

債權各論
上

14
700



始



二上博士講述

(非賣品)

債權各論 上卷

大正十二年度東京商科大学講義

14-700



二上博士講述

(非賣品)

債權各論

(上卷)

大正十二年度東京商科大学講義



債權各論 上卷目次

緒論

第一章 契約	契約	八
第一節 契約ノ總論	契約ノ總論	九
第一款 契約ノ觀念	契約ノ觀念	九
第二款 契約ノ種類	契約ノ種類	二
第三款 契約法ノ沿革	契約法ノ沿革	五
第四款 契約ノ成立	契約ノ成立	五
第一項 總論	總論	五
第二項 申込	申込	八
第一目 申込ノ性質	申込ノ性質	四
第二目 申込ノ成立	申込ノ成立	八

(1)

一 八 九 九 二 五 四 五 八 五 八 六 四 六 八



第三目 中止ノ消滅

第三項 承諾

第四項 懸賞廣告

第一目 懸賞廣告ノ本質

第二目 懸賞廣告ノ消滅即チ撤回

第三目 承諾者ノ権利

第四目 優待懸賞

第五項 競争締結(競争契約)

第五款 契約ノ效力

第一項 双務契約ノ效力

第二目 同時履行

第三項 危險回避

第一目 第三者ノ利益ノタメニスル契約ノ效力

第二目 口マ法主義

第三目 英法主義

第六款 契約ノ解除

第一項 解除ノ性質

第二項 解除ノ原因

第三項 解除ノ行使ノ方法

第四項 解除ノ效力

第五項 解除ノ消滅

第二章 事務管理

第一節 事務管理ノ性質

第二節 管理者ノ義務

第三節 本人ノ義務

四

七七

八四

九六

九六

一〇四

一〇四

一〇六

一〇九

一一〇

一一〇

一一一

一一九

一四四

一四六

一四七

一四八

一五六

一五六

一五九

一七〇

一七五

一九二

一九七

一九七

二〇五

二一三

四

(17)

第三章 不当利得

- 第一節 不当利得ノ性質 二一八
- 第二節 不当利得ノ效果 二一八
- 第三節 不当利得ニ依ル不当利得 二三七
- 第四節 不法原因ノ給付ニ依ル不当利得 二四四

債權名論 上巻同水終

債權名論 (上巻)

二上博士講述



債權名論ニ於テハ、原因ハ種々アリ、ローマニ於テハ皆ヨリ契約及ヒ犯罪ノ二者
 又テ其ノ原因トナシタリ、サレトモ人々ノ進歩ニ依リテ此ノ二者以外ニモ
 債權發生原因ト認ムヘキモノヲ察見スルニ至レリ、羅馬ノ法律學者ハ此ノ
 新現象ヲ或ハ契約ニ準シ或ハ犯罪ニ準シテ取扱ヒ米レリ、然レテシヤスラ
 二テ之ヲ整理シ、時編纂シタル法典ニヨレハ債權ハ分テ四種トナス、一ハ契
 約債權、二ハ準契約債權、三ハ犯罪債權、四ハ準犯罪債權ナリ、後述ノ學
 者ハ之レヲ解シテ羅馬法ニテハ債權ノ原因四ツアリ、即チ契約、準契約、
 犯罪、準犯罪之レナリト
 債權原因ニテスル此ノローマ法ハ全部又ハ一部在東洋諸國民法ノ承ケル所

トナレリ。仏蘭西民法ニ於テハ債権ノ原因ハ契約ト契約以外ノ原因ト、二
トス。(仏蘭西民法、第ニ編第四、一五條) 而シテ契約以外ノ原因ハ更ニ細
別シテハハ法ノ規定スル所ニハ債権者ノ一身ニテスル事實トナス。而シ
テ債権者ノ一身ニテスル事實ハ之レヲ細別シテ準契約ト犯罪、準犯罪、二
ツトナス。(準第四章、才一、二節) 要スルニ仏蘭西民法ノ債権原因ノ分類
ハ、一、契約、二、準契約、三、犯罪、四、準犯罪、五、法律ニ規定シテ
ル事項トナル。即チローマ法ト比較スルトヤハ又、六、チカハタルノミ
蓋シ社会現象ノ益々複雑トナリツ、アル止ニ於テローマ法ノ誤メタル原
因以外更ニ種々ノ原因ヲ認めサレハカラサルニ至レルヲ以テナリ。尤モ從
来ト愛モ實際ハ債権不生ノ原因ナリヨク學者ノ之レヲ不現セザリシモノカ
ナカラス。法律ノ進歩ト共ニ明カニ之レヲ債權ノ原因ト説示セルモアリ。
此ノ法中ノ規定ニ笑ハ仏蘭西民法々英之レヲ用ヒ仏法學者ノ採用スル所ナ
トモ遺物ナラサル用法ナリ。何トナレハ債權ノ不生ハ準ニ法律ノ規定ニヨ
ルナリ。契約債權、犯罪債權ハ皆法律ノ規定ニ基クナリ。仏蘭西民法カ時
ニ法律ノ規定ト云フハ又其ノ他ノ原因ト云フニ外ナラス。故ニ準口此ノ如

ク殊スル方可ナリ

仏蘭西民法ヲ母法トセル我旧民法ハ債權ノ原因ヲ以テ、一、合意、二、不
當利得、三、不正ノ損害即チ犯罪及ヒ準犯罪、四、法律ノ規定ニヨル事項
トナス。(財産編、第ニ節、第ハ章) 蓋シ大体ニ於テ仏蘭西民法ノ分類ヲ探
用ス、又準契約トアルヲ不當利得ト改メ且ツ犯罪及ヒ準犯罪ヲ不正損害ト
云フ換名トシ、名称ヲ付シ加ヘタルノミ。
故ニ民法ニ於テハ債權編、才ニ章ニ於テ契約ニテスル一次ノ規定ヲ揭ケ
才七章ニ於テ各種ノ債權ノ係ト云フ表題ノ下ニ才一ハ充實、支取、贈與
債權、使所貸借、消費貸借、產權、讓與、仲立、契約、懲賞、公告、平
任、寄託、組合、終身定期金、保証契約、和解、債務約束、債務承認、支
取委託、持券人支取約束ヲ舉ケ此ノ二十二種ノ法律行為、才ニハ委任記
ノ事務管理、才三ハ不當利得、才四ハ不法行為、才五ハ旅館ニ於ケル物、
持込共有及ヒ物ノ換示ナル特別ナル債權ノ係ヲ規定ス、之レハ仏蘭西民法ノ
準契約ト稱セルモノヲ委任記事務管理ト不當利得ト、ニツニ分テ且ツ犯罪
及ヒ準犯罪行為ヲ不法行為ナル一ノ名ニ總括シ且ツ各種ノ契約ノ外ニ均

三

種々ノ特別原因ヲ列挙セルモノニ外ナラス

非面債權法ハ一方ノ締結則チ一章債權ノ發生トアリ 其ノ中ニ契約ニヨ
ル發生、不当利得ニヨル發生、不法行為ニヨル發生、三ツアリ 而シテオ
ニ端ニ各種ノ契約ニ付スル特別規定ヲ設ク、英米法ニ於テハ勿論明文ニヨ
リテ債權ノ發生原因ヲ定ムサレトモ學說ニ於テハ債權發生ノ原因ヲ以テ、
ノ 契約、又 不法行為、3. 契約違約、4. 裁判、5. 準契約、6. 契
約以外ノ合意 contract agreement ト説クモ、多シ 而シテ其
ノ中ニモ不法行為ヲ分チテ犯罪及ヒ準犯罪トナスモノ、少クカラス 之レモ
大抵ニ於テローマ法ノ分類ニ從ヘルモノナリ、又契約違約 裁判及ヒ契約
以外ノ合意ヲ新ニ掲ケルノミ

現行民法ニ於テハ債權論ノ所謂各論ノ一切ヲ、1. 契約、2. 事務管
理、3. 不当利得、4. 不法行為トナス 此ノ四者ケ債權發生原因タルコ
トニ付キテハ更論ナシ、其餘之レ等ノモノモ常ニ債權ヲ發生スルモノナリ
ト斷定スヘカラス、又此ノ四者以外ノモノニ於テモ債權ノ原因アルコトヲ
察スヘカラス、今簡單ニ現行民法ノ債權ノ原因、凡ソマ合意解説セン

一 法律行為

法律行為ニハ單行行為(一方行為) 契約(双方行為) 及ヒ共同行為
(Gesamtakt) ノ三種アリ 此ノ三者アルコトハ第二章ニ説明ス
ル

先ツオ(一)契約ニ付キテハ第三章ニ多岐ノ規定アリ、其ノ債權
ノ原因タルコトニハ更論ナシ、又契約ニハ債權ヲ發生セサルモノアリ
契約ハ常ニ債權ヲ發生スルト解スヘカラス

オ(二)單行行為ハ死後行為ト生前行為、ニツアリ、死後行為トハ遺言
ナリ、遺言ニ就テハ民法一五六〇条、一六一九条ノ規定アリテ債權ノ原
因トイ得ルコトハ明白ナリ、然レトモ生前行為タル單行行為ニ付テハ
學者ノ意見ニ充分ナル一致ヲ見サルナリ

オ(三)民法三〇五條ハ法律行為ニヨル債權ノ發生ハ法律ニ別ニ定ムアル
外ハ當事者間ノ契約ヲ以テナスコトヲ要ス、乃チ單行行為ハ原則トシテ
債權發生ノ原因トナラサルコトヲ明カニス、此ノ主義ハ概シテ民法施行前
ニ於テモ概シテハ明白トシテ認メラレタリ、乃チ契約自由ノ原則ハ民

法ノ意ムル所ナルカ自由原則ハ不ク一概ニ設メサル所ナリ。

ナレトモ乙民法ノ如キ特別ノ規定ナキ固ニ於テハ如何ニ解スヘキヤ同類ナリ。ローマ法時代ハ契約ノ效力ノミヲ設メテ單行行為ヲ例外的ニ設メタリ。サレトモ近世ノ民法ニ於テハ單行行為ノ領域漸次狭クテ相対、對抗、契約ノ解除、債務免除、物権ノ放棄等、如キ何レモ單行行為ヲ以テ之レヲナシ得ルモノト設メタルナリ。而モ之レ等ニ付キテハ民法ニ時ニ之レヲ許スノ規定ノ有無ヲ向ハス。然ラハ債務ノ負担ニ付キテモ抵当債ニ負担セント欲スルモノ、一方前意思表示ニヨリテ其ノ效力ヲ設ムルトモ支障ナキコトナラン。サレトモ固ニ於ケル今日ノ通説ハ相法律行為自由ノ原則ヲ設メス。單行行為ハ又法律カ時ニ設メタル例外的ノ場合ニ於テノミ有効トナス。其同行爲（合同行為）之レニ付キテハ後述スル所アラシキ人ノ設立行為ノ如キ多數當事者ノ共同シテナス場合ハ其ノ一例ナルカ之レニヨリテ債権ノ係ノ發生アルハ要論ナシ。法律行為カ債権發生ノ原因タルハ其ノ行為ノ内容カ債権ノ發生ヲ包含セルトキニ限ルモノナリ。契約ト云モ其ノ内容ニ債権ノ發生ヲ包含セザルトキハ債権ノ發生スルコトナシ。

二、事務管理

ローマ法、仏国民法、英米法ニ所謂準契約ノ一種ナリ。其民法ニ於テハ不當利得ノ一場合ト認メ其民法ニテハ該委任事務管理ト稱スルモノナリ。

三、不當利得

之レハローマ法、仏国民法、英米法、拿破侖ノ一種ナリ。其民法、不當利得ト稱スルハ事務管理ト不當利得ト、換稱ナリ。之レヲ二分シタルハ私乙民法ニ依ヒヨナリ。

四、不法行為

ローマ法及ヒ仏国民法、犯罪及ヒ準犯罪又ハ私乙民法ノ不正損害。私乙民法ノ不許可行為。英米法ノ私犯ト稱スルモノハ即チ之レナリ。

五、其ノ他ノ原因

債権ノ原因ハ時殊ノ事實ニ限定サル、之ノニアラス。法ハ万能ナリ。故ニ其ノ原因ヲ自由ニ造ルコトヲ得ルノミ。我國ノ現行法ニ於テハ前記四種ノ外種々ノ場合ニ其ノ發生ヲ認ム。例ハハ

- 一 得地権ノ行使（二〇九条、二一二条、二二二条）
 - 二 遺失物ノ拾得、埋藏物ノ発見
 - 三 時 效（民法、一六三条）
 - 四 後見人（八九七条）
 - 五 一定ノ親族千株ニアルモノ、扶養ノ義務（民法、九五〇条以下）
 - 六 遺贈分ノ存在（民法、一三〇条以下）
 - 七 土地ノ收用及ヒ其ノ他ノ公用徵收ハ補償請求權ヲ取得ス
 - 八 徵稅權ノ發動
 - 九 官天クル身分ノ解除（民法、六一八条才五号）
- 以上場ケタル原因ノ中ニテ契約事務管理、不当利得、不法行為ノ四者ニ付
キテ説明セントス

第一章 契約

第一節 契約ノ總説

第一款 契約ノ觀念

契約ハ二以上ノ当事者ノ相互ノ間ニ交換セラルル、合致シタル意思表示ヨリ成立スル法律行為ナリ。今之レヲ分説セン。

第一 契約ハ法律行為ナリ。法律行為ハ私法上ノ效果ノ發生ヲ目的トスル私法上ノ意思表示ニシテ其ノ意思ノ存在ヲ其ノ效果發生ノ要件タルモノナリ

- a. 私法上ノ效果トハ私法上ノ権利義務ノ發生変更又ハ消滅ヲ云フナリ
- b. 私法上ノ效果ノ發生ヲ目的トスル意思トハ一定ノ私法上ノ権利義務ノ發生変更又ハ消滅ヲ欲スル意思即チ意思ノ活動ヲ云フモノニシテ概シテ學者ハ效果意思ト名付ク
- c. 效果意思ヲ故意的ニ表示スルコト即チ表示セシト欲シテ表示スルコトヲ云フナリ。其ノ表示セント欲スル意思ヲ故意ヲ云フ者ハ表示意思ト云

d 私法上、意思表示トハ非権利物ノ意思表示ヲ云フモノニシテ公用権
 集裁判課税等ノ國家ノ權力ノ意思表示ハ除外スル謂ナリ
 e 法律行為ノ觀念ノ未タ明クナラサル時代ニハ法律行為ヲ以テ又私法
 上ノ效果發生ヲ目的トスル私法上ノ意思表示ナリトシテ其ノ他ニ何等
 ノ要件ヲ認メザリキヤレトシレハハ、重要ナル要件ヲ忘ル、即チ意
 思表示カ法律行為トナルハ其ノ目的タル私法上ノ效果ノ發生ク其ノ效
 果發生ヲ目的トスル意思即チ效果意思ノ當時ニ存在スルコトヲ要件ト
 セサルハカラス、拙言セハ行為ノ目的タル私法上ノ效果カ行為者ニ於
 テ之レカ發生ヲ欲スル意思ノ存在セル場合ニ限リ發生シ行為者ニ斯カ
 ル意思ナキトキハ法令同一ノ行為アルモ其ノ效果ノ發生セサルコトカ
 法律行為ノ要件タリ、若シ此ノ最後ノ要件ヲ無視スルトキハ法律行為
 ノ觀念ハズキニテ法律行為ト認ムヘカラサル種々ノ行為ヲモ法律行
 為ト認メサルヘカラサルニ至ル、例ヘハ飲食物ノ所有權ヲ身體權トセ
 ントシテ之レヲ飲食スルトキハ之レハ勿論法律行為ニアラス、又損害

賠償、義務ヲ負担セト欲シテ他人ノ財產ヲ毀壞スル場合又ハ費用ノ
 償還請求權ヲ得ト欲シテ事務管理ヲナス場合斯カク行為ハ皆私法上
 ノ效果ノ發生ヲ目的トスル私法上ノ意思表示ナリ、サレトモ其ノ目的タ
 ル私法上ノ效果ハ當事者ニ於テ之レカ發生ヲ欲スルト否トニ拘ハラズ苟
 クモ行為タニアラハ法律上当然發生スルモノナルカ故ニ此ノ最後ノ要
 件ハ具備セサルモノニシテ随ツテ法律行為ニハアラス、又債權者ノ債
 務者ニ対スル履行ノ催告法人ノ總會招集ノ通知、如キ前未だノ意思表示
 未達ニ債務ノ承認他人ノ行為ヲナスニ付ヤラノ同意若クハ許可等ノ如
 キ觀念ノ通知ノ如キモ之レニヨリテ法律上種々ノ效果發生スルモ其レ
 等ノ效果ハ行為者カ其ノ發生ヲ欲スルト否トニ拘ハラズ法律上当然生
 スルモノナル故ニ之レモ法律行為ニハアラス、尤モ之レ等ノ行為ニ付ヤ
 テハ其ノ法律行為ニ類似スルノ故ヲ以テ法律行為ニテスル規定ヲ準用
 スルナリ

第二、契約ハ二人以上ノ意思表示ヨリ成ルモノナリ、又一箇ノ意思ノミニ
 テハ契約ニアラス、又兼備ノ意思表示アリトモ一人ノ當事者ノミニヨリ出

一三
テタルトキハ契約ニアラズ。又一人ノ意思ヲ何シ他人カ之レヲ表示スト
モ亦契約ナラス。契約成立ニハ二人以上ノ当事者ク各一何ノ意思表示モ
ナスヲ要ス。之レ契約ノ謂クニ扶義ニ於ケル單独行為ト異ル所ナリ。扶
義ノ單独行為ハ行為者一人ノ意思表示ニテ成立スルモノナリ。例ハ八道
言寄附行為、物權優越ノ放棄等ノ如キハ通常一人ノ当事者カナス所ノ意
思表示ヨリ成ルモノニシテ即チ扶義ニ於ケル單独行為ナリ。而シテ單独
行為ノ中ニハ相手方ノアルモノトナキモノトアリ。例ハ八道言寄附行為
ハ相手方ノナキ單独行為ニシテ廢除ノ義務免除ハ相手方ノアル單
独行為ナリ。相手方ノアル單独行為ハ其ノ相手方ニ對シテ意思表示ヲナ
サ、レハ成立セサルナリ。ナレト相手方ハ行為者ノ意思表示ヲ受クルノ
ミニシテ即チ意思表示ヲナスノミニアラサルヲ以テ相手方アル單独行為
ト云モ契約ニアラハルコトハ明クナリ。
如斯契約ノ成立ニハ二人以上ノ意思表示者ヲ必要トスルノ原則ニ對シ
テ法ニ一ツノ例外規定アリ。即チ一人ノ人カ當事者双方ノ資格ヲ合セ有
スル場合ナリ。尤モ原則トシテハ人ハ同一ノ法律行為ニ付キテ其ノ相手

方ノ代理人トナリスハ當事者双方ノ代理人トナルコト能ハサルモノナリ
此ノ規定ニ違反スル場合ハ其ノ行為ハ無効ナリ。サレトモ廢止ノ履行ト
シテナス所ノ法律行為ニ付キテハ右ノ禁止ハ其ノ適用ナシ(民法一〇八
條)

第三 當事者ノ意思表示ハ合致ヲタルモノナルコトヲ要ス。茲當事者ノ意
思ト表示トク合致セザルヘカクアルコトハ意思表示ノ一様ノ成立要件ナ
リ。法ニ之ヲハ此ノ事ニアラス。數人ノ意思表示ク各々意思ト表示トノ
合致ヲ要件ヲ具備スルノ外相互ノ間ニ一致ヲ要スルコトヲ要件ナリ。
數言スレハ數人ノ意思表示ノ目的即チ内容カ同一ナルコト撰言セハ之レ
等ノ意思表示ク何レモ皆同一ナル私法上ノ效果ノ發生ヲ目的トセルコト
カ契約ノ成立要件タルナリ。サレト當事者ノ意思表示カ凡テノ相互マ
ハ一致スルコトヲ要セス。又當事者ク一致ヲ必要トスル事項即チ當事者カ
契約ノ内容トナサントスル諸事ニ合致アレハ可ナリ。ウケナレハ如何ニ
無効ナル事項ト致セ若シ何レカ一方カ必ス契約ノ内容トナサントスル意
思ヲ以テ意思表示ヲナラサルトキハ其ノ定ニ付キ合致ナキトキハ契約ハ

成立セズ。サレトモ其ノ事項カ甚ク輕微ニシテ相手方カ之レヲ承認セズ契
約ヲナスト後モ若シ相手方ニ於テ不同意ナレハ必ス之レヲ契約ノ内
容トスルヲ要セス。即チ其ノ他ノ諸項ニ付テ契約締結ノ意アル場合ニハ
其ノ輕微ナルモノ付テテ、不合法ハ契約ノ成立ヲ妨ケス。

第四、如何ノ意思表示ハ当事者相互ノ間ニ交換セラル、モノタルコト、タ
トハ如何ノ意思表示ニヨリテ全然其ノ内容ヲ同シウスルトモ之レカタメ
ニ必ス之モ契約ヲ生セス。契約ノ成立ニハ右ノ意思表示カ相互ノ間ニ交
換セラレテ相對立スル所ノ意思表示ナルコト。此ノ第四ノ要件ニヨリテ
契約ハ共同行為ト區別ヲナス。共同行為ハ二人以上ノ当事者カ合致セル
意思表示ニヨリテ成立スル法律行為ナレトモ当事者以外ニ何ヒテ並行の
ニナスモノナリ。例ハ八数人ノモノ、ハナス共同行為契約ノ共同解除物、
共同看ク共同ヲシテハス所利権ノ放棄ノ如キトナリ。サレトモ共同行為
ノ成立ニハ其ノ以前又ハ之レト同時ニ當事者間ニ於テ共同行為ヲナサン
トスル合意アルヲ普通トス。サレトモ此ノ行為ノ共同行為トハ全然別事ナ
リ。即チ此ノ合意ハ時トシテ、事實トシテ、事實上ノモノタルコトナリ。又時ト

シテハ法律上ノ契約タルコトナリ。右ノ如ク共同行為ハ契約ニアラザル
コト明白ナルカ然ラハ法律行為ハ單独行為。契約及ヒ共同行為ノ三ツニ
分類スヘキモノナリト云ハサルヘカラス。サレトモ我民法ヲ案スルニ此ノ
三分法採用ノ跡ナシ。又單独行為ト契約トニ分ツニ今説ヲ採レルカ如ク、
例ハ八一〇八条ノ單独行為ハ真正ノ意ニ於ケル單独行為ト共同行為ヲ包
含セルコトニ付テテハ異論ナシ。即チ我民法上ノ解散トシテ共同行為ハ
單独行為ノ一種ナリ。即チ單独行為ヲナス當事者カ二人以上ノ人ヨリ構
成サル、場合ニ於テ其ノ單独行為ヲ共同行為ト云フナリ。隨ツテ單独行
為ト云フ名稱ヨリモ聲口一方行為ト云フヲ可トセン。

契約ノ概念ハ凡ソ上述ノ如シ。他ノ立法例又ハ學説ニ於テハ契約ニ于
シ右ト異ル概念ヲ有ス。其ノ重ナルモノ、ハニヲ述ヘン。
(一) 契約ノ目的ハ之レヲ債權ノ發生ニ限ルモノトシ物權其ノ他ノ權利ノ
發生又ハ債權ノ物權其ノ他ノ權利ノ變更消滅ヲ目的トスルモノ等ハ契
約ニアラズトスル説アリ。此ノ説ニヨレハ吾人ノ説明セル法義ノ契約
即チ私法上ノ效果ノ發生ヲ目的トスル意思ノ合致ハ之レヲ合意トナス

モノナリ Anglo-american Law ニテハ agreement
民法ニハ convention ト云フ

合意ノ一種即チ債権ノ發生ヲ目的トスルモノ、ミテ契約 contract
ト稱ス。英米法及此民法系ニ屬スル諸國ノ法律ハ此ハ認テリ。サレト
モ他民法ニ於テハ Vesting ヲ云義ニ解シ之レニテスル規定ヲ第一
編條則一五四—一五七ニ置ク。而シテ債権契約ノミニテスル規定ヲ第
二編債権ノ三〇五—三〇六ニ置ク。其民法ハ此南西民法ニ依ヒ契
約ト合意ノ區別ヲ設ケタルカ現今ニテハ他乙民法ヲ採用シ契約ヲ云義
ニ解シ合意ト契約ノ區別ヲ廢シタリ。然ルニ英民法ノ解法論トシテモ
契約ヲ依ク解セントスル學者アリ。余ハ其ノ誤レルコトヲ信スルモノ
ナリ。蓋シ其ノ理由トスル所ハ

右ノ如キ解法ヲトルモノハ密曰ク 英民法ニ於テハ他乙民法ト契
リ契約ニテスル規定ハ條則中ニテ債権ノ編中ニ存ス。之レ即チ債
権ノ目的ハ債権ノ下條ヲ承スモノナリトナス。サレトモ之レカ莫ナラ
ハ蓋シ契約ノ内容ハ普通ノ債権下條ノ發生ナルカ故ニ契約ノ規定ト

云フモノハ債権契約ニ適用アルコト最モ多シ。故ニ便宜上第三編
中ニ編入セシナリ。凡ソ民法諸則ノ表題ハ公々便宜ニヨルモノナリ。
親族篇中ニモ財産下條ノ規定アリ。又債権篇中ニモ物権ノ性質ヲ含
柯スルコトアリ。故ニ編章ノ節ノ題号ニヨリ依テ解法ヲトルモノ
ラサレナリ

論者又曰ク 契約ヲ云義ニ解セハ婚姻養子縁組ニ依テ上ノ高縁高
婚等ハ契約トナリテ等ニ稱ノ條則ノ適用アルコト、ナリ不條理ナリ
ト。サレトモ親族法上ノ契約ニテシテハ親族篇ニハ種々ノ特別規定ノ
設ケアル結果事實上多クハ適用ヲ見サルコト、ナル。サレトモ婚姻養
子縁組ニツイテ五二一—五二八各等ノ適用アルコトハ一概ニ認メ
ラレ、所ナリ

物権ノ規定移転ヲ直接ノ目的トスル合意其ノ他私法上ノ絶対的
果カ直接ノ目的タル合意ト云フモノニモ五二一条—五二八各ノ契
約成立ニテスルハ概規定ノ適用アルコトハ今日一概ニ學者ノ認ムル
所ナリ。之レニヨリテモ契約ノ内容ハ債権ノ發生ニ限ラス

一三三條——一三七條（法権代理）及七九九——七九三條等ニ
テ云フ所ノ契約モエレク債権發生ヲ目的トスルノ理由ハ竟モナシ
民法ノ氏法ニ於テハ前述四ツノ成立条件ノ外ニ直原因（cause）
ヲ一要件トスルナリ（民法、一一〇八條、一一三四條、一一三三條
旧民法、三〇四條）原因トハ契約ノ當事者カ其ノ契約ニヨリテ義務
ヲ負擔スルハ権利ヲ喪失スル法律上ノ理由ナリ、而シテ契約ノ當事者
双方カ出捐（*sacrificer*）ヲナス場合ニハ當事者双方ニ原因アリ
一方ノミ出捐ヲナス場合ニハ其ノ一方ニミ原因アリ、例ハハ売買契
約ノ場合ニハ売主、買主双方出捐ヲナスヲ以テ原因ハ双方ニナリ、売
主カ契約ノ目的タル一定ノ財産ヲ売レハ買主カ自ら其ノ代金ヲ支払
フヲ以テ売主ニハ代金ノ支払カ原因ナリ、又買主カ代金ヲ払フハ売主
カ一定ノ財産ヲ取テ取ルカ故ナリ、故ニ買主ニ付キテハ財産取
ノ義務カ原因ナリ、又贈與ノ場合ニ於テハ贈與者ノミ出捐ヲナシ受贈
者ハ之レヲナサ、ルカ故ニ原因ハ贈與者ノミニ存ス、即贈與者カ受贈
者ニ恩惠ヲ施シテヤルト云フ意思カ原因ナリ、而シテ民法學者ノ説ニ

ヨレハ契約ノ原因ハ其ノ目的及ヒ原因（*motif*）トテ混合スルモノナリ
トス原因ハ契約締結ノ直接ノ原因ニシテ理由ハ當事者ヲ以テ締結
スルニ至ラシムル間接ノ理由ナリ、目的（*object*）トハ當事者カ契
約ニヨリテ解ントスル利益ナリ、例ハハ甲カ代金ヲ以テ自己ノ債務ヲ
弁済スルノ意思ヲ以テ其ノ所有ノ建物ヲ乙ニ売リたり、乙ハ自己ノ居
住ニ充テシムルカメニ之レヲ買ヒタル場合ニ於テ此ノ契約ノ原因ハ建物
所有權ノ移轉代金ノ支払ニシテ理由ハ債務ノ弁済、住宅ノ取得ナリ、
目的ハ建物及代金ナリトナス、然レトモ契約ノ原因カ果シテ右ノ如キ
モノナリトセハ原因ハ之レヲ契約ノ成立条件ナリト認ムル理由ナ
キナリ、何トナレハ売買、交換、賃貸借ノ如ク當事者双方カ出捐ヲナ
ス場合有債契約ニ付キテ之レヲ見ルニ民法學者ノ所謂當事者一方ノ原
因ト云フモノハ常ニ相手方ノ出捐ヲ云フモノナリ、契約ノ原因ハ即チ
契約ノ目的内容ニ外ナラス、換言スレハ契約ノ内容タル一定ノ私法上
ノ效果ヲ各別々ニ觀察シテ名付ケタル意義ニ外ナラス、即チ売買ノ場
合ニ於テハ売主ニ付キテハ代金ノ需要買主ニ付キテハ財産取ノ取得カ

原因ナリ。税金、支払、財産、移転ハ契約ノ内容ニ外ナラス。果シ
 然ラハ有償契約ノ場合ニハ契約ノ目的内容ノ外ニ更ニ原因ト云フ特
 別ノ成立要件ヲ認ムル理由ハナキナリ。尤モ前述ノ如ク从学者ノ言ニ
 於テハ契約ニヨリテ生ズル債権ノ目的物例ヘハ契約先項ハ其ノ契約
 ヲ以テ直ニニ契約ノ目的トナスカ故ニ目的ノ外ニ更ニ原因ヲ論及スル
 コト、一理ナキニアラス。サレトモ、如ク契約ノ目的ハ契約内容ニツ
 キ各当事者カ契約ニヨリテ生ゼシメント欲スル所ノ私法上ノ效果其
 ノモノナリトセハ目的ノ他ニ別ニ原因ヲ認ムルコト能ハサルナリ。又
 無償契約ニ付キテ見ルニ贈與ニ就テハ意思心ナルモノカ其ノ成立要件
 トナルモノナレトモ其ノ意思心ナルモノハ即チ贈與ノ意思ニ外ナラス
 ト解セハ贈與ノ合意ノ外ニ更ニ意思心ヲテ成立ノ要件ヲ認ムル能ハサ
 ルナリ。又意思心ヲ解シテ受贈者ニ時別ノ慈悲ヲ施サントスル贈與者
 ノ格故ナル心理必集ナリトナストキハ議論ハ正当ナリ。
 サレトモ民法ニ於テハ贈與ハ当事者ノ一方カ自己ノ財産ヲ無償ニテ
 相手方ニ贈ル意思ヲ表示シ相手方カ承諾スルコトニヨリ成立スル意思

表示ナリ。故ニ贈與者ノ意思ニハ格故ノ要件ナキナリ。又立出者ノ方
 ニテモ之レヲ別扱ヒスルノ必要ヲ見ザルナリ。故ニ贈與ノ如キ無償契
 約ノトキハ原因ハ其ノ要件ニアラザルナリ。

ローマ法ニ於テ原因ト稱スルハ事實上ノ合意 *Paactum in con-*
tract ニ変スルニ必要ナル条件ヲ云フ。例ヘハ或ル種ノ契約ハ口
 約ト稱シ一先ノ文言ヲ稱ヘテ之レヲナスニアラザレハ效力ナシ。或ニ
 其ノ一先ノ文言ヲ原因ト稱ス。又或ル種ノ契約ハ物的ト稱シテ契約ノ
 目的物ヲ收受スルコトク契約成立ノ要件ナルカ故ニ物ノ收受ノ原因ナ
 リト認メタリ。

猶英米法ニ於テモ原因ニ英スル觀念カ存在ス。即チ契約ハ *deed*
 (一種ノ書面) ニヨラザル場合ニハ *consideration* (約因)
 ニヨラザルヘカラストナス。

deed トハ義務者ク署名捺印シテ相手方ニ引渡シタル (*sign*
sealed, delivered) *instrument* ナニ
consideration トハ契約ノ当事者カ其ノ契約ニヨリテ美

務ヲ負擔スル理由ナリ。換言スレハ相手方ノ義務負担スハ权利喪失ニ
他ナラス。サレトモ英米法ノ *consideration* ハ民法ノ原因トヤ
、異ル事アリ。即チ英米法ニ於テハ贈與ニハ *consideration*
ナシ。故ニ *deed* ニヨリナサル、贈與ハ原則トシテ無効ナリ、
ナス。

第二款 契約ノ種類

契約ハ之レヲ種々ノ標準ニヨリテ分類スルヲ得。其ノ主タルモノヲ擧ケ

第一、物权的、債权的、
相对的、相对的、
对物的、对人的

物权的 此ノ區別ハ契約ノ内容タル私法上ノ效果ノ性質ヲ標準トスルニ
、ナリ。即チ契約ノ内容カ債权ノ發生ヲ目的トスルモノナルトヤハ之レ
ヲ債权的契約ト云フ。契約ノ内容カ物权的ノ故ニ、他地対的の法律干渉ノ發
生ヲ目的トスルトヤハ之レヲ物权的契約ト云フ。是ツテ物权的ノミナラス

債权其ノ他凡テノ权利ノ移轉変更若クハ消滅ヲ直接ノ目的トスル契約ハ
大體物权的契約ニ屬ス。

地対的契約ノ中物权的ニ于スルモノ、ミテ特ニ物权的契約ト稱シテ其ノ他
ヲ準物契約ト稱スルコトカ名称ノ正確ヲ期スル上ニ適當ナラン。又之々
ハノ契約ノ内容ノ一部分カ債权ノ發生ニシテ他ノ一部分カ地対的の法律干
渉ノ發生タルコトアリ。斯クノ如キ契約ハ地対的ト相對的ノニ性質ヲ合
セ有スルモノト云フヘキナリ。

契約ノ内容カ債权的ナリヤ物权的ナリヤハ全ク當事者ノ自由ニ定ムル
所ナリ。然ルニ學者在々ニシテ贈與、売買、交換等ノ契約ハ既ニ債权的
契約ナリ。此ノ契約ニヨリテ當事者ノナス所ノ給付ハ何レモ債权的ノモ
、ニシテ苟クモ此ノ契約ニヨリテ出捐ヲナス當事者ハ常ニ債務ヲ負担ス
ルモノナリト説ク。サレトモ予ノ稿スル所ニヨレハ此ノ説ハ明カニ契約自
由ノ原則ヲ無視シ更ニ是レテ法律行為ノ本質ヲ誤解セル説ナリ。何トナ
レハ、

一、若シ此ノ説ニ依ルハ贈與、売買、交換等ノ契約ニヨリテ當事者ノ自

的タル所ノ物権ノ移転ヲ生スルノ理由ヲ解スルコト能ハス 何トナレ
ハ物権ノ移転ハ民法一七六条ニヨレハ受取者ノ其ノ移転ヲ目的トスル
所ノ物権的ノ意思表不ヲナスニアラサレハ其ノ效力ヲ生セザルナリ
然レニ贈與売買等カ以債権的ノモノトナストキハ之レニヨリ生スル
效果ハ以物権ヲ移転スルノ債権債務ノミニヨリ生シタル債権
ノ事項トシテ更ニ物権的契約ヲ締結スルニアラサレハ物権移転ノ效力
ヲ生セザルモノト解セサルヘカラス 然ルニ實際ハ又シテ右ノ如ク債
権契約ノ外更ニ物権契約ヲサスシテ物権ノ移転ヲ生スルコトアルハ
全ク贈與等ノ契約ハ物権移転ノ物権的契約ナルカ故ナリ 論者或ハ之
レ等ノ契約ノ場合ニ於テハ普通受取者ハ債権契約ト同時ニ物権的契約
ヲ包含セ締結スルモノナレトモコノ事カ外觀上明カナラサルナリト説
カン サレトモ事實上当事者ニ斯クノ如キ二個ノ法律行為ヲナスノ意
思ナクシテ只一個ノ法律行為ヲナス場合ニ於テ又新直チニ物権的効果
を生ズルナリ 之レ全ク贈與・売買等ノ契約ハ物権的ノ内容ヲ有シ得
ルモノナリトノ証ナリ

2. 売買ノ前ニ於ケル売主交換契約ノ双方ノ交換者等ハ既ニ担保責任ヲ
有ス 之レ即チ之レ等ノ契約ハ常ニ債権的ノモノナリトノ証ナリト説
ク學者アレトモ担保責任ハ債務ノ不履行ニ依ルノ責任ニアラスシテ法
律カ時ニ定メタル別故ノ責任ナリ 故ツテ此ノ理由ヲ以テ右ノ契約々
常ニ債権的ノモノナリト論断スル能ハサルナリ
3. 論者ハ物権的行為ハ常ニ原因相象ノモノナラサルヘカラス 故ニ有
因行為タル贈與売買等ノ内容トシテ物権的効果ノ発生ヲ認ムルコト能
ハスト云フ
然レトモ物権的的意思表不ノ無因ナルコトハ故乙民法ノ解釈トシテ然
ルノミ 我民法ノソレトシテハ根拠ナキ論断ナリ 故乙民法 九二五
条) 我民法ニテハ行為自由ノ原則ニ基テ物権的的意思表不ト云ヒ之レ
ヲ有因トスルコトモ出来ヌ無因トモナシ得 全ク当事者ノ意思ニ依ル
ヘキナリ 故ニ贈與売買等ニ於テ当事者ノ一方カ或ル物権ヲ物権的ニ
相手方ニ移転スルコトヲ定ムルト同時ニ一定ノ原因ヲ其ノ契約ノ内容
ノ一部トナスコトハ認ムヘキ所ナリ

4. 債權同民法上ノ説ナリ。曰ク、契約當事者ハ物権ノ移轉ヲ目的トスル所ノ債權債務ノ關係ノ發生ヲ目的トスル契約ヲナスノ意思アル場合ニ於テモ其ノ契約ハ原則トシテハ法律ノ規定上直ニ履行サレテ物権移轉ノ效力ヲ發生スルモノナリト。然レテラ契約ニヨリテ物権的効果カ或ハ債權的効果カ生スルマハ當事者ノ意思ニヨリテ定マル問題ナリ。當事者カ債權ノ發生ヲ欲スルニ拘ハラス物権的効果ノ生スルト云フコトハ原則トシテハ無キ理ナリ。故ニ从前四流ノ論ハ法律ニ別段ノ規定アル場合ハ或ハ然ランモ一七一一法律ニ別段ノ明文ナキ我民法ノ下ニ於テハ正鵠ヲ得タルモノト云フヘカラス。

5. 贈與売買契約等ノ契約ハ之レヲ民法債權編中ニ規定シアルコトヲ理由ノ一トナスモノアレトモ民法編別ノ表題ハ左程深キ意ノナキコトハ前述ノ如シ。

6. 民法五五五條、五八六條等ニ於テハ當事者カ云々ノコトヲ約スルニヨリテ其ノ效力ヲ生ストノ文句アリ。而シテ約スルトハ將來ノコトヲ約スルナル故先買交換等ハ第一債務ヲ發生スルモノナリト説ク者アリ。

サレトモ約スルトノ語ハ必スシモ債務ノ負担ヲ意味スルモノニ非ス。只意思表示ヲナス意ナリ。雖ニ契約ト云フ語モ債權ニ限ラサルハ前述ノ如シ。

第二 有償契約ト無償契約

有償契約トハ當事者双方互ニ対価トシテ出納ヲナス契約ニシテ無償契約トハ當事者ノ一方ノミカ出納スルカ又ハ當事者双方カ出納ヲナスモ之レカ互ニ対価ヲナサル契約ナリ。先買交換貸借ノ如キハ即チ有償契約ニシテ贈與使用貸借ノ如キハ無償契約ニ屬ス。此ノ区別ヲナスノ必要ハ民法五五九條ニヨリテ第三編第二章第三節、先買ニ関スル規定ハ之レヲ先買以外ノ有償契約ニ準用セルヲ以テナリ。我民法ニ規定セル有名契約ノ中ニハ、第一、性質上帯ニ有償ナルアリ。例ハ先買交換貸借債權債務組合和解ナリ。第二、性質上帯ニ無償ナルアリ。例ハ使用貸借及ヒ贈與ノ如シ。使用貸借及ヒ預付ノ贈與ハ双方ニ出納アリ。サレトモ其ノ出納ハ対価關係ニアラサル故有償契約ニアラズ。第三、二時トシテ有償、時トシテ無償ナルアリ。委任寄託消費貸借終身定期金ナリ。

第三 双務契約ト比務契約

双務契約トハ其ノ直接ノ效果トシテ当事者双方ニ債務ヲ発生スル契約ヲ云フ。例ハ八座備諸員及ヒ質貸借ノ如シ。比務契約トハ其ノ直接ノ效果トシテ当事者ノ一方ニシテ債務ノ発生スル契約ヲ云フ。例ハ八座報酬寄託又ハ消費貸借ノ如キモノナリ。而シテ民法ニ於テハ契約ハ其ノ意美云クシテ其ノ效力トシテハ必スシテ帯ニ債権ヲ発生セサルモノナルヲ以テ双務比務ノ區別ハ契約ノ種類タル所ノ債権契約ノミノ再分類ナリ。

學者或ハ売買交換等ハ帯ニ双務契約ニシテ普通ノ贈與ハ帯ニ比務ナリト説明スレトモ売買交換ト云モ当事者一方ノナス所ノ給付カ物权的效力ヲ相シ相手方ノナス給付ノミカ物权的效力ヲ相スル場合ハ比務契約ナリト云ハサルヘカラス。又若シ双方ノナス所ノ給付カ物权的效力ヲ相スル場合ニハ双務ニアラス。比務ニモアラスト云ハサルヘカラス。贈與モ亦同様ニシテ其ノ内容カ物权的効果ノ発生アルトキハ何レニモアラサルナリ。使用貸借ハ当事者ノ一方カ無償ニテ使用収益ヲナシタル後返還スルコトヲ約シテ相手方ヨリ或ル物ヲ取取ルニヨリテ成立スル所ノ契約ナリ。

(民法 五九三條)

此ノ規定ニヨレハ使用貸借ニ依リテ債務ヲ負担スルモノハ契約ノ目的物返還ノ義務ヲ負担スル所ノ借主一方ノ如クニ見ユルナリ。故ニ或ハ使用貸借ヲ以テ比務契約ナリト説クモノアリ。サレトモ實ハ使用貸借ハ双務的ナリ。何トナレハ使用貸借ハ消費貸借ト異リ其ノ目的物ノ所有權ハ貸主ヨリ借主ニ移転セサルヲ以テ貸主ハ一定ノ期間内ハ自己ノ所有物ヲ使用収益スル能ハスシテ他人ノ使用収益ニ任セサルヘカラサル義務アリ。然ラハ其ノ双務契約タルコト明カナリ。古羅馬法ニテハ貸主ハ何時ニテモ物ノ返還請求ヲナシ得タル故ニレテ比務契約ナリト云フモ是實ハナカリシモ我民法ノ如クニ貸主ハ一定ノ期間返還ノ請求ヲナス能ハサル以上ハ少ナクトモ漸クノ如キ場合ニハ双務契約タルコト疑ナシヘ五九七條)

双務契約ノ一種トシテ學者悉ク不完全双務契約ヲ認ム。不完全双務契約トハ契約成立ノ瞬間ニハ一方ニ債務アリ。後ニ一定ノ事實発生スレハ相手方ニモ亦債務ノ発生スルモノヲ云フ。例ハ八座報酬ノ委任又ハ寄託ノ如キモノナリ。然報酬ノ委任ニ於テハ契約成立ノ當時ニハ委任者ハ委任者ノ夕

メニ一定ノ法律行為ヲナス、債務ヲ負担スレハ委任者ハ何等ノ債務ヲ有セス

然ルニ其ノ右ニ至リテ受任者カ其ノ委任事務執行ノタメニ必要ナル費用ヲ支出スルハ委任者ハ始メテ其ノ費用償還ノ債務ヲ負担スルニ至ルハ六〇五条)又無償寄託ノ場合ニ契約成立ノ当時ハ受寄者ハ寄託者ノタメニ目的物保管ノ債務ヲ負担シ寄託者ハ何等ノ債務ナシ サレトモ後日受寄者ク其ノ物ノ保管ノタメニ必要ナル費用ヲ支出スルハ寄託者ハ費用償還ノ義務ヲ負担ス(六六五条) 又受寄者カ寄託物ノ性質又ハ瑕疵ヨリ生スル損害ヲ受ケタルハ寄託者ハ其ノ損害賠償ノ債務ヲ負担スルニ至ル(六六一条)

然レモ余ノ信スル所ニヨレハ双務契約ノ此等契約ノ區別ハ契約成立ノ時ニ於ケル區別ナリ 即チ契約ノ内容タル效果意思ノ内容ニヨリテ殊マシモノナリ 契約成立ノ時ニ於テ当事者双方カ債務ヲ負担スルモノハ双務契約一方ノミ負担スルモノハ片務ナリ、次ニ注意スヘキハ双務片務ノ區別ハ之レヲ有償無償ト混スヘカラス、例ハハ差借 請負 貸借 如キハ双務契約ニシテ且ツ有償契約ナリ 使用 貸借ハ双務ナレトモ無償ナリ 又利息付消費貸借ハ片務契約ニシテ有償契約ナリ 又無利息消費貸借ト無償、寄託トハ片務ニシテ且ツ無償契約ナリ

然ルニ學者往々ニシテ曰ク 片務ニハ有償無償ノ二ツアリ 双務契約ハ帯ニ有償契約ナリト 蓋シ当事者カ債務ヲ負担スルト云フコトハ即チ一ノ公債ニシテ当事者カ何レモ共ニ負担スルハ双方共ニ公債スルモノニシテ有償契約ナリトスルナリ サレトモ双方ノ公債カ対価關係ニアル場合ニ依リテ有償トナルモノナルヲ以テ此ノ説ハ誤レリ 尤モ或ル學者ハ双務契約ノ場合ニ於ケル双方ノ債務ハ又互ニ対価關係ニアラサルヘカラス 此ノ要件ヲ欠クモ、ハ矢張り不完全双務契約ニシテ真正ノ双務契約ニアラスト説ク サレトモコハ明カニ双務ト有償ノ觀念ヲ混同セルナリ 採用スヘカラス 其ノ誤レルコトハカノ負担付ノ贈與ニ関スル五五三条ニ於テ負担付贈與ニ付キテハ双務契約ニ関スル規定ヲ適用ストハ云ハスニテ適用スト云ヘルナリ 即チ我々茲ハ負担付贈與ハ矢張り双務契約ナルコトヲ認メ置ルナリ 双方ノ債務カ対価ノ係ヲ有セストモ苟クモ双方

ニ債務ヲ有スル以上双務契約ナルコトヲ認メ得ルモノト云ハサルヘカラ
ス。双務比務ノ區別ノ実益ハ民法上優々双務契約ニ特別ナル規定ヲ設ク
ルヲ以テナリ。例ハ八第一八五三三三三同時履行ノ規定ノ如シ。并ニ二ハ
五三四条——五三六条ノ危険問題ニ関スル規定。第三二五五三三三三ヨレ
ハ負担付贈與ニハ双務契約ニ関スル規定ヲ適用ストアリ。

他國ノ民法ニ於テハ不履行ニヨル所ノ契約ノ解除ノ規定ハ双務契約
ニ特別ノモノトナセトモ我民法ニ於テハ斯ノ如キ規定ハ双務比務ニ共通
ノ規定トナレリ(五三一一条以下)。然ツテ此ノ實ニ付キテハ双務比務ヲ
區別スル要ナシ。

第四 諾成契約ト要物契約

要物契約一名諾成契約ハ目的物ノ引渡其他ノ給付ヲナスト云フコトガ
契約ノ成立ノ一要件タルヲ知、契約ヲ云フナリ。其他ノ契約即チ斯ノ如キ
要件ヲ必要トセサルモノハ凡テ之ヲ諾成契約ト稱スルナリ。我民法ニ於
テハ贈與、売買、交換等ノ契約ハ当事者間ニ合致セル意思表示ヲ交換ア
レハ契約ハ直ニ成立スルモノニシテ目的物ノ引渡ハ契約成立ノ要件ナラ

サルカ故ニ之等ノ契約ハ諾成契約ニ屬スルモノナリ。之ニ反シテ寄託、
用貸借消費貸借及ヒ質取、譲渡契約ハ合致シタル意思表示ヲ交換アルモ其
目的物ノ引渡アル迄ハ未ダ成立セザルナリ。

目的物ノ引渡ニヨリテ成立スルモノナリ。之等ハ諾成契約ニ屬スルナリ。
又懸賞廣告ニヨル契約ニ於テハ懸賞者カ給付完了ニ依リテ成立スルモノ
ナリ。之ニ要物契約ニ屬スルモノナリ(民法。五二九条。五八七条。五
九三條。六五七條)。

寄託使用貸借ヲ締結セントスル場合ニ於テモ通常当事者間ニ於テ目
的物ノ引渡前ニ合致シタル意思表示ヲ交換アルヲ普通トスルナリ。此ノ
先行々為ハ之又一種ノ契約ニ外ナラスト云々之ハ寄託使用貸借消費貸借
等ノ予約トモ稱スヘキモ我民法ノ有名ノ契約ニアラス。又斯ノ如キ予約
ヲナスコトハ要物契約ノ成立ニ必要ナル前提ニハアラス。予約ナリ
シヲ始メヨリ直ニ要物契約ノ成立スルコトモアリ得ルナリ。又予約ニ英
スル意思表示アリテモ當事者カ之ニ法律的ノ效力ヲ與ヘサル場合ハ之ハ
單ニ社交上ノ約束ニシテ法律ニ於テハ予約トモ認ムヘカラサルモノナリ。

又契約ノ自由ノ方則ヨリセハ寄託使用賃借及ヒ消費賃借ハ目的物ノ取扱
ヲ成立ノ要件トセスシテ諾成契約トシテ締結スルモ亦有效ナリト解セサ
ルヘカラス。之後説ノ要物契約無用論ノ生スル所以ナリ
元來民法ニ於テ有名契約ニ於テ要物契約ト云フモ、ヲ誤メタルハ全ク
沿革上ノ理由ニ基クナリ。即ケ「ローマ」法ニ於テ文明ノ程度カ初階ナ
ル頃法律行為ナルモ、ハ當事者ノ意思ニ重キヲ置カスヲテ外取ニ重キヲ
置キタリ。蓋シ當時ニ於テハ吾人カ今日有スルカ如キ人ノ主觀的状態ニ
関スル觀念カ尚薄カリシカ故ニ法律行為ノ成立ハ一一定ノ複雑狀態ナル
取外ヲ備フルコトヲ必要トセルカ故ニ行為者ニ其法律行為ヲナス證據ト
セリ。然ツテ或ル程度、契約ハ一一定ノ文言ヲ具ヘテ之ヲ締結セサルヘカ
ラス。又或ル契約ハ一一定ノ格式ニ登載スルコトニヨリテ效力ヲ生ス。使
用寄託ノ契約、時ハ當事者間ニ目的物ノ引渡ヲナスコトヲ以テ成立ノ要
件トセルナリ。此例度カ進歩シ西歐諸國ニ採用サレ遂ニ我民法ニ及ヒシナ
リ。尤モ進歩カ進歩シ社会カ複雑トナリ取引ノ數若ク要スル様ニナリ取
扱ナル外取ハ別取社会ノ実状ニ適セサル様ニナリ「ローマ」法ニ於テ其

晚年ニハ先ツ特殊ノ契約ニ限リテ當事者ノ合意ノミニヨリテ成立スレコ
トヲ認メタリ。社会ノ益々進歩スルニ隨ヒテ此例外ノ數カ限々擴張セラ
レテ近世諸國ニテハ例外カ却テ原則トナリ凡テノ契約ハ何等ノ形式ヲ要
セスニテ成立スルヲ原則トナシ時程ノ契約ニ限リ例外トシテ其成立ニ一
定ノ外取ヲ具備スルニ止マレ様ニナリタリ。我民法ニ於テ尚要物契約ヲ
認ムルハ此契約ニ基クモノナリ

第五 要式契約ト無式契約

要式契約トハ其成立ニ一定ノ形式ヲ必要トスル契約ナリ。無式契約不
要式契約トハ何等特定ノ形式ヲ必要トセサル契約ナリ。「ローマ」
法及「ゲルマン」法其他何國ノ古代法ニ於テモ單純ナル意思表示ハ何等
ノ效力ナシ。行為ノ種類ニ隨ヒテ各一定ノ形式ヲ必要トセルハ先ニ述ヘ
タル如ナリ。然ルニ文化ノ進歩ニ隨ヒテ此原則ニ對スル例外ヲ生シ今日
ニ於テハ取外ノ自由ト云フコトカ契約ノ一大原則トナリタリ。然シテ
之ハ原則ナレトモ對スル例外ハ今尚諸國ニ於テ認メタルモノナリ。我
民法ニ於テモ原則ハ固ヨリ取外自由ナリ。在々ニシテ例外ヲ規定ス。例

ハハ婚姻養子縁組ハ契約 協議上ノ離婚又ハ商縁等ハハ無効ハハノ届出ト
 又フ形式ヲ必要トスルナリ 又前述ノ要物契約ハ此要物契約ニ一種ナリ
 要物契約ニ於ケル物ノ引渡等ハ意思表示、形式ニハアラスシテ意思表示
 以外ノ特別成立要件ナルク故ニ要物契約ハ要物契約ニアラスト論スルノ
 説アリ 之ハ要物契約ノ形式ハ意思ヲ表示スル形式ナリトナスモノニシ
 テ一種ノ見解ナレトモ若シ前ノ如クセス前述ノ婚姻養子縁組等ノ契約並
 ニ般乙民法ノ物権契約、如キハ要物契約ニアラスト断定セザルヘカラヤ
 ルコト、ナリ然レ末ノ法律觀念ニ適合セス

一、定ノ形式カ契約成立ニ必要ナリヤ否ヤト云フ同類ト一定ノ形式ノ有
 無カ契約ノ効力ニ如何ナル影響ヲ及ホスヤ否ヤト云フコトハ混同スヘク
 ラス 民法五五。条ニ書面ニ依ラザル贈與ハ未^{履行}行ニ至ラザル場合ハ之
 フ取消スコトヲ得トアリ 此規定ハ贈與ノ成立ニ書面ト云フ形式ヲ必要
 トスルニアラス、又書面ヲ作成スルト否トハ只其ノ効力ニ差異アルニ
 ナリ 又一七七条 一七八条ニ依レハ物件ノ得喪変更ヲ目的トスル物
 権契約、第三者ニ対スル効力ハ不動産上ノ物権ノ場合ニ於テハ登記ヲスル

ト否ト又前条上ノ物権ノ場合ニ於テハ其引渡ヲナスト否トニヨリテ大イ
 ナル差異アリ 之又物権ノ契約ヲ要物契約トアラスシテ物権契約カ一定
 ノ形式ヲ要スルト否トハ其効力ニ差異アルコトヲ規定スルニ止マルモノ
 ニシテ般乙民法ト全ク異ル主義ヲ採用スルモノナリ 外國民法ニ於テモ
 今日ハ概ネ形式自由ノ原則ヲ採レトモ何レモ多少ノ例外ヲ設ク 般乙民
 法ニ於テハ第一二条第一項第一号ノ一方カ其財産ノ全部又ハ数量ノ一部ヲ讓渡シ
 又ハ其ノ上ノ要物物権ヲ設定スルコトヲ目的トスル知ノ債権的契約ハ般乙
 民法 三二一条) 第一二条ニ不動産ノ所有權ヲ讓渡スル所ノ債権的及ヒ物
 権的契約(般乙民法 三二一条 八七三条 九二五条) 第三二一条ノ推
 定相繼人間ニ於テナス其相繼分又ハ遺留分ニ因スルモノ(般乙民法 三
 一五条) 等ハ何レモ一定ノ書面ヲ作成スルコトヲ成立要件トナル
 佛法ニ於テモ契約形式自由ヲ執レトモ其例外ハ少シトセス 贈與抵当
 權讓渡行為債務者ノ承諾ニ依ルハ金弁済等、ハハ前西民法 九三一条
 一二五。条 一二七条) 之等ハ何レモ一定ノ書面ヲ作成スルコトヲ契
 約成立ノ要件トナレリ 英民法ニ於テモ形式自由ハ原則ナルカ例外モ亦

無キニアラス。既ニ前ニ述ヘタルカ如ク贈與不動産ニ関スル物権契約ハ
 deed ト称スル各面ニ依ルコトヲ其成立要件トナシ 尚各面ヲ成立要
 件トスニハアラサルモ各面ニ依ルニアラサレハ完全ナル效力ナシトスル
 所ノ契約ハ多シ

第一 遺言執行者ヨリ遺產管理人カ此知分ノ執行上他人ニ授寄ヲ加ヘタ
 ル時ハ自己ノ固有財産ヨリ之カ賠償ヲサントスル契約

第二 他人ノ債務スハ不法行為ニ関シテ責任ヲ負担スル契約

第三 婚姻ヲ目的トスル契約

第四 不動産ニ関スル債権的契約

第五 締結ノ時ヨリ一年以内ニ執行ヲ欲ラサル契約

第六 十磅以上ノ動産ノ売買契約ニシテ買主カ其目的物ノ一部ヲ需要ス
 ルカ又ハ手付又ハ内金ヲ支払フカ、何レカ一ツヲ具備セサルモノ

以上六種ノ契約ハ凡テ各面ヲ以テ之ヲナシ其義務者カ之ニ署名スルニ
 アラサレハ之ニ基キテ訴訟ヲ提起スル能ハサルナリ(英國)

第六 貸付契約ト射伴契約

此區別ニ付キテハ種々ノ學說アリ 或ハ之ヲ以テ單ニ双務契約ノ類別
 トナシ或ハ之ヲ以テ有償契約ノ一部分トナス 或ル者ハ契約ノ全般ニ通
 スル分類トナス

第一及ヒ第二ノ説ニ依レハ、契約トハ契約成立ノ時ヨリ当事者双方カ
 其契約ニヨリテ取得スヘキ利益ノ確定セルヲ云フ 射伴契約ハ当事者双
 方カ之ニヨリテ取得セントスル所ノ利益カ偶然ナル事實ニカ、ルモノニ
 シテ契約成立ノ時ニ確定セサルモノヲ云フ 即チ売買 交換 質貸借
 差額、如キハ貸付契約ナリ 貸付質貸借、終身定期契約、希望売買
 質取、質取、差額取引等、契約ハ射伴契約トナス

第三説ニ依レハ射伴契約ニハ性質上、射伴契約ト当事者ノ意思ニ依ル
 射伴契約ト、二種アリ 貸付質貸借、終身定期金等ノ契約ハ性質上ノ契
 約ナリ 之ニ及シテ停止條件付解除條件付契約ハ当事者カ時ニ條件ヲ附
 シタルカ故ニ射伴的性質ヲ帯ヒタルモノトナス

射伴契約ノ中ニ保身定期金ノ如ク法律ニ於テ時ニ其效力ヲ認めル
 モノ、有效ナルコトハ勿論ニシテ又其他ノモノト受テ苟クモ公序良俗ニ

及セサル限リハ相殺トナスコトハ契約自由ノ原則ノ適用ナリ。而シテ現
現行法ニ於テハ射倂契約ノ中博戯・當籤又ハ之ニ類スル射倂契約及ヒ其
類取引ハ表現行法上之ヲ犯罪トシテ罰セリ(刑法一八五條一)一八七
條。明治四十二年内務省令第二十條。取引所法第三十二條第五項)然ラ
ハ賭博等ハ民法第九十條ニ云フ所ノ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ及スル事
項ヲ目的トスル行為ナリト云フ事由ヲ以テ民法上帶ニ無効ナリト云フヲ
解ルヤ否ヤ。蓋シ刑罰法令ニ於テ犯罪ナリトシテ罰又ル行為其モノハ既
ニ公序良俗ニ及スルモノナリ。而シテナカラ其行為ノ目的即チ内卷ハ必ス
シモ帶ニ公序良俗ニ及スル事項ニアラス。カレカ故ニ犯罪行為ナルモ法
律行為トシテ無効ナラサルモノアリ。例ヘハ詐欺ノ場合ニ被害者カ詐欺
ノタメニナシタル行為カ法律行為ノ要素ニ及セサル時ハ財物ノ收受ニ関
スル所ノ法律行為ハ單ニ取消シ得ヘキモノニ違キサルナリ。民法九六條
ニヨレハ詐欺ニヨル意思表示ハ單ニ其意思表示ヲ取消シ得ヘキモノトナ
スナリ。此處ハ明治三十六年ニ於テ我大審院カ既從來ノ判決令ヲ改メテ
新ニ採用セルハ民刑兩法ニ關係セル重大問題ノ解決ナリ。

80

博戯賭事・當籤等ニ付キテハ之ト詐欺ノ場合ト同一ニ論スヘキヤ否ヤ
ト云フニ之等ノ行為ノ中ニ於テモ先ツ第一ニ犯罪トナラサルモノアリ
例ヘハ刑法一八五條但書ノ場合又ハ明治三十九年ノ律令第七号ノ合夥物
業ニ関スル件。斯ノ如キ法令ニ於テ時ニ之ヲ許セル場合アリ。斯ノ如キ
時ハ固ヨリ民法九〇條ノ適用ナシ。第一ニ又犯罪トナル場合ハ如何ト云
フコトノミナリ。犯罪トナルヘキ博戯等ハ前述ノ詐欺ノ場合ト異リ當事
者双方ノ意思表示ノ内容カ法ノ禁止スル事項ヲ目的トスルカ故ニ斯ノ如
キ行為ハ正ニ民法九〇條ニ當ルモノニシテ無効ナリト解セサルヘカラス
故ニ民法ニテハ七六二條。七六四條ニ於テ博戯賭事・當籤及ヒ差額取引
ニ関スル規定ヲ設ケ斯ノ如キ射倂契約ハ之ヲ無効トナスノ原則ヲ掲ケ
我民法ニハ斯ノ如キ文明カ無キカ故ニ犯罪トナル範圍内ニ於テハ尽ク無
效ニシテ犯罪トナラサルモノニ付テハ其何々ノ契約ニ付テ民法九〇條ニ
當ルヤ否ヤヲ決定セサルヘカラス

第七 本約ト豫約

一ツノ契約カ同一當事者カ將來一定ノ他ノ契約ヲ締結スル債權債務ノ

不生ヲ目的トスル時ハ第一ノ契約ハ第二ノ契約ニ対シテ之ヲ予約ト称シ
第二ノ契約ハ第一ノ契約ニ対シテ之ヲ本約ト称ス 第二ノ契約ノ目的
的カ他ノ契約ノ締結ヲ目的トスルモ此ニツノ契約ノ当事者カ同一ナラザ
ル場合ハ予約本約トナラサルナリ 例ハ委任ノ場合ノ如シ 又ハツノ
契約ノ目的カ他ノ法律行為ヲナスニアリテモ其法律行為ノ契約ナラサル
場合ハ予約ト称スルモ真正ノ予約ニアラサルナリ 例ハ手紙予約ノ如
キナリ 而シテ予約ニハ当事者双方ノ予約ト当事者一方ノ予約トアリ
当事者双方ノ予約トハ当事者ノ双方カ本約ヲナスヘキ債務ヲ負担スルモ
ノナリ 即チ弁済期ニ於テ何レノ一方カ他方ニ本約ノ締結ヲスルモ他方
ニ於テ之ヲ拒ムコトノ出来サルモノナリ 之ニ反シテ当事者一方ノ予約
トハ当事者ノ一方ノミカ本約ヲナスヘキ債務ヲ負担スルモノニシテ予約
ノ準備期ニ於テ約定ノ一方ノ当事者ノミカ本約ノ締結ヲ請求スルコトカ
出来ルモノニシテ他方ノ当事者即チ相手方カ之ヲ請求スル権利ナキナリ
本約ハ双方ノ予約ノ場合ニ於テモ一方ノ場合ニ於テモ当事者カ各々本
約ノ成立ニ必要ナル意思表示ヲナスニヨリテ成立スルモノナリ 又予約

四二

権利者カ本約締結ノ請求ヲナスモ予約義務者カ任意ニ其意思表示ヲナサ
サル場合ハ権利者ハ裁判所ニ請求シ裁判ヲ以テ其意思表示ニ付フルコト
カ出来ルナリ 要約契約ノ場合ニ於テハ強制執行ニヨリテ目的物ヲ受取
ルコトカ出来ル (民法 四一四条第一項 民法 七三三条第一項) 若
シ第一回ノ申込及ヒ承諾ノミアリテ第二回ノ申込及ヒ承諾ヲ必要トセザ
ル場合ニ於テハ一ツノ契約アルノミニシテ予約ナルモノハナキナリ 普
通世間ニ於テ俗ニ予約ト称スルモノニ於テハ斯ノ如キモノアリ 即チ例
セハ予約出版ノ如キ
本約ノ成立ニハ当事者双方ノ意思表示ヲ必要トスルニ対シ民法五五五
条ノ第一項ニ例外ヲ認ム 即チ売買当事者ノ一方即チ売主又ハ買主ノ予
約ニ於テハ相手方カ売買ヲ完結スルノ意思ヲ表示セハ此一方的ノ意思表
示ニ依リテ本約ハ成立スルモノト看做スナリ
此規定ハ一方的の意思表示ニヨリテ売買契約ノ締結ト同一ノ效果ヲ發生
スルコトヲ定ムルモノニシテ或ル學者ハ此場合ニハ予約ト云フモノハ一
方の意思表示ヲ停止条件トスル売買契約ノナリトナスハ予約ノ語ニ順應

四三

セサル見解ニシテ同スル能ハサル説ナリ。殊ニ先買ノ予約ニ於テモ若シ
当事者カ民法ノ例外規定ニヨラスシテ原則ニヨルトキテ意思ヲ表示シタ
ル場合ニ於テハ一方的ノ意思表示ニヨリテハ先買ハ成立セスシテ双方ノ
意思表示ヲ必要トスルナリ。

先買ノ規定ハ凡テノ有償契約ニ準用セラル、ナリ(民法 五五九条)
故ニ右ノ例外規定モ凡テノ他ノ有償契約ノ一方ノ予約ニ準用セラル、モ
ノナリ。然レトモ無償契約ノ予約及ヒ有償契約ノ双方ノ予約ハ凡テ原則
ニ依リナリ。

予約ニ於テ相手方(権利者)カ本約ノ締結ヲ請求シ得ル期間ノ定メア
リタレハ予約ハ其期間ノ満了ニ依リテ效力ヲ生ス。期間ノ定メナキ場合
ハ予約権利者ノ請求権タル債権ハ十年ノ时效ニ依リテ消滅ス。

仮令相手方ニ対シテ本約締結ノ催告ヲナシテ之ニ対シテ何等確答ノナ
キ場合ニ際シテモ予約ハ时效期間ノ満了迄ハ依然トシテ其效力ヲ保有ス
ルヲ原則トス。我民法ハ此原則ニ対シテ例外ヲ認ム。有償契約ノ一方ノ
予約ニ於テ本約締結ノ期間ヲ定メサル場合ハ予約権利者ノ完備ノ一方的

意思表示ヲナス権利タル瑕疵ハ二十年ノ时效ニヨリテ消滅スレトモ若
シ予約義務者カ相当ノ期間ヲ定メ其期間内ニ本約ヲ締結スルヤ否ヤヲ確
答スヘキ旨ヲ予約権利者ニ催告シ其期間内ニ確答ナキ時ハ予約ハ其效力
ヲ失フトナス(民法 五五六条第二項、五五九条)

無償契約又ハ有償契約ノ双方ノ予約ニハ又五五六条第一項ノ適用ナキ
コト勿論ナリ。予約ハ本約ノ内容ヲ決定スルコトヲ本則トナス。之即チ
契約ノ内容ノ確定カ其契約ノ成立ノ要件ナリト云フコトナリ。然シキラ
目的ノ確定ト云フモハ絶対的ノ確定ニアラス。確定ニ得ルモノニテモ宜
ニキカ故ニ或ル範囲内ニ於テ予約権利者タル義務者カ予約ノ内容ヲ決定
スヘキコトヲ定ムルモ亦有效ナリ。

予約ニハ又本約ノ成立要件若クハ效力完全ノ要件タル形式ヲ必要トス
ルモノナルヤ否ヤ。

予約ハ本約トハ全ク別ノ契約ナルカ故ニ民法カ本約ニ於テ定ムル形式
ハ予約ニハ適用ノナキモノナリ。故ニ例ハ八婚姻ノ予約ニ於テハ何等ノ
形式ハ必要ナシ。然シナカラ予約ノ形式自由ノ結果締約ノ形式ヲ定ムル

所ノ民法ノ規定ノ精神ノ破壊スルカ如キ結果ヲ生スル場合ニハ婚約ノ假
 式ニ関スル規定ハ之ヲ子約ニモ準用スヘキモノナリト思フ 例ハ八谷面
 ニ依リサル所ノ贈與ハ完全ナル被^レ贈^ルト云フ規定ハ子約ニモ準用アルヘ
 キモノナリ 又本約ノ執行終了解除等ニ関スル事向ハ其子約ニ付キテモ
 同ノ效果ヲ發生スルモノト解スヘキモノナリ 即チ民法ハ消費貸借ノ
 子約(五八九條)又ハ不規則寄託ノ子約(六六六條)ニ付キテハ當事者
 ノ一方カ破産ノ宣告ヲ受ケタル時ハ子約ハ其效力ヲ失フト明記スレトモ
 消費貸借ノ使用貸借ノ産備ノ請負ノ委任組合又ハ終身定期金等ノ子約ノ場
 合ニ於ケル當事者ノ死亡破産等ニモ民法 五九九條、六二一條、六三一
 條、六四二條、六五三條、六七九條、六八九條等ニ規定スル本約ノ場合
 ト同ナレ所ノ效果ヲ認ムヘキモノト解セサルヘカラス

第八 拍賣契約ト有因契約

契約ノ當事者カ其契約ニ依リテ義務ヲ負担シ權利ヲ獲得スルニハ必ス
 何等カノ理由ナカレヘカラス 此理由ヲ契約ノ原因ト稱ス 而シテ此原
 因ハ時トシテ^{契約}ハ^{原因}ノ一部タルコトナリ 又ハ契約ノ内容ニ關係ナキコ
 トナリ

原因ヲ契約ノ内容トスルモノヲ有因契約ト稱シ原因ヲ契約ノ内容ニ加
 ヘサルモノヲ抽象(無因)契約ト稱ス 例ハ八壳買ニ於テハ壳主カ一袋
 ノ財産カ買主ニ移取スルハ買主ヨリ代金ヲ課渡スルカタメナルカ此原
 因ハ壳買内容ノ一部ナリ 又消費貸借ノ使用貸借ニ於テ借主カ一袋ノ物
 ヲ返還スルコトヲ約スルハ貸主ヨリ其物ヲ取返リタルカタメニシテ此理由
 即チ原因ハ契約ノ内容ノ一部ヲ構成スルモノナリ 一カレカ故ニ主等ノ契
 約ハ有因契約ニシテ之ニ反シテ故乙民法七八〇條乃至七八二條ニ規定セ
 ル債務約束又ハ債務承認ノ如キハ單純ニ自己ノ債務ヲ約記シ又ハ自己ノ
 債務ヲ承認スル契約ニシテ當事者カ斯ノ如キ契約ヲ締結スルノ理由ハ必
 スヤ存在スル^{モノ}ナレトモ其理由ハ之ヲ契約ノ内容ノ一部トナサ、ルナリ
 吾現行法ニ於テモ無記名証券又ハ指回証券ト云フモノハ其原因ヲ契約ノ
 内容ト異レモノトセルコトハ學者ノ普通認ムル如ナリ、然レテラ一般
 ニ原因ノ如何ヲ論セスシテ債務ヲ負担スルカ如キ契約ハ法律上無効ナリ
 之ヲ有效トスルニハ時ニ依リテ民法ノ如キ別故ノ規定ヲ用フルモノナリ

然シナカラ契約自由ノ主義ヲ認ムル我民法ニ於テハ彼令彼乙民法ノ如キ
明文ナクトモ当事者ノ真ニ原因ノ存在スルヤ否ヤヲ論セス、一突ニ義務
ヲ負担シ或ル権利ヲ取得スルコトヲ約束シタル場合ニ於テハ其效力ヲ否
認スヘキ理由ハナキナリ

第九 主たる契約ト従たる契約

甲契約カ乙契約成立ノ前提ニシテ乙契約カ甲契約ニ依属スルモノナル
時ハ甲ハ乙契約ニ対シテ主たる契約乙ハ甲ニ対シテ従たる契約ト称ス
例ヘハ一ツノ契約ニ依リテ生スル債権ヲ担保スルタメニ質権 抵当権ノ
設立ヲ目的トスル契約ヲ締結シ或ハ保証契約ヲ締結スル場合ハ担保サル
、債権ノ契約ハ主たる契約ニシテ質契約、保証契約ハ 契約ニ依タル
契約ナリ

又夫婦財産契約ハ婚姻ノ成立以前ニ締結サル、契約ナルカ其契約ハ婚
姻ノ成立ヲ前提トシ之ニ依属スル契約ニシテ婚姻ハ主たる契約、夫婦財
産契約ハ従たる契約ナリ
依タル契約ノ無効ハ主たる契約ノ效力ニ何等ノ影響ヲ及ボサ、ルモ主

タル契約ノ無効ハ依タル契約ノ成立ヲ阻却ス、而シテ若シ依タル契約カ主
タル契約ノ無効ナル場合之ニ代ルヘキコトヲ目的トスル時ハ主たる契約
ハ無効トナルモ依タル契約ハ其效力ヲ保有ス、例ヘハ無能力ニヨリテ取
消スコトヲ得ヘキ債務ヲ保証セル場合ニ契約ノ當時保証人カ其取消ノ原
因ヲ知ル^{トキ}トキハ保証人主タル債務ノ取消アリタル場合ニ付キ同一目的ヲ
有スル独立ノ債務ヲ負担セルモノト推定セラル、モノニシテ斯ノ如キ推
定ヲ受ケル場合^{トキ}当事者ニ於テ事実上斯ノ如キ意思ヲ有シテ之ヲ表示セル
場合ハ主たる契約ノ無効ハ依タル契約ヲ害セサルナリ(四四九条)
(無能力ニ依リテ取消スコトヲ得ヘキ債務ヲ保証シタル者カ保証契約ノ
當時其取消ノ原因ヲ知りタル時ハ主タル債務者ノ不行爲又ハ其債務ノ取
消ノ場合ニ付キ同一ノ目的ヲ有スル独立ノ債務ヲ負担シタルモノト推定
ス)

第十 生前契約ト死因契約

死因契約ハ一名死後契約ト称ス、之ハ当事者ノ一方ノ死ニ依リテ其
カヲ發生スルモノヲ云ヒ、生前契約トハ其他一概ノ契約ノ總称ナリ

例ハ民法第五五四条ノ贈與者ノ死亡ニヨリテ效力ヲ生スルハキ贈與ハ羅
馬ニテハ死因贈與 Mortis causa ハ死因契約ノ最重ナルモノニ
シテ「ローマ」法ニ於テハ唯一ノ死因契約ナリキ然シテラ死因契約ヲ
本ク解スル時ハ終身定期金契約ノ如キ當事者又ハ第三者ノ死亡ニ依リテ
效力ノ消滅スルモノヲモ包含セシムルコトヲ得ヘシ又生命保險契約ノ
如キ當事者ノ一方又ハ第三者ノ死亡ニ依リテ效力ニ變更ヲ生スルモノヲ
モ包含セシメ得ヘシ

第十一 有名契約ト無名契約

有名契約一名典型契約トハ民法・商法其他ノ法令ニテ特別ノ名称ヲ附
與シ特別ナル規定ヲ設ケタル契約ヲ云フモノニシテ無名契約一名非典
型契約ト云フハ法令ニ別段ノ名称ナク特別ノ規定ナキ契約ナリ 現行法
上ニ於テモ有名契約ハ其數少シトセス 先ツ民法ニ於テハ第三編第二章
ノ第二節乃至第十四章ニ規定セル十三種ノ契約即チ(1)贈與(2)売買
(3)交換(4)消費貸借(5)使用貸借(6)借貸借(7)租賃(8)請負(9)委
任(10)寄託(11)組合(12)終身定期金(13)和解之ナリ 第二編ニ規定

セル地上権 永小作權 地役權 質權 又ハ抵押權ノ設け契約 第三編
規定ノ保証及ヒ更改並ニ第四編親族縁組ノ婚姻 夫婦財産契約 養子縁組
協議上ノ商婚 肉體等ノ如キ之ニ屬ス 又商法ニ於テモ匿名組合保險
等ノ如キ種々ノ有名契約アリ

而シテ無名契約即チ非典型契約ニハ種々ナルモノアリ得ルナリ 予メ
其内容ヲ制限スル能ハサルニ學理上凡ソ之ヲニツニ分類スルヲ得ヘシ

第一 絶対的ノ非典型契約

之ハ其内容カ有名契約ノ何レノ内容トモ同ニキ知ナキ内容ヲ有スル
契約ナリ 例ハ八各種ノ子約ニキテ或レ一契約ノ締結スル債務ノ
發生ヲ内容トスル契約又或チ學者ノ *Janif Postage* ト云フモノ
ニシテ當事者同ニ将来締結セラルコトアルハキ契約ノ事項ヲ子定ス
ル契約ナリ

第二 相對的ノ非典型契約

之ハ有名契約ノ内容タル事項ト其他ノ事項等ヲ合セテ内容トスルモノ
ナリ 又八數個ノ有名契約ノ内容タル事項ヲ合セテ内容トスルモノ

ニシテ要スルニ内容ノ中ニ有名契約ノ内容ヲ包蓄セル無名契約ナリ

或學者ハ之ヲ混合契約又ハ混成契約ト稱ス 此契約ハ更ニ分テテ

(甲) 狭義ニ於ケル混合契約又ハ混成契約、之ハ有名契約ノ内容ニ屬ス

ル事項ヲ結合シテ構成セラル、所ノ契約ナリ 其内ニハ更ニ又

(A) 当事者ノ一方、給付ヲ裁何ノ有名契約ノ内容タル事項ニ該當ス

ルモノニシテ例ハハ無償終身定期金契約タル委任ト共ニ物ヲ寄託

スル契約等

(B) 当事者一方ノ給付カハノ有名契約ノ内容ニ屬シ他方ノ当事者ノ

給付カ他ノ有名契約ノ内容ニ屬スルモノナリ 例ハハ物ノ貸與ニ

對シ債務ニ服スルト云フ契約等ナリ

(乙) 準混合契約又ハ混成契約ト名付ケルモノニシテ内容ノ一部カ有名

契約ノ内容ナルモ他ニ有名契約ノ内容トナラサル事項又含蓄スルモ

ナリ 或ハ身元引受契約ニ於テハ普通ノ保証債務ノ外尚使用者ニ

能ク何等ノ迷惑ヲ産備有ニ辨ケサル^{ト云}フ債務ヲ負担スルモノナルカ

故ニ普通ノ身元引受契約ハ之ニ該當ス

有名契約ニハ先ツ其有名契約ニ特別ナル規定ヲ適用シ而シテ無名契約ニ

適用スル一般の規則ノ規定ヲ適用スルナリ 之ニ反シテ無名契約ニハ之ニ

適用スヘキ特別ノ規定ナキカ故ニ直ニ契約ノ檢則ヲ適用スルコトヲ原則

トス 併シ若シ無名契約ノ^{内容}全部又ハ一部カ裁何又ハ一部ノ有名契約ノ内

容ノ全部又ハ一部ニ該當シ又ハ裁何スル時ハ其ノ有名契約ニ因スル規定

ノ全部又ハ一部ヲ其裁何契約ニ準用スヘキモノトナスナリ 蓋シ成文ノ

規定ト云フモノハ民法ノ法理ヲ諸國ニ於テ外面ニ表現シタルモノニ違キ

サルモノニシテ民法ノ解明ハ成文ノ規定ニ依リテ其根底ニ着メル民法ノ

精神ヲ探求シテ以テ之ヲ各種ノ無名契約ニ適用セサルヘカラス

是故法令ノ明文ヲ以テ有名契約ノ規定ヲ無名契約ニ準用スヘキコトヲ定

ムル場合ニ就テハ疑ナキナリ 例ハハ五九条ニ於テ売買ニ関スル規定

ハ有名タルト無名タルトヲ問ハス一切ノ有償契約ニ適用スト定ム 又六

五六条ニ於テ委任ニ関スル規定ハ法律行為以外ノ事務ノ委託契約タル一

種ノ無名契約ニ之ヲ準用スヘシト定ム

有名契約、無名契約ノ由來ハ之ハ「ローマ」法以來ノ區別ナリ 「ロ

一、マ、法ニ於テハ始メ契約ヲ物約、口約、書約、記約、四種ニ區別セリ
 而シテ物約ハ之ヲ細別シテ消費貸借、使用貸借、寄託、質約ニ四分セリ
 記約ニ細別シテ売買、賃貸借、組合、委任、四種トセリ、而シテ賃貸借
 ハ民法ノ賃貸借ニ比シテ其範圍廣ク產權、請負、運送ニ包含セリ、之等十
 數種ノ契約カ「ローマ」法ニ於テ右ノ如キ特別ノ名稱ヲ有シ特別ノ規定
 ヲ有スル契約ニシテ最初ニハ之以外ニハ何等ノ契約ヲモ認メザリキ、然
 ルニ同種ノ進歩ニ應ヒテ此外ニモ種々ノ契約ヲ認メサルヘカヲザルコト
 ハナレリ、而シテ之等ノ新シキ契約ニハ別段ノ名稱ヲ附與セザリシガ故
 ニ從來ノ契約ハ之ヲ有名契約ト稱シ新シキ契約ヲ無名契約ト稱セリ

第三款 契約法ノ沿革

未開ノ社会ニ於テハ人皆目前ノ事ノミ考ヘテ遠キ慮ナシ、カレカ故ニ未
 開ノ世ニ於テモ交換、贈與ノ如キ契約ハ行ハレタルニ夫等ノ契約ハ直ニニ
 財產權ヲ移取スル契約ニシテ將來財產權ヲ移取スル債務ヲ負擔セントスル
 契約ニハアラザリシナラン、カレカ故ニ月レノ國ニ於テモ先ツ第一ニ行ハ

ル、モノハ物件的契約ナリ、債權的契約ハ社会ノ稍々発達セル後ニ於テ現
 ハル、モノナリ、故ニ物權契約ヨリ債權契約ニ移ルコトヲ以テ債權発達ノ
 順序ナルヘシ

之ヲ事實ニ徴スルニ「ローマ」法ニ於テハ稍々人文ノ開ケタル時ニ於テ
 モ債權的契約ハ未ダ認メラレスニテ所有權ノ移取又ハ地畝權ノ設定ノタメ
 ニ行ハレタル *Mancipatio*、ハ「ツ」物權契約ニシテ債權契約ニア
 ラザリキ、金銀ノ消費貸借ニ該当スル *nexum* ト稱スル契約ハ送還債
 務ヲ發生スルヘノ債權契約ナルカ其行ハル、ニ至リシハ人文頗ル発達シテ
 信用ノ成立後ノ事ナリキ *German* 人ノ間ニ於テモ同様ナリキ、太古
 ニ於テ現ニ所有權ノ讓渡契約ハ行ハレタレトモ債權契約ノ發生ハ頗ル後在
 ニ屬ス

又契約法ノ発達ヲ他ノ方面ヨリ觀察セハ昔ハ形式ニ重キヲ置キテ契約ハ
 通ニ一定ノ方式ヲ必要トセリ、英國ノ *Mais* 代ノ名着ノ古代法ニ於テ
 云ヘルカ如ク昔ハ契約ノ成立上當事者ノ合意ト云フヨリハ寧ロ形式ヲ重ン
 シテ一定ノ形式サハ具備セハ意思ノ合致ノ有無ヲ問ハスニテ契約ハ成立ス

トナシタリ 蓋シ所定ノ形式ヲ以テ當事者ノ意思ノ純正の証拠トナシタル
 ナリ *「ローマ」*ニ於テモ前述ノ *Mancipatio*ト稱スル古代ノ物
 取契約ニハ嚴格ナル形式ヲ定メタルモノニシテ *Meximum*ト云フ債権契
 約ヲ生スルニ至リテモ形式ヲ必要トセリ 其形式ハ五人ノ証人ノ面前ニテ
 當事者双方カ一笑ノ文書ヲ唱ヘ其支払フヘキ所ノ生利ハ関係者ノ目前ニ於
 テハ笑ノ人カ秤ニカケテ其全量ヲ檢シテ之ヲ引渡セリ 尤モ貨幣制度ノ發
 ハ^{生利ハ}又^ハ形式トシテ之ヲ用ヒ實際ノ代金又ハ貸金ハ別ニ之ヲ換發セリト云フ 然
 ルニ社会ノ進歩ニ伴ヒテ取引カ類繁トナリ殊ニ「ローマ」カ附近ノ諸國ヲ
 征服シ伊太利ヲ全征服シ遠クニ勢力ヲ延ス様ニナリ風俗習慣ノ異ルモノニ
 接シ古來ノ習慣風俗ニ從フコト無ナリテ此契約ノ形式等ニ固スル形式モ覺
 大ニナリ先ツ口約ヲ認メラルニ至レリ 之ハ金錢ノ消費貸借ニハカノ
*Meximum*ノ形式ヲ省略シテ當事者双方ノ間ニ回答ノ形式ヲ以テ一笑ノ
 文書ヲ唱フル形式ヲ具備スル時ハ契約ノ成立ヲ認ムルニ至レリ 又次テ書約
 カ認メラルコハ一笑ノ文書ヲ稱フルノ必要ナシ 又當事者カ一笑ノ貼簿
 ニ債権關係ノ成立ヲ記入セハ契約ノ成立ヲ認メタリ 又次テ物約認メラレ

テ債権ノ取償 消費貸借 借用貸借 寄託ハ單ニ目的物ノ引渡ヲナスコト
 ニ依リテ契約ノ成立ヲ認ムル様ニナリタリ 然ルニ尙社会ノ進歩スルニ從
 ヒテ益々方式ヲ整ニスルニ至リ遂ニハ例外ナルカ當事者ノ合意ノミニテ何
 事ノ形式ヲ要セスシテ契約ノ成立ヲ認ムルニ至リタリ 例ヘハ賣買價貸借
 雇傭等ノ如キ契約ハ無形式ノ諾約トシテ認メララルニ至レリ 而シテ尙社会
 ノ進歩スルニ至リテハ頭初例外トシテ認メラレタル諾約ハ漸次其ノ範圍ヲ
 擴張シ止むニ至リアハ不要式ナルコトヲ以テ契約ノ原則トスルニ至レリ
 學者ノ所謂形式自由ノ主義ニナリ カルカ故ニ契約ハ形式ヨリ意思ニ違ハ
 ト云フ所ノ *Primum*ノ漸次ハ其ニ争フヘカラサル真理ナリト云ハサルヘ
 カラス されレ今日ト要モ猶時ニ狀態ヲ要スル所ノ場合ニ於テハ例外ト
 シテ一定ノ形式ヲ必要トセルナリ 例ヘハ婚姻 養子縁組ノ如キ身分上ノ
 契約ハ諸國概シテ一定ノ形式ヲ要ス

形式自由ノ原則ニ付シテ近世又契約ノ現象ト見エルカ如キモノアリ
 佛國學者ハ之ヲ形式主義ノ復古ト云フ 例ヘハ手形其ノ他ノ有価証券ニヨ
 リ法律行為ハ其ノ成立ニ一定ノ形式ヲ必要トスルニ至リシコトナリ 然レ

此ノ近世ノ制度ハ有価証券ノ信用ヲ確定ニシ其ノ流通ヲ容易ナラシメンク
タメニ時ニ定メタル新ニキ制度ニシテ其ノ基礎ハ古代法ノ形式主義トハ全
然別異ノモノナリ

第四款 契約ノ成立

第一項 総説

契約ハ二人以上ノ当事者双方ノ間ニ於テ交換セラル、所ノ合致シタル意
思表示ヨリ成立スル法律行為ナルコトハ前述ノ如シ 故ニ契約ノ成立ニハ
法律行為一般ニ必要ナル要素即チ法律学者ノ所謂法律行為一般ノ成立要件
ノ具備ヲ要ス 即チ其ノ意思表示ハ私法上ノ效果ヲ生ラシメ得ルトセザルハ
カラス 而モ其ノ目的ハ確定、直且ツ可能、モノタラサルヘカラス 又
意思ト表示トノ間ニハ合致ヲ必要トス 夫レヲテ法律ノ事柄ハ凡テ總論ノ
問題ニモテ論ズル所ナリ

111 二人以上ノ当事者ノ意思表示ノアルコト

112 意思表示ハ合致シタルモノタルコト

113 意思表示ハ当事者双方ノ間ニ交換セラル、コト

114 三ツノルハ前述ノ如シ 其ノ中111ハ前ニ説明セルヲ以テ充分ナリト

ス 本教ニテハ專ラ第三ノ特別要件ニ付テ研究セシ

内然テ同クスル教訓ノ意思表示カ申出 *Offer, Contract* 及ヒ之ニ対

スル承諾 (*acceptance*) ノ性質ヲ有シ当事者双方間ニ交換セラル、コ

トカ契約ノ成立ニ欠クヘカラサル要件ナリ

然ルニ學者或ハ当事者相互ニ契約ノ締結ヲ申出テタル場合ニ其ノ契約

ノ内容ク同一ナル片ハ欠張リ契約ノ成立スルモノナリト説ク 之ヲ又申

出ニヨル契約ノ成立トスフ、而シテ此ノ中ニモ二説アリ

A説ハコノ場合ノ当事者双方ノ意思表示ハ申出及ヒ承諾ニ非ス、然ツテ

双方ノ意思表示ハ何レモ到達ニヨリテ其ノ效力ヲ生シ双方到達セルトキ成

立ストナス

B説ハ此ノ場合ニ於テモ一方ノ意思表示ハ申出ニシテ一方ハ承諾ナリト

先着ノ方申込ニシテ後着ク承諾ナリト

尤モ此ノ場合ノ承諾ニ付キテハ承諾ニ付スル弊債主義ノ規定ヲ其ノ依違
用スルコト能ハス何トナレハ其ノ弊債セラレタル時ニ於テ申込ク米夕到
達セサルヲ以テナリ此ノ場合ニハ其ノ申込ク到達シタル時ヲ以テ申込ハ
成立シ承諾モ始メテ承諾タルノ性ヲ取得スルモノニシテ其ノ瞬間ニ契約ハ
成立スルトナスナリ尤モ一方ノ意思表示未カ到達シタル後ニテ知ラサル相
手方カ其ノ意思表示未ヲナシタルトキハ後ノ意思表示又ノ弊債ニヨリテ契約ハ
成立スルナリ

去リテ民法五二一条乃至五二八条ニヨリテ見ルモ契約ハ申込承諾ノ
順序ニヨリテ成立スルモノタルコト明カナルノミナラス立派論トシテ又
又申込ニヨリテ契約ノ成立ヲ認ムルハ甚ク不当ノ結果ヲ生スルナリ例ハ
ハ東京ノ甲カ長崎ノ乙ニ向ヒテ一石ニ付キ二十五円ニテ米一石ヲ賣ル意
思未ヲナシ其ノ書状ノ到着前ニ於テ乙ク甲ニ対シテ同シク一石二十五円
ニテ一石買ハント云フ旨ノ書状ヲ寄シ甲ニ着シタル場合ニ於テ又申込
有無論ニ依ルハ賣買契約ハ成立スルコトニナルナリ去リテ若シ斯クノ

如クンハ当事者ハ意外ノ損失ヲ蒙ルコトナル蓋シ甲ハ普通ノ場合ニ於
テハ其ノ手紙ヲ長崎ニ到着シタル後乙カ之ニ対シテ承諾ヲ其ヘテ始メテ契
約成立スルモノナリト然ルカ故ニ若シ其ノ到着前ニ於テ甲申込ヲ撤回セン
ト欲スレハナシ能フナリ然ルニ其ノ到着前ニ於テ已ニ契約成立シテ甲ハ
最早申込撤回ヲナスコト能ハストセハ之レ甲ノ豫期セサル結果ナリ又甲
ハ通商契約ノ成立ハ其ノ手紙ヲ長崎ニ到達シテヨリコレニ対シテ乙カ多少
考慮ノ未送信ノ弊セラルトキナリト然ルカ故ニソノ豫定ヲ以テ準備ヲ
ナセルニモ拘ラス豫定ノ所以前ニ契約成立スルトセハコレ亦甲ノ豫期セサ
ル結果ナリ如斯当事者ノ豫期ニ及スルカ如キ結果ヲ生スル規定ハ立派論
ト採用スヘカラサルモノナルコト明カナル故條文ノ上ニ於テ明カニ之ヲ採
用シテ居ルニアラサル限リ解款論トシテハ顧ルノ要ナキモノト思フ

次ニ一ノ契約ハ申込ノ一ツト承諾カ一方ト合ムルニテノ意思表示又ノミニ
ヨリテ成立スルコトヲ普通トシテ必スミモ然ラスニテ以上ノ申込又ハ承諾
ニテナリタル契約ノ成立モ少ナカラズ而シテ又当事者カ三人以上アル場
合ニ於テハ又必スミモニ対以上ノ申込承諾アルニテアラス單ニ一ツノ申込

ト之ニ対スル承諾ノミナル場合ニアリ。又數ヶノ申込、數ヶノ承諾、アル
場合モアルナリ。今各種ノ場合ニ付キテ説明スレハ先ツ

第一ニ當事者二人ノミノ場合
此ノ場合ニハ申込反ヒ承諾ハ各々一ナルコト明カナリ
第二ニ當事者三人以上ノ場合、此ノ場合ヲ

A. 單一ツノ申込ト承諾トノミナル場合、即チ當事者カニ組ニ分レテ
一組ハ申込ヲナシ他組カニ対シテ承諾ヲナス也

此ノ場合一方ノ當事者カ二人以上ナルハ之等ノ人ノナス所ノ申込
又ハ承諾ハ所謂共同行為ナリ。例ヘハ甲乙カ共同シテ丙丁ノ共有地ヲ
買受ケントスル申込ヲナシ又丙丁カ共同シテ承諾ヲナシタル場合ノ如
キ双方ノ行為カ共同行為ナリ。

B. 二組以上ノ申込反ヒ承諾ノアル場合

之ニハ種々ノ態様アリ。一人カ數人ニ対シテ各別ニ申込ヲナシ各別
ニ其ノ承諾ヲ得ルコトアリ。又一人ノ數人ニ対スル各別ノ申込ニ対シ
數人カ共同シテ承諾ヲナス場合アリ。又數人ノ間ニ於テ甲乙共同シテ

丙又ヒ丁ニ各別ニ申込ヲナシ丙丁カ各別ニ承諾ヲナスコトアリ。而シ
テ此ノ日ノ場合ノ最モ著シヤハ組合契約ナリ。尤モ組合ハAノ形式ニ
ヨリテモ之ヲトシ得。當事者數何ナルハBヲ普通トス。

購買ニ於テモ甲カ乙丙ノ共有不動産ヲ買受ケンカタメ共有者ノ一人
タル乙ニ対シテ申込ヲナシタル後、更ニ丙ニ申込ム。而シテ各別ニ承諾
ヲ得タル場合ハ又Bノ一例ナリ。Bノ場合ニ於テハ二ノ問題ヲ生ス。
第一ハ若シ此ノ數對ノ申込承諾關係ノ成立ノ進行中ニ於テ申込アルモ
承諾ヲナサ、ル當事者カ一部分アルナラハ此ノ契約ハ成立スヘヤヤ否
ヤノ問題ナリ。

例ヘハ甲ハ乙丙丁三人ニ向ヒテ一ノ組合契約ノ締結ヲ申込ミシニ乙
丙ハ承諾セシモ丁ハ不承諾ナリ。此ノ場合ニ於テ組合契約ハ不成立ナ
リヤスハ合意ノ者ノミノ間ニテ成立スルカ。又前項ノ共有不動産購買
ノ場合、甲カ共有者ノ一人タル乙ヨリ承諾ヲ得タレヒ丁ヨリ承諾ヲ得
サルハ乙ト甲トノ間ニテ買賣契約成立シテ從ツテ其ノ不動産ハ甲
ト丙トノ共有物トナルモノナルカ又ハ契約ハ全然成立セサルヤ。

問題ハ全ク当事者ノ意思ニヨリテ定ムル。申止 承諾ノ内容ノ如何ニカ、ルモノナリ。即チ若シ当事者ノ意思カ凡テノ当事者ノ合意ヲ條件トスルナラハ一人ニテモ不合意ノモノアレハ契約ハ成立セス。及之当事者ノ意思カタトヒ一部分不同意ノモノアルモ同意ノ当事者間ニテハ契約ヲ結ハントスルモノナラハ其ノ意思ニ依テヘキモノナリ。

第二ハ此ノ場合ハ契約ハ申止 承諾ノ意思表示ヲ交換シタル人ノ間ニテラ直捷其ノ交換ナキ当事者ノ間ニモ效力アルノ法理上ノ基礎如何ノ問題ナリ。

契約ノ係ハ申止 承諾ノ交換ヲナシタル者ノ間ニモ成立スルモノナルヲ以テ交換ナキ当事者間ニ付キテハ交換ヲナシタル当事者カ代理人トシテ交換ヒシモノト解スルノ外ナシ。

第二項 申止

第一目 申止ノ性質

申止ハ一夫ノ契約ヲナサントスル意思表示ニシテ之ニ対スル承諾ノ意思表示アラハ直チニ契約成立スヘキモノナリ。

第一 申止ハ契約ヲ法律行為ヲナサントスルヲ申出ナリ。

故ニ一夫ノ合意ヲナサントスル申出ナリトモ此ノ合意カ法律上ノ效果ノ發生ヲ目的トスル申出ナラサル代。例ハハ其ニ散策セント云フ誘引ノ如キハ其ニ所謂申止ニハ非ナルナリ。サレト苟クモ契約ヲ締結セントスルノ申出ナラハ其ノ意思表示ノ方法ハ文書 言語又ハ挙動ニヨリテ明示的ニテモ黙示的ニテモ區別スルナリ。

第二 相手方ク承諾ヲナセハ之ニヨリア直チニ契約ノ成立スルコトヲ目的トスル意思表示ナラサルヘカラス。

此ノ意ニ於テハ申止ト申出ノ誘引等ヲ區別スルヲ得ルナリ。申止ノ誘引ハ申出ヲナスコトヲ誘引スル申出ナリ。之ニ対スル承諾ヲナストモ契約ハ成立セサルナリ。之ニ対スル承諾ハ即チ申出ヲナスニ違ヤサルナリ。斯クノ如クニ若理論上其ノ性質異ニスルコト明カナレトモ實際論トシテハ一ノ意思表示カ申止ナリヤ或ハ申出ノ誘引ナリヤ區別シ難キコト多シ。

例ハハ商舖ニテ正札附ノ商品ヲ陳列セルハ何レナリキ 不明ナリ 中止
ナリトスレハ買及ケントスル意思表示アリトスレハ契約ハ成立ス 反止
場外ノ商舖ナラハ買及ノ意思表示アルモ契約ハ成立セサルコトナル
賣家 貸家ノ札ヲ掲ケタルモ不同一ノ問題ナリ 之等ノ場合ノ意思表示
ノ性質ハ全ク当事者ノ意思ニヨリテ定マルモノニシテ民法上何等ノ確定
規定ヲ設ケス ナレト契約ノ成立ニ必要ナル凡テノ事項ヲ示セル場合ハ
之カ中止ナル場合多シト認メサルハカラス 併シナカラ相手方ノ人物ニ
重キヲ置クヘキ場合ニハ契約内容ノ一切ノ事項ヲ示ストモ之レ單ニ中止
ノ誘引ト見ルヘキモノニシテ中止ト解スベキニアラサルヘシ 例ハハ
金額及ヒ利率ヲ示シテナス貸金ノ廣告ノ如キ 又中止ハ契約ノ内容ヲ凡
テ確定シテ相手方々單ニ承諾スルト云フノミニテ契約ノ成立スヘキモノ
ニ限ルニアラス 内容ノ一部ノ決定ヲ相手方ニ委スコトモ相手方ノ一方
ノ意思表示ニテ契約ノ成立スヘキモノト云フコトヲ得ルモノナル故此ノ
場合ニ於テモ中止ノ申出タルノ性質ニ妨ケナキナリ

第三 中止ハ契約当事者ノ一方タルヘキモノスハ其ノ代理人ク之ヲナスコ

トヲ要ス 第三看ヲシテ契約ノ当事者タラシムル意思表示ハ用込トハナ
ラサルナリ サレト申込者ク何人タリヤハ之ヲ表示スル必要ハナシ 例
ハハ留置郵便ニア承諾ヲナサシムルコト、シテ申込トナス場合

第四 相手方ハ特定人タルヲ普通トス 然レトモ不特定ノ人ニ対シテモホ
ナシ得 例ハハ新聞廣告、貼札等ニヨル場合ノ如シ

民法ハ懲罰廣告ニ付キテノ三五ニ九條以下ニ特別ノ規定ヲ設ケルニ止
マルヲ以テ學者或ハ之レ以外ニ於テ不特定人ニ対スル申込ハ原則トシテ
ハ之レヲ認メサル故意ナリト論スルモノアリト云モ契約自由ノ原則ニヨ
レハ法ノ制限ナキ以上ハ不特定ニ対スル申込ハ凡テ有效ナリト云ハサル
ヘカラス

最後ニ申込ハ之ニ対スル承諾ト結合シテ以テ一ツノ法律行為ヲナスモ
ノニシテ申込 承諾ハ各独立シテ法律行為タルモノニハアラストノコト
ヲ考慮スルヲ要ス 學者或ハ物ノ一部ナリトモ物物ナリ 故ニ法律行為
ノ一部タル以上之等モ各々法律行為ナリトス 殊ニ申込又ハ承諾テアモ
ノハ各々何レモ私法上ノ效果ノ發生ヲ欲スル意思ノ表示ナル故ニ法律行為タ

ルノ要件ヲ具備セルモノナリ。又民法ニ於テ能力ニ干スル事項ノ規定ニ
当リテ無能力者ノナシタル申込又ハ承諾ハ其ノ無能力者等ニ於テ之ヲ取
消スコトヲ定ムルノ意思ナルニ拘ハラズ行爲ノ取消或ハ法律行爲ノ取消
タル所ノ言葉ヲ用フルニ依スルモ亦申込承諾ハ行爲ナリト云フヲ得ヘ
シト論ス。

六八

此ノ説ハ設レリ。申込承諾ハ法律行爲ノ一部ナルカ故ニ又法律行爲ナリト
ハ其ノ正シカラサルコト勿論ナリ。

又申込又ハ承諾ニ一定ノ法律上ノ效力アリト云フコトハ之ヲ認ムレトモ
其ノ效力ハ所謂法律的效力ニシテ法律行爲的ノ效力ニアラザルナリ。之
等ノ意思表示ノ内容ハ相手方ノ意思表示ト合シテ一定ノ私法上ノ效果ヲ
發生セシメント云フニアリ。其ノ意思表示ノミニハ效果意思ナルモノカ
完全ナル效力ヲ有セザルナリ。又民法條文ノ法律行爲ナル文字ハ正確ニ
之ヲ使用サレタルニアラス。

第二目 申込ノ成立

申込ハ其ノ申込ノ意思ヲ表示スル。例ハハ申込ノ書状ヲ送メタルトキニ
成立スルカ(表示主義)或ハ又其ノ意思表示ノ通知ヲ相手方ニ送スルトキニ
成立(受信主義)又ハ其ノ意思表示ヲ相手方ニ到達。(受信主義)又ハ
相手方ノ之ヲ讀解セルナリヤ(了知主義)。

此ノ向題ハ之ヲ二條ニ分ク。
第一 特定人ニ対スル申込。

此ノ向題ハ又之ヲ二條ニ分ク。甲ク隔地者ニ対スルモノ、乙ク對話者
間ニ於ケルモノトナスコトヲ得。

民法ニハ隔地者ニ対スル意思表示ニ于テノ規定セリ(民法九七條
等)。然ラハ隔地者トハ何ゾヤ。商法ニ六九條、二七〇條ニ於テハ隔地
者ニ対シテ對話ナル言ヲ用フ。對話者トハ相對シテ談話ヲ交スルヲ得ル
地位ニアルモノ。隔地者トハ斯クノ如キ地ニアラザルモノ、總算ナリ。
蓋シ之ヲ文字通トニスルハ地ヲ隔テタリトノ意ナレバ他人ハ何レモ隔
地者トナルモノニシテ民法カ之ニ特ニ規定ヲ設ケタルノ精神ヲ了解スル
能ハサルコトナル。民法ノ規定ハ商法ニ於ケルト同シク對話者ニ対ス

六九

ルモノニシテ然ツテ電話ニヨリテ話ス兩人ハ相対話者ナリ

隣地者ニ対スル申込ニ付キテハ受信主義ニヨリ 即チ甲込ハ其ノ通知

カ相手方タル隣地者ニ到達シタル片ニ成立スルナリ 蓋シ九七条第一項

ノ原則ニ対シテ申込ニ付キテ例外ノ規定ヲ設ケサルヲ以テナリ

契約ノ申込ニ付シテハ受信主義ニヨルモ受信主義ニヨルモ實際上サシ

タル差ナシ 何トナレハ申込ハ相手方クニ了知シテ之ニ対シテ承諾ヲ

ナスニヨリテ始メテ契約ノ成立ヲ見ルモノニシテ其ノ以前ニハ相手方ハ

何等ノ拘束ヲ受クルモノナラサルヲ以テ受信主義ニテモ差支ナキカ如シ

サレバ申込ハ相手方カ之ヲ了知シタル後ニ之ニ対シテ承諾ヲナスニヨリ

テ契約トナルモノナレハ仮令取引ノ迅速ヲ尊ヒテ受信主義ヲ採ルトモ申

込ノ到達前ニ相手方カ申込ヲ知ルコトハ甚タ希ナル故實際上迅速ノ效果

ナシ 且ツ申込ノ到達前ニ申込人ヲ拘束スルコトハ無用ノ拘束ナリ 故

ニ民法ハ受信主義ノ一般原則ニ付シテ申込ニ付キテハ例外規定ヲ設ケ

ザリモナリ

斯クノ如ク申込ハ其ノ發送アリトモ相手方ヘノ到達マテハ法律上未ダ

成立セザルモノナルヲ以テ若シ其ノ間ニ於テ申込人カ死ニスルカ又ハ能
カヲ喪失スル片ハ之等ノ事實ハ申込ノ成立ニ如何ナル影響ヲ及ボスヤノ
問題也

此ノ問題ハ申込ノ通知力相手方ニ達シタル後ニ於テ申込者ノ死ニ若シ
クハ能カ喪失ノ事實アリタル場合ニ於ケル效果如何ノ問題及ヒ申込ノ到
達ノ前者シクハ後ニ於テ相手方カ死ニシ或ハ能カヲ失フヤノ效果如何ト
ノ問題ト密接ナル千係アル故今之ヲ一括シテ研究セントス

A. 申込人ノ死ニ又ハ能カ喪失

申込者ク申込ノ通知ヲ受シタル後ニ之ニ対シテ相手方カ承諾ヲナシ

契約ノ既ニ成立シタル後ニ至リテ申込者ノ死ニ又ハ能カ喪失ノ事實アリ

トモ契約ノ成立ハ何等ノ影響ヲ受ケサルコトハ多言ヲ要セス 夫リルヲ

承諾前ニ申込者ノ死ニ若シクハ能カ喪失アル片ハ其ノ事實カ申込ノ通

知ノ到達前ニ發生シタルト到達後ニ發生シタルトヲ論セス 其ノ申込ハ

原則トシテ何等ノ影響ヲ受ケサルナリ(九七條第二項)

以上ハ原則ニシテ之ニハニツノ例外アリ

第一ノ例外ハ申込者カ反對ノ意思ヲ表不ニタル場合ナリ 契約ノ申込ノ通知ヲ隔地者ニ發送スルモノカ其ノ申込ノ意思表不ト共ニ若シ承諾前ニ於テ即チ契約ノ成立前ニ於テ自己カ死ニスルハ此ノ申込ハ無効ニ歸スヘキ旨ノ別段ノ附言ヲナシタル場合ニ於テハ申込者カ果シテ其ノ通知發送後承諾前ニ於テ死ニスルハ其ノ死之ノ事實カ申込通知ノ相手方ニ到達スルノ前ナルト後ナルトノ間ハ又其ノ申込ハ無効ニ歸スルナリ 又申込者カ申込ノ内容トシテ相手方カ承諾ヲナス前ニ自己カ行為能力ヲ喪失スルハ此ノ申込ハ無効トナリ取消シ得ヘキモノトナルヘシ 換言セハ當該能力者ノナシタル場合ト同一ノ能力者有スルニ至ルト明言シタル場合ニ果シテ能力喪失ノ事實生スレハ之カ申込通知ノ到着前ナルト後ナルトニ拘ハラス其ノ申込ハ無効若シタハ取消シ得ヘキモノトナルナリ

契約ノ成立一付キテハ前述ノ如クニ五五ニ五條前條特別ノ規定アレトモ其ノ他ノ意思ニ付キテハ一該約ニ規定ナシ 故ニ此ノ意思表不ニ付キテ申込ノ場合ニハ同一ナル反對意思表不ヲ附如セルハ其ノ意思ニ違フヘキモノナリヤ否ヤノ問題アリ九七條第一項ニ於テハ隔地者ニ付スル意思表不ノ原則ヲ掲クルノミ 此ノ原則ニ付キテハ何等ノ制限ナキ故五五ニ五條トノ比較上或ハ右ノ如ク反對意思表不ハ之ヲ斷サ、ルカ如キ感アリ サレト九七條第一項ハ公益規定ニハアラス 故ニ一般約ニ之ニ及スル意思表不ハ之ヲ禁止スルノ法意ナラズト解セサルヘカラス

第二ノ例外ハ相手方カ申込者ノ死之又ハ能力喪失ヲ知りタル場合契約成立ノ通知ヲ發送セルモノカ其ノ承諾前ニ死之シ又ハ能力ヲ喪失シタル場合ニ於テ

凡 若シ相手方カ承諾ヲナス前ニ申込者ノ死之又ハ能力喪失ノ事實ヲ知りタルトキハ

(一) 其ノ事實發生カ申込ノ通知ノ到達前ナラハ其ノ申込ハ或ハ無効トナリ或ハ取消シ得ヘキモノトナル

(二) 其ノ事實ノ發生カ申込ノ到着後ナルハ其ノ申込ハ原則トシテ能力者ノ行為トシテ完全ナル效力ヲ有スルモノニシテ相手方ノ申

必有ノ死之 能クノ喪失ノ事實ヲ知ルト否トハ申込ノ效力ニ影響
トシ

去リ下ラ契約力申込者ノ生存能力ノ存続力其ノ契約成立又ハ存
続ノ要件タルモノトシ 委任(六五六条)組合(六七九条)使
用貸借(五九九条)ノ如キモノナルハ申込者ノ死之又ハ能力喪
失ハ当然申込效力ヲ消滅セシムルモノニシテ之ニ対シテ承諾アルモ
契約成立ナラサルナリ 何トナレハ既ニ契約成立ノ後ニ於テ申込
者ノ死之 能力喪失アルトモ其ノ契約ハ效力ヲ失フモノナルヲ以
テ契約成立以後ニ於ケル右ノ事實ハ契約成立ヲ妨ケザルモノト云
ハサルヘクラス

B

古 相手方ク承諾ヲナシタル後ニ於テ申込者死之 能力喪失事實ア
ルハ既ニ成立シタル契約ノ存立ニ如何ナル影響ヲ及ボスヤハ同
類アル所ニシテ申込ノ成立又ハ存続ノ問題ハ生セザルナリ(五二
五条ノ後段)

相手方ノ死之又ハ能力喪失

ル 申込ノ到着前ニ相手方ク既ニ死之セル場合ニハ申込ハ其ノ性質ノ
内容ニヨリ相続人ニモ対スルモノナリト認メラル、モノニ依リテ
有效ナリ 其ノ他ノ場合ニ於テハ無効ナリ 又相手方能力喪失ノ場
合ニハ九八条ニヨルモノニシテ原則トシテハ有效ナレモ若シ相手方
ノ禁治産者トナリタル場合ニハ其ノ申込ヲ以テ之ニ対抗スルヲ解ス
又法定代理人ク之ヲ知リタル後ニ於テノモ対抗シ得ルモノナリ

乙 対話者間ノ場合
力 申込ノ到達後ニ相手方死之シ又ハ能力ヲ喪失セル場合ニハ申込ハ
原則トシテ其ノ效力ヲ存続スルナリ 但シ契約力相手方ノ生存又ハ能
力ノ存続ヲ其ノ契約及ヒ存続ノ要件トスルトキハ申込ハ其ノ效力ヲ
失フモノナリ

対話者間ノ意思表示ハ直ニ相手方ニ到達シテ其ノ間髪ヲ入レザル
力故ニ問題ハ起ラザルモ理論上ヨリ云ハハ之モ時問ヲ要ス 既ニナホ
問題ノ生スル余地ナキニアラス 而シテ之ハ單ナル机上ノ空論ニアラ
スニテ實際アルモノナリ 或ル説ニ依レハ対話者ニ対スル申込ハ相手

方ニヨリテ之カ了知セラル、コトニヨリテ成立スルモノナリト云フ。
我民法ニ於テハ隔地者間ニ于スル申込ノ規定ハアレヒテ対話者間ノ規定
ナシ。然ラハ対話者間ニ於テモ上述隔地者間ノ規定ヲ採用シ得ヘキヤ
否ヤ多クノ問題ナキ能ハス。

余ノ信スル所ニ據レハ対話者間ニ於テモ隔地者間ノ規定ヲ類シテ申
込ハ意思表示カ相手方ニ到達スルコトニヨリテ成立スルモノト解スヘ
キナク何トナレハ既ニ隔地者ニ対スル意思表示ニ付キテ了知主義ヲ排
シテ受信主義ヲ採レルハ了知ナル事実カ脳裡ノ僅カニシテ實際上ハ不
明ニ終ルコト多キヲ以テナリ。果シテ然ラハ対話者ニ対スル場合ニ於
テモ實際ノ問題ノ起ルコトハ少ナケレヒ其ノ干渉取テ異ナラス。其ノ
他我民法ニ於テモ受信主義ノ採ルヘカラサルコトハ隔地者間ニ於ケルト同
様ナリ。我民法ニ隔地者間ノ場合ノ規定ヲ設ケシハ實際問題ノ起ル
ハ主トシテ此ノ場合ナレハナリ。故ニ対話者ニ対スル申込ニ到達ノ片
ニ成立スルモノニシテ相手方ノ了知スルト存トテ同ハサルナリ。
而シテ当事者ノ死ニ能クノ喪失ノ申込ニ及ホス影響ニ付キテモ隔地

者ニ対スル申込ノ場合ト同様ニ解スヘキナリ。

第二 不特定人ニ対スル申込

此ノ場合ニ於テハ相手方ノ特定セサルヲ以テ了知主義又ハ到達主義ニ
ヨル能ハサルハ勿論ナリ。カレカ故ニ一紙ニ認議セラレ得ル状態ニ於テ
意思表示ヲナストヤハ申込ハ成立スルナリ。例ヘハ新聞廣告ノ片ハ其ノ
新聞ノ発行、配札ニヨル片ハ其ノ掲不ニヨリテ成立ス。要スルニコレ亦
受信主義ニ依ルモノナリト云フヲ得。

第三目 申込ノ消滅

申込ハ一度ソノ成立シタル後ニ於テモ其ノ效力ヲ失フコトアリ

第一 申込者自ラ其レヲ取消ス場合 第二 申込者ノ取消ニ依ラズ自然ニ
其ノ效力ノ消滅スル場合ナリ

第一 申込ノ取消

申込ノ取消ハ之ヲ申込ノ通知ノ發送後其ノ到達前ニ之ヲ取消ス場合ト
視同セサルコトヲ要ス。後ノ場合ハコレ申込ノ成立ノ阻害ニシテ一旦成

立シタル申込ヲ取消スモノニハアラス。例ハハ申込ノ通知書ヲ途中ヨリ
取リ返ス々或ハ申込取消ノ通知ヲ奪ニテ其ノ通知力申込通知ノ到達前ニ
相手方ニ到達スルカケナクトモ之ト同時ニ到達スル場合ニ於テ何レモ申
込ノ通知ハ申込トナルコトナキナリ。従ツテ或ニ云フ所ノ申込ノ取消ナ
ルモノハアリ得サルナリ。斯クノ如キ申込ノ成立前ニ於ケル其ノ成立ノ
阻害ハ全然申込者ノ自由ナリ。法律ハ何等ノ制限ヲナサス。

申込ノ取消ハ法律行為ノ取消ト區別スルタメニ學者或ハ之ヲ申込ノ條
目ト名付ク。蓋シ申込ノ取消ハ其ノ取消ノ趣意ニ溯スモノニアラスシテ將
来ニ向ヒテノミ效力ヲ有スル故ナリ。申込ノ取消ヲ許スヤ否ヤノ問題ハ
申込ノ内容ニヨリテ區別シテ考フルヲ要ス。

承諾ノ期間ヲ定メテ申込ヲナシタル片

此ノ場合ハ其ノ申込力対諾者ニ対スルモノナルト隔地者ニ対スルモ
ノナルトヲ同ハス其ノ規定ノ承諾期間内ニハ申込者ニ於テ其ノ申込ヲ
取消ヲナス能ハサルナリ(五二一条第一項)。此ノ場合ニ於テモ尚ホ
取消ノ自由ヲ認ムル英法ノ主義ハ我民法ノ殊ラサル所ナリ。

申込者ニ於テ承諾ノ期間ヲ規定シタル片ハ相手方ハ其ノ期間内ハ何
時何テモ承諾ヲナシ得ヘキモノト信スルヲ以テ承諾ヲナスヤ否ヤニ付
キ其ノ期間内充分ノ考慮調査ヲナスヘク又時トシテハ之ト同一ノ申込
ヲ他ヨリ致クルコトアルモ之ヲ拒絶スルコトアルヘシ。然ルニ申込者
ニ於テ其ノ期間内ニ任意ニ其ノ申込ヲ取消シ得トスレハ相手方ハ意外
ノ損失ヲ蒙ルヘシ。之レ我民法ノ此ノ規定ヲ設ケシ所以ナリ。サレバ
此ノ規定ハ發行法ニアラサルヲ以テ若シ申込者ニ於テ特定ノ意思表示不
フ附加シテ承諾期間内ニ於テモ取消スコトアルヘキ旨ヲ留保シタル場
合ニハ固ヨリ其ノ意思表示ニ従フナリ。

又 期間ヲ定メスシテ申込ヲナシタル片

此ノ場合ハ隔地者ニ対スル場合ト対諾者ニ対スル場合トニ分ツテ要
ス。隔地者ニ対シテ申込ヲナシタル場合ハ申込者ハ承諾ノ通知ヲ致ク
ルニ相当ノ期間内ハ其ノ申込ヲ取消ス能ハサルナリ。此ノ相当ナル期
間經過シタル後ハ何時ニテモ其ノ申込ヲ取消シ得ルナリ(五二四条)
蓋シ此ノ規定ヲ設ケシ理由ハ隔地者ノ契約ノ申込ヲ受ケタル場合ハ女

トハ承諾期間ノ定メナシト受モ承諾ニハ相当ノ調査ヲナシテ後ニ之ヲ
 ナスモノナルヲ以テ若シ其ノ調査ノ半途ニテ中止者ガ取消ヲナシ得ル
 トスレハ申込ヲ受ケタルモノハ意外ノ損失ヲ受クルコト、ナルノミナ
 ラス時トシテハ同一ノ申込ヲナシタル第三者ニ対シ既ニ之ヲ拒絶シク
 ルコトヲ悔ムルコトナキヲ保セサレハナリ。而シテ所謂相当ノ期間ト
 ハ時ト所ニヨリテ同一ナラス。必スシモ之ヲ概論スル能ハサルナリ。
 承諾者ニ対シテ申込ヲナシタル場合ニハ申込者ハ何時ニテモ其ノ申込
 ヲ取消スコトヲ得ルモノナリキ否ヤ。我民法上ニテハ時ニ開クナキナ
 リ。サレバ五ニ四条々特ニ隔地者ニ対シテノ規定セラレタルモノナ
 ルヲ以テ承諾者ニ対スル場合ニ於テハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得
 ルノ注意ナリト解セサルヘカラス。

申込ノ取消モ亦一ノ意思表示ナルヲ以テ民法九七条ノ適用ヲ受ケル
 ヲ以テ隔地者ニ対シテ之ヲナス場合ハ其ノ取消ノ通知カ相手方ニ到達
 シタル時ニ於テ始メテ成立スルナリ。従ツテタトヒ取消ノ通知ヲ受ス
 ルモ其ノ通知カ相手方ニ達セザル前ニ相手方ニ於テ既ニ承諾ナシタルト
 言ハ契約ハ其ノ承諾ニヨリテ直ニ成立スルモノニシテ其ノ後ニ申込
 取消ノ通知カ相手方ニ到達ストモ契約ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ボスモ
 ノニアラス。

然レナカラ其ノ原則ニ対シテ一ツノ例外アリ。即チ申込取消ノ通
 知カ承諾通知ノ發送後ニ到達シタル場合ニ於テモ其ノ延着ハ不當地契
 此ノ地特別ナル事由ニ起因スルモノニシテ通常ノ場合ナラハ承諾通知
 ノ發送前ニ到着スヘカリシコトヲ認識シ得ハキ片ハ承諾者ハ直ニ申
 込者ニ対シテ申込取消。延着ノ通知ヲ發送セサルヘカラザルナリ。若
 シ承諾者ニ於テ此ノ通知義務ヲ怠ル片ハ申込取消ノ通知ハ延着セザリ
 シモ、ト看做サレテ依ツテ契約ハ成立セザルコト、ナリナリ。八五ニ七
 条) 蓋シ承諾ヲミテ断カル義務ヲ受相セシムル所以ハ申込者カ相当
 ノ時期ニ於テ申込取消ノ通知ヲ發シタル片ハ申込者ハ其ノ通知カ承諾
 通知ノ發送前ニ相手方ニ到達スヘキモノト信スルカ故ニ之ト承諾通
 知カ申込者ニ到達スルモノニシテ相手方カ強ヒテ契約ヲ成立セシメントス
 ル意思ヲ以テ發送シタルモノニ過キスト断定スルコトアルヘキハ普通通

第二 申止ノ自然失効

ナルヲ以テ時ニ申止者ヲ保護セントノ趣旨ニ於テタルモノナリ

申止ニ付テ承諾アルハ契約成立スル故申止ハ最早申止タルノ故カヲ有セサルニ至ル。故ニ更ニ之ニ付テ承諾アルトモ第一ノ契約ハ成立セサルナリ。然レナカラ申止ノ性質内容ニヨリテ二倍以上ノ契約ノ成立スルハ二倍以上ノ承諾アルコトヲ認ムル場合ニ於テハ豫期ノ承諾カ完了スルコトニヨリテ始メテ申止ノ失効ヲ生ズルナリ。又申止ニ付テ相手方ノ拒絶アル片ハ申止ハ其ノ故カヲ失フ。此ノ場合ニ於テモ幾何ノ承諾ヲ豫料スル片ハ凡テノ相手方カ拒絶スルコトニヨリテ始メテ申止ノ失効ヲ見ルナリ。之等ノコトハ敢テ多言ヲ要セザルナリ。又同題トナルハ承諾ニ拒絶モナキ場合ニ於テ申止ハ何時マテモ其ノ故カヲ持続スルヤ否ヤナリ。

(1) 承諾期間ノ定メアル片

此ノ時ハ其ノ期間内ニ承諾通知カ申止者ニ到達セザル片ハ申止ハ当然失効ヲ失フモノトス。ハ五ニ一(第一項)。蓋シ申止者カ承諾期間ヲ定メタル趣旨ハ其ニ存スルモノト認ムルヲ以テナリ。サレバ假ニ違フ

(2) 承諾期間ノ定メナキ片

民法ノ規定ニヨリハ此ノ場合ハ申止ハ相手方ノ拒絶即チ承諾ニヨリテ契約ヲ成立セシムルコトヲ得ルノ趣旨ニ於テハ消滅時効ニテ消滅スルマテハ(一六七条)。長ク其ノ故カヲ持続シ申止者ヲ拘束スルモノナリ。而モ承諾者ニ付スルモノナル片ト偏地者ニ付スルモノナル片トノ區別ナシ。五ニ四条ハ只相当期間ノ取消ノ禁止ノ規定ニシテ相当期間ノ経過ニヨリテ自然失効ヲ規定スルモノニアラザルナリ。故ニ民法ハ右ト主義ヲ異ニシテ承諾者間ニ於テハ相手方カ直チニ承諾ヲナササル片ハ申止ハ直チニ其ノ故カヲ失フモノトシ又偏地者間ニ於テハ相手方カ相当期間内ニ承諾ヲナササル片ハ申止ハ其ノ故カヲ失フモノトス(一四七条)。此ノ規定ノ目的ハ既述ノ趣旨ヲ救スルニアルモノニシテ若シ申止者カ長ク其ノ申止ニ拘束スルモノトナキ片ハ徒ラニ申止者ノ取引活動ヲ制限スルコト、ナルヲ以テナ

1. 我商法ニ於テハ(ニ六九條)ニヒノ(衆)商行爲タル契約ニ付キテ
概乙民法ノ主義ヲ採用セリ。蓋シ我現行政ニテハ商行爲ニ付キテハ概
括ヲ必要トスレド一紙ノ契約ニ付キテハ必要ナトト認メタルナリ。

第三項 承諾

承諾トハ甲申ノ相手方ヲ申込テ了知シテ申込者ニ対シテ申込ノ目的タル
契約ヲ締結セントスル意思ヲ表示スルコトヲ云フ。
而シテ申込ト相合シテ契約ナル一ノ法律行為ヲ構成スルモノナリ。
(1) 承諾ヲナスモノハ甲申ノ相手方タルヲ要ス。例ハ甲カ乙ニ契約ノ申
込ヲナス片ハ乙承諾スルニアラサレハ承諾アリト云フコト能ハス。第三
者丙カ承諾スルトモ契約ハ成立スルコトナシ。尤モ被申込者ノ承諾人又
ハ代理人ノ承諾ハ有效ナルコトハ言フ能ハス。又前述ノ如ク申込ハ必ス
シモ特定人ニ対シテ云フナスコトヲ要セス。廣告等ニヨリテ不特定人ニ
対シテ云フナスモ可ナリ。此ノ場合ニ於テハ凡テ人カ被申込者ナルヲ
以テ何人カ承諾ヲナスモ契約ハ成立スルナリ。又一定ノ範圍内ノ不特定

(2) 人ニ対シテナス申込ノ場合ハ其ノ範圍内ノ凡テ人カ被申込者ナリ。
被申込者カ申込ヲ了知シテ而シテ之ニ対シテ承諾ヲナスニアラサレハ
承諾ノ效力ナシ。申込ヲ受ケタルモノカ之ノ内容ヲ同クスル契約ヲ締結
セント云フコトヲ申込者ニ告グルモ其ノ被申込者ノ意思表示カ申込ノ内
容ヲ了解シテ而シテ之ヲ承諾スルモノニアラサレハ承諾トハナラサルナ
リ。斯カル意思表示ハ失張リ一ツノ申込ニ違ハス。故ツテ此ノ場合ハニ
個ノ申込アルノミニテ契約ハ成立セス。

(3) 承諾ハ申込ノ目的タル契約ヲ締結セントスル意思表示ナルヲ要ス。故
ニ申込ト内容ヲ異ニスル契約ヲ結ハントスル表示ハ承諾ニアラス。例ハ
ハ申込者ハ無條件又ハ無期限ノ契約ヲ締結セントスルニ被申込者ハ條件
附又ハ期限附ノ契約ヲ締結セントスル場合ノ如シ。
例ハ甲カ乙ニ此ノ象ヲ五十万円ニテ賣ラント申込ミシニ乙ハ曰ク
余若シ今年内ニ國務大臣トナラハ之ヲ買ハン。既ハ又曰ク。余之ヲ買ハ
ン。サレト此ノ代金ハ今年末ニ支払ハント云フカ如キハ承諾ニアラス。
又此ノ例ニ於テ代金ノ減少ヲ未ムル所ヲ要求思フラハ固ヨリ此ノ承諾トナ

ラズ 之等ノ場合ニ申出 内容ヲ変更シタル承諾ハ全ク無効ニ属スルヤ
否ヤ 民法五二八条ノ承諾者カ申出ニ條件ヲ附シ其ノ他変更ヲ加ヘテ之
ヲ承諾シタルトキハ其ノ申出ノ拒絶ト共ニ新タル申出ヲナシタルモノ
ト看做スト規定セリ

之ニ依レハ変更承諾ノ場合ニハ申出ノ拒絶ト新タル他ノ契約ノ申出
トノ二何ノ意思表示ノアルモノト看做スナリ 申出ノ拒絶ト共ニ他ノ申
出ノ誘引ヲナスモノトハ認メザルナリ 又申出ヲ拒絶ニヨリテ履行セシ
ムルコトナク 又他ノ申出ノ誘引ヲナスモノトモ認メズ

カルテ故ニ変更承諾ノ場合ニ於テハ始メノ申出者カ之ニ対シテ承諾ヲ
ナス件ハ契約ハ直チニ成立スヘク変更承諾ヲナシタル後ニ於テハ始メノ
申出ニ対シテ承諾ヲナスモ契約ハ成立セザルナリ 又変更承諾ハ新ニ申
出ナルヲ以テ申出ニ干スル凡テノ規定カ適用セラレテ例ハハ兩地看同
ニ於テハ相当ノ期間之ヲ取消スコトヲ解サルナリ

変更承諾ヲナス場合ニ於テ相手方ノ申出ヲ拒絶スルモノニアラザルコ
トヲ時ニ表示スルトキハ其ノ申出ハ依然トシテ效力ヲ持続シテ従ツテ相

相手方ノ変更承諾ニ対シテ承諾ヲナサル場合ニ於テ相手方ノ始メノ申出
ニ対シテ承諾ヲナス件ハ契約ハ成立スルナリ 要スルニ五二八条モ不意
思解散ノ規定ニシテ履行規定ニアラス

(4)

承諾ハ申出カ消滅力ヲ有スル間ニ於テ之ヲナスヲ要ス
申出カ消滅力ヲ失ヒシ後ニ承諾ヲナストモ契約ハ成立セズ 然シナカラ
申出ノ有効ナル間ニ承諾ヲナセハ契約ハ成立スル云フ原則ニ対シテ一ノ
大例外アリ 即十五ニ条ノ規定ニヨレハ申出ノ有効ナル期間内ニ承諾
ヲナストモ消滅力ノ成立セザル場合アリ 即チ承諾期間ヲ定メテ承諾ヲ
ナシタル場合ニ於テ相手方其ノ期間内ニ承諾ヲナストモ其ノ承諾ノ通
知カ期間内ニ申出者ニ到達セザルトキハ契約ハ成立セザルモノトナヌナ
リ 蓋シ民法五二八ノ場合ノ申出ハ承諾通知ヲ受ケヘキ期間ヲ定メテ
スモノト推定スルナリ 故ニ承諾期間内ニ承諾通知ヲ受ストモ其ノ通知
カ期間内ニ申出者ニ到達セザルトキハ契約ハ成立セザルナリ 尤モ申出
者カ承諾期間ヲ定ムルニ当リテ此ノ期間ハ承諾ノ通知ヲ受スルノ期間ナ
リトスフコトヲ特ニ定ムタルトキハ被申出者ハ其ノ期間内ニ承諾ノ通知

我民法ヲ准スルモ、或ハ又フ。此ノ五二一条第一項ハ承諾ニ于テノ
受給主義ヲトル外國民法ノ規人ヲ其ノ終ニ承諾セルモノナルヲ以テ五二
一条第一項ニ規定セル受給主義トハ調和セシレ現定ナリト

或ハ然ラン。サレバ其ノ起草ノ如何ニ拘ハラズ解案論トシテハ契約ハ
承諾ニヨリテ成立シ承諾ハ其ノ通知ノ奉送ヲ以テ成立スルコトハ後述ノ
如シ。只承諾ノ期間ヲ定メテナシタル申込ノ場合ニ於テハ契約ノ成立ニ
ハ特ニ其ノ期間内ニ承諾通知カ申込者ニ到達スルコトヲ要スルナリ。尚
此ノ場合ト更ニ契約ハ承諾通知ノ到達ノ片ニ成立スルニアラヌシテ其ノ
奉送ノ片ニ於テ成立スルモノナリ。故ニ承諾通知奉送ノ後其ノ通知カ申
込者ニ達スルマテハ果シテ契約成立スルヤ否ヤハ不確定ナリ。即チ若シ
其ノ通知カ承諾期間内ニ到達セサル片ハ契約ハ成立セスシテ反シ其ノ期
間内ニ到達スル片ハ契約ハ承諾通知奉送ノ片ニ期リテ成立セルモノト認
ムルナリ。故ニ五二一条第一項ハ承諾期間ヲ定メテ申込ヲナシタル場合
ニ於テハ例外トシテ承諾ニ于テモ受給主義ヲ採用シタルモノナリト云

フ能ハス。又承諾期間内ニ承諾通知カ奉送セラルレハ契約ハ直チニ成立
シ其ノ通知ノ期間内ニ到着セザレコトニヨリテ其ノ效力ヲ既往ニ溯リ
テ定フモノナリト解スルコトモ能ハス。

承諾期間内ニ於テ承諾通知カ申込者ニ到達セザレ片ハ契約ノ成立セザ
ルモノトスル。此ノ規定ニ対シテ一ノ例外アリ(五二一条)。即チ承諾
通知ノ期間經過後ニ到達シタル場合ニ於テモ若シ其ノ通知カ通常ノ場合
ニ於テハ指定時間内ニ到達スヘカリシ片ニ於テ奉送シタルモノナレトモ
天災地災其ノ他特別ノ事情ニテ遲延シタルモノニヨリ且ツ此ノ事情カ申
込者ニテ知リ又ハ實際知ラストモ相当ノ注意ヲ用ヒタランニハ知ルコト
ヲ得ヘカリシ場合ニ於テハ申込者ハ直チニ承諾者ニ対シテ承諾通知カ延
着セシム云フコトノ通知ノ奉送ヲ要ス。申込者若シ之ヲ怠ル片ハ其ノ例我
トシア承諾通知カ延着セナリシモノト看做サレテ契約ハ成立ス。尤モ申
込者カ承諾通知ノ延着スル前ニ於テ己ニ被申込者ニ対シ期間内ニ承諾通
知カ到達セザリ。コトノ通知ヲ奉送シタル場合ニハ申込者ニ於テ再
ニ延着ノ通知ヲ奉スルコトヲ要セザルナリ。

承諾ハ申止ノ有効期間内ニ之ヲナスコトヲ要スルモ若シ申止ク其ノ後
カヲ失ヒタル後ニ承諾ノアリシトキハ其ノ承諾ハ何等ノ効クナキモノナ
リヤト云フ問題アリ

此ノ問題ハ承諾期間ノ定メアル場合ニ於テ期間経過後ニ承諾通知カ到
達シタル場合カ其ノ最モ顯著ナル例ナリ 右ノ如ク承諾ハ之ヲ遲延承諾
ト云フ 若シ法律ニ於テ別段ノ規定ナケルハ法律上無効ニシテ何等ノ効
力ナキモノナリ

然ルニ五二三条ニテハ遲延承諾ハ申止有ニ於テ之ヲ新クナル申止ト看
做スコトヲ得ルト定ム 故ニ申止有ニ於テ之ヲ申止ト認メテ之ニ對シテ
承諾ヲ與フル片ハ契約ハ成立スルナリ 蓋シ遲延承諾ニ變更承諾ト同シ
ク承諾有ニ於テ斯クノ如ク契約ヲ締結セント欲スルノ意思アルコトハ明
カナルヲ以テ契約ノ成立ノ時期ハ多少當事者ノ豫想トスレバ契約ノ成
立ヲ認ムルハ當事者ノ意思ニ依リテ其ノ利益ナリト認ムルナリ 本條ハ
承諾期間ノ定メアル場合ノミナラス遲延承諾ノ凡テ 場合ニ適用アルモ
ノナルヲ以テ商法ニセヨ条ノ場合即チ單ニ申止ノ相手方カ相當期間内ニ

承諾通知ヲ受セスニテ為メニ申止ク自然ニ失効シタル後承諾通知ヲ受シ
タル場合ヲモ包含セルナリ 然レテ同様ノ第二項ノ規定ハ注意的規定ノ
リト見サルヘウラス

(5) 承諾ハ申止有ニ對シテナスヲ要ス

申止有後ケタルモノカ只承諾ノ意思ヲ外部ニ表示スルノミナラハ承諾
トハナラサルナリ 又申止有以外ノ人ニ對シテ之ノ表示トモ承諾タルノ
效力ハナキナリ 要スルニ承諾ハ相手方アル意思表示ニシテ其ノ相手方
ハ申止有ナル特定人ニラサルヘカラサルナリ 猶申止有ノ承諾人又ハ代
理人ニ對スル承諾ハ承諾タルノ効アルコト勿論ナリ

(6) 承諾ノ方法

申止ニ於テ承諾ヲナスヘキ所ノ方法ニテシテ何等ノ指不ヲ合マサルハ
承諾ハ如何ナル形式ニテナサルモ有效ナリ 然レトモ若シ申止有カ承諾
ノ方法形式ヲ特定シタル場合ニ於テ承諾ハ其ノ形式ニ依ラサルハ効ナシ
共ニ注意スヘキハ申止有ハ斯クノ如ク承諾ノ形式ヲ強制スルコトヲ得レ
トモ承諾其ノモノヲ強制スルコト能ハサルナリ 換言スレバ此ノ申止ニ

ナシテ何等ノ返答ナキハ承諾ト看做スト云フク如キハ全ク無効ナリ
尤モ商法ニ七一條ニヨレハ商人カ取引先ヨリ其ノ營業ニ干シテ契約ノ申
込ヲ受ケタル場合ニ於テ直ニ承諾ト答ハササルハ商人ハ其ノ申
込ヲ承諾シタルモノト看做ストアリ。之レ商取引ノ秩序ヲ期スルタメニ
設ケラレタル例外的規定ナリ。

猶民法ニ於テモ承諾ノ意思表示ナクシテ契約ノ成立スル知ノ例外ノ場
合ニツアリ。(五二六條第二項)

第一、申込者ノ特別ノ意思表示ニヨリテ承諾ノ通知ヲ必要トセサル場
合ナリ。此ノ場合ニハ契約ノ意思表示ト認ムヘキ事實アリタル所
ニ依リテスルナリ。

此ノ規定ハ承諾ノ意思表示ノ通知ヲ免除スルノミナラス又承諾ノ意思
表示不其ノモノヲモ免除スルモノニシテ只承諾ノ意思ヲ外部ニ表現スル
即チ意思表示現ノミヲ必要トスルモノナリ。

例ハハ東京ノ甲ノ大坂ノ乙ニ内ヒ米二百石ヲ石二十五円ニテ賣ラント
申込ニ同時ニエテ大坂ニ送附シテ曰ク 乙若シエテ買フナラハ承諾ノ通

知ヲ受ケス ト 斯クル場合乙ハ甲ニ対シテ何等ノ通知ヲナサズ 又何
等ノ意思表示ヲナサストモ承諾スル意思ヲ以テ其ノ米ヲ消費シ始ムルナ
ラハ其ノ意思表現ニヨリテ契約ノ成立スルナリ。

第二ノ例外ハ取引上ノ慣習ニヨリテ承諾通知ノ不要ナル場合ナリ。此
ノ場合ニ於テモ第一例外ノ場合ト同様ニ承諾ノ意思表示現ノアリタル所ニ
契約ノ成立ス。

例ハハ上文サヘスレハ直ニ商品ヲ送り來ル慣習アル場合ニ於テハ契
約ノ商品發送ノ中ニ成立ス。

契約ノ承諾ニヨリテ成立スルモノトシテ以テ承諾ノ成立時期ハ必ず契
約成立時期ナリ。然ラハ承諾ハ如何ナル片ニ於テ成立スルカハ重要ナレ
同類ナリ。而シテ之ニ隔地有同ト対話者間ニ區別スル要アリ。

(1) 隔地有ニ 対スル意思表示ハ受領主義ニヨルモノナリ。(九七條)
蓋シ何ハタリトモ未タ自己ノ接受セサル意思表示ノタメニ法律上ノ
拘束ヲ受ケタルノ理ナキヲ以テナリ。サレド契約ノ承諾ニ付キテハ大イ
ニ趣ヲ異ニスルモノアリ。何トシレハ此ノ場合ニ於テハ甲乙者ハ既ニ

相手方ニ対シテ一定ノ契約ヲ締結スヘキ旨ノ意思表示ヲシタルモノナルヲ以テ其ノ甲込ノ有効期間内ニ於テハ何時ニテモ承諾ノアルヘキコトハ其ノ豫期スル所ナルヲ以テ承諾アルカクモニ不測ノ損害ヲ蒙ルノ恐レナシ。故令其ノ期間内ニ於テ承諾ノ通知カ到達セズトモ其ノ有効期間内ニ之ヲ承諾シタル片ハ之ニヨリテ契約ハ成立スルモノナリ。之レ取引ノ執運ヲ導^進フ社会ニ適スルモノト云ハサルヘカラス。

クルク故ニ承諾ノ通知トシテハ特ニ例外トシテ承諾主義ヲ採用ス。(五ニ六条第一項)

右ノ如ク承諾ハ承諾主義ヲ採用シタル結果尙クモ承諾通知ヲ寄シタル片ハ契約ハ直クニ成立シテ便令其ノ通知カ未ダ申込者ニ到達セザル前ト受之テ取消スコト能ハサルナリ。

例ハハ郵便又ハ使者ヲ以テ承諾通知ヲ寄シタル後ニ於テ被申込者ク電信ノ電話ヲ以テ取消ノ通知ヲナシ其ノ通知カ承諾通知ヨリ前ニ申込者ニ到達セル場合モ取消ノ效果ナシ。又使者ヲ寄シテ承諾ヲナシタル場合ニ於テ更ニ第二ノ使者ヲ出シテ前使者ノ承諾通知書ニ返送シタル片

ト受モ取消ノ成ナキナリ

學者氏ハ右ノ如キ場合ニ於テ取消ノ成カシテ其ノ不当ナリトシテ其カの場合ニハ契約ハ成立セサルモノナリト論断セシトスレモ理論上根拠ナシ

立法論トシテハ民法ノ此ノ規定ノ果シテ妥当ナリヤ否ヤハ論ノ余地アリ

新旧民法ニアリテハ承諾通知ニ干シテハ又承諾主義ヲ採ルトモ其ノ通知カ申込者ニ達スル前ニ於テハ之ヲ取消スヲ得トセリ。

又 *Indivisible Contract Act* ニ於テモ亦同様ノ主義ヲ採ルリ即チ電信ノ受信主義ノ折衷セルモノト見ルコトヲ得。換言スレバ承諾者ニ対シテハ受信主義ニシテ申込者ニ対シテハ承諾主義ヲ承諾通知ニ適用スルモノナリ。サレバ現行民法ノ解款トシテハ採用シ難シ

2. 承諾者間ニ於テ承諾ノ成立ノ時期ニ付キテモ論アリ

尤モ承諾者間ニ於テハ通知ノ發送ト到達トハ一瞬間ニシテ實際上問題ノ生スルコトハ稀ナレモ理論上ハ問題アリ得ルナリ

解散論トシテハ隔地者ニ対スル場合ノ規定ヲ準用スヘキコトハ申込
ノキト異ナルコトナシ 即チ承諾ハ其ノ意思表示ヲ察セラレタル場合
ニ成立スルモノト解セサルヘカラス

學者或ハ対話者間ニテハ申込ニ承諾モ其ニ相手方ガ之ヲ了知シタル
片ニ成立スト論スレドコノ説ハ根拠ナシ 蓋シ意思表示ノ相手方ク意
思表示ノ意義ヲ了解スル意思能クナキ場合ト雖モ其ノ意思表示ハ成立
スルコト八九八条ニ認ムル所ナリ 故ニ相手方ノ了解 不了解ハ意思
表示成立要件ニアラザレナリ 故ニ了知以外ニ成立ノ標準ヲ定メサル
ヘカラス 我民法ニ於テハ別ニ明文ハナケレド隔地者ニ于テハ規定ヲ
类推シテ準用スヘキモノナリ 我民法カ隔地者ニ于テハノミ明文ヲ設
ケシハ實際上適用ノ多キ場合ヲ規定シタルニ過キス

第四項 懸賞廣告

第一目 懸賞廣告ノ本質

廣告ニヨル契約ノ申込ニ付キテモ申込ニ于ルハ一般ノ規定ヲ適用スヘキ
ナリ ナレド此ノ廣告申込ノ一種ニ懸賞廣告アリ 我民法ハ之ニ于テ特別ノ
規定ヲ設ク

懸賞廣告トハ一定ノ行為ヲナシタルモノニ一定ノ報酬ヲ與フル旨ヲ廣告
スルヲ云フ 例ハハ自己ノ遺失物ヲ拾ヒテ届ケル者ニハ一定ノ額ヲ與フト
云フカ如キ廣告 或ハ一定ノ通知ヲナス人ニ一定ノ報酬ヲサント云フ廣
告 或ハ又一定ノ問題ノ解決者ニ一定ノ報酬ヲ與フルト云フ廣告ノ如キ之
ナリ

懸賞廣告ノ本質ニ于テ學說 立法例ノ觀ヲ一ニセス

ノ 概述ニ於テハ債權法時代ハ一八九九年以前ト雖モ懸賞廣告ハ法律上
之ヲ認メシモ其ノ本質ニ付キテハ判然セス 我民法有ハ之ヲ以テ契約ノ
申込ナリトシ即チ其ノ本質ノミニテハ何等ノ效力ヲ生セス 其ノ廣告ヲ
知ルモノ之ヲ承諾シテ其ノ行為ヲナスニヨリテ契約成立スルモノナリト
解ス

從ツテ此ノ説ニヨレハ若シ其ノ廣告アルヲ知ラスニテ其ノ指定行為ヲ

ナスモノアリト云告者ノ行為ニ対シテ其ノ報酬ヲ受フルノ義務ナシ
 何トナレハ行為者ハ中ハアルコトヲ知ラザリシヲ以テ其ノ行為ヲナス
 トモ承諾トハナシルヲ以テナリ
 又他ノ學者ハ曰ク 應當本告ハ契約ノ申込ニハアラズシテ一種特別ノ
 單執行行為ナリ 云告者ノ義務ノ發生スルニハ承諾ノ意思未至ハ意思未
 現アルニテ要ス 其ノ義務ハ尙クモ云告ニ指定シタル行為ヲナスモ
 ノアレハ当然發生スルモノナリ 而シテ指定行為ヲナス云フコトハ承諾
 ニハアラズシテ應當本告ニヨル所ノ義務ノ發生条件ナリトスルナリ
 此ノ説ニ從ハハ應當本告ヲ知ラスシテ指定行為ヲナシタルモノモ亦報
 酬請求ノ権利ヲ有スルナリ 千九百年以來流布セル法律ノ民法ニテハ以
 上ニ説ノ内容ヲ申述シテ單執行行為ヲ採用ス 即チ指定行為ヲナ
 ナシタルモノ其ノ云告ヲ知ラスシテモナシタル場合ニ於テモ其ノ報
 酬ヲ請求スルノ権利アルコトヲ明文ヲ以テ規定ス(後述民法六五七條)
 是れ故ニ於テモ如クハ裁判例ハ已々ナリシ今日 英本國及ヒ米國
 大多數ノ州ニ於テハ判例確定セリ 故違トハ反対ニ應當本告ハ單執行行為

ニアラズシテ契約ノ申込ニ外ナラズトナセシナリ 従ツテ英米法ニアハ
 云告ヲ知ラスシテ指定行為ヲナシタルモノハ應當報酬請求ノ故ナシ
 右ニ説ノ当否ニ就テハ議論上大イニ論ノ余地アリ 或ル學者ハ單執行行為
 説ニシテ債權債務ノ干渉ハ當事者間ノ契約ニヨリテ生ジ 單執行行為ニヨリ
 テハ生ズト論スレバ大ナル誤リナリ

單執行行為ハ原則トシテハ債權發生ノ故ハナブレバ法律カ明文ヲ以テ之ニ
 債權發生ノ故カヲ認ムルコトハ取テ不可ナキナリ 之ハ手形行為 寄附行
 為 遺言等ニ限リテ明カナリ 蓋シ社会ノ進歩發達ナルニ從ヒテ人ノ意思
 表示ニ益々強キ放クヲ失フルノ必要ヲ生ス 従ツテ單執行行為ノ範圍モ漸次
 拡張セラル、ニ至ル

民法法ニテハ五二九條ニ依ル行為ヲナシタルモノニ一定ノ報酬ヲ受フルハ
 旨ヲ云告シタルモノハ其ノ行為ヲナシタルモノニ対シテ其ノ報酬ヲ受ル
 ル義務ヲ負フト規定ス 故ニ應當本告ハ民法上有效ナルコトハ疑ナキニ
 其ノ本質ハ既に民法ノ如ク單執行行為ナリト解スハキヤ或ハ英米法ノ如ク契
 約ノ申込ト看做スハキカ多少ノ疑アリ

サレヒ予ノ信スル所即ケ通説ニヨレハ我民法ノ五二九条乃至五三二条ノ
四ヶ条ハ大体ニ於テ我民法ノ六五七条乃至六六一条ノ規定ヲ爲シ取リシ
モノニ過キサレバ懲賞広告ノ本質ニ干シテハ我民法ノ契約申止説ヲ採用セ
ルモノト云ハサルヘクラス

其ノ理由ハ

第一 懲賞広告ノ規定ハ第三編第二章第一節第一款即チ契約ノ規則中契約
ノ成立ノ款ニ於テ設ケラル、ニ依スルモ契約成立ニ干スル規定ナルコトヲ
知ルコトヲ得ルナリ

第二 依ニ民法ノ六五七条ノ後段ニハ行為者カ云告ヲ知ラスシテ其ノ行為
ヲナシタル場合ニ於テモ又、報酬ヲ請求スルコトヲ得ル云フ文字アルニ
拘ハラズ我民法ニテハ之ヲ削除セルナリ

斯クノ如クニ懲賞広告ハ我民法ニ於テハ明カニ契約ノ申込ナリ、サレ
トモコノ申込ハ普通ノ申込ト異ナリ一種特別ノ内容ヲ有スルモノナリ
即チ之ニ対スル承諾ハ其ノ本告ニ於テ指定セラレタル行為ヲナスコトニ
ヨリテ表現セラレサルヘクアラサルナリ、換言スレハ本告ヲ知りタル者ク

單ニ之ニ依テ指定行為ヲナスマシト云フ單純ナル意思ヲ表示スルトモ承
諾トハナラサルナリ、契約ハ指定行為ヲ現実ニナスコトニヨリテノミ成
立スルナリ、此ノ特徴ハ独り懲賞ノミニ限ルモノニラス、先ニ述ヘク
ル如ク五二六条第一項ニヨレハ承諾ノ意思表示ニ於テハ承諾ノ意思表
現ヲ以テスル場合多クナリ、懲賞広告ニヨリテ成立スル所ノ契約モ亦斯
クノ如キ契約ノ一種ナリ

第二目 懲賞廣告ノ取消即チ撤回

契約ノ申込ハ承諾ヲナシ、キ期間ノ定メアル片ハ其ノ期間内ハ之ヲ取消
ス能ハス、斯クノ如キ期間ノ定メナキ片ハ相当期間内ニテ取消スコトヲ得
ル、而シテ前ノ場合ニ於テハ期間經過スルハ申込ハ当然其ノ效力ヲ失ヒ後
ノ場合ニ於テハ相当期間經過後トモ已相手方ノ形成権ヲ消滅時効ニカハル
マテハ申込ハ尚其ノ效力ヲ存続スルモノナルコトハ前ニ説明セル如シ
懲賞広告モ亦一種ノ申込タル以上ハ別段ノ規定ナキ限り此ノ規定ニヨル
ヘキモノナリ、サレトモ我民法ハ懲賞広告ニ干シテハ特別ノ規定ヲ設ケ、即

本告者ハ未タ指定行為ヲ完了スルモノナキ間、何時ニテモ其ノ本告ヲ取
 消スコトヲ得ルナリ。但シ其ノ本告ニ於テ取消ヲナサ、ル旨ヲ特ニ表示セ
 ル場合ニ於テハ之ヲ取消ス能ハサルナリ。故ニ指定行為ヲ完了シタルモノ
 ナキ間ハ概令其ノ行為ニ着手シタルモノアリトモ本告者ハ其ノ本告ヲ取消
 スコトヲ得ルナリ。斯ナル場合ニ其ノ行為ニ着手シタルモノハ、損害ヲ受テ
 ルコトアリ。故ニ故乙ノ旧法ハ斯ナル場合行為者ハ本告者ニ対シテ損害賠
 償ヲ請求スルコトヲ得ル旨ヲ定ム。

サレバ故乙民法及ヒ我民法ニテハ斯ナル損害賠償ノ請求権ヲ認メス。其
 ノ当否ハ立法論トシテハ疑問ナリ。我民法及ヒ故乙民法ノ主旨ハ本告者ク
 其ノ本告ニ対シテ取消権ヲ放棄セサル場合ハ何時取消スヤモ溯ラレサルコト
 ハ行為者ノ豫期又ハ予所ナルヲ以テ行為ノ完了前ニ取消サルハ、コトアルハ
 止ムヲ得サル所ナリト云フニアリ。而シテ懲賞広告ニ於テ行為ヲ完了スヘ
 キ期間ヲ定メタル場合ニ於テハ本告者ハ其ノ取消権ヲ放棄シタルモノト推
 定スルナリ。故ニ期間ノ定メアリトモ尚其ノ本告ヲ取消スコトアルヘキ旨
 ヲ附記セル場合ハ猶取消シ得ルナリ。

右ノ如キ期間ノ定メアル場合ニ於テ其ノ期間經過ハ其ノ本告ハ自
 然ニ其ノ效力ヲ失フモノナリ。一五三ノ条第一項及ヒ第三項及ヒ五二一条第
 二項。

民法ノ規定ニ於レバ此ノ取消ハ懲賞広告ト同一ノ方法ニヨラザルヘカラ
 ス。一五三ノ条第一項。

例ハハ新聞ニテ懲賞広告ヲナシタル場合ハ又同一ノ新聞ニテ取消スヲ要
 ス。又一定ノ場所ノ貼札ヲナス片ハ同一ノ場所同一ノ方法ニテナスコトヲ
 要ス。

サレバ此ノ場合ハ斯ク同一ノ方法ニテ取消スコトヲ得サルコトアリ。例ハ
 ハ懲賞広告ヲ出シタル新聞カ奉刊サレ本告シタル場所ノ焼失タルトキ、如
 シ。斯ナル片ハ製、リタル方法ニテナスコトヲ得。

サレバ此ノ場合ハ取消ノ效力ハ比較的弱ニ。即チ懲賞広告ト同一ノ方法ニ
 テ取消シタル片、其ノ取消ハ絶対的力アリ。而チ取消後指定行為ヲナスニ
 ノソル片、其ノ行為者力取消広告ヲ知ルト否トニ拘ハラズ報酬請求権ハナ
 シ。又之第一ノ場合ニテハ其ノ後ニ於テ指定行為ヲナシタルモノアルトキ

若シ其ノ行為有カニ告、撤回ヲ知りテ猶其ノ行為ヲナシタルハ報酬請求
取ハナケレモ若シ之ヲ知ラズシテ行為ヲナシタルハ其ノ取消ハ行為者ニ
対抗スルコト能ハサルナリ 即チ行為者ハ本告者ニ対シテ報酬ヲ請求スル
コトヲ得(五三〇条第一項)

第三回 承諾者ノ権利

懲賞ニ告ニ志シテ指定行為ヲナシタルモノハ本告ニ於テ定メタル報酬ヲ
受クルノ権利ヲ收得スルナリ 只同題トナルハ若シ本告ニ定メタル行為ヲ
ナスモノカ數人ナリハ之等數人ノ亦募集者ハ若ク指定ノ報酬ヲ受クルコト
ヲ得ルヤ或ハ其ノ數人ノ間ニ分割スルヲ要スルヤ
我民法ニ依レハ之等數人中最初ニ其ノ行為ヲナシタルモノハ其ノ報
酬ヲ請求スル権利アリ サレト本告者其ノ本告中ニ於テ異ナル意思表示
ヲナシタルハ其レニ從フナリ(五三一一条第一項及二項) 若シ數人
同時ニ此ノ行為ヲナシタルハ平等ニ之ヲ分割セサルヘカラス サレト此
ノ原則ニ對シテモ例外アリ若シ本告ニ定メタル報酬カ分割シ得ヘクテサ

ルモノナリ又ハ分割不便ノモノカ或ハ本告者ニ於テ取りノミニ限リテ報
酬ヲ受クヘキ特別ノ意思表示ヲナシタルハ抽籤ニヨリテ報酬請求者ヲ
定ムルナリ 只此ノ原則及ヒ例外ハ本告者ノ之ニ異ナル意思表示ヲナス
コトヲ妨ナサルナリ(五三一一条第三項)

例ハハ募集者カ數人アリタルハ始メヨリ分割主義ニ依ラスシテ抽籤
法ニ依ルコト、或ハ即チ其レニ從フナリ 又或ハ最初ニ其ノ行為ニ着手シ
タル者ニ限リテ其ノ報酬ヲ受クヘキ旨ヲ定メタル場合ニハ又之ニ從フナリ
(五三一一条第三項) 五三一一条ノ規定ハ本告ニ定メタル行為ヲ數人カ
共同シテ指定ノ一行爲ヲナシタル場合如何

我民法六六〇条ニ於テハ之ニ干シテ詳細ナル規定ヲ設ケ即チ本告者ハ
右共同行為者ノ指定行為ノ完了ニ貢獻シタル程度ニ於テ報酬ヲ分割シテ
受ヘサルヘカラス 而シテ本告者、此ノ規定ニ對シテハ募集者ニ於テ異議
ヲ述フルコトヲ許サ、ルヲ原則トス

若シ其ノ規定ノ明クニ不條理ナルハ募集者ハ裁判所ニ訴ヘテ判決ヲ求
ムルコトヲ得 而シテ若シ募集者中ニ本告者ノ規定ニ異議ヲ述フルモノア

ル片ハ廣告者ハ争ノ決定スルマテ一時他ノ募集者報酬請求ヲ拒絶スルコト
ヲ得 募集者ハ廣告者ニ対シ報酬ノ代託ヲ請未スルコトヲ得 又報酬カ性
質上分割不便ナルク又ハ一人ノミ報酬ヲ受クヘキコトヲ廣告中ニヤテ定メ
タル片ハ抽籤ニヨリテ報酬額有テ定ムルナリ
我民法ノ解説トシテハ此ノ場合ニハ廣告者ハ其ノ数人ニ対シテ廣告ニ六
ノタル所ノ一ノ報酬ヲ受クヘキ債務ヲ負担スルモノニシテ即チ債権者二人
以上ナル場合ノ一般規定ニ依ルモノナリ 故ツテ右行爲者ノ買取ノ程度ク
明クナル場合ニ於テハ其ノ割合ヲ以テ然ラサル場合ニハ平等ノ割合ヲ以テ
債権債務ハ分割サル、ヲ本則トス(四二七条) 而シテ若シ其ノ剛毅カ性
質上不可分ナルク又ハ廣告中ニ不可分ナルコトヲ定メタル場合ニ於テハ行
爲ノ完了ニ依リテ生スル債権ハ即チ不可分債権ナリ(四二八条 四二九条
九三一条)

第四目 優等懸賞

指入行爲ヲナスモノ、中ニテ優等者ノミニ報酬ヲ受フルコトヲ約シタル

場合ニ之ヲ優等懸賞トス、例ヘハ懸賞論文 同業等ナリ
斯カル廣告ハ有数ノタメニ、応募期間ノ長ノアルコトヲ要ス(五三一条
第二項) 蓋シ期間ノ定メナキ片ハ如何ニ優等ナルモノナリトモ何時迄モ
其ノ決定ヲナサズ報酬ヲ受フルコトナケレハナリ 此ノ優等懸賞ニ于テ
ハ明細ノ問題アリ
其ノ優等ノ判定者ハ誰人ナルカ
若シ廣告中ニ定メタル片ハ其ノ人ノ判定ニヨリ定メサル場合ハ廣告
者自ラ之ヲ判定ス(五三二条第二項)

又 判定者ノ範圍ニ于ル問題

先ッ応募期間中ニ募集者アリトモ其ノ中優等ノ數人ヘキモノナキ片ハ
如何 民法ノ文字ヨリ推セハ此ノ場合ハ何人ニモ與ハスミテ可ナルカ如
シ、サレト優等ハ全ク比較的ノ觀念ニハアラサルク即チ募集者中ノ只比
較的ニ優等ナルモノニ賞品ヲ受フルト云フ主旨ニアラサルカ、此ノ問題
ハ要スルニ廣告ノ意思解釈ノ問題ニ帰着ス 只其ノ何レナリヤ不明ナル
片ハ募集者中比較的優秀ノモノ、意ナリト解スヘキナリ、サレトコレハ

要約ノアル所ナリ

子 数人ノ行為カ同キナリト認メラル、片如何 例ハハ一等三百円 二等
百円ト定ムル場合、一等賞ニ当ル者二人 二等賞ニ当ル者一人ナリトス
レハ如何 同等ノモノ二人以上アル片ハ原則トシテハ平等分割ニヨル
只報酬ク不可分ナルク又ハ本告中ニ不可分ト定ムル片ハ抽籤ニヨルハ五
三ニ条第四項)

キレトコノ準用規定ノ適用上 注意ヲ要スルゴトハ前例ニ於テハ一等賞
ニ授当スルモノ二人ナル故ニ分ノ三百円宛戻フルニアラス 此ノ場合ニ
ハ二人カハ一等賞ノ三百円ト二等賞ノ百円ノ和四百円ノ半分ニ百円宛戻得
スルナリ

五ハ一 等三百円 二 等二百円 三 等百円ノ場合ヲ考フルト明瞭ナリ
即チ一 等カ五人アル片一 等カ百五十円ニ等ク二百円戻ヲ得ナシ 即チ一
等二人ハ五分ノ六百円即チ三百円宛戻得スルナリ、

此ノ最後ノモノハ制定者ノ下ス制定ノ效力如何ノ問題ナリ
制定者ハ必スシモ公平ナルヲ期スヘカラス 不公平ナル片モ其ノ效力ナ

アリヤ否ヤ若シ明文ナクシテ片ハ此ノ制定モ或ハ相当ノモノタルヲ要ス
不正当ノ制定ハ無効ナリトノ論主スル余地ハアリ 然ルニ我民法ハ明文ヲ
以テ制定ノ制定ニ対シテハ何等ノ異議ヲ述ノルコトヲ得スト定ム(五三ニ条
第三項)

第五項 競争締結(競争契約)

契約ノ競争締結ハ立向一般者ニクハ一定範圍ノ不特定ノ人ニ対シ又ハ多
数ノ特定ノ人ニ対シ契約締結ノ申出ヲナシ之等ノ人ヲニテ之カ承諾ヲ競争セ
シメテ申出人ニ最モ有利ナル條件ヲ以テ承諾セントスルモノト契約ヲ締
結スルコトヲ云フ民訴 競売法 旧商法ノ破産法等ニアルモノ 会計
競争入札 普通ノ租賣 等之ナリ

(競売法十三条 競買ノ申出) 而シテ此ノ申出ハ停止條件附ノモノニテ
即チ追テ相手方即チ誘引者ニ一層有利ナル他ノ申出ノナキコトカ確定シテ
ん片ニ其ノ效力ヲ生スルモノナルカ或ハ又申出ク解除條件附ノモノニテ乃

ナ斯クノ如キ他ノ申込アル片ニ其ノ效ヲ大クモナルケト云フコトカ議
論ノ歧ル、知ナリ。

余ノ信スル所ニ依レ、法律ニ於テ時ニ規定ヲ設ケ一層有利ナル申込ノナ
キコトク確定シクル片ニ始メテ承諾ヲ入ヘキ旨ヲ定ムル場合ニ、停止條
件附ト解又ハキナレ尺原則トシテハ争口解除條件附ノモノナリト解スルナ
リ。

競争締結ノ申込ハ申出者ニ所別ノ意思表示ヲリタル片ハ單純ナル申込ノ
誘引ニアラスシテ申込其ノモノトナルコトアリ。乃チ承諾者ノ申込最モ
申出者ニ有利ナル状態着ト必ス契約ヲ締結スルト云フ申込ナク英米法ニ於
テ無担保ノ契約ノ如キハ之ニ属スルモノナリ。

第五款 契約ノ效力

契約ノ效力ニ干シテハ右種ノ契約ニ付キテ特別ノ規定アリ。契約條則ニ
於テハ比較的適用範圍ノ広キ所ノ二種ノ契約ノ效力ニ干スルヤ如ク一級規
定ヲ設ケ、其ノ一ツハ双務契約ノ效力ニ干スル規定、他ノ一ツハ利益ノ々

メニスル契約ノ效力ニ干スル規定ナリ。

第一項 双務契約ノ效力

第一目 同時履行

双務契約ノ效力トシテ當事者双方ニ生スル債務ノ相互ノ干渉ニ付テハ
「ローマ」法及ヒ英國ノ古代法ニ於テハ現代諸國ノ法律ト大ニ異ナル主
義ヲ採リタリキ。乃チ當事者ノ一方ク債務ヲ負担スルハ相手方カ自己ニ付
シテ債務ヲ負担スルニヨルモノナルカ故ニ此ノ双方ノ債務ハ其ノ成立ノ當
初ニ於テ相互ニ相干聯シテ一方無効ナレハ他方モ亦無効ナリ。之レ双務契
約ノ本質タルコト顯ナキ所ナリ。「ローマ」法及ヒ英國ノ古代法ハ此ノ理
論ヲ更ニ拡張シテ双務契約ノ成立ノ後ニモ及木ミタルナリ。双方ノ債務ハ
其ノ成立後ニ於テ如何ナル莫ニ立ツモノナリヤノ莫ニ付キテハ全然無干保
ノモノト云フ見解ヲ採リタルナリ。詳言セハ双方ノ債務ハ一旦成立スルニ
至レルナレハ其ノ債務ハ各独立シテ何等ノ干渉ヲ有セザルモノナリ。

カルク改ニ当事者ノ一方カ相手方ニ内ヒテ債務ノ履行ヲ請求スル片ハ自
己ノ債務ヲ履行シタルト否トヲ問ハサルナリ 相手方ハ其ノ債務ノ履行ヲ
拒ム能ハサルナリ サレト此ノ主義ハ当事者間ノ契約ヲ締結シタル趣意ニ合
セサルモノト云ハサルヘカラス 当事者双方ハ互ニ其ノ相手方ク單ニ債務
ヲ負担シタルカ改ニ自己ニ亦債務ヲ負担シタルニアラス 相手方ク之ヲ負
担シテ之ヲ履行スルニヨリ自己モ亦之ヲ負担セルナリ 相手方ク其ノ債務
ヲ履行セサルニ自己ノミ相手方ノ請求ニ充テテ履行セサルヘカラストセバ
之レ契約ノ始ノ本旨ニ反スルモノト云ハサルヘカラス
或ハ請求者ニ於テハ自ら其ノ債務ヲ履行セサル片ハ相手方ハ後日裁判所
ニ訴ヘテ履行ヲ請求シ得ルナリト云フモノアレトモ若シ其ノ当事者間ノ契約
カトナリ又ハ債務ノ履行ノ不能トナリシ場合ニハ又如何トモスヘカラサル
コトナル 故ニ近世諸國ノ法律ハ双務契約ノ場合ハ当事者双方ノ債務ハ
依リ契約ノ成立ニ付キテノ互ニ同期スルモノニアラスミテ履行ニ付キテ
モ亦互ニ同期スルモノナリト云フノ主義ヲ採ル 英民法モ今日ハ此ノ主義
ヲ採用ス 故 佛 曰 亦然リ

双務履行ノ主義モ亦ホカレテニトナレ

一ハ英民法ノトルモレニシテ当事者ノ一方カ他方ニ付シテ其ノ債務履行ノ
請求ヲナサント欲セハ立ト全時ニ自己ノ債務ノ履行ヲ為スカ又ハ其ノ提
供ヲナサント欲セバカラス 相手方カ此ノ請求ヲ受テタル場合ニ於テ請求者
先ツ自カラ其債務ヲ履行シ又ハ履行ノ提供ヲ為スニ非レハ其ノ請求ニ充
テ難シト云ヒテ其ノ請求ヲ拒絶スルコトヲ得ルトスルノ主義ナリ 學者
之ヲ依リテ先記ト云フ 蓋シ履行又ハ其ノ提供ノ請求ハ要件ニアラス
シテ唯之レヲ為カスレテ為ス所ノ請求ニハ相手方之ヲ拒絶スルノ抗弁取
アリトスレモナリ

此ニ主義ハ一見何等ノ差別ナキ如ク見ユレトモ實際ハ大ナシ差異アリ
即チ要件説ニヨルトヤハ当事者ノ一方ノ相手方ニ付スル請求カ成立スル
ニハ自己ノ債務ノ履行又ハ其ノ提供ヲナスコトヲ要スルモナリ 若シ
之ヲ為サスレテ相手方ニ付シテ履行ノ請求ヲナシテモ其ノ請求ハ數
効ニシテ法律ノ規定スル所ノ請求ノ效果ハ生モ生セズ 例ヘハ請求ト
云フモハ勝訴中斷ノ効力アリ 然レトモ自己ノ債務ヲ履行シ又ハ其提

供ヲ為サスレテ相手方ニ請求ヲ為スモ所致中斷ノ效果ハ生セザルモノナリ、
 又民事訴訟法ニヨリハ訴訟ノ提起前ニ原告ノ被告ニ對スル請求ヲ為シタル
 マ否マト云フコトハ訴訟ノ效果ニ差異アルモノナリ、而シテ自己ノ債務ノ
 履行又ハ其ノ提起ヲサスレテ相手方ニ對シテ請求ヲ為シタルノミニテ起
 訴シタル原告ハ請求ヲサスレテ起訴シタルモ、トナルナリ、之ニ反シテ
 抗弁説ニヨルトキハ当事者ノ一方ヨリ相手方ニ對スル請求ハ自己ノ債務ノ
 履行又ハ其ノ提供ヲクシテ有故ニ成立ス、即チ前述ノ時致中斷ノ效力モ之
 ニ依テ發生スルモノナリ、又相手方カ其ノ請求ニ応セズガ為メニ訴訟ヲ提
 起スルトキハ請求後訴訟ヲ提起シタルコトヲ認メラレ、然カ民法ハ以上ニ
 ツノ主義ノ何レヲ採用シタルモノナリト云フニ五三三條ニ依レハ又原告
 對ノ当事者ノ一方ハ相手方カ其ノ債務ノ履行ヲ為スカ又ハ少クモ履行ノ
 提供ヲナスマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ毎ト規定シタルヲ以テ此
 明文ニ依ルトキハ相手方ノ請求ナルモノハ相手方ノ履行又ハ其ノ提供ヲ待
 タスレテ成立スルモノニシテ請求ヲ受ケタル後ノ當事者ハ相手方ノ履行又
 ハ提供ヲナスマテハ其ノ請求ニ応セザルモノ可ナルコトヲ規定シタルニ過キ

又即チ所謂抗弁説ヲ採用セザルモノニシテ請求ヲ受ケタル當事者ノ其ノ請求
 ヲ拒絶シ得ル點ノ抗弁狀ヲ原告ノ學者ハ全時履行ノ抗弁狀又ハ契約不履行
 ノ抗弁狀ト名ヅク、

全時履行ニ就テ尚ホ一ツノ注意スヘキ點ハ此抗弁狀ハ當事者双方ノ債務
 ハ共ニ未済期ニ在ルヲ要スルモノナリ、當事者一方ノ債務ハ未済期ニ在リ
 テモ相手方ノ債務カ未タ未済期ニアラサルトキハ全時履行ノ規定ハ適用ナ
 キモノナリ、即チ此ノ場合ニ抗弁ハ未済期ニ在ル債務ハ之ヲ履行セザルハ
 カラサルモ未済期ニアラサル債務ハ之ヲ履行スルノ必要ナシ當事者双方ノ
 債務カ共ニ未済期ニ在ラザルトキハ共ニ未済ヲ要セザルハ論ヲ俟タサルナ
 リ

當事者一方ノ債務カ未済期ニアラスト云フコトハ債務カ既ニ發生シ居レ
 トモ其ノ債務ノ履行ニ就テ期限ノ定メアリ、其ノ期限ノ未タ到来セザルヲ
 云フ、停止条件付ノ契約ノ場合ニ於テハ當事者一方ノ債務ノ發生カ其条
 件ニカ、ルトキハ其ノ条件ノ成就スル前ニハ債務カ未タ發生セザル故ニ未
 済期ノ到来シタル他方ノ先ツ之ヲ未済スルコトハ明カナリ當事者双方ノ債

務ノ發生カ其条件ニカ、ルトキハ其条件、或就前ニハ双方ハ債務ナキモノ
 ナルカ故ニ時効ノ問題ヲ生セズ、一ノ双務契約ニ依ツテ当事者双方ニ生シ
 タレ所ノ債務ハ其ノ金額ニ付テ全時履行ノ適用アリ然レテ物品供給契約ト
 カ貨貸借、産債契約等ノ如ク數個ノ期限スハ期間ヲ定メテ回帰的ニ一方又
 ハ双方ノ給付ヲ為スヘキ場合ニ於テハ別段ノ意思表示ナキ限りハ一方ノ何
 レノ時期ニ付スル給付ノ不履行ニ就テモ他方ノ何レノ時期ノ給付ヲモ拒絶
 スルコトヲ得ルナリ、

以上ハ全時履行ノ拒絶ノ要件ニ付テノ研究ナレカ之ヨリ其效力
 一就テ少シク研究セントス、此拒絶ノ效力ハ五三八条ニ依レハ相手方ノ
 時効又ハ提供ノアルマデハ自己ノ履行ヲ拒ムノ権利アリ然レモ相手方ノ提
 供アル以上ハ未タ其ノ受領セズ間即チ未タ相手方ノ履行ノ完成セズ前ニ自
 己ノ履行ヲ為シバ爾可カラサルカ如キナリ、然レトモ此ノ拒絶ハ其ノ文
 字ノ示スカ如ク全時ノ履行ヲ回帰トスルモノナルカ故ニ相手方ノ履行ノ交
 換的ニ自己ノ履行ヲ為シ得ル権利ナリ、(独乙民法ニ七四条)
 唯相手方ノ提供アリタルノミニテハ未タ自己ノ履行ヲ為スヲ要セサルナ

リ、尤モ相手方ノ提供アルニ拘ラス之ヲ受領セザレハ即受領延滞ニシテ受
 領ヲ返済スルモノハ其拒絶ヲ有セズ又同時履行ノ拒絶ハ全時履行ノ拒絶
 権ニアラス、カレカ故ニ双方ノ債務ノ兼済ノ場所ヲ異ニスルトキハ甲所ニ
 於テ兼済ヲナスヘキ債務者ノ兼済ノ請求ヲ受ケタルトキハ請求者ニ對シ全
 時ニ於テ兼済ヲナスヘキコトヲ主張スルコト能ハス、請求者ハ乙地ニ於テ
 其ノ債務ヲ提供スレハ可ナリ、訴訟ニ於テ被告カ全時履行ヲ引用シタル場
 合ニ於テ第一原告カ履行ヲナシタルコトヲ証明セルトキニ単純ニ被告訴訟
 ノ判決即チ被告ハ一定ノ給付ヲナスヘシト云フ判決ヲ下スモノナリ、第二
 原告カ單ニ履行ノ提供ヲナシタルコトヲ証明シタルトキ及ヒ第三ニ原告カ
 履行スハ其提供ヲナシタルコトヲ証明シタルトキ、裁判所ハ被告ハ交換的
 ニ履行ヲ為スヘキ判決ヲ下スヘキ判決ニ単純ニ原告敗訴ノ判決ヲナスヘ
 キモノニハ非ス、右ノ如ク交換的ニ履行ヲ為スヘキ旨ノ判決ノ執行ニ就テ
 ハ或學者ハ原告カ履行スハ其提供ヲ為シタルコトヲ証明セシナラハ裁判所
 ハ民事五ニハ兼第二項ニ依テ執行カアル判決抄本ヲ附與シテ之ニ基キテ執
 行ヲ行フモノナリト認ク、然レトモ右ノ民事ノ規定ハ判決ニ於テ該条件ノ

履行ヲ執行ノ前要件トスル場合ニ関スル規定ニシテ全詳履行ノ場合ニハ適用ナキモノナリ、カレカ故ニ此ノ場合ニハ執達受命ノ執行機關ニ於テ執行ヲナスヘキモノナリト解セトス

全詳履行ノ抗弁権ヲ行使セル結果即チ其ノ動的効果ハ大略右ノ如シ、然ラハ権利者ニ於テ未タ此ノ抗弁権ヲ行使セザル場合ニ於テ此抗弁権ニ存在セリト云フノミニテモ何等カノ效力ナキヤ否ヤ即チ全詳履行ノ抗弁権ニハ其ノ静的効果カアリヤ否ヤノ問題ナリ、此ノ原理ハ抗弁権ナレバ故ニ之ヲ行使セザル限リハ何等ノ効果ナキモノト解セザル可カラス、カレカ故ニ当事者ノ一方カ履行スル其便供ヲナサズレテ他方ニ對シテ請求ヲナシタル場合ニ於テハ其ノ他方カ此抗弁権ヲ行使セザル限リハ請求ハ請求トシテ一切ノ效果ヲ發生セザルモノニシテ請求ヲ受ケタル当事者ノ此抗弁権ヲ行使スルニ依リテモメテ請求ニ依リテ生シタル一切ノ效果ヲ消滅セシムルモノナリ、然レテ請求ニ依リテ生シタル所ノ被請求者ノ遑滞ハ既往ニ遑リテ消滅スルモノナリ、又當事者ノ一方カ此抗弁権ノテル相手方ニ對シテ相殺シテ抗弁権者ノ債権ヲ消滅セシムタル場合ニ於テモ此抗弁権者カ此抗弁権ヲ行使スレハ相殺ヘ成エセザリシコト、ナリ、右ノ抗弁権ニハ静的効果ナシトシテ對シテハ天對説アリ、即チ履行ノ請求カテリテモ被請求者ニ此抗弁権アルトキハ遑滞ヲ生セス、又抗弁権アルキヤノ當事者ノ債権ヲ相手方ノ相殺ニ依リテ消滅セシムルコトハ不可致ナリト解クモノナリ、然レトモ斯クノ如ク抗弁権者ニ静的効果ヲ與ムルトキハ抗弁権ノ本質ヲ愈觀スルモノナリ、蓋シ抗弁権ハ立テ行使スルニ依リテ始メテ效力ヲ生スルモノナレハナリ、

第二目 危險問題

危險問題トハ契約法又ハ民法中ニ於ケル最も重要ナル問題、一ナリ、其義ニ解スレハ双務契約ノ當事者ノ一方ノ債務カ何等カノ事由ニ依リテ全部又ハ一部ノ履行不能トナリタル場合ニ於テ他方ノ當事者ノ債務ニ如何ナル影響ヲ及ボスマノ問題ナリ、而シテ當事者ノ一方ノ債務ヲ全部又ハ一部履行不能トナルニハ種々ノ原因アリ(第一)其履行不能カ其ノ債務者ノ責ニ由ルモノナリ、例ヘハ債務者カ債務ノ履行トシテ相手方ニ

引渡ヤサル一カラサレ特定物ヲ自己ノ過失ニ依リテ滅失セシメタル場合ノ如キ或ハ又画家ノ揮毫ヲ約シタル美術家カ自己ノ過失ニ依リテ破折リタル故ニ筆ヲ執ル能ハスナリシ場合ノ如キ、(第一)履行不能カ他ノ当事者即チ履行不能トナリタル債務ノ債権者ノ責ニ歸スヘキ場合ナリ、例ヘハ特定物ノ売買ノ場合買主カ故意過失ニヨリテ其ノ特定物ヲ滅却シタルトキ、如シ、又美術家揮毫ノ約束ノ場合ニ於テ注文者カ故意過失ニ依リテ破折リシ場合ノ如キ、(第三)当事者双方ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リテ履行不能ノ生スル場合、美術家ト注文者双方ノ過失ニヨリテ破折リタル場合、(第四)履行不能カ何レノ当事者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リテ履行不能ノ場合ナリ、前記ノ例ヲ以テスレハ売買ノ目的初カ火災、類焼ノ為メ焼失シタルトキ又ハ美術家ノ筆ニシテ電車衝突シテ破折リタル場合ノ如シ、今以上四ツノ場合ヲ研究セン、

第一、当事者一方ノ債務カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リテ履行不能トナリタル場合、

此ノ場合ニハ相手方ハ之ニ依リテ受ケル損害、賠償ヲ請求スルコトヲ

得ベシ、全部不能ト一部不能ヲ區別セズ(四一五)又右ノ場合ニ於テハ全ク全部不能ト一部不能ヲ向ヘス債権者ハ契約ノ解除ヲナスコトヲ得ルナリ、損害賠償アリタルトキハ其ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得可シ(四五四三、五四五、三)依之觀之右ノ場合ニハ当事者一方ノ債務ノ履行不能ハ当然ニハ相手方ノ債務ニ何等ノ影響ヲ及ボスモノニ非ラス相手方ノ債務ハ依然トシテ完全ニ存続スルモノナリ又相手方ハ二ツノ権利ヲ取得ス一リハ損害賠償ノ他ハ契約解除ノ権利、而シテ其ノ解除權ヲ行使セシムル場合ニハ解除ノ結果トシテ債務者ノ債務ヲ消滅スルニ至ルモノナリ

第二、当事者一方ノ債務カ相手方ノ責ニ歸スヘキ事由ニ依リテ履行不能トナリタル場合、

相手方ノ債務ハ又何等ノ影響ヲ受ケルコトナクシテ依然存続スルハ言フ俟タズ、前記ノ場合美術家カ容ノ故意過失ニヨリテ破折リタル為メニ揮毫債務履行不能トナリタルトキハ美術家ノ債務ハ消滅スルハ勿論ナレトモ注文者ノ債務乃チ報酬ヲ受ケル債務ハ依然トシテ存続スルモノニシテ

第一、場合、如ク契約者ニ契約ノ解除權損害賠償權ハナキナリ(五三六)

(二)

然レテラ此、場合ニ於テハ履行不能トナリタル債務ノ債務者ハ其ノ履行不能ノタメニ不当利得ヲ成スコトアリ同ハ英野家カ揮毫ノタメニ絹地檢更ヲ自カラ伏路スル場合ハ債務ガ履行不能トナリタル場合之レヲ伏給スル必要ナキニ至ル、而シテ前述ノ如ク相手方ニ對シテハ約束通りノ報酬ヲ請求スルモノトセハ不当利得ナリ、サレハ斯ノ如キ不当利得ハ相手方ニ對シテ償還セサルヘカラストナス(五三六、二ノ但)、

第三、当事者双方ノ責ニ依リキ事由ニ依リ履行不能トナリシ場合、此ノ場合ハ其ノ一方ノ債務ハ履行不能トナリタル範圍ニ於テ消滅スルコト勿論ナレトモ債権者ノ責ニ依リキ事由アルガ故ニ債務者カ負担スル損害賠償ノ債務ノ發生ヲ阻害スルコトヲ要セス、只四一八ニヨリテ損害賠償ノ責任及ヒ其ノ金額ヲ定ムルニ付キ債権者ノ過失ハ斟酌スルナリ、債権者ハ五四三ノ規定ニ依リテ契約ノ解除權ヲ取得スルコト勿論ニシテ只此ノ場合ニ於テモ五四三ノ規定ノ損害賠償ノ請求ニヨキテハ四一八ノ適用アルナリ又不履行ノ一被規定ニヨリテ債務者ハ債権者ニ對シテ損害

賠償ヲ請求シ得ルコトアリ、要スルニ債権者ノ債務ハ契約ノ解除ナキ限リ依然トシテ存続スルモノナリ、

第四、何レノ当事者ノ責ニ依リシカラスニカサルトキ、此ノ場合ニ於テ他方ノ当事者ノ債務ハ如何ナル影響ヲ受ケルカハ異モ重大ナルモノニシテ信義ニ於テ危險問題ノ中ニ入ルモノナリ、之ニヨリテハ原則ト例外トニ分テテ論セサルヘカラス

甲、原則、
原則五三六ノ一ニ規定スル所ニシテ乃々当事者ノ一方ノ債務カ履行不能トナリタルトキハ相手方ノ債務モ当然消滅スルナリ、前述ノ例ニ於テ論議キカ天災ニ依リテ其ノ既ヲ析リテ揮毫スル銀ハスナリタルトキハ註文有即チ債権者ハ報酬ヲ払フ債務ヲ免ルハナリ、詳言スレハ未タ金ヲ渡シ居ラサルトキハ之ヲ渡ス必要ナシ、已ニ之ヲ支払ヒタル場合ニハ之カ返還ヲ請求シ得、學者ハ此ノ原則ニアルトキニ於テ是レハ未タ債務ニ在リト欲ス、コレ他ノ民法ノ原則タルノミナラス諸國率ホ之ヲ採用ス、其ノ理由ハ前述ノ如ク信義契約ノ双方ノ債務ハ唯其ノ發生

一部不能の場合

ニホテノミナラズ其ノ存続ニ付キテモ関係アレモノナリ、換言セハ当
事者、一方カ相手方ニ対シテ債務ヲ負担スルハ相手方カ自己ニ対シテ
債務ヲ負担スルニ依ルナリ、而シテ債務ノ履行ニツキテモ必ず履行ノ
原則アルコトハ既ニ述ヘタル如キ故ニ苟モ一方ノ債務カ履行不能ニ
依リテ消滅スルトキハ他ノ債務モ亦之カ履行ヲ必要トセストシテ公
平ヲ維持シ当事者カ双務契約トシテ此ノ契約ヲ締結シタル主旨ニ適合
セントスレナリ、

右ハ主トシテ全部不能ノ場合ニツキテ説明セルナリ、一部不能ノ場
合ニツキテハ如何五三大ノ一ノ規定ハイサ、力不附ナリナレト此ノ場
合ハ各場合、事情ニ依リテ區別シテ考ヘサレハカラス、先ツ一部不能
ノ為メニ契約ヲナシタル目的ヲ達スレト欲ハサレトキ、例ハ画伯
カ一幅、画ヲ筆バ書キタルトキ買價シテ揮毫不能ニナリシ場合カ、ル
時ニハ全部不能ノ場合ト同一ノ效果ヲ生ズ之ニ及シテ保存セル可部
分メケニテモ契約ヲナシタル目的ノ一部分達シ得ルトキ例ハ、数枚ヲ
別々ニ書クハキ場合ニ於テ一枚ヲ書キシ後手ヲ折リシ場合ノ如シ、此

場合ハ債権者ハ可能ナル部カ於テ於テスル義務ヲ有シ、債権者ハ之ニ対
シ一部ノ反対於付ヲナスハキモノナリ、而シテ此ノ反対於付ハ債権者
割合ニ依ルハキモノナリ、

乙、例外

特定物上ノ物権、設定又ハ後取カ双務契約ノ当事者ノ一方ノ債務ノ
目的ナル場合ニ於テ其ノ特定物カ天災ニ依リテ滅失スルカ又ハ毀損シ
メルトキハ原則ニ依ラスレテ特別ナル例外規定ヲ適用ス、
特定物ニ于タル物権、ハ特定物ノ所有權又ハ特定物上ニ有スル地上
權永小作權地役權質權抵当權等ヲ云フモノニシテ賃借權、如キ債権ヲ
除外スルモノナリ、設定又ハ後取ト云フハ右ノ如キ他物件ヲ設定スレ
トカ又ハ所有權若クハ他物権ノ賣買交換其ノ他ノ譲渡ヲ意味スレナリ、
此ノ設定又ハ後取ヲ目的トスル双務契約ト云フコトハ当事者ノ一方又
ハ双方ノ債務カ設定又ハ後取ヲ目的トスルモノナリ、而シテ双方ノ債
務ノ目的カ設定後取スル場合ニハ其ノ何レノ当事者ノ債務カ天災ニ依
リテ履行不能トナルトモ此ノ例外規定ヲ通用スレナリ、又一方ノ債務

ノミカ特定物上ノ物権ノ設定移轉ヲ目的トスル場合ニハ其ノ債権ノ方
カ天災ニ依リテ履行不能トナルトキハ此ノ例外規定ノ適用アレトモ也
方ノ債権カ履行不能トナルトキハ依然トシテ原則ヲ適用スレナリ、特
定物ノ上ニアル物権ノ設定移轉ヲ目的トスル双務契約ノ一方ノ当事者
ノ一方ノ債権カ天災ニ依リテ全部又ハ一部履行不能トナル場合ニ於テ
共、危険即チ損害ト云フモノハ何レノ当事者カ之ヲ負担スヘキヤト云
フ問題ニワキテ古ヨリ三ツノ主義アリ

(1)、ローマ法及佛法ノ株主主義
債権者主義ナリ、即チ其ノ損害ハ履行不能トナリシ債権ノ債権者之
ヲ負担スレモノトス

(2)、Anglo-American Law 所有者主義、即チ其損害ハ損
害發生ノトキ其ノモノ、所有者カ之ヲ負担スレモノトナナリ

(3)、債権ノ株主債権者主義、即チ債権者カ之ヲ負担スレモノトナス
以上、三主義ハ何レモ相当ノ根拠ヲ有シ利害得失アリ、之ヲ詳説セ

第一、所有者主義

特定物ノ全部又ハ一部カ滅失スルトキハ其ノ損害ヲ負担スレモノハ
其ノモノ、所有者ノ外ニアルヘキ道理ナシ、物ハ所有者ト共ニ滅失
ストハ千古不変ノ格言ナリ、サレハ特定物ノ売買ニ於テモ其ノ引渡
前ニ其ノモノカ滅失毀損スルトキハ其ノ損害ノ發生ノ時ノ所有者カ
之ヲ負担スルコトハ理ノ当然ナリ、而シテ特定物ノ売買ニ於テ所有
権ハ或ハ契約成立ト共ニ直ニ買主ニ移轉スルコトアリ或ハ又引渡
其他ノトキニ於テ始メテ移轉スルコトアリ、何レノ場合ニ於テモ右
ノ損害ハ損害發生ノ時ノ所有者カ之ヲ負担スヘキモノニシテ即チ前
ノ場合ニ於テハ其ノ損害ハ債権者即チ買主ノ負担ナリ然レテ買主カ
木タ以金ヲ支払ハサルトキハ之ヲ支払ハサルヘカラス已ニ支払アレ
ハ之ヲ取戻スコトヲ得ス、幾ノ場合ニ於テハ引渡其他ノ要件ノ具備
スル迄ハ所有者ハ賣主ナル故損害ハ債権者カ之ヲ負担セサルベカ
ラス、然テ買主カ代金未払ノ時ハ之ヲ支払フヲ要セス已ニ支払済ミ
ナルトキハ之ヲ取戻スコトヲ得、

此、説テ主張スル学者或ハ曰ク三主義ノ中ニテ英美法主義カ最モ
 正当ナリ、^独主義ハ債務者主義ナリト稱スト由モ實ハ輪所有者主義
 外ナラス、何トナレハ債民ニ依レハ動産上ノ物権ノ設定移転ハ其
 ノ動産ノ引渡ニ依リテ效力ヲ生スルモノナリ、不動産上ノ物権ノ設
 定移転ハ登記ニ依リテ始メテ效力ヲ生ス、從ワテ特定物上ノ物権設
 定移転^{債權者ハ依然トシテ所有者ナリ}ナラス^{債權者ハ依然トシテ所有者ナリ}トモ引渡又ハ登記前ニ於テハ其ノ效力未
 發生ナリ、故ニ債民ニテ危険ハ債務者ニテ負擔スト云フモ又所有者
 負擔スト云フモ實際ハ公シ、又債民及ヒ我現行民法ニ於テ採用セル
 債權者主義モ深ク研究スルトキハ所有者主義ト異テラス、何トナレ
 ハ此等民法ニテハ物権ノ設定移転ハ之ヲ目的トスル契約ノ成立ニヨ
 リテ直ニニ效力ヲ生シ引渡登記ハ物权的ノ效果發生ノ要件ニテラス
 故ニテ債權者買主ハ引渡登記前ヨリ已ニ所有者ナリ、故ニ危険ハ債
 權者ニテ負擔スト云フモ實ハ所有者カ負擔スルナリ、要スルニ何レ
 ノ民法ニ依ルモ危険ハ常ニ所有者カ負擔スルモノナリ、ト、
 サレド余ノ信スル所ニヨレハ此ノ説ハ失當ナリ先ツ或ル物、上ニ

生スル損害ハ其ノ者ノ所有者ニテ負擔スト云フハ其ノ物ノ所有者
 其ノ物ニ関シテ何等ノ契約ヲ締結シ居ラサル場合ノコトナリ、又之
 其ノ物ニツキテ契約アル場合ハ亦々ニレテ大ニ事情ヲ異ニス例ハハ
 物ノ所有者カ其ノモノニテ保險契約ヲ締結スルトキハ其ノ物ノ滅失
 毀損ノ損害ノ負擔者ハ所有者ニテラスレテ保險者ナリ、カク所有者
 カ其ノ物ニ付キ契約ヲ締結スルトキハ其ノ契約ノ效果トシテ損害ノ
 負擔者ノ異ルコトアルナリ、原則ハ所有者負擔セサレハカラストス
 ルモ所有者ハ契約ニヨリテ其ノ關係ヲ變更スルコトヲ得ルナリ、又
 右ノ學者ハ債民ノ主義モ其ノ實ハ所有者主義ナリト云フトモ之明カ
 ニ誤ナリ、何トナレハ當事者カ別般ノ表示ヲヤサ、レトキハ債民等
 ニ於テハ契約ノ目的タル物権ノ設定移転ハ契約ノ成立ト公稱ニ其ノ
 效力ヲ生スレトモ若シ當事者カ別般ノ表示ヲヤサストキハ或ハ引渡ノ
 時ニ於テ或ハ其ノ他ノ時ニ於テ始メテ物权的ノ效果ノ發生ヲ見ルナリ
 斯ル場合ニ於テハ其ノ時前ニ於テハ債權者ハ未ダ所有者ニテラス
 テ以テ其ノ時ニ於テ損害生スルトモ其レハ債權者ノ負擔ニ般ス

ルモ、ナル故、併、日本ノ民法ノ主義ニ於テ所有者主義ニ外ナラス
トスルハ誤ナリ、

第二、債務者主義、

コノ主義ノ根柢トスレ所ハ双務契約ノ本質ニヤリ、前述ノ如ク双務
契約当事者双方ノ債務ハ極メテ密接ナル關係ヲ有スルモノニシ
テ一方カ其ノ債務ヲ負担スルハ他方モ亦一ノ債務ヲ負担スル故ナリ、
此、本債ニ類ミテカノ同時履行ノ規定アルナリ然レテ若シ一方ノ債
務カ天災ニテ消滅スルトキハ他方ノ債務猶リ依然存続スルハ契約締
結ノ主旨ニ反スルモノナリ、當事者ノ意思ハ一ノ利益ト他ノ其レト
交換スルニアルヲ以テ一方ノ利益消滅スレハ他方モ亦消滅スルトモ
サルヘカラス

此ノ主義ハ前述ノ如ク原則トシテハ正当トシテ我カ民法モ已ニ五三
六条ノ第一項ニ於テ原則トシテ之ヲ採用スレトモ特定物上ノ物件ノ
故定移転ヲ目的トスル双務契約ニ於テ其ノ故定移転ノ債務カ履行不
能トナリタル場合ハ此ノ原則ニ依レハ甚々不条理不公平ナル結果ヲ

第三、債権者主義

生ス、從ツテコノ場合ニ限リ例外トシテ債権者主義ヲ採用セシメ
併日民法ノ採用スル所ニシテ其ノ理由トスル所ハ危險問題ノ原則ハ
債務者主義ニ依レテ正當トスレトモ特定物上ノ物件ノ故定移転ヲ目
的トスル一方ノ債務ノ履行不能トナリタルキハ其ノ損害ヲ債権者
ニ負担セシムルハ最モ公平ニシテ修理ニ合ヒタルトナスナリ、何ト
ナレハ特定物ノ賣買等ノ場合ニハ苟モ契約力滅失スルトキハ其ノ目
的物ハ既ニ特定セルヲ以テ其ノ引渡前ニ於テ其ノ目的物ノ價格増加
スルコトアルトモ賣主即チ債務者ハ代金ノ増額ヲ請求スルコト能ハ
ス、買主ハ契約ノ代金、ニテ交換ヒテ引取ル權利アリ、又引渡前ニ
於テ其ノ目的物ノ物質力増大スルコトアリ、例ハ、家畜ノ賣買ノ場
合其レが成長セル場合、如シ、又竹木ノ場合ニハ艱難力増大セル場
合、如シ、カ、此場合其ノ利益ハ債務者即チ賣主ニ屬セ又シテ債権
者即チ買主ニ屬スルナリ、斯ノ如ク債権者ハ其ノ目的物ヨリ生スレ
一切ノ利益ヲ受クル權利ヲ有スル以上ハ其ノ目的物ニツキテ生セシ

損害を負擔するにハ其ノ当然ナリ、即チ其ノ目的物カ毀損滅失ハ
夫セルトキハ其ノ賠償ハ債権者カ之ヲ負擔セサルヘカヲサレナリ(五
三四ノ一)

此ノ例外規定ハ其ノ適用ノ範圍ヲ広キモノニテ又例外規定ナレ
カ故ニ解釈ハ制限的ナルヲ要ス、即チ此ノ例外ハ依爲不作爲ノ債務
ノ履行不能ニ適用ナキナリ、又不特定物ノ給付ノ債務ニモ適用ハナ
キナリ、又特定物ノ給付ノ債務ナリトモ滅失毀損ニ依リテ履行不能
トナリタル場合ニ非サレハ此ノ例外ノ適用ナシ、例ハ「財産」譲渡」契約
「命令」依リテ給付カ禁止セラレタル場合ノ如キニ於テハ原則ニ依ル
モノニシテ例外ヲ適用スルモノニアラス、猶ホ「例」外規定ニ依リ
テハ種々ノ尚頭アリ、今其ノ重要ナルモノニ就キテ研究セントス、
第一ノ尚頭ハ特定物ノ意義如何ナリ

特定物トハ當事者ノ規定シタル確定不動ノモノニシテ他物ヲ以テ
之レニ代フル能ハサルコトハ疑ナシ、サレトモ目的物ノ特定ハ契
約成立ノ時ニ於テ必要ナルナリ、又ハ契約成立ノトキニハ不特定

物ナリレモ其ノ後ニ至リテ特定物トナレリト云フハ「例」外規定
ノ適用ナキヤノ尚頭ナリ、即チ不特定物ヲ給付スヘキ債務者カ其
ノ給付ニ必要ナル行為ヲ完了シタル場合、又ハ債権者ノ合意ノ上
其ノ給付スヘキモノヲ指定シタル場合ニハ債務ノ目的物ハ其ノ後
ハ特定スレモナリ、(四〇一ノ二)

而シテ危險尚頭ニツキテ若シ別段ノ明文ナキトキハ前記ノ四〇
一、ニヨリテ給付メテ目的物ノ特定シタル場合ニハ原則ニヨルバ
キヤ例外ヲ適用スヘキヤハ不明ナリ、ヨリテ特ニ明文ヲ置キテ此
ノ場合ニ尚ホ例外ヲ適用スヘキヲ定メタルナリ(五三四ノ二)

特定物ノ意義ヲ厳正ニ解スレハ甲乙ニ物ノ中何レカ一物ヲ給付
スルテフ債務ハ特定物ヲ目的トスルモノニテ又或ル事ニア
ル米五〇〇俵ノ中四〇〇俵ヲ給付スヘキ債務ニ特定物ヲ目的ト
スルトハ云フヘカラス、然レニカ、ル債務ノ或ル場合其ノ甲乙兩
方共天災ニテ滅失シ、又五〇〇俵ノ積戻ニ毀レタルトキハ其ノ損害
ハ原則ニヨリテ債務者即チ賣主カ之ヲ負擔スルヌ、例外規定ヲ適

用シテ実主ニ負担セシムルヲ得サルモノ尙頭ナリ、
 コノ尙頭ハ即十五三四ノ特定物ノ意義如何ニ依リテ決スヘキ尙
 頭ナリ、抑モ公衆ノ規定ハ物ニ関シテ生ズル利益ヲ收得スレモノ
 ト其ノ物ニ関シテ生シタル損害ヲモ負担セサルヘカラヌト、精神
 ニ出ツ、コノ精神ヨリ論及スルトキハ数例ノモノ、各ニワキテ鬼
 ルトキハ必スシモ特定ハセサレトモ已ニ特定セル範囲内ノモノナ
 ルヲ以テ其弊ノモノニ付キテ生ズル利益ハ買主スヘテ之ヲ收得ス
 ヘヤモノナルヲ以テ其弊ノモノニ平等ニ生シタル損害モ亦買主カ
 之ヲ負担スルハ公平ニシテ公衆ノ精神ニ適スト云ハサルヘカラヌ
 特ニ右ノ如キ債務ハ所贈返取 債務ナリ、故ニ四一〇四一一一ヨレ
 ハ数例ノモノカ順次ニ滅失スルトキハ執行シタル給付カ始メヨリ
 債権ノ目的トスルモノニシテ然ラバ例外規定ノ適用アルヤキコト
 ハ論ナキヲ以テ順次滅失ノ場合ト全時滅失ノ場合ト區別スルハ甚
 ダ理由ニシク甚ラシク此ノ場合ハ寧ロ原則ニヨリテ解散スヘキモノ
 ニハテラスレテ例外規定ヲ適用スヘキモノナリト考フ、但シ反村

説少カラス

第二ノ尙頭ハ特定物上ノ物権ノ設定被執ヲ目的トスル改券契約カ停
 止条件付ノ場合モ猶五二四条ノ例外規定ノ適用アリキ否ヤノ尙頭
 ナリ、例ハ八甲乙契約シテ甲若シ一年內ニ国務大臣トナラハ一〇
 万ニテ乙ノ家ヲ買ハント契約シタルニ天災ニテ家滅失スルトキ其
 ノ復舊ハ何レカ負担スルヤ、此ノ尙頭ハ其ノ天災ノ時期如何ニヨ
 リテ區別シテ殊究スルヲ要ス、
 第一「ハ条件成就、後ニ於テ起リシ場合ニシテ前記ノ例ニテ云ハハ
 甲カ一年內ニ国務大臣トナリテ後家屋ノ引渡前ニ滅失シタル場合
 ナリ、此ノ場合例外ノ規定ノ適用アルコトハ疑ナシ、何トモレハ
 停止条件カ成就スレハ然条件ト合様ノ效果トナル所以ナリ、
 第三ハ停止条件不成就ニ確定セシ後ニ於テ賠償ノ半セシ場合ナリ、
 前例ニワキテ云ハハ一年內ニ甲カ国務大臣トナラサル場合ニ
 ハ其ノ契約ハ絶對ニ效力ヲ生セサルカ故ニ其ノ家屋カ精焼ニ區ヒ
 テ滅失毀損スルモ履行不誠ノ尙頭即チ危險尙頭ヲ生セス

ハ条件成就未定ノ間ニ於テ其ノ損害ノ生セシ場合、

前例ニワキテ云ハハ契約ノ後一ケ年内ニ於テ甲カ木々國務大臣ニナラサル前ニ其ノ家屋カ全部入ハ一部類焼ニ罹リシ場合ニシテ此ノ場合ハ更ラニ之ヲ三ツニ分ケサルヘカラス

(2) 損害ノ發生セル後ニ条件ノ成就ノ確定シタル場合、

乃ケ前例ニワキテ云ハハ家屋ハ焼ケタレトモ申カ國務大臣トナルコトナクシテ一年ヲ経過セルトキナリ、此ノ場合ハ契約ノ故カハ金々發生セサルカ故ニ危険回頭ハ起ラズ、

(3) 損害發生後ニ於テ条件成就セル場合、

即チ甲カ一年以内ニ國務大臣トナリシ場合此ノ時ハ契約カ效力ヲ生スルカ故ニ当事者双方ニ其ノ債務ヲ發生ス、サレトモ当事者一方ノ債務ハ全部又ハ一部履行不能ナリシ故ニ其ノ不能ノ範圍ニ於テハ債務ヲ發生セサルナリ、コノ損害ハ他方ノ当事者ノ債務ニ如何ナル影響ヲ及ボスヤノ問題ヲ生ス、民法ハ此場合ヲ更ラニ分ケテニツトス

(1) 目的物滅失ノ場合即チ全部不能ノ場合コトキハ五三四ノ

例外規定ヲ適用セシテ五三六一ノ原則ニ依リテ其ノ損害

ヲ債務者之ヲ負担スヘキナリ、即チ債務者ハ反対給付ヲ受ケ

ル権利ヲ有セスト安ム、前例ニワキテ云ハハ賣主ハ家屋ノ於

金一〇万円ヲ請求スルノ権利ナシ、

(4) 目的物毀損即チ一部不能ノ場合、コノ場合ニハ五三四ノ

例外規定ニヨルヘキモノトス前例ニ於テ家屋カ火災ニテ一

部焼失スルモ買主ハ契約金一〇万円ヲ完全ニ支払ハサルヘ

カラス即チ危険ハ債権者ニアリトスハ五三五ノ一又二ノ條カ

民法カ上ノ如ク目的物毀失ノ場合ト毀損ノ場合トヲ區別シ、

一ハ原則、一ハ例外規定ニ依ルト度メシコトハ前記ノ明文ニ依

リテ解釈シ論ヤ所ナレトモ立法論トシテハ大ニ議論アリ、私

民法ノ立法上ノ理由ヲ究明スルモノハ敢ハ曰ク停止条件付契約

ニ於テハ条件成就ノトキニ於テ其ノ目的物カ存在スルト云フコト

カ当事者双方ノ債務發生ノ要件ナリ、目的物ノ毀損ノ場合ニ於

一三八
テハ尚モ一部ホリトモ目的物カ条件成就ノトキニ存在セルカ
故ニ其ノモノヲ目的トスル債務ノ發生スルコトハ出来得トモ目
的物全部滅失セル場合ニハ条件ハ成就スルモ目的物不存在ニ依
リテ之ヲ目的トスル債務ハ發生スル能ハズ從テ又之ト相關聯
スル所ノ他方ノ債務モ亦發生スルコトナシ、從テ其ノ契約ハ
絶対ニ其ノ效力ヲ生スルコト能ハサルナリト論ス、ナレド法理
論トシテ當事者一方ノ債務ノ目的物カ存在セサルカ爲メニ相手
方ノ債務迄モ其ノ成立ヲ妨クルモノナルヤ否ヤ必然ノ結論ニハ
アラス、抑モ此ノ場合ニ於ケル所ノ履行不能ハ所謂原始的ノモ
ノナリ又後條的ノモノナリヤ

契約締結ノトキハ以テ區別ノ標準トスルヤ又ハ債權發生ノト
キヲ以テスルヤニヨリテカ、原始的不能ハ債務發生ヲ阻却ス
ルノミナラス双務契約ニ於テハ他方ノ債務ノ發生迄ヨモ阻却ス
ルモノナリ、後條的ノ履行不能ハ債務ノ發生ヲ阻却スルモ必然
的ニ他方ノ債務ノ發生ヲモ阻却スルモノニアラス從テ右ノ場
合ハ後條的ノ不能ナリト解スル以上ハ理論トシテハ他方ノ債務
ニ影響ナシ、從テ危險ハ所謂債權者ニアリト云フコト、ナル、
乃チ五三四ノ例外規定ヲ適用スルカ当然トナルナリ、

又或ル学者ハ立法政策上ヨリ論シテ曰ハク契約ノ目的物カ單
ニ毀損ニ止マルトキハ債權者ハ其ノ寄存部分ノ給付ヲ受クルコ
トヲ得ルモノニシテ從テ債務者ノ債務ハ其ノ可能ノ範圍ニ於
テ發生スルコトヲ得ルモノナリ、從テ一般ノ理論ニ依レハ當
事者双方ノ債務ハ其ノ可能ノ範圍ニ於テ發生スルコト、ナリテ
滅失ノ場合ニ於テモ等シク債權者ノ債務ノミ之ヲ履行スヘキ道
理ナリサレト人情上条件ノ成就未定ノ間ニ於テ目的物ノ全部滅
失シタルトキモ此ノ理論ニ從フト云フコトハ債權者ニ對シテ餘
リニ酷ナリ

カルカ故ニ限ニ又例外ノ例外規定ヲ設ケテ原則ニ依リテ危險
ヲ債務者ニ負担セシムルモノナリト云フナリ
サレト毀損ノ場合ト云モ其ノ毀損カ重大ニシテ殆ント滅失ニ

等シキカ如キ場合ニモ其ノ損害ハ債権者之ヲ負担スルニカ、
 ラス更ニ一歩ヲ進ムルトキハ危殆直下シテ債務者之ヲ負担セサ
 ルヘカラサルコト、ナルハ非常誠ニ甚クシ、或失ノ場合ニハ毀
 損ノ場合ト區別スルカ如キハ解スルニ若シム規定ニシテ之等ノ
 場合ハ共ニ五三四条ノ例外規定ヲ適用スヘキモノナルヘシ

第三ノ問題ハ特定物上ノ物権ノ設定移転ヲ目的トスル契約ニ解除条
 件附ノ場合例ヘハ甲カ其ノ所有ノ家屋ヲ一〇万円ニテ乙ニ賣リ若
 シ一年内ニ甲カ同額大臣トナラハ契約ノ效力ヲ失フト特約セシ場
 合ニ於テ其ノ家屋カ天災ニ依リ滅失毀損スレハ其ノ損害ハ何人ニ
 負ルカノ問題ナリ

(1)、解除条件ノ不成就ノ確定ニ於テ損害ノ発生セル場合ニハ其
 ノ契約ハ無条件ノ契約ト全一ノ效力アリ故ニ先シ其ノ損害カ契
 約債務ノ履行前ナルトキハ一般ノ規定ニ依リテ債権者先取ヲ負
 担スルナリ、又契約債務ノ履行後ニ損害ノ生シタルトキハ既察
 ノ法律千條ニ何等ノ影響ヲ及サズ即チ危険問題ハ起ラザレナリ、

(2)、条件ノ成就シタル後ニ危險ノ発生シタル場合、

コノ場合ニハ先シ損害ノ発生カ契約債務ノ履行前ナルトキハ契
 約ノ成就ニ依リテ債務ハ既ニ消滅セルヲ以テ危険問題ハ起ラズ
 又損害カ契約債務ノ履行後ナルトキハ之レ亦危険問題ヲ生セズ
 蓋シ危険問題ハ未タ履行セザル契約債務カ履行不能トナリタル
 場合ニ於テ生スル問題ナルヲ以テナリ、コノ場合ハ危険問題ニ
 類スル問題ハ即チ解除条件ノ成就ニ依リテ當事者双方ニ生
 シタル原状回復ノ債務ノ一方カ履行不能トナリシノミナレテ以
 テ此ノ履行不能ハ他方ノ原状回復ノ債務ニ如何ナル影響ヲ及ホ
 ス又問題ナリ、而シテカラ此ノ原状回復ノ債務ハ契約債務ニハ
 マラサルナリ、從ワテ危険問題ニ関スル規定ヲ適用スル限リニ
 アラス

一般ノ學理ニ依リテ履行不能ナル債務ハ勿論自然ニ消滅シ、
 他方ノ債務ハ可成ナルカ故ニ履行セザルヘカラサルコト、ナル
 即チ結果ニ於テハ五三六適用シタルト全一ナリ、其ノ法理ハ

別ナリト解セザレ可カラス

(3)、条件ノ成就未定ノ間ニ於テ損害ノ發生シタル場合、
 コノ場合ハ又更ラニホテ考フルヲ要ス、先ツ損害ノ發生ニ
 条件不成就カ確定シタル場合ニハ契約ハ效力ノ發生ナキ故別ニ
 尚頭ヲ生セズ、又之損害發生ノ後ニ條件ノ成就シタル場合ニ於
 テハ異論アリ、或、解除条件付双務契約ハ大ニ議論アリ、
 或學者ハ解除条件付双務契約ハ裏面ヨリ見レハ常ニ一ノ停
 止条件付ノ契約ヲ立言セシモノナリ即チ前例ニ於テ甲カ一年内
 ニ大臣トナラハ乙ハ其ノ買戻ケタル家屋ヲ甲ニ返還シ甲ハ其ノ
 代價トシテ乙ヨリ受ケタル代金ヲ乙ニ返還スヘシトノ停止条件
 付ノ双務契約ヲ意味ス、換言スレハ解除条件ハ他面ヨリ見レハ
 停止解除条件ナリト云フナリ、然レテ此ノ場合ニハ五三五ニヨ
 リテ其ノ損害ヲ賠償スヘキナリ、即チ全部滅失ノ場合ニ於テハ
 債務者カ之ヲ買戻シ即チ買主乙カ之ヲ買戻スレナリ、毀損シタ
 レトキハ債権者即チ買主甲カ之ヲ買戻スレナリト主張ス

サレド五三五ノ規定ハ明ニ解ニ停止条件付双務契約ニ関スル規
 定ナレ故仅令解除条件付双務契約ハ停止条件付契約ヲ包含セリ
 トスルモ本条ハ斯ノ如キ停止条件成就ノ場合ニ於テノ相手方ハ
 返還債務ノ履行不能ハ五三四ノ債務ノ履行不能ニ該当スルモノ
 ナレカ故ニ全条ニヨリテ其ノ損害ハ解除条件ノ成就ニ依ル債権
 者即チ前例甲カ之ヲ買戻セザレハカラスト説ク、サレド五三四
 ハ契約ノ直接ノ目的タル債務カ履行不能トナリレ場合ノコトニ
 シテ解除条件ノ成就ニヨリテ生スル債務ノ履行不能ニ関スル規
 定ニハ非ルナリ、然レテ解除条件ノ成就ニヨリテ生スル債務ノ
 履行不能ニツキテハ特別ノ規定ナキナリ、然レテ一般法理ニ依
 リテ解款スルヲ要ス、即チ前ニモ述シ如ク双方ノ返還債務ヲ各
 別ニ觀察スルコトヲ要スルナリ、買主ノ返還債務ハ返還ニヨリ
 テ全部又ハ一部履行不能トナリレナルヲ以テ其ノ不能トナレル
 範圍ニ於テ其ノ債務ハ消滅スルモノナリ、又之賣主ノ方ノ一
 方内返還債務ハ尚ホ履行可能ナル故之カ履行ヲ要ス

第四ノ問題ハ一物ノ所有者カセテ數回ニ數人ノ人ニ売却スル契約ヲ
結ビシ場合ナリ、此ノ場合ハ其ノ目的タル特定物カ天災ニテ消滅
スルトキハ擔務者即チ売主ハ買主ヨリ代金ノ全額ヲ受取ルヲ得ル
ナリ、此ノ問題ニワキテハ種々ノ學說アリ先ツ

第一ニ賣主ハ數人ノ買主中誰レ一人ニ對シテノミ代金ノ請求ハナ
シ得、二重ノ請求ヲ為ス能ハストノ說ナリ、サレド此ノ說ハ單
純ナル學說論ニシテ何カ法ニ各買主ヨリ代金ヲ受取ルヲ得ヤ
ヤノ理由ヲ説ヘヌ又數人ノ買主中何レノ買主ニ對シテ請求スハ
キヤニワキテ明答ナシ、

第二ノ說ハ此ノ場合ハ五三四條ノ適用ニシト各買主カ唯一人
ノトキノ規定ニシテ二人以上ノトキハ適用ナキモノナリト

第三ハ此ノ場合ニ各買主ニ對シテ代金ノ請求ヲナシ得トノ說ニシ
テ此ノ說ヲ以テ正当トナス蓋シ重複賣買ノ場合ニハ賣主ハ各買
主ニ對シテ契約上ノ責任ヲ負担ス否各買主ハ賣主ニ對シテ契約
上ノ権利ヲ有ス、後章ニ述フルカ如ク重複賣買ハ民法上有效ニ

ニシテ他人ノ賣買ニ於テノミ有效ナルコトハ民法ニ規定果シテ
然ラハ危險ノ發生セザル場合ニ於テハ各買主ハ賣主ニ對シテ充
分ナル権利ヲ主張スルコトヲ得、且ツ売買目的物ニ對シテ生シ
タル所ノ利益ハ各買主ニテ享有スルナリ、然ラハ同目的物ニワキ
テ生シタル損害モ亦各買主ニ負担セシムルハ理ノ當然ナリト云
ハサル可カラス

第二項 第三者ノ利益ノ為ニスル
契約ノ効力

第三者ノためニスル契約トハ広義ニ云ヘ、直接又ハ間接ノ第三者ニ法律
上ノ利益ヲ與フルコトヲ目的トスル契約ナリ、而シテ其ノ中ニ二種類マリ
一ハ真正ナル即チ義務ニ於ケル第三者ノ為ニスル契約ニシテ直接第三者ニ
権利ヲ取得セシメ義務ヲ免レシムル契約ナリ、其ノ二ハ権利義務ノ得喪變
更ハ唯當事者間ニ於テ生スルニ止マリ第三者ハ間接ニ契約ニ依ル利益ヲ事

一四六
実上専有スルニ過サル契約ナリ、故ニ後者ニツイテハ別段ノ深究ヲ為スノ
必要ナシ、第一種即チ真正ナルコノ權ノ契約ニツイテハ種々ノ問題アリ、
先ツコノ契約ハ有效ナリヤ、若シ有效ナリトモハ其ノ範圍如何ト云フコト
ニツキテハ古ヨリ次ノ三ツノ主義アリ、

第一目 Rome 法主義

ローマ法ニ於テハカ、ル契約ハ絶対ニ無効ナリトナス即チ契約ノ定ムル
受益者タル第三者ハコノ契約ノ為メ何等ノ法律上ノ利益ヲ得ヌ、又契約当
事者ノ相方ノ間ニ於テ何等ノ利益契約ヲ發生スルコトナシ、蓋シローマ法
ニ於テハ何人モ他人ノ行為ニ依リテハ利益ヲ受ケヌ又損害モ受ケヌ主義ナリ
キ、且ツローマ法ニテハ債權ノ目的ハ金銀ニ見續リ得ルモノナレバ要ス、
見續リタル利益ナキトキハ一物体ノ利益ナシト云フヲ一大原則トナセリキ、
故ニ此ノ場合契約ノ当事者タル甲乙ハ何等金銀上ノ利益ヲ受ケサル故ニ此
ノ契約ハ当事者ノ間ニ絶対ニ效力ナク法律系ノ民法ハ多ク此ノ主義ヲ現在

ニ於テモ採レリ

第二目 英法主義

第三者ノタメニスル契約ハ受益者ニ対シテハ何等法律上ノ故ナシ、当事
者間ニハ完全ニ效力アリト為ス、此ノ理由ハ第三者ニ付テハローマ法ニ全
様ニシテ当事者間ニ於テノ契約ノ目的ハ金銀ニ見續リ得ルコトヲ要件トセ
ス、故ニ甲乙当事者間ニ於テハカ、ル契約ヲ締結スルニ付テ金銀上ノ利害
關係ナケレトモ其他ノ利害關係ヲ有スルモノト認メサルハカシサルモノニ
シテ然ラバ此ノ契約ハ有效ナリ、蓋シ斯ノ如キ場合ニモ一方ノ当事者カ相
手方ヲシテ第三者丙ニ一定ノ給付ヲナサシムルコトニ依リテ其ノ恩恵主義
又ハ恩恵主義ノ満足ヲ得ルヲ常トスルヲ以テナリ又英法ニ於テハ公平法
Equityニ於テハ信託行為ノ場合ニ於テハ第三者ノタメニスル契約ハ受益
者ニ対シテ直接ニ其ノ效力ヲ生スルモノトナヌナリ

第三目 独法主義

第三者ノメニスル契約ハ当事者間ニ效力アルノミナラス第三者ニ対シテモ亦效力アリ、許言スレハ当事者ノ一方ヲ相手方ニ対シテ第三者ノ利益トナルヘキ一定ノ條件ヲナサシムル債権ヲ有シ又第三者ハ約諾者タル契約ノ当事者ニ対シテ一定ノ給付ニツキテ請求ノ権利ヲ有スルナリ、蓋シ斯ル契約ハ古ハ行ハル、コト稀ナレカ故ニローマ法、英國 *Common Law*、主義ニテモ別段ノ不便ハナカリシモ近世ニ至リテハ保險契約如身定期金契約其他此ノ種ノ契約締結ノ必要ハ絶々現レ、当初ハ例外トシテ認メシヲ今ハ例外ヲ以テ原則トスルニ至レリ、依カ民法ハ此ノ主義ヲ採ルヘ五三七ノ一)

第三者ノメニスル契約ハ果シテ真正ノ契約ナルカ或ハ当事者間ノミニ効力アリテ第三者ニ対シテハ直接ノ效力ナキモノナリ又否マハ全ク当事者ノ意思即チ契約ノ内容ニ依リテ定マルモノナリ民法ノ規定ハ真正ナラサル第三者ノメニスル契約ヲ認メズルモノニアラサルナリ、

独法ニ於テハ之ニ関シ種々ノ当事者ノ意思推定ノ規定アリ、依民法ニハナシ、從ツテ各場合ニ於テ意思解釈ヲ要ス真正ノ此ノ種ノ契約ノ第三者ニ対シテモ有效ナルコトヲ認ムル民法ニ於テモ其ノ主義ハ又ニツニ分ツ、

(1)、受益者タル第三者ノ権利ハ契約ノ成立ニ依リテ發生スルモノトナス、債権ノ規定ハ此ノ主義ナリ例ヘハ甲ト乙ト契約ヲ締結シ、甲カ丙ニ金百円ヲ貸フルヲ約シタルトキハ其ノ契約ノ成立ト同時ニ丙ハ甲ニ対シテ支払ヲ請求シ得ル債権ヲ取得スルナリ

尤モ此ノ主義ニ於テモ丙カ其ノ貸ヘラレントスル利益ヲ受ケレラズセサルトキハ其ノ権利ハ直ニ消滅ス

(2)、第三者ノ権利ハ契約ニ依リテ當然發生スルニテラヌ若シ第三者カ其ノ利益ヲ受ケント欲スルナラハ当事者ニ向ツテ其ノ享受ノ意思ヲ要ス、其ノ利益トキヨリ権利ヲ取得スルナリ之レ依カ民法ノ採用スル所ナリ(五三七ノ二)、而シテ第三者ノ受益ノ意思ハ契約上ノ債権者即チ要約者ニ対シテ之ヲナスモ效力ナシ必ス約諾者ニ対シテ之ヲナスヲ要ス、サレド五三七ノ二ハ發行規定ニ非ズ故ニ契約ノ当事者カ之ニ対スル

意思ヲナシ即チ第三者ハ契約ノ成立ニ依リテ直ニ当然契約ノ定ムル権利ヲ取得スト定タルトキハ其ノ意思ニ依ル

第三者カ受益ノ意思ヲ為ス前ニ於テ有ムル法律上ノ地位如何、予ノ権利ハ独学者ノ所謂形成権ナリ詳言スレハ受益ノ意思ヲ表示スレハ契約ニ定ムル所ノ権利者トナルト云フ権利ナリ故ニ之レ亦一種ノ財産権ニシテ一六七ノニニ從ツテ二〇年ノ時効ニヨリテ消滅スヘキモノト同シモノニシテ之ニ對シテハ別段ノ規定ナキヲ以テ契約ノ當事者ヨリ右ノ形成権ノ行使ヲ催告シ之ニ依リテ速カニ其ノ権利ヲ消滅セシムルノ制度ノ適用ナキモノナリ

第三者ノタメニスル契約ニ於テハ其ノ第三者ハ契約締結ノトキニ於テ未ダ八格ヲ有セザレ入ニテモ可ナリ例ハ八未設立ノ法人又ハ未ダ發生セザル自然人、胎児タルコトモ要セス、サレト余リ速キ將來ニ於テ權メテ人終ヲ取得スヘキ人ニ對シテ、契約ハ所謂公序良俗ニ反スル所ノ契約ナリトシテ無効トセザルバカラズ、英法ノ所謂 *Rule against perpetuity*

Perpetuity ナリ、

民法及ヒ民法ニ於テ第三者カ契約上ノ利益ヲ享受スレ法律上ノ事實ニツキテ種々ノ學說アリ或ハ民法ノ如ク特ニ第三者カ利益ヲ享受スル意思ヲ必要トスル法則ノ下ニ於テ契約上ノ約諾者ト利益者タル第三者トノ間ニ於テハ一ノ契約成立スルモノナリ其ノ契約ノ效力トシテ第三者ニ権利ヲ生スルモノトナスナリ、

サレトコ、既ハ誤ナリ、何トナレハ前述ノ例ニヨレハ申ノ意思ハ決シテ丙ニ對スル申込ニ非スレテ乙ニ對スル申込又ハ兼諾ナリシナリ、然ツテ又丙ノ受益ノ意思ハ兼諾ニ非レナリ要スルニ申ト丙ノ間ニハ申込兼諾ノ干渉ハ存在セス右ノ如キ誤レル説ノ生スル所以ハ畢竟債權ハ契約ニ依ラサレハ發生セストノ曰思想ニ依リテ生ルナリ、法ハ萬能ニシテ時勢ノ要求ニ於テ或ハ一方的行為ニヨリテ債權ノ發生スヘキコトヲ定ムルコトモ得ルナリ又何等ノ意思ヲクトモ債權ノ發生スヘキヲ定ムルコトモ得ルナリ、又或ル説ニヨレハ第三者ノ権利ノ發生ハ約諾者カ契約ヲ締結セル所キニ當リテナレタレ一方的意志表示ニシテ第三者ノ受益ノ意志表示ヲナスコトヲ停止条

仲トスルモノニ原因スルト説クナリ、サレド本説モ亦誤レリ申ト乙トハ一
 ノ契約ヲ締結スルモノニレテ其ノ契約以外ニ於テ何等ノ单独行爲ヲモナス
 モノニハ非ス要スルニ日本民法ニ以テハ第三者ノ権利ハ當事者間ノ契約ト
 第三者ノ受益ノ意志表示トノ二個ノ法律行爲ニヨリテ發生スルモノナリ、
 第三者ニ與フル利益ノ種類ニソキテハ曰独民法ハ共ニ此ノ契約ヲ當事者
 一方カ第三者ニ或ル給付ヲナス債務ヲ負担シ第三者カ其ノ給付ヲ受ケル
 債権ヲ取得スヘキモノノニ限リテ規定セラルナリ(五三七)
 而シテコノ契約ニ依リテ第三者カ債務者ニ對シテ債権ヲ取得スルモ之カ
 タメニ契約上ノ要約者即チ債権者ノ債権ニハ何等ノ影響ナシ、即チ要約者
 モ亦相手方ニ對シテハ債権者ナリサレトモ要約ノ債権ハ第三者ノ債権ト共
 ノ内容ヲ異ニス、即チ丙ハ甲ニ對シテ金百円ヲ請求スル債権ヲ有シ乙ハ甲
 ニ對シテ丙ニ百円ヲ支払ハシムル債権ヲ有スルナリ、如此甲ハ乙ニ對シテ
 乙丙ニ對シテモ債務ヲ負担スレトモ若シ甲カ丙ニ對シテ所定ノ給付ヲナシ
 タルトキハ双方ニ對スル債務ノ弁済トナスナリ、双方ノ債務ハ共ニ消滅ス
 ルナリ、

民法ニ定ムル所ノ此ノ條ノ契約ニ於テハ第三者カ債権ヲ取得スルコトハ
 必ス其ノ内容タルコトヲ要スルナリ、契約上ノ要約者モ亦常ニ前述ノ如キ
 債権ヲ取得スルコトカ内容ノ一部タルヘキハ一ノ問題ナリ、

契約自由ノ原則ニヨリテハ第三者ニハ債権ヲ與フルモ尙ホ當事者間ニ於テ
 ハ債権干渉ヲ發生セストテ契約モ亦有效ナリト云ハサルヘカラス
 第三者ノタメニ物件ノ設定變換ヲナシ、其ノ負担スル物件ヲ消滅セシム
 ルカ如キ物权的契約又ハ第三者ニ債権ヲ移転シ第三者ノ債務ヲ免除スルカ
 如キ準物权的契約ニソキテハ民法ニ明文ナキモ契約自由ノ原則ニ基キテ有
 効ナリト解ス

契約ノ當事者ハ其ノ一方的ノ意思表示ノミニヨリテ其ノ契約ヲ變更シ又
 ハ消滅セシムルコト能ハサルナリ、サレトモ双方合意スレトキハ之ヲ變更消
 滅セシムルヲ得ルハ言フ様々サルナリ然ラハ甲ハ乙トカ第三者丙ノタメニ
 契約ヲ結ビシ場合ニモ此ノ理ニヨリテ當事者合意ニ其ノ契約ヲ變更消滅シ
 得ルモノ問題ナシ

先ッ第三者カ受益ノ意志表示セサル以前ニ於テハ第三者ハ未タ契約ノ定

ムル権利ヲ取得セサルナリ、唯一種ノ期待権ヲ有スルノミニシテ紙ワテコ
ノ場合ニハ契約ノ当事者ハ隨意ニ契約ノ変更解除等ヲ為スコトヲ得ルカ如
シ、サレトモ期待権モ亦一種ノ財産ナルコトハ前述ノ如クナレハ当事者
ハ果シテ此ノ場合ニモ契約ノ変更解除ヲナシ得ルヤ否ヤハ疑問ナリ況ンヤ
第三者カ已ニ受益ノ意志未示ヲナシテ契約ノ定メタル利益ヲ取得シタル場
合ハ猶然リ、依ツテ其カ民法ハ明文ヲ設ケ、(五三八)

即チ未タ受益ノ意志未示ナキトキハ当事者ハ何時ニテモ契約ノ変更ハ解
除ヲナレ得レトモ第三者受益ノ意志未示ノ後ハ当事者ハ契約ノ変更ヲナシ
得サルナリ、固ヨリ契約ノ改廢トモ第三者ノ権利ヲ害セサル範圍ニ於テ
ハ当事者ハ何時ニテモ之ヲ為シ得、只第三者ノ権利ヲ左右シ得サルナリ、
又契約自由ノ原則ニ依リテ特ニ第三者受益ノ意志未示ヲ免除シテ契約ニ
依リテ直チニ第三者カ権利ヲ取得シタル場合、当事者ハ又直チニ契約ノ解
除ヲ失フナリ、

第三者ノ権利ハ受益ノ意志未示ニヨリテ直チニ發生スルモ規定ハ第三
者ノ権利ヲ停止条件付ナル場合ニ於テモ猶然リ例ハ甲乙ノ間ニ契約ヲ第
三者カ権利ハ發生シテ甲乙ハ契約ノ改廢ヲ為ス能ハス
コノ種ノ契約ニ依リテ第三者ノ取得スル権利ハ契約ニ基クモノナル故
ニ約者カ契約上有スル所ノ抗弁権ハ勿論受益者ニ対シテモ主張シ得、例
ハ契約カ無効力詐欺強迫意思欠弁ノ理由ニ依リテ無効又ハ取消シ得可
キモノナルトキハ第三者ノ権利モ亦無効又ハ取消シ得ルモノナリ、又約者
者ハ要約者ノ反対給付ニ関シ合時^{履行時}申^出抗弁ヲ適用スルコトヲ得ナリ、
又約者カ第三者ニ対シテ既に給付ヲナスヘキ場合ニ於テモ第三者カ一ノ
反対給付ヲ為スコトヲ条件トスルトキハ第三者ハ其ノ反対給付ヲ為スニ非
レハ約者ニ対シテ契約上ノ給付ヲ請求スル能ハサルナリ、(五三九)

然レトモ契約ニ基カサル抗弁ノ約者ハ之ヲ適用シ得ハサルナリ、例
ハ要約者ニ対スル債権ヲ以テ相殺ヲナスコト能ハサルナリ、
第三者ノ負担ニ依リテ契約ハ有效ナリ、
第三者ノ負担ニ依リテ契約ニ於テ其ノ第三者カ反対給付ヲ為スヘキ場合ノ有

此ナルコトニツキテハ前述ノヤシ、又第三者カ負担ヲ受ケルコトヲ目的ト
 スル契約ニ至リテハ撤消ナリトシテ普通トス蓋シ斯ル契約ハ公序良俗ニ
 反ス、尤ニ第三者カ或レ負担ヲ受ケルニ兼テ忌カスヘキ債務ヲ当事者ノ一
 方カ負担スル契約ハ有效ナルコトハ勿論ナリ、
 又更ニ進ミテ第三者カ受諾ノ意志未示ヲ為ストキハ直接^ニ負担ヲ受ケルモ
 ノナルコトヲ突ケル契約ニツキテモ法律行為自由ノ原則ニ依リテ其ノ有效
 ナルコトヲ主張スルコトハ該ハサルニ非ラス

第六款 契約ノ解除

第一項 解除ノ性質

契約ノ解除トハ契約ノ当事者ノ一方ノ意思表示ニヨリテ其ノ契約ニ依リ
 テ生ジタル法律關係ヲ消滅セシムルコトヲ云フ
 当事者双方ガ合意トシテ新ラシキ契約ヲ結ビテ之ニ依リテ前ノ契約ヲ

消滅セシムルトモコトハ其ノ自由ニ属ス、サレトモ当事者一方ノ意思表示
 ノミニテ契約ヲ消滅セシムルコトハ原則トシテ不許ナリ、唯例外トシテ当
 事者ノ一方カ単独ノ意思ニ依リテ契約ヲ解除スルノ権利ヲ有スルコトアリ、
 之レ所謂契約解除権ナリ、

解除権ハ第一ニ契約ニ依リテ發生ス、即チ契約ノ当事者カ其ノ契約又ハ
 他ノ契約ニ依リテ一定ノ事實カ發生スルトキハ解除ヲ為スコトヲ得可キ権利
 又ハ何時ニテモ解除ヲ為スコトヲ得可キ権利ヲ当事者ノ一方ニ與ヘル場合ナ
 リ

第二ニハ解除権ハ又法律ノ規定ニ依リテ發生ス
 即チ当事者カ特ニ契約ヲ以テ解除権ヲ留保セサル場合ト雖モ一定ノ事實發
 生スルハ当事者ノ一方ハ法律上当然其ノ契約ヲ解除スルノ権利ヲ有スルコト
 ナリ、

解除権ノ行使ニ依ル契約ノ解除ハ之レヲ解除条件ノ成就ニ依ル契約ノ失
 効、契約ノ取消及ヒ解除告知ト區別スルヲ要ス、先ツ第一ニ解除ト解除条
 件ノ成就トヲ比スルニ後者ニテハ契約ハ当然失効ス、之ニ反シ契約解除ノ

場合ハ解除ハ有スル当事者カ特ニ解約ノ意思表示ヲ為スニ依リテ能メテ
其ノ效果ヲ生ズルモノナリ、

一五八

例ハ甲カ乙ニ一棟ノ家屋ヲ売却セル場合若シ甲カ今ヨリ一年以内ニ國
務大臣トナレハトノ解除条件ヲ附シタリトスレハ甲カ一年以内ニ大臣ト
ナレハ其ノ時ヨリ当然契約ハ失効ス又之右ノ場合一年以内ニ甲カ大臣トナレ
ハ解除スルト云フ権利ヲ留保シタルノミナレハ甲カ大臣トナリシノミニテハ
他ノ依然効力ヲ有シ甲カ解除ノ意思表示ニ依リテ能メテ契約ノ解除ヲ承
スナリ、又解除条件ニ依ル契約ノ失効ハ条件成就ノ時ヨリ將來ニ向テ其
效果ヲ生ズルコトヨリ原則トス(一七七)

サレド解除条件付契約ノ解除ハ其ノ效果ハ契約締結ノ地ニ溯ル、(四五
四五)、如斯比ノ兩者ハ大ナル差異アルモノナレトモ實際上契約ノ約款(Resons)
カ右ノ何レヲ意味スルヤ不明ナルコト多シ、英國ノ判例法ニ於
テハ種々ノ解除ノ原則認メラレ

第一ニ解除ハ消テ比較スレハ取消カ取消権者ノ一方的表示ニ依ルコト
ハ契約ノ解除ト相俟セルモ、先ヅ取消ハ当事者ノ能カ力意思表示ノ瑕疵等

ヲ原因トスルモノニシテ其ノ原因ヲ異ニス
又次ニ其ノ效果ニ於テモ少ナカラサル所ノ相違アリ即チ取消ノ場合ニ於
テハ概テ不当利得ノ返還ノ原則ニ依リ、解除ノ場合ニ於テハ各当事者ハ其
ノ相手方ヲ原状ニ回復セシムルノ義務ヲ負担スルナリ、コノ点ハ解除ノ效
力ヲ論スルニテタリテ詳論セン、

第三ニハ解約告知ト解除トヲ比較スルニ、前者ハ使用借賃貸借借用等ノ
如ク継続的干渉ノ契約ノ將來ニ向テテ消滅セシムル所ノ当事者ノ一方的意
思表示ナリ、故テ能メヨリ契約ナカリシモノトスル所ノ解除ト其ノ性質
ヲ異ニスルハ勿論ナリ、サレトモ当事者一方ノ意思表示ニ依リテ契約ヲ解
消スルト云フ点ハ全一ナルヲ以テコノ兩者ハ悉クニシテ要々混同サルカク
法 法典ニ於テモコノ區別ハ明瞭ナク、故カ民法ニ於テハ解約ノ申出又

ハ解除ノ文字ヲ以テ解約告知ヲ表示セリ、故テ能メテ民法ノ所謂解除ノ或
場合ハ真正ノ意ノ解除ヲ意味シ、或ル場合ハ解約告知ヲ意味スルモノナリ

第二項 解除権ノ發生

一五九

解除権ノ發生原因ニ二種アルハ前述ノ如シ、而シテ契約ニ基ク解除権ニ
 ツキテハ其ノ發生ノ要件ハ勿論其ノ契約ノ成立ル所ニ從フナリ、又解除権
 行使ノ方法及ヒ解除ノ效果等ニ付キテモ契約ノ成立ル所ニ依レナリ、只契
 約ニ別個ノ定メナキ限リ民法ノ解除ニ関スル規定ヲ適用ス法律ノ規定ニ依
 ル解除権ノ發生ハ其ノ場合少ナレトモ、サレド特殊ノ契約ニ関スルモ
 ハ契約ノ各論ニテ之ヲ研究ス、本款ニテハ契約一般ニ通スル解除権發生ノ
 原因ヲ研究スルニ止ム、契約一般ノ規定トシテハ民法ハ不履行ニ依ル解除
 権ノ發生ヲ認ム、即チ当事者ノ一方カ其ノ契約ニ依リテ生シタル所ノ債務
 ヲ履行セサル場合又ハ当事者一方ノ責ニ就スヘキ事由ニ依リテ其ノ債務ノ
 一部又ハ全部ノ履行不能トナリシ場合ハ相手方ハ其ノ契約ヲ解除スルヲ得
 ト定ム、(一五四—一五四三)

ローマ法ニ於テハ特殊ノ契約ニツキテ往々法律上ノ解除權ヲ認メタリシ
 モ契約一般ニ適用スヘキ法律上ノ解除權ハ認メサリヤ然ツテ當事者ノ一方
 カ債務ヲ履行セサル場合ニ於テモ解除権ノ留保ナキ限リ相手方ハ其ノ契約
 然ノ解除權ヲ包有セルモノト消做セリ

然レモ民法ニ於テハ不履行ニ依ル解除権ナルモノヲ認メタルモ之亦契約一般ニ
 適用スヘキ原則トセシテ双務契約ノミニ適用スヘキモノト規定セシコト
 ハ仏國民法ト全一ナリ(仏民一—八四、三三—五四)

惟フニ双務契約ノ場合ハ當事者双方ノ債務ハ相關聯スルモノナルヲ以テ
 當事者ノ一方カ其ノ債務ヲ履行セサルニ拘ハラズ一方カ之ヲ履行セサルハ
 カラストスルハ不公平ナリ、尤モ他方ノ當事者カ自己ノ債務ヲ履行ストモ
 相手方ノ債務ニツキテハ強制履行ヲ請求スルコトヲ得ルナリ、サレトモ若シ
 相手方カ無資力又ハ相手方ノ債務カ履行不能ナルトキハ強制履行ニヨリテ
 完全ナル米濟ヲ得ケル能ハス、尤モ債權請求權モアレトモ完全ナル米濟ト
 ナラス、故ニ一方ノ不履行ノ場合ニ相手方カ希望スレハ契約ヲ解除シテ已
 カ債務ヲ免ルコトヲ得セシム之レ近世諸國ノ民法カ何レモ双務契約ニ付シ
 テ不履行ニ依ル解除ノ規定ヲ設ケシ所以ナリ、論者或ハ曰ク双務契約ニテ

ハ当事者、一方ハ公時履行ノ規定ニ依リテ相手方ノ債務ノ履行又ハ提供アルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムヲ得ルヲ以テ解除ヲナサストモ相手方カ其ノ履行ヲナサズル限リ自ラ履行スルヲ要セスト、サレ共公時履行ノ規定ハ双方ノ債務カ何レモ未済期ニアルコトヲ要件トス故ニ若シ一方ノ債務カ先ツ未済期ニアリテ相手方ノ債務カ未ダ未済期ニアラサルトキ相手方カ其ノ債務ノ履行ヲ不能トラシメタル場合ニハ債権者ハ契約ノ解除ヲナスコトヲ得サルモノトスレハ自己ノ債務ヲ履行セサルヘカヲサレニ至ル、又双務契約ノ場合ニ於テ当事者、一方カステニ其ノ債務ヲ未済ニ終リタルトキナラハ相手方、不履行ノ場合ニ於テ最早ヤ公時履行ノ規定ヲ換用スル所ナラズ、之レ公時履行等ノ規定ノ外解除規定カ双務契約ニツキテ必要ナル所以ナリ、不履行ニ依ル解除ハ双務契約ニツキテノミナラス片務契約ニツキテモ終アル必要アリ例ハ消費貸借ノ場合借主カ利息又ハ年賦金ノ支払ノ債務ヲ履行セサル場合ノ如キ借主又ハ信用ノ疑ハシキ場合ナリ、カ、ル場合貸主ハ契約ヲ解除シテ一時其ノ債権ノ金額ヲ取立テ得ルモノトスレハ或ハ其ノ損失ヲ免レ得ルコト、若シ一時ニ取立テ得スレテ未済期迄待ツヲ要ストスレ

ハ借主ハ其ノ間ニ無資力トナリテ貸主損失ヲ蒙ルナキヲ保セス、故ニカ、ル場合ニテモ又貸主ノ解除権ヲ認ムルコトヲ至当ト認ム、又之ハ民法ハ不履行ニ依ル解除ハ双務ノミナラス片務ニモ適用ス即チ契約一般ニ適用スルノ制トナセリ

シカレバラ民法ノ解除ノ規定ハ單ニ債権的契約ノミニ通用セルモノナリヤ物权的契約及ヒ準物权的契約ニモ適用アリヤハ尙ホ今日学者ノ迷フ所ナリ、蓋シ解除ノ規定ハ民法第三編債権編中ニ設ケラレ、ヲ以テ單ニ債権的契約ノミニ適用アリテ物权的契約ニハ交渉ナリトナスモノ、如シ、サレド亦ノ信スル所ニ依レハ既ニ契約ノ種類ニテ述ヘシ如ク民法ノ編別ハ右ノ如キ重大ナル意義ヲ有スレモノニマラス編纂上ノ便宜上ヨリ未ルモノニテ物权的編中ニモ債権ノ規定アリ親族法中ニモ財産ノ規定アリ、編別ハ内容ノ大体ヨリ未ル、

債権編ノ規定ハ物权的行為ニ規定ナシトハ偏狭ナリ、已テニ契約ノ成立ノ所ニテ述ヘシ如ク民法中ノ契約成立ニ関スル規定ハ物权的契約ニモ適用アリ故ニ解除モ物权的契約ニ適用アルコト、セサルヘカラス依テ五四。條五四四

一五四八条ハ物権契約ニモ適用アリト云フコトハ余ノ信レテ疑ハサル所ナリ、唯債務ノ不履行ニ依ル解除ヲ規定セル五四一——五四三条ハ債務ノ不履行ノ場合ニ適用アル規定ナルヲ以テ債権干渉ノ發生スル契約ニ限リテノミ適用セルハ疑ハレシ、サレド契約ノ内容ハ當事者ノ自由ニ定ムルモノナル故一、契約ヨリ物权的及債权的效果兩方發生スル場合、アレバシ、カハル場合ニハ右ノ三条ハ又適用アリト云ハサルヘカラス、單純ナル物権契約ニハ適用ナシ而シテ契約ニハ適用アリト云ハサルヘカラス

此未學者ハ契約解除規定ヲ如何ニ適用スルノ標準ヲ生ゼシモ尙未ダハ民法中ノ解除ノ規定ハ物权的契約ニ当然適用セルニ非スレテ之ヲ準用スヘキモノナリトスルニ至レリ、

不履行ニ依ル解除權發生ノ原因ハ二別スルヲ要ス
 (1)、信義ノ不履行即チ遲滞ノ場合

甲、原則

契約ノ當事者ノ一方カ其ノ債務ヲ履行セサル場合ニ於テハ相手方ハ原則トシテ直チニ解除權ヲ取得スルモノニアラス其取得ニハ右ノ要件ヲ要ス

A、當事者ノ一方カ履行セサルコト

其ノ一方カ期限付ナルトキニ於テモ其ノ期限ノ列未シタルニモ拘ハラズ其ノ履行ヤキ場合、不確定期限ノ時トシテ債務者ノ其ノ列未ヲ知レバ否ヤハ區別セズ又其ノ期限ノ場合ニハ債務者ハ直チニ其ノ履行ヲ為サシムル場合ヲ意味ス、依ツテコノ第一要件ハ其ノ債務者ノ遲滞ニアレコトヲ意味ス又苟モ履行スヘキトキノ列未セルニ不拘履行ヲナサ、レ凡チノ場合ヲ包含ス(一五四一)

B、履行ノ催告ヲナスコト

即チ相手方ハ相当ノ期限ヲ定メ其ノ期間内ニ履行ヲナスヘキ旨ヲ不履行者ニ催告ヲ為スヲ要ス、相当ノ期間トハ各場合ニ於テ客観的ニ定ムヘキモノニシテ主観的状態ニテ決スヘキニアラス

而シテ催告者ノ定メタル期間カ相当期間ヨリ七長キ時ハ相手方ハ其ノ期間内ニ履行スレハ可シ、反支延キトキハ今日ノ通説ハ其ノ催告ヲ無効トス、担保或説ニテハ此ノ場合ハ相当ノ期間ヲ定メテナサレタル催告トシテ有效ナリトス(民法ニテハ適用セサル所コト)

リ、尚此ノ催告ニハ外國民法ノ如クニ所定ノ期間内ニ履行セサレハ解除スルノ警告ヲ加フレコトヲ要セス

C. 其ノ期間内ニ履行ナキコト、

不履行者カ催告ヲ受ケテ所定ノ期間内ニ尚履行ヲナサ、レコトヲ要ス、其ノ不履行者ニ故意又ハ過失アルコトハ必要トセス、

Aノ要件タル不履行ハ如斯要件ヲ必要トセスサレト此ノ氣ニ付テモ反対既アリ、サレド債務ノ不履行ニヨリテ債務者ノ責任ノ基礎ハ債務者ノ故意又ハ過失ニアリトナスノ主意ハ右ノ如ク解スルノ他ナシ、

右ノ如ク原則トシテハ催告ヲ為シタル後ノ不履行ヲ解除放棄生ノ要件トスルハ如何ナル立法上ノ理由ニ基キテ云フニルテ債務者カ兼済期ニ其ノ債務ヲ履行セサルハ必スモ悪意又ハ過失ニ依ルモノニアラズ、現時ノ如キ複雑ナル社会状態ニアリテハ輕微ナル過失ナリハ保シ難シ、從ツテ尚ホ一應ノ催告ヲ行シテ當事者尚ホ履行ヲナサハル時ニ於テテ解除ヲ付スヲ以テ至当ト認ム

乙、例外

例外ハ所謂契約カ定時契約ナレ場合ノ規定ナリ定時行為タル契約ノ性質ニ依リテハ催告ノ説アリ余ノ信スル所ニ依レハ定時契約トハ契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ期間内ニ履行ヲナスニアラサレハ契約ヲナシタル目的ヲ達スル故ハサレ契約ナリ、五四ニ、文言ハ之ヲ解シテ右ノ如キ法律上條ハ契約ノ内容ノ一部タル場合ト内容ヲナサバハ場合トヲ含ムモノト解ス即チ明示又ハ黙示ノ意思表示ニ依リテ右ノ如キ放棄ハ契約ノ内容トナシタル場合ハ所定ノトキマテニ履行ヲナスニ非レハ其ノ債務カ履行不熟トナレモノニシテ斯ノ如キ場合ニ於ケル履行不熟ハ五四ニ、定ナル所ナリ如斯場合ニ用フル範圍ニ於テハ五四ニハ無用ノ規定ト云フ可シ、

公衆ハ第二ノ種類ノ定時契約ニツキ能メテ実益アリ即チ右ノ如キ法律契約カ契約ノ内容ヲナサシテ單ニ契約締結ノ動機ヲ構成スル場合ナリ、而シテ其ノ動機ハ當事者双方ニ於テ之ヲ了知スル場合ハ勿論了知ス

ルコトヲ得可キ場合ニ包含ス

序者或ハ定時行為ヲ介テ絶対的ト相對的トナスサレド區別ノ標準
ハ明確ヲ欠ク、或ハ契約ノ性質ニヨルモノヲ定時トシ当事者ノ意思表
示ニ依ルモノヲ相對的トナスモノアリ、余ノノミタル所ハ定時行為ノ
定時タル性質カ契約ノ内容トナルトナラサルニ依リテ定時行為ニ種
アルコトヲ解ヤタル故ニ此ノ說ニ從ハハ前者ヲ絶対的トシ後者ヲ相對
的トス

定時契約ノ場合ニ於テハ其ノ履行ヲナスヘキ当事者カ之ヲ為サス
テ其ノ期ヲ経過スルトキハ相手方ハ催告ヲ用ヒスシテ直チニ其ノ契約
ノ解除ヲ為スコトヲ得、民法ハ單ニ「当事者ノ一方カ履行ヲナサス
テ」ト規定スレトモコノ當事者トハ定時ニ履行ヲ為スヘキ債務者ノ意
ナルハ與論ナシ、

如斯例外ヲ設ケン理由ハ定時契約ハ所定ノ時期ヲ経過スルトキハ契
約ノ目的ヲ達シ得サルニ依リ催告ニヨリテ履行ヲナサシムルハ契約締
結ノ趣旨ニ反ス

以上ノ原則及例外ニツキテ一ノ問題アリ其レハ當事者ノ一方カ其ノ債
務ノ一部ノ履行ヲナシタル場合ニ前記ノ要件ヲ備フレハ相手方ハ其ノ一
部ノミニニ付テ解除權ヲ行使スレヲ得ル又解除スルナラハ一部ニツイテ
ノ三解除ヲナスヲ要スルニ否ヤノ問題ナリ、コノ問題ハ五四一ト五四二
ニハ五四三ノ如ク全部又ハ一部ノ毀テキカ故ニ生スルナリ、サレト履行
不能ノ場合ト遲滞トノ差別ナキ故ニ此ノ問題ハ次ニ述フル履行不能ノ場
合ト全條ニ解ス可シ、

(2) 履行不能ノ場合、

當事者カ履行不能ニ成スヘキ理由ニ依リテ債務カ全部又ハ一部履行不能
トナリタルトキハ他ノ當事者ハ催告ヲナサスシテ直チニ契約解除ヲ為ス
ヲ得、蓋シコノ場合例ヘ催告ストモ其ノ目的ヲ達スル能ハサレハナリ、
而シテ履行不能ハ絶対的不能ニシテ相對的ノ不能ハ之ヲ含マズ

一部不能ノ場合ニ於テハ其ノ不能部分カ極メテ輕微ナルトキハ解除權
ヲ生セス、又頭着ナルトキトモ不能部分カ可分のナル場合ニ於テハ相
手方ハ其ノ部分ニ對シテノミ解除ヲ行フコトヲ得、又ハ其ノ亦若クハ全

体ニ対シテ解除ヲ行フコトヲ得又ハ全部ニツキテノミ解除ヲ行フコトヲ得、而シテ此ノ三場合ノ何レニ該当スルヤハ契約ノ趣旨ニ依リテ之ヲ決ス

一七〇

第三項 解除権行使ノ方法

解除ノ方法即チ解除権
一ハ債民ノ主義ニ依リテ若ハ裁判所ニ訴ヘテ解除ヲナスコトヲ得、
二ハ債民ノ主義ニ依リテ解除権者カ相手方ニ対シテ解除ノ意思表示ヲナシテ解除ヲナスナリ、

此ノ二主義ハ理論上ニ大ナル差アレトモ實際上若シキ相違ナシ、蓋シ第一ノ主義ニ於テモ当事者間ニ解除ニ異論ナキトキハ訴ヲ提起スルノ必要ナシ、第二ノ主義ニ依ルトモ当事者間ニ異論アルトキハ裁判所ニ訴フルニ必要アルハナリ、然レトモ第一ニヨレハ解除ハ裁判ノ確定ニヨリテ其ノ效果ヲ生シ第二ニヨレハ相手方ニ対スル意思表示ニ依リテ其ノ效果ヲ發生スルナリ

リ、然レ民法ハ債民ノ主義ヲ採ル(五四〇)

以上ノ二主義ノ外 *Anglo-American* 法ニ於テハ不履行ノ場合ニハ契約ハ当然解除スルノ方法ヲ採ルサレドゴハ解除権ノ行使ニ依ルモノニアラサルヲ以テ契約ノ解除ト称スルヲ得又、商法ニハ七条ニ依レハ商事売買ニ於テ契約ノ性質又ハ当事者ノ意思表示ニ依リテ一定ノ日時ノ内ニ履行ヲ為スニ非サレハ契約ノ目的ハ達スル能ハサル易合ニ於テ当事者カ履行ヲ為サスレテ其ノ時期ヲ経過セシトキハ相手方ハ直チニ其ノ履行ヲ請求ヲナスニアラサレバ解除ヲ為シタルモノト看做スト規定セレハ結果ニ於テハ右ノ英美法ニ類似セリモ猶ホ当然解除ヲ認メタルニアラサシテ解除権ノ行使アリタルモノトノ絶対的推定ヲナシタルモノナリ

解除権ノ行使ハ相手方ニ対スル意思表示ニ依リテ之ヲ為スヘキモノナリトスレハ其ノ意思表示ハ一ノ法律行為ナリ、法律行為ハ別個ノ規定ノ無キ限り其ノ成立ニ依リテ其ノ效力生ヌ、当事者又ハ第三者ハ自由ニ之ヲ取消スコトヲ得サルコト蓋シテ候タス

一七一

然レ民法五四〇条第二項ニ解除ノ意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得ヌト

ノ規定アリ、惟フニ之レ單ナル法意的ノ規定ニスキス、民法中ニハ單獨行
為ニツキテハ委々公一ノ明文ヲ掲ゲタルモ之ハ契約カ當事者ヲ拘束スルモ
ノナルヲ以テ任意ニ之ヲ取消シ得サルモ單獨行為ハ當事者ヲ拘束セザレヲ
以テ亦ハ自由ニ之ヲ取消シ得ベシトノ誤解ヲナスモノナランコトヲ恐レタ
ルナリ、

解除、法律行為ナル故法律行為ニ干スル一彼規定ノ適用アルハ勿論ナリ從
ツテ止ニ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得ナリ、サレトモ之ヲ附スルカ為メ
ニ第三者ナル相手方ニ不當ノ損害ヲ加フルコトハ公序良俗ニ反スルコトヲ
以テ之ヲ附スルカ為メニ相手方ノ負担ヲ増ス如キ場合ハ其ノ解除ハ無効ナ
リ、

契約ノ當事者、一方カ數人アル場合ニ於テ此ノ數人ノ當事者又ハ他方ノ
當事者ニ解除権ノ發生セシトキハ其ノ解除権ノ行使ハ第一ノ場合ハ其ノ當
事者ノ全負ヨリ第一ノ場合ニハ多數當事者ノ全負ニ對シテ之ヲ為スヲ要ス
又當事者双方カ數人アルトキハ其ノ行使ハ一方ノ全負ヨリ他方ノ全負ニ對
シテ之ヲ要ス(五四四ノ一)、然レトモ之等ノ場合ニ於ケル解除ノ意思

表示ハ必ズシモ單一ノ意思表示タルコトヲ必要トセズ全負ヨリ全負ニ對シ
テ別々ニ之ヲ為スコトヲ得、又カ、ル場合ニハ全負ヨリ全負ニ對スル意思
表示、完了ノ時解除成立ス要スルニ當事者、一方數人アルトキハ當事者一
部又ハ一部ニ對シテ解除ヲ為スコトヲ得サルナリ、即チ契約ハ當事者ノ全
負カ共同シテ解除ヲナスカ又ハ全負ニ對シテ解除ヲナスニアラサレハ解除
ヲ為シ得ス、之ヲ解除権不可分ノ原則ト云フ、蓋シ其ノ立法上ノ理由ハ若
シ一部ノ解除ヲ許スナラハ其ノ結果當事者ノ予期セザリシ複雜ナル法律干
渉ヲ生スルノ恐レアリ例ハ甲乙カ其ノ共有ノ一頭ノ馬ヲ丙ニ譲渡セル場
合買主丙カ以全支払ヲナサザルニ賣主ニ解除権發生シタルトキ甲乙二人
共同セシテ唯甲一人ニテ能ク解除スルコトヲ得ルトセバ解除ノ結果
賣主ノ目的タレ馬ハ甲及ヒ丙ノ共有物トナルニ至レ又之ト反對ニ甲乙二人
カ丙ヨリ馬ヲ買ヒシ場合ニ於テ買主タル甲乙ニ解除権發生シ或ハ賣主丙ニ
發生スルトキハ若シ甲一人ヨリ又ハ甲一人ニ對シテノ三能買ノ解除ヲ為シ
得ルトスレハ其ノ結果馬ハ丙ト乙トノ共有物トナルナリ、乙ハ全ク予期セ
ザレノ結果ヲ負担スルコト、ナレ、カク解除権不可分ノ規定ハ單ニ當事者

が意外に結果ヲ負担ニ至レテ防ケルメニ設ケシモノナル故若シ当事者カ特約ヲ以テ之ニ反スル事項ヲ定メタル場合ハ其ノ特約ニ依ルハキコトハ勿論ナリ、

解除権ハ所謂形成権ニ屬ス一種ノ財産権ナリ故ニ時効放棄其他ノ事由ニ依リテ消滅スルコトアリ、

而シテ当事者ノ一方又ハ双方カ数人アル場合ニ於テ解除権消滅ノ事由カ其ノ全負ニツキテ生ゼシトキハ解除権ノ絶対ニ消滅スルハ言フ俟タズ、サレ共其ノ事由カ当事者ノ一人又ハ一部ニツキテノミ生ゼシトキ、例ハハ解除権ヲ有スル当事者数人アルトキ其ノ中ノ一人ニ對シテノミ消滅時効完成シ或ハ解除権ヲ有スル当事者カ相手方多數当事者ノ一人ニ對シテノミ之ヲ放棄セシトキハ如何、

斯ル場合ニハ若シ解除権ハ其ノ当事者ニツキテハ消滅スレトモ他ノ当事者ニツキテハ依然トシテ存続スルモノナリトナシテ解除権ノ存続ヲ許スナラハ前述ノ如キ当事者ノ手期セサル不当ノ結果ヲ生ズ故ニ此ノ場合ニ於テハ解除権不可分ノ原則ニ依リテ解除権ハ消滅時効ノ完成セル時当事者放棄ノ

利益ヲ受ケタル当事者ニ於テノミナラズ他ノ当事者ニツキテモ絶対ニ消滅ス(五五四ノ二)

此ノ規定モ亦任意規定ニシテ履行ニアラサル故当事者カ之ニ反スル意思表示ヲナストキハ兼ヨリ之ニ依ラズモトス、

第四項 解除ノ効力

第一、直接効果主義

此ノ主義ハ契約ハ解除ニヨリテ存続セヨリ存在セザリシモノト見做サレ、トナスモノナリ、契約締結ノ時決ハ林殺スル能ハズ、サレド其ノ契約ニ依リテ生ゼシ法律上ノ效果ハ始メニ溯リテ察生セザリシモノト見做スナリ、此ノ主義ニヨルトキハ其ノ契約ニ依リテ生ゼシ所ノ債権債務ハ未タ履行セラレサルモノハ当然消滅シ、惟メヨリ察生セザリシモノト見做サレ、其ノ履行セラレタル場合ニ於テハ存在セサル債権ノ抹消ニシテ所謂非債消トナリ、不当利得返還ノ法律干渉ヲ生スルナリ、

契約ニヨリテ生シタル債務カ物権ノ設定移転ヲ目的トスレ場合ニ於テ
 解除前ニ於テ其ノ債務カ非済サレテ物権ノ設定移転アリタルトキハ解除
 ニ依リテ其ノ債務ハ始メヨリ存在セサルモノトナルヲ以テ之レ亦一種ノ
 非債米済ト云ハサルヘカラス、然ラハ其ノ物権ノ設定移転其ノモノハ解
 除ニ依リテ如何ナル影響ヲ受クルヤ、之ニマキテハ学説合ル、今日、有
 カナル多数学説ニヨレハ物権ノ設定移転ヲ内容トスレ行為ハ絶対的無因
 行為ナリ然ハ相對的無因行為ナリ從テ原則トシテハ解除ニヨリテ何等ノ
 影響ヲ受ケスト為ヌ、サレト凡ソ債務ノ米済トシテ物権ノ設定移転ヲナ
 ス場合ハ債務ノ存在ヲ前提トスルモノ即チ原則トシテハ米済トシテナ
 カ、ル行為ハ有因ナリ、只當事者力之ヲ無因トスル意思表示ヲナストキ
 即チ債務ノ存否ニ拘ラス該定行為ヲナスノ意思表示アルトキニ限り無
 因ナリ、簡單ニ云ハ右ノ物権行為ハ原則トシテハ有因ナリ、故ニ債務
 ノ米済原因タル契約カ解除サレ債務ハ始メヨリ存在セザリシモノトナルナラ
 ハ物権行為ハ其ノ原因ヲ失ヒ從テ絶対無効トナラサルヘカラス即チ物
 権ノ設定移転モ然メヨリナカリシモノトナラサルヘカラス

第三、間接效果主義

此ノ主義ハ解除アルモ契約ハ存立ヲ失ハス、細シク云ハハ契約ニ依リテ
 生シタル債權干渉ノ抑止効果其他ノ法律效果カ依然トシテ存続ス唯解除
 アリシ場合ニハ當事者ハ相互ニ右ノ效果ヲ制限スルノ權利義務ヲ有スレニ
 至ルトナヌ、即チ契約ニ依リテ債務ヲ負担シタル當事者ハ相手方ヨリ履
 行ノ請求アルトモ之ヲ拒絶スルノ抗弁権ヲ得、又契約ニ依リテ物権ノ設
 定移転ヲナシタル當事者ハ其ノ物権ノ返還消滅ノ抗弁権ヲ取得ス、

第三、折衷主義

此ノ主義ハ契約ニ依リテ生シタル債權干渉ニツキテハ解除ハ消滅ノ原因ナ
 リ其ノ契約ニ依リテ生スル物権変動ニツキテハ解除ハ間接效果ヲ有スル
 ニ區ヤサレモトナヌ
 故カ民法ハ前記ノモノノ内何レヲ採用セルヤ、五四五條ニハ解除アリタル
 トキハ各當事者ハ相互ニ相手方ヲ原状ニ復セシタルノ義務ヲ負フトナヌ
 即チ簡單ニ云ハハ解除ノ效果ハ原状回復義務ノ發生ナリ、此ノ条項ヲ文
 字通り解スレハ契約ノ解除ハ絶対的ノ效果ヲ生スルモノニアラスシテ唯

相対的、放棄ノミヨ有スレモノナリ、即チ契約ニ依リテ生シタル法律干渉
ハ依然トシテ存続シ唯之ト相並ニテ原状回復ノ債務ヲ新ニ發生スルモノナ
リト解セラル、モノ、如シ

取シテ然ラハ故カ民法ハ所謂間接放棄主義又ハ之ニ類スル主義ヲ採用セ
ルモノナリ、サレド故國ノ一般ノ説ハ然ラヌシテ故國民法ヲ以テ直接放棄
主義ナリトス、即チ契約ノ解除アルトキハ其ノ契約ニ依リテ直接ニ生シタ
ル法律契約ハ故メヨリ發生セザリシモノトナル從ツテ契約ニ依リテ物権債
權其他ノ權利ノ發生消滅廢止其他ノ変更等ノアリタルトキハ斯ノ如キ權利
ノ變更得費ハ故メヨリナカリシモノト首肯サル、ナリ、

從ツテ一例ヲ舉グレハ當事者ノ一方ヨリ一ノ物権ガ相手方ニ移轉シ又ハ
相手方ノタメニ設定サレタル場合ニカ、ル物権契約解除ノ場合ニハ其ノ物
権ノ設定廢止ナカリシモノトナル、又契約ニ依リテ債權ノ發生シタル場合
ニ於テハ其ノ債權ハ舊モ發生セザリシモノナリト認メラル、原状回復ノ義
務ニ干スル現狀ヲ前述ノ如ク文字通りニ解スルトキハ契約ニ依リテ生シタ
ル債權トモ其ノ契約ノ解除ニヨリテハ消滅セズ其ノ債權ヲ得タル當事者

ハ解除ノ結果其ノ債權ノ放棄即チ相手方ノ債務免除ヨナスノ債務ヲ負担ス
ルモノナリト論セサルハカラサレニ至ル、カク、如キハ何人トモ致テ之
ヲ主張セザルナリ、

即チ契約ニ依リテ生シタル債權債務ハ解除ニヨリテ故メヨリ發生セザリ
シモノトナルカ故ニ其ノ債務ノ消滅トシテナシタル物権ノ設定廢止ハ前述
ノ如ク一揮ノ非債權債務ナリ、亦保其ノ債權ノ效力ニツキテハ學說分レ、物
権ノ設定廢止タル物権行為ハ常ニ絶対的無因ノ行為ナリ、他ノ法律干渉ヲ
含セテ内容トスルコトヲ得サルモノニテ常ニ独立ノ行為ナラサルハカラス
ト解スル學者ハ債務ハ存在セサルニ拘ラス其ノ債權トシテ爲シタル物権行
爲ハ有效ナリトナシ、唯之レ債權者ノ不当利得ナルカ故ニ債務者ハ其ノ返
還ヲ請求スルコトヲ得ルノミナリト論スレナリ、

サレド物権行為ノ絶対的無因ニシテ常ニ独立ノ行為ナラサルハカラサト
ノ前提ハ故國ノ如ク別説、定メナキ故カ民法ニ於テハ明ニ誤リナリ、苟モ
行為自由ノ原則ニ依レハ物権干渉ノ發生ヲ独立ノ行為トスルモ他ノ法律干
渉ヲ原因トシテ之ト合ヒテ物権効果ノ發生ヲ定ムルハ當事者ノ自由ナリサ

ルヘカラス、故ニ解除サレタル契約ニ依リテ生シタル債務ノ非消トシテナシタル物取行為ハ必スレモ常ニ独立原因ノモノナリト云フ然ハス寧ク及証ナキ限り非消トシテ為ス物取行為ハ債務ノ存在ヲ原因トナスモノナリ、故ニ其ノ債務存在セザルトキハ物取行為ハ最初ト解セザルヘカラス然レテ解除サレタル契約ニ依リテ生シタル債務ノ非消トシタル物取行為ハ解除ノ間接結果トシテ亦効力トナルナリ、

② 原状回復ノ義務ハ契約解除ノ直接ノ結果ニハ非ス寧ク間接ノ結果ナリト云フヲ得即チ解除ニヨリテ契約ハ終メコリテナカシモノトナルカ故ニ其ノ契約ニ依リテ直接間接ニ生シタル所ノ結果ニシテ解除ニ依リテ当然原状ニ復シタルモノヲ除クノ外各当事者ハ相手方ヲ原状ニ復セシムルノ債務ヲ負担スルコトヲ規定セルモノナリト解セザルヘカラス、先ヅ

第一、ニ前述ノ解除ニ依リ当然生スル契約ニ基ク法律干渉ノ溯及的消滅ヲ指スモノニアラズ

第二、ニ第一ニ述ヘタル溯及的消滅ニヨリテ生スル物取ノ当然回復ニ依ル所ノ物上請求権ニ対スル返還義務ヲ意味スルモノニアラス、例ヘハ契約

ニ依リテ当事者ノ一方ヨリ或ル物ノ所有権ヲ相手方ニ移転シタル場合ニ其ノ契約ヲ解除サレレハ其ノ物取ノ当然所有権ニ復歸ス、故ニ若シ解除前ニ於テ其ノ物取ノ目的物ヲ已ニ引渡シタル場合解除ノ結果其ノ目的物ノ返還請求権ヲ生スサレド此ノ請求権ハ終末ノ所有者ノ物上請求権ニシテコ、ニ所謂原状回復ノ義務ニ対スル請求権ニアラズ

第三、ニ原状回復ノ義務ハ右ニツノ事項以外ニ於テ相手方ヲ契約ナカシン状態ニ恢復スレ債務ヲ云フ、然テ原状回復義務ノ發生ハ契約解除結果ノ一部ハニスキヤルモノナリ、而シテ原状回復義務ノ本質ハ此未學者之ヲ不当利得ノ返還債務ナリトナセトモ余ノ贊セザル所ナリ、蓋シ契約解除ノ結果ニ于テ民法ニ別條ノ規定ナキトキハ不当利得ノ規定ヲ見ルハ当然ナリサレト民法ハ此ノ場合ニ於テ特ニ原状回復義務ノ發生ヲ規定マルカ故ニ不当利得ノ規定ハ全ク其ノ適用ヲ排除セラレ、ナリ、不当利得力原因ナクテ利得シタルモノカ其ノ現存スル範圍ニ於テ之ヲ返還スルノ義務ヲ生スルモノナリ

解除ノ場合ニ於ケル原状回復ノ債務ハ契約ニ依リテ利益ヲ得タリマ否マ

ヲ論セサルナリ、況又利益ノ現存スルヤ否ヤモ論セサルナリ、只相手方ヲ
其ノ契約ナカリシナラハアルヘカリシ地位ニ回復スル債務ナレヲ以テ其ノ
本質ニ於テ不当利得返還ノ義務ニアラズ

原状回復義務ノ内容ハ其ノ範圍極メテ広汎ニシテ相手方カ其ノ契約ヲ十
サビリシテハ今更ニ有スヘキ物ノ地位ヲ回復スルニアリ、從テ契約ニ依
リテ物權ノ設定移轉ヲ受ケタル相手方若シテ解除ノ結果當然其ノ目的物ヲ返還
スルコトノ外原状回復義務トシテ解除ニ至ル迄ノ間其ノ目的物ノ使用價格
ヲ相手方ニ返還セサルヘカラス

契約ニ依リテ金銭ヲ受ケタル場合ニ極ミテ五四五ノ二ノ規定アリ即チ其
金銭ニハ受領ノ日ヨリ返還ノトキニ至ルマデノ利息ヲ附セサルヘカラス
蓋シ法律ハ其ノ場合ニ於テ相手方カ若シテ契約ヲ締結セシテ其ノ金銭ヲ自
己ノ手ニ有セル場合ハ必ズ又利息ニ相当スル利益ヲ收得スヘキナリト認メ
タルナリ、故ニ若シ利子ヲ附セザリシナラハ契約ナカリシ場合ノ相手方ノ
地位ニ復セルモノト云フヲ得サルナリ、
而シテ其ノ利率ニツキテハ特約ナキトキハ公定利率ニ依ル、而シテ金銭

ヲ受取リタル相手方若シテ約定利率ヨリモ亦法定利率ヨリモ多クノ利益ヲ得メ
リトスレモ其ノ利率ヲ以テ是ルモノトス
契約ニヨリテ金銭以外ノモノヲ受取リタルトキ果實ニツキテ以テ是ノ義務
アリヤ否ヤ、

五ニ四ハ金銭ノ利息ノミニ付キテ明大アリ其レ以外ノ果實ニツキテハ何
等ノ明大ナシ、サレトモ此ノ場合ニ於テモ契約ナカリシナラハ相手方ハ客觀
的ニ相当ノ果實ヲ取得シタルヘキヲ以テ解除ノ結果相当ノ果實ヲ相手方ニ
賦ハサレハ相手方ノ原状ニ復シタルト云ヒ得シ、金銭利息ニツキテ、ミ
民法カ明大ヲ被ケタル以テ金銭ニハ法定利率ヲ以テ常ニ客觀的相当果實
ト認メタル故ナリ、^{金銭}以外ノモノ、果實ハ現ニ之ヲ收得セル場合ニハ之ヲ返
還セサルモノトシキ場合モ相当ノ果實ヲ返還セサルヘカラス
又契約ニ依リテ相手方ヨリ受取リタルモノニシテ其ノ所有權カ依然トシ
テ相手方ニ存在スルモノハ解約ニ依リテ物權變動ノ消滅ノ結果物上請求權
ノ目的トナルコトナシ、サレトモ解除前其ノ物ヲ使用シタル相手方ハ之ハリ
其ノ價值ヲ相手方ニ支払ハサルヘカラス、^其故ニ三四六ニハ明大ヲ以テ物權

変動アリタル場合トナカリシ場合トニ通シテ使用料ヲ支給フ可キ旨ヲ規定ス、
 又、秋力民法ニハ明文ナキモ全様ニ解スルヲ以テ至当トナスヘシ
 契約ニヨリテ債務ノ供與セラル、場合ハ其ノ解約マレハ相手方ハ其ノ勞
 務ノ價値ヲ返還セサルヘカラス
 解除ノ結果返還スヘキモノニツキテ補償費其他ノ必要費用及ヒ有益費ヲ
 支弁セル当業者ハ其ノ費用返還ヲ請求スルハ又原状回復請求権内ニ属スル
 モノナリ

原状回復ノ方法ニハ種々ノ学説アリ、先ツ代替物ノ給付ノアリタル場合
 ニハ学者派ハ全額ノ代替物ヲ以テ返還スルヲ要スト為ス、又原状回復ノ
 義務ハ物上返還ノ義務ニ非ス然ルニ債務ナリトナス以上ハ物的返還ト云
 フモノハ其ノ方法ニアラスレテ價値返還カ其ノ方法ヲラサレヘカラス
 コノ點ニツキテモ原状回復ノ義務ト解除ニヨリテ生スル物上返還ニ依リ
 アトノ間ニ明カナル區別ヲナサザル学者多シ
 解除ノ結果当然相手方ニ被償シタル物ノ返還ハ物的返還タルヲ要スルハ
 言フ俟タズ、此ノ事ハ單ニ不代替物ノミナラス代替物ニツキテモ全様ナリ

復テ米、金銀ノ給付ノ場合ニ於テモ理論上ニ於テモ契約ノ解除アリハ契約
 一ノミナラズ、米、其ノ金銀ヲ返還セサルヘカラスナリ、乃チ此ノ場合
 ニハ代替物ト非代替物トノ間ニ區別ナシ、
 物的返還マナスヘキ場合ニ於テ其返還カ不能ニナリシ場合、例ハハ非代
 替物或ハ代替物ノ所有権ヲ解除ニヨリテ当然相手方ニ被償シ其結果右ノミ
 ノ自体ヲ返還スル場合右ノミノ全部又ハ一部ヲ物的ニ滅失又ハ毀損セル
 才或ハ右ノミノ、全部又ハ一部カオ三者ニ被償ナリ得ル場合又ハオ三者ノ
 為ニ其上ニ権利ヲ設定セル等ノ理由ニヨリ全部ノ返還不能ナルヲヨリ返
 還義務者ニ全額ヲ以テ其ノ損害ヲ賠償スルノ義務ヲ負担スルナリ、

而レテ此ノ返還義務ハ物上請求ニ對スルモノニレテ原状回復ノ義務ニ非ス
 ト解スルハ責任ノ一般原則ニヨリテ其ノ当事者ニ故意又ハ過失アリシ場
 合ニ限リテ右ノ賠償ノ責任ナリ、
 之ニ及シテ此ノ返還義務ハ天派リ原状回復ノ義務ナリト解スレトキハ故
 意過失ノ有無ヲ區別セサルナリ、代替物ヲ給付シタリ契約ノ解除ニアリテ
 ハ物的返還ハ不能ナレハ回復ノ物ヲ以テ返還スルハ特ニ明文ナク限リハ

債権の権利

債権の権利ノオニ者ニ対スル効力ニ関シテハ五四五条ノ一項但書ニテリ
 即チ解除ハオニ者ノ権利ヲ害スルコトヲ待ストノ規定ナリ。例ハハ契約ニヨ
 リテ甲カ其権利ヲ乙ニ譲渡シ乙、之ヲ更ニ丙ニ譲渡セル場合ハ甲乙間ノ契
 約ヲ解除サルハ、又丙ノ譲渡セル権利ハ之ヲ為メニ何等ノ影響ヲ受ケレナ
 シ蓋シ、若シ乙カ丙ノ権利ヲ返却シテ之ヲ甲ニ返還シ又ハ甲カ直接ニ返却
 シテ其権利ヲ丙ヨリ回復スルコトヲ得トセハ取引ノ安全ハ望ムヘカラス
 故ニ取引ノ安全保護ノ理由ニヨリテ契約ノ解除ハオニ者ニ影響ナキモノトナ
 ス。

此規定ハ解除ニヨリテ直接ニ効力ヲ失ヒシ所ノ物權變動ニヨリテ物權ヲ
 取得シタル当事者ヨリ其物權ノ全部又ハ一部ヲ譲渡ケタルオニ三者例ハハ前
 例ノ内ノ如クニ付テ特ニ其ノ適用ヲ見ルナリ

契約ニヨリテ生シタル債權ノ系属トシテ相手方ヨリ譲受ケタル物權ヲオ
 三者ニ更ニ譲渡シタル場合ニ於テ契約ノ解除アルモオニ三者ノ物權取得ハ何
 等ノ影響ヲ受ケヌトスル字說ニ於テハ右ノ規定ハ單純ナル注意ヲ規定ナリ

一 解セザルヘカラス
 右ノ場合ニ於テオニ三者ハ民法ノ文字上ニテ意思ノ善悪ヲ區別セヌヤレ
 ト此規定ハ取引ノ安全ヲ保護スル主旨ナリトナス以上ハ惡意ノオニ三者ヲ保
 護セザレヌノト解セザレヘカラス。此向題ハ裁判官法廷カ時トシテハオニ三者
 意思ノ善悪ヲ區別シ時トシテハ之ヲナヤレトテ一律的ノ向題ナリ。指
 右ノ三種ノオニハ茲ニ所謂オニ三者ニ屬セザルモノトナス。

オニハ解除セザルコトヲ契約ニヨリ生シタル債權ノ譲渡人ナリ
 オニハ右ノ債權ノ上ニ債權ヲ取得セル人
 オニハ解除セザレタル契約オニ三者ノ為ニスル契約ナル場合ニ於テ其ノ
 オニ三者ナリ。

然レ下テ此夫ニ付テハ大ニ疑ナリ。契約ニヨリテ物權ノ設定即チ發生ノ
 アレ場合ハ其物權ヲ取得シタル当事者ヨリ其物權ヲ譲受ケタルオニ三者ハ物
 權法ニ於テ物權變動ヨリ見タルオニ三者ナリトハ異論ナクナリ。然レニ契
 約ニヨリテ生シタル債權ヲ譲リ受ケタルオニ三者ニ非スト云フコトハ論理上
 莫同シ難ヤ所ナリ。字者ハ此ノオニ三者ハ契約ノ当事者ノ承継人タルカ故ニハ

(第一第二ノ場合ニ於テ) 契約当事者ト有做スヘキナリトナス。
 右ノ規定カオ三者ノ取引ノ安全ヲ保護スル規定ナル旨ハ契約ノ直接ノ当事
 者トシテモ、此ノオ三者ノ利益セテハカラス。若シ然ラヌトセハ、右ノ如
 キオ三者ハ皆損害ヲ蒙ルヘトナレナリ。サレトモ此ノ場合ニ於テハ契約後
 渡ニ因スル規定ナレナリ。学者之ヲ忘却ス。又債權質入ノ場合ニ於テハ債
 權質入ニ因スル規定ナリ(四六七条四六八条三六四条)。
 即チ債權譲渡又ハ債權質入ノ場合ニ於テハ其ノ譲渡又ハ質入ヲ債務者ニ通
 知スルナリ又ハ債務者力之ヲ承認スルナリ債務者又ハオ三者ニ対スル対抗要
 件トナレ。

而シテ債務者オ異議ナラシメテ承諾セル場合債權者對シテ有スル一切ノ権利
 乃チ同時履行ノ抗弁権、契約解除権等ヲ喪失スルニ至ル。異議ヲ止メテ承
 諾セル場合又ハ單ニ通知シテ此ノ場合ニハ債務者ハ債權者ニ対シテナ
 ス。オ三者ノ為ニスル契約ニ付テハ前述ノ如ク五二九条ニ特別規定ナリ。当事
 者オ契約上ノ相互ニ対シテ有スル権利ハ之ヲオ三者ニ対シテモ抗弁スルナリ。
 件、之ニヨリテ解除権ノ場合ハオ三者ヲ当事者ト見做サルニ止レナリ。

債務不履行其他ノ事由ニヨリテ当事者ノ一方ヲ相手方ニ対シテ損害賠償
 ノ請求権ヲ有スルハ依令契約ハ解除セリテモ損害賠償ノ請求権ハ何等
 ノ変化ヲ及ホスス。例ハ甲カ乙ヨリ或物ヲ買収スル契約ヲ結ビ
 タルニ其後ニ至リテ乙カ其物ヲ引渡サ、レヨリ甲カ夫レヲ転売シタ
 三者丙ニ対シテ遠約金ヲ支払ハサレハカテサレ場合ニ至リテ、從テ乙ニ
 對シテ其損害賠償ノ請求権ヲ生シタレ場合ニハ甲ハ乙トノ間ノ賣買契約ヲ
 解除スルニ其ノ損害賠償ハ依令トシテ請求スルナリ。
 於是五四五条オ三項ニ於テ解除権ノ行使ハ損害賠償ノ権利ヲ妨ナストモ
 ル所ナリ。

上例ニ於テ乙ノ不履行ニヨリテ甲ノ取得スル所ノ損害賠償^{請求}ハ目的物ノ
 現在ノ価値ノ全額ヲ包含ス。サレトモ之ハ買主甲カ契約上ノ代金ヲ支払フ
 ナ前提トス。カレバ故ニ解除ノ結果甲ノ代金債務ヲ消滅セリ以上ハ其代金
 額文ケハ之ヲ差引カサレ可ナリトハ言テ俟タス。
 損害賠償請求権ノ基礎ハ契約ナルカ故ニ其契約ヲ解除ニヨリテ消滅スレハ
 理論上損害賠償請求権ニ消滅セサルヘカラス。從テ各國ノ立法例中契約ノ