

637
72



0014207001

0014207-001

637-72

綜合日本民法論

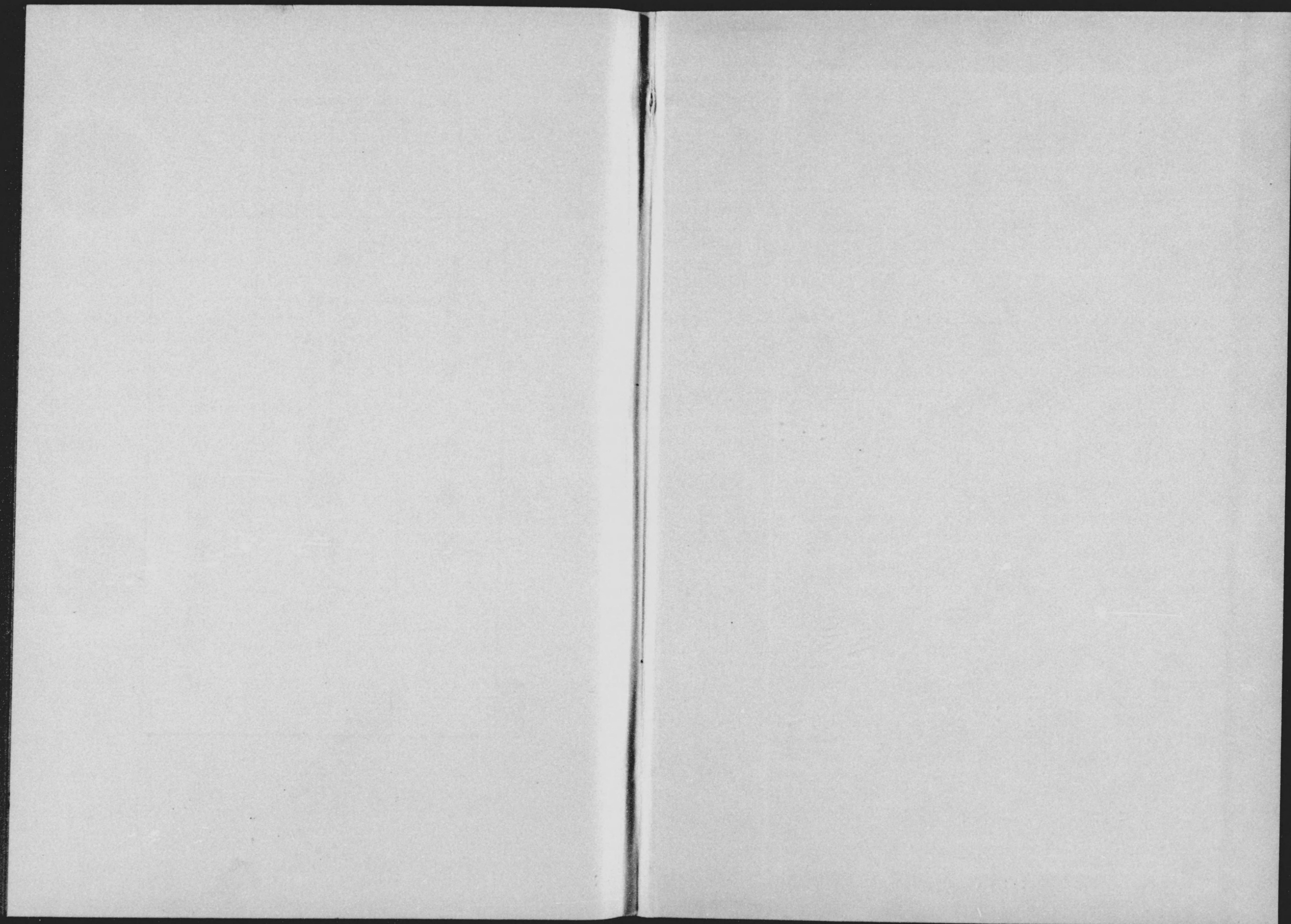
沼義雄・著

巖松堂

別卷 第5 上, 下

昭和17-18

ACE



1280-48

637
72



大審院判事 沼 義雄 著

綜合日本民法論
別卷第五
債權各論 上

東京 巖松堂書店發兌



637
72

序

本書は拙著綜合民法論の既刊及未刊に屬する第一卷乃至第六卷中債權法各論に關する部分を民法法典の順序に従ひ普通の形式に編纂したるものなり。
本書に説明又は引用したる學說等に關する著書著者名論文雜誌名等は總て之を右綜合日本民法論に譲り、同書の參照を便ならしむる爲同書第一卷乃至第五卷(既刊)に於ける當該頁數を掲げおきたるを以て、本書は一面右綜合日本民法論の索引の用を爲すものなり。

本書に於て「綜合」とあるは「綜合日本民法論」の略語、又「大判民錄」若は「大判民集」とあるは「大審院民事判決錄」若は「大審院民事判例集」の略語なり。

昭和十六年十月上旬

著者識

債權法各論上 目次

第一編 總論……………一

一 債權各論の範圍……………一

二 債權發生の原因……………一

第二編 契約……………三

第一章 總論……………三

一 契約の意義……………三

二 債權契約物權契約及準物權契約……………四

三 契約自由の原則……………四

第二章 債權契約の意義及性質……………六

第三章 契約の種類

一 雙務契約及片務契約……………九

二 有償契約及無償契約……………九

三 諾成契約及要物契約……………一四

四 要式契約及不要式契約……………一五

五 有因契約及無因契約……………一六

六 生前契約及死後契約……………一七

七 射伴契約及實定契約……………一七

八 主たる契約及従たる契約……………一八

九 本契約及豫約……………一八

 1 總説(一八) 2 豫約の種類(二〇) 3 豫約の要件(二〇) 4 豫約の效力(二二) 5 豫約後の事情の變更(二三)

一〇 第三者の爲にする契約及第三者の負擔を目的とする契約……………二四

 1 第三者の爲にする契約の意義(四四) 2 第三者の爲にする契約の沿革(三九) 3 第三者の爲にする

第四章 契約の成立

第一款 總説……………四五

第二款 申込……………四五

 一 申込の意義……………四五

 二 申込の性質……………四五

 三 申込の要件……………四六

 四 申込なる意思表示の方法……………四九

 五 申込の效力……………四九

 1 效力發生の時期(五〇) 2 申込の實質的效力(五〇) 3 申込の效力の消滅(五一) 4 申込の拒絶

契約の法律上の根據(三九) 4 第三者の爲にする契約の要件(三三) イ 成立要件(三三) ロ 效力發生要件(三三) 5 第三者の爲にする契約の法律上の原因關係(三六) 6 第三者の負擔を目的とする契約(四〇)

一一 有名契約及無名契約……………四二

 1 總説(四三) 2 混合契約又は混成契約(四三)

(五) 承諾期間の経過(五) 八當事者の死亡又は能力喪失(七) 二承諾(五九) 本申込
の撤回(六〇)

第三款 承 諾

- 一承諾の意義.....六三
- 二承諾の性質.....六四
- 三承諾の要件.....六四
- 四承諾なる意思表示の方法.....六九
- 五承諾の效力發生の時期.....六九

第四款 交叉申込同時表示及意思實現に因る契約の成立

- 一交叉申込に因る契約の成立.....七三
- 二同時表示に因る契約の成立.....七三
- 三意思實現に因る契約の成立.....七三

1 總 說(七三) 2 意思實現に因る契約成立の時期と申込の撤回(七三)

第五款 契約成立の要件.....七七

一總 說.....七七

二合意の成立及不合意.....七七

1 合 意(七) 4 總 說(七) □合意の成立(七) 2 不合意(七)

第六款 契約成立の時期及場所.....八二

- 一契約成立の時期.....八二
- 二契約成立の場所.....八二

第七款 諾成契約及要物契約の成立.....八三

第五章 契約の效力.....八四

第一款 總 說.....八四

第二款 雙務契約の效力.....八五

第一節 總 說.....八五

第二節 同時履行の抗辯權又は契約不履行の抗辯權.....八六

- 一意義及性質.....八六
- 二同時履行の抗辯權と留置權の差異.....八七
- 三同時履行の抗辯權存立の要件.....八九
- 四同時履行の抗辯權の效力.....九四

第三節 雙務契約に於ける履行不能の效力.....九六

第一項 總 說.....九六

第二項 債務者の責に歸すべからざる事由に因る履行不能の效力.....九七

- 一 雙務契約に於ける危險負擔に關する原則及例外.....九七
- 二 特定物に關する物權の設定又は移轉以外の給付を目的とする雙務契約に於ける危險負擔.....九八
 - 1 履行不能が當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因りて生じたる場合の效果(九八)
 - 2 履行不能が債權者の責に歸すべき事由に因りて生じたる場合の效果(一〇〇)
 - 3 履行不能が債權者及債務者雙方の責に歸すべき事由に因りて生じたる場合の效果(一〇四)

三 特定物に關する物權の設定又は移轉を目的とする雙務契約に於ける危

險負擔.....一〇五

- 1 危險負擔に關する主義(一〇五)
- 2 危險負擔に關する各主義の根據(一〇六)
- イ 債權者主義の根據(一〇六)
- ロ 債務者主義の根據(一〇六)
- ハ 所有者主義の根據(一〇九)
- ニ 分擔主義の根據(一〇九)
- 三 我民法の主義(一〇九)
- 四 我民法に於ける債權者主義の適用(一一一)
- イ 危險負擔の要件(一一一)
- ロ 危險負擔の效力(一一四)
- ハ 條件附雙務契約に於ける危險負擔(一一五)
- ニ 始期附雙務契約に於ける危險負擔(一一五)

第三項 債務者の責に歸すべき事由に因る履行不能の效力.....一三三

第三款 第三者の爲にする契約の效力.....一三四

第一節 第三者に對する效力.....一三四

- 一 第三者の權利.....一三四
- 二 利益享受を爲し得る權利(受益權).....一三五

第二節 要約者に對する效力.....一三八

- 一 要約者の權利.....一三八
- 二 要約者の權利と第三者の權利との關係.....一三九

三 第三者の受益の拒絶と要約者の権利 一三一

第三節 諾約者に對する效力 一三三

第四節 要約者及第三者間の關係 一三五

第六章 契約の解除及告知 一三五

第一款 總 說 一三五

一 契約の解除 一三五

1 解除の意義及性質(一三三) 2 解除と取消撤回告知及解除條件(一三〇) 3 解除の種類(一三七)

4 解除の原因(一三七)

二 契約の告知 一三七

1 告知の意義及性質(一三六) 2 告知の種類(一三八) 3 告知の原因(一三八)

第二款 解除權及告知權 一三八

第一節 總 說 一三八

一 解除 權 一三九

1 解除權の意義及性質(一三九) 2 解除權と之に類似する權利との區別(一四〇)

二 告 知 權 一四三

1 告知權の意義及性質(一四二) 2 告知權と解除權との差異(一四四)

第二節 解除權者及告知權者 一四六

一 解 除 權 者 一四六

二 告 知 權 者 一四八

第三節 解除權及告知權の種類 一四八

一 解除權の種類 一四八

1 債權契約の解除權物權契約の解除權及準物權契約の解除權(一四八) 2 法定解除權及約定解除權(一五〇) 1 約定解除權(一五〇) 2 法定解除權(一五一)

二 告知權の種類 一五四

1 債權契約の告知權及物權契約の告知權(一五三) 2 法定告知權及約定告知權(一五五) 1 約定告知權(一五五) 2 法定告知權(一五五)

第四節 解除權及告知權發生の原因 一五七

第一項 解除權發生の原因……………一五七

一 總 說……………一五七

二 約定解除權發生の原因……………一五七

三 法定解除權發生の原因……………一五九

 1 一般原因(一五九) 2 特別原因(一六〇)

第二項 告知權發生の原因……………一六六

一 總 說……………一六六

二 約定告知權發生の原因……………一六六

三 法定告知權發生の原因……………一六六

第五節 解除權及告知權の行使……………一六九

第一項 解除權の行使……………一六九

一 解除權行使の方法……………一六九

二 特殊の約定解除權及各種債權契約に特有の解除權の行使……………一七三

第二項 告知權の行使……………一七三

一 告知權行使の方法……………一七三

二 各種債權契約に特有の告知權の行使……………一七四

第六節 解除權及告知權の效力解除權及告知權の行使又は解除告知の效果……………一七五

第一項 解除權の效力解除權の行使又は解除の效果……………一七五

一 總 說……………一七五

二 原狀回復義務……………一七六

 1 原狀回復義務の性質(一七六) 2 返還義務の範圍(一八〇)

三 解除と損害賠償……………一八三

 1 契約を解除したる場合に於ける損害賠償の性質(一八三) 2 損害賠償を請求し得る者(一八八)

 3 損害賠償の範圍(一八八) 4 損害賠償額算定の時期(一八九) 5 解除と違約金(一八九)

四 原狀回復の給付と同時履行の抗辯權……………一九〇

第二項 告知權の效力告知權の行使又は告知の效果……………一九〇

第七節 解除權及告知權の消滅……………一九一

第一項 解除權の消滅……………一九一

一 形成權に共通なる消滅原因……………一九一

二 解除權に付特に規定されたる消滅原因……………一九三

三 債務の消滅又は不履行の消滅と債務不履行を原因とする解除權の消滅……………一九六

四 當事者の一方數人ある場合に於て當事者中の一人に付生じたる解除權の消滅が他の當事者の解除權に及ぼす效果……………一九八

第二項 告知權の消滅……………一九九

第七章 有名契約各論……………二〇〇

第一款 總 說……………二〇〇

第二款 懸賞契約(懸賞廣告)……………二〇〇

第一節 懸賞契約の意義及性質……………二〇〇

第二節 懸賞契約の成立……………二〇三

一 總 說……………二〇三

二 懸賞契約の成立に必要な申込及承諾の特別要件……………二〇四

第三節 懸賞廣告の取消(撤回)……………二〇五

一 總 說……………二〇六

二 懸賞廣告撤回の方法……………二〇七

三 懸賞廣告撤回の效果……………二〇九

第四節 懸賞契約の效力……………二〇九

一 報酬請求權……………二〇九

二 指定行爲を爲したる者數人ある場合に於ける報酬請求權者……………二一〇

三 報酬支拂の時期……………二一一

第五節 優等懸賞契約……………二一一

一 優等懸賞契約の意義及性質……………二一三

二 優等懸賞契約の成立……………二一四

三 優等懸賞契約に於ける優等者の判定……………二一五

四優等懸賞契約の效力……………一四

第三款 贈 與……………二八

第一節 贈與の意義及性質……………二八

第二節 贈與の成立……………三三

第三節 贈與の效力……………三三

一 一般效力……………三三

二 特別效力……………三四

1 贈與者の擔保責任(三四) 2 書面に依らざる贈與の取消(三六) 3 其の他の取消原因(三六)

第四節 特殊の贈與……………三〇

一 負擔附贈與……………三〇

二 定期贈與……………三三

三 死因贈與……………三四

四 混合贈與……………三五

第四款 賣 買……………三七

第一節 賣買の意義及性質……………三七

第二節 賣買の成立……………四三

一 總 說……………四三

二 賣買の豫約……………四四

1 總 說(四四) 2 賣買の一方の豫約の性質(四四) 3 賣買完結の意思表示を爲し得る權利の性質(四六) 4 賣買一方の豫約義務者の相手方に對する催告權(四六) 5 賣買完結の意思表示を爲し得る權利の行使(四七) 6 賣買の一方の豫約と同一意義に於て賣買の雙方の豫約なるものたる認め得るや(四七) 7 賣買の一方の豫約は要物契約に付ても準用(類推適用)せらるるや否(四七)

三 賣買の費用……………四八

第三節 賣買の效力……………四八

第一項 賣主の義務……………四八

一 財産權移轉の義務……………四八

總說

一 擔保責任又は擔保義務……………二五三

- 1 總 說(三五)
- 2 擔保責任に關する特約(三五)
- 3 擔保責任の種類(三六)
- 4 權利の瑕疵に對する擔保責任(三五)
- A 他人の權利の賣買に於ける擔保責任(三五)
- B 權利の不足なる場合に於ける擔保責任(三六)
- 5 物の瑕疵に對する擔保責任(三七)
- 6 強制競賣の場合に於ける特則(三七)
- 7 擔保責任に因りて生ずる債務の履行と同時に履行の抗辯權(三九)

第二項 買主の義務……………二七五

一總 說……………二七五

二代金支拂義務……………二七五

- 1 代金支拂の時期(三七)
- 2 代金支拂の場所(三七)
- 3 代金の利息(三七)
- 4 代金支拂拒絶權(三八)
- 5 代金の供託(三八)

第四節 賣買の種類……………二八一

一 現金賣買掛賣買前拂賣買及割賦拂約款附賣買……………二八一

二 任意賣買及強制賣買……………二八二

三 私賣及公賣……………二八二

四 隨意賣買及競爭賣買……………二八二

五 定期賣買及即時賣買……………二八二

六 種類賣買及特定物賣買……………二八三

七 直接賣買及其他の賣買……………二八三

八 試驗的賣買試驗賣買及見本賣買……………二八三

九 繼續的供給契約……………二八五

第五節 賣買の解除……………二八六

第一項 總 說……………二八六

第二項 手 附……………二八六

一總 說……………二八六

二 解約手附の效力……………二八八

- 1 解約手附授受者の解除權(二八八)
- 2 解約手附授受者の解除權の行使(二八九)
- 3 解約手附授受者の解除權行使の效力(二九〇)

三 手附返還請求權……………二九一

四 手附と内金との區別……………二九二

第三項 買 戻……………二九三

第一目 總 說……………二九三

第二目 買 戻 權……………二九三

一 買戻權の意義及性質……………二九四

二 買戻權の特徴……………二九五

三 買 戻 權 者……………二九六

第三目 買戻權の得喪變更と公示方法……………二九七

一 總 說……………二九七

二 登記したる買戻權と登記したる賃借權との關係……………二九七

第四目 買戻權の行使……………二九九

一 買戻權行使の方法……………二九九

二 買戻權の行使を爲し得る者……………三〇一

三 買戻權行使の相手方……………三〇一

四 買戻權行使の期間……………三〇二

五 買戻權行使の效力……………三〇三

1 總 說(三〇三) 2 買戻權行使の效力に付ての特別規定(三〇四)

第五目 共有者持分の買戻……………三〇六

第五款 交 換……………三〇八

第六款 消 費 貸 借……………三〇九

第一節 消費貸借の意義及性質……………三〇九

一 總 說……………三〇九

二 消費貸借の種類……………三一五

三 準消費貸借……………三一五

1 準消費貸借の意義及性質(三一五) 2 準消費貸借の要件(三一〇) 3 舉證の責任(三一〇) 4 準消費貸借の効果(三一〇)

第二節 消費貸借の豫約……………三一〇

第三節 消費貸借の效力……………三一七

第一項 貸主の擔保責任 三三一

一總 說 三三一

二擔保責任成立の要件 三三二

三擔保責任の効果 三三三

第二項 借主の義務 三三四

一返 還 義 務 三三四

1 返還の目的物(三三五) 2 返還の時期(三三六) 3 返還の場所(三三八)

二 利息支拂義務 三三九

第七款 使 用 貸 借 三三九

第一節 使用貸借の意義及性質 三三九

第二節 使用貸借の效力 三三三

第一項 貸主の權利義務 三三三

一物の返還請求權 三三三

二物の使用収益を許與する義務 三三三

三貸主の擔保責任 三三三

四契約告知權 三三四

五附屬物收去及原狀回復請求權 三三五

第二項 借主の權利義務 三三六

一使用収益權 三三六

二借用物保管義務 三三八

三借用物返還義務 三三九

第三項 借用貸借の終了 三四〇

—(目次完)—

綜合日本民法論
別卷第五 債權法各論上

第一編 總論

債權各論の
範圍

債權各論の範圍

債權各論は本來債權發生の原因たる各種の法律要件に關する研究を目的とするものなるも、民法は第三編第二章以下に於て唯僅に契約事務管理不當利得及不法行爲に關する規定を設けるに過ぎず。從て茲に説明する所も亦主として此の範圍に止む。

債權發生の
原因

債權發生の原因

私權は法律が其の發生變更又は消滅に必要とせる特定の原因事實の存する場合に於て發生變更又は消滅するものにして、此の私權の發生變更又は消滅等法律上の效果を生ずるに必要な原因事實の總體を法律要件と云ふ。

然らば債權の發生原因も亦法律要件に外ならず。而して此の法律要件は之を人の容態 (Verhalten) 及外界の事實に別つことを得べく、人の容態とは人の心理現象又は精神作用に基く事實にして行爲 (Handlung) 及內心的容態 (又は內部的容態) (Innere Verhalten) に別つことを得べしと雖、行爲即ち人の外部的容態として現は

るるを普通とす。

民法は右法律要件中特に契約事務管理不當利得及不法行為に付一般的規定を設けたれども、債権は此の以外單獨行為合同行為及法律の規定に因りても發生し又公法上の原因例へば行政處分裁判(民事訴訟法第七三四條參照)に因りても亦發生するものとす。尤も合同行為又は單獨行為より債権の發生するは特に法律上規定の存する場合に限らる(註一)(註二)。

羅馬法に於ては債権の發生原因を分ちて契約(Contractus)準契約(Quasi contractus)不法行為(Delictum)及準不法行為(Quasi delictum)とし、佛蘭西民法は右四種の外尙法律の規定(Loi)を加へ(一三七〇條)、英吉利法に於ては契約準契約不法行為違約判決及契約に非ざる合意とし、我舊民法は合意不當の利得不正の損害及法律の規定(財産編二九五條)と爲せり。獨逸民法は契約に關しては總則編に於て通則的の規定を設け債權編に於ては個々の債務關係として各種の典型契約と共に事務管理(Geschäftsführung ohne Auftrag)不當利得(Ungerechtfertigte Bereicherung)及不法行為(Unerlaubte Handlung)を規定せり。

(註一) 民法債權總則の規定は民法が債權成立の原因たる法律要件として規定せる契約事務管理不當利得及不法行為以外の法律要件より生ずる債權に付ても其の適用あるものとす。

(註二) 單獨行為に因りて他人に義務を負はしむることは公序良俗に反するも單獨行為を以て他人に權利を認むるが如きことは固より法理上正當にして唯欲せざる者は之を放棄することを得べしと爲す説あり。

第二編 契約

第一章 總 說

契約の意義

契約なる語には廣狹二義あり、廣義に於て契約と稱するときは廣く私法上の效果の發生を目的とする二人以上の間の意思表示の合致を總稱し、其の私法上の效果が債権の成立たると物權の設定たると物權債權若は其の他の權利の移轉たると將又親族法上の效果たるとを問はざるなり。之に反し狹義に於ける契約は債権の成立を目的とする合意のみを指稱するなり。英吉利法に於ては契約(Contract)と合意(Agreement)とを區別し契約は唯債權債務の關係を發生せしむる合意と爲し、佛蘭西民法及我舊民法も亦契約を以て債權を成立せしむるものに限らるも、獨逸民法に於ては如何なる内容のものとも雖苟も相對する二人以上の意思表示の合致に因り成立する法律行為を契約(Vertrag)と云ひ此の契約に關する通則を總則編中に規定せり。我民法に於ては契約に關する通則を總則編中に規定せずと雖、物權の設定移轉及債権の移轉のみを目的とする二人以上の意思表示の合致に因る合意の成立を排斥したるものとは認め難く民法第一一三條乃至第一一七條に所謂契約は敍上の合意をも包含すること蓋し疑なきを以て、我民法亦廣義に於ける契約の觀念を認むるものと云はざるべからず。然れども民法が契約の成立要件成立時期等に付債權編に規定する所は債權契約のみに關するものにして物權契約等

Contract Agreement
大
小

に付ては特別の通則的規定なきを以て、此等債權契約以外の契約に付ては債權契約に關する右規定を之に類推適用せざるべからず(綜合5二六六頁以下參照)。

二 債權契約物權契約及準物權契約

債權契約とは債權成立の効果の發生を目的とする。換言せば債權債務の關係を發生せしむることを其の内容とする合意を云ひ、物權契約とは直接に物權の發生變更消滅若は得喪變更を生ぜしむることを其の内容とする合意を云ひ、準物權契約とは債權契約物權契約に非ざる合意にして直接に物權以外の權利の發生變更消滅若は得喪變更を生ぜしむることを内容とし履行なる問題を生ぜざる合意を云ふ。贈與契約賣買契約貸借契約等は債權契約に屬し、地上權又は永小作權設定契約質權又は抵當權設定契約の如きは物權契約に屬し、債權讓渡契約の如きは準物權契約に屬す。

三 契約自由の原則

法律行為に法律の附與する法律效果は原則として表意者の效果意思に依りて定まるものなるを以て、強行法規に牴觸せざる限り吾人は其の個人的生活に於ては契約に依りて其の自ら欲する所に従ひ其の需要に應ずる法律關係を生ぜしめ得るものにして之を契約自由の原則(Prinzip der Vertragsfreiheit)と稱す。此の所謂契約自由の原則は元來人類文化の發達に伴ひ發展し來りたるものにして、歐洲中世紀の社會に於ては個人の生活關係は其の意思に關係なく各自の階級身分に基き決定せられ近代社會に於けるが如く平等及自由意思に基き生活は全く封ぜられ居たるが漸次人類文化の發達と共に個人の自由認めらるるに至り各人が其の自由意思に基き各種の行為を爲すことを得る範圍擴大するに至れり。此の事を英國の法學者メーン(Maine)は「身分より契約へ」

(From status to contract)なる語を以て表示せり。而して敍上原則の行はるるに至りたるは實に彼の佛蘭西革命に因る「個人の自由と契約の自由」の理想が宣言せられてより以來のことに屬し、此の原則は近代社會生活の基柢を爲し各國孰れも此の原則の具體的實現を圖るに至れり。然れども契約自由の原則は經濟的平等の地位に在る者の間に於ては合理的なるも然らざる者の間に於ては結局弱肉強食の結果を生ずるに過ぎざるを以て、漸く其の弊害の大なるを感ずるに至り、該原則も次第に各方面より制限を受くるに至れり。尙ほ佛蘭西民法制定當時に於ては公序良俗の觀念を契約自由の原則の制限と認められ居たるも、今日に於ては此の公序良俗の範圍内に於てのみ契約の自由を有するものと認めらるるに至れり。惟ふに契約自由の原則なるものは絶對的のものに非ず公の秩序善良の風俗に反せざる範圍内に於てのみ個人の自由が尊重せらるるに過ぎず。即ち契約は自由なるを原則とし唯公序良俗に反する場合に於て例外として其の自由が制限せらるると云ふには非ず。然れば契約は自由なるを原則とすと云ふも這は唯物權法親族法及相續法に比し債權法の範圍内に於ては比較的個人の自由が多分に認められざることを意味するに外ならず。要するに歐米諸國の法制に於て所謂契約自由の原則なるものは個人主義哲學の影響に因る個性の尊重經濟上に於ける自由主義理論の承認等に基き經濟生活の要求に促がされて成立したるものなるも、我國法制の下に於ては寧ろ一定の制限内に於てのみ契約の内容を自由に決定し得るに止まるものと云はざるべからず(註)(綜合5一五頁以下參照)。

近代法に於ける所謂契約自由の原則の内容は廣義に於ては契約の内容を決定し得る自由の外契約締結の自由契約の相手方選擇の自由契約締結後に於ける變更の自由をも包含す。

(註) 學者或は、自由なる個人契約は今日に於ては事實上極めて僅かの範圍に存在するのみなり殊に各種の契約に於て個人の

自由意思の働く程度には著しき差あり概括的に契約自由の原則を掲ぐることは事實にも反し個人間の法律關係を妥當に規律する所以にも非ず宜しく各種の契約の實質を理解し其の作用を考察して夫れ夫れの方法に因りて契約の自由の統制を企つべきものなりと主張し、或は、重要な債權契約に付ても物權法又は親族法に於けると同様に典型的に其の内容を定め當事者は其の範圍内に於てのみ任意に契約し得る様なき必要あるべしと主張す。

第二章 債權契約の意義及性質

狹義に於ける契約即ち所謂債權契約とは債權成立の效果の發生を目的とする換言せば債權債務の關係を發生せしむることを内容とする合意を云ふ。

(1) 契約は一の法律行為なり 契約は法律效果の發生を内容とする意思表示の合致なるを以て法律行為なることは論を俟たず。

(2) 契約は相對立せる二人以上の意思表示の合致を必要なる法律事實(構成分子)と爲す 法律行為は意思表示を必要なる法律事實(構成分子)と爲す法律要件にして契約亦法律行為に屬すれども、契約が他の法律行為と區別せらるるは叙上の如く相對立せる二人以上の意思表示が合致することを必要とするの點に在り。

(イ) 二人以上の意思表示を必要とす 契約の當事者が二人以上なることは之を妨げずと雖尠くとも二人の當事者ありて二個の意思表示の存することを必要とす。然れども各當事者が自ら意思表示を爲さざるべからずと云ふには非ずして各當事者に付效力の生ずべきものとして爲さるる意思表示が二個以上あれば足るものとす。故に所謂相手方の代理人と爲り(自己契約)又は當事者雙方の代理人と爲りて(狹義の雙方代理)同一人の爲

す意思表示に依りても亦契約は成立し得るものとす。尤も此の場合に於ては契約締結者は所謂代理人のみなるを以て契約は成立すること能はずと爲す説あれども(註)、或者が他人の代理人として自己と法律行為を爲し又は當事者雙方の代理人として法律行為を爲す場合に於ては代理人たる資格は自己固有の資格と之を區別することを得べく、代理人は代理人たる資格に於て自己固有の資格に於ける自己に對する意思表示を爲し或は自己固有の資格に於て本人の代理人たる資格に於ける自己に對する意思表示を爲すものにして、斯の如き觀念は理論上相容れざるものに非ず而も代理人の意思表示は其の成立上代理人自身の意思表示なりとするも法律上は本人自ら其の意思表示を爲したると同一の效果を生ずるものなるを以て、其の法律行為が契約なる場合に於ては代理人の行為は契約たることを妨げざるものと云はざるべからず(綜合1一七三頁同5二六八頁以下參照)。

(註) 此の説を採る者は第一〇八條但書の場合に於ける代理人の自己行為は契約に非ずして單獨行為なり唯行為の客觀的性質に因りて契約と同一の效力を生ずるに過ぎずと主張す(綜合5二六九頁註三參照)。

(ロ) 意思表示の合致を必要とす 契約が成立するには意思表示の合致即ち合意を要す。意思表示の合致とは二人以上の意思表示の内容が客觀的に一致することを云ひ、意思表示が主觀的に一致すること即ち各當事者が意思表示の内容の一致せることを認識することは契約の成立上必要には非ず。例へば賣買契約に於て當事者の一方は「賣る」と云ふ意思表示を爲し他の一方は「買ふ」と云ふ意思表示を爲したりとせば、右二個の意思表示は恰も相異なる内容を有する如き外觀を有するも、客觀的に之を觀察するときは當事者の意思表示は孰れも財産權の移轉に對する金錢の支拂を目的とする關係を成立せしめんとすることを内容とするものなるを以て、共に同一の内容を有するものと云ふことを得べし。而して意思表示が主觀的に一致すること即ち各當事者が意思表示

示の内容の一致せることを認識することは契約成立の要件に非ずと雖、各當事者の意思表示は相手方の意思表示と結合して其の欲する法律効果を發生せしめんとする意思を以て爲されたることを必要とす。從て唯偶然に一致する内容を有する意思表示が個別的に爲されたりと云ふのみにては契約を成立せしむることなし。要するに契約の成立には各當事者が孰れも相手方の意思表示と結合して法律効果を發生せしめんとする意思を以て意思表示を爲すことを要するも、各當事者が其の意思表示の内容の一致せることを認識するの要なきを以て、契約成立の時期に關して所謂發信主義に依り申込者の不知の間に契約の成立することを認むるも何等不條理の點あることなし。尤も主觀的要件として意思表示が主觀的に一致すること即ち各當事者が意思表示の内容の一致せることを認識することを必要と爲す説ありと雖固より贊意を表し難し。

客觀的に意思表示が同一の内容を有すと云ふは所謂表示上の效果意思が其の内容に於て相一致し居ることの謂にして內心的效果意思に關する所なし故に不合意(Dissent)と錯誤とは異なる。不合意は表示上の效果意思の合致なきが爲合意の成立せざる場合なるに反し、錯誤は表示上の效果意思の合致あるに拘らず契約當事者一方の意思表示に於て其の內心的效果意思と表示上の效果意思との間に無意識的に不一致を生ずる場合なり。客觀的に意思表示が同一の内容を有するや否は客觀的に其の表示行為の表示力に依り一の意思表示が他の意思表示に對する關係に於て一致し居るや否を判定して決すべきものとす(綜合5二六九頁以下參照)。

(ハ)二個の意思表示は相對立し且各當事者に對し互に相異なる意義を有するものなることを要す 例へば賣買に於て賣主は「賣る」と云ふ意思表示を爲し買主は「買ふ」と云ふ意思表示を爲し此の兩者が合致することに因りて所謂賣買契約は成立するに至るものにして、此等「賣る」「買ふ」の意思表示は各當事者にとりては異りたる

る意義を有するのみならず各當事者は孰れも互に自己に向て爲されたる他方の意思表示と相俟て法律効果を生ぜしめんとするものなるを以て、各當事者の意思表示は通常互に其の相手方に對し交換的に爲され此等意思表示の合致に因りて成立するものとす。此の點に於て契約は所謂合同行為と異なる。蓋し合同行為に在りては各表意者は自己に向て爲さるる意思表示を豫期するに非ず自己の爲す所と同一方向に向て爲さるる他人の意思表示を豫期し此等同一方向に向て爲されたる意思表示の合致に因りて成立し又各表意者の意思表示は孰れも同一意義を有し各人にとりて異なる意義を有するものに非ざればなり(註)。

(註) 契約を成立せしむる意思表示が相對立することを要するの意義に關しては學說の岐るる所にして、通常契約の内容が各當事者に對して別異の或は相反する意義を有することを要するの義に解説せらるるも、本文の如く説明するを正當と信ず(綜合5二七一頁註參照)。

(3) 特定人間に債權債務の關係を發生せしむることを内容とすることを要す 債權は特定人が特定人に對し行為を請求することを内容とする財産權なるを以て特定人間に於てのみ成立す。從て債權契約は常に特定人間に債權債務の關係を發生せしむることを内容とするものと云はざるべからず。尤も契約の效果たる債權債務の關係は必ずしも契約締結の當事者間に於てのみ生ずるものとは限らず所謂第三者の爲にする契約(五三七條以下)に於けるが如く契約締結の當事者以外の特定人に付ても亦生ずることあり。

第三章 契約の種類

雙務契約及片務契約

一 雙務契約及片務契約

第二編 契約 第三章 契約の種類

○雙務契約(Zweiseitiger od. Gegenseitiger Vertrag)とは當事者雙方が互に對價として給付を爲すべき債務を負担する契約を云ふ。故に雙務契約に在りては當事者雙方は互に債權者たると同時に債務者たる地位を有す。然れども當事者雙方が孰れも債務を負担するも之が爲直に雙務契約成立するものと云ふことを得ず。該契約が雙務契約なるが爲には當事者雙方の負擔する給付が互に對價(Erfüll)たる關係を有することを要す。故に例へば負擔附贈與は當事者雙方に債務を負担せしむるも該債務は互に對價的意義を有せざるが故に雙務契約たる性質を有せず(註一)。又使用貸借契約に於て貸主は借主に對し使用貸借の目的物の使用を忍容すべき債務を負担し借主は右目的物返還の債務を負担すれども此等の債務も亦互に對價的意義を有せざるを以て該契約も亦雙務契約たる性質を有せず。

雙務契約に於て當事者雙方が互に對價として爲すべき給付は物の供與に限らず物の使用の供與勞務等の行爲其の他不作爲も亦給付たることを得べし。而して此等給付が對價たるが爲には必ずしも雙方の給付が客觀的に同一の價格を有することを必要とせず唯主觀的に一方の給付を以て他方の給付の報償と爲したるを以て足るものとす。尙此等給付は必ずしも契約の相手方に對して爲す場合のみに限らず第三者に對して給付し又は共同の目的の爲に給付することを約する場合に於ても亦雙務契約たる性質を失ふものに非ず。例へば第三者の爲にする契約組合契約の如きは是れなり。

雙務契約は給付の交換を目的とするを通常とすれども給付の交換なきも尙雙務契約たる性質を失ふものに非ず。賣買交換貸借雇傭請負等は孰れも給付の交換を目的とすれども、組合契約に在りては各當事者が負擔する給付義務は共同の目的を達するが爲に負擔するものにして給付の交換に非ず、然れども他の當事者が同一の

目的の爲に給付義務を負担するが爲に自己亦其の對價として給付を爲すべき義務を負担するものなれば組合契約も亦雙務契約たるを失はず。

○片務契約(Einsseitiger Vertrag)とは當事者の一方のみが給付を爲すべき債務を負担する契約を云ふ。總ての契約は雙務契約若は片務契約の孰れかに屬するを以て雙務契約に非ざる契約を片務契約と云ふと定義するも可なり。片務契約に在りては雙務契約に於けるが如く當事者雙方が債權者たると同時に債務者たる地位に在ることなく當事者の一方のみが債權者にして他方は債務者たる地位に在るものとす。尤も片務契約に在りても債權者が債務を負担する場合なきに非ず。例へば無償委任に於て委任者が費用償還義務を負担する場合の如く契約成立後特別なる事情に因りて債務を負担し、或は使用貸借に於て貸主は借主が其の目的物を使用することを忍容すべき債務を負担する如く契約の性質上必然的に債務の生ずる場合の如きは是れなり。然れども此等の債務は債權者が債務者の負擔する債務に對し對價として負擔するに非ざるが故に此等の場合に於ても雙務契約に非ずして片務契約なりとす。然れども斯の如く片務契約に在りても當事者雙方に假令對價的意義を有するに非ざれども債務の存在することあるを以て、誤解を避くる爲片務契約を以て當事者の一方のみが給付を爲すべき債務を負担する契約なりと爲すよりも片務契約とは雙務契約に非ざる契約を云ふと爲す方可ならんか(註二)。片務契約に屬するものは贈與消費貸借無償寄託使用貸借等にして、右の内使用貸借以外のものは契約の効果として絶對的に當事者の一方のみが債務を負担する場合に屬し、使用貸借は契約の効果として雙方の當事者が債務を負担するも其の債務は對價的意義を有せざる場合に屬す。

契約は其の種類に依り抽象的に雙務契約若は片務契約として定まるものに非ず個々の契約に付具體的に之を定

め得るものにして、如何なる契約と雖雙方の給付が互に對價的意義を有する場合には常に雙務契約として之を認めざるべからず。故に例へば委任又は寄託が無償なる場合に於ては此等契約は片務契約なりと雖有償なる場合に於ては雙務契約と爲るものとす。從て又假令片務契約と雖當事者の意思に依り雙務契約と爲すことを得べし。

雙務契約及片務契約の區別は以上説明せる如く契約の效果として雙方の當事者が互に對價的の意義を有する債務を負擔するや否に因るものにして、其の區別の實益は同時履行の抗辯（五三三條）危險負擔（五三四條以下）に關する規定が雙務契約に付てのみ適用せられ契約解除の規定が主として雙務契約に付適用せらるる等の點に存す（綜合五二七三頁以下參照）。

（註一）負擔附贈與に付ては異説ありて、或は負擔附贈與は雙務契約及有償契約の性質を有すと爲し、或は負擔附贈與は一面に於ては贈與たる性質を有すれども他の一面に於ては雙方の給付が對價的且交換的關係に在りて雙務契約たる性質を有するが故に純然たる贈與に非ずと主張す（綜合五二七五頁註一參照）。

（註二）學者或は使用貸借等の如く當事者雙方に債務存すれども其の債務が互に對價的意義を有せざる場合の契約を不完全雙務契約（Unvollkommen zweiseitiger Vertrag）と稱す。然れども斯の如き用語は徒に誤解を生ずるに止まり實益なきを以て斯る名稱は之を避くるを可とす（綜合五二七六頁註五參照）。

有償契約及無償契約

二有償契約及無償契約

有償契約（Entgeltlicher Vertrag）とは當事者雙方が互に對價として出捐を爲すべき契約を云ふ。當事者雙方が共に對價として出捐を爲すべき債務を負擔し後日其の債務の履行として出捐の爲さるべき場合に在りては該契約は有償契約たる場合の場合に在りては該契約は有償契約なれども雙務契約に非ず。例へば利息附消費貸借の如きに在りては貸主は金錢其の他の代替物を借主に現實に給付し借主は其の貸主の給付に對し其の對價として元本に利息を附して之を貸主に給付すべき債務を負擔するものにして、貸主は給付を爲すべき債務を負擔するものに非ざるを以て雙務契約に非ずと雖當事者雙方互に對價として出捐を爲すべき契約なるを以て有償契約なりとす。然れば雙務契約は有償契約なれども有償契約は常に必ず雙務契約なりと云ふことを得ざることを知るべし。

有償契約に在りては各當事者の爲す出捐たる給付は相互に對價的意義を有することを要し、契約の效果として二個の給付が爲さるる場合に於ても此の兩給付が對價的報酬的關係に立たざるときは尙次に述ぶる無償契約にして有償契約に非ず。例へば負擔附贈與の如き是れなり（註）。

有償契約に在りては各當事者の爲す給付は一個の契約の成立要件を爲すか又は一個の契約の效果として爲さるることを要す。故に例へば當事者の一方が先に受けたる給付に對し報酬を與ふる意味にて贈與を爲すも兩給付は一個の契約の成立要件を爲すものに非ず、又一個の契約の效果として爲されたるものに非ざるを以て有償契約として成立することなく依然無償契約なりとす。

無償契約（Unentgeltlicher Vertrag）とは有償契約に非ざる契約を云ふ。故に此の契約は當事者の一方のみが給付を爲すに止まるか又は各當事者が給付を爲すも其の間對價的牽連關係なき場合に於て生ず。例へば贈與使用貸借無償寄託無償委任無利息消費貸借等の如き是れなり。

契約を有償契約及無償契約に分類することの實益は責任の輕重に關し（五五一條五九〇條六五九條）行爲能力に關

し(四條一項但書)て生ずる外殊に有償契約に付ては賣買の規定の準用あるのみならず(五五九條)破産法上の否認權に付無償契約と有償契約に付其の取扱を異にせらるる(破産法七二條五號)等の點に存す。

有償契約の一種に利得分配契約(Paritätischer Vertrag)なるものあり。此の契約は當事者の一方の爲したる給付に因りて相手方の得べき利得を分配する契約にして、例へば雇傭の場合に於て當事者の一方が一定の勞務を給付し之に因りて相手方の得たる利得の割合に應じて報酬を受くるが如き其の他或は一定の資本を給付し之に因り相手方の得べき利得を受くる契約の如き之に屬す。此の場合に於ては當事者の一方の給付に對する相手方の給付の額は不確定なるも尙有償契約たるを妨げず(綜合五二七頁以下參照)。

(註) 負擔附贈與は雙務契約及有償契約の性質を有すと主張する説あり。

諸成契約及要物契約

三 諸成契約及要物契約

諸成契約(Konsensualvertrag)とは意思表示の合致のみに因りて成立する契約を云ひ、要物契約(Realvertrag)とは意思表示の合致の外物の引渡其の他の給付を完了することに因りて成立する契約を云ふ。賣買貸借借傭請負委任等の如きは前者に屬し、使用貸借消費貸借寄託の如きは後者に屬す。要物契約は又之を實踐契約或は踐成契約と稱す。要物契約中消費貸借消費寄託等の場合は債權者は代替性を有する目的物の所有權を債務者に移轉することを要し、使用貸借の場合は單に目的物の占有を相手方に移轉するを以て足る。而して此等目的物の所有權の移轉又は占有の移轉等要物契約の成立に必要な給付は合意と同時に存することを必要とするものには非ずして其の以前又は以後に於ても亦之を爲し得べく、孰れの場合に於ても合意及目的物の引渡其の他の給付の兩者が完了したる時に於て此の契約の成立を見るものとす。尤も要物契約の豫約として諸成契約を爲すこと

は所謂契約自由の原則上可能なることは勿論なるのみならず、諸成的消費貸借(Konsensualer Darlehensvertrag)と稱せらるる契約即ち當事者が實踐的要素を除外し唯合意のみに因りて消費貸借を成立せしめ得ることも亦可能なりと云はざるべからず。而して此の場合が要物契約の豫約なりや將又要物契約の豫約とは本質上區別すべきものなりやに付ては具體の場合に付當事者の意思を解釋して之を決すべきものとす。

要物契約中の合意は要物契約の一構成分子たる所謂法律事實にして其れ自體要物契約の豫約として獨立のものに非ず又固より諸成的消費貸借の如き契約に非ず。此の合意は要物契約を成立せしむるに必要な一法律事實たるに過ぎず。此の合意と實踐的要素なる他の法律事實と合して茲に要物契約の成立を見るものとす。故に例へば借主と爲るべき者は此の合意に基き物又は金錢の引渡を請求することを得ず、此等の給付を請求し得るには此等要物契約の豫約の存在することを要す。立法上要物契約を認むる必要ありや否に付ては獨逸普通法及獨逸民法の下に於て論争せられたる所にして、我國に於ても亦使用貸借消費貸借寄託等を要物契約と爲す法理上の根據なく宜しく之を諸成契約と爲すべしと爲す學者多し(註)。諸成契約と要物契約とを區別する實益は契約成立の時期に付差異を生ずるの點に存す(綜合五二七八頁以下參照)。

(註) 獨逸民法(五九八條六〇七條六八八條)及佛蘭西民法(一八七五條一八九二條一九一五條)は使用貸借消費貸借及寄託の各契約を要物契約として規定せるも、瑞西債務法(三〇五條三一二條四七二條)は之を諸成契約と爲せり。

要式契約及不要式契約

四 要式契約及不要式契約

要式契約(Formalvertrag)とは契約の締結に一定の方式を必要とする契約を云ひ、不要式契約(Formlosvertrag)とは契約の締結に何等の方式を必要とせざる契約を云ふ。

羅馬法に於ては契約は原則として要式契約なりしも、現今に於ては孰れの法制に於ても方式の自由を原則とするに至り、我民法亦此の原則に従ひ一般債權契約に付孰れも之を不要式契約と爲し唯懸賞廣告契約(五二九條)の申込は常に必ず廣告の方法に依ることを要するものと爲せる等の如き僅なる場合に於て其の例外を見るに過ぎず。要するに此の區別は法律行為に於ける此の區別と異なる所なきを以て其の説明を参照せらるべし(別卷第一民法總論下一二四頁参照)。

有因契約及無因契約

五有因契約及無因契約

有因契約(Kausaler Vertrag)とは財産上の出捐の原因たる事實に對する合意を契約の内容とするものを云ひ、之を内容と爲さざる契約を無因契約(Abstinkter Vertrag)と云ふ。此の區別は法律行為に於ける此の區別と異なる所なきを以て該區別に關する説明を参照せらるべし(註)(別卷第一民法總論下一二六頁以下参照)。

債權契約は原則として有因契約なり。我國法上手形行為は無因行為なるも我民法上無因契約たる債權契約なし。然れども民法は無因的債權契約の存在を否認せるものに非ず。故に例へば獨逸民法(七八〇條乃至七八二條)に所謂債務約束(Schuldverprechen)及債務承認(Schuldanerkenntnis)の如き無因的債權契約も亦我民法上之を許容せるものと解せざるべからず(綜合五二八一頁以下参照)。

(註) 佛蘭西法に於ては契約は總て原因を要するものと爲し無因契約の觀念を認めず。故に原因を缺く場合に於ては契約は常に無効と爲り、例へば所有權の移轉を内容とする契約が原因を缺く場合に於ては所有權移轉の效力を生ずることなく從て給付せる物の返還を求むるには所有權取戻の訴に依ることを得るなり(佛蘭西民法一〇一八條一三一條參照)。我舊民法亦無因契約を認めず。故に同法の下に在りては當事者の合意を以てしても尙無因契約を締結することを得ざりしなり(財

生前契約及死後契約

產編三〇四條三二二條以下參照)。

六生前契約及死後契約

死後契約(又は死因契約)(Vertrag von Todeswegen)とは契約當事者の一方の死亡が效果發生の條件たる契約を云ひ、生前契約(Vertrag unter Lebenden)とは右死後契約以外の契約を云ふ(註)。死因贈與(五五四條)の如きは前者に屬し、その他一般の契約は後者に屬す(綜合五二八二頁參照)。此の區別も亦法律行為に於ける此の區別と同様なるを以て其の説明を参照せらるべし(別卷第一民法總論下一二三參照)。

(註) 單に當事者の一方又は第三者の死亡の時を期限とする契約は一種の期限附契約にして茲に所謂死後契約に非ず。

射倖契約及實定契約

七射倖契約及實定契約

此の區別は有償契約に付存する區別にして、射倖契約(Glücksvertrag, Contrats aléatoires)とは當事者の一方又は雙方の負擔すべき給付を不確定なる偶然の事實に繫らしめたる契約を云ふ。故に其の事實の發生するに至るまでは利益又は損失を確定することを得ざるものなり。實定契約(Contrats emmentés)とは射倖契約に非ざる有償契約即ち當事者が給付を爲すべきこと及其の範圍が契約の當時に於て確定し居る契約を云ふ(佛蘭西民法一〇四條一九六四條參照)。賭博富籤保險希望賣買の如きは前者に屬す。

射倖契約は公の秩序又は善良の風俗に反する内容を有するが爲に無効と爲る場合尠からずと雖、射倖契約なるが故に必ずしも常に公序良俗に反する無効の契約なりと云ふを得ず(註)。射倖契約と條件附契約とは之を區別することを要す。條件附契約に在りては契約の效力の發生又は消滅が不確定なるに反し射倖契約に在りては契約の效力は直に發生し唯其の損益が不確定なるに止まるものとす(綜合五二八二頁以下參照)。

(註) 射倅契約中有效と認められざるものには終身定期金契約保險契約馬投票(競馬法六條)各種割増金附債券等あり。之に反し無効と認めらるる射倅契約は賭博及當籤(明治元年太政官布告一一二四號、刑法一八五條乃至一八七條)及取引所外に於ける類似の取引(取引所法三二條ノ五)の如き是れなり。

主たる契約

八主たる契約及従たる契約

主たる契約(Hauptvertrag)とは他の契約の存在を前提とすることなく獨立して成立する契約を云ひ、従たる契約(Nebenvertrag)とは他の契約の存在を前提として成立する契約を云ふ。賣買貸借等は前者に屬し、保證契約違約金契約買戻契約等は後者に屬す。

主たる契約の無効は従たる契約をも無効ならしむるも従たる契約の無効は必ずしも常に主たる契約をも無効ならしむるものに非ず。其の無効ならしむるや否は當事者の意思を解釋して之を決すべきものとす(註)(綜合5二八二頁參照)。

(註) 同趣旨大正七年一〇月二六日大判法律新聞一五二八號二二頁。

本契約及豫

九本契約及豫約

總說

1 總說

豫約(Vorvertrag)とは將來一定の契約を締結すべきことを約する契約を云ひ、其の將來締結さるべき契約を本契約(Hauptvertrag)と稱す(註一)。即ち豫約は將來一定の契約を締結すべき債務の發生を目的とするものにして債權契約に屬す。

豫約は如何なる契約に付ても之を締結することを得べく必ずしも獨逸學者多數の主張する如く債權契約のみに

限るべき理なく、物權契約準物權契約に關しても亦豫約を爲すことを得べく諾成契約要物契約要式契約たるを問はず亦豫約を締結し得べし(註二)。故に例へば將來賣買雇傭等の契約を爲すべき豫約將來使用貸借消費貸借等の契約を爲すべき豫約手形行爲の豫約婚姻の豫約等は孰れも有效なりとす。唯問題と爲るは本契約が要式行爲なる場合に於て豫約も亦要式行爲なりや否の點なり。此の點に付ては後に説明すべし。

豫約と停止條件附契約とは之を區別することを要す。殊に當事者の一方の意思表示を條件とする契約は豫約に類似す。然れども此の兩者は其の性質及效力を異にし、前者は本契約其のものが停止條件附契約成立と同時に成立し契約を締結すべき債權債務を生ずるものに非ず、當事者間に停止條件附權利義務を生ずるに止まり當事者の一方が相手方に對して其の意思表示を爲すに依りて契約は其の效力を生ずるものなるに反し、後者の場合に在りては當事者の一方が相手方に對して本契約の締結を請求し其の履行に因りて契約は成立するものにして豫約成立と同時に本契約の成立するものに非ず之を成立せしむべき債權債務を生ずるに過ぎず。從て此の場合に於ては當事者間に更に契約を締結する行爲あることに因り茲に契約の成立あるに至るものなり。叙上の如く豫約と條件附契約とは其の性質及效力を異にするを以て、法律上條件を附することを許さざる契約例へば婚姻及養子縁組等の如き契約と雖有效に之が豫約を爲し得るものとす(綜合5二八四頁以下參照)。

(註一) 羅馬法に於ては豫約の觀念を認めず。近世に於ても豫約に關する一般的規定を設くる法制尠く瑞西債務法第二二條は豫約に關する規定を設けたるも、佛蘭西民法(一五八九條)は賣買の豫約に關し獨逸民法(六一〇條)は消費貸借の豫約に關し各規定を設けたるに過ぎず。或民法に在りては豫約に關し特に規定を設けずと雖契約自由の原則に依り豫約の有効を肯定せざるべからず。尤も我民法は第五五六條に於て賣買の豫約を第五八九條に於て消費貸借の豫約を各規定すれども、第

五五六條に規定する豫約は眞の豫約に非ず。

(註二) 諾成契約の豫約は之を認むることを得ずと爲す説あり。此の説の理由とする所は、豫約は本契約の主要なる内容を定むることを要するものなるを以て諾成契約の豫約の場合には該豫約を締結すること自體に因り本契約は成立するものと云ふことを得べく豫約と本契約とを區別する必要なしと云ふに在り。然れども此の説の謬れることは殆んど説明を要せずして明なりとす(綜合5二八五頁註三參照)。

2 豫約の種類

豫約には當事者雙方が本契約を締結すべき債務を負擔する場合と當事者の一方のみが斯る債務を負擔する場合とあり。前者は之を雙務豫約又は雙方豫約と云ひ、後者は之を片務豫約又は一方豫約と稱す。

豫約の要件

3 豫約の要件

豫約は債權契約なるを以て其の成立要件に付ては債權契約一般に關する原則に従ふことを要するは勿論なり。豫約は將來一定の内容を有する契約を締結すべきことを約する契約なるを以て必ず締結せらるべき契約の内容を確定的に指示することを要す。然らざれば豫約を理由として相手方の義務の履行たる承諾の意思表示を強制すること事實上不可能にして豫約が拘束力を生ずるものと爲すことを得ざればなり。尤も本契約の内容を確定するに付ては、當事者は或は其の内容を詳細に確定することを得べく又或は其の主要部分を定め枝葉の點の確定は之を相手方又は第三者に委することを得べく、要するに本契約の主要なる内容を定め又は之を定め得べき標準を定むることを要するなり。本契約の内容が不能不法又は社會的妥當性を缺くときは豫約も亦其の效力を生ずることなし。

豫約は必ずしも本契約の方式を履踐するを要せず。本契約が要式行爲なる場合に豫約も亦其の成立に方式を必要とするや否は本契約に方式を必要とする理由より之を觀察して之を定むることを要す。本契約を要式行爲と爲したる理由が契約の締結を慎重ならしむるの目的に出でたるものなる場合に於ては豫約も亦方式を必要とするものと解せざるべからず、之に反し本契約を要式行爲と爲したる理由が右の如き理由に出でたるに非ず其他の理由例へば意思表示の爲されたことを明確にし若は證據の方法と爲すが如き場合に於ては、豫約は方式を必要とするものに非ずと解すべきものとす(註)。蓋し要式行爲と爲したる理由が契約の締結を慎重ならしむるの目的に出でたる場合に於て豫約に方式を必要とせずと爲すときは本契約を要式行爲と爲したる目的を達すること能はざるが故なり。故に例へば手形行爲又は婚姻の豫約の如きは本契約の方式を履踐するを要せず。之に反し書面に依らざる贈與の豫約の如きは尙書面を以て之を爲すに非ざれば第五〇條の規定すると同一の效力を有するに止まる。當事者の意思に依り本契約の方式を定めたる場合に於て其の特約が其の豫約をも要式たらしむるや否に付ては當事者の意思を解釋して之を決せざるべからず。若し當事者の意思不明の場合には之を消極に解すべし(綜合5二八六頁以下參照)。

(註) 本契約が要式行爲なる場合に於ては豫約も亦要式行爲たることを要すと爲す説あり(綜合5二八七頁註一參照)。

豫約の效力

4 豫約の效力

豫約に因り當事者間に本契約を締結すべき債權債務を生ず。片務豫約に在りては當事者の一方のみが相手方に對し本契約の締結を請求し得べく相手方は本契約を締結すべき債務を負擔し、雙務豫約に在りては當事者雙方が孰れも本契約の締結を請求し得べく、從て當事者の孰れかが相手方に對して契約の締結を請求したるときは

相手方は其の締結に協力すべき債務を負担するものとする。而して右孰れの場合に於ても、契約締結を爲すべき旨の一方的意思表示に因りて直に本契約成立するものに非ずして、之に對する相手方の承諾ありて茲に初めて契約の成立を來すものなり。此の點は民法第五五六條に於ける所謂賣買の一方の豫約と異なる。

豫約より生ずる債権は一般債権と同一の效力を有す。故に本契約が諾成契約なる場合に於ては豫約権利者は豫約義務者に對し申込の意思表示と共に豫約義務者が之に對して承諾の意思表示を爲すべきことを請求し得べく、本契約が要物契約なる場合に於ては意思表示の外豫約義務者に對し其の目的物の引渡又は其の受領を請求することを得べし。而して此等の場合に於て若し豫約義務者が之に應じて本契約締結の承諾の意思表示を爲さざるときは豫約権利者は之が強制執行を求め得べく、從て本契約が諾成契約なるときは判決を以て其の承諾の意思表示に代ふることを得べく(四一四條二項但書)、本契約が要物契約なるときは判決を以て承諾の意思表示に代ふると共に一般強制執行の方法に依り契約の目的物を取立つることを得べし。尙債務不履行の場合に於ては豫約権利者は之に因りて生じたる損害の賠償を請求することを得べく又豫約の解除を爲し得るは勿論なりとす。

豫約より生ずる債権は本契約が雙務契約なる場合に於ては讓渡性を有せざるも、本契約が片務契約にして債権者が何等の債務をも負擔することなき場合に於ては債権者の變更に因りて相手方は何等の不利を被ることなきを以て讓渡性を有するものと解すべし。例へば寄託の豫約より生ずる債権の如きは是れなり(綜合2三九二頁以下参照)。

豫約上の債権債務が相續の目的と爲り得るや否は本契約に因りて生ずる債権債務が一身に專屬すべき性質のものなりや否換言すれば本契約より生ずる債権債務が相續を許さるるものなりや否に依りて定まる(註)。

(註) 學者或は、豫約より生ずる權利義務は相續人に移轉せず蓋し豫約者は相手方の人格を信じ之に重きを置く然るに相續人は必ずしも先代同様の人格を有するものに非ず故に豫約より生ずる權利義務は委任契約に於けると同じく當事者一方の死亡に因り解消を來すものと云はざるべからずと主張す(綜合5二八九頁註二参照)。

豫約後の事情の變更

5 豫約後の事情の變更

豫約後未だ本契約の締結なき以前に於て所謂事情の變更ありたるときは豫約上の拘束は消滅するに至るや否、境地利民法(九三六條)には豫約の場合に於ける事情變更の原則に付規定を設け獨逸民法(六一〇條)は消費貸借の豫約に付てのみ之が規定を設く。我民法は之に關し何等規定を設くることなく唯消費貸借及消費寄託の豫約に付該豫約は爾後當事者の一方が破産の宣告を受けたるときは其の效力を失ふ旨を規定せるに過ぎず(五八九條六六條)。惟ふに豫約も亦一種の契約なるを以て一般契約に關する法理は當然之に適用あり、而も事情變更の原則は一般雙務契約に關しての問題なるを以て、特に豫約に付てのみ此の原則を適用すべき理由なし。故に叙上民法第五八九條第六六條に於けるが如く特に明文を以て豫約の失效を規定せる場合及本契約の解除其の他本契約の終了原因として法律の定めたる事由が豫約後未だ本契約の締結なき以前に生じたる場合(六五三條参照)の外は事情の變更に因り豫約上の拘束は消滅するものに非ずと解するを正當とす(註)(綜合5二八九頁以下参照)。

(註) 大正九年九月二四日の大審院民事部判決は、再買買の豫約に付同豫約の目的物の價格が經濟事情の變更に因り激變し豫約當時の價格に比し格外に騰貴したる事實ありとも契約當事者は當初の約旨に従ひ信義を重んじて契約を履行すべき義務あるものにして價格の激變を以て其の履行を拒否する事由と爲すを得ずと判示せり(民錄二六輯一三四三頁)。

一〇 第三者の爲にする契約及第三者の負擔を目的とする契約
1 第三者の爲にする契約の意義

第三者の爲にする契約 (Vertrag auf Leistung an Dritte, Vertrag zu Gunsten Dritter, Stipulation pour autrui) とは第三者をして契約當事者の一方に對し一定の給付を請求する債權を取得せしむることを内容とする契約を云ふ(五三七條一項)。第三者の爲にする契約の當事者中第三者に給付を爲すべきことを約する者換言すれば第三者に對して直接に債務を負擔するに至るべき者と諾約者(又は約束者) (Versprechende) と云ひ、其の約束の相手方たる當事者を要約者(又は受約者) (Versprechensempfänger) と稱す。而して給付を受くべき者は之を第三者 (Dritte) と稱す。

(イ) 第三者の爲にする契約は代理關係に基くものに非ず 第三者の爲にする契約は契約當事者が自己の名に於て直接に第三者に債權を取得せしむることを約することに因りて成立するものにして第三者の代理人と爲り又は事務管理として契約を締結するものに非ず、又第三者は契約の當事者として契約の締結に参加するものに非ず。代理に在りては法律行爲の効果の全部を本人に付發生せしむることを目的とすれども、第三者の爲にする契約に在りては單に第三者に債權を取得せしむるに過ぎず。從て要約者は代理人の場合と異り行爲能力者たることを要す。

(ロ) 第三者をして直接に債權を取得せしむることを内容(目的)とす 第三者の爲にする契約は第三者をして直接に債權を取得せしむることを内容(目的)とするものなるを以て、第三者に債權を取得せしむることなく單に第三者に對して給付を爲すことを内容とする契約は之に屬せず。獨逸學者は斯の如き契約を不眞正(又は

不眞正)なる第三者の爲にする契約 (Uncertain Vertrag zu Gunsten Dritter) と稱す。我民法には此の種の契約に付何等の規定を設けずと雖、所謂契約自由の原則上其の效力を認め得るは蓋し疑なき所なりとす。而して此の契約に關しては通常の契約に關する規定を適用すべきものとす。尙契約に依り第三者をして債務を免れしむる場合例へば第三者が債權者との契約に依り既存の債務を引受け(免責的債務引受) 又は更改を約する場合の如きは、舊債務者は債務を免れ利益を受くと雖債權を取得するものに非ざるを以て之れ亦第三者の爲にする契約に非ず(註一)。然れども所謂重疊的債務の引受は債權者をして新なる債權を取得せしむるものなるを以て、重疊的債務の引受が引受人と債務者との間に引受人が債權者に對し債務を負擔すべきことを約するに因りて生ずる場合は該引受契約は第三者の爲にする契約なり。

債務の履行又は辨濟の引受は引受人が債務者に代りて其の債務を履行すべきことを約する引受人と債務者との契約にして、債務者が現に負擔せる債務の外新に引受人をして債務者に代りて履行を爲すべき債務を負擔せしむるものなり。而して此の債務は引受人が債務者のみに對して之を負擔する場合と債務者に對してのみならず債權者に對しても之を負擔する場合とあるべく、其の孰れなるやは各場合に於ける契約の趣旨を解して決するの外なく、若し其の趣旨が前者の場合なるときは、第三者たる債權者をして新なる債權を取得せしむるものに非ざるを以て第三者の爲にする契約に非ず。之に反し後者の場合なるときは、第三者たる債權者をして新なる債權を取得せしむるを以て第三者の爲にする契約と爲るべし(註二)。而して契約の趣旨が果して孰れなりやに付當事者の意思不明なるときは前者の場合に屬するものと解するを正當とす(註三)。蓋し要約者たる債務者は特別の事情なき限り單に自己の利益の爲にのみ契約を爲したるものと解するを妥當とすればなり(綜合5三〇)

五頁以下参照。

(註一) 債務の引受に付同趣旨昭和七年三月二十六日大判法律新聞三三九六號一二頁、同八年九月二十六日大判法律新聞三六一八號七頁評論二二卷民法一〇八八頁。

(註二) 同趣旨大正四年七月一日大判民錄二一輯一二二七頁。

(註三) 同趣旨大正四年七月一日大判民錄二一輯一二二七頁。

(ハ) 第三者をして債権を取得せしむることを内容(目的)とする契約なり 第三者をして権利を取得せしむることを内容とする契約中我民法の規定するものは第三者をして一定の給付を請求する債権を取得せしむるものに限る(五三七條以下)(註一)。故に第三者の爲に物権を取得せしむることを内容とする契約は我民法上所謂第三者の爲にする契約として第五三七條以下の規定する所に非ず。唯問題は右の如き第三者の爲にする物権契約にも叙上第三者の爲にする契約の規定を類推適用することに因りて其の效力を認め得るやに在り。此の點に關しては學者間に議論の岐るる所にして、或は之を肯定し或は之を否定す。而して之を否定する者は、或は(一)契約が第三者に對して效力を生ずるは法律の規定に依りて始めて之を認むることを得べきものなるが故に特別の規定なきに於ては第三者をして物権を取得せしむる契約は之を認むることを得ずと爲し、或は(二)法典の明に認むる第三者の爲にする契約は債権の取得を目的とするものに止まるが故に其の他の權利を取得せしむることを目的とする第三者の爲にする契約を認めんが爲には類推に依らざるを得ず、然も物権の得喪變更に關しては第一七六條に於て當事者の意思表示を必要とするが故に類推を爲すことを得ずと爲し、或は(三)物権の設定移轉には物権的意思表示あることを要し當事者に非ざれば其の效力を受け得ざるを以て物権を取得せしむる契

約は之を認むることを得ずと爲すなり。之に反し之を肯定する者は法理上此等の規定の類推を許すべからずとする理由なきこと及之を認むるの實際的需要あることを理由とするなり。

惟ふに私法的自治を原則的に認め居る近世の法理に依れば、第三者の爲にする契約を債権契約にのみ限定すべき理由なく、第三者をして物権を取得せしむべきことを約する契約が公序良俗に反するものと云ふを得ず、加之民法第一七六條の規定は物権契約の當事者は物權變動の歸屬者のみに限るの趣旨に非ずと解し得べきを以て、第三者の爲にする物權契約を認むるも同條の規定に反することなきにより第三者の爲にする物權契約は類推に依り之を有效と解すべく、之に對しては民法第五三七條以下の規定の類推適用ありと觀るを正當と信す。第三者の爲にする準物權契約に付ても亦右と同一に解すべきものとす(註二)。故に當事者の一方が第三者に對して有する債権を免除することを約する契約も亦有效に成立し得るものと解すべし(註三)。
第三者の爲にする契約は第三者をして債権を取得せしむることを内容とする契約なりと雖第三者をして債権を取得せしむることをのみを内容とする契約たることを要せず。例へば賣買契約に伴ひ買主が其の代金を第三者に支拂ふべきことを約するが如く第三者の爲にする契約が要約者及諾約者間に於ける基本たる契約に伴ひて締結せらるることあり(註四)。此の場合に於ても基本たる契約と第三者の爲にする契約とが併存するに非ずして兩者相合して一個の特殊の契約を爲すものなり(註五)。故に其の結果として第三者の爲にする契約が無効なきは全契約の無効を來すべく、又要約者の債務不履行を理由とする契約の解除を以て第三者に對抗し得ることと爲る。

第三者に權利を取得せしむると同時に義務若は不利益を負擔せしむる契約と雖、其の義務若は不利益の負擔が

第三者の権利若は利益享受の条件なるときは該契約は之を有効と解すべし(註六)。但し第三者は他人間の契約に因りて義務若は不利益を負担する義務なきを以て利益享受の意思を表示する義務なきは勿論なりとす。之に反し契約の内容が第三者をして債権を取得せしむると同時に之と雙務的關係に立てる反對債務を負担せしむるに在るときは、後に述ぶる如く他人に債務を負担せしむることを目的とするものと爲るを以て該契約は之を無効なりと解せざるべからず。故に此の理由に因り第三者の爲にする貸借は無効なりと云はざるべからず(綜合5三〇七頁以下参照)。

(註一) 此の點に付ては或は、第三者の爲にする契約は第三者が債権を取得し得る契約に限定すべきものに非ず債権を取得し得る契約は勿論物權を取得し又は其の他の法律上の利益を取得し得る契約は皆之を包含するものと解するを正當とすと爲す説あり(綜合5三〇九頁註一参照)。

(註二) 第三者の爲にする物權契約が有效なりや否に付ては獨逸民法に付ても議論の存する所にしてEnneccerus, Lehrbuch Bd. I § 238 は之を認む。

(註三) 大正五年六月二六日の大審院民事部の判決は第三者の爲にする債務免除契約の有効なることを認め(民錄二二輯二六八頁)、昭和五年一〇月二日の同民事部判決は民法第五三七條以下の規定は第三者の爲にする物權契約に準用せらるべきものと爲せり(民錄九卷九三〇頁)。

第三者の爲にする債務免除契約に因り其の免除の效力を生ずる時期に付ては、右大正五年六月二六日の大審院判決は第五三七條第二項の規定に依り第三者が受益の意思表示を爲したる時より免除の效力發生するものと爲せり。

(註四) 保險契約(商法六二九條)運送契約(商法五八三條)供託(民法四九四條以下)等は通常第三者に權利を取得せしむるものなるが、其の他終身定期金契約(民法六八九條)負擔附贈與(民法五五三條)等も亦第三者の爲にする契約の最も適用あるものに屬す。

(註五) 此の場合兩者は主たる契約と従たる契約との關係を有するものと爲す説あり(綜合5三一二頁註一一参照)。

(註六) 同趣旨明治三六年三月一〇日大判民錄九輯二九九頁、大正八年二月一日大判民錄二五輯二四六頁。

第三者の爲にする契約の沿革

2 第三者の爲にする契約の沿革

羅馬法に於ては何人と雖他人の爲に約することを得ず(Alicui stipulari nemo potest)なる格言行はれ原則として第三者の爲にする契約に因りて第三者が直接に權利を取得し得べきことを認めざりしが、後には實際上の必要に基き贈與嫁資設定其の他の例外を認むるに至れり。佛蘭西民法は大體に於て羅馬法を踏襲し第一一六五條に其の原則を示し契約は單に當事者間に於てのみ效力を生じ第三者を害することなく又利することなき旨を定め第一一二一條に於て其の例外を規定したるも、漸次判例に依りて此の原則に對する例外の範圍を擴張するに至れり。獨逸普通法に於ては當初羅馬法を踏襲したりしも後には學説及判例共に第三者の爲にする契約の有効なるを認め終には一般に慣習法として第三者の爲にする契約の有効性を認むるに至れり。獨逸民法は羅馬法の右原則を打破し明文を以て第三者の契約に因りて第三者が權利を取得することを認め(三二八條以下)、瑞西債務法(一一二條二項)も亦第三者の爲にする契約の有効に成立し得ることを認めたり。我舊民法(財産編三四五條)は佛蘭西民法に倣ひたるも、現行民法は獨逸民法に倣ひ第五三七條以下に於て第三者の爲にする契約を認めたり。

3 第三者の爲にする契約の法律上の根據

第三者の爲にする契約が有効に成立し得るに付ての法律上の根據に關しては、獨逸普通法の下に於て種種論議せられたる所なるも、今日に於ては特に之が研究を必要とする程の重要性も之れなきを以て茲には唯右議論の

第三者の爲にする契約の法律上の根據

存したる重なる學說を擧示するに止む。

(イ)承諾説(Acceptionstheorie od. Beitritstheorie) 此の説は要約者及諾約者が第三者をして権利を取
得せしむる契約を爲すことに依り第三者に對して共同申込を爲し第三者が之に對し承諾を爲すものと爲すなり。
(ロ)代理説(Stellvertretungstheorie) 此の説は要約者が第三者を代理して諾約者と契約を締結するものと
爲すものにして、無權代理の理に依り要約者は第三者の無權代理人として諾約者と契約を締結し本人なる第三
者の追認に依りて権利を取得するものと爲すなり。

(ハ)傳來説又は讓渡説(Ableitungstheorie, Zessionstheorie od. Ermächtigungstheorie) 此の説は第三者の
爲にする契約に因りて要約者が一旦権利を取得し第三者は要約者より此の権利の讓渡を受くるものと爲すなり。
(ニ)直接取得説又は創造説(Anwahnungstheorie od. Creationstheorie) 此の説は第三者は當事者の契約に
因り直接に権利を取得するものと爲すものなるが、此の説の中に在りても亦學說岐れ、或は(一)第三者は第三
者の爲にする契約に依り直接に権利を取得するものと爲し(契約説)、或は(二)第三者の爲にする契約は當事者
間に在りては契約なるも第三者に對する關係に於ては單獨行爲たる一方的約束なりと爲し(單獨行爲説又は片
約説)、或は(三)第三者の爲にする契約は第三者に對しては單獨行爲たる一方的約束なるも、諾約者又は要約者
のみの一方的意思に依りて成立するものに非ずして當事者雙方の意思の合致に依りて成立するものなるを以て
合同行爲なりと爲すなり。

叙上の如く種種の學說ありたりと雖、今日に於ては一般に(二)の直接取得説殊に契約説(Vertragstheorie)採用
せられ、第三者の爲にする契約は當事者間の契約自體に依りて第三者に直接權利取得の原因を與ふるものにし

て第三者の承諾若は権利の讓渡等に因るものと爲すが如き法律的構成を必要とせずと爲すなり。我民法も亦右
契約説を採用したるものなることは第五三七條第一項の規定の趣旨に徴して明白なりとす(綜合5三三三頁以下
参照)。

4 第三者の爲にする契約の要件

第三者の爲
にする契約
の要件
成立要件

イ 成立要件

第三者の爲にする契約の成立するには(一)要約者及諾約者間に有效なる契約の成立すること(二)該契約が第三
者をして債權を取得せしむることを目的とすることの二要件を必要とす。

(a)契約の成立 第三者の爲にする契約が有効に成立するが爲には要約者及諾約者間に有效なる契約の成
立することを要す。此の契約の成立要件は一般債權契約に關する原則に従ふべきは勿論なり。故に若し此の契
約が意思の欠缺不法虚偽表示錯誤其の他の原因に因りて不成立若は無効なる場合に於ては第三者の權利亦生ず
ることなく、又此の契約が無能力詐欺強迫等の理由に基き取消し得べき場合に於ては第三者は權利を取得し得
れども、該契約が取消されたる場合には第三者の權利は遡及して消滅するに至る。要約者及諾約者間に有效な
る契約の成立することは第三者の權利の生ずる絶對的要件にして、假令當事者間に於ける契約の無効又は取消
が所謂相對的無効を生じ(例へば民法第九四條第二項第九六條第三項)之を以て善意の第三者に對抗し得べから
ざる場合に於ても、第三者の爲にする契約の第三者は右所謂善意の第三者として保護を受くることを得ざるこ
とは第五三九條の規定の存するに依り明なりとす。

第三者の爲にする契約に於て利益を受くべき第三者(受益者)が詐欺を行ひたる場合には之を當事者の詐欺と見

るべきか又は第三者の詐欺と見るべきかに付ては議論の存する所なるも、寧ろ之を當事者の詐欺と解するを正當とし、又受益者以外の第三者が詐欺を行ひたる場合に相手方は之を知らざりしも受益者に於て之を知り居たる場合には、相手方の知り居たる場合と同視し民法第九六條第二項の適用あるものと解するを正當と爲すべきことは、既に詐欺の意思表示に關する説明に於て述べたる所なりとす。

(b) 第三者をして債権を取得せしむることの目的の存在 第三者の爲にする契約が有効に成立するが爲には第三者をして債権を取得せしむることを目的とせざるべからず。這は第三者の爲にする契約の性質上當然なり。從て當事者は第三者をして債権を取得せしめんとする意思を有し且之を表示することを要す。獨逸民法(三二八條)に於ては此の意思の表示を要する旨を規定すれども、我民法には其の旨の規定なきを以て疑を生ずと雖、第三者が債権を取得するは該契約の法律行爲的效果なるを以て之が效果意思の表示を必要とするは理論上當然なりと云はざるべからず。然れども此の意思の表示は固より明示なることを要せず默示なるを妨げず、四圍の事情契約の性質等より此の意思を推認し得らるれば足るものとす。第三者の爲にする契約は第三者をして債権を取得せしむることを目的とする契約なるを以て、從て第三者をして取得せしむる債権は夫れ自體又有効に成立し得べき要件を具備せざるべからざるは勿論なり。故に該債権の目的たる給付は適法且可能ならざるべからず又確定し又は確定し得べきものならざるべからず又第三者に對し利益を與ふるものたることを要す。然れども其の債権の目的たる給付の種類は之を問はざるを以て、不作爲を目的とすることをも得べく(註一)、從て例へば家屋の賃貸人が其の賃借人の爲に隣人と夜中音楽を奏せざることを約することを得るなり。第三者の爲にする契約に因り第三者に取得せしむべき債権は新なる權利なることを要す。第三者の既に有する

權利を更に第三者に取得せしむるは第三者に何等の利益を與へざるのみならず法律上不能のことに屬すればなり。然れども第三者が既に有する權利の目的たる給付を目的とする新なる債権を與ふることは之を妨げず。蓋し同一の給付に付二個の債権を有することは一の債権が消滅時効等に因り消滅したる場合に於て債権者たる第三者に利益を與ふるものなるを以てなり。

第三者とは契約の當事者以外の者を總稱す其の自然人たると法人たるとを問はず。又第三者は契約締結當時特定することを必要とせず債権者が客觀的に特定せざる場合に於ても供託を爲し得るが如きは其の一例なり。第三者は契約の當時權利能力者たることを要せず。故に例へば未だ存在せざる人又は未だ成立せざる法人に對して或給付を爲すべきことを内容(目的)とする契約も亦第三者の爲にする契約たることを得べく(註二)。

(註一) 此の點に付ては、諾約者が第三者の爲に或行爲を爲さざるの結果として第三者が利益を受くる場合例へば諾約者が第三者の爲に自ら營業上の競争を避くるが如き場合の契約も亦廣義に於ける第三者の利益を目的とする契約に屬するものと云ふを妨げず然れども我民法に於ては所謂第三者の利益を目的とする契約として此の種の契約を認めざるの見解を採用したり然れども斯の如く第三者に對する消極的利益を目的とする契約は決して無効に非ず其の效力の内容は各別の場合に於て契約の本旨に依り之を定むべしと主張する説あり(綜合5三一七頁註一參照)。

(註二) 同趣旨大正七年十一月五日大判民錄二四輯二一三一頁。

效力發生要件

□ 效力發生要件

第三者の爲にする契約の效力は之を當事者間の效力と第三者に對する效力とに分つことを得べし。

(a) 當事者間の效力の發生要件

第三者の爲にする契約の當事者間に於ける效力の發生要件は普通の契約

に於ける效力発生要件と異なることなく特に之を説明するの要なし。然れども此の效力は第三者に對する效力を生ぜしむることを目的として生ずるものなるが故に、第三者に對する效力にして發生不能ならば固より此の契約の效力を生ずることなし。故に第三者の特定することは既に述べたる如く此の契約の成立要件に非ずと雖、第三者が特定するに非ざれば第三者の權利發生するに由なく契約は其の效力を生ずること能はざるを以て、第三者の特定は第三者の爲にする契約の效力発生要件に屬するものと云はざるべからず。第三者が權利能力を有することも亦契約成立の要件に非ずと雖右同一理由に因り效力發生の要件たるものとす。

(b) 第三者に對する效力の発生要件 第三者の爲にする契約の第三者に對する效力は此の契約に因る第三者の權利の發生なり。第三者の爲にする契約に於ける第三者の權利は此の契約を原因とし且第三者の利益享受の意思表示を條件として發生するものなり。即ち契約に依り當事者の一方が第三者に或給付を爲すべきことを約したるときは第三者は債務者(諾約者)に對して直接に其の給付を請求する權利を有すれども、之が爲第三者の權利は右契約の締結と同時に直に發生するものに非ずして第三者の意思表示を條件として發生するものなり。故に第三者の取得すべき權利の内容は當事者即ち要約者及諾約者間の契約に依り定まり第三者は此の定まりたる權利のみを取得することを得べし。

第三者の意思表示が第三者の爲にする契約の成立要件なりや效力発生要件なりや、將又單に第三者の權利の發生條件に過ぎざるものなりやに付ては議論の存する所なり。獨逸民法に於ては第三者の爲にする契約の成立と同時に第三者は何等の意思表示を要せずして當然其の權利を取得するものとし唯第三者が拒絶の意思表示を爲したるときは其の權利は初より成立せざりしものと看做す(獨逸民法三三三條)。我民法に於ては第五三七條第

一項に於て「契約ニ依り當事者ノ一方カ第三者ニ對シテ或給付ヲ爲スヘキコトヲ約シタルトキハ其第三者ハ債務者ニ對シテ直接ニ其給付ヲ請求スル權利ヲ有ス」と規定し、更に第二項に於て「前項ノ場合ニ於テ第三者ノ權利ハ其第三者カ債務者ニ對シテ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時ニ發生ス」と規定せるを以て、問題を生ず。或は(一)第三者の意思表示を以て承諾たる性質を有するものと解し第三者の權利は此の承諾に因り第三者と當事者との間に契約類似の關係を生ずるが爲に成立するものと爲し、或は(二)第三者の權利は當事者の契約のみに因りて發生すと雖尙其の條件として第三者の受益の意思表示を必要とすと爲し、或は(三)第三者の權利は當事者の契約に因りて發生し第三者の意思表示は單に其の既生の權利を其の第三者の有に確定する要件にして權利其のもの發生要件に非ずと爲し、或は(四)第三者の受益の意思表示は法定條件にして第三者の爲にする契約は此の受益の意思表示に因りて其の效力を生ずと爲し、或は(五)第三者の爲にする契約の效力中第三者に對する效力即ち第三者の權利の發生に付ては第三者の意思表示を以て其の發生要件なりと爲すなり(註一)。第一説は第三者の意思表示を以て第三者の爲にする契約の成立要件と解するものにして、此の説に依れば民法第五三七條第一項を殆んど無意義ならしむるのみならず、若し第三者の承諾を俟て始めて契約を成立せしめ得るものとせば、特に第三者の爲にする契約なる觀念を認むるの要なく一般契約に關する規定に従ふを以て事足るにより、此の説正當に非ず。第三説は第三者の權利は契約の成立と共に發生すと爲すものなるを以て第三者の權利は第三者が契約の利益を享受する意思を表示したる時發生すと定めたる右第五三七條第二項の規定の趣旨を没却するものにして、是れ亦正當に非ず。第四説は第三者の爲にする契約は第三者の受益の意思表示に因りて其の效力を生じ此の時期に第三者の權利を發生し且要約者は諾約者に對して權利を取得するものと爲すも

のなるを以て第三者が受益の意思表示を爲す以前に在りては契約當事者間に於ても何等の效力を生ぜざるの結果と爲り、第五三七條第二項に於て特に第三者の権利は其の第三者が債務者に對して受益の意思表示を爲したる時に發生する旨規定したる趣旨を没却するに至るを以て、是れ亦正當に非ず。然れば第二説若は第五説を以て正當と爲さざるべからず。而して第二説は、第三者の爲にする契約其のもの効力の發生が第三者の受益の意思表示に繋るに非ず契約の効力たる第三者の権利の發生が受益の意思表示に繋るものにして第三者の爲にする契約は第三者が受益の意思表示を爲す以前に於て既に其の效力を生じ要約者は諾約者に對して第三者に給付を爲すべきことを請求する権利を有し唯第三者の権利の發生が其の受益の意思表示に繋るに過ぎずと解する(註二)に反し、第五説は、第三者の爲にする契約は第三者の権利のみを生ずるものには非ずして當事者間に於ても一定の效力を生ずるも此の効力は第三者の意思表示と關係なきが故に此の契約より生ずべき法律効果の全部に對して第三者の意思表示が效力發生要件を爲すものと解するは固より不當なりと雖其の効果の一部たる第三者の権利に付ては第三者の意思表示を以て其の發生要件なりと解するを法文上及理論上正當とす而も第三者の権利の發生は第三者の爲にする契約の主要なる効力なるを以て此の効力の發生要件たる第三者の意思表示を第三者の爲にする契約の效力發生要件なりと解するを以て、其の實質に於ては大差なしと云ひ得ざるに非ざるも、第五三七條第一項の文意に徴するときは第二説の如く解するを正當とす。而して右第二説及第五説の何れに依るも結局第三者の利益享受の意思表示を爲し得る権利は債權取得なる法律効果を生じ得る法律上の力なりと云ふことを得べし。

第三者の爲にする契約に因り第三者をして要約者に對し取得せしむる権利は給付を請求し得る債權にして、其

の他の權利例へば物權の如きは之を包含せず。故に第三者の利益享受の意思表示を爲し得る権利は債權の取得なる法律効果を生じ得る法律上の力なりと云ふなり(綜合二一〇頁以下参照)。

(註一) 第三者の意思表示は契約の効力の絶對的發生要件又は第三者の權利の絶對的發生條件なるや否に付ては兩説あり。即ち一は第三者の意思表示を以て絶對的効力發生要件若は發生條件なりと爲し、他は相對的効力發生要件若は發生條件なりと爲すなり。前説を唱ふる者は或は、當事者に於て第三者が受益の意思を表示したるときは其の權利は契約成立の時より發生すべき旨の特約を爲すは固より其の自由にして此の點に付ては民法第五三七條第二項の規定を一の補充的規定と稱すること否むものに非ずと雖、當事者に於て第三者の受益の意思表示を待たず當然第三者の權利發生すべき旨の特約を爲すも斯る特約は第三者に對して何等の効力を生ぜざるものと云ふべく彼の供託運送契約保險契約等第三者の爲にする契約に於て第三者の意思表示を要せず契約成立と同時に第三者をして權利を取得せしむるは民法商法中之に關する特別規定の存するに因るものにして、之を以て本問題を律すること能はずと主張し、或は、民法第五三七條第二項は強行法規にして第三者が債務者に對して受益の意思表示を爲すに非ざれば其の契約の効力は第三者に生ずることなし當事者の契約に因りて第三者が當然權利を取得するは其の第三者の爲必ずしも常に主觀的に利益なるものと云ふを得ず殊に負擔附贈與の如きは一定の義務をも負擔せしむることを目的とするものにして又第三者の爲にする契約は第三者をして債權を取得し得しむる契約のみならず物權の取得其の他廣く法律上の利益を取得せしむる契約を包含すと解するを正當とするを以て第三者の權利の取得は同時に例へば納稅其の他の義務を伴ふことあるべきが故に廣く當事者が第三者の意思表示を俟たずして直に第三者に權利を取得せしめ其の他法律上の利益を取得せしむるは公益に反するものにして即ち同項は公益規定なりと云はざるべからずと主張す。之に對し、後説を唱ふる者は或は、第三者の意思表示は相對的効力發生要件に過ぎず從て當事者の意思表示に依り別段の定を爲すことを得べし理論上第三者の意思表示を俟たずして第三者に利益を與へ第三者の權利の

發生を認むるも何等不當なることなく且民法は遺贈に付て商法は他人の爲にする保険に付て共に受益者の意思表示を俟たずして其の権利の發生するものと認むるのみならず第五三七條第一項は第三者の爲にする契約に因りて第三者の権利の發生すべきことを認むるが故に第五三七條第二項を以て公益上の理由に基くものと解するの理由なし加之債務消滅の原因たる供託に付ては供託の結果當然債権者が供託物受領の権利を取得するものと解するに非ざれば供託の結果當然債務者の債務が消滅するの理を解すべからず而して供託に因り當然債務者か供託物受領の権利を取得するものと解せんが爲には供託者供託所間の第三者(債権者)の爲にする契約が當然第三者に債権を取得せしむるものと解するの外なしと主張し、或は右と同様の趣旨の下に、第五三七條第二項は契約當事者が第三者の権利取得の時間に付別段明なる意思表示を爲し居らざる普通の場合を律する爲に設けられたる補充的任意規定なりと主張す。效力發生要件説又は效力發生條件説の何れが正當なるやは別問題として第五三七條第二項が強行法規なりや否に付て考察するときは固より後説の主張する所正當なりと云はざるべからず。蓋し其の主張する如く第五三七條第二項の規定を強行法規と解するの根據毫も存在することなければなり。然れば又第三者の権利取得を第三者の受益の意思表示以外に尙或條件に繋らしむる特約を爲すことを妨げず(同趣旨明治三六年三月一〇日大判民録九輯二九九頁(綜合2一〇三頁註五參照))。

(註二) 大審院判例に曰く、第三者の爲にする契約と雖當事者間に在りては其の契約の成立と同時に債務者は債権者に對して第三者に給付を爲すべき義務を負ふ但し第三者の権利の發生するは其の第三者が債務者に對して受益の意思表示したる時なりとす(大正三年四月二二日大判民録二〇輯三一三頁)。

5 第三者の爲にする契約の法律上の原因關係

第三者の爲にする契約の法律上の原因關係

第三者の爲にする契約の法律上の原因關係は、(一)第三者及要約者間の關係、(二)要約者及諾約者間の關係、(三)諾約者及第三者間の關係に區別することを得べし。

(イ) 第三者及要約者間の關係 第三者の爲にする契約に基き諾約者をして第三者に出捐を爲さしむるは第三者及要約者間に一定の關係あるが爲にして此の原因關係を對價關係 (Valuta-Verhältnis) と云ふ。而して其の原因は種種あり得べし、或は要約者が第三者に債務を負擔せる爲諾約者よりの給付に依りて其の債務を免れんとし或は要約者が第三者に贈與を爲すの意思を以て第三者に債権を取得せしめんとし或は消費貸借の豫約の履行として第三者に給付を爲さしめんとし此の契約の爲さるることあり。以上原因關係の有效に成立するや否は第三者の爲にする契約の成立に影響なく、此等原因關係なくして爲されたる場合に於ても契約其のものには有效なりとす。蓋し第三者の爲にする契約は要約者及諾約者間に締結せらるるものなるを以て要約者及第三者間の關係が右契約の成立又は效力に消長を及ぼす理由なければなり。從て諾約者が第三者に對して給付を爲したるときは假令右原因關係存せざる場合と雖諾約者は第三者に對して不當利得の返還請求權を有せざるは勿論なるも、要約者及第三者間の關係に於ては第三者は債権を取得すべき原因なきを以て要約者は第三者に對し不當利得の返還請求權に基き其の利益の返還を請求することを得べし(綜合5三一九頁以下參照)。

(ロ) 要約者及諾約者間の關係 第三者の爲にする契約に於て諾約者が第三者に對し出捐を爲すは要約者及諾約者間に其の原因たるべき關係あるが爲なり。此の諾約者をして第三者に對し出捐を爲すに至らしめたる要約者及諾約者間の關係を補償關係 (Deckungsverhältnis) と稱す。要約者と諾約者との關係は或は第三者の爲にする保險契約なることあり此の場合に於ては要約者が保險料を支拂ふことが即ち原因なり。或は特殊の賣買契約例へば賣買代金を第三者に給付すべき契約なることあり此の場合に於ては要約者たる賣主が諾約者たる買主に對し財産權移轉の債務を負擔することが即ち原因なり。而して此の補償關係は右の如く必ずしも契約より生

せる債權關係なることを要するものには非ず。例へば不法行為に基きて損害賠償債務を負担する者が債權者に代へて第三者に之が給付を爲すべきことを約するが如く他の原因に因りて生ぜる債權關係たることも亦妨あることなし。

第三者の爲にする契約は其の契約の原因たる補償關係が有効に存在するに非ざれば效力を生ぜず、即ち第三者の爲にする契約は有因契約に屬するなり。但し反對説あり(註)。第三者の爲にする契約は叙上の如く有因契約なるを原則とすれども當事者の意思表示に依り補償關係と第三者の爲にする契約とを分離し無因と爲すことを妨げず(綜合5三二〇頁以下参照)。

(註) 反對説は、第三者の爲にする契約自體は無因にして此等の關係と獨立して存在することを得べし但し第三者の爲にする契約と補償關係又は對價關係とを加へて一個の有因的なる契約を成立せしむることは素より有效なりと主張す(綜合5三二一頁註三参照)。

(ハ) 諾約者及第三者間の關係 諾約者及第三者間には叙上要約者及第三者間要約者及諾約者間に於けるが如き特別の原因關係なしと雖、諾約者が第三者に對して給付を爲すべき債務を負担するは要約者との間の補償關係を原因とするものなるを以て、民法は諾約者をして基本行為たる契約に基因する抗辯を以て第三者に對抗することを得しめたり。

6 第三者の負擔を目的とする契約

第三者の負擔を目的とする契約(Vering zu Lasten eines Dritten)とは契約當事者の一方に對して第三者の給付を約する契約を云ふ。第三者の爲にする契約は第三者をして契約當事者の一方に對して一定の給付を請求す

第三者の負擔を目的とする契約

る債權を取得せしむることを目的とする契約なるに反し、第三者の負擔を目的とする契約は第三者をして契約當事者の一方に對して一定の給付を爲さしむることを目的とする契約なるを以て、兩者は正反對の契約なりとす。

何人と雖他人の承諾なくして他人に債務を負担せしむることを得ざるは勿論なるを以て、第三者の負擔を目的とする契約が第三者をして一定の給付を爲すべき債務を負担せしむることを目的とするものなるときは該契約は勿論無効なりと云はざるべからず。然れども第三者をして給付を爲すべき債務を負担せしむるに非ずして當事者の一方が他方に對し第三者をして或給付を爲さしむべき債務を負担することは、法律に何等規定する所なしと雖所謂契約自由の原則上之を認め得ざるの理なし。而して此の場合に於ては其の契約の趣旨は當事者の一方が單に第三者をして給付せしむることに努力するの意なるや或は當事者の一方が必ず第三者をして給付を爲さしむることを約するの意なるや將又此の兩者を含むの意なるやは要するに當事者の意思を解釋して決すべき事實問題なり。法律は此の點に關する推定規定を設くる所なきを以て、若し當事者の意思不明なる場合には第三者の給付を約したる者は輕き責任を負担すべきものと解すべし。但し反對説あり。

第三者の負擔を目的とする契約に於て第三者の給付を約したる者が單に第三者をして給付を爲さしむることに努力する趣旨に於て約束を爲したるものなるときは、該約束者が善良なる管理者の注意を以て努力したるに拘らず其の結果を得ざりし場合には約束者は其の責を免るるも、當事者の一方が必ず第三者をして給付を爲さしむることを約する趣旨なる場合に於ては約束者は第三者の給付を爲すことを擔保するものなるを以て、其の結果を得ざりし場合には約束者は相手方に對し不履行に因る損害賠償を爲さざるべからず。又契約の趣旨が以上

兩者の趣旨を包含するものなる場合に於ては、債権者は約束者に對し第三者をして給付せしむることを請求し得べく又約束者の不履行に因る損害賠償を請求することを得べし。

第三者の負擔を目的とする契約は第三者に依る給付の約束 (Versprechen der Leistung durch ein n Dritten) とは異なる。後者の場合は例へば第三者に委任して給付を爲さしむるが如き是れに屬し、此の場合に於ては第三者は約束者の相手方に對しては義務を負ふものに非ざるを以て右相手方は約束者に對してのみ履行不能又は不履行に因る損害賠償を請求し得るに過ぎず(綜合5三二頁以下参照)。

一 有名契約及無名契約

有名契約及無名契約
總說

1 總說

有名契約 (Benannte Verträge) は又々々典型契約 (Typische Verträge) と云ひ法律が之に關する特別の規定を設くる契約を云ふ。民法第五四九條以下の各契約商法第五二四條以下の各契約の如き是れなり。無名契約 (Nicht-benannte Verträge) は又之を非典型契約 (Nichttypische Verträge) と云ひ法律に於て特別の規定を設けざる契約を云ふ。委託販賣契約諸成的使用貸借契約等の如きは其の一例なり(註一)。

法律が或種の契約に付特別の規定を設くるときは通常又其の契約に一定の名稱を附するを以て此の種の契約を有名契約と稱するも、法律が特に一定の名稱を附することは有名契約の要件に非ず。尤も學者の多くは法律が特に名稱を附し之に關する特別の規定を設くる契約を有名契約と云ふと爲せども、然く狹義に解すべきものに非ず。故に所謂懸賞契約の如きは(民法五二九條乃至五三二條) 法律に於て特に名稱を附せずと雖是れ亦一種の有名契約なりと云はざるべからず。

有名契約と無名契約とを區別するの實益は其の適用法規の差異に在り。有名契約に對しては各之に關する特殊の規定及法律行為並契約に關する通則的規定の適用あるも、無名契約に對しては法律行為及契約に關する通則的規定の適用ある外最類似の有名契約に關する規定を類推適用すべきものとす(註二)(綜合5三三四頁以下参照)。

(註一) 有名契約及無名契約の名稱は羅馬法に於ても存したりと雖 (Contractus nominati, Contractus innominati) 同法に於ける此の區別は單に要物契約の分類たるに過ぎずして茲に云ふ區別とは異りたる特殊の意義を有したるものなり。

(註二) 此の點に付ては反對説あり。即ち、無名契約に關しては之と最も類似せる有名契約の規定を準用するか又は單に契約總則の規定を適用するに止むるか舊民法は前説を採用したり(財産編三〇三條二項) 然れども此の主義は(一)却て往來當事者の意思に反することなきを保し難し(二)各種の有名契約に關する規定中往來公益規定あり此等の公益規定は特殊の理由に基くものなるが故に妄に之を準用することを許さず仍て新民法に於ては原則として後説を採用し一般に無名契約には單に契約總則の規定のみを適用すべきものと爲し唯例外として法律行為に非ざる事務の委託は委任に非ざるも特に委任に關する規定を準用するものとす(六五六條)と主張す(綜合5三二五頁註五参照)。

混合契約又は混成契約

2 混合契約又は混成契約

無名契約は或は有名契約の構成分子に屬する事項と他の有名契約の構成分子に屬する事項とを混合して其の内容とすることあり、或は有名契約の構成分子に屬する事項と孰れの有名契約の構成分子にも屬せざる事項とを混合して其の内容とすることあり、此等の契約を混合契約又は混成契約 (Gemischte Verträge) と稱す。料理店に於て客が飲食遊興する契約及下宿契約の如きは其の一例なり。混合契約に付ては法律行為及契約に關する通則的規定を適用する外當該契約の内容混合の状態の如何等に依り當事者の意思に適合する様各有名契約の規

申込は意思表示なり然れども此の申込のみに因りては未だ當事者の目的としたる法律効果を發生するものに非ざるを以て法律行為に非ず。尤も此の點に關しては議論の存する所にして或は申込を以て一方的法律行為なりと爲す説ありと雖、申込は契約の目的とする法律効果を發生を欲する意思表示し契約の成立を目的とするものなるを以て意思表示たるは疑なしと雖此の申込のみに因りては未だ當事者の欲したる法律効果を發生するものに非ざること前叙の如くなるを以て、之を法律行為なりと爲すは正當に非ずと云はざるべからず。申込は意思表示なるを以て意思表示に關する民法總則の規定(九三條乃至九八條)の適用あり(綜合五四五三頁以下參照)。

申込の要件

三 申込の要件

申込が有効に成立するが爲には左の要件を具備することを要す。

(1) 申込は契約の當事者が之を爲すことを要す。申込は契約の成立に因り債權者と爲るべき者に於て之を爲すと債務者と爲るべき者に於て之を爲すとは之を問はずと雖、申込者は固より特定せざるべからず。然れども客觀的に何人が申込者なるやが特定すれば足り必ずしも申込者の何人なるかが申込其のものに依りて表示せらるることを要せず、申込者に對し承諾の意思表示を爲し得れば足る。故に例へば自動販賣機(Automat)設置の如き場合に於ても尙申込たるを妨げず又匿名の申込例へば「姓名在社」と云ふが如き場合も亦有效なりとす(綜合五四五四頁以下參照)。

(2) 申込は將來契約の當事者と爲るべき者に對して爲すことを要す。契約は將來其の當事者と爲るべき者の承諾に因りて成立するものなるを以て、申込は將來契約の當事者と爲るべき者に對して爲さざるべからざるは勿論なり。故に將來契約の當事者と爲るべき者に非ざる第三者に對して申込の意思表示を爲すも申込たる效

力を生ずることなし。然れども申込は特定人に對して之を爲さざるべからざるものには非ず。固より特定の受者に對し申込の爲さるるを通例とすれども、自動販賣機の設置電車渡船乗合自動車其の他交通運輸の施設劇場活動寫眞館の開設に依る場合の如く不特定人に對しても亦之を爲すことを得るものと云はざるべからず。民法は既に懸賞廣告を以てする不特定人に對する申込を認むるに依りても亦申込が特定人に對して爲さるることを必要とせざるは明なり。尤も此の點に關しては從來獨逸學者中に議論ありて不特定人に對する申込は申込としては效力なく這は單に申込の誘引たるに過ぎずと爲す説ありたるも(註)、我民法の解釋としては採用し難きの説なりとす。

申込が不特定人に對して爲されたる場合に於ては將來契約の當事者と爲り得べき者に對してのみ其の效力を有するに止まるものとす(綜合五四五五頁以下參照)。

(註) Savigny, Obligationenrecht II S. 88

(3) 申込は申込受領者の承諾あらば直に契約を成立せしめ其の拘束を受けんとする確定の意思を以て之を爲すことを要す。申込は申込者の意思表示を受領する相手方が承諾すれば直に契約を成立せしめんとする確定したる意思を以て申込を爲すことを要し、從て又其の意思表示自體に於て其の成立せしむべき契約の内容を決定し得べき意思を以て申込を爲すことを要す。此の點に於て申込は申込の誘引と異なる。申込の誘引(Einladung zur Offerte, Auforderung des Antrags)は相手方をして申込を爲さしめんとする意思の通知即ち契約の準備行為たるに過ぎず。相手方の意思表示のみに因りては未だ契約の成立を來さず相手方の意思表示に對し自己も亦意思表示(承諾)を爲すことに因りて初めて契約は成立するものなり。例へば貸家札求人廣告正札附の商品

定を參酌して適宜に處置すべきものとす。尤も混合契約には如何なる法規を適用すべきやに付ては學說の岐るる所に於て、或は(一)契約の内容事項中主要なる部分と從屬的なる部分とを分ち主要なる部分に關する有名契約の規定に依るべしと爲し、之を吸收說又は分析說(Absorptions- od. Abscheidungstheorie)と稱す。或は(二)混合契約中に存する各部分に付其の近似せる有名契約の規定を類推適用すべしと爲し、之を類推適用說(Prinzip der analogen Anwendung)と稱す。或は(三)混合契約の各部分に對する規定を抽出結合して之を以て契約の全部を律すべしと爲し、之を結合說(Kombinations- od. Vereinigungstheorie)と稱す。

混合契約は一個の契約なり然れば契約の聯結(Vertragsverbindungen)とは之を區別せざるべからず。契約の聯結とは數個の契約が其の個性を失ふことなくして相結合し其の成立及存続に關し或は相互的に或は一方的に或は又擇一的に相關連せる場合を云ふ。之に反し混合契約は假令其の内容に於て數個の契約の性質を包含するとするも孰れも其の個性を失ひ一の契約の構成部分と爲れる場合なり。其の孰れに屬するやは要するに當事者の意思解釋の問題なりとす。契約の聯結を生ずる場合は、例へば麥酒會社が其の所有の建物に乙に賃貸し同時に乙に麥酒の供給を約するが如き、ミシン會社がミシン機械を賣却し一箇月間其の使用方法を教授することを約するが如き是れなり。此等契約の聯結の場合に於ては數個の契約が其の個性を失はずして相關連し居るに過ぎざるものなるを以て、之に適用すべき規定に付ては混合契約に於けるが如き問題を生ずることなし(綜合5三二六頁以下參照)。

第四章 契約の成立

第一款 總 說

契約は相對立する二人以上の當事者の意思表示の合致に因り成立する法律行爲なることは既に説明したる所に於て、其の對立する一方の意思表示を申込と云ひ他方の意思表示を承諾と稱す。契約を締結するに際り右申込及承諾の二個の意思表示は前後して爲さるるを通例とすれども、此等二個の意思表示が同時に爲さるる場合に於ても固より契約は成立することを得べく又隔地者間に在りては後に説明する所謂交叉申込(Kreuzofferte)に因りても亦契約は成立することを得べし。民法は其の第五二一條以下に於て債權契約に付主として隔地者間に於て二個の意思表示が前後して爲さるる場合に付規定を設けたり。以下債權契約の成立に付説明すべし。

第二款 申 込

申込の意義

一 申込の意義
申込(Antrag)とは之に應ずる承諾に因りて直に契約を成立せしむることを内容(目的)とする當事者一方の意思表示なり。

申込の性質

二 申込の性質

申込は意思表示なり然れども此の申込のみに因りては未だ當事者の目的としたる法律効果を發生するものに非ざるを以て法律行為に非ず。尤も此の點に關しては議論の存する所にして或は申込を以て一方的法律行為なりと爲す説ありと雖、申込は契約の目的とする法律効果の發生を欲する意思を表示し契約の成立を目的とするものなるを以て意思表示たるは疑なしと雖此の申込のみに因りては未だ當事者の欲したる法律効果を發生するものに非ざること前叙の如くなるを以て、之を法律行為なりと爲すは正當に非ずと云はざるべからず。申込は意思表示なるを以て意思表示に關する民法總則の規定(九三條乃至九八條)の適用あり(綜合五四五三頁以下參照)。

申込の要件

三 申込の要件

申込が有効に成立するが爲には左の要件を具備することを要す。

(1) 申込は契約の當事者が之を爲すことを要す。申込は契約の成立に因り債權者と爲るべき者に於て之を爲すと債務者と爲るべき者に於て之を爲すとは之を問はずと雖、申込者は固より特定せざるべからず。然れども客觀的に何人が申込者なるやが特定すれば足り必ずしも申込者の何人なるかが申込其のものに依りて表示せらるることを要せず、申込者に對し承諾の意思表示を爲し得れば足る。故に例へば自動販賣機(Automat)設置の如き場合に於ても尙申込たるを妨げず又匿名の申込例へば「姓名在社」と云ふが如き場合も亦有效なりとす(綜合五四五四頁以下參照)。

(2) 申込は將來契約の當事者と爲るべき者に對して爲すことを要す。契約は將來其の當事者と爲るべき者の承諾に因りて成立するものなるを以て、申込は將來契約の當事者と爲るべき者に對して爲さざるべからざるは勿論なり。故に將來契約の當事者と爲るべき者に非ざる第三者に對して申込の意思表示を爲すも申込たる効

力を生ずることなし。然れども申込は特定人に對して之を爲さざるべからざるものには非ず。固より特定の受者に對し申込の爲さるるを通例とすれども、自動販賣機の設置電車渡船乗合自動車其の他交通運輸の施設劇場活動寫眞館の開設に依る場合の如く不特定人に對しても亦之を爲すことを得るものと云はざるべからず。民法は既に懸賞廣告を以てする不特定人に對する申込を認むるに依りても亦申込が特定人に對して爲さるることを必要とせざるは明なり。尤も此の點に關しては從來獨逸學者中に議論ありて不特定人に對する申込は申込としては効力なく這は單に申込の誘引たるに過ぎずと爲す説ありたるも(註)、我民法の解釋としては採用し難きの説なりとす。

申込が不特定人に對して爲されたる場合に於ては將來契約の當事者と爲り得べき者に對してのみ其の効力を有するに止まるものとす(綜合五四五五頁以下參照)。

(註) Savigny, Obligationenrecht II S. 88

(3) 申込は申込受領者の承諾あらば直に契約を成立せしめ其の拘束を受けんとする確定の意思を以て之を爲すことを要す。申込は申込者の意思表示を受領する相手方が承諾すれば直に契約を成立せしめんとする確定したる意思を以て申込を爲すことを要し、從て又其の意思表示自體に於て其の成立せしむべき契約の内容を決定し得べき意思を以て申込を爲すことを要す。此の點に於て申込は申込の誘引と異なる。申込の誘引(Einladung zur Offerte, Auforderung des Antrags)は相手方をして申込を爲さしめんとする意思の通知即ち契約の準備行為たるに過ぎず。相手方の意思表示のみに因りては未だ契約の成立を來さず相手方の意思表示に對し自己も亦意思表示(承諾)を爲すことに因りて初めて契約は成立するものなり。例へば貸家札求人廣告正札附の商品

の陳列汽車汽船の時間表の揭示商品目録の配付物品販賣の引札又は廣告商品見本の送付等の如きは申込の誘引たるを通例とす(註)。申込の誘引と申込とは觀念上理論的に之を區別することは容易なれども實際問題としては其の識別甚だ困難なる場合多し。要するに各個の場合に付個個の行爲の有する社會的意義を明にして之が判断を爲すの外なきものとす(綜合5四五頁以下参照)。

(註) 私人間に於ける競賣又は入札即ち競争締結(Versteigerung)の申出が申込なりや申込の誘引なりやに付ては從來議論の存せし所なるも、最初より一定の價格を表示し此の價格を漸次低下して買主を求むる所謂繙下競賣の申出は之を申込と解すべく、又豫め何等の價格を定めず競賣者の表示に依り漸次に其の價格を繙上げ競賣者に於て適當なりと認むる價格申出ありたる時に競落せしむる所謂繙上競賣の場合は申込の誘引と解するを正當とす。蓋し前者の場合に於ては自己に最も有利なる價格にて應ずる相手方に對し直に契約を成立せしめんとする確定的の意思表示たる申込ありと見られ得べきも、後者の場合に於ては價格の如何を問はず直に契約を成立せしめんとする確定的の意思表示ありたるものと認め難きを以てなり、尤も繙上競賣の場合に於ても初より最低價格の定ありて漸次に價格を繙上ぐる場合に於ては其の申出は申込と解して可なりと信ず。而して入札の場合に於ては入札に對する旨の申出は通常申込の誘引にして、競争者の入札が申込に該當し落札に依りて承諾の爲さるるものと解すべし。
公の競賣に付ては民事訴訟法及競賣法の規定に従ふべきものとす。又會計規則に依る公入札に付ては同規則(大正十一年勅令第一號)に詳細の規定を設く(綜合5四五頁註一参照)。

(4) 申込は契約の主要なる内容を包含することを要す 申込は相手方の承諾に因りて一定の契約を成立せしむることを目的とするものなるを以て申込なる意思表示は相手方の承諾に因りて直に契約を成立せしむるに

適する内容を有せざるべからず。故に申込たるべき意思表示には客觀的に當該契約の要素に屬する事項及申込者が契約の内容たらしめんと欲する事項を包含することを要す。然れども必ずしも申込其のものに表示せらるることを要せず各場合に於ける事情を參酌し主要なる要件を知り得れば足り、又此等の事項の内容は申込者に於て全部之を確定することを必要とせず確定し得べきを以て足る。故に例へば申込受領者に送付せられたる目論見書申込受領者との從來の取引關係等より右事項の内容を知ることを得る場合にても可なるべく、又右事項の内容を申込受領者に於て多少裁量決定の餘地ある場合例へば代價は相手方に於て普通の場合に準じて決定し得べきものと爲すが如き場合に在りても尙申込たることを妨げず。又申込は選擇的にも之を爲すことを得べし(綜合5四五頁以下参照)。

四 申込なる意思表示の方法

申込は既に述べたる如く意思表示なるを以て此の意思表示の方法に付ては一般意思表示の方法に付述べたる所と異なることなく(別巻第一民法總論下五九頁以下参照)、申込の意思表示は書面に依りて爲すと口頭に依るとを問はず又明示たると默示たるとを問はず、又契約が要式契約なる場合には申込も亦方式を必要とするも契約が要式契約に非ざる限りは方式を必要とすることなし。唯贈與契約の場合に於て書面を必要とする場合は主として贈與者の意思を明確ならしめんとするに在るを以て(五五〇條)、贈與者の意思表示が書面に依るのみを以て足り受贈者の意思表示は書面に依ることを要せざるものと解すべく、從て贈與者が申込者なる場合に於てのみ書面に依る申込を必要とすることと爲るなり(綜合5四六〇頁以下参照)。

申込の效力

五 申込の效力

申込なる
意思表示の
方法

效力發生の時期

1 效力發生の時期

申込の效力發生の時期に付ては意思表示に關する通則に依りて定まる。而して此等一般意思表示の效力發生時期に付ての通則は既に説明したるを以て茲に再說せず(別卷第一民法總論下一〇四頁以下参照)。

申込の實質的效力

2 申込の實質的效力

申込が效力を發生したるときは申込受領者は承諾に依りて契約を成立せしめ得べき地位を取得するに至る。斯る效力を申込の實質的效力又は承諾適格(Annahmefähigkeit)と稱す。

承諾適格は承諾を爲し得べき状態にして固より承諾を爲し又は之を拒絶すべき義務に非ず。故に申込受領者は其の受けたる申込に對し諾否を爲すべき義務を負ふことなし。申込者が特に一定の期間内に又は直に諾否の通知を爲すべき旨を定めたる場合に於ても亦然り。但し商法に於ては商人が平常取引を爲す者より其の營業の部に屬する契約の申込を受けたるときは遲滯なく諾否の通知を發することを要する旨を規定し(五〇九條)此の點に關する重要な例外を認めたり。尙申込と共に物品を送付し來りたる場合又は特に申込の通知を爲さず直接に物品を送付し之に依りて申込を爲す場合に於ても、之に因り申込受領者に其の物品を保管し又は之を返送すべき義務を負擔せしむることなし。蓋し何人と雖申込者一方の意思に依りて申込受領者に此の如き義務を負擔せしむることを得ざればなり。尤も商法に於ては商人が其の營業の部に屬する契約の申込を受けたる場合に於て申込と共に受取りたる物品あるときは其の申込を拒絶したるときと雖申込者の費用を以て其の物品を保管することを要する旨を規定し、唯其の物品の價額が其の費用を償ふに足らざるとき又は商人が其の保管に因りて損害を受くべきときは此の限に在らざる旨を規定し(五一〇條)、其の例外を認めたり。



叙上の如く申込受領者は申込を受諾し又は拒絶すべき義務なしと雖申込受領者に於て特に承諾を爲すべき義務を負擔する場合例へば豫約の存する場合又は法律上特に承諾義務を認めたる場合(註)に於ては固より此の限に在らず。申込受領者は申込と共に送付し來れる物品の受領を拒絶することを得べく、又若し承諾の意味に非ずして之を受領し占有又は所持を取得したる場合と雖申込受領者は之が保管又は處理等積極的に或行爲を爲すべき義務を負ふことなく唯所有物返還の義務又は占有の不當利得返還の義務を負擔するに止まる。尤も申込受領者は自己が占有又は所持するに至りたる右物品に對し故意過失に基き損害を加ふることを得ざるは勿論なれば、若し申込受領者に於て其の故意又は過失に因り右物品を毀損したるときは不法行爲上の損害賠償義務を負擔せざるべからざるは勿論なり(綜合五四六一頁以下参照)。

(註) 例へば鐵道營業法第六條、醫師法施行規則第一九條第二項、公證人法第三條、執達吏規則第一〇條等。
辯護士法第二六條は、辯護士は訴訟事件の委任を承諾せざるときは速に其の旨を委任者に通告すべく若し通告を怠りたるときは之が爲生じたる損害の責に任ぜざるべからざる旨を規定せり。

申込の效力の消滅

3 申込の效力の消滅

申込なる意思表示が一旦效力を生じたる以上該申込は其の效力を消滅せしむべき原因あるまでは其の效力を持続するものとす。而して其の消滅原因に付ては意思表示の效力消滅の一般原因例へば取消權の行使解除條件の成就等總て之に適用ある外特殊の消滅原因として以下説明の如きものあり。

申込の拒絶

イ 申込の拒絶

申込受領者が申込者に對し申込の拒絶を爲したるときは申込は其の效力を失ふ。申込の拒絶の性質に付ては學

説の岐るる所にして、或は(一)拒絶は申込を承諾せざることを内容とする申込者に對する意思の通知なりと爲し、或は(二)拒絶は承諾の意思なきことを相手方に通知し申込の効力を消滅せしむることを目的として爲す意思表示なりと爲すなり。惟ふに此の場合の拒絶は唯契約締結の申込に應ぜずと云ふ意思あるを以て足り必ずしも申込の効力を消滅せしむることを欲する效果意思あることを要するものに非ずと觀るを相當とするを以て、申込の拒絶は所謂意思通知に屬し意思表示に非ずと解するを正當と信ず。

申込の拒絶は絶対に申込を拒絶する場合のみならず申込に條件を附し其の他變更を加へて承諾を爲したる場合も亦申込の拒絶と爲るものとす(五二八條)。特定人に對する申込は其の拒絶に因り其の効力を失ふも、不特定人に對する申込は特定人の爲したる個個の拒絶に因りて其の効力を失ふものに非ず。申込の拒絶は受領を要する意思通知なるを以て該通知は申込者に到達することに因りて其の効力を生ずべく、從て拒絶の到達前に於ては拒絶の撤回を爲し得べく、又拒絶の通知と同時に撤回の通知が申込者に到達したる場合に於ても亦拒絶は其の効力を生ずることなし(綜合5四六四頁以下參照)。

承諾期間の經過

□承諾期間の經過

(A) 申込者が承諾期間を定めたる場合 申込者は承諾の爲さるべき期間即ち承諾期間(Annahmefrist)を定めて申込を爲すことを得べく、此の場合に於ては其の期間内に承諾の通知が到達せざりしときは申込は其の効力を失ふものとす(五二二條二項)。承諾期間の起算點に付ては申込の意思表示中に之を定めたるときは固より問題なしと雖、申込者の意思不明の場合に於ては申込の到達の時より起算すべきや將又申込發送の時を起算點とすべきやに付疑を生ずべし。要するに此の問題は各場合の事實問題として諸般の事情に依り之を決するの外なし。

し。

承諾期間經過後承諾の通知が到達したるも通常の場合に於ては其の期間内に到達すべかりし時に發送したるものなることを知り得べきときは申込者は遲滞なく相手方に對して延著の通知を發することを要す(五二二條一項)。若し申込者が其の通知を怠りたるときは承諾の通知は延著せざりしものと看做され(五二二條二項)。從て契約は成立したることと爲るなり(註一)。尤も民法第五二二條の規定は延著の事實を知らざる承諾者を保護する規定なるを以て、申込者が承諾期間經過後承諾の通知の到達前に延延の通知を發したるときは更に延著の通知を發せずとも申込は其の効力を失ふに至るものとす(五二二條一項但書)。延著の通知は發信すれば足り相手方たる承諾者に到達すると否とは之を問はず。

叙上の如く申込者が承諾の通知の延著したることを通知することを要するは申込者の義務なり。此の義務は所謂通知義務の一に屬し固より契約上の義務に非ず、特殊の法律上の義務なりとす(註二)(註三)(註四)。尙承諾期間の指定は必ずしも申込と同時に必要とせず。然れども申込が相手方に到達したる後期間を指定する場合は相當期間若は相當期間より長期の期間なる場合ならざるべからず。蓋し然らざれば不當に相手方の利益を害する虞あればなり。

我民法は承諾の効力發生時期に付發信主義を採用せることは既に述べたる所なるが、申込者が承諾の期間を定めて申込を爲したる場合に於ては、叙上の如く承諾が右承諾期間内に申込者に到達することを要し然らざれば申込は其の効力を失ひ契約は成立することなきを以て、此の場合に於ける承諾に付ては到達主義を採りたるものなること明なりとす(綜合5四六五頁以下參照)。

(註一) 通常の場合に於て期間内に到達すべかりし時に發送したるものなることを知り得べきときは、通常承諾の通知書の日附或は郵便局の消印其の他各具體の場合に於ける各種事情を綜合して判斷すべき事實問題にして普通人が普通の注意を拂はば知り得べき場合を指稱するものとす。而して申込者が其の通知を怠りたることを云ふは、申込者が不注意の爲右延著の事實に氣附かざりしが爲なると右延著の事實を知りたるも故意若は不注意に因り其の通知を爲さざりし場合たることを問はず此の兩者を共に包含するものとす(綜合5四六七頁註二參照)。

(註二) 此の點に付ては、申込受領者又は申込者に課したる延著通知の必要は法定の義務に非ず唯其れを懈怠せば或は契約が不成立と爲り又成立する効果を生ずるのみなりと主張する反對説あり(綜合5四六七頁註三參照)。

(註三) 此の場合の通知義務違反の制裁は義務不履行に因る損害賠償責任に代へ承諾は延著せざりしものと看做さるるに在り(綜合5四六七頁註四參照)。

(註四) 通知義務は事實又は觀念を通知することを内容とする義務を云ふ。通知義務は固より當事者の契約を以て之を發生せしめ得べしと雖法律の規定に依りて此の義務の認めらるる場合亦多あり。今我民法の認むる主なる場合を擧ぐれば、(一)債權質設定の通知(三六四條)(二)抵當權處分の通知(三七六條)(三)抵當權實行の通知(三八一條)(四)連帶債務者の一人の免責行爲の通知(四四三條)(五)主たる債務者及保證人の免責行爲の通知(四六三條)(六)債權讓渡の通知(四六七條)(七)供託の通知(四五五條)(八)承諾延着の通知(五二二條)(九)申込取消延着の通知(五二七條)(一〇)贈與者の瑕疵欠缺の通知(五五一條)(一一)賣主の瑕疵欠缺の通知(五七二條)(一二)賣主に對する共有物分割及競賣の通知(五八四條但書)(一三)供貨主の通知(五九〇條)(一四)貸借物に付て賃借人の爲すべき通知(六一五條)(一五)寄託物に關する受寄者の通知(六〇條)(一六)受任者の委任事務處理の報告(六四五條)(一七)委任終了の通知(六五五條)(一八)事務管理者の管理開始の通知(六九九條)(一九)親族會に對する後見人の被後見人の財産狀況の報告(九二八條)等の如き是れなり。

連帶債務者の一人の免責行爲の通知及主たる債務者及保證人の免責行爲の通知が義務なりや間接義務なりやに付ては疑あれども、其の通知の性質及第四三條及第四六三條の趣旨より見て之を義務と解するを正當とす(綜合1一九八頁參照)。

通知義務者は通知受領者に對して通知義務を負擔するを通例とすれども又或は受領者以外の第三者に對して之を負擔することあり。例へば債權讓渡の通知義務は讓渡人が讓受人に對して負擔するものなれども此の通知は讓渡人たる債權者より債務者に對して爲すことを要するが如き是れなり。其の他債權質設定の通知抵當權處分の通知等の場合に於ても亦通知權利者と通知受領者とは同一人に非ず。

通知義務の内容は事實又は觀念を通知することに在り而も通知を爲すことは一の給付たること勿論なるを以て、通知義務は通常の債務にして此の義務の不履行は一般債務不履行の原則に従ひ履行遲滯履行不能又は不完全履行に因りて生じ此の場合に於ては通知義務者は損害賠償の責に任ずべきは當然なり。然れども法律の規定に依りて生じたる通知義務不履行の場合に於ては或は通知義務者の不利益に於て通知すべき事實が存在せず又は發生せざりしものと看做さるる場合あり。例へば申込者が承諾延着の通知を怠りたる時は承諾の通知は延着せざりしものと看做され(五二二條二項)承諾者が申込の取消延着の通知を怠りたる時は契約は成立せざりしものと看做さる(五二七條二項)るが如き其の他民法第四四三條第四六三條等の如き場合は是れなり。

通知を受くべき權利を有する者が通知義務者に對し訴を以て通知を爲すべきことを請求し得るや否の問題あり。此の點に付學者或は、通知の履行を請求することを爲には權利者は既に通知すべき事實が發生せることを知ることを要す即ち訴に依り得んとする目的は既に他の方法に依り達せられたることを要するが故に訴を以て通知の履行を請求すと云ふは無意義なり從て通知の請求なるものはあり得べからず此の如く通知義務の強制履行なるものなし故に通知義務不

履行の場合には権利者は或は損害賠償を請求することを得べく或は又通知義務者の不利益に於て通知すべき事實が存在せず又は發生せざりしものと看做さるる場合あることの二個の救済方法を有するのみなりと説明す。蓋し正當なり(綜合5四六八頁註五參照)。

(b) 申込者が承諾期間を定めざる場合 申込者が承諾期間を定めざりし場合に於ては時の経過なる事由のみを以て當然申込の効力を失ふものには非ず。民法第五二四條は承諾の期間を定めずして隔地者に爲したる申込は申込者が承諾の通知を受くるに相當なる期間之を取消(撤回)すことを得ざる旨規定し居れども、此の規定に所謂相當なる期間は申込者の定めたる承諾期間とは其の効力を異にし、此の規定は相當期間經過後申込者は申込の撤回を爲し得ることを定めたるに過ぎずして、其の相當の期間の経過に因りて當然申込の効力を消滅せしむる趣旨に非ず。從て此の場合に於ける申込の効力が何時消滅すべきやは取引上の慣習其の他諸般の事情を參酌して決すべきものとす。但し商事上の契約に關しては相手方が相當の期間内に承諾の通知を發せざる時は申込は其の効力を失ふものとす(商法五〇八條)。

對話者間に於て申込者が承諾期間を定めずして申込を爲したる場合に於ける申込の効力に關し其の存続期間に付我民法には獨逸民法(一四七條一項)及壤地利民法(八六二條)が即時にのみ承諾を爲し得べき旨を規定せるとは其の趣を異にし何等の規定を設けず從て又之と同一に解することを得ずと雖、申込が契約の締結を目的とする意思表示なる以上永久に存続すべきものとは解し難きを以て、申込者の意思取引上の習慣其の他諸般の事情に照し其の承諾期間を適當に制限することを要す(註一)。尤も多くの場合に於ては申込後直に承諾を爲すに非ざれば申込は其の効力を失ふものと解すべけんも固より常に然りと云ふことを得ず。然るに大審院判例及學說

中には直に承諾を爲すに非ざれば契約成立せず申込は効力を失ふものと爲すものあれども(註二)正當に非ざるは勿論なりとす。但し商事上の契約に關しては相手方が直に承諾を爲さざるときは申込は其の効力を失ふものとす(商法五〇七條)(綜合5四七〇頁以下參照)。

(註二) 此の點に付ては異説ありて、承諾期間の定を爲さざる場合に關しては何等の明文存在せざるが故に結局當事者の意思を解釋して之を決するの外なく、當事者の意思不明なる場合に於ては寧ろ申込は長く其の効力を持續し而して申込者は何時にても申込を撤回し得るものと解するを正當とすべしと主張す(綜合5四七二頁註二參照)。

(註三) 明治三十九年一月二日大判民錄一二輯一四一三頁。

當事者の死亡又は能力喪失

八當事者の死亡又は能力喪失

(a) 申込の到達前申込者が死亡又は行爲能力を喪失したる場合 隔地者に對する契約の申込に於て申込到達の前申込者が死亡し又は行爲能力を喪失したる場合に於ても申込は之が爲に其の効力を妨げられざるは勿論なりと雖(九七條二項)、民法は左の二個の場合に於て其の例外を認めたり(五二五條)(綜合5一四八頁以下參照)。

(一) 申込者が反對の意思を表示したる場合 申込者が反對の意思表示を爲したるときは之に従ふべきものとす。故に申込者が反對の意思を有したるのみにては足らず必ず之が表示あることを要するなり。故に其の表示を要せず又相手方に於て反對意思の存在を知り又は知ることを得べかりしことを要せずと爲すは正當に非ず(註)(綜合5一四九頁參照)。

(註) 反對説は、第五二五條は申込者が「反對ノ意思ヲ表示シ」と云ふと雖實際反對の意思が表示せらるることを要せず事情に依り申込者が反對の意思を有することを推測することを得るを以て足ると爲すなり。

(二) 相手方が申込者の死亡若は能力喪失の事實を知りたる場合 此の場合に於ても亦民法第九七條第二項の原則の適用なし。故に申込者が死亡したる事實を相手方が知れる場合に於ては申込は其の效力を生ずることなく又申込者が行爲能力を喪失したることを相手方に於て知れるときは無能力者の爲したる申込としての效力を有するに止まることと爲るなり(註)。而して此の點に關する民法第五二五條の規定の適用あるは申込の通知を發したる後其の通知の到達以前に申込者が死亡し又は能力を喪失したる場合に於て申込到達後に此等の事實を生じたる場合には其の適用なきものとす。尤も此の點に於ては反對説ありて民法第五二五條の規定は申込の到達後承諾の通知を發する以前に申込者が死亡し又は能力を喪失したる場合をも包含するものと爲せども、同條は第九七條第二項の特則にして第九七條第二項は同條第一項を享け意思表示の到達以前に表意者が死亡し又は能力を喪失したる場合にのみ適用すべきものなること明なるを以て、第五二五條も亦第九七條第二項と其の範圍を同じくし申込の發信後其の到達前に此等の事實の生じたる場合のみに關する規定なりと解するを正當とす(綜合5一四九頁以下參照)。

(註) 反對説は、此の場合申込者の死亡又は能力喪失に因りて當然申込の效力を失ふものと爲すなり(綜合5一五〇頁註一參照)。

(b) 申込の到達後申込者の死亡し又は能力を喪失したる場合 申込の到達後申込者の死亡し又は能力を喪失したる場合に於ては、民法に何等規定する所なしと雖、申込者が別段の意思表示を爲さざりし以上は一般の原則に従ひ申込の效力は之が爲に消滅することなきものと解すべく、唯例へば委任組合雇傭等の如く當事者の個性を要素とする契約に在りては其の契約の性質上申込者の死亡に因り當然其の效力を失ふものと解すべし。

(c) 申込の成立後相手方の死亡し又は能力を喪失したる場合 申込の成立後其の相手方が死亡し又は能力を喪失したる場合に於ては之れ亦民法に直接の規定なきを以て意思表示の一般的原則に従ひ之を決するの外なし。従て申込の到達後其の相手方たる申込受領者が死亡し又は能力を喪失したる場合には申込の效力に何等の影響なきは勿論にして、唯申込者が別段の意思表示を爲し又は契約が其の性質上當事者の個性に重きを置き或特定の人を要素とするものなる場合には申込者の死亡の場合と同じく申込は其の效力を失ふものと解すべく、申込の發信後到達前に相手方が能力を喪ひたる場合には無能力者の意思表示受領能力に關する民法第九八條の規定に則り申込の效力を定むべく従て申込は當然無効と爲ることなしと雖(註)、相手方が死亡したる場合に於ては議論の岐るる所なり。此の點に於ては或は(一)申込者が別段の意思を表示したるときは之に従ふべきも然らざる場合に於ては申込が被申込者の相續人にも尙被申込者と爲すべき趣旨のものなる場合に於てのみ相續人に對する申込として其の效力を認むべきものと解すべしと爲し、或は(二)原則として申込は其の效力を生ぜずと爲し、或は(三)申込者が被申込者の何人なるかを以て特に申込の内容と爲したる場合には被申込者の死亡に因りて申込は無効と爲るも然らざる場合には申込は有効に存續するものと解せざるべからずと爲すなり。承諾の發信後被申込者が死亡し又は能力を喪失するも契約の成立に何等影響を及ぼすことなきは第九七條第二項第五二六條第一項の規定に徴して明なりとす(綜合5四七三頁以下參照)。

(註) 通説なるも或は此の場合に於ては申込は其の效力を發生せずと爲す説なきに非ず(綜合5四七五頁註三參照)。

承諾

二承諾

申込に對する承諾あるときは契約は茲に成立し申込は申込たる效力を失ふ。

凡そ法律行為若は意思表示を爲したる場合に於て其の法律行為若は意思表示が其の目的たる法律効果を生じたる後は行為者若は表意者に於て自由に之を取消すことを得ざるを理論とし、之に反し法律行為若は意思表示が其の目的たる法律効果を生ぜざる間は行為者若は表意者に於て任意に之を撤回し得ることを原則とすべきことは既に述べたる所なりとす(別巻第一民法總論下二二四頁)(綜合二四八頁以下参照)。然れば申込の場合に於ても該申込が相手方に到達する以前即ち申込としての效力發生以前に於て申込者が之を撤回し得ることは論を俟たざるのみならず、申込が到達して其の效力を生じたる後と雖未だ相手方の承諾なく從て其の目的たる法律効果の生ぜざる間に於ても亦申込者に於て之を撤回することを得るものと云はざるべからず。然れども既に申込が效力を生じ申込受領者に於て承諾を爲すことに依りて契約を成立せしめ得べき法律上の地位を取得し所謂承諾適格を生じたる以上、若し申込者にして無制限に其の申込を撤回し得るものとせば申込受領者は契約を成立せしむることを得べき希望と信頼を破壊せらるるに至り不測の損害を被り取引の安全を害するに至るを以て、民法は此の取引の安全を保護する爲任意に申込の撤回を爲すことを認めず一定の要件の下に於てのみ其の撤回を許すことと爲せり。此の法律に依りて特に認められたる申込の效力を申込の拘束力(Bindende Kraft)と稱す。民法は第五二條以下に於て取消なる語を使用すれども、申込のみに因りては契約は成立することなく從て未だ其の目的とする法律効果の生ずることなきにより右取消は本來の意義に於ける取消に非ず。即ち未だ其の目的とする效力の生ぜざる申込なる意思表示をして其の目的とせる法律効果を生ぜざることと確定せしむる行為なる所謂撤回に該當するものとす(註)。

申込は以上述べたる如く本來拘束力を有するものに非ざれども取引の安全を保護する爲實際の必要に基き特に法律に依り拘束力を認められたるものなるを以て、右法律上の制限以外に於ては申込の拘束力は排除せらるるは勿論なりとす(綜合五四七四頁以下参照)。民法の認むる制限左の如し。

(註) 申込の撤回は申込なる意思表示をして其の目的とせる法律効果を生ぜざることと確定せしむる意思表示なるを以て、撤回の方法は一般意思表示の方法に従ふべきは勿論なり。申込が隔地者に對する意思表示に依りて爲されたる場合に對話者に對する意思表示に依りて之を撤回し對話者に對する意思表示に依りて爲されたる申込を隔地者に對する意思表示に依りて撤回することを得べきは勿論なりと雖、或特定の相手方に對して爲したる申込を單純なる廣告を以て撤回することを得ず。又廣告を以て爲したる申込は此の廣告と同一の方法に依りて之を撤回することを得るも、若し其の方法に依りて撤回を爲すこと能はざるときは他の方法に依りて之を爲すことを得べく、此の場合に於ける撤回は之を知りたる者に對してのみ其の效力を有するものと解すべし(懸賞廣告に關する第五三〇條の類推適用)。

(a) 承諾の期間を定めて爲したる契約の申込は之を撤回することを得ず(五二一條一項) 申込者が承諾の期間を定めて申込を爲したるときは其の申込が隔地者に對するものなると對話者に對するものなるとを問はず申込者に於て任意に之が撤回を爲すことを得ず、又承諾なくして其の期間を経過したるときは申込の效力は當然消滅するものとす(五二一條二項)。故に期間の經過後に於ては最早撤回の問題を生ずることなし。承諾の期間を定めて爲したる契約の申込は之を取消すことを得ざる旨の第五二一條の規定は強行法規に非ず。故に申込者は之に反する申込を爲すことを妨げず(綜合五四七七頁参照)。

(b) 承諾の期間を定めずして隔地者に爲したる申込は申込者が承諾の通知を受くるに相當なる期間之を撤回す

ることを得ず(五二四條) 民法は期間を定めずして隔地者に對し申込が爲されるときは申込者が承諾の通知を受くるに相當なる期間之を撤回することを得ずと爲したるを以て、此の制限の範圍外に於ては申込の撤回を爲すことを得べく、即ち右相當なる期間を経過したる後に於ては申込者に於て任意に其の申込の撤回を爲すことを得るものとす。而して民法は特に隔地者に對して爲したる申込に付てのみ規定を設けたるを以て、特別の規定なき對話者に對する申込に付ては相手方が申込に對して直に承諾を爲さざる以上申込者は任意に申込を撤回し得るものとす(註一)。尤も此の點に付ては異説ありて對話者の場合に於ても隔地者の場合に於けると理論を異にすることなしと爲せども正當に非ず。尙商法(五〇七條)に於ては對話者間に於て契約の申込を受けたる者が直に承諾を爲さざるときは申込は其の效力を失ふ旨を規定せり。尙茲に所謂相當なる期間と云ふは各具體的の場合に付申込及承諾通知の方法契約の種類一般取引上の慣行其の他諸般の事情を參酌して判斷すべきものにして、申込及承諾の到達期間申込受領者が申込に付諾否を決定するに要する相當なる考慮期間等を包含するものとす。

申込の撤回は相手方に到達することに因りて其の效力を生ずることは一般意思表示の效力發生の時期に付述べたる所に依り明なり(別卷第一民法總論下一〇四頁以下參照)(綜合5一三七頁以下參照)。而して此の撤回の意思表示は承諾の發信前に相手方に到達するに非ざれば其の效力なし(註二)。蓋し契約は承諾の通知を發すると同時に成立するを原則とすればなり(五二六條一項參照)。故に又申込撤回の通知が承諾の通知を發したる後に到達したるときは撤回の效力を生ずることなし。然れども此の場合に於ては申込の撤回を爲したる者は撤回に因り既に契約は成立せざりしものと信じ之が爲不測の損害を被ることあるべきを以て、民法は斯の如き誤解を生ぜざらし

めんが爲此の場合に於て其の撤回の通知が通常の場合に於て承諾の通知の發信前に到達すべかりし時に發送したるものなることを知り得べきときは承諾者は遲滞なく申込者に對して其の延著の通知を發することを要するものとし(五二七條一項)承諾者に右延著通知の義務を負擔せしめ、若し承諾者が此の義務を怠りたるときは契約は成立せざりしものと看做せり(同條二項)(綜合5四七七頁以下參照)。

(註一) 申込が對話者に對して爲されたる場合と雖承諾が隔地者に對する意思表示に依り爲さるべき場合に於ては、申込者に於て承諾が相當の期間内に爲さるることを豫期し居るものと云ひ得るを以て、斯の如き申込は承諾の通知を受くるに相當なる期間之を撤回し得ざるものと解すべし(綜合5四七九頁註二參照)。

(註二) 申込者が申込を爲すに當り豫め反對の意思を表示して承諾發送後と雖尙有效に申込を撤回し得べき旨の定を爲し得べきや否に付ては議論あり。或は(一)申込者が此の種の留保を爲して申込を爲し相手方亦之を知りて承諾を爲せる以上契約は寧ろ撤回權の留保を伴ひつつ有效に成立し得るものと解するを正當とすと爲し、或は(二)隔地者間の契約は被申込者が承諾の通知を發したる時に成立するものなるが故に被申込者が承諾の通知を發送したるときは契約は之に依りて直に成立し申込は爾後其の存在を失ふものなるにより承諾の通知發送後に於ては申込の撤回を爲す餘地なく從て撤回としては意味を爲さざるも斯の如き場合は法理上申込者に於て契約を解除するの權利を自己に留保したるものと解することを得べしと爲し、或は(三)此の場合に於ける申込は單に申込の誘引たるに過ぎざるものと爲すなり。(C)Dの説を正當とす。

第三款 承諾

承諾の意義 一承諾の意義

承諾の性質

二承諾の性質

承諾(Annahme)とは申込受領者が申込と結合して契約を成立せしむる目的を以て申込に同意する意思表示を云ふ。

六四

承諾は意思表示なり。然れども申込の場合と同じく此の承諾のみに因りては未だ當事者の目的としたる法律効果を發生することなく必ず申込と相俟ち之と結合することを要す。従て承諾其れ自身は一の獨立なる法律要件に非ざるを以て法律行為に非ず。

申込が效力を生じたるときは申込受領者は承諾に依りて契約を成立せしめ得べき法律上の地位を取得するに至る。然れども此の法律上の地位は固より權利に非ず。換言すれば申込受領者は承諾を爲すことを得れども承諾を爲すことを得る權利を取得するものには非ず従て承諾を爲すことは權利の行使に非ず。又申込受領者が承諾を爲すことは申込受領者の義務に非ざるを以て承諾は義務の履行に非ず。唯例外として法律が承諾義務を認むるか又は申込受領者に於て特に承諾を爲すべき債務を負擔する場合に於ては承諾を爲すことは此等の義務の履行と爲るべく、又此の義務が債務なる場合に於て申込受領者が任意に承諾を爲さざる場合には民法第四一四條第二項の適用あるべく又損害賠償の請求を爲すことを得べし。承諾は意思表示なるを以て意思表示に關する民法總則の規定(九三條乃至九六條)の適用あるは勿論なり(綜合五四八〇頁以下參照)。

承諾の要件

三承諾の要件

承諾が有効に成立するが爲には左の要件を具備することを要す。

(1)承諾は申込受領者が之を爲すことを要す

承諾は契約の成立に因り債權者と爲るべき者に於て之を爲

すと債務者と爲るべき者に於て之を爲すとは之を問はずと雖、承諾は固より申込受領者に於て之を爲すことを要し且該承諾者は特定せざるべからず。申込が特定人に對して爲されたる場合には其の特定人のみが承諾を爲すことを得べく、申込が不特定人に對して爲されたる場合には該不特定人中何人にも承諾を爲すことを得べし。而して此の後の場合に於ても承諾者は固より特定せることを要す。

(2)承諾は申込者に對して之を爲すことを要す

承諾は申込者の申込と結合して申込者と共に契約を締結することを目的とするものなるを以て申込者に對して之を爲すことを要するは勿論なり。申込は不特定人に對して爲すことを得れども承諾は常に申込者たる特定人に對して之を爲すべきものとす。尤も申込者本人に對すると其の代理人に對して之を爲すとは問はず。又申込者の死亡に因りて申込が其の效力を失はざる場合に於ては相續人に對しても亦承諾を爲すことを得べし。

(3)承諾は契約を成立せしむる意思を以て之を爲すことを要す

申込受領者は申込ありたることを知り且之に對して承諾を爲す意思を以て承諾を爲すことを要す。申込ありたることを知らずして承諾を爲すも固より承諾と爲ることなく之れ唯偶然の一致を生ずるに過ぎず。尤も此の場合に契約が成立するや否は別個の問題なりとす。

(4)承諾は申込者が契約の内容と認めたる總ての點に於て申込と一致することを要す

承諾は申込と結合して契約を成立せしめんとする意思表示なるを以て、其の内容は申込の内容と一致することを要す。單に客觀的に主要なる點に付一致するを以ては足らず申込者が契約の内容と認めたる總ての點に於て申込と一致することを要す。故に申込受領者が申込に條件を附し其の他變更を加へて承諾を爲したるときは承諾としての效力な

く契約は成立することなし。然れども民法は實際取引の便宜上此の場合に於ける承諾を申込の拒絶と共に新たな申込を爲したるものと看做せり(五二八條)。

承諾の内容が申込の内容に一致するや否は申込及承諾の意思表示を信義誠實の原則に照して解釋決定すべき問題なり。故に例へば一部承諾の場合に於ても、若し申込者の申込が假令形式上一個なるも其の實數個の獨立せる物の賣買若は代替物の或數量の賣買を目的とする場合に於ては其の一部承諾に因り其の一部に付契約の成立し得るは勿論、又例へば卵百個の賣却の申込に對し二百個を購入すべき旨の意思を表示したる場合に於ては、承諾者の意思の如何に因りては或は百個の卵の購買を承諾すると共に更に百個の卵の購買を申込みたるものと解することを得べく又或は前の申込を拒絶して新に二百個購買の申込を爲したるものと看做さるべき場合と爲るべし。故に承諾が數量的にのみ申込の内容と相違する場合の如きは必ずしも契約を不成立ならしむるものに非ず(綜合5四八二頁以下參照)。

(5)承諾は申込が效力を有する期間内に之を爲すことを要す 承諾が效力を生じ契約が成立するが爲には承諾の意思表示が之を爲し得る時期に爲されたることを必要とす。而して承諾を爲し得る時期は即ち申込の效力を有する時期なり。從て申込者が承諾期間を定めて申込を爲したる場合に於ては其の期間經過後の承諾は其の效力を生ずることなく、又申込者が承諾の期間を定めずして申込を爲したる場合には相當なる期間を經過し且申込の撤回ありたる後に於ては承諾を爲すも該承諾の有效に成立し得ざるは勿論なりとす。然れども民法は承諾期間經過後の承諾に對し次の如き特殊の效力を附與せり。

(a)遅延したる承諾が承諾の通知を發し得べき期間内に發せられたるものなりことを知り得べき場合に於て申

込者が延著の通知を怠りたるときは承諾の通知は延著せざりしものと看做さる(五二二條)

承諾の通知を發

したる者が契約の成立を主張せんとする場合には其の者に於て適當の時期に承諾の通知を發したること及其の通知が申込者に到達したること並申込者が適當の時期に承諾の通知の發せられたることを知り得べかりしことを證明せざるべからず。申込者が遅滞なく延著の通知を發せざりしことは承諾の通知を發したる者に於て證明することを要せず、延著の通知を發したることは申込者に於て之を立證すべきものとす(綜合5四八四頁參照)。

(b)遅延したる承諾は申込者に於て之を新なる申込と看做すことを得(五二三條)

茲に所謂遅延したる承諾

と云ふは承諾の通知を發し得べき期間内に發送せられざりし承諾を主とするも、又適當の時期に發送せられたるに拘らず延著したる承諾に付申込者が其の適當の時期に發送せられたることを知り得べからざる場合の承諾をも包含するものにして(註一)、第五二二條の規定に依り申込者に承諾延著の通知義務を生ぜしむる如き延著したる承諾は右に所謂遅延したる承諾中には包含されざるものとす。蓋し第五二二條の要件を具備せる延著承諾に付ては申込者は延著の通知を發せざることに依りて契約を有効に成立せしむることを得るものなるを以て更に重ねて第五二三條に依り遅延したる承諾を新なる申込と看做すの必要なければなり。

遅延したる承諾に對し申込者が承諾を爲したるときは之に因りて契約は成立すれども、遅延したる承諾が當然申込たる效力を有するに非ず。獨逸民法(一五〇條)に於ては遅延したる承諾を新なる申込と看做せども、我民法に於ては申込者に遅延したる承諾を新なる申込と看做す權利を附與し申込者の此の權利の行使に依りて遅延したる承諾が新なる申込と爲るに過ぎず。而して此の新なる申込と看做す權利は形成權の一種に屬す(綜合2六九頁以下參照)。遅延したる承諾が新なる申込と看做されたる場合に於ては其の效力は遡及し初より一の申込た

る效力を生ずるものなるも(註二)、申込者が遅延したる承諾を新なる申込と看做し得る期間如何に付ては問題なり。此の點に關しては民法には何等の規定なきを以て當事者の意思其の他諸般の事情に照して之を決するの外なく、申込者に於て之を新なる申込と看做したる場合に於ても契約の性質上承諾期間の定まれるものに非ざる限りは承諾の期間なき申込ありたるものと爲すべく、從て新なる申込者は之に對し新なる承諾の通知を受くるに相當なる期間を経過したる後に於ては之が撤回を爲すことを得べきものとす(五二四條參照)。而して此の相當の期間は舊承諾ありたる時より起算すべきものなるも、實際に於ては舊申込者が右新なる申込と看做す權利を行使すると同時に此の新なる申込に對して承諾を與へたるものと解すべき場合多かるべし。

第五二三條の規定は強行法規に非ずと解すべく從て承諾者が承諾を爲すに當り又は承諾の通知の到達前反對の意思表示を爲したるときは申込者は此の權利を行ふことを得ざるものと解すべし(綜合五四八四頁以下參照)。

(註一) 此の點に付ては異説あり。第五二二條に依りて申込者が延著の通知を發したる後に於ても更に又第五二三條に依りて延著したる承諾を新なる申込と看做すことを得べきや否に付ては學者或は消極論を爲す者之れなきに非ずと雖延著したる承諾の無効なるは初より確定せるものにして第五二二條は特に承諾者保護の爲一定の條件の下に延著通知の不發あるときは契約を成立せしむるものたるに過ぎざるを以て延著通知を發したるや否は第五二三條を適用し得るや否に關係なしと云はざるべからず然れども延著通知が同時に第五二三條の看做權を拋棄するの意思あることを推測せしむるに於ては此の理由に因りて以後看做權を行使し得ざるに至るべしと主張す(綜合五四八六頁註一參照)。

(註二) 此の點に付ては反對説あり。即ち新なる申込と看做したるも之に對し未だ承諾を爲さざる間は看做したる時より遅延承諾は其の性質を變じ以後新なる申込と爲りて存在す看做したる効果を到達の時に遡及せしむべき法理上の根據なし遡及

效を認むる規定なき以上猥りに之を認むるは誤ならんと主張す(綜合五四八六頁註三參照)。

(六) 申込者が承諾の方法を指定したる場合又は取引上の慣習ある場合には承諾は其の方法に依り之を爲すことを要す 承諾なる意思表示の方法に付ては別に之を述べべきも、申込者が承諾の方法を指定したる場合に於ては該方法に依り承諾の意思表示を爲すに非ざれば承諾は其の效力を生ずることなし。故に例へば申込者が承諾の通知は電報に依るべきことを定めたる場合に於て申込受領者が書面を以て承諾の通知を發送したるときは該承諾は其の效力を生ずることなし。尤も申込者が承諾の方法を指定する場合に於ても其の意思は必ず其の方法のみに限定するの趣旨に非ずして唯單に希望を表示したるに過ぎざる場合あるべく、此等は要するに其の意思契約の種類其の他諸般の事情を參酌して決すべき問題なりとす。

承諾の方法 四承諾なる意思表示の方法

承諾も亦既に述べたる如く意思表示なるを以て此の意思表示の方法は申込に付述べたると同じく一般意思表示の方法と異なる所なく、該意思表示は書面に依りて爲すと口頭に依ると明示なると默示なるとを問ふことなし。又契約が要式契約なる場合には承諾も亦方式を必要とするも契約が要式契約に非ざる限りは方式を必要とすることなきは申込の場合と同じ。尙申込者が承諾に一定の方式を指定したる場合又は取引上の慣習ある場合に於ては其の方式に従ひて承諾を爲すことを要す。

承諾の效力 五承諾の效力發生の時期

民法第五二六條第一項は「隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立ス」と規定せるを以て、民法は隔地者間の承諾の意思表示の效力發生時期に付所謂發信主義を採用せること明なりとす(註)。尤も此の點に付て

は異説ありて、此の規定は契約の成立のみに關し承諾の効力發生の時期を定めたるものに非ず即ち契約成立の時期は承諾の通知を發したる時なるも承諾の通知は相手方に到達したる時より其の効力を生じ從て其の契約も亦此の時より其の効力を生ずるものと爲せども、契約の成立することは是れ即ち承諾の効力を生じたるに外ならざるを以て契約成立の時期は承諾の意思表示の効力發生時期に外ならず、然れば右第五二六條第一項は契約の成立時期の規定たると共に承諾の効力發生時期を定むる規定なりと云ふを妨げず。從て右の説の主張は正當に非ずと云はざるべからず。

隔地者間の承諾の効力發生時期如何に關しては學說の岐るる所にして、或は(一)承諾は發信に因りて直に其の効力を生ずるも其の効力は確定的に非ず爾後承諾が全然到達せず又は承諾期間内に到達せざるときは承諾は初より効力を生ぜざりしものと爲ると爲し、或は(二)承諾は發信と同時に確定的に其の効力を生じ契約亦之と同時に成立するも第五二二條第二項に於けるが如く申込が後より遡及的に其の効力を失へるときは契約亦初より全然存在せざりしと同一の結果を生ずるものなりと爲し、或は(三)承諾は申込者に到達することを要すと雖一旦到達したるときは第五二六條第一項に依り發信の時に遡りて其の効力を生ずるものにして即ち我民法は到達を條件とする發信主義を採用したるものと解せざるべからずと爲し、或は(四)承諾は發信に因りて効力を生じ承諾の通知が相手方に到達すると否と又何時相手方に到達するとは承諾の効力に何等の影響を及ぼすものに非ず、然れども申込者が承諾の期間を定めて申込を爲したるときは申込者は其の期間内に承諾の通知が申込者に到達することを以て契約成立の要件と爲したるものなれば、此の場合に於ては契約は承諾の通知を發したるのみにては確定的に成立せず其の通知が申込者に到達するに因りて始めて成立するものなりと爲し、或は(五)承

諾は發信に因り直に其の効力を生ずるも承諾が期間内に到達せざるときは第五二二條第二項に依り又は第五二二條第一項所定の通知の發信に因り申込が効力を失ひ申込なる意思表示の取消ありたると同一の效果を生じ其の結果承諾も遡りて其の効力を失ふものとす、而して承諾の全然到達せざる場合も亦同一の結果を生ずべきものとすと爲し、或は(六)民法第五二六條は承諾の意思表示に付發信主義を採用したるものと解するを得ず承諾は到達に因り始めて効力を生じ唯契約が其の發信の時に成立したるものと看做さるるに過ぎずと爲すなり。余は以上諸説の中(二)の説に賛す。蓋し此の説の如く解することは民法第五二六條第一項の規定の設けられたる趣旨にも適合し又實際取引の必要上より見るも最も妥當の解釋なればなり(綜合五五一頁以下參照)。

隔地者間に於ける承諾の効力發生時期に關する右第五二六條第一項の規定は強行法規に非ずと解すべく、從て當事者が之に反する定を爲すことは固より妨なく、契約に依り之を定め得るは勿論申込者が此の點に關する別段の定を爲すことも亦妨あることなし。蓋し申込者が承諾の方法契約の内容其の他契約の成立に關する要件に付特別の定を爲したる場合に於ては承諾は之に従ふことを要するものなればなり。

對話者間の契約に付ては民法は隔地者間の契約に於けるが如き特別を設けざるを以て一般對話者間に於ける意思表示の場合と同一の原則に従はざるべからず。而して對話者間の意思表示の効力發生時期に付ては既に説明したる所なるを以て該説明を參照せらるべく(別卷第一民法總論下一一五頁以下)(綜合五一五三頁以下參照)、要するに對話者に對する承諾の意思表示は隔地者間の一般意思表示に關する第九七條の規定を類推適用し其の意思表示が相手方たる申込者に依りて了知せられ得る状態を生じたる時即ち承諾の意思表示が相手方に到達したる時に其の効力を生ずるものと爲す見解を正當とす(綜合五四八九頁以下參照)。

七二
〔註〕尤も此の點に付ては或は、承諾は到達に因り始めて效力を生ずるものにして民法は承諾の意思表示に付發信主義を採用したるものに非ずと主張する反對説あり(綜合5一五三頁註一參照)。

第四款 交叉申込同時表示及意思實現に因る契約の成立

交叉申込に因る契約の成立

一 交叉申込に因る契約の成立

交叉申込 (Kreuzofferte) とは契約の当事者が互に同一の内容を有する契約の申込を爲したる場合即ち甲が乙に

契約の申込を爲したる場合に乙も亦甲に之と同一の内容を有する契約の申込を爲したる場合を云ふ。此の場合に於ては雙方の意思表示は其の内容に於て相一致し且當事者雙方孰れも契約を締結するの意思を以て意思表示を爲したるものなるにより、假令申込に對して同意の旨を表示する場合と異ると雖合意の成立する點に於ては彼是其の理を異にすべき所なきを以て、此の場合に於ても亦契約は成立するものと解するを正當とす。交叉申込に因り契約が有効に成立し得るや否に付ては學說の岐るる所にして、或は之を積極に解し或は之を消極に解すれども固より積極説を正當とすべきは叙上の如し。

法律が契約なるものを認め申込及承諾に付規定を設けたるは申込及承諾の方法に依り契約を締結する場合を最も普通の形式と見たるが爲にして、法律は固より申込承諾以外の方法に因る契約の成立を禁ずるの趣旨に非ず。然れども交叉申込は申込と承諾には非ずして同一の内容を有する二個の申込の吻合なるを以て、其の契約の成立時期に付承諾に因る契約成立に關する第五二六條の規定を適用又は類推適用することを得ず。從て第九七條の適用に依り雙方の意思表示が互に相手方に到達したる時に契約は成立するものにして後に到達したる申込の意思表示の到達の時が契約成立の時期なりとす。尤も此の點に付ては第五二六條第一項に従ふべきものと爲す異説あり(註)(綜合5四九〇頁以下參照)。

〔註〕學者或は交叉申込の場合に於ては後に相手方に到達する意思表示を以て承諾なりと爲し、或は第五二一條以下の場合に在りても二個の意思表示が順次に爲さるる場合には一を申込他を承諾と爲すも、既に同一の内容を有する二個の意思表示の合致に因りて契約の成立し得ることを認むる以上は必ずしも孰れが申込にして孰れが承諾なるかを定むるの要あることなく、又性質上一を申込と爲し他を承諾と爲すことを得べきものに非ず。

二 同時表示に因る契約の成立

同時表示 (Simultaneous declaration) とは對話者間に於て全く前後の別なく同一内容の意思表示の爲さるることを云ふ。隔地者間に於ける交叉申込に因り契約の成立する以上此の同時表示の場合に於ても亦契約は有効に成立するものと解すべきは理論上當然なりとす。同時表示は例へば賣買に於て條件が當事者雙方の意に適したるとき雙方共に拍手を爲し、或は第三者が契約案を作成して提示したるに對し當事者が同時に之に同意の上調印したる如き場合に於て生ず(綜合5四九二頁參照)。

三 意思實現に因る契約の成立

總説

民法は申込者が申込受領者に對し豫め承諾の通知を必要とせざる旨の意思表示を爲したる場合又は取引上の慣習に依り承諾の通知を必要とせざる場合には假令承諾の通知を發せずとも申込受領者に於て承諾の意思表示を爲したるものと認むるに足るべき事實さへあらば契約は其の事實のありたる時に成立するものと爲せり(五二

第二編 契約 第四章 契約の成立 第四款 交叉申込同時表示及意思實現に因る契約の成立 七三

意思實現に因る契約の成立 總説

同時表示に因る契約の成立

六條二項)。是れ蓋し斯の如き場合に於ては相手方の承諾の意思表示のみに因り直に契約の成立することは申込者に於て豫知する所なるを以て、相手方の通知を俟たずして契約を成立せしむるも不測の損害を被らしむる虞なきを以てなり。故に承諾の意思表示と認むべき事實と云ふは外部より承諾意思の存在することを推斷するに足るべき客觀的事實を云ふ(註)。然らば如何なる事實が此の場合に相當するやは個個の具體の場合に付判斷すべき事實認定の問題なりと雖、申込受領者が契約の成立に因りて負擔すべき債務の履行に屬する行為を爲し契約の成立に因りて取得すべき權利の行使を爲したるが如き場合に於て又場合によりては契約上負擔すべき債務履行の爲の準備行為を爲したる場合に於ても斯の如き事實ありと云ふことを得るなり。故に例へば甲地の某より電報にて米の注文を受けたる乙地の米商が右申込に應じ乙地の銀行に其の申込の米の荷爲替を取組み、申込者の送付し來りたる物品を使用消費又は轉賣し、又は得意客より客室の注文を受けたる旅館の主人が女中に命じて右得意客用に充つべき客室の掃除を爲さしめたるが如き場合に於ては此等の行為ありたる時に契約は成立するものとす。叙上の場合に於て尙承諾の意思表示ありたるものと解すべきか或は所謂意思實現に該當する場合と認むべきやに付ては學者間に議論の存する所にして、或は(一)之を默示の意思表示ある場合なりと爲し、或は(二)之を意思實現の一場合なりと爲すなり。惟ふに意思實現とは表示行為に非ざる他の行為に依る效果意思の表現を云ひ、之を意思表示と比較するに、意思表示は表示意思ある表示行為に依る效果意思の表現なるを以て兩者共に效果意思の存する點に於ては同一なりと雖、表示に依る效果意思の表現たる则表示以外の外界的事實に依る效果意思の表現なるとの點に於て兩者の差異を見るなり。今之を前記の場合に付觀るに申込受領者に於ては承諾の意思あることを要するも此の效果意思を表示するの意思あることを要せず又其の爲したる行為

が承諾意思の表示たることに付ての認識をも必要とせず、即ち表示に依る承諾意思の表現たることを要することなく、表示以外の外界的事實に依り承諾意思の表現せらるるものなるを以て、此の場合は叙上意思實現の性質を有するものと解するを正當とす。尙承諾意思の内心的存在を必要とするものなるを以て、假令承諾意思の存在することを推斷するに足るべき客觀的事實ありたりとするも、申込受領者が全然承諾意思を有せざるときは固より契約の成立を見ることなきものと云はざるべからず。

意思實現に因り契約の成立し得る場合は申込者が承諾の通知を必要とせざる旨の意思表示を爲せる場合及取引上の慣習に依り承諾の通知を必要とせざる場合の二場合なることは既に述べたる如くなるが、右申込者の承諾の通知を必要とせざる旨の意思表示に付ては其の方法及時期に付何等の制限なく、從て如何なる方法に依りて之を爲すも妨なく又申込の意思表示と同時に若は其の前に爲さると申込に後れて之を爲すとは之を問はず。又叙上取引上の慣習と云ふは法例第二條に所謂慣習法とは異り事實たる慣習を指稱するものなるも、民法第九二條に所謂慣習と云へる事實たる慣習の場合とも異り承諾の通知を要せざる取引上の慣習ある以上は右第九二條の場合に於けるが如く當事者が之に依る意思を有せるものと認むべき場合に非ずとも契約は承諾の意思表示と認むべき事實のありたる時に當然成立することと爲るなり。而して右慣習の存否は事實問題として之を決すべく又右慣習は申込者の所在地に於ける慣習を指稱せるものと解す。蓋し申込者の所在地に此の慣習なきに拘らず申込受領者の所在地に此の慣習ありたる爲承諾の通知なくして契約が成立するものとせば諾否の通知あることを期待せし申込者の知らざる間に何等の通知なくして契約の成立を來し申込者に不測の損害を被らしむるに至るを以てなり(綜合五四九二頁以下參照)。

(註) 沈黙は通常承諾意思の存在することを推斷するに足るべき事實に非ず。若し然らずとせば申込受領者は常に積極的に申込に對し承諾若し拒絶の通知を爲さざるべからざるの結果と爲り、此等の通知を爲さざるときは承諾と看做さるに至り、何等理由なくして申込受領者は他人の申込に因り常に意思表示を爲さざるべからざる拘束を受けるに至るの不條理を生ず。然れども當事者間の契約に因り或は法律の規定又は取引上の慣習に依り拒絶の場合には特に通知を爲さざるべからざる義務ある場合に於ては、沈黙を以て承諾の意思表示と認むべき事實と爲すことを得べし。

意思實現に
因る契約成
立の時期と
申込の撤回

2 意思實現に因る契約成立の時期と申込の撤回
意思實現に因る契約成立の時期は承諾の意思表示と認むべき客觀的事實の成立したる時なり。從て此の後に於ては申込受領者が申込拒絶の通知を爲すも其の效力を生ずることなく又申込者は其の申込を撤回することを得ず。

茲に問題と爲るは申込の效力の存続期間なり。此の期間に付ては民法第五二一條及第五二四條の規定を適用することを得ず。獨逸民法に於ては其の第一五一條に於て申込が消滅する時期は申込又は他の事情より推測すべき申込者の意思に依りて定まる旨を規定せるも、斯の如き規定なき我民法に於ては直に之と同様に解するを得ず。先づ申込者が此の點に付意思表示を爲したる場合は之に従ひ然らざる場合に於ては第五二一條及第五二四條を類推適用して其の期間を定むべく、即ち承諾期間の定ある場合は此の期間内に承諾の意思表示と認むべき事實あらば契約は成立すべく然らざれば申込は其の效力を失ふべく其の以前には撤回を許さず、又承諾期間の定なき場合には承諾の意思表示と認むべき事實の存するに相當なる期間申込を撤回することを得ざることと爲るなり(綜合5四九六頁以下参照)。

第五款 契約成立の要件

總說

一總說

債權契約の成立要件は(一)二個以上の意思表示あること(二)右意思表示が孰れも有効に成立すること(三)右意思表示が合致すること是れなり。學者によりては右の外契約の内容の可能及適法なることを舉示すれども、這は寧ろ契約の效力要件として擧ぐるを適當とす。而して右の内(一)及(二)に付ては既に他の部分に於て説明したるを以て以下唯(三)に付之が説明を爲すべし(綜合5四九七頁以下参照)。

合意の成立
及不合意

二合意の成立及不合意

合意

1合意

總說

イ總說

契約は二個以上の意思表示の合致なるを以て、契約の成立には二個以上の意思表示あることを要し且各意思表示は合致することを要す。即ち各意思表示は互に其の内容に於て一致することを要するなり。故に當事者間に意思表示の合致なき場合即ち不合意(Dissens)の場合に於ては固より契約は成立することなし。

合意の成立

ロ合意の成立

合意成立の時期は諸成契約に在りては契約成立の時期なるも要物契約に在りては合意成立後に契約成立することあり。契約の成立に必要な合意は契約の如何なる部分に付存すれば足るかに付ては問題なれども、原則として契約の主要なる内容に付合意存すれば契約は成立するものと解すべし。契約の内容は之を客觀的要件及主

客觀的要件に區別することを得べし。客觀的要件とは法律が有名(典型)契約に付規定を設け其の成立に必要なりとして定めたる内容を云ひ、之を要素常素及偶素に區別することを得べく、要素とは契約が成立するが爲に必要なる成分を云ひ、例へば賣買に付ては財産權の移轉に對して代金の支拂を約することは是れなり。常素とは通常其の契約の内容なるも當事者の意思表示を以て除外し得るものを云ひ、例へば賣買に於ける擔保責任の如きは是れなり。偶素とは通常は契約の内容を爲さずと雖當事者が特に意思表示に依りて成分として附加したるものを云ひ、例へば買戻約款條件期限の如きは是れなり。而して此等の區別は一般法律行為に付説明したる所と異ることなし(別卷第一民法總論下三二頁參照(綜合5二二頁參照))。主觀的要件とは當事者が法律の許容する範圍内に於て自由に其の締結せんとする契約の成立に必要なりとして定めたる成分を云ふ。

右二要件の中當該契約の客觀的要件に付ては、其の中所謂要素に付ては常に合意を要するも、所謂常素及偶素に付ては此等が主觀的要件に屬する場合の外は當事者の合意を必要とすることなし。主觀的要件に付ては常に之に付合意の成立することを要す。然れども主觀的要件に屬すべき事項は客觀的要件中所謂要素に屬するものたるに限ることなく所謂常素偶素と雖當事者が之を以て契約の要件と爲したるときは固より之に付合意の成立することを要す。從て若し主觀的要件に付合意を缺く場合には假令客觀的要件に付合意成立するも其の契約の成立を來すことなし。例へば賣買より生ぜる代金債務の履行期履行の場所運送の方法等の如きは假令客觀的に賣買の要素を成すものに非ずと雖、當事者は之を以て主觀的要件と爲すことを得べく、從て此の場合に於ては此等の事項に關し當事者の合意を缺かば固より賣買の成立を來すことなし。而して何を以て契約の主觀的要件と爲すやは固より當事者の合意を以て之を定むることを得れども、又當事者の一方が合意を必要とする事項と

して一方的に之を定むることを得べし。然れども此の場合に於ては此の意思は明示又は默示に依り其の旨を相手方に對し表示せられ且相手方に到達することを要す。

叙上の如く主觀的要件に屬すべき事項は一方の當事者のみに於て之を定め得れども、苟も一方當事者の定めたる事項が全部主觀的要件と爲るものには非ず、固より其の當事者の意思を探究して之を定むべきものとす。蓋し當事者は或は契約の成立其のものに關係なく唯希望條件と爲したるに過ぎざることあればなり。從て此等主觀的附隨要件に付ては當事者の之に關する合意を缺くも尙契約の成立を妨ぐるることなし。

一定の事項が主觀的要件に屬するものなりや否に付争ある場合に於て之が立證の責任は其の一定の事項を主觀的要件と爲したることを主張する者に在りと云はざるべからず(綜合5四九八頁以下參照)。

不合意

2 不合意

不合意とは契約を構成する二個の意思表示が合致せざるを云ひ又之を意思表示の不一致と稱す。不合意には意識的のものとなし無意識的のものとなり。意識的不合意又は公の不合意(Offene Dissens)は當事者が不合意の存在することを意識せる場合を云ひ、無意識的不合意又は隠れたる不合意(或は非意識的又は不意識的不合意)(Versteckter Dissens)は當事者が不合意の存在を自覺せざる場合を云ふ。即ち當事者が合意の成立を信するも實際何等かの理由に因り其の合致なき場合なり。

意識的不合意は契約の成立を阻却し而も當事者が之を知る場合なるを以て別に特別なる問題を生ずることなしと雖、無意識的不合意の場合に在りては其の不合意は當事者の誤解に基くものなるが故に錯誤との關係に於て多少説明を爲すべき必要を生ず。錯誤は表意者の意思と表示とが無意識的に一致せざる場合に於て生じ事實と

觀念との齟齬換言すれば表意者に存する認識と對象の不一致なるに反し、不合意は意思表示の各受領者が各其の意思表示を了知するに當り各受領者に付存する右意思表示の内容と其の了知との齟齬にして各表意者の意思と表示とは一致すれども兩當事者の表示が無意識的に一致せざる場合なり。然れば錯誤と無意識的不合意とは其の性質を異にするは明にして彼是混同すべからず。從て無意識的不合意に付ては錯誤に關する民法第九五條の規定の適用なきは勿論なりとす。學者或は無意識的不合意を以て錯誤の一種と爲し無意識的不合意を獨立の觀念として認めざる者あれども、其の誤れるは叙上の説明に依り自ら明なりとす。

不合意は錯誤と同じく契約の内容に屬する諸種の事項に依り種種に之を分類することを得べし。

(一) 契約の目的物に關する不合意 例へば甲はA馬を購入すべき意思を以てA馬の購入を約し、乙は之に對しB馬を賣却すべき意思を以てB馬の賣却を約したる場合の如き是れなり。

(二) 契約の相手方に關する不合意 例へば同姓同名の者二人ある場合に其の中の一人甲より申込を受けたる者が同人を他の一人なる乙と思ひ乙と取引を爲す意を表して承諾を爲したる場合の如し。

(三) 契約の性質に關する不合意 例へば當事者の一方は賣買と思ひて申込を爲したるに相手方は贈與と思ひて其の旨の承諾を爲したる場合の如し。尤も此の場合に於ては債權契約たる賣買若は贈與と其の履行として爲されたる物權契約とは之を區別せざるべからず。右設例の場合に於て債權契約たる賣買若は贈與は共に意思の合致なきを以て孰れも成立せずと雖、其の誤解に基き履行として爲されたる所有權の移轉に付ては雙方の意思は合致するを以て、所謂物權契約たる所有權移轉契約は固より成立するものとす。

(四) 人又は物の性状品質に關する不合意 例へば甲が鍍金の指輪を十圓にて賣却すべきことを乙に申込み

たるに乙は之を純金の指輪なりと誤解し甲に對し純金の指輪を十圓にて買ふ旨の承諾を爲したる場合の如し。尤も此の場合に於て甲が乙に鍍金の指輪を示し之を十圓にて賣却すべきことを申込みたるに乙は之を純金の指輪なりと誤信し純金の指輪を買ふ意思を以て單に承諾する旨を答へたる場合には、客觀的には鍍金の指輪の賣買に付合意成立せるを以て乙の意思表示に付錯誤の問題を生ずべく、從て此の場合は無意識的不合意の場合に非ず。

契約の全部に付無意識的不合意の存する場合に於ては契約の成立することなきは論なし。契約の客觀的要件たる契約の要素若は主觀的要件に付無意識的不合意ある場合に於ても亦然り(註)。尙不合意に因りて契約の成立を來すが爲には當事者に過失あると否とは之を問はず(綜合5五〇〇頁以下參照)。

(註) 學者或は、主觀的要件に關しては其の不合意を生ぜる部分に付合意なきに於ては當事者が全契約を締結せざりしものと認むることを得べき場合には全契約は無効なりと解すべく、之に反し不合意を生ぜる部分に付合意なきも當事者が尙其の殘部に付契約を締結せるものと認むることを得べき場合には不合意あるも契約は成立するものと解すべしと爲し、其の執れなりやは各場合の當事者の意思を解釋して之を定むべしと主張するも、既に述べたる如く何が主觀的要件を爲すや之を定めたる當事者の意思を解釋して定むべく、不合意を生ぜる部分に付合意なきも當事者が尙其の殘部に付契約を締結せるものと認むることを得べき事項の如きは當事者が唯一の希望條件と爲したるに過ぎざるものと見るべきものにして、所謂主觀的要件に屬するものと見ざるを適當として、從て所謂主觀的要件に付無意識的不合意ある場合には常に契約の成立なきものと説明するを可とすべし(綜合5五〇二頁註四參照)。

第六款 契約成立の時期及場所

契約成立の時期

一 契約成立の時期

契約は叙上説明したる契約成立要件の具備することに因りて成立するものなり。従て諾成契約に在りては通常承諾の効力發生時期即ち隔地者間の契約に付ては原則として承諾の通知を發したる時、對話者間の契約に付ては承諾の意思表示が相手方たる申込者に依りて了知せられ得る状態を生じたる時即ち承諾の意思表示が相手方に到達したる時に成立すべく、唯隔地者間に於ける契約に付ては例外として第五二六條第二項の場合當事者の意思表示に依りて特別の承諾方法を定めたる場合若は取引上の慣習に依り別段の承諾方法に従はざるべからざる場合に於ては其れ等の方法の完成せる時に契約は成立するものとす。而して要物契約に在りては物の引渡等其の物的要素が既に承諾の意思表示の効力發生以前に具備せるときは承諾の効力發生と共に又其の以後に於て具備せるときは其の時に契約は成立するに至るものとす(綜合五五〇三頁参照)。

意思實現又は交叉申込に因りて契約の成立する特殊の場合に付ては既に之を説明したり。

契約成立の場所

二 契約成立の場所

契約の成立場所に付ては民法に何等の規定なし。故に理論上より云へば契約の成立なる事實の發生したる場所を以て契約の成立場所と爲さざるべからず。而して契約が成立するには承諾の効力を發生することを要し承諾は其の通知を發したる時に成立するを以て(五二六條一項)、結局承諾の通知を發したる場所を以て契約成立の場所と云はざるべからず。尤も承諾の効力發生の時期に付到達説を採る學者は契約の成立の場所に付承諾の効力

發生地即ち承諾の到達すべき場所を以て契約成立の場所と爲すなり。

契約成立の場所は主として契約の構成分子たる意思表示が異りたる法律又は慣習の行はるる地域に互りて爲されたる場合に於て問題と爲るべきものにして、此の點に關し法例第九條は内外法抵觸の場合に於て、契約の成立に付ては申込の通知を發したる地を行爲地と看做し被申込者が之を知らざるときは申込者の住所地を以て行爲地と看做せり。而して右は涉外關係の場合に屬するものなれども一國內に於て法律を異にする地方ある場合に於ては右法例の規定を類推適用すべきものとす(綜合五五〇三頁以下参照)。

第七款 諾成契約及要物契約の成立

諾成契約は當事者雙方の意思表示の合致のみに因りて成立する契約なるを以て、此の契約が成立するが爲には通常申込及承諾の各意思表示が有効に成立し且之が其の内容に於て相一致することを要し他に物の引渡等當事者に於て何等給付行爲を爲すことを要せず。従て通常承諾の効力發生時期即ち隔地者間の契約に在りては原則として承諾の通知を發したる時對話者間の契約に在りては原則として承諾の意思表示が相手方に到達したる時に成立するものとす。

要物契約は當事者雙方の意思表示の合致のみに因りて成立するものに非ずして合意の外當事者の一方が物の引渡其の他の給付を完了することに因り成立する契約を云ふものなれば、此の契約の成立は諾成契約に於けるが如く申込承諾及之が合致のみを成立要件とすることなく其の以外尙物の引渡等物的要素の具備することを成立要件とする事勿論にして、物の引渡等の給付が承諾の意思表示前に存するときは承諾の意思表示が効力を發生したる

時に契約成立すべく、右給付が當事者雙方の意思表示の合致後に爲されたる場合には此等物的要素の具備したる時に契約は成立するものとす。

第五章 契約の效力

第一款 總 說

契約の效力とは契約を原因として之より生ずる法律上の結果即ち契約なる法律要件に附與せられたる法律効果を云ふ。其の發生の時期は一般法律行爲と同じく原則として其の成立の時期なり。然れども契約の性質又は當事者の意思表示に依り其の成立の時期と效力發生の時期とが同一ならざることあるは勿論なりとす。

契約は法律行爲に屬するを以て其の效力を生ずるが爲には一般法律行爲に於けると同じく(一)其の内容(目的)が可能なること(二)其の内容が適法なること(三)其の内容が確定し又は確定し得べきことを要し、而も又此等の要件は債權成立の要件なるを以て債權の發生を内容とする債權契約の效力要件なること亦當然なりとす。而して此等の效力要件に付ては既に一般法律行爲の説明及債權の説明に際し叙述したる所なるを以て(別卷第一民法總論下二六頁以下同第四債權總論二七頁以下(綜合五 一七頁以下參照)茲に之を再說せず。

契約の效力は各種の契約に付固より一樣ならず。其の詳細は後に各種の契約を説明するに當りて之を叙述すべきも、唯雙務契約及第三者の爲にする契約の效力に付ては民法に一般的規定を掲ぐるを以て本章に於て之を説明すべし。

第二款 雙務契約の效力

第一節 總 說

雙務契約は當事者雙方が互に對價として給付を爲すべき債務を負擔する契約なるが故に當事者雙方は互に債權者たると同時に債務者たる地位を有す。従て一方の債務が不法不能等の理由に因りて初より成立せざるか又は取消に因り初より成立せざりしと同一の效果を生ずるに至りたる場合には雙務契約は全部無効と爲るものにして他方の債務のみが存立するものには非ず。是れ即ち雙務契約に於ける雙方の債務の成立に關する牽聯性なり。雙務契約に於ける雙方の債務が成立上の牽連關係を有するは雙務契約は各當事者が互に相手方の債務負擔を自己の債務負擔の出捐原因とする有因行爲なるが故なり。斯の如く雙務契約上の各債務は其の成立に關しては互に牽連するものなりと雖、雙務契約に於ける雙方の債權債務が既に有効に成立したる後に於ては此等各個の債權債務は各別に存在するものなるが故に此等債權債務の行使履行及消滅に付てまで必ずしも相互に如上の牽連關係を認むるの要あることなし。我民法は此等の點に關し第五三三條に於て同時履行の抗辯權を規定し第五三四條乃至第五三六條に於て危險負擔の問題を規定せり。即ち前者は未だ債務の履行なき間に於ける效力にして雙方の債權の存在する場合に於て其の債權は獨立に之を行使することを得るや否に關し、後者は一方の債務の給付不能が他方の債務に及ぼす效力詳言すれば一方の債權が履行不能の理由に因りて消滅したる場合に於ては他方の債權も亦消滅するや否に關す。

第二節 同時履行の抗辯權又は契約不履行の抗辯權

意義及性質

一 意義及性質

同時履行の抗辯權又は契約不履行の抗辯權(Einrede des nicht erfüllten Vertrages)とは雙務契約に於て當事者の一方が相手方より其の債務の履行の提供ある迄自己の債務の履行を拒絶することを得る權利を云ふ。同時履行の抗辯權は雙務契約當事者の一方が相手方より債務履行の請求を受けた場合に於て其の相手方の請求權を否認し若は永続的に之を拒絶するに非ずして相手方より其の債務の履行の提供ある迄自己の債務の履行を拒絶するに在るを以て、眞の抗辯權たる性質を有し停止的又は延期的抗辯權に屬し否定的又は永久的抗辯權に非ず(註一)。又此の抗辯權は相手方より其の債務の履行の提供ある迄自己の債務の履行を一時的留保する効果あるを以て所謂留置的抗辯權(Einrede der Zurückhaltung)の一種に屬す。

同時履行の抗辯權の性質に付ては從來二種の學說あり。即ち一は所謂同時履行の抗辯權は請求者が自己の反對給付を提供することは相手方に對する請求の要件を爲すものと爲し、從て反對給付の提供を伴はざる請求に對しては相手方は其の請求權を否定し請求權其のものが存在せざることを主張するものと爲すものにして、獨逸普通法に於て古來唱道せられたるものなり。此の說に依れば所謂同時履行の抗辯は眞の抗辯(Einrede)に非ずと云はざるべからず。二は請求者が反對給付を提供することは相手方に對する請求の要件を爲すものに非ず、然れども請求者が反對給付の提供を爲さずして請求を爲したる場合には相手方は其の提供ある迄自己の給付を拒絶することを得るものと爲し、同時履行の抗辯を以て眞の抗辯なりと爲すものにして、ヘルワルト氏(Heer-

wart)の唱道する所に係り、此の說に賛同する者多く獨逸普通法に於ける多數說なりと云ふことを得べし。前
の見解に依れば兩者の債務間には其の履行に付當然牽連關係あるに反し、後の見解に従へば請求を受けたる當事者の拒絶を俟て初めて此の履行上の牽連關係を生ずるなり。而して近世各國の法制は前の見解を採用せるもの多し。獨逸民法(三三〇條)は後の見解に従ふ。我民法は以上二說中同時履行の抗辯を以て眞正の抗辯と爲す見解に従ひたるものと解すべし。蓋し民法は其の第五三三條に於て「雙務契約當事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムロトヲ得但相手方ノ債務カ辨濟期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス」と規定し、被請求者に履行拒絶權を與へたるに過ぎざるに徴し明なりとす(註二)。

同時履行の抗辯權は從たる權利なり。即ち此の權利は雙務契約に於ける各當事者の債務に從屬し其の債務と共に移轉し消滅するものなり(綜合二二三九頁以下參照)。

(註一) 通説なり。然れども又同時履行の抗辯權を以て停止的又は延期的抗辯權に非ずと爲す説あり(綜合二二四一頁註一參照)。

(註二) 通説なり。大正七年五月二日大判民錄二四輯九四九頁、同年四月一五日大判民錄二四輯六八七頁、明治四四年一二月一日大判民錄一七輯七七二頁、同年六月一三日大判民錄一七輯三九二頁。

二 同時履行の抗辯權と留置權の差異

同時履行の
抗辯權と留
置權の差異

留置權は物權にして他人の物の占有者が其の物に關して生じたる債權の辨濟を受くるまで其の物を留置することを以て其の内容とする(二九五條)に反し、同時履行の抗辯權は雙務契約の一方の當事者が自己の反對給付の提供を爲さずして相手方に其の給付の請求を爲したるときは其の反對給付の提供ある迄相手方が自己の給付を

拒絶することを内容とするものなるを以て、其の性質及效力に付左の差異を生ず。

- (一)留置権は物権にして絶対権たる性質を有するに反し、同時履行の抗辯権は即ち抗辯権たる性質を有す。故に前者は債権の辨済を受けざる限り物を留置し其の占有を繼續し得るを以て何人に對しても其の返還を拒絶し得るも、後者は雙務契約上の反對債権を主張する特定人に對し給付を拒絶し得る相對的效力を有するに過ぎず。
- (二)留置権に依りて拒絶し得る給付は常に物の給付なるも、同時履行の抗辯権に依りて拒絶し得る給付は物の給付に限らず其の種類の如何を問ふことなし。
- (三)留置権に依りて擔保せらるる債権は如何なる原因に基きて成立せるやは問ふことなく唯當該の物に關して生じたることを必要とするのみなるに反し、同時履行の抗辯権に依りて保護せらるる債権は同一の雙務契約より生ぜる相互の反對債権に限らる。
- (四)留置権は債権の履行に對する擔保を與ふることを目的とすれども、同時履行の抗辯権は擔保を與ふることを目的とせず何等特別の事情なきに拘らず當事者の一方をして先づ履行を爲さしむることを不公平なりとし公平の觀念に基き認められたるものにして、雙方の債務の履行が同時に爲さるることを目的とす。
- (五)留置権は相當の擔保を供して之を消滅せしむることを得れども(三〇一條)、同時履行の抗辯権に付ては然らず。此の差異の存する理由に付ては或は同時履行の抗辯権は雙務契約に當然附隨する效力なるも留置権は唯公平の觀念に基き認めたるものなるを以て此に其の根據を求むるは正當に非ず。其の根據は寧ろ之を(四)に掲げた理由に求むるを相當なりとす(綜合二二四一頁以下参照)。

同時履行の
抗辯権存立の
要件

三同時履行の抗辯権存立の要件

同時履行の抗辯権の存立には左の要件の存することを要す。

- (一)雙務契約より生ずる雙方の債務が當事者雙方に存在すること 從て假令二人互に債務を負擔するも其の債務が同一雙務契約に基くものに非ざる場合には同時履行の抗辯権を成立せしむることなし(註一)。又雙務契約は當事者雙方が互に對價として給付を爲すべき債務を負擔する契約なるを以て假令同一の雙務契約に因りて成立したる債務と雖其の債務相互間に對價的意義の存在せざる場合には同時履行の抗辯権を發生せしむることなし。例へば有償委任に於て委任者が受任者の支出したる費用を償還せざるも受任者は之を理由として自己の委任事務處理を拒絶し得ざるが如きは是れなり。

雙務契約に於ける雙方の債務は對價的意義を有することを要件とするを以て、債權債務の一方が其の債務者の責に歸すべからざる事由に因る給付不能の爲又は既に辨済其の他の方法に依りて其の目的を達したるが爲消滅したるときは同時履行の抗辯権も亦消滅すべきは當然なり。然れども債務の一方が其の債務者の責に歸すべき事由に因りて履行不能と爲りたる場合に於ては其の債務は損害賠償の債務に變ずるも、此の場合は本來の債務が其の同一性を失ふことなくして唯其の内容を變更したるに止まるものなるが故に同時履行の抗辯権は債務の他の一方と此の損害賠償の債務との對立に於て存續するものとす。雙務契約當事者の一方の債權又は債務が相續讓渡引受等に因り包括的又は特定の第三者に依りて承繼せられたる場合に於ても亦單に當事者たる主體に變更を生ずるに止まり債權又は債務の同一性を失はざるを以て同時履行の抗辯権は右承繼人と他の契約當事者との間に於て尙存續するものとす。之に反し更改は新債務の成立と共に舊債務を消滅せしむるものなるを以て

同時履行の抗辯権も亦消滅するものとす(註11)。

當事者の一方の債権が一部消滅せる場合に於て其の當事者は残存部分を理由として相手方の請求全部を拒絶し得るや。此の場合に在りても其の一部消滅の理由が相手方に依る一部履行に存するときは相手方は未だ債務の本旨に従ひたる履行を爲したるものに非ざるを以て同時履行の抗辯権の尙存在するは明なり(註12)。獨逸學者の所謂不完全履行の抗辯(Erfüllung des nicht vollständig erfüllten Vertrages)即ち是れなり(註13)。又一部消滅の理由が債務者の責に歸すべからざる事由に因る履行不能に存する場合に於ても亦被請求者は其の残存部分の履行を提供するまでは自己の履行全部を拒絶し得るものと解するを正當とす。一部消滅の理由が債務者の責に歸すべき事由に基く履行不能に存するときは之が爲債務は以後其の内容を變して損害賠償債務と爲るに止まり其の同一性を失ふことなきを以て之と相手方の反對債務との間には依然として同時履行の抗辯権の存続することとは債務の一方が全部履行不能と爲りたる場合に付述べたる所と異なる所あることなし。

(註1) 同趣旨大正五年一月二十七日大判民録二二輯二二〇頁。

(註2) 同趣旨大正一〇年六月二日大判民録二七輯一〇四八頁。

(註3) 同趣旨大正一二年五月二十八日大判民録二卷四一三頁、大正六年三月七日大判民録二四輯一六五〇頁。

(註4) 不完全履行の抗辯とは雙務契約當事者の一方の給付が不完全なる爲契約の本旨に適合せざる場合(所謂不完全履行の場合)に於て相手方が自己の債務の履行を拒む權利を云ひ、勿論其の實質に於て同時履行の抗辯と同一にして相異なるものに非ず。唯獨逸普通法に於ける一派の學者が此の二者を區別し兩者其の舉證の責任を異にする點に於て區別の實益ありと爲すなり。即ち同時履行の抗辯に在りては原告が履行を爲したることを證明することを要するも、不完全履行の抗辯に在

りては被告が原告の履行の不完全なることを立證せざるべからざるの差ありと爲すなり。我民法は獨逸民法と同じく不完全履行の抗辯なる獨立の抗辯権を特に認むることなし。不完全履行も亦不履行に外ならざるを以て所謂不完全履行の抗辯は結局同時履行の抗辯に外ならず(綜合二二五三頁以下參照)。

(2) 相手方の債務が辨濟期に在ることを要す(五三三條但書) 第五三三條は單に相手方の債務が辨濟期に在ることを必要とするに止まり雙方の債務が其の本來の履行期を同うすることを要件とせざるを以て、雙方の債務が當事者の特約又は法律の規定に依りて履行期を異にする場合に於ても相手方が履行の請求を爲す當時に於て相手方の債務も亦既に辨濟期に達したるときは同時履行の抗辯を援用することを得るものとす。故に例へば賣買契約に於て賣主が賣買の目的物を買主に引渡す期日を一日買主が其の代金を支拂ふ期日を十五日と定めたる場合に在りては、賣主は買主の目的物の引渡の請求に對し十四日まで同時履行の抗辯権を有せざるも、十五日後に於ては此の抗辯権を有し代金の支拂を受けざることを理由として目的物の引渡を拒絶することを得るなり。

雙方の債務の履行の場所は必ずしも同一なることを要せず(註)。

(註) 同趣旨大正一四年一〇月二十九日大判民集四卷五二二頁。

(3) 相手方が未だ履行を爲さず又は履行の提供を爲さずして履行の請求を爲したることを要す 故に相手方が既に債務の本旨に従ひたる履行又は債務の本旨に従ひたる履行の提供を爲したる場合には同時履行の抗辯権の存せざることは勿論なりとす。單に一部履行を爲せるに止まる場合其他苟も債務の本旨に従ひたる履行を爲さざる場合に於ても亦同時履行の抗辯権は尙存在するものとす(註1)。尤も一部履行又は不完全履行の場

合に於ても其の残存部分僅少なる等其の他四圍の事情に照して同時履行の抗辯権を行使することが信義誠實の原則に反する場合には此の抗辯権を行使することを得ず。對價關係が割合を以て可分的に定められたる場合には單に其の残存部分に對應する部分に付てのみ履行を拒絶し得るものと解せざるべからず(註三)。貸借借備繼續的供給契約に於けるが如く繼續的又は回歸的給付を目的とする債務に於ては、毎時期の相對立する給付に付てのみ同時履行の抗辯権の成立を認むべきや又は甲時期の給付の不履行を理由として乙時期の反對給付を拒絶し得るものと解すべきやに付ては議論の存する所にして、學者或は之を前者に解し或は之を後者に解す。蓋し民法には此の點に付特別の規定を設けず、而も雙務契約に於て雙方の債務が對價的關係に於て存在することを要するは當事者の一方が請求する給付の部分と他方が同時履行の抗辯権を行使して拒絶せんとする給付の部分とが對價的關係に在ることを要するの趣旨に非ず契約より生ずる當事者雙方の債務の各全體が相互に對價的關係に在ることを意味するものなるを以て、當事者間に特約なきときは何れの時期に債務不履行ありたるやを問はず苟も相手方が既に履行期に在る給付を履行するまでは反對給付の履行を拒絶し得るものと解するを正當とす。大審院判例亦右後者の説に據れり(註三)。

雙務契約當事者の一方が債務の本旨に従ひたる履行の提供を爲したるに拘らず他の一方が之を受領することを拒み又は之を受領すること能はざりし場合即ち所謂債權者遲滞又は受領遲滞の場合に於て、此の債權者遲滞に在る當事者は其の後自己の債務の履行を請求せらるるに當り同時履行の抗辯権を有するや否に付ては積極消極の兩説あり、大審院判例は積極説を採るも(註四)、相手方が既に履行の提供を爲し他方が債權者遲滞に附せられたる以上假令履行提供の繼續なしと雖同時履行の抗辯権なきものと解するを正當とす(綜合三五〇五頁参照)。

雙務契約に因り連帶債務又は不可分債務の如き所謂多數當事者の債務の生じたる場合に於ては債權者は各債務者に對して全部の履行を求め得るものなるを以て、債務の本旨に従ひたる全部の履行又は履行の提供あるまでは全部の給付に付同時履行の抗辯権を行使することを得べし。分割債權の場合に於ても亦相手方は數人の反對債務者の全部が履行の提供を爲さざる間は自己の履行を拒絶することを得べし。蓋し然らずとせば雙務契約より生ずる債務の一部の履行に因りて同時履行の抗辯権を消滅せしむるの結果と爲り民法が特に此の抗辯権を認めたる理由を没却せしむるに至るを以てなり。尤も各個の分割給付に對して反對給付も亦分割して之を爲すべき旨の特約ある場合には、其の相對立せる給付の間に於ては此の抗辯権を援用し得るものと解せざるべからず。故に例へば甲及乙が丙より反物十反を代金百圓にて購入する契約を爲したる場合に甲が五十圓を提供して右反物五反の引渡を請求したるときは丙は之に對して代金百圓の支拂あるまで自己の履行を拒絶し得るも、若し當事者間に一反十圓の割合にて甲及乙に五反宛分割して給付すべき旨の特約ある場合には甲が五十圓を提供して右反物五反の引渡を請求したる場合に於ては丙は之を拒絶することを得ざるものとす。

(註一) 同趣旨大正一二年五月二八日大判民集二卷四一三頁、大正六年三月七日大判民錄二三輯三四二頁。

(註二) 大正七年八月一日の大審院判決は不動産の所有權を移轉すべき債務に於て賣主が既に移轉登記を了したる限りは假令引渡なくとも特別の事情なき限り買主は代金支拂に付同時履行の抗辯権を有せざるは當然の事理なる旨判示せり(民錄二四輯一六五〇頁)。蓋し正當なり。

(註三) 明治四一年四月二三日大判民錄一四輯四七七頁。

(註四) 明治四四年一月一日大判民錄一七輯七七二頁、大正六年一月一日大判民錄二三輯一九六〇頁。

四 同時履行の抗辯権の効力

同時履行の抗辯権は延期的抗辯権たる性質を有するに過ぎざるを以て其の効力は攻撃的に非ずして防禦的なり即ち相手方の請求権の行使を俟て始めて之を行使し其の請求を拒絶し得るに過ぎず、而も抗辯権行使の結果は請求権の効力を阻止し得るに止まり請求権の効力を滅却するものに非ず。

同時履行の抗辯権は相手方の請求に對して權利者が之を行使するに因りて始めて請求権の効力を阻止し單に抗辯権の存在のみに因りては相手方の請求権に何等の影響を及ぼさざるを原則とすれども、或場合に於ては抗辯権の存在のみに因りて特種の効果を生ずることなきに非ず。例へば履行遅滞及相殺に付ては同時履行の抗辯権の存在のみに因りて請求権に影響を及ぼすことあるが如きは是れなり。

(1) 相殺の場合 自働債権に同時履行の抗辯権が附著せる場合に於ても相殺に適するや否に付ては議論岐れ、或は之を積極に解する學者あれども、若し此の場合に於ても相殺を許すときは被相殺者は相殺に依りて故なく抗辯権を奪はるの結果と爲り其の不當なること明なるを以て相殺に適せざるものと解するを正當とし之を通過とす(註一)(註二)(綜合4五八三頁参照)。

(註一) 大正三年一月一日三十大判民録二〇輯九二二頁、昭和五年一月二四日大判民集九卷一〇四九頁。

(註二) 獨逸民法は抗辯事由の存する債権は相殺を爲すことを得ざる旨の規定を設く(三九〇條)。

(2) 債務者遅滞の場合 債務者の遅滞を生ずる要件として債権に同時履行其の他一般に抗辯権の附著せざることを要するや否に付ては學說岐れ、或は(一)抗辯権附著するときは債務者は遅滞の責に任ぜずと爲し(註一)(註二)、或は(二)永久的抗辯権の附著する場合には遅滞の責に任ぜざるも延期的抗辯権の附著する場合には遅滞の責に任ずるものと爲し、或は(三)抗辯権を行使するや否は債務者の自由なるを以て抗辯権の種類如何を問はず債務者が抗辯権を行使せざるときは遅滞に陥るものにして債務者が單に抗辯権を有する事實存するのみにては遅滞に陥ることを妨げずと爲し、或は(四)延期的抗辯権の種類に従ひ履行期に在らずと観るべき場合と履行期に在りと観るべき場合とに區別すべく、例へば先訴の抗辯権(四五三條)附著するときは債権は履行期に在らずと観るべく同時履行の抗辯附著するときは債権は履行期に在りと観るべしと爲すも、(二)の説を採るを相當とす(綜合3三〇二頁以下、同4五八四頁以下参照)。蓋し同時履行の抗辯権の如き延期的抗辯権が附著するも之を援用せざるに於ては之が爲債権の効力に影響を及ぼすことなきを以て、債務者は履行期の到來と共に債務の履行を爲さざるべからざるにより債務者の遅滞の責を免れしむる謂れなきを以てなり。然れば債務者が遅滞の責を免るるが爲には此の抗辯権を行使することを要するなり。而して後に至り債務者が此の抗辯権を行使したるときは該抗辯権を提出するに十分なる要件の具備したる時に遡及して債務者遅滞の効果を消滅せしむるものとす。

通常抗辯権を行使したるときは請求権は其の効力を阻止せられ従て訴訟に於て裁判官は原告の請求を棄却すべきものなるも同時履行の抗辯権の行使ありたる場合に於ては交換的給付判決を爲さざるべからず(註三)。尤も此の場合に在りても尙原告の請求を棄却すべきものと爲す説あり。

交換的給付判決の爲されたる場合に於て原告が履行の提供を爲すことが單に執行文付與の要件たるに止まるか或は強制執行開始の要件なりやに付ては議論の存する所なるも、執行開始の要件と解するを正當とす(註四)。即ち原告は通常の手續に依りて執行文の付與を受くることを得べく、原告の履行提供の有無は執達吏又は執行

裁判所に於て之が調査を爲すべきものとす(綜合4五八五頁以下参照)。

(註一) 大審院判例亦此の説を採る(大正一〇年六月三日大判民録二七輯一二八七頁、同九年一月二九日大判民録二六輯二五頁、同六年四月一九日大判民録二三輯六四九頁、同四年五月二四日大判民録二一輯七九七頁)。

(註二) 此の説を採る者は或は其の理由として、各當事者は相手方が履行の提供を爲すまで何時にても抗辯權を行使して自己の債務の履行を拒絶することを得る法律上の地位に在るものなるが故に相手方が履行の提供を爲さざるに因り自ら亦履行を爲さざるは法律上正當の理由に基くものと云ふべく從て履行遲滞を生ぜずと爲すなり。

(註三) 獨逸民法は交換的に給付を爲すべき旨の判決を爲すべき旨を規定せり(三二二條)。

(註四) 同趣旨大正五年八月一〇日大判民録二二輯一四二四頁。

第三節 雙務契約に於ける履行不能の效力

第一項 總 說

雙務契約より生ずる雙方の債務の内容とする給付が當初より不能なるときは(當初の不能又は原始不能)雙務契約の無効なることは勿論其の一方の債務の内容とする給付にのみ當初の不能の存する場合に於ても亦雙務契約は無効たるを免れず。蓋し雙務契約に於ける二個の給付は互に牽連關係を有するを以てなり。

雙務契約の一方の債務が其の成立後後發的に履行不能と爲りたる場合に於ては、其の不能が債務者の責に歸すべき事由に因りて生じたと否とに依り該不能が債權關係に及ぼす效力を異にす。即ち履行不能が債務者の責に歸

すべき事由に因りて生じるときは、其の債務は損害賠償の債務に變ずるも債務の同一性を失はざるが故に債務は消滅することなく從つて反對給付の請求權も亦當然消滅せざるは明なり。之に反し其の履行不能が債務者の責に歸すべからざる事由に因りて生じるときは、其の債權は消滅するを以て反對給付の請求權も亦之を消滅せしめ履行不能に因る損失を債權者に歸せしむべきか又は反對給付の請求權は之を存続せしめ履行不能に因る損失を債權者に歸せしむべきかの問題を生ず。此の問題を雙務契約に於ける危險負擔の問題 (Tragung der Gefahr; question des risques) と稱す(註)。

(註) 羅馬法に於ては雙務契約特に賣買に於て其の目的物が事變(Casus)の爲滅失又は毀損したる場合に付買主は其の滅失又は毀損したる範圍に於て自己の債務を免るるも買主は其の代金債務を免れざるものと爲し事變に因りて目的物の滅失毀損の損害を生ずべき可能を危險(Periculum)と稱したるも、獨逸民法は事變なる語を排し債務者の責に歸すべからざる事情(Unstand, den der Schuldner nicht zu vertreten hat)なる語を使用し、我民法亦之に倣ひ「債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由」なる語を使用せり(五三四條乃至五三六條參照)。

第二項 債務者の責に歸すべからざる事由に因る履行不能の效力

一 雙務契約に於ける危險負擔に關する原則及例外

我民法は雙務契約に於ける危險負擔の問題に付第五三六條に原則を掲げ債務の履行不能の危險は債務者之を負擔するものとし、之が例外として第五三四條に特定物に關する物權の設定又は移轉を目的とする雙務契約に於

於ける危險に關する原則及例外

ける危険は債権者之を負擔する旨を規定せり。尤も右二箇條の位置よりのみ觀察するとき第五三四條を以て第五三六條の例外規定と解するに付疑あるが如きも、右二箇の規定の内容に付觀察するとき第五三六條には積極的制限なく其の適用範圍極めて廣汎なるを以て同條を以て危険負擔に關する一般原則を定めたるものと解するを正當とす。然れども又固より異説なきに非ず。

危険負擔に關する民法の規定は任意規定にして當事者は之と異りたる定を爲すことを得べく又取引上之と異りたる慣習ある場合に於て當事者が之に依る意思を有したるものと認むべきときは其の慣習に従ふべきものとす(九二條參照)。

二 特定物に關する物權の設定又は移轉以外の給付を目的とする雙務契約に於ける危険負擔

民法は特定物に關する物權の設定又は移轉以外の給付を目的とする雙務契約に於ては履行不能の危険は債務者之を負擔するものと爲せり(五三六條)。茲に特定物に關する物權の設定又は移轉以外の給付を目的とする雙務契約と云ふは特定物に關する物權の設定移轉を目的とする契約以外の總ての契約を總稱す。故に勞務の供給電力の供給物の使用收益等を目的とする契約は勿論物權以外の權利の移轉を目的とする雙務契約に關しても亦原則の適用あるものとす(註一)。而して第五三六條は廣く第五三四條第五三五條以外の場合に適用するものなるを以て、不特定物の給付を目的とする雙務契約に付其の特定以前に履行不能を生ぜる場合即ち種類債權制限種類債權選擇債權等に在りて物の全部が滅失せる場合には第五三六條の原則に従ふべく又特定物に關する物權の設定又は移轉を目的とする契約に在りても物の滅失又は毀損以外の事由に因りて履行不能を生じたる場合例へば戰爭天災地變等に因りて運送不能に陥りたる如き場合に於ては尙又第五三六條の適用あるものとす(註二)。

特定物に關する物權の移轉を目的とする契約に於ける危険負擔

叙上原則の内容に付ては履行不能が當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因りて生ぜる場合と債権者の責に歸すべき事由に因りて生ぜる場合とに依り異なる。
(註一) 此の點に付ては或は、特定物に關する物權以外の權利例へば債權の移轉を目的とする雙務契約に付ても第五三四條を適用すべきものと爲す異説あれども正當に非ず。
(註二) 此の點に付ても亦或は、物の滅失毀損以外の理由に因りて履行不能を生じたる場合に於ても尙第五三四條を適用すべきものと爲す異説あり。

一 履行不能が當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因りて生じたる場合の效果

特定物に關する物權の設定又は移轉以外の給付を以て雙務契約の目的と爲したる場合に於て當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因りて履行不能と爲りたるときは債務者は其の債務を免ると共に債権者に對して反對給付を請求することを得ず(五三六條一項)。即ち危険は債務者之を負擔するなり。例へば勞務を目的とする雇傭契約に於て勞務者が當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因りて負傷し爲に勞務に服すること能はざるに至りたる場合には勞務者は勞務に服すべき債務を免るるも報酬を請求することを得ざるが如し。故に債権者が未だ其の債務を履行せざる場合に於ては之を爲すことを要せず、債権者が債務者の債務の履行不能前に既に自己の債務を履行せる場合に於ては債権者は債務者に對し不當利得の返還請求權を有すべく又債務者の債務の履行不能を生じたる後債権者が其の不能と爲りたることを知らずして自己の債務の履行を爲したるときは非債辨済に因る不當利得請求權に基き其の返還を請求することを得べし。之に反し債権者が履行不能と爲りたることを知りて反對給付を爲したるときは第七〇五條の適用あるを以て其の返還を請求することを得ず。

履行不能が當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因りて生じたる場合の效果

給付の一部が當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因りて不能と爲りたる場合に於ける效果に付ては民法に特別の規定なし。然れども既に他の部分に於て一部不能が法律行為の内容の可能なる部分に及ぼす效力として述べたる如く、不能が法律行為の一部に存するときと雖其の法律行為は原則として全部無効と爲り唯例外として法律の規定に依り不能の場合のみを無効と認むる場合の外法律行為の内容が可分なる場合に於て不能なる部分を除きたる殘餘の可能部分のみも其の私法上の效果の發生を欲する意思ありと認め得べき場合に於ては法律行為は一部不能の部分のみ無効と爲り殘餘の可能部分は其の效力を有するものと解すべきと同しく（別卷第一民法總則下三五頁參照）、給付が可分なる場合に於て其の一部が履行不能と爲りたるに因り他の一部履行が債權者に利益なく從て契約を爲したる目的を達することを得ざるが如き場合に於ては右一部履行の不能は全部の履行不能の場合と同一に觀察し債權者は債權者より全然反對給付を受くることを得ざるものと解すべく、之に反し不能なる部分を除きたる殘餘の可能部分のみも其の私法上の效果の發生を欲する意思ありと認め得べき場合に於ては債務は其の範圍を減縮し債權者は可能なる殘餘の割合に應じて反對給付を受くる權利を有するものと解すべし（註一）。而して此の後の場合に於て若し反對給付が不可分なるときは債務者は全部の給付を受けたる上其の超過部分に相當する利益は不當利得として債權者に返還すべきものとす（註二）。繼續的給付を目的とする雙務契約例へば貸借借雇繼續的供給契約等に於て給付の一部不能を生じたる場合に於ても亦同様に解すべきものとす。

（註一）此の點に付ては學者或は、之を理論に從ひ解決すべきものとし給付の一部が履行不能と爲りたるに因り全く債權を成立せしめたる目的を達することを得ざる場合と然らざる場合とを區別し前の場合に於ては全部の履行不能と同一の效果を

生じ後の場合に於ては不能ならざる給付の部分に付ては依然として債權關係存続するが故に債務は其の範圍を減縮し債務者は殘餘の給付を爲すことを以て足ると共に相手方に對し之に應じて比例的に減少したる反對給付を請求する權利を有するものと主張す。

（註二）此の點に付ては異説ありて、此の場合に在りては反對給付の價額を見積り債務者の可能給付の割合に應じて金錢給付を爲せば足ると主張す。

2 履行不能が債權者の責に歸すべき事由に因りて生じたる場合の效果

履行不能が債權者の責に歸すべき事由に因りて生じたる場合の效果

特定物に關する物權の設定又は移轉以外の給付を以て雙務契約の目的と爲したる場合に於て債權者の責に歸すべき事由に因りて履行不能と爲りたるときは債務者は其の債務を免れ且反對給付の請求權を有するも其の債務を免れたるに因りて得たる利益は之を債權者に償還することを要す（五三六條二項）。例へば或劇場に出演すべき契約を爲したる俳優が劇場主側の失火に因り劇場の焼失したる爲出演不能と爲りたる場合或は雇傭契約に於て使用者の責に歸すべき事由に因り勞務を爲すこと能はざるに至りたる場合に於て、右俳優は出演の債務を免かるも出演料に對する請求權を失ふことなく又勞務者は勞務を爲すべき債務を免かるも報酬請求權を喪失することなし（註一）と雖、右の場合に於て俳優若し勞務者が右債務を免れたるに因りて節約し得たる費用の如きは其の債務を免れたるに因りて得たる利益として之を劇場主若し使用者に償還することを要するが如き是れなり。是れ蓋し履行不能が債權者の責に歸すべき事由に基く場合に於ては過失ある債權者をして反對給付を爲すべき債務を免れしむるの理由なきを以てなり。茲に債權者の責に歸すべき事由に因りて履行不能と爲りたるときと云ふは債權者の故意又は過失に因り債權者が債務者の履行不能に原因を與へたることを云ふ（註二）。故に

債権者が特別の法律關係に基き債務者に對して注意を用ふべき義務を負担せる場合債務の履行を不能ならしめたる債権者の行爲が不法行爲を構成する場合は勿論、債権者は債務者に對し債務の履行を不能ならしめざる義務を負担することなしと雖苟も債権者の故意過失に因り債務の履行を不能ならしめたるものが信義の觀念に反する場合に於ては、凡て債権者其の責を負はざるべからず。唯問題と爲るは債権者の受領遲滞後に當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因り履行不能と爲りたるときも亦債権者の責に歸すべき事由に因り履行不能と爲りたるものと云ふことを得べきやの點なり。此の問題に付ては議論の存する所なれども、債権者の受領遲滞は債権者の責に歸すべき事由なるを以て、此の遲滞以後に於て生じたる履行不能は結局債権者が其の原因を與へたるものなるにより債権者に於て此の危険を負担すべきものと爲さざるべからず。従て之を積極に解するを正當とす(綜合一五二三頁註一参照)。

而して以上債権者の責に歸すべき事由に因りて履行不能と爲りたる場合に於て債務者をして債務を免れしむるも反對給付の請求權を失はしめざるは履行不能が債権者の責に歸すべき事由に基くが爲なり。然れども債務者が自己の債務を免れたるに因りて利益を得たる場合に於て之を債務者に保有せしむるときは不當利得を生ずるを以て其の利益は危険負擔を爲したる債権者に之を償還せしむることが公平の觀念に適す。茲に於てか民法は自己の債務を免れたるに因りて利益を得たるときは之を債権者に償還することを要すと規定し、債務者に利益償還の債務を認め其の反面に債権者をして債務者に利益の償還を請求し得る權利を附與したるものなり。従て此の權利は直接に法律に基く獨立の請求權にして雙務契約より生ずる請求權に非ず。故に債権者は反對給付を爲し債務者は其の債務を免れたるに因りて得たる利益を償還することを要し反對給付の請求權と利益償還請求

權とが同時履行の關係に立つものに非ず。然れども雙方の給付が同種のものなる場合に於ては相殺を爲し得るは勿論なり。尙此の利益償還請求權は民法第七〇三條以下に規定せる所謂不當利得返還請求權に非ず。蓋し債務者の得たる利益は債権者の財産又は勞務に因りて受けたるものに非ず又之が爲債権者に損失を及ぼしたるものにも非ざるを以てなり。従て此の請求權に付ては民法第七〇三條以下の規定の適用なきは勿論なり。

債権者が償還を請求し得る利益は債務者が其の債務を免れたるに因りて得たる利益なり。債務者が其の債務を免れたるに因りて得たる利益とは要するに債務の免脱と利益との間に因果關係ある利益を云ふ。故に例へば債務者が債務を免れたるに因りて節約し得たる費用(註三)債務者が債権の目的を達すること能はざるに至りたるが爲に取得したる利益(註四)債務者が債務を免れたるに因り本來其の債務履行の爲に用ふべかりし勞力を他に使用したるに因りて取得したる利益(註五)(註六)等の如きは右債務を免れたるに因りて得たる利益なりと云ふことを得べし(綜合一五二二頁以下参照)。

(註一) 同趣旨大正四年七月三一日大判民錄二一輯一三五六頁。

(註二) 債権者の責に歸すべき事由の意義に關しては解釋上議論の存する所にして或は(一)之を債権者の故意又は過失の意なりと爲し、或は(二)債権者が客觀的に履行不能に對して原因を與へたるのみならず其の原因を與へたるものが主觀的に亦債権者の故意又は不注意に基ける場合を意味すと爲し、或は(三)債権者が法律上又は契約上の義務に違反したる場合又は債権者が不法行爲を爲したる場合のことを意味すと爲し、或は(四)債権者側に於て或容態存せざれば債務者側に於ける履行が可能なりしならんと考へられ而も其の容態は債権者が之を避止し得たりしなるべしと認めらるべき場合のことを指すと爲し、或は(五)債権者に受領義務を認むる見地に立脚しつゝ(二)の說の表現の形式を採用せんとするなり。

履行不能及債務者之責任
債權者及債務者雙方の責任に歸すべき事由に因りて生じたる場合に於ては我民法には何等特別の規定なし。従て理論に依りて之を決するの外なし。而して此の場合に於ては一面債務者の責任に歸すべき事由に基く履行不能に屬するものと云ひ得るを以て、債權者は第四一五條後段及第四一八條に則り損害賠償の請求權を有し又第五四三條に依り契約の解除を爲す權利を有すべく、他面債權者も亦履行不能に付責任あるを以て債務者は反對給付を受くる權利を失ふものに非ず。故に若し債權者が契約の解除を爲したるときは債務者の反對給付請求權は消滅するに至るも、若し債權者が損害賠償を請求したるときは債務者は反對給付を請求することを得るものと解する説あり(綜合一五二四頁註六參照)。

3 履行不能が債權者及債務者雙方の責任に歸すべき事由に因りて生じたる場合の効果

履行不能が債權者及債務者雙方の責任に歸すべき事由に因りて生じたる場合に於ては我民法には何等特別の規定なし。従て理論に依りて之を決するの外なし。而して此の場合に於ては一面債務者の責任に歸すべき事由に基く履行不能に屬するものと云ひ得るを以て、債權者は第四一五條後段及第四一八條に則り損害賠償の請求權を有し又第五四三條に依り契約の解除を爲す權利を有すべく、他面債權者も亦履行不能に付責任あるを以て債務者は反對給付を受くる權利を失ふものに非ず。故に若し債權者が契約の解除を爲したるときは債務者の反對給付請求權は消滅するに至るも、若し債權者が損害賠償を請求したるときは債務者は反對給付を請求することを得るものと解する説あり(綜合一五二四頁註六參照)。

(註三) 例へば使用者が勞務者をして勞務に服すること能はざるに至らしめ又は注文者が請負人の仕事を不能ならしめたる場合に於て勞務者が勞務の爲に要する費用を節約し得たる如き場合は是れなり。

(註四) 例へば家屋の賃借人が其の家屋を毀損したるが爲全然住居に適せざるに至りたる場合に於て賃借人が之を物置として賃貸し其の賃料を得たる如き場合は是れなり。

(註五) 例へば勞務者が他の勞務に従事して報酬を得請負人が其の材料を用ひて他の注文に應じ報酬を得たる如きは是れなり。

(註六) 債務者が債務を免れたるに因り本來其の債務の履行の爲に用ふべかりし努力を他に使用したるに因りて取得したる利益も亦之を債權者に償還することを要するものなりや否に付ては議論あり。此の利益も亦之を債權者に償還することを要するものと解するを正當とすれども、或は此の場合は特別の原因に基く利益なり償還を要する利益は債務の免脱と相當因果關係を有する利益ならざるべからず而も此の場合の利益は相當因果關係なき利益なるを以て之を償還することを要せざるものと解する説あり(綜合一五二四頁註六參照)。

特定物の設定又は移轉を目的とする契約に於ける危険負擔の歸屬
特定物の設定又は移轉を目的とする契約に於ける危険負擔の歸屬

くし。

三 特定物に関する物權の設定又は移轉を目的とする雙務契約に於ける危険負擔 1 危険負擔に関する主義

特定物に関する物權の設定又は移轉を目的とする雙務契約に於て何人が危険を負擔すべきやの問題に付ては從來立法の主義種種に岐る。即ち(一)債權者主義(二)債務者主義(三)所有者主義(四)分擔主義は是れなり。而して(一)債權者主義は債權者が危険を負擔するものと爲すものにして、例へば賣買契約に於て其の目的物が債務者たる賣主の責任に歸すべからざる事由に因りて滅失又は毀損したるときは賣主は債務を免れ又は毀損したる状態に於て物を給付すれば足るも債權者たる買主は尙全部の代金を支拂ふことを要するものと爲す主義なり。此の主義は其の源を羅馬法に發し我民法は此の主義に従ひ(五三四條)佛蘭西民法(一一三八條)瑞西債務法(一八五條)獨逸普通法其の他佛蘭西法系の立法亦之を採用せり。(二)債務者主義は債務者が危険を負擔するものと爲すものにして、例へば賣買契約に於て債務者たる賣主は債務を免れ又は毀損したる状態に於て物を給付すれば足ると同時に債權者たる買主も亦之に應じて自己の支拂ふべき代金債務の全部又は一部を免れ結局目的物の滅失又は毀損は債務者の責任に歸するものと爲すの主義なり。此の主義は獨逸民法(三二三條)之を採用せり。尤も此の主義を採る立法に於ては給付不能が當事者雙方の責任に歸すべからざる事由に因りて生じたる場合に於てのみ危険は債務者が負擔するものと爲すなり。従て此の主義に依るも給付不能が債權者の責任に歸すべき事由に因りて生じたる場合に於ては危険は固より債權者之を負擔すべきことと爲すなり(註二)。(三)所有者主義は又之を物權者主義と云ひ契約の目的物の上に物權又は所有權を有する者が其の目的物の滅失又は毀損の危険を負擔する

ものと爲すものにして、例へば賣買契約の場合に於て賣主が尙目的物の所有権を有する場合には其の物の滅失は賣主の損失に歸し其の代金を請求することを得ず之に反し目的物の所有権が買主に移轉せる場合には其の物の滅失は買主の損失に歸し賣主は代金の請求権を失はずと爲す主義なり。即ち此の主義は所有權移轉の時を以て初めて危険を債權者に移すの主義にして英吉利法の認むる所なりとす。(四)分擔主義は債權者及債務者が危険を分擔すべきものと爲すものにして立法論として主張せられたるに止まり立法上未だ此の主義を採用したるものあることなし。

2 危険負擔に關する各主義の根據

イ 債權者主義の根據

此の主義の根據に關する主なる學說を擧ぐれば左の如し。

(一) 履行擬制說 此の說に依れば債務者の責に歸すべからざる理由に因りて履行を爲すこと能はざる場合は擬制に依りて履行ありたるものと看做さるるを以て債權者に對して反對給付を請求し得るものと爲すなり (Wichter, Fuchs, Koga 等)。

(二) 債務獨立說 此の說は雙務契約より生ずる雙方の債務は其の發生以後に於ては各獨立するが故に一方の債務の目的たる給付が當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因りて不能と爲りたる時は其の債務者のみが債務を免るるに止まり他方の債務の運命に影響せず他方の債務は尙之を履行することを要すと爲すなり (Dabinburg, Bruns, Madai 等)。

(三) 買主は目的物より利益を取得するが故に損害も亦負擔すべきものと爲す說 此の說は「利益の歸する

危険負擔に關する各主義の根據

所損失も亦歸す」(Uti emoruntum ibi omnia)なる格言に立脚するものにして、即ち一旦賣買成立したる以上は其の成立の後其の履行に至るまでの間に生じたる物の増加改良等其の他自然的價格の騰貴に因り生じたる利益は總て債權者たる買主に歸すべきものなるを以て從て又其の目的物に付物理上經濟上生じたる損失も亦買主の負擔に歸すべきものなりと爲すなり(佛蘭西法に於ける通說なり)。

(四) 財産移轉說 賣買契約に依り賣主は單に其の契約の目的物を引渡すべき債務を負擔するに止まらず該目的物は契約の完成と同時に債權者に移轉するものなれば債權者たる買主が之に關する危険を負擔すべきものなりと爲すなり(Kunze, Windscheid, Puchta 等)。

(五) 債務者たる賣主若し賣買契約を爲さざりせば其の目的物を他に處分することに因りて危険を免れ得たるべきも賣買契約を爲したるが爲其の目的物を處分し得ざる制限を受くるに至りたるものなるが故に債權者たる買主に危険を負擔せしむべきものなりと爲す說(Ragelsberger, Thering 等)。

(六) 過失說 此の說は賣買は其の成立と同時に履行せらるるを通例とす故に賣主の履行を遅延せしむるは買主が之を受領せざるに因るものと看做すべきものにして之れ全く買主の過失に基くものなり從て買主をして危険を負擔せしむることを要すと爲すなり(Vangerow, Thering 等)。

(七) 沿革說 此の說は危険債權者に在りとの原則が希臘法より羅馬法に傳來したる沿革上の理由に基き認めらるるに過ぎずと爲し(Hofmann)、或は古代に在りては賣買の締結は當事者雙方が互に現實に給付を爲すことに依りて爲され從て買主は賣買の締結と同時に所有權を取得し又同時に危険を負擔したるが後に至り賣買の締結と其の履行とが分離せられ從て賣買契約の履行として物の引渡を爲す事に依り茲に始めて所有權買主に移轉

するに至りたるも尙依然として従來の沿革に従ひ契約締結の時より危険の負擔買主に在るものと爲す (Karl v. Perrice 等)。

債權者が危険を負擔する理由に關しては以上の如く學說區區に岐るれども、要するに右諸説は或は擬制を以て説明し、或は既に説明したる雙務契約に於ける債務の牽連性を否定し、或は其の意義漠然として明瞭に理解し難き格言に立脚し、或は物權契約と債權契約との區別を無視する等其の根據として擧ぐる理由一も之を首肯し得るに足るものなきが故に債權者主義を正當視すべき立法上の理由は之を是認し難し。

債務者主義の根據

債務者主義は主として雙務契約の牽連性及公平の理由を其の根據とするものにして、即ち一方の債務が債務者の責に歸すべからざる事由に因りて履行不能と爲りたるに拘らず相手方に對し反對給付を請求し得べしとするときは雙務契約の牽連性に反すべく、又債權者主義の根據とせらるる物の増加改良等其の他自然的價格の騰貴に因り生じたる利益が債權者たる買主に歸する事實は之が爲に他方に於て毫も債務者たる賣主に對する損害と爲るものに非ざるに拘らず反對に目的物の滅失したる場合に債權者たる買主をして代金の支拂を爲さしむるは是れ實に買主に意外の損害を被らしむるものにして公平の觀念に反すと云ふに在るなり。惟ふに雙務契約に於ける各當事者は互に自己の爲すべき給付と交換的に相手方より給付を受くることを期待する意思を有するものなるを以て、當事者の一方が當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因りて給付を爲すこと能はざるに至りたる場合に於ては相手方に對して反對給付を請求することを得ざるものと爲すことが寧ろ當事者の意思にも合し公平の觀念にも適合するものと云はざるべからず。從て此の債務者主義を以て理論上並に實際上當を得たるも

のと爲さざるべからず。

所有者主義の根據

ハ所有者主義の根據

所有者主義は「事變に因る損害は所有者之を受く」(Cuius Sedit Dominus)なる格言を根據とするものなり。然れども此の格言は物の消滅の結果所有者が其の所有權を失ふことを指稱せるものにして其の所有權の消滅の結果如何なる影響を他の法律關係に及ぼすかを決定するものに非ず、危険負擔の問題は雙務契約より生ぜる一方の債務が給付不能と爲りたる場合に相手方が反對給付を爲すことを要するや否の問題なるを以て、右格言の理を以て危険負擔の問題を律せんとするは全く其の理由なきものと云はざるべからず。加之此の主義に依るときは他人の物の賣買の如き場合に於ては危険負擔者を定むることを得ざるの結果を生ず。

分擔主義の根據

二分擔主義の根據

分擔主義は公平上の理由を其の根據とするものにして實際上に於ては妥當なる結果を生ずるものならんも、其の分擔の割合を定むるに付困難なる問題を生じ理論上より此の問題を解決すること亦困難なるを以て固より採用し難し。

我民法の主義

3 我民法の主義

叙上諸主義の中我民法は債權者主義を採用し、特定物に關する物權の設定又は移轉を以て雙務契約の目的と爲したる場合に於て其の物が債務者の責に歸すべからざる事由に因りて滅失又は毀損したるときは其の滅失又は毀損は債權者の負擔に歸するものと爲せり(五三四條一項)。

我民法が叙上の諸主義中債權者主義を採用したる理由に關しては學者間議論の存する所にして、或は理論上所

有者主義を正當とし而して我民法に在りては賣買契約成立と同時に目的物の所有權は債權者に移轉するを原則とするを以て債權者は所有者として危険を負擔するものと爲し、或は曩に説明したる如く「利益の歸する所損失も亦歸す」なる原則に基くものと爲すなり。惟ふに所有者主義の正當ならざることは既に説明したる如くなるのみならず賣買契約成立と同時に目的物の所有權が債權者に移轉するを原則とするは獨立なる物權契約を認めざるに因るものにして寧ろ我民法の解釋上に於ても賣買契約其のものに依りては所有權は買主に移轉するものに非ずと解するを正當と爲すべきが故に右掲記の前説は固より正當に非ず。後説は利益の取得を以て危険負擔の原因と爲せども、目的物に關する利益中物の自然的増加は常に必ずしも債權者に歸せざるべからざるの必要理論上存せざるが故に之を以て危険債權者に在りとの根據と爲し得ざるのみならず、民法は未だ引渡さざる賣買の目的物の果實は賣主に屬するものと爲せるを以て(五七五條一項)此の點より見れば寧ろ債務者に於て危険を負擔せざるべからざるの理なり、又物の自然的増加若は價格の騰貴下落は契約の際當事者の豫想する所にして取引上の價格は此等通常の變動を考慮の上定むるものなるを以て、債權者たる買主は物の自然的増加又は價格の騰貴に因る利益を受くると共に物の自然的減少又は價格の下落の場合に於ける損失を負擔するは取引上當然の現象にして此の種の危険は當事者の常に負擔すべき所にして必ずしも債權者のみの負擔すべき所に非ず、而も目的物の價格騰貴に因る利益に對應するものは價格下落に因る損失なるに拘らず債權者主義は更に夫れ以上物の滅失毀損に因る損失をも負擔せしめんとするものにして正當に非ず。從て後説も亦固より採用すべきに非ざるも、我民法は恐らく羅馬法及佛蘭西民法等の沿革上竝に叙上「利益の歸する所損失も亦歸す」なる原則に基き債權者主義を採用せるものと解するの外なかるべし。

4 我民法に於ける債權者主義の適用

1 危険負擔の要件

我民法に於ける債權者主義の適用の要件

民法第五三四條の規定の適用あるが爲には左の要件の具備することを要す。

(a) 雙務契約が特定物に關する物權の設定又は移轉を目的とするものなることを要す 故に所有權を移轉することを目的とする場合のみならず地上權永小作權地役權等の設定又は移轉を目的とする場合にも亦右規定の適用あるものとす。然れども此の規定は例外規定にして且理論上正當のものと云ふことを得ざるを以て物權以外の權利例へば債權又は無體財產權等の設定又は移轉を目的とする雙務契約に對しては右規定の類推適用を認むべきものに非ず(註一)。而して茲に所謂雙務契約は主として賣買交換を指せども、組合契約も亦雙務契約なるを以て組合員が出資として特定物の給付を爲すべき債務を負擔する場合に於ても亦右規定の適用あるものとす。而して特定物に關する物權の設定又は移轉を目的とする限り總て右規定の適用を受くべきものなるを以て、設定又は移轉すべき物權が債權者に屬することを要せず(註二)。故に例へば他人の物の賣買に於けるが如く債務者が他人の物を給付すべき債務を負擔せる場合に在りても債權者は其の危険を負擔せざるべからず。而して此の場合債權者又は債務者が他人の物なることを知ると否とは之を問ふことなし(註三)。

(註一) 此の點に付ては或は、民法第五三四條は物に關する又は物に關せざる特定の既存債權の移轉を以て目的と爲したる場合をも包含するものと爲す異説あり。

(註二) 此の點に付ては異説ありて、他人の物の賣買に於ける危険負擔に對しては民法第五三四條の適用なく第五三六條第一項の規定に従ひ債務者たる賣主に於て危険を負擔するものと爲すを理論上竝に實際上に於て正當なりと主張す。

(註三) 他人の物の賣買に於ける危険負擔の問題に關し獨逸普通法に於ては議論の岐るる所なるも通説は賣主が悪意なる場合を除き危険は買主之を負擔するものと爲すなり。

(b) 目的物が債務者の責に歸すべからざる事由に因りて滅失又は毀損したることを要す 茲に所謂物の滅失又は毀損とは物が物理的に滅失又は毀損する場合のみならず一般取引觀念上又は社會通念上物の滅失又は毀損と認め得らるる場合をも包含するものとす。故に例へば物が紛失盜難又は沈没等の原因に因りて回復不能と爲り或は目的物が土地收用法に依り收用せられたるが如き場合は尙物の滅失と同一視することを得べく(註)又物の形狀品質等に變更を生じたるが如き場合は尙物の毀損の場合に屬するものと解すべし。而して民法第五三四條第一項は物の滅失又は毀損と云ひ履行不能と云はざるを以て、債權者が危険を負擔するは契約に於ける目的物自體が滅失又は毀損することに因り爲に給付不能の生じたる場合ならざるべからず。故に例へば暴風雨洪水地震戦争等の如き事由に因りて給付の不能を生ずるも目的物自體に付不能の原因存在せざる以上右規定の適用なく寧ろ原則規定たる第五三六條の適用あるものとす。

(註) 同趣旨昭和二年二月二五日大判民集六卷二二六頁。

(c) 債務者の責に歸すべからざる事由に因りて契約の目的物が滅失又は毀損したることを要す 茲に債務者の責に歸すべからざる事由と云ふは債務者の故意又は過失に基かざることを云ふ。而して債務者が履行遲滯に在るときは假令其の目的物が不可抗力に因りて滅失毀損したる場合と雖、尙債務者の責に歸すべき事由に因るものと解すべきものとす。叙上の如く目的物の滅失又は毀損は債務者の故意又は過失に基かざることを要するを以て、目的物が不可抗力に因りて滅失毀損したる場合又は第三者若は債權者の行爲に因りて滅失毀損し

たる場合に於ても債權者は危険を負擔すべく、假令債務者の行爲に因りて物の滅失又は毀損を生ぜる場合に於ても債務者の故意過失に基因せざる場合には尙危険は債權者之を負擔すべきものなるも、債務者の責に歸すべき事由に因る目的物の滅失又は毀損の場合及當事者雙方の責に歸すべき事由に因り履行不能と爲りたる場合に於ては右規定の適用なきものとす。

(d) 契約の目的物は特定することを要す 債權者が危険を負擔するには契約の目的物が特定せる場合即ち特定債權に限る。従て不特定物に關する物權の設定又は移轉を目的とする雙務契約に在りては種類債權の目的物が特定したる後に於て其の特定したる債權の目的物の滅失又は毀損したる場合にのみ右規定の適用あるものとす。而して種類債權の目的物の特定は第四〇一條第二項の規定する所に從ひ債務者が物の給付を爲すに必要なる行爲を完了することに因り或は當事者の契約に依り其の給付すべき物を指定することに因りて生ずるも(五三四條二項)、其の他の原因に因りて特定を生じたる場合に於ても尙同一に解すべし(註一)。

選擇債權の場合に付ては民法に何等の規定を設けず。然れども民法が種類債務の場合に付目的物の特定を以て危険負擔の時期と爲せる以上選擇債權の場合に於ても亦其の給付が選擇權の行使又は給付の不能若は當事者間の契約に因りて特定したる後に於て其の特定したる債權の目的物の滅失又は毀損したる場合にのみ第五三四條第一項の適用あるものと解するを正當とす。所謂制限種類債權の場合に付ても亦右に準じ其の目的物が特定したる時より右規定の適用あるものと云はざるべからず(制限種類債權の性質に付ては別卷第四債權總論四三頁以下參照)。

數量不明なる特定物を一定割合の代金を以て賣買する場合(此の種の賣買を *Ratio ad mensuram* と稱す)に在

りては契約の目的たる物が特定せる場合に屬するを以て尙右規定の適用を受け、計算に依りて代價の確定する以前に於ても危険は債權者之を負擔すべきものと解せざるべからず(註二)。

(註一) 種類債權に在りても種類に屬する物の全部が滅失する場合なしとせず又制限種類債權に在りては給付すべき物の屬する一定の範圍が全部滅失することあるべし。此等の場合に於て其の滅失が債權者の責に歸すべからざる事由に因りて生じたるときは尙危険負擔の問題を生ずべし。然れども此等の場合は孰れも其の目的物未だ特定せざるが故に第五三四條第一項の適用あることなく從て第五三六條第一項に則り債權者に於て其の危険を負擔すべきものと爲るなり。

(註二) 獨逸普通法に於ては斯の如き買買は未だ完成せざる買買なりと爲し從て計算に依りて代價の確定するまでは危険は買主に於て負擔すべきものと爲せり。

危険負擔の效力

□ 危険負擔の效力

危険負擔に關する叙上の要件具備するときは履行不能に因る危険は債權者之を負擔すべく、從て債權者は全然給付を受くることを得ざるか又は毀損したる状態に於ける目的物の給付を受け得るのみなるも自己は其の負擔する反對給付の全部を債務者に對して爲すことを要するなり。然れども債務者が目的物の滅失又は毀損の結果債務を免れたるに因り利益を得たるときは之を債權者に償還せざるべからず。蓋し此の點に付ては民法には第五三六條第二項の如き規定を設けざれども債務者をして其の利益を保有せしむることは債務者をして不當に利得せしむるの點に付ては、兩者の間何等異なることなく兩者を區別すべき理由更に存することなし。故に此の場合に於ても亦右の規定を類推適用し債權者に償還請求權あるものと解するを正當とす(註三)。故に例へば債務者が債務を免れたるに因り節約することを得たる費用の如きは之を債權者に償還すべきものとす(綜合一五二五頁)

参照)。此の償還請求權は債權者の負擔する反對債務と對價的關係に立つものに非ざるを以て、右兩者の間には第五三三條の適用を受くべき雙務關係存することなし。尙債務者が目的物の滅失又は毀損を生じたる事由に因りて其の物の代償たるべき物又は權利を取得したるときは之を債權者に引渡し又は讓渡することを要す。即ち此の場合に於ては債權者は所謂代償請求權を有するなり。而して此の代償の引渡し又は讓渡は本來の債務者の給付に代るべきものなるを以て、右債權者の代償請求權は其の反對債務に對し第五三三條の適用を受くべき雙務的關係に立つものと解すべし。

同一物に付數個の雙務契約を爲したる場合例へば甲が其の所有の特定物を乙に賣渡したる後更に之を丙に賣渡したる場合に、其の孰れの債權者に對しても未だ履行を爲さざる間に當事者の孰れの責にも歸すべからざる事由に因りて其の物が滅失又は毀損したるときは其の結果如何。此の問題は所謂二重賣買に於ける危険負擔として學者間に議論の存する所にして、或は(一)第一の債權者のみに危険を負擔せしむべしと爲し、或は(二)第二の債權者が悪意なるときは之をして危険を負擔せしむべく然らざるときは第一の債權者をして負擔せしむべしと爲し、或は(三)總ての債權者をして各危険を負擔せしむべしと爲し、或は(四)數人の債權者が連帶して危険を負擔すべきものと爲し、或は(五)孰れの債權者が危険を負擔するやば債務者の選擇に依りて定まるものと爲し、或は(六)孰れの債權者も危険を負擔することなく危険は債務者之を負擔すべきものと爲すなり。惟ふに民法第五三四條の規定は一個の雙務契約のみの存する場合に適用せらるる例外規定にして數個の雙務契約の存在する場合に之を豫想せざりしものなるを以て、斯の如き場合は寧ろ民法第五三六條第一項の原則に立歸り債務者が危険を負擔するものと解するを妥當と信す。即ち叙上(一六)の説を正當とし又之を多數説とす。

(註) 同趣旨昭和二年二月二十五日大判民集六卷二三六頁。

八條件附雙務契約に於ける危険負擔

(A) 停止條件附雙務契約の場合

(a) 特定物に關する物權の設定又は移轉を目的とする停止條件附雙務契約の場合 雙務契約が停止條件附なる場合に於て其の條件成就以前に契約の目的物が滅失したるときは第五三四條の規定の適用なきものとす(五三五條一項)。從て此の場合に在りては債務者は反對給付の請求權を有せず。右第五三五條第一項の規定を設けたる立法上の理由に關しては種種の見解ありて、或は(一)條件成就前に生ずる給付不能は原始不能なり故に條件成就するも契約は原始不能の給付を目的とするが故に其の效力を生ぜず從て債權は發生せざるが故に危険負擔の問題を生ずる餘地なく第五三四條を適用することを得ざるは云ふを俟たずと爲し、或は(二)我民法の主義に依れば一方に於て停止條件附法律行為は條件の成就に因りて其の效力を生ずると同時に他方に於て目的物の存在することは之に關する物權の設定移轉を目的とする契約成立の要件を爲すものなれば條件の成就前に生じたる目的物の滅失は契約關係を不成立にらしむるの效果を生ずるを以て目的物の滅失は契約關係を根本より消滅せしむるものなりと爲し、或は(三)民法が斯の如き規定を設けたるは此の場合に於ける不能を以て後發的不能と爲したるも條件成就以前に在りては未だ所謂條件附權利義務(所謂期待權)を生ずるに止まり當事者の目的としたる債權債務は發生せざるものなるが故に單に條件附權利(所謂期待權)を有するに止まる者をして普通の債權者と同なる危険を負擔せしむるは酷に失するものとし單に毀損のみに付危険を負擔せしむるに止めたるものなりと爲すなり。(三)の説に賛す。

第五三五條第一項の規定は前條が其の適用を債務者の責に歸すべからざる事由に因りて滅失又は毀損したる場合のみに限れることと對照するときには前條と同様債務者の責に歸すべからざる事由に因りて目的物の滅失したる場合に付てのみ其の適用あるものにして、目的物が債務者の責に歸すべき事由に因りて生じたる場合には其の適用なきものと解せざるべからず。尤も此の點に付ては、目的物の滅失が何人の責に歸すべき事由に基因するかを問はざること一般原始不能の場合と同一なりと主張する説あれども採用し難し。然らば債務者の責に歸すべき事由に因りて目的物の滅失したる場合に於ける效果如何。此の點に付ては民法に特別の規定なし。或は條件成就以前に於ける履行不能を以て原始不能と爲し此の場合に於て爾後條件の成就を生ずるも雙務契約は其の效力を生ぜざるも此の場合に於ける履行不能は債務者の責に歸すべき事由に因りて生ぜざるものなるが故に債權者は條件成就の場合第一二八條に依りて損害賠償を請求し得べしと爲す説あれども、原始不能存する場合に法律行為の不成立を來し從て又期待權(若は條件附權利)成立することなし。故に寧ろ右の場合には法律行為成立以後に於ける後發不能にして其の不能は法律行為の成立自體には何等の影響なく從て爾後條件の成就したる場合に於ては債權者は債務不履行に因る損害賠償請求權(四一五條參照)を有すべく又履行不能を理由とする契約の解除權(五四三條參照)を有するものと解するを正當とす。

雙務契約が停止條件附なる場合に於て其の條件成就以前に契約の目的物が債務者の責に歸すべからざる事由に因りて毀損したるときは債權者危険を負擔す(五三五條二項)。故に條件が成就したるときは債權者は毀損したる状態に於て目的物を受領するに過ぎざるに拘らず全部の反對給付を爲すことを要するなり。蓋し民法は條件附權利者をして滅失に對する危険を負擔せしむるは酷に失するも毀損の場合に於ては然らず寧ろ危険を債權者に

負擔せしむるを以て妥當なりと爲したるに因るなり(註)。

次に停止條件の成就以前に契約の目的物が債務者の責に歸すべき事由に因りて毀損したるときは債権者は條件成就の場合に於て其の選擇に従ひ契約の履行又は其の解除を請求することを得べく又損害賠償の請求を爲すを妨げず(五三五條三項)。停止條件の成就以前に債務者の責に歸すべき事由に因りて目的物を毀損したる場合は債務者の責に歸すべき事由に因る後發の一部不能の場合なるを以て、右規定は危險負擔の問題に屬せず條件附債務の不履行に關する一般法理を注意的に規定したるものに外ならず。然れば右の場合に於て債権者が契約の履行を請求すると共に目的物の毀損に因る損害賠償を請求したるときは自己の債務たる反對給付を爲すことを要するは勿論なり。而して此の場合に於ける損害賠償の性質は民法第四一五條後段の規定に基くものなり。尤も此の點に付ては異説ありて、或は(一)此の場合の損害賠償請求權は第一二八條に依り條件附權利(期待權)の侵害に基く損害賠償たる性質を有するものなりと爲し、或は民法が一部不能なるに拘らず履行の請求を許し而して又別に損害賠償の請求を許せる點より考ふれば民法は特に後發不能の場合に準じて履行に代る賠償請求を許したるものと解するを適當とすべしと主張し結局民法第五三五條に依り特に認められたる賠償請求權なりと爲せども、孰れも此の場合に於ける一部不能を原始不能と爲せる根柢に於て誤あるものにして採容し難し。債権者が契約を解除したる場合に於て之と共に請求し得る損害賠償の性質に付ても亦議論の存する所にして、或は(一)之を第五四五條第三項に規定する損害賠償たる性質を有するものと爲し、或は(二)此の場合の損害賠償請求權の根據は期待權の侵害に外ならずと爲す。(一)の說の如く解するを正當とす。而して以上履行の請求と解除とを選擇する債権者の權利は選擇債權に於ける選擇權に非ざるを以て、債権者が選擇權を行使せざる場

合に於ては債務者は第四〇八條の規定する方法に依りて其の行使を促すことを得ず。故に債務者が其の不確定なる状態を免れんとせば第五四七條の規定に依るの外なかるべし。

(註) 此の點に付ては或は、民法が目的物の滅失と毀損との效果に付差異を設けたる理由は滅失の場合には原始不能にして目的物を缺き契約は無効なるも目的物が毀損せるに過ぎざる場合には目的物は尙存在し條件の成就に依り契約は其の效力を生ずることを得るが故に第五三四條の原則に従ひ債権者が其の危險を負擔することを要するものと爲したるが爲なりと爲す説あり。

(b) 特定物に關する物權の設定又は移轉以外の給付を目的とする停止條件附雙務契約の場合 此の場合に於ては民法第五三六條を適用すべきか將又第五三五條を類推適用すべきかに付ては學者間に議論の存する所に於て、或は第五三五條の規定を準用すべきものと爲し、或は第五三六條を適用すべきものと爲す。惟ふに前説を主張する學者は條件成就以前の履行不能を以て原始不能に屬するものと解するが故に勢ひ第五三五條を準用すべきものと爲さざるべからざるに至りたるものなるも、第五三六條の規定が原則規定にして第五三五條が例外規定なりと解すべきこと既に述べたる如くなる以上、第五三五條に該當せざる場合は原則規定に従ふべきは當然なり。從て後説を正當と爲さざるべからず。而して此の場合第五三六條の規定が適用せらるる結果(一)當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因りて條件成就以前に履行不能を生じたるときは相手方も亦其の不能と爲れる部分に應じて自己の反對債務を免るべく(五三六條一項)、(二)不能が債権者の責に歸すべき事由に因りて生じたる場合には債務者は其の不能と爲りたる限度に於て債務を免るるも債権者は自己の反對債務を免るることなし。但し債務者は自己の債務を免れたるに因りて利益を得たるときは之を債権者に償還することを要する

たり(五三六條二項)。(三)債務者の責に歸すべき事由に因りて履行不能を生じたる場合に於ては特別の明文なきも此の場合の履行不能は後發不能の一場合に屬するを以て債権者は損害賠償の請求(四一五條後段)又は契約の解除(五四三條五四五條三項)を爲すことを得るものと解すべし(註)。

(註) 此の點に關し學者或は、不能が債務者の責に歸すべき事由に基く場合に限りて特に明文なきの故を以て原始不能一般の場合と同様の取扱を爲すは議論の權衡上適當ならざるが故に寧ろ後發不能の場合と同様一方に於て不能給付に代るべき損害賠償債務を發生せしむると同時に相手方をして完全なる反對債務を負擔せしむるに至るものなりと解するを正當とす主張す。

(B) 解除條件附雙務契約の場合

雙務契約が解除條件附なる場合に付ては民法に何等の規定なし。從て解除條件附法律行爲の一般的性質に徴して之を決するの外なし。此の問題に關しては或は解除條件附法律行爲を以て無條件の法律行爲と停止條件附法律行爲との結合なりと爲し第五三四條及第五三五條の規定に依るべしと主張する説あり。然れども我民法は解除條件附法律行爲と停止條件附法律行爲とを全然區別し居ることは第一二七條以下其の他の規定に徴して明白なるを以て右見解に従ふことを得ず。然らば之を如何に解すべきか、惟ふに解除條件附契約の場合に於ては當該契約は成立と共に效力を生じ唯條件が成就するまでは殆ど無條件の契約と同一の效力を有するものなるが故に、其の履行前例へば解除條件附賣買契約の場合に於て賣主が目的物の給付を爲す以前に不能を生じたる時は(註)一般の雙務契約と其の取扱を異にすべき理由あることなし。故に若し解除條件附雙務契約が特定物に關する物權の設定又は移轉を目的とする場合に於て債務者の責に歸すべからざる事由に因りて履行不能を生じた

るときは第五三四條の規定を適用すべく、又若し解除條件附雙務契約が物權の設定又は移轉以外の給付を目的とする場合に於ては第五三六條の規定を適用すべきものとす。然れども解除條件が成就したる時に於ては當該契約は其の效力を失ふが故に反對給付を受けたる者は其の受けたる給付を返還せざるべからず又之を通説とす。之に對する少數の反對説は反對給付は之を返還することを要せずと爲すなり。而して其の理由とする所は通説に在りては反對給付を受けたる者は解除條件の成就に因り反對給付を受けたる法律上の原因を缺くに至るを以て不當利得の返還義務を負ふものと爲すに對し、少數説の主張する所は、或は此の場合に於て反對給付を返還せざるべからずとせば債権者を保護すること厚く債務者を苛酷に遇する結果を生じ取引上に於ける利益の衡平關係を破壊すること爲るが故に斯かる場合に於ては受けたる反對給付は之を返還することを要せずと解すべしと爲し、或は解除條件附法律行爲の性質を單純なる法律行爲と停止條件附法律行爲との結合なりと解し從て物權の設定移轉を目的とする解除條件附雙務契約の效力發生に因る債務に付ては第五三四條の適用あり消滅に因る債務に付ては第五三五條の適用あるものと爲すなり。然れども右少數説の主張は之を採容し難し。解除條件の成就が當事者の特約に因り其の効果を條件成就以前に遡及せしむる場合に於ては(一二七條三項參照)條件の成就に因り初より契約なかりしと同一の効果を生ずるを以て、一旦發生したる危險負擔の効果も亦初より存在せざりしことと爲り、從て給付を受けたる當事者は之を相手方に返還せざるべからざることと爲るなり。而して以上解除條件の成就に因りて生ずる效果に關する問題は解除條件成就に關する法則上の問題にして危險負擔の問題には非ざるなり。

(註) 履行後條件成就前に於て生じたる不能は危險負擔の問題には非ず。例へば解除條件附賣買に於て賣主が其の債務を履行

始期附雙務
契約に於ける
危険負擔

したる後解除條件成就以前に其の目的物が滅失又は毀損するも既に買賣契約上の債権の履行後に屬するを以て危険負擔の問題を生ぜざるは勿論なり。此の場合に於ては唯如何なる範圍に於て返還すべきやの問題を生ずるに過ぎず。

二 始期附雙務契約に於ける危険負擔

民法は雙務契約が始期附なる場合に於て其の期限の到來以前に契約の目的物が滅失又は毀損したる場合に付特に規定を設けずと雖、其の契約が停止條件附にして其の條件の成就以前に契約の目的物が滅失又は毀損したる場合と其の取扱を異にすべき理由毫も之れなきを以て、停止條件附雙務契約に關する第五三五條の規定は之を右の場合に類推適用すべきものと解すべし。

第三項 債務者の責に歸すべき事由に因る履行不能の效力

雙務契約が特定物に關する物權の設定又は移轉を目的とする場合たると其の以外の給付を目的とする場合たるとを問はず總て此の契約より生ずる一方又は雙方の債務に付債務者の責に歸すべき事由に因る履行不能を生じたるときは、債權者は或は第四一五條後段の規定に依りて債務者に對して損害賠償を請求することを得べく或は又第五四三條の規定に依りて契約を解除することを得べく、債權者は右二個の權利の中其の一を選択することを得るなり。而して債權者は契約を解除すると共に尙損害賠償を請求することを得べし(五四五條三項)。雙務契約に於て債務者の責に歸すべき事由に因りて履行不能を生ずる場合に於ける右損害賠償請求權の效力に關しては從來獨逸民法學者間に議論の岐るる所にして、一は交換説(Austausch-od. Subrogationstheorie)と云ひ債務者の責に歸すべき給付不能に因りて生ずる損害賠償は本來の給付に代りて生ずるものなるを以て賠償權利者は給付を不能なら

しめたる債務者に對し全部の損害賠償を請求することを得れども自己も亦其の負擔する反對給付を爲すことを要するものなりと爲し、二は差額説(Differenztheorie)と云ひ債務者の責に歸すべき給付不能に因りて生ずる損害賠償は本來の給付に代りて生ずるものに非ず全雙務契約に代りて生ずるものなるを以て賠償權利者は自己の負擔する給付を爲すべき債務は消滅し單に損害賠償として雙方の給付の差額のみを請求し得るものと爲し、三は折衷説にして債權者は自己の選擇に従ひ全部の履行に代るべき損害の賠償を交換的に請求するか又は差額賠償を請求し得るものと爲し、而して交換説を以て通説と爲す。我民法の解釋としても亦固より交換説を正當と爲さざるべからず。即ち雙務契約より生ずる一方の債務の目的たる給付が其の債務者の責に歸すべき事由に因りて不能と爲りたる場合に於て相手方が其の全部の損害賠償を請求するには自己も亦其の負擔する給付を爲さざるべからず、雙方の債務は共に存續し相手方の債務のみ消滅し單に損害賠償債權のみ殘存するものに非ず(綜合4三八二頁參照) (註IXIII)。

契約が停止條件附なる場合に於て其の條件成就以前に債務者の責に歸すべき事由に因りて履行不能と爲りたる場合に於ける效力に付ては既に述べたるを以て茲には其の説明を省略すべし。

(註II) 我民法の解釋上交換説を正當と爲すべき理由の主なるものとしては(一)債務者の責に歸すべき事由に因りて履行不能と爲りたる場合に於て債務者の負擔する損害賠償の債務は本來の債務が其の同一性を失はず唯其の内容を變じたるに止まるものなれば之が爲に相手方の債務が影響を受くべき理由なく從て雙方の債務は交換的に爲さるべきものなること(二)差額説を採用するときは債權者は契約を解除せずして直に差額を請求し得ることと爲り民法が債權者に對し損害賠償請求權の外別に契約解除權を附與したる趣旨を解することを得ざること(三)交換の如く反對給付が金錢債務に非ざる場合には差

額賠償を求むることを得ざることを三點を舉示することを得べし。

(註二) 我民法の解釋として或は、原則として交換説の結果を採用することを以て妥當なりとし一定の場合(其の主なる場合は(一)一方の給付の不能に因り雙務契約全體が侵害せらるる場合(二)債務者が其の損害賠償義務を辨済するに付十分なる資力なきこと明白なる場合(三)債務者が債権者の爲す反對給付を受領せず又は受領すること能はざる場合(四)債権者の負擔する反對給付が市場價格を有する代替物なる場合之れなり)に於ては差額説に依るを可とすと主張する折衷説あり。

第三款 第三者の爲にする契約の效力

第一節 第三者に對する效力

一 第三者の權利

第三者の爲にする契約に於ける第三者の權利は此の契約を原因とし且第三者の利益享受の意思表示を條件として發生す。即ち契約に依り當事者の一方が第三者に或給付を爲すべきことを約したるときは第三者は債務者(諾約者)に對して直接に其の給付を請求する權利を有すれども、之が爲第三者の權利は右契約の締結と同時に直に發生するものに非ずして第三者の意思表示を條件として發生するものなり。故に第三者の取得すべき權利の内容を定むるものは當事者間の契約にして、第三者は此の定まりたる權利のみを取得することを得べく之に變更を加へて異りたる權利を取得することを得ず。故に例へば當事者が第三者をして一定の負擔を附したる權利を取得せしむることを契約したるときは第三者は其の負擔の附著したる權利を取得することを得べく、其の負擔を除去して權利のみを取得することを得ず。

第三者をして權利を取得せしむると共に第三者の意思に基くことなくして債務を負擔せしむることを得ざるは勿論なれども、第三者の爲にする契約に於て第三者が一定の債務を負擔することを以て其の權利取得の條件と爲すことは之を妨げず。

第三者は第三者の爲にする契約に因り諾約者即ち債務者に對して直接に給付を請求する債權を有するものなるを以て、第三者は右契約に因りて定まりたる範圍内に於て債權者としてのあらゆる權利を有す。従て債務者たる諾約者が債務の履行を爲さざるときは、損害賠償の請求を爲すことを得べく或は其の債權を讓渡し相殺更改を爲し又或は債務の免除を爲すことを得べし。然れども第三者は債權者たるに止まり契約の當事者に非ざるを以て、契約を取消し又は解除することを得ず。

第三者が受益の意思表示を爲し第三者の權利が發生したる後に在りては當事者は之を變更し又は之を消滅せしむることを得ず(五三八條)。是れ蓋し當然の事理なるを以て、此の規定は其の反面に於て第三者が受益の意思表示を爲すまでは其の契約を變更し又は之を消滅せしめ得ることを規定するの趣意に出でたるものと解すべし。但し當事者が別段の定を爲し第三者が受益の意思表示を爲したる後に在りても尙其の權利を變更し又は消滅せしめ得べきことを留保したるときは其の效力を認めざるべからず。諾約者の債務不履行に因る第三者の損害賠償債權は第三者の爲にする契約に因りて第三者の取得したる債權と同一の權利なるを以て亦固より當事者に於て之を變更し又は消滅せしむることを得ず。

二 利益享受を爲し得る權利(受益權)

利益享受を爲し得る權利(受益權)

第三者の爲にする契約に於ける第三者の権利は此の契約を原因とすれども第三者が利益享受の意思表示を爲すに非ざれば發生せざるものなるを以て、此の意思表示を爲す以前に在りては第三者は未だ當事者の目的とする債權其のものを取得することなし。即ち第三者は受益の意思表示を爲すことに依りて債權を取得し得る權利を有するなり。此の權利は第三者の一方的意思表示に依りて債權取得なる法律效果を生じ得る法律上の力なるを以て形成權に屬す。尤も此の權利は當事者間の契約に依りて變更又は消滅せしめ得るを以て固より不安定のものたるを免れず。而して此の權利は契約に於て指定されたる第三者にのみ與へられ居るものなるを以て、特に契約に別段の定なき限り第三者の一身に專屬する權利と解すべく、從て此の權利は原則として相續又は讓渡することを得ず、又差押若は代位行使の目的と爲ることを得ざるものと云はざるべからず(註一)。

第三者は叙上の如く其の一方的意思表示に依りて債權取得なる法律效果を惹起し得る法律上の地位に在るものなるを以て、受益の意思表示を爲す以前に在りても第三者に一般の條件附法律行為の場合に於けると同様一種の期待權存するものと云ひ得べく、從て民法第一二八條の規定を此の場合に類推適用すべきものと解すべし。故に契約當事者又は第三者が其の利益を害したるときは受益權者は之に對して損害賠償を請求することを得べし。

利益享受の意思表示を爲し得る權利(受益權)の行使は即ち利益享受の意思表示を爲すに在り。而して此の意思表示は權利の取得を欲する意思の表示なるを以て一の意思表示なり。從て意思表示に關する通則に従ふことを要す。

利益享受の意思表示は必ず諸約者に對する意思表示を以て之を爲さざるべからず(五三七條)。從て相手方ある意

思表示に屬す。而して此の意思表示は契約に於ける承諾の意思表示に非ざるを以て其の效力發生時期に關し第五二六條の特則に依らざるは勿論なり。尙受益の意思表示は明示默示を問はざるを以て(註二)、例へば第三者が直接諸約者に對して給付を請求し若は給付の訴を提起したる如き場合に於ては此の行為に依り受益の意思は表示せられたるものと云ふことを得べし。利益享受の意思表示を爲すが爲には行為能力を有することを要するは勿論なりと雖、其の効果は第三者をして單に權利を取得せしむるに止まるものなれば、未成年者も亦獨斷にて之を爲すことを得るものとす。唯第三者の反對給付を要件とする如き場合に於ては法定代理人の同意を要するは勿論なり。

第三者の受益權は何時迄行使し得るや、換言せば第三者は何時まで受益の意思表示を爲し得べきやに付ては、民法に何等規定する所なしと雖、固より當事者間に特約ある場合には之に依るべきも、然らざる場合には受益權存續中に限り其の行使を爲し得るものと云はざるべからず。而して當事者間に此の權利の存續期間を定めざりし場合に於て、第三者が受益の意思表示を爲さざる場合には(註三)、存續期間の定なき形成權に付廣く其の相手方に催告權を認めたる民法の精神に徴し此の場合に於ても亦諸約者は相當の期間を定めて受益を爲すや否の確答を催告し其の期間内に何等の確答なきときは受益を拒絶したるものと看做し得るものと解すべしと爲す説あれども、法典に何等の根據なきを以て賛成し難し。故に形成權消滅の普通の原因の發生するまで即ち受益權存續中に限りて其の行為を爲し得るものと解するを正當とす(綜合三、一五六頁以下参照)。

利益享受の意思表示を爲し得る權利(受益權)の消滅時効期間に付ては疑あり。該權利の性質上よりすれば形成權なるを以て民法第一六七條第二項の規定に依り其の時効期間は二十年なりと云はざるべからず又斯く解する

説あれども、實際論よりすれば第三者の取得すべき債権若は要約者の諾約者に對する債権は孰れも普通十年を以て其の時効期間と爲すに拘らず之より永き時効期間を認め之より永く之を存續せしむる理由なきを以て、學者或は之を債権と同じく十年の時効に罹るものと解す。蓋し斯く解するを事理に適する妥當のものとは云はざるべからず。

(註一) 此の點に付ては或は讓渡性を否認し相續性を認むる説あり。

(註二) 同趣旨大正七年一月五日大判民錄二四輯二二三頁。

(註三) 第三者が受益を拒絶(受益權の拋棄)したるときは受益權は之に因りて消滅すべく爾後第三者は受益の意思を表示することを得ざるは勿論なり。而して一旦受益を拒絶したるときは以後之を撤回して更に受益の意思表示を爲すことを得ず。

第二節 要約者に對する效力

要約者の權利

一 要約者の權利

第三者の爲にする契約は第三者をして直接に權利を取得せしむることを目的とするも要約者も亦諾約者に對して第三者に給付を爲すべきことを請求する債権を取得し得べきを原則とす。我民法には此の點に關し何等規定する所なしと雖斯く解すべきは固より當然なり。而して要約者が諾約者に對して此の權利を取得するや否は各場合に於ける當事者の意思を解釋して之を決すべきものなるも、契約に別段の定なきときは要約者は諾約者に對して此の權利を有するものと解することを得べし。此の要約者の權利は第三者の受益の意思表示以前に於て契約に因り直に發生するものなるを以て、第三者の爲にする契約は當事者間に於ては右第三者の受益の意思表示

要約者の權利と第三者の權利との關係

示以前に其の效力を生じ得るものとす。

二 要約者の權利と第三者の權利との關係

(一) 要約者の權利及第三者の權利と連帶債権 要約者が諾約者に對して第三者に給付を爲すべきことを請求する權利を有する場合に於ては要約者の債権と第三者の債権との二個の債権成立す。或は之を以て廣義の連帶債権なりと爲す説あれども、連帶債権に於ける各債権は同一の給付を目的とし各債権者は自己に對して給付を爲すべきことを請求する債権を有するものなり、然るに第三者の爲にする契約に在りては要約者の債権及第三者の債権は孰れも第三者に對する一個の給付を以て其の目的とすれども、第三者の債権は自己に對する給付を請求する債権なるに反し、要約者の債権は自己に對する給付を請求する權利を有するものに非ずして第三者に給付を爲すべきことを請求する債権なるを以て、兩者の債権は其の内容を異にす。従て連帶債権若は不可分債権の如き所謂多數當事者の債権に非ず。然れども要約者及第三者の各債権は叙上の如く孰れも第三者に對する一個の給付を以て其の目的とするものなるを以て、其の債務者の責に歸すべからざる事由に因り履行不能と爲りたるときは右兩者の債権は孰れも消滅すべく、又辨濟供託代物辨濟相殺更改等に因り第三者の債権が消滅したるときは要約者の債権も亦消滅するを以て、此の點に於て連帶債権等の如く多數當事者の債権と類似せる法律效果を生ずるに過ぎず(綜合一五七九頁註二參照)。

(二) 損害賠償

諾約者たる債務者が債務の不履行を爲し第三者が損害賠償債権を有する場合に要約者も亦債務不履行を理由として自己に損害の賠償を請求し得るか。此の點に付ては議論の存する所にして、或は之を消極に解し或は之を積極に解す。惟ふに損害賠償債権は本來の債権と同一の債権なるを以て、要約者は第三者

に對して此の損害賠償を爲すべきことを諾約者に請求することを得るは勿論なるも、自己に對しても亦其の受けたる損害の賠償の請求を爲し得るものとするは本來第三者に對してのみ給付を爲すべき義務を負担せる諾約者をして債務不履行の結果第三者に對してのみならず要約者に對しても給付を爲すべき義務を負はしむることと爲り斯の如く二個の給付義務を生ぜしむるの理由なきを以て、之を消極に解するを正當とす。

(3) 契約の解除 第三者の爲にする契約の解除に付ては、第三者は契約の當事者に非ざるを以て解除権を有せざるは當然なり。要約者が之を有するや否に付ては議論岐れ、或は(一)要約者は契約を解除することを得べしと爲し(積極説)、或は(二)要約者は契約の解除を爲し得ずと爲し(消極説)、或は(三)要約者は解除を爲すことを得るも第三者の権利に影響を及ぼさざるものと爲す(折衷説)なり。第二説を正當とす。蓋し第一説の如く要約者が契約を解除することを得るものとせば要約者一方の行爲に因り第三者は既に取得せる受益権を失ふに至り、又契約の締結と共に第三者の権利は發生するものとの説を採るときは尙更第三者は既に其の取得したる債権を失ふの結果と爲り當を失するのみならず、第三説即ち折衷説に従ふときは、契約が雙務契約なる場合に其の契約の解除に依り要約者は反對給付を爲すべき債務を免るるに拘らず、諾約者は第三者に對して損害賠償の義務を負担するの結果と爲り雙務契約の性質に反するを以て、第二説即ち消極説を正當と爲さざるべからず(綜合2一頁以下参照)。

(4) 受領遲滞 第三者の爲にする契約に於て第三者が諾約者たる債務者の提供せる給付を受領せざるときは第三者の受領遲滞を生ずるは勿論なるも、要約者に付ても亦受領遲滞を生ずるや、此の點に付ては議論の存する所にして、或は(一)之を積極に解し、或は(二)之を消極に解す。而して積極説の理由とする所は、或は

第三者は要約者の代理人に非ずと雖諾約者が要約者に對して負擔せる債務に付給付受領の權限を有する者なれば第三者の不受領は要約者の不受領と同一の效果を生ずるものとすと云ひ、或は要約者は第三者をして諾約者の提供せる給付を受領すべき準備を爲さしむる義務を負担するものなるを以て第三者の受領遲滞に因り要約者も亦受領遲滞の責に任すべきものとすと云ふに在るなり。消極説に贊す。

第三者の遲滞の結果として履行不能を生じたるときは諾約者は第三者及要約者に對して其の債務を免る。

(5) 相殺更改免除混同時効等 第三者の債権に付相殺更改免除混同時効受領遲滞等を生じたる場合に於て此等の事項は要約者の権利に如何なる影響を及ぼすものなりや。要約者の権利は第三者に對する給付を目的とするものなるを以て、第三者の権利に付履行供託代物辨濟相殺更改免除混同時効等を生じ、第三者の債権消滅するに至らば原則として要約者の権利も亦消滅するは勿論なり。要約者が諾約者に對し自己に對する債務を免除するも之が爲第三者の債権に影響を及ぼすことなく、又要約者と諾約者との間に混同を生ずるも第三者の債権の消滅すべき理由なし。又第三者の債権と要約者の債権との間に不真正混同を生ずるも二個の債権は存続す。然れども此の場合に於ては此の二個の債権が擔保を異にし或は抗辯を異にする等の場合に非ざれば其の實用を見ることなかるべし。

(6) 瑕疵擔保 第三者の爲にする契約が有償契約なる場合に於ける擔保責任に關しては賣買に於ける擔保責任に關する規定を準用すべきも(五五九條)、此の場合に於ても亦要約者は解除権を有せざること要約者が諾約者たる債務者の責に歸すべき事由に因りて生ぜざる履行不能の場合に於けると同一なり。

三 第三者の受益の拒絶と要約者の權利

第三者の受益の拒絶と要約者の權利

第三者が受益の意思表示を爲さず又は其の権利を抛棄したる場合に第三者の爲にする契約は如何なる效力を有するに至るや。此の點に付ては我民法は獨逸民法と同様別段の規定を設けざるを以て解釋上疑問の存する所なり。大正三年四月二日大審院第二民事部判決は第三者が契約の利益を享受することを拒絶し履行不能に終ることあるも債務者は必ず其の目的たる給付を爲すべく之を爲さざる時は遲滞の責に任ずべきものと判示せり〔民錄二〇輯三一三頁〕。惟ふに第三者が受益の意思表示を爲すことを拒絶するも之が爲直に要約者が諾約者に對し第三者に給付を爲すべきことを請求する権利をも消滅せしむるものに非ず。此の如き場合に於ても要約者は尙諾約者に對し第三者に對し給付を爲すべきことを請求し得べく、諾約者にして之に應ぜざる時は遲滞の責に任ずるものと云はざるべからず。蓋し第三者の爲にする契約は第三者が受益の意思表示を爲す以前に於て既に其の效力を生じ要約者は諾約者に對して第三者に給付を爲すべきことを請求する権利を有し受益の意思表示は單に第三者の権利の發生條件に過ぎざるものなればなり。然れども第三者が絶對に利益を享受せざる意思を有し此の意思を以て拒絶の意思を表示したる場合には、契約は其の目的を達することを得ざるに至るを以て第三者に對して給付を爲すべきことを請求する要約者の権利は履行不能に因りて消滅するものと解せざるべからず。此の如き場合を豫想して當事者が第三者に於て受益の意思表示を爲すことを拒絶したる場合には要約者に對して給付を爲すか又は要約者の指定したる第三者に對して給付を爲すべきことを定めたる時は該特約に従はざるべからざるは勿論なりとす〔註〕。第三者が其の権利を抛棄したる場合亦同じ。

〔註〕 此の點に付ては或は、第三者が受益を拒絶せる場合に於て其の結果要約者諾約者に如何なる影響を及ぼすかは各場合に於ける當事者の意思を解釋して之を決せざるべからず即ち當事者は第三者受益を拒絶せる場合には或は要約者自身又は第

二の第三者が権利を取得すべしと定むるを得べく又或は契約は全然效力を失ふものと定むるを得べし然れども意思不明なる場合には契約は全然其の效力を失ふものと解するを正當とすべしと主張する説あり。

第三節 諾約者に對する效力

第三者の爲にする契約に因り諾約者は第三者に對して直接に債務を負擔す。然れども諾約者は要約者諾約者間の契約に基因する總ての抗辯を以て其の契約の利益を受くべき第三者に對抗することを得べし〔五三九條〕。蓋し第三者の権利は獨立の權利なれども要約者及諾約者間の契約に基くものなるが故なり。

民法第五三九條に所謂抗辯は第四四三條第四六八條第四七二條等に於ける「對抗事由」と同義にして〔綜合二五頁註五參照〕、第三者の権利の行使を防止すべき一切の事實の主張にして第三者の爲にする契約に基くものを云ふなり。從て諾約者たる債務者は單に實體法上の抗辯権のみならず權利不發生の抗辯及權利消滅の抗辯〔綜合二五頁註四參照〕を以て第三者に對抗することを得るものとす。故に例へば第三者の爲にする契約が雙務契約なる場合に於て第三者が要約者の履行の提供前諾約者に對し給付を請求したるときは諾約者は同時履行の抗辯権を有すべく、其の契約が取消し又は解除し得るものなるときは諾約者は要約者に對して其の取消又は解除の意思表示を爲し之を理由として第三者に對する履行を拒絶することを得べく〔註〕、解除條件の成就したる場合に於ても亦同様なりとす。契約に無効の事由あるときは第三者の権利は發生することなきを以て諾約者は第三者に對して第三者の權利の不發生を以て抗辯と爲すことを得べく、此の場合に於ては第三者が善意なると否とを問ふことなし。故に又契約が要約者と諾約者と相通じて爲したる虚偽の意思表示に基く場合に於ても民法第九四條第二項の規定は第三者に對

して適用なく諾約者は善意の第三者に對しても契約の無効を以て對抗することを得るものとす。蓋し虚偽の意思表示の無効の主張は契約に基因する抗辯に外ならざればなり。尤も此の點に付ては反對説ありて、第三者の爲にする契約が當事者の相通じて爲したる虚偽の契約なる場合と雖其の第三者が善意にて意思表示を爲したるときは其の契約の無効を以て第三者に對抗することを得ずと爲し、其の理由として、第三者の爲にする契約と雖當事者が相通じて爲したる虚偽の契約なる場合には善意の第三者を保護する必要あること一般の契約に於けると異なる所なきのみならず凡そ契約に基因する抗辯と云へば有效なる契約に基因する抗辯の意味に解するを相當とし無効なる契約には之に基因する何等の法律關係あるべきものに非ざるが故に第五三九條に所謂契約に基因する抗辯中には契約無効の主張を包含せず同條は第九四條第二項に對する例外を規定せるものに非ずと主張するなり。

第三者の爲にする契約に基因する抗辯は諾約者之を以て第三者に對抗することを得れども、其の契約に基因せず他の原因に基き要約者其の人のみに對抗し得る抗辯は之を以て第三者に對抗することを得ず。例へば要約者に對する債權を以てする相殺の抗辯の如きは之を第三者に對抗することを得ず。然れども第三者其の人に對する抗辯は其の契約に基因せざるものと雖之を主張し得るは第三者の債權が普通の債權と同一の效力を有するものなる當然の結果なりとす。

(註) 詐欺に因る意思表示の取消は之を以て善意の第三者に對抗することを得ざる旨の民法第九六條第三項の規定も亦第三者の爲にする契約に於ける第三者には其の適用なし。即ち此の契約が詐欺を理由として取消されるときは諾約者は尙此の取消を善意の第三者に對抗し得るものなり。蓋し此の取消に因る抗辯は第五三九條に規定する契約に基因する抗辯なればなり。

第四節 要約者及第三者間の關係

第三者の爲にする契約に基き諾約者をして第三者に出捐を爲さしむるは第三者及要約者間に一定の關係あるが爲にして此の原因關係を對價關係と稱し其の原因種種あることは既に述べたり。而して右原因の如何に因り要約者及第三者間に或は既存債務を消滅せしめ或は債權關係を成立せしむる等諸種の法律効果を生ずるなり。然れども對價關係なくして第三者の爲にする契約を締結するも當該契約其のものは有效なり。從て諾約者が第三者に對して給付を爲したるときは假令右原因關係存せざる場合と雖諾約者は第三者に對して不當利得の返還請求權を有せざるは勿論なるも、要約者及第三者間の關係に於ては第三者は債權を取得すべき法律上の原因なきが故に要約者は第三者に對して不當利得の返還請求權に基き其の利益の返還を請求することを得べきは之れ亦既に述べたる所なりとす。例へば要約者が第三者に對して金千圓の借財ありと誤信し之を辨濟せんが爲諾約者との間に第三者の爲にする契約を締結したる場合の如きは是れなり。

第六章 契約の解除及告知

第一款 總 說

契約の解除
及性質
及意義

一 契約の解除
1 解除の意義及性質

解除 (Rücktritt)とは契約の効力を消滅せしめ初より契約なかりしと同一の効果を生ぜしむることを内容とする一方的意思表示より成る單獨行爲を云ふ。解除は一面解除權の行使たる行爲に該當するを以て後に説明する解除權及解除權の行使に關する説明に依り了解せらるべし。

解除は契約當事者の一方的意思表示のみを以て成立し相手方の承諾を必要とせず。故に單獨行爲に屬し固より契約に非ず。然れども一方的意思表示に依らずして相手方の承諾を以てし即ち契約に依りて既存の契約の効力を消滅せしめ得るは疑なき所なりとす(註一)。此の契約を反對契約又は解除契約と稱し(註二)所謂無名契約に屬す。

(註一) 同趣旨明治四五年五月二十九日大判民録一八輯五三九頁、大正八年一〇月九日大判民録二五輯一七六一頁。

(註二) 反對契約は既存の契約の効力を消滅せしめ初より契約なかりしと同一の効果を生ぜしむることを内容とする契約なるを以て所謂雙方的債務の免除とは異なる。故に又債務の履行ありたる後に於ても尙此の契約を締結することを得べく、此の場合に在りては不當利得の問題を生ず。而して其の返還の範圍は固より第七〇三條の規定に従ふべきものとす。反對契約に因りて生ずる効果は當事者の意思表示に従ひ之を決定すべきものにして解除に關する民法の規定の類推適用なきものとす。

解除と取消
撤回告知及
解除條件

2 解除と取消撤回告知及解除條件

解除は解除權の行使たる行爲にして取消は取消權撤回は撤回告知は告知權の各行使たる行爲なるを以て、解除と此等取消撤回告知等の差異に付ては解除權と取消權撤回告知權との差異を知ることによりて自ら明なるが故に此等は解除權の説明に譲り、茲には唯解除と解除條件との差異に付てのみ説明すべし。解除と解除條件

とは左の諸點に於て異なる。

(イ) 解除は常に解除權を有する者の一方的意思表示に依りて爲さるるも、解除條件は意思表示のみを以て内容とすることなく寧ろ一定の自然的事實を以て内容とするを常とし條件成就するときは當然に其の効果を生ずるものとす。

(ロ) 解除は法律の規定に基くことあるも、解除條件は常に當事者の意思表示に基くものとす。

(ハ) 解除の効果は遡及的なるも、解除條件成就の効果は既往に遡及せざるを原則とす。

解除の種類

3 解除の種類

解除は其の解除せらるる契約の種類に依り債權契約の解除物權契約の解除及準物權契約の解除に區別することを得べく又之を法定解除及約定解除に區別することを得べし。此等解除の種類は要するに解除權の種類に従ひ其の行使たる行爲の區別たるに過ぎず。從て此等解除權の種類及行使に關する説明に依り了解せらるべし。

解除の原因

4 解除の原因

契約の當事者は何等の理由なくして契約を解除することを得ず、契約を解除するには常に必ず一定の原因なるべからず。而して契約の解除は既に述べたる如く解除權の行使なれば解除は即ち一定の原因に基きて發生する解除權を行使するに依りてのみ之を爲すことを得るものとす。然れば解除の原因は結局解除權發生の原因と爲るが故に之れ亦解除權發生の原因に關する説明に依りて了解せらるべし。

契約の告知

二 契約の告知

告知の意義及性質

告知(Kündigung)とは契約關係若は契約に因りて生じたる法律關係を終了せしめ契約の效力を將來に向て消滅せしむることを内容とする一方的意思表示より成る單獨行為を云ふ。告知は一面告知權の行使たる行為に該當するを以て後に説明する告知權及告知權の行使に關する説明に依り了解せらるべし。告知は解除と同様契約當事者の一方的意思表示のみを以て成立し相手方の承諾を必要とせず。故に單獨行為に屬し固より契約に非ず。然れども一方的意思表示に依らずして相手方の承諾を以てし即ち契約に依りて既存の契約の效力を將來に向て消滅せしめ得るは解除の場合と同一なり。

告知の種類

2告知の種類

告知は其の告知せらるる契約の種類に依り債權契約の告知及物權契約の告知に區別することを得べく、又之を法定告知及約定告知に區別することを得べし。而して此等告知の種類は要するに告知權の種類に従ひ其の行使たる行為の區別たるに過ぎざること解除の場合と同様なり。從て此等告知權の種類及行使に關する説明に依り了解せらるべし。

告知の原因

3告知の原因

解除の原因が解除權發生の原因と關連せると同様告知の原因は告知權發生の原因と相關するを以て、告知の原因に付ては告知權發生の原因に關する説明に依り了解せらるべし。

第二款 解除權及告知權

第一節 總 說

解除權の意義及性質

一解除權

1解除權の意義及性質

解除權(Rücktrittrecht)は契約當事者の一方的意思表示に依りて契約を解除し得ること即ち契約の效力を消滅せしめ初より契約なかりしと同一の效果を生ぜしめ得る權利なり。從て形成權の一に屬す。解除權の性質を定むるに付ては解除權の行使たる解除の效力を明にすることを要す。而して債權契約解除の效力に付ては從來議論の存する所にして之に關する主なる見解三あり。直接效果説間接效果説及折衷説是れなり。即ち(一)直接效果(效力)説(Theorie der direkten Wirkung)に依れば解除は契約成立の時に遡り其の契約の效果を消滅せしむるもの即ち解除は初より契約の存在せざりしと同一の法律效果を生ぜしむるものと爲し(註)、(二)間接效果(效力)説(Theorie der indirekten Wirkung)は解除は債權關係其のものを消滅せしむるに非ず、債權關係は依然存立し唯之に基き生ぜる效力を阻止するに止まり、從て未だ履行なき場合には履行を拒絶すべき抗辯權を生じ、履行ありたる場合には新なる返還請求權を生ずるものと爲し、(三)折衷説(Mittlere Theorie)は解除の際債務が未だ履行せられざる場合には其の時より債務消滅するも、既に履行ありたる場合に付ては前説と同じく新に返還請求權を生ずと爲すなり。而して以上三説中我民法の解釋としては第一説を以て正當とすべく又此の説を以て通説とす。即ち契約解除の效果は契約の效果を解除ありたる時以後に對してのみ消滅せしむるに非ずして既に生ぜる效果をも消滅せしむるものなり。蓋し民法には解除の意義を明示せる規定なしと雖

解除なる文辭の意義自體より見るも又債權契約解除の効果を定めたる第五四五條の趣旨に徴し又解除を爲す當事者の通常の意思解釋よりするも、解除に因り遡及的に契約が其の效力を失ふものと解するを相當とすればなり。之に反し間接效果説の不當なることは、若し此の説に従ふときは其の抗辯權の行使なき限り契約解除後に於ても尙其の契約の履行を請求し得べく而も其の履行を爲したる者は解除に依り其の爲したる給付の返還を請求することを得るに至り全く無益の手續を繰返すに過ぎず、解除に因り單に抗辯權を生ずるに過ぎざるを以て此の抗辯權を拋棄することに依りて解除の効果を消滅せしむるに至り其の不當なること明なるのみならず、解除に因り單に抗辯權を生ずるものと爲すは明文なきに抗辯權を認むるものにして當事者の意思に合せず、加之此の説に依れば解除に依り債權の消滅を來すものに非ざるを以て解除後に於ても抗辯權の行使を爲さざる以上擔保は消滅せず、從て擔保設定者は其の擔保の返還を請求することを得ざる不當の結果を生ず。尙又此の説に従ふときは契約解除前當事者の一方が債權の讓渡を爲し相手方に對して其の通知を爲したる後相手方に於て契約の解除を爲したる場合には之に依りて單に讓渡人に對する抗辯權を生ずるに過ぎず、而も此の抗辯權は讓渡の通知後に生ぜざるものなるを以て第四六八條第二項の規定に依り之を讓受人に對抗することを得ざる結果讓受人は尙債權を保有し當事者は債權の讓渡を爲すことに依り契約の解除を免るるに至るの不當あり。又折衷説の不當なることは、若し此の説に従ふときは解除の效果として原状回復義務を生ずる法律上の根據を説明し難く、又解除は單に將來に對してのみ其の效力を生ずるものとせば間接效果説に對する非難として述べたると同様解除前債權の讓渡ありたる場合に不當の結果を生ずべし。直接效果説を採る學者中には或は解除は債權發生の原因を消滅せしむるを云ふと爲し或は契約其のものを除去

解除に類する之
別類に似る之
利との區別

するを云ふと爲せども、其の原因を消滅せしむと云ふは原因たる自然的事實を消滅せしむるの意に解すべからざるは勿論なり。蓋し自然的事實は事實上之を消滅せしむることを得ざるを以てなり。然れども其の自然的事實より生じたる效力を全然消滅せしめ初より該事實なかりしと同一の状態に置くことは法律上不能に非ざるを以て、右發生原因の消滅と云ふは之を右自然的事實をして權利の發生變更消滅の發生原因事實たる法律要件たらざりしと同一の效果を生ぜしむるの意と解せざるべからず。即ち解除は契約の效果を遡及的に消滅せしめ初より契約なかりしと同一の效果を生ぜしむることを云ふものなり。物權契約及準物權契約解除の效果は物權契約準物權契約の效果を消滅せしめ此等の契約をして初より存在せざりしと同一の效果を生ずるものなり。從て當然此等の權利の復歸を生ず。換言すれば物權的に原状回復を生ずるものにして第五四五條第一項に規定するが如く原状回復の債權債務を生ずるものに非ず。然れども之を第三者に對抗するには對抗要件を具備することを要す。解除權は契約關係に從たる權利なり。從て當事者は解除權のみを獨立して他人に讓渡することを得ず。又契約上の個々の權利の讓受人又は個々の債務の引受人に之を讓渡することを得ざるものとす。然れども契約上の當事者たる地位の全部を承繼せる者は該當事者の有する解除權をも承繼することを得べし（綜合二一〇七頁以下參照）。

（註）大正七年一月二三日大判民錄二四輯二三九六頁は此の説を採る。獨逸民法に於ても亦通説なり。

2 解除權と之に類似する權利との區別
（イ）取消權との區別

解除權と取消權とは共に權利者の一方的意思表示に依り法律關係を消滅せしむる

點に於ては相同じと雖其の性質全く異なる。即ち(一)解除權は法律の規定のみならず當事者の契約に依りても亦之を發生せしめ得るに反し、取消權は單に法律の規定に依りてのみ成立し、當事者の契約に依り生ずることなし。(二)解除權と取消權とは其の行使の效果共に遡及力を有し初より契約なかりしと同一の效力を生ぜしむれども、債權契約に基き給付行爲ありたる後に於て債權契約の解除又は取消ありたる場合に於ける償還義務の範圍に於ては兩者間に差異あり。即ち解除ありたる場合に於ける償還義務の範圍は第五四五條に依り定まるも、取消の場合には第七〇三條に依りて定まる。(三)法定の一般解除は主として債務不履行に基き(五四一條乃至五四三條)に反し、一般取消權は無能力詐欺強迫等法律行爲の瑕疵を原因とす。(四)取消權行使の效果として損害賠償義務を成立せしむることなきに反し、一般解除の場合には損害賠償の請求を妨げず(五四五條三項)、尙(五)取消權は總ての法律行爲に付存するも、解除權は唯契約に付てのみ適用あり(綜合二一一頁以下参照)。(六)撤回權との區別 解除權と撤回權とは其の性質及效力に付全然相違せり。即ち(一)解除權は法律の規定のみならず當事者の契約に依りても亦之を發生せしめ得るに反し、撤回權は單に法律の規定に依りてのみ發生し當事者の契約に依り成立することなし。(二)解除權は既に效力を生ぜる契約に付其の效力を遡及的に消滅せしむるに反し、撤回權は未だ效力を生ぜざる法律行爲の效力を阻止することを以て其の目的とす。(三)解除權は契約に付存するも、撤回權は契約に限らず單獨行爲に付ても亦存す。(四)法定解除權は法律に定められたる一定の原因ある場合に於てのみ發生するも、撤回權は行爲其のものに基き其のものにして其の發生に特別の原因あることを要せず。蓋し法律行爲が效力を生じたる後は原則として之を撤回することを得ず、之に反し未だ其の效力を生ぜざる間は行爲者任意に之が撤回を爲し得るを原則とし、前者の場合に於て之が撤回を爲し

得ること後者の場合に於て之が撤回を爲し得ざることは孰れも例外に屬す、然れば苟も撤回し得べき法律行爲なるときは權利者は自由に之が撤回を爲し得るを以てなり(綜合二一一二頁以下参照)。(八)告知權との區別 解除權と告知權との區別に付ては告知權の項に於て説明すべし。

告知權

告知權の意義及性質

1告知權の意義及性質

告知權(Kündigungssrecht)とは權利者の一方的意思表示に依り契約關係若は契約に因りて生じたる法律關係を終了せしめ契約の效力を將來に向て消滅せしめ得る權利にして形成權の一に屬す。告知權が形成權なることは一般學者の認むる所なるも、繼續的契約關係を消滅せしむる場合にのみ付存する權利なりや否に付ては議論岐る。或は(一)告知權は繼續的契約關係を將來に向て消滅せしめ得る權利なりとし、或は(二)告知權は通常繼續的契約關係を將來に向て消滅せしめ得る權利なれども、消費貸借の如き單純なる債權關係に在りても將來に對して債權關係を消滅せしめ、其の結果として履行期を到來せしめ得る權利は尙之を告知權と云ふを妨げずと爲す(註)なり。前説を通説とすれども余は後説に賛し、告知權を廣義に解し繼續的契約關係を終了せしむる場合のみならず、單純なる契約關係に在りても其の契約關係即ち契約に因りて生じたる法律關係を將來に向て消滅せしめ、其の結果履行期を到來せしむる場合をも之を包含せしめ、從て叙上の如く告知權の意義を説明したり(綜合二一五〇頁以下参照)。

(註)

此の説を唱ふる學者は解約權(告知權)は一方行爲に依り法律關係を消滅せしむる權利なりと爲し次の如く説明す。即ち、解約申入(告知)を以て法律關係の消滅を來さしむるものと履行期を到來せしむるものと二種に分つ學者あり即ち履

備委任組合等の繼續的債權關係に在りては解約申入に依りて債權關係消滅するものと爲し消費貸借の如き單純なる債權關係に在りては解約申入に依りて履行期到來するものと爲す(Dernburg § 55; Enneccerus § 248 II; Crome § 156.) 然れども例へば貸借に在りては解約申入に依りて將來に對して貸借關係は消滅すると共に貸借物返還の期限到來するものとす從て又消費貸借の場合に於ても解約申入に依りて將來に對して債權關係を消滅せしめ其の結果として履行期到來せしむるものと解することを得べし、故に解約申入を以て單に法律關係の消滅を來さしむる意思表示と解するも妨ぐる所なしと(綜合二一五二頁註三參照)。

2 告知權と解除權との差異

告知權は解除權と其の性質異なる。解除權は契約の效力其のものを全然除去し契約の效力を遡及的に消滅せしむることを内容とするに反し、告知權は契約の效力其のものを全然除去するに非ず、契約關係若は契約に因り生じたる法律關係を終了せしめ契約の效力を將來に向て消滅せしむることを内容とするものなればなり。但し民法は告知(Kündigung)なる語を使用することなく、單に解約申入解約解除請求等の文辭を使用せるに過ぎざるを以て(註一)、此等が解除又は告知の孰れなりやは其の規定の趣旨に徴して判斷するの外なく、單に民法の文辭のみに依りて解除なりや告知なりやを判斷することは困難なりとす(註二)。然れども固より解除と告知は其の性質を異にするを以て、告知を以て解除の一種なりと爲すことを得ず(註三)。我民法上兩者の差異を擧ぐれば左の如し。

(註一) 我民法が所謂告知を表はすに「解除」なる文辭を使用せるは第五九四條第三項第六〇七條第六一〇條第六一一條第二項第六一二條第二項第六二五條第三項第六二六條第六二八條第六五一條等にして、「解約」なる文辭を使用せるは第六一八條

第六二一條第六三一條第六四二條等、又「解約申入」なる文辭を使用せるは第六一七條第六一九條第六二一條第六二七條第六二九條第六三一條等なり。又「解散請求」なる文辭を使用せるは第六八三條是れなり。而して右所謂「解除」が告知を意味することは第六二〇條第六三〇條第六五二條等に明定せるに依り明にして、所謂「解約申入」が告知の性質を有することは第六一七條第六二七條第一項等が「解約申入ノ後云々ノ期間ヲ經過シタルニ因リテ終了ス」と云へるに依りて明なり。又「解約」が「解約申入」と同一にして同じく告知の性質を有することは第六一八條第六二一條等の規定の趣旨に徴し自ら明なり。尙所謂「解散請求」が告知の性質を有することは後に明なり。

(註二) 獨逸普通法に於ては解除(Rücktritt)及告知(Kündigung)の區別明ならざりし結果、獨逸民法第一草案に於ては告知を表はすに將來に對する解除(Rücktritt für die Zukunft)なる語を以てし、解除の一種と爲したれども(獨逸民法五二八條以下五五七條五六六條參照)、第二草案に於ては兩者は其の性質相異なることを認め、之を明に區別して規定するに至れり。我民法は右第一草案を參考の上起草せられたるものなるを以て、該草案と同様解除と告知とを區別せず之を混同せり。

(註三) 此の點に付ては異説あり。或は告知は嚴格なる意味に於ては解除に非ずと雖、民法は解約告知の場合にも解除なる文字を使用し居るを以て民法上廣義に於て尙解除の一種なりと解するを正當とすと主張し、或は解除を回復的解除及將來に向ての解除の二種とし後者は繼續的契約關係に付てのみ行はるるに止まり兩者は同一の觀念に屬するものと主張す(綜合二一五二頁註三參照)。

(イ) 解除權が法律の規定に依りて成立する場合は主として債務不履行を理由とするも、告知權が法律の規定に依りて成立する場合は債務の不履行のみを原因とせず、特に一方の意思表示のみに因り債權關係を終了せしむる爲に存する場合あり。

(ロ) 解除權行使の効果は契約をして初より成立せざりしと同一ならしむるに反し、告知權行使の効果は將來に

向つて契約關係を消滅せしむるに過ぎず、其の損害賠償義務を生ずるや否は第五四五條の規定に依ることなく、告知權に關する各個の規定に依りて之を定むべきものとす(綜合二一五三頁參照)。

(ハ)解除權行使の効果は適及的に債權關係を消滅せしむるものなるを以て其の結果法律上の原因を失ふに至るが故に不當利得返還の爲第五四五條第一項に定むる原狀回復の義務を生ずるも告知權行使の効果は單に將來に對してのみ債權關係を消滅せしむるものなるを以て不當利得の問題を生ずることなし(綜合二一五三頁以下參照)。

(ニ)解除權行使の効果は適及的に契約より生ずる全效力を消滅せしむるものなるを以て、當初の契約當事者又は該當事者の地位換言せば該契約上の債權債務を共に譲受けたる者のみ之を有するものと解すべく、從て解除權は債權讓渡又は債務の引受に依りて移轉することなしと雖、告知權行使の効果は單に將來に對して契約より生ずる効果を消滅せしむるものなるを以て、告知權は債權の讓渡又は債務の引受に依りて譲受人又は引受人に移轉するものとす(綜合二一五四頁參照)。

(ホ)權利の行使は解除權及告知權共に相手方に對する意思表示に依るものなるも、當事者數人ある場合に於ては解除權の行使は全員に對して之を爲すことを要する(五四四條)に反し、告知權行使の効果は解除の場合と異り適及效を生ぜず、複雑なる關係を生ずる虞なきを以て、告知權の行使は全員に對して之を爲すことを要せざるものと解するを正當とす。然れば此の點に於ても亦兩者は差異ありと云ふことを得べし(綜合二一五四頁參照)。

第二節 解除權者及告知權者

解除權者

一 解除權者

解除權を有し得る者は契約當事者の一方又は雙方及其の一般承繼人なり。而して當事者は解除權のみを獨立して他人に讓渡することを得ざるは勿論、契約上の各個の權利の讓受人又は各個の債務の引受人に之を讓渡することを得ずと雖、契約上の當事者たる地位の全部を承繼せる者は該當事者の有する解除權をも承繼することを得べく、從て此の場合に於ける承繼人も亦解除權を行使することを得べし(註)。而して法定解除權に在りては解除權者は法律の規定に依りて定まり、約定解除權に在りては契約に依りて當事者の一方のみが解除權を有する旨を定め得べく或は又雙方共に解除權を有する旨を定むることを得べし。解除權は代理人に於て之が代理行使を爲し得べく解除權者の債權者は第四二三條の規定に依りて解除權を代位行使し得べし。第三者の爲にする契約の解除に付ては第三者は契約の當事者に非ざるを以て解除權を有せざるは當然なり。要約者が之を有するや否に付ては議論岐れ、或は(一)要約者は契約を解除することを得べしと爲し(積極説)、或は(二)要約者は契約の解除を爲し得ずと爲し(消極説)、或は(三)要約者は解除を爲すことを得るも第三者の權利に影響を及ぼさざるものと爲す(折衷説)も第二説を正當とすることは既に述べたり(綜合二一三頁以下參照)。

(註) 辨済に因る代位者(四九九條五〇〇條參照)は解除權を有するや否に付ては議論の存する所なるも、代位辨済者は單に債權を承繼するに止まり契約上の當事者たる地位の全部を承繼せる者に非ざるを以て、代位者は契約の解除權を有せずと解せざるべからず。反對説は、民法第五〇一條には代位の目的たるべき權利に付「債權ノ效力及ヒ擔保トシテ其債權者ノ有セシ一切ノ權利」と規定せり、而して債務の不履行に因る契約の解除權は即ち債權の效力として債權者の有する權利なるを以て、債權者に代位したる辨済者は求債權を行ふに當り債權者に代位して契約を解除するの權利を有するものと解するは固より當然なるのみならず、民法第五〇二條が一部代位の場合に付代位辨済者の解除權を否定したるより推論するとき

告知権者

告知権者

は全部代位の場合に於ては辨濟者に解除権あることを暗示したるものと云はざるべからずと爲せども正當に非ず。民法が一部代位の場合に付代位辨濟者の解除権を否定せる特則（五〇二條二項）を設けたるは寧ろ無用のものと云はざるべからず。蓋し既に述べたる如く代位者が契約の解除権を有せざるは契約當事者に非ざるが爲にして、此の點に於ては一部代位と全部代位とに付何等其の理を異にすることなければなり（綜合二一四頁註二參照）。

告知権を有し得る者は契約當事者の一方又は雙方及其の承繼人なり（註）。而して法定告知権に在りては告知権者は法律の規定に依り定まり、約定告知権に在りては契約に依り當事者の一方のみが告知権を有する旨を定め得べく、或は又雙方共に告知権を有する旨を定むることを得べし。尙又代理人は告知権を代理行使し得べく、告知権者の債権者は第四二三條の規定に依りて告知権を代位行使し得べし。尤も抵當権者が他人間の貸借契約を告知し得る場合あるを以て（三九五條參照）、此の場合は契約當事者以外の第三者に告知権ある場合にして、恰も取消権に付ても第三者に其の權利ある債権者取消権又は詐害行爲の取消権の如きと同様なり。

（註）告知権は專屬權に非ざるを以て之を相續することを得べく、又債權の移轉又は債務の引受に因りて讓受人又は引受人に移轉するものなるを以て、此等の者も亦告知権を有すること明なり（綜合二一五頁註參照）。

第三節 解除權及告知權の種類

一 解除權の種類

1 債權契約の解除權物權契約の解除權及準物權契約の解除權

解除權の種類
債權契約及準物權契約の解除權

解除權は之を債權契約の解除權物權契約の解除權及準物權契約の解除權に區別することを得べし。而して民法債權編中契約の章に規定せる解除は固より債權契約に限るものなることは其の規定の位置及其の趣旨に徴して自ら明なり（註）。然れども物權契約及準物權契約に付解除權を留保する契約は何等公序良俗に反する所なく、此等の契約に解除條件を附し且其の條件成就の效力を遡及せしめ得るに徴すれば、當事者雙方の合意に依りて當事者の一方又は雙方に解除權を留保し得べきは勿論なりと解せざるべからず。

債權契約の解除權と物權契約の解除權及準物權契約の解除權とは其の權利行使の效果に付、前者は第五四五條に規定せるが如く原狀回復の義務を生ずるに反し、後者は斯の如き原狀回復の義務を生ずるに非ずして當然權利の復歸を生ずるの點に於て異り、又債權契約の解除權は法律の規定及當事者の契約に因りて生ずれども、物權契約の解除權は我民法上直接の規定に基きて生ずることなく、準物權契約に付亦同じ。唯類推適用に依り解除權を認め得る場合あるに過ぎず。例へば地代附地上權に付、當事者が地上權の客體たる土地の坪數を指示して設定契約を爲したる場合に於て其の坪數が不足せる場合及其の土地の一部が設定契約當時既に滅失したる場合に於て地上權者が其の不足又は滅失を知らざりしときは賣買に關する第五六五條第五六三條の類推適用に依り（五五九條參照）地上權者は其の足らざる部分の割合に應じて地代の減額を請求し得べく、又其の殘存する部分のみなれば契約を爲さざるべかりしときは設定契約の解除を爲し得べきものと解すべく、永小作權設定契約に付ても亦同一なり。從て斯の如き場合に於て物權契約の法定解除を生じ得るに過ぎず（綜合二一六頁以下參照）。

（註）此の點に付ては反對説ありて民法債權編契約に關する規定は債權契約のみならず物權契約等にも適用ありと主張す（綜合二一七頁註一參照）。

法定解除權
及約定解除權

2 法定解除權及約定解除權

解除權は之を法定解除權(Das gesetzliche Rücktrittsrecht)及約定解除權(Das vertragsmässige Rücktrittsrecht)に區別することを得べく、前者は法律の規定に因りて生ずる解除權を云ひ、後者は契約の當事者が其の契約に於て又は其の後の契約に因りて發生せしむる解除權を云ふ。

イ 約定解除權

約定解除權

約定解除權は既に述べたる如く契約の當事者が其の契約に於て又は其の後の契約に因りて發生せしむる解除權を云ひ(註一)、債權契約たると物權契約又は準物權契約たるを問はず發生せしめ得べく、又片務契約たると雙務契約たると繼續的契約たると單純なる契約たるとを問はず(註二)之を發生せしめ得べし。

契約當事者は債務不履行の場合に當然契約の解除せらるべき旨又は當然契約が效力を失ふべき旨を定むることあり。然れども這は所謂失權約款(Lex commissoria)を附したるものにして、此の場合に於ては契約は特に解除の意思表示を要せずして當然に消滅するものなるを以て、其の性質約定解除權を定むるに非ずして債務不履行を解除條件とするものと云はざるべからず(綜合二一八頁以下參照)。

民法の認むる買戻(五七九條以下)及解約手附(五五七條)の如きは孰れも解除權の留保たる性質を有し約定解除の一種に屬す。

(註一)

解除權は或は當初の契約に於て之を發生せしめ得べく或は又契約締結後に至りて之を發生せしめ得べきも、此の後の場合に於て解除權行使の効果は契約締結の當初にまで遡及すべきや又は解除權の留保を約せる時まで遡及すべきやに付ては之を各場合に於ける當事者の意思を解釋して決せざるべからず。然れども當事者が反對の意思を有すること明ならざる

場合には契約締結の當初にまで遡及するものと解するを正當とす。但し反對説あり(綜合二一九頁註一參照)。

(註二)

民法は貸借借備委任組合等の如き繼續的契約に付ては其の解除は單に將來に向てのみ效力を生ずるものと爲せるを以て(六二〇條六三〇條六八四條)其の所謂解除は所謂告知に該當すと雖、契約當事者は契約を以て特に通常の解除權を留保することは之を妨げざるものと云はざるべからず。蓋し右告知を認めたる規定を強行法規と稱するの理由なければなり(綜合二二〇頁註三參照)。

法定解除權

□ 法定解除權

法定解除權は既に述べたる如く法律の規定に因りて生ずる解除權を云ひ、債權契約に付存す。物權契約及準物權契約の解除權は我民法上直接の規定に基きて生ずる場合なきこと既に述べたる如し。從て以下債權契約に付てのみ説明すべし。法定解除權は各契約に特有のものとして一般契約に共通のものとしてあり。一般契約に共通なるものは解除權に關する第五四一條乃至第五四三條の規定に因りて生ずるもの即ち履行遲滞に因るもの履行不能に因るもの及不完全履行に因るもの是れなり。一般契約に共通なる解除權は總ての債權契約に適用ありて雙務契約たると片務契約たるとを問ふことなし(註三)(綜合二二七頁參照)。

(註三)

獨逸民法及瑞西債務法は孰れも雙務契約のみに關し法定解除權を認む(獨逸民法三二五條以下、瑞西債務法一〇七條)。之に反し我民法に於ては雙務契約のみに之を制限せざるを以て片務契約も亦之を解除し得るものと解すべし。但し此の契約解除權は實際上雙務契約に付其の實用あるものとす(綜合二二七頁註二參照)。

(A) 一般契約に共通なる解除權

(a) 履行遲滞に因る解除權

債務者が履行可能なるに拘らず履行期に債務の本旨に従ひたる履行を爲さ

ざるときは債権者は一定の要件の下に契約の解除を爲すことを得(五四一條五四二條)。債務者が履行遲滞に在る場合には債権者は履行の請求を爲し或は損害賠償の請求を爲し得るも此等の方法のみにては債権者を保護するに充分ならざるを以て、民法は此等の外契約の解除権を附與したるものなり。右一定の要件に付ては別に之を説明すべし。

(b) 履行不能に因る解除権 履行の全部又は一部が債務者の責に歸すべき事由に因りて履行不能と爲りたる場合には債権者は契約の解除を爲すことを得(五四三條)。

(c) 不完全履行に因る解除権 不完全履行に付ては民法は何等特別の規定を設けざるを以て債務者が不完全なる履行を爲したる場合に債権者に契約解除権ありや否に付疑を生ず。此の問題に付ては議論の存する所にして、或は(一)不完全給付の場合に債権者は契約の解除を爲し得るや否に關しては法典に直接適用すべき規定を缺くのみならず又準用すべき規定なきが故に契約の解除は之を爲すことを得ずと爲し、或は(二)債務者が不完全給付を爲したるも追完を爲し得る場合に於ては第五四一條に従ひ解除を爲し得べく追完不能の場合に於ては第五四三條に則り解除を爲し得るものと爲し、或は(三)給付の著しく不完全なるが爲に債権成立の目的を達すること能はざる場合に於ては新に債務の本旨に従ひたる履行を爲すべきことを請求し其の不能又は遲滞の場合に於て契約の解除を爲し得るものと爲し、或は(四)不完全履行を追完せしむるに因り債権者が尙契約上の目的を達し得る場合には第五四一條の規定を適用すべく、不完全履行の追完は必ずしも不可能には非ざるも契約の性質又は當事者の意思表示に依れば追完を無意義ならしむる場合には第五四二條の規定を適用すべく、追完が絶対に不可能と爲れる場合には其の不能の程度に應じて第五四三條の規定を適用し解除を爲し得るものと

爲し、或は(五)不完全の給付に債務履行の效なく尙債務の本旨に従ひたる履行の義務ある場合には第五四一條に従ひ解除権を取得し得べく、不完全給付が追完を許す場合には更に其の追完を請求し第五四一條に従ひ解除権を取得し得べく、不完全履行が有効にして追完不能の場合には之が爲契約を爲したる目的を達したるときは解除権發生せざるも若し之が爲契約を爲したる目的を達すること能はざるときは第五四二條第五六六條の類推に依り解除権發生すべく、不完全給付を追完するも契約を爲したる目的を達すること能はざる場合には第五四二條の類推に依り解除権成立すと爲すなり。(四)の説に賛す(註)(綜合二二二八頁以下参照)。

(註) 追完を爲し得る場合とは例へば給付したる物の數量の不足せる如き場合を云ひ、追完不能に非ざるも契約の性質又は當事者の意思表示に依れば追完を無意義ならしむる場合とは例へば或炭鑛を買入れんとする者の爲に其の炭質の調査を爲すべき委託を受けたる債務者が不注意に因り相當なる調査を缺き杜撰なる調査報告書を作成提出したる爲債権者は之に信頼して右炭鑛を買入れ損失を受けたる如き場合を云ふ。此の場合に於ても後日更に相當なる調査を遂げ正當なる調査報告書を作成提出することは必ずしも不能なるには非ずと雖、既に炭鑛を買入れ損失を受けたる後に於ける調査報告の追完は債権を成立せしめたる目的を達することを得ざるが故に此の場合に於ては第五四二條の規定に依り直に契約の解除を爲し得るものと解するを正當とす。學者或は斯の如き場合を追完不能の場合と爲し、此の場合には第五四三條に依り解除を爲し得るものと解するを正當とす蓋し既に爲されたる給付は債務の本旨に従ひたるものに非ず且之を債務の本旨に従ひたるものと爲すべき手段なきに至りたるものなるを以て之の一部の履行不能と爲さざるべからざればなりと主張するも、此の場合直に第五四三條を適用するは正當に非ず(綜合二二二九頁註六參照)。

(B) 各種債權契約に特有の解除權

第二編 契約 第六章 契約の解除及告知 第二款 解除權及告知權

民法は實質請負終身定期金契約等に付各特有の解除權を認む。此等特有の解除權に付ては夫夫當該契約を説明する際其の解説を爲すべし。

二告知權の種類

1 債權契約の告知權及物權契約の告知權

告知權は之を債權契約の告知權及物權契約の告知權に區別し得べし。而して民法債權編中契約の章に規定せる告知は固より債權契約に限るものなることは其の規定の位置及其の趣旨に徴して自ら明なり。然れども物權契約の告知に付ては特殊の場合に付法定告知權を認むる外一般物權契約に付何等の規定なきも、解除の場合と同様亦固より當事者雙方の合意に依りて當事者の一方又は雙方に告知權を留保し得べきは勿論なりと解せざるべからず(註)。

(註) 大審院判例は或は「地上權の存續期間に付ては民法第二百六十八條第二項に於ける規定の外其長短に關し何等の規定なきを以て三ヶ月の豫告期間に解約を爲し得べき旨即ち地主の意思のみにて自由に地上權を消滅せしむることを得べき契約を爲すも當事者の隨意にして法律上毫も制限せらるる所なきものとす」と云ひ(明治三十四年一〇月二三日民錄七輯一〇六頁)、或は「永小作を設定するに當り或條件を以て其設定契約を解除すべき特約を爲すが如きは固より當事者の自由にして敢て法律の禁ずる所に非ず」と云ひ(明治三十七年三月一日民錄一〇輯二六四頁)、地上權及永小作權に付當事者は特約を以て告知權を留保し得ることを認めたり。

此の點に付ては或は當事者が解除權の留保を爲し、之に基き解除を爲すことは假令地上權の拋棄又は消滅請求に關する特別規定の趣旨に反せずとするも、結局當事者の意思に依り存續期間を不確定ならしむる結果となるが故に許されずと主張

告知權の種類
債權契約の告知權
物權契約の告知權

法定告知權
及約定告知權

する異説あり(綜合二一五五頁註參照)。

2 法定告知權及約定告知權

告知權は更に之を法定告知權及約定告知權に區別し得ること亦解除權の場合と同一にして、法定告知權とは法律の規定に因りて生ずる告知權を云ひ、約定告知權とは契約の當事者が其の契約に於て又は其の後の契約に因りて發生せしむる告知權を云ふ。

約定告知權

イ約定告知權

約定告知權は既に述べたる如く債權契約たる物權契約たるを問はず發生せしめ得べく、又片務契約たると雙務契約たるを問はず之を附することを得べし。

法定告知權

ロ法定告知權

法定告知權は各契約に特有のものとして一般契約に共通のものとはあることは解除權の場合と同様なり。而して一般債權契約に共通なるものは解除權に關する第五四一條乃至第五四三條の規定に因りて生ずるもの即ち履行遲滯に因るもの及履行不能に因るもの是れなり。尤も第五四一條乃至第五四三條の規定が告知權にも適用ありや否に付ては或は議論なきに非ずと雖、第六二〇條第六三〇條第六五三條第六八四條の規定が廣く「解除」と云ひ、其の發生原因を限定せざるを以て、右第五四一條乃至第五四三條の規定に因りても亦告知權の發生するものと解するを正當とす(註一)。唯組合に付ては其の適用排除せらるるものと解せざるべからず(註二)。蓋し一組合員の債務不履行に因りて組合契約を解除(告知)し組合を解散せしむるは組合の團體性に反するを以てなり(註三)(綜合二一五六頁以下參照)。

(註一) 告知は解除と異なるが故に解除に関する第五四〇條乃至第五四八條の規定は解除の方法に関する第五四〇條の規定を除き之を適用することを得ずと爲す説あり(綜合二一五七頁註三參照)。

(註二) 同趣旨明治四四年一月二六日大判民錄一七輯九一六頁。

此の點に付ては第五四一條以下の規定の適用ありと主張する反對説あり(綜合二一五七頁註四參照)。

(註三) 學者或は、契約解除に關する一般規定たる第五四〇條以下は當然地上權設定契約及永小作權設定契約にも適用せらるべきものなりと主張し、或は、契約解除に關する民法の規定は其の性質の許す限りに於て物權契約なる地上權設定契約にも類推適用すべきものなるが故に設定契約の解除に因り地上權の消滅することあるは認むべきも此の點に關しては重要な制限を認めざるべからず即ち地上權の拋棄(二六八條二六六條二七五條)及地上權の消滅請求(二六六條二七六條)は設定契約の解除に關する特別規定にして然かも強行規定に屬するが故に右の規定に定なき事項にして且右の規定の趣旨に反せざる場合に於てのみ地上權設定契約の解除を認むべきなり例へば地上權者が土地に永久の損害を生ずべき變更を加へたるが如き場合には其の行爲の停止又は原狀回復を催告し其の履行なき場合には地上權設定契約を解除し得べし然れども些細なる理の下に之が解除を爲さしむるは民法の精神に反するが故に地上權の拋棄及消滅請求に關する第二六六條第二七五條第二七六條の規定に定められたると同等若は其れ以上の事由ある場合に於てのみ之が解除を爲し得るものと解すべきなり故に一回の地代支拂の遅延單なる自己の都合等を理由として解除を爲し得ることの合意を爲すも無効にして斯る理由にて之が解除を爲すことを得ずと主張す(綜合二一五八頁註六參照)。

(A) 各種債權契約に特有の告知權 民法は消費貸借使用貸借賃借雇傭委任寄託組合等に付各特有の告知權を認む。此等特有の告知權に付ては解除權の場合と同様夫當該契約を説明する際其の解説を爲すべし。
(B) 各種物權契約に特有の告知權 各種物權契約に特有なる告知權に付ての説明は物權法に譲る。

第四節 解除權及告知權發生の原因

第一項 解除權發生の原因

一 總說

解除權發生の原因は之を二に大別することを得べく、一は當事者の契約にして他は法律の規定なり。當事者の契約に因りて發生せしめたる解除權は之を約定解除權と云ひ法律の規定に因りて生ずる解除權は之を法定解除權と稱することは既に述べたるが如し。

二 約定解除權發生の原因

約定解除權發生の原因は當事者間の契約なり。即ち契約の當事者は其の契約に於て又は其の後の契約に依りて解除權を發生せしむることを得べし。而して右契約は債權契約たると物權契約又は準物權契約たるを問はず又片務契約たると雙務契約たると繼續的契約たると單純なる契約たるとは之を問はざること既に述べたるが如し。而して當事者が其の一方又は雙方の爲に解除權を留保することを約し解除權を發生せしむる約款を解除約款(Tilrücktrittsklausel)と稱す。

契約の當事者が債務不履行の場合に當然契約の解除せらるべき旨又は當然契約が效力を失ふべき旨を約する所謂失權約款は其の性質約定解除權の留保に非ずして債務の不履行を解除條件とする條件附法律行爲なること亦既に述べたるが如し。

約定解除権は之を條件附又は期限附にて成立せしむることを得べく又解除権行使の方法又は其の効果に付特約を爲すことを得べし。

法定解除権發生の原因

三 法定解除權發生の原因

法定解除権は既に述べたる如く法律の規定に因りて生ずる解除権を云ひ債權契約に付存す。物權契約及準物權契約の解除権は我民法上直接の規定に基きて生ずる場合なきこと既に述べたる所なり。

債權契約に於ける法定解除權發生の原因は之を別ちて一般原因及特別原因と爲すことを得べく、一般原因とは總ての債權契約に共通なる原因にして債務の不履行(履行遲滯履行不能及不完全履行)(五四一條乃至五四三條)之に屬し、特別原因とは或種の債權契約に付特別なる原因にして例へば賣買契約の解除(五六一條五六三條五六五條乃至五六八條五七〇條)請負契約の解除(六三五條六三六條六四一條六四二條)終身定期金契約の解除(六九一條)等の如きは是れなり。

一般原因

1 一般原因

(イ) 履行遲滯 債務者が履行可能なるに拘らず履行期に債務の本旨に従ひたる履行を爲さざるときは債權者は一定の要件の下に契約の解除を爲すことを得べし(五四一條五四二條)。而して右一定の要件に付民法は二個の場合を區別せり。

(A) 契約が定期行爲ならざる場合 此の場合には債務者の履行遲滯に因り當然解除權發生することなく債權者は債務者に對し相當の期間を定めて履行を催告し若し其の期間内に履行なきとき初めて契約を解除することを得るなり(五四一條)即ち

(a) 債務の履行なきこと 債務者が履行期に於て契約の要素を爲せる債務の履行を爲さざるときを要す。蓋し民法が債務不履行の場合に於て債權者に解除權を附與したるは右不履行に因りて契約を爲したる目的を達することを得ざる場合に限りたるものと解すべきが故なり。故に雙務契約に付て言へば對價たる債務に付ては履行ありて唯附從的債務に付てのみ不履行あるに過ぎざる如き場合には解除權は發生せざるものと云はざるべからず。

全部不履行の場合に付ては別段問題を生ずることなしと雖一部不履行の場合に於ては疑を生ず。要するに此の場合に於ては之が爲契約を爲したる目的を達し得ざるや否を標準として之を解決するを要し即ち一部の不履行は之が爲契約を爲したる目的を達することを得ざる場合には契約の全部に付解除を爲すことを得べく然らざる場合に於ては不履行の部分に付てのみ解除を爲し得るものと解すべし(註IX註ID)。

(註I) 此の點に付ては苟も債務の本旨に従ひたる履行を爲さざるときは解除權ありと爲す異説あり。

(註II) 此の點に關する大審院判例は數回變更せられ、或は特別の規定若は特別の意思表示あらざる限りは解除は當然契約の全部に及ぶものと爲し(明治三十九年一月一七日大判民錄一二輯一四七九頁)、或は契約の全部を解除するか一部を解除するかは解除權者の選擇し得べきものなりと爲し(大正八年七月八日大判民錄二五輯一二七〇頁、大正一〇年二月一〇日大判二七輯三五五頁)、或は一部のみの履行を以ては契約を爲したる目的を達することを得ざる等の特別なる事情の存せざる限り全部の解除を爲し得ざるものと爲せり(大正一四年二月一九日大判民集四卷六四頁)。

(b) 債權者が相當の期間を定めて履行を催告したること 民法が契約解除の前提として相當の期間を定めて履行を催告することを要せしめたるは履行遲滯に在る債務者をして今一應債務の履行に付考慮を促すと共に

其の履行に付ての準備及實行に要する猶豫期間を與へんとするの趣旨に出でたるものなり(註二)。期間が相當なりや否は契約の種類輕重當事者間に於ける距離の遠近等當該の場合に於ける客觀的事情を標準として之を決すべく當事者本人の疾病旅行等主觀的事情を標準として之を決すべきものに非ず。而して此の期間が相當なりや否の問題は法律問題にして事實問題に非ざることは通説の認むる所なり(綜合三 一三一頁註二參照)。債權者の定めたる期間が不相當に短き場合に於て其の催告が全然無効なりや或は催告後相當なる期間を経過したる時に於て催告の效力を生ずるものと爲すべきに付ては學說岐れ、或は(一)此の場合に於ても催告のみは其の效力を有し爾後客觀的に相當なる期間を経過することに因り解除權を成立せしむるものと爲し、或は(二)相當の期間を定むることは民法の規定上催告の要件なりとし従て不相當に短き期間を定めたる催告は無効なりと爲すなり。然れども此の場合相當の期間を定むることは民法の規定上催告の要件なりと解すべきを以て不相當に短き期間を定めたる催告は之を無効と解するを正當と爲さざるべからず。獨逸に於ては催告後客觀的に相當なる期間を経過したる時に於て催告の效力を生ずるものと解するを通説とす(綜合三 一三一頁註二參照)。催告期間は具體的に指定せらるることを要し抽象的に「相當の期間内に確答すべし」と云ふが如きは有效なる催告に非ず(綜合三 一三二頁註三參照)(註二)(註三)。而して茲に所謂履行の催告と云ふは履行の請求と云ふと同じく請求權者が義務者に對し其の義務の履行を請求する旨の請求權者の意思の通知を云ふものにして(綜合三 八五頁參照)民法第四一二條第三項に所謂履行の請求とも異なることなし。故に履行期の定なき債務に付ては直に第五四一條の催告を爲すを以て足り先づ第四一二條第三項の履行の請求を爲し更に第五四一條の履行の催告を爲すことを要するものには非ず(註四)。然れども債務の履行に付確定期限又は不確定期限ある場合に於ては債務者が遲滞に附せられたる

後に非ざれば(四一二條一項二項參照)假令第五四一條所定の催告を爲すも其の效力なく従て之に基き爲されたる解除の意思表示は其の效力を生ずることなし(註五)。債務者が履行期到來前豫め債權者に對し履行拒絶の意思を通知したる場合に於ても尙債權者は催告を爲さざるべからざるや否に付ては、獨逸に於ては商法上の慣習に關連して頗る議論の存する所にして多數の學者は斯る場合に於ては債權者の催告は徒勞に屬するの故を以て之を消極に解すれども、我國に於ては之を積極に解するを通説とす(註六)。蓋し豫め債務者が履行拒絶の意思を通知するも之に依りて直に不履行の事實ありと云ふことを得ざるを以て(綜合三 二九一頁六一五頁參照)、之に因り直に解除權の成立を認むべき根據なきのみならず、此の場合に於ても債務者は或は債權者の催告に因り其の意を翻して履行を完了するに至るの望なきに非ず、即ち既に述べたる如く右催告に因り債務者に今一應の考慮を促すの實益あり民法の期する所亦此所に存するものと解し得べきが故に、此の場合に於ても尙催告を要するものと解せざるべからず。従て又債務者が斯る催告に對して履行拒絶の意思を表示したるときは債權者は必ずしも催告期間の終了を待つことなくして直に契約の解除を爲し得るものと解せざるべからず(註七)。尙催告は履行の請求たるを以て足るものなるを以て之に應じ期間内に履行せざれば契約の解除を爲すべきことを表示するを要せず。然れども此の催告に於て若し所定の期間内に履行なきときは契約は當然解除せらるべき旨の意思表示を爲すは固より有效なり(註八)。然れども此の意思表示の性質に付ては議論あり。或は之を以て條件附解除なりと爲し、或は此の場合に於ける解除權は債務者が催告期間内に履行を爲さざるに因りて初めて發生するものなれば右の意思表示が爲されたる當時には未だ解除權なく従て縱令條件附なりと雖之を行使して解除を爲すこと能はずと云はざるべからず、然れども將來解除權の發生することを豫期して其の發生せる場合には直に之

が效力發生を欲する旨の意思表示は素より之を有效と認めざるべからず而して此の場合に於ては發生したる解除權が豫め爲されたる意思表示に依りて直に行使せらるるものなりと解すべしと爲すなり。後説固より正當なり(綜合3一六一頁註四參照)。

(註一) 同趣旨大正一三年七月一日大判民集三卷三六二頁、昭和七年七月七日大判民集一卷一五一〇頁。

(註二) 此の點に付ては異説ありて、或は相當なる期間内に履行すべしと云ふ催告は第五四一條の趣旨に反せざるを以て有效なりと主張し、或は相當なる期間と云ふ指定も亦其の長さを定め得べき方法に依り期間を定めたるを失はずと主張す(綜合3一三二頁註三參照)。

(註三) 大審院判例は「催告に相當の期間を定めざるべからざるは固より論なしと雖亦必ず常に始より一定の日時若は期間を明示するを要すとの意に非ず催告の時と解除の時との間に既に相當の時を經過し居れば是れ亦足れり」と列示す(昭和二年二月二日大判民集六卷一三三頁)。

(註四) 同趣旨大正六年六月二七日大判民集二卷三輯一一五三頁、大正一〇年六月三日大判民集二卷七輯一二八七頁、大正一三年五月二七日大判民集三卷二四〇頁。

(註五) 同趣旨大正一〇年六月三日大判民集二卷七輯一二七八頁。

(註六) 大正一一年一月二五日大判民集一卷六八四頁、昭和三年一月二日大判民集七卷一〇八五頁。

(註七) 同趣旨昭和七年七月七日大判民集一卷一五一〇頁。

(註八) 同趣旨明治四三年一月九日大判民集一六輯九一〇頁、同四五年五月四日大判民集一八輯四四六頁。

(c) 債務者が債權者の定めたる期間内に履行を爲さざること 債權者が相當の期間を定めて履行の請求を爲したるに拘らず債務者に於て該期間内に履行又は履行の提供を爲さざるときは債權者は契約を解除し得ること

と爲るなり。而して此の場合に於て其の不履行が債務者の故意又は過失に基くことを要するや否に付ては議論の存する所なるも(註一)、解除權發生の原因たる履行不能に付ても債務者の故意又は過失を要件とせると(五四三條)一般履行遲滞に基く責任は債務者の故意又は過失を要件とするものと解すべきことを對照し茲に所謂不履行も亦第四一五條に所謂不履行と同様債務者の故意又は過失を要件とするものと解するを正當とす。尤も催告後に付ても尙故意又は過失を要するやに付ては議論の存する所にして、或は(一)之を積極に解し、或は(二)之を消極に解し、或は(三)催告前の不履行又は催告後の不履行の内孰れか一に債務者の過失あれば足ると爲し、或は(四)催告前の債務不履行には過失を要するも催告後の債務不履行には之を要せずと爲すなり。(一)の説を正當とす。

雙務契約に於て債務者が同時履行の抗辯權を有するが爲に其の履行を爲さざることが履行遲滞と爲らざる如き場合に於ては債權者は自己の債務に付債務の本旨に従ひたる履行の提供を爲し債務者の不履行を理由なきものと爲したる後に非ざれば解除を爲すことを得ず。而して此の履行の提供は遅くとも催告までに之を爲すべきものとす。然れども債權者が履行の提供を爲して催告したるに拘らず債務者が履行を爲さざるが爲一旦解除權の發生したる以上は其の後に於ては債權者は履行の提供を繼續せざるも解除權を行使し得るものとす(註二)。之に反し履行遲滞に因り一旦解除權發生したる後と雖債務者が履行又は履行の提供を爲し爾後遲滞の責任消滅するに至りたるときは債權者は最早解除を爲すことを得ず(註三)。尤も此の解除權を消滅せしむるに足るべき履行の提供は債務の本旨に従へるものなることを要するは勿論之と共に併せて債務者は遅延に因る賠償をも提供することを要す(註四)(註五)。

- (註一) 大正八年九月一日の大審院民事部の判決(民録二五輯一六〇七頁)は消極説を採る。
履行遅滞に過失を要件とせざる學者は固より此の場合に於ても亦過失を必要とせずと爲すなり。
- (註二) 同趣旨昭和三年五月三十一日大判民集七卷三九三頁。
- (註三) 同趣旨大正八年一月二十七日大判民録二五輯二一三三頁、大正六年七月一日大判民録二三輯一一二八頁。
- (註四) 解除権發生するも債権者に於て該權利を行使せざる間は契約は依然存続するものなるが故に債権者は固より履行請求権を有し債務者も亦之が履行を爲すことを得べし。従て債務者は重ねて履行を請求し且遅延賠償を請求するか又は履行に代るべき損害賠償を請求するか或は又契約を解除するか孰れか一を選択することを得るものとす。但し履行に代るべき損害賠償を請求するには先づ契約の解除を爲すことを要すと爲す學說判例(大正四年六月一日民録二一輯九三二頁)の存することに注意を要す(綜合一四四一頁以下、同4三七二頁以下参照)。
- (註五) 債権者に受領義務ありと爲す學者中には、債権者が受領遅滞に陥りたる場合に於ては債務者も亦民法第五四一條の規定に従ひ右債権者に對して解除権の行使を爲し得るものと解する學者あれども、固より正當に非ず。
- (B) 契約が定期行爲なる場合 契約が嚴格なる定期行爲(絶對的定期行爲)又は相對的定期行爲なる場合即ち契約の性質又は當事者の意思表示に依り一定の日時又は一定の期間内に履行を爲すに非ざれば契約を爲したる目的を達すること能はざる場合に於ては、當事者の一方たる債務者が其の債務の履行又は履行の提供を爲すことなくして其の時期を経過したるときは相手方は直に契約の解除を爲すことを得べし(五四二條)。即ち相手方たる債権者は催告を要せずして直に契約の解除を爲すことを得るなり。尤も此の場合に於ても特約なき限り當然解除の效果を生ずるものに非ずして解除権の行使に依り當該契約が解除せらるるものにして此の點は商法第五二五條(舊規定二八七條)の場合と異る。

(a) 契約が定期行爲なること 嚴格なる定期行爲又は絶對的定期行爲(註一)に在りては履行を要する時期一定し其の時期に履行を爲すに非ざれば常に履行不能を生ずるも、相對的定期行爲(註二)に在りては當事者が特に履行期を嚴守すべきことを定め従て履行期を契約の主要なる目的と爲したるものなるを以て、該履行期に履行を爲さざるときは其の目的に添はざるに至るも之が爲履行不能を生ずることなきものとす。而して第五四二條は總て定期行爲に付其の適用あるものにして其の嚴格なる定期行爲又は絶對的定期行爲たるものと之を問ふことなし。尤も此の點に付ては異説ありて、同條は單に嚴格なる定期行爲又は絶對的定期行爲のみに適用あるものと爲せども(註三)採らず。蓋し民法第五四二條に所謂「契約ヲ爲シタル目的」とは契約を爲すに至りたる主要なる動機を意味するものにして、右相對的定期行爲の場合に在りても債権者が特に期限を嚴守すべきことに付債務者との間に特約を成立せしむるは此の期限に必ず履行を爲すべきことを主要なる動機と爲し之を契約の内容と爲すことに付債務者との間に合意あるものなれば、其の合意の效力を認むるに非ざれば債権者が斯の如き合意を爲したる意義及其の實益を没却するに至るを以てなり。學者或は民法第五四二條を以て絶對的定期行爲のみに關するものとし而も絶對的定期行爲の場合に在りては履行期の經過に因り履行不能を生ずるが故に之に對しては第五四三條を適用するを以て足り特に第五四二條の規定あることを要せずと爲せども、此の場合には少くとも履行期に在りては履行を爲すこと可能にして従て先づ履行遅滞と爲り然る後に履行不能と爲るものなるが故に、一般の履行不能とは之を區別することを相當とし、従て民法は第五四三條の外に此の規定を設けたるものなり。即ち絶對的定期行爲の場合に付ては第五四二條は第五四三條に對する特別規定を爲すものとす(註四)。

(註一) 履行を要する時期一定し其の時期に履行を爲すに非ざれば債権の性質上本来負擔せる履行と同性質の履行を爲すこと能はざる場合即ち履行期以外に於ては常に履行不能を生ずる場合は所謂定期行爲(Fixgeschäft)中嚴格なる定期行爲又は絶対的定期行爲(Absolutes Fixgeschäft)と稱する場合にして、例へば或宴會に入用の料理品を注文したる場合の如き又中元の進物用として爲したる一定の物品の賣買契約(大正九年一月五日大判民録二六輯一七七九頁)の如き是れなり(綜合三二七一頁、別卷第四債權總論一七二頁參照)。

(註二) 一定の時期又は一定の期間内に履行することを必要とせざるも當事者が特に履行期を嚴守すべきことを定めたる場合は所謂定期行爲中相對的定期行爲(Relatives Fixgeschäft)と稱する場合にして、例へば何月何日迄に必ず注文の洋服を仕立つることを約し同日迄に其の洋服を給せざれば受領せざる旨を定めたる場合の如き是れなり(綜合三二七一頁、別卷第四債權總論一七二頁以下參照)。

(註三) 此の説に屬する學者中には或は、相對的定期行爲の場合に於ては履行期の經過後履行を催告することを要せしむることの無意義なることは絶対的定期行爲の場合と同様なるを以て此の場合にも本條を類推適用すべきものと爲す學者あり。

(註四) 相對的定期行爲の場合に在りては履行期の經過に因りては其の性質上履行不能を生ぜざるを以て、本來民法第五四一條の規定に依るべきものなるも、當事者が履行期を嚴守し之を契約の内容とせるものなるが故に、其の經過後の履行は契約を爲したる目的を失はしむるものなるを以て催告を要せずして契約を解除し得しむる爲特に第五四二條の規定を必要としたるものなり。從て此の點に於ては第五四二條は第五四一條に對する特別規定を爲すものなり。

(b) 債務者が履行期に履行を爲さざること 此の場合に於ける不履行が債務者の故意又は過失に基くことを要するや否に付ては、第五四一條の場合に於けると同様議論の存する所なるも、債務不履行の一般の法理及第五四三條との關係上積極に解するを正當と信す。但し當事者が特約に依り過失なきも尙解除を爲し得べき

旨を約したる場合には之に従ふべきは勿論なりとす。

(ロ) 履行不能 履行の全部又は一部が債務者の責に歸すべき事由に因りて不能と爲りたるときは債権者は契約の解除を爲すことを得(五四三條)。債務者の責に歸すべき事由に因る履行不能の意義に付ては既に述べたるを以て茲に再説せず(別卷第四債權總論二八頁以下參照)(綜合四三七五頁以下、同二五九四頁以下參照)。

不能は給付の全部に付生じたるど一部に付生じたるとは之を問はず。一部の履行不能を生じたる場合に於ても法文に何等の制限を爲さざるを以て原則として債権者は一部不能を理由として契約の全部を解除し得るものと解すべきも、當事者が契約を爲したる目的を達するに何等の妨なき程度の些細なる一部不能の場合に於ても尙契約の全部を解除し得るものと爲すは、賣買に關する第五六六條第一項及第五七〇條の規定と對照し且解除權を認めたる趣旨に鑑み不當も又甚しきを以て、一部の履行不能の場合に於ては殘存せる給付に因りては其の契約を爲したる目的を達すること能はざる場合に於てのみ契約全部の解除を爲し得るものと解するを正當とす。故に契約上履行が可分の性質を有するものなる場合の如きに於ては其の一部不能を生じたる部分に付てのみ一部の解除を爲し得ることと爲るべし。尙履行不能の場合に於ては債権者は履行期到來前と雖契約の解除を爲し得るやに付ては解釋上疑問の存する所なるも、履行期に於て履行不能なることが解除の時既に確定せる場合には履行期前と雖解除を爲し得るものと解するを正當と信す。從て此の場合に於て債権者が履行期前に解除を爲したるときは債務者は本來の履行期以前に於て原狀回復義務若は損害賠償義務を履行せざるべからざることと爲るなり。

(ハ) 不完全履行

不完全履行に因る解除に付ては既に他の部に於て説明したるを以て茲に再説せず(本書第二編 契約 第六章 契約の解除及告知 第二款 解除權及告知權)