

シテ之ヲ決スルノ外ナシ¹⁰⁾。

而シテ此種ノ特約ハ民法ノ解釋上有效ナルコト疑ナク獨リ動産ニ付テノミナラズ不動産ニ付テモ亦之ヲ締結シ得ベシ。尙貸借ノ形式ヲ假リテ所有權留保ト同一ノ目的ヲ達セントスルノ實例少カラザレコト既ニ上述セル所ノ如シ。

2) 失權約款 一回ノ履行遲滯アルトキハ賣主ハ當然効力ヲ失ヒ、買主ハ賣主ニ目的物ヲ返還スルノ義務ヲ負擔スルト同時ニ拂濟代金ニ對シテハ返還請求權ナシトスル約款即チ之レ也。失權約款夫レ自身ノ有效ナルコトハ既ニ之ヲ上述セリ¹¹⁾。然レドモ拂濟代金ノ返還ヲ要セザルモノトスル約款ノ効力如何ニ付テハ疑問ノ餘地アリ。現ニ獨逸割賦拂行爲法¹²⁾、奧太利割賦拂行爲法¹³⁾、瑞西債務法¹⁴⁾等割賦拂契約ニ關スル特殊ノ規定ヲ有スル諸國ニテハ此約款ヲ無効トシ以テ買主ノ利益ヲ保護セルモ、特別ノ規定ナキ吾民法ノ解釋トシテハ特ニ善良ノ風俗ニ反スルモノト認メ得ル場合(九〇)ノ外ハ契約自由ノ原則ニ依リテ其効力ヲ認メザルベカラズ。

11) 240 頁參照。

12) § 1

13) Gesetz betreffend Ratergeschäfte, 1896, § 2

14) Art. 227

3) 期限喪失約款 一回ノ支拂ヲ怠ルトキハ買主期限ノ利益ヲ失ヒ從ヒテ賣主ハ其以後ノ支拂時期ニ屬スル代金ノ部分ヲモ直ニ請求シ得ベシトスル約款即チ之レ也¹⁵⁾。獨、奧、瑞等ニテハ何レモ之ガ効力ニ一定ノ制限ヲ加ヘタリ¹⁶⁾ト雖モ特別ノ明文ナキ民法ノ解釋トシテハ其効力ヲ認メザルヲ得ズ。

尙以上ノ外賣主ハ經濟上ノ弱者タル買主ヲ強制シテ種々自己ニ利益ナル約款ヲ附加スルコト少カラズ¹⁷⁾。此等ハ凡テ將來ノ立法ニ於テ或ル程度ノ制限ヲ加ヘ以テ其弊害ヲ除去スルノ必要アルベシト雖モ之ガ爲メ他方ニ於テ一般經濟上多大ノ便益ヲ供シツツアル此種ノ契約ヲ全然驅逐シ去ルノ愚ヲ招カザラシムコトヲ要ス。

第三 豫約出版契約

豫約出版
契約

豫約出版契約トハ代金ノ全部又ハ一部ヲ前收シテ將來出版セラルベキ文書圖書ヲ賣買スル契約ヲ謂フ。此場合ニ於ケル前拂金ハ或ハ手附タルノ性質ヲ有スルコトアルベク、又單ニ代金前拂タルノ性質ヲ有スルコトアリ得ベシト雖モ、當事者別段ノ意思ヲ表示セザル限り單ニ後者ノ意義ヲ有スルニ過ギザ

15) 此種ノ特約ノ實例名古屋地西四新聞七二五 21—。

16) 獨 § 411, 奧 § 3, 瑞 Art. 228

17) 杉山氏前掲殊ニ 160—。

ルモノト解スルヲ正當トスベシ。而シテ其何レノ場合タルヲ問ハズ出版者契約ニ從ヒテ其債務ヲ履行セザルトキハ豫約者ハ民法第五四一條又ハ第五四三條ニ依リテ契約ヲ解除シ得ベク、出版者ガ豫約出版法(明治四三年法律第五五號)ニ依リ法律上已ムヲ得ザルニアラザル豫約出版ノ廢絶又ハ發行年月日、著作、豫約定價等ノ變更ニ付テ内務大臣ノ許可ヲ受ケタル場合ト雖モ尙ホ民法ノ規定ニ從ヒテ解除ヲ爲スコトヲ妨グルモノニアラズ(同法六^{II})。尙ホ豫約出版ノ内容ガ數回ニ分チテ發行交付スルノ點ニ存スル場合ニ於テ一部ノ發行アリタル後其出版ガ廢絶セラレタルトキハ若シ其出版物ガ全部一揃トナルニ依リテ特別ノ價值ヲ有スルモノトセバ契約全部ノ解除ヲ爲シ得ベク、反之一部宛ニテ獨立ノ價值ヲ有スルモノナルトキハ繼續的供給契約ノ場合ト同様既ニ交付セラレタル部分ニ付テハ解除ヲ爲スコト能ハザルベシ。

試味賣買

第四 試味賣買(試驗賣買又ハ點檢賣買)¹⁸⁾*

試味賣買トハ買主現品ヲ實見シタル上ニテ若シ氣ニ入ラバ買ヒ取ルベキ旨ノ契約ヲ謂フ。此種ノ契約

18) Kauf auf Probe, Kauf auf Besicht

* 石坂氏研究一 121—殊ニ 125—、高岡氏「試味賣買ノ性質ト同意條件」法協二四—〇 1442—。

ハ買主タルベキ者ノ單純意思ヲ停止條件トスルモノナルガ故ニ、民法第一三四條ニ依リテ之ヲ無効ト爲サザルベカラザルガ如キ觀ナキニアラザルモ、買主ハ債務者タルト同時ニ又債權者タルモノナレバ此契約ヲ解シテ單純ニ債務者タル者ノ意思ノミニ繫レルモノト云フハ當ラズ。從ヒテ又同條ノ適用ヲ受ケザル有效ノ停止條件附賣買ナリト解スルヲ通説トス¹⁹⁾

20)

第五 見本賣買(試品賣買)²¹⁾

見本賣買

見本賣買トハ賣主ヲシテ見本ニ適合セル物ヲ買主ニ給付スベキ債務ヲ負擔セシムル賣買ヲ謂フ。

此場合ニ於テハ賣主ハ特ニ見本ト同種同等ノ物ヲ給付スベキ債務ヲ負擔セルモノナレバ、

(一) 當該ノ賣買ノ目的物ガ不特定物ナル場合ニ於テ賣主若シ見本ニ適合セザル物ヲ給付セルトキハ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ナキモノナルガ故ニ買主ハ

19) 鳩山氏全書二 543—、梅氏要義 §134註、富井氏原論—下 498 川名氏總論 258 高岡氏前掲。

20) 然ルニ學者或ハ此點ニ反對シテ曰ク買主ハ權利者ナルト同時ニ義務者ナレバ買主ノ單純意思ヲ條件トスルコトヲ認ムルハ結局債務者ノ單純意思ヲ條件トスルコトヲ認ムルモノニシテ §134ニ反スルコトナルベシト(石坂氏前掲128—)。然レドモ §134ハ債務者ノ單純意思ノミヲ條件トスル場合ノミニ關スルモノニシテ債權者ノ單純意思ノミヲ條件トスル場合及ビ債權者並ニ債務者ノ單純意思ヲ條件トスル場合ヲ包含セズ、故ニ通説ヲ以テ正當トス。

21) Kauf nach Probe, Kauf nach Muster; sale by sample

不完全履行ニ關スル一般原則ニ從ヒテ(イ)損害賠償ヲ請求スルカ(四一五)又ハ(ロ)不完全ナル給付ヲ返還シテ新ニ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲スベキコトヲ請求シ若シ其履行ガ不能ナルカ又ハ遲滯ニ陷レルトキハ契約ヲ解除スルコトヲ得ベク、

(二) 賣買ノ目的物が特定セル場合²²⁾ニ若シ其物が事實上見本ニ適合セザリシトキハ賣主ガ特ニ擔保セル性質欠缺セルモノナルガ故ニ後ニ述ブル第五七〇條ノ規定ニ依リテ瑕疵擔保ノ責任ヲ生ズベシ。

尙以上ノ諸場合ニ於テ見本ニ適合セリヤ否ヤハ契約ノ主旨、物品ノ性質及ビ取引ノ慣行ニ照シテ之ヲ決スベキモノニシテ例ヘバ當事者ガ絶對的適合ヲ欲シタル場合ト單ニ大體適合スルコトヲ欲スルニ過ギザル場合トニ依リテ結果ヲ異ニスベク、又取引ノ慣行上看過セラレルヲ常トスル程度ノ不適合ハ特約ナキ限り賣主ノ責任トナラザルモノト云ハザルベカラズ。

第三項 賣買ノ成立

賣買ハ諾成契約ニシテ又不要式契約ナリ。故ニ其成立スルガ爲メニハ當事者雙方共ニ行爲ノ要素ニ付キ相合致セル内容ノ意思表示ヲ爲セルコトヲ必要ト

²²⁾ 例ヘバ特定セル倉庫中ノ大豆ヲ見本ニ依リテ賣買スル場合。

シ且之ヲ以テ足ルベシ。而シテ賣買契約ノ要素ハ移轉ノ目的タル財産權及代金ナルヲ以テ是等ノ二點ニ關シ既ニ上述セル所ニ從テ當事者雙方ガ相合致セル意思表示ヲ爲セルトキハ賣買之ニ因リテ成立スルニ至ルベシ。故ニ縱令當事者雙方ノ意思表示合致スルモ其意思表示ノ内容ガ上述セル所ニ從テ有效ノ賣買ヲ成立セシムルニ足ラザルトキハ賣買ノ成立ヲ來スコトナシ。反之賣買ノ要素ニ關シテ有效ノ賣買ヲ成立セシムルニ足ルベキ意思表示ノ合致アリタル以上ハ其他ノ從タル事項例ヘバ賣買ノ費用、履行ノ方法等ニ關シ意思表示ヲ合致ナキモ爲メニ賣買ノ成立ヲ妨ゲザルヲ原則トスベシ。但シ是等重要ナラザル點ニ付テモ當事者何レカノ意思表示又ハ豫約ニ於テ特ニ合意アルコトヲ必要トシ之ヲ以テ契約成立ノ必要條件トスルノ意思アルモノト認メ得ベキ限リハ之ニ關スル意思表示ノ合致アルニ因リテ始メテ賣買ノ成立ヲ來スベキコト勿論ナリ¹⁾。

尙民法ハ賣買ノ成立ニ關係アル二箇ノ事項ニ付テ特別ノ規定ヲ設ケタルガ故ニ以下順次之ガ説明ヲ爲スベシ。

第一 賣買ノ豫約

1) 15頁以下參照。

債務的豫約

一 債務的豫約 賣買ノ申込ヲ受ケタル者ガ之ニ對シテ承諾ヲ爲スヤ否ヤハ全然其自由ナルヲ原則トス。然レドモ場合ニ依リ當事者ハ將來賣買契約ヲ締結スルノ便宜ヲ得ルガ爲メ互ニ相約シテ承諾義務ヲ當事者ノ雙方(雙務豫約)又ハ一方(片務豫約)ニ負ハシムルコトアリ。而シテ其何レノ場合タルヲ問ハズ承諾義務者申込ヲ受ケタルトキハ申込ノ内容ガ豫約ノ主旨ニ違背セザル限リ必ズ承諾ノ意思表示ヲ爲サザルベカラズ。從ヒテ義務者若シ任意ニ其義務ヲ履行セザルトキハ申込者ハ民法第四一四條第二項但書及ビ民訴法第七三三條ノ規定ニ依リ裁判ヲ以テ承諾ノ意思表示ニ代フルコトヲ得ベシ。此等ノ點ニ關スル詳細ハ廣ク一般ノ債務的豫約ニ付キテ之ヲ上述セリ²⁾。

賣買一方ノ豫約

二 「賣買一方ノ豫約」 「賣買ノ一方ノ豫約ハ相手方ガ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタル時ヨリ賣買ノ效力ヲ生ズ」(五五六¹⁾)。本規定ニ所謂「賣買ノ一方ノ豫約」ハ以上ノ債務的豫約ト全然性質ヲ異ニスルモノニシテ豫約權利者ノ賣買完結意思表示ヲ條件トスル一種ノ條件附賣買ナリト解セザルベカラザルコト既ニ之ヲ上述セリ³⁾。從ヒテ契約ノ内容ハ豫

2) 35頁以下。

3) 39頁以下。反對說清藤氏各論上82、神戶氏全書八134。

約ノ當時既ニ確定セルコトヲ必要トス。但シ豫約權利者ニ相當ノ確定權ヲ留保スルコトヲ妨グズ。

イ) 豫約權利者ノ權利ノ性質 斯クノ如ク此種ノ豫約ハ豫約權利者ノ賣買完結意思表示ヲ條件トスル賣買ニ外ナラザルガ故ニ其意思表示アルトキハ敢テ相手方ノ承諾ヲ俟タズシテ直ニ賣買ノ效力ヲ生ズルモノトス。從ヒテ豫約權利者ノ右ノ意思表示ヲ爲スノ權利ハ一種ノ形成權ニシテ相手方ノ承諾ヲ請求スル債權ニアラズ⁴⁾。而シテ豫約權利者ハ右ノ權利ノ行使ニ依リテ一定ノ利益ヲ受ケ得ベキ地位ニアリ而シテ其地位ハ一般ノ條件附法律行為ニ基ク條件附權利(期待權)ト同一ノ性質ヲ有スルガ故ニ相手方又ハ第三者⁵⁾ガ其利益ヲ害シタルトキハ豫約權利者ハ之ニ對シテ損害賠償ヲ請求シ得ベク(一二八ノ類推及ビ七〇九)、又豫約ノ目的物ガ不動産ナルトキハ假登記ニ依リテ其地位ヲ保全スルコトヲ得ベシ⁶⁾。(不動産登記法二²後文、七¹¹⁾)。

ロ) 賣買完結ノ意思表示 豫約權利者ノ有スル賣買完結意思表示ヲ爲スノ權利ハ形成權ナルガ故ニ

4) 同說大審四・七・一三民錄二—1384、東控四五・二・一評論—民29、水戸地三評論三頁762。

5) 第三者ヲモ包含スルコトニ付キテハ182頁註51參照。

6) 同說大審四・四・五民錄二—426、碑道氏京法—二九60。

其行使タル意思表示ハ豫約ノ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲サザルベカラズ、從ヒテ到達ニ依リテ初メテ其效力ヲ生ズ。然レドモ其外別ニ何等ノ方式ヲ必要トセザルガ故ニ例ヘバ訴狀ノ送達ニ依リテ之ヲ爲スモ差支ナシ⁷⁾。

ハ) 豫約ノ消滅

1) 當事者ノ定メタル效力存續期間ノ滿了 豫約權利ノ行使ニ先チテ存續期間滿了スルトキハ豫約ハ其效力ヲ失フガ故ニ以後賣買ヲ完結スルノ意思表示ヲ爲スモ何等ノ效力ヲ生ズルコトナシ⁸⁾。加之賣買完結ノ意思表示ハ相手方ニ到達スルニ依リテ初メテ效力ヲ生ズルモノナルコト上述ノ如クナルガ故ニ意思表示ノ發信ガ期間内ナルモ其到達ガ期間後ナルトキハ何等ノ效力ヲ生ゼズ⁹⁾。

2) 相手方ノ催告 賣買完結ノ「意思表示ニ付キ期間ヲ定メザリシトキハ豫約者ハ相當ノ期間¹⁰⁾ヲ定メ其期間内ニ賣買ヲ完結スルヤ否ヤヲ確答スベキ

第五五六條第二項

7) 同說大審三八・六・九 民錄一一 913。
8) 同說東控四・一〇・二三 評論四民 774。
9) 同說大審三八・六・九 民錄一一 913。
10) 期間ガ相當ナリヤ否ヤハ賣買ノ内容其他各場合ノ情況ヲ參照シテ決スベキ問題ナレドモ法律問題ニシテ事實問題ニアラズ(247頁參照)。尙期間ガ相當ヨリ短キトキト雖モ催告ハ無効トナルコトナド期間ガ當然ニ相當ノ點マテ延長セラルルモノトス(245頁以下參照)(反對橫田氏各論 276)。

旨ヲ相手方ニ催告スルコトヲ得若シ相手方ガ其期間内ニ確答ヲ爲サザルトキ¹¹⁾ハ豫約ハ其效力ヲ失フ(五五六¹²⁾)。

3) 消滅時效 豫約權利ハ形成權ニシテ債權ニアラズ。故ニ其消滅時效ハ第一六七條第二項ニ從フベキモノトス¹³⁾。大審院ハ解除權ニ於ケルト同様¹⁴⁾此場合ニ付テモ亦第一六七條第一項ヲ適用スベキコトヲ主張スレドモ¹⁵⁾何等成法上ノ根據ヲ有セズ。

以上ハ凡テ「賣買ノ一方ノ豫約」ニ關ス。民法ハ此外「雙方ノ豫約」即チ當事者雙方ヲシテ豫約上ノ權利ヲ有セシムル豫約ニ付キ何等規定スル所ナシト雖モ「賣買ノ一方ノ豫約」ノ性質上述ノ如シトセバ「雙方ノ豫約」亦有效ニ之ヲ締結シ得ベキコト勿論ナリ¹⁶⁾。而シテ雙方ノ豫約ニアリテハ各當事者共賣買完結ノ意思表示ヲ爲スノ權利ヲ有スルガ故ニ其何レカガ之ヲ行使スルニ因リテ賣買ノ效力ヲ生ズ¹⁶⁾。

雙方ノ豫約亦有效ナリ

此處ニ於テ豫約ノ性質ハ如何ナルコトヲ示ス

11) 確答ガ期間内ニ到達スルコトヲ要ス、發送シタルノミニテハ足ラズ。蓋シ本條ハ§ 19ニ於ケル如ク「確答ヲ發セザルトキ」ト云ハズシテ「確答ヲ爲サザルトキ」ト云ヘルヲ以テ也。
12) 同說水戶地三 評論三民 762、暁道氏京法一二 九 60。
13) 274頁參照。
14) 大審四・七・一三 民錄 二一 1384。
15) 反之賣買ノ一方ノ豫約ハ單ニ豫約者ガ一方的ニ賣買ノ申込ヲ爲シタルコトヲ云フトノ說(中島氏論文集 39, 43)ニ從フトキハ雙方ノ豫約ヲ認ムルノ餘地ナシ(40頁註59參照)。
16) 同說東控二・五・一一 評論二民 346。

賣買ノ費用

第二 賣買ノ費用

賣買契約ヲ締結スルニ付テハ之ガ爲メ多少ノ費用ヲ要スルコト稀ナラズ。例ヘバ契約證書ニ貼付スル収入印紙、目的物ノ價格鑑定ニ對スル報酬等ノ如シ。是等ノ費用ハ何人ニ於テ之ヲ負擔スベキカハ當事者ノ任意ニ爲メ得ル所ナルコト勿論ナリト雖モ、當事者何等ノ定メヲ爲サザルトキハ「當事者雙方平分シテ之ヲ負擔ス」ベキモノトス(五五八)。反之一旦成立セル賣買ニ基キテ生ズル債務ヲ辨濟スルニ付キテ出シタル費用ハ別段ノ意思表示ナキ限り債務者ニ於テ之ヲ負擔スベキモノニシテ(四八五)本條ニ依ルベキ限りニアラザルコト勿論ナリ。

第五五八條

第四項 效力

第一目 賣主ノ義務

財産權移轉ノ義務

第一 財産權移轉ノ義務

(一)權利移轉

一 賣主ハ賣買ノ目的タル財産權ヲ買主ニ移轉スル義務ヲ負擔ス。

一) 從ヒテ其義務ノ履行トシテ財産權ヲ買主ニ移轉シ之ヲシテ法律上其權利ノ主體タラシムルニ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲サザルベカラズ。即チ例ヘバ物權ヲ目的トスル賣買ニアリテハ其物權ノ移轉又ハ設定ヲ目的トスル物權契約ニ協力セザルベカラズ 又

其他ノ財産權ヲ目的トスル賣買ニアリテハ一々當該ノ權利ノ移轉ニ必要ナル行爲ヲ爲サザルベカラズ。而シテ此等ノ移轉行爲ハ賣買ト同時ニ明示又ハ默示ノ意思表示ヲ以テ爲サルルコト少カラズ。殊ニ例ヘバ特定物ノ賣買ニアリテハ當事者特ニ所有權ヲ留保スルノ意思アリト認メラレザル限り同時ニ又默示ノ物權移轉行爲アリタリト認メ得ルヲ通例トスベク、又不特定物ノ賣買ニ付キテモ同時ニ後ニ至リテ其物が特定スルコトヲ條件トシテ豫メ物權移轉行爲ヲ爲シ置クコトヲ妨ゲザルモノトス。

二) 尙賣買ハ他人ノ權利ヲ以テ其目的物トナシ得ルモノナルコト既ニ之ヲ上述セリ。而シテ賣主此種ノ賣買ヲ履行スルガ爲メニハ買主ヲシテ其權利ヲ取得セシムルニ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲スコトヲ要スルモノニシテ(五六〇)、コノコト目的タル權利ノ他人ノモノナルコトガ契約上ニ明示セラレタルト否ト、又當事者ノ雙方又ハ何レカガ之ヲ知リタルト否トヲ問フコトナキヲ原則トス¹⁾。但シ賣主ガ權利ノ他人ノモノナルコトヲ知ラズ而カモ若シ其權利ガ他人ノモノナルニ於テハ賣却セザルノ意思アルコトガ

他人ノ物ノ賣買ノ場合

第五六〇條

1) 此點贈與ニ於ケルト大ニ趣キ異ニス(§ 551)。315 頁以下殊ニ註 49,50 參照。

表示上ニ明カナルトキハ當事者ハ其權利ノ賣主ニ屬スルコトヲ以テ契約ノ要素トナセルモノニシテ此點ニ關スル錯誤ハ法律行為ノ要素ニ關スル錯誤トシテ賣買ヲ無効ナラシムルモノトス²⁾。

而シテ賣主以上ノ義務ヲ履行スルガ爲メニハ次ノ如キ種々ナル方法ヲ採ルコトヲ得ベシ。

(1) 賣主先ヅ其權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉スルコト

(2) 權利者タル他人トノ契約ニ因リテ其他人ヲシテ直接買主ニ權利ヲ移轉セシムルコト

(3) 目的物が動産ナルトキハ即時取得(一九二)ノ方法ニ依リテ買主ヲシテ權利ヲ取得セシムルコト

第五六〇條ハ右ノ中(1)ノ方法ニ付キテノミ規定ヲ設ケタレドモ、同條ノ主眼ハ他人ノ權利ヲ賣買ノ目的トシタル場合ニ於テモ權利移轉ノ義務アルコトヲ規定セントスルノ點ニ存シ其履行方法ノ如何ニ重

²⁾ 此點ニ關シテ學者或ハ權利ノ所屬ニ關スル錯誤ハ理論上要素ノ錯誤ナレドモ吾民法ハ特ニ §§ 560—ノ諸規定ヲ有スルカ故ニ § 95ノ適用ヲ生ズルコトナシトノ説ヲ爲ス者アリ(石坂氏研究ニ 257)。然レドモ本説ハ權利ノ所屬ニ關スル錯誤ノ凡テヲ要素ノ錯誤ナリトスルノ點ニ於テ穩當ナラザルノミナラズ(此點ニ關スル獨逸學者ノ論争ニ付テハ *Certmann* 1 360參照)、何故ニ §§ 560—ノ諸規定ガ § 95ノ適用ヲ排除スルセノ理由ヲ充分ニ説明セズ。余ハ先ヅ要素ノ錯誤ノ有無ヲ査ヘテ § 95ノ適用アリキ否ヲ定メソノ適用ナキ場合ニ於テ初メテ §§ 560—ヲ適用スルヲ穩當ナリト信ズ。尙西川氏新報ニ二一七⁴ハ理論上著者ノ同一見解ヲ採ルモ權利ノ所屬ニ關スル錯誤ガ如何ナル場合ニ要素ノ錯誤トナレキヲ明ニセズ。反之東註六・六・七判例ニ二五民 979ハ本文ト同説也。

キヲ置クモノニアラザルヤ勿論ナルヲ以テ尙モ買主ヲシテ目的タル權利ヲ取得セシメタル以上凡テ債務ノ履行アリタルモノト云フヲ得ベシ。

尙買主右ノ債務ヲ履行セザルトキハ債務不履行ニ關スル一般原則ノ適用ヲ受クベキヤ勿論ナリト雖モ民法ハ其外尙別ニ第五六一條以下ノ特別規定ヲ設ケタリ。此等ノ規定ニ付テハ後ニ擔保責任ノ部ニ於テ一括シテ之ヲ説明スベシ。

ニ 尙ホ賣買ノ目的物タル財産權ガ其完全ナル状態ニ於テハ同時ニ物ノ占有ヲモ爲サシムルコトヲ内容トスルモノナルトキ、例ヘバ所有權、永小作權、地上權、賃借權等ナルトキハ、當事者別段ノ意思表示ヲ以テ占有權ヲ除外スル旨ノ定メヲ爲サザル限リ、占有權ヲモ同時ニ賣買ノ目的物トナセルモノト認メザルベカラザルコト既ニ上述セル如クナルヲ以テ、賣主ハ同時ニ占有權ノ移轉ヲ爲スノ義務ヲ負擔スルモノト云ハザルベカラズ。此場合ニ於テハ占有權移轉ノ義務モ亦一箇ノ財産權移轉ノ義務ニシテ、上述セル所有權、永小作權等本權ノ移轉ヲ爲スベキ義務トハ別箇ノ義務ナリ。(一)此占有權移轉ノ義務ヲ履行スベキ時期並ニ場所ノ問題ハ當事者別段ノ定メヲ爲サザル限リ凡テ一般債務ノ履行ニ關スル原則ニ

(二)占有
移轉

從ヒテ之ヲ決スベク、又引渡ノ目的物ガ特定物ナルトキハ「債務者ハ其引渡ヲ爲スマデ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保存スコルトヲ要」(四〇〇)シ又不特定物ナルトキハ特定ノ時(四〇一¹⁾)以後同様ノ義務ヲ負フ。尙買主ガ受領遲滯ニ陥レルトキハ其時以後自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ加フルヲ以テ足ルトノ説ヲ爲ス者アリ²⁾ト雖モ特別ノ規定ナキガ故ニ此結果ヲ認ムルヲ得ズ³⁾。(二)尙ホ引渡ヲ爲スマデニ賣買ノ目的タル物ガ滅失又ハ毀損シタルトキハ上述セル危險負擔ノ問題ヲ生ズベク(五三四以下)、(三)又若シ「未ダ引渡サザル物ガ果實ヲ生ジタルトキハ其果實ハ賣主ニ屬ス」(五七五¹)ベキモノニシテ元來本規定ハ主トシテ煩雜ヲ避ケントスル實際上ノ便宜ニ出ヅル例外規定ニシテ⁴⁾苟モ物ガ賣主ノ占有ニ在ル間ハ凡テ其果實ヲ賣主ニ歸屬セシメントスルノ主旨ニ出ヅルモノナレバ(1)引渡以前既ニ事物ノ所有權其他ノ收益權ガ買主ニ移轉セル場合ト雖モ尙其適用ヲ見ルベク從ヒテ又同様ノ理由

第五七五條第一項

3) 横田氏各論 358。

4) 同說鳩山氏中權 154、石坂氏民法三 二 634。

5) 本條ノ立法理由ニ付キテハ大審四・一・二・二一民錄二一 2149ノ記載參照。石坂氏研究四 556ハ之ト異ナリテ本規定ハ「買主ヲシテ代金ノ利用ト果實ノ取得ト二重ノ利得ヲ爲スコトヲ得ザラシムル主旨ニ出ヅ」ト説明セルモ若シ之ノミテ理由トスルトキハ引渡ニ先チ代金支拂ヲ爲シタル場合ニハ本規定ノ適用ナシト云ハザルベカラザルノ結果トナルベシ。

ニ依リ苟モ引渡アリタル以上ハ假令所有權ノ留保アリト雖モ果實ハ買主ニ歸屬スルモノト云ハザルベカラズ、(2)尙又賣主ガ引渡ヲ爲サザルニ付キテ正當ノ理由ヲ有スルヤ否ヤ⁶⁾、從ヒテ賣主ガ遲滯ニアリヤ否ヤ⁷⁾、又危險負擔ノ問題如何等ハ本條ノ適用ニ對シテ何等ノ關係ナキモノトス。但シ本規定ハ任意規定ナルガ故ニ當事者別段ノ定メヲ爲シ得ベキコト勿論ナリ。(四)斯クノ如ク引渡前ニ發生スル果實ハ凡テ賣主ニ歸屬スルモノナルガ故ニ果實以外ノ使用收益モ亦凡テ賣主ニ屬スルモノト云フベク、從ヒテ又反對ニ引渡前物ノ管理保存ニ要シタル費用、公租公課等ノ類ハ特約ナキ限り賣主ニ於テ負擔スルモノト解スルヲ穩當トス⁸⁾。是レ第五七五條第一項ノ精神ヲ類推スルニ依リテ生ズル當然ノ結果ナリ。

三 上述セルガ如ク物權、其他ノ諸財產權ハ當事者ノ單純ナル合意ノミヲ以テ移轉スルモノナリト雖モ之ヲ以テ第三者ニ對抗センガ爲ニハ物ノ引渡、移轉ノ登記、登録又ハ其他債權讓渡ノ通知等種々特別ナル手續ヲ必要トス。(一)故ニ此等ノ財産權ノ賣主

(三)對抗要件完了

引渡

6) 同說石坂氏研究四 556。反對東控三・二・一四 新聞九三六 23(賣主ノ果實取得ノ原因ヲ引渡ヲ爲サザルニ付キ 正當ノ理由アルコトニ求メタリ)。

7) 同說石坂氏同上、大審四・一・二・二一民錄二一 2135、大控三・一・二・七新聞九九一。

8) 同說大審四・一・二・二一民錄二一 2135。

ハ當然ニ此等ノ手續ニ協力スルコトヲ要ス。蓋シ財産權ノ移轉ヲ約シタル者ハ同時ニ其效果ヲ完全ナラシムルニ必要ナル一切ノ事項ヲ爲サザルベカラザルコト素ヨリ當然ナレバナリ。而シテ物ノ引渡ハ必ズシモ現實ノ引渡ナルコトヲ要セズシテ簡易ノ引渡(一八二⁹⁾、占有改定(一八三)又ハ指圖ニ依ル移轉(一八四)ナルモ亦妨ゲナシト雖モ、而カモ尙ホ動產物權ノ移轉ヲ第三者ニ對抗スルニ付キ必要缺クベカラザルノ要件ナルヲ以テ(一七八參照)當事者ガ特ニ占有權ノ移轉ヲモ同時ニ賣買ノ目的ト爲スノ意思ヲ表示セザル場合ニ於テモ尙ホ必ズ引渡ノ手續ヲ履マザルベカラズ。(二)不動產物權、著作權、特許權、實用新案權等ノ移轉ハ之ガ登記(一七七)若クハ登録(著作權法一五、特許法三三、實用新案法二〇)等ヲ爲スニアラザレバ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコト能ハズ。而シテ其登記又ハ登録ハ登記(又ハ登録)權利者及ビ登記義務者ノ申請ニ依リテ之ヲ爲スヲ原則トシ(不動產登記法二六、特許登録令一六等參照)、從ヒテ義務者ハ常ニ登記又ハ登録ニ協力スルノ義務ヲ負擔スルモノト云ハザルベカラズ。故ニ賣主ハ特ニ賣買契約中ニ明定セラレザル場合ト雖モ尙ホ常ニ右ノ協力義務ヲ負擔スルモノトス⁹⁾。(三)尙ホ債權ノ賣

登記登録

通知

主ハ債權ヲ讓渡スルト同時ニ之ヲ債務者ニ通知スルノ義務ヲ負擔ス¹⁰⁾。

四 尙ホ以上ノ外賣買ノ目的物ノ從物ハ反對ノ意思表示ナキ限り同時ニ之ヲ移轉スルコトヲ要スルハ勿論(八七¹¹⁾、其他目的物上ノ權利ヲ證明スベキ書類例ヘバ特許權賣買ニアリテハ其特許證(特許法五四)、指名債權ノ賣買ニアリテハ債權證書ヲ引渡スコトヲ要ス。

(四)附屬物引渡

第二 擔保責任^{*}

擔保責任

甲 總說

一 擔保責任ノ意義及ビ性質

意義及ビ性質

賣主ハ賣買ノ目的物タル財産權ヲ買主ニ移轉シ之ヲシテ其完全ナル權利者タラシムルノ義務ヲ負擔スルコト既ニ上述セル所ノ如シ。故ニ

イ) 不特定物其他不特定ナル財産權ノ賣買ニ於テ其履行トシテ給付セラルベキ物ハ契約上ニ定マレル一切ノ條件ヲ具備セルコトヲ要スルモノニシテ賣主若シ其條件ヲ具備シタル給付ヲ爲サザルトキハ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲サザルモノトシテ債務

9) 從ヒテ未登記不動產ノ賣主ハ買主ナシテ移轉登記ヲ爲スコトヲ得シムルガ爲メ自ラ先ヅ自己ノ所有權ノ保存登記ヲ爲スノ義務アルモノトス(同說大審五・二・二民錄二二 74)。

10) 同說橫田氏各論 363。

* 岡松氏無過失責任論 175—, 810—。

不履行ノ責任ヲ負擔セザルベカラズ。此等ハ凡テ一般原則ノ適用ニ過ギズシテ民法ハ別ニ特殊ノ規定ヲ設クルコトナシ。故ニ以下擔保責任ニ付キテ説明スル所ハ凡テ不特定物ノ賣買ニ關係ナキモノトス¹¹⁾。

□) 特定物其他特定ノ財産權ノ賣買ニアリテモ賣主ハ債務履行ノ一般原則ニ從ヒテ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲スコトヲ要シ、若シ其履行ナキトキハ債務不履行ニ關スル一般原則ノ適用ヲ受クベキコト素ヨリナリ。

1) 從ヒテ他人ノ權利ノ賣買ニアリテモ賣主ハ其權利ヲ買主ニ移轉スルノ義務アリ(五六〇)。從ヒテ其不履行アルトキハ債務不履行ニ關スル一般原則ノ適用ヲ受クベキコト一般賣買ノ場合ト何等異ナル所ナキコト既ニ上述ノ如ク、而シテ民法ハ其外別ニ第五六一條以下ノ諸規定ヲ設ケテ買主ノ保護ヲ計レリト雖モ是レ亦債務不履行ノ結果ニ關スル特則タルニ過ギズ。

2) 以上ト異ナリテ賣買ノ目的物ガ契約成立ノ當初ヨリ約定ノ條件ニ適合セズ又ハ其他瑕疵欠缺ヲ有セルトキハ賣主ノ債務ハ其目的物ノ缺點アルガ爲メ原始的ニ一部不能ナリ。蓋シ當事者ハ當該ノ特定

11) 同説横田氏各論 317-8。

物ヲ如上ノ缺點ナキモノトシテ賣買セルニ拘ラズ其缺點ナシトスルノ部分ハ初メヨリ不能ナレバナリ。故ニ此場合ニ關スル民法第五六五條以下ノ諸規定ハ凡テ賣主ガ其債務ノ原始的一部不能ニ對シテ如何ナル責任ヲ負擔スルカヲ規定セルモノトス。

而シテ民法ガ贈與ノ場合ト異ナリテ特ニ賣主ヲシテ此種ノ重キ責任ヲ負擔セシメタル理由ハ賣買ハ有償契約ニシテ買主亦反對給付ヲ爲スコトヲ要スルガ故ニ賣主ノ給付ニ缺點アルニ拘ラズ之ガ爲メ買主ノ反對給付ガ何等ノ影響ヲ受ケザルモノト爲スハ明ニ公平ヲ失スルモノニシテ不當ニ買主ノ保護ヲ缺クモノト云ハザルベカラザルヲ以テナリ(五五一¹參照)。

從來學者ハ一般ニ以上1及2ニ説明セル賣主ノ責任ヲ總稱シテ賣主ノ擔保責任又ハ擔保義務ト云ヒ、其中(一)1ノ全部及2ノ中第五六五條乃至第五六九條ニ規定スル所ヲ追奪擔保¹²⁾ 又ハ權利欠缺ノ擔¹³⁾

追奪擔保
(權利欠缺ノ擔保)

12) Haftung wegen Eviktion, Haftung wegen Entwehrung, Garantie contre l'éviction

13) 追奪ノ文字ハ羅馬ノ evictio (evincere 占有ヲ奪フ)ニ出ヅ獨法學者ノ Entwehrung ト云ヒ佛法學者ノ éviction ト云フモノ皆之ニ同シ。羅馬法ニ在リテハ賣主此種ノ擔保責任ヲ負フガ爲メニハ其買主ニ引渡シタル物ノ占有ガ其物ニ付キテ權利ヲ主張スル第三者ニ依リテ奪ハレタルコトヲ要ス、是レ追奪擔保ノ名稱アル所以ナリ。而シテ民法ハ毫モ此種ノ要件ヲ必要トセザルガ故ニ此名稱ハ不當也。

14) Gewährleistung für Mängel im Rechte

15) Gewährleistung wegen Mängel der Sache, Garantie contre les vices de la chose

保ト云ヒ、(二)2ノ中第五七〇條ニ規定スル所ヲ稱シテ瑕疵擔保¹⁵⁾ト稱スルヲ常トス。擔保責任ノ名稱ハ民法亦現ニ之ヲ使用シ又之ニ關スル一般的原則ヲ設ケタリ(五七二)。從ヒテ學者ノ民法ヲ解説スル者其名稱ヲ使用スルコト素ヨリ便宜アリト雖モ、追奪擔保及ビ瑕疵擔保ノ名稱ハ民法ノ用キル所ニアラザルノミナラズ元來1ノ事項ハ2ノ規定スル所ト全然其性質ヲ異ニスルガ故ニ此點ヲ混同セル如上ノ區別及ビ其名稱殊ニ追奪擔保ノ名稱ハ徒ラニ事態ヲ錯雜不明ナラシムルノミニシテ便宜少シ。故ニ余輩寧ロ之ガ使用ヲ爲サザルヲ可トスルモノナリ。

擔保責任ニ關スル特約

二 擔保責任ニ關スル特約

擔保責任ノ性質上述ノ如クナルガ故ニ之ニ關スル民法ノ規定ハ單ニ當事者ノ利益ヲ保護スルコトヲ目的トスルニ過ギズ。從ヒテ當事者互ニ特約ヲ爲シテ擔保責任ニ關スル別段ノ定ヲ爲スコトヲ妨ゲズ。

責任排除特約

一) 法定ノ擔保責任ヲ排除又ハ縮少スル特約
當事者互ニ相約シテ全然法定ノ擔保責任ヲ負ハズ(無擔保特約)又ハ一定ノ制限内ニ於テノミ之ヲ負フベキ旨ヲ定メタルトキハ其特約素ヨリ有效ナリ。但

第五七二條

シ次ノ二場合ニハ例外トシテ無効ナリ(五七二)。

イ) 賣主ガ擔保責任發生ノ原因タルベキ事實ノ

存在ヲ知レルニ拘ラズ之ヲ買主ニ告ゲザリシトキ。

蓋シ此種ノ場合ニ擔保免除若クハ制限ノ特約ヲ爲スハ善良ノ風俗ニ反スルヲ以テナリ。而シテ本例外ノ精神ハ相手方ノ不知ニ乘ジテ事實ヲ秘シ以テ自己ニ利益ナル特約ヲ爲スコトヲ妨グルノ點ニ存スルガ故ニ買主亦其告ゲラルルコトヲ俟タズシテ既ニ其事實ヲ知レルトキハ本例外ノ適用ナシト云ハザルベカラズ。

ロ) 賣買ノ目的物タル權利ガ他人ニ屬スルカ又ハ其目的物ニ付キ他人ガ權利ヲ有スルガ爲メ擔保責任ヲ生ズベキ場合(五六一乃至五六四、五六六、五六七)ニ於テ其權利ガ賣主「自ラ第三者ノ爲メニ設定シ又ハ之ニ讓渡シタル」モノナルトキ。

蓋シ賣主ハ其自ラ設定又ハ讓渡シタル權利ノ存在スルコトヲ知ルヲ當然トスベキニ依リ假ニ之ヲ忘却シテ賣買ヲ爲シタル場合ト雖モ尙知リテ告ゲザリシ場合ト同一ニ取扱フヲ正當トスレバナリ。而シテ買主權利ノ存在ヲ知レルトキハ本例外ノ適用ナキコト上述ノ場合ニ同ジ。尙本例外ハ(第一)賣主ガ賣買成立ニ先チテ第三者ノ爲メニ權利ヲ設定シ又ハ之ニ讓渡シタル場合ノミナラズ、(第二)賣買締結以後ニ於テ未ダ財產權ガ買主ニ移轉セズ又ハ移轉セルモ

本例外ノ適用範圍ニ關スル異說

尙之ガ對抗要件具備セザルヲ利用シテ賣主自ラ第三者ノ爲メニ權利ヲ設定又ハ讓渡シ且其對抗要件ヲ完了セル場合ニモ適用セラルベシト爲スヲ通説トスルモ¹⁶⁾、元來法定ノ擔保責任ハ凡テ賣買ノ目的物ニ關スル缺點ガ既ニ契約成立前ヨリ存在スル場合ニノミ生ズルモノナレバ其廢除ヲ目的トスル特約モ亦單ニ上記第一ノ場合ノミニ關スルモノト解スルヲ正當トス。右第二ノ場合ハ通常ノ債務不履行乃至不法行爲ナルガ故ニ、之ニ因リテ生ズル責任ハ全然擔保責任ノ問題ト關係ナク、而シテ債務不履行乃至不法行爲ニ關シテ故意ニ對スル責任ヲ除外スル特約ノ無効ナルハ素ヨリ當然ニシテ(九〇)敢テ本條ノ規定ヲ俟ツヲ要セザルナリ¹⁷⁾。

責任加重
特約

二) 法定以上ノ擔保責任ヲ負擔スル特約

以上ト反對ニ法定ノ擔保責任以上ニ大ナル責任ヲ負フ旨ノ特約又ハ法律ガ全然擔保責任ヲ認メ居ラザル場合ニ付キテ擔保責任ヲ設定スル特約モ亦公序良俗ニ違反セザル限り之ヲ有效ナリト云ハザルベカラズ。而シテ如何ナル事項ニ對シテ擔保スルカ並ニ如何ナル方法ヲ以テ擔保スルカハ凡テ當事者ノ任意ニ

16) 梅氏要義三 573 註、横田氏各論 353—、村上氏各論 445、岡松氏理由三 572 註。

17) 石坂氏民法三 二 421 參照。

定メ得ル所ナルガ故ニ具體的ノ事實ニ付テ此等ノ事項疑問トナレルトキハ意思解釋ニ依リテ之ヲ決スルノ外ナシ。但シ民法ハ債權ノ賣買ニ於ケル債務者ノ資力ヲ擔保スル特約ニ付キテノミ特ニ下記ノ如キ解釋法規ヲ設ケタリ。

債權賣買ニ於ケル擔保特約ニ關スル解釋法規

元來債權ノ賣買ニ於テ(一)其目的タル債權存在セザルトキハ賣買ハ無効ニシテ¹⁸⁾素ヨリ擔保責任ノ問題ヲ生ゼズ、唯無効ノ結果トシテ消極的契約利益賠償ノ問題ヲ生ズルノミ。(二)其債權ガ賣主以外ノ第三者ニ屬スルトキハ第五六一條ニ依リテ擔保責任ヲ生ズ。(三)反之債權ノ賣主ハ債務者ノ資力ヲ擔保スルノ責任ナキモノナルコトヲ原則トス¹⁹⁾。蓋シ債權ノ價值ハ本來債務者ノ資力如何ニ依リテ定マルモノナリト雖モ之ガ賣買ハ寧ロ多少ノ投機的分子ヲ包含セルモノナレバナリ。而シテ當事者特ニ相約シテ資力擔保ノ義務ヲ設ケタルトキハ其有效ナルコト素ヨリナリト雖モ、元來債務者ノ資力ハ常ニ消長シテ已ムコトナキガ故ニ其擔保セラルル資力ガ何時ノモノナルカハ實際上重要ナル價值ヲ有スル問題ニシテ或

18) 119 頁參照。

19) 尤モ賣主ガ債務者ノ資力不十分ナルコトヲ知レルニ拘ラズ之ヲ充分ナリト稱シテ賣却ノタルトキハ場合ニ依リ買主ハ詐欺(296)ヲ理由トシテ賣買ヲ取消シ得ルコトアルベク又或ハ不法行爲ヲ理由トシテ損害賠償ヲ請求シ得ルコトアルベシ。

第五六九條

ハ賣買締結當時ニ於ケル現在ノ資力ナルコトアリ、或ハ辨濟期ニ於ケル資力ナルコトアリ、又其他當事者在意ニ之ヲ定ムルコトヲ得ベシ。從ヒテ民法ハ特ニ下記ノ意思解釋規定ヲ設ケテ當事者ノ意思不明ナル場合ニ備ヘタリ。

イ) 「債權ノ賣主ガ債務者ノ資力ヲ擔保シタルトキハ(賣買)契約ノ當時²⁰⁾ニ於ケル資力ヲ擔保シタルモノト推定ス」(五六九¹⁾)。而シテ此場合ニアリテハ其債權ガ既ニ辨濟期ニ在ルト否トヲ問ハザルモノトス。

ロ) 「辨濟期ニ至ラザル債權ノ賣主ガ債務者ノ將來ノ資力ヲ擔保シタルトキハ辨濟ノ期日(辨濟期)ニ於ケル資力ヲ擔保シタルモノト推定ス」(五六九¹¹⁾)。

反之既ニ辨濟期ニ在ル債權ノ賣主ガ將來ノ資力ヲ擔保シタルトキハ素ヨリ本規定ヲ適用スベキ限リニ在ラズ。此場合ニ於テハ若シ其擔保責任存續期間ノ定メナキトキハ何時ニテモ債權者ガ強制執行ヲ爲セル當時ノ資力ヲ擔保セザルベカラザルモノトス。

以上ノ如ク賣主ガ或一定ノ時期ニ於ケル債務者ノ資力ヲ擔保セル場合ニ於テ其時期ニ於ケル債務者ノ資力ノ不足ガ原因トナリテ買主ガ完全ナル履行ヲ得

20) 反之獨民 438 ニテハ賣買ノ履行トシテ實際債權讓渡ヲ爲ス當時ノ資力ヲ擔保スルモノト推定セリ。

ルコト能ハザルトキハ賣主ハ因リテ生ズル買主ノ損害ヲ填補セザルベカラズ。而シテ其填補方法ノ如何ハ當事者ノ任意ニ定メ得ル所ナリト雖モ意思不明ナルトキハ金錢賠償ヲ爲スベキモノナリト信ズ。蓋シ一般ニ資力ヲ擔保スルトハ債務ノ履行夫レ自身ヲ保證スルノ意ニアラズシテ債權者ガ金錢債權ニ付テノ強制執行ヲ爲スニ際シ其目的タルベキ資力ヲ擔保スルノ意ナルガ故ニ賣買ノ目的タル債權ガ金錢ノ支拂ヲ目的トスル債權ニアラザル場合ニアリテモ賣主ノ擔保スル所ハ其債權本來ノ履行ニアラズシテ其債權ガ不履行ノ爲メ金錢賠償ノ債權ニ變ジタル後ニ於ケル強制執行ニ對スル資力ナリト解スルヲ正當トスレバナリ²¹⁾。

乙 擔保責任ノ種類

一 他人ノ權利ノ賣買ニ於ケル擔保責任

一) 目的タル權利ノ全部ガ他人ニ屬スル場合

他人ノ權利ヲ以テ賣買ノ目的ト爲シタル場合ニ「賣主ガ其賣却シタル權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移

擔保責任ノ種類 (一)他人ノ權利ノ賣買ニ於ケル擔保責任 (4)權利ノ全部ガ他人ニ屬スル場合

21) 學者或ハ本文ト反對ニ「此種ノ擔保ノ效果トシテ賣渡人ニ於テ其債務ノ履行ヲ爲スベキ責任ズベク而シテ債務ノ性質ガ賣渡人ニ於テ代リテ之ヲ爲スコトヲ得ザルモノナルトキハ損害賠償ノ責任ズベシ」ト説ケルモ(清瀨氏各論前 100)縱令賣主ニ於テ代リテ履行シ得ル場合ト雖モ其債務本來ノ物體タル故ニ同一給付ヲ爲スベキコトヲ約スルハ寧ロ保證契約ニシテ賣主ノ責任ニ該當セズ。

轉スルコト能ハザルトキハ」賣主又ハ買主ガ契約ノ當時其賣却シタル權利ノ賣主ニ屬セザルコトヲ知リタルト否トヲ問ハズシテ「買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」(五六一)。

第五六一條

イ) 要件 本條ニ依ル解除ハ第五四三條ニ依ル解除ニアラザルガ故ニ敢テ履行ノ不能ガ債務者即チ賣主ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リタルコトヲ必要トセズ。然レドモ本條ヲ適用スルガ爲メニハ賣買ノ目的タル權利ガ他人ニ屬スルコトヲ原因トシテ即チ他人ガ權利移轉ヲ承諾セザルガ爲メニ履行不能トナリタルコトヲ要スルモノニシテ、縱令他人ノ權利ガ賣買ノ目的タル場合ニアリテモ、或ハ火災洪水其他不慮ノ出來事等ニ因リテ其權利ガ滅失シタルガ爲メニ之ヲ取得シ得ズ²³⁾、或ハ賣主ガ一旦他人ヨリ權利移轉ヲ受ケタルモ自己ノ過失ニ因リテ之ヲ滅失セシメ又ハ之ヲ他ニ轉讓シタル等ノ理由ニ因リテ履行不能トナレル場合ニハ履行不能ノ一般原則ニ依ルベキモノニシテ本條ヲ適用スベカラズ。此事法文ノ特ニ明言スル所ニアラズト雖モ本條ガ此場合ニ限リテ一般原則以上ノ嚴重ナル責任ヲ規定セルノ精神ヨリ考フルトキハ寧ロ上述ノ如ク制限的ニ解釋スルヲ

23) 横田氏各論 303 ハ此場合モ本條ノ適用ヲ受クベシト云ヘリ。

適當ナリトス²³⁾。

ロ) 解除ノ結果 解除ノ結果ハ凡テ第五四五條ノ一般原則ノ適用ヲ受クベシ²⁴⁾。然レドモ本條ニ因ル解除ハ通常ノ履行不能ヲ原因トスル解除(五四三)ニアラザルガ故ニ解除ト同時ニ損害賠償ノ請求ヲ爲シ得ベキヤ否ヤ疑問ナリト雖モ「契約ノ當時其權利ノ賣主ニ屬セザルコト」ヲ知ラザリシ買主ハ履行アルベキコトニ信賴シタル結果損害ヲ蒙ルコトアリ得ルノミナラズ、後ニ説明スル本條但書ノ反對解釋ニ依レバ賠償請求權アルモノト解スルヲ正當トス。然レドモ本條ニ依ル損害賠償ハ第五四五條第三項ニ所謂損害賠償^{24a)}ノ如ク債務不履行ヲ原因トスルモノニアラズ。何トナレバ履行不能ヲ原因トスレドモ而カモ故意過失アルコトヲ要求セズ從ヒテ解除以前ニアリテハ未ダ何等ノ損害賠償發生シ居ラザルガ故ニ第五四五條第三項適用ノ餘地ナケレバナリ。故

23) 例ヘバ他人ノ物ノ賣買ニ於テ賣主未ダ之ヲ他人ヨリ取得セザルニ先立チ火災ノ爲メ其物滅失セル場合ニハ賣主ノ債務ハ履行不能ノ爲メ當然ニ消滅シ買主危險ヲ負擔スルノ結果ヲ生ズ(§ 534)(165頁參照)。然レニ此場合ニ買主本條ニ依リテ契約ヲ解除シ得ベシトセバ§ 534ハ此場合ニ付キテ其適用ヲ見ザルコトトナリ自己ノ物ノ賣買ニ比シテ著シク損害ヲ失ス。

24) 從ヒテ買主既ニ代金ヲ支拂ヒ居タルトキハ之ガ返還ヲ請求スルヲ得(東商五・一〇・二八新聞一二〇四)。

24a) 267頁以下參照。

ニ賣主ガ他人ノ權利ナルコトヲ告ゲザリシコトヲ原因トシテ解除アリタルガ爲メ買主ノ蒙リタル信賴利益(消極的利益)ノ損失ヲ賠償セシムルコトヲ目的トスル特殊ノ無過失賠償責任ニシテ法理上寧ロ不法行爲責任ノ一種ニ屬スルモノナリト解スルヲ正當トス²⁵⁾。斯クノ如ク右ノ賠償責任ハ賣主ノ不告知ヲ原因トスルモノナルガ故ニ買主ガ「契約ノ當時其權利ノ賣主ニ屬セザルコトヲ知リタルトキハ(縱令解除ヲ爲スト雖モ)損害賠償ノ請求ヲ爲スヲ得ズ」(五六一但)。蓋シ此場合ニ於テハ縱令買主損害ヲ蒙リタリトスルモ其損害ト賣主ノ不告知トノ間ニハ因果ノ關係ナケレバ也。

(口)權利ノ一部ガ他人ニ屬スル場合

二) 目的タル權利ノ一部が他人ニ屬スル場合

「賣買ノ目的タル權利ノ一部が他人ニ屬スル²⁶⁾ニ因リ賣主ガ之ヲ買主ニ移轉スルコト能ハザルトキハ買主ハ

第五六三條 代金減額請求

1) 其足ラザル部分ノ割合ニ應ジテ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得」(五六三¹⁾。(一)代金減額請求權ノ性質 本條ニ所謂「代金減額ノ請求」ハ買

25) 124 頁參照。
26) 例：一百俵ノ米ヲ賣却シタルニ其中二十俵ガ他人ノ所有物ナリシ場合、賣主一個ノ所有地ナリトシテ賣買シタルニ實ハ賣主ト他人トノ共有地ナリシ場合等。
27) 此場合ニモ(一)賣主ガ他人ニ屬スルノ事實ヲ知リタルト否トヲ問ハズ、(二)又賣主ガ履行シ得ザルニ付キ過失アリキ否ヲ問ハズルコト上述セル § 561ノ場合ニ同シ。

主一方ノ意思表示ニ依リテ效力ヲ生ズルモノニシテ敢テ賣主ノ同意ヲ得ルコトヲ要セザルモノナレバ²⁸⁾其權利ハ形成權ニシテ請求權ニアラズ。而シテ右ノ請求アルトキハ獨リ買主ノ代金義務ノ範圍ガ縮少セラレルノミナラズ賣主ノ義務中履行スルコト能ハザルニ至レル部分モ亦當然ニ消滅スルモノト解ヒザルベカラザルガ故ニ此權利ノ性質ハ契約ノ一部解除權ナリト解スルヲ正當トス²⁹⁾。從ヒテ解除ニ關スル一般原則ノ適用ヲ受クベシ。(二)行使 買主代金減額請求權ヲ行使スルニハ賣主ニ對スル意思表示ニ依ルヲ要スルコト一般ノ解除ニ於ケルト同様ナリ(五四〇¹⁾)。而シテ實際單ニ抽象的ニ減額ヲ請求スル旨ヲ表示スルヲ以テ足レヤ又ハ何程ノ減額ヲ請求スルカヲ具體的ニ指示スルコトヲ要スルヤハ頗ル疑問ナリト雖モ元來減額ノ程度ハ目的タル權利ノ「足ラザル部分ノ割合ニ應ジテ」定マルモノナレバ其分量ハ初メヨリ客觀的ニ確定セルモノナルガ故ニ敢テ買主ニ於テ其分量ヲ表示セザルモ減額請求ノ意思表示ハ何等其效力ヲ害セラレザルモノト解スルヲ正當トス。(三)效果 右ノ意思表示アルトキハ當

28) 同前橫田氏各論 306。
29) 同前橫田氏各論 306、清瀨氏各論前 93、梅氏要義三 § 563註、村上氏各論 402。

事者雙方ノ債務ハ所謂「其足ラザル部分ノ割合ニ應ジテ」當然ニ縮少セラルルモノニシテ其「足ラザル部分ノ割合」ヲ計算スルニハ目的物ノ數量ノミニ依ルニアラズシテ其價值效用ヲ標準トスベキモノナルコト勿論ナリ。

尙買主本規定ヲ援用スルガ爲メニハ自ら善意ナルヲ要セズ權利ノ一部ガ他人ニ屬スルコトヲ知リタル場合ト雖モ尙可ナリ。蓋シ本規定ハ單ニ當事者間ノ公平ヲ期スルコトヲ目的トスルモノナレバナリ。

解除

□) 「前項ノ場合ニ於テ殘存スル部分ノミナレバ買主ガ之ヲ買受ケザルベカリシトキハ善意ノ買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」(五六三^{II})。茲ニ「殘存スル部分ノミナレバ買主ガ之ヲ買受ケザルベカリシトキ」トハ買主ガ單ニ賣買ノ當時内心ニ於テ其意思ヲ有シタルノミヲ以テ足レリトスルニアラズシテ特ニ當事者雙方ノ間ニ合意成立セルカ又ハ少クトモ雙方共ニ其意思ナリシコトガ契約ノ内容主旨等ヨリ推測セラルルコトヲ必要トス³⁰⁾。蓋シ買主一方ノ内部的意思ノミニ依リテ法律行爲ノ效力ヲ左右スルコトヲ認ムルハ單純ナル動機ニ法律的效力ヲ與ヘザ

30) 横田氏各論 309ハ契約締結當時ニ於ケル買主ノ主觀的判斷ニ依ルベキモノナリト説ケリ。

ルコトヲ原則トスル民法ノ精神³¹⁾ニ背反スルノミナラズ結果ノ點ヨリ云フモ不當ニ賣主ノ地位ヲ頗ル不安ナラシムルニ至ルベキヲ以テナリ。而シテ其事實ハ特ニ之ヲ主張スル買主ニ於テ立證スルコトヲ要ス。蓋シ第五六三條第二項ハ第一項ニ對シテ例外的地位ニ立テラルヲ以テナリ。尙本規定ヲ適用スルガ爲メニハ賣主ノ善意惡意ヲ問ハザレドモ買主ハ必ズ善意ナルコト即チ契約ノ當時權利ノ一部ガ他人ニ屬スルノ事實ヲ知ラザリシコトヲ要ス。

ハ) 「代金減額ノ請求又ハ契約ノ解除ハ善意ノ買主ガ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ゲズ」(五六三^{III})。本條ノ「代金減額ノ請求(即チ一部解除)又ハ契約ノ解除」ハ何レモ賣主ノ故意過失ヲ必要トセザルガ故ニ第五四三條ノ解除ニアラズ。故ニ其所謂損害賠償モ亦第五四五條第三項ノ夫レト異ナレルモノニシテ上述セル第五六一條ノ夫レト同一ナリト解スルヲ正當ナリト信ズ。

以上ニ説明セル代金減額請求權、解除權及ビ損害賠償請求權^{31a)}ハ何レモ (一)「買主ガ善意ナリシトキハ事實ヲ知リタル時ヨリ、(二)惡意ナリシトキハ

第五六四條

31) 民 22 90,95ニ關スル一般學者ノ說明參照。

31a) 買主ガ § 563ニ依リテ代金減額請求又ハ解除ヲ爲サズシテ債務不履行ノ一般原則(§ 415)ニ依リテ直接損害賠償ノ請求ヲ爲スニ付キテハ本條ノ適用ナシ。蓋シ本條ハ § 563ノ賠償請求即チ代金減額請求又ハ解除アリタル場合ノ賠償請求ノミニ關スル規定ニシテ § 415ノ賠償請求ニ對シテハ全然無關係ナレバ也(對大審三八・一〇・六民錄一— 1311)。從ヒテ § 545ニ依リテ解除ヲ爲シタル場合ノ賠償請求モ亦本條ノ適用ヲ受クルコトナシ。

契約ノ時ヨリ一年內ニ之ヲ行使スルコトヲ要ス」(五六四)ルモノニシテ空シク其期間ヲ經過スルトキハ權利ハ之ニ因リテ消滅ス。而シテ右ノ一年ノ期間ハ除斥期間即チ權利存續ノ期間ニシテ時効期間ニアラザルガ故ニ³²⁾時効ノ中ニ其他消滅時効ニ關スル一般原則ノ適用ナシ。尤モ例ヘバ買主ガ善意ナルママニテ一般ノ時効期間ヲ經過セルトキハ敢テ本條ノ適

32) 然レドモ一年內ニ一度行使シタル以上以後其效果ハ通常ノ時効期間內存續スルモノト解セザルベカラズ。(一)此コト代金減額請求權及解除權ニ付テハ何等ノ疑ナシ。蓋シ此等ノ權利ノ行使アルトキハ新ニ解除ニ因ル各種ノ效果發生スルヲ以テ也。(二)反之損害賠償請求權ハ其行使ニ因リテ別箇ノ效果ヲ生ズルモノニアラズシテ終始同一ノ權利存續スルニ過ギザルヲ以テ一旦行使スレモ其履行ヲ得ズシテ一年ノ期間ヲ過グルトキハ權利消滅スルノト解セザルベカラザルガ如シ。然レドモ上述セル代金減額並ニ解除トノ比較及實際ノ結果ヨリ考フルモ一旦行使アリタル以上ハ一年ヲ經過スルモ消滅ヲ來サザルモノト解スルヲ正當トス(同說東空二・六・二新聞八八四)。但シ反對說三アリ。(イ)一年ノ期間ハ出訴期限ナルガ故ニ其期間內ニ訴ヲ提起セザルトキハ訴權消滅スレドモ權利其モノハ消滅セズトスル說(中島氏論文集467一)。然レドモ此說ハ法文上何等ノ根據ナシ。(ロ)一年內ニ行使スルモ一年ヲ經過スレバ消滅トスル說(石坂氏研究三 502一)。然レドモ此說ニ依レバ一年內ニ行使シ而シテ例ヘバ訴訟ノ繫屬中一年ヲ經過スルモ權利ハ直ニ消滅スルモノト云ハザルベカラズ。又上述セル代金減額請求權及ビ解除權ハ一旦ノ行使ニ因リテ效果ヲ生ジ而シテ其效果ハ一年後モ尙存續スルコト理論上明白ナルニ拘ラズ賠償請求權ノミハ一年ノ經過ニ依リテ消滅スト爲スハ徒ラニ概念的理論ニ提ハレタルモノニシテ法文ノ眞精神ヲ沒却シ反ツテ不合理ナル結果ニ陷レモノト云ハザルベカラズ。(ハ)一年內ニ行使シ而シテ行使ノ繼續中一年ヲ經過スルモ權利消滅セズ反之行使ガ一旦中止シタル後一年ヲ經過スルトキハ權利消滅ストスル說。然レドモ本說ハ法文上何等ノ根據ナキノミナラズ代金減額並ニ解除トノ比較ヨリ云フモ不可也。

33) 理由：一(1) § 564ノ文字ガ「……一年內ニ行使スルコトヲ要ス」ト云ヘルヨリ見レバ一年內ノミ權利ガ存續スルコトヲ定メタルモノト解セザルベカラズ。(2)本條ガ「時効ニ因リテ消滅ス」トノ文字ヲ使用セザルコトハ舊民法ノ用語例ニ照シテ (§§ 126, 293, 596, 426, 724, 759, 894, 966, 102, 1145) 其時効期間ニアラザルコトヲ論セシム。同說石坂氏研究三 502一、橫河氏論312。

用ヲ俟ツコトナク時効ニ因リテ消滅ヲ來スベシ。

以上ハ凡テ他人ノ權利ノ賣買ニ於ケル買主保護ノ手段ニ關ス。然レニ民法ハ權利ノ全部ガ他人ニ屬スル場合ニ限リ其外特ニ下記ノ規定ヲ設ケテ賣主ニ對シテモ解除權ヲ認メタリ^{33a)}。蓋シ他人ノ權利ノ賣主ト雖モ苟モ其他人ノモノナルコトヲ知ラザリシ限リハ買主ニ損害ヲ及ボナザル程度ニ於テ成ルベク之ニ保護ヲ與フルヲ公平トスベク而シテ賣主ガ其ノ權利者ニ對スル自己ノ返還義務ノ履行ヲ確實ニスルガ爲メニハ速カニ賣買ヲ解除シテ目的物ヲ取り還シ置クヲ便宜トスレバナリ。

他人ノ權利ノ賣主ノ解除權

「賣主ガ契約ノ當時其賣却シタル權利ノ自己ニ屬セザルコトヲ知ラザリシ場合ニ於テ其權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉スルコト能ハザルトキハ

第五六二條

1) (買主ガ契約ノ當時買受ケタル權利ノ賣主ニ屬セザルコトヲ知ラザリシ場合ニ限リテ) 賣主ハ損害ヲ賠償シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」(五六二¹⁾。

2) 反之「買主ガ契約ノ當時其買受ケタル權利ノ賣主ニ屬セザルコトヲ知リタルトキハ賣主ハ買主ニ對シ單ニ其賣却シタル權利ヲ移轉スルコト能ハザル旨ヲ通知シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」(五六二²⁾)。蓋シ買主ガ權利ノ他人ノモノナルヲ知レルトキハ或ハ之ヲ取得シ得ザルベキコトヲ豫想セルモノナルガ故ニ解除ノ爲メ特ニ損害ヲ蒙ルノ虞ナケレバナリ。

33a) 反之權利ノ一部ガ他人ニ屬スル場合ニ付キテハ賣主此種ノ權利ヲ有スルコトナシ。

(二)目的物ニ關スル原始的一部不能ニ對スル責任
(イ)「能ガ數量ニ付テ存スル場合

二 賣買ノ目的物ニ關スル原始的一部不能ニ對スル擔保責任

一) 不能ノ原因ガ目的タル物ノ數量ノ不足ニ存スル場合

「數量ヲ指示シテ賣買シタル物が不足ナル場合及ビ物ノ一部ガ契約ノ當時既ニ滅失シタル場合ニ於テ買主ガ其不足又ハ滅失ヲ知ラザリシトキハ前二條ノ規定ヲ準用ス」(五六五)³⁴⁾

第五六五條案件

1) 要件 本條ヲ適用スルガ爲メニハ左記ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス。

1) 賣買ガ物(即チ所有權ノ移轉)ヲ目的トセルコト

2) 下記ノ二場合中ノ何レカニ該當スルコト

(一)「數量ヲ指示シテ賣買シタル物が不足ナル場合」例ヘバ一定ノ土地ヲ千坪アリトシテ賣買シタルニ實測ノ結果九百坪ニ過ギザルコト明カトナルルガ如キ場合ヲ云フ。元來賣買ニ際シテ其目的タル物ノ數量ヲ指示スル場合ニ三種ノ別アリ。(第一)一定ノ數量アルコトヲ條件トシテ賣買ヲ爲セル場合、(第二)一定ノ數量アルコトガ契約ノ基礎ヲ爲セル場

34) 本條ノ場合ト反對ニ數量ヲ指示シテ賣買シタル物が其數量ヲ超過セル場合ニ付キテハ民法何等ノ規定ヲ設クルコトナシ。故ニ此場合ニ代金増額ヲ請求シ得ベキヤ否ヤノ問題ハ凡テ當事者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ決セザルベカラズ(同說大審四一・三・一八民錄一四カ5)。例ヘバ其數量ヲ標準トシテ代金額ヲ定メタル場合ニハ超過額ニ應ジテ代金増額ヲ請求シ得ルヲ原則トスベシト雖モ當事者何レモ精確ナル數量ヲ知ラザルガ爲メ大凡ノ數量ヲ標準トシテ代金額ヲ定メタルトモ實ハ主トシテ特定ノ目的物夫レ自身ニ着眼シテ契約セルニ過ギザルトキハ超過數量アリト雖モ請求シ得ルベシ。

合例ヘバ一坪一圓ニテ全部千坪ナルガ故ニ代金ヲ一千圓ト定メタルガ如キ場合³⁵⁾、(第三)一定ノ數量アルコトガ表示セラレタレドモ第二ノ場合ノ如ク其數量アルコトヲ特ニ契約ノ基礎トセザル場合即チ之レナリ。此等ノ中第一ノ場合ハ一定ノ數量アルコトヲ契約ノ要素ト爲セルモノナレバ理論上法律行爲ノ要素ニ錯誤アルモノトシテ賣買無効トナリ從ヒテ本條ノ適用ヲ受クルノ餘地ナキノ感アリト雖モ民法ハ數量不足セル現存ノ部分ノミニテハ買主ガ之ヲ買受ケザルベカリシ場合ト雖モ尙當然ニ賣買ヲ無効ナラシメザルガ故ニ(五六五、五六三^{II})此種ノ場合モ亦本條ノ適用ヲ受クルモノト解セザルベカラズ³⁶⁾。次ニ第二ノ場合ハ勿論本條ノ適用ヲ受クルモノト解セザルベカラズト雖モ³⁷⁾第三ノ場合ニハ適用ナシト解スルヲ穩當トスベシ。蓋シ此場合ニハ當事者ハ契約ノ目的タル特定物夫レ自身ヲ基礎トスルモノニシテ數量ノ表示ハ契約ノ内容ニ對シ何等ノ標準ヲ與ヘザルモノナレバ數量ノ不足アリト雖モ之ガ爲メ契約變

35) 此場合ト雖モ當事者何レモ精確ノ數量ヲ知ラザルガ爲メ大凡ノ數量ヲ標準トシテ代金額ヲ定メタルガ如キ場合ニハ實ハ數量ヲ基礎トスルニアラズシテ主トシテ特定ノ目的物夫レ自身ニ着眼シテ賣買セルモノナレバ寧ロ第三ノ場合ニ入ルモノトス。
36) 東控六・六・七判例二二五民980ガ此種ノ場合ニ對シテ95ヲ適用スルノ餘地アルコトヲ說ケルハ誤レリ。
37) 同說東控三・三・一九評論三民219。

更ヲ生ゼシムルノ理由トナラザレバナリ³⁸⁾。尙數量ガ毫モ契約上ニ表示セラレザルトキハ本條ノ適用ヲ生ゼザルコト勿論ナリ。 (二)「物ノ一部ガ契約ノ當時既ニ滅失シタル場合」本來存在シタル物が契約締結前既ニ一部分滅失シタル場合ヲ云フ。是等二個ノ場合ニハ或ハ一定ノ數量アリトシテ賣買シ或ハ完全ナリトシテ賣買シタルニ實際上數量不足シ又ハ一部分滅失セルモノナレバ契約ハ原始的一部不能ノ給付ヲ目的トスルモノト解セザルベカラズ。

3)「買主ガ其不足又ハ滅失ヲ知ラザリシ」コト 故ニ第五六三條第一項ノ場合ト異ナリテ代金減額ノ請求ヲ爲スニ付キテモ亦買主ノ善意ナルコトヲ必要トス。蓋シ彼ニアリテハ他人ノ權利ト雖モ尙之ヲ取得シテ完全ニ履行シ得ルノ餘地アルガ故ニ買主惡意ナリト雖モ尙代金ヲ減額シ得シムルノ要アリト雖モ本條ノ場合ニアリテハ初メヨリ履行不能ナルコト確定セルガ故ニ惡意ノ買主ヲ保護スルノ必要毫モ存セザレバナリ。

尙以上ノ外賣主ノ善意惡意ハ毫モ之ヲ問フコトナシ。

效果

□)效果 以上ノ要件ヲ備フルトキハ上述

38 同說横田氏各論 315-6。

セル第五六三條及ビ第五六四條ノ準用ニ依リテ左記效果ヲ生ズ。

1) 買主ハ不足又ハ滅失シタル部分ノ割合ニ 代金減額
應ジテ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得(五六五、五六三¹⁾)。 故ニ數量不足ノ場合ニハ之ニ因リテ生ズル價值ノ低下ヲ標準トシテ代金ヲ減ズベク單ニ不足數量ノミニ比例シテ代金減額ヲ行フベキニアラズ、又一部分滅失ノ場合ニハ其滅失ニ因リテ生ジタル目的物ノ價值減少ノ割合ニ依リテ代金ヲ減ズベキモノトス。

2) 現存ノ部分ノミナレバ買主ガ之ヲ買受ケ 解除
ザルベカリシトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得(五六五、五六三²⁾)。

3) 代金減額ノ請求又ハ契約ノ解除ハ買主ガ 損害賠償
損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ゲズ(五六五、五六三³⁾)。 此場合ニ於ケル損害賠償ハ凡テ上述セル原始不能ニ因ル損害賠償ノ性質³⁹⁾ヲ有スルモノニシテ買主ガ可能ナルベキコトニ信賴シタルガ爲メニ蒙リタル損害(消極的契約利益、信賴利益)ヲ以テ其目的トス。

4) 然ラバ次ニ本條ノ場合ニ買主ハ代金減額 履行ニ代
ノ請求又ハ解除ヲ爲サズシテ一部不能ノ部分ニ對シ ハル賠償
請求ノ能
否

39) 121 頁以下參照。

純理論

テ履行ニ代ハルベキ損害賠償ヲ請求シ得ルカ。何等ノ明文ナキガ故ニ頗ル疑問ナレドモ本條ハ原始的ニ一部不能ナルニ拘ラズ其不能部分ニ關スル債務ヲモ初メヨリ全然不發生ニ終ラシムルコトナク其部分ヲモ包含シテ一旦契約全部ノ效力ヲ發生セシムルノ主義ヲ採レルモノナルコト本條ガ買主保護ノ手段トシテ代金減額請求(一部解除)又ハ解除ノ如キ方法ヲ認メタルニ依リテ明カナリ。蓋シ若シ初メヨリ不能部分ニ關スル債務ガ發生セザルモノナリトセバ後ヨリ其部分ヲ解除スルノ餘地ナケレバナリ。而カモ其不能部分ニ對スル債務ハ本來ノ給付ヲ内容トシテ發生スルコト不可能ナルガ故ニ初メヨリ本來ノ不能給付ニ代ハルベキ損害賠償ヲ内容トシテ發生スルモノト解スルヲ以テ純理上ヨリ生ズル當然ノ結論トセザルベカラズ⁴⁰⁾。然レドモ本條ハ賣買ノ目的物ノ缺點ニ因ル買主ノ不利益ヲ除去スル方法トシテ代金減額(一部解除)ニ依ル買主ノ義務ノ縮少及解除ノ爲メ生ズル損害ノ賠償請求ヲ認ムルノミニシテ第五六六條ノ如ク解除又ハ代金減額ヲ爲サズシテ直ニ損害賠償ヲ請求シ得ベキコトヲ規定セザルガ故ニ民法ノ解釋

本條ノ解釋

40) 原始不能ガ常ニ必ズシモ債務ヲ不發生ニ終ラシムルモノニアラズシテ履行ニ代ハル損害賠償ヲ内容トスル債務ヲ發生セシメ得ルノ理請ニ付キテハ185頁註57、拙稿法協三四三4一、岡松氏無過失責任論247一參照。

トシテハ不能部分ニ對スル履行ニ代ハル損害賠償ノ請求ヲ許サザルモノナリト解スルヲ正當トスベシ。

尙以上1、2、3ノ權利ハ買主ガ不足又ハ滅失ノ事實ヲ知リタル時ヨリ一年內ニ之ヲ行使スルコトヲ要ス(五六五、五六四)。

二) 賣買ノ目的タル權利ガ他ノ權利ニ依リテ制限セラレタル場合。

1) 權利ノ存在ノミニ因リテ擔保責任ヲ生ズル場合。

賣買ノ目的物⁴¹⁾ガ地上權、永小作權、地役權、留置權若クハ質權ノ如キ他物權ノ目的タル場合又ハ登記タル不動産賃借權(又ハ建物保護法第一條第一項ノ要件ヲ具備スル土地賃借權^{41a)})ノ目的タル場合ニ於テ買主之ヲ知ラザリシトキハ賣主ノ善意惡意ヲ問ハズシテ

1) 「之ガ爲メ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハザル場合ニ限リ買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」(五六六¹¹⁾)。茲ニ「契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハザル場合」トハ第五六三條ニ所謂「殘存スル部分ノミナレバ買主ガ之ヲ買受ケザルベカリシトキ」ト同一義ニシテ其「目的」ハ買主一個ノ内心

41) 不動産ナルヲ通例トス。然レドモ動産モ亦留置權質權ノ目的トナリ得ベキガ故ニ本條ノ適用ヲ受ケク、又付産權ハ買主ノ目的物トナリ得ルガ故ニ(§362)亦本條ノ適用ヲ受ケベシ。

41a) 建物保護法§2參照。

(□)賣買ノ目的タル權利ガ他ノ權利ニ依リテ制限セラレタル場合
(1) 權利ノ存在ノミニ因リテ擔保責任ヲ生ズル場合
第五六六條第一項第二項

解除

此
後
の
事
件
ハ
後
述
ノ
如
ク
ナ
リ

ニ於テ定メラレタルヲ以テ足レリトセズシテ特ニ當事者雙方ノ間ニ合意成立セルカ又ハ少クトモ雙方共其意思ナリシコトガ契約ノ内容主旨等ヨリ推測セララルコトヲ要ス⁴²⁾。此ノコト凡ラ曩ニ第五六三條ニ付テ述べタル所ニ同ジ。而シテ當事者ハ目的達セラレザルニ於テハ初メヨリ賣買ヲ爲サザルベカリシモノナルガ故ニ此點ニ關スル錯誤ハ理論上要素ノ錯誤タル性質ヲ有スレドモ本條ハ尙之ヲ要素ノ錯誤ト取扱ハザルモノト解セザルベカラズ。蓋シ然ラズトセバ別ニ解除ヲ許スノ餘地ナケレバナリ⁴³⁾。

而シテ解除ヲ爲シタル場合ニ於テ尙其外損害アルトキハ之ガ賠償ヲ請求シ得ベシ。此ノコト第五六六條第一項後段ノ反對解釋ニ依リテ明カナリ。尙此損害賠償ノ性質ハ第五六五條第三項ニ於ケルモノト同一ナリト解セザルベカラズ。蓋シ契約ノ解除ヲ爲シタル上ニテ損害賠償ヲ爲シ得ベキコトヲ認ムルコト同條ニ於ケルト同一ナレバナリ。

損害賠償

2) 「其他ノ場合ニ於テハ損害賠償ノ請求ノミヲ爲スコトヲ得」(五六六¹⁾)。茲ニ所謂「損害賠償」ハ上述1ニ於ケルモノト全然性質ヲ異ニセルモノニシテ不能部分ニ對スル債務ノ履行ニ代ハルベキ

42) 同說東抄四・三・一〇新聞一〇一。

43) 同說岡松氏新報一八四79。

損害賠償ナリ。蓋シ本條ハ上述セル第五六五條ニ於ケルト同様一部不能ニ拘ラズ契約全部ヲシテ完全ニ効力ヲ生ゼシムルノ主義ヲ取レルモノト解スルヲ正當トスベク、而シテ同條ニ於ケルガ如ク敢テ解除又ハ代金減額ヲ爲スコトヲ要セズ換言スレバ依然トシテ契約全部(不能部分ヲモ包含ス)ヲ維持シタルママニテ直チニ損害賠償ヲ請求シ得ベキコトヲ認ムルガ故ニ賣主ノ給付中其不能部分ニ付キテハ初メヨリ履行ニ代ハル損害賠償ノ債務發生スルモノト解スルヲ正當トスレバナリ。

3) 買主ハ代金減額ノ請求ヲ爲スコト能ハズ。上述ノ如ク代金減額ノ請求ハ其性質一部ノ解除ニ外ナラザルガ故ニ本條ノ場合ニ付キテモ理論上之ヲ認メ得ザルノ筈ナシト雖モ、本條ノ場合ニアリテハ第五六三條又ハ第五六五條ノ場合ノ如ク欠缺ニ因ル目的物ノ價值減少ノ程度ヲ明ニスルコト容易ナラザルガ故ニ縱令代金減額ノ請求ヲ許スベシトスルモ減額ノ程度ヲ明ニスルコト頗ル困難ナリ。是レ本條ガ代金減額ノ請求ヲ許サズシテ之ニ代フルニ履行ニ代ハル損害賠償ノ請求ヲ以テセル所以ナリ。

4) 然ラバ次ニ買主ハ地上權其他ノ權利ノ除去ヲ請求シ得ベキカ。民法ガ本條所定ノ如キ目的

代金減額
請求ノ能
否

制限權利
ノ除去ヲ
請求シ得
ルカ

物ノ缺點アルモ契約全部ヲシテ完全ニ效力ヲ生ゼシムルノ主義ヲ採レルコトヨリ考フレバ先ニ2ノ條下ニ於テ説明シタルガ如ク單ニ履行ニ代ハル損害賠償ヲ請求シ得ルニ止マラズシテ缺點其物ノ除去ヲモ請求シ其請求功ヲ成サザルノ曉ニ於テ初メテ債務不履行ニ因ル損害賠償ヲ請求シ得ルモノト解スルヲ正當トスルカノ感アリ。蓋シ本條所定ノ缺點中ノ或ルモノハ第五六五條所定ノ缺點ト異ナリテ地上權者等ノ同意ヲ得ルニ於テハ之ヲ除去スルコト必ズシモ不能ニアラザレバナリ。然レドモ余輩ハ解釋上此問題ヲ消極ニ解セントスルモノニシテ其理由即チ下ノ如シ。(一)民法ガ他人ノ權利ノ賣買ニ付キテハ第五六〇條ノ規定ヲ設ケテ買主ニ缺點除去ノ請求權ヲ與ヘタルニ拘ラズ第五六六條ガ此點ニ關シテ何等規定スル所ナク反ツテ單ニ「契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」又ハ「損害賠償ノ請求ノミヲ爲スコトヲ得」ト規定セルニ過ギザルコトヨリ考フレバ民法ハ本條所定ノ缺點ヲ以テ原始不能ト考ヘ以テ其現實的除去ノ請求ヲ認メザリシモノト解スルヲ穩當トス。(二)又第五六一條以下ノ諸規定ハ解除其他ノ要件トシテ賣主ガ先ヅ缺點ノ現實的除去ヲ爲スコト能ハザリシコトヲ要求セルニ反シ、第五六六條ガ此種ノ要件ヲ要セズ

シテ直ニ解除又ハ賠償請求ヲ爲シ得ベキコトヲ認メタルヨリ考フレバ後者ニ付キテハ現實的除去ノ請求ヲ許サザルノ主旨ナリト解スルヲ正當トスベシ。(三)尙又純理上ヨリ考フルモ民法ガ原始的ニ不能ナルコト明白ナル「賣買ノ目的タル不動産ノ爲メニ存セリト稱セシ地役權ガ存セザリシトキ」(五六六^{II})ト其他ノ缺點トヲ一列ニ規定シテ何等差等ヲ設ケザリシコトヨリ考フレバ民法ハ其他ノ缺點ヲモ亦原始の一部不能ト解シ從ヒテ其現實的除去ノ請求ヲ許サザリシモノト爲スヲ妥當トスベシ(43a) 44)。

然レドモ賣主ガ進ミテ現實的除去ヲ爲セルトキハ之ニ因リテ如上ノ權利消滅スベキコト素ヨリナリ。蓋シ本條適用ノ必要存在セザルニ至ルヲ以テナリ。

尙以上ニ規定シタル「契約ノ解除又ハ損害賠償ノ請求ハ買主ガ事實ヲ知リタル時ヨリ一年内ニ之ヲ爲スコトヲ要ス」(五六六^{III})。此一年ノ期間モ亦除斥期

43a) 鳩山氏債權 133 モ亦完全ナル不動産所有權ヲ移轉スベキ場合ニ其不動産上ニ地上權、永小作權等ノ存在スル場合ハ一部不能ナリト云ヒ、石坂氏民法 三 二 564 ハ地役權、地上權等ガ設定セラレタル爲メ完全ナル所有權ヲ移轉スルコト能ハザル場合ハ一部不能ヲ生ズト云ヘリ。

44) 此點ニ關シ獨民ニハ「賣主ハ第三者ガ買主ニ對抗スルヲ得ベキ權利ヲ除去シテ (frei von Rechten, die vom Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können) 賣買ノ目的物ヲ買主ニ移轉スル義務ヲ負フ」(2434) 旨ノ規定アルガ故ニ全然吾民法ト解釋ヲ異ニセザルヲ得ズ。

間ノ性質ヲ有スルコト第五六四條ノ期間ニ同シ。

(2) 権利ノ行使ニ因リテ始メテ擔保責任ヲ生ズル場合

□) 權利ノ行使アルニ因リテ始メテ擔保責任ヲ生ズル場合

賣買ノ目的タル不動産ガ第三者ノ先取特權又ハ抵當權ノ目的タルコトハ夫レ自身賣買ノ目的物ノ缺點ナルガ故ニ第五六六條ニ付キテ述ベタル所ト同理ニ依リテ尙之ヲ原始的一部不能ト觀察セザルベカラズ。故ニ民法ハ下記ノ規定ヲ設ケテ買主ヲ保護セリ。

解除

1) 「賣買ノ目的タル不動産ノ上ニ存シタル先取特權又ハ抵當權ノ行使ニ因リ買主ガ其所有權ヲ失ヒタルトキハ買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」(五六七¹)。此等ノ權利ハ目的物ノ占有ヲ要素トセザルヲ以テ其存在夫レ自身ノミニテハ不動産ノ利用ヲ妨グルモノニアラザルガ故ニ單ニ夫レノミノ理由ニテハ未ダ解除ヲ許スニ足ラズ。故ニ民法ハ其權利行使ニ依リテ不動産ガ奪ハレタル時ニ至リテ初メテ契約ノ解除ヲ許シタルモノトス。

出捐償還請求

2) 「買主ガ出捐ヲ爲シテ其所有權ヲ保存シタルトキハ賣主ニ對シテ其出捐ノ償還ヲ請求スルコトヲ得」(五六七²)。先取特權又ハ抵當權ノ目的トナレル不動産ノ第三取得者タル買主ハ代價辨濟(三七

45) 石坂氏民法 三 二 561 モ亦完全ナル不動産所有權ヲ移轉スベキ場合ニ其不動産上ニ抵當權アルトキハ一部不能ナリト云ヘリ。

七、三四一)、滌除(三七八以下、三四一)、代位辨濟(五〇〇)等自己ノ出捐ニ依リテ此等ノ權利ヲ消滅セシメ以テ自己ノ所有權ヲ保存スルコトヲ得。而シテ此費用ハ本來賣買ノ目的物ノ欠點ニ因リテ生ジタルモノナレバ賣主之ヲ負擔スルコトヲ要ス。

3) 「右孰レノ場合ニ於テモ買主ガ損害ヲ受ケタルトキハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得」(五六七³)。本條ハ其適用上凡テ買主ノ善意惡意ヲ區別セザルガ故ニ賠償請求ノ問題ニ付キテモ亦同様ニ解スルヲ正當トス。學者或ハ惡意ノ買主ハ賠償請求權ナシトノ論ヲ爲ス者アリト雖モ⁴⁶⁾本條ハ抵當權先取特權ノ如キハ通常債務者自ラ辨濟ニ依リテ之ヲ消滅セシメ從ヒテ擔保責任ノ問題ヲ生ゼザルヲ常態トスルガ故ニ惡意ノ買主モ亦其ノ常態ニ信賴スルモノトシテ之ヲ保護セントスルモノナレバ⁴⁷⁾其信賴ヲ原因トシテ損害ヲ蒙レル者ハ尙其賠償ヲ請求シ得ルモノト解スルヲ穩當トス。

損害賠償

4) 以上ト異ナリテ買主ハ賣主ニ對シテ先取特權又ハ抵當權ノ除去ヲ請求スルノ權利ヲ有セザルコト上述第五六六條ノ場合ト同様ナリ。

除去請求ノ不能

尙本條ノ解釋上注意ヲ要スベキモノ三點アリ。

注意

(其一) 本條ハ先取特權及ビ抵當權ニ付キテノミ

其一

46) 横田氏各論 327。

47) 此點414頁參照。

本條ハ質
權ニモ適
用アリ

規定ヲ設ケタレドモ不動産質權ニ付キテ何等言フ所
ナキガ故ニ一見質權ヲ除外スルノ精神ナリト解スル
ヲ正當トスルノ感アリ。然レドモ余輩ハ解釋上尙質
權ヲモ包含スルモノト爲スヲ正當ナリト信ズ。其理
由次ノ如シ。(イ)質權ニ付キテハ既ニ第五六六條ノ
規定アリ、故ニ其外別ニ本條ヲ要セザルガ如キモ質
ハ大ニ然ラズ。蓋シ元來第五六六條ハ權利ノ存在夫
レ自身ニ因リテ直ニ買主ノ不利益ヲ生ズルガ爲メニ
存在スル規定ニシテ第五六七條ハ權利ノ行使アルニ
依リテ初メテ買主ノ不利益ヲ來スガ爲メニ存在スル
規定ナリ、而シテ質權ハ一方ニ於テ其存在上常ニ必
ズ占有ヲ伴ヘルコトヲ要スルガ故ニ第五六六條ノ適
用ヲ必要トスルノ性質ヲ有スルコト地上權、永小作權
等ト同様ナリト雖モ、他方ニ於テ又質權ノ行使アル
トキハ買主所有權ヲ失フニ至ルガ故ニ第五六七條ノ
適用ヲ必要トスルノ性質ヲ有スルコト先取特權又ハ
抵當權ト同一ナリ。(ロ)次ニ本條ガ質權ヲ脱漏セル
ハ明カニ法文起草上ノ過誤ニ出ヅルモノニシテ法典
ノ精神ニアラズ。元來民法起草者ハ其初メ第三六一
條ニ於テ廣ク「不動産質ニハ本節ノ規定ノ外抵當權
ニ關スル規定ヲ準用ス」ル旨ヲ規定シ從ヒテ現在先
取特權、抵當權ノ外不動産質權ノ文字ヲ列記セル第

五〇一條、第五七七條等ニ於テモ別ニ不動産質權ノ
文字ヲ加フルコトナク、事實之ヲ包含スルノ主旨ハ
凡テ上記ノ第三六一條ニ依リテ之ヲ明カニセンコト
ヲ企テタルモノナルガ、後ニ至リ其反ツテ實際上不
便ナルヲ感ジ急ニ改メテ此等個々ノ規定ニ不動産質
權ノ文字ヲ附加シ、從ヒテ重複ヲ避クルガ爲メ第三
六一條ハ現在ノ如ク單ニ「次章ノ……規定ヲ準用ス」
ト訂正セラレタルモノトス。然ルニ倉卒ノ際遂ニ第
五六七條ニ付キテハ右ノ附加ヲ脱遺セルモノニシテ
此ノコト當時起草ノ任ニアリシ梅博士ノ明カニ記録
スル所ナリ⁴⁸⁾。果シテ然ラバ第三六一條ハ其精神實
ハ抵當權ニ關スル一切ノ規定ヲ廣ク不動産質權ニ準
用セントスルノ點ニ存スルモノト云フベク從ヒテ第
五六七條中特ニ明言セズト云ヘドモ自ラ不動産質權
ヲ包含スルノ主旨ナリト解スルヲ穩當トス⁴⁹⁾。

(其二) 本條ハ明文上賣買ノ目的物ガ所有權タル
場合ノミヲ規定シ地上權又ハ永小作權タル場合ヲ除
外セリ⁵⁰⁾。然レドモ余輩ハ下記ノ理由ニ依リテ解釋
上類推シテ同様ニ解スルヲ正當ナリト信ズ。(イ)地
上權永小作權モ亦抵當權ノ目的ト爲リ得ベク(三六

其二

地上權永
小作權ノ
賣買ニモ
準用アリ

18) 梅氏和佛法律學校講義錄附錄以下ノ部 148—。

49) 同說横田氏各論 325—。

50) 此ノコト §567IIニ依リテ明ナリ。

九⁵¹⁾、而シテ此等ノ權利ノ買主ガ抵當權ノ行使ニ依
 リテ權利ヲ失ヘルトキハ之ヲ保護スルノ理由アルコ
 ト毫モ所有權ノ買主ト異ナル所ナキガ故ニ其一方ニ
 關スル規定ヲ以テ其他方ニ類推スルコト必ズシモ不
 當ニアラズ。(□)抵當權ノ目的物ハ所有權ナルヲ通
 例トシ從ヒテ民法亦主トシテ此場合ヲ標準トシテ規
 定ヲ爲セリ(三六九⁵²⁾參照)。故ニ特ニ所有權ニ付キ
 テノミ明文ヲ設ケタル本條ノ規定ヲ地上權永小作權
 ノ場合ニ類推適用スルハ毫モ不穩當ニアラズ。

其三

善意ノ買主ニモ適用アリ

(其三) 本條ハ上述シタル第五六五條、第五六六
 條等ト異ナリテ善意ノ買主ニモ亦其適用アリ。蓋シ
 賣買ノ目的タル不動産ニ先取特權、抵當權又ハ質權
 ノ如キ擔保物權附着セルモ此等ノ權利ガ事實上實行
 セラレテ買主ノ損失ニ歸スルハ寧ロ例外ノ事例ニシ
 テ多クハ債務者自身ノ辨濟ニ因リテ權利ノ消滅ヲ來
 スヲ通例トスルガ故ニ買主ハ縱令此等ノ權利ノ附着
 ヲ知レト雖モ尙將來債務者自ラノ辨濟ニ因リテ其消
 滅スベキコトヲ信ズルヲ通例トスレバナリ⁵³⁾。然レ

51) 元來獨逸普通法ニテハ擔保責任ハ買主ノ善意ナル場合ニノミ
 生ジタルモノニシテ何等ノ例外ヲ認メザリシガ(Windscheid, Pand.
 2 §391,6)現行獨逸民法(§439⁵¹⁾)ハ舊民法(1 11 §184)ニ倣ヒテ本條ニ相當
 スル例外ヲ認ムルニ至レリ。而シテ其立ノ理由ハ之ヲ以テ現行ノ取
 引慣習ニ適合セリト認メタルニ因レリト云フ(獨逸理由書 2 216)。
 吾民法ガ此例ヲ追ヘル亦此思慮ニ出づルモノノ如シ(梅氏和佛法律學
 校講義譯覽以下ノ部 147, 橫田氏各論 322參照)。

ドモ本條ハ素ヨリ任意法規ニ過ギザルガ故ニ當事者
 反對ノ定メヲ爲シテ其適用ヲ排除シ得ルコト勿論ニ
 シテ此事例モ亦實際上少シトセザル也⁵²⁾。

三) 一個ノ權利ヲ賣買スルニ際シ之ニ從屬シテ
 其便益ノ爲メニ存スル他ノ權利ヲモ賣買シタルニ事
 實其從屬的權利ガ存在セザリシ場合。

(ハ)從屬的權利不存在ノ場合

「賣買ノ目的タル不動産ノ爲メニ存セリト稱セシ
 地役權ガ存セザリシトキ」ハ原始の一部不能ノ一場
 合トシテ上述シタル第五六六條第一項ノ準用アリ
 (五六六⁵³⁾)。從ヒテ「買主ガ之ヲ知ラザリシトキハ」
 (1)「之ガ爲メ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハ
 ザル場合ニ限リ買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」、
 (2)「其他ノ場合ニ於テハ損害賠償ノ請求ノミヲ爲
 スコトヲ得」。而シテ此等ノ權利ノ行使ハ「買主ガ事
 實ヲ知リタル時ヨリ一年內ニ之ヲ爲スコトヲ要ス」
 (五六六⁵⁴⁾)。

第五六六條第二項

四) 賣買ノ目的物ニ上記以外ノ瑕疵存在スル場
 合(瑕疵擔保)*)

(二)瑕疵擔保

「賣買ノ目的物ニ隠レタル瑕疵アリタルトキハ第

第五七〇條

52) 例ヘバ不動産ノ買價ト抵當權ヲ以テ擔保スル債權ノ金額トノ
 差額ナルテ賣買代金ト定メ買主ヲシテ債務者ニ代ハリテ抵當權者ニ
 辨濟ヲ爲サシムベキ合意ヲ爲シ以テ本條ノ適用ヲ排除スルコト多シ
 (清瀨氏各論前 97參照)。

* 嘩道氏「賣主ノ瑕疵擔保ヲ論ズ」京法 五五 38一、六 82一、伴
 兵「賣主ノ不履行」内外法叢四一 95一。

五六六條ノ規定ヲ準用ス(五七〇)。故ニ

解除

イ)「買主ガ之ヲ知ラザリシトキハ之ガ爲メニ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハザル場合ニ限リ買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」故ニ買主ハ下記ノ要件具備スルトキハ契約ノ解除ヲ爲シ得ルト同時ニ又損害賠償ヲ請求シ得ベキコト第五六六條ニ付キテ述べタル所ニ同シ。

要件

目的物ノ特定

1) 賣買ノ目的物が特定セルカ又ハ少クトモ其撰出セラルベキ範圍ガ特定セルコト 賣買ノ目的物ノ有體物ナルコトハ毫モ民法ノ要求スル所ニアラズ。故ニ所有權以外ノ權利ノ賣買ニ付キテモ亦本條ヲ適用シ得ベシ⁵³⁾。然レドモ常ニ必ズ賣買ノ當時ニ於テ既ニ特定セルカ又ハ少クトモ其撰出セラベキ範圍ガ特定セルコトヲ必要トス。蓋シ然ラズトセバ「賣買ノ目的物ニ隱レタル瑕疵アリ」ト云フコトヲ

53) 所有權ニ限ルトスル説横田氏各論 340「賣買ノ目的物」ナル文字ヨリ立論ス。清瀬氏各論前 103。獨民 2 459ハ明カニ「物ノ賣主云々」(Der Käufer einer Sache...)ト規定セルカ故ニ解釋上同條ノ適用ハ物ノ賣買ノミニ限ラレベキコト殆ド疑ナキニ拘ラズ學者ハ尙多少疑問ヲ殘セリ(Oertmann 2 459, 1b)。又佛民 art. 1641ハ「賣買セラレタル物云々」(La chose vendue)ト云ヘルニ拘ラズ學者ハ之ヲ解シテ有體物ノミニ限ラズシテ無體物ヲモ包含スルモノト爲セリ(Colin et Capitant 2 469; Planiol 2 no. 1464)。以テ吾民法ヲ解釋スルノ實トスルニ足ラン。尙村上氏各論 426ハ有體物ヲ目的トスル權利ナル以上必ズシモ所有權ニ限ラズト云ヘルモ何故ニ有體物ヲ目的トスルコトヲ要スルカヲ説明セズ。

得ザレバナリ⁵⁴⁾。賣買ノ當時未ダ其目的物又ハ其撰出セラルベキ範圍ガ特定セザルトキハ賣主ハ瑕疵ナキ完全ノモノヲ給付スルニアラザレバ其債務ヲ履行シタリト云フベカラズ從ヒテ通常ノ債務不履行ニ關スル原則ノ適用ヲ受クルモノナルニ反シ、特定セルトキハ其特定セル目的物又ハ特定セル範圍内ノ物が初メヨリ瑕疵ヲ包藏スルモ其物が瑕疵アルマモ賣買ノ目的物トナリタルガ故ニ賣主ハ敢テ別ニ瑕疵ナキモノヲ得テ給付スルヲ要セザルノミナラズ又之ヲ爲スヲ得ズ。蓋シ賣買ノ目的物ハ其特定ノモノ夫レ自身ナレバナリ。從ヒテ又賣主ガ其特定物ヲ提供セルトキハ買主ハ瑕疵アルコトヲ理由トシテ其受領ヲ拒絕シ得ザルモノニシテ若シ拒絕スルトキハ受領遲滯

54) 外國ノ立法例及學說ニ付キテハ詳道氏前掲六 88 參照。尙民法ノ解釋上同條件氏前掲 99。反之通説ハ反對ナリ(詳道氏前掲六 88、横田氏各論 344(317-8)ノ說明ト矛盾ス)、岡松氏無過失責任論 513、村上氏各論 480)。然レドモ(一)不特定物ノ賣買ニ於テ其履行トシテ給付セラレタル物が瑕疵ヲ有スルモ單ニ履行ノ目的物ニ瑕疵アリ從ヒテ履行ガ不完全ナルニ違ギズシテ注文ニ所謂賣買ノ目的物ニ瑕疵アルニアラズ。(二)本條ハ買主ノ善意ヲ要求セルモ其善意ナリト否キハ賣買成立ノ時ヲ標準トシテ之ヲ決セザルベカラズ然ラバ即チ不特定物ノ賣買ニ本條ヲ適用スベカラザレト愈可明白也。(三)反對説ハ一般ニ賣買ノ目的物ニ關スル危險移轉ノ時期以前ニ生シタル瑕疵ハ凡テ本條ノ適用ヲ受ケルガ故ニ不特定物ノ賣買モ亦本條ノ適用アリト説ケルモ(例ハ前掲横田氏、村上氏) 570ハ獨民 2 459ト全然文字ヲ異ニスルモノニシテ彼ノ文字ニ基礎スル如上ノ論ヲ直ニ吾民法ノ解釋ニ當テハメントスルハ暴ナリ。吾民法上ニ不特定物ノ賣買ニ於テ其特定以前ニ瑕疵ヲ生シタルトキハ其瑕疵アル物ヲ給付ハ全然履行トナラザルモノニシテ買主ハ改メテ瑕疵ナキ物ヲ給付スベキコトヲ請求スルコトヲ得ルニ過ギズ。尙佛民ノ解釋論ハ本文ニ同シ(Colin et Capitant 2 470; Planiol 2 no. 1463)。

瑕疵擔保ノ法律性質

ニ陥ルベシ⁵⁵⁾。唯目的物ニ瑕疵アルトキハ契約ノ主旨ニ背戻スルコト素ヨリナルガ故ニ一種ノ原始の一部不能トシテ賣主ノ責任ヲ生ズルモノトス。蓋シ瑕疵ナキモノトシテ賣買セラレタルニ拘ラズ其瑕疵ナシトスルノ點ノミハ初メヨリ不能ナレバナリ。但シ「瑕疵ナキコト」ヲ以テ賣主ノ給付義務ノ一部ト見ルベキヤ否ヤニ付テハ從來議論少カラズ。(一)通説ハ賣買ノ目的物が瑕疵ヲ有セザルコト即チ一定ノ性質ヲ具備セルコトヲ以テ賣主ノ契約ノ本旨ニ從ヒタル給付ノ一部ナリトシ從ヒテ無瑕疵ヲ擔保スルノ責任ハ即チ賣主ノ給付義務ノ一部ナリト説ケリ⁵⁶⁾。(二)反之或ル少數論者⁵⁷⁾ハ瑕疵アル特定物ノ賣主ハ其瑕疵アルマモノ物ヲ給付スルノ義務アルニ過ギザルガ故ニ擔保責任ハ給付義務ノ一部ニアラズトナシ、從ヒテ或ハ之ヲ以テ給付義務以外ノ同ジク賣買契約ニ基

學說

55) 結果同說伴氏前掲 97 一。尙此點ニ關スル獨逸ノ學說ニ付キテハ碑道氏前掲五 49 參照。同氏ハ結論ニ於テ本文ト同取ナルガ如シ(43, 49)。

56) 橫田氏各論 337-340、清瀬氏各論前 102。獨逸ノ通説亦然リ。

57) 例ヘバ M. Wolff, Sachmängel beim Kauf, Jahrb. f. Dog. 56 1-; Schöllmeyer, Erfüllungspflicht u. Gewährleistung für Fehler beim Kauf, Jahrb. f. Dog. 49 93-、碑道氏前掲、岡松氏無過失責任論 813。獨逸ハ不特定物賣買ニ付キテモ擔保責任ヲ認ムルガ故ニ學者ノ議論モ亦特定物賣買不特定物賣買ノ兩者ニ亘リ從ヒテ議論亦頗ル紛雜スルヲ當トス。然レドモ民法ハ特定物賣買ニ付キテノミ擔保責任ヲ認ムルニ過ギザルコト上述ノ如クナルガ故ニ議論自ラ異ナラザルヲ得ズ。故ニ上記ノ獨逸學說モ其特定物賣買ニ關スル部分ノミヲ引用シタルモノナリ。

ク別箇ノ義務ナリトシ⁵⁸⁾、又或ハ之ヲ以テ買主ノ期待ニ對シテ法律ガ特別ノ保護ヲ與ヘタルモノナリト説ケリ⁵⁹⁾。(三)然レドモ何人ト雖モ特定物ヲ賣買スルニ當リテ其特定物が瑕疵ヲ有セザル通常ノ物ナルコトヲ豫期シ瑕疵ナキモノトシテ其特定物ヲ賣買スルノ意思アルコト明カナルヲ以テ契約ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲スニハ瑕疵ナキ物タル其特定物ヲ給付セザルベカラズ。故ニ擔保責任發生ノ原因ハ其特定物が債務ノ本旨ニ從ヒタル性質ヲ有セザルコト即チ給付義務ノ一部ガ履行不能ナルコトニ存スルモノト云フベク從ヒテ擔保責任ハ給付義務ノ一部ナリト解スル通説ノ所論ヲ正當トス。

2) 目的物ニ隱レタル瑕疵アルコト

隱レタル瑕疵アルコト

(一)茲ニ目的物ニ瑕疵アリトハ賣買ノ目的タル特定ノモノガ瑕疵ヲ有スルカ又ハ目的物ノ撰出セラレベキ範圍ノモノノ凡テガ瑕疵ヲ包藏セルコトヲ云フ。(二)次ニ「瑕疵」トハ(イ)當該ノ目的物が一般ノ取引上保有スルヲ常トスト認メラレタル性質若クハ一般ニハ保有セザレドモ當事者ガ特ニ保有スト定メタル性質ガ欠缺セルコト^{59a)}ヲ云フモノニシテ、

瑕疵

58) Schöllmeyer 前掲。

59) Wolff 前掲。碑道氏前掲亦 Wolff ト同説ヲ採ル。

59a) 水口氏新報二七一—44—ハ此後者ノ欠缺ハ瑕疵ニアラザレドモ之ニ準スベキモノナリト説ケリ。

(ロ)其結果當該契約ノ主旨ニ照シ其目的物ノ效用ヲ阻害スベキモノナル以上ハ敢テ其物理的瑕疵ナルト法律の瑕疵⁶⁰⁾ナルトヲ問フコトナシ⁶¹⁾。但シ物理的瑕疵ガ目的物ノ分量ニ付キテ存スルトキハ上述セル第五六五條ノ適用ヲ受クベク又法律の瑕疵ガ目的物ガ他ノ權利ニ依リテ制限セラレ居ルコト又ハ目的物ニ附從セル權利ノ不存在ニ存スルトキハ第五六六條又ハ第五六七條ノ適用ヲ受クベキニ依リ本條ニ所謂瑕疵ハ其以外ノ瑕疵ナルコトヲ要ス。(ハ)尙又瑕疵ハ除去シ得ルモノト否トヲ問フコトナシ⁶²⁾。(三)

隠レタル瑕疵

「隠レタル瑕疵」⁶³⁾トハ通常人⁶⁴⁾ノ注意ヲ以テスルモ容易ニ發見シ得ベカラザル瑕疵ヲ云フ。此故ニ本條ノ適用ニ當リテハ上述セル第五六一條以下ノ諸規定ニ於ケルト異ナリテ單ニ買主ガ善意ナルヲ以テ足リトセズ其善意ガ過失ニ基カザルコトヲ必要トスルノ結果トナルモノトス⁶⁵⁾。蓋シ買主善意ナリトスル

60) 例：一賣買ノ目的タル土地ガ河川法準用區域ナルコト(大審四・一・二・二一民錄二一 2147、東陸四・三・一〇評論四 民179 参照)。

61) 橫田氏各論 341 ハ法律の瑕疵ハ全然之ヲ包含セズトスレドモ理由ヲ示サズ。必ハ法律の瑕疵ハ §566, 567 ニ入ルトノ説ナランモ此等ノ規定ハ法律の瑕疵ノ凡テノ場合ヲ盡セルモノニアラズ。獨民 59ノ解釋上同説 *Ennecerus* 2 § 331, II 1b。

62) 同説橫田氏各論 341。

63) *Verborgene Mängel, vice caché*。

64) 通常人(*gewöhnlicher Mann*)ヲ標準トスベク特ニ智識ヲ有スル人(*Kenner*)ヲ標準トスベキニアラズ (*Windscheid* 2 § 393, Anm. 6 同説)。

65) 反對説橫田氏各論 345。

モ瑕疵ガ隠レタルモノニアラザルトキ即チ通常人ノ注意ヲ以テセバ發見シ得ベキモノナルトキハ賣主ノ擔保責任ヲ生ズルコトナケレバナリ。(四)尙又「瑕疵アリ」トハ契約締結ノ當時瑕疵アルコトヲ云フ。其後履行ノ時マデニ發生シタル瑕疵ニ對スル責任ハ賣主ガ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保存シタリヤ否ヤニ依リテ定マルモノニシテ(四〇〇)本條ノ關スル所ニアラズ。

3) 買主ガ善意ニシテ過失ナキコト

買主ノ善意無過失

(一)善意ナリトハ賣買締結ノ當時瑕疵ノ存在ヲ知ラザルコトヲ云フ。(二)過失ナキコトヲ要スルノ理由ハ既ニ之ヲ上述セリ。

4) 瑕疵アルガ爲メ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハザルコト (一)契約ヲ爲シタル目的ノ意義ハ既ニ第五六六條ニ付キテ之ヲ上述セリ。

瑕疵ノ爲メ契約ノ目的ヲ達シ得ザルコト

單ニ買主一人ノ主觀ニノミ存スル目的ノ意ニアラズ⁶⁶⁾。(二)元來物ノ性質ニ關スル錯誤ハ夫レ自身要素ノ錯誤ニアラズト雖モ瑕疵ナキモノトシテ賣買シタルニ拘ラズ瑕疵ノ爲メ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコトヲ得ザル場合即チ瑕疵アリトセバ賣買ヲ爲サザルベカリシ場合ニハ當事者特ニ瑕疵ナキコトヲ

66) 同説東陸四・三・一〇評論四 民179。反對大審四・一・二・二一民錄二一 2144(賣主之ヲ知リタルコトヲ要セ)

法律行為ノ要素トスルモノナレバ純粹ナル理論上ヨリ之ヲ論ズレバ要素ニ錯誤アルモノトシテ之ヲ無効トセザルベカラズ。而カモ民法ガ此種ノ場合ニ付キテモ契約ヲシテ當然ニ無効タラシムルコトナク單ニ買主ニ與フルニ解除權ヲ以テスルコトヨリ考フレバ民法上此種ノ錯誤ハ如何ナル場合ト雖モ全然民法第九五條ノ適用ヲ受ケザルモノト解スルヲ正當トスベシ⁶⁷⁾

賠償請求

□) 「其他ノ場合ニ於テハ損害賠償ノ請求ノミヲ爲スコトヲ得」(五七〇、五六六)。

賣買ノ目的物ニ瑕疵アリト雖モ其瑕疵ガ之ガ爲メ買主ガ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハザラシムルガ如キ程度ノモノニアラザルトキハ買主ハ單ニ之ニ依リテ生ズル損害賠償ヲ請求シ得ルニ過ギズシテ契約ノ解除ヲ爲シ得ザルモノトス。此點ノ詳細ニ付キテハ先ニ第五六六條ニ付キテ述べタル所參照。

而シテ上述ノ如キ「契約ノ解除又ハ損害賠償ノ請求ハ買主ガ事實ヲ知リタル時ヨリ一年內ニ之ヲ爲スコトヲ要ス」(五七〇、五六六)ルモノトス。

67) 同說橫田氏「賣買ノ目的物ノ瑕疵ト法律行為ノ要素ノ錯誤」志林一三三 35一、水口氏新報二七一—44一。之ト異ナリテ伴氏「目的物ノ性質ニ關スル錯誤ト瑕疵擔保トノ關係」内外論叢五三 129—ハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達セザラシムルガ如キ錯誤ハ常ニ必ズシモ要素ノ錯誤ニアラズシテ反對論ヲ爲セリ。

三 強制競賣ニ關スル特則

(三)強制競賣ニ關スル特則

上述シタル第五六一條乃至第五六七條及ビ第五七〇條ニ規定セル擔保責任ハ凡テ通例ノ賣買ニ關ス。然ルニ民法ハ強制競賣ノ場合ニ限リテ特ニ下記ノ如キ特則ヲ設ケタリ。

抑モ強制競賣トハ民事訴訟法競賣法其他ノ法律⁶⁸⁾ニ依リ⁶⁹⁾裁判所執達吏其他ノ執行機關ニ於テ強制的ニ行フ賣買ニシテ、(一)其果シテ賣買ナリヤ否ヤニ關シテハ從來學說大ニ岐レ、(イ)或ハ之ヲ以テ尙一種ノ賣買ナリトシ⁷⁰⁾、(ロ)或ハ賣買ニアラザレドモ之ト類似ノモノナレバ性質ノ許ス限リ賣買ニ關スル規定ノ支配ヲ受クベシト説キ⁷¹⁾、(ハ)又或ハ特種ノ公法上ノ處分ニシテ賣買ニ關スル民法ノ規定ヲ適用又ハ準用スルコトヲ得ズト唱ヘ⁷²⁾、(二)尙之ヲ以テ賣買若クハ之ト類似ノモノナリトスル者ノ中ニアリテハ、(イ)債務者ヲ以テ賣主トスルヲ通説トスル

強制競賣ノ意義

學說

68) 例ハ國稅徵收法 22 10—。
69) 民法上ノ強制競賣ト競賣法上ノ競賣トハ其手續等ヲ異別ニスレドモ民法ガ強制競賣ニ付キテ特殊ノ擔保責任ヲ規定スル所以ノモノハ寧ロ行為ノ實質ニ重キヲ置クモノニシテ手續ノ如何ヲ問ハザルモノナレバ民法上兩者ハ之ヲ同一ニ取扱フテ正當トス(同說梅氏和佛法律學校講義錄贈與以下ノ部 162、東亞四二・一二・二五新聞六六〇)
70) 梅氏要義 三 568 註、西川氏新報 二〇 九 82—、東亞四三・七・九判例彙報 七 91、東亞四一・一・二二五新聞六六〇。
71) 橫田氏新報 二〇 九 81—、清氏各論前 98。
72) 維木氏京法 九 九 172—。

モ⁷³⁾、(口)或ハ又債權者ヲ以テ賣主トスルノ説ヲ想像スルヲ得ベシ。

卑見

而シテ余ハ(一)第一ノ問題ニ付キテハ之ヲ以テ民法ノ適用ヲ受クベキ賣買ノ一種ナリトス。蓋シ公法上ノ處分ナリトスルノ説ハ「競賣ハ執行機關ガ國家ノ機關トシテ其職務上ノ權限ニ基キテ行フ所ニシテ執行債權者又ハ執行債務者ノ代理人トシテ行フ所ニアラズ故ニ競賣ニ於ケル賣主ハ國家ナリ」トノ論ヲ基礎トシテ競賣ハ賣買ノ形式ニ從ヒテ爲ナルル換價行爲ニシテ其法律關係ハ訴訟法又ハ競賣法ノ規定ニ依リテ定ムベキモノニシテ賣買ニ關スル民法ノ規定ヲ適用シ又ハ直チニ之ヲ準用スルコトヲ得ズト説ケルモ、執行機關ガ其職權トシテ競賣ヲ行フモノニシテ債權者乃至債務者ノ代理人ニアラザルコトハ必ズシモ直チニ競賣ハ私法上ノ賣買ニアラズトノ結論ヲ生ゼシムルモノニアラズ、何トナレバ執行機關ガ其職權上私法上ノ賣買行爲ヲ爲スコトハ毫モ論理上不可能ニアラザレバナリ。加之民法第五六八條、第五七〇條ガ強制賣買ニ於ケル擔保責任ヲ其他ノ一般賣買ニ於ケルモノト列ベテ規定セルコト、民訴法、競賣法ハ主トシテ競賣ノ手續ノミヲ規定シ毫モ其實體關

73) 梅氏義三 §568註、西川氏前掲、岡松氏理由三 §568註、大審二・六・四民錄一九 401、大坂地評論二 民 387。

係ヲ規定セズ而シテ其外別ニ實體關係ヲ規律スル法規ナキヨリ見レバ民法ノ適用ヲ受クルモノト爲スヲ以テ實際上便宜トスルコト等ヨリ考フレバ吾現行法ノ解釋上競賣ヲ以テ私法上ノ賣買ト爲スヲ最モ穩當トスベシ。(二)然レドモ第二ノ問題ニ付キテ余ハ從來多數ノ學者ガ競賣ヲ以テ私法上ノ賣買乃至之ト類似ノモノナリトスルト同時ニ債務者ヲ以テ其賣主ナリトシ執行機關ヲ以テ單ニ其代理人ナリトスルノ説ヲ排シ、執行機關ガ國家ノ機關トシテ權限上自己ノ名義ヲ以テ賣買スルモノナリト解ス。蓋シ執行機關乃至競賣機關ハ債權者ノ申請アル場合ニノミ競賣ニ着手スルモノナレドモ其申請ハ公法上ノ申請ニシテ民法ニ所謂委任ニアラズ⁷⁴⁾、又執行機關ハ競賣ヲ行フニ當リ毫モ債權者又ハ債務者ノ名義ヲ以テ之ヲ爲スコトナキヲ以テ其競賣行爲ハ執行機關ガ其職權ニ基キ自己ノ名ニ於テ他人ノ物ヲ賣却スルモノニシテ代理ヲ爲スモノニアラズ、尙又若シ此場合ノ賣主ガ執行機關ニアラズシテ債務者ナリトセバ何故ニ第五六八條ガ特ニ「債務者ニ對シテ契約ノ解除ヲ爲シ又ハ代金ノ減額ヲ請求スルコト」ヲ許ス旨ヲ規定セル

74) 民訴 §§136, 531-534、競賣法 §3 等ハ「委任」ナル文字ヲ使用スレドモ其文字ガ民法上ノ委任ヲ意味スルモノニアラザルコトニ付キテハ維木氏京法 八 八 102參照。

カノ理由ヲ解スルコト能ハザルナリ⁷⁵⁾。

強制競賣
ニ關シテ
特別アル
理由

強制競賣ノ性質既ニ上述ノ如クナルガ故ニ若シ何等カ特別ノ規定ナキ以上ハ上述セル擔保責任ニ關スル諸規定ハ凡テ強制競賣ニモ適用アルモノト解セザルベカラズ。然レドモ(一)強制競賣ノ賣主タル執行機關ハ單ニ形式上賣買行爲ノ當事者タルニ過ギズシテ其實質的效果ハ結局物ノ所有者タル債務者及ビ又間接ニ其債權者ニ歸スルモノナレバ賣買ニ依リテ生ズル結果ノ不公平ヲ調節スルコトヲ目的トスル擔保責任ハ之ヲ賣主タル執行機關ニ歸セズシテ債權者乃至債務者ニ歸セシムルヲ實際上穩當トスルノミナラズ、(二)債務者ハ通常ノ任意賣買ノ賣主ト異ナリテ終始受働的ノ地位ニ立テルニ過ギザルガ故ニ其負擔スル責任ノ内容亦任意賣買ノ場合ト異ナラザルベカラズ。是レ民法ガ此場合ニ關シテ特別段ノ規定ヲ設ケタル所以ナリ。

(4)第五
六八條

債務者ノ
責任

一) 第五六一條乃至第五六七條所定ノ擔保責任
イ) 「強制競賣ノ場合ニ於テハ競落人(買主)ハ前七條(五六一乃至五六七)ノ規定ニ依リ債務者ニ對シテ契約ノ解除ヲ爲シ又ハ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得」(五六八¹⁾。

75) 競賣ノ賣主ガ債權者又ハ債務者ニアラザルコトニ付キテハ橋本氏京法 八 八 90—參照。

本條ハ債務者自身ノ財産ガ競賣セラレル通例ノ場合ノミニ着眼シテ規定ヲ設ケタリ。反之債務者以外ノ第三者ノ供シタル擔保物ガ競賣セラレタル場合ニ關シテハ民法特ニ明定スル所ナシト雖モ此場合ニ於ケル競賣ノ實質的效果ノ及ブモノハ第三者ニ外ナラザルガ故ニ本條ガ債務者ニ付キテ規定スル所ハ凡テ第三者ニ付キテ發生スルモノト解セザルベカラズ⁷⁶⁾。

而シテ本條ニ依リテ(一)解除又ハ代金減額請求ヲ爲スニハ「前七條ノ規定」ニ依ルコトヲ要スルモノナレバ此等ノ規定所定ノ要件具備スルニアラザレバ之ヲ爲スコト能ハズ。(二)反之損害賠償ハ此等ノ規定ニ於テ之ヲ認ムル場合ト雖モ尙請求シ得ザルヲ原則トシ唯特ニ例外トシテ後ニ述ブルガ如キ第五六八條第三項ノ特別アルニ過ギズ。

□) 「前項ノ場合ニ於テ債務者ガ無資力ナルトキハ競落人ハ代金ノ配當ヲ受ケタル債權者ニ對シテ其代金ノ全部又ハ一部ノ返還ヲ請求スルコトヲ得」(五六八¹⁾。

債權者ノ
責任

蓋シ債務者ハ實際上無資力ナル場合少カラズ、而シテ實質上競賣代金ノ歸屬者ハ代金ノ配當ヲ受ケタル債權者ニ外ナラザレバナリ。而シテ(一)「債務者

76) 同說梅氏要義三 568 註、橋田氏各論 333。

「無資力ナルトキ」トハ債務者ノ全資力ガ競落人ノ請求ヲ充スニ足ラザルコトヲ云フモノナレバ競落人債權者ニ對シテ右ノ請求ヲ爲サントセバ右ノ事實ヲ證明セザルベカラズ。然レドモ民法ハ特ニ先ヅ債務者ニ對シテ執行ヲ爲シタルコトヲ要求スルモノニアラザルガ故ニ苟モ無資力ヲ立證シ得ル以上其方法ヲ問ハズ。(二)次ニ競落人ガ債權者ニ對シテ請求シ得ル金額ハ債務者ノ無資力ノ爲メニ履行ヲ得ルコト能ハザリシ若クハ能ハザルコト明白ナル金額ヲ限度トスルハ勿論其債權者ガ配當ヲ受ケタル金額ヲモ亦超ユルコトヲ得ザルヤ明ナリ。

過失者ニ對スル賠償請求

ハ)「前二項ノ場合ニ於テ債務者ガ物又ハ權利ノ欠缺ヲ知リテ之ヲ申出デズ又ハ債權者ガ之ヲ知リテ競賣ヲ請求シタルトキハ競落人ハ其過失者ニ對シテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得」(五六八^{III})。

本項ノ損害賠償ヲ請求スルガ爲メニハ第一項ニ依リテ契約ノ解除又ハ代金減額ノ請求ヲ爲ス場合ト同様第五六一條乃至第五六七條ノ要件ヲ具備スルコトヲ要シ、更ニ夫レ以上本項所定ノ要件ヲ具備スルコトヲ要スルガ故ニ損害賠償ノ範圍モ亦此等ノ諸規定ニ於ケルト同様ナリ。而シテ債權者ノ賠償義務ハ債務者ノ夫レニ對シテ補充的性質ヲ有スルモノニシテ

雙方共ニ要件具備シ且資力ヲ有スル場合ニアリテハ先ヅ債務者ニ對シテ請求スルコトヲ要スルハ勿論、債權者ニ對スル請求ハ第二項ニ認メラレタル請求ト合算シテ其配當ヲ受ケタル金額ヲ超ユルコトヲ得ザルモノトス。是レ特ニ明文ナシト雖モ第一項ト第二項トノ對比上債權者ハ常ニ補充的地位ニアルモノト解スルヲ穩當トス。

二) 第五七〇條所定ノ擔保責任

(口)第五七〇條但書

第五七〇條所定ノ擔保責任ハ強制競賣ノ場合ニハ全然發生セズ(五七〇^{III})。蓋シ強制競賣ハ所有者タル債務者ノ任意ニ基カズ又隠レタル瑕疵ハ債務者ト雖モ之ヲ知ラザル場合少カラザルガ故ニ之ヲシテ責任ヲ負ハシムルハ苛酷ニ失スルノミナラズ、債權者ハ又其競賣ニ附スル物ノ状態ヲ熟知セザルヲ通例トスルガ故ニ之ヲシテ隠レタル瑕疵ニ對スル責任ヲ負ハシムルモ亦穩當ニアラズ、加之隠レタル瑕疵ニ因ル損害ハ第五六一條乃至第五六七條所定ノ缺點ニ因ル損害ニ比シテ輕微ナルヲ通例トスルガ故ニ寧ロ之ニ對スル責任ヲ認メズシテ解除其他ノ爲メニ生ズル手續ノ繁雜ヲ避クルヲ便宜ト認メタレバナリ。

丙 附說

一 擔保責任ニ因リテ生ズル債務ノ相互性

擔保責任上ノ債務ノ相互性

以上諸種ノ擔保責任實行セラレトキハ其結果當事者相互間ニ債權債務ノ關係ヲ生ズルコトアリ。

(一)而シテ其債權債務ガ解除ニ基クモノナルトキハ第五四六條ノ適用ニ依リテ當事者雙方ノ債務ノ履行ニ付キ第五三三條ノ準用アルベシ。(二)尙單ニ代金減額若クハ損害賠償ノ請求權發生スルニ過ギザル場合ニ於テモ例ヘバ買主ガ損害賠償ヲ請求スルト同時ニ目的物ノ一部ヲ返還スルノ義務ヲ負擔スル等當事者相互間ニ種々ナル債權債務ヲ生ズルコトアルモ是等ハ凡テ直接雙務契約ニ基クモノニアラズ、又契約解除ノ效果トシテ發生スルモノニアラズ、而カモ兩者ノ間ニハ實質上多少ノ牽連關係アルガ故ニ之ヲ同時履行ノ原則ノ下ニ立タシムルヲ公平トス。是レ民法ガ特ニ第五七一條ニ於テ「第五三三條ノ規定ハ第五六三條乃至第五六六條及前條ノ場合ニ之ヲ準用ス」ト規定セル所以ナリ。

第五七一條

商事賣買ニ於ケル擔保責任

二 商事賣買ニ於ケル擔保責任
商法中商事賣買ニ於ケル擔保責任ニ關シ何等特殊ノ規定ヲ設ケザルガ故ニ、以上ニ説明シタル諸種ノ擔保責任ハ凡テ商事賣買ニモ適用アリト云ハザルベカラズ。勿論商法第二八八條ハ買主ニ特別ナル物

77) 同說大審三・三・五民錄二〇 140. 東控三・一・二・一〇新聞九九九(般疵擔保ハ民 2570ニ依ル)。

品検査ノ義務ヲ負ハシメタレドモ、(一)同條ハ一方ニ於テ毫モ實質上民法上ノ擔保責任ニ變更ヲ加フルモノニアラズシテ唯民法上擔保責任ガ認めラレタル場合ニアリテモ商事ニ付キテハ特ニ同條ニ依ル物品検査ノ義務ヲ履行スルニアラザレバ之ヲ行使シ得ザルニ至ルベキコトヲ規定シ、(二)他方ニ於テハ又獨リ擔保責任ニ關シテノミナラズ一般ノ債務不履行ニ因ル賠償請求又ハ解除ヲ爲スニ付キテモ苟モ買主ガ一旦物品ヲ受領シタル以上ハ同條ニ依ル物品検査ノ義務ヲ履行スルコトヲ要スル旨ヲ規定セルモノトス。要スルニ同條ハ買主ヲシテ何等カノ積極的義務ヲ負擔セシメタルモノニアラズシテ寧ロ其別ニ有スル所ノ權利ヲ行使スルノ條件ヲ定メタルニ過ギザルナリ。

第二目 買主ノ義務

第一 總說

買主ハ賣買ノ定ムル所ニ從ヒ賣主ニ對シテ代金ヲ支拂フベキ債務ヲ負擔ス。獨逸民法第四三三條ニ依レバ買主ハ其外尙ホ特ニ目的物ヲ引取ルベキ義務

賣主ハ物品引取義務ヲ負擔スルカ

78) 松本氏商行為法 110—ハ本條ヲ以テ專ラ擔保責任ノ場合ニノニ適用アリトスレドモ擔保責任ハ不特定物ノ賣買ニ付キテハ發生スルノ餘地ナク而シテ本案ハ不特定物ノ賣買ニモ適用セラレベキコト明白ナルガ故ニ債務不履行上ノ賠償請求又ハ解除ニモ適用アリト解スルヲ正當トス。

1)*) ヲ負擔シ、從ヒテ賣主ノ適法ナル提供ヲ受領セザルトキハ受領遲滯ニ陥ルノミナラズ同時ニ又履行遲滯ニ陥ルコトナレリト雖モ、元來債權者ニ引取義務ナキハ債務履行ニ關スル一般ノ原則ナルヲ以テ、賣買ニ關シテモ特ニ斯ル別段ノ規定ナキ吾民法ノ解釋トシテハ當事者別段ノ定メヲ爲サザル限リ、寧ロ引取義務ノ存在ヲ否定セザルベカラザルナリ、尙商法ハ商事賣買ノ買主ヲシテ特殊ノ物品受取義務(二八六)及ビ物品保管義務(二八九、二九〇)ヲ負擔セシメタレドモ民法上此種ノ義務ヲ認ムルノ根據ナシ。

代金支拂義務

第二 代金支拂義務

代金支拂義務ハ金錢債務ノ一種ニ外ナラザルガ故ニ、金錢債務ニ關スル一般法規ハ凡テ之ガ適用ヲ見ルモノトス。但シ民法ハ其外別ニ二三ノ特別規定ヲ

1) Abnahmepflicht

*) 乾氏「債權者ノ引取義務」志林法政大學三十年紀念論文集403一、鳩山氏法協三四八62一、曄道氏京法一二七77一。

2) 同乾氏前掲、鳩山氏前掲、石坂氏民法三二605、川名氏債權235、横田氏總論244。反對說梅氏要義三415註。尙241頁註2參照。

3) 此種ノ契約ガ有效ニシテ債權ノ性質ヲ害スルモノニアラザルコトニ付キテハ鳩山氏前掲81、乾氏前掲416註20同說。曄道氏前掲79ハ特約ナキ場合ニモ契約ノ内容殊ニ目的物ノ形體、位置、性質等ノ如何ニ依リ債權者ニ引取義務アリトノ解釋ヲ下シ得ベシト説ケルモ余輩ハ此等ノ事情ハ暗黙ノ特約アルコトヲ推測セシムル事由ノ一タルニ過キズト解ス。

4) 同說大審四・五・二九民錄二一858一、曄道氏前掲(此判決ニ對スル批評)、清瀨氏各論前105。

設ケタリ。

一 代金支拂ノ時期

當事者ハ賣買締結ト同時ニ又ハ其後ノ特約ヲ以テ任意ニ代金支拂ノ時期ヲ定ムルコトヲ得。而シテ當事者若シ此點ニ關シ何等ノ定メヲ爲サザルトキハ契約ノ效力發生ト同時ニ履行期到來スルヲ以テ一般ノ原則トスルモノナリト雖モ、民法ハ特ニ意思解釋ノ規定ヲ設ケテ「賣買ノ目的物ノ引渡ニ付キ期限アルトキハ代金ノ支拂ニ付テモ亦同一ノ期限ヲ附シタルモノト推定ス」(五七三)ル旨ヲ定メタリ。故ニ代金支拂期ガ目的物引渡ノ時期ト同一ナルコトヲ主張スル者ハ敢テ此點ニ關シテ舉證ヲ爲スコトヲ要セズ、却テ其同一ナラザルコトヲ主張スル者ニ於テ反證ヲ舉ゲザルベカラザルモノトス。尙ホ其目的物ノ引渡時期ハ敢テ必ズシモ明示ノ意思表示ヲ以テ定マレルモノナルコトヲ必要トセズ、單ニ各場合ノ事情ニ從ヒテ推測セララルニ過ギザルモノナルモ差支ナキコト勿論ナリト雖モ、若シ何等其定メナキ場合ニ於テハ是レ亦契約ノ效力發生ト同時ニ到來スルモノト云ハザルベカラズ。尙ホ此場合ニ於テ反對ニ代金ノ支拂ニ付テノミ期限ノ定メアルモ之ヲ以テ引渡ノ時期ヲモ推定スベカラザルハ素ヨリナリ。

代金支拂時期

第五七三條

代金支拂
場所

二 代金支拂ノ場所

「辨濟ヲ爲スベキ場所ニ付キ別段ノ意思表示ナキトキ」ハ特定物ノ引渡ニアラザル債務ノ辨濟ハ「債權者ノ現時ノ住所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス」(四八四)ルモノナレバ代金ノ支拂ニ付テモ亦之ト同一ノ法則ニ從ハザルベカラザルヲ原則トス。然レドモ民法ハ此點ニ關シ別段ノ規定ヲ設ケテ「賣買ノ目的物ノ引渡ト同時ニ代金ヲ支拂フベキトキハ其引渡ノ場所ニ於テ之ヲ拂フコトヲ要ス」(五七四)ル旨ヲ定メタリ。但シ本條ハ強行法規ニアラザルヲ以テ當事者別段ノ意思表示ヲ爲セルトキハ其意思ニ從フベキト勿論ナリ。

第五七四
條代金ノ利
息

三 代金ノ利息

「買主ハ引渡ノ日ヨリ代金ノ利息ヲ拂フ義務ヲ負フ」(五七五¹⁾)。蓋シ「未ダ引渡サザル賣買ノ目的物が果實ヲ生ジタルトキハ其果實ハ賣主ニ屬ス」(五七五¹)ルコト既ニ上述ノ如クナレバ代金ニ付テモ亦引渡ノ時ヲ標準トシテ利息ヲ支拂ハシムルヲ公平トスベケレバナリ。(一)而シテ法律ハ「引渡ノ日」ヲ標準トセルガ故ニ金錢債務ニ關スル一般法規タル第四一九條ニ於ケルガ如ク債務不履行發生ノ日ヲ以テ利息

第五七五
條第二項

5) 同説横田氏各論 367。

債務發生ノ日ト爲スニアラズシテ、實際引渡ヲ爲シタル日ヲ標準トス。從ヒテ事實上ノ引渡ニ代フルニ占有改定等ヲ以テセル場合ニハ是等ノ行爲ガ效力ヲ生ジタル日ヲ標準トスベキコト勿論ナリ。(二)尙ホ同様ノ理由ニ依リ當事者別段ノ意思表示ヲ以テ特別ナル代金支拂期限ヲ定メタル場合ト雖モ實際引渡アルマデハ既ニ其期限ノ到來セルト否トヲ問ハズシテ利息ノ支拂ヲ爲スコトヲ要セズ。(三)以上ト異ナリテ支拂期限ガ實際引渡アリタル時以後ニアルトキハ例外トシテ既ニ引渡アリタルニ拘ラズ其期限ノ到來スルマデハ利息ヲ拂フコトヲ要セザルベク(五七五¹⁾)、又當事者ガ特約ヲ以テ利息支拂ノ義務ナキトヲ定メタルトキハ同ジク引渡以後ト雖モ尙ホ利息ヲ支拂フコトヲ要セザルコト勿論ナリ。(四)尙本條ハ任意法規ナルガ故ニ當事者特ニ利息發生ノ時期ヲ定メタルトキハ引渡ノ時期如何等ニ關係ナク之ニ從フコトヲ要スルヤ勿論ナリ。

尙本條ハ獨リ法定利息ニ付キテノミナラズ當事者特約ヲ以テ代金ノ利息ヲ定メタル場合ト雖モ其發生時期ニ關シテ何等ノ定メヲ爲サザルトキハ又本條ノ適用ヲ受クルモノトス。

四 代金支拂拒絶權

代金支拂
拒絶權

代金ハ賣主ノ債務履行ニ對スル反對給付ナルヲ以テ當事者別段ノ定メヲ爲サザル限リハ其履行ノ提供アルマデ同時履行ノ抗辯ヲ主張シテ之ガ支拂ヲ拒絕シ得ルヲ原別トス(五三三)。

尙ホ以上ノ外民法ハ買主ヲ保護スルガ爲メ下記ノ場合ニ於テ特別ナル代金支拂拒絕權ヲ與ヘタリ。

第五七六條

4) 「賣買ノ目的ニ付キ權利ヲ主張スル者アリテ買主ガ買受ケタル權利ノ全部又ハ一部ヲ失フ虞アルトキハ買主ハ其危險ノ限度ニ應ジ代金ノ全部又ハ一部ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得」(五七六)。

茲ニ賣買ノ目的ニ付テ主張セラルル「權利」トハ之ヲ行使スルノ結果買主ヲシテ其買受ケタル財產權ノ全部又ハ一部ヲ喪失セシメ從ヒテ其救濟方法トシテ買主ヲシテ賣主ニ對スル金錢債權ヲ取得スルニ至ラシムル權利⁶⁾ヲ謂ヒ、苟モ買主ニ對抗シ得ベキ權利ナル限リ敢テ其物權ナルト債權(例ヘバ登記セラレタル債權)ナルト又形成權(例ヘバ登記セラレタル買戻權)ナルトヲ問フコトナシ。斯ル權利ノ行使アルトキハ買主ハ救濟方法トシテ代金返還請求權、損害賠償請求權等ノ金錢債權ヲ取得スベシト雖モ實際上或

6) 此要件ヲ要スルガ故ニ本來權利ノ性質上ヨリ云ヘバ此種ノ救濟方法ヲ發生セシムルモノト雖モ當該ノ場合ニ付キ契約ヲ以テ其發生ヲ排除セルトキハ業ヨリ本條ノ適用ナシ。故ニ例ヘバ §567ノ責任ナキモノトシテ抵當權附不動産ヲ賣買セル場合ニハ本條ノ適用ナシ。

ハ賣主無責力ニシテ其權利ノ實益ヲ擧ゲ得ザルコトアルベシ。故ニ本條ハ(一)第三者ガ現在斯ル權利ヲ主張スルコト⁷⁾及(二)其結果買主ガ其買受ケタル權利ノ全部又ハ一部ヲ失フ虞アルコト⁸⁾ノ二要件具備スルトキハ買主ニ與フルニ其危險ノ限度ニ應ジ代金ノ全部又ハ一部ヲ拒絕スルノ權利ヲ以テセリ。茲ニ「危險ノ限度ニ應ジ」トハ失フベキ權利ノ範圍ヲ云フニアラズシテ失ヒタルノ結果其救濟手段トシテ發生スベキ金錢債權ノ額ヲ標準トスルコトヲ云フモノト解セザルベカラズ。蓋シ一部喪失ノ場合ニモ尙代金全部ノ返還請求權發生スルコトアルニ拘ラズ(五六三⁹⁾)一部ノ拒絕權アルニ過ギズト解スルトキハ本條存在ノ目的ノ一半沒却セラルレバナリ。又本條ハ永久的ニ拒絕スルコトヲ認ムルニアラズシテ現在主張セラレツツアル權利ニ關スル問題ガ何レカニ解決セラルルマデ拒絕スルコトヲ許スニ過ギズ。故ニ此權利ハ停止的抗辯權タル性質ヲ有ス⁹⁾。

尙ホ此種ノ拒絕權行使セラルルノ結果賣主不便ヲ感ズルコト少ナカラザルベキニ依リ民法ハ特ニ賣主

7) 單ニ權利ガ存在スルカ又ハ主張ノ虞アルノミニテハ足ラズ。

8) 客觀的ニ觀察シテ權利喪失ノ蓋然性アルコトヲ云フ。單ニ買主ガ主觀的ニ杞憂ヲ抱ケルノミニテハ足ラズ。

9) 故ニ其正當ニ拒絕シ得ル間ハ代金支拂時 己ニ到來シ且賣買ノ目的物既ニ引渡サレタル場合ト雖モ尙代金ノ利息ヲ支拂フノ義務ナシ(同設法曹會決議法曹 一六 一〇 7)。

第五七六
條但書

ニ許スニ相當ノ擔保ヲ供シテ買主ノ支拂拒絶ヲ却クルコトヲ以テセリ(五七六^四)。蓋シ擔保提供アルトキハ買主ハ抗辯權ノ基礎タルベキ損害ヲ蒙ルノ虞ナキニ至レバナリ。

第五七七
條

ロ) 「買受ケタル不動産ニ付キ先取特權、質權又ハ抵當權ノ登記アルトキハ買主ハ滌除ノ手續ヲ終ルマデ其代金ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得(五七七)。

是等ノ權利ノ登記アルトキハ其行使ニ依リテ買主ハ何時其買受ケタル不動産ヲ失フニ至ルヤモ知ルベカラズ、而カモ他方ニ於テ買主ハ滌除ニ依リテ是等ノ權利ヲ消滅セシメ得ルガ故ニ(三七八、三四一、三六一)民法ハ買主ニ許スニ滌除ノ手續ヲ終ルマデ代金ノ支拂ヲ拒絶スルコトヲ以テセリ。然レドモ滌除ハ第三八二條ノ制限ノ範圍内ニ於テ何時ニテモ之ヲ爲シ得ルガ故ニ買主ハ其故意ニ依リテ代金ノ支拂ヲ遲延セシムルコトヲ得ベキニ依リ、民法ハ此弊ヲ避クルガ爲メ賣主ニ許スニ「買主ニ對シテ遲滯ナク滌除ヲ爲スベキ旨ヲ請求スルコトヲ」以テセリ(五七七^四)。而シテ買主此請求ヲ受ケタルニ拘ラズ遲滯ナク¹⁰⁾滌除ノ手續ヲ爲サザルトキハ支拂拒絶權ヲ失フ

10) 遲滯ナクハ直チニノ意ニアラズ。故ニ過失ナキ遲延ハ蓋支ナシ。

ニ至ルベシ¹¹⁾。尙ホ本條ハ元來不動産所有權ノ賣買ニノミ關スルガ如キモ抵當權等ノ目的トナレル地上權、永小作權ノ賣買ニモ亦之ヲ推スルコトヲ妨ゲザルベシ。

以上第五七六條及第五七七條ノ規定ハ共ニ以テ買主ヲ保護センコトヲ目的トスルノ法規ナリ。而シテ是等ノ規定ハ其但書ニ於テ同時ニ賣主ヲ保護スベキ施設ヲ爲セルモ、民法ハ更ニ其足ラザルヲ補ハシガ爲メ是等ノ場合ニ於テ「賣主ハ買主ニ對シテ代金ノ供託ヲ請求スルコトヲ得」ベキ旨ヲ定メタリ(五七八)。蓋シ買主ガ代金支拂ヲ拒絶シツツアル間ニ無資力トナリ之ガ爲メ反ツテ賣主ニ損害ヲ蒙ラシムルノ虞アレバナリ。

第五七八
條

第五項 賣買ノ解除

賣買契約ノ當事者ハ直接法律ノ定ムル所ニ從ヒ又ハ當事者ノ特約ニ依リテ契約ヲ解除シ得ルコト其他ノ契約ニ於ケルト毫モ異ナル所ナシ。而シテ解除權發生ノ原因タル法規ニハ第五四一條乃至第五四三條等ノ如キ契約一般ニ關スルモノアリ、又第五六一條以下ノ如キ賣買ニ特有ナルモノアリ。是等ハ凡テ既

11) 此ノコト明文ナシト雖モ斯ク解スルニアラザレバ本但書ガ滌除請求權ヲ與ヘタル主旨全然沒却セラルベケレバ也。同説横田氏各論378。

ニ上述シタル所ニ屬スルヲ以テ以下ニハ之ヲ再說セズ。又解除權留保ノ特約ハ強行法規及公序良俗ニ反セザル限リ當事者之ニ任意ノ内容ヲ有セシムルコトヲ得ルモ、民法ハ其中手附ノ交付ニ依ル解除權留保及ビ買戻特約ノ場合ニ付テノミ別段ノ規定ヲ設ケタルガ故ニ、茲ニハ是等二ノ場合ニ付テノミ特別ノ説明ヲ爲サン。

第一目 手附^{*)}

第一 總說

手附ノ意義及種類

手附¹⁾ハ實際ノ取引上種々ナル目的ノ爲メニ交付セラルルモノニシテ其目的ノ如何ニ依リテ性質並ニ效力ヲ異ニス。即チ或ハ契約成立ノ要件タル性質ヲ有シ其交付ニ依リテ初メテ契約ガ拘束力ヲ生ズルコトアリ(成約手附²⁾)、或ハ契約締結ノ證トシテ之ヲ與フルコトアリ(證約手附³⁾)、或ハ解除權留保ノ對價トシテ之ヲ交付スルコトアリ(解約手附又ハ悔返手附⁴⁾)、又或ハ違約ノ場合ニ於テ之ヲ沒收スルコトヲ

成約手附

證約手附

解約手附

*) 石坂氏「手附ノ性質」京法一〇五 58。沿革ニ關シテハ戸永氏「手附」法理論叢第七編、宮崎氏「贖ノ字義ヲ論ジテ日本支那印度古代ノ手附ニ及ブ」法協二四二 1-、中田氏「徳川時代ノ文學ニ見エタル私法」宮崎博士紀念論文集 695-。

1) arrha, Draufgabe, Draufgeld, arrhes, earnest money

2) arrha constitutiva

3) arrha confirmatoria 此種ノ手附ハ契約ノ成立シタルコトヲ證明スルノ目的ヲ有スルモノニシテ成約手附ノ如ク契約成立ノ要件ヲ爲スモノニアラズ。

4) arrha poenitentialis

得シムルノ目的ヲ有スルニ過ギザルコトアリ(違約手附⁵⁾)。而シテ之ヲ概括的ニ觀察スレバ凡テ契約ノ履行ヲ確保スル爲メニ給付セラルルモノト解スルヲ得ベシ。蓋シ反對ノ意義ヲ有スルガ如キ外觀アル解約手附ト雖モ解除ヲ爲スガ爲メニハ手附ノ拋棄又ハ倍額ノ償還ヲ必要トスルガ故ニ反ツテ契約確保ノ效果アルモノトス。而シテ之ヲ交付スルノ時期ハ成約手附ニアリテハ契約成立ト同時ナルコトヲ要スルヤ勿論ナレドモ、其他ノ手附ニアリテハ契約成立ト同時ナルコトヲ通常トスルノミニテ場合ニ依リ當事者ハ其以前ニ於テモ又ハ其後ニ於テモ之ヲ交付スルコトヲ妨グズ。例ヘバ將來締結セラルベキ契約ヲ確保スル爲メ手附ヲ交付スル場合⁶⁾、契約締結ノ後ニ至リ當事者新ニ合意シテ手附ヲ授受スル場合ノ如シ。

違約手附

斯クノ如ク手附ニハ其種類種々アリト雖モ民法ハ斯ル廣義ノ手附ニ關シテ廣ク規定ヲ設クルコトナク唯單ニ賣買ノ場合ニ付テノミ規定ヲ設ケ而シテ之ヲ解約手附タルノ性質ヲ有スルモノトナセリ(五五七)。(一)但シ賣買ニ關スル規定ハ性質ノ許ス限リ其他ノ有償契約ニ準用アルガ故ニ(五五九)賣買以外

第五五七條ノ手附

5) arrha poenalis. 大審六・三・七民録二三 421. ハ此種ノ手附ヲ認メタリ。

6) arrha pacto imperfecto data

ノ有償契約ニ付テモ手附ヲ設ケ得ベキハ勿論無償契約ニ付キテモ、亦之ヲ設クルコトヲ妨ゲザルベシ。
 (二)尙第五五七條ハ強行法規ニアラザルガ故ニ當事者別段ノ定メニ依リテ手附ヲシテ解約手附以外ノ性質ヲ有セシムルコトヲ妨ゲザルヤ勿論ナリト雖モ當事者ノ意思不明ナルトキハ先ヅ慣習ニ從ヒタル意義ヲ有スルモノト解スベク(九二)、慣習亦不明ナルトキハ賣買其他有償契約ニ付キテハ解約手附ノ性質ヲ有スルモノト解釋スルヲ要ス(五五七、五五九)、反之無償契約ニ在リテハ慣習及ビ當事者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ決スルノ外ナシ⁷⁾。

手附ト内金トノ區別

尙手附ト類似シテ而カモ之ト區別スルコトヲ要スルモノニ代金ノ一部前渡(内金又ハ内入金)アリ。兩者ハ實際ノ取引上同ジク手附又ハ内金ト稱セラルルノ事例少カラザルガ故ニ單ニ當事者ノ使用スル文字ノミヲ標準トシテ之ガ區別ヲ爲スコトヲ得ズ。要ハ當事者ガ之ヲ以テ代金債務ノ一部辨濟タラシメントスルノ意思ナリヤ又ハ契約確保ノ爲メ上述セル何レカノ手附タラシメントスルノ意思ナリヤヲ解釋シテ

7) 同説石坂氏民法 三 六 1992。

8) 此點ニ關シ從來多數ノ立法ハ吾民法ト異ナリテ別段ノ定メナキ限り證シ手附タル性質ヲ有スモノトセリ(獨民2336, 瑞債 Art. 158¹⁾, 德民2908等)。反之佛 art. 1590 ハ吾民法ト同一ノ主義ヲ採レリ。

之ヲ決スベキノミ⁹⁾。

第二 解約手附

解約手附

一 性質及ビ成立

性質及成立
第五五七條

民法第五五七條ニ依リテ認メラレタル解約手附ハ賣買契約當事者ノ一方ガ相手方ノ契約履行ニ著手スルマデ何時ニテモ契約ヲ解除シ得ベキモノトスルガ爲ニ買主ガ賣主ニ交付スル金錢其他ノ代替的有價物ニシテ之ガ發生ヲ目的トスル契約ヲ手附契約¹⁰⁾ト云フ。故ニ

手附契約

1) 手附ハ賣買ノ締結ト同時ニ交付スルコトヲ常トスルモ其以前將來締結セラルベキ賣買ヲ豫想シテ又ハ既ニ賣買ノ締結セラレタル以後ニ於テ授受スルモ亦差支ナシ。但シ手附ガ同時ニ證約手附タル性質ヲ有シ且契約ノ成立時期ヲモ證明スルコトヲ目的トスル通常ノ場合ニアリテハ賣買締結ト同時ニ交付スルコトヲ要スルヤ勿論ナリ¹¹⁾。

手附契約ノ時期

2) 手附トシテ授受セララルモノハ金錢ナルコトヲ常トスルモ其他ノ代替物又ハ代替的權利ナルモ差支ナシ。(一)其授受セラレタル物ノ所有權ハ同時ニ收受者ニ移轉スルモノナリヤ又ハ尙ホ依然トシテ

手附ノ内容

9) 同説岡松氏内外論叢 五 六 165。

10) pactum arrhale

11) 同説石坂氏民法 三 六 1997。

提供者之ヲ所有シ收受者ハ單ニ之ヲ保管セルモノタルニ過ギザルヤハ法律之ヲ明定セズ。從ヒテ各場合ニ於ケル當事者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ決スルノ外ナレト雖モ意思不明ナルトキハ前者ノ意ナリト解スルヲ正當トスベシ。蓋シ金錢其他ノ代替物ノ占有移轉ハ反對ノ定メナキ限リ同時ニ所有權ヲモ移轉シ受者ハ單ニ同種ノモノヲ移轉スルヲ以テ足ルヲ通例トスレバナリ¹²⁾。(二)次ニ手附トシテ交付セラルルモノノ種類ニ付テハ民法何等ノ制限ヲ設ケズ。故ニ必ズシモ物ナルコトヲ要セザレドモ第五五七條ガ「賣主ハ其倍額ヲ償還シテ」ト云ヘルノ點ヨリ見レバ常ニ必ズ金錢其他代替的ノモノナルコトヲ要スルモノト解スルヲ正當トス。蓋シ不代替物ニ付テハ「倍額」ナル觀念ヲ容ルルノ餘地ナケレバナリ。從テ又不動産ノ如キハ手附ノ目的物トナルコトナシ。

手附ノ交付

ハ) 手附ハ必ズ之ヲ交付スルコトヲ要ス。故ニ手附契約ハ要物契約ノ一種ナリ。而シテ交付ハ現實ノ引渡ナルヲ通例トスルモ簡易ノ引渡(一八二¹¹⁾)、占

12) 結果同説石坂氏『法三六』1999。石坂氏ハ「若シ受者が單ニ手附ノ占有ニ取得スルニ過ギザルモノト爲ストキハ受者ハ何時ニテモ其返還ヲ請求セラルトキハ之ヲ返還スルコトヲ要シ手附ノ目的ヲ達スルコトヲ得ザルベシ」ト云ヘルモ此理由ハ不當ナリ。蓋シ手附ノ目的ヲ以テ交付セル以上縱令所有權ヲ移轉セズト雖モ其目的ノ存續スル限リ返還ヲ拒絕シ得ベキコト勿論ナレバ也。尙獨リノ通説亦同説也(Oertmann § 336, 4; Planck § 336, 4; Staudinger-Kuhlenbeck § 336, 4; Crome 2 296 等)。

有改定(一八三)、指圖ニ依ル占有移轉(一八四)ヲ以テ現實ノ引渡ニ代フルコトヲ妨ゲズ。此點吾民法ガ「交付」ナル文字ヲ使用セルコトヨリ考フレバ反對說ヲ正當トスルガ如キモ理論上此種ノ文字ニ拘泥セザルヲ穩當トスベシ¹³⁾。

ニ) 手附ヲ交付スル者ハ買主トス。但シ賣主ガ同一ノ目的ヲ以テ金錢其他ノモノヲ交付セルトキハ又之ヲ廣義ノ手附ノ一種トナシ以テ之ニ第五五七條ヲ準用スルコトヲ得ベシ。

手附交付者

ホ) 手附ハ當事者雙方ガ賣買ヲ解除スル權利ヲ留保スルノ目的ヲ以テ之ヲ交付スルモノトス。即チ買主ハ其交付シタル手附ヲ拋棄シ又賣主ハ其收受シタル手附ヲ返還スルト同時ニ更ニ之ト同種同額ノモノヲ買主ニ與ヘテ契約ヲ解除シ得ルモノニシテ、從來吾國ニ行ハレタル手附損倍戻ノ慣習¹⁴⁾ヲ採用セルモノナリ。斯クノ如ク手附ハ解除權留保ノ目的ヲ以テ交付セラルルモノナルガ故ニ手附契約ハ賣買ニ從タル契約ニシテ賣買無効ナルトキハ手附契約亦無効ナルベク又賣買ガ取消、解除(手附ニ依リテ留保セル解除權ニ依リタル場合ヲ除ク)其他ノ原因ニ因リテ消滅セルトキハ手附契約モ亦消滅ス。

手附ノ目的

13) 同説石坂氏民法三六 1996。

14) 此慣習ニ付キテハ中田氏前掲 705—参照。

效力 二 效力

買主が以上ノ意義ニ於ケル手附ヲ賣主ニ交付シタルトキハ其結果トシテ下記ノ如キ諸種ノ效力ヲ生ズ。

解除

イ) 買主及ビ賣主ハ何レモ當事者ノ一方ガ契約ノ履行ニ着手スルマデハ契約ヲ解除スルコトヲ得。然レドモ

1) 買主解除ヲ爲サントスルトキハ其先ニ交付シタル手附ヲ拋棄セザルベカラズ。然レドモ特ニ拋棄ノ意思ヲ表示スルコトヲ要セズ。單ニ解除ノ意思表示ヲ爲ストキハ之ニ因リテ終局的ニ手附ヲ失フノ結果トナルモノトス¹⁵⁾。

2) 賣主解除ヲ爲サントセバ之ト同時又ハ其以前ニ買主ヨリ交付セラレタル手附ヲ償還スルト同時ニ更ニ又之ト同種同額ノモノヲ買主ニ與フルコトヲ要ス¹⁶⁾。但シ賣主ハ單ニ之ヲ提供スルヲ以テ足り買主ニ於テ之ヲ受領セルコトヲ要セザルヤ勿論ナリ。蓋シ然ラズトセバ賣主ハ其一方ノ行爲ニ依リテ契約ヲ解除シ得ザルノ結果トナレバナリ¹⁷⁾。

15) 同説石坂氏研究 四 703-。大審三・一二・八民録二〇 1058ハ拋棄ヲ解除ノ條件ナルガ如ク説ケルモ眞意ハ恐ラク本文ト同説ナリ。

16) 同説大審三・一二・八民録二〇 1058、石坂氏研究 四 703-。

17) 同説同上判決及石坂氏同上。

而シテ此解除權ハ當事者ノ何レカ一方(解除ヲ爲サントスル者自身ヲモ包含ス¹⁸⁾)ガ履行ニ着手シタル時ヲ以テ消滅スルハ勿論、未ダ其以前ト雖モ特ニ定メラレタル解除權存續期間經過セルトキ又ハ其他手附契約消滅セルトキハ消滅ニ歸ス。但シ手附ニ依リテ留保シタル解除權消滅スルモ其他ノ理由アルトキハ別ニ之ヲ理由トシテ解除ヲ爲シ得ベキコト勿論ナリ。

解除ノ效果ハ原則トシテ第五四五條ノ規定ニ從フ。但シ本條ニ依ル解除ハ債務者ノ不履行ヲ理由トスルモノニアラザルガ故ニ第五四五條第三項ニ依リテ當事者互ニ損害賠償ヲ請求シ得ザルコト勿論ナリ(五五七¹⁹⁾)。

第五五七條第二項

ロ) 手附ハ解除權留保ノ目的ヲ以テ交付セラルルモノナレドモ同時ニ又契約締結ノ證タルノ效力ヲ有スルヲ常トス¹⁹⁾。即チ通常契約ガ有效ニ締結セラレタリトノ推定ヲ生ゼシムルモノトス。

契約締結ノ證

ハ) 手附ハ單ニ解除權留保ノ目的ヲ以テ交付セ

手附ノ返還

18) 蓋シ本條ハ「相手方」ト云ハズシテ「當事者ノ一方」ト云ヘルヲ以テナリ。但シ立法理由ニ付テハ異説少カラズ。石坂氏民法 三 六 2005(氏ハ自ラ履行ニ着手スル者ハ解除權ヲ拋棄スルノ意思アルガ故ナリト云ヘリ)、横田氏各論 284(氏ハ當事者ノ一方ガ履行ニ着手スルトキハ相手方ハソノ履行ノ豫期スル故ニ解除アルトキハ損害ヲ蒙ルコトトナレバ也ト云ヘリ、此理由ニ對スル反對石坂氏2007)、梅氏要義 三 257註(氏ハ之ヲ以テ從來ノ慣習ヲ追ヘルモノナリト云ヘリ)。

19) 同説石坂氏民法 三 六 199)。

ラルモノナレバ手附ニ依ル解除權ノ行使ニ依ラズシテ賣買消滅スルカ又ハ其他手附契約消滅セルトキハ買主ハ不當利得ノ原則ニ依リテ之ガ返還ヲ請求スルコトヲ得。但シ手附ノ目的物タルモノガ買主ノ負擔セル債務ノ目的物ト同種ノモノナルトキ即チ金錢ナルトキハ買主又ハ賣主ハ何レモ相手方ノ債權ニ對シテ相殺ヲ對抗スルコトヲ得。學者或ハ此場合ニ於テハ特ニ相殺ヲ必要トセズ法律上當然ニ代金中ニ算入セラルベキコトヲ説ク者アリ²⁰⁾、又或ハ當事者ノ契約ニ依リテ算入スルヲ得トノ説ヲ爲ス者アレドモ²¹⁾、前者ハ特ニ明文ナキ以上之ヲ認ムルコト能ハズ、後者ハ素ヨリ正當ナレドモ別ニ相殺ニ依リテ一方的ニ算入ヲ爲シ得ル以上特ニ契約ニ依ルノ要ナシ。尙當事者豫メ特約ヲ以テ手附ヲ代金ニ組入ルベキコトヲ約スルヲ妨ゲザルヤ勿論ナリ。

第二目 買戻

總説

第一 總説

賣主ハ資金調達ノ爲メニ現在或物品ヲ賣却スルモ後日資金潤澤トナレル曉ニ於テハ再ビ之ヲ買戻サン

20) 手附契約消滅ノ事由トシテ §547 ノ催告ヲ算スルモノアレドモ(横田氏各論 283、清瀬氏各論前 85) §557 ニ依ル解除權ニハ之ヲ行使シ得ベキ最長期間マレルガ故ニ §547 ノ適用ナキヤ勿論也。

21) 横田氏各論 284。

22) 石坂氏民法 三 2006。

ト欲スル場合少ナカラザルベシ。此要求ヲ充タスノ方法トシテハ、買買締結ト同時ニ再賣買ノ豫約ヲ爲スモ一法タルベク、信託行爲ニ依リテ所謂賣渡抵當ヲ行フモ一法タルベク、又單純ナル解除權留保ノ特約ヲ爲スモ亦一法タルベシ。然レドモ此等ノ方法ハ毫モ第三者ニ對スル效力ナキガ故ニ賣主ノ地位安全ナラズ。故ニ民法ハ是等ノ外別ニ特別ナル買戻特約ノ制度ヲ設ケテ此要求ニ應ゼンコトヲ計レリ²³⁾。

買戻特約ト以上ノ如キ再賣買ノ豫約又ハ單純ナル解除特約トハ實際上識別困難ナル場合少ナカラズ。而シテ實際ノ場合ニ付キテ其果シテ何レナルカヲ決スルニハ意思解釋ノ方法ニ依ルノ外ナシ。尙茲ニ特ニ注意ヲ要スルハ是等ノ契約ハ買戻特約ニアラザルガ故ニ直接民法第五七九條以下ノ規定ノ適用ヲ受クルモノニアラズト雖モ其中禁止規定例ヘバ第五七九條中代金及契約費用ヲ返還スベキコトヲ命ズル點、第五八〇條等ハ是等ノ契約ヲ締結スルニ付テモ之ヲ遵守セザルベカラザルコト是レナリ。蓋シ法律ガ此等ノ規定ニ因リテ禁止セントスル結果ガ別途ノ方法ニ依リテ達セラルルコトハ法律ノ是認スル所ニアラ

23) 實際社會ニ於テハ買戻特約ハ抵當權設定ノ代用トシテ使用セラルルコト多シ。蓋シ抵當權ハ其實行手續繁雜ナルガ故ナリ。例ヘバ大阪地新聞九九八、東京區五・三・二三判例一民43ニ掲ゲタル事例。

ザルコト素ヨリナレバ也。

性質 第二 買戻竝ニ買戻權ノ性質

買戻トハ買戻權ノ行使ニ依ル賣買契約ノ解除ニシテ買戻權ハ買戻特約ニ因リテ發生スル一種ノ解除權ナリ。而シテ又買戻特約トハ不動産所有權ノ賣買ニ附隨シテ之ト同時ニ締結セラルル契約ニシテ賣買締結以後一定ノ期間(買戻期間)内ニ賣買代金及契約ノ費用ヲ返還シテ契約ヲ解除スル權利ヲ賣主ニ留保スルコトヲ内容トスルモノヲ謂フ。故ニ

買戻權ハ
解除權ナリ

一) 買戻權ハ一種ノ解除權ナリ。

買戻權ノ本質如何ニ關シテハ從來三說アリ。(一)債權說¹⁾、(二)解除權說²⁾及(三)物權取得權說³⁾即チ是ナリ。而シテ此等ノ三說中余ハ解除權說ヲ正當トスルモノニシテ其理由下ノ如シ。

1) 債權說ノ非ナルハ多ク言ヲ要セズ。蓋シ債權ハ一定ノ給付ヲ請求スル權利ナルニ反シ買戻權ハ

1) 石坂氏「買戻權ノ源流ニ付キテ」研究一 190、畔道氏「買戻權ノ行使ト民法第一七七條ノ適用附買戻ト解除トノ差異」京法一一五73。

2) 大審三三・二・二民錄六二 12、同四一・七・八民錄一四 85 9(但シ本判決ハ買戻權ハ解除權ナルト同時ニ債權ナリト云ヘルガ故ニ畢竟ハ唯解除權ノ本質ニ關スル誤解ニ出ヅルモノニシテ實質上ヨリ云ヘバ寧ろ解除權說ニ入ルベキモノナルベシ)。

3) 通說ナリ。大審五・四・一一民錄二二 641、梅氏吉林六四 4一 石坂氏前掲、同氏京法九六 158一、横田氏各論377一、390、村上氏各論480、岡松氏内外論叢四三 193一、清瀬氏各論前110。

4) Aneignungsrecht, dingliche Erwerbsercheinung

5) 畔道氏前掲。

單ニ買戻權者ヲシテ一方的ニ買戻ノ意思表示ヲ爲スコトヲ正當ナラシムル權利ニ外ナラザレバナリ。

□) 次ニ物權取得權說ハ買戻權ノ解除權ナルコトヲ否定シ之ヲ以テ狩獵權、鑛業權、漁業權等ト同ジク一方行爲ニ依リテ物權ヲ取得スルコトヲ正當トスル一種ノ形成權ナリト説クモノニシテ、其理由ハ主トシテ(1)解除ニ關スル第五四〇條以下ノ諸規定中解除ニ特有ナル規定ハ何レモ買戻ニ適用ナキコト、(2)買戻特約ト一般ノ賣買契約解除權留保特約トノ間ニ種々ナル差異アルコト、(3)買戻權行使ノ效果ハ不動産登記法第三八條、民法第五八一條第一項、第五八三條第二項等ノ定ムル所ニシテ此等ノ規定ニ依レバ買戻權ノ行使アルトキハ不動産所有權ハ物權的ニ且賣買締結當時ニ遡及シテ賣主ニ復歸スルモノト解セザルベカラズトノ三點ニアリ。然レドモ(一)第五四〇條乃至第五四八條ノ九箇條中(1)之ヲ買戻ニ適用スルノ餘地全然之レナキモノハ法定解除權ニ關スル第五四一條乃至第五四三條、解除權ノ消滅ニ關スル第五四七條及第五四八條ノ五箇條ニ過ギズ、加之其中第五四一條以下ノ三箇條ハ獨リ買戻ニ付テノミナラズ凡テ約定解除權ニ關係ナキモノナ

6) 詳細ハ石坂氏前掲 191—參照。

レバ其適用ナキコトヲ理由トシテ買戻ハ解除ニアラズト説クニ足ラズ、第五四七條ハ又解除權行使ノ期間ナキ場合ニ關スル補充規定ナレバ別ニ期間ノ定メアル場合ニ其適用ナキハ法規自身ノ初メヨリ期スル所ニシテ、第五四八條ハ又買戻權者ノ返還スベキ物が金錢ナルガ爲メニ適用ノ餘地ナキノミ。何レモ其適用ナキガ爲メニ解除タルノ性質ヲ害スベキモノニアラズ。(□)以上ト異ナリテ第五四〇條、五四四條、五四六條ハ買戻ニモ適用アルコト明カナリ、論者ハ第五四〇條第一項ハ第五七九條ニ依リテ其適用ヲ排除セラルベキコトヲ説ケルモ同條ハ單ニ解除ノ條件ヲ定ムルニ過ギズシテ解除ノ方法ニ關シテハ何等言フ所ナキガ故ニ毫モ第五四〇條第一項ト抵觸スル規定ニアラズ。又論者ハ買戻ノ意思表示ヲ爲スニ當リテハ同時ニ買主ガ拂ヒタル代金及ビ契約ノ費用ヲ返還スルコトヲ要スルガ故ニ(五七九)最早賣主ハ何等ノ返還義務ヲ負擔セズ、從ヒテ五四六條ノ適用ヲ受ケルノ餘地ナシト云ヘルモ、買戻ノ結果賣主ノ返還スベキ物ハ代金及ビ契約ノ費用ノミニ限ラズシテ代金ノ利息ノ如キヲモ之ヲ包含ス、素ヨリ「當事者ガ別段ノ意思ヲ表示セザリシトキハ不動産ノ果實ト代金ノ利息トハ之ヲ相殺シタルモノト看做ス」(五

七九⁷⁾ト雖モ、別段ノ意思表示アルトキハ賣主ハ買戻ノ結果代金ノ利息ヲ支拂フノ義務アルコトアリ得ベク然ラバ即チ五四六條ヲ適用スルノ餘地尙存スト云ハザルベカラズ。(ハ)唯最モ問題トナルハ第五四五條ナリ。然レドモ(1)第五七九條ガ買戻ノ意思表示ヲ爲スノ條件トシテ「買主ガ拂ヒタル代金及ビ契約ノ費用」ヲ返還スベキコトヲ命ズルノ外別ニ效果ニ關シテ何等言フ所ナク而カモ突然其但書ニ於テ「不動産ノ果實ト代金ノ利息トハ之ヲ相殺シタルモノト看做ス」旨ヲ規定セルヨリ見レバ法文實ハ其裏面ニ於テ暗ニ一般原則タル五四五條ノ適用ヲ豫想セルモノト解スルヲ穩當トスルノミナラズ、(2)賣買ノ目的タル不動産ガ滅失シタル等ノ原因ニ因リテ原物返還不能トナレル場合ニ於テモ買戻權ハ毫モ之ガ爲メ消滅スルモノニアラズ、然ルニ若シ此場合ニ五四五條第一項ノ適用ナシトセバ賣主買戻ヲ爲スト雖モ不動産ニ代ヘテ其價格ノ返還ヲ請求スルノ根據ナカルベキ筈ナリ、(3)尙又民法ハ特ニ買戻ハ第三者ニ對シテ何等ノ效力ナキ旨ノ原則規定ヲ設クルコトナキニ拘ハラズ突然第五八一條ニ於テ「買戻ノ特約ヲ登記シタルトキハ第三者ニ對シテモ其效力ヲ

7) 259頁參照。

生ズ」ル旨ヲ規定セリ、是レ即チ民法ガ買戻ニ付キテモ第五四五條第一項但書ヲ以テ其一般原則トシ別ニ之ニ對スル例外ヲ設ケタルモノナリ。(4)勿論第五四五條第三項ハ買戻ニ其適用ナシト雖モ是レ約定解除權ノ凡テニ通ズルノ事例ニシテ毫モ買戻ガ解除タルコトヲ害スルモノニアラズ。(5)論者ハ不動産登記法第三八條ニ「買戻ノ特約其他登記ノ目的タル權利ノ消滅ニ關スル事項ノ定アルトキ」ナル文字アルコトヲ根據トシテ買戻ハ常ニ物權的效果ヲ生ズルモノニシテ第五四五條第一項ノ適用ヲ受クルモノニアラズト説ケルモ、斯クノ如キハ根據頗ル薄弱ナル文字論ニ過ギザルノミナラズ、縱令買戻ハ解除ノ一種ナリトスルモ其結果買主又ハ轉得者ハ不動産ノ返還ヲ強制セララルニ至ルモノナレバ尙之ヲ稱シテ「登記ノ目的タル權利ノ消滅ニ關スル事項」ト云フコト用語上必ズシモ不當ト云フベカラザルニ依リ、余ハ此論ニ贊スルヲ得ズ。尙其他論者ハ民法第五八一條第一項ヲ以テ第五四五條第一項ノ適用ナシトノ論ノ根據トスレドモ是レ反ツテ原則上同條ノ適用アリトスルノ論據ト爲シ得ベキコト既ニ之ヲ説ケリ。又論者ハ第五八三條第二項ガ「買主又ハ轉得者ガ不動産ニ付キ費用ヲ出ダシタルトキハ賣主ハ第一九六條

ノ規定ニ從ヒ之ヲ償還スルコトヲ要ス」ト規定セルハ買戻ノ效力ガ物權的且遡及的ニ生ズルコトヲ推論セシムト云ヘルモ茲ニ「第一九六條ノ規定ニ從ヒ」トハ單ニ同條ノ文字ヲ借リテ費用償還ノ程度ヲ示サントスルモノニシテ必ズシモ第一九六條ノ適用ヲ受クベキコトヲ規定セルモノト解スベカラズ。要之解除ニ關スル第五四〇條以下ノ諸規定ハ論者ノ唱フル所ト反對ニ寧ロ原則トシテ買戻ニモ適用アリ、唯買戻ニ關スル特別規定ノ爲メニ多少ノ制限ヲ受クルニ過ギザルモノト解セザルベカラズ。(二)次ニ又論者ハ買戻特約ト一般ノ解除權留保トノ間ニ幾多ノ差異アルコトヲ論據トシテ買戻ハ解除ニアラズト主張セルモ是レ毫モ反對論ノ論據トスルニ足ラズ、蓋シ同ジク甲乙二者ノ間ニ差異アリト云フモ或ハ兩者ガ互ニ原則例外ノ關係ニ立テルコトヲ意味スルコトアルベク又或ハ全然無關係ナルコトヲ意味スルコトアルベク、而シテ論者ノ主張ハ獨リ此後ノ場合ニノミ認メ得ルニ拘ラズ論者毫モ此點ヲ説明スル所ナケレバナリ。(三)尙以上ノ外論者ハ不動産登記法第三八條、民法第五八一條第一項、第五八三條第二項等ヲ根據トシテ買戻ノ效果ノ物權的且遡及的ナルコトヲ主張スレドモ其理由ナキコト既ニ(一)ノ(ハ)ノ(5)ニ

於テ述ベタル所ニ依リテ明カナリ。故ニ物權取得權
說ハ民法上何等正當ノ根據ヲ有スルモノニアラズ。

ハ) 以上ノ理由ニ依リテ買戻權ハ債權ニアラ
ズ又物權取得權ニモアラズシテ寧ロ解除權ノ一種ナ
ルヲ知レリ。殊ニ第五七九條ガ「賣買ノ解除」ナル文
字ヲ使用セルコトハ愈々以テ本說ノ正當ナルコトヲ
推知セシムルモノナリ。

買戻權ノ
讓渡

斯クノ如ク買戻權ハ解除權ノ一種ニ外ナラザルガ
故ニ之ヲ讓渡シ得ルヤ否ヤノ問題モ亦解除權ニ關ス
ル一般原則ニ依リテ之ヲ決セザルベカラズ。從ヒテ
買戻權ハ其附從セル賣買ノ賣主タル地位ト同時ニ
ノミ之ヲ讓渡シ得ベシ。然レドモ買戻ノ場合ニハ
賣買履行ノ後ニ於テ賣買ヲ解除スルモノナレバ買
戻權ノ讓渡ニ際シテモ賣買上ノ債務關係ハ既ニ存
續セズ、從ヒテ此場合ニ買戻權ト共ニ讓渡セラレ
ルコトヲ要スル賣主タル地位ノ内容ハ賣買上ノ債權
債務ニアラズシテ賣主ガ買戻ノ曉ニ於テ一定ノ權利
ヲ取得スベキ地位(期待權、條件附權利)ナリト云ハ
ザルベカラズ。故ニ賣主ハ此地位ヲ自己ニ留保シツ
ク買戻權ノミヲ第三者ニ讓渡スコトヲ得ザルモノト

8) 223頁、石坂氏前掲 196—參照。反之從來ノ通說ハ買戻權ノ獨立讓渡ヲ認ムルモノノ如シ(大審四一・七・八民錄 一四 859、法曹會
決議法曹 一六 七 14)。

ス。蓋シ然ラズトセバ全然利害關係ナキ第三者ニ
依リテ契約當事者ノ地位ヲ動かサルルコトヲ認ムル
ノ結果トナレバナリ。然レドモ此地位ハ結局買戻權
行使ノ結果ヲ收取スルコトヲ以テ其内容トスルモノ
ナルガ故ニ買戻權讓渡ノ契約ニ當リ當事者特ニ反對
ノ意思ヲ表示セザル限リハ此地位ヲモ同時ニ讓渡ス
ルノ意思ナリト解スルヲ穩當トス⁹⁾。

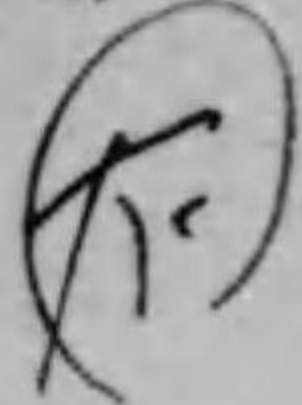
尙買戻權ノ讓渡ヲ買主其他ニ對抗スルガ爲メニハ
債權讓渡ノ規定(四六七)ノ類推ニ依リテ之ヲ買主ニ
通知スルカ又ハ其承諾ヲ得ルコトヲ要ストノ說¹⁰⁾及
ビ常ニ必ズ買主ノ同意ヲ要ストノ說¹¹⁾アレドモ、余
輩ハ買戻權其モノノ讓渡ニ付キテハ何等此種ノ要件
ヲ要セズ、唯買戻權ト同時ニ賣主タル地位ヲ讓渡ス
ルハ將來債權ヲ取得スベキ地位即チ條件附債權ヲ讓

9) 此點ニ關シテ石坂氏前掲 199—ハ解除權ノ留保アルトキハ賣
買ハ其履行アリタル後ニ於テモ尙消滅セザルコト解除條件「賣買、
取消シ得ベキ賣買等ノ履行アリタル場合ニ同シト云ヘルモ、此等ノ場
合ニ於テモ賣買上ノ債務關係ガ既ニ履行ニ依リテ消滅セルコト明白
ナルガ故ニ此場合ニ買戻權ト共ニ讓渡セラレル賣買ノ賣主タル地位
ハ賣主ガ買戻ノ曉ニ於テ權利ヲ取得スベキ地位ニ外ナラズト云ハザ
ルベカラズ。故ニ氏ノ所說ハ必ズシモ不當ニアラズト雖モ説イテ頗ル
足ラザルモノアリト云フベシ。横田氏各論 399 略本文ト同説。

10) 大審四一・七・八民錄 一四 859ガ「不動産ノ賣主ヨリ其買戻
權ヲ讓受ケタル者ハ即チ不動産ノ賣主ノ承繼人ナルガ故ニ云々」ト
云ヘルハ理論上穩當ノ説明ニアラズシテ論理ヲ轉倒セルモノナルコ
ト誠ニ石坂氏ノ主張スル所ノ如シ。然レドモ實際上買戻權ノ讓受人ハ
別段ノ意思表示ナキ限リ同時ニ賣主ノ地位ヲ承繼スル旨ノ合意ヲ爲
セルモノト解スルヲ正當トス。

11) 横田氏各論 401

12) 清瀬氏各論前113。



渡スルモノナレバ第一二九條、第四六七條ニ依リテ債權讓渡ノ通知又ハ債務者ノ承諾ヲ要スルモノト解スルヲ正當ナリト信ズ。從ヒテ又買戻權行使ノ結果賣主ガ債務ヲ負擔スルニ至ルベキ例外ノ場合（第五七九條但書ニ於ケル別段ノ意思表示アリタル場合ニハ利息債務ヲ生ズ）ニハ第一二九條及ビ債務引受ノ一般原則ニ依リテ債權者即チ買主ノ同意ヲ得ルニアラズンバ右ノ條件附債務ヲ移轉シ得ズ從ヒテ又買戻權ヲ讓渡シ得ザルベシ¹³⁾。

買戻權ハ
不動産ノ
賣主ノミ
之ヲ有ス
ルコトヲ
得

二) 買戻權ハ不動産ノ買主ノミ之ヲ有スルコトヲ得。

蓋シ買戻ノ必要ハ實際上不動産ノ如キ重要ナル財産ニ付キテノミ生ズルノミナラズ、買戻權ハ結局之ヲシテ第三者ニ對スル効力ヲ有セシムルニアラザレバ特ニ之ヲ認メタル立法上ノ目的ヲ完全ニ到達スルコト能ハズ、而シテ第三者ニ對スル効力ヲ有セシムルガ爲メニハ其存在ヲ一般ニ公示スルノ方法ヲ講ゼザルベカラザルニ拘ラズ、動産ニ付キテハ登記ノ如

13) §129 ハ條件附債務ノ引受ニハ關係ナシトノ説アリ（鳩山氏全書 二 519）。然レドモ債務引受ガ法理上可能ナリトスレバ同シク同條ニ依リテ條件附債務ノ引受ヲ認ムルヲ至當トス。氏ハ債務ハ處分ヲ許サザルガ故ニ本條ニ所謂「處分」ノ適用ナシトイヘルモ之ヲ解シテ一方的處分ノミチ意味スルモノト解スルハ餘リニ文字ニ拘泥セザルモノト云ハザルベカラズ。

キ適當ノ公示方法存在セザルヲ以テナリ¹⁴⁾。

故ニ不動産以外ノ物ニ付キテ同種ノ特約ヲ爲スモ買戻ニ關スル第五七九條以下ノ規定ハ凡テ之ヲ適用スルコト能ハズ。然レドモ此種ノ特約ト雖モ必ズシモ之ヲ無効トスルノ必要ナク¹⁵⁾、強行法規竝ニ公序良俗ニ違背セザル限リハ行使ノ期間竝ニ效果ニ付キテ別段ノ定メアル一種ノ解除權留保契約トシテ有效ナルモノト解スルヲ正當トスベシ。

三) 買戻權ハ賣買契約ト同時ニ爲シタル買戻契約ニ依リテノミ之ヲ留保スルコトヲ得。

買戻權ノ
留保ハ賣
買ト同時
ニノミ爲
スヲ得

蓋シ始メ一旦買戻ノ必要ナシト認メタルノ結果無制限ニテ賣買ヲ締結セル以上更ニ後ヨリ其意ヲ翻シテ寧ロ弊害¹⁶⁾多キ買戻權ヲ設定スルコトヲ得シムルハ立法政策上其當ヲ得タルモノニアラザルヲ以テナリ¹⁷⁾。但シ通常ノ解除權留保又ハ再賣買ノ豫約ハ賣買締結以後ニ於テモ之ヲ爲シ得ルコト素ヨリナリ。尙ホ買戻特約ガ賣買ト同時ニ締結セラレタル限リハ其效力發生時期ニ付キテ別段ノ定メヲ爲スハ何等ノ妨ゲナカルベシ。尤モ此場合ト雖モ後ニ述ブル買戻

14) 梅氏要義 三 §579 前註、仁井田氏法典實疑問答民法債權 19 參照。

15) 同說大審三九・一・二九民錄 一一 81。

16) 弊害ニ關シテハ梅氏要義 三 §579 前註參照。

17) 立法理由ニ付キテハ仁井田氏法典實疑問答民法債權 194 參照。

期間ハ契約締結ノ時ヲ起算點トシテ之ヲ計算セザルベカラザルコト勿論ナリ。

斯クノ如ク買戻特約ハ賣買ト同時ニ之ヲ爲スコトヲ要スレドモ兩者ハ別箇ノ契約ニシテ單ニ主從ノ關係ヲ有スルニ過ギズ。故ニ後ニ至リ當事者ノ合意ヲ以テ買戻特約ノミヲ消滅セシムルモ賣買契約ニ何等ノ影響ヲ及ボスルコトナシ¹⁸⁾。

買戻金ヲ返還シテ賣買ヲ解除スル權利ナリ

四) 買戻權ハ賣主ガ買主ノ支拂ヒタル代金及契約ノ費用ヲ返還シテ賣買契約ヲ解除スル權利ナリ。

故ニ買戻代金ト賣買代金トハ同額ナルコトヲ要ス。蓋シ然ラズトセバ買戻ノ方法ニ依リテ利息制限法ノ規定ヲ潜脱スルノ弊ヲ生ズベケレバナリ。又茲ニ「契約ノ費用」トハ賣買契約締結ノ費用中買主ノ支拂ヒタルモノヲ謂フ。尙ホ是等ノ返還スベキ金銭ニハ利息ヲ附スルヲ原則トスルモ(五四五¹¹⁾)若シ其不動産ガ果實ヲ生ズベキモノナルトキハ當事者別段ノ定メヲ爲サザニ限リ利息モ亦之ヲ支拂フコトヲ要セザルモノトス。民法ハ此義ヲ言表スガ爲メ「不動産ノ果實ト代金ノ利息トハ之ヲ相殺シタルモノト看做ス」トノ規定ヲ設ケタリ(五七九¹²⁾)。

買戻期間

五) 買戻權ノ存續期間ハ法律ノ定ムル一定ノ期

18) 同說大審三・六・三〇民錄二〇 557一、石坂氏研究四 61 5。

間以上ニ亘ルコト能ハズ。

買戻權ノ目的トナレル不動産ハ買主十分ノ費用ヲ出シテ之ガ維持改良ニ勉ムルコト少ナカルベキガ故ニ買戻權ヲ長ク存續セシムルハ國家經濟上頗ル不利益ナルノミナラズ、登記アル買戻權ハ後ニ述ブルガ如ク之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ベキニ依リ自然買主ニ於テ當該不動産ヲ第三者ニ讓渡スノ妨害トナルベク、加之不動産ノ價格ハ長年月ノ間ニ著シキ騰貴ヲ爲スコト稀ナラズ而シテ此場合ニ於テモ尙ホ單ニ賣買代金ト契約費用トヲ返還シテ買戻ヲ爲シ得ベシトスルハ其結果頗ル不當ナリト云ハザルベカラズ。此故ニ民法ハ(一)「買戻ノ期間¹⁹⁾ハ十年ヲ超ユルコトヲ得ズ若シ之ヨリ長キ期間ヲ定メタルトキハ之ヲ十年ニ短縮ス」(五八〇¹⁾)ル旨ヲ定メ、又(二)「買戻ニ付キ期間ヲ定メザリシトキハ五年内ニ之ヲ爲スコトヲ要ス」(五八〇¹¹¹⁾)ル旨ヲ規定セリ。(三)而シテ當事者ガ特別ナル買戻期間ヲ定メタル場合ニ「後日之ヲ伸長スルコトヲ得ザル」ハ勿論(五八〇¹¹²⁾)之ヲ定メザリシ結果法律上當然ニ五年ト定メタル場合ニ於テモ亦後ヨリ之ヲ伸長スルコト能ハザルベ

第五八〇條

19) 「買戻ノ期間」トハ買戻權存續期間ヲ云フモノニシテ買戻權ノ行使ヲ停止スル期間ヲ包含セズ(反對東原元・一二・二—新聞八四六、同說此判決ニ對スル石坂氏研究三 416—ノ受評)。

シ。

民法施行
前ノ買戻
權ト買戻
期間

民法施行前ニハ此等ノ規定存在セザリシガ故ニ十年以上ノ期間ヲ有スル買戻特約モ亦素ヨリ有效ニシテ²⁰⁾又無期限ニテ買戻特約ヲ爲スモ當然ニ五年ノ期間ヲ附セラルルガ如キコトナカリキ。然レドモ(一)民法施行前ニ定メタル買戻期間ハ民法施行後ニ於テモ無制限ニ有效ナリヤ及ビ(二)民法施行前無期限ノ買戻特約ヲ締結セルトキハ民法施行後ニ於テモ亦無期限ノモノト見ルベキヤハ大ニ疑問ナリ。此中(一)第一ノ疑問ニ答フルガ爲メニハ民法施行法第三四條ニ所謂「時効期間ノ性質ヲ有セザル法定期間」ノ意義如何ヲ明ニスルコトヲ要ス。從來此點ニ關シ法律ノ定メタル不變期間ノミヲ意味ストスル説²¹⁾及ビ當事者ノ契約ヲ以テ定メタル期間ヲモ包含ストスル説²²⁾ノ二説アリ。之ヲ法文ノ文字ノミヨリ考フルトキハ前説ヲ正當トスルガ如キモ理論上寧ロ後説ヲ至當トス。蓋シ(1)民法施行法第三一條但書ガ強行的性質ヲ有スル時効期間ニ關シテ「民法施行前ニ進行ヲ始メタル出訴期限」ノ「殘斯ガ民法施行ノ日ヨリ起算シ民法ニ定メタル時効ノ期間ヨリ長キトキハ其

20) 同說大審三・一・二・一—民錄二〇 1076—。

21) 東控元・一・二・二—新聞八四六、東控三・六・一—評論 三民 248。

22) 石坂氏研究 三 421—。

日ヨリ起算シテ民法ノ規定ヲ適用ス」ト定メ以テ其民法施行以後絕對ニ民法所定ノ期間ヲ超ユルコトヲ得ザラシメタル精神ヨリ考フルトキハ同ジク強行的性質ヲ有スル買戻期間ニ關シテ同規定ノ準用(民施三四)ヲ認メズ苟モ當事者ノ定メタルモノナル以上長ク其效力ヲ認ムベシトスルハ頗ル不適當ナルノミナラズ、(2)若シ右ノ「法定期間」ガ當事者ノ定メタル期間ヲ包含セザルモノナリトセバ舊法ニテハ獨リ買戻權ノミナラズ形成權一般ニ關シテ法定期間ヲ定ムルコトナキガ故ニ民法施行法第三四條ハ殆ド適用ナキ空文タルニ至ルベケレバナリ²³⁾。故ニ第一ノ疑問ハ上記ノ第三四條、第三一條但書及ビ民法第五八〇條第一項ノ適用ニヨリテ民法施行後十年以内ニ限リテ有效ナリト解セザルベカラズ。(二)次ニ第二ノ疑問ハ民法施行法第三四條及第三二條ノ適用ヲ受クベキコト明カナリト雖モ其結果更ニ民法第五八〇條第一項ニ依ルベキモノナリヤ又ハ第三項ニ依ルベキモノナリヤハ頗ル疑問ナリ。此點ニ關シテ學說分レタレドモ²⁴⁾余ハ第一項ニ依ルヲ以テ正當ナリト信ズ。蓋シ民法上買戻權ノ存續シ得ベキ最長期間ハ第

23) 理由ノ詳細ハ石坂氏前掲參照。

24) 第一項說石坂氏研究 三 418—。第三項說法曹會決議法曹二 四四 52。

一項所定ノ十年ニシテ民法施行前ニ發生セル事項ニ付キテハ成ルベク民法ノ許ス範圍ニ於テ最長ノ期間ヲ認ムルヲ民法施行法ノ精神トスベケレバナリ。

行使 第三 買戻權ノ行使

買戻ノ當事者 一 買戻ノ當事者

一) 買戻ヲ爲シ得ルハ買戻權者ニ限ル。而シテ買戻權ハ賣主ノ包括承繼人ニ依リテ承繼セラレルハ勿論賣買契約上ノ賣主タル地位ト共ニ之ヲ第三者ニ讓渡シ得ベキコト既ニ之ヲ上述セリ。

買戻ノ相手方 二) 買戻ノ相手方ハ契約ノ當事者タル買主(又ハ其承繼人)ノミニ限ル²⁵⁾。蓋シ買戻權ハ解除權ノ一種ナルガ故ニ之ガ行使ハ又解除權一般ニ關スル原則(五四〇¹⁾)ニ從テ契約ノ相手方ニ對スル意思表示ヲ以テ之ヲ爲スベク、而シテ買主ヨリ不動産ヲ轉得セル者ハ全然契約ト無關係ナル第三者ナレバ其契約ノ解除ヲ爲スニ付キ之ガ相手方タルベキ性質ヲ有スルモノニアラズ²⁶⁾。加之第五八一條第一項ノ文字ノミヨリ之ヲ謂フモ此場合ニ買戻ノ意思表示ヲ第三者ニ對シテ爲スベシトスルノ論據毫モ存在セズ「買戻ハ第三者ニ對シテモ其效力ヲ生ズ」トノ文字ハ寧ロ反

25) 同說石坂氏研究 三 511-。直接不動産ノ轉得者ニ對シテ爲スベシトスル說大審三三・二・二 民錄六 二 12、同三九・七・四民錄一 二 1066、横田氏各論 401-。
26) 223 頁參照。

テ買戻ノ意思表示ハ第三者ニ對シテ之ヲ爲スベキモノニアラズ單ニ買主ニ對シテ爲シタル買戻ノ效果ガ第三者ニモ及ブモノタルニ過ギズト解スルノ論據ヲ與フルモノナリト云ハザルベカラザルヲ以テナリ。但シ第三者ガ不動産ヲ讓受クルト同時ニ賣買契約ニ於ケル買主ノ地位ヲモ讓受ケタルトキハ第三者ニ對シテ買戻ノ意思表示ヲ爲スベキコト勿論ナリ。而シテ此買主ノ地位ガ同時ニ讓受ケラレタリヤ否ヤハ凡テ意思解釋ニ依リテ定マルベキ問題ナレドモ其買戻權ニ付キ登記アリ而シテ不動産讓渡ノ當事者雙方ガ買戻權ノ存在ヲ知レル場合ニハ反對ノ意思表示ナキ限リ同時ニ買主タルノ地位ヲモ讓渡スノ意思ナリト推定スルヲ正當トス。蓋シ登記アル買戻權ノ行使アルトキハ不動産ノ轉得者ハ之ガ爲メ直接不動産返還ノ請求ヲ受クベキモノナルニ拘ラズ買戻ノ要件タル代金及ビ契約費用ノミハ之ヲ不動産轉讓者ニ歸屬スルモノトシ買戻ニ因リテ生ズル利害ノ歸スル所ヲ別人ニ分ツコトハ寧ロ一般ノ場合ニ於テ當事者ノ欲セザル所ナリト解スベケレバナリ。

三) 尚ホ賣主又ハ賣主ヨリ買戻權ヲ讓受ケタル者ノ債權者ハ第四二三條ノ規定ニ依リ賣主等ニ代リテ買戻ヲ爲スコトヲ得ベシ。蓋シ買戻權ハ專屬的權

第三節 債權者ノ買戻權行使

第五八二條

利ニアラザルヲ以テナリ²⁷⁾。然レドモ此場合ニ於テ民法ハ債權者ヲ害セザル限リニ於テ買主ヲ保護スルガ爲メ之ニ許スニ「裁判所ニ於テ選定シタル鑑定人ノ評價ニ從ヒ不動産ノ現時ノ價額ヨリ賣主(又ハ賣主ヨリ買戻權ヲ讓受ケタル者)ガ返還スベキ金額ヲ控除シタル殘額ニ達スルマデ賣主ノ債務ヲ辨濟シ尙ホ餘利アルトキハ之ヲ賣主(又ハ賣主ヨリ買戻權ヲ讓受ケタル者)ニ返還シテ買戻權ヲ消滅セシムルコト」ヲ以テセリ(五八二)。是レ不動産現時ノ價格ト賣主ノ返還スベキ金額トノ差額ハ即チ買戻ノ結果賣主(又ハ賣主ヨリ買戻權ヲ讓受ケタル者)ノ取得スベキ利益ニシテ債權者ガ買戻權ヲ代位行使スルニ因リテ取得スベキ實益モ亦此金額ニ付キテ辨濟ヲ受クルノ點ニアルモノナレバ法律ハ買主ヲシテ之ヲ限度トシテ債務ノ辨濟ヲ爲サシメ以テ買戻ヲ免ルルコトヲ得シメタルモノトス。尙ホ不動産現時ノ價額ヲ評價スベキ鑑定人ノ選任、呼出及訊問ハ不動産所在地ノ區裁判所ノ管轄ニ屬シ而シテ裁判所ガ右ノ手續ヲ爲スニ付キテ要シタル費用ハ凡テ買主ノ負擔トス(非訟法八四)。尙ホ裁判所ガ一旦選任セル鑑定人ノ鑑定ヲ不當ト認メタルトキハ同法第一九條ノ規定ニ

27) 223 頁參照。

依リテ更ニ異別ノ鑑定人ヲ選任スルコトヲ得ベシ。

二 行使ノ方法

行使ノ方法

買戻權ハ解除權ノ一種ナルヲ以テ契約ノ相手方即チ買主(又ハ其地位ノ承繼人)ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ行使スベク(五四〇)敢テ相手方ノ同意ヲ要スルモノニアラザルナリ。而シテ(一)其ノ意思表示ハ必ず上述セル買戻期間内ニ相手方ニ到達スルヲ要シ、又(二)必ず買戻期間内ニ代金及契約ノ費用ヲ解除ノ相手方ニ提供スルヲ要スベシ(五八三²⁸⁾)。但シ買主ハ右ノ代金及契約費用ノ全部又ハ一部ノ支拂ニ付キ賣主ニ對シテ猶豫ヲ與ヘ之ニ依リテ未ダ實際ノ支拂ナキニ拘ラズ買戻ハ其意思表示ノミニ依リテ完全ニ效力ヲ生ズルモノト爲スコトヲ妨ゲザルハ勿論²⁹⁾其金額ヲ減少シ又ハ全然其支拂ヲ免除スルコトモ亦何等ノ差支ナカルベシ。尙又當事者ハ特ニ其合意ヲ以テ其金額ヲ増加スルコトヲ妨ゲズト雖モ其増加額ノ提供ヲ以テ買戻權行使ノ條件ト爲シ其提供ナキ間ハ買戻ノ效力ヲ生ゼザルモノト爲スコトヲ得ズ。蓋シ然ラズトセバ強行的性質ヲ有スル第五七九條ノ

第五八三條第一項

28) 同說大審三四・一一・一五民錄七 一〇 39. 反對說石坂氏研究三 515. 氏ハ §583¹ヲ基礎トシテ代金及契約費用ヲ提供スルニアラザレバ買戻ヲ爲スコトヲ得ズト説ケルモ同規定ハ此點ニ付テ之ヲ強行法トナリト解スベキ根據ナキガ故ニ苟モ買戻ノ相手方ノ同意アル限リハ其適用ヲ排除シ得ベシ。

制限ヲ潜脱スルノ結果トナレバナリ²⁹⁾。

行使ノ效果
原状回復

三 行使ノ效果

一) 買戻權ノ行使アルトキハ賣買當事者又ハ其承繼人相互ノ間ニ原状回復ノ債權債務ヲ生ズ(五四五¹⁾)。但シ此點ニ關シテハ從來、(一)買戻ノ效果ハ全然解除ニ關スル第五四五條ノ適用ヲ受クルモノニアラズ、買戻ノ目的物ハ不動産登記法第三八條、民法第五八一條第一項、第五八三條第二項ニ依リテ物權的且遡及的ニ賣主ニ復歸ストスル説³⁰⁾、(二)第五四五條ノ適用アレドモ目的物ハ物權的ニ賣主ニ復歸ストスル説³¹⁾、及ビ(三)第五四五條ニ從ヒテ債權的效果ヲ生ズルニ過ギズトスル説³²⁾等諸種ノ學說アリ。然レドモ第一説ガ民法上何等ノ根據ナキコトハ既ニ之ヲ詳述セリ^{32a)}、又第二説ハ一般ノ解除ニ關シテ物權的復歸ヲ認ムルガ故ニ買戻ニ付キテモ亦同一論ヲ爲スモノナリト雖モ其論ノ不當ナルコト亦先ニ之ヲ述ベタリ³³⁾。故ニ第三説ヲ正當トセザルベカラズ。

第三者ニ對スル效力

二) 而シテ解除ハ原則トシテ第三者ニ對シテ效力

29) 結果同說石坂氏前掲 514。
30) 暁道氏京法 一 五 73-。
31) 一般解除ノ場合ニ物權的復歸ヲ認ムル學說判例 (259 頁参照)ノ主張スル所ニシテ現今吾國ノ通說ナリ。
32) 石坂氏研究 一 190-。 32a) 451 頁以下參照。
33) 25,9 照 頁參

力ヲ生ズルモノニアラザルガ故ニ(五四五¹)買主ガ其買受ケタル不動産ヲ既ニ第三者ニ移轉シテ原物返還ヲ爲シ得ザル場合ニ於テハ賣主ハ代價返還ノ方法ニ依リテノミ原状回復ヲ得ベク直接第三者ニ對シテ不動産ノ返還ヲ請求スルコト能ハザルナリ。

然レドモ「賣買契約ト同時ニ³⁴⁾買戻ノ特約ヲ登記シタルトキハ³⁵⁾買戻ハ第三者ニ對シテモ其效力ヲ生ズ」(五八一¹)ニ依リテ、從ヒテ此場合ニハ買戻權者ハ自己ト買主トノ間ニ生ズル原状回復ノ債務關係ニ基キテ直接第三者ニ對シテ買戻ノ效果ヲ對抗スルコトヲ得ルモノトス³⁶⁾。

第五八一條第一項

イ) 尤モ本條ノ意義ニ關シテハ反對論ナキニアラズ本條ハ單ニ買戻ノ效果ヲ第三者ニモ對抗シ得ベキコトヲ規定スルニ止マラズシテ買戻ノ目的物ガ既ニ第三者ニ讓渡セラレタル場合ニハ其第三者ニ對シテ買戻ノ意思表示ヲ爲スベキモノナリトスル説即チ是レナリ³⁷⁾。然レドモ此説ハ先ニモ一言セルガ如

34) 「賣買締結ト同時ニ」ノ意ニアラズシテ「賣買ヲ登記スルト同時ニ」ノ意ナリ。

35) 登記ノ方法ニ關シテハ不動産登記法 38 參照。

36) 同說石坂氏研究 三 513-。

37) 此場合ニ於テモ買戻ノ條件タル代金及契約費用ノ提供ハ買戻ノ相手方タル買主(又ハ其承繼人)自身ニ對シテ之ヲ爲スベク不動産ノ轉得者ニ對シテ爲スベキモノニアラザルコト勿論也。

38) 大審三九・七・24民錄 一二 1066, 横田氏各論 401-, 清瀨氏各論前 116, 118。

ク理論上到底之ヲ認ムルヲ得ズ。其理由下ノ如シ。
 (一)買戻ハ解除ノ一種ナルガ故ニ契約當事者又ハ其承繼人ニ對シテ之ヲ爲サザルベカラズ。(二)第五八一條第一項ハ買戻ノ効力ガ一般ノ解除ノ如ク獨リ契約當事者ノミナラズ第三者ニモ及ブベキコトヲ規定スルニ過ギズシテ買戻ノ方法ニ關シテ何等ノ特別規定ヲ設クルモノニアラズ。(三)若シ假リニ本規定ガ買戻ノ目的タル不動産所有權ノ轉得者アル場合ニアリテハ買戻ノ意思表示ハ轉得者自身ニ對シテ之ヲ爲スベキコトヲ規定スルモノナリトセバ法文ガ廣ク「第三者」ト云ヘルニ拘ラズ何故ニ之ヲ獨リ不動産所有權ノ轉得者ノミヲ意味スルモノト解スルカノ理由明カナラズ又法文ガ「第三者ニ對シテモ」ト云ヘルニ拘ラズ何故ニ「買戻權行使ノ對手人ハ轉得者ニシテ買主ニアラズ」ト論ズルカノ根據ヲ見出スコト能ハズ。故ニ本條ヲ根據トシテ反對論ヲ爲スハ全然不當ナリト云ハザルベカラズ³⁹⁾。

□) 次ニ本條ニ所謂「第三者」ノ意義如何。買

39) 但シ登記セラレタル買戻權ノ附着セル不動産ヲ讓渡アル場合ニハ反對ノ意思表示ナキ限リ賣買契約ニ於ケル買主タルノ地位ヲモ同時ニ讓渡スルモノト推測スルコトヲ得ベキコト既ニ上述ノ如ク(465頁)而シテ此場合ニハ解除ニ關スル一般原則ニ依ルモ直ニ轉得者ニ對シテ買戻ノ意思表示ヲ爲スベキコト素ヨリ當然ナリ。上記註38ニ於ケル反對論ハ恐ラク此結果ヲ得ンガ爲メ強ヒテ理論ヲ托アルモノニハアラザルカ。

戻ハ解除ノ一種ナリ、而シテ本條ガ特ニ「登記シタルトキハ第三者ニ對シテモ其効力ヲ生ズ」ト規定セルコトヨリ考フレバ本條ハ之ニ依リテ第五四五條第一項但書ニ對スル例外ヲ設ケタルモノト云ハザルベカラズ。從ヒテ「第三者」ノ意義モ亦同條ニ於ケルト全然同一ナリト解セザルベカラズ⁴⁰⁾。

ハ) 而シテ「買戻ハ第三者ニ對シテモ其効力ヲ生ズ」ルモノナルガ故ニ

1) 買戻ノ目的タル不動産所有權ノ轉得者ハ直接買戻權者ニ對シテ不動産所有權返還ノ義務アリ。然レドモ買戻權者ハ同時ニ買主自身ニ對シテモ同一内容ノ返還請求權ヲ有シ而シテ二個ノ債權ハ共ニ其内容ヲ同ジウスルガ故ニ一方ノ履行アルトキハ他方ハ當然ニ消滅ヲ來スモノトス。而シテ此場合ニ轉得者ガ其所有權ヲ失ヒタルコトニ對スル救済ヲ買主ニ對シテ請求シ得ルヤ否ヤノ問題ハ買主轉得者間ノ内部關係例ヘバ契約如何ニ依リテ定マルモノトス。

2) 次ニ又買戻ノ目的タル不動産ニ付キ買主又ハ轉得者ノ許與ニ基キテ永小作權、地上權等其他制限物權ヲ取得シタル者ハ不動産所有權ガ買戻權者

40) 263頁以下參照。

ニ復歸シタル瞬間ニ其權利ヲ失フ。蓋シ此等ノ權利ハ買主又ハ轉得者ガ單ニ自己ノ所有權ヲ基礎トシテ許與設定シタルモノナルニ拘ラズ一度買戻アルトキハ買主又ハ轉得者ハ賣買當時ト同一ノ状態ヲ以テ不動産所有權ヲ返還スルコトヲ要シ自己ノ第三者ノ爲メニ爲シタル處分行爲ヲ以テ買戻權者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノナレバナリ。

3) 尙買戻ノ目的物ニ付キ債權ヲ取得シタル者ハ買戻ニ依リテ其權利ヲ害セラレルコトアラズ。例ヘバ買戻ノ目的物ニ付キテ所有權讓渡請求權、賃借權、使用借權等ノ債權存在スルモ毫モ買戻權者ノ返還請求權ノ存在ト相排斥スルモノニ非ズ、從ヒテ買戻夫レ自身ハ毫モ此等ノ債權ヲ害スルコトナシ。勿論買戻權者ガ更ニ進ミテ返還請求權ヲ行使シテ所有權ヲ取得セルトキハ此等ノ債權者ハ直接新所有者ニ對シテ何等ノ權利ヲ有セザルガ故ニ新所有者ノ許可ナキ限リ此等ノ債權ハ履行不能ニ陥リテ消滅スベシト雖モ是レ決シテ買戻夫レ自身ノ效果ニアラズ從ヒテ又本條ノ適用ヲ俟テ初メテ出ズル結果ニアラズ。又以上ト反對ニ此等ノ債權先ヅ履行セラレタルトキハ買戻權者ハ以上1及ビ2ニ於テ説明シタル所ニ從ヒ本條ニ依リテ不動産所有權ヲ取戻シ得ベキモ

此場合ニ債權者ガ買戻ノ效果ヲ對抗セラレル所以ノモノハ債權者ナルガ故ニアラズシテ履行ノ結果不動産ニ付キテ所有權其他ノ物權(少クトモ占有權)ヲ有スルガ爲メナリ。故ニ本條ニ所謂「第三者」中ニハ原則トシテ單純ナル債權者ヲ包含スルコトナシ⁴¹⁾。

然レドモ不動産賃借權ハ之ヲ登記スルトキハ爾後其不動産ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生ズル故ニ(六〇五)若シ何等ノ規定ナキトキハ買戻權者ノ返還請求ヲ妨グルノ結果トナルベキコト物權ト同一ナリ。故ニ登記セラレタル賃借權者ハ本條ニ所謂「第三者」中ニ入ルモノト解セザルベカラズ。但シ民法ハ賃借人保護ノ爲メ此點ニ關シテ多少ノ例外ヲ設ケタリ。曰ク「登記ヲ爲シタル賃借人ノ權利ハ其殘期一年間ニ限リ之ヲ以テ賣主ニ對抗スルコトヲ得但賣主ヲ害スル目的ヲ以テ賃貸借ヲ爲シタルトキハ此限ニ在ラズ」(五八一¹¹⁾)ト。蓋シ買戻ノ結果賃貸借スラ尙絕對ニ其效力ヲ失フベキモノトスルトキハ買戻權ノ附着セル不動産ハ事實上之ヲ賃借スル者全然之ナカルベク從ヒテ買戻特約附ニ於テ不動産ヲ買受ケタル者ハ自ラ之ヲ使用スルノ外利用ノ途ヲ失ヒ爲メニ買戻ノ弊害ヲ増大セシムルノ虞アレバ

登記シタル賃借權トノ關係

第五八一條第二項

41) 265 頁參照。

也。尙本規定ニ所謂「賣主ニ對抗スルコトヲ得」トハ自己ノ賃借權ヲ主張シテ返還請求ヲ拒絕シ得ルコトヲ云フモノニシテ第六〇五條ニ於ケルガ如ク賃貸借關係ガ當然買戻權者賃借人間ニ移轉スルコトヲ云フニアラズ。然レドモ買戻權者ハ買主ニ對シ不當利得ヲ原因トシテ其賃借人ヨリ受ケタル借賃ノ償還ヲ請求スルコトヲ得。又本項但書ニ「買主ヲ害スル目的ヲ以テ」トハ賃貸借當事者雙方ガ之ニ依リテ買主ニ損害ヲ與ヘンコトヲ欲シタルヲ云フモノニシテ必ズシモ客觀的ニ當該ノ賃貸借ガ買主ニ不利益ナリヤ否ヤヲ問ハズ。

其他ノ效力

三) 尙以上ノ外先ニ一般解除ニ付キテ説明シタル所ハ凡テ原則トシテ買戻ニモ適用アリト雖尙二三ノ例外アリ。

利息及果實ノ返還

イ) 買戻權者ハ代金ノ利息ヲ支拂ヒ買主ハ不動産ノ果實ヲ返還スルヲ要スルヲ原則トスレドモ買戻ニアリテハ「當事者ガ別段ノ意思ヲ表示セザリシトキハ不動産ノ果實ト代金ノ利息トハ之ヲ相殺シタルモノト看做ス」(五七九但)ガ故ニ果實ト利息トガ同種ノ物ナリヤ否ヤ、其價額ガ對當セリヤ否ヤ等ヲ問ハズシテ法律上當然ニ當事者雙方共何等ノ請求ヲ爲シ得ザルモノトス。法文ニ「相殺シタルモノト看

第五七九條但書

做ス」トハ此意義ニシテ第五〇五條以下ニ規定セル相殺ノ意義ニアラザルコト勿論ナリ。

ロ) 買主ハ一般解除ニ於ケルト異ナリテ⁴²⁾當事者別段ノ意思ヲ表示セザル限リ不動産ヲ使用スルニ因リテ得タル利益ヲ返還スルヲ要セズ。蓋シ買戻特約附賣買ニアリテハ當事者此種ノ意思ヲ有スルヲ通例トスルノミナラズ果實及ビ利息ニ關スル第五七九條但書トノ對比ヨリ云フモ斯ク解スルヲ穩當トスレバナリ。

使用利益ノ返還

ハ) 一般解除ノ場合ニ契約ノ目的物ヲ返還スベキ者ガ其物ヲ保存スルガ爲メ費用ヲ出シタルトキハ相手方ニ對シテ之ガ償還ヲ請求シ得ベキコト既ニ之ヲ上述セリ⁴³⁾。然ルニ民法ハ買戻ニ付キテノミ特ニ「買主又ハ轉得者ガ不動産ニ付キ費用ヲ出シタルトキハ賣主ハ第一九六條ノ規定ニ從ヒ之ヲ償還スルコトヲ要ス、但有益費ニ付テハ裁判所ハ賣主ノ請求ニ因リ之ニ相當ノ期限ヲ許與スルコトヲ得」(五八三^{II)})ル旨ノ特別規定ヲ設ケタリ。本條ニ「第一九六條ノ規定ニ從ヒ」トハ同條規定ノ標準ニ從ヒテノ意ニシテ同條ノ適用アリトノ意ニアラズ、蓋シ同條ハ本權ナキ占有者ニ關スル規定ナルニ拘ラズ買戻ハ買

費用ノ償還

第五八三條第二項

42) 262 頁參照。

43) 262 頁以下參照。

主又ハ轉得者ヲシテ遡及的ニ所有權ヲ失ハシメテ之ヲ本權ナキ占有者タラシムルモノニアラザレバナリ。又本條ニ依リテ轉得者ガ費用償還ヲ請求スルガ爲メニハ轉得者ガ買戻ニ基ク返還請求ニ從ヒテ不動産ヲ返還スル場合ナルコトヲ要ス。從ヒテ又買戻ノ特約ニ付キ登記アル場合ナルコトヲ要ス。尙買主ハ費用ノ償還ヲ受クルマデ第五四六條ニ依リテ不動産ノ返還ヲ拒絕シ得ベク、轉得者ニ付キテハ特別ノ明文ナシト雖モ又同様ニ解スルコトヲ得ベシ。蓋シ轉得者ハ不動産ノ返還ニ付キ買主以上ニ不利益ノ地位ニ立ツベキ理由ナケレバナリ。

持分ノ買戻
純理上ノ結果

第四 共有者持分ノ買戻ニ關スル特則

一 不動産共有者ノ持分モ亦所有權ニ外ナラザルガ故ニ完全ナル單獨所有權ト同様買戻特約ヲ付シテ之ヲ賣却スルコトヲ妨ゲズ。然レドモ共有ハ各共有者何時ニテモ之ガ分割ヲ請求シ得ルガ故ニ(二五六)未ダ買戻權ノ行使ナキニ當リテモ各共有者ハ任意ニ分割請求ヲ爲シ得ベシ。故ニ何等別段ノ規定ナシトセバ其結果 (一)不動産ガ現實的ニ分割セラレタルトキハ買戻ノ目的タル持分ハ其物體タル不動産中他ノ共有者ニ歸屬シタル部分ニ付キ他ノ共有者ニ讓渡セキレタルコトトナルガ故ニ⁴⁴⁾買戻アルモ買主ハ其部

分ニ付キテハ原物返還ヲ爲シ得ザルガ故ニ代價返還ヲ爲スノ外ナキ結果トナリ又買戻特約ガ登記セラレタル場合ニハ分割ニ依リ持分ノ一部ヲ讓受ケタル他ノ共有者ハ直接之ヲ買戻權者ニ返還セザルベカラズ。(二)又不動産ガ分割ノ爲メ競賣セラレタルトキハ買戻アルモ買主ハ全然原物返還ヲ爲シ得ザルガ故ニ代價返還ヲ爲スノ外ナク又買戻特約ガ登記セラレタル場合ニハ買戻權者ハ直接競落人ニ對シテ自己ノ持分ノ返還ヲ請求シ得ルコトトナルベシ。是レ別段ノ規定ナシトセバ生ズベキ理論上當然ノ結論ナリ。

二 然レドモ斯クノ如キハ徒ラニ理論ニ走リテ實際上頗ル不便ナルガ故ニ、民法ハ特ニ「不動産ノ共有者ノ一人ガ買戻ノ特約ヲ以テ其持分ヲ賣却シタル後不動産ノ分割又ハ競賣アリタルトキハ賣主ハ買主ガ受ケタル若クハ受クベキ部分又ハ代金ニ付キ買戻ヲ爲スコトヲ得。但賣主ニ通知セズシテ爲シタル分割及ビ競賣ハ之ヲ以テ賣主ニ對抗スルコトヲ得ズ」(五八四)トノ規定ヲ設ケタリ。故ニ(一)上述セル純理上ノ結果ハ全然本條ニ依リテ排除セラレルコトトナルベシ。コノコト買戻特約ガ登記セラレタル場合ニ付

特別規定
第五八四條

44) 共有物分割ノ性質ニ關シテハ宣言主義(權利認定主義)及權利讓與主義(權利移轉主義)ノ二主義アレドモ吾民法ハ後ノ主義ヲ採レルモノ也トスルヲ通説トス(宮井氏原論 二 181—、三浦氏物權法提要 156)。

キテハ賣主ニ對シテ不當ナルガ如キモ此場合ニ若シ上記ノ純理的結果ヲ認ムベシトセバ反ツテ頗ル複雑ニシテ不便ナル結果ヲ生ズルノミナラズ本條規定ノ結果ハ必ズシモ賣主ニトリテ特ニ不利益ヲ與フルモノニアラザルガ故ニ此場合ニモ亦純理上ノ結果ヲ生ゼザルモノト解スルヲ正當トス⁴⁵⁾。(二)從ヒテ不動産ガ現實的ニ分割セラレタルトキハ賣主ハ爾後買主ガ分割ニ依リテ受ケタル若クハ受クベキ不動産ノ部分ニ對シテ買戻ヲ爲シ得ベキモノニシテ凡テ其部分ガ賣買ノ目的物タリシト同一ノ結果ヲ生ズルモノトス從ヒテ買戻特約ガ登記セラレタルトキハ以後其部分ニ付キテ第五八一條ノ適用アルコトトナルベシ。(三)次ニ不動産ガ分割ノ爲メ競賣セラレタル場合ニ於テ(イ)買主以外ノ者ガ競落人ナルトキハ競賣ノ結果買主ガ配當ヲ受クベキ又ハ受ケタル代金ニ對シテ買戻ヲ爲スコトヲ得。(ロ)反之買主自身ガ競落人トナルトキハ(1)共有者中買主タル共有者ガ分割請求者ニシテ且不動産ノ競落人ト爲リタル場合ニハ賣主ハ自己ノ選擇ニ從ヒ買主ノ持分ニ付テノミ買戻ヲ爲スカ又ハ競賣ノ代金及ビ第五八三條ニ掲ケタル費用ヲ拂ヒテ不動産全部ノ買戻ヲ爲スコトヲ得。而

45) 同說横田氏各論 408。

シテ此後ノ場合ニハ買戻ノ結果賣主ハ其不動産ノ全部ノ所有權ヲ取得スルモノトス。(2)反之買主タル共有者以外ノ共有者ヨリ分割ヲ請求シタルニ因リテ競賣ヲ行ヒ而シテ買主ガ競落人ト爲リタルトキハ賣主ハ競賣ノ代金及ビ第五八三條ニ掲ケタル費用ヲ拂ヒテ買戻ヲ爲シ以テ不動産全部ノ所有權ヲ取得シ得レドモ前述ノ場合ノ如ク買主タル共有者ノ持分ノミニ付テノ買戻ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス。蓋シ此場合ニハ買主自ラ分割ヲ請求セルモノニアラザレバ買主ハ分割ノ結果ヲ生ジタルニ付キテ何等ノ責ムベキ點ナク而シテ若シ此場合ニ持分ノミニ付テノ買戻ヲ許スベキモノトセバ買主ハ自衛ノ爲メ自己ノ出捐ニ依リテ競落人トナリ以テ不動産全部ノ所有權ヲ得タルニ拘ラズ買戻ノ結果再ビ共有ニ陷ルノ不利益ヲ被ルベケレバナリ(五八五)。(四)尙以上ノ分割手續ニ際シ持分ノ賣主ハ之ニ參加シテ自己ノ利益ヲ保護シ得ルモノナレバ(二六〇¹⁾)法律ハ賣主ニ參加ノ機會ヲ與フルガ爲メ賣主ニ通知スベキコトヲ命ジ若シ之ヲ爲サズシテ分割及ビ競賣ヲ行フモ之ヲ以テ賣主ニ對抗シ得ザル旨ヲ定メタリ(五八四²⁾)。但シ賣主ガ通知ニ從ヒテ實際參加シタリヤ否ヤハ毫モ問フ通知尙所ニアラズ、分割手續開始トノ間ニ何程ノ

猶豫期間ヲ存スルヲ要スルカニ付キテハ法律上何等ノ明文ナシト雖モ通常ノ状態ニ於テ通知ガ到達シ且ツ賣主ガ参加スルニ要スベキ時間ヲ以テ猶豫期間トスルコトヲ要スルモノト解スルヲ正當トス。

第三款 交換

第一 性質

交換ノ性質
第五八六條第一項

交換¹⁾トハ當事者互ニ金錢ノ所有權ニアラザル財産權ヲ移轉スルコトヲ約スル契約ナリ(五八六¹⁾。

- 一 交換ハ債權契約ナリ。
- 二 交換ハ諾成契約ナリ。抑モ羅馬法ニ於テ交換ハ單純ナル諾成契約タルノ性質ヲ有スルモノナリヤ又ハ要物契約ニシテ單純ナル合意ノ外當事者ノ一方ガ先ヅ其給付ヲ爲シタル場合ニ於テ始メテ法律上ノ效力ヲ生ズルモノナリヤハ「ザビース」派(Sabiniani)及ビ「プロクルス」派(Proculiani)ノ間ニ於テ論争セラレタル所ナルモ儒帝法典ハ後者ノ所說ニ從ヒテ要物契約說ヲ採用セリ。然ルニ獨逸普通法ガ此點ヲ改メテ諾成契約主義ヲ採リテヨリ以來獨逸民法亦此主義ニ從ヒ(五一六)、其他佛蘭西民法ハ同國古法ノ例ヲ追ヒテ諾成契約主義ヲ採リ(一七〇三)瑞西債務法(二三七)、吾民法等亦同様ノ主義ヲ採レリ。

¹⁾ Tausch, échange

三 而シテ當事者雙方ノ債務ハ共ニ財産權ヲ目的トスルモノナルガ故ニ是レ亦賣買ト同ジク財産ノ移轉ヲ目的トスル契約ノ一種ナリ。尙ホ又雙方ノ債務ハ互ニ對價的關係ヲ有スルガ故ニ賣買ト同様一種ノ雙務契約ニシテ又有償契約ナリ。

四 然レドモ當事者雙方ノ債務ハ共ニ金錢ノ所有權ニアラザル財産權ノ移轉ヲ目的トスルモノナルガ故ニ此點ニ於テ賣買ト其性質ヲ異ニシ從テ兩當事者ハ共ニ賣買ニ於ケル賣主ト同様ノ義務ヲ負擔スルモノトス。從ヒテ賣買ニ關スル規定中賣主ニ關スルモノハ凡テ其準用アリ(五五九)。

一) 斯クノ如ク當事者雙方ノ債務ハ共ニ金錢ノ所有權以外ノ財産權ヲ目的トスルコトヲ要スルガ故ニ少クトモ當事者中何レカ一方ノ債務ガ財産權ニアラザル有價物例ヘバ營業上ノ華客、業務上ノ祕密等ヲ目的トスルトキハ純粹ナル交換ニアラズシテ單ニ交換ニ關スル規定ヲ類推適用シ得ベキ一種ノ契約タルニ過ギザルナリ。

二) 又同様ノ理由ニ依リ少ナクトモ當事者中何レカ一方ノ債務ガ金錢ノ所有權ノ移轉ヲ目的トスルトキハ交換ニアラズ。即チ(一)當事者ノ一方ノミガ金錢¹⁾ノ所有權ノ移轉ヲ目的トスル債務ヲ負擔シ他

方ハ金銭ノ所有權以外ノ財産權ノ移轉ヲ目的トスル債務ヲ負擔セルトキハ其契約ハ賣買ニシテ、(二)當事者雙方ノ債權共ニ金銭ノ所有權ノ移轉ヲ目的トシ且少クとも其一方ガ金種債權ナルトキハ其契約ハ一種ノ無名契約タル兩替ニシテ當事者雙方共賣買ニ於ケル買主ト同様ノ債務ヲ負擔スルヲ以テ其特色トス。但シ當事者一方ノ給付ノ内容ガ外國⁵⁾又ハ古代ノ金銭ニシテ現在内國ノ取引上一般交換ノ具即チ金銭トシテ認メラザルモノナルトキハ其契約ハ賣買トナルベク又當事者雙方ノ給付ガ斯ル内容ヲ有スルトキハ交換トナルベシ。

補足金附
交換

第二 補足金附交換⁴⁾

交換ニ於テ「當事者ノ一方ガ他ノ權利ト共ニ金銭ノ所有權ヲ移轉スルコトヲ約シタルトキハ其金銭ニ付テハ賣買ノ代金ニ關スル規定ヲ準用ス」(五八六^{II)}。此場合ニ於テ(一)其權利ト金銭ノ所有權トガ同等ノ

第五八六
條第二項

2) 金銭ノ意義ニ付キテハ賣買ノ部ニテ説明セル所(356頁)參照。
3) 外國貨幣ト内國貨幣トノ交換ハ常ニ賣買ナリトノ説アリ(Oertmann 2 372 1; Enneccerus 2 §324, Anm. 14)。然レドモ外國貨幣ト雖モ内國ニテ一般交換ノ具ト認メラルモノハ自由貨幣トシテ代金債務ノ内容トナリ得ベキコト既ニ之ヲ上述セリ(357頁)尤内國通貨ハ自由貨幣タル外國貨幣ニ比スレバ其一般交換ノ具タルノ性質一層大ナリト雖モ(Enneccerus ハ此點ヲ論據トス)同シク一般交換ノ具タル性質ヲ有スル限リ其程度如何ニ關係ナク凡テ金銭ナリ從ヒテ此種ノ契約ハ賣買ニアラズト解スルヲ穩當トスベシ。
4) échange avec soulte

資格ヲ有シ從テ何レヲ主トシ何レヲ從トスルコト能ハザルトキハ其契約ハ混合契約中併行的結合ノ場合⁵⁾トナルベク、(二)反之其權利ガ主ニシテ金銭ノ所有權ガ從タルニ過ギザル場合ハ主トシテ交換ノ規定ノ適用ヲ受クベキ混合契約ニシテ、(三)之ト反對ニ金銭ノ所有權ガ主タルトキハ主トシテ賣買ノ規定ノ適用ヲ受クベキ混合契約タルベシ⁶⁾。

第三節 物ノ使用ヲ目的トスル契約

物ノ使用ヲ目的トスル契約トハ或物ヲ他人ノ一時的使用ニ供スルコトヲ目的トスル債權契約ヲ云フ。

物ノ使用
ヲ目的ト
スル契約

一 此種ノ契約ノ特色ハ當事者一方ノ債務ノ物體タル給付ガ物ノ使用ナルノ點ニアリ。是レ此種ノ契約ガ財産移轉ヲ目的トスル契約及ビ勞務供給ヲ目的トスル契約ト區別セラルベキ要點ナリ。勿論消費貸借ニアリテハ常ニ給付ノ目的タル物ノ所有權ガ借主ニ移轉スルコト後ニ述ブルガ如クナレドモ是レ消費

5) 287 頁以下參照。

6) 此種ノ主從關係アル混合契約ノ取扱ニ付テハ 289 頁以下參照。從來ノ通説ハ寧ロ此等(二)(三)ノ場合ニハ全部交換又ハ賣買中ニ取收シテ取扱ヘルモ(289 頁參照、例ヘバ Planiol 2 no. 1662)ハ特ニ補足金附交換ニ付キテ此種ノ説ヲ爲セリ)其非ナルコト既ニ上述セリ。

貸借ノ目的物が代替物ニシテ其通例ノ使用方法ガ消費ニ存スルガ爲メニ生ズル當然ノ結果ニシテ契約ノ本旨ヲ經濟上ヨリ觀察スレバ尙之ヲ物ノ使用ヲ目的トスル契約中ニ加フルコトヲ妨ゲザルナリ。蓋シ使用ハ目的ニシテ所有權ノ移轉ハ手段ニ過ギザレバナリ。

二 故ニ此種ノ契約ハ原則トシテ繼續的契約關係ヲ發生セシメ、從ヒテ上述セル告知¹⁾ノ法理ノ適用アリ。但シ消費貸借ハ其經濟的性質尙一種ノ使用契約ナレドモ法律上貸主ノ使用許與義務ハ一回ノ元本給付ニ依リテ履行セラレ了ルガ故ニ此場合ハ繼續的契約關係ヲ生ゼザルヤ勿論ナリ。

三 次ニ物ノ使用許與ハ觀念上常ニ限時的ナラザルベカラズ。永久的使用許與ハ實ハ所有權ノ移轉ト同一ニ歸スルガ故ニ之ヲ目的トスル契約ハ前節ニ説明セル財産移轉契約中ニ入ルベシ。此點ニ於テ一時的使用許與ノ目的ヲ以テ所有權ヲ移轉スル消費契約ハ前節ノ契約ト區別セラル。

四 尙本節ノ契約ハ物ノ使用許與其モノヲ目的トス。使用許與ガ單ニ他ノ目的ヲ達スルノ手段タルニ過ギザルトキハ本節ノ契約ニアラズ。故ニ物ノ保管

1) Kündigung

2) 236 頁以下參照。

ヲ目的トスル寄託ハ同時ニ保管ノ手段トシテ保管場所ノ使用ヲ許與スレドモ之ヲ本節ノ契約中ニ加フベカラズ。

五 終ニ本節ノ契約ハ物ノ限時的使用ヲ目的トスルガ故ニ借主ハ使用ノ最後ニ於テ其目的物ヲ返還セザルベカラズ。而シテ其返還スベキ物ハ(一)或ハ貸主ガ使用ノ爲メ借主ニ供與シタル物夫レ自身ナルヲ要スルコトアリ(使用貸借、貸貸借)、(二)又或ハ單ニ之ト同種同等同量ノ物タルヲ以テ足ルコトアリ(消費貸借)。此等二種ノ場合ハ何レモ借主ガ物ヲ返還スベキ債務ノ外別ニ使用許與ニ對スル報酬ヲ支拂フベキ債務ヲ負擔セルヤ否ヤニ依リテ各二種ノ區別ヲ生ズルモノニシテ、即チ前者ハ分レテ貸貸借及ビ使用貸借トナリ、又後者ハ分レテ利息附並ニ無利息消費貸借トナルモノトス。

第一款 消費貸借*

第一 性質

消費貸借¹⁾トハ當事者ノ一方(借主)ガ相手方ヨリ

*) 石坂氏「要物契約否定論」研究 四 43—(宮崎教授紀念論文集 6 1—)、石坂氏「消費貸借ノ成立要件ト所有權ノ移轉」研究 二 194—(志林 一三 一— 1—)、富井氏「消費貸借ノ成立ト占有ノ移轉」法協 三〇 一—。

1) Muuum; Darlehn; prêt de consommation, simple prêt; loan of money

第五八七條
要物契約ナリ

受取リタル金銭其他ノ代替物ト同種同量ノ物ヲ返還スベキコトヲ約スル契約ヲ云フ(五八七)。故ニ一 消費貸借ハ要物契約ナリ。

消費貸借ハ貸主ガ貸借ノ目的タル金銭其他ノ代替物ヲ借主ニ交付シ借主之ヲ受取ルニ因リテ成立スル契約ナルガ故ニ要物契約ノ一種ナリ。

4) 消費貸借ヲ要物契約ナリトスルノ見解ハ羅馬法以來ノ慣例ニシテ現今泰西諸國ノ法律ニ於テモ亦多ク此主義ニ從ヘリ²⁾。然レドモ此主義ガ實際上不便ニシテ種々ナル不都合ヲ生ズルコトハ學者ノ一般ニ認ムル所ニシテ余モ亦此論ニ賛同スルコト既ニ上述セル所ノ如シ³⁾。

諾成的消費貸借

斯クノ如ク民法上ノ消費貸借ハ要物契約ナレドモ、當事者ハ契約自由ノ原則ニ依リテ別ニ諾成的消費貸借^{3a)}即チ當事者ノ一方ガ一定量ノ代替物ヲ給付スベキコトヲ約シ相手方ガ之ト同種同量ノ物ヲ返還スベキコトヲ約スル契約ヲ締結スルコトヲ妨グルモノニアラズ⁴⁾。從來學者並ニ裁判所ハ多ク此種ノ

2) 羅馬法ガ消費貸借ヲ要物契約ト爲セル理由ニ付キテハ石坂氏研究 四 46—參照。尙獨民 §607, 佛民 art. 1893, 德民 §983 等ハ要物契約主義ヲ採用シ反之瑞債 Art. 312 ハ諾成契約主義ニ依レリ。

3) 30 頁以下參照。尙石坂氏研究 四 43—, 富井氏前掲參照。

3a) Konsensueller Darlehensvertrag

4) 富井氏前掲 5—ハ「踐成契約ハ同時ニ諾成契約タルコトヲ得ズ若シ諾成的ニ成立シ得ルモノトセバ其契約ハ踐成契約タルコトヲ得ザルナリ」トノ理由ニヨリテ民法上諾成的消費貸借ヲ締結シ得ザル

契約ト消費貸借ノ豫約トノ區別ヲ認メザルノ傾向アレドモ、前者ニ於ケル當事者ノ意思ハ直ニ代替物ノ使用許與ヲ目的トスル契約ヲ締結セントスルノ點ニ存スルニ反シ、後者ハ豫約ニ因リテ將來更ニ本契約ヲ締結スベキ債務ヲ發生セシムルコトヲ目的トスルニ過ギザルガ故ニ二者ハ嚴格ニ區別シテ混同セザルコトヲ要シ、此種ノ契約ハ消費貸借ニモ又其豫約ニモアラザル特種ノ契約ナリト解スルヲ正當トス。

□) 消費貸借成立スルガ爲メニハ貸主ガ貸借ノ目的タル金銭其他ノ代替物ヲ借主ニ交付スルコトヲ要ス。

物的要素ノ内容

1) 交付スル物ハ金銭其他ノ代替物ナルコトヲ要ス。(一)民法第五八七條ハ單ニ「金銭其他ノ物」ト云フノミニテ必ずシモ代替物ナルコトヲ要求セザルガ如キモ、同條ガ同時ニ「消費貸借ハ當事者ノ一方ガ種類、品等及ビ數量ノ同ジキ物ヲ以テ返還ヲ爲スコトヲ約シ」ト云ヘル點ヨリ考フルトキハ常ニ必ず代替物ナルコトヲ要スルヤ明カナリ^{4a)}。(二)然レ

金銭其他ノ代替物

コト主張セリ。然レドモ民法ガ消費貸借ヲ要物契約トスルハ單ニ沿革ヲ追ヘルニ過ギズシテ毫モ要物契約ニアラザル消費貸借ヲ禁止スルノ主旨ヲ包含スルモノニアラズ故ニ諾成的消費貸借ヲ認ムルコトハ毫モ民法ノ精神ト抵觸スルコトナシ。同説石坂氏研究 二 194—, 研究 四 78, 神戸氏全書 八 118—。

4a) 同説横田氏各論 428, 清瀬氏各論前 137, 村上氏各論 520。反對梅氏要義 三 § 587 註(但シ氏ノ説明ハ代替物ト不特定物トヲ混同セルニ基因スル誤也)。

ドモ荷モ代替物ナル限リ必ズシモ消費物ナルコトヲ要セズ。但シ消費物ニアラザル代替物ノ貸借契約ハ當事者ノ意思如何ニ依リテ使用貸借又ハ貸借ト見ルベキ場合少カラザルベク、其果シテ消費貸借ナリヤ否ヤハ借主ノ返還スベキモノガ其受取リタル物ト同種同重量ノ物ナルヲ以テ足ルカ又ハ其受取リタル物夫レ自身ナルコトヲ要スルヤニ依リテ之ヲ決スベシ⁵⁾。然レドモ意思不明ナルトキハ寧ロ消費貸借存在スルモノト解スルヲ正當トス。蓋シ代替物ノ給付ニアリテハ其特定ノモノナルコトニ重キヲ置カザルヲ通例トスレバナリ。(三)尙代替物以外ノモノ⁶⁾ト雖モ、之ヲ評價シ其評價金額ニ付キテ消費貸借ヲ成立セシムルコトヲ妨グズト雖モ、是レ決シテ代替物ニ付キ消費貸借ノ成立シ得ルコトヲ認ムルモノニアラズシテ寧ロ當事者間ニ於テ其物ヲ賣買シ之ト同時ニ其代金債權ニ付キテ後ニ述ブル第五八八條ノ變更契約ヲ締結セルモノト見ルヲ正當トスベク⁷⁾、從

代替物以外ノモノヲ目的トシテ消費貸借成立スルガ如キ外顯ヲ呈スル場合其

5) 大 四五・二・一三評論 一 民 69 ハ請負工事ノ擔保物品ニ差入ルル爲メ無記名公債證書ヲ借入ルル契約ガ使用貸借ナリヤ消費貸借ナリヤハ專ラ當事者ノ意思ガ借受ケタル公債證書夫レ自身ヲ返還スルノ意思ナリシヤ否ヤニ依リテ之ヲ決スベシト云ヘリ(大審三四・三・一三民錄 七 三 33 同趣旨)。尙大審三三・三・一五民錄 六 三 69 ハ身元保證ニ供スル目的ヲ以テ爲シタル無記名整理公債證書ハ貸借ヲ消費貸借ナリト認定シ從ヒテ其所有權ハ借主ニ移轉スルモノト爲セリ。

6) 債權其他ノ權利ヲ包含ス。

7) 獨民ノ解釋トシテ Oertmann § 607, 2c; Enneccerus 2 § 362, II 2a; Planck § 607 等同説。

ヒテ此場合ニ於ケル消費貸借成立ノ時期ハ目的物ヲ引渡シテ第五八八條ノ契約ヲ締結シタル時ニアリト云ハザルベカラズ⁸⁾。但シ此場合ニ類似シテ而カモ特ニ區別ヲ要スルハ、貸主ガ借主ニ代替物以外ノ物ヲ交付シ而シテ借主之ヲ賣却シタル上其代金ヲ以テ消費貸借ノ目的トスベキコトヲ約シタル場合⁹⁾ナリ¹⁰⁾。此場合ニ於テハ物ノ交付ト同時ニ所有權ノ移轉アリタルト否トヲ問ハズ、消費貸借ハ其物ノ賣却アリタル上代金ノ取立アリタル時ニ至リテ初メテ成立スルモノニシテ此點先ニ述べタル第一ノ場合ト大ニ趣ヲ異ニス¹¹⁾。從ヒテ又交付セラレタル物ガ未ダ第三者ニ賣却セラレザル以前ニ於テ事變ノ爲メ滅失スルコトアルモ其損失ハ貸主之ヲ負擔スベク借主ハ未ダ消費貸借上ノ返還義務ヲ負擔スルコトナシ¹²⁾。反之一旦借主第三者間ノ賣買成立セル後ニ至リテ事變

其二 contractus mohatrae

8) 同説東控元・一・二一新聞八四四。

9) 此種ノ契約ヲ稱シテ contractus mohatrae ト云フ。羅馬法ニテハ初メ之ヲ無効トセルモ後ニハ其效力ヲ認ムルニ至レリ、(Mitschke 2 § 370 Anm. 10)。

10) 第一ノ場合ガ存スルヤ第二ノ場合ガ存スルヤハ之ヲ判定スルニ苦ム場合少カラズ。畢竟當事者間ニ於テ豫メ目的物ノ評價額ヲ定メ之ヲ以テ消費貸借金額ト爲セルヤ又ハ實際賣却シタル額ノ代金額ヲ以テ消費貸借ノ目的ト爲セルヤニ依リテ之ヲ決スベシ。

11) 獨民ノ解釋トシテ Oertmann § 607, 2a; Staudinger-Kober § 607, II 3a; Enneccerus 2 § 362, II 2b 等同説。Planck § 607, a b § 362 ハ未ダ取立ナシト雖モ賣買成立シテ代金債權ヲ取得スルト同時ニ消費貸借成立ストノ説ヲ爲セリ。

12) 獨民ノ解釋トシテ Oertmann § 607, 2a; Enneccerus 2 § 362, II 2b 同説。Matthias 514 反對。

ニ因ル物ノ滅失毀損アルモ借主ハ之ガ爲ノ代金債權ヲ失フコトナキガ故ニ(五三四)其取立ト共ニ消費貸借ノ成立ヲ來スベシ。

交付
占有移轉

2) 交付ハ(一)貸主ヨリ直接借主ニ對シテ現實ノ引渡ヲ爲スヲ最モ通例ノ形式トスレドモ、或ハ第三者ヲ經テ間接ニ引渡スモ差支ナキノミナラズ、又簡易ノ引渡(一八二¹³⁾、占有改定(一八三)、指圖ニ因ル占有移轉(一八四)等ニ依ルモ素ヨリ妨ダナシ

所有權ヲ取得セシムルコト

13)。(二)加之交付ハ同時ニ借主ヲシテ其交付セラレタル物ノ所有權ヲ取得セシムルノ結果ヲ生ズルコトヲ要ス¹⁴⁾。蓋シ消費貸借ノ目的ハ交付セラレタル物ヲ消費又ハ處分シタル上之ト同種同量ノ物ヲ返還スルコトヲ得シムルノ點ニ存スレバナリ。然レドモ其之ヲ取得セシムルノ方法ハ必ズシモ貸主借主間ノ所有權讓渡行爲ナルコトヲ要セズ、或ハ第三者

13) 同說石坂氏研究 四 53、清瀨氏各論前 135、東京地新聞五五七、大審四一・五・四民錄 一四 519(簡易ノ引渡)、東亞四〇・一・二・六判例彙報 二 3(簡易ノ引渡)。

14) 同說通說梅氏要義三 587 註、村上氏各論 522一、清瀨氏各論前138、橫田氏各論 429(但氏ハ之ヲ以テ契約ノ成立要件ニアラズシテ單ニ返還請求權行使ノ要件ナリト云ヘリ。然レドモ是レ單ニ 587ガ「交付」ナル文字ヲ使用シテ特ニ所有權移轉ヲ要スル旨ヲ明定セザルコトヲ根據トスルノ論ナリ。消費貸借ハ交付セラレタル物ヲ消費シタル上之ト同種同量ノ物ヲ返還スベキ義務ヲ發生セシムルコトヲ以テ唯一ノ目的トスルモノナレバ其成立ハ同時ニ返還義務發生ノ效果ヲ生シシムルヲ常態トセザルベカラズ。果シテ然ラバ交付アリ且所有權ノ移轉アルニ依リテ初メテ契約成立スルモノト解スルヲ穩當トス。)反對志田氏各論講義案 79—80。

借主間ノ所有權讓渡行爲ニ依ルモ可ナルベク或ハ借主ニ即時取得(一九二)ノ要件具備スルニ因リテ所有權取得ノ結果ヲ生ジタル場合ナルモ可ナルベク¹⁵⁾、又或ハ初メヨリ借主ノ所有セル物ニ付キ以後之ヲ以テ消費貸借ノ目的トスル旨ヲ定ムルモ可ナルベシ。要ハ借主ヲシテ其交付セラレタル物ノ所有權ヲ取得セシムルヲ以テ足ル。從テ又貸主ガ物ノ交付ニ代ヘテ第三者ニ對スル自己ノ金錢債權其他代替物給付ヲ目的トスル債權ヲ借主ニ讓渡スルモ未ダ之ノミニテハ消費貸借ノ成立ヲ來スモノニアラズ、其成立スルハ借主ガ其債權ノ取立ヲ爲シテ事實金錢其他ノ代替物ヲ取得シタル時ニアリト云ハザルベカラズ。

ハ) 斯クノ如ク消費貸借ノ成立ニハ金錢其他ノ代替物ノ交付ヲ必要トスルヲ原則トスレドモ此原則ヲ絕對ニ貫クコトハ事實上頗ル不便ナリ。蓋シ現實交付ノ代用タル簡易ノ引渡、占有改定、指圖ニ因ル占有移轉等成立スルガ爲メニハ交付ノ目的物が現存シ且特定セルコトヲ要スレバナリ¹⁶⁾。未ダ特定セザル物ニ付キテ漫然二重ノ引渡ヲ省略シテ之ト同一ニ取扱フベキ旨ヲ合意スルモ交付即チ占有權移轉ヲ生ズルモノニアラズ。例ヘバ(一)甲ガ乙ニ對シテ金百

代用的物的要素

15) 同說橫田氏各論 429、村上氏各論 524。

16) 同說石坂氏研究 二 419、清瀨氏各論前 135。

圓ノ賣買代金債務ヲ負擔セル場合ニ於テ甲乙單純ニ以後其金百圓ヲ以テ消費貸借ノ目的ト爲スベキ旨ヲ約スルモ簡易ノ引渡ニ因ル交付ヲ生ゼズ、(二)銀行預金ノ振替勘定ニ依リテ消費貸借ノ締結ヲ約スルモ爲メニ指圖ニ因ル占有移轉ヲ生ゼズ、(三)又其他(イ)第三者ニ對スル金錢其代替物ノ給付ヲ目的トスル債權ヲ讓渡シ、(ロ)手形郵便爲替ヲ交付シ、(ハ)貸借ノ目的タル元本金額中ヨリ豫メ利息ニ相當スベキ金額又ハ手数料ヲ控除シテ交付スルモ、未ダ以テ其債權、手形又ハ郵便爲替ノ目的タル金錢等ガ指圖ニ因ル占有移轉又ハ占有改定ニ依リテ交付セラレタリト云フヲ得ズ又其控除セラレタル金額ニ付キテ一旦借主ニ對スル交付アリタルモノト云フヲ得ザルナリ。然ラバ此等ノ場合ニハ凡テ々現實交付乃至簡易ノ引渡等其代用タルベキ手續ヲ履ムニアラザレバ消費貸借ヲ成立セシムルコトヲ得ザルカ。是レ大ニ研究ヲ要スベキ問題ナリ。

消費貸借
第五八八條

(其一)「消費貸借ニ因ラズシテ金錢其他ノ物ヲ給付スル義務ヲ負フ者アル場合ニ於テ當事者ガ其物ヲ以テ消費貸借ノ目的ト爲スコトヲ約シタルトキハ消費貸借ハ之ニ因リテ成立シタルモノト看做ス」(五八八)*。

1) 立法理由 「消費貸借ニ因ラズシテ金錢 立法理由
其他ノ物ヲ給付スベキ義務ヲ負フ者」アル場合ニ於テ當事者其債務ヲ改メテ以後消費貸借上ノ債務ト爲サント欲スルトキハ上述ノ一般原則ニ依レバ一旦債務ノ履行ヲ爲シタル上ニテ更ニ消費貸借ヲ締結スルカ又ハ少クトモ目的物ヲ特定シタル上簡易ノ引渡ニ依リテ同時ニ債務ノ履行ト消費貸借物ノ交付トヲ了セザルベカラズ。然レドモ斯クノ如キハ實際上頗ル不便ナルノミナラズ、借主ガ目的物ノ所有權ヲ取得セザル間ハ之ヲシテ返還債務ヲ負擔セザラシメンガ爲メ特ニ此契約ヲ要物契約ト爲シタル第五八七條ノ精神ヨリ考フルモ強ヒテ無用ノ手續ヲ爲サシムルハ全然無意味ナリ。是レ本條ガ擬制ニ依リテ例外ヲ認メタル所以ナリ。

2) 要件 本條ヲ適用スルニハ下記ノ二要件 要件
ヲ必要トス。 (一)當事者間ニ金錢其他ノ代替物 其一
ノ給付ヲ目的トスル債務存在スルコト¹⁷⁾ (イ)法律ニハ「消費貸借ニ因ラズシテ」云々トアルガ故ニ其債務ハ一見消費貸借以外ノ原因ニ因リテ生ジタルモ

* 石坂氏「民法第五八八條ニ依ル消費貸借ノ成立」研究ニ 414—(評論—四 133)。

17) 故ニ此要件ヲ缺クトキハ本條ノ適用ヲ生ゼズ。同說東京地元・八・二四評論ニ 民98(從來ノ債務ノ發生原因タル賣買ガ其ノ風俗ニ反スルガ爲メ無効ナル場合ニハ之ヲ基礎トスル本條ノ契約亦無効ナリ)。

ノナルコトヲ必要トスルガ如キモ是レ單ニ通常ノ場
 合ヲ標準トシテ立言セルニ過ギズシテ消費貸借上ノ
 債務ヲ除外スルノ意義ヲ有スルモノニアラズ¹⁸⁾。故
 ニ苟モ他ノ原因ニ因リテ發生シタル金錢其他ノ代替
 物ヲ目的トスル債務存在スル限リハ毫モ其發生原因
 ノ如何ヲ問ハザルモノニシテ、例ヘバ損害賠償債務
 ニテモ差支ナシ¹⁹⁾。(□)尙從來ノ債務ガ二個ナル場
 合ニ於テ之ヲ一括シテ本條ノ契約ノ目的ト爲スコト
 ヲ妨ゲズ²⁰⁾。蓋シ本條ノ契約ハ從來ノ債務ヲ消滅セ
 シメテ其目的タリシ物ニ付キテ新ニ成立スルモノナ
 ルコト後ニ述ブル如クナレバナリ。(ハ)然レドモ債
 務ノ目的物ノ數量ハ契約ノ當時ニ於テ確定セルコト
 ヲ要スルヤ勿論ナリ²¹⁾。(二)右ノ債務ノ目的タ
 ル物ヲ以テ消費貸借ノ目的ト爲ス旨ノ契約成立セル
 コト 本契約ノ内容ハ從來ノ債務ヲ消滅セシメテ新

其二

18) 此要件ノ存在ハ本條ノ契約ニ依リテ請求スル原告之ヲ證明ス
 ルヲ要ス。蓋シ此要件ヲ缺クトキハ本條ノ契約亦成立スルニ由ナク
 成レバナリ。然レドモ債務者ガ本條ノ契約ヲ締結ニ同意セルハ自ラ從前
 ノ債務ノ存在ニ付キテ裁判外ノ自白ヲ爲シタルモノト認メ得ル場合
 多カルベク而シテ此場合ニハ反ツテ債務者ニ於テ反證ヲ舉ゲルヲ要
 ス。獨民ノ解釋上同說 *Enneccerus* 2 §362, III c。

19) 同說石坂氏研究 三 400、石坂氏 志林 一四 一 17、橫田氏
 各論 436、清瀨氏各論前 139、大審二・一・二四民錄 一九 11、大審四
 一・五・四民錄 一四 519、宮廷四二・五・一四判例彙報 五 41、大坂地
 事關六二〇。

20) 同說東京地四評論 四 商 266(取締役ノ職務懈怠ニ因ル賠償
 義務)。

21) 同說東地三・六・一六評論 三 民 793。

22) 同說大審四四評論 一 民 418。

ニ其目的タル物ニ付キ之ヲ目的トスル消費貸借ヲ締
 結セントスルニアリ。敢テ其目的物ニ付キテ現實交
 付²³⁾乃至簡易ノ引渡²⁴⁾ヲ爲スコトヲ要セズ²⁵⁾。

3) 法律的構成 以上ノ要件具備スル場合ニ
 於テ民法ガ「消費貸借ハ之ニ因リテ成立シタルモノ
 ト看做ス」コトハ消費貸借ヲ以テ要物契約ナリトス
 ル第五八七條トノ對比上特ニ其法律的構成ヲ研究ス
 ルノ要ア。而シテ此點ニ關シテハ從來諸種ノ學說
 アリ。(一)目的物ノ交付ニ代ハルベキモノアルコ
 トヲ根據トシテ新ニ消費貸借成立ストスル說 (イ) (イ)
 舊債務ノ履行アルト同時ニ履行ノ目的物ト同一ノ物
 ガ更ニ舊債務者即チ借主ニ交付セラレタリト擬制ス
 ルモノナリトスル說 (ロ) 舊債務ノ免除ニ依ル利
 得供與ハ新ニ目的物ヲ交付スルト同一ナルガ故ニ消

法律的構成

學說

其一

(ロ)

23) 同說東京地新聞六四二。
 24) 同說宇都宮地新聞六八五。
 25) 故ニ此契約ノ公正證書ヲ作成スルニ際シテ當事者ノ一方之ヲ
 「引渡」シ相手方之ヲ「借受」ケタリト記載スルガ如キハ穩當ニアラ
 ズ然レドモ結局 § 588 ノ契約ヲ締結シタルノ主旨明カナル限リハ文
 字ニ關係ナク之ヲ有效ト解セザルベカラズ(同說大審二・一・二〇民
 錄一九 985)。
 26) 獨民ノ解釋上此種ノ說ヲ爲ス者 *Schollmeyer*, *Recht der cōn-
 crellen Schuldverhältnisse*(II Aufl.) 88等。橫田氏各論 433、尙清瀨氏
 各論前 139 ガ舊債務ノ辨濟ハ占有改定ニ依リテ之ヲ爲シ新ナル交付
 ハ簡易ノ引渡ニ依リテ之ヲ爲スモノナリト説明セルハ同シク此種ノ
 說ニ屬スルモノト云フヲ得ベシ。然レドモ不特定物ニ付キテ占有改定
 乃至簡易ノ引渡ヲ認ムベカラザルコト既ニ上述セル所ノ如シ(註16
 參照)。

- (ハ) 費貸借ノ成立ヲ來ストスル説²⁷⁾ (ハ)借主ガ既ニ他ノ原因ニ因リテ金錢其他ノ物ヲ所持セル限り之ヲ新ニ交付セラレタルト同一ニ取扱フコトヲ得ベキガ故ニ消費貸借成立ストスル説²⁸⁾ (ニ)既存ノ舊債務ト消費貸借ノ目的物ヲ交付スベキ債務(即チ消費貸借ノ豫約ヨリ生ズル債務)トヲ相殺シテ目的物ノ交付ヲ省略セルモノナリトスル説²⁹⁾ (ニ)更改ニ依リテ舊債務ヲ消滅セシメ之ニ代ヘテ消費貸借上ノ債務ヲ發生セシムルモノナリトスル説³⁰⁾ (三)舊債務ガ本條ノ契約ノ結果トシテ其同一性ヲ害セズシテ其ママ消費貸借上ノ債務ニ變ズルモノナリトスル説³¹⁾

批評 以上ノ諸説中 (一)ノイ乃至ハノ三説ハ何レモ此場合ニハ目的物ノ交付ト同一視スベキ事實アルガ故ニ消費貸借ヲ成立セシムルモ第五八七條ノ精神ニ違反セザルコトヲ説明スルニ足レリト雖モ是レ單ニ第

27) 石坂氏研究ニ 422。獨民ノ解釋上此説ヲ爲ス者 Siber, Rechtszwang 60; Oertmann § 607, 2b3, 33

28) Cleusen, Beitrag zur Erläuterung d. §§ 364 Abs. 2u. 607 Abs. 2 RGB. (Diss. 08)40

29) Endemann, Deutsches Handelsrecht 672; Klemperer, Gruchot's Beiträge 43 578。宮控新聞四五ノハ此方法ニ依リテ消費貸借成立スト説明セリ。

30) 舊民財 §489 此説ニ從ヘリ。獨民上此説ヲ採ル者 Planck § 607, 7a; Dernburg, BR. § 234, IV; Endemann § 142 Anm. 19等。

31) Enneccerus 2 § 362, III (此種ノ契約ヲ債務變更契約 Abänderungsvertrag ト云フ)。尤モ氏ハ當事者ノ意思如何ニ依リ債務ハ其同一性ヲ失フモノト定ムルコトヲ妨ゲズト雖モ (此種ノ契約ヲ債務改定契約 Schuldumwandlungsvertrag ト云フ) 意思不明ナルトキハ同一性ヲ害セザルモノト推定スベシト説ケリ。

五八八條ノ立法理由ヲ説明セルニ過ギズシテ實際上同條ノ契約ガ第五八七條所定ノ要件ニ適合セルコトヲ説明スルモノニアラズ、何トナレバイハ單ニ交付アリト擬制スルニ過ギズ、又ロ及ビハハ交付ト同様ノ結果ヲ生ズト云フニ過ギザレバナリ。次ニ又ニハ消費貸借ノ豫約存在スル特殊ノ場合ヲ説明シ得レドモ第五八八條ハ斯ル特殊ノ場合ノミヲ豫想シテ設ケラレタル規定ニアラザルガ故ニ同條ノ立法理由ヲ説クニ相殺ノ法理ヲ以テスルハ當ラズ。尙(二)ハ第五八八條ノ契約ヲ以テ更改ノ一場合ナリトスレドモ本條ノ契約ヲ締結スル當事者ハ從來ノ債務ノ目的タル物ヲ目的トシテ新ナル消費貸借ヲ締結スルコトヲ欲スルモノナレバ之ヲ解シテ更改ナリトスルハ明ニ當事者ノ意思ヲ無視スルモノタルノミナラズ、現行法上更改ハ有因債務ヲ變ジテ他ノ有因債務ト爲スコトヲ得ズ、消費貸借上ノ債務ハ消費貸借ニ因リテノミ發生スルコトヲ得、更改ニ因リテ發生スルモノニアラザルガ故ニ³²⁾此説ハ非ナリ。終ニ(三)ノ主張スル債務變更契約ハ契約自由ノ原則ニ照シテ余輩亦其有效ナルコトヲ信ズレドモ³³⁾第五八八條ノ契約ヲ解シテ其所謂債務變更契約ナリトスルハ當ラズ。

32) 同説石坂氏研究 — 492、研究ニ 420、横田氏各論 434。

33) 同説横田氏各論 435。

蓋シ本條ハ當事者ガ既存債務ノ目的物ヲ以テ新ニ消費貸借ノ目的ト爲スベキコトヲ約シタル場合ニノミ適用スベキ規定ナルコト法文上明カナルノミナラズ又右ノ契約アルトキハ「消費貸借ハ之ニ因リテ成立シタルモノト看做ス」モノナレバ其結果新ナル消費貸借上ノ債務發生スルモノト考フルヲ正當トスレバナリ。

學見

要之從來ノ諸學說ハ何レモ充分ニ本條ノ法律的構成ヲ説明スルヲ得ズ。故ニ余輩ハ寧ロ本條ヲ以テ消費貸借ノ成立要件ニ關スル原則規定タル第五八七條ニ對シ例外トシテ別箇ノ成立方法ヲ認メタルモノナリト解ス。其理由次ノ如シ、(イ)本條ハ舊來ノ債務ノ「當事者ガ其物ヲ以テ消費貸借ノ目的ト爲スコトヲ約シタルトキ」即チ其物ヲ目的トシテ消費貸借ヲ締結スベキコトヲ約シタルトキニ適用スベキ規定ナレバ契約ノ内容ハ「目的物ノ交付」ナル物的要素以外ニ於テハ毫モ第五八七條ノ契約ト異ナル所ナシ。故ニ依リテ生ズル效果ハ當事者之ヲ欲スルガ故ニ發生スル法律行爲上ノ效果ニシテ法律ノ特ニ發生セシムル效果ニアラズト解セザルベカラズ。(ロ)從ヒテ第五八七條ノ契約ト本條ノ契約トノ差異ハ單ニ其成立要件トシテ目的物ノ交付(現實的引渡ナルト簡易ノ

引渡等ナルトヲ問ハズ)ヲ必要トスルヤ又ハ從來債務ノ目的タル物ヲ其ママ消費貸借ノ目的トスル旨ノ合意アルヲ以テ足レリトスルヤノ點ニ存スルニ過ギズ。而カモ第五八七條ニ於テ消費貸借ノ成立スルガ爲メニハ其目的物ノ交付アルコトヲ要スト明定シタル以上第五八八條ノ契約ハ民法上嚴格ナル意義ニ於ケル消費貸借ナリト云フヲ得ズ。而カモ民法ハ當事者ノ意思ニ顧ミテ之ヲシテ消費貸借ト同一ノ效果ヲ發生セシメントス。是レ第五八八條ガ「消費貸借ハ之ニ因リテ成立シタルモノト看做ス」ト規定セル所以ナリ。(ハ)然レドモ民法ハ目的物ノ交付ニ代ヘテ從來ノ債務ノ目的物ヲ其ママ消費貸借ノ目的ト爲スベキ旨ノ合意夫レ自身ヲ目的物ノ交付ト看做シテ³⁴⁾第五八七條ノ契約成立スト云フニアラズ。又右ノ合意アルトキハ新ニ目的物ノ交付アリタルト同一ニ取扱ヒ得ルガ故ニ之ヲ立法理由トシテ消費貸借成立シタルモノト看做ス旨ヲ定ムレドモ、交付アリタルト同一ニ取扱ヒ得ルコトハ交付アリタルコト夫レ自身ニアラザルガ故ニ第五八八條ハ特殊ノ契約ヲ認メテ之ヲ本來ノ消費貸借ト同一ニ取扱フ旨ヲ定メタルニ過ギズシテ第五八七條ニ從ヒタル契約即チ本來ノ消

34) 上記ノ(一)ノ(イ)説ノ主張スルガ如ク。

費貸借ヲ成立セシムベキ別箇ノ方法ヲ定メタルモノニアラズ³⁵⁾。此意味ニ於テ余輩ハ從來多數ノ學者ガ爲スガ如ク本條ノ契約ニ附スルニ準消費貸借ノ名稱ヲ以テスルヲ正當トスルモノナリ。

效果

4) 效果 本條ノ契約ノ性質上述ノ如クナルガ故ニ其結果次ノ如キ諸種ノ效力ヲ生ズ。

a) 新ニ從來ノ債務ノ目的タル物ヲ目的トスル消費貸借上ノ債務發生ス。

b) 從來ノ債務ハ消滅ス。 既存ノ債務ノ目的タル物ヲ目的トシテ新ニ消費貸借ヲ締結セントセバ當事者ハ合意ニ依リテ先ヅ其債務ヲ消滅セシムルヲ要ス³⁶⁾。蓋シ然ラズトセバ之ガ爲メ新ニ目的物ヲ交付シタルト同一ニ取扱ヒ得ベキ狀態成立スルコトナケレバナリ。然レドモ當事者ガ舊債務ヲ消滅セシムルハ之ニ依リテ準消費貸借ヲ成立セシムルノ目的ヲ達セント欲スルモノナルガ故ニ事實其目的ガ達セラレザル場合ニハ債務モ亦消滅セザルモノト解

35) 上記(一)ノ(口)乃至(ハ)ノ説ハ § 588 ナ以テ此ノ特殊ノ方法ヲ定メタルモノト爲ス。是レ獨民 § 607 ノ文字解釋トシテ當然ニ生ズベキ學說ニシテ余亦必ズシモ之ヲ不當トセズ。然レドモ全然文字ヲ異ニスル民法ノ解釋トシテハ此種ノ説ハ單ニ立法理由ヲ說明スルモノタルニ過ギズシテ何等ノ法律ノ構成ヲ說明シ得タルモノト云フヲ得ズ。

36) 同說梅氏要義 三 § 588 註、横田氏各論 434、村上氏各論 531、石坂氏研究 二 422。

セザルベカラズ³⁷⁾。

c) 從ヒテ又新債務ハ準消費貸借上ノ債務ニシテ從來ノ債務ト同一ニアラズ³⁸⁾。故ニ(一)從來ノ債務ニ付キテ存シタル人的並ニ物的擔保ハ別段ノ意思表示ナキ限リ當然ニ消滅シテ新債務ニ及ブコトナシ。(二)從來ノ債務ガ商事債務ナルモ準消費貸借ガ商行爲ナラザルトキハ新債務ハ商事債務ニアラズ³⁹⁾。(三)從來ノ債務ガ賣買ニ於ケル代金債務ニシテ之ト賣主ノ債務トガ互ニ雙務的關係ニ立チタル場合ト雖モ準消費貸借成立以後ハ之ニ因リテ生ズル債務ト賣主ノ債務トノ間ニハ同様に雙務的關係存在セザルニ至リ從ヒテ互ニ同時履行ノ抗辯ナシ⁴⁰⁾。(四)又從來ノ債務ガ賣買代金債務ナル爲メ債權者先取特

37) 獨民ノ解釋トシテ Oertmann § 607, 2by, 77 同說。

38) 勿論當事者ハ債務ノ同一性ヲ害セズシテ從來ノ債務ヲ其マメ爾後消費貸借上ノ債務トシテ取扱フベキ旨ヲ約スル(債權變更契約 Abänderungsvertrag)ヲ妨ゲザルコト上述ノ如シ。而シテ具體的事實ニ付キテ其果シテ準消費貸借ナリヤ又ハ債務變更契約ナリヤヲ決スルニハ意思解釋ニ依ルノ外ナシ(東控二・三・一〇評論 二 民 155 同說)ト雖モ意思不明ナルトキハ寧ロ準消費貸借存在スルモノト解スベシ。蓋シ此種ノ契約ヲ爲スニ當リテハ當事者ハ寧ロ之ニ依リテ諸般ノ關係ヲ新ニセンコトヲ欲スルモノト解スルヲ穩當トスルベシ。Emmecke 44 (註 31) ハ疑ハシキ場合ニ新舊債務ヲ異別ノ債務ナリトシ從ヒテ舊債務ニ付キテ存在シタル擔保權ヲ消滅セシムルハ少クトモ債權者ノ意思ニ反ストノ理由ニ依リテ反對ノ推定ヲ認ムベキコトヲ主張スレドモ學者ハ一般ニ之ニ反對セリ (Oertmann § 607, 2ba; Rümelin, Arch. f. civ. Prax. 97 258; Crome § 248, II; Dernburg, BR. § 234 IV; Matthiass 579)。

39) 同說東控二・三・一〇評論 二 民 157。

40) 同說大審五・五・三〇民錄 二 1074、村上氏各論 531。

40a) 同說村上氏各論 532。

權ヲ有シタル場合ト雖モ (三二二、三二八) 準消費貸借上ノ債務ニ付キテハ同様ノ權利ナシ^{40a)}。(五) 尙從來ノ債務ハ第一七〇條以下ノ短期時効ノ適用ヲ受クベキモノナルモ新債務ハ第一六七條ノ適用ヲ受クルコトトナルベシ⁴¹⁾。(六) 然ラバ舊債務ニ附着セル缺點ハ新債務ニモ存續スベキカ。(イ) 舊債務ノ存在ハ準消費貸借ノ成立要件ナルガ故ニ事實存在セザルトキハ準消費貸借ノ成立ヲ來サザルコト既ニ之ヲ上述セリ⁴²⁾。從ヒテ舊債務ノ一部分ガ不存在ナルトキハ新債務モ亦其部分ニ付キテハ發生セズ⁴³⁾。(ロ) 故ニ又準消費貸借ノ締結アリタル後ニ至リテ舊債務ガ其發生原因タル法律行爲ノ取消、解除等ニ因リテ遡及的ニ消滅セルトキハ一旦成立セル準消費貸借亦遡及的ニ其效力ヲ失フベシ⁴⁴⁾。(ハ) 反之舊債務ニ附着シタル抗辯權ハ新債務ニ及ブコトナシ。何トナレ

41) 同說東控四四評論一 民 619。

42) 註 17 參照。

43) 例ハ從來ノ債務ガ制限外ノ利息附ナル場合ニ當事者其元利ヲ合計シテ其金額ニ付キ準消費貸借ヲ締結スルモ全部有效ナルニアラズシテ元金及ビ制限迄ニ引直シタル範圍ノ利息ニ付テノミ有效ナリ(同說大審三・一〇・一四)。

44) 同說横田氏各論 434。

45) 獨民ノ解釋トシテハ停止の抗辯權ハ消滅スレドモ永久的抗辯權ハ消滅モズトノ說アリ(Oertmann § 607, 2by, 99 及ビ其引用セル獨大審院判決)。然レドモ是レ獨民 § 813 ガ不當利得ニ關シ永久的抗辯權ノ附着ト債權ノ不存在トチ同一ニ取扱ヘルコトチ基礎トスルモノニシテ此種ノ特別規定ナキ民法ノ解釋上同様ノ論ヲ爲スコト能ハザルヲ明也。

バ舊債務ハ抗辯權ノ行使ヲ俟タズシテ既ニ消滅シ而シテ新債務ハ別箇ノ債務ナレバナリ⁴⁵⁾。(ニ) 尙時効ニ因リテ消滅セル舊債務ニ付キテ準消費貸借ヲ爲スモ何等ノ效力ヲ生ゼザルコト勿論ナレドモ契約ニ際シテ債務者ガ時効完成ノ事實ヲ知レルトキハ寧ロ時効ノ利益ヲ拋棄スルノ意思アルモノト解セザルベカラズ、而シテ此場合ニハ準消費貸借亦有效ニ成立スベシ。(ホ) 終ニ又賭博ノ敗者ガ其負擔ヲ消費貸借ノ目的ト爲スノ合意ハ無効ナリ。何トナレバ賭博ハ無効ニシテ初メヨリ何等ノ債務ヲ發生セシムルモノニアラザレバナリ⁴⁶⁾。

(其二) 第五八八條ハ例外規定ナリ。然レドモ其例外ヲ認ムルト同一ノ理由存在スル場合アラバ尙其類推適用ヲ妨グルモノニアラズ。而シテ同條ガ特ニ其規定シタル場合ニ付キテ準消費貸借ノ成立ヲ認メタル所以ノモノハ一方ニ於テハ嚴格ナル要物契約主義ガ事實不便ナルガ爲メナリト雖モ同時ニ又他方ニ於テ同條規定ノ場合ニアリテハ舊債務ノ消滅ト共ニ

第五八八條ノ類推

45a) 同說大控三六・四・七新聞一三八。獨民ノ解釋上賭博ハ無効ニアラズシテ單ニ訴權ナキ(unklagbar) 請求權ヲ發生セシムルモノナリトスル學者中ニハ賭博上ノ債務ニ付キテモ準消費貸借ノ成立シ得ベキコトヲ認メ而シテ其結果生ズル新債務ハ尙依然トシテ訴權ナシトノ論ヲ爲ス者アリ(例ハOertmann § 607, 2by, 99 及ビ其引用セル獨大審院判決)。然レドモ民法上賭博ハ單ニ訴權ナキ債務ヲ生ゼシムルニアラズシテ全然債務ヲ發生セシメザルモノナレバ同様ノ問題ヲ生ゼズ。

消費貸借ノ目的タルベキ物が現ニ借主タルベキ者ノ手中ニ存スルト同一ノ結果ヲ生ジ從ヒテ第五八七條ガ消費貸借ノ成立ニ付キ目的物ノ交付ヲ要求シ借主ガ目的物ノ所有權ヲ取得セザル間ハ之ヲシテ返還義務ヲ負擔セシメザルコトト爲セル精神ト毫モ矛盾スルコトナケレバナリ⁴⁶⁾。果シテ然ラバ同條ニ規定セル以外ノ場合ニ於テモ同様ノ事情存スル場合ニハ準消費貸借ノ成立ヲ認メ得ルモノト云ハザルベカラズ。然レドモ從來屢々判例ニ依リテ唱ヘラレタルガ如ク唯漫然經濟上現金ノ授受ト同一視スベキ方法ニ依ルヲ得ト爲スハ不可ナリ。一般ノ取引ニ於テ其方法ガ現金ノ授受ト同一視セラレ從ヒテ客觀的ニ觀察シテ現金ノ交付ト同一ノ便益ヲ借主ニ與フル場合ナルコトヲ要ス。

1) 銀行預金ノ振替勘定ニ依リテ準消費貸借ヲ成立セシムルハ有效ナリ。蓋シ銀行預金ノ振替ハ取引ノ慣行上金錢ノ授受ト同一視セラレルノミナラズ銀行預金ハ金錢貯藏ノ通常ノ形式ナルガ故ニ借主ハ之ニ依リ事實目的物ノ交付ニ依リテ其所有權ヲ取得シタルト同一ノ結果ヲ生ズレバナリ⁴⁷⁾。

46) 上述 493 頁參照。

47) 同說大正四三・二・二四新聞六三五。反對石坂氏研究 四 60。梅氏和佛法律學校 講義錄贈與以下ノ部 354—ハ指圖ニ因ル占有移轉 (§184)ヲ以テ説明セントスレドモ 其不當ナルコト既ニ之ヲ上述セリ

2) 郵便爲替ノ交付モ亦有效ニ準消費貸借ヲ成立セシムルヲ得。蓋シ郵便爲替ハ之ニ依リテ何時ニテモ確實ニ額面金錢ノ支拂ヲ受クルコトヲ得ルガ故ニ取引ノ慣行上金錢ト同一ノ流通性ヲ有シ、從ヒテ借主ニ對シ現金ノ交付ト全然同一ノ便益ヲ生ゼシムレバナリ⁴⁸⁾。但シ特ニ取立ノ時ヲ以テ契約成立スベキ旨ヲ定メタルトキハ之ニ從フベキコト勿論ナリ。

3) 手形ノ振出裏書ニ依リテ準消費貸借ヲ成立セシメ得ルヤ否ヤハ頗ル疑問ナリ。(一)然レドモ元來小切手ハ自ラ金錢ノ授受ヲ爲スノ煩ヲ避クルガ爲メニ用ヒラルルモノニシテ振出人ハ支拂人ヲシテ支拂ヲ爲サシメ得ル金額ノ範圍内ニ於テノミ之ヲ振出し得ルモノナレバ(商五三五)一般ノ取引上現金ノ交付ト同一視セラレ⁴⁹⁾從ヒテ其交付ヲ受ケタル者ヲシテ現金ヲ受取リタルト同一ノ便益ヲ得シムルモノナルガ故ニ其交付ニ依リテ準消費貸借ヲ成立セシメ得ベシ⁵⁰⁾。但シ萬一實際上ノ支拂ヲ受ケ得ザリシトキハ契約ハ初メヨリ成立セザリシコトトナルベシ。(二)反之爲替手形及ビ約束手形ハ信用證券ナルガ故ニ其

(註16)。獨民ノ解釋上 *Enneccerus* 2 § 362, II2c; *Oertmann* § 607, 2d; *Planck* § 607, 5b 同說。

48) 反對石坂氏研究 四 59。

49) 同說大審四三・二・一〇刑錄 一六 190。東控四・三・三〇新聞一〇—二。

50) 同說大控四五・一・二九新聞七七三。

交付ニ依リテ直ニ準消費貸借ヲ成立セシメ得ザルヲ原則トス。然レドモ當該ノ手形ガ一般ノ取引ニ於テ現金授受ト同一ノ信用ヲ有シ且既ニ何時ニテモ支拂ヲ受ケ得ベキモノナルトキハ其交付ヲ受ケタル者ニ對シ其額面金額ノ交付ト全然同一ノ便益ヲ與フベキガ故ニ之ニ依リテ直ニ準消費貸借ヲ成立セシメ得ベシト信ズ⁵¹⁾。

4) 以上ト異ナリテ通常ノ債權ヲ讓渡スルモ之ニ依リテ直ニ準消費貸借ヲ成立セシムルヲ得ズ。

5) 終ニ又貸主ガ其交付スベキ金錢中ヨリ豫メ借主ノ同意ヲ得テ利息又ハ手数料ヲ控除シツツ而カモ尙其部分ニ付キテモ準消費貸借ヲ成立セシムルヲ得ベシ。蓋シ借主ハ結局其利息又ハ手数料ヲ支拂ハザルベカラザルモノナルガ故ニ契約ノ成立ニ際シ豫メ之ヲ除去スルハ實質上先ヅ全額ヲ支拂ヒタル上直ニ其一部分ヲ拂戻サシムルト全然同價値ヲ有スルガ故ナリ⁵²⁾。

51) 東控四三・一〇・一五判例彙報 七 210 ハ當事者ガ手形ト現金トヲ同視シ現金ニ代ヘテ之ヲ授受セルトキハ額面金額ニ付キ消費貸借成立スト云ヘリ。勿論此場合ガ上記註 7 ノ場合ニ相當スベキトキハ消費貸借成立スベキモ然ラザルトキハ手形ノ授受ノミニテ一般ニ消費貸借成立スト云フハ廣キニ失ス。

52) 同說大審二・一・二二民錄 一九 4一、同四〇・五・一七民錄 一三 560、東控四四・一・二八新聞七〇二、同四四・一・二五判例彙報 八 65、同四二・五・一新聞五七五、同二・一・二七新聞 二二、東京地三・一〇・二七評論 三 民 579。反對石坂氏研究 三 376一、研究 四 60一。

ニ) 上述ノ如ク消費貸借成立スルガ爲メニハ合意ノ外目的物ノ交付ヲ必要トスレドモ、此二要素ハ毫モ同時ニ發生スルコトヲ必要トスルモノニアラズシテ、或ハ先ヅ目的物ノ交付アリタル上合意アルコトアリ、又或ハ先ヅ合意アリタル上目的物ノ交付アルコトアリ。何レノ場合ニアリテモ要件全部ノ具備シタル時ヲ以テ消費貸借成立ノ時期トス⁵³⁾。故ニ

1) 合意アリタルノミニテ未ダ物ノ交付ヲ爲サザルニ拘ラズ既ニ其交付ヲ爲シテ消費貸借成立セル旨ヲ記載セル公正證書ヲ作成スルモ其證書ハ事實ニ符合セザルガ故ニ無効ナリト云ハザルベカラズ⁵⁴⁾。從ヒテ此公正證書ニ依リテ強制執行ヲ爲スコトヲ得ズ(民訴五五九參照)。然ルニ學者或ハ此結果ヲ不便ナリトシテ反對論ヲ爲ス者少カラズ。(一)「契約證書ノ作成ト金錢ノ授受トハ必ズシモ同時ナルコトヲ要セズ、其間ニ多少ノ日子ヲ存スルモ是唯證書作成行爲ノ延長タルニ過ギズ、苟モ當事者ノ意思ニシテ繼續スル以上ハ同一瞬間ニ成立セルモノト爲スコトヲ妨グズ(中略)唯公正證書ノ作成後ニ金錢ノ授受ア

物的要素ト合意トノ時間的關係

物ノ交付前ニ作成セル公正證書ノ效力

反對說ノ一

53) 115 頁參照。同說大審二・五・八民錄 一九 312。

54) 同說石坂氏研究 四 62一、石坂氏研究 二 194、富井氏前掲 殊ニ 8、横田氏志林 一三 二 48、大審四〇・五・二七民錄 一三 585、大審四四・一・二五民錄 一七 903。反對磯谷氏法曹 二〇 九 1一、神戶氏全書 八 127一、東控三・一・二七評論 三 民訴 263、東京區新 五聞七〇。

リタル場合ニハ消費貸借ハ其授受ノ時ヨリ效力ヲ生ズルニ過ギズ」⁵⁵⁾ト爲スハ其一ナリ。勿論公正證書ヲ作成シタル上直ニ其場所ニテ金錢ノ授受アリタル場合ノ如キモ嚴格ニ之ヲ云ヘバ證書作成先キニシテ金錢授受後ニアル場合ニ外ナラズト雖モ斯クノ如キハ取引ノ觀念上證書作成ト同時ニ金錢ヲ授受シタルモノト云フヲ妨グザルベシ⁵⁶⁾。然レドモ論者ノ所謂證書作成ト金錢授受トノ間ニ「多少ノ日子存スル」場合ハ之ヲ「證書作成行爲ノ延長」ト見ルヲ得ザルモノニシテ證書作成先ニアリ而シテ其證書ノ内容ハ事實ニ符合セズ故ニ無効ナリト解スルノ外ナキナリ⁵⁷⁾。

反對說ノ
二

(二)次ニ又反對論ノ二ニ曰ク「公正證書ノ記載中目的物ノ交付アリタルコトニ關スル部分ハ觀念表示ナリ而シテ消費貸借成立スル爲メニハ合意ト目的物授受ナル事實アルヲ以テ足り毫モ其事實ニ關スル觀念表示アルコトヲ要セズ從ヒテ公正證書ノ記載中其部分ニ關スル虛偽表示アルモ公正證書ハ完全ニ效力ヲ有ス」⁵⁸⁾ト。然レドモ(イ)一般學者ガ當該ノ公

55) 磯谷氏「消費貸借ト公正證書ノ效力」法曹 二〇 九 一。

56) 磯谷氏前掲 3 ハ若シ金錢授受前ニハ絕對ニ公正證書ヲ作成スルヲ得ザルモノナリトセバ金錢授受ガ一瞬間ニテモ證書作成ニ遅ルル場合ハ凡テ不可ナリト云ハザルベカラズト觀ケルモ法律上ノ觀念トシテ「同時」ト云フハ物理學上ニ於テ之ヲ云フガ如ク嚴密ナルモノニアラズ。

57) 同說富井氏前掲 6—7。

58) 納戸氏全書 八 131—。

正證書ノ效力如何ヲ論ズルハ其證書ガ消費貸借成立ノ事實ヲ證明スルノ效力ヲ有スルヤ否ヤ從ヒテ之ヲ完全ナル強制執行ノ債務名義ト爲シ得ルヤ否ヤヲ論ゼントスルナリ。而シテ證書記載ノ事實中合意ニ關スル部分ノミハ真正ナルモ目的物授受ニ關スル部分虛偽ナルトキハ消費貸借成立セル旨ノ記載ハ虛偽ニシテ其證書ガ右ノ效力ヲ有セザルコト明カナリ。勿論合意ニ關スル部分ノミハ真正ナルガ故ニ其部分ニ付キテノミハ尙證明力ヲ有スベキモ斯クノ如キハ一般學者ノ論ゼントスル所ニアラズ。又其部分ニ付キテ證明力ヲ有スルモ之ヲ以テ債務名義ノ用ニ供スルノ途ナキガ故ニ⁵⁹⁾此種ノ論ハ全然實益ヲ有セザルナリ。(□)加之論者ハ公正證書ノ記載ニ依リテ初メテ消費貸借ノ合意ニ於ケル意思表示爲サレタリトシ之ト目的物授受ナル客觀的事實アルトキハ消費貸借成立スルガ故ニ此事實ニ關スル記載ハ本來無用ノ記載ニシテ之ニ關シテ虛偽アルモ別ニ實際上目的物授受ノ事實アラバ消費貸借ノ成立ヲ妨グズト説ケルモ、單ニ消費貸借成立スルヤ否ヤノ客觀的事實ヲ論ゼン

59) 公正證書ガ初メヨリ合意成立ノ事實ノミヲ記載シ且將來金錢ノ授受アリタル以後ニ於テ強制執行ヲ受クベキ旨ヲ記載セルトキハ條件付執行名義トシテ效力アリ從ヒテ民訴 560, 518 II ニ依リテ執行ノ用ニ供シ得ベキコト明カナリト雖モ(510 頁參照)單ニ合意成立ノ事實ノミヲ記載セル上記ノ如キ公正證書ハ此種ノ效力スラ尙之ヲ有セザルモノト云ハザルベカラズ

ト欲セバ吾人ハ唯合意アリヤ否ヤ及ビ目的物授受アリタリヤ否ヤヲ論ズレバ足レリ。公正證書ハ消費貸借成立ノ事實ヲ記載シ且之ヲ認證スルモノタルニ過ギザルガ故ニ其記載中獨リ目的物授受ニ關スル部分ノミナラズ合意ニ關スル記載亦虛偽ナルモ爲メニ消費貸借成立セリヤ否ヤノ客觀的事實ハ何等動カサルコトナキナリ。論者ノ所説ハ畢竟一方ニ於テ消費貸借ノ成立要件夫レ自身ト之ニ關スル公正證書ノ記載トヲ混同シ他方ニ於テ消費貸借ノ成否如何ノ問題ト公正證書ノ效力如何ノ問題トヲ混同セルモノナリ。

實際上ノ救済策

故ニ右ノ不便ヲ避クルガ爲メニハ下記ノ方法中ノ何レカーヲ採ルヲ要ス。

- a) 諾成的消費貸借ヲ締結スルコト⁶⁰⁾
- b) 公正證書ノ作成ニ際シ既ニ合意成立セルモ未ダ金錢ノ授受ナク將來其授受アリタル場合ニ付キ強制執行ヲ受クベキ旨ヲ明記スルトキハ其證書ノ有效ナルコト素ヨリナリ。而シテ證書作成後金錢ノ交付ヲ爲シタル債權者ガ爾後其證書ニ依リテ強制執行ヲ爲サント欲セバ民訴法第五六〇條及ビ第五一八條第二項ニ從ヒ證明書ヲ以テ同項ニ所謂「條件」即

60) 同説石坂氏研究 二 194—殊ニ 202、研究 四 73。反對説富井氏前掲 4—

チ既ニ金錢ヲ授受シテ消費貸借ヲ成立セシメタルコトヲ證明シテ執行文ノ付與ヲ申請シ、之ニ依リテ強制執行ヲ爲シ得ルモノトス⁶¹⁾。

2) 合意アリタルノミニテ未ダ物ノ交付ヲ爲サザルニ拘ラズ因リテ發生スベキ消費貸借上ノ債務ヲ擔保スル爲メ抵當權其他擔保ヲ設定スルモ其行爲ハ無効ナリ。何トナレバ擔保セラルベキ債務未ダ發生セザレバナリ⁶²⁾。

物ノ交付前ニ爲シタル擔保設定ノ效力

然レドモ此不便ハ實際上左記ノ方法ニ依リテ之ヲ避クルコトヲ得ベシ。

- a) 諾成的消費貸借ヲ締結スルコト⁶³⁾
- b) 後ニ金錢ノ授受アルコトヲ條件トシテ消費貸借ノ合意ヲ爲シ之ニ依リテ抵當權ノ登記ヲ申請シタル上登記終了後金錢ヲ授受スルコト(不動産登記法一一七參照)⁶⁴⁾。

61) 同説横田氏「金錢ノ授受前ニ作成シタル消費貸借公正證書ノ效力」志林 一三 二 36—。磯谷氏前掲 8 ハ此ノ方法ノ效力ニ付キテハ疑ノ餘地アリト爲セリ。尙實際社會ニ於テモ此方法使用セラレタニアリト云フ(磯谷氏前掲 2)。

62) 同説大控新聞六四五、富井氏前掲、石坂氏研究 四 62。反對大審二・五・八民 一九 312、磯谷氏前掲、神戶氏全書 八 132—(然レドモ此ノ所説ハ實際上單ニ根據當ノ有效ナルコトヲ説ケルニ過ギズ故ニ現實ノ抵當權ガ有效ナリヤ否ヤニ付テハ寧ロ本文ト同説ナラセ加ム)。

63) 同説石坂氏研究 二 194—、研究 四 73。

64) 此場合ニ於テ後ニ至リテ金錢ノ授受ニ依リテ條件成就セルトキハ更ニ改メテ抵當權ノ登記ヲ爲スコトヲ要スルカ。石坂氏研究 四 319 註 66 ハ條件成就前ハ債權未ダ發生セザルガ故ニ之ヲ擔保スル抵當權ニ付キテモ將來之ヲ取得スベキ期待權存在スルノミニテ抵當

根拠

借主ヲシテ其交付ヲ受ケタルト同種同等同量ノ物ヲ返還スル義務ヲ負シタル契約ナリ

片務契約ナリ

返還ノ目的物

二 消費貸借ハ借主ヲシテ貸主ヨリ受取リタルト同種同等同量ノ物ヲ返還スルノ義務ヲ負擔セシムル契約ナリ。

イ) 消費貸借ハ片務契約ナリ。即チ借主ノミ返還ノ義務ヲ負擔シ貸主ハ之ニ對シテ何等ノ債務ヲ負擔スルコトナキナリ⁶⁵⁾。尤モ貸主ハ場合ニ依リ擔保義務ヲ負擔スルニ至ルコトナキニアラズ(五九〇)ト雖モ此義務ハ借主保護ノ爲メ特ニ法律ノ負擔セシムル義務ニシテ借主ノ返還義務ニ對シ對價的關係ニ立テルモノニアラザルガ故ニ之ガ爲メ消費貸借ノ片務契約タル性質ヲ變ズルモノニアラズ。尙上述セル諾成ノ消費貸借ハ雙務契約ナルコト勿論ナリ⁶⁶⁾。

ロ) 借主ノ債務ノ内容ハ貸主ヨリ受取リタルト同種同等同量ノ物ヲ返還スルニアリ。是レ消費貸借ト使用貸借トヲ區別スベキ要點ナリ。

權其物ハ未ダ發生セザルガ故ニ其時ニ爲シタル登記ハ期待權ノ登記ニシテ抵當權其物ノ登記ニアラズ。故ニ條件成就シテ抵當權發生シタル時ニ於テ改メテ其登記ヲ爲スコトヲ要スト説ケリ。然レドモ不動産登記法 § 117 ノ文字ヨリ考フルトキハ同法ハ新ル理論ニ拘泥セズシテ條件附債權ニ付キテモ直ニ抵當權其物ノ登記ヲ許シタルモノト解スルヲ正當トス。

65) 蓋シ貸主ハ既ニ目的物ノ所有權ヲ借主ニ移轉セルガ故ニ使用貸借ノ場合ノ如ク目的物ヲ使用セシムルノ債務ヲモ負擔スルコトナクナレバ也。横田氏ハ目的物ノ交付ハ消費貸借成立要件ナレドモ其所有權移轉ハ單ニ返還請求權行使ノ條件ニ過ギズト爲シ(各論429)從ヒテ交付ノミアリテ契約成立セルトキハ貸主ハ所有權移轉ノ債務ヲ負擔スルニ至ル(各論448)ト説ケルモ其前提論ノ誤レルコト既ニ之ヲ上述セリ(註14參照)。

66) 同説石坂氏研究 四 70一。

然レドモ(一)當事者特ニ相約シテ借主ニ與フルニ別種ノ給付ニ依リテ其債務ヲ免レ得ル旨ノ任意權ヲ以テスルコトヲ得ルヤ素ヨリナリ⁶⁷⁾。(二)反之返還義務ノ内容ヲ絶對的ニ別種ノ給付ニ限ルガ如キハ全然消費貸借ノ本質ト相容レザルモノニシテ此場合ニ於テハ寧ロ賣買又ハ交換存在スルモノナリト解スルヲ正當トスベシ⁶⁸⁾。(三)又以上ト異ナリテ種類品等ヲ同ジウスルモ數量同ジカラザル物ヲ返還スベキコトヲ約スルコトアリ。此場合ニ於テハ若シ其數量以前ニ交付セラレタルモノヨリ多キトキハ利息ノ特約アリタルモノト解スベク⁶⁹⁾反之數量少ナキトキハ其差額ヲ内容トスル贈與契約ガ結合セルモノト解スルヲ正當トスベシ。

ハ) 尙ホ借主ハ返還義務ノ外別ニ利息債務ヲ負擔セザルヲ原則トスルモ特約ニ依リテ之ヲ負擔スルコトヲ妨ゲザルヤ勿論ナリ⁷⁰⁾。第一ノ場合ハ即チ無償ノ消費貸借ニシテ第二ノ場合ハ即チ有償ノ消費貸借ナリ。從ヒテ後者ニ付キテハ性質ノ許ス限リ賣買

利息債務

67) 同説横田氏各論 437。獨民ノ解釋上同説 *Enneccerus* 2 § 362, I; *Oertmann* 2 § 607, 3a。

68) 同説横田氏各論 437。獨民ノ解釋上同説 *Enneccerus* 2 § 362, IV。

69) 從ヒテ利息制限法ノ制限ヲ受クベキヤ勿論也。

70) 何等ノ特約ナキトキハ利息支拂ノ義務ヲキヤ勿論ナルガ故ニ利息附ナルコトヲ主張スル者ニ於テ之ヲ立證スルコトヲ要ス。反之商法ニテハ利息附ナルコトヲ原則トス(§ 275)。

ニ關スル規定ノ準用アリ(五五九)。

消費貸借
ト擔保契約

三 消費貸借ノ締結ニ際シ之ト同時ニ擔保權ヲ設定スルハ實際上屢々見ル所ノ事例ナリ。然レドモ二者ハ法律上別箇ノ行爲ナルガ故ニ擔保權設定行爲無効ナルモ消費貸借ハ必ズシモ當然ニ無効トナルモノニアラズ。然レドモ擔保權ナクンバ消費貸借ヲ爲サザルベカリシコト明カナルトキハ此限ニ在ラザルコト素ヨリナリ⁷¹⁾。

類似行爲
トノ區別

四 消費貸借ニ類似シテ而モ之ト區別セザルベカラザル場合二三アリ。

不規則ノ
寄託

イ) 不規則ノ寄託(消費寄託)⁷²⁾ 不規則ノ寄託トハ寄託ノ目的物が代替物ニシテ受寄者ハ之ガ所有權ヲ取得スルノ結果單ニ之ト同種同等同量ノ物ヲ返還スルコトヲ要スルニ過ギザル場合ヲ謂フ。其法律上ノ取扱ハ民法第六六六條但書ニ抵觸セザル限リ消費貸借ニ關スル規定ヲ準用スルコトトナルガ故ニ區別ノ實益少ナシト雖モ、之ヲ經濟上ノ目的ヨリ見ルトキハ、消費貸借ハ主トシテ借主ノ利益ノ爲ニ、從テ又多クハ借主ノ發言ニ基キテ締結セララルニ反

71) 同說大審二・六・五民錄 一九 411 (抵當權設定ガ無効ナク場合)。尙東京地四・九・二九評論 四 民 755 ハ盜賊ノ恩給證書ナルヲ知ラズシテ之ヲ擔保ト爲シタル消費貸借ハ要素ニ錯誤アルガ故ニ無効ナリト云ヘリ。又大審三三・六・二二民六六錄 125 ハ抵當權ノ順位ニ付キ錯誤アルモ消費貸借ハ無効トナラズト云ヘリ。

72) depositum irregulare 詳細ハ寄託ノ部參照。

シ、不規則ノ寄託ハ主トシテ寄託者ノ利益ノ爲ニ、從テ又多クハ寄託者ノ發言ニ基キテ締結セララルモノトス。從テ又後者ニ於ケル利息ハ前者ニ比スレバ低額ナルヲ常トセリ。

ロ) 貸銀前拂 雇傭契約ニ於ケル貸銀ノ前拂ハ往々ニシテ消費貸借ナルガ如キ觀ヲ呈スルコトアリト雖モ、斯ノ如キ給付ハ雇主ノ貸銀債務辨濟ノ爲ニ⁷³⁾支拂ハルルモノニシテ、消費貸借ヲ成立セシムル爲ニ⁷⁴⁾支拂ハルルモノニアラザルヲ以テ之ヲ消費貸借ノ場合ト區別スルヲ要ス。但シ實際ノ場合ニ付キ當事者ノ意思ガ果シテ貸銀前拂ヲ爲サントスルニアリヤ又ハ消費貸借ヲ成立セシメントスルニアリヤハ畢竟意思解釋ノ問題ナリトス⁷⁵⁾。

貸銀前拂

ハ) 消費貸借ノ豫約⁷⁶⁾ 消費貸借ノ豫約トハ當事者ノ雙方又ハ何レカ一方ガ將來消費貸借ヲ締結ス

消費貸借
ノ豫約

73) Causa solvendi

74) Causa crelendi

75) 此問題ハ我國ニテハ主トシテ所謂藝妓身代金ノ性質如何ニ關シテ發生ス。東控民元・一〇・一一評論 二 民 96 ハ藝妓ノ前借金ヲ以テ貸銀前拂ナリト解釋セリ。本件ニアリテハ勤務年限初メヨリ確定シ其間無事勤続スルトキハ其間ノ稼高如何ヲ問ハズ前借金返還ノ義務ナキ旨ノ特約アルモノナレバ上述ノ意思解釋ハ正當ナルベシ。反之前借金ハ稼高ヲ以テ償却スベキ旨ノ特約アルガ如キ場合ニハ消費貸借ト同時ニ之ニ附隨シテ辨濟方法ニ關スル特約アルモノト解スルヲ正當トスベシ(大審三七・五・五民錄 一〇 607 參照)。

76) Darlehensv. sprechen, Darlehensvorvertrag; Pactum de mutuo dando 尙貸主一方ノ豫約・貸方豫約・貸付豫約 Pactum de mutuo dando) ト云ヒ借主一方ノ豫約ヲ借方豫約・借入豫約(Pactum de mutuo accipiendo) ト云フ。

べき義務ヲ負擔スル契約⁷⁷⁾ヲ謂フモノニシテ其諾成
的消費貸借ト區別スベキモノナルコト既ニ之ヲ述ベ
タリ。而シテ此豫約ハ其成立效力等ノ點ニ付キ凡テ
契約一般並ニ債務的豫約⁷⁸⁾ニ關スル一般原則ノ適用
ヲ受クベキモノナリト雖モ⁷⁹⁾、其效力消滅ニ關シテ

第五八九
條

民法ハ特ニ「消費貸借ノ豫約ハ爾後當事者ノ一方ガ

77) 消費貸借ニ付キテモ § 556 ノ意義ニ於ケル豫約ヲ締結スル
ノ餘地アルコト既ニ之ヲ上述セリ(42頁)。然レトモ實際上ガ消費貸借
ニ付キテ必要アル債務的豫約(35頁以下参照)ナリ。消費貸借ノ豫
約トシテ實際上最モ多ク行ハルルハ銀行取引ニ於ケル貸越契約ナリ。

78) 詳細ハ 35 頁以下ニ説明セル所参照。

79) 消費貸借ハ要物契約ナルガ故ニ其豫約ハ契約締結ノ意思表示
ヲ請求スル權利及ビ目的物(例ヘバ金錢)ノ交付ヲ請求スル權利ヲ發
生セシムルコト既ニ之ヲ上述セリ(37頁参照)。(一)然レドモ其目的
物交付請求權ハ單純ニ金錢ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得シムル權利
ニアラズシテ意思表示請求權ト不可分の關係ニ立テ兩者合體シテ消
費貸借ノ成立ニ共力スベキコトヲ請求スルノ作用ヲ爲スモノナレバ
豫約義務者ガ相手方ニ對シテ金錢給付ノ反對債權ヲ有スレモ兩者ノ
間ニ相殺ヲ許スベキニアラズ(同說大審二・六・一九民錄一五、458一、
石坂氏研究三 472、同氏民法三 五 1571)。(二)尙消費貸借豫
約上ノ請求權ハ之ヲ他人ニ讓渡スルヲ得ズ。蓋シ借主ノ何人ナルカハ
消費貸借ノ成立ニ對シテ頗ル重要ナル關係ヲ有スル事項ナレバナリ
(39頁参照)。然レドモ目的物交付請求權ノミヲ分離シテ讓渡シ得ルヤ
否ヤニ付キテハ議論アリ(積極說 *Emsecerus*, § 2 364, I, *Schollmeyer*
§ 399, 3; *Flauck* § 399, 1; *Regelsberger*, *Jahrb. f. Dogm.*, 52 417
一; 獨大審院 RGE 68 356一、消極說石坂氏民法三 四 1199、*Oert-
mann* 2 310)。余ハ讓渡シ得レドモ讓受人ハ自己ノ權利ノミヲ獨立シ
テ行使スルヲ得ザルモノニシテ借主ガ意思表示請求權ヲ行使スルト
同時ニ又ハ其後ニ於テノミ之ヲ行使シ得ルモノト解スルヲ正當ナリ
ト信ズ。蓋シ目的物交付請求權ハ獨立ノ權利ニアラズシテ消費貸借
締結ノ爲メニノミ存在スルモノナレバ也。而カモ反對論者ガ之ガ爲メ
讓渡自身ヲモ無効ト爲スハ當ラズ、何トナレバ消費貸借締結ノ爲メニ
スル目的物ノ交付ハ特約ニヨリテ借主以外ノ人ニ對シテ之ヲ爲スコ
トトスルモ何等ノ差支ナク而シテ目的物交付請求權ヲ第三者ニ移轉
スルモ之ト意思表示請求權トノ關係ハ毫モ變更ヲ受クルコトナケル
バ也。而シテ交付請求權ノ讓渡アリタル場合ト雖モ消費貸借夫ノ自
身ハ貸主借主間ニ成立スルモノナルコト勿論也。

破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其效力ヲ失フ」(五八九)
べき旨ヲ定メタリ。蓋シ一方ニ於テ消費貸借ハ借主
ノ信用ヲ基礎トスル契約ナルガ故ニ借主破産ニ陥レ
ルニ拘ラズ貸主ヲシテ強ヒテ貸與ヲ爲サシムルハ頗
ル殘酷ナリト云ハザルベカラズ、又他方ニ於テ貸主
破産ニ陥レルトキハ借主ハ破産債權者トシテ配當ヲ
受ケ得ルニ過ギザルコトトナリ從ヒテ豫約通りノ金
額全部ヲ受クルコト實際上不可能トナリ其結果借主
ガ豫約ヲ爲シタル目的達セラレザルニ至レバナリ。

尙本條ノ解釋上下記ノ事項ニ注意スルヲ要ス。

(一)本條ハ貸方豫約ノミナラズ借方豫約ニモ亦其適
用アリ。是レ本條ガ同様ノ規定ヲ設ケタル諸外國ノ
法規⁸⁰⁾ト異ナル所ニシテ其結果彼ニアリテハ借主ノ
財産状態不良トナレル場合ニノミ豫約ノ失效ヲ生ゼ
シムレドモ我ニアリテハ當事者ノ何レガ破産ニ陥レ
ル場合ニモ豫約ノ失效ヲ生ゼシム。(二)豫約ノ失
效ハ「當事者ノ一方ガ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキ」即
チ破産宣告ノ時⁸¹⁾トシテ破産決定書ニ記載セラレタ
ル時期(舊商九八〇⁷⁾)ニ於テ法律上當然ニ發生スル
モノニシテ(イ)單ニ「相手方ノ財産状態ガ著シク不

80) 獨民 § 610、瑞債 Art 316II。

81) 宣告ノ時トハ裁判所ガ破産宣告ヲ言渡シタル場合ニハ其時其
他ノ場合ニハ裁判官ガ破産決定書ヲ作成シテ之ニ署名捺印シタル時
ヲ云フ(同說加藤氏破産法講義 313)。

良トナリテ返還請求權ガ危険ニ陥リ」⁸²⁾又ハ「借主ガ支拂不能トナリタル」⁸³⁾ノミニテハ未ダ豫約ヲ失効セシムルコトナク、(口)又失効ハ法律上當然ニ生ズルモノニシテ相手方ノ援用ニ依リテ初メテ失効スルニアラズ⁸⁴⁾。(三)本條ハ豫約成立後ニ破産宣告アリタル場合ニ關スル規定ナルガ故ニ宣告アリタル後其事實ヲ知ラズシテ締結シタル豫約ニハ其適用ナシ⁸⁵⁾。然レドモ豫約者若シ破産ノ事實ヲ知リタリセバ豫約ヲ爲サザルベカリシコト明白ナルガ故ニ本條ノ精神ヲ類推シテ此場合ニモ亦豫約ハ何等ノ效力ヲ生ゼザルモノト解スルヲ穩當トス。(四)破産宣告アルトキハ豫約ハ當然ニ其效力ヲ失フガ故ニ宣告アリタルコトヲ知ラズシテ貸金ヲ交付セル豫約者ハ不當利得ヲ理由トシテ其返還ヲ請求シ得ベシ(七〇三、七〇五)ト雖モ、其債權ハ破産宣告後ノ原因ニ因リテ發生セルモノナレバ破産債權ニアラズ⁸⁶⁾。然レドモ此場合ニ豫約者ノ交付セル金錢ハ破産財團ニ歸屬スベキガ故ニ⁸⁷⁾之ガ爲メ財團ハ不當利得ヲ爲スコトトナ

82) 獨民 § 610
 83) 瑞債 Art 316
 84) 獨民 § 610、瑞債 Art 316 ハ單ニ貸主ニ撤回權又ハ拒絕權ヲ與フルニ過ギズ。
 85) 瑞債 Art 316^{II} ハ明文ヲ以テ此場合ニモ亦豫約者ニ同様ノ權利ヲ與ヘタリ。
 86) 同說加藤氏破産法講義 79。

リ從ヒテ豫約者ハ財團債權者トシテ優先的辨濟ヲ受クルコトヲ得ルニ至ルベシ^{87a)}。(五)尙本條ニ破産トハ民事ニ付キテハ家資分散ヲ云フモノトス(民施二)。

第二 效力

一 貸主ノ義務—擔保義務

消費貸借ハ片務契約ナルヲ以テ借主ヲシテ其受取リタルト同種同量ノ物ヲ返還スルノ債務ヲ負擔セシムルニ止マリ貸主ヲシテ何等ノ反對債務ヲモ負擔セシムルモノニアラザルコト既ニ之ヲ上述セリ。殊ニ貸主ハ消費貸借ノ豫約アル場合ノ外ハ特ニ一定ノ性質數量ヲ有スル目的物ヲ借主ニ交付スル義務ヲ負擔スルモノニアラザルガ故ニ實際貸主ノ交付シタル物ガ瑕疵ヲ包藏スルコトアルモ毫モ之ニ對シテ責任ヲ負フノ必要ナク、唯借主ノ債務ノ内容ハ其受取リタルト同種同量ノ物ヲ返還スルノ點ニ存スルガ故ニ單ニ瑕疵アル物ヲ返還スルヲ以テ足ルノ結果トナルニ過ギズ⁸⁸⁾。

然レドモ(一)利息附消費貸借ノ借主ハ特ニ對價ヲ

貸主ノ義務(擔保義務)

擔保義務ノ立法理由

87) 交付シタル金錢モ亦破産財團ニ屬ス(加藤氏前掲 157—)。
 87a) 現行法上此種ノ場合ニ財團債權ヲ認ムル旨ノ明文ナキガ故ニ頗ル疑問ナレドモ破産財團ノ爲シタル不當利得ヲ其ニ留保スルコトヲ許スノ理由毫モ存在セザルガ故ニ之ヲ認ムルモノト解スルヲ正當トス(同說加藤氏前掲 147—)。
 88) 横田氏各論 449—ハ貸主ニ所有權移轉義務アルコトヲ前提トシテ擔保義務ノ問題ヲ説ケルモ其前提論ノ不當ナルコト既ニ之ヲ上述セリ(註 14 及註 65 參照)。

拂ヒテ物ノ利用ヲ得ントスルモノナレバ其物ニ瑕疵アルガ爲メ豫期ノ利用ヲ爲シ得ザルコトトナルハ借主ノ特ニ不利トスル所ナルガ故ニ民法ハ特ニ下記ノ規定ヲ設ケテ借主ヲ保護セリ。(二)反之無利息消費貸借ハ恩惠的行爲ナルガ故ニ一般原則ニ依ルノ外特ニ借主ヲ保護スルノ要ナキヲ原則トスト雖モ貸主瑕疵ヲ知レルニ拘ラズ之ヲ借主ニ告ゲザリシトキハ貸主ノ惡意ニ依リテ借主損害ヲ蒙ルコトトナルガ故ニ民法ハ又同様ノ規定ヲ設ケテ借主ノ保護ヲ計レリ。

第五九〇條

「利息附ノ消費貸借ニ於テ物ニ隠レタル瑕疵アリタルトキハ貸主ハ瑕疵ナキ物ヲ以テ之ニ代フルコトヲ要ス但損害賠償ノ請求ヲ妨ゲズ」(五九〇¹)。

「無利息ノ消費貸借ニ於テ」(中略)「貸主ガ其瑕疵ヲ知リテ之ヲ借主ニ告ゲザリシトキハ前項ノ規定ヲ準用ス」(五九〇¹¹⁴)。

義務ノ性質

一) 義務ノ性質 貸主ハ何等ノ給付義務ヲ負擔スルモノニアラザルガ故ニ本條ノ義務ハ賣主ノ擔保義務ノ如ク之ヲ貸主ノ給付義務ニ基クモノト云フヲ得ズ。故ニ民法ガ借主保護ノ爲メニ設ケタル特殊ノ義務ナリト解スルノ外ナシ。

要件

二) 要件

1) 利息附消費貸借ノ場合

1) 交付セラレタル物ニ隠レタル瑕疵アリタルコト 交付セラレタル物が貸借ノ際特定物トシテ指示セラレタルト否トヲ問ハズ。又「隠レタル瑕疵」ノ意義ハ第五七〇條ニ付キテ上述シタル所ニ同ジ。

2) 借主ガ物ノ交付ヲ受ケタル際瑕疵アルコトヲ知ラズ且知ラザルニ付キ過失ナカリシコト 此ノコト特ニ法文ノ明示セザル所ナルモ惡意ノ借主ニ此種ノ特別ナル保護ヲ與フルノ必要ナキコト立法理由ヨリ考フルモ明白ナルノミナラズ、法律ガ瑕疵ノ「隠レタル」コト、即チ通常人ノ注意ヲ以テスルモ容易ニ發生シ得ベキモノニアラザルコトヲ要求セルコトヨリ考フレバ借主ノ善意無過失ヲ要求セルコト明白ナリ。反之貸主ノ惡意又ハ過失ハ毫モ法律ノ要求スル所ニアラズ。損害賠償ノ請求ニ付キテモ亦然リ。

□) 無利息消費貸借ノ場合

- 1) 交付セラレタル物ニ隠レタル瑕疵アルコト
- 2) 借主ガ物ノ交付ヲ受ケタル際瑕疵アルコトヲ知ラズ且知ラザルニ付キ過失ナカリシコト
- 3) 貸主ガ瑕疵ヲ知リテ之ヲ借主ニ告ゲザリ

シコト。

效果

三) 效果

イ) 代物請求権 (一)性質 債權ナリ。故ニ貸主履行ヲ爲サザルトキハ一般ノ債務不履行ニ於ケルト同一ノ結果ヲ生ズ。(二)行使 借主代物ヲ請求セント欲セバ其先ニ交付ヲ受ケタル瑕疵アル物ヲ返還スルコトヲ要ス。借主其返還スベキ物ヲ提供セズシテ代物ヲ請求セルトキハ貸主ハ其提供アルマデ代物ノ交付ヲ拒ムコトヲ得ベシ。此點特ニ明文ナシト雖モ事物ノ性質及ビ法文ガ「代フルコトヲ要ス」ト定メタルコトヨリ考ヘテシカク解スルヲ正當トス。(三)效果 借主右ノ權利ヲ行使シタルトキハ契約ハ其結果瑕疵ナキ物ノ交付アリタル時以後其物ニ付キテ存續ス。然レドモ消費貸借夫レ自身ハ之ガ爲メ更新セララルニアラズシテ從前ノ條件ヲ以テ其ママ存續スルモノナリト解スルヲ正當トス⁸⁹⁾。蓋シ法律ハ單ニ目的物ノ變換ニ依リテ其瑕疵ヲ除去スベキコトヲ請求スルヲ許シタルニ過ギズシテ從來ノ契約ヲ解除シテ新ニ同一條件ヲ以テ契約ヲ締結スベキコトヲ請求スル權利ヲ與ヘタルモノニアラザレバナリ。但

89) 故ニ(一)契約存續期間定マレトキハ代物交付アリト雖モ其期間ノ更新ヲ生ズルニアラズ。(二)又代物交付前ニ於ケル利息ハ元本ニ瑕疵アルガ爲メニ生シタル價額低下ニ準シテ減額セラルベク代物交付以後ニ付テノミ約定ノ利息ヲ生ズルモノト解セザレバカラズ。

當事者ガ特ニ從來ノ契約ヲ解除シテ新契約ヲ成立セシムベキ旨ノ合意ヲ爲セルトキハ此限ニ在ラザルコト勿論ナリ。

ロ) 損害賠償請求権 借主ガ瑕疵アル物ノ交付ヲ受ケタルガ爲メニ損害ヲ蒙リタルトキハ以上ノ代物請求権ヲ行使シ得ルノ外尙其賠償ヲ請求スルコトヲ得。

四) 附言

イ) 以上ノ擔保義務ニ關シ、當事者ハ或ハ利息附消費貸借ニ付キテモ其義務ナキ旨ノ特約ヲ爲シ得ベク、又或ハ無利息消費貸借ニ付キテモ絶對的ニ擔保義務アルモノト定ムルコトヲ妨ゲズ。然レドモ貸主ガ瑕疵アルコトヲ知レルニ拘ラズ之ヲ告ゲズシテ擔保義務免除ノ特約ヲ爲セルトキハ第五七二條ノ類推ニ依リテ其特約ハ無効ナリ⁹⁰⁾。

ロ) 尙利息附消費貸借ハ有價契約ナルガ故ニ以上第五九〇條第一項ノ外賣買ニ關スル第五六一條以下ノ諸規定モ亦之ヲ準用(五五九)シ得ベキヤ否ヤ大ニ疑問ノ餘地アリ。反對說ナキニアラズト雖モ⁹¹⁾

附言

擔保義務ニ關スル特約

賣主ノ擔保義務ニ關スル規定ノ準用アリヤ

90) 梅氏要義 三 § 590 註ハ單ニ詐欺ニ依リテ取消シ得ルニ過ギズト説ケリ。

91) (一)凡テ準用アリトスル 説廣田氏各論 449—(有價的消費貸借ハ雙務契約ナリトノ論ヲ根據トス然レドモ 其不當ナルコト既ニ之ヲ上述セリ。註 14 及註 65 參照)。(二) § 570 ノ準用アリ(§ 559)トスル 説瀧澤氏各論 前 143、村上氏各論 537。

余輩ハ下記ノ理由ニ依リテ全然其準用ナシト解スルヲ正當ナリト信ズ。(一)賣主ノ擔保責任ニ關スル規定ハ特定物賣買ニノミ適用アルモノナルコト上述ノ如クナルガ故ニ其準用ヲ受クベキ消費貸借モ亦特定物ニ付キテ成立シタルモノナラザルベカラズ。而カモ消費貸借ガ特定物ニ付キテ成立スルコトハ頗ル稀ナル事實ナルヲ以テ右ノ規定ノ準用アリトスルモ亦此稀ナル場合ニノミ生ズルニ過ギザルベシ。(二)加之右ニ述ブル所ニ依リテ準用ヲ許シ得ベシトセラルル場合ノミニ付キテ考フルモ(イ)消費貸借成立スルガ爲メニハ目的物が借主ニ交付セラルルコト及其交付セラレタル物ノ所有權ガ借主ニ歸屬スルコトヲ必要トスルガ故ニ目的物ノ交付ナキカ又ハ交付セラレタル物ニ付キテ第三者ガ權利ヲ有スルガ爲メ借主其所有權ヲ取得シ得ザルトキハ消費貸借ノ成立ヲ來サザルコトトナルガ故ニ第五六一條乃至第五六四條、第五六六條、第五六七條ノ諸規定ハ實際上其適用ノ餘地ナキナリ。(ロ)又消費貸借ハ實際交付セラレタル額ニ付キテノミ成立スルガ故ニ交付セラレタル物ノ數量不足ナルトキハ其現存部分ニ付キテノミ契約成立シ從ヒテ第五六五條ヲ準用スルノ餘地ナシ。(三)故ニ結局問題トナリ得ルハ第五七〇條

ガ特定物ニ付キテ成立セル消費貸借ニ適用アリヤ否ヤノ一點ニ過ギズ。然レドモ消費貸借ノ目的物ハ常ニ代替物ナルコトヲ要スルガ故ニ縱令其代替物が特定物タル場合ト雖モ他ノ瑕疵ナキ物ヲ以テ之ニ代フルトキハ借主ガ消費貸借ヲ爲シタル目的ハ毫モ阻害セラルルコトナキヲ以テ特ニ第五七〇條ヲ準用シテ契約解除ヲ認ムルノ實益ナキナリ。故ニ余輩ハ同條亦其準用ナシト解ス⁹²⁾。

二 借主ノ義務

一) 返還義務

借主ハ消費貸借ノ成立ニ際シ其貸主ヨリ受取リタルト同種同量ノ物ヲ返還スルノ債務ヲ負擔ス。

イ) 返還ノ目的物

借主ハ其貸主ヨリ受取リタルト同種同量ノ物ヲ返還スルヲ要ス。故ニ使用貸借、貸貸借ニ於ケルガ如ク其受取リタル物夫レ自身ヲ返還スルコトヲ要セザルハ勿論、瑕疵アル物ヲ受取リタルトキハ又同ジク同様ノ瑕疵アル物ヲ返還スルヲ以テ足ル⁹³⁾。

然レドモ以上ノ原則ニ對シテハ次ノ二個ノ例外ア

借主ノ義務
(一)返還義務

返還ノ目的物

例外

92) 同說梅氏要義 三 § 590 註(§ 590 ナシトセバ § 570 ノ準用アリト云ヘル故本文ト同說ナルガ如シ)。

93) 故ニ又瑕疵ノ結果交付ノ後ニ於テ物が滅失セルトキハ何等物ノ交付ヲ爲サザリシト同一ナルガ故ニ全然返還ノ義務ナシ(同說横田氏各論 453)。

リ。

第五九〇
條第二項

1) 瑕疵アル物ヲ受取リタル借主ハ自己ノ任意ニ依リ現物返還ニ代ヘテ「瑕疵アル物ノ價額ヲ返還スルコトヲ得」(五九〇⁹⁴)。 (一)立法理由 瑕疵アル物ハ之ヲ市場ニ得ルコト困難ナル場合多キノミナラズ、瑕疵アル物ノ返還ハ貸主ニトリテモ亦必ズシモ利益ニアラズ。是レ本規定ノ存スル所以ナリ。 (二)適用範圍 本規定ハ明文上無利息消費貸借ノ場合ノミニ關ス。然レドモ利息附消費貸借ニモ亦之ヲ類推シ得ルモノト解スルヲ正當トス。蓋シ利息附消費貸借ノ借主ガ本條第一項ニ依リテ與ヘラレタル代物請求權ヲ行使セザリシトキ又ハ貸主其請求ニ應ゼズシテ其ママニ過ギタルトキハ其返還スベキ物ハ素ヨリ瑕疵アル物ナルヲ以テ足り敢テ瑕疵ナキ物ヲ返還スルヲ要セズ。而シテ瑕疵アル物ノ返還ニ付キテハ契約ガ利息附ナルト否トニ關係ナク上記立法理由ノ下ニ於テ述べタルガ如キ事情存在スルヲ以テナリ⁹⁴⁾。 (三)意義 (イ)借主本來ノ返還義務ノ内容ハ受取リタル物即チ瑕疵アル物ヲ給付スルニアリ。而シテ法律ハ借主ニ對シ其任意ヲ以テ本來ノ給付ニ代フルニ「瑕疵アル物ノ價額」ノ給付ヲ以テスルノ權

⁹⁴⁾ 同說横田氏各論 453。反對志田氏各論講義案 81。村上氏各論 542。

利ヲ與ヘタルモノナレバ、此場合ニ於ケル借主ノ債務ハ債務者ニ任意權アル任意債務ナリト云ハザルベカラズ。(ロ)「瑕疵アル物ノ價額」ハ返還義務ノ履行期並ニ履行地ヲ標準トシテ之ヲ評定スベキモノトス。蓋シ價額返還ハ現物返還ニ代ハルベキ性質ノモノナルガ故ニ其價額ハ現物返還ガ貸主ニ與フベキ利益即チ返還義務ノ履行期並ニ履行地ニ於ケル現物ノ價額ナリトスルヲ正當トスレバナリ。

2) 「借主ガ第五八七條ノ規定ニ依リテ返還ヲ爲スコト能ハザルニ至リタルトキハ其時ニ於ケル物ノ價額ヲ償還スルコトヲ要ス但第四〇二條第二項ノ場合ハ此限ニ在ラズ」(五九二)。 (一)立法理由 借主ガ貸主ヨリ受取リタルト同種同量ノ物ガ返還ノ時期ニ於テ存在セザルニ至レルカ又ハ其流通ヲ禁ゼラレタル等ノ原因ニ因リテ借主ガ其返還ヲ爲スコト能ハザルニ至レルトキハ履行不能ニ關スル一般原則ヨリ云ヘバ返還義務消滅スルモノト云ハザルベカラズ。⁹⁵⁾然レドモ使用貸借、賃貸借等ノ目的物ガ借主ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因リテ消滅セル場合ニアリテハ其借主返還義務ヲ免ルルト同時ニ其目的物又ハ之ニ代ハルベキモノモ亦借主ノ手中ニ存在セザルニ至ルニ反シ、消費貸借ニアリテハ目的物ハ既ニ借主ノ利益ノ爲メニ收得セラレテ其利益借主ノ

第五九二
條

手中ニ存スルモノナレバ若シ現物返還不能ノ一事ニ因リテ返還義務消滅スベシトセバ借主ハ不當ニ利得ヲ得ルノ結果トナルベシ。是レ本條ガ現物返還ニ代ヘテ其價格ヲ返還スベキコトヲ命ジタル所以ナリトス⁹⁵⁾。(二)意義 (イ)返還ノ目的物ハ「其時ニ於ケル物ノ價額」ナリ。「其時」トハ「返還ヲ爲スコト能ハザルニ至リタルトキ」ヲ云フ。是レ文義上明白ニシテ疑フノ餘地ナシ。本來ノ理論ヨリ云ヘバ返還ヲ爲スベキ時期即チ履行期ニ於ケル價額ヲ返還セシムルヲ正當トスレドモ⁹⁶⁾、不能ガ履行期前ニ發生セル場合ニアリテハ後ニ至リテ履行期到來スルモ最早市場ニ於テ當該ノ物品ヲ見ルコト能ハザルガ故ニ其市價ヲ知ルコト能ハズ、從ヒテ又其評價頗ル困難ニシテ稍モスレバ過當ノ高價トナルヲ免レザルベシ。是レ本條ガ「返還ヲ爲スコト能ハザルニ至リタルトキ」ノ價額即チ當該物品ノ市場ニ於ケル最後ノ價額ヲ返還セシムルコトト爲セル所以ナリ⁹⁷⁾。尙價額評價ノ標準タルベキ場所ハ履行地ナリト解スルヲ正當トス。(ロ)「返還ヲ爲スコト能ハザルニ至リタルトキ」トハ履行不能ニ關スル一般原則ノ見地

95) 梅氏要義 三 § 592 註參照。

96) § 59, II = 所謂 瑕疵アル物ノ價額ニ付キテ述ベタル所參照。佛民 art. 1903 ハ原則トシテ返還ヲ爲スベキ時期並ニ場所ニ於ケル價額ヲ返還セシム。

97) 梅氏要義 三 § 592 註參照。

ヨリ觀察シテ返還不能トナレルコトヲ云フ。故ニ當該物品ガ賣品トシテ一般市場ニ於テ取引セラレザルニ至レルトキハ縱令非賣品トシテ何人カノ手中ニ存スルコトアルモ尙其不能タルヲ妨ゲズ。又返還スベキ數量ノ中一部ノミガ返還不能トナレルトキハ其部分ニ付キテノミ價額返還ヲ爲サシメ可能ナル殘部ハ現物ニテ返還セシメザルベカラズ。蓋シ本條ガ價額返還ヲ認メタルハ之ヲ以テ本來ノ履行ノ補充ト爲サントスルニ外ナラザルガ故ニ現物返還ガ給付トシテ價値ヲ有スル限り成ルベク其方法ニ依ラシムルヲ適當トスベケレバナリ。故ニ現物返還ノ可能ナル部分ガ極メテ僅少ニシテ之ト殘部ノ價額トヲ返還セシムルヨリハ寧ロ全部ノ價額返還ヲ爲サシムル方債務ノ本旨ニ適スル場合ヲ除ク外ハ可能ナル部分ノミハ現物ニテ返還スルヲ要ス。(ハ)尙消費貸借ノ目的タル特種ノ通貨ガ強制通用力ヲ失ヒタルトキハ借主ハ他ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スヲ要スルコト第四〇二條第二項ノ定ムル所ナリ。是レ本條但書ノ存在スル所以ナリ。

ロ) 返還ノ時期

1) 當事者ガ返還ノ時期ヲ定メタルトキハ借主ハ素ヨリ其定メニ從テ返還ヲ爲サザルベカラズ。

返還ノ時期
特約アル
場合

但シ債務者ハ相手方ノ利益ヲ害セザル限リ期限ノ利益ヲ拋棄シ得ルモノナレバ(一三六¹¹⁾)例ヘバ無利息消費貸借ニアリテハ借主何時ニテモ期限ノ利益ヲ拋棄シテ返還ヲ爲スコトヲ得。

特約ナキ
場合

第五九一
條

2) 「當事者が返還ノ時期ヲ定メザリシトキハ」(一)「貸主ハ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ催告ヲ爲スコトヲ得」(二)「借主ハ何時ニテモ返還ヲ爲スコトヲ得」(五九一)。

當事者が返還ノ時期ヲ定メザリシトキハ貸主ハ第四一二條第三項ニ依リテ何時ニテモ返還ヲ請求シ得ルモノナリヤ換言スレバ契約成立ノ初メヨリ返還時期到來セルモノト見ルベキヤ⁹⁸⁾又ハ催告アリテ初メテ返還時期到來スルモノト見ルベキヤ⁹⁹⁾ニ關シテハ從來學者間ニ議論アリ。而シテ前説ニ依レバ貸主ハ何時ニテモ返還ノ請求ヲ爲シ得ベキモノニシテ本條ガ相當ノ期間ヲ定メテ催告スベキコトヲ命ジタルハ單ニ借主ノ保護ヲ計リタルニ過ギザルガ故ニ敢テ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲サズト雖モ返還請求夫レ自身ハ當然ニ無効トナルモノニアラズ唯借主ニ於テ

⁹⁸⁾ 從來ノ通説ハ此説ニ從ヘルモノノ如シ(橫田氏各論 459、清瀨氏各論 4、大審二・二・一九民錄 一九 78一、同三・三・一八 民錄二〇 1、-)。

⁹⁹⁾ 石坂氏研究 三 355一、405一、東京地元・一一・一五新聞八二九。

催告ナキコトヲ理由トシテ抗辯ヲ爲シ得ルニ過ギザルニ反シ、後説ニ依レバ催告アリテ初メテ返還時期到來スルモノナレバ先ヅ催告ヲ爲サズシテ返還請求ヲ爲スモ何等ノ效力ヲ生ゼザルモノトス。余輩ハ此點ニ關シテ後説ヲ正當トス。蓋シ消費貸借ハ借主ヲシテ其交付ヲ受ケタル物ヲ利用セシムルコトヲ目的トスルモノナルガ故ニ契約成立ト同時ニ直ニ返還時期到來スト爲スハ契約ノ性質上明カニ矛盾ナリ。故ニ契約成立ト返還時期トノ間ニハ何等カノ時間アルコトヲ必要トスルモノニシテ本條ガ「相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ催告ヲ爲スコトヲ得」ト云ヘルハ即チ催告後其相當期間經過スルニ依リテ返還時期到來スルモノナリト解スルヲ正當トス。故ニ本條ノ催告權ハ上述セル告知權¹⁰⁰⁾ト類似ノ性質ヲ有スルモノニシテ其行使ニ依リテ返還時期ヲ到來セシムルノ效力ヲ有スル特殊ノ權利ナリトス¹⁰¹⁾。尙催告ノ方法ハ法

¹⁰⁰⁾ 236 頁以下參照。

¹⁰¹⁾ 上述ノ告知權ハ貸借ノ如キ繼續的契約關係ヲ將來ニ向ヒテ消滅セシムルノ效力ヲ有スルモノナルニ反シ本條ノ催告權ハ單ニ返還時期ヲ到來セシムルノ效力ヲ有スルニ過ギズ。然レドモ此差異ノ存在スル所以ハ消費貸借ガ物ノ使用ヲ目的トスル契約ナルニ拘ラズ使用許與ノ爲メ目的物ノ所有權ヲ移轉スルガ故ニ當事者相互間ニ使用許與ノ繼續的關係ヲ生ゼザルガ爲メニシテ使用契約ヲ將來ニ向ヒテ終了セシメテ返還時期ヲ到來セシムルコトヲ目的トスルノ點ニ至リテハ兩者全然同一ノ性質ヲ有ス。故ニ廣義ニ於テノ獨逸ニ於ケルガ如ク二者ヲ總稱シテ告知權(Kündigungrecht)ト云フ必ズシモ不當ニアラズト雖モ尙 *Enneccerus* 2 § 248, II; *Crome* 2 109—; *Dernburg*

律上何等ノ制限ナキガ故ニ如何ナル方法ニ依ルモ差支ナク¹⁰²⁾又貸主ガ催告ヲ爲スニ付キテ定メタル期間ガ相當ナラザルモ催告ハ當然ニ無効トナルモノニアラズ期限ガ當然相當ノ點マデ延長セラルルモノトス¹⁰³⁾。

尙本條第二項ハ消費貸借ガ利息附ナルト否トヲ問はずシテ直ニ返還ヲ爲シ得ベキコトヲ認メタルガ故ニ本條第一項ニ於テ借主ニ相當期間ノ猶豫ヲ與ヘタルニ比スレバ貸主ニトリテ頗ル不公平ナルガ如キモ立法者ハ現今ノ如ク取引盛ニ行ハレ且銀行制度發達セル時代ニ於テハ突然ノ返還アルモ貸主ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシムルガ如キコトナカルベシトノ考ヲ以テ本規定ヲ設ケタルモノトス¹⁰⁴⁾。

返還ノ場所

ハ) 返還ノ場所。

當事者別段ノ定メヲ爲サザル限リ債權者ノ現時ノ住所ニ於テ返還スルヲ要ス(四八四)。

BR. 2 § 55 ノ主張スルガ如ク二者ノ間ニ區別ヲ設ケルヲ至當トス。石坂氏研究 三 364 ハ此種ノ區別ヲ無用ナリト説ケリ。

102) 故ニ例ハ督促手續(民訴 §§ 382—)ニ依リテ催告スルモ亦可ナリ(大審四一・二・七民錄 一四 66)。而シテ此場合ニ於テハ支拂命令ニ掲ケタル十四日ノ期間終了ニ依リテ返還時期到來ス(長控四五・一・一八評論 一 民 5、東控四〇・一〇・一五判例彙報 一 165)。反對梅氏志林 一〇 五 1—。

103) 245 頁以下參照。反對横田氏各論 460。

104) 學者或ハ § 591 II ハ返還ノ時期ノ定メアル場合ニモ適用アリト爲ス者アリ(村上氏各論 546)ト雖モ此場合ニハ § 136 II ノ適用アリ且 § 591 II ハ § 591 I 受ケタル規定ナリト解スルニヨリ獨リ返還時期ノ定メナキ場合ニモ適用アリト解スルヲ正當トス。

二) 利息支拂義務

(二)利息支拂義務

利息附消費貸借ニアリテハ借主ハ利息ヲ支拂フコトヲ要ス。而シテ其利率、支拂時期等ハ利息制限法其他強行法ニ違反セザル限リ當事者任意ニ之ヲ定ムルコトヲ得。然レドモ借主ノ交付ヲ受ケタル物ニ隠レタル瑕疵アルニ拘ラズ借主代物請求權ヲ行ハザリシ場合ニアリテハ約定ノ利息モ亦瑕疵ノ程度ニ應ジテ減額セラルルモノト解セザルベカラズ。蓋シ約定ノ利息ハ瑕疵ナキ物ノ使用許與ニ對シテ約束セラレタルモノナレバナリ。

第二款 使用貸借*

第一 性質

使用貸借ノ性質 第五九三條

使用貸借¹⁾トハ當事者ノ一方(借主)ガ相手方(貸主)ヨリ受取リタル物ヲ無償ニテ使用收益シタル後返還スルコトヲ約スルニ因リテ成立スル契約ヲ云フ(五九三)。故ニ

一 借主ガ貸主ヨリ目的物ヲ受取ルニ因リテ成立スル契約ナリ。

要物契約ナリ

イ) 使用貸借モ亦消費貸借及ビ寄託ト同ジク要

* 石坂氏「要物契約否定論」研究四 43—(宮崎教授論文集61—)
1) commodatum・Leihe; Gebrauchsleihe; prêt à usage ou comodat; loan of goods

物契約ノ一種ニシテコノコト民法第五九三條ノ文字ニ依リテ明カナリ²⁾。勿論未ダ物ノ引渡ナキ以前ニ於テモ貸主タルベキ當事者ハ物ヲ引渡スノ義務ヲ負擔スルコト之ナキニアラズト雖モ是レ使用貸借ノ債務的豫約³⁾ノ效果ニシテ使用貸借其モノノ效果ニアラズ。尙當事者ハ民法ニ定メタル使用貸借ノ外任意ノ定メヲ以テ諾成的使用貸借⁴⁾ヲ締結シ得ベキコト消費貸借ノ場合ニ同ジ⁵⁾。而シテ此種ノ契約ニアリテハ貸主ハ目的物ヲ借主ニ引渡シ且借主ヲシテ之ヲ使用セシムベキ債務ヲ負擔シ、借主ハ一定ノ期間使用ヲ爲シタル後其物ヲ貸主ニ返還スベキ債務ヲ負擔スル契約ナルガ故ニ明カニ之ヲ通常ノ使用貸借又ハ使用借貸ノ債務的豫約ト區別スルコトヲ要ス。

使用貸借
豫約
諾成的使用
貸借

使用貸借
ノ目的物

□) 引渡スベキ物ニ付テハ法律上何等ノ制限ナシト雖モ契約ニ依リテ定マレル種類ノ使用方法ニ依リテ滅失シ又ハ著シク價值ヲ減損スルガ如キモノハ使用貸借ノ目的物トナリ得ザルモノト云ハザルベカラズ。蓋シ使用貸借ハ約定ノ使用收益ヲ爲シタル上原物ヲ返還スルコトヲ目的トスル契約ナレバナリ。

2) 使用貸借ヲ以テ要物契約ナリトスルハ羅馬法以來各國民法ノ均シク認ムル所ナルモ其立法論上不當ナルハ既ニ之ヲ述ヘタリ(31頁)。反之瑞責 Art 305 ハ使用貸借モ亦之ヲ諾成契約トナセリ。
3) pactum de commodando; Leihvorvertrag
4) Konsensuale Leihverträge
5) 同説石坂氏彙編 72。

從ヒテ消費物ト雖モ單ニ消費以外ノ目的例ヘバ陳列等ノ目的ヲ以テ使用スルガ爲メ使用貸借ノ目的物トスルハ素ヨリ何等ノ妨ゲナシ^{5a)}。然レドモ使用貸借ハ物權契約ニアラザルガ故ニ其目的タル物ハ必ズシモ物權法上獨立ノ一個體トシテ取扱ハルル嚴格ナル意義ノ物ニ限ルコトナク、物ノ一部例ヘバ建物中ノ一室、一筆ノ土地ノ一部等ニテモ亦可ナリ⁶⁾。尙權利モ亦之ヲ使用貸借類似ノ契約ノ物體トナシ得ベシト雖モ斯ル契約ハ使用貸借ニアラズシテ單ニ之ニ關スル規定ノ準用ヲ受クベキ特殊ノ契約ナリ^{6a)}。蓋シ法律ハ使用貸借ノ目的ヲ物ニ限レルヲ以テナリ。

ハ) 物ノ引渡ハ單ニ借主ヲシテ占有權ヲ取得セシムルモノタルニ過ギズシテ同時ニ所有權ヲモ移轉スベキモノニアラズ⁷⁾。故ニ借主破産ニ陥ルモ貸主ハ自己ノ所有權ヲ理由トシテ取戻權ヲ主張シ得ベク(舊商一〇一五)、又借主ノ債權者之ヲ差押ヘタル場合ニ於テモ貸主ハ之ニ對シテ異議ノ訴ヲ爲シ得レモノトス(民訴五四九)。從ヒテ又所有權ヲモ同時ニ移

目的物ノ
交付ハ所
有權移轉
ヲ伴ハズ

5a) 村上氏各論 550 ハ消費物ハ絕對的ニ使用貸借ノ目的トナラズト説ケルモ誤レリ。
6) 詳細ハ質貸借ニ付キテ述アル所參照。尙所謂場所ノ使用貸借 (commodatum loci) ハ此場合ニ相當ス。
6a) 同説横田氏各論 465。
7) 是レ消費貸借ト區別セラルベキ要點ナリ。尙佛民 Art. 1877 ハ此旨ヲ明言セリ。同説横田氏各論 465、清瀬氏各論前 148、名控新聞一入。

轉シ而シテ契約上ノ使用收益ヲ爲シタル上改メテ之ヲ舊主ニ讓渡返還スベキコトヲ約スルガ如キハ使用貸借ニアラズシテ一種ノ信託的所有權移轉ナリ。故ニ又使用貸借ノ目的物ハ必ズシモ貸主ノ所有物タルコトヲ必要トセザルノミナラズ、借主自身ノ所有物ト雖モ借主ニ於テ特ニ借受クベキ利益ヲ有スル場合ニハ尙有效ニ使用貸借ノ目的物タルヲ得ベシ。蓋シ賣買ノ如キ權利移轉ヲ目的トスル契約ニアリテハ買主自身ノ權利ヲ買主ニ移轉スルコト不能ナルガ故ニ買主ノ所有物ヲ目的トスル契約ハ凡テ無効ナレドモ、物ノ使用ヲ目的トスル契約ハ單ニ物ノ使用許與ヲ目的トスルモノナレバ縱令借主自身ノ所有物ト雖モ現在貸主ガ其物ニ付キテ地上權、永小作權、留置權⁸⁾、賃借權等其他占有ヲ爲スノ權利ヲ有スルトキハ其權利ノ範圍内ニ於テ所有者自ラ反對ニ使用許與ヲ受クルコト毫モ不可能ニアラザレバナリ⁹⁾。從ヒテ使用貸借ノ繼續中借主ガ目的物ノ所有權ヲ取得スルモ之ガ爲メ必ズシモ直ニ使用貸借ノ消滅ヲ來スモノニアラズ。

8) § 298 II ハ賃貸ニ付キテノミ規定ヲ設ケレドモ使用貸借ニ付テモ同様ニ論ジ得ベキコト勿論也。

9) 同說岡松氏内外論叢四六 161。尙澤道氏京法一〇—〇 91—ガ賃貸借ニ付キテ述ベタル所參照。獨氏ノ通說同說 (Oertmann 2 641; Enneccerus 2 § 360, I)。

二 借主ガ貸主ヨリ受取リタル物ヲ無償ニテ使用收益シタル後返還スルコトヲ約スル契約ナリ。

イ) 使用貸借ハ無償契約ナリ。是レ後ニ述ブル賃貸借ト區別セラルベキ要點ナリ。但シ負擔ヲ附スルコト妨グザルコト贈與ニ於ケルト同様ナリ^{9a)}。

ロ) 貸主ハ借主ガ其受取リタル物ノ使用收益ヲ爲スコトヲ妨グザルベキ義務ヲ負擔シ、從ヒテ又借主ハ貸主ニ對シテ其受取リタル物ノ使用收益ヲ妨グザルベキコトヲ請求スル權利ヲ有スルニ至ルモノトス。茲ニ「使用」トハ物ヲ毀損又ハ滅失セシメズシテ¹⁰⁾利用スルヲ謂ヒ、「收益」トハ其物ヨリ生ズル果實其他ノ收益ヲ取得スルヲ謂フ。兩者共ニ使用貸借當然ノ内容ヲ成スモノニシテ獨(五九八)瑞(三〇六)等ノ法律ニ於ケルガ如ク特約アルニアラザレバ收益ヲ爲シ得ザルモノトハ大ニ趣ヲ異ニセリ。而シテ使用收益ノ範圍ハ當事者任意ニ之ヲ定メ得ルモノニシテ或ハ使用ノミヲ許シテ收益ヲ許サザルコトト爲スモ亦差支ナシ。又若シ當事者何等特別ノ定メヲ爲テザルトキハ契約ノ主旨、目的物ノ性質並ニ其他ノ事情及ビ一般取引上ノ觀念、信義ノ要求等ヲ標準トシテ之ヲ定ムベキモノトス。

9a) 同說志田氏各論議義案 84。清瀨氏各論前 14。

10) 約定ノ使用ニ因リテ生ズル自然ノ毀損ハ素ヨリ差支ナシ。

無償ニテ
使用收益
ヲ爲シタル
上返還
スルコト
ヲ約スル
契約ナリ

ハ) 借主ハ物ノ使用收益ヲ爲シタル後之ヲ貸主ニ返還スルノ義務ヲ負擔ス

片務契約ナリ

三 斯クノ如ク借主ハ使用收益ヲ終ヘタル後ニ於テ其受取リタル物ヲ貸主ニ返還スル義務ヲ負ヒ、而シテ又貸主ハ借主ヲシテ其受取リタル物ヲ使用收益セシムルノ義務ヲ負ヘリト雖モ、此兩者ノ義務ハ互ニ對價的關係ニ立ツモノニアラザルガ故ニ、使用貸借ハ之ヲ解シテ不純正片務契約ノ一種ナリトスルヲ正當トス。

異説

然レドモ此點ニ付キテハ從來二種ノ反對説アリ。

イ) 貸主借主共ニ債務ヲ負擔スルガ故ニ雙務契約ナリトスル説 然レドモ此説ハ苟モ當事者雙方ガ債務ヲ負擔スル以上其債務ガ互ニ對價的關係ヲ有スルヤ否ヤヲ問ハズシテ雙務契約ナリトスルモノニシテ其非ナルコト既ニ之ヲ上述セリ 11)

ロ) 借主ハ使用收益權ヲ有スレドモ貸主ハ借主ニ對シテ何等ノ義務ヲ負擔スルモノニアラズ唯契約成立後ノ特殊ノ原因ニ依リテ費用償還ノ如キ債務(五九五)ヲ負擔スルコトアリ得ルニ過ギザルガ故ニ不純正片務契約ノ一種 11a) ナリトスル説 11b) 勿論貸

11) 24頁參照。同説横田氏各論 463。反對説 梅氏要義 三 2 593 註、村上氏各論 553。

11a) 24頁中二ノロノ1ノ契約。

11b) 佛民ノ解釋上 Colin et Capitant 2 662; Planiol 2 no.2057。

主ハ貸借人ノ如ク貸借人ヲシテ約定ノ使用收益ヲ爲サシムル爲メ積極的ニ協力スルノ義務ヲ負擔スルモノニアラズト雖モ借主ガ目的物ノ使用收益ヲ爲シ得ルハ貸主ガ之ヲ妨ゲザルベキ消極的債務ヲ負擔スルコトヲ根據トスルモノナルガ故ニ本説ノ説クガ如ク貸主ニ何等ノ義務ナシトスルハ正當ニアラズ。貸主ハ常ニ此消極的債務ヲ負擔スレドモ其債務ト借主ノ返還義務トハ互ニ對價的關係ナキガ故ニ雙務契約ニアラズシテ不純正片務契約ノ一種 11c) ナリ。

四 尙終リニ注意ヲ要スルハ使用貸借ト單純ナル好意的使用許可トヲ混同セザルコト是レ也。後者ハ例ヘバ來客ニ居室ノ使用ヲ許與シ、一般人ニ庭園ノ縱覽ヲ許シ又ハ劇場ノ隣席者ニ「オペラグラス」ヲ貸與スルガ如ク其外形使用貸借ニ類似セルモノアリト雖モ、之ヲ法律的ニ觀察スレバ使用貸借ニ於ケルガ如ク當事者特ニ權利義務ヲ發生セシムルノ效果意思ヲ有セズ單ニ社交的ノ意味ニ於テ使用ヲ許與スルニ過ギザルガ故ニ全然別個ノ性質ヲ有スルモノナリ。然レドモ此種ノ好意的許可ト雖モ全然何等ノ法律的效果ヲモ生ゼザルモノニアラズシテ本來違法ナルベキ他人ノ無權的使用行爲ヲシテ適法行爲タラシムルノ

好意的使用許可

11c) 24頁中二ノロノ2ノ契約。

効力ヲ有スルモノナリ¹²⁾。而シテ個々ノ場合ニ付キテ其果シテ何レナルカヲ決スルニハ當事者ガ如上ノ效果意思ヲ有シタルヤ否ヤヲ解釋シテ之ヲ決スベク、疑ハシキ場合ニハ寧ロ其意思ナキモノト推測スルヲ穩當トス¹³⁾。

使用貸借ノ効力

第二 効力

使用貸借ハ片務契約ナレドモ不純正片務契約ノ一種ニ屬スルガ故ニ當事者ノ雙方ヲシテ種々ナル權利義務ヲ取得セシムルニ至ルモノトス。

貸主ノ義務
使用收益許與義務

一 貸主ノ義務

1) 使用收益ヲ許與スル義務

貸主ハ借主ニ對シ物ノ使用收益ヲ許與シ直接ニ事實的行爲ニ依リテ又ハ第三者ノ爲メニスル法律的分ニ依リテ之ヲ妨ゲザルノ消極的義務ヲ負擔ス。故ニ貸主此義務ニ違背セルトキハ債務不履行ノ責ニ任ゼザルベカラズ¹⁴⁾。然レドモ此義務ハ單純ナル債務

12) 獨民ノ解釋上同說 *Oertmann 2 Vorbem. zu §§ 598ff. 1a* 此問題ハ不法行爲ノ成立要件タル違法性ノ問題ト關聯ス、不法行爲ノ部參照。

13) 尙ホ效果意思アル限リハ同時ニ何時ニテモ其行爲ヲ撤回シ得ベキ權利留保セラレタル場合ト雖モ尙使用貸借タルヲ失ハズ。獨普通法ニテハ特ニ此種ノ場合ヲ稱シテ *Prekarium* (羅馬法ノ *precarium* ニ出テタルモノニシテ之ニ關シテハ春木氏京法六九 143—參照)ト云ヘルモ現行獨民ハ特ニ此種ノ區別ヲ認ムルコトナシ。

14) 此點ニ關シ獨民 § 599 ハ貸主ハ故意及ビ重過失ニ付キテノ責ニ任ズベキ旨ヲ規定スレドモ民法ニハ此種ノ特別ナキガ故ニ一般ノ場合ト同様輕過失ニ付テモ責任アリ、獨民ハ贈與ニ付キテモ此種ノ制限ヲ設ケタリ (315頁註 48參照)。

タルニ過ギザルガ故ニ之ニ對スル借主ノ權利ハ排他性ヲ有セズ。從ヒテ貸主ガ目的物ノ所有權ヲ第三者ニ讓渡シ又ハ第三者ノ爲メニ制限物權ヲ設定シタルガ如キ場合ニ於テモ讓渡若クハ設定行爲ハ完全ニ効力ヲ生ジ從ヒテ第三者ハ自己ノ得タル權利ヲ以テ借主ニ對抗シ使用貸借繼續中ト雖モ尙目的物ノ返還ヲ請求シ得ベシ。而シテ此場合ニハ貸主自身ニ付キテ債務不履行ノ責任ヲ生ズルモノトス。

斯クノ如ク貸主ハ使用許與ノ消極的義務即チ單ニ借主ガ其受取リタル物ヲ其ママ使用收益スルコトヲ認許スベキ債務ヲ負擔セリト雖モ、貸借ノ場合ノ如ク積極的ニ約定ノ使用收益ヲ爲スコトニ協力スルノ義務ヲ負擔スルモノニアラズ。故ニ例ヘバ物ガ第三者ニ依リテ侵奪セラレ其他妨害ヲ加ヘラルルモ借主自ラ占有訴權ニ依リテ其返還乃至除去ヲ請求シ得ルノミ貸主ハ毫モ之ニ協力スベキ義務ヲ負擔スルコトナシ。又物ガ破損シテ借主ノ使用收益ニ適セザルニ至レルガ如キ場合ニ於テモ貸主ハ之ヲ修繕スルノ義務ヲ有セズ。此點特ニ明文存在セズト雖モ以下ニ述ブルガ如ク現ニ法律ガ貸主ヲシテ擔保責任ヲ負擔セシメザルノ點ヨリ考フレバ契約成立以後ニ於テ物ノ瑕疵ヲ生ジタルガ如キ場合ニ於テモ之ヲ修補スベ

貸借人ノ許與義務トノ差異

キ積極的義務ナキモノト解スルヲ正當トスルノミナラズ、第五九三條ガ單ニ「當事者ノ一方ガ無償ニテ使用收益ヲ爲シタル後返還ヲ爲スコトヲ約シ」云々ト云ヘルノミニテ貸借ニ關スル第六〇一條ノ如ク特ニ「當事者ノ一方ガ相手方ニ其物ノ使用及ビ收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ」ト云ハザルニ依リテモ右ノ主旨ヲ推測スルヲ得¹⁵⁾¹⁶⁾。但シ當事者反對ノ定メヲ爲スヲ妨ゲザルヤ勿論ナリ。

擔保義務

□) 擔保義務

第五九六條

使用貸借ハ贈與ト同様無償ノ恩惠的契約ナレバ貸主ハ貸借ノ目的物ノ瑕疵又ハ欠缺ニ付キ其責ニ任ゼザルヲ原則トスルモノナリト雖モ、(一)貸主自ラ瑕疵ヲ知レルニ拘ラズ之ヲ告ゲザリシトキハ借主ハ其無瑕疵無欠缺ニ信賴シタルノ結果蒙リタル損害ノ賠償ヲ請求シ得ルノミナラズ、(二)當該ノ使用貸借ガ負擔附ノモノナルトキハ貸主ハ其負擔ノ限度ニ於テ

15) 同説横田氏各論 467。獨民ハ貸借ニ付テハ貸借人ニ「使用ヲ爲サシムル」(Gebrauchsgewährung)ノ義務アリトシ(§535)使用貸借ニ付テハ貸主ニ「使用ヲ認許スル」(Gebrauchsgestattung)ノ義務アリ(§598)ト明定セルガ故ニ通説ハ兩者ノ間ニ本文ニ掲ゲタルガ如キ差異アルコトヲ説ケリ (Enneccerus 2 §361, I, 1; Oertmann, 2 642; Ende-mann, 183, 1a, 2; Planck § 598 Nr.7)(反之獨リ Dernburg, BR. § 231, IIハ此差異ヲ否定セリ)。

16) 從ヒテ例ヘバ目的物ノ破損ガ貸主ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ生ジタル場合ニ於テモ單ニ上述シタル所ニ從ヒテ債務不履行ノ責任ヲ生ズルノミニテ破損ヲ修理シテ完全ナル使用收益ヲ爲サシムルノ義務ナシ

賣主ト同ジク擔保ノ責ニ任ゼザルベカラズ(五九六、五五一)。(三)尙又當事者特約ヲ以テ別段ノ擔保責任ヲ設定スルコトヲ妨ゲズ。此等ノ諸點ニ關スル詳細ハ贈與ニ關スル第五五一條ニ付キテ説明シタル所ヲ參照スベシ¹⁷⁾。

二 借主ノ權利義務

イ) 使用收益ヲ認許シ之ヲ妨ゲザルベキコトヲ請求スル權利

借主ノ權利義務
使用收益認許ノ本權

貸主ハ借主ニ對シ其受取リタル物ノ使用收益ヲ爲スコトヲ許與シ之ガ妨害ヲ爲サザルベキ消極的義務ヲ負擔セルコト上述ノ如クナルガ故ニ借主ハ又之ニ對シ其義務ノ履行ヲ請求スルノ權利ヲ有ス。此權利ハ一種ノ不作為請求權ニシテ貸主ノ違反行爲アルトキハ借主ハ此權利ニ依リ債務不履行ヲ理由トシテ損害賠償ヲ請求シ得ルノミナラズ妨害繼續セルトキハ其除去ヲ請求スルコトヲ得。

加之此權利存在スルノ結果借主ハ更ニ又之ニ基キテ次ノ如キ二種ノ權利ヲ有ス。

1) 使用收益權

借主ハ貸主ニ對シ物ノ使用收益ヲ許與シ之ヲ妨ゲザルベキコトヲ請求スル權利ヲ有スルガ故ニ、從ヒ

使用收益權

17) 915 頁以下參照。

テ又右ノ使用收益ヲ爲スコトヲ正當トセラルル法律上ノ地位ニアリ。此地位ハ債權ニアラズ、蓋シ貸主ニ對シ使用收益ヲ認容スベキコトヲ請求スルコトヲ内容トスルモノニアラザレバ也。然レドモ又物權其他ノ支配權ニモアラズ、蓋シ物權其他ノ支配權ハスベテ物權的排他性ヲ有スルガ故ニ其設定移轉ハスベテ何等カノ公示方法ヲ盡スニアラザレバ之ヲ以テ一般第三者ニ對抗スルコトヲ得シムベキニアラズ而カモ民法ハ使用借權ニ付キテ何等此種ノ規定ヲ設クルコトナケレバ也（一七六、一七七、不動産登記法一參照）。故ニ使用借權ハ本來貸貸人ニ屬スル物權的使用收益權ヲ自己ノ利益ノ爲メニ代リ行フコトヲ正當トスル一種ノ形成權ナリト解スルヲ正當トス。

斯クノ加ク借主ハ使用收益權ヲ有スレドモ其義務ヲ有セズ。但シ場合ニヨリ當事者間ノ特約ニ因リテ此種ノ義務存在スルコトアリト雖モ、斯クノ如キハ負擔附使用貸借又ハ貸貸借ト雇傭トノ對行的結合タル雙務的混合契約¹⁸⁾ニ過ギズ¹⁹⁾。

借主ノ使用收益權ノ範圍左ノ如シ。

18) 290 頁參照。

19) 其何レナルカハ借主ノ義務が上述シタル所(328 頁以下)ニ從ヒテ負擔 (Anlage) タル性質ヲ有スルヤ又ハ對價タル性質ヲ有スルヤニ依リテ之ヲ決スベシ。

a) 「借主ハ契約又ハ目的物ノ性質²⁰⁾ニ因リテ定マリタル用方ニ從ヒ其物ノ使用及收益ヲ爲スコトヲ要ス」(五九四¹⁾)ルモノニシテ若シ契約又ハ目的物ノ性質ニ因リテ用方定マラザルトキハ契約ノ全旨趣四圍ノ事情、取引上ノ觀念、誠實ノ要求等ヲ標準トシテ如何ナル程度ノ使用收益ヲ爲シ得ベキカヲ定ムベキモノトス。

而シテ借主若シ以上ニ依リテ定マレル範圍以外ノ使用收益ヲ爲セルトキハ貸主ハ之ニ對シテ(一)其停止ヲ請求シ得ルハ勿論(二)之ヲ理由トシテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ベク(五九四^{III)})²¹⁾(三)尙又不當利得返還ノ請求ヲ爲シ得ルノ外²²⁾(四)其行爲ニ因リテ貸主ニ損害ヲ蒙ラシメタルトキハ借主ニ故意又ハ過失アル限リ²³⁾不法行爲ヲ理由トシテ²⁴⁾損害賠償ヲ請

20) 故ニ例ヘバ畑地ノ借主ハ之ヲ田地ト爲スヲ得ズ又乘馬ノ借主ハ之ヲ耕作ニ使用スルヲ得ズ。

21) 違反行爲アルトキハ直ニ解除(告知ノ意義ナルコト後ニ述アル所ノ如シ)スルコトヲ得。先ヅ停止ヲ請求シタル上其履行ナキ場合ニ於テ初メテ解除シ得ルニアラズ(同說梅氏要義三 § 594 註)。尙本條ノ解除ハ債務不履行ヲ理由トスルモノニアラズ蓋シ借主ハ權利ノ範圍ヲ超エタルノミニテ義務ヲ履行セザルモノニアラザレバナリ(同說梅氏前掲、反對村上氏各論561)註24參照。

22) 借主ハ約定ノ使用收益ヲ爲スニ付キテノミ法律上ノ原因ヲ有スルガ故ニ其範圍ヲ逸脱シテ爲セル利得ハ法律上ノ原因ヲ欠クモノト云ハザルベカラズ(§ 703, 704)。

23) Staudinger-Köber § 603, I 30 ハ獨民 § 603 ノ解釋トシテ苟モ違反行爲アル以上故意過失 (Verschulden) ノ有無如何ニ關係トク賠償義務ヲ生ズト説ケルモ約定ノ範圍ヲ逸脱スルコトハ單ニ貸主ノ行爲ヲ違法タラシムルノ結果ヲ生ズルニ過ギズ民法ハ不法行爲成立ノ要件トシテ獨リ行爲ノ違法ナルコトノミナラズ原則トシテ故意過失ヲ

求シ得ベシ。但シ此損害賠償ハ貸主ガ返還ヲ受ケタル時ヨリ一年内ニ之ヲ請求スルコトヲ要ス(六〇〇)。²⁶⁾蓋シ此種ノ債權ハ目的物ノ返還後永年月ヲ經ルトキハ其存否並ニ數額不明トナリテ困難ナル訴訟ヲ惹起スル虞アレバナリ。

第三者ヲシテ使用收益セシムルコトノ禁止

第五九四條第二項

b)「借主ハ貸主ノ承諾アルニアラザレバ第三者ヲシテ借用物ノ使用又ハ收益ヲ爲サシムルコトヲ得ズ」(五九四^{II})。蓋シ使用貸借ニアリテハ何人ガ使用者ナルカハ貸主ニ對シテ重大ナル關係アル事項ナルノミナラズ、使用貸借ノ如キ無償契約ハ贈與ト同ジク個人的關係ニ重キヲ置クヲ以テナリ。而シテ茲ニ「第三者ヲシテ借用物ノ使用收益ヲ爲サシムル」トハ事實上第三者ヲシテ使用收益ヲ爲サシムルコト

モ要求セルガ故ニ此論ニ賛スルヲ得ズ(獨民ノ解釋上同説 *Oertmann* 2 § 603, 1b)。但シ荷モ約定範圍ノ逸脱ニ付キテ故意過失アル以上敢テ個々ノ加害行為ニ付キテ故意過失アルヲ要セズ。

24) 蓋シ他人ノ物ノ使用收益ヲ爲スハ權利侵害ニシテ違法ナルヲ原則トス。而シテ借主ガ約定ノ範圍ヲ守レル限リハ其使用收益ノ權利行為ニシテ違法性ヲ缺クト雖モ一度其範圍ヲ逸脱スルトキハ本來ノ原則ニ立戻リテ違法トナリ從ヒテ不法行為ヲ成立セシムルニ至ルモノトス。§ 594 ハ單ニ使用收益ノ範圍ヲ規定セルモノナルニ過ギズシテ特ニ其範圍ヲ越ヘザルベキ旨ノ債務アルコトヲ規定スルモノニアラザレバ故ニ本文ノ賠償義務ノ解シテ債務不履行上ノ責任ナリト解スルノ餘地ナシ(反對村上氏各論 560)。

25) 本條ノ期間ノ除斥期間ニシテ時効期間ニアラザレコト § 594ノ期間ニ同ジ(同條ニ關スル說明參照)。尙本條ハ「借主ガ返還ヲ受ケタル時ヨリ」云キト云ヘルガ故ニ約定範圍ヲ逸脱セル使用收益ヲ爲メ借用物が遺失シテ「返還」不能トナル場合ニハ本條ヲ適用スル餘地ナシ。從ヒテ此場合ニハ不法行為ノ通則ニ依リテ § 241 ヲ適用スルノ外ナシ。

ヲ云フモノニシテ其契約ニ基クテ事實上許與スルニ過ギザレトヲ問ハズ、其他獨占的ニ許與スルト自己ト共同的ニ許與スルトヲ問ハズ²⁶⁾又其有償ナルト無償ナルトヲ問ハザルモノトス。

借主右ノ制限ヲ逸脱スルトキハ先ニ述ベタル約定ノ用方以外ノ使用收益ヲ爲シタル場合ト同様貸主ハ(一)停止請求及ビ(二)解除(五九四^{III})ノ權利ヲ有スルノ外(三)借主ガ其許與ニ因リテ利益ヲ得タルトキハ不當利得返還ノ請求ヲ爲シ得ベク又(四)第三者ノ行為ニ因リテ損害ヲ生ジタルトキハ其第三者ニ對スル許與ガ故意過失ニ基クモノナル限リ不法行為ヲ理由トシテ損害賠償ノ請求ヲ爲シ得ベシ²⁷⁾。蓋シ第三者ニ使用收益ヲ許與スルコトハ夫レ自身違法ノ權利侵害ナレバ苟モ其許與ト因果關係ヲ有スル限リスペテノ損害ニ付キテ責任ズベキコト當然ナレバ也。而シテ此賠償請求ハ貸主ガ借用物ノ返還ヲ受ケタル時ヨリ一年内ニ限リテ之ヲ爲スコトヲ得(六〇〇)。

以上ト異ナリテ貸主ノ承諾アルトキハ借主ノ第三者ニ對スル許與ハ適法ナリ。從ヒテ借主ノ責任問題

26) 但シ自己ノ用ニ供スルガ爲メ他人ヲ補助者トシテ使用スルヲ妨グズ。同説法曹會決議法費一六八 3(印刷機ノ借主ガ他人ヲ使用シテ印刷ヲ爲サシムルハ正當也)、村上氏各論 564。

27) 第三者亦故意過失アルトキハ共同不法行為トナリ從ヒテ借主第三者ハ各自連帶シテ賠償ヲ爲スコトヲ要ス(§ 719)。而シテ此場合ニ於テハ第三者ノ賠償義務亦 § 600 ノ適用ヲ受ケルモノトス。

ヲ生ゼズ。而シテ第三者ガ借用物ニ損害ヲ加フルニ付キテ過失アリタルトキハ獨リ第三者ノ責任ノミヲ生ズベシ²⁸⁾。

借用物引渡請求權

2) 借用物引渡請求權

使用貸借ハ要物契約ナルガ故ニ物ノ引渡アリテ初メテ契約成立スベク從ヒテ原則トシテ貸借ノ場合ノ如キ目的物引渡請求ノ問題ヲ生ゼズト雖モ、契約ノ中途ニ於テ貸主目的物ヲ奪戻シタルカ又ハ事變ニ因リテ物が貸主ノ占有ニ戻リタルガ如キ場合ニ於テハ借主ハ上記ノ使用收益ヲ妨ゲザルベキコトヲ請求スル權利ニ基キテ其引渡ヲ請求シ得ベシ。

借用物保管義務

□) 借用物保管義務

借主ハ借用物ノ使用收益ヲ爲シタル後ニ於テ之ヲ貸主ニ引渡スベキ債務ヲ負擔セルモノナレバ其引渡ヲ爲スマデ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保存スルコトヲ要ス(四〇〇)。故ニ此義務ヲ怠リタルガ爲メ借用物ヲ滅失又ハ毀損セシメタルトキハ契約ノ本旨ニ從ヒタル使用收益ノ範圍ヲ守リタル場合ト雖モ債務不履行トシテ損害賠償ヲ爲サザルベカラズ。

28) 獨民ノ解釋トシテ同說 *Enneccerus* 2 § 361, Anm. 3; *Oertmann* § 603, 2a; *Planck* § 603, 2。 *Windscheid-Kipp* 2 596 ハ貸借ニ關スル § 549^{II} ノ類推ニ依リテ借主ハ此場合ニモ責任アリト說ケルモ通説ハ之ヲ認メザルノミナラズ吾民法ニハ貸借ニ付テモ此種ノ規定ナキヲ故ニ疑問ノ餘地ナシ。

然レドモ契約ノ本旨ニ從ヒタル使用收益ニ伴ヒテ當然ニ生ズル損害ハ借主其責ニ任ズルノ限ニアラザルコト勿論ナリ²⁹⁾。

斯クノ如ク借主ハ保管義務ヲ負擔スレドモ、其保管ノ爲メニ要シタル費用ハ上述シタル第五八三條第二項ノ規定ノ準用ニ依リテ貸主之ヲ負擔スルヲ原則トシ、通常ノ必要費³⁰⁾ノミハ特ニ借主ニ於テ之ヲ負擔スルコトヲ要ス(五九五)³¹⁾。從ヒテ借主通常ノ必要費以外ノ費用即チ非常ノ必要費及ビ有益費ヲ支出シタルトキハ第五八三條第二項規定ノ範圍内ニ於テ貸主ニ對シテ之ガ償還ヲ請求シ得ルモノニシテ^{31a)}其履行ナキ間ハ借用物ノ留置ヲ爲スコトヲ得(二九五)³²⁾。但シ此請求ハ貸主ガ返還ヲ受ケタル時ヨリ一年

保管費用
第五九五條

29) 獨民 § 602, 佛民 art. 1884 ハ之ヲ明定シ英法亦判例ヲ以テ此點ヲ確定セリ (*Jenks, Digest of English Civil Law, Art. 439, d*)。

30) 借用物保管ノ爲メ必要費クベカラザル費用中通常ノモノヲ云フ。例ヘバ牛馬ノ飼料等ノ如シ。獨民 § 601, 瑞債 Art. 307 ハ牛馬ノ飼料ニ付キテハ特ニ明文ヲ設ケテ其通常ノ必要費ニ屬スルコトヲ明カニセリ。

31) 從ヒテ通常ノ必要費ノミハ借主ニ於テ之ヲ支出スルノ義務アリ。借主之ガ支出ヲ怠ルトキハ保管義務ヲ履行セザルモノトシテ損害賠償ノ義務アリ(獨民ノ解釋上同說 *Oertmann*: 2 § 601, 1a)。

31a) 借主ノ支出シタル費用中通常ノ費用ト認ムベキモノ(例ヘバ借用地ノ耕作ニ要スル費用ノ如シ)ハ間接ニ借用物保存ノ效果アルモ償還ヲ請求シ得ザルコト勿論ナリ。蓋シ此費用ハ使用收益費ナルガ故ニ借主ノ負擔スベキコト素ヨリ當然ナレバ也。然レドモ此費用ト上記セル通常ノ必要費トハ之ヲ混同セザルコトヲ要ス(佛民 Art. 1886ノ解釋上 *Colin et Capitant* 2 664, 橫田氏各論 474, 梅氏要義 三 § 595 註ハ之ヲ混同セルモノノ如シ)。

32) 同說獨民ノ解釋上同說 (*Oertmann* 2 § 604, 4)。反對佛民 Art. 1885。

内ニ之ヲ爲スコトヲ要ス(六〇〇)。

信用物返還義務

ハ) 借用物返還義務

使用貸借ハ借主ガ其受取リタル物ノ使用及ビ收益ヲ爲シタル後返還ヲ爲スコトヲ約スルニ依リテ成立スル契約ナルガ故ニ借主ハ契約成立ノ當初ヨリ返還義務ヲ負擔スルモノニシテ唯契約關係繼續中ハ其辨濟期到來セザルモノトス。

返還ノ目的物

1) 返還ノ目的物 借主ハ契約成立ノ際引渡サレタル物夫レ自身ヲ引渡サレタル時ノ状態ニ於テ返還スルコトヲ要シ、若シ其履行ガ不能ナルトキハ損害賠償ヲ爲スコトヲ要ス。但シ約定ノ使用收益ニ伴ヒテ生ズル當然ノ損害及ビ借主ノ過失ナクシテ生ジタル滅失毀損ニ對シテハ借主何等ノ責任ヲ負擔スベキ限ニ在ラズ。其物若シ果實其他ノ増加物ヲ生ジタルトキハ借主其收益權ニ依リテ收取シ得ルモノノ外ハスベテ之ヲ貸主ニ返還スルコトヲ要ス。

返還ノ場所

2) 返還ノ場所 返還ノ場所ハ當事者別段ノ定メヲ爲セルトキハ之ニ依リテ定マリ、然ラザルトキハ債權發生ノ當時(即チ契約成立ノ當時)其物ノ存在セシ場所ニ於テ返還スルヲ要ス。蓋シ債權ノ内容ガ特定物ノ引渡ニ存スルヲ以テ也(四八四前段)。

返還ノ時期

3) 返還ノ時期 返還ノ時期ハ同時ニ貸借關

係終了ノ時期即チ貸主ノ使用收益許與ノ義務並ニ借主ノ之ニ對スル請求權ノ終了スル時期ナリ。故ニ其時期到來スルトキハ返還請求權、保管義務(四〇〇)等ヲ除クノ外使用貸借上ノ權利義務ハスベテ消滅ニ歸スルモノトス。

返還ノ時期ハ契約ノ當初ヨリ定マレルコトヲ通例トスルモノニシテ(一)當事者間ニ特約アルトキハ之ニ依リテ定マリ(五九七¹⁾)、(二)又若シ何等ノ特約ナキトキハ契約ニ定メタル目的ニ從ヒ使用及ビ收益ヲ終ハリタル時ニ於テ返還ヲ爲スコトヲ要スルモノトス(五九七²⁾)。 (三)尙此ノ外契約關係終了ノ原因發生スルトキハ以上ノ時期前ト雖モ直ニ返還ノ時期到來スルモノニシテ其原因ノ何タルカハ後ニ之ヲ述ベベシ。

第五九七條

收去權 第五九八條

4) 收去權 借主ガ借用物ノ使用收益ヲ爲スニ當リ之ニ附屬セシメタル物ハ第二四二條ニ所謂「權原ニ因リテ」附屬セシメタル物ナルガ故ニ其附屬ノ程度如何ヲ問ハズ凡テ依然トシテ借主ノ所有ニ屬シ從テ借主ハ借用物ノ返還ヲ爲スニ當リ之ニ附屬セシメタル物ヲ收去シ得ベキコト素ヨリナリ。但シ收去ニ際シテハ借用物ヲシテ附屬以前ノ原狀ニ復セシムルコトヲ要ス(五九八)。蓋シ借主ハ交付ヲ受ケタ

ル當時ノ状態ニテ目的物ノ返還ヲ爲スコトヲ要スルヲ原則トスレバナリ。故ニ貸主ハ又附屬物ノ收去及ビ原狀回復ヲ請求スルノ權利ヲ有ス。

使用貸借ノ終了

第三 終了

使用貸借ハ繼續契約ノ一種ナルガ故ニ當事者相互間ニ一定ノ繼續的法律關係ヲ生ズ。學者ハ一般ニ此法律關係自身ヲ稱シテ使用貸借ト云ヒ其消滅ヲ稱シテ使用貸借ノ終了ト云ヘリ。

終了原因

使用貸借ノ終了原因次ノ如シ。

貸借期限ノ滿了

一 貸借期限ノ滿了 當事者ガ契約ヲ以テ借用物返還ノ時期ヲ定メタルトキハ同時ニ其時期ヲ以テ貸借關係終了スルモノト見ザルベカラズ(五九七¹)。又當事者返還ノ時期ヲ定メザルモ借主ガ契約ニ定メタル目的ニ從ヒ使用及ビ收益ヲ終ハリタル時ハ返還ノ時期之ニ依リテ到來スルト同時ニ貸借關係亦終了スルモノト見ザルベカラズ(五九七¹¹)。蓋シ法律ハ單ニ返還時期ノ到來ヲ明定スルニ止マレドモ一方ニ於テ返還ノ時期到來スルニ拘ラズ其他ノ貸借上ノ法律關係ノミ存續スルガ如キハ理論上到底不可能ナルヲ以テナリ。

尙右ノ期限ガ借主即チ債務者ノ利益ノ爲メニ存スル通例ノ場合(一三六¹參照)ニ於テハ借主自ラ其利

益ヲ拋棄スルコトヲ得ベシ、蓋シ之ガ爲メ相手方ノ利益ヲ害スルノ虞存在セザルヲ以テナリ(一三六¹¹)。而シテ拋棄アリタルトキハ返還期限ノ滿了ヲ來タスガ故ニ上述セル所ト同理ニ依リテ貸借關係ノ消滅ヲ來スモノトス。

二 告知 使用貸借ハ貸借ト同様繼續契約ナル告知ガ故ニ之ガ解除ハ遡及的效力ヲ有セザルモノト爲スヲ正當トス。然ルニ民法ハ貸借ニ關スル第六二〇條ノ規定ヲ其他ノ繼續契約タル雇傭(六三〇)、委任(六五二)等ニ準用セルニ拘ラズ使用貸借ニ之ヲ準用スベキ旨ノ規定ヲ設ケザルガ故ニ一見使用貸借ノ解除ハ遡及力ヲ有スルモノト解スベキガ如キモ、當事者別段ノ定ヲ爲セル場合ヲ除クノ外之ニ遡及力ヲ認ムルコトハ一方ニ於テ無用ナルト同時ニ他方ニ於テ又不當ナリ。蓋シ借主ハ無償ニ使^レ收益ヲ爲スノ權利ヲ有スルモノナレバ解除ニ依リテ遡及的ニ原狀回復ヲ得ルニ付キラ何等ノ利益ヲ有セズ、反之貸主ハ解除ニ依リテ原狀回復ヲ求ムルニ付キラ實益ヲ有スルコト勿論ナリト雖モ、此場合ニ適用アル法定解除原因ノ何レノ場合ニ付キラ之ヲ見ルモ斯クノ如キ原狀回復ヲ認ムルハ穩當ニアラズ。何トナレバ例ヘバ借主ガ契約ノ本旨ニ反スル使用又ハ收益ヲ爲シタル

場合(五九四^{III}參照)ニ於テ過去ニ遡リテ原狀回復ヲ爲サシメ一旦借主ガ無償的ニ取得セル使用利益ヲモ金錢ニ見積リテ返還セシムルコトトスルガ如キハ全然無償的繼續契約タル使用貸借ノ本旨ニ添ハザルヲ以テナリ。此ノコト歐洲諸國ノ立法例ニ於テモスベテ同様ニシテ特ニ我民法ニ限リテ異別ニ解スルハ沿革上ヨリ云フモ穩當ニアラズ³³⁾。故ニ余輩ハ使用貸借ノ解除モ亦當事者別段ノ定メヲ爲サザル限リハ適及力ヲ有セズ、從ヒテ實ハ告知ノ性質ヲ有スルニ過ギズト解スルヲ正當ナリト信ズ³⁴⁾。

告知原因 然ラバ使用貸借ハ如何ナル原因アルトキハ之ヲ告知シ得ベキカ。

イ) 一般解除原因中第五四一條及ビ第五四三條ニ規定セルモノ 第五四一條乃至第五四三條ノ諸規定中³⁵⁾(一)第五四一條ハ借主其保管義務ヲ怠レル場合ニ其適用ヲ見ルベク又(二)第五四三條ハ借用物が貸主ノ過失ニ因リテ毀損³⁶⁾セシメラレタルガ如キ場合ニ其適用ヲ見ルベシト雖モ借主ハ縱令返還時期ノ定メアル場合ト雖モ何時ニテモ任意ニ期限ノ利益ヲ拋棄シ得ルガ故ニ實際上解除ノ實益ナシ。尙第五

33) 獨民 § 695, 德債 Art. 309II.
 34) 236 頁以下、殊ニ註33參照。同說石坂氏民三 六 2361。
 35) 此等ノ規定ガ告知ニモ規定アルコトニ付キテハ237頁參照。
 36) 滅失ノ場合ニハ契約當然ニ終了ス。

四二條ハ其内容上當然ニ適用ナシ。

ロ) 借主ガ契約又ハ其目的物ノ性質ニ因リテ定マリタル用方ニ從ハズシテ其物ノ使用及ビ收益ヲ爲シタルトキハ貸主契約ノ告知ヲ爲スコトヲ得(五九四^{III})。

ハ) 借主ガ貸主ノ承諾ヲ得ズシテ第三者ヲシテ使用又ハ收益ヲ爲サシメタルトキハ貸主契約ノ告知ヲ爲スコトヲ得(五九四^{III})。

ニ) 契約上返還時期ノ定メナクシテ使用收益ノ目的ノミ定マレル場合ニ於テ未ダ事實上約定ノ使用收益ヲ終ラザルモ契約ニ定メタル目的ニ從ヒテ使用收益ヲ爲スニ足ルベキ期間³⁷⁾ヲ經過シタルトキハ貸主直チ³⁸⁾ニ告知スルコトヲ得(五九七^{III})。

ホ) 契約ニ於テ初メヨリ返還ノ時期及使用收益ノ目的ヲ定メザリシトキハ貸主ハ何時ニテモ告知ヲ

37) 「使用及ビ收益ヲ爲スニ足ルベキ期間」トハ借主ガ善長ナル管理者ノ注意ヲ以テ契約ニ定メタル目的ニ從ヒテ使用收益ヲ爲サバ之ヲ爲シ終ハルニ要スベキ時間ヲ云フ。故ニ借主ノ過失又ハ病氣其他一身上ノ故障ハ之ヲ顧慮スルヲ要セズ(獨民ノ解釋上同說 Oertmann 2 § 604, 1b; Staudinger-Kober § 604, II 2b)。然レドモ借主ノ一身ニ存スル事情ト雖モ契約ノ當初ヨリ存在シ貸主亦之ヲ知レルモノハ之ヲ計算ニ入レルヲ要ス。蓋シ斯ル事情ニ因ル使用收益終了ノ遲延ハ初メヨリ當事者ノ豫知スル所トレバナリ。梅氏要義三 § 597 註ハ「通常人」ヲ標準トスベシト説ケルガ故ニ右ノ如キ事情モ亦之ヲ顧慮セザルノ結果トナルベシ。然レドモ例ハ借物ノ使用貸借ニ於テ其「使用收益ヲ爲スニ足ルベキ期間」ハ借主ノ讀盡力ニ依リテ異ナルベシ故ニ通常人ヲ標準トスルハ不可ナリ。

38) 「直チニ」トハ何等ノ豫告ヲ要セズシテ告知スルヲ得其到達ト同時ニ直ニ效力ヲ生ズルヲ云フ。

第五九七條第二項但書

第五九七條第三項

爲シテ目的物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得(五九七^{III})。

此二場合ニ關シ法律ハ單ニ「返還ヲ請求スルコトヲ得」ル旨ヲ規定セルニ止マルモ、返還時期ノ定メナク又貸借關係ノ終了ナキニ拘ラズ濫ニ返還ノ請求ヲ爲シ得ベキ筈ナキガ故ニ右ノ返還請求ハ同時ニ告知ヲ包含セルモノナリト解スルヲ正當トスベシ。學者或ハ返還時期及ビ使用收益ノ目的定メラレザル場合ニハ初メヨリ辨濟期即チ返還時期到來セルモノナレバ貸主何時ニテモ返還ヲ請求シ得ルモノナリト説ケルモ^{38a)}、使用貸借ハ消費貸借ト同ジク物ノ使用ヲ目的トスル契約ナルガ故ニ目的物ノ貸與ト同時ニ其返還義務辨濟期ニアリト爲スハ理論上矛盾ナリ³⁹⁾、加之法律ガ第五九七條第二項本文ニ於ケルガ如ク「返還スルコトヲ要ス」ト云ハズシテ「返還ヲ請求スルコトヲ得」ト云ヘル點ヨリ考フルトキハ辨濟期既ニ到來セルモノト見ルハ穩當ニアラズ。

尙以上ノ諸原因ノ外獨逸民法ノ如キハ貸主ガ豫見セザリシ事情ノ爲メ物ヲ必要トスルニ至レルコト及ビ借主ノ死亡ヲ以テ告知原因ト認メタルモ⁴⁰⁾吾民法ハ此種ノ事由ヲ以テ告知原因ト爲スコトナク、而シ

38a) 横田氏各論 480。

39) 消費貸借ニ關スル § 591 ニ付キテ上述セル所 (531頁) 參照

40) 獨民 § 605

テ借主死亡セルトキハ契約之ニ因リテ當然ニ終了スルモノト爲セルコト以下ニ述ブルガ如シ。

三 借主ノ死亡 「使用貸借ハ借主ノ死亡ニ因リテ其效力ヲ失フ」(五九九)。蓋シ使用貸借ノ如キ無償行爲ハ贈與ト同ジク借主ノ特定人ナルコトニ重キヲ置クヲ常トスルモノナレバ也。但シ當事者別段ノ定メヲ爲シ得ベキコト勿論ナリ。尙貸主ノ死亡ハ民法之ヲ以テ契約終了ノ原因ト認ムルコトナシ⁴¹⁾。

借主ノ死亡
第五九九條

四 目的物ノ滅失 使用貸借ノ目的物滅失セルトキハ契約終了ス。蓋シ使用貸借上ノ法律關係ハスベテ目的物ノ存在ヲ前提トスルモノナレバナリ。尤モ滅失ガ借主ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ルトキハ債務不履行並ニ不法行爲ニ因ル賠償義務競合的ニ發生スベキコト勿論ナリ。

目的物ノ滅失

第三款 貸貸借¹⁾

第一項 貸貸借ノ性質

貸貸借ノ性質

貸貸借トハ當事者ノ一方(貸貸人)ガ相手方(貸借人)ニ或物ノ使用及收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方ガ之ニ其借賃ヲ拂フコトヲ約スル契約ヲ謂フ(六〇一)。故ニ

41) 同說横田氏各論 482。

1) locatio-conductio rei; Miete u. Pacht; louage des choses; hire

使用收益
ヲ爲サシ
ムルコト
ヲ約スル
契約ナリ

諾成契約
ナリ

貸貸借ノ
目的物

一 貸貸借ハ貸貸人ガ貸借人ヲシテ或物ノ使用及收
益ヲ爲サシムルコトヲ約スル契約ナリ。

イ) 從テ單純ナル諾成契約ニシテ消費貸借及ビ
使用貸借ノ如ク要物契約ニアラズ。

ロ) 使用收益ノ目的物ハ物ナルコトヲ要ス。
從テ

1) 權利ハ嚴格ナル意義ニ於ケル貸貸借ノ目的
物トナルコトナシ。但シ權利ノ有償ノ使用收益ヲ目
的トスル契約ト雖モ之ヲ無効トスベキノ理由毫モ存
在セザルヲ以テ尙ホ之ヲ通常ノ貸貸借ニ準ジテ有效
ニ取扱フヲ正當トスベシ。此種ノ契約ニ付キテ獨
瑞等ノ法律ハ特ニ收益貸貸借ノ名稱ヲ設ケタルモ吾
民法ハ單ニ貸貸借ニ準ズベキモノトシテ特ニ名稱ヲ

3) 同說大審四〇・三・一六民錄一三 296 (漁業權)。現今炭礦ニ付
テ類案ニ行ハルル 斤先掘契約又ハ購買契約ハ其性質之ヲ礦業權ノ
貸貸借ト解スベキモノナリト雖モ(鹽田氏志林一五 一— 89—、鹽田氏
礦業法通論34、法曹會決議法曹 一六 八5) 貸貸借ノ目的物ハ物ニ限
ルト 理由ニヨリテ此契約ヲ 貸貸借ナリト解スルコトニ反對セリト
雖モ余ハ寧ロ契約自身ノ實質ニ留意シテ廣義ノ 貸貸借ナリトシ之ニ
民法中 貸貸借ノ規定ヲ類推適用スルヲ適當ナリト信ズ。(イ) 礦業法
17 ガ法律ニ限定セル場合ノ外 礦業權ハ之ヲ權利ノ目的ト爲スコト
ヲ得ザル旨ヲ規定セルコト、(ロ) 同法施行細則 54¹ ガ 礦業權者自ラ
礦業ヲ管理セザルトキハ 礦業代理人ヲ選任スベキ旨ヲ命ジ而シテ 礦業
法 104 ガ代理人ノ行爲ニ付キテモ 礦業權者ニ責任アリトシ以テ 礦
業權者ト 礦業者ト同一ナラシメンコトヲ許レルコト等 ヨリ考フレバ
礦業權ヲ貸貸シテ其經營ヲ他人ニ移スハ 礦業法ノ禁ズル所ナリト
解スルヲ正當トス。同說大審二・四・二民錄一九 193—、鹽田氏前掲(立
法論トシテ有效説ヲ主張セリ)、石坂氏研究三 448。然レドモ立法論ト
シテ余モ亦之ヲ有效トスルヲ正當ナリト信ズ。

附スルコトナシ³⁾

2) 又茲ニ「物」トハ嚴格ナル意義ニ於ケル物即
チ取引上一箇體トシテ取扱ハルル物ヲ謂フモノナリ
ヤ又ハ廣ク物ノ一部ヲモ包含スルモノナリヤハ多少
疑問ノ餘地ナキニアラズト雖モ、元來物權法ニ於テ
取引上一箇體トシテ取扱ハルル物ノミヲ物ト認メ原
則トシテ之ノミヲ物權ノ物體ト認ムル所以ノモノハ
以テ各種物權關係ノ混雜ヲ避ケントスルノ主旨ニ出
ヅルモノナレバ、債權法ニ於テ單純ナル債權ノ目的
物トシテ物ヲ取扱フニ當リ強ヒテ之ヲ物權ノ物體ト
シテノ物ト同一義ヲ有スルモノトシテ解セントスル
ハ寧ロ無用ノ論ナリ。故ニ余ハ苟モ民法第八五條ニ
所謂「有體物」タル以上物權法ニ所謂物タルト否トヲ
問ハズシテ 貸貸借ノ目的物タリ得ルモノトシテ解ス
ルヲ正當ナリト信ズ。從テ獨リ嚴格ナル意義ニ於ケ
ル動產不動產ノミナラズ、是等ノモノノ一部、例ヘ
バ一筆ノ土地ノ一部、建物中ノ一室、外壁等ノ如キモ
亦之ヲ 貸貸借ノ目的物トナスコトヲ妨ゲザルベク、

3) 獨瑞ノ法律ニテハ 貸貸借ヲ分チテ Miets 及ビ Pacht ノ二種ト
シ而シテ前者ハ物ノ使用ヲ目的トスルニ反シ後者ハ物體 (Gegen-
stände) 物ノミナラズ權利ヲモ包含ス)ノ使用及ビ收益ヲ目的トスルモ
ノナリト爲セリ。

4) 現ニ獨 580 ノ如キハ居室其他ノ場所ノ 貸貸借 (Miets von
Wohnräumen und anderen Räumen) ヲ認メテ之ニ土地ノ 貸貸借ニ關
スル規定ヲ適用スルコトナセリ。此點先ニ使用貸借ニ付キテ述ベ
ル所(535頁)ニ同シ。

從ヒテ又同様ノ理由ニヨリ二箇以上ノ物ヲ以テ一箇ノ貸貸借ノ目的トナスコトヲ妨ゲザルモノトス。

3) 消費物ハ原則トシテハ貸貸借ノ目的トナラズト雖モ是レ亦消費以外ノ使用目的ノ爲メ貸貸借ノ目的トナスコトヲ妨ゲザルベシ。

4) 貸貸借ノ目的物ハ必シモ特定物ナルコトヲ要セズ單ニ種類ノミニテ定マレル物ナルモ可ナリ。

5) 尙ホ貸貸借ノ目的物ハ必シモ貸貸人ニ於テ之ガ所有權其他ノ使用權ヲ有スルコトヲ要セザルノミナラズ、場合ニヨリテハ借借人ノ所有物亦貸貸借ノ目的物トナリ得ベキコト使用貸借ノ場合ニ同ジ。

5) 使用貸借ニ付キテ述ベル所(535頁)參照。

6) 蓋シ貸貸借ハ諾成契約ナレバ也。但シ履行ノ爲メ物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シ又ハ債權者ノ同意ヲ得テ其給付スベキ物ヲ指定シタルトキ(401頁)以後ハ特定物債務トナルコト勿論也。

7) 同說石坂氏京法一〇四 133、大審三九・五・一七民錄一二773、東控二・四・一一一評論二民188、東控四三・五・一四判例彙報七 4、東控四三・三・一九新聞六四九、東控三九・二・二七新聞三四五、大控三九・一・一一〇新聞三九六、東京地四・二・一七新聞一〇〇七。蓋シ貸貸借ハ實質ノ如ク財產權移轉ヲ目的トセズシテ單ニ使用收益ノ許與ヲ目的トスルニ過ギザレバ也。故ニ尙モ貸貸人が事實上完全ニ約定ノ使用收益ヲ爲サシメタル限リハ縱ニ貸貸人が所有權其他之ヲ許與スルノ權利ヲ有セズ從ヒテ貸貸人所有者間ニ責任問題ヲ生ズルコトアリ得ベキ場合ト雖モ借借人ハ之ヲ理由トシテ借貸ノ支拂ヲ拒ミ得ザルモノトス。

8) 貸貸借ハ使用貸借ト同シク財產權移轉ヲ目的トスルモノニアラズシテ單ニ物ノ使用收益ヲ目的トスルモノナレバ假令借借人自身ノ所有物ト雖モ現在貸主ガ其物ニ付キテ地上權、永小作權、留置權、質借權等其占育ヲ爲スノ權利ヲ有スルカ又ハ其他所有者之ヲ質借スルニ付キ利益ヲ有スルニ於テハ(例ヘバ鑿爭中ノ物ヲ假シテ質貸借ノ目的ト爲スガ如シ)尙質貸借ノ成立ヲ妨ゲザルモノトス。使用貸借ニ付キテ上述モル所(536頁)參照。同說石坂氏研究四 730一、暁道氏京法一〇一〇 91一、反對瀧澤氏各論前 154。此問題ニ關スル獨逸ノ學說ニ付テハ石坂氏前掲、暁道氏前掲參照。從來吾國ニ於テ此種ノ問題ハ主

6) 公物モ亦其公物タル性質目的ニ背反セザル限リ之ヲ貸貸借ノ目的トナスコトヲ得。蓋シ公物ヲ組成スル物ハ尙一面私法上ノ物タルノ性質ヲ保有シ唯其公物タル性質ト相容レザル範圍ニ於テノミ處分ヲ制限セラレタルニ過ギザレバ也。故ニ例ヘバ公園ノ一部ヲ茶屋建設ノ爲メニ貸貸シ廣告揭示ノ爲メ電柱ノ使用ヲ許スガ如キハ私法上ノ貸貸借ナリ。

ハ) 使用及ビ收益ヲ爲サシムルコトヲ約スル契約ナリ。

1) 茲ニ「使用」トハ物ヲ毀損若クハ滅失セシメズシテ¹⁰⁾利用スルヲ謂ヒ「收益」トハ其物ヨリ生ズル果實其他ノ收得ヲ取得スルヲ云フ^{10a)}。兩者共ニ貸貸借當然ノ内容ヲ爲スモノニシテ獨(五三五)、瑞(債二

使用收益ヲ爲サシムルコトヲ約スル契約ナリ

トシテ賣渡抵當ニ關シテ起リ而シテ判決ハ賣渡抵當ニ於テハ物件ノ所有權ハ對外關係ニ於テノミ債權者ニ移轉シ對內關係ニ於テハ依然トシテ債務者ニアルモノナレバ債務者之ヲ債權者ヨリ質借スルハ無効也(無効ノ理由ハ虛偽ノ意思表示ナリトスルニアリ大審四・一・二五民錄二一 45一、大控三・六・二二評論三民 760 反之東京地四・五・三評論四民 335 ハ自己ノ所有物ノ質借ハ絕對ニ無効ナリト爲セリ)ト説ケリ。然レドモ賣渡抵當ハ對內關係ニ於テモ亦所有權ノ移轉ヲ生セシムルモノナレバ質貸借ハ有效ナリ。反之假ニ判決所論ノ如ク移轉セザルモノトセバ問題ノ場合ニハ債務者自己ノ所有物ヲ質借スルニ付キ何等ノ利益ヲ有セザルガ故ニ質貸借ハ此理由ニ依リテ無効ナリ(同說石坂氏前掲、暁道氏前掲)。

9) 同說美濃部氏志林一八 四 63、織田氏京法一一 八 35, 36, 45。

10) 約定ノ使用ニ因リテ生ズル自然ノ毀損ハ素ヨリ差支ナシ。

10a) 故ニ綜合質貸借ノ名ヲ以テ立本ノ淺探ヲ目的トスル契約締結セラレタルモ其淺探ヲ以テ山林ノ毀損ニ外ナラザルガ故ニ其契約ハ質貸借ニアラズ(青森地五・九・一二新聞一一八一參照)。

五三) 等ノ使用貸借¹¹⁾ガ使用許與ノミヲ内容ト爲セルト大ニ趣ヲ異ニス。但シ民法上ノ貸借ト雖モ特約ニ依リ使用ノミヲ許シテ收益ヲ禁ジ得ルコト素ヨリナリ^{11a)}。

2) 使用及ビ收益ノ範圍ハ當事者任意ニ之ヲ定メ得ベシ。然レドモ貸借ノ目的ハ單ニ物ノ使用收益ヲ爲サシムルコトニ存シテ其以上ニ及バザルモノナルヲ以テ其以上特ニ債務者ヲシテ勞務供給ヲ爲サシムルコトヲ目的トスル契約ノ如キハ貸借ニアラズ¹²⁾。

當事者若シ何等ノ定メヲ爲サザルトキハ契約ノ主旨、目的物ノ性質竝ニ其他ノ事情及ビ一般取引ノ慣行、信義ノ原則等ヲ標準トシテ之ヲ定ムベキモノトス。

11) Miete 反之收益ヲモ許ス貸借(收益貸借)ヲPachtト云フ。註ニ參照。

11a) 志田氏各論講義案 90 ハ使用收益ヲ爲シ得ベキ物ニ付キ特約ニ依リテ使用ノミヲ許スコトト爲シタル契約ハ貸借ニアラズト説ク。

12) 例ハ(一)技師附ニテ活動寫眞器械ヲ貸スル契約ハ貸借ト履備ノ混合契約(287頁以下ノ「併行的結合」ナリ(大審四・六・二二新聞一〇三八參照。反之本件ニ關スル第二審判決ハ映寫ニ關スル仕事ノ供給契約即チ請負ニシテ貸借ニアラズト爲セリ)。(二)物ノ保管ヲ目的トスル契約ハ同時ニ保管場所ヲ提供スル場合ト雖モ寄託ニシテ貸借ニアラズ。(三)備船契約ハ運送ナル仕事ノ完成ヲ目的トスルモノニシテ之ガ爲メ船泊ヲ提供スルハ單ニ其目的ヲ達スルノ手段ニ過ギザルガ故ニ貸借ニアラズ。然レドモ實際ノ事實ニ付キテ其果シテ備船ナリヤ貸借ナリヤヲ判斷スルハ頗ル困難ナル場合少カラズ(松本氏海商法 117, 加藤氏海法研究 - 140 - 參照)。

3) 次ニ「或物ノ使用及ビ收益ヲ爲サシムルコトヲ約」スルトハ貸借人ガ貸借物ニ付キテ約定ノ完全ナル使用收益ヲ爲シ得ルコトニ協力スベキ積極的義務ヲ負擔スルヲ云フモノニシテ、使用貸借ニ於ケル貸主ガ單ニ借主ガ其受取リタル物ヲ使用收益スルコトヲ認許シテ妨ゲザルベキ消極的義務ヲ負擔スルニ過ギザルト大ニ趣ヲ異ニス^{12a)}。從ヒテ其結果使用貸借ノ場合ニ比シテ種々ナル差異ヲ生ズルモノニシテ此點ニ關スル詳細ハ後ニ效力ノ項ニ於テ之ヲ説明スベシ。

ニ) 貸借ノ内容タル使用收益ハ其性質上當然ニ一定ノ期間繼續スベキモノナレドモ而カモ永久的ニ之ヲ許與スルコトヲ得ザルモノニシテ必ズ限時的ナラザルベカラズ。

貸借期間

1) 使用收益ハ其性質上繼續の觀念ナリ。故ニ貸借ハ常ニ必ズ繼續的契約關係ヲ發生セシムルモノニシテ賣買贈與等ノ如ク一回ノ給付ニ依リテ履行セラルルヲ通例トスルモノト大ニ性質ヲ異ニス。

2) 然レドモ永久的ニ使用收益ヲ許スハ使用契約タル貸借ノ性質ニ反ス。蓋シ永久的ニ使用收益ヲ許スハ所有權ヲ讓渡スルト全然同一ノ結果トナレ

12a) 同說横田氏各論 488。

バナリ 13)。

期間ノ制限

3) 以上ノ如ク貸貸借ノ性質夫レ自身ヨリ生ズル制限以外ニ於テハ當事者如何ナル貸貸借期間ヲ定ムルモ理論上全然其自由ナルヲ原則トセザルベカラズ。然レドモ法律ハ尙特殊ノ理由ニ依リテ下記ノ如キ別段ノ制限ヲ設ケタリ。

一般的制限

a) 一般的制限

第六〇四條

立法理由

「貸貸借ノ存續期間 13a)ハ二十年ヲ超ユルコトヲ得ズ」(六〇四¹⁴⁾。 (一)立法理由 (イ)貸貸借期間長キニ失スル時ハ其期間繼續中ニ四圍ノ事情、當事者ノ境遇等ニ多大ノ變化ヲ生ズルコト多ク而シテ其場合ニ當事者ヲシテ強ヒテ契約上ノ拘束ヲ受ケシムルトキハ不當ニ苛酷ノ結果ヲ生ズルノ虞アリ。(ロ)貸貸人ハ現在ニ於テ物ノ使用收益ヲ爲シ得ザルガ故ニ稍モスレバ物ノ改良ヲ怠ルノ傾向アリ又貸借人ハ目前ノ利益ニノミ汲々タルガ爲メ結局貸貸人ニ返還

13) 同院東京地五・一〇・三〇新聞一二〇三。尙爾ノ法語ニ「永久的貸貸借ハ無効也」(Ewige Miets ist eine Niets)ト曰ヘリ。
13a) 貸貸借ニ依ル使用收益ノ供與ハ繼續スルヲ通常トス。然レドモ例ヘバ毎週土曜日午後六時以後一定ノ講演會場ヲ貸貸借スル場合ナキニアラズ。此場合ハ繼續的供給契約 (Sukzessivlieferungsvertrag) 類似ノ形式ヲ有スル一箇ノ貸貸借存在スルモノニシテ一箇ノ豫約ト各回毎ニ締結セラルル多數ノ貸貸借存在スルニアラズ。故ニ其契約存續ノ全期間ヲ以テ「貸貸借ノ存續期間」ト考ヘザルベカラズ。

セザルベカラザル物ニ對シテ充分ナル注意ト改良トヲ加フルコトヲ怠ルノ弊アルガ故ニ貸貸借ノ期間長キニ失スルトキハ其物ノ荒廢ヲ生ジテ一般社會經濟ノ上ニ不利ナル結果ヲ生ズ。(二)二十年ヲ超ユル貸貸借ノ效力 法律ハ以上ノ如ク二十年以上ノ貸貸借ヲ禁ジタルガ故ニ之ニ反スル契約ハ純理上ヨリ云ヘバ全然無効ナリト云ハザルベカラズ。然レドモ法律ガ二十年ヲ超ユル貸貸借ヲ禁ジタル立法上ノ目的ト當事者ノ希望トヲ參酌シテ考フルトキハ此場合ニ契約ノ全部ヲ無効タラシムルノ必要ナク、單ニ超過部分ノミヲ削除シテ殘部ノ效力ヲ認ムルヲ穩當トス。是レ法律ガ「若シ之ヨリ長キ期間ヲ以テ貸貸借ヲ爲シタルトキハ其期間ハ二十年ニ短縮ス」(六〇四¹⁴⁾ト定メタル所以ナリ。此規定ノ解釋ニ付キテハ下記ノ諸點ニ注意スルヲ要ス。(イ)本規定ハ當事者ガ何等ノ期間ヲ定メザリシ場合ニハ其適用ナシ。或ハ何等期間ニ關シテ意思表示ヲ爲サザルハ永久ノ期間ヲ定メタルモノナリトシテ本規定ヲ適用シ得ベキガ如シト雖モ、永久ノ存續期間ナルモノハ貸貸借ノ性質上許スベカラザルコト上述ノ如クナルガ故ニ此論ニ從フコト能ハズ 14)。(ロ)期間ハ確定的ニ時間ヲ指

二十年ヲ超ユル貸貸借ノ效力

14) 此場合ニハ § 617ニ依リテ各當事者何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得。