# 債権法概論

中村万吉・著

東山堂

各論

訂再版
昭１１

納本



法學博士 中村萬吉著

# 債權法概論（各論）

【增訂再版】

東京 東山堂書房發行

# 增訂第二版序

本書刊行の趣旨は前版小序に略述してある通りであるが、舊著「債權法各論」を改造して本書を編纂するに當り時間の足らざる爲め契約各論の改造には殆んど手を著ける遑がなかつた。本增訂版では、前版の繼續事業として契約各論を全部改訂增補した。紙數が意外に增加したのは新項目を增補した外、說明を幾分詳しくした結果である。かくして當初計畫した債權法概論(各論)は首尾一貫して豫定通りの增訂を見るに至つた譯である。

契約各論の論述に當ては一層判例に注意を拂つた、但し本書自體が判例法の研究でない事情からして判例の引用は唯著者の重要と考へ又興味ありと感じたものだけに止めた。因みに契約各論に於て引用せる判例は專ら大審院民事部のそれである。そして引用の方法は、例

へば抄何卷とあるは大審院判決抄錄の卷數を示し、錄何輯とあるは大審院判決錄の輯數を示し、又集何卷とあるは大審院判例集の卷數を示してゐる。而して判決の年月日を省略した所以は判例を實地に尋究するほどの者は自から之を知り得ると考へたからである。これら判例の引用法は本書の他の部分のそれと大に異なり、爲めに體裁の統一を缺くに至つたが印刷の都合上暫らく不統一のまゝ我慢せざるを得なかつた。

本書の編著に方り畏友早稻田大學助教授法學士野村平爾君は始終緊切なる助言を與へられたのみならず、本書の爲め索引を作成された。茲にその勞を多とし、且その友情に對し深厚の謝意を表する。

昭和十一年三月春雨薫る彼岸の中日

著者識

# 小序

債權法各論を手ごろの教科書にまで要約することは蓋し至難のことである。說いて稍や詳細に亘るときは紙數の增加を免れずして學生の怨府となる。著者は嘗てこの苦き經驗を嘗めたので斷然紙數の減少をはかり大に得意となつたところ此度は說明が足りないとの理由で學生の浩嘆を招いた。結局、今の學生は大部分一冊で以て教科書と參考書とに兼用出來るものを要求してゐるやうに考へられるので、從來の「債權法各論」を大に改造增補して學生界のこの需要に應ずることにしたのが卽ち本書である。その改造の程度が餘りに大なる爲め舊著の增訂といふのは聊か誤解を招く虞れがあるので新に「債權法概論」(各論)と題することにした。尙ほこの改題の理由は、他日之に倣うて總論を作成し一纒めとして債權法概論としたい腹案もあるからである。

本書は主として初學者——卽ち未だ民法總則、物權、債權總論を修得しない者——の教科書たらしめん目的をもつてゐるが、同時に上級生の復習用、參考用としても役立たしめやうとの目的をも加味されてある。從て書中往々蛇足とも思はれる說明や引例やが存するのは專ら初學者の爲めにするもので、これに反して稍や專門的な註釋を挿入してあるのは上級生の爲め

にするものである。また說明は集中主義に從ひ重要と考へらるゝ事項に付いては相當に詳しい說明をしたが、さもない事項は極めて簡略に片づけ必ずしも所謂繁簡宜しきを得るの傳統に從はなかつた。

著者は聊か世態に感ずるところあり數年前から郊外に中村學寮なるものを開設し二三十人の學生を集め起居を俱にして訓育に力めてゐるが、なかなかの難事業とてその方にかまけて悠々筆を執る暇が見出せない。すなはち本書の如きも大部分は寸暇を偷みつゝ口演したものを速記して貰つたのである。行文のたどたどしく且含蓄の妙味に缺けてゐるのは之れが爲めであつて洵に遺憾とするところである。たゞ舊著の短を補ふ上に於て、僅かにこれなきに優るの程度の存在理由を有するに過ぎない點で、我慢して貰ひたいのである。そしてこの程度のものを完成し得たのも全く筆記の任を引受けられた畏友中川藤太郎君の勞苦の賜として謝意を表することを忘れてはならない。

昭和八年四月三日

著者識

# 債權法概論（各論）目次

目次終

# 債權法概論（各論）

中村萬吉著

## 序說

個人間に於ける財の動きは、各人の意思に因るものと法律の規定に因るものとがある。現代の財產法を原則的に支配する私有財產主義によれば、吾人はその所有の財を原則として自由に處分することが出來、從て各人の任意に因る財の動きは現代財產法に於ける主たる部分を形作るものと言はねばならぬ。併し乍ら、法律は信義衡平其他法律制度一般の秩序を擁護する爲め、個人の意思如何に拘らず法律獨自の目的に依りて財の動きを命ずることがある。凡そ財の移動には、直接現實に行はれる場合と、之を將來に約束期待する場合との二がある。前者の場合に應ずる爲めには物權的行爲又は種々なる事實行爲があり、後者の場合に應ずる

爲めには債權的行爲が設けられてある。物權的行爲とは直接に財產權殊に物權を移動することを目的とする法律行爲であつて、例へば所有權を移轉し、地上權を設定するが如し、また事實行爲とは法律行爲にあらざる方法に依りて實際上種々なる經濟的行動を爲すものであつて、例へば家屋を建築し、荷物を運搬し、事務を處理するが如し、此等直接現實に或る財的効果の實現を期する行爲を總稱して現實行爲(Realgeschäft)と稱せられる。以上に反し財の動きを將來に向て約束し期待する場合に用ひる債權的行爲は、總て法律行爲であつて、更に之を一方的行爲と雙方的行爲の二種に分つことが出來る。殊に雙方行爲たる契約は單に財產的移動の爲めのみならず、更に身分關係の創設變更の爲めにも用ひられ古來個人間に於ける權利の變動には最も重要視せられたものである。廣く契約と言へば物權的準物權的、債權的等種々なる內容のものがあるが、特に財產の移動を將來に約束期待するが爲めに用ひる契約を債權契約と呼ばれ、當事者間に此契約あるときは財の移動を目的とする債權債務を發生せしむるものである、即ち債權發生の原因として契約が最も重要にして且つ法制上一般に斯く認められる所以を知るであらう。



此所に講述せんとする債權法各論は主として此債權契約の法制に關するものである。以上に反し一方的行爲は種々なる理由により一般に債權發生原因として採用せられてゐない、唯、例へば財團法人設立の爲めにする寄附行爲、死後財產を處分する爲めにする遺言の如く、法律に規定ある場合の外は、一般に債權發生の手段とせられることがない、されは債權法各論にては此一方行爲的債權發生原因は取扱はないのである。

次に法律の規定に因る財の移動に關するものは頗る多方面に亙り單に私法のみならず、また公法にもその場合を見出すのであるが、債權各論に於ては唯、事務管理、不當利得、不法行爲の三者について講述するに止める。此法律の規定に因る財の移動にも直接現實的なるもの例へば强制執行の如きものもあれば、今擧げたる三者の場合の如く財の移動の爲めに債權債務を發生するに止るものもある。その中法律の規定に因りて債權的に財の移動を生ずる場合にも自ら種々なるものがあり、例へば事務管理の如く適法なる事實行爲に屬するものもあれば、又不法行爲の如く違法なる事實行爲たるものもある、また人間の行爲に限らず一般に法律

上の原因なくして利益を得他人に損失を及ぼせる事實狀態そのものが債權發生の原因となるものがある、不當利得は即ちその一例である。

斯くの如くして財の變動を目的とする債權の發生原因は主として契約と法律の規定とに分類されるので、理解に便する爲め、契約に因りて債權の發生する場合を約定の債權原因と言ひ、之に對し直接法規に因りて債權の生ずる場合を法定の債權原因と呼ぶことにする。今この二種の債權原因について各其特徴を概言すれば次の如くになるであらう。約定の債權原因は所謂私法上の自治即ち契約自由の原則によりて當事者の意思表示を標準として其效果を取扱ふべきものであつて法律の規定は唯當事者の意思表示が不明なるか又は不備なる場合に限りて用ひられるのを本則となしてゐる、換言すれば契約に關する私法の諸法規は當事者間に別段の特約存せざる場合に限りて其適用を見るべきものであつて、原則として當事者自ら爲す契約の足らざる部分を補充するに過ぎないものである。反對の方面より言へば當事者は特約によりて任意に法規の適用を排斥し得るものであつて、法規は原則として當事者の上に强行されないものである、かゝる種類の法規を任意法規と呼ぶのは全く以上の意義によるのである。されば契約に因りて生ずる債權關係を取扱ふ場合には先づ當事者の意思表示を基本とし所謂契約の主旨に從ひて解釋決定すべきものであつて法律の規定は唯補充的に取扱はるるに過ぎないのである。

右に反し法定の債權原因は個人の意向に關せず專ら法律獨自の立場に於て財の移動を期するものであるから個人の意思の如何は毫も顧慮する必要がない。法定債權原因に因りて生ずる債權關係の取扱には常に法律の規定を基礎としその所謂立法の精神に照して之が解釋決定を期しなければならない。

要するに債權法各論に於て取扱はんとする事柄は右に述べた約定及び法定の債權原因にして民法第三編第二章乃至第五章に規定せるものに限るのであつて唯之が必要的關係事項として間々他の法令の規定についても略說するに止まる。從つて廣く債權發生の原因と言へば此所に取扱ふものゝ外、商法その他の私法は勿論公法の中にも多數存在することを忘れてはならない。尤も債權法各論に於て取扱ふ諸債權原因は他の法律にも適用又は準用あり、少くとも類推的に適用さ

るべきものであつて、言はゞあらゆる債權發生原因の原理原則を取扱ふものであるから、之が充分な理解は他の法律を理解するについて缺くべからざるものと信ずる。

# 第一部　約定債權原因

## 第一章　契約總論

### 第一節　契約の概念

**一　契約**　最も廣き意義にて契約とは相對立する二以上の當事者が互に交換する意思表示が合致すること(合意)を必要構成分子とする法律行爲である。これは契約の構成に關する概念であつて契約の內容に至つては尙ほ說明すべき點が多いけれどもそれは後に讓る。

(一)　玆に當事者の對立とは契約を爲す者が互に異る權利範圍を有することをいひ、換言せば契約上の效果が各別の當事者として歸屬すべき地位にあることを言ふ、例へば賣主と買主、使用者と勞務者、注文者と請負人の如し。これ二以上の當事者あることを必要とする所以である。又玆に二以上と言つて二人以上と言はない理由は、多數人が合同して一の當事者となることがあるからである、例へば甲乙丙三人が共同して丁との間に契約を爲す時は丁は當事者の一方となりこれに

對して甲乙丙の三人が合して他の當事者となるが如し。

(二)　契約を成立せしむべき各當事者の意思表示は互に相手方に對して交換されなければならぬ。こゝに交換といふことを內容の上から見れば例へば當事者の一方は權利を得、その相手方は義務を負ふが如く、多くの場合に於て相對立する當事者が互に反對の効果を受くべき旨の意思表示を各相手方に宛てゝ表示せねばならぬといふ意味である。これと異り例へば數人が法人を設立する場合に各自が爲す意思表示は皆同一の法人設立なる目的に向つて爲され各人の間には相反する効果を受けしむべき意思表示を包含してゐない、依つて法人設立行爲はこれを合同行爲と稱し契約と區別する所以である(註一)。　また前に述べたる數人が共同して一の申込を爲す場合もその意思表示は互に交換されることはない。形容して言へば契約にあつては各當事者の意思表示は互に交換さるゝのに反し合同行爲又は共同行爲にありては各自の意思表示は併行合流すると言つてよからう。また身分法上婚姻又は養子緣組なる合意が通說の加く契約なりや又はこれと異る特殊の合意(協同行爲)なるやについては說が分れてゐる(註二)。

(註一)　法人の設立にあたりてその準備又は附帶として設立者の間に法人設立を目的とする設立契約の存することが通常である。　この設立契約は各設立者が法人設立なる共同事業を共營することを目的とするものであつて各發起者はこれに向つて協力すべき義務を互に負擔するものであるから一つの組合契約であることはいふまでもない。　しかしながらこの組合契約と法人設立行爲とは手段と目的との關係にあり、決して設立行爲そのものと同一視すべきものではない。　或はこの二者を一括して法人設立行爲と看做し以つて設立前後の法律關係を便宜に處理しようとする見解がある(併合行爲說)却つて概念の紛糾を來す虞がある。

(註二)　婚姻又は養子緣組は通說これを身分法上の契約と見る、當事者が互に婚姻又は緣組の意思表示を交換する點から見れば廣い意味の契約と見るべきであらう。　が、その意思表示の內容は夫婦又は養親子なる一つの身分關係の創設を目的とするのであつて、その點に於ては法人設立行爲と選ぶ所はない。　固より夫婦又は親子の間に於て幾多の權利義務が生ずるも、これは意思表示上の効果といふよりも婚姻又は養子緣組なる事體に卽して法律が獨自の立場より生ぜしむる効果に他ならずして、當事者としては單に夫婦となり又は親子となる意思表示の存するのみにて足るものである。　此故に少數の學者はこれ等の合意を協同行爲(Gemeinschaft)と名づけ以つて契約(Vertrag)と區別をつけようとするのは正當と考へる。

(三)　交換せる意思表示が合致しなければならぬ。　茲に合致とは如何なる意味

を有するか。思ふに當事者の意思表示は例へば賣らん買はんと言ふが如く各自の主觀に於ては相反する意義を有するも、賣買といふ一事について言へば互に一致してゐることが明である。即ちこゝで合致といふのは各意思表示の內容が客觀的に一致すると言ふに他ならぬ。如何なる點について又如何なる範圍で合致を必要とするかは契約の種類によりて具體的に論定さるべきであつて詳細は後に讓る。

意思表示の合致があることを以つて必要且つ十分とするのであつて、當事者が合致せしめんと欲し且つ意識的に合致せしむることは必要でないと考へる、蓋しこの點は意思表示の取扱に就いて所謂意思主義をとるか又は表示主義をとるかによりて見解が自ら岐れることであるが、通說は表示主義に基き右述べた如くに解してゐる。この點で問題となるのは申込の交叉(交叉申込)が契約を成立せしむるや否やの點である。多數說は積極に解してゐる。蓋し申込の交叉せる場合には各申込者はその申込の內容を以つて確定的に契約を爲さんとする意思を表示するものであるから玆に當事者間に於ては互に交換されたる意思表示の合致あるものであつて契約成立の要件に缺くる所がないからである(註三)。

(註三) 申込の交叉とは例へば甲が乙に對して馬一頭を三百圓にて賣らんと申込たるに、偶然に乙もまた馬一頭を三百圓にて買はんとの申込をなし、双方の申込が全く偶然に一致したることを言ふ。かゝる實例は極めて稀有のことに屬し現に英國にて問題となれるは甲乙兩者間に或る契約に關し數回申込及び申込の變更を交換せる際偶々そのうちの申込が双方一致せることを發見し果してこれが契約を成立せしむるや否かに付いて裁判を求めたので、或る見方によれば申込の誘因の合致とも解せらるゝ嫌がある。予は從來契約が法的牽聯として法律價値のある所以は當事者間に客觀的合成意思(一種の自治法)を設定する爲めなるに、若し當事者間に何等意識の連絡なく單なる暗合偶然の符合あるのみにては何所に意思合成の根據が求められるであらうかとの理由を以つて、申込の交叉は契約を成立せしむるに足らずと考へてゐたが、今や本文の如く說を改めた。蓋し契約の解釋にあたつては主として表示上の効果意思を基礎とすべく當事者の主觀を特に顧るは取引の安全を害する虞があるので所謂表示主義を採用するに至つたが爲めであつて、又法律上の根據としては五二二條に遲延したる承諾を新なる申込と看做すことを得せしめたる點及び五二六條に於て隔地者間の契約は承諾の通知を發したる時に成立せるものとせる點等に鑑み以上の如く改說したのである。

倘ほ申込の交叉を認むる結果、例へば隔地者間の契約に於て當事者の一方甲が申込

の通知を發し、その未だ相手方乙に到達せざるに當り、乙が他より此の申込ありたる事實を聞知し、直に承諾の通知を發したるに、その後申込者甲が申込を撤回した場合に於ても乙の承諾なるものを申込と看做して尙ほ甲乙の間に契約の成立を認め得ることゝなる譯である、但しこの最後の點については反對說もある。

(四)　契約は合意を必要構成分子としてはゐるが、兩者は必ずしも同一ではない蓋し契約の中には合意のみによりて成立するものもあれば、合意の外に例へば消費貸借、寄託契約の如く目的物の交付を必要とする契約があるのである。合意のみにて成立するものを諾成契約と言ひ、合意の外に目的物の交付と言ふ如き實行行爲を必要とする契約を踐成契約又は要物契約と言ふ。後者に關しては尙ほ後に說明するであらう。大體より言へば要物契約はローマの形式的訴訟主義には必要な觀念であつたし、又封建時代の如く特に契約の形式的尊嚴を尙ぶ時代には大いに意義があつたかも知れないが、現代の如く取引の簡易敏活を旨とする時代には全く不必要な觀念であつて、即ち諾成契約を以つて本格的契約の類型と見なければならない。依つて若し諾成契約の一みを以つて契約なりと解し得るならば合意と契約とは全く同一物となるわけである。

尙ほ現今學者は合意なる名稱よりも契約なる名稱を用ひる者多く合意は當然契約の中に包含されることになる點に注意せなければならぬ。

## 二　契約の種類

左に差し當り知り置く必要のあるものを說明しやう。

(一)　債權契約、物權契約、準物權契約。

吾人は生活上種々なる目的を達する手段として契約を利用する。今かゝる目的の上より契約を分類する時は債權契約、物權契約、準物權契約の三者とすることが出來る。債權契約とは當事者間に債權債務を發生することを目的とし、物權契約とは直接に物權の設定移轉即ち物權上の變動を惹起することを以つて目的となし、準物權契約とは例へば債權讓渡、債務引受、更改などの如く物權以外の權利關係を直接に變動せしむることを目的としておる。我民法上契約と言ふは主として債權契約を意味し、債權各論に於て取扱ふものは專らこの種の契約であるけれども、民法上一般に契約と言へば必ずしも債權契約に限るのではなく廣く當事者の合意を必要構成分子とする法律行爲を指すものである(例、一一三條、一一五條)しかしながら債權契約以外の契約に關してはその成立及び一般的效力について特別の規定を設けないから債權契約に關する規定は性

質の許す限り他の契約にも準用さるべきものである(註)。

(註) 債權契約(Obligatorischer Vertrag)は當事者間に債權債務を發生せしむる目的だといふは之によりて當事者の一方(または双方)が債權を取得し相手方は債務を負ふことである。債務者は後日債務を履行すべき義務を負ひ、債權者はその履行を請求する權利を取得する。かくて債務の履行を待ちて始めて當事者の期待せる所の生活上の目的を達するものにして、債權債務は全く將來に向つて生活目的の達成を約束期待するものに他ならない。從つて債權契約を約束的契約(Versprechensvertrag)と稱する學者もある。さて債權の履行として爲すべき事柄は分れて二種となる。その一は法律行爲を爲すことにして例へば金錢の支拂、地上權、永小作權の設定、家屋所有權の移轉等の如し。その二は法律行爲以外の事柄をなすにあり、例へば、荷物の運搬、家屋の修繕、勞務に服すること、事務を管理すること等の如し。履行々爲として爲すべき法律行爲の中最も頻繁に行はるゝものは物權契約(dinglicher Vertrag)及び準物權契約(quasi-dinglicher V.)であつて此所に至つて債權契約は終りを完うするに至るのである。故に債權契約は物權契約準物權契約を爲さしめんとする豫備的手段に外ならずして兩者は手段と目的との關係にあると見ていゝであらう。更に言へば債權契約にありては履行すべき或る物を將來に殘すに反し、物權契約及び準物權契約にありては契約と同時に一切を決濟し契約そのものとしては何等將來に殘すところがないのである。

(二) 其他の種類　有償契約、無償契約、片務契約、雙務契約。本契約、豫約。典型契約、有名契約、無名契約、其他種々あるも此等は各適當なる場所に於て說明を加へる。

## 第二節　契約の成立

### 第一款　普通の場合

#### 第一目　申込

契約は通常兩當事者の一方が先に申込をなし相手方がこれに對して承諾をなすによりて成立する。茲に申込と言ひ承諾と言ふは契約當事者が互に交換する各自の意思表示につき時間的に先つものを申込と言ひ、之に後るゝものを承諾と言ふに過ぎないのであつて、その客觀的內容及び法律的價値に於ては何等異る所がないのである。この申込承諾による普通の成約方法の外に尙ほ稀なる成約方法がないでもない、例へば第三者が提出する契約案に對し契約兩當事者が同時に承諾の意思を表示し又或る契約團體に加入するによりて當然加入者が契約の效力を受くるが如く、又申込または承諾の意思表示と伴ひ又は之に代る實行々爲を以つて爲すこともある。最後の場合は追つて說明するであらう。

申込とは確定的に契約を爲す旨の意思表示である。是は相手方ある意思表示たること多言を要しない。

(一)　茲に確定的といふは二重の意義がある。その一は契約意思の確定的なることを意味し、これ以上最早準備交渉を必要とせず相手方の承諾だにあらば直に契約の成立を期するに他ならず。その二は申込の內容が確定的なることを意味し、その內容は少くとも契約の履行期までには確定し得るものでなければならない、尤もこの內容の確定し得べきことは契約成立の要件といふよりは寧ろ契約の效力に關する要件と見るべきものであるが、後に說明せんとする「申込」と「申込の誘引」との區別を決する重要なる標準としてこのことは一般に契約の成立に關聯しても攻究されるのである。申込の內容は即ちやがて成立せんとする契約の內容であつて、それが如何なる點につき如何なる程度まで確定してゐなければならないかは極めて重要な問題であるが、これは後に典型契約の序論に於て說明するであらう。

申込の相手方は特定する場合もあれば特定しない場合もある、後者は例へば一般公衆に對して申込む場合の如きであつて、この場合には何人にても承諾をなす

資格があるのである。

（二）申込は意思表示である。意思表示とは此所では契約上のある法律的效果を欲するとしてその旨を外部に確知せしむる行爲であつて、その一般の說明は民法總則の講義に讓つておく。されば商品のカタログを發送し定價表を掲示するなど單に契約の準備がある旨の通知をなし、又は契約案を示し、契約條項の說明をなして參考に供する如きは、他の點からみて如何にその內容が契約的に完備しておつても、これは事實の通知、學者の所謂「觀念の表示」であつて意思の表示でないから申込とはならないのである。

此點に於て注意すべきは申込と申込の誘引との區別である。蓋し申込は相手方の承諾ある時は直に契約を成立せしむるに反し、申込の誘引は却つて相手方をして申込をなさしむる行爲であつて相手方の申込に對し先の申込の誘引者が更めて承諾をしなければ契約は成立に至らないのである。換言すれば申込者は相手方の承諾によりて必然的に契約上の效果を受けるのに反し、申込誘引者は假令相手方より申込を受くることあるも本則として諾否の自由を有してゐる。乃ち兩者の區別はかくの如く概念の上では明瞭であるが、實際の適用上では往々區別の困難を感ずるので、イギリス等の判例には幾多の難問題を提供してゐる。今實際に當つて申込とその誘引とを如何に區別さるべきかは、結局當事者の意思解釋及び取引の通念に訴ふるの外はないが、試みに一二實際的區別の標準を示せば大體次のやうになるであらう。

（イ）一回のみより履行の出來ない事柄、例へば稀代の骨董品の賣却を廣告するが如きは通常申込の誘引と見られる。

（ロ）相手方の身分、信用、性格などを確めたる上ならでは通常契約せざる事柄に關する契約條項の發表、例へば貸家札の掲示、洋服屋の廣告なども申込の誘引である。

（ハ）相手方に示されたる事柄の內容が不備にして更に交渉を重ぬるにあらざれば契約內容の確定せざる場合なども申込の誘引が存するに過ぎない(註)。

（註）汽車の發着時間表、乘車賃金の表示は乘車契約の申込なりや誘引なりや。正札附の商品の陳列は如何。これ等は取引の慣例及び事業の性質に照して具體的判斷を下

さなければならない。

(三) 契約の方法は當事者が單獨に交渉するを通常とするけれども、間々特殊な方法を用ひる場合がある。今その一二の特例を擧げて見よう。

(イ) 競爭締結といふは當事者の一方が多數の相手方をして競爭せしむるにより有利な契約條項を贏ち得んとする方法である。競賣及び入札はその例である。競賣は競買人相互の間に公然と競爭を爲さしめ賣主又は買主の爲めに有利なる契約條項をかち得んとするにあり。入札は入札者相互間に祕密に競爭を爲さしめ入札募集者の爲めに利益ある條項をかち得んとするものである。問題となるは競賣に於て何人か申込者となるかの點とする。外國民法(獨民一五六條、瑞債二二九條乃至二三六條)には私競賣又は公競賣に關する通則を民法中に掲げるものがあるが我國には公競賣については競賣法、民事訴訟法(五七二條以下、六四二條以下)會計規則(七二條以下)に詳細なる規定を設けたるも私競賣に關しては何等規定する所がない、從つて競賣に於ける申込とその誘引との判斷については固より依るべき規定がない。が取引の通念によりてこれを考ふるに大體次の如くなるであらう。即ち糶上の場合には本則として競賣人は單に申込の誘引を爲すに止まる、但し競賣人に於て必ず競落を爲すべき旨の特別意思表示を伴ふ場合(例へば最低價格を示したる場合)には競賣人が最高價競賣の申込を爲すものと解すべきである。之に反して糶下の場合には本則として競賣人が申込を爲すものと見るべきである。尙ほ糶上の場合に競買人の爲す申込はより高き價格の申込者ある時は當然效力を失ふものと解するのが正當である。次に入札は入札を爲さしむるものが通常申込の誘引をなすものと見るべきである、從つて假令最高又は最低價格の入札者と雖も結局申込を爲すものに過ぎざるが故に入札募集者は必ずしも之と契約をなすの義務はないものと解しなければならない。以上は私競賣又は個人間の入札に關する場合であるが强制競賣及び入札拂に於て何人が申込人なるやの點は各公法の規定に依りて判斷さるべきものであるが、法文不備の爲めその解釋については學者の見解が一致しない。しかし予の見るところによれば此等の場合にも結局以上私競賣に關する原則が準用されるものと信ずる(註)。

(註) 公競賣には民事訴訟法による强制執行に於て配當手續の爲めにする換價處分と

して爲すもの(同法五七二條以下六四二條以下)及び競賣法に依りて擔保物權の實行及び自助賣却の方法として行ふものあり、多少性質を異にするものあり且つ何れの場合にとても公競賣は執行裁判所又執達吏の行ふ公法上の强制處分であつて、結局差押たるもの又は擔保物を換價する必要あるものなれば或は强制競賣の公告を以つて競賣の申込と解せらるべき點なきにあらず且つ動產の競賣に於ては特に物件の實價以下にて競賣を許さゞるものについては明文を以つて除外例を設け(民事訴訟法五八〇條五八一條)殊に不動產の競賣については最低競賣價格その他競賣の條件に關する詳細なる規定を定めたるによりて(民事訴訟法六五八條)少くとも不動產の强制競賣はその公告を以つて競賣の申込を爲す見解なきにあらざるも、仔細に考ふるに動產の强制競賣と雖も一定の競賣價格に達せざる時は競賣すべからざる趣旨を認むるに足るべき規定あり(民事訴訟法五七八條)また不動產の競賣については執達吏が一定の方法により競賣の終局を告知するにより初めて他の競賣人はその競賣の責務を免れ且つ保證の即時返還を求むる權利ありと定め(民事訴訟法六六六條)また競賣期日に於て「許すべき競賣價格」の申出なき時は競賣を中止して更に最低競賣價格を低減したる上新競賣をなさしむることゝしたる點(民事訴訟法六七〇條)等に照し强制競賣と雖も必ずや相當價格を贏ち得るにあらざれば濫に競落すべきものにあらざることを推定し得べく以つて民事訴訟法に依る公競賣も競賣の公告は單なる申込の誘引にして競買人の爲す競買の申出が申込なりと解するを妥當とすべきであらう。また競賣法に依る競賣はその規定甚だ不備にして多くは民事訴訟法の規定を準用するの外なくして確たる判斷を下し難しと雖も、同法には競買の申込は他の高價競買の申込ありたる時又は競落を爲さずして競賣を終了したる時は當然その効力を失ふ旨を規定し(同法一條)また競賣期日に相當の競買申込なき時は更に期日を定めて競賣を爲すべき旨を定め(同法三一條)また競落を爲さずして競賣手續を完結することあるべきを思はしむる規定あり(同法三五條)此等に徵する時は競賣法に依る競賣とてもまた競賣の公告を以つて申込の誘引となし競買人の競買申込を以つて申込と解すべきが妥當のやうである。

以上に反し會計規則に依る公入札は入札者の資格を限定するの外、契約條項の告示、入札に附する事項の價格を豫定し之を封書として開札の時之を開札の場所に置くこと(會計法一〇三條一〇四條)開札の場所に於て各人の入札中第一〇四條の豫定價格の制限に達したるものなき時は直に再度の入札を爲さしむることを得べく(同法一〇六條)落札となるべき同價の入札を爲したるもの二人以上ある時は直に抽籤を以つて落札者を定むべしとする點(同法一〇七條)を考へ且つ總て公契約は競爭契約に依るべき場合と隨時契約に依り得る場合とを嚴重に區別したる等の事實に照し入札者を以つて契約の承諾をなすものと解すべく、尤も各入札はより高く又は低き他の入札者あるによりて當然効力を失ふものと解さねばならぬ。

右の如く申込と申込の誘引とを區別せんとする實益は公競賣の場合に於て最高價競買申出人は競落の決定あらんことの主張を爲し得るや否やを決するに付き以上の

區別を必要とするからである。予單の見解によれば最高價競買人と雖もかゝる主張を爲す權利は當然には有せざることゝなる。また會計規則に依る落札者は落札によりて當然官廳と契約をなせるものと見るべからず、契約は當該の官吏と改めて契約書の作成あるを以つて成立するものであるから(會計規則八五條八六條)落札は單に契約締結の權利を得せしむるに過ぎないものと解する。

## 第二目　隔地者の契約

契約當事者間の地位が隔地者間なりや對話者間なりやの說明は民法總則の講義に讓る。隔地者間の契約の成立については次の如く民法に特則がある。

(一)　隔地者に對する申込はその通知が相手に到達するに因りて效力を生ずる(到達主義九七條一項)茲に到達とは申込の通知が相手方の支配範圍に入り相手方が何時にても自由に了知し得べき客觀的狀況に置かれたることを言ふのである。尙ほ申込の方法として書面に依りたるときは、それの到達を必要とすべく、また使者を利用したるときは使者が申込の趣を傳達したる時に到達あり、何れの場合にても相手方に宛てゝ申込を爲すことを要し、さもなくして相手方が他の方法にて偶然聞知することあらんも、以つて申込の到達と解することは出來ない。

申込の通知が相手方に到達せざる間は未だ申込の效力を生ぜざるが故に、申込者は遲くも申込と同時に相手方に到達する方法を以つて申込の變更又は撤回をして差支ない。但し申込が相手方に到達する前に相手方が偶然その申込を聞知して申込の變更又は撤回さるゝ前承諾の通知を發する時はその承諾は申込と看做され當事者間にその申込の內容によりて早くも契約の成立するを妨げないものと認める(一種の交叉申込)。

一般の原則(九七條二項)によれば隔地者に對する申込はその申込者が通知を發したる後に死亡し又は能力を喪失するも申込はこれが爲めにその效力を妨げられることはない。しかしながら凡そ契約者は生存し及び完全なる能力を有することを以つて當事者たるの前提要件とするを通常とするからして民法は右一般原則に對し契約の申込の效力について特則を設くることゝした(五二五條)。即ち(イ)申込者が反對の意思を表示したる時(ロ)相手方が申込者の死亡又は能力喪失の事實を知りたる時は右一般原則に拘らず申込は效力の上に變化を來すものとす

る。茲に反對の意思を表示するとは第九十七條二項の規定に依らざる旨を表示することであつて、詳しく言へば申込者が死亡すれば申込は無效となるべく、若し能力を喪失すれば申込は取消し得べきものとなるべしとの趣を申込中に於て又は他の方法によりて相手方に對し表示することを言ふのである。この場合に相手方がかゝる事實を何等か他の方法によりて知りたる場合には第五百二十五條後段の規定を適用すべきものであつて、前段の規定は唯右に述べたる如き意思表示ありたる場合に限りて之が適用を見るべきものとする(註)。

(註)　但し五二五條の解釋については議論がある(一)本條は申込の通知を發したる後、その到達する前、即ち申込が未だ効力を發生せざる間にのみ適用すべきものなりや否や。本條を以つて九七條二項の規定に對する特例とするよりして之を申込の發送後到達前に限ると解することが或は法文に忠實なる所以であるかも知れない。が讓つて考ふるに九七條二項及び五二五條の規定の趣旨は申込者を保護するのみならず、取引の安全を期する爲め相手方をも保護する目的を有すと解すべきが故に、本條は申込の到達後と雖も相手方が承諾するまでは之が適用を見るべきものと解するのが一層妥當であらう。(二)相手方が死亡し又は能力喪失の事實を知りたる場合には申込の効力は如何なる變化を受くるや。一說には死亡及び能力喪失を問はず申込は常に無効に歸すべしとなす。しかしながらこの解釋は明に法の明文を無視している(九七條二項參照)死亡の場合に申込が無効となるは勿論なるも能力喪失の場合には然らずして單に無能力者の單獨に爲せる申込として單に取消し得べきものとなるに止まる、從つて後日適當なる能力の補充、例へば準禁治者となれる場合には保佐人の同意を得、妻となれる場合には夫の追認を得ることになり、申込は有効になるのみならず假令これ等の能力補充なき間にても相手方が承諾を爲す時はその契約は取消得べき契約として一應効力を生じ相手方は一九條の手續を爲し得ることゝなるのである。

尙ほ申込の趣旨が申込者の生存すること即ちその相續人が當事者となることと相容れざる事項に關し、若しくは申込者が完全の能力を有することを前提としてのみ意義ある申込の內容なる時は、申込の意思解釋上、萬一申込者が死亡し又は能力を喪失したる時には相手方の承諾の前後を論せず契約は當然無效とせらるべきであつて、特に第五百二十五條の適用を待つまでもないのである。例へば有名なる畫家が揮毫の申込を爲したる後に死亡し又は受任の申込を爲したる者が後に禁治產の宣告を受けたる場合(六五三條)の如し。

右と反對に相手方に申込が到達したる後に相手が死亡若くは能力を喪失する

も申込の效力は本則として何等の變化を受けるものでない。但し前項に述べたる如く契約の趣旨が相手方の生存し又は完全の能力を有することを要件とする事項に關するものなるときは申込は當然無效に歸する譯である。

（二）申込が相手方に到達したる後は取引の安全を期する爲め申込者は一定の期間內之を撤回し得ざることゝなる。これを申込の拘束力といふ。茲に撤回し得ずといふのは撤回するも效なきことである。元來申込者が一方的に申込を爲したればとて理論上相手方に對して拘束を受くべきものでなく現にイギリス、フランス法等にては特別な追加要件の存せざる限りはこの理論を一貫し申込には拘束力を認めず、苟しくも相手方の承諾あるまでは申込者は何時にても申込を撤回する自由を有するものである。が、かくては相手方に於て考慮の餘裕を存せざるのみならず種々なる點よりして取引の安全を害する虞あるが故に、我民法は特に拘束力を附したのである。即ち申込の拘束力は申込當然の效果ではなくして全く法律の附與する效果である。但しこの規定は强行法規ではないから申込者に於て拘束を受けざる意思を表示したるときはこの限りでない。

申込の拘束力は申込の趣旨によりて必ずしも同一ではない。この點について左の如く二つの場合を區別する必要がある。

（イ）承諾の期間を定めて爲したる契約の申込はその期間內之を撤回することを得ない（五二一條一項）。

（ロ）承諾の期間を定めずして隔地者にな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すことが出來ない（五二四條）。

承諾期間を定むることは例へば何月何日までと言ひ又は何週間內と定むるを通例とすれども例へば「折返し返答すべし」又は「電報にて否やの返答を爲すべし」と言ふが如きもまた承諾の期間を定めたものと解すべきである。尙ほ承諾期間を定めて爲したる申込は隔地者に對する場合のみならず、その對話者に對して爲したる場合にも期間內の拘束力を生ずること言ふまでもない。之に反して承諾期間の定めなき申込は隔地者に對して爲したる場合にのみ法律上の拘束力を生ずるものとする。尙ほ第五百二十四條に所謂申込者が「承諾ヲ受クルニ相當ナル期間」と言ふは申込發送の時より起算して申込が相手方に到達して後相當の考慮期

間を加へ更に承諾の通知が申込者に到達するまで、即ち當事者間に於ける往復の期間と相手方の考慮期間を包含するは勿論であつて、その他相手方の不在、病氣その他申込者に於て豫知するを妥當と考へらるゝ事情に依りても期間を相當加減しなければならない。

(三) 尚ほ注意すべきは、承諾期間を定めたる申込にあつては、申込者がその期間内に承諾の通知を受けざる時は、申込は當然その效力を失ふものであつて(五二一條二項)特に取消す必要がない點である。之に反して承諾期間の定めなき申込にあつては假令相當期間を經過するも當然にはその效力を失はず、申込者の撤回を待ちて初めてその效力を失ふのである。尤も特にこの撤回を爲さずとも、申込の趣旨その他取引の通念に訴へて、その後或る期間を經過すれば申込は當然效力を失ふに至るものと見なければならない。尚ほ商法に依れば隔地者間に於て承諾期間の定めなき契約の申込を受けたる場合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當然その效力を失ふものとする(同法二七〇條一項)蓋し商人間の取引は敏活を尚ぶから。

(イ) 第五百二十一條二項の規定によれば承諾期間内に相手方より承諾の通知が申込者に到達せざる時は、申込は當然效力を失ふべきが故に、若しその期間後に承諾の通知が到達するも契約は成立に至らない譯である。しかし承諾書の日附又は郵便の消印其他の事情に照して、通常の場合ならば其承諾の通知が承諾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滯なく相手方に對してその延着の通知を發することを要し若し申込者がこの通知を怠りたるときは承諾の通知は延着せざりしものと看做され承諾の延着に拘らず契約は成立するものと看做される(五二二條)。法律がこの擬制を設けたる理由は相手方が通常の場合ならば既に承諾期間内に到達すべき時期に承諾の通知を發したるに途中豫期せざる故障の爲めに延著せることを知らない爲め契約は成立せるものとの錯誤に陷り之が爲め不測の損害を蒙ることあるべきを察し、取引の安全を圖る爲め且つは信義の原則に訴へて申込者に延著通知をなす義務を課したのに他ならぬ、從つて承諾の通知が到達する前に申込者が既にその遲延せる旨の通知を發したときは承諾の延著後重ねて延著の通知を發する必要はな

い(五二二條一項但書)。その立法の理由既に以上の如くであるから、承諾者に於て何等かの方法により承諾の通知が延著せることを既に知りたる時は申込者に於てこの事實を證明することにより延著通知の義務を免れるものとみて差支あるまい。

(ロ) 承諾期間の定めなき申込は相當期間の經過したる後申込者が撤回するによりて初めてその效力を失ふこと前說明せる如し。この申込撤回の通知は一般の原則に從ひ、相手方に到達したる時に申込撤回の效力を生ずる。然るに隔地者間に於ける契約は後に述ぶる如く承諾の通知を發したる時に成立するものなるが故に(五二六條一項)若し申込者が申込撤回の通知を發送したるも、それが相手方に到達する前に相手方が既に承諾の通知を發せるときは、こゝにその申込に基き契約の成立をみるべきである。しかし民法は取引の安全を圖り且つ信義の原則に訴へこの場合に對しても特則を置き、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も通常の場合に於てはその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滯なく申込者に對してその延著の通知を發することを要するものとなし、若し之を怠りたる時は契約は成立せざりしものと看做すことにしてある(五二七條)。

(ハ) 遲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が出來る(五二三條)。蓋し遲延したる承諾は承諾としては固より效力がないけれども、尙ほこれにより承諾者は申込と同一の內容を以つて契約をなすの確定的意思表示をなしたるものと見るべきが故に、法律はこれを相手方より新なる申込をなしたるものと看做し、前申込者に於てこれに承諾を發することによつて契約の成立を可能ならしめたものである。本條の適用について注意すべき點左の如し。

玆に「遲延したる承諾」と「延著したる承諾」とは明に區別しなければならぬ。延著したる承諾とは第五百二十二條二項に言へるが如く通常の場合に於ては承諾期間內に到達すべかりし時に發送したるに拘らず承諾者の豫期せざる故障によりて延著せるものであつて、これに對しては申込者に於て延著の通知を發すべき義務を課してあるのである。然るに遲延したる承諾とは以上の如き特別の事情を伴はざる遲延の承諾であつて、換言すれば初より承諾期間內には到底申込者に到

達すること能はざる時に發送したるものを指し、之に對しては申込者に於て特に延着通知の義務を課せないのである。從つて申込者としては遲延の承諾をそのまゝに默殺するか或はこれを新なる申込と看做して承諾をなし以つて契約を成立せしむるか選擇の自由を有する譯である。

## 第三目　承諾

承諾とは申込受者が申込に應じてなす意思表示にして申込の內容に基き確定的に契約を爲すことを目的とする。

(一)　承諾は申込受者又はその代理人がこれをなさねばならぬ。又申込受者が申込に應じてなすべきものなるが故に、申込を了知してからなさねばならぬ(註)。

(註)　當事者が成立を認めて爭はざる契約の條項はその記載が印刷に係るものと雖も拘束力を有すと推定すべし。當事者若しこれに拘束せらるゝ意思なしと斷ずるには右推定を覆すに足るべき事實、實驗法則又は慣例なかるべからず(大正七年七月三十一日、昭和三年十二月二十二日判決)。

承諾は所謂「申込の承諾適格」が存する間に申込者に到達するやう發送せねばならぬ。申込の承諾適格とは要するに申込が猶ほ效力を維持し何時にても承諾によりて契約を成立せしめ得る狀態を指すのである。この期間を失せる承諾即ち遲延せる承諾は固より契約の成立を來さない。しかし法律はこゝにも意思表示の經濟を考へ遲延したる承諾は申込者に於てこれを新なる申込と看做すことを得る。が故に(前出)若し申込者が更にこれに對し承諾をなすときは契約の成立を妨げない譯である。

(二)　次に承諾は申込と客觀的に一致せねばならぬ。このことは合意の本質に照して殆んど說明を要しない。尤もこゝに客觀的に一致するといふも、例へば玄米五十石買入の申込に對して同百石の賣却を承諾したる場合の如きは通常尙ほ五十石について賣買契約の成立を妨げない事情があり得るであらう。また申込の要分に關係なき單に從たる事項に關して多少の不一致あるも尙ほ承諾たるの要件に缺くることなしと見るべきであらう。以上の如く承諾は申込と一致せねばならないから、若し承諾者が申込に條件を附しその他變更を加へて承諾したる時は固より承諾とならずと雖も、この場合につき法律は特則を設けかゝる承諾は

申込の拒絶と共に新なる申込をなしたるものと看做するのである(五二八條)。

申込受者は原則として承諾をなすべき何等の義務なきは勿論、特に承諾を拒絶すべき義務をも負ふものでない。即ち申込に對し承諾をなすと否とは本則として申込受者の自由である。但し當事者間に豫約ありて申込受者が承諾をなすべき債務を負擔せる場合には固よりその豫約によりて承諾をなさゞるを得ず、此場合、若し任意に承諾をなさゞるときは申込者は豫約に基き裁判を以つて承諾の意思表示に代へんことを裁判所に請求することが出來る(四一四條二項但書)。尚は法律により申込受者に承諾の義務を課したる場合又諾否の意思表示をなす義務を課したる場合もある(註)。

(註)　商人が平常取引を爲すものよりその營業の部類に屬する契約の申込を受けたる時は遲滯なく諾否の通知を發することを要す、若し之を發することを怠りたる時は申込を承諾したるものと看做す(商法二七一條)。執達吏はその職務を行ふべき命令若しくは委任を受くる時は正當の理由なくして之を拒むことを得ず(執達吏規則一〇條)。公證人は正當理由あるに非ざれば囑託を拒むことを得ず(公證人法三條)。辯護士は訴訟事件の委任を承諾せざる時は速にその旨を委任者に通告すべし、若し通告を怠りたる時はこれが爲め生じたる損害の責に任ず(辯護士法一六條)。

(三)　次に承諾の方法は申込に於て特に指定したるものある時は之に從ふことを以つて必要且つ十分なりとす、從つてその指定せる方法によりて承諾の通知を發したる場合には偶これが申込者に到達せざることあるも尚ほ承諾は有效なりと見なければならぬ。若し承諾の方法につき特別の指定なきときは承諾者は取引の通念若しくは慣例に從ふを以つて足るものとしなければならぬ。

## 第四目　契約成立の時及場所

隔地者間の契約は承諾の通知を發したる時に成立する(五二六條一項)。此規定は隔地者に對する意思表示の效力發生時期に關する第九十七條一項の定むる到達主義に對して發信主義を採用せるものとして大いに注目せられてゐる。民法がこの場合に發信主義を採用せる理由は、契約の成立をなるべく速ならしめ承諾者をして一刻も早く履行に取りかゝる便宜を得せしめんとすると同時に、若しこの場合に發信主義を採らずして到達主義を採るものとせば、承諾の通知が申込者

に到達せりや否やを確知するまでは承諾者に於て事態を靜觀する外なく、幸に申込者よりその承諾の到達せる通知ありたりとするも、その通知が承諾者に到達せりや否やがまた申込者側に於て不明となり、この不明不確定の狀態は兩當事者の間に無限につながり得ることゝなるべきが故に、民法は斷然發信主義を採用し多少取扱の安全を犧牲に供しつゝ寧ろ契約成立の時期を早からしむることゝしたのである。

然るにこゝに問題となるは、第五百二十一條二項によれは承諾の通知が承諾期間內に申込者に到達せざる時は申込は當然その效力を失ふ旨を規定せる結果、承諾の通知は單に發送を以つて足らず更に申込者に到達することを必要とすることゝなり、こゝに第五百二十六條一項の發信主義との間に矛盾を來す觀を呈する。この矛盾を如何に解決するかに關して學者間に種々なる意見があるが予輩はこれを次のやうに取扱はうと思ふ。即ち

（一）隔地者間の契約は承諾の通知を發したる時に成立する。但し申込者が承諾期間を定めたる時は第五百二十一條二項の規定あるが故に、その通知が承諾期間內に申込者に到達せざる時は例外として契約は成立に至らない。申込に承諾期間の定めなかりし場合には承諾の通知を發したるのみにて契約は成立し、敢てその到達を要せざるものとする（註）。

（二）されば一度承諾の通知を發したる時は申込は當然契約の中に吸收せられてその獨立の存在を失ふに至るは勿論であつて、また承諾そのものも契約の中に吸收せらるゝが故に、その後は假令承諾の通知が申込者に到達する以前と雖も承諾者に於て承諾の變更乃至撤回をなすことを得ない。承諾期間を定めたる申込に對する承諾は右述べたる如く到達を必要とするも、契約の成立は承諾の通知を發したる時であつて、その通知の到達せる時ではないのであるから、承諾の變更乃至撤回については以上の如く取扱はなければならぬ。

（註）一說に獨乙民法の規定に倣ひ隔地者間の契約にありては承諾の通知についても到達主義を採らんとする。けれども我法典上全然根據を缺いてゐる。通說は一般に發信主義を認めてゐるが、その要件について種々見解を異にしてゐる。或は一方に於て隔地者間の契約は承諾の通知を發したる時に於て成立するも、これはその通知が申込者に到達することを以つて一種の停止條件とし、またはその通知が到達せざること

を以つて一種の解除條件なりと解してゐるが、此等は嚴格に言へば條件なる言葉の濫用であつてそのまゝ採用する譯にはゆかない。しかしその所謂條件なる字句は結局通俗的意味を以つて使用せるものにすぎずして、結局前提要件と言ふ程の意味と解するものとみるべく、さすれば結果に於て予覩の見解と同一に歸着するであらう。唯しかしながら一派の見解の如く申込に承諾期間を定めたる場合と定めざる場合とを區別せず一般に承諾の通知の到達を以つて契約成立の前提要件とすることはやゝ過ぎたるの嫌あり。民法が特に發信主義を採用せる立法の精神に適合せざるの感がある予覩も嘗つてこれと同樣の見解を採つておつたが今は本文の如く改めた。

(三) 同一の法域内に於て隔地者間の契約を爲す場合には特に契約の場所について考へる必要を生じないが、異る法域(例へば内地と朝鮮、朝鮮と臺灣)また日本と外國、外國相互間に於て契約を爲す場合には、何れの法域又は國を以つて契約の地となすべきか、往々にして疑を生ずる譯である。この問題は國際私法及び共通法によつて解決せらるべきものであつて、こゝで深く立入る餘裕を持たないが、試にその要領を言へば以上の如き場合に於ける契約地の何所なるかは第一に當事者の協定によるべきものとし、第二に何等の協定なき時は申込地を以つて契約地とするものである(註)。

(註) この「異法地間」に於ける契約と「隔地者間」に於ける契約とはその意味が全然違つておる點に注意しなければならぬ。即ち隔地者間の契約は同一法域又は同一法國の内部に於ても存するものであり法律が隔地者と對話者との關係を區別する理由は契約の成立に關する手續を定むるのに過ぎない。これに反して異法地間の契約はその契約に適用すべき法律は何れの國の法律なるべきかを定むる上について意義を有するものであつて、先づその契約に適用せらるべき準據法が決定されて然る後その契約の成立及び效力がその準據法によりて決定されることゝなるのである。

## 第五目　對話者間の契約

對話者間の契約については民法に特則なく從つてその成立の要件に關し學者間に多少の議論あるも次の如く取扱ふことを正當と信ずる。

(一) 對話者間の申込にありては固よりその發信と到達との區別を認めることが出來ないから、その申込の效力發生については發信到達何れの主義にもよるべき餘地なく、從つて取引の通念によりて申込の效力發生の要件を定むるの外なしと考へる。今この立場から見る時は對話者間の申込は本則として了知主義を採

るべく即ち相手方が申込を了知するにあらざれば效力を生せざるものと考へる。但し相手方が故意に了知を妨げたるか又は正常の了知能力を有せざる場合には到達主義の精神を酌み申込が相手方に了知され得べき狀態に於てなされたる時に效力を生ずるものと見るべきである。

(二)　次に申込の拘束期間は如何にと言ふに、その承諾期間の定めある場合に關しては幸に第五百二十一條一項二項の規定あるが故に之によりて拘束期間を定め得る譯である。これに反して承諾期間の定めなき場合に關しては民法に何等の規定なきにより學者間の見解岐れ、或はこの場合には相手方が直に承諾せざる時は申込は當然無效となると解するけれども、これは必ずも妥當ではあるまい。結局は申込の內容周圍の情形その他取引の通念によつてこれを決定すべきものであつて、如何なる場合にも直に申込が無效となると見るべきものではあるまい。依つて予輩は申込者は相手方の承諾あるまでは何時にても之を撤回して差支なく、また假令その撤回なしとするも申込後相當の期間を經過する時は申込は當然に效力を失ふに至るものと解する(註)。

(註)　蓋し申込の拘束力は元來法律の附與するものであるから法律に規定なき場合即ち對話者に對する申込者の場合には直に拘束力を認むることが出來ないと信ずる。しかし申込に拘束力なしといふことは必ずしも相手方が直に承諾せざる時は申込は當然に效力を失ふといふことにはならないと考へる。尤も商法二六九條には對話者間に於て契約の申込を受けたるものが直に承諾をなさゞる時は申込はその效力を失ふ旨の規定あり。大審院は嘗てこの規定に從ひ民法上對話者間の契約についても同樣の取扱をなした例がある(明治三九年一一月民錄一二輯一四一三頁)しかし商事と民事とは事物の性質上必ずしも同一に取扱ふことは出來ないと信ずる。尙ほ一般的に言へば契約の成立に關して特別の規律を必要とするは主として隔地者間の契約に關するものであつて、かの對話者間の契約の如きは假令電話による場合にても當事者間の交渉極めて自由にしてその意思の疎通徹底すること容易なるが故に、實際上に於ては契約當時の狀況に照して具體的判斷を下し、以つてその契約の成否を定むること殆んど困難であるまいと思はれる。從つて學者好んで對話者間の契約について說を爲すけれども多くは概念の遊戲であつて實益に乏しいものと考へられる。

## 第六目　契約の要件

契約の要件には成立要件と有效要件との二がある。成立要件を缺いた場合に

は契約は成立しないから固よりその效力を論ずべき限でない。今迄說明して來た所は成立要件に關するものであつた。しかし成立要件が具備しても、若しその有效要件について缺くる所あらば契約は完全な效力を生じ得ない。形容して言へば成立要件は契約といふ建物の設計であるが、有效要件はその材料に相當すると見るべきであらう。

契約の要件は結局法律行爲の要件と同樣であるから、その根本的な說明は民法總則の講義に讓ることにする。しかし特に契約について二三述べておく必要があると考へるので左にこれを揭げておく。

**一　契約の方式**　契約の成立要件として方式といふものがある。契約に一定の方式を要するものを要式契約といふ。一種の踐成契約とみるべきであらう。方式は通常書面の作成であつて、この場合には合意を書面に作成しない限り契約は成立せず、從つて效力を發生するに至らないのである。例へば會計法に依り官廳と人民となす契約の如きがそれである。如何なる場合に如何なる方式を要するかは法律の規定又は當事者の定むるところに依る。そして法律が方式を必要とする理由はいろ〳〵あり、或は契約を爲すについて愼重な考慮を拂はしめんとする目的に出で或は契約の成立を確實にし取引の安全又は敏活を期する目的などに出てゐる。尙ほこの點について注意すべきは契約の「方式」として書面を要する場合と、單に契約の「證明」として書面を作成する場合と全くその意味を異にする點である。即ち前者の場合に書面を缺く時は契約は成立しないのに反し、後者の場合には書面の有無に拘らず契約は既に成立して效力を發生しておるので、若しその書面を缺くか若しくは書面が滅失するに至る時はその證明が困難となるにすぎない。

**二　契約の內容**　契約の有效要件は契約の內容に關係する。尤も當事者の行爲能力、代理に關する事柄、條件の內容の如何の如きも同じく有效要件であるが、これ等は民法總則の講義に讓つておく。契約の內容について言へばそれが適法であり社會的妥當性を有するものであり又契約の目的が確定し得べきものであり、これが履行の可能なものでなければならぬことは今更言ふまでもない。が、この中こゝで一言しておきたいのは「內容の確定」と「履行の可能」の二點である。

（一）契約の內容は確定してゐるか又は少くとも確定し得べきものでなければならぬ。換言すれば契約の內容は當初からすべて確定しなくとも後日確定し得べき方法手段が具備しておれば差支ないのである。また當事者は契約の內容を悉く自ら確定しなくとも、取引の慣習周圍の狀況等によりて自ら確定される場合もある。殊に所謂典型契約にありては當事者の意思か不備又は不明なる場合には法律がこれを補足し又は釋明し依りて以つて契約の內容を合理的に具體化することになる。かくして契約の內容は當事者の協定、取引の慣習、周圍の狀況、法律の規定等によりて確定するに至るものであるが、かくしても不幸その內容を確定するに由なきものは如何に成立要件を完備しても到底效力を發生するに至らないものである。果して然らば契約の內容は如何なる時期に於て確定する必要あるかといふに、この點は反對論もないではないが履行期までに確定するを以つて必要且つ充分とする。又如何なる範圍まで確定すべきかと言ふにこれは契約の種類によりて一樣でない、即ち所謂典型契約にありてはその要素(essentialia negotii)が確定し得らるべきものでなければならぬ。非典型契約にあつては一般に契約が成立したる後債務者が履行を爲し得る程度にその內容が具體化されてゐなければならぬ。

（二）履行の可能なることか有效要件なることは言ふまでもないが、履行の可能不能は相當研究を要する問題であつて、自然學者間に議論があるが、この點は債權總論の攻究に委ねることにしたい。唯、差當り一言すべきは原始的客觀的不能の給付を目的とする契約は無效であるといふ點である(但しこの點については議論がある)原始的不能といふは後發的不能に對する觀念であるが、如何なる時を標準として原始的と後發的とを區別すべきかについて說が分れておる。正當なる見解によればそれは契約成立の時であつて契約の效力が發生する時ではないとなす、べきである。また客觀的不能といふのは主觀的不能に對する觀念であつて、何を標準として二者を區別すべきかはこれまた議論の存するところである。正當と信ずる見解によれば客觀的不能とは單に當該債務者に履行が不能なるのみならず第三者を以つて之に代ふるも猶ほ不能とせらるゝものであつて、單に當該債務者のみにとりて不能なるもの即ち主觀的不能なるものはその實不能とせられない

のである。尤も債務者に專屬する不能であつて代替性のないものはその主觀的不能は同時にまた客觀的不能とならざるを得ない。尚ほこゝに不能といふは必ずしも物理的に考へられるのではなくして取引の通念に照し決定さるべきものである。

(三) 問題となるは契約の當時、當事者の一方が、その內容たる給付の原始的客觀的不能なることを知りまたは知ることを得べかりしに拘らず、それを可能な給付として契約せしめた場合に於て、その給付の原始的客觀的不能なることが後日發見された爲めその契約が不成立無效に歸したる時は、その惡意又は過失ありたる當事者は相手方に對してその契約の不成立に因りて受けたる損害を賠償する責任があるかといふ點である。これは「成約上の過失」(Culpa in Contrahendo)なる題下に於て嘗て議論されたところであつて外國法には損害賠償を命ずるものもあるが(獨民三〇七條參照)我民法にはこの點に關しては何等の規定なきが爲め頗る疑問である。多數說は此の場合に損害賠償責任を認めてゐない。しかし當事者一方の故意又は過去によりて相手方が損害を蒙れるに拘らず何等救濟を與へないことは信義公平の原則に反するのであるから予輩は少數者と共に之を不法行爲の一種と認め賠償責任を課するのを妥當と信ず(註)。

(註) イエリンゲは嘗てこの問題を提起し契約理論によりて損害賠償の責任を定立しようと試みたが言ふまでもなく失敗に歸した。蓋し此の場合には契約の目的が原始的不能の爲め不成立に終るのであるから、當事者は契約上は何等の義務を負ふべき理由がない。イエリンゲは契約成立前に於て既に一種の契約上の注意義務がありとなし之を以つて成約上の過失による損害賠償の基礎にしようと試みたのであるが、それは明に契約理論に反するものである。 纔つて我民法上之を如何に取扱ふべきか。契約理論によりて責任を定立するの不可なるは固より言ふまでもないが、若し强いて責任の根據を求めようとするならば不法行爲の規定によるの外ないであらう。然るに成約上の過失に於ては固より相手方に對して財產上の損害を與へたのに相違ないが特に財產權を侵害したといふ根據に缺けてゐる。これ多數說が本問を消極に解する理由であるが、元來不法行爲に關する七〇九條の所謂權利の侵害なる字句を嚴格に取扱ふことは必ずしも適當でないのであつて、過失者の行爲と被害者の損害との間に相當具體的な因果關係が豫見し又は豫見せらるゝ以上、特に被害權利と言ふが如きものの探究を待たずして、こゝに不法行爲の成立を認むることが立法の精神に適ふものであると考へる。加之この點は七一〇條の規定に照すも被害者の判斷の自由を侵害し

たものとして不法行爲の成立を認むるに足らうと考へる。蓋し精神上の自由は單に詐欺又は强迫によりて侵害されるのみならず事實の眞相を告げずして判斷の自由を妨ぐるによりても又侵害されるものと解すべきであるから。

(四) 申込と承諾とが外形上一致しない場合には契約は成立要件を缺くにより當然無效となる。これを表見的不合意と稱する。尤も外形上の不一致はあるも、その內實に於て一致ある時は尙ほ契約の成立を妨げない。蓋し申込承諾といふが如き意思表示の取扱は徒に外形に囚はるべきものではなくして、その本旨によりて成否を決すべきものであるから。以上に反し申込と承諾とが外形上一致するも內實上一致しない場合には契約は效力を生じない。之を不表見的又は隱れたる不合意といふ(註)。

(註) 表見的不合意にして內實的合意の成立する場合とは、例へば甲はカクテルを賣らんと申込みしところ乙はカクテルは一名ベルモットとも言ふと獨り合點し宜しその ベルモットを買はんと洒落れた如き場合である。これに反して隱れたる不合意とは例へば乾坤丸といふ汽船には第一第二の二隻あることを知らないで甲は第一乾坤丸を意味し乙は第二乾坤丸を意味し雙方共に單に乾坤丸積の米綿千俵を賣買せんと契約した場合の如し。

隱れたる不合意と申込又は承諾の錯誤とは違つてゐる。錯誤といふは一の意思表示について意思と表示とが無意識に一致しない場合であつて、例へば淡路丸と乾坤丸と取違へて乾坤丸として申込又は承諾をなしたるにその目指せる汽船は淡路丸なりしが如きを言ふ。これに反して不合意にありては申込者は第一乾坤丸を目指して單に乾坤丸と言ひその認識と對象との間には何等錯誤存することなく承諾者もまた第二乾坤丸を目指して單に乾坤丸といひその間意思と表示の間には何等錯誤はない、たゞ單に申込と承諾とに於て各自の目指せる船が異るよりして不一致に終つたに過ぎない。

申込又は承諾について錯誤ありたる時は九五條本文及び但書の適用があり、その但書の適用ある場合には錯誤者に於て自らその意思表示の無效を主張することが出來ない結果往々にして契約の效力を妨げないことがある。之に反し不合意の場合には九五條の適用がないので契約は絕對的に成立しない、尤も不合意を來さしめたる點について當事者の一方に過失のあつた場合は成約上の過失に準じて過失者に損害賠償の責任を認めるのが妥當であらう。

## 第二款　特別の場合

### 第一目　承諾を要せざる場合

凡そ申込及び承諾は通常の場合に於て純粋の意思表示を以つて爲されるものであつて、民法も專らこの事を豫想して種々なる規定を設けたのである。が、之を實際に徵するに所謂實現行爲による申込及び承諾がかなり多いことを發見するのである。こゝに實現行爲とは、例へば消費貸借の申込として直に現金を借主に提供し、贈與契約の申込として直に金品を送附し、また揮毫の申込を受けた者が別に承諾の通知を爲さずして直に揮毫を爲し、運送を依賴された者が直にトラックを廻はして運送に著手するが如く、意思表示と共に又は特に意思表示を爲さずして申込又は承諾の意思あることを實行々爲によりて實現することを言ふのである。かくの如くして廣く契約には意思表示のみの合致によりて成立するものと、當事者双方又は一方の實行々爲によりて成立するものとの二種を區別することが出來る譯である。かの現金賣買の如きは正に後者の適例である。



（一）實現行爲による申込として物品を送附された場合に於ては、承諾者はこれを受領すべき義務なきことは、既に前に述べた如く、申込受者が本則として承諾又は拒絕を爲す義務なきことよりして殆んど言ふを待たないことゝ考へる。或はかゝる物品と雖も苟も相手方が事實上受取る限りは保管の義務を生ずるものと解する學者があるがその理由を解するに苦しむ（註）。

（註）商人が其營業の部類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時は其申込を拒絕したる時と雖も申込者の費用を以て其物品を保管することを要す。但其物品の價額が其費用を償ふに足らざるとき又は商人が其保管に因りて損害を受くべきときは此限に在らず（商法二七二條）。

（二）實行々爲による承諾については民法には特則がある。即ち申込者の意思表示又は一般取引上の慣習により承諾の通知を必要とせざる場合に於ては、契約は承諾の意思表示と認むべき事實ありたる時に成立す（五二六條）。こゝに申込者の意思表示といふは申込そのものゝ中に承諾を要せざる旨を表示する場合と申込以外の方法によりてかゝる意思を表示せる場合とを問はないのである。また取引上の慣習といふのは事物の性質上、申込者の側に於て承諾を要せざる取引上

の慣習ある場合を指すものと解すべく、少くともかゝる慣習あることが申込者の側に於てこれを知り又は知るべきことの期待さるゝことを必要とするのであつて、單に承諾者の側に於てかゝる慣習あるのみにては足らざるものと考へる。次に「承諾の意思表示と認むべき事實」といふは「承諾の意思表示」といふと異り承諾の意思が確實に外部より認定され得る事實あることを以つて必要且つ十分とするのであつて、固よりかゝる承諾の意思が申込者に對して表示さるゝことを要せざるは勿論、その通知が申込者に向つて發せられ、又は到達することをも必要とせず、唯かゝる事實が客觀的に成立すれば足るのであつて、申込者がこれを知ることを必要としないのである。尤も承諾の意思表示と認めらるゝことを必要とするが故に、承諾者は申込を了知しこれに基いて承諾に相當する實行々爲をなすことを必要とするので、若し申込を了知せず又は申込の內容を誤解して實行々爲に出づるも未だ以つて契約を成立せしむるに至らないのである。例へば現金を送附して貸金の申込を爲したるに相手方は之を贈與なりと誤解して直にこれを消費するも何等契約の成立を來さず、又甲より送屆けられたる贈與品を乙よりの贈與と考へて使用したる場合の如きも多くは契約不成立となるであらう。尙ほ言ふまでもなく以上承諾を必要とせざる場合の契約は承諾の實行々爲ありたる時に成立することは明文の示す通りである。

## 第二目　懸賞廣告に依る場合

懸賞廣告とは或る行爲を爲したる者に一定の報酬を與ふべき旨を廣告することである。かくて廣告者は其行爲を爲したる者に對して其報酬を與ふる義務を負ふものとする(五二九條)。

**一　本質**　かゝる懸賞廣告は(イ)廣告なる形式に依りて爲す申込(契約の)と見るべきか(契約說 Vertragstheorie)それとも一方的債務負擔行爲と解すべきか(單獨行爲說 Pollizitationstheorie)各國學者間に議論がある。しかし我國法は懸賞廣告に關する規定を契約成立の款下に設けたるのみならず特に一方的行爲たることを推斷せしむるに足る規定なきが故に懸賞廣告は一種の契約申込と見るの外ない。通說も亦さうである。かくて此申込に應じて廣告指定の行爲を爲すことが承諾となる

ので、つまり、懸賞廣告に依る契約は前に述べた實行を爲すことが承諾となるわけだから、一種の踐成契約に他ならぬ。

ドイツ普通法では契約說が寧ろ通說であつた。ドイツ民法六五七條は單獨行爲說に從つたと見るのがその通說である。イギリスの判例も大體單獨行爲說である。申込說に依るときは行爲者は一應廣告を知つてから行動せねばならないのに反し、一方行爲說に依るときはその必要がなくなる。そして一方行爲說の主張では廣告者が既に指定行爲の爲されたることに依り、所期の目的を達したる以上、行爲者が廣告を知つてゐたかどうかをまで問ふ必要がないといふのである。

(一)　廣告とは多數不特定人に對する公開的表示手段である。多數人の範圍には別に制限はないが、範圍を縮小する結果、多數人が特定するやうではいかぬ。

(二)　或る行爲(又は不行爲)を爲さしむる目的たるを要する。從て行爲以外の事物の存否呈示に關するものは不可である、例へば三都美人の募集廣告の如し。行爲たる以上はその種類目的の如何、就中その行爲に依りて何人が利益を受くべきかを問はぬ。又單に行爲のみならず、併せて或る結果の生ずること(例發見、偵察、報告)を要求し、又は行爲の外に一定の條件を附加しても差支ない(例、犯人發見の外に犯人受刑の條件を附する如し)。

(三)　懸賞廣告は契約申込である。故に申込にあらざる一種の廣告は本條の關知せざるところである。

(四)　廣告中に撤回を爲さゞる旨を表示したるときは格別、さもなければ廣告者は其指定行爲を完了する者なき間は何時にても其廣告を撤回することが出來る(五三〇條一項)。

撤回は前の廣告と同一の方法に依るべく、若し之に依り得ざる場合には他の方法に依ることが出來る、但後の場合には之を知りたる者に對してのみ撤回の效力を有する(五三〇條二項)。

(五)　懸賞廣告に在ては優等懸賞廣告の場合(五三一條一項)と異なり、指定行爲を爲すべき期間を定むる必要がない。而かも若し廣告者が斯かる期間を定めたるときは其撤回權を拋棄したるものと推定される(五三〇條二項)。

**二　契約の成立**　懸賞廣告たる申込に應じて契約を成立せしめんが爲めには、指定行爲を完了するを以て必要且十分とする。故に

(一)　單に指定行爲に着手するを以て足らず、之を完了するを要す。されば指定行爲を完了せずして單に承諾の意思表示を爲すも效なく、之に反して指定行爲をだに完了せば特に承諾の意思表示を爲す必要がない(意思實現)。斯くの如く意思實現に依りてのみ成立する契約を稱して踐成契約といふ。

(二)　指定行爲は廣告に基き且報酬を受くる意思を以て完了せねばならぬ。故に先づ廣告を了知する必要がある、又廣告前に完了せる行爲を以て指定行爲に流用するも效がない。蓋し是れ懸賞廣告を契約申込と解するより來る論結にして幾分事宜に適しない弊あるを免かれぬ。

**三　報酬供與**　廣告中に別段の定めなきときは下の方法に依る(五三一條)。

(イ)　數人相前後して指定行爲を完了したる場合には、最初に完了せる者のみ報酬を受く。故に最初の完了者棄權するも次點者に請求權は移らぬ。

(ロ)　數人同時に指定行爲を爲したる場合には各自平等の割合を以て報酬を受く。但、報酬が其性質上分割に不便なるとき又は廣告に於て一人のみに與ふるとしたるときは抽籤に依る。

(ハ)　數人共同して指定行爲を完成したる場合に付ては特則なし。廣告に反對の定めなき限りは之を有效と爲べく、依て數人は共同して一個の報酬請求權を有することゝなるが故に、報酬が可分ならば第四百二十七條、不可分ならば第四百二十八條の規定に依りて處理すべきである。

**四　優等懸賞廣告**　とは「廣告ニ定メタル行爲ヲ爲シタル者數人アル場合ニ於テ其優等者ノミニ報酬ヲ與フヘキ」旨を定めたる一種の懸賞廣告である(五三二條一項)。故に

(一)　此場合には應募者數人あること及び指定行爲は各自單獨に且優劣の差等を以て完了し得るものなることを成立の前提要件とする。

(二)　成績の優劣には限りあるが故に、優等懸賞廣告に在ては「應募ノ期間ヲ定メタルトキニ限リ其效力ヲ有ス」(五三二條一項)。從て又應募期間内は撤回權を抛棄したるものと推定される(五五〇條三項)。

(三)　應募　優等懸賞廣告に對する承諾は應募に依りて之を爲す。應募とは指定行爲を提供して爲す承諾の意思表示である(實行的意思表示)。應募は廣告前の

行爲をも提供し得るものと解する。契約成立の時期は指定行爲の完了又は提供の時にあらず、行爲の提供と俱に承諾の意思を表示したる時とする。

(四) 報酬請求權は應募者中の優等者(相對的優等者)一人のみ之を有する(五三二等一項)。優劣は判定に依りて定まる、故に應募者は判定を請求する權利ありと解すべきである。

(イ) 判定は判定者の主觀的意見又は鑑賞の表白なるが故に他人の容喙を許さぬ、從て「應募者ハ判定ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得ス」(五三二條三項)、且判定は意思表示にあらざるが故に裁判を以て之に代ふることを得ぬ(四一四條二項但書參照)。

(ロ) 判定は廣告中に定めたる者之を爲し、若し廣告中に判定者を定めざりしときは廣告者自ら判定すべきものとする(五三二條二項)。第三者が判定者たる場合に於て判定を爲さず又爲し能はざるときは廣告者自から判定すべきものと解する。

(ハ) 數人の行爲が同等と判定せられたるときは第五百三十一條二項の規定を準用する(五三二條四項)。

(二) 應募に於て提供すべき製品、發明、著作等に關する權利は、假令當選するも當然には廣告者に移轉しない(ドイツ民法、六六一條四項參照)。

## 第三節　契約の效力

### 第一款　雙務契約の效力

#### 第一目　有償契約、雙務契約

**一　契約は目的への手段**　契約は、通常或る目的を達せんとする手段とせらるるものであつて、詳しく言へば或る人が契約によりて債權を取得するのは、債務者の履行を通じて或る生活上の目的を達せんとするに外ならぬ。また反對に債務者の側から見るもその債務の履行によりて自らも或る目的を達せんとするに外ならぬ。かゝる目的は固より千差萬別であるが、假に財產上の利益を目的とする場合についてみるに、契約によりて達せんとする目的は大別して三つとなし得る。その一は無償的目的 (Liberalitätszweck)、その二は有償的目的 (Austauschzweck)、その三は償却的目的 (Abwicklungszweck) と呼ぶことが出來やう。

無償的目的にありては當事者の一方は相手方に對して何等の對價なくして財產上の利益を與へんとするものであつて、例へば甲は乙に財產を無對價にて與へ家屋を無賃にて貸與し又は金錢を無利息にて貸與するが如し、此の場合に於て各無對價にて、財產上の利益を供與するの目的を決せしめるについては更に一段奥に種々なる理由が存するのであつて、例へば友情を溫め慈善を行ひ又は名譽心を滿足せしむるなど種々なる理由に基くものであるが、無償契約の內容としては唯無對價にて財產上の利益を供與せんとする目的が契約の上に示されておることを以つて必要且つ十分とするので、そのこゝに至れる種々なる動機の如きは全く當事者內心の問題として契約面に表示されることを必要としないのである。

次に有償契約にあつては當事者の一方又は雙方は或る事柄を對價として財產上の利益を供與せんとすることを目的とするのであつて、例へば代金を對價として物品を給付し、賃金を對價として家屋を貸し與へ、利息を對價として金錢を貸付くる場合の如し。此等の場合に於ては先方の對價と此方の財產的利益とを交換することが契約の目的であつて、この對價と財產上の利益との交換なる事柄が、契約上に表示されることが必要且つ十分であつて、そのこゝに至れる動機の如き差當り法律上の問題とせられないのである。固より有償契約によりて財產上の利

益の交換をなさんとするに至れる動機は千差萬別であつて、多くはこれによりて當事者は財產上の意義に於て現在に比し何等かよりよき地位を求めんとするものであるが、その主旨は場合によりて非常に異り殆んど說明に堪へない程である。

最後に償却的目的といふのは要するに債務の履行又は償却を目的として財產上の利益を供與せんとするのであるが、その形態は種々に分れておる。例へば直接に債務を辨濟する爲めに財產を出だすものあり、或は債務の辨濟を確保するために擔保物を提供し保證債務を負擔するが如きその例である。

以上三種の契約目的の中、こゝに說明せんとするは無償的目的と有償的目的との二種類であつて、最後の償却的目的は後に不當利得の條下に於て略說しようと思ふ。さて有償無償の區別は財產的利益の移動について對價のあるなしによつて生ずるものであつて、有償契約とは當事者の一方又は雙方が契約によりてある權利を得、又は利益を得るにつき對價を出だすことを以つて契約の一要項とするものを言ひ、然らざるものを無償契約といふのである。有償契約の例としては賣買、交換、賃貸借、雇傭、請負などがあり、無償契約の例としては贈與、使用貸借、無償消費貸借、無償の委任などがそれである。

**二　對價の意義**　對價(Entgelt)とは當事者が契約により或る權利又は利益を得るにつきその反對給付として出だすべき給付にして取引上財產的價格を有するものを言ふ。蓋し對價は結局相手方の財產的給付と交換せらるべき財產上の利益でなければならぬから、取引上財產的意義を有せざるものは對價と認むることは出來ない。例へば職業的力士の爲す相撲は取引上財產的價格を有すと認めらるゝから對價となり得るに反し、學生の競技としてなす相撲の如きは取引上財產上の價格ありと認め難きがゆゑに對價とすることが出來ない。對價は通常等價(Equivalenz)であるが、これは元來當事者の主觀的評價によりて決せらるゝに過ぎずして、法律上の觀念としては必ずしも等價である要はない。但し不相當に高き對價は經濟上の弱者を搾取するの理由を以つて法律上禁止せらるゝ場合があり、反對にまた不相當に低き對價は法律上無對價即ち無償と同等に取扱はれる場合がないでもない。この法律上の制限を除くの外は對價の大小は契約の效力に影響しないのが契約自由の原則の特色である。

對價の觀察には次の諸點に注意しなければならぬ(イ)對價は財產上の利益を出だすことではあるが、例へば現に代金を支拂ひ又は貨物を運送するが如く現實に これを出だす場合もあれば(現實的對價)或は將來金錢を支拂ひ又は貨物を運送すべきことを約するが如く、將來に向つてある給付を爲すべきことを約するに存することもある(約束的對價)。そして現實的對價も當事者雙方より直に交換せらる る場合、例へば現金を以つて物品を買取るが如き現實行爲なることあり、或は當事者の一方のみが現實的對價を出だし相手方は之に對して約束的對價を約するが如き片面的現實行爲なることあり、或は當事者雙方共に單に約束的對價を交換するに止るが如き約束行爲に止る場合がある。(ロ)以上の三つの場合はそれぞれ異る形態に於てゞはあるが何れも對價が存するから有償契約たるを失はないのである。が最も研究を要するのは最後の約束的契約(Versprechensvertrag)の場合である。この約束的契約即ち當事者雙方が現に對價を實現せずしてその實現を將來に約する場合にも更に二種類を區別しなければならない。その一つは例へば甲が繪を書いて來るならば金百圓を支拂はんと約し又甲が家屋を建築したならば それに對して報酬を支拂はんことを約するが如く、甲の後日爲すべき現實的對價を條件として乙が自らの反對給付を約束するが如き場合であつて、この場合には甲がその出すべき對價を實現し以てその條件を成就させるまでは乙の約束は效力を生じない、要するに此の場合に乙の約束は條件附のものであつて當事者間の契約は條件附契約たるに過ぎない。かゝる場合に於て甲の對價を稱して條件附對價といふのである。第二の場合は例へば甲が繪を書くことを約束することを對價として乙もまた金百圓を支拂ふことを約束し、甲が建築を約束することを對價として乙もまたこれが報酬支拂を約束するが如く、甲の約束と乙の約束とが互に對價の關係に立つている場合である。この場合には前の條件約對價に對し之を雙務的對價といふのであつて雙務的對價に關する目的協定(Zweckvereinbarung)を要素として包含する契約を雙務契約といふのである。されば雙務契約にては約束に對する約束を以つて互に交換牽聯せしむるのであつて、雙方の約束は互に對價の關係に立つている。のみならず互の約束を以つて條件としてゐるのではなく初めから雙方の約束は效力を有するのであつて相手方の約束の履行を條件とし

て自己の約束が成立しておるものではない。

**三　雙務契約**　雙務契約の本質は大體以上の如きものであるが、これを通說の形に言換へれば、雙務契約とは當事者が互に對價的意義に於て債務を負ふことを內容とする契約である。故に雙務契約は當事者雙方に於て債務を負ふことを要件とするは勿論であるけれども、更にその雙方の債務が對價的關係に立てることを必要とするのである。賣買、賃貸借、雇傭、請負等は雙務契約の例である。これに反して當事者雙方が債務を負ふことあるも、それが互に對價の關係に立たないものは雙務契約ではなく、從つてこれに關する法則の適用はないのである。かゝる契約を或は不純正雙務契約と呼ぶけれども全く雙務契約とは關係のないことを忘れてはならぬ。當事者一方のみが債務を負ふ契約を片務契約と呼ばれる、例へば贈與、無利息消費貸借の如きがそれである。

雙務契約は當事者が互に約束的對價を交換するものであるから常にまた有償契約である。しかしながら有償契約なる觀念は雙務契約より遙に廣いもので、例へば前に述べた如く當事者雙方が現實的對價を直に交換する現實的契約も有償的契約であり、また當事者の一方が現實的對價を出だし相手方が之に對して約束的對價を約する契約もまた有償契約であり、當事者の一方が條件的對價に對して或る給付を約束する契約もまた有償契約である。此等雙務契約以外の有償契約であつて當事者一方が將來或る給付を約しこれが履行をなすべき債務を負ふものを有償的片務契約と呼ばれる、例へば利息附消費貸借の如し(註)。

(註)有償委任契約の性質は以上何れの契約類型に屬すべきか一應疑問であるが、委任者の應酬支拂の約束を對價として受任者が委任事務處理の債務を負ふ點からみて雙務契約とみなければならぬ。彼の費用前拂、立換費用の償還の如き委任者の負擔する債務は、もと委任契約に基くものではあるが、これは費用前拂の請求、立換費用の支出等を以つて債務發生の原因とするものであるから委任契約に常に伴ふものではない、從つて委任契約に於て必要的に債務を負ふ者は受任者一方に止るから從つて無償委任契約は片務契約とみねばなるまい、故に無償委任を不純正雙務契約と稱するは誤解を招く虞があるから單にこれを片務契約とする方が安全である。

**四　雙務契約の機構**　(一)　双務契約は當事者が互に對價的意義を持つ債務を負ふ契約であつて、その目的は當事者甲は相手方乙が將來その債務を履行するに

よつて或る目的を達せんことを期待し、乙もまた甲が將來その債務を履行するによつて自己の目的を達せんと期待し、こゝに將來に於ける目的の達成を互に期待して約束を交換するものであつて、結局財產的利益の交換を目的とするものに外ならぬ (Syllanagma)。雙務契約はかゝる趣旨に於て、成立するものであるから、その約束の交換なる機構を稱してその發生的牽聯性 (genetische Sgllanagma) と呼ばれる。されば若しこの約束の交換即ち互に對價として約束を爲すの點について合意を缺く時は、雙務契約の發生的牽聯性は失はれその機構が破壞せらるゝ結果、雙務契約は成立を妨げられることになる。例へば甲は賣買代金として金百圓の支拂を約束せるに乙は之を家賃として家屋を貸すべき約束をなしたる時は甲乙共に豫期の目的を達すること能はず、つまり約束交換の形式はあるも、その內容に於て何等牽聯なきが故に、當事者間には賣買契約もまた家屋賃貸借契約も共に成立せざるが如し。

(二) 雙務契約が一度成立する時は、當事者雙方は互に相手方に對してその約束を履行すべき債務を負擔することゝなるが、その各自の債務は二箇の獨立せる債務であつて、詳しく言へば當事者甲は乙に對して債權を有すると同時に債務を負ひ、乙も亦甲に對し債權を有すると同時に債務を負ひ、甲と乙とは一面に於て債權者であり同時に他面に於て債務者たる地位に立つてゐる。例へば賣買なる雙務契約に於ては賣主甲は買主乙に對して約束の物品を給付すべき債務を負ふと同時にそれを對價として乙に對して代金請求の債權を有し、つまり物品より見れば賣主は債務者なれども代金の點よりみれば債權者となるべく、買主乙にあつてはこの關係が全く反對になるわけである。この場合に賣主は自已の債務即ち物品の提供をなさずして單純に買主に對して代金を請求し得るや、反對に買主も代金を提供せずして賣主に對して物品の引渡を請求し得るやといふに、純理より言へば甲乙共に代金については債權者たり物品については債務者たる地位にあるのだから、かくの如き請求は認めて差支ないやうである。しかし翻つて考ふるに元來甲の物品引渡の約束は乙の代金支拂の約束を以つて對價とする趣旨であるのだから、假令雙方の債務は理論上獨立のものとは言ひながら互に對價の關係に立つてゐる點に於て牽聯性があるといふべきであつて、兩者の間何等の牽聯なきも

のゝ如く取扱ふのは雙務契約に於ける發生的牽聯性の點に照らして當事者の當初の意嚮に反するものと言はなければならぬ。かくの如く雙務契約に於ける雙方の債務は發生について牽聯性あるのみならず、これが履行に關しても亦牽聯性がなければならぬ。この履行に關する牽聯性は要するに双方の履行は原則として交換的に爲さるべしと言ふ點について存するので、之を稱して雙務契約に於ける機能的牽聯性（funktionelle Syllanagma）と言ひ、つまり履行に關する交換性を意味するに外ならぬ（註）。

（註）雙務契約に於ける雙方の債務は如何なる關係に立つやに關し從來三つの考へ方がある。

（イ）雙方は全く獨立の債務であつてその間何等の牽聯性を認めないとする見解（獨立說）。この說によれば例へば賣主は賣約の物品を提供しないで直に代金を請求し得べく、買主もまた代金を提供しないで直に物品の引渡を請求し得べく、相互に他を牽制する何等の手段を持たないとする。然しこれでは當事者が賣る約束と買ふ約束とを互に對價として牽聯させて置いた當初の目的に反し交換的對價の意義が全然失はれることになる。

（ロ）賣主は先づ約束の物品を給付した上でなければ代金を請求する權利がなく、また買主も先づ代金を支拂つた上でなければ物品の引渡を請求する權利がない、即ち賣主は自己の履行を條件として初めて代金請求の權利を有すべく買主も同樣に條件的に權利を有するに過ぎない、從つてその條件を成就せざる間は賣主は代金請求權なく、買主は物品請求權なしとする見解（條件說）。然し雙務契約は前にも本文に述べたる如く條件的對價を含むものではなく、當事者雙方とも單純無條件に約束をなすものでこの點に於ては獨立說の見解を採るべきである。

（ハ）されば雙務契約の本質に最も適する見解としては雙方の債務は獨立であるから各當事者は自己の債務の履行を待たずして相手方の履行を請求する權利あるも、雙務契約の發生的牽聯性に基き相手方は抗辯を提出するにより交換的にのみ履行すべしと言ひ得る地位を有するものと解すべきである。この各債務の獨立を認めつゝ履行に關して交換的牽聯性即ち同時履行の原則を認めんとする見解を稱して抗辯說といふ。我民法はこの見解を採つたのである。

（三）雙務契約に於ける雙方の債務はもと獨立のものであるからして、その履行前に偶々一方の債務が消滅したる場合にも、他方の債務は當然には消滅すべき筈のものではない。しかしながら兩債務の間に發生及び機能に關する牽聯性が認められる以上、この債務消滅の點についてもまた何等かの牽聯性を認めなければ

當事者の意思に反する結果となるであらう。然れば如何なる牽聯性を認むべきであるか。これは雙務契約に於ける兩債務の存續に關する牽聯性の問題であつて機能的牽聯性の一つの適用に外ならない。この重要なる牽聯性は所謂雙務契約に關する危險負擔問題として取扱はるゝものであつて後に詳述するであらう。

### 第二目　同時履行の抗辯

一　双務契約上の兩債務は各獨立のものであるが互に對價の關係に立つてゐるから其の債務の履行に付いて何等かの牽聯關係を保たしむることが妥當である。此のことは前に說明した。然しこの牽聯關係を如何なる方法により如何なる程度まで保たしむべきかは多少立法例に依りて趣を異にしてゐる。例へば前にも述べたやうに雙務契約上の債務を以つて條件附のものとするときは債權者は先づ自ら履行し若しくは履行の提供を爲すにあらざれば被請求者の債務は未だ發生に至らず、債權者の請求は當然不成立にして理由なきものとなる、即ち此の立場を採るものとせば兩債務の履行に關する牽聯性は絕對に且つ必然的に保たれることになるであらう。然し我民法は此の見解を採用せずして雙務契約上の各債務は互に對價の關係に立つとは言へ元來獨立のものであるとの見解を前提として各債務者は相手方に對して自己の債務の履行を顧慮することなく單純に自己の請求のみを爲し得ることゝ定め唯その請求を受けたる相手方の爲めに履行拒絕の抗辯權を與へ、以つて兩債務の間に於ける牽聯を保たしめるに止めてゐる。即ち請求を受けたる當事者は或は此の抗辯を援用することなく相手方の請求に應じて履行を爲すことも出來れば又反對にこの抗辯を提出して相手方の履行の提供あるまで自己の履行を拒むことも出來るのであつて、要するに兩債務の間に於ける牽聯關係は當事者の任意によりて保ち得るところとしたのである。「双務契約當事者ノ一方ハ相手方ガ其債務ノ履行ヲ提供スルマデハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得。但シ相手方ノ債務ガ辨濟期ニアラザルトキハ此限ニアラズ」(五三三條)と規定するもの即ちこれである。この規定に依り當事者の一方がその債務の履行を拒み得る權利を同時履行の抗辯權又は契約不履行の抗辯權と呼ばれる。蓋し本條を適用する結果雙務契約上の兩債務は結局同時に即ち交換的

にのみ履行さるべきものとなるからこの點に着眼して同時履行の抗辯といふのに外ならない。

**二　抗辯權の成立要件**　左の如し。

（一）　當事者雙方の債務が雙務契約上の債務なること　故に當事者雙方が債務を負ふも、それが互に對價の關係に立たざる場合、即ち不純正雙務契約に因りて生じたるものなる時は本條の適用なし（例、無償委任契約）。但し此の要件に對しては例外がある。その一は當事者の一方が先豫的履行を爲すべき義務ある場合であつて、この場合には假令その債務が雙務契約上のものであつても同時履行の抗辯權を有せざるは當然である（例六一四條六二四條）。その二は同時履行の原則を援用して衡平の處置を期せんが爲め雙務契約にあらざる對立債務の履行について本條を準用する場合である（例五七一條六三四條二項六九二條）。要するに同時履行の抗辯權は本則として雙務契約上の債務の一効力として常にその債務に附著するものであるから例へば雙務契約上の債權が讓渡又は轉付に依りて第三者に移轉することあるも、債務者はその第三者に對しても舊の如く此の抗辯を提出し得るを原則とするが如しまた双務契約上の債務が爾後債務不履行の爲め損害賠償債務に變じたる場合と雖も從來債務者の有したる同時履行の抗辯權は引續きこの損害賠償債務にも附著するものであつて相手方より賠償の請求を受くる時は本條の抗辯を提出して賠償の履行を拒むことが出來る譯である。

（二）　雙方の債務が辨濟期にあらざること　從つて一方の債務が辨濟期にあらざる時はこれが履行の請求に對しては抗辯することを得ない。然し契約の上に於て一方の辨濟期が相手方の辨濟期に遲れたる場合と雖もそれが後に時間の經過に因りて辨濟期に到來するに至る時はその時よりして互に同時履行の抗辯を爲すことが出來る。

（三）　相手方がその債務の履行を提供せざること　こゝに履行を必要とせずして單なる提供を以つて足るとしたる理由は、當事者契約をして同時に即ち交換的にのみ履行を爲さしめんとする趣旨に他ならない。履行の提供なる概念とその要件とについては債權總論の講義を參照されたい。この要件あるが爲め當事者の一方が無難に自己の債權の履行を求めんとするには本則として自らも亦自己

の債務の履行を提供しなければならない。然し乍ら此のことは相手方の抗辯權を封ずる爲めに必要だと言ふに止まるのであつて、自らの債務について履行の提供を爲さゞれば請求が出來ないといふ意味ではない。尙ほこの要件に關聯して注意すべき點下の如し。(イ)當事者の一方よりして抗辯權を奪ふには相手方は最初一回の履行の提供を爲すを以つて足るか或はその後と雖も請求を爲す每に自己の履行の提供を爲すの必要あるか。この點は學說岐かるゝのみならず判例も一致しない。頗る疑問ではあるが予輩は後の見解を採用しようと思ふ(本書舊版にては前說に從つてゐたが今これを改める)。蓋し同時履行の抗辯權は雙務契約に於ける雙方の債務を交換的に履行させる點に於て牽聯せしめ、以つて當事者間の利益を衡平ならしめんとする趣旨と考ふべきであるから、苟も當事者雙方が依然として雙務契約上の債務を負つてゐる限りは、でに如何なる事由あるも、此の抗辯權のみは依然として繼續させるのが立法の趣旨に合するものと考へる。當事者の一方甲が相手方乙に對して一回の履行提供を爲したる場合には、乙の側に於て受領遲滯乃至履行遲滯の責に任ずることにはなるが、爲めに乙の有する債權又は債務を消滅せしむるものではない。さすれば一回の履行提供に拘らず當事者の甲乙共に依然として雙務契約上の債務を負ふものであるから以上述べたる趣旨によつて尙ほ乙の爲めに抗辯權を存續させることが正當である(註)。

(註)　反對の見解、即ち甲が乙に對して一回の履行提供を爲す時は爾後乙は抗辯權を失ひ、甲は最早や自ら履行の提供を爲さずして乙に對して履行を請求するも乙の抗辯に妨げられることなしとする見解は、種々なる理由によりて支持されてゐるが、就中主要なる理由は、既に甲が一回の履行提供を爲すによりて乙は受領遲滯及び通常の場合履行遲滯の責に任ずることゝなる、果して然らば乙には遲滯に關する二重の過失あるに甲には何等の過失なきに拘らず乙の爲めに抗辯權を存續せしむるは衡平の觀念に反すると言ふのである。が翻つて考ふるにこの點に於ける不衡平は一應の理由はあるが、受領遲滯に就ては債權者に不利益なる効果を生ぜしめ(四九二條)また履行遲滯に就いても別に其の責任を規定(四一五條其の他)してあるが故に特に甲に對して衡平を失するものではない。のみならず、受領遲滯、履行遲滯共に乙に特別の不利益を與ふと雖も爲めに其の雙務契約上の債權を失はしめざるのみならず其の債務をも免れしむるものでないからして、甲乙は依然として雙務契約上の關係を維持して居る譯である。況んや双務契約上の一方の債務がその債務者の過失によりて履行不能となりたる場合に於て、相手方がその履行に代はるべき損害賠償を請求せんとする時にも吾人は差額

説を採らずして交換説を採らんとするに於て益々本文の見解を支持せざるを得ないのである。或は五三三條に「相手方が其債務ノ履行ヲ提供スルマデハ」とあるに徴し一回にても履行を提供すれば最早や抗辯權の存續を認めることは出來ないと言ふ見解もあるが、これは法文の外形に囚はれてゐるのみならず結局この字句のみにては水掛論に終るものと考へる。

相手方が履行の提供を爲すもそれが債務の本旨に從はざる時はまた抗辯を提出して差支ない。のみならず既に履行を受けたる後と雖もそれが債務の本旨に從はざりしならば、同樣に本條の抗辯權を提出して差支ない。此等を不完全履行の抗辯と稱する。同時履行の抗辯權の一適用と考へて宜敷しい。尙ほ注意すべきは當事者の一方乙が到底履行を爲すことを得ず又は甲の履行を受領すること能はず若しくはこれを拒みたる時は、甲に於て依然履行の提供を爲さしめることは全く無意義であるから、かゝる場合には乙は甲が履行を提供せざりしことを理由として同時履行の抗辯權を提出することが出來ないものとしなければならない。

(四)　本條の抗辯權の特色の一は立證責任が通常の抗辯權に比して輕減せらるる點である。通説によれば抗辯權者は以上述べた要件中(一)(二)についてのみ證明するを以て足り(三)の要件は相手方即ち原告に於て擧證責任を負ふものとせらる。

## 三　抗辯の效果

について注意すべき點左の如し。

(一)　同時履行抗辯權の本質。　この抗辯權は所謂狹義の抗辯權(Einrede)從つて延期の抗辯權である。蓋し債務者が債權者の請求を却け得る理由は大別して二となる。その一は債權者の請求權そのものを否認する場合にして、例へば乙は甲と契約を爲した事實なしと言ひ、又は契約はなしたるも既に履行を終りたりと言ふが如き場合であつて、此の種の抗辯を稱して異議(Einwendung)と呼ばれる。即ち異議は一回の申立によりて請求者の權利を絶對に破却するの効力を有するが故に一名これを絶對的抗辯とも呼ばれる。その二は債務者は債權者の請求權そのものを否認するにあらずして他の理由によりて請求を却けんとするもの、これを狹義の抗辯權と呼ぶ。此の場合には抗辯の理由たる事實が消滅する時は結局債務者に於て履行を强制せらるゝが故に、此の抗辯權はたゞ一時的に履行を拒み得るに過ぎない。依つてまた延期の抗辯權とも呼ばれる。同時履行の抗辯は正に此の種類に屬するものと言はねばならない。されば假令一度此の抗辯を爲したる

後に於ても抗辯權を拋棄して履行を爲すことは固より妨げないのである。

(二)　抗辯權の援用。　本條の抗辯權もまた當事者の援用によりてはじめて其の効力を生ず。茲に援用と言ふは裁判上又は裁判外に於て實際抗辯することを言ふのである。されば假令抗辯權ありと雖もこれを援用せざる時は履行拒絶を正當ならしむること能はずして、債務者は債務不履行の責を負ふことゝなるは當然である。此の點について研究する問題が二ある、即ち左の如し。

(イ)　原告甲が履行の提供を爲さずして被告乙に對し履行の請求を爲したるに依り、乙は本條によりその履行を拒絶する旨の抗辯を提出したる場合に於て、裁判所は單純に甲の請求を棄却すべきものなりや否や。この點については異る學說及び判例がないでもないが、正當なる學說及び判例によれば裁判所は單純に甲の請求を棄却することなく、甲自らに於てその履行を提供することを條件として乙はその請求に應ずべき旨の所謂交換的履行の判決を爲すべきものとされて居る蓋し若し裁判所は此の場合甲の請求を單純に棄却すべきものとせば甲は更に訴を爲すの煩累を受くべく、また乙に對して交換的履行を命ずるとするも元來甲としては雙務契約の性質上に基く當然の請求を命ずるに止り乙に特別の義務を加重するものでないから之を以つて民訴法に於ける申立主義(民訴、一八六條)に違反するものと言ふことは出來ないから(註)。

(註)　この交換的履行の判決を執行するについては固より原告甲が自らの履行を爲したることの證明を必要とする譯であるが、この證明は執行文附與の要件と見るべきか、或は强制執行開始の要件に過ぎざるものと見るべきか、頗る疑問であつて學說上爭ある點である。これを執行文附與の要件とする見解の生じた理由は結局甲が反對給付を爲したりや否やと言ふが如き事實は相當困難な判斷を要するが故に、これを執行機關たる執達吏の認定に一任するは妥當を缺くと言ふのである。然しながらこの交換的履行の判決の趣旨とするところは當事者甲乙の間に於てなるべく交換的に履行を爲さしめんとする趣旨であるから、强制執行以前に於て執行文交付の爲めに豫め反對給付をなさしむるは同時履行の趣旨に反するのみならず、甲が反對給付を爲したりや否やは交換的履行を命ずる判決の內容に照せば執達吏と雖も相當に認定し得べき事柄であるから、吾人は第二の見解卽ち反對給付の證明を以つて單に執行開始の要件と見ようと思ふのである。民訴法五一八條二項、に所謂「他ノ條件ニ繫ル場合ニ於テハ云々」の規定は反對給付が同時履行なる如き場合を包含しないものと見るのが正當と考へられる。

（ロ）雙務契約に於て當事者の一方甲が相手方乙を履行遲滯に附せんとするには甲自ら履行の提供を爲したる上乙に履行を請求することを要するや否や。此の點も學說相岐れて居る。一派の見解によれば乙の場合にも甲は自ら履行の提供を爲す必要ありとする。その理由は若し甲自ら履行の提供を爲さずして單純に乙に履行を請求するも乙は直に同時履行の抗辯を爲し得るが故に、乙に於て遲滯の責に任ずることがない。要するに乙は同時履行の抗辯權を有するが故に乙自らの不履行を正當づけるのに充分であるといふのである（本書前版に於ては此の見解を採用して居った）。これに對して第二說は乙を遲滯に附するには甲に於て特に履行提供を爲すの必要なしとする。蓋し乙の有する抗辯權は援用を待ちてはじめて履行拒絕を正當づけるに止り若しこれを援用せざる時は前に述べたやうに乙は當然履行遲滯の責に任ずることゝなるのであるから、甲としてはたゞ單純に乙に對して履行を請求するを以つて足るべく、此の場合若し乙が抗辯を爲さゞる時は當然附遲滯の効果を生ずべし。乙が果して抗辯するや否やは全く未必的のものなるが故に、豫め甲に於て之に備へしむる理由はない譯である。殊に裁判上の請求に於て乙が期日に出頭せざるか又は出頭するも抗辯權を援用せずして止みたる場合に於て、裁判所は乙の申立を待たず職權によりて遲延利息その他乙の負擔に屬すべき損害賠償の支拂を免除するが如きは明に民訴法の申立主義に反するに至るに於てをやである。此の故に吾人は第二の見解に左袒せんとす。

（三）留置權との差異　留置權者はその占有する他人の物に關して生じたる債權の履行を受くるまで其の物を留置することが出來る。但し其の債權が辨濟期にあらざる時は此の限にあらず。即ち外觀上留置權は同時履行の抗辯權と大いに似て居る。此の二種の權利はもと羅馬法の「惡意の抗辯（exceptio doli）」から分岐したものであつて取引の信義衡平を保つことを趣旨とするの點は同一であるが、我民法上兩者は大體次の點に於て異つてゐる。（イ）留置權は物權にして且つ占有を伴ふが故に、債務者以外の第三者にも對抗することが出來る。之に反し同時履行の抗辯權は契約上の一効果として債權と同じく相對的の効力を有するに止り原則として債務者以外の者には効力を有しない（註）。（ロ）留置權は擔保物權の一種類にして專ら債權の辨濟を確保することを以つて主眼とするものであるから、債務

者は相當の擔保を供することによりて留置權の消滅を請求することが出來る(三〇一條)。之に反して同時履行の抗辯權は雙務契約當事者の債務の履行の交換的なることを期するものであるから債務者は代り擔保を供することによりて債權者より抗辯權を奪ふことは出來ない。

(註)　乙は甲より預れる洋服を洗濯屋丙に託しクリーニングを依頼した。此の場合に丙はクリーニング料の請求權の爲めにその洋服の上に留置權を有するが故に、甲よりその洋服の返還を求めらるゝも尙ほ留置權を以つて對抗することが出來る。これに反しクリーニングなる請負契約(雙務契約)に基く時は唯注文者乙に對してのみ同時履行の抗辯權を提出し料金の提供あるまでは洋服の引渡を拒むことを得るに過ぎずして若し注文者にあらざる甲より其所有權に基き引渡の請求を受けたる場合には同時履行の抗辯權を援用することは出來ない。

## 第三目　危險負擔の問題

一　いま賣買なる双務契約に於て賣主甲の自動車を給付すべき債務が履行不能となる時は、買主乙の代金支拂の債務はどうなるのであらうか。これは甲の債務が履行不能となれる事由その他の事情の異るに從ひて決定を異にすべきものとされてゐる。差當り考慮すべきは次の四點である。

(一)　その履行不能が甲自身の責に歸すべき事由に因る場合には甲は第四百十五條の規定に依り自動車の給付に代へて損害賠償をすることになるが、正當なる見解に依れば此の場合、甲の負へる債務は損害賠償債務に形を變へて存續するものとせられる。從つて相手方乙の代金債務との間には依然として雙務契約上の債務たるの關係を續け、その履行については同時履行の牽聯性が存する譯になる。此の點に於て問題となるは乙は自分の支拂ふべき代金を甲の損害賠償金額より差引きその差額を甲から請求して可なりや(差額說 Differenztheorie)或は乙自身の代金債務と交換的にのみ甲より損害賠償を請求すべきものなりや(交換說 Austauschtheorie)と言ふ點である。之は以上述べた理由に照せば後の見解を以つて正當とせなければならない(註一)。

(二)　右の場合に於て甲の給付すべき自動車が例へばフォード型自動車一臺といふが如く不特定物なる場合には、偶甲が意中に存したる自動車の滅失毀損に因

りて甲は履行の困難を來すことありとするも法律上これは單なる主觀的不能に屬するに止まり未だ以つて眞の履行不能と爲し得ないから甲は他のフォード型自動車を調達して給付すべき債務を負ひ決してその債務を免れるものではない。從つて買主乙の代金支拂債務も爲めに何等の影響を被るべきものではない(註二)。

(三)　以上と異なり若し甲の債務が特定の自動車を給付すべき場合に於て偶甲の過失に因らずして履行不能となる時は如何。此の場合には甲は原則上當然に自己の債務を免かれるのであるが買主乙の代金支拂の債務は如何になるのであらう。これを一般の形で言へば雙務契約に於ける當事者一方甲の債務が後日消滅に歸したる場合に於て相手方乙の債務は如何に落着くべきであらうか。此の點を取扱ふのが即ち危險負擔の問題に外ならない。

二　以上(三)の場合を他の方面から觀察する時は甲が債務を免るゝと共に乙もまたその債務を免るゝものと假定せば、自動車の滅失毀損なる損失は結局甲の負擔に歸すべく、反對に甲はその債務を免るゝも乙は尙ほ代金支拂の債務を免れざるものと假定せば、自動車の損失は乙に歸することゝなる。かくの如く一般に雙務契約に於て當事者一方の債務が債務者の責に歸すべからざる事由によりて履行不能となりたる場合に於て、これによりて生ずべき損失を當事者の何れかゞ負擔すべき地位を稱して危險(Gefahr, risque)と呼ぶ。之を何れの當事者に歸せしむべきかを決定することを危險負擔(Gefahrtragung)の問題といふのである。そして右の場合甲が危險を負擔すべきものとする主義を債務者主義といひ、乙が之を負擔すべきものとするを債權者主義といふ。蓋し滅失毀損したる自動車を標準とする時は甲は之を給付すべき債務を負ひ、乙は之を請求すべき債權を有するからである。

(註一)　差額說の不當なるは、第一、甲の債務が損害賠償債務に變形しつゝ存續するに拘らず當然に乙の債務と相消せられ結局乙の債務を免れしむることゝなるは何等理由の存せざることである。尤も雙務契約に於ける兩債務の關係について單一說乃至條件說を採用する場合には自ら別問題なりと雖も、我が民法の如くこれについて兩債務の獨立を認むる場合に於ては此の見解は到底採用することは出來ない。第二、之を實際上より見るも例へば交換契約の如く雙方の債務が內容を異にする場合には互に差引くこと能はざるのみならず、差額說を採用する時は雙務契約の原則たる同時履行の牽聯性を奪ふことゝなり、爲めに甲の地位を不利益ならしむる結果となるであらう。

之に反して交換說は以上の缺點なきこと言ふまでもない。これ學說及び判例が交換說を採用する所以である。

（註二）不特定物債務は一名種類債務と呼び、その性狀の詳細は債權總論の講義を參照されたいが、簡單にその適用を述ぶれば種類債務の不能はその種類に屬するものが取引の通念上全滅に歸し通常その履行を期待すべからざるに至るにあらざれば履行不能を生ぜざるを特色とする。從つて今甲が手許に備ふる一自動車を給付せんとの見込を以つて不特定自動車について乙と賣買契約を爲したる場合に於て、偶その自動車が毀滅するも通常單に所謂主觀的不能を生ずるに止り客觀的不能卽ち眞の不能を生ずることなし。故に甲は別の車を調達して給付を爲すべき責任がある。この場合に於て甲は再度車を調達すべき不利益を負擔するものにして、或はこの事實をも危險負擔と稱する場合がある。しかし此所で說明しておる危險負擔とは自ら問題の性質を異にする點に注意しなければならぬ。

## 三　一般理論

として以上危險負擔問題を如何樣に決定すべきかは各種の利害關係が錯綜しておる爲め、解決は極めて困難である。何れにするも債務者又は當事者雙方の過失なくして生せる損失は言はゞ一の天災に外ならざるが故に、之を何れの當事者に歸せしむるも到底多少の遺憾なきを得ないのである。從來の立法例によれば此の問題の取扱ひにつき二の主義がある。その一は契約主義（Vertragsprinzip）と言ひ、ローマ法、イギリス法、ドイツ普通法の採用するものであつてフランス法（一八一三條）スキス債務法（一八五條）も之に從つてゐる。この主義は當事者間に雙務契約が成立する時は、當然當事者の何れか一方に危險を負擔せしむるものであつて、更に二の場合を區別してゐる。即ち第一に特定物に關する賣買契約に於ては危險は債權者にありとなし（periculum est emptoris）、その他の場合にては危險は債務者にありとなす（periculum est locatoris）。これは契約に因りて目的物の引渡又は權利の移轉なき場合にも適用せらるゝので、これを契約說と呼ぶのである。之に對する第二の主義を引渡主義（Traditionsprinzip）と稱しゲルマン法の採用するところであつて、ドイツ普通州法、オーストリヤ民法及びドイツ民法（三二條）これに從ふ。此の主義によれば雙務契約に於ける危險は原則として債務者に存するも目的物の引渡と同時にその危險が債權者に移るものとするのである。唯所謂引渡なるものが占有の移轉を以つて足るや、更に所有權の移轉をも要するやについて多少の疑あるも、ともかく契約のみにて危險が債權者に移らざるものとする點は疑ないのである。以上二大主義の外尙ほ第三に所有權者主義（Eigentumsprinzip）とも名づく

べきものがあつて、危險はその發生當時目的物につき所有權を有するものゝ負擔に歸す (casum sentit dominus, res perit domino) といふのであつて、此の觀念は以上契約主義及び引渡主義にも大いに影響しておるが、此の主義のみを以つて危險負擔問題を取扱ふことの不可なるは、例へば他人の物を以つて賣買の目的となしたる場合の如きに於ては、その所有權がなほ他人に歸屬せるうち毀滅したる時には賣主買主何れにも危險を歸すること能はざる結果となることに徵して明なるべく且つ元來危險負擔問題は契約の目的物に關する物權關係と獨立して契約當事者の債務の消長を決定するを目的とするものであるから此の點から見ても所有者主義はそのまゝ採用することは出來ない。

契約主義と引渡主義との何れが妥當なりやは考察者の立場如何により容易に判定することは出來ない。が大體に於て引渡主義を以つて優れたものとせねばならない。蓋し雙務契約上の兩債務は元來獨立せるものであるが、その履行については既に同時履行の牽聯性を保たしめ、當事者の一方は相手方の履行の提供あるまでは、自己の債務の履行を拒み得るものとする精神に考ふる時は、當事者一方の債務が單純に不能となり履行の提供を爲すに由なきに至れる場合には、勢ひその相手方も債務を免るべきものと決せざるを得ない。この理論上の歸結に加へて引渡主義は通常の場合に於て契約當事者の意嚮にも適應する效果を生ずるものであつて、凡そ買主は目的物の利用を期待するものであり、此の期待は引渡により始めて滿足せらるゝのみならず、一方引渡を受けたる買主は自ら危險を防止するの便宜を有すべく且つ引渡と同時に所有權の移轉をも受けたるものとせば危險は所有者に歸するとの原則にも適合することゝなるを以つて、目的物の引渡を標準として危險移轉の時期と決するを妥當と考へるのである。反之契約主義の正當理由に至りては羅馬法の解釋について既に異說百出し何れも滿足すべき結論に到達してゐない。唯そのうちやゝ採べるき見解は契約の成立によりて債權者は既にその目的物について價格の騰貴、果實の發生、物體の增大等幾多經濟上の利益を期待すべき地位に立つが故に、若しその目的物に對する危險を債權者に負擔せしめざるものとせば、債權者は目的物の引取を徒に延引して爲めに債務者に不當の損失を被らしむる傾向あるべきが故に、利益の存するところ損失もまた之

に伴ふの衡平則により、契約と同時に債權者に危險をも歸せしむべしといふにある。しかし我民法の他の規定に徵する時はこの理由は必ずしも徹底せず(五七五條參照)到底滿足なる解決を與ふることは出來ないと思ふ。要するに引渡主義は危險負擔について原則として債務者主義を採るに反し、契約說は債權者主義と債務者主義とを併用する點に照すも、問題を簡單に取扱ふ上について自らその優劣が理解せらるゝであらう。

以上說明した所は一方から見れば雙務契約に於ける兩債務の存續に關する牽聯であつて、即ち一方の債務が當事者の責に歸すべからざる事由によりて消滅する時は、相手方の債務も之に牽聯して消滅するや否やの問題に他ならないのである。從つてかゝる意味に於てこの危險負擔の問題は雙務契約に限つて起り得るのであつて、片務契約については問題とならないのは當然である。

民法危險負擔に關する規定は固より任意法規であつて、當事者が危險負擔に關して特約を爲す時は、その特約によるべきは當然である。かゝる特約を擔保契約と呼ばれる。我民法の危險負擔に關する規定は既に、述べたる如く不徹底且つ不穩當であるから、雙務契約を爲さんとする當事者は各場合の利害得失を基礎として適當なる特約を爲し置くことが望ましいのである。

**四　我民法と危險負擔問題**　我民法は危險負擔問題についてローマ法の契約主義を採り雙務契約をその目的により二種に分ち(第一)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ついては原則として債權者主義を採用し(五三四條、五三五條)。(第二)その他の雙務契約については債務者主義を採用してゐる(五三六條)。以下それ〴〵について說明しよう。

**五　特定物契約の場合**　債權者が危險を負擔するには左の要件を具備する場合とする(五三四條)。

(一)　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なることを要する。例へば甲は何町何番地所在の自己所有の家屋を金一萬圓にて乙に賣渡すべき契約又は甲は乙より坪拾圓の權利金を對價として自己所有の土地に乙の爲め地上權を設定することを約する場合の如し。

(二)　その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

たることを要する。債務者の責に歸すべからざる事由とは大體に於て債務者の過失に因らざることを言ふと雖も、これよりはやゝ廣くして、例へば債務者以外の第三者又は債權者の行爲によりて物の毀滅したる場合は勿論、天災地變の如き不可抗力によりて毀滅したる場合をも包含するものとする。例へば前例に於て家屋が近火によりて類燒したる場合の如し。また茲に滅失毀損といふは物質的毀滅のみならず一般に取引上の通念によりて滅失毀損したるや否やを決定すべきものであつて、例へば法律上の處分等によりてその目的物が債務者の手より奪はれたる如きも亦滅失せるものと看做される場合がある。例へば前例に於て地上權を設定せんとする土地が偶收用せられたるが如し。また目的物が盜取、遺失又は紛失等の爲め通常の手段を講ずるも取戻すこと能はざるに至れる場合も滅失と見て差支ないであらう。尚ほ滅失のみならず毀損をも包含することに注意せねばならぬ。

以上の場合に於てはその物の「滅失又ハ毀損ハ債權者ノ負擔ニ歸ス」といふは債權者が危險を負擔することを意味し、即ち具體的に言へば債權者は物の滅失せる場合には最早その引渡を受くること能はざるに拘らず契約の代金全額を支拂ふべく又物の毀損の場合には毀損したるまゝにてこれを引取り而して代金全額を支拂ふことを要するのである。

かくして債權者は代金を支拂ふべきに拘らず、債務者は物の滅失せる場合にはその債務を免れ又物の毀損せる場合には毀損せるまゝにて給付することを以つて足る譯である。が場合によつては債務者は目的物の毀滅によりて別に利益を受くることがあるであらう。例へば前例に於て家屋の類燒によりて或は火災保險金又は不法行爲による損害賠償などの請求權を取得し、或は土地の收用されたるによりて企業者より報償金を受くるが如し。從つてこのまゝ放任せば債務者は二重の利得をなし衡平を失するに至るを免れないであらう。依つてかゝる場合には第五百三十六條二項但書の規定を準用してその利益を債權者に償還させるのが至當である。

(三)　若し目的物の毀損が債權者、債務者雙方の責に歸すべき事由に因りたる場合は如何にといふに、此の場合には危險負擔の問題を生じないで、債務者について

は第四百十五條を適用して債務不履行の責任を課し、債權者については第四百十八條を適用して過失相殺の處置を採るべきものである。之に反して若し債權者の責に歸すべき事由によりて物が毀滅したる時は固より第五百三十四條の適用を除外せざるが故に危險は債權者に歸するものと考へなければならない。尙ほこの點は第五百三十六條二項の規定を適用するも同一の結論に歸着するであらう。

民法が以上の場合に於て債權者主者を採用した理由は結局ローマ法に於けると同樣に解すべく、即ちこれらの場合には債權者は契約と同時に目的物の運命を自己に有利に決定さるゝものであつて、例へば特定物の契約にありては債務者は目的物保管の義務を負ふのみならず（四〇條）目的物の增價擴大の利益は當然債權者に歸する（四八三條）など債權者は其の目的物に關する種々なる利益を確實に取得すべき地位に置かるゝが故に、かゝる利益の存するところ、また損失即ち危險をも負擔すべきであるといふ譯である。但し尙ほ我が立法者の態度は特定物契約にありては特別の事情のない限り契約と同時に目的の所有權が債權者に當然移轉するものとせるやに考へらるゝ形跡が見えるので（三二三條、三二八條、五七五條、五七六條、五七七條參照）「物は所有者に付いて消滅する」てふ所有者主義の精神が幾分追加されておるものゝやうである。但し第五百三十四條の規定は目的物の所有權の移轉ありたると否とを問はざるものであつて、例へば延取引の如く後日所有權を移轉するの約定ありたる場合にも危險は契約の當初より既に債權者に歸するものとせらるゝから、所有者主義は結局一部分に於て債權者主義に加味されたものと見るのが妥當であらう。何れにしても債權主義を妥當ならしむるには債權者が契約により目的物に關する利益を確實に享有し得べき可能性の存する場合に限らるべきであるから第五百三十四條の規定の適用に關しては次の如き制限を附しなければならない、即ち

（イ）不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はそれが第四百一條二項の規定によりて特定する時より本條の規定を適用する（五三四條二項）。蓋し不特定物に關する契約については債務者は物の保管に關する義務を負はず（四〇〇條參照）また債權者は物の增價擴大による利益を受けざるが故に（四八三條參照）物の特定せる場合に比し殆んど言ふに足らざる利益を受くるに過ぎざるが故に、本項の制

限を加へなければならない。從つて目的物が特定するまでは第五百三十六條により債務者が危險を負擔するものとする。

（ロ）同樣の理由により選擇債務を生ずる雙務契約についても目的物が特定するまでは債務者が危險を負擔し、その特定を待つて危險が債權者に移るものと見なければならない。此の點については明文はないけれども選擇債務について債權者の有する利益はその確實性において不特定物に關すると同樣であるからである。但し選擇債務の特定は或は選擇權の行使によりて生じ或は給付の不能となるによりて生ずる場合あり而して選擇による特定と不能による特定とはその特定の時期を異にするが故に自ら危險移轉の時期が異らざるを得ない點に注意すべきである。

（ハ）ついで問題となるは契約の目的物が特定せるも、契約の當時それが第三者に屬する場合は如何。此の點については意見岐れ、或は第五百三十四條にはこの場合について何等區別をなさゞるが故に依然同條の適用ありと解する者がないではないが、これは事態の相違について認識不足の嫌があるやうである。蓋し第三者に屬するものを以つて契約の目的と爲したる場合には債務者が果してこれを取得して債權者に移轉することを得るや否やは通常未定であつて、債權者側よりこれを見る時は、その物について利益を受くるの確實性は極めて薄弱なるものと言はなければならない。この點は第五百六十條乃至第五百六十三條の規定に照すも疑ふ餘地ないと思ふ。從つてこの場合には債權者主義を適用するは理由に乏しい譯で、何等か別の標準によつて危險負擔の問題を解決しなければならない。予輩は嘗つてこの場合を停止條件附契約の場合（出後）に準じて危險負擔を定むべきものと說明したが、これは目的物が滅失したる場合は可なりとするも、單に毀損したるに止る場合について不都合を生ずべきが故に、今は說を改めて本問の場合は全然債權者主義を適用せず寧ろ債務者主義に據るべきものとする見解に左袒しようと思ふ。

（ニ）二重（重複）賣買、例へば賣主甲が特定の馬一頭を一たび乙に賣却し未だ履行せざるに乘じて更に之を丙、丁等に賣却し乙、丙、丁に對し何れも未だ履行せざる間に賣主甲の責に歸すべからざる事由によりて其の馬が斃死したる場合に危險は

如何に負擔さるべきか。この有名なる問題については內外を通じて種々なる解案が提出されておる。その中或は馬の所有權が移轉せるや否やによりて決定を試みようとする見解は、先に述べたるが如く徹底的のものではなく、また債權者側の善意又は惡意によりて取扱を定めんとする見解も妥當ではない(註一)。再考の餘地ある見解は三とする。第一說、此の場合には乙丙丁即ち各債權者は第五百三十四條一項によりてすべて危險を負擔し各自債務者甲に對して約定の代金を支拂ふべしとするもの。第二說、賣主甲は買主乙丙丁の何れか一人を選擇して之に對してのみ代金を請求し得べしとする見解。第三說、此の場合には同一の給付の目的物に關して多數の異る當事者との間に重複して雙務契約が成立せる場合にして第五百三十四條の規定する場合に屬せざるが故に同條の適用なく、即ち第五百三十六條により危險は賣主甲が負擔すべきものとする。が最後の見解を以つて最も妥當なるものと信ずる(註二)。

(註一)所有權が移轉せるや否やを以て危險負擔を決定しやうとする說は、第一の買主に危險を負はしめることとなり事物の情形に照し決して妥當でない。次に買主の善意惡意に標準を置かんとする見解は債權者取消權(四二四條)の立法趣旨に一應合するやうであるが元來契約自由の原則は賣主が同一物に關して重複契約することを本則として禁止するものでなく從て買主の惡意を以て特に責任を課する理由となし得ないから此見解は正當でない。

(註二)第一說は純理を徹底させた點に於て一應尤もとせられるけれども實際上の効果に於て最も不當である。第二說は目的物が特定せる爲め賣主は一回より履行出來ない情形に在るのだから何づれか一人の買主を選んで履行したものとして之に對し反對給付を請求すべしといふのであるが結局一の擬制を設ける見解として正當でない。余輩も舊版に於ては此說を採用したのだが今はこれを拋棄することにした。最後に第三說は本文に揭ぐるところを以て形式上の理由とするのたが更に實質上の理由として重複賣買に在りては各買主は特定物の買主として通常享受すべき利益の確實性を著しく缺いでゐるので之に危險を負擔させる理由に乏しい點を考量に入るべきである。

(ホ)停止條件附雙務契約の目的物が條件の成否未定の間に於て履行不能を來したる時は如何。理論上、條件附契約は條件の成就するまでは尙ほ效力を生せず從つて條件の成否未定の間に於ては、債權者は果してその履行を受け得るや否や確定せざるは勿論、かゝる債權そのものを有するに至るや否やが全く不確定に屬

するものなるが故に、本來ならばこの場合に債權者主義を適用する如きは大いに當を失するものと言はなければならぬ(註)。しかし一方より見れば此の場合にても債權者は契約と同時に相當有利なる期待權が與へられてゐるので(一二八條乃至一三〇條參照)若しその目的物が特定せる時は條件附ではあるが、債務者に對しその物の保管を請求し乃至その物の增價又は擴大に關する利益をも期待し得べき地位にあるが故に、此等の點に關して立法者は暫く滿足して、次の如く危險負擔問題を定めたやうに考へられる。即ち停止條件附雙務契約の目的物については條件の成否未定の間に於てその物が滅失せる場合と單に毀損せる場合とを區別し、その滅失せる場合には債權者主義を適用せずして債務者主義を適用し、反之物が債務物の責に歸すべからざる事由によりて單に毀損したるに止る時はその毀損は債權者の負擔に歸するものとして依然債權者主義を適用する。固よりこの危險負擔も條件附に過ぎざるものであつて即ち後日條件が成就するを待つて債權者は現實に毀損せる物を引取り全額の反對給付を支拂ふべきことゝなる。

此の場合に於て物の毀損が債務者の責に歸すべき事由によりたるものなる時は債務不履行の問題を生ずるも特に危險負擔の問題を考ふる要はない。從つて債權者は債務不履行(不完全履行)を理由として條件成就の場合に於てその選擇に從ひ或は毀損せる物の給付即ち不完全履行を甘受して損害賠償の請求を爲すか或は不完全履行を理由として契約を解除し損害賠償を請求することが出來る譯である(五三五條三項、四一五條、五四一條、五四五條三項)。

(註)一說に停止條件附契約の場合につき條件の成否未定の間に於て目的物が毀損したる時は實質上賣主擔保責任の問題(五六〇條以下)を生ずるものであつて危險負擔問題は生じないものとする。これは給付の原始的不能と後發的不能とを決するに付き、契約成立の時を標準とするか、或は債權發生の時を標準とするかの見解の相違に關係するものであつて、吾人は五三五條の規定そのものを一つの根據として契約成立の時を以つて、標準とする見解を採るので、此の場合は猶ほ危險負擔問題に屬するものと考へる。但し立法論としては目的物毀損の割合に應じて代金の減額を請求せしむるを以つて妥當なりと考へる。

## 六　非特定物契約の場合

第五百三十四條、第五百三十五條に掲げたる場合を除く外の雙務契約に關する危險負擔問題に付いてはすべて第五百三十六條の規定により債務者が危險を負擔すべきものとする(註)。

（註）第五三四條、五三五條の規定と五三六條の規定と危險負擔問題を決するにつき何れが原則なりやに關し學者間に說を爲す者がある。通說は五三六條を以つて原則規定と爲す。その理由は同條は五三四條、五三五條に揭げたる場合を除く外一切の雙務契約に廣く關するものであるからこの方が原則としなければならぬといふのである。乃ち條文の順序よりせば前に置かれた五三四條、五三五條が原則のやうに見えるけれども實質上は寧ろ例外規定となる。通說はかく解し本書舊版もまたその說を採用したが、更に考ふるに規定の適用範圍を實際の上から判斷するに兩者の間に特に適用の廣狹を決すべき何等の標準なきのみならず、五三四條の如きは危險負擔の問題について寧ろ中樞を形成するものと見るべきが故に、原則例外といふが如き區別を立てる實益はないと考へる。たゞ危險負擔の公平なる取扱よりすれば、五三六條の規定を以つて最も當を得たるものと見るべきが故に五三四條などの如き特則なき限りは五三六條によりて危險負擔問題を律するのが妥當である。かやうな意味に於て同條を危險負擔問題の原則と見ようと思ふ。

（一）特定物に關する物權の設立又は移轉を以つて雙務契約の目的としたる場合に於て、その物が債務者の責に歸すべからざる事由によりて滅失又は毀損したるときは以上述べたるが如く第五百三十四條及び第五百三十五條の規定によりて危險負擔問題を決するのであるが、此の場合を除く外は雙務契約上の債務が當事者雙方の責に歸すべからざる事由によりて履行不能となりたる時は第五百三十六條の規定によりて危險負擔の問題を決すべきものとする。故に本條の適用は主として次の如き場合に適用を見るのである。例へば賃貸借の如く物の利用を目的とする雙務契約、雇傭の如く勞務の給付を目的とする契約、請負の如く或る仕事の完成を目的とする契約（但し請負契約と危險負擔問題はやゝ複雜であつて必ずしも本條のみによつて決定し得ないものである）有償委任の如く事務の有償的處理を目的とする契約、その他有償寄託契約、組合契約（やゝ疑あるも）、和解契約の如し。また特定物に關する物權の設定移轉を目的とする契約にてもその履行不能を來せる原因が目的物の滅失または毀損以外の事由に存する場合はすべて本條の適用を受くべきである。

（二）本條の適用ある場合には債務者が危險を負擔す。茲に債務者主義を採用した理由は前にも一言した如く、雙務契約上の一方の債務が債務者の責に歸すべからざる事由によりて履行不能となれる時は相手方は第五百三十三條により同時履行の抗辯を爲し得るのみならず、この場合には永久的に即ち絕對的に抗辯權

を失はざるべきが故に、寧ろ債務そのものを免れしむることが雙務契約に於ける兩債務の牽聯性を保たしむる所以であるといふのに歸着する。民法は債務者の危險を負擔すべきことを「債務者ハ反對給付ヲ受クル權利ヲ有セス」(五三六條一項)といふておる。例へば甲乙の間に家賃月四拾圓の定めにて家屋賃貸借契約ありたる場合に於て、その貸家が近火により類燒したる時は、賃貸人甲は反對給付として家賃を請求する權利を失ふべく、假令賃借期間が三箇年と定められ、契約後半箇年にして右の事由を生ずるも、殘期間に對する家賃を請求することを得ないのである。

(三)「債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキハ債務者ハ反對給付ヲ受クル權利ヲ失ハス」(五三六條二項)。即ちこの場合には債權者が危險を負擔するのである。蓋し衡平の原則を適用する結果に他ならずして本質上危險負擔問題には屬しないものと考へる。尙ほ玆に債權者の責に歸すべき事由といふに付ては多少說明を要する。蓋し債權者は本則として債務者に對して義務を負はず從つて注意の義務を負ふものでないのだから嚴格な意味に於て債權者には過失を問ふべき餘地はないのである、故に債權者の責に歸すべき事由を以つて直に債權者の過失と解するのは當らず、假令便宜上之を過失と呼ぶにしても全く通俗的意味に於てゞあつて、要するに債權者の側に於て社會上非難すべき缺點があつたと言ふに外ならない。例へば債權者がその故意又は不注意によりて債務者の履行を不能に歸せしめ又は債權者の側に於て受領遲滯の責ある場合等であつて、債權者が普通の如くその權利を主張することが公序良俗に反し信義公平の原則に悖るとせらるゝ一切の場合を言ふのである。例へば甲が一日遊覽の爲め自動車を雇入れたるに偶々病氣の爲め遊覽を中止したる時は運轉手に對して猶ほ約束の報酬を支拂はざるべからず、また家屋賃貸借の場合に於て借家人の過失によりて家屋が燒失したる場合には家賃を支拂はざるべからず家屋燒失による損害賠償を支拂ふのみを以つて足りないのである。斯くの如くして債權者は危險を負擔することゝなるも、若し債務者に於て自己の債務を免れたるに因りて利益を得たる時は債權者より受くる反對給付と併せて二重の利益を受くることゝなり衡平を失すべきが故に、法律は此の場合に於て債務者にそ

の債務を免れたるによりて得たる利益を債權者に償還することを命じておる(五三六條二項但書)。例へば前例に於て自動車運轉手は運轉の債務を免れたるにより省略したる自動車の借賃が、ガソリン代金、辨當料等をすべて債權者に償還することを要すべきが如し。茲に「自己ノ債務ヲ免レタルニ因リテ」得たる利益とは何を言ふか解釋上必ずしも明瞭でない。今擧げたる運轉手の償還すべき價格の如きについては格別疑問を生せざるべきも、之に反して例へば其運轉手が債務を免れたるより他に雇はれて收めたる報酬の如きものも尙ほ償還せしむべきか否かは頗る疑問である。結局は社會の通念により債務者として保有すべからざる利益の償還を意味するに外ならないのであるが、一般の標準としては債務者の履行が不能となれる事由と同一の事由によりて生じたる利益であつて、その間に相當因果關係が認めらるべきものに限り償還すべきものと考へる。但しその償還すべきものは例へば取引上履行不能となれるものに代るべきもの(代表物、例へば火災保險金の如し)を包含するに止るのではない。

(四)　債務者の責に歸すべき事由に因りて履行不能となれる場合には前にも述べたる如く債務者について單に債務不履行に關する責任を生ずるに止りその債務は當然に消滅せざるが故に、債權者もまた從つて債務を免れず、即ち此の場合には債務不履行の問題を生ずるも危險負擔問題を生ずることはない。

## 第二款　第三者の爲めにする契約

### 一　概念

第三者の爲めにする契約とは第三者丙が債務者乙に對して直接に請求權を取得することを約する當事者甲乙間の契約である(五三七條一項)。例へば(第一)甲が乙と契約し乙は丙に對して金百圓を與ふることを約する時は丙は乙に對して直接にその金額を請求する權利を取得し又は(第二)甲が畫幅を金二百圓にて乙に賣却しその代金は直接之を丙に支拂はしむることを約する時は丙は直接に乙に對してその支拂を請求する權利を取得するが如し。通常甲を要約者乙を諾約者(又は約束者)丙を第三者又は受益者といふ。民法は乙を單に債務者と呼んでゐる。

右の例にて知らるゝやうに第三者の爲めにする契約は民法上では供託、負擔附

贈與、終身定期金等に內在するのみならず、贈與契約、賣買契約等苟しくも財產の利用又は勞務の供與等第三者に對しても直接に給付し得べき目的を有する契約には皆之と結合して債務者の給付を第三者に轉向せしむる機能を發揮するものである。即ちこの契約の特色は給付の內容についてゞはなく、その方向について存するのであつて、この內容に關する中立性が和解契約と同一である。

この契約の當事者は諾約者と要約者であつて、受益者は飽くまでも第三者たるに止り當事者となることはない。此の故に要約者は常に自己の名に於て然も第三者の爲めに契約し第三者はまた第三者として他人の契約により直接に債權を取得することゝなるのである。此の點に於て第三者の爲めにする契約は契約の代理と本質を異にしてゐる、蓋し代理にあつては甲は丙の代理人として丙の名に於て丙の爲めに乙と契約するものにして代理の要件を具備するに因り丙は直接にその契約の效力を受け自らその當事者となるのである。ローマ法にては要約者が第三者をして請求權を取得せしむるにつき自らも利益を有することを必要としておつたが我が民法では之を必要とはしない。

後期ローマ法は概して極端なる個人主義の立場に在つた爲め、契約の效力の如きも單に當事者の間に止り、第三者には及ばざることを原則としてゐる。語に曰く「何人も他人の爲めに約することを得ず」alteri stipulari nemo potest (§ 4 D. 50, 17.)

故に債權者は假令債務者をして第三者の爲めに或給付を爲すことを約せしめても債權者は第三者をして斯く爲さしむるに付き自己も利益を有する場合の外債務者を强制すべき何等の訴權をも與へられない、況んや第三者の如きは極めて例外の場合を除く外、債務者に對して訴權を有することはないとしてあつた。後世の學說及び立法例(普國民法第一部第五章七四條、七五條、佛國民法一六五條、一一二一條、墺國民法八八一條)等亦概ね之に從ひ、假令第三者の爲めにする契約を認めても、これ原則に對する例外たるに過ぎぬとしてある。

然れども近世法律生活が益す社會的共同的となり復たローマ法の如き個人主義の一貫を許さぬ事情を生じたる傍、法律行爲に關する研究も進歩して行爲の當事者とは其受益者とは必ずしも同一人たることを要しないとの法理を生じ、先づ直接代理の制度が理論上可能となつた、これと同時に公序良俗に反せざる範圍內に於て所謂私法上の自治を許し、當事者が第三者に對して法律行爲上の效果を及ぼさんと欲した時も第三者の權利を害せざる限り、其意思表示の效力を認めねばならぬといふことになつた(直接取得說)。斯くして今や新しい立法例(獨乙民法三二八條、瑞西債務法一一二條二項匈牙利民法草案八〇九條)は皆第三者の爲めにする契約を認めて獨立の一制度となす

に至つた(石坂氏民法二一六九頁以下、植月氏京法二卷、法學大家論文集民法下三一八頁以下)

**二　此の契約の機能**　前例に於て甲が乙をして丙に金百圓を與へしむるには必ず相當の理由が存すべき筈である。殊に賣主甲が買主乙より代金二百圓を自ら受くる代りに丙に對して之を給付せしめるが如きに至つては益々然りである。蓋し吾人は財産を出捐せんとするや必ず一定の原因に基くものであつて例へば或は贈與の目的を以つてし(無償原因)或は物を貸付くる目的を以つてし(與信原因)或は債務辨濟の目的を以つてし(償却原因)その他種々なる目的を以つてするが如し。前第一例に於て甲は贈與原因を以つてし、また第二例に於ては甲は或は贈與の目的を以つて或は兼ねて負擔せる債務の償却の目的を以てし、それ〳〵丙に對して請求權を與ふる爲め第三者の爲めにする契約を爲したものと考へなければならない。從つて此の契約は甲丙間の財産的移動を甲乙間の契約によりて間接に實現せんとするものに外ならずして換言せば第三者の爲めにする契約は甲丙間の關係を或は決濟し或は創設する爲めの手段と考へていゝのである。學者は甲乙間の關係を補償關係(Deckungsverhältnis)甲丙間の關係を對價關係(Valutaverhältnis)と呼び或は後者を內部關係としこれに對して前者を外部關係と稱するものもある。此の內外の兩關係は恰も代理に於ける外部關係としての代理人と相手方の關係、內部關係としての代理人と本人との關係に類似するものであつて、經濟上の實質關係としては內部關係が主たるものであるけれども、法律の形式關係からみれば外部關係が表面に立つてゐるのであつて、第三者の爲めにする契約にあつてもまた此の契約が外部關係として法律上は基本行爲となり對價關係は寧ろその裏面に潛みその存否乃至效力の如何は原則として補償關係を作る第三者の爲めにする契約の效力には影響しないのである、

此の契約は前にも一言せる如く契約上の效力を第三者に轉向せしむる點に於て特色を有するのであつて此の效果を生ずるのは正に當事者が契約に於て第三者に直接請求權を與ふる旨を約するによるものであるから、此の部分の約束を第三者約款(Fremdklausel)と名づけることが出來よう。これが基本を爲す甲乙間の契約を基本的行爲(Grundgeschäft)と名づけることが出來よう。

## 三　成立要件

左の如し。

（一）契約により第三者が直接に諾約者に對して請求權を取得すべき點について合意あることを要す。故に諾約者のみが第三者のため或ある給付を爲す權限を與へらるゝに止まり、第三者をしてその給付を直接請求せしむる趣旨に非ざる場合（不純正なる第三者の爲めにする契約）は本條の契約に屬しない（註）。

（註）例へば甲は友人丙の家族の告別式に付き葬儀屋乙に花輪を註文し直に之を丙に屆けしむることを約せしむる如し。尙ほ本條の契約よりやゝ廣き範疇として「第三者の利益の爲めにする契約」なるものがある。例へば甲は乙なる慈善病院に金一萬圓を寄贈し以つて一般貧民の無料診療の費用に充てしむる場合の如し。即ち前例花輪の註文と言ひ、此の診療費の寄贈と言ひ、乙に對して一定の權限を付與するに止り、爲めに第三者丙又は一般貧民に直接乙に對する請求權を取得せしむるものではない。

因に「第三者の給付を目的とする契約」は因より第三者の爲めにする契約ではない。例へば乙は第三者丙をして甲の爲めにある洋畫を描かしめんことを甲と契約するが如し。此の場合に於て乙は單に丙が揮毫を爲すべきことについて盡力する債務を負ふに止るか、或は更に進んで丙が揮毫せざる場合にその損害を擔保する趣旨なりやは、全く意思解釋の問題である。

（二）受益者たる第三者は自然人のみならず法人でもよろしい。また契約の當時人格者でなくとも後日人格を取得すべき者（設立中の法人又は胎兒）でも不可なく、唯此等は後日人格を取得して受益の意思を表示したる時に請求權を取得すべきものとする。また第三者は契約の當時特定することを要しない。後日特定し得べき者であれば差支ない。

（三）第三者が此の契約により新に請求權を取得する場合でなければならぬ。故に例へば第三者の爲めにする免責的債務の引受の如きは本條の契約となすを得ず、之に反して重疊的（併存的）債務の引受は尙ほこの契約となり得る（大正四年七月一六日、同六年一一月一日判決）（註）。

（註）玆に免責的債務の引受とは債務者甲債權者丙の對立する場合に於て乙が丙と契約を爲し甲に代つてその債務を引受くる場合であつて是れにより甲は債務關係より免脫するに至るものである、從つて丙より見れば甲に對する債權が乙に移轉せるに止り新に債權を取得することゝはならない。また通常重疊的債務の引受とは前例に於て引受人乙が甲と相並んで甲と同一の債務を負ふことを債權者丙と契約する場合にして、この形式によりては固より第三者の爲めにする契約とはならないけれども、若し

引受人乙が債務者甲を要約者とし債權者丙を受益者として乙も甲と並んで丙に對して同一の債務を負ふことを約する形式(第三者の爲めにする重疊的引受)にては債權者丙は甲に對する從來の債權の外新に乙に對する債權を取得すべきが故に本條の契約となり得るのである。

(四)　第三者の取得すべき權利は請求權たることを要する。これ本條の明文に照して明であらう。但し債權以外の權利、例へば選擇權の如き形成權を與ふる場合にも本條を準用して妨げないと考へる。しかし乍ら此等の點については尙ほ種々なる疑問がある。以下之を要說しよう。

(一)　本條の契約によりて第三者の爲めに物權の設定又は移轉を爲し得るや。例へば甲は乙と契約し乙をして丙に金千圓を支拂ふの債務を負擔せしむると同時に之を擔保する爲め甲乙間の物權契約により直接丙に抵當權を與ふることゝ爲すが如し。此の點は學說分れ、多數說はこれを肯定し判例亦同樣である。その理由とするところは要するに、第三者の爲めにする契約は、實際上の必要に鑑み契約自由の原則を擴張せる結果認めらるゝに至つたものであつて、法文には第三者の取得すべき權利を請求權に限る如く規定しあるも、是は唯通常の場合を指したるものに外ならざるが故に當事者間に特約ありて物權の變動を目的とする場合を除外すべき理由はない。且つ我が民法上、物權契約は當事者の意思表示のみによりて效力を生じ、引渡又は登記を以つてその成立要件となさゞるが故に甲乙が第三者に對して直に物權を與ふる旨の合意を爲す時は、その意思に從ひ第三者に物權を與ふるを妨げない。斯くすることがやがて本條の契約を社會的に有用ならしむる所以であると言ふのである。

按ずるに以上の見解は物權契約の當事者と物權變動の効果を受くべき當事者とを觀念上區別し二者は同一當事者なることを必要としないといふ見解を前提とするものゝやうである。然しながら第一七六條に所謂當事者とは其の次條との關係上、直接に物權の設定又は移轉の效果を受くる當事者の意味に限定すべく、從つて假令乙が甲との契約により第三者丙に物權を與ふることを約すと雖も、現實に物權の設定又は移轉を受くる相手方は丙なるを以て、丙に對して其の意思表示を爲し丙に於て之が承諾を爲しその間に物權契約を成立するに非ざれば固より丙に對して物權上の效力を生ずるに由なかるべく、乙が甲に對してかゝる意思を表示し甲が之を承諾するに止る時は、乙に對しては物權上の效力を生ずべく、此の場合若し甲と乙とが其の物權契約上の效果を丙に移轉するについては單に甲乙間の意思表示のみを以つて足らず正に甲丙間の物權契約を要するものと解しなければならない。判例は乙が甲に對して丙の爲めに物權の設定又は移轉を約する時は丙の受益の意思表示のみにて直に丙が物權の設定又は移轉を受くることゝなり、改めて乙丙間に物權契約を爲す必要なしとしておるがこれは當事者間の手數を省き頗る實際上の便宜に適するものには相違ないが、理論

上より言へば乙の物權契約を爲すべき約束卽ち物權の設定又は移轉を目的とする債權契約と物權の設定移轉そのものを目的とする物權契約とを混同するの誹を免れないであらう。

(三) 第三者の取得すべき請求權には反對給付を爲すの義務を伴ふことを得るや。例へば甲は第三者丙の爲めに乙と賣買貸借等の雙務契約を爲し丙をして乙に對し直接買主、貸借人等の地位を取得せしめんとするが如し。此の點も判例及び多數學說の認むる所である。蓋し契約自由の原則と及び丙は若しその契約が自己に不利なる時は受益の意思表示を爲さゞることを得べき點とを考ふれば敢てかゝる契約を却くる理由なしと言ふのである。然しながら第三者の爲めにする契約は甲乙間の契約によりて生ずる請求權を丙に轉向享受せしむることによりて、甲丙間の財產的移動を達せんとするを本來の使命とするものであつて彼の雙務契約上の地位の如きを丙に與ふるが如きは專ら代理の制度に依らしむるが適當であると考へる。

(四) 甲、乙、間の契約によりて乙の丙に對する債權を免除するの效力を生ぜしむることを得るや。此の點も判例及び學說の認める所である。其の理由は大體に於て前例に揭げたると同樣である。然し債務免除は我が民法上單獨行爲であつて且つ準物權的效力を生ずるものであるから、若し丙に對して免除の效果を生ぜしめんとするには其の意思表示は丙に對して表示すべくして甲との間に免除を約するのみにては唯免除を目的とする債權的契約を成立せしむるに止り直に丙に對して免除の效力を生じ得ないものと考へる。

要するに以上述べたる各場合は甲が事務管理により無權代理人として丙の爲めに契約を爲すことゝし丙の追認によりて丙を當事者とする關係に於て處理さるべき問題であつて、之を第三者の爲めにする契約に依らしめんとするは此の契約の使命を濫用するものであつて却つて無用の理由付けを必要とするものと考へる。凡そ契約の各類型には夫々使命があり、本條の契約もまた萬能藥に非ず。その效用には自ら限りあり、之を濫用すべからざるものと信ずる。固より此の契約が實際的必要に應じて認められたる社會的意義は努めて發揮することを要するけれども爲めに法的觀念の混亂を來すに至つては贊成することは出來ない。

## 四　第三者の權利の發生要件

本條の契約に因りて第三者の請求權は何時に於て發生するや。此の問題は第三者の權利が何故に發生するやの理由と關聯するものであつて、學說上種々なる沿革を經たものである。ドイツ普通法に於て第三者の爲めにする契約が認めらるゝに至るや、第三者が權利を取得する理由付けとして大體三つの見解が現れた。その一は當事者甲と乙とが合同して第三者丙に對して請求權を與ふるの申込を爲し丙が之を承諾するによりて丙の權利が發生すると見る(共同申込說 Theorie der Kollektivofferte) 第二說は甲乙の契約によりて

その契約上の請求權を丙に讓渡するものであつて丙が之を承諾するによりてその權利を取得すると見る(讓渡說 Zessionstheorie) 第三說は甲乙間の契約により新に第三者の請求權が發生するものと見る(創設說 Anwachsungstheorie) 以上三說の中第一說は第三者が契約の當事者となることゝなり本條の契約と見るべからざるは言ふまでもなし、第二說も結局債權讓渡契約に外ならずして本條の契約と同一でない。結局第三說が本條の契約を理由付けるに適當なものと考へらる。しかし此の說を採用するにしても第三者の權利は本條の契約の成立と同時に發生するものなりや或は第三者が之を取得するについて何等か意思表示を要するものなりや、此點立法例必ずしも同一でない。純理上より言へば第三者の權利は契約と同時に且當然第三者について發生すべき筈であつて、現に之を認むる立法例がある(獨民三二八條)。また我が商法に於て運送契約に於ける荷受人の權利、第三者の爲めにする保險契約に於ける第三者の權利も荷受人又は其第三者の意思表示なくして一定の要件の下に權利を取得するものとしておる(商法三四三條、四〇一條)。然れども我が民法は「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」と規定す(五三七條二項)。此の規定の趣旨について學說は必ずしも一致せず。或は第三者の受益の意思表示は權利發生の要件にはあらず、權利が第三者に歸屬する要件であると言ひ、或は本條の規定は當事者間に別段の意思表示なき時を前提とするものであつて、若し當事者がかゝる受益の意思表示を要せずと爲す時は契約の成立と同時に第三者は當然に權利を取得することが出來るのであると說く。しかし我民法は利益と雖も之を强制せずとの見解を一般に持するものと見るべく、この原則は又社會的にも妥當性を有するものと考へるから、本條の解釋としても第三者の權利はその受益の意思表示ありたる時に初めて發生するものと見たいのである。商法の特別規定は全く商的特色に出たものであつて民法上必ずしも採用すべきものではあるまい(註)。

(註) 斯くの如く第三者の爲めにする契約は本則として當事者間には合意と同時に效力を發生し、若し要約者甲も諾約者乙に對して請求權を有するものとせば、それの消滅時效は之れと同時に進行を始むべし、之に對して第三者の請求權は其の後受益の意思表示ありたる時に發生し、この時より時效の進行を始むることゝなり、彼此時效の起算點を異にする譯である。從つて要約者の請求權が時效によりて消滅するも、第三者

の請求權は必ずしも時效完成せざるものとする。

(一)　受益の意思表示は第三者より諾約者に對して爲さねばならぬ。そして此の意思表示は申込に對する承諾の性質を有しないから、隔地者間に於てはその通知が諾約者に到達するに因りて初めて效力を生ずべきである。尙ほこの受益の意思表示については別に方式を必要としないから第三者は給付の訴によりてもこの意思表示を爲すことが出來る。

(二)　受益の意思表示は後に述ぶるが如く形成權の行使に依る一の法律行爲であるから第三者について此の意思表示を爲すにつき行爲能力を必要とするや否やの問題が存する。一說には此の契約により第三者は單に權利を得るに止まるから未成年者と雖も單獨にて有效に此意思表示を爲し得るものと解し(四條一項但書參照)、他の說は第三者の取得すべき請求權には反對給付を伴ふことを得るが故に、權利を取得すると同時に義務をも負擔することゝなるから、承諾の意思表示を有效ならしむるには行爲能力又は能力の補充を要するものと說く。吾人は前にも述べたる如く後の見解を採らざるが故に結局前の見解に左袒しようと思ふ。

**五　契約の效力**　この問題は第三者、諾約者及び要約者の三方面から見なければならぬ。即ち左の如し。

(一)　第三者に於ける效力　第三者が一たび請求權を取得したる後は當事者は「之ヲ變更シ又ハ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ズ」(五三八條)。蓋し第三者の利益保護の爲めなるは言ふまでもない。但し此の規定は强行法規ではないから當事者は契約中に於て第三者の請求權を變更又は消滅し得ることを特約して差支ない。

契約に因り第三者は受益の意思表示をなし以て請求權を取得する權利を取得する。これは形成權(權利取得權)である。この形成權の消滅時效については特則なきも債權に準じその消滅時效(一六七條一項)を準用すべきである。同樣の理由にてこの形成權は原則としては相續又は讓渡し得るものとせねばならぬ。

第三者は契約の當事者でないから當事者にあらざれば有することの出來ない權利、例へば取消權、追認權、解除權又は承諾請求權などは享有することは出來ない。

(二)　諾約者に於ける效力　諾約者は第三者に對して約定の給付をなすべき債務を負ふ。民法は此の點に付いて特則を置き「第五百三十七條ニ揭ケタル契約ニ

基因スル抗辯ハ債務者之ヲ以テ其契約ノ利益ヲ受クヘキ第三者ニ對抗スルコトヲ得」と規定してゐる(五三九條)。本條の抗辯は單に狹義の抗辯のみならず又異議をも包含する。注意すべき點下の如し。

(イ) 取消又は解除は一應要約者に對して之を爲したる上その事實を以て第三者に對抗せねばならぬ。無效は直ちに對抗出來る。

右無效又は取消を以て受益者たる第三者に對抗し得ることは五三九條の特別規定に依りて認められたものであるから、民法總則の規定に依れば對抗し得ずとせらるゝ場合にも、尙ほ對抗力を認めねばならぬ。故に例へば九四條二項、九六條三項に規定する「善意ノ第三者」なるものが偶々受益者たる場合にも諾約者は五三九條に依りて尙ほ契約の無效又は取消を以つて之に對抗出來る。反對に九六條二項の場合に要約者が若し善意ならば假令受益者なる第三者が詐欺を行ひたる時と雖も諾約者は契約を取消すことを得ず。從つて又詐欺の事由を以つて第三者に對抗し得ない。頗る不都合な結果になるが本條の解釋上致し方がない。尤も諾約者は詐欺せる其の第三者に對し不法行爲上の損害賠償請求權ある場合が多からう。

(ロ) 第三者の爲めにする契約の基本となれる契約が雙務契約なる場合にも諾約者は要約者に對し同時履行の抗辯權を有するが故に、この理由を以つて第三者にも對抗出來る。又此の場合に於て諾約者が危險負擔に關する規定により債務の免脫を得たるときはその理由を以つて第三者にも對抗出來る。

(ハ) 之に反し諾約者は第三者の爲めにする契約に基因せざる事由は假令之を以つて要約者に對抗し得る場合でも第三者には對抗し得ない。

(三) 要約者に於ける效力　要約者も諾約者に對し種々なる權利を取得する旨を約して差支ない。就中諾約者に對し第三者の爲めに給付を爲すべき旨を請求し得る權利を取得するが如し。要約者が果して此の請求權を有するや否やは結局意思解釋の問題であるが、若し意思不明の時は寧ろ之を有するものと解するのが妥當と思ふ、(獨民三三五條參照)我が國の通說も同樣である。

第三者が諾約者の提供する履行を受けず又受くること能はざる場合には要約者が代つて之を受くる權利を留保することがある。之に反して諾約者が第三者の請求に應じて履行せざる場合又は諾約者の過失に因りて其履行が不能となりたる場合には如何なる處置を執るべきか。特約なき限り此場合には第三者のみ

が諾約者に對して債務不履行に因る賠償請求權を有すべきである。しかしこの不履行を理由として契約を解除することは當事者に非ざる第三者としては之を爲し得ない、しかも要約者も亦第三者の權利を消滅せしめ得ない關係上互に契約を解除することを得ない。從て若し强いて解除を必要とする場合には第三者の同意を得たる上之を爲すべきものと考へる。基本行爲が雙務契約なる場合に於て要約者が反對給付を爲さゞる爲め諾約者が契約を解除することは第五百三十九條適用の結果蓋し差支ないことであらう。

**六　對價關係と補償關係**　第三者の爲めにする契約は通常補償關係として要約者第三者間に於ける對價關係を潛在せしめてゐることは前に述べた。今この兩關係の牽聯を左に要說して置かう。

對價關係は第三者、要約者間の關係であるから、これを缺ぐも、諾約者、要約者間なる第三者の爲めにする契約の效力には影響しない。從つて諾約者は對價關係の欠缺を以て第三者に對抗することは出來ない。又之を理由として既に給付したるものを第三者より返還せしむることも出來ない。之に反して第三者、要約者間に在て若し對價關係を缺ぐ場合には第三者は結局要約者の出捐に因り不當利得をすることになるから要約者は第三者に對して其利得返還の請求をなし得るのである。

補償關係と第三者の爲めにする契約との關係は二樣ある。其一は二者を不可分的のものと定めた場合、其二は二者を差當つて分離した場合である。二者孰れに定めたかは當事者の意思解釋の問題であるが意思不明なるときは寧ろ不可分のものと解すべきである。玆に二者が不可分の關係に在りといふのは補償關係が存在しなければ第三者の爲めにする契約も無效たるべしとするに外ならぬ、補償關係の取消又は解除は當然第三者の爲めにする契約をも取消し又は解除したことになる。之に反し第三者の爲めにする契約が存在せざるに至るも補償關係は必ずしも消滅しない、消滅するや否やは當事者の意思解釋の問題であるが、若し疑ひあらば之を消極的に決せねばなるまい。右に反して二者が不離の關係に立たない場合は固より右述べたやうな牽聯性はない。斯くて補償關係が消滅し同時に第三者の爲めにする契約が遡及的に無效となれば、諾約者は不當利得の原則に依り第三者に對し既になしたる給付の返還を請求することが出來るのは今更論ずるまでもない。第五三八條に「第三者ノ權利ガ發生シタル後ハ當事者ハ之ヲ變更シ又ハ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ス」とあるは當事者間に別段の定めなかりし場合を前提とした結果である。從て第三者の爲めにする契約と補償關係とを不可分の關係にまで結合せしめた場合は固より同條の限りでない。

## 第四節　契約の解除

### 第一款　解除の意義及び效用

我が民法上契約解除(Rücktritt)とは一度完全に成立せる契約の效力を、當事者の一方的意思表示により遡及的に消滅せしめ、當事者間に初めより契約なかりしと同樣の效果を生ぜしむることである。

今、契約の當事者が解除を爲さんとするには大體つぎのやうな理由がある。その一は當事者が將來の不確定な事情に豫め備ふるために契約の當初又は以後に於て解除權を留保し萬一事情の變更を生じたる場合に契約を解除して原狀に立ち還らんとする場合。その二は將來相手方が債務不履行の狀態に陷る場合に契約關係を解除して原狀に立ち還り併せてその不履行に因る損害賠償の權利を留保せんとする場合である。此等は何れも當事者が契約に依りて解除の權利を留保する場合に該當するのであるが、しかし解除權は當事者の留保契約を待たずして直接法律の規定に依りても發生する場合がある。此の場合は法律が債務者の債務不履行に對して債權者を救濟せんとする方法の一に屬し、沿革上他の救濟方法の補充とし又は最後の手段として債權者に解除權を與ふるものである。債務不履行に對しては債權者は既に强制履行及び損害賠償の請求權を與へられているが、これのみにては足らず又は救濟の趣旨に副はざる場合があるので、更に契約を解除して契約以前の狀態に立ち還へる手段を供するのに外ならない。

沿革上ローマ法など古き法律にては一度契約が成立する時は唯その强制履行を認むるか又はイギリス法の如く損害賠償の請求のみを認め、契約を解除することを認めなかつたが、時代の要求と共に先づ契約によりて解除權に相當する權能を認むるに至れるも、法定の解除權が認められたるは全く近代のことに屬す。その濫觴はフランス民法第千百八十四條にあり。同條は雙務契約の當事者の一方が其の債務を履行せざる場合にはその契約には當然解除條件を包含するものとし、但し此の場合には契約は法律上當然には解除せられずして債權者はその選擇により或は强制履行の請求或は契約を解除して損害賠償の請求を爲し得るものとしている。後ドイツ民法は雙務契約について法定解除權(三二五條以下)また一般の契

約について約定解除權（二四六條以下）を規定しスキス債務法また之を認むるに至つた。我民法も亦ドイツ民法等に倣ひ更に一般化されたる法定の解除權を規定してゐる（五四〇條以下）。

（一）元來契約によりて成立せる法律關係は之を解く場合にもまた契約を要すべきである、從つて當事者は契約によりて解除を爲し得るは勿論であつて、かゝる契約を解除契約又は合意解除といふ。但し解除契約の效力は解除權による解除と異り當然には遡及效を生せず、假令當事者が遡及效を附したる場合にも、唯遡及效に相當する狀態を實現すべき債權的效力を生ずるに過ぎないものと考へる。されば此所に取扱はんとする契約の解除の如く、當事者一方のみの意思表示に依り且つ遡及的に契約關係を解かんとするには、其の當事者に於て特別の權限を持たねばならぬ。此の權限を稱して解除權といふ。解除權は形成權の一種（否定權）である。これは前に述べたやうに或は當事者の留保契約により、或は法律の規定によりて發生する。前者を約定の解除權、後者を法定の解除權と呼ばれる。法定解除權には一般的のものと特別のものとがある。一般的法定解除權はあらゆる契約に共通のものであつて、此所に說明せんとするは卽ちそれである。特別の法定解除權は特殊の契約について個々に規定されたものであつて、その發生の理由及び要件竝に解除權者については自ら特殊のものがある。これは各適當の場所に於て說明するであらう。

解除權は契約當事者の地位に附着する權利である。故に單に或契約上の權利を取得するもその當事者たる地位を承繼せざるものは他の救濟方法（强制履行又は損害賠償の請求權）を有するも解除權を有しない。例へば第三者の爲めにする契約に於ける第三者の如し。同一の理由により解除權は當事者の地位と分離して單獨に讓渡することは出來ない。尙ほ約定の解除權たると法定の解除權たるとを問はず解除權者は解除權の拋棄をなし得ること勿論である。

（二）解除は既成確定の契約の效力を消滅せしめる。この點に於て解除は取消及び意思表示の撤回と異る。蓋し取消は效力の不確定なる「取消し得べき契約」を消滅せしめ、又撤回は例へば申込の撤回といふが如く未だ法律行爲を爲さゞる意思表示の消滅を來すからである。

(三)　我が民法上解除は當然には其の效力を生せず、當事者の一方的意思表示によりて始めて其の效力を生ずる。此の點に於て解除條件の成就に因りて契約の效力が當然に消滅するのと區別される。尙ほ解除條件の成就は條件成就の時より將來に向つて契約の效力を失はしむるに反し、契約の解除は契約の當時に遡つてその效力を消滅せしむるのである。

(四)　我が民法上解除は遡及的に契約の效力を消滅せしむること上述の通りである。之に對して民法は賃貸借、雇傭、委任、寄託、組合の如き所謂繼續的債權關係を生ずる契約に付いては別に解約申入なる契約終了の事由を規定してゐる。この解約申入は契約關係を單に將來に向つて終了せしむるに止り遡及效がないのがその特色である。學者は解約申入を一名告知(Kündigung)と言ひ、告知を爲し得る權利を告知權と稱す。尤もかゝる繼續的關係にても必ずしも遡及的效力ある解除が全然適用なしと言ふのではない、たゞ當事者間に特約なき限りはかゝる契約關係の解除には遡及效を認むべからず卽ち告知と認むべきものと言ふのに過ぎない(註)。

(註)　繼續的債權關係は、賃貸借雇傭等の如く當事者間に或る期間繼續して給付を爲すべき債務を生ずる契約關係であつて、その期間の經過するに從ひそれだけ既に債務が履行されたことになる。故に之に對して通常の解除の規定を適用し當事者間に原狀回復をなさしむることは極めて困難であり且つ適目的でないから告知に止めしむるのである。之に反し賣買、交換、請負等は通常一回の履行によりて當事者間の債權關係は一應消滅に歸するから繼續的債權關係ではない。

(五)　我が民法上契約解除は債權契約のみに適用がある。これは規定の地位から見ても又解除原因を履行の遲滯又は不能とした點に照しても明である。從つて物權契約、準物權契約に關しては民法解除の規定は適用がない。しかし物權契約、準物權契約にも廣く解除條件を附することが許さるゝからして、同樣の理由により當事者が此の種の契約につき契約を以て解除權を留保することを認めなければなるまい。但しその解除の結果第三者の權利を害することは出來ないのは當然である(註)。

(註)　物權契約、準物權契約の解除は、また物權的效力を生じ、當事者間に當然の原狀回復を生ず。しかしこの原狀回復を以つて第三者に對抗するには通則に從ひそれ〴〵對抗要件を具備せればならぬ(一七七條、一七八條、四六七條以下、不動產登記法三八條)。

## 第二款　解除權の發生原因

一般の法定解除權は債務不履行に因りて生ずる、別ちて履行遲滯に因るものと履行不能に因るものとする。

**一　履行遲滯に因る解除權**　これは解除されんとする契約が「定期行爲を目的とする場合と非定期行爲を目的とする場合とによりてそれ〴〵解除の要件を異にする。

定期行爲とは「契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ日時又ハ一定ノ期間內ニ履行ヲ爲スニ非サレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル」給付である（五四二條）。定期行爲にも例へば重傷者の治療の如く一定の日時又は期間內に之を行はざれば爾後絕對に不能となるもの（絕對的定期行爲）と例へば婚禮の料理の如くその日時又は期間を經過するも絕對的不能とはならざるも契約の目的を達し得ざるに至るもの（相對的定期行爲）との二樣あり。或は第五百四十二條の規定を絕對的定期行爲に限定する見解あれども採るに足らない、兩者を包含せしむべきことは法文上全く疑を容れない。以上に反し非定期行爲とは假令契約に履行期の定めあるも、それが定期行爲の如く客觀的に重要性を有することなく、偶々その履行期を過ごせばとて必ずしも契約を爲したる目的を達し得ざることにならない給付をいふ。普通の契約に定めたる履行期は非定期行爲に關するものと推定するのが妥當であらう（註）。

（註）定期行爲と非定期行爲との區別は契約の性質によりて生ずる場合と當事者の意思表示によりて生ずる場合がある。右本文に掲げたる例は何れも前者の場合である。判例は商人が暑中見舞として得意先に呈する中元の進物とする目的を以つて扇を注文したる契約を以つてその性質上定期行爲を目的とする契約としておる（大正九年一一月一五日判決）。この例によりても知られるやうに定期行爲は定期に履行せざれば契約を爲したる目的を達し得ざることが事物の性質上客觀的に定まり當事者はこの事情を基礎として契約を爲したる場合を指すのである。從つて當事者の意思表示によりて或る給付を定期行爲と爲したる場合にも單に履行期を嚴格に定めたるのみにては足らず、その履行期を經過する時は契約の目的が不到達となる客觀的事情と牽聯させておかなければならない。乃ち右判例の扇の注文に於て假に履行期を六月中と協定したるも之に中元の進物なる特殊の客觀的事情が協定されてゐない限り直に以つて定期行爲の契約と認むることは出來ない。さすれば履行期の嚴格に定めらるゝ

と否とは必ずしも定期行爲の要件を充すについて必要なことではないのである。されば事物の性質上又は當事者の協定の上にて、かゝる事情が存せざりしに拘らず、後に至り債權者が單に履行期の嚴格に定められたる一點のみを理由として、その契約の定期行爲なりしことを主張するが如きは、債務者の豫期を裏切り信義の原則に反するものと言はなければならない。

尙ほ本條の定期行爲に絕對的定期行爲を包含せしむる時は第五四二條と第五四三條とが重複するやうである。しかし第五四二條は一般に不能といふ場合でなく給付行爲は客觀的には必ずしも不能でないが契約の目的に對する特別の關係に於ては不能となる場合のみに關す、例へば婚禮の料理を調進するに當りその日をはずしても料理の調進は固より一般的には不能とならない、たゞその婚禮の當日といふ特別の關係に於てのみ調進が不能となるに過ぎない。之れに反しその料理に使用すべき天下一品の什器に盛るべき料理がその什器の破損に因りて出來なくなつたやうな場合が眞の不能であつて第五四三條は此の種の場合に適用があるわけである。此の見地よりすれば兩條は重複はしないのである。

（一）定期行爲契約の場合　定期行爲に於て債務者が履行を爲さずしてその日時又は期間を經過する時は債權者は直にその契約の解除を爲すことが出來る（四五三條）。蓋し此の場合には債權者が契約を存續させるについて何等の利益を有せず又債務者も此の事情を豫見しておる筈であるから特に假すに時日を以てする必要がない。但し此の場合にも履行期を經過するによりて契約は當然解除されるのではない。その解除には改めて債權者の意思表示を必要とするのである。但し定期商行爲を目的とする商行爲については當事者の一方がその履行期を徒過する場合に於て相手方が直に其の履行を請求せざる時は當然契約は解除されたものと看做される（商法二八七條）。

（二）非定期行爲の場合　此の場合には債務者が履行期を徒過するも債權者は直に契約を解除することを得ず、先づ相當の期間を定めてその履行を催告し、若しその期間內に履行なき時にはじめて解除を爲し得るのである（五四一條）。

斯く相當期間の催告をなさしめる理由は、此種の契約は假令履行期を經過するも契約の目的を達し得られざるに非ざるが故に、債務者に警告を發し成るべく豫定の履行を爲さしめ愈々その履行なきに至つて解除を爲すも未だ遲しとせず、且つかく取計ふことが債務者の期待を裏切らざる譯であつて、正に信義の原則に適するからである。殊に雙務契約の解除にありては債務者は自己の債務を免ると

同時に、債權者に對する反對給付の請求權をも奪はるゝ結果となるのであるから、一應債務者に假すに時日を以つてしその履行を爲さしめ以て其の反對給付債權を保存させることが公平の原則にも適する。しかして此場合債權者としては別に債務者の履行遲滯により蒙りたる損害の賠償を請求し得るのだから毫も債務者側のみを不當に厚遇する次第とはならない。

（イ）本條に所謂相當期間とは何を言ふや。此の點に付いては頗る議論がある。

第一、相當期間は五日とか一週間といふが如く數字的に定めねばならないか否か。一說は相當期間の催告とは債權者が催告せるに拘らず債務者が尙ほ相當期間內に履行しないと言ふのを責める趣旨であるから期間の長短よりも寧ろ催告があつたか否やが重要なのである。故に催告だにあらば單に「相當期間內に履行せよ」といふを以て足り必ずしも數字的に之を定むる必要がないと論ずる。一應尤もではあるが、かくては解除の時期が豫め確定せず債務者にとりて甚だ不便であらうと考へるので、吾人は數字的に定むべきものと考へる。

第二、相當期間は如何なる根據によりて之を定むべきか。此の點また頗る議論がある（註）。正當と信ずる見解によれば特別の事情なき限り債務者は契約後履行期までに履行準備の大略を爲し終りたるものと假定し、その餘に於て履行の準備及び給付の完了に必要とせらるゝ期間と解したいのである（大正一三年（オ）一二九號判決、法律新報一一六號二〇頁）。要するに債權者が猶ほ履行を受くるにつき利益を有し得る期間を以つて最長期間とし、債務者側の履行準備及び履行の完了に必要なる期間を客觀的に判定し、此の雙方の間に立つて相當とせらるゝ期間を發見するに外ならない。

第三、相當期間として定めたる期間が實際に於て不當に短き場合には催告は無效に歸するか、それともその後時日の經過により自然に相當期間に達すれば效力を有するや否や。此の點また說が岐れておるが、解除の有無を確實ならしめ且つ債務者に履行の豫定を爲さしむるに必要であるとの理由に基き、予輩は不相當に短き期間を定めて爲したる催告はその效力なく、時日の經過によるもその效力を生じないとの見解に從ふ（大正六年七月一〇日判決）。

（註）何を以つて相當期間とすべきかにつき次の如き見解がある。第一說は履行期經過後にても債權者が猶ほ履行を受くるにつき利益を有する期間と見る。そして債務者側の主觀的履行狀態は顧みるに及ばないと論ずる。しかしこの催告は債務者側の

履行を促すことが目的なのであるから、その方の都合も取引の通念に訴へて顧慮するのが立法の精神に合する。第二說は契約の時を標準として履行の準備及び給付を爲すに必要なりと一般に判斷せらるゝ期間と爲す。しかしかゝる期間が一般よりみて却つて現在の履行期より短き場合に困難を感じ、また債務側の履行狀態を閑却する缺點がある。第三說は履行の時を標準として第二說の主張する期間を以つて相當期間と見る。これは債權者側の利益を無視し債務者の保護に偏し公平を缺いておる。

(ロ) 履行の請求は債務履行地に於てなさねばならぬ。また履行の催告について注意すべき點左の如し。

1　債務者が豫め履行を拒絕し又履行せざる意思が明瞭なる場合にも尙ほ催告を必要とするや。通說はこれを必要とする。蓋し履行の豫先的拒絕等は未だ以つて不履行と爲すべからざるは勿論、この場合にも念の爲め催告を爲して債務者の意思を飜さしめ履行を爲さしむるを妥當とするからである。

2　雙務契約に於ける當事者の一方は自己の債務の履行を提供したる上にて催告を爲さゞればその效なきや否や。通說及び判例はその效なしとす。然れども前にも述べたる如く相手方の有する同時履行の抗辯權は相手方に於て之を援用せざる限り效力を發揮しないものであるから催告そのものは敢て豫め相手方の抗辯權を奪はずとも一應效力ありと見るべく、相手方に於て抗辯を爲したるとき催告が效力を失ふものと解するのが正當と思ふ。但し催告者が自己の履行を提供したる上相手方を一たび履行遲滯に附したる後は引き續き履行の提供を繼續せずとも本條に從ひ契約の解除を爲し得る(昭和三年五月三一日同年一〇月三〇日判決)。

3　履行期の定めなき場合には債權者は第四百十二條三項により一旦履行の請求を爲して債務者を遲滯に附し、その上にて更に相當期間を定めて履行を催告しなければ解除が出來ないのであらうか。此の點は斯く二重の手續を要せず、同條に依る履行の請求を爲すを以つて解除の要件たる催告を兼ねしむることを得るものと見るべく、債權者はかゝる場合一たび相當期間を定めて履行の催告を爲したる時は以後そのまゝ解除が出來る(大正六年六月二七日判決)。

4　約定の解除權を行使する場合には特約なき限り催告を爲す必要なしと見なければならない。蓋し當事者は豫め解除權の留保につき協定したるものなれば債務者は解除あるべきことを豫期してゐる筈であるから重ねて猶豫期間を與

へる必要がないから（明治三七年六月一八日判決）。

5　隔地者に對する履行の催告はその通知が債務者に到達したる時より效力を生ず。此の點は催告期間の起算點を定めるのに重要である。相當期間を徒過するも當然には解除の效力を生じない、之を生ずるには更に解除の意思表示を要する。但し催告と共に若し相當期間內に履行なき時は當然解除となる旨の通告所謂「最後の通牒」を爲す時は催告期間の徒過と同時に當然解除の效力を生ずべく、改めて解除の意思表示を必要としない（明治四五年四月四日判決）。蓋し解除の如き形成權の行使には一般に條件を附することを許さないのであるが、此の場合の如く相手方に對して特にその地位を不安ならしめず何等不利益を生せざる場合には條件を附して差支ないことは一般に認めらるゝところである。

6　催告期間經過後と雖も債權者が未だ解除を爲さゞる間は契約は效力を存するが故に、債務者は尙ほ有效に履行の提供を爲して以つて解除を免れることが出來る。但し此の場合の履行提供は履行遲滯に伴ふ一切の責任を滿足せしむるものでなければならぬ、從つて本來の給付の外損害賠償等をも共に提供せねばならない。

（八）以上定期行爲、非定期行爲契約の解除を通じて債務者の履行遲滯にはその過失を要するや否や。多少議論の餘地はあるも之を要するものとみるべきである。蓋し債務者の過失なき事後の不能に對しては危險負擔の問題を生じ、特に解除の餘地なく、又解除は一般に損害賠償の請求を妨げないが故に（五四三條三項）債務者の過失を前提とするのが妥當である。但し一度履行の催告を爲したる後は債務者が履行遲滯の責に任ずべきであるから更に過失の有無を問ふ限りでない（大正八年九月一一日判決）。

（二）一部不履行ありたる場合に全契約を解除し得るや否や。此の點に付いては規定なしと雖（獨民三二五條參照）條理上次の如く解すべきものと信ずる。卽ち給付が不可分なる場合に一部不履行あるときは本則として全契約を解除し得べく、之に反して給付が可分なる場合には一部不履行の結果其の契約を爲したる目的を達し得ざる時に限り全契約を解除するを得べく、然らざる場合には未だ履行を終らざる部分に付きてのみ解除を爲し得るものとする。但し當事者間に別段の取定め

あるときは此限でない（大正七年九月五日判決は本則として全部の解除を認む、概括に失する）。

商品の遞次供給契約に於ては毎回の供給部分に付き履行が終了すべき筈なれば、中途或る部分に付き不履行あるも之れが爲め全契約の目的を徒勞に歸せしめざる限り全契約を解除し得ない。然らば單に不履行となれる部分のみを解除し得るに止まるや、それとも將來の供給部分をも併せて解除し得るや。この點は規定なき爲め稍や疑問あれども將來の供給が到底期待し得られざるか又は到底債務の本旨に從ひ得ざることが確實なるときは將來の供給部分に向つても解除を爲し得べく、然らざる場合は不履行となれる部分のみを解除し得べしと考へる（大正一四年二月二七日判決）。

**二　履行不能に因る解除權**　「履行ノ全部又ハ一部カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能トナリタルトキハ債權者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」（五四三條）。

茲に所謂履行の不能は客觀的不能であるは勿論、第五百四十二條との關係上、給付そのものが絶對に不能となれる場合と解する。その不能が債務者の責に歸すべき事由に因れることを要するは明文の示す通り。從つて債務者の責に歸すべからざる事由に因れる場合は危險負擔の問題を生ずるけれども解除の問題は生じない。

履行の不能が全部たると一部たるとを問はないのは法文の示す通りであるが、一部不能の場合に常に契約全部の解除を許す趣旨とは解釋できないであらう。故に場合を分ちて考へねばならぬと思ふ。即ち

（イ）給付が可分なる場合には單に不能となれる部分のみの解除を許すべし、例外として可能なる殘部のみならば契約を爲したる目的を達し得ざる場合に限りはじめて全契約の解除を許すべきである（五六一條以下參照）。

（ロ）給付が不可分の場合には一部不能によつて契約を爲したる目的を達し得ざる場合に限りて全契約の解除を許す。その他の場合には債權者は損害賠償の請求を以つて滿足しなければならぬ（五四五條三項五一五條後段）。

履行不能による解除は履行の催告を待たずこれを成し得るは明かである。之は非定期行爲契約の解除について履行の催告を爲さしむる立法の趣旨に照して多言を要しないであらう。加之、債權者は履行期の到來前と雖も不能の確定とな

れる時は履行期の到來を待たず直に解除を爲し得るとするのが妥當であらう。

**三　不完全履行による解除權**　不完全履行とは債務者が履行を爲したるも、それが債務の本旨に從はざりし場合を言ふ(四一五條參照)。例へば一ヶ月内に住宅設計圖を作成交付すべき注文を受けた技師が、早くも十日内に之を作成給付したのは宜いとして、その設計が杜撰を極め到底用を爲さゞりし場合の如し。此の場合には不完全乍らも既に給付があつたわけだから履行遲滯、履行不能の何れの意味にても債務不履行とは言ひ得ないやうである。しかし我民法によれば債務の履行は債務の本旨に從ふことを要件とすることは第四百十五條の規定に照すも明であつて、假令債務者の給付があつたにしてもそれが債務の本旨に從はざりしときは依然として債務不履行を以て論じなければならない。此點は今や學說の一致する所であるが、さて此の不完全履行の場合には第五百四十一條乃至第五百四十三條何れの規定によりて解除權を認むべきであるが解釋上幾分議論がある。吾人はこれを次のやうに取扱ふべきものと信ずる。

(イ)　不完全履行を追完せしむるにより債權者が尙ほ契約上の目的を達し得る場合には非定期行爲の履行遲滯とみるべきであるから、第五百四十一條の規定を適用すべきものとす。例へば前例に於て注文者が住宅の建築に着手する前であつて猶ほ設計をやりなほす餘地のある場合の如し。

(ロ)　不完全履行の追完は必ずしも不能ではないが、契約の性質又は當事者の意思表示によれば追完を無意味ならしむる場合には、定期行爲の契約と認むべきが故に、第五百四十二條の規定を適用すべきものとする。或は此の場合に直に第五百四十三條の規定を適用せんとする見解もあるが正當ではあるまい。

蓋し前例の設計圖を某月某日の觀艦式參觀の爲め高地に棧敷を設くる爲めの設計圖なり」と假定し期日切迫の爲め設計のやり直しを爲すの餘地なき場合の如きは即ち本項の場合であつて、設計圖の作製そのものは期日を經過するも必ずしも不能とはならず唯契約の目的を達し得ないことになるに過ぎないからである。

(ハ)　追完が絕對に不可能となれる場合にはその不能の程度(即ち給付が可分なりや不可分なりや)に應じ第五百四十三條の規定を適用すべきものとする。例へば右の設計圖を請負ひたる技師が殺人罪により無期懲役に處せられ入獄したる場合の如し。

## 第三款　解除の方法

(一)　解除は解除權を有する當事者より相手方に對する一方的意思表示によりてなさるべきものとする。相手方の同意を要しないことは言ふまでもない。尙ほ此點は解除權が約定のものたると法定のものたるとを區別しないのである(四五一〇條一項)。フランス民法に依れば解除は裁判上之を爲すべきものとする(同法四一一條三項)。けれども我民法上は解除の意思表示については何等の方式を定めないから裁判上裁判外を通じて之を爲し得るは勿論、之を裁判上爲す場合にも訴の提起、反訴、準備書面の送達、口頭辯論に於ける攻擊又は防禦方法として解除權を行使して差支ない。

(二)　解除の意思表示は之を撤回することを許さない(五四〇條二項)。蓋し一度解除の意思表示を爲したる時は假令これを撤回するも契約の效力は復活させることが出來ないと言ふのである。これは言ふまでもなく解除權者が一方的行爲によりて相手方の地位を翻弄せしめざる趣旨に他ならない。解除は一方的意思表示によりて爲さるべきものであるから、一般に之に條件を附することを許さない。しかしこれは法律の規定又は契約によりて解除權の行使について特別の要件を附してあることゝ混同してはならない、卽ち解除權の行使について特別の要件を附してあるのは解除の效力を制限する爲めであつて決して解除の意思表示そのものに任意に條件を附するものとは自ら異るのである(五七九條六四一條參照)。

(三)　「當事者ノ一方カ數人アル場合ニ於テハ契約ノ解除ハ其全員ヨリ又ハ全員ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得」(五四四條一項)。此の制限を設けたる理由は解除の結果各當事者間には原狀回復の權利義務を生ずるので、若し數人の當事者の或者は解除し他の者は解除せざるものとせば全契約の關係は原狀回復の手續と關聯して甚しく混亂を招く虞があるから、契約を解除すると否とを總ての當事者に付いて統一的ならしめんとする趣旨に他ならない。從つて若し當事者の一人について偶々解除權が消滅したる時は他の當事者に付いてもまた消滅するものと規定してある(三四四條二項)。此の一人に付き解除權の消滅する事由に關しては法文に何等の制限を置かざるのみならず、解除權行使の統一を期する上から見てもその當事者

が解除權の拋棄を爲したるが如く其の權利の消滅が當事者の任意に出たる場合にも尙ほ本條の適用ありとしなければならない。尙ほ數人が解除を爲す場合には全員同時に之を爲す必要はない。其の時を異にして解除の意思を表示する場合には最後の者が之を爲したる時に初めて全員に附いて解除の效力を生ずべきものとする。以上の法則を稱して解除權不可分の原則と呼ぶ。

解除權不可分の原則は數人の解除權者が統一的にのみ解除權を行使することを要する意味にて不可分と言ふのであつて、決して契約は一部の解除を許さないといふ意味に於てゞはない、給付の可分なる時は契約の一部を解除し得べきこと法律の明言しておる所である(五六八條參照)。

## 第四款　解除の效果

解除に因つて契約の效力はその成立當時に遡つて消滅に歸する。これを解除の遡及效と名づける。解除にかゝる效力を附する理由は當事者の間に原狀の回復を來たしめ、當事者間に初めよりその契約なかりしと同一の結果を實現しようとするに他ならぬ。茲に原狀回復といふは、一方に於て當事者間に若しその契約なかりしものと假定せば生ぜなかつたであらうと相當に判斷せらるゝ財產の移動、物又は勞務の利用、其の他一切の利害關係を決濟して契約前の狀態に復歸することを言ふと同時に他方に於て、契約上債權者側が債務者側の責に歸すべき事由に因りて蒙れる損害を併せて塡補せしむることを目的とするものである。問題となるはかゝる原狀回復は解除によりて法律上當然に發生するものなりや、或は當然には發生せずして當事者が別に原狀回復の手續を講ずるによりて初めて原狀に回復するものなりやといふ點である。此の點に關して嘗て三つの見解が行はれてゐた。即ち

(イ)　直接效果說は曰く、契約の解除によりて未だ履行されざりし債務は當然消滅に歸し既に履行を終りたる給付はその法律上の原因を失ふことゝなり第五百四十五條により之が返還の請求を爲し得るものとなると。

(ロ)　間接效果說は曰く、未だ履行されざるの債務は解除によるも猶ほ存續するが債務者は解除を理由とする抗辯によりてその履行を拒むことが出來る。既に

履行を終りたるものは解除に因るもその法律上の原因を失はず唯解除を理由として返還の請求を爲すことが出來ると。

(八) 折衷說は曰く、未だ履行を終らざる債務は當然に消滅し唯既に給付されたるものは解除を理由として新に返還の理由を生ずるものであると。

以上三說の何れを採用すべきかは固より立法政策上の問題ではあるが、解除を欲する當事者の意嚮に最も適するは直接效果說であらうと考へる。蓋しこの見解は最も簡單且つ直截に原狀回復の實現を期し得るからである。我民法は果して何れの見解を採用したるや必ずしも明瞭ではないが、既に解除を以つて一方的行爲となしたる點及び第五百四十五條一項但書の規定を設けたる點等に徵して直接效果說を採用したものと見るのが正當であらう。依つて以下この趣旨に從つて解除の效果をやゝ具體的に考へて見ようと思ふ。

**一　原狀回復の態樣**　解除の效果は先づ二の場合を區別して考へなければならない。それは契約によりて當事者間に債權債務を生じたるも未だ何れの當事者よりも給付が爲されてゐない場合と、既に何等か給付がなされてある場合とである。

(一) 契約後未だ給付のなされざる場合　には當事者間の債權債務は解除によりて當然且つ遡及的に消滅に歸する。蓋しこのことは原狀回復を目的とする解除權者の意圖したところに適合するからである、此の點は學說判例共に一致するところである。從つてその債權が既に第三者に讓渡せられまたは第三債權者の爲めに擔保(債權質)に供せられてゐても其債權は解除の結果當然消滅に歸すべきが故に、第三者は往々にして損害を蒙ることがあり得る譯である、此の點は尙ほ後に說明したいと思ふ。

前にも述べたやうに解除の規定は物權契約及び準物權契約にも準用せらるべきものであるから、若し此等の契約が解除せらるゝ時は同樣にまたその契約は當然且つ遡及的に消滅に歸するものと見なければならぬ。例へば抵當權設定契約が解除さるゝ時は抵當權は當然に消滅に歸すべく、地上權設定契約が解除せらるゝ場合もまた同樣である。しかしながら此等物權契約には債務不履行なる事實の生ずることを考へることが出來ないから債權契約に關する一般法定解除權は

これを認むることが出來ない、卽ち物權契約の解除は唯當事者間に契約を以つて解除權を留保した場合に限らるゝものである。しかも此の解除權の留保を以つて第三者に對抗せんが爲には別に對抗要件を具備すべきであるが、不動產に關する物權契約については登記の方法によりて解除權留保の對抗要件を滿し得る方法が備つてゐるけれども（不動產登記法三八條）動產については解除權留保の對抗要件を作る方法がないから假令解除權を留保するもその解除を以つて第三者には對抗出來ないものと考へる。さて斯うなると物權契約について豫め解除權を留保するのは物權契約に解除條件を附するのと實際上著しき差異を生じないのであつて唯契約の效力が消滅する態樣に關して差異が存するだけである、卽ち解除權を留保したる場合には特に解除の意思表示を必要とし且つ解除の效果は遡及的に發生するに反し、解除條件を附したる場合には契約の效力は條件成就によりて當然に發生はするが、その效果は原則として遡及しない（一二七條）。

（二）當事者間に既に給付が爲されたる場合　これは解除さるべき債權契約を原因としてその債務の履行の爲めに、或は法律行爲により、或は事實行爲により種々なる給付が當事者の一方又は雙方によりて既に爲されてある場合である。例へば賣主甲と買主乙との間に家屋の賣買契約が締結せられたる後、賣主がその家屋の所有權を買主に移轉しその移轉登記及び引渡を了したるに、買主が代金を支拂はざるによりてその賣買契約を解除したる場合の如し。此の賣買に於て債權契約たる賣買を解除する時、買主は之によりてその代金を支拂ふの債務を當然免るゝに至るべきは明であるが、同時に家屋の所有權もまた當然に買主より賣主に復歸するものなりや、或は之が復歸については當事者の間に更に家屋所有權の返還を目的とする物權契約を必要とするものなりや、此の點は解釋上大いに議論あるところである。

此の點につき民法は、當事者ノ一方カ其ノ解除權ヲ行使シタルトキハ各當事者ハ其相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス」（五四五條一項）と規定してゐる。此の規定は一見するところ解除により原狀回復は當然に行はれず、當事者間に先づ互に原狀に復せしむべき債務卽ち原狀回復義務なるものを生じ、各その義務を履行するによりて始めて原狀回復の事態を生ずるもの

のやうである。しかし本條をあらゆる場合に無制限に適用するは解除の目的に副はざるものと考へるので、本條の適用に關しては左の如く場合を分けてみる必要があると思ふ。

（イ）解除によりて當然に原狀回復を來すべき事項については本條を適用する必要がない。例へば前に述べたる物權契約又は準物權契約の解除の如し。唯此の種の契約を解除したる場合にも猶ほ對抗要件を抹消又は作成する必要が殘つてゐる譯であるから此の部分については本條の適用がある（註）。

（註）例へば地上權又は抵當權の設定契約が解除されたる場合にも既に存する地上權抵當權の設定登記は當然には消滅せざるが故に、原狀回復義務の履行としてその登記の抹消をしなければならず、又準物權契約たる債權讓渡契約が解除されたる場合には債權は當然に讓渡人に復歸するも、その復歸を以つて債務者其他の第三者に對抗するについては更に讓受人より債務者に對して債權の復歸（再移轉）の通知をしなければならぬ（四六七條）。

（ロ）契約の解除前に法律行爲以外の方法によりて給付が爲されたる場合には本條の適用あること勿論である。例へば請負契約によりて仕事を完成し、雇傭契約によりて勞務に服し、運送契約によりて運送を爲したる如き場合にはその事實上の結果を各適當なる方法によりて原狀に復せしめ、以つて當事者間に於ける經濟狀態を決濟すべきものとする。やゝ具體的には後に說明するであらう。

（ハ）最も議論の存するは當事者が法律行爲によりて債務履行の爲め種々なる給付を爲したる場合であつて、その最も簡明なる例は前に揭げたる如く家屋の賣賣契約に基き賣主が家屋の所有權を買主に移轉するため物權契約をなしたる場合である。此の點について從來二說がある。第一說は少くとも特定物に關する限りはそれに關する物權の設定移轉を目的とする物權契約の獨立性を認めず、其設定移轉を目的とする契約の效力として當然に物權の設定移轉なる物權上の變動を生ずるものと解し、從つて債權契約の解除ある時は其の契約に基く物權上の變動も亦當然に原狀に回復し當事者間には初めよりかゝる物權の設定又は移轉なかりしと同一の效果を生ずる。

例へば賣主甲、買主乙の家屋賣買契約ある時は直に家屋所有權は買主に移轉するものと解し、その賣買契約が解除せらるゝ時は所有權は當然また甲に復歸し乙は單に家

屋の占據、既に爲されたる所有權移轉の登記上の名義人としての地位を有するに過ぎず、從つて解除による原狀回復の手續としては甲は所有物回復を理由として家屋の返還を乙に求め、同時に登記原因消滅を理由としてその抹消を請求し得ることゝなり、この點に於てのみ五四五條一項の規定の適用を見るものとする。この見解は判例の採る所であつて、また多數學者の贊成するところである。

第二說は債權契約と物權契約とを判然獨立せしめ且つ物權契約は特約なき限り無因行爲なりとなし、其の結果例へば賣買なる債權契約が解除さるゝも、通常の場合之が履行として爲されたる家屋所有權の移轉に關する物權契約は解除に因り當然にはその效力を失はず、唯解除の結果その物權契約は賣買なる法律上の原因を缺くに至るが故に、實質上不當利得となるものにして、これを理由として賣主は買主に對してその家屋所有權の返還を請求し得るものとす。從つて本條は給付が物權契約、準物權契約等法律行爲によりて爲されたる場合には一般的に適用を見るものにして、然もその適用の結果は當事者間に原狀回復の權利義務を生ずるに止り、その效果は債權的であつて本則として第三者に對抗することを得ざるものとみる。乃ち本條但書に「第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス」とあるは事理當然の結果であつて單なる注意規定に過ぎないものと解する。

以上二說の中第一說を以つて我民法上正當なる解釋と考へる。その理由は債權契約と物權契約とを我民法上如何に取扱ふべきかの根本問題に觸れて來るので、その詳細な說明は寧ろ物權法の講義に讓るべきであるが、此の點は更に不當利得の問題とも關聯してゐるので、以下簡單にこの點に關する吾人の見解を述べて置うと思ふ。

凡そ物權の變動を目的とする法律行爲の要件に關しては二主義あり。その一はドイツの形式主義であつて、物權の變動には之に關する合意の外、目的物の引渡又は變動の登記を要件とするものである。その二はフランスの意思主義であつて物權上の變動は單に當事者の合意のみにありて成立し、之が爲には特に引渡又は登記を必要とせざるものである。ドイツ主義によれば物權變動を目的とする債權契約によりては唯かゝる目的を內容とする債權債務を生ずるに止り、その內容を實現するについては必ず物權契約(踐成契約)を必要とするが故に、假令その債權契約の解除あればとて是と獨立の物權契約の效力には本則として影響を及ぼさない、乃ち結局右本文に述べた第二說のやうな結論になつてくる。

然るに我民法は物權の變動は當事者の意思表示のみによりてその效力を生ずと視

定し(一七六條)フランス民法と同樣意思主義を採用せるは明文上殆んど疑なきのみならず、特定物に關する契約に付いては特に物權契約を待たずして直に物權上の變動を認め得べき二三の規定さへもある(三二二條、三二八條、五三四條、五七五條一項、參照)。此等に徵する時は特定物に關する契約の場合に於て目的物が現存し、當事者に之を處分する權限あり、契約に停止條件を附せざるときなど當事者間に別段の定なき限り契約と同時に少くとも當事者間にありては當然に物權上の效果を生ずるので、此の現象を理解するについて特に債權契約、物權契約等の區別を設ける必要はないと思ふ。唯當事者が特定物に關して一應債權契約を爲し、更に他日を期して之が履行の爲め物權契約を爲すが如き場合には兩種の行爲の區別を認むる實益があるのに過ぎない。而して此の後の場合に於て債權契約が解除せらるゝ時、その物權契約にも解除の效果が及ぶや否やは、その物權契約に契約解除によりて物權契約が消滅すべき旨の解除條件を附したりしや否やによりて決すべきものであつて、若しかゝる條件を附せざりし場合にはその物權契約は債權契約の解除の結果法律上の原因を失ふに止り、物權契約そのものは依然として猶ほ效力を有すべきが故に、當事者は五四五條によりて原狀回復を爲すべき權利義務を有することゝなる。

尙ほ一說に、特定物に關する物權上の變動を目的とする契約あるも、その物權上の變動は當然には生ぜずして目的物の引渡又は變動の登記なる外部的徵表を伴ふ所の物權契約によらざればその變動を生じないと說明しておるが、此の見解は結局ドイツ主義に歸着するものであつて我民法上の解釋としては法典上の根據に乏しいものと考へる。

契約解除の效果を概括的に理解するため、或はその效果は債權的に生ずと言ひまた物權的に生ずと言ふ二樣の見解があつて相爭うておる。がその意義必ずしも明白でなく、所謂解除の效果は物權的なりと言ふのは當然の原狀回復を意味し、またそれが債權的なりといふのは解除の效果は當然には生ぜず原狀回復の義務を履行するによりて初めて生ずといふに歸着するやうである。物權的效果說を採る時は第五百四十五條一項但書は第三者に對する關係に於て解除の效果を制限するにつき重大な意義を有するに反し、同條本文の規定は前屢々述べた如く占有關係、對抗要件その他事實上の給付の原狀回復を圖る場合にのみ必要となりその適用範圍は甚だ狹少となる。之に反して債權的效果說を採る時は本條但書は殆んど無意義の規定に歸し唯本文のみがあらゆる場合に適用を見ることゝなり極めて重大な意義を有することゝなる。

## 二　原狀回復義務の內容

契約の解除前に之に基き既に法律行爲又は事實

行爲によりて給付が爲されたる場合には、解除の結果その給付は法律上の原因を失ひ實質上不當利得を生ずることは言を俟たない。然るに法律は此の場合に第七百三條以下の規定を適用せずして、特に第五百四十五條によりて當事者間に原狀回復の義務を課してゐる。今その理由を考へてみるに、元來、不當利得の法則は法律上保有することを妥當ならずとせらるゝ利得の返還を命ずることを目的とするものであつて、利得返還の結果往々にして原狀に復することなきに非ざれども、此の事は不當利得制度の效果としては必要性がない。然るに契約解除に在りては原狀回復が絶對に必要であつて、不當利得の返還の如き必ずしも全部その目的に副ふものでない。尙ほ不當利得の場合には利得者の善意惡意が問題とされてゐるが、解除の場合には此の點の考慮は全く必要がない、蓋し解除權は當事者の意思により留保さるゝか又は債務者側の債務不履行によりて發生するものであるから、解除によつて原狀回復を來すべきことは當事者に於て何れも豫期せるところであるから。

かくして契約解除により如何に原狀回復を實現すべきかの指導原理が生ずる譯である。卽ち第一、各當事者は若しその契約なしとせば受くべからざる一切の利得を相手方に返還せねばならぬ、其の契約と因果關係なき事情によつて生じたる利得は固より返還する限りでない。第二、利得者の善意惡意を問はざるは勿論その過失の有無をも問ふ必要がない、蓋し原狀回復は約定の解除權の行使による場合は法律行爲上の效果であつて何等過失を理由とするものではなく、また法定の解除權の行使による場合には既に債務者側に於て過失があつたのだから更に過失を要件とする理由なし、また債權者側に於て過失ありたるため原狀回復が完全に行はれない事情を生ずる時は別に規定(五四八條)があつて特にこゝで問題とする必要はないからである。以下此の指導原理の具體的適用を示してみよう。

(イ)　既に受けたる物又は權利はその之を受けたる時の狀態に於て返還せねばならない。不特定物契約の場合には現に受けたる物を返還することを要せず、之と同種同品等の物を以つて返還すれば足りる。代替物の場合には受けたる物と種類品等數量の同じきものを返還して差支ない。

(ロ)　既に受けたる勞務又は物若しくは權利の利用はその之を受けたる時の客

觀的價格を以つて賠償せねばならぬ。茲に客觀的價格とは通常價格の意味であつて契約によりて定めたる價格でない、蓋し契約は解除によりて存在せざることとなるから約定價格なるものも當然存せざることゝなるからである。

（ハ）既に收取せる果實は勿論、現存せる果實も之を返還せねばならぬ。之は第五百四十五條二項の規定に準じて生ずる解釋である。

（ニ）現物返還不能となつた時には、過失の有無を問はず、その解除の時に於ける客觀的價格を償還しなければならぬ。返還義務者の過失によらずして物の滅失又は毀損したる場合には危險負擔の問題を生ずべきが如しと雖も原狀回復の關係は雙務契約關係でないから、かやうに解すべきものではない。

（ホ）返還すべき物又は權利について、その保存等の爲め既に費用を出したる時は相手方が之によりて不當利得を爲すべき範圍に於ては之を償還せしむべきものとする。

（ヘ）以上の各場合を通じて當事者の返還すべき金錢にはその受領の時より利息（法定利率）を附すべきものとする（五四五條二項）。

（ト）解除による原狀回復は第三者の權利を害することを得ない（五四五條一項但書）。此の規定の趣旨は解除の效果として所謂物權說と債權說と何れを採用するかによりて重大なる差異を生ずべきことは前繰返し說明しておいた。また此規定の實際の適用についても大體前に說明したから重ねて說くまい。尙ほ或る契約によりて生じたる債權を第三者に讓渡し又は之を擔保に供し、夫々對抗要件を具備せしめたる後、その契約が解除せらるゝ時は當然その債權が遡及的に消滅する結果、その債權の讓受人又は質權者たる第三者もまた當然にその權利を失ふことゝなる。かくては本條但書の規定に反することゝなるが故に、或は此の場合にも解除の效果は第三者の既に取得せる債權又は之を目的とする權利には及ばざるものとする見解がないではない。若し此の說の如くする時は契約解除の效果を著しく去勢することゝなり立法の目的に副はないものと信ずる。故に予輩は此の場合にも債權は消滅するものと解する（註）。

（註）然らば此の場合第三者は如何にして保護せらるべきかといふに、その第三者は若し有償的にその債權を讓受け又は債權質を取得したものなる時は、追奪擔保に關する