權ヲ拋棄スルコトヲ得<sup>3)</sup>。而シテ其意思表示ハ契約ノ相手方ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス。學者或ハ相手方ニ對ス

1) 大審五・五・一〇民錄二二 936(反對批評松木氏法條三四一一 157、竹田氏京法一ニ 79)。

2) 民法ガ形成權ノ行使ニ付キテモ屢々「請求」ナル文字ヲ使用セルノ例アルコトヨリ考フレバ(§§ 276, 420<sup>II</sup>, 535<sup>III</sup>, 563<sup>I</sup>等)立法者ハ或ハ形成權ヲ以テ債權ノ一種ナリト考ヘタルモノト云フヲ得ルガ如シ。然レドモ權利ノ性質ガ債權ニアラザルコト明白ナルニ拘ハラズ單ニ此薄弱ナル理由ヲ以テ法文ノ文字ヲ無視スルハ穩當ニアラズ。

3) 獨逸ノ通説ハ契約ニ依ルコトヲ要スト云ヘリ(Staudinger-Kuhlen-

ル意思表示ニ依ルヲ要セズトノ論ヲ爲ス者アリト雖モ<sup>4)</sup>、民法ガ解除權ノ行使ニ付キ相手方ニ對スル意思表示ニ依ルベキコトヲ要求セルコト(五四〇<sup>1)</sup>)及ビ同ジク形成權タル取消權ノ拋棄(追認)ニ付キ相手方ニ對スル意思表示ニ依ルベキコトヲ要求セルコト(一二三)等ヨリ考フレバ解除權ノ拋棄モ亦相手方ニ對スル意思表示ニ依ルコトヲ要スルモノト解スルヲ穩當トス。

三 存續期間ノ空過

存續期間ノ空過

契約當事者ハ解除權ニ付キ其存續期間ヲ定ムルコトヲ得ベシ。此場合ニ於テハ其期間内ニ解除ヲ爲サザルトキハ解除權消滅スベシ。尙ホ當事者ガ特ニ存續期間ヲ定メザル場合ト雖モ之ガ爲メ相手方ヲシテ長ク解除セラルルヤ否ヤ不明確ナル地位ニ立タシムルハ餘リニ酷ニ失スルヲ以テ民法ハ特ニ明文ヲ設ケテ此場合ニハ「相手方ハ解除權ヲ有スル者ニ對シ相當ノ期間ヲ定メ其期間内ニ解除ヲ爲スヤ否ヤヲ確答スベキ旨ヲ催告スルコトヲ得、若シ其期間内ニ解除ノ通知ヲ受ケザルトキハ解除權ハ消滅ス」(五四七)ベキ旨ヲ定メタリ。

第五四七條

beck 2 342; Planck-Siber §355,2等)。吾民法上形成權ノ拋棄ハ單獨行爲ニテ之ヲ爲シ得ルヲ原則トス。

4) 石坂氏民法 三六 2345。

目的物ノ  
毀損又ハ  
返還不能  
(第五四  
八條第一  
項)

四 「解除權ヲ有スル者ガ自己ノ行爲又ハ過失ニ因リテ著シク契約ノ目的物ヲ毀損シ若ハ之ヲ返還スルコト能ハザルニ至リタルトキ」(五四八<sup>1)</sup>)

1) 茲ニ「解除權ヲ有スル者」トハ必ズシモ現實ニ解除權ヲ有スル者ノミヲ意味スルニアラズシテ將來取得スルコトアルベキ者ヲモ包含ス。例ヘバ契約ニ依リテ或特定物ノ給付ヲ受ケタル當事者ガ未ダ約定解除權ノ發生セザルニ先立チテ其物ヲ滅失セシメタルトキハ其者ハ未ダ實際上解除權ヲ有スル者ニアラズト雖モ尙ホ本條ノ適用ヲ受ケルモノト解スルヲ正當トスベシ。何トナレバ此種ノ者ト雖モ毫モ之ヲ實際上解除權ヲ有スル者ト區別スベキ理由存在セザルヲ以テナリ。從ヒテ此點ニ於テハ本條ニ所謂「解除權ハ消滅ス」ノ文字ハ解除權發生セズノ意ナリト解セザルベカラズ。

2) 又茲ニ「自己ノ行爲又ハ過失」ト云フハ用語穩當ヲ缺キテ殆ト其意ヲ爲サズ。蓋シ行爲ニシテ故意ニ依ルモノアリ然ラザルモノアリ、又過失ニ基クモノアリ然ラザルモノアリ得ベキヲ以テナリ。此故ニ學者(一)或ハ之ヲ解シテ「故意又ハ過失」ノ意ナリトシ<sup>5)</sup>、(二)又或ハ行爲トハ「任意ノ行爲」ヲ意味シ其行爲ノ適法ナルト有責違法ナルトヲ問ハザ

ルモノナリト解ス<sup>6)</sup>。惟フニ法律ガ廣ク行爲ト云フ以上之ヲ單ニ故意又ハ故意ニ因ル行爲トノミ解スルハ正當ニアラザルガ如キモ、若シ其「行爲」ニシテ故意過失ノ有無如何ヲ問ハザルモノナリト解スベシトセバ法律ガ之ト對稱スルニ特ニ「過失」ノ語ヲ以テシタルノ主旨ヲ解スルコト能ハザルベシ<sup>7)</sup>。故ニ寧ロ前說ト同ジク茲ニ「行爲」トハ故意又ハ故意ニ因ル行爲ノ意ナリト解スルヲ正當トスベシ<sup>8)</sup>。

3) 而シテ此「行爲又ハ過失」ニ依リテ爲サレタル行爲ガ契約ノ目的物即チ契約ニ基キテ給付セラ

5) 岡松氏理由三 517。

6) 横田氏各論 209、石坂氏民法三 六 2350。

7) 石坂氏ハ此矛盾ヲ避クルガ爲メ本條ニ所謂「過失」トハ解除權者ガ解除權ヲ有スルコト又ハ之ヲ有スルニ至ルベキコトヲ知リ又ハ知ルコトヲ得ベカリシコトヲ云フモノナリト云ヘルモ民法上過失ノ文字ヲ惡意又ハ過失ニ依ル善意ノ意味ニ使用シタルノ例ナキノミナラズ<sup>5)</sup> 548 中「自己ノ行爲又ハ過失ニ因リテ」ノ文字ハ毀損シ云々ニカカルモノナレバ吾民法ニ於ケル通常ノ用例ト同様「注意ヲ缺キタルコト」ヲ意味スルモノナリト解スルヲ穩當トス。

8) 石坂氏ハ反對說ヲ支持スル爲メ佛法ノ下ニ於ケル少數說タル *Duranton* 12 No. 95 及ビ *Zachariae-Crome* 2 § 298 Anm. 4 (*Bondry-Lacantinerie et Barde* 2 No. 1465 ヲモ引用セラルレドモ恐ラクハ誤ナラン) ノ學說ヲ引用セラルレドモ通說ハ寧ロ「行爲又ハ過失 *fait ou faute, fait ou négligence*」ノ文字ヲ解シテ作爲ニ依ル過失 *fautes par commission* 又ハ不作爲ニ依ル過失 *fautes par omission* ノ意ナリト爲セリ(尙吾舊民財 §371 ニ於ケル「所爲又ハ懈怠」ノ文字亦同様ニ解セラレルヲ常トス)。而シテ主觀的事由タル過失ト客觀的事實タル行爲ノ觀念トヲ充分分離セザル佛法ノ下ニ於テハ作爲ハ即チ故意ニ依ル行爲ニシテ過失ハ不作爲ナリト觀念セラルルヲ通例トセルヨリ考フレバ(例ヘバ *Flanjolet* 2 No. 650 ニ於ケル *fait* 及ビ *faute* ニ關スル說明參照) 民法 §548 ニ於ケル「行爲又ハ過失」ノ文字ハ佛法ニ於ケル用語トノ對照ヨリ云フモ寧ロ「故意又ハ過失ニ依ル行爲(不作爲ヲモ包含ス)」ノ意ナリト解スルヲ正當トス。尙佛民 Art. 1383 ニ於ケル行

レタル物ヲ著シク毀損シタルトキ又ハ例ヘバ他人ニ讓渡シ又ハ滅失若クハ紛失セシメタル等ノ理由ニ因リテ舊主ニ返還スルコト能ハザルニ至リタルトキハ之ニ因リテ解除權ノ消滅又ハ不發生ヲ來スモノトス。

4) 以上ト反對ニ縱令契約ノ目的物ガ滅失又ハ毀損セシメラルルモ「解除權ヲ有スル者ノ行爲又ハ過失ニ因ラズシテ」是等ノ結果ヲ生ジタルトキハ解除權ハ之ガ爲メ其發生存續ヲ妨ゲラルルコトナシ(五四八<sup>11)</sup>。

目的物ノ加工改造(第五四八條第一項)

五 「解除權ヲ有スル者」ガ「加工若ハ改造ニ因リテ契約ノ目的物ヲ他ノ種類ノ物ニ變ジタルトキ」(五四八<sup>1)</sup>)

此場合ニ加工者若クハ改造者ニ故意又ハ過失アルコトヲ要スルヤ否ヤニ付キ法文ノ構成ハ寧ロ消極說ヲ是認セシムルモノノ如キモ、物ガ加工若クハ改造ノ結果他ノ種類ノ物ニ變ズルハ之ヲ他面ヨリ見レバ舊物滅失ノ一場合ナリト解スベキニ拘ラズ、此場合ニノミ故意又ハ過失ヲ要セズト解スルハ餘リニ衡平ヲ失スルノ論ナリト云ハザルベカラザルヲ以テ寧ロ

爲 fait 又ハ過失 négligence ou imprudence ノ文字ハ故意 dolus 又ハ過失 culpa ノ意ナルコトヲ明言セル Melliger, culpa in contrahendo 101 及ヒ富井氏原論一四版一頁 376 ニ於ケル「行爲又ハ過失」ノ文字ノ用例參照。

積極說ヲ正當トスベシ<sup>9)</sup>。尙ホ加工又ハ改造アリト雖モ其結果物ガ單純ナル變更ヲ受ケタルニ止マリテ未ダ之ヲ他ノ種類ノ物ニ變ゼシメザルトキハ解除權ハ消滅セズ<sup>10)</sup>。而シテ其果シテ他ノ種類ノ物ニ變ジタリヤ否ヤハ各場合ノ事情ニ照シ取引ノ觀念ニ鑑ミテ之ヲ決スベキモノトス。

是等四及ビ五ノ場合ニ解除權ヲ消滅セシムル所以ノモノハ是等ノ場合ニ於テハ縱令解除ヲ許スモ結局現實ノ原狀回復ヲ爲スコト能ハズシテ物ノ價格ノ全部又ハ大部分ハ代價返還ノ方法ニ依ルノ外ナキコトトナリ、從ヒテ此場合ニ契約ヲ解除セラルルコトハ相手方ニトリテ不利益ナルニ拘ハラズ、自己ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ此結果ヲ生ゼシメタル者ニ解除ヲ許スハ不公平ニ失スルガ爲メナリ。

六 解除權ノ行使

解除權ノ行使

解除アリタルトキハ解除權ハ既ニ其存在ノ目的ヲ失フガ故ニ之ニ因リテ消滅ス。

終ニ契約當事者ノ一方ガ數人ヨリ成レル場合ニ於テ以上ノ諸原因ノ爲メ「解除權ガ當事者中ノ一人ニ付キ消滅シタルトキハ他ノ者ニ付テモ亦消滅ス」

契約當事者數人アル場合ト解除權ノ消滅

(五四四<sup>11)</sup>ルモノトス。然レドモ拋棄ノ如キ解除權

第五四四條第二項

9) 反對石坂氏民法三六 2358。

10) 同說石坂氏民法三六 2358、大審四五・二・九民錄一八 83。

者ノ任意ニ依ル消滅原因ニ在リテハ本規定ノ適用ナキモノト云ハザルベカラズ。蓋シ例ヘバ解除權アル當事者數人ヨリ成レル場合ニ於テ其一人ノ拋棄ニ依リ濫ニ他ノ者ノ解除權亦消滅スベシトスルハ正當ニアラザルヲ以テナリ。從ヒテ此場合ニ於テハ當事者ノ總テガ共同スルニ依リテノミ拋棄スルコトヲ得ベク一人ノミニテ拋棄スルモ單ニ其拋棄ヲ爲シタル一人ニ付キテノミ其效果ヲ生ズルニ生ギズ、而カモ他ノ拋棄ヲ爲サザル當事者ガ後ニ至リテ解除ヲ爲ストキハ其效果ハ拋棄ヲ爲シタル當事者ニモ亦及ブモノナリト云ハザルベカラズ。蓋シ然ラズトセバ結局第五四四條第一項ノ精神ニ反スルノ結果トナレバナリ。尙ホ解除權ノ相手方タル契約當事者數人アル場合ニ於テモ亦其中ノ一人ニ對シテノミ拋棄ヲ爲スコト能ハズ。蓋シ然ラズトセバ結局當事者中ノ或者ニ對シテノミ解除ヲ爲シ得ルノ結果トナリ第五四四條第一項ノ精神ニ違背スルコトトナレバナリ。

## 第二章 契約各論

9.4.2

### 第一節 總說

一 債權法ハ原則トシテ契約自由ノ原則ノ支配スル所ナリ。故ニ當事者ハ善良ノ風俗公ノ秩序ニ違背セザル範圍内ニ於テ任意ノ内容ヲ有スル契約ヲ締結シ得ベシト雖モ、法典ガ是等尙モ想像シ得ル限リノ契約一切ニ付キ一々規定ヲ設クルコトハ徒ニ繁雜ヲ來サシムルノミナラズ又殆ド不可能ノ事ナリト云ハザルベカラズ。此故ニ各國ノ民法ハ皆其國ニ於ケル一般取引ノ狀況ニ鑑ミ最モ重要ニシテ且最モ頻繁ニ行ハルル契約數種ヲ撰出シテ之レニ關スル特殊ノ規定ヲ設ケタリ。是レ即チ典型契約ナリ。

契約自由ノ原則ト典型契約

我民法モ亦是等諸國ノ法典ニ倣ヒ第五四九條乃至第六九六條ニ於テ贈與、賣買、交換、消費貸借、使用貸借、賃貸借、雇傭、請負、委任、寄託、組合、終身定期金、和解ノ十三種ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケタリ<sup>1)</sup>。之ニ民法ガ契約成立ノ部ニ於テ規定セル懸賞

1) 尙此外民法ノ規定セル契約ニシテ債權發生ノ原因タルモノニ保證契約及ビ更改契約等アリ。而シテ獨民 § 765—、瑞債 Art. 492—ノ如キハ保證契約(Bürgschaftsvertrag)ヲ各種ノ契約中ニ列舉セルモ吾民法ハ因リテ發生スル債務關係ノ特性ニ重キヲ置キテ之ヲ多數當事者ノ債權ノ節中ニ規定シ(§ 446—)更改ハ又其債務消滅ノ效力ニ重キヲ置キテ債務消滅事由ノ一トシテ規定セリ(§ 518—)。

契約ヲ加ヘ大體ニ付キテ之ヲ分類スレバ

- 第一 財産ノ移轉ヲ目的トスル契約（贈與、賣買、交換）
- 第二 物ノ使用ヲ目的トスル契約（消費貸借、使用貸借、賃貸借）
- 第三 勞務供給ヲ目的トスル契約（雇傭、請負、委任、懸賞契約）
- 第四 物ノ保管ヲ目的トスル契約（寄託）
- 第五 共同業務ヲ目的トスル契約（組合）
- 第六 定期金ノ給付ヲ目的トスル契約（終身定期金）
- 第七 和解

ノ七種ト爲スコトヲ得ベシ。

尙ホ 商法ハ 以上ノ外種々ナル 商事契約ヲ 認メタリ。是等ニ付キテハ 商法ニ何等ノ 規定ナキト同時ニ 別段ノ 商慣習法亦存在セザル場合ニノミ 民法ノ 規定 補充的ニ 適用セララルモノトス（商一）。

不典型契約（無名契約）

二 以上ニ列舉セル 典型契約ノ 外實際上ノ 取引ニ於テハ 直接其何レニモ 屬セザル 幾多ノ 契約發生ス。學者之ヲ 稱シテ 不典型契約又ハ 無名契約ト云ヘリ\*。

\*）三浦氏「混成契約ノ種類及ビ解釋」法協三一 四 33—、五 54—、六 50—、津田氏「混合契約論ノ研究」京法一〇 一〇 1—、一一 九 23—、及ビ此等ノ論文ニ掲ゲヌル 諸書就中 Hoeniger, Gemischte

此種ノ契約ハ 縱令之ト 法定ノ 典型契約トノ 差異微少ナリトスルモ 尙直接典型契約ノ 何レニモ 嵌入スルコトヲ 得ザルモノナルガ故ニ 直接典型契約ノ 何レカニ 關スル 規定ノ 適用ヲ 受クルコトナク 直接適用セララルハ 獨リ契約一般ニ 關スル 總則的規定ニ 過ギザルナリ。然レドモ 單ニ 總則的規定ヲ 適用スルノ ミニテハ 實際上 不便少カラザルガ故ニ 此缺點ヲ 補ハンガ爲メニハ 各種典型契約ニ 關スル 規定ヲ 類推適用スルノ 外ナク、現ニ 舊民法ハ 此主旨ヲ 認メテ 「無名ノ 合意ハ 本部ニ 掲ゲタル 合意ノ 一般ノ 規則ニ 從フ 又有名ノ 合意ニ 特別ナル 規則ハ 其合意ト 最モ 類似スル 無名ノ 合意ニ 之ヲ 適用スルコトヲ 得」（財三〇三<sup>III</sup>）ト 規定シ、民法モ 亦賣買ニ 關スル 規定ヲ 性質ノ 許ス限リ 廣ク 其他ノ 有償契約ニ 準用スベキコトヲ 規定スルノ 外（五五九）、委任ニ 關スル 規定ハ 法律行爲ニ 非ザル 事務ノ 委託ニ 之ヲ 準用スベキ旨ノ 規定ヲ 爲セリ（六五六）。然レドモ 不典型契約ノ 取扱ニ 關スル 一般的理論ヲ 研究スルガ爲メニハ 更ニ 之ヲ 分類シテ 一々 特殊ノ 觀察ヲ 爲サザルベカラズ。

41

1) 純粹不典型契約（法定ノ 典型契約ノ 構成分子

不典型契約ノ分類及ビ其取扱

純粹不典型契約

Verträge in ihren Grundformen(10); Emmeccerus 2 22322,323; Schreiber, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, Jahrb. f. Dogm. II Folge 24(12)106—。



ト全然異ナル構成分子ノミヨリ成レル契約) 2)

此種ノ契約ニ直接適用アルハ契約一般ニ關スル總則的規定ニ限レルコト勿論ナリ。然レドモ其外各種ノ典型契約ニ關スル特別規定ト雖モ性質上妨ゲナキ限リハ尙之ヲ類推適用スルコトヲ得ベシ 3)。

混合契約

□) 混合契約(法定ノ典型契約ノ構成分子タル事項ノミヨリ成立セルモ而カモ直接何レノ典型契約ニモ該當セザル契約) 4)。

學說

此種ノ契約ノ取扱ニ關シテハ從來吸收主義 5)、結合主義 6) 及ビ類推主義 7) ノ三說アリ。其中(一)吸收主義ハ混合セラレタル各種ノ構成分子中最モ主要ナ

2) 學者ハ此種ノ契約ニ種々ナル名稱ヲ付セリ。反典型契約(暁道氏), atypischer Vertrag (Enneccerus, Vertrag ohne typische Elemente (Schreiber) 等。例ハ賃率契約 (Tarifvertrag) (石坂氏研究一 447一、玉木氏商業及經濟研究一 90一参照)、擔保契約 (Garantievertrag (一定ノ人ガ一定ノ行爲ヲ爲スガ爲メ蒙ルコトアルベキ損害ヲ擔保スル契約 Windscheid 2 § 412, 2 参照) 等。

3) Enneccerus 2 § 322, V; Hoeniger 前掲 1 参照。尙舊民法三〇三 III 同主旨。反之村上氏各論 45—46 ハ法律ニ於テ之ヲ許セル場合 (§ 656) ノ外特別規定ノ類推適用ナシト云ヘリ。尙大審三九・一・一五民錄一ニ 1463 ハ身元引受契約ニ付キテ專ラ當事者ノ意思解釋ニ重キヲ置クベキコトヲ主張セリ。

4) 此場合ヲ混合契約又ハ混成契約 (Gemischte Vertrag) ト稱スベキコトニ付キテハ異論少ナシ。但シ此名稱ヲ更ニ後出ハノ契約ニモ及ボスベキヤ否ヤニ付キテハ議論少カラズ (三浦氏前掲 6 70 一参照)。

5) Absorptionstheorie 此說ハ Hoeniger ノ研究以前ニ於テハ一般ニ行ハレタルモノニシテ (Schreiber 前掲 193 参照) 今日ニテモ之ヲ信ズル學者頗ル多シ。例ハ Lotmar, Arbeitsvertrag 1 (02) 之ヲ力説セリ。

6) Kombinationstheorie 此說ハ Hoeniger 最モ之ヲ力説ス。

7) Prinzip der analogen Anwendung 此說ヲ初メテ學理的ニ主張セルハ Schreiber 前掲 209 一也。

ルモノヲ定メ而シテ當該ノ契約ヲ全部其主要構成分子ノ屬スル典型契約ニ關スル規定ノ下ニ立タシメントスルノ主義ニシテ、(二)結合主義ハ各種典型契約ヲ構成スル各個ノ事項ハ各之ヲ規律スベキ特殊ノ抽象的規定アルモノナリトノ考ヲ基礎トシ混合契約ニ付キテモ其構成分子ヲ分解シタル上各種典型契約ニ關スル諸規定ニ付キテ當該ノ構成分子ヲ規律スベキ各個ノ規定ヲ索出シ更ニ之ヲ結合シテ適用セントスルノ主義ナリ。(三)類推主義ハ此種ノ契約モ亦統一的一體タル契約トシテ契約一般ニ關スル總則的規定ノ外直接之ニ適用スベキ規定ナキコト上述イノ契約ト擇ブ所ナキコトヲ前提トシ而シテ各種典型契約ニ關スル特別規定ハ其立法理由ヲ類似ナルモノニ限リテ之ヲ類推適用スベシトスルノ主義ナリ。

吸收主義ハ實際上便宜ナル場合多カルベク、殊ニ 批評  
羅馬法ニ於ケルガ如ク契約自由ノ原則ヲ認メザル法制ノ下ニ於テハ此主義ニ依ルノ外之ナカルベシト雖モ、實社會ノ經濟的要求ニ應ジテ錯雜シタル内容ヲ有スル具體的事實ヲ強ヒテ法律ニ依リテ定マリタル固定ノ典型中ニ嵌入セントスルハ全然實社會ノ要求ヲ無視スルモノニシテ理論上正當ニアラザルノミナラズ同時ニ又契約自由ノ原則ヲ認メタル現行民法

ノ主義ト相容レザルモノナリ。加之個々ノ具體的契約ニ付キテ之ガ主要ナル内容ト然ラザルモノトヲ區別スルコトハ實際上不可能ナル場合多キガ故ニ強ヒテ此主義ヲ以テ一貫セントスルトキハ不都合ヲ生ズルコト多カルベシ<sup>8)</sup>。尙又吸收主義ヲ主張スル學者ハ必然ノ結果トシテ吸收不能ノ場合ニハ構成分子ノ種類ニ應ジテ契約ヲ分解シ而シテ其各ニ數個ノ典型契約ニ關スル規定ヲ同時ニ適用スベキコトヲ主張セルモ（併用主義<sup>9)</sup>）、契約ハ實際上斯クノ如キ分解ヲ爲シ得ザルモノ少カラザルノミナラズ綜合之ヲ分解シ得ルトスルモ本來統一的一個ノ契約タルモノヲ濫リニ分解シテ取扱フハ穩當ニアラズ。

〔反之結合主義及ビ類推主義ハ當該ノ契約ヲ強ヒテ各種典型契約ノ何レカニ嵌入セントセザルノ點ニ於テ當事者ノ意思ヲ尊重セルモノナリト雖モ、結合主義ノ前提トシテ主張スル「或種ノ法律要件存スルトキハ必ズ之ニ獨特ナル或種ノ法律效果ヲ生ズ故ニ各種典型契約ニ關スル規定ニ付キテ此種ノ抽象的因果關係ヲ研究スルトキハ之ニ依リテ混合契約ニ適用スベキ原則ヲ發見シ得ベシ」トノ議論ハ一貫セル統一的思想ノ下ニ編纂セラレタル法律ノ下ニ於テノミ之

8) Schreiber 前掲 193—199; Hoeniger 前掲 360, 89—, 138—參照。

9) Prinzip der Kumulation

ヲ實行シ得ベク、其然ラザル場合ニ斯ル抽象的因果關係ヲ求ムルコトハ到底不可能ナリ。故ニ各種典型契約ニ關スル規定中ヨリ當該ノ契約ニ類推適用セラレベキ法規ヲ摘出配合スルノ困難ハ兩主義ニ通ジテ存在スト雖モ、結合主義ノ前提スルガ如キ一貫シタル統一的思想ノ下ニ編纂セラレタルモノニアラザル民法ノ解釋トシテハ余輩ハ寧ロ類推主義ノ穩當ナルコトヲ信セント欲スルモノナリ。然レドモ吾人ガ此種ノ契約ノ取扱ニ關スル研究ニ於テ追行スル所ノモノハ成ルベク當事者ノ需要ヲ無視スルコトナクシテ成ルベク現行法ノ精神ニ適合セントスルニアルモノナレバ實際類推主義ヲ適用スルニ當リテモ成ルベク當事者ノ意思ヲ尊重セザルベカラザルコト勿論ナリ。

以下更ニ此種ノ契約ヲ細分シテ<sup>10)</sup>之ニ對スル類推主義適用ノ一端ヲ示サント欲ス。

1) 併行的結合<sup>11)</sup> 即チ甲當事者ガ統一的一給付ヲ爲スニ對シ乙當事者ガ主從ノ區別ナキ二種以上ノ給付ヲ負擔スル場合ナリ。此場合ハ實際上多クノ場合ニ於テ之ヲ二契約ノ外形的結合ト區別スルコ

10) 此分類ニ關スル學說ハ三浦氏前掲及ビ譯道氏前掲參照。

11) Enneccerus ノ所謂 Kombinationsvertrag 又ハ Zwillingsvertrag, Hoeniger ノ所謂 Grundform mit Typenvermischung durch Verbindung mehrerer Leistungen auf einer Seite 即チ之ニ當ル。

ト頗ル困難ナリト雖モ、後者ハ單ニ外形上ニ契約ガ併存スルニ過ギザルニ反シ、前者ハ統一的一個ノ契約ナルガ故ニ種々ナル關係ニ於テ其取扱ヲ異ニセザルベカラザルモノトス。

イ) 甲ノ給付ガ乙ノ各給付ノ價格ニ應ジテ分割シ得ベキ性質ヲ有スルトキ 此場合ニ於テハ乙ノ各給付ニハ各當該ノ典型契約ニ關スル規定ヲ類推適用シ、而シテ甲ノ給付ハ乙ノ各給付ノ價格ノ割合ニ應ジテ按分シ之ニ右各典型契約ニ於ケル反對給付ニ關スル規定ヲ類推適用スベキモノトス。而シテ其中一典型契約ニ關スル規定ニ基キテ契約消滅ノ原因生ジタル場合ニ其效果ガ契約全部ニ及ブベキヤ又ハ當該ノ一部分ノミニ止マルベキヤハ當事者ノ意思ヲ解釋スルニ依リテ決スベキ問題ナリト雖モ意思不明ナル場合ニハ寧ロ全部ニ及ブモノト解セザルベカラズ。是レ此ノ場合ト二契約ノ單純ナル外形的結合トノ異ナル所以ナリ。然レドモ場合ニヨリ甲ノ給付ハ乙ノ各給付ニ對スル各反對給付ノ總計ノ外更ニ乙ノ各給付ノ結合全體ガ有スル獨立的价值ニ對スル特別ノ反對給付ヲ包含スルモノト解釋シ得ベキ場合アルベシ。此場合ニ於テハ當事者ハ殆ド常ニ一部ノ消滅原因ノ效果ヲ全部ニ及ボスノ意思アルモノト解スベ

ク、又縱令一部ニノミ止マル場合ニ於テモ右ノ給付ノ結合全體ガ有スル獨立的价值ニ對スル反對給付ハ常ニ影響ヲ受クルモノトス。

ロ) 甲ノ給付ガ右ノ如キ分割ヲ許サザル性質ノモノナルトキ 此場合ニ於テモ乙ノ各給付ニハ各當該ノ典型契約ノ規定類推適用セラルベシト雖モ甲ノ給付ハ性質上右ノ如キ分割的考察ヲ許サザルガ故ニ乙ノ給付ノ一ニ付キテ生ジタル事由ハスベテ甲ノ全給付ニ影響ヲ及ボスモノト解スルノ外ナキナリ。加之例ヘバ乙ノ一給付ニ付キテ瑕疵擔保ノ如キ問題ヲ生ジタル場合ニ於テモ代金減額ノ請求ヲ許サズシテ單ニ損害賠償ノ問題ヲ生ズルニ過ギズ。

以上ハスベテ乙ノ各給付間ニ主從ノ關係ヲ認メ得ザル場合ナリ。反之主從ノ關係ヲ認メ得ル場合ヲ如何ニ取扱フベキカハ更ニ研究ヲ要スル別個ノ問題ナリ。此點ニ關シ學者ノ或ル者ハ契約全部ヲ主タル給付ノ典型契約中ニ吸收シテ之ニ關スル規定ノミヲ適用スベシト主張セルモ<sup>12)</sup>、斯クノ如キハ全然當事者ノ意思ヲ無視スル所以ニシテ且又實際上不可能ノ事ニ屬スルガ故ニ縱令從タル給付ト雖モ之ニ付キテハ又當該典型契約ノ規定ヲ類推適用セザルベカラズ。

12) 吸收主義ヲ主張スル學者例ヘバ Lotmar

唯以上ニ説明セル場合ト異ナル所ハ從タル給付ニ關スル規定ハ主タル給付ニ關スル規定ニ對シ常ニ補充的效力ヲ有スルニ過ギザルコト之レナリ。

尙乙ノ給付ハ一個ナルモ之ヲ履行スルノ準備若クハ結果トシテ常ニ必ズ他ノ行爲ヲ爲スコトヲ要スル場合アリ。此場合ニ於テ其準備行爲及ビ履行結果行爲ハ獨立ノ給付ニアラズ、故ニ又從タル給付ニモアラズ。從ヒテ右ノ給付ニ主從ノ關係アル場合トハ全然別個ノ場合ニシテ單ニ一個ノ給付ヲ目的トスル普通ノ契約タルニ過ギザルモノトス。

2) 對向的結合<sup>13)</sup> 即チ一典型契約ニ特有ナル構成分子ガ雙務契約一方ノ債務ノ内容ヲ構成シ他ノ典型契約ニ特有ナル構成分子ガ他方ノ債務ノ内容ヲ構成スル場合ナリ。此場合ニハ二種ノ典型契約ニ關スル規定ハスベテ其類推適用ヲ見ルベク<sup>14)</sup>、而シテ當事者ノ意思ガ其何レカヲ主トスルニ存スルトキハ主トシテ其典型契約ノ規定ヲ類推適用シ他ノ典型

13) 此場合ハ *Emmeccerus* 2 § 323 B III ノ所謂 *Doppeltypische Vertrag* 又ハ *Zwittervertrag*, *Hoeüger* 前掲 53—ノ所謂 *Grundform mit Typenvermengung bei doppelter Subsumierbarkeit* ニ該當ス。例ヘバ門番ヲ爲スコトヲ對價トシテ家屋ヲ貸與スル契約、調教ヲ爲スコトヲ對價トシテ馬ヲ貸與スル契約等ノ如シ。尙民法上ノ交換ハ此種ノ契約ト同様ノ形式ヲ有スルモノニシテ賣買ノ一構成分子タル財産權移轉義務ガ對向的ニ結合セルモノトス。

14) 然レドモ學者ニヨリテハ之ト反對ニ常ニ必ズ當該ノ契約ヲ二種ノ典型契約中ノ何レカニ嵌メセントスル者亦少カラズ。

契約ノ規定ハ補充的ニ類推適用セララルルニ過ギザルベシト雖モ、主從ノ關係存在セザル場合ニハ類推適用セララルベキ二種ノ典型契約ノ規定ハ實際上相矛盾スル場合ヲ生ズベク、而シテ此矛盾ヲ調節スルガ爲メニハ各法規ノ立法理由ヲ究メタル上其中最モ當該ノ場合ノ事情ニ適合シタルモノヲ類推適用スベキモノトス。

以上二種ノ形式ハ更ニ結合シテ複雑ナル形式ヲ成立セシムルニ至ルコトアリ。而シテ之ガ取扱ハ凡テ以上ノ理論ニ準ジテ之ヲ爲スベキモノトス。

尙民法ノ認メタル典型契約中ニハ(一)其内容ヲ構成スル給付ガ特殊ナルニ依リテ典型契約タルモノ(賣買、交換、消費貸借、賃貸借、雇傭、請負、委任、寄託、終身定期金契約)ト(二)特殊ノ原因ヲ有スルガ爲メニ典型契約タルモノ(贈與、使用貸借、組合、和解)トアリ。其中贈與及ビ使用貸借ハ贈與原因ヲ有スルコトヲ以テ其特色トシ、而シテ其原因ヲ以テスル給付ノ物ノ使用ナルトキハ使用貸借トナリ、其他ノ財産授與ナルトキハ贈與トナル。尙又組合ハ共同ノ目的ヲ達スルコトヲ特殊ノ原因トシ、和解ハ爭ヲ止ムルコトヲ原因トスルノ點ニ於テ其特色ヲ有スルニ止マリ其内容タル給付ニ付キテハ何等ノ特色ヲ

原因ニ特色ヲ有スル典型契約ト混合契約

有セザルモノトス。此等ノ原因ヲ特色トスル典型契約ノ本體ハ其原因ニ關スル合意ノ點ニ存スルモノナレバ目的到達ノ爲メニスル方法ハ法律ノ制限内ニ於テハ尙種種雜多ナルコトヲ得ベシ。故ニ贈與ノ目的ヲ達スルガ爲メニ高價ノ物品ヲ安價ニ賣却セル場合(混合贈與<sup>15)</sup>)ニハ此ニ因リテ取得スベキ買主ノ利益ヲ手段トシテ贈與ノ目的ヲ達セントスルナリ。從ヒテ賣買自身ノミニ付キテ之ヲ見レバ物品ノ客觀的價値ガ契約上ノ代金額ヨリ高價ナル通例ノ場合ト毫モ異ナル所ナク、唯其因リテ生ズル利益ヲ目的トスル別個ノ贈與ガ成立セルノ點ニ於テ異様ノ外觀ヲ呈スルニ過ギズ。和解ノ目的ノ爲メ賣買ヲ締結セル場合ノ如キモ亦之ヲ同様ニ解スルヲ得ベシ。

然ルニ學者或ハ多ク此等ノ場合ヲモ混合契約ノ一種ナリトシ而シテ例ヘバ其中重要ノ場合タル混合贈與ニ付キテハ其取扱ニ關シテ種々ナル學說アリト雖モ共ニ贈與ノ特質ニ留意セズシテ給付ノ内容ノミニ着眼セル誤ノ致ス所ナリ。故ニ余輩ハ此等ノ場合ハスベテ混合契約ニアラズシテ目的手段ノ關係ニ於テ二個ノ契約ガ連結セル場合ノ一例ニ過ギズト解スルモノナリ。

15) Gemischte Schenkung

ハ) 準混合契約(何レノ典型契約ニモ屬セザル構成分子ト何レカノ典型契約ニ屬スル構成分子トノ結合ヨリ成レル契約)

此場合ニモ上述セル混合契約ノ場合ト同様併行的結合、對向的結合及ビ此等ノ基礎形式ノ結合等ノ諸形式アリ。而シテ之ガ取扱ニ付キテハ先ニ純粹不典型契約ニ付キテ述ベタルト同一ノ方法ニ依リテ何レノ典型契約ニモ屬セザル構成分子ヲ規律スベキ法規ヲ求メ、然ル後先ニ混合契約ニ付キテ述ベタルト同一ノ方法ニ依リテ其法規ト何レカノ典型契約ニ屬スル構成分子ヲ規律スル法規トノ調和ヲ求ムベキモノトス。

## 第二節 財産ノ移轉ヲ目的トスル契約

一 財産ノ移轉ヲ目的トスル契約トハ契約當事者ノ一方又ハ雙方ガ財産權又ハ其他ノ財産ヲ相手方ニ移轉スベキ債務ヲ負擔スルコトヲ内容トスル契約ヲ謂フ。此種ノ契約ニアリテハ單ニ當事者ノ一方ノミガ債務ヲ負擔スルコトアリ(例ヘバ贈與)又當事者雙方交換的ニ債務ヲ負擔スルコトアリ(例ヘバ賣買、交換)。而シテ此後ノ場合ニアリテハ雙方ノ債務共ニ

準混合契約

概念

財産ノ移轉ヲ目的トスルコトヲ必要トスルモノニシテ、其中一方ガ例ヘバ勞務ノ給付ヲ目的トスルトキハ茲ニ所謂財産ノ移轉ヲ目的トスル契約中ニ加フルコト能ハザルナリ。

船平

二 之ヲ社會經濟ノ發達ニ付テ見ルニ個人間ノ平和的取引ニシテ先ヅ第一ニ行ハレタルハ此種ノ契約ナリ。(一)而シテ其中先ヅ最初ニ行ハレタルハ交換ナリ。勿論取引ノ制度未ダ充分ニ發達セザル原始ノ時代ニ在リテハ一個ノ契約ヲ以テ相互的ニ給付ヲ交換スルノ制未ダ存在セズ、當事者ノ一方ハ他方モ亦給付ヲ爲スベキコトヲ豫期シ單ニ之ヲ動機トシテ先ヅ自己ノ給付ヲ爲シ、他方ハ又此給付ヲ受ケタルニ依リ自己モ亦之ヲ動機トシテ給付ヲ爲スニ止マリシヲ以テ<sup>1)</sup>單ニ契約ノ法律的形式ノミニ着眼スルトキハ契約中最古ノモノハ贈與ナリト云フヲ得ベキモ、通常ノ意義ニ於ケル贈與即チ贈與者ノ主觀ニ於テモ亦無償ナル贈與ガ獨立ノ法律制度トシテ發達セルハ遙カ後代ニ屬スルコト後ニ述ブルガ如シ。(二)交換發生セルノ後賣買發生スルマデニハ尙ホ多クノ時ヲ要シタリキ。即チ取引ノ需要漸ク旺盛ナルヲ致スヤ最早ヤ物物交換ノ方法ノミニテハ充分ナル交易ノ

1) Conrad, Nationalökonomie VII Aufl. 53 參照。

目的ヲ達スルコト能ハザルガ爲メ茲ニ交易ノ媒介トナルベキ中間物ヲ作出シ以テ雙方ノ需要ノ目的物ヲ直接交換セズシテ需要ヲ有スル者ハ單ニ媒介物ヲ以テ其需要ノ目的物ヲ買取り得ルノ制度ヲ開クニ至レリ。而シテ其媒介物トシテ利用セラレタル物ハ地ヲ異ニシ時ヲ別ニスルニ從ヒテ種々多様ナリシモ遂ニ發達シテ金屬金錢ノ發生ヲ見ルニ至リシナリ。賣買ノ濫觴ハ即チ此種媒介物ノ發生シタル時ニアリ。而シテ金屬金錢ノ發生ト共ニ愈其盛ナルヲ致シ、遂ニ現今ニ於ケルガ如ク多數ノ契約中其首位ヲ占ムルニ至リ、之ト同時ニ交換ハ漸ク其必要ヲ失ヒ實際上又多ク行ハレザルニ至リシナリ<sup>2)</sup>。(三)通常ノ贈與ガ獨立ノ法律制度トシテ發達セルハ遙カ賣買ニ後レタルモノニシテ、例ヘバ羅馬法上贈與ニ獨立ノ法律的形式ヲ與ヘタルハ Justinianus 皇帝ニシテ其以前ニ於ケル贈與ハ僅カニ賣買ノ形式<sup>3)</sup>ニ依リテ行ハレタルニ過ギザリキ<sup>4)</sup>。而シテ此種ノ事例ハ獨リ一羅馬ニ止マラズシテ廣ク其他ノ諸國ニモ存在シタルモノノ如シ<sup>5)</sup>。

2) 此ノコト經濟學者一般ノ認ムル所ニシテ舊帝法典中 l. l. pr. D. de contr. empt. 18. 1 (Paulus, ニモ賣買ノ始メガ交換ニアルコトヲ詳説セリ。

3) Mancipatio

4) Jhering, Zweck im Recht IV Aufl. 124—, insb. 216, 222.

5) Jhering, a. a. O. 216 Anm. \*\*\*)ニ實例ヲ掲ゲ。Jheringハ此

三 但シ以上ノ諸契約ト雖モ發生ノ當初ニアリテハ凡テ現物取引トシテ行ハレタルモノナルコト勿論ニシテ其信用取引即チ債權契約トシテ行ハルルニ至ルマデニハ尙多少ノ年月ヲ要シタルモノトス。是レ羅馬法ノ歴史ノ明カニ證明スル所ナリ 6)。

四 以下民法ノ規定スル所ニ從ヒ、贈與(第一款) 賣買(第二款)、交換(第三款)ノ三者ニ付キテ順次之ガ説明ヲ爲サン。

第一款 贈與\*)

贈與ノ意義 第一 意義

贈與 1) トハ當事者ノ一方ガ自己ノ財産ヲ無償ニテ相手方ニ與フル意思ヲ表示シ相手方之ヲ受諾スルニ

第五四九條 因リテ成立スル契約ヲ云フ(五四九)。故ニ

一 贈與ハ契約ナリ。

贈與ガ契約ナリヤ否ヤハ古來學者ノ争ヒタル所ナリト雖モ 2)、吾民法ノ解釋トシテハ其契約タルコト

種ノ事例ヲ以テ人類ノ利己心ニ基クモノナリトシ而シテ羅馬法上Justinianusガ初メテ單純ナル贈與ニ效力ヲ認ムルニ至レルハ基督教ノ影響ナリト説ケリ。

6) 此點ニ關スル詳細ハ *The ing*, a. a. O. 209—(要物契約先ヅ發達シ次イテ漸ク諾成契約ノ發生ヲ見ルニ至レル徑路ヲ説クコト詳也) *Maine, Ancient Law*(New University Library) 261—參照。

\*) 二上氏「贈與雜說」新報二二 四 56、七 46、一一 35。

1) donatio, Schenkung, donation entre-vifs

2) 獨普通法上ノ議論ニ付キテハ *Windscheid 2* §365, Anm. 5 參

疑ヲ容ルルノ餘地ナシ。蓋シ民法ハ贈與ニ關スル規定ヲ債權篇第二章契約ノ章中ニ置ケルヲ以テナリ。但シ立法論トシテ贈與ヲ契約トスルノ可否ニ付キテハ異論ナキニアラズ 3)。

二 贈與ハ債權契約ナリ。

贈與ノ性質如何殊ニ其民法ノ篇別中如何ナル部分ニ位スベキモノナリヤニ付キテハ古來諸種ノ學說アリ。其中主ナルモノ次ノ如シ。

1) 贈與トハ贈與原因 4) ヲ以テセラルル各種ノ財産授與行爲夫レ自身ヲ云フ。而シテ其行爲ノ種類如何ハ毫モ之ヲ問ハザルガ故ニ贈與ノ特色ハ財産授與行爲ノ種類即チ出捐ノ内容竝ニ其實現セラルル形式如何ニ存セズシテ寧ロ其贈與原因ニ出ヅルノ點ニ存スルモノトス。故ニ贈與ハ夫レ自身特殊ノ法律行爲ニアラズシテ各種ノ法律行爲ニ共通シ得ル特性 5) ニ過ギズ。從ヒテ贈與ニ關スル規定ハ之ヲ民法總則中ニ置クヲ正當ナリトスル説 6)。

照。佛民法立法ノ際ノ争ニ付キテハ *Planiol 3 no. 2501 ; Demante 4 9*參照。

3) 二上氏前掲四 56—。

4) *causa donationis*

5) „ein allgemeiner Character, welchen die allerverschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können”(Savigny, System 4 3)

6) 始メテ此説ヲ爲セルハ *Puchta* (System d. g. Zivilrechts §35;

債權契約ナリ

學說

□) 贈與トハ無償ニテ財産ヲ與フルコトヲ内容トスル契約ヲ云フ。而シテ財産授與ハ贈與ノ内容タルト同時ニ其成立要件ヲ爲スモノニシテ此點ヨリ云ヘバ贈與ハ常ニ要物契約ノ一種ナリ。而シテ其授與セラルル財産ノ種類如何ハ毫モ法律ノ問フ所ニアラザルガ故ニ獨リ物權ヲ取得セシメ債務ヲ免レシムルガ如キ物權的若クハ準物權的變動ノミナラズ債權ヲ取得セシムルガ如キ債權的變動亦贈與ノ内容トナリ得ルモノトスル説<sup>7) 8)</sup>。

ハ) 贈與ハ無償ニテ一定ノ出捐ヲ爲スベキ債務ヲ發生セシムルコトヲ目的トスル債權契約ニシテ現物贈與ナルト贈與約束ナルトニ因リテ何等ノ差異ナシ。故ニ現物贈與ノ場合ニ於テモ原因行爲タル贈與ト同時ニ其履行行爲タル出捐行爲ガ存在スルニ過ギ

Pand. §53)ニシテ Savigny(前掲)ノ賛同ヲ得テヨリ以來獨普通法上ノ通説トナレリ。

7) 民法ノ解釋トシテ川名氏債權 680—此種ノ説ヲ唱フ。此説ハ獨民上ノ通説ナリ。Dernburg, BR. II 2 §205, III; Matthias §112, IA; Crome 2 504; Enneccerus 2 §343 Anm. 2; Cosack I §139 insb. III, 1等。尙佛民ノ解釋トシテモ一般ノ學者ハ同様ノ説明ヲ爲セリ。Pianol 3 no. 2503; Demante 4 10等。

8) 此種ノ論ヲ爲ス學者ハ出捐ガ物權的若クハ準物權的變動ニ存スル場合ヲ稱シテ現物贈與(Handschenkung, Handgeschenk, Realschenkung; Schenkung von Hand zu Hand 瑞債 Art. 242; don manuel)ト云ヒ債權的變動ニ存スル場合ヲ稱シテ贈與約束(Schenkungsversprechen)ト云ヘリ。而シテ贈與中贈與約束ノミハ債權契約ナリト説明スルヲ通例トス。

ズ又贈與約束ノ場合ニハ原因行爲タル贈與ノミ成立シテ其履行行爲ノミガ未ダ實行セラレザルニ過ギズトスル説<sup>9)</sup>。

然ラバ民法ハ以上ノ三說中其何レヲ採用セルモノト解スベキカ。(一)民法ガ贈與ニ關スル規定ヲ賣買其他各種ノ典型契約ニ關スル規定ト共ニ債權篇中殊ニ契約ノ章中ニ置キタルコトヨリ考フレバ民法ハ贈與ヲ以テ尙特殊ノ典型契約ナリトスルモノニシテ上述第一ノ見解ニ從ハザルモノナルコト明瞭ナリ。(二)次ニ贈與ニ關スル第五四九條ノ規定ガ「當事者ノ一方ガ自己ノ財産ヲ無償ニテ相手方ニ與フル意思ヲ表示シ」云々ト云ヒテ賣買ニ關スル第五五五條ノ規定ノ如ク「當事者ノ一方ガ或財産權ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ約シ」云々ト云ハザルコトヨリ考フレバ吾民法ノ解釋トシテモ第二說ト同様贈與ハ債權契約ニアラズシテ直接財産授與ヲ生ゼシムルコトヲ目的トスル契約ナリト解スルヲ正當トスルノ觀アリ<sup>10)</sup>。

(イ)然レドモ此説ニ從フトキハ民法ガ何故ニ贈與ヲ

9) 横田氏各論 224, 224—、村上氏各論 340。獨民ノ解釋トシテ最モ明瞭ニ此説ヲ爲セルハ E. Eckstein, Arch. f. civ. Prax. 107 384—ニシテ Oertmann 2 504; Brütt, abstrakte Forderung (08, 19等亦略同様ノ説ヲ爲セリ。

10) 川名氏前掲最モ此點ヲ力説ス。



賣買以下各種ノ債權契約ノ冒頭ニ於テ規定セルカノ理由ヲ解スルコト能ハザルノミナラズ、(□)第五五〇條、第五五三條等ノ文字ヨリ云ヘバ民法ハ寧ロ贈與ヲ以テ債權契約ノ一種ナリトスルノ見解ニ從ヘルモノナリト解スルヲ正當トスベシ<sup>11)</sup>。(ハ)加之本説ハ贈與約束ヲ説明スルニ當リテ之ト通常ノ現物贈與トノ差異ハ單ニ其目的タル財產授與ガ新債權ノ設定ナリヤ又ハ物權的若クハ準物權的變動ナリヤノ點ニ存スルニ過ギズト云ヘルモ斯クノ如キハ觀念ノ混同ニシテ贈與約束ヲ締結スル當事者ノ意思ニ合セズ。蓋シ此場合ト雖モ當事者ハ現物贈與ノ場合ト同様債權ノ物體タル給付夫レ自身ヲ以テ贈與ノ目的ト爲スモノニシテ之ガ爲メ先ヅ債權ヲ發生セシムルハ單ニ其目的ヲ達スルノ手段ト爲サントスルニ過ギザレバ也。勿論例ヘバ手形ノ振出ニ因ル無因債權ノ設定ヲ以テ贈與ノ目的ト爲シタル場合ニハ債權ノ設定夫レ自身ヲ出捐ノ内容トスル贈與ノ成立ヲ來セドモ此場

11) § 550 ガ廣ク「書面ニ依ラザル贈與ハ各當事者之ヲ取消スコトヲ得但履行ノ終ハリタル部分ニ付テハ此限ニ在ラズ」ト規定シ獨民 § 518 ノ如ク特ニ贈與約束ニ付キテノミ以上ノ如キ方式ニ關スル規定ヲ設クルコトヲ爲サザルノ點ヨリ考フレバ民法ハ贈與ハスベテ債權契約ニシテ現物贈與ノ場合ニハ贈與ノ成立ト同時ニ其履行アリタルモノナリトノ見解ヲ採レルモノト解スルヲ穩當トスベク又 § 553 ガ負擔附贈與ニ雙務契約ノ規定ヲ準用スルコトトナセルヨリ考フレバ民法上ノ贈與ハスベテ債權契約ナリト解スルヲ正當トスベシ。

合ニ於ケル無因債權ノ發生ハ履行行爲タル手形行爲ノ效果ニシテ贈與夫レ自身ノ效果ニアラザルガ故ニ其債權ト通常ノ贈與約束ニ因リテ發生スル債權トハ贈與ノ法律的構成上全然別異ノ地位ニ位スベキモノニシテ混同ヲ許サズ。何トナレバ通常ノ贈與約束ニ基キテ發生スル債務ニ相當スベキモノハ如上ノ贈與ニアリテハ手形行爲ヲ爲スベキ債務夫レ自身ニシテ後者ノ債務ノ履行トシテ發生スル無因債務ニ相當スルモノハ前者ニアリテハ債務ノ履行トシテ爲サル給付ニ外ナラサレバ也。要之贈與約束上ノ債權ハ贈與ノ形式若クハ手段ニ過ギズシテ其内容若クハ目的ニアラズ。然ルニ反對論者多ク此點ヲ混同セルモノニシテ其誤レルヤ誠ニ明カナリ<sup>12)</sup>。(三)此故ニ余輩ハ民法ノ解釋トシテ第三説ノ正當ナルコトヲ信ズルモノニシテ、贈與ハ常ニ債權契約ニシテ、現物贈與ト雖モ債權契約ト同時ニ其履行行爲實行セララルノ點ニ於テ特色アルノ外契約夫レ自身ノ性質ニ於テ毫モ異ナレル所ナシトスルモノ也。反對論者中ニハ現物贈與ニ關スル此見解ヲ以テ當事者ノ意思ニ反スト爲シ、例ヘバ貨幣ヲ現物贈與ノ目的ト爲セル場合ニ

12) 獨逸學者ノ多數ガ一方ニ於テ贈與約束ニ於ケル出捐ノ内容ハ債權ノ設定ナリト説クニ拘ラズ他方ニ於テ贈與約束ノミハ通常ノ現物贈與ト異ナリテ債權契約ナリト説ケルハ明カニ此點ノ矛盾ヲ暴露セルモノ也。此點ノ詳細ニ付キテハ Eickstein 前掲 385—參照。

後ニ至リテ其偽造貨幣ナルコト判明スルモ贈與者ハ新ニ真正ナル貨幣ヲ給付スルコトヲ要スルモノニアラズト説ク者アリト雖モ<sup>13)</sup>、此問題ヲ解決スルガ爲メニハ次ノ二場合ヲ分チテ觀察スルコトヲ要ス。

(1)例ヘバ衣袋ヨリ十錢銀貨一個ヲ摘出シテ乞食ニ與ヘタル場合ニ會々其銀貨ガ偽造ナルモ乞食ハ之ニ代フルニ真正ノ十錢銀貨ヲ以テスベキコトヲ請求スルヲ得ザルコト素ヨリ論者ノ云フ所ノ如シ。蓋シ此場合ニアリテハ贈與者ノ意思ハ會々其摘出シタル特定ノ銀貨夫レ自身ヲ贈與セントスルニアルモノニシテ其債務ハ已ニ完全ニ其履行ヲ終ハリタルモノナレバナリ。(2)反之例ヘバ甲ガ乙ニ對シテ金十圓ノ贈與ヲ申込ミタルニヨリ乙直ニ財布ヨリ十圓紙幣一枚ヲ出シテ甲ニ交付シテ其申込ヲ承諾シタル場合<sup>14)</sup>ニ於テ後ヨリ其紙幣ガ偽造ナルコト判明セルトキハ甲ハ新ニ真正ノ通貨ヲ以テスル十圓ノ給付ヲ請求シ得ルモノト解セザルベカラズ。蓋シ此場合ニ於ケル當事者ノ意思ハ十圓ナル金額ノ贈與ニアルヲ以テナリ。反對論者ノ主張スルガ如ク此場合ニモ亦十圓ノ請求權發生セザルモノナリト解スルハ反ツテ當事者ノ意思ニ合セズ。以テ反對論ノ不當ナルヲ知ルベ

13) 例ヘバ *Emmeceus* 2 § 343 Anm. 2  
14) 履行行爲 *Erfüllungshandlung* = 依ル契約成立(98頁參照)。

シ

三 贈與ハ片務契約ナリ。

片務契約ナリ

贈與ニ依リテ債務ヲ負擔スルハ獨リ贈與者ニ限リ受贈者ハ何等ノ債務ヲモ負擔セザルヲ原則トス。勿論負擔附贈與ニアリテハ受贈者亦其契約ニ基キテ債務ヲ負擔スベシト雖モ其負擔上ノ債務ハ贈與上ノ主タル債務ニ對シ互ニ對價タルノ性質ヲ有スルモノニアラザルコト後ニ述ブルガ如クナルヲ以テ是レ亦雙務契約ナリト稱スベカラザルナリ。

四 贈與上ノ債務ハ贈與者ヨリ其財産ヲ他人ニ與フルコトヲ目的トス。

贈與者ガ其財産ヲ受贈者ニ與フルコトヲ約スル契約也

1) 其財産ハ必シモ贈與者自身ニ屬スルモノナルコトヲ要セズ。第五四九條ハ特ニ「自己ノ財産」ト云ヘルガ故ニ其財産ハ常ニ必ズ贈與者ニ屬スルコトヲ要シ從ヒテ第三者ノ財産ヲ以テ直ニ贈與ノ目的物トスルハ法律ノ認容セザルトコロナルガ如キ外觀ヲ呈スト雖モ、贈與ハ元來債權契約ナルガ故ニ其目的物ハ必シモ現存スルモノナルコトヲ要セズシテ將來發生スベキモノナルモ亦差支ナキノ點ヨリ考フレバ、現在贈與者ニ屬セザルモノト雖モ亦贈與ノ目的物タルニ何等ノ妨ゲナキモノト云ハザルベカラズ<sup>15)</sup>。

贈與ノ目的タル財産ハ現在贈與者ニ屬スルヲ要セズ

2) 尙ホ其債務ハ贈與者ガ自己ノ財産ヲ受贈者

受贈者ノ財産増加

15) 同說梅氏志林九 三 58—、横田氏各論224—。反對大審三八。

財産増加  
ノ形式

ニ與フルコトヲ目的トスルモノナレバ其履行ノ結果必ズ受贈者ヲシテ財産ヲ取得セシメ其總財産ヲ増加セシムルモノナルコトヲ必要トス。然レドモ賣買及交換ノ場合ノ如ク「財産權ヲ移轉スル」(五五五、五八六)コトヲ目的トセズシテ單ニ「財産ヲ與フル」コトヲ目的トスルニ過ギザルガ故ニ苟モ財産増加ヲ生ズル以上其方法如何ヲ問フコトナシ。(一)從ヒテ受贈者ヲシテ財産ヲ取得セシムルニハ既存ノ物權<sup>16)</sup>債權其他ノ財産權ヲ其ママ直ニ受贈者ニ移轉スルヲ最モ通常ノ方法トスルモ、贈與者ノ所有物上ニ新ニ他物權ヲ設定シ與フルコト<sup>17)</sup>、無因債權ヲ設定シ與フルコト等亦其方法タルヲ失ハズ。尙債務ノ免除ハ積極的ニ債務者ヲシテ何物ヲモ取得セシムルモノニアラズト雖モ債務ハ元來債務者ノ財産ノ負擔ヲ爲スモノニシテ其存在ハ畢竟總財産ノ額ヲ小ナラシムルモノナレバ債務ノ免除ハ其結果此負擔ヲ消滅セシメ以テ消極的ニ債務者ヲシテ財産ヲ取得セシム

一〇一四民録——1742。

16) 占有權ヲモ包含ス(Windscheid 2 § 365 Anm.9 參照)。

17) Cosack § 133,4ハ債務者ガ債權者ノ爲メニ無償ニテ擔當權ヲ設定セル場合ニ於テ債務者ガ尙其以外ニ充分ナル資力ヲ有スルトキハ債權者ヲシテ何等ノ實質的利得ヲ取得セシメザルガ故ニ贈與トナラズト説ケルモ余ハ斯クノ如キ區別ヲ爲スノ理由ヲ發見スルヲ得ズ。尙 Oertmann § 516, 1c; Crome 2 506; Staudinger-Kober § 517,4; Dernburg BR § 205 Anm. 17 等ハ場合ノ如何ヲ問ハズ贈與トナラズト説ケリ。

財産増加  
ノ方法

ルモノト云フベク<sup>18)</sup>、之ト同様ノ理由ニ依リ免責的債務引受<sup>19)</sup>、他物權ノ拋棄、當然要スベキ費用ヲ節約セシムルコト<sup>20)</sup>等亦財産授與ノ一方法タルヲ得ベシ。尙自己ノ全財産又ハ財産ノ一部ノ包括的贈與亦有效タルヲ失ハズト雖モ之ガ爲メ直接ニ包括的財産移轉ヲ生ズルモノニアラズシテ個々ノ移轉行爲ヲ要スルヤ勿論ナリ<sup>21)</sup>。(二)加之受贈者ヲシテ以上ノ如キ財産取得ヲ爲サシムルコトヲ目的トスル法律行爲ハ常ニ必ズシモ贈與者受贈者間ノ行爲ナルコトヲ要セズシテ贈與者第三者間ノ行爲ナルモ亦可ナリ。例ヘバ贈與ノ目的ヲ以テ他人ノ債務ヲ辨濟スル場合ニ於テハ贈與ハ贈與者債務者間ニ存スレドモ辨濟行爲ハ贈與者債權者間ニ存ス。(三)尙又苟モ財産取得ヲ生ゼシムル限リ必ズシモ法律行爲ナルコトヲ要セズ。單純ナル事實行爲ナルモ亦可ナリ。例ヘバ

18) 此場合ニ於テモ債務免除ノ效果ハ單獨行爲タル債務免除(§519)又ハ直接債務消滅ノ效果ヲ發生セシメンコトヲ目的トスル當事者ノ合意(獨民 § 397 ノ免除、吾民法上ニテモ此種ノ合意ハ有效ナリ)ニ因リテ發生スルモノニシテ債權契約ニシテ贈與夫レ自身ニ因リテ生ズルモノニアラズ。二上氏前掲——40ノ説明ハ此點ヲ混同セリ。

19) 他人ノ債務ヲ無償ニテ免責的ニ引受タルコト(befreiende Schuldübernahme)ガ贈與トナルヲ否ヤニ付キテハ獨民ノ解釋トシテ議論アリ。積極説 Enneccerus § 343, IIb; Staudinger-Kober § 516, 13a。消極説 Oertmann § 516, 1a。

20) 例ヘバ甲ガ乙ニ對シテ債務ヲ負擔セル場合ニ丙ガ代ハリテ之ヲ辨濟スルコトヲ以テ甲丙間ノ贈與ノ目的トナセル場合。Windscheid 2 § 365 Anm. 14參照。

21) Windscheid 2 § 368 參照。

贈與ノ目的ヲ以テ隣地ノ眺望ヲ害スベキ墻壁ヲ破壊スルコトノ如シ<sup>22)</sup>。從ヒテ又不作為ニテモ可ナリ<sup>23)</sup>。

贈與者ノ  
財産減少

ハ) 又贈與者ガ自己ノ財産ヲ受贈者ニ與フルコトヲ目的トスルモノナレバ其結果必ズ贈與者ノ財産減少ヲ生ゼシムルモノナラザルベカラズ。縱令受贈者ヲシテ利得ヲ得シムルモ其手段トシテ贈與者ノ財産減少ヲ生ゼシムルコトナクンバ贈與ニアラズ。

(一) 故ニ例ヘバ無償ニテ勞務ヲ供給スルガ如キハ之ニ因リテ被供給者ノ側ニ費用節約ノ結果ヲ生ゼシムレドモ勞力夫レ自身ハ財産ノ一部ヲ構成スルモノニアラザルガ故ニ同時ニ贈與者ノ財産ヲ減少セシムルコトナク從ヒテ勞力ノ無償的供給夫レ自身ハ贈與トナルコトナシ。然レドモ勞力ヲ供給スルニ當リ本來報酬ヲ受クベキモノナレドモ贈與ノ目的ヲ以テ特ニ之ヲ受ケザルノ意思アルコト明瞭ナル場合ニハ之ニ因リ供給者ヲシテ其當然ニ受クベキ報酬ヲ失ハシムルモノナルガ故ニ供給者ハ尙之ガ爲メ財産減少ヲ受クルモノト云ヒ得ベク從ヒテ此意味ニ於テ尙之ヲ贈與ノ一種ナリト云フヲ得ベシ<sup>24)</sup>。(二) 以上ト異ナリ

22) 同説 Cosack I § 139, II

23) 例ヘバ他人ノ爲メニ所有權ノ取得時効完成セントスルニ當リ所有者贈與ノ目的ヲ以テ時効ヲ中斷セザルコト。

24) 此問題ニ付テハ Savigny, System 4 563—参照。

テ物ノ使用收益ノ無償的供與ハ被供與者ヲシテ使用收益權取得又ハ少クトモ費用節約ニ因ル財産的利得ヲ得シムルト同時ニ其範圍ニ於テ供與者ヲシテ本來其財産ヲ構成スル使用收益權ヲ失ハシメ又ハ少クトモ制限セシムルノ結果トナルガ故ニ原則トシテ贈與トナルモノト解セザルベカラズ<sup>25)</sup>。然レドモ物ノ使用收益ノ無償的供與ノ一場合タル使用貸借竝ニ無利息消費貸借ハ民法之ヲ特殊ノ典型契約トシテ取扱ヘルノミナラズ使用貸借ニ關スル第五九六條、無利息消費貸借ニ於ケル擔保義務ニ關スル第五九〇條第二項等ノ規定ヨリ考フレバ民法上之ヲ贈與ニアラズト解スルヲ正當トス<sup>27)</sup>。尙此等ノ契約ノ豫約ガ贈與ナリヤ否ヤニ付キテモ議論ヲ爲ス者アレドモ<sup>28)</sup>、此等ノ豫約ハ直接物ノ使用收益ヲ爲サシムベキコトヲ

25) 横田氏各論 225 反對。獨民ノ解釋トシテ同説 Dernburg, BR § 205, II 2; Staudinger-Kober § 516, 3b; Enneccerus § 343, 12 (但氏ハ當該ノ勞力ガ供給者ノ經常收入(regelmässige Einnahme)ノ資源ナリヤ否ヤニヨリテ贈與トナルヤ否ヤヲ決セントスレドモ斯クノ如キハ單ニ當事者ガ本文ニ述ベタルガ如キ贈與ノ意思ヲ有スルヤ否ヤヲ判斷スルノ一標準トナルニ過ギズ)。反對 Oertmann § 517, 3 (但舊版ニテハ同説); Planck § 516, 2; Cosack I § 139, 3 等。然レドモ獨法上ノ反對觀ハ將來ノ收益ノ拋棄ハ贈與トナラザルコトヲ規定スル § 517ノ特別規定ニ基クモノノ如シ。故ニ規定ヲ異ニスル民法ノ上ニ同一理論ヲ移スコト能ハズ。

26) 横田氏各論 225 反對。獨民ノ解釋トシテ同説 Oertmann § 517, 3。尙 Enneccerus 前掲ハ上述シタル無償的勞力供給ノ場合ト全然同一ノ結論ヲ認ムレドモ是レ物ノ使用收益權ガ財産ノ一部ヲ構成セルコトヲ忘レタルノ論ナリ。

目的トスル契約ニアラズシテ單ニ斯ル契約ヲ締結スベキ債務ヲ發生セシムルコトヲ目的トスルニ過ギザルガ故ニ贈與ニアラザルコト明ナリ。以上ト反對ニ諾成的使用貸借<sup>27)</sup>ノ如キハ尙之ヲ贈與ノ一場合ナリト解スルヲ得ベク從ヒテ書面ニ依ラザルトキハ各當事者何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ベシ(五五〇)。(三)尙獨逸民法ハ他人ノ利益ノ爲メニ(イ)財産取得ヲ爲サザルコト、(ロ)歸屬シタレドモ未ダ決定的ニ取得セザル權利(例ヘバ條件附權利)ヲ拋棄スルコト又ハ(ハ)相續若クハ遺贈ヲ拋棄スルコトハ贈與トナラザル旨ヲ規定スレドモ(五一七)、特別ノ明文ナキ民法ノ解釋トシテハロ及ビハハ勿論贈與トナルモノト解釋スベクイト雖モ取得ノ權利ヲ有スルニ拘ハラズ之ヲ行使セズシテ財産取得ヲ爲サザリシ場合ニハ贈與トナルベシ。蓋シ此等ノ場合ニ於テハ受贈者ニ財産的利益ヲ與フルノ方法トシテ贈與者ノ側ニ財産減少ヲ生ゼシムルヲ以テ也。反之贈與ノ申込ヲ受ケタル者ガ之ヲ拒絶スルガ如キハ贈與トナラザルヤ勿論也。

贈與者ノ 二) 而シテ贈與者ノ側ニ於ケル財産減少ト受贈

27) 同說二上氏前掲七 52—、— 37—。

28) 二上氏前掲七 55、— 38。

29) 32頁參照。

者ノ側ニ於ケル財産増加トハ互ニ因果ノ關係ニ立テルコトヲ必要トス。第五四九條ニハ「當事者ノ一方ガ自己ノ財産ヲ無償ニテ相手方ニ與フル意思ヲ表示シ」ト云ヘルガ故ニ、學者或ハ之ヲ狭ク解釋シテ一方ニ於テハ贈與者ノ財産ガ移轉的承繼又ハ少クトモ設定的承繼ノ方法ヲ以テ受贈者ニ移轉スル場合ナルコトヲ必要トシ從ヒテ債務ノ免除ハ贈與トナラザルモノト爲シ又他方ニ於テハ贈與者ヨリ直接ニ受贈者ニ財産ヲ與フルコトヲ必要トシ從ヒテ例ヘバ債務者ヲシテ債務ヲ免レシムル爲メ第三者ガ代ハリテ辨濟スル場合ノ如キハ贈與トナラザルモノト説ケリ<sup>30)</sup>。然レドモ法律ガ「財産」ヲ「與フル」ト云ヒテ賣買(五五五)、交換(五八六)等ニ於ケルガ如ク特ニ「財産權ヲ移轉スル」ト云ハザルヨリ見レバ贈與ニ付キテハ特ニ斯ノ如キ嚴格ナル承繼關係ヲ必要トセザルノ主旨ヲ推測セシムルノミナラズ、苟モ受贈者ニ利得ヲ得シムルノ方法トシテ贈與者ノ財産減少ヲ生ゼシムル以上ハ尙ホ之ヲ稱シテ「財産」ヲ「與フル」モノナリト云フヲ妨ゲザルモノト解スルヲ至當トスベク從ヒテ以上ノ如キ狭少ノ解釋ヲ採ルノ必要毫モ存在セザルナリ<sup>31)</sup>。

財産減少ト受贈者ノ財産増加トノ間ニ因果關係アルヲ要ス

30) 横田氏各論 225—。

無償ニテ  
財産ヲ與  
フルコト  
ヲ目的ト  
スル契約  
ナリ

五 贈與ハ無償ニテ財産ヲ他人ニ與フルコトヲ目的トスル契約ナリ。

茲ニ「無償ニテ」トハ當事者一方ノ財産授與ガ贈與原因<sup>31)</sup>ニ出ヅルコトヲ謂フ。即チ受贈者ヲシテ利得ヲ得シムルコト夫レ自身ガ財産授與ノ目的トナルコトヲ云フ<sup>32)</sup>。故ニ既存ノ債務ノ辨濟ヲ爲スノ目的<sup>34)</sup>(債務償却目的)又ハ相手方ヲシテ債務ヲ負ハシムルノ目的<sup>35)</sup>(與信目的)等別段ノ原因ニ出ヅル財産授與ハ贈與トナルコトナシ。而シテ原因ハ法律行為ノ法律上ノ性質ヲ定ムベキ觀念ニシテ法律行為ノ内容ヲ爲セルモノナルヲ以テ、之ヲ其法律行為ヲ爲スニ至レル主觀的ノ動機(緣由)<sup>36)</sup>ト區別スルコトヲ要ス。從ヒテ贈與ガ受贈者ニ謝意ヲ表スルノ目的ニ出デタル<sup>37)</sup>ト慈善ヲ與フルノ目的ニ出デタルト又將來返禮ヲ受クルコトヲ豫期シテ爲サレタルトヲ區別セザル

原因ト動機

31) (一)債務免除ヲ目的トスル契約ガ贈與トナルコトニ付キ同說二上氏前掲一— 40。獨普通法及ビ獨民上ノ通說同說(Windscheid 2 548; Enneccerus § 343, IIa; Staudinger-Koher § 516, I3a 等)(二)「財産ヲ與フル」ノ方法ガ贈與者受贈者間ノ行為ナルコトヲ要セザルコトニ付キテハ獨普通法及ビ獨民上ノ通說同說(Windscheid 2 549; Oertmann § 516, 4; Enneccerus § 343, IIb 等)。

32) Causa donationis

33) Windscheid § 365, Anm.4 („Schenkung ist die Bereicherung um der Bereicherung willen“)參照。尙贈與原因ニ付キテハ F. Haymann, Jahrb. f. Dog. 56 99—參照。

34) Causa solvendi

35) Causa credendi

36) Motiv, Bestimmungsgrund 即チ何故ニ無償ニテ(贈與原因ニ

モノトス。縱合受贈者ガ同時ニ一定ノ義務ヲ負フコトアルモ其義務ガ贈與ニ對シテ對價タル性質ヲ有セザルトキハ行為ハ尙其無償タルコトヲ失ハザルモノニシテ之ヲ贈與ト稱スルヲ妨グズ(負擔附贈與)。

第二 成立

贈與ノ成立

贈與ハ契約ノ一種ナルヲ以テ其成立ニ關シテモ法律行為竝ニ契約ニ關スル一般法規ノ適用ヲ受クルモノニシテ第五四九條ノ文字ノミヨリ云フトキハ贈與ノ申込ハ常ニ贈與者之ヲ爲スコトヲ要スルガ如キモ之レ單ニ通例ノ場合ヲ標準トシテ立言セルニ過ギズシテ受贈者ノ申込ニ依リテ贈與ヲ成立セシムルコト亦不可能ニアラズ。

而シテ贈與成立スルガ爲メニハ(一)其内容ニ於テハ必ズ當事者ノ一方ガ自己ノ財産ヲ相手方ニ授與ス

テ)財産授與ヲ爲スノ意思ヲ生ズルニ至レルカノ原因ヲ云フ。此點ニ付キテハ Windscheid § 365, Anm. 4 參照。

37) 謝意ヲ表スルノ目的ニ出テタル贈與ヲ稱シテ報酬的贈與(remuneratorische Schenkung, donation rémunératoire)ト云フ。而シテ此場合ニ於ケル謝意ヲ表スルノ目的ハ贈與ノ動機タルニ過ギザルガ故ニ贈與夫レ自身ノ性質ハ毫モ通常ノ場合ト異ナル所ナシ。25 頁註10參照。大審五・九・二六民錄二二1450ハ債務者ガ其債務ヲ負擔セルコトヲ緣由トシテ一定ノ給付ヲ爲セルトキハ辨濟若クハ代物辨濟トシルカ又ハ贈與ニアラザル一種ノ無名契約トナルベシト云ヘシモ斯クノ如キハ全然原因(causa)ト動機(Motiv)トヲ混同セルノ見解ナリ。蓋シ當該ノ給付ノ法律的原因ニシテ若シ贈與原因ナルトキハ常ニ贈與トナルベク反之債務償却原因ナルトキハ常ニ辨濟又ハ代物辨濟トナルベキモノニシテ動機ガ返禮ニ存スルコトハ毫モ贈與ノ成立ヲ妨グルコトナケレバ也。

ルコト並ニ其財産授與ガ贈與原因ニ出ヅルコトノ二點ニ付キ合意アルコトヲ必要トシ(五四九)、(二)又其形式ニ付キテハ民法上何等制限スル所ナキヲ以テ當事者任意ノ方式ヲ以テ之ガ締結ヲ爲シ得ベク、從ヒテ書面ニ依ラザル贈與ト雖モ亦素ヨリ有效ナルヲ失ハズ。然レドモ贈與ハ元來無償ノ財産授與行爲ナルヲ以テ成ルベク先ヅ贈與者ヲシテ慎重ノ考慮ヲ爲サシメ一時ノ出來心ヲ以テ濫ニ贈與ヲ爲スガ如キコトナカラシムルヲ要ス。此目的ヲ達スルガ爲メ外國ノ民法中ニハ贈與ハ必ズ書面上ノ方式ニ依ルベク、然ラザレバ全然其效力ヲ生ゼザルベキ旨ヲ定ムルモノアリト雖モ<sup>38)</sup>、吾民法ハ此點ニ關シ而カク嚴格ナル主義ヲ採ルノ必要ナシトシ書面ニ依ラザル贈與ハ有效ナレドモ單ニ取消シ得ベキ效力ヲ生ズルニ過ギザルモノトナシ、各當事者ハ隨時之ヲ取消シ得ベキコトヲ定メタリ(五五〇)<sup>39)</sup>。此意味ニ於テ贈與ハ尙ホ之ヲ要式契約ト稱スルヲ妨ゲザルベシ<sup>40)</sup>。

然レドモ(イ)本條ハ單ニ贈與者ヲシテ其意思ヲ確メシメ以テ輕卒ニ贈與ヲ爲サザラシムルコトヲ目的

38) 獨 § 518, 佛 art. 931, 932, 瑞債 Art. 243 等。

39) 此取消權ハ專屬權ニアラザルガ故ニ相續ノ目的トナルヲ得ベシ(同說東控二・七・九新聞八九一、石坂氏京法 九六 157)。

トスルモノナレバ贈與者ノ意思表示ニシテ書面ニ依レル以上ハ受贈者ノ意思表示ハ然ラザルモ差支ナキモノト解セザルベカラズ<sup>41)</sup>。(ロ)又書面ハ贈與ノ意思表示其モノヲ包含スルモノナラザルベカラザルニ依リ契約成立以前單純ナル一片ノ通信文ニテ贈與ノ意思ヲ漏シタルガ如キコトアルモ之ヲ贈與契約ノ書面ト云フベカラズ。反之契約成立當時ニハ書面ナカリシモ後ニ至リテ書面ヲ作成セルトキハ以後取消ヲ爲スコト能ハザルニ至ルベク<sup>42)</sup>又混合贈與<sup>43)</sup>ニ於テ賣買契約夫レ自身ニ付キ書面ノ作成アリ而シテ贈與ノ意思亦其書面ニ依リテ推測シ得ルトキハ之ヲ書面ニ依ル贈與ト認ムルコトヲ妨ゲザルベク、賣買名義ニ假裝シタル贈與ニ於テ賣買ニ關スル書面ニ依リテ贈與ノ意思アルコトヲ推測シ得ル場合亦之ニ同ジ<sup>44)</sup>(ハ)尙ホ贈與者ガ既ニ其債務ヲ履行セルトキハ縱令贈與ガ書面ニ依リテ爲サレザリシ場合ト雖モ贈與者ニ贈與ノ意思アルコト既ニ明確ニシテ動かスベカラ

40) 33 頁註 36 參照。

41) 同說二上氏前掲四 60、大審四〇・五・六民錄一三 503、大阪地四二・六・三〇新聞五九四。

42) 同說大審五・九・二二民錄二二 1732。然レドモ此場合ト雖モ贈與ノ成立ハ書面作成ノ時ニアラズシテ事實締結セラレタル時ニアリト云ハザルベカラズ(反對東京地三・一・二二八評論三民590)。

43) gemischte Schenkung (323 頁以下)

44) 同說大審三・一・二・二〇民錄二〇 1178。

ズ、加之受贈者亦之ニ信賴シテ贈與物ヲ任意ニ處分シ終ルコト少ナカラザルニ依リ、民法ハ「履行ヲ終レル部分」ニ付テハ取消シ得ザルコトヲ定メタリ(五五〇<sup>四</sup>)。而シテ茲ニ「履行」ヲ終リタリトハ當該ノ贈與ノ主旨ニ從ヒ其債務ノ目的トナレル一切ノ效果ヲ發生シ盡シタルヲ謂フ<sup>45)</sup>。故ニ例ヘバ贈與トシテ動産所有權ヲ移轉スル場合ニハ移轉ノ物權行爲ノミナラズ物ノ引渡ヲモ爲サザルベカラズ。又不動産所有權移轉ノ場合ハ移轉ノ物權行爲ノミナラズ引渡並ニ登記ヲモ必要トスベシ<sup>46)</sup>。

第五五〇條但書

贈與ノ效力

### 第三 效力

一 贈與成立スルトキハ贈與者ヲシテ贈與ノ目的物ヲ受贈者ニ給付スルノ債務ヲ負擔セシム。反之受贈

45) 同說二上氏前掲四 62—。

46) 同說二上氏前掲四 63、東控四・五・一ニ評論四民 416。反對說二種アリ。(一)引渡アルヲ以テ足り登記ヲ要セズトスル說(大審四三・一〇・一〇民錄一六 673)。元來登記義務ハ現在ノ登記ト登記能力アル事實上ノ權利關係トノ不一致ヲ原因トシテ法律上當然ニ生ズルモノナルガ故ニ(中島氏京法八 二 25—殊ニ38—參照)未ダ其履行ナシト雖モ贈與夫レ自身ハ既ニ履行ヲ終リタリト解シ得ベキガ如シト雖モ、契約ニ依リテ不動産物權ノ設定移轉ヲ約シタル者ハ同時ニ其效果ヲ完全ナラシムルニ必要ナル事項ヲモ約シタルモノト認ムルヲ相當トスベク從ヒテ既ニ引渡ヲ終リタルモ未ダ登記義務ヲ履行セザルトキハ未ダ贈與ノ「履行ヲ終リタル」モノト言フコト能ハザルナリ。(二)所有權ヲ移轉シタル以上登記ハ勿論引渡ヲモ必要トセズ從ヒテ贈與ノ成立ト同時ニ所有權移轉シタル場合ニハ以後最早本條ニ依リテ取消スコトヲ得ズトスル說(東京地 四・二・一評論三民 725、大阪地評論一民110)然レドモ(1)所有權ヲ移轉シタルノミニシテ未ダ其引渡並ニ登記ヲ爲サザル者ハ未ダ「履行ヲ終リタル」モノニアラザルコト勿論ナルノミナラズ(2)實際上ノ結果ヨリ云フモ判決所論ノ如ク贈與成立スルトキ

者ハ何等ノ反對給付ヲ爲スベキ債務ヲ負擔スルコトナシ。此故ニ

一) 贈與者ハ贈與ノ主旨ニ從ヒテ其債務ヲ履行シ受贈者ヲシテ目的物ヲ完全ニ取得セシムルニ付キ必要ナル凡テノ行爲ヲ爲スコトヲ要ス。而シテ其果シテ如何ナル行爲ヲ必要トスルカハ各場合ニ於ケル贈與ノ主旨如何ニ依リテ同一ナラズ。

債務ノ内容

二) 從ヒテ例ヘバ金錢ノ給付ヲ約シタル場合ニ於テ贈與者遲滯ニ陷レルトキハ以後之ニ對シテ遲延利息ヲ支拂ハザルベカラザルハ勿論(四一九)<sup>47)</sup>、其他ノ場合ニ於テモ受贈者ハ一般ノ原則ニ從ヒテ不履行ニ因ル損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ベシ(四一五以下)<sup>48)</sup>。

不履行ニ對スル責任

三) 然レドモ贈與ハ元來無償契約ナルガ故ニ有償契約タル賣買ノ場合ト異ナリテ契約ノ目的タル物又ハ權利ニ瑕疵又ハ欠缺アルモ贈與者ハ之ニ對シテ何等ノ責任ヲ負ハザルヲ原則トス(五五一<sup>1)</sup>)。

擔保責任

原則

第五五一條一項

1) 茲ニ「物ノ瑕疵」トハ取引ノ通念又ハ當事者

ハ其結果トシテ法律上當然ニ所有權ヲ移轉ヲ生ズルモノトシテ之ト同時ニ以後取消ヲ爲シ得ザルニ至ルモノトセバ本條存在ノ理由全然没却セラルルニ至ルベシ。

47) 反對立法獨民 § 522。

48) 獨民 § 521、瑞債 Art. 248 ハ贈與者ノ責任ヲ輕減シテ之ヲ故意又ハ重過失ノ場合ノミニ限ソルモ吾民法上此種ノ制限ナシ。



ノ意思表示ニ依リテ當該ノ物ニ存スルモノト認メラ  
ルル性質ガ實際上存在セザルガ爲メ其物ノ價值又  
ハ效用ヲ減少セシムルモノヲ云ヒ、又「權利ノ欠缺」  
トハ贈與ノ目的タル權利ガ法律上ノ原因ニ因リテ完  
全ナラザルコトヲ云フモノニシテ(4)現在贈與者自  
身ニ屬スルモノトシテ贈與ノ目的ト爲サレタル權利  
ノ全部又ハ一部ガ實際上贈與者以外ノ者ニ屬スルコ  
ト<sup>49)</sup>、(ロ)當該ノ權利ノ全部又ハ一部ガ全然存在セ  
ザルコト、(ハ)其權利ガ他人ノ權利ニ依リテ制限セ  
ラレ居ルコト等之レニ屬ス。

2) 贈與ノ目的物ニ以上ノ如キ「瑕疵又ハ欠缺」  
アルモ贈與者ハ何等其責ニ任ズルノ要ナキヲ以テ原  
則トスルガ故ニ、爾後ヨリ之ヲ追完スルノ必要ナキ  
ハ勿論<sup>50)</sup>受贈者其無瑕疵又ハ無欠缺ナルコトニ信賴  
シタルガ爲メ損害ヲ蒙ルコトアルモ又之ニ對シテ何  
等ノ責任ヲ負フコトナシ。

然レドモ現在特定セザルモノニ付キテハ其果シテ

49) 贈與者自身ノ權利ナリトシテ贈與セラレタルコトヲ要ス。他  
人ノ權利ナルコトヲ明示シテ之ヲ贈與ノ目的ト爲セル場合ニハ贈與  
者特ニ之ヲ第三者ヨリ取得シテ給付スベキコトヲ約シタルモノナレ  
バ若シ之ヲ取得シテ給付シ得ザルトキハ特約ナキ限リ債務不履行ニ  
因ル損害賠償ヲ爲サザルベカラザルコト勿論ニシテ茲ニ所謂「權利ノ  
欠缺」ノ一場合ニアラズ。從ヒテ又<sup>51)</sup>ノ適用ヲ受ケザルコト案ヨ  
リ明カナリ。Windscheid 2 § 366, 4, Anm. 8 参照。

50) 故ニ例ヘバ贈與ノ目的物ガ他人ノ物ナリシ場合ニ於テモ特  
ニ他人ノ物ナルコトヲ明示シテ契約シタルニアラザル限リ(註 49 參

瑕疵又ハ欠缺ヲ有スルヤ否ヤノ問題ヲ生ズルノ餘地  
ナキコト勿論ナルガ故ニ如上ノ擔保責任有無ノ問題  
ヲ生ズルガ爲メニハ契約成立ノ當時既ニ其目的物ガ  
特定セルカ又ハ少クとも其撰出セラルベキ範圍ガ特  
定セル場合ナルコトヲ必要トス。故ニ(4)例ヘバ贈  
與ノ目的物ガ單ニ種類ニ依リテノミ指示セラレタル  
ニ過ギザル場合ニアリテハ後ニ至リテ實際上履行ノ  
爲メ給付セラレタル物が事實他人ニ屬スルガ爲メニ  
追奪セラレ又ハ其他債務ノ本旨ニ從ハザルトキハ贈  
與者ハ一般原則ニ從ヒテ債務不履行ノ責ニ任ゼザル  
ベカラザルコト勿論也(四一五、五四一以下)<sup>51) 52)</sup>。

(ロ)從ヒテ又贈與ノ目的物ガ種類ニ依リテノミ定マ  
リ其品質ニ付キテ毫モ何等ノ定メナキトキハ種類債  
務一般ノ原則ニ從ヒテ中等ノ品質ノ物ヲ給付スルコ  
トヲ要シ(四〇一參照)第五五一條第一項ヲ理由トシ

照)之ヲ其他人ヨリ取得シテ給付スルコトヲ要スルモノニアラズ。此  
ノコト賣買ニ關スル<sup>53)</sup>トノ對比ヨリ云フモ明カ也。

51) 然レドモ此場合ノ責任ハ擔保責任ニアラズシテ債務不履行ニ  
因ル責任ナリ。獨普通法上ノ通説ガ贈與者ハ種類物贈與(donatio ge-  
neris)ニアリテハ追奪擔保ノ責任アレドモ特定物贈與(donatio speciei)  
ニアリテハ其責ナシト云ヘルハ(Windscheid 2 § 366, Anm. 8)明カニ  
問題ヲ混同セルモノト云フベシ。

52) 尙此場合ノ責任ノ内容如何ニ關シ獨普通法上(一)一旦給付セ  
ラレタル物ニ代フルニ他ノ瑕疵ナキ物ヲ以テスベシトスル説(Gluck,  
Fangerow)、(二)履行ニ代ハル損害賠償ヲ爲スベシトスル説(Bekker)、  
(三)受贈者ノ撰擇ニ從ヒテ以上ノ中何レカノ方法ヲ採ルベシトスル  
説(Windscheid)等アレドモ吾民法ノ解釋トシテハ一般債務不履行ノ場  
合ト全然同一ノ結果ヲ生ズルモノト云ハザルベカラズ。

テ下等ノ品質ノ物ヲ給付スルコトヲ得ズ。

例外

3) 以上ノ原則ニ對シテハ次ノ三個ノ例外アリ。

第五一  
條第一項  
但書

イ) 「贈與者ガ其瑕疵又ハ欠缺ヲ知リテ之ヲ  
受贈者ニ告ゲザリシトキ」(五五一<sup>四</sup>) (一)要件

要件

(1)瑕疵又ハ欠缺アルコト 瑕疵又ハ欠缺ノ意義ハ  
既ニ之ヲ上述セリ。而シテ其「瑕疵」ハ必ズシモ隠レ  
タルモノナルコトヲ要セズト雖モ(五七〇参照)隠  
レタル瑕疵ニアリテハ贈與者多ク之ヲ知ラザルガ爲  
メ結局本例外ノ適用ヲ受ケザルコトトナルヲ通例ト  
スベシ。(2)瑕疵又ハ欠缺ヲ知レルニ拘ハラズ之ヲ  
受贈者ニ告ゲザルコト 本規定ハ「知リテ之ヲ受贈  
者ニ告ゲザリシ」コトヲ要求スルガ故ニ苟モ其不告  
知ガ不知ニ基ク限リハ縱令其不知ガ重過失ニ因レリ  
トスルモ尙何等ノ責任ヲ負フコトナシ。反之苟モ知  
リテ告ゲザル限リハ其不告知ガ持ニ害意ニ出ヅルト  
否トヲ問ハズ又其過失ニ基クト否トヲ問ハズシテ責  
任ヲ生ズルモノトス。(3)受贈者ガ瑕疵又ハ欠缺ヲ  
知ラザルコト 本規定ハ以下ニ説明スルガ如ク受贈  
者ガ瑕疵又ハ欠缺ノ不存在ニ信賴シタルガ爲メニ蒙  
リタル損害ヲ填補スルコトヲ目的トスルモノナレバ  
受贈者既ニ瑕疵又ハ欠缺ノ存在ヲ知レル限リハ本例  
外ノ適用ヲ生ゼザルコト素ヨリ也。(二)責任ノ限度

責任ノ限  
度

以上ノ諸要件備ハリタル場合ニ於ケル贈與者ノ責任  
ノ限度如何ニ關シテハ民法上何等明定スル所ナキガ  
故ニ疑ヲ容ルルノ餘地ナキニアラズト雖モ、受贈者  
ガ瑕疵又ハ欠缺ノ不存在ニ信賴セルガ爲メニ蒙リタ  
ル損害(消極的契約利益)<sup>53)</sup>ノ賠償ニ限ルモノニシテ  
積極的契約利益(即チ瑕疵又ハ欠缺ナカリセバ受ケ  
タルベキ全利益額ト現實ニ受ケタル利益トノ差額)  
ニ及バザルモノナリト解スルヲ正當ナリト信ズ<sup>54)</sup>。  
蓋シ(イ)元來積極的契約利益ノ賠償請求ハ債務ノ  
存在ト其不履行トヲ前提トス。然ルニ現在瑕疵又ハ  
欠缺アルモノヲ贈與スル者ハ別ニ先ヅ瑕疵又ハ欠缺  
ナキ完全ナル物體ヲ給付スルノ義務アルガ爲メ其  
履行トシテ贈與ヲ爲ス者ニアラズシテ現ニ瑕疵又ハ  
欠缺アル物體夫レ自身ヲ給付スルコトヲ約シ而シテ  
契約ノ本旨ニ從ヒテ完全ニ當該ノ給付ヲ爲セルモノ  
ナレバ贈與上ノ債務ノ履行ハ完全ニシテ何等ノ不履  
行存在セザルヲ以テナリ。(ロ)又贈與ノ目的物が他  
人ニ屬スル場合ニ於テモ特ニ其他人ノ權利ナルコト

53) 例ヘバ贈與者ガ他人ノ物ナルコトヲ告ゲザリシ爲メ受贈者其  
他人ノ權利主張ニ對シテ確認ノ訴ヲ提起シタルガ爲メニ要シタル費  
用、瑕疵ナキモノナリト信シテ之ニ工作ヲ加フルガ爲メ多大ノ費用  
ヲ投シタルニ瑕疵ノ爲メ全然無用ニ歸シタルコト、別ニ同種ノ物ヲ取  
得スベキ有利ノ機會アリタルニ拘ハラズ之ヲ選シタルコト等ヲ云フ。

54) 125頁参照。獨民 §523 ノ解釋トシテモ疑問ノ餘地アレド通説  
ハ本文ト同説ナリ(Oertmann § 523, 2a)。

ヲ明示シテ契約セル場合ノ外ハ之ヲ其他人ヨリ取得シテ給付スルヲ要セザルコト上述ノ如クナルガ故ニ<sup>55)</sup>此場合ニモ亦積極的契約利益ノ請求ヲ許スノ理由ナシ。(三)責任ノ性質 本規定ニ依ル贈與者ノ責任ハ受贈者ニシテ若シ瑕疵又ハ欠缺ノ存在ヲ知リタリセバ受ケザルベカリシニ拘ハラズ贈與者之ヲ告ダザリシガ爲メニ受ケタル損害ヲ賠償スルコトヲ目的トスルモノナレバ、尙之ヲ意思ノ自由ニ對スル侵害ニ基ク不法行爲上ノ賠償責任ナリト解スルヲ正當トス<sup>56)</sup>。

責任ノ性質

第五五一條第二項

□) 「負擔附贈與ニ付テハ贈與者ハ其負擔ノ限度ニ於テ賣主ト同ジク擔保ノ責ニ任ズ」(五五一<sup>1)</sup>) 蓋シ負擔附贈與ハ負擔ノ限度ニ於テハ尙ホ有償契約ニ準ズベキ性質ヲ有スルヲ以テナリ。而シテ賣主ノ擔保義務ノ何タルカハ後ニ賣買ノ部ニ於テ之ヲ説明スベシ。尙ホ以上ノ責任ハ負擔ノ限度ニ止マルガ故ニ其以外ニ於テハ上述セル第一項ノ規定ニ依リテ通常ノ責任ヲ負フニ止マルモノトス。

擔保特約

ハ) 當事者特約ヲ以テ擔保責任ヲ設定シタルトキ 以上何レノ場合ニモアラズト雖モ當事者契

55) 註 49 及ビ 50 參照。

56) 124 頁殊ニ註 19 參照。

約ヲ以テ特ニ責任ヲ定メタルトキハ贈與者其特約ノ主旨ニ從ヒテ責任ヲ負フベキコト勿論ナリ。蓋シ第五五一條ノ規定ハ強行法規ニアラザルヲ以テナリ。其中最モ著シキ例ハ贈與者ガ受贈者ニ對シテ瑕疵又ハ欠缺ノ不存在ヲ擔保シタル場合ニシテ此場合ニ於テハ贈與者ハ完全ナル物體ヲ給付スルノ債務ヲ負擔スルモノニシテ若シ之ガ履行ヲ爲サザルトキハ損害賠償ノ義務ヲ負擔スルニ至ルベシ。

ニ 贈與ハ上述ノ如ク無償的ニ贈與者ノ財産ヲ減少セシムルコトヲ目的トスル契約ナルガ故ニ古來諸國ノ法律ハ特ニ贈與者又ハ贈與者ノ債權者ヲ保護スルノ目的ヲ以テ其效力ニ關シテ種々ナル制限ヲ加フルヲ通例トシ吾現行法亦次ノ如キ種々ナル制限ヲ設ケタリ。

贈與ニ特有ナル取消又ハ無効原因

イ) 「書面ニ依ラザル贈與ハ各當事者之ヲ取消スコトヲ得但履行ノ終ハリタル部分ニ付テハ此限ニ在ラズ」(五五〇)。

□) 「遺留分權利者及ビ其承繼人ハ遺留分ヲ保全スルニ必要ナル限度ニ於テ遺贈及ビ前條ニ掲ゲタル贈與ノ減殺ヲ請求スルコトヲ得」(一一三四)<sup>57)</sup>。

57) 減殺ノ法律上ノ性質ニ付キテハ梅氏要義四 434—參照。

ハ) 「支拂停止後又ハ支拂停止前三十日內ニ破産者ガ爲シタル贈與其他ノ無償行爲(中略)ハ財團ニ對シテハ當然無効トス」(舊商九九〇)。

ニ) 準禁治産者又ハ妻ガ贈與ヲ爲スニハ保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(一二、一四)。

以上ノ外外國ノ法律ニハ(一)受贈者ノ忘恩ヲ理由トスル撤回<sup>58)</sup>、(二)贈與者ノ困窮ヲ理由トスル撤回<sup>59)</sup>、(三)子ヲ有セザル者ノ爲シタル贈與ノ其後ニ於ケル子ノ出生ニ因ル失效<sup>60)</sup>又ハ撤回<sup>61)</sup>、(四)夫婦間ノ贈與ノ無効<sup>62)</sup>又ハ撤回<sup>63)</sup>等ヲ認ムレドモ、吾民法ハ夫婦間ノ契約ハ獨リ贈與ノミナラズ凡テ婚姻中何時ニテモ取消シ得ベキ旨ヲ定メタルノ外(七九二)如上ノ特別ナル撤回若クハ失效原因ヲ認ムルコトナシ<sup>64)</sup>。

尙贈與ハ之ヲ受贈者ノ側ヨリ觀察スレバ無償的ニ其財産ヲ増加セシムルノ結果ヲ生ゼシムルモノニシテ頗ル有利ナルガ故ニ(一)準禁治産者贈與ノ申込ヲ

58) 獨民 § 530, 佛民 art. 955, 瑞債 Art. 249, Windscheid 2 § 367, 3等。

59) 獨民 §§ 528, 529, 普民 I 11 § 1123, 瑞債 Art. 250, Windscheid 2 §§ 267, 268 (beneficium competentiae)等。

60) 佛民 art. 960—966

61) Windscheid 2 § 562

62) Windscheid 2 § 367, 1

63) 佛民 art. 1096

64) 此等ノ諸原因ニ付キテハ二上氏前掲四 59—参照。

拒絕スルガ爲メニハ保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ(一二)、又(二)妻ガ贈與ヲ受諾又ハ拒絕スルニ付キテハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要スル(一四)等民法上種々ナル特別ノ規定アリ。

#### 第四 特殊ノ贈與

##### 一 混合贈與<sup>65)</sup>

混合贈與

贈與ハ無償ニテ財産ヲ授與スルコトヲ目的トスル契約ニシテ其財産授與ノ形式如何ハ毫モ法律ノ問ハザル所ナルコト既ニ上述シタルガ如シ。故ニ例ヘバ一定ノ有償契約ヲ締結スルニ當リ當事者甲ノ出捐ヲシテ故意ニ乙ノ出捐ヨリモ僅少ナラシメ而シテ兩者ノ差異ヨリ生ズル利益ヲ出捐ノ内容トシテ甲乙間ニ贈與ヲ締結スルヲ妨ゲザルベシ。學者此種ノ贈與ヲ稱シテ混合贈與ト云ヘリ。而シテ通常一般ニ行ハルル混合贈與ハ安價賣買<sup>66)</sup>ニ因ル買主ノ利益ヲ以テ其内容ト爲セルヲ以テ以下ニハ此場合ヲ標準トシテ説明ヲ爲スベシ。

一) 契約ノ性質 混合贈與ノ性質如何ニ關シテ性質ハ從來各種ノ學說アリ。

學說

##### イ) 分離說 混合贈與ヲ二個ノ別種ノ契約ニ分

65) gemischte Schenkung, negotium mixtum cum donatione

66) Freundkauf

離シテ觀察セントスル學說ニシテ其中更ニ二派ノ別アリ。

1) 單純分離說 賣買ノ目的タル財産權ヲ契約上ノ代金額ト財産權ノ實價ヨリ契約上ノ代金額ヲ控除シタル殘額トノ割合ニ應ジテ二個ノ思想上ノ持分<sup>67)</sup>ニ分割シ而シテ代金ト之ニ對應スル持分トノ間ニ賣買成立スルニ對シ他ノ一個ノ持分ヲ目的トスル贈與成立スルモノナリトスル說<sup>68)</sup>。

2) 免除說 先ヅ高價ヲ以テスル賣買アリ而シテ其代金ノ一部ノ免除ヲ出捐ノ内容トスル贈與成立スルモノナリトスル說<sup>69)</sup>。

□) 單一說 賣買ニモ贈與ニモアラザル特殊ノ統一契約ニシテ其取扱ハ賣買竝ニ贈與ニ關スル規定ヲ混合的ニ適用シテ之ヲ爲スベシトスル說<sup>70)</sup>。

ハ) 單純贈與說 混合贈與ハ其契約ノ法律的構成ニ於テハ毫モ通常ノ贈與ト異ナル所ナク唯其内

67) *ideelle Bruchteile*

68) 此說ハ獨逸舊時ノ通說ナリ。例ヘテ *Savigny, System* 4 99; *Regelsberger, Pand.* § 168, II; *Planck II Aufl.* § 516, 6; *Köppen, negotium mixtum cum donatione* (01) 26—; *Wairach, Gruchots Beitr.* 48 229—等。

69) *Lammfronn, Teilung, Darlehn, Auflage u. Umsatzvertrag* (97) 135—之ヲ主唱シ *Derenburg, BR. II 2* § 210, II 之ニ從フ。

70) 近時有力ナル學者ニシテ此說ニ從フ者漸ク多キヲ加フ。*Müller, Jahrb. f. Dog.* 48 209—; *Regelsberger, Jahrb. f. Dog.* 48 462; *Planck III Aufl.* § 516, 6; *Endemann* § 164, Anm. 23; *Oertmann* § 516, 9; *Staudinger-Kober* § 516, 3d3 等。

容タル財産授與ノ形式ガ安價賣却ニ因ル利益ノ供與ニ存スルノ點ニ於テ特色ヲ有スルニ過ギズトスル說

71) 以上ノ諸說中、一)單純分離說ハ本來統一的一個ノ契約タルモノヲ濫リニ分離シテ取扱ハントスルモノニシテ獨リ理論上妥當ヲ缺クノミナラズ實際上ニ於テモ亦當事者ノ意思ニ合セザル不都合ノ結果ヲ生ゼシムベク<sup>72)</sup>、(二)次ニ又免除說ハ所說技巧的ニシテ是レ亦當事者ノ意思ニ合セズ<sup>73)</sup>、(三)反之單一說ハ以上ノ如キ不自然ナル分離的觀察ヲ爲サザルノ點ニ於テ正當ナリト雖モ混合贈與ヲ目シテ贈與ニモ賣買ニモアラザル特殊ノ契約ナリトスルノ點ニ於テ誤レリ。蓋シ元來贈與ハ無償ニテ財産ヲ授與スルコトヲ目的トスル契約ニシテ財産授與ノ形式如何ヲ問ハザルヲ以テ其特質トスルモノナレバ當事者ガ實價以下ノ賣却ニ依リテ買主ニ利益ヲ與ヘ以テ贈與ノ成立ヲ來サシメンコトヲ欲スル以上之ニ因リテ通常ノ贈與ノ成立ヲ來サシムベキコト毫モ疑問ノ餘地ナケレバ也。加之本說ニ從フトキハ賣買並ニ贈與ニ關スル諸

71) *Enneccerus 2* § 347 殊ニ *Anm 3, § 323, II*

72) 本說ニ對スル批評ニ付テハ *Müller 前掲* 215—; *Hoeniger, Gemischte Verträge* (10) 289 參照。

73) 本說ニ對スル批評ニ付テハ *Müller 前掲* 211—; *Hoeniger 前掲* 285—參照。

規定中如何ナルモノヲ混合シテ適用スベキヤノ難問ヲ生ズルガ故ニ實際上ノ結果ヨリ云フモ本説ハ正當ニアラズ。(四)以上ト異ナリテ單純贈與説ハ混合贈與ヲ以テ安價賣却ニ因ル利益ノ供與ヲ出捐ノ内容トスル贈與ナリト説クモノナルガ故ニ如上ノ非難ノ何レヲモ免レ得テ其所論大體ニ於テ正當ナレドモ贈與ガ同時ニ賣買ヲ包含スルモノニシテ契約夫レ自身トシテハ統一的一個ノ存在ヲ有スル混合契約ナリト主張スルノ點ニ於テ贈與ノ本質ヲ誤ルモノ也。蓋シ贈與ハ無償ニテ財産ヲ授與スルコトヲ目的トスル債權契約ナルガ故ニ其財産授與ヲ實現スル方法夫レ自身ハ贈與ノ内容ヲ構成スルモノニアラズシテ單ニ其履行方法タルニ過ギズ、而シテ混合贈與ニ於ケル安價賣却ハ單ニ財産授與ノ方法ニ過ギザレバ也<sup>74)</sup>。

專見

此故ニ混合贈與ハ其贈與タル性質ニ於テ毫モ通常一般ノ贈與ト異ナル所ナキモノニシテ財産授與ノ方法タル安價賣却ハ實際上贈與ト同時ニ成立スルヲ常トスレドモ<sup>75)</sup>觀念上ハ尙獨立ノ法律行為ニシテ贈與夫レ自身ヲ構成セズ、二者ハ單ニ手段目的ノ關係ニ

74) 論者ノ此誤アルハ獨逸學者ノ通説(28頁註7)カ贈與ト其目的タル出捐トヲ分離シテ觀察セズ從ヒテ出捐ノ方法亦贈與ノ一部ヲ構成スト爲スコトニ職由スルモノニシテ其不當ナルハ既ニ之ヲ詳論セリ。

75) 以上ニ掲ゲタル諸説ニ依レバ贈與ト賣買トガ時ヲ異ニシテ成

於テ相關聯スルノミニシテ二者合同シテ一個ノ混合契約ヲ構成スルモノニアラズト解スルヲ正當トス<sup>76)</sup>。

二) 法律的取扱 混合贈與ノ性質既ニ上述ノ如クナルガ故ニ、贈與ニ關スル規定ハ凡テ之ヲ混合贈與ニモ適用シ得ベキコト素ヨリ明瞭ニシテ其履行行為タル賣買ニ付キテハ廣ク賣買ノ規定ヲ適用シ得ベキコト是亦明白ナリ、而シテ此等ノ規定ハ各其適用ノ物體ヲ異ニスルガ故ニ理論上互ニ其適用ヲ妨ゲラレルノ理ナシ、今其適用ノ結果ヲ例示スレバ即チ下ノ如シ。

法律的取扱

1) 贈與ノ方式ニ關スル第五五〇條ノ規定適用セラレルノ結果書面ニ依ラザル混合贈與ハ各當事者何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得、而シテ贈與ノ取消アルトキハ賣買亦遡及的ニ全部其效力ヲ失フベシ。蓋シ此場合ニ於ケル賣買ハ贈與ノ目的ノ爲メノミニ締結セラレタルモノナレバ也。而シテ右ノ取消權ハ贈與者即チ賣主ガ其債務ノ履行ヲ爲シタルトキハ其範圍ニ於テ消滅スルモノトス。

2) 契約ノ目的物ニ瑕疵又ハ欠缺アルトキハ賣

立スルコトハ之ヲ認ムルノ餘地ナシ。然レドモ余輩ハ混合贈與ニ於ケル安價賣却ハ贈與ノ外ニ存スルモノナリト解スルガ故ニ二者ガ時ヲ異ニシテ成立スルコト亦不可能ニアラズト解ス。

76) 292頁參照。

主ハ賣買ノ規定ニ從ヒテ擔保ノ責ニ任ゼザルベカラズ。而シテ買主即チ受贈者ハ既ニ此方法ニ依リテ損害ノ填補ヲ受ケタルモノナレバ夫レ以上更ニ贈與ニ關スル第五五一條ノ規定ニ依リテ保護ヲ受クルノ必要存在セズ、從ヒテ本條ハ實際上遂ニ其適用ヲ見ルコトナキモノトス。

負擔附贈與

## 二 負擔附贈與<sup>77)</sup>\*

負擔附贈與トハ通常ノ贈與契約ニ附加スルニ受贈者ヲシテ一定ノ給付ヲ爲スベキ債務ヲ負ハシムルコトヲ内容トスル附隨約款ヲ以テシタルモノヲ云フ。

性質

### 一) 法律上ノ性質

負擔ハ常ニ債務的效力ヲ有ス

1) 負擔ハ常ニ必ズ受贈者ヲシテ一定ノ債務ヲ負擔セシムルモノナルコトヲ要ス。初期ノ羅馬法ニ於テハ負擔ヲ約シタル受贈者ハ之ヲ履行スベキ何等法律上ノ債務ヲ負フコトナク唯其不履行ニ當リテハ贈與者不當利得<sup>78)</sup>ヲ理由トシテ贈與物ノ返還ヲ請求シ得ルニ過ギザリシガ其後改メテ贈與者ニ與フルニ負擔請求ノ權利<sup>79)</sup>ヲ以テスルニ至リ近時ノ立法亦多ク此例ニ倣ヘリ。而シテ吾民法ガ此等ノ新ナル立法

77) Schenkung unter einer Auflage; donation sub modo; donation avec charges, donation onéreuse

\* 二上氏前掲一—42—、曄道氏京法一〇八—23—。

78) Condictio ob causam datorum

79) actio praescriptis verbis

例ニ從ヒテ負擔ニ附スルニ債務的效力ヲ以テセルコト第五五三條ノ規定ニ依リテ明カニシテ之ニ對スル債權者ハ贈與者自身(又ハ其相續人)ナルコトヲ通例トスルモ、當事者特約ヲ以テ第三者ニ請求權ヲ與フルヲ妨ゲズ。此場合ニ於テハ契約ハ其範圍ニ於テ第三者ノ爲メニスル契約タル性質ヲ有スルニ至ルモノトス<sup>80)</sup>。

斯クノ如ク負擔ハ常ニ必ズ債務的效力ヲ有スルモノナルガ故ニ、例ヘバ當事者間ニ於テ贈與物ノ費途ニ關スル約束ヲ爲シタル場合ト雖モ法律上之ニ債務的效力ヲ與フルノ意思ナキコト明カナルトキハ負擔ニアラズ。學者或ハ之ヲ稱シテ單純負擔<sup>81)</sup>ト云ヒ之ニ對シテ真正ノ負擔ヲ特殊負擔<sup>82)</sup>ト云ヘリ。而シテ具體的事實ニ付キテ果シテ其何レナルカラ判断スルハ頗ル困難ナル場合アルベシト雖モ要ハ如上ノ債務的效力ヲ與フルノ意思アリヤ否ヤヲ探求シテ之ヲ決スルノ外ナシ<sup>83)</sup>。斯クノ如ク單純負擔ハ法律上何等ノ拘束力ヲ有セザルモノナリト雖モ、此場合ト雖モ受贈者ガ約束ニ違反シタル場合ニ贈與者ガ不當利得

單純負擔

80) 同說 Oertmann 2 § 525, 3d

81) Modus simplex

82) Modus qualificatus

83) 約束ノ内容ガ結局受贈者自身ノ利益ニ歸スルコトヲ目的トセ

ヲ理由トシテ贈與物ノ返還ヲ請求シ得ベキヤ否ヤハ全然別箇ノ問題ナリ。而シテ余輩ハ此場合ト雖モ贈與者ノ贈與ヲ爲シタル主要ノ目的ガ約束上ノ行爲ヲ爲サシムルコトニ存スル限り受贈者ノ違約ハ即チ贈與者ノ右ノ目的ヲ達セザラシムルモノナルガ故ニ不當利得返還請求權ヲ認メ得ベシト信ズ<sup>84)</sup>。

負擔附贈與ハ一個ノ契約也

□) 負擔約款ハ贈與者ノ贈與約束ト合體シテ負擔附贈與ナル一個ノ契約ヲ成スモノニシテ獨立ノ契約ニアラズ。此點ニ關シ大審院ハ嘗テ負擔約款ハ贈與ノ外ニ存スル獨立ノ契約ニシテ單ニ贈與ニ對シテ主從關係ヲ有スルニ過ギズトノ判決ヲ爲シタルコトアリト雖モ<sup>85)</sup>、元來負擔附贈與ハ負擔附ヲ以テスル財產授與ヲ目的トスルモノナレバ特ニ反對ノ意思ガ認メラレザル限り負擔約款亦贈與ノ一部ヲ構成スルモノナリト解スルヲ正當トス。

負擔附贈與ハ片務契約ナリ

ハ) 負擔附贈與ハ片務契約ナリ。上述ノ如ク受贈者ハ負擔約款ニ因リテ一定ノ債務ヲ負擔スルモノナリト雖モ其債務ハ贈與上ノ主タル債務ニ對シ對價

ルトキハ多ク如上ノ債務的意思ナキモノト解シ得ベキモ常ニ必ズシモ然ルニアラズ。反之約束シタル事項ガ到底債務ノ目的トスルニ適當セザル性質ノモノナルトキハ常ニ如上ノ意思ナキモノト解スルヲ得ベク又縱令之アリトスルモ法律上何等ノ効力ヲ生ゼザルモノト云ハザルベカラズ。

84) 同說 *Enneccerus* 2 § 348, *Arm.* 1; *Oertmann* 2 § 525, 3c  
85) 大審四五・五・九民錄一八 476

タルノ性質ヲ有スルモノニアラザルヲ以テ之ヲ解シテ雙務契約ナリトスルハ當ラズ。蓋シ雙務契約ニ依リテ生ズル當事者雙方ノ債務ハ必ズ互ニ對價的關係ヲ有スルコトヲ必要トスルモノナルニ反シ、此場合ニ於ケル贈與者ノ財產授與ハ法律上單ニ贈與ヲ爲スノ目的ニ出ヅルモノニシテ負擔附ニテ財產ヲ授與スルコト即チ授與セララルル財產ヨリ負擔ヲ控除シタル殘額ヲ贈與ノ内容トスルノ點ニ於テ特色ヲ有スルニ過ギズ<sup>86)</sup>。故ニ負擔附贈與ト雙務契約トノ差異ハ當事者ノ意思如何ニ因リテ生ズルモノニシテ給付ノ客觀的性質ニ因リテ抽象的ニ生ズルモノニアラズ。

負擔附贈與ハ無償契約ナリ

ニ) 負擔附贈與ハ常ニ無償契約ナリ。以上ノ如ク負擔附贈與ニアリテハ當事者雙方共ニ一定ノ給付ヲ爲スコトヲ要スルガ故ニ之ヲ有償契約ナリト解スルヲ正當トスルガ如キモ<sup>87)</sup>、雙方ノ給付ハ互ニ反對價物タル性質ヲ有セズシテ一方ハ單ニ他方ノ控除タル關係ニ立テルニ過ギザルガ故ニ尙之ヲ無償契約ナリト解セザルベカラズ<sup>88)</sup>。又學者ニ依リテハ負擔

86) 雙務契約ノ意義ニ付キテハ 23 頁以下參照。  
87) 有償契約說加藤氏破産法講義 246。尙二上氏前掲 46 ハ受贈者ノ給付ハ出捐タル性質ヲ有スル場合ト然ラザル場合トアリ而シテ前ノ場合ニハ有償契約ナレドモ後ノ場合ニハ無償契約ナリト説ケリ。然レドモ負擔ノ内容ハ常ニ出捐ナリ唯其出捐ガ贈與者ノ出捐ニ對シテ反對價物タル關係ヲ有セザルノ點ニ於テ有償契約ト異ナルニ過ギズ。  
88) 有償契約無償契約ノ區別ニ付キテハ 25 頁以下參照。同說



附贈與ヲ觀察スルニ當リ之ヲ有償契約及ビ無償契約ノ二部分ニ分割セントスル者アルガ如シト雖モ元來統一ナル一個ノ契約ヲ濫リニ分割シテ取扱フハ當事者ノ意思ニ合致セザルノミナラズ贈與者ノ給付中受贈者ノ負擔ニ相當スル部分ノミト雖モ決シテ負擔ニ對シテ對價的關係ヲ有スルモノニアラザルガ故ニ本說亦正當ニアラズ<sup>89)</sup>。

負擔ノ内容

ホ) 負擔ノ内容ニ關シテハ民法上何等ノ規定ナキガ故ニ頗ル疑問ノ餘地アリ。

内容タル給付ノ種類

1) 負擔ノ内容タル給付ノ種類ニ付テハ何等カノ制限アリキ。負擔ノ内容ハ贈與ノ目的物夫レ自身又ハ其價額ヲ一定ノ目的ニ使用スベキコトニ存スルヲ通例トスルモ常ニ必ズシモ之ヲ必要トスルニアラズシテ其以外ノ給付ト雖モ苟モ強行法規又ハ公序良俗ニ違反セザル限リ<sup>90)</sup>負擔ノ目的タルヲ妨ゲザル也<sup>91)</sup>。然ラバ財産的價値ヲ有セザル給付亦負擔ノ目的タリ得ベキカ。民法第五五一條第二項ガ「負擔附贈與ニ付テハ贈與者ハ其負擔ノ限度ニ於テ賣主ト同

道氏京法一〇八I。

89) 獨民ノ解釋トシテ *Enneccerus* 2 § 348, II 同說。

90) 大審四五・五・九民錄一八 475 (贈與ノ目的タル物ヲ永久ニ處分セザルニキコトヲ内容トスル負擔ハ公益ニ反ス)

91) 同說二上氏前掲一一 43。獨民ノ通說同說(例ハ *Enneccerus* 2 § 348, I)。

シク擔保ノ責ニ任ズ」ベキコトヲ規定セルノ點ヨリ考フレバ一見消極說ヲ正當トスルガ如キモ、假令非財産的給付ト雖モ之ガ爲メ費用ヲ要スルモノアルトキハ其費用額ヲ以テ負擔ノ限度ト云ヒ得ベキノミナラズ又實際上何等ノ費用ヲモ要セザルモノニ付キテハ贈與者ノ責任ヲ加重スルノ理由毫モ存在セザルガ故ニ寧ロ第五五一條第二項ヲ適用セザルヲ正當トスベシ。而シテ其以外法律上何等ノ制限ナキコトヨリ考フレバ寧ロ積極說ヲ正當トスベシ<sup>92)</sup>。反之本來債務ノ目的トスルニ適セザル事項ハ之ヲ負擔ノ目的ト爲シ得ザルコト勿論也。但シ此種ノ事項ト雖モ上述シタル單純負擔ノ目的トナルヲ妨ゲザルベシ。

2) 負擔ノ價値ハ贈與ノ目的物ノ價値ヨリ小ナルコトヲ要スルカ。(一)負擔ハ贈與ニ依リテ供與セラルル財産的利益ノ制限又ハ減殺ナルガ故ニ少クトモ契約上ニ於テハ負擔ハ常ニ贈與ヨリ小ナルモノトシテ取扱ハレタルコトヲ必要トスベシ。蓋シ當事者ガ贈與ト同等ナルカ又ハ之ヨリ大ナル負擔ヲ付スルコトヲ欲スル場合ニ於テハ當事者ハ實質上受贈者ヲシテ何等ノ財産的利益ヲ取得セシムルコトヲ欲スルモノニアラズ、從ヒテ贈與ノ締結ヲ欲スルモノニ

負擔ハ贈與上ノ出捐ヨリ小ナルコトヲ要スルカ

92) 反對大審三八・二・一七民錄一一 131。獨民ノ解釋トシテ *Enneccerus* 2 § 348, I 同說。

アラズト云ハザルベカラザルヲ以テナリ。但シ此場合ニ於テモ契約ノ主旨如何ニ依リ贈與以外ノ有償契約トシテ效力ヲ生ズベキコト勿論也。(二)然レドモ負擔ハ客觀的ニモ亦贈與ヨリ小ナルコトヲ要スルヤ否ヤハ全然別箇ノ問題ナリ<sup>93)</sup>。此問題ノ實益ハ事實上負擔ガ贈與者ノ出捐ヨリ大ナルニ拘ハラズ當事者雙方之ヲ知ラザル場合ニ生ズルモノニシテ、消極說ニ依レバ如上ノ事實ハ毫モ贈與ノ效力ヲ動サズ從ヒテ結局受贈者ノ損害ニ歸スルモノナルニ反シ、積極說ニ依レバ理論上贈與者ノ出捐ヨリ大ナル負擔アリ得ザルガ故ニ其超過部分ハ法律上ノ原因ヲ缺クコトナリ從ヒテ受贈者ハ不當利得ヲ理由トシテ之ガ返還ヲ請求シ得ルニ至ルモノトス。

頗ル疑問ナレドモ余ハ積極說ヲ以テ正當ナリト信ズ<sup>94)</sup>。蓋シ(1)第五五一條ノ規定ハ負擔ガ贈與者ノ出捐ヨリ小ナルコトヲ豫想セルノミナラズ、(2)之ヲ當事者ノ意思ヨリ考フルモ負擔ハ單ニ從屬的性質ヲ有スルモノタルニ過ギザルニ拘ハラズ之ガ爲メ反

93) 獨逸ノ通說ハ消極說ヲ採ルルニ反シ(例ヘテ *Lammfromm*, *Teilurg* 131; *Oertmann* 2 § 525, 4; *Goldmann-Lilienthal* 540) *Enneccerus* 2 § 348, Anm. 3; *Oertmann*, *Engeltliches Geschäft* (12)53—等少數ノ學者ハ積極說ヲ採レリ。

94) 同說譯道氏前掲 25。反對二上氏前掲一一 45。拙稿新報二六 四 37—。

ツテ受贈者ヲシテ損失ヲ蒙ラシムルハ結果ノ點ヨリ見テ穩當ニアラズ<sup>95)</sup>、(3)尙又負擔附遺贈ニ關スル第一〇四條第一項ノ規定ハ負擔附死因贈與ニモ準用セラルベキコト後ニ述ブルガ如クナルヲ以テ(五五四)其以外ノ負擔附贈與ニモ之ヲ類推スルヲ正當トスベケレバ也<sup>96)</sup>。

3) 負擔ハ何人ノ利益ヲ目的トスルコトヲ要スルカ。負擔ノ内容タル事項ハ結局贈與者自身ノ利益ニ歸スルヲ通例トスベキモ、或ハ受贈者自身、或ハ特定ノ第三者、又或ハ一般公衆ノ利益ニ歸スベキ事項ト雖モ亦之ヲ負擔ノ内容ト爲スコトヲ得ベシ。然レドモ第三者ノ利益ノ爲メニスル負擔ト雖モ之ニ對スル請求權ハ特約ナキ限リ贈與者自身(又ハ其相續人)ノミ之ヲ有スベキコト既ニ上述ノ如ク、又一般公衆ノ利益ノ爲メニスル負擔ニ付キテハ外國ノ民法中特ニ贈與者死亡ノ後ニ於テハ相續人ノ外官廳亦履行ノ請求ヲ爲シ得ベキコトヲ認ムルモノアレドモ<sup>97)</sup>民法ハ此種ノ制度ヲ認メズ。

負擔ハ何人ノ利益ヲ目的トスルコトヲ要スルカ

95) 獨逸ノ解釋上消極說ヲ採ル者ト雖モ結果ノ點ヨリ考ヘテ受贈者ニ不當利得返還請求權ヲ認ムル者少カラズ(*Oertmann*, § 525, 4; *Lammfromm*, a. a. O. 153—)。

96) 二上氏前掲ハ § 1104<sup>I</sup>ノ反對解釋ニ依リテ負擔附贈與ノ場合ニハ特別ノ規定ナキガ故ニ負擔ガ贈與者ノ出捐ヲ超ユルモ差支ナキモノト解スベシト觀ケルモ負擔ノ法律的性質ヨリ考フレバ寧ロ反對ニ同規定ヲ類推スルヲ正當トスベシ。

負擔ト條件トノ差異

へ) 尙終ニ負擔ハ停止條件ト類似スルモノナレドモ後者ハ法律行為ノ效力發生ヲ停止スルモノナルニ反シ前者ハ毫モ此種ノ效力ナキモノナルガ故ニ二者ハ全然別個ノ觀念ナリ。

法律的取扱

## 二) 法律的取扱

負擔附贈與ノ雙務契約ニアラザルコト既ニ上述セル所ノ如シ。然レドモ贈與者受贈者共ニ債務ヲ負擔シ而シテ當事者ノ主觀的動機ヲ探スレバ受贈者ノ負擔債務ヲ認諾スルハ贈與ヲ受クルガ爲メニシテ、贈與者ノ出捐ヲ約スル亦多クハ受贈者ヲシテ負擔債務ヲ負擔セシメントスルノ目的ニ出ヅルモノナレバ民法ハ此點ニ鑑ミテ「負擔附贈與ニ付キテハ本節ノ規定ノ外雙務契約ニ關スル規定ヲ適用ス」(五五三)トノ規定ヲ設ケタリ。但シ負擔附贈與ハ雙務契約ニアラザルコト勿論ナルニ依リ茲ニ「適用」トハ單ニ「準用」ヲ意味スルモノナリト解スルヲ正當トスベシ。

第五五三條

イ) 從ヒテ贈與ニ關スル民法ノ規定ハ凡テ之ヲ負擔附贈與ニモ適用セザルベカラズ。故ニ例ヘバ方式ニ關スル第五五〇條ノ規定ハ勿論其適用ヲ見ルベク又「負擔附贈與ニ付テハ贈與者ハ其負擔ノ限度ニ於テ賣主ト同ジク擔保ノ責ニ任ズ」(五五一<sup>11</sup>)ベキコ

97) 獨民 § 525<sup>11</sup>, 瑞債 Art. 246<sup>11</sup>。

ト既ニ上述セル所ノ如シ。

ロ) 次ニ「雙務契約ニ關スル規定ヲ適用ス」ルノ結果下ノ如シ。

1) 先ヅ第一ニ贈與義務ガ契約ノ締結ニ先立チテ履行不能ナルトキハ其部分ノ契約ガ無効トナルノ結果負擔ニ關スル部分モ亦常ニ無効トナルベシ。蓋シ負擔ハ贈與ニ附スルモノナルガ故ニ贈與ナキ場合ニ負擔ノミ獨立シテ存在スルノ理ナケレバナリ。反之負擔義務ガ履行不能ナルトキハ同ジク契約全部ノ無効ヲ來スコトヲ原則トスベキモ<sup>98)</sup>、當事者ニ於テ負擔ナシト雖モ尙ホ契約ヲ締結スルノ意思アリシナラント認メ得ベキ限り贈與ニ關スル部分ノミハ尙ホ有效ニ成立スルコトヲ妨ゲザルベシ<sup>99)</sup>。尙負擔ノ内容ガ公序良俗ニ反スル場合ニ於テモ全然同様ノ結果ヲ生ズルヲ原則トス。然レドモ負擔ガ公序良俗ニ

98) 蓋シ負擔約款亦贈與契約ノ一部ヲ構成スルモノナルコト既ニ上述ノ如クナレバナリ。

99) 反對大審四五・五・九民錄一八 475 (本判決ハ負擔約款ハ贈與ノ外ニ在スル別個ノ契約ナリトスルコトニ論據ヲ求ム然レドモ其不當ナルコト既ニ之ヲ上述セリ)。獨民ノ解釋トシテ同說 Oertmann § 5 25, 5; Dernburg, BR § 210 Anm. 2; Enneccerus 2 § 348, II 2。

100) 此點大ニ雙務契約ニ於ケルト異ナレリ。蓋シ雙務契約ニアリテ雙方ノ債務ハ互ニ對價的關係ヲ有スルモノナレバ其性質上一方ノ無効ハ當然他方ノ無効ヲ伴ハザルベカラザルニ反シ負擔附贈與ニアリテ贈與ナクシテ負擔亦アリ得ザルコト法理當然ノ要求ナリト雖モ負擔ナキ場合ニ贈與亦之ナカルベキヤ否ヤハ契約ノ性質上當然ニ定マルベキ問題ニアラズシテ當事者ノ意思如何ニ依リテ定マルベキ問題ナレバ也。

反スルガ爲メ契約全部ガ公序良俗ニ反シ從ヒテ無効トナルコト亦之ナキニアラズ。

2) 第五三三條ガ準用セラルルノ結果贈與者受贈者互ニ同時履行ノ抗辯ヲ有スルヲ原則トス<sup>101)</sup>。

(一) 然レドモ負擔ハ多クノ場合ニ於テハ贈與セラレタル物ヲ利用シテ之ヲ履行スベキモノナルコトヲ通例トシ而シテ此場合ニハ贈與者先ヅ自己ノ履行ヲ爲シタル上ニアラザレバ負擔ノ履行ヲ請求シ得ザルベシ。然レドモ此場合ニ於テハ自己ノ履行ヲ爲サザル限リ負擔ハ事實上其履行ヲ爲シ得ザルモノナルガ故ニ贈與者其請求ヲ貫徹シ得ザルハ履行期到來セザルガ爲メニシテ單ニ受贈者ニ於テ抗辯權ヲ有スルガ爲メニアラズ。故ニ贈與者自己ノ請求ヲ貫徹セント欲セバ自己ノ債務ヲ履行シタルコトヲ主張シ且ツ之ヲ立證セザルベカラズ。(二) 尙此種ノ場合ニアラズト雖モ贈與者ガ特ニ自ラ先ヅ履行ヲ爲スベキコトヲ約シタルトキハ受贈者自ラ負擔ノ履行ヲ提供セズシテ贈與ヲ請求スルモ贈與者之ニ對シテ同時履行ノ抗辯ヲ主張スルコト能ハザルベシ(五三三<sup>四</sup>)。

101) 獨民 § 525I ニ於テハ之ト反對ニ贈與者ハ自己ノ債務ノ履行ヲ爲シタル後ニアラザレバ負擔ノ請求ヲ爲シ得ザルコトヲ規定セリ。負擔ノ性質ヨリ論ズレバ寧ロ之ヲ正當トスベキモ特別ノ規定ナキ限リ解釋上同様ノ結果ヲ認ムルコト能ハズ。

3) 第五三四條乃至第五三六條ノ諸規定準用セラルルノ結果危險負擔ノ問題ヲ生ズベク此點ニ關シテハ大體先ニ是等ノ規定ニ付テ説明セル所ヲ準用シ得ベキモ、例ヘバ贈與ノ目的タル物が債務者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因リテ滅失シタル場合ニ於テ若シ負擔債務ノ内容ガ贈與ノ目的物ヲ利用シテ履行セラルベキモノナルトキハ受贈者亦自己ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ依リテ其義務ヲ履行シ能ハザルニ至ルガ故ニ結局同規定ノ適用ナキニ至ルベク、尙ホ其他適用上ノ差異ヲ生ズルコト少ナカラザルベシ。

4) 贈與者其債務ヲ履行セザルトキハ受贈者ハ第五四一條第五四二條ノ規定ニ依リテ契約ヲ解除シ得ルハ勿論、受贈者其義務ヲ履行セザル場合ニ於テモ亦贈與者ハ解除ヲ爲シ得ベシ。尙ホ贈與者ノ債務又ハ負擔ガ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ依リテ履行不能トナレル場合ニ於テモ相手方ハ第五四三條ニ依リテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ベシ。而シテ解除ノ結果ハ勿論一般原則タル第五四五條ノ規定ニ依リテ定マルモノニシテ贈與者ハ贈與物全部ノ返還ヲ請求シ得ルモノトス<sup>102)</sup>。

102) 反之獨民 § 527 ニテハ負擔ノ履行ニ必要ナル程度ニ於テノ

定期給付ノ贈與

三 定期給付ヲ目的トスル贈與

贈與ノ内容ハ必シモ一時的財産授與ヲ爲スコトニ限ルモノニアラズシテ一定ノ時期毎ニ繼續シテ無償ニテ財産授與ヲ爲スコトニ存スルモ亦差支ナシ。此種ノ贈與ニ付テハ其契約繼續ノ期間ガ特ニ當事者ニ依リテ確定セラルルコトアリ又然ラザルコトアリ。此後ノ場合ニ關シ之ヲ一般ノ原則ニ放任スルトキハ贈與者ヲシテ其本來ノ意思ニ反シテ重大ナル責任ヲ負擔セシムルニ至ルコトナシトセズ。然リ而シテ贈與ハ元來特定ノ當事者本人ニ重キヲ置クモノナルガ故ニ民法ハ當事者別段ノ定メヲ爲サザル限リ此種ノ贈與ハ「贈與者又ハ受贈者ノ死亡ニ因リテ其效力ヲ失フ」(五五二)ベキ旨ヲ定メタリ。此場合ニ於テハ贈與ハ同時ニ無償ノ終身定期金契約タルノ性質ヲ有シ從ヒテ同時ニ第六九〇條、第六九三條等ノ規定ノ適用ヲ受クベシ<sup>103)</sup>。

第五五二條

死因贈與 四 死因贈與<sup>\*)104)</sup>

死因贈與トハ贈與者ガ受贈者ヨリ先キニ死亡スルコトヲ條件トスル贈與ニシテ條件附贈與ノ一種ニ屬

ニ返還ヲ請求シ得ルコトトナセリ。

103) 同說二上氏前掲七 49。

\*) 拙稿「死因贈與ニ就テ」新報二六四 29—。

104) Schenkung von Todeswegen; Schenkung auf den Todesfall; donatio mortis causa; donation à cause de mort

ス。故ニ其經濟上ノ目的ニ於テハ遺贈ト酷似シ、從ヒテ民法ハ死因贈與ハ原則トシテ遺贈ニ關スル規定ニ從フベキモノナル旨ヲ規定セリ(五五四)ト雖モ、遺贈ハ元來單獨行爲ナルニ反シ死因贈與ハ契約ナルノ點ニ於テ全然其法律の構成ヲ異ニスルモノナリ。從ヒテ本條ニ於テ「贈與ニ關スル規定ニ從フ」トハ全部之ヲ適用ストノ意ニアラズシテ單ニ準用ストノ意ニ過ギズ。然ラバ其準用セラルル規定ノ範圍如何。學者或ハ遺贈ノ方式竝ニ效力ニ關スル規定ハ凡テ其準用アリト説ケリ<sup>105)</sup>ト雖モ余輩ハ遺贈ニ關スル諸規定中特ニ遺贈ノ單獨行爲ナルコトニ基因スル規定ト然ラザル規定トヲ區別シ後者ノミ之ヲ準用シ得ルモノト解スルヲ正當ナリト信ズ。以下個々ノ規定ニ付キテ其果シテ準用シ得ベキヤ否ヤヲ研究スベシ。

第五五四條

遺贈ノ規定中死因贈與ニ準用シ得ベキモノノ範圍

一 遺言能力ニ關スル規定 「滿十五年ニ達シタル者ハ遺言ヲ爲スコトヲ得」(一〇六一)ルモノニシテ第四條、第九條、第一二條及ビ第一四條ノ如キ通常ノ行爲能力ニ關スル規定ノ適用ナシ(一〇六二)。此等ノ規定ハ一見死因贈與ニモ準用シ得ベキガ如シト雖モ遺言ハ法定ノ方式ニ依リ遺言者單獨ニテ之ヲ作成スルカ(一〇六八)、全然利害關係ナキ第三者タル公

贈與者ノ能力

105) 横田氏各論 251、村上氏各論 357。

證人、警察官、將校等ノ協力又ハ立會ヲ以テ之ヲ作成スルカ(一〇六九、一〇七〇、一〇七七、一〇七八等)又ハ數人ノ證人立會ノ上ニテ其一人ノ協力ヲ以テ之ヲ作成スルコトヲ得(一〇七六、一〇七九等)、而シテ受遺者ハ證人又ハ立會人タルノ資格ナキモノト爲セルガ故ニ(一〇七四<sup>5</sup>)遺言者ガ受遺者ノ甘言、威力、勢望等ノ影響ヲ受ケテ遺言ヲ爲シ又ハ遺言ノ内容ヲ定ムルガ如キ虞ナキガ故ニ十五歳以上二十歳未満ノ年少者ヲシテ遺言ヲ爲スコトヲ得シムルモ差支ナシト雖モ、此等ノ方式ニ關スル諸規定ハ後ニ説明スルガ如クスベテ死因贈與ニ準用ナキヲ以テ贈與者ハ受贈者ノ影響ノ下ニ立ツノ機會頗ル多ク又假リニ一步ヲ讓リテ方式ニ關スル規定ノ準用ヲ許スベシトスルモ例ヘバ自筆證書ノ方式(一〇六八)ニ依ル場合ニ於テ受贈者若シ之ニ參加スベシトセバ贈與者ノ意思表示ハ其影響ヲ受クルノ虞アルヤ必セリ。然ルニモ拘ハラズ思慮體力共ニ不完全ナル滿十五年以上ノ未成年者ヲ獨立ノ能力者トスルハ頗ル危險ナリ。殊ニ意思表示受領能力ニ關スル第九八條ハ死因贈與成立ニ必要ナル意思表示ノ受領ニ付キテモ亦其適用アルヤ明カナルニ拘ハラズ第一〇六一條ヲ死因贈與ニ準用シテ既ニ滿十五年ニ達シタル者ハ法定代理人ノ

共力ナク獨立シテ死因贈與ニ關スル相手方ノ意思表示ノ受領ヲ爲シ得ベシトセバ是レ明カニ第九八條ニ違反スルノ結果トナルベシ。故ニ此理由ヨリ云フモ遺言能力ニ關スル規定ハ死因贈與ニ準用ナシト解スルヲ正當トスベシ。尙羅馬法以來死因贈與ノ制度ヲ認メタル諸國ノ法律ガ遺言能力ト死因贈與能力トヲ區別シテ後者ハ通常ノ行爲能力ノ規定ニ依ルベキモノト定メタルコトハ愈以テ遺言能力ニ關スル規定ノ死因贈與ニ準用ナキコトヲ推論セシム。

二) 受遺者ノ能力又ハ資格ニ關スル第一〇六五條ノ規定中第九六八條ハ其準用ナキコト明カナリ。蓋シ胎兒ハ單獨行爲タル遺言ニ付テハ其受遺者タルコトヲ得レドモ契約ノ當事者タルコトヲ得ザルヤ素ヨリナルヲ以テナリ。反之第九六九條ハ其準用アリ。

三) 遺言ノ方式ニ關スル第一〇六〇條、第一〇六七條乃至第一〇八六條ノ諸規定ハ凡テ其準用ナシ。此等ノ規定ハ凡テ遺言ガ單獨行爲ナルコトヲ前提トシ被相続人ノ死後ニ至リテ被相続人ガ一定ノ内容ノ遺言ヲ爲シテリヤ否ヤニ付キ疑問ヲ生ズルコト及ビ被相続人其他當該ノ遺言ニ因リテ不利益ヲ受クル者ガ遺言書ヲ改竄スルガ如キコトヲ防止スルノ目的ヲ以テ嚴格ナル方式ヲ規定セルモノナレバ當事者雙方ノ

受贈者ノ  
能力又ハ  
資格

方式

合意ヲ以テスル死因贈與ニ付キテ同様ナル方式ヲ命ズルノ必要ナシ。勿論書面ニ依ラザル贈與ハ之ヲ取消シ得ベク(五四〇)、而シテ此取消權ハ相續ノ目的トナリ得ベキコト既ニ上述ノ如クナルヲ以テ<sup>105a)</sup>、贈與者書面ニ依ラズシテ死因贈與ヲ爲セル場合ニハ相續人任意ニ之ヲ取消シ得ルヲ以テ夫レ以上嚴格ナル方式ヲ要求スルハ不必要ナリ又縱令第一〇六〇以下ノ諸規定ハ理論上凡テ之ヲ死因贈與ニ準用シ得ルモノト假定スルモ此等ノ規定ハ凡テ遺言ノ單獨行爲ナルコトヲ前提トシテ立言セラレタルヲ以テ贈與者ノ意思表示ニ付キテハ假リニ此等ノ規定ヲ準用シ得ベシトスルモ受贈者ノ意思表示ハ之ヲ如何ニスベキヤ全然不明ニシテ畢竟此等ノ規定ハ凡テ實際上之ヲ準用スルノ餘地ナシ。

效力

四) 遺言ノ效力ニ關スル諸規定ハ原則トシテ其準用アリ。然レドモ(イ)遺贈ノ拋棄及ビ承認ハ遺言ガ單獨行爲ナルガ爲メニ存スル特別ノ制度ナリ。既ニ當事者雙方ノ合意ヲ以テ契約ヲ爲セル場合ニ更ニ又後ヨリ拋棄ヲ許シ承認ヲ要求スルガ如キハ全然無意味ナリ。從ヒテ遺贈ノ拋棄及ビ承認ニ關スル第一〇八八條乃至第一〇九一條、第一一〇四條第二項ノ諸

105a) 312 頁註 39 參照。

規定ハ契約タル死因贈與ニ適用ナキモノト解スルヲ正當トスベシ。(ロ)反之第一一〇四條第一項ハ之ヲ死因贈與ニモ準用シ得ベシ。苟モ受贈者ニ於テ承諾シタル限リハ假令負擔ノ内容ガ贈與者ノ出捐ヨリ大ナリトスルモ之ヲ無効トスベキノ理由毫モ存在セザルガ故ニ寧ロ本規定ノ準用ナシト解スルヲ正當トスルガ如キモ、贈與ノ場合ニ於テモ元來負擔ハ其性質上當然ニ贈與者ノ出捐ヨリ大ナルコトヲ得ザルモノナルヲ以テ受贈者其事實ヲ知リテ負擔ヲ爲シタル場合ニハ契約夫レ自身尙ホ有效タルヲ妨ゲザレドモ而カモ其贈與タル性質ヲ失フベク、又之ヲ知ラズシテ負擔シタル場合ニハ負擔ノ超過スル部分ノミハ無効ナルモノト解スルヲ穩當トスルコト既ニ上述ノ如クナルガ故ニ本規定ノ主旨ハ負擔附死因贈與ニ付キテモ亦當然ニ其適用ヲ認メザルベカラズ<sup>106)</sup>。(ハ)又第一一〇五條ハ遺贈ニ特別ナル規定ニアラズ。蓋シ死因贈與ノ場合ト雖モ相續ノ限定承認又ハ遺留分回復ノ訴ニ因リテ贈與ノ目的ノ價格減少スルコトアルベク而シテ斯ル場合ニ受贈者ガ其減少ノ割合ニ應ジテ其負擔シタル義務ヲ免ルルハ正ニ當然ナレバナリ。(ニ)尙以上ノ外遺言ノ效力ニ關スル規定ハズベテ原

106) 此點反對前掲細稿 37-38。

則トシテ之ヲ死因贈與ニ準用スルコトヲ得ベシ。例  
ヘバ遺言ノ效力發生時期ニ關スル第一〇八七條、包  
括受遺者ノ地位ニ關スル第一〇九二條、遺贈ハ遺言  
者ノ死亡前ニ受遺者ガ死亡シタルトキハ其效力ヲ生  
ゼズトスル第一〇九六條、擔保責任ニ關スル第一〇  
九八條以下ノ諸規定等ノ如シ。

執行

五) 遺言ノ執行ニ關スル第一一〇六條乃至第一  
一二三條ノ諸規定中(イ)最初ノ二箇條ハ明カニ遺言ガ  
單獨行爲ナルコトヲ前提トスル規定ナリ。即チ遺言  
書ハ遺言者ニ於テ之ガ保管ヲ一定ノ人ニ委託スルカ  
又ハ遺言者自ラ一定ノ場所ニ祕藏スルヲ通例トス。  
從ヒテ遺言者死亡ノ場合ニ於テ相續人其他當該ノ遺  
言ニ依リテ不利益ヲ受クル者ハ密ニ遺言書ヲ隱匿破  
毀スル等ノ虞アリ。而シテ民法ガ第一一〇六條及ビ  
第一一〇七條ノ二箇條ヲ設ケタルハ以テ此種ノ弊害  
ヲ防止セントスルニアルモノナレバ同様ノ弊害ヲ生  
ズルノ虞ナキ死因贈與ニ付キテハ此等ノ規定ヲ準用  
スルノ必要ナシ。(ロ)反之遺言執行者ニ關スル第一  
一〇八條以下ノ諸規定ハ相續財産ニ付キテ相續人ノ  
任意管理ヲ許ストキハ爲メニ受遺者ノ利益ヲ害スル  
ノ虞アルガ故ニ遺言執行者ヲ設ケテ此ノ弊ヲ除カン  
トスルノ目的ヲ有スルモノナリ。而シテ此種ノ弊害

ハ死因贈與ニ付キテモ亦同様ニ存在セルガ故ニ此等  
ノ規定ハ凡テ之ヲ準用スルコトヲ得ベシ。

六) 遺言ノ取消ニ關スル第一一二四條乃至第一一  
二九條ノ諸規定ガ死因贈與ニ準用セラレ得ベキヤ否  
ヤハ最モ疑問ナリ。蓋シ死因贈與ハ一ノ契約ナルヲ  
以テ濫リニ贈與者一方ノ意思ヲ以テ任意ノ取消ヲ許  
スハ契約一般ノ原則ニ反スルノ感アレバ也。然レド  
モ現ニ羅馬法ニ於テハ別段ノ定メナキ限り贈與者ハ  
任意ニ取消ヲ爲シ得ベキコトヲ認メタルノミナラ  
ズ、贈與者死後ノ財産状態ニ關スル處分ハ成ル可ク  
其死亡ニ近接セル時期ノ意思ニ依リテ之ヲ決セシム  
ルヲ適當トスベキニ依リ死因贈與ハ純理上取消權ヲ  
伴フコト能ハザルモノナリト解スルノ必要毫モ存在  
スルコトナシ。故ニ民法ハ寧ロ死因贈與ハ契約ナル  
ニ拘ハラズ特ニ其ノ任意取消ヲ許シタルモノナリト  
解スルヲ正當トスベシ。而シテ既ニ取消ヲ許シタル  
限リハ第一一二五條乃至第一一二七條ノ準用ヲ許ス  
ベキハ當然ナリ。反之「遺言者ハ其遺言ノ取消權ヲ  
拋棄スルコトヲ得ズ」トスル第一一二八條ノ規定ノ  
ミハ死因贈與ノ場合ニ其準用ナシト解スルヲ適當ト  
スベシ。蓋シ任意取消權ヲ伴フヲ以テ遺贈ノ必要的  
性質ナリトシテ其拋棄ヲ許サザリシ羅馬法ノ下ニ於



テモ死因贈與ニ付キテハ取消權ノ拋棄ヲ許シタルノミナラズ、民法第五五四條ハ之ヲ強行法規ナリト解スベキ根據毫モ存セズ、而シテ遺贈ニ關スル規定ヲ準用スル限リハ其凡テヲ不分割的ニ準用セザルベカラズトスルノ理由亦毫モ存在セザルヲ以テナリ。

遺留分ニ  
基ク減殺  
請求

七) 尙民法ハ遺留分ニ基ク減殺請求ニ關シ多數ノ規定ニ於テ遺贈ト贈與トヲ區別セリ(一一三三以下)。而シテ死因贈與ヲ其中何レノモノトシテ取扱フベキカハ一見明瞭ニ非ズト雖モ此等ノ規定ニ所謂贈與ハ生前處分タル通常ノ贈與ニ限ルベキコト規定ノ主旨ニ依リテ明カナルノミナラズ、死因贈與ハ其效力ニ於テ多ク遺贈ト異ナラザルコト既ニ上述セルガ如クナルニ拘ハラズ死因贈與ヲモ亦通常ノ贈與ト同様ニ取扱フベシトセバ民法ガ此問題ニ付キテ遺贈ト贈與トヲ區別シタルノ主旨ハ大半沒却セラルルコトトナルベキニヨリ此等ノ規定中遺贈ニ關スルモノハ凡テ死因贈與ニモ準用アリト解スルヲ正當トスベシ。

尙終ニ死因贈與ハ遺贈ニ關スル規定ノ準用ヲ受クルニ拘ハラズ其本質ニ於テ尙一種ノ贈與タルヲ失ハザルガ故ニ、此等ノ準用セラルベキ遺贈ノ規定ニ抵觸セザル限リハ尙一般贈與ニ關スル規定ノ適用ヲ受クルコト素ヨリナリ。

## 第二款 賣買

### 第一項 賣買ノ概念

賣買<sup>1)</sup>トハ當事者ノ一方(賣主)ガ或財產權ヲ相手方(買主)ニ移轉スルコトヲ約シ相手方ガ反對給付トシテ代金ノ支拂ヲ爲スベキコトヲ約スルニ依リテ成立スル契約ヲ謂フ(五五五)。

賣買ノ定  
義

第五五  
條

一 賣買ハ債權契約ナリ。

債權契約  
ナリ

蓋シ賣主ガ或財產權ノ移轉ヲ約シ買主ガ代金ノ支拂ヲ約スルニ依リテ成立スル契約ナレバナリ。

故ニ單ニ財產權移轉ノ債務ヲ發生セシムルニ止マリ直接ニ財產權ノ移轉ヲ來サシムルモノニアラズ。但シ例ヘバ特定物ノ賣買ニアリテハ當事者ガ別段ノ意思表示ヲ爲サザル限リ同時ニ所有權移轉ノ物權契約ヲ爲シタルモノト見得ベク<sup>2)</sup>、從ヒテ賣買ノ直接ノ效果トシテ所有權移轉スルガ如キ外觀ヲ呈スルコト少カラズ。

尙場合ニ依リテハ豫メ何等約スル所ナクシテ當事者互ニ即時ニ財產權ノ移轉ヲ爲スコト稀ナラズ(現實賣買<sup>3)</sup>)。此種ノ場合ニ於テハ實際上何等ノ債務的

現實賣買

1) emtio-venditio ; Kauf ; vente ; sale

2) 此場合ノ物權移轉ハ直接§ 176ニ依ルモノニシテ特別ノ物權契約ヲ要セズトノ説ヲ爲ス者頗ル多シ(例ヘバ横田氏各論 264、清瀬氏各論 前 77)。

3) Realkauf, Handkauf, Naturalkauf

31(A)  
 此は、債権契約たる買戻と、別種契約たる買戻との区別を、  
 債権契約たる買戻は、債権行為としての債務履行と、  
 別種契約たる買戻は、債権行為としての債権行為と、  
 区別する。蓋シ(イ)債務の行為  
 と其履行行為とが同時ニ實行セラルルコトハ觀念上  
 毫モ矛盾ニアラザルノミナラズ、(ロ)若シ此種ノ場  
 合ニ於テ毫モ債権債務ノ前提ナキモノナリトセバ例  
 へバ買主ガ代金トシテ支拂ヒタル金銭ガ偶々偽造貨  
 幣ナル場合ニ於テモ賣主ハ後ヨリ更ニ正當ナル代金  
 ノ支拂ヲ請求シ得ルコトナクシテ單ニ契約ノ無効ヲ  
 理由トシテ物品ノ返還ヲ請求シ得ルニ過ギザルベ  
 ク、又賣主ノ給付セル物品ガ實際兩當事者ノ欲シタ  
 ル物品ニアラザリシ場合ニ於テモ同ジク買主ハ別ニ  
 正當ナル物品ノ給付ヲ請求スルコト能ハザルベシ。

行為ノ前提ナク當事者相互ニ相手方モ亦直接ノ給付  
 ヲ爲スコトヲ原因トシテ直接ノ給付ヲ爲スモノニシ  
 テ債権契約タル賣買トハ別種ノ契約ナリトノ説明ヲ  
 爲ス者之ナキニアラズト雖モ、<sup>4)</sup> <sup>5)</sup> 通説ハ皆均シク此  
 場合ニ於テモ觀念上ハ尙ホ債権行為ト債務履行トノ  
 區別アリ而シテ單ニ兩者ガ時ヲ同ジウシテ行ハレタ  
 ルニ過ギズト説ケリ。之ヲ世人通俗ノ見地ヨリ考フ  
 ルトキハ一見少數説ヲ以テ正當トナスガ如キモ、民法  
 ノ法規竝ニ實際的見地ヨリ觀察スルトキハ未ダ違  
 ニ此説ニ左袒スルコト能ハズ。蓋シ(イ)債務の行為  
 と其履行行為とが同時ニ實行セラルルコトハ觀念上  
 毫モ矛盾ニアラザルノミナラズ、(ロ)若シ此種ノ場  
 合ニ於テ毫モ債権債務ノ前提ナキモノナリトセバ例  
 へバ買主ガ代金トシテ支拂ヒタル金銭ガ偶々偽造貨  
 幣ナル場合ニ於テモ賣主ハ後ヨリ更ニ正當ナル代金  
 ノ支拂ヲ請求シ得ルコトナクシテ單ニ契約ノ無効ヲ  
 理由トシテ物品ノ返還ヲ請求シ得ルニ過ギザルベ  
 ク、又賣主ノ給付セル物品ガ實際兩當事者ノ欲シタ  
 ル物品ニアラザリシ場合ニ於テモ同ジク買主ハ別ニ  
 正當ナル物品ノ給付ヲ請求スルコト能ハザルベシ。

4) 牧野氏志林一六五 81、伴氏内外五 69、富井氏法論 二四  
 -20。  
 5) 此問題ニ關スル獨逸ノ學説ニ付テハ Oertmann 2 370 參照。

而カモ斯クノ如キハ到底之ヲ當事者ノ意思ニ適合ス  
 ルモノト解スルコト能ハザルノミナラズ、通常取引  
 ノ一般觀念ヨリ見ルモ其結果頗ル不都合ナリト云ハ  
 ザルベカラズ。(ハ)加之現實賣買ヲ以テ債権契約タ  
 ル賣買以外ノ特殊ノ行為ナリトスルトキハ民法第五  
 五五條以下ノ諸規定ハ直接其適用ヲ見ザルコトトナ  
 リテ法典ノ精神ト相容レザルノ結果トナルベシ。<sup>6)</sup> <sup>7)</sup>  
 二 賣買ハ雙務且有償契約ナリ。

雙務且有  
 償契約ナ  
 リ

蓋シ賣主ヲシテ或財産權ヲ移轉スルノ債務ヲ負擔  
 セシムルト同時ニ買主ヲシテ代金支拂ノ債務ヲ負擔  
 セシメ、而シテ兩者ノ債務ハ互ニ相手方ヲシテ反對  
 債務ヲ負擔セシムルコトヲ原因トシテ負擔セラレ、  
 從ヒテ互ニ對價的關係ヲ有スルヲ以テナリ。故ニ雙  
 務契約ニ關スル一般規定ハ凡テ賣買ニ適用セラルベ  
 キコト勿論ナリ。

尙賣買ハ有償契約中最モ典型的ノモノナルガ故ニ  
 賣買ニ關スル民法ノ規定ハ契約ノ性質ノ許ス限リ其

第五五九  
 條

6) 伴氏ハ現實賣買ノ性質ニ付キテ上述ノ見解ヲ採レルニ拘ラズ之  
 ナ以テ民法中賣買ノ規定ノ適用ヲ受クベキモノナリト主張セリ。然レ  
 ドモ賣買ノ定義ヲ示セルモノト見ルベキ § 555 ノ規定ヨリ見レバ直  
 接相互的ニ物權ヲ移轉スルコトヲ目的トスル物權契約ガ民法ニ所謂  
 賣買ニ非ザルハ明ナリ。果シテ然ラバ此種ノ契約ニ § 555ノ直接  
 適用アリト論ズルニハ別ニ何等カノ理由ナカルベカラズ。

7) 賣買ハ常ニ債権契約ナリトスルノ點ニ於テ横田氏各論263(但  
 シ特定賣買ニアリテハ同時ニ § 176ニ依リテ物權的效力ヲ生ズト説  
 ケリ)、村上氏各論 358、清瀬氏各論 前 77一同説。

他ノ有償契約ニモ準用セラルルモノトス(五五九)。

賣主ハ財  
産權ヲ買  
主ニ移轉  
スル債務  
ヲ負擔ス

三 賣買ハ當事者ノ一方(賣主)ヲシテ或財産權ヲ相手方(買主)ニ移轉スルノ債務ヲ負擔セシム。故ニ

賣買ノ目  
的物(財  
産權)

イ) 賣買ノ目的物ハ財産權ナリ。從ヒテ身分權ガ賣買ノ目的物タリ得ザルハ勿論、縱令財産權ト雖モ其性質上又ハ別ニ禁止法規アリテ取引ノ目的物トナリ得ザルモノノ如キハ賣買ノ目的物トナルヲ得ズ。

而シテ以上ノ制限以外ニ於テハ財産權ハ凡テ其種類ノ如何ヲ問ハズシテ賣買ノ目的物トナリ得ベシ。

從ヒテ

1) 財産權ハ現在賣主ニ屬スルモノナルト第三者ニ屬スルモノナルトヲ問ハズ<sup>8)</sup>。蓋シ賣買ハ財産權移轉ノ債務ヲ發生セシムルモノタルニ過ギザルヲ以テナリ<sup>9)</sup>。反之現在既ニ買主ニ屬スル財産權ハ賣買ノ目的物トナリ得ザルコト勿論ナリ<sup>10)</sup>。

8) 特ニ其第三者ノ權利ナルコトヲ明示シテ賣買セルト否トヲ問ハズ。

9) 尙 §560ニ依ルモ他人ノ權利ノ賣買ノ有效ナルコト明カ也。舊法ノ下ニ於テ大審院ハ嘗テ古ク無効說ヲ採リタルコトアリシモ後改メテ有效說ヲ採ルニ至レリ(三一・一・二六民錄一 35、三四・一・二八民錄一〇 118等)。立法例中羅馬法(春木氏「羅馬法ニ於ケル他人ノ物ノ賣買」京法五 一〇 104一、一二 108一、Windscheid 2 § 385 Anm.6參照)、獨民(Oertmann 2 371, b α; Enneccerus 2 § 324, II 1參照)、英法(Pollock, Contract, 8 edit. 418-419)等ハ有效說ニシテ、佛民 art. 1599(Colin et Capitant 2 430—參照)ハ無効說也。

10) 蓋シ賣買上ノ主タル債務ハ財産權ヲ買主ニ移轉スルヲ以テ其目的トスルニ拘ハラズ現在既ニ買主ノ有スル財産權ヲ買主ニ移轉スルハ不可能ナレバ也(同說 Windscheid 2 § 385 Anm.6; Enneccerus 2

2) 現在未ダ存在セズ將來ニ至リテ始メテ發生スベキ財産權、例ヘバ將來收穫セラルベキ米穀、將來作成セラルベキ物品、新ニ設定セラルベキ制限物權等ト雖モ亦賣買ノ目的物タリ得ベシ<sup>11)</sup>。 (一) 而シテ例ヘバ將來成立スベキ物ノ賣買ニ於テ若シ其代金ガ實際上其物ノ成立シタル場合ニ於テノミ支拂ハラルモノナルトキハ其賣買ハ之ヲ一種ノ條件附契約ト認ムベク<sup>14)</sup>、(二)又若シ其代金ガ其物ノ實際上成立スルト否トヲ問ハズシテ支拂ハルベキモノナルトキハ其契約ハ一種ノ射伴契約ニシテ實ハ利得ヲ得ベキ機會ノ賣買タルニ過ギズ(希望賣買<sup>15)</sup>)<sup>16)</sup>。從ヒテ實ハ將來ノ物ノ賣買ニアラザルハ勿論、財産權ノ

§ 324, II 1; Pollock, Contract 8 edit. 419; Colin et Capitant 2 430) 勿論自己ノ所有物ト雖モ例ヘバ他人ガ其物ノ上ニ占有權ヲ有スルガ如キ場合ニ於テ和解ノ目的ニテ之ヲ買取ルコトアリ。此場合ニ於テハ一見自己ノ所有權ヲ賣買ノ目的トスルガ如キモ實ハ占有權ヲ目的トスルニ過ギズ。故ニ其有效ナルコト素ヨリ明カナリ(同說 Oertmann 2 371, b α; Enneccerus 前掲)。

\* 有馬氏「未來ノ物ノ賣買ニ就テ」京法—(京大卒業論文)

11) 同說横田氏各論 260、大審二・一・二三刑錄—九 23。

12) 將來ノ收穫ノ賣買ハ之ヲ田畑ノ貸貸借ト區別スルコト困難ナル場合アリ。然レドモ田畑ノ使用夫レ自身が借主ニ移サレタルトキハ之ヲ貸貸借ト見ザルベカラズ(Enneccerus 2 § 324, Anm. 10參照)。

13) 將來作成スベキ物ノ賣買ハ之ヲ請負ト區別スルコト頗ル困難ナリ。然レドモ契約ガ財産權ノ移轉ニ重キヲ置ケルトキハ賣買ニシテ仕事ノ完成ニ重キヲ置ケルトキハ請負也。此點ニ關スル詳細ハ後ニ請負ノ部ニ於テ述ブル所及ヒ有馬氏前掲 16—參照。

14) emtio rei sperate (同說 Oertmann 2 372, b<sup>2</sup>)

15) emtio spei, Hoffnungskauf

16) 詳細ハ 29頁參照。

移轉ヲ目的トセザルノ點ニ於テ嚴格ナル意義ノ賣買ニモアラザルナリ<sup>17)</sup>。

3) 尙ホ賣買ノ目的物ハ賣買締結ノ當時ニ於テ既ニ特定セルモ又未ダ特定セザルモ可ナリ。然レドモ其目的物ハ必ズ一定ノ特徴ヲ以テ指示セラルルカ又ハ其他少ナクトモ其モノヲ確定スベキ方法ガ定メラレ居ルコトヲ必要トスベシ。

4) 共有ニ於ケル持分ハ一箇獨立ノ財産權ナルヲ以テ之ヲ賣買ノ目的物トナシ得ベキコト勿論ニシテ現ニ民法モ亦此ヲ認ム(五八四)。從ヒテ共有者相互間ニ於テモ亦之ヲ賣買ノ目的物ト爲スコトヲ得ベシ。

5) 占有權モ亦財産權ノ一種ナリ。故ニ是レ亦賣買ノ目的物タリ得ベシ<sup>18)</sup>。尙現在買主ニ屬スル財産權ガ賣買ノ目的物タリ得ザルコト既ニ上述セルガ如クナルモ、例ヘバ買主ノ所有物ニシテ現在賣主ガ其占有ヲ保持セル物ニ付キ賣主自己ニ所有權アルコトヲ主張シテ其返還ヲ肯ゼザル場合ニ於テ、買主特

17) 獨普通法ノ下ニ於テ *Bechmann, Kauf* 2 143; *Endemann, Grünhuts Z.* 12 345—、獨民ノ解釋トシテ *Endemann* 933 Anm. 17 等少數ノ學者ハ本文ト反對ニ此種ノ場合ニモ賣買ハ未來ノ物ヲ目的トスルモノニシテ單ニ買主ガ物ノ發生ニ關スル危險ヲ負擔セルノ點ニ於テ特色アルニ過ギズト主張セリ。

18) *emptio possessionis* (同說 *Windscheid* 2 628; *Oertmann* 2 371 b α; *Enneccerus* 2 § 324, II 1)

ニ所有物返還請求權ヲ行使シテ之ヲ爭フコトヲ爲サズ賣主ト和解シテ爭ヲ止メ其條件トシテ其物ヲ買取リタルトキハ其賣買ハ所有權ノ賣買ニアラズシテ實ハ占有權ノ賣買ナリ<sup>19)</sup>。

□) 以上ト異ナリテ財産權ニアラザルモノハ縱令財産的價值ヲ有スト雖モ尙當然ニ賣買ノ目的物タルコト能ハズ。學者或ハ營業其他ノ事業、營業上ノ華客、業務上ノ秘密等モ亦當然ニ賣買ノ目的物タリ得ベキコトヲ説ク者アリト雖モ<sup>20)</sup>、此等ノモノハ財産權ニアラザルコト明ナルヲ以テ民法ノ解釋上本來ノ賣買ノ目的物タルコト能ハズ<sup>21)</sup>。但シ其契約ノ有效ナルコト素ヨリ疑ヒナク、而シテ賣買ニ關スル民法ノ規定ハ目的物ノ性質ノ許ス限リ此種ノ契約ニモ之ヲ類推適用シ得ベキコト勿論ナリ<sup>22)</sup>。尙勞務又ハ仕事ノ結果モ亦同ジク財産的價值ヲ有スルコト明ナリト雖モ財産權ニアラザルガ故ニ賣買ノ目的物トナラ

19) 上述註 10 參照。

20) *Oertmann* 2 371, b β; *Windscheid-Kipp* 2 628

21) *Enneccerus* 2 § 324, II 4 同說。

22) 同說竹田氏「營業ノ法律上ノ地位ニ付テ」京法七 二 100—殊ニ 116、同氏民法總論 230—。松本氏商法原論 131 ハ營業讓渡契約ヲ以テ各種ノ物體ヲ目的トスル多數ノ契約ノ併合ニシテ單一ノ契約ニ非ズト爲セルモ營業ハ夫レ自身一括シテ獨立ノ經濟價值ヲ有スルガ故ニ之ガ有價的讓渡ヲ目的トスル債權契約ハ一箇獨立ノ契約ナリト認ムルヲ正當トス。但シ營業ヲ組織スル各個ノ財産權ヲ物權的ニ移轉スルガ爲メニハ以上ノ契約ノ履行トシテ各個ノ行爲アルコトヲ要スルヲ勿論也。