

352-135ア



1200501407369

352

135ア



始



17



法學博士 鳩山秀夫著

增訂
日本
債權法各論
(上卷)

岩波書店刊行

790



增訂版序

大災ニ因リテ紙型ヲ燒失シ版ヲ新ニスルニ就テ、全部ニ通ジテ意ニ滿タザリシ處ヲ改メ、且大正七八年以後十二年末マデノ重要ナル判例ヲ加ヘタリ。下卷ニ於テハ借地法、借家法ニ關スル説明ヲ加ヘ、且判例ヲ増加シタルニ拘ハラズ、少シク紙數ヲ減ジ、上下二卷トシテ刊行スルコト、シタルハ、教科書トシテ比較的重要ナラザル説明ノ一二ヲ削除シ、且文章ヲ簡單トシタルガ爲ナリ。口語體トスルハ了解ニ便宜ナルベシト考ヘタルモ、紙數ノ増加ヲ虞レテ依然舊態ニ依レリ。下卷ハ數句ノ後刊行スベシ。

大正十三年二月

鳩山 秀夫

目次

序	一
第一章 契約總論	四
第一節 契約ノ概念	四
第二節 契約ノ種類	九
第三節 契約ノ成立	一五
第一款 申込及ビ承認	一五
第一項 申込	一五
第二項 承諾	三六
第三項 其他ノ方法ニヨル契約ノ成立	五六
第二款 契約成立ノ要件	六四
第一項 内容ニ關スル要件	六四
第二項 合意ノ成立及ビ不合意	七三

目次

二

第三款	契約成立ノ時期及ビ場所	七九
第四款	懸賞廣告	八三
第一項	懸賞廣告ノ性質	八三
第二項	懸賞廣告ノ取消	八九
第三項	懸賞契約ノ效力	九三
第四項	優等懸賞廣告	九六
第五款	競争締結	一〇三
第四節	契約ノ效力	一〇八
第一款	總說	一〇八
第二款	雙務契約ノ效力	一〇九
第一項	總說	一〇九
第二項	同時履行ノ抗辯	一一一
第三項	履行不能ノ雙務契約ニ及ボス效果	一二五
第一目	總說	一二五

三

第二目	債務者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因ル履行不能(危險負擔)	一二八
第三目	債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ル履行不能ノ效果	一五八
第三款	第三者ノ爲メニスル契約	一六一
第一項	沿革及ビ性質	一六一
第二項	要件	一六九
第三項	效力	一八一
第一目	第三者ノ權利	一八一
第二目	要約者ノ權利	一八八
第三目	要約者第三者間ノ關係	一九三
第五節	契約ノ解除	一九六
第一款	解除ノ意義	一九六
第二款	解除權ノ原因	二〇六

第三款 解除權ノ行使……………二二六
 第四款 解除ノ效果……………二二九
 第五款 解除權ノ消滅……………二四七

第二章 契約各論……………二五五

第一節 總說……………二五五
 第二節 贈與……………二五六
 第一項 贈與ノ性質……………二五六
 第二項 贈與ノ成立……………二六二
 第三項 贈與ノ效力……………二六三
 第四項 特種ノ贈與……………二六九
 第三節 賣買……………二八一
 第一項 賣買ノ性質……………二八一
 第二項 賣買ノ成立……………二八九

第三項 賣買ノ效力……………三〇四
 第一目 賣主ノ義務……………三〇四
 第二目 買主ノ義務……………三五四
 第四項 買戻……………三六一
 第一目 買戻ノ性質……………三六一
 第二目 買戻ノ期間……………三六八
 第三目 買戻權ノ行使……………三七二
 第四目 共有者持分ノ買戻……………三八二
 第五項 特種ノ賣買……………三八五



日本債權法

鳩山秀夫著



第一部 債權法各論

序

債權法各論ハ債權發生ノ原因タル各種ノ法律要件ニ關スル研究ヲ目的トス。然レドモ此ニ述ブル所ハ其全部ヲ網羅スルニアラズ専ラ民法第三編第二章以下ニ規定セル事項ニ限ル。此他特別法ニ規定セル事項ニ付テハ之ヲ特別法ノ研究ニ譲リ、又民法中物權編、親族編ニ規定セル個々ノ債權發生原因ニ付テハ之ヲ當該ノ法律ニ付テ研究スルヲ便宜トスルガ故ニ又之ヲ述ベズ。

二 債權發生ノ原因タル法律要件ハ一般ノ法律要件ニ同ジク先ヅ大別シテ人ノ行爲ト人ノ行爲ニアラザル事實トナシ、更ニ之ヲ次ノ如ク細別スルコトヲ得。

債權發生ノ原因ノ類

序 債權發生ノ原因

(甲) 人ノ行爲。分チテ適法行爲及ビ違法行爲トス。

(1) 適法行爲。更ニ分チテ二種トス。

(イ) 法律行爲。分チテ (a) 契約 (b) 單獨行爲 (遺言、寄附行爲及ビ) (c) 合同行爲 (例、社團法人設立行爲) トナスコトヲ得。

(ロ) 法律的行爲。事務管理ハ其適例ナリ。

(2) 違法行爲。不法行爲ハ其主要ナルモノナリ。

(乙) 人ノ行爲以外ノ事實(事件)。不當利得ハ之ニ屬ス。

以上ノ内單獨行爲以外ノ法律要件ニ付テハ民法ニ一般的規定アルモ、單獨行爲ニ付テハ之ナシ。故ニ單獨行爲ハ特ニ法律ニヨリテ其效力ヲ認メラレタル場合ニ於テノミ債權發生ノ原因タルモノトス(註)。

(註) 債務ヲ負擔スベキ者ノ一方的約束即チ單獨行爲ニヨリテ債權ノ發生ヲ認ムルハ敢テ理論ニ反セズ。然レドモ羅馬法以來多クノ立法例ハ之ヲ認メズ又實際上之ヲ認ムルノ必要多カラズ。此沿革ト此實際上ノ需要トニ基キテ我法典ヲ解スルニ、契約ニ付キテノミ一般的規定ヲ設ケ、單獨行爲ニ付テ之ヲ設ケザルハ特ニ規定ヲ設ケタル各個ノ單獨行爲ノミテ債權發生原因ト認ムルノ趣旨ナリト言ハザ

ルベカラズ。同説、石坂氏、日本民法一七三二頁以下、村上氏、債權各論九頁、末弘氏、債權各論三頁以下。

債權發生
原因ノ變遷

三 債權發生ノ原因ニ付テハ沿革上諸種ノ變遷ヲ見タリ。之ヲ概觀スレバ往

古ハ其原因少ク、近世ニ至リテ漸次増加スルノ傾向アルモノト言ヒテ可ナリ。

蓋シ社會生活ノ簡單ナル時代ニアリテハ法律上亦簡單ナル法則ヲ以テ其需要

ニ應ズルコトヲ得タリシモ、人文漸ク發達シ、複雑ナル社會生活ヲ生ズルニ至リ

テハ、法律上亦詳細ナル條規ヲ必要トスルガ故ナリ。今日以後ニ於テモ新ナル

諸種ノ現象ニ伴ヒテ新ナル法則ノ必要ヲ見ルニ至ルベキコト之ヲ想像スルニ

難カラズ(無過失責任)。
(問題參照)

第一章 契約總論

四

第一節 契約ノ概念

契約ノ意

一 契約ナル語ニハ廣狹二義アリ。

(1) 廣義ニ於テ契約トイフトキハ私法的效果ノ發生ヲ目的トスル合意ヲ總稱ス。其私法的效果ガ債權ノ成立タルト物權ノ設定タルト物權債權若クハ其他ノ權利ノ移轉タルト或ハ又親族法上ノ效果タルトヲ問ハズ。獨逸法ニ於テハ契約(Vertrag)トイヘル語ヲ此意義ニ用ヒ、從ツテ一切ノ契約ニ關スル通則ヲ民法總則中ニ掲グ(獨民一四)。我民法ニ於テハ契約ニ關スル通則ヲ民法總則ニ規定スルコトナシト雖モ、物權ノ設定、移轉、債權ノ移轉ノミヲ目的トスル合意ノ成立ヲ認ムルコト疑ナク、且民法第百十三條乃至第百十七條ニ謂フ所ノ契約ハ之等ノ合意ヲモ包含スルコト明ナルガ故ニ、我民法ニ於テモ亦廣義ニ於ケル契約ノ概念ヲ認ムルモノト言ハザルベカラズ。然レドモ此意義ニ於ケル契約ニ付テハ特

別ノ規定ナキヲ以テ其成立要件、成立時期等ニ付テハ債權契約ニ關スル規定ヲ之ニ準用セザルベカラズ(註一)。

(註一) 英佛ノ法律ニ於テハ此意義ニ於ケル契約ヲ契約(contract, contra)ト稱セズシテ單ニ合意(agreement, convention)ト言フ。

(2) 狹義ニ於ケル契約ハ債權成立ヲ目的トスル合意ノミヲ指稱ス。羅馬法及ビ英佛ノ法律ニ於ケル契約ナル語ハ此意義ニ使用セラル。我民法ニ於テモ主トシテ此用法ニ從フ。即チ民法第三編ニ於テ契約ト謂フハ所謂債權契約(Schuldvertrag, obligatorischer Vertrag)ノミヲ指稱スルモノナリ。

二 債權發生ノ原因タル契約ハ債權發生ヲ目的トスル二人以上ノ當事者ノ相對立セル意思表示ノ合致ヲ其缺クベカラザル要素トスル法律行為ナリ。

(1) 契約ハ一ノ法律行為ナリ。契約ハ法律行為ノ最モ典型的ナルモノニシテ法律行為ニ關スル諸種ノ原則ハ沿革上先ヅ契約ニ付テ發達シタルモノ多シ。
(2) 契約ハ二人以上ノ對立セル意思表示ノ合致ヲ以テ其缺クベカラザル要素トナス。之レ契約ヲ他ノ法律行為ヨリ區別スベキ唯一ノ標準ナリ。

債權契約ノ意義

(イ) 意思表示ト契約トノ關係ハ意思表示ト法律行為トノ關係ニ同ジ。
 (ロ) 二人以上ノ意思表示ヲ要ス。契約ノ當事者ハ二人以上ナルコトヲ妨グズト雖モ尠クトモ二人ノ當事者アルコトヲ要ス。然レドモ二人以上ノ當事者ヲ必要トスルコトハ所謂單獨契約又ハ當事者雙方ノ代理ヲ契約ノ理論上不能ナリトスル結論ヲ生ゼズ。蓋シ代理人ノ意思表示ハ其成立上代理人自身ノ意思表示ニ外ナラズト雖モ法律上本人自ラ其意思表示ヲ爲シタルト同一ノ效果ヲ生ズルモノナレバナリ(註二)。

(註二) 拙著民法全書第二卷百八條參照。同說、神戸氏、民法全書第八卷一〇頁、末弘氏債權各論二〇頁。反對、石坂氏、日本民法一七四七頁。

(ハ) 意思表示ノ合致即チ合意(consensus, agreement, consentement, Übereinstimmung)ヲ要ス。
 (ニ) 意思表示ノ合致スルガ爲ニハ二個以上ノ意思表示ガ客觀的ニ同一ハ内容ヲ有スルコトヲ要ス。例ヘバ賣買ニ付テ「賣ル」トイフ意思表示ト「買フ」トイフ意思表示トハ一見異リタル内容ヲ有スルガ如シト雖モ、客觀的ニ之ヲ觀察スレバ兩者共ニ一方ノ財産權移轉ニ對シテ他方ノ金錢支拂ヲ目的トスル關係ヲ成立セ

合致
 客觀的合致
 主觀的合致

シムルコトヲ内容トスルモノニシテ共ニ同一ノ内容ヲ有ス。唯同一ナル法律效果ガ各當事者ニ對シテ有スル意義ニ差異アルガ故ニ其客觀的内容ニ付テモ差異アルガ如キ外觀ヲ呈スルノミ。

客觀的ニ意思表示ガ同一ノ内容ヲ有ストイフハ兩個ノ表示行為ヨリ推斷セラルベキ效果意思即チ所謂表示上ノ效果意思(erklärteter Erfolgswille)ガ同一ノ内容ヲ有スルノ謂ナリ。内心的效果意思ニハ關係アルニアラズ。前者ノ合致アルニ拘ハラズ後者ノ合致ナキトキハ眞意即チ内心的效果意思ト表示トノ間ニ不一致ノ存在スルモノニシテコ、ニ錯誤ノ問題ヲ生ズ。錯誤ノ問題ト合意不成立ノ問題トハ明ニ之ヲ區別スルコトヲ要ス。尙兩個ノ意思表示ガ時ヲ異ニスルコトヲ要スルヤ否ヤ、如何ナル點ニ付テ合致スルコトヲ要スルカニ付テハ後ニ述ベン(本章第三節第一款第三項)。

(b) 主觀的要件トシテハ各個ノ意思表示ガ相手方ノ意思表示ト結合シテ法律效果ヲ發生セシメントスル意思ヲ以テ爲サレタルコトヲ要ス。之ヲ主觀的合致ト言フ。

主觀的要件トシテ各個ノ當事者ガ意思表示ノ合致ヲ認識シタルコトヲ要スルモノト解スル學說アリト雖モ、我民法ハ承諾ノ效力發生時期ニ付テ發信主義ヲ採リタルガ故ニ(五二)此見解ニ從フコトヲ得ズ。又縱令承諾ニ付テ到達主義ヲ採ルモ契約成立ノ時ハ承諾ノ意思表示到達ノ時ニシテ申込者ガ之ヲ了知シタル時ニ非ザルヲ以テ申込者ニ於テ合意成立ノ事實ヲ知ルコトヲ要セズ(註三)。

(註三) 同說、石坂氏、一七四九頁、末弘氏、一七頁。之ニ反シ神戶氏ハ承諾ニ付テ到達主義ヲ採リ、且到達ハ法律上了知ニ代ルベキモノナレバ隔地者間ノ契約ニ付テモ亦合意ノ認識又ハ之ノ代用タルベキ事實ヲ要スルモノトス。同氏民法全書第八卷六五頁、合致論、志林、一五卷一一號。

(二) 二個ノ意思表示ハ相對立シ從ツテ契約ノ内容ハ各當事者ニ對シテ別異ノ意義ヲ有スルモノナルヲ要ス。之レ契約ヲ合同行爲(Gesamtakt)ヨリ區別スベキ主要ナル標準ナリ(註四)。

(註四) 拙著、日本民法總論一六二頁參照。

(3) 特定人間ニ債權關係ノ成立ヲ目的トスルコトヲ要ス。狹義ノ契約ハ債權ノ成立ヲ目的トシ、而シテ債權ハ特定人間ニ於テノミ成立ス。故ニ狹義ノ契約ハ

第二節 契約ノ種類

常ニ特定人間ニ債權關係ノ成立ヲ目的トスルモノナリ。但其特定人ハ必ラズシモ契約成立ノ當事者ナルコトヲ要セズ(第三者ノ爲メニ)。

契約ハ種々ナル標準ニ基キテ之ヲ分類スルコトヲ得。

一 雙務契約、片務契約。契約ノ效果トシテ雙方ノ當事者ガ對價的意義ヲ有スル債務ヲ負擔スルヤ否ヤニ因ル區別ナリ。

(1) 雙務契約(contrats synalagmatiques, zweiseitiger Vertrag)トハ各當事者ガ互ニ對價的意義ヲ有スル債務ヲ負擔スル契約ヲ謂フ。

(イ) 各當事者債務ヲ負擔スルコトヲ要ス。

(ロ) 雙方ノ債務ハ互ニ對價的意義ヲ有スルコトヲ要ス。即チ甲ハ乙ノ對價又ハ代價(Entgelt)タリ乙ハ又甲ノ對價タル意義ヲ有スルコトヲ要ス。例ヘバ賣買、交換、貸借、雇傭、請負、有價委任、有價寄託、組合、和解ノ如シ。但對價タルガ爲メニハ必ラズシモ雙方ノ給付ガ客觀的ニ同一ノ價格ヲ有スルコトヲ要セズ。主觀的

ニ一ノ給付ヲ以テ他ノ給付ノ報酬ト爲シタルヲ以テ足ル。

雙方ノ當事者ガ債務ヲ負擔スルモ其債務ガ對價タル意義ヲ有セザルトキハ
雙務契約ニアラズ。次ノ如シ。

(a) 契約成立後一方當事者ガ特別ノ事情ニ基キテ債務ヲ負擔セル場合。例ヘバ
無償委任ニ於テ委任者ガ費用償還義務ヲ負擔スル場合ノ如シ。

(b) 契約當然ノ效果トシテ雙方ノ當事者ガ債務ヲ負擔スルモ其債務ガ對價的意
義ヲ有セザル場合。例ヘバ使用貸借ノ如シ。貸主ノ負擔スル「使用ヲ爲サシム
ル債務」ハ借主ノ負擔スル「返還義務」ノ對價ニハアラズ。

(2) 片務契約 (contracts unilatéraux, einseitiger Vertrag) トハ雙務契約ニアラザル契約ヲ
謂フ。從ツテ次ノ二種アリ。

(イ) 契約ノ效果トシテ當事者ノ一方ノミガ債務ヲ負擔スルモノ。贈與、無償委任、
無償寄託ノ如キ是ナリ。

(ロ) 契約ノ效果トシテ雙方ノ當事者ガ債務ヲ負擔スルモ其債務ガ對價タル意義
ヲ有セザルモノ。

有償契約
無償契約

雙務契約、片務契約、區別ノ實益ハ兩者ニ適用セラレベキ法律ノ規定ニ差異ア
ルコトニ存ス。所謂同時履行^(三三)危險負擔^(五三)問題ハ專ラ雙務契約ノミ
ニ付テ生ジ、又契約ノ解除ハ主トシテ雙務契約ニ適用アリ。

二 有償契約、無償契約。契約ノ兩當事者ガ出捐ヲ爲スヤ否ヤニヨル區別ナリ。
(1) 有償契約 (contracts à titre onéreux, entgeltlicher Vertrag) トハ雙方ノ當事者ガ相互ニ對
價的意義ヲ有スル給付ヲ爲スベキ契約ヲ言フ。其給付ノ雙方ガ共ニ契約成立
以後ニ於テ爲サルベキ場合即チ契約ニヨリテ雙方ノ當事者ニ對價的債務ヲ負
擔セシムル場合ニハ此ノ如キ契約ハ有償契約タルト同時ニ雙務契約ナリ。然
レドモ給付義務ヲ成立セシムルコトナクシテ直チニ給付ノ爲サル、場合ニハ
有償契約ニハアレド雙務契約ニハアラズ。例ヘバ利息附消費貸借ノ如シ。

有償契約ニ於ケル各個ノ給付ハ互ニ對價的意義ヲ有スルコトヲ要ス。契約
ノ效果トシテ二個ノ給付ノ爲サル、場合ニ於テモ對價報酬ノ關係ナキトキハ
有償契約ニアラズ。例ヘバ負擔附贈與ノ如シ。又此兩個ノ給付ハ一個ノ契約
ノ成立要件ヲ爲シ、又ハ一個ノ契約ノ效果トシテ爲サル、コトヲ要ス。此ノ如

キ牽連關係ナキトキハ又有償契約ニアラズ。例へバ先ニ受ケタル給付ニ對シ報酬ヲ與フル意味ニテ贈與ヲ爲スハ尙無償契約タルガ如シ(註一)。

(註一) 有償契約ノ一種ニ利得分配契約 (Partiarischer Vertrag) ト稱スルモノアリ。當事者ノ一方ノ爲シタル給付ニ因リテ相手方ノ得ベキ利得ヲ分配スル契約ニシテ、例へバ一定ノ資本、一定ノ勞務等ヲ給付シ之ニ因リ、相手方ノ得ベキ利得ヲ受ケル契約ノ如キ是ナリ。此場合ニ一方當事者ノ受ケベキ給付ノ額ハ確定セザルモ尙有償契約タルヲ妨グズ。此種ノ契約ニ付テハ *Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte nach röm. und heutigem Reichsrecht* (1897) ナ權威アル參考書トス。學者ハ又有償契約ニ付テ射倖契約 (contrats aleatoires, aleatorischer Vertrag, Glücksvertrag) ト實定契約 (contrats commutatifs) トヲ區別ス(佛民一九六四條以下)。射倖契約トハ當事者ノ一方又ハ雙方ノ爲スベキ給付ガ偶然ナル事情ニ因リテ決定スベキモノヲ云フ、賭博、保險、希望賣買ノ如キ是ナリ。我民法ハ此區別ヲ掲グズ又實際上之ヲ認ムル實益少シ。唯射倖契約ハ公序良俗ニ反スルノ理由ニヨリテ無効トナルコトアルヲ注意スベキノミ。但射倖契約ナルガ故ニ當然常ニ公序良俗ニ反ストイフニアラズ。同說、末弘氏、三〇頁、大正五年八月一二日大判、民録、二二輯一六四六頁。實定契約トハ射倖契約ニアラザル有償契約ヲ云フ。尙有償契約ニ關シテハ、*噴道氏、有償契約論、京法、一〇卷八號及ビ Oetzmann, Realgeltliche Geschäfte* (1912) ナ見^{三〇}。

要物契約
諾成契約

(2) 無償契約 (contrats à titre gratuit, unentgeltlicher Vertrag) トハ有償契約ニアラザル債權契約ヲ言フ。例へバ贈與、無償寄託、無償委任、無利息消費貸借ノ如シ。

有償契約ニ付テハ賣買ノ規定ノ準用アリ(九五條)又破產法上ノ否認權ニ付テ無償契約及ビ之ト同視スベキ有償契約ハ特殊ノ法則ニ從フガ故ニ(破七二條、七三條)兩者區別ノ實益アリ。

三 要物契約、諾成契約。合意ノ外一當事者ガ既ニ給付ヲ爲シタルコトヲ以テ契約成立ノ要素トスルヤ否ヤニ因ル區別ナリ。

(1) 要物契約 (contrats réels, Realvertrag) トハ一當事者ガ物ノ引渡其池ノ給付ヲ完了シタルコトヲ以テ成立要件トスル契約ヲ言フ。又實踐契約ト言フ。例へバ使用貸借、消費貸借、寄託ノ如シ。立法上此ノ如キ特殊ノ契約ヲ認ムル必要アリヤ否ヤニ付テハ議論アリ(石坂氏、要物契約否定論、宮崎教授記念論文集)。

(2) 諾成契約 (contrats consensuels, Konsensualvertrag) トハ合意ノミヲ以テ成立要件トスル契約ヲ謂フ。賣買、貸借、雇傭、委任ノ如キ是ナリ。

兩者區別ノ實益ハ契約成立ノ時期ニ付テ差異ヲ生ズルノ點ニ存ス。

- 四 要式契約、不要式契約。法律行為ニ於ケル此區別ニ同ジ。
- 五 有因契約、無因契約。同上。
- 六 生前契約、死因契約。同上。
- 七 有名契約、無名契約。

有名契約 *benannte Verträge* ハ又典型的契約 (*typische Verträge*) ヲ言フ。法律ニ於テ特ニ名稱ヲ附シテ規定ヲ設ケタル契約是ナリ。無名契約 (*nichtbenannte Verträge*) 又ハ非典型的契約 (*nichttypische Verträge*) トハ法律ニ於テ特ニ名稱ヲ下シ規定ヲ設ケザルモノヲ言フ (註二)。無名契約ハ或ハ全然法律ニ規定ナキ事項ヲ内容トスルコトアリ或ハ二箇又ハ二箇以上ノ有名契約ノ内容ニ該當スル事項ヲ目的トスルコトアリ。後者ヲ混合契約 (*gemischte Verträge*) ト言フ。此最後ノ契約ニ適用スベキ法規ニ付テハ議論アリ、後ニ述ベン。

兩者區別ノ實益ハ法規適用ノ差異ニアリ。

(註二) 羅馬法ニ於ケル無名契約 (*contractus innominati, Innominalcontracte*) ハ本文ニ謂フ所ト異リタル特殊ノ意義ヲ有ス。

- 八 主タル契約、從タル契約。
- 九 本契約、豫約。

一定ノ契約(本契約)ヲ締結スベキ債務ヲ成立セシムル契約ヲ豫約 (*Vorverträge*) ト言フ。賣買ノ豫約、消費貸借ノ豫約ノ如シ。後ニ述ブ。

第三節 契約ノ成立

第一款 申込及ビ承諾

契約ハ原則トシテ申込及ビ承諾ニヨリテ成立ス。民法ハ此普通ノ場合ヲ標準トシ、此場合ノミニ付テ規定ヲ設ケタリ。故ニ先ヅ申込及ビ承諾ヲ述べ、第三項ニ於テ其他ノ場合ヲ論ゼントス。

第一項 申込

一 申込ノ意義及ビ要件。申込 (*offer, offre, sollicitation, Antrag, Offerte*) トハ一定ノ契約ヲ成立セシムルコトヲ目的トスル確定的意思表示ヲ言フ。

申込ノ意

(1) 申込ハ意思表示ナリ。

(イ) 申込ハソレノミニテ當事者ノ目的トシタル法律效果ヲ生ズルモノニアラザルヲ以テ(何等ノ法律效果ヲ生ズルモノニアラザルヲ以テ)法律行為ニハアラザルモ法律效果ヲ發生セシムルコトヲ目的トスル意思ノ表示ニシテ意思表示ナルコト疑ヲ容レズ。故ニ意思表示ニ關スル民法總則ノ規定ハ皆之ニ適用セラルベキコト言ヲ俟タズ。

(ロ) 申込ニハ特定ノ方式ヲ必要トセズ。然レドモ契約ガ要式行為ナルトキハ申込モ亦要式行為ナリトス(註一)。

(註一) 書面ニ依ル贈與タルガ爲ニハ(五五〇條)贈與者ノ意思表示ガ書面ニ依ルノミテ以テ足り受贈者ノ意思表示ハ書面ニ依ルコトヲ要セザルモノト解スルチ正當トス。申込ニ付テ言ハバ贈與者ガ申込者タル場合ニ於テノミ書面ニ依ル申込ヲ要スルモノトス。同說、明治四〇年五月六日大判、民錄一三輯五〇三頁。

(ハ) 申込ハ特定人ノ意思表示ナリ。然レドモ申込者ノ何人ナルカハ申込ソノモノニヨリテ表示セラル、コトヲ必要トセズ。自働販賣機ノ如キハ何人ガ之ヲ設置シタルモノナルカ販賣機ノミニヨリテハ明瞭ナラザル場合ニ於テモ尙申込タルヲ妨グルモノニアラズ。

(ニ) 申込ハ特定ノ受者ニ對スル意思表示ナルヲ常トス。然レドモ民法ハ廣告ニ依ル申込ヲ認ムルガ故ニ(五二九條)特定ノ受者ニ對スルコトハ申込ノ要件ニハアラズ(註二)。自働販賣機ノ設置、電車、乗合馬車ノ運轉、劇場活動寫真ノ開設ノ如キモ一定ノ條件ノ下ニ不特定人ニ對シテ申込ヲ爲スモノト解スベシ。

(註二) 廣告ニハ申込タルモノ、申込ノ誘引ニ止マルモノ等種々ノ種類アリ、固ヨリ總テノ廣告チ契約ノ申込ナリト解スベカラズ(第四款懸賞廣告參照)。

(2) 申込ハ相手方ノ承諾アラバ直チニ契約ヲ成立セシメントスル確定シタル意思ノ表示ナリ。此點ニ於テ申込ハ申込ノ誘引(invitation of offer, Einladung zu Offerte)ト異ル。後者ハ相手方ヲシテ申込ヲ爲サシメントスル意思ノ通知ニシテ即チ相手方ノ意思表示ノミニヨリテハ未ダ契約ヲ成立セシメズ、相手方ノ意思表示ヲ待チテ自己モ亦意思表示ヲ爲シ、コ、ニ始メテ契約ヲ成立セシメントスルモノナリ。故ニ申込タルガ爲メニハ申込者自身ハ既ニ一定ノ契約ヲ爲ス意思ヲ決定シタルコトヲ要ス。然レドモ其意思ノ決定アリヤ否ヤハ表示ニヨリテ之ヲ決スベク申込者ノ真意ヲ標準トスベカラズ。

申込ト申
込ノ誘引

理論上ニ於テハ申込ト申込ノ誘引トノ差異ハ極メテ明瞭ナリ。前者ハ契約ヲ組成スル意思表示ナルニ反シ、後者ハ契約ノ準備行為ニ過ギズ、又其レ自身何等法律效果ヲ生ズルモノニアラザレバ事實上ノ行為ニシテ意思表示ニハアラス。然レドモ實際上ニ於テハ兩者ヲ識別スルノ困難ナルコト多シ(註三)。

(註三) 貸家札、備人廣告、正札附ニテ店頭ニ陳列シタル商品、汽車、汽船ノ時間表、商品目錄ノ配付等ニ付テハ其申込ナリヤ申込ノ誘引ニ止マルヤニ付テ議論アリ。實際上兩者ヲ區別スルニ當リテハ(1)其表示行為ノ内容ガ契約ノ内容ヲ指示セリヤ否ヤ(2)契約當事者ガ何人タルカヲ問ハザルモノナリヤ否ヤヲ標準トシテ之ヲ決定スベシ。尙申込ナリヤ否ヤヲ決定スルニ付テ申込行為アリタル地方ノ慣習ガ解釋ノ重要ナル資料トナルベキハ明ナリ。

(3) 申込ハ契約ノ内容ヲ決定シ得ベキモノナルコトヲ要ス。申込ハ相手方ノ承諾ニヨリテ直チニ契約ヲ成立セシムルニ適スルモノナルコトヲ要スルヲ以テ客觀的ニ當該ノ契約ノ要素ニ屬スル事項、豫約又ハ申込ノ誘引ニ依リテ契約ノ内容タルベキ事項及ビ申込者ガ契約ノ内容ニ屬セシメント欲スル事項ニ付テハ申込者ノ意思表示アルコトヲ要ス。然レドモ之等ノ事項ノ内容ハ申込者ニ

申込ノ效力

於テ全部之ヲ確定スルコトヲ必要トスルニアラズ、申込受領者ニ於テ自由ニ決定シ得ベキモノトスルモ尙申込タルコトヲ妨ゲザルモノトス。例ヘバ代價ハ相手方ニ於テ普通ノ場合ニ準ジテ決定シ得ルモノト爲スヲ妨ゲザルガ如シ。尙申込ガ確定的内容ヲ表示セリヤ否ヤヲ判斷スルニ付テ契約締結ノ準備行為(定價表等)ガ解釋ノ資料タルベキハ意思表示解釋ノ原則上明ナリ。

二 申込ノ效力

(1) 效力發生時期。申込ノ效力發生時期ニ付テハ意思表示ノ通則ニ從フ。次ノ如シ。

(イ) 特定ノ相手方ニ對スル申込ニ付テハ民法第九十七條ニ依ル。對話者間ニ於ケル申込ニ付テハ學說上議論アルモ余ハ第九十七條ヲ類推適用スベキモノト解ス。但申込ニ付テハ實際上多ク問題トナルコトナシ。

(ロ) 不特定人ニ對スル申込例ヘバ廣告ノ方法ニヨル申込ニ付テハ直接ニ適用スベキ法規ナシ。不特定人ニ了知セラルベキ狀態ノ成立シタル時ニ其效力ヲ生ズルモノトス。

申込ノ效力消滅原因

(2) 效力ノ存續期間。一旦效力ヲ生ジタル申込ハ其效力ヲ消滅セシムベキ原因ノ發生スルマデ其效力ヲ持續スルモノトス。其效力消滅原因次ノ如シ。

(イ) 申込ノ取消(出後)。

申込ノ拒絶

(ロ) 申込ノ拒絶。特定ノ相手方ニ對スル申込ハ申込受領者ノ拒絶ニ因リテ其效力ヲ失フ。拒絶ハ申込ヲ承諾セザルコトヲ内容トスル申込者ニ對スル意思ノ通知ナリ。單ニ契約締結ノ申込ニ應ゼズトイフ意思アルヲ以テ足り敢テ申込ノ效力ヲ消滅セシメントスル效果意思ヲ要セザルガ故ニ意思表示ニハアラズシテ所謂意思通知ニ屬ス(註四)。民法ハ申込ニ條件ヲ附シ其他變更ヲ加ヘタル承諾ヲ以テ申込ノ拒絶ヲ包含スルモノト看做ス(五二) (八條)。

不特定人ニ對スル申込ハ特定人ノ爲シタル個々ノ拒絶ニ因リテ其效力ヲ失フコトナシ。

(註四) 反對、末弘氏、六四頁。同氏ハ一方的的意思表示ナリトス。

承諾期間ノ經過

(ハ) 承諾期間ノ經過。

(a) 承諾ノ期間ヲ定メテ爲シタル申込ハ承諾期間ノ空過ニ因リテ當然其效力ヲ

失フ。而シテ承諾期間内ニ承諾ノ爲サル、ガ爲メニハ其期間内ニ承諾ノ通知ガ申込者ニ到達シタルコトヲ要シ(五二) (二項)期間内ニ發セラレタルヲ以テ足ラズ。此規定ハ通常ノ場合ニ於ケル申込者ノ意思ヲ基礎トシタルモノナリ。

承諾期間經過後承諾ノ通知ガ到達シタルモ通常ノ場合ニ於テハ其期間内ニ到達スベカリシ時ニ發送シタルモノナルコトヲ知り得ベキトキハ申込者ハ遲滯ナク相手方ニ對シテ延着ノ通知ヲ發スルコトヲ要ス(五二) (二條)。此規定ハ承諾ノ通知ノ延着シタルコトヲ知ラザル承諾者ヲシテ契約ノ成立シタルモノト誤信スルコト無カラシメンガ爲メナリ。故ニ申込者ガ承諾期間經過後通知ノ到達前豫メ延着ノ通知ヲ發シタルトキハ更ニ延着ノ通知ヲ發スルコトヲ要セズ。

延着通知ノ義務ハ固ヨリ契約上ノ義務ニアラズ又申込者ノ意思表示ニ因ル法律行爲上ノ義務ニアラズ特殊ノ法律上ノ義務ナリ。其懈怠アルトキハ不法行爲上ノ損害賠償義務ヲ生ズルニハアラズ民法ハ直接ニ其損害ノ原因ヲ除去センガ爲メニ承諾ノ通知ハ延着セザリシモノト看做セリ(五二) (二項)。即チ此場合ニ於テハ承諾ノ通知ノ延着シタルニ拘ハラズ契約ハ成立スルモノトス。

シ得ザル効力ヲ對話者ノ場合ニ付テ認ムベキヤ否ヤハ頗ル疑問ナリト雖モ、少ク
トモ申込ノ實質的効力即チ承諾適格ニ付テ兩者ノ間ニ此ノ如キ顯著ナル差異ヲ
設クルハ頗ル不當ナリ。殊ニ商法第二百六十九條ニ於テ「對話者間ニ於テ契約ノ
申込ヲ受ケタル者が直チニ承諾ヲ爲サザルトキハ申込ハ其効力ヲ失フ」ト規定ス
ルニヨリテ見レバ、原則トシテハ承諾適格ノ持續ヲ認メザルヲ得ズ。然レドモ此
承諾適格ノ持續ニ付テモ亦適當ノ制限ヲ認ムル必要アリ。故ニ對話者ニ對スル
申込ガ書面ニ依リテ爲サレタリヤ否ヤ申込受領者が承諾ヲ爲サズシテ對話者タ
ル地位ヲ去リタル行爲ガ拒絕ト認ムベキ行爲ナリヤ否ヤ等ヲ標準トシテ適當ナ
ル制限ヲ加ヘザルベカラズ。大體ニ於テ同説、末弘氏、七三頁、石坂氏、一八四四頁。

當事者ノ
死亡又ハ
能力喪失

(ニ) 當事者ノ死亡又ハ能力喪失。

(A) 隔地者ニ對スル申込ニ於テ申込ノ到達前申込者が死亡シ又ハ能力ヲ喪失シ
タルトキハ民法第九十七條二項及ビ第五百二十五條ノ規定ニ從フ。即チ申込
ノ發信後其到達前ニ之等ノ事由發生スルモ申込ハ之レガ爲メニ其効力ヲ妨ゲ
ラレザルヲ原則トス。但次ノ二個ノ例外アリ。

(a) 申込者が反對ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ之ニ從フ(五二條)。申込者が反對意
思ヲ有シタルヲ以テ足ラズ、常ニ必ラズ其表示アルコトヲ要ス。其表示ヲ要セ

ズ又相手方ニ於テ反對意思ノ存在ヲ知り又ハ知ルコトヲ得ベカリシコトヲ要
セズト解スルハ法文上及ビ理論上共ニ非ナリ(註六)。

(註六) 同説、末弘氏、七四頁。反對、石坂氏、一八五一頁、神戸氏、二六九頁。

(b) 相手方が死亡若クハ能力喪失ノ事實ヲ知りタル場合ニハ第九十七條二項ノ
原則ニ依ラズ(五二條)。其結果トシテ死亡ノ場合ニ若シ相手方が之ヲ知レルトキ
ハ申込ハ其効力ヲ生ゼズ又能力喪失ノ場合ニ相手方が之ヲ知レルトキハ無能
力者ノ爲シタル申込タルノ効力ヲ有スルニ止マルモノトス。然レドモ民法第
五百二十五條ノ規定ハ申込ノ發信後其到達以前ニ於ケル死亡又ハ能力喪失ノ
ミニ關シ、申込到達後ニ之等ノ事實ヲ生ジタル場合ニハ其適用ナシ。故ニ嚴格
ニ言フトキハ既ニ發生シタル申込ノ効力ノ消滅ニ關スルモノト言フコトヲ得
ズ(註七)。

對話者間ノ申込ニ付テハ以上述べタルト同一ノ問題ヲ生ズルコトナシ。蓋
シ對話者間ノ意思表示ハ表示行爲ノ成立ト同時ニ到達ヲ生ズルモノナルヲ以
テ兩者ノ間ニ死亡又ハ能力喪失ナル事實ノ介入スベキ餘地ナクレバナリ。

申 →

(註七) 多數説ハ之ト異リ第五百二十五條ヲ以テ申込ノ到達後承諾ノ發信以前ニ申込者ノ死亡シ又ハ能力ヲ喪失シタル場合ヲモ亦之ヲ包含スルモノトス。石坂氏、一八五五頁、横田氏、債權各論、四五頁、村上氏、債權各論、九四頁、神戸氏、二六一頁、梅氏、要義、五二五條、四川氏、新報、二二卷一—一號等。然レドモ法文上ヨリイフトキハ第五百二十五條ハ第九十七條ニ對スル特別ニシテ、第九十七條第二項ハ同條第一項ニ對スル關係上、意思表示ノ到達以前ニ死亡又ハ能力喪失ノ生ジタル場合ノミニニ關スルモノナルコト明ナルガ故ニ、之ニ對スル特別タル第五百二十五條モ亦其規定ノ範圍ハ此場合ノミニナリト解スルヲ正當トス。結果ニ於テモ第五百二十五條ヲ以テ申込ノ到達以後之等ノ事實ノ生ジタル場合ヲモ包含スルモノト解スルハ不當ナリ。申込到達後申込者ガ無能力者トナリタルガ爲メニ其能力者タル時期ニ爲シタル意思表示ガ無能力者ノ意思表示トナリ又ハ無効トナルガ如キハ到底是認シ難キ所ニ屬ス。同説、末弘氏、七四頁—八〇頁、同氏、評論、民法八九一頁以下。

(B) 申込ノ到達後申込者ノ死亡シ又ハ能力ヲ喪失シタル場合ニ付テハ民法ニ直接ノ規定ナシ。故ニ一般ノ原則ニヨリテ之ヲ解釋セザルベカラズ。其能力喪失ニ因リテ一旦完成シ効力ヲ生ジタル意思表示ガ當然効力ヲ失フコト無キハ言フ俟タズ。死亡ノ場合ニ付テハ若シ此場合ニ付テ申込者ノ意思表示アルト

申込成立
後相手方
死亡シ
タル場合

キハ固ヨリ之ニ從フベク、然ラザル場合ニハ其契約ガ當事者ノ特定ノ人ナルコトヲ要素トスルモノナリヤニ依リテ之ヲ決定スベシ。例ヘバ委任契約、組合契約ノ申込ノ如キハ申込者ノ死亡ニヨリテ當然其効力ヲ失フモノトス。

(C) 申込ノ成立後相手方ノ死亡シ又ハ能力ヲ喪失シタル場合ニ付テハ規定ナク、意思表示ノ一般の原則ニ從ヒテ之ヲ解決セザルベカラズ。次ノ如シ。

(a) 申込ノ發信後、到達前ニ相手方ノ死亡シ又ハ能力ヲ喪ヒタル場合。能力喪失ノ場合ニハ無能力者ノ意思表示受領能力ニ關スル民法第九十八條ニ依リテ申込ノ効力ヲ決スベシ、其當然無効トナラザルハ明ナリ。死亡ノ場合ニ付テハ相續人ニ對スル申込トシテ其効力ヲ認ムベキヤ否ヤノ問題ヲ生ズ。申込者ガ此點ニ付テ其意思ヲ表示セルトキハ固ヨリ之ニ從フベク、然ラザルトキハ申込ガ被申込者ノ相續人ヲモ被申込者ト爲スノ趣旨ナル場合ニ限り相續人ニ對スル申込トシテ効力ヲ生ズルモノト解ス(註八)。

(註八) 例ヘバ土地所有者甲某ニ對スル賣買、貸借等ノ申込ハ土地所有者タル人ニ對スル申込ニテ其甲ナリヤ乙ナリヤヲ問ハザルモノナレバ、甲死亡セル場合ニハ其第一章 契約總論 契約ノ成立 申込

相續人乙ニ對スル申込ト認メテ可ナリ。之ニ反シテ履備、請負、委任、組合等ニ付テハ此ノ如ク解スルヲ得ズ。學說上ハ議論分ル。或ハ此場合ニハ申込ハ原則トシテ其効力ヲ生ゼズトナシ(村上氏、九八頁、岡松氏、理由、四二五頁)或ハ之ニ反シ疑ハシキ場合ニハ寧ロ其効力ヲ持續スルモノトス(末弘氏、八四頁、神戸氏、二七一頁)。但シ末弘氏ト神戸氏トハ其所說ノ理由ヲ異ニス。余ハ申込者ノ意思又ハ申込ノ性質ニヨリテ當該ノ申込ノ趣旨ヲ解釋シ、之ニ從ヒテ其効力ヲ決定スベキモノトス。而シテ若シ之ニヨリテ相續人ニ對スル申込ト認ムルコトガ申込ノ趣旨ニ違スルヤ否ヤ不明ナルトキハ申込ハ其効力ヲ生ゼザルモノトス。蓋シ申込ハ發信ニヨリテ意思表示ノ成立要件ヲ具備スト雖モ、其到達以前ニ於テハ未ダ其効力發生要件ヲ備フルモノニアラズ。而シテ相續人ニ對スル到達ヲ以テ申込ノ到達ト認ムルコトヲ得ルガ爲メニハ申込ガ相續人ニ對シテモ亦爲サレタルモノト認メ得ルコトヲ必要トスレバナリ。此點ニ於テ後ニ述ブル到達後被申込者ノ死亡シタル場合ト理ヲ異ニスルヲ見ルベシ。

(b) 申込ノ到達後被申込者ガ死亡シ又ハ能力ヲ喪ヒタル場合。能力ノ喪失ガ申込ノ効力ニ何等ノ影響ヲ及ボサザルハ明ナリ。死亡ノ場合ニ於テモ申込ハ既ニ其成立要件ト効力發生要件トヲ完備スルモノナレバ當然効力ヲ失フノ理ナシ。但申込者ガ反對ノ意思表示ヲ爲シ又ハ契約ガ特定ノ人ヲ要素トスルモノ

ナルトキハ申込者死亡ノ場合ト同ジク申込ハ其効力ヲ失フモノトス。

(c) 承諾ノ發信後被申込者ガ死亡シ又ハ能力ヲ喪失スルモ契約ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ボサザルハ第九十七條二項、第五百二十六條一項ニ依リテ明ナリ。

(ホ) 承諾。承諾ニヨリテ契約成立シ從ツテ申込ハソノ獨立ノ存在ト獨立ノ効力トヲ失フ。

(ヘ) 意思表示ノ効力ヲ喪失スベキ一般的原因。無能力、詐欺、強迫ヲ理由トスル取消、解除條件ノ成就等はナリ。

(3) 申込ノ實質的効力。申込ガ効力ヲ生ジタルトキハ申込受領者ニ於テ之ヲ承諾シ、契約ヲ成立セシムルコトヲ得。此効力ヲ申込ノ實質的効力又ハ其承諾適格 (Annahmefähigkeit) ト言フ。

承諾適格ハ固ヨリ承諾ヲ爲スベキ義務ニアラズ。申込者一方ノ意思表示ニヨリテ申込受領者ニ何等ノ義務ヲモ負擔セシムベカラザルコト明ナルガ故ニ申込受領者ハ申込ニ對シテ諾否ノ通知ヲ爲スベキ義務ヲ負ハズ。申込者ガ特ニ諾否ノ通知ヲ爲スベキ旨ヲ定メタル場合ニ於テモ亦然リ。但シ商法ニ於テ

ハ此原則ニ對シテ重要ナル例外ヲ認メタリ(商二七)。又申込者ガ申込ト同時ニ物品ヲ送付シタル場合ニ於テモ、之ニヨリテ申込受領者ニ物品保管ノ義務ヲ負擔セシムルコト能ハザルハ明ナリ(但、商法二七)。唯申込受領者ガ其所持又ハ占有ヲ取得シタル場合ニ於テハ所有物返還ノ義務又ハ占有ノ不當利得返還ノ義務ヲ負ヒ、又故意又ハ過失ニ因リテ其物品ヲ毀損シタル場合ニハ不法行為上ノ義務ヲ負擔スルコトアルベキノモ、尙被申込者ガ例外トシテ承諾義務ヲ負擔スル場合ニ付テハ次項ニ之ヲ述ブ。

申込ノ撤回

三 申込ノ取消(撤回)。

(1) 申込ガ一旦其效力ヲ生ジタルトキハ申込者ニ於テ任意ニ之ヲ取消スコトヲ得ザルヲ原則トス。之ヲ申込ノ拘束力 (bindende Kraft) ト言フ。申込ヨリ生ズル此法律效果ハ固ヨリ契約ヨリ生ズル效力ニアラズ又申込者ノ意思表示ニ基クモノニアラズ取引ノ安全ヲ保護センガ爲メニ法律ノ特ニ認メタル法律上ノ效果ナリ。蓋シ申込ハ相當ノ期間内ニ於テ承諾ヲ爲ストキハ契約ヲ成立セシムルコトヲ得ベキ希望ト信賴トヲ被申込者ニ惹起スルヲ常トス。然ルニ若シ申

込者ガ随意ニ此希望ト信賴トヲ破壊シ得ベシトセバ取引ノ信義ニ反シ且取引ノ圓滑ヲ害スベシ。之レ法律ガ申込者ノ意思ヲ問ハズシテ申込ノ拘束力ヲ認ムル所以ニシテ、羅馬法及ビ獨逸ノ普通法ハ之ヲ認ムルコトナカリシモ、近世諸國ノ法律ハ多ク之ヲ認ム(註九)。

(註九) 普國國法第一部第五章一〇三條、奧民法、八六二條、獨民、一四五條、瑞債、三條五條。之ニ反シ佛民ハ之ヲ認メズ又英法ハ證書ヲ以テ爲シタル申込ニ付テノミ之ヲ認ム。尙一般ノ理論ヨリイフトキハ申込ノ拘束力ヲ認ムルハ敢テ理論ニ反スルモノト爲スベカラズ。蓋シ本文謂フ所ノ被申込者ノ信賴ハ申込者ノ行為ヲ以テ其原因ト爲スモノナルガ故ナリ。此點ハ對話者ニ對スル申込ニ付テモ拘束力ヲ認ムベキヤ否ヤノ問題ト關係ナ有ス。

(2) 申込ガ取消スコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ二ツノ場合ヲ區別スルヲ要ス。
 (イ) 承諾ノ期間ヲ定メタル申込ハ之ヲ取消スコトヲ得ズ(五二一)。其隔地者ニ對スル申込タルト對話者ニ對スル申込タルトヲ問ハズ。又承諾ナクシテ其期間ヲ經過シタルトキハ申込ノ效力ハ當然消滅ス(二項)。故ニ此種ノ申込ニ付テハ取消ノ問題ヲ生ズルノ餘地ナシ。

承諾期間
ヲ定メタル
申込ハ
撤回
スル
得ズ

承諾期間
シテ隔地
者ニ對シ
テ申込メ
ル申込メ
同ノ

(ロ) 承諾期間ヲ定メズシテ隔地者ニ爲シタル申込ハ申込者ガ承諾ノ通知ヲ受ク
ルニ相當ナル期間之ヲ取消スコトヲ得ズ(四條五二)。其期間ヲ經過シタル後ニ於テ
初メテ之ヲ取消スコトヲ得ルモノトス。所謂相當ナル期間ノ意義ニ付テハ各
個ノ場合ニ付テ適當ナル判斷ヲ下スノ外ナキモ、必要ナル期間トイフニアラザ
ルヲ以テ申込ノ到達期間承諾ノ到達期間ノ外當該ノ契約成立ニ付キ一般ニ相
當ト認メラルベキ考慮ノ期間ヲ包含スベキコト勿論ナリ。而シテ右何レノ期
間ニ付テモ特ニ長時間ヲ必要トスル特別ノ事情アル場合ニ申込者ガ之ヲ知ラ
ザルトキハ之ヲ斟酌スルコトナシト雖モ、若シ申込者ガ之ヲ知レルトキハ之ニ
依ラザルベカラズ。蓋シ承諾ノ通知ヲ受クベキ時ニ於テ申込者ガ知レル事情
ヲ斟酌シテ其承諾ノ通知ヲ受クルニ相當ナル期間ヲ決定スルハ、法律ガ申込ノ
拘束力ヲ認メタル趣旨ニ適合スルモノナレバナリ(註十)。又承諾ノ到達期間ハ
其契約ノ締結ニ付テ普通ニ用ヒラルベキ通知ノ方法ヲ標準トシテ之ヲ決定ス
ベク、若シ特ニ申込者ガ其方法ヲ限定シタルトキハ例外トシテ之ニ依ルベキモ
ノトス。

對話者ニ
對スル申
込ノ取消

(註十) 獨逸民法(一四七條)ニ付テハ議論アリ。然レドモ彼此法文ヲ異ニスルヲ以テ
直チニ採リテ參考ト爲スベカラズ。同說、石坂氏、一八三四頁、末弘氏、九三頁。申込
ノ拘束力ヲ認ムルハ上述ノ如ク取引ノ信義、取引ノ圓滑ヲ基礎トス、若シ申込者
ガ通信機關ノ故障等ノ原因ニヨリ承諾ノ延着スベキコトヲ知ルニ拘ハラズ、普通
ノ場合ニ於ケル相當期間ノ經過シタルコトヲ理由トシテ申込ノ撤回ヲ爲シ得ベ
キモノトセバ、取引ノ信義ニ反シ、拘束力ヲ認メタル理由ニ背馳スベシ。又申込者
ガ以上ノ事情ヲ知ラザルニ拘ハラズ尙期間ヲ延長スベシトセバ申込者ニ對シテ
酷ニ失スベク、且此場合ニハ撤回ヲ認ムルモ信義ニ反スルコトナシ。

(ハ) 承諾期間ヲ定メズシテ對話者ニ爲シタル申込ノ取消ニ付テハ法律ニ規定ナ
シ。申込ノ拘束力ハ直接ニ法律ノ規定ニ基クモノナルガ故ニ、特別ノ規定ナキ
此場合ニ於テハ之ヲ認ムルコトヲ得ズ、從ツテ相手方ガ申込ニ對シテ直チニ承
諾ヲ爲サルトキハ申込者ハ自由ニ申込ヲ撤回シ得ルモノト解スルヲ通説ト
ス(註十一)。然レドモ對話者ニ對スル申込ト隔地者ニ對スル申込トハ意思表示
ノ表示セラルル時期ト其了知セラルル時期トノ間ニ重要ナル時間上ノ差異アリ
リヤ否ヤノ點ニ於テノミ異ルモノナルガ故ニ、申込ノ效力ニ付テ兩者ノ間ニ此
ノ如キ著大ナル差異ヲ設クルハ極メテ不當ナリ。加之、申込ノ拘束力ヲ認ムル

ハ上述ノ如ク敢テ理論ニ反スルモノニアラザルガ故ニ隔地者ニ對スル申込ニ關スル第五百二十四條ヲ此場合ニ類推適用スルヲ正當ナリト信ズ。例ヘバ書面ニ依リテ申込ヲ爲セル場合ニハ之ヲ郵便ニ託シ或ハ第三者ヲシテ傳送セシメタル場合タルト將タ自ラ之ヲ相手方ニ引渡シタル場合タルトハ問ハズ苟モ直チニ回答スベキ旨ノ意思表示其他承諾期間ヲ定ムル意思表示ナキトキハ承諾ノ通知ヲ受クルニ相當ナル期間之ヲ取消シ得ザルモノト解ス。但第五百二十四條ヲ對話者ニ對スル申込ニ類推適用スルニ當リテハ其所謂相當ナル期間ヲ決定スルニ付テ多少ノ注意ヲ要ス。對話者ニ對シテ申込ヲ爲スノミナラズ對話者關係ニ於テ承諾ノ意思表示アルベキコトヲ豫想スル場合ニ於テハ所謂承諾ノ通知ヲ受クルニ相當ナル期間ハ對話者關係ノ存續期間タルベク其以後ニ於テハ申込ハ拘束力ヲ有スルコトナシ。多數ノ學者ガ對話者ニ對スル申込ニ付テ一般ニ拘束力ヲ認メザルハ此場合ノミニ着眼スルガ故ナルベシ。然レドモ申込ノミガ對話者關係ニ於テ爲サレ、之ニ對スル承諾ハ隔地者ニ對スル意思表示ニヨリテ爲サレ、又ハ別個ノ對話者關係ニ於ケル意思表示ニヨリテ爲サ

ルベキコトヲ豫想スル場合亦少カラザルガ故ニ一般ニ對話者ニ對スル申込ニ付テ拘束力ヲ認メザルハ結果ニ於テ頗ル不當ナルノミナラズ又民法ガ申込ノ拘束力ヲ認メタル趣旨ニ反ス。

(註十一) 石坂氏、一八三三頁、末弘氏、九五頁參照。拙稿、志林、一九卷一二號。

(3) 申込ノ拘束力ハ申込者ニ於テ之ヲ排除スルコトヲ得。我民法ニハ此點ニ付テ明文ナシト雖モ(獨民一四) 申込者ハ任意ニ承諾期間ヲ定メ得ルモノナルガ故ニ又薄弱ナル效力ヲ有スル申込ヲ爲シ得ルモノト解スベク、又此ノ如キ場合ニハ相手方ハ申込ニ信賴スベキ理由ナキガ故ニ敢テ拘束力ヲ認ムル理由ナシ。然レドモ一旦申込ノ拘束力ヲ發生シタル後ニ於テハ申込者ニ於テ任意ニ之ヲ排除シ變更スルコトヲ得ザルコト亦明ナルガ故ニ任意ニ撤回シ得ベキモノトスル意思表示ハ申込ト同時ニ爲サル、カ又ハ少クトモ申込ト同時ニ相手方ニ到達スルコトヲ要スルモノトス。

(4) 不特定人ニ對スル申込ノ拘束力ニ就テハ第四款ヲ見ヨ。

(5) 申込ノ到達以前ニ於テハ固ヨリ未ダ拘束力ヲ生ゼズ、申込者ハ之ヲ撤回スル

任意ニ取
消シ得ル
モノトナ
スコトヲ
得

コトヲ得。但其撤回ガ遅クモ申込ト同時ニ到達スルコトヲ要スルハ民法第九十七條第一項ニヨリテ明ナリ。

取消ノ効力發生時期

(6) 申込ノ撤回ハ相手方ニ到達スルニヨリテ其効力ヲ生ズ。而シテ其意思表示ハ承諾ノ發信前ニ到達スルニアラザレバ其効ナシ。蓋シ承諾ノ發信ト同時ニ契約成立スルヲ以テナリ。此理ハ撤回ノ意思表示ガ特別ノ事情ノ爲メニ延着シタル場合ニ於テモ敢テ異ルコトナシ。但此後ノ場合ニ於テハ申込ノ撤回ヲ爲シタル者ハ撤回ノ有效ナリシコトヲ信ズベク、從ツテ契約ノ成立セザリシモノト信ズベキガ故ニ法律ハ永ク此誤信ヲ存續セシメザランガ爲メニ承諾者ヲシテ延着通知ノ義務ヲ負ハシメ、若シ承諾者ガ此義務ヲ怠リタルトキハ契約ハ成立セザリシモノト看做セリ。但此延着通知ノ義務ハ承諾者ニ於テ撤回ノ通知ノ特ニ延着シタルコトヲ知り得ベカリシコトヲ以テ其條件トス(七五二)。

取消延着ノ通知

第二項 承諾

一 承諾ノ意義 承諾(acceptance, acception, Annahme, Akzept)ハ申込受領者ガ申

承諾ノ意

込ニ同意シ契約ヲ成立セシムルコトヲ目的トスル意思表示ヲ言フ。

(1) 承諾ハ一ノ意思表示ナリ。申込ト結合シテ契約ヲ成立セシムルコトヲ目的トスルモノナレバ其ノ意思表示ナルコト明ナルモ、申込ト結合スルニアラザレバ契約成立ノ效果ヲ生ズルモノニアラザレバ一ノ獨立ナル法律要件ニハアラズ。即チ一ノ法律行爲ニハアラズ。

(2) 承諾ハ申込者ヲ受者トスル、申込受領者ノ意思表示ナリ。申込ハ不特定人ニ對スルコトアレド、承諾ハ常ニ特定人タル申込者ヲ其受者トス。

(3) 承諾ヲ爲スコトハ原則トシテ申込受領者ノ義務ニアラザルヲ以テ承諾ハ義務ノ履行ニアラズ。但例外トシテ法律ハ公益上ノ理由ニ基キ承諾義務ヲ認ムルコトアリ又契約ヲ爲スベキ豫約ノ存スルトキハ此義務ノ存在スルコト言ヲ俟タズ。是等ノ場合ニ於テハ承諾ハ義務ノ履行ナリ。此承諾義務ガ債務ナル場合ニ於テ若シ申込受領者ガ任意ニ承諾ヲ爲サザルトキハ民法第四百十四條第二項及ビ民事訴訟法第七百三十三條ニヨリテソノ強制執行ヲ爲スコトヲ得(註一)。

承諾ノ要件

二 承諾ノ要件。

(註一) 法律上承諾義務ヲ認ムル例ハ獨占的企業ニ付テ之ヲ見ル(鐵道營業法六條公證人法三條、軌道規則一〇條)。民法第二六九條第一項ハ又承諾義務ヲ認メタルモノト解セザルベカラズ。申込者ノ意思ノミニヨツテ承諾義務ヲ定ムベカラザルハ上ニ述ベタルガ如シ。尙承諾義務ハ直接ニ承諾ノ意思表示ヲ爲スベキ債務ニハアラズシテ單ニ不承諾ヲ違法トスル間接義務ナルコトヲ得ベシ。其何レナルカハ法規ノ性質ニヨリテ之ヲ決定スルノ外ナシ。

承諾ヲ爲スコトハ申込受領者ノ權利ナリヤ或ハ單ニ法律上ノ可能ノ存スルニ過ギザルヤ、學說上多少議論アレドモ形成權ト解シテ支障ナカルベシ。

承諾ハ一個ノ意思表示トシテ意思表示一般ニ通ズル要件ヲ具備スルノ外尙特ニ左ノ要件ヲ備フルコトヲ要ス。

- (1) 申込ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス。之ヲ分説スレバ次ノ如シ。
- (イ) 申込ノ效力發生以前於テハ承諾アルベカラズ。申込ノ效力發生以前ニ爲シタル承諾ノ意思表示ハ申込ノ交叉ヲ生ズルモ民法所謂承諾ニハアラズ。
- (ロ) 申込者ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス。
- (ハ) 申込受領者ガ之ヲ爲スコトヲ要ス。

方法

(2) 承諾ノ方法。承諾ノ方法ニ付テハ制限ナキヲ原則トス。即チ承諾ハ不要式ノ意思表示タルヲ原則トス。此原則ニ對シテ二三ノ特則アリ。

(イ) 當事者ガ豫約其他ノ特約ニヨリテ承諾ノ方法ヲ限定シタルトキハ之ニ從フベキコト勿論ナリ。

(ロ) 申込者ガ承諾ノ方法ヲ限定シタルトキハ又之ニ從ハザルベカラズ。然レドモ申込者ガ承諾ノ方法ヲ定ムルモ常ニ必ラズ此意義ニ於テ承諾ノ方法ヲ限定スルモノト解スベカラズ。申込者ハ單ニ希望ヲ述ブルニ止マルコトアリ又承諾者ノ便宜ノ爲メニ承諾ノ方法ヲ簡易ナラシムルコト尠カラザレバナリ。

申込者ガ承諾ノ方法ヲ限定スルハ敢テ此方法ニヨリテノミ承諾スベキ義務ヲ申込受領者ニ負擔セシムルニアラズ。此方法ニヨリテノミ承諾ヲ爲スコトヲ得ベキ特殊ノ制限セラレタル效果ヲ有スル申込ヲ爲スニ止マルモノナルガ故ニ民法ニ特ニ明文ナシト雖モ解釋上其效力ヲ認ムベキコト明ナリ(註二)。

(註二) 例ヘバ申込者ガ承諾ノ通知ハ電報ニ依ルベシト定メタル場合ニ若シ必ラズ電報ニ依ルコトヲ要スルノ趣旨ナルトキハ其他ノ方法ニヨリテ承諾ノ通知ヲ爲

四〇
スモ契約ハ成立セズ之ニ反シテ成ルベク電報ニ依ルベシトイフ希望ヲ示スニ過
ギザルトキハ其他ノ方法ニヨリタル場合ニモ契約ハ成立ス。

(ハ) 承諾ノ方法ニ付テ取引上特殊ノ制限アルトキハ原則トシテ之ニ從フコトヲ要ス。サレド申込者ガ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ固ヨリ之ニ從フ。
(ニ) 申込者ノ意思表示又ハ取引上ノ慣習ニヨリ承諾ノ通知ヲ要セザルモノトスル場合ニ付テ民法ハ特則ヲ設ケタリ(五二六條)。此場合ニ於テハ意思表示タル承諾ハ存在セザルモノト解スルヲ正當トスルガ故ニ次項ニ於テ之ヲ説明セントス。

承諾ノ内
容

(3) 承諾ノ内容ハ申込ノ内容ト一致スルコトヲ要ス。
(イ) 承諾ノ内容ハ申込ノ内容ト客觀的ニ主要ナル點ニ付テノミ一致スルコトヲ以テ足レルニアラズ。苟モ申込者ガ契約ノ要素ト認メタル一切ノ點ニ付テハ意思表示ノ合致アルコトヲ要ス。

(ロ) 申込ニ條件ヲ附シ其他變更ヲ加ヘタル承諾ハ申込ノ拒絶ト共ニ新ナル申込ヲ爲シタルモノト看做ス(五二八條)。此ノ如キ承諾ニヨリテ契約ノ成立セザルハ理

承諾ヲ爲
シ得ル時
期

論上當然ナリト雖モ民法ガ之ニ新ナル申込タル効力ヲ認メタルハ普通ノ場合ニ於ケル承諾者ノ意思ヲ基礎トシ且申込者(承諾受領者)ヲ保護センガ爲メニ設ケタル便宜規定ニ外ナラズ。

三 承諾ヲ爲シ得ル時期。

(1) 承諾ニヨリテ契約ノ成立スルガ爲メニハ承諾ノ意思表示ガ之ヲ爲シ得ル時期ニ爲サレタルコトヲ要ス。

承諾ヲ爲シ得ル時期ハ即チ申込ノ効力ヲ有スル時期ナリ。申込ガ其効力ヲ失ヒタル後ニ於テハ承諾ノ有效ニ成立シ得ベカラザルコト言フ俟タズ。

(2) 遅延シタル承諾ハ當然承諾タル効力ヲ有セザルモ尙次ニ述ブル特殊ノ効力ヲ生ズ。

(イ) 延着シタル承諾ハ申込者ノ延着通知義務ノ懈怠ト相結合シテ期間内ニ到達シタル承諾ト同一ノ効力ヲ有ス(五二二條)。此點ニ付テハ上ニ述べタリ。

(ロ) 遅延シタル承諾ハ申込者ニ於テ之ヲ新ナル申込ト看做スコトヲ得(五二三條)。
(3) 此ニ謂フ遅延シタル承諾トハ主トシテ承諾期間經過後(五二一條ノ承諾期間以後)又ハ商法二七〇條ノ

遅延シ
タル承諾

相(當期)ニ發送セラレタル承諾ヲ指稱スルモノナリ。然レドモ適當ノ時間ニ發送セラレタルニ拘ハラズ延着シタル承諾ニ付テモ全ク適用ナキニアラズ若シ申込者ガ其適當ノ時期ニ發送セラレタルモノナルコトヲ知り得ベカラザルトキハ尙本條ノ適用アルコト明瞭ナリ。唯申込者ガ適當ノ時期ニ發送セラレタルコトヲ知り得ベキ延着承諾即チ第五百二十二條ノ要件ヲ備ヘタル延着承諾ニ付テハ申込者ハ延着通知ヲ發セザルコトニヨリテ契約ヲ有效ニ成立セシムルコトヲ得ルヲ以テ更ニ本條ニ依リテ延着承諾ヲ新ナル申込ト看做シ、契約ヲ成立セシムルノ權能ヲ認ムル必要ナシ。

(b) 遅延シタル承諾ハ獨逸民法(條一五項)ト異リ當然新ナル申込タルノ效力ヲ有スルニアラズ、申込者ガ遅延シタル承諾ヲ新ナル申込ト看做ス權利ヲ有シ、此權利ノ行使セラレタルトキ新ナル申込トナルモノトス。

申込者ガ遅延シタル承諾ヲ新ナル申込ト看做スコトヲ得ベキ期間ニ付テハ、法典上特ニ制限ナシ。從ツテ一種ノ形成權タル新申込ト看做ス權利ノ時効期間二十年ヲ經過スルマデ申込者ハ何時ニテモ此權利ヲ行使シ得ルガ如シ。然

レドモ此ノ如キ結果ハ舊承諾者ノ意思ニ反シ從ツテ法典ガ第五百二十三條ヲ設ケタル趣旨ニ背馳スルコト明ナルガ故ニ解釋上之ヲ是認シ難シ。故ニ若シ舊承諾者ガ一定ノ期間ニ限リテ契約ヲ成立セシメントスル意思ヲ表示セルトキハ固ヨリ此期間内ノミ夫ノ權利ノ存續スルモノト解スベク、又此ノ如キ意思明ナラザル場合ニ於テモ相當ノ期間ヲ經過シタル後舊申込者ガ夫ノ權利ヲ行使シタルトキハ第五百二十四條ノ類推適用ニヨリ舊承諾者ニ於テ申込ノ撤回ヲ爲シ得ルモノト解セザルベカラズ(註三)。

申込者ガ遅延承諾ヲ新申込ト看做シタルトキハ舊承諾ハ其時ヨリ申込タルノ效力ヲ生ズルニアラズシテ始ヨリ申込タリシト同一ノ效力ヲ生ズルナリ。蓋シ法典ガ第五百二十三條ヲ設ケタルハ申込ト承諾トガ自動的タルト他動的タルトノ點ニ於テハ差異アレド本質ニ於テハ差異ナキコトヲ理由トシ承諾ヲ以テ申込ト看做スモ承諾者ノ意思ニ反スルコトナシト認メタルガ故ナレバナリ。從ツテ其新申込ニ對スル承諾期間及ビ第五百二十四條ノ拘束力存續期間ハ其ニ舊承諾ノ爲サレタル時ヨリ之ヲ起算スベキモノトス(註四)。

(註三) 末弘氏(七一頁)ハ承諾者が一定ノ期間ニ限リテ當該ノ契約ノ成立ヲ希望スルモノト認メ得ベキ場合ニ付テ同一ノ見解ヲ述ベ、其他ノ場合ニ及バズ。然レドモ民法ガ申込ニ付テ承諾期間ノ定アル場合(五二一條)ト定ナキ場合(五二四條)トテ區別スルガ如ク、承諾者ノ承諾ニ付テモ此二個ノ場合ヲ區別セザルベカラズ、而シテ此問題ニ付テ最モ問題トナルハ後ノ場合ナリ。後ノ場合ニ付テ第五百二十四條ヲ其儘ニ適用スルニ付テ一ノ支障アリ、蓋シ舊申込者が舊承諾ヲ新申込ト看做スニ當リテハ直チニ之ニ對スル承諾ヲ爲スチ常トスベク、而シテ第五百二十四條ノ撤回ハ承諾前ニ被申込者ニ到達スルコトヲ要スルモノナレバナリ。故ニ余ハ民法ガ申込ノ拘束力ヲ永續セシメザル趣旨ニ基キ此場合ニ第五百二十四條ヲ類推適用セントス。立法論トシテハ、遲滯ナク申込ト認ムル意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テノミ其意思表示ノ效力ヲ認ムル趣旨ヲ法文ニ明ニスルヲ可トス。

(註四) 石坂氏(一八七二頁)ハ此場合ニ新ナル申込ト看做サレタル申込ハ常ニ承諾期間ノ定ナキモノトシ、末弘氏(七二頁)ハ一定ノ期間ニ限リテ契約ヲ成立セシメントスル意思アリト認ムベキ場合ニハ承諾期間アルモノトス。余ハ後ノ見解ヲ採ル。例ヘバ舊承諾者が舊申込ニ對シテ承諾ヲ爲スト同時ニ此書狀到達後五日以内ニ必ラズ注文ノ物品ヲ發送スベシト附言シタル場合ニ於テ其承諾通知ガ遲延シ、舊申込者ガ之ヲ新申込ト看做シタルトキハ其申込ハ五日間トイフ承諾期間ヲ有スベシ。

承諾ノ效力發生時期

發信主義カ到達主義

(c) 此規定ヲ設ケタル立法上ノ理由ハ承諾者ノ意思ニ適スルコトヲ常トストイフニアリ敢テ公益上ノ理由ニ基クニアラズ。故ニ承諾者ガ其承諾ノ意思表示ヲ爲スニ當リテ反對ナル意思ヲ表示シタルトキハ之ニ從ハザルベカラズ。

四 承諾ノ效力發生時期。

承諾ノ意思表示ノ效力發生時期ニ付テ民法ハ第五百二十六條第一項ノ規定ヲ設ケタリ。此規定ニ付テハ民法第九十七條及ビ五百二十一條等ノ關係ニ於テ研究ヲ要スルモノ尠カラズ。

(1) 第五百二十六條第一項ハ「隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立ス」ト規定ス。此規定ニヨリ承諾ノ意思表示ノ效力發生時期ニ付テハ民法ハ所謂發信主義ヲ採リ民法第九十七條ノ原則ニ從ハザルコト明ナリ(通説)。或ハ此規定ハ契約ノ成立ノミニ關シ承諾ノ意思表示ノ效力發生時期ニハ何等ノ關係ナキモノト解スル學說無キニアラズ(神戶氏、民法全書第 八卷五二六條參照)。固ヨリ本條ハ一見契約ノ成立ノミニ關スルガ如シト雖モ、契約成立ノ時期ハ承諾ノ意思表示ノ效力ヲ生ズル時期ニ外ナラザルヲ以テ本條ハ契約成立ノ時期ヲ規定スルト同時ニ

又當然承諾ノ效力發生時期ヲ規定スルモノト解セザルベカラズ(註五)。

(註五) 神戸氏が承諾ノ意思表示示ソノモノト契約トヲ區別スベキモノトスルハ固ヨリ正當ナリ。然レドモ契約ノ成立スルガ爲メニハ承諾ノ成立シタルコトノミヲ以テ足り其効力ヲ生ジタルコトヲ要セズト論ズルハ其論據薄弱ナリ。同氏ハ契約ノ成立スルガ爲メニハ合意ノ成立スルコトヲ要シ、而シテ合意ノ成立スルガ爲メニハ合意ニ關スル主觀的認識又ハ影クトモ其認識ト同一視セラルベキ意思表示ノ到達ナル事實ノ存在スルコトヲ要スルモノトス。然ラバ同氏ノ說ニ依ルモ契約ノ成立スルガ爲メニハ承諾ノ到達シタルコト即チ其効力ヲ生ジタルコトヲ要スルニアラズヤ。吾人ノ如ク契約ノ成立ニハ合意ノ成立ニ對スル認識ヲ必要トセザルモノトスルモ、合意ノ成立ソノモノヲ要スルハ明ニシテ、又合意ノ成立スルガ爲メニハ申込承諾共ニ其効力ヲ發生シタルコトヲ要スルヲ以テ契約成立ノ時期ハ承諾ノ効力發生時期ナリト解スルヲ正當トス。神戸氏ハ瑞西債務法(一〇)條二項ガ申込到達ノ時ヲ以テ契約ノ効力發生時期ト爲シタルヲ引用シテ自說ノ論據ノ一トス。然レドモ此規定ハ合意ノ成立セザル時ヨリ契約ノ効力ヲ生ゼシムルモノニシテ理論上ノ理由ナシ探ツテ以テ範ト爲スニ足ラズ。

(2) 第五百二十六條第一項ノミニ依ルトキハ我民法ハ承諾ニ付テ無條件ナル發信主義ヲ採リタルモノ、如シト雖モ、所謂發信主義ノ效果ハ第五百二十一條ニ

發信主義ニ對スル制限

從來ノ學說

ヨリテ著大ナル制限ヲ受ク。其制限ノ意義從ツテ承諾ノ効力發生時期ニ關スル我民法ノ主義ニ付テハ均シク發信主義ヲ採ル學者ノ間ニモ頗ル議論アリ。先ヅ從來存シタル學說ノ大要ヲ述ベ次ニ卑見ヲ陳ベントス。

(イ) 承諾ハ發信ト同時ニ確定的ニ其効力ヲ生ジ、承諾ノ到達スルヤ否ヤハ契約ノ成立ニ關シテ何等ノ關係ナキヲ原則トス、然レドモ申込者ガ承諾期間ヲ定メタルトキハ申込者ハ其期間内ニ承諾ノ通知ガ申込者ニ到達スルコトヲ以テ契約成立ノ要件トナシタルモノナレバ此場合ニ於テハ契約ハ承諾ノ發信ノミニテハ未ダ確定的ニ成立セズ到達ヲ以テ未必條件トスルモノニシテ其到達アルトキハ承諾發信ノ時ヨリ契約ハ其効力ヲ生ズルモノトス(橫田氏、六七頁、土方氏、債權原四論、八一頁、九六頁)。

此說ハ申込者ガ承諾期間ヲ定ムルコトヲ以テ單ニ承諾ヲ爲スベキ期間ヲ定メタルニアラズシテ承諾通知ノ到達ナクバ契約ヲ成立セシメズトイフ意思表示ヲモ包含スルモノト解シ、民法第五百二十一條ハ此趣旨ニ基ケルモノナルガ故ニ此場合ニ限り承諾通知ノ到達スルコトハ契約ノ成立要件ナリト解スルモノナリ。然レドモ申込者ガ承諾期間ヲ定ムルハ申込ノ實質的効力即チ承諾適格

ノ存續期間ヲ定ムルニ過ギズ。民法第五百二十一條ノ趣旨モ亦コ、ニ存スルコト明ナリ。故ニ此場合ニ限リテ申込者ニ承諾ノ到達ヲ以テ契約成立ノ要件ト爲ス意思アリトナシ、其他ノ場合即チ第五百二十四條ノ場合ニハ此意思ナキモノトシテ全ク異レル結果ヲ認ムルハ正當ニアラズ。尙此論者ガ未必條件トイフヲ解シテ停止條件ヲイフモノトセバ次說ニ對スルト同一ノ非難アリ。

(ロ) 第五百二十六條ニ依レバ契約ハ承諾發信ノ時ニ成立シ、從ツテ承諾ハ此時ヨリ效力アルモノト言ハザルヲ得ズ。然レドモ第五百二十一條ニ依レバ承諾ノ到達ヲ要シ、又第五百二十四條ノ場合ニモ法文ハ「申込者ガ承諾ヲ受クルニ相當ナル期間」トイフガ故ニ又承諾ノ到達ヲ以テ契約成立ノ要件トスルモノトイハザルヲ得ズ。此矛盾ヲ調和スルガ爲メニハ承諾ハ到達ヲ以テ法定ノ停止條件トスルモノニシテ、到達ノ時ニ承諾ノ效力ヲ生ジ、其效力ハ既往ニ遡及スルモノト爲サルベカラズ(石坂氏一八七四頁以下)。此說ハ承諾期間ノ定メアリヤ否ヤニヨリテ差異ヲ設ケザルガ故ニ大ニ前說ト異リ、又到達主義ヲ採レルモノト解スル神戸氏ノ說トハ結果ニ於テハ同一ナレド法定ノ停止條件トイフコトニヨリテ承諾

ノ效力ノ遡及ヲ認ムルニ於テ之レト異レリ。之レ余ガ此說ヲ尙發信主義說ニ算スル所以ナリ。

承諾期間ノ定アル申込ト其定メナキ申込トノ間ニ著シキ差異ヲ認メザルノ點ニ於テ余ハ此說ニ贊ス。然レドモ到達ヲ以テ法定ノ停止條件ナリト解スルハ次ノ二個ノ理由ニヨリ我法典上不當ナリト信ズ。

(a) 到達ヲ以テ停止條件ナリトスルハ承諾ハ發信ト同時ニ成立スルモ發信ニヨリテハ未ダ其效力ヲ生ゼズトナスモノナリ。故ニ第五百二十六條第一項ニヨリ契約ガ承諾ノ發信ト同時ニ成立スルノ理ハ擬制ニヨルニアラザレバ之ヲ説明シ難シ。

(b) 第五百二十七條ニ依レバ承諾ハ發信ト同時ニ其效力ヲ生ズルモノト爲サルベカラズ。蓋シ同條ニ依レバ申込撤回ノ意思表示ガ承諾發信後ニ到達シタルトキハ假令承諾到達前ニ到達スルモ撤回ハ其效力ナク契約ハ成立スルモノナレバナリ。

(ハ) 承諾ハ發信ト共ニ確定的ニ效力ヲ生ジ、承諾期間ノ定アル申込ニ付テモ承諾

ノ效力ハ其到達ニ關係ナシ。唯此種ノ申込ニ付テハ第五百二十一條ノ特則アリ、承諾期間内ニ承諾ノ到達ナキトキハ申込ノ效力消滅スルガ故ニ、契約ノ成立セザルモノトス。之レ末弘氏ノ新ニ主張スル學說ナリ(同氏一〇七頁)。此說ハ第五百二十一條ノ字句ノミヨリ論ズルトキハ正當ナルガ如シト雖モ理論上之ヲ採リ難シ。若シ承諾期間内ニ承諾ノ通知ヲ發シタル場合ニ承諾ガ確定的ニ效力ヲ有スルモノトセバ、此時ニ申込ハ其效力ヲ有スルコト明ナルガ故ニ、契約ハ確定的ニ成立スベシ。契約ガ確定的ニ成立スルトキハ申込ハ既ニ獨立的存在ヲ失フヲ以テ從ツテ爾後申込ノ效力ノ消滅ヲ認ムベキ餘地ナシ。故ニ法典ガ爾後承諾ガ期間内ニ到達セザル場合ニ付キ申込ノ效力ノ消滅スルコトヲ認メタルハ承諾ノ發信ノミニヨリテハ契約ハ未ダ確定的ニ成立セズ即チ承諾ノ效力ハ未ダ確定的ニ發生セザルコトヲ前提トシタルモノト言ハザルベカラズ。

(ニ) 余ハ以上諸說ト異リ、承諾ハ發信ニヨリテ直チニ其效力ヲ生ズルモ其效力ハ確定的ニアラズ、爾後承諾ガ全然到達セズ又ハ承諾期間内ニ到達セザルトキハ承諾ハ初メヨリ效力ヲ生ゼザリシモノトス。承諾ノ到達ヲ以テ承諾ノ效力發

專見

承諾ノ效力發生ノ時期ニ關スル民法ノ主義ノ結果

生要件ト解スルコトナキヲ以テ契約ガ承諾發信ノ時ニ成立シ、又承諾ノ發信後申込ノ撤回ヲ許サルノ理ハ容易ニ之ヲ説明シ得ベシ。又不到達ヲ以テ承諾ノ效力ヲ初メヨリ消滅セシムル事實ナリト解スルガ故ニ第五百二十一條モ亦矛盾ナク之ヲ説明シ得ベシ。而シテ承諾期間ノ定メアル場合ト其定メナキ場合トニ付テ多ク差異ヲ認メザルハ承諾ノ通知ガ一定ノ期間内ニ到達スルコトヲ要スルヤ否ヤニ付テハ兩者ノ間ニ差異アレド、本來承諾通知ノ到達ヲ要スルヤ否ヤ、到達ナクトモ契約ヲ成立セシムベキヤ否ヤノ點ニ付テ兩者ノ間ニ差異ヲ設クルハ正當ニアラザルモノト信ズルガ故ナリ(註六)。

(註六) 拙稿「承諾ノ效力發生時期」新報二六卷九號。余ノ說ハ到達ヲ以テ解除條件ナリト解スル說ト結果ニ於テ異ルコトナシ。解除條件說ハ獨逸舊商法三二〇條、三二一條ニ付テ停止條件說ト相並ビテ學者ノ稱ヘタル所ニシテ、我民法ニ付テハ梅博士ノ說之ニ近シ(梅氏債權各論講義錄六〇頁)。余ガ條件トイフ語ヲ用ヒザルハ民法總則ニ謂フ所ノ條件ト其性質ヲ異ニシ、條件ノ規定ノ之ニ適用又ハ準用セラレバキモノ絶無ナレバナリ。

(3) 承諾ノ效力發生時期ニ付テ我民法ノ採リタル主義ヲ明ニスルガ爲メニ其結果ヲ略述セントス。

(イ) 契約成立ノ時期ハ承諾發信ノ時ナリ。從ツテ債權契約ニ於ケル債權成立時期、物權契約ニ於ケル物權移轉設定ノ時期ハ皆承諾發信ノ時ナリ。

(ロ) 純粹ナル發信主義ヲ採ルトキハ發信後承諾ノ到達スルト否トヲ問ハズ承諾ハ其效力ヲ有ス。我民法ニ於テ此結果ノ生ゼザルハ上述ノ如シ(註七)。

(註七) 末弘氏ハ之ニ反シ承諾期間ノ定ナキ申込ニアリテハ承諾通知ガ全然到達セザル場合ニ於テモ尙契約ノ成立スルモノトス(同氏、一一二頁)。余ハ不到達ヲ以テハ、其效力ヲ消滅セシムル事由ト解スルガ故ニ承諾者ガ契約ノ成立シタルコトヲ證明セシムルコトヲ證明スルヲ以テ足ル。若シ之ニ對シテ申込者ガ契約ノ不成立ヲ證明セントセバ承諾ノ不到達ヲ證明セザルベカラズ。其不到達ノ證明ハ頗ル困難ナルガ故ニ結果ニ於テ余ノ説ハ寧ロ末弘氏ノ説ニ近ク停止條件説ト大ニ異ル。

(ハ) 純粹ナル發信主義ニ依ルトキハ發信後到達前ニアリテモ意思表示ヲ撤回スルコトヲ得ズ、即チ撤回ノ意思表示ガ承諾ノ意思表示以前ニ到達スルモ承諾ノ效力ヲ妨ゲザルモノトス。我民法ハ發信主義ノ此結果ヲ認ムルヤ否ヤ、解釋上議論ノ存スル所ニ屬ス。(a) 到達主義ヲ採ル學者ガ撤回ノ有效ナルコトヲ認ム

ルハ寧ロ當然ナリ(前掲戸氏)。(b) 發信主義ヲ採ルモ到達ヲ以テ停止條件ナリト解スル學者ハ又撤回ノ有效ナルコトヲ認ム(前掲石坂氏)。(c) 余ハ之ニ異リ承諾ハ發信ニヨリテ當然其效力ヲ生ジ、唯不到達ニヨリテノミ其效力ヲ妨ゲラル、モノト解スルガ故ニ、發信後ニ於テハ之ヲ撤回スルコトヲ得ザルモノト解ス。蓋シ通知ノ不到達ト意思表示ノ撤回トハ理論上及ビ實際上之ヲ同一視スルコトヲ正當トセザルガ故ナリ(註八)。

(註八) 石坂氏ハ撤回ヲ認ムル理由トシテ「承諾ノ通知ガ到達セザル場合ニハ承諾ハ其效力ヲ生ゼズ而シテ承諾ノ通知ガ到達セザル原因ノ如何ハ之ヲ問ハサルガ故ニ撤回アリタル場合ニハ承諾ノ通知ハ到達セザル者ト爲サレバカラズ」ト述ブ(一八八二頁)。然レドモ承諾ノ不到達ト撤回ノ到達トハ性質ナ異ニス、撤回ノ通知ト承諾ノ通知トガ同時ニ到達スルトキハ、申込者ハ承諾者ガ現在ニ於テハ契約ヲ締結セシメントスル意思ヲ有セザルコトヲ知ルモ之レト同時ニ一旦契約締結ノ意思ヲ表示シタルコトヲ知ルベク之ニ反シ不到達ノ場合ニハ此意思表示モ亦相手方ノ實力内ニ入ラズ相手方ノ了知セザルモノナリ。實際上ヨリ云ハバ撤回ヲ認ムルニヨリ不當ニ承諾者ヲ保護スルコト、ナル。不到達ニヨリ契約ノ成立ヲ認メザルハ寧ロ申込者ヲ保護スルモノナリ然ルニ撤回ヲ認ムルハ承諾者ヲ保護

スルコト、ナル。故ニ不到達ト撤回トヲ以テ同一ナリト云フヲ得ズ。殊ニ法典ハ承諾ノ發信後ニ於テハ申込ノ撤回ヲ認メズ(五二七條)故ニ承諾ノ撤回モ亦之ヲ認メザルヲ正當トス。同說、梅氏、民法原理三五三頁、末弘氏、一一二頁。

(4) 承諾ノ效力發生時期ニ關スル民法第五百二十六條第一項ノ規定ハ固ヨリ強行法規ニアラズ。故ニ當事者ガ之ニ付テ契約ヲ爲シタル場合ハ勿論、申込者ガ此點ニ付テ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦之ニ從フモノトス。蓋シ申込者ガ承諾ノ方法、契約ノ内容其他契約成立ノ要件ニ付テ特殊ノ定メヲ爲シタル場合ニハ承諾ハ常ニ之ニ從フコトヲ要スルモノナレバナリ。

民法ガ意思表示ノ效力發生時期ニ付テ原則トシテ受信主義ヲ採用シタルニ拘ハラズ承諾ノ效力發生時期ニ付テ發信主義ヲ採リタルハ債權契約ノ成立ニ關シテハ特ニ敏速ヲ尙ビ、承諾者ヲシテ速ニ契約ノ成立時期ヲ確知セシムル必要アルガ爲ナリト言フ。其當否ニ付テハ學者間議論アリ。上ニ述べタルガ如ク我民法ノ主義ヲ解スレバ、立法上ノ體裁ヲ別問トシ、實際上ニ於テハ多ク支障ナカラシム(註九)。

(註九) 石坂氏(一八八六頁)ハ之ヲ非トシ、中島氏(釋義一卷九七條)末弘氏(一一三頁)ハ之

ヲ是トス、又梅氏(原理三四二頁)ハ發信主義ヲ原則トスベキモノトス。

(5) 對話者ニ對スル意思表示ニヨリテ承諾ノ爲サレタル場合ニ付テハ法典ニ特別ナシ。從ツテ普通ノ意思表示ニ於ケルト同一ノ原則ニ依リテ其效力發生時期ヲ決定セザルベカラズ。而シテ對話者ニ對スル意思表示ニ付テハ常ニ了知ノ時ヲ以テ其效力發生時期ト解スル學者尠カラズト雖モ相手方ガ故意又ハ過失ニヨリテ了知ヲ妨ゲタル場合ニハ客觀的ニハ了知可能ノ状態ヲ生ズルモノナルガ故ニ、第九十七條第一項ノ類推適用ニヨリ意思表示ノ效力ヲ發生セシムベキモノト解ス(註十)。

隔地者ニ對スル承諾ト對話者ニ對スル承諾トヲ區別スルハ固ヨリ承諾ノ意思表示ソノモノヲ以テ其標準トス、申込ガ隔地者關係ニ於テ爲サレタリヤ對話者關係ニ於テ爲サレタリヤハ之ヲ問ハズ。

(註十) 同說、拙著、全書二卷九七條、二〇七頁、中島氏釋義一卷九七條、平沼氏、總論、五〇四頁、穂積氏、總論下、五〇頁、末弘氏、一〇五頁。反對、富井氏、原論、一卷、三八八頁、橫田氏、各論、五三頁、石坂氏、一八八六頁。

第三項 其他ノ方法ニヨル契約ノ成立

交叉申込

契約ハ申込及ビ承諾ノ二個ノ意思表示ニヨリテ成立スルヲ常トス。然レドモ亦其他ノ方法ニヨリテ契約ノ成立スルコト無キニアラズ。次ノ如シ。

一 申込ノ交叉。甲ガ乙ニ對シテ契約ノ申込ヲ爲シタル場合ニ乙モ亦甲ニ對シテ之レト同一ノ内容ヲ有スル契約ノ申込ヲ爲スコトアリ。之ヲ申込ノ交叉又ハ申込ノ吻合 (Kreuzofferte) ト言フ。

(1) 交叉申込ニ因リテ契約ノ成立スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ法律ニ明文ナキヲ以テ解釋上多少ノ議論アリ。然レドモ積極説ヲ正當トス。蓋シ交叉申込ニ於ケル後ノ申込ヲ以テ承諾ナリト解スルハ正當ニアラズト雖モ民法ガ申込承諾ノ方法ニヨル契約成立ノ場合ニ付テノミ規定ヲ設ケタルハ契約成立ノ方法ヲ此方法ノミニ制限シタルモノト解スベカラズ而シテ申込ノ交叉ノ場合ニ於テモ意思表示ノ客觀的合致及ビ主觀的合致ノ存スルコト明ナルガ故ニ理論上契約ノ成立ヲ認ムルヲ正當トスルノミナラズ、實際上ノ結果ニ於テモ亦此場

合ニ契約ノ成立ヲ認ムルヲ以テ妥當トスレバナリ(註一)。

(註一) 交叉申込以外ニモ契約ヲ締結セントスル兩個ノ意思表示ガ全ク同時ニ爲サル、コトアリ又兩個ノ意思表示ニ付テ時ノ前後ヲ區別シ難キコトアリ、例ヘバ要式契約ニ於テ契約ヲ組成スル意思表示ハ同時ニ爲サル、コトアリ、又普通ノ契約ニ於テモ對話者間ニ於テハ何レガ申込者ニシテ何レガ承諾者ナルカ明ナラザルコトアリ、之等ノ場合ニ於テ契約ノ成立ヲ認メザルハ實際上頗ル不當ナリ。我國ニ於テハ兩說殆ンド互角ノ勢ヲ有ス。積極説、石坂氏、一八〇二頁以下、川名氏、債權法要論五九〇頁、神戶氏、全書、八卷、一七六頁、同氏、合致論志林、一五卷一二號、末弘氏、一三頁。消極説、梅氏、要義五二六條、橫田氏、二四頁、村上氏、六〇頁。消極説ノ理由ニアリ。(イ) 申込ト承諾トハ同一ノ性質ヲ有スル意思表示ニハアラズ承諾ハ申込ニ對シテ爲サル、意思表示ナリ故ニ交叉申込ニ於ケル後ノ意思表示ヲ以テ承諾トナスハ正シカラズ(ロ) 申込ハ到達以前ニアリテハ取消スコトヲ得然ルニ交叉申込ニヨル後ノ申込ヲ承諾トナストキハ之ヲ取消スコトヲ得ザルニ至リ當事者ノ意思ニ反シテ契約成立ノ時期ヲ早カラシムト。然レドモ本文ニ言フガ如ク後ノ意思表示ヲ以テ承諾トナサルトキハ此非難ハ共ニ當ラズ。積極説ヲ採ル者ノ内、川名博士ハ此場合ニ於テモ第九七條ニ依リ後ニ到達シタル意思表示ヲ以テ後ニ爲サレタル意思表示トナシ、之ヲ以テ承諾ト爲スベキモノトス。然レドモ申込ト承諾トノ差異ハ單ニ時ノ前後ノミニ存スルニアラズ、承諾ハ申込ニ應ジテ爲サレタ

ルコトヲ要スルヲ以テ余ハ之ヲ探ラズ。交叉申込ノ場合ニモ客觀的ニハ意思表示ノ合致アリ且爾當事者共ニ相手方ノ意思表示ト結合シテ契約ヲ成立セシメントスル意思ヲ以テ其意思表示ヲ爲セルモノナレバ合意ノ主觀的要件モ亦之ヲ具備シ、從ツテ契約成立スルモノト解スルナリ。獨逸ニ於テモ學說歧レタリ、石坂氏前掲參照。

(2) 交叉申込ニヨリテ契約ノ成立スベキ時期ニ付テハ又多少ノ疑問アリ。後ノ意思表示ヲ以テ承諾ナリト解スル者ハ第五百二十六條第一項ニ從フベキモノトス(川名氏)。然レドモ理論上及ビ實際上此說ヲ採ルコトヲ得ザルハ上ニ述ベタルガ如シ。交叉申込ニ於ケル兩個ノ意思表示ヲ以テ民法所謂申込及ビ承諾ノ關係ニ立ツモノニアラズト解スルトキハ第九十七條ノ原則ニヨツテ兩個ノ意思表示ガ共ニ其效力ヲ生ジタル時ニ於テ契約ノ成立スルモノトナサザルベカラズ(同說、石坂氏前掲)。蓋シ契約成立ノ時期ハ合意成立ノ時期ニシテ合意成立ノ時期ハ兩個ノ意思表示ガ共ニ其效力ヲ生ズル時期ニ外ナラザレバナリ。

二 意思實現ニヨル契約ノ成立。申込者ノ意思表示又ハ取引上ノ慣習ニ依リ承諾ノ通知ヲ必要トセザル場合ニ於テハ契約ハ承諾ノ意思表示ト認ムベキ事

第五百二十六條第二項ニ於テ成立スル契約ノ

實アリタル時ニ成立ス(五二六項)。

(1) 承諾ノ意思表示ト認ムベキ事實ト言フハ外部ヨリ承諾意思ノ存在スルコトヲ推斷スルニ足ルベキ客觀的事實ヲ謂フ。承諾意思ガ申込者ニ對シテ表示セラレタルコトヲ要セザルノ點ニ於テ一般ノ場合ト異レリ。此場合ニ於テ尙承諾ノ意思表示アリト爲スベキカ或ハ承諾意思ノ實現アルモ所謂意思表示ニハアラズト解スベキカハ議論ノ存スル所ナリ。從來ハ默示ノ意思表示ナリト解スルヲ常トシタルモ近時意思實現ナリト解スル學說漸ク勢アリ。余ハ我民法ノ解釋上後說ヲ正シトス。蓋シ第五百二十六條第二項ノ要求スル所ハ單ニ承諾意思ノ存在ヲ推斷スルニ足ルベキ客觀的事實ニ止マリ承諾者ガ表示意思ヲ有スルコト即チ其事實ガ承諾意思ノ表示タルコトニ付テ承諾者ガ認識ヲ有スルコトヲ必要トセザルモノト解スルヲ正當トスルノミナラズ、實際上ノ結果ヨリイフモ亦此ノ如ク解スルヲ妥當ナリト考フルガ故ナリ(註二)。

(註二) 意思表示ナリトスル說、横田氏、六三頁以下、村上氏、一一六頁以下、末弘氏、九九頁。意思實現又ハ意思表現 (Willensbetätigung, Willensäußerung) ナリトスル說、石坂氏、一八八

九頁以下、神戸氏、五二六條、三一〇頁以下。法文ニハ「申込者ニ對スル通知」ヲ要セズ
 シテ契約成立ストイフニアラズシテ「承諾ノ意思表示ト認ムベキ事實」アリタルト
 キニ契約成立ストイフナリ。故ニ通知ヲ不要トスルニ止マリ、其事實ヲ作ルニ際
 シテハ其事實ノ表示價值ヲ認識セルコトヲ要スルモノト解スルハ正當ニアラズ、
 苟モ客觀的ニ承諾意思アリト認ムベキ事實アラバ、此事實ニ付キ主觀的要件ヲ要
 セザルナリ。蓋シ承諾ノ意思表示ト認ムベキ事實ハ承諾ノ意思表示ソノモノニ
 ハアラザレバナリ。又實際上ヨリ言ヘバ、注文ニ應ジテ直チニ物品ヲ送付スル場
 合、又ハ客室ノ注文ニ應ジテ之ヲ準備スル場合ニ被申込者ガ之等ノ行為ヲ爲スニ
 付キ承諾意思ノ表示タルコトヲ自覺シ又ハ欲シタルコトヲ要ストセバ本條ノ適
 用範圍狹キニ失ス。意思實現説ヲ採ル學者即チ表示意思ヲ必要トセザルモノト
 解スル學者ノ間ニ於テモ、表示意思ノ意義ニ付テハ議論分ル。石坂氏ハ表示意思
 ナリテ「效果意思ヲ外部ニ知ラシムル目的」(Kundgebungsweck)ナリト解スルモ余ハ之
 ナ探ラズ、表示行為ノ表示價值ニ對スル自覺又ハ認識ナリトス、從ツテ第五百二十
 六條ノ解釋ニ付テモ承諾者ガ當該ノ事實ヲ成立セシムルニ當リ、承諾意思ヲ發表
 セントスル意思ヲ有シタルコトヲ必要トセザルハ勿論、當該ノ事實ガ效果意思ノ
 發表手段タルモノトナ知ラザルモ尙可ナリトス。

(2) 如何ナル事實ヲ以テ承諾意思ノ存在ヲ推斷スルニ適スルモノトナスベキカ
 ハ畢竟各個ノ場合ニ付テ之ヲ決定スルノ外ナシト雖モ申込受領者ガ契約ノ成

立ニ因リテ負擔スベキ債務ノ履行行為ヲ爲シタル場合、例ヘバ注文ヲ受ケタル
 物品ヲ發送シ又ハ委託ヲ受ケタル行為ヲ爲シタルガ如キ場合ニ於テハ此ノ如
 キ事實アルモノト爲サルベカラズ。又契約ノ成立ニ因リテ取得スベキ權利
 行使シタル場合、例ヘバ申込者ノ送付シタル物品(所謂現實申込)ヲ使用又ハ消
 費シタル場合ニ於テハ同一ニ解セザルベカラズ。蓋シ契約ニ因リテ成立スベ
 キ債務ヲ履行シ又ハ權利ヲ行使スル者ハ契約ノ成立セルコトヲ前提トシ即チ
 契約ヲ成立セシムベキ意思ヲ有スルモノト認ムベキモノナレバナリ(註三)。又
 契約上負擔スルコトアルベキ債務ヲ履行スルガ爲メニ準備行為ヲ爲シタルニ
 過ギザル場合例ヘバ客室ノ注文ヲ受ケタル旅館ノ主人ガ客室ノ掃除ヲ命ジタ
 ルガ如キ場合ニ於テモ此ノ如キ事實アリト解スベキコト無キニアラズ(註四)。

(註三) 編造ノ學者ハ履行行為 (Erfüllungshandlung) 及ビ領得行為 (Angegnungshandlung) ト稱シ
 テ此二者ヲ説明スルヲ常トス(石坂氏、神戸氏前掲)。余ハ履行行為ニ對比スベキ觀
 念トシテハ權利行使トイフヲ了解ニ便宜ナリト信ズ。

(註四) 被申込者ノ沈黙ハ原則トシテ承諾意思ノ存在ヲ推斷スベキ事實ニアラズ。
 若シ然ラザルトキハ被申込者ハ申込ニ對シテ拒絕ノ通知ヲ爲サレバ承諾シタ
 第一章 契約總論 契約ノ成立 意思實現ニヨル契約

承事始

ルモノト看做サル、結果トナルベシ。唯例外トシテ兩當事者ガ豫メ沈黙ヲ以テ承諾ノ意思表示ト認ムル契約ヲ爲セル場合及ビ兩當事者間ニ取引關係アリ拒絕ノ場合ニハ特ニ通知ヲ爲シ又ハ物品ヲ送還スル慣習アリタル場合ニ於テノミ沈黙ヲ以テ承諾ノ意思表示ト認ムベキ事實ト爲スコトヲ得。尙承諾ノ意思表示ト認ムベキ事實ナリヤ否ヤハ客觀的標準ニ基キテ之ヲ決スベク、申込者ガ或ル事實アラバ承諾ノ意思表示ト認ムベキ旨ヲ特ニ表示スルモ之ニヨリテ承諾意思ノ有無ヲ決定スルコトヲ得ズ。

意思實現ニヨリ契約ノ成立場合

- (3) 意思實現ニヨリテ契約ノ成立スルコトヲ得ル場合ハ法律ニ之ヲ限定セリ。
- (イ) 申込者ガ承諾ノ通知ヲ必要トセザル旨ノ意思表示ヲ爲セル場合。此意思表示示ハ如何ナル方法ニヨリテ爲サル、モ可ナリ又其表示ノ時期ハ必ラズシモ申込ト同時ナルコトヲ要セズ。申込ニ先テ之ヲ爲スモ或ハ申込ニ後レテ之ヲ爲スモ妨ナシ。
- (ロ) 取引上ノ慣習ニ依リ承諾ノ通知ヲ必要トセザル場合。此ニ謂フ慣習ハ事實タル慣習ニシテ慣習法タルコトヲ要スルニアラズ。然レドモ其效力ハ第九十二條ノ場合ト異リ申込者ガ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムベキ場合ナルコトヲ要セズ若シ事實タル慣習アリ申込者ガ反對ノ意思表示ヲ爲サハルトキハ當然其效力ヲ生ズルナリ。蓋シ法タル慣習ノ效力ヲ認ムルニ止マルトキハ法例第二條ノ外本條ヲ必要トスルノ理由ナク、又事實タル慣習ニ付テ第九十二條ノ效力ヲ認ムルニ止マルトキハ又本條ノ必要ナキガ故ナリ。而シテ其慣習ノ存在スルヤ否ヤハ事實問題トシテ之ヲ決スルノ外ナシ。又申込者ノ所在地ニ於ケル慣習ト申込受領者ノ所在地ニ於ケル慣習トノ間ニ差異アル場合ニハ前者ニ從フベキモノトス(註五)。

契約成立時期

- (註五) 同說、神戸氏、三八一頁、末弘氏一〇〇頁、獨法ニ付キOrtmann, zu § 151. 申込者所在地ニ慣習ナリバ申込者ハ承諾ノ通知ヲ豫想スベク、其通知ナクシテ契約成立スルトキハ不測ノ損害ヲ受クベシ。
- (4) 契約成立ノ時期ハ當該ノ事實ノ成立シタル時ナリ。故ニ其以後ニ於テハ固ヨリ之ヲ撤回スルコトヲ得ズ。申込者ガ其承諾ノ意思表示ト認ムベキ事實アリタルコトヲ知レリヤ否ヤハ之ヲ問フコトナシ(註六)。
- (註六) 獨法ニ付キ同說、Ortmann, zu § 151.
- (5) 此場合ニ於ケル申込ノ效力ノ存續期間ニ付テハ直接ニ第五百二十一條及ビ

第五百二十四條ヲ適用スルコトヲ得ズ。若シ申込者ガ此點ニ付テ意思表示ヲ爲シタルトキハ之ニ從フコト勿論ナルモ、然ラザル場合ニハ第五百二十一條及ビ第五百二十四條ヲ類推適用シテ其存續期間ヲ定ムベキモノト解ス。蓋シ承諾ノ通知ヲ爲スコトヲ要セザルモノトスル意思表示又ハ慣習ハ申込ノ效力存續期間トハ何等ノ關係ナキガ故ニ此點ニ付テハ普通ノ場合ニ於ケル申込ニ準ジテ之ヲ定ムルヲ正當トスレバナリ(註七)。

(註七) 從ツテ承諾期間アル場合ニハ其期間内ニ承諾ノ意思實現アルヲ以テ足ルベク承諾期間ノ定ナキ場合ニハ承諾ノ意思實現ヲ爲スニ相當ナル期間申込ヲ撤回スルコトヲ得ザルモノトス。同說、神戸氏、前掲。之ニ反シ末弘氏ハ申込者ノ意思ノ解釋ノミニヨルベキモノトス(一〇〇頁)。然レドモ其意思ノ不明ナル場合ニ於テ解決ヲ與フベキ何等カノ標準ナカルベカラズ。

第二款 契約成立ノ要件

第一項 内容ニ關スル要件

契約自由ノ原則

一 債權契約ノ内容ニ付テハ契約自由ノ原則 (Prinzip der Vertragsfreiheit) 行ハル。各種ノ契約ニ關スル法律ノ規定ハ物權法ニ於ケルガ如ク契約又ハ權利ノ内容ヲ制限スルモノニハアラズシテ唯便宜ノ爲メニ日常頻繁ニ行ハル、契約ニ付テ規定ヲ設ケタルニ過ギズ。故ニ法典ニ規定アル契約ニ付テ之ニ異ル特約アル場合及ビ法典ニ規定ナキ事項ニ付テ契約ヲ爲シタル場合ニ於テハ其當事者ノ意思表示ニ從ヒテ法律效果ヲ定ムルヲ以テ原則トス。

二 然レドモ債權契約ノ内容ニ付テ全ク何等ノ制限ナキニアラズ、可能、確定及ビ適法ハ總テノ法律行為ニ通ズル要件ニシテ且債權成立ノ要件ナルヲ以テ債權契約ニ付テ亦當然其要件タリ。

(1) 可能。

(イ) 不能ノ給付ヲ目的トスル契約ハ無効ナリ。此點ニ付テハ法典ニ規定ナシ。我民法ガ獨逸民法(六三條)ノ如ク此點ニ付テ特ニ規定ヲ設ケズ單ニ所謂後發の不能ノ債權ニ及ボス效果ヲ規定スルニ止メタルハ原始的不能ノ給付ヲ目的トスル契約ノ無効ナルハ當然言フ俟タザルモノトシタルニ因ル。蓋シ不能ノ給付

契約内容ノ客觀的要素

ソノモノヲ目的トスル債權ノ成立スルコトヲ得ザルハ理論上明ニシテ、債權ノ成立セザルコト當初ヨリ確定セル債權契約ハ當初ヨリ無効ナルベキコト言フ俟タザレバナリ。

不能ノ給付ヲ目的トスル契約ノ無効ナルハ論理上ノ必要ナリヤ否ヤ。之レ近時學者ノ争フ所ナリ。債權ハ直接履行ノ請求權ト損害賠償請求權トヲ有スルモノナルガ故ニ不能ノ給付ヲ目的トスル契約ニ付テ直接履行ノ請求權ノ成立スルコトヲ認ムルハ論理上不能ナルモ損害賠償請求權ノミノ成立スルコトヲ認ムルハ固ヨリ可能ナルガ故ニ、不能ノ給付ヲ目的トスル契約ヲ有效トシ此後ノ效力ノミノ發生ヲ認ムルハ論理上不能ニアラズ。然レドモ我法典上債權ガ直接履行請求權ト損害賠償請求權トノ兩者ヲ併有スルハ明ナルノミナラズ殊ニ直接履行請求權ハ債權ノ本體ニシテ損害賠償請求權ハ此本體タル請求權ノ擴張(運送賠償)又ハ轉換(填補賠償)タル性質ヲ有スルヲ以テ其基本タル請求權ノ成立不能ナルニ拘ハラズ之ヨリ流出スル請求權ノミノ成立ヲ認ムルガ爲メニハ法律ニ特別ノ規定アルカ又ハ當事者ノ意思表示ナカルベカラズ。我民法

ニハ此ノ如キ特別規定ヲ置カザルガ故ニ、不能ノ給付ヲ目的トスル契約ヲ有效トシ、之ヨリ損害賠償義務ノミノ發生スルコトヲ認ムル趣旨ニアラザルハ當然言フ俟タザル所トス(註一)(註二)。

(註一) 不能ノ給付ヲ目的トスル契約ノ無効ナルコトニ付テハ解釋上異論ナシ。判例亦然リ、大正三年一月二七日大審院判決、民録廿輯九九一頁。唯此ノ如ク解釋スル理由ニ付テ議論アルニ止マル。石坂氏、日本民法、一七八二頁同氏、民法研究、二卷二九二頁、川名氏、債權法要論、一一頁、末弘氏、債權各論、一一九頁、同氏、法協、三四卷三號六頁以下、岡松氏、無過失損害賠償責任論二四七頁以下。岡松氏ハ債務ハ義務(Folien 爲ス)ニシテ必然(Missen 爲ス)ニ必要ヲ含ムモノニアラザルガ故ニ、不能ノ給付ソノモノニ付テモ義務即チ債務ヲ負フコトハ不能ニアラザルモノトシ、而シテ客觀的不能ノ給付ヲ目的トスル契約ノ無効ナルコトヲ諸種ノ立法上ノ理由ニ基キ、此ノ如キ契約ノ效力ヲ認ムル法律上ノ必要ナシトイフノ點ニ求ム。然レドモ此ノ如ク立法上ノ理由ノミニ基キテ此ノ如キ契約ノ無効ナルコトヲ論斷スルハ正當ナル解釋論ナリヤ否ヤヲ疑フ。債務ガ義務ナルニヨリ客觀的ニ不能ナル事項ニ付テモ債務ハ觀念上成立シ得ベキモノトスルモ、我民法ハ後發的不能ノ場合ニ直接履行請求權ヲ消滅セシメ、從ツテ債權ガ直接履行請求權以外ノ内容ヲ有セザル場合即チ履行不能ガ債務者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ基ケル場合

ニハ債權ソノモノヲ消滅セシムルモノナルコト明ナルガ故ニ客觀的不能ノ給付ニ付テハ義務(Dolus)モ亦成立シ得ザルモノト認メタルモノト解スルヲ正當トス。此理由ニヨリテ原始的客觀的不能ノ給付ヲ目的トスル契約ノ無効ナルコトヲ論斷スルコトガ解釋論トシテハ正當ナルモノト信ズ。

(註二) 當事者ガ其給付ノ不能ナリヤ否ヤヲ確知セズ其不能ナルベキ場合ヲ豫想シテ當事者ノ一方ガ損害賠償債務ヲ負擔スベキコトヲ特約シタルトキハ之レ一種ノ擔保契約(Garantievertrag)ニシテ其有效ナルベキコト疑ヲ容レズ。

(ロ) 契約ヲ無効ナラシムル給付不能ハ所謂客觀的不能ニ限り所謂主觀的不能ハ契約ノ效力ニ影響ナシ。蓋シ我民法上履行不能ト稱スルモノハ客觀的ニ履行不能ト稱スルモノニ限り債務者ノ一身ニ存スル事由ノミニヨリテ履行ノ不能ナルモノハ之ヲ包含セザルモノト解スルヲ正當トスルガ故ニ所謂主觀的不能ノ給付ヲ目的トスル債權ハ尙履行可能ナル債權トシテ其存在ヲ認メザルベカラズ。從ツテ此ノ如キ債權ノ成立ヲ目的トスル契約ハ有效ナラザルベカラズ

(註三)。

主觀的不能ノ給付ヲ目的トスル契約ガ如何ナル效力ヲ有スルカニ付テハ又

主觀的不能ノ事項

議論アリ。一派ノ學說ニ依レバ債務者ニ過失アルト否トヲ問ハズ損害賠償義務ヲ生ズルモノトシ從ツテ此場合ヲ以テ所謂結果責任ノ一場合ニ屬スルモノトス(註四)。然レドモ我民法上結果責任ヲ認ムルニ付テハ法律ニ特別ノ規定アルヲ要シ而シテ我民法上此種ノ特則アリト解スルヲ得ザルガ故ニ之ニ從ハズ。余ハ主觀的不能ノ給付ヲ目的トスル契約ハ普通ノ契約ト同一ノ效力ヲ生ズルモノト解ス。從ツテ其債務ノ履行ガ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニヨリテ客觀的不能トナルカ或ハ債務者ノ履行遲滯ヲ生ジタル場合ニ於テノミ債務者ニ賠償責任アルモノトス。但シ履行不能又ハ履行遲滯ニ於ケル債務者ノ過失ハ敢テ契約以後ニ生ジタル事由ニ基ケルコトヲ要セズ契約ノ當時既ニ存シタル事由ニ因ルコトヲ妨ゲザルモノトス。例ヘバ語學ノ素養ナキ者ガ通辯ヲ爲ス債務ヲ負擔シ履行期ニ於テ之ヲ履行スルコト能ハザル場合ノ如シ。

(註三) 主觀的不能ノ給付ヲ目的トスル契約ノ有效ナル理由ニ付テ異說アリ。即チ岡松博士ハ不能ノ給付ヲ目的トスル給付義務ハ理論上常ニ有效ニ成立スルコトヲ得ルモ客觀的不能ノ場合ニハ債權者ヲ保護スベキ法律上ノ必要ナキニ反シ主

第一章 契約總論 契約ノ内容ニ關スル要件

觀的不能ノ場合ニハ、其必要アルガ故ナリトス(岡松氏、無過失損害賠償責任論二五四頁以下)。主觀的不能ノ給付ヲ目的トスル契約ニ付テハ不能ノ理由ハ債務者ノ一身ニ存スルモノナルガ故ニ債權者ハ之ヲ知ラザルコト多ク從ツテ契約ノ有效ナルコトヲ信ズルコト多カルベキガ故ニ其信賴ヲ保護スル理由ノ、客觀的不能ノ場合ニ比シテ、ヨリ強キコトハ疑ナ容レズ。然レドモ之レ亦立法上ノ理由ニ過ギズ。客觀的不能ノ場合ニ當事者ガ契約ノ有效ナルコトヲ信ズルモ尙其契約ハ無効ナルノミナラズ、主觀的不能ノ場合ニ債權者ガ偶々其給付ノ主觀的不能ナルコトヲ知ルモ尙契約ノ效力ヲ妨グルコトナシ。故ニ解釋論トシテハ直接ニ信賴保護ノミヲ理由トスルコトヲ得ズ。後發的不能ニ關スル民法ノ規定ニヨルトキハ我民法上不能トイフハ客觀的不能ニ限リ、主觀的不能ヲ包含セザルモノト解スルヲ正當トスルガ故ニ、原始的不能ノ場合ニ付テモ主觀的不能ハ我民法上不能ニアラズト解スルヲ正當トセン。夫ノ信賴保護ノ必要ハ此解釋ヲ採ルニ付キ間接ノ根據タルヲ得ルニ止マル。

(註四) 岡松氏前掲二五五頁。然レドモ履行遲滯ニ付テ過失ヲ要セズトスル岡松氏ノ說ハ同氏ノ所謂不及ノ抗辯ナルモノヲ認ムルニヨリテ始メテ之ヲ是認シ得ベク余ハ我民法上此ノ如キ抗辯ヲ認ムル根據ナキモノト信ズルヲ以テ之ニ從ハズ。

一部不能

(ハ) 一部不能ノ給付ヲ目的トスル契約ニ付テハ法典ニ規定ヲ缺ク。原始的の一部

不能ニ付テ規定ヲ缺クノミナラズ後發の一部不能ニ付テモ、契約解除及ビ買賣ニ關シテ規定アルニ止マル。故ニ買賣ニ關スル規定ノ適用又ハ準用セラルベキ場合ヲ除キテハ法律行為ノ一部無効ニ關スル民法總則ノ原則ニヨリテ之ヲ決定セザルベカラズ。然ルニ此點ニ付テモ我民法ハ獨逸民法(九條)ト異リ特殊ノ規定ヲ置カザルヲ以テ法律行為ノ性質ニ基キ當該ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思表示ヲ解釋シテ問題ヲ決定セザルベカラズ。而シテ當事者ガ法律行為ノ内容ヲ以テ可分トスルカ或ハ不可分トスルカニ付キ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テハ之ニ從フベキコト勿論ナルモ、此ノ如キ意思表示ナキ場合ニ於テハ契約ヲ爲シタル目的ニ從ヒテ之ヲ決定スベク、而シテ一部ノミニ依リテハ契約ヲモノト解スルヲ正當トスベシ(註五)。

(註五) 同說、石坂氏日本民法、一七八六頁、債權法大綱、二九三頁。余ハ從來反對ノ見解ヲ採レリ。

不能ト賠償問題

(ニ) 契約締結ノ際其内容タル給付ノ客觀的ニ不能ナルコトヲ知り又ハ之ヲ知ラ

ザルニ付テ過失アル當事者ハ善意無過失ナル相手方ニ對シテ之ニ因リテ蒙リタル損害ヲ賠償スル義務ヲ負フヤ否ヤ。之レイェリングガ契約締結上ノ過失 (culpa in contrahendo) ナル名稱ノ下ニ之ヲ研究シ契約上ノ注意義務ハ既ニ契約關係ノ存スル場合ノミナラズ將ニ契約ヲ締結セントスルニ際シテモ亦存在ストイヘル理論ニヨリテ賠償義務ヲ認メテヨリ多ク學者ノ論議スル所ニシテ、獨逸民法ハ明文ヲ以テ之ヲ認メタルモ(七三)我民法ハ此點ニ付テ規定ヲ設ケザルガ故ニ解釋上疑問タルヲ免レズ。余ハ從來契約締結上ノ過失ガ債務不履行トモナラズ、又不法行為トモナラザルコトヲ理由トシ、此過失ニ基ク損害賠償義務ヲ認メザリシモ、今ハ之ヲ改メ賠償義務ヲ認ムル學說ヲ採ラントス。蓋シ契約締結ノ際ニ於テ締結後ニ於ケルト同一ナル注意義務ヲ認ムルハ社會ノ需要ニ適スルモノニシテ又債權法ヲ支配スベキ信義ノ原則ニ適スルモノナルガ故ナリ(註六)。

(註六) 法規適用ノ論トシテハ契約締結ノ自由ニ對スル不當ナル干渉トシ七一〇條ヲ適用スルノ外ナカルベシ、同說、末弘氏、債權各論、一一一頁以下。法協三四卷四號

四七頁以下。立法論トシテハ契約締結上ノ過失ニ付キ特別規定ヲ設ケルチ可トス。尙我國ニ於ケル通說ハ之ヲ認メズ、石坂氏、民法研究二卷二九四頁。

(2) 確定。契約ノ内容ハ全然確定セルコトヲ要セザルモ確定シ得ベキモノナルコトヲ要ス。即チ債權契約ノ效果トシテ當事者ノ爲スベキ給付ハ確定シ又ハ確定シ得ベキモノナルコトヲ要スルナリ。

(3) 適法。契約ノ内容ハ強行法ニ反セザルコトヲ要シ且公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セザルコトヲ要ス。其意義ハ民法總則ニ於テ研究セラレベキ所ナリ。

三 上ニ述ベタル可能、確定及ビ適法ハ皆契約ノ内容ソノモノニ關スル要件ナリ。契約ノ動機即チ緣由ハ契約ノ要素ニ屬セザルガ故ニ、動機ノ可能、確定又ハ適法ナルコトハ契約ノ要件ニ屬セズ。而シテ一定ノ事項ガ契約ノ内容ニ屬スルヤ或ハ動機タルニ止マルカハ當事者ノ意思表示ニヨリテ之ヲ決定スベキコト法律行為ノ性質上明ナリ。

第二項 合意ノ成立及ビ不合意

如何ナル
點ニ付テ
合意ヲ要
スルカ

主觀的要素
ニ關スル
合意

一 契約ハ合意ヲ以テ其缺クベカラザル要素トスルガ故ニ合意ノ成立ハ契約成立ノ缺クベカラザル要件ナリ又合意成立ノ時期ハ原則トシテ契約成立ノ時期ナリ。唯要物契約ニアリテハ合意成立後ニ契約成立スルコトアルノミ。

合意ノ成立スルガ爲メニハ客觀的合致及ビ主觀的合致(各個ノ意思表示ガ契約成立ヲ目的トシテ爲サレタル)ヲ必要トスルコト既ニ述ベタルガ如シ。今如何ナル範圍ニ於テ意思表示ノ合致ヲ要スルカノ點ニ付テ少シク之ヲ詳述セントス。

イ 當該契約ノ客觀的要素ニ付テハ常ニ合意ヲ要ス。例ヘバ賣買ニ付テハ代金及ビ目的物ハ其契約ノ要素ニ屬スルガ故ニ此二點ニ付テハ常ニ合意ヲ要ス。

其他ノ諸點即チ學者ノ契約又ハ法律行爲ノ常素偶素ト稱フルモノニ付テハ其主觀的要素ニ關スル場合ヲ除キ原則トシテハ合意ヲ要セズ。

ロ 當事者ガ契約成立ノ要件ト爲シタル點ニ付テハ合意アルコトヲ要ス。之ヲ主觀的要素又ハ任意要素ト言フ。主觀的要素ニ屬スベキ事項ハ固ヨリ契約ノ客觀的要素タルコトヲ要セズ履行期履行ノ場所運送ノ方法等モ亦當事者ガ之ヲ以テ要件ト爲シタルトキハ之ニ付テ合意ノ成立スルコトヲ要スルモノトス。

或ル事項ヲ主觀的要素トスルガ爲メニハ當事者ノ合意ヲ要スルニアラズ申込者ニ於テ其事項ヲ以テ主觀的要素トスル意思ヲ表示シタルトキハ其事項ニ付テ合意ノ成立スルヲ要スルコト明ナリ。又申込受領者ニ於テ特ニ履行ノ場所履行ノ方法等ニ付テ申込又ハ法律ノ規定ニ變更ヲ加ヘタルトキハ之レ即チ第五百二十八條ニ謂フ變更ヲ加ヘタル承諾トナルベキモノトス。此ノ如ク主觀的要素ニ屬スベキ事項ハ一方當事者ニ於テ之ヲ定ムルコトヲ得ト雖モ、一方當事者ニ於テ一定ノ事項ニ付テ意思ヲ表示スルトキハ常ニ之ヲ以テ契約成立ノ要件トナスノ意思アルモノト爲スベカラズ。當事者ハ契約ノ成立ソノモノニハ關係ナク單ニ一ノ希望ヲ述べ其他契約ノ成立ト離レテ附隨的交渉ヲ爲スコトアレバナリ。

當事者ガ一定ノ事項ヲ以テ契約ノ要素ト爲サントスル意思ハ相手方ニ對シテ表示セラレ且相手方ニ到達シタルコトヲ要ス。當事者ガ内心ニ於テ此ノ如キ意思ヲ有スルモ、表示セラレザル意思ニ對シテ法律上ノ效力ヲ認ムベカラザルハ言フ俟タズ。而シテ裁判上争アル場合ニ於テハ一定ノ事項ヲ任意要素ト

不合意

爲シタルコトヲ主張スル當事者ニ於テ之ヲ證明スル責任ヲ負フモノトス。
 二 不合意。契約ヲ組成スル二個ノ意思表示ガ合致セザルコトヲ不合意(Dissens)又ハ意思表示ノ不一致ト言フ。分チテ二トス。當事者ガ合意成立セザルコトヲ知レルトキハ公然ノ不合意又ハ意識的不合意(Offener Dissens)ト言ヒ、當事者ノ一方又ハ雙方ガ合意ノ成立セルモノト誤信セルトキハ隠レタル不合意又ハ非意識的不合意(Versteckter Dissens)ト言フ。

不合意ハ契約ノ成立ヲ阻却ス。其公然ノ不合意タルト隠レタル不合意タルトヲ問ハズ。隠レタル不合意ハ相手方ノ意思表示ノ誤解ニ基クモノナリト雖モ其誤解ニ基キテ自ラ爲シタル意思表示ト相手方ノ意思表示トガ客觀的ニ合致セザル場合ニ存在スルモノナルガ故ニ錯誤トハ異レリ。其無効ナルハ第九十五條ノ適用ニヨルニアラズ從ツテ同條但書ノ制限ヲ受クルコトナク又不合意ノ存スル點ハ必ラズシモ九十五條ニ謂フ所ト同一ノ意義ニ於テ法律行爲ノ要素ニ關スルコトヲ要セズ苟モ合意ノ存スルコトヲ要スル點ニ付テ不合意ノ存スルトキハ契約不成立ノ結果ヲ生ズルモノトス(註一)。

不合意ハ錯誤ト同ジク契約ノ内容ニ屬スル諸種ノ點ニ付テ存スルコトヲ得。物ニ關スル不合意當事者ニ關スル不合意契約ノ性質ニ關スル不合意物又ハ人ノ品質性狀ニ關スル不合意ノ如キ是ナリ。何レノ場合ニ於テモ契約ヲ組成スル二個又ハ二個以上ノ意思表示ガ客觀的ニ異リタル内容ヲ有スル場合ニアラザレバ不合意トナラズ、當事者ノ意思表示ガ客觀的ニハ同一ノ意義ヲ有シ、内心的效果意思ノ異レルニ止マル場合ニハ錯誤ノ問題ヲ生ズルナリ。例ヘバ甲ガ乙ニ鍍金ノ時計ヲ示シ之ヲ二十圓ニテ賣ルベシトイフ申込ヲ爲シタルニ對シ乙ガ之ヲ金時計ナリト信ジ金時計ヲ買フ意思ニテ單ニ承諾スト答ヘタルトキハ客觀的ニハ鍍金ノ時計ヲ賣買スルコトニ付テ合意成立セルガ故ニ錯誤ノ問題ヲ生ズベク、之ニ反シテ同一ノ場合ニ乙ガ純金ノ時計ヲ二十圓ニテ買フト答ヘタルトキハ甲乙ノ意思表示ハ客觀的ニ異リタル内容ヲ有スルガ故ニ不合意ナリトス。

(註一) 例ヘバ賣買代金ノ些小ナル部分ニ付テ不合意アルトキハ契約ハ成立セザルモ、代金ノ些小ナル部分ニ關スル錯誤ハ意思表示ノ效力ヲ妨ゲザルガ如シ。不合

意ト錯誤トノ間ニ此ノ如キ差異ヲ認ムルコトノ理論上ノ根據ハ法律行為ノ缺點ニ差異アルコトニ存ス。即チ不合意ニ於ケル法律行為ノ缺點ハ表示ト表示トノ意義ノ差異ニシテ客觀的缺點ナルヲ以テ相手方ニ於テ通常之ヲ認知スルコトヲ得ベク從ツテ特ニ相手方ヲ保護スルノ必要ナキモ、錯誤ニ於ケル法律行為ノ缺點ハ當事者ノ一方ニ於ケル内心的效果意思ト表示ト表示上ノ效果意思トノ差異ニシテ主觀的缺點ナルヲ以テ相手方ハ之ヲ認知シ得ザルコト多ク、從ツテ相手方ヲ保護スル必要上其錯誤ガ法律行為ノ内容ノ重大ナル部分ニ關スル場合ニ於テノミ錯誤ノ效果ヲ認ムル必要アルナリ。例ヘバ甲ガ乙ニ對シ金時計ヲ金八十三圓ニテ賣ルトイフ申込ヲ爲シタルニ對シ乙ガ三ナニト讀ミ誤リタルモ單ニ承諾スト答ヘタルトキハ甲ハ八十三圓ニテ賣買成立シタリト信ズベク從ツテ乙ハ代金ニ付テ一圓ノ錯誤アリタル理由トシテ承諾ノ意思表示ノ無効ナルコトヲ主張スルコトヲ得ベカラズ、之ニ反シテ同一ノ場合ニ乙ガ八十二圓ニテ買フトイフ意思表示ヲ爲セルトキハ乙ハ申込ニ變更ヲ加ヘテ承諾ヲ爲シタルモノニテ甲ハ賣買不成立ニ了リタルコトヲ知ルベク、又ハ少クトモ之ヲ知り得ベキガ故ニ甲ノ保護ノ爲メニ賣買ヲ成立シタルモノトスル必要ナキナリ。尙前ノ場合ニ單ニ承諾ストイフ意思表示ハ客觀的ニハ甲ノ意思表示ヲ反覆シテ八十三圓ニテ買フトイヒタルト同一ノ意義ニ解スベキモノナルガ故ニ合意ノ成立ヲ認ムルコトヲ要ス。

第三款 契約成立ノ時期及ビ場所

契約成立ノ時期

一 契約成立ノ時期ハ契約ノ成立ニ必要ナル一切ノ法律事實ガ完全ニ成立シタル時ナリ。

(1) 諾成契約ノ成立時期ハ契約成立ノ要素タル意思表示又ハ意思現實ノ全部ガ其效力ヲ生ジタル時ナリ。

(イ) 申込及ビ承諾ニ依リテ契約ノ成立スル場合ニ於テハ承諾ノ效力ヲ發生スル時期ニ於テ契約成立スルモノトス。

隔地者間ニ於ケル契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立ス。此點ニ付テハ民法第五百二十六條第一項ノ規定アルガ故ニ何等ノ疑問ナシ。對話者間ニ於ケル契約ノ成立時期ニ付テハ民法ニ明文ナシ。承諾ノ效力ヲ生ジタル時期ニ於テ契約ノ成立スベキハ理論上明瞭ナリト雖モ、何時ニ於テ承諾ノ效力ヲ生ズルカニ付テハ議論一ナラザルコト上述ノ如シ(註一)。

(註一) 五二六條第一項ニ「隔地者間ノ契約」トイフハ申込及ビ承諾共ニ隔地者ニ對スル第一章 契約總論 契約成立ノ時期及場所

ル意思表示ナル場合ノミチ指稱スルニアラズ苟モ承諾ガ隔地者ニ對スル意思表示ナルトキハ同條ノ適用ナカルベカラズ。

八〇

(ロ) 交叉申込ニ依リテ契約ノ成立スル場合ニ付テハ民法ニ明文ナシ。理論上兩個ノ意思表示ガ共ニ其效力ヲ生ジタル時期ニ於テ契約ノ成立スルモノト爲サザルベカラズ。而シテ其意思表示ノ效力發生時期ニ付テハ總則(九七)ノ規定ニ從フヲ以テ總テノ意思表示ノ到達シタル時ニ契約成立スルモノトス。

(ハ) 意思實現ニ依ル契約ノ成立。此場合ニ於テハ承諾ノ意思表示ト認ムベキ事實ノ成立シタル時ニ契約成立スルモノトス(五二六項)。蓋シ意思實現タル承諾ハ實現行爲ノ成立ト同時ニ其效力ヲ生ズベキモノナレバナリ。

(ニ) 要物契約ニアリテモ亦其總テノ成立要素ノ完備シタル時ヲ以テ成立時期トス。從ツテ物ノ引渡其他ノ物的要素ガ合意以前ニ爲サレタルトキハ合意成立ノ時ニ契約成立スベク、合意以後ニ爲サレタルトキハ其物的要素ノ成立シタル時ニ契約成立スルモノトス。

二 契約ノ成立時期ハ諸種ノ點ニ付テ當事者間ノ法律關係ニ影響ヲ生ズ。今

其二三ヲ例示セン。

(1) 申込ノ取消ハ契約成立以前ニ於テ到達セザレバ其效力ヲ生ゼズ。但シ取消ノ通知ガ延著シタル場合ニ付テハ民法ハ申込者ヲ保護センガ爲メ延著通知ノ義務ヲ認メ且承諾者ガ此義務ヲ怠リタルトキハ契約ハ成立セザリシモノト看做セリ(五二七條)。

(2) 契約成立後ニ於テハ承諾者モ亦承諾ノ意思表示ヲ撤回スルコトヲ得ザルモノト解ス(上)。

(3) 契約成立ノ時期ハ原則トシテ契約ヨリ生ズベキ法律效果ノ發生スル時期ナルヲ以テ債權成立時期、利息ノ發生時期、物權移轉時期等ニ影響ヲ及ボスベキコト勿論ナリ。

三 契約成立ノ場所ニ付テハ民法ニ規定ナシ。法例第九條ハ内外法牴觸ノ場合ニ於テ契約ノ成立及ビ效力ニ關スル準據法ヲ定ムルニ付キ申込ノ發信地ヲ以テ行爲地ト看做シ、被申込者ガ之ヲ知ラザルトキハ申込者ノ住所地ヲ行爲地ト看做セリ。故ニ此規定ノ適用又ハ準用セラレベキ範圍ニ於テハ申込ノ發信

契約成立
ノ場所

地又ハ申込者ノ住所地ヲ以テ契約成立ノ場所ト解セザルベカラズ。而シテ一國內ニ於テ法律ヲ異ニスル地方アル場合ニハ法例ノ規定ヲ準用シテ準據法ヲ定ムルノ外ナキヲ以テ、法例第九條モ亦此場合ニ準用セラルベシ(註二)。

理論上ニ於テハ申込ノ發信地又ハ申込者ノ住所地ヲ以テ契約成立ノ場所ト爲スハ非ナリ。申込ノ發信地ハ申込トイフ意思表示ノ成立シタル地ニ過ギズ又申込ト承諾トハ同一ノ意義ニ於テ契約成立ノ要素ヲ爲スモノナレバ其一方ノミニヨリテ契約成立ノ場所ヲ定ムルハ非ナリ。故ニ若シ契約成立ノ要素タル各個ノ意思表示ニ付テ其意思表示ノ成立シタル場所ヲ定ムル必要アルトキハ申込ト承諾トニ付テ各々其成立ノ場所ヲ定ムルヲ正當トスベク、若シ又契約全部ニ付テ其成立ノ場所ヲ定ムル必要アルトキハ契約成立トイフ事實ノ生ジタル場所ヲ以テ契約成立ノ場所ト爲サルベカラズ、而シテ隔地者間ノ契約ニ付テハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ契約成立スルモノナルガ故ニ承諾ノ通知ヲ發シタル地ヲ以テ契約成立ノ場所ト爲スヲ正當トス。

(註二) 同説、末弘氏、各論、一一六頁、山口氏、日本國際私法論改版七四頁以下、尙同著八五

頁八六頁ニ掲ケル参考書ヲ見ヨ。

第四款 懸賞廣告

第一項 懸賞廣告ノ性質

懸賞廣告ノ成立要件

一 懸賞廣告(Auslobung)トハ特定ノ行爲ヲ爲シタル者ニ一定ノ報酬ヲ與フベキ意思ヲ廣告ノ方法ニ依リテ表示スル行爲ヲ言フ(五二)。(九條) 其成立要件次ノ如シ。

(1) 特定ノ行爲ヲ爲シタル者ニ一定ノ報酬ヲ與フベキ旨ノ意思表示アルコトヲ要ス。

(イ) 一定ノ報酬ヲ與フベキ旨ノ意思表示ヲ要ス。其報酬ノ種類ニ付テハ何等ノ制限ナキヲ以テ固ヨリ金錢ノ給付ニ限ラズ又必ラズシモ財産的給付ニ限ルコトナシ。

(ロ) 特定ノ行爲ヲ爲シタル者ニ對シテ報酬ヲ與フベキ意思表示ナルコトヲ要ス。其行爲ノ種類ニ付テハ又法律上何等ノ制限ナキヲ以テ事實上ノ行爲タルト法律上ノ行爲タルトヲ問ハズ又其行爲ニ因リテ廣告者ガ利益ヲ受クルヤ否ヤ、社

會ノ利益ニ貢獻アルモノナリヤ否ヤ、或ハ何人ノ利益ニモ歸スルコトナキモノナリヤヲ問ハズ然レドモ其公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルコトヲ得ザルハ固ヨリ言フ俟タズ、又行爲タルコトヲ要スルガ故ニ單ニ一定ノ状態ニ在ル者ニ一定ノ利益ヲ與フベキ旨ヲ廣告スルハ懸賞廣告トナラズ(註一)(註二)

(註一) 指定行爲が公序良俗ニ反スルトキハ懸賞廣告ニヨリテ成立スベキ法律行爲自體が公序良俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノトナリ從ツテ第九〇條ノ適用ヲ受ケ。

(註二) 例ヘバ化粧品博覽會ノ觀覽者中第一ノ美人ニ或ル物ヲ與フベシトイヒ、又ハ水害ニ因リテ生ヅタル孤兒ニ或ル物ヲ與フベシトイフ廣告ハコ、ニイフ懸賞廣告ニアラズ。サレド此ノ如キ廣告ハ法律上何等ノ效果ヲモ有セズトイフニハアラズ次ノ註ニ述ブルガ如ク普通ノ贈與契約ノ申込タルコトヲ得ルモノトス。

(2) 廣告(öffentliche Bekanntmachung)ノ方法ニ依リテ意思表示ヲ爲シタルコトヲ要ス。廣告トハ不特定ノ多數人ニ了知セラルベキ表示方法ヲ謂フ。書面ニ依ルト否トヲ問ハズ、又其了知スベキ人ノ範圍ニ多少ノ制限アルヲ妨グス(註三)。

(註三) 普通ニ廣告ト稱スルモノニハ種々ノ種類アリ。法律效果ニ何等ノ關係ヲ有セザルモノ(寧ろ多數ナリ(圖書ノ廣告、死亡廣告等))。法律效果ニ關係アルモノハ事

實ノ通知ト意思表示トニ區別スルコトヲ得ベシ。他人ニ代理權ヲ與ヘタル旨ノ廣告ノ如キハ前者ノ例ナリ(一〇九條)。契約ノ成立ニ關係ヲ有スル廣告ハ又之ヲ四種ニ區別スルコトヲ得ベシ。申込ノ誘引タルモノ(貸家廣告)特定人ニ對スル申込タルモノ(某論文ノ執筆者某ヲ新聞記者トシテ迎フル旨ノ廣告)不特定人ニ對スル普通ノ契約ノ申込タルモノ(一坪五十圓ニテ某地所在ノ土地二百坪ヲ賣ル旨ノ廣告)及ビ此ニイフ懸賞廣告是ナリ。懸賞廣告ノ他ノ三者ト異ル所以ハ次ニ述ブ。

二 懸賞廣告ノ法律上ノ性質ニ付テハ學說上議論ノ存スル所ナリ。契約說ト單獨行爲說トニ岐ル。契約說ヲ採ル者ハ懸賞廣告ソノモノヲ以テ債務發生ノ原因ト認メズ、廣告ニ對スル承諾アリテ初メテ債權發生ノ原因タル法律要件成立スルモノトス。從ツテ此說ニ依レバ此廣告ハ契約ノ申込ニ外ナラズ。單獨行爲說ヲ採ル者ハ指定行爲ヲ以テ廣告ニ對スル承諾ナリト認メズ、廣告者ノ一方的意思表示ニ因リテ債務ノ成立スルモノト解ス。然レドモ此廣告ノミニヨリテハ未ダ債權者タルベキ者存在セズ、從ツテ債權ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ザルヲ以テ或ハ廣告ハ指定行爲ノ完了ヲ停止條件トシテ債務ヲ成立セシムルモノトナシ或ハ廣告ト指定行爲ト結合シテ始メテ債務ノ成立スルモノトス(註三)。

純粹ノ理論上ヨリ言フトキハ懸賞契約ニ因ル債務ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ルハ勿論ナリト雖モ、必ラズシモ單獨行為ニ因ル債務ノ成立ヲ否認スベキ理由ナシ。若シ廣告者ガ指定行為ヲ爲セル一切ノ人ニ對シテ報酬ヲ與フルノ意思ヲ表示シ、即チ行為者ガ何レノ意思ヲ以テ指定行為ヲ爲セリヤ否ヤ廣告ノ存在ヲ知リタリヤ否ヤヲ問ハザルノ意思ヲ表示シタルトキハ寧ロ單獨行為ナリト認ムルヲ正當トス。然レドモ我民法ノ解釋論トシテハ契約說ヲ採ルヲ正當トス。蓋シ單獨行為ニ因リテ債務ノ成立スルコトヲ認メンガ爲メニハ特ニ法律ノ規定アルコトヲ要ス。然ルニ我民法ハ債權成立ノ獨立ノ原因トシテ懸賞廣告ヲ認ムルニアラズ契約成立ノ一方法トシテ契約成立ノ款ノ中ニ之ヲ規定スルニ過ギザルヲ以テ此ノ如キ特別ノ規定アルモノト解スルヲ得ザルガ故ナリ(註四)。

(註三) 獨逸ノ學者ハ多ク懸賞廣告ヲ以テ條件附債務ヲ生ズルモノトス。然レドモ指定行為ノ完了ニ因リテ初メテ債務ノ成立スルモノト解スル者亦無キニアラズ(Ortmann, Komm. Vorben, zu § 657ff. S. 772) 神戸氏ハ後ノ說ヲ採ル(契約總則五二九條)。
 (註四) 我國ニ於ケル通說ハ契約說ナリ(梅氏、要義、五二九條、橫田氏、債權各論七二頁以下、石坂氏、日本民法一九一一頁一九一六頁、村上氏、債權各論一三八頁)。之ニ反シテ神戸氏(前掲)ハ單獨行為說ヲ採ル。其理由二三アルモ第五二九條ノ字句ヲ主タル論據ト爲スモノノ如シ。然レドモ法規ハ統一的一體ヲ爲スモノナルガ故ニ一個ノ條文ヲ他ノ關係ヨリ分離シテ其意義ヲ定ムベキニアラズ、我民法第五二九條以下ヲ以テ契約ノ成立ニハ關係ナク、單ニ契約ニ類似セル債權發生原因ヲ規定シタルモノト解スルハ法典ノ組織的解釋ニ反スルモノナリ。契約說ノ理由トシテ學者ハ多ク我民法ガ獨逸民法第六百五十七條末段(第一草案五八一條二項)即チ「行為者ガ廣告ヲ知ラズシテ指定行為ヲ爲シタルトキ亦同シ」トイヘル規定ヲ設ケザルコトヲ擧グ。之ニ對シテ神戸博士ハ此ノ如キ規定アルコトハ單獨行為說ノ積極的根據トナルモ、此ノ如キ規定ナキコトハ單獨行為說ヲ採ルノ妨トナラザルモノナリト論ズ。我民法ガ此規定ニ依ハズトイフ消極的事實ガ契約說ヲ採ルニ付テ有力ナル論據トスルニ足ラザルハ同氏ノ述アル所ノ如シ。然レドモ此事實ト懸賞廣告ヲ契約成立ノ款ノ中ニ規定シタル事實トヲ綜合シテ考フルトキハ單獨行為ニ因ル債權成立ヲ認メンガ爲メニ特殊ノ規定ヲ設ケタルモノトハ解シ難シ。尙同氏ハ若シ契約ニヨル債權成立ヲ認ムルニ止マラバ第五百二十六條第二項アルヲ以テ足り特ニ規定ヲ要セズトス。然レドモ廣告ノ取消、報酬ノ決定方法等ニ付キ規定ヲ要スルノミナラズ後ニ述アル如ク第五百二十六條第二項ト第五百二十九條トハ其ノ意義ヲ異ニス。獨逸普通法ニ於テハ契約說ヲ多數說トセリ

(Windscheid II § 308 und die dort No. 3 Zitierten, dagegen Dernburg, Pand. II. § 9 No. 1)。

懸賞契約

三 懸賞廣告ハ如何ナル契約ノ申込ナリヤ。契約ノ内容ハ請負(六三)ニ類似スルモノアルガ故ニ或ハ之ヲ以テ請負契約ノ申込ナリト解スル學說アルガ如シト雖モ(梅氏四頁)懸賞廣告ノ包含スル申込ハ指定行為ヲ完了スルコトニヨリテノミ之ヲ承諾スルコトヲ得ベキモノナルガ故ニ踐成契約(要物契約)ノ申込ニシテ此點ニ於テ請負契約トノ間ニ差異アリ。即チ懸賞契約ト稱スベキ片務有償ナル一種特別ナル契約ノ申込ニシテ且其申込方法ハ必ラズ廣告ニ依ルコトヲ要スルヲ以テ要式行為ナリト言ハザルベカラズ。

承諾ノ方法

四 契約成立ノ方法ニ付テハ必ラズ指定行為ヲ爲スコトニ因リテ承諾ヲ爲スコトヲ要スルモノトス(五二)。第五百二十六條第二項ノ場合ニ於テハ意思實現ニ依ルコトヲ要スルニハアラズ意思表示ニ依リテ承諾ヲ爲スモ固ヨリ妨ナキヲ以テ此點ニ於テ兩者ノ間ニ差異アリ。從ツテ理論上ニ於テモ第五百二十六條第二項ノ外ニ特ニ第五百二十九條ヲ設クルノ必要アルナリ。

指定行為ノ完了トイヘル客觀的事實ハ當然契約ヲ成立セシムルニアラズ其

承諾行為タル性質上行爲者ガ其行為ヲ爲スニ當リテハ廣告ノ存スルコトヲ知リ、報酬請求權ヲ取得スルノ意思ヲ以テ之ヲ爲シタルコトヲ要ス。換言セバ指定行為ノ完了ハ承諾意思ノ實現行為ナルコトヲ要スルナリ。之レ契約說ト單獨行為說トノ結果ヲ異ニスル主要ナル點ナリ(獨民六五七條末段參照)。

五 廣告者ハ唯指定行為ヲ完了シタル者ニ對シテ報酬ヲ與フル義務ヲ負擔フルニ止マル。故ニ指定行為ニ著手シタルモ完了スルコトヲ得ザル場合或ハ之ヲ完了シタルモ他ニ既ニ完了者アリタル場合ニ於テハ行為者ハ損害ヲ受クルコト無キヲ保セズ。然レドモ此損害ハ行為者自ラ之ヲ負擔スベク、廣告者ニ對シテ賠償請求權ヲ有スルコトナシ。又單ニ指定行為ヲ爲スベキ旨ヲ廣告者ニ告ゲタル場合ニハ固ヨリ報酬請求權ヲ成立セシムルコトナシ。

第二項 懸賞廣告ノ取消

懸賞廣告ハ契約ノ申込ナルヲ以テ申込ノ效力消滅ニ關スル原則ハ又總テ懸賞廣告ニ付テ適用アルノ理ナリ。此點ニ關シ民法ハ懸賞廣告ノ取消撤回ニ付

テ特別ヲ設ク。次ノ如シ。

一 懸賞廣告ハ廣告者ニ於テ自由ニ之ヲ撤回スルコトヲ得ルモノトスベキヤ否ヤニ付テハ學說上議論アリ。撤回ヲ認ムルトキハ指定行為ニ著手シタル者ニ於テ損害ヲ蒙ルノ虞ナキニアラズト雖モ、撤回ヲ禁ズルハ廣告者ニ對シテ酷ニ失ス。而シテ懸賞廣告ハ普通ノ申込ト異リ一般人ニ對スルモノナルノミナラズ指定行為ヲ完了スルコトニヨリテノミ契約ヲ成立セシムルコトヲ得ルモノナルヲ以テ之ガ撤回ヲ認ムルモ敢テ著シク申込受領者ノ期待ニ反シ取引ノ安全ヲ害スルコトナシ。故ニ民法ハ原則トシテ撤回ヲ爲シ得ベキモノトス

(註一)(註二)。

(註一) 學者或ハ契約說ヲ採ルトキハ當然撤回ヲ認ムベク單獨行為說ヲ採ルトキハ之ヲ認ムベカラザルモノトス。然レドモ此問題ハ懸賞廣告ノ法律上ノ性質ヨリ當然演繹セラルベキモノニアラズ立法上ノ便宜ニヨリテ決セラルベキモノトス。獨逸民法ハ單獨行為說ヲ採レルモ尙撤回ヲ認メタリ(六五八條)。

(註二) 廣告ノ方法ニ依リテ懸賞契約以外ノ契約ノ申込ヲ爲シタル場合ニ於テハ申込者ニ於テ任意ニ之ヲ撤回シ得ベキヤ否ヤ。民法第五百二十九條以下ハ懸賞契

約ノ申込ノミニ關スルガ故ニ之ヲ當然此場合ニ適用スルコトヲ得ズ。此場合ニ付テハ二ツノ場合ヲ區別スルヲ要ス。廣告ノ方法ニ依ルモ其實特定人ニ對スル申込ナルトキハ第五百二十四條ノ規定ニ從ハザルベカラズ。之ニ反シテ不特定人ニ對スル申込ナルトキハ第五百三十條ヲ之ニ準用シテ可ナリ。

二 懸賞廣告ノ撤回ハ左ノ要件ヲ備フルコトヲ要ス(五三)。

(1) 撤回者ハ廣告者ナルコトヲ要ス。

(2) 未ダ指定行為ヲ完了シタル者ナキコトヲ要ス。指定行為ニ着手シタル者アリヤ否ヤハ之ヲ問ハズ。

(3) 撤回ハ前ノ廣告ト同一ノ方法ニ依ルコトヲ要ス。然レドモ前ノ廣告ト同一ノ方法ニ依ルコトノ不能ナル場合ニ於テ(例新聞紙)絕對ニ撤回ヲ許可セザルハ酷ニ失スルヲ以テ法律ハ此場合ニ限り他ノ方法ニ依リテ撤回ヲ爲シ得ベキモノトス。但シ其ノ撤回ハ普通ノ方法ニ依レル撤回ト其效力ヲ異ニシ單ニ之ヲ知リタル者ニ對シテノミ其效力ヲ有ス(五三)。

撤回ハ必ラズ廣告ノ方法ニ依ルコトヲ要スルヤ否ヤ。第五百三十條第二項ニ依ルトキハ尙モ前ノ廣告ト同一ノ方法ニ依ルコトノ可能ナル場合ニ於テハ

他ノ方法ニ依ルコトヲ許サハルガ如シト雖モ、之レ一ニ撤回ノ了知セラレ得ベキ状態ヲ比較的確實ニ成立セシメントスルノ趣旨ニ出ヅルモノナルガ故ニ廣告者ガ特定人ニ對シテ廣告撤回ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ此特定人ニ對シテハ縱令廣告ニ依ル撤回ナシト雖モ撤回ノ效力ヲ認ムベキモノトス(註三)。

(註三) 同説、石坂氏、日本民法、一九四一頁。

(4) 廣告者ガ撤回權ヲ拋棄セザルコトヲ要ス。廣告中ニ撤回ヲ爲サハル旨ヲ表示シタルトキハ撤回ヲ許サハルコト言フ俟タズ(五三〇條)。又廣告以後ニ於テモ廣告者ガ撤回權拋棄ノ意思ヲ表示シタル場合ニ付テハ特別ノ規定ナシト雖モ爾後撤回ヲ爲シ得ザルモノト解セザルベカラズ。

廣告者ガ指定行爲ヲ爲スベキ期間ヲ定メタルトキハ撤回權ヲ拋棄シタルモノト推定ス(五三三條)。之レ承諾期間ノ定アル申込ガ撤回ヲ許サハルト相似タルモ推定規定タルニ止マル點ニ於テ第五百二十一條ト其效果ヲ異ニス。

三 撤回ハ無能力又ハ意思表示ノ瑕疵ヲ理由トスル取消ト其性質ヲ異ニス。故ニ期間ヲ定メタル廣告ノ如ク撤回ヲ許サハルモノニアリテモ、之等ノ原因ニ

依ル取消ヲ許サハルニアラズ。

四 撤回ノ結果初ヨリ廣告無カリシト同一ノ結果ヲ生ズ。而シテ廣告者ハ撤回ノ結果損害賠償ノ責任ヲ負フコトナシ。

第三項 懸賞契約ノ效力

一 懸賞廣告ニ於テ指定シタル行爲ヲ完了シタル者アルトキハ懸賞契約成立シ、行爲者ハ報酬請求權ヲ取得ス。之レ即チ懸賞契約ノ效力ナリ。

二 指定行爲ヲ爲シタル者數人アル場合ニハ何人トノ間ニ懸賞契約成立シ、何人ガ報酬請求權ヲ取得スベキカノ問題ヲ生ズ。

(イ) 此點ニ付テ廣告ニ特別ノ定アルトキハ之ニ從フ(五三三條)。然レドモ廣告ニ別段ノ定ナキトキハ指定行爲完了後ニ於テハ廣告者ハ任意ニ之ヲ決定スルコトヲ得ズ必ラズ次ニ述ブル法定ノ方法ニ從フベキモノトス。指定行爲完了前ニ於テハ廣告者ハ懸賞廣告ヲ補充シ特別ノ定ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ。法典ハ單ニ廣告中ニ特別ノ定ヲ爲シタル場合ノミヲ規定スルガ如シト雖モ、廣告者ガ

報酬請求
者有ス

廣告ノ撤回權ヲ有スル場合ニ於テハ又其變更權ヲモ有スルモノト言ハザルベカラズ。故ニ第五百三十條ニ從ヒテ懸賞廣告ノ補充ヲ爲シ得ルモノト解ス。

(ロ) 廣告者ガ特別ノ定ヲ爲サザリシトキハ左ノ方法ニ依リ報酬請求權者ヲ定ム。

(a) 數人ガ時ヲ異ニシテ指定行爲ヲ爲シタルトキハ最初ニ其行爲ヲ爲シタル者ノミ報酬ヲ受クル權利ヲ有ス(五三一項)。指定行爲完了ノ時ノ前後ヲ以テ標準トシタルガ故ニ、指定行爲者ガ之ヲ通知シタル時ノ前後ニ依ルニアラズ。但通知スルコト自體ガ指定行爲ナルトキハ通知到達ノ前後ニ依ルベキコト勿論ナリ。而シテ指定行爲完了ノ時ヲ以テ標準トシタル結果トシテ廣告者ガ後ニ指定行爲ヲ爲シタル者ニ對シテ報酬ヲ支拂フコトアルモ最初ニ指定行爲ヲ爲シタル者ハ固ヨリ報酬請求權ヲ失フコトナク、既ニ報酬ヲ受ケタル者ハ不當利得返還義務ヲ負フモノトス。

最初ニ指定行爲ヲ爲シタル者ノミ、報酬請求權ヲ有ス。故ニ第一ノ指定行爲完了者ガ報酬請求權ヲ拋棄スルモ第二ノ行爲者ハ當然報酬請求權ヲ取得スルコトナシ。但第一ノ行爲者ガ其報酬請求權取得後其權利ヲ讓渡スルハ固ヨリ

妨ナシ。

(b) 數人ガ同時ニ指定行爲ヲ爲シタルトキハ各平等ノ割合ヲ以テ報酬ヲ受クル權利ヲ有ス。但報酬ガ其性質上分割ニ不便ナルカ又ハ廣告ニ於テ一人ノミ之ヲ受クベキ者トシタル場合ニ於テハ抽籤ヲ以テ之ヲ受クベキ者ヲ定ム(五三二項)。抽籤ノ方法ニ付テハ何等ノ制限ナキヲ以テ廣告者ニ於テ自由ニ其方法ヲ選擇シ得ルモノトス。然レドモ廣告者ハ抽籤ヲ爲スヤ否ヤノ自由ヲ有スルニアラズ指定行爲ヲ爲シタル者全員ノ同意ナクハ抽籤以外ノ方法ニ依ルコトヲ得ズ又抽籤ヲ爲サズシテ債務ヲ免ル、コトヲ得ザルハ勿論トス。

(c) 數人ガ協力シテ指定行爲ヲ完了シタル場合ニ於テハ如何。若シ懸賞廣告ガ單獨ノ行爲ノミヲ目的トシ協力ヲ許サルモノナル場合ニ於テハ協同シテ指定行爲ヲ爲シタル者ハ全ク報酬請求權ヲ取得セザルコト明ナリ。然ラザル場合ニ於テハ其協力者數人ト廣告者トノ間ニ契約成立スルモノト解スベキカ或ハ第五百三十一條第二項ヲ適用スベキカノ問題ヲ生ズ。或ハ此場合ニモ第五百三十一條第二項ヲ適用セントスル學說アルガ如シト雖モ(橫田氏各論、八九頁)同條ハ數

數人協力
シタル場
合

人ガ各別ニ指定行爲ヲ完了シタル場合ノミヲ規定シタルモノト解スルヲ正當トス。蓋シ協同アリタル場合ニハ何レノ一人モ單獨ニハ指定行爲ヲ爲シタル者トイフコトヲ得ズ從ツテ何レノ一人トノ間ニモ契約ノ成立ヲ認ムベキ理由ナケレバナリ。故ニ此場合ニ於テハ協同者全部ト廣告者トノ間ニ懸賞契約成立シ而シテ報酬ノ内容タル給付ノ可分ナリヤ不可分ナリヤニ從ヒテ可分(四二)又ハ不可分(四二八)ナル多數主體ノ債權關係ヲ生ズルモノト解セザルベカラズ(註一)。

(註一) 同說、石坂氏、日本民法、一九三四頁、神戸氏、民法全書八卷、五三一條、四〇二頁、獨逸民法(六六〇條)ニハ特別ノ規定アリ。

第四項 優等懸賞廣告

一 優等懸賞廣告(Preisanschreibung)トハ廣告ニ定メタル行爲ヲ爲シタル者ノ中優等者ノミニ報酬ヲ與フベキ旨ノ特殊ノ懸賞廣告ヲ言フ。例ヘバ小説、唱歌等ノ懸賞募集ノ如シ。

優等懸賞廣告ノ意義及ビ要件

優等者ノ意義

(1) 優等懸賞廣告ハ法律上契約ノ申込ナリ。此場合ニ於テハ普通ノ懸賞廣告ト異リ指定行爲ノ完了ノミニ因リテ契約ハ其效力ヲ生ズルニアラズ。優等者ナリトノ判定ヲ俟テ初メテ之ヲ生ズルモノナルガ故ニ或ハ申込ノ誘引タルニ過ギザルガ如シト雖モ、所謂判定ハ意思表示ニハアラズシテ事實上ノ決定ニ過ギザルノミナラズ、我民法ハ此廣告ヲ以テ懸賞廣告ノ一種ト認メタルコト明ナルヲ以テ同ジク契約ノ申込ナリト解セザルベカラズ。

(2) 普通ノ懸賞廣告ト異レル點三アリ。

(イ) 優等者ノミニ報酬ヲ與フベキモノナルコト。

(ロ) 優等者ノ意義ニ付テハ應募者中ニ於テ比較的優等ナル者ヲ云フカ或ハ一般ノ標準ニ從ヒテ優等ナル者ヲ言フカ解釋上多少疑問ナリト雖モ余ハ前者ヲ謂フモノト信ズ。從ツテ原則トシテハ優等者ナシトノ判定ヲ爲シ得ザルモノト解ス。但廣告ニ於テ別段ノ定ヲ爲シタルトキ又ハ應募者ガ總テ廣告ニ定メタル標準ニ適合セザルトキハ此限ニアラズ(註二)。

(註二) 優等者トイフコトガ應募者中ニ於ケル比較的優等ナル者トイフノ意味ナル

コトハ第五三二條ニ於テ「……敬人アル場合ニ於テ、其優等者トイヒ又、應募者中何人ノ行爲ガ優等ナルカハ」トイフニヨリテ明ナリ。故ニ荷モ應募者ノ爲シタル行爲ガ廣告ニ定メタル行爲ナルトキハ優等者ナトトノ判定ヲ爲シ得ザルモノト信ズ。廣告者ガ常ニ凡テ應募ノ結果ヲ價值ナキモノト判定スルコトヲ得ルモノト解スル説(石坂氏、日本民法、一九五三頁)ハ余之ヲ採ラズ。

(b) 應募者中ニ優劣ノ差異ヲ設クルコトヲ得ベキ行爲ナルコトヲ要ス。從ツテ行爲ノ性質上之ヲ爲スカ爲サルカノ二途何レカ一ノ存スルニ止マリ程度ノ差異ヲ區別スル能ハザルモノニ付テハ此種ノ懸賞廣告ハ成立スルヲ得ズ。

(ロ) 應募ノ期間ヲ定ムルコトヲ要ス(五三二條一項)。蓋シ應募ノ期間ニ制限ナキトキハ行爲者ノ範圍ヲ限定スルコト能ハザルガ故ニ其優劣ヲ決定スルコト能ハザレバナリ。從ツテ優等懸賞廣告ハ原則トシテ撤回ヲ許サルモノナリ(五三三條一項)。

應募

(ハ) 行爲者ノ應募シタルコトヲ要ス。應募トハ指定行爲者ガ廣告者ニ對シ其完了シタル行爲ノ結果ヲ通知シ廣告ニ包含セラル、契約ノ申込ヲ承諾スル旨ノ意思表示ヲ言フ。應募行爲ヲ爲シタル者ニアラザレバ承諾者タルノ資格ヲ有セザルコト第五百三十二條第二項ニ依リテ明ナリ。從ツテ此場合ニ於テハ契

約ハ承諾ノ意思表示ヲ以テ其成立要件トナス。

應募ハ指定行爲ノ效果ヲ廣告者ニ送付スルコトヲ要スルカ。此點ニ付テ懸賞廣告ハ特別ノ定ヲ爲スコトヲ常トスベク、其定アルトキハ之ニ從フコト勿論ナリ。然ラザル場合ニ於テハ指定行爲ノ結果ヲ報告スルコトヲ要スルモノト解ス。即チ廣告ニ應ズベキ旨ヲ豫メ通知シテ指定行爲ヲ爲シタルノミヲ以テハ足ラズ指定行爲ヲ爲シタル後其結果ヲ報告シテ募集ニ應ズル意思表示ヲ爲スコトヲ要スルモノトス。蓋シ所謂應募者ガ豫メ指定行爲ヲ爲スベキ旨ヲ告ゲタルニ止マリ爾後何等ノ通知ヲ爲サルトキハ、廣告者ハ所謂應募者ガ果シテ指定行爲ヲ爲シタルヤ否ヤ、如何ナル行爲ヲ爲シタルカヲ知ルコトヲ得ズ從ツテ優等者ナリヤ否ヤノ判定ヲ爲スコトヲ得ザレバナリ(註二)。

應募者ガ指定行爲ヲ爲スニ當リテハ廣告ニ應ズル意思ヲ以テ之ヲ爲シタルコトヲ要スルカ。普通ノ懸賞廣告ニ付テハ之ヲ必要トスルコト上述ノ如シ。然レドモ優等懸賞廣告ニ於テハ之ヲ必要トセザルモノト解ス。蓋シ此種ノ懸賞廣告ニ於テハ指定行爲ヲ爲スコトニヨリテ之ニ對スル承諾ヲ爲スニアラズ

上ニ述ベタル應募ニヨリテ承諾ヲ爲スモノナレバナリ。

應募ハ之ヲ撤回スルコトヲ得ルカ。單獨行爲説ヲ採ル者ハ優等者ナリトノ判定アルマデ之ヲ撤回シ得ルモノトス(神戶氏、四頁)。然レドモ契約説ヲ採ルトキハ同一ニ解釋スルヲ得ズ。應募ニヨリ判定ヲ條件トシテ契約成立スルモノト解スルガ故ニ其以後ニ於テハ之ヲ撤回スルコトヲ得ザルモノト解セザルベカラズ(同説、石坂氏、一九五頁)。

(註二) 學者ハ廣告ニ特別ノ定ナキトキハ、行爲ノ結果ヲ廣告者ニ送付シ又ハ之ヲ通知スルニ依リテ應募ヲ爲スヲ通常トスベシト説クヲ常トス(石坂氏、一九五一頁、神戶氏、四一頁、Ortmann, S. 779)。余ハ特別ノ定ナキトキハ之ヲ要スルモノトス。

優等者ノ判定

二 優等懸賞廣告ニヨル契約ハ應募行爲ノミニヨリテ直チニ其効力ヲ生ズルニアラズ。優等者ノ判定アリテ始メテ其効力ヲ生ズルモノトス。

(1) 判定者ニ付テハ法律ニ特別アリ。廣告中ニ判定者ヲ定メタル場合ニハ之ニ從ヒ、若シ判定者ヲ定メザリシトキハ廣告者自ラ判定者タルモノトス(五三二條二項)。三者タル判定者ガ判定ヲ爲スコト能ハザル場合又ハ判定ヲ爲サル場合ニ

付テハ法律ニ特別ナシ。若シ此場合ニ付テ廣告ニ別段ノ定アラバ之ニ從フベク然ラザルトキハ廣告者之ヲ判定スベキモノトス。

(2) 判定ニ對シテハ應募者ハ異議ヲ述ブルコトヲ得ズ(五三三條三項)。蓋シ判定ハ客觀的標準ニ依ルコトヲ要スルモノニアラザレバナリ。

(3) 判定ハ意思表示ニアラズ。何レノ行爲者ヲ優等者ト認ムルカトイヘル事實ニ關スル意見ノ發表ニ過ギズ。故ニ之ニ關シテ一般ニ意思表示ニ關スル規定ノ適用ナキハ言ヲ俟タズ。然レドモ一定ノ法律效果ヲ生ズベキ精神作用ノ發表ナルガ故ニ之ヲ準法律行爲トナスベク、從ツテ其性質ノ許ス範圍内ニ於テ之ニ法律行爲ニ關スル規定ヲ準用スベシ(註三)。

判定ハ應募者ニ對スル表示行爲ヲ必要トセズ。特定ノ受者ヲ必要トセザル表示行爲ナリ。

(註三) 錯誤詐欺強迫ニ關スル規定ノ如キハ之ヲ準用スベキモノト解ス。獨逸民法ニ付キエルトマンハ錯誤詐欺ノ存スル場合ニハ一般ノ原則ニ從ヒ、取消シ得ベキモノトス(Ortmann, Komm. zu § 61)。其意或ハ判定ヲ以テ意思表示ナリトシ從ツテ意

判定義務アリヤ

思表示ニ關スル規定ノ適用アリトナスモノ、如シ。石坂博士ハ單ニ意思表示ニアラズトイフニ止マル(日本民法一九五二頁)。

(4) 廣告者ハ判定ヲ爲ス義務ヲ負フヤ否ヤ。應募者アルモ判定ヲ爲サズシテ債務ヲ免ル、コトヲ得ルモノト解スルハ結果ニ於テ頗ル不當ナルヲ以テ余ハ應募ニヨリ判定ヲ法定ノ停止條件トシテ優等懸賞契約ノ成立スルモノトシ且契約ニヨリ直チニ其停止條件ノ内容タル判定ヲ爲スベキ債務ヲ成立セシムルモノト解ス(註四)。

(註四) 反對石坂氏日本民法一九五三頁。同氏ハ判定義務ヲ認ムベキ法律上ノ根據ナキノミナラズ之ヲ認ムルモ廣告者ハ優等者ナシトイヘル判定ヲ爲シテ報酬義務ヲ免ル、コトヲ得ルモノナレバ特ニ不都合ナルコトナシトス。之レ上述ノ如ク優等者ノ意義ニ關スル見解ノ差異ニ基クモノナリ。余ハ契約上ノ債務トシテ判定義務ヲ認ムルコト當事者ノ意思ニ適スルモノト考フ。從ツテ廣告者ガ判定義務ヲ負ハザル旨ヲ廣告ニ於テ表示シタルトキハ此義務ナキモノトス。獨逸民法ニ付キエルトマンハ判定義務ヲ認ムルモ其論據ヲ示サズ(Ortmann, Komm. zu §601 S. 780)。

優等懸賞契約ノ效力

三 優等懸賞契約ノ效力トシテ優等者ト判定セラレタル者ハ廣告者ニ對シ報酬請求權ヲ取得ス。而シテ數人ノ行爲ガ同等ト判定セラレタルトキハ各平等

ノ割合ヲ以テ報酬請求權ヲ有スルヲ原則トシ若シ其ノ報酬ガ不可分ナルトキ又ハ廣告ニ於テ一人ノミ之ヲ受クベキモノトシタルトキハ抽籤ニヨリテ受賞者ヲ定ム(五三二)。

優等懸賞契約ノ效力ハ報酬請求權ヲ成立セシムルコトニ止マリ廣告ニ何等ノ定ナキ場合ニハ指定行爲ノ結果ニ付テ廣告者ニ何等ノ權利ヲモ與フルコトナシ。故ニ指定行爲完了ノ結果製作物ニ付テ所有權著作權特許權等ヲ成立セシムルトキハ其權利ハ行爲者ニ屬シ、廣告者ニ屬スルニアラズ又廣告者ハ之ヲ移轉セシムル請求權ヲモ有スルコトナシ。但廣告ニ別段ノ定アルトキハ固ヨリ之ニ從フ。獨逸民法ハ此點ニ付テ特ニ規定ヲ設ケタルモ(六六一)懸賞廣告ノ性質上言ヲ俟タズ。

第五款 競争締結

一 競争締結 (subhastatio, Versteigerung) トハ競争ノ方法ニヨリテ比較的最も有利ナル條件ヲ以テ契約ヲ締結セントスル者ト契約ヲ締結スル方法ヲ言フ。獨立

競争締結

ノ法律效果ヲ生ズル法律要件ニハアラズシテ普通ノ契約ヲ締結スル特別ノ方法ニ過ギザルコト懸賞廣告ニ同ジ。故ニ便宜上之ヲ懸賞廣告ノ次ニ説明セントス。

二 競争締結ニ二種アリ。競争者が相互ニ他ノ競争者ノ条件ヲ知ルコトヲ得ルモノト之ヲ知ルコトヲ得ザルモノト是ナリ。前者ニアリテハ他ノ競争者ノ申出デタル条件ヲ見テ更ニ自ラ申出ヲ爲スノ機會アリ。之ヲ狭義ノ競争締結ト言ハン。競賣ハ其代表的ナルモノナリ。後者ニアリテハ此ノ如キ機會ナシ。入札之ニ屬ス。

三 狭義ノ競争締結ニ關シテハ法典ニ一般の原則ヲ規定セズ。競賣法ハ唯一定ノ原因ニ因リ當事者ノ申立ニ基キテ國家ノ機關ガ競賣ヲ爲ス場合ヲ規定スルニ止マリ、私人ノ爲ス競賣及ビ買買以外ノ契約ノ競争締結ニ付テハ其適用ナシ。故ニ一般ノ競賣ニ關シテハ契約成立ノ方法ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒテ契約成立ノ時期ヲ決定スルコトヲ要ス。

(1) 狭義ノ競争締結ヲ爲スニ當リテハ先ヅ一般人又ハ一定ノ範圍ノ人ニ對シテ

競賣

競争ニヨリテ契約ヲ締結セントスル旨ノ表示アリ、之ニ應ジテ競争者ノ申出アリ、競落ヲ以テ之ヲ終了ス。而シテ何時ニ契約ガ成立スルカノ問題ハ競争締結ヲ爲ス旨ノ表示ガ申込ナリヤ申込ノ誘引ナリヤニヨリテ岐ル。若シ前者ナリトセバ競争者ノ申出ハ承諾ナリ唯其承諾ハ普通ノ場合ト異リ直チニ確定的ニ契約ヲ成立セシムルコトナク他ニ更ニ有利ナル申出ナキコトヲ以テ條件トナスノミ。此場合ニ於テ競落ハ單ニ表白的效力ヲ有スルニ止マリ即チ何レノ申出ガ最モ有利ナル申出ニシテ從ツテ契約ヲ確定的ニ成立セシムルニ適スル承諾ナルカヲ表白スルニ止マルモノニシテ承諾ニハアラザルヲ以テ締結者ハ申出ノアリタル後ニ於テハ必ラズ契約ヲ締結スルコトヲ要シ契約ヲ締結スルヤ否ヤノ自由ヲ有スルモノニアラズ。之ニ反シテ競争締結ヲ爲ス旨ノ表示ガ申込ノ誘引タルニ止マルトキハ競争者ノ申出ハ申込タルニ止マリ、競落ハ承諾タル性質ヲ有ス。從ツテ締結者ハ競争締結ヲ爲ス旨ノ表示ニ拘束セラル、コトナク、申出アリタル後ニ於テモ尙其條件ノ如何ニ應ジテ契約ヲ締結スルヤ否ヤヲ決定スルノ自由ヲ有ス。

(2) 競争締結ノ表示ガ申込ナリヤ申込ノ誘引ニ止マルヤニ關シ我民法ハ獨逸民法(六條)又ハ瑞西債務法(九條)ト異リ何等特別ノ規定ヲ置カズ。故ニ其表示ニ何等ノ定ヲ爲サルトキハ申込ト申込ノ誘引トヲ區別スベキ一般ノ標準ニヨリテ之ヲ決定セザルベカラズ。而シテ此點ニ付テハ所謂糶下競賣ト糶上競賣トヲ區別スルヲ要ス。糶下競賣ニ於テハ締結者ハ自ラ價格ヲ定メ之ヨリ漸次低減シテ契約締結ニ應ズル者ヲ求ムルモノナレバ、締結者ハ其申出デタル價格ニヨリテ契約ヲ締結スルノ意思ヲ有スルモノト認メザルベカラズ故ニ競争締結ノ表示ヲ以テ申込ナリト解スルヲ正當トス(註一)。糶上競賣ハ又二種ニ分ル。或ハ締結者自ラ價格ヲ指示セズ、申出アルヲ待チ之ヨリ漸次糶上グルコトアリ或ハ又自ラ最低價格ヲ指示シ之ヨリ糶上グルコトナキニアラズ。前ノ場合ニ於テ締結者ハ價格ノ如何ヲ問ハズ契約ヲ締結セントスル意思ヲ表示シタルモノト認メ難キガ故ニ普通ノ場合ニハ申込ノ誘引ニ過ギザルモノト解セザルベカラズ。之ニ反シ後ノ場合ニ於テハ自ラ最低額ヲ定ムルモノナレバ普通ノ場合ニハ其條件ニヨリテ契約ノ成立スルコトヲ以テ満足スルコトヲ表示シタル

モノト解スルヲ正當トス(註二)。

(註一) 同說、石坂氏、日本民法一九六三頁、末弘氏、各論、五五頁。

(註二) 糶上競賣ニ付テ石坂氏及ピ土方氏(入札購買ノ性質、新報一三卷二號)ハ一般ニ實際上通常ノ場合ニハ申込ノ誘引ナリトイフ推測ヲ設ケ末弘氏ハ何等ノ推測ヲモ設ケルコトヲ得ズ最低價格ヲ示セル場合ニハ普通ニハ寧ロ申込ナリト解スベシトス。一般ノ場合ニ付キ何等ノ推測ヲモ設ケザルトキハ實際上諸種ノ不便ヲ生ズルヲ免レザルヲ以テ余ハ申込ト申込ノ誘引トヲ區別スベキ一般ノ標準ニ基キ別段ノ事情ナキ場合ニ於ケル解釋ノ標準ヲ示セルナリ。而シテ其結果ガ前記兩說ト異レル點ハ本文述アル所ニヨリテ明ナラン。

(3) 競争締結ノ表示ガ申込ノ誘引タル場合ニ於テ競争者ノ申出ハ申込ナリ。而シテ申込ハ一般ニ拘束力ヲ有スルモノナルガ故ニ此場合ニ於テモ競争者ハ任意ニ之ヲ撤回スルコトヲ得ザルモノトス(註三)。

競争者ノ申込ハ更ニ有利ナル申込アルコトニヨリテ當然其效力ヲ失フ。我民法ハ獨逸民法ノ如ク特ニ之ヲ規定セズト雖モ、競争締結ノ性質上同一ニ解スベキコト疑ヲ容レズ。而シテ其後ノ申込ガ申込者ノ財產狀態其他ノ理由ニヨリ締結者ノ意ニ適セザルモノナリヤ否ヤハ之ヲ問ハズ。

(註三) 對話者間ノ申込ニ付テ拘束力ヲ認メザル學者ハ此申込ガ拘束力ヲ有スル理由ヲ競争締結ノ特殊ノ目的ニ求メ或ハ第五百二十一條ヲ之ニ準用セントス。石坂氏、日本民法一九六七頁。余ハ申込ニ付テ一般ニ拘束力ヲ認ムルガ故ニ此ノ如キ解釋方法ヲ採ルヲ要セズ。

入札

四 入札ニアリテモ亦入札ニ附スベキ旨ノ表示ハ競賣ニ於ケルト同ジク申込ノ誘引タル性質ヲ有シ、從ツテ入札ハ申込タリ落札ハ承諾タルヲ常トス。唯入札者ハ他ノ入札者ノ條件ヲ見テ入札ヲ爲スモノニアラザルヲ以テ他ニ更ニ有利ナル條件ヲ以テスル入札アルモ之ガ爲メニ先ノ入札ハ當然申込タルノ效力ヲ失フモノニアラズ、從ツテ入札ヲ爲スベキ表示ニ別段ノ定ナキトキハ諸種ノ事情ニ應ジテ或ハ不利益ナル條件ヲ以テスル入札者ト契約ヲ締結スルコトヲ妨グルモノニアラズ。

第四節 契約ノ效力

第一款 總 說

一 契約ノ效力トハ契約ヨリ生ズル法律效果ヲ謂フ。其發生時期ハ原則トシ

契約ノ效力一覽

テ契約成立ノ時期ナリ。然レドモ契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニヨリテ成立時期ト效力發生時期ト相異ルコトヲ得ベキハ言ヲ俟タズ。

二 契約ノ效力ハ契約ノ種類ニヨリテ異ル。其詳細ハ第二章ニ於テ論述スベキ所ナリ。唯雙務契約ノ效力及ビ第三者ノ爲メニスル契約ニ付テハ民法ニ一般の規定ヲ掲グルヲ以テ本節ニ於テ之ヲ述ベントス。

第二款 雙務契約ノ效力

第一項 總 說

一 雙務契約ハ契約ノ各當事者ガ各對價的意義ヲ有スル債務ヲ負擔スル契約ナリ。故ニ一方ノ債務ガ不能、不法等ノ理由ニ因リテ成立セザルトキハ雙務契約ハ全部無効ニシテ他方ノ債務モ亦成立スルコトヲ得ズ。又一方ノ當事者ガ無能力者ナルニヨリ其意思表示ヲ取消シタル場合ニ於テハ契約ソノモノハ初ヨリ無効トナル、固ヨリ無能力者ガ自己ノ債務ノミヲ取消スコトヲ得ルニアラズ。之レヲ雙務契約ニ於ケル雙方ノ債務ノ成立ニ關スル牽連性ト稱スルヲ得

雙務契約ノ效力一覽

ベシ。此ノ如ク雙務契約ニ於ケル雙方ノ債務ガ成立上ノ牽連關係ヲ有スルコトニ付テハ我民法ニハ特ニ明文ノ規定ナシト雖モ雙務契約ニ於ケル各個ノ給付ハ相互ニ他ノ債務ノ成立ニ對シテ出捐ノ原因ヲ爲スモノニシテ且雙務契約ハ各個ノ出捐ノミヲ獨立ニ成立セシムルコトヲ目的トスル二個ノ無因行爲ノ結合ニハアラズシテ互ニ原因ヲ爲セル雙方ノ出捐ヲ包含スル一個ノ有因行爲ナルヲ以テ一方ノ債務ノ無効ナル場合ニハ有因行爲全部ノ無効ヲ生ゼザルヲ得ザルナリ。

二 雙方ノ債權ノ成立以後ニ於ケル牽連關係ニ付テハ二個ノ問題ヲ生ズ。

(1) 一方ノ債權ガ履行不能ノ理由ニ因リテ消滅シタル場合ニ於テハ他方ノ債權モ亦消滅スルヤ否ヤ。之レ債權ノ存續上ニ於ケル兩債權ノ牽連性ニ關スルモノニシテ所謂危險負擔ノ問題ハ之ニ屬ス。

(2) 雙方ノ債權ノ存在スル場合ニ於テ其債權ハ獨立ニ之ヲ行使スルコトヲ得ルヤ否ヤ。之レ所謂同時履行ノ抗辯ノ問題ニシテ債務ノ履行上ニ於ケル兩債務ノ牽連性ニ關ス。

第二項 同時履行ノ抗辯

同時履行ノ抗辯

一 雙務契約ヨリ生ズル兩個ノ債務ガ其履行上牽連性ヲ有スルヤ否ヤ又牽連性ノ内容如何ニ關シテハ學說上議論アリ。嘗テ獨逸ニハ雙務契約ヨリ生ズル雙方ノ債務ヲ以テ履行上全ク獨立シタル債務トナシ、成立上ノ牽連關係ヲ認ムルモ履行上ノ牽連關係ハ全ク之ヲ認メザル學說アリ又之レト反對ニ雙務契約ヨリ生ズル雙方ノ債務ヲ一個ノ債務關係ノ兩面ニ過キザルモノトナセル極端ナル學說アリシモ、近時ニ於テハ其勢力ヲ失ヒ、雙方ノ債務ガ履行上牽連關係ヲ有スルコトハ爭ナク、唯其牽連關係ガ當然ニ存在スルヤ或ハ履行ノ請求ヲ受ケタル當事者ノ抗辯ニヨリテ初メテ之ヲ生ズルモノナリヤノ點ニ付テ尙議論アルニ止マレリ。一派ノ學者ハ雙務契約上ノ各個ノ債權ハ單純ニ給付ヲ爲サシムルコトノミヲ目的トスルモノニアラズシテ自己ノ爲スベキ反對給付ニ對シテ給付ヲ爲サシムベキコトヲ目的トスルモノナリトシ從ツテ自己ノ債務ヲ履行シタルカ或ハ少クトモ履行ノ提供ヲ爲シタル當事者ニアラザレバ相手

方ノ給付ヲ請求スルコトヲ得ザルモノトス(註二)。之ニ反シテ他ノ一派ノ學者ハ雙務契約ヨリ生ズル各個ノ債權ハ單純ニ給付ヲ爲サシムルコトヲ目的トスルモノナリトシ、唯一債權者ガ自己ノ債務ヲ履行スルコトナク又ハ其提供ヲ爲スコトナクシテ相手方ノ給付ヲ爲スベキコトヲ請求シタルトキハ相手方ハ反對給付ノ提供ナキコトヲ理由トシテ其請求ヲ拒絶スル抗辯權ヲ有スルニ止マルモノトス。前説ニ依レバ兩個ノ債務ノ間ニハ其履行ニ付キ當然牽連關係アリ後説ニ從ヘバ請求ヲ受ケタル當事者ノ主張即チ抗辯ニヨリテ初メテ此履行上ノ牽連關係ヲ生ズ。從ツテ兩者ノ差異ハ裁判上被告ノ闕席シタル場合ニ於テ最モ著シク現ハル。而シテ獨逸普通法ニ於テハ後説ヲ通説トシ、獨逸民法亦(註三)之ニ從ヘリ(註二)。

(註一) 此説ハ主トシテ Keller (Jahrb. des germ. R. Bd. IV. S. 337. 1860) ノ名ニヨリテ知ラル、

モ其以前既ニ之ヲ稱ヘタル學者無キニアラズ又爾後之ニ從ヘル二三ノ學者アリ。瑞西債務法(八二條)ハ之ヲ採ル。

(註二) 通説ヲ採ル學者ハ甚ダ多シ。Wunderfeld, Pand II. § 321, S. 319 Anm. 2. André, D'e Eincelle des nichterfüllten Verträgen, 1890 及ヒ兩處ニ掲ケラレタル諸著。此説ノ理由ニ付テハ多

少議論ナキニアラザルモ多クハ之ヲ公平ノ原則ニ求ム。即チ雙務契約上ノ雙方ノ債務ハ各獨立ノ債務ナルモ公平ノ原則ニヨリ法律ハ一債務者ガ先ヅ履行ヲ強要セラル、コトヲ拒絶シ得ルモノト爲シタルモノトス。

二 我民法第五百三十三條ニ於テハ「相手方ガ其債務ノ履行ヲ提供スルマデハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得」ト規定スルガ故ニ、當事者ノ拒絶ヲ俟ツテ初メテ牽連關係ヲ生ズルモノト解スベキコト疑ヲ容レズ。殊ニ雙務契約ノ性質及ビ實際上ノ結果ニ付テ考フルモ此ノ如ク解スルヲ正當トス(註三)。之ヲ同時履行ノ抗辯又ハ契約不履行ノ抗辯(Exceptio non adimpleti contractus)ト言フ。

(註三) 雙務契約上ノ各個ノ債權ハ反對給付ノ履行セラレタルコトニ因リテ初メテ成立スルモノニハアラズシテ雙務契約ソノモノヨリ當然生ズルモノナルガ故ニ反對給付ノ爲サレタルコトヲ以テ履行請求權ノ成立要件ト解スベキニアラズ。又履行上ノ牽連關係ヲ認ムル目的ハ一ニ請求ヲ受ケル當事者ヲ保護シ、自己ノ受ケベキ給付ヲ受ケルコトヲ先ヅ自己ノ爲スベキ給付ノミナ爲スコトヲ要スル不利益ナル地位ヲ避ケシメントスルニ存スルモノナルガ故ニ、請求ヲ受ケタル當事者ガ自己ノ負擔セル債務ヲ先ヅ履行スルコトヲ欲セザル場合ニ於テ履行上ノ牽連關係ヲ認ムルヲ以テ十分トス。通説ナリ。石坂氏、日本民法二〇三七頁

以下、同氏、新報二五卷七號八號、橫田氏、各論一〇四頁、末弘氏、一三一頁以下、明治四四年六月一三日大判、民錄、一七輯三九二頁、同年一月一日大判、民錄、一七輯七七二頁、大正七年四月一五日、大判、民錄、二四輯六八七頁、同年五月二日大判、民錄、二四輯九四九頁等。

三 同時履行ノ抗辯權存立ノ要件次ノ如シ。

(1) 雙務契約ヨリ生ズル雙方ノ債務ガ當事者ノ雙方ニ付テ存スルコト。

(イ) 二人互ニ債務ヲ有シ且其債務ノ間ニ事實上密接ナル關係存在スルモ同一雙務契約ニ基クモノニアラザルトキハ民法ニ謂フ同時履行ノ抗辯權ヲ成立セシムルコトナシ。而シテ雙務契約ニ基カザル債權ノ對立スル各個ノ場合ニ付テ解釋上同時履行ノ抗辯權ニ關スル規定ヲ之ニ類推適用スルコトヲ得ベキヤ否ヤハ各場合ニ於ケル兩個ノ債權ノ性質ニ基キテ之ヲ決定スベシ(註四)。

(註四) 辨済者ガ辨済受領者ニ對シ辨済ト同時ニ受取證書ヲ交付スベキコトヲ請求シ得ルヤ否ヤニ付テハ嘗テ述ベタリ。拙著債權法總論三四八頁。

(ロ) 不完全雙務契約ニ因リテ雙方ノ當事者ガ債務ヲ負擔スル場合ニハ同時履行ノ抗辯權ヲ成立セシムルコトナシ。蓋シ此種ノ契約ヨリ生ズル雙方ノ債務ハ

互ニ對價的關係ヲ有スルモノニアラズ又同時ニ履行セララルベキ性質ノモノニアラザレバナリ。例ヘバ委任事務履行ノ結果受任者ガ費用償還請求權ヲ有スル場合ニ於テモ受任者及ビ委任者共ニ此抗辯權ヲ有セザルガ如シ。

(ハ) 雙務契約ヨリ生ジタル一方ノ債務ガ給付不能又ハ其他ノ理由ニヨリテ消滅シタルトキハ同時履行ノ抗辯權モ亦消滅ス。債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ル給付不能ニ因リ本來ノ債務ガ損害賠償債務ニ變ズルモ債務ハ同一性ヲ失ハザルガ故ニ、同時履行ノ抗辯權ハ消滅スルコトナシ。相續債權讓渡又ハ債務引受ニ因リテ當事者タル人ニ變更ヲ生ジタル場合モ亦同ジ(註五)。

(註五) 更改ハ債務ノ同一性ヲ失ハシムルガ故ニ同時履行所ノ抗辯權ヲ喪失セシム、大正一〇年六月二日、民錄、二七輯一〇四八頁、判例民法、二七七頁(我妻氏評釋)。

(2) 相手方ノ債務ガ辨済期ニ在ルコトヲ要ス(條但書)。雙務契約ヨリ生ズル雙方ノ債務ガ當事者ノ特約又ハ法律ノ規定ニヨリテ履行期ヲ異ニスル場合ニ於テハ先ヅ履行ヲ爲スコトヲ要スル債務者ハ同時履行ノ抗辯權ヲ有セズ。然レドモ此ノ如キ債務ニ付テモ相手方ガ履行ノ請求ヲ爲ス當時ニ於テ相手方ノ債務

モ亦既ニ辨濟期ニ達シタルトキハ同時履行ノ抗辯ヲ援用シ得ルモノトス(註六)。

(註六) 同説、末弘氏、一四一頁。法文ノ要求スル所ハ同時履行ノ抗辯ヲ援用スル當時ニ於テ相手方ノ債務ノ辨濟期ニ在ルコトノミニシテ雙方ノ債務ガ本來履行期チ一ニシタリヤ否ヤハ之ヲ問ハザルノミナラズ、此ノ抗辯權ヲ認メタル法律ノ目的ヨリ考フルモ此ノ如キ場合ニ之ヲ認メザル理由ナケレバナリ。尙先ニ履行スベキ債務ヲ負擔セル者ガ先ヅ履行ノ請求ヲ爲シタル場合ニ於テハ相手方ハ同時履行ノ抗辯權ヲ有スルコト勿論ナルモ抗辯權タル性質上、若シ之ヲ行使セザルトキハ裁判所ハ原告ノ請求ヲ不當ナリトシテ却下ノ判決ヲ下スベキモノニアラズ、同説、末弘氏、前掲、明治四十一年四月二十三日大判、民錄、一四輯、四七七頁。當事者ノ一方ガ先ヅ履行ヲ爲スベキ場合ニ關スル大正六年三月七日ノ大審院判決(判例カ一、六三三)ハ本文述ブル所ト反對ノ趣旨ニハアラズ。尙先ヅ履行スベキモノナリヤニ付キ判例ハ不動産ノ登記濟證ト引換ニ代金ヲ支拂フベキトキハ賣主先ヅ履行スベキコトヲ定メタルニアラズトス、大正七年二月二日大判、民錄、二四輯、二四五頁。正當ナリ。尙爲替ニ付大正九年一月一七日大判、民錄、二六輯、一九四四頁參照。

(3) 相手方ガ未ダ履行ヲ爲サズ又ハ履行ノ提供ヲ爲サズシテ履行ノ請求ヲ爲シタルコトヲ要ス。

相手方ガ履行ヲ爲シタルトキハ抗辯權ヲ有ス

(1) 相手方ガ既ニ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲シタルトキハ同時履行ノ抗辯權ノ存在セザルコト言フ俟タズ。

相手方ガ一部ノ履行ヲ爲シタルニ止マリ其他不完全ナル給付ヲ爲シタルニ止マル場合ニ於テハ未ダ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲シタルモノニアラザルガ故ニ同時履行ノ抗辯權ハ尙存在スルモノトス(註七)。然レドモ此點ニ關シテハ同時履行ノ抗辯權ヲ認メタル法律ノ目的ニ從ヒテ多少ノ制限ヲ設クルヲ要ス。即チ(3)相手方ノ爲スベキ殘存ノ給付ガ從タル給付タルニ止マリ被請求者ノ爲スベキ給付ト對價關係ニ在ル給付ニ付テハ其履行ヲ了ヘタル場合ニハ同時履行ノ抗辯權ハ存在セザルモノト解ス。蓋シ此抗辯權ハ對價關係ニ在ル雙方ノ給付ニ付テ履行上ノ牽連關係ヲ作り、當事者間ノ公平ヲ保ツヲ以テ目的トスルモノナレバナリ(註八)。(b)對價關係ニ在ル給付ニ付テ尙殘存部分アル場合ニ於テモ其殘存部分ガ極メテ僅少ニシテ同時履行ノ抗辯權ヲ行使スルコトガ信義ノ原則ニ反スルモノト認ムベキ場合ニハ被請求者ハ抗辯權ヲ行使スルコトヲ得ズ唯割合ヲ以テ給付ヲ定メタル場合ニ於テハ其殘存部分ニ對應スル

部分ニ付テノミ之ヲ行使シ得ルモノト解セザルベカラズ。蓋シ債權的法律關係ニ於テハ一般ニ信義ノ原則ニ從ヒテ自己ノ權利ヲ行使スルコトヲ要スルノミナラズ同時履行ノ抗辯權ハ特ニ公平ノ原則ニ基クモノナレバナリ(註九)。

貸貸借、雇傭、繼續的供給契約ノ如ク雙方ノ當事者ガ回歸的ニ又ハ繼續的ニ給付ヲ爲スベキ雙務契約ニ付テハ毎時期ノ相對立セル給付ノ間ニ付テノミ同時履行ノ抗辯權ヲ成立セシムルカ或ハ甲時期ノ給付ノ不履行ヲ理由トシテ乙時期ノ反對給付ヲ拒絶スルコトヲ得ルカノ問題ヲ生ズ。法典ニハ此點ニ付テ特別ノ規定ヲ置カズ。故ニ若シ特約ナキトキハ何レノ時期ニ債務不履行アリタルカヲ問ハズ苟モ相手方ガ既ニ履行期ニ在ル給付ヲ履行スルマデハ反對給付ノ履行ヲ拒絶シ得ルモノト解セザルベカラズ(註十)。

(註七) 獨逸ノ學者ハ之ヲ不完全履行ノ抗辯 *exceptio non rite adimpleti contractus, Einrede des nicht vollständig erfüllten Vertrages* ト言フ。

(註八) 履行遲滯ニ在ル當事者ガ本來ノ給付ノミノ履行又ハ履行提供ヲ爲スモ遲延賠償ノ履行又ハ履行提供ヲ爲サルトキハ相手方ハ同時履行ノ抗辯權ヲ有スルモノトス。蓋シ遲延賠償ノ給付ハ本來ノ給付ニ從タル給付ト見ルベキニハアラ

ズシテ本來ノ給付ノ擴張タル性質ヲ有スルモノナレバナリ。同說、末弘氏、一四二頁。獨逸ニテハ多少議論アル問題ナリ。

(註九) 獨逸民法ハ明ニ之ヲ規定ス(獨逸民法三二〇條第二項)。獨逸民法第一章案ニハ此規定ナク、其理由書ハ相手方ガ「詐欺ノ再抗辯」(Rechtsdolus)ヲ有スルコトハ明文ヲ俟タズシテ明ナルコト、ナシタルモ、獨逸現行法ハ明文ヲ設ケテ疑ヲ避ケタリ。判例ハ不動産賣買ニ付キ既ニ登記ヲ了シタルモ引渡ヲ爲サル場合ニ付キ買主ハ特別ノ事情ナクバ同時履行抗辯權ヲ有セザルモノトス、大正七年八月一四日、大判、民錄、二四輯一六五〇頁。正當ナリ。

(註十) 同說、石坂氏、日本民法二〇五〇頁、同氏、大綱三二三頁、末弘氏、前掲、一四二頁。

(ロ) 相手方ガ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ヲ爲セルトキハ同時履行ノ抗辯權ハ存在セズ。之レ第五百三十三條ガ「相手方ガ其債務ノ履行ヲ提供スルマデハ」ト規定スルニヨリテ明ナリ。如何ナル履行ノ提供ガ債務ノ本旨ニ從ヒタルモノニシテ從ツテ同時履行ノ抗辯權ヲ排除スルニ適スルモノナルカハ第四百九十三條ノ規定スル所ニ從フ。

相手方ガ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ヲ爲シタルニ拘ラズ之ヲ受領セザルニ因リ受領遲滯ニ在ル當事者ハ爾後自己ノ債務ノ履行ヲ請求セラル、ニ

當リ同時履行ノ抗辯權ヲ有スルヤ否ヤ。反對ノ學說及ビ判例アリト雖モ、余ハ第五百三十三條ノ明文ニヨルモ受領遲滯ノ性質ヨリ論ズルモ將タ同時履行ノ抗辯權ヲ認メタル法律ノ目的ニ付テ考フルモ受領遲滯ニ在ル當事者ヲシテ此抗辯權ヲ有セシムル理由ナキモノト信ズ(註十一)。

(註十一) 詳細ハ拙稿、債權者ノ遲滯、法協、三四卷一二號一一六頁以下ヲ見ヨ。同說、末弘氏、一四四頁、反對、石坂氏、日本民法、二〇五一頁、同氏、大綱三二三頁、明治四四年一月一日大判、民錄、一七輯七七二頁、大正六年一月一〇日大判、民錄、二三輯一九六〇頁。拙稿、判批、法協、三六卷、一〇九七頁、民事判例研究、二二〇頁。

(ハ) 雙務契約ヨリ生ズル債權ノ一方又ハ雙方ガ多數當事者ノ債權ナル場合ニ於テモ亦其理ヲ異ニスルコトナシ即チ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行又ハ履行ノ提供アルマデ全部ノ給付ニ付テ同時履行ノ抗辯ヲ援用スルコトヲ得。蓋シ若シ然ラズトセバ雙務契約ヨリ生ズル債務ノ一部ノ履行ニヨリテ同時履行ノ抗辯權ヲ消滅セシムル結果トナレバナリ(註十二)。但シ各個ノ分割給付ニ對シテ反對給付モ亦分割シテ之ヲ爲スベキ旨ノ特約アルトキハ其相對立セル給付ノ間ニ於テノミ同時履行ノ抗辯權ヲ成立セシムルモノト解スベシ。

同時履行ノ抗辯權ノ效力

四 同時履行ノ抗辯權ノ效力

(註十二) 拙著、債權法總論一九三頁、橫田氏、新報、二四卷八號八四頁、末弘氏、一四六頁。

(1) 此抗辯權ノ效力ハ、相手方ガ其債務ノ履行ヲ提供スルマデ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得シムルニアリ。從ツテ相手方ガ債務ノ履行ヲ提供シタルトキハ此抗辯ハ其效力ヲ失ヒ、請求ヲ受ケタル債務者ハ直チニ履行ヲ爲スコトヲ要ス。故ニ此抗辯權ハ相手方ノ債務ヲ否認スル否認的抗辯權ニハアラスシテ債權ノ行使ヲ延期セシムル延期的抗辯權ニ屬スルコト疑ヲ容レズ。

(2) 被告ガ裁判上此抗辯權ヲ援用シタル場合ニ於テ原告ガ既ニ履行ヲ爲シ又ハ履行ノ提供ヲ爲シタルコトヲ證明セザルトキハ原告敗訴ノ判決ヲ爲スベキカ或ハ交換的ニ履行スベキ旨ノ判決ヲ爲スベキカ解釋上疑問ノ存スル所ナリ。獨逸民法(三條二)ハ明ニ之ヲ規定シ交換的ニ給付ヲ爲スベキ旨ノ判決ヲ爲スベキモノトス。法律ガ此抗辯權ヲ認メタルハ履行上ノ牽連關係ヲ保タシムルコトノミニ存スルガ故ニ判決ニ於テ此牽連關係ヲ認ムルトキハ抗辯權行使ノ目的ハ茲ニ盡クルモノト言フベク、且單純ニ給付ヲ爲スベシトイフ判決ヲ求メタル

原告ノ請求ヲ變ジテ原告ノ給付ト引換ニ給付スベキ旨ノ判決ヲ爲スハ當事者ノ申立テザル事項ニ付テ判決ヲ爲スモノニアラザルガ故ニ我民法及ビ民事訴訟法ノ解釋上亦交換的ニ給付スベキ旨ノ判決ヲ爲スヲ正當トス。大審院ハ近時從來ノ判例ヲ改メテ此說ニ從ヘリ(註十三)。

(註十三) 明治四十四年一月一日大判、民錄、一七輯七七二頁、大正七年四月一日大判、民錄、二四輯六八七頁等、同說、石坂氏、日本民法二〇六三頁、橫田氏、一〇六頁、末弘氏、一四九頁、反對、四一年一月二一日大判、民錄、一四輯、一二一四頁等。單純ニ給付ヲ爲スベシトイフ判決ヲ爲スコトヲ求メタル場合ニ自己ノ給付ト引換ニ給付ヲ爲スベシトイフ判決ヲ爲スハ千圓ノ給付ヲ爲スベシトイフ判決ヲ求メタル場合ニ五百圓ノ給付ヲ爲スベシトイフ判決ヲ爲スト類似セルモノニシテ原告ノ申立ニ付キテ判決ヲ爲スモノナレバ訴訟法ノ原則ニ反スルコトナシ。
Planck-Silber, zu § 373 E. d. I. c. S. 168, Hellwig, Lehrbuch I, S. 257.

(3) 交換的ニ給付ヲ爲スベキ旨ノ判決アリタル場合ニ於テ原告ガ其判決ニ基キテ強制執行ヲ爲スニ當リテハ何時ニ於テ自己ガ給付ヲ爲シタルコト又ハ辨濟ノ提供ヲ爲シタルコトヲ證明スルコトヲ要スルカ解釋上一ノ疑問ナリ。民事訴訟法第五百十八條二項ノ規定ニ依リ執行文ヲ附與スルニ當リテ此證明アル

コトヲ要スルモノト解スルヲ正當トス(註十四)。

(註十四) 同說、石坂氏、日本民法二〇六七頁、仁井田氏、民訴要論、下、一〇六七頁、同氏、判批、法協、三五卷、四號、一七九頁以下、反對、末弘氏、一四九頁以下、板倉氏、強制執行義海、二六九頁、大正五年八月一〇日大審院決定、民錄、二二輯一四二四頁。前說ニ依レバ原告ガ履行ノ提供ヲ爲スコトハ強制執行ノ要件ニシテ裁判所之ヲ審査スベク、後說ニ依レバ強制執行開始ノ要件ニシテ執達吏其他ノ執行機關ニ於テ之ヲ調査スベキモノトス。給付交換ノ目的ヲ徹底スルガ爲メニハ後說ヲ採ルベキガ如シト雖モ、執行機關ニシテ履行提供アリキヤ否ヤトイフガ如キ實質的問題ヲ審査セシムルハ我訴訟法ノ趣旨ニ反スルノミナラズ、原告ハ必ラズシモ單純ニ提供ヲ爲スニ要セズ債務者ノ給付ニ對シテ反對給付ノ提供ヲ爲セル場合ニモ尙強制執行ノ要件備ハレルモノト解スベキガ故ニ前說ノ如ク解スルモ民法ノ趣旨ニ反スルコトナシ。

同時履行ノ抗辯權ノ行使ニ依リテ履行ノ結果ニ法律上ノ效力

(4) 同時履行ノ抗辯權ト債務者遲滞トノ關係ニ付テ議論ノ存スルコト嘗テ述べタルガ如シ(註十五)。履行上ノ牽連ハ抗辯權ノ行使ヲ待チテ初メテ生ズルモノナルニヨリ行使以前ニアリテハ雙方ノ債務ノ間ニ何等ノ牽連關係ナク從ツテ各債務ノ履行遲滞ニ付テハ單純ノ債務ト同一ノ原則ニ從フモノト解スルヲ理

論上正當トスルガ如キモ、各當事者ハ相手方ガ履行ノ提供ヲ爲スマデ何時ニテモ抗辯權ヲ行使シテ自己ノ債務ノ履行ヲ拒絶スルコトヲ得ル法律上ノ地位ニ在ルモノナルガ故ニ相手方ガ履行ノ提供ヲ爲サルニヨリ自ラ亦履行ヲ爲サザルハ法律上正當ノ理由ニ基クモノト言フベク、從ツテ履行遲滯ヲ生ゼザルモノト解スルヲ正當トス。判例亦此說ヲ採ル。

(註十五) 拙著、債權法總論一一八頁、同說、末弘氏、一五一頁以下、唯道氏、京法、一一卷九號六一頁以下、尙拙著前掲以後ノ判例モ亦同說ナリ、大正四年五月二十四日大判、民錄、二輯七九七頁、六年四月一九日大判、民錄、二三輯六四九頁、九年一月二十九日大判、民錄、二六輯二五頁、一〇年六月二十七日大判、民錄、二七輯一二八七頁等。反對說(石坂氏)ハ抗辯權ガ行使セラレテ初メテ其法律效果ヲ生ズルモノナルコトヲ唯一ノ論據トス。然レドモ抗辯權ガ行使セラレテ始メテ其法律效果ヲ生ズトイフコトハ抗辯權ノ内容タル效果ソノモノニ付テ正當ナルニ止マル。抗辯權ノ存在スルガ爲メニ他ノ法律效果ヲ生ズルコトヲ妨グルモノニアラズ。抗辯權ガ其存在スルコトノミニヨリテ一種ノ法律效果ヲ生ジ得ベキコトハ他ノ場合ニ於テモ亦之ヲ認ムルコトヲ要ス、例ヘバ抗辯權ノ附着スル債權ガ相殺ニ適スルヤ否ヤ、消滅時効ニ罹ルヤ否ヤノ問題ノ如キ是ナリ。Biermann Burg. R. I, S. 111; Langbeinchen, Anspruch u. Einrede, S. 278 ff.

同時履行ノ抗辯權ト留置權

五 同時履行ノ抗辯權ト留置權トハ同一ノ法律上ノ目的ニ出ヅ。兩者共ニ畢竟公平ノ原則ニ基クモノナリ。唯直接ニハ前者ハ雙務契約ヨリ生ズル雙方ノ債務ノ牽連ニ基キ、後者ハ債權者ノ占有スル物ト債權トノ牽連ニ基ク。殊ニ前者ハ雙方ノ債務ノ履行上ノ牽連ヲ成立セシメ一方當事者ガ先ヅ其債務ヲ履行スベク強制セラル、コトヲ避ケントスルモノニシテ單ニ自己ノ債權ノ實行ヲ確保スルコトノミヲ目的トスルモノニアラザルガ故ニ、當事者ハ留置權ニ於ケルガ如ク擔保ヲ供シテ同時履行ノ抗辯權ヲ消滅セシムルコトヲ得ザルナリ(三〇)。尙留置權ガ物權ナルニヨリテ生ズル兩者ノ差異及ビ成立原因ニ關スル兩者ノ差異ニ付テハ特ニ説明ヲ俟タザルベシ(註十六)。

(註十六) 富井氏、法協、二五卷一號、一七頁以下、三浦氏、法律評論、二卷、一六號、二二七頁以下、西川氏、新報一九卷、八號、九四頁以下、末弘氏、一三五頁以下參照。

第三項 履行不能ノ雙務契約ニ及ボス效力

第一目 總說

雙務契約履行不能

一 雙務契約ヨリ生ズル雙方又ハ一方ノ債務ニ原始的不能ノ存スルトキハ雙務契約ハ無効ナルコト法律ノ規定ヲ俟タズシテ明ナリ。雙務契約ハ牽連關係ヲ有スル兩個ノ出捐ヲ包括スル一個ノ有因的法律行為ナルヲ以テ原始的不能其他ノ事由ニ因ル一方ノ債務ノ不成立ハ延イテ雙務契約ソノモノ、無効ヲ生ズルコト疑ヲ容レザル所ニ屬ス。

二 雙務契約ヨリ生ズル一方ノ債務ニ付テ其成立後履行不能ヲ生ジタルトキハ其債務ノミ消滅スベキカ或ハ他方ノ債務即チ反對給付ノ請求權モ亦消滅スベキカノ問題ヲ生ズ。債權法ノ通則ニ依ルトキハ給付不能ハ其給付ヲ目的トスル債權ノミヲ消滅セシムベキガ如シト雖モ、雙務契約ハ其性質上牽連關係ヲ有スル債務ヲ生ズルモノナルガ故ニ債權法ノ通則ノミニ從ツテ問題ヲ解決スルコトヲ得ズ。之レ雙務契約ニ付テ特ニ履行不能ノ效果ヲ規定スルノ必要アル所以ナリ。

三 雙務契約上ノ一方ノ債務ニ關スル後發的不能ハ他ノ後發的不能ニ於ケルト同ジク其履行不能ガ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ルヤ否ヤニ因リテ其效

果ヲ異ニス。債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ル場合ニ於テハ損害賠償請求權ヲ生ジ債務ハ消滅スルコトナキヲ以テ反對給付ノ請求權モ亦當然消滅スルノ理ナシ。唯其損害賠償請求權ト反對給付ノ請求權トノ履行上ノ關係ニ於テ研究ヲ要スル問題アリ且契約解除ノ問題ヲ生ズルノミ。之ニ反シテ履行不能ガ債務者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ基クトキハ其債權ハ消滅スルガ故ニ反對給付ノ請求權モ亦消滅スルヤ否ヤノ重要ナル問題ヲ生ズ。而シテ若シ反對給付ノ請求權モ亦消滅スルトキハ履行不能ニ因ル損害ハ其不能トナリタル給付ヲ爲スベカリシ債務者ニ歸スルモノニシテ從ツテ後發的履行不能ノ生ズルコトアルベキ危險ハ債務者之ヲ負擔スルモノナルガ故ニ、雙務契約ニ於ケル危險ハ債務者之ヲ負擔スルモノナリト言ヒ、之ニ反シテ若シ反對給付ノ請求權ハ依然存續スルモノトナストキハ不能トナリタル給付ヲ受クベカリシ債權者ハ自己ノ債權ニ付テハ履行ヲ受クルコト能ハザルニ拘ハラズ自己ノ債務ハ尙之ヲ履行スルコトヲ要スルヲ以テ雙務契約ニ於ケル危險ハ債權者之ヲ負擔スルモノナリト言フ。而シテ雙務契約ニ於ケル危險ガ債權者債務者ノ何レニ存スル

カハ立法例ノ一致セザル所ニシテ學說上亦所謂危險負擔ノ問題 (Gefahrtragung, question des risques) トシテ議論ノ存スル所ナリ。

第二目 債務者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因ル履行不能(危險負擔)

一 雙務契約ニ於ケル危險負擔ニ關シテ我民法ハ第五百三十六條ニ原則ヲ掲ゲ履行不能ノ危險ハ債務者之ヲ負擔スルモノトシ、而シテ第五百三十四條ニ於テ之ガ例外ヲ規定シ、物權ノ設定、移轉ヲ目的トスル雙務契約ニ付テハ債權者危險ヲ負擔スルモノトス(註一)。此ノ如ク物權ノ設定移轉ヲ目的トスル雙務契約ニ付テ特則ヲ設クルハローマ法フランス法及ビ佛法系ノ諸法ニ一致スルモノナルモドイツ固有法及ビドイツ民法ハ之ニ異リ、總テノ雙務契約ニ通ジテ同一ノ法則ヲ設ケ危險ハ常ニ債務者之ヲ負擔スルモノトス(註二)。

(註一) 五三六條ガ原則ニシテ五三四條ガ其例外ナリト解スルニ付テハ異說アリ(村上氏各論此題旨ナリ)。然レドモ五三四條ノ規定スル事項ニハ限ラレタル範圍ア

危險負擔ニ關スル原則及ビ例外

特定物ノ移轉ノ給付以外ニ於ケル危險負擔ニ關スル原則及ビ例外

五三六條ニハ積極的制限ナキヲ以テ理論上後者ヲ以テ原則ト解スルコトヲ要ス規定配列ノ順序ノ如キハ問題ヲ決スル標準トナスニ足ラズ。但シ五三四條ハ賣買、交換等重要ナル契約ニ付テ適用アルノ結果實際上極メテ重大ナル意義ヲ有ス。本文ト同説、石坂氏、日本民法、二〇七四頁、大綱三二六頁、横田氏、一一一頁。

(註二) 獨逸現行民法ヲ以テ一般ニハ債務者主義ナリトス。然ルニ末弘氏、一五八頁、法協、三四卷五號、五五頁以下ハ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル契約ニ付キ獨法ハ所有者主義ヲ採リタルモノトス。賣買ニ於ケル危險負擔ニ關スル獨法(四四六條)ニ依レバ賣主ガ尙債務者ナルニ拘ハラズ危險ヲ負擔セザル場合アリト雖モ之レ債務者主義ニ對シテ多少ノ制限ヲ加ヘタルモノト解シ、尙債務者主義ヲ採レルモノト認メテ可ナリ。

二 特定物ニ關スル物權ノ設定移轉以外ノ給付ヲ目的トスル雙務契約ニアリテハ危險債務者ニ在ルモノトス(五三六條二項)。即チ民法ハ雙務契約ヨリ生ズル雙方ノ債務ニ付キ其存續上ニ於テモ亦牽連關係ヲ有スルヲ以テ原則トシタルナリ。蓋シ雙方ノ債務ニ付テ成立上ノ牽連關係ヲ認ムルコトハ當事者ノ意思ニ適シ且雙務契約ノ性質上寧ロ當然ナルガ故ニ其存續上ニ於テモ亦牽連關係ヲ認ムルコト多數ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ニ適スベク又公平ノ原則ニ合スルヲ

以テナリ。諸外國ノ立法學說亦概ネ然リ。

(1) 此原則ノ適用ヲ見ルベキ雙務契約ハ特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル契約以外ノ總テノ雙務契約ナリ。從ツテ勞務ノ供給、電力ノ供給物ノ使用等ヲ目的トスル契約ハ勿論、權利ノ移轉ヲ目的トスル契約ニテモ、物權以外ノ權利ノ移轉ヲ目的トスル場合ニハ又此原則ノ適用ナカルベカラズ(註三)。加之第五百三十四條ノ規定スル所ハ物ノ滅失又ハ毀損ニ因リテ履行不能ヲ生ジタル場合ニ限ルガ故ニ其他ノ事由ニ因リテ履行不能ヲ生ジタル場合ニハ特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル契約ニ付テモ亦此原則ノ適用アリ(註四)。又不特定物ノ給付ヲ目的トスル雙務契約ニ付テ其特定以前ニ履行不能ヲ生ジタルトキハ第五百三十四條ハ適用ナキガ故ニ第五百三十六條ノ原則ニ從フベク、選擇債務ニ付テハ何等ノ規定ナキガ故ニ其集中以前ニ全部ノ履行不能ヲ生ジタルトキハ又第五百三十六條ニ依リテ債務者危險ヲ負擔スルモノトス(註五)。

(註三) 村上氏債權各論二〇五頁以下ハ特定物ニ關スル物權以外ノ權利(例ヘバ債權)

ノ移轉ヲ目的トスル雙務契約ニ付テモ五三四條ヲ適用スベキモノトス。然レドモ五三四條ハ例外規定ニシテ且理論上亦不當ナル規定ナルガ故ニソノ擴張解釋ヲ爲スハ非ナリ。本文ト同説、石坂氏、日本民法、二一七頁、末弘氏、一六一頁。商事實買ニ付キ反對、平野氏、論文、志林、二三卷七號、八號特ニ八號六二頁。

(註四) 同説、石坂氏、日本民法、二一〇四頁、末弘氏、一六六頁。之ニ反シ村上氏(二〇六頁以下)ハ物ノ滅失毀損以外ノ理由ニヨリテ履行不能ヲ生ジタル場合ニモ尙五三四條ヲ適用スベキモノトス。其不當ナルハ前註ニ述ベタルガ如シ。

(註五) 種類債務ニ付テ特定ヲ生ズル以前ニ其種類ニ屬スル物ノ全滅シタルトキ、限定種類債務ニ於テ其種類ニ屬スル物ノ滅失シタルトキハ五三六條ニ依ル。選擇債務ニ於ケル一個ノ給付ニ付テ履行不能ヲ生ジタルトキハ四百十條ニ依ルベク同條ニヨリテ特定ヲ生ジタル後ニ履行不能ヲ生ズル時ハ其不能トナリタル給付ガ特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ナリヤ否ヤニヨリテ五三四條又ハ五三六條ヲ適用ス。又選擇ニヨリテ特定ヲ生ズルトキハ其特定ハ週及效ヲ生ズルガ故ニ危險負擔ノ問題ニ關シテモ亦始ヨリ其給付ヲ目的トスル單純債權ノ存在シタルト同一ノ結果ヲ生ズルモノトス。本文ニ述アル所ハ之等ノ理由ニヨリテ特定ヲ生ズルコトナクシテ選擇債務ノ内容タル給付ガ全部不能トナリタル場合ナリ。而シテ此場合ト給付ガ順次ニ時ヲ異ニシテ履行不能トナリタル場合ト危險ノ負擔者ヲ異ニスルハ一見不當ナルガ如キモ後ノ場合ニハ一旦特定物ニ關スル物權

當事者ノ
責ニ歸ス
ベカラズ
履行ガ
能ハス
ルニ
効果
不

ノ設定移轉ヲ目的トスル債權ヲ生ズルモ前ノ場合ニハ之ヲ生ゼザルガ故ニ法律
適用上ノ差異ヲ生ズルコト理論上寧ロ當然ナルノミナラズ法律ノ目的ヨリイフ
モ選擇債務ガ未ダ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル債權ニ集中セザ
ルトキハ其特定物ノ運命ハ尙債務者ニ屬スルモノト解スルヲ正當トス。同説、末
弘氏、一六四頁、法協、三四卷六號、一四四頁以下、反對、石坂氏、日本民法、一九七頁以下。

(2) 此原則ノ内容ニ付テハ履行不能ガ當事者雙方ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ
因レル場合ト債權者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因レル場合トヲ區別スルヲ要ス。

(イ) 履行不能ガ當事者雙方ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ基ケル場合ニ於テハ債
務者ハ債務ヲ免ル、ト共ニ反對給付ノ請求權ヲ失フ(五三六條一項)。從ツテ債權者ガ
未ダ其債務ヲ履行セザルトキハ爾後當然其債務ヲ免レ又既ニ其債務ヲ履行セ
ル場合ニ於テハ不當利得ノ返還請求權(七〇三條以下)ヲ有ス但履行不能ト爲リタルコ
トヲ知リテ反對給付ヲ爲シタル場合ニハ返還請求權ヲ有セズ(七〇五條)。

一部不能ノ效果ニ付テハ法律ニ特別ノ規定ナシ。然レドモ一部不能ノ他ノ
效果ニ付テ嘗テ述べタルガ如ク給付ノ一部ガ履行不能トナリタルニ因リ、全ク
債權ヲ成立セシメタル目的ヲ達スルコトヲ得ザル場合ト然ラザル場合トヲ區

別スルコトヲ要ス。前ノ場合ニ於テハ全部ノ履行不能ト同一ノ效果ヲ生ジ從
ツテ債務者ハ其債務ヲ免ル、ト共ニ反對給付ノ請求權モ亦消滅スベク、之ニ反
シテ後ノ場合ニ於テハ債務ハ其範圍ヲ減縮シ、債務者ハ殘餘ノ給付ヲ爲スコト
ヲ以テ足ルト共ニ其可能ナル部分ノ割合ニ應ジテ亦反對給付ノ請求權ヲ有ス
ルモノトス。此最後ノ點ニ付キ我民法ニハ獨逸民法(三三條二)ト異リ規定ヲ置カズ
ト雖モ、全部不能ニ關スル法律ノ規定ヲ準用シテ此ノ如ク解セザルベカラズ(註
六)(註七)。繼續的供給契約其他繼續的給付ヲ目的トスル雙務契約ニ於テ給付ノ
一部不能ヲ生ジタル場合亦同シ。

(註六) 貸借ニ付テハ特別アリ(六一條)貸借物ノ一部ガ貸借人ノ過失ニ因ラズシ
テ滅失シタル場合ニ付キ原則トシテ借賃減額ノ請求ヲ爲シ得ベキモノトシ、殘存
スル部分ノミニテハ貸借ヲ爲シタル目的ヲ達スルコトヲ得ザルトキハ解除ヲ爲
シ得ベキモノトス。反對給付ヲ減少セシムルタメニ意思表示ヲ必要トシ又契約
ノ效力ヲ消滅セシムル爲メニ解除ヲ必要トシタルハ特別ナリ。一般ノ場合ニ付
テハ反對給付ノ義務ハ法律上當然減少又ハ消滅スルモノト解セザルベカラズ。
尙反對給付ノ義務ガ比例的ニ減少スルハ一般ニ認メラル、所ナルモ(石坂氏、日本

民法二一三二頁、大綱三三二頁、末弘氏、一七四頁、法協、前掲一五〇頁、一部履行ノ結果契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコトヲ得ザル場合ニ反對給付ノ債務ノ消滅スルコトハ一般ニ認メラレザルガ如シ、然レドモ余ハ屢々述ベタルガ如ク、一部不能ニ付テハ全部不能ニ關スル規定ヲ準用スベク、而シテ一部不能ノ爲メニ全ク債權ノ目的ヲ達スルコトヲ得ザル場合ニハ全部不能ト同一ノ法律的理由アルガ故ニ全部不能ト同一ノ法律的效果ヲ生ゼシムベキモノトス。

(註七) 反對給付ガ比例的分割ヲ許サザルモノナル場合ニ於テハ其比例的減額ニ事實上ノ困難ヲ生ズ(獨民三二三條四七三條參照)。例ヘバ反對給付ガ一個ノ給付ヲ指シテ債務、一同ノ演奏ヲ爲ス債務ナル場合ノ如シ。全部ノ給付ヲ爲シタル後其超過部分ニ付キ不當利得ノ返還請求權(金錢ノ支拂ニヨル)ヲ認ムルノ外ナシ。結果同説、末弘氏、前掲。

債權者ノ過失ニ因ル履行不能ノ效果

(ロ) 履行不能ガ債權者ハ責ニ歸スベキ事由ニ因レル場合ニ於テハ債務者ハ其債務ヲ免レ且反對給付ノ請求權ヲ有スルモ、其債務ヲ免レタルニ因リテ得タル利益ハ之ヲ債權者ニ償還スルコトヲ要ス(五三六條二項)。
(ハ) 履行不能ガ債權者ノ責ニ歸スベキ事由ニ基ケルトキハ、過失アル債權者ヲシテ反對給付ヲ爲スベキ債務ヲ免レシムルノ理ナキヲ以テ債務者ハ自己ノ債務ヲ免ル、ニ拘ハラズ尙反對給付ヲ受クル權利ヲ失ハザルナリ(註八)。

(註八) 大正四年七月三十一日大判、民錄、二一輯一三五六頁、履借契約ニ於テ使用者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ債務ヲ爲スコト能ハザル場合ニ報酬請求權アリ。

(b) 債權者ノ責ニ歸スベキ事由ノ意義ニ關シテハ解釋上多少ノ疑問アリ蓋シ債權者ハ自己ノ受クル給付ニ關シテハ法律上義務ヲ負フモノニアラザレバナリ、余ハ法典ガ債務者其他當事者ノ責ニ歸スベキ事由ト謂ヘルト同ジク債權者ガ客觀的ニ履行不能ニ對シテ原因ヲ與ヘタルノミナラズ其原因ヲ與ヘタルコトガ主觀的ニ亦債權者ノ故意又ハ不注意(善良ナル管理者ノ注意ヲ缺キタルコト)ニ基ケル場合ニ於テハ常ニ所謂債權者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ル履行不能ノ存スルモノト解ス。從ツテ債權者ガ特ニ債務者ニ對シテ注意ヲ用フベキ義務ヲ負ヘル場合又ハ債權者ノ行爲ガ不法行爲ヲ構成スル場合ハ勿論其他ノ場合ニ於テモ苟モ以上ノ二要件ノ存スルトキハ此ニイフ要件ノ具備セラレルモノトス。

債權者ノ受領遲滯以後ニ於テ當事者雙方ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因リ

受領遲滯以後履行不能

履行不能ヲ生ジタルトキハ當然債權者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ル履行不能ノ存スルモノト解スベキカ。受領遲滞ハ主觀的要件ヲ必要トスルモノニアラザルヲ以テ解釋上多少疑問アリト雖モ債務者ノ履行遲滞以後ニ於ケル履行不能ト同ジク債權者ノ不受領ガ履行不能ノ原因ヲ爲シタルトキハ債權者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ルモノト解スルヲ正當トスベシ。蓋シ第四百十三條ハ受領遲滞以後債務ノ履行ナキコトニ對スル危險ハ債權者ヲシテ之ヲ負擔セシムルノ趣旨ト解スルヲ正當トスレバナリ(註九)。

(註九) 同說、石坂氏、日本民法、二一四二頁、大綱三三三頁、末弘氏、一七六頁。余ハ嘗テ反對ノ見解ヲ探レリ。

(e) 債務者ハ反對給付ノ請求權ヲ保有ス。其請求權ハ雙務契約ヨリ生ジタル本來ノ請求權ソノモノニシテ債權者ノ不法行爲其他ノ事由ニ因ル損害賠償請求權ニアラズ。但シ債權者ノ行爲ガ特ニ不法行爲ヲ構成スル場合又ハ特ニ債務不履行トナル場合ニ於テハ獨立ノ損害賠償請求權ヲ成立セシムルコトヲ妨グズ。

債務者免レタル利益ノ償還

(d) 債務者ガ其債務ヲ免レタルニ因リテ利益ヲ得タルトキハ之ヲ債權者ニ償還スルコトヲ要ス。蓋シ債務ヲ免レ且反對給付ノ請求權ヲ保有スルニ拘ハラズ債務ヲ免レタルニ因リテ受ケタル利益ヲ保有セシムルトキハ不當利得ヲ生ズルヲ以テナリ。即チ此償還請求權ハ夫ノ代償請求權ト同一ノ思想ニ基ケルモノナリ。其償還スルコトヲ要スル利益ハ債務ノ免脱ト相當因果關係ヲ有スル利益、例ヘバ債務ヲ免レタルニ因リテ節約シタル費用ノ如キ是ナリ(註十)。又此償還請求權ハ直接ニ法律ニ基ク請求權ニシテ雙務契約ヨリ生ズル請求權ニアラズ從ツテ反對給付ノ請求權ト同時履行ノ關係ニ立ツモノニアラズ。

(註十) 如何ナル利益ハ之ヲ債務ノ免脱ニ因リテ得タル利益トシテ之ヲ償還スルコトヲ要スルカ。勞務ヲ供スベキ債務ヲ負ヘル者ガ債權者ノ過失ニ因リテ之ヲ供給スルコト能ハザル場合ニ他ノ勞務ニ從事シタルトキハ其利益モ亦之ヲ債權者ニ償還スルコトヲ要スルモノト解スルコト多數說ナルガ如シ、石坂氏、大綱三三三頁、末弘氏、一七七頁。然レドモ余ハ此ノ如キ特別ノ原因ニ基ク利益ハ相當因果關係ナキ利益トシテ之ヲ償還スルコトヲ要セザルモノト解ス。

債權者及債務者雙方ノ責ニ歸ス

(ハ) 履行不能ガ債權者及ビ債務者雙方ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ生ジタル場

第一章 契約總論 雙務契約ノ效力 危險負擔

合ニ於テ反對給付ノ請求權ガ消滅スルヤ否ヤニ關シテハ特別ノ規定ナシ。第五百三十六條第二項ヲ此場合ニ適用スベカラザルハ言フ俟タズ。而シテ此場合ニ於ケル履行不能ヲ以テ尙債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ基ケル履行不能ノ一ニ屬スルモノト爲スベキコト第四百十八條ニヨリテ明ナルガ故ニ第五百三十六條第一項モ亦固ヨリ之ヲ適用スベキニアラズ。從ツテ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ履行不能ヲ生ジタル一般ノ場合ト同ジク反對給付ノ請求權ハ當然消滅スルコトナク、債權者ハ第四百十八條ニ依リテ損害賠償ヲ請求スルカ或ハ第五百四十三條ニ依リテ契約ノ解除ヲ爲ス權利ヲ有スルモノト解セザルベカラズ。

三 特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル雙務契約ニ於ケル危險負擔ニ關シテハ民法第五百三十四條ニ特別アリ而シテ此特別ハ實際上其適用セラル、場合極メテ多キヲ以テ我民法ノ債務者主義ハ此特別ノ爲メニ著大ナル制限ヲ受クルモノトス。

(1) 特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル雙務契約ニ關シテハ從來

債權者主義、所有者主義及ビ債務者主義ノ三主義アリローマ法フランス民法等ハ第一ノ主義ヲ採リ、英法ハ第二ノ主義ヲ採リ、而シテドイツ民法ハ其固有法ニ從ヒテ債務者主義ヲ採ル。所有者主義ハ又物權者主義ト言ヒ、契約ノ目的物ノ上ニ物權又ハ所有權ヲ有スル者ガ其目的物ノ滅失又ハ毀損ノ危險ヲ負擔スルモノトナスモノ是ナリ(註十一)。

是等ノ諸主義ノ中我民法ガ一般ノ原則ニ異リテ特ニ債權者主義ヲ採リタルハ如何ナル理論上ノ根據ニ因レルモノナルカ議論ノ存スル所ナリ。或ハ所有者主義ヲ以テ理論上最モ正當ナルモノトシ而シテ我民法ニ於テハ雙務契約ト同時ニ目的物ノ所有權ハ債權者ニ移轉スルコトヲ原則トスルガ故ニ債權者ハ所有者トシテ危險ヲ負擔スルモノナリトス(註十二)。然レドモ「所有者ハ危險ヲ負擔ス」(casum sentit dominus) 又ハ「res perit domino」トイヘル原則ハ物ノ消滅ノ結果所有者ガ其所有權ヲ失フコトヲ謂ヘルニ過ギズシテ其所有權消滅ノ結果如何ナル效果ヲ他ノ法律關係ニ及ボスカヲ決定スルモノニアラズ此法律效果ハ其法律關係ノ性質ニ從ヒテ之ヲ決スルコトヲ要スルヲ以テ、此場合ニ所有者危險

ヲ負擔スルモノトナスハ立法論トシテハ正當ナルモノト言フコトヲ得ズ。又
 我法典ノ解釋論トシテモ債權契約タル雙務契約ト同時ニ法律上當然所有權其
 他ノ物權ノ移轉セザルモノト解スルトキハ勿論縱令獨立ナル物權契約ヲ認メ
 ザル說ヲ正當ナリト假定スルモ尙債務者ガ所有權ヲ留保シタル場合其他債權
 契約ト同時ニ所有權ノ移轉セザル場合ニ於テ尙債權者ガ危險ヲ負擔スルノ理
 ヲ説明スルコトヲ得ザルベシ。或ハ利益ノ歸スル所損失モ亦歸ストイヘル原
 則ニ基クモノトシ、物ノ價格ノ騰貴物自身ノ自然的ノ増大ニ因ル利益ハ債權者
 ニ歸シ債權者ハ當初定メタル反對給付ヲ爲スヲ以テ足ルモノナルガ故ニ、物ノ
 滅失又ハ毀損ニ因ル損失モ亦債權者ニ歸スベキモノナリトス(註十三)。此ノ他
 獨逸ノ普通法學者ハ種々ナル理由ニヨリテ羅馬法ニ於ケル「買主ハ危險ヲ買フ」
 (periculum est emptoris) トイヘル原則ヲ説明セントスルモ多クハ採ルニ足ラズ。
 立法論トシテハ特ニ物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル契約ニ付テ特則ヲ設ク
 ルノ理由ナシト雖モ、我民法ハローマ法及ビフランス法等ノ沿革及ビ上ニ述ベ
 タル「利ノ歸スル所損モ亦歸ストイヘル原則ニ基キテ債權者主義ヲ採レルモノ

ト解スルノ外ナシ(註十四)。

(註十一) ローマ法ニテハ賣買ニ付キ「危險買主ニ在リ」(periculum est emptoris)ノ原則ヲ採
 リ之ニ反シテ貸借ニ付テハ「危險貸與人ニ在リ」(periculum est locatoris)ノ原則ヲ採レ
 リ、但シ危險ノ買主ニ在ルガ爲メニハ賣買ノ完成(Perfection)ヲ必要トセリ、然レドモ
 賣買ノ完成ニヨリ目的物ノ所有權ガ買主ニ移轉スルモノト解シタルニハアラザ
 ルガ故ニローマ法ヲ以テ所有者主義ヲ採レルモノト解スルハ誤ナリ。尙賣買ト
 貸借トニ付テ危險ノ負擔者ヲ異ニシタル理由、及ビ此二原則ノ關係ニ付テハ末
 弘氏論文、法協三四卷五號四一頁以下ヲ見ヨ。佛民一一三九條二項、瑞債一八五條
 一一九條、伊民一四八〇條、一一二五條等ハ債權者主義、英法(Sale of Goods Act § 20)ハ所
 有者主義ナリ。

(註十二) 土方氏(帝大民法講義)之ヲ主張ス横田氏(一一五頁)亦之ニ近シ但シ同氏ハ次
 ノ理由ヲモ舉ゲ又立法論トシテハ獨法ノ債務者主義ヲ可トス。獨逸普通法ニ於
 タル之ニ類似セル說ハ Windscheid (Pand. II. § 321 Anm. 18, 19a, B. 330) 等ノ採レル財產移轉
 說(Entlassungstheorie)ナリ。又佛蘭西ニ於テモ其草案理由書中ノ Bigot-Peuneman ノ所
 說及ビ Colin et Capitant (Cours t. 3, p. 139) 等ハ所有權移轉ノ理由ニヨリテ債權者說ヲ說
 タ。所有者說ノ不當ナル理由ニ付テハ尙末弘氏前掲、法協三四卷六號一二七頁以
 下ヲ見ヨ。

(註十三) 我國ニ於テハ梅氏(債權各論講義錄一三八頁以下)熱心ニ之ヲ主張ス、其ノ他
 第一章 契約總論 雙務契約ノ效力 危險負擔

岡松氏、理由、四七七頁、村上氏、二一一頁、横田氏、一一五頁、今井氏、民法學通論三〇四頁、仁井田氏、法典質疑問答、債權一四七頁等之ヲ探ル。佛蘭西ニ於ケル多數ノ學者モ亦此ノ如キ説明ヲ爲シ「善キシヤンスト惡キシヤンストノ平衡」(balance entre les bonnes et mauvaises chances)トイフコトヲ以テ債權者ガ危險ヲ負擔スル理ヲ説明セントス。Bandry-Lacantinerie et Pardo, no. 423 p. 381 etc. サレド物ノ増大、物ノ價格騰貴ノ利益ガ債權者ニ歸スルコト、公平ヲ保タシメンガ爲メニハ物ノ縮少、物ノ價格低落ノ不利益ヲ債權者ニ歸セシムルヲ以テ足ルベク滅失ノ危險ヲ負ハシムルハ公平ト言ヒ難シ、殊ニ我民法ハ未ダ引渡サザル賣買ノ目的物ノ果實ハ買主ニ歸屬セシメザルガ故ニ此論ハ法典上十分ナル論據ヲ有セズ。平野氏、志林、二三卷七號、八號ハ此理由ノ外商事實買ニ付テハ買主ガ一般ニ轉賣ノ利益ヲ受クベキコトヲ理由トス。

(註十四) 獨逸普通法學者ノ案出セル理由ノ重ナルモノ次ノ如シ。(イ)履行擬制説、(Wachter, Hofmann等)。(ロ)債權獨立説(Dernburg, Meidai, Bruns等)。(ハ)債權者若シ其契約ヲ爲サザリシトセバ他ニ處分スルコトニヨリテ危險ヲ免レタルコトアリ得ベシ、故ニ債權者ヲシテ危險ヲ負擔セシムルハ酷ナリ(Wachter, Kegelberger, Thuring 仁井田氏前掲)。(ニ)然レドモ債權者説ヲ辯護スベキ立法上ノ理由ハ總テ之ヲ是認シ難ク、理論上ヨリ論ズレバ危險負擔ノ問題ハ雙務契約ヨリ生ズル雙方ノ債務ニ關シ其存續上ニ於テモ牽連關係ヲ認ムベキヤ否ヤノ問題ナルヲ以テ其債務ノ内容タル給付ガ特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ナルコトニヨリテ例外ヲ認ムルノ理由ナキモノ

第五三四條ノ適用範圍

ト言ハザルベカラズ。然レドモ解釋論トシテハ我法典ガ如何ナル理由ニヨリテ債權者主義ヲ採リタルカヲ決定スルニアラザレバ諸種ノ問題ヲ決定スルニ付テ一貫シタル解決ヲ求メ難シ、之レ余ガ解釋論トシテハ「利ノ歸スル所損モ亦歸ス」トイヘル原則ニ基ケルモノト述ベタル所以ナリ。平野氏(前掲)ハ商事賣買ニ付キ債權者主義ヲ正當トシ、民事賣買ニ付テハ債權者主義ヲ採ルベキモノトス。

(2) 第五百三十四條ノ適用ヲ見ル雙務契約ハ特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスルモノニ限ル。此規定ハ特別ニシテ且理論上不當ナルモノナルガ故ニ、物權以外ノ權利ノ移轉ヲ目的トスル雙務契約ニ之ヲ準用スベカラズ。又特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル場合ニ於テモ危險負擔ニ關シテ當事者間ニ特約アラバ其特約ニ從フベキコト言フ俟タズ。

(3) 特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル雙務契約ニ關シ債權者ガ危險ヲ負擔スルハ債權者ノ責ニ歸スベカラサル事由ニヨリテ物ノ滅失又ハ毀損シタル場合ニ限ル。物ノ滅失以外ノ理由ニヨリテ履行不能ヲ生ジ、物ノ毀損以外ノ理由ニヨリテ一部ノ履行不能ヲ生ジタルトキハ債權者ハ危險ヲ負擔スルコトナシ。又債權者ノ責ニ歸スベキ事由ニヨリ履行不能ヲ生ジタル場合ニ

第五百三十四條ノ適用ナキハ言ヲ俟タズ。

(4) 債權者ガ危險ヲ負擔スルハ契約ノ目的物ガ特定セル場合ニ限ル。不特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル雙務契約ニアリテハ種類債權ノ目的ガ特定シタル後ニ於テ其特定シタル債權ノ目的物ノ滅失又ハ毀損シタル場合ニ於テノミ債權者其危險ヲ負擔ス。而シテ其特定ノ時期ハ第四百一條第二項ノ規定スル所ニ從フコト勿論ナルモ(五三項四)其他ノ原因ニヨリテ特定ヲ生ジタル場合ニモ亦同一ニ解セザルベカラズ(註十五)。

(註十五) 選擇債務ニ付テハ上ニ述べタル所ヲ見ヨ。一樽ノ酒ノ全部ヲ賣買シ其代價ハ一升數十錢ノ割合ト定ムルガ如ク數量不明ナル物ノ全部ヲ一定ノ割合ノ代價ヲ以テ賣買スル場合ニ(emptio ad mensuram) 五三四條ノ適用アリヤ否ヤハ稍疑問ナリ。獨逸普通法ニテハ此ノ如キ賣買ハ未ダ完成セザル賣買トナシ從ツテ計算ニヨリテ代價ノ確定スル迄ハ買主ハ危險ヲ負擔セザルモノトナシタルモ(Windscheid, Pand. II. § 390 S. 664.) 我民法ノ解釋トシテハ代價ノ確定セリヤ確定シ得ルニ止マルヤハ危險ノ負擔者ヲ異ニスルノ理由トナラズ計算以前ニ於テモ債權者ガ危險ヲ負擔スルモノト解セザルベカラズ。

(5) 債權者ガ危險ヲ負擔スル結果トシテ物ノ滅失又ハ毀損ニ拘ハラズ債務者ガ完全ニ反對給付ノ請求權ヲ有スルハ解釋上何等ノ疑ヲ容レズト雖モ左ノ二點ニ關シテハ法律ニ規定ヲ缺クガ故ニ解釋上疑問アリ。

(イ) 物ノ滅失又ハ毀損ノ結果債務者ガ債務ヲ免レタルニ因リテ利益ヲ得タルトキハ之ヲ債權者ニ償還スルコトヲ要スルカ。法典ハ此場合ニ付キ第五百三十六條第二項ノ如キ規定ヲ置カズト雖モ債務者ヲシテ其利益ヲ保有セシムルガ爲メニ不當利得ヲ生ズルハ彼ト此ト何等ノ差異ナク而シテ債權者ニ過失アル場合ニ於テ償還請求權ヲ認メタル法律ノ趣旨ヨリ推ストキハ其過失アルコトヲ要セザル場合ニ於テ同一ノ償還請求權ヲ認ムベキハ寧ロ言ヲ俟タザル所ナルガ故ニ此場合ニ於テモ亦償還請求權ヲ認ムルヲ正當トス(註十六)。

(註十六) 同說、石坂氏、日本民法二一一頁、同氏、大綱三二九頁、末弘氏、一七一頁以下。例ハバ債務者ガ債務ノ目的物ヲ第三者ニヨリテ破壊セラレタル場合ニ有スル損害賠償請求權ヲ取セラレタル場合ニ有スル所有物返還請求權ノ如キ所謂代價ニ付テハ債權者ハ代價請求權ヲ有スベク債務者ガ債務ヲ免レタルニ因リ節約シタル費用ニ付テハ五三六條二項ノ類推適用ニヨリテ償還請求權ヲ有ス。

(ロ) 同一物ニ付テ數個ノ雙務契約ヲ爲シタル場合例ヘバ同一物ヲ數回ニ數人ニ

債務ヲ免
レタルニ
因リテ得
タル利益
ノ償還

二重賣買
ノ場合ニ
於テ危險
負擔

賣渡シタル場合ニ於テ其何レノ債權者ニ對シテモ未ダ履行ヲ爲ササルニ先チ目的物ノ滅失又ハ毀損シタルトキハ數人ノ債權者ハ各危險ヲ負擔スルカ或ハ一人ノ債權者ノミ危險ヲ負擔スルカ或ハ又何レノ債權者モ危險ヲ負擔スルコトナキカ解釋上疑問ノ存スル所ニシテ債權者主義ノ重大ナル缺點トシテ學者ノ非難スル所ナリ。第一ノ債權者ノミヲシテ危險ヲ負擔セシムル學說アリ(註十七)。第二ノ債權者ガ惡意ナルトキハ之ヲシテ危險ヲ負擔セシメ然ラザルトキハ第一ノ債權者ヲシテ危險ヲ負擔セシムル學說アリ(註十八)。常ニ總テノ債權者ヲシテ危險ヲ負擔セシムルモノアリ(註十九)。然レドモ第一ノ債權者ハ數人ノ債權者ガ同一ノ法律上ノ地位ヲ有スルコトヲ認メザルモノニシテ債權ガ排他性ヲ有セズトイフ債權法ノ大原則ニ反スルガ故ニ之ヲ採ルコトヲ得ズ第三說ハ理論上正當ナリト雖モ債務者ヲシテ實質上不當利得ヲ爲サシムルモノニシテ第五百三十四條ノ趣旨ニ反スルガ故ニ又之ヲ採リ難ク第二說亦善意惡意ニヨリテ危險ノ負擔者ヲ區別スベキ理由ナキガ故ニ之ヲ採ルコトヲ得ズ。余ハ獨逸普通法ニ於ケル少數ノ學者ト共ニ何レノ債權者モ危險ヲ負擔スルコトナキモノトスル學說ヲ採ラントス。蓋シ第五百三十四條ハ一個ノ雙務契約ノミノ存スル場合ヲ豫想スルモノニシテ此場合ハ其豫想セザル所ナルガ故ニ第五百三十六條第一項ノ原則ニ從ヒ、債務者ガ危險ヲ負擔スルモノト解スルナリ(註二十)。

(註十七) 梅氏、志林一〇卷三號四三頁以下、橫田氏、一、二頁以下、或ハ曰ク、第一ノ賣買ニヨリ物ノ運命ハ第一ノ買主ニ屬シ、第二ノ買主ハ單ニ未必的ニ物ノ運命ヲ掌握シタルニ止マルモノナルガ故ニ第一ノ買主ノミナシテ危險ヲ負擔セシムベシト

(橫田氏)。然レドモ雙方ノ買主共ニ債權者トシテ同一ノ權利ヲ有シ、物ノ運命ハ同ウク未必的ニ兩者ニ屬スルモノト言ハザルベカラズ。又曰ク、第二ノ買主ニ對シテ履行ヲ爲シ得ザルハ第一ノ買主アルガ爲メニシテ物ノ滅失シタルニ因ルニアラズト(梅氏)。然レドモ若シ第二ノ買主ニ付テ此ノ如ク論ズルコトヲ得バ第一ノ買主ニ付テモ同一ニ論ズルコトヲ得ザルベカラズ兩者ノ地位ノ間ニハ法律上區別ナシ。獨逸普通法ニ於テ此說ヲ採リタル者アリ(Windscheidノ舊說、Hofmann)。

(註十八) 西川氏、新報二二卷九號九二頁以下。然レドモ第二ノ買主惡意ナル場合ニハ不正行為ヲ助成シタルモノトシテ危險ヲ負擔セシムトイフハ反對給付ヲ爲ス義務ヲ以テ第一ノ買主ニ對スル不正行為ノ效果トナスモノニシテ理由ナシ。獨逸普通法上 Windscheid ハ第一ノ買主ハ常ニ危險ヲ負擔セズ第二ノ買主ハ原則トシテ危險ヲ負擔スルモノトシ(Pand. II. § 390 S. 665 Anm. 17) Jhering ハ債務者ハ第一又ハ

第二何レカノ買主ニ對シテ反對給付ノ請求ヲ爲シ得ベク、其何レニ對シテ之ヲ請
求スルカハ債務者ノ選擇ニヨリテ定マルモノトス(Jherings J. III, S. 453 fg.)。

(註十九) 乾氏、志林一六卷一〇號一頁以下、石坂氏、日本民法二一一二頁、末弘氏、一六七
頁以下。此說ニ付テハ理論上ノ缺點ナシ。二個ノ獨立ナル雙務契約アルガ故ニ
其各個ニ付テ獨立ニ五三四條ヲ適用スルノ外ナシトイフ極メテ單純ナル理論ヲ
採ルモノナリ。然レドモ其結果ノ頗ル不當ナルハ蔽ヒ難キ事實ナリ。或ハ曰ク
民法ガ債權者主義ヲ採レルハ債務者ヲシテ零ニ對シテ一ヲ取得セシムルモノナ
リ而シテ二個ノ雙務契約アル場合ニハ零ニ對シテ二ヲ取得セシムルモノナリ零
ニ對シテ一ヲ取得セシムルモノニテ取得セシムルモ其不公平ナル割合ハ同一ナリ
故ニ民法ガ一個ノ雙務契約アル場合ニ當然認ムル結果ヨリ、ヨリ不公平ナル結果
ヲ生ズルモノニアラズト(末弘氏、法制時報第七卷三號)然レドモ一個ノ雙務契約ア
ル場合ニハ債務者ハ不可抗方ニヨリテ一ヲ失ヘルニ對シテ一ヲ取得スルモノナ
ルニ二個ノ雙務契約アル場合ニ五三四條ヲ適用スレバ一ヲ失ヘルニ對シテ二ヲ
取得セシムルモノナリ。換言セバ一個ノ雙務契約アル場合ニハ債務者ハ履行可
能ナル場合ヨリヨリ利益アル結果ヲ受クルモノニアラズ即チ不可抗力ノ爲メニ
自ラ不利益ナル結果ヲ被ラズトイフニ止マルニ反シ二個ノ雙務契約アル場合ニ
五三四條ヲ適用セバ不可抗力ノ結果却ツテ利益ヲ取得セシムルモノナリ。其不
公平ノ割合ガ同一ナリトイフハ解スベカラズ。思フニ債權者主義ヲ採リタル理

停止條件
附屬條件
雙務契約
危險負擔

四

由ハ特定物ニ付テ既ニ之ヲ移轉スル雙務契約ヲ爲セルトキハ其物ノ運命ハ債務
者ノ掌裡ヲ離レタルモノナリトシ、其滅失毀損ハ債務者ニ不利益ヲ生ゼズトナシ
タルニアリ。然ルニ此規定ノ結果債務者ヲシテ利得ヲ爲サシムルハ法律ノ目的
ニ趣エテ法規ヲ適用スルモノト言ハザルヲ得ズ。

(註二十) 同說、鳩山一耶氏、辯護士協會錄事二一卷一號四四一頁。此說ニ對シ獨立ナ
ル二個ノ雙務契約ヲ互ニ相牽連セルモノ、如ク解スルハ不當ナリトイフ非難ア
リ(末弘氏前掲)。然レドモ一個ノ雙務契約アルニ止マル場合ニハ物ノ運命ハ其債
權者ニ歸シタルモノトイフコトヲ得ベキモ債務者ガ其物ニ付テ更ニ雙務契約ヲ
爲セルトキハ其物ノ運命ハ未ダ何レノ債權者ニモ歸セザルモノト言ハザルベカ
ラズ。之レ致テ二個ノ雙務契約ノ間ニ牽連關係アルガ爲ニハアラズシテ客觀的
ニ二個ノ雙務契約アルノ結果ナリ。又此說ニ對シテ五百三十六條ヲ適用スルニ
對シテハ同條ガ特定物ニ關スル物權ノ設定、移轉ヲ目的トスル契約以外ノ契約ニ
關スル規定ナルガ故ニ此場合ニハ之ヲ適用スベカラズトノ非難アラン。然レド
モ同條ハ單ニ前二條ニ掲ゲタル場合ヲ除ク外ト言ヘルニ過ギザルヲ以テ前二條
ヲ適用スベカラザルコトヲ明ニセバ五三六條ヲ適用スベシトイフ結論ヲ生ズル
ナリ。尙平野氏(前掲)ハ債務ヲ免レタルニ因ル利益ヲ償還セシメテ總テノ債權者
ヨリ給付ヲ受クル權利ヲ認メントス。理論上及ビ實際上不當ナリ。

特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル雙務契約ガ停止條件附

第一章 契約總論 雙務契約ノ效力 危險負擔

目的物滅失ノ場合
債權者ハ
危險ヲ
負擔セズ

ナル場合ニ於ケル危險負擔ニ關シテハ第五百三十五條ニ特則アリ。其條件成就以後ニ於テ目的物ノ滅失又ハ毀損シタル場合ニ於テハ第五百三十四條ニヨリ債權者ガ危險ヲ負擔スルコト勿論ナリト雖モ、其成就以前ニ之等ノ事由ヲ生ジタルトキハ必ラズシモ第五百三十四條ニ從ハズ。

(1) 條件成就以前ニ目的物ノ滅失シタルトキハ第五百三十四條ニ從ハズ(五三五條一項)。此規定ノ結果トシテ債務者ハ反對給付ノ請求權ヲ有セザルコト明ナルモ其理由ニ至リテハ議論アリ。或ハ條件成就以前ニ生ジタル履行不能ハ原始的不能ニシテ、危險負擔ノ問題ハ後發的不能ノ場合ノミニ生ズルモノナレバ此場合ニハ危險負擔ノ問題ヲ生ゼズ原始的不能ノ理由ニヨリ雙務契約ハ當然其效力ヲ生ゼザルモノトス(石坂氏二、一六頁)。或ハ之レト同一ノ觀念ニ基クモ其説明ノ方法ヲ異ニシ、停止條件附法律行為ニアリテ條件成就ノ時ニ目的物ノ存在スルコトハ之ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ目的トスル契約ノ成立要件ヲ爲スモノナレバ條件ノ成就前ニ生ジタル目的物ノ滅失ハ契約關係ヲ不成立ニ了ラシムルモノナリトス(横田氏二、一八頁)。或ハ又之ニ反シテ目的物ハ契約成立當時ニ存在スルヲ以テ

足レリトシ從ツテ理論上ニ於テハ此場合ニモ債權者ヲシテ危險ヲ負擔セシムルヲ正當トスルモ條件成就以前ニアリテハ其契約ノ效力ヲ生ズルヤ否ヤ不確定ナル状態ニ在ルモノナルヲ以テ其時期ニ於テ既ニ債權者ヲシテ危險ヲ負擔セシムルハ酷ニ失スルモノナリトシ民法ハ人情論ニ基キテ債權者ニ危險ヲ負擔セシムルコトナカリシモノトス(梅氏)。按ズルニ第五百三十五條第一項ヲ以テ原始的不能ノ效果ヲ規定シ危險負擔ヲ規定スルモノニアラズト解スルハ民法ノ趣旨ニ適セズ且理論上法律行為成立以後ニ於ケル履行不能ヲ以テ原始的不能ナリトスルハ當ヲ得ズ。又條件成就當時ニ於テ目的物ノ存在スルコトヲ以テ契約成立ノ要件ト解スルハ理論上非ナリ停止條件附法律行為ハ其條件成就以前ニアリテモ既ニ完全ニ成立セルモノニシテ唯其效力發生要件ヲ完備セザルニ止マルガ故ニ爾後契約成立ノ問題ヲ生ズルコトナシ。民法ガ此ノ如キ規定ヲ設ケタルハ此場合ニ於ケル不能ヲ以テ後發的不能トナシタルモ條件成就以前ニアリテハ未ダ所謂條件附權利義務ヲ生ズルニ止マリ當事者ノ目的トシタル債權債務ハ發生セザルモノナルガ故ニ單ニ條件附權利ヲ有スルニ止マ

ル者ヲシテ普通ノ債權者ト同一ナル危險ヲ負擔セシムルハ酷ニ失スルモノトシ次ニ述ブルガ如ク毀損ノミニ付テ危險ヲ負擔セシムルニ止メタルナリ。債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニヨリテ目的物ノ滅失ヲ生ジタル場合ニ付テハ法典ニ規定ナシ(註二十一)。條件成就以前ニ於ケル履行不能ヲ以テ原始的不能ト解スルトキハ此場合ニ於テ爾後條件ノ成就ヲ生ズルモ雙務契約ハ何等ノ效力ヲモ生ゼザルノ結果トナルベシ。論者或ハ第二百二十八條ヲ此場合ニ適用シ損害賠償義務ヲ認ムルニヨリテ不都合ナル結果ヲ避ケントス(註二十二)。然レドモ原始的不能ノ存スルトキハ法律行為ハ不成立ナルヲ以テ條件附權利義務モ亦成立セザルモノト言ハザルベカラズ。余ハ之ニ反シテ法律行為成立以後ニ於ケル履行不能ハ後發的不能ニシテ法律行為ノ成立ソノモノニハ何等ノ影響ナシトスルガ故ニ爾後條件ノ成就シタル場合ニ於テ債權者ハ債務不履行ニ因ル損害賠償請求權ヲ有スベク又履行不能ヲ理由トシテ契約ヲ解除スルコトヲ得ベキモノトス。

(註二十一) 反對、末弘氏、一八一頁。同氏ハ滅失が何人ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ルカ

ヲ問ハズ五三五條一項ノ適用アルモノトス。然レドモ同項ハ前條ノ規定適用ナシト規定スルニ過ギズ而シテ前條ハ債務者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因リテ滅失ヲ生ジタル場合ノミニ限ルガ故ニ本項モ亦其適用範圍ハ此場合ニ限ラザルベカラズ。

(註二十二) 石坂氏、日本民法二一六四頁、同氏、大綱三三六頁、末弘氏前掲。

(2) 停止條件ノ成就以前ニ債務者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因リテ目的物ノ毀損シタル場合ニ於テハ債權者危險ヲ負擔ス(五三五條二項)。從ツテ債務者ハ毀損シタル物ノ給付ヲ爲シテ完全ナル反對給付ヲ請求スルコトヲ得。滅失ト毀損トノ效果ニ付テ此ノ如キ著大ナル差異ヲ設ケタルハ危險負擔ノ問題ガ公平ノ原則ニヨリテ支配セラルベキコトヲ忘レタルモノニシテ非難多シ(註二十三)。

(註二十三) 民法ハ條件附權利者ヲシテ滅失ニ對スル危險ヲ負擔セシムルハ酷ニ失スルモ毀損ニ對スル危險ノミヲ負擔セシムルハ妥當ナリトシタルナリ。

(3) 停止條件ノ成就以前ニ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ目的物ノ毀損シタル場合ニ於テハ債權者ハ條件成就ノ場合ニ於テ其選擇ニ從ヒ契約ノ履行又ハ其解除ヲ請求スルコトヲ得ベク又損害賠償ノ請求ヲ爲スヲ妨ゲズ(五三五條三項)。

目的物
毀損ノ
場合
債權者
ノ危險
ヲ負擔
ス

債務者
ノ責ニ
歸スベ
キ事由
ニ因リ
テ毀損
ノ效果

特種物ノ設定ニ
關スル物
權ノ移轉
的トシテ
停止條約
ナル場合
合附止條
件ノ目

(イ) 停止條件ノ成就以前ニ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ目的物ヲ毀損スルハ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ル後發の一部不能ナリ。若シ法律行為成立以後條件成就以前ニ於ケル履行不能ヲ以テ原始的不能ナリト解スルトキハ民法ガ本條ニ於テ此不能ニ對シ後發の一部不能ノ效果ヲ附シタルノ理由ヲ解スルコトヲ得ザルベシ。

(ロ) 債權者ハ毀損セラレタル物ノ給付ヲ請求シ且其毀損セラレタルコトニ基ク損害賠償ヲ請求スルカ、或ハ一部ノ履行不能ヲ理由トシテ契約ヲ解除シ且第五百四十五條ニヨリテ損害賠償ヲ請求スルヲ得ベシ。其前者ヲ選擇シタルトキハ債權者亦自ラ反對給付ヲ爲スコトヲ要スルハ言ヲ俟タズ。

(4) 特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル契約以外ノ契約ガ停止條件附ナル場合ニ於テハ第五百三十六條ヲ適用スベキカ、或ハ第五百三十五條ヲ類推適用スベキカノ問題アリ。或ハ第五百三十五條ヲ準用スベシト論ズル學者アリト雖モ第五百三十六條ガ原則規定タリ第五百三十五條ガ例外規定タル關係ニ付テ考フレバ第五百三十六條ヲ適用スベキコト明ナリ(註二十四)。論者

ガ第五百三十五條ヲ準用スベキモノトスルハ條件成就以前ニ於ケル履行不能ヲ以テ原始的不能トスルガ爲メニ若シ第五百三十五條ヲ準用セザルトキハ不當ナル結果ヲ生ズルガ故ナリ。

(イ) 當事者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニヨリテ條件成就以前ニ履行不能ヲ生ズルトキハ相手方モ亦反對給付ヲ爲ス債務ヲ免レ一部不能ヲ生ズルトキハ其不能トナレル部分ニ比例シテ相手方モ亦債務ヲ免ル。

(ロ) 債權者ノ責ニ歸スベキ事由ニヨリテ履行不能ヲ生ジタルトキハ債權者ハ反對給付ヲ爲ス債務ヲ負フ。但債務者ハ債務ヲ免レタルニ因リテ受ケタル利益ヲ償還スルコトヲ要ス。

(ハ) 債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニヨリテ履行不能ヲ生ジタル場合ニ付テハ第五百三十六條ハ規定ヲ設ケズト雖モ、此履行不能ハ後發的不能ノ一ニ屬シ、從ツテ債務者ノ債務不履行トナルガ故ニ債權者ハ損害賠償請求權及ビ契約ノ解除權ヲ有スルモノトス(註二十五)。

(註二十四) 反對、石坂氏、日本民法、二一六四頁以下。同說、末弘氏一八五頁以下。
第一章 契約總論 雙務契約ノ效力 危險負擔

(註二十五) 此結果ヲ認メンガ爲メニ石坂氏ハ第五百三十五條ヲ準用スベキモノト
スルナリ。末弘氏ハ此場合ニ後發的不能ノ場合ト同一ノ結果ヲ生ゼシムルヲ正
當トスルモ性質上ハ原始的不能ナリトス。

五 雙務契約ガ解除條件附ナル場合ニ於ケル危險負擔ニ關シテハ法典ニ何等
ノ規定ナク從ツテ解除條件附法律行爲ノ性質ニヨリテ之ヲ決定セザルベカラ
ズ。若シ解除條件附法律行爲ヲ以テ單純ナル法律行爲ト停止條件附法律行爲
トノ結合ナリト解スルトキハ第五百三十四條及ビ第五百三十五條ヲ適用スル
結果トナルベシ。然レドモ解除條件附法律行爲ハ停止條件附權利ト同一ナル
期待權ヲ生ズルモ停止條件附法律行爲ヲ包含スルモノニアラズト解スルヲ正
當トスルガ故ニ此見解ニ從フコト能ハズ從ツテ第五百三十五條ハ此場合ニ之
ヲ適用スルコトヲ得ズ。而シテ解除條件附契約ハ停止條件附契約ト異リ直チ
ニ法律行爲上ノ效果ヲ生ズルモノニシテ且條件ノ成就スルマデハ無條件ナル
契約ト同一ノ效力ヲ保有スベキモノナルガ故ニ其契約上ノ債務ノ履行以前ニ
履行不能ヲ生ジタル場合ニ於ケル危險負擔ニ關シテハ之ヲ普通ノ雙務契約ト
區別スベキ理由ナシ。故ニ其契約ノ内容ニ應ジテ第五百三十四條又ハ第五百

三十六條ノ適用アルベキモノトス(註二十六)。然レドモ之等ノ規定ニヨリテ履
行不能ノ危險ヲ負擔シタル效果ハ無條件ナル雙務契約ニ於ケルガ如ク確定的
ニアラズ爾後解除條件ノ成就シタルトキハ法律行爲ノ效力ハ將來ニ對スル關
係ニ於テハ法律上當然消滅スルモノナルガ故ニ反對給付ヲ受ケタル債務者ハ
目的消滅ノ理由ニヨリテ不當利得ノ返還義務ヲ負ヒ、毀損シタル物ノ給付ヲ受
ケタル債權者モ亦之ヲ債務者ニ返還セザルベカラズ(註二十七)。但シ此後ニ述
ベタル法律效果ハ解除條件成就ニ關スル法則ニヨリテ生ズルモノニシテ危險
負擔ノ問題ニハアラズ。

(註二十六) 從ツテ例ヘバ解除條件附賣買ニ於テ危險負擔ヲ生ズルハ賣主ガ未ダ其
賣買上ノ債務ヲ履行セザル間ニ物ノ滅失毀損ヲ生ジタル場合ニ限ル。賣主ガ賣
買上ノ債務ヲ履行シタル後、解除條件成就以前ニ其目的物が買主ノ手ニ於テ滅失
毀損スルモ既ニ賣買上ノ債務ノ履行以後ナルヲ以テ危險負擔ノ問題ヲ生ズルコ
トナク、唯解除條件成就ノ場合ニ如何ナル範圍ニ於テ當事者間ニ返還義務ヲ生ズ
ルカノ問題ヲ生ズルニ止マル。此問題ハ解除條件成就ノ效果ニ關スル一般的原
則ニヨリテ決定セラレベキモノナリ。

(註二十七) 解除條件ノ成就ガ當事者ノ別段ノ意思表示ニヨリ適及致チ生ズル場合
第一章 契約總論 雙務契約ノ效力 危險負擔

ニハ初ヨリ契約ナカリシト同一ノ效果ヲ生ジ從ツテ給付ヲ受ケタル者ハ之ヲ返還スベキコト勿論ナリ。 週及效ヲ有セザル場合ニ於テモ條件成就以後ニ對シテハ契約ナカリシト同一ノ效果ヲ生ズ從ツテ移轉セラレタル所有權ノ如キハ當然原主ニ復歸シ契約上ノ債權ニ基キ給付ヲ受ケタル者ハ又之ヲ返還スルコトヲ要ス。 而シテ危險負擔ノ原則ニヨリ反響給付ヲ受ケタル者ハ又契約上ノ債權ニ基キ給付ヲ受ケタル者ナルガ故ニ之ヲ返還スルコトヲ要スルナリ。 結果ニ於テ純テノ學者殆ンド同說ナリ。 石坂氏、志林、一八卷一號三七頁以下、日本民法一二二頁以下、末弘氏、一八八頁以下、仁井田氏、内外論叢、三卷四號一七一頁以下、西川氏、新報一八卷五號八二頁以下。

債務者ノ責ニ歸スベキ事由ノ因ル履行不能ノ效果

第三目 債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ル履行不能ノ效果

一 雙務契約ヨリ生ズル一方又ハ雙方ノ債務ニ付テ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ル履行不能ヲ生ジタルトキハ本來ノ債務ハ損害賠償ヲ目的トスル債務ニ變ズルモ尙同一ノ債務タルコトヲ失ハザルヲ以テ相手方ノ債務即チ反對給付ノ請求權ニ直接ノ影響ヲ及ボスコトナク唯契約ノ解除權ヲ成立セシムルニ

交換説ト差額説

止マル。 此後ノ點ニ付テハ後ニ述ブベシ。

二 債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ履行不能ヲ生ジタル場合ニ債權者即チ相手方ハ解除權ヲ有スルモ解除權ヲ行使スルコトハ其義務ニアラズ債權者ハ解除權ヲ行使セズシテ自ラ負擔セル債務ヲ履行シ相手方ニ對シテ履行ニ代ルベキ損害賠償ヲ請求スルヲ得ベキコト固ヨリ疑ヲ容レズ。 然ルニ此場合ニ於ケル損害賠償請求權ノ效力ニ關シテハ獨逸普通法及ビ獨逸民法上頗ル議論ノ存スル所ニシテ交換説 (Austauschtheorie) ト差額説 (Differenztheorie) ト殆ンド互角ノ勢ヲ有シ其他兩説ノ中間ニ存スル折衷説モ亦其代表者ニ乏シカラズ(註一)。 交換説ニ依レバ債權者ハ履行ニ代ハルベキ損害賠償請求權ヲ有スルト共ニ反對給付ヲ爲スノ債務ヲ負フモノトシ、而シテ此雙方ノ債務ハ雙務契約上ノ雙方ノ債務ト同一ノ法律關係ニ在ルモノトス。 之ニ反シテ差額説ニ依レバ債權者ハ自己ノ爲スベカリシ給付ト相手方ノ爲スベカリシ給付トノ差額ヲ損害賠償トシテ請求シ得ルモノトシ從ツテ一個ノ損害賠償請求權ノミ殘存スルモノトス(註二)。 我民法ノ解釋トシテ余ハ多數ノ學者ト共ニ交換説ノミヲ正當ナルモ

ノト信ズ(註三)。其理由次ノ如シ。(イ)債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ履行不能ヲ生ジタルトキハ債權者ハ第四百十五條ニ依リテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ベシト雖モ此損害賠償ハ債務ノ不履行ニ因リテ生ジタル損害ノ賠償ニシテ契約ノ效力消滅シタルニヨリテ生ズル損害ノ賠償ヲ目的トスルニアラズ。(ロ)債權者ガ契約ヲ解除セズシテ直チニ差額ヲ請求シ得ベキモノトセバ民法ガ解除權ヲ認メタル理由ヲ解スルコトヲ得ズ法典ガ此場合ニ於テ契約ノ解除權ヲ認ムルニヨリテ見ルトキハ反對給付ノ請求權ハ法律上當然消滅スルコトナキモノト解セザルベカラズ。(ハ)交換ノ如ク反對給付ガ金錢債務ナラザルモノニ付テハ差額說ニ依ルコトヲ得ズ。(ニ)反對論者ハ差額說ニ依ルモ債權者ニ同一ノ法律上ノ保護ヲ與フルコトヲ得ルノミナラズ此說ヲ採ルトキハ無用ノ手數ヲ省キ取引ノ敏活ニ利益アリト主張スルモ債權者ハ自己ノ爲スベキ給付ヲ爲スニ付テ利益ヲ有スルコトアリ差額說ト交換說トハ同一ノ利益ヲ債權者ニ與フルモノニアラズ。(ホ)債務者ノ責ニ歸スベキ履行不能ノ爲メニ反對給付ノ請求權ガ法律上當然消滅スベキモノト解スベキ法典上ノ根據全クナシ。

(註一) 獨逸ニ於ケル學說ニ付テハ著書甚ダ多數ナルモ Ortmann, Komm. zu § 325 Nr. 1. b. S. 195ff. 其大要ヲ述ブ。尙石坂氏、日本民法、二一五五頁以下、同氏、新報二六卷三號、五

號、七號、岡松氏、内外論叢、五卷三號、四號參照。

(註二) 差額說ニ依レバ損害賠償ノ内容ハ債務ノ不履行ニ因ル損害即チ債務ノ履行ニ代ハルベキ利益ニハアラズシテ、契約ガ全ク效力ヲ失ヒタルニ因ル損害トナル。獨逸ニ於テ差額說ヲ採ル學者彭カラズ獨逸帝國裁判所ガ此說ヲ採ルハ獨逸舊商法以來ノ沿革モ亦其理由ノ一トナレルモノナリ。

(註三) 石坂氏、前掲、岡松氏、前掲、末弘氏一七七頁以下等。

第三款 第三者ノ爲メニスル契約

第一項 沿革及ビ性質

一 第三者ノ爲メニスル契約 (pactum in favorem tertii, stipulation pour autrui, Vertrag zu Gunsten Dritter, Vertrag auf Leistung an Dritte) トハ第三者ヲシテ契約當事者ノ一方ニ對シ一定ノ給付ヲ請求スル債權ヲ取得セシムルコトヲ内容トスル契約ヲ謂フ。其效力ニ關シテハ羅馬法以來種々ノ變遷ヲ經タリ。

羅馬法ニ於テハ契約ハ唯其契約當事者間ニ於テノミ效力ヲ有シ第三者ヲ害スルコトナク又利スルコトナシトイヘル原則ヲ採リ從ツテ原則トシテハ第三者ノ爲メニスル契約ニヨリテ第三者ガ直接ニ權利ヲ取得シ得ベキコトヲ認メズ唯其後期ニ至リ實際上ノ必要ニヨリ之ニ對シテ多少ノ例外ヲ認メタルニ止マレリ。又契約當事者間ニ於テハ要約者受約者ガ諾約者(約束者)ヲシテ第三者ニ對シテ給付ヲ爲サシムルニ付キ自ラ金錢的利益ヲ有スル場合ニ限り法律上ノ效力ヲ認メタリ(註一)。佛蘭西民法ニ於テハ大體ニ於テ羅馬法ニ從ヒ原則トシテハ第三者ノ爲メニスル契約ヲ認ムルコトナシ(一九條、一九六條、一九七條)。然レドモ實際上ノ必要ニ基キ比較的汎キ範圍ニ於テ此原則ニ對スル例外ヲ認メントスル學說及ビ判例アリ(註二)。獨逸普通法ニ於テハ當初羅馬法ヲ踏襲シタリシモ漸次實際上ノ必要ニ基キテ第三者ノ爲メニスル契約ヲ認ムルニ至リ其後期ニ於テハ慣習法トシテ第三者ノ爲メニスル契約ニヨリ第三者ガ直接ニ權利ヲ取得シ得ベキコトヲ認ムルニ至リ唯其法律的構成ニ關シテ種々ノ議論ヲ見タリ(註三)。獨逸民法ハ明文ヲ以テ第三者ノ契約ソノモノニヨリテ第三者ガ權利

ヲ取得スルコトヲ認メ(註二八)瑞西債務法(註二九)亦明ニ之ヲ認ム。我民法モ之ニ從ヒ第五百三十七條以下ニ於テ明ニ第三者ノ爲メニスル契約ヲ認メタリ。

(註一) 第三者ニ對シテ給付ヲ爲スコトヲ目的トスル契約ガ有效ナリヤ否ヤノ問題ハ二個ノ意義ヲ有ス。一ハ契約當事者間ノ問題ニシテ其一方ガ他方ヲシテ第三者ニ對シテ給付ヲ爲サシムル債權ヲ取得スルコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ。此意義ニ於テハ羅馬法ニ於テモ古クヨリ第三者ニ對シテ給付ヲ爲スベキ契約ノ效力ヲ認メタリ、唯其條件トシテ要約者ガ此給付ヲ爲サシムルニツキ利益ヲ有スルコトヲ必要トシ而シテ此利益ヲ解スルコト後期羅馬法ニ於ケルヨリモ嚴格ナリシノミ。即チ當初ニ於テハ第三者ニ對シテ給付ヲ爲サシムル場合ニ付キ遺約金ノ特約アリシノト(stipulatio poenae)ヲ必要トシタリシモ後ニハ之ヲ必要トセザルニ至リ、普通法ニテハ金錢的利益タルヲ必要トセザルニ至レリ。他ノ一ハ第三者ガ直接ニ債權ヲ取得スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニシテ此意義ニ於テハ後期羅馬法ニ於テモ贈與、嫁資設定其他少數ノ場合ニ例外トシテ之ヲ認メタルノミ。尙沿革ニ付テハ石坂氏、日本民法二一六九頁以下、植月氏、京法二卷、法學大家論文集民法下三一八頁以下ヲ見。

(註二) Ed. Lambert, Du contrat en faveur du tiers, p. 8, Aubry et Rau, Cours, t. 4 p. 55 (Cain et Capitant, Cours, t. 2, p. 336 etc. 佛民ハ契約ハ當事者間ニ於テノミ效力ヲ有スルコトヲ規定シタル後千二百二十一條ニ於テ其例外ヲ認メ贈與ノ條件タルトキ又ハ自己ノ爲メニ

セル契約ノ條件タル場合ニ於テハ第三者ノ爲メニスル契約モ有效ナリトス。佛蘭西ノ學說ハ實際上ノ必要ノ爲メニ第二ノ例外ヲ極メテ況ク解スルナリ。

(註三) 獨逸普通法ニ於ケル學說ニ付テハ Gureis, Verträge zu Gunsten Dritter, Unger, Verträge zu Gunsten Dritter, Jherings J. X.; Heilwig, Verträge auf Leistung an Dritte 等及ビ石坂氏前掲植月氏前掲ヲ見ヨ。普通法ニ於ケル重ナル學說四アリ。(イ) Acceptations = oder Peitritstheorie (承諾説)。當事者が共同申込ヲ爲シ第三者ガ之ニ對シテ承諾ヲ爲スモノトス。(ロ) Stellvertretungstheorie (代理説)。無權代理ノ理ニヨリテ第三者ガ權利ヲ取得スルノ理ヲ説明ス。(ハ) Ableitungstheorie (傳來説)。第三者ハ要約者ノ權利ノ讓渡ヲ受クルモノトス。(ニ) Creationsstheorie (直接取得説)。第三者ハ當事者間ノ契約ニヨリ直接ニ權利ヲ取得スルモノトス。但其契約ガ第三者ニ權利ヲ取得セシムル理ヲ説クニ付テハ或ハ第三者ニ對スル一方約束即テ單獨行爲ナリトシ或ハ合同行爲ナリトシ或ハ又契約ガ當事者以外ノ者ニ對シテモ利益アル法律效果ヲ生ズルコトヲ得ルハ法理上寧ろ當然ニシテ特ニ他ノ法律制度ニ附會シテ説明スルヲ要セザルモノトス。今日ノ通説ハ此最後ノ見解ニシテ我民法亦之ヲ採ルモノナリ。

爲メニスル契約ノ意義

二 第三者ノ爲メニスル契約トハ契約當事者ノ自己ノ名ニ於テ爲シタル契約ニヨリ直接ニ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルコトヲ目的トスル契約ヲ謂フ。(1) 第三者ノ爲メニスル契約ハ代理人ニヨル契約ニアラズ。要約者ト第三者ト

ノ間ニ何等ノ法律關係ノ存在スルコトヲ必要トセザルノミナラズ又無權代理ノ理ヲ以テ説明スベキモノニアラズ。蓋シ代理ニアリテハ法律行爲ノ效果ノ全部ヲ本人ニ付テ發生セシムルコトヲ目的トスルモノナルモ第三者ノ爲メニスル契約ニアリテハ唯第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムルコトヲ目的トスルニ過ギズ又代理ノ如ク本人ノ名ニ於テ意思表示ヲ爲スモノニアラズシテ要約者自己ノ名ニ於テ意思表示ヲ爲スモノナレバナリ。從ツテ又要約者ハ行爲能力ヲ備フルコトヲ要シ代理人ノ如ク無能力者ナルコトヲ得ズ。

(2) 第三者ヲシテ直接ニ權利ヲ取得セシムルコトヲ目的トス。廣ク第三者ノ爲メニスル契約トイフトキハ要約者ノミ諾約者ニ對シ第三者ニ給付ヲ爲サシムベキ權利ヲ有シ、第三者ハ直接ニ請求權ヲ取得セザル契約ヲモ包含スルコトヲ得ベシ。然レドモ民法謂フ所ノ第三者ノ爲メニスル契約ハ此後ノ者ヲ包含セズ、第三者ヲシテ直接ニ權利ヲ取得セシムルコトヲ目的トスル契約ノミヲ指稱ス(註四)。

(註四) 第三者ニ權利ヲ取得セシムルコトナクシテ單ニ第三者ニ對シテ給付ヲ爲ス

コトヲ目的トスル契約ヲ獨逸ノ學者ハ或ハ不真正ナル第三者ノ爲メニスル契約ト言ヒ、或ハ第三者ニ權限ヲ附與スル契約ト言フ。此種ノ契約ニ付キ我民法ニハ特別ノ規定ナキモ其有效ナルハ疑ナ容レザル所ニシテ其效力ハ契約ノ通則ニ從ヒテ之ヲ決スベシ。第三者ハ給付受領ノ權利ヲ有セザルモソノ權限ヲ有スルモノトス。

(3) 第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルコトヲ目的トスル契約ナリ。第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムルコトヲ目的トスル契約ノ中法典ノ規定スルモノハ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムル契約ニ限ル。故ニ第三者ヲシテ債權以外ノ權利特ニ物權ヲ取得セシムル契約ノ有效ナリヤ否ヤハ解釋上疑問ノ存スルトコロナリ(註五)。

(註五) 第三者ノ爲メニスル物權契約ガ有效ナリヤ否ヤニ付テハ獨逸民法ニ付テモ議論ノ存スル所ナリ (Walf, Sachenrecht § 33 II 3; Farnocerus, Lehrb. Bd. I, Abt. 2, § 259. Ann. 1, Rosen'erg, D. J. Z. 1912, S. 544 ff. Kluckhohn, Die Verfügungen zu Gunsten Dritter S. 39 ff.) 我民法ノ解釋上石坂博士ハ疑問ナルモ之ヲ認めザルヲ正シトスト論シ(日本民法二一九四頁) 岡松博士亦之ヲ認めベカラザルモノトス、法協二六卷九〇頁、法典ノ明ニ認めル第三者ノ爲メニスル契約ハ債權ノ取得ヲ目的トスルモノニ止マルガ故ニ其他ノ權利

第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルモノトス

第三者ノ債權取得ノ目的トスルモノトス

ヲ取得セシムルコトヲ目的トスル第三者ノ爲メニスル契約ヲ認めメンガ爲ニハ類推ニヨリザルヲ得ズ然モ物權ノ得喪變更ニ關シテハ第七十六條ニ於テ當事者ノ意思表示ヲ必要トスルガ故ニ類推ヲ爲スコトヲ得ザルモノト解ス。反對、末弘氏、一九一頁。佛蘭西法及ビ獨逸普通法ニ於テハ之ニ反シ第三者ノ爲メニスル物權契約ヲ認め。判例ハ第三者ノ爲メニスル債務免除契約ノ有效ナルコトヲ認めルモ第三者ノ爲メニスル物權契約ニ就テハ未ダ判例ヲ見ズ、前者ニ付テハ第五百三十七條以下ノ規定ヲ準用シテ可ナリ。大正五年六月二六日、大判、民錄二二輯二〇卷一二六八頁、拙稿、志林、一九卷二號。

三 第三者ノ爲メニスル契約ハ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルコトノ、目的トスル契約ナルヲ要セズ。諾約者ヲシテ第三者ニ對シ無因的債務ヲ負擔セシムルコトヲ目的トスル契約モ亦我民法上無効ニアラズト雖モ、當事者ハ諾約者ガ此ノ如キ出捐ヲ爲ス法律上ノ原因タル當事者間ノ法律關係即チ所謂補償關係 (Deckungsverhältnis) ヲ加ヘテ一個ノ有因契約ヲ爲スヲ原則トスベク、而シテ此ノ如キ有因的ナル第三者ノ爲メニスル契約ノ有效ナルハ固ヨリ言フ俟タズ。例ヘバ當事者間ノ賣買契約ニ於テ買主ガ代金債務ヲ第三者ニ對シテ辨濟スベキコトヲ約スルトキハ賣買契約ト第三者ノ爲メニスル契約トノ二者併合

スルニハアラズシテ一個ノ特殊ナル賣買契約ノ存スルガ如シ。之レ後ニ述ブ
ルガ如ク諾約者ガ第三者ニ對シテ同時履行ノ抗辯權ヲ有スルコトアリ又要約
者ノ債務不履行ヲ理由トスル契約解除ヲ以テ第三者ニ對抗シ得ル所以ナリ。
四 第三者ノ爲メニスル契約ノ有效ナル理由ニ付テハ獨逸普通法上多ク論争
ヲ見タル所ナルモ今日ニ於テハ特ニ之ヲ研究スルノ必要ナシ。契約當事者ガ
第三者ニ權利ヲ與ヘントスル意思ヲ表示セル場合ニ之レニ從ヒテ法律上ノ効
力ヲ認ムルハ理論上怪シムニ足ラザル所ニ屬ス。之ヲ解シテ要約者自ラ權利
ヲ取得シテ之ヲ第三者ニ讓渡スルモノトシ、又ハ要約者及ビ諾約者ガ第三者ニ
權利ヲ取得セシメントスル合同行為ヲ爲スモノト爲スハ或ハ羅馬法ノ舊套ヲ
脱セザルモノナルカ或ハ又事實ニ反シテ無用ナル技巧的解釋ヲ試ムルモノト
言ハザルベカラズ。我民法ハ獨逸民法ト少シク異リ第三者ノ權利ハ第三者ガ
受益ノ意思表示ヲ爲シタル時ニ發生ストナスモ、固ヨリ第三者ノ意思表示ノミ
ニ因リテ債權ヲ取得セシムルノ謂ニアラズ又第三者ト契約當事者ト三面的契
約ヲ爲スモノトシタルニアラズ第三者ノ爲メニスル契約ノ效力ノ一部ガ受益

ノ意思表示ヲ條件トシテ生ズルモノトシタルニ過ギザルナリ。然モ此意思表
示ヲ條件ト爲シタル民法ノ規定(五三七)モ之ヲ強行法規ト解スベカラザルコト
後ニ述ブルガ如クナルヲ以テ我民法ノ解釋トシテモ、第三者ノ權利ハ當事者間
ノ契約ソノモノヲ原因トスルモノト解スルヲ正當トス(註六)。

(註六) 第三者ノ爲メニスル契約ニヨリテ第三者ガ債權ヲ取得スル理由ニ付テ舊キ
學說ハ第三者ノ意思ヲ原因ナリトシ、新シキ學說ハ當事者間ノ契約ヲ原因ナリト
ス。 第三者ノ意思ヲ原因トスルハ當事者間ノ契約ノミニヨリテハ第三者ニ權利
ヲ取得セシムルコトヲ得ズトイフ原則ヲ固守スルガ爲ナリ。我民法五三七條一
項ノミニヨルトキハ新シキ學說ヲ採リタルコト明ナルガ如キモ其第二項アルガ
爲ニ解釋上少シク疑問ヲ生ゼリ。然レドモ近世法ノ進歩シタル理論ニ依ルトキ
ハ新シキ學說ヲ正當トスルノミナラズ我法典モ保險契約ニ付テハ第三者ノ意思
表示ヲ要セザルモノトシ(商四〇二條四二八條ノ二)且五三九條ニ依リテ見ルトキ
ハ契約ヲ以テ第三者ノ權利ノ發生原因トスルコト明ナルガ故ニ第三者ノ權利ハ
當事者間ノ契約ソノモノヲ原因トスルモノト解セザルベカラズ。同說、石坂氏、前
掲、末弘氏、前掲。

第二項 要件

第三者ノ爲メニスル契約ノ要件ニ付テハ契約ノ成立要件ト其效力發生要件トヲ區別スルコトヲ要ス。

第三者ノ爲メニスル契約ノ成立要件

一 第三者ノ爲メニスル契約ノ成立要件ニアリ。要約者諾約者間ニ契約ノ成立スルコト及ビ其契約ガ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルコトヲ目的トスルコト是ナリ。

(1) 契約ノ成立。要約者諾約者間ニ有效ナル契約ノ成立スルニアラザレバ第三者ノ爲メニスル契約ノ成立スルコトヲ得ザルハ言フ俟タズ。其契約ノ成立要件ニ關シテハ債權契約ニ關スル通則ニ從フコト亦言フ俟タズ。

債權契約ノ要件

要約者諾約者間ニ有效ナル契約ノ成立スルコトハ第三者ノ爲メニスル契約ノ成立シ、從ツテ第三者ノ權利ノ成立スベキ絶對ノ要件ナリ。縱令當事者間ニ於ケル契約ノ無効又ハ取消ガ所謂相對ノ無効ヲ生ジ、之レヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スベカラザル場合ニ於テモ(九四條二項)此ニ謂フ第三者ハ善意ノ第三者トシテノ保護ヲ受クルコトヲ得ズ。之レ解釋上第五百三十九條ニ依リテ明ナル所ニシテ、理論上ニ於テハ此ニ謂フ第三者ノ權利ハ直接ニ當事者ノ契約ヲ原

因トスルモノナルニ因ル。然レドモ法典ハ此ニ謂フ第三者ヲ以テ契約當事者ト同一視シタルニハアラズシテ單ニ第三者トシテノ保護ヲ與ヘザルニ止マル。故ニ第三者ノ詐欺ニ因ル意思表示ニ付テ契約當事者ハ善意ニシテ第三者ハ惡意ナル場合ニ於テハ之ニ第九十六條第二項ヲ適用スルコトヲ得ザルモノト解セザルヲ得ズ(註一)。

(註一) 詐欺ト第三者ノ爲メニスル契約トノ關係ニ付テハ二個ノ問題ヲ生ズ。(イ)此

契約ニヨリテ利益ヲ享クベキ第三者ガ自ラ詐欺ヲ行ヘルトキハ當事者ノ行ヘル詐欺ナリヤ、第三者ノ行ヘル詐欺ナリヤ。之レ代理ニ於テ本人ガ詐欺ヲ行ヘル場合ト相類似シタル問題ナリ。然レドモ其結果ニ於テハ差異アリ。第三者ノ爲メニスル契約ニアリテハ法律效果ノ全部ガ第三者ニ付テ生ズルニアラズ且其效果ハ第三者自ラ其行爲ヲ爲シタルト同一ニアラズ。故ニ第三者ヲ以テ法律行爲ノ當事者ト爲スコトヲ得ズ。從ツテ其爲シタル詐欺ニ付テハ第九十六條二項ヲ適用スベク相手方ガ之ヲ知リタル場合ニ於テノミ取消シ得ベキモノトス。(ロ)受益者以外ノ第三者ガ詐欺ヲ行ヘル場合ニ相手方ハ之ヲ知ラザルモ受益者タル第三者ノ之ヲ知リタルトキハ第九十六條二項ニヨリテ之ヲ取消スコトヲ得ベキカ。第九十六條二項ハ相手方ノ知リタルトキニ限リ、取消シ得ベキモノトスルガ故ニ第三者

ノ知リタル場合ニ取消シ得ベキモノト解スルハ明文上不當ナリ。又第三者ノ詐欺ヲ爲シタル場合ニ付テ第九六條二項ハ特則ヲ設ケタルモノナルガ故ニ此ノ特則ヲ措イテ第九六條一項ヲ適用スルコトヲ得ズ。尙結果ヨリイフモ相手方ノ善意ナル場合ニ取消シ得ベキモノトスルトキハ善意ナル相手方ニ損害ヲ加フルコトアリ。但以上何レノ場合ニ於テモ詐欺ヲ行ヒタル者ガ不法行為上ノ責任ヲ負フヤ否ヤハ自ラ別問題ナリ。同説、石坂氏、日本民法、二一九九頁末弘氏、二一六頁。

反對、乾氏、志林、一七卷、三號。

(2) 第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルコトヲ目的トスルコト。

(イ) 第三者ヲシテ債權ヲ取得セシメントスル意思ノ表示アルコトヲ要スルハ第三者ノ爲メニスル契約ノ成立要件トシテ獨逸民法(三二)ノ規定スル所ナリ。我民法ニハ此ノ如キ規定ナク、第五百三十七條第一項ノミニ依ルトキハ特ニ此ノ如キ意思ノ表示セラル、コトヲ必要トセザルガ如シト雖モ、第三者ノ爲メニスル契約ニヨリテ第三者ガ債權ヲ取得スルハ契約ノ法律行為的效果ニ外方ラザルガ故ニ、此點ニ付テ效果意思ノ表示ヲ必要トスルハ理論上疑ヲ容レザル所ニ屬ス。從ツテ第三者ノ利益ヲ目的トスルモ直接ニ第三者ヲシテ債權ヲ取得セシムルコトヲ欲セザルモノナルトキハ之ヲ法律ニイフ第三者ノ爲メニスル契約ト言フコトヲ得ズ、第三者ノ債權ヲ成立セシムルコトナキナリ。

第三者ヲシテ債權ヲ取得セシメントスル意思ハ意思表示一般ニ關スル通則ニ從ヒテ表示セラル、ヲ以テ足ル。固ヨリ特ニ明示ナルコトヲ必要トセズ、契約ノ趣旨其他周圍ノ狀況ニヨリテ此ノ如キ意思アルコトヲ推斷シ得バ可ナリ。獨逸民法ハ此點ニ關シ履行ノ引受、生命保險契約等ニ付テ解釋の規定ヲ設クルモ我民法ニハ此ノ如キ規定ナシ。然レドモ保險契約、運送契約、供託等ハ通常第三者ニ債權ヲ取得セシムルモノト解セザルベカラズ(註二)。

第三者ノ取得スベキ債權ハ第三者ノ未ダ有セザルモノナルコトヲ要ス、第三者ノ既ニ有スル債權ヲ更ニ取得セシムルコトハ不能ナレバナリ。此意義ニ於テ第三者ノ爲メニスル契約ハ第三者ニ新ナル利益又ハ新ナル債權ヲ與フルモノナルコトヲ要ス。然レドモ之ヲ解シテ第三者ノ既ニ有スル債權ト同一ナル給付ヲ目的トスル債權ヲ與フルコトヲ得ザルモノト爲スベカラズ。給付ハ同一ナルモ新ナル請求權ヲ與フル契約ハ尙第三者ノ爲メニスル契約タルコトヲ得ルナリ。同一ノ給付ニ付テ二個ノ請求權ヲ有スルコトハ消滅時効其他ノ原

第三者ヲシテ債權ヲ取得セシメントスル意思ノ表示

因ニヨリ一請求權ノ消滅シタル場合ニ於テ債權者ニ利益ヲ與ヘザルモノニアラズ(註三)。

一七四

(註二) 立法例ニハ一般的推定規定ヲ掲グルモノアリ(尙民草八〇九條二項)特殊ノ契約ニ付テ推定規定ヲ設クルモノアリ(獨民)我民法ノ如ク何等ノ推定規定ヲ置カザルモノアリ。保險契約運送契約ニ付テハ之等ニ關スル商法ノ規定上第三者ハ權利ヲ取得スルモノト爲サレバカラズ又供託ニ付テモ債權者ガ供託ノ結果供託物ノ交付ヲ請求スル權利ヲ取得スルモノト解スルニアラザレバ供託ニ因リテ債權ガ消滅スルノ理ヲ解スルコト能ハズ拙著債權法總論三七四頁。

(註三) 免責的債務引受ハ舊債務者ヲシテ債務ヲ免レシムルモノナレバ第三者ニ新ナル債權ヲ與フルモノニアラズ從ツテ第三者ノ爲メニスル契約ニアラズ添加的(重疊的)債務引受ハ新ナル債權ヲ取得セシムルモノナレバ第三者ノ爲メニスル契約タリ又履行ノ引受ハ從來ノ債務者ニ對シ其債務ヲ辨濟スベキ債務ヲ所謂引受人ヲシテ負擔セシムルモノニシテ若シ引受人ガ從來ノ債務者ノミニ對シテ此債務ヲ負擔スルノ趣旨ナルトキハ第三者ノ爲メニスル契約ニアラズ之ニ反シテ從來ノ債務者ニ對スルノミナラズ債權者ニ對シテモ亦此債務ヲ負擔スルノ趣旨ナルトキハ第三者ノ爲メニスル契約ナリ。而シテ其何レノ趣旨ナルカハ各場合ニ於ケル契約ノ趣旨ヲ解シテ決定スルノ外ナキモ特別ノ事情ナクバ第三者ノ爲メ

ニスル契約ニアラザルモノト解スルヲ正當トス。拙稿、法曹、一九卷三號參照。同說、末弘氏、一九二頁、大正四年七月一六日大判、民錄二一輯一二二七頁。

(ロ) 第三者トハ契約當事者以外ノ者ヲ總稱ス。自然人法人共ニ可ナリ。第三者ノ特定人ナルコトモ亦第三者ノ爲メニスル契約ノ成立要件ニ屬セズ。唯不特定人ニ給付ヲ爲スコトヲ目的トスル契約ハ直接ニ權利ヲ與フルノ意思ニ基カザルコト寧ロ事實上多カルベキノミ。又第三者ノ特定スルコトハ此契約ノ成立要件ニハアラズト雖モ其效力發生要件ニ屬スルモノトス。蓋シ特定人ニアラザレバ後ニ述ブル利益享受ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得ザレバナリ。第三者ガ權利能力ヲ有スルコトモ亦此契約ノ效力發生要件ニシテ成立要件ニアラズ。例ヘバ未ダ存在セザル人又ハ未ダ成立セザル法人ニ對シテ或ル給付ヲ爲スベキコトヲ目的トスル契約モ亦第三者ノ爲メニスル契約タルコトヲ得ルガ如シ(註四)。

(註四) 大正七年一月五日大判、民錄二四輯二一三一頁ハ將來出現スベキ第三者ノ爲メニスル契約ヲ認ム。參照、獨民三三一條二項。

二 第三者ノ爲メニスル契約ニ因ル第三者ノ權利ハ其第三者ガ債務者(諾約者)ニ對シテ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時ニ發生ス(五三七條二項)。此規定ノ意義ハ我民法ニ於ケル第三者ノ爲メニスル契約ノ性質ト牽連シテ解釋上議論ノ存スル所ニ屬ス。

(1) 第三者ノ意思表示ガ此契約ノ成立要件ニ屬スルヤ或ハ效力發生要件ニ屬スルヤ或ハ又其何レノ要件ニモ屬スルコトナキヤハ獨逸普通法上議論ノ存シタル所ナリ。獨逸民法ニ於テハ之ヲ以テ第三者ノ爲メニスル契約ノ要件ニ屬セザルモノトシ、唯第三者ガ拒絕ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ其權利ハ初ヨリ成立セザリシモノト看做スニ止マル(三三三條三項)。我民法ニ於テハ如何。

一派ノ學者ハ第三者ノ意思表示ヲ以テ承諾トナシ、第三者ノ權利ハ此承諾ニヨリ第三者ト當事者トノ間ニ契約類似ノ關係ヲ生ズルガ爲メニ成立スルモノトス(梅氏、要義、四三五頁)。然レドモ此說ハ第三者ノ意思表示ヲ以テ第三者ノ爲メニスル契約ノ成立要件ト解スルモノニシテ法文上第五百三十七條第二項ニ適當ノ意義ヲ附シ、第一項ヲ殆ンド無意義ニ了ラシムルノミナラズ、第三者ノ爲

メニスル契約ノ獨立ナル法律要件タルコトヲ否認スルモノニシテ理論上不當ナリ。

他ノ一派ノ學者ハ第三者ノ權利ヲ以テ第三者ノ爲メニスル契約自身ヨリ生ズルモノトシ、第三者ノ意思表示ハ唯第三者ノ權利ノ發生條件ニ過ギザルモノトス(石坂氏、日本民法二二〇八頁、同氏)。此說ハ第五百三十七條第二項ニ最モ輕微ナル意義ヲ附スルモノニシテ、我民法ハ近世ノ法理ニ從ヒ當事者ノ契約ノミニ因リ直接ニ第三者ニ債權ヲ取得セシムルコトヲ得ルモノトシタルモ普通ノ場合ニ於テ契約當事者ハ第三者ノ意思如何ニ拘ハラズ、此權利ヲ成立セシメントスル意思ヲ有スルモノニアラザルガ故ニ、第五百三十七條第二項ハ此普通ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ヲ基礎トシ、第三者ノ意思表示ヲ其權利發生ノ條件トナシタルニ過ギズ、從ツテ第三者ノ權利ハ尙第三者ノ爲メニスル契約ソノモノニ因リテ生ズルモノト解スルナリ。

余ハ以上二說ト異リ、第三者ノ受益ノ意思表示ヲ以テ第三者ノ爲メニスル契約ノ效力發生要件ヲ爲スモノト解ス。固ヨリ第三者ノ爲メニスル契約ハ第三

者ノ權利ノミヲ生ズルモノニハアラズシテ當事者間ニ於テモ一定ノ效力ヲ生ズルモノナリ而シテ此效力ハ第三者ノ意思表示ト關係ナキガ故ニ此契約ヨリ生ズベキ法律效果ノ全部ニ對シテ第三者ノ意思表示ガ效力發生要件ヲ爲スモノト解スルハ不當ナルコト勿論ナリト雖モ其效果ノ一部タル第三者ノ權利ニ付テハ第三者ノ意思表示ヲ以テ其發生要件ナリト解スルヲ法文上及ビ理論上正當トス。而シテ第三者ノ意思表示ヲ以テ第三者ノ爲メニスル契約ヨリ生ズル效力ノ一部ニ對シテ發生要件ヲ爲スモノト解スル說ヲ付テ又二派ヲ區別スルヲ得ベシ。一ハ此意思表示ヲ以テ此契約ヨリ此效力ヲ生ズル絕對的ノ要件ト爲スモノニシテ假令當事者ガ之ニ異ル意思表示ヲ爲スモ其意思表示ハ第五百三十七條第二項ニ反スルガ故ニ無効ナリトスルモノニシテ他ノ一ハ此意思表示ヲ以テ相對的效力發生要件ニ過ギザルモノトシ從ツテ當事者ノ意思表示ニヨリ別段ノ定ヲ爲スコトヲ得ベキモノトスルモノ是ナリ。前ノ見解ヲ採ルトキハ其結果ニ於テ上記第一說ト殆ンド異ルコトナク又後ノ見解ヲ採ルトキハ上記第二說ト其結果ヲ同ジウス。余ハ第五百三十七條第二項ヲ強行法ト解

第三者ノ
意思表示ノ
法律上ノ
取捨

第三者ノ
意思表示ノ
總論的
要件ナリ

セザルコト後述ノ如キヲ以テ此後ノ見解ヲ採ル(註五)。

(註五) 此見解ハ石坂氏ノ見解ト實質ニ於テ異ルコトナシ。唯余ハ第三者ノ權利ノ發生ヲ以テ第三者ノ爲メニスル契約ノ主要ナル效力ナリト解スルガ故ニ此效力ノ發生要件タル第三者ノ意思表示ヲ以テ第三者ノ爲メニスル契約ノ效力發生要件ナリト解スルナリ。

(2) 第三者ノ意思表示ハ權利ノ取得ヲ欲スル意思ノ表示ニシテ從ツテ一ノ意思表示ナリ。故ニ意思表示ニ關スル通則ニ從フモ單ニ權利ヲ取得スルニ止マルモノナレバ未成年者モ亦單獨ニ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス。

(3) 第三者ノ意思表示ハ債務者ニ對スル意思表示ナルヲ以テ(五三三七)相手方アル意思表示ニ關スル一般ノ通則ニ從フ。而シテ其效力發生時期ニ關シテ第五百二十六條ノ特別ニ依ラザルハ其承諾ニアラザル當然ノ結果ナリ。

(4) 第三者ノ意思表示ヲ以テ第三者ノ爲メニスル契約ノ效力發生要件ト爲ス第五百三十七條第二項ハ強行規定ナリヤ否ヤ解釋上多少疑問ナリ。若シ民法ガ此規定ヲ設ケタル趣旨ヲ解シテ第三者ノ意思表示ヲ俟タズシテ權利ヲ取得セシムルコトヲ以テ公益ニ反スト認メタルガ故ナリトセバ假令當事者ガ第三者

ノ意思表示ヲ俟タズシテ第三者ノ權利ヲ發生セシムベキ意思ヲ表示スルモ其效力ヲ認ムベカラザルハ明ナリ。之ニ反シテ若シ此規定ヲ以テ普通ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ヲ基礎トシタルモノトセバ、反對ノ意思表示ノ效力ヲ認メザルベカラズ。我法典ハ此點ニ付テ直接ノ明文ヲ置カズ而シテ從來ノ通説ハ寧ロ第一ノ見解ヲ採リタルガ如シト雖モ、理論上第三者ノ意思表示ヲ俟タズシテ第三者ニ利益ヲ與ヘ、第三者ノ權利ノ發生ヲ認ムルモ何等不當ナルコトナク、且民法ハ遺贈ニ付テ^(一〇八七)商法ハ他人ノ爲メニスル保險ニ付テ^(四二八)共ニ受益者ノ意思表示ヲ俟タズシテ其權利ノ發生スルモノト認ムルノミナラズ第五百三十七條第一項ハ第三者ノ爲メニスル契約ニ因リテ第三者ノ權利ノ發生スベキコトヲ認ムルガ故ニ第五百三十七條第二項ヲ以テ公益上ノ理由ニ基クモノト解スルノ理由ナシ。加之債務消滅ノ原因タル供託ニ付テハ供託ノ結果當然債權者ガ供託物受領ノ權利ヲ取得スルモノト解スルニアラザレバ供託ノ結果當然債務者ノ債務ガ消滅スルノ理ヲ解スベカラズ而シテ供託ニヨリ當然債務者ガ供託物受領ノ權利ヲ取得スルモノト解センガ爲メニハ供託者、供託所

間ノ第三者(債權者)ノ爲メニスル契約ガ當然第三者ニ債權ヲ取得セシムルモノト解スルノ外ナキナリ(註六)。

(註六) 商法改正前ノ生命保險ニ關スル大正五年七月五日大判(民錄二二輯一三三六頁)ハ第三者ノ爲ニスル保險ニ付キ民法五三七條ノ適用アルモノトシ、從ツテ第三者ノ權利ノ發生スルガ爲メニハ受益ノ意思表示ヲ必要トスルモノトス。學者ハ之ニ反對セリ。松本氏、法協、三五卷一號、竹田氏、京法、一二卷三號。本判決ハ五三七條二項ガ強行法規ナルコトヲ前提トスルモノニシテ不當ナリ。同說、石坂氏、日本民法二二一四頁以下、末弘氏、二〇七頁以下、松本氏、前掲、竹田氏、前掲。

第三項 效力

第一目 第三者ノ權利

一 第三者ノ權利ハ第三者ノ爲メニスル契約ヲ原因トシ且通常ノ場合ニ於テハ第三者ノ意思表示ヲ要件トシテ發生ス。從ツテ第三者ノ取得スベキ權利ノ内容ヲ定ムルモノハ當事者間ノ契約ニシテ第三者ハ唯此契約ニ因リテ一定セラレタル權利ノミヲ取得スルヲ得ベク之ニ變更ヲ加ヘテ異リタル權利ヲ取得

セント欲スルモ其意思表示ハ何等ノ效力ヲ有セズ。例ヘバ當事者間ノ契約ガ
第三者ノ權利ニ一定ノ負擔ヲ附著セシムルコトヲ條件トシタルトキハ第三者
ハ唯此ノ負擔ヲ伴ヒタル權利ノミヲ取得スルコトヲ得ベシ(註一)。

第三者ノ取得スル債權ハ普通ノ債權ト其性質及ビ效果ニ於テ異ルコトナシ。
故ニ例ヘバ讓渡、相殺、免除、更改等ニ付テ普通ノ債權ト異ルコトナキヲ原則トス。
債務不履行ノ場合ニ損害賠償請求權ヲ生ズベキコト亦言ヲ俟タズ。但當事者
ガ契約ニヨリテ豫メ特別ノ定メヲ爲シタルトキハ之ニ從ハザルベカラズ。

第三者ハ債權ヲ取得スルニ止マリ法律行為ノ當事者トナルニアラズ。故ニ
取消權解除權ノ如キハ之ヲ有スルコトナク、又諾約者ガ取消、解除等ヲ爲ス場合
ニハ契約者ニ對シテ之ヲ爲スベク第三者ニ對シテ之ヲ爲スベキニアラズ。

(註一) 第三者ヲシテ權利ヲ取得セシムルト同時ニ義務ヲ負擔セシムルコトヲ得ル
ヤ否ヤノ問題アリ。第三者ノ意思ニ基カズシテ義務ヲ負擔セシムルコトヲ得ザ
ルハ明ナルガ故ニ第三者ノ義務ガ當事者間ノ契約ノミニ因リテ生ズルモノト爲
スベカラズ。然レドモ第三者ノ爲メニスル契約ハ無條件ニ第三者ニ債權ヲ與フ
ルモノナルコトヲ要セザルヲ以テ第三者ガ一定ノ義務ヲ負擔スルコトヲ以テ其

權利取得ノ條件トナスハ何等ノ妨ナキモノト解ス。同趣旨、大正八年二月一日大
判、民録、二五輯、二四六頁。

受益ノ意
表示ノハ
第三者ノ
意思ヲ確
定セシム

二 第三者ガ受益ノ意思表示ヲ爲シタル後ニ於テハ當事者ハ之ヲ變更シ又ハ
消滅セシムルコトヲ得ズ(五三)。(八條) 債權ノ一旦成立シタル後ニ於テ其債權者ノ意
思ニ基カズシテ之ヲ消滅シ又ハ變更スベカラザルハ一般ノ原則上當然ト言フ
ベシ。從ツテ此規定ハ寧ロ第三者ガ受益ノ意思表示ヲ爲スマデハ當事者ニ於
テ之ヲ變更シ又ハ消滅セシムル得ベキコトヲ規定スルモノト解スベシ。尙當事
者ガ豫メ別段ノ定メヲ爲シ、受益ノ意思表示アリタル後ニ於テモ第三者ノ權利
ヲ變更又ハ消滅セシムル權利ヲ留保シタルトキハ第三者ノ權利ハ此ノ如キ制
限ヲ帶ビテ發生スベキコト明ナリ。

諾約者ノ債務不履行ニ因リテ第三者ガ有スル損害賠償請求權ハ第三者ノ爲
メニスル契約ニ因リテ第三者ノ取得シタル債權ト同一ノ權利ナリ。故ニ此賠
償請求權モ亦當事者ニ於テ變更消滅セシムルコトヲ得ザルモノトス。要約者
ガ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ザルハ此理由ニ基ク。從ツテ又當事者ガ豫メ別

段ノ定メヲ爲シタル場合及ビ第三者ガ解除ニ同意ヲ與ヘタル場合ニハ例外トシテ解除ヲ爲シ得ルモノトス。

契約ニ基
因スル總
テノ抗辯
ヲ伴フ

三 第三者ノ權利ハ第三者ノ爲メニスル契約ニ基因スル總テノ抗辯ヲ伴フ(五九) 蓋シ第三者ノ權利ハ第三者ノ意思表示ソノモノニ因リテ生ズルニアラズシテ第三者ノ爲メニスル契約ニ因リテ成立スルモノナレバナリ。

第三者ノ爲メニスル契約ニ基因スル抗辯トハ權利ノ行使ヲ妨グベキ一切ノ事實ノ主張ニシテ第三者ノ爲メニスル契約ニ基クモノヲ謂フ。例ヘバ第三者ノ爲メニスル契約ガ雙務契約ナル場合ニ於テ要約者ガ履行ノ提供ヲ爲スニ先チ第三者ガ諾約者ノ給付ヲ請求シタルトキハ要約者ハ同時履行ノ抗辯權ヲ有スベク、又第三者ノ爲メニスル契約ニ付キ、無効又ハ取消ノ事由アルトキハ諾約者ハ其無効又ハ取消ヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得ベシ。但取消ノ事由アル場合ニハ先ヅ要約者ニ對シテ取消ノ意思表示ヲ爲シ之ヲ理由トシテ第三者ノ權利ヲ否認スベキモノトス。而シテ之等ノ無効又ハ取消ガ一般ノ原則上善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザル場合ニ於テモ此ニ謂フ第三者ニハ尙之ヲ對抗

シ得ベキコト嘗テ述ベタルガ如シ。要約者ガ債務ヲ履行セザル場合ニ於テ諾約者ガ第五百四十一條乃至第五百四十三條ニ依リ、契約ノ解除權ヲ有スル場合ニハ諾約者ハ要約者ニ對シテ解除ノ意思表示ヲ爲シ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ベシ。解除ニ因リテ契約ノ消滅シタルコトヲ主張スルハ尙契約ニ基因スル抗辯ヲ行使スルモノニ外ナラザレバナリ。解除條件ノ成就シタル場合亦同ジ。之ニ反シ契約ニ基因セズ要約者其人ニ對スル抗辯ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノトス。例ヘバ要約者ニ對スル債權ヲ原因トスル相殺ノ抗辯、要約者ガ債務ヲ免除シタルコトヲ理由トスル債務消滅ノ抗辯ノ如シ。

諾約者ハ又第三者ソノ人ニ對スル抗辯ヲ主張スルコトヲ得。此點ニ關シテハ特ニ明文ナシト雖モ、第三者ノ有スル債權ガ普通ノ債權ト同一ノ效果ヲ有スルモノナルニヨリ當然言フ俟タザル所トス。

四 第三者ガ受益ノ意思表示ヲ爲ス以前ニ於テハ第三者ハ未ダ債權ソノモノヲ取得セザルヲ常トス。然レドモ第三者ハ自己ノ意思表示ニヨリテ債權取得

受益ノ意
思表示以
前ニ於ケ
ル第三
者ノ權利

トイフ法律效果ヲ惹起コシ得ル法律上ノ地位ニ在ルガ故ニ一ノ形成權ヲ有スルモノト解セザルベカラズ。但此形成權又ハ取得權ハ當事者ノ契約ニヨリテ之ヲ變更又ハ消滅セシメ得ベキモノナルコト上ニ述ベタルガ如シ。

第三者ハ何時マデ受益ノ意思表示ヲ爲スベキ權利ヲ有スルカ。此點ニ付テ若シ當事者ガ特別ノ定メヲ爲シタルトキハ之ニ依ルベキコト勿論ナリト雖モ何等ノ定メナキニ於テハ、形成權消滅ノ普通ノ原因ノ發生スルマデ存續スルモノト解セザルベカラズ。諾約者ガ第三者ニ對シテ催告ヲ爲シ其催告ニ定メタル期間内ニ受益ノ意思表示ナキトキハ第三者ノ權利ノ消滅スルモノト解スル說アリト雖モ(末弘氏、三〇九頁)法典ニ何等ノ根據ナク且一般ノ理論ニ反スルノミナラズ諾約者ノミノ意思ニヨリテ第三者ノ權利ニ除斥期間ヲ定メ得ルモノト解スルハ要約者ノ意思ニ適スルモノト言フベカラズ。其結果ニ於テモ亦首肯シ難シ。

第三者ノ權利ノ消滅ニ付テ特ニ問題トナルハ消滅時効ナリ。權利ノ性質ヨリ論ズレバ形成權ナルガ故ニ第六十七條第二項ニ依リ二十年ヲ以テ時効期

間ト爲スベキガ如シト雖モ實際上ノ結果ヨリ言ハバ債權ヨリ永ク之ヲ存續セシムルノ理由ナシ。當事者ノ意思ニ依レバ直チニ債權ヲ成立セシムル場合ニ比シテ、ヨリ強キ權利ヲ第三者ニ與フル趣旨ニアラザルコト明ナルノミナラズ、民法第五百三十八條ニ依ルモ受益ノ意思表示アリタル後ニ第三者ノ取得スベキ權利即チ債權ニ比スルトキハ、ヨリ弱キ權利ヲ認ムルノ趣旨ナルコト明ナルガ故ニ債權ヨリ永ク之ヲ存續セシムルノ理由ナク即チ十年ノ時効ニ罹ルモノト解セントス(註二)。

(註二) 賣買契約ヲ爲スト同時ニ代金ヲ第三者ニ辨濟スベキ旨ノ契約ヲ爲シタルガ如キ場合ニモ第三者ノ爲メニスル契約ノ存スルコトハ疑ナ容レザル所ナリ。此場合ニ於テ買主ガ第三者ニ對シテ金銀ノ給付ヲ爲スベキ債務ハ賣買ヨリ生ズル代金債務ニシテ十年ノ時効ニ罹ルベキコト明ナレバ、此債務ノ消滅スルニ因リテ第三者ノ權利モ亦消滅スルモノト解セザルベカラズ。此點ヨリ考察スルモ第三者ノ爲メニスル契約ヨリ生ズル給付義務ヲシテ普通ノ債務ヨリ永ク存續セシムルノ理ナキコトハ明ナラン。參照大正四年七月一三日大判、民錄二一輯一三八四頁大正一〇年三月五日、民錄二七輯四九三頁、豫約上ノ權利ニ付キ形成權ノ一種ナルモ特定ノ人ニ對スル權利ナレバ債權ト同シク十年ノ時効ニ罹ルモノトス、判例

第二目 要約者ノ權利

要約者ハ
權利ヲ有
スルカ

一 要約者ガ諾約者ニ對シテ權利ヲ有スルヤ否ヤニ付テハ法典ニ何等ノ規定ナシ。然レドモ當事者ノ契約ニヨリテ要約者ノ權利ヲ認メ、要約者モ亦第三者ニ對シテ所定ノ給付ヲ爲スベキコトヲ請求スル權利ヲ有スルモノト爲スコトヲ得ベキハ固ヨリ言フ俟タザル所ニ屬ス。而シテ契約ニ別段ノ定ナキトキハ要約者ガ此ノ如キ權利ヲ有スルモノト解スルヲ以テ當事者ノ意思ニ適スルモノト言フベシ(註一)。

(註一) 同說、石坂氏、二二二頁、末弘氏、一八九頁。獨民(三三五條)ハ此推定ヲ設ケ。尙

要約者ノ權利ハ契約ニ因リ直チニ生ズ、大正三年四月二二日大判、民錄二〇輯三一
三頁。

二 要約者ガ第三者ニ對シテ給付ヲ爲スベキコトヲ請求スル權利ヲ有スル場合ニ於テ要約者ノ債權ト第三者ノ債權トハ如何ナル關係ヲ有スルカ。或ハ之

要約者ハ
權利ヲ有
スルカ
第三
者トノ
關係

ヲ以テ多數當事者ノ債權關係ト爲ス學說アリト雖モ、要約者ハ自己ニ對スル給付ヲ請求スル權利ヲ有スルニアラザルヲ以テ之ヲ法典謂フ所ノ多數主體ノ債權關係ナリト爲スハ誤レリ(註二)。然レドモ第三者ニ對スル一箇ノ給付ヲ以テ目的トスル二箇ノ債權ナルヲ以テ其債務者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因ル履行不能ハ兩箇ノ債權ヲ全滅セシメ、又第三者ニ對スル辨濟其他第三者ノ債權ノ満足ハ兩箇ノ債權ヲ共ニ消滅セシムルコト明ナリ。此點ニ於テ多數主體ノ債權ト類似シタル法律效果ヲ生ズルヲ見ルベシ。

諾約者ガ第三者ニ對シテ爲スベキ給付ニ付キ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ル履行不能ヲ生ジタル場合ニハ普通ノ場合ニ同ジク損害賠償及ビ契約解除ノ問題ヲ生ズ。而シテ其兩者ニ付キ要約者ニ對スル關係ニ於テ解釋上ノ疑問アリ。

第三者ノ有スル債權ハ普通ノ債權ト同一ノ效力ヲ有スルヲ以テ債務不履行ヲ理由トシテ第三者ガ損害賠償請求權ヲ有スルコトハ疑ヲ容レズ。而シテ此賠償請求權ハ原債權ト同一債權ナルヲ以テ要約者ハ第三者ニ此損害賠償ヲ爲

スベキコトヲ諾約者ニ請求スル權利ヲ有スルモノト解セザルベカラズ。一派ノ學者ハ此場合ニ於テ要約者モ亦自ラ受ケタル損害ニ付キ其賠償ヲ請求シ得ルモノトス(註三)。然レドモ諾約者ガ本來第三者一人ニ對シテノミ給付ヲ爲スベキ義務ヲ負擔シタルニ拘ハラズ履行不能ノ結果二人ニ對シテ給付ヲ爲スベキ義務ヲ負フニ至ルモノト解スベキ理由ナシ。苟モ第三者ニ對シテ給付ヲ爲スコトノ可能ナルトキハ其給付ガ本來ノ給付タルト損害賠償ノ給付タルトヲ問ハズ要約者ハ此給付ヲ要求スル權利ノミヲ有スルモノト解ス。

契約解除ニ付テハ第三者ハ契約當事者ニアラザルガ故ニ解除權ヲ有セザルコト明ナリ。要約者ガ之ヲ有スルヤ否ヤニ付テハ獨逸ノ學者間議論アルモ要約者ガ解除權ヲ行使スルニ付テハ第三者ノ同意ヲ要スルモノト解スルヲ正當トス(註四)。

此他第三者ノ債權ニ付テ免除混同時効受領遲滯等ヲ生ジタル場合ニ於テモ之等ノ法律事實ガ要約者ノ權利ニ如何ナル影響ヲ及ボスカノ問題ヲ生ズベシ。然レドモ之等ノ問題ハ要約者ノ權利ガ第三者ニ對スル給付ヲ目的トシ此給付

ヲ目的トスル第三者ノ權利ノ實行ヲ確實ナラシムルコトヲ目的トスルモノナルコトヲ解スルトキハ容易ニ之ヲ解決シ得ベキガ故ニ今ハ詳述セズ(註五)。

(註二) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 310 ハ廣義ノ連帶債權トス。然レドモ之ニ從フ者稀ナリ。

(註三) 石坂氏「二二二五頁」Planck, Komm. zu § 335 尙 Ortman 疑ヒツ、之ヲ採ル。

(註四) 三説アリ、消極說ヲ多數說トス、石坂氏「二二二五頁」末弘氏「二一四頁」Ortman, § 335, Planck-Siber, zu § 315; Danneberg, II § 256 etc. 積極說「Schollmeyer zu § 335 折衷說(解除ヲ爲シ得ルモ第三者ノ權利ニ影響ナシトス)「Fittinger-Kuhlenbeck, zu § 335 余ハ嘗テ消極說ヲ採リタルモ今ハ少シク之ヲ改メ、遲滯ニ因ル解除ノ場合ニハ第三者ノ同意ヲ要スルモノトシ、不能ニ因ル解除ノ場合ニハ之ヲ要セザルモノトス。我民法上解除ノ結果損害賠償請求權ハ依然存続スルガ故ニ不能ニ因ル解除ノ場合ニハ第三者ノ同意ヲ必要トスル理由ナシ。但之ニ因リ第三者ノ受クベキ賠償額ヲ減ズルヲ得ズ。

(註五) 受領遲滯ニ付テハ議論アリ、第三者受領ヲ爲サルトキハ第三者ノ受領遲滯トナルハ明ナルモ要約者ニ付テモ受領遲滯ヲ生ズルヤ否ヤハ疑アリ。石坂氏ハ第三者ガ要約者ノ代理人ニアラザルコトヲ理由トシテ要約者ノ受領遲滯ヲ生ゼザルモノト解スルモ(日本民法二二二六頁)余ハ之ヲ採ラズ。第三者ハ要約者ノ代理人ニアラズト雖モ諾約者ガ要約者ニ對シテ負擔セル債務ニ付テ給付受領ノ權

限ヲ有スル者ナレバ第三者ノ不受領ハ要約者ノ不受領ト同一ノ效果ヲ生ズルモ
ノトス。

拒絶者ノ
利益ノ
權

三 第三者ガ受益ノ意思表示ヲ爲サズ又ハ其權利ヲ拋棄シタル場合ニ於テ要約者ハ尙第三者ニ對スル給付ヲ要求スルコトヲ得ベキカ或ハ自己ニ對シテ給付ヲ爲スベキコトヲ請求シ或ハ他人ヲ以テ其第三者ニ代フルコトヲ得ルヤ否ヤ。此點ニ關シテハ各箇ノ場合ニ於ケル契約ノ趣旨ヲ解釋シテ之ヲ決定スベク一般の原則ヲ設クルヲ得ザルガ故ニ我民法ハ獨逸民法ト同ジク此點ニ付テ何等ノ規定ヲ設クルコトナシ(註六)。

第三者ガ債權ヲ取得スベキ意思表示ヲ爲サルモ之ニ因リテ直チニ要約者ガ諾約者ニ對シテ第三者ニ對シテ給付ヲ爲スコトヲ要求スル權利ヲ失フモノト解スベカラズ(註七)。第三者ハ債權ヲ取得スル意思表示ヲ爲フコトヲ肯ゼザルモ現實ノ給付ハ之ヲ受クルコトナキニアラズ。但若シ第三者ガ現實ノ給付ヲ受クルコトヲモ拒絶スル意味ニ於テ拒絶ノ意思ヲ表示シタルトキハ契約ハ當初ノ目的ヲ達スルコトヲ得ズ、第三者ニ對シテ給付ヲ爲スベキコトヲ要求スル

要約者ノ權利モ亦履行不能ニ因リテ消滅スルモノト言ハザルベカラズ。然レドモ此場合ニ於テモ第三者ノ爲メニスル契約ハ直チニ何等ノ效力ヲモ生ゼザルモノト斷定スルコトヲ得ズ。若シ當事者ガ此場合ヲ豫見シ此ノ如キ場合ニハ要約者自身ニ對シテ給付ヲ爲シ又ハ要約者ガ指定シタル第三者ニ對シテ給付ヲ爲スベキモノト定メタル場合ニハ其定メニ從フベキコト勿論ナリ又契約ノ性質又ハ取引ノ慣習上此ノ如ク解スベキコトナキニアラズ。此ノ如キ特別ノ意思表示又ハ特別ノ事情ナキトキハ契約ハ第三者ノ絶對的拒絶ニヨリテ其效力ヲ失フモノト解セザルベカラズ。

(註六) 獨逸民法制定當時ニハ此點ニ關シテ特別規定ヲ設ケントスル提案アリタルモ

採用セラル、ニ至ラザリキ Prot. St. Ges. Ortmann aa § 217。

(註七) 同趣旨、大正三年四月二二日大判、民錄二〇輯三一三頁。

第三目 要約者第三者間ノ關係

對價關係

一 第三者ノ爲メニスル契約ノ直接ノ效果トシテハ要約者第三者間ニハ何等ノ法律關係ヲモ生ズルコトナシ。然レドモ第三者ノ爲メニスル契約ニ因リテ

債權
債權
債權

第三者ガ債權ヲ取得スルハ諾約者ノ出捐ニ因ルモノニシテ諾約者ガ此ノ如キ出捐ヲ爲スハ要約者諾約者間ニ其原因タルベキ關係アルガ爲ニ外ナラズ。而シテ要約者ガ諾約者トノ間ニ於ケル此ノ如キ關係補償關係ト言フニ基キ諾約者ニ第三者ニ對シテ出捐ヲ爲サシムルハ又第三者要約者間ニ一定ノ關係アルガ爲ナラザルベカラズ。此ノ原因關係ヲ對價關係(Valutaverhältnis)ト謂フ。其原因ハ或ハ既存債務ノ消滅ノ爲メナルコトアルベク或ハ贈與ノ爲メナルコトアルベク或ハ又債權取得ノ爲メナルコトアルベシ。其何レナルカニヨリテ要約者第三者間ニ於テ或ハ既存債務ヲ消滅セシメ或ハ債權關係ヲ成立セシムル等ノ法律效果ヲ生ズ(註一)。

(註一) 財産上ノ出捐ヲ爲スニ付テハ其原因アルコトヲ要シ其原因ナキトキ有因行爲ニ付テハ法律行爲ノ無効ヲ生ジ無因行爲ニ付テハ不當利得返還義務ヲ生ズ。諾約者ガ第三者ニ對シテ給付ヲ爲スベキ契約ヲ爲スハ財産上ノ出捐ヲ目約トスル行爲ヲ爲スモノナルガ故ニ其原因ナカルベカラズ而シテ此場合ニ於テ所謂法律上ノ原因ハ第三者諾約者間ニ存スルニハアラズシテ要約者諾約者間ニ存スルナリ。此原因タルベキ法律關係ヲ補償關係(Deckungsverhältnis)トイフ。例ハ本第三

者ノ爲メニスル保險契約ニ付テハ要約者ガ保險料ヲ支拂フコト、賣買代金ヲ第三者ニ給付スベキ契約ニ付テハ要約者ガ財産權移轉ノ債務ヲ負擔スルコト是ナリ。而シテ此補償關係アルガ爲メニ第三者ノ爲メニスル契約ハ間接ニ要約者ガ第三者ニ對シテ出捐ヲ爲スコトヲ目的トスル契約トナリ從ツテ要約者第三者間ニモ原因ヲ必要トスルナリ。對價關係トハ此第二ノ原因タル關係ヲ謂フ。

二 對價關係ナクシテ第三者ノ爲メニスル契約ノ爲サレタル場合ニ於テモ第三者ノ爲メニスル契約ソノモノハ有效ナリ。即チ諾約者ガ第三者ニ對シテ給付ヲ爲シタルトキハ諾約者ハ債務ヲ辨濟シタルモノニシテ不當利得ヲ理由トシテ其返還ヲ請求スルコトヲ得ズ。然レドモ要約者ニ對スル關係ニ於テハ第三者ハ債權ヲ取得スベキ原因ナク、要約者ノ損害ニ於テ利得ヲ爲ス者ナリ。故ニ第三者ハ要約者ニ對シ不當利得返還義務ヲ負フ(註二)。

(註二) 例ハ本要約者ガ第三者ニ對シテ負擔セル義務アリト誤信シ之ヲ辨濟スルガ爲メニ第三者ノ爲メニスル契約ヲ爲シタル場合ノ如シ。同說、石坂氏、日本民法二二四六頁、末弘氏一九七頁。

第五節 契約ノ解除

第一款 解除ノ意義

解除ノ意

一 契約ノ解除 (Resolution, Rücktritt) トハ契約當事者ノ一方ガ意思表示ノ瑕疵ニ基クニアラズ法律ノ規定又ハ契約ニヨリテ與ヘラレタル權利(解除權)ノ行使ニヨリ債務關係ノ原因タル契約ヲシテ初ヨリ存在セザリシト同一ノ效果ヲ生ゼシムル一方の意思表示ヲ謂フ。

(1) 解除ハ一方の意思表示ヲ以テ成立スル法律行為ナリ。

(イ) 解除ハ契約ノ效力ヲ全滅セシメントスル當事者ノ意思ヲ要素トスル法律要件ナルヲ以テ法律行為ナリ。我民法ニ於テハ解除ノ效果ハ法律上當然生ズルニハアラズ常ニ解除權者ノ意思表示ヲ要ス(註一)。

(註一) 商法二八七條ハ定期行為ニ付キ一定ノ場合ニ法律上當然解除ヲ爲シタルモノト看做セリ。我民法ガ法律上當然解除シタルモノトナサズ又裁判上解除權ヲ行使スルコトヲ必要トセズ一方の意思表示ニヨリテ解除ヲ爲スベキモノトシタ

一方の
意思
表示
ニ
成立
ス

ルハ獨逸民法(三四九條)ニ倣ヘルモノニシテ正當ナリ。解除權ヲ有スル當事者モ解除ヲ爲サズシテ直接履行ト遲滞ニ因ル損害賠償ヲ請求セントスルコトアルベク、常ニ解除ヲ爲シタルモノト看做スハ當事者ノ意思ニ反ス又裁判上ノ手續ヲ必要トスルハ實際上不便ナリ。

(ロ) 解除ハ解除權者ノ一方の意思表示ノミヲ以テ成立シ、相手方ノ同意ヲ必要トセズ。又我民法ニ於テハ此意思表示ハ裁判上之ヲ爲スコトヲ要セズ。

民法謂フ所ノ解除ハ一方の意思表示ノミニヨリテ成立スルコト明ナリ(五四)。

然レドモ一方の意思表示ニヨラズ相手方トノ契約ニヨリテ既存ノ契約ノ效力ヲ消滅セシムルコトヲ得ルハ契約自由ノ原則上疑ヲ容レザル所ニ屬ス(註二)。

之レヲ反對契約又ハ解除契約ト稱スルコトヲ得ベシ。其ノ要件ハ一方の意思表示ニヨル解除ト同一ナルコトヲ要スルコトナク殊ニ解除權ノ存スルコトヲ要セズ。又其效果ハ當事者ノ意思表示ニ從ヒテ之ヲ決定スベク一方の意思表示ニヨル解除ニ關スル規定ヲ之ニ準用スベキニアラズ(註三)。

(註二) 同趣旨、四五年五月二十九日、大判、民錄一八輯五三九頁、大正八年一〇月九日、大判、民錄二五輯一七六一頁。石坂氏、日本民法二二七三頁、一三六八頁、末弘氏、二二一頁、

(註三) 此契約ハ雙方的債務免除トハ異リ契約ガ初ヨリ締結セラレザリシト同一ノ效果ヲ生ゼシムルコトヲ目的トスルモノナリ。從ツテ債務履行ノ後ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ベシ。債務ノ履行アリタル後解除契約アリタルトキハ不當利得ノ返還請求權ヲ生ズ。其範圍ハ第七百三條ニ從フベク第五百四十五條ノ特別ニ依ルニアラズ同趣旨、大正八年一〇月九日大判、前掲。又解除契約ニ特約アラハ之ニ從フ。而シテ特約ナクバ損害賠償義務ヲ生ズルコトナシ。

契約ガ初
ヨリ成立
セザリシ
ト同一ノ
效果ヲ生
ズルコト
ヲ目的ト
スルモノ
ナリ

(2) 解除ハ契約ガ初ヨリ成立セザリシト同一ノ效果ヲ生ゼシム。即チ契約ノ效果ハ解除權ノ行使アリタル時以後ニ對シテノミ消滅スルニ非ズ、既ニ發生シタル契約ノ效果モ亦解除ニ因リテ全滅ス。固ヨリ契約ノ成立トイフ自然的事實ハ爾後ニ於テ之ヲ撤廢スルコトヲ得ズト雖モ、契約ノ成立セザリシト同一ノ效果ヲ發生セシムルハ法律效果ノミニ關スルモノナルガ故ニ法律上可能ナリ。民法ハ解除ノ意義ニ付テ明文ノ規定ヲ置カザルガ故ニ解釋上多少議論アリト雖モ、解除ノ文字、解除ノ效果ヲ定メタル第五百四十五條ノ規定及ビ契約上解除權ヲ定メタル場合ニ於ケル當事者ノ意思ニ徴スルトキハ、解除ハ將來ニ對シテ

ノミ其效果ヲ生ズルニアラズ又契約上ノ債權ニ對シテ其ノ效力ヲ阻止スベキ抗辯權ヲ成立セシムルニハアラズシテ契約成立ノ時ニ遡リ其效果ヲ全滅セシムルモノト解セザルベカラズ。之ヲ解除ノ遡及效ト言ヒ、此ノ效果ヲ認ムル説ヲ直接效果説(Theorie der direkten Wirkung)ト言フ(註四)(註五)。

(註四) 同趣旨、大正七年一月二三日、大判、民錄二四輯二三九六頁、石坂氏、前掲、末弘氏前掲、岡松氏新報一九卷三號、七八頁以下、獨法ニ於ケル通説、Ortmann, Vorbem. S. 346。解除ノ效果ニ付テハ三說アリ。(イ)直接效果説(ロ)間接效果説(Theorie der indirekten Wirkung)。未ダ履行ナキ場合ニハ履行ヲ拒絕スベキ抗辯權ヲ生ジ、履行アリタル場合ニハ新ナル返還請求權ヲ生ズルモノトス。Dernburg, § 107; Crome, § 174 ff. 200. 末弘氏各論(三二頁)ガ竹田氏(京法三卷二號八九頁以下)チ此說ニ數フルハ當ラズ。竹田氏ハ第三說ニシテ明ニ抗辯權説ヲ排ス(九四頁)。此說ノ不當ナル理由ハ石坂氏之チ詳述ス(二二五七頁以下)。明文ナクシテ抗辯權ヲ認ムベカラズ又之ヲ認ムルハ當事者ノ意思ニ反ス。此說ニ依レバ解除ヲ爲シタル後ニ於テモ抗辯權ヲ行使セザルトキハ債權存續スルコト、ナリ擔保ノ點等ニ於テ不當ナル結果ヲ生ズ。(ハ)折衷説(mitlere Theorie)。既ニ履行アリタル場合ニ付テハ第二說ニ同シク未ダ履行ナキトキハ其時ヨリ債務消滅スルモノトス。遡及效ヲ認メザルトキハ解除前債權ノ讓與ル。竹田氏、前掲 Windscheid-Krip. § 323. etc. 遡及效ヲ認メザルトキハ解除前債權ノ讓

渡アリタル場合ニ不當ノ結果ヲ生ズベク、又原狀回復義務ヲ生ズル法律上ノ理由ヲ説明シ難シ。

(註五) 直接效果説ヲ採ル者ハ多ク解除ニヨリテ債權發生ノ原因ヲ除去スルモノト説キ、反對論者ガ一旦辨濟ニヨリテ消滅シタル債權ハ更ニ解除ニヨリテ之ヲ遡及的ニ消滅セシムルコトヲ得ズト論ズルニ對シ原因ヲ除去スル結果自ラ債權ノ存在セザリシト同一ノ效果ヲ生ズルモノト述ブ。石坂氏、岡松氏等、其説ヲ所敢テ誤レリトイフニ足ラザルモ原因ヲ除去ストイフハ原因タル自然的事實ヲ除去ストイフノ意味ニ解スベカラザルコトヲ注意セザルベカラズ。自然的事實ハ過去ニ遡リテ之ヲ撤廢スルコトヲ得ベカラズ。故ニ其自然的事實ヲシテ法律要件タラザリシト同一ノ效果ヲ生セシムルニ止マルモノト解スベキナリ。抑モ一定ノ事實ガ法律要件タルハ法律ガ之ニ法律效果ヲ附着セシムルガ故ニ外ナラズ其事(意思表示ノ合致アリタルコト等)ハ之ヲ動カスベカラズト雖モ、法律效果ハ之ヲ動カスコトヲ得ルガ故ニ、過去ニ遡リテ之ヲ除去シ契約ヲシテ法律要件タル實ヲ失ハシムルコト之レ即チ解除ノ意義ナリ。

解除權ノ行使ナリ

(3) 解除ハ解除權ノ行使ナリ。契約當事者ハ特別ノ理由ナクシテ一旦成立シタル契約ノ效力ヲ除去シ得ルモノニアラズ一定ノ原因ニヨリテ發生シタル解除權ヲ行使スルコトニヨリテノミ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス。其原因ハ後ニ

債權契約ノミニ關スルカ

述ブルガ如ク契約ト法律ノ規定ト是ナリ。而シテ解除權ハ一方的意思表示ニヨリテ法律效果ヲ惹起シ得ベキ權利ナルガ故ニ形成權ナルコト明ナリ。

(4) 解除ハ債權的契約ノミニ關ス。

(イ) 法律ノ規定ニヨリテ解除權ノ成立スルハ債務不履行ヲ理由トスルモノノミニ限ルガ故ニ債權契約以外ノ契約ニ付テハ解除權ノ成立スベキ理ナシ。契約ニヨリテ解除權ヲ留保スル場合ニ付テハ同一ニ論ズルコトヲ得ズト雖モ、民法第五百四十條以下ノ規定スル所ハ債權契約ノミニ關スルモノナルガ故ニ、民法謂フ所ノ解除ハ債權契約ノミニ關スルモノト言ハザルベカラズ。然レドモ債權契約以外ノ契約即チ物權契約及ビ準物權契約ニ付テ契約上解除權ヲ留保スルコトヲ得ルヤ否ヤハ自ラ別個ノ問題ナリ。民法謂フ所ノ解除ニハアラズト雖モ、此ノ如キ契約ニ付テ解除權ヲ留保スル契約ハ公序良俗ニ反スルコトナク又之等ノ契約ニ付テモ解除條件ヲ附シ、且其ノ條件成就ニ遡及效ヲ與フルコトヲ得ルハ明ナルガ故ニ、之ヲ我民法上有效ナルモノト解セザルベカラズ(註六)。而シテ其ノ解除ノ效果ハ物權契約、債權讓渡契約等ノ效果ヲ全滅セシムルモノ

ナルガ故ニ當然之等ノ權利ノ復歸ヲ生ジ、民法第五百四十五條ノ規定スルガ如ク原狀回復ノ債權關係ヲ生ズルニハアラズ。然レドモ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ對抗要件ヲ具備スルコトヲ要ス(註七)。

(註六) 同説、石坂氏、新報、二五卷一〇號九四頁以下、牧野氏、志林、一六卷五號七九頁以下、末弘氏、二二七頁以下。之ニ反シ喜頭氏(前掲)ハ解除契約ノミヲ認メ解除權ノ留保ヲ認メズ。

(註七) 債權讓渡契約ソノモノ、解除セラレタル場合ニ對抗要件ヲ要スルモノトシ、且此場合ノ通知ハ舊讓受人之ヲ爲スコトヲ要スルモノトスル判例アリ(四五年一月二五日大判、民録一八輯二五頁)。末弘氏(二三〇頁)ハ之ニ反シ舊讓渡行爲ガ解除セラレテ週及的ニ消滅セルコトヲ通知スレモノナレバ舊讓渡行爲ニ付テノ通知義務者即チ舊讓渡人ニ於テ之ヲ爲スベキモノト解ス。余ハ前説ヲ採ル。讓渡契約ソノモノ、解除ニヨリテ債權ノ復歸スルハ債權ノ讓渡ニアラザレバ第四六七條ハ當然適用スベキニアラズシテ第四九九條及ビ對抗要件ヲ必要トシタル法律ノ趣旨ニ基キテ第四六七條ヲ類推適用スルニ過ギズ。而シテ之ヲ類推適用スルニ付テハ解除以前債權者タリシ者ヲシテ通知ヲ爲サシムルコトヲ正當トスルガ故ニ舊讓受人ノ通知ヲ要スルモノト解ス。尙債權讓渡契約ソノモノニアラズシテ其原因タル債權契約ノ解除セラレタル場合ニハ更ニ讓渡契約ヲ必要トスルガ

故ニ舊讓受人ノ通知ヲ要スルコト勿論ナリ。

解除ノ告知
トノ區別

債權契約ニ基キ其履行トシテ物權契約、債權讓渡契約ノ爲サレタル場合ニ於テモ亦解除ハ債權契約ノミヲ消滅セシムルニ過ギズ。從ツテ之等ノ契約ニ基キテ利得ヲ爲シタル者ハ不當利得返還ノ義務ヲ負フノ理ナリ。然レドモ解除ノ效果ニ付テハ特ニ第五百四十五條ノ特別規定アルガ故ニ其範圍ハ第七百三條以下ノ規定ニ依ルコトナシ。又物權契約等ガ債權契約ノ存在ヲ條件トシテ爲サレタル場合ニハ契約ノ解除ハ同時ニ之等ノ契約ニ付テ解除條件ノ成就トナルヲ以テ之等ノ契約モ亦當然其效力ヲ失フモノトス。

二 解除ノ性質ヲ明ニセンガ爲メニ之ト相似テ異ナレルモノヲ舉ゲン。
(1) 告知(解約ノ申入) 告知(Kündigung)モ亦我民法上解除ト稱セラル。然レドモ解除ト稱セラル、モノ、内將來ニ對スル關係ニ於テノミ契約關係ヲ消滅セシムルニ止マルモノアリ。之等ハ債權ノ發生原因タル契約ソノモノヲ除去スルモノニアラズシテ單ニ契約關係ヲ終了セシムルニ止マルガ故ニ、コ、ニ謂フ解除ト其法律上ノ性質ヲ異ニス。之ヲ告知ト稱スルハ名稱未ダ熟セズト雖モ性

質ヲ異ニスルモノニ對シテ異リタル名稱ヲ下スコトヲ適當トスルガ故ニ暫ク之ニ從ハントス(註八)。

(イ)告知權ハ繼續的契約關係ニ付テノミ生ズ。而シテ此ノ契約關係ヲ一方的意思表示ニヨリテ消滅セシムルコトヲ内容トスルモノナレバ一ノ形成權ナリ。告知權ハ法律ノ規定(六〇七條、六一〇條、六一二條、六一三條、六一五條、六一七條、六一九條、六二〇條、六二二條、六二五條、六二七條、六二九條、六三〇條、六三二條等)又ハ當事者ノ契約ニヨリテ生ズ。告知權ガ第五百四十一條乃至第五百四十三條ノ規定ニヨリテモ發生スルヤ否ヤニ付テハ解釋上議論アリ。然レドモ貸貸借、雇傭委任、組合ノ解除權ハ之等ニ關スル法律ノ規定ニヨリテ告知權ナルコト明ニシテ(六二〇條、六一三〇條)且之等ノ契約ノ解除權ハ第五百四十一條以下ノ規定ニヨリテモ發生スルコト亦明ナルガ故ニ告知權亦之等ノ規定ニヨリテ發生スルモノト解セザルベカラズ(註九)。

(註八) 石坂氏日本民法二三五九頁以下、民法研究、三卷三三八頁以下、末弘氏、二三六頁以下。參照、大正七年一月二日三日大判、民錄二四輯二三九六頁。

(註九) 同說、末弘氏、二三八頁等通說。反對、石坂氏、民法研究三卷三五二頁以下。

(ロ)告知權ノ行使ハ解除ト同ジク相手方ニ對スル意思表示ニヨル。當事者數人アル場合ニ於テハ解除ト異リ全員ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要セザルモノト解スルヲ正當トス(註十)。蓋シ解除ト異リ遡及效ヲ生ゼズ復雜ナル關係ヲ生ズル虞ナキヲ以テ之ニ第五百四十四條第一項ヲ準用スル理ナケレバナリ。

(註十) 同說、石坂氏、日本民法二三六八頁、民法研究三卷三七二頁、末弘氏、二三八頁。

(ハ)告知權行使ノ效果ハ將來ニ向ヒテ契約關係ヲ消滅セシムルモノニシテ原狀回復義務ヲ生ズルニアラズ。其損害賠償義務ヲ生ズルヤ否ヤハ之ニ關スル各個人ノ規定ニヨリテ之ヲ定ムベク、第五百四十五條ニ依ルコトナシ(六二〇條、六一八條、六一九條等)。(ニ)取消 取消ハ無能力又ハ意思表示ノ瑕疵ヲ原因トスル點ニ於テ解除ト異ルノミナラズ其效果ニ於テモ亦異ル。即チ取消ハ損害賠償義務ヲ成立セシメザルノミナラズ其返還義務モ亦原狀回復義務モアラズ(註十一)。

(註十一) 拙著、民法全書第二卷四一二頁以下。

(三)撤回 我民法ハ此文字ヲ使用セズシテ取消ト云フ。サレド其取消ト性質ヲ異ニスルハ明ナリ。又解除トノ間ニハ次ノ如キ差異アリ。(イ)撤回ハ未ダ效力

解除ト解
除條件

ヲ生ゼザル法律行為ノ效力ヲ阻止スルコトヲ以テ其主タル目的トス。例ハバ無權代理行為ノ取消申込ノ取消懸賞廣告ノ取消ノ如シ。(ロ)撤回ハ債權契約ノミニ限ラズ。(ハ)撤回權ハ法律ノ規定ノミニヨリテ成立ス。
(4)解除條件 (イ)解除條件ハ意思表示ノミヲ以テ内容トスルコトナク、寧ロ一定ノ自然的事實ヲ以テ内容トスルヲ常トス。解除ハ之ニ反シ常ニ一ノ意思表示ナリ。(ロ)解除條件ハ常ニ意思表示ヲ以テ根據トス。解除ハ法律ノ規定ニ基クコトアリ。(ハ)解除條件成就ノ效果ハ既往ニ遡及セザルヲ原則トス。

第二款 解除權ノ原因

一 解除權ハ當事者ノ契約又ハ法律ノ規定ニ因リテ生ズ(五四)。

契約當事者ハ其契約ニヨリ又ハ爾後締結シタル別個ノ契約ニヨリテ解除權ヲ成立セシムルコトヲ得。之ヲ約定解除權ト言フ。其ノ解除權ヲ有スル者ハ當事者ノ雙方タルヲ得ベク又一方タルヲ得ベシ。買戻(五七九)及解約手附(七五)ハ解除權ノ留保タル性質ヲ有ス。

約定解除
權

約定解除權ハ解除權者ガ任意ニ行使スルコトヲ得ルモノナルヲ得ベク、又之ニ條件期限ヲ付シ一定ノ事實ノ發生シタル場合ニ於テ解除ヲ爲シ得ベキモノト爲スコトヲ得ベシ。

約定解除權ノ行使方法及ビ其效果ニ付テモ第五百四十條及ビ第五百四十四條乃至第五百四十八條ハ適用アリ。然レドモ當事者ガ之等ノ點ニ付テ特約ヲ爲シタルトキハ之ニ從フ(註一)。

法律ガ明文上告知權ノミヲ認め、所謂解除ガ將來ニ對シテノミ效果ヲ有スベキ旨ヲ定メタル契約(買戻債權等)ニ付テ當事者ノ契約ニヨリ遡及效ヲ有スル普通ノ解除權ヲ留保スルコトヲ得ルヤ否ヤハ解釋上稍疑問ナリ。然レドモ告知ノミヲ認めタル規定ヲ強行法規ト解スルノ理由ナキガ故ニ特約ノ效果ヲ認ムルヲ正シトス(註二)(註三)。

(註一) 獨逸民法ハ約定解除權ヲ中心トシ之ニ付テ三四六條以下ニ詳細ナル規定ヲ設ケ。

(註二) 同說、末弘氏、二三九頁以下。

(註三) 契約當事者ハ債務不履行ノ場合ニ當然契約ノ解除セラレベキ旨又ハ當然契

法定解除

一般的法
定解除權

履行遲滯
ニ因ル解
除權

約ノ效力ヲ失フベキ旨ヲ定ムルコトアリ。之レヲ先權約款(lex Commissoria)トイフ。其性質ハ約定解除權ヲ定ムルニアラズシテ不履行ヲ解除條件トスルモノナリ。

二 解除權ノ發生ヲ認ムル法律ノ規定ハ之ヲ二種ニ大別スルコトヲ得。一ハ一般ノ契約ニ共通ナル規定ニシテコ、ニ説明セントスルモノ是ナリ。他ノ一ハ各種ノ契約ニ特殊ナル規定ニシテ各種ノ契約ニ付テ後ニ之ヲ述ブベシ(例、五條、乃至五六八條、五七〇條、六三五條、六三七條等)。

三 契約一般ニ通ズル解除權成立ノ原因ハ債務不履行ナリ。而シテ此契約解除權ハ實際上殆ンド雙務契約ニ付テノミ之ヲ生ズルモノナルモ民法ニハ制限ナキガ故ニ片務契約ニモ適用アルモノト解セザルベカラズ。

債務ノ不履行ニ付キ民法ハ履行遲滯ト履行不能トノミヲ規定スルニ止マル。故ニ不完全履行ノ場合ニ於テ解除權ヲ生ズルヤ否ヤニ付キ解釋上議論アリ。

(A) 履行遲滯(註四)。債務者ガ履行ノ可能ナルニ拘ハラズ履行期ニ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲サバルトキハ債權者ハ一定ノ要件ノ下ニ契約ヲ解除スルコトヲ得。債務者ノ履行遲滯ニ在ルトキハ債權者ハ履行ノ請求ヲ爲シ且遲延賠

償ヲ請求スルヲ得ベク又履行ニ代ルベキ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ベシト雖モ、之等ノ方法ノミニヨリテハ未ダ債權者ヲ保護スルニ足ラザルヲ以テ法律ハ一定ノ要件ノ下ニ債權者ニ契約ノ解除權ヲ與ヘ、契約前ノ原狀ヲ回復スルコトヲ得シメタルナリ。而シテ其要件ニ付テ法律ハ次ノ二個ノ場合ヲ區別ス。

(註四) 一 派ノ學者ハ履行遲滯ト言ハズシテ單ニ履行遲延ト言フ。石坂氏、日本民法、二二七八頁、大綱三五七頁。之レ解除權ノ成立スルガ爲メニハ債務者ニ過失アルコトヲ要セズト解スルガ爲メナリ。

定期行爲
以外ノ契
約ニ於ケ
ル解除權
成立ノ要
件

債務ヲ履
行セズト
イフコト
ノ意義

(1) 契約ガ定期行爲ナラザル場合。此場合ニ於テハ債權者ハ債務者ノ履行遲滯ニ因リテ當然解除權ヲ取得スルコトナク相當ノ期間ヲ定メテ履行ヲ催告シ其期間内ニ履行ナキトキニ初メテ契約ノ解除ヲ爲シ得ルモノトス。債權者ヲシテ最後ノ通牒ヲ發セシメ債務者ニ履行ヲ爲スノ機會ヲ與フルナリ。此場合ニ於ケル解除權ノ成立要件ヲ分説セバ次ノ如シ。

(イ) 債務ノ履行ナキコト。債務ノ履行ナシトイフハ契約ノ要素ヲ爲セル債務ニ付テ履行ナキコトヲ言フ。契約ノ要素ヲ爲セル債務即雙務契約ニ於テハ對價

タル債務ニ付テハ履行アリ單ニ附隨的債務ニ付テ履行ナキニ止マル場合ニ於テハ解除ヲ爲シ得ザルモノト解スルヲ正當トス(註五)。此點ニ付テハ民法ニ明文ナシト雖モ、理論上此解除權ハ債務ノ不履行ニ因リ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコトヲ得ザル場合ニ於テノミ之ヲ認ムルヲ正當トスルガ故ニ此ノ如ク解セザルベカラズ。

契約ノ要素ヲ爲セル債務ニ付キ一部ノ不履行アリタル場合ニ於テモ其理ヲ異ニスルコトナシ。學者或ハ苟モ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲サザルトキハ解除權アリトス(註六)。然レドモ一部不履行ニ關シテハ我民法上全部不履行ニ關スル規定ヲ準用スルコトヲ要スルヲ以テ一部不履行ガ全部不履行ト同ジク契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコトヲ得ザラシムルモノナルトキハ全部ノ契約ヲ解除シ得ベク然ラザルトキハ一部ノ解除權ヲ認ムルヲ正當トス(註七)。

(註五) 同說、大正四年一月二日東控判、法律評論、五卷民法一一二頁、石坂氏、判批、京法九卷七號、一一三頁、末弘氏、二四二頁。

(註六) 末弘氏、二四九頁。一部不履行ハ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ニアラザルニ契約解除權ヲ成立セシムルハ明ナリ。然レドモ常ニ全部ノ解除權ヲ行使

相當ノ期
間ヲ定メ
テ催告ス
ルコト

ルモノトスルハ解除權ヲ認メタル法律ノ目的ニ反シ又信義ノ原則ニ反ス。

(註七) 結果ニ於テ同說、石坂氏、日本民法、二二八七頁。判例ニハ一部ノ解除ヲ認メタルモノアリ全部ノ解除ヲ認メタルモノアリ、全部カ一部カ解除權者ニ選擇權ヲ認メタルモノアリ、選擇權ヲ認ムルヲ現今ノ判例ト認ムルヲ得ベシ、三九年一月一七日大判、民錄一二輯一四七九頁、大正七年九月五日、大判民錄二四輯一六一九頁、大正八年七月八日大判、民錄二五輯一二七〇頁、大正一〇年二月一日大判、民錄二七輯二五五頁、大正一〇年三月二日大判、民錄二七輯三八九頁。法協三九卷一七八三頁、一七九二頁、判例民法一卷五一頁、七三頁、中川氏、評釋

(ロ) 債權者ガ相當ノ期間ヲ定メテ履行ヲ催告シタルコト。此點ニ付テ研究ヲ要スル點三アリ。

(a) 履行ノ催告ハ第四百十二條第三項ニ謂フ所ノ履行ノ請求ト同ジク債務者ノ給付ヲ要求スル意思ノ通知ナリ。唯相當ナル期間ヲ定ムルコトヲ要スルノ點ニ於テ彼ト此ト差異アルニ過ギズ。故ニ履行期ノ定ナキ債務ニ付テハ先ヅ第四百十二條第三項ノ履行ノ請求ヲ爲シ更ニ第五百四十一條ノ履行ノ催告ヲ爲スコトヲ要セズ直チニ本條ノ催告ヲ爲スヲ以テ足ルモノト解セザルベカラズ(註八)。又催告ハ履行ノ請求タルヲ以テ足り期間内ニ履行ナキトキハ契約ノ解

履行拒絶
モ催告ナ
要スルカ

除ヲ爲スベキコトヲ表示スルコトヲ要セズ。

債務者カ履行期到來前債權者ニ對シテ履行拒絶 (Erfüllungsverweigerung) ノ意思ヲ通知シタル場合ニ於テモ尙催告ヲ要スルヤ否ヤハ獨逸民法ニ付テ頗ル議論ノ存スル所ニシテ同國ノ判例及ビ學者ハ消極說ヲ採ル者寧ロ多數ナリ。然レドモ履行拒絶ハ之ヲ以テ債權ノ積極的侵害ト爲スコトヲ得ザルヲ以テ履行遲滯ヲ理由トスルニアラザレバ解除權ノ成立ヲ認ムベキ根據ナク且遲滯ヲ理由トスル解除ハ常ニ催告ヲ要スルヲ以テ此場合ニ於テモ尙催告ヲ要スルモノト解セザルヘカラス(註九)。

(註八) 同說、大正六年六月二七日大判、民錄二三輯一一五三頁、大正一〇年六月三〇日大判、民錄二七輯一二八七頁、判例民法、三五二頁、法協四〇卷三四三頁、(我妻氏評釋) 遲クモ催告ト同時ニ遲滯ニ附セラルルヲ以テ足ル。

(註九) 同說、石坂氏、日本民法六〇〇頁、岡松氏、新報一六卷一號七六頁以下、末弘氏、二四四頁、同題旨、大正一一年一月二五日、判例集一卷六八四頁、ソノ評釋、我妻氏、法協四一巻一七五七頁、九號一七七頁。

(b) 債權者ノ定メタル期間ガ相當ナリヤ否ヤハ各個ノ契約ニ付キ其目的其他ノ

客觀的事情ヲ參酌シ客觀的標準ニヨリテ之ヲ決定スルコトヲ要ス。當該ノ債務者ニ主觀的ナル事情(疾病、旅行等)ハ之ヲ參酌スベキニアラズ(註十)。

期間ガ相當ナリヤ否ヤノ問題ハ各個ノ場合ニ付テ之ヲ決定スベキモノナルモ事實問題ニアラズシテ法律問題ナルコト公序良俗ノ意義ニ關スル問題ガ法律問題ナルニ同ジ。故ニ其決定ノ不當ナルトキハ之ヲ以テ上告ノ理由トナスコトヲ得ルモノトス(註十一)。

(註十) 同說、大正六年六月二七日、大判、民錄二三輯一一五三頁。不相當ニ短キ例、大正一一年八月四日判例集一卷四八四頁。ソノ評釋、我妻氏、法協四一巻一一六六頁、六號一七四頁。

(註十一) 拙著、民法全書第二卷九十條、七九頁、同說、末弘氏、二四七頁。判例モ亦此見解ヲ採ル。但被催告者之ヲ爭ハザルトキハ裁判所ハ進ンテ期間ノ相當ナリヤ否ヤヲ審査スベキニアラズ、大正八年四月三日大判、民錄二五輯六九八頁。

(c) 債權者ノ定メタル期間ガ客觀的ニ相當ナル期間ヨリ長キトキハ催告ノ有效ナルコト勿論ナリ。其短キ場合ニ於テハ催告ハ解除權ノ成立ニ對シテハ何等ノ效力ナキカ或ハ催告ノミハ效力ヲ有シ爾後客觀的ニ相當ナル期間ヲ經過ス

相當ナル期間
ヲ定メタル
ハ催告ハ無効
ナルカ

ルコトニヨリ解除權ヲ成立セシムルカ解釋上議論分レタリ。而シテ有力ナル學者ノ後說ヲ採ル者アルモ(註十二)此解釋ハ明ニ法文ノ字句ニ反スルノミナラズ(催告者ヲシテ相當ナル期間ヲ定メシムルハ法律上合理的理由ニ基クモノナルガ故ニ前說ヲ以テ正シトス(註十三)。從ツテ相當ナル期間内ニ履行スベシトイフ催告モ亦不可ナリ。

(註十二) 石坂氏、日本民法二二八一頁、大綱三五八頁、末弘氏、二四五頁、磯谷氏、債權法論二二二頁。

(註十三) 同說、大正六年七月一〇日大判、民錄二三輯一一二八頁、大正一一年八月四日大判、前掲、我妻氏、評釋前掲、橫田氏、各論一七一頁、梅氏、要義一一四條、拙著、民法全書第二卷一一四條、三五三頁、拙稿、判批、法協、三五卷二一八八頁、民事判例研究二三七頁、獨逸民法ニ付テハ學說較レタリ。同法三五四條、二五〇條ニ付テ學者ノ述アル所ヲ見ヨ。同法二五〇條ニ付テ反對說ヲ採ル學者ノ寧ロ多數ナルハ同條ノ催告ガ被催告者ニモ一定ノ利益ヲ與フルカ故ニシテ、直チニ探リテ我民法ノ解釋ニ資スルコトヲ得ベカラズ。

(ハ)債務者ガ債權者ノ定メタル期間内ニ履行ヲ爲サハルコト。債務者ガ履行ヲ爲シタル場合ノ外履行ノ提供ヲ爲シタル場合ニ於テモ解除權ヲ成立セシムル

期間内ニ履行ヲ爲サハルコト

コトナシ。而シテ履行及ビ履行ノ提供ガ債務ノ本旨ニ從ヘルコトヲ要スルハ言ヲ俟タズ。

債務者ニ過失アルコトヲ要スルカ

債務者ガ履行ヲ爲サハルコトハ其過失(故意ヲ)ニ基クコトヲ必要トスルヤ否ヤ。法文ニハ過失ヲ要件トスル旨ヲ規定セザルガ故ニ疑問タルヲ免レズ又學說上議論アリト雖モ余ハ第五百四十二條及ビ第五百四十三條トノ比較上コトニ謂フ不履行モ亦第四百十五條ニ謂フ不履行ト同ジク債務者ノ過失ヲ要件トスルモノト解ス。但シ過失ヲ要件トスルハ過失ナクバ責任ナシトイヘル原則ニ基クモノナルヲ以テ苟モ債務者ガ履行ヲ爲サハルニ付テ過失アラバ足り、催告以後履行ヲ爲サハルニ付テ過失アリヤ或ハ履行期マデニ履行ヲ爲サザリシコトニ付テ過失アリヤハ之ヲ問ハザルモノトス。雙務契約ニ於テハ同時履行ノ抗辯權アルニ因リテ履行ヲ爲サハルハ履行遲滯ト爲ラザルガ故ニ解除ヲ爲サントスル者ハ遅クトモ催告マデニ自己ノ債務ニ付キ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ヲ爲シタルコトヲ要スルモノトス(註十四)。

(註十四) 判例ハ雙務契約ニ付テハ同趣旨ナリ、大正一〇年六月三〇日大判、民錄二七第一章 契約總論 契約ノ解除

輯一二八七頁、大正九年七月八日大判、民錄二六輯九六六頁、同年一月二九日、同輯二五頁、大正五年三月二三日大判、民錄二二輯五六八頁、四四年一月二五日大判、民錄一七輯五頁、四一年四月一日大判、民錄一四輯三六九頁。債務不履行ニ付キ故意過失ノ有無ヲ問ハザルモノトスルモノアリ、八年九月一日民錄二五輯一六〇七頁。末弘氏(二四八頁)ハ判例ト結論ヲ同シクシ過失ヲ要件トセザルモ債務者ノ履行ヲ爲サレコトガ法律上正當ナル理由ニ基ケルトキハ解除權ヲ成立セシメザルモノトシ、而シテ同時履行ノ抗辯權ノ存スル場合ニ催告者ガ履行ノ提供ヲ爲サレトキハ此ノ如キ理由アルモノトス。

學說上履行遲滯ニ過失ヲ要件トセザル者ハ此場合ニモ過失ヲ要件セザルモノトス。石坂氏ハ遲滯ニハ過失ヲ要件トスルニ拘ハラズ第五四二條ノ場合ニハ過失ヲ要件トシ、五四一條ノ場合ニハ之ヲ要件セザルモノトス(日本民法二二七九頁、二二九五頁大綱三五八頁)。然レドモ遲滯ニ過失ヲ要件トスルトキハ解除ニモ之ヲ要件トスルモノト解スルヲ正當トス解除ハ損害賠償ヨリ更ニ大ナル不利益ヲ債務者ニ負ハシムルモノナレバナリ。又五四三條ニ付テ過失ヲ必要トスルハ明文上明ニシテ五四二條ハ後ニ述ブヤガ如ク五四三條ニ屬スルモ履行不能ノ場合(履行不能ノ場合)ノ一ノ規定スルモノナレバ此場合ニハ過失ヲ要件スルモノト解セザルベカラズ。而シテ五四二條ニ屬スル此場合絕對的定期行爲ノ場合ト他ノ一ノ場合(相對的定期行爲ノ場合)トノ比較スルニ前者ニ過失ヲ要件トスルモノトキハ後者ニ付テモ過失ヲ必要トスル理由更ニ強キモノアリ而シテ此後ノ場合ニハ履行遲滯トナリ不能トナベカラズ。而シテ更ニ此場合ト普通ノ契約即チ第五四一條ノ場合トノ比較スルニ後ノ場合ニ過失ヲ必要トスル理由更ニ強キモノアルガ故ニ第五四一條ノ場合ニ於テモ過失ヲ要件トスルモノト解スルヲ正當トスルナリ。

解除以前ニ履行者ガ債務者ニ於テ履行ノ提
供ヲ爲シタル場合

以上三個ノ要件ノ備ハレル場合ニ於テ債權者ハ解除權ヲ取得シ契約ヲ解除スルコトヲ得。然レドモ契約ハ當然解除セラレ、モノニアラザルガ故ニ債權者ハ固ヨリ履行請求權ヲ有シ、從ツテ本來ノ履行ヲ請求シテ且遲延賠償ヲ請求スルカ履行ニ代ルベキ損害賠償ヲ請求スルカ或ハ契約ヲ解除スルカ三者ノ中其一ヲ選擇スルコトヲ得ルモノトス(註十五)。

債權者ガ履行遲滯ニ因ル解除權ヲ取得シタル後債務者ガ履行又ハ履行ノ提供ヲ爲シタル場合ニ於テ債權者ハ尙解除ヲ爲スコトヲ得ルカ。此點ニ付テハ法律ニ規定ナシト雖モ、解除權ノ成立ハ當然契約ヲ解除セシムルモノニアラザルノミナラズ、此場合ノ解除ハ履行遲滯ヲ理由トスルモノナルガ故ニ履行又ハ履行ノ提供ニヨリ遲滯ノ效果ノ消滅シタル後ニ於テハ解除ヲ爲シ得ザルモノノ

ト解スルヲ正當トス(註十六)。但シ履行ノ提供ハ固ヨリ債務ノ本旨ニ從ヘルキ
ノナルコトヲ要スルガ故ニ遲延シタル履行ガ尙契約ヲ爲シタル目的ヲ達スル
ニ適スルモノナルコトヲ要シ且債務者ハ遲延ニ因ル賠償ヲモ併セテ提供スル
コトヲ要ス。然ラザル場合ニ於テハ債權者ハ受領ヲ拒絕シテ解除ヲ爲スコト
ヲ得ベシ。

債權者ガ履行ノ催告ヲ爲スト同時ニ、若シ期間内ニ履行ナキトキハ契約ヲ解
除ストイフ意思表示ヲ爲シタルトキハ如何ナル效果ヲ生ズベキカ。此意思表
示ノ意義ガ催告ヲ爲スト同時ニ、期間内ニ履行ナキコトヲ停止條件トシテ解除
ノ意思表示ヲ爲スモノナルトキハ期間ノ經過ニヨリテ當然契約ハ解除セラル
ルモノト解セザルベカラズ。蓋シ解除ノ意思表示ニハ絶對ニ條件ヲ附加スル
コトヲ得ザルモノニアラズシテ此場合ノ如ク條件ヲ附加スルコトニヨリテ特
ニ相手方ニ不利益ヲ與ヘザル場合ニハ之ヲ許可スルモノト解スベキモノナレ
バナリ(註十七)。之ニ反シテ單ニ後ニ解除ヲ爲スベキコトヲ豫告スルニ止マル
場合ニ於テハ期間經過後解除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要ス。

期間内ニ履行ナキトキハ解除ノ意思表示

13.8.5

定期行為ノ解除

相對的定期行為ニ適用ス

(註十五) 獨逸民法(三二六條)ハ此場合ニ履行請求權ナキモノトス。從ツテ學者ハ爾後ノ履行提供ハ解除權ノ行使ヲ妨グルコトナシト説ク。Ortmann, a. a. § 363 BGB. S. 207.
(註十六) 同趣旨、大正八年一月二七日大判、民錄二五輯二一三三頁、大正六年七月一日大判、民錄二三輯一一二八頁。
(註十七) 同說、四五年五月四日大判、民錄一八輯、四四六頁、四三年一月九日大判、一六輯九一〇頁、石坂氏、日本民法二三〇七頁、末弘氏二二六頁。

(2) 契約ガ定期行為ナル場合。契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ日時又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲スニ非ザレバ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハザル場合ニ於テハ債權者ハ催告ヲ爲スコトヲ要セズシテ直チニ解除ヲ爲スコトヲ得(註四)。

(イ) 此規定ノ適用セラルベキ契約ハ定期行為ナルコトヲ要ス。定期行為ニハ絶對的定期行為ト相對的定期行為トノ二種アルコト嘗テ述べタルガ如シ(純論九)。
而シテ此規定ハ絶對的定期行為ノミニ付テ適用アリト解スル學說アリト雖モ、兩者ニ付テ適用アリト解スルヲ正當トス。蓋シ所謂相對的定期行為ニアリテモ債權者ガ特ニ期限ヲ嚴守スベキコトニ付テ債務者トノ間ニ特約ヲ成立セシ

ムルハ一定ノ時期又ハ一定ノ期間内ニ給付ノ爲サル、コトヲ以テ債權者ノ主觀的動機トナスニ止マラズシテ之ヲ動機トナスコトニ付キ債務者ト契約ヲ爲スモノニシテ且本條謂フ所ノ「契約ヲ爲シタル目的」トハ契約ヲ締結スルニ至リタル主要ナル動機ヲ謂フモノナルコト明カレバナリ。從ツテ本條ノ適用セラレ、ガ爲メニハ履行期日後ニ於ケル履行ガ債務ノ性質上不能ナルコトヲ要セズ、性質上可能ナル場合ヲモ包含スルモノトス。其不能ナル場合ニ付テハ本條ハ次條ニ對スル特別規定ヲ爲シ其可能ナル場合ニ付テハ前條ニ對スル特別規定ヲ爲ス(註十八)。

相對的定期行為ノ成立スルガ爲メニハ履行期ヲ特ニ重要ナルモノトスルキトニ付キ當事者間ニ合意ノ成立シタルコトヲ要ス。固ヨリ單ニ債權者ガ此ノ如キ動機ヲ有シタルコトヲ以テ足ラズ又此ノ如キ動機ヲ有スルコトヲ表示シタルヲ以テ足レリトセズ之ヲ表示シ之ヲ前提トシテ當事者ガ契約ヲ爲シタルコトヲ要ス。此ノ如キ場合ニハ當事者ハ不履行ノ場合ニ付キ催告ヲ俟タズシテ契約解除ヲ爲シ得ベキモノトスル意思ヲ有スルヲ常トスベク、法律ハ此普通

ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ヲ基礎トシテ法律上解除權ヲ認メタルナリ。

(註十八) 石坂氏(日本民法二二九三頁以下)ハ五四二條ヲ以テ絕對的定期行為ノミニ關スルモノトシ從ツテ五四三條ノ外ニ本條ヲ設ケルハ無用ナリトス(二二九九頁)。末弘氏(各論二五一頁)ハ兩者ニ適用アリトス。絕對的定期行為ニ付テハ特ニ規定ヲ設ケルノ要ナキモ此場合ニハ履行期ニハ履行ヲ爲スコト可能ニシテ從ツテ先ヅ履行遲滯ヲ生ジ、其結果不能ヲ生ズルモノナルニヨリ民法ハ五四三條ノ外ニ此規定ヲ設ケタルナリ。又相對的定期行為ノ場合ニハ遲滯ノ結果不能ヲ生ゼザルガ故ニ五四一條ニ屬スベキ場合ナルモ、當事者間ニ履行期ヲ嚴守スベキ特約アルヲ以テ催告ノ必要ナキモノトスルガ爲ニ特ニ之ヲ規定セルナリ。定期行為ノ例、大正九年一月一日大判、民錄、二六輯一七七九頁(商人ノ中元贈物用ノ圖扇)。

(ロ) 債務者ガ履行期ニ履行ヲ爲サルコトヲ要ス。履行ヲ爲セル場合ノ外履行ノ提供ヲ爲セル場合ニ於テモ解除權ノ成立セザルハ明ナリ。

債務者ガ履行ヲ爲サルコトハ過失ニ基ケルコトヲ要スルカ。法文上過失ヲ要スル旨ヲ規定セザルガ故ニ疑問タルヲ免レズト雖モ、過失ナクバ責任ナシトイヘル一般原則ニヨルモ亦次條トノ關係ニ付テ考フルモ過失ヲ要スルモノト解スルヲ正當トス。蓋シ履行期以後ノ履行ガ不能ナル場合ニ於テハ性質上

履行ヲ爲
サルコト
ハ過失ニ
基ケルコ
トヲ要ス
ルカ

履行不能ノ一場合ニ屬スルモノナルガ故ニ五四三條トノ關係上過失ヲ要スルモノト解スルヲ正當トスベク、又履行期以後ノ履行ガ可能ナル場合ニ於テ前ノ場合ヨリヨリ重キ責任ヲ債務者ニ負擔セシムベキ何等ノ理由ナキガ故ニ此場合ニモ過失ヲ要スルモノト解スルヲ正當トス(註十九)。然レドモ當事者ガ特約ニヨリ過失ナキモ尙解除權ヲ成立セシムベキコトヲ定メタルトキハ固ヨリ之ニ從フモノトス。

(註十九) 末弘氏(二五三頁)ハ過失ヲ要セザルモノトシ、石坂氏(日本民法二二九五頁)ハ過失ヲ要スルモノトス。但石坂氏ノ述ブル所ハ絕對的定期行爲ノミニ關ス。

以上ノ二要件ヲ備ヘタルトキハ債權者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得。然レドモ特約ナキ場合ニ於テハ商法第二百八十七條ト異リ當然ニ解除ノ效果ヲ生ズルニアラズ。

履行不能ニ因ル解除

(B)履行不能ノ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ全部又ハ一部ノ履行不能ヲ生ズタルトキハ債權者ハ解除權ヲ取得ス(三四條)。
「債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ル履行不能」ノ意義ニ付テハ嘗テ述ベタリ(論總

論總

一三四頁以下)。債務者ノ故意又ハ過失ニ因リテ給付ノ客觀的不能ヲ生ズルヲ謂フ。履行不能ガ物理的不能ノミニ限ラザルハ言ヲ俟タザルベシ(註二十)。

全部ノ履行不能ヲ生ジタル場合ニ於テ債權者ガ契約ノ全部ヲ解除スル權利ヲ有スルハ固ヨリ疑ヲ容レズ。一部ノ履行不能ヲ生ジタル場合ニ於テモ第五百四十三條ハ解除ヲ爲スコトヲ得ルモノト規定スルガ故ニ原則トシテ債權者ハ一部不能ヲ理由トシテ契約全部ノ解除ヲ爲シ得ルモノト解セザルベカラズ。然レドモ一部不能ノ場合ニ於テ常ニ契約全部ノ解除ヲ爲シ得ルモノト解スルトキハ不能トナリタル部分ガ給付ノ一小部分タルニ止マリ殘餘ノ給付ニヨリテ債權者ガ尙契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコトヲ得ル場合ニ於テ實際上不當ナル結果ヲ生ズルノミナラズ賣買ニ關スル第五百六十六條第一項及ビ第五百七十條ノ規定ニ反シ且契約ノ解除權ヲ認メタル本旨ニ反ス。蓋シ債務不履行ヲ理由トスル契約ノ解除ハ債務不履行ノ結果債權者ガ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコトヲ得ザル場合ニ於テノミ之ヲ認ムベキモノナレバナリ。故ニ殘存給付ニ因リテハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコトヲ得ザルトキノミ契約全部

履行期前
ニ生シタ
ル履行不
能

ノ解除權ヲ認ムルヲ正當トス(註二十二)。

履行不能ノ場合ニ於テ債權者ハ履行期到來ヲ待タズシテ直チニ解除ヲ爲シ得ルヤ否ヤ。解釋上一ノ疑問ナリト雖モ法文ニハ何等ノ制限ナキガ故ニ履行期ノ到來ヲ待タズシテ解除ヲ爲シ得ルモノト解スルヲ正當トス(註二十二)。但履行期以前ニ履行不能ヲ生ジタリト言ハンガ爲メニハ履行期ニ於テ履行ヲ爲スコトノ不能ナルコトガ確定セルコトヲ要ス。

(註二十) 大正一一年一月一三日大判、判例集一卷六四九頁。ソノ評釋、鳩山、法協四

一卷一五六七頁。

(註二十一) 前掲(註七)參照。

(註二十二) 同說、末弘氏、前掲、四五年ヲ七四號大阪地方裁判所判決、法律評論一卷民法一六四頁。

(C) 不完全履行。不完全履行ニ付テハ民法ニ特別ノ規定ナキヲ以テ債權者ガ契約ノ解除權ヲ有スルヤ否ヤ疑問ナリ。余ハ嘗テ述べタルガ如ク(總論一四六頁)解除權ヲ認ムルモ解除權成立ノ要件ニ關シテ少シク說ヲ改メタリ。即チ此點ニ關シテハ次ノ二個ノ場合ヲ區別スルコトヲ要スルモノトス。

不完全履
行ニ因ル
解除

(イ) 不完全給付ヲ爲シタル後尙債務ノ本旨ニ從ヒタル給付ヲ爲サシムルコトヲ得ル場合。此場合ニ於テハ債權者ハ第五百四十一條ニ從ヒテ相當ナル期間ヲ定メ其期間内ニ債務ノ本旨ニ從ヒタル給付ヲ爲スベキコトヲ請求シ、之ヲ爲サザル場合ニ於テ解除ヲ爲スコトヲ得ベシ。而シテ既ニ爲サレタル給付ガ追完ヲ許ス場合ニ於テハ(例ヘバ數量ノ)之ヲ追完スベキコトヲ請求スベク、追完ヲ許サザル場合ニハ既ニ給付セラレタルモノヲ返還シテ新ニ本旨ニ從ヒタル履行ヲ請求スベシ。

(ロ) 不完全給付ヲ爲シタル後債務ノ本旨ニ從ヒタル給付ヲ爲サシムルコトガ不能ナル場合。例ヘバ或ル鑛山ノ審査ヲ爲スベキ債務者ガ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ審査ヲ爲サズ其結果杜撰ナル報告書ヲ出シタルニ債權者ハ之ニ信賴シテ其鑛山ヲ買入レタル場合ノ如シ。此場合ニハ爾後精確ナル審査ヲ爲サシムルコトヲ得ザルニ非ズト雖モ、之ヲ爲サシムルモ債權ヲ成立セシメタル目的ヲ達スルコトヲ得ザルガ故ニ(イ)ノ場合トハ異リ、第五百四十一條ノ手續ヲ要スルコトナク、直チニ第五百四十三條ニ依リテ解除ヲ爲シ得ルモノト解スルヲ正

當トスベシ。蓋シ既ニ爲サレタル給付ハ債務ノ本旨ニ從ヒタルモノニアラズ且之ヲ債務ノ本旨ニ從ヒタルモノトナスベキ手段ナキニ至リタルモノナルヲ以テ之ヲ一部ノ履行不能ト爲サザルベカラザレバナリ(註二十三)。

(註二十三) 消極説(反對説)石坂氏、日本民法六〇四頁、岡松氏新報一六卷二號一九頁以下、積極説、末弘氏、二四三頁、但末弘氏ハ余ガ嘗テ述ベタルト同ク(總論、一四六頁)常ニ五四一條ノ手續ヲ要スルモノトス。

第三款 解除權ノ行使

一 解除權ノ行使方法ハ相手方ニ對スル意思表示是ナリ(五四一項)。(佛蘭西法(八四)ノ如ク裁判上ノ方法ニ依ルベキモノト爲サザルハ、取引上ノ需要ノ爲メニ簡易ナル手續ヲ選ビタルナリ。然レドモ裁判上例ハ相手方ノ請求ニ對スル抗辯トシテ解除權ヲ行使スルヲ妨ゲザルハ論ナシ。此場合ニ解除ハ訴訟行爲タルト同時ニ法律行爲ナリ(註二)。

解除ハ契約ノ相手方ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス。從ツテ相手方ニ到達シテ初メテ其效力ヲ生ズ。而シテ到達ニ因リテ直チニ法律效果ヲ發生スルヲ以

解除權ノ行使

田中長次氏 氏新書

テ爾後之ヲ撤回スルコトヲ許サズ(五四二項)。

(註一) 同趣旨判例、大正八年一月一二日大判、民錄二五輯二〇〇一頁、同年同月二四日大判、同輯二〇九六頁等。

二 解除ノ意思表示ニ條件ヲ附スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ法典ニ何等ノ規定ナシ。然レドモ一方の意思表示ニヨリテ法律上ノ變動ヲ惹起スコトヲ目的トスル法律行爲ナルガ故ニ、之ニ條件ヲ附シテ不確定ナル法律狀態ヲ成立セシメ無條件ニ解除ヲ爲シタルヨリ更ニ大ナル不利益ヲ相手方ニ與フルコトヲ許サザルモノト解セザルベカラズ。唯條件ヲ附スルコトニヨリテ相手方ニ何等ノ不利益ヲモ被ラシメザル場合例ハ相手方ノ行爲ヲ停止條件トスルガ如キ場合ニハ特ニ之ヲ許スモノトス(註二)。

(註二) 同説、石坂氏、日本民法、二三〇七頁、末弘氏、二二六頁。拙著、民法全書第二卷四六八頁以下。

三 當事者ノ一方ガ數人アル場合ニ於テハ契約ノ解除ハ其全員ヨリ又ハ其全員ニ對シテノミ之ヲ爲スコトヲ得(五四一項)。之レ從來解除權不可分ノ原則ト稱

解除ノ意思表示ニ條件ヲ附スルコトヲ得ルカ

解除權ハ不可分ナリ

ヘラル、モノナリ。我民法ニ於テハ解除セラルベキ契約ノ範圍ニ付テハ不可分ノ原則ヲ採リタルモノト解スベキ法典上ノ根據ナク、給付ノ可分ナル場合ニ於テハ一部ノ解除ヲ認ムルヲ正當トスト雖モ(註三)當事者ノ數人アル場合ニ於テ其一人ニ付テノミ解除ヲ爲シ得ベキモノトスルトキハ複雑ナル法律關係ヲ生ジ、契約ヲ爲シタル目的ニ反スルヲ以テ特ニ明文ヲ設ケ全員ヨリ全員ニ對シテノミ解除ヲ爲シ得ベキモノトシタルナリ。然レドモ此規定ハ敢テ公益上ノ理由ニ基クモノニアラザルガ故ニ當事者ノ契約ニヨリテ之ニ異リタル定メヲ爲スコトヲ得ベシ(註四)。又解除ノ意思表示ガ同時ニ爲サル、コトハ法律ノ要求スル所ニアラザルヲ以テ時ヲ異ニシテ解除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ妨グズ。而シテ時ヲ異ニスルトキハ最後ノ意思表示ノ效力ヲ發生シタルトキニ解除ノ效力ヲ生ズルモノトス。

當事者ノ一方ガ數人アル場合ニ於テ解除權ガ當事者中ノ一人ニ付テ消滅シタルトキハ他ノ者ニ付テモ亦消滅ス(註四)。之レ契約當事者ノ或者ノミニ付テ解除ノ效果ヲ生ズルコトヲ避ケンガ爲メナリ。而シテ解除權者ガ數人ナル

ト相手方ノ數人ナルトヲ問ハズ(註五)。又一人ニ付テ解除權ノ消滅シタル理由ニ付テハ何等ノ制限ナキガ故ニ如何ナル原因ニヨリテ解除權ノ消滅シタルカモ亦之ヲ問ハザルモノト解セザルベカラズ。或ハ之ニ反シ拋棄ノ如キ當事者ノ任意ニヨル消滅原因ニ付テハ此規定ノ適用ナシト解スル學者アリト雖モ、明ニ法文ニ反スルガ故ニ余ハ之ヲ採ラズ。唯當事者ガ之ニ異レル特約ヲ爲セル場合ニ於テノミ本條規定スル所ト異レル結果ヲ認ムルコトヲ得ルモノトス(註六)。

(註三) 第二款、本書二一一頁註七、參照。

(註四) 同說、石坂氏、日本民法二三〇九頁。

(註五) 獨逸民法三五六條ハ解除權者ノ一人ニ付テ解除權ノ消滅シタル場合ノミヲ規定ス。而シテ學者ハ此規定ニ基キ相手方ノ一人ノ爲メノミニ解除權ノ消滅シタル場合ニハ他ノ相手方ニ對スル關係ニ於テハ消滅セザルモノトス。

(註六) 同說、石坂氏、日本民法二三五九頁、反對、末弘氏、二七九頁。獨民ニ付キ同說、

Crumm, zu § 356 BGB, S. 215.

第四款 解除ノ效果

一 契約ノ解除アリタルトキハ各當事者ハ其相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ(五四五)之レ原狀回復義務ト稱スルモノナリ。

解除ノ結果原狀回復義務ヲ生ズル法律上ノ理由ニ付テ學說上議論アルコト嘗テ述べタルガ如シ(第一款)直接效果說ニ依リテ之ヲ説明スレバ解除ハ初ヨリ債權契約ノ存在セザリシト同一ノ法律效果ヲ生ズルモノニシテ債權債務ハ初ヨリ存在セザリシコト、ナリ、從ツテ其債務ヲ履行スルガ爲メニ爲サレタル給付ハ法律上ノ原因ナクシテ爲サレタル給付トナルガ故ニ理論上不當利得返還義務ヲ生ズルモノナリ。民法ガ原狀回復義務ヲ認メタルハ此不當利得返還義務ノ範圍ヲ不當利得ニ關スル一般ノ原則(七〇三)ニ依リテ決スルコトナク、特ニ原狀回復義務トナスコトヲ解除ノ目的ニ適スルモノト爲シタルガ爲メニシテ性質上不當利得返還義務ト異リタル特殊ノ債務ヲ認メタルモノニアラズ。此見解ハ近時多クノ學者ニヨリテ認メラル、所ナリ(註一)。

解除ハ原狀回復義務ヲ生ズルモノニシテ當然原狀回復ヲ生ズルモノニアラズ。債權契約ニ付テ未ダ何等ノ給付ノ爲サレザリシ場合ニハ解除ノ結果債權

原狀回復義務ヲ生ズルモノニシテ當然原狀回復ヲ生ズルモノニアラズ

債務ノ遡及的ニ消滅スルニ止マリ、特ニ原狀回復義務ヲ生ズルノ餘地ナキコト明ナリ。故ニ解除ニヨリテ當然原狀回復ヲ生ズルヤ原狀回復義務ヲ生ズルヤノ問題ハ債權契約ニ付テ既ニ一方又ハ雙方ノ當事者ガ給付ヲ爲シタル場合ニ於テノミ之ヲ生ズ。而シテ債權行爲ニ基キテ爲サレタル給付行爲ハ前者ノ無効ナルガ爲メニ當然其效力ヲ失フモノニアラザルヲ以テ、給付ヲ返還シ原狀ヲ回復スル義務ヲ生ズルニ止マリ、當然原狀回復ヲ生ズルモノニアラズト解スルヲ理論上正當トス。民法ガ「原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ」ト規定スルハ此解釋ノ法文上ノ根據ト爲スコトヲ得ベシ(註二)。

(註一) 同說、石坂氏、日本民法二三一〇頁以下、二二五四頁以下、大綱、三六四頁、末弘氏、二五七頁、横田氏、一八六頁以下、一六〇頁、同題旨、大正八年九月一五日大判、民錄二五輯一六三三頁。

(註二) 同說、石坂氏、日本民法二三一六頁、末弘氏、二五八頁。解除ガ債權的效力ヲ生ズル物權的效力ヲ生セザルハ一般ニ認メラル、所ナリ。然ルニ契約ノ目的ガ特定物ノ給付ナルトキハ解除ノ結果當然所有權ノ復歸スルモノトス。此場合ニ於テノ物權的效力ヲ認ムルノ不當ナルハ後述ノ如シ。

原狀回復
義務ノ内
容

當然物權
ノ復歸又
ハ消滅又
ハ消滅カ
生ズルカ

二 原狀回復義務ハ現存利益ノ返還義務ニハアラスシテ初ヨリ給付ヲ受ケザ
リシト同一ノ結果ヲ生ゼシムル債務ナリ。之ヲ種々ノ場合ニ付テ分説セバ次
ノ如シ。

(1) 債務ノ履行トシテ物權ノ設定又ハ移轉アリタル場合ニ於テハ之等ノ權利ノ
返還請求權ヲ生ジ、其請求權ニ基キテ物權契約ノ爲サレタルトキ初メテ物權ノ
再移轉又ハ消滅ヲ生ズルモノトス。即チ解除ソノモノハ債權的效果ヲ生ズル
ニ止マルナリ。此點ニ關シテ反對ノ學說判例アリト雖モ若シ解除ノ結果當然
物權ノ復歸又ハ消滅ヲ認メントセバ、我民法上物權契約ナル獨立ノ契約ヲ認メ
ザル學說ヲ採ルカ又ハ物權ノ移轉又ハ設定ヲ爲スベキ債務ハ法律上當然物權
ノ移轉又ハ設定ノ效果ヲ生ズルモノト解スルノ外ナシ。其採ルベカラザルハ
明ナリ(註三)。但物權契約ガ債權契約ノ解除セラレザルベキコトヲ條件トシタ
ル場合ニ於テハ解除條件成就ノ效果トシテ當然物權ノ復歸又ハ消滅ヲ生ズル
モ之レ固ヨリ解除ソノモノ、效果ニハアラス。債務ノ履行トシテ物權以外ノ
權利(例債權)ノ讓渡セラレタル場合亦同ジ。

勞務又ハ
物ノ使用
價格ノ返
還

(2) 債務ノ履行トシテ勞務ノ爲サレタル場合又ハ物ノ使用ヲ爲サシメタル場合
ニ付テハ法典ニ何等ノ規定ナシ。然レドモ之等ノ給付ニ付テモ亦不當利得返
還ノ義務ヲ生ジ得ルコトハ明ナルガ故ニ契約解除ノ場合ニ於テハ其給付ヲ受
ケタル當時ニ於ケル勞務又ハ物ノ使用ノ價格(客觀的價格)ヲ返還スルコトヲ要
スルモノト解セザルベカラズ(註四)。

(註四) 同說、石坂氏、日本民法二三一二頁、大綱三六五頁、末弘氏、二六一頁。

(註三) 同說、石坂氏、末弘氏前掲。反對、橫田氏、一九七頁以下、同氏、法曹、一八卷九號一頁

以下、牧野英一氏、志林一六卷五號七九頁以下、末弘氏、物權法上九〇頁、同氏、判例評釋
法協四〇卷一三七頁及ビ大審院年來ノ判例、大正一〇年五月一七日、大判、民錄二七
輯九二九頁、八年五月一三日、民錄二五輯七七〇頁、八年四月七日、民錄二五輯五五八
頁、六年六月一六日、民錄二三輯一一四七頁、明治四一年七月八日、大判、民錄一四輯八
五九頁等。債權契約ト之ガ履行ノ爲メニスル物權契約トアリタル場合ニ前者ノ
解除セラレタルトキハ後者ノ當然效力ヲ失フベキ理由ナク、又特定物ニ關スル
物權ノ移轉ヲ請求スル債權ガ其債權存在ノ結果當然物權移轉ノ效果ヲ生ズベキ
理ナシ。然レドモ債權契約ト物權契約ト兩者存スル場合ニ兩者共ニ解除セラレ、
又ハ物權契約ノ存スル場合ニ其契約ガ解除セラレ或ハ本文ニイフガ如ク債權契
約ノ解除ガ物權契約ニ付キ解除條件ノ成就トナルトキハ物權的效果ヲ生ズ。

(3) 給付セラレタル物又ハ權利ヨリ果實ヲ生ジタルトキハ之ヲ返還スルコトヲ要スルヤ否ヤ。給付セラレタル物ガ金錢ナル場合ニ付テハ明文アリ、受領者ガ事實上果實ヲ取得シタルト否トヲ問ハズ又其取得シタル果實ノ額如何ヲ問ハズ受領ノ時ヨリ利息ヲ附スルコトヲ要スルモノトス(五四五) 條二項。其他ノ果實ニ付テハ法典ニ何等ノ規定ナキガ故ニ解釋上多少ノ疑問アリ。或ハ受領者ノ善意惡意ヲ區別シ、善意ナル場合ニハ善意ノ占有者トシテ果實取得權ヲ有スルモノト解スベキガ如シト雖モ、解除權行使以前ニ於テハ受領者ハ適法ニ物ノ占有者ト爲ス者ニシテ之ヲ惡意ノ占有者ト稱スベカラザルハ勿論善意ノ占有者トモ亦之ヲ認ムルコトヲ得ズ。適法ニ占有者ト爲ス權利ヲ有スル者ガ果實ヲ取得スル權利ヲ有スルヤ否ヤノ問題ハ、占有ノ原因タル權利ノ性質ニヨリテ之ヲ決スルコトヲ要ス。然ルニ受領者ハ原狀回復ノ義務ヲ負ヒ、始ヨリ受領ヲ爲サザリシト同一ナル状態ヲ回復スルコトヲ要スルモノナルガ故ニ果實ヲ取得スベキ權利ハ初ヨリ存在セザリシコト、ナラザルヲ得ズ。故ニ原狀回復義務ヲ認メタル法律ノ目的ヨリイフトキハ收取シタル果實ハ返還當時現存スルト否トヲ問

ハズ總テ之ヲ返還スルコトヲ要スルモノト解セザルベカラズ(註五)。但金錢ノ給付アリタル場合又ハ惡意ノ占有者ノ場合ト異リ事實上收取セザリシ果實ニ付テハ償還義務ナシ。

(註五) 金錢ノ給付アリタル場合ト解釋ヲ異ニスベキ理由ナク又買戻ニ關スル第五七九條ヨリ推ストキモ果實返還義務ヲ認ムルヲ正當トス。占有ニ關スル一八九條一九〇條ヲ適用スベカラザルハ占有者ニ付テ善意惡意ヲ區別スルハ占有者ヲ爲スノ本權ナキ者ノミニ關スルモノナレバナリ。同說、石坂氏、日本民法二三一三頁以下、末弘氏、二六一頁。果實ノ外物ヲ使用スルニヨリテ取得シタル利益ニ付テモ同一ニ解スベシ。同說、末弘氏前掲、反對、梅氏要義、五四五條四五四頁。

(4) 給付セラレタル物ガ滅失又ハ毀損シタルトキハ其物ノ給付セラレタル時ニ於ケル價格ヲ返還スルコトヲ要スルヤ否ヤ。我國ニ於ケル通説ハ其滅失又ハ毀損ガ給付ヲ受ケタル者ノ過失ニ因リテ生ジタルヤ否ヤヲ區別シ、過失ニ基ケル場合ニ付テノミ價格返還義務ヲ認ム(註六)。然レドモ解除以前ニ於テハ受領者ハ未ダ返還義務ヲ負フモノニアラズ又條件附返還義務ヲ負フモノニモアラザルガ故ニ其過失ニ付テ當然責任ヲ負フベキノ理ナシ。從ツテ價格返還義務

ヲ認ムル理由ハ所謂原狀回復ガ初ヨリ債權契約ナカリシト同一ノ狀態ヲ回復スルコトヲ以テ内容トストイフノ點ニ之ヲ求メザルヲ得ズ。此理由ニ基キテ價格返還義務ヲ認ムルトキハ受領者ノ過失ニ基キタリヤ否ヤハ之ヲ區別スル理由ナキガ故ニ余ハ過失ノ有無ヲ問ハズ價格返還義務アルモノト解ス(註七)。而シテ其滅失又ハ毀損ガ相手方又ハ第三者ノ不法行為ニ基ケル場合ニ於テハ受領者ハ其不法行為ニ基ク損害賠償請求權ヲ保有スルモノトス。蓋シ契約ノ解除ハ債權債務ヲ消滅セシムルニ止マリ、受領者ガ所有權ヲ有シタル事實ハ之レガ爲メニ消滅スルモノニアラザレバナリ。又解除以後ニ於テハ返還義務者ハ普通ノ債務ヲ負擔スル者ニ外ナラザルヲ以テ其責ニ歸スベカラザル事由ニ因ル物ノ滅失又ハ毀損ニ付テハ責任ナキコト明ナリ。

(註六) 石坂氏、日本民法、二三一四頁以下、横田氏、一九四頁以下。若シ解除ノ結果當事者ガ始ヨリ返還義務ヲ有シタルト同一ノ結果ヲ生ズルモノナルトキハ通説ノ如ク解スルヲ得ベシ。然レドモ法律ノ規定スル所ハ解除ノ時ニ原狀回復ノ義務ヲ生ズルモノニシテ始ヨリ返還義務アリタルコト、爲スニアラズ、又理論上此原狀回復義務ハ不當利得返還義務ナルヲ以テ法律上ノ原因ヲ消滅セシムベキ事由ノ

費用償還

發生シタル時ニ之ヲ生ズルモノト解セザルベカラズ。石坂氏ハ解除以前ニ於ケル受領者ノ地位ガ條件成就以前ノ當事者ノ地位ニ類似スルヲ以テ解除以前ニ於テ相當ノ注意ヲ以テ物體ヲ保存スル義務アルモノトス。然レドモ解除以前ニ於テ保存義務ヲ認ムベキ法律上ノ根據ナシ。條件附法律行為ニ關スル第百二十八條ヲ準用スベキ法律上ノ理由ナシ。

(註七) 同説、末弘氏、二六〇頁。不當利得返還義務ノ範圍ヲ以テ原狀回復トナシタル法律ノ規定ニ依レバ受ケタル利益ガ現存スルヤ否ヤヲ問ハズ其現存セザルニ至リタル理由ヲ問ハズ之ヲ返還スルコトヲ要スルモノト言ハザルベカラズ。尙第

一九一條ヲ此場合ニ適用スベカラザルハ(註五)ニ述ベタルト同一ノ理由ニヨル。
 (5) 原狀回復義務ニ基キテ目的物ヲ返還スベキ者ガ保存費又ハ有益費ヲ支出シタルトキハ其償還ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤ。法典ニハ何等ノ規定ナシト雖モ相手方ガ利得ヲ爲スベキ範圍内ニ於テハ之ヲ認ムルヲ正シトス(註八)。蓋シ原狀回復義務ハ給付ナカリシ狀態ニ復セシムルコトノミヲ目的トスルモノニシテ之ニヨリテ相手方ニ利得ヲ爲サシムベキモノニアラザレバナリ。

(註八) 同説、石坂氏、日本民法二三一四頁、末弘氏、二六二頁。民法一九六條ハ此場合ニ適用ナシ。

三 解除ハ第三者ノ權利ヲ害スルコトナシ(五四五條一項但書)。

(1) 若シ解除ヲ以テ當然物權の效力ヲ生ズルモノトシ、債權契約ニ基キテ爲サレタル履行行爲ノ效力ヲモ消滅セシムルモノトナストキハ其履行行爲ニヨリテ移轉又ハ設定セラレタル物權又ハ其他ノ權利ヲ受領者ヨリ取得シタル第三者ノ權利モ亦消滅スルノ結果トナルベシ。然レドモ解除ハ債權的效果ヲ生ズルニ止マリ即チ原狀回復ノ債務ヲ生ズルモノニシテ法律上當然原狀回復ヲ生ズルモノニアラザルガ故ニ、第三者ノ權利ニハ影響ヲ及ボスコトナク、返還義務者ガ之等ノ第三者ノ權利ヲ消滅セシムベキ債務ヲ負フニ止マルモノトス。之レ寧ロ言フ俟タザル所ナルモ民法ハ疑ヲ避クルガ爲メニ特ニ規定ヲ設ケタルナリ。

(2) コトニ謂フ第三者ノ權利ノ意義ニ付テハ解釋上議論アリ。或ハ解除セラレタル契約ソノモノニ因リテ生ジタル債權ヲモ尙之ヲ包含スルモノトスル學說アリト雖モ此債權ノ消滅ヲ認メザルトキハ解除ヲ爲スコトヲ得ザル結果トナリ、而シテ本條ハ解除ノ有效ニ爲サレタルコトヲ前提トシテ其第三者ニ及ボス

ベキ效果ヲ規定シタルモノナルガ故ニ解除セラレベキ契約ソノモノニ因リテ生ジタル債權ハ假令第三者ニ屬スルモ尙消滅スルモノト言ハザルベカラズ。

(註九) 此ノ如ク解スルトキハ次ニ述ブル第三者ノ權利ノ如キハ解除ノ結果當然消滅スルモノトス。

(註九) 同說、石坂氏、日本民法二三二四頁以下、同氏、志林、一三卷三號三八頁、岡松氏新報、一九卷三號、七四頁以下、特ニ八三頁以下、末弘氏、二六三頁、大正七年九月二五日大判、民錄二四輯一八一頁、四二年五月一四日大判、民錄一五輯四九一頁。反對、梅氏、志林一二卷三號一頁以下。

(イ) 債權契約ソノモノニ因リテ生ジタル債權ノ讓受人ノ權利。債權讓渡ハ債權ノ同一性ヲ失ハシムルモノニアラザレバ讓渡人ノ有シタル債權ト同ジク解除ニヨリテ消滅セザルベカラズ。

(ロ) 右ノ債權ノ上ニ債權質ヲ取得シタル質權者ノ權利。

(ハ) 解除セラレベキ契約ガ第三者ノ爲メニスル契約ナル場合ニ於ケル第三者ノ權利(五三條)。

(3) 債權契約ノ解除セラレザルベキコトヲ條件トシテ給付行爲ノ爲サレタル場

合ニ於テモ尙解除ノ結果第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ザルヤ否ヤニ付テハ本條ハ適用ナシ。民法第二百二十八條ニ依リテ之ヲ決セザルベカラズ。

四 解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨グズ(五四五) 條三項。

(1) 契約ノ當事者ガ契約ノ解除アリタルニ拘ハラズ尙損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ立法例區々ニ岐ル。或ハ債權者ハ損害賠償ノ請求ト解除權ノ行使ト其何レカーヲ選ブベキモノトシ(獨民三) 或ハ之ニ反シテ債務不履行ニ因リテ解除ヲ爲ス場合ニハ不履行ニ因リテ生ジタル損害ノ賠償ヲモ尙之ヲ請求シ得ベキモノトシ(佛民一八) 或ハ又債權者ハ契約解除ト共ニ契約ノ消滅ニ因リテ生ジタル損害即チ所謂消極的契約利益ノ賠償ヲ請求シ得ルモノトス(瑞債一) 〇九條。我民法ハ解除ト共ニ損害賠償ノ請求ヲモ爲シ得ベキモノトナスコト明ナリト雖モ其損害賠償ノ原因及ビ範圍ニ就テハ學者ノ説ク所必ラズシモノナラズ。

(2) 我國ニ於ケル通説ハ此場合ニ於ケル損害賠償ヲ以テ債務不履行ニ因リテ生ジタル損害ノ賠償ナリトス(註十)。之ニ反シ石坂博士ハ理論上解除ノ場合ニ不

履行ニ因ル損害賠償請求權ヲ認ムルコトヲ得ザルモノトシ、此ノ損害賠償ハ契約解除ニ因リテ受ケタル損害ノ賠償即チ債權者ガ契約ノ效力存續シ完全ニ債務ノ履行アルコトヲ期待セルガ爲メニ受ケタル損害賠償ヲ謂フモノトス(日本民法大綱三三〇頁以下) 三三六頁。余ハ通説ニ從ヒ、第五百四十五條第三項ハ獨立ノ損害賠償請求權ヲ認メタルモノニハアラズシテ債務不履行ニ因ル損害賠償請求權ハ契約解除ノ爲メニ其存在ヲ失フコトナク之ヲ行使スルコトヲ妨グザルコトヲ規定シタルニ止マルモノト解ス。其理由概ネ次ノ如シ。

(註十) 梅氏、要義、卷之三、四、五、四頁、横田氏、二六、四頁、末弘氏、二六、七頁、竹田氏、京法三卷二號一〇三頁、岡松氏、内外論叢五卷四號一四九頁以下、高木氏、新聞一一六七號乃至一七〇號。

(イ) 文字解釋トシテハ「妨グズ」トイヘル字句ヲ使用スルガ故ニ新ナル賠償請求權ヲ認メタルモノト解スルヲ得ズ。他ノ原因ニ因リテ成立シタル損害賠償請求權ガ契約解除アルニ拘ハラズ尙存續スルモノト解スルヲ正當トス。

(ロ) 理論上ニ於テモ契約解除ノ效果ハ法律ノ自由ニ之ヲ決定シ得ルモノナルガ

故ニ絶對ニ債權消滅ノ效果ヲ生ズルモノト爲スベキ必要アルニアラズ、損害賠償請求權ノ存續ヲ認ムル範圍内ニ於テハ債權ノ效力ノ存續スルモノトナスモ敢テ支障ナシ(註十一)。

(註十一) 損害賠償請求權ハ原債權ト同一ノ權利ナルガ故ニ契約解除ニ因リ原債權ガ初ヨリ消滅スルトキハ損害賠償請求權モ消滅セザルヲ得ズトハ反對論ノ最も有力ナル論旨ナリ。然レドモ債務不履行アルトキハ債權者ニ損害ヲ生シ原債權ハ其範圍ヲ擴張スルヲ常トスルヲ以テ單ニ原債權ヲ消滅セシメタルノミニヨリテハ債權者ハ尙損害ヲ受ケルコト尠カラズ。故ニ法律ハ不履行ニ因リテ既ニ損害賠償請求權ヲ發生セシメタルトキハ契約解除以後ニ於テモ尙其請求權ノ存續スルモノト認メタルナリ。

(ハ)若シ解除ヲ原因トシテ新ニ損害賠償請求權ヲ認ムルモノナルトキハ不履行ヲ原因トセザル解除特ニ契約上ノ解除ノ場合ニモ此請求權ヲ認ムルノ結果トナルベク、從ツテ相手方ニ何等責ムベキ事由ナキニ拘ハラズ損害賠償請求權ヲ認ムルコト、ナルベシ。之レ過失ナクシテ損害賠償ヲ認ムルモノニシテ此場合ニ此ノ如キ特則ヲ認ムベキ何等ノ理由ナク、又無過失損害賠償ヲ認ムルハ我

法典上特則ナルコト明ナルガ故ニ、若シ此場合ニ於テ之ヲ認ムルノ趣旨ナルトキハ法典ニ特ニ之ヲ明ニセザルベカラズ(註十二)。

(註十二) 石坂博士ハ「五四五條ハ法律上ノ解除タルト契約上ノ解除タルトヲ區別セズ解除ノ效力ヲ定メタル規定ナルガ故ニ同條第三項ハ法律上ノ解除ノミナラズ形式上ハ契約上ノ解除ニモ適用アルモノトナサザルベカラズ」(日本民法二三三五頁)ト論ズルニ拘ハラズ、五五七條二項ニ於テ五四五條三項ノ適用ナキコトヲ定メタルヨリ推論スルモ契約上ノ解除ノ場合ニ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ザルハ明カナリト云ヒ(二三四二頁)實際上ニ於テハ約定解除權ノ行使ノ場合ニハ賠償請求權ナシト解スルナリ。其論旨ハ一貫セルモノト言フコト能ハズ。

(ニ)不履行ニ因ル損害賠償請求權ナリト認ムルトキハ履行遲滯ノ場合ニハ不當ナル結果ヲ生ゼザルモ、履行不能ノ場合ニハ解除者ハ自己ノ債務ヲ免ル、ニ拘ハラズ尙履行ニ代ハルベキ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得テ不當利得ヲ爲スニ至ルベシトハ反對論者ノ主張スル所ナリ。然レドモ解除者ハ損益相殺ノ原則ニヨリテ其損害ヨリ利益ヲ控除シタルモノノミヲ請求スルコトヲ得ルモノナルガ故ニ不當ナル結果ヲ生ズルコトナシ。或ハ之ヲ以テ差額說ノ誤謬ニ陥ル

モノトス。然レドモ差額説ノ非ナルハ債權者ノ負擔セル債務ガ未ダ消滅セザルニ拘ハラズ當然其債務ノ消滅シタルモノトシ一請求權ノミノ存在ヲ認ムルガ故ナリ。然ルニ此場合ニ於テハ解除ニヨリテ解除者ノ負擔セル債務ハ消滅スルガ故ニ一請求權ノミノ存在スルモノトシ而シテ損益相殺ノ理ニヨリテ其内容ヲ制限スルハ理ニ於テ怪シムベキモノナシ(註十三)。

(註十三)

拙著債權法總論、八九頁。解除ニヨリテ自己ノ債務ヲ免レタル利益ハ責任原因(債務不履行)ト相當因果關係ヲ有スル利益ナレバ之ヲ差引キタルモノヲ以テ債務不履行ヨリ生ジタル損害トナスベキコト明ナリ。

尙各種ノ場合ニ於テ民法ガ損害賠償請求權ノ存在ヲ認メタル規定(五六一條、五六三條三項、五六五條、五六七條三項、六二〇條等)及ビ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ザルモノトシタル規定(五五七條二項、六二一條、六三一條等)ハ反對論者ガ其論據トシテ引用スル所ナルモ之等ノ特別規定ハ第五四五條ヲ解釋スル資料トナラズ。

五

解除ノ效果タル損害賠償ハ債務不履行ニ因ル損害賠償ニ外ナラザル結果トシテ損害賠償請求權ヲ有スル者ハ原則トシテ解除者ナルコト勿論ナリト雖モ相手方モ亦稀ニ損害賠償請求權ヲ有スルコト無キニアラズ。例ヘバ甲ガ履

行遲滯ニ在リタル後乙ノ債務ニ付キ其責ニ歸スベキ事由ニ因ル履行不能ヲ生ジタルガ爲メニ甲ガ契約ノ解除ヲ爲シタリトセバ甲ハ履行不能ヲ理由トスル損害賠償請求權ヲ有スルコト勿論ナリト雖モ、乙モ亦履行遲滯ニ因リテ損害賠償請求權ヲ有シタルモノナルガ故ニ第五百四十五條第三項ニヨリ其權利モ亦存續スルモノト解セザルベカラズ。

六 解除ニ因ル損害賠償請求權ヲ以テ債務不履行ニ因ル損害賠償ナリト解スルトキハ其損害賠償ノ範圍ニ付テハ特ニ説明ヲ要セズ。債權者ハ履行ナキコトニ因リテ蒙リタル損害タルト履行ナキコトニ因リテ失ヒタル利益タルトト問ハズ苟モ第四百十六條ニ因リテ請求スルコトヲ得ベキ損害賠償ハ之ヲ請求スルコトヲ得ルナリ(註十四)。而シテ雙務契約ニ於テハ履行ナキコトニ因リテ受ケタル利益即チ自己ノ債務ヲ免レタルニ因リテ受ケタル利益ヲ控除スルコトヲ要スルハ上ニ述べタルガ如シ。

(註十四)

石坂博士ハ解除ニ因ル損害ヲ以テ債權關係ガ其效力ヲ存續シ完全ニ履行セラル、コトヲ期待シタルガ爲メニ生ジタル損害ナリトスルニ拘ハラズ(日本民

法二三四二頁)「債權者が取得スベカリシ利益 (Lucrum cessans) モ亦債權者が債務ノ履行アルコトヲ期待シタルガ爲メニ被リタル損害ト云フコトヲ得ベキガ故ニ其賠償ヲ請求スルコトヲ得ベシト論ズ(二三四三頁)。然レドモ此失ヒタル利益ハ債務ノ履行ナキコトニ因リテ生シタル損害ニシテ履行アルコトヲ期待シタルガ爲メニ被リタル損害ニハアラズ。若シ此失ヒタル利益ヲモ請求シ得ルモノトセバ其損害賠償ハ所謂履行利益 (Erfüllungsinteresse) ナ内容トスルモノニシテ即チ履行ナキコトニ因リテ生シタル損害ノ賠償トナスコトヲ要ス。尙損害賠償ノ範圍ニ付キ多クノ判例アリ、大正九年八月二八日大判、民録二六輯一二九八頁、大正七年一月二六日大判、民録二四輯二二六〇頁、同年同月一四日同輯二一六九頁等。債務不履行ト相當因果關係アル損害ヲ算定スルニ付キ特別ノ事情ナクバ解除ノ時ヲ標準トスベキモノトス。

七 解除ノ效果トシテ雙方ノ當事者が原狀回復其他ノ債務ヲ負擔スル場合ニ於テハ第五百三十三條ノ規定ヲ之ニ準用ス(五四條)。蓋シ此場合ニ於ケル雙方ノ債務ハ雙務契約ヨリ生ズル債務ニハアラズト雖モ、雙方ノ債務ノ間ニ牽連關係ヲ認ムルコト公平ノ原則ニ適スルヲ以テ同時履行ノ抗辯權ヲ認メタルナリ。而シテ其牽連關係ヲ認メラレタル給付ハ原狀回復ノ給付ニ限ルモノト解スル

コト通説ナルガ如シト雖モ、法文上及ビ理論上此ノ如キ制限ヲ認ムベキ理由ナキヲ以テ損害賠償ノ給付ヲモ包含スルモノト解ス(註十四)。

(註十四) 學者ハ特ニ之ヲ論ゼズト雖モ殆ンド皆原狀回復ノ給付ニ付テノミ五三三條ノ準用ヲ説キ損害賠償ニ付テハ之ヲ述ベズ、梅氏要義四五六頁、横田氏二〇三頁、石坂氏、日本民法二三一五頁、大綱三六六頁、末弘氏二六三頁。

第五款 解除權ノ消滅

一 解除權ハ形成權タル性質ヲ有スル財産權ナルヲ以テ此種ノ權利ニ共通ナル消滅原因ニ因リテ消滅ス。

(1) 拋棄。我民法上財産權ハ一方的意思表示ヲ以テ之ヲ拋棄シ得ルヲ原則トスルヲ以テ解除權ノ拋棄ニ付テモ契約ヲ要セザルモノト解セザルベカラズ。而シテ其意思表示ノ方式ニ付テハ法典ニ特別ノ規定ナキモ取消權ノ拋棄(追認)及ビ債權ノ拋棄(免除)ト比較スルトキハ相手方ニ對スル意思表示ヲ必要トスルモノト解スルヲ正當トス(註一)。

(註一) 同説、末弘氏、二七五頁。反對、石坂氏、日本民法二三四五頁。

(2) 消滅時効。解除權ハ形成權ナルヲ以テ其時効期間ハ第六十七條第二項ニ依ラザルベカラズ。債權ニ關スル規定ニ從ハントスル說ハ理論上之ヲ採リ難シ(註二)。

(註二) 同說、末弘氏二七四頁、松本氏、法協、三四卷一一號、一五七頁、竹田氏、京法、一二卷一號、九九頁。反對判例、大正五年五月一〇日大判、民錄二二輯九三七頁。

(3) 行使。

二 當事者が解除權ノ存續期間ヲ定メタル場合ニハ其期間内ニ解除權ノ行使ナキトキハ解除權ノ當然消滅スルコト勿論ナリ。

解除權ノ行使ニ付キ期間ノ定ナキ場合ニ於テモ相手方ハ相當ナル期間ヲ定メテ催告ヲ爲スコトニヨリ不確定ナル法律關係ヲ確定スルコトヲ得ルモノトス(五四條)。之レ民法ガ屢々使用スル手段ニシテ其要件及ビ效果ニ付テハ特ニ解説ヲ要セザルベシ。

三 解除權ヲ有スル者が自己ノ行為又ハ過失ニ因リテ著シク契約ノ目的物ヲ毀損シ若クハ之ヲ返還スルコト能ハザルニ至リタルトキハ解除權ハ之ニ因リ

テ消滅ス(五四八條一項)。之レ解除權ニ特殊ナル消滅原因ニシテ其要件次ノ如シ。

(1) 著シク契約ノ目的物ヲ毀損シ若クハ之ヲ返還スルコト能ハザルニ至リタルコト。契約ノ目的物トイフハ契約上ノ債務ノ履行トシテ給付セラレタル物ヲ謂フ。著シク之ヲ毀損セルトキ又ハ喪失、讓渡等ノ理由ニヨリテ之ヲ返還スルコト能ハザルニ至リタルトキハ解除ノ結果解除者ハ自己ノ受ケタル給付ソノモノヲ返還シテ原狀回復ノ義務ヲ全ウスルコトヲ得ズ、固ヨリ價格償還ノ債務ハ之ヲ負擔スト雖モ價格ノ償還ハ原物ノ返還ト同一ノ利益ヲ相手方ニ與フルモノニアラザルガ故ニ法典ハ解除權消滅ノ效果ヲ認メタルナリ(註三)。故ニ解除權者ガ其未ダ履行セザル債務ノ目的物ヲ毀損シタル場合ハ固ヨリ之ヲ含マズ。又給付セラレタル物ノ僅少ナル部分ヲ毀損シ又ハ消費シタルニ止マリ一般取引ノ觀念ニ於テ尙原狀回復ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルモノト認ムルトキハ解除權ヲ消滅セシメザルモノト解スルヲ正當トス。

(註三) 解除權者ガ目的物ニ關スル權利ヲ、第三者ニ移轉シ、又ハ第三者ノ爲メニ權利ヲ設定シタル場合ガ本條ニ謂フ「返還ヲ爲スコト能ハザル」場合ニ包含セラレ、ヤ

自己ノ過失トハ何トモ

否ヤニ付テハ解釋上難論アリ。横田博士ハ荷モ目的物ニシテ存在スルトキハ第
 五者ノ權利ヲ消滅セシムルコトニヨリテ原狀回復ヲ爲シ得ベキガ故ニ返還不能
 トナラザルモノトス(各論二一〇頁以下)。然レドモ民法ニ不能トイフハ論理的不能
 ナイフモノニアラズシテ取引ノ觀念上不能ト認ムルモノナイナリ(總論一二
 二頁)。故ニ取引ノ觀念上第三者ノ權利ヲ消滅セシムルコト能ハザルモノト認ム
 ベキ場合ニハ本條ノ適用アルモノト言ハザルベカラズ。獨法(三五三條)ノ如ク必
 ズシモ目的物が第三者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ滅失毀損セラレタル場合ニ
 限ルコトナシ。同説、石坂氏、日本民法、二三五三頁。

(2) 毀損又ハ返還不能ハ解除權者ノ行為又ハ過失ニ因リテ生ジタルコト。「行為
 又ハ過失」トイヘル字句ハ民法ガ此場合ニ於テノミ使用スル所ニシテ從ツテ其
 意義ニ就テ疑問アリ。或ハ之ヲ以テ故意又ハ過失ト同意義ナリトシ(註四)或ハ
 行為トハ任意ノ行為即チ解除權者ノ意思ニ基ク總テノ働作ヲ謂ヒ過失ハ故意
 及ビ過失ヲ包含シテ解除權者ガ解除權ヲ有スルコト又ハ之ヲ有スルニ至ルベ
 キコトヲ知り又ハ知ルコトヲ得ベカリシコトヲ謂フモノトス(註五)。單ニ字義
 ヨリイフトキハ自己ノ行為ノ意義ニ付テハ後説ヲ採ルベキガ如シト雖モ沿革
 上及ビ理論上之ニ從ヒ難シ。蓋シ行為又ハ過失(No fault on la faute)ナル語ハ佛蘭

解除權トハ何トモ

西法ニ則レルモノニシテ同法ニ付テハ故意又ハ過失ト同義ニ之ヲ解スルヲ多
 數説トスルノミナラズ、理論上若シ「行為」此ノ如ク廣ク解スルトキハ過失ト對
 立セシメタル意義ヲ沒却スルヲ以テナリ。若シ論者ノ所謂意思ニ基ケル一切
 ハ働作ノ中ニ作爲ト不作爲トノ兩者ヲ包含スルモノトセバ所謂過失ニ因ル物
 ノ毀損モ亦當然之ニ包含セラルベキヲ以テ行為ノ外ニ過失ヲ擧グルノ理ナカ
 ルベク又若シ作爲ノミヲ謂フモノトセバ作爲ニアリテハ故意及ビ過失ヲ必要
 トセザルニ拘ハラズ不作爲ニ付テハ之ヲ必要トスル結果トナルガ故ナリ。故
 ニ余ハ立法者ガ此場合ニハ偶々佛蘭西法ノ字句ニ從ヒ「故意又ハ過失」ノ意義ニ
 於テ「行為又ハ過失」ナル字句ヲ使用シタルモノト解スルヲ以テ法律ノ目的ニ適
 スルモノト信ズ(註六)。

故意又ハ過失ノ内容ニ付テモ亦解釋上ノ疑義アリ。過失ニ付テハ解除權ノ
 存在ニ對スル認識又ハ不注意ニ因ル認識ノ欠缺ナリトスル説アルコト上述ノ
 如シ。然レドモ余ハ故意又ハ過失ハ解除權ノ存否ニ對スルニアラズシテ目的
 物ノ毀損又ハ返還不能ニ對スルモノナリトス。蓋シ明文上此ノ解釋ヲ正當ト

スルノミナラズ理論上ヨリイフモ唯第三者ノ行爲又ハ不可抗力ニ因リテ毀損又ハ返還不能ヲ生ジタル場合ニ於テノミ解除權ノ存續ヲ認ムルヲ以テ足ルガ故ナリ(五項參照) (註七)。

(註四) 岡松氏、民法理由三卷五一七頁、末弘氏二七六頁以下。

(註五) 石坂氏、日本民法二三五〇頁、横田氏二〇九頁。

(註六) 法律ガ此規定ヲ設ケルハ唯回復不能ガ解除權者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ基ケル場合ヲ除外セントシ、其意味ヲ表ハスガ爲メニ「自己ノ行爲又ハ過失」トイフ字句ヲ使用シタルモノト解スルヲ正當トス。

(註七) 若シ此規定ヲ以テ解除權權廢ノ意思アリト推定スルガ爲メニ之ヲ設ケラレタルモノトセバ解除權ノ存在スルコトヲ知リ又ハ之ヲ知ラザルニ付テ過失アルコトヲ要スルコト、ナルベシ。然レドモ法文ノ字句ハ此ノ如ク解スルコトヲ得ズ法文上行爲又ハ過失ハ毀損又ハ返還不能ニ對スルコト明ナリ。又理論上反對說ノ如ク解セザルベカラザル理由ナシ。

(3)解除權ヲ有スル者トハ現ニ解除權ヲ有スル者ノミナラズ將來解除權ヲ取得スルコトアルベキ者ヲモ包含スルモノト解スルヲ正當トス(註八)。例ヘバ債務ノ履行ヲ受ケタル當事者ガ將來一定ノ事實發生セバ約定解除權ヲ取得スベキ

加工改造
ノ解除權

場合ニ其履行ヲ受ケタル契約ノ目的物ヲ毀損シタル場合ニハ將來其事實發生スルモ解除權ヲ取得スルコトナシ。

(註八) 同說末弘氏二七六頁。

四 解除權ヲ有スル者ガ契約ノ目的物ヲ加工若クハ改造ニ因リテ他ノ種類ノ物ニ變ジタルトキハ解除權ハ之ニ因リテ消滅ス(五項參照)。

(1)此場合ニ於テ故意又ハ過失ヲ要件トスルヤ否ヤニ付テハ解釋上議論アリ。或ハ毀損ノ場合ト區別スル理由ナキガ故ニ同一ノ主觀的要件ヲ要スルモノトシ、或ハ明文ニ基キテ之ヲ要セザルモノトス(註九)。余ハ上述ノ如ク此ニ謂フ故意ヲ以テ目的物ノ毀損又ハ返還不能ノ狀態ヲ生ズルコトニ對スルモノト解スルガ故ニ此場合ニハ當然故意ノ存スルモノトシ從ツテ法典ハ特ニ主觀的要件ヲ擧ゲザリシモノト解ス。

(註九) 前說、末弘氏、二七八頁、後說、石坂氏、日本民法二三五八頁。尙加工ガ目的物ノ僅小ナル部分ノミニ關シ取引ノ觀念上尙原狀回復ノ目的ヲ適當ニ達スルコトヲ得ベキ場合ニハ解除權消滅セズトシタル判決アリ、正當ナリ、四五年二月九日大判、民錄一八輯八三頁。

履行又ハ
解除提供
ト

(2)加工 (Bearbeitung) 及ビ改造 (Umbildung) ノ間ニハ原物變形ノ範圍ニ於テ程度ノ差異アルモ共ニ廣義ノ加工即チ第二百四十六條ニ規定スル加工ニ屬ス。而シテ共ニ目的物ノ種類ヲ變更スル程度ニ至リタル場合ニ於テ始メテ解除權ヲ消滅セシムベク其種類ノ變更アリヤ否ヤハ取引上ノ觀念ニ從ヒテ之ヲ決ス。

五 目的物ノ毀損返還不能又ハ變更ハ之等ノ行爲ヲ爲シタル者ノ解除權ヲ消滅セシムルニ止マル。相手方ハ之ガ爲メニ其解除權ヲ喪フコトナシ。

六 債務不履行ヲ原因トスル解除權ハ債務ノ消滅又ハ不履行ノ消滅ニ因リテ消滅ス。故ニ履行遲滯又ハ不完全履行ニ因リテ相手方ニ解除權ヲ生ズルモ解除權者ガ解除ノ意思表示ヲ爲スニ先ダチ債務者ガ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行又ハ履行ノ提供ヲ爲セルトキハ解除權ハ消滅スルモノトス(前掲)。之ニ反シテ約定解除權ハ履行又ハ履行ノ提供ニ因リテ當然消滅スルモノニアラズ。其ノ消滅スルヤ否ヤハ解除權成立ノ原因タル契約ニ從ヒテ之ヲ決定セザルベカラズ。

第二章 契約各論

第一節 總說

一 民法ノ規定スル契約即チ所謂有名契約ハ贈與、賣買、交換、消費貸借、使用貸借、賃借、雇傭、請負、委任、寄託、組合、終身定期金及ビ和解ノ十三種ナリ。之等ノ中無償契約ノ典型タルモノハ贈與ニシテ有償契約ノ典型タルモノハ賣買ナルヲ以テ此兩者ニ付テハ稍詳細ナル説明ヲ試ミ、他ノ十一種ノ契約ニ付テハ基本的原則ニ關スル説明ヲ加フルニ止メントス。尙更改契約及ビ懸賞契約ニ付テハ既ニ述べタルヲ以テ重ネテ説カズ。

二 所謂混合契約ニ付テハ有名契約ノ説明ヲ終リタル後別ニ節ヲ設ケテ之ヲ述ベントス。理論上ニ於テハ契約各論ノ冒頭ニ之ヲ説明スルヲ順序トスルガ如キモ、了解ノ便宜ノ爲メニ此順序ヲ採レリ。

第二節 贈與

第一項 贈與ノ性質

贈與ハ契約ナリ

贈與 (donatio, donation, Schenkung) トハ當事者ノ一方ガ自己ノ財産ヲ無償ニテ相手方ニ與フル契約ヲ言フ(五四)。

一 贈與ハ契約ナリ。贈與者ノミノ意思表示ニヨリテハ贈與ハ未ダ成立セズ必ラズ受贈者ノ意思表示アルコトヲ要ス(註一)。此點ニ於テ贈與ハ遺贈ト其性質ヲ異ニス(八〇八)。

財産ヲ與フルコトヲ目的トス

二 贈與ハ財産ヲ與フルコトヲ目的トスル契約ナリ。

(註一) 立法論トシテ贈與ヲ契約トナスベキヤ否ヤニ付テハ議論アリ。二上兵治氏、贈與雜說、新報二二卷四號五六頁以下。フランス民法(九三一條以下)ニハ單ニCoutumeトイヒ coutume ト云ハザルモ學說上ハ契約ナリトス。我民法ノ解釋ニ付テハ疑ナシ。尙五四九條ノ文字ノミニ依ルトキハ贈與者カ申込者タリ受贈者ガ承諾者タルコトヲ要スルガ如キモ、何レノ當事者ガ申込者タルカハ固ヨリ之ヲ問ハズ。

(1) 財産 (Vermögen) トハ或ハ一定ノ人ニ屬スル財産上ノ權利及ビ義務ノ全體ヲ謂ヒ或ハ財産上ノ權利ノミノ全體ヲ謂フ。コ、ニ財産ト謂フハ義務ヲ包含セザルコト勿論ナリ。

財産ヲ與フト謂フハ既存ノ財産權ヲ移轉スルコトノミヲ謂フニアラズ。一方ニ財産ノ減少ヲ生ズルニ因リテ他方ニ財産ノ増加ヲ生ズルコトヲ總稱ス。故ニ例ヘバ所有權、債權等ヲ讓渡スルコトヲ約スルハ勿論、擔保物權其他ノ制限物權ヲ設定スルガ如キモ亦之ニ屬ス。債務ノ免除ニ付テハ第五百十九條トノ關係上議論アレド、第五百十九條ハ債權ノ消滅ソノモノノミニ關スルガ故ニ免除ノ原因ニ付テ契約ノ成立ヲ要スルモノト解スルモ第五百十九條ト矛盾スルコトナシ。而シテ此場合ニ於テモ一方ニ財産ノ減少ヲ生ゼルニ因リテ他方ニ財産ノ増加ヲ生ズルモノナルガ故ニ之ヲ贈與ナリト解セザルベカラズ(註二)。一方ニ財産ノ増加ヲ生ズルモ之レガ爲メニ他方ニ財産ノ減少ヲ生ゼザルトキハ贈與ニアラズ。故ニ例ヘバ無償ニテ勞務ヲ供スルモ贈與トナラズ。

(註二) 債務ヲ免除スベキ債務アリト誤信シテ免除ヲ爲シタル場合ニ免除ソノモノ

他人ニ
スル財
産
ハ贈與
ノ
目的
ヲ
得ル
カ
リ

ハ有效ナルモ不當利得返還義務ヲ生ズルト同シ、贈與契約ノ成立セザルニ拘ハ
ラズ免除ヲ爲セルトキハ、免除ノモノハ有效ナルモ不當利得返還義務ヲ生ズ。
二上氏(前掲一四〇頁)ハ原因行爲ト準物權行爲(處分行爲)トヲ混同ス、同説、末弘
氏、三〇四頁以下。

(2) 移轉スベキ財産ハ必ズシモ贈與者ニ屬スルコトヲ要セズ。民法第五百四十
九條ニハ「自己ノ財産」ト言ヘルガ故ニ反對ノ解釋ヲ採ルベキガ如シト雖モ、現在
自己ニ屬セザル財産ガ將來自己ニ屬スベキコトヲ豫期シテ豫メ之ヲ他人ニ贈
與スベキ契約ヲ爲スコトハ契約自由ノ原則上固ヨリ有效ナルモノト解スベキ
ノミナラズ、此ノ如キ契約モ亦自己ノ財産ヲ他人ニ與フル契約ナリト解スルヲ
正當トスルガ故ニ之ヲ法典謂フ所ノ贈與ナリト解スルヲ正當トス(註三)。

(註三) 同説、梅氏、志林、九卷三號五八頁以下、横田氏、二二四頁以下、末弘氏、三〇三頁。三
八年一二月一四日大判、民録、一一輯一七四二頁ハ他人ノ財産ノ贈與ヲ以テ特ニ自
ラ取得スベキコトヲ條件トシタル場合ノ外無効ナリトス。然レドモ若シ他人ノ
財産ナルコトヲ知ラズシテ贈與ヲ爲セルトキハ法律行爲ノ要素ニ關スル錯誤ノ
理由ニヨリ無効ナルベキモ之ヲ知リテ爲セル場合ニハ特ニ條件附トナサザルモ
有效ナリ。

常ニ債權
契約ナリ

三 贈與ハ常ニ債權契約ナリヤ。契約ト同時ニ出捐行爲ヲ爲サザル贈與契約
即チ所謂贈與ノ約束(Schenkungsversprechen)ガ債權契約ナルコトニ付テハ議論ナシ
ト雖モ、契約ト同時ニ出捐行爲ヲ爲サル、贈與即チ所謂現物贈與(Realschenkung,
Handschenkung)モ亦債權契約ナリヤ否ヤニ付テハ議論岐ル。我民法ノ解釋トシ
テハ債權契約說寧ロ多數ナルガ如ク且規定ノ位置及ビ第五百五十條第五百五
十三條ノ字句ニ徴スルトキハ此說ヲ正當トスルガ如シト雖モ(註四)直チニ出捐
行爲ヲ爲ス場合ニ於テ出捐行爲ヲ爲スノ外尙出捐行爲ヲ爲スベキ債務ヲ負擔
スル意思表示アリト解スルハ當事者ノ意思ニ反シテ擬制ヲ用フルモノナルノ
ミナラズ又債務ノ性質ニ反スルモノト言ハザルベカラズ。蓋シ債務ナルモノ
ハ將來ニ於テ一定ノ給付ヲ爲スコトヲ内容トスルモノニシテ其給付ヲ爲スト
キハ債務ハ當然消滅スルモノナルヲ以テ現在給付ヲ爲スト同時ニ其給付ヲ爲
スベキ債務ヲ成立セシムルモノト解スルハ債務ノ性質ニ反スルモノナレバナ
リ。故ニ現物贈與ハ贈與約束ニ基キテ債務ノ履行セラレタルト同一ノ法律效
果ヲ生ズルヲ常トスルモ債權契約ニハアラズシテ無償ニテ財産上ノ出捐ヲ爲

ス契約ナリト解スルヲ正當トス(註五)。

二六〇

(註四) 横田氏、二二四頁、二三四頁以下、村上氏、三四〇頁、殊ニ末弘氏、二九七頁以下之ヲ力説ス。其理由三アリ、(1)民法ハ贈與ヲ債權契約ノ一トシテ規定ス、(2)五五〇條ニハ「履行」トイヘル文字ヲ使用シ、又五五三條ハ負擔附贈與ニ變務契約ニ關スル規定ヲ準用ス、(3)贈與約束ノ場合ニハ新債權ヲ設定スルコトガ贈與ニシテ現物贈與ノ場合ニハ物權等ヲ與フルコトガ贈與ナリト解スルハ非ナリ何レノ場合ニ於テモ當事者ノ目的ハ同一ニシテ贈與約束ノ場合ニ於テモ債權ヲ成立セシムルハ手段ニシテ目的ニアラズ。此三個ノ理由ノ中(1)及(2)ハ形式的ノ字義論ニシテ多ク説クノ要ナシ、民法ガ債權ノ存在ヲ前提トスルガ如キ規定ヲ設ケタリトスルモ、如何ナル場合ニモ債權ノ成立ヲ認ムベシトイフ理由トハナラズ又(3)ノ理由ハ贈與約束ニ付テ法律行為ノ終局ノ目的(動機)ト法律行為ノ内容トヲ混同スルモノナリ。

(註五) 結果ニ於テ同説、川名氏、要論、六八〇頁以下。サレド川名氏ハ民法ガ五五五條ニ於テハ「約シ」ト言ヘルニ反シ五四九條ニハ「財產ヲ…」與フルト言ヘルヲ理由トシ、從テ賣買ハ常ニ債權契約ナルモ贈與ハ然ラズトナス。余ハ本文ニ言ヘルガ如ク當事者ノ意思ト債務ノ性質トヲ理由トスルガ故ニ賣買モ亦常ニ必ラズシモ債權契約ニアラザルモノトス。

無償契約
ナリ

四 贈與ハ無償契約ナリ。贈與ハ無償契約ノ典型的ナルモノナルコト、賣買ガ

有償契約ノ典型的ナルニ似タリ。無償トハ對價ナキコトヲ謂フ。故ニ假令相手方ニ於テ多少ノ義務ヲ負擔スルコトアルモ對價ヲ爲サザルトキハ贈與タルヲ妨グズ。此理由ニヨリテ負擔附贈與モ亦贈與ナリ。而シテ相手方ノ出捐ガ對價タル性質ヲ有スルヤ否ヤノ問題ハ客觀的標準ニヨリテ之ヲ決スルニアラズ當事者ノ意思ニヨリテ之ヲ決ス。故ニ賣買ノ代金ガ客觀的ニ目的物ノ價格ト權衡ヲ保タザルモ贈與トハナラズ。

無償トハ對價ナキコト即チ相手方ヨリ對價タルベキ財産的利益ヲ受クルコトナクシテ相手方ニ財産的利益ヲ與フルコトヲ目的トスルヲ謂フ。故ニ無償原因(causa donacionis)ト謂フコトハ贈與ノ動機トハ之ヲ區別スルコトヲ要ス。謝恩ノ爲メニスルカ慈善ノ爲メニスルカ又ハ過去ニ於テ財産的利益ヲ受ケタル返禮トシテ之ヲ爲スカハ贈與ノ動機ニ過ギズ。其存否ハ法律行為ノ成立ニ關係ナキノミナラズ之ヲ缺クモ不當利得トナルコトナシ。

五 贈與ト財産移轉ノ實行行為トハ明ニ之ヲ區別スルコトヲ要ス。贈與ハ常ニ贈與者受贈者間ノ契約ナルモ實行行為ハ法律行為タルコトヲ要セズ事實行

贈與ト實
行爲ト
別

爲タルコトアリ。其法律行爲タル場合ニ於テモ契約ニアラズシテ單獨行爲タルコトアリ(免)。又贈與者ガ受贈者ノ第三者ニ對シテ負擔セル債務ヲ辨濟スル場合ノ如ク贈與者受贈者間ノ行爲ニアラザルコトアリ。而シテ贈與契約成立セザルニ拘ハラズ實行行爲ノ爲サレタルトキハ不當利得ノ返還義務ヲ生ズ。

第二項 贈與ノ成立

立贈與ノ成

- 一 贈與契約ハ贈與者及ビ受贈者ノ意思表示ガ左ノ二點ニ付テ合致スルコトニヨリテ成立ス。
- (1) 一定ノ財産ヲ受贈者ニ與フルコト。
- (2) 無償ナルコト。

二 贈與ノ契約ハ特殊ノ方式ヲ以テ成立要件ト爲サズ。書面ニ依ラザル贈與ハ薄弱ナル效力ヲ有スルニ過ギザルコト後ニ述ブルガ如シト雖モ之レ固ヨリ效力ノ問題ニ止マリ契約ノ成立ニハ關係ナシ。諸外國ノ民法ハ多ク書面ニ依ルコトヲ以テ贈與ノ成立要件トス(獨五一八條佛九三一條九)。

第三項 贈與ノ效力

力贈與ノ效

一 贈與ノ效力トシテ一定ノ財産ヲ受贈者ニ移轉スベキ債務ヲ生ジ現物贈與ニアリテハ直チニ財産移轉ノ效果ヲ生ズ。其債務ヲ生ズル場合ニ於テ其債務ハ我民法上普通ノ債務ト毫モ異ナル所ナキガ故ニ贈與者ガ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲サバルトキハ損害賠償義務ヲ生ズベク又債務者ガ履行ノ提供ヲ爲シタルニ拘ハラズ受贈者ガ之ヲ受領セザルトキハ債權者遲滯ヲ生ズ。諸外國ノ法制ニ於テハ債務者ヲシテ單ニ故意又ハ重過失ノ責ニ任ゼシメ贈與ヨリ生ズル債務ノ效力ヲ薄弱ナラシムルノ例アレド我民法ハ之ニ從ハズ(獨民五二一條債二四八條參照)。

二 贈與ノ效果タル財産ノ移轉ニ付テハ法典ニ特則アリ。贈與者ハ贈與ノ目的タル物又ハ權利ノ瑕疵又ハ欠缺ニ付キ其責ニ任ゼザルモノトス(五五)。之レ贈與ガ無償契約タル性質ニ基ケルモノニシテ一般ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ニ適合スルモノト言フベシ。即チ當事者ガ特定ノ物又ハ權利ヲ以テ贈與ノ目的トナシタル場合ニ於テハ縱令之ニ瑕疵アリ欠缺アルモ當事者ハ唯其狀態

擔保責任アリヤ

ニ於ケル物又ハ權利ヲ與フルコトヲ以テ法律行為ノ内容トシタルモノト解スベク、從ツテ受贈者ガ其瑕疵又ハ欠缺アルガ爲メニ所期ノ利益ヲ收ムルコトヲ得ズ又ハ瑕疵欠缺ナシト信シタルガ爲メニ損害ヲ受ケタリトスルモ贈與者ハ之ニ對シテ賠償義務ヲ負擔スルコトナシ。然レドモ此原則ハ不特定物ヲ以テ贈與ノ目的トナシタル場合ニハ其適用ナシ。此場合ニハ種類債務ヲ生ジ、其種類債務ハ普通ノ種類債務ト同一ノ效力ヲ有スルモノナレバナリ。即チ此後ノ場合ニハ債務不履行ノ問題ヲ生ズルモノニシテ擔保責任トハ自ラ別個ノ問題ニ屬ス。

擔保責任アル場合

贈與者ガ擔保責任ヲ負ハズトイヘル原則ニ對シテ次ノ例外アリ。

(1) 贈與者ガ物又ハ權利ノ瑕疵又ハ欠缺ヲ知リテ之ヲ受贈者ニ告ケザリシトキハ例外トシテ擔保ノ責ニ任ズ(條五五一項)。之レ惡意ナル贈與者ヨリハ受贈者ヲ保護スルノ必要アリトナシタルガ故ナリ。而シテ法典ハ受贈者ガ善意ナリヤ惡意ナリヤヲ問ハザルガ如シト雖モ、此特別ヲ設ケタル趣旨ニ徴シ且法典ガ告ゲザリシコトヲ要件トスルコトヨリ推ストキハ受贈者モ亦惡意ナルトキハ擔保

責任ナキモノト解スルヲ正當トス。又擔保責任ノ内容ニ付テハ法典ニ規定ナク解釋上多少疑問ナリト雖モ、贈與ガ無償契約タルノ性質及ビ此規定ヲ設ケタル趣旨ヨリ考フルトキハ、此ノ如キ贈與契約アリタルガ爲メニ受贈者ニ損害ヲ生ゼシメザルヲ以テ是ルベク從ツテ受贈者ハ瑕疵又ハ欠缺ナキモノト信シタルガ爲メニ受ケタル損害(消極的契約利益)ノミニ付イテ賠償ヲ請求シ得ベク、瑕疵欠缺ナキ場合ニ受クベカリシ利益(積極的契約利益)ニ付テハ賠償請求權ヲ有セザルモノト解スルヲ正當トセン(註一)。

(註一) 同說、末弘氏、三一八頁以下、履行利益即チ積極的契約利益ニ付テノ賠償請求

權ヲ認ムルガ爲メニハ瑕疵欠缺ナキモノニ付テ契約成立シタルコトヲ要ス。然レドモ特定ノ物又ハ權利ニ付テ贈與ヲ爲シタル場合ニ其契約當時既ニ瑕疵欠缺ノ存シタルトキハ瑕疵欠缺ナキモノニ付テ契約成立セリトイフコトヲ得ズ。

(2) 負擔附贈與ニ付テハ贈與者ハ其負擔ノ限度ニ於テ賣主ト同ジク擔保ノ責任(條五五一項)。蓋シ此種ノ贈與ニアリテハ負擔ト之ニ對應スベキ範圍ニ於ケル贈與者ノ出捐トハ有償契約ニ於ケル雙方ノ出捐ト相似タル關係ニ立テルモノナルガ故ナリ。

負擔附贈與ニ於ケル擔保責任

特約ニ因
ル責任

(3) 當事者が擔保責任ニ付テ特約ヲ爲シタルトキハ之ニ從フ。此點ニ付テハ民法ニ別段ノ規定ナキモ、第五百五十一條ノ規定ガ強行法規ニアラザルコトハ疑ヲ容レザル所ナリ。

取消原因

書面ニ依
ラザル贈
與

三 贈與契約ニ付テハ特殊ナル取消原因アリ。次ノ如シ。
(1) 書面ニ依ラザル贈與ハ其未ダ履行セラレザル部分ニ限リ各當事者之ヲ取消スコトヲ得ルモノトス(五五)。

(イ) 書面ニ依ラザル贈與トハ贈與者ノ意思ガ書面ニ依リテ表示セラレザルモノヲ謂フ。受贈者ノ意思表示ハ書面ニ依レリヤ否ヤヲ問ハズ。此點ニ付テ民法ニハ明文ナキモ贈與ヲ一種ノ要式行爲トナシタル趣旨ニ徴スルトキハ此ノ如ク解セザルベカラズ(註二)。又書面ハ必ラズシモ契約當時之ヲ作成シタルコトヲ要セズ後ニ至リ之ヲ作成スルモ可ナリ(註三)。サレド贈與ノ意思ガ其書面ニ現ハル、コトヲ要ス(註四)。

(註二) 同趣旨四〇年五月六日大判、民録、一三輯五〇三頁。

(註三) 同趣旨、大正五年九月二日大判、民録、二二輯一七三二頁。

(註四) 同趣旨、大正七年一月一八日民録、二四輯二二一六頁。

(ロ) 書面ノ作成ハ贈與ノ成立要件ニアラズ又絶對的効力發生要件ニアラズ。然レドモ書面ニ依ラザル贈與ハ薄弱ナル効力ヲ有スルニ止マルガ故ニ書面ノ作成ハ尙効力發生要件ノ一ニ屬スルモノト言ヒテ可ナリ。

(ハ) 第五百五十條ノ規定ハ債權契約タル贈與即チ贈與約束ノミニ付テ適用アリ。現物贈與ニ付テハ履行(債務ノ履行)ナルモノナク、且本條ハ履行アルベキコトヲ前提トスルモノナレバ此種ノ贈與ニ付テハ本條ノ適用ナク即チ取消スコトヲ得ザルモノナリ。現物贈與ニアリテハ直チニ履行ノ了セラル、モノトシ從ツテ常ニ本條但書ノ適用ヲ受クルモノト解スルハ理論上誤レリ。

(ニ) 書面ニ依ラザル贈與ニ付テ履行アルトキハ其履行アリタル部分ニ付テハ取消ヲ爲スコトヲ得ズ。從ツテ全部ノ履行アリタルトキハ完全ナル効力ヲ生ジ一部ノ履行アリタルトキハ其殘部ニ付テノミ取消ヲ爲スコトヲ得。而シテ履行ヲ終リタリヤ否ヤハ當該ノ契約ノ趣旨ニ從ヒ既ニ財産ノ移轉ヲ了シタルモノト認ムベキヤ否ヤニヨリテ之ヲ決スベク、必ラズシモ契約上ノ債務ノ全部ニ

付テ完全ニ履行ヲ了リタルコトヲ要スルモノニアラズ。假令附隨的ノ債務ニ付テ尙履行未了ナルモノアルモ既ニ主要ナル債務ニ付テ履行ヲ了リタルトキハ贈與ノ意思ハ既ニ明確ニ表示セラレタルモノニシテ又受贈者ハ之ニ信賴スベキヲ以テ書面ニ依リタル贈與ト同ジク完全ニ有效ナルモノト解セザルベカラズ(註五)。

(註五) 動産ヲ贈與スル場合ニハ其引渡ヲ了シタルコトヲ要スルハ明ナルモ不動産ヲ贈與スル場合ニハ其引渡ヲ了シタルヲ以テ足ルカ或ハ登記ヲ了シタルコトヲ要スルカ解釋上疑問アリ。登記ヲ要スト解スル學說アリト雖モ(二)上氏、法學新報二二卷四號六三頁、末弘氏、各論、三一四頁、大正四年五月一二日東京控訴院判決、評論四卷民法四一六頁、余ハ本文ニ述ブル理由ト登記義務ノ性質トニヨリ引渡アルヲ以テ足り登記ヲ了シタルコトヲ要セザルモノト解セントス(同說、大正九年六月一七日大判、民錄、二六輯九一一頁、四三年一〇月一〇日大判、民錄、一六輯六七三頁)。蓋シ登記義務ハ現在ノ登記ト實體上ノ登記能力アル法律關係トノ一致セザルコトニヨリテ法律上當然生ズルモノニシテ、之ヲ以テ同時ニ契約上ノ債務ノ内容トナスコトヲ妨グズト雖モ契約上ノ債務トシテ殊ニ贈與契約上ノ債務トシテハ主要ナルモノニアラザレバナリ。

其他ノ取消原因

(2) 此取消ハ契約ノ取消ニシテ契約ノ解除ニアラズ。故ニ解除ノ規定ハ之ニ適用スベカラズ(註六)。然レドモ其取消權ノ時効ニ付テハ意思表示ノ瑕疵ニ基クモノニアラザレバ第百二十六條ヲ適用スベカラズ(註七)。

(註六) 同趣旨、大正七年一月一八日大判、前掲。
(註七) 同趣旨、大正八年六月三日大判、民錄、二五輯九五五頁。

(3) 贈與ニ付テ諸外國ノ法制ハ特殊ノ取消原因ヲ認ムルモノ尠カラズ。例ヘバ受贈者ノ忘恩ヲ理由トスル撤回(獨民、五三〇條、佛民九)贈與者ノ困窮ヲ理由トスル撤回(獨民、五二八條、五二〇條)等ノ如シ。我法典ハ之ニ倣ハズ。唯準禁治産者又ハ妻ガ單獨ニ爲シタル贈與又ハ妻ガ夫ノ許可ナクシテ受ケタル贈與ハ之ヲ取消シ得ルモノトシ(一)四條)又遺留分減殺(四條)破産法上ノ否認權(破七二)ニ關シ贈與ニ付テ特殊ノ失效原因ヲ認メタルニ過ギズ。

第四項 特種ノ贈與

一 負擔附贈與 (Donatio sub modo, Schenkung unter einer Auflage, donation avec charges)。

第二章 契約各論 贈與

負擔附贈與

負擔附贈與トハ受贈者ヲシテ一定ノ給付ヲ爲スベキ債務ヲ負ハシムルコトヲ附款トスル贈與ヲ謂フ。

(1) 負擔附贈與ハ一ノ契約ナリ。贈與契約ト負擔ノ成立ヲ目的トスル契約ト二個ノ契約併存スルニハアラズシテ贈與者ノ出捐ト受贈者ノ給付義務トハ一個ノ契約ノ效果トシテ之ヲ生ズルモノナリ(註一)。

(註一) 反對、四五年五月九月大判、民錄、一八輯四七五頁、同說、末弘氏、各論三三〇頁。

(2) 負擔附贈與ハ一種ノ贈與契約ナリ。各當事者出捐ヲ爲スモノナルモ其出捐ハ對價關係ヲ有スルモノニアラザルガ故ニ雙務契約又ハ有價契約ニアラズ。有價契約說ヲ採ル學者無キニアラズト雖モ受贈者ノ出捐ハ贈與者ノ出捐ニ對スル制限タルニ過ギズ當事者ハ後者ヨリ前者ヲ控除シタルモノノ範圍内ニ於テ無價ニテ受贈者ノ財産ヲ増加セントスル意思ヲ有スルモノナルガ故ニ無價原因ニ基クモノト言ハザルベカラズ(註二)。

(註二) 同說、嚙道氏、京法一〇卷八號一頁以下、末弘氏三三一頁。反對、加藤氏、破産法講義二四六頁。

(3) 負擔附贈與ハ受贈者ニ一定ノ給付ヲ爲スベキ債務ヲ負擔セシム。之レ負擔附贈與ノ特色ナリ。故ニ當事者ガ贈與ノ目的タル財産ノ使用方法等ニ關シテ一定ノ約束ヲ爲シタル場合ニ於テモ法律的拘束ヲ設ケ、受贈者ヲシテ債務ヲ負擔セシムル意思ニアラザルトキハ民法謂フ所ノ負擔附贈與トハナラズ(註三)。但シ先ヅ負擔タル給付ヲ爲スコトヲ要スルヤ後ニ之ヲ爲スコトヲ要スルヤヲ問ハズ(註四)。

(註三) 此ノ如キ負擔ヲ學者或ハ單純負擔(modus simplex)ト言ヒ之ニ對シテ債務ヲ生ズル負擔ヲ特殊負擔(modus qualificatus)ト言フ。

(註四) 同趣旨、大正八年一〇月二八日民錄、二五輯一九二一頁。

(4) 負擔ノ價值ハ贈與者ノ出捐ヨリ少額ナルコトヲ要スルヤ否ヤ。法典ニハ此點ニ關シ何等ノ規定ナシト雖モ負擔附贈與ガ一種ノ贈與契約タルノ性質上、負擔ノ客觀的價格ガ贈與者ノ出捐ヨリ大ナル場合ニ於テ當事者ガ之ヲ知レル場合ニ於テハ贈與ノ意思ナク、從ツテ負擔附贈與ニハアラズシテ有價契約タルモノト言ハザルベカラズ。又若シ當事者ガ之ヲ知ラザル場合ニ於テハ契約ノ内

容ノ一部ニ付テ錯誤アルモノト言ハザルベカラズ。故ニ契約ノ無効ヲ生ズルヤ否ヤ、又契約全部ノ無効ヲ生ズルヤ否ヤノ問題ハ錯誤及ビ法律行為ノ一部無効ニ關スル法律ノ原則ニ從ヒテ之ヲ決セザルベカラズ(註五)。

(註五) 參照、畔道氏、前掲二五頁、末弘氏、三三四頁、二上氏、前掲四號三七頁、Ortmann, *Das Rechtliche Geschäfte* S. 63 負擔ノ價格ガ小ナルコトヲ要スル學者ハ其超過部分ニ付テ不當利得返還義務ヲ認ムルヲ常トス(末弘氏、畔道氏)。余ハ契約ノ全部又ハ一部ノ無効ヲ生ズルニアラザレバ出捐ノ法律上ノ原因尙存シ從ツテ不當利得トナラザルモノト考フルヲ以テ先ヅ契約ノ無効ヲ生ズルヤ否ヤヲ決定スルヲ要シ、而シテ之ヲ無効トスル理由ハ錯誤ニ之ヲ求ムベキモノトス。

(5) 負擔ハ停止條件ト異ル。負擔ハ債務ヲ生ズルモノニシテ契約ノ效力ヲ停止スルモノニアラザルガ故ニ其條件ト異レルハ明ナリ。

(6) 負擔附贈與ニハ贈與ニ關スル規定ノ外雙務契約ニ關スル規定ヲ適用ス(三五五)法文ニハ「適用」トイフモ負擔附贈與ハ性質上雙務契約ニアラザルコト上述ノ如キヲ以テ「準用」ヲ意味スルモノト解スベシ。

(イ) 贈與ニ關スル規定ハ負擔附贈與ニ適用セララル。即チ契約ノ方式ニ關シテハ

138, 6,

五百五十條ノ適用アリ擔保義務ニ付テハ第五百五十一條ノ適用アルナリ。

(ロ) 雙務契約ニ關スル規定即チ同時履行、危險負擔、契約解除ニ關スル第五百三十三條以下ノ規定ハ負擔附贈與ニ準用セララル。

同時履行ニ關スル規定ヲ準用スルノ結果、贈與者ガ履行又ハ履行ノ提供ヲ爲サズシテ負擔タル給付ヲ請求スルトキハ受贈者ハ先ヅ履行スベキ特約アル場合ノ外抗辯權ヲ有ス。受贈者先ヅ履行ヲ請求シタル場合ニ於テモ贈與者ハ抗辯權ヲ有スルモノト解セザルベカラズ。然レドモ負擔附贈與ニアリテハ贈與者ガ先ヅ履行ヲ爲スベキ義務ヲ負フコト尠カラザルガ故ニ此場合ニハ贈與者ハ抗辯權ヲ有セザルモノトス。

危險負擔ニ關スル五百三十四條乃至五百三十六條ノ規定ヲ準用スルノ結果例ヘバ特定物ヲ以テ贈與ノ目的トシタル場合ニ贈與者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因リテ物が滅失毀損シタルトキハ受贈者ハ尙負擔タル給付ヲ爲スコトヲ要ス。然レドモ其負擔タル給付ノ性質上受贈者ガ給付ヲ受ケザルトキハ之ヲ爲スコト能ハザル場合アリ。此ノ如キ場合ニハ受贈者ノ給付義務モ亦消滅

ス。例へば負擔ガ贈與ノ目的物ヲ一定ノ方法ニ於テ使用スル義務ナル場合ノ如シ。

契約解除ニ關スル規定ヲ準用スルノ結果贈與者又ハ受贈者ガ其債務ヲ履行セザルトキハ第五百四十一條以下ノ規定ニヨリテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得。原始的不能ノ效果ニ付テモ亦雙務契約ニ關スル法則ヲ準用スベシ。即チ贈與者ノ給付ガ原始的履行不能ナルトキハ契約ハ全部無効タルベク、受贈者ノ負擔タル給付ガ原始的ニ不能ナル場合ニ於テモ契約全部ノ無効ヲ生ズルヲ原則トスベシ。然レドモ此後ノ場合ニ於テハ當事者ハ負擔ヲ以テ契約ノ從タル内容ト爲スコト尠カラザルヲ以テ此ノ如キ場合ニハ負擔タル給付義務ノ成立セザルニ止マリ贈與者ノ義務ハ成立スルモノト解セザルベカラズ(註六)。

(註六) 參照判例、四五年五月九日大判、前掲。此判決ハ負擔ヲ以テ別個ノ契約ニ因ルモノト爲スガ故ニ常ニ負擔ノミノ無効ヲ生ズルモノトス。

定期贈與

二 定期給付ヲ目的トスル贈與。定期ノ給付ヲ目的トスル贈與ハ贈與者又ハ受贈者ノ死亡ニ因リテ其效力ヲ失フ(二五五)。定期給付ヲ目的トスル贈與トハ一

定ノ時期毎ニ無償ニテ財産ヲ與フルコトヲ内容トスル贈與ヲ謂フ。此種ノ贈與ニ付テ當事者ガ其存續期間ヲ定メタルトキハ固ヨリ之ニ從フモ然ラザル場合ニハ一方當事者ノ終身ヲ期間トスルモノトス(註七)。蓋シ此種ノ契約ハ通常特定ノ當事者ノ間ニ於テノミ債權關係ヲ成立セシムルコトヲ目的トスルモノナレバナリ。從ツテ此種ノ契約ハ贈與契約タルト同時ニ終身定期金契約タル性質ヲ有スルモノトス。

(註七) 大正六年一月五日大判、民錄、二三輯一七三七頁ハ終期ノ定メアルモ反對ノ意思表示ナキ限尙五五二條ノ適用アリトス。終期アラバ寧ロ一應反對ノ意思表示アルモノト認ムルヲ正當トスベシ。

死因贈與

三 死因贈與 (donatio mortis causa, Schenkung von Todeswegen, donation à cause de mort) トハ贈與者ノ死亡ニ因リテ效力ヲ生ズベキ贈與ヲ謂フ(四五五)。

(1) 死因贈與ハ贈與契約ナリ。死因贈與ハ死後ニ於ケル財産ノ處分ヲ目的トスル點ニ於テ遺贈ト同一ノ經濟上ノ目的ヲ有スルモノナルモ其經濟上ノ目的ヲ達スベキ法律上ノ手段ニ付テハ彼ト此トノ間ニ大ナル差異アリ遺贈ハ單獨行

爲ナルニ反シ、死因贈與ハ契約ナリ。而シテ契約ナリト謂フハ贈與者ノ死後受贈者ガ承諾ノ意思表示ヲ爲ストキハ死因贈與ノ成立スト謂フニハアラズシテ贈與者ノ生存中ニ契約ノ成立シタルコトヲ要スルノ謂ナリ。

死因贈與ハ特種ノ贈與ナリ。其特色ハ贈與者ノ生存中ニ於テハ未ダ財産ヲ移轉セズ死後ニ於テ初メテ財産ヲ移轉スルコトヲ目的トスル點ニ存ス。從ツテ死因贈與ハ遺贈ト同ジク贈與者ノ死亡當時受贈者ノ尙生存スルコトヲ以テ法定條件トスルモノナリ(註八)。

(註八) 末弘氏(三四〇頁)ハ死因贈與ヲ以テ條件附贈與ノ一種ナリトス。然レドモ死因贈與ニハ第一〇九六條一項ノ準用アルヲ以テ民法總則謂フ所ノ條件附行爲ニハアラズシテ法定條件附行爲ナリト謂ハザルベカラズ。

(2) 死因贈與ノ法律上ノ取扱ニ付キ民法ハ遺贈ニ關スル規定ニ從フトイフ規定ヲ設ク。其意ハ遺贈ニ關スル規定ヲ其儘ニ適用スト謂フニハアラズシテ性質上ノ差異ニ應ジテ準用スト謂フノ義ナリト解セザルベカラズ。

遺贈ニ關スル規定ヲ準用スベキ範圍ニ付テハ解釋上多少議論アリト雖モ遺

贈ニ關スル規定ノ中其單獨行爲ナルコトニ基ケルモノハ準用ナク、然ラザルモノノミ其準用アルモノト解スルヲ正當トス。而シテ此標準ヨリイフトキハ遺言能力、遺言ノ方式ニ關スル規定ハ準用ナク、遺贈ノ效力、遺贈ノ取消ニ關スル規定ハ原則トシテ準用アルモノト言ハザルベカラズ(註九)。

(註九) 從來ノ學者ハ遺贈ノ方式設ビニ效力ニ關スル規定ハ凡テ準用アリト解シタルニ反シ(横田氏二五四頁、村上氏三四七頁)末弘氏(三四一頁以下、新報二六卷四號二九頁以下)ハ其誤認ナルコトヲ力説ス。余ハ後説ヲ正シトス。民法ガ死因贈與ニ遺贈ニ關スル規定ヲ準用スベキモノトシタルハ其性質ノ類似セルニ因ルモノニアラズシテ其目的及ビ效果ノ類似セルニ基クモノナレバ廣キ意味ニ於テ效果ニ關スル規定ノミヲ準用スベキモノナリ。

混合贈與

四 混合贈與 (Gemischte Schenkung, negotium mixtum cum donatione)。財産ノ交換ヲ目的トスル契約ヲ締結スルニ當リ、其一方ノ出捐ハ他方ノ出捐ノ一部ニ對シテノミ對價タル關係ヲ有シ、他方ノ出捐ノ殘餘ノ部分ニ付テハ對價ナキモノトスル合意アルトキハ此ノ如キ契約ヲ學問上混合贈與ト稱ス。例ハ廉價賣買ニ依リテ贈與ヲ爲スガ如シ。

混合贈與ハ贈與ノ合意アル場合ニ於テノミ存在ス。縱令雙方ノ出捐ノ客觀的價格ニ差異アリ又當事者ガ之ヲ知リタリトスルモ無償ニテ財產ヲ與フルノ合意ナキトキハ有償契約ニシテ混合贈與ニハアラズ。故ニ廉價賣買ヲ以テ直チニ一種ノ贈與ナリトスルハ固ヨリ誤レリ。

混合贈與ノ法律上ノ性質ニ付テハ獨逸ニ於テ議論ノ存スル所ナリ。或ハ之ヲ有償契約ト贈與トノ二個ノ契約ニ分離セントスル學說アリ又有償契約ト其ノ債務ノ一部ニ對スル免除ナリト解スル學說アルモ近時之ヲ採ル者少ク近時多數ノ學者ハ之ヲ以テ單一ナル契約トシ且一種ノ混合契約ナリトス。我國ニ於テ末弘博士ハ之ヲ單一契約ナリトシ且混合契約ニハアラズシテ贈與ナリトス。即チ混合贈與ニ於ケル賣買其他ノ行爲ハ贈與ト一體ヲ爲スモノニハアラズシテ財產授與ノ方法ニ過ギズ、出捐ノ一方法ニ過ギザルモノトスルナリ(註十)。余ハ混合契約說ヲ採ル。蓋シ一方當事者ノ出捐ニ對シテ相手方モ亦一定ノ給付ヲ爲スベキ場合ニ於テ當事者ガ無償ニテ財產ヲ授與スル意思ノミヲ有シ相手方ノ出捐ハ唯授與セラルベキ財產ヲ減少スベキモノニ止マルトキハ之レ即

チ負擔附贈與ニシテ特ニ之ヲ混合贈與ト爲スベキ理由ナキヲ以テ、混合贈與ナル特殊ノ契約ヲ認ムベキ場合ハ當事者ガ有償ナル財產ノ處分ト無償ナル財產ノ授與トヲ一個ノ契約ヲ以テ爲サントスル意思ヲ有スル場合ニ限ラザルベカラズ。而シテ此ノ如キ契約ハ贈與ソノモノニハアラズシテ贈與ト賣買其他ノ有償契約トノ兩個ノ性質ヲ具備スルモノナルガ故ニ之ヲ混合契約ナリト解セザルベカラズ。

混合贈與ヲ以テ混合契約ナリト解スルトキハ贈與及ビ有償契約(買)ニ關スル如何ナル規定ガ之ニ類推適用セラルベキカヲ決定スルコトヲ要ス(註十一)。此點ニ付テ問題トナルハ方式及ビ擔保責任ノ點ナリ。

(1) 書面ニ依ラザル混合贈與ニ付テハ贈與ニ關スル規定ヲ適用スベシ。蓋シ此種ノ契約ハ有償契約ニアラズ、其締結ヲ審重ナラシムベキ理由負擔附贈與ト異ル所ナケレバナリ。

(2) 契約ノ目的物ニ瑕疵又ハ欠缺アル場合ニ於ケル擔保責任ニ付テハ議論アリト雖モ余ハ兩個ノ給付中小ナル給付ノ範圍内ニ於テ擔保義務ヲ認ムルヲ以テ

正當ナリト解ス。蓋シ贈與ニ關スル規定ト賣買ニ關スル規定トノ趣旨ヨリ推ストキハ此ノ如キ結果ヲ生ズルノミナラズ此點ニ於テ混合贈與ト負擔附贈與トヲ區別スベキ理由ナケレバナリ(註十二)。

(註十) 末弘氏(三二六頁)ガ混合贈與ノ一タル廉價賣買ニ付テ賣買ヲ以テ債權契約タル贈與ノ出捐方法ニ過ギズト解スルハ當事者ノ意思ニ適スルモノニアラズ。本文ニ述ブルガ如ク負擔附贈與トナラザル場合ノミチ混合贈與トイフベキモノトセバ、混合贈與ニアリテハ當事者ハ無償ニテ財產ヲ與フルコトノミチ契約シ其實行方法トシテ賣買ヲ爲スモノト解スベカラズ。尙贈與ニヨリテ賣買契約ヲ爲ス債務ヲ生ジ、賣買ハ之ヲ履行スルモノトセバ書面ニ依ラザル混合贈與ニ付テ賣主ガ債務ノ履行ヲ爲スマテ之ヲ取消スコトヲ得ルモノト解スベキニアラズシテ賣買契約締結後ハ取消權ナキモノト解スベキナリ。學說ニ付テハ末弘氏三二三頁以下及ヒOrtmann, zu § 516 S. 509 參照。

(註十一) 此點ニ於テハ第十五節混合契約ヲ見ヨ。

(註十二) 末弘氏(前掲三二七頁)ハ賣買ノ規定ニ從ヒテ擔保ノ責ニ任ズベキモノトス。獨逸ニ於テモ結果ニ於テ末弘氏ト同說ナル者彭カラズOrtmann, aa. O. S. 510. 然レドモエ氏ノ如ク無償ニアラザルニヨリ嚴格ナル規定ニ從フベシトイフハ誤レリ。同一ノ論法ヲ以テ有償ニアラザルニヨリ嚴格ナル規定ニ從フベカラズト論ズルナ得ベシ。之レ余ガ兩者ヲ共ニ類推適用セントスル所以ナリ。

第三節 賣 買

第一項 賣買ノ性質

賣買 (emptio-ventio, sale, vente, Kauf) ハ當事者ノ一方ガ或財產權ヲ相手方ニ移轉シ相手方ガ之ニ對シテ代金ヲ支拂フコトヲ目的トスル契約ナリ。其法律上ノ性質次ノ如シ。

- 一 賣買ハ有償契約ナリ。賣買ニ於ケル兩當事者ノ出捐ハ相互ニ原因ヲ爲シ且相互ニ對價タル關係ヲ有ス。故ニ賣買ハ要因行爲ニシテ且有償契約ナリ。賣買ハ有償契約ノ典型的ナルモノニシテ他ノ有償契約ニハ其性質ノ許ス範圍ニ於テ賣買ニ關スル規定ヲ準用ス(九五條)。
- 二 賣買ハ財產權ノ移轉ニ對シテ金錢ノ所有權ヲ移轉スルコトヲ以テ其目的トス。之レ有償契約ノ中ニ就キ賣買ノ有スル特徴ナリ。

- (1) 賣買ハ財產權ノ移轉ヲ目的トス。
- (イ) 財產權ノ移轉ヲ目的トスルコトヲ要スルヲ以テ身分權ハ固ヨリ賣買ノ目的

賣買ハ有償契約ナリ

財產權ノ移轉ヲ目的トス

トナルコトナシ。

財産権ハ其性質上又ハ法律ノ規定ニ依リ取引ノ目的トナラザルモノヲ除キ總テ皆賣買ノ目的タルコトヲ得。固ヨリ所有權ニ限ラズ、制限物權、占有權、債權、無體物權等皆賣買ノ目的タルコトヲ得(註一)。

(註一) 商標專用權ハ營業ヲ離レテ讓渡スルコトヲ得ズ、商標法四條。電話使用權ハ財産權ノ一種ニシテ其賣買ハ有效ナリ、三年一二月二八日大阪區、評論四卷一九六頁。

財産權ハ賣主ニ屬スルコトヲ要セズ
現存ノモノナルモ
トナルコトヲ要セズ

(a) 財産權ハ賣主ニ屬スルコトヲ要セズ。他人ノ物又ハ權利ノ賣買ガ有效ナリヤ否ヤハ立法例ニ依リテ異ルモ、我民法ハ羅馬法、獨法等ト同ジク之ヲ有效トナセリ(〇五六)。他人ノ物又ハ權利ナルコトヲ知ラザル場合ニ於テモ尙有效ナリヤ否ヤハ第九十五條ト第五百六十條トノ關係ノ問題ナリ。後ニ之ヲ述ブ(第三項)。(b) 財産權ハ現存ノモノナルコトヲ要セズ。將來收獲セラルベキ果實、將來製作セラルベキ物品ノ如キモ賣買ノ目的タルコトヲ得。將來ノ物ニ付テハ二個ノ意味ニ於テ所謂賣買ヲ爲スコトヲ得。將來物ノ成

立シタル場合ニ於テノミ代金ヲ支拂フベキモノナルトキハ民法謂フ所ノ賣買ニシテ且一ノ條件附賣買ナリ(emptio rei)。之ニ反シテ將來物ノ成立スルト否トヲ問ハズ代金ヲ支拂フベキモノナルトキハ將來成立スベキ財産權ソノモノノ移轉ヲ目的トスルモノニアラズシテ將來財産權ノ成立スベキ希望ノ讓渡ヲ目的トスルモノニ外ナラズ(emptio rei)。此希望ノ賣買ハ民法謂フ所ノ賣買ソノモノニハアラズ又條件附法律行為ニモアラズ。賣買ニ類シタル一ノ有價契約ニシテ且射倖契約タル性質ヲ有ス(註二)。

(註二) 將來ノ權利ノ賣買ハ通常條件附賣買ナリ。礦物ノ探掘出願中將來取得スベキ權利ヲ賣ルハ有效、大正二年一月二三日大刑判、刑錄、一九輯二三頁。

(c) 財産權ハ特定セルコトヲ要セズ。不特定物又ハ不特定ナル權利ノ賣買モ亦賣買ナルコト疑ヲ容レズ。唯法律又ハ當事者ノ意思表示ニヨリテ給付ノ内容ノ確定シ得ベキコトヲ要スルノミ。

(d) 財産的價值ヲ有スルモ財産權ニアラザルモノハ賣買ノ目的物タルコトヲ得ズ。例ヘバ業務上ノ秘密、營業上ノ華客ノ如シ。之等ノモノ、有價的移轉ヲ目

財産權ニ
アラザル
モノハ賣
買ノ目的
トナラズ

財産權ハ
特定セル
コトヲ要
セズ

的トスル契約ハ賣買ニ類スル一種ノ無名契約ニシテ之ニ賣買ニ關スル規定ヲ類推適用スベキモノトス(註三)。

二八四

(註三) 營業讓渡ニ付テハ商法二二條二三條ニ牽連シ、商法ニ付テ論セラル、ナ常トス。松本氏商法總論、一六一頁以下、及ビ同處引用ノ諸著、營業ハ一定ノ目的ノ爲メニ結合セラシタル一團ノ財産ナルヲ以テ其讓渡ハ財産權ソノモノ、讓渡ニハアラズト雖モ、營業ノ有價讓渡ヲ目的トスル契約ハ賣買ニ類セル一ノ有價且雙務契約トシテ有效ナリ。而シテ所謂賣主ハ營業讓渡ヨリ生ズル債務ノ履行トシテ財産權ソノモノ、移轉、債務ノ移轉、華客關係ノ移轉等ニ協力スルコトヲ要スルモノニシテ之等ノ履行行爲ト營業讓渡ソノモノトハ明ニ之ヲ區別スルヲ要ス。

(ハ) 財産權ヲ移轉スルコトヲ目的トストイフハ一旦賣主ニ屬シタル財産權ヲ買主ニ移轉スルコトノミヲ謂フニアラズ。買主ノ取得スベキ財産權ソノモノガ賣主ニ屬セザル場合ニ於テモ、賣主ノ有スル財産權ニ基キテ買主ガ財産權ヲ取得スルトキハ之ヲ財産權ノ移轉ト稱スルコトヲ得。例ヘバ制限物權ヲ設定スル場合ノ如シ。換言スレバコ、ニ謂フ移轉ハ所謂承繼ヲ謂フモノニシテ移轉的承繼ノ外創設的承繼ヲモ包含スルモノトス。

(2) 賣買ハ代金ヲ支拂フコトヲ以テ其目的トス。財産權ノ移轉ニ對スル反對給付ガ金錢ノ支拂ヲ目的トセズ他ノ物又ハ權利ノ移轉ヲ目的トスルトキハ交換ニシテ賣買ニアラズ又勞務ヲ以テ目的トスル場合ニハ雇傭契約又ハ請負契約トナルモ賣買トナルコトナシ。而シテ買主ガ代金ノ外他ノ給付ヲ爲スベキトキハ混合契約ノ存スルモノトス(註四)。

(註四) 金錢ノ給付ト共ニ他ノ權利ヲ給付スベキ場合ニハ補足金附交換トナル。五八六條二項本書、下卷第四節參照。

- (イ) 代金債務ノ目的タル金錢ハ通貨タルコトヲ要セズ自由貨幣タルコトヲ得。
- (ロ) 代金債權ハ金額債權タルヲ常トス。然レドモ金種債權又ハ特定金錢債權モ亦金錢ノ給付ヲ目的トスルモノナレバ代金債權タルコトヲ得ルモノトス。
- (ハ) 代金ノ額ハ必ラズシモ確定セルコトヲ要セズ。債權ノ成立ニ必要ナル程度ニ於テ確定シ得ベキモノナルヲ以テ足ル。
- (ニ) 財産權ノ移轉ト代金トハ互ニ對價關係ニ在ルコトヲ要ス。之レ賣買ガ有價契約タル當然ノ結果ナリ。

三 賣買ハ常ニ債權契約ナリヤ。契約ト同時ニ給付ノ爲サレザル賣買ガ常ニ債權契約ナルコトニ付テハ疑ナキモ當事者ガ債權ヲ成立セシムベキ意思表示ヲ爲サズシテ即時ニ給付ヲ交換スル賣買(現實賣買 Realkauf, Handkauf)モ亦債權契約ナリヤ否ヤニ付テハ議論アリ。獨逸及ビ我國ニ於ケル多數說ハ此ノ如キ契約モ亦債權契約タル賣買タルモノトス(註五)。然レドモ余ハ次ノ理由ニ因リテ非債權契約說ヲ採ラントス。

(註五) 末弘氏、三四九頁以下、横田氏二六三頁以下、村上氏三五八頁以下、梅氏、要義五五五條四七四頁。Einnecerus, Lehrb. § 324, I, Örtmann, Vorb. zu § 433, etc. 非債權契約說、牧野氏、志林一六卷五號八一頁、伴氏、内外論叢五卷一號、六九頁以下、拙稿、現實賣買ト擔保責任、志林二〇卷九號一頁以下、Dernburg, Pand. § 94, Burg. R. II. § 167 etc.

(イ) 債務ノ成立ヲ認ムルハ當事者ノ意思ニ反ス。現實賣買ニ於テ當事者ハ先ヅ財産權移轉ノ債務ヲ負擔シ、更ニ之ヲ履行スルノ意思ヲ有スルモノニアラズ。而シテ賣買ヨリ生ズル財産權移轉ノ債務ハ賣買ノ法律行爲的效果タルコト明ナルガ故ニ當事者ノ意思ニ基カズシテ之ヲ認ムベカラズ。

(ロ) 債務ガ其成立ト同時ニ履行セラル、モノト解スルハ債務ノ性質ニ反ス。成

立スルト同時ニ消滅スル權利義務ナルモノハ理論上之ヲ認ムルコトヲ得ズ。

(ハ) 反對論者ハ民法第五百五十五條ニ「約シテ規定セルコトヲ以テ證據トス。然レドモ之レ文字ニ拘泥スルモノニシテ多ク論ズルニ足ラズ。」

(ニ) 反對論者ハ債務ノ成立ヲ認メ現實賣買ヲ以テ雙務契約トナスニアラザレバ不當ナル結果ヲ生ズルモノトス(註六)。然レドモ危險負擔、同時履行等ノ問題ハ現實賣買ニ付テハ之ヲ生ズルノ餘地ナキヲ以テ問題ヲ生ズルハ唯擔保義務ノ點ノミナリ。然ルニ擔保義務ハ法律ノ規定ニ依ル義務ニシテ且法典ガ之ヲ認メタルハ賣買ガ雙務契約タルニ基ケルモノニアラズ有償契約タルニ因レルモノト解スルヲ正當トスルガ故ニ縱令現實賣買ヲ以テ雙務契約トナサザルモ擔保責任ヲ認ムルニ何等ノ支障ナク從ツテ非債權契約說ヲ採ルモ不都合ナル結果ヲ生ズルノ虞ナシ。

現實賣買ヲ以テ債權契約ニアラズト解スル學者ハ或ハ之ヲ以テ賣買ニアラザル特殊ノ有償契約ナリトシ、或ハ尙之ヲ以テ賣買ナリトス(註七)。第五百五十五條ニ謂フ所ノ「約シタル文字ヲ廣義ニ解スルトキハ之ヲ以テ法典謂フ所ノ賣

買ニ屬スルモノトナスヲ妨ゲザルノミナラズ當事者ノ意思ニ依ルモ普通ノ賣買ト異リタル行爲ヲ爲スモノト解スルハ正當ニアラザルベシ。而シテ現實賣買ヲ以テ法典謂フ所ノ賣買ナリト解スルトキハ其本質ニ關シテ債權契約說ヲ採ルヤ否ヤハ實際上ノ結果ニ付テ著シキ差異ヲ生ズルコトナク唯舉證責任ノ分配ニ關シ多少ノ差異ヲ生ズルニ止マル(註八)。

(註六) 末弘氏前掲、オエルトマン前掲ハ債權債務ヲ生ズルモノトスルニアラザレバ代金トシテ支拂ハレタル金錢ガ偽造ナリシ場合、目的物ニ瑕疵ノ存シタル場合ニ不當ナル結果ヲ生ズルモノトス。

(註七) 特殊ノ有價契約說 Wilulsky, Archiv f. B. R. B. 27 S. 100ff. 賣買說、牧野氏前掲、伴氏前掲、七七頁以下、八年七月五日大判、民錄二五輯一二五八頁、即時賣買ナルモノハ固ヨリ賣買ノ一種ナリ。

(註八) 代金ノ支拂ヲ請求セラレタル買主ガ現實賣買ナルコトヲ主張スルハ非債權契約說ニ從ヘバ原告ノ請求權ノ否認トナリ從ツテ原告ニ舉證責任ヲ負ハシムベク之ニ反シ現實賣買モ亦債權契約ナリト解スルトキハ、原告ノ債權ヲ認ムルモノナレバ被告ニ於テ辨濟等ノ原因ニヨリ其消滅シタルコトヲ證明スベキ責ヲ負フ。嚴道切符ノ賣買ノ如ク普通ニ現實賣買タリ受取證書ヲ交付セザルモノニ付テハ

前ノ結果ヲ取引ノ實際ニ適シタルモノトスベシ。

四 賣買ハ諾成契約ナリ。賣買ハ意思表示ノ合致ノミニヨリテ成立シ、當事者ガ給付ヲ爲スコトハ賣買ノ成立要件ニ屬セズ。

第二項 賣買ノ成立

一 賣買ハ財産權ノ移轉ニ對シテ代金ノ支拂ヲ爲スコトヲ目的トスル諾成契約ナルヲ以テ此二點ニ付テ當事者ノ意思表示合致スルトキハ賣買成立スルヲ原則トス。其以外ノ諸種ノ事項例ヘバ契約ノ費用、債務履行ノ時期及ビ場所、擔保責任等ニ付テハ特ニ當事者ガ之ヲ以テ賣買成立ノ要件トナシタル場合ニアラザレバ意思表示ノ合致アリタルコトヲ必要トセズ。

二 賣買ヲ爲スヤ否ヤハ當事者ノ自由ニ屬スルコトヲ原則トシ唯豫約ノ存スル場合及ビ法律ノ規定ニヨリ賣買締結義務ヲ認メタル場合ノミ其例外ヲ爲ス。民法ハ賣買ニ付テ豫約ノ效力ヲ規定スルヲ以テ先ヅ一般ノ豫約ニ付テ其性質及ビ效力ヲ略述シ次に賣買ノ豫約ニ關スル民法ノ規定ヲ説明セントス。

合意ヲ要スル事項

賣買締結ノ義務

(1) 豫約 (pactum de contrahendo, Vorvertrag) トハ一ノ契約(本契約)ヲ締結スベキコトヲ約スル契約ヲ謂フ。

(イ) 豫約ニヨリ當事者ハ本契約成立ノ要素タル意思表示ヲ爲スベキ債務ヲ負フ。故ニ豫約ハ債權契約ナリ。而シテ豫約ノ當事者雙方ガ債務ヲ負フ場合ニハ之ヲ雙務豫約ト言ヒ、一方ノミ債務ヲ負擔スル場合ニハ片務豫約ト言フ。

(ロ) 豫約ハ債權契約ナルガ故ニ其成立要件ニ付テハ債權契約一般ニ關スル原則ニ從フ。豫約ニ基キテ締結セラルベキ本契約ノ内容ガ確定セルカ又ハ確定シ得ベキコトヲ要スルハ此原則適用ノ一ニ外ナラズ。本契約ノ内容ガ可能、適法ナルコトヲ要スルコトニ付テモ亦同ジ。

本契約ガ要式行爲ナル場合ニ於テ豫約モ亦要式行爲ナリヤ否ヤ。此點ニ付テハ本契約ヲ要式行爲トナシタル理由ニヨリテ區別ヲ爲スコトヲ要ス。要式行爲トナシタル理由ガ契約締結ヲ慎重ナラシムルニ在ルトキハ豫約モ亦要式行爲タルコトヲ要スルモ其他ノ理由ニヨリテ要式行爲トナシタルモノナルトキハ豫約ハ要式行爲タルコトヲ要セズ、蓋要式行爲ヲ認ムル理由ガ契約締結ヲ

慎重ナラシムルニ在ル場合ニ於テ無式ナル豫約ノ效力ヲ認ムルコトハ本契約ヲ要式行爲トナシタル趣旨ニ反スルモ、其他ノ理由ニ基ケル場合ニハ無式豫約ヲ認ムルモ法典ノ趣旨ニ反スルコトナケレバナリ(註一)。

(註一) 同説、石坂氏、日本民法一九八六頁、大綱三一五頁、末弘氏三六頁、例ハハ手形行爲ハ要式行爲ナルモ無式ノ手形豫約ハ有效ナリ、之ニ反シ書面ニ依ラザル贈與ノ豫約ハ五五〇條ノ規定スルト同一ノ效力ヲ有スルニ止マル。編逸ニ於テハ多少議論ノ存スル問題ナリ。Ortmann, in § 125, S. 393 參照。

ハ) 豫約ヨリ生ズル債權ハ普通ノ債權ト同一ノ效力ヲ有ス。即チ豫約義務者ガ任意ニ本契約ノ成立要素タル意思表示(承諾ノ意思表示)ヲ爲サザルトキハ豫約權利者ハ其履行ヲ請求スルヲ得ベク、又其強制執行ニ付テハ判決ヲ以テ意思表示ニ代フルコトヲ得ベシ(四一四條二項)。

債務不履行ノ場合ニ於テ損害賠償債務ヲ成立セシムルハ言ヲ俟タズ(註二)。

(註二) 判例ハ當初全然婚姻豫約ノ效力ヲ認メザリシモ大正四年以後之ヨリ損害賠償義務ノ發生スベキコトヲ認メ、大正四年一月二六日大判、民錄、二一輯、四九頁(其後多數ノ判決アリ)其後更ニ婚姻ヲ求ムル權利アリ唯強制ノ方法ニヨリ實行シ得ザ

ルニ止マリ第三者故意過失ヲ以テ之ヲ侵害スルトキハ不法行為トナルモノトス、大正八年五月一二日大判民録二五輯七六〇頁、岡松氏、新聞一〇一七號乃至一〇一九號、中島氏、京法一〇卷六號一頁以下、石坂氏、法協三五卷四號、一四二頁以下、津道氏、京法、一二卷四號八一頁以下、塚積氏、志林、一九卷九號一頁以下、同氏、判例評釋、判例民法十年度二二四頁。

豫約ト停止條件トノ差異

(ニ) 豫約ハ何レノ契約ニ付テモ之ヲ締結スルコトヲ得ルヤ否ヤ。獨逸ノ學者ハ債權契約ニ付テノミ豫約ヲ認ムル者寧ロ多數ナリト雖モ、物權契約其他ノ契約ニ付テモ之ヲ認メザルノ理ナシ。又本契約ガ諾成契約ナルト踐成契約ナルトヲ問フコトナシ。豫約ヲ爲ス實際上ノ必要ハ寧ロ踐成契約ニ付テ之ヲ見ルコト多シト雖モ、諾成契約ニ付テモ當事者ガ直チニ契約ヲ爲スノ意思ナク、後ニ契約ヲ爲スベキ準備行為トシテ豫約ヲ爲スノ意思ヲ表示シタルトキハ其效力ヲ認メザルベカラズ。

(ホ) 豫約ト停止條件附契約トハ其性質ヲ異ニス。停止條件附契約ニアリテハ本契約ソノモノガ停止條件附契約ノ時ニ成立スルモノニシテ契約ヲ締結スベキ債權債務ヲ生ズルニアラズ停止條件附權利義務ヲ生ズ。之ニ反シ豫約ニアリ

賣買ノ豫約

テハ本契約自體ハ未ダ成立セズ之ヲ成立セシムベキ債權債務ヲ生ズ。此點ニ於テ片務豫約ト契約當事者ノ一方ガ契約ノ效力ヲ發生セシメントスル意思表示ヲ爲スコトヲ停止條件トスル契約トハ其性質及ビ效果ヲ異ニス。

(イ) 賣買ニ付テモ片務豫約及ビ雙務豫約共ニ成立スルコトヲ得。

(ロ) 賣買ノ如キ諾成契約ニアリテハ直チニ賣買契約ソノモノヲ爲スニ付テ客觀的障礙存セザルガ故ニ、此ノ如キ契約ニ付テ雙務豫約ヲ認ムル餘地アリヤ否ヤハ獨逸ノ學說上多少議論ノ存スル所ナリ。然レドモ豫約ハ直チニ本契約ヲ締結スルニ付テ客觀的障礙ノ存スル場合ノミニ之ヲ爲スモノニハアラズシテ主觀的障礙ノ存スル場合即チ契約ヲ爲スベキ意思ノ全然確定セザル場合ニ於テモ亦之ヲ爲スモノナルガ故ニ賣買ニ付テモ亦雙務豫約ヲ認メザルベカラズ。

(ハ) 賣買ノ片務豫約ニ付テハ民法第五百五十六條ノ特則アルガ故ニ此規定ノ認ムル條件附契約タル賣買一方ノ豫約ノ外一方的債務契約タル豫約モ亦成立スルコトヲ得ルヤ否ヤ解釋上多少疑問ノ餘地アリ。然レドモ第五百五十六條ハ強行法規ト解スベカラザルガ故ニ若シ當事者ガ第五百五十六條ノ規定スル契約

賣買ニ付テ片務豫約タル地アリヤ

ト異リ一方的債務契約タル豫約ヲ爲サントスル意思ヲ表示シタルトキハ其特約ノ效力ヲ認メザルベカラズ。

(3) 賣買ノ一方ノ豫約ニ付テハ民法第五百五十六條ニ特則アリ、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ルモノトス。「賣買ノ一方ノ豫約」トハ一方當事者ガ賣買ヲ爲スコトヲ約スル契約ナリ。此ノ如キ契約ハ當事者ノ意思ニヨリテ或ハ賣買ノ片務豫約タルコトヲ得ベク或ハ又相手方豫約權利者ノ意思表示ヲ條件トスル賣買契約タルコトヲ得ベシ。若シ片務豫約タルトキハ豫約權利者ガ賣買ノ申込ヲ爲スニ對シ豫約義務者ガ承諾ノ意思表示ヲ爲スカ或ハ承諾ノ意思表示ニ代ハルベキ判決アル場合ニ於テノミ賣買ヲ成立セシムルコト明ナリ。然ルニ民法ハ賣買ノ如キ諾成契約ニ付テ此ノ如キ手續ヲ爲スハ無用ノ手数ニ過ギザルモノトシ豫約權利者ガ賣買ヲ完結セントスル意思ヲ表示シタルトキハ豫約義務者ノ意思表示ヲ俟タズシテ賣買契約ハ其效力ヲ生ズルモノトス。

(4) 賣買一方ノ豫約ハ相手方ノ意思表示ノミニヨリテ賣買ノ效力ヲ生ゼシム。

故ニ其性質上賣買ヲ爲スベキ豫約ニハアラズシテ停止條件附賣買ナリ(註三)。
之ヨリ生ズル權利ハ債權ニハアラズシテ自己ノ意思表示ヲ條件トスル條件附權利ナリ。而シテ此條件附權利者ハ自己ノ意思表示ニヨリテ條件ヲ成就セシメ賣買ノ效力ヲ生ゼシムルコトヲ得ルガ故ニ條件附權利者タルト同時ニ形成權ヲ有スルモノトナラザルベカラズ(註四)。又此契約ニヨリテ所謂豫約者ハ賣買契約ヲ爲スベキ債務ヲ負擔スルニアラズシテ相手方ノ意思表示ヲ條件トスル條件附義務ヲ負擔スルモノト解セザルベカラズ。

(註三) 同説、石坂氏、日本民法一九七九頁、末弘氏、三九頁以下、三七二頁以下。之ニ反シ中島氏(豫約論民法論文集二九頁以下)ハ所謂豫約義務者ガ拘束力アル申込ヲ爲スモノト解シ、相手方ノ「賣買完結ノ意思表示」ハ之ニ對スル承諾タルモノトス。然レドモ豫約ハ合意ニシテ一方的的意思表示ニアラズ又申込ニ關スル法律ノ規定ニシテ之ニ適用セラルベキモノナケレバ申込ナリトスルハ誤レリ。又神戸氏(民法全書八卷一三四頁以下)ハ此契約モ亦債務ヲ生ズルモノニシテ唯立法政策上債務ノ履行ヲ不用ト爲シタルニ過ギザルモノトス。然レドモ債務者ノ給付ヲ内容トセザル債務ナルモノハ債務ノ性質上之ヲ認ムルコトヲ得ズ。尙八年六月一〇日大判、民録二五輯一〇〇七頁ハ停止條件附賣買ニアラズシテ純然タル一個ノ豫約ナ

何時ニ賣
買ノ効力
ヲ生ズル
カ

(ロ) 賣買完結ノ意思表示ニヨリテ賣買ノ効力ヲ生ズ。賣買完結ノ意思表示ハ所謂豫約權利者ノミ之ヲ爲シ得ルコト勿論ナリ。而シテ其方法ニ付テハ別段ノ規定ナキモ形成權ノ行使ナルガ故ニ豫約者ニ對スル意思表示ヲ要スルコト明ナリ(註五)。

(註五) 此權利ヲ保全スル爲メ假登記ヲ爲スコトヲ得、大正四年四月五日大判、民錄二一輯四二六頁。

賣買完結
ノ意思表
示ヲ爲ス
ベキ期間

(ハ) 賣買一方ノ豫約ニハ賣買完結ノ意思表示ヲ爲スベキ期間ノ豫メ定メラル。モノト然ラザルモノトアリ。前ノ場合ニ於テ期間内ニ其意思表示ノ爲サレザルトキハ豫約ハ其効力ヲ失フコト明ナリ。後ノ場合ニハ豫約者ハ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スコトニヨリ豫約權利者ガ其權利ヲ行使スルコトヲ得ベキ期間ヲ定メ得ルモノトス(註五五六)。之レ法典ガ不確定ナル法律關係ヲ確定スルコトヲ得シメンガ爲メニ屢々用フル手段ニシテ多ク説クヲ要セザルベシ。

賣買雙方
ノ豫約ナ
ルモノヲ
指シ

手附

豫約權利者ノ權利ガ消滅時効ニ罹ルトキハ豫約ハ其効力ヲ失フコト勿論ナリ。而シテ其時効期間ハ豫約權利者ノ權利ガ形成權タル性質上第六十七條第二項ニ依ルモノト解スルヲ至當トスベシ。判例ガ形成權ナルモノ十年ノ時効ニ罹ルモノトスルハ嘗テ述ベタリ。

(ニ) 賣買一方ノ豫約ト同一ナル意義ニ於テ賣買雙方ノ豫約ヲ爲シ得ルヤ否ヤニ付テハ法典ニ明文ナシ。然レドモ此ノ如キ契約ハ豫約當事者ノ何レカノ一方ガ賣買完結ノ意思ヲ表示スルコトヲ條件トスル賣買契約ニシテ固ヨリ公序良俗ニ反セザルガ故ニ之ヲ有效ト認メザルベカラズ。唯賣買一方ノ豫約ノ場合ト異リ法典ニ特別規定ナキガ故ニ賣買雙方ノ豫約ナリヤ或ハ雙務的豫約ナリヤハ各個ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ニ基キテ之ヲ決セザルベカラズ。

三 契約締結ノ際契約當事者ノ一方ヨリ相手方ニ交付セラル、金錢其他ノ有價物ヲ手附(artha, Draufgabe, arrhes)ト言フ。手附ハ賣買ニ付テノミ交付セラル、モノニアラズト雖モ、實際上賣買ニ關シテ交付セラル、コト最モ多キガ故ニ我民法ハ賣買ニ付テ之ヲ規定シ、之ヲ他ノ有價契約ニ準用スルモノトナセリ。獨

手附ハ要
物契約ナ

手附ノ種
類

逸民法ハ之ニ異リ違約金ト共ニ之ヲ債權總則中ニ規定ス(舊民法三三三六條)。
(1) 手附ノ授受ハ金錢其他ノ有價物ノ交付ヲ要素トスルガ故ニ一ノ要物契約ニシテ且賣買其他ノ契約ニ從タル契約ナリ。契約締結ニ際シテ手附ヲ授受スル目的ハ必ズシモ同一ニアラズ其目的ノ異ルニヨリテ手附ノ效力ニ差異ヲ生ズ。學者ノ一般ニ認ムル手附ノ種類概ネ次ノ如シ。

(イ) 證約手附 (arrha confirmatoria) 契約成立ノ證據トスル目的ヲ以テ交付セラル、モノ是ナリ。手附ハ契約成立ノ證據タル外尙他ノ效力ヲ有スルコトアリト雖モ契約成立ノ證據タル效力ハ原則トシテ之ヲ有スルモノナリ。

(ロ) 違約手附 (arrha poenalis) 手附ノ授者ガ契約上ノ債務ヲ履行セザル場合ニ違約罰トシテ沒收セラルベキ手附是ナリ。此種ノ手附ハ違約罰タル性質ヲ有スル違約金ト同ジク債務不履行ノ場合ニ債權者ハ之ヲ返還スルコトヲ要セザルノミナラズ一般ノ原則ニ依ル損害賠償モ尙之ヲ請求シ得ルモノナリ。

(ハ) 解約手附 (arrha poenitentialis) 授者ハ之ヲ拋棄シ受者ハ其倍額ヲ償還シテ契約ヲ解除ヲ爲シ得ベキモノ是ナリ。故ニ此種ノ手附ハ雙方ノ當事者ヲシテ解除

手附ハ原
則トシテ
解約手附
ナリ

解約手附
ノ効力
授者ノ解
除權

權ヲ取得セシムル效果ヲ有ス。但解除ヲ爲スガ爲メニハ手附又ハ手附ト同一ノ金額ヲ失ハザルベカラザルガ故ニ此種ノ手附モ必ラズシモ契約ノ效力ヲ薄弱ナラシムルモノニハアラズ。

(2) 手附ガ以上述べタル何レノ種類ニ屬スルカハ先ヅ當事者ノ意思表示ニヨリテ之ヲ決スベク又慣習アラバ之ニヨリテ當事者ノ意思表示ヲ補充スベキコト勿論ナリ。若シ當事者ガ特約ヲ爲サズ又慣習ノ存セザルトキハ民法ハ解約手附タル性質ヲ有スルモノトス(七五五條)。此點ニ關シテハ諸外國ノ法律ノ規定スル所我民法ノ規定スル所ト異ルモノ尠カラズト雖モ我法典ハ主トシテ我國從來ノ慣習ニ從ヒタルモノニシテ固ヨリ非難スベキニアラズ。

我民法ノ規定スル解約手附ノ効力次ノ如シ。

(イ) 手附ヲ交付シタル買主ハ手附ヲ拋棄シテ解除ヲ爲スコトヲ得。手附ノ交付ニヨリテ手附ノ目的タル金錢其他ノ物ノ所有權ハ賣主ニ移轉スルガ故ニ、手附ヲ拋棄ストイフハ所有權ヲ拋棄スルノ意味ニハアラズ。買主ガ解除權ヲ行使スルコトヲ得ルト共ニ、之ヲ行使シタルトキハ當然手附ノ返還請求權ヲ失フノ

謂ニ過ギズ。從ツテ買主ガ解除ヲ爲スニ當リテハ特ニ手附ヲ拋棄スル意思表示ヲ爲スコトヲ要セズ。

民法第五百五十七條ハ買主ガ手附ヲ交付シタル場合ノミヲ規定セリ。然レドモ賣主ガ手附ヲ交付スルコトモ實際上絶無ニアラズ而シテ賣主ガ之ヲ交付シタル場合ニ於テ其法律效果ニ差異アルベキノ理ナキガ故ニ之ニ第五百五十七條ヲ類推適用セザルベカラズ。

(ロ)手附ノ受者通常ノ場合ニ於テハ賣主モ亦解除權ヲ有ス。然レドモ解除權ヲ行使スルガ爲ニハ其受領シタル手附ニ加ヘテ之ト同額ノ金錢(其他ノ物)ヲ給付スルコトヲ要ス。之ヲ「手附損倍戻シ」ト言フ。民法ハ倍額ヲ償還シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ト規定スルガ故ニ此場合ニ於テハ單純ナル意思表示ノミニヨリテハ解除ヲ爲スコトヲ得ズ必ラズ之ト同時又ハ其以前ニ所謂倍額償還ヲ爲スコトヲ要ス。然レドモ必ラズシモ相手方ヲシテ之ヲ受領セシメ又ハ供託ヲ爲シタルコトヲ要スルニアラズ解除ノ意思表示ヲ爲スト同時又ハ其以前ニ手附ノ受者ガ給付ノ提供ヲ爲スヲ以テ足ルモノト解セザルベカラズ(註六)。

受者ノ解除權

(註六) 同說、石坂氏、日本民法二〇〇四頁、末弘氏四四六頁、大正三年一月八日大判、民錄二〇輯一〇五八頁。

履行着手後ニハ解除權ヲシ

解除ノ效果

(ハ)解除ヲ爲スコトヲ得ル期間ニ付テハ法律ニ特則アリ即チ當事者ノ一方ガ契約ノ履行ニ着手シタルトキハ解除ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス(五七條)。蓋自ラ債務ノ履行ニ着手スルハ解除ヲ爲サルコトヲ前提トスルモノト言フベク、相手方ガ履行ニ着手シタル後解除ヲ爲ストキハ相手方ニ損害ヲ加フルノ虞アレバナリ。第五百四十七條ガ此場合ニ適用アリヤ否ヤニ付テハ解釋上多少議論アリ、積極說アリト雖モ(横田氏、三)此場合ニハ解除權ノ行使ニ期間アルモノト解スルヲ正當トスルガ故ニ第五百四十七條ハ適用ナキモノト解スルヲ正當トス。(ニ)解除ノ效果ハ普通ノ解除ト異ル。契約上ノ效果ヲ遡及的ニ消滅セシムルハ普通ノ場合ト異ルコトナキモ、未ダ履行ナキ場合ニ限ルヲ以テ原狀回復ノ義務ヲ生ズルコトナシ。又此解除ハ債務不履行ヲ原因トスルモノニアラザルガ故ニ損害賠償請求權ヲ成立セシメザルハ言ヲ俟タズ。民法ガ特ニ之ヲ規定シタルハ(五七條二項)一ノ注意の規定ニ過ギズ(註七)。

(註七) 相手方ノ債務不履行ヲ原因トシテ解除ヲ爲シタルトキハ其契約ニ付テ偶々手附ノ授受アルモ、第五百四十一條以下ノ規定ニヨリ解除ヲ爲スモノナレバ損害賠償ノ請求權アリ、同說、大正七年八月九日太判、民錄、二四輯一五七六頁以下、三瀨氏、法協、三七卷二九六頁以下、菅原氏、法學論叢一卷、二六三頁以下、隨ツテ又手附ノ授受ト損害賠償契約トハ併存スルヲ妨ゲズ、一〇年一月三日、民錄、二七輯一八八八頁、判例民法五二九頁(平野氏評釋)。

手附ノ返還
(3) 手附ノ授者ガ契約ヲ解除セズシテ契約上ノ債務ヲ履行シタルトキハ手附ハ之ヲ返還スルコトヲ要ス。其返還請求權ノ性質ニ付テハ學說上多少議論アリ。之ヲ以テ不當利得ノ返還請求權トナス學者アリト雖モ(末弘氏四)手附契約ニ基ク契約上ノ請求權ト解スルヲ正當ト信ズ。蓋シ手附契約ノ當事者ハ手附ガ其用ヲ失ヒタル場合ニハ之ヲ返還スベキモノトスル意思ヲ以テ手附ヲ授受スルモノナルガ故ナリ。從ツテ其返還義務ノ範圍ハ授受セラレタル手附ト同額ニシテ返還當時ニ於ケル現存利益ニ限ルコトナシ。手附ヲ附シタル本契約ガ無効又ハ取消サレタル場合ニ於テ亦同ジ。

手附ト買主授者ノ負擔セル給付トガ同一ノ性質ヲ有スル場合ニ於テハ買主

ガ其債務ヲ履行スルニ當リ手附ヲ以テ其給付ノ中ニ算入スルヲ常トス(註八)。然レドモ之ガ爲メニ手附ト内金トヲ以テ全然同一ノ性質ヲ有スルモノト爲スベカラズ。所謂内金ハ代金ノ一部ノ前渡タルニ過ギザルモノニシテ契約ノ解除權ヲ成立セシムルモノニアラズ。但當事者ガ内金ナル名稱ヲ用フルモ常ニ手附ニアラザルモノト解スベカラズ内金ナリヤ手附ナリヤハ當事者ノ意思表示及ビ契約當時ノ事情ニヨリテ之ヲ決スルノ外ナシ(註九)。

(註八) 買主ヨリ交付シタル手附ハ性質上解除以外ノ場合ニハ代金ノ内入金ナリトス。一〇年二月一九日大判、民錄、二七輯三四〇頁、判例民法七〇頁(我妻氏評釋)。

(註九) 約定金ノ文字ハ手附ノ意義ナリトス。一〇年一月三日大判、民錄、二七輯一八八八頁、判例民法五二九頁(平野氏評釋)。手附ニアラザル保證金ハ違約ノ結果タル損害補ノ爲ナリトス。一二年六月一二日東控判、新聞二一七〇號一五頁。尙金額ノ寡小ナルコトハ手附タル妨トナラズ、一〇年六月二〇日大判、民錄、二七輯一一七三頁、判例民法三二〇頁(我妻氏評釋)。

四 賣買契約締結費用ノ負擔者ニ付テ當事者間ニ特約アルトキハ之ニ從フコト勿論ナルモ若シ何等ノ特約ナキトキハ當事者雙方平分シテ之ヲ負擔スルモ

契約費用
ノ負擔者

ノトス(五五)此ニイフ賣買契約ニ關スル費用トハ契約上ノ債務ヲ辨濟スルニ要スル費用ニハアラズシテ契約ノ締結ニ要シタル費用ナリ。例ヘバ證書作成費用、目的物評價ノ費用ノ如シ(註七)。

(註十) 七年一月一日大判、民錄、二四輯二一〇三頁ガ登記費用ヲ契約費用トスルハ誤レリ。

第三項 賣買ノ效力

第一目 賣主ノ義務

賣主ノ義務ニ二種アリ
一 賣主ノ義務
二 賣主ノ義務

財產權移轉ノ義務

- 一 賣買ノ效力トシテ生ズル賣主ノ義務ハ之ヲ二種ニ大別スルコトヲ得。其一ハ賣買ノ法律行為ノ效果タル義務ニシテ財產權移轉ノ義務是ナリ。其二ハ賣買ノ非法律行為ノ效果タル義務ニシテ擔保責任是ナリ。
- 二 財產權移轉ノ義務。
 - (1) 賣買ハ財產權ノ移轉ト金錢ノ給付トヲ交換スルヲ以テ其本體トス。故ニ賣買契約ノ成立ト同時ニ財產權ノ移轉セラレザル普通ノ賣買ニアリテハ賣主ガ

財產權移轉ノ義務ニシテ擔保責任是ナリ
賣主ノ義務ニ二種アリ
一 賣主ノ義務
二 賣主ノ義務

第五六〇條以下ノ規定ニ關スル錯誤トノ關係ト

財產權移轉ノ債務ヲ負擔スルコト言フ俟タズ。之ニ反シ現實賣買ニアリテハ賣買ノ成立ト同時ニ財產權ヲ移轉スルガ故ニ移轉ノ債務ヲ生ズベキ餘地ヲ存セズ。

(2) 財產權移轉ノ債務ヲ負ヘル賣主ハ買主ヲシテ完全ニ財產權ヲ取得セシムルガ爲メニ必要ナル一切ノ行為ヲ爲サハルベカラズ。

(イ) 賣主ハ財產權ソノモノヲ移轉スルコトヲ要ス。當初羅馬法ニ於テハ賣主ハ唯買主ニ目的物ヲ引渡シ且引續キ占有ヲ爲サシムルコトノミヲ要シタルガ如シト雖モ近世ノ法律ニ於テハ皆所有權其他ノ權利ソノモノヲ移轉スルコトヲ要スルモノトス。

財產權移轉ノ義務ハ他人ノ物又ハ權利ノ賣買ニ付テモ存在ス。而シテ賣主又ハ買主ガ賣買ノ當時其權利ノ他人ニ屬スルコトヲ知レリヤ否ヤハ之ヲ問ハズ。此點ニ付テハ第五百六十一條及ビ第五百六十二條ノ明文上疑ヲ容ル、ノ餘地ナシ。唯此規定ト錯誤ニ關スル民法總則ノ規定トノ關係上多少ノ議論ナキニアラズ。按ズルニ物又ハ權利ノ所屬ニ關スル錯誤ガ物又ハ權利ノ性質ニ

關スル錯誤ニ屬スルヤ否ヤニ付テハ學說上議論ノ存スル所ナリト雖モ(註一)我民法ノ解釋トシテハ特ニ當事者ガ之ヲ以テ法律行為ノ内容トスル意思ヲ表示セルニアラザレバ法律行為ノ要素ニ關スル錯誤ト解スベキニアラズ。民法ガ賣買ニ關スル規定ニ於テ權利ノ所屬ニ關スル錯誤アルニ拘ハラズ其賣買ヲ有效トシ擔保責任ヲ認メタルハ如上ノ理由ニ基キ此錯誤ヲ以テ要素ノ錯誤トナサバリシガ爲メナリ。然レドモ此規定アルガ爲メニ第九十五條ハ全ク其適用ヲ除外セラレ、モノト解スベキニアラズ。賣買ニ關スル規定ハ權利ノ所屬ニ關スル錯誤ガ原則トシテ賣買ヲ無効トセザルコトヲ規定スルニ止マルガ故ニ若シ當事者ガ特ニ賣主ニ屬スル物又ハ權利ヲ以テ賣買ノ目的物トナス意思ヲ表示シタル場合ニハ權利ノ所屬ニ關スル錯誤ハ法律行為ノ内容ニ關スル錯誤トナリ從ツテ又要素ニ關スル錯誤トナリ得ベキモノト信ズ。實際上ニ於テモ賣主ガ賣買ノ目的物ノ自己ニ屬スルコトヲ以テ契約ノ内容トナス意思ヲ表示シタル場合ニハ第九十五條ヲ適用シテ賣主ヲ保護スルコトヲ要ス(註二)(註三)。

(註一) Ortmann, *Komm. zu § 119 B. 300* 參照。

(註二) 石坂氏ハ五六〇條以下ノ規定ガ九五條ノ適用ヲ排除スルモノトス(民法研究二卷二五七頁)。五六〇條以下ノ規定ハ權利ノ所屬ニ關シテ錯誤ノ存スル場合ヲ包含スルハ明ナリト雖モ之ヲ以テ要素ノ錯誤ニ關スル特別法規ト解スルコト能ハザルガ故ニ此說ヲ採ラズ。末弘氏ハ「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表示上ニ明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其點ニ關スル錯誤ハ法律行為ノ要素ニ關スル錯誤トナルモノトス(各論三七七頁以下)。大體ニ於テ本文ト同趣旨ナルモ余ハ權利所屬ノ點ヲ法律行為ノ内容トナスコトニ付テノミ表示ヲ要シ其内容中ノ要素要素ナリヤ否ヤニ付テハ表示ヲ要セザルモノト解スルガ故ニ少シク差異アリ。瑕疵擔保ト錯誤ノ關係ニ關スル判例參照、一〇年一月一日、大判二七輯二一六〇頁。

(註三) 現實賣買ニ付テモ其理ヲ異ニセズ。

從物從
移轉
權利ノ
移

果實ニ關
スル特別

(ロ) 賣主ハ原則トシテ從物又ハ從タル權利ヲモ移轉スルコトヲ要ス。從物ニ付テハ第八十七條第二項ノ適用上明ナリ。從タル權利ニ付テハ特別ノ規定ナキモ理論上同一ニ解セザルベカラズ。

果實ニ付テハ特別ノ規定アリ、目的物引渡以前ニ生ジタル果實ハ賣主ニ屬シ

(五七五) 從ツテ之ヲ買主ニ給付スルコトヲ要セザルモノトス。目的物ノ所有權ガ既ニ買主ニ移轉セリヤ否ヤハ之ヲ問フコトナシ。而シテ目的物ノ引渡前ニ生ジタル果實ガ賣主ニ屬スル結果トシテ引渡以前ニ於ケル通常ノ必要費ハ賣主ニ於テ之ヲ負擔スベキモノトス(一九六)。

對抗要件
成立ニ
協力スル
コトヲ要
ス

(ハ) 移轉セラレタル所有權其他ノ權利ヲ第三者ニ對抗スルガ爲メニ必要ナル行爲モ亦之ヲ爲スコトヲ要ス。即チ不動產物權ニ付テハ登記ニ協力スルコトヲ要シ、動產物權ニ付テハ物ノ引渡ヲ爲スコトヲ要シ又債權ニ付テハ讓渡ノ通知ヲ爲スコトヲ要ス。但此義務ハ財產權ソノモノヲ移轉スル債務ニ從タル債務タルニ止マルガ故ニ特約ニヨリテ此義務ナキコトヲ定ムルモ其契約ノ賣買タルコトヲ妨グルコトナシ。

占有ノ移
轉

(ニ) 物ノ占有ヲ内容トスル財產權ニ付テハ占有ヲ移轉スルコトヲ要ス。動產物權ニ付テハ對抗要件ヲ成立セシムルガ爲メニ占有ノ移轉ヲ要スルコト上述ノ如シ。不動產物權及ビ債權ニ付テハ占有ノ移轉ハ對抗要件ニ關係ナシト雖モ、所有權、地上權、永小作權ノ如ク占有ヲ内容トスル物權、賃借權ノ如ク占有ヲ内容

トスル債權ノ賣買ニアリテハ買主ヲシテ其ノ移轉セラレタル權利ヲ行使スルコトヲ得シメンガ爲メニ占有ノ移轉ヲ要スルコト明ナリ。

賣主ガ占有移轉ノ債務ヲ負擔スル場合ニ於テ其占有ノ移轉ハ必ラズシモ現實ノ引渡ニ依ルコトヲ要セズ。簡易ノ引渡(一八二)占有ノ改定(三條八)又ハ指圖ニ依ル占有移轉(四條八)ノ方法ニ依ルコトヲ得。蓋之等ノ方法ニ依ル占有ノ移轉モ亦第七十八條ニ謂フ所ノ引渡タルモノト解スベキノミナラズ之等ノ方法ニ依ル占有ノ移轉ニハ當事者ノ合意ヲ要シ從ツテ買主ノ同意ヲ前提トスルモノナレバナリ。

(ホ) 移轉セラレタル權利ノ證明ニ必要ナル書類アラバ之ヲ買主ニ交付スルコトヲ要ス。例ヘバ債權證書ノ如シ。民法ニハ此點ニ付テ特別ノ規定ナキモ買主ヲシテ完全ニ權利ヲ行使スルコトヲ得シメンガ爲メニハ之ヲ必要トスルコト明ナリ。

三 擔保責任

(1) 賣買ハ有價契約ナルガ故ニ賣主ガ其移轉スベキ財產權ノ全部又ハ一部ヲ移

擔保責任
ノ根據

轉スルコトヲ得ズ又ハ其移轉シタル財産權ノ目的物ニ付キ瑕疵ノ存スルトキハ賣主ヲシテ之等ノ瑕疵ニ對スル責任ヲ負擔セシムルコト有價契約ノ性質ニ適スルノミナラズ取引上ノ信用ヲ保護スルガ爲メニ必要ナリ。之レ羅馬法以來ノ諸國ノ法制ニ於テ又我民法ニ於テ擔保責任ヲ認ムル根據ナリ。

擔保責任ノ根據ヲ默示ノ擔保契約ニ求ムル學說アリ。然レドモ賣買ノ當事者ハ必ズシモ常ニ權利又ハ目的物ニ瑕疵アル場合ヲ豫想シテ意思表示ヲ爲スモノニアラズ、又法律ハ此ノ如キ意思表示アリタルコトヲ前提シテ擔保責任ヲ定ムルモノニアラズシテ取引上ノ信用ヲ保護スルガ爲メニ當事者ノ意思表示ヲ補充シテ此效果ヲ認ムルモノナリ。故ニ擔保契約說ハ近世ノ學者多ク之ヲ採ラズ(註四)。

擔保責任ハ債務不履行ノ效果ニアラス

擔保責任ニ關スル規定ハ債務不履行ニ因ル法律效果ヲ定メタルモノニアラズ。特定物ノ賣買ニ於テ契約締結ノ當時既ニ瑕疵ノ存スルトキハ原始的一部分不能ニシテ後發的不能ニアラズ、故ニ之ヲ以テ債務不履行ト爲スベカラザルハ明カナリ。又若シ財産權移轉ノ債務ヲ以テ擔保責任ノ原因トナサバ無償行爲

擔保責任ハ無過失責任ナリ

ニ基ク財産權移轉ノ債務ニ付テモ亦之ヲ認ムベキノ理ナリ。然ルニ民法ハ贈與ニ付テハ原則トシテ之ヲ認メズシテ賣買ニ付テ之ヲ認ム。故ニ擔保責任ヲ以テ債務不履行ノ效果ナリト解スルハ非ナリ(註五)。

擔保責任ハ過失ニ因ル責任ナリヤ。民法ガ過失責任主義ヲ原則トシ無過失責任ヲ例外トスルハ既ニ屢々述べタルガ如シ。賣主ノ擔保責任ハ此例外ニ屬スル場合ノ一ナリ。特定物ノ賣買ニ於テ其目的物ニ瑕疵アリ、數量ヲ定メタル物ノ賣買ニ付テ數量ニ不足アルトキハ原始的一部分不能ニシテ又其瑕疵又ハ數量不足ニ付キ賣主ニ過失アルコトヲ要件トセズ。故ニ學者ガ之ニ對スル責任以テ無過失責任ニ屬スルモノトナスハ正當ナリト言ハザルベカラズ(註六)。而シテ法典ガ此場合ニ於テ無過失責任ヲ認メタル理由ハ有價契約ニ付テ買主ヲ保護スルコトガ取引上ノ信用ヲ保護シ動的安全ヲ保護スルガ爲メニ必要ナリト爲シタルガ故ナリ。

(註四) 權利ノ瑕疵ニ對スル擔保責任ヲ默示ノ擔保引受ニ基クモノト解スル學說ニ付テハ、Planck, Komm. zu § 440, Motive S. 312 參照。

9/1390 43
1630

擔保責任
特約

擔保責任
特約
減除
責任
場合

(註五) 多數說ハ權利ノ供與義務 (Verschuldungspflicht) ノ不履行ヲ以テ擔保責任ノ基礎トス Panecoenus, § 325 S. 3-6 § 329 S. 314; Ortmann, zu § 410 S. 289 等。

(註六) 岡松氏、無過失損害賠償責任論一七五頁、八一〇頁以下。一〇年六月九日大判、民錄二七輯一一二二頁ハ五六七條ニ付キ無過失責任トス、判例民法二九四頁、(我妻氏評釋)。

(2) 擔保責任ニ關スル民法ノ規定ハ所謂補充的規定ニシテ固ヨリ強行法規ニアラズ。故ニ當事者ガ特約ヲ爲シタル場合ニハ之ニ從フヲ原則トス。

擔保責任ニ關スル特約ハ之ヲ二種ニ分類スルコトヲ得。法定ノ責任ヲ排除シ又ハ輕減スルモノト法定ノ責任ヲ加重スルモノト是ナリ。

(イ) 法定ノ責任ヲ排除シ又ハ輕減スル特約ニ付テハ第五百七十二條ノ規定アリ。其特約ハ一般ニ有效ナルモ次ノ二個ノ場合ニハ例外トシテ無効ナリトス。

(a) 賣主ガ知リテ告ゲザリシ事實ニ付テハ尙責任アリ。賣主ガ權利又ハ物ノ瑕疵アルコトヲ知ルニ拘ハラズ之ヲ買主ニ告グズシテ之等ノ瑕疵ニ對シテ擔保ノ責ヲ負ハザル旨ノ特約ヲ爲スハ詐欺的行爲ト言フベク詐欺アルモ責任ナシトスルハ公序良俗ニ反スルヲ以テナシ。從テ法典ニハ明文ナキモ若シ此場合

ニ買主モ亦契約締結ノ當時瑕疵ノ存スルコトヲ知リタルトキハ賣主ニ責任ナシト解スルヲ正當トス(註七)。

(註七) 同說、末弘氏三八七頁。

(b) 賣主ガ自ら第三者ノ爲メニ設定シ又ハ之ニ讓渡シタル權利ニ付テハ尙賣主ニ責任アリ。第三者ガ賣買ノ目的物ニ付テ地上權、永小作權等ヲ有スルコト又ハ賣買ノ目的タル權利ノ全部又ハ一部ガ他人ニ屬スルコトハ擔保責任ヲ生ズル原因ニ屬ス(五六一條乃至五六四條)。而シテ賣主ガ自ら之等ノ原因タル事實ヲ成立セシメタルニ拘ハラズ無擔保ノ特約ヲ爲スハ假令偶々其實事ヲ忘却シタルガ爲メナリトスルモ知リテ告ゲザリシ場合ト之ヲ同一視スルヲ正當トス。之レ此規定ノ存スル理由ナリ。

賣買締結後ニ賣主ガ第三者ノ爲メニ權利ヲ設定シ又ハ之ヲ讓渡シタル場合ニモ尙此例外規定ノ適用アリヤ否ヤハ解釋上議論ノ存スル所ナリ。多數ノ學者ハ此場合ヲモ之ヲ包含スルモノト解スト雖モ、擔保責任及ビ無擔保特約ハ契約締結當時ニ於ケル物又ハ權利ノ瑕疵ニ關スルモノナルガ故ニ、爾後ニ生ジタ

ル瑕疵ニ付テハ其適用ナキモノト解スルヲ正當トス(註八)。而シテ契約締結以後賣主ガ第三者ノ爲メニ權利ヲ設定シ又ハ之ヲ讓渡スルハ債務不履行又ハ不法行爲タルコト明ナルガ故ニ其效果ハ債務不履行又ハ不法行爲ニ關スル一般規定ニ依リテ之ヲ決定スベキナリ(註九)。

(註八) 同説、末弘氏、三八七頁以下。反對、梅氏、要義、三卷五三〇頁以下、横田氏、三五三頁以下、村上氏、四四五頁以下等。

(註九) 賣主ノ爾後ノ處分ハ財産權移轉ノ債務ニ付キ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ル全部又ハ一部ノ履行不能ヲ生ズ。又賣主ノ目的タル權利例ヘバ所有權が既ニ買主ニ移轉シ唯對抗要件ヲ備ヘザルニ止マル場合ニハ不法行爲ヲモ成立セシム。

(ロ) 法定ノ責任ヲ加重スル特約ニ付テハ民法ハ唯債權ノ賣買ニ關シテノミ特別ノ規定ヲ設ク。然レドモ其他ノ賣買ニ付テモ此ノ如キ特約ハ公序良俗ニ反スルモノニアラザルガ故ニ契約自由ノ原則上其ノ有效ナルコト言ヲ俟タズ。其效力ハ當事者ノ意思表示ヲ解釋シテ之ヲ決スベキコト亦疑ヲ容レズ。債權ノ賣買ニ於テ賣主ガ權利ノ所屬、權利ノ瑕疵ニ付テ擔保ノ責ニ任ズルハ

債權賣買ニ於ケル擔保責任

一般ノ原則上明ナルモ(註十)債務者ノ辨濟資力ニ付テハ擔保ノ責任ナキヲ原則トス。然ルニ債權賣買ノ當事者ハ往々資力擔保ノ特約ヲ爲スコトアリ而シテ其ノ特約ハ何時ニ於ケル債務者ノ資力ヲ擔保スルモノナルカ明ナラザルコトアルヲ以テ民法ハ此點ニ關シ普通ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ヲ基礎トシテ解釋規定ヲ置ケリ。次ノ如シ。

(註十) 賣買ノ目的タル債權ガ他人ノ債權ナル場合ニハ五六一條五六二條ノ適用アリ、又他人ト共有ナル場合ニハ五六三條ノ適用アリ(權利ノ所屬ニ對スル擔保)。範圍ヲ指示シテ賣買シタル債權ガ不足ナル場合ニハ五六五條ノ類推適用アリ(範圍ニ對スル擔保)又債權ノ上ニ質權ノ存スル場合ニハ五六六條ノ適用アリ(權利ノ制限ニ對スル擔保)。之ニ反シテ債權ガ全ク存在セザル場合ニ於テハ賣買ハ原始的不能ノ理由ニヨリテ全ク無効ナルガ故ニ擔保ノ問題ヲ生ゼザルモノトス(同説、梅氏、要義三卷五二二頁、末弘氏三八九頁)。或ハ債權ノ存在ニ對シテ擔保責任ヲ認メントスル學者アリト雖モ(土方氏、民法講義等)法典上ノ根據ヲ缺ク。此場合ニ於テモ賣主ニ契約締結上ノ過失アラバ損害賠償義務ヲ認ムルヲ正當トスベシ。同説、末弘氏、三八九頁、一一九頁。

(a) 債權ノ賣主ガ單純ニ債務者ノ資力ヲ擔保スル旨ノ特約ヲ爲シ何時ニ於ケル

資力擔保力特約ノ效力

賣力擔保ノ效力

賣力ヲ擔保スルカニ付テ何等ノ定メヲ爲サザルトキハ賣買契約當時ニ於ケル賣力ヲ擔保シタルモノト推定ス(五六九條一項)。從ツテ賣買ノ時ト之ニ基キテ債權讓渡ノ爲サレタル時ト異ル場合ニハ獨逸民法(四三條三)ト異リ讓渡ノ時ヲ以テ標準トナスモノニアラズ。又債權ガ辨濟期ニ在リヤ否ヤハ之ヲ問ハズ。

(b) 辨濟期ニ在ラザル債權ノ賣主ガ債務者ノ將來ハ賣力ヲ擔保シタルトキハ辨濟期ニ於ケル賣力ヲ擔保シタルモノト推定ス(五六九條二項)。蓋辨濟期ニ在ラザル債權ノ賣買ニ於テ債務者ノ將來ノ賣力ト謂フハ辨濟期ニ於ケル賣力ヲ謂フモノナルコト常態ナレバナリ。而シテ此規定ハ辨濟期ニ在ル債權ニハ固ヨリ適用ナキガ故ニ此ノ如キ債權ノ賣買ニ付テ將來ニ於ケル賣力ヲ擔保フル旨ノ特約アリ且當事者ノ意思表示ニヨリテ其期間ヲ定ムルコトヲ得ザルトキハ擔保責任ノ存續期間ニハ特殊ノ制限ナキモノト解セザルベカラズ。

賣力擔保ノ特約ハ保證契約ト異ル。債務者ガ辨濟ノ賣力ヲ有セザル場合ニ於テ賣主自ラ其損害ヲ賠償スベキ旨ノ特約ナリ。故ニ買主ハ直チニ賣主ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ズ先ヅ債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲シ且辨濟賣力ノ不足ナルコトヲ證明シテ初メテ賣主ニ對シ賠償請求ヲ爲シ得ベキモノトス。

權利ノ瑕疵ニ對ス

賣力擔保ノ範圍ニ付テハ法律ニ特別ノ規定ナシ。通常ノ場合ニ於テハ債務ノ不履行ヨリ生ズル利息其他ノ損害賠償ノ如キモ之ヲ包含スルモノト解スル學說アリト雖モ賣力擔保特約ノ性質ヨリ考フルトキハ賣力擔保ニ付テ標準トナルベキ時ニ於ケル債權ノ範圍ヲ以テ標準トナスベキモノト信ズ(註十一)。

(註十一) 反對、梅氏、要義、三卷五二五頁。然レドモ其理由ヲ説カズ。保證債務ニ關スル四四七條ノ準用スベカラザルハ明ナリ。賣力擔保ハ一定ノ時ニ於テ債務者ノ財產ガ其債務ヲ辨濟スルニ足レルコトヲ擔保シ其足ラザル場合ニ賠償ノ責任ズベキコトヲ約スルモノナルガ故ニ辨濟賣力アリヤ擔保責任アリヤ否ヤノ問題ハ其時ニ於ケル債權ノ範圍ヲ以テ標準トナスチ正當トス。但シ當事者ガ此點ニ付テ特約ヲ爲セルトキハ之ニ從フベキコト明ナリ。

四 擔保責任ヲ分チテ二種トス。權利ノ瑕疵ニ對スル擔保及ビ物ノ瑕疵ニ對スル擔保是ナリ。

(甲) 權利ノ瑕疵ニ對スル擔保 (Gewährleistung für Mängel im Rechte)

第二章 契約各論 賣買ノ效力 擔保責任

權利ノ瑕疵ニ對スル擔保責任ハ賣主ガ賣買ノ目的タル財産權ノ全部又ハ一部ヲ有セザルガ爲メニ之ヲ買主ニ移轉スルコトヲ得ズ又ハ其移轉シタル權利ノ不足ナルコトニ因リテ生ズル賣主ノ責任ナリ。羅馬法ニ於テハ買主ガ占有ノ移轉ヲ受ケタル物ヲ第三者ヨリ追奪セラレタル場合ニ於テ此擔保責任ヲ生ジ此原則ハ大體ニ於テ獨逸普通法及ビ佛法ニ繼承セラレタルガ故ニ之ヲ追奪擔保 (Haftung wegen Eviktion, garantie contre l'éviction) ト稱セリ。我國ニ於テモ從來此名稱ヲ用フル學者寧ロ多數ナリト雖モ、我民法ニ於テハ追奪ヲ以テ擔保責任ノ要件ト爲サルヲ以テ此名稱ハ當ラザルモノトイフベシ。

權利ノ瑕疵ニ對スル擔保責任ハ第五百六十一條乃至第五百六十七條ノ規定スル所ナリ。若シ理論上之ヲ分類セバ權利ノ全部又ハ一部ガ他人ニ屬スル場合ニ於ケル擔保責任ト賣買ノ目的タル財産權ガ其賣買契約締結ニ際シテ前提トナシタル範圍ニ於テハ存在セザリシ場合ニ於ケル擔保責任トノ二種トナスコトヲ得ベシ。前者ニアリテハ權利ハ存在スルガ故ニ賣買契約ハ常ニ不能ノ事項ヲ目的トスルモノトイフベカラズ之ニ反シ後者ニアリテハ其權利ハ一部

分存在セザルカ或ハ缺點ヲ有スルモノニシテ其賣買ハ原始の一部不能ノ事項ヲ目的トスル契約ト言ハザルヲ得ズ。今民法ノ規定ヲ追ヒテ之ヲ説明セン。

- (1) 他人ノ權利ノ賣買ニ於ケル擔保責任。
- (イ) 權利ノ全部ガ他人ニ屬スル場合 (五六)。
- (a) 擔保責任發生ノ要件ハ賣買ノ目的タル所有權(其他ノ權利ガ他人ニ屬スルガ爲メニ之ヲ買主ニ移轉スルコト能ハザルコト是ナリ。即チ財産權ヲ移轉スルコト能ハザル總テノ場合ニ此責任ヲ生ズルニアラズシテ其移轉不能ガ上述ノ理由ニ基ク場合ニ於テノミ之ヲ生ズルナリ。從ツテ例ヘバ始メヨリ權利ノ存在セザリシ場合又ハ賣主之ヲ取得シタルモノ之ヲ買主ニ移轉スル前ニ其消滅シタル場合ニハ擔保責任ヲ生ゼズ。而シテ買主又ハ賣主ガ賣買契約ノ當時善意ナリシヤ否ヤハ之ヲ問ハズ且移轉不能ニ付キ賣主ニ過失アリヤ否ヤモ亦之ヲ問ハザルコト既ニ述ベタルガ如シ(註十二)。

(註十二) 一〇年一月二日大判、民錄二七輯一九七八頁、判例民法五七三頁、(田中誠二氏評釋)。權利者タル第三者ガ他ニ讓渡シタル場合ヲ含ムトスルハ正當ナリ。

(b) 擔保責任ノ效果ハ買主ガ解除權ト損害賠償請求權トヲ取得スルコト是ナリ。而シテ解除權ハ買主常ニ之ヲ有スルモ賠償請求權ハ其善意ナリシ場合ニ於テノミ之ヲ有スルモノトス(五六一條但書)。蓋賣買契約當時ニ於テ買主ガ賣買ノ目的タル權利ノ賣主ニ屬セザルコトヲ知リタル場合ニハ其取引ハ特ニ之ヲ保護スルノ必要ナク從ツテ契約ヲ解除シテ賣買契約ナカリシ原狀ニ復セシムルヲ以テ足レルガ故ナリ。

善意ノ買主ノ有スル損害賠償請求權ノ性質及ビ範圍ニ付テハ解釋上議論アリ。或ハ之ヲ以テ債務不履行ニ關スル一般原則ニ依ル損害賠償請求權ナリトシ從ツテ第五百四十五條第三項ノ規定スル所ト同一ナリト解ス(註十三)。然レドモ此場合ニ於ケル履行不能ハ賣主ノ故意過失ヲ要件トスルモノニアラズ又買主ノ善意ナル場合ニ於テノミ損害賠償請求權ヲ認ムルヲ以テ債務不履行ニ關スル一般原則ニ依ル請求權ナリトスルハ理論上不當ナリ。他人ノ有スル財產權ヲ賣主ガ買主ニ移轉シ得ザルコトニ因ル契約解除ト買主ノ善意ナリシ事

實トノ結合ニ依リテ生ズル特殊ノ損害賠償請求權ト爲サザルベカラズ。或ハ又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上ノ責任ニ屬スルモノトス(註十四)。然レドモ此賠償責任ヲ特殊ノ結果責任ナリト解スルガ爲メニ直チニ之ヲ不法行爲上ノ責任ト解スルノ理ナク、又其範圍ヲ消極的利益ニ限ルノ理由ナシ。余ハ有償契約ニ付テ善意ノ取引ヲ保護センガ爲メニ認メラレタル特殊ノ結果責任ニシテ其賠償責任ノ範圍ニ付テハ特別ノ制限ナキガ故ニ受ケタル損害ト喪ヒタル利益トヲ包含スルモノト解ス(註十五)。但解除ノ爲メ自ラ受ケタル利益(代金債務消滅ニ因ル利益)ヲ控除スベキハ勿論ナリ。

(註十三) 横田氏、三〇〇頁、梅氏、要義、三卷四九二頁。此論者ハ賣主ガ自己ノ賣ラントスル權利ノ自己ニ屬スルヤ否ヤヲ究メズシテ之ヲ賣ルヲ以テ過失ナリト解スルナリ。然レドモ之ヲ以テ常ニ過失ナリト謂フハ當ラズ過失ナリヤ否ヤハ具體的事實ニ付テ之ヲ決定セザルベカラズ。例ヘバ賣主ガ他人ヨリ權利ヲ取得シ、之ヲ轉賣シタル場合ニ第一ノ取得行爲ガ無能力ノ爲メ又ハ第三者ノ強迫ノ爲メ取消

サレタルガ如キ場合ニハ必ラズシモ賣主ニ過失アリトイフベカラズ而モ賣主ハ初ヨリ無權利者トナルモノニシテ五六一條ノ適用アルハ明ナリ。又買主ガ善意ナリヤ惡意ナリヤニヨリテ賣主ノ行爲ガ直チニ或ハ過失トナリ或ハ過失トナラザルモノト解スルハ理論上不當ナリ。

(註十四) 末弘氏三九三頁、三九四頁。

(註十五) 拙著民法全書第二卷第百十七條、三六四頁、三七五頁參照。賣買ニ付テ特殊ノ賠償責任ヲ認メタリト解センガ爲メニハ法典ノ字句稍明瞭ナラザルノ憾アリ。然レドモ一般ノ原則(債務不履行、不法行爲)ニ因ル賠償責任ト解スルコトヲ得ザルニ因リ特殊ノ責任ナリト解セザルヲ得ズ。而シテ擔保責任ニ關スル規定ハ總テ有價契約ノ性質ニ基キ賣主、買主ヲ適當ニ保護セントスル補充的規定ナルヲ以テ其規定スル賠償責任ヲ特別ノ理由ニ因ル責任ナリト解スルハ解釋論トシテ亦不當ナリトイフベカラズ。

善意ノ賣主モ亦解除權ヲ有ス

(c) 他人ノ權利ノ賣主ガ契約ノ當時其權利ノ自己ニ屬セザルコトヲ知ラザリシ場合ニ於テ之ヲ取得シテ買主ニ移轉スルコト能ハザルトキハ賣主モ亦解除權ヲ有ス(五六)條。而シテ買主ガ善意ナリシ場合ニハ賣主ハ損害賠償ヲ爲スコトヲ要シ(同條一項)買主ノ惡意ナリシ場合ニハ之ヲ要セザルモノトス(同條二項)。賣主ガ解除權ヲ取得スルハ固ヨリ擔保責任ノ問題ニアラズ。然レドモ他人

ノ權利ノ賣買ヨリ生ズル法律效果ノ一ニ屬スル點ニ於テ擔保責任ト關係アルガ故ニ民法ハ擔保責任ト併セテ之ヲ規定シタルナリ。而シテ賣主ニ解除權ヲ與ヘタルハ買主ニ不利益ヲ及ボサハル程度ニ於テ善意ノ賣主ヲ保護セントシタルモノニシテ殊ニ賣買ノ目的物ヲ買主ニ引渡シタル場合ニ賣主ヲシテ其返還ヲ受ケテ之ヲ權利者ニ返還スルコトヲ得シムルガ爲メニ此解除權ヲ認メタル實益ヲ見ル。

(ロ) 權利ノ一部ガ他人ニ屬スル場合(五六)條。

(a) 擔保責任發生ノ要件ハ賣買ノ目的タル權利ノ一部ハ賣主ニ屬スルモ他ノ一部ガ他人ニ屬スルガ爲メニ之ヲ買主ニ移轉シ得ザルコト是ナリ。第五百六十一條ノ場合ト異ルハ權利ノ一部ガ賣主ニ屬シ從ツテ其範圍ニ於テハ移轉可能ナルノ點ナリ。例ヘバ共有物ヲ自己一人ノ所有物トシテ賣却シタル場合、千坪ノ土地ノ中七百坪ハ他人ノ所有ナリシ場合ノ如シ。

(b) 擔保責任ノ内容ハ買主ガ代金減額請求權又ハ解除權ヲ取得スルコト及ビ損害賠償請求權ヲ取得スルコト是ナリ。

權利ノ一部ガ他人ニ屬スル場合ニ於テ擔保責任ヲ負ケル

買主ノ權利

代金減額請求權ハ契約ノ一部ノ解除權ナリト解スルヲ通説トス。民法ガ「請求」トイヘル字句ヲ用ヒ且解除權ト相並ビテ此權利ヲ規定シタルニ依レバ解除權ト異レル請求權ナリト解スベキガ如シト雖モ權利ノ全部ノ欠缺ノ場合ニ於テ全部ノ解除權ヲ認ムルヨリ推ストキハ一部ノ欠缺ノ場合ニハ一部ノ解除權ヲ認メタルモノト解スルヲ正當トスルノミナラズ賣主ノ承諾アリテ初メテ代金減額ノ效果ヲ發生セシムベキ何等ノ理由ナキガ故ニ通説ヲ以テ正當トスベシ(註十六)。而シテ之ヲ一部ノ解除權ト解スルトキハ其行使方法及ビ其效果ニ付テ解除ニ關スル規定ニ從フベキハ言ヲ俟タズ。

代金減額ノ割合ハ足ラザル部分ノ割合ニ應ズルモノナルコト法典ノ明ニ規定スル所ナリ。從ツテ買主ガ減額請求ヲ爲スニ當リテハ特ニ削減スベキ代金ノ額ヲ明ニスルコトヲ要セザルモノトス。

契約全部
解除ノ要
件成立ノ要

契約全部ノ解除權ハ買主ガ殘存セル部分ノミナレバ之ヲ買受ケザルベカリシ場合ニ於テノミ善意ノ買主之ヲ有ス(五三三)。殘存セル部分ノミナレバ之ヲ買受ケザルベカリシヤ否ヤハ解除權行使ノ時ニ於ケル買主ノ意思ヲ標準トシ

テ之ヲ決定スベキニアラズシテ賣買契約當時ノ事情ヲ以テ其標準ト爲スベキコト明ナリ。然レドモ契約當時ニ於テ此ノ如キ意思ヲ表示シタルコトヲ要スルニアラズ又買主ノ純然タル主觀的判斷ノミニ依ルニモアラズ契約ノ性質賣主ニ知レタル契約ノ動機等ニ依リ買主ガ權利ノ一部ノミニテハ賣買ヲ爲サザルベカリシコトヲ推斷シ得ルヲ以テ必要ニシテ充分ナリトス(註十七)。

契約全部ノ解除權ハ善意ノ買主ノミ之ヲ有ス。此點ニ於テ代金減額請求權ト異レリ。蓋權利ノ一部ガ他人ニ屬スルコトヲ知レル買主ハ一部ニ付テ權利ノ移轉ヲ受クルニ止マルコトアルヲ豫想セル者トイフベク從ツテ全部ノ解除權ヲ與ヘテ之ヲ保護スルノ必要ナケレバナリ。

損害賠償請求權ハ善意ノ買主ノミ之ヲ有ス(五三三)。其性質及ビ範圍ニ付テハ權利ノ全部欠缺ノ場合ニ付テ述ベタル所ヲ見ヨ。

(註十六) 同説、梅氏、要義、三卷、四九六頁以下、横田氏、三〇六頁、末弘氏、三九五頁等。獨民ノ減額請求權 (Minderungsanspruch) ニ付テハ同法四六五條ノ規定アルガ故ニ賣主ノ同意又ハ之ニ代ルベキ判決ヲ要スルモノト解スルヲ通説トス。我民法ニ付テハ此ノ如キ迂遠ナル方法ヲ必要トスベキ根據ナシ。

(註十七) 横田氏(三〇九頁)ハ契約當時ニ於ケル買主ノ主觀的判斷ニ依ルベキモノトシ之ニ反シテ末弘氏(三九五頁)ハ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、コトヲ要スルモノトス。余ハ兩者何レモ極端ニ失スルモノトス。法律ノ要求スル所ハ買主ノ意思ノミナリ。此點ニ於テ後説ハ採リ難シ。然レドモ買主ガ其意思ヲ有シタルコトハ純粹ナル主觀的事情ノミニ依リテ之ヲ決定スベキニアラズ。参照、四年一月二日大判、民録、二一輯、二一四五頁、假擔保ニ付キ契約ヲ爲シタル目的ハ賣主ニ於テ知リタルコトヲ要セザルモノトス。

(c) 代金減額請求權、解除權及ビ損害賠償請求權ハ買主ガ善意ナリシトキハ事實ヲ知リタル時ヨリ、惡意ナリシトキハ契約ノ時ヨリ一年內ニ之ヲ行使スルコトヲ要ス(四五六)。蓋權利ノ一部ガ他人ニ屬スル場合ニ於テハ減額ノ割合、殘存部分ノミナレバ賣買ヲ爲サザリシヤ否ヤ等ヲ決定スルニ付テ契約當時ノ事情ヲ標準トスルコトヲ要スルガ故ニ長日月ノ後ニ如上ノ權利ヲ行使セシムルトキハ紛争ヲ生ジ且公平ヲ失スル虞アレバナリ。而シテ、此ニ謂フ一年ノ期間ガ時效期間ニアラズシテ除斥期間即チ豫定期間ナルハ疑ヲ容レズ(註十八)。

(註十八) 除斥期間ナルガ故ニ中斷停止ナシト雖モ一旦之等ノ權利ヲ行使シタル後

ニ於テハ其效果タル權利ハ普通ノ時效期間內存續ス、例ハバ解除ノ效果タル原狀回復請求權ノ如シ。損害賠償請求權ハ行使ノ效果トシテ生ズルモノニアラザルガ故ニ此點ニ付テハ多少疑問アリ。一年內ニ行使スルモノ一年ヲ經過スレバ消滅スルモノト解スル説アリト雖モ(石坂氏、民法研究三卷五〇二頁以下)訴訟ノ繫屬中一年ノ經過シタル場合等ニ於テ是認シ難キ結果ヲ生ズ。本條立法ノ趣旨ヨリ考フルトキハ本條ハ一年內ニ行使シテ權利ノ存否ト其範圍トヲ確定スルコトヲ以テ權利保存ノ要件トナシタルモノト解スルチ正當トスルガ故ニ行使ノ繼續中ニ一年ヲ經過シタル場合ニハ未ダ權利ノ消滅スルコトナク又行使ニヨリテ權利ノ範圍確定シタル後ニ於テハ(相手方ノ同意又ハ裁判ノ確定ニヨリ)普通ノ損害賠償請求權ト同ジク時效期間內存續スルモノト解ス。末弘氏(三九八頁)ト相似テ稍異レリ。

- (2) 權利ノ不足ナル場合ニ於ケル擔保責任。
- (イ) 數量ヲ指示シテ賣買シタル物ガ不足ナル場合及ビ物ノ一部ガ契約ノ當時既ニ減失シタル場合ニ於テハ權利ノ一部ガ他人ニ屬セル場合ニ同ジク買主ハ代金減額請求權又ハ解除權及ビ損害賠償請求權ヲ有ス(五六)。
- (a) 擔保責任發生ノ要件ハ數量ヲ指示シテ賣買シタル物ガ不足ナルコト又ハ物

ノ一部が契約當時既に滅失セルコト是ナリ。

數量ヲ指示シテ賣買ヲナスト謂フハ特定物ニ付キ一定ノ容積、重量員數又ハ尺度アルコトヲ賣主ガ表示シ之ヲ基礎トシテ賣買ヲ爲セルコトヲ謂フ。換言スレバ一定ノ數量アルコトヲ以テ條件トナシタルコトヲ要セズト雖モ(註十九)單ニ買主ガ一定ノ數量アリト信ジタルヲ以テハ足ラズ賣主モ亦一定ノ數量アルコトヲ明示シ又ハ少クトモ之ヲ認メタルコトヲ要シ且其數量ヲ基礎トシテ代金額ハ定メラレタルコトヲ要ス。假令一定ノ數量アルコトガ表示セラル、モ當事者ハ特定物ソノモノニ着眼シ、數量ノ如何ガ反對給付ニ影響ナカリシ場合ニハ本條ノ適用ナシ(註二十)。

物ノ一部が契約當時滅失セリト謂フハ嘗テ存在シタル物が契約當時一部分滅失セルコトヲ謂フ(註二十一)。契約締結以後ニ滅失シタル場合ハ之ヲ包含セズ。

以上何レノ場合ニ於テモ買主ハ善意ナルコトヲ要ス。惡意ナル買主ガ代金減額請求權ヲモ有セザルハ第五百六十三條ノ場合ト異ナル點ナリ。而シテ此

差異ヲ設ケタル理由ハ多ク言ハズシテ明ナラン。

(註十九) 一定ノ數量アルコトヲ條件トシタル場合ニハ九五條ノ適用アリヤ否ヤノ問題アリ。殘存ノ數量ノミナレバ買受ケザルベカリシ場合ニ於テモ賣買ヲ無効トセズ解除權ヲ認メタルニ依リテ考フルトキハ九五條適用ノ餘地ナシト解スルヲ正當トスベシ。實際上ノ結果ニ於テモ若シ錯誤ノ規定ノ適用アリトセバ損害賠償請求權ナキコト、ナリ他ノ場合ニ比シテ大ニ權衡ヲ失スベシ。同說、末弘氏、四〇一頁、反對、大正六年六月七日東控判、判例二卷二五號民法九八〇頁。

(註二十) 同說、橫田氏、三一五頁、末弘氏、四〇一頁。例ハ千坪ノ土地ヲ一坪百圓ノ割合ニテ賣買シタル場合ニ十坪ノ不足アラバ代金減額請求權アリ。之ニ反シ重量若干ノ金剛石ヲ賣買シタル場合ニ其重量ニ差異アルモ本條ノ適用ナカルベシ。然レドモ本條ハ數量ノ指示ノミヲ要求セルモノナルガ故ニ指示セラレタル數量ガ代價ノ標準トナラザリシコトハ賣主ニ於テ之ヲ證明スルコトヲ要ス。

(註二十一) 例ハ一樽ノ酒三斗五升アリトシテ賣買シタルニ其中一斗ハ契約當時既に竊取セラレ又ハ流失セル場合ノ如シ。

(b) 擔保責任ノ内容ニ付テハ第五百六十三條ニ付テ述ベタル所ヲ推シテ知ルベシ。

目的物不足ノ場合ハ目的物ニ隱レタル瑕疵アル場合ニ類似ス。故ニ之ヲ瑕

疵擔保ノ一種トシテ論ズルモ亦其理ナキニアラズ。民法ガ之ヲ瑕疵擔保ト區別シ權利ノ一部ガ他人ニ屬スル場合ニ準ズベキモノトナシタルハ代金減額請求權ヲ認ムルノ正當ナルガ爲メナリ。而シテ理論上ヨリ考フレバ特定物ノ所有權ヲ目的トスル賣買ニ付テ其一部ヲ移轉スルコト能ハザル場合ナルガ故ニ權利ニ瑕疵又ハ不足アル場合トシテ之ヲ論ズルヲ寧ロ正當トセン。

本條ニ規定セル權利ノ不足ハ契約當時ヨリ存在スルモノニシテ且他人ノ權利ノ賣買ニ於ケルト異リ主觀的ノ缺點ニアラズ。故ニ本條ニ規定セル擔保責任ハ之ヲ原始の一部不能ニ對スル責任ト解セザルベカラズ(註二十二)。

(註二十二)

本條ニ規定スルト反對ノ場合即チ數量ヲ指示シテ賣買シタル物ガ其數量ヲ超過スル場合ニハ當然ニハ代金増額請求權ナク、當事者ノ意思ヲ解釋シテ決スベシ、四一年三月一八日大判、民錄、一四輯二九五頁。一筆ノ土地ノ賣買ニ付キ延地アルモ買主ノ所有トナル、五年二月一九日大判、民錄、二二輯三二二頁。

(ロ) 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(五六六條一項)。

(a) 賣買ノ目的物ガ地上權、永小作權、地役權又ハ質權ノ目的タル場合(五六六條一項)及ビ賣買ノ目的タル不動産ニ付キ登記シタル賃借權ノ存スル場合(同條二項後段)ニハ之等

(ロ) 目的タル權利ガ他ノ權利ニ依リテ制限セラレタル場合

ノ權利ハ第三者タル買主ニモ對抗シ得ベキモノナルガ故ニ其範圍内ニ於テ買主ノ取得シタル權利ニハ不足アリ。之レ此場合ニ擔保責任ヲ認ムル所以ニシテ其擔保責任ノ性質ハ上ニ述べタル場合ト同ジク權利ノ瑕疵又ハ不足ニ對スル責任ナリ。

此責任ハ買主ガ善意ナリシコトヲ以テ其要件トス。賣買當時既ニ之等ノ制限物權其他ノ權利アルコトヲ知レル場合ニハ之ヲ標準トシテ代金ノ額ヲ定メタルモノト言フベク買主ヲ保護スベキ何等ノ理由ナシ。然レドモ買主ガ之ヲ知ラザルニ付テ過失アリヤ否ヤ賣主ガ善意ナリヤ否ヤハ之ヲ問ハズ。

(b) 擔保責任ノ内容ハ解除權ト損害賠償請求權ト是ナリ。代金減額請求權ヲ認メザルハ數量不足ノ場合ノ如ク不足ナル割合ニ應ジテ減少スベキ額ヲ算定スルコト容易ナラザレバナリ。

契約ノ解除權ハ買主ガ其制限アル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り買主之ヲ有ス。契約ヲ爲シタル目的(動機)ノ如何ハ固ヨリ契約當時ニ付テ之ヲ決スベク而シテ買主ノ内心ノミニ於テ有シタル目的ガ

標準トナラザルハ嘗テ述ベタルガ如シ。買主ガ契約ヲ解除シタル場合ニ於テ尙損害アラバ買主ニ對シテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得(註二十三)。其趣旨及ビ範圍ハ他人ノ權利ノ賣買ニ付テ述ベタル所ニ同ジ。

「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」。即チ其制限アルモ尙契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコトヲ得ル場合ニ於テハ買主ハ尙代金ノ全額ヲ支拂フコトヲ要スルモ、其制限アルガ爲メニ蒙リタル損害ハ賣主ニ對シテ其賠償ヲ請求シ得ルナリ。法典ガ此損害賠償請求權ヲ認メタルハ敢テ制限タル權利ノ除去ヲ請求スル債權ノ成立ヲ認メ其債權ニ付テ債務不履行アル場合ニ損害賠償請求權ニ變ズベキコトヲ認メタルニアラズ。債務ガ不履行ニ依リテ損害賠償請求權ニ變ズルコトニ付テハ固ヨリ特別ノ規定ヲ要セザルガ故此ノ規定ハ初メヨリ損害賠償請求權ノ成立ヲ認メタルモノト解セザルベカラズ。而シテ特ニ賣買ニ付テ原始の一部不能ノ場合ニ損害賠償請求權ノ成立ヲ認メタルハ有償契約ニ付テ互ニ對價タル給付ヲ交換セントスル當事者ノ目的ヲ達セシメ取引ノ需要ニ應ゼンガ爲メナリ(註二十四)。

解除權及ビ損害賠償請求權ハ買主ガ制限タル權利アルコトヲ知リタル時ヨリ一年内ニ之ヲ行使スルコトヲ要ス(五六六)。其期間ノ除斥期間タルハ第五百六十四條ニ付テ述ベタル所ニ同ジ。

(註二十三) 解除權ナキ場合ニ付テ、損害賠償ノ請求ノミヲ爲スコトヲ得ト規定スルガ故ニ解除權アル場合ニハ損害賠償ノ請求ヲモ爲シ得ベキコト明ナリ。

(註二十四) 買主ガ制限タル權利ノ除去ヲ請求スル權利ナ有スルヤ否ヤノ問題ハ本文述アル所ニ依リテ消極ニ解スベキコト明ナラン。同說、末弘氏、四〇七頁。第五六〇條以下ノ規定トノ比較ヨリイフトキハ此場合モ主觀の一部不能ト解シ得ラレザルニアラズト雖モ本文述アル所及ビ本條ガ五六〇條等ト異リ完全ナル權利ノ移轉ヲ請求シ得ベキモノト規定セザリシコト等ヲ比照スルトキハ客觀的一部分不能ナリトシテ其效果ヲ定メタルモノト解スルチ正當トス。

(ハ)先取特權又ハ抵當權ノ行使ニ因リ買主ガ所有權ヲ失ヒタル場合及ビ買主ガ自己ノ出捐ニ依リ此制限ヲ消滅セシメタル場合(五六七)。

(a)賣買ノ目的タル不動産ノ上ニ他人ガ先取特權又ハ抵當權ヲ有スルトキハ買主ノ取得シタル不動産所有權ハ其制限ヲ受ケ、其制限ノ範圍ニ於テ買主ノ取得シタル權利ニ瑕疵又ハ不足アルコト明ナリ。然レドモ之等ノ權利ハ占有ヲ伴

(ハ)先取特權
權行使ニ
權所有ニ
因リ所有
ノ場合ニ
ハ權利失
ハル場合

ハザル權利ニシテ其存在ノミニ因リテハ買主ガ其所有物ヲ享有スルコトヲ妨
ゲザルヲ以テ民法ハ地上權、永小作權等ノ存在スル場合ト異リ、先取特權又ハ抵
當權ノ存在ノミニヨリテハ賣主ノ擔保責任ヲ生ゼザルモノトシ、買主ガ之等ノ
權利ノ行使ニ因リテ所有權ヲ失ヒタルカ或ハ買主自ラ出捐、滌除、代價辨濟等ヲ
爲シテ其所有權ヲ保存シタルコトヲ要スルモノトス。

此擔保責任發生ノ要件トシテ買主ノ善意ナリシコトヲ要セザルハ又地上權
等ノ存スル場合ト異レリ。而シテ其差異ヲ認メタル理由ハ假令先取特權又ハ
抵當權ノ存スルコトアルモ必ラズシモ行使セラル、モノニアザルガ故ニ買
主ハ其行使セラレザルコトヲ豫想シテ賣買ヲ爲スコト寧ロ多數ナレバナリ。
賣買ノ目的タル不動産ノ上ニ不動產質權ノ存スル場合ニ於テハ第五百六十
六條ノ適用アルハ勿論ナリト雖モ更ニ質權ノ行使ニ因リ買主ガ所有權ヲ失ヒ
タルトキハ第五百六十七條ノ適用アリヤ否ヤノ問題ヲ生ズ。理論上ヨリ言フ
トキハ制限タル權利ノ存在ニ因ル擔保責任ト行使ニ因ル擔保責任ト並ビ存ス
ルモ何等ノ妨ナク、又實際上之ヲ認ムル必要アルノミナラズ法典起草ノ沿革ニ

不動産買
賣ノ有ス
ル場合ハ
如何

付テ見ルニ抵當權ニ關スル規定ハ總テ之ヲ不動産質權ニ準用スル立法者ノ意
思ナリシコト明ナルガ故ニ本條ノ規定ハ之ヲ不動産質權ニ類推適用スベキモ
ノト信ズ(註二十五)(註二十六)。

(註二十五) 同說、横田氏、各論、三二五頁以下、末弘氏、各論、四一二頁以下。尙本條ハ地上
權、永小作權ノ賣買ニ付テ之等ノ權利ノ上ニ抵當權ノ存スル場合ニ之ヲ類推適用
シテ可ナリ、同說、末弘氏前掲。

(註二十六) 五六七條ニハ「所有權ヲ失ヒタルトキ」ト規定スルモ取得スル能ハザル場
合ヲモ包含セシムベキハ勿論ナリ。判例ガ移轉登記以前抵當權ノ行使セラレタ
ル場合ニ本條ヲ適用スルハ正當ナルモ、所有權既ニ移轉シタルコトヲ理由トスル
ハ不當ナリ、一〇年六月九日大判、民錄、二七輯一一二二頁、判例民法二九四頁(我妻氏
評釋)。

(b) 擔保責任ノ内容ハ買主ガ解除權又ハ償還請求權ト損害賠償請求權トヲ取得
スルコト是ナリ。

先取特權、抵當權ノ行使アリタルトキハ其結果ニ於テ權利ノ全部ガ他人ニ屬
シタル場合ト異ル所ナキガ故ニ買主ハ解除權ヲ有ス。買主自ラ出捐ヲ爲シテ
所有權ヲ保存シタル場合ニハ所有權ヲ失ハザルガ故ニ解除權ハ之ヲ有セザル

(二) 地役權
存在セ
合ザリシ
場セ

三三六
モ出捐ノ償還請求權ヲ有ス。而シテ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。賣主ノ善意ナリシヤ否ヤハ之ヲ問ハ
ズ。

(二) 賣買ノ目的タル不動産ノ爲メニ存セリト稱セシ地役權ノ存在セザリシ場合
(五六六、
條二項)。

地役權ハ土地所有權ニ從タル權利ナリ。其從タル權利アルモノトシテ土地
所有權ヲ賣買シタル場合ニ之ヲ缺クトキハ權利ニ不足アルコト明ナルガ故ニ
善意ノ買主ニ對シテ賣主ハ擔保責任ヲ負フ。即チ其地役權ナクバ契約ヲ爲シ
タル目的ヲ達スルコト能ハザル場合ニハ買主ハ契約ヲ解除シ、且損害賠償ノ請
求ヲ爲スコトヲ得ベク、然ラザル場合ニハ單ニ損害賠償ノ請求ノミヲ爲スコト
ヲ得ルモノトス。之等ノ權利ニ付テハ一年ノ除斥期間アリ。

瑕疵擔保
ノ責任

(乙) 物ノ瑕疵ニ對スル擔保責任。
(1) 賣買ノ目的物ニ隱レタル瑕疵アリタルトキハ第五百六十六條ノ規定ヲ準用
ス(五七)。之レ羅馬法以來諸國ノ法制ニ於テ普ク認ムル賣主ノ擔保責任ニシテ

此責任ノ
法律上ノ
性質

學者ノ瑕疵擔保 (Gewährleistung wegen Mängel der Sache, garantie contre les vices de la
chose) ト稱スルモノナリ(註二十七)。

瑕疵擔保ノ法律上ノ性質ニ付テハ學說岐ル。多數ノ學者ハ擔保責任ノ根據
ヲ給付義務ニ求メ賣主ハ其給付義務ヲ完全ニ履行セザルガ故ニ擔保責任ヲ生
ズルモノトス。曰ク瑕疵ナキ物トシテ一定ノ物ヲ賣買シタル場合ニ於テ賣主
ハ瑕疵ナキ物ヲ給付スル義務ヲ負フガ故ニ瑕疵ナキ特定物ヲ給付スルニアラ
ザレバ契約ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲セルモノト言フベカラズ擔保責任ヲ生
ズルハ此給付義務ノ完全ナル履行ナキガ故ナリト(註二十八)。然レドモ擔保責
任ハ特定物ノ賣買ニ於テ初ヨリ目的物ニ瑕疵アリタル場合ニノミ之ヲ生ズル
モノニシテ、且初ヨリ瑕疵アル物ヲ瑕疵ナキ物トシテ賣買スルモ理論上瑕疵ナ
キ物ノ給付ヲ爲スベキ債務ヲ生ズルモノト解スルコトヲ得ズ。蓋瑕疵ナキ物
ヲ給付スルコトハ初ヨリ不能ニシテ原始的不能ノ給付ニ付テハ債務ハ發生ス
ルコトヲ得ザレバナリ。故ニ賣主ハ原始的一部不能ノ理由ニ因リ其可能ナル
範圍内ニ於テノミ債務ヲ負擔シ從ツテ瑕疵アル其特定物ヲ給付スル債務ノミ

ヲ負擔スルモノト解スベク之ヲ給付シタルトキハ其債務ヲ履行シタルモノト
言ハザルベカラズ。以上ノ理由ニヨリ瑕疵擔保ヲ以テ債務不履行ノ效果ナリ
トスル說ハ理論上之ヲ採ルコトヲ得ズ。

或ハ以上ノ說ト異リタル意味ニ於テ瑕疵擔保ヲ義務違反ノ效果ト解スル學
說アリ。即チ賣主ハ買主ニ對シテ物ノ瑕疵ヲ告知スル義務ヲ負フモノトシ、特
定物ノ瑕疵ニ對スル責任ハ此告知義務ノ違反ニ對スル責任ナリトス(註二十九)。
然レドモ賣買締結以前ニ於テ當事者間ニハ何等ノ法律關係ナキガ故ニ賣主タ
ルベキ者ガ瑕疵ヲ告知スベキ法律上ノ義務ヲ負フモノト解スルコトヲ得ズ。
從ツテ賣買締結ニ際シテ目的物ニ瑕疵ノ存在セリトイフ事實ヨリ生ズル法律
效果ヲ以テ告知義務違反ノ效果トスルハ理論上不當ナリ。

按ズルニ瑕疵擔保ハ賣買ヨリ生ズル法律上ノ責任(Gesetzliche Haftung)ナリ。
若シ債務不履行ノ理ニ因リ又ハ告知義務違反ノ理ニ因リ或ハ又擔保契約ノ契
約上ノ效果トシテ賣主ノ責任ヲ認ムルヲ以テ足レリトセバ特ニ法律ニ之ヲ規
定スルノ必要ヲ見ズ。法律ノ特ニ之ヲ規定スルハ此ノ如キ一般ノ原則ニ依リ

テハ賣主ノ責任ヲ認ムルコトヲ得ザル場合ニ於テモ尙賣主ノ責任ヲ認ムルコ
トガ賣買ノ有償契約タル性質ニ適シ、賣買ノ信用ヲ保護スルハ取引ノ需要ニ應
ズルモノト認メタルガ爲メニシテ從ツテ此責任ハ原始的一部不能ニ對シ法律
ノ認メタル特殊ノ責任ナリト解セザルベカラズ(註三十)。

(註二十七) 羅馬法ニ於テハ初メ市民法ニ於テ *actio empti* ニ依リテ狭キ範圍ニ於テ擔
保責任ヲ認メタルガ後期ニ於テハ *actio redhibitoria* 及 *actio quanti minoris* ニ依リ其範圍
ヲ擴張シ且解除權ト代金減額請求權トヲ選擇的ニ買主ニ與ヘタリ。近世諸國ノ
法制ハ皆此擔保責任ヲ認ムルモ其要件及ビ效果ニハ差異アリ。我民法ノ特色ハ
代金減額請求權ヲ認メザルコトト賣主ノ故意又ハ過失ヲ要件トセズシテ一般ニ
損害賠償請求權ヲ認ムルコトナリ。暎道氏、京法、五卷六號八八頁以下參照。

(註二十八) 横田氏、三三九頁、三四〇頁、末弘氏、四一九頁、獨佛ニ於テモ多數說ナリ、
Dernburg, B. R. §185, Kisch, Urmöglichkeit S. 193 ff. 等 Colln et Captant, II, p. 467 etc.

(註二十九) Krückmann, Urmöglichkeit und Urmöglichkeitprozess S. 208 ff. 等。

(註三十) 給付義務ヲ以テ擔保責任ノ根據トセザル者ハ岡松氏、無過失損害賠償責任
論八一三頁以下、暎道氏、前掲 Ortmann, S. 377; Schollmayer, Jhering's J. Pd. 49. S. 93 ff. 等。賣買
ノ當時目的物ニ瑕疵アリタリトイフ事實ニ因ル損害ハ何人ニ歸セシムベキカト
イフ問題ハ賣主ガ通常其瑕疵ノ存在ヲ知ルコトヲ得ル地位ニ在リトイフ事實ノ

外賣買が有償契約タリトイフ事實ニ基キテ解決スルヲ正當トス。之レ法典ガ贈與ト異リ賣買ニ於テ擔保責任ヲ認メタル所以ナリ。之ヲ債務不履行ニ歸シ、又ハ默示ノ擔保契約ニ歸セントスル説ハ此規定ガ取引ノ需要ノ爲メニ設ケタル補充規定ナル所以ヲ解セズ。

要件

瑕疵ハ契約當時ニ存在スルニ要ス

不特定物ノ買アリニ適用ス

(2) 擔保責任ノ要件ハ賣買ノ目的物ニ隠レタル瑕疵アリタルコト是ナリ。

(イ) 瑕疵ハ賣買契約當時既ニ存在セルモノナルコトヲ要ス。從ツテ特定物ノ賣買又ハ特定ノ範圍ニ屬スル物ノ賣買ニ於テ其特定物ニ瑕疵アリ又ハ特定ノ範圍ニ屬スル物ニ瑕疵アル場合ニアラザレバ擔保責任ヲ生ゼズ。

(a) 不特定物ノ賣買ニ付テモ第五百七十條ノ適用アリ其特定ノ時期即チ危險移轉ノ時期以前ニ生ジタル瑕疵ニ付テ擔保責任アリト解スル學者多シ(註三十二)。然レドモ之レ賣買ノ目的物ト給付ノ目的物トヲ混同スルモノナリ。此場合ニハ給付ノ目的物ニ瑕疵アルモ固ヨリ賣買ノ目的物ニ瑕疵アルニアラズ(註三十二)。賣買ノ目的物ニ瑕疵アリト言ハンガ爲メニハ契約當時給付セラルベキ物ガ特定スルカ又ハ少クトモ其選擇セラルベキ物ノ範圍ガ特定セルコトヲ要ス(註三十三)。

(註三十一) 横田氏、三四四頁、畔道氏、京法、五卷六號八八頁、岡松氏、前掲、八一三頁。獨民四五九條ハ危險移轉ノ時ヲ以テ標準トスルモ我民法ト法典ノ字句ヲ異ニス。採

リテ範トスルハ誤ナリ。

(註三十二) 同説、末弘氏、四一七頁。不特定物ニ付テ賣主ガ瑕疵アル物ノ給付ヲ提供スルモ固ヨリ給付ノ特定ヲ生ゼズ、買主之ヲ受領セザルモ受領遲滞ヲ生ゼズ。若シ之ヲ受領セバ不完全給付ノ問題ヲ生ズルノミ。擔保責任ヲ生ズルニアラズ。

(註三十三) 給付ノ選擇セラルベキ範圍ノ特定セリトイフハ例ヘバ一樽ノ酒ノ中ニ升ヲ賣買セル場合ニ其一樽ノ酒ノ全部ニ瑕疵アリタル場合ノ如キヲ謂フ。此場合ニハ賣買ノ目的物ニ瑕疵アリトイフヲ妨ゲズ。

(b) 特定物ノ賣買ニ付テモ賣買當時瑕疵ナク、爾後瑕疵ヲ生ジタル場合ニハ雙務契約ニ付テ目的物ノ毀損ヲ生ジタルモノナルガ故ニ債務者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ基ケル場合ニハ第五百三十四條、債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ基ケル場合ニハ第四百十五條第五百四十三條ノ適用ヲ見ルナリ。擔保責任ノ問題ヲ生ズルニアラズ。

(ロ) 瑕疵アリトハ當該ノ物が通常有スル性質又ハ當事者ノ特ニ保有スベキモノト定メタル性質ヲ缺如シ爲メニ物ノ使用價值又ハ交換價值ヲ減少セシムルヲ

瑕疵アリト何ノ謂フ

謂フ(註三十四)。其性質ハ物理的性質ニ限ルヤ法律的性質ヲモ包含スルヤ解釋上多少議論アルモ第五百六十五條乃至第五百六十七條ノ適用セラルベキ範圍外ニ於テハ兩者ヲ包含スルモノト解スルヲ正當トス。蓋物ノ瑕疵ト謂ヒ權利ノ瑕疵ト謂フモ唯觀察點ヲ異ニスルニ止マリ其本質ニ於テハ相排斥スルモノニアラザレバナリ(註三十五)。

瑕疵ガ補充シ得ルモノナリヤ否ヤハ擔保責任ソノモノニハ關係ナシ(註三十六)。唯擔保責任ノ内容即チ尙契約ヲ爲シタル目的ヲ達シ得ルヤ否ヤノ點及ビ損害賠償ノ範圍ニ付テ影響アルノミ。

(註三十四) 從ツテ特別ナル性質ノ缺如セルコトハ唯當事者ガ其存在スベキコトヲ定メタル場合ニ於テノミ瑕疵トナル。又物ノ價值ニ何等ノ影響ナキ微細ナル缺點ハ瑕疵ニアラズ。

(註三十五) 同說、末弘氏四二〇頁、四年一月二日大判、民錄、二一輯二一四七頁、*Revue de Droit, Leirb. 331 et 332* 及ビ同處引用獨逸判例、反對、橫田氏、三四一頁。例ヘバ建築用敷地トシテ一定ノ土地ヲ賣買シタル場合ニ其土地ニ付キ建築禁止ノ法令アリタル場合ノ如シ。

(註三十六) 例ヘバ馬ニ隱レタル疾病アルトキハ其不治ナリヤ否ヤヲ問ハズ。

隱レタル瑕疵

(ハ) 瑕疵ハ隱レタルモノナルコトヲ要ス。隱レタル瑕疵 (*viées ou défauts cachés, verborgene Mängel*) ハ明ナル瑕疵 (*viées apparentes*) ニ對ス。單ニ買主ノ知ラザル瑕疵ヲ謂フニアラズシテ通常人ノ注意ヲ用フルモ知ルコトヲ得サル瑕疵ヲ謂フ。他ノ方面ヨリ言ヘバ買主ハ善意無過失ナルコトヲ要スルナリ(註三十七)。賣主ノ善意ナリヤ否ヤハ固ヨリ之ヲ問ハズ。

(註三十七) 同說、末弘氏、四二〇頁、反對、橫田氏、三四五頁。同氏ハ無過失ヲ要セザルモノトス。然レドモ隱レタルトイフハ客觀的ニ隱レタルコトヲ謂フモノナルガ故ニ普通人ノ用フベキ注意ヲ用フルモ發見シ得ザル瑕疵ノ意義ト解セザルベカラズ。而シテ買主ガ特ニ調査ヲ爲シタルコトヲ要スルヤ否ヤハ賣買ノ目的物ニ依リテ差異アルモノト言ハザルベカラズ。

(ニ) 物ノ賣買ナルコトヲ要スルヤ否ヤ。法文ニハ賣買ノ目的物ト規定スルガ故ニ有體物ノ所有權ヲ目的トスル場合ニ限ルト解スル說アリ又有體物ヲ目的トスル權利ナルヲ以テ足り所有權ニ限ラズト解スル說アリ又汎ク所有權以外ノ權利ノ賣買ニ付テモ第五百七十條ノ適用アリト解スル說アリ(註三十八)。目的物ナル文字ニ拘泥スル解釋ハ余ノ採ラザル所ナリト雖モ此規定ノ適用セラル

物ノ賣買ナルコトヲ要スルカ

ベキ範圍ハ債權賣買ニ關スル規定(五六)ニ依リテ多少ノ制限ヲ受ケザルヲ得ズ。即チ此制限以外ニ於テハ權利ノ賣買ニモ第五百七十條ヲ適用スベク、又賣買以外ノ有價契約ニモ此規定ヲ準用スベキモノト解ス(註三十九)。

(註三十八) 第一説、横田氏、三四〇頁、第二説、村上氏、四二六頁、第三説、末弘氏、四一六頁。

(註三十九) 例ヘバ地上權ノ賣買ニ於テ土地ガ建築ニ適セザル場合ニハ五七〇條ノ適用アルベク、營業讓渡ニ於テ營業ニ關レタル缺點アラバ第五九條ニ依リ本條ヲ準用スベシ。營業讓渡ニ付テ瑕疵擔保ノ責任ヲ認ムベキコトニ付テハ *Emptioortus* Lehrb. § 331 S. 321; *Ortmann* § 429 S. 430 及ニ同處引用ノ獨逸判例參照尙佛法ニ付テハ *Colin et Copiant*, II, p. 469 等參照。

契約解除

損害賠償請求權

(3) 瑕疵擔保ノ法律效果ハ買主ガ解除權又ハ損害賠償請求權ヲ取得スルコト是ナリ。

(イ) 瑕疵ノ存スルガ爲メニ買主ガ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコトヲ得ザル場合ニハ解除權ヲ有ス。而シテ解除ノ結果尙損害アルトキハ其賠償ヲ請求シ得ベキコト第五百六十六條ニ付テ述ベタルガ如シ。

(ロ) 其他ノ場合ニ於テハ買主ハ損害賠償請求權ノミヲ有ス。賣主ノ善意ナリヤ

錯誤ニ關スル規定ト入關係

否ヤ、過失アリヤ否ヤヲ問ハズ。而シテ此場合ニ代金減額請求權ヲ與ヘザルハ數量不足ノ場合ト異リ減額ノ範圍ヲ定ムルコト困難ナレバナリ。

(ハ) 以上二個ノ權利ハ買主ガ瑕疵アルコトヲ知リタル時ヨリ一年内ニ之ヲ行使スルコトヲ要ス。商法ニ於テハ更ニ嚴格ナル規定ヲ設ケタリ(商、二八)。

(4) 瑕疵擔保ニ關スル規定ト錯誤ニ關スル規定(九五)トノ關係ニ付テハ獨逸ニ於テモ解釋上議論ノ存スル所ナリ(註四十)。我法典ニ付テハ瑕疵擔保ニヨリテ解除權ヲ生ズル場合ニハ、純理上法律行爲ノ要素ニ錯誤アルモノニシテ然モ民法

ハ此場合ニ付キ解除權ヲ認メ從ツテ契約ヲシテ當然無効ナラシムルコトナキヲ以テ民法第九十五條ノ適用ナキモノト解スル學者寧ロ多數ナリト雖モ稀ニ反對ノ見解ヲ採ル者無キニアラズ(註四十一)。惟フニ瑕疵アル特定物ニ付テ當事者ガ瑕疵ナキ物ヲ賣買スル意思(内心的效果意思)ヲ有スル場合ニ、若シ當事者ノ表示行爲ヲ以テ瑕疵ナキ物ヲ賣買スル表示ナリト解スレバ、當事者ノ意思ト表示トノ間ニハ齟齬ナキガ故ニ錯誤ニ因ル意思表示ニハアラザルモノト云フベク、又若シ當事者ハ其特定物ヲ賣買スル意思ヲ表示セルモノニシテ即チ瑕疵

アル物ヲ賣買スル表示ヲ爲セルモノト解スレバ錯誤ニ因ル意思表示トナルベシ。随ツテ瑕疵アル物ノ賣買ガ錯誤ニ因ル法律行爲ナリヤ否ヤハ理論上ニ於テハ其表示行爲ノ解釋ニ依リテ決定セラルベキモノナリト雖モ、民法ハ其何レニ解セラルルカラ問ハズ賣買ノ有償契約タル性質ニ基キテ賣主ノ擔保責任ヲ定メタルナリ。余ハ此理由ニ依リテ第九十五條ハ其適用ノ餘地ナキモノト解セントス。

(註四十) 獨法ニ關スル學說ニ付テハ Ortmann, Vorb. 21 § 459 ff. 419 參照。然レドモ獨法ヲ錯誤ニ關スル規定(一一九條)ハ其效果ニ於テモ亦其品質ニ關スル錯誤ノ效果ヲ認ムル範圍ニ於テモ我民法ト異ルガ故ニ直チニ採リテ範トナスベカラズ。

(註四十一) 前説、横田氏、志林、一三卷三號三五頁以下、水口氏、新報二七卷一一號四四頁以下、末弘氏、四二二頁以下。後説、伴氏、内外論叢五卷三號一二九頁以下。伴氏ハ瑕疵擔保ヲ以テ物ノ品質ニ關スル錯誤ノ效果ヲ定メタリトナスモ其契約ヲ爲シタル目的ヲ違セザラシムル場合ニ於テモ客觀的ニ其品質ガ重要ナル品質ナルコトヲ要セザルヲ以テ九五條ニ謂フ要素ノ錯誤ニアラズ從ツテ兩者ハ其規定スル事項ノ範圍ニ於テ相重複スルモノニアラズトナス。一〇年一月一日、大判、民錄、二七輯二一六〇頁、一定ノ品質ヲ有スルコトヲ重要ナルモノトシテ表示シタルト

キハ要素ノ錯誤ナリトシ然ラザルトキハ九五條ノ適用ナシトス。判例民法、六三三頁(我妻氏評釋)。

強制競賣ニ於ケル擔保責任ノ性質

五 強制競賣ニ於ケル擔保責任ニ付テハ民法第五百六十八條及ビ第五百七十條但書ニ特則アリ。今先ヅ強制競賣ノ性質ヲ略説シ次ニ民法ノ規定ヲ説明スベシ。

(1) 強制競賣ノ性質ニ關シテハ學說上頗ル議論アリ。而シテ其要點ハ強制賣買ガ賣買ノ一種ナリヤ否ヤ及ビ其賣主ハ何人ナリヤノ二點ニ歸ス。

(イ) 強制賣買ヲ以テ賣買ノ一種トシ又ハ賣買ト類似シタル私法上ノ行爲ナリト解スルハ從來ノ通説ナリ(註四十二)。之ニ反シテ雉本博士ハ強制賣買ヲ以テ賣買ノ形式ニ從ヒテ爲サルル換價行爲ニシテ性質上公用徵收ニ類スル特種ノ公法上ノ處分ナリトス(註四十三)。惟フニ強制競賣ハ國家ノ機關ニ依リ債務者其他ノ者(物上保)ノ財産ヲ換價スルコトヲ目的トスルモノナリト雖モ、現行法ハ其換價ノ方法トシテ賣買ノ形式ヲ用フルガ故ニ、換價行爲タル強制競賣ソノモノハ性質上尙私法上ノ賣買タルモノト解セザルベカラズ。民法ガ強制競賣ノ場

三四八
合ニ於ケル擔保ノ責任ヲ規定スルハ其賣買ノ一種タルコトヲ前提トスルガ故ナリ。

(註四十二) 梅氏、要義、第五百六十八條、四川氏、新報二〇卷九號八二頁以下、末弘氏四二二頁以下、板倉氏、強制執行法義海、三七三頁以下、七二九頁、橫田氏、新報、二〇卷九號八一頁同氏、三二八頁以下。

(註四十三) 雄本氏、判例批評錄、第一卷、九四頁以下、一二六頁以下、二三三頁以下、同氏、京法八卷八號九〇頁以下。

(ロ) 強制競賣ヲ以テ賣買又ハ之ニ類似スル行爲ナリト解スルトキハ其賣主ノ何人ナルカヲ決定スルコトヲ要ス(註四十四)。而シテ此點ニ付テハ債務者說、債權者說及ビ執行機關(競賣機關)說アリ。第一說ハ我國ニ於ケル多數說ニシテ且判例ノ採用スル所ナレドモ(註四十五)余ハ之ヲ採ラズ。蓋強制競賣ハ債務者又ハ所有者ノ意思ニ基カザルノミナラズ執行機關(競賣機關)ハ債務者又ハ所有者ノ代理人(法定代理人)トシテ意思表示ヲ爲スモノニアラズ、且債務者又ハ所有者モ亦競買人タルコトヲ得ベキガ故ニ債務者又ハ所有者ヲ以テ賣主ナリトスルハ當ラズ。債權者說ハ債務者說ニ比スレバ多少ノ理由ナキニアラズ。蓋債權者

賣主ハ何人ナルカ

又ハ擔保權者ハ擔保契約ニ基キテ目的物ノ處分權ヲ有シ此處分權ニ基キテ競賣ノ申立(委任)ヲ爲スモノナレバナリ。然レドモ競賣機關ハ債權者又ハ擔保權者ノ名ニ於テ競賣ヲ爲スモノニアラザルノミナラズ債權者モ亦競買人トナリ得ルコト明ナルガ故ニ債權者ヲ以テ賣主タルモノト解スベカラズ(註四十六)。以上二說共ニ採ルベカラザルガ故ニ余ハ第三說ヲ採リ執行機關ガ國家ノ機關トシテ賣買ヲ爲スモノニシテ賣主ハ執行機關ニ外ナラザルモノト解セントス。此ノ如ク解スルコトニ依リテ初メテ債務者債權者共ニ競買人タリ得ルモノト解スルヲ得ベシ(註四十七)。

(註四十四) 公法上ノ處分ナリト解スルトキハ其主體ノ國家ナルハ言ヲ俟タズ。

(註四十五) 梅氏、要義、第五百六十八條、四川氏、前掲、岡松氏、理由、第五百六十八條、大正二年六月四日大判、民錄、一九輯四〇一頁、橫田氏、法律評論四卷民訴三四七頁以下。

(註四十六) 我國ニ此說ヲ唱フル者ヲ見ズ。

(註四十七) 同說、末弘氏、四二四頁以下。板倉氏、前掲、三七三頁以下亦之ニ近シ。

(2) 強制競賣ニ於テ賣主タル者ハ執行機關ナルコト上述ノ如シト雖モ、執行機關ハ訴訟法、競賣法等ニ依リテ他人ノ物ヲ處分スル權限ヲ有シ之ニ基キテ賣買ノ

擔保責任者ヲ定ムル必要

第二章 契約各論 賣買ノ效力 擔保責任

意思表示ヲ爲スニ過ギザル者ナルガ故ニ、之ヲシテ擔保責任ヲ負擔セシムベカラザルハ固ヨリ明ナリ。之レ民法第五百六十八條ガ特ニ強制競賣ニ付テ擔保責任ノ負擔者ヲ規定スル所以ニシテ實質上出損ヲ爲シ又代金支拂ニ因リテ利益ヲ受クベキ者ヲ以テ負擔者トナシタルハ擔保責任ノ性質ニ適スルモノト言フベシ。

(イ) 強制競賣ノ場合ニ於テ第五百六十一條乃至第五百六十七條ノ規定スル事實アルトキハ競落人(買主)ハ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(五六八條一項)。

(a) 此規定ニ依リ強制競賣ノ場合ニ於ケル擔保責任ハ第一次ニ於テ債務者之ヲ負擔スルコト明ナリ。蓋シ強制競賣ハ債務者ノ財産權ヲ競落人ニ移轉スルコトヲ目的トスルモノニシテ權利ノ欠缺アル物ガ其欠缺ナキ物トシテ賣却セラレタル事ニ因ル利益ハ第一次ニ於テ債務者ニ歸スルモノナレバナリ(註四十八)。

債務者以外ノ者(第三者)ガ供シタル擔保物ノ競賣セラレタル場合ニ於テハ第三者ガ本條ニ規定スル債務者ノ擔保責任ヲ負擔スルモノト解スルヲ通説トス

(註四十九)。法文ニハ單ニ債務者トイヒ且債務者ハ代金辨濟ノ範圍内ニ於テ其債權者ニ對スル債務ヲ免ルルモノナルガ故ニ、此場合ニ於テモ尙債務者ヲシテ擔保責任ヲ負ハシムベキガ如シト雖モ、擔保物ニ權利ノ欠缺アルニ拘ラズ其欠缺ナキモノトシテ賣却セラレタルトキハ第三者ハ其範圍内ニ於テ債務者ニ對シテ求債權ヲ有スベク隨ツテ其欠缺ナキモノトシテ賣却セラレタルコトニ因ル利益ハ債務者ニハ歸屬セズシテ寧ロ擔保物ヲ供シタル第三者ニ歸スルモノト言ハザルベカラズ。故ニ法文ガ單ニ「債務者」ト謂ヘルハ債務者自身ノ財産ガ競賣セラレル普通ノ場合ニ着眼シタルニ因ルモノト解シ如上ノ場合ニ於テハ第五百六十八條第一項ノ類推適用ニ依リ第三者ヲシテ第一次ノ責任ヲ負擔セシムルヲ正當トスベシ(註五十)。

(註四十八) 八年五月三日、大判、民錄、二、五輯七二九頁、先ヅ債務者ノ負擔ナルヲ以テ債權者ニ對シ直チニ不當利得返還ヲ請求スルヲ得ズ。

(註四十九) 梅氏、要義、五六八條、橫田氏、各論、三三三頁、末弘氏、各論四二七頁。反對、橫田氏、法律評論四卷、民訴、三五二頁以下。

(註五十) 通説ハ物上保證人ガ賣主ナリトイフヲ理由トスルモ余ハ之ヲ採ラズ。

(b) 擔保責任ノ内容ハ競落人ガ契約解除權又ハ代金減額請求權ヲ有スルコト是ナリ。而シテ如何ナル場合ニ何レノ權利ヲ有スルカニ付テハ「前七條」ニ付テ述ベタル所ヲ見ヨ。

(c) 強制競賣ニ付テ擔保責任ノ規定アルハ法典ガ競落人ノ權利取得ヲ以テ承繼取得ナリトナシタル成法上ノ證左ナリ。隨ツテ競落人ガ競落許可ノ決定ニ因リテ原始的ニ所有權其他ノ權利ヲ取得スルモノト解スルハ我法典ノ解釋上固ヨリ誤レリ。

配當ヲ受
クタル債
權者ハ第
二次ノ責
任ヲ負フ

(d) 強制競賣ニ於ケル擔保責任ハ第二次ニ於テ代金ノ配當ヲ受ケタル債權者之ヲ負フ(五六八)。

(a) 債權者ノ責任ハ債務者ガ無資力ナルコトヲ前提トス。即チ競落人ハ契約解除又ハ代金減額ノ請求ヲ爲スモ債務者無資力ナルガ爲メニ代金ノ全部又ハ一部ニ相當スベキ金額ヲ償還セシムルコト能ハザルコトヲ證明シテ初メテ債權者ニ對シテ請求スルコトヲ得ルナリ。

(b) 擔保責任ヲ負擔スル債權者ハ代金ノ配當ヲ受ケタル債權者ニ限ル。從ツテ

例外トシ
テ損害賠
償義務ヲ
生ズ

又債權者ノ責任ハ配當ヲ受ケタル金額ヲ限度トスルコト明ナリ。蓋シ債權者ハ此範圍内ニ於テノミ強制競賣ニ因リテ利益ヲ受ケタルモノナレバナリ。

(ハ) 強制競賣ニ於ケル擔保責任ハ損害賠償義務ヲ包含セザルヲ原則トス。蓋シ債務者ハ其意思ニ基カズシテ其財産ヲ競賣セラル、モノニシテ、債權者ハ又競賣セラルベキ財産ノ状態ヲ知悉セザルコトヲ常トスレバナリ。然レドモ債務者又ハ債權者ニ過失アルトキハ例外トシテ損害賠償義務ヲ負フモノトス。即チ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ルモノトス(五六八)。(條三項) 其損害賠償ノ性質ハ普通ノ賣買ニ於ケル擔保責任ニ付テ上ニ述ベタル所ニ同ジ(註五十二)。

(註五十一) 債務者債權者共ニ過失アルトキハ債權者ハ第二次ニ於テ責任アルモノト解スルヲ正當トスベシ。同說、末弘氏四二九頁。

(ニ) 目的物ノ隠レタル瑕疵ニ因ル擔保責任ハ強制競賣ノ場合ニ於テハ之ヲ生ゼズ(五七〇)。(條但書) 蓋債權者及ビ債務者ノ方面ニ於テハ上ニ損害賠償ニ付テ述ベタル

物ノ瑕疵
ニ付テハ
擔保責任
ヲ生ズ

擔保責任
ノ效果ニ
付キ第五
三條ノ五
三條ノ五
三條ノ五
三條ノ五

買主ノ義
務ハ代金
支拂ノ義
務アルト
ス

ト同一ノ事情アリ又競落人ノ方面ニ於テハ競賣ノ目的物ニ多少ノ瑕疵アルモ
多ク其豫期ニ反スルコトナク且此瑕疵ニ因ル損害ハ寧ロ輕微ナルヲ常態トス
ルガ故ナリ。

六 擔保責任ニ基キテ賣買契約解除セラレ又ハ代金減額ノ請求セラレ、トキ
ハ往々當事者相互間ニ相對立スル債務關係ヲ生ズ。而シテ此相互ノ債務ハ直
接ニ雙務契約ニ基クモノニハアラズト雖モ其相互ノ間ニ履行上ノ牽連關係ヲ
認ムルヲ公平トスルガ故ニ民法ハ第五百三十三條ヲ之ニ準用セリ(五七)。

第二目 買主ノ義務

一 買主ノ義務ハ我民法上代金支拂義務ニ限ル。獨逸民法ノ如ク法律上當然
目的物ノ引取義務ヲ認メザルコトハ嘗テ述ベタルガ如シ(註一)。隨ツテ買主ガ
目的物ヲ受領セザルコトハ債權者遲滯ヲ生ズルニ止マリ債務不履行ヲ生ゼズ
故ニ又契約解除權發生ノ原因トナラズ(註二)。

(註一) 拙著、債權法總論一四七頁、末弘氏四三一頁、神道氏、京法、一二卷七號七頁以下。

代金支拂
時期

二 代金支拂義務ノ性質及ビ代金額ノ決定ニ付テハ上ニ述べタリ。以下代金
支拂ノ時期其場所等ニ付キ民法ノ規定ヲ説明セントス。

(1) 代金支拂時期 「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
テモ同一ノ期限ヲ附シタルモノト推定ス」(五七三條佛)。(一六五一條) 代金支拂時期ハ固ヨリ
特約ニ依リテ任意ニ之ヲ定ムルコトヲ得ベク、其目的物引渡時期ト異ルコトヲ
得ベキコト亦明ナリ。法典ガ如上ノ推定規定ヲ設ケタルハ普通ノ場合ニ於ケ
ル當事者ノ意思ヲ基礎トセルニ外ナラズ(註三)。隨ツテ又反對ノ慣習アル場合
ニ民法第九十二條ヲ適用スルヲ妨ゲズ(註四)。

(註三) 代金支拂ニ付テノ期限ノ定アル場合ニハ目的物ノ引渡時期ニ付テ推定規
定ナシ又事情ヲ異ニスルガ故ニ類推適用ヲナスベカラズ。同說、橫田氏、三六七頁
末弘氏、四三四頁。

(註四) 例ヘバ代金ヲ月末ニ支拂フ慣習アル場合ノ如シ。四五年三月二十九日東控判
第二章 契約各論 賣買ノ效力 買主ノ義務

代金支拂ノ場所

(2) 代金支拂ノ場所 「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」(五七四條佛)。(五六五條佛) 目的物ノ引渡ト代金支拂ト其辨濟期同一ナラザルトキハ代金支拂債務ノミニ付キ其辨濟ノ場所ヲ定ムベシ。之ニ反シテ若シ其辨濟期同一ナルトキハ目的物引渡ノ場所ニ於テ代金債務モ亦之ヲ辨濟スベキモノトス。此規定モ亦取引上ノ常態ト當事者ノ意思トヲ基礎トスルモノナリ。

代金ノ利息

(3) 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但代金ノ支拂ニ付キ期限アルトキハ其期限ノ到來スルマデハ利息ヲ拂フコトヲ要セズ」(五七五條二項佛一六)。(五二條獨四五二條)

買主ハ當然利息ヲ支拂フ義務ヲ有スルモノニアラザルコト一般ノ金錢債務ノ債務者ニ同ジ其利息支拂義務ヲ負フハ利息ヲ支拂フベキ特約アルカ又ハ債務者遲滯ノ存スル場合ニ限ル。其第一ノ場合ニ於テ利息ガ何時ヨリ生ズルカ

ハ又特約ヲ以テ之ヲ定ムルヲ常トスベキモ若シ此點ニ付テ特約ナキトキハ此規定ニ依ル。第二ノ場合ニ於テ所謂遲延利息ガ何時ヨリ生ズルカノ問題ハ若シ特別ノ規定ナクバ第四百十二條ニ依リテ之ヲ定ムベキコト明ナリ。然ルニ民法ガ特ニ規定ヲ設ケ假令代金債務ノ辨濟期ヲ過グルモ目的物ノ引渡アルマデハ遲延利息ヲ生ゼザルモノトシタルハ賣主ガ未ダ引渡サル目的物ニ付テ果實取得權ヲ有スル(五七五條)ト權衡ヲ保タシメンガ爲メナリ。

目的物ノ引渡トハ目的物ニ付テ占有ヲ移轉スルヲ謂フ。故ニ現實ニ所持ヲ移轉セザルモ占有改定等ニ依リテ占有ヲ移轉シタル場合ハ又之ヲ包含ス。代金支拂時期ガ目的物ノ引渡ヨリ後ニ在ルトキハ其支拂時期ノ到來スルマデ債務者ハ遲滯ニ在ルノ理ナシ。故ニ遲延利息ハ此時期ニノミ之ヲ生ズルモノトス(但書)。

代金ノ利息ニ關スル規定ハ固ヨリ非強行法ナリ。故ニ當事者特ニ其發生時期ヲ定メタルトキハ之ニ從フ。

(4) 代金支拂拒絶權 民法ノ特ニ認メタルモノハ次ニ述ブル二個ノ拒絶權ナリ。

代金支拂拒絶權

第二章 契約各論 賣買ノ效力 買主ノ義務

(1) 第三者が
主張する
権利に於
て拒絶す
る場合
主として
債権者
の利益に
反する
場合

此他第五百三十三條ノ適用ニ依リ買主ガ同時履行ノ抗辯權ヲ有スルハ言ヲ俟
タズ。

(イ) 賣買ノ目的ニ付キ權利ヲ主張スル者アリテ買主カ其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但賣主カ相當ノ擔保ヲ供シタルトキハ此限ニ在ラズ
(五七六條佛)
(五六五三條)

(a) 賣買ノ目的ニ付キ第三者ガ所有權、地上權、永小作權、登記シタル賃借權等ヲ有
スル場合ニ於テ買主ガ契約解除權、代金減額請求權等ヲ有スルコト嘗テ述ベタ
ルガ如シ。民法ガ第五百七十六條ニ於テ買主ニ代金支拂拒絶權ヲ與フルハ此
ノ擔保責任ト表裏ヲ爲スモノニシテ第三者ガ如上ノ權利ヲ有スルコトハ未ダ
確定セザルモ第三者既ニ之ヲ主張セルノ事實アリ且ツ其主張ノ正當ナルベキ
虞アルトキハ買主ヲ保護シテ代金ノ支拂ヲ拒絶スルコトヲ得シメタルナリ。
而シテ所謂權利ノ全部又ハ一部ヲ失フベキ虞アリヤ否ヤハ客觀的標準ニ依リ
テ之ヲ決スベク買主ガ危險ヲ感ジタリヤ否ヤヲ標準トスルニアラズ。正常ナ

(2) 不動産
に付キ
不當な
損害を
受ける
場合
存続
する
場合

ル人(普通人)ガ當該ノ事情ノ下ニ於テ危險アリト認ムベキコトヲ要スルモノト
ス。

(b) 買主ガ支拂ヲ拒絶シ得ル範圍ハ「危險ノ限度」ニ應ズルモノトス。若シ第三者
ノ權利ノ存在スルガ爲メニ契約全部ノ解除權ヲ生ズベキ場合ニハ代金全部ノ
支拂ヲ拒絶シ得ベク、之ニ反シテ、代金減額請求權ノ成立スベキ場合ニハ代金一
部ノ支拂ヲ拒絶シ得ルモノトス。

(c) 賣主ハ相當ナル擔保ヲ供シテ買主ノ代金支拂拒絶權ヲ消滅セシムルコトヲ
得。蓋相當ナル擔保ヲ供シタル場合ニハ買主ハ第三者ノ權利ノ存否確定前ニ
代金ノ辨濟ヲ爲スモ損害ヲ被ムル虞ナケレバナリ。

(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
滌除ノ手續ヲ終ハルマデ其代金ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得。但シ賣主ハ買主ニ對
シテ遲滯ナク滌除ヲ爲スベキ旨ヲ請求スルコトヲ得(五七七條)。

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ガ
其買受ケタル權利ノ全部ヲ失フベキ危險アルコト明ナリ。然レドモ此場合ニ

ハ買主ハ民法第三百七十八條以下ノ規定ニ從ヒ滌除ヲ爲スコトニ依リテ之等ノ權利ヲ消滅セシメ危險ヲ除去スルコトヲ得ルガ故ニ其手續ヲ了スルマデ代金ノ支拂ヲ拒絶シ得ルモノトシタルナリ。

滌除ヲ爲スコトハ買主ノ權利ニシテ義務ニアラズ。然ルニ法典ガ「賣主ハ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得」ト規定シタルハ敢テ滌除ヲ以テ買主ノ義務トシ賣主ニ之ニ對スル請求權ヲ與フルノ意味ニアラズシテ、唯買主ガ滌除ニ名ヲ藉リテ久シク代金ノ支拂ヲ遷延スルノ弊ヲ防ガンガ爲メニ支拂拒絶權ノ存續期間ヲ定ムルコトヲ得シメタルニ外ナラズ。隨ツテ賣主ノ此請求アリタルニ拘ハラズ買主ガ滌除ノ手續ヲ怠レル場合ニハ滌除ヲ爲サザルコトニ因ル債務不履行ヲ生ズルニハアラズシテ代金支拂拒絶權消滅ノ結果ヲ生ズルモノト解セザルベカラズ(註五)。

買主ガ滌除ノ手續ヲ爲シタルトキハ買主ガ賣主ノ債權者ニ辨濟シタル金額ハ代金額ヨリ之ヲ控除ス。蓋賣主ハ其範圍内ニ於テ其債權者ニ對スル債務ヲ免ル、モノナレバナリ。

賣主ハ代金ノ供託ヲ請求スルコトヲ得

買戻ノ意義及目的

買主ガ賣買契約ニ際シ賣主ニ對シテ不動産ノ負擔トナルベキ債務ヲ引受ケ又ハ其履行ヲ引受ケタル場合ニ於テハ買主ハ代金支拂拒絶權ヲ有セズ又滌除ノ爲メニ支出シタル金額ヲ代金ヨリ控除スルコトヲ得ズ。蓋此場合ニ於テハ不動産ノ價額ヨリ其負擔ノ額ヲ減ジタルモノヲ標準トシテ代金額ヲ定ムルモノナレバナリ。此點ニ付テハ特ニ法典ニ規定ナシト雖モ解釋上疑ヲ容レズ。(註五) 結果ニ於テ同說、横田氏三七三頁末弘氏四三九頁。

第四項 買戻

第一目 買戻ノ性質

一 買戻ハ不動産ノ賣買契約ト同時ニ爲シタル特約ニ基キ賣主ノ取得スル解除權ノ行使ニ因ル賣買契約ノ解除ナリ。此特約ヲ買戻ノ特約ト言ヒ此解除權

第二章 契約各論 賣買 買戻ノ性質

ヲ買戻權ト言フ。

買戻ヲ認ムル經濟上ノ目的ハ不動産ノ賣主ヲシテ他日再ビ其不動産ヲ取得スルコトヲ得シムルニ在リ。而シテ此經濟上ノ目的ハ再賣買ノ豫約解除條件附賣買ニ依リテモ其一部ハ之ヲ達スルコトヲ得ザルニアラズト雖モ法律ハ不動産ニ付テハ特ニ其原所有者ノ利益ヲ保護スルノ必要アルモノトシ買戻トイヘル特殊ノ制度ヲ認メタルモノナリ。

買戻ハ其名ニ依リテ之ヲ見レバ再賣買ナルガ如シト雖モ買戻ノ效果ヲ定メタル民法第五百七十九條以下ノ規定ニ依リテ見ルトキハ再賣買ニハアラズシテ賣買契約ノ解除ナルコト明ナリ。隨ツテ又買戻權ハ再賣買ノ豫約ニ基ク債權又ハ不動産取得權ニハアラズシテ形成權ノ一タル解除權ナルモノト解セザルベカラズ(註一)。

(註一) 通説ハ買戻權ヲ以テ解除權ノ一種ナリトス。梅氏、志林六四號四頁以下、石坂氏、京法、九卷六號一五八頁以下、横田氏、三七七頁以下、村上氏四八〇頁以下、岡松氏、内外論叢四卷三號一九三頁以下、末弘氏四五〇頁、五年四月一日大判、民錄、二二輯六四一頁、七年二月二八日大判、民錄、二四輯三〇七頁、之ニ反シテ明治三三年二月二日大

買戻ハ特
殊ノ契約
解除ナリ

買戻權ノ
讀波

判、民錄、六輯二卷一二頁ハ買戻權ヲ以テ債權トス尙四一年七月八日大判、民錄、一四輯八五九頁參照。又、野道氏(京法一一卷五號七三頁)ハ之ヲ以テ物權取得權ナリトス。之ニ對スル批評ハ末弘氏前掲ニ譲ル。五七九條ニ「賣買ノ解除ヲ爲スコトヲ得」ト規定セルノ點ノミニ依ルモ民法ガ買戻ヲ以テ解除ノ一種トナシタルコトハ疑ナ容レズ。

二 買戻ハ特殊ノ約定解除ナリ。其特色ハ後ニ説明スル所ニ依リテ自ラ明ナルベキモ今之ヲ摘記スレバ次ノ如シ。

- (1) 買戻ハ不動産ノ賣買ノミニ關ス。
- (2) 買戻特約ハ賣買契約ト同時ニノミ之ヲ爲スコトヲ得。
- (3) 買戻ノ效果ハ當然ニハ第三者ニ及バザルモ賣買ト同時ニ買戻ノ特約ヲ登記シタルトキハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得。
- (4) 買戻ノ結果賣主ノ返還スルコトヲ要スルモノハ代金及ビ契約費用ニ限ルヲ原則トス。
- (5) 買戻ハ單純ナル意思表示ノミニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ズ。

三 買戻權ハ賣主タル地位ト離ルベカラザル形成權ナリ。故ニ賣主タル地位

ヲ移轉スルコトナクシテ買戻權ノミ移轉スルコトヲ得ザルモノトス。相續ノ場合ニ於テハ賣主タル地位及ビ買戻權共ニ相續人ニ移轉スルコト明ナリ。讓渡ニ付テハ解釋上議論アルモ買戻權ハ形成權ナルヲ以テ債權讓渡ニ關スル規定ヲ之ニ適用スベキモノト解スル說ハ正當ナリト言フコトヲ得ズ(註三)。而シテ買戻權ノ如ク一定ノ法律上ノ地位ト分離スベカラザル形成權ニ付テハ此法律上ノ地位ト共ニスルニアラザレバ之ヲ讓渡スルコトヲ得ザルモノト解セザルベカラズ。即チ賣主ガ未ダ賣買契約上ノ債務ヲ負擔セル場合ニ於テハ賣主ノミノ意思ニ依リテ此債務ヲ移轉スルコトヲ得ザルガ故ニ買戻權モ亦賣主ノミノ意思ニ依リテ之ヲ移轉スルコトヲ得ザルモノト解スベク之ニ反シテ既ニ其債務ヲ履行セル後ニ於テハ賣主ハ何等ノ債務ヲ負擔セズ買戻權ヲ行使シテ不動産所有權回復ノ請求權ヲ取得スベキ法律上ノ地位ノミヲ有スル者ナルガ故ニ賣主ノミノ意思ニ依リテ之ヲ讓渡シ得ルモノト解セザルベカラズ。而シテ買戻權讓渡ノ意思表示アルトキハ普通ノ場合ニハ其行使ニ因リテ成立スベキ不動産所有權回復ノ請求權モ亦之ヲ讓渡スルノ意思表示アルモノト解スベ

ク隨ツテ其讓渡ヲ以テ買主其他ノ第三者ニ對抗スルガ爲メニハ第二百二十九條及ビ第四百六十七條ニ依リ讓渡ノ通知又ハ承諾ヲ要スルモノト解スベキナリ(註三)。

買戻權ノ讓渡ヲ許スヤ否ヤニ付テハ尙一ノ疑問アリ。蓋買戻權行使ノ結果賣主ハ代金及ビ契約ノ費用ヲ返還スル債務ヲ負ヒ買戻權ノ讓渡ハ當然又此條件附債務ノ移轉ヲ生ズルモノナルガ故ニ買主ノ同意ナクシテ之ヲ爲スコトヲ得ザルモノト解スベキガ如シ。然レドモ買戻權ノ行使ハ一般ノ解除ト異リ單純ナル意思表示ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ズ意思表示ト同時ニ代金及ビ契約費用ヲ提供スルコトヲ要スルヲ以テ買戻權ノ讓渡ハ條件附義務ノ移轉ヲ包含スルモノニアラズシテ一定ノ要件ヲ伴ヘル權利ヲ移轉スルモノト解スルヲ正當トスルガ故ニ此點モ亦買戻權ノ讓渡ヲ認ムルニ付テ支障トナラザルナリ(註四)。

(註二) 四一年七月八日大判民錄一四輯八五九頁ハ債權讓渡說ヲ採ル。之ニ對スル判批、石坂氏研究一卷一九〇頁以下。

(註三) 大體ニ於テ同說、末弘氏、四五六頁以下。之ニ反シテ石坂氏、前掲、清瀬氏、各論一三頁ハ買主ノ同意ヲ要スルモノトス。

買戻特約
ノミ
ニ限
ル
由

(註四) 末弘氏四五八頁ハ賣主ガ利息債務ヲ負擔スル例外ノ場合ニハ買主ノ同意ヲ要スルモノトス。然レドモ余ハ此場合ニモ代金ノ利息ハ代金ト同時ニ提供スベキモノト解スルガ故ニ之ニ從ハズ。

四 買戻ハ不動産ノ賣買ノミニ關ス。法典ノ規定スル買戻ガ不動産ノミニ限ルハ明文上明ナリ。動産ニ付テ之ヲ認メザルハ之ヲ認ムル實際上ノ必要多カラズ且其特約ノ存在ヲ公示スベキ方法無キニ因ル。動産ノ賣買ニ付テモ解除權ノ留保ヲ禁止セザルハ疑ヲ容レザルガ故ニ普通ノ解除權ノ留保ト同ジク第三者ノ權利ヲ害セザル範圍内ニ於テ買戻ノ特約ヲ爲スハ契約自由ノ原則上有效ナルモノト解セザルベカラズ。唯此動産ニ關スル買戻ハ民法謂フ所ノ買戻ニアラザルガ故ニ第五百七十九條以下ノ規定ハ之ニ適用ナキノミ(註五)。

註五) 同說、明治四四年五月二〇日大判、民錄、一七輯三〇六頁。

五 買戻特約ハ賣買契約ト同時ニノミ之ヲ爲シ得ルモノトス。解除權留保ノ特約ハ必ラズシモ解除セラルベキ契約ト同時ニ之ヲ締結スルコトヲ要セザルヲ以テ此點モ亦買戻ノ特色ニ屬ス。而シテ此特約ヲ設ケタルハ買戻特約ガ不

買戻特約
ハ賣買契約
ト同時
ニノミ
之ヲ
爲
ス
コ
ト
ヲ
得

動産ノ利用ヲ害スル等弊害ノ之ニ伴フモノ亦尠カラザルニ因リ之ヲ認ムル範圍ヲ成ルベク限局セントシタルガ爲ナリ。一旦既ニ無條件ニテ賣買契約ヲ爲セル賣主ニ付テハ其目的物ノ回復ヲ可能ナラシムベキ理由薄弱ナルモノト言ヒテ可ナリ。

賣買契約ト同時ニ爲スコトヲ要スト謂フハ買戻特約締結ノ時期ガ賣買契約締結ノ時期ヨリ後ニ在ルベカラズト謂フニ過ギズ。兩者ガ實質上不可分ノ關係ヲ有スルノ謂ニアラズ。買戻ノ特約ハ從タル契約タル性質ヲ有スルガ故ニ賣買契約ノ無効取消ハ買戻特約ノ效力ヲ消滅セシムルモ、後者ノ無効又ハ取消ハ原則トシテハ前者ニ影響ヲ及ボサズ唯後者ノ有效ニ成立スルコトガ前者ノ條件タル場合ニ於テノミ前者ニ影響ヲ及ボスモノト解セザルベカラズ。隨ツテ又當事者ガ後ニ至リ買戻特約ヲ消滅セシムル合意ヲ爲スモ賣買契約ハ之ガ爲メニ影響ヲ被ラザルモノトス(註六)。

(註六) 同說三年六月三〇日大判、民錄、二〇輯五五七頁、一〇年三月三十一日大判、民錄、二七輯六七七頁判例民法一五六頁(中川氏評釋)石坂氏判批、京法、一〇卷、八號八〇頁。

第二目 買戻ノ期間

一 買戻權ノ存在ハ法律關係ノ不確定ナル狀態ヲ生ジ不確定ナル法律關係ヲ永續セシムルハ經濟上ノ不利益尠カラザルヲ以テ民法ハ其存續期間ヲ限定ス、次ノ如シ(五八)。

(1) 當事者ガ買戻權ノ存續期間ヲ定メタルトキハ十年ヲ超エザル範圍内ニ於テノミ之ヲ有效トス。之ヨリ長キ期間ヲ定メタルトキハ之ヲ十年ニ短縮ス。

買戻ニ付キ期間ヲ定メタルトキハ後日之ヲ伸長スルコトヲ得ズ。而シテ其定メラレタル期間ニ付テハ何等ノ制限ナキヲ以テ五年ニ足ラザル期間ヲ定メタル場合ニ於テ之ヲ期間ノ定ナキ買戻特約ニ變更スルコトヲ得ザルハ明ナリ。期間滿了後契約ノ更新ヲ許サル點ニ於テハ共有物不分割契約(二五六)等ト異レルヲ見ルベシ。

(2) 當事者ガ買戻權ノ存續期間ヲ定メザリシトキハ五年ヲ以テ法定ノ存續期間トス。而シテ此場合ニ付テハ特ニ伸長ヲ許サル旨ノ明文ナシト雖モ五年内

買戻期間ノ最長期間

買戻期間ハ之ヲ伸長スルヲ得ズ

存續期間ニ付テハ特約ナキ存續期間ノ存續

民法施行前ノ買戻特約ニ付キカ

ニ之ヲ爲スコトヲ要ス^ト規定セルハ伸長ヲ許サル法意ナリト解セザルベカラズ。

二 民法施行前ニ於テハ買戻權ノ存續期間ニ付テ如上ノ制限ナカリシヲ以テ其特約ノ民法施行後ニ於ケル效力ニ付テ次ノ問題ヲ生ゼリ。

(1) 當事者ノ定メタル期間ガ民法施行後尙十年ヲ超ユルトキハ民法施行法第三十四條第三十二條第三十一條但書及ビ民法第五百八十條第一項ニ依リ十年ノ範圍ニ於テノミ之ヲ有效トスベキカ或ハ全然特約ニ從フベキカ。判例ハ買戻ノ期間ガ施行法第三十四條ニ謂フ所ノ法定期間ニアラザルコトヲ理由トシテ同法第三十四條ノ適用ナク隨ツテ第一條ニ依リ全然特約ニ從フベキモノト解シタルモ(註一)學者ハ之ニ反シテ民法施行後十年ノ範圍内ニ於テノミ買戻權ノ存續ヲ認ムル者寧ロ多ク大審院モ近時此ノ見解ヲ採ルニ至レリ(註二)。按ズルニ民法第五百八十條ハ公益上ノ理由ニ因リ買戻權ノ存續シ得ベキ最長期ヲ限定シタルモノナルヲ以テ民法上買戻權ニ付テハ所謂法定ノ期間アルモノト解スベク乃チ民法第三十四條第三十二條ニ依リ同法第三十一條但書ヲ準用シ施

行ノ日ヨリ十年ヲ經過スルトキハ買戻權ハ消滅スルモノト解セザルベカラズ
(註三)。

(註一) 三年一月二日大判、民錄、二〇輯一〇七六頁、法律評論四卷、四四頁、明治四三年三月一〇日大判、民錄、一六輯二〇一頁等。

(註二) 九年五月八日大聯合判、民錄、二六輯五八八頁、石坂氏、判批、京法八卷九號一、二二頁以下、民法研究三卷四一三頁以下、末弘氏四六二頁以下、反對、橫田氏、志林九卷五號五一頁。

(註三) 所謂「法定期間」ガ法律上當然定マレル期間ノ外法律ノ最高限ヲ定メタル期間ヲモ包含スベキモノト解スベキハ民法施行法ガ強行的性質ヲ有スル期間ニ付テ第三十條乃至第三十四條ノ規定ヲ設ケタル趣旨ヲ考フレバ明ナリ。

(2) 無期限ノ買戻權ニ付テハ民法施行後第五百八十條第一項ニ依ルベキカ第三項ニ依ルベキカ解釋上議論アリ。當事者ガ期間ヲ定メザル場合ナルヲ以テ第三項ニ依ルヲ正當トスルガ如シト雖モ買戻權ニ付テ期間ヲ定メザル特約ヲ以テ有期ノ特約ヨリモ其效力薄弱ナルモノト解スルノ理由ナク、又第三項ハ買戻權ノ最長期ヲ定ムルモノニアラザルガ故ニ其最長期ヲ定ムル第一項ニ依リ民法施行ノ日ヨリ十年間存續スルモノトスルヲ正當トス(註四)。

存續期間
ノ定ナキ
買戻權
ノ施行前
ノ買戻權

買戻權
行使ヲ妨
グハ由
行ハル由
ノハ買戻
ノ存続期
間ヲ延長
シタル事
カセシム
ル

(註四) 結果ニ於テ同說、石坂氏、前掲、末弘氏、四六三頁。反對、四一年一月八日大控判判例彙報三卷九四頁、大正二年一月八日法曹決議、法曹二四卷四號五四頁。

三 當事者ガ一定ノ條件ノ成就シ又ハ一定ノ期間ノ經過シタル後買戻ヲ爲シ得ベキ旨ヲ特約シタル場合ニ於テハ如何ナル標準ニ依リテ所謂「買戻ノ期間」ヲ定ムベキカ。之レ亦解釋上疑問ノ存スル所ナリ。停止條件ノ成就以前又ハ期限ノ到來以前ニアリテハ買戻權ソノモノハ未ダ發生セザルヲ以テ條件成就又ハ期限到來ノ後尙五年間買戻權ヲ存續セシムベキガ如シト雖モ、此ノ如ク解スルトキハ法典ガ買戻期間ヲ限定シタル趣旨ヲ沒却スルコト明ナルヲ以テ買戻權ノ存續期間ヲ定ムルニ付テハ買戻權ノ行使ヲ停止スル期間ヲモ通算スベキモノト解スルヲ正當トスベシ。而シテ此場合ニ於テ其通算シタル全期間ハ第一項ニ依リテ之ヲ十年トナスベキカ或ハ第三項ニ依リテ五年トナスベキカハ頗ル疑問ナリト雖モ實質上ノ理由ニヨリ買戻權ソノモノ、成立シタル時ヨリ五年又ハ賣買契約當時ヨリ十年ヲ經タルトキハ買戻權消滅スルモノト解セントス(註五)。

(註五) 例ハバ契約後二年ヲ經タルトキハ何時ニテモ買戻シ得ル旨ノ特約アルトキハ此特約ハ買戻權ノモノニ付テハ行使期間ヲ定ムザルモノナルヲ以テ第三項ニ依リ五年間存續スルモノトシテ其五年ハ二年ヲ經過シタル時ヨリ之ヲ起算スベク之ニ反シテ八年ヲ經過シタル後何時ニテモ買戻シ得ル旨ノ特約アルトキハ第三項ヲ適用スレバ八年ヲ經過シタル後尙五年間買戻權存續スベキモノトナルモ此ノ如ク解スルトキハ第一項ニ反スルヲ以テ通計十年ヲ超ユルコトヲ得ザルモノトス。此解釋ハ第三項ノ買戻期間ヲ買戻權ノモノハ存續期間ト解シ第一項ノ買戻期間ヲ買戻トイフコトノアリ得ベキ期間ト解スルモノナリ。此點ニ關シテハ非難アルベキモ此ノ如ク解スルニアラザレバ實際上不當ナル結果ヲ生ズルヲ免レズ。前掲判例參照。

第三目 買戻權ノ行使

一 買戻權ハ解除權ナルヲ以テ其行使方法ニ付テハ第五百四十條ノ適用アルベキコト勿論ナリ。即チ買戻期間内ニ買戻ノ意思表示ガ相手方即チ買主ニ到達シタルコトヲ要スルモノトス。

買戻權ハ單純ナル意思表示ノミニ依リテ之ヲ行使スルコトヲ得ズ買戻期間

買戻權行使ニハ
買戻代金ハ
買戻提供ス

買戻金ノ
提供ヲ要
セズ

買戻金ノ
提供ハ單
純ナルコ
トヲ要セ

内ニ買戻金ヲ相手方ニ提供スルコトヲ要スルモノトス。一般ノ契約解除ニアリテハ解除ノ結果初メテ原狀回復義務ヲ生ジ、此債務ノ履行ヲ提供スルコトハ解除權行使ノ要件ニアラザルモ買戻ニ付テ法典ハ特ニ期間内ニ買戻金ノ提供アルコトヲ以テ買戻ノ要件トナセリ(五七九條五)註一。

買戻權ノ行使ニ付テ買戻權者ノ爲スコトヲ要スル行爲ハ買戻金ノ辨濟提供ニ止マリ買主ノ不受領ノ場合ニ於テ供託ヲ爲スコトヲ要セザルモノトス。第五百八十三條第一項ハ間接ニハ此事ヲモ規定スルモノナリ。買戻金ハ賣買代金及ビ契約費用ナリ。ソノ賣買代金ハ買主ガ事實上支拂ヒタル金額ヲ超ユルコトナキモノトス(註二)。

買戻權者ガ買戻金ノ提供ヲ爲スニハ無條件ニ提供ヲ爲スコトヲ要スルヤ或ハ買主ガ不動産所有權移轉ノ給付ヲ爲スコトヲ以テ條件トナスコトヲ得ルヤ。明文上明ナラズト雖モ解除ノ效果タル原狀回復義務ハ所謂同時履行ノ關係ニ立ツモノニシテ(五條四)六條且買戻ノ場合ニ於ケル賣買代金及ビ契約費用ノ提供ハ畢竟解除ノ效果トシテ生ズベキ債務ニ付キテ解除ト同時ニ提供スベキモノトシ

タルニ外ナラザルヲ以テ買戻権者ハ相手方ノ給付ト交換的ニ給付スベキ旨ノ提供ヲ爲シテ買戻ヲ爲スコトヲ得ルモノト解ス(註三)。

(註一) 手附ノ場合ニ似タリ。買戻ニ付テ特則ヲ設ケタルハ普通ノ場合ニ於ケル買戻特約當事者ノ意思ニ適シ又買戻ノ性質ニ適スルガ故ナリ。提供ハ四九三條ニ依リ原則トシテ現實ニ之ヲ爲スコトヲ要ス。同說九年八月九日民錄二六輯一三五四頁等。尙九年一月一八日大判、民錄二六輯一九四七頁ハ提供金額ニ極メテ些少ノ不足アルモ適當ノ提供タルニ妨ナシトス、信義ノ原則上正當ナリ。

(註二) 同趣旨一〇年九月二二日大判、民錄二七輯一五九〇頁、判例民法四四〇頁(東氏評釋)。尙特約ニヨリ賣買代金ノミヲ買戻代金トスルヲ妨ゲズ、一〇年九月二一日大判、民錄二七輯一五三九頁、判例民法四二六頁(平野氏評釋)。

(註三) 同趣旨明治三五年四月二三日大判、民錄八輯四卷八三頁。但買主履行セバ賣主モ亦履行スベシト通知スルヲ以テハ固ヨリ足ラズ賣主ハ必ズ提供ヲ爲スヲ要シ唯買主ガ其提供セラレタルモノヲ受領スルニ付テハ自ラモ亦提供ヲ爲スベシトイフコトヲ條件トナシ得ルニ止マル。尙期間内ニ辨濟ノ提供ヲ爲サズ買戻權消滅シタル後相殺ノ意思表示ヲ爲スモ買戻權ヲ復活セシムルヲ得ズ、八年四月九日大判、民錄二五輯六六八頁。拙稿判批、民事判例研究二一三頁。

買戻權ヲ行使シ得ル者

二 買戻權ヲ行使スルコトヲ得ル者ハ買戻權者ナリ。當初ノ賣買ノ賣主及ビ

買戻權者ノ債權者

其承繼人ハ買戻特約ニ基ク買戻權ノ主體トシテ買戻權ヲ行使スルコトヲ得。

買戻權者ノ債權者ハ承繼人ニハアラザルモ第四百二十三條ニ依リテ其債務者ニ屬スル買戻權ヲ行使スルコトヲ得。此場合ニ付テハ民法ニ特則アリ。

買主ハ裁判所ニ於テ選定シタル鑑定人(註四)ノ評價ニ從ヒ不動産ノ現時ノ價額ヨリ賣主其他買戻權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剩アルトキハ之ヲ賣主其他買戻權者ニ返還シテ買戻權ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモノトス(五八)。蓋シ買戻權者ノ債權者ガ買戻權ヲ代位行使スル場合ニ於テハ買戻權行使ノ經濟的結果ノミヲ債務者ニ歸屬セシムルヲ以テ足ルモノナルガ故ニ此財産上ノ效果ヲ發生セシムルコトヲ條件トシテ買主ヲシテ不動産ソノモノヲ保留スルコトヲ得シメタルナリ。

(註四) 手續ニ付テハ非訟事件手續法八四條參照。

三 買戻權行使ノ相手方ハ賣買契約ノ當事者タル買主及ビ其承繼人ニ限ル。之レ買戻ガ契約ノ解除タル當然ノ結果ニシテ第五百八十一條ガ買戻ハ第三者ニ對シテモ其效力ヲ生ズト規定セルハ買戻ノ效果ニ關スル特則タルニ止マリ

買戻權者ノ債權者

其意思表示ノ相手方ニ關シテ特別ヲ設ケタルモノト解スベキニアラズ。然レドモ契約當事者ノ地位ハ其承繼ヲ許サザルモノニアラズ且買戻特約ノ登記セラレタル不動産ニ付テ所有權ノ讓渡アリタル場合ニハ不動産所有者タル地位ト同時ニ買主タル地位モ亦之ヲ承繼セシムル當事者ノ意思ト認ムベキヲ以テ若シ反對ノ意思表示又ハ狀況ナキトキハ不動産ノ第三取得者ハ買主ノ承繼人トシテ買戻ノ相手方タルモノトス。此問題ハ何人ニ對シテ買戻金ヲ提供スベキカノ點ニ付テ實際上重要ナル意義ヲ有ス(註五)。

(註五) 石坂氏(研究三卷五一頁以下)ハ契約當事者ニ對シテ買戻ヲ爲スベキモノト解シ判例(三三年二月二日大判、民錄六輯二卷一二頁、同三九年七月四日民錄一二輯一〇六六頁)及ビ横田氏(四〇一頁)ハ不動産ノ轉得者ニ對シテ爲スベキモノトス。通常ノ場合ニハ轉得者ニ對シテ爲スベキモノト解スルコト當事者ノ意思ニ適スベシ。然レドモ買戻權者ガ不動産ノ讓渡アリタルコトヲ知ラズシテ原買主ニ對シテ買戻ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ買戻ハ當然無効タルベキカ。若シ先づ原買主ニ對シテ此意思表示ヲ爲シタルタメニ期間ヲ經過シタルトキハ如何。此ノ如キ場合ニ不都合ヲ生ズルヲ以テ當然轉得者ニ對シテ買戻ヲ爲スベシト解スルハ理論上ノミナラズ實際上モ不當ナリ。之レ余ガ買主タル地位ノ承繼アリヤ否

ヤヲ標準トセントスル所以ナリ。而シテ買主タル地位ハ不動産所有權ヲ返還スベキ條件附義務ヲ伴フモノナルガ故ニ賣主ガ之ヲ承認セザルトキハ假令所有權ノ移轉アルモ買主タル地位ソノモノニ付テハ移轉ナキモノト解セザルベカラズ。

四 行使ノ效果

(1) 契約解除ハ債權的效力ノミヲ生ジ當然物權的效力ヲ生ズルモノニアラザルコト嘗テ述ベタルガ如シ。買戻ハ解除ノ一ニシテ且此點ニ付テ特別ノ規定ナキガ故ニ債權的效力ノミヲ生ズルモノト解セザルベカラズ。詳言スレバ原狀回復義務ヲ生ズルモノニシテ當然原狀回復ヲ生ズルモノニアラズ、不動産ノ所有權ハ當然賣主ニ復歸スルニアラズシテ所有權移轉ノ債權ヲ生ズルモノトス(註六)。然ルニ此點ニ付テ從來二種ノ反對説アリ。特定物ニ關スル物權ノ移轉ヲ目的トスル契約ノ解除ニ付テ物權説ヲ採ル學者ガ買戻ニ付テ物權説ヲ採ルハ寧ロ當然ナルガ(註七)、其他尙特ニ買戻ニ付テノミ物權説ヲ採ル學者無キニアラズ(註八)。然レドモ此後ノ學說ハ買戻ハ契約解除ニアラズトイフコトヲ其前提トナスモノニシテ我法典ノ解釋上正當ニアラズ。

(註六) 同説、石坂氏、民法研究一卷一九〇頁以下、末弘氏、四六八頁。
 (註七) 判例ガ此見解ヲ採ルハ既ニ述ベタリ。契約解除ノ項參照。
 (註八) 暁道氏、京法一一卷五號七三頁以下。

一般ノ解除ノ效果

(2) 原状回復義務ノ内容ニ付テハ契約解除ニ關スル一般ノ原則ニ從フノ外次ノ如キ特別規定ノ適用アリ。

買戻代金ニ關スル制限

(イ) 買戻權者ノ給付スルコトヲ要スルモノハ賣買代金ト契約費用トニ止マルヲ原則トス。

(a) 賣買代金即チ當初ノ賣買ニ於ケル代金ト異リタル金額ヲ以テ買戻代金トナスコトハ民法之ヲ許サズ。之ヲ許ストキハ利息制限法ヲ潜脱スルノ弊ヲ生ズレバナリ(註九)。

(註九) 買戻代金ヲ變更スル契約ハ當事者間ノミニ於テ效力アリトノ判決アリ、大正二年七月一四日東控判、評論二卷民法四五六頁。此判決ハ代金ヲ減少シタルモノナレバ正當ナリ。尙一一年五月五日大判、判例集一卷二四〇頁ハ附隨ノ負擔、代金返還ノ場所等ヲ變更スルモ買戻約款ノ同一性ヲ失ハザルモノトス。

(b) 契約費用トハ當初ノ契約ノ費用ナリ。而シテ賣主ノ支拂ヒタルモノハ之ヲ

代金ノ利息ト不動產ノ果實トノ相殺

償還スベキ理由ナキガ故ニ買主ノ負擔シタル費用ノミニ限ルモノトス。

(c) 代金ノ利息ハ不動產ノ果實ト相殺シタルモノト看做ス(註五七九)。解除ノ通則タル第五百四十五條第二項ニ對シテ此ノ如キ特別ヲ設ケタルハ普通ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ヲ基礎トセルノミナラズ之ニ依リテ買戻期間内元本ノ利用ヲ等閑ニ附スル弊ヲ防止セントシタルナリ。然レドモ法典ハ之ヲ以テ強行法規トナサズ當事者ガ特別ノ意思ヲ表示シタルトキハ之ニ從フベキモノトス。

「利息ト果實ト相殺シタルモノト看做ス」トハ果實ヲ評價シ之レト利息ト其對當額ニ付テ相殺セルモノト看做スト謂フニアラズ、果實ヲ生ジタリヤ否ヤヲ問ハズ又固ヨリ其評價額ノ如何ヲ問ハズ、買主ハ不動產ノ果實ヲ返還スルヲ要セズ又賣主ハ代金ノ利息ヲ償還スルコトヲ要セザルノ謂ナリ。「相殺」トイフ文字ヲ使用セルハ稍妥當ヲ缺ク。

(d) 買主又ハ轉得者ガ不動產ニ付テ加ヘタル必要費及ビ有益費ハ買戻權者ニ於テ之ヲ償還スルコトヲ要ス(註五八三)。一般ノ解除ノ場合ニ於テモ此費用償還義務ヲ認ムル學說ニ從ヘバ此規定ハ特別ト解スベキニアラズ(註十)。

買戻權者ハ必要費及有益費ヲ償還スルコトヲ要ス

償還スベキ費用ノ範圍ニ付テハ第九十六條ニ從フ。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間ヲ許與スルコトヲ得ルモノトス(三五八項)。買戻ノ特約アルコトヲ知リテ不動産ヲ所有スル者ハ所有權ニ基キテ物ヲ占有セル者ニシテ固ヨリ惡意ノ占有者ニアラズト雖モ、有益費ノ償還請求ニ付テハ之ヲ惡意ノ占有者ト同一視スルヲ以テ寧ロ妥當ナリト認メタルナリ。

(註十) 此費用ノ提供ハ買戻權行使ノ要件ニアラズ、明治四三年五月二三日大判、民録、一六輯四一六頁。

(ロ) 買戻權者ノ相手方ガ返還スルコトヲ要スルモノハ不動産ノ所有權ニ限ル。不動産ノ果實ニ付テハ上ニ述べタルガ如ク特別ノ意思表示ナクバ之ヲ返還スルコトヲ要セズ。又同一ノ理由ニヨリ不動産ノ使用ニ因リテ得タル利益モ亦之ヲ返還スルコトヲ要セザルモノト解セザルベカラズ。此點ニ於テ普通ノ解除ト異ル。

(3) 買戻ハ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ザルヲ原則トス。然レドモ買戻特約ガ賣買契約ト同時ニ登記セラレタルトキハ買戻ハ第三者ニ對シテモ其效力ヲ

相手方ノ不動産ノ返還ヲ要スルコト

買戻ノ第三者ニ對スル效果

要件

效果

買戻權ニ關スル特則

生ズルモノトス(五八一項)。之レ買戻ガ一般ノ解除ト異ル極メテ重大ナル點ナリ。

(イ) 賣買契約ト同時ニ登記ストイフハ賣買契約ノ成立ト同時ニ登記ヲ爲スノ意味ニアラズ。賣買契約ニ基キ賣主ヨリ買主ニ不動産所有權ノ移轉登記ヲ爲スト同時ニ買戻ノ特約ヲ登記スルヲ以テ必要ニシテ十分ナリトス。

(ロ) 第三者ニ對シテモ買戻ノ效力ヲ生ズ(註十一)。隨ツテ第三者ガ買主ヨリ如何ナル權利ヲ取得セルカヲ問ハズ買戻權者ハ第三者ノ權利存在セザル場合ト同ジク買戻ノ效果ヲ發生セシムルコトヲ得ルナリ。即チ第三者ガ買主ヨリ所有權ノ讓渡ヲ受ケタルトキハ買戻權者ハ第三者ニ對シテ所有權移轉ノ請求權ヲ有スベク第三者ガ其不動産ノ上ニ抵當權、質權、地上權、永小作權等ヲ取得セルトキハ之等ノ權利ハ買戻ノ結果消滅スルモノトス。此點ニ關シ民法ハ登記シタル賃借權ニ付テ特例ヲ設ケ賃借人ノ權利ハ其殘期一年間ニ限り之ヲ以テ賣主ニ對抗シ得ルモノトセリ。之レ賃貸借ハ不動産利用ノ最モ普通ナル方法トシテ特ニ之ヲ保護スルノ必要アリ若シ之ヲ犠牲トシテ買戻特約ヲ保護スベキモノトセバ買戻ハ著シク不動産ノ利用ヲ害スルニ至ルベケレバナリ。但當事者

ガ買戻権者ヲ害スル目的ヲ以テ貸借ヲ爲シタルトキハ賃借人ハ如上ノ權利ヲ有セザルモノトス。

(註十一) 上述判例ノ如ク若シ常ニ買戻金ヲ第三者ニ提供スベシトセバ第三者ガ地上権者、賃借権者タル場合ニモ不當ノ結果ヲ生ゼン。

第四目 共有者持分ノ買戻

一 不動産ノ共有權即チ共有者ノ持分ハ不動産所有權ノ一種ニ外ナラザルガ故ニ其賣買ニ付テモ買戻ノ特約ヲ爲スコトヲ得ベク其特約ニ付テハ買戻ニ關スル上述ノ原則ノ適用アルベキコト言フ俟タズ。唯共有ニ付テハ買戻特約後買戻權行使以前ニ共有物ノ分割セラル、コトアルヲ以テ民法ハ此場合ニ付テ特則ヲ設ケタリ(註一)。

(註一) 共有者持分ノ買戻ニ關スル特則ハ分割(現物分割)又ハ價額分割アリタル場合ニ限ル。其他ノ場合ニ付テハ總テ普通ノ買戻ト異ルコトナシ。分割ノ場合ニ付テ特則ヲ設ケタルハ共有物分割ノ效果ヲ害セザル範圍内ニ於テノ買戻ノ效果ヲ認メンガ爲ナリ。

不動産共有
買戻ノ特約
買戻ニ付テ
買戻金ニ關
スル原則ニ
關スル原則
適用アリ

買戻以前
共有物分
割アリタル
場合ニ關
スル特則

二 共有物ノ分割ニハ協議上ノ分割ト裁判上ノ分割トノ二種アリ。裁判上ノ分割ハ現物分割ヲ原則トスルモ其不能ナル場合又ハ著シク價格ヲ損スル虞アルトキハ競賣手續ヲ行ヒ其賣得金ヲ分割スルモノトス(二五八條)。其何レノ場合タルヲ問ハズ賣主即チ買戻權者ハ買主ガ分割ニ因リテ受ケタル若クハ受クベキ部分又ハ代金ニ付キテノ買戻ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(五八四條一項)。隨ツテ買戻特約ノ登記アル場合ニ於テモ買主以外ノ共有者ガ分割ニ因リテ受ケタル若クハ受クベキ部分又ハ代金ニ付テハ買戻權者ハ何等ノ權利ヲモ有セザルナリ(註二)。

共有ノ持分ニ付テ買戻權ヲ有スル者ハ分割ニ因リテ買主ノ受ケタル若クハ受クベキ部分ノ上ニノ權利ヲ有スルガ故ニ分割ノ結果ノ如何ハ買戻權ニ大ナル影響ヲ及ボスコト言フ俟タズ。之レ民法ガ賣主買戻權者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ザルモノトナシタル所以ニシテ(五八四條但書)之ニ依リテ買戻權者ハ分割ニ參加スルノ機會ヲ有スルナリ(註三)。

買主が競
落の結果
目的物全
部の所有
権を取得
したる如
キハ如何
ト

(註二) 買主ノ受ケタル部分又ハ代金ニ付テ買戻ヲ爲ストハ分割終了後ニ買戻權者
ガ其權利ヲ行使スル場合ニ關シ又買主ノ受ケタル部分又ハ代金ニ付テ買戻ヲ爲
スト謂フハ分割終了前買戻ヲ爲ス場合ニ關ス。

(註三) 賣主ニ通知ナキモ賣主ヨリ分割アリタルコトヲ主張スルヲ妨グズ、一〇年九
月二一日大判、民録、二七輯、一五三九頁、判例民法四二六頁(平野氏評釋)。

三 共有物分割ノ爲メニ共有物ヲ競賣ニ附シタル場合ニ於テ買主自ラ競落人
タルトキハ買主ハ共有物ノ全部ヲ取得スルガ故ニ買戻權者ハ此共有物ノ全部
ノ上ニ買戻權ヲ行使シ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生ズ。民法ハ此點ニ付テ二個ノ場
合ヲ區別ス。

(1) 買主自身ガ共有物分割ヲ請求シタルトキハ買戻權者ハ競賣ノ代金及ビ第五
百八十三條ニ掲ゲタル費用ヲ拂ヒテ不動産ノ全部ノ所有權ヲ取得スルノ外向
買主ノ持分ノミニ付テモ買戻ヲ爲シ得ルモノトス(條一八五)。即チ買戻權者ハ以
上何レカノ一ヲ選擇シテ買戻ヲ爲スコトヲ得ルナリ。

(2) 買主以外ノ者ガ共有物分割ヲ請求シタルトキハ買戻權者ハ買主ノ持分ノミ
ニ付テハ買戻ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス(條二八五)。之レ此ノ如キ買主ヲ保護

スルノ趣意ニ出デタルモノニシテ競落ニ因リテ全部ノ所有權ヲ取得シタル買
主ヲシテ再び共有ノ状態ニ陥ルコトヲ避ケシメタルナリ。

第五項 特種ノ賣買

見本賣買

一 見本賣買(Kauf nach Probe) 見本賣買トハ見本ニ依リテ賣買ノ目的物ヲ定メ
タル賣買ヲ謂フ。通常ハ不特定物ヲ給付スルコトヲ目的トスルモノナルモ特
定物ノ給付ニ付テ見本ヲ定ムルコトモ亦無キニアラズ。前者ニアリテハ給付
ノ物體ガ見本ニ適スルコトヲ確保スルモノニシテ隨ツテ其見本ニ適セザル場
合ニハ債務不履行トナル。後ノ場合ニ於テハ賣買ノ目的物ガ見本ニ適スル性
質ヲ有スルコトヲ確保スルモノニシテ隨ツテ其見本ト異レル場合ニハ瑕疵擔
保ノ責任ヲ生ズ(註一)。

給付ノ物體又ハ賣買ノ目的物ガ見本ニ適合セリヤ否ヤハ契約ノ趣旨ト取引
ノ慣習トヲ標準トシテ之ヲ決定スベシ。其差異極メテ輕微ナル場合ニハ買主
契約解除權ヲ有セズ見本ニ適セル物ノ給付ヲ請求スル權利(不特定物ノ場合)又ハ損

害賠償請求權ノミヲ有スルモノト解スルヲ正當トス(註二)。

(註一) 見本ニ適シタル大豆十石トイフハ前者ニシテ十石ノ特定セル大豆ヲ賣買スルニ當リ見本ヲ示シテ十石ノ大豆皆此見本ノ通ナリトイフハ後者ナリ。
(註二) Enneccerus, Lehrb. 2 (1915) § 338 S. 347 Anm. 4 尙此場合ノ舉證責任ニ付テハ同書次頁及ビ其引用著書參照。

試味賣買

II 試味賣買 (Kauf auf Probe) 目的物が買主ノ意ニ適シタルトキハ買フベキ旨

ノ契約ヲ謂フ。豫約トハ異リ買主ノ氣ニ入ルコトヲ停止條件トスル賣買ナリ。所謂賣買一方ノ豫約トモ異リ、賣買完結ノ意思表示ニ依リテ賣買ノ效力ヲ生ズルニアラズシテ意ニ適スル旨ノ表示ニ依リテ賣買ノ效力ヲ生ズルモノナリ。隨ツテ又買主ニ形成權ヲ取得セシムルモノト解スベキニアラズ(註三)。

買主ガ目的物ノ意ニ適セリヤ否ヤノ表示ヲ爲スニ付キ契約上期間ノ定ナキトキハ賣主ハ何時マデモ此契約ニ拘束セラル、モノト解スベキカ。我民法ハ試味賣買ニ付テ何等ノ規定ヲモ設ケザルガ故ニ疑問タルヲ免レズト雖モ余ハ此種ノ賣買ガ賣買一方ノ豫約ニ類似セルヲ理由トシテ民法第五百五十六條第二項ヲ之ニ類推適用スベキモノト解ス(註四)。

割賦拂約款附賣買

(註三) 獨逸ニ於テハ形成權ヲ生ズルモノナリヤ否ヤニ付テ議論アリ、同說 Enneccerus, Lehrb. and. S. 349. 反對 Walsmann, Ein Beitrag zur Lehre von der Willensbedingung in Jherings J. Bd. 54. S. 373 ff. 尙試味賣買ハ債務者一方ノ意思ノミニ係ル停止條件附法律行為トシテ無効

ニハアラズ、拙著民法全書二卷五四三頁以下、末弘氏三六九頁。
(註四) 但目的物が交付セラレタル場合ニハ催告ニ對スル沈黙ヲ以テ暗黙ニ目的物ノ意ニ適セルコトヲ表示スルモノト解スベキ場合多カルベシ。獨民四九六條參照。

III 割賦拂約款附賣買 (Abzahlungsgeschäft, ventes à tempérament) 割賦拂約款附賣

買トハ代金ヲ定期支拂トナスベキ特約ヲ包含スル賣買ヲ謂フ。

代金ヲ年賦拂又ハ月賦拂トナスハ代金債務ノ辨濟方法ニ付テ特別ノ定ヲ爲スニ過ギザルヲ以テ此種ノ契約ガ有效ナルハ疑ナク又其契約ノ賣買タルハ言フ俟タズ(註五)。

割賦拂契約ニアリテハ賣買ノ目的物ハ直チニ之ヲ買主ニ交付スルヲ常トシ(所有權ハ直チニ之ヲ移轉スルコト)代金ハ爾後月賦又ハ年賦ニテ支拂ハル、モノニト然ラザルコトトアリ(註六)シテ隨ツテ賣主ハ損失ヲ蒙ルベキ危險アルヲ以テ或ハ代金ノ額ヲ著シク増加シ或ハ失權約款(註七)期限喪失約款(註八)等ヲ設ケ買主ヲシテ經濟上頗ル不利益

ナル條件ニ服セシムルコト多シ。故ニ獨逸諸國ニ於テハ特別法ヲ設ケテ經濟的弱者タル買主ノ保護ヲ圖ルモ(註九)我國ニハ未ダ此ノ如キ法律ノ規定ヲ見ザルヲ以テ公序良俗ニ反スル程度ニ達セザルトキハ縱令買主ガ經濟上不利ナル約款ニ甘ンズルモ之ヲ無効トスルコトヲ得ザルナリ。

割賦拂約款附賣買ニ於テ買主ガ一回代金ノ辨濟ヲ遲延シタルトキハ賣主ハ第五百四十一條ノ手續ニ依リテ全部ノ契約ヲ解除スルコトヲ得(註十)。蓋割賦拂ノ特約アルモ一個ノ賣買契約アルニ止マリ其一個ノ契約ヨリ生ズル對價タル給付ニ付テ履行遲滯ノ存スルモノナルガ故ナリ。

(註五) 杉山氏、割賦拂契約ヲ論ズ、梅博士追悼記念論文集一四七頁以下。賦金ニ付テ賃借料トイフ名義ヲ用フルコトアルモ一定ノ期間賦金ヲ支拂ヘバ物ノ所有權ノ移轉スルモノト定メタル場合ニハ尙賣買タルモノトス。

(註六) 三浦氏、所有權留保論、法協、三五卷四號一頁以下五號六一頁以下。

(註七) 一回ノ履行遲滯アラバ賣買ハ當然效力ヲ失ヒ買主ハ目的物ヲ返還スルコトヲ要スルモ賣主ハ代金ヲ返還スル義務ヲ負ハズトスルモノナリ。

(註八) 一回ノ遲滯アラバ賣主ハ直チニ代金全額ヲ請求シ得トナスモノナリ。

(註九) Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte, 1894 (第) Gesetz betreffend Raten-geschäfte, 1896 (第)。

(註十) 同説、末弘氏三六五頁。

繼續的
供給契約

四 繼續的供給契約(Encessivlieferungsvertrag) 繼續的供給契約ハ一定又ハ不定ノ期間當事者ノ一方ガ一定ノ種類品質ヲ有スル物品其他ノモノヲ供給シ相手方ガ之ニ對シテ代金ヲ支拂フコトヲ約スル契約ニシテ、其供給ガ財產權ノ移轉ヲ目的トスル場合ニハ一種ノ賣買契約ナリ。例ヘバ瓦斯供給契約ハ賣買ニシテ電力供給契約ハ賣買ニ類似セル一ノ有償契約ナルガ如シ。

繼續的供給契約ハ一個ノ契約ニシテ數個ノ契約ノ結合ニアラズ。隨ツテ一回ノ給付ノ履行遲滯履行不能又ハ不完全給付ハ全部ノ契約ニ對シテ一部ノ履行遲滯履行不能又ハ不完全履行トナル。故ニ買主ハ一回ノ給付ニ付テ之等ノ事由アルトキハ第五百四十一條第五百四十二條第五百四十三條及ビ不完全履行ニ付テ嘗テ述べタル所ニ從ヒ全部ノ契約ヲ解除スルコトヲ得ベク又各當事者ハ前ノ時期ノ給付ニ對スル債務ノ不履行ヲ理由トシテ後ノ時期ノ給付ニ付キ同時履行ノ抗辯權ヲ有スモノトス。

大正十三年二月二十日 印
大正十三年二月廿五日增訂第一刷發行
大正十四年二月一日增訂第二刷發行

日本價格表各論(上)發行
定價 貳圓六拾錢



著者 市京市小石川區小日向臺町三丁目八十八番地 鳩山秀夫
發行者 市京市神田區南神保町十六番地 岩波茂雄
印刷者 市京市牛込區根町七番地 本間十三郎

日清印刷株式會社

發行所

東京市神田區
南神保町十六番地

岩波書店

電話九段一〇八〇一、一〇八〇二、一〇八〇三、一〇八〇四、一〇八〇五、一〇八〇六、一〇八〇七、一〇八〇八、一〇八〇九、一〇八一〇、一〇八一〇
振替口座東京二六二四〇番

352
1352

終

