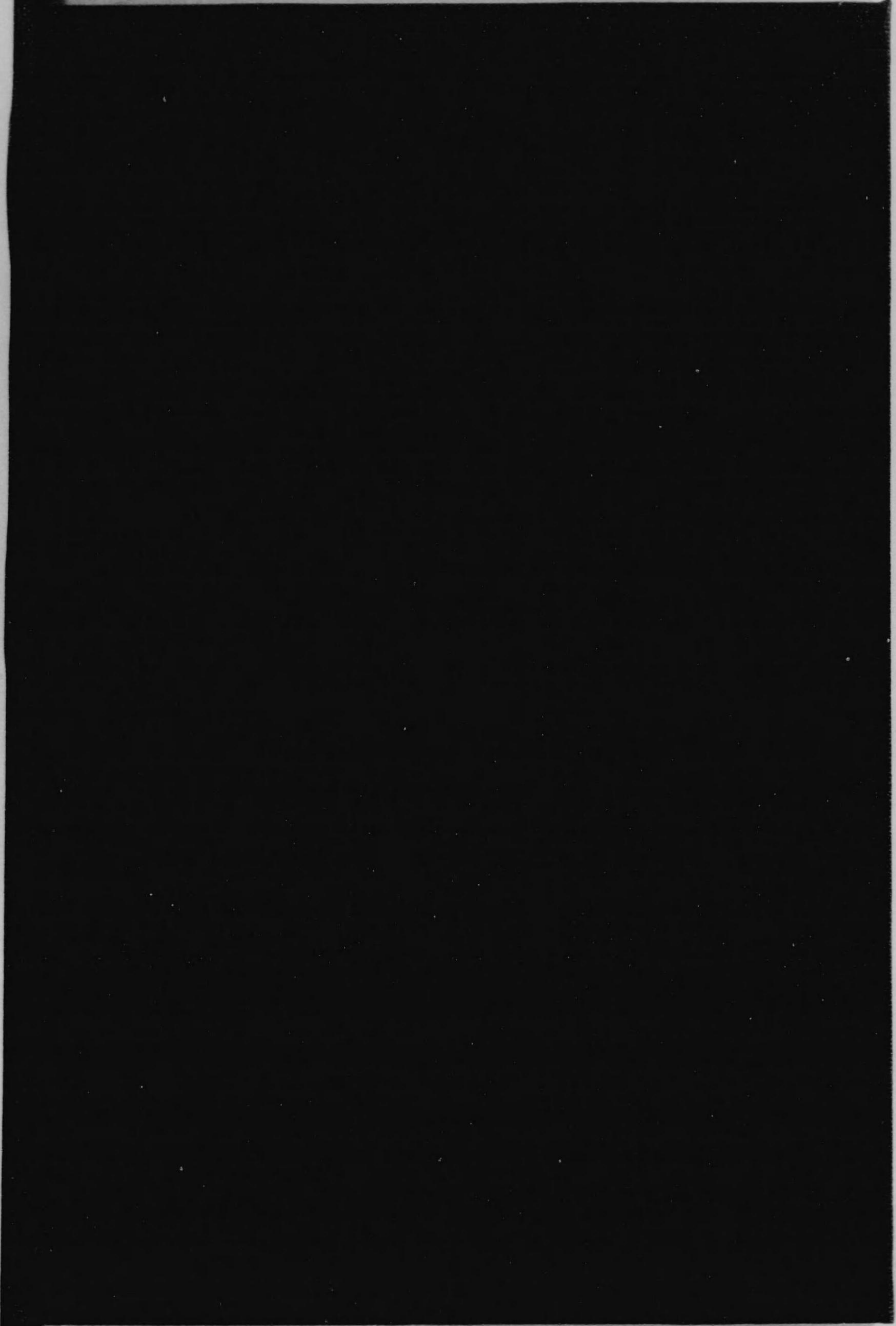


始



366-34_ト

ト工-1B
-9



論 各 權 債

著 者 太 郎 嚴 弘 末

行 發 閣 斐 有



自 序

一 本書ハ民法第五百二十一條乃至第七百二十四條ノ法規ヲ中心トシテ各種ノ債權發生原因ヲ研究スルヲ目的トス。著者ハ他日尙別ニ民法序論 民法總則 物權法 債權總論 親族法 相續法ヲ著シテ民法全部ニ關スル系統的解説ヲ完成センコトヲ期ス。之ヲ統一的計畫ノ下ニ一括セザル所以ノモノハ研究ノ便宜ニ從ヒ隨時任意ノ形式ニ依リテ好ム所ノモノヲ公ニセンコトヲ欲スレバナリ。右ノ中民法序論ハ私法ノ根本法理ヲ記述スルコトヲ目的トスルモノニシテ各篇ノ理論的關係ヨリ云ヘバ寧ロ其冒頭ニ位スベキモノナレドモ之ガ公刊ハ恐ラクハ民法全部ニ關スル詳細ノ研究ヲ終ヘタルノ後ニアルベシ。蓋シ歸納的研究ニ依ラズシテ濫ニ原理ヲ説クハ著者ノ最モ危險トスル所ナレバナリ。

二 著者今茲ニ本書ヲ公ニスルニ當リテ深ク自ラ耻ヅル所ノモノ多シ。例ヘバ記述不均整ニシテ繁簡恒ナラザルコトハ其一ナリ。研鑽未足ラザルガ爲メ未熟ノ私見意ニ充タザルモノ隨所ニ多キコトハ其二ナリ。此等ハ凡テ著者淺學ノ致ス所思フテ茲ニ至ル毎ニ上梓ノ決意屢挫折セントス。而カモ斷然終ニ意ヲ決スルニ至レル所以ノモノハ獨リ未定稿ニ就テ苦慮推敲ヲ重ネンヨリハ速ニ之ヲ公表シテ批判ト叱正トヲ廣ク學

界ニ求ムルノ賢ナルニ如カザルヲ信ジタレバナリ。大方諸士幸ニ垂示ノ勞ヲ吝マルルコトナクンバ著者ノ願定ニ足レリ。若シ夫レ本書ニシテ多少ナリトモ學界ノ爲メニ貢獻スル所アラバ是レ著者望外ノ幸ナリ。

三 著者ノ本書ヲ記述スルニ當リテ最モ意ヲ用ヒタルハ我國從來ノ判例並ニ學說殊ニ單行論文ノ網羅ト批判トニ努メタルコト是レナリ。蓋シ外國法ノ解釋論ヲ以テ直ニ我法規ニ臨ミ稍モスレバ外國學者ノ名ヲ貴ビテ我國同胞ノ研究ヲ蔑視スルハ世往々ニシテ其弊ヲ見ル所著者ノ最モ遺憾トスル所ナレバナリ。外國ノ立法例及學說ハ必要ニ應ジテ之ヲ參照引用セルモ單ニ是レ比較研究ノ必要アル例外ノ場合ニ限レリ。

四 本書ノ體采ヲ横組ト爲セルコトハ繙閱上多少ノ不便アルベシ。然レドモ一頁ノ字數ヲ成ルベク増大セントスルコト及本文ト註トヲ同一頁ニ置クヲ便宜トスルコトハ遂ニ著者ヲシテ此決意ヲ爲サシメタリ。敢テ新ヲ追ヒ奇ヲ尙ハントスルニアラズ。

五 本書ヲ刊行スルニ當リテ忘ルルコト能ハザルハ故川名兼四郎先生及石坂音四郎先生ノ鴻恩ナリ。川名先生ハ著者ノ東京帝國大學ニ學生タルノ日民法ノ講義ヲ授ケラレタル恩師ニシテ著者ガ身ヲ學界ノ一隅ニ置キテ民法ノ研究ニ從事スルコトヲ得ル所以ノモノハ實ニ先生ノ懇篤ナル誘導ニ依レリ。又石坂先生ハ大正四年夏東京帝國大學ニ轉任セラレテヨリ以

來著者ガ本書ヲ公ヨスルニ付キ直接間接ニ幾多ノ有益ナル教示ヲ與ヘラレタル恩人ニシテ本書ノ成ル先生ニ負フ所ノモノ實ニ最モ大ナリ。然ルニ本書ノ起草半ニシテ悲哉先ニ川名先生ニ別レ今ヤ又稿漸ク定マリテ第一分冊ノ出版ヲ見ントスルニ當リ突如トシテ不幸石坂先生ヲ失フ。此書今成ルト雖モ謝意ヲ表シ奉ルノ途ナク又親シク懇切周到ナル批判教示ヲ賜ハルニ由ナシ。烏喙哀哉。茲ニ謹ミテ兩先生在天ノ英靈ニ拜謝シ奉ル。尙本書ヲ著ハスニ際シ鳩山教授ヨリ幾多ノ有益ナル助言ヲ與ヘラレタルヲ深謝ス。

大正六年五月

末弘嚴太郎

略語解

第一 法文

一 我國ノ法文ハ本文ニアリテハ例ヘバ第五百二十一條ヲ第五百二一條又ハ(五二一)ト記シ、脚註ニアリテハ第五百二十一條ヲ§521、第五百二十一條第一項ヲ§521¹ト記セリ而シテ特ニ法典名ヲ冠セザルハ民法ニシテ其他ノ法典ニ就テハ商(商法)、舊商(舊商法)、民訴(民事訴訟法)、非訟(非訟事件手續法)等通常ノ略語例ニ從ヘリ。

二 外國ノ法文ニ就テハ獨民(獨逸民法)、佛民(佛蘭西民法)、瑞民(瑞西民法)、瑞債(瑞西債務法)、奧民(奧太利民法)、普民(普漏西法 Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten)等ノ略語ヲ用ヒタリ。

第二 判例

一 大審院判決ハ主トシテ中央大學發行ノ大審院判決錄ニ據リテ引用シ左記ノ略語例ニ從ヘリ。

大審二・三・八民錄一九 120(大正二年三月八日大審院判決、大審院民事判決錄第十九輯一二〇頁所載)

尙其他ノ雜誌ニ所載ノモノハ雜誌略語例ニ從ヒテ之ヲ附記セリ。

二 控訴院、地方裁判所並ニ區裁判所判決ハ所載雜誌名ヲ附記シテ之ヲ引用シ東控(東京控訴院判決)、大控(大阪

控訴院判決)、名控(名古屋控訴院判決)、東京地(東京地方裁判所判決)、大阪區(大阪區裁判所判決)等ノ略語ヲ用ヒタリ。

第三 著書

一 我國ノ著書ハ屢々引用スルモノノミ左記ノ略語例ニ從ヒテ記載シ其他ハ成ルベク完全ニ原書名ヲ記セリ。

石坂氏民法 三 五 1731 — 法學博士石坂音四郎氏日本民法第三篇債權第五卷一七三一頁

石坂氏研究 二 294 — 同氏民法研究第二卷二九四頁

今井氏通論 304 — 法學博士今井嘉幸氏民法學通論三〇四頁

鳩山氏全書 二 44 — 鳩山秀夫氏註釋民法全書第二卷四四頁

鳩山氏債權 58 — 同氏日本債權法(總論)五八頁

仁井田氏民訴要論 下 1067 — 法學博士仁井田益太郎氏民事訴訟法要論下卷一〇六七頁

仁井田氏親族相續 374 — 同氏親族法相續法論三七四頁

富井氏原論 — 400 — 法學博士富井政章氏民法原論第一卷四〇〇頁

岡松氏理由 三 424 — 法學博士岡松參太郎氏民法理由第三卷四二四頁

川名氏債權 286 — 法學博士川名兼四郎氏債權法要論二八六頁

神戸氏全書 八 10 — 法學博士神戸寅次郎氏註釋民法全書第八卷一〇頁

橫田氏各論 30 — 法學博士橫田秀雄氏債權各論三〇頁

中嶋氏釋義 — § 97 註三 — 法學博士中嶋玉吉氏民法釋義第一卷第九七條註三

村上氏各論 9 — 村上恭一氏債權各論九頁

梅氏要義 三 § 524 註 — 法學博士梅謙次郎氏民法要義第三卷第五二四條註

志田氏各論講義案 26 — 法學博士志田御太郎氏債權各論講義案二六頁

二 外國ノ著書ハ成ルベク原書名ノママニテ引用シ特ニ屢引用スルモノニシテ書名ヲ記サザルモ別ニ疑ヲ生ズルノ虞ナキモノニ限リ著者名ノミヲ以テ記セリ。尙特ニ版數

ヲ記シタルモノノ外ハ凡テ最新版ニ依レルモノナリ。引用例中「ゴシツク」體ノ數字ハ卷數ヲ示シ§印ハ章若クハ條數ヲ示シno. 印ハ佛蘭西書ノ節數ヲ示シ又何等ノ記號ヲ冠セザル普通體ノ數字ハ頁數ヲ示スモノトス。今二三ノ引用例ヲ示セバ下ノ如シ。

Baudry-Lacantinerie et Barde 2 no. 1465 — *Baudry-Lacantinerie et Barde*, *Traité théorique et pratique de droit civil, des obligations, tome 2, no. 1465*

Cosack, BR 1 § 139, I 1 — *Cosack*, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, Band 1 § 139, I 1, VI Aufl. (13)

Enneccerus 2 § 271, Anm. 1 — *Enneccerus*, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Band I, Abteilung 2, § 271, Anm. 1, VI/VIII Aufl. (12)

Matthias 223 — *Matthias*, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, S. 223, V Aufl. (10)

Colin et Capitant 2 289 — *Colin et Capitant*, *Cours élémentaire de droit civil français, tome 2, p. 289*

第四 雜誌

雜誌ハ凡テ左記ノ略語例ニ從ヒテ引用シ「ゴシツク」體ノ數字(日本雜誌ニハ日本數字、外國雜誌ニハ「アラビヤ」數字)ニテ卷數ヲ示シ普通體ノ日本數字ニテ號數ヲ示シ普通體ノ「アラビヤ」數字ニテ頁數ヲ示セリ、例ヘバ京法—〇九 25ハ京都法學會雜誌第十卷第九號二五頁ニシテ *Jahrb. f. Dogm.* 49 39—ハ *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Band 49, S. 39 ff. ナルガ如シ。

法協 — 法學協會雜誌

法曹 — 法曹記事

辯論 — 辯護士協會誌

京法 — 京都法學會雜誌

新報 — 法學新報

志林 — 法學志林

新聞 — 法律新聞

新誌 — 日本法政新誌

評論 — 法律評論

Arch. f. civ. Prax. — *Archiv für die civilistische Praxis*

Arch. f. B. R. — *Archiv für das bürgerliche Recht*

Gruchots Beitr. — *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*

Jahrb. f. Dogm. — *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*

目次

序説.....1

本書ノ研究範圍 1 — 債權發生原因ノ種類 2 — 契約 2 — 單獨行為 3 — 合同行為 5 — 法律行為以外ノ適法行為 6 — 違法行為 7 — 事件 8 — 其他ノ原因 9

第一部 契約.....10

第一章 總論.....10

第一節 契約ノ概念.....10

契約ナル文字 10 — 契約ノ定義 11 — 其構成分子タル意思表示 12 — 交叉申込 (Kreuzofferte) ハ契約ヲ成立セシムルカ 13 — 合致不合致 15 — 合同行為トノ差異 21 — 意思表示以外ノ契約構成分子 22

第二節 契約ノ種類.....23

雙務契約片務契約 23 — 有價契約無價契約 25 — 利得分配契約 (Partiarischer Vertrag) 28 — 射倖契約 29 — 諾成契約要物契約 30 — 要式契約不要式契約 32 — 死因契約生前契約 33 — 有名契約無名契約 (典型契約不典型契約) 34 — 第三者ノ爲メニスル契約 34 — 本契約豫約 35 — 債務的豫約 35 — 第二義ノ豫約 (賣買一方ノ豫約) 39 — 有因契約無因契約 43

第三節 契約ノ成立.....44

第一款 契約成立要件.....44

第一項 總説.....44

第二項 申込.....46

第一 申込ノ性質.....46

意思表示ナリ 46 — 申込ノ方法 47 — 申込ノ内容 49 — 申込ノ誘引トノ區別 52 — 競争締結(競買又ハ入札)ノ申出ハ申込ナリト 54

第二 申込ノ效力..... 58

承諾能力(承諾適格、實質的效力) 58 — 效力發生時期 59 — 效力存續期間 61 — 效力消滅原因 61 — 申込ノ撤回(取消) 61 — 申込ノ拒絕 64 — 承諾期間ノ空過 65 — 當事者ノ死亡又ハ能力喪失 74 — 其他ノ原因 87

第三 申込ノ拘束力..... 88

拘束力ヲ認ムル立法理由 88 — 拘束力ナキ申込ノ可能 88 — 拘束力ノ法律上ノ性質 90 — 拘束力ノ存續期間 91 — 隔地者間ノ申込 92 — 對話者間ノ申込 95

第三項 承諾..... 96

第一 承諾ノ性質..... 96

申込者ニ對スル意思表示ナリ 96 — 其方法 97 — 被申込者ノ意思表示ナリ 101 — 申込ニ應ジテ爲スヲ要ス 101 — 申込トノ合致ヲ要ス 101

第二 承諾ヲ爲スノ義務..... 103

第三 承諾ノ效力..... 104

效力發生時期 104 — 對話者間ノ承諾 104 — 隔地者間ノ承諾 105

第二款 契約ノ成立時期..... 114

第三款 契約成立ノ場所..... 115

成立場所ヲ定ムル實益 115 — 如何ニシテ定マルカ 116

第四節 契約ノ效力..... 118

第一款 總說..... 118

效力發生時期 118 — 效力發生條件 118 — 通法 118 — 確定

119 — 可能 119 — 原始不能ニ因ル損害賠償 121

第二款 雙務契約ノ效力..... 126

第一項 總說..... 126

雙務契約ノ意義 127 — 因リテ生ズル債務關係ノ性質 127

第二項 同時履行ノ抗辯..... 131

第一 同時履行ノ抗辯權ノ性質..... 132

抗辯權 132 — 停止の抗辯權 133 — 留置の抗辯權 133 — 留置權トノ差異 135

第二 同時履行ノ抗辯權ノ存立要件..... 138

雙方ノ債務ガ同一雙務契約上ノ雙方的債務ナルコト 138 — 雙方ノ債務ガ辨濟期ニ在ルコト 141 — 反對給付ノ履行又ハ其提供ヲ爲サズシテ請求セルコト 142

第三 同時履行ノ抗辯權ノ效力..... 148

行使ニ因リテ生ズル效果 148 — 存在ニ因リテ生ズル效果 151

第三項 契約締結後ニ發生シタル給付不能ノ

雙務契約ニ及ボス效力(危險負擔ノ問題)..... 154

第一 契約ガ條件若クハ期限附ニアラザル場合..... 154

其一 不能ガ當事者何レノ責ニモ歸スベカラザル事由ニ因リテ生シタル場合 155 — (甲)物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル契約 155 — 立法主義及其批評 155 — 吾民法ノ規定 160 — 二重賣買ニ於ケル危險負擔 167 — 代價請求權 171 — (乙)物權ノ設定又ハ移轉以外ノ給付ヲ目的トスル契約 173 — 全部不能ノ場合 173 — 一部不能ノ場合 174

其二 不能ガ債權者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ發生セル場合 175

其三 不能ガ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ發生セル場合 177

其四 不能ガ當事者雙方ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ發生セル場合 179

第二 契約ガ停止條件附ナル場合..... 180

其一 物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル契約 181
 物が滅失シタル場合 181 — 物が毀損シタル場合 182 — 毀損が債務者ノ責ニ歸スベカラザルトキ 183 — 債務者ノ責ニ歸スベキトキ 183
 其二 物權ノ設定又ハ移轉以外ノ目的ヲ有スル契約 185

第三 契約ガ解除條件附ナル場合..... 188

條件が週及致テ有セザル場合 188 — 有スル場合 189

第三款 第三者ノ爲メニスル契約

ノ効力..... 190

第一 第三者ノ爲メニスル契約ノ性質..... 190

(一)意義 190 — 成立要件 190 — 不純正ナル第三者ノ爲メニスル契約 193 — 第三者ト契約トノ關係 194 — 補償關係(Deckungsverhältnis) 194 — 對價關係(Valutaverhältnis) 196 — (二)沿革 197

第二 第三者ノ爲メニスル契約ノ効力..... 198

其一 當事者間ノ効力 198

其二 第三者ニ對スル効力 200

(一)第三者ノ權利取得ノ法理 200 — (二)第三者ノ權利取得ノ條件 206 — (三)受益前ノ第三者ノ地位 209 — 受益權ノ發生消滅 209 — 受益權ノ行使 211 — 受益權ノ保護 211 — (四)受益ヲ爲シタル第三者ノ地位 212 — 第三者ノ權利ノ性質 213 — 第三者ノ權利ト契約當事者 213 — 第三者ノ權利ト契約トノ關係 215

第三 第三者ノ負擔ヲ目的トスル契約..... 217

意義 217 — 第三者ノ行爲ヲ條件トスル第三者ノ爲メニスル契約 219

第五節 契約ノ解除..... 221

第一款 解除ノ意義..... 221

(一)意思表示 221 — (二)一方的意思表示 221 — 合意ニ依ル解除 221 — 方式 222 — 解除ノ當事者 223 — 當事者數人アル場合 224 — 條件又ハ期限附解除 225 — (三)契約ヲ除去スル意思表示 226 —

解除ノ目的タル契約 226 — 物權契約ノ解除 227 — 準物權契約ノ解除 229 — (四)契約ヲ週及的ニ除去スル意思表示 231 — 一部ノ解除 235 — 告知(Kündigung)トノ差異 236 — (五)解除權ノ行使 238

第二款 解除權ノ發生原因..... 239

第一 當事者ノ契約(約定解除權)..... 239

失權契約 240 ●

第二 法律ノ規定(法定解除權)..... 241

特殊解除原因 241 — 一般解除原因 (一)履行遲延ニ因ル解除 241 — 契約ガ定期行爲ナラザル場合 243 — 契約ガ定期行爲ナル場合 249 — (二)債務ノ履行不能ニ因ル解除 255

第三款 解除ノ效果..... 257

第一 原狀回復義務..... 257

(一)履行前ノ債務ニ對スル效果 258 — (二)履行後ノ債務ニ及ボス效果 258 — 給付ノ返還 258 — 給付ノ増加物ノ返還 261 — 費用ノ償還 262 — 同時履行ノ抗辯 263 — (三)解除ノ效果ハ第三者ニ及ボズ 263 — 解除ハ撤回スルヲ得ズ 265

第二 解除ト損害賠償..... 266

賠償請求權ノ性質 267 — 賠償範圍 273 ●

第四款 解除權ノ消滅..... 274

消滅原因 274 — 消滅時效 274 — 拋棄 274 — 存續期間ノ空過 275 — 目的物ノ毀損又ハ返還不能 276 — 目的物ノ加工改造 278 — 解除權ノ行使 279 — 當事者數人アル場合ト解除權ノ消滅 279

第一章 契約各論..... 281

第一節 總說..... 281

契約自由ノ原則ト典型契約 281 — 不典型契約 283 — 其分類及取扱 283 — 純粹不典型契約 283 — 混合契約 284 — 準混合契約 293

第二節 財産ノ移轉ヲ目的トスル契約..... 293

概念 293 - 沿革 294

第一款 贈與..... 296

第一 意義..... 296

定義 296 - 契約 296 - 債權契約 297 - 片務契約 303 - 贈與者ガ受贈者ニ財産ヲ與フル契約 303 - 無償契約 310

第二 成立..... 311

内容 312 - 方式 312

第三 效力..... 315

債務ノ内容 315 - 不履行ニ對スル責任 315 - 擔保責任(原則 315 - 例外 318) - 贈與ニ特有ナル取消又ハ無効原因 321

第四 特殊ノ贈與..... 323

(一) 混合贈與 323

契約ノ性質 323 - 取扱 327

(二) 負擔附贈與 328

性質 328 - 債務的效力ヲ有ス 328 - 單純負擔 (Modus simplex)

329 - 一個ノ契約ナリ 330 - 片務契約 330 - 無償契約 331

- 負擔ノ内容 332 - 條件トノ差異 336 - 取扱 336

(三) 定期給付ヲ目的トスル贈與 340

(四) 死因贈與 340

遺贈ノ規定中死因贈與ニ準用シ得ルモノノ範圍 341

第二款 賣買..... 343

第一項 賣買ノ概念..... 349

定義 349 - 債權契約 349 - 雙務且有償契約 351 - 賣主ガ買主ニ財産ヲ移轉スル契約 352 - 賣買ノ目的物 352 - 買主ガ賣主ニ金ヲ交付スル契約 356

第二項 特殊ノ賣買..... 360

第一 繼續的供給契約(Sukzessivlieferungsvertrag)..... 360

第二 割賦拂約款附賣買..... 363

意義 363 - 各種ノ附隨約款 365

第三 豫約出版契約..... 367

第四 試味賣買(試驗賣買、點檢賣買)..... 368

第五 見本賣買(試品賣買)..... 369

第三項 賣買ノ成立..... 370

總說 370

第一 賣買ノ豫約..... 371

(一)債務的豫約 372 - (二)賣買一方ノ豫約 373 - 豫約權利者ノ權利ノ性質 373 - 賣買完結ノ意思表示 373 - 豫約ノ消滅 374

第二 賣買ノ費用..... 376

第四項 賣買ノ效力..... 376

第一目 賣主ノ義務..... 376

第一 財産權移轉ノ義務..... 376

(一)權利移轉 376 - 他人ノ物ノ賣買ノ場合 377 - (二)占有移轉 379 - (三)對抗要件完了 381 - (四)附屬物引渡 383

第二 擔保責任..... 383

甲 總說..... 383

(一)擔保責任ノ意義及ビ性質 383 - (二)擔保責任ニ關スル特約 386 - 責任排除特約 386 - 責任加重特約 388 - 債權賣買ニ於ケル擔保特約 389

乙 擔保責任ノ種類..... 391

(一)他人ノ權利ノ賣買ニ於ケル擔保責任 391 — 權利ノ全部ガ他人ニ屬スル場合 391 — 權利ノ一部ガ他人ニ屬スル場合 394 — 他人ノ權利ノ賣主ノ解除權 399 — (二)目的物ニ關スル原始の一部不能ニ對スル擔保責任 400 — 不能ガ數量ニ付テ存スル場合 400 目的物ガ他ノ權利ニ依リテ制限セラレタル場合 405(權利ノ存在ノミニ因リテ責任ヲ生ズル場合 405 — 權利ノ行使ニ因リテ責任ヲ生ズル場合 410) — 從屬的權利不存在ノ場合 415 — 瑕疵擔保 415 — (三)強制競賣ニ關スル特則 423

丙 附說..... 429
 (一)擔保責任上ノ債務ノ相互性 429 — (二)商事賣買ニ於ケル擔保責任 430

第二目 買主ノ義務..... 431

第一 總說..... 431

買主ノ物品引取義務ヲ負擔スルカ 431

第二 代金支拂義務..... 432

(一)支拂時期 433 — (二)支拂場所 434 — (三)代金ノ利息 434 — (四)支拂拒絶權 435

第五項 賣買ノ解除..... 439

總說 439

第一目 手附..... 440

第一 總說..... 440

手附ノ意義及種類 440 — 內金トノ區別 442

第二 解約手附..... 443

(一)性質及成立 443 — (二)效力 446

第二目 買戻..... 448

第一 總說..... 448

第二 性質..... 450

買戻權ノ解除權也 450 — 買戻權ノ讓渡 456 — 買戻權ハ不動産ノ賣主ノミ有スルヲ得 458 — 買戻特約ハ賣買ト同時ニノミ爲スヲ得 459 — 買戻金 460 — 買戻期間 460

第三 買戻權ノ行使..... 454

(一)當事者 464 — (二)方法 467 — (三)效果 468

第四 共有者持分ノ買戻ニ關スル特則..... 476

(一)純理ノ結果 476 — (二)特別規定 477

第三款 交換..... 430

第一 性質..... 430

(一)債權契約 480 — (二)諾成契約 480 — (三)財産移轉ノ有價雙務契約 481 — (四)賣買トノ異同 481

第二 補足金附交換..... 432

第三節 物ノ使用ヲ目的トスル契約..... 433

(一)物ノ使用ヲ目的トス 483 — (二)繼續的也 484 — (三)限時的也 484 — (四)使用許與ソノモノヲ目的トス 484 — (五)物ノ返還ヲ要ス 484

第一款 消費貸借..... 435

第一 性質..... 435

(一)要物契約 486 — 諾成の消費貸借 486 — 物の要素ノ内容 487 — 代用的物の要素 491(準消費貸借 492 — 及ソノ類推 503) — 物の要素ト合意トノ時間的關係 507(物ノ交付前ニ作成セル公正證書ノ效力 507 — 物ノ交付前ニ爲シテ擔保設定ノ效力 511) — (二)同種同等同量ノ物ノ返還義務ヲ生ズ 512 — (三)消費貸借ト擔保契約 514 — (四)類似行爲トノ區別 514 (消費寄託 514 — 質銀前拂 515 — 消費貸借ノ豫約 515)

第二 效力..... 519

(一)貸主ノ義務(擔保義務) 519 — 性質 520 — 要件 520 — 效果 522 — 附言 523 — (二)借主ノ義務 525 — 返還 526(目的物 526 — 時期 529 — 場所 532) — 利息支拂 533

第二款 使用貸借..... 533

第一 性質..... 533

(一)要物契約 533 — 諾成の使用貸借 534 — (二)無償使用收益後ニ返還スルヲ要ス 537 — (三)片務契約 538 — (四)好意の使用許可 539

第二 效力..... 540

(一)貸主ノ義務 549 — 使用收益許與 540 — 擔保 542 — (二)借主ノ權利義務 543 — 使用收益認許ノ請求權 543 — 借用物保管義務 548 — 借用物返還義務 550

第三 終了..... 552

(一)期限滿了 552 — (二)告知 553 — (三)借主ノ死亡 557 — (四)目的物ノ滅失 557

第三款 賃貸借..... 557

第一項 賃貸借ノ性質..... 557

(一)使用收益ヲ爲サシムルヲ約スル契約 558 — 諾成契約 558 — 目的物 558 — 期間 563 (制限 564) — (二)借賃ノ支拂ヲ約スル契約 576 — (三)双務契約 577 — (四)有償契約 578 — (五)地上權トノ區別 578

第二項 賃貸借ノ效力..... 579

第一 賃貸人ノ義務..... 579

引渡義務 580 — 擔保義務 583 — 修繕義務 584 — 妨害除去ノ義務 587 — 費用及負擔返還ノ義務 588

第二 賃借人ノ權利義務..... 591

(一)賃借人ノ權利 591 — 賃借權 592 (内容及性質 592 — 對外的效力 593) — 使用收益權 606 — 賃借權ノ讓渡及賃借物ノ轉貸 607 — (二)賃借人ノ義務 622 — 借賃支拂義務 622 保管義務 633 — 賃借物返還義務 — 635 賃借人ノ債務擔保 638 (敷金 639 — 先取特權 644)

第三項 賃貸借ノ終了..... 644

(一)期間滿了 645 — (二)告知 646 — (三)解除 652 — (四)解除條件 652 — (五)賃借物ノ滅失又ハ重大ナル毀損 653

第四節 勞務供給ヲ目的トスル契約..... 653

勞務契約ノ地位 653 — 分類 655

第一款 雇傭..... 656

第一 性質..... 656

(一)一方ガ勞務ニ服スルコトヲ約スル契約 657 — (二)使用者ガ報酬ヲ約スル契約 660 — (三)諾成且不要式契約 662 — (四)當事者 663 — (五)注意事項 664 — 賃率契約 (集合協約、勞働協約) 664 — 身元保證契約 665

第二 效力..... 672

(一)使用者ノ義務 672 — 報酬支拂 672 — 扶助 674 — (二)勞務者ノ義務 675 — 内容及專屬性 675 — 特約 678

第三 終了..... 678

(一)勞務ノ終了 679 — (二)期間滿了 679 — (三)告知 679 (四)解除 687 — (五)當事者ノ死亡 687

第二款 請負..... 683

第一 性質..... 683

(一)請負人が仕事ノ完成ヲ約スル契約 688 — 仕事ノ意義及ビ種類 689
 — 買買トノ差異 692 — 作成物ノ所有權所在 693 — 不規則請負
 697 — (二)注文者が仕事ノ結果ニ對シ報酬ヲ與フルヲ約スル契約也 700
 — 危險負擔 701 — (三)双務有償且諾成契約 705

第二 效力..... 705

(一)注文者ノ義務 705 — 報酬支拂 705 — 仕事完成協力義務ノ存否
 706 — 仕事目的物受領義務存否 707 — (二)請負人ノ義務 708
 — 仕事完成 708 — 作成物所有權移轉 710 — 擔保責任 710

第三 終了..... 717

(一)解除 717 — (二)債務履行完了 720 — (三)債務履行不能 720

第三款 懸賞契約..... 720

第一 性質及成立..... 720

(一)契約也 720 — (二)懸賞廣告ノ性質 721 — (三)相手方ノ承諾
 728 — (四)片務且有償契約 730

第二 效力..... 730

(一)報酬請求權者 730 — (二)報酬給付時期 732

第三 優等懸賞廣告..... 732

(一)廣告ノ内容 732 — (二)應募 734 — (三)判定 735

第四款 委任..... 470

第一 性質..... 740

定義 740 — (一)委任者が事務ノ處理ヲ受任者ニ委託スル契約 740 —
 委任ノ目的物 740 — 事務ノ意義 741 — 事務ノ種類 747 — (二)
 受任者が有償又ハ無償ニテ事務處理ヲ約スル契約 754 — (三)諾成且不要
 式契約 757 — (四)當事者 757

第二 效力..... 753

甲 無償委任..... 758

(一)受任者ノ義務 758 【事務處理義務(主タル義務)758 — 報告義務 761
 — 引渡及移轉義務 761 — 利息支拂及損害賠償義務 763】 — (二)委
 任者ノ義務 764 — (此義務ノ性質 764 — 費用前拂義務 764 —
 立替費用償還義務 764 — 債務辨濟義務 765 — 損害賠償義務 766)

乙 有償委任..... 767

第三 終了..... 771

(一)原因 771 — (二)終了ノ場合ニ於ケル損害防止手段 777

第五節 物ノ保管ヲ目的トスル契約..... 778

第一款 寄託..... 779

第一 性質..... 779

(一)物ノ保管ヲ目的トス 779 — (二)受寄者が受取リタル物ヲ保管スル
 契約 783 — 要物契約 783 — 寄託ノ債務ノ單約 784 — 諾成的
 寄託 785 — (三)無償寄託ト有償寄託 786

第二 效力..... 787

(一)受寄者ノ義務 787 【寄託物保管義務(主タル義務) 787 — 危險通
 知義務 793 — 引渡及移轉義務 796 — 利息支拂及賠償義務 796 —
 返還義務 796】 — (二)寄託者ノ義務 799 (有償寄託ニ特殊ナル義務
 799 — 有償無償ノ寄託ニ共通ナル義務 800 — 費用前拂義務 800
 — 立替費用及利息償還義務 800 — 債務辨濟及擔保提供義務 800 —
 損害賠償義務 801)

第三 終了..... 802

(一)期間ノ滿了 802 — (二)告知 802 — (三)解除 805 — (四)
 受寄物ノ滅失 806 — (五)解除條件ノ成就 806

第二款 消費寄託..... 806

(一)法律ノ性質 806 — 寄託トノ差異 806 — 消費貸借トノ差異 808
 (二)消費貸借ノ規定ノ準用 809

第六節 共同業務ヲ目的トスル契約..... 810

第一款 總說..... 810

民法上ノ人的結合 810 — 商法上ノ人的結合 810 — 共同繼承人ノ組合812

第二款 組合..... 813

第一 性質..... 813

(一)各組合員ガ共力スルコトヲ約スル契約 813 — (二)共同ノ目的ヲ達スルヲ目的トスル契約 814 — (三)雙務契約 817 — 同時履行ノ抗辯 817 — 危險負擔 819 — (四)有償契約 820 — (五)諾成且不要式契約 821

第二 財産關係..... 821

一)組合財産ノ構成部分 821 — (二)組合財産ノ取得原因 823 — (三) (組合財産ノ法律上ノ性質 825 (共有ノ意義 825 — 債權ノ共有 828—組合員ノ持分829— 持分ニ對スル制限 829) — (四)組合ノ債務 833 — (五)損益分配 835

第三 業務執行..... 836

甲 對内關係..... 836

(一)執行方法 836 — 組合員全員ヲ以テスル執行 836 — 組合員中ノ或者又ハ第三者ヲ以テスル執行 839 — (二)業務執行者ト他ノ組合員トノ關係 844 — 委任ニ關スル規定ノ準用 844 — 準用ノ結果 845

乙 對外關係..... 847

組合契約ニ基ク業務執行權者ノ代理權 847 — 委任ニ基ク業務執行權者ノ代理權 849

第四 組合員ノ加入及ヒ脱退..... 849

(一)加入 850 — (二)脱退 851 (原因 851 — 效果 854)

第五 解散..... 856

(一)原因 856 — (二)效果 858

第七節 終身定期金契約..... 860

第一 終身定期金ノ意義及ビ性質..... 860

第二 終身定期金債權ノ性質..... 863

第三 終身定期金債權ノ發生原因..... 864

(一)總說 864 — (二)終身定期金契約ノ性質 868 — (三)終身定期金契約ノ效力 870 (債權ノ發生及ビ消滅 870 — 債務ノ履行期 873 — 定期金ノ數額 873 — 債務不履行ノ效果 874)

第八節 和解..... 876

第一 性質..... 876

(一)方法 876 — (二)目的 878 — (三)雙務契約 880 — (四)不要式契約 882

第二 效力..... 882

(一)當事者雙方ニ債務ヲ生ズ 883 — (二)和解ノ爲メ係争權利ニ付キ爲シタル處分ノ效果 883 — (三)係争法律關係ニ關セザル讓歩行爲ノ效力 887 — (四)第三者ニ對スル效力 887

第二部 事務管理..... 889

第一章 總說..... 889

第二章 事務管理ノ意義並ビニ

成立要件..... 890

(一)定義 890 — (二)性質及ビ成立要件 890 (他人ノ事務ノ管理 890 (他人ノ事務 891 — 管理 894) — 他人ノ爲メニスル意思 895 — 義務ノ不存在 900 — 本人ノ爲ニ不利ナルコト明ナラザルコト 901 —

本人ノ意思ニ反スルコト明ナラザルコト 902} — (三)事務管理ノ法律要件トシテノ本領 903

第三章 事務管理ノ效力.....904

第一 違法性阻却ノ效力.....904

第二 管理者ノ義務.....905

(一)管理義務(主タル義務) 905 — (二)従タル義務 912(通知義務 913 — 報告義務 914 — 引渡及移轉義務 914 — 利息支拂及賠償義務)914

第三 本人ノ義務.....915

(一)費用償還義務 915 — (二)其他ノ義務ノ有無 919

第四 事務管理ノ追認.....921

第三部 不當利得.....923

第一章 不當利得制度ノ基礎.....923

第二章 不當利得ノ成立要件.....925

第一節 不當利得ノ一般成立要件.....926

第一 他人ノ財産又ハ勞務ニヨリテ利益ヲ受ケタルコト.....926

(一)受益ノ意義及ビ證據 926 — 財産ノ積極的增加 927 — 財産ノ消極的增加 928 — (二)受益ノ方法 929 — (三)他人ノ財産又ハ勞務ニ因ル受益 930

第二 利得者ガ利得ヲ受ケタル爲メ他人ガ損失ヲ蒙リ

タルコト.....931

(一)損失 931 — (二)損失ト受益トノ因果關係 932

第三 法律上ノ原因無キコト.....933

學說及其批評 934 — 各種ノ場合ヲ分チテ説明スルノ外ナシ 941 — (甲)利得ガ損失者ノ意思ニ基キテ生ズル場合 942 (意義 942 — 出捐トソノ原因 943 — 原因ト對機 944 — 法律行爲ト原因トノ關係 946 — 原因ノ決定 949 — 原因ノ欠缺ヲ生ズル各種ノ場合 954) — (乙)利得ガ損失者ノ意思ニ基カズシテ生ズル場合 958 (人ノ行爲ニ因ル場合 958 — 人ノ行爲以外ノ事件ニ因ル場合 964)

第二節 個々ノ不當利得ニ特有ナル成

立要件.....970

第一款 非債辨濟ニ特別ナル要件.....970

第一 狹義ノ非債辨濟.....970

(一)要件 971 — (二)舉證責任 975

第二 辨濟期前ノ辨濟.....976

第三 他人ノ債務ノ辨濟.....978

(一)第三者ノ辨濟トシテ給付ヲ爲シタル場合 978 — (二)自己ヲ債務者トシテ誤信シタル場合 979

第二款 不法原因給付ノ不當利得ニ

特別ナル要件.....931

(一)立法理由 981 — (二)原則 982 (要件 982 — 效果 986) — (三)例外 987

第三章 不當利得ノ效果.....931

第一 當事者.....939

(一)權利者 989 — (二)義務者 989

第二 返還ノ物體.....930

第三 返還義務ノ範圍.....992

(一)善意ノ受益者 992 — (二)惡意ノ受益者 997 — 損害賠償義務 998

第四部 不法行爲.....1000

第一章 緒論.....1000

第一 民事責任ト刑事責任.....1000

第二 過失責任ト結果責任.....1002

第二章 不法行爲ノ成立要件.....1003

第一節 總說.....1006

(一)不法行爲ト過失 1006 — (二)成立要件分類 1007 — (三)定義 1010

第二節 自己ノ權利侵害行爲ヲ要素ト

スル不法行爲.....1010

第一款 客觀的要件.....1011

第一項 權利侵害.....1011

第一目 權利ノ意義.....1011

第一 意義.....1012

第二 種類.....1015

(一)公權 1015 — (二)私權 1015 — (其一)行爲權 1015 — (A)支配權 1016 (物權 1016 - 無體物權 1026) — (B)請求權 1026 (財產的請求權 1027 — 非財產的請求權 1037) — (C)形成權 1037 — (其二)單純享益權 1037 — (A)自由權 1038 — (B)名譽權 1039 — (C)信用權 1039 — (二)業務權 1040 — (D)期待權 1040

第二目 權利ノ侵害.....1042

第一 意義.....1042

第二 方法.....1043

第三 侵害者.....1043

(一)自己ノ行爲ニ因ル權利侵害 1043 — (二)他人ノ行爲ニ因ル權利侵害 1043 — (三)國家其他法人ノ不法行爲 1044 — (四)官吏ノ不法行爲 1046

第二項 違法.....1048

第一 意義.....1049

第二 權利侵害ト違法.....1050

第三 違法性阻却事由.....1050

(一)權利ノ行使 1051 — (二)被害者ノ承諾 1052 — (三)正當防衛 1054 — (四)緊急避難 1056 — (五)事務管理 1057

第四 不作為ノ違法性.....1057

第三項 損害.....1058

第四項 因果關係.....1059

(一)因果關係ノ必要 1059 — (二)不作為ノ因果關係 1059

第二款 主觀的要件.....1061

第一項 不法行爲能力.....1061

第一 不法行爲能力ヲ要スル理由.....1062

第二 意義.....1062

第三 不法行爲無能力者.....1063

(一)辨識能力無キ未成年者 1063 — (二)心神喪失者 1064

第二項 意思責任.....1056

第一 總說	1066
第二 故意	1066
第三 過失	1068

(一) 意義 1068 — (二) 種類 1069

第四 意思責任ニ關スル特約	1070
第五 舉證責任	1071

第三節 自己ノ行爲以外ノ事實ニ因ル 權利侵害ヲ要素トスル不法行 爲	1072
---	------

第一款 他人ノ行爲ニ因ル損害ニ對 スル責任	1073
--------------------------	------

第一項 無能力者ノ行爲ニ因ル損害ニ對スル 責任	1074
----------------------------	------

(一) 立法理由 1074 — (二) 責任者 1074 — (三) 責任要件 1075 —
(四) 免責要件 1076 — (五) 舉證責任 1077

第二項 被用者ノ行爲ニ因ル損害ニ對スル責 任	1078
---------------------------	------

第一 立法理由	1078
第二 責任者	1079
第三 責任要件	1082

(一) 被用者自身ニ關スル要件 1082 (客觀的要件 1082 — 主觀的要件
1086) — (二) 使用者ニ關スル要件 1087

第四 免責要件	1087
第五 舉證責任	1088
第六 效果	1089

第二款 人ノ行爲以外ノ事實ヲ原因トス ル責任	1090
---------------------------	------

第一項 工作物竹木ノ加害ニ對スル責任	1090
--------------------	------

第一 土地工作物ノ加害ニ對スル責任	1091
(一) 立法理由 1091 — (二) 責任要件 1091 (占有者ノ責任要件 1091 — 所有者ノ責任要件 1094) — (三) 免責要件 1094 — (四) 效果 1095	

第二 竹木ノ加害ニ對スル責任	1096
----------------	------

第二項 動物ノ加害ニ對スル責任	1096
-----------------	------

第一 立法理由	1097
---------	------

第二 責任者	1097
--------	------

第三 要件	1098
-------	------

第四節 共同不法行爲	1099
------------	------

(一) 成立及責任 1099 — (二) 共同行爲者中加害者ノ不明ナル場合ノ責任
— 1100

第三章 不法行爲ノ效果	1101
-------------	------

第一節 總說	1101
--------	------

(一) 損害賠償債權ノ發生 1101 — (二) 權利侵害豫防請求權 1101

第二節 損害賠償債權	1103
------------	------

第一 當事者.....1103
 (一)債務者 1103 — (二)債權者 1103 — 賠償範圍 1105

第二 損害賠償ノ方法1106
 (一)原則 1106 — (二)例外 1107

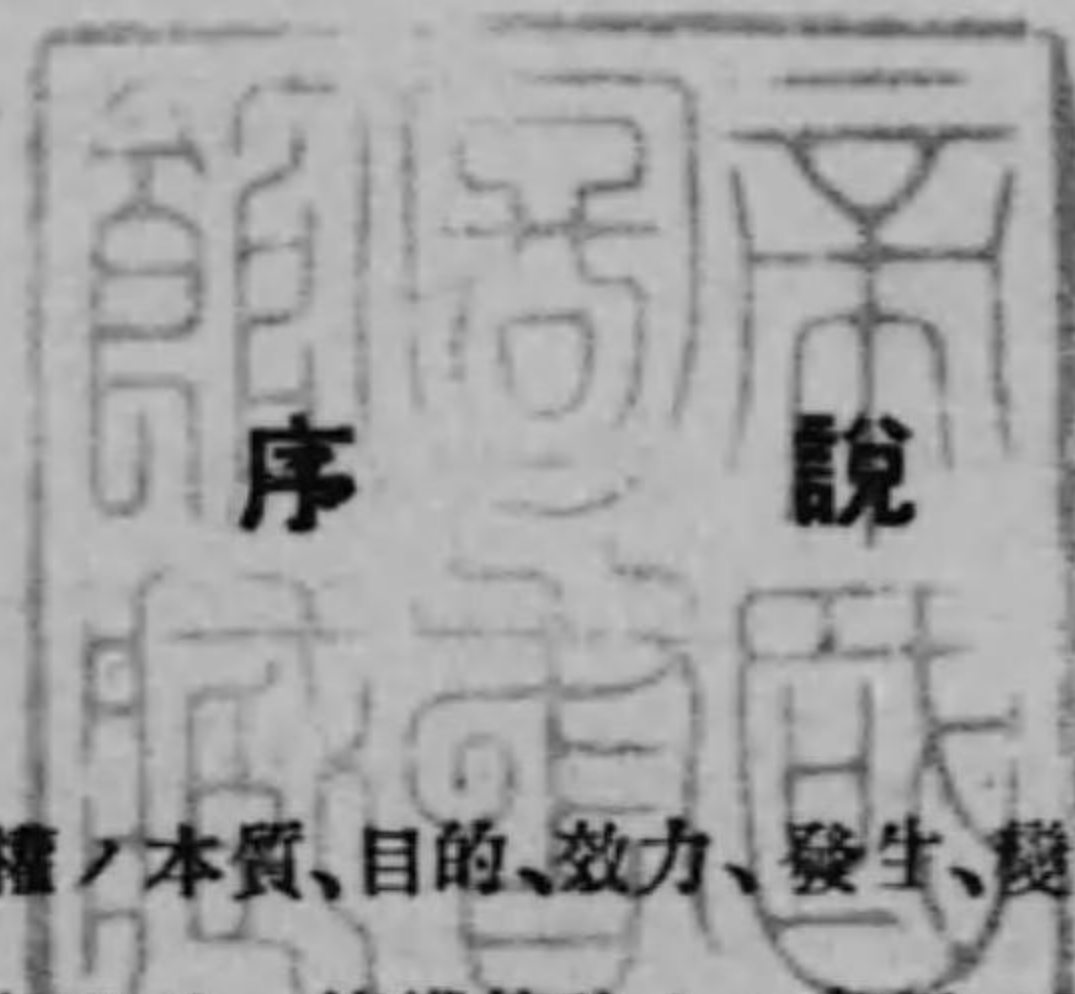
第三 損害賠償ノ範圍.....1108
 (一)原則 1108 — (二)範圍削減 1110 (過失相殺 1110 — 損得相殺 1111)

第四 損害賠償債權ノ讓渡性.....1112
 (一)債權ノ讓渡性 1112 — (二)債務ノ移轉性 1114

第五 損害賠償債權ノ消滅時效.....1114

第六 請求權ノ競合.....1115
 (一)債務不履行ノ請求權トノ競合 1115 — (二)其他ノ請求權トノ競合

— 完 —



一 債權ノ本質、目的、效力、發生、變更、消滅等ニ
 關スル一般理論ハ債權總論ナル名目ノ下ニ一括シテ
 研究セラルルヲ通例トス。然ルニ債權ノ發生原因ハ
 種種多樣ニシテ容易ニ一律ノ下ニ之ヲ説クコト能ハ
 ズ。各種ノ發生原因ニ付キテ一々其構成要素、效果
 等ヲ明カニスルガ爲メニハ、更ニ一層詳細ナル特殊
 ノ研究ヲ要ス。是レ即チ債權總論ノ外、別ニ債權各
 論ノ存在スル所以ナリ。故ニ嚴格ナル理論的分類ニ
 依レバ、債權發生ニ關スル法理中各種ノ發生原因ニ
 通ズル一般的ノ理論ハ之ヲ債權總論ニ讓ルヲ正當ト
 スベク、獨逸民法、瑞西債務法ノ如キハ實ニ此種ノ
 理論ニ從ヒテ法規ノ配列ヲ爲セルモノニシテ、佛蘭
 西民法ノ採ル所亦略之ニ類ス¹⁾。然ルニ吾民法ハ第

本書ノ研究範圍

1) 獨逸ハ「各種ノ債務關係」(Einzelne Schuldverhältnisse)ナル題目ノ下ニ §§ 433 — 853 ノ諸規定ヲ包括シテ實質以下各種ノ契約其他種種ナル債權發生原因ヲ規定シテ別ニ §§ 305 — 361 ノ諸規定ニ於テ債權契約ニ關スル一般的法規ヲ設ケタリ。次ニ又瑞西ハ第一部總則第一章「債權ノ發生」(Die Entstehung der Obligationen) 中ニ「契約ニ因ル發生」「不法行爲ニ因ル發生」「不當利得ニ因ル發生」ノ三節ヲ設ケタルノ外別ニ第二部「各種ノ契約關係」(Die einzelnen Vertragsverhältnisse)ニ於テ各種ノ契約ニ關スル特殊ノ規定ヲ設ケタリ。尙佛

五二一條乃至第六九六條ニ於テ契約ニ關スル一般的並ニ特殊の規定ヲ網羅シ、次ニ第六九七條以下ニ於テ事務管理、不當利得並ニ不法行爲ニ關スル諸規定ヲ設ケタルガ故ニ、現行民法ノ解説ヲ主要ノ目的トスル本書ニ於テハ、債權ノ發生原因ニ關スル理論ハ縱令一般的ノモノト雖モ亦之ヲ各種ノ契約其他各種ノ債權發生原因ト共ニ債權各論中ニ説明スルヲ便宜トス。故ニ畢竟本書ノ目的ハ主トシテ現行民法ノ規定ヲ中心トシテ廣ク債權ノ發生原因ヲ研究スルニアリ²⁾。

債權發生原因ノ種類

二 債權發生ノ原因種種アリト雖モ、之ヲ大別シテ行爲及ビ事件ト爲スコトヲ得ベシ。

甲) 行爲

1) 適法行爲

1) 法律行爲

契約

一) 契約³⁾ 法律行爲中ニアリテ其最モ

民亦瑞債ト同様 art. 1101 et suiv. ニ於テ契約一般ニ關スル規定ヲ設ケ又 art. 1370 et suiv. ニ於テ準契約 (Quasi-contrat) 不法行爲 (délit) 準不法行爲 (Quasi-délit) ニ關スル規定ヲ設ケタルノ外別ニ各種ノ契約ニ付キテ詳細ナル規定ヲ設ケタリ。

2) 從來吾國ノ諸學者ガ債權各論ト稱スルモノハ多ク本書ト其研究範圍同クウス。獨リ石塚博士ハ債權發生原因ニ關スル法理ト雖モ一般的ノモノハ之ヲ債權總論中ニ加フルヲ正當ナリトシ總論中最後ノ一節ヲ債權ノ發生ト題シテ契約一般ニ關スル民法 §§ 521—548ノ諸規定ヲ此中ニ於テ説明セリ (民法三 五 1731—)。

3) Schlossmann, Vertrag 76) ハ契約ハ債權發生ノ原因ニアラズ唯テ單ニ給付ヲ受クベキコトニ對スル正當ナル豫期 (gerechtigtigte

通常ナルハ契約ニシテ、民法第三篇第二章百七十六條ノ規定ハ凡テ之ニ關ス。而カモ民法ノ規定スル所ハ僅ニ債權契約一般ニ通ズル法理ト取引上最モ普通ニ行ハルル各種債權契約ノ形式トニ止マリ、同ジク債權契約ニ屬スルモノト雖モ特ニ商事ニ關スルモノ (例ヘバ運送契約、保險契約等) ハ專ラ商法ノ規定スル所ニシテ民法ノ規定ハ單ニ補充的適用ヲ見ルニ過ギズ (商一)。尙債權法ハ原則トシテ契約自由ノ原則ノ支配スル所ナルガ故ニ、苟モ強行法規又ハ公序良俗ニ違反セザル限り、當事者ハ法律ニ規定セザル任意ノ内容ヲ有スル契約ヲ締結スルコトヲ妨ゲザルヤ素ヨリ也。

5-2/1-626 第145

二) 單獨行爲 契約ノ外單獨行爲モ亦債 單獨行爲

權ヲ發生セシムベキヤ否ヤニ關シテ古來議論頗ル多シ。元來人ハ自己ノ意ニ反シテ濫リニ債務ヲ負擔セシメラルベキモノニアラザルガ故ニ、自己ノ單獨行爲ニ依リテ他人ヲシテ債務ヲ負擔セシムルコト能ハザルヤ勿論ナリト雖モ、自己ノ單獨行爲即チ一方的約束ニ依リテ他人ヲシテ債權ヲ取得セシメ得ベキヤ否

一方的約束ハ債權ヲ發生セシメ得ルカ

Erwartung) ナ生セシムルモノタルニ過ギズ而シテ 諾約者其約束ニ違反セル場合ニ至リテ初メテ損害賠償ヲ目的トスル債權發生ストノ説ヲ爲セリ。然レドモ爾來學者何人モ之ニ賛成スル者ナシ (Windscheid, 2 § 305 Anm. 5)

キニ付キテハ尙大ニ疑問ノ餘地アリ。抑モ羅馬法ニ於テハ自己ノ行爲ニ依ラザレバ債權ヲ取得シ得ザルヲ原則トシ、從ヒテ一方的約束⁴⁾ニ依リテ他人ニ債權ヲ與フルコト能ハザルヲ原則トシタルガ⁵⁾、獨逸固有法ニテハ之ト反對ニ一方的約束ガ廣ク債權發生ノ原因タルコトヲ認メタリ⁶⁾。而シテ純粹ナル理論上ヨリ觀察スルトキハ、一方的約束ト雖モ之ニ因リテ債權ヲ發生セシメ得ザルモノトスルノ理由毫モ存在セズ、苟モ約束者債權ノ發生ヲ欲スルニ於テハ其欲スル所ニ應ジテ債權發生スルハ寧ロ當然ナリ。故ニ一方的約束ガ債權ヲ發生セシムベキヤ否ヤハ寧ロ成法解釋上ノ問題ニ過ギズシテ純理上ノ問題ニ非ズ。而シテ吾民法ノ解釋トシテハ一方的約束ガ債權發生ノ原因タリ得ルハ特ニ法律ノ認メタル例外ノ場合⁷⁾ニ限レリト解スルヲ正當トスベシ。蓋シ民法

4) Pollicitatio (此文字ノ意義ニ付キテハ Windscheid 2 § 304 Anm. 8 參照。 5) 此原則及ビ之ニ對スル例外ノ場合ニ關シテハ Windscheid 2 § 304 參照。

6) Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund. im heutigen Recht (73) 尙此點ニ關スル論争ニ付キテハ Windscheid 2 § 304, Anm. 13 參照。

7) 特定遺贈(包括遺贈ハ物權的效力ヲ生ズルニ反シ § 1092 特定遺贈ハ單ニ債權的效力ヲ生ズルニ過ギズ川名氏「遺贈ニ就キテ」法學二七一—52—參照)。寄附行爲 (§§ 41, 42 但シ寄附行爲ノ内容ガ財キテ法人ニ移轉スベキ債務ヲ負擔スルコトニ存スル 場合ニ限ルコト勿論也)。尙懸賞賣賣 (§§ 529—)モ亦一方的約束ナリトノ設ヲ爲ス者アリ(神戸氏全書 八 345—)ト雖モ其不當ナルコト後ニ述ブルガ如シ。

ガ特ニ債權發生ノ原因トシテ規定スル所ハ單ニ契約ノミニ限リ、一方的約束ニ付キテハ何等ノ規定存在セズ、而シテ之ヲ從來ノ沿革ト比較スルトキハ此點ニ關シテ民法ガ何等ノ規定ヲ設ケザルハ寧ロ從來諸國ノ立法例ニ準ヒテ一方的約束ガ債權發生ノ原因タルコトヲ原則トシテ認メザルモノナリト解スルヲ正當トスベケレバナリ⁸⁾。而シテ此等ノ債權發生ノ原因タル單獨行爲ニ付キテハ民法債權篇中ニ何等規定スル所ナキガ故ニ、詳細ノ説明ハ一々之ヲ當該ノ個所ニ讓ルヲ適當トスベク、從ヒテ茲ニハ唯契約上ノ債權ニ關スル民法ノ諸規定ハ性質ノ許ス限リ之ヲ單獨行爲上ノ債權ニモ類推適用シ得ベキコトヲ一言スルニ止ムベシ。現ニ民法自身モ生前處分ヲ以テスル寄附行爲ニハ贈與ニ關スル規定ヲ準用スベキ旨ヲ規定セリ(四一¹⁾)。

三) 合同行爲⁹⁾ 契約竝ニ單獨行爲ノ外 合同行爲モ亦債權ヲ發生セシムルコトアリ。例ヘバ社團法人ノ社員總會ガ定款ノ定ムル範圍内ニ於テ各社員ヲシテ一定金額ノ給付ヲ爲サシムベキ決議ヲ爲セル場合ノ如シ¹⁰⁾。

8) 同說石坂氏民法 三五 1732—、村上氏各論 9

9) Gesamttakt

10) 決議ノ性質ニ付キテハ學者間議論多シ(岡松氏法律行爲論 91)

法律行為以外ノ通法行為

2) 法律行為以外ノ適法行為

民法上法律行為ニアラズ又違法行為ニモアラズシテ私法上ノ效果ヲ發生スベキ多數ノ行為アリ。學者之ヲ分類シテ準法律行為¹¹⁾及ビ事實行為¹²⁾ト爲スヲ常トス¹³⁾。而シテ此等ノ行為中、前者ニ付キテハ吾民法上債權發生ノ原因タルモノヲ見出スコト能ハザルニ反シ、後者ニ付キテハ一二其例ヲ見出スコトヲ得ベシ。例ヘバ事務管理(六九七以下)、遺失物拾得(遺失物法四)¹⁴⁾、隣地立入(二〇九¹⁵⁾)、圍繞地通行(二一二)、堰設置者ノ對岸使用(二二二)¹⁶⁾等ノ如シ。

一、石坂氏民法 三五 1752、神戸氏全書 八 81—参照)。然レド、余輩ハ尙之ヲ以テ合同行為(少クトモ契約及ビ單獨行為ト區別スベキ特殊ノ法律行為)ノ一種ト爲スモノニシテ其多數決ニヨリテ成立セル場合ニハ之ヲ構成セル意思表示ハ多數者ノ意思表示ノミニシテ反對セル少數者ノ意思表示ハ之ニ加ハラズ而シテ決議ノ效力ガ少數者ヲ拘束スルハ法規其他ノ規則ニ於テ右ノ效力ヲ認ムルガ故ナリト解スルヲ正當ト信ズ。岡松氏神戸氏ハ共ニ多數者ノ意思表示ノミニテ構成セラレドモ一旦成立シタル決議ハ決議參與者全部ノ法律行為ナリト説ケリ。然レドモ斯クノ如キハ法律行為ノ作成者ト法律行為ニ依リテ羈束セラレル者トヲ混同セルノ見解也。

11) Rechtshandlung i. e. S.; Geschäftsähnliche Handlung

12) Tathandlung; Realakt

13) 此等ノ行為ニ關スル詳細ニ付キテハ鳩山氏全書 二 44—、岡松氏「法律要件及法律事實」京法 六 一〇 1—、同氏「意思能力論」法協 三三 一〇、一一、一二 三四 二、三等参照。

14) 遺失物拾得ハ一方ニ於テ所有權取得ノ原因トナルト同時ニ(240)他方ニ於テ事務管理ノ性質ヲ有スルガ故ニ費用返還請求權ヲ發生セシメ(702)其外遺失物法ニ基キテ報勞金請求權ヲ發生セシム。此最後ノ效果ヲ生ズルノ點ニ於テ遺失物拾得モ亦一種ノ債權原因也。

15) 隣地立入、圍繞地通行、對岸使用等ハ損害賠償請求權ヲ發生セシム。而カモ此等ノ行為ハ法律ノ許與スル所ナレバ違法行為ニアラズ。

□) 違法行為

違法行為ハ之ヲ分チテ債務不履行及ビ不法行為ト爲スコトヲ得ベシ。債務不履行ニ因ル賠償請求權(四一五)ガ本來ノ債權ト同一ノモノナリヤ否ヤニ關シテハ學者間ニ爭アリ¹⁶⁾。給付ノ内容變更スルノ點ヨリ見レバ一見舊債權消滅シテ新債權發生スルモノナルガ如キ觀アリ¹⁷⁾ト雖モ、履行不能竝ニ履行遲滯ヲ原因トスル履行ニ代ハルベキ損害賠償ハ本來ノ給付ノ代償¹⁸⁾タル性質ヲ有シ¹⁹⁾、履行遲滯ヲ原因トスル遲延賠償ハ本來ノ給付ノ擴張ト認ムベキモノナルガ故ニ、本來ノ債權ハ單ニ其内容ヲ變更シタルノミニテ存續スルモノナリト解スルヲ正當トスベシ。故ニ債務不履行ハ債權變更ノ原因ニ過ギズシテ發生ノ原因ニアラズ。反之不法行為ガ契約ト併ビテ最も重要ナル債權發生原因ノ一ナルコトハ廣ク一般ニ認メラレル所ナリ。然レドモ不法行為ヲ構成スル法律事實ノ一ガ人ノ行為ナルコトハ單ニ通常ノ事例ニ過ギズシテ(七〇九)、塙合ニヨリテハ何等人ノ行為ヲ

債務不履行ハ債權發生ノ原因ニアラズ

不法行為

16) 此問題ニ關スル學說判例ニ付キテハ鳩山氏債權 58 参照。

17) 川名氏債權 286、維本氏京法 五 三 78—、Hellwig, Lehrb. d. d. ZPR. 1261—f. 尙余輩モ亦嘗テ此説ヲ採レリ(法曹 二四 五 38)。

18) Surrogat

19) Emmeccerus 2 § 271 Anm. 1 参照。

包含セザルコトアリ(例ヘバ七一七、七一八)²⁰⁾。故ニ不法行爲ノ一部分ハ寧ロ以下ニ述ブル事件ノ中ニ入ルベキモノトス。

事件

乙) 事件

人ノ行爲以外ノ法律事實ヲ總稱シテ事件ト云フ。而シテ其中債權發生ノ原因タルモノ少カラズ。例ヘバ不當利得ニ因リテ利得返還請求權發生シ(七〇三)、物權本來ノ内容ト現時ノ状態トノ不一致ニ因リテ物上請求權發生シ²¹⁾、親族關係ニ基キテ扶養請求權發生スルガ如シ²²⁾。

20) 川名氏債權710一ハ不法行爲ノ分子中ニハ必ズ行爲アルコトヲ必要トストナシ從ヒテ上記ノ場合ニモ不作爲(Unterlassung)存スルモノナリト説ケルモ其不當ナルコト後ニ述アル所ノ如シ。

21) 物上請求權(Dinglicher Anspruch)ガ債權ナリヤ否ヤニ付テハ争アリ。積極説川名氏法協二八五⁹⁰⁾一、同氏債權4、松本氏全書一69。消極説鳩山氏債權10、石坂氏民法三—34一。尙獨乙ノ學説ニ付キテハ石坂氏前掲參照、余輩ハ積極説ヲ採ル、蓋シ物上請求權ト雖モ他人ノ行爲ヲ請求スル財產權ニ於テ毫モ通常ノ債權ト異ナル所ナクレバ也。反對論者ハ物上請求權ガ破産法上特殊ノ待遇ヲ受クルコトヲ以テ主タル論據トナセルモ(鳩山氏石坂氏)例ヘバ所有者ガ取戻權ニ依リテ別途辨濟ヲ受ケ得ルハ實際上取戻ノ目的物ガ破産者ノ所有物ニアラズ從ヒテ一般破産債權者ノ共同擔保ノ目的物ニアラザルガ爲メニシテ毫モ權利ノ性質自身ガ特殊ナルガ爲メニアラズ。又鳩山氏ハ物上請求權ガ物權ト離レテ讓渡シ得ザルコト及ビ消滅時効ニ罹ラザルコトヲ論據ノ一ニ加ヘタルモ前者ハ給付ノ内容上當然ニ生ズルノ結果ニシテ後者ハ物上請求權ノ發生原因タル上記ノ不一致状態ガ存續スル限り請求權ハ常ニ新ニ發生スルガ爲メナリ。故ニ此等ノ理由ニヨリテ物上請求權ヲ債權以外ノ權利ナリト解スルハ穩當ニアラズ。

22) 扶養請求權ガ債權ナリヤ否ヤニ付キテモ争アリ。積極説仁井田氏親族相續374、石坂氏民法三—27。消極説松本氏全書一57、鳩山氏債權9、川名氏債權21。余輩ハ發生原因ガ親族法上ノ法律要件ナルガ爲メ多少ノ制限ヲ受クルコトアルノ外權利ノ性質ニ於テ毫モ債權ト區別スベキモノナシト信ズ。

三 尙以上ノ外、公法的法律要件モ亦債權發生ノ原因ヲ爲スコトアリ。例ヘバ土地收用若クハ使用處分ニ因リテ補償金請求權發生スルガ如シ(明治三三年三月法律二九號土地收用法四七以下、明治四〇年四月法律四三號森林法四四以下、明治三八年三月法律四五號鑛業法五九以下等)。

四 以上諸種ノ債權發生原因中、民法債權篇ノ規定スル所ハ契約、事務管理、不當利得、不法行爲ノ四者ニ限レルガ故ニ、其他ノモノハスベテ之ヲ各其當該ノ場所ニ讓ルコトトシ、以下ニハ唯此等四者ニ付キテノミ説明ヲ爲スベシ。

187-117
78
248

第一部 契約

第一章 總論

第一節 契約ノ概念

契約ナル
文字

一 契約¹⁾ノ文字ハ元來債權ノ發生ヲ内容トスル合意即チ債權契約ノミヲ指示スルモノトシテ使用セラレタルモノニシテ、現ニ英、佛、埃、瑞等ノ法律ニ於テハ此用例ニ從ヘリ。然ルニ Savigny²⁾一度出デテ、契約ノ概念ガ獨リ債權ノ發生ヲ目的トスル合意ノミニ限ラルベキモノニアラズシテ、廣ク其他ノ法律上ノ效果ノ發生ヲ目的トスル合意ニ付キテモ亦同様ニ認メラルベキコトヲ説キテヨリ以來、學者ハ漸ク契約ノ概念ヲ一層廣義ナル一種ノ抽象的概念トシテ認ムルニ至リ³⁾、獨逸民法ノ如キハ遂ニ此學說ニ從ヒテ立法セラレタリ⁴⁾。此點ニ於テ吾民法ハ尙未ダ英、佛等ノ法律ト同様債權契約ノミヲ指示スルモ

1) Vertrag, contrat, contract

2) System 3 §§ 14', 141

3) Windscheid, 1 § 69, Anm. 4

ノトシテ契約ノ文字ヲ使用セルモ、之ヲ學理上ヨリ觀察スルトキハ、債權契約ト物權契約、親族法上ノ契約、相續法上ノ契約等トノ差異ハ單ニ因リテ生ズル效果ノ點ニ存スルニ過ギズシテ、其構成、成立等ノ點ニ至レバ何等異ナレル所ナキガ故ニ、此等各種ノ契約ニ通ズル廣義ノ契約ナル抽象的概念ヲ認ムルハ毫モ差支ナシ。從ヒテ債權契約ニ關スル民法第五二一條以下ノ諸規定中、債權契約ノミニ特有ナラザルモノ、即チ第五二一條乃至第五二八條ノ規定ノ如キハ廣ク之ヲ其他ノ契約ニモ類推適用スルコトヲ得ベシ⁵⁾。但シ以下本書ニ於テ説明スル所ハ獨リ債權契約ノミニ限レルモノニシテ單ニ短ク契約ト云フハ凡テ此意義ヲ有スルモノト知ルベシ。

二 契約トハ相對立スル二個若クハ二個以上ノ當事者ノ意思表示ノ合致ヲ最小限度ノ構成分子トスル法律行為ニシテ、其意思表示ハ何レモ當事者相互間若クハ少クトモ一當事者ト第三者トノ間ニ一定ノ債權債務ヲ發生セシムルコトヲ目的トシ、且各當事者ニ對シ反對ノ意義ヲ有スルコトヲ必要トスルモノヲ

契約ノ定義

4) 獨逸ニテハ總則篇中ニ契約總則ヲ設ケ (§§ 145—) 更ニ債權篇中ニ債權契約ノミニ關スル規定ヲ設ケタリ (§§ 320—)。

5) 同前石坂氏民法 三五 1744。横田氏各論 6—ハ更ニ一步ヲ進メテ吾民法ハ獨逸法系ノ主義ヲ採用セルモノナリト云ヘルモ正當ニアラズ。

云フ。

法律行為
ナリ

① 契約ハ法律行為ナリ。

契約ハ後ニ述ブルガ如ク二個以上ノ意思表示ヲ以テ其必要の構成分子トシ、且希望セラレタリトシテ表示上ニ表サレタル法律的效果ノ原因トシテ法律ノ認メタル法律要件ナルガ故ニ一種ノ法律行為ナリ。從ヒテ民法總則中法律行為ニ關スル一般規定ハスベテ契約ニ適用セラルベキコト素ヨリナリ。

二箇以上
ノ意思表
示

② 契約ノ成立ニハ少クモ二箇ノ意思表示ヲ必要トス。

申込承諾

其各個ノ意思表示ノ時期ニ前後アリ、且其間ニ因果ノ相互關係アルトキハ、最初ニ爲サレタル意思表示ハ之ヲ申込⁶⁾ト云ヒ、之ニ應ジテ後ヨリ爲サレタル意思表示ヲ承諾⁷⁾ト云フ。共ニ契約ナル法律行為ノ一構成分子ニシテ獨立ノ法律行為ニアラズ。契約ヲ構成スル意思表示ハ以上ノ如ク互ニ申込承諾ノ關係ニ立ツヲ通例トス。從ヒテ民法第五二一條以下ノ諸規定ハ此場合ヲ標準トシテ諸般ノ定メヲ爲セリト雖モ、之ガ爲メ從來多ク誤解セラレタルガ如ク、常ニ必ズ申込承諾ノ相互關係ニ立ツコトヲ要スルモノト解スルハ正當ニアラズ。申込及ビ承諾ハ共ニ相手

契約上ノ
意思表示
ハ必ズシ
モ申込承
諾ノ關係
ニ立ツヲ
要セズ

6) Antrag, Offerte; offre; offer, proposal

7) Annahme, Akzept; acceptance; acceptance

方ノ意思表示ト合致シテ法律上ノ效果ヲ發生セシムベキ旨ノ意思ヲ以テ爲サレタル意思表示タルノ點ニ於テ、單獨行為ヲ構成スル單純ナル意思表示ト其趣ヲ異ニスト雖モ、其以外ニ於テハ單ニ先ニ爲サレタルノ故ヲ以テ申込ト云ヒ、後ヨリ之ニ應ジテ爲サレタルノ故ヲ以テ承諾ト云フノ外、毫モ其性質ヲ異別ニスルモノニアラズ。從ヒテ内容相合致セル二個ノ意思表示ガ共ニ以上ノ如キ契約意思ヲ以テ爲サレタルモノナル以上ハ、縱令兩者ノ間ニ申込承諾ノ關係ナシト雖モ尙契約ヲ成立セシムルコトヲ妨ゲザルモノトス。故ニ(一)契約ヲ構成スル意思表示ガ全部時

同時表示

ヲ同ジウシテ爲サレタル場合(同時表示)⁸⁾ハ勿論、

交叉申込

(二)縱令各意思表示ノ時期ニ前後アルモ其間ニ何等ノ因果關係ナク、唯偶然各當事者ガ相手方ノ意思表示ト合致シテ一定ノ法律上ノ效果ヲ發生セシムベキ旨ノ意思ヲ以テ同一内容ノ意思表示ヲ爲シタルニ止マル場合(交叉申込)⁹⁾ニ於テモ尙契約ノ成立ヲ來ス

8) Simultaneous declaration, concurrent expression of intention 例ハ要式契約ノ當事者双方ガ同一書面ニ署名スルニ依リテ契約成立スルガ如キ場合ニ於テハ單ニ其署名ノ時期ノ前後ヲ以テ申込承諾ノ區別ヲ爲スコトヲ得ズ。而シテ署名即チ契約成立以前ニ爲サレタル協議交渉上ノ意思表示ハ單純ナル準備行為ニシテ契約夫レ自身ヲ構成スルモノニアラザルガ故ニ其前後ヲ以テ申込承諾ノ區別ヲ爲スハ又不當ナリ(同說 Pollock, Contract, 8th edit., 6-7; Jenks, Digest of English Civil Law, Art. 189).

9) Kreuzofferte 例ハ甲ガ乙ニ對シテ自己ノ所有乘馬池月ヲ金一

モノトス。但シ交叉申込ノ效力如何ニ付キテハ學者間ニ異説少カラズ¹⁰⁾。之ヲ無効トスルノ學者ハ、多ク申込ト承諾トハ全然其本質ヲ異ニス、法律亦嚴格ニ之ガ區別ヲ爲セリ、故ニ契約ノ成立ニハ常ニ此兩者ヲ必要トシ、單ニ申込ノ内容ガ偶然合致スルモ爲メニ契約ノ成立ヲ來スモノニアラズト説ケリ。然リ申込ト承諾トガ異別ノ概念ニシテ民法亦之ガ區別ヲ爲セルコトハ余モ亦之ヲ認ム。故ニ申込承諾ノ關係存在スル場合ニ於ケル契約成立ノ問題ハ此二者ヲ區別スルノ基礎ニ立テル民法第五二一條乃至第五二八條ノ規定ニ依リテ之ヲ決スベキコト素ヨリナリト雖モ、此等ノ諸規定ハ申込承諾ノ關係存在スル最モ通常ノ場合ヲ標準トシテ定メラレタルモノニシテ、吾人ガ茲ニ研究セントスル各意思表示間ニ申込承諾ノ關係ナキ場合ニモ契約ノ成立ヲ來スベキヤ否ヤ、又若シ成立スベシトセバ其成立ノ態様如何等ノ問題ハ、全然此等ノ諸規定ノ關知セザル所ナレバ、此等ノ諸規定アルコトヲ理由トシテ反對論ヲ爲スハ畢竟

千圓ニテ賣ルベキ旨ヲ申込ミ、而シテ乙ハ又右ノ申込ノ到達セザルニ先立テ自己モ亦同一馬ナ金一千圓ニテ買フベキ旨ヲ申込ミタル場合ノ如シ。

10) 有效説石坂氏民法 三五 1802一、神戶氏全書 八 71一、同氏志林 一五 一二 29、川名氏債權 590。無効説橫田氏各論 2, 34一、村上氏各論 60、仁井田氏法典 雜問答債權 134。獨乙ノ學説ニ付キテハ石坂氏民法 三 1804註 3 參照。

的ナキニ矢ヲ發ツノ類ノミ。加之又實際ノ便宜ヨリ云フモ交叉申込ニヨリテ契約ノ成立スルコトヲ認ムルハ取引上ノ需要ニ合スルモノニシテ此點ニ於テモ亦反對論ハ正當ニアラズ。

③ 契約ヲ構成スル意思表示ハ何レモ當事者相互間若クハ少クトモ一當事者ト第三者トノ間ニ、一定ノ債權債務ヲ發生セシムベキ同一ノ内容ヲ有スルコトヲ必要トス。

意思表示ノ合致

1) 契約ヲ構成スル意思表示ハ其内容同一ナルコトヲ必要トス。學者之ヲ稱シテ意思表示ノ合致又ハ合意¹¹⁾ト云フ。然レドモ意思表示ノ内容同一ナリトハ其使用セル文字言語ガ全然同一ナルコトヲ意味スルモノニアラズシテ、意思表示ニ依リテ到達センコトヲ希望スル法律上ノ效果ガ同一ナルコトヲ必要トスルニ過ギズ。而シテ右ノ合致ハ契約ノ内容ノ如何ナル部分マデ及ベルコトヲ必要トスルカハ、實際上疑問ヲ生ズルノ餘地少カラズト雖モ、之ヲ理論上ヨリ概論スレバ當該契約ノ要素¹²⁾即チ一定ノ契約

合致ノ意義

必要ナル合致ノ程度

11) Konsensus, agreement

12) 學者ハ從來法律行爲ノ構成分子ヲ分チテ要素 (essentialia negotii) 常素 (naturalia negotii) 及ベ偶素 (accidentalalia negotii) ノ三種ト爲スヲ常トセリ (石坂氏民法 三五 1779、橫田氏各論 21一、Dernburg, Pand. I § 93)。而シテ要素トハ一定ノ典型的法律行爲タルヲ爲メ法律上 缺クベカラザル構成分子ヲ云ヒ、偶素トハ當事者ノ

タルガ爲メニハ常ニ存在スルコトヲ要スル構成分子
 (法定要素)ニ付キテ合致成立スルコトヲ要スルヲ原
 則トスベク、尙又縱令客觀的ニハ要素ニアラザルモ、
 或ハ當事者雙方が豫約ニ於テ、或ハ當事者ノ何レカ
 一方が相手方ニ對スル意思表示ニ於テ、特ニ合意ヲ
 要スルモノト定メタル部分(任意要素)アルトキハ、
 此部分ニ關スル合意亦成立スルニアラズンバ契約ノ
 成立ヲ來スモノニアラズ¹³⁾。斯クノ如ク契約成立ノ
 爲メニ合意ヲ必要トスル部分ノ全部又ハ一部分ニ付
 キテ合致ヲ缺クトキハ¹⁴⁾、契約ノ成立ヲ來サザルモ
 ノニシテ學者之ヲ稱シテ不合致¹⁵⁾ト云フ。不合致ハ

不合致

意思表示ニヨリテ初メテ構成分子中ニ加ヘラレタルモノナク云フモノ
 ナルニ反シ、常業トハ特ニ之ヲ除外スベキ當事者ノ意思表示ナキ限
 リ常ニ發生スル法律上ノ效果ヲ云フモノナレバ法律行爲自身ノ構成
 分子ニハアラズシテツツ效果(例ヘバ *Empeceris*, I § 136ハ法律行爲
 ノ構成分子ノ中ニ表示セラルルコトヲ要スル效果ヲ法律行爲的效果
 rechtsgeschäftliche Folgenト稱スルニ對シテ此種ノ效果ヲ法律的效果
 gesetzliche Folgenト云ヘリ)ニ過ギズ。故ニ法律行爲ノ構成分子ヲ分
 類シテ如上ノ三種トスルハ不正確ナリ。故ニ余ハ之ヲ分テ法定要
 素及ビ任意要素ノ二トナシ以上ノ三者中要素ハスベテ前者ニ入り偶
 業ハスベテ後者中に入り而シテ常業ハ當事者が特ニ反ツテ之ヲ除外
 スベキ旨ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニ其意思表示ガ任意要素ノ一ト
 ナルニ過ギザレモノト解ス。

13) 同説石坂氏民法 三 五 1780, 1790—

14) 要素ノ一部ニ付キテ合意成立シ未ダ他ノ部分ニ付キテ合意成
立セザル場合ニ其合意アリタル部分ニ付キテノミ證書ヲ作成スルコ
トアリ。學者之ヲ稱シテ覺書(Punktation)ト云フ。覺書ハ法律上何等
ノ效力ナキヲ原則トスルモ特別ノ意思表示ニヨリテ之ニ一定ノ拘束
力ヲ付スルコトヲ妨グズ(石坂氏民法 三 五 1792, Windscheid 2
274—参照)。

15) Dissens 要素ノ一部ニ關スル不合致ト雖モ契約全部ノ不成立
ヲ來サシムルヲ原則トス。但當事者が合致アリタル一部ノミニテモ教

之ヲ分テ意識的不合致¹⁶⁾及ビ無意識的不合致(誤
解)¹⁷⁾ト爲スベク、而シテ之ガ爲メ契約ノ不成立ヲ
來スベキコト兩者共ニ同一ナリ。但シ學者或ハ誤解
ヲ以テ錯誤ノ一場合ナリトシ、錯誤ニ關スル原則ノ
適用ニ依リテ其結果ヲ説明セントスル者之ナキニア
ラズ¹⁸⁾。然レドモ錯誤ハ表意者ノ意思ト表示トガ無
意識的ニ一致セザル場合ニ生ズルモノナルニ反シ、
誤解ハ表意者ノ意思ト表示トハ一致スレドモ、兩當
事者ノ表示ガ無意識的ニ合致セザル場合ニ生ズルモ
ノナレバ、兩者ハ全然別個ノ概念ニシテ混同スルヲ
許サズ¹⁹⁾。從ヒテ民法第九五條ノ規定ハ無意識的不
合致ノ場合ニ之ヲ適用スルノ餘地ナキモノトス。

意識的不
合致
無意識的
不合致

尙學者ニヨリテハ、以上ノ如キ意思表示ノ内容ノ
客觀的合致ノ外、各當事者が其合致ヲ自覺セルコト
(主觀的合致)ヲ要スト説ク者アリ²⁰⁾ト雖モ、契約ノ

力ヲ生セシムルノ意思ヲ有スルモノト認メ得ベキ場合ハ此限ニアラ
ズ(獨民 § 155 参照)。

16) Offener Dissens

17) Versteckter Dissens, Missverständnis

18) Hölder, Pand. 239

19) 同説石坂氏民法 三 五 1796、鳩山氏全書 二 150、神戸氏
全書 八 54—

20) 神戸氏全書 八 65—、同氏志林 一五 一二 15—。神戸氏
ハ對話者間ニ於テ契約成立スル場合ニハ承諾ノ意思表示ガ申込者ニ
ヨリテ了知セラルルニヨリテ初メテ契約成立スルガ故ニ少クモ此
場合ニハ主觀的合致ヲ要スルコト明也トシ次ニ又隱地者間ニ於テ契
約成立スル場合ニハ承諾ノ通知ガ申込者ニ到達スルニヨリテ契約成
立スベク(余輩ハ發信ト共ニ成立スルモノト解ス105頁参照)、而シテ

成立時期ニ關シテ承諾發信主義又ハ到達主義ヲ採用セル民法ノ解釋トシテ此論ヲ爲スハ全然不可能ナルノミナラズ、立法論トシテモ亦不必要ノ要求ヲ爲スモノト云ハザルベカラズ。

意思表示ノ内容

□) 契約ヲ構成スル意思表示ノ内容ハ當事者相互間又ハ少クトモ當事者一方ト第三者トノ間(第三者ノ爲メニスル契約ノ場合)ニ一定ノ債權債務ヲ發生セシムルノ點ニ存セザルベカラズ。然レドモ第三者ヲシテ義務ヲ負擔セシムル契約ハ無効ナルガ故ニ契約當事者ト全然關係ナキ第三者相互間ニ債權債務ヲ發生セシムベキコトヲ目的トスル契約亦無効ナリ。

4) 契約ヲ構成スル意思表示ハ對立スル二個若クハ二個以上ノ當事者ニ依リテ爲サルコトヲ必要トシ、且其内容ハ各當事者ニ對シテ反對ノ意味ヲ有スルコトヲ必要トス。

二個以上ノ當事者

1) 契約ノ成立ニハ常ニ必ズ二個若クハ二個以上ノ當事者²¹⁾ヲ必要トス。茲ニ當事者トハ契約ニ干

到達ハ立法政策上ノ便宜ニヨリテ了知ニ代ハラシメラレタルモノナレバ、此場合ニモ亦法律ハ主觀的合致ノ代用タルベキ事實ヲ要求セルコト明也ト説ケリ。然レドモ對話者間ノ意思表示ガ了知ニヨリテ效力ヲ生ジ、隔地者間ノ意思表示ガ到達ニヨリテ效力ヲ生ズルハ意思表示ノ效力發生ニ關スル一般原則ノ一適用ニ過ギズシテ特ニ契約ノ特質ヲ構成スベキ事項ニアラズ。

1) 契約其他法律行為ノ當事者ノ意義ハ之ヲ定義スルコト難シ。

與スル者ノ意ニアラズ。蓋シ契約ニ干與シテ意思表示ヲ爲ス者三人アリトスルモ、其中二人ハ共同シテ一當事者ヲ成シ、以テ他ノ一人ト契約ヲ締結スル場合^{21a)}ニハ單ニ二個ノ當事者存在スルニ過ギザレバ也。從ヒテ契約當事者ノ數ト契約ヲ構成スル意思表示ノ數トハ常ニ必ズシモ同一ナラズ。一當事者數人ヨリ成レル場合ニハ意思表示亦數個ニシテ互ニ相併行シ相集合シテ當事者他方ノ意思表示ト對向スルモノトス²²⁾。同様ノ理論ニヨリ以上ト反對ニ當事者二

併元來法律行為ニハ(1)一人ニテ爲サルルチ原則トシ假令二人以上ニテ之ヲ爲スモ一人ニテ之ヲ爲シタルト同様ニ取扱ハルルモノ(寄附行為、解除、取消等ノ如キ單獨行為)、(2)二人ニテ爲サルルチ原則トシ假令三人以上ニテ之ヲ爲スモ二人ニテ之ヲ爲シタルト同様ニ取扱ハルルモノ(賣買、贈與、貸借等)及ビ(3)二人以上數人ニ依リテ爲サルルチ顧慮セザルモノ(組合、合同行為)ノ三種アリ。而シテ此等ノ諸行為中第一ノモノハ常ニ一個ノ當事者ヲ有シ第二ノモノハ常ニ二個ノ當事者ヲ有シ又第三ノモノニアリテハ當事者ノ數ニ定數ナシ。果シテ然ラバ當事者トハ本來一人ニ依リテ保持セララルルチ原則トシ二人以上ニテ保持スルニハ分有スルノ外ナキ法律行為上ノ單位の地位又ハ其地位ニ在ル者ヲ意味スルモノト解スルチ正當トスベシ。神戸氏全書ハ78ハ法律行為ノ内容若クハ法律上ノ效果ガ之ニ干與スル人ニ對シ同一ノ意義ヲ有スルリ又ハ別異ノ意義ヲ有スルモ標準トシテ當事者ノ數ヲ決スベシト云ヘルモ此標準ニ從ハバ數人ニテ爲シタル寄附行為ト數人ニアラシタル社團法人設立行為トノ間ニハ何等差異ナキコトトナルベシ。然レドモ前者ニアリテハ本來一人ニテ保持スベキ地位ガ數人ニテ分有セラレタルモノナルニ反シ後者ニアリテハ數人ハ各一個ツツ本來一人ニテ保持スベキ地位ヲ獨占セルモノニシテ二者ハ全然構成ヲ異ニス。

21a) 例ヘバ甲乙二人ガ其共有地ヲ丙ニ賣却スル場合。

22) 合同行為(Gesamtakt)説ノ創始者Kuntzeハ此相併行シ相集合スル意思表示ノ全體ヲ以テ合同行為ノ典型ナリトシ數人ガ一當事者ヲ構成シテ法律行為の共働ヲ爲ス場合ガ即チ合同行為ナリト云ヘルモ(Festgabe für O. Müller, 46, 47)。此等ノ意思表示ハ法律行為ノ構成分子タルニ過ギズシテ獨立ノ法律行為ニアラズ、法律行為自

個ニシテ之ニ干與スル者一人ナル場合モ亦之ヲ認メ得ベシ。單獨契約²³⁾ノ場合即チ之レナリ。此場合ニ於テハ一人ガ先ツ自己ノ資格ニ於テ又ハ甲者ノ代理人トシテ一當事者トナリ、同時ニ又相手方タル乙者ノ代理人トシテ他ノ當事者トナルモノナレバ、之ヲ法律的ニ觀察スレバ毫モ通常ノ場合ト異ナル所ナシ。學者或ハ單獨契約ハ契約ニアラズシテ單獨行爲ナリ、唯行爲ノ客觀的性質ニ因リテ契約ト同一ノ效力ヲ生ズルニ過ギズト説ケリト雖モ²⁴⁾、自己ノ資格ニ於テスル意思表示ト他人ノ代理人トシテ爲ス意思表示トハ法律上全然別個ノ存在ヲ有スルモノナレバ、尙之ヲ通常ノ契約ナリト解スルヲ正當トスベシ²⁵⁾。

當事者ノ對立

□) 契約ノ當事者ハ互ニ相對立シ從ヒテ契約ノ内容タル事項ガ各當事者ニ對シテ反對ノ意義ヲ有スルコトヲ必要トス。既ニ上述セルガ如ク契約ヲ構成

身トシテハ之ヲ構成スル意思表示ガ一個ノ意思表示ナルト併行的集合意思表示ナルトニヨリテ何等ノ差異ナキガ故ニ合同行爲亦法律行爲ノ一種ナリトスル現今通説ノ立場ヨリスレバカカル 集合的の意思表示ニ付スルニ特ニ合同行爲ノ名稱ヲ以テスルハ穩當ニアラズ。

23) Selbstkontrahieren 單獨契約ハ原則トシテ無權代理行爲トナルニ過ギズ。然レドモ本人ノ許可アル場合及ビ債務履行ノ爲メニスル場合ハ例外トシテ有效ナルガ故ニ (§ 108) 例ヘバ豫約ノ履行トシテ契約ヲ締結スル際ノ如キハ尙有效ナル 單獨契約ノ成立ヲ認メ得ベシ。

24) 石坂氏民法 三五 1747, Regelsberger, Pand. 545

25) 同説神戸氏全書 八 10

スル意思表示ハ凡テ其内容ヲ同ジウスルコトヲ要スルモノナリト雖モ、其内容タル事項ハ各當事者ニ對シテ反對ノ意義ヲ有セザルベカラズ²⁶⁾。例ヘバ贈與ヲ構成スル意思表示ノ内容ハ共ニ當事者一方ヲシテ他方ニ對シ無償的ニ債務ヲ負擔セシムルニアリト雖モ、之ヲ贈與者ヨリ見レバ債務ヲ負擔スルノ結果トナリ、受贈者ヨリ見レバ債權ヲ取得スルノ結果トナルガ如シ。此意味ニ於テ契約當事者ハ利害ヲ反對ニシテ對立セルモノニシテ契約ト合同行爲トノ差異ハ實ニ此點ニ存スルモノトス。蓋シ合同行爲モ亦契約ト同様二個以上ノ當事者ノ意思表示ノ合致ヲ以テ要素トスルモノナリト雖モ、此等ノ意思表示ノ内容タル事項ハ各當事者ニ對シテ同一ノ意義ヲ有スルヲ以テナリ²⁷⁾。

契約ト合同行爲トノ差異

26) 神戸氏全書 八 14—参照。

27) 契約ト合同行爲トノ區別ニ付キテハ從來諸種ノ説アリ (岡松氏法律行爲論 89—参照)。而シテ岡松氏前掲及ビ石坂氏民法 三五 1747 ハ共ニ意思表示ガ對向セリヤ併行セリヤノ點ニ主タル區別ノ標準ヲ求メントセルモ此種ノ説明ハ神戸氏全書 八 84—ノ爲スガ如ク合同行爲ヲ構成スル意思表示ヲ以テ相手方ナキ 意思表示ナリト説クニヨリテ初メテ實質的意義ヲ有シ得ベク然ラズンバ單純ナル一種ノ比喩ヲ試ムルモノタルニ過ギザルベシ。何トナレバ合同行爲上ノ意思表示ト雖モ特定ノ相手方ニ對スル 意思表示 (empfangsbedürftige WE) ノ一種タル以上或ハ當事者相互ニ對シテ之ヲ爲スコトアルベク又或ハ各當事者ノ代理人タル特定ノ第三者ニ對シテ之ヲ爲スコトアルベク故ニ若シ 意思表示ノ形式ノミニ留意シテ觀察スルモノトセバ此等ノ場合ニ於テハ意思表示ノ交換アリ對向アリト云ハザルベカラザルヲ以テ也。故ニ余ハ二者ノ區別ヲ行爲ノ内容ニ求メテ意思表示ノ内容タル事項ガ各當事者ニ對シテ反對ノ意義ヲ有スルヤ否ヤ

意思表示
以外ノ構
成分子

5) 契約ハ以上ノ諸要件ヲ具備スルニ因リテ成立スルヲ原則トス。然レドモ是レ唯最少限度ノ要件タルニ止マリ、契約ノ種類如何ニヨリテハ尙其以外ニ別個ノ要素ヲ必要トスルモノ之ナキニアラズ。例ヘバ消費貸借ノ成立ニハ一定數量ノ金錢其他ノ代替物ノ引渡ノ外借主ヲシテ其所有權ヲ取得セシムルコトヲ必要トシ(五八七)、使用貸借、寄託ノ成立ニハ目的物ノ引渡ヲ必要トスルガ如シ(五九三、六五七)。但シ茲ニ注意ヲ要スルハ斯クノ如キ特別ナル契約構成要素ト契約ノ效力發生要件タル其他ノ事項トヲ混同セザルコトナリ。例ヘバ、未成年者ノ法律行為ハ法定代理人ノ同意アルニアラザレバ完全ニ其效力ヲ生ズルコト能ハズ、遺言ハ又遺言者ノ死亡ニ因リテ始メテ其效力ヲ生ズ。而カモ法定代理人ノ同意又ハ遺言者ノ死亡ハ未成年者ノ法律行為又ハ遺言ノ一部ヲ爲スモノニアラズ。蓋シ同意ハ追認等ト同様夫レ自身獨立ナル法律行為ニシテ同意ノ物體タル未成年

ニヨリテ二者ヲ區別スルヲ正當ナリト信ズ。岡松氏ハ合同行為ノ場合ニモ當事者利害ヲ同シウセザルコトアルヲ理由トシテ本説ヲ非難セルモ茲ニ行為ノ内容ガ各當事者ニ對シテ反對ノ意義ヲ有セリト云フハ行為ノ效果夫レ自身ニ付キテ抽象的ニ之ヲ云フモノニシテ其效果ニツキテ感スル具體的ノ利害關係如何ニツキテ之ヲ云フニアラズ例ヘバ法人解散ノ決議ニヨリテ生ズル解散ノ結果ニツキテ各社員ノ有スル具體的利害關係ハ素ヨリ同一ナラザレバシテ蓋モ各人ガ解散ノ結果社員タル資格ヲ失フノ點ニ於テ解散ハ各社員ニ對シテ全然同一ノ意義ヲ有ス。

者ノ法律行為トハ別個ノ存在ヲ有シ²⁸⁾、死亡ハ又遺言ノ效力發生ヲ停止スル法定條件タルニ過ギザレバ也。

第二節 契約ノ種類

取引上發生スル契約ノ態様ハ種種多様ニシテ頗ル複雑セリト雖モ、種種ナル標準ニヨリテ之ヲ分類スルコトヲ得ベシ。今其主ナル分類ヲ示セバ即チ下ノ如シ。

第一 雙務契約片務契約

雙務契約
片務契約

契約ハ當事者ノ凡テヲシテ債務ヲ負擔セシムルモノト然ラザルモノトアリ。又前者ノ中ニアリテモ各當事者ノ負擔スル債務ガ凡テ互ニ對價¹⁾タル關係ニ立テルモノト然ラザルモノトアリ。而シテ此等ノ諸契約中

一) 當事者ノ凡テヲシテ互ニ對價タル關係ニ立

雙務契約

28) 學者或ハ同意追認等ノ意思表示ト之ガ物體タル意思表示トガ合致シテ一ノ合同行為ヲ爲ストノ説ヲ爲ス者ア (Kuntze, Festgabe f. O. Müller, 49—; Binding, Festgabe f. Windscheid, 69—) ト雖モ通説ハ寧ろ之ニ反對ナリ (岡松氏法律行為論 80, 81 註 11)。余輩ハ通説ヲ以テ正當トス。蓋シ同意ノ内容タル意思表示ト同意ノ物體タル法律行為上ノ意思表示トハ其内容ヲ同シクモズ從ヒテ二ニ合致シテ一行為ヲ構成スルコトハ到底アリ得ザレヲ以テナリ。

1) 茲ニ對價トハ契約ヲ締結スル當事者ノ主觀ニ於テ一方ノ給付ガ他方ノ給付ニ對シテ反對價物 (Gegenwert) 即チ報酬タル關係ヲ有スルモノト考ヘラレタルコトヲ云フモノニシテ必ズシモ二者ガ同一價值ヲ有スルコトヲ必要トスルモノニアラズ

テ爾債務ヲ負擔セシムル契約ヲ雙務契約²⁾ト云ヒ

二) 然ラザルモノヲ片務契約ト云フ。從ヒテ片務契約中ニハ

純正片務契約

イ) 常ニ必ズ當事者ノ一方ノミガ債務ヲ負擔スルニ止マルモノ即チ純正片務契約³⁾及ビ

不純正片務契約

ロ) 當事者ノ凡テガ債務ヲ負擔スレドモ其債務ガ互ニ對價タル關係ニ立タザルモノ即チ不純正片務契約⁴⁾ノ二種アリ。而シテ後者ハ更ニ細別シテ

1) 當事者ノ一方ハ常ニ債務ヲ負擔スルニ反シ、相手方ハ契約締結後ノ特別ナル事情ニ因リテ債務ヲ負擔スルニ至レル場合⁵⁾及ビ

2) 相手方モ亦契約ノ性質上必然ニ債務ヲ負擔スル場合⁶⁾ノ二ト爲スコトヲ得。

此等(1)(2)ノ場合ハ學者或ハ之ヲ稱シテ不衡平雙務契約⁷⁾又ハ不完全雙務契約⁸⁾ト云ヒ、以テ之ヲ雙

2) Gegenseitiges Vertrag, contrat synallagmatique, contractus bilaterales 例ハ買賣、交換、貸借、雇傭、請負、有償委任、有償寄託、組合、和解等ノ如シ。

3) der streng einseitige Vertrag 例ハ贈與(§ 549)、消費貸借(§ 587)、懸賞契約(§ 529—)等

4) der nicht streng einseitige Vertrag

5) 例ハ無償委任ニ於テ受任者ガ事務處理ニ必要ナル費用ヲ支出シタルガ爲メ委任者之ガ返還ヲ爲スル場合(§ 650)等。

6) 例ハ使用貸借(§ 593)。使用貸借ニアリテハ貸主ハ使用許與ノ義務、借主ハ返還義務ヲ負擔セルモ此等ノ義務ハ互ニ對價的關係ヲ有セズ。

7) cor. bilaterales inaequales

8) un. men zweiseitiger Vertrag; contrat synallagmatique, im

務契約ノ一種ト爲セリ。當事者雙方ヲシテ債務ヲ負擔セシムルノ點ヨリ見テ之ヲ雙務契約ト云フ、素ヨリ何等ノ妨ナキガ如シト雖モ、民法中雙務契約ニ關スル規定(五三三乃至五三六等)ハ凡テ互ニ對價タル關係アル債務ヲ内容トスル契約ノミニ適用セラレルモノナルヲ以テ、其然ラザル契約ニ與フルニ雙務契約ノ名ヲ以テスルハ獨リ無用ノコトタルノミナラズ、又反ツテ穩當ニアラザル也⁹⁾。

第二 有償契約無償契約^{*}

有償契約
無償契約

債權契約ニハ(一) 其成立要件トシテ若シクハ其效果トシテ單ニ當事者ノ一方ノミガ給付ヲ爲スコトヲ要スルモノト(二)雙方共ニ給付ヲ爲サザルベカラザルモノトアリ。而シテ又後者ノ中ニハ(イ)當事者雙方ノ給付ガ互ニ對價的關係ニ立テルモノト(ロ)然ラザルモノトアリ。茲ニ對價的關係トハ單ニ經濟上一方ノ給付ガ他方ノ反對價物タルコトヲ云フモノニアラズシテ¹⁰⁾、當事者ノ一方ガ給付ヲ爲スコトト相手方ガ給付ヲ爲スコトトガ互ニ法律上ノ原因タル關係

parfait

9) 同說神戸氏全書 八 161、石坂氏民法 三 五 1757、1761

* 唯道氏「有償行為論」京法 一〇 八 1—及ビ同文ニ引用セル獨逸書錄ニ Oertmann, Entgeltliches Geschäft (12)

10) 故ニ所謂報酬的贈與(remuneratorische Schenkung) 例ハ給仕ニ對スル心付ノ給與ト給仕ノ勞務供給トノ間ニハ對價的關係ナシ。反對 Schreiber, Jahrb. f. Dogm., 60 189—殊ニ182

ニ立ツ(形式的要素)ト同時ニ¹¹⁾、當事者ノ意思ニ從ヒテ互ニ反對價物タル經濟的關係ニ立テルコト(實質的要素)¹²⁾ヲ云フモノトス。而シテ其以外雙方ノ給付ガ客觀的ニ同價値ナルコト、又ハ主觀的ニ同價値ナリト考ヘラルルコトハ毫モ必要ニアラザル也。

以上ノ標準ニ依リテ契約ヲ分類スルトキハ之ヲ分チテ、有償契約¹³⁾及ビ無償契約¹⁴⁾ノ二種ト爲スコトヲ得ベク、而シテ上述(二)ノ(イ)ノ契約ハ前者ニシテ、(一)及ビ(二)ノ(ロ)ノ契約ハ後者ニ屬スルモノトス¹⁵⁾。

區別ノ標準ニ關スル異説

然ルニ從來學者ノ此區別ヲ説明スル者ノ中ニハ、(一)或ハ單ニ契約ノ成立又ハ效果ニ關シテ當事者雙

11) 當事者雙方ノ給付ガ互ニ法律上ノ原因(causa)タル關係ニ立ツ場合ノ最モ通例ナルハ雙務契約ニ於ケル雙方ノ債務ノ關係也。然レドモ其以外ニ於テモ例ヘバ利息附消費貸借ニ於ケル貸主ノ目的物引渡(§ 587参照)ト借主ノ利息支拂トハ互ニ雙務的關係ニ立タザレドモ尙互ニ法律的原因關係ヲ有ス。故ニ茲ニ所謂對價的關係トハ雙務的關係ヨリハ一層廣キ意義ヲ有スルモノトス。

12) 雙方ノ給付ガ互ニ法律的原因關係ニ立テリト雖モ、同時ニ兩者ノ間ニ互ニ反對價物(Gegenwert)タル經濟的關係ナキトキハ對價的關係アリト云フベカラズ。故ニ例ヘバ使用貸借成立ノ爲メニスル貸主ノ目的物引渡(§ 593)及ビ使用許與ト借主ノ返還トノ間、負擔附贈與(§ 553)ニ於ケル贈與ト負擔トノ間等ニハ對價的關係ナシト云ハザルベカラズ。

13) entgeltliche Verträge, onerose Verträge, lästige Verträge; contrat à titre onereux

14) unentgeltliche Verträge, lukrative Verträge, nicht lästige Verträge; contrat de bienfaisance

15) 譯者氏前掲及ビ Oertmann, a.a.O. ノ所説略本文ニ同シ。

方ガ出捐ヲ爲スヤ又ハ當事者ノ一方ノミガ出捐ヲ爲スヤヲ標準トスベキコトヲ説クノミニテ其雙方ノ出捐相互間ノ法律的若クハ經濟的關係如何ニ關シテハ何等ノ論究ヲ爲サザルモノアリ¹⁶⁾、(二)或ハ雙方ノ給付ノ間ニ反對價物タル經濟的關係アリヤ否ヤノミヲ標準トセントスルモノアリ¹⁷⁾、(三)又或ハ雙務契約片務契約ニ於ケルト同一ノ標準ニヨリテ區別ヲ爲サントスルモノアリ¹⁸⁾。然レドモ此等ノ反對論中、批評第一説ニヨレバ尙モ當事者雙方ガ出捐ヲ爲ス以上其相互間ノ關係如何ヲ問ハズシテ之ヲ有償契約ナリト云ハザルベカラザルガ故ニ、負擔附贈與モ亦一種ノ有償契約ナリト稱セザルベカラザルニ至リテ民法ガ特ニ第五五一條第二項ノ規定ヲ設ケタル所以ヲ解スルコト能ハザルノミナラズ、契約ノ成立並ニ效果ノ點ニ付キテ常ニ當事者雙方ヲシテ一定ノ給付ヲ爲サシムル使用貸借、無利息消費貸借等ガ何故ニ無償契約ナルカラ説明スルコト能ハザルベシ。次ニ又第二説ハ契約ナル法律の單位ヲ説明スルニ反對價物關係ナル經濟的單位ヲ以テセントスルモノ也。然レドモ

16) 石坂氏民法三 五 1764一、神戸氏全書八 162一、横田氏各論 12、

17) 註10)ニ掲ケタル Schreiber

18) Simson, Begriff des Entgeltes (09) 49, 50

兩者ハ獨リ概念上全然別種ノモノタルノミナラズ、
 實際上ニ以テモ亦常ニ必ズシモ合一セザルガ故ニ、
 其一ヲ以テ其他ヲ説カントスルハ理論上正當ニアラ
 ズ¹⁹⁾。尙第三説ハ對價的關係ヲ狭ク雙務的關係ノ場
 合ノミニ限ラントスルモノニシテ何等ノ理論的根據
 ヲ有セザルノミナラズ、少クトモ雙務契約ノ外別ニ
 有價契約ノ概念ヲ認メタル民法ノ解釋トシテハ全然
 不當ナリ²⁰⁾。

利得分配
 契約

有價契約ノ一種トシテ特ニ研究ヲ要スルハ利得分
 配契約²¹⁾ナリ。利得分配契約トハ當事者一方ガ相手
 方ニ對シテ一定ノ給付ヲ爲スニ對シ、相手方ハ其給
 付ニ基キテ自己ノ得ベキ利得ノ一定割合ヲ給付ス
 ベキコトヲ約スル契約ヲ云フモノニシテ、例ヘバ收
 穫額ノ一定割合ヲ借賃トスル田畑ノ賃貸借、一營業
 年度ニ於ケル利潤ノ一定割合ヲ報酬トスル雇傭等ノ
 如シ。

19) 例ヘバ上述セル報酬的贈與ト受贈者ノ給付トノ間ニハ經濟的
 反對價物關係アレドモ、之ヲ法律的ニ觀察スレバ二者ハ全然別個ノ
 觀念ニシテ何等ノ關係ナシ。蓋シ贈與者ノ主觀的動機 (Motiv) ガ報
 酬ニ存スルヲ施恩ニ存スルヲ等ハ毫モ契約ノ法律の性質ヲ動カスモ
 ノニアラザルヲ以テ也。尙本説ニ對スル批評ニ付テハ Oertmann, a.
 n. O. 28—參照。

20) 同説石坂氏民法 三 五 1767, 神戸氏全書 八 161, 摩道
 氏前掲 6—。故ニ雙務契約ハ常ニ有價契約ナレドモ有價契約ハ必ズ
 シモ雙務契約ニアラズ。例ヘバ利息附消費貸借ハ片務契約ニシテ而
 カモ有價契約也 (同説通説)。

21) Partiarischer Vertrag

尙有價契約ノ一種トシテ射倖契約²²⁾ナルモノヲ 射倖契約
 リ。當事者ノ一方又ハ雙方ガ實際上給付ノ請求ヲ爲
 シ得ベキヤ否ヤ及ビ請求ヲ爲シ得ベキ場合ニ於テ其
 請求シ得ベキ給付ノ範圍如何ガ不確實ナル偶然ノ事
 實ニ懸レル契約即チ之レ也。例ヘバ賭事博戲、富
 籤、保險、希望賣買²³⁾等ノ如シ。然レドモ射倖契約
 ハ之ヲ停止條件附契約ナリト解スベカラズ。射倖契
 約ノ效力ハ契約締結ト同時ニ發生スルコト毫モ通常
 ノ契約ト異ナラズ。其一見之ト異ナルガ如キ外觀ヲ
 呈スル所以ノモノハ當事者ノ一方又ハ雙方ノ給付ノ
 内容ガ單純ナル享益機會²⁴⁾ノ提供ナルガ爲メニシ
 テ、將來其享益機會ニ基キテ現實ニ發生スル利益ハ
 或ハ全然發生セザルコトアリ、或ハ又縱令發生スル
 トスルモ其數額常ニ同一ナラザルガ故ニ、結局債
 權者ノ現實ニ取得シ得ル利益如何ハ將來ニ至リテ初
 メテ確定スルモノトス。而シテ債務ノ物體タル享益
 機會ノ提供ハ契約締結ト同時ニ完全ニ履行セラレタ

22) Glück vertrag, gewagter Vertrag, aleatorischer Vertrag; con-
 trat aléatoire

23) Hoffnungskauf, emtio spei 例ヘバ特定ノ田地ヨリ生ズベキ來
 秋ノ收穫ヲ一定代價ニテ買取ルベキ契約。

24) 茲ニ享益機會トハ將來利益ヲ享受スルコトアルベキ現存 機
 會 (gegenwärtige Chance) ナリ故ニ之ヲ目的トスル契約ハ將來發生ス
 ベキ利益ヲ目的トスル 停止條件附契約 (例ヘバ將來ノ物ノ賣買) ニ
 アラズシテ現存ノ物體 (Gegenstand) ナリ目的トスル無條件契約也。

ルモノナレバ、其機會ニ基キテ實現スル結果ノ如何ハ相手方ノ反對債務ニ對シテ何等ノ影響ヲ與ヘザルモノトス。射倖契約ト雖モ特ニ法規ノ禁止セザルモノハ當然無効ナリト云フヲ得ズ²⁵⁾。然レドモ場合ニ依リ公序良俗ニ反スルガ爲メ無効トナルコトアリ(九〇)。尙射倖契約以外ノ有價契約ハ學者之ヲ稱シテ實定契約²⁶⁾ト云ヘリ。

諾成契約 要物契約 第三 諾成契約要物契約 *

既ニ上述セルガ如ク契約ハ意思表示ノ合致ヲ以テ其最少限度ノ構成分子トス。故ニ契約ニハ或ハ單ニ此最小限度ノ構成分子ノミヲ以テ成立スルモノアリ、又或ハ其他ノ構成分子ヲモ必要トスルモノアリ。前者ハ之ヲ稱シテ諾成契約²⁷⁾ト云ヒ、後者ハ之ヲ稱シテ要物契約、實成契約又ハ踐成契約²⁸⁾ト云フ。要物契約ニ於ケル意思表示以外ノ構成分子ハ物ノ占有移轉ナルヲ通例トスルモ²⁹⁾、場合ニヨリテハ物ノ所有權ヲ取得セシムルコトヲモ必要トスルコトアリ³⁰⁾、又其他ノ要素ヲ必要トスルコトアリ³¹⁾。

25) 同說大審 三八・一一・三〇 民錄 一一 1601. 同五・八・一一 (判例 一 一九 カーフ 57) 26) Contrat commutatif

* 石坂氏「要物契約否定論」宮崎教授紀念論文集 61—

27) Konsensualvertrag, contrat consensuel

28) Realvertrag, Contrat réel

29) 例ハ使用貸借 (§593)、寄託 (§ 657)

30) 例ハ消費貸借 (§ 587)、不規則寄託 (§ 666)

31) 懸賞契約 (§ 529)ハ應募者ガ契約締結ノ意思表示ヲ爲スノ外

元來要物契約ノ概念ハ羅馬法ニ出デタルモノニシテ、爾來諸國ノ法律ノ多ク認ムル所ナルモ³²⁾、其之ヲ認ムル理論的根據如何ニ關シテハ學者ノ說ク所一ナラズ。其中最モ有力ナルハ消費貸借、使用貸借、寄託等ハ物ノ返還ヲ目的トスル契約ナリ、而シテ返還義務發生スルガ爲メニハ先ヅ其返還セラルベキ物ノ引渡アルコトヲ要ストノ說ナリト雖モ、此等ノ契約ハ經濟上物ノ消費、使用又ハ保管ヲ目的トスルモノニシテ、物ノ返還ヲ目的トスルモノニアラザルガ故ニ、此點ニ於テハ毫モ貸借ト區別セラルベキモノナシ。故ニ要物契約ヲ認ムルコトハ理論上何等ノ根據ナキモノニシテ、更ニ又實際ノ適用上ヨリ云フモ、此等ノ契約ヲ要物契約トスルコトガ幾多ノ不都合ヲ生ズルノ點ヲ參看スルトキハ吾人ハ立法論トシテ要物契約ナル制度ヲ認ムルノ不當ナルコトヲ信ズルモノナリ³³⁾。

要物契約ハ立法論トシテ不當ノ制度ナリ

吾民法ハ債權契約ハ原則トシテ諾成契約タルモノト爲セルモ、特ニ懸賞契約、消費貸借、使用貸借、

指定行爲ヲ完了スルニヨリテ初メテ成立ス。故ニ尙一種ノ要物契約ナリ。

32) 獨民 §§ 598, 607, 688; 佛民 art. 1875, 1892, 1915 等。反之瑞濱ハ全然要物契約ノ概念ヲ排斥セリ (Art. 305, 312, 473 參照)。

33) 此點ニ關スル詳細ニ付キテハ石坂氏前掲參照。尙神戶氏全書ハ 166 同說。

諾成的消費貸借等ノ可能

寄託ノ四者ヲ要物契約ナリト爲セリ。然レドモ當事者ハ又特ニ約シテ要物契約ニアラザル消費貸借、使用貸借又ハ寄託ヲ有效ニ締結シ得ルコト契約自由ノ原則ヨリ見テ當然ナリ。而シテ此等ノ契約ハ單純ナル消費貸借等ノ豫約ニアラズシテ一般ニ諾成的消費貸借等ノ名稱ヲ附セラレタル特殊ノ契約ナリ。但シ實際上個々ノ場合ニ付キテ果シテ何レノ契約ガ存在スルモノト見ルベキカハ頗ル困難ニシテ專ラ當事者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ決スベキモノトス³⁴⁾。

要式契約
不要式契約

第四 要式契約不要式契約

契約ニハ其構成分子タル意思表示ノ全部又ハ或モノガ法律上限定セラレタル方法ニ於テノミ爲サレ得ルモノアリ、又然ラザルモノアリ。前者ハ之ヲ稱シテ要式契約ト云ヒ、後者ハ之ヲ稱シテ不要式契約ト云フ。契約ハ法律上原則トシテ特別ノ方式ヲ必要トセザルヲ近世私法一般ノ主義トスルガ故ニ³⁵⁾、吾民法ニ於テモ亦契約ハ原則トシテ不要式ニシテ、唯僅ニ懸賞契約(五二九)ノ申込ハ常ニ必ズ廣告ノ方法ニ依ルコトヲ要シ、又贈與ハ贈與者ノ意思表示ガ書面ヲ以テ爲サレタル場合ニアラザレバ單ニ取消シ得

34) 同說神戸氏全書 八 119—

35) 方式自由ノ原則 Formfreiheit

ベキ契約タルノ效力ヲ生ズルニ過ギザルモノト爲セリ³⁶⁾。

第五 死因契約生前契約

死因契約
生前契約

契約ニハ當事者ノ一方ガ他方ヨリ長生スルコトヲ條件トシ其成就ニヨリテ初メテ效力ヲ發生ズルモノアリ。學者之ヲ稱シテ死因契約³⁸⁾ト云ヒ、此以外ノ契約ヲ稱シテ生前契約³⁹⁾ト云フ。死因契約ニハ法律ノ規定ニ基クモノト當事者ノ特約ニ基クモノトアリ。當事者ハ法律上生前契約タル契約ニ如上ノ條件ヲ附シテ之ヲ死因契約ト爲スコトヲ妨ゲザルモノトス。然レドモ單ニ當事者ノ何レカ一方又ハ第三者ノ死亡ノ時ヲ期限トスルニ過ギザル契約ハ一種ノ期限附契約タルニ過ギズシテ茲ニ所謂死因契約ニアラ

36) 民 550 ハ「書面ニ依ラザル贈與ハ各當事者之ヲ取消スコトヲ得」ト規定セルガ故ニ、一見當事者雙方ノ意思表示共ニ書面ニ依ルコトヲ必要トスルガ如キモ、解釋上贈與者ノ意思表示ノミ書面ニ依ルコトヲ要スルモノト爲ス正當トスベシ(312 頁參照)。尙學者或ハ方式トハ之ニ從ハザル 意思表示ヲシテ無効トラシムルモノニ限レリト爲シ、之ヲ理由トシテ 550 ノ書面作成ハ方式ニアラズトノ論ヲ爲セリ(神戸氏全書 八 171、吾孫子氏志林 一四 三 21) ト雖モ、余輩ハ必ズシモ方式ノ概念ヲ此種ノ場合ノミニ限ルノ必要ナキコトヲ信ズ(石坂氏京法 九 六 157 同說)。

37) 學者ニヨリテハ要物契約ニ於ケル物ノ引渡ヲ以テ方式ナリトスル者アリ(Thibaut, Pand. § 392; Arndts, Pand. § 232 usw.) ト雖モ、元來方式ハ限定セラレタル意思表示ノ方法夫レ自身ヲ意味スルモノナレバ物ノ引渡ノ如キ 意思表示以外ノ事實ハ方式ニアラズ、從ヒテ要物契約ヲ以テ要式契約ノ一種ナリトスルハ正當ニアラズ。

38) Vertrag von Todeswegen

39) Vertrag unter Lebenden

ズ。

有名契約
無名契約

第六 有名契約無名契約

債權法ハ原則トシテ契約自由ノ原則ノ支配スル所ナルガ故ニ、法律ニ於テ特ニ名稱ヲ附シタル特殊ノ形式ヲ有スル契約（有名契約又ハ典型契約）ノ外、別ニ（一）法律上何等ノ規定ナキ事項ヲ内容トスル契約（純粹不典型契約）、（二）法律ニ規定セラレタル二個又ハ二個以上ノ有名契約ノ内容タル事項ヲ混合的ニ内容トスル契約（混合契約）及ビ（三）有名契約ノ内容タル事項ト共ニ全然法律ニ規定ナキ事項ヲモ混合的ニ内容トセル契約（準混合契約）モ亦有效ニ成立シ得ベク、而シテ此等ノ契約ハ之ヲ總稱シテ無名契約又ハ不典型契約ト稱スルコトヲ得。此等ノ契約ノ法律的取扱如何ハ後ニ契約各論ノ冒頭ニ於テ之ヲ説明スベシ⁴⁰⁾。

第三者ノ
爲メニス
ル契約

第七 第三者ノ爲メニスル契約

契約ノ效果ハ當事者相互間ニ止マルヲ原則トス。然ルニ或種ノ契約ハ當事者以外ノ第三者ヲシテ直接債權ヲ取得セシムルノ效果ヲ生ズ。是レ即チ第三者

40) 有名契約無名契約ノ名稱ハ羅馬法ニモ存在シタリ (contractus nominati, contractus innominati)。然レドモ當時ニ於ケル此區別ハ單ニ要物契約ノ分類ニ過ギズシテ、今日ニ於ケルモノトハ全然其觀念ヲ異ニセリ。詳細ハ *Sohm, Institutionen* § 79 參照。

ノ爲メニスル契約⁴¹⁾ナリ。尙此以外ニ直接第三者ヲシテ債權ヲ取得セシメズ、唯債務者ハ第三者ニ給付ヲ爲スニ依リテ其債務ヲ免ルベキコトヲ定メタル契約アリ。學者或ハ之ヲ稱シテ不純正ナル第三者ノ爲メニスル契約⁴²⁾ト云フ者アリト雖モ、是レ敢テ特別ノ規定ヲ要スベキ特殊ノ契約ニアラズ。

第八 本契約豫約^{*)}

一 人ガ一定ノ契約ヲ締結スルヤ否ヤハ全然其者ノ自由ナルヲ原則トス。然レドモ後日一定ノ契約ヲ締結スルノ目的ヲ達スルガ爲メ豫メ其契約（本契約⁴³⁾）ヲ締結スベキ義務ヲ生ゼシムベキ他ノ契約ヲ締結スルコトヲ妨グズ。人之ヲ稱シテ豫約⁴⁴⁾ト云フ。豫約ハ之ニ因リ當事者ノ一方又ハ雙方ヲシテ⁴⁵⁾一定内容ノ契約締結ヲ目的トスル承諾請求權ヲ取得セシムルモノナルガ故ニ、必ズヤ締結セラレ

本契約豫約
債務的豫約

41) Vertrag zugunsten Dritter, Stipulation pour autrui

42) unechter Vertrag zugunsten Dritter 193 頁參照。

*) 中島氏論文中「豫約論」29一、吾孫子氏「豫約論」志林一四三 1—

43) Hauptvertrag

44) Vorvertrag, pactum de contrahendo 豫約ハ契約締結ノ義務ヲ發生セシムルガ爲メニ爲サルルヲ通例トスルモ、契約以外ノ法律行爲ヲ爲スベキ義務ヲ發生セシムルガ爲メニ之ヲ爲スコト亦之ナキニアラズ。

45) 單ニ當事者一方ノミヲシテ承諾義務ヲ負擔セシムル豫約チ一方豫約又ハ片務豫約ト云ヒ、雙方ヲシテ承諾義務ヲ負擔セシムル豫約チ雙方豫約又ハ雙務豫約ト云フ。

べき契約ノ内容ヲ確定的ニ指示セルコトヲ必要トス。蓋シ然ラズトセバ豫約ヲ理由トシテ相手方ノ承諾ヲ強制スルコト事實不可能ナルヲ以テナリ。然レドモ公序良俗ニ反セザル程度ニ於テ、締結セラルベキ契約ノ内容ヲ確定スルノ權利ヲ承諾請求權者ニ與フルコトハ毫モ不當ニアラズ。

尙其他豫約モ亦一種ノ契約ナルガ故ニ其有效ニ成立スルガ爲メニハ契約一般ニ必要ナル一切ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス。從ヒテ法律ノ禁止ニ違反スルガ如キ豫約ノ無効ナルハ勿論⁴⁶⁾、豫約ノ目的タル本契約ガ不法ノ給付又ハ不能ノ給付ヲ目的トスルトキハ豫約モ亦無効ナルベシ⁴⁷⁾。又本契約ガ要式契約ナル場合ニ於テハ豫約モ同一ノ方式ヲ踐ムニアラザレバ效力ヲ生ゼザルモノナリヤ否ヤニ付キテハ學者間ニ争アリ⁴⁸⁾ト雖モ、余輩ハ法律ガ本契約ニ付キテ方式ヲ要求スルノ目的ガ當事者ヲシテ慎重ナル熟慮ヲ爲サシムルコトニ存スルトキハ豫約モ方式ヲ必要トスベク、反之方式ガ單一一定ノ意思表示アリタルコトヲ明確ナラシムルノ目的ヲ有スルニ過ギザルトキ

46) 例ヘバ商² 149ハ会社ノ設立登記以前ニ於ケル株式譲渡ノ豫約ヲ禁ズ。

47) 吾孫子氏前掲6,7 同説

48) 通説ハ本契約要式ナレバ豫約モ亦常ニ要式ナルヲ要スト説ケ⁴⁹⁾ (Flanck, I § 125, Anm. 5; Cosack, BR. I 340 VI Aufl. 等)。

ハ豫約ハ方式ヲ要セザルモノト解スルヲ正當也ト信ズ⁵⁰⁾。蓋シ前者ノ場合ニ於テ熟慮ヲ經ザル無方式ノ豫約ノ爲メ本契約ノ締結ヲ強制セラルルハ法律ガ方式ヲ設ケタル主旨ニ反スルニ反シ、後者ニ付キテハ無方式ノ豫約ヲ許スモ毫モ法律ガ本契約ニ付キテ方式ヲ要求シタル精神ニ背反スルコトナケレバ也⁵¹⁾。

此種ノ豫約ヨリ生ズル債權ハ契約締結ノ意思表示ヲ請求スルコトヲ内容トスルモノナルガ故ニ、債務者任意ニ其意思表示ヲ爲サザルトキハ第四一四條第二項但書及ビ民法第七三三條ニヨリ判決ヲ以テ其意思表示ニ代フルコトヲ得ベク、而シテ此判決ヲ求ムル訴ト本契約上ノ債務ノ履行ヲ求ムル訴トハ之ヲ併合スルコトヲ妨ゲザルベシ⁵²⁾。尙本契約ガ要物契約ナルトキハ右ノ意思表示ヲ請求スル權利ノ外契約ノ目的物ノ交付ヲ請求スル權利亦發生スベク、而シテ此後ノ債權ニ付キテ債務者任意ノ辨濟ヲ爲サザルトキハ債權者ハ一般強制執行ノ方法ニ依リテ目的物ノ取立ヲ爲スコトヲ得ベシ。尙其他豫約上ノ債權ニ

豫約上ノ
債權

49) 同説石坂氏民法 三 六 1986; Enneccerus I § 153 Anm. 16; Vertmann I § 125, Anm. 6 等。

50) 故ニ例ヘバ書面ニ依ラザル贈與豫約ハ取消シ得ベキモノナレドモ (同説石坂氏前掲、反對吾孫子氏前掲 12) 手形行爲ヲ爲スベキ旨ノ豫約ハ手形上ノ方式ヲ履ムコトヲ要セズ。

51) 民法² 191。Stein, ZPO. (10 Aufl.) I 626 参照。

債務不履行ニ關スル第四一五條、解除ニ關スル第五四一條以下等ノ諸規定ノ適用アルコト勿論也。

然ラバ豫約成立後ニ至リテ四圍ノ事情ニ變化ヲ生ジタルガ爲メ豫約ノ履行ヲ強要スルコトガ不當ナリト考ヘラルル場合ニ於テハ豫約義務者ハ之ヲ理由トシテ其履行ヲ拒絕シ得ベキモノナリヤ否ヤ。學者或ハ事情ノ變化ガ重大ナルガ爲メ本契約ノ締結ヲ要求スルコトガ不當ト認メラルベキ場合ニハスベテ豫約ノ履行ヲ拒絕シ得ベシトノ説ヲ爲ス者アリ⁵²⁾ト雖モ、余輩ハ民法第五八九條、第六六六條ニ於ケルガ如ク、明文ヲ以テ豫約ノ失効ヲ規定セル場合及ビ本契約ノ解除若クハ終了原因トシテ法律ノ定メタル事由ガ豫約締結以後本契約締結以前ニ發生セル場合⁵³⁾ノ外ハ、濫リニ事情ノ變化ヲ理由トシテ履行ノ拒絕ヲ爲シ得ザルコト通常ノ債務ニ於ケルト同一ナリト信ズ⁵⁴⁾。

52) Endemann, BR. § 106 Anm. 16 尙漢民 § 386 ハ略同様ノ規定ヲ爲セリ。

53) 尙 §§ 621, 631, 642, 653, 679, 689 等ニ於ケルガ如ク一定ノ事由ヲ以テ契約ノ解除若クハ終了原因ト爲シタル場合ニ於テハ豫約締結後本契約締結前ニ法定ノ事由發生セルトキハ之ヲ理由トシテ豫約ノ履行ヲ拒絕シ得ベシ。蓋シ法定ノ事由發生スルトキハ既ニ成立シタル本契約ト雖モ尙當然ニ終了シ又ハ解除シ得ルニ至ルモノナレバ斯ル契約ノ締結ヲ目的トスル豫約ハ其履行ヲ拒絕シ得ルコト勿論ナリト云ハザルベカラザルヲ以テ也。

54) 吾孫子氏前掲 15—19 同説。

尙終ニ豫約上ノ債權ハ之ヲ讓渡シ得ベキヤ否ヤニ付キテハ從來議論少カラズト雖モ、本契約ノ主旨ガ當事者ノ何人ナルカヲ問ハザルガ如キ場合⁵⁵⁾ノ外ハ原則トシテ之ヲ讓渡シ得ザルモノナリト解スルヲ正當トスベシ⁵⁶⁾。

二 以上ノ如キ意義ニ於ケル豫約ノ外、民法ハ別ニ賣買ニ關シテ賣買ノ一方ノ豫約ナルモノヲ認メ(五五六)、而シテ此規定ハ性質ノ許ス限リ賣買以外ノ有償契約ニ之ヲ準用スベキ旨ヲ定メタリ(五五九)。此種ノ豫約ハ豫約權利者ガ一方的ニ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ニシテ、特ニ豫約義務者ノ承諾ヲ俟チテ初メテ賣買ノ成立ヲ來スモノニアラズ。從ヒテ此種ノ豫約ニ因リテ發生スル賣買完結ノ意思ヲ表示スルノ權利ハ一ノ形成權ニシテ債權ニアラズ。故ニ此種ノ豫約ト上記第一ノ意義ニ於ケル豫約トハ全然別種ノ概念ナリ⁵⁷⁾。

賣買ノ一方ノ豫約 (第二義ノ豫約)

55) 例ヘバ無償寄託ノ豫約ニアリテハ寄託者何人ナルモ受寄者ハ之カ爲メ何等損益ヲ所ナシ。

56) 同説吾孫子氏前掲 13—、鳩山氏債權 292、石坂氏民法 三四 1198—。反對中島氏前掲 44 (如何ナル場合ニモ讓渡ヲ許サズ)。

57) 反對浦且氏全書 八 134—。同氏ハ此種ノ豫約モ亦債務的豫約ナリトシ而シテ當事者ノ一方ガ完結ノ意思ヲ表示スルトキハ敢テ相手方ノ意思表示ヲ要セズシテ契約成立スルハ單ニ立法政策ノ便宜ニ基クモノ也ト説明セリ。然レドモ斯クノ如キハ徒ラニ「豫約」ノ文字ニ拘泥セルノ説ニシテ法文全體ノ文字ヲ無視スルモノ也。尙吾孫子氏前掲 11— 略神戶氏ト同様ノ説ヲ爲セリ。

此種ノ豫
約ノ法律
的性質

然ラバ(一)此種ノ豫約ハ之ヲ以テ賣買ガ成立シタルト同一ノ法律的效果ヲ發生セシムル形成權ノ發生ヲ目的トスル特殊ノ契約ナリト解スベキカ、(二)又ハ豫約權利者ノ賣買完結意思表示ヲ法定條件トスル條件付賣買ニシテ同時ニ豫約權利者ニ右ノ完結意思表示ヲ爲スノ權利ヲ留保セルモノナリト解スベキカ⁵⁸⁾、(三)若クハ又賣買ノ一方ノ豫約トハ單ニ豫約者ガ一方的ニ賣買ノ申込ヲ爲シタルコトヲ云フモノナリト解スベキカ⁵⁹⁾。右ノ中第一說ニ依レバ形成權ノ行使ニ依リテ賣買締結セラレタルト同一ノ效力ヲ生ズルニ過ギズシテ事實上契約ノ成立ヲ來スモノニアラズ。蓋シ當事者雙方共賣買其モノヲ構成スベキ何等ノ契約的意思表示ヲ爲サザルニ拘ハラズ賣買ノ效力發生スルコトヲ認ムルモノナレバナリ。然レドモ斯クノ如キハ法文ガ特ニ『賣買ヲ完結スル』云云ナル文字ヲ使用シテ實際上實質的賣買ノ存在ヲ豫想

58) 石坂氏民法 三 六 1979

59) 中島氏前掲 39, 43 同氏ハ豫約ニ上述ノ如キ二種ノモノアルコトヲ認メ而シテ第二義ノ豫約ニ於ケル豫約義務者ノ意思表示ハ同時ニ又本契約ノ申込タル性質ヲ有スルガ故ニ豫約權利者ノ賣買完結意思表示(即チ承諾)アルトキハ直ニ本契約成立スベク而シテ豫約ハ右ノ申込ヲ撤回セザルベキ一種ノ拘束ヲ生ゼシムベク從ヒテ義務者其拘束ニ違反スルトキハ損害賠償ヲ爲サザルベカラズト設ケリ。然レドモ申込ニ特ニ當事者ノ特約ヲ俟タズシテ拘束力ヲ有シ(§ 521, 524)、而シテ拘束力ハ債務ニアラズシテ單純義務ナルガ故ニ對スル違反ハ撤回ノ無効ヲ來サシムルモノニシテ債務不履行ノ問題ヲ生ズルノ餘地ナキコト後ニ述ブル所ノ如シ。

セルコトト相容レザルノ結果ヲ生ズルノミナラズ『豫約ハ(中畧)賣買ノ效力ヲ生ズ』ト云ヘル法文ノ文字ニモ適合セザルモノナリ。次ニ又法律ガ特ニ一方ノ豫約ニ付キテノミ規定ヲ設ケタルノ點ヨリ見レバ、雙方豫約ノ存在ヲ否定スル第三說ヲ採用セルモノナルカノ觀アリト雖モ、斯クノ如ク解スルトキハ賣買ノ一方ノ豫約ハ單純ナル申込タルニ過ギズ、果シテ然ラバ其之ニ關スル法規ハ單ニ申込ニ關スル一般的规定(五二一以下)存スルヲ以テ足ルベク、何ゾ特ニ第五五六條ノ規定ヲ設クルコトヲ要センヤ。故ニ第三說モ亦民法ノ解釋上之ヲ採用スルコト能ハザルナリ。反之第二說ハ獨リ如上ノ缺點ヲ有セザルノミナラズ又最モ法文ノ文字ニ適合セリ。蓋シ條件附賣買タル豫約ハ豫約權利者ノ完結意思表示アルトキハ茲ニ條件成就シテ賣買ノ效力ヲ生ズルニ至ルモノト解スルハ本條ノ文字ヨリ出ズル最モ平明ノ解釋ナレバ也⁶⁰⁾。

60) 現ニ佛法ノ解釋トシテモ同法ニ所謂賣買一方ノ豫約(promesse unilatérale de vendre ou d'acheter)ハ條件附賣買ナリトスルノ說アリ(Huc. 10 46—; Larombière 1 art. 1138, no. 13; Colmet de Santerre 7 no. 10)。案ヨリ此說ハ佛法ノ通說ニアラザレドモ吾民法 § 556 ノ文字ハ最モ此說ノ主張スル所ト符合セリ(同說石坂氏民法 三 六 1984)。勿論附ノ此種ノ論者ハ條件成就ノ結果ガ豫約成立ノ時ニ適及スルコトヲ主張スレドモ吾民法上此結果ヲ認メ得ザルコト案ヨリ也(§ 127 參照)。

信務的豫約ナリヤ
第二義ノ豫約ナリヤ
ノ判斷

三 然ラバ個々ノ具體の場合ニ付キテ一定ノ豫約ガ以上第一ノ意義ヲ有スルカ又ハ第二ノ意義ヲ有スルカハ如何ニシテ之ヲ決スベキカ。是レ素ヨリ當事者ノ意思ヲ解釋スルニ由リテ決セラルベキ問題ナリト雖モ、少クトモ賣買ニ付キテハ當事者反對ノ意思ヲ有スルコト明カナラザル限リ寧ロ第二ノ意義ヲ有スルモノト解セザルベカラザルコト素ヨリ也(五五六)。而シテ同様ノ理ハ他ノ有償契約ニ付キテモ亦之ヲ認メ得ベシ(五五九)。學者或ハ第二ノ意義ニ於ケル豫約ハ要式契約及ビ要物契約ニ付キテハ全然之ヲ認ムベカラズトノ説ヲ爲ス者アリト雖モ⁶¹⁾、第五五六條ヲ解シテ如上ノ意義ヲ有スルモノト爲ストキハ要式契約ニ付キテモ亦同條ノ適用ヲ認メ得ベキハ勿論、要物契約ト雖モ豫約ノ際同時ニ物的要素ヲモ充シタル場合ノ如キハ毫モ本條ノ適用ヲ妨グベキ理由ナシ。勿論豫約ノ當時直ニ方式ヲ踐ムコトヲ得又ハ物的要素ヲ充スコトヲ得ルニ於テハ實際上特ニ豫約ヲ爲スノ必要少キガ故ニ要式契約又ハ要物契約ニ付キテ第二義ノ豫約締結セラルルコトハ實際上稀レナルベキコト勿論ナリ。尙無償契約ニ付テモ亦

61) 中島氏前掲 42、神戸氏全書 八 136、石坂氏民法 三 六 1983。

以上二種ノ豫約中其何レヲモ締結スルコトヲ得ベシト雖モ、此場合ニ於テハ豫約ガ二種中何レノ意義ヲ有スルカハ專ラ當事者ノ意思ヲ解釋スルニ由リテ決スルノ外ナシ。

第九 有因契約無因契約^{*)}

有因契約
無因契約

何人ト雖モ財産上ノ出捐ヲ爲スニ當リテハ必ズ一定ノ目的(原因)ヲ有ス。何等ノ目的ナクシテ財産上ノ出捐ヲ爲スガ如キハ理性アル人ニ付キテハ到底アリ得ベカラザルコトナリ。然レドモ以上ハ唯單ニ心理的ニ觀察シテ之ヲ云フノミ。之ガ爲メ法律取扱ニ於テモ亦斯クノ如キ原因ハ常ニ法律行爲ノ内容ヲ爲スモノトシ、原因ノ欠缺ハ爲メニ法律行爲ノ不成立ヲ來スベキモノト爲スノ必要毫モ之アルコトナシ。從ヒテ法律ハ必要ニ應ジ人工的ニ原因ヲ内容トセザル法律行爲ヲ認ムルコトヲ妨グザルモノニシテ、斯クノ如キ法律行爲ハ原因ノ有無ニ關係ナク單純ニ財産移轉ノ效果ヲ生ゼシムルモノトス。是レ即チ無因行爲ニシテ其以外ノ原因ヲ内容トスル法律行爲ハ有因行爲ナリ⁶²⁾。

債權契約ハ原則トシテ有因行爲ナリ。現ニ吾民法

*) 石坂氏「法律行爲ノ原因ト不當利得ニ於ケル法律上ノ原因」研究 一 245一、神戸氏「無因契約論」誌林一四 三 24一、四 1一。
62) Abstraktes Rechtsgeschäft, Kausales Rechtsgeschäft

ハ無因的債權契約ヲ認メズ。然レドモ之ガ爲メ無因的債權契約ノ存在ヲ否定スベキニアラズ。例ヘバ獨逸民法ニ於ケル債務約束、債務承認ノ如シ⁶³⁾。尙吾民法上ニ於テモ當事者相約シテ單純ナル無因的債務約束、債務承認等ヲ締結スルコトヲ妨ゲザルベシ⁶⁴⁾。

第三節 契約ノ成立*

第一款 契約成立要件

第一項 總 說

契約成立要件

契約成立スルガ爲メニハ左ノ諸要件ノ存在ヲ必要トス。

第一 相對立スル當事者ニ依リテ契約意思ヲ以テ爲サレタル二箇又ハ二箇以上ノ意思表示存在スルコト

契約ヲ構成スル意思表示ハ互ニ申込及ビ承諾ノ關係ニ立ラルコトヲ通例トス。尙其外同時申込又ハ交叉申込ニ依リテモ契約成立シ得ベキコト既ニ上述セル所ノ如シト雖モ、此等ノ場合ニ於ケル箇々ノ意思表示ニ付キテハ曩ニ契約ノ概念ヲ説クニ當リテ説明

63) Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis (獨民 §§ 780—782)

64) 同親神戸氏全書 八 158、石坂氏民法 三五 1771、同氏研究 一 277—。

* 土方氏「契約ノ成立」法協二二 八 1065—、宮本氏「英法ニ於ケル契約ノ成立」京法 一一 八乃至一二

シタル以外、特ニ解説ヲ要スベキモノナシ。反之申込及ビ承諾ハ互ニ前後因果ノ關係ニ立テルガ故ニ、之ニ因ル契約ノ成立ハ經過複雑ニシテ説明ヲ要スベキモノ少カラズ。故ニ以下特ニ申込及ビ承諾ノ二項ヲ設ケテ特別ナル説明ヲ爲スベシ。

第二 以上ノ意思表示ガ其内容ニ於テ互ニ相合致セルコト

第三 以上ノ意思表示ガ同時ニ効力ヲ保有セルコト

契約ヲ構成スベキ意思表示ガ其内容ニ於テ相合致スルモ、其中何レカ一ガ元來無効ナルカ、又ハ一旦効力ヲ生ジタルモ其後他ノモノガ未ダ効力ヲ生ゼザルニ先立チテ再ビ効力ヲ失ヒタルトキ¹⁾ハ契約ヲ成立セシムルコト能ハズ。反之凡テノ意思表示ガ同時ニ効力ヲ有スルトキハ契約ハ之ニ因リテ一旦成立スベク、唯其後ニ至リテ意思表示ノ何レカガ遡及的ニ効力ヲ失ヘルトキ²⁾ハ一旦成立シタル契約ハ再ビ消

1) 例ヘバ(1)契約上ノ意思表示ノ何レカガ要素ニ關スル錯誤ヲ包含セル場合(§ 95)、(2)一ノ意思表示ガ詐欺又ハ強迫ニ基クガ爲メ他ノ意思表示ノ効力ヲ生ズルニ先チテ取消サレタル場合(§ 96)等。

2) 例ヘバ(1)契約成立後ニ至リテ一方ノ意思表示ガ詐欺又ハ強迫ヲ理由トシテ取消サレタル場合(§ 96)、(2)承諾ノ通知發送ニ因リテ契約成立シタルモ(§ 526¹⁾其通知ガ承諾期間内ニ申込者ニ達セザルガ爲メ申込其効力ヲ失ヘル場合(§ 521¹¹⁾等。尙承諾ノ通知發送後即チ契約成立後ニ到達セル申込取消ノ意思表示ハ本來何等ノ効力ヲ有セザルモノナリト雖モ此場合ニ承諾者若シ(§ 527¹⁾所定ノ送著通知ヲ怠ルトキハ右ノ取消ハ有效ニシテ契約ハ成立セザリト同一ニ取扱ハルルモノトス(§ 527¹¹⁾。

滅シテ始メヨリ存在セザリシト同一ノ取扱ヲ受クルニ至ルモノトス。

尙以上ノ外要物契約ニアリテハ別ニ物的要素ノ完備ヲ俟テ初メテ契約ノ成立ヲ來スモノトス。而シテ物的要素ハ必ズシモ意思表示ト同時ニ發生スルコトヲ必要トスルモノニアラズシテ、或ハ之ニ先立ツモ可ナルベク、又或ハ之ニ後ルルモ可ナルベシ。

第二項 申 込

申込ノ性質

第一 申込ノ性質

申込¹⁾トハ承諾ト合致シテ一定ノ内容ヲ有スル契約ヲ締結スルコトヲ目的トスル意思表示ニシテ、之ニ對スル承諾ノ意思表示アルトキハ最早夫レ以上何等申込者ノ意思表示ヲ要セズシテ直ニ契約ヲ成立セシムベキモノヲ云フ。

意思表示ナリ

一 申込ハ意思表示ナリ。

故ニ意思表示ニ關スル一般原則ノ適用ヲ受クルモノトス。尙申込ハ夫レ自身獨立シテ拘束力ヲ發生セシムルガ故ニ（五二一¹⁾、五二四參照）、意思表示ナルト同時ニ又法律行為即チ單獨行為ナルガ如キ觀アリト雖モ、斯クノ如キ法律的效果ハ申込者之ガ發生ヲ希望スルト否トヲ問ハズシテ發生スルモノナレ

1) Offerte, Angebot, Antrag; offre; offer, proposal

バ、之ヲ根據トシテ申込ハ法律行為ナリト説クハ正當ニアラズ²⁾。而シテ意思表示ノ方法ハ特ニ法律又ハ豫約ニ於テ限定セラレザル限リ、或ハ明示ナルコトアリ或ハ又默示ナルコトモアリ得ベク³⁾、其他如何ナル方法ニテモ可ナリ。

尙申込ハ受領ヲ必要トスル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スモ可ナルベク、廣告ノ方法ニ依リテ之ヲ爲スモ亦可ナルベシ。獨逸民法ノ解釋トシテハ申込ハ常ニ受領ヲ必要トスル意思表示ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要スト解スルヲ通説トスルガ如ク⁴⁾、吾民法ノ解釋トシテモ亦同様ノ説ヲ爲ス者之ナキニアラズ⁵⁾ト雖モ吾民法上斯クノ如キ解釋ヲ必要トスベキ法規存セザルノミナラズ⁶⁾、純理上ヨリ之ヲ論ズルモ廣告ノ方法ニ依リテ申込ヲ爲スコトヲ否定スベキ理由毫モ存在セザル也。現ニ民法ガ申込ノ一場合トシテ認メタ

申込ノ方法

廣告ノ方法ニ依ルモ可也

2) 獨逸ノ解釋トシテ申込ハ法律行為ナリトノ説ヲ爲ス者之ナキニアラズ (Windscheid-Kipp I § 69 Anm. 1 a; Goldmann-Lilienthal I II Aufl. 184 Anm. 7) ト雖モ通説ハ素ヨリ之ニ反對セリ。吾國ノ通説亦素ヨリ本文ト同説ナリ (石坂氏民法三 五 1806一、神戸氏全書A 178)。

3) 瑞債 I II ハ此コトヲ明言セルモ實ハ全然無用ノ規定ナリ。

4) Oertmann I 454; Emericerus I § 152; Planck-Flad I § 145, Anm. 2, 4; Staudinger-Riezler I § 145, Anm. 4; Cosack, I VI Aufl. 194

5) 神戸氏全書A 182—

6) 獨逸ニハ § 145 ノ規定アリ而シテ同條ノ文字ハ申込ハ受領必要ノ意思表示 (empfangsbedürftige Willenserklärung) ナリトノ解釋ヲ強フルノ觀アリ。

ル懸賞廣告(五二九)ノ如キ、又其他一般ニ申込ナリトシテ説明セラルル自働販賣器、自働體量計等ノ設置、市街電車ノ運轉等ノ如キ、凡テ廣告ニ依ル申込ノ一種ナリト説明スルヲ最モ平明ノ解釋ナリトス。

學者或ハ此等ノ場合ニモ亦將來特定スベキ一人又ハ多數ノ人ニ對スル一個又ハ數個ノ意思表示存スルモノナリト主張シテ曰ク、數個ノ契約成立スルガ爲メニハ又數個ノ申込ナカルベカラズ、故ニ此場合ノ申込ニシテ若シ各個ノ承諾者ニ對スル個々ノ意思表示ノ集合ニアラズシテ無數ノ人ニ對スル一個ノ意思表示タルニ過ギズトセバ其之ニ因リテ成立スル契約モ亦一個ノ包括的契約タラザルベカラザラント⁷⁾。然レドモ是レ既ニ上述セルガ如キ申込ハ常ニ必ズ受領ヲ必要トスル意思表示ニ依ルベキモノナリトスル偏狹ナル獨斷的解釋ニ捉ハレタルノ見解ニシテ、寧ロ頗ル窮シタル説明ナリト云ハザルベカラズ⁸⁾。余ハ廣告ニ依ル一個ノ申込存スルニ於テハ(一)若シ其申込ノ内容ガ單ニ一個ノ承諾ヲ求ムルニ存スルトキハ申込ノ定メタル條件ニ適合スル承諾アルニヨリテ一

異説及
其批評

7) Neumond, Arch. f. civ. Prax. 89 187 —; Oertmann 1 455
8) 申込ハ常ニ必ズ受領ヲ必要トスル意思表示也トノ獨斷ヨリ出發セシ獨逸學者ハ(1)或者ハ更ニ進ンテ特定ノ受者ニ對スル意思表示ナルコトヲ要ストナシ以テ不特定人ニ對スル申込 (Offerte an eine

個ノ契約成立スベク、(二)又若シ申込ノ内容ガ一定數又ハ不定數ノ承諾ヲ求ムルニ存スルトキハ之ニ應ズル個々ノ承諾アル毎ニ其申込タルノ作用ヲ實現シテ個々ノ契約ヲ成立セシムルモノナリト説明スルヲ最モ穩當ナル解釋ナリト信ズ⁹⁾。

斯クノ如ク申込ハ廣告ニ依リテモ亦之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリト雖モ、一定ノ契約締結ヲ目的トスル廣告ガ果シテ申込タルカ、又ハ單純ナル申込ノ誘引タルニ過ギザルカハ實際上疑問ヲ生ズルコト頗ル多ク、其果シテ何レニ屬スルカハ一々個々ノ場合ニ付キテ其廣告ガ後ニ述ブルガ如キ申込ノ諸要件ヲ具備セリヤ否ヤニヨリテ決セラルベキモノトス。

二 申込ハ之ニ對シテ承諾アルトキハ、夫レ以上何等申込者ノ意思表示ヲ要セズシテ直ニ契約ヲ成立セシムベキモノナルコトヲ要ス。

内容確
シテ何等
ノ異議ナ
留保セザ
ルコトヲ
要ス

persona incerta)ノ存在ヲ絕對ニ否定シ (Savigny, Obligationenrecht 2 § 61)、反之又(2)或者ハ不特定人ニ對スル申込ノ存在ヲ認メツツ其法律の構成ヲ説クニ當リテ將來特定スベキ一個又ハ二個以上ノ人ニ對スル申込ナリト説明セリ。後者ハ即チ現今獨逸ノ通説ニシテ以上ニ説明セル反對論者ハスベテ此見解ヲ採レリ。然レドモ前者ハ獨斷的概念ニ拘泥シテ實際ノ要求ヲ無視スルモノ也又後者ハ獨斷的概念ニ拘束セラレツツ而カモ實際ノ要求ニ應センガ爲メ窮餘説明ヲ別途ニ求メントスルモノニシテ所説頗ル人工的也。共ニ其出發點ヲ誤ルモノニシテ余輩之ヲ採ラズ。

9) 同説石坂氏民法三 五 1816—、横田氏各論 32、村上氏 64、Biermann, Rechtszwang zum Kontrahieren, Jahrb. f. Dog. 32 292— 殊ニ 297。反對神戸氏全書八 182—、川名氏債權 593。

從ヒテ申込ノ内容ハ此目的ヲ達スルニ必要ナル程度ニ確定セルコトヲ必要トス。

申込ノ定ムベキ事項

一) 故ニ申込ハ原則トシテ之ニ因リテ締結セントスル契約ノ内容中、(イ)要素ニ關シテ一定ノ定メヲ爲セルモノナルコトヲ要シ、(ロ)又縱令本來ノ性質上契約ノ要素ヲ成スベキ事項ニアラズト雖モ、(1)豫約若クハ(2)申込ノ誘引ニ於テ特ニ契約ノ要素トシテ合意ヲ必要トスベキコトヲ定メラレタルモノ又ハ(3)申込者自身ニ於テ特ニ之ヲ契約ノ要素ト爲サント欲スルノ意思アルコト明白ナルモノ¹⁰⁾ニ付キテハ又必ズ一定ノ定メヲ爲スコトヲ要ス。

二) 但シ申込ガ斯ル確定的内容ヲ有スルコトハ申込自身ノ文言上ニ之ヲ明示スルコトヲ要セズ、苟モ其以前ニ於ケル諸般ノ出來事其他四圍ノ事情ニ依リテ斯ル内容ヲ有スルコトヲ推測シ得ルヲ以テ足ルコト素ヨリナリ¹¹⁾。

或事項ノ

三) 然レドモ以上ノ如ク申込ガ確定的内容ヲ有ス

10) 例ヘバ契約ノ要素タルベキ事項ヲ個條書キトシテ申込ヲ爲セル場合ニ其中一條項ニ付キテ單ニ其標題ノミヲ掲ゲテ其内容ヲ記サザル場合ノ如キハ申込者ニ於テ其事項ヲ契約ノ要素トスルノ意思アリ、而カモ之ニ關シテ一定ノ定メヲ爲サザリシモノト解スルヲ得ベシ。

11) 故ニ例ヘバ料理店ニテ料理ヲ注文スル者ハ料理店所定ノ定價表ニヨルノ意思アルモノト見ルベク、又平素取引關係アル商店ニ對スル注文ニ於テ代金ヲ表示セザル場合ニ於テハ當時ノ相場ニヨルノ意思アルモノト見ルヲ得ベシ。

ルコトヲ必要トセラルル所以ノモノハ、畢竟承諾ノ意思¹²⁾アルトキハ之ニ因リテ直ニ契約ノ成立ヲ來タサシメ、以テ申込者ニ於テ更ニ異議ヲ述ブルノ餘地ナカラシメンガ爲メナリ。從ヒテ此點ニ付キテ何等ノ妨ゲトナラザル限リハ多少ノ不確定アルモ爲メニ申込タルノ效力ヲ害セラルルコトナシ。故ニ(1)申込者ガ契約ノ必要的内容タルベキ或事項ニ付キテ自ラ何等ノ定メヲ爲サザルカ又ハ單ニ選擇的ノ定メヲ爲シテ終局的決定ヲ全然相手方ニ一任シ、其決定ニ對シテハ最早何等ノ異議ヲ唱ヘザルノ意思アルモノト認ムベキ場合ニ於テハ、其點ニ關スル不確定ハ毫モ申込ノ效力ヲ害スルモノニアラズ¹²⁾。(2)反之相手方ノ決定ニ對シ尙多少ニテモ異議ヲ容ルルノ餘地ヲ留保セルモノト認ムベキ場合ニ於テハ申込タルノ效力ヲ生ズルコトナシ。

確定ヲ相手方ニ一任スルモ可也

四) 尙申込中ニ申込者ノ何人ナルカガ明示セラレザルコト、又ハ四圍ノ事情其他ニ依リテ申込者ノ何人ナルカガ推測シ得ベカラザルコトハ、毫モ申込ノ效力ヲ害スルモノニアラズ¹³⁾、但之ガ爲メ申込ヲ受ケ

申込者ノ何人ナルカヲ表示スルヲ要セズ

12) 同說神戸氏全書 八 179、石坂氏民法 三 五 1813、川名氏債權 592

13) 同說 Oertmann 1 454、東控(新聞八〇二) (「消費貸借ノ當時貸主タルモノノ果シテ何人ナルヤト云フコトガ借主ニ分三ナラザル

タル者ヲシテ何人ニ對シ承諾ノ意思表示ヲ爲スベキ
 カヲ知ルコト能ハザラシムルニ於テハ、申込ノ效力
 ヲ生ゼザルベキヤ勿論ナリ。故ニ苟モ承諾ヲ爲スノ
 途開ケ居ル限リハ、申込者ノ何人ナルカヲ表示セズ
 ト雖モ尙完全ナル申込タルヲ失ハザルベシ。勿論申
 込者ノ何人ナルカハ實際上相手方ニ於テ承諾ヲ爲ス
 ベキヤ否ヤノ意思ヲ決定スルニ付キ重要ナル關係ヲ
 有スル事項ナリト雖モ、是レ單ニ事實上相手方ニ對
 シテ便宜ナリヤ否ヤノ問題タルニ過ギズシテ、爲メ
 ニ申込其モノノ效力ヲ左右セラルベキモノニアラ
 ズ。蓋シ申込者ノ何人ナルカヲ問ハズシテ承諾ヲ爲
 スコトハ實際上有リ得ベキコトニ屬スレバ也。例ヘ
 バ仲立人ヲ經タル匿名ノ申込（商三一〇、三一―）、
 何人ノ所有ナルカヲ記サザル自動體量計設置等ノ場
 合ノ如シ。

三 申込ハ承諾ト合致シテ契約ノ構成分子タルベキ
 意思表示其モノナリ。

故ニ一定ノ内容ヲ有スル契約締結ノ意アルコトヲ
 報ズル單純ナル通知又ハ所謂申込ノ誘引¹⁴⁾ハ申込
 ニアラズ。蓋シ此等ハ單純ナル觀念ノ通知又ハ希望

モ苟モ第三者ニシテ貸主タル者ニ代リテ契約ヲ爲セバ有効也云々、
 石坂氏民法 三五 1810。

14) Einladung zu Offerten; invitation of offers

契約ノ構
 成分子タ
 ルベキ意
 思表示其
 モノ也

申込ノ誘
 引

タルニ過ギズシテ、承諾ト合致シテ契約ヲ成立セシ
 ムベキ意思表示其モノニアラザレバナリ。

然レドモ實際上具體的ノ場合ニ付キテ其果シテ申
 込ナリヤ又ハ單純ナル通知若クハ申込ノ誘引タルニ
 過ギザルヤヲ決スルハ容易ニアラズ。要ハ各場合ノ
 具體的事實ニ付キテ當事者ノ意思ヲ解釋シ、當事者
 ガ其將ニ締結セントスル契約ノ要素ヲ成スベキ事項
 ニ關シ何等ノ留保ヲ爲スコトナク凡テ自己ノ欲スル
 所ヲ表示シ盡シタリヤ否ヤヲ標準トシテ之ヲ決スベ
 キノミ。此點ニ關シ吾民法ハ獨逸民法ト同様獨逸舊
 商法第三三七條¹⁵⁾ 又ハ瑞西債務法第七條¹⁶⁾ ニ於ケ
 ルガ如キ何等別段ノ意思解釋規定ヲ設クルコトナシ
 ト雖モ、例ヘバ定價表、商品目錄、見本、汽車汽船
 ノ發着時間表等ノ送付若クハ揭示ノ如キハ通常之ヲ
 申込ノ誘引ト見ルベク、其他契約締結ヲ目的トスル
 廣告ハ懸賞廣告以外ニ於テモ申込ト解シ得ベキ場合
 少カラザルベシト雖モ、通例單純ナル誘引タルニ過

申込トイ
 ヤ申込ノ
 誘引トイ
 ヤノ判斷

15) 獨舊商 Art. 337 「多數人ニヨリテ認識セラレ得ベキ方法殊ニ
 定價表、商品目錄、見本若クハ標本ノ送付ニヨリテ爲サレタル賣却申
 出又ハ物品、代金若クハ數量ヲ確定的ニ表示セザル賣却申出ハ拘束
 力アル賣買申込ニアラズ」

16) 瑞債 Art. 7 I II 「價率表、定價表等ノ送付ハ夫自身申込ヲ意
 味セズ、反之定價ヲ付シテ物品ヲ陳列セル場合ニハ通常之ヲ申込ト
 看做ス」

ギズト解スベキ場合多カルヘシ¹⁷⁾ 尙商品ヲ店頭ニ陳列スルガ如キモ亦一概ニ之ヲ決スルコト能ハズト雖モ、多數ノ場合ニ於テハ寧ロ誘引ニ過ギズト解スルヲ正當トスベシ^{17a)}。

競争締結ノ申出ハ申込ナリヤ否ヤ

競争締結即チ競賣又ハ入札^{*) 18)}ノ申出ガ申込ナリヤ否ヤニ關シテハ古來爭アリ。而シテ吾民法ハ此點ニ關シ獨逸民法第一五六條又ハ瑞西債務法第二二九條¹⁹⁾ノ如キ特別規定ヲ設ケザルガ故ニ、之ガ一般の解答ヲ爲スコト能ハズ、一々各個ノ場合ニ付キテ申出ヲ爲シタル者ガ契約ノ要素タル事項ニ關シ

17) 蓋シ廣告者ハ特ニ別段ノ事情ナキ限リ通例ハ何人ヲ契約ノ相手方トスルカニ重キヲ置ケルモノト認メザルベカラズ、從ヒテ廣告ニ於テ契約ノ客觀的内容ニ關スル自己ノ欲スル所ノ一切ヲ表示シ盡セル場合ト雖モ、尙何人ヲ相手方トスルカノ點ニツキテ留保ヲ爲セルモノト認メザルベカラザルヲ通例トスル也。故ニ一定ノ廣告ヲ申込ナリト主張スルガ爲メニハ契約ノ客觀的内容ニ關スル確定的表示アルノ外特ニ何人ガ相手方タルカニ重キヲ置カザルノ意思アルコトヲ明ニセザルベカラズ(石坂氏民法三 五 1811 同説)。

17a) 横田氏各論 30 参照。

*) 土方氏「入札購買ノ性質」新報 一三 二 1—。

18) 競賣ト入札トノ區別ハ各競争者ガ互ニ他ノ競争者ノ表示ノ内容ヲ知リ得ルヤ否ヤニ存スルモノニシテ其結果明者ニアリテハ一旦表示ヲ爲シタル競争者ハ其後他ノ競争者ガ一層優レタル表示ヲ爲セルトキハ前表示ニ代ヘテ更ニ他ノ表示ヲ爲シ得ルモノトス。

19) 獨民 § 156 「競賣ニアリテハ契約ハ競落ニヨリテ成立ス(下略)」。瑞債 Art. 229 I II 「強制競賣ニアリテハ競賣官ガ目的物ノ競落ヲ爲スニヨリテ賣買ノ成立ヲ來ス、公告セラレ且一般人ニ對シテ提供セラレタル任意競賣ニアリテハ讓渡人ガ競落ヲ爲スニヨリテ賣買ノ成立ヲ來ス」。尙英法ニ於テモ競賣ハ競落 (fall of hammer) ニヨリテ成立スルモノト認メラレタリ (Pollock, Contract 16)。故ニ此等ノ法律ニヨレバ競賣ノ申出ハ早ニ申込ノ誘引タルニ過ギズト云ハザルベカラズ。

尙多少ノ留保ヲ爲セルヤ否ヤニ依リテ決スルノ外ナク、此點ニ關シテ何等ノ推定ヲ設ケルコト能ハザルナリ。然レドモ(一)競賣中(イ)競下競賣ニアリテハ多ク競賣者ヲ以テ申込者ナリト認ムルヲ正當トスベシ²⁰⁾。蓋シ此場合ニ於テハ競賣者自身賣品ノ代價ヲ定メテ相手方ヲ求ムルモノナレバ既ニ契約締結ノ確定的意思ヲ有スルモノト認メ得ベキノミナラズ、競賣者ハ相手方ノ何人ナルカニ重キヲ置カザルモノト認メ得ベキヲ以テナリ²¹⁾。(ロ)次ニ又競賣法ニ依ル動産ノ競賣ニ在リテハ其公告ハ單純ナル通知タルニ過ギズシテ申込ニアラズ。眞ノ申込ハ所謂競買ノ申込ニシテ之ニ對スル承諾ハ即チ競落ノ告知ナルコ

20) 反之體上競賣ニ付キテハ何等ノ推定設ケルコト能ハズ。然レドモ立法論トシテハ各個ノ競買申出ヲ以テ申込ナリトスル旨ノ推定規定ヲ設ケルヲ正當トスベシ。尙石坂氏民法三 六 1961、土方氏前掲 6 ハ實際上通常ノ場合ニハ競賣申出ハ誘引ニシテ競買申出ガ申込ナリト解スルヲ正當トスベク取引上ノ慣習ニ於テモ亦然リト設ケルモ余ハ此場合ト雖モ上述シタル申込ナリヤ否ヤヲ判定スル通常ノ標準ヲ適用スルノ外特別ナル推定ヲ設ケルコト能ハザルベシト信ズ、但シ競賣申出ニ於テ最低競賣價格ヲ表示セル場合ノ如キハ反對ノ事情ナキ限リ寧ロ其申出ヲ以テ申込ナリト解スルヲ正當トスベシ (Unger, Jahrb. f. Dog. 8 135 同説)。尙入札ニ付キテモ亦石坂氏三 六 1974 土方氏前掲ハ同様ノ説ヲ爲セリト雖モ余ハ此場合ニ付キテモ亦同シク申込タル一切ノ條件ヲ具備セリヤ否ヤヲ標準トシテ之ヲ決スルノ外ナシト信ズ。

21) 競下競賣ニ付キテ此種ノ推定ヲ認ムルコトハ獨逸普通法ノ下ニ於テ既ニ之ヲ唱フル者アリ (Windscheid 2 § 308 Anm. 11) 現ニ § 156 ノ如キ明文ヲ設ケタル獨民ノ下ニ於テスラ Oertmann 1 156, 20 ハ此種ノ説ヲ爲セリ。吾國ニテハ石坂氏民法三 六 1963 同説。

ト殆ト疑ナク(競賣法一三、二一¹等参照)^{21a)}、(ハ)民事訴訟法第五七二條以下ニ依ル動産ノ競賣亦之ニ同ジ。(ニ)反之競賣法ニ依ル不動産若クハ船舶ノ競賣及ビ民事訴訟法第六四二條以下ニ依ル強制競賣ニ於テハ競賣期日ノ公告ニ於テ最低競賣價額其他競賣ニ關スル一切ノ條件ヲ表示シ(民訴六五八、競賣法二九、三九)、而シテ其最低競賣價額ヲ下ラザル範圍内ニ於テ幾何ノ金額ヲ現實ノ代金トスルカハ一切之ヲ競買人ノ決定ニ一任シタルモノナレバ、此等ノ場合ニ於ケル公告ハ之ヲ申込ナリト解スルヲ正當トスベシ(競賣法二三参照)^{21b)}。勿論實際何人ノ申出デタル競買價額ガ最高ナリヤハ競賣終局ノ告知(民訴六六六、競法賣三〇、三九)ニ依リテ決定セラルルモノナリト雖モ、是レ單ニ何人ノ申出ガ最高ナルカノ事實ヲ確定スルモノタルニ止マリ、決シテ其申出デラレタル價額ヲ承諾スルノ意思ヲ表示スルモノニアラズ。蓋シ苟モ最低競賣價額ヲ超ユル申込アリ、而シテ夫レ以上ノ申込ヲ爲ス者他ニ之ナキニ於テハ競賣人ハ其價額ニ満足スルト否トヲ問ハズ、其價額ヲ最高ノモノトシテ競賣終局ノ告知ヲ爲サザルベカラザルヲ

^{21a)} 土方氏前掲 6 同説。

^{21b)} 土方氏前掲 7 反對。

以テナリ。從ヒテ此場合ノ契約ハ競賣終局ノ告知ニヨリテ當該ノ申出ガ最高價額申出即チ承諾ナルコトガ確定セル時ニ成立シタルモノト見ルベク、民事訴訟法第六八六條、第六九三條、競賣法第二條、第三三條等ハ單ニ便宜上其效果ヲ後日ニ於テ發生セシメタルニ過ギズト解スベシ。尙競賣終局ノ告知アリタルトキハ後日更ニ又競落ヲ許ス決定ヲ必要トスト雖モ、是レ亦競買申込ニ對スル承諾タルノ性質ヲ有スルモノニアラズシテ、單ニ其競賣契約ノ成立ガ適法ニシテ有效ナルコトヲ確認スルモノタルニ過ギズ。蓋シ然ラズトセバ民事訴訟法第六八六條並ニ競賣法第二條第一項ノ如キ規定ハ遂ニ之ガ説明ヲ爲スコト能ハザルニ至ルベケレバナリ²²⁾ ^{22a)}。(二)尙入札中會計規則(明治二二・五・一勅令六〇)第七二條以下ニ依ル競争入札ニ關シ大審院ハ嘗テ「入札及ビ契約

²²⁾ 石坂氏民法三 六 1964ハ競賣法第一條ノ文字ノミヲ根據トシテ同法ニ於ケル競買人ノ申出ハ申込ニシテ締結者ノ表示ハ申込ノ誘引ニ過ギズト主張セルモ此論斷ハ餘リニ輕卒ニ失ス。

^{22a)} 競賣法ニヨル競賣ノ賣主ガ何人ナルカニ付キテハ爭アリ(雄本氏京法八 八 90—参照)。然レドモ何レノ説ニ從フトスルモ競賣夫レ自身ハ尙之ヲ賣買ノ一種ト認メザルベカラズ。雄本氏京法九 九 172ハ特種ノ公法上ノ處分ニシテ民法ノ規定ヲ通用又ハ準用スルコトヲ得ズトスルモ國家ノ機關ガ自己ノ名義ニテ賣却スルモノニシテ賣却物所有者タル債務者ノ代理人トシテ賣却スルモノニアラズトスル氏ノ議論ハ必ズシモ直チニ右ノ結論ヲ正當ナラシムルモノニアラズ。余ハ國家ノ機關ガ賣主トシテ賣買ヲ爲スモノ也ト解スルヲ正當ト信ズ。此點ノ詳細ハ後ニ 568 ニ付キテ説明スル所参照。

ニ關スル條件ヲ公告シテ競争契約者ヲ召募スルトキハ政府ハ契約ノ申込者ニシテ之ニ應ジテ入札スル者ハ承諾者ナリ」トノ判決ヲ爲セルコトアリ²³⁾。同規則第七四條、第七五條、第七七條、第七八條等ノ規定ヨリ之ヲ見レバ政府ヲ以テ申込者ナリトスルノ見解ハ正當ナリト雖モ、更ニ第七九條、第八〇條ノ諸規定ニヨリテ之ヲ考フルトキハ入札ニヨリテ定マリタル落札者ハ更ニ改メテ契約ヲ締結スルコトヲ要スルモノナレバ、落札ノ結果成立スル契約ハ本契約ニアラズシテ單ニ當事者雙方ヲシテ本契約締結ノ債務ヲ負擔セシムベキ豫約タルニ過ギズ從ヒテ入札ノ公告ハ此種ノ豫約ノ申込ト解スルヲ正當トス。

申込ノ效力

第二 申込ノ效力

申込ハ相手方ノ承諾アルトキハ之ニ因リテ直ニ一定ノ契約ヲ成立セシムルノ效力ヲ有ス。學者或ハ之ヲ稱シテ申込ノ承諾能力(承諾適格)²⁴⁾又ハ實質的效力ト云ヘリ²⁵⁾。

承諾能力

23) 大審三四・五・三一 民錄 七 159

24) Annahmefähigkeit

25) 尙此外申込ハ相手方ヲシテ申込ニ對スル諾否ノ通知ヲ爲スノ義務ヲ負擔セシムルモノニアラザルハ勿論(但シ商§271ハ例外ヲ規定セリ)申込ト同時ニ物品ヲ送附シ來レルガ如キ場合(現實申込Real-offerte)ニ於テモ相手方ハ之ガ受領保存返送等ヲ爲スベキ義務ヲ負コトナシ。蓋シ申込者一方ノ意思表示ヲ以テ相手方ヲシテ此種ノ義務ヲ負擔セシムルコト能ハザレバ也(但シ商§272ニ於テハ一旦物品ヲ

效力發生時期

一 申込ノ效力ノ發生時期

申込ハ意思表示ニ外ナラザルヲ以テ其何時ニ於テ效力ヲ生ズルカハ意思表示ノ效力發生ニ關スル一般原則ニ從ヒテ之ヲ決セザルベカラズ。即チ

一) 申込ガ特定ノ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ爲サレタル場合ニ於テ

イ) 若シ其相手方ガ隔地者ナルトキハ申込ノ效力ハ相手方ニ到達シタル時ニ發生スベク(九七¹⁾)

ロ) 反之若シ其相手方ガ對話者ナルトキハ相手方之ヲ了知セル時ニ於テ始メテ其效力ヲ生ズ。尙相手方ガ自己ノ責ニ歸スベキ事由ニヨリテ了知ヲ妨ゲタル場合ニ於テモ意思表示ハ其效力發生ヲ妨ゲラルベキモノナリヤ否ヤハ意思表示一般ニ關シテ議論ノ存スル所ナリト雖モ申込ノ場合ニ於テハ相手方特ニ斯ル行爲ヲ爲スノ實益實際上存在セザルガ故ニ茲ニハ之ヲ説カズ。尙電話ヲ以テスル申込ハ之ヲ對話者ニ對スル意思表示ナリト解スルヲ通説トス。

二) 次ニ申込ガ廣告ノ方法ニ依リテ爲サレタルトキ

受領シタル以上一定ノ條件ノ下ニ保管ヲ爲スベキ義務ヲ負擔セシムル。然レドモ民法上ニ於テモ一旦受領セル物品ヲ道路ニ拋棄シ雨露ニ曝ス等特ニ之ニ損害ヲ加フベキ積極的行爲ヲ爲スコト能ハザルヤ勿論ナルベク、又若シ受領者ニ付キテ事務管理ノ要件具備スルニ至レルトキハ以後管理繼續義務(§700)ヲ生ジ從ヒテ又保管費用ヲ請求シ得ルニ至ルベシ(此等ノ點ニ關スル詳細ノ議論及ビ學說ニ付キテハ Staudinger-Riezler § 146,4、石塚氏民法 三五 1821—參照)。

ハ其效力ハ廣告ノ完成即チ其申込ガ不定多數ノ人々ニ依リテ了知セラレ得ルニ足ルベキ方法ヲ盡シタル時ニ於テ發生スベク敢テ實際ニ了知セラレタルコトヲ必要トセズ。

未ダ效力ヲ生セザル申込

以上ノ如ク申込ノ效力發生時期ハ其方法如何ニ依リテ必ズシモ同一ナラズ。而シテ其各時期以前ニ於テハ未ダ申込タルノ效力ヲ發生シ居ラザルモノナレバ申込者ハ任意ニ之ヲ撤回シ得ベク²⁶⁾、決シテ民法第五二一條、第五二四條等ノ拘束ヲ受クベキ限リニアラザルナリ。尙此時期以前ニ相手方ガ偶然申込ノ意思表示アリタルコトヲ知リテ承諾ノ意思表示ヲ爲スモ契約ヲ成立セシメズトノ説ヲ爲ス者アリト雖モ²⁷⁾、契約ハ廣ク二個ノ有效ナル意思表示ノ合致アル場合ニ成立スルモノニシテ苟モ雙方ノ意思表示ガ互ニ他方ト結合シテ一定ノ契約ヲ成立セシメントスルノ意思ヲ以テ爲サレタル以上一方ノ意思表示ガ他方ノ效力ヲ生ジタル後ニ爲サルルコトハ毫モ必要ニアラザルガ故ニ、此場合ト雖モ毫モ契約ノ不成立ヲ來サシムルノ原因存在スルコトナシ。但シ此場合ノ契

26) 故ニ例ヘバ隔地者ニ對スル申込ニアリテ申込ノ通知ガ相手方ニ到達スル以前又ハ其到達ト同時ニ撤回ノ通知ガ相手方ニ到達スルトキハ申込ハ之ニヨリテ有効ニ撤回セラレルモノトス。同說神戸氏全書 八 186。

27) 横田氏各論 48。

約成立ノ經過ハ第五二一條以下ノ適用ヲ受クベキ通常ノ場合ト異ナリ、從ヒテ此等ノ規定ノ適用ヲ受ケザルコト交叉申込ノ場合ニ同ジ。

二 申込ノ效力ノ存續期間

效力存續期

以上説明セル所ニ從ヒテ申込ガ一旦其效力ヲ生ジタルトキハ其後ニ至リテ特ニ之ヲ消滅セシムベキ原因發生セザル限リ其效力ハ長ク其ママ存續スルモノトス。

然ラバ申込ノ效力ハ如何ナル原因ニ因リテ消滅スベキカ。

申込ノ效力消滅原因

一) 申込ノ撤回

申込ノ撤回

申込ハ其效力發生以前ニ於テハ何時ニテモ任意ニ之ヲ撤回シ得ベキコト上述ノ如シト雖モ、一度其效力ヲ發生シタル後ニ於テハ一定ノ期間其拘束力ヲ持續シ申込者ノ任意ヲ以テ之ヲ撤回シ得ザルヲ原則トス。然レドモ一度其期間經過シタル後ニ於テハ申込ハ拘束力ヲ失ヒ、從ヒテ申込者ハ何時ニテモ之ガ撤回ヲ爲シ得ルニ至ルモノトス。尤モ場合ニヨリテハ申込ハ其拘束力ヲ失フト同時ニ又其效力ヲモ失フコトアリ(五二一¹¹⁾)。而シテ此種ノ場合ニ於テハ撤回ヲ爲スノ餘地ナキヤ勿論ナリ(五二四對照)。

申込ノ撤回ハ既ニ一旦完全ニ效力ヲ生ジタル申込

撤回ノ方法

ヲ撤回シテ始メヨリ之ナカリシモノトスル一方的意思表示ニシテ、其方法ニ關シテハ法律上何等ノ制限ナシト雖モ、特定ノ相手方ニ對スル意思表示ヲ以テセル申込ヲ撤回スルニ單純ナル廣告ヲ以テスルハ不可ナルベク、反之隔地者ニ對スル意思表示ヲ以テセル申込ヲ撤回スルニ對話者ニ對スル意思表示ヲ以テスルコト及ビ之ト正反對ノ場合ハ素ヨリ有效ナルベシ。尙廣告ヲ以テセル申込ヲ撤回スルニハ前ノ廣告ト同一ノ方法ニ依ルコトヲ必要トシ、若シ其方法ニ依ルコト不可能ナルトキハ他ノ方法ニ依リテ撤回シ得ベシト雖モ、此場合ニ於ケル撤回ハ之ヲ知リタル者ニ對シテノミ其效力ヲ有スルニ過ギザルベシ。此點特ニ明文ナシト雖モ懸賞廣告ニ關スル第五三〇條ノ規定ヲ類推シテ同様ニ解スルヲ正當トスベシ。次ニ撤回ノ效力發生時期如何ノ問題ハ意思表示一般ノ理論ニ從ヒテ之ヲ決スベキモノニシテ、例ヘバ隔地者ニ對スル意思表示ヲ以テシタル撤回ハ被申込者ニ到達スルニ因リテ其效力ヲ生ズ。故ニ若シ被申込者ガ撤回ノ到達ニ先チテ承諾ノ通知ヲ發シタルトキハ契約ハ既ニ之ニ因リテ成立シ(五二六¹)、從ヒテ撤回ノ目的物タル申込ハ最早其獨立的存在ヲ失フガ故ニ、其後ニ於テ撤回ノ意思表示到達スルモ遂ニ何等

撤回ノ效力發生時期

ノ效果ヲ生ズルノ餘地ナキナリ。然ルニ此場合ニ於テ其撤回ノ延着ガ特殊非常ノ出來事ニ起因シタルモノニシテ、若シ其出來事ナカリセバ決シテ延着ヲ生ゼザルベカリシモノナルトキハ、申込者ハ往々ニシテ其事情ヲ知ラズ爲メニ自己ノ撤回ガ實際效力ヲ生ジタルモノト誤信シテ不測ノ損害ヲ蒙ルノ虞少シトセズ。故ニ民法第五二七條ハ「申込ノ取消ノ通知ガ承諾ノ通知ヲ發シタル後ニ到達シタルモ通常ノ場合ニ於テハ其前ニ到達スベカリシ時ニ發送シタルモノナルコトヲ知リ得ベキトキハ承諾者ハ遲滯ナク申込者ニ對シテ延着ノ通知ヲ發スルコトヲ要ス」(第一項)ト規定シテ申込者保護ノ手段ヲ講ジ、而シテ此通知義務ヲ強制スルガ爲メ更ニ「承諾者ガ前項ノ通知ヲ怠リタルトキハ契約ハ成立セザリシモノト看做ス」(第二項)旨ヲ規定シ、以テ實際撤回ガ其效果ヲ生ジタルト同一ノ取扱ヲ爲セリ。

然ラバ申込者ハ豫メ反對ノ意思ヲ表示シテ承諾發送後ト雖モ尙有效ニ申込ヲ撤回シ得ベキ旨ノ定ヲ爲シ得ルカ。承諾發送後ハ契約既ニ成立シテ申込其獨立的存在ヲ失フガ故ニ最早撤回ヲ爲スノ餘地全然之ナキガ如ク、從ヒテ申込中ニ此種ノ定メヲ爲シタル場合ニハ實ハ申込ノ誘引存在スルニ過ギズト解スル

第五二七條

承諾發送後ニ申込ヲ撤回シ得ベキ旨ノ留保

ヲ正當トスルガ如キモ²⁸⁾、申込者ハ眞實申込ノ意思ヲ有シツツ、而カモ此種ノ撤回權ヲ留保セント欲スルコト亦之ナキニアラザルベシ。而シテ申込者此種ノ留保ヲ爲シテ申込ヲ爲シ相手方亦之ヲ知リテ承諾ヲ爲セル以上契約ハ寧ロ撤回權ノ留保ヲ伴ヒツツ有效ニ成立シ得ルモノ也ト解スルヲ正當トスベシ^{28a)}。尙此種ノ留保ハ事實上解除權ノ留保ヲ目的トスルモノト解シ得ベキ場合アリ、而シテ其留保ノ有效ナルコト素ヨリ疑ナシ。

申込ノ拒絶

二) 申込ノ拒絶

申込ノ拒絶トハ申込ニ對シ承諾ヲ爲サザルコトヲ積極的ニ²⁹⁾表明スル被申込者ノ意思表示ニシテ、其方法ニ關シテハ申込者ニ對スル意思表示ヲ以テスルコトヲ要スルノ外特ニ何等ノ制限ナク、尙申込ニ條件ヲ附シ其他變更ヲ加ヘテ爲シタル承諾ハ申込ノ拒絶ヲ包含スルモノト看做サルルモノトス(五二八)。斯クノ如ク拒絶ハ一方の意思表示ナルガ故ニ其效力

第五二八條

28) *Planck-Flad*, § 145,5 ハ獨民ノ解釋トシテ此種ノ說ヲ爲セリ。
 28a) 結果同說神戸氏全書 八 334—(但シ氏ハ民法上契約ハ承諾ノ發送ニヨリテ成立スルモノニアラズトシ從ヒテ發送後ニテモ申込ハ其獨立の存在ヲ失ハザルガ故ニ撤回シ得ト云フモノナレバ眞實ニ於テハ寧ロ反對說也)。
 29) 單ニ消極的ニ承諾ヲ爲サザルノ狀態ヲ目シテ直ニ拒絶アリト云フベカラズ、然レドモ斯ル狀態久シキニ及ベバ之ニヨリテ拒絶ノ意思アルコトヲ拒絶シ得ル場合アルコト素ヨリナリ。

發生時期ハ意思表示一般ニ關スル原則ニ依リテ定マラル。

拒絶ガ效力ヲ生ジタルトキハ縱令承諾期間内ト雖モ申込ノ效力ハ直ニ之ニヨリテ消滅シ、從ヒテ相手方ガ其期間内ニ再ビ前言ヲ撤回シテ承諾ヲ爲スモ爲メニ契約ノ成立ヲ來スコトナキナリ。是レ單ニ消極的ニ承諾ヲ爲サザルノ狀態ト拒絶トノ大ニ趣ヲ異ニスル點ナリ。尙申込ガ廣告ヲ以テ爲サレタル場合ニハ之ニ對スル箇々ノ拒絶ハ法律上何等ノ效力ヲ生ズルモノニアラズ。蓋廣告ニ依ル申込ハ一個包括的ノ性質ヲ有スル意思表示ニシテ個々特別ノ相手方ヲ有スルモノニアラザルガ故ニ個々ノ拒絶アリト雖モ爲メニ其效力ヲ傷ハルベキ限リニアラザレバ也。

三) 承諾期間ノ空過

1) 隔地者間ノ申込 申込者ハ相手方ニ對シテ其承諾ヲ爲シ得ベキ期間ノ定メヲ爲スコトヲ得。而シテ其定メヲ爲スノ意思表示ハ明示的ナルモ又默示的ナルモ差支ナシト雖モ常ニ必ズ遅クモ申込ト同時ニ相手方ニ到達スルコトヲ必要トス。蓋シ然ラザルトキハ當該ノ申込ハ承諾ノ期間ヲ定メズシテ爲サレタル申込トシテ第五二四條ノ適用ヲ受クルニ至ルベク

承諾期間ノ空過
 隔地者間ノ申込
 (五二一條、二項)

レバナリ³⁰⁾。又期間ノ長短ハ申込者任意ニ之ヲ定メ得レドモ、被申込者ガ承諾ヲ爲スコト事實上到底不可能ナル程度ニ短キトキハ其申込ハ不能ヲ目的トスルモノニシテ無効ナリ。

勿論申込者ガ期間ヲ附シテ申込ヲ爲ス場合ニ於テモ其期間ハ或ハ承諾期間即チ申込ノ效力存續期間ヲ定ムルノ意義ヲ有スルコトアリ或ハ又單ニ申込ノ拘束力存續期間ヲ定ムルノ意義ヲ有スルコトアリト雖モ、申込者ノ反對意思ガ推測セラレザル限リハ寧ロ第一ノ意義ヲ有スルモノトシテ解釋セラルベキモノトス(五二一¹¹⁾)。

而シテ此意義ニ於ケル承諾期間ノ定メヲ爲シテ申

30) 獨民ノ解釋トシテハ依リテ定ムル所ノ期間ガ同法 § 147 II (吾 § 524 ニ對應スル規定) ニ所謂「通常ノ事情ノ下ニ於テ申込者ガ返答ノ到達ヲ期待シ得ベキ期間」(Zeitpunkt, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmässigen Umständen erwarten darf) ヨリ長キトキハ申達到達ノ後ニ到達スルモ亦差支ナシト雖モ之ヨリ短キトキハ遅クモ申込ト同時ニ到達スルコトヲ要ストノ説ヲ爲ス者アリ(Oertmann I § 148,3 ; Staudinger-Riezler § 148,3)ト雖モ吾 § 524 ニ所謂「申込者ガ承諾ノ通知ヲ受ケルニ相當ナル期間」ハ彼ニ於ケルガ如ク法定ノ承諾期間即チ申込ノ效力存續期間ヲ定ムルモノニアラズシテ單ニ法定ノ拘束力存續期間ヲ定ムルモノタルニ過ギザルガ故ニ當事者承諾期間ノ定メヲサザルトキハ申込ハ寧ロ永久ニ效力ヲ持續スルモノト云フベク從ヒテ後ヨリ存續期間ヲ定ムルハ被申込者ノ利益ヲ害スルノ結果トナルベシ。故ニ民法ノ解釋トシテ同様ノ議論ヲ爲スハ正當ニアラズ(反對神戸氏全書 八 199)。但シ其際定メラレタル承諾期間ガ申込者ノ意思表示ニヨリテ申込ノ效力存續期間タルノ性質ヲ有セズシテ單ニ拘束力存續期間ヲ定ムルニ過ギザルトキハ § 524 ノ期間ヨリ長キ期間ヲ定ムル意思表示ニ限リ申込ヨリ後ニ相手方ニ到達スルモ差支ナキコト素ヨリナリ(同說石坂氏民法 三五 1832)。

込ガ爲サレタル場合ニ於テ其期間内³¹⁾ニ承諾ノ通知ガ申込者ニ到達³²⁾セザルトキ若クハ其期間内ニ對話者ニ對スル意思表示ニ依リテ承諾ガ爲サレザルトキハ申込ハ之ニ因リテ當然其效力ヲ失ヒ始メヨリ何等ノ申込ナカリシト同一ノ結果ヲ生ズルモノトス(五二一¹¹⁾)。故ニ例ヘバ承諾ノ通知ガ期間後ニ到達シタルトキハ縱令其發送ガ其以前通常ノ場合ナランニハ期間内ニ到達スベカリシ時ニ於テ爲サレタリトスルモ一旦第五二六條ニヨリテ成立シタル契約ハ初メヨリ成立セザリシコトトナルベシ³³⁾。然レドモ此場合ニ於テハ承諾者ハ其發送シタル承諾ノ通知ガ適當ノ時期ニ到達シタルベキコトヲ誤信シ爲メニ不測ノ損

承諾通知ノ延着

31) 期間計算ハ § 139—ノ通則ニヨリテ之ヲ爲スベキコト素ヨリ也ト雖モ例ヘバ「一ヶ月内」又ハ「三日間」ト云フガ如キ期間ノ定メガ爲サレタル場合ニ於テ其起算點ヲ通知發送ノ時トスベキカ又ハ其到達ノ時トスベキカハ頗ル疑問ナリ。畢竟ハ當事者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ決スルノ外ナシト雖モ全然意思不明ナルトキハ寧ロ發送ノ時ヲ起算點トスルノ意思ナリト解釋スルヲ適當トスベシ(同說神戸氏全書 八 200)。蓋シ承諾期間ノ定メハ申込者ガ自己ノ申込ノ效力ヲ維持スル期間ニシテ何時ニ到達スルカハ申込者ニ於テ之ヲ正確ニ知レコト能ハザルモノナレバ其時期ヲ以テ起算ノ標準トスルノ意思アルモノト解スルハ適當ニアラザレバ也(石坂氏民法 三五 1842 ハ此種ノ推測ヲ認メズ)。

32) 到達ヲ必要トシ發送ノミニテハ不可ナリ。此事 § 521 II ガ「承諾ノ通知ヲ受ケザルトキ」ト規定セルニヨリテ明ナリ(同說石坂氏民法 三五 1843)。尙獨逸普通法及ビ獨逸民法ノ下ニ於テモ同様ニ解釋セラル(Enneccerus I § 152, Anm. 13 ; Oertmann I § 148,6 ; Fischer-Henle § 148,2)。

33) 獨民ノ解釋トシテ Oertmann (I § 149, 3 b) ハ同法 § 149 後段ノ規定ヲ説明スルガ爲メ遲着セル承諾ハ「§ 149(吾 § 523 ニ相當ス)ノ通知ガ遲滞ナク爲サレザルナラバ」ナル條件附ニテ契約ノ成立ヲ來

害ヲ蒙ルノ虞アルニ依リ、民法ハ特ニ申込者ニ命ズルニ若シ通常ノ場合ニ於テハ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³⁴⁾ハ遲滞ナク^{34a)}相手方ニ對シテ其延着ノ通知³⁵⁾ヲ發スベキコトヲ以テセリ(五二二^I)。但シ申込者ガ承諾期間空過ノ事實ニ基キテ未ダ承諾通知ノ到達セザルニ先立チ既ニ任意ニ其遲延シテ承諾期間ニ間ニ合ハザリシ旨ノ通知ヲ發シ居タルトキハ更ニ重ネテ延着ノ通知ヲ爲サシムルノ必要ナキニヨリ特ニ例外トシテ其義務ヲ免除セリ(五二二^{III})。而シテ申込者

承諾延着ノ通知(第五二二條)

サシムルモノ也トノ説ヲ爲シ石坂氏民法 三五 1870 亦同様ノ説ヲ爲セルモ、承諾期間ノ空過ハ之ニヨリテ 週及的ニ申込ノ消滅ヲ來サシムルモノナラバ縱令承諾到着スルモ何等ノ契約ヲ成立セシムベキ筈ナキナリ。唯 § 522 II ノ條件具備スルトキハ 法律上承諾ガ延着セザリシト同一ノ取扱ヲ受ケ從ヒテ契約ノ 成立アリタルト 同一ノ結果ヲ生ズルニ過ギズ。

34) 理性アル通常人ヲシテ同一ノ地位ニ立タシメバ必ズ知り得ベキコトヲ云フ(同說神戸氏全書 八 223、石坂氏民法 三五 1869)。例ヘバ郵便捺印ノ日附、書面ノ内容等ニヨリテ知り得ルガ如シ。

34a) 善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ當該ノ場合ニ處スルニ要スベキ最短時間内ニ。

35) 單純ナル觀念ノ通知ニシテ法定ノ效果ハ申込者之ヲ欲スルト否トナ同ハズシテ發生ス。

36) 通知ヲ遲滞ナク發送スルトキハ之ニ因リテ直ニ本條所定ノ義務履行セラルルモノナレバ敢テ其到達ヲ必要トスルモノニアラズ(同說神戸氏全書 八 223、石坂氏民法 三五 1869—)。蓋シ本條ハ承諾者保護ノ爲メ特ニ申込者ヲシテ 通知義務ヲ 負擔セシメタルモノニシテ申込者既ニ通知ヲ發シタル以上偶々事變ノ 爲メ 到達セザルガ如キコトアリタル場合ニ於テ 申込者ヲシテ 之ガ責ニ任セシムルハ兩當事者保護ノ 權衡ヲ失スルモノト云フベク 本條ノ 文字ガ「發スルコトヲ要ス」ト云ヘルノ點ヨリ見ルモ如上ノ解釋ヲ正當トスベクナレバ也。同民 § 149 ノ解釋トシテモ通說ハ同說ナリ(Enneccerus I § 153 Anm. 12; Oertmann I § 149, 3 a)。

此義務ヲ怠リタルトキハ承諾ノ通知ハ延着セズ、從ヒテ契約ハ有效ニ成立シタルモノト看做サルルモノトス(五二二^{II})。故ニ承諾者本規定ニ依リテ契約ノ成立ヲ主張セント欲セバ自ラ申込者ノ通知義務發生條件ノ具備スルコト、即チ(一)承諾ノ通知ガ通常ノ場合ニ於テハ期間内ニ到達スベカリシ時期ニ發送セラレタルコト、(二)縱令遲延シタリト雖モ到達シタルコト及ビ(三)適當ノ時期ニ發送セラレタルモノナルコトガ知り得ベキコトヲ立證セザルベカラズ。而シテ申込者契約ノ不成立ヲ主張セント欲セバ自ラ通知義務ヲ履行シタルコトヲ證明セザルベカラザルモノトス³⁷⁾。然ラバ次ニ申込者ハ一旦以上ノ如キ通知ヲ發シタル後ニ於テ更ニ之ヲ撤回シテ契約成立ノ結果ヲ生ゼシムルコトヲ得ベキカ。多少ノ疑ヒ之ナキニアラズト雖モ、本條ハ延着通知ノ不發送ヲ原因トシテ契約成立ノ結果ヲ生ゼシムルモノナレバ、苟モ

舉證責任

延着通知ハ撤回シ得ベキカ

37) 獨民 § 149 ノ解釋トシテモ通說ハ同說ナリ(Enneccerus I § 153 Anm. 12; Oertmann I § 149, 5; Planck-Fiad § 149, 3; Dernburg BR. I § 129 Anm. 30)。但シ之ニ反對シテ 通知義務懈怠ノ 事實モ亦承諾者之ヲ立證スベシトノ説ヲ爲ス 者之ヲキニアラズ(Goldmann-Lilienthal I 190; Staudinger-Riezler § 149, 5; Neumann § 149, 1 c)。然レドモ申込者ハ 特ニ第一項ニヨリテ通知義務ヲ 負擔セシメラレタルモノニシテ而カモ其義務ノ 履行ニ關シテ何等法律上ノ 推測存在セザルノ點ヨリ之ヲ見レバ義務履行ノ 事實ハ寧ロ申込者之ヲ立證スベキモノナリト解スルヲ正當トス(同說石坂氏民法 三五 1871、神戸氏全書 八 229)。

發送ノ事實アリタル限り契約不成立ノ事實ハ之ニ因リテ確定スベク、從ヒテ後ヨリ通知ノ撤回ヲ許スベキモノニアラズト信ズ。此コト延着通知ハ意思表示ニアラズシテ觀念表示即チ客觀的事實ノ通告ナルガ故ニ之ガ撤回ハ法理上之ヲ認ムルノ餘地ナキニヨリテモ明ナリ³⁸⁾。

申込者ハ
遅延シタル
承諾ヲ
新ナル申
込ト看做
スコトヲ
得(第五
二三條)

斯クノ如ク延着セル承諾ハ原則トシテ何等ノ效力ヲモ生ゼザルモノナリト雖モ、此場合ニ承諾者ガ當該内容ノ契約ヲ締結スルノ意思ヲ有スルコト明瞭ナルガ故ニ、法律ハ申込者ニ許スニ遅延シタル承諾ヲ新ナル申込ト看做スコトヲ以テシ(五二三)、之ニ對シテ新ナル承諾ヲ爲スニ依リテ契約ヲ成立セシメ得ルコトトナセリ³⁹⁾。蓋シ申込ト承諾トハ單ニ相應因

38) 獨民 § 149 ノ解釋トシテ撤回 (Widerruf) ナ認メザルモノ Oertmann I § 149, 3 c; Planck-Flad, § 149. 2c. 之ヲ認ムルモノ Kipp, Rechtswahrnehmung u. Reurecht in Festgabe für Koch(03)116-117 (氏ハ延着通知ガ眞實ト合致セザル場合ニハ絶對ニ之ヲ撤回シ得ベク眞實ト合致スル場合ニハ通知ノ到達ニ至ルマテ之ヲ撤回スルコトヲ得ト説ケリ。然レドモ眞實ト合致セザル場合ニハ初メヨリ撤回ヲ要セズシテ契約成立セルモノナレバ撤回ノ必要ナク又眞實ト合致スル場合ニ於テモ法律ハ通知ノ發送ヲ以テ契約不成立ノ事實ヲ確定セシムルモノナレバ苟モ發送シタル限り未ダ到達セズト雖モ尙撤回ノ餘地ナシ)。

39) § 522 ニヨリテ申込者ガ延着ノ通知ヲ發シタル後ニ於テモ更ニ又本條ニヨリテ延着シタル承諾ヲ新ナル申込ト看做スコトヲ得ベキヤ否ヤ。學者或ハ消極論ヲ爲ス者之ナキニアラズト雖モ(神戸氏全書 八 224-235)延着シタル承諾ノ無効ナルハ初メヨリ確定セルモノニシテ § 522 ハ特ニ承諾者保護ノ爲メ一定ノ條件ノ下ニ延着通知ノ不發アルトキハ契約ヲ成立セシムルモノタルニ過ギザルヲ以

果ノ關係ニ立テルノ點ニ於テ差異アルニ止マリ毫モ其本質ヲ異ニスルモノニアラザレバナリ。但シ承諾者反對ノ意思ヲ表示シテ本條ノ適用ヲ妨ゲ得ルコト勿論也⁴⁰⁾。然ラバ本條ニヨリテ認メラレタル權能ノ存續期間如何。此點ニ關シテ民法ハ何等ノ規定ヲ設サザルガ故ニ一見永久ニ存續スルモノト解スベキガ如シト雖モ承諾者ガ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ハ右ノ權能モ亦此期間ニ限リテ存續スルモノト認メザルベカラズ。蓋シ承諾者ハ此期間ニ限リテ其契約的的意思表示ノ效力ヲ維持スルノ意思アルモノト認メ得ベクレバ也⁴¹⁾。而シテ舊申込者ガ本條ノ權能ヲ行使セルトキハ舊承諾ハ之ニヨリテ申込タル性質ヲ有スルニ至

テ延着通知ヲ發シタルヤ否ヤハ § 523 ナ適用シ得ルヤ否ヤニ關係ナシト云ハザルベカラズ。神戸氏ハ延着通知ヲ發シタル申込者ハ法律ニヨリテ與ハラレタル延着通知ヲ發セズシテ契約ヲ成立セシムルノ權能ヲ拋棄セルモノ也ト主張セルモ延着ノ不發又ハ發送ハ申込者ノ意思如何ヲ問ハズシテ法定ノ結果ヲ生ゼシムルモノナレバ之ガ爲メ當然ニ右ノ權能ヲ拋棄スルノ意思アルモノト解スルハ正當ニアラズ。然レドモ延着通知ガ同時ニ § 523 ノ看做權ヲ拋棄スルノ意思アルコトヲ推測セシムルニ於テハ此理由ニヨリテ以後看做權ヲ行使セ得ザルニ至ルベシ。

40) 同說神戸氏全書 八 234。

41) 神戸氏全書 八 242 ハ此場合ニモ權能ハ尙存續スレドモ之ヲ行使シタルノ結果ハ承諾意思表示ノ當初ニ適リテ發生スルモノナルガ故ニ看做サレタル新申込ハ既ニ右ノ時期ニ於テ效力存續期間ヲ經過シ居タルコトナリ從ヒテ舊申込者ハ新承諾ヲ爲スノ機會ヲ失スルモノ也ト云ヘリ。結果ニ於テ同一ナレドモ余ハ理論上右ノ場合ニハ看做權ノ物體タル承諾(契約的的意思表示)ガ消滅ヒルモノニシテ看做權亦從ヒテ消滅セシモノ也ト解ス。

ルモノナレバソノ効果ハ素ヨリソノ意思表示ノ爲サレタル當初ニ遡リテ生ジ從ヒテ舊承諾ハ初メヨリ申込タリシモノトシテ取扱ハルルモノトス。故ニ舊承諾ガ一定ノ期間ニ限リテ存續スベキ内容ヲ有スルトキハソノ期間ハ又申込ノ效力存續期間トシテ取扱ハレ而シテ其期間ハ意思表示ノ當初ヨリ起算ヒラルルモノトス⁴²⁾。

承諾期間ノ定ナキ申込ノ承諾期間

以上ト異ナリテ承諾期間ノ定メナキ申込ニ在リテハ申込者ガ承諾ノ通知ヲ受クルニ相當ナル期間内ニ承諾ノ通知到達セザルモ之ガ爲メ單ニ拘束力消滅ノ結果ヲ生ズルニ止マリテ毫モ當然ニ申込ノ效力ヲ消滅セシムルモノニアラズ(五二四参照)⁴³⁾。其結果申込ハ撤回アルマデ永久ニ其效力ヲ持續スベキノ理ナリト雖モ、實際上四圍ノ事情ニヨリテ申込者ハ一定ノ期間ニ限リテ效力ヲ維持スルノ意思アルモノト認ムベキ場合多カルベシ⁴⁴⁾。

42) 同說神戸氏全書 八 238-。

43) 石坂氏民法 三五 1872 ハ此場合ニ看做サレタル申込ハ常ニ承諾期間ノ定メナキモノ也ト云ヘルモ此場合ト雖モ舊承諾者ガ一定ノ期間ニ限リテ契約ノ成立ヲ欲スルノ意アルモノト認メ得ベキ場合ニハ看做サレタル申込モ亦ソノ期間内ニ限リテ效力 有スルモノト解スルヲ正當トス。加之實際上此種ノ意思アルモノト認メ得ベキ場合多カルベシ。

44) 此點ハ類似ノ規定タル獨逸 § 147 II ト大ニ趣ヲ異ニス。蓋シ同法ハ舊商 § 270 I ト同シク單ニ拘束力ヲ消滅セシムルニ止マラズシテ申込ノ效力夫レ自身ヲ消滅セシムルヲ以テナリ。

45) 同說石坂氏民法 三五 1844。

對話者間ノ申込

□) 對話者間ノ申込 此場合ト雖モ申込者承諾期間ヲ定メタルトキハ申込ノ效力ハ素ヨリ其期間ノ空過ニヨリテ消滅スベク(五二一^{II})⁴⁶⁾、反之承諾期間ノ定メヲ爲サザル場合ニ關シテハ何等ノ明文存在セザルガ故ニ、結局當事者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ決スルノ外ナク、當事者ノ意思不明ナル場合ニ於テハ寧ロ申込ハ長ク其效力ヲ持續シ、而シテ申込者ハ何時ニテモ申込ヲ撤回シ得ルモノト解スルヲ正當トスベシ⁴⁷⁾。人或ハ獨逸民法(一四七)、奧太利民法(八六二)等ニ於ケルト同様直ニ承諾セラルルニアラザレバ申込ハ其效力ヲ失フベシトノ說ヲ爲ス者之ナキニアラズト雖モ⁴⁸⁾、若シ此解釋ニシテ正當ナリトセバ別ニ特別法タル商法第二六九條ニ於テ「對話者間ニ於テ契約ノ申込ヲ受ケタル者ガ直チニ承諾ヲ爲サザルトキハ申込ハ其效力ヲ失フ」トノ規定ヲ設クルノ必要ナキナリ。但シ實際上ニ於テハ對話者タル相手方ガ相當ノ期間内ニ承諾ヲ爲サザルトキハ暗黙ニ之ヲ拒絕スルノ意思ヲ表示シタルモノト認ムベキ場合少カラザルベシ。

46) 同說神戸氏全書 八 211-。

47) 理由後出(95-96頁)。

48) 大審三九・一一・二民錄一一 1413。尙石坂氏民法 三五 1844 ハ理論上本文ト同說ナレドモ實際上多數ノ場合ニハ直ニ承諾ヲ爲スニアラザレバ申込ハ其效力ヲ失フモノト解スルヲ得ベシト説ケリ。

四) 當事者ノ死亡又ハ能力喪失*)

第一) 申込者ノ死亡又ハ能力喪失

1) 申込ガ隔地者間ノ意思表示ヲ以テ爲ナレタル場合

1) 申込ノ發送後到達前ニ申込者ガ死亡シ又ハ能力ヲ喪失シタル場合⁴⁹⁾

此場合ニ於テハ民法第九七條第二項ノ規定ニ從ヒ申込ハ原則トシテ其效力ヲ妨ゲラレルコトナク依然トシテ生存者又ハ能力者ノ爲シタル申込トシテノ效力ヲ保存スベク、從ヒテ申込ガ相手方ニ到達セルトキハ之ニヨリテ其效力ヲ發生シ(九七¹)、相手方之ニ對シテ承諾ヲ爲ストキハ契約ノ成立ヲ來スベシ。

第五二五條

然ルニ民法ハ第五二五條ニ於テ特ニ此點ニ關スル例外ヲ設ケテ、(一) 申込者ガ反對ノ意思ヲ表示セルトキ⁵⁰⁾ 及ビ (二) 相手方ガ死亡又ハ能力喪失ノ事

*1) 立法例其他詳細ノ議論ハ拙稿法律評論 三二〇 論說 277ニ參照。

49) 隔地者ニ對スル申込ハ到達ニヨリテ始メテ效力ヲ生ズルモノナレバ(297¹) 到達前ニ於ケル申込者ノ死亡又ハ能力喪失ノ影響如何ノ問題ハ申込ノ效力ガ消滅スルヤ否ヤノ問題ニアラズシテ發生スルヤ否ヤノ問題也。故ニ茲ニ之ヲ説明スルハ理論上正當ニアラザレドモ本問題ヲ規定セル § 525 ハ一般ニ誤リテ申込ノ效力消滅ノ問題ヲ包含スルモノトシテ説明セラルルガ故ニ便宜ノ爲メ申込ノ效力消滅ノ問題ニ附屬シテ本問題ヲモ茲ニ説明スルコトト爲セリ。

50) 反對意思ノ表示ハ明示ナルヲ要セズ默示ナルモ亦可也。從ヒテ通常人ヲシテ被申込者ノ地位ニ立タシメバ申込ノ内容ニヨリテ反對意思アルコトヲ推測シ得ルヲ以テ足ルコト勿論也。石坂氏民法三

申込者ノ死亡又ハ能力喪失
隔地者間ノ申込ノ場合

申込ノ發送後到達前ノ死亡又ハ能力喪失

實ヲ知リタルトキノ二場合ニハ第九七條第二項ノ原則規定ヲ適用セザルコトト爲セリ。元來第九七條第二項ノ規定ハ强行法規ニアラザルガ故ニ此中第一例外ハ當然ノ理ヲ言明セルモノタルニ過ギズト雖モ、第二例外ニ至リテハ余輩其立法理由ノ那邊ニ存スルカヲ知ルニ苦ムモノニシテ立法論トシテ全然其無用ナルコトヲ信ズルモノナリ⁵¹⁾ 尤モ此第二例外ハ申込者別段ノ意思表示ヲ爲スニ依リテ其適用ヲ排除スルコトヲ得ベシ。何トナレバ本規定ハ强行法規ニア

五 1851—ハ申込者自身ガ其内心ニ於テ反對意思ヲ有スルモノト推測シ得ル限リハ敢テ相手方ニ對シテ表示セラルルコトヲ要セズ又相手方ガ反對意思ノ存在ヲ知リ若クハ知リ得ベキコトヲ要セズト説ケルモ斯クノ如キハ獨リ法文ノ文字ヲ無視スル見解タルノミナラズ相手方ハ反對意思ノ存在ヲ知リ得ズ從ヒテ知ラザルニ付テ過失ナキ場合ニ於テモ申込者一方ノ表示セラレザル反對意思ニヨリテ申込ノ效力ヲ左右セラルルノ結果トナリテ穩當ニアラズ。石坂氏ハ氏ノ意見ヲ維持スルガ爲メ獨逸學者ノ所説ヲ引用セラルルコト切リナリト雖モ獨逸 § 153 ト民 § 525 トハ明カニ用語ヲ異別ニス解釋論ノ趣ヲ異ニセザルベカラザル素ヨリナリ。尙神戸氏全書 八 269 亦石坂氏ト同様ノ説明ヲ爲セリ。

51) 從來立法理由トシテ學者ノ唱フル所ニ依レバ此場合ニハ縱令申込ノ效力ヲ消滅セシムルモ被申込者ヲシテ不測ノ損害ヲ蒙ラシムルノ虞ナキガ爲メナリト云フ(村上氏 97、横田氏各論 46、石坂氏民法 三五 1852、神戸氏全書 八 270)。然レドモ被申込者ガ死亡又ハ能力喪失ノ事實ヲ知レル場合ニ於テ何故ニ申込ハ當然第九七條第二項ノ適用ヲ受ケザルモノトスルノ必要アリヤ、之ヲ實際ニ付キテ觀察スルトキハ申込者ハ勿論被申込者ト雖モ申込者ノ死亡又ハ能力喪失ニ拘ハラズ尙申込ノ效力發生ヲ希望スルコトアリ得ベキノミナラズ被申込者ハ申込ノ效力發生スルモ之ガ爲メ何等ノ損害ヲ受ケルモノニアラズシテ寧ロ反クテ之ニ依リ契約ヲ成立セシメ得ルノ機會ヲ取得スルニ過ギズ、故ニ此場合ニ強テ § 97 IIヲ適用セザルコトトスニノ理由毫モ存在スルコトナシ。

ラザルノミナラズ、申込者ニ於テ如上ノ意思表示ヲ爲スモ之ガ爲メ毫モ被申込者ニ對シテ不利益ヲ蒙ラシムルノ虞ナケレバ也。尙又右ノ第二例外ヲ適用スルガ爲メニハ被申込者ガ此等ノ事實ヲ申込ノ到達ニ先立チテ知レルコトヲ必要トスベシ。蓋シ一旦到達セル以上ハ申込ハ直ニ之ニ因リテ其效力ヲ生シ（九七¹）、從ヒテ第九七條第二項ノ適用ヲ受クルノ限ニアラズ、故ニ又同規定ノ適用ヲ排除スルコトヲ目的トスル第五二五條ノ適用ヲ受クベキ限リニ在ラザレバナリ。

第五二五條適用ノ結果

右ノ二事由中何レカ一ガ存在スルトキハ第九七條第二項ノ原則ハ其適用ヲ排除セラルルニ至ルベク、從ヒテ既ニ發送セラレタル申込ガ死亡ノ時以後ニ到達スルモ何等ノ效力ヲ生ゼズ、又能力喪失ノ時以後ニ到達スルモ單ニ無能力者ノ爲シタル申込トシテノ效力ヲ生ズルニ過ギザルモノトス。然ルニ此後ノ點ニ關シテハ從來多クノ學者ハ單ニ無能力者ノ爲シタル申込タルト同一ノ效力ヲ生ズルニ止マラズ全然何等ノ效力ヲモ生ゼザルニ至ルモノナリト説ケリ⁵³⁾ト雖モ是レ大ニ不可ナリ。蓋シ元來民法第九七條第二項ニ所謂「其效力ヲ妨ゲラルルコトナシ」トハ常ニ

53) 横田氏各論46、村上氏 37、岡松氏理由 三 424、梅氏要義 三 525 註、神戸氏全書 八 265。

必ズシモ意思表示ガ全然效力ヲ生ゼザルニ至ルコトナシトノ意義ヲ有スルモノニアラズ。單ニ能力ヲ喪失シタルニ止マル場合ニ之ガ爲メ「其效力ヲ妨ゲラルルコトナシ」トハ無能力者ノ爲シタル意思表示トシテ取扱ハラルルニ至ラズ、尙依然トシテ能力者ノ爲シタル意思表示トシテ取扱ハルベキコトヲ意味スルモノナレバ⁵³⁾、單ニ「第九七條第二項ノ規定ハ（中畧）之ヲ適用セズ」ト云ヘルニ止マル本條ノ解釋トシテハ申込ノ發送後申込者其能力ヲ喪失セルトキハ原則ノ場合ト反對ニ以後無能力者ノ爲シタル申込トシテ取扱ハラルルニ至ルベシトノ結論ヲ生ズルニ止マルベキヲ以テナリ⁵⁴⁾。但シ此場合ト雖モ申込者ガ別段ノ意思表示ヲ爲シテ能力喪失ノ場合ニモ死亡ノ場合ト同様申込ヲシテ全然何等ノ效力ヲモ生ゼザラシムルコトト爲シ得ルヤ素ヨリナリ。

尙以上法律ニ明定セル事由以外ニ於テモ申込ノ目的トセル契約ガ例ヘバ委任ノ如ク委任者又ハ受任者ノ何レカ一方ガ死亡スルニ因リテ當然終了スル契約

第五二五條ノ場合以外ニ於テモ死亡ハ申込ヲ消滅セシムルコトアリ

53) 富井氏原論 一 400、梅氏要義 一 97 註參照。
54) 同説石坂民法 三五 1856 註 6。尤モ獨普通法上ノ通説ハ死亡ト能力喪失トヲ全然同一ニ取扱ヒ (Windscheid 2 § 307,3) 獨民 § 153 亦同様ノ見地ニ立テルモ全然法文ヲ異ニスル 吾民法ノ解釋トシテ同一ノ解釋ヲ爲サントスルハ無謀也。

(六五三)、組合ノ如ク當事者死亡スルトキハ之ヲシテ當然ニ脱退セシメ相続人ヲシテ其地位ヲ承繼セシメザル契約(六七九¹)又ハ其他絶對ニ他人ヲシテ代ハリテ爲サシムルコト能ハザル勞務ヲ目的トスル契約ナルトキハ申込者ガ毫モ第九七條第二項ノ適用ヲ排除スルノ意思ヲ有セザル場合ト雖モ尙申込ハ申込者ノ死亡ニ因リテ當然ニ其效力ヲ發生シ得ザルコトトナルベシ。何トナレバ此等ノ契約ハ特定ノ當事者其人ニ重キヲ置クモノニシテ其者ノ死亡ハ又當然ニ契約ヲ終了セシムルモノナレバ、之ガ成立ヲ目的トスル申込モ亦其者ノ死亡ニ因リテ當然ニ其效力ヲ發生シ得ザルニ至ルモノトスルヲ當然ノ理トスベケレバナリ⁵⁵⁾。反之當事者死亡スルモ當然ニ契約ヲ終了セシメズ單ニ解除ヲ爲スコトヲ得シムルニ過ギザル場合ニハ申込ハ申込者ノ死亡ニ因リテ當然ニ效力ヲ生ゼザルニ至ルコトナシ。蓋シ解除ヲ爲シ得ルノ状態ニアル契約ハ尙之ヲ成立セシムルコトヲ妨ゲザレバナリ⁵⁶⁾。

55) 村上氏 96-97 ハ此場合ヲモ上述セル § 525 前段ノ場合中ニ包含セシメ申込者ノ反對意思カ暗黙ニ表示セラレタルモノ也ト觀ケルモ是レ強ヒテ反對意思表示ノ存在ヲ擬制スルモノニシテ不可也。蓋シ此等ノ契約ニアリテハ縱令申込者ガ反對意思ヲ表示セザルコト明ナル場合ト雖モ申込ハ當然ニ效力ヲ發生シ得ザルニ至ルモノナレバ也。

56) 反對村上氏 96。

2) 申込到達後承諾發送前ニ死亡又ハ能力喪失アリタル場合

通説ハ此場合ニモ亦以上ニ説明セル第五二五條ノ適用アルコトヲ主張セリ⁵⁷⁾ト雖モ是レ明ニ誤レリ。何トナレバ第五二五條ハ特ニ例外トシテ第九七條第二項ヲ適用セザルコトヲ規定スルモノニシテ第九七條第二項ハ又同條第一項ニ對スル注意規定ナリ。從ヒテ獨リ發送後到達以前ノ意思表示ノミガ本規定ノ適用ヲ受クベク、到達後ニ於ケル意思表示ハ既ニ不可動的ノ效力ヲ生ジタルモノナレバ(九七¹參照)其表意者ノ死亡等ニ因リテ何等ノ影響ヲ受クルコトナキハ法理ノ當然ニシテ敢テ本規定ノ如キ特別ナル注意規定ヲ必要トスルモノニアラズ⁵⁸⁾。果シテ然ラバ第九七條第二項ノ規定ヲ適用セズトスル第五二五條ハ單ニ第九七條第二項ヲ排斥スルノ效力ヲ有スルニ過ギザルヲ以テ單ニ發送後到達前ノ申込ニノミ關スル規定ナリト云ハザルベカラザルヲ以テナリ。

茲ニ於テカ申込到達後ニ於ケル死亡又ハ能力喪失

57) 横田氏各論 45-46、村上氏 94-97、岡松氏理由 三 424、梅氏要義 三 § 525 註、石坂氏民法 三五 1854 註 5、神戶氏全書 八 261、西川氏新報 二二 102。

58) 反之神戶氏全書 八 261 ハ § 97^{II} ハ到達後ノ意思表示ニ付キテモ適用アリト主張セリ。然レドモ此種ノ解釋ノ如何ニ無理ナルカハ同様ノ説明ヲ爲セル石坂氏民法 三五 1854 註 5 ニヨリテモ明也。

申込到達後承諾發送前ノ死亡又ハ能力喪失此場合ニハ第五二五條ノ適用ナシ

ノ影響如何ハ全然別個ノ法理ヲ以テ之ヲ判断セザルベカラズ。即チ申込者ニ於テ特ニ意思表示ヲ爲セルトキハ其意思ニ從ヒテ問題ヲ決スベク、又若シ何等別段ノ意思表示ナキトキハ意思表示ノ效力ニ關スル一般理論及ビ申込ノ性質ヲ標準トシテ解決スルヲ要スベシ。而シテ凡テ意思表示ハ一旦效力ヲ生ジタル以上別段ノ理由ナクシテ濫ニ其效力ヲ失フベキモノニアラザルヲ一般ノ原則トスルガ故ニ、一旦相手方ニ到達シテ效力ヲ生ジタル申込ハ既ニ獨立ノ存在ヲ有スルモノニシテ表意者タル申込者ノ死亡又ハ能力喪失ニヨリテ何等ノ影響ヲ受クベキモノニアラザルナリ。加之立法論ヨリ之ヲ云フモ被申込者ハ一旦申込ヲ受ケタル以上寧ロ其申込ガ效力ヲ存續スルコトニ付キテ利益ヲ有スルモノナレバ濫ニ後ヨリ其效力ヲ動かサザルコトト爲スヲ適當トスベク、申込者ノ死亡又ハ能力喪失ノ如キ申込者一人ノミニ關スル一身の事情ハ申込者別段ノ意思ヲ表示セザル限リ寧ロ申込ノ效力ニ對シテ何等ノ影響ヲ及ボサシメザルヲ正當トスベシ⁵⁹⁾。

此場合ニ
申込ハ効
力ヲ失ハ
ザルヲ原
則トス

59) 獨民 § 153 = 曰ク「契約ハ 申込者ガ承諾前ニ 死亡シ又ハ行爲無能力トナルモ爲メニ 其成立ヲ妨ゲラザルコトナシ 但シ申込者別段ノ意思ヲ有スルモノト 認メ得ベキトキハ此限ニ 在ラズ」ト。以上本文ニ於テ述ベタル所ヲ要言スレバ 吾民法ニテモ申達到達後ニ 於ケ

尙申込ノ目的トスル契約ガ委任、組合等ノ如ク當事者ノ特定人タルコトニ重キヲ置クモノナルトキハ、申込者別段ノ意思表示ヲ爲サズト雖モ、申込ハ申込者ノ死亡ニ因リテ當然ニ效力ヲ失フベキコト申達到達前ノ場合ニ付キテ既ニ上述セル所ニ同ジ。反之能力喪失ハ此場合ニ於テモ何等ノ影響ナキコト當然ナリ。

□) 申込ガ對話者ニ對スル意思表示ニ依リテ爲サレタル場合

對話者間
ノ申込ノ
場合

對話者間ノ意思表示ヲ以テ申込ガ爲サレタル場合ト雖モ一旦其對話状態ヲ中止シタル後ニ至リテ始メテ死亡又ハ能力喪失ガ發生シタルトキハ其影響毫モイノ2ニ述ベタル所ト區別スベキモノナシ。而シテ又對話者間ノ意思表示ニアリテハ意思表示ノ發送到達ノ如キ問題ヲ生セザルガ故ニイノ1ニ適用セラルベキ第五二五條ハ之ヲ類推適用スベキヤ否ヤノ問題ヲ生ズルノ餘地ナシ。從ヒテ茲ニ問題トナルハ獨リ

ル申込者ノ死亡又ハ能力喪失ハ 原則トシテ何等申込ノ 效力ヲ害セズ 申込者別段ノ意思ヲ 表示シタル場合ニ限リテ 之ヲ害スルモノナレバ 畢竟獨民ト全然同一ノ 結果ニ到達スルモノトス。然レドモ 民法ガ獨民ニ 依ヒテ § 97^{II}ノ外別ニ § 525ヲ設ケツツ而シテ之ニ 申達到達後ニ 於ケル申込者ノ死亡又ハ 能力喪失ノ場合ヲ包含セシムルコト 能ハズシテ之ヲ學者ノ研究ニ 委ヌルノ 止ムナキニ至レルハ 立法技術上 顧ル措ナリト云フベシ。

申込ノ爲サレタル對話状態ノ繼續中ニ死亡又ハ能力喪失ガ發生シタル場合ノミニシテ此場合ニ第五二五條ヲ類推スベカラザルノ理ハ既ニイノ2ニ述ベタル所ニヨリテ明ナリ。故ニ此場合モ亦イノ2ニ於ケルト同様意思表示ノ效力ニ關スル一般理論及ビ申込ノ性質ヲ標準トシテ問題ヲ決スルノ外ナク從ヒテ結局ハ申込者ノ意思ヲ解釋シテ其意思之ヲ自己一身ニ止マラシムルノ點ニアリシヤ否ヤ又能力喪失ノ場合ニモ申込ヲ無効ナラシムルノ意思アリシヤ否ヤヲ決シ以テ申込ガ效力ヲ失フヤ否ヤヲ定ムルノ外ナク、而シテ其意思果シテ何レニアリヤ不明ナル場合ニ於テハ寧ロ申込ハ原則トシテ其效力ヲ失フコトナキモノト云ハザルベカラザル也⁶⁰⁾。而シテ申込ノ目的トスル契約ガ特定ノ當事者ヲ重要ノ内容トナセルモノナルトキハ申込ハ申込者ノ死亡ニヨリテ當然ニ效力ヲ失フベキコト以上イニ述ベタル所ト同様ナリ。

以上イ及ビロノ場合ニ於テ申込者ノ死亡若クハ能力喪失ガ申込ノ效力ヲ消滅セシメザルトキハ(一)死

60) 横田氏各論 45 ハ此場合ニハ申込ハ絶對ニ其效力ヲ失フモノ也ト説ケルモ一旦效力ヲ生ジタル意思表示ハ既ニ表意者ヲ離レテ獨立ノ存在ヲ有スルモノナレバ別段ノ意思表示ナキ限り寧ロ其效力ヲ持續スルモノト解セザルベカラズ。

亡ノ場合ニ於テハ被申込者ノ相續人ニ對シテ承諾ノ意思表示ヲ爲シ以テ契約ノ成立ヲ來サシメ得ベク、又(二)能力喪失ノ場合ニアリテハ承諾ハ申込者タル無能力者本人ニ對シテ之ヲ爲スヲ妨ゲズト雖モ、其無能力ガ禁治産ニ基クモノナル場合ニ限リ其承諾ノ意思表示ヲ以テ申込者ニ對抗スルコト能ハザルモノトス、但シ其法定代理人ガ之ヲ知リタル後ハ此限ニ在ラズ(九八)。尤モ上述ノ第五二五條ノ適用アリタル結果申込ノ發送後到達前ニ申込者ガ能力ヲ喪失セル場合ニ其申込ガ無能力者ノ爲シタル申込タルノ效力ヲ生ズルニ過ギザルコトトナレルトキハ被申込者ノ承諾ニヨリテ成立スル契約ハ民法第七條以下ノ諸規定ノ適用ヲ受クル限度ニ於テ取消シ得ベキ效力ヲ生ズルニ過ギザルコト勿論ナリ。

第二) 被申込者ノ死亡又ハ能力喪失

イ) 申込ガ隔地者間ノ意思表示ヲ以テ爲サレタル場合

1) 被申込者ガ承諾ノ通知ヲ發送シタル後ニ至リテ死亡又ハ能力喪失ヲ生ジタル場合

此場合ハ第九七條第二項ノ原則規定ヨリ云フモ承諾ハ毫モ其效力ヲ妨ゲラルベキ筈ナク、又第五二六條第一項ニ依レバ契約ハ承諾ノ通知ヲ發送スルト同時ニ成立スルモノナレバ、爾後承諾者ノ一身ニ付キ

被申込者ノ死亡又ハ能力喪失
隔地者間ノ申込ノ場合
承諾發送後ノ死亡又ハ能力喪失

テ生ジタル事由ハ契約ノ成立ニ對シテ何等ノ影響ヲ及ボサザルコト明ナリ⁶¹⁾。

2) 申込ノ發送後到達前ニ被申込者ガ死亡シ又ハ能力ヲ喪失セル場合

此場合ノ取扱ニ付テハ民法中何等規定スル所ナキヲ以テ、(一)先ヅ第一ニ死亡ノ場合ニ關シテハ結局申込者ノ意思ヲ解釋シテ其意果シテ特定ノ被申込者其人ノミヲ相手方トスルノ點ニアリヤ又ハ被申込者死亡ノ場合ニハ相續人之ニ代ハルモ差支ナシトスルノ點ニアリヤヲ定メテ問題ヲ決スルノ外ナク、疑ハシキ場合ニハ寧ロ其效力ヲ持續スルモノト解スルヲ正當トスベシ⁶²⁾。然ルニ學者或ハ此場合ニハ申込ハ原則トシテ其效力ヲ生ズルコト能ハズトノ說ヲ爲ス者アリ⁶³⁾ト雖モ、余輩ハ到底斯ル原則ノ存在ヲ信ズルコト能ハザルナリ。(二)又能力喪失ノ場合ニハ第九八條ノ制限ヲ受クルノ外特ニ申込者ニ反對ノ意思ナキ限り申込ハ之ニ因リテ毫モ效力發生ヲ妨ゲラルベキモノニアラズト解スルヲ正當トスベシ⁶⁴⁾。

61) 同說石坂氏民法 三五 1853。

62) 同說神戸氏 全書 八 271— 但シ神戸氏ハ此場合ニモ § 97^{II}ノ適用アリト設ケルモ 同規定ハ表意者ノ死亡又ハ能力喪失ノ場合ノミニ關スルモノニシテ此場合ニ何等ノ關係ナシ。

63) 村上氏 98、岡松氏理由 三 425 尙同様ニ明文ヲ缺ケル獨民ノ解釋トシテモ此種ノ說ヲ爲ス者アリ (Staudinger-Riezler § 153, 3a)。

64) 同說村上氏 98、神戸氏全書 八 272。反對岡松氏理由 三 425

申込發信後到達前ノ死亡又ハ能力喪失

3) 申込到達後承諾發送前ニ被申込者ガ死亡シ又ハ能力ヲ喪失シタル場合

既ニ上述セルガ如ク申込ノ發送後到達前ニ於ケル死亡ガ申込ノ效力ニ對シテ何等カノ影響ヲ及ボスベキヤ否ヤハ—ニ申込者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ決スベキモノナル以上、(一)申込到達以後ニ於ケル死亡ノ場合モ亦全然同様ニ解釋セザルベカラズ。(二)又能力喪失ノ場合ニ付テモ之ガ爲メ申込ノ效力ヲ消滅セシムベキ理由毫モ存在セザルガ故ニ特ニ申込者ニ反對ノ意思ナキ限りハ何等ノ影響ヲ受ケザルヲ原則トスト云ハザルベカラズ⁶⁵⁾。

然ルニ學者或ハ以上三個ノ場合ノ何レニ於テモ申込ガ其效力ヲ失フベキコト疑ヲ容レズト說キ、唯申込者ガ反對ノ意思ヲ表示シタルトキ又ハ法律行爲ノ性質其他ノ情況ニ由リ其意思ヲ推測シ得ベキトキニ限り、特ニ例外トシテ申込ハ其效力ヲ持續スベキモノナリト説明セリ⁶⁶⁾ト雖モ、吾人ハ何故ニ申込ガ其效力ヲ失フヲ以テ原則トスルカノ理由ヲ解スルコト能ハザルナリ。

申込到達後承諾發送前ノ死亡又ハ能力喪失

尙獨民ノ解釋トシテ Staudinger-Riezler a.a.O. 同說。

65) 同說神戸氏全書 八 273。

66) 藁田氏各論 46。

對話者間ノ申込ノ場合

□) 申込ガ對話者間ノ意思表示ヲ以テ爲サレタル場合

此場合ニ關シ學者或ハ申込ハ常ニ其效力ヲ失フベシトノ說ヲ爲ス者アリ⁶⁷⁾ト雖モ、吾人ハ何故ニ對話者間ノ場合ニ限リテシカク説明ヲ異ニセザルベカラザルカノ理由ヲ解スルコト能ハズ。此場合ト雖モ申込者ニ於テ尙申込ヲ維持スルノ意思ヲ有スルモノト認メ得ベキ限リハ毫モ其意思ニ反スルガ如キ效力ヲ發生セシムルノ必要之レアルコトナシ。殊ニ對話ノ途中ニ於テ例ヘバ被申込者ガ禁治産者トナレル場合ニ於テ申込者ハ勿論禁治産者トナレル被申込者本人モ亦之ヲ知ラザルニ拘ハラズ⁶⁸⁾、之ガ爲メ申込ハ當然效力ヲ失フベキモノナリトセバ其結果頗ル奇怪ナラズヤ。民法ハ現在禁治産者タル者ニ對シテスラ尙契約ノ申込ヲ爲シ得ベキコトヲ認ム(九八)。果シテ然ラバ申達到達以後ニ於テ禁治産トナレル場合ニ於テ以後當然ニ其申込ヲ無効ノモノタラシメ當事者雙方共ニ契約ノ成立シタルコトヲ信ジツツアルニ拘ハ

67) 横田氏各論 47。

68) 禁治産ヲ宣告シタル決定ハ禁治産者ノ法定代理人又ハ法律ニ依リ後見人ト爲ルベキ者(斯ル者ナキ場合ニ於テハ檢事)ガ其選任ヲ受ケタル日ヨリ效力ヲ生ズルガ故ニ(入訴 § 52) 當事者不知ノ間ニ被申込者ガ禁治産者トナルコトハ實際上アリ得ベシ。

ラズ全然其契約ヲ不成立ニ終ラシムルガ如キハ明ニ議論ノ權衡ヲ失スルモノト云ハザルベカラズ。況ンヤ被申込者ガ對話ノ途中ニ於テ準禁治産者トナリ⁶⁹⁾又ハ妻トナレルトキ⁷⁰⁾ニ於テ申込ノ效力ヲ消滅セシメントスルガ如キニ至リテハ吾人遂ニ其何故ニ此論アルカヲ解スルコト能ハザル也。

尙申込ノ目的トスル契約ガ委任、組合等ノ如キ特定ノ當事者ニ重キヲ置クモノナル場合ニ會々被申込者ガ其特定ノ當事者ナルトキハ被申込者ノ死亡ハ當然ニ申込ノ效力ヲ消滅セシムベキコト既ニ申込者死亡ノ場合ニ付テ述ベタル所ニ同ジ。

五) 申込者ノ定メタル特別ナル消滅事由ノ發生

申込者ガ承諾期間ヲ定メタルトキハ申込ノ效力ハ其期間ノ終了ト共ニ消滅スベキコト既ニ之ヲ上述セリ(五二一¹¹⁾)。果シテ然ラバ其以外ニ於テモ申込者ハ將來ノ發生スルヤ否ヤ未確定ナル事實ヲ以テ申込ノ效力消滅事由ト爲スコトヲ妨ゲザルベシ。例ヘバ申込タル性質ヲ有スル競買申込ハ他ノ高價競買申込アルトキハ之ニ因リテ當然其效力ヲ失フガ如シ⁷¹⁾。

申込者ノ定メタル特別ナル消滅事由ノ發生

69) 入訴 §§67, 52 參照。

70) 民 § 775 參照。

71) 此點ハ學者間ニ議論アル所ナルモ通説ハ本文ニ同シ(石坂氏民法 三六 1969 參照)。現ニ獨民 § 156、競賣法 §1(註 22 參照)ハ

以上ノ諸原因ニ因リテ申込ガ其效力ヲ失ヘルトキハ相手方其後ニ於テ承諾ノ意思表示ヲ爲スモ契約ヲ成立セシムルコト能ザルモノトス。

申込ノ拘束力

第三 申込ノ拘束力

現行法上申込者ハ其爲シタル申込ガ一旦效力ヲ生ジタル以上任意ニ之ヲ撤回シ得ザルヲ原則トス(五二一、五二四)。人之ヲ稱シテ申込ノ拘束力又ハ非撤回性⁷²⁾ト云フ。元來申込ヲ爲ス者ハ之ニ因リテ一定ノ契約ヲ成立セシメシコトヲ目的トスルモノナレバ、多クノ場合ニ於テハ相當ノ期間其申込ヲ維持スルノ意思アルモノト推測スルヲ適當トスベキノミナラズ、申込ノ相手方ヲ保護シ取引ノ安全迅速ヲ期スル上ヨリ云フモ濫ニ申込ノ撤回ヲ爲サシメザルヲ得策トス⁷³⁾。是レ近世諸國ノ民法ガ多ク申込ニ拘束力ヲ認メタル所以ナリ⁷⁴⁾。然レドモ申込ハ其性質上常ニ必ズ拘束力ヲ有セザルベカラザルモノニアラズ。現ニ沿革上羅馬法及ビ獨逸普通法ニ於テハ申込ハ原

拘束力ヲ認ムル立法理由

拘束力ナキ申込ノ可能

此見解ニ從ヘリ。但シ競賣者反對ノ意思ヲ表示シテ申込ハスニテ競落ノ時マテ效力ヲ持續スベキ旨ヲ定メタル場合ハ此限ニ在ラザルコト勿論也。反之入札ハ落札ノ時マテスニテ其效力ヲ持續スベキ他ノ有利ナル入札ノ爲メ其效力ヲ失ハザルヲ原則トスベシ。

72) Bindende Kraft oder Unwiderruflichkeit
73) 拘束力ヲ認ムル立法上ノ理由ニ付キテハ獨逸理由書 一 16 5 參照。
74) 獨逸 § 145、瑞債 Art 3、普民 I,5, § 103、獨舊商 Art.319、境民 § 862。

則トシテ拘束力ヲ有セザリシモノニシテ⁷⁵⁾、英米法亦同一ノ主義ヲ執レリ⁷⁶⁾。故ニ吾民法上ニ於テモ申込ガ拘束力ヲ有スルハ單ニ原則タルニ過ギズシテ、申込者ハ別段ノ意思表示ヲ以テ特ニ其申込ヲシテ拘束力ヲ有セザラシムルコトヲ得ベキノミナラズ⁷⁷⁾、懸賞廣告其他廣告ヲ以テスル申込ハ寧ロ一般ニ拘束力ナキヲ以テ原則トスベク⁷⁸⁾、尙又承諾期間ノ定メ

75) Windscheid 2 § 307, Anm. 7a u. dort zitierte 但シ少數説トシテ之ニ反對ノ學者亦之ナキニアラズ例ヘバ Kohler, Arch. Bürg. R. 1 283-; Köppen, Jahrb. f. Dogm. 11 139- 殊ニ 351 ノ如シ。普通法上申込ニ拘束力ヲ認メザリシ結果トシテ申込者ガ濫ニ申込ヲ撤回シテ被申込者ノ信頼ニ背キ以テ之ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ申込者ハ損害賠償ヲ負擔スベキヤ否ヤノ難問題ヲ生ジ而シテ積極説ヲ以テ通説ト爲セリ。但シ其理論的根據ニ付キテハ學說頗ル分レタリ。反之吾民法現行獨逸等ニ於テハ申込ニ拘束力ヲ認メタルガ故ニ此種ノ問題ヲ生ズルノ餘地ナシ。蓋シ策ノ得タルモノト云フヲ得ベシ。

76) 英法ニテハ申込ハ縱令承諾期間ノ定アル場合ト雖モ尙拘束力ヲ有セズ。而シテ當事者獨立ノ契約ヲ以テ申込ノ撤回ヲ爲サザルベキコトヲ約シタルトキハ其撤回ハ之ニ因リテ契約不履行ノ責任ヲ生セシムルモノトス Pollock Contract 27-29; Jenks, Digest of English Civil Law, art. 192, 195; 宮本氏京法 一一 九 141-。

77) 此意思表示ハ申込ト同時ニ之ヲ爲スモ又後ヨリ之ヲ爲スモ可ナリト雖モ此後ノ場合ニ於テハ遅クモ申込ト同時ニ相手方ニ到達スルコトヲ要ス。蓋シ申込ハ到達ト同時ニ當然拘束力ヲ有スルニ至ルモノナレバ後ヨリ申込者ノ任意ヲ以テ之ヲ消滅セシムルコトヲ許スハ被申込者ノ信頼ヲ害シ爲メニ拘束力ヲ認メタル精神ノ一半ヲ没却スルコトトナレバナリ(同説神戸氏全書 八 206、石坂氏民法 三五 1838)。

78) 懸賞廣告ガ原則トシテ拘束力ヲ有セザルコトニ付テハ民 § 5 30 I 參照。其他ノ廣告ニヨル申込ニ付テハ別段ノ規定ナシト雖モ類推ニヨリテ同様ニ論ズルヲ正當トスベシ。尙石坂氏民法 三五 1839 ハ此種ノ場合ニハ通常申込者ノ意思ニヨリテ拘束力ヲ除外スルモノト解スベシト説キ獨逸ノ解釋トシテモ Oertmann 1 § 145, 4 b ハ同様ノ説ヲ爲セリ。

ナキ對話者間ノ申込ハ拘束力ナキヲ原則トスルモノトス⁷⁹⁾ 80) 81)。而シテ此等ノ拘束力ナキ申込ハ契約成立ノ時即チ承諾ノ通知ヲ發シタル時(五二六¹⁾)以前ニ於テハ何時ニテモ撤回シ得ルニ反シ、其時以後ニ於テハ最早撤回スルコト能ハズ⁸²⁾。蓋シ契約成立スルトキハ撤回ノ目的タル申込ハ其獨立の存在ヲ失フヲ以テナリ⁸³⁾。

拘束力ノ
法律上ノ
性質

一 拘束力ノ法律上ノ性質

申込ノ拘束力トハ申込者ガ任意ニ其申込ヲ撤回セザルノ義務ヲ負擔セルコトヲ云フモノニシテ、此義

79) 理由後出(95—96頁)。
80) 尙申込ノ性質ヲ有スル競買申込及ビ入札ガ拘束力ヲ有スルヤ否ヤハ疑問ノ餘地アリ。然レドモ競買申込ハ對話者間ノ意思表示ノ一種ナルガ故ニ通常ノ場合ト同様何時ニテモ之ヲ撤回シ得ルヲ原則トセザルベカラズ。但シ競買人ガ豫メ競買申込者ハ任意ニ其申込ヲ撤回シ得ザル旨ヲ定メタル場合ハ此限ニアラズ(石坂氏民法 三 六 19 66—ハ競買ノ特質上競買申込ハ拘束力ヲ有スルヲ通例トスト説ケリ) 次ニ又入札ハ隔地者ニ對スル意思表示ナルガ故ニ少クとも § 524 ノ適用ヲ受ケベキノミナラズ例ヘバ入札公告者ニ於テ入札期間ヲ定メタル場合ノ如キハ入札者ハ寧ろ其期間撤回ヲ爲サザルノ意思ヲ以テ入札セルモノ也ト解スルヲ正當トスベシ(石坂氏前掲 1974 同説)。
81) 拘束力ナキ申込ハ申込ニアラズシテ誘引ニ過ギズトノ論ヲ爲ス者アリ(Staudinger-Riezler § 145, 5; Goldmann-Lilienthal I 185 等)。然レドモ申込ト誘引トノ區別ハ拘束力ノ有無ニ存スルニアラズ而シテ撤回シ得ベキ申込ト雖モ毫モ之ヲ申込ニアラズトスルノ理由存スルコトナシ(同説石坂氏民法 三 五 1838、神戸氏全書 八 207—、Oertmann I § 145, 3b)。
82) 是レ § 527 ノ存在スル所以ニシテ此事後ニ之ヲ説明スベシ。同説神戸氏全書 八 208。
83) 但シ申込者特ニ反對ノ意思ヲ表示シテ承諾發送後ト雖モ尙撤回シ得ベキ旨ノ定メヲ爲シ得ルコト既ニ上述セル所ノ如シ(本項註 28) 28a) 及ビ其個所ノ本文参照)。

務ハ請求權ノ對立ヲ要素トセザル單純義務ナリ⁸⁴⁾。從ヒテ此義務ノ違反ハ債務不履行ノ問題ヲ生ゼシメズシテ單ニ事實上ノ違反行爲夫レ自身ヲシテ法律上何等ノ效力ヲモ生ゼザラシムルノ效力ヲ有スルニ過ギズ。

尙拘束力ハ單ニ申込者ヲシテ其申込ヲ撤回スルコト能ハザラシムルノ效力ヲ有スルニ過ギザルガ故ニ、第一ノ申込ノ拘束力存續中ト雖モ更ニ第三者ニ對シテ同一内容ヲ有スル第二ノ申込ヲ爲スコトヲ妨ゲズ。其結果第一第二ノ被申込者共ニ承諾ヲ爲セルトキハ二個ノ同一内容ヲ有スル契約ノ成立ヲ來スモノトス⁸⁵⁾。

二 拘束力ノ存續期間

拘束力ノ
存續期間

申込者別段ノ意思表示ヲ爲サザル以上、申込ハ凡テ其效力ヲ生ズルト同時ニ拘束力ヲ生ズ。從ヒテ例ヘバ隔地者ニ對スル申込ニアリテハ申込ノ到達ト同時ニ拘束力ヲ生ズルモノトス⁸⁶⁾。

84) 此種ノ義務ノ性質特ニ其債務トノ差異如何ニ付キテハ拙稿法二四三 57— 参照。
85) 同説石坂氏民法 三 五 1828、神戸氏全書 八 204。
86) Bekker, Jahrb. f. Dog 49 39— ハ之ニ反對シテ曰ク「申込ノ效力ヲ生ズルハ其到達ノ時ニアリトスルモ被申込者ガ實際承諾ヲ爲シ得ルハ申込ヲ了知シタル時ナルガ故ニ其時マデハ拘束力ヲ發生セシムベカラズ」ト。然レドモ此説ハ立法論トシテハ宛ニ角解釋論トシテハ採用ノ餘地ナシ。

而シテ其何時マデ存續スルモノナルカハ各種ノ場合ニ付キテ必ズシモ同一ナラズ。左ニ場合ヲ分チテ之ヲ論ゼン。

隔地者間ノ申込
承諾期間ノ定メアル場合
(第五二一條第一項)

一) 隔地者間ノ意思表示ヲ以テスル申込
イ) 承諾期間ノ定メアル場合 此場合ニハ苟モ申込ガ効力ヲ有スル限リ拘束力ヲ持續ス(五二一¹)。而シテ此種ノ申込ハ承諾期間ノ満了ト共ニ當然其効力ヲ失フモノナルガ故ニ遂ニ拘束力ナキ申込タルノ状態ニ立チ至ルベキ機會ヲ有セズ。

承諾期間ノ定メナキ場合
(第五二四條)

ロ) 承諾期間ノ定メナキ場合 此場合ニ於テ若シ申込ノ効力存續スル限リ拘束力ヲモ存續セシムベシトセバ、其結果申込者ニトリテ餘リニ不利益ニ過グルガ故ニ民法ハ特ニ此種ノ申込者ガ承諾ノ通知ヲ受クル⁸⁷⁾ニ相當ナル期間之ヲ撤回スルコトヲ得ザルモノト爲セリ(五二四)。從ヒテ此場合ニ於ケル申込ハ上述ノ効力消滅原因ノ何レカガ發生セザル限リ、長ク其効力ヲ持續スベキモ、其拘束力ハ申込者ガ承諾ノ通知ヲ受クルニ相當ナル期間内ニ限リテ存在シ、其經過後ハ單ニ拘束力ナキ申込トシテ存續スルニ過

87) 故ニ承諾通知ノ到達ヲ以テ標準ト爲セルモノトス。反之商法§ 270ハ被申込者ノ承諾通知ノ發送ヲ以テ標準トシ且ツ相當ノ期間内ニ承諾通知ヲ發セザルコトヲ以テ單純ナル拘束力消滅事由ト爲サズシテ効力消滅事由ト爲セリ。

キザルニ至ルモノトス。

茲ニ「申込者ガ承諾ノ通知ヲ受クルニ相當ナル期間」トハ(一)申込ノ送達ニ要スル時間、(二)相手方ガ申込ノ受領後承諾ノ發送迄ニ要スル時間並ニ(三)承諾ノ送達ニ要スル時間ノ三者ヲ包括スルモノニシテ、其中第一及ビ第三ノ時間ヲ定ムルニ付キテハ通常ノ經過ニ於テ通知ガ到達スルニ要スル時間ヲ基礎トスベキヤ勿論ナリト雖モ、撤回ヲ爲サントスル當時ニ於テ申込者之ヲ知レル限リハ特ニ通知ノ到達ヲ遲延セシムベキ非常ノ障害ト雖モ亦之ヲ斟酌セザルベカラズ⁸⁸⁾。蓋シ本條ハ申込者ガ撤回ヲ爲サントスルニ當リ、之ニ對シテ其能否ヲ定ムルノ標準ヲ指示スルコトヲ目的トスルモノナレバ、期間ノ相當ナリヤ否ヤハ撤回ヲ爲サントスル當時ノ申込者ノ知識ヲモ參酌シテ之ヲ決スルヲ最モ公平トスベケレバ也⁸⁹⁾。從ヒテ又特ニ通常ノ場合ヨリモ承諾通知ノ到達ヲ速

「申込者ガ承諾ノ通知ヲ受クルニ相當ナル期間」ノ意義

88) 例ヘバ申込者ガ洪水ニ因ル汽車不通ノ爲メ郵便延着スルノ事實アルコトヲ知レル場合ニ於テハ其事實ヲモ斟酌セザルベカラズ。同說石坂氏民法 三五 1834。

89) 獨民 § 147ノ解釋トシテモ非常ノ遲延事由 (aussergewöhnliche Verzögerungsgründe) ヲ參酌スルコトヲ要スルヤ否ヤ爭アリ(積極說Goldmann-Lilienthal I 189; Enneccerus I § 152, II 2 b β.—消極說Oertmann § 147, 2b)。然レドモ同法上ノ消極說ハ § 147カ「通常ノ狀況ノ下ニ於テ (unter regelmässigen Umständen) 申込者ガ回答ノ到達ヲ期待シ得ベキ時期」ナル文字ヲ使用セルコトニ根據セレモノナレバ單ニ「申込者ガ承諾ノ通知ヲ受クルニ相當ナル期間」ト云ヘル民法ノ解釋ニ對シテ何等ノ反對理由ヲ提供スルモノニアラズ。

カナラシムル事情ニシテ申込者之ヲ知ルモノアルトキハ同ジク之ヲ斟酌セザルベカラザルコト勿論ナリ⁹⁰⁾。次ニ又第二ノ時間ヲ定ムルニ付キテハ一般取引ノ慣行(例ヘバ營業時間ノ如何等)ハ勿論、申込ノ内容タル事項ノ重大ナリヤ否ヤ、相手方ガ其行爲ヲ爲スニ付キ第三者ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルヤ否ヤ等ヲモ参考セザルベカラズ。加之相手方ノ一身ノミニ存スル事情ト雖モ、苟モ申込者ニ於テ之ヲ知レル限リハ斟酌セザルベカラザルコト勿論ナリ⁹¹⁾。而シテ以上ノ標準ヲ以テ各個ノ期間ガ果シテ相當ナリヤ否ヤヲ定ムルニ付キテハ理性アル通常人ヲシテ其當該ノ場合ニ申込者ノ地位ニ在ラシメバ判断シタルベキ結果ヲ基礎トスベキモノトス。但シ右三個ノ期間ハ各獨立ノ性質ヲ有スルモノニアラズシテ統一的一期間ノ各部分タルニ過ギザルガ故ニ例ヘバ其中一ノ期間ニ遅延スルモ他ノ期間ニ於テ速進シテ之ヲ追補シ、其結果實際ニ要シタル期間ガ各相當ナル三個ノ期間ノ總和即チ法律ニ所謂「申込者ガ承諾ノ通知ヲ

90) 例ヘバ申込者ガ承諾ハ必ズ電報ヲ以テ爲サルベキコトヲ附言セル場合ニハ其事情ハ又承諾通知ノ送達時間ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スベシ。

91) 例ヘバ申込到達ノ當時相手方ガ旅行中ナルコトヲ申込者ガ知レル場合ノ如シ。同説石坂氏民法 三五 1835。

受クルニ相當ナル期間」ヨリ短キカ又ハ同一ナルトキハ承諾ハ相當ノ期間内ニ到達シタルモノニシテ、其時期以前ニ爲シタル撤回ハ撤回權ナクシテ爲シタルモノナレバ全然何等ノ效力ヲモ生ゼザルモノトス。

尙以上ノ規定ハ任意法規ナルガ故ニ、例ヘバ申込者ニ於テ相當ノ期間經過後モ尙撤回ヲ爲サザルベキコトヲ約セルトキハ本條ノ適用ナキヤ勿論ナリ。

二) 對話者間ノ意思表示ヲ以テスル申込

對話者間ノ申込承諾期間ノ定メアル場合

イ) 承諾期間ノ定メアル場合 此場合ハ隔地者間ノ意思表示ヲ以テスル申込ニ付キテ一ノイニ述ベタル所ト全然同一ナリ(五二一)。

ロ) 承諾期間ノ定メナキ場合 此場合ニ關シテハ民法上何等ノ規定存在セザルガ故ニ、隔地者間ノ申込ニ關スル第五二四條ヲ準用シテ申込者ガ承諾ヲ受クルニ相當ナル期間之ヲ撤回シ得ザルモノト解スルヲ正當トスベキヤ又ハ此種ノ申込ハ初メヨリ拘束力ヲ有セザルモノト解スルヲ正當トスベキヤ頗ル疑アリト雖モ、元來拘束力ハ之ヲ認ムル特別ノ規定ヲ俟テ初メラ生ズルモノナレバ、右ノ場合ニハ寧ロ之レナキモノト解スルヲ正當トスルノミナラズ⁹²⁾。

承諾期間ノ定メナキ場合

92) 同説石坂氏民法 三五 1833。

對話者間ノ申込ニアリテハ被申込者ニ於テ申込ニ信賴シタルガ爲メ申込ノ撤回ニヨリテ損害ヲ蒙ルノ虞全然之ナキガ故ニ⁹³⁾、法律ガ拘束力ヲ認メタル立法上ノ理由ヨリ云フモ此種ノ申込ハ初メヨリ拘束力ナキモノナリト解スルヲ正當トスベク、從ヒテ又第五二四條ヲ類推スルノ餘地ナキモノト解セザルベカラズ。但シ申込者ガ反對ノ意思表示ヲ爲シ又ハ當事者相約シテ拘束力ヲ設ケタルトキハ此限ニ在ラザルコト素ヨリナリ。

第三項 承諾

第一 承諾ノ性質

承諾ノ性質

承諾¹⁾トハ申込ニ同意シ之ト合致シテ申込者ノ欲スル契約ヲ成立セシメシコトヲ申込者ニ申出ヅル被申込者ノ意思表示ナリ。

申込者ニ對スル意思表示也

一 承諾ハ申込者ニ對スル意思表示ナリ。此意思表示ハ特ニ法律又ハ取引上ノ慣行ニ依リテ限定セラレザル限リ其方法ノ如何ヲ問フコトナシ。然レドモ承諾ハ元來申込ニ同意スル旨ヲ申込者ニ申

93) 對話狀態繼續中ハ被申込者ハ承諾ヲ爲スベキヤ否ヤニ關シテハ未ダ何等ノ行爲ヲ爲スノ餘地ナキガ故ニ實際上申込ニ信賴シタルガ爲メ損害ヲ蒙ルノ餘地ナク又申込ノ效力ニ關シテ當事者互ニ何等ノ意思表示ヲ爲サズシテ對話狀態ヲ中絶セル場合ノ如キハ申込ハ寧ロ拒絕セラレタルモノト解スルヲ正當トスルガ故ニ此種ノ申込ハ之ニ拘束力ヲ認ムルノ必要ナシ。

1) Akzept, Annahme; acceptance; acception

出ヅルコトヲ目的トスルモノナレバ相手方ハ常ニ特定セルヲ以テ原則トシテ申込者²⁾ニ對スル意思表示、即チ隔地者間ノ意思表示又ハ對話者間ノ意思表示ニ依リテ之ヲ爲サザルベカラズ。但シ

承諾ノ方法

一) 豫約又ハ申込者ノ意思表示ニ於テ特ニ意思表示ノ方法ニ關スル定メヲ爲セル場合ニ於テ

特別ノ意思表示ヲ以テ方法ヲ定メ得ル場合

イ) 若シ其方法ガ法定ノ方法ヨリ限定セラレ又ハ重キモノナルトキハ必ズ其方法ニ依ラザルベカラズ。從ヒテ其以外ノ方法ヲ以テスル承諾ハ無効ナルヲ原則トス。然レドモ承諾ノ方法ニ關スル申込者ノ定メハ常ニ必ズシモ方式ヲ限定スルノ意味ヲ有スルモノニアラズ。斯クノ如キ場合ニ於テハ其定メニ背反スル方法ヲ以テ承諾ヲ爲スモ單ニ方式違背ノ故ノミヲ以テ之ヲ無効トスルノ理由ナシ。例ヘバ電報ヲ以テ承諾ヲ爲スベシトノ注意アリタル場合ノ如シ³⁾。

ロ) 又若シ其特ニ定メラレタル方法ガ法定ノ

2) 申込者ノ死亡ガ申込ノ效力ヲ消滅セシメザル場合ニハ申込者ノ相続人ニ對シテ承諾ヲ爲スベシ。

3) 申込ヲ爲スニ際シ電報ヲ以テ承諾ノ通知ヲ爲スベキコトヲ附言セル場合ニ電報ニ依ラズシテ承諾ヲ爲セルトキハ之ヲ無効トスベキヤ否ヤハ申込者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ定ムベシ。然レドモ意思不明ナルトキハ其電報ニ依ルベシトノ附言ハ單ニ速ニ回答スベキコトヲ要求スルニ過キズ從ヒテ §24ニ所謂「相當ノ期間」ヲ定ムルニ付キテノ標準トナルニ過キズシテ承諾ノ方式ヲ限定セルモノニ非ズト解スルヲ正當トス。

方法ヨリ輕キトキハ反對ノ意思ガ推論セラザル限
リ其定メハ單ニ承諾ノ方法ヲ容易ナラシムルノ意義
ヲ有スルモノタルニ過ギズト解スルヲ正當トス。從
ヒテ其方法ニ依ラザル承諾モ亦有效ナルヲ原則トス。

申込者ノ意思表示又ハ豫約ニ依リテ承諾ノ方法ヲ
容易ナラシムルノ手段種々アルベシト雖モ、民法ハ
特ニ其最も重要ナル場合トシテ承諾ノ通知ヲ必要ト
セザラシムル場合ヲ舉ゲタリ (五二六^{II})⁴⁾ 5)。此場
合ト雖モ契約ハ承諾ヲ要セズシテ成立スルモノニア
ラズ。唯之ヲ申込者ニ知ラシムベキ何等ノ方法ヲ講
ズルノ必要ナキノミ。此場合ニ於ケル承諾ハ客觀的
ニ觀察シテ承諾ノ意思表示ト認ムベキ事實⁶⁾アルニ
因リテ完成スルモノニシテ、之ガ爲メニハ其事實ニ
依リ被申込者ガ承諾ヲ爲スノ意思アルコトヲ確實ニ

第五二六
條第二項

4) 此承諾ノ通知ヲ必要トセザラシムル意思表示ハ申込ト同時ニ
爲サルルモ又後ヨリ爲サルルモ差支ナシ。又常ニ必ズシモ特定一個
ノ行爲ニ付キテ之ヲ爲スコトヲ要セズシテ例ヘバ繼續的ニ特種
ノ取引ヲ爲スニ當リ其ノ全取引ニ付キテ包括的ニ承諾通知ヲ免除ス
ルノ意思表示亦有效也。

5) 例ヘバ賣買ノ申込ヲ爲スト同時ニ若シ承諾ナラバ直チニ物品
ヲ送付セラレタキ旨ヲ附言セル場合、賣買ノ申込ヲ爲スト同時ニ
物品ヲ送付シ承諾ナラバ直ニ之ヲ使用セラレタキ旨ヲ附言セル場合
等。

6) 「承諾ト認ムベキ事實」ハ(1)申込ニ對シテ特ニ承諾ノ通知
ヲ發セズシテ直ニ履行ニ着手スル場合(履行行爲 *Erfüllungshandlung*
ニ依ル約成立)、(2)現貨申込 (*Realofferte*)ニ對シテ承諾通知
ヲ發セズシテ直ニ其送付セラレタル物ヲ消費スル場合(領得行爲
*Aneignungshandlung*ニ依ル契約成立)等ニ存ス。

推論シ得ルコトヲ必要トス。而カモ此場合ニ於テ承
諾者ハ其意思表示ヲ申込者ニ知ラシムベキ何等ノ方
法ヲ講ズルコトヲ必要トセザルモノナレバ、契約ハ
承諾ノ意思表示ノ完成ノミニ依リテ成立ス。但シ此
場合ト雖モ意思表示ノ存在ヲ不必要トスルニアラザ
ルコト上述ノ如クナルヲ以テ承諾ノ意思表示ト認ム
ベキ事實ハ單ニ之ニ依リテ效果意思アルコトヲ推論
セシムルノミニテハ足ラズ表示意思ヲモ必要トスル
コト勿論ナリ⁷⁾。

7) 石坂氏民法 三 五 1894—、神戸氏全書 八 310— 殊ニ
316、岡松氏法律行爲論 200— 殊ニ 209 等ハ獨民 § 151 ニ關スル
Manigk, Willenserklärung u. Willensgeschäft (07) 348—, 365 ノ所論
ニ從ヒテ民 § 526 II ニ所謂「承諾ノ意思表示ト認ムベキ事實」ハ意
思表示ニアラズシテ意思表現 (*Willensbetätigung*, *Willensäußerung*)
ノ一種ナリ從ヒテ承諾者其事實ヲ作爲スルニ付キテ表示意思 (意思
ヲ發表セントル 目的又ハ自覺)ヲ有スルコトヲ要セズト説ケリ。余
ハ理論上必ズシモ意思表現ノ存在ヲ否定スルモノニアラズト雖モ一
定ノ行爲ヲ解シテ意思表現ナリトスルガ爲メニハ特ニ法律ニ於テ何
等カノ事實ニ由リテ效果意思外部ニ表現セラレタル限リハ敢テ表示
意思ノ存否如何ヲ問ハズシテ效力ヲ發生セシムベキコトヲ明定セル
場合ナルコトヲ要スルモノナリト解ス。此意味ニ於テ獨民 § 151 ノ
「承諾」ハ意思表現ナリト解スルヲ得ベシ。蓋シ同法ハ「...」場合
ニハ契約ハ申込ノ承諾ニ依リテ成立シ承諾ハ之ヲ申込者ニ對シテ表
示スルコトヲ要セズト規定スレバ也。然ルニ民 § 526 II ハ毫モ表
示ノ不ヲ要テ明定スルモノニアラズシテ單ニ意思表示ノ通知ノ不
必要ヲ規定セルニ過ギズ、而シテ一方意思表示存在スルガ爲メニハ效果
意思ノ存在ヲ推斷セシムルニ足ルベキ客觀的事實及ビ其事實ヲ作爲
スルニ付キテ表意者ガ表示意思ヲ有スルコトノ二要件具備スルヲ要
スルガ故ニ本條ニ所謂「承諾ノ意思表示ト認ムベキ事實」トハ意思表
示ノ存在ヲ推斷セシムベキ事實ヲ云フモノニシテ夫レ自身即チ意思
表示ナリト解スルヲ正當トスベシ。蓋シ言語ヲ以テ明示セラレタル
意思表示ト雖モ尙言語ナル客觀的事實ニ依リテ推論セラレタルニ過ギ
ザルモノナレバ也。故ニ本條ハ尙意思表示ノ存在ヲ要求スルモノニ
シテ單ニ其通知即チ特ニ申込者ニ對シテ意思表示了知ノ可能ヲ作爲
シ與フルコトヲ不必要ナリトスルモノタルニ過ギズ。

承諾ノ方法ニ關スル特別ノ慣習(第五二六條第二項)

二) 次ニ承諾ノ方法ニ關シ特別ナル取引上ノ慣習アルコトアリ。其中

- イ) 或ハ其方法ヲ制限スルモノアルベク、
- ロ) 又或ハ之ヲ輕カラシムルモノアルベシ。

而シテ民法ハ其最モ重要ナル場合トシテ取引上ノ慣習ニ依リ承諾ノ通知ヲ必要トセザル場合⁸⁾ヲ掲ゲ、意思表示ニ因リテ通知ヲ必要トセザル場合ト同一ニ之ヲ取扱ヘリ(五二六¹¹⁾)。尙本規定ハ申込者ガ承諾ノ通知ヲ受クルノ意思ヲ有セザルベキコトヲ推測セル規定ナレバ、申込者承諾者其所在地ヲ異ニスル場合ニ於テ兩地其取引上ノ慣習ヲ異ニスルトキハ申込者所在地ノ慣習ニ依ルベキモノトス⁹⁾。

以上第五二六條第二項ノ場合ニ於テハ承諾ノ意思表示ハ敢テ其通知ヲ爲スコトヲ要セザルモノナルガ故ニ第五二一條第二項又ハ第五二四條ノ規定ニヨリテ申込ノ效力若クハ拘束力ノ存續期間ヲ定ムルニ由ナシ。故ニ此場合ニ於ケル申込ノ效力並ニ拘束力ノ存續期間ハ各場合ニ於ケル申込者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ決スルノ外ナシ¹⁰⁾。

8) 例ヘバ汽車中ヨリ旅店ノ部屋ヲ注文セル場合。
 9) 同說神戸氏全書 八 308—。獨民ノ解釋トシテ Oertmann I § 151, 2 a α 同說。
 10) 獨民 § 151 後段ハ此主旨ヲ明言セリ。同說神戸氏全書 八 322 (但シ氏ハ申込者ノ意思ヲ解釋スルノ外 §§ 521, 524 ヲ類推スベシト云ヘリ)。

二 承諾ハ被申込者ノ意思表示ナリ。

故ニ被申込者ニアラザル者ガ被申込者ノ代理人ニアラズシテ承諾ノ内容ニ相當スベキ意思表示ヲ爲スモ、契約ノ成立ヲ來スコトナシ。從ヒテ(イ)被申込者ガ特定セルトキハ其者ノミ承諾ヲ爲シ得ベク¹¹⁾、(ロ)反之廣告ノ場合ノ如ク相手方特定セザルトキハ特ニ承諾者タルニ必要ナル資格ノ制限ナキ限リハ¹²⁾何人ト雖モ承諾ヲ爲シ得ベシ。

三 承諾ハ申込ニ應ジテ之ヲ爲スコトヲ要ス。

承諾ハ申込ニ同意シ之ト合致シテ契約ヲ成立セシムルコトヲ目的トスルモノナレバ申込ニ應ジテ之ヲ爲サザルベカラズ。故ニ未ダ申込ガ效力ヲ生ゼザルニ先チテ爲セル意思表示ハ別ニ契約ヲ成立セシムルコトアルベキモ¹³⁾承諾トナルコトナシ。

四 承諾ハ申込ト合致シテ契約ヲ成立セシメントスル意思表示ナリ。從ヒテ其内容ニ於テ申込ト全然合致スルコトヲ必要トス。

11) 被申込者ノ相續人亦承諾ヲ爲シ得ベキヤ否ヤハ申込ガ被申込者ノ死亡ニヨリテ效力ヲ失ハザルヤ否ヤニヨリテ定マル。此問題ニ付キテハ 83 頁以下參照。
 12) 例ヘバ市街電車ノ運轉ハ一般ニ申込トシテ解釋セラレルモノナルコト既ニ上述セルガ如クナルガ之ニ對シテ承諾ヲ爲シ得ル者ハ別ニ存スル規則ニヨリテ定マレル資格ヲ有スルモノナラザルベカラズ。故ニ規則ニ於テ乗車ヲ禁ジタルガ如キ服裝ヲ爲セル者ハ乗車スルコトヲ得ザルモノトス。
 13) 12 頁以下參照。

被申込者ノ意思表示ナリ

申込ニ應ジテ之ヲ爲スコトヲ要ス

申込ト合致セルコトヲ要ス

故ニ申込ト承諾トガ其内容ヲ異ニスルトキハ其意思表示ハ承諾タルノ效力ヲ有セズ。從ヒテ契約ヲ成立セシムルニ由ナシ。而シテ其如何ナル點マデ合致スルコトヲ要スルカニ付キテハ既ニ契約ノ概念ヲ説クニ當リテ之ヲ説明セリ¹⁴⁾。

第五二八條

斯クノ如ク承諾ハ其内容申込ト合致スルコトヲ必要トスルガ故ニ、被申込者ガ申込ニ條件ヲ附シ其他變更ヲ加ヘテ承諾ヲ爲シタルトキハ其意思表示ハ承諾タルノ效力ヲ有セズ。但シ形式上一個ノ申込ナルガ如クニシテ實ハ數個ノ獨立の申込ノ併存ニ過ギザル場合ニハ其中一個ノ申込ニ對シテノミ承諾ヲ爲スモ毫モ申込ニ條件ヲ附シ其他變更ヲ加ヘタルモノニアラズ。從ヒテ其部分ニ付キテノミ有效ニ契約ノ成立ヲ來サシムベク、又申込ニ對シ其内容ヲ擴張シタル承諾ハ場合ニヨリ申込ニ對スル承諾ト同時ニ、其擴張シタル部分ニ關スル新ナル申込ヲ爲セルモノト認メ得ベキ場合之ナキニアラズ¹⁵⁾。而シテ以上ノ如ク條件ヲ附シ其他變更ヲ加ヘタル承諾ハ單ニ承諾タルノ效果ヲ有セザルノミナラズ、法律ハ特ニ此場合ニハ積極的ナル申込ノ拒絶ト共ニ新ナル申込ヲ爲シ

14) 15 頁以下参照。

15) 同說石坂氏民法 三 五 1863。

タルモノト看做シタリ(五二八)。蓋シ此場合ニ於テハ被申込者ハ少クトモ其變更セラレタル内容ノ契約ヲ締結スルノ意思アルモノト認メ得ルヲ以テナリ。尙被申込者ハ申込ニ變更ヲ加ヘタル承諾ヲ爲スニ當リ反對ノ意思ヲ表示シテ本條ノ適用ヲ排除シ得ベキヤ勿論ナリ¹⁶⁾。

尙承諾ハ申込ト合致スルコトヲ要スルモノナルガ故ニ若シ申込ニ於テ或ル問題ノ決定ヲ全然被申込者ニ一任シテ何等ノ留保ヲモ止メザルトキハ、承諾者ハ必ズ其點ニ關シ自己ノ欲スル所ニ從ヒテ、一定ノ定メテ爲サザルベカラザルヤ勿論ナリ。

第二 承諾ヲ爲スノ義務

被申込者ガ承諾ヲ爲スヤ否ヤハ全然其任意ナルヲ原則トス。然レドモ場合ニ依リテハ被申込者ガ豫約¹⁷⁾ニ基キ若クハ法律ノ特別ナル規定¹⁸⁾ニ依リテ承諾ヲ爲スノ義務ヲ負擔スルコトアリ¹⁹⁾。尙此種ノ法律上ノ承諾義務ハ獨占企業上ノ行爲又ハ一定ノ資格アル者ニ限リテ爲シ得ル行爲ニ付キテ最モ多ク認メ

承諾ニ爲スノ義務

16) 同說石坂氏民法 三 五 1865。但シ氏ハ獨民ノ解釋トシテ *Oertmann* §150, 1 b ノ説ク所ト同様本條ヲ以テ解釋決定ナリトセルモ余ハ寧ロ任意法規ナリト解スルヲ正當ナリト信ズ。故ニ本條ノ適用ヲ除外スルカ爲メニハ別段ノ意思表示アルコトヲ必要トス。

17) 豫約ノ意義ニ付キテハ 35 頁以下参照。

18) 例ヘズ §269 I。

19) 尙承諾義務ハ遺言ニ因リテ發生スルコトアリ得ベシ (*Ernecke*, *vus* I §153, Anm. 13 同說)。

ラルル所ニシテ²⁰⁾、近時ノ社會政策的傾向ハ漸次此種ノ事例ヲ増加セシムルノ狀況ニ在リ。

以上承諾義務ノ存在スル場合ニ於テ其義務ハ債務ナルコトアルベク又或ハ單純義務ナルコトアルベシ。而シテ其單純義務ナル場合ニ於テハ單ニ義務違反ヲシテ違法ナラシムルノ結果ヲ生ズルニ過ギザルニ反シ、債務ナル場合ニ於テハ或ハ債務不履行ヲ理由トシテ損害賠償ヲ請求シ得ベク又或ハ第四一四條第二項ニ依リテ承諾ノ意思表示ニ代ハルベキ判決ヲ請求スルコトヲ得ベシ²¹⁾。

承諾ノ效力

第三 承諾ノ效力

承諾ハ申込ニ同意シ之ト合致シテ契約ヲ成立セシメントスル意思表示ナリ。故ニ其效力ハ申込ト合致シテ契約ヲ成立セシムルニ適スル可能性ヲ生ゼシムルニアリ。

效力發生時期

而シテ其何時ニ於テ效力ヲ生ズルカハ意思表示一般ノ效力發生ニ關スル民法總則ノ規定ニ依リテ定マラル原則トス。故ニ

對話者間ノ承諾

一 對話者ニ對スル承諾ハ申込者之ヲ了知スルニ因リテ效力ヲ生ズルヲ原則トス。但シ申込者自己ノ

20) 例ヘバ鐵道營業法 §5、公證人法 §3、執達吏規則 §10 等。
21) 此點ニ付キテハ先ニ豫約ニ付キテ説明セル所 (37頁) 參照。

故意又ハ過失ニ因リテ承諾ノ了知ヲ妨ゲタル場合ニハ第九七條第一項ノ類推適用ニ依リテ尙モ意思表示ノ完成アリタル以上敢テ相手方ノ了知ナシト雖モ承諾ノ效力ヲ生ズルモノト云ハザルベカラズ²²⁾。

二 然ルニ隔地者間ノ意思表示ヲ以テスル承諾ニ關シテハ第九七條第一項ノ規定ノ外、民法ハ別ニ「隔地者間ノ契約²⁴⁾ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立ス」(五二六¹⁾)トノ規定ヲ設ケタルガ故ニ、此二規定ノ對照上承諾ノ效力發生時期如何ニ關シテ學者ノ所說其軌ヲ一ニセザルモノアリ*)。要ヲ摘ンデ之ヲ

隔地者間ノ承諾 (第五二六條第一項)

22) 例ヘバ故意ニ耳ヲ掩ヒテ意思表示ノ了知ヲ妨ゲタル場合。反之相手方ガ覺者ナルガ爲メ意思表示ヲ了知スルノ能力ナキガ如キ場合ニハ意思表示ノ完成アリタルノミニテハ足ラズ。蓋シ此場合ニ於テハ表意者ハ未ダ了知可能ノ客觀的狀態ヲ作出シタリト云フコト能ハザルヲ以テ也 (同說鳩山氏全書ニ 207一、中島氏釋義一 297 註四、平沼氏總論 504。反對說石坂氏民法三 五 1886一、富井氏原論一 388、横田氏各論 53)。

23) 尙對話者間ノ意思表示ヲ以テスル承諾ノ效力發生時期ニ付キテ特ニ問題トナルハ競賣ノ場合也。(A) 競賣公告ガ申込ナル場合ニハ各競買申込ハ承諾ナリト雖モ其實際承諾タル效力ヲ生ズルハ競落ニヨリテ何人ノ競買申込ガ最有利ナリヤガ定マリタル時ナリ。其以前各都度ノ最有利ナル競買申込アル毎ニ停止條件附ニ契約成立スルモノト見ルベキヤ否ヤハ疑問ノ餘地アリト雖モ余輩ハ寧ロ實際何レノ競買申込ガ承諾タルカガ競落ニヨリテ定マリ其時ニ至リテ初メテ契約ノ成立ヲ來スモノ也ト解スルヲ正當也ト信ズ(停止條件的成立說石坂氏民法三 六 1965, 1973 尙他ノ更ニ有利ナル承諾アルコトヲ解除條件トシテ契約成立ストノ說アリ)。(B) 競買申込ガ申込タル場合ニハ競落ハ承諾ナルガ故ニ其表示アルト同時ニ效力ヲ生ズ。

24) 申込承諾共ニ隔地者間ノ意思表示ヲ以テ爲サレタル場合ノミナラズ申込ハ對話者間ノ意思表示又ハ廣告ヲ以テ爲サレタルモ承諾ノミ隔地者間ノ意思表示ヲ以テ爲サレタル場合ヲモ包含ス (同說神戶氏全書 八 280, 299)。

*) 神戶氏「承諾論」志林一七 九、一〇、一一、一二、一八

大別スレバ即チ下ノ如シ。

學說

一) 承諾ハ第九七條第一項ノ規定ニ從ヒ到達ニ因リテ初メテ其效力ヲ生ズレドモ其效力ハ第五二六條第一項ニ依リテ發送ノ時ニ遡及シ其結果契約ハ承諾發送ノ時ニ成立ストスル説²⁵⁾。

二) 承諾ハ發信ト同時ニ效力ヲ生ジ契約亦此時ニ成立スレドモ若シ其發信セラレタル承諾ガ申込者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解スベシトスル説²⁶⁾。

三) 承諾ハ發信ト同時ニ確定的ニ其效力ヲ生ジ契約亦之ト同時ニ確定的ニ成立スルモノニシテ承諾ガ到達スルヤ否ヤハ契約ノ成立ニ對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

二、鳩山氏「承諾ノ效力發生時期」新報 二六 九 一。

25) 神戸氏前掲及全書 八 274—、石坂氏民法 三 五 1874—、岡松氏内外 四 五 169。神戸石坂兩氏ノ説明ハ其立言法ヲ異ニスルガ故ニ一見異別ノ説ナルガ如キモ神戸氏 298 ノ記述ト石坂氏 1880 ノ記述トヲ對照スルトキハ全然同一ノ思想ヲ抱持スルモノト解セザルヲ得ズ唯兩氏ノ異ナル所ハ石坂氏ハ承諾ノ到達ヲ以テ法定ノ停止條件ナリト説明スルニ反シ神戸氏ハ此説明方法ヲ非ナリトスルノ點ニ存ス。尙本説ニ類似スル者ハ承諾ハ到達ニ因リテ效力ヲ生シ從ヒテ契約亦此時ニ成立スレドモ特ニ法律ノ規定ニヨリテ承諾發送ノ時ニ成立シタリト看做サルモノ也トスル説ナリ。此説ハ獨逸商 Art. 321 ノ解釋トシテ Regelsberger, civilrechtliche Erörterungen 45—; Endemann, Handbuch 2 456 等ノ主張スル所ニシテ瑞貴 Art. 10 亦此見解ニ從ヘルモ、民法ノ解釋トシテハ明カニ §526¹ ノ文字ト低觸スルガ故ニ(神戸氏 293—參照)吾國ニ於テ此説ヲ爲ス者ナシ。

26) 鳩山氏前掲。

テ申込ヲ爲シ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ハ契約ハ承諾ノ通知ガ申込者ニ到達スルニ因リテ初メテ成立シ而シテ其效果ハ發信ノ時ヨリ生ズトスル説²⁷⁾。

此等ノ三說中余輩ハ第三說ノ原則トシテ主張スル所即チ承諾ハ發信ト同時ニ確定的效力ヲ生ズトスルノ論ニ賛成スルモノニシテ而カモ同說ト異ナリテ承諾期間ノ定メアル申込ニ付キテモ亦何等ノ例外ヲ認メザル也。其理由下ノ如シ。

異説ニ對スル批評ト自説ノ理由

1) 積極的理由 (イ) 民法第五二六條第一項ガ「隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立ス」ト明言シ、又第五二七條ガ承諾通知發信後ニ到達セル申込撤回ハ何等ノ效力ヲ生ゼザルベキコトヲ規定セルノ點ヨリ見レバ、民法上契約ノ成立時期ハ承諾通知發信ノ時ニアルコト明瞭ナリト云ハザルベカラズ。而シテ契約ハ申込及ビ承諾ノ二者ニ依リテ構成セララルモノナレバ契約有效ニ成立スルガ爲メニハ申込及ビ承諾共ニ其效力ヲ發生セルコトヲ必要トス 果シテ然ラバ隔地者間ノ意思表示ヲ以テスル承諾ノ效力發生時期ハ承諾通知發信ノ時ニ在リト云

積極的理由

27) 横田氏各論 67—、土方氏債權原因論 81、96。

ハザルベカラズ。故ニ承諾ニ付キテハ第九七條第一項ノ原則規定ハ其適用ヲ排除セラルルモノトス。

(□)承諾期間ノ定メアル申込ニ關スル第五二一條第二項ノ規定ハ單ニ期間内ニ承諾到達セザルトキハ申込其效力ヲ失フベキコトヲ規定スルニ過ギズシテ承諾ノ效力消滅ニ關シテハ何等規定スル所ナシ。而シテ第五二二條ハ單ニ承諾延着ノ爲メ承諾者ノ蒙ルコトアルベキ損害ヲ豫防スルノ目的ヲ有スルニ過ギズ²⁸⁾。尙又第五二四條ハ單ニ申込ノ拘束力存続期間ヲ定ムルモノタルニ過ギザル也²⁹⁾。故ニ此等ノ規定ヲ根據トシテ承諾ハ到達スルニ因リテ初メテ確定的效力ヲ生ズルモノ也ト説クハ正當ニアラズ。

反對説ニ
對スル批
評

2) 反對説ニ對スル批評 (1) 第一説ハ承諾到達スルトキハ其效力發信ノ時ニ遡リテ發生スト云ヘルモ是レ第九七條第一項ハ隔地者間ノ意思表示ノ凡

28) 石坂氏民法 三 五 1879 ハ若シ民法ガ純然タル發信主義ヲ採リ從ヒテ一旦發信シタル以上全然到達セザルコトアルモ毫モ差支ナシトスルニアリトセバ本條ガ特ニ承諾延着ノ場合ニ延着通知ヲ發スベキコトヲ命ズルノ理由ヲ解スルコト能ハズト説ケルモ、本條存在ノ理由ハ承諾延着ハ §521 II ニヨリテ申込ノ效力ヲ消滅セシムベク而シテ其結果ヲ其ママニ放置スルトキハ承諾者之ヲ知ラザルガ爲メ損害ヲ蒙ルノ虞アルガ故ニシテ特ニ §522 ノ要件具備ノ場合ニ限リテ申込者ニ延着通知義務ヲ負ハシムルハ申込者ニ不當ノ負擔ヲ爲サシメザル程度ニ於テ承諾者ノ損害ヲ豫防センガ爲メ也。

29) 石坂氏民法 三 五 1881 ハ §524 ガ「承諾ヲ受クルニ相當ナル期間」ト云ヘルハ承諾ノ效力發生ニハ到達ヲ要スルノ證ナリト云ヘルモ是レ單ニ申込者ニ對シテ其申込ヲ撤回シ得ルヤ否ヲ決スルノ標準ヲ與フルノ意義ヲ有スルニ過ギズ。

テニ付キテ例外ナク適用セラレザルベカラズトスルノ獨斷的前提ヨリ生ズルノ結果也。神戸氏ハ契約ノ成立ト承諾ノ効力發生トガ全然別個ノ觀念ニシテ兩者ガ其時ヲ同ジウセザルベカラズトスルノ理法的原則ナキコトヲ前提トシテ第五二六條第一項ハ單ニ契約ノ成立ノミニ關スルモノ也ト説ケリト雖モ、其前提ノ正當ナルコトハ毫モ其結論ヲ正當ナラシムルモノニアラズ。何トナレバ第五二六條第一項ノ文字ガ單純ニ「隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立ス」ト云フニ過ギズシテ毫モ承諾ノ效力遡及ノコトヲ言バザルノ點ヨリ見レバ既ニ1ノイニ於テ述ベタル所ニ從ヒテ法文ニ所謂契約ノ成立ハ同時ニ承諾ノ効力發生ヲ意味スルモノト解スルヲ穩當トスベケレバ也。次ニ又石坂氏ハ第五二一條第二項、第五二二條、第五二四條等ノ規定ヲ理由トシテ承諾效力ヲ生ズルガ爲メニハ必ズ到達ヲ要スト爲シ、而シテ此結果ト第五二六條第一項ノ文字トヲ對照スルトキハ(吾民法ハ到達ヲ法定ノ停止條件トスル發信主義ヲ採用セルモノナルコト明也ト説ケルモ、此論ノ不當ナルコト既ニ1ノ□ニ説ケル所ニヨリテ明ナルノミナラズ、承諾ノ遡及効ニ依リテ説明ヲ爲サントスルガ如キハ法文上何等ノ根據ヲ有セザル窮説

也。(ロ) 第二説ハ第五二六條ヲ解シテ同時ニ承諾ノ效力發生時期ヲモ定ムルモノ也ト説ケル點ニ於テ正當ナリト雖モ、尙別ニ承諾ノ到達ヲ要求セルノ點ニ於テ不當ナリ。鳩山氏ハ承諾ニシテ若シ發信ト同時ニ確定的ニ其效力ヲ生ズルモノトセバ爾後申込ノ效力ノ消滅ヲ認ムルノ餘地ナシトノ理由ニヨリテ第五二一條第二項ハ申込ノ效力消滅ヲ規定スルノミナラズ同時ニ承諾ノ效力消滅ヲモ規定セルモノ也ト説キ以テ民法ハ純粹ナル發信主義ヲ採レルモノニアラズト主張セルモ、同項ノ文字ハ直接申込ノ效力消滅ノミニ關スルヲ以テ特ニ論理ノ必至的要求ナキ限リ同時ニ承諾ノ效力消滅ヲモ規定スルモノト解スルハ寧ロ不當也。氏ハ一旦契約成立セル以上爾後申込ハ消滅スルコトアルベカラズト云ヘルモ³⁰⁾、法律ガ特ニ明文ニヨリテ其結果ヲ認ムルコトヲ妨グベキ理法的原則果シテ何レニアリヤ。法文既ニ之ヲ明定ス、何ゾ別ニ理ヲ説イテ其論理的不能ヲ主張スルノ餘地アラシヤ。(ハ) 次ニ第三説ノ原則トシテ主張スル所ハ余其正當ナルコトヲ認ムト雖モ、承諾期間ノ定メアル申込ニアリテハ申込者ハ期間内ニ承諾ノ通知到達スルコトヲ以テ契約成立ノ條件トナシタルモノ

30) 前掲 11-12

ナレバ契約ハ承諾ノ發信ノミニテハ未ダ確定的ニ成立セズ其到達アルニ因リテ初メテ確定的ニ成立シ而シテ其效果ハ發信ノ時ニ遡及ストスルノ論ハ余其正當ナル所以ヲ知ラズ。蓋シ承諾期間ノ定メヲ爲シテ申込ヲ爲ス者ハ單ニ其期間内ニ限リテ申込ノ效力ヲ維持スルノ意思アルコトヲ表示スルニ過ギズ、而シテ第五二一條第二項ハ此意思表示アル場合ニハ期間内ニ承諾到達セザルコトヲ理由トシテ申込ノ效力消滅スルコトヲ規定スルモノタルニ過ギザルガ故ニ、特ニ此場合ニ限リテ第一説ト同一論法ヲ以テ第五二六條第一項ヲ説明セザルベカラザルノ理存在セザルヲ以テ也。殊ニ若シ論者ノ主張スルガ如ク承諾期間ノ定メヲ爲シテ申込ヲ爲ス者ハ特ニ承諾ノ到達ヲ以テ契約成立ノ要件トスルノ意思アルモノ也ト假定セバ其意思ハ又同時ニ第五二六條第一項ノ適用ヲモ排斥スベキノ理也。然ルニ一方ニ於テ如上ノ意思解釋ヲ爲シツツ而カモ尙第五二六條第一項ノ適用アルコトヲ主張スルガ如キハ全然不徹底ノ論也。

3) 公平上ノ理由 (イ) 上述ノ如ク承諾ハ發信ト同時ニ確定的效力ヲ生ズルモノ也トセバ一旦發信シタル承諾ハ其到達前ト雖モ最早之ヲ撤回スルコト能ハザルノ理也³¹⁾。上述第一説ノ論者ハ此結果ヲ不

公平上ノ理由

當ナリト説ケルモ³²⁾、承諾發信後ハ撤回權アル申込者ト雖モ最早其申込ヲ撤回スルコト能ハザルヲ原則トスルコト³³⁾第五二七條ノ規定ニヨリテ明カナルヨリ見レバ承諾者亦之ト同時ニ其承諾ヲ撤回シ得ザルコトトナルハ寧ロ頗ル公平ニシテ何等ノ不當アルコトナキ也³⁴⁾。(□) 次ニ又如上ノ議論ノ當然ノ結果トシテ余輩ハ承諾ハ一旦發信シタル以上縱令全然到達セズトスルモ毫モ其效力ヲ妨ゲラレザルコトヲ主張ス³⁵⁾、而シテ此結果ハ實際上毫モ不當ニアラズ。元來發信主義ト到達主義トハ兩者各或ル程度ノ長所ト短所トヲ有ス。即チ發信主義ハ表意者ガ發信ト同時ニ安ンジテ直チニ其實行ニ着手シ得ルガ爲メ取引ノ敏活ヲ計リ得ルノ長所³⁶⁾ヲ有スルト同時ニ相手方ガ全然意思表示ノ存在乃至内容ヲ知ラズ若クハ

31) 同説鳩山氏前掲 17一、梅氏民法原理 352 等、反對説石坂氏民法 三 五 1882, 1885、神戸氏全書 八 297。尙岡松氏前掲ハ承諾ノ效力發生時期ニ付キテ石坂神戸兩氏ト同説ナルニ拘ハラズ一旦發信シタル承諾ノ撤回ヲ認メズ。

32) 石坂氏 1885

33) 此點ニ付キテハ 62—63 頁參照。

34) 同説鳩山氏 19。梅氏民法原理 353 ニ記載スル所ニヨレバ實業家多數ノ意見モ撤回ヲ許サザルヲ正當トスルニアリシト云フ。

35) 勿論 § 521^{II}ノ適用ニヨリ申込週及的ニ效力ヲ失フガ爲メ承諾亦其實用ヲ表ハサザルコトアルコト既ニ之ヲ上述セリ。故ニ假ニ以上ノ結果ヲ不當ナリトスルモ其結果ハ承諾期間ノ定ナキ申込ニ付キテノミ發生ス。

36) 此長所アルコトニ付キテハ民法修正案理由書第五二三條理由ニ表ハレタル商業會議所及ビ實業家ノ意見參照。

知り得ザル間ニ意思表示ヲシテ效力ヲ生ゼシムルガ爲メ相手方ニトリテ不利益ナル結果ヲ生ズルノ短所ヲ有スルニ反シ、到達主義ハ全然之ト反對ノ諸點ニ於テ長所短所ヲ有スルガ故ニ二主義ノ優劣ハ一概ニ之ヲ決スルコト能ハズ。而シテ解除、取消、追認等ノ如キ單獨行爲ヲ構成スル一方的意思表示ニアリテハ相手方全然之ヲ豫期シ得ザルガ故ニ取引ノ敏活ヲ犠牲ニ供シテ相手方ノ利益ヲ保護スルコト素ヨリ理由アリト雖モ、契約ノ承諾ハ本來申込者自身ノ誘發セル所ニシテ寧ロ承諾アランコトヲ豫期セルモノナルガ故ニ相手方ノ利益ト取引ノ敏活ニヨル利益トヲ較量スルトキハ後者ヲ犠牲ニ供シテマデ前者ヲ保護スルノ理由存在セズ。殊ニ近時社會ノ進歩ハ一方ニ於テ益々取引ノ敏活ヲ要求スルト同時ニ他方ニ於テ漸次通信機關ノ完備ヲ來シテ信書ノ紛失スルガ如キハ稀有ノ事例タルニ至ルベキガ故ニ民法ガ一般原則トシテ到達主義ヲ採用スルト同時ニ承諾ニ付キテノミ特ニ例外トシテ發信主義ヲ採用セルハ正ニ適當ナル態度ト云ハザルベカラズ³⁷⁾。

37) 同説中島氏釋義 — 297 註三、梅氏民法原理 342—(氏ノ説ハ實質ニ於テハ本文ニ同クト雖モ形式ニ於テハ獨リ承諾ニ付テノミナラズ廣ク發信主義ヲ以テ原則トシ而シテ別ニ例外ヲ設クモシト云ヘリ)。反對石坂氏 三 五 1886。

以上ノ研究ニヨリテ余輩ハ民法上承諾ノ效力發生時期ハ其通知發送ノ時ニアリ、從ヒテ一旦發送シタル以上最早之ヲ撤回スルコト能ハザルヲ知レリ。故ニ隔地者間ノ契約ハ承諾通知發送ノ時ニ成立スルモノト云フベク、而シテ第五二一條第二項ニ於ケルガ如ク申込ガ後ヨリ遡及的ニ其效力ヲ失ヘルトキハ契約亦初メヨリ全然存在セザリシト同一ノ結果ヲ生ズルモノトス。

第五二六條第二項ノ場合ノ承諾ノ效力發生時期

尙以上ト異ナリテ第五二六條第二項ノ場合ニハ特ニ承諾ノ通知ヲ要セザルモノナレバ、承諾ノ意思表示ハ其完成ト共ニ效力ヲ生ズベキコト既ニ上述セル所ノ如ク、其他申込者ノ意思表示若クハ豫約ニ基キ又ハ取引ノ慣習ニ於テ承諾ノ方法ヲ輕易ニセルトキハ承諾ハ其方法ノ完成ニ因リテ效力ヲ生ズベシ。尙又特ニ當事者ガ承諾ハ其通知ノ到達ニヨリテ初メテ效力ヲ生ズベキコトヲ定メタルトキハ之レ亦第五二六條第一項ノ適用ヲ排除スベキコト勿論ナリ。

第五二六條第一項ニ對スル反對ノ定メハ有效ナリ

契約ノ成立時期

第二款 契約ノ成立時期

契約ハ以上ノ成立要件完備スルニ依リテ成立ス、從ヒテ其成立時期ハ一切ノ成立要件ガ完全ニ成立シタル瞬間ニ在リ。故ニ通常ノ諾成契約ハ其構成分子タル意思表示中最後ニ效力ヲ生ジタルモノノ效力發

生時期ヲ以テ其成立時期トス。例ヘバ對話者間ノ契約ハ承諾ノ意思表示ガ申込者ニ依リテ了知セラレタル時ニ成立スルヲ原則トスベク、隔地者間ノ契約ハ原則トシテ承諾通知ヲ發送シタル時ニ成立シ(五二六¹⁾)、唯第五二六條第二項ノ場合其他當事者ノ意思表示若クハ特別ノ慣習ヲ以テ別段ノ承諾方法ヲ定メタル場合ニ於テハ其方法ノ完成セル時ニ成立スベシ。尙要物契約ハ其物的要素ガ既ニ承諾ノ效力發生以前ニ完備セルトキハ承諾ノ效力發生ノ時ニ成立シ其以後ニ至ツテ完備セルトキハ其時ヲ以テ初メテ成立スベシ。

第三款 契約成立ノ場所

一 法例第七條ニ曰ク「法律行為ノ成立及ビ效力ニ付テハ當事者ノ意思ニ從ヒ其何レノ法律ニ依ルベキカヲ定ム」當事者ノ意思ガ分明ナラザルトキハ行為地法ニ依ル」ト、又第八條ニ曰ク「法律行為ノ方式ハ其行為ノ效力ヲ定ムル法律ニ依ル」行為地法ニ依リタル方式ハ前項ノ規定ニ拘ハラズ之ヲ有效トス(下略)」ト。而シテ同様ノ問題ハ一國內ノ互ニ法律

契約成立ノ場所
成立場所ヲ定ムルノ實益

1) 從ヒテ又交叉申込ノ場合ニハ當事者双方ノ意思表示共ニ效力ヲ生ジタル時即チ双方共ニ相手方ニ到達シタル時ニ成立スルモノトス。蓋シ此場合ニ付テハ特ニ §526¹ ノ如キ別段ノ規定存在セザルヲ以テナリ。

ヲ異ニスル各地方相互間ニ付キテモ亦發生スベキニ拘ハラズ現行法上此種ノ問題ヲ解決スベキ何等直接ノ法規存在セザルガ故ニ其取扱ヲ如何ニスベキカハ頗ル困難ナル問題ニ屬ス。元來法例ハ内外法律ノ抵觸ヲ解決スルガ爲メニ設ケラレタル法規ナリト雖モ此種ノ問題ハ關係法規ガ外國法ナリヤ内國法ナリヤニ因リテ根本的ニ其法律上ノ取扱ヲ異ニセザルベカラザルノ理由存在セザルガ故ニ如上ノ法規ハ性質ノ許ス限リ内國法抵觸ノ場合ニモ亦之ヲ類推適用スルヲ正當トスベシ¹⁾。果シテ然ラバ國際私法上ニ於テモ又内國法抵觸ノ問題ニ付イテモ法律行爲殊ニ契約ノ行爲地即チ成立場所如何ヲ定ムルハ重要ナル價值ヲ有スル問題ノ一也。

成立場所
ハ如何ニ
シテ定マ
ルカ

ニ 元來純理上ヨリ論ズレバ契約成立ノ場所ハ契約成立ノ時期ニ依リテ定マルヲ原則トセザルベカラズ²⁾。蓋シ契約ハ其最後ノ要素完備スルニ因リテ成立スルモノナレバ也。故ニ隔地者間ノ契約ニ在リテ

1) 同說山口氏日本國際私法論二版 77一、勝部氏「國內地方特別私法適用規則」京法 七 四 62一、一〇 1一。尙學者ニヨリテハ内國法抵觸問題ニモ法例ノ當然適用ヲ認メントスル者之ナキニアラズト雖モ(田氏「外國ト外國法」國際法雜誌 一〇 四 1一)法例ノ用語ガ此種ノ解釋ト相容レザルコト及ビ内外國法ノ抵觸ト内國法ノ抵觸トノ間ニハ尙多少性質ヲ異ニスルノ點アルコト等ヨリ考フレバ當然適用說ハ正當ニアラズ。

2) 同說石坂氏民法 三 五 1874。獨逸ノ通說亦同說也 (Goldmann-Lilienthal 1 156; Planck-Flad 1 285; Staudinger-Riezler 1 561 usw)

ハ承諾通知發送地ヲ以テ成立地ト爲スベク³⁾、對話者間ノ契約⁴⁾ニ在リテハ申込者ノ所在地ヲ以テ成立地ト爲スベシ⁵⁾。然ルニ法例ハ特ニ明文ヲ設ケテ「契約ノ成立及ビ效力ニ付テハ申込ノ通知ヲ發シタル地ヲ行爲地ト看做ス若シ其申込ヲ受ケタル者ガ承諾ヲ爲シタル當時申込ノ發信地ヲ知ラザリシトキハ申込者ノ住所地ヲ行爲地ト看做ス」(九¹⁾)ベキ旨ヲ定メタルガ故ニ、少クトモ契約ノ準據法如何ノ問題ニ付キテハ如上ノ理論的原則ハ實際上其適用ナク獨リ内外法抵觸ノ場合ノミナラズ國內法抵觸ノ場合ニモ亦本規定ノ適用又ハ類推適用アリト解セザルベカラザル也。尤モ交叉申込ノ場合ニ付キテハ法例亦何等ノ規定ヲ爲サザルガ故ニ此場合ニ於ケル契約ノ成立場所ハ如上ノ一般原則ニ從ヒテ後ニ到達シタル申込ノ到達地ニアリト云ハザルベカラズ。然レドモ斯クノ如キハ頗ル偶然ナル事情ニヨリテ行爲地ヲ定メシメ從ヒテ又準據法ヲ定メシムルノ結果ヲ生ゼシムル所以ニシテ、法例第九條第二項ガ常ニ申込ノ發信地又ハ申込者ノ住所地ヲ行爲地ト爲セルニ比スレバ

法例第九
條第二項

3) 蓋シ民法上隔地者間ノ契約ハ承諾通知ノ發送ト共ニ成立スル也。同說梅氏志林 一〇 五 62。

4) 勿論問題ハ電話ヲ以テ承諾ヲ爲セル場合ニノミ發生ス。

5) 蓋シ隔地者間ノ契約ハ申込者承諾ヲ了知スルニヨリテ成立スルヲ原則トスレバ也。同說岡松氏内外 一 五 166。

其結果頗ル不當ナリト云ハザルベカラズ。此點宜シク將來別ニ規定ヲ設クルヲ可トスベシ。

第四節 契約ノ效力

第一款 總 說

成立ト同時ニ效力ヲ生ズルヲ原則トス

一 契約ハ法律行爲一般ト同ジク其成立ト同時ニ效力ヲ生ズルヲ原則トス。但シ場合ニヨリ特ニ效力ノ發生ヲ停止スベキ事情アルトキ例ヘバ其契約ガ停止條件若クハ始期附ナルトキハ其事情ノ除去ニヨリテ始メテ效力ヲ生ズベク、從ヒテ此場合ニハ成立時期ト效力發生時期トガ同一ナラザルノ結果ヲ生ズルモノトス。

效力發生條件

二 尙契約成立スルモ其内容ガ下ノ諸要件ヲ具備セザルトキハ效力ヲ生ゼズ。

違法ナルコト

1) 内容ガ適法ナルコト 契約ノ目的トスル所ガ善良ノ風俗公ノ秩序若クハ強行法規ニ違反シタルトキハ何等ノ效力ヲ發生セシムルコトナシ¹⁾ (九〇、九一)。

1) 然レドモ單ニ行政上ノ取締ノ目的ヲ以テ或ル種ノ契約ヲ締結シタル場合ニハ一々之ヲ届出ヲ爲スベキ旨ノ行政規則存在スル場合ニ當事者之ニ 違背スルコトアルモ 必ズシモ契約ノ無効ヲ來スモノニアラズ蓋シ此種ノ規定ハ當該ノ契約ヲ禁止スルノ目的ヲ有スルモノニアラザレバ也 (大審四・八・二七民錄 二一 1411、四・一・二・二民錄 二一 2158、五・一・二九民錄 二二 66 參照)。

ロ) 給付ガ確定セルコト 契約ノ目的トスル債權ノ物體タル給付ハ確定セルカ又ハ少クトモ確定シ得ベキモノナルコトヲ要シ、然ラザルトキハ契約成立スルモ何等ノ效力ヲ生ズルコトナシ。

確定セルコト

ハ) 給付ガ可能ナルコト * (一) 全部不能 契約ノ目的タル給付ガ全部不能ナルトキハ其契約ハ全然無効ナリ。從ヒテ又停止條件若クハ始期附契約ニ於テ契約締結後條件成就若クハ始期到來前ニ全部不能ヲ生ズルトキハ契約ハ全然其效力ノ發生ヲ妨ゲラルモノトス²⁾。此原則ハ從來諸國立法例ノ均シク認ムル所ニシテ³⁾ 民法ノ解釋トシテモ亦何等ノ異論アルヲ聞カズ^{3a)}。然レドモ民法ガ此原則ヲ採用セルヤ否ヤハ一ニ成法ノ解釋ニヨリテ定マルベキ問題ニシテ從來一般學者ノ說クガ如ク純粹ナル論理上ノ問題ニアラズ⁴⁾。而シテ余輩ハ解釋論トシテ民法亦

可能ナルコト 全部不能ノ場合

*) 拙稿法協三四 三 4一、四 47一。

2) 蓋シ此場合ニ於テモ契約締結前ノ不能ノ場合ト 同様ニ債權ノ發生前ヨリ履行不能ナルコト確定セルヲ以テ也 (3535¹⁾ 參照)。此點ニ關スル詳細ハ後ニ雙務契約ノ部ニ於テ説明スベシ。

3) 羅馬法ノ Impossibilium nulla est obligatio ナル原則ヨリ出テタルモノニシテ獨民 §306、瑞債 Art. 20、埃民 §878、舊民財取露 §43¹ 等ハ凡テ之ヲ明言セリ。

3a) 學者間何人モ異論ヲ爲ス者ナシ。大審三・一一・二七民錄 二〇 991 亦同論。

4) 理由ノ詳細ハ前掲拙稿 三 6一參照、然ルニ從來一般學者ノ此原則ヲ説明スル者ハ寧ロ之ヲ以テ自明當然ノ理ナリト爲セルモノノ如シ (石坂氏研究 二 292、同氏民法 三 五 1782、川名氏債權 111、横田氏總論 56 等)。

同様ノ原則ヲ採用セルコトヲ主張スルモノナリ⁵⁾。
 尙雙務契約ニ於ケル一方ノ債務ガ履行不能ナルトキ
 ハ他方ノ債務モ亦發生セザルコト雙務契約ノ性質上
 當然ニシテ此點ハ更ニ雙務契約ノ部ニ於テ詳説スベ
 シ。(二) 一部不能 以上ト異ナリテ一部不能ノ場
 合ニ於テハ契約ガ片務契約ナリヤ雙務契約ナリヤニ
 ヨリテ結果ヲ異ニセザルベカラズ。即チ(1) 片
 務契約ニアリテハ當事者ガ不能部分ナ^リト雖モ尙契
 約ヲ締結スルノ意思アルモノト解シ得ベキ場合ニハ
 可能ナル殘存部分ニ付キテノミ效力ヲ生ズベク、反
 之斯ル意思ナキモノト認メ得ベキ場合ニハ契約ハ全
 部無効トナルベシ。而シテ意思不明ナルトキハ寧ロ
 殘存部分ノミニ付キ效力ヲ生ズルモノト解スルヲ正
 當トスベシ⁶⁾。(2) 反之雙務契約上ノ債務ノ一方
 ガ一部不能ナル場合ニアリテハ賣買ニ關スル第五六

一部不能
ノ場合

片務契約

雙務契約

5) 蓋シ(1) 民法ガ特ニ反對ノ明文ヲ掲ゲザルハ寧ロ從來ノ沿革
 ニ從ヘルモノナリト解スルヲ穩當トスベキノミナラズ。(2) 若シ原
 始不能ナルニ拘ラズ尙契約ノ成立ヲ來スモノ也トセバ必ズヤ後發不
 能ノ場合ト同様履行ニ代ハルベキ損害賠償其他解除等ノ問題ヲ生ズ
 ベキ筈ナルニ民法ガ此點ニ付キテ何等ノ規定ヲ設ケザルヨリ見レバ
 寧ロ初メヨリ契約ヲシテ效力ヲ生ゼザラシムルノ主旨ナリト解スル
 ヲ正當トスベケン也。尙理由ノ詳細ハ前掲拙稿三 10—13參照。
 6) 此種ノ推測ヲ認メ得ベキヤ否ヤニ付テハ疑問ノ餘地アリ。余
 輩ハ嘗テ之ヲ消極ニ解シタルモ(前掲拙稿三 24) 少クモ片務契
 約ニ付キテハ反對ノ意思アルコト明ナラザル限リハ殘存ノ可能部分
 ノミニテモ債權ヲ發生セシムルノ意思アルモノト解スルヲ穩當トス
 ベシ(石坂氏民法三 五 1786 同説)。

五條、第五六六條、及ビ第五七〇條ノ規定ヲ準用シ
 テ(五五九)問題ヲ決スベキモノトス⁷⁾。尙停止條件
 若クハ始期附契約ニ於テ契約ノ締結後條件成就若ク
 ハ始期到來前ニ發生セル不能ハ尙之ヲ原始不能ノ一
 場合ナリトシテ觀察スベキモノナリト雖モ民法ハ之
 ニ關シテ特ニ第五三五條ノ規定ヲ設ケテ寧ロ後發不
 能ノ場合ニ準ズヘキ取扱ヲ爲セルガ故ニ、便宜ノ爲
 メ之ガ説明ハ一般ノ後發不能ノ場合ト共ニ雙務契約
 ノ部ニ於テ之ヲ爲スベシ。

然ラバ以上ノ如キ原始不能ノ爲メ契約ガ影響ヲ受
 ケタル場合ニ之ニ因リテ損害ヲ蒙リタル契約當事者

原始不能
ニ因ル損
害賠償

7) 準用ノ根據及ビ結果ニ關スル詳細ノ説明ハ前掲拙稿三 25—
 36 參照。從來學者ハ一部不能ノ效果ヲ論ズルニ當リテ片務契約雙務
 契約ノ區別ヲ爲サザルヲ通例トセルモ(例ヘバ石坂氏民法三 五
 1784)、我民法ノ解釋トシテハ雙務契約一般ニ付キテハ §559 ノ規定
 存スルガ故ニ、賣買ノ目的物ニ關スル原始的一部不能ノ規定(§565,
 566,570)ヲ準用シテ問題ヲ決セザルベカラズ。而シテ之ヲ準用シテ
 ル結果ヲ概説スレバ即チ左ノ如シ。(一) 一部不能ハ常ニ契約ノ效
 力發生ヲ妨ゲザルモノニシテ殘存部分ノミニテハ契約ヲ締結セザル
 ベカリシコトガ推測セラルル場合ナルト否トヲ問ハズ (§565,563II,
 566I)ノ反對解釋(二) 債務者及ビ惡意ノ債權者ハ契約ヲ解除シ得ズ
 (§565,563II,566I)ノ反對解釋(三) 善意ノ債權者ハ可能ナル殘存部
 分ノミニテハ契約ヲ爲サザルベカリシコトガ推測セラルル場合ニ限
 リテ解除スルヲ得 (§565,563II,566I,570)(四) 善意ノ債權者ハ一
 部不能ノ爲メ蒙レル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得而シテ債務者ノ
 善意惡意ヲ問ハズ (§565,563III,566I,570)(五) 不能ガ目的物ノ
 分量ニ關スルトキハ善意ノ債權者ハ反對給付ノ減額ヲ請求スルヲ得
 (但シ反對給付不可分ナルトキハ此限ニアラズ)反之不能ガ目的物ノ
 性質ニ關スルトキハ縱令善意ノ債權者ト雖モ減額請求ヲ爲スコト能
 ハズ但シ損害賠償ノ請求ヲ妨ゲズ (§565,563I,566I,570)(六) 債
 權者ニ過失アリヤ否ヤハ之ヲ問ハザルヲ原則トス。

ハ相手方ニ對シテ之ガ賠償ヲ請求シ得ベキモノナリ
 ヤ否ヤ⁸⁾。是レ所謂契約締結上ノ過失⁹⁾ 又ハ消極的
 契約利益⁹⁾ ナル名稱ノ下ニ古來學者ノ最モ論議セル
 問題ノ一ニシテ學說亦從ヒテ大ニ分レタルモ 1. 不
 法行爲說¹⁰⁾、2. 契約締結上ノ過失說¹¹⁾、3. 擔保約
 束說¹²⁾、4. 絶對的責任說¹³⁾ 等何等カノ條件ノ下ニ
 賠償請求權ヲ認ムベシトスルノ點ニ於テハ學者間殆
 異論ナカリキ。而シテ現今ノ立法例中獨、奧ノ民法
 ハ共ニ特別ノ規定ヲ設ケテ賠償請求權ヲ認メ、特ニ
 規定ヲ設ケザル佛、伊、瑞等ノ法律ノ下ニ於テモ學
 者ハ一般ニ不法行爲ノ原則ニヨリテ賠償請求權發
 生スベキコトヲ認メタリ¹⁴⁾。然ルニ民法ハ此點ニ

從來ノ學
 說及立法
 例共ニ之
 ヲ認ム

*) 前掲拙稿 三四 四 47—。

8) culpa in contrahendo

9) negatives Vertragsinteresse

10) Mommsen, Unmöglichkeit (53) [原始不能ノ爲メ契約無効ナ
 ルトキハ債務者ハ自己ニ惡意 (dolus) 又ハ重過失 (culpa lata) アル
 場合ニノミ不法行爲ヲ理由トシテ損害賠償ヲ爲サザルベカラズトス
 ル説)。本説ハ獨普通法ノ下ニ於テ最モ有力ナリキ。

11) Jhering, Jahrb. f. Dog. 4 1— (契約上ノ注意義務ハ既存ノ
 契約關係ニ付キテノミナラズ、將ニ契約關係ノ成立セントスルニ當リ
 テモ亦存在ス而シテ此義務ノ違反アルトキハ契約上ノ賠償義務ヲ發
 生セシムルモノニシテ履行不能ナル給付ヲ約スルガ如キハ夫レ自身
 義務違反也トスル説)。

12) Windscheid, Pand (第五版以前) (一定ノ給付ヲ約セル者ハ其
 可能ナルコトニ付キテ相手方ニ信賴ヲ生センメタルモノナレバ其信
 賴ノ爲メニ生ズル結果ニ對シテハ暗黙ニ擔保ヲ爲セルモノ也トスル
 説 stillschweigende Garantievertrag)。

13) Windscheid 2 291 Anm. 7, 250 Anm. 5 (IX Aufl.) (給付可
 能ニシテ契約ノ有效ナルコトニ付キ信賴ヲ生センメタル者ハ過失ノ
 有無ヲ問ハズ絶對ニ責任ヲ負フベキモノ也トスル説)。

14) 拙稿前掲 四 60—參照。

關シテ何等一般的ノ明文ヲ設クルコトナキガ故ニ
 學者或ハ此種賠償請求權ノ發生ヲ否定セントスル者
 アリト雖モ¹⁵⁾、余輩ハ賣主ノ擔保責任ニ關スル第五
 六五條、第五六六條、第五七〇條等ノ諸規定ガ賣買ノ
 目的物ニ關スル一部不能ノ場合ニ認メタル賠償請求
 權ヲ以テ如上ノ性質ヲ有スルモノ也ト解スルガ故ニ
 少クトモ有償契約一般ニ付キテハ直接ノ規定アルモ
 ノト云フヲ得ベク (五五九)、而シテ斯クノ如ク民
 法ガ一部不能ノ場合ニ解除又ハ反對給付減額請求ト
 同時ニ賠償請求ヲ爲シ得ベキコトヲ認メタルハ之ヲ
 沿革上ヨリ云ヘバ舊民法財產取得篇第四三條第二項
 ノ規定¹⁶⁾ヲ繼承セルモノニシテ、舊民法ガ其外別ニ
 全部不能ノ爲メ契約無効ナル場合ニモ賠償請求權
 アル旨ノ規定ヲ設ケタルニ拘ハラズ (財取四三¹⁷⁾)
 民法中何等此點ニ關スル規定ヲ設クルコトナキガ故

舊民法ノ
 解釋

有償契約
 ノ場合

15) 石坂氏研究 二 294。

16) 「物ノ一分ノ滅失ノ場合ニ於テ買主之ヲ知ラザルトキハ買主
 ハ其選擇ヲ以テ或ハ殘餘ノ部分ガ用方ニ不十分ナルコトヲ證シテ賣
 買ヲ銷除シ或ハ割合ヲ以テ代價ヲ減少シテ賣買ヲ保持スルコトヲ得
 但此二箇ノ場合ニ於テ賣主ニ過失アルトキハ其損害賠償ヲ妨グズ」。
 此規定ハ又佛民 art. 1601^{II}ヲ繼承セルモノニシテ之レ亦羅馬法ノ 1.
 57 D. 18 1ニ出テタルモノ也。而シテ此最後ノ規定ハ獨普通法ノ下
 ニ於テ一部不能ノ凡テノ場合ヲ解決スルガ爲メ多ク學者ニ依リテ利
 用セラレタモノ也。

17) 「賣買契約ノ當時ニ於テ物が既ニ全部滅失シタルトキハ其賣
 買ハ無効ナリ但賣主ガ此滅失ヲ知リタルトキ又ハ賣主ニ之ヲ知ラザ
 ル過失アルトキハ善意ノ買主ニ對スル損害賠償ヲ妨グズ」。

ニ一見全部不能ノ場合ニハ賠償義務ヲ認メザルモノト解スベキガ如シト雖モ、若シ果シテ然リトスレバ民法ハ原始不能ノ場合ニ於ケル買主保護ノ手段中前掲財産取得篇第四三條第二項全部及ビ第一項本文ノ内容ニ相當スル原則ヲ採用セルニ拘ハラズ第一項但書ノ内容ニ相當スル原則ノミヲ認メザリシコトトナリテ頗ル權衡ヲ失スルノミナラズ、理論上ヨリ云フモ此點ニ付キテ一部不能ト全部不能トヲ區別スルハ何等ノ理由ナシト云ハザルベカラズ¹⁸⁾。加之不能給付ノ債權者ハ若シ其不能ノ事實ヲ知リタランニハ全然契約ヲ締結セザルベカリシモノナルヲ以テ債務者ノ不能不告知ハ即チ債權者ノ意思ノ自由ニ對スル侵害ト認メ得ベク、果シテ然ラバ不法行爲一般ノ原則(七〇九、七一〇)ニ依リテモ亦賠償義務ノ發生ヲ認メ得ルモノト云ハザルベカラズ¹⁹⁾。此故ニ余輩ハ民法上特ニ明文ヲ以テ認メラレタル一部不能ノ場合(五六五、五六六、五七〇)ノミナラズ更ニ又全部不能ノ場合ニ付キテモ同様ニ賠償義務ノ發生ヲ認メ得ベキコ

18) 此點ニ付キテハ前掲拙稿 四 67—73參照。

19) §710ニ所謂「自由」ハ獨リ肉體的自由ノミナラズ精神の自由ヲ包含ス。此點ニ付キテハ後ニ不法行爲ノ部ニ於テ説明スル所參照。尙債務者ノ不能ノ不告知ト債權者ガ給付ノ可能ナルコトニ信賴シタルガ爲メ損害ヲ蒙リタルコトトノ間ニ因果關係アルコトニ付テハ前掲拙稿 四 79—參照。

トヲ主張スルモノニシテ、唯前者ニ付キテハ法律特ニ債務者ノ故意過失ヲ要求セザルニ反シ、後者ニ付キテハ法律特ニ斯クノ如キ明文ヲ設ケズ而シテ不法行爲成立スルガ爲メニハ特ニ反對ノ規定ナキ限リ民法ハ原則トシテ加害者ニ故意過失アルコトヲ要求スルモノナレバ(七〇九參照)此場合ニハ尙債務者ニ故意過失アルコトヲ要スルモノト解セザルベカラズ²⁰⁾。

尙又有償契約ノ場合ノミナラズ無償契約タル贈與ニアリテモ贈與者贈與ノ目的物ニ瑕疵又ハ欠缺アルコトヲ知リテ之ヲ受贈者ニ告ゲザリシトキハ之ガ爲メ受贈者ノ蒙リタル損害ヲ賠償セザルベカラザルモノニシテ(五五一¹⁾)²¹⁾、民法ハ又更ニ本規定ヲ同ジク無償契約タル使用貸借ニモ準用スベキコトヲ定メタルガ故ニ(五九六)、同様ノ法理ハ廣ク其他ノ無償契約ニモ類推シテ之ヲ認メ得ベシ。

無償契約ノ場合

而シテ以上何レノ場合ニ於テモ賠償請求ノ範圍ハ不能ヲ知ラザリシ相手方ガ其可能ナルベキコトニ信賴シタルガ爲メニ蒙リタル損害即チ所謂消極的契約

賠償ノ範圍

20) 前掲拙稿 四 67—77ニ於テハ全部不能ノ場合ニモ債務者ニ故意過失アルコトヲ要セズト説ケルモ §709トノ關係上特ニ反對ノ明文ナキ限リ不法行爲ノ成立ニハ故意過失ノ存在ヲ必要トスルモノ也ト解スルヲ正當トスベシ。但純理上ヨリ云ヘバ此點ニ付キテ一部不能ト全部不能トヲ區別スルハ何等ノ理由ナシ。

21) 本規定ノ意義ニ付キテハ後ニ贈與ノ部ニ於テ之ヲ詳説スベシ。

利益(信賴利益)²²⁾ニ止マルベキモノニシテ積極的契約利益ニ及ブモノニアラズ。蓋シ積極的契約利益ノ請求ハ契約ノ有效ナル存在ヲ前提トスルモノナレバ也。

二 次ニ債權契約ハ一定ノ債權債務ヲ發生セシムルコトヲ目的トスルモノナレバ其因リテ發生スル效力ハ契約ノ目的トスル内容ノ債務關係ヲ發生セシムルノ點ニアリ、而シテ其如何ナル種類性質ノ債務關係ヲ發生セシムベキカハ各種ノ契約ニ付キテ素ヨリ一樣ナラズ。故ニ此等ノ點ニ關シテハ後ニ各種ノ契約ヲ説明スルニ際シテ之ヲ論ズベキモ、民法ハ特ニ雙務契約並ニ第三者ノ爲メニスル契約ノ效力ニ付キテ一般的规定ヲ設ケタルガ故ニ以下款ヲ分チテ之ヲ詳説セン。

第二款 雙務契約ノ效力
第一項 總 說

22) 消極的契約利益(信賴利益 Vertrauensinteresse)トハ積極的契約利益(positive Vertragsinteresse)即チ契約ヲ維持スルコトニ付キテ存スル利益換言スレバ契約ノ履行アルニ因リテ受クベキ利益ニ對スル名稱ニシテ初メヨリ何等契約ノ締結ナカリセバ受クベカリシ利益即チ契約ノ不締結ニ付キテ存スル利益ヲ云フモノトス。而シテ消極的契約利益ハ積極的損害即チ既存利益ノ喪失(dammum emergens)(印紙代、公證人手數料、運送費等)ニ存スルコトアリ又消極的損害即チ將來取得スベカリシ利益ノ不取得(lucrum cessans)(他ノ有利ナル契約ヲ締結スルノ機會ヲ失ヒタルコト等)ニ存スルコトアリ。尙此種ノ損害ヲ稱シテ信賴利益ト稱スル所以ノモノハ債權者ガ契約ノ有效ナルベキコトニ信賴シタルガ爲メ蒙リタル損害ナレバ也。

雙務契約トハ當事者ノ凡テヲシテ互ニ對價的關係ヲ有スル債權ヲ取得セシメ債務ヲ負擔セシムルコトヲ内容トスル契約ヲ謂フ。從ヒテ縱合當事者雙方ヲシテ債務ヲ負擔セシムベキ契約ト雖モ其債務ガ互ニ對價的關係ニ立タザルトキハ雙務契約ニアラザルコト既ニ上述セル所ノ如シ。

此故ニ雙務契約ノ效力ハ各當事者ヲシテ互ニ對價的關係ヲ有スル債務ヲ負擔セシメ債權ヲ取得セシムルノ點ニアリ。然レドモ是等ノ債權債務ノ性質及ビ相互間ノ關係如何ニ付キテハ古來立法主義及ビ學說ノ一致セザルモノアリ。殊ニ獨逸普通法ノ下ニ於テ盛ニ論議セラレタル所ニ屬ス。今其最モ主要ナルモ

雙務契約ノ意義

雙務契約上ノ債務關係ノ法律上ノ性質

學說

一) 一派ノ學者ハ曰ク、雙務契約上ノ當事者ハ各一個宛ノ債權ヲ取得ス。然レドモ此等ノ債權ハ單純ニ相手方ノ給付ヲ請求スルコトヲ内容トスルモノニアラズシテ、自己ノ反對給付ニ對シ相手方ノ給付ヲ

1) 尙此外ニ極端ナル二説アリ。(一)雙務契約ヨリ生ズル債權ハ一個ノ債權關係ニシテ當事者雙方ノ有スル債權ハ單ニ其一個ノ債權關係ノ兩面ニ過ギズ從ヒテ二者ハ其發生行使其他ノ關係ニ於テ常ニ其運命ヲ同シウストスル説(Mommsen, Unmöglichkeit (53) 347-348; Savigny, Oblig. R. (53) 2 12-13)。(二)雙務契約上ノ二個ノ債權ハ其發生ノ點ニ於テ相互的關係(genetische Synallagma)ニ立ツニ止マシ其後ノ運命ニ付キテハ互ニ全然獨立ナリトスル説(Wächter, Arch. f. civ. Prax. 15 189-190; Dernburg, Compensation (54) 75—其他摺種法協三四五 45 註 15ニ掲ゲタル諸學者)。

信託

信託

請求スルコトヲ内容トスルニ過ギズ。從ヒテ相手方ニ對シテ其給付ヲ請求スルニハ特ニ自己が先ヅ請求シ得ルノ理由アル場合ノ外既ニ自己ノ反對給付ヲ履行シ終レルカ又ハ少クモ現ニ之ヲ提供スルコトヲ必要トスト²⁾。

二) 反之他ノ學者ハ曰ク、雙務契約上ノ各當事者ノ債權ハ各單ニ相手方ノ給付ヲ請求スルコトヲ内容トスルニ過ギズ。然レドモ別段ノ合意又ハ法規ナキ限リハ自己ノ反對給付ヲ爲サズシテ單ニ唯相手方ノ給付ノミヲ請求スルコトヲ許スハ公平維持ノ點ニ於テ缺クル所アルヲ以テ法律ハ反對給付ヲ爲サズシテ相手方ノ給付ノミヲ請求スル者アルトキハ特ニ相手方ニ與フルニ反對給付ノ提供アルマデ其請求ヲ拒絕スルノ權利ヲ以テセルニ過ギズト³⁾。

吾民法ノ
解釋

然ラバ民法ハ此點ニ付キテ如何ナル見解ヲ採用セルモノト解スベキカ。之ヲ精細ニ研究スルガ爲メニ

2) 例ヘバ Keller, Jahrb. d. gem. R. 4 337—(60); Baron, Pand. §215 等尙瑞債 Art. 82; 普I, 5, §271 ハ此主義ニヨリテ立法セラレタリ。此說ニ從ヘバ相手方ノ履行ヲ請求スル債權者ガ自己ノ反對給付ヲ爲シタルカ又ハ少クモ之ヲ提供シタルコトハ其訴權發生要件ニシテ自ラ之ヲ證明スルコトヲ要シ相手方ガ之ニ對シテ未ダ反對給付ノ履行又ハ提供ナキコトヲ主張スルハ單純ナル異議 (Einwendung) ニシテ純然タル抗辯 (Einrede) ニアラズ。

3) 本說ハ獨逸普通法上ノ多數說ニシテ例ヘバ Windscheid, Pand. 2 §321, Anm. 2; Festschrift fundamentale Rechtsverhältnisse (65) 207; Vangerow Pand. 3 §60 等之ヲ唱ヘ獨逸 §320 ハ此主義ニヨリテ立法セラレタリ。

ハ左ノ三點ヲ區別シテ觀察スルコトヲ要ス。

一) 債權ノ發生 之ヲ債權發生ノ點ニ付キテ見ルトキハ各當事者ガ自己ノ債務ヲ負擔スルノ原因ハ相手方亦反對債務ヲ負擔スルコトニ存スルヲ以テ一方ノ債務ガ履行不能其他ノ原因ニ因リテ發生シ得ザル場合ニ他方ノミ獨立シテ發生スルモノトスルハ全然雙務契約ヲ締結スル當事者ノ意思ニ適合セズ。故ニ各當事者ノ債權ハ其發生ニ付キテハ互ニ相互的關係⁴⁾ニ立テルモノト解セザルベカラズ。

二) 債權ノ行使 以上ト異ナリテ一度發生シタル以後之ヲ行使スルノ點ニ付キテハ必ズシモ如上ノ不可分の關係⁵⁾ヲ認ムルノ必要存在セズ。蓋シ各當事者一定ノ給付ヲ爲サザルベカラザルハ契約ニ因リテ債務ヲ負擔シタルノ結果ニシテ相手方亦給付ヲ爲スガ爲メニアラザレバ也。勿論其給付ヲ爲スノ動機ハ相手方亦其債務ノ履行ヲ爲スコトニ存スルモノナレバ、兩者ノ間ニ全然何等ノ牽連關係ナキモノトスルハ又穩當ニアラザルガ故ニ、民法ハ上述第二說ニ從ヒテ各當事者其債權ヲ行フニハ必ズシモ自己ノ反對債務ノ履行又ハ其提供ヲ爲スコトヲ要セズ、但シ

4) genetische Synallagma

5) funktionelle Synallagma

請求ヲ受ケタル債務者ハ債權者自己ノ反對債務ノ履行又ハ其提供ヲ爲サザルコトヲ理由トシテ自己ノ履行ヲ拒絶シ得ベキコトト爲セリ(五三三)。是レ即チ同時履行ノ抗辯權ニシテ此點ニ付キテハ後ニ詳説スル所アルベシ(第二項)。

三) 債權ノ消滅 以上ノ如ク雙務契約上ノ債權ハ二個獨立ノモノナルガ故ニ一方ガ消滅セル場合ニ理論上他方モ亦消滅セザルベカラザルノ理ナシ。而シテ(イ)一方ガ辨濟其他ノ方法ニヨリ満足ヲ得テ消滅スルモ他方ガ同時ニ消滅スルノ理ナシ。蓋シ雙務契約當事者ハ雙方共之ニヨリテ一定ノ満足ヲ得ンコトヲ希望スルモノナレバ一方満足スルモ他方未ダ満足ヲ得ザルトキハ未ダ消滅スベキ理由存在セザルヲ以テナリ。(ロ) 反之一方ノ債務ガ履行不能ノ爲メ消滅シテ満足ヲ得ザリシ場合⁶⁾ニ他方ハ尙依然トシテ存續スベキヤ否ヤハ疑問ナリ。而シテ民法ハ不能ガ當事者何レノ責ニモ歸スベカラザル事由ニ因リテ生ジタル場合ニ關シテハ契約ノ種類如何ヲ區別シテ、或ハ他方ノ債務ハ依然トシテ存續スト謂ヒ(五三四¹⁾)、又或ハ他方ノ債務モ亦消滅スト謂ヘル

6) 履行不能ノ原因ガ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ナルトキハ債務ハ以後損害賠償債務トナリテ存續スルガ故ニ茲ニ問題トナルハ債權者ノ責ニ歸スベキ事由又ハ當事者何レノ責ニモ歸スベカラザル事由ニ因リテ不能ヲ生ジタル場合也。

ガ故ニ(五三六¹⁾)、民法ハ原則トシテ存續說消滅說ノ何レヲ採用セルモノナリヤ頗疑問ナリト雖モ、第五三六條ハ第五三四條ニ對シテ原則規定タル關係ニ立テルコト同條ノ文字ニヨリテ明カナルガ故ニ寧ロ消滅說ヲ原則トスルモノナリト解スルヲ正當トスベシ⁷⁾。反之不能ガ債權者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ生ジタルトキハ他方ノ反對債務ハ消滅セザルモノトス(五三四¹⁾、五三六¹⁾)。蓋シ若シ消滅スルモノトスルトキハ債權者ハ自己ノ反對債務ヲ免レンガ爲メ故意ニ債務者ノ債務ヲ履行不能ニ陥ラシムルガ如キコトアリ得ベキヲ以テナリ。斯クノ如ク後發的不能ガ雙務契約ニ對シテ如何ナル影響ヲ及ボスカノ問題ハ更ニ後ニ之ヲ詳説スベシ(第三項)。

第二項 同時履行ノ抗辯⁸⁾ *

「雙務契約當事者ノ一方ハ相手方ガ其債務ノ履行ヲ提供スルマデハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得」(五三三前段)。故ニ雙務契約上ノ一當事者ガ自ラ反對給付ノ提供ヲ爲サズシテ相手方ニ其給付ノ請求ヲ爲セルトキハ相手方ハ之ニ對シテ同時履行ノ抗辯ヲ

同時履行
ノ抗辯

第五三三
條

7) 拙稿法協三〇六 121—参照。

8) 石坂氏ハ「契約不履行ノ抗辯」ナル名稱ヲ用フレドモ我國一般ノ用例ニアラズ。Einred des nicht erfüllten Vertrages, Exception non adimpleti contractus, Exception non adimpleti contractus (Exception tirée de l'inexécution)

* (石坂氏「契約不履行ノ抗辯論ズ」新報二五七 1—、八 28—。

對抗シ得ルモノトス。

性質

第一 同時履行ノ抗辯權ノ性質

抗辯權ナリ

一 抗辯權ニシテ單純ナル請求權ノ否認ニアラズ。

此點ニ關シテハ古來二種ノ學說アリ。上述セル雙務契約上ノ債務ノ性質ニ關スル學說中第一說²⁾ハ請求者ガ自己ノ反對給付ヲ提供スルコトハ自己ノ請求ヲ爲スノ要件ナリトスルガ故ニ、此說ニ從ヘバ反對給付ノ提供ヲ伴ハザル請求ハ法律上當然ニ何等ノ效力ヲ有セズ、從ヒテ被請求者ハ何等ノ抗辯ヲ用ヒズシテ請求ヲ拒絕シ得ルモノニシテ所謂同時履行ノ抗辯ハ真正ノ抗辯³⁾ニアラズト云ハザルベカラズ。反之第二說ハ請求者ガ反對給付ヲ提供スルコトハ毫モ請求ノ要件ニアラズ、而シテ同時履行ノ抗辯權ハ特ニ公平上ノ理由ニヨリテ請求者反對給付ノ提供ヲ爲ス迄被請求者亦自己ノ給付ヲ拒絕スルコトヲ得シムルガ爲メニ認めラレタルモノナリトスルガ故ニ此說ニ從ヘバ同時履行ノ抗辯權ハ眞ノ抗辯權タル性質ヲ有スト云ハザルベカラズ。

而シテ吾民法ハ此中第二說ヲ奉ズルモノナルコト

2) 尙第一項註1ニ掲ゲタル極端說中前說亦同様ノ說ヲ爲セリ。
3) Einrede

第五三三條ノ文字ニヨリテ明カナリ⁴⁾。蓋シ同條ハ單ニ被請求者ニ與フルニ拒絕權ヲ與ヘタルニ過ギズ、而シテ拒絕權ハ常ニ有效ナル請求アルヲ前提トシテ存在スルモノナレバ也。加之立法論トシテモ被請求者ガ請求ニ應ズルヤ否ヤハ一ニ之ヲ本人ノ意思ニ任スル適當トスベク強ヒテ反對給付ノ提供ヲ伴ハザル請求ハスベテ請求ノ效力ナキモノトスルハ穩當ニアラザルガ故ニ第二說ヲ以テ適當トスベシ。

二 停止的抗辯權(延期抗辯權又ハ一時抗辯權トモ云フ)ニシテ否定的抗辯權(永久抗辯權トモ云フ)ニアラズ。

停止的抗辯權ナリ

同時履行ノ抗辯權ハ請求者亦反對給付ヲ提供スルマデ履行ヲ拒絕スルコトヲ内容トスルニ過ギズシテ請求權其モノノ效力ヲ永久的ニ否定スル效力ヲ有スルモノニアラザルガ故ニ停止的抗辯權ニ過ギズシテ否定的抗辯權ニアラズ。

三 然レドモ訴訟上ニ於テハ一般ノ停止的抗辯權ノ如ク被告之ヲ行使スルトキハ之ニ因リテ訴却下セラルルノ效果ヲ生ズルモノニアラズシテ、單ニ「原告ノ履行提供ト引換ヘニ履行ヲ爲スベシ」トノ制限

留置的抗辯權ナリ

4) 同說石坂氏民法 三六 2037、村上氏各論 187、橋田氏各論 104、岡松氏理由 三 463、土方氏債權原因論 134、大審 四四・六一三民錄一 392 等。

附原告勝訴ノ判決ヲ爲サザルベカラザルノ效果ヲ生ズルニ過ギズ。故ニ同時履行ノ抗辯權ハ留置的抗辯權⁵⁾ノ一種ニ屬ス。

被告ガ同時履行ノ抗辯ヲ主張セル場合ニ裁判所ハ果シテ訴ヲ却下スベキモノナリヤ又ハ如上ノ制限附勝訴判決ヲ爲スベキモノナリヤニ付キテハ民法上何等ノ規定ナシ⁶⁾。然レドモ(一)同時履行ノ抗辯權ハ單ニ請求者亦反對給付ヲ提供スルニアラザレバ履行ヲ拒絶シ得ベキコトヲ認ムルニ過ギザルガ故ニ之ヲ主張スル被告ハ之ニヨリテ原告ノ請求ヲ否認スルモノニアラズシテ單ニ原告モ亦債務ヲ負擔セルガ故ニ之ガ履行ヲ爲スニアラザレバ自己ノミ先ヅ履行セザルベカラザルノ理ナキコトヲ主張スルニ過ギズ。從ヒテ裁判所抗辯ヲ認メタルトキハ訴ノ却下ヲ爲サズシテ制限附勝訴判決ヲ爲スヲ以テ被告ノ定質的要求ニ適合スルモノト爲サザルベカラズ。(二)又原告ハ被告若シ抗辯ヲ主張スルニ於テハ自己ノ反對給付ヲ提供スルニアラザレバ請求ヲ貫徹シ得ザルノ地位ニアルモノナレバ又其請求中ニハ被告若シ抗辯ヲ主

5) Retentionsinrede, Einrede der Zurückbehaltung

6) 獨普通法上ニ於テモ學說分レタルガ通説ハ寧ロ後説ヲ採レリ(André, Einrede des nicht erfüllten Vertrages (90) 129—)。而シテ現行獨民亦此説ニ從ヘリ(§322)。

張スルニ於テハ自己ノ反對給付ヲ提供シテ素志ヲ貫カントスルノ意思ヲ包含スルモノト云ハザルベカラズ。從ヒテ此理由ヨリ云フモ制限附勝訴判決ヲ爲スヲ以テ最モ穩當ナリト信ズ。(三)加之實際上ノ結果ヨリ云フモ同時履行ノ抗辯アリタル場合ニ訴ヲ却下スベキモノトスルトキハ原告ハ更ニ履行ヲ提供シテ再ビ訴ヲ提起スルコトヲ要シ畢竟不必要ニ原告ヲ苦シムルノ結果トナルベシ⁷⁾。故ニ民法ノ解釋トシテモ制限附勝訴判決說ヲ以テ正當トスベシ⁸⁾。

四 此故ニ同時履行ノ抗辯權ハ其性質頗レ留置權ニ類似セルノミナラズ場合ニヨリテハ二者同時ニ併存スルコト亦アリ得ルモノトス。然レドモ二者ハ尙次ノ諸點ニ於テ異レリ⁹⁾。

同時履行ノ抗辯權ト留置權トノ差異

1) 留置權ハ物權ニシテ他人ノ物ノ占有者ガ其物ニ關シテ生ジタル債權ノ辨濟ヲ受クルマデ其物ヲ留置スルコトヲ以テ其目的トシ(二九五)、反之同時履行ノ抗辯權ハ自己モ亦反對債權ヲ有スルコトヲ理由トシテ其履行ノ提供アルマデ自己ノ給付ヲ拒絶スル

7) André a. a. O. 130 參照。

8) 同說石坂氏民法三六 2063、横田氏各論 105、大審四四・一二・一一民錄一七 772。反對大審三八・五・一〇民錄一一 693、四一・一一・二一民錄一四 1214。

9) 富井氏法曹一六 一一 17—、同氏法協二五 一一 17—、三浦氏評論二 一六 227—、西川氏新報一九 八 94—、岩田氏法典質疑問答民法債權 145。

コトヲ内容トスル抗辯權ナリ。故ニ(一)留置權ハ荷モ債權ノ辨濟ヲ受ケザル限リ物ノ占有ヲ繼續シ得ルモノナレバ何人ヨリ返還請求ヲ受クルモ之ニ應ズルコトヲ要セザルニ反シ、同時履行ノ抗辯權ハ當該ノ雙務契約ニ基ク反對債權ヲ主張スル者(本來ノ契約當事者ナルト其債權ノ承繼人ナルトヲ問ハズ)ニ對シテノミ之ヲ主張シ得ルニ過ギズ。即チ前者ニ付キテハ債務者ト拒絶ノ相手方(即チ物ノ返還請求者)トガ同一ナラザルコトアリ得ルニ反シ、後者ニ付キテハ常ニ同一ナリ。學者ハ一般ニ之ヲ稱シテ前者ハ對世的效力(絶對的效力)ヲ有シ後者ハ對人的效力(相對的效力)ヲ有スト云ヘルモ⁹⁾、是レ單ニ權利ノ内容ガ直接物ニ對スル支配權ナルヤ又ハ特定ノ債權(即チ同一雙務契約ヨリ生ジタル反對債權)ニ對スル拒絶權ナルヤニヨリテ生ズル差異ニ外ナラズ。(二)次ニ又留置權ニヨリテ擔保セラルル債權ハ荷モ當該ノ物ニ關シテ發生シタルモノナル以上其發生原因ノ如何ヲ問ハザルニ反シ、同時履行ノ抗辯權ニ依リテ保護セラルル債權ハ同一雙務契約上ノ反對債權ニ限ルコト勿論ナルベク、(三)尙又留置權ニヨリテ拒絶シ得ル給付ノ内容ハ常ニ物(八五)ナルニ

9) 例ハ三藏氏擔保物權法二版 58、石坂氏民法 三 六 2045。

反シ、同時履行ノ抗辯權ニ依リテ拒絶シ得ル給付ハ其内容ノ如何ヲ問ハザルモノトス。

2) 以上ノ如キ權利ノ内容ヨリ來ル諸差異ノ外民法ハ更ニ一ノ重要ナル差異ヲ認メタリ。即チ留置權ニアリテハ債務者ハ相當ノ擔保ヲ供シテ其消滅ヲ請求シ得ルニ反シ(三〇一)、同時履行ノ抗辯權ニ付キテハ同様ノ權利存在スルコトナシ。學者ハ一般ニ此差異ノ存在スル理由ヲ説明シテ同時履行ノ抗辯權ハ雙務契約ニ當然附隨スル效力ナルニ反シ留置權ハ單ニ公平ノ觀念ニ基キテ法律ノ特ニ認メタル權利ナルガ故ナリト説明セルモ¹⁰⁾、同時履行ノ抗辯權ト雖モ亦單ニ公平ノ觀念ニ基キテ認メラレタルモノニ過ギザルコト既ニ上述ノ如クナルガ故ニ如上ノ論ヲ以テ此差異ノ存在スル所以ヲ説明セントスルハ不當ナリ。故ニ余輩ハ寧ロ此差異ヲ以テ留置權ハ單ニ債權ノ履行ニ對スル擔保ヲ與フルコトヲ目的トスルモノナレバ別個ノ擔保ヲ提供スルニ因リテ之ヲ消滅セシメ得ベキモノト爲スヲ相當トスベキニ反シ、同時履行ノ抗辯權ハ別段ノ事情存在セザルニモ拘ハラズ一方ノ債務ヲシテ先ヅ履行ヲ爲サシムルコトガ公平ヲ

10) 横田氏各論 102、三藏氏擔保物權法二版 60、富井氏原論 二 308,309。

失スルガ故ニ認メラレタルモノニシテ擔保ヲ與フルコトヲ目的トセザルノ點ニ根據スルモノナリト解スルヲ正當ナリト信ズ¹¹⁾。

存立要件 **第二 同時履行ノ抗辯權ノ存立要件**

民法第五三三條ノ規定ニ依レバ同時履行ノ抗辯ヲ主張スルガ爲ニハ左記ノ諸要件ヲ必要トス。

同一雙務契約上ノ雙方的債務存在スルコト

一 同一雙務契約上ノ雙方的債務ガ當事者雙方ニ存在スルコト

同時履行ノ抗辯權ハ雙務契約上ノ反對債權ニ基クモノナレバ其存立ノ第一要件ハ當事者雙方ノ債權ガ共ニ同一雙務契約上ノ債權ニシテ其内容互ニ反對給付タルノ性質ヲ有スルコトナリ。

從ヒテ二人相互ニ債權債務ヲ有スルモ其等ガ共ニ同一ノ雙務契約ニ基クモノニアラザルトキハ縱令兩者互ニ事實上密接ノ關係ヲ有スルモ同時履行ノ抗辯權ヲ發生セシムルコト能ハズ。又縱令雙方ノ債務共ニ同一雙務契約ニ因リテ發生セルモノナリトスルモ其一方ガ從タル給付ニシテ二者互ニ反對給付タルノ關係ニ立タザルトキハ同時履行ノ抗辯權ヲ發生セシ

11) 獨民ノ解釋トシテモ *Enneccerus* 2 § 249 II; *Planck-Siber* § 273, 4 略同一ノ說ヲ爲シ又 *Oertmann* 2 § 320, 3 ハ二者ノ根本思想 (Grundidee) 相類似スレドモ留置權ニアリテハ當事者雙方ノ請求權相互間ノ關係同時履行抗辯權ニ於ケルヨリモ密接ナラザルガ故ニ此差異アルモノナリト説ケリ。

ムルコトナシ¹²⁾。但シ從タル給付ト雖モ當事者ノ特約ヲ以テ之ヲ他方ノ給付ト反對給付タルノ地位ニ立タシメタルトキハ互ニ同時履行ノ抗辯ノ理由トナリ得ルコト勿論ナリ。

又若シ雙務契約上ノ債權債務ガ當事者雙方ニ存スルモ其一方ガ其債務者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因ル給付不能ノ爲メ又ハ既ニ辨濟其他ノ方法ニ依リテ満足ヲ得タルガ爲メ消滅セルトキハ同時履行ノ抗辯權亦從テ消滅スベシ。但シ當事者一方ノ債務消滅セルガ爲メ他方ノ債務亦從ツテ消滅スベキ場合(例ヘバ五三六¹⁾ノ場合)ニハ被請求者請求ヲ拒絶スルガ爲メ敢テ同時履行ノ抗辯ヲ主張スルヲ要セザルコト勿論ナリ。然ラバ當事者一方ノ債權ガ一部消滅セル場合ニ於テ其當事者ハ殘存部分ヲ理由トシテ相手方ノ請求全部ヲ拒絶シ得ベキカ。此場合ニ於テモ一部消滅ノ原因ガ一部履行ニ存スルトキハ殘部ノ履行アルマデ請求全部ノ拒絶ヲ爲シ得ベキコト明カナリ¹³⁾。反之其原因ガ債務者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因ル履行不能ニ存スルトキハ其殘存部分ニ相當スル範圍ニ於テノミ請求ヲ拒絶シ得ルニ過ギザルガ如キ觀

12) 例ヘバ有償委任ニ於テ委任者ガ受任者ノ支出シタル費用ヲ償還セザルモ受任者ハ之ヲ理由トシテ自己ノ委任事務處理ヲ拒絶シ得ズ (§650 參照)。

13) 理由後出 (143頁)。

アリト雖モ此場合ニ於テモ被請求者ハ其殘存部分ノ履行ヲ提供スルマデハ自己ノ履行全部ヲ拒絶シ得ルモノト解スルヲ正當トスベシ。但シ此場合ト雖モ履行不能ノ爲メ請求者ノ反對債務ノ一部消滅ヲ來スト共ニ被請求者ノ債務亦一部消滅ヲ來セルトキ（五三六¹⁾ノ場合）ハ其消滅部分ノ履行ヲ拒絶スルニ付キ同時履行ノ抗辯ヲ要セザルコト勿論ナリ。

以上ト異ナリテ履行不能ガ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ基クトキハ之ガ爲メ債務ハ以後其内容ヲ變ジテ損害賠償債務トナルニ止マリテ（四一五）毫モ其同一性ヲ失フモノニアラザルガ故ニ¹⁴⁾、之ト相手方ノ反對債務トノ間ニハ依然トシテ同時履行ノ抗辯權存續スルモノトス¹⁵⁾。

尙雙務契約當事者ノ一方ノ債權ガ第三者ニ依リテ承繼セラレタルトキハ其承繼ガ包括承繼ナル場合ハ勿論讓渡ニ因ル特定承繼ノ場合ト雖モ以後其承繼人ト他ノ契約當事者トノ間ニ互ニ同時履行ノ抗辯ヲ主張シ得ベキ關係ヲ生ズルモノトス。蓋シ其承繼ハ毫モ其債權ガ本來抗辯ノ對立ヲ受ケタルモノナルコトヲ變更スルモノニアラザレバナリ（包括承繼ニ付テ

14) 履行不能ニヨル損害賠償債務ハ本來ノ債務ト同一ノ債務ナリト否ヤノ問題ニ付キテハ7頁參照。

15) 同說石坂氏民法 三 六 2051。

ハ九八六、一〇〇一、一〇九二、特定承繼ニ付テハ四六八¹⁾參照)。

二 當事者雙方ノ債務ガ共ニ辨濟期ニ在ルコト
 雙務契約上ノ債務ハ當事者ノ特約ニ因リ又ハ法律ノ特別ナル規定 例ヘバ六一四、六二四、六三三、六四八¹⁾、六六五等)ニ基キテ互ニ其辨濟期ヲ異ニスルコトアリ。今甲ノ債權既ニ辨濟期ニ在ルニ拘ラズ乙ノ債權未ダ辨濟期ニ在ラザル場合ニ甲ガ乙ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲セルトキハ乙自ラハ未ダ甲ニ對シテ何等ノ請求ヲ爲シ得ザル地位ニ在ルモノナレバ之ニ對シテ同時履行ノ抗辯權ヲ與フルノ必要毫モ存スルコトナシ。是レ第五三三條但書ノ規定アル所以ナリ。然レドモ我民法ハ單ニ相手方ノ債務モ亦辨濟期ニ在ルコトヲ要求スルニ止マリテ本來雙方ノ債務ガ其辨濟期ヲ同ジウスルコトヲ要求スルモノニアラザルヲ以テ、先ヅ辨濟期ノ到來セル債務ガ未ダ履行セラレズシテ債務者遲滯ニ在ル間ニ相手方ノ債務ノ辨濟期亦到來セルトキハ其時以後兩當事者共ニ同時履行ノ抗辯ヲ援用シ得ベシ¹⁶⁾。

雙方ノ債務ガ共ニ辨濟期ニ在ルコト

第五三三條但書

16) 同說大審四一・四・二三民錄 一四 477。獨民ノ解釋トシテハ先ニ履行ヲ爲スベキ債務ノ履行ナキ間ハ後ニ履行ヲ爲スベキ債務ノ辨濟期到來セズ從ヒテ前者ノ履行ヲ爲サズシテ後者ノ履行ヲ請求スル者アルモ被請求者ハ敢テ同時履行ノ抗辯ヲ援用スルヲ要セズ請求ノ職權ヲ以テ當然ニ却下セラレベキモノナリトノ說ヲ爲ス者少カラ

當事者ノ一方が自己ノ債務ノ履行又ハ其提供ヲ爲サズシテ請求ヲ爲セルコト

履行ノ意義

三 當事者ノ一方が未ダ自己ノ債務ヲ履行セズ又ハ少クとも之ヲ提供セズシテ相手方ノ債務ノ履行ヲ請求スルコト

茲ニ履行トハ民法第四一五條ニ所謂債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ謂フ。故ニ同時履行ノ抗辯權ハ相手方が其債務ヲ全然履行セザル場合ハ勿論單ニ一部ノ給付ヲ爲セルニ止マル場合¹⁷⁾¹⁸⁾其他苟モ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲サザル場合竝ニ之ヲ提供セザル場合ニ存在スルモノトス¹⁹⁾。故ニ(一)一部ノ給付が提供セラレタル場合ニ於テハ債務者ハ之ガ受領ヲ拒絶シテ自己ノ債務ノ全部ニ付キ同時履行ノ抗辯ヲ

ズ(Hellwig, Anspruch 376; Lübbert, Jahrb. f. Dogm. 52 357—; Adler, Leipz. Z. (13) 817; Fischer-Henle § 322, 3)ト雖モ吾民法上此種ノ解釋ヲ容レルノ餘地ナシ。

17) 貸貸借、雇傭、繼續的供給契約(Successivlieferung vertrag)ノ如キ繼續的契約ニ於テ當事者ノ一方が甲期間ニ對スル給付ヲ爲サザルコトヲ理由トシテ相手方ハ乙期間ニ對スル給付ヲ拒絶シ得ベキヤ否ヤノ問題アリ。此問題ハ各期ノ給付ガ契約ノ目的ニ照シテ各獨立性ヲ有スルモノト認メ得ベキヤ否ヤニヨリテ定マルモノニシテ若シ各期ノ給付ハ全給付ノ分割ニ過ギズト解スベキ場合ニ於テハ以上ノ問題ハ之ヲ積極ニ解スルコトヲ得ベシ(石坂氏民法三六 2050同説)。

18) 履行遲滞ニ在ル當事者ガ自己ノ反對債權ノ請求ヲ爲スニ當リ單ニ本來ノ給付ノミヲ提供シテ同時ニ遲延賠償(Intérêts moratoires, Ersatz des Verspätungsschadens)殊ニ遲延利息(§ 419)ノ提供ヲ爲サザルトキハ相手方ハ一部給付ナルコトヲ理由トシテ同時履行ノ抗辯ヲ主張シ得ベキカ。積極説 Planck-Siber, § 320, 3a, § 266, 1b; Standing-er-Kühlenbeck § 266, 3; Goldmann-Liliental 1 § 71, Anm. 8. 消極説 Oertmann § 266, 1e. 余ハ債務不履行ニ因ル遲延賠償ハ本來ノ債務ノ擴張ニ過ギズト解スルガ故ニ(7頁參照)積極説ヲ正當ナリト信ズ。

19) 故ニ所謂「不完全履行ノ抗辯」(Exceptio non rite adimpleti contractus)モ亦同時履行ノ抗辯ノ一場合ニ過ギズ。

主張シ得ベシ。反之債權者之ヲ受領セル場合ニ於テハ其範圍ニ於テ債權消滅スルガ故ニ²⁰⁾、債權者ハ以後其消滅部分ニ對應スル自己ノ債務ノ部分ニ付キテハ同時履行ノ抗辯ヲ主張シ得ザルノ觀アリ。然レドモ元來同時履行ノ抗辯ハ反對債務ノ本旨ニ從ヒタル履行アルマデ之ヲ主張シ得ベキモノニシテ一部給付ハ縱令實際上受領セラレタル場合ニ於テモ尙債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ト云フコト能ハザルガ故ニ此場合ニ於テモ債權者ハ自己ノ債務ノ全部ニ付キテ同時履行ノ抗辯ヲ主張シ得ルモノト云ハザルベカラズ²¹⁾。但シ一部給付ノ受領アリタル結果殘存部分僅少ナル等其他四圍ノ事情ニ照シテ債權者ガ自己ノ債務ノ全部ニ付キテ同時履行ノ抗辯ヲ主張スルコトガ善良ノ風俗ニ反スルモノト認メ得ベキ場合ニ於テハ單ニ其殘存部分ニ對應スル部分ニ付キテノミ履行ヲ拒絶シ得ルモノト解スルヲ正當トス。蓋シ斯クノ如キハ權利ノ濫用ニ屬スルヲ以テナリ²²⁾。(二)而シテ以

20) 債務者ハ一部履行ノ權利ナキテ原則トス然レドモ債權者之ヲ認メテ受領セル以上債權ハ其範圍ニ於テ消滅スルモノト云ハザルベカラズ。

21) 同説石坂氏民法三六 2052。反對大審三二・二・九民錄五二 28。尤モ此場合ト雖モ辨濟アリタル部分ニ付キテ同時履行ノ抗辯權ヲ拋棄シタルモノト認メ得ベキ特別ノ事情存スルトキハ此限ニアラザルコト業ヨリ也。

22) 獨民 § 320II 參照。石坂氏民法三六 2053ハ此場合ニ於テハ事情ノ如何ニヨリテ全然抗辯ヲ爲シ得ザル場合アルコトヲ主張

上一部給付ノ場合ニ付キテ述べタル所ハ性質上瑕疵アル給付ガ提供セラレタル場合及ビ受領セラレタル場合ニ付テモ亦凡テ之ヲ適用スルコトヲ得ベシ²⁵⁾。但シ受領ト同時ニ瑕疵ノ追完ヲ免除シタルモノト認メ得ベキ特別ノ事情存スルトキハ債務ハ之ニ因リテ全然消滅スルガ故ニ以後相手方ハ同時履行ノ抗辯ヲ主張シ得ザルコト素ヨリナリ。

履行提供ノ意義

次ニ履行ノ提供トハ債務者ガ其債務ノ履行ヲ爲スニ付キ自己ノ側ニ於テ必ず爲サザルベカラザルコトノ全部ヲ謂フモノナルコト本條規定ノ主旨ニ依リテ明瞭ナルヲ以テ、債權者遲滯ノ要件タル辨濟ノ提供(四九三)ト同ジク原則トシテ現實的提供ナルコトヲ必要トシ、唯債權者ガ豫メ受領ヲ拒ミ又ハ債務ノ履行ニ付キ債權者ノ行爲ヲ要スルトキハ例外トシテ辨濟ノ準備ヲ爲シタル上單ニ之ヲ通知シテ其受領ヲ催告スルヲ以テ足ルベシ(言語的提供)。然ラバ一旦履行ノ提供アリタルモ債權者之ヲ受領セズシテ受領遲滯ニ陥リタル後ニ於テ其後債務者再ビ提供ヲ繰返ヘサズシテ反對給付ノ請求ヲ爲シタル場合ニ債權者ハ

受領遲滯ニ在ル債權者ハ同時履行ノ抗辯ヲ爲シ得ルカ

セルモ斯クノ如キハ原告ヲ救ハントシテ反ツテ被告ヲ不當ニ害スルモノニシテ之ヲ認ムルコト能ハズ。

25) 同説石坂氏民法 三六 2052、長控三九・九・二九新聞 三八八、反對東京地新聞三八三。

履行ノ提供ナキコトヲ理由トシテ自己ノ反對給付ヲ拒ムコトヲ得ベキカ。此點ニ付キテ獨逸普通法上ノ通説ハ之ヲ消極ニ解シタルニ反シ²⁴⁾、現行獨逸民法上ノ通説ハ之ト反對ニ積極論ヲ唱ヘタリ²⁵⁾。而シテ吾民法上ノ議論トシテモ積極論ヲ爲ス者之ナキニアラズト雖モ²⁶⁾、之ヲ第五三三條ノ文字ヨリ論ズレバ消極論ヲ正當トスベシ。蓋シ同條ハ「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絶スルコトヲ許スモノニシテ、而カモ右ノ場合ニ於テハ履行ハ既ニ一旦提供セラレタルモノナレバナリ。加之公平上ノ見地ヨリ之ヲ謂フモ、債務者一旦履行ノ提供ヲ爲シタルニ拘ハラズ債權者任意ニ之ヲ受領セズシテ其提供ヲ無効ニ終ラシメタル場合ニ於テ、其後債權者ガ自己ノ反對債務ノ請求ヲ受ケタルニ當リ之ヲシテ債務者其債務ノ履行ヲ提供セザルコトヲ主張シテ抗辯ヲ爲スコトヲ得シムルハ穩當ニアラザルガ故ニ此點ヨリ謂フモ消極説ヲ正當トセザルベカラズ²⁷⁾。

24) *André*, Einrede des nicht erfüllten Vertrages (90) 140—

25) *Oertmann* 2 § 320, 6; *Pianck-Siber* 2 § 320, 1c; *Staudinger-Kuhlenbeck* 2 § 320, 2a

26) 石坂氏民法 三六 2051、大審四四・一二・一一民誌 一七 772。

27) 同説鳩山氏法協 三四 一二 116—。

尙ホ組合契約ノ場合ノ如ク三個以上ノ當事者アル雙務契約ニ於テ其一當事者ガ出資義務履行ノ提供ヲ爲サズシテ他ノ當事者ノ出資ヲ請求セルトキハ其者ガ出資ノ提供ヲ爲スマテ他ノ當事者ハ各自己ノ出資ヲ拒絕シ得ベシ。又若シ二個ノ當事者アル通常ノ雙務契約ニ於テ一方ノ當事者ガ二人ヨリ成レルガ爲メ分割債務ヲ負擔セルトキ(四二七)ハ相手方ハ其數人ノ反對債務者ノ全部ガ履行ノ提供ヲ爲サザル間ハ自己ノ履行ヲ拒絕シ得ベシ。蓋シ然ラズトセバ法律ガ特ニ同時履行ノ抗辯權ヲ認メタルノ根本理由沒却セラルルニ至ルベキノミナラズ、第五三三條ノ文字自身モ亦必ズシモ如上ノ議論ヲ否認スルモノニアラザレバナリ²⁸⁾。

同時履行
抗辯ノ要
件存否ニ
關スル舉
證責任

然ラバ以上ノ諸要件ニ關スル立證責任ハ何人之ヲ負擔スベキカ。(一)雙務契約當事者ハ何レモ獨立シテ相手方ノ債務履行ヲ請求シ得ルモノナレバ原告其請求ヲ主張スルガ爲メニハ單ニ自己ノ債權ノ存在及ビ其辨濟期ニ在ルコトヲ證明スルヲ以テ足り敢テ自ラ反對給付ヲ提供シタルコトヲ立證スルヲ要セズ。(二)而シテ反對給付ノ提供ナクシテ請求ヲ受ケタル被告ハ(1)自己モ亦同一雙務契約ニ基ク反對債權ヲ

28) 同說横田氏新報 二四 八 84。

有スルコト(2)自己先ヅ履行ヲ爲サザルベカラザルノ理由ナキコト及ビ(3)原告亦反對給付ノ提供ヲ爲サザルコトヲ理由トシテ同時履行ノ抗辯ヲ主張スルコトヲ得ベシ。然レドモ此場合ニ於テ被告ノ立證セザルベカラザル事項ハ右ノ中(1)ノ事實ニ限り(而カモ被告此立證ヲ爲スニハ原告自身ノ主張スル雙務契約ヲ援用スルヲ以テ足ルベシ)(2)及ビ(3)ノ事項ハ之ヲ證明スルヲ要セズシテ反ツテ原告ニ於テ反對ノ事實ヲ證明セザルベカラザルモノトス。何トナレバ法律ニ於テ特ニ當事者ノ一方ガ先ヅ履行スベキコトヲ規定シタル場合(例ヘバ六一四、六二四、六三三、六四八ⁱⁱ⁾、六六五等)ノ外當事者雙方ノ債務ハ互ニ其辨濟期ヲ同ジクスルヲ原則トスルモノナレバ其異ナルコト即チ例外ノ場合タルコトハ寧ロ之ヲ主張スル者(此場合ニ於テハ原告)ニ於テ證明セザルベカラズ、而シテ又一旦發生シタル債務ハ特ニ之ヲ消滅セシムベキ事實發生セザル限り依然トシテ存續スルモノト見ザルベカラザルヲ以テ原告ノ反對債務既ニ消滅セリトノ事實ハ特ニ之ヲ主張スル原告自ラ之ヲ證明セザルベカラザルノミナラズ、原告既ニ一旦履行ヲ提供シタルモ被告之ヲ受領セズシテ既ニ受領遲滯ニアリト云フガ如キ特別ノ事實ハ特ニ之ヲ主張ス

ル原告ニ於テ證明セザルベカラザルヲ以テナリ²⁹⁾。但シ被告ニ於テ一旦履行ヲ受領シタル後其不完全ナルコトヲ理由トシテ同時履行ノ抗辯ヲ主張セントスル場合ニハ其事實ヲ立證セザルベカラズ。蓋シ此場合ニ於テハ一應受領ニヨリテ給付ヲ履行ト認メタルモノト解スベケレバナリ。

效力 第三 同時履行ノ抗辯權ノ效力

同時履行ノ抗辯權ハ相手方ガ債務ノ履行ヲ提供スルマデハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ミ得ルコトヲ其内容トス。故ニ之ニ基キテ左記ノ效果ヲ生ズ。

一 行使ニ因リテ生ズル效果

1) 裁判外ノ行使 同時履行ノ抗辯權者ハ之ヲ行使シテ相手方ノ履行請求ヲ拒絶スルコトヲ得。然レドモ單ニ相手方亦反對債務ノ履行ヲ提供スルマデ拒絶スルコトヲ正當トスル停止的抗權權タルニ過ギザルガ故ニ一旦有效ニ之ヲ行使シタル後ニ於テモ相手方反對債務ノ履行ヲ提供シテ再ビ請求シ來レルトキハ素ヨリ之ニ應ゼザルベカラザルコト勿論ナリ。

2) 裁判上ノ行使 同時履行ノ辯抗權ハ真正ノ抗辯權ニシテ單純ナル請求原因ノ否認ニアラザルコ

29) 石坂氏民法 三六 2076同説。尙獨民ノ解釋トシテモ學者ハ一般ニ同様ノ説ヲ爲セリ (Emmeccerus 2 § 257, I 2; Gertmann 2 § 329, 2; Planck-Siber § 322, 1)。

行使ニ因ル效果
裁判外ノ行使

裁判上ノ行使

ト既ニ上述セルガ如クナルヲ以テ訴訟ニ於テ被告之ヲ援用セザル限リハ裁判所縱令其存在ヲ認ムルモ職權ヲ以テ之ヲ裁判ノ基礎ト爲スコト能ハズ從ヒテ無條件ニ被告ノ敗訴ヲ言渡サザルベカラズ。故ニ又被告闕席ノ場合ニ於テモ裁判所請求ノ原因ヲ認メタルトキハ抗辯權ノ存在ニ顧慮セズシテ被告ノ敗訴ヲ言渡スベキモノトス(民訴二四八)。次ニ又同時履行ノ抗辯權ハ留置的抗辯權ノ一種ニ屬スルガ故ニ被告之ヲ行使セルトキハ裁判所ハ「被告ハ原告ノ反對給付ノ提供ト引換ニ履行ヲ爲スベシ」トノ制限附原告勝訴ノ判決ヲ爲スベキモノニシテ原告敗訴ノ判決ヲ爲スベキモノニアラザルコト既ニ上述セル所ノ如シ³⁰⁾。而シテ原告ガ以上ノ如キ無條件ナル被告敗訴ノ判決ニ依リテ強制執行ヲ行フニハ敢テ自己ノ反對給付ヲ提供スルコトヲ必要トセズト雖モ、制限附原告勝訴判決ニ依リテ強制執行ヲ行フニハ其以前又ハ少クトモ同時ニ自己ノ反對給付ヲ提供スルコトヲ必要トス

同時履行ノ抗辯アリタル場合ノ判決ト其執行方法

30) 原告ガ擇一的申立 (Eventualantrag) ニヨリテ單純ニ履行ヲ命ズル判決ヲ求ムルト同時ニ被告若シ同時履行ノ抗辯ヲ主張セバ制限附判決ヲ爲スベキコトヲ申立テタル場合ハ勿論單純ニ履行ヲ命ズル判決ノミヲ求メタル場合ニ於テモ如上ノ判決ヲ爲スコトヲ妨グズ蓋シ單純ナル履行請求中ニハ自ラ相手方若シ同時履行ノ抗辯ヲ爲サバ反對給付ト引換ニ履行スベキコトヲ求ムルノ主旨含マレ居レテ以テ也(同前大審四四・一二・一一民錄 一七 772。反對大審一一・一一・二一民錄 一四 1214)。但シ此後ノ場合ニ於テハ如上ノ制限附判決ハ之ヲ一部敗訴ノ判決ト見ザルベカラザルノ差異アルモノトス。

反對說

ベシ³¹⁾ 學者或ハ民事訴訟法第五一八條第二項ヲ根據トシテ此種ノ判決ノ執行ハ債權者ガ反對給付ヲ爲スコトノ條件ニ繫ルモノナレバ債權者ガ證明書ヲ以テ其條件ヲ履行シタルコトヲ證明スルトキニ限リテ執行力アル正本ヲ付與スベキモノナリト主張スルモノアリ³²⁾ト雖モ、若シ此說ニ從フベシトセバ債權者判決ノ執行ヲ爲サント欲セバ常ニ先ヅ自己ノ反對給付ヲ提供セザルベカラザルノ結果トナリテ同時履行ノ抗辯ヲ認メタル根本ノ精神及「反對給付ノ提供ト引換ニ履行ヲ爲スベキコト」ヲ命ジタル判決ノ主旨ニ違反スルコトトナルベシ。獨逸民事訴訟法（七二六¹¹⁾ハ此點ヲ慮リテ同時履行ノ抗辯ニ基ク制限附判決ヲ執行スルガ爲メニハ債權者既ニ其反對給付ヲ提

31) 即チ債權者ガ執達吏ハ執行裁判所ニ對シテ強制執行ヲ委任シ又ハ申立ツルニハ執行力アル正本ヲ交付スルト同時ニ(1)既ニ反對給付ノ履行ヲ終ハリタルカ又ハ少クモ履行ノ提供ヲ爲シテ相手方ヲ受領遲滯ニ置キタルコトヲ證明スベク(證明ノ方法ニ付キテハ民事訴訟法上何等ノ制限ナシト雖モ民事訴訟法上執行機關ニ對スル證明ハ證明書ニ依ルヲ原則トスルガ故ニ此場合ニモ亦同様ナリト解セザルベカラズ而シテ§ 529¹¹⁾ノ類推ヨリ云ヘバ公正ノ證明書ニヨルコトヲ要スト解スルヲ正當トス、獨逸民訴§ 756 同旨、或ハ§ 518¹¹⁾ノ類推ニヨリテ單純ナル證明書ヲ以テ足ルベシトノ論ヲ爲シ得ルガ如キモ§ 518¹¹⁾ハ執行力アル正本ノ付與ヲ請求スルノ條件ヲ定メタルニ過ギザルニ反シ§ 529¹¹⁾ハ執行開始ノ條件ヲ定メタルモノナレバ寧ロ後者ヲ類推スルヲ正當トスベシ尙大審五・八・一〇民錄 二二 1424 ハ單純ナル證明書ヲ以テ足レト云ヘリ、(2)又或ハ履行ノ提供夫レ自身ヲ執達吏ニ委託スルコトヲ要スベシ、而シテ此場合ノ提供ハ現實ノ提供ナルコトヲ要スルヲ原則トスルモ例外トシテ言辭上ノ提供ヲ以テ足ル場合アリ(民§ 493)。

32) 仁井田氏民訴要論 下 1067、石坂氏民法 三六 2067。

供セルコトノ證明ヲ爲サズト雖モ執行力アル正本ヲ付與スルヲ原則トスベキ旨ヲ定メタリト雖モ、同國ニ於テモ舊法(一八七七年法律)ニハ此種ノ規定存セズ從ヒテ吾民事訴訟法ニ於ケルト同様ノ問題ヲ生ジタルモ學說竝ニ判例上ノ通說ハ共ニ反對給付提供ノ證明ナシト雖モ執行力アル正本ヲ付與スベキモノナリト說ケリ³³⁾。故ニ余輩ハ吾國法ノ解釋トシテモ反對給付ノ提供ハ執行文付與ノ條件ニアラズシテ單ニ執行開始ノ條件ナリト解スルヲ正當ナリト信ズ³⁴⁾。

尙如上ノ制限附判決ハ單ニ被告ニ對シテ原告ノ反對給付ト引換ヘニ履行ヲ爲スベキコトヲ命ズルモノタルニ過ギザルガ故ニ被告ハ其判決ヲ利用シテ自己ノ給付ヲ提供シツテ原告ノ反對給付ニ對シテ強制執行ヲ行ヒ得ベキモノニアラズ、被告若シ自己ノ債權ニ付キテ斯クノ如キ強制執行ヲ爲サントセバ自己モ亦給付ノ訴若クハ反訴ヲ提起シテ勝訴判決ヲ得ザルベカラザルコト素ヨリ也。

ニ 存在ニ因リテ生ズル效果

同時履行ノ抗辯權ハ權利者之ヲ行使スルニヨリテ初メテ如上ノ效果ヲ生ズルモノトス。然レドモ同時

存在ニ因ル效果

33) Seuffert, Komm. z. ZPO, (7. Aufl.) § 654, 2 參照。
34) 同說大審五・八・一〇民錄 二二 1424。尙結果同論板倉氏強制執行法義海 269。

履行ノ抗辯權ハ相手方ガ反對給付ヲ提供スルマデ履行ノ請求ヲ拒絶シ得ルコトヲ内容トスルモノナレバ同時ニ又相手方ガ反對給付ヲ提供スルマデハ自己ノ履行ヲ爲サザルモ不當ニアラズトノ意義ヲ有スルモノナリ。故ニ債務者同時履行ノ抗辯權ヲ有スルトキハ敢テ之ヲ行使セズト雖モ履行遲滯ニ陥ルコトナキ也。蓋シ此場合ニ於テハ債務者ハ履行ヲ爲サザルニ付キ正當ノ事由ヲ有スルモノナルヲ以テ也^{*)}。勿論此點ニ付キテハ從來抗辯權ハ之ヲ行使スルニヨリテ初メテ請求權ノ效力ヲ阻止シ得ルモノナレバ單ニ存在スルノミニテ未ダ行使セラレザル場合ニ當然遲滯阻止ノ效力アルモノト解スベカラズトノ思想ヲ根據トスル有力ナル反對說アリ。而シテ因リテ生ズル不都合ノ結果ヲ避クルガ爲メ或ル者ハ一旦遲滯發生シタル後ニ於テ抗辯權行使セラレルトキハ遡及的ニ遲滯ノ效果消滅スベシト說キ³⁵⁾、又或ル者ハ抗辯權ノ存在ハ以テ遲滯ノ發生ヲ阻止スルニ足ラズト雖モ

*) 石坂氏研究 三 490、同氏法協 三四 五 67、碑道氏京法 一 九 61、Oertmann, Einrede u. Verzug (Zeitschrift f. d. g. H. R., 78 1—)。

35) 同說大審二・一・二・四民錄 一九 993—、三・一・二・一民錄 二〇 999、四・五・二四民錄 二一 797、川名氏債權 155。獨法上ノ通說亦同說但シ理由ノ點ニ至レバ學者ノ說ク所必ズシモナラズ(學說ニ付キテハ碑道氏前掲 62 參照)。

36) *Tuhr* 1 § 17 III 3; *Planck-Siber* § 284, 3a; *Oertmann*, Z. f. g. H. R. 78 23—(但 *Oertmann* 2 § 284, 1 ハ反對ナリ)。

遲滯ノ結果發生シタル賠償請求權其他ノ權利ニ付キテモ亦同様ニ同時履行ノ抗辯ヲ主張スルコトヲ得ベシトノ說ヲ爲セリ³⁷⁾。然レドモ此等ノ說ハ共ニ抗辯權ハ特ニ之ヲ行使スルニアラザレバ何等ノ效力ヲ生ゼザルベシトノ根本思想ヲ離ルル能ハザルガ爲メニ生ズル誤解ナリ。勿論抗辯權ノ主タル内容ガ請求權ノ效力ヲ阻止スルニアルコト尙債權ノ主タル内容ガ一定ノ給付ヲ請求スルニ存スルト毫モ異ナル所ナク、而シテ此等ノ效力ハ共ニ權利ノ行使ニヨリテ生ズルモノナルコト勿論ナリト雖モ、此等ノ權利ノ效力ヲ單ニ以上ノ一點ノミニ限ルハ正當ニアラズ。蓋シ例ヘバ賃借人ノ有スル使用收益ヲ爲サシムベキコトヲ請求スル權利ハ其性質債權ナリト雖モ同時ニ賃借物ノ使用收益ヲ爲スコトヲ正當トスル第二ノ效力ヲ有シ、而シテ此種ノ效力ハ敢テ右ノ債權ノ主タル内容タル給付ノ請求ヲ爲サズト雖モ單ニ權利ノ存在スルコトノミニ因リテ發生スルモノナレバナリ。之ト同様ノ理由ニ依リテ同時履行ノ抗辯權ヲ有スル者ハ何時ニテモ之ヲ行使シテ履行ヲ拒絶シ得ルモノナレバ抗辯權ノ存續スル限り其履行ヲ爲サザルハ正當ニシテ履行遲滯ノ責任ヲ生ゼザル也。何トナレ

37) *Hellwig*, Lehrb. d. ZPO. 1 § 36 II Anm. 5。

同時履行ノ抗辯權ヲ有スル債務者ハ履行遲滯ニ陥ルコトナシ

バ抗辯權ノ行使ニ因ル効力ハ請求權ノ効力ヲ或ル程度ニ阻止スルコトニ存スルモノナリト雖モ遲滯阻却ノ原因タル事由ハ單ニ請求權ノ効力が阻止セラルルコトノミニ存セズシテ債務者ガ履行ヲ爲サザルニ付キテ正當ノ理由ヲ有スルコトモ亦其事由ノ一ナレバ也。38) 39)。

第三項 契約締結後ニ發生シタル給付不能ノ雙務契約ニ及ボス効力(危險負擔ノ問題)*1)

契約が無條件ナル場合

第一 契約ガ條件若クハ期限附ニアラザル場合
雙務契約上ノ債務ノ一方ガ其發生後ニ於テ給付不能トナレル場合ニ於テ他方ノ債務ガ之ガ爲メ如何ナル影響ヲ受クベキカノ問題ニ關シテ民法ハ第五三四條及ビ第五三六條ノ規定ヲ設ケタリ。而シテ此問題ヲ論ズルガ爲メニハ給付不能ノ原因ガ何人ノ責ニ歸

38) 吾民法上履行遲滯ノ發生ニ債務者ノ故意過失ヲ必要トスルヤ否ナキ學者ノ最モ争フ所ナリト雖モ(學說ニ付テハ石坂氏研究 二 47、鳩山氏債權 118 參照。尙岡松氏無過失責任論 378) 此問題ヲ何レニ解釋スルトスルモ債務者ガ履行ヲ爲サザルニ付キテ正當ノ事由アルコトガ遲滯阻止ノ効力ヲ有スルコトハ少クトモ之ヲ認メザルヲ得ズ(同說鳩山氏債權 118、川名氏債權 155)。何トナレバ不履行ガ正當ノ事由ニ基クニ拘ハラズ遲滯ノ不利益ヲ生セシムルガ如キハ矛盾ナレバ也。

39) 學者或ハ遲滯ヲ阻止スベキ事由ハ事實上ノモノ(tatsächliche Leistungshinderung)ナルコトヲ要シ思想上ノモノ(abstraktes Gedanken)ナルコトヲ得ズトノ論ヲ基礎トシテ同時履行ノ抗辯權ノ存在夫自身ハ未ダ以テ遲滯ヲ阻止スルニ足ラズト説ケルモ(暁道氏前掲 67) 余ハ其根據ノ何レニアリキヲ解スルコト能ハザル也。

*1) 拙稿雙務契約ト履行不能ニ關シ 三四三、四、五、六。

スベキ事由ニ存スルカニ依リテ次ノ四ノ場合ヲ區別スルコトヲ要ス。

其一 不能ガ當事者何レノ責ニモ歸スベカラザル事由ニ因リテ生ジタル場合

當事者何レノ責ニモ歸スベカラザル事由ニ因ル不能ノ場合

此場合ニ於テ不能給付ノ債務者ガ其債務ヲ免ルベキコト素ヨリ明カナリト雖モ債權者モ亦同時ニ自己ノ反對債務ヲ免ルベキヤ否ヤニ關シテハ古來議論頗ル多シ。所謂危險負擔ノ問題¹⁾即チ是也。而シテ民法ハ此點ニ關シ羅馬法以來ノ沿革ニ從ヒテ²⁾、契約ノ種類如何ニヨリ之ニ異別ノ原則ヲ適用スルノ主義ヲ採用セリ。

危險負擔ノ問題

甲 物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル契約

物權ノ設定又ハ移轉ヲ目的トスル契約

一 立法主義及ビ其批評

此種ノ契約ニ於ケル危險負擔ノ問題ニ關シテハ古

1) Tragung der Gefahr; question des risques 但危險負擔ノ名稱ハ廣ク後發不能ノ雙務契約ニ對スル影響如何ノ問題ニ付テモ使用セラル。

2) 羅馬法ニテハ賣買ノ目的物ガ事變(casus)ノ爲メ滅失又ハ毀損セルトキハ賣主ハ其範圍ニ於テ自己ノ債務ヲ免ルルニ拘ラズ買主ハ其代金債務ヲ免ラザルモノト爲セリ(危險在買主 Periculum est emptoris ノ原則) 吾 2534^Iニ於ケル危險在債權者ノ原則(債權者主義)ハ即チ右ノ原則ヲ採用擴張セルモノ也。反之賃借借ニアリテハ賃借人ノ債務ガ事變ニ因リテ不能トナルトキハ其不能トナレル範圍ニ於テ賃借人モ亦其借賃債務ヲ免ルベシ(危險在賃借人 Periculum est locatoris ノ原則)。我 2536^Iニ於ケル危險在債務者ノ原則(債務者主義)ハ右ノ原則ヲ採用セルモノ也。斯クノ如ク契約ノ種類ニ依リテ之ニ適用スベキ原則ヲ異別ニスルノ主義ハ羅馬法以來諸國ノ法律ニヨリテ採用セラレタリト雖モ其立法理由如何ニ付キテハ學者ノ所説頗ル紛雜セリ此點ニ關スル詳細ハ前掲拙稿法協 三四五 38—參照。

立法主義
及其批評

來債權者主義及ビ所有者主義（物權者主義）ノ二主義アリ。

債權者主義

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

3) 註 2 參照。

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

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

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

負擔ス）Mommsen (新說), Kuntze, Windscheid 等。然レドモ債權契約成立スルモ未ダ目的物ニ關スル所有權ハ買主ニ移轉セズ假ニ移轉ストスルモ之ヲ理由トシテ債權者主義ヲ設クハ結局所有者主義ト同一思想ヲ基礎トスルモノニシテ其不當ナルコト後ニ述ブルガ如シ。（四）過失說（危險ハ履行遲延ニ付キテ過失アル者之ヲ負擔スベシ而シテ賣主ニ於ケル履行遲延ハ常ニ買主ノ過失ナルガ故ニ買主危險ヲ負擔ス）Jhering。然レドモ賣主成立ト同時ニ其履行ナキコトハ常ニ必ズシモ買主ノ過失ニ因ルモノニアラズ。尙此等諸說ノ詳細及ビ其批評ニ付キテハ前掲拙稿法協 五 41—、六 120—參照。

6) 吾民法上債權者主義ヲ辯護スル學者ノ主張スル理由（一）賣主ノ目的物ニ關スル利益 (emmodum) ハ賣主成立ト共ニ買主ニ移轉スルガ故ニ危險モ亦同時ニ移轉ス（仁井田氏法典質疑問答債權 147、横田氏各論 115、岡松氏理由 三 477、今井氏通論 304、村上氏各論 211、志田氏各論講義案 26。尙佛國ニモ同様ノ說ヲ爲ス者アリ（Baudry-Lacantinerie et Barde, no. 423, p. 383）。然レドモ目的物ニ關スル利益中（1）物ノ自然的増大ハ常ニ必ズ債權者ニ歸屬セザルベカラザルノ理論的必要存スルニアラザルガ故ニ此種ノ理由ヲ以テ危險モ亦必ズ債權者之ヲ負擔セザルベカラズトノ論ヲ爲スコト能ハズ。殊ニ吾民法ハ未ダ引渡サザル賣主ノ目的物ノ果實ハ賣主ニ屬スベキコトヲ定メタルガ故ニ（§575¹）若シ此種ノ論法ニ從フベシトセバ寧ろ危險ハ之ヲ債務者ニ歸セシムベキモノト云ハザルベカラズ。（2）又目的物ノ價格騰貴ニ因ル利益ニ對應スルモノハ價格下落ニ因ル損失ナルガ故ニ更ニ夫レ以上物ノ滅失毀損ニ因ル損失ヲモ負擔セシメントスルハ誤レリ。（二）債務者若シ當該ノ債務ヲ約シタルコトナクモ危險ノ生ズルニ先立チテ或ハ其物ヲ他人ニ讓渡シ以テ危險ヲ避ケルコトヲ得タルヤモ知ルベカラズ故ニ債務者チシテ危險ヲ負擔セシムルハ酷ナリ（仁井田氏前掲 147 獨ニテモ Wächter, Regelsberger, Jhering 等同論）。然レドモ債務者若シ假リニ當該ノ債務ヲ負擔セズトセバ本來所有者トシテ危險ヲ負擔スベキ地位ニアリタルモノトス加之當該ノ債務ヲ負擔スルガ爲メ債務者ハ違約ノ危險ヲ冒スニアラザレバ同一ノ物ニ付キテ第二ノ處分ヲ爲シ得ザルノ地位ニ立チ至レリト雖モ第一ノ處分ニ因リテ債務ヲ負擔セルコト夫自身ガ自ラ自己ノ利益ヲ計リタルノ結果ニ出ヅルモノナレバ之ニ應ジテ或程度ノ拘束ヲ受ケルハ寧ろ當然ナリ。故ニ自由ニ第二ノ處分ヲ爲シ得ザルコトヲ理由トシテ危險ヲ負擔セシムベカラズト論ズルハ正當ニアラズ。前掲拙稿法協 三四 六 116—參照。

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

所有者主義

2) 次ニ所有者主義(物權者主義)ハ所有權移轉
 ノ時ヲ以テ初メテ危險ヲ債權者ニ移スノ主義ニシテ
 其源ヲ獨逸固有法ニ發スルモノナリ。而シテ普國法
 (一〇一一・九五及一〇〇)、奧民法(一〇四八、一〇四
 九、一〇五一、一〇六四)⁸⁾、獨民法(四四六⁹⁾、英法
¹⁰⁾等ハ此主義ニ從ヘリ。然レドモ初期ノ獨逸普通法
 ノ下ニ於テ一般ニ信ゼラレタルガ如ク¹¹⁾所有者主

7) 前掲拙稿法協三四六124。

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

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

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

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

Handwritten notes in the left margin, including a signature and some illegible text.

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

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

債務者主義

12) 拙稿法協三四六127参照。

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

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

二 吾民法ノ規定

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

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

14) 註 8 及 9 參照。

15) 拙稿法協三四六 127 參照

16) 說石坂氏民法三六 2095—。

吾民法ノ規定
第五三四條第一項

歸スベカラザル事由ニ因リテ滅失又ハ毀損シタルトキハ其滅失又ハ毀損ハ債權者ノ負擔ニ歸ス」(五三四¹⁾)。

故ニ本規定ノ適用ヲ生ズルガ爲メニハ左記ノ二要件ヲ必要トス

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

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

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

1) 契約ノ目的物が種類ノミヲ以テ指示セラ

17) 同說石坂氏民法三六 2127、反對村上氏各論 214。

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

特定物ニ關スルコトヲ要ス

種類債務ノ場合

五三四
條第二項

レタル場合ニ於テハ契約成立シタルノミニテハ未ダ
 以上ノ規定ノ適用ヲ生ズルコトナク、第四〇一條第
 二項ノ規定ニ依リテ其物が確定シタル時即チ(1)債
 務者が物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シタル
 時、(2)債權者ノ同意ヲ得テ其給付スベキ物ヲ指定シ
 タル時又ハ(3)其他當事者ノ特約ヲ以テ定メタル特
 別ノ集中原因ガ生ジタル時¹⁸⁾ニ至リテ初メテ其適用
 ヲ生ズルモノトス(五三四¹¹⁾。從ヒテ縱令其時以前
 ニ種類ノ全部ガ滅失スルコトアルモ債權者ハ未ダ其
 危險ヲ負擔スベキモノニアラズ¹⁹⁾。故ニ又例ヘバ種
 類中ノ或部分ガ事變ニ因リテ滅失シテ恰モ債務ノ内
 容ニ相當スル數額又ハ其以下ノ數額残留スルニ至ル
 モ之ガ爲メ集中ヲ生ズルコトナク²⁰⁾、從ヒテ又未ダ
 危險ノ移轉ヲ生ズルコトナシ。尙所謂制限の種類債
 務²¹⁾モ亦選擇セラルベキ個々ノ物ノ個性ニ重キヲ置

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

19) 同說石坂氏民法 三 六 2109。

20) 同說石坂氏民法 三 一 131。

21) Beschränkte Gattungsschuld 一ニ又混合の種類債務 (gemischt-generische Obligation) トモ云フ。例ヘバ此倉庫中ノ米一袋ヲ給
 付スト云フが如シ。

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

□) 契約ノ目的物が選擇的ニ定マレル場合ニ
 關シテハ民法中何等ノ規定存在セズト雖モ、既ニ民
 法ガ種類債務ノ場合ニ集中ヲ以テ危險移轉ノ時期ヲ
 劃セル以上此場合ニ於テモ亦集中ト共ニ危險移轉ス
 ルモノト解スルヲ正當トスベシ。蓋シ集中以前ニ於
 ケル選擇債務ハ未ダ之ヲ特定物ニ關スル債務ト稱ス
 ルコト能ハザレバナリ。選擇債務集中ノ原因三アリ、
 (1) 當事者ノ契約、(2) 選擇(四一一)、(3) 選擇權ヲ有
 セザル當事者ノ過失ニ因ラザル履行不能(四一〇)²³⁾

選擇債務
ノ場合

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

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

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

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

Emtio ad mensuramノ場合

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

債權者危險ヲ負擔セズト解セザルベカラズ。(二)次ニ又甲乙中何レカ一物が毀損シ其他一部不能トナレルニ過ギザル場合ニモ集中ヲ生ズベキカ。此點從來學者ノ大ニ争フ所ナリト雖モ余輩ハ通説ト共ニ非集中説ニ左袒スルモノナリ(學說及ビ理由ニ付テハ拙稿法協三四六147註103參照)。從ヒテ例ヘバ債務者ガ選擇權ヲ有スル場合ニ於テハ債務者其毀損シタル物ヲ選擇スルモ又毀損セザル他ノ物ヲ選擇スルモ全然其自由ニシテ選擇ハス常ニ遡及效ヲ有スルガ故ニ毀損シタル物が選擇セラレタル場合ニハ遡及的ニ²⁸⁾適用ヲ受クルモノニシテ右ノ危險ハ債權者之ヲ負擔スベキモノトス。

25) 例ヘバ一俵五圓、一貫目五十錢ト云フガ如シ。

26) 此種ノ賣買ヲ稱シテ emtio ad mensuram ト云フ。

27) 反對説ニアリ。(一) 此種ノ賣買ハ數量不明ナルモノトスル止條件トスルモノナレバ寧ロ²⁸⁾適用ヲ受クベキモノ也トスル

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

二) 契約ノ目的タル物が當事者雙方ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因リテ滅失又ハ毀損シタルコト

茲ニ「滅失」トハ物が全然債務ノ本旨ニ適合セザル

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

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

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

30) 橫田氏各論117一。氏ハ立法理由ノ點ヨリ反對説ヲ主張セラレドモ其所謂立法理由トシテ主張スル所夫レ自身が正當ナラザルガ爲メ其結論亦正當ニアラズ(拙稿法協三四六128參照)。

契約ノ目的タル債務者自身ニ屬セザルコトハ本條適用ノ妨ゲトナラズ

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