

| | |
|------------------|---|
| Title | 神戸寅次郎先生講述 債権法各論講義 |
| Sub Title | |
| Author | 津田, 利治(Tsuda, Toshiharu) 内池, 慶四郎(Uchiike, Keishiro) |
| Publisher | 慶應義塾福澤研究センター |
| Publication year | 1991 |
| Jtitle | 近代日本研究 Vol.8, (1991.) ,p.151- 225 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 資料 債権法総論講義目次 債権法各論講義目次 附記 |
| Genre | Departmental Bulletin Paper |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10005325-19910000-0151 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

神戸寅次郎先生講述 債權法各論講義

津田利治
内池慶四郎

1、債權法各論ハ債權法総論ト一對ヲ成ス。元來総論各論ノ區別ハ学者ガ学問上之ヲ行フモノニシテ、法典上ノ用語ニ非ズ。法典上ハ総則ナル語ヲ用キ（例ヘバ民法第一編総則、第三編債權第一章総則）、此中ニ学者ガ総論ニテ取扱フ事項ヲ大体収容スルヲ通例トスルヲ以テ、総論ト総則トハ其範圍大体一致スレドモ、此総則ナル語ニ対シ、各則ナル語ヲ用キルコトナシ。従ツテ学者ガ各論ニテ論述スル事項ハ、法典上ハ総則以外ノ部分ニ規定セララルル事項ト略々一致ス。故ニ債權法各論ハ大体ニ於テ民法第三編第二章以下ニ規定セラレタル事項ニ付キ研究スル科目ナリト言フコトヲ得。然ラバ民法第三編第二章以下ニ規定セラレタル事項トハ何かト言フニ、夫レハ主ニ債權發生原因トシテノ契約、事務管理、不当利得及ビ不法行為ノ四者ト、並ニ之等四者ヨリ生ズル各種債權ノ

性質、効力ニ関スル事項ナリ。之ニ対シテ債權総則（民法第三編第一章）ハ權利ノ一種タル債權全体ヲ取上ゲ、其債權ナルモノノ一般的ナル性質、効力ヲ規定ス。故ニ債權法各論トハ債權發生原因ニ付キ研究スル科目ナリト言フコトヲ得ベシ。上述四種ノ債權發生原因ノ内、最モ主要ナルハ契約ナリ。財産法中最初ニ發生シ発達シタルハ契約法ニシテ、契約法ニ関スル研究モ早クヨリ行ハレ、次デ単独行為ナル一團ノ現象ガ発見セラレ、此兩者ヲ包括スル法律行為ナル概念ガ構成セララルルニ至レリ。契約法ノ研究書トシテ我國ニテ久シク広ク用キラレタル參考文献トシテ最モ有名ナルハ Anson, Law of Contract ニシテ、明治初年代ヨリ今日ニ至ルマデ大学ノ教科書ニ使用セラレ来レリ。契約法ノ研究ハ、契約ナル現象其モノノ外、各種ノ契約及ビ其効力ノ研究ヲ含ム。

事務管理ヲ債権発生原因トシテ捕捉スルハ近代ノ発見ナリ。他人ノ事務ヲ委託セラレテ管理スルハ、一種ノ契約關係ナレドモ、其委託無シニ他人ノ事務ヲ自發のニ管理スル場合ニモ、何等カノ債権ヲ發生セシムル制度ガ此事務管理ナリ。従前ノ法律ハ事務管理ニ因ル債権発生ヲ認めザリシモ、今ヤ世界各國（英、仏、独、伊、米、其他）殆ド全部ガ此制度ヲ採用スルニ至レリ。立法ノ主義ニ個人ヲ重ズル個人主義ト社会ノ利益ヲ重視スル社会主義ノ二系統アリ。嘗テハ個人主義ガ専ラナリシモ、漸次ニ社会主義ガ個人主義ニ食入ル傾向アリテ、此事務管理制度モ其一例ナリ。

不当利得ハ「不当」ナル語ヲ含メドモ、夫レハ「惡」ノ意味ニ非ズ、然ラバトテ「善」ノ意味ニモ非ズ。単ニ「法律上ノ原因ナクシテ」ノ意味ナリ。買物ヲシテ物ヲ取得シ、代価ヲ支払フハ売買契約ナル法律上ノ原因アリ。物ヲ竊ムハ不法行為タル法律上ノ原因アリ。他人ノ物ヲ間違ヘテ所持スルハ法律上ノ原因ナシ。即チ不当利得ナリ。不当利得ハ法律違反（違法）ニハ非ザルモ、經濟上不当ナル状態ヲ是正スル制度ナリ。尚一例ヲ挙グレバ、abc三名ガ馬一頭（其価、金千円相当）ヲdニ引渡ス債務ヲ負フトキ、dガaニ対シ其債務ヲ免除シタリトセヨ。bcハ依然馬一頭引渡ノ債務ヲ負フガ故ニ、之ヲ引渡ス外ナキモ、本来aノ負担部分タル馬三分ノ一二付債務ナキ筈ナルニモ拘ラズ、馬三分ノ一ヲ切斷シテ、

残ル三分ノ二ダケヲ引渡シタノデハ債務ノ本旨ニ反スルガ故ニ、已ムヲ得ズ馬一頭全部ヲ引渡スモノナレバ、其經濟的均衡ヲ計ル為メ、馬ノ代価ノ三分ノ一ニ相当スル金三百三十三円三十三銭ノ返還請求債権ヲbcニ与フルナリ。不当利得ノ原因事実ハ物ノ受領ニ因ル利得状態ナリ。之ヨリ生ズル効果ハ返還請求ノ債権ナリ（因ニ右abcハ馬ノ共有者タルヲ通例トスレドモ、民法ハ共有關係ノ永続ヲ嫌フ傾向ヲ示ス）。

不法行為ハ違法ナル權利侵害ナリ。權利ノ範圍、特ニ人格權ノ範圍ハ國ニ依リ別異ナレバ、不法行為ノ範圍モ亦一定セズ。違法行為ハ刑法上モ問題トナリ、一定ノ類型の違法行為ヲ犯罪トシテ之ニ刑罰ヲ課ス。但之ハ刑事事件ニシテ、民法ニハ關係無シ。刑事事件ハ犯罪、国家刑罰權、公訴權、有罪判決、懲役等ノ關係ニシテ、民事事件ハ不法行為、損害賠償ノ關係ナリ。前者ハ刑事裁判所、後者ハ民事裁判所ノ管轄ナリ。同一ノ行為ガ刑事責任ト民事責任ノ両面ノ効果ヲ生ズルナリ。刑事事件ハ刑事裁判所ニ公訴提起サレ、民事事件ハ民事裁判所ニ民事訴訟ガ提起サル。但シ刑事事件ニ附帯シテ、民事ノ請求ガ附帯私訴ヲ以テ行ハルコトアリ。私訴ナル語ハ公訴ニ対スル語ニシテ、公訴ニ附帯セザル場合ニハ私訴ト言ハズ、民事訴訟ト言フ。尚、他人ノ物權ヲ侵害スルハ不法行為ナレドモ、他人ノ債権ヲ侵害スル行為ガ不法行為トナルヤ否ヤハ今尚ホ争アル所ナリ。債権侵害ノ内、債務者ニ依ル

債權侵害ハ、特ニ債務不履行ト言ハルルモ、之ハ不法行為ノ一種ナリヤ、又第三者ニ依ル債權侵害ナルモノガ抑モ有リ得ルヤ否ヤ、ノ問題ナリ。

第一章 契約

債權各論ニ於テハ、債權ノ發生原因及ビ各個ノ債權關係ノ性質並ニ効力ヲ研究スルヲ目的トス。債權發生ノ原因トシテ民法ガ特ニ挙ゲタルハ、契約、事務管理、不当利得、不法行為ノ四種ナリ。以下順次之ヲ説明セン。此四種以外ニモ尚ホ種々ノ債權發生原因無キニ非ズ。然レドモ此四種以外ノ發生原因ニ付テハ、民法ニ特ニ規定ヲ設ケザルカ、又ハ他ノ規定ヲ設クルニ當リ、關係のニ之ヲ設ケタルモノナルヲ以テ、債權原因論ノ研究トシテハ、上述四種ヲ其対象トスルモノナリ。而シテ此内、最も重要ニシテ且ツ實際上其適用ノ最も頻繁ナルハ契約ナリ。

第一節 契約ノ意義

契約トハ何カノ問題ハ、古来学者ノ最も充分ニ研究シタル所ナルニモ拘ラズ、今日尚未ダ正確ナル觀念ヲ得ルコトヲ得

ズ。故ニ我民法上最も適當ト認ムベキモノヲ説明シテ契約ノ意義ヲ知ルノ外無シ。此所ニハ先ヅ契約ノ定義ヲ示シ、然ル後之ヲ分析説明スルヲ適當トスレドモ、其定義ヲ示スコトハ稍々困難ナル事柄ナリ。民法ノ各種ノ規定及ビ從來ノ諸學說ヲ根拠トシテ、其定義ヲ下セバ、
 契約トハ、數個ノ意思表示ノ合致ヲ以テ、其主要ナル組成分子トスル法律行為ヲ謂フ。⁽¹⁾

(1) 此定義ハ、自分ガ之ヲ完成スルニ約二年余リ苦心ヲ重ネタル成果ナリ。

以下此定義ヲ分析シテ説明セン。

一 契約ハ法律行為ナリ。 契約ガ法律行為ナリヤ否ヤノ問題ハ、嘗テハ存在シタレドモ、今日ニ於テハ法律行為ヲ大別シテ単獨行為及ビ契約ノ二者トシ、契約ガ法律行為ノ一種タルコトハ明瞭ナリ。但多少問題ナルハ、学者ノ中ニハ単獨行為ト見ラルルモノノ中ニ契約ト解スベキモノアリトノ見解ヲ抱ク者アリ。從ツテ契約ハ法律行為ノ一種ニシテ、而モ単獨行為ニ非ザルモノナルコトヲ了知シ置ク必要アリ。又契約ハ法律行為ナルヲ以テ、意思表示ヲ包含スル法律要件ナリ。從ツテ意思表示ヲ包含セザル法律要件トハ全く其性質ヲ異ニス。法律行為ノ性質如何ハ学者間ニ争アレドモ、今ハ其場所ニ非ザルヲ以テ、此所ニハ論ゼズ。

二 契約ハ意思表示ヲ包含ス。 意思表示ニ關スル詳論

ハ民法総論ニ譲ルモ、簡單ニ言へバ、心理学上ノ知、情、意ノ三者ニ相当スル表示ハ、法學上ニモ存在シ、觀念表示、感情表示、意思表示ノ三者之ナリ。契約ハ之等三者ノ内、意思表示ヲ包含スルモ、他ノ二種ノ表示ハ通例之ヲ包含セズ。時ニハ意思表示ト共ニ、觀念表示又ハ感情表示ヲモ包含スル契約モ無キニシモ非ザレドモ、觀念表示、感情表示ハ凡ユル契約ニ共通ノ必要分子ニハ非ザルナリ。

(1) 従前ハ表示ト言ハバ、意思表示ノミナリシガ、近時觀念表示 *Vorstellungserklärung*、感情表示 *Gefühlserklärung* ナルモノヲ説クニ至レリ。即チ心理学上ノ知(觀念)、情(感情)、意(欲望、意志)ニ対応セシメタルナリ。尚、英語ノ *agreement*、*meeting of mind* ハ契約ニモ広義ナリ。

三 契約ハ數個ノ意思表示ヲ組成分子トス。 契約ハ二個又ハ二個以上ノ意思表示ヨリ成ルトハ、古来ノ定説ナレドモ、近時之ニ反對論ヲ稱フル者現レタルガ故ニ、此点ヲ少シク説明スベシ。例ヘバ物ノ売買ニ於テハ売主ハ売ル旨意思表示シ、相手方買主ハ之ニ対シ買フ旨意思表示スレバ、之ニ因リ契約ハ成立ス。故ニ契約ガ成立スル為ニハ、少クトモ二個ノ意思表示ヲ必要トス。然レドモ時ニハ一種ノ契約ノ如キモノガ一個ノ意思表示ト意思表示以外ノ法律事実トヨリ成立スルガ如キ外觀ヲ呈スルコトアリ。例ヘバ甲ガ実印ヲ紛失シ、懸賞広告ヲ為シテ、其実印ヲ拾得シテ屈ケ與レタル者ニ金百

円ヲ呈スル旨ノ表示ヲ為シタリ。乙ガ其実印ヲ拾得シテ之ヲ甲ニ呈示シ、金百円ノ賞金支払ヲ請求セリ、ト。此場合甲ハ乙ニ対シ金百円ノ債務ヲ負担シ、乙ハ甲ニ対シ金百円ノ債權ヲ取得セルコトハ明カナリ。此債權債務ノ發生原因ハ、懸賞広告ナル一種ノ法律行為ナレドモ、此懸賞広告ナル法律行為ノ性質ハ契約ナリヤ単獨行為ナリヤニ付キ争アリ。独逸ニ於テハ、此場合乙ノ意思表示ヲ必要トセザルガ故ニ、意思表示トシテハ甲ノ廣告ニ載セタル意思表示一個アルニ過ギズ。從ツテ之ヲ単獨行為トスル學者多シ。然ルニ Kohler ハ之ニ反對シ、此場合ニハ一個ノ意思表示(甲ノ懸賞廣告)ト、意思表示ニ非ザル他ノ一個ノ行為(乙ノ拾得行為)ヨリ成ル一ノ契約ナリト主張ス。此主張ガ正シキモノトスレバ、契約ノ中ニハ意思表示一個ノミニテ成立スルモノモ無キニ非ズト言ヒ得ザルニ非ズ。然レドモ今日ノ通説ハ、懸賞広告ヲ以テ契約トハ為サズ、單獨行為ト為シ、契約ハ必ズ二個又ハ二個以上ノ意思表示ヨリ成ルモノトセリ。又民法ハ一人ニテ当事者双方ノ代理ヲ為スコトヲ例外的ニ許スコトアリ。例ヘバ甲ガ乙ニ金千円ヲ弁済スベキ法律關係ニ在リタルトキニ、其弁済行為ハ甲ノ提供行為ト乙ノ受領行為ト二者ヨリ成ルヲ通例トス。此場合丙ガ一方ニ於テハ甲ノ代理人ト為リ、他方ニ於テハ乙ノ代理人ト為リテ、其弁済行為ヲ為シタリトセンニ、丙ハ甲ノ人格ト乙ノ人格トヲ自己ノ一身ニ併有スル姿トナルヲ

以テ、甲ノ意思表示モ乙ノ意思表示モ共ニ丙自ラ之ヲ為スコトトナル。其意思表示ノ發生及ビ完了ノ殆ド同時ナル場合多シ。此場合意思表示ハ一個ナリヤ二個ナリヤニ付キ從來學者間ニ議論アリ。然レドモ通説ハ、意思ヲ表示スル淵源ハ丙ノ心中ニシテ、一個ナレドモ、其一個ノ心中ヨリ同時ニ生ズル意思表示ハ二個ナリト言フヲ正当トセリ。弁済行為ハ通説ニ依レバ契約ナレドモ、此契約ハ此場合ニモ二個ノ意思表示ヨリ成ルト言フヲ通説トス。要スルニ契約ハ如何ナル場合ニモ二個又ハ二個以上ノ意思表示ヨリ成ルト論結セザルベカラズ。

四 契約ハ意思表示ヲ以テ主要ナル組成分子ト為ス。

契約ハ二個又ハ二個以上ノ意思表示ヨリ成ル法律要件ナリ。一般ニ法律要件ナルモノノ組成分子ハ意思表示ノ外、種々ナル法律事実ナルコトアリ。夫等ガ相結合シテ一ノ法律要件ヲ成セドモ、其法律要件ガ契約タル性質ヲ得ルニハ、必ズ二個ノ意思表示ヲ包含セザルベカラズ。例ヘバ消費貸借契約ニ於テハ、甲ガ乙ニ金千円ヲ貸与スル旨申出デ、乙ガ之ヲ借用スル旨申出デタルトキ、此処ニ一ノ合意存在スレドモ、消費貸借契約ハ未ダ成立スルコトナシ。甲ガ其貸与スベキ金銭ヲ提供シ、乙ガ之ヲ受領シタルトキ初メテ其契約成立ス。即チ二個ノ意思表示ノ外ニ、金銭授受ナル法律事実ガ相合体シテ初メテ契約ヲ成立セシムルナリ。其授受ナル事実ガ存在セザルトキハ、我民法上消費貸借契約ハ成立スルコトナシ。契約ノ

中ニハ斯ノ如キ契約モ在レドモ、如何ナル場合ニモ二個ノ意思表示ハ、契約タルガ為ニハ絶対必要ナル主要ノ組成分子ナリト論結スルコトヲ要ス。

(1) 契約ニ意思表示ト意思表示ト其他ノ法律事実

其他ノ法律事実ハ如何ニ多数ヲ必要トスル場合ニモ、夫レハ主要ナル組成分子ニ非ズ。此主要ナリヤ否ヤノ問題ハ、準用ノ決メ手トシテ重要ナリ。消費貸借契約トハ、金銭、米、其他ノ代替物ヲ借受ケ、約束ノ期限ニ同質同量ノ物ヲ返還スルコトヲ約スル契約ナリ(第五八七条)。普通ノ貸借ノ場合ニハ、目的物ノ所有權ヲ借主ニ取得セシムル必要無ケレドモ、消費貸借ノ場合ニハ、借主ガ目的物ヲ消費スルコトヲ予定スルガ故ニ、借主ハ其所有權ヲ先ヅ取得セザルベカラズ。其為ニ目的物授受ヲ契約成立ノ一要件トセルナリ。其目的物授受ノ中ニ所有權移転ノ合意ヲ含ム。此合意ト消費貸借其モノノ合意トハ別個ナリ。消費貸借契約ノミアリテ、目的物ノ授受ガ行ハレザル間ハ、消費貸借予約ノ状態ナリ。売買契約ノ場合ニハ目的物ノ所有權讓渡ハ、契約成立ノ要件ニ非ズシテ、合意ノミニ因リ成立シタル契約上ノ債務ノ履行トシテ行ハル。一般ノ契約ハ売買ト同様ニ、二個ノ意思表示ノミヲ以テ成立スル所謂諾成契約ナレドモ、消費貸借、寄託等ノ契約ハ民法上目的物ノ授受ヲ成立要件トスル所謂要物契約ナリ。何レニセヨ總テノ契約ニ共通スルコトハ複数ノ意思表示ヲ必要トスル点ナリ。

五 契約ハ數個ノ意思表示ノ合致ヨリ成ル。此意思表示ノ合致ニ就テハ從來ノ法學上極メテ真劍ニ研究セラレタル

モ、未ダ充分ナル成果ヲ公ニセル者無シ。殊ニ契約上ノ意思

表示ノ合致ハ、一種類ナリヤ二種類ナリヤニ付キ、我國ノ學者間ノミナラズ、外國ノ學者間ニモ一大論争アリテ、未ダ決セズ。然レドモ契約ニ於ケル意思表示ノ合致ハ二種類アリト言フヲ正当ト信ズ。其ノ一ハ所謂客觀的合致ニシテ、他ノ一ハ所謂主觀的合致ナリ。以下ニ此二個ノ合致ニ付キ、少シク詳細ニ論述スベシ。蓋シ此合致ナルモノハ、契約ノ特質中、最も重要ナル意味ヲ有スルモノナレバナリ。

A 客觀的合致 objektive Übereinstimmung

合致トハ契約ノ組成分子タル二個ノ意思表示ガ相符合スルコトヲ謂フ。此符合ハ之ヲ客觀的符合ト主觀的符合トニ分析シテ觀察スルコトヲ得。符合ナル事實ニ関シテ當事者ノ自覺ノ存セザル合致ヲ客觀的合致ト謂ヒ、此自覺ノ存スル合致ヲ主觀的合致ト謂フ。今此客觀的合致ヲ研究スルニ當リ、意思表示ヲ平面的ニ觀察スル方法ト、之ヲ立体的ニ觀察スル方法トガ在リ、前者ノ觀察方法ニ最も重要ナル原則ハ、以下ニ述ブルニ原則ニシテ、之等ノ原則ニ適合セル符合ガ此所ニ謂フ客觀的合致ナリ。

(1) 買主 a ト売主 b ノ間ノ売買契約ニ於テ、a ハ自ラ買フ旨ノ意思表示ヲ為スコトニ付キ自覺ヲ有スルハ勿論ニシテ、此所ニ自覺ト謂フハ斯ル自覺ヲ指スニ非ズ。a 及ビ b ノ為シタル二個ノ意思表示ノ内容ガ相符合スルコトニ付テ a、b ガ自覺スルコトヲ指スナリ。客觀的合致ノ問題ハ斯ル自覺ノ有無ヲ度外視シテ、客觀的

ニ意思表示其モノヲ觀察シテ、其内容ノ合致ヲ問題トスルナリ。故ニ例ヘバ東京ノ商人 a ガ或特定物ノ商品ヲ正札附ニテ(正札ハ多クノ場合、申込ノ意思表示ニ非ズシテ、所謂申込ノ誘引ト解スベキモノナレドモ、此所ニテハ申込ノ意思表示タル正札ヲ例ニ採ル)店頭ニ陳列シタル所、大阪ノ b ナル者ガ其同一ノ商品ヲ買入ルル旨ノ広告ヲ為シタルトセバ、此 a、b ノ意思表示ハ客觀的ニハ合致ス。然シ此瞬間ニハ a モ b モ、自己ノ意思表示ガ相手方ノ意思表示ト符合スル事實ニ付キ、自覺無キガ故ニ、主觀的合致ハ未ダ存在セズ。

(2) 此所ニ平面的觀察トハ、意思表示ノ為サレテ在ル状態ヲ見テ觀察スルコトヲ言ヒ、立体的觀察トハ意思表示ノ成立スル過程ヲ分析シ觀察スルコトヲ謂フ。

甲 契約ノ組成分子タル二個ノ意思表示ハ、當事者各自ニ對シ、各々反對ノ意味ヲ有スルコトヲ要ス。

當事者双方ハ、契約ニ於テ、常ニ其利害ヲ異ニス。即チ當事者ノ一方ガ權利ヲ有スルトキハ、他ノ一方ハ之ニ對立スル義務ヲ有スト言フガ如ク、常ニ反對ノ地位ニ立ツ。更ニ例ヘバ甲ガ乙ニ一ノ机ヲ金百円ニテ売ラントノ申込ヲ為シ、乙ガ其机ヲ金百円ニテ買ハントノ承諾ヲ為シタル場合ニ、此机ノ所有權移轉ナル点ヨリ觀察スレバ、所有權ハ売主甲ヨリ離脱シ、買主乙ニ其所有權ガ附著シ、又代金百円ノ支払ノ点ヨリ觀察スレバ、買主乙ヨリ金百円ノ所有權ガ離脱シ、売主甲ニ其所有權ガ附著ス。斯ノ如ク二個ノ意思表示ハ夫々ノ當事者

ニ反対ノ意味ヲ有ス。

更ニ此二個ノ意思表示ヲ細カク觀察スレバ、之ヲ四個ニ分析スルコトヲ得。即チ売ルナル語ハ一語ナレドモ二ツノ意思即チ売主ガ物ノ所有權ヲ自己ヨリ離脱セントノ意思及ビ代金ノ所有權ヲ自己ニ附著セシメントノ意思ヨリ成ル。而シテ其所有權離脱ノ意思ハ売主ノ手段ナルガ故ニ、之ヲ手段意思ト名ケ、代金所有權附著ノ意思ハ売主ノ目的ナルガ故ニ、之ヲ目的意思ト名ク。又買フナル語ニ付テモ、買主ガ物ノ所有權ヲ自己ニ附著セシムル意思及ビ代金ノ所有權ヲ自己ヨリ離脱セシムル意思ニ分ツコトヲ得。代金ノ所有權離脱ノ意思ハ買主ノ手段意思ニシテ、物ノ所有權附著ノ意思ハ買主ノ目的意思ナリ。此売主買主ノ心理状態ヲ比較シテ觀察スレバ、此所ニモ反対ノ意味ノ存在スルヲ見ル。即チ甲ノ手段意思ノ内容ハ乙ノ目的意思ノ内容ナリ。甲ノ目的意思ノ内容ハ乙ノ手段意思ノ内容ナリ。一方ノ手段ハ他方ノ目的ニシテ、一方ノ目的ハ他方ノ手段ナレバ、互ニ正反対ノ心理状態ナリ。⁽²⁾

要スルニ二個ノ意思表示ハ各当事者ニ対シ反対ノ意味ヲ有スルコトヲ要ス。若シ二個ノ意思表示ガ反対ノ意味ヲ有セザルトキハ、契約ハ成立スルコトナシ。例ヘバ未成年者甲ガ其法定代理人乙ノ同意ヲ得テ、第三者丙ニ対シ一ノ机ヲ売ル旨申込ミ、丙ガ其机ヲ買フ旨答ヘタル場合ニハ、甲ト丙トノ間ニ売買契約成立ス。甲ノ意思表示モ丙ノ意思表示モ、共ニ其

当事者各自ニ対シ反対ノ意味ヲ有ス。然ルニ甲ト乙トノ間ニハ契約成立スルコトナシ⁽³⁾。如何トナレバ乙ノ意思表示ハ甲ノ意思表示ニ対スル同意ナリ。同意トハ意思ヲ同ジスル意味ナリ。故ニ此乙ノ意思表示ノ内容ト甲ノ意思表示ノ内容トハ同一意味ナラザルベカラズ。従ツテ此二個ノ意思表示ハ甲乙双方ニ対シテ毫末モ反対ノ意味ヲ有スルコトナシ。故ニ甲乙間ニ契約成立スルコトナキナリ。

(1) 当事者ノ利害相反スルガ故ニ、同一内容ノ意思表示ガ両当事者ニ反対ノ意味ヲ有シ得ルナリ。利害相反セザル当事者ニ対シテハ、同一内容ノ意思表示ハ各当事者ニ同一ノ意味ヲ有スルコトナル。

(2) 売ルト買フトハ、言葉ノ意味上ハ表裏反対ノ事柄ヲ言ヒ表ス語ナレドモ、第三者ノ立場ヨリ、売買ニ於ケル財貨ノ動キヲ客觀的ニ觀察スレバ、同ジ現象ヲ別異ノ角度ヨリ眺メタル語タルニ過ギザルコトヲ見出スベシ。同ジ所有權移轉ヲ其出发点ヨリ眺ムルカ、到着点ヨリ眺ムルカノ差異ニ過ギズ。恰モ債權ト言ヒ、債務ト言フモ同一内容ノモノノ別面ニ過ギザルニ同ジ。民法第一七七条ニ物權ノ得喪及變更ト言ヘル其得喪トハ、權利者ノ立場ヨリ見タル權利ノ著脱ヲ表ス語ナリ。客觀的ニハ同一ノ現象ガ、其現象ト関ハル立場ノ相違ニ因リ別異ノ語ニヨリ表現セラルル例ハ、他ニモ少ナカラズ。

組合契約ノ場合ニハ、其組合事業ノ盛衰ニ関シテハ、各組合員ニ共通ノ利害アル如クナレドモ、組合員相互間ニ組合及ビ組合ノ事業執行ニ関シテ利害ノ衝突ヲ生ズルコトヲ免レザルヲ以テ、組

合契約上ノ意思表示モ亦各当事者ニ反対ノ意味ヲ有スルコトナリ、且ツ其限リニテ債權發生ノ原因トナルナリ。

(3) 法律行為ヲ為ス無能力者ト之ニ同意スル法定代理人トハ、相對立スル利害ノ当事者ニ非ズシテ、同一ノ当事者ナリ。其同意ニ因リ同意契約ガ成立スルモノニ非ズ。

乙 契約ノ組成分子タル二個ノ意思表示ハ同一内容ヲ有スルコトヲ要ス。但シ同一ト唯一トハ區別スルコトヲ要ス。

此兩語ハ時ニ同一意味ニ用キ又ハ解釈セラルルコトアレドモ、今此場所ニテハ別異ノ意味ヲ有スルモノトセザルベカラズ。

又此原則ノ説明ハ之ヲ平面的觀察ト立体的觀察ノ二ツニ分析シテ為スヲ至当トス。前者ハ二個ノ意思表示其モノノ内容ノ符合、後者ハ二個ノ意思表示ノ各組成分子ノ内容ノ符合ナリ。

(一) 二個ノ意思表示ノ内容符合

当事者ノ一方ヨリ出デタル意思表示ノ内容ト、当事者ノ他ノ一方ヨリ出デタル意思表示ノ内容トガ互ニ相符合スルコトヲ要ス。元來二個ノ意思表示ノ中、其一ノ意思表示ハ当事者ノ一方ヨリ出デ、他ノ一方ノ意思表示ハ当事者ノ他ノ一方ヨリ出デ、而モ其二個ノ意思表示ノ内容ガ符合スルコトハ、単ニ契約ナル法律行為ノミニ發生スル現象ニシテ、他ノ法律行為ニハ全ク發生シ得ザル現象ナリ。例ヘバ甲ト乙トガ共同シテ一ノ寄附行為ヲ為シタル場合ニ、甲ノ意思表示ノ内容ト乙ノ意思表示ノ内容トハ、互ニ相符合スレドモ、此二個ノ意思表

示ハ同一ノ当事者ヨリ出デタルモノニシテ、反対ノ当事者ヨリ出デタルモノニ非ザルガ故ニ、其内容符合ハ契約ノ二個ノ意思表示ノ内容符合トハ全ク其性質ヲ異ニス。蓋シ寄附行為ハ単獨行為ニシテ、之ヲ為ス人ノ數ハ數十、數百ナル場合ニモ、其全員ガ相合体シテ一ノ当事者ヲ形成スルモノナルガ故ニ、其數十數百ノ意思表示ハ悉ク皆當事者ノ一方ヨリ出デタルモノニシテ、反対ノ当事者ヨリ出デタルモノニ非ザレバナリ。

(1) 三名ノ買主 b c d ガ共同シテ売主 a ヨリ或品物ヲ買入ルルトキ、b c d ハ夫々 a ニ對シ売買ノ意思表示ヲ為セドモ、之等三個ノ意思表示ハ何レモ一ノ当事者ノ為ス意思表示ニシテ、其内容ハ符合スルモ、b c d 間ニハ契約成立スルコトナシ。之ニ對シ a ガ承諾ノ意思表示ヲ為ストキ、初メテ a t b c d t ノ間ニ一個ノ売買契約ガ成立スルコトナル(通常 b c d ハ代金支払ニ付キ連帶債務者トナル)。

(2) 寄附行為トハ財団法人設立ノ意思表示ヲ謂フ。

契約ノ組成分子タル二個ノ意思表示ハ、之ヲ分離シテ觀察スルモ、其内容ハ契約其モノノ内容ト同一且ツ同量ナリ。元來契約ハ二個ノ意思表示ヨリ成ルモノナルガ故ニ、一見スルトキハ其中ノ一ノ意思表示ハ契約ノ内容ノ二分ノ一ヲ以テ其内容ト為シ、他ノ一ノ意思表示ハ契約ノ内容ノ他ノ二分ノ一ヲ以テ其内容ト為シ、此二個ノ意思表示ノ二個ノ内容ガ相合

体シテ、一個ノ契約ノ内容全部ヲ組成スルモノト解スルコトヲ得ベキニ似タリ。殊ニ日常ノ物ノ売買ニ於テハ、通例當事者ノ一方ハ物ヲ売ルト言ヒ、他ノ一方ハ物ヲ買フト言フガ故ニ、此売ルト云フ一個ノ意思表示ハ売買契約ノ内容ノ二分ノ一ノ意味ヲ言ヒ表シ、買フト言フ他ノ一個ノ意思表示ハ売買契約ノ内容ノ他ノ二分ノ一ノ意味ヲ言ヒ表シ、此二個ノ意思表示ガ相合体シテ、初メテ一個ノ売買契約ノ内容全部ヲ言ヒ表スモノト解スルコトヲ得ベキニ似タリ。此解釈ハ大多数ノ學者ノ暗黙ニ採リタルモノナレドモ、而モ此解釈ハ絶対ニ誤謬ナリ。元來売主ノ意思表示ノ内容ト買主ノ意思表示ノ内容ト契約ノ内容トノ三者ハ、各々全ク同一同量ノ内容ナリト言ハザルベカラズ。由來一個ノ契約ノ内容タル事項ハ、人ノ普通ノ心理状態ヲ根拠トシテ觀察スルトキハ、唯一不可分ノ事項ナリ。如何トナレバ此事項ハ前述ノ如ク手段意思及ビ目的意思ナル二個ノ不可分の關係ヲ有スル意思ノ内容タル事項ニ外ナラザレバナリ。而シテ此唯一不可分ノ事項ハ三個ノ方面ヨリ別個ノ言葉ヲ以テ之ヲ言ヒ表スコトヲ得。即チ二個ノ主觀の見地、一個ノ客觀の見地、換言スレバ一ノ當事者ノ面、他ノ當事者ノ面及ビ第三者ノ面ヨリ見タル表現之ナリ。例ヘバ売買契約ノ内容タル唯一不可分ノ事項ヲ言ヒ表スニ付キ売主ナル一ノ當事者ノ方面ヨリハ、単ニ売ルト云フ言葉ヲ以テ其事項全部ヲ言ヒ表スコトヲ得。如何トナレバ売ルト云フ語

ハ固ヨリ一言ナレドモ、買フト云フコトヲモ其中ニ包含スレバナリ。即チ売ルトハ代金ヲ受ケテ物ヲ引渡スコトヲ意味スルニ外ナラザレバナリ。又買主ナル一ノ當事者ノ方面ヨリハ、買フト云フ語ヲ以テ右同一ノ事項全部ヲ言ヒ表スコトヲ得。蓋シ買フト云フハ一語ナレドモ、売ルト云フコトヲモ包含スレバナリ。即チ買フトハ物ヲ受ケテ代金ヲ支払フコトヲ意味スルガ故ナリ。客觀の見地即チ第三者ノ方面ヨリノ言方ハ民法第五五五條ノ明文ガ此方法ヲ採リ、「売買ハ當事者ノ一方ガ或財産權ヲ相手方ニ移転スルコトヲ約シ相手方ガ之ニ代金ヲ払フコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ズ」ト。即チ財産權ノ移転ニ対スル代金ノ支払ナル語ヲ以テ其唯一不可分ノ事項全部ヲ言ヒ表セリ。故ニ此言表シ方法ヲ以テモ亦右ノ事項ヲ言ヒ表シ得ルガ故ニ、物ノ財産權移転ニ代金ノ所有權移転ガ加ハルトキ、此所ニ売買契約ノ内容全部ヲ言ヒ表スコトナル。上述ノ所ヲ綜合スレバ、契約ノ組成分子タル二個ノ意思表示ノ各々ノ内容ト、契約ノ内容トハ全ク同一同量ナルコト明カナリ。殊ニ當事者ノ見地即チ主觀の見地ノ言葉ヲ客觀の見地ノ言葉ニ言換フレバ、其事ハ一層明カナリ。例ヘバ甲ガ乙ニ一ノ机ヲ金百円ニテ売ラント言ヒ、乙ガ其机ヲ金百円ニテ買ハント言ヒタル場合ニ、之ヲ客觀の見地ノ言葉ニ言換フレバ、甲ハ乙ニ對シ、甲ヨリ乙ニ机ノ所有權ヲ移転スルコトヲ欲望シ、且ツ乙ヨリ甲ニ代金百円ノ所有權移転ヲ欲望ス、

ト言ヒタリ。之即チ売主甲ノ意思表示ナリ。乙モ亦甲ニ対シ
 甲ヨリ乙ニ机ノ所有權移轉ヲ欲望シ、且ツ乙ヨリ甲ニ代金百
 円ノ所有權移轉ヲ欲望ス、ト言ヒタリ。之即チ買主乙ノ意思
 表示ナリ。同一内容ノコトガ、売主甲ノ立場ヨリ言へバ、売
 ルト云フ意義トナリ、買主乙ノ立場ヨリ言へバ、買フト云フ
 意義トナルコト明カナリ。而シテ此二個ノ意思表示ハ何レモ
 其言葉ハ別異ナルモ、内容上毫末モ相違スルコトナク、全ク
 同一同量ノ内容ヲ有ス。而シテ此内容ハ又契約ノ内容全部ヲ
 成スモノナレバ、契約ノ内容全部モ亦、右ノ各意思表示ノ内
 容ト同一同量ナルコト明白ナリ。

(1) 売ルノ内容(5) + 買フノ内容(5) = 売買契約ノ内容

(10) トナルニ非ズシテ、売ルノ内容 || 買フノ内容 || 契約ノ内容
 ニシテ、総テ同一同量且ツ唯一不可分ノ内容(10)ナリ。

故ニ或二個ノ意思表示ノ内容状態ガ上述ノ意義ヲ有セザル
 トキハ、其二個ノ意思表示ハ異別ノ内容ヲ有スルモノト解セ
 ザルベカラズ。此二個ノ意思表示ノ異別ノ内容ハ種々ナル形
 ニ於テ現ル。其一二ノ例ヲ示セバ

甲ガ乙ニ特定ノ物品ヲ金百円ニテ売ラント言ヒ、乙モ亦甲
 ニ対シ同種同質ノ物品ヲ金百円ニテ売ラント言ヒタリ。此場
 合ニ此二個ノ意思表示ハ、言葉ノ上ヨリ見ルトキハ、同一物
 品ヲ同一価額ニテ、而モ何レモ売ル意味ヲ言ヒ表シタルモノ
 ナレバ、全ク同一内容ヲ有スルモノト解釈スベキニ似タリ。

然レドモ此解釈ハ全クノ誤ナリ。從來學者ハ斯ノ如キ場合ヲ
 見テ、同一内容ヲ有スト解スベキモノト信ジタリシガ故ニ、
 其同一ノ頭腦ハ、普通ノ契約ノ場合ニハ、二個ノ意思表示ハ
 異別ノ内容ヲ有スルモノト解釈シ、從ツテ其真ノ意義ヲ了解
 スルヲ得ザリシナリ。論者ハ売買ノ目的物、代金又ハ売却ノ
 用語ガ皆相同ジキトキハ、直チニ其意思表示ノ内容ハ同一ナ
 リト解釈セントスルモノナレドモ、之ハ一大謬見タリ。売買
 契約ノ意思表示ノ内容同一トハ、事物ノ方向ノ同一ニ著眼セ
 ザル可カラズ。其方向ニ相違アルトキハ、其内容ニ相違アリ、
 契約ハ成立セズ。其方向ハ当事者双方ノ為シタル各意思表示
 ノ内容ヲ客觀の見地ノ言葉ニ換フルトキ、自ラ明瞭トナル。

即チ甲ハ乙ニ対シ、甲ヨリ乙ニ物ノ所有權移轉ヲ欲望シ、且
 ツ乙ヨリ甲ニ金百円ノ所有權移轉ヲ欲望ス。之ガ甲ノ意思表
 示ノ内容ノ全部ナリ。然ルニ乙ハ甲ニ対シ、乙ヨリ甲ニ物ノ
 所有權移轉ヲ欲望シ、且ツ甲ヨリ乙ニ金百円ノ所有權移轉ヲ
 欲望ス。之ガ乙ノ意思表示ノ内容ノ全部ナリ。即チ方向ノ点
 ヲリ觀察スルトキハ、二個ノ意思表示ハ異別ノ内容ヲ有ス。
 甲ノ意思表示ニ於ケル物及ビ代金ノ移轉ノ方向ト、乙ノ意思
 表示ニ於ケル其方向トハ、正反對ニシテ、之等ノ意思表示ハ唯
 一不可分ノ事項ニ関スル意思表示ニ非ズシテ、二個ノ別異ノ
 事項ニ関スル意思表示ナリ。故ニ此種ノ意思表示ハ普通ノ用
 語上ハ同種類ノ意思表示ナリト言フヲ得ベキモ、同一内容ノ

意思表示トハ言フヲ得ザルナリ。

此外ニモ異別ノ内容ヲ有スル意思表示ニ付テハ、種々ノ現象アレドモ、一々此所ニ述ベズ。唯、其異別ノ内容ノ生ズル箇所ハ、或ハ契約ノ目的物ノ種類ニ関スルコトアリ、或ハ其反対給付、売買ナラバ其代金、ニ関スルコトアリ、或ハ契約ノ性質ニ関スルコトアリ、例ヘバ一方ハ売買契約ノ性質、他方ハ贈与又ハ貸借契約ノ性質ト云フ如ク、異別ノ内容ナルコトアリ。

然ラバ契約ガ此性質ヲ有スルコトノ法律上ノ根拠如何ト云フニ、此根拠ハ寧ロ契約ナルモノノ本質ノ中ニ存スト言フコトヲ得ルガ故ニ、特ニ敢テ其法律上ノ根拠ヲ証明スル必要無ケレドモ、近代ノ稍々古キ立法ハ多クハ此点ヲ規定シ、条文上ノ根拠ヲ挙グルコトヲ得。殊ニ普国普通法 ALR 第三章第一条、第四条ハ最モ明確ニ之ヲ規定ス。独逸民法及ビ我民法ハ特ニ之ヲ規定スル条文ヲ設ケザルモ、独逸民法第一五四条、第一五五条、我民法第五二八条ハ此特質ノ存在ヲ其前提ト為スガ故ニ、此特質ノ存在ニ付テハ疑ヲ容ルル余地ナシ。

(一) 二個ノ意思表示ノ組成分子ノ内容符合

前ニ意思表示ノ立体的觀察ト言ヘルガ之ナリ。先ヅ其組成分子其モノニ付キ略述シ、其後ニ各組成分子ノ内容符合ノ状態ヲ説明セン。

a 意思表示ノ組成分子

日常生活ニ於テ實際ニ意思表示ノ為サルル経路ヲ案ズルニ、通例ハ次ノ如シ。茲ニ或花ヲ買ハント欲スル者アリトセンニ、其人ハ先ヅ心中ニ其花ヲ自己ノ物トシテ自ら使用シタシ、又ハ他人ニ贈与シタシト云フガ如キ欲情ヲ生ズ。此欲情ハ花ヲ買入ルル動機 Motive ニシテ、法学上之ヲ「縁由」Beweggrundト謂フ。

イ 心中ニ右ノ欲情ヲ生ジタル結果、其花ヲ買ハントノ決心ヲ生ズ。此決心ハ売買行為ノ法律上ノ効果ヲ欲望スル意思ニシテ、法学上所謂「内心的効果意思」Innerer Erfolgswilleト称スルモノナリ。

ロ 心中ニ右「イ」ノ決心ヲ生ジタル結果、次ニ其決心即チ内心的効果意思ヲ外部へ発表セントスル決心ヲ生ズ。此決心ハ法学上所謂「表示意思」Erklärungswilleト称スルモノナリ。
ハ 心中ニ右「ロ」ノ決心ヲ生ジタル結果、次ニ其「ロ」ノ決心ニ相当スル行為ヲ為サントノ決心ヲ生ズ。此「ハ」ノ決心ハ、例ヘバ言語ヲ発シ文字ヲ書ク等ノ挙動ヲ為サントスル意思ニシテ、法学上所謂「行為意思」Handlungswilleトナリ。

(一) 効果意思ヲ実施スル為ノ実行方法ヲ決意スルコト。

ニ 心中ニ「ハ」ノ決心ヲ生ジタル結果、次ニ此決心即チ行為意思ヲ実行シテ一定ノ行為ヲ為ス。例ヘバ買フト言フ其言語ヲ発スルガ如シ。此言語音声ヲ発スル行為ヲ法学上「表

示行為「Erklärungshandlung」ト称ス。

ホ 右ノ表示行為ノ成立ニ因リ意思表示ハ完成ス。此表示行為ノ上ニ「イ」ノ内心的効果意思ニ適合スル内容ノ意思ガ現ル。此現レタル意思ヲ法學上「表示上ノ効果意思」erklärer-Ergebnisse ト称ス。

上ニ述べタル所ハ、通常起ル自然的心理作用ニ基キ、売買契約ノ二個ノ意思表示ノ内ノ一個、即チ買フ側面ノ意思表示ノ生ズル経路ノミヲ例示シタルモノナレドモ、売ル側面ニ於テモ亦、其意思表示ハ同一ノ経路ヲ経テ生ズルモノナリ。故ニ其双方ヲ合セルトキハ、一〇個ノ組成分子ガ存スルコトトナル。更ニ其實フ又ハ売ル意思ヲ夫々二個ニ分析シテ手段意思、目的意思ニ分ツトキハ、売買契約ニ於ケル意思表示ノ組成分子ハ合計二〇個トナル。最初ニ挙ゲタル動機又ハ縁由ハ、法律上ノ効力、作用無キヲ原則トス。従ツテ自然的ニハ意思表示ノ組成分子ヲ成スコトナシ。法律ハ何故ニ此縁由ヲ意思表示ノ組成分子外ニ驅逐セルヤト言フニ、元來動機ハ人ノ心理ノ状態トシテ之ヲ見ルトキハ、極メテ肝要ナル分子タルベキモノナレドモ、法律上意思表示ノ観点ヨリ立論スルトキハ、縁由ハ当事者ノ異ルニ從ヒ、常ニ異リ得テ、而モ其數ハ甚ダ多シ。然ルニ内心的効果意思以下ノ組成分子ハ当事者ガ異ルモ異リタル内容ヲ有スルコトナク、常ニ一定不變ニシテ、法律ノ予定セル法律行為ノ内容ヲ成スモノナリ。加之、当事者

ガ効果意思ト共ニ縁由ヲモ表示スルコトヲ要スルモノトスルトキハ、實際取引ニ極メテ不便ニシテ、取引ノ円滑ヲ害スル虞アリ。故ニ法律ハ之ヲ表示スルト否ト、又之ヲ表示シテ意思表示ノ組成分子ト為スト否トヲ当事者ノ意思ニ一任スルコトトセリ。当事者ガ組成分子ト為スコトヲ選ビタルトキハ、其組成分子ト成リテ、所謂条件附法律行為トナル。若シ当事者ガ之ヲ欲セザルトキハ、縁由ハ意思表示ノ内容外ニ在ルモノトナル。要スルニ意思表示ノ組成分子ハ原則トシテ、内心的効果意思、表示意思、行為意思、表示上ノ効果意思ナル四個ノ意思ト表示行為ナル一個ノ行為トノ五者ナリ。縁由ハ原則トシテ其組成分子ニ非ズ。⁽¹⁾

(1) 意思表示ノ符合ニ付キ最も問題トナルハ、内心的効果意思ノ符合ト表示上ノ効果意思ノ符合及ビ此兩者ノ符合ニ付テナリ。表示意思ハ常ニ必ズ存在シ、且ツ存在スル以上ハ常ニ必ズ符合ス。表示意思無ケレバ意思表示モ無シ。行為意思ニ於テ選バサル行為ノ種類態様ハ種々ニシテ、一般ニハ限定ナキモ、其行為ニ依リ表示意思ヲ実施セントスル意思ハ一様ニ存在ス。法律行為ガ有効ナルガ為ニハ、意思表示ノ五個ノ組成分子ノ夫々ニ付キ符合アルコトヲ要ス。其一部ノ符合ヲ欠クトキハ、無効ノ法律行為トナル。意思表示ナル語ハ本来意思ナル語ト表示ナル語トヲ結合シタル合成語ニシテ、其意思トハ内心的効果意思、表示トハ表示上ノ効果意思ヲ指スモノト解スベキナリ。故ニ契約ノ意思表示ノ符合ハ、aノ意思トaノ表示トノ合致、bノ意思トbノ表示トノ合致、a

ノ意思トbノ意思トノ合致、aノ表示トbノ表示トノ合致、從テ又aノ意思トbノ表示トノ合致、aノ表示トbノ意思トノ合致ナル合計六個ノ合致ニ付キ、之ヲ検討セザル可カラズ。

此五個ノ組成分子ノ内、第二ノ組成分子即チ所謂表示意思ハ、常ニ符合スルモノナルガ故ニ、其符合ニ付キ特ニ研究ヲ要セズ。第三、第四ノ組成分子、即チ行為意思ト表示行為トハ、其内容ニ相違アルモ、尚、觀念上符合セリト言フヲ得ルガ故ニ、此点モ亦深く研究スル要ナシ。之ニ反シ第一ノ組成分子ト第三ノ組成分子即チ内心の效果意思ト表示上ノ效果意思トハ最モ肝要ニシテ、此兩組成分子ガ完全ニ符合スルヤ否ヤハ、充分ナル研究ヲ必要トス。

b 有効ノ合致ノ場合

有効ノ合致トハ、当事者ノ一方ノ内心の效果意思ト表示上ノ效果意思トガ符合シ、又他ノ一方ノ内心の效果意思ト表示上ノ效果意思トガ符合シ、又双方ノ内心の效果意思同志ガ符合シ、双方ノ表示上ノ效果意思同志モ符合シ、且又双方ノ内心の效果意思ト表示上ノ效果意思トヲ比較スルモ尚、符合シ、合計六個ノ点ニ於テ完全ニ符合状態ノ存スルコトヲ謂フ。

c 無効ノ合致ノ場合

此所ニ無効ノ合致トハ、当事者ノ一方又ハ双方ノ意思表示ニ於テ内心意思ト表示上ノ意思トガ一致セズ、即チ一方又ハ双方ガ錯誤ノ意思表示ヲ為シ、単ニ双方ノ表示上ノ意思ノミ

ガ符合スル場合ヲ謂フ。例ヘバ甲ガ乙ヨリ一ノ机ヲ十円ニテ買ハントノ内心意思ヲ有シ、誤ッテ百元ト記載セル申込書ヲ送レリ。然ルニ乙ハ之ヲ十円ト読ミ誤リ、十円ニテ売ル内心意思ヲ決定シタルモ、甲ニ對シテハ単ニ「然リ、承諾ス」トノ回答ヲ為シタリ。此回答ノ意思表示ハ百元ナル内容ヲ有スル意思表示ト解釈セザルベカラズ。故ニ此場合ニハ双方ノ内心意思ノ内容ハ符合シ、又双方ノ表示上ノ意思ノ内容モ符合スレドモ、唯、双方ノ意思表示夫レ自身ニ於テ、内心意思ノ内容ト表示上ノ意思ノ内容トガ一致セザルガ故ニ、有効ノ合致ハ成立スルコトナク、無効ノ合致ガ成立スルニ過ギズ。即チ当事者双方ノ二個ノ無効ノ意思表示ヲ原因トシテ生ジタル無効ノ合致ナリ。

更ニ一例ヲ挙ゲンニ、甲ガ乙ヨリ一ノ机ヲ十円ニテ買フ内心意思ヲ有シタルモ、誤ッテ百元ト記載シタル申込書ヲ送リタリ。然ルニ乙ハ之ヲ十円ト読ミ誤リ、十円ニテ売ル内心意思ヲ決定シ、十円ニテ売ル旨明記シタル承諾書ヲ送リタリ。前例ノ如ク然諾ノ旨ノ承諾書ヲ送リタルニハ非ズ。此場合ニハ、客觀的見解ニ依レバ、双方ノ表示上ノ意思ガ符合スルコトナシ。一ハ百元ノ内容ヲ有シ、他ノ一ハ十円ノ内容ヲ有スルガ故ナリ。故ニ此場合ハ此所ニ謂フ無効ノ合致ノ範圍ニ属スル場合ニ非ズ。全ク合致ノ存在セザル場合ナリ。即チ此場合モ一種ノ錯誤ノ場合ナレドモ、上述ノ無効ノ合致トハ其取

扱ヲ異ニスベキモノナリ。

無効ノ合致ノ研究ノ実益ハ、第一ニ表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ズ。第二ニ表意者ニ重大ナル過失無カリシトキハ、其合致ハ無効ノ合致ニ過ギザルガ故ニ、之ニ因リテ成立セル契約モ亦無効ノ契約ニ過ギザレドモ、当事者ハ其無効ナルコトヲ知リテ之ヲ追認スルコトヲ得。第三ニ此契約ヲ無効ト為ス法律上ノ理由又ハ根拠ハ、契約ノ本質其モノニ在ルニ非ズ。我民法第九五条本文ニ其根拠ヲ求メ、契約ハ無効トスルナリ。

(1) 表示上ノ意思ノ合致ハ存在スルモ、他ノ五個ノ全部又ハ一部ノ合致ガ存在セザルトキハ、之ヲ無効ノ合致ト云ヒ、表示上ノ意思ノ合致ノ存在セザルトキハ、之ヲ不合致ノ場合ト云フ。

(2) 法律上責任ヲ負フ主観的条件トシテ故意又ハ過失ナル觀念アリ。故意ハ結果ニ付キ認識アル場合、過失ハ其認識ナキ場合ナリ。其過失ヲ分ケテ重大ナル過失即チ所謂重過失ト輕過失トス。重大ナル過失トハ過失ノ内最モ故意ニ近キモノニシテ、極ク僅カノ注意ヲ払ハバ其結果ヲ認識シ、從ツテ之ヲ避クルコトヲ得ベカリシ場合、換言スレバ四圍ノ状況ヨリ見レバ、殆ド故意ト同視シテ差支ナキ程度ノ不注意ノ場合ナリ。

d 不合致ノ場合

不合致ノ場合トハ、二個ノ意思表示ガ意思表示タル資格ニ於テハ完全ニ成立セルモ、其内容ガ互ニ符合セザル場合ヲ謂フ。故ニ敵正ニ言ヘバ、一方又ハ双方ノ意思表示ガ夫レ自身

未ダ意思表示タル資格ニ於テ成立シ居ラザル場合ニハ、此所ニ謂フ不合致ハ起ルコトナシ。如何トナレバ此場合ニハ合致不合致ノ問題ヲ生ズル域ニ未ダ達セザルガ故ナリ。從來學者ハ不合致ヲ二個ニ分チ、一ヲ表見の不合致 *offener Dissens* ト云ヒ、一ヲ不表見の不合致 *versveckter Dissens* ト称シ来レリ。

イ 表見の不合致ノ場合

表見の不合致ノ場合トハ、当事者ノ一方又ハ双方ノ意思表示ニ依リ予メ定メタル数個ノ合意事項ノ存スルトキ、其總テノ事項ニ付キ未ダ悉ク合意ヲ為スニ至ラズ、且ツ当事者ガ其合意ニ至ラザル旨ヲ知ル場合ヲ謂フ。例ヘバ米千石ヲ売買スル合意ヲ為シタルモ、予メ定メ置キタル目的物米ノ引渡方法又ハ代金ノ支払方法ニ付キ未ダ合意ヲ為サザル場合ノ如シ。

此場合ニハ合致ハ尚ホ不完全ナリ。且ツ当事者ハ其不完全ナルコトヲ知ルガ故ニ、學者ハ此場合ヲ称シテ意識の不完全合意 *bewußte unvollkommene Einigung* トモ言フ。此場合

未ダ合意ナキ点ヲ除キ、其合意アリタル内容ノミニテ一ノ獨立シタル契約内容タリ得ルヤ否ヤニ付キ、独逸民法第一五四条ハ明文ノ規定ヲ設ケタレドモ、我民法ハ明文規定ヲ設ケズ、學者ノ解釈ニ任セタリ。然ラバ合致ノ原則、契約ノ本質ヲ根拠トシテ推考スレバ、此内容ハ獨立ノ契約ノ内容ヲ成ス場合ト然ラザル場合トアリ。当事者ガ獨立ノ契約ノ内容ト為ス意

思ヲ有シタリト解釈スベキトキニハ、独立ノ契約ノ内容ヲ成シ、其意思不明ナルトキハ、不致致ノ理由ニ依リ契約ハ成立セザルモノト解セザル可カラズ。

ロ 不表見の不致致ノ場合

不表見的不致致ノ場合トハ、当事者が合致アリト信シタルモ、其実、合致ノ無カリシ場合ヲ謂フ。当事者ハ契約ヲ為ス当時、其合致ナキ旨ヲ知ラザルガ故ニ、学者ハ又之ヲ無意識的不致致 *nicht bewußter Dissens* トモ言フ。不表見的不致致ハ専ラ誤解 *Mißverständnis* ヲ原因トシテ生ズ。誤解トハ他人ノ意思表示ヲ誤ッテ解釈スルコトヲ謂フ。他人ノ意思表示ヲ誤ッテ解釈スルニ付キ、他人ノ意思表示其モノニ解釈者ノ誤解ヲ生ゼシムル原因ノ存スルコトアリ。又ハ斯ノ如キ原因ノ存セザルコトアリ。後ノ場合ニ解釈者が誤解ヲ為シタルハ、解釈者自身ガ其責ニ任ズベキハ当然ナリ。然レドモ前ノ場合即チ意思表示其モノニ誤解ノ原因ガ存在セルトキハ、解釈者自身ノ過失ヨリ出デタルモノト言フコトヲ得ズ。故ニ解釈者ハ自ら其責ニ任ズルヲ要セザルベシ。誤解ノ原因ノ存在スル意思表示ヲ誤解性 *Mißverständlichkeit* ヲ有スル意思表示ト謂ヒ、近代ニ至リ *Mängel* ノ発明セル有名ナル理論ナリ。其誤解性アリタルガ為ニ、当事者双方ニ誤解ヲ生ゼシメタルトキハ、双方誤解ノ場合ト言ヒ、其一方ノミニ誤解ヲ生ゼシメタルトキハ、一方誤解ノ場合ト言フ。

双方誤解ノ場合ノ例ヲ挙グレバ、甲ガ乙ニ東京丸ナル船ヲ売ラント言ヒタルニ、乙ハ之ニ対シ東京丸ヲ買ハント答ヘタリ。然ルニ東京丸ナル船二隻アリ。甲ハ *a* ナル東京丸ヲ意味シテ、之ヲ腦中ニ置キ、乙ハ *b* ナル東京丸ヲ意味シテ、之ヲ腦中ニ置キタリ。此場合甲ノ意思表示ハ完全ニ成立シ且ツ有効ナルモノト解スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ、未ダ学者ノ精緻ナル研究アリト言フヲ得ザレドモ、大体ニ於テハ之ヲ積極ニ解スルガ通例ナリ。其理由ハ甲ノ内心意思ト表示上ノ意思トハ一致スルモノト見ザル可カラザルガ故ナリ。唯、此意思表示ハ所謂誤解性ヲ有ス、何トナレバ甲ノ主観ニ依レバ、此意思表示ハ唯一ノ意味、即チ *a* ナル東京丸ノ意味ヲ有スルニ過ギザレドモ、客観的ニハ *a* ナル東京丸又ハ *b* ナル東京丸ナル選択の意味ヲ有シ、人ヲ誤解セシメ得ベキ二個ノ意味ヲ有スレバナリ。元來或意思表示ガ斯ノ如キ誤解性ヲ有スルトキハ、果シテ有効ニシテ完全無欠ナル意思表示ナリヤ否ヤハ、一ノ問題ニ属スレドモ、今日マデノ学者ノ研究ノ程度ニテハ、斯ノ如キ意思表示モ亦有効ナルモノト解釈シ居レリ。今乙ハ甲ノ意思表示ノ誤解性ニ因リ事実上誤解ヲ為シ、甲ガ *b* ナル東京丸ヲ売ル意思ヲ有スルモノト誤解シ、此誤解ヲ一ノ縁由トシ、之ヲ起因トシテ遂ニ *b* ナル東京丸ヲ買フ内心意思ヲ決定セリ。然ルニ乙ハ自己ノ内心意思ヲ表示スルニ、*b* ナル東京丸ヲ買ハントハ言ハズ、単ニ東京丸ヲ買ハント言ヒタリト

セバ乙ノ此意思表示モ亦完全ニ成立シ且ツ有効ナルモノト解
釈スルヲ得ルモ、而モ亦誤解性ヲ有ス。而シテ甲ハ乙ノ承諾
ノ意思表示ノ誤解性ニ因リ、事実上又誤解ヲ為シ、乙ガaナ
ル東京丸ヲ買フ意思ヲ有スルモノト誤解シ、之ニ因リテ双方
ノ意思表示ノ内容ガ完全ニ合致シタルモノト信ジタリ。然レ
ドモ事実上ハ双方ノ内心意思ハ符合セズ、双方ノ表示上ノ意
思モ符合スルコトナシ。故ニ合致ハ成立セズ。從ツテ前述ノ
錯誤ノ意思表示ノ場合ト異リ無効ノ合致モ成立スルコトナシ。

(一) 不表見のナル語ハ、通常契約ノ成立スベキ時点、即チ甲ノ申
込ニ対シ乙ノ承諾書ガ甲ニ到達シタル時点に於テ、不合致ガ表面
化シ居ラザルコトヲ指ス。履行ノ段階ニ至レバ、誤解ノ在リタル
コト、從ツテ不合致ノ事実ハ当事者双方ニ氣付カレ判明スルヲ以
テ、最早之ヲ不表見のト称スルコトハ不適當トナル。又不表見の
不合致ハ、契約ノ二個ノ意思表示ノ両方共ニ誤解性ガアリ、其誤
解性アル為ニ現ニ意思表示ノ相手方ガ誤解ニ陥リタル場合ニ發生
スル現象ナリ。意思表示ノ表意者自身ガ自己ノ意思ト表示トノ間
ニ不一致アルコトニ氣付カザリシトキハ、錯誤ノ問題ニシテ、不
合致ノ問題ニ非ズ。

尚、誤解ニモ種々アリテ、不表見の不合致ヲ生ゼシムベキ
誤解ト、然ラザル誤解トガアルヲ以テ、此旨ヲ明確ナラシム
ル為、更ニ例ヲ挙ゲテ説明セン。

第一例 甲ガ乙ニaナル東京丸ヲ売ラントノ内心意思ヲ
有シ、単ニ東京丸ト記シタル申込書ヲ送リタルニ、乙ハ甲ガ

bナル東京丸ヲ意味スルモノト解シ、bナル東京丸ヲ買フ内
心意思ヲ決定シ、単ニ東京丸ト記載セル承諾書ヲ發送セリ。
此場合ハ前ニ説明セル不表見の不合致ノ場合ナリ。

第二例 甲ガ乙ニaナル東京丸ヲ売ラントノ内心意思ヲ
有シ、aナル東京丸ト記載セル申込書ヲ送リタリ。然ルニ乙
ハ之ヲbナル東京丸ト読ミ誤リ、bナル東京丸ヲ買フ内心意
思ヲ決定シタルモ、其承諾書ニハ単ニ「然リ、承諾ス」ト記
載シタリ。之ハ前述ノ錯誤ノ場合ナリ。

此二個ノ例ニ於テ、契約ヲ不成立又ハ無効ナラシムルモノ
ハ、何レモ広キ意味ニ於ケル誤解ガ其原因ヲ成セドモ、此誤
解ノ性質ヲ探究スルトキハ、此二個ノ間ニ一大相違アルコト
ヲ発見スベシ。即チ第一例ニ於テノ誤解ハ甲ノ意思表示ノ総
テノ組成分子ニ付テニ非ズ。甲ノ内心意思ト之ニ対スル乙ノ
内心意思及ビ表示上ノ意思トヲ比較スルトキハ、其間ニ誤解
アリト言フコトヲ得ズ。何トナレバ甲ノ表示上ノ意思ノ内容
ハ、前述ノ如ク選択的ニaナル東京丸又ハbナル東京丸ヲ意
味スルモノナレバナリ。然ルニ第二例ニ於テハ、一般ニ謂フ
純然タル誤解ナリ。即チ此場合ニハ甲ノ内心意思及ビ表示上
ノ意思ト、乙ノ内心意思及ビ乙ノ主觀ニ基ク表示上ノ意思ト
ヲ比較スルトキハ、其間ニ明確ナル誤解存ス。

此二例ノ間ニハ大ナル相違アルガ故ニ、第二例ハ無効ノ合
致ノ場合ニ屬スルニモ拘ラズ、第一例ハ不表見の不合致ノ場

合ニ屬スルコトナル。而シテ此誤解ニ二種類ヲ生ゼシムル根本ノ原因ハ、意思表示ノ誤解性ニ在リ。而シテ複雑ナル内容ヲ有スル契約ニ於テハ、此誤解性ハ常ニ部分的ニ潜在スルガ故ニ、其有効無効ヲ断定スルニ當リテハ、良ク此点ニ注意スルコトヲ要ス。

不表見的不合致ヲ特ニ研究スル実益ハ、法学上原則ノ適用ノ点ニ在リ。即チ不表見的不合致ノ場合ニ、契約ノ成立セザル理由ハ、我民法上ノ法規ヲ根拠ト為スコトヲ得ズ。契約ニ関スル諸種ノ法規ノ前提トセル契約ノ本質ヲ以テ、其根拠トセザルベカラズ。

B 主觀的合致 subjektive Übereinstimmung ⁽¹⁾

(1) 主觀的合致ナル語ヲ用キル學者ハ、日本ニモ独逸ニモ甚ダ少シ。契約ノ組成分子トシテ、之ヲ必要トスルヤ否ヤニ付キ争アリ。主觀的合致トハ、契約ノ当事者ガ客觀的合致ノ存在ヲ意識シ又ハ自覺スルコトヲ謂フ。今法律ヲ離レテ、日常實際ニ起ル取引ニ付キ考フルトキハ、此主觀的合致ハ通常、契約ノ一組成分子ヲ成ス。

一例ヲ挙グレバ、東京ノ甲ガ特定ノ物ヲ金百円ニテ売ル意味ヲ有ツ正札ヲ出シ、大阪ノ乙ガ偶然ニ同一ノ物ヲ同一ノ価額ニテ買フ意味ヲ有ツ広告ヲ為シタリ。此場合ニハ二個ノ表示ハ同一内容ヲ有スルガ故ニ、客觀的合致ハ成立シ居ルモノト見ザル可カラズ。然レドモ此場合ニハ法律上モ法律外モ、

契約ハ成立スルコトナシト言フヲ正当トス。何トナレバ当事者双方ガ相互ニ交換的ニ其意思表示ヲ為サザル限り、一ノ当事者ハ他ノ当事者ノ意思ヲ知ルコト能ハズ、自己ノ意思ト相手方ノ意思トガ相一致セル旨ヲ知ラザルガ故ニ、履行ナルモノヲ全然考ヘ得ザレバナリ。之即チ所謂主觀的合致ガ契約ノ成立ニ絶対必要ナル所以ナリ。

更ニ一例ヲ挙グレバ、甲ガ乙ニ特定ノ骨董品ヲ金七十一円ニテ買ハント言ヒタルニ、乙ハ之ヲ金四十一円ト解シ、自ラ金七十一円ニテ売ラント言ヒタリ。然ルニ甲ハ之ヲ金七十七円ト解シ、之ガ為契約ハ不成立ト見テ、其儘一語ヲ発セズシテ別レタリ。⁽¹⁾又東京ノ甲ガ或特定物ヲ金百円ニテ大阪ノ乙ニ売ル決意ヲ為シ、之ヲ手紙ニ認メ乙宛ニ郵送シタリ。然ルニ大阪ノ乙モ亦同一ノ特定物ヲ金百円ニテ東京ノ甲ヨリ買フ決意ヲ為シ、之ヲ手紙ニ認メ甲宛ニ郵送シタリ。然ルニ双方ノ手紙ガ共ニ途中ニテ天災ノ為ニ滅失シ、遂ニ双方ニ到達セズシテ已ミタリ。之等二個ノ例ニ於テモ、二個ノ意思表示ハ同一ノ内容ヲ有スルガ故ニ、客觀的合致ハ成立シ、当事者各自ハ相手方ノ同意ニ因リ法律上ノ効果ヲ發生セシムベキ意識ヲ以テ相互ニ交換的ニ其意思表示ヲ為シタルニモ拘ラズ、契約ハ成立スルコトナシ。其理由ハ当事者各自ガ客觀的合致ノ存在ヲ自覺セザルガ故ナリ。即チ各自ガ相手方ト同一ノ意思ヲ有スル旨ヲ知ラザルガ故ナリ。斯ルガ故ニ日常ノ取引ニ於

テハ通常当事者各自ガ客観的合致ノ存在ヲ知りタルトキニ、初メテ契約ガ成立スルモノトスルナリ。詰リ契約ハ主観的合致ヲ其一ノ組成分子ト為スナリ。法律上モ亦、我民法ノ明文ニハ此旨ヲ規定セザレドモ、契約ノ根本觀念トシテ主観的合致ヲ要求スルモノト解釈セザルベカラズ。元來法律ハ自然的存在ニシ得ベキ根本觀念ニシテ特ニ明定スル必要無キモノニ付テハ、特別ノ規定ヲ設ケズ、単ニ之ヲ前提トシ、此前提ヨリ或ハ生ジ得又ハ生ジ得ザル事項ヲ規定スルヲ常トス。然ラバ即チ客観的合致ハ契約ノ根本觀念ニ屬スルコト疑ナク、特ニ言フヲ俟タザル事柄ナレバ、我民法ハ之ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケザレドモ、其民法解釈ニ當リ、客観的合致ガ契約ノ組成分子ニ非ズト為ス者アルコトナシ。主観的合致モ亦、右ト同一ノ理由ニ依リテ我民法ハ、契約ノ根本觀念ニ屬スルガ故ニ、之ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケザレドモ、之ヲ前提トセルコトハ明白ナリ。

(1) 意思表示ノ表意者ガ言損ネ又ハ書損ネタル場合ハ錯誤ノ場合ニシテ、無効ノ合致ヲ生ジ得ベキモ、主観的不合致トハ關係ナン。主観的不合致ハ意思表示ノ表意者ガ其内心意思ニ合致スル表示ヲ為シタルニ拘ラズ、其相手方ガ之ヲ間違ヘ又ハ訛違ヘタル為ニ生ジ得ルナリ。此所ニハ通例起リ勝テノ例トシテ四、七、一ノ音声ノ近似ニ因ル間違ヘヲ挙グルナリ。〔質問〕当事者ガ後日其間違ヘニ気付キ、而モ二個ノ意思表示ノ客観的合致ニ気付クナラ、其

時ニ契約ハ成立スルモノト解スベキカ？ 客観的不合致ニ気付クナラ、契約不成立ナルコトガ主観的ニモ自覚セラルルコト勿論ナリ。

(2) 民法ハ民事事項ヲ普遍的ニ規定スルモノナレドモ、個々ノ点ヲ細大漏サズ規定シ尽スモノニ非ズ。例ヘバ人トハ何ゾヤ、利息トハ何ゾヤ等ニ付テハ特ニ規定ヲ設ケズ、他ノ學問ニ之ヲ委ネタリ。

左ニ主観的合致ノ存在スベキ旨ヲ各種ノ場合ニ付キ証明セシ。

先ヅ對話者間ノ契約締結ニ際シ、二個ノ意思表示ガ順次ニ為サル場合ニハ、其各意思表示ガ相手方ニ到達シタル時ニ其効力ヲ生ズベキヤ（到達主義）、相手方ガ其意思表示ヲ了知シタル時ニ其効力ヲ生ズベキヤ（了知主義）ニ付キ學者間ニ争アレドモ、其後說即チ相手方ガ其意思表示ヲ了知シタル時ニ其効力ヲ生ズルモノト為スヲ通説トス⁽¹⁾。而シテ相手方ガ了知スルトキハ、相手方ハ其意思表示ノ合致ノ自覚、即チ主観的合致ヲモ其腦中ニ生ズルハ勿論ナレバ、此場合ニハ主観的合致ガ契約ノ組成分子ヲ成ス点ニ毫末モ疑アルコトナシ。

(1) 意思表示ノ効力発生時期ニ關スル到達主義、了知主義ニ付テノ詳論ハ、民法総論ニ譲ル。契約ノ成立時期ト契約上ノ各意思表示（特ニ承諾）ノ効力発生時期トヲ區別シテ觀察スベキコトニ付テハ後述。

又對話者間ニ二個ノ意思表示ガ同時ニ為サル場合（真ニ

同時ニ為サルル場合ト、順次ニ為サレタルモ、其間ノ時間ハ極メテ僅少ニシテ、其前後ヲ厳密ニハ知ルコトヲ得ザル場合トヲ含ム。ニモ亦契約ハ成立スルモノト為スヲ今日ノ通説トス。其成立ノ時期ハ当事者各自ガ二個ノ意思表示ノ内容ノ同一ナルコトヲ自覚シ了リタル瞬間ナリト解スルコトヲ要ス。故ニ此場合ニ於テモ当事者ハ各自其心裡ニ主観の合致ヲ為セルモノト言ハザルベカラズ。

(1) 駅ノ赤帽トノ間ニ手荷物運搬ノ契約ヲ為ス場合ニハ、多ク此状態ナラン。此運搬委託ノ契約ニ因リ赤帽ハ旅客ノ手荷物ヲ旅客指定ノ場所ヘ運搬スル債務、旅客ハ之ニ対シ赤帽ニ一定ノ料金を支払フ債務即チ金銭所有権移転ノ債務ヲ負担スル旨ノ効力ヲ生ズ。次ニ隔地者間ノ契約ノ際、二個ノ意思表示ガ順次ニ為サルル普通ノ大多数ノ場合ニ付キ、民法ハ特別ノ規定ヲ設ケタリ(第五二一条乃至第五二八条)。民法ハ此場合ニ承諾ノ意思表示ニ付キ如何ナル主義ヲ採リタルヤニ付テハ、学者間ニ一大論争アリテ、今日未ダ解決シタリトハ言ヒ得ザレドモ、原則トシテ到達主義ヲ採リタルモノト解スルヲ至當トス。而シテ承諾者ノ側ニ主観の合致ノ成立スルコトハ、固ヨリ論ナキ所ナレドモ、申込者ノ側ニモ亦主観の合致ニ類似セル事實、即チ主観の合致ヲ可能ナラシムベキ到達ト言ヘル事實ガ成立ス。故ニ此事實ヲ以テ契約ノ一組成分子ト見ザルベカラズ。而シテ此到達ナル事實ハ主観の合致ト同種類ニ属スルモノト見ザ

ルベカラズ。

隔地者間ノ契約ノ際、二個ノ意思表示ガ同時ニ為サルル場合ハ、学問上之ヲ二重申込 *Doppelofferte* 又ハ交叉申込 *Kreuzofferte* ト称シ、古来学者間ニ議論ノ焦点タリ。然レドモ今日ニ於テハ此場合ニモ契約ハ有効ニ成立スルモノト見ルガ通説ト成ラントシツアリ。此場合ニモ亦当事者各自ガ二個ノ意思表示ノ内容ノ同一ナルコトヲ自覚シ了リタル瞬間ニ、契約ハ成立スルモノト解スルヲ、理論上ハ正當トスレドモ、唯、承諾ニ付キ到達主義ヲ採リタル結果、此場合ニモ当事者各自ノ腦中ニ主観の合致可能ノ事實發生シ、之ヲ其一組成分子トシテ契約ガ成立スルモノナリ。唯、此点ニ付テハ学者間ニ種々ノ議論、種々ノ学説アレドモ、其点ニ付テハ後ニ契約成立ノ時期ヲ説明スル箇所ニ於テ詳論スベシ。

第二節 契約ノ種類

契約ハ種々ノ標準ニ依リ之ヲ分類スルコトヲ得。大別シテ二種ノ標準アリ。

第一種ハ法典ニ依ル分類ニシテ、民法ハ其第三編第二章第二節以下ニ各種ノ契約ノ種類ヲ挙ゲテ、夫々ニ特有ノ規定ヲ設ケタリ。故ニ此法典上ノ契約ノ種類ニ付テハ、後ニ契約各論ノ説明ノ際ニ自ラ明カニスベキモノナレバ、此所ニハ省略

ス。

第二種ノ分類ハ法学上ノ分類ニシテ、以下ニ其主要ナル分類ヲ説明スベシ。

一 債權契約ト物權契約 obligatorischer Vertrag, ding-

licher Vertrag

債權契約、物權契約ナル語ハ、我國ニ於テモ独逸ニ於テモ、何レモ法典上ノ用語ニ非ズシテ、學問上ノ言葉タルニ過ギズ。此區別ハ契約ノ内容ヲ標準トシテ為シタルモノニシテ、債權契約トハ債權ヲ發生セシムルコトヲ其内容 Inhalt トスル契約ヲ謂フ。例ヘバ我民法第三編第二章第二節以下ニ規定セル各種ノ契約中、単ニ債權發生ノミノ原因タル契約ハ之ニ屬ス。物權契約トハ直接ニ物權ノ得喪變更、即チ物權變動ヲ生ゼシムルコトヲ其内容トスル契約ヲ謂フ。例ヘバ物ノ所有權ヲ直接移轉セシムル契約ノ如キ之ナリ。普通ニ所謂売買契約、贈与契約等ノ如キハ皆債權契約ニ屬シ、物權契約ニ屬スルコトナシ。契約ノ中ニハ債權發生ヲモ物權發生ヲモ其内容ト為サズ、其他ノ事項ヲ内容ト為スモノアリ。債權契約、物權契約ハ何レモ財産ニ関スル契約ナレバ、財産ニ関スル其他ノ契約ヲ學者ハ準物權契約ト名付ケタレドモ、財産以外ノ事項ヲ内容トスル契約ヲ表ス総括的名称ヲ用キルコトナシ。單ニ其當該契約内容其モノヲ表ス名称ヲ以テ之ヲ呼ブニ過ギズ。例ヘバ婚姻契約ト云フガ如シ。契約ノ効力ハ其内容ノ發現ニ外ナ

ラス。債權契約ナラバ債權ノ發生、物權契約ナラバ物權ノ直接變動ナリ。

(1) 此分類ハ比較法研究上特ニ重要ナリ。蓋シ債權契約、物權契約ノ區別ヲ明確ニシ、此區別ノ上ニ一般ノ財産法ノ制度ヲ一貫シテ構成スルハ、独逸法ノ主義ニシテ、我國ノ民法モ此主義ヲ採用シタレドモ、他ノ諸國、特ニ英仏及び其系統ノ諸國ニ於テハ、此區別ノ明確ナラザルモノ多シ。此為メ財産法關係ノ國際的比較ガ極メテ複雑困難トナレリ。

売買契約ハ、財産權ノ移轉ヲ約シ、之ニ対スル代金支払ヲ約スル契約ナレドモ(民法第五五五條)、之ニ因リ直接ニ其財産權乃至代金ノ所有權ガ相手方ニ移轉スルコトヲ内容トスルニ非ズ。單ニ其移轉ヲ為スベキ債權ヲ生ゼシムルニ過ギズ。其売買契約上ノ債務ノ履行トシテ、所有權移轉ノ物權契約ガ為サルナリ。債權契約ハ債權ヲ發生セシムレドモ、其發生シタル債權ハ、一個ノ財産權トシテ、謂ハバ之ヲ獨立ノ物體視シテ、他ニ讓渡又ハ質入スルコトヲ得ルモノト為シタリ。然シ此債權ノ讓渡又ハ質入ハ債權ノ創設、發生ニハ非ザルヲ以テ、債權讓渡又ハ債權質入ノ契約ハ、債權契約ニ非ズ。然ラバトテ物權ノ變動ニモ非ズ、債權ノ變動ナレバ、物權契約ニモ非ズ。債權其モノヲ直接變動セシムル点ハ物權契約ニ近キヲ以テ、學者ハ之ヲ準物權契約ナル特別種類ノ契約トセルナリ。勿論此準物權契約ノ場合ニモ、予メ其準物權契約(例ヘバ債權讓渡)ヲ為ス債務アリテ、其債務ノ履行トシテ準物權契約ガ為サル場合ガ通例ナリ。斯ル債務ハ一般ニハ何等カノ債權契約(例ヘバ債權売買)ノ効果トシテ發生セルモノナリ。債權売買ト債權讓渡トノ關係ハ、所有權売買ト所有權讓渡トノ關係

ニ類ス。之等ノ關係ヲ明確ニ把握スルコトハ、我國ノ財産法關係ヲ理解スル為ニ基本的ニ重要ノ点ナリ。

二 有因契約、無因契約

此有因契約、無因契約ナル語モ法典上ノ用語ニ非ズシテ、學問上ノ用語ナリ。但シ學問上モ未ダ確定不動ノ術語ト言フヲ得ズ。學者ハ此所ニ所謂有因契約ヲ指シテ、或ハ原因契約 *causaler Vertrag* 又ハ實質契約 *materieller Vertrag* 等トモ言ヒ、又無因契約ヲ抽象契約 *abstrakter Vertrag* 又ハ單純契約 *reiner Vertrag* トモ言フ。此區別ハ財産給付ヲ目的トスル契約ノミニ関スルモノナリ。有因契約トハ、財産給付夫レ自身ト財産給付ノ原因トノ二者ヲ以テ其内容トスル契約ナリ。無因契約トハ、単ニ財産給付夫レ自身ノミヲ以テ其内容ト為シ、其財産給付ノ原因ヲ其内容中ニ加ヘザル契約ヲ謂フ。有因契約ハ何レノ法制ニ於テモ之ヲ認め、之ヲ認めザル法制無ケレドモ、無因契約ハ或法制ニ於テハ之ヲ採リ、他ノ法制ニ於テハ之ヲ採ラザルコトアリ。独逸ノ法制ガ無因契約主義ヲ採リタル点ニ付テハ、學者間ニ毫末モ争無ケレドモ、我國民法モ亦原則トシテ此無因契約主義ヲ採用シタルヤ否ヤハ、我國私法學界ニ於ケル從來ノ一大問題ナリ。然レドモ通説ニ依レバ我民法ハ一定ノ例外ノ場合ヲ除キ、總テノ契約ヲ有因契約ト為シ、無因契約ヲ原則トシテ認めザルモノト解セザルベカラズ。

(1) 此所ニ原因ト言フト雖モ、之ハ寧ロ理由ト言フ方ガ適當ナルベシ。或物品ヲ金百円ニテ売買契約スルトキ、売主ガ其物品ヲ買主ニ与フル原因(理由)ハ、金百円ヲ得ルコトナリ。買主ガ金百円ヲ売主ニ与フル原因(理由)ハ、其物品ヲ得ルコトナリト云フコトヨリ、其意味ニ於テ原因ト名付クルナリ。英法上ハ有因無因ナル觀念ナク、之ニ略々相当スルモノニ *consideration* (約因)ナル觀念アリ。書面ニ依ラザル契約 *simple contract* ニ約因ヲ欠クトキハ、其契約ハ無効トセラル。故ニ英法上ハ書面ニ依ラザル贈与契約ハ、約因無シトテ、無効トセラル。此点ニ原因ト約因トノ間ニハ食連アルコトヲ知ル。独逸法上ハ原因ハ契約内容ノ一部ニシテ、売買ナラバ反對給付ガ原因ナリ。贈与ナラバ無價ナルコトガ原因(無價原因)ナリ。故ニ贈与契約モ有因契約ナリ。書面ニ依ラザル贈与モ有効ナリ(但シ民法第五五〇条参照)。我國ノ法律上例外的ニ認めラレタル無因行為ノ最モ典型的ナルハ手形行為(為替手形、約束手形ノ振出、裏書等)ナリ。「金千円也、右金額・・・殿(御支払被下度云々)」ト在ルノミニシテ、其金額支払ノ原因ヲ含マザレバナリ。尚ホ無因契約ト名付ケタリト雖モ、原因ガ全ク無ナルニ非ズ。凡ソ人ガ他人ニ財産ヲ給付(所謂出捐)スルニハ、何等カノ原因ナカルベカラズ。何等ノ原因モ無シニ、財産ヲ他人ニ与フルコトハ、正常ノ精神状態ニ於テハ有リ得ザルコトナリ。故ニ無因契約ニハ、原因ナキニハ非ズシテ、唯、其原因ヲ契約内容ヨリ人為的ニ排除シテ、財産給付ノミヲ切離シテ契約内容トスルコトヲ、法律ガ認ムル場合ニ限り、有効ニ無因契約ヲ締結シ得ルナリ。従ツテ名称トシテハ有因契約、無因契約ト呼ブヨリハ、寧ロ要因契約、不要因契約ト呼ブヲ勝レリトスベシ。

三 双務契約、片務契約

双務契約トハ、契約ノ内容ヲ根拠トシ、当事者双方ガ相互ニ対価タル關係ニ於テ債務ヲ負担スル契約ヲ謂フ。例ヘバ、売買契約、交換契約ノ如キナリ。故ニ此契約ノ場合ニハ、当事者双方ガ債権者タルト同時ニ債務者トナル。即チ二個ノ債権ト二個ノ債務トガ必然的ニ發生ス。片務契約トハ、契約ノ内容ヲ根拠トシ、当事者ノ一方ノミガ債務ヲ負担スル契約ヲ謂フ。例ヘバ、贈与契約、無償寄託契約ノ如シ。当事者双方ガ債務ヲ負担スル場合ニモ、其双方ノ債務ガ相互ニ対価タル關係ヲ有セザルトキハ、其契約ハ双務契約ニ非ズシテ、片務契約ト解スル外ナシ。例ヘバ委任契約ニ於テ、受任者ガ委任事務ヲ処理スルニ必要ト認ムベキ費用ヲ出ダシタルトキハ、委任者ハ受任者ニ対シ其費用ヲ償還スル債務ヲ負担ス（民法第六五〇条）。從來學者ハ此種ノ契約ヲ不完全双務契約 *involuntar kommer zweiseitiger Vertrag* ト称シタリ。然レドモ或契約ガ双務契約ナリヤ否ヤハ、契約其モノノ内容ヲ根拠トシテ、当事者双方ニ必然的ニ債務ヲ生ズベキヤ否ヤヲ標準トシテ之ヲ決定スベキモノナルニ、右ノ例ニ於テ委任者ハ唯偶然的ニ而モ契約ノ予定外ノ事實ニ因リ債務ヲ負担スルニ至レルモノナレバ、之ハ双務契約ニ非ズ。加之、双務契約ニ於テハ二個ノ債務ガ対価關係ヲ有スルコトヲ必要トスルガ故ニ、此關係ナキトキハ、之ヲ特ニ双務契約ノ一種トスル実益アルコトナ

②

- (1) 一個ノ債務ガ他ノ一個ノ債務ト対価的ニ対立スル場合ニ限ラズ、一個ノ債務ガ他ノ數個ノ債務ト対価的ニ対立スル場合ニモ、其契約ハ双務契約ナリ。例ヘバ三名以上ノ者ノ間ノ組合契約ノ如キナリ（此場合ニハ双務契約ト言フヨリハ、寧ロ數務契約ト言フ方ガ適當ナランカ？）。対価關係トハ、売買ニ於ケル其目的物ト其代金トノ如ク、一ノ給付ト他ノ給付トガ主觀的ニモ客觀的ニモ等価的 *äquivalent* ノモノト見ラレル關係ヲ謂フ。故ニ例ヘバ或人 a ガ帽子屋 b ニ金七円ノ修理代ノ約束ニテ、一ノ帽子ノ修理ヲ注文シタル場合ニ、b ノ修理ヲ為ス債務ト a ノ修理代金七円支払ノ債務トハ対価關係ニ在レドモ、b ガ修理済ノ帽子ヲ a ニ返還スル債務ト a ノ金七円支払ノ債務トハ封鎖關係ニ在ルコトナシ。何トナレバ帽子返還義務ハ帽子修理契約（債權契約）上ノ義務ニ非ズシテ、a ノ帽子所有權ニ基ク物權的請求權ニ対応スル b ノ他人所有物返還義務ナレバナリ。a ノ返還請求ニ対シテ、b ハ修理代金七円ノ支払トノ同時履行（双務契約上ノ抗弁權、民法第五三三条）ヲ求ムル權利ハ無ク、単ニ金七円ノ弁済ヲ受クルマデ其帽子ヲ留置スルコトヲ得ルニ過ギズ（第二九五条）。
- (2) 双務契約ト片務契約トハ、之ニ適用セラルル法律上ノ原則、法規ヲ異ニスル点ガ、此區別ノ実益ナリ。然ルニ不完全双務契約ナルモノヲ認ムルトセバ、夫レガ片務契約ノ原則ヲ離レテ、双務契約ノ原則下ニ入ルベキコトヲ予定スルモノノ如ク推論サレ、其結果ハ必ズシモ要當ナラズ。

四 有償契約、無償契約

有償契約トハ、当事者双方が出捐ヲ為ス契約ヲ謂フ。例ヘバ、売買契約、交換契約、賃貸借契約ノ如キ之ナリ。無償契約トハ、当事者ノ一方ノミガ出捐ヲ為ス契約ヲ謂フ。例ヘバ、贈与契約、使用貸借契約ノ如キ之ナリ。此所ニ出捐トハ、之ヲ為ス者ヨリ立言スレバ、財産上ノ損失ナリ。又之ヲ受クル者ヨリ立言スレバ、財産上ノ利得ナリ。其範圍ハ極メテ広範ニシテ、畜ニ金錢其他ノ有体物給付ノミナラズ、勞務又ハ權利ノ給付モ亦、此出捐ノ中ニ算入セラル。契約ノ中ニハ其本来ノ性質上常ニ必ズ有償契約ナルモノアリ。売買契約、交換契約、賃貸借契約、雇用契約ノ如キハ之ナリ。又其本来ノ性質上常ニ必ズ無償契約ナルモノアリ。例ヘバ、使用貸借契約ノ如キ之ナリ。然レドモ或種類ノ契約ハ、当事者ノ意思ニ因リ之ヲ或ハ有償ト為シ、或ハ無償ト為スコトヲ得。委任契約、寄託契約ハ之ニ屬ス。

有償契約、無償契約ノ區別ト、双務契約、片務契約ノ區別トノ間ノ差異ニ注意スベシ。前者ハ一般ニ両当事者が出捐ヲ為スヤ否ヤヲ標準トスル區別ナリ。其出捐ガ有償契約ノ法律要件ヲ作成スル為ニ為サルルト、有償契約ノ効果タル債務ノ履行トシテ為サルトヲ問ハズ、当事者双方が出捐ヲ為ストキハ有償契約ニシテ、其一方ノミガ之ヲ為ストキハ無償契約ナリ。然ルニ双務契約、片務契約ノ區別ハ、之ニ因リ発生スル債務ノ数ヲ標準トスル區別ナリ。即チ債權契約ガ締結セラ

レタル効果トシテ債權債務ガ発生シ、其履行トシテ当事者双方が出捐ヲ為スヤ、其一方ノミガ出捐ヲ為スヤヲ以テ其標準ト為ス。其結果双務契約ハ常ニ必ズ有償契約ナレドモ、片務契約ハ常ニ必ズシモ無償契約ニ非ズ。例ヘバ、利息附消費貸借契約ハ有償契約ナレドモ、双務契約ニ非ズシテ、片務契約ナリ。何トナレバ、貸主ハ借主ニ対シテ元本ノ使用ヲ許スガ故ニ、其使用ノ出捐ヲ為シ、借主ハ其使用ノ対価トシテ貸主ニ対シ利息ヲ支払フガ故ニ、之亦出捐ヲ為ス。双方ノ当事者が出捐ヲ為スガ故ニ之ハ有償契約ナリ。然レドモ契約ニ因リ債務ヲ負担スルハ借主ノミニシテ、貸主ハ何等ノ債務ヲ負担スルコトナク、從ツテ利息附消費貸借契約ハ双務契約ニ非ズシテ、片務契約トナルナリ。⁽¹⁾

(1) 当事者ノ一方ニ經濟的利得ヲ生ズル反面ニ、他ノ一方ニ經濟的損失ヲ生ズル財産ノ變動ヲ廣ク出捐 *Zuwendung* ト謂フ。消費貸借ノ場合ニ貸主ハ先ツ金錢ヲ借主ニ交付スルヲ以テ、此点ニ貸主ノ出捐ガ在レドモ、此出捐ハ貸主ノ契約上ノ債務ノ履行トシテ為サルルニ非ズシテ、契約ヲ成立セシムル為ノ一要件トシテ為サルナリ(第五八七条)。

五 諾成契約、要物契約

諾成契約トハ、当事者ノ意思表示ノ合致ノミニテ成立スル契約ヲ謂フ。売買、交換、請負、委任、其他法典上認めラレタル種類ノ契約、即チ所謂模範契約ノ大多數ハ諾成契約ナリ。

要物契約トハ、契約成立ノ要件トシテ当事者ノ意思表示ノ合致ノ外ニ、物ノ引渡ヲ必要トスル契約ヲ謂フ。例ヘバ消費貸借、使用貸借又ハ寄託ノ契約ノ如キナリ。⁽¹⁾然レドモ之等民法上特ニ名称ヲ附シテ規定セラレタル契約種類、即チ所謂模範の契約ニ付キ其種類ヲ標準トシテ此分類ヲ為シ得ルヤト云フニ、元来此模範契約ニ関スル民法ノ規定ハ強行法ニ非ズ。当事者ハ契約自由ノ原則ニ依リ、民法ガ要物契約トシテ規定セルモノト同一ノ内容ノ契約ヲ、意思表示ノ合致ノミニ因リ成立セシムルコトヲ得ベク、換言スレバ諾成契約トシテ之ヲ成立セシムルコトモ可能ナリ。尤モ当事者ガ合意ノミ為シテ物ノ引渡ヲ為サザリシハ、後日契約ヲ為シテ其際物ノ引渡ヲ為ス予定ニテ、其予約ヲ為シタルニ止ル場合モ在リ得ベク、此場合ニハ其本契約ハ依然要物契約タルベキモ、当事者ノ意思ガ予約及ビ本契約ヲ為スニ非ズシテ、唯一個ノ契約ヲ、而モ物ノ引渡ヲ為スコトナク、成立セシムルニ在ルトキハ、其契約ハ諾成契約ノ一種ト見ザルベカラズ。又民法ガ諾成契約ノ一種トシテ規定セルト同一ノ内容ノ契約ヲ、物ノ引渡ヲ俟ツテ成立スルモノトスルコトモ可能ニシテ、此場合ニハ法律上ノ諾成契約ト同一内容ノ契約ガ要物契約トシテ成立スルコトトナル。故ニ法律上ノ模範契約ヲ其儘ノ状態ニテ分類スルナラバ、諾成契約、要物契約ノ分類ヲ為シ得ベキモ、当事者ガ自由ニ之ヲ変更シ得ル限り、究極ノ區別ハ不可能ナリ。況

ヤ当事者ガ民法ニ規定ナキ事項ニ付キ自由ニ締結スル契約ニ付キ此區別ヲ予メ為スコトヲヤ。

(1) 民法上ハ物ノ引渡ガ契約成立要件ナリヤ、債務ノ履行ナリヤノ區別明カナラザルモノ多ク、之ガ為多クノ契約ガ要物契約ト解セラルル如シ。

六 有名契約、無名契約、混成契約

今日ノ法學上ノ意味ニ於ケル有名契約 *benannter Vertrag* トハ、羅馬法上研究セラレタル所謂有名契約トハ異リ、其契約ニ関シ法律ガ特別ノ規定ヲ設ケ、且ツ特別ノ名称ヲ与ヘタル契約ヲ謂フ。民法第三編第二章第二節以下ニ規定セル一三個ノ契約其他質、抵当、保証ニ関スル契約ノ如キハ皆之ニ屬ス。學者ハ此契約ヲ模範的契約又ハ典型的契約トモ謂フ。

(1) 羅馬法ニ於テハ原則トシテ有名契約ノミ之ヲ締結スルコトヲ許シ、夫レ以外ノ契約ヲ認めザリキ。

(2) 尚、流質契約ナル語ハ、法典上ニハ存在セザルモ、其規定ハ存在スル故ニ(民法第三四九条)、此契約モ有名契約ノ一種トシテ可ナラン。

無名契約 *unbenannter Vertrag* トハ、法律ガ之ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケズ、且ツ特別ノ名称ヲ附セザル契約ヲ謂フ。法律ガ契約自由ノ原則又ハ法律行為自由ノ原則ヲ認めタル結果トシテ生ズル契約ナリ。此無名契約、法律ニ特殊ノ典型ナク、専ラ当事者ノ自由意思ニ基キ生ズルガ故ニ、其内容ハ

千差万別ナリ。然レドモ之ヲ理論上分類スレバ、左ノ三種ノ外ニハ出デザルベシ。即チ(イ)其内容ガ典型的契約ノ内容中ニ存セザル新ナル事項ノミヨリ成ル無名契約、例ヘバ他人ノ姓名ヲ廣告ニ使用スル契約ノ如キ之ナリ。(ロ)其内容ガ一個又ハ數個ノ典型的契約ノ内容中ニ存スル事項ト、新ナル事項トヨリ成ル無名契約、例ヘバ主人ガ女中ニ対シテ行儀作法見習ノ機会ヲ与ヘ、女中ハ主人ニ対シテ勞務ヲ為ス契約ノ如シ。(ハ)其内容ガ一個若クハ數個ノ典型的契約ノ内容中ニ存スル事項ト、他ノ一個若クハ數個ノ典型的契約ノ内容中ニ存スル事項トヨリ成ル無名契約、例ヘバ一定ノ金額ノ支払ニ対シ衣食住ヲ給与スル契約又ハ家屋ノ貸与ニ対シテ家賃ノ代リニ家庭教師トシテ勞務ヲ給与スル契約ノ如シ。

混成契約 *gemischer Vertrag* トハ、數個ノ契約ノ内容タルベキ數個ノ事項ガ相混合シテ其内容ヲ成ス契約ヲ謂フ。其數個ノ契約中ニ含マルルハ典型的契約ノミナリヤ又ハ典型的契約ノ外一般ノ無名契約モ含マルルヤハ、一ノ問題ナレドモ、此問題ニ付キ今日マデ最モ充分ナル研究ヲ為シタル *Hohler* ハ、混成契約ノ中ニ含マルルハ、単ニ典型的契約ノ内容ノミナリト言フ。此見解ニ依ルトキハ、混成契約ハ上述(ハ)ノ部類ニ屬スル無名契約ノミヲ意味スルコトナル。混成契約ノ研究目的ヨリ考フレバ、斯ノ如ク狹義ニ解スルハ、寧ロ不便ト言ハザルベカラザルモ、今日大多數ノ學者ハ此見解ヲ採

(2)

(1) 所謂混成契約ヨリ生ズル法律關係ハ、從來屢々生起セルモノニシテ、學者モ亦其各個ノ場合ニ付キ全ク研究ヲ為サザルニ非ズ。殊ニ所謂混成ノ贈与ニ関シテハ、相當多數ノ學者ガ研究ヲ試ミタリ。然レドモ混成契約ナルモノノ一般ノ研究スルニ至レルハ、最近ノ現象ニシテ、其研究モ亦深遠ナラズ。而モ其研究ノ範圍ハ極メテ広範ナルガ故ニ、從ツテ又極メテ困難ナル研究事項ニ屬ス。

(2) 斯ル分類ヲ行フ際ニハ、如何ニセバ其分類ノ利用価値ヲ高メ得ルヤ、實際ニ適用シ得ルヤヲ考究スベシ。此場合ニ就テ言ヘバ、混成契約ノ中ニ典型的契約ノ要素ヲ成ル可ク多ク發見スル程、成功ノ度合ハ大ナリト言フベシ。(質疑)其意味ハ、典型的契約ニ関スル法律ノ規定ヲ類推適用スル範圍ガ広クナリ、依ツテ混成契約ノ法律關係ヲ安定セシムル意味カ?

七 其他ノ分類

以下述ブル分類ハ現行法上極メテ重要トハ言ヒ難キモ、從來學者ハ其説明ヲ為スガ故ニ其意味ヲ略述セン。

イ、実定契約、射倖契約

此區別ハ有償契約ノ中ノ區別ニシテ、実定契約トハ、其契約ヨリ生ズル利益ガ性質上初ヨリ確定セル契約ニシテ、大多數ノ契約ハ皆之ニ屬ス。射倖契約トハ、其契約ヨリ生ズル利益ガ性質上不確定ニシテ、契約ノ結果ガ損益何レニ屬スルカヲ偶然ノ事實ニ任セタル契約ヲ謂フ。射倖契約ハ、或ハ其契

約ノ内容ノ性質ヲ基礎トシテ此契約ニ屬スルモノアリ。例ヘバ定期売買⁽¹⁾、終身年金契約、保険契約ノ如キ之ナリ。或ハ又通常ハ実定契約タルモノガ、特別ノ事情ノ為ニ射倖契約トナルコトアリ。例ヘバ未來ノ收穫ノ売買ノ如シ⁽²⁾。

- (1) [質疑]取引所ニ於ケル定期売買(差金決済)ノ取引ノコトカ?
 (2) 射倖契約ハ Speculation 的性質ヲ有スル為、賭博ニ陥リ勝ニテ、公ノ秩序ニ反スル虞アリ。刑法上賭博罪ノ規定アル外、私法上之ヲ如何ニ規制スベキヤハ立法論トシテ問題ナレドモ、我民法ニハ之ニ關スル一般の規定ナシ。独逸民法 BGB 第七六二条乃至第七六四条参照。

ロ、要式契約、不要式契約

要式契約トハ、法律ノ命ズル一定ノ方式(又ハ形式)ヲ以テ意思ヲ表示スルコトヲ要スル契約ヲ謂フ。例ヘバ婚姻、養子縁組ノ如キ之ニ屬ス。不要式契約トハ、当事者ノ隨意ノ方法ヲ以テ意思ヲ表示スルコトヲ得ル契約ヲ謂フ。我國法律ハ一般のニ、契約ニハ一定ノ方式ヲ必要トセズトノ大原則ヲ採リタルガ故ニ、大多数ノ契約ハ不要式契約ナリ。此所ニ方式又ハ形式トハ、意思ヲ表示スル方法ニシテ且ツ契約成立要件タル意味ヲ有スルモノヲ謂フガ故ニ、要物契約ニ於ケル物ノ引渡ハ方式ニ非ズ。蓋シ要物契約ニ在リテハ、物ノ引渡ハ意思表示ト併存スル独立ノ一分子⁽²⁾ニシテ、意思ヲ表示スル方法ニ非ザレバナリ。我民法第五〇条ニ書面ニ依ラザル贈与契

約ニ付キ特別ノ効果ヲ規定シタレドモ、此書面作成モ此所ニ謂フ方式ニ非ズ。何トナレバ此書面ノ作成ハ契約ノ成立要件ニ非ザルガ故ナリ。

- (1) [質疑]一層正確ニハ、契約ノ有効要件ト言フ可キカ? BGB §125.

(2) [質疑]契約成立要件ノ一?

ハ、主タル契約、從タル契約

主タル契約トハ、其成立ニ他ノ法律關係——他ノ契約ヨリ生ジタル法律關係若クハ契約以外ノ原因ヨリ生ジタル法律關係——ノ存在ヲ必要トセザル契約ヲ謂フ。売買契約、贈与契約等大多數ノ契約ハ之ニ屬ス。從タル契約トハ、其成立ニ他ノ契約其他ノ原因ヨリ生ジタル法律關係ノ存在ヲ必要トスル契約ヲ謂フ。例ヘバ保証契約、質契約、抵当契約、違約金契約等ノ如キ之ナリ。此區別ノ実益ハ、主タル契約ノ無効ハ從タル契約ヲモ無効ト為ス点ニ在リ。

- (1) 契約ノ主従ハ相對的ナリ。単ニ売買契約トシテ見ルトキハ、主タル契約ニモ從タル契約ニモ非ズ。別ニ主タル契約アリテ初めて從タル契約ガ在リ得ルナリ。恰モ主人ト家來トノ關係ノ如シ。但シ例外トシテ主アリテ從ナク、從アリテ主ナキコトアリ。例ヘバ主タル債權ノ未ダ發生セザル所謂根抵当契約ノ如シ。

ニ、予約、本契約

一ノ債權契約ガ、同一ノ当事者ノ間ニ、他ノ一定ノ債權契

約ヲ締結スルコトヲ、其内容ト為ストキハ、其第一ノ契約ヲ第二ノ契約ニ対シテ予約ト謂ヒ、其第二ノ契約ヲ第一ノ契約ニ対シテ本契約ト称ス。予約、本契約ノ性質如何ニ付キテハ学者間ニ議論アルモ、通説ニ依レバ予約ハ一種ノ債權契約ナリト見ル。本契約モ亦債權契約ノ性質ヲ有スル場合ガ大多数ナリ。⁽¹⁾ 予約ニハ一方予約ト双方予約トノ區別アリ。我民法ハ売買ノ節ニ、一般ノ原則トシテ、其一方予約ニ付キ規定ヲ設ケタルモ、其他ノ契約ノ予約ニ付テハ、或特別規定ノ外ニハ、一般の規定ヲ設クルコトナシ。⁽²⁾

(1) 本契約ハ必ズシモ債權契約タルヲ要セズ。物權契約ニテモ、準物權契約ニテモ又ハ身分法上ノ契約(婚姻、養子縁組其他)ニテモ可ナリ。其何レノ場合ニモ、予約ハ常ニ債權契約ナリ。予約ノ当事者ハ予約上ノ債務ノ履行トシテ、本契約上ノ意思表示ヲ為スコトヲ請求セラルルナリ。

(2) 一方予約トハ、予約ノ当事者ノ一方ノミガ本契約締結ノ債務ヲ負ヒ、他ノ一方ノ当事者ニハ其債務ヲ負ハシムルコトナキ予約ヲ謂フ。双方予約ハ当事者ノ双方ガ互ニ相手方ニ対シ本契約締結ノ債務ヲ負フコトヲ内容トスル予約ナリ。斯ノ如ク予約ハ本来相手方ニ意思表示ノ給付ヲ求め得ルニ止リ、予約上ノ債權者ガ一方ノ本契約ヲ成立セシムル權能ヲ有スルニ非ザレドモ、民法ハ売買ノ一方予約ニ付キ特に規定ヲ設ケ、予約權利者ハ自己ノ一方の意思表示ニ依リ、売買ノ本契約ヲ成立セシムル權能ヲ有スルコトトセリ(民法第五五六条)。之ハ迂遠ノ手数ヲ省キテ直截の解決

ノ形成權ヲ与ヘントスルナリ。但之ハ任意規定ナルヲ以テ、当事者ガ形成權ノ發生ヲ欲セズ、飽マデ債權の予約ヲ欲スルナラバ、売買予約ト雖モ、売買完結ノ形成權ヲ發生セシムルコトナシ。尚、他ノ予約ニ付テノ特別規定トハ、例ヘバ民法第五八九条等ナリ。

第三節 契約ノ成立

契約ノ成立トハ、契約ナル事実ガ完成スルニ至ル經過ヲ謂フ。此中ニ研究スベキコトハ種々アレドモ、要スルニ契約ナル事実ノ作初ヨリ、完成ニ至ル迄ノ、総テノ分子ノ研究ニ外ナラズ。先ヅ契約締結ノ場ニ付キ説明セン。

契約ハ二個ノ意思表示ノ合致ヨリ成ル。此契約ナル事実ガ作成セラルル狀況ニハ様々アリテ、或ハ二個ノ意思表示ガ對話者間ニテ為サルコトアリ。例ヘバ二人ガ目前ニテ相對面シテ相互ニ意思表示ヲ為スガ如キ之ナリ。或ハ隔地者間ニテ為サルコトアリ。例ヘバ二人ガ遠隔地ニ在リテ書面ヲ以テ相互ニ意思表示ヲ為スガ如キ之ナリ。或ハ一ノ意思表示ハ對話者間ニテ為サレ、他ノ一ノ意思表示ハ隔地者間ニテ為サルコトアリ。例ヘバ一人ガ相手方ノ目前ニ在ッテ相手方ノ申込ノ意思ヲ了知シ、数日後之ニ対シ隔地ヨリ書面ヲ以テ承諾ノ意思表示ヲ為スガ如キ之ナリ。或ハ又一ノ意思表示ハ不特定人ニ対シテ為サレ、他ノ一ノ意思表示ハ對話者間若クハ隔

地者間ニテ為サルルコトアリ。正札附ニテ物品販売ノ申込ヲ為シタル店ニ対シ、或人ガ口頭ニテ承諾ノ意思表示ヲ為シ又ハ承諾書ヲ輸送スルガ如キ之ナリ。此場合正札附物品販売ヲ為ス旨ノ申込ノ意思表示ハ、對話者間ノ意思表示ニ非ズ、隔地者間ノ意思表示ニモ属セズ、唯単ニ不特定人ニ対シテ為サルル意思表示ト言フノ外ナシ。然レドモ申込ノ意思表示ハ相手方ノ了知ヲ要スルモノト見ザルベカラザルガ故ニ、對話者間ノ意思表示ニ準ジテ其取扱ヲ為スベキナリ。以上上述大多数ノ場合ニハ二個ノ意思表示ハ順次ニ為サルルヲ通例トスレドモ、時ニハ二個ノ意思表示ガ同時ニ為サルルコト無キニ非ズ。二重申込ノ場合ガ之ニ属ス。以下述ブル原則ハ、上述總テノ場合ニ適用セラルベキモノナレドモ、法典ハ、主トシテ隔地者間ノ意思表示ニ依ル契約ヲ眼中ニ置キテ、其規定ヲ設ケタリ。

第一款 申 込

申込ハ契約ノ成立ヲ目的トスル意思表示ナリ。元ト意思表示ナルガ故ニ、一般意思表示成立ニ必要ナル總テノ条件ヲ具備スベキハ勿論ナレドモ、此一般の必要条件ニ付テハ民法總論ニ其説明ヲ譲リ、此所ニハ申込ノ意思表示ニ特ニ必要ナル条件ノミヲ説明セン。

一 申込ノ要件

a. 申込ハ契約ノ締結ニ必要ナル内容ヲ有スルコトヲ要ス。之ハ申込ノ内容上ノ条件ナリ。元来申込ハ一定ノ代金ヲ支払ヒテ、一定ノ財産ヲ取得セン、又ハ一定ノ財産ヲ給与シテ、一定ノ代金ヲ受取ラン、ト言フナリ。故ニ從來學者ハ、申込ノ内容ハ原則トシテ、契約ノ内容ヲ組成スル總テノ分子ヲ包含シ、「然諾」ノ承諾表示ニ遭ヒテ、直チニ契約ヲ成立セシメ得ルモノタルヲ必要トスト説明セリ。之ハ固ヨリ正當ナレドモ、唯、申込ハ未ダ夫レノミニテ契約ヲ組織シ得ル資格ヲ有セズ、之ヲ組織スル一分子ニ過ギザルガ故ニ、必ズシモ常ニ契約ノ内容ト全ク同一ニ確定の内容ヲ有スルコトヲ要セズ、単ニ契約ノ締結ニ必要ナル内容ヲ有スルヲ以テ足レリトス。換言スレバ、申込ノ内容ハ未ダ完全ニハ確定シ居ラザルモ、申込者ハ既ニ最終的決意ヲ為シ、其内容ノ未確定ノ点ハ、最早申込者ノ決意ヲ俟ツ迄モナク、承諾者ノ決意ノミニテ確定シ得ル程度ニ在ルヲ以テ充分ナリ。例ヘバ選択的又ハ種類のノ申込ニテ可ナリ。貴下所有ノ牛又ハ馬ノ何レカヲ金千円ニテ購入シタシトノ申込、又ハ一石四十円ノ割ニテ一定品種ノ米ヲ貴下ノ必要トスル分量ダケ購メラレタシトノ申込ノ如キ之ナリ。要スルニ申込ハ契約締結ニ必要ナル限度ノ内容ヲ有スルコトヲ要スレドモ、夫レニテ足り、夫レ以上ノ内容ヲ有スル必要ナシ。

(1) 或程度申込ニ幅ヲ持タセテ、其範圍内ニテ承諾者ノ選択決定

ニ任スコトハ、實際上モ屢々行ハレ、特別不都合モナク、大ニ便宜ナリ。例ヘバ、列車中ヨリ旅館ニ宛テ電報ニテ宿泊ヲ申込ム場合、部屋モ料金モ特定セズ、旅館側ノ見計ヒニ任スコトニテ、申込シテ充分有効ナリ。其裁量ノ限界ハ、其旅客トノ従前ノ取引又ハ一般ノ慣習等ニ依リ自ラ定マルガ故ナリ。

時ニ或ハ人ハ自ラ申込ヲ為サズ、単ニ他人ヲシテ申込ヲ為サシメンガ為、其勧誘ノ意思表示ヲ為スコトアリ。例ヘバ、一定ノ商品ヲ格安ニテ売ル旨広告スルガ如シ。此種ノ意思表示ハ、学問上之ヲ申込ノ誘引 Auforderung ト謂フ。申込ト申込ノ誘引トハ之ヲ敲正ニ區別スルコトヲ要ス。何トナレバ、申込ノ誘引ハ意思ノ表示ニハ外ナラザレドモ、契約ノ内容ヲ直チニ組成スル資格ヲ有セズ、唯相手方ニ申込ノ意思ヲ發生セシメントノ欲望ノ表示ニ外ナラザレバナリ。此意思表示ガ仮令相手方ニ到達スルモ、何等ノ法律的效果ヲ生ズルコトナシ。申込ト其誘引トヲ區別スルコトハ、實際上困難ナルコト多ケレドモ、其意思表示ヲ為ス者ガ、申込トシテ最終的意思ヲ決定シ、之ヲ表示シタルモノナリヤ否ヤヲ標準トシ、其意思表示ノ内容ト取引上ノ觀念トヲ基礎トシテ、之ヲ區別スルノ外⁽¹⁾ナシ。

(1) 入札施行ノ公示ノ如キハ、申込ノ誘引タルコト多シ。入札ハ入札応募者ガ其施行者ニ対シテ為ス契約ノ申込ニシテ、施行者ノ申込ニ対スル承諾ニ非ズ。従ッテ入札アリタルノミニテハ未ダ契

約ハ成立セズ、施行者ハ応募者ノ入札ヲ見テ、之ニ対シ承諾スルヤ否ヤノ選択ノ自由ヲ保有シ、施行者ガ改メテ承諾ノ意思表示ヲ為シテ初メテ契約ハ成立ス。之ニ反シ店頭ニ正札ヲ附ケテ商品ヲ陳列スルハ、多クノ場合申込ノ誘引ニ非ズシテ、申込其モノナリ。顧客ノ購入申出ハ承諾ノ意思表示トナリ、契約ハ直チニ成立ス。蓋シ其商人ハ顧客ノ何人タルヲ問ハズ、正札通り其商品ヲ、而モ在庫ノアル限り、顧客ノ欲スルダケノ数量ヲ即座ニ販売スル意思ヲ、最終的ニ決定シ表示シタルモノ(不特定人ニ対スル申込)ト解セラルガ故ナリ。

b. 申込ハ相手方ニ対シテ之ヲ為スコトヲ要ス。 相手

方ニ対ストハ、心理状態ノ向フ方向ヲ指ス。此方向ヲ基礎トシテ意思表示ハ之ヲ三種ニ區別スルコトヲ得。即チ受領必要ノ意思表示、受領不必要ノ意思表示、及ビ方向(又ハ發送)必要ノ意思表示之ナリ。受領必要ノ意思表示トハ、發送ト到達トヲ必要トスル意思表示ヲ謂フ。申込ハ此受領必要ノ意思表示ニ該当ス。受領不必要ノ意思表示トハ、發送及ビ到達ノ兩者ヲ必要トセザル意思表示ヲ謂フ。方向必要又ハ發送必要ノ意思表示トハ、發送ヲ必要トスルモ、到達ヲ必要トセザル意思表示ヲ謂フ。此所ニ方向必要又ハ發送必要ト云フハ、必ズシモ書面ヲ發スル意味ニ非ズ。広キ意味ニテ相手方ニ対シ方向付ケタル表示ヲ必要トスル意味ナリ。即チ其申込ヲ為ス者ガ「対シテ為ス」意思ヲ有シ、且ツ事實上「対シテ為ス」コトヲ要ス。故ニ或人ガ或相手方トノ間ニ一定ノ契約ヲ締結

スル意思ヲ有スル旨、書面ニ認め、之ヲ第三者ニ交付スルモ、夫レハ申込トナルコトナシ。何トナレバ、「対シテ為ス」ナル分子ヲ欠缺スルガ故ナリ。又或発表者ガ満座ノ中ニテ自己ノ意思ノ内容ヲ言明スルモ、尚其発言ハ申込トナルコトナシ。何トナレバ之亦、何人ニ対シテ為シタルモノニモ非ザレバナリ。但其意思表示ガ不特定ノ人ニ向ケラレ、「不特定人ニ対シテ為ス」分子ヲ包含スルトキハ、申込タリ得ルナリ。故ニ相手方ニ対シテ為スコトト、相手方ヲ特定スルコトトハ、同一ニ非ズ。不特定ノ相手方ニ対シテ申込ヲ為スコトトハ、固ヨリ可能ナリ。例ヘバ孤兒院又ハ貧民救助ノ施設ノ管理者ガ人ノ出入スル公ノ場所ニ設置シタル寄附金受箱ノ如キハ、不特定ノ相手方ニ対シテ為ス受贈ノ申込ニ該当スルモノナリ。

(1) 此三種ノ意思表示ニ付テハ、民法総論ニ於テ詳細研究スベシ。
二 申込ノ効力

申込ハ契約ナル一種ノ法律行為ノ単ナル一組成分子ニ過ギズ。夫レ自体独立ノ法律行為タル資格ヲ有スルモノニ非ズ。従ツテ独立ノ法律行為ナラバ有スベキ効果、即チ其法律行為ヲ組成スル意思表示ノ内容ニ適合スル効力が、単独ノ申込ノ意思表示其モノニ付キ発生スルモノニ非ズ。故ニ此所ニ申込ノ効力トシテ採上グルハ、斯ノ如キ效果意思ニ適合スル効果ニ非ズシテ、夫レトハ別異ノ一種ノ法定的効果ナリ。

(1) 契約ノ効力ト言ハバ、其主タル効力ハ合致セル当事者双方ノ

意思表示ノ效果意思ノ内容ニ適合スル権利義務発生変動ナルコトハ極メテ明瞭ナレドモ、此契約ノ効力ノ外ニ、之ト區別シテ其組成分子タル個々ノ意思表示タル申込又ハ承諾其モノノ効力トハ何かハ、一見不明瞭ナルガ如シ。然レドモ之ヲ家屋ニ比スレバ、契約ハ即チ家屋ニシテ、申込承諾ハ其家屋ヲ組成スル礎石、柱、壁等ニ相当ス。家屋ノ効用ト石材木材等ノ効用トハ之ヲ區別シテ觀察シ得ルト同様ニ、契約ノ効力ト申込承諾ノ効力トハ別異ナルコトヲ知り得ベシ。唯、家ノ効用ハ家賃、倉敷料等ノ形ニテ具体的ニ見積ルコトヲ得レドモ、柱、壁等ノ独立的効用ハ之ヲ具体的ニ示スコト困難ナルコトモ、契約ノ効力ト意思表示ノ効力トノ差異ヲ示ス困難ニ相似タリ。

a. 消極的効力

申込ハ契約ノ一組成分子ニシテ、受領必要ノ意思表示ナリ。故ニ申込ハ意思表示タル資格ニ於ケル完成時期ト、契約ノ組成分子タル資格ニ於ケル完成時期トヲ有ス。而シテ申込ハ此二個ノ時期ニ於テ各々別異ノ効力ヲ生ズ。即チ隔地者間ノ申込ハ其發送ノ時期ニ意思表示タル資格ニ於テ完成ス。此時期以後ニ於テハ、申込ハ其中込者ガ死亡シ又ハ能力ヲ失フモ、之ガ為メニ其効力ヲ妨ゲラルルコトナシ(第九七条第二項)。之即チ申込ノ消極的効力ナリ。

(1) 但第五二五条參照。

b. 積極的効力

次ニ申込ハ、相手方ニ到達シタル時ニ、契約ノ組成分子タ

ル資格ニ於テ完成ス。此時期以後申込ハ、相手方ガ何時ニテモ承諾ヲ為シテ契約ヲ成立セシメ得ル權能ヲ、相手方ニ賦与スルコトトナル。此資格ヲ申込ノ承諾能力ト謂フ。⁽¹⁾民法第五二一条第二項ニ「申込ノ効力」ト云フハ、此承諾能力ノミヲ意味ス。他ノ一方ニ於テハ此時期以後、申込者自身ニ對シテ、原則トシテ其申込ヲ取消スベカラザル拘束的義務ヲ課スルモノナリ。之ヲ申込ノ拘束力ト謂フ。此申込ノ承諾能力及ビ拘束力ニ付テハ、申込者ガ申込ニ承諾期間ヲ定メタル場合ト、承諾期間ヲ定メザル場合トヲ區別シテ觀察スルコトヲ要ス。

(1) 申込者ヨリ見テ承諾能力ナレドモ、之ヲ相手方ヨリ見レバ、承諾權能ナリ。承諾能力ハ申込者ヲ拘束スレドモ、相手方ヲ拘束スルコトナシ。

イ、承諾期間ヲ定メタル場合

承諾期間ヲ定メタル場合トハ、申込者ガ承諾ヲ為スベキ期間ヲ定メテ申込ヲ為シタル場合ナリ。例ヘバ一週間以内ニ承諾セラレタシ、ト云フガ如シ。此定ヲ為シタルトキハ、申込者ハ其期間中其申込ヲ取消スコトヲ得ザルモノトナル(第五二一条第一項、申込ノ拘束力)。一方若シ其期間内ニ申込者ガ相手方ヨリ承諾ノ通知ヲ受ケザルトキハ、申込ハ其効力ヲ失フ(同条第二項)。即チ申込ハ其承諾能力ヲ失ヒ、契約ハ成立セザルコトトナル。従ツテ其反面ニ於テ、若シ其承諾期間内ニ承諾ノ通知ガ申込者ニ到達スルトキハ、此所ニ契約ハ

成立スルコトトナル。此点ニ付キ日本民法ノ解釈論トシテ一大問題アリ。即チ民法第五二六条第一項ニハ、後ニ詳述スルガ如ク、隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立スト規定セルニモ拘ラズ、第五二一条第二項ニハ、期間内ニ承諾ノ通知ヲ受ケザルトキ云々ト規定セルガ為、契約成立スルガ為ニハ、承諾ノ通知ハ其発信アルヲ以テ足ルヤ、又ハ其到達ヲ必要トスルヤニ付キ、學者間ニ一大論争ヲ生ジタルナリ。然レドモ仮令承諾期間内ニ承諾ノ通知ヲ發スルモ、其通知ガ期間内ニ申込者ニ到達セザルトキハ、申込ハ承諾能力ヲ失ヒ、其後ニ承諾通知ガ申込者ニ到達スルモ、最早契約成立ノ可能性ナシ。従ツテ期間内ニ承諾通知ノ到達スルトキ、契約成立スルモノト解スルヲ正当ト見ザルベカラズ。⁽¹⁾

(1) 民法条文ハ「通知ヲ受ケザルトキハ申込ハ其効力ヲ失フ」ナル否定的ノ表現ヲ為シタレドモ之ヲ肯定的表現ニ書換フレバ、「通知ヲ受ケタルトキハ申込ハ其効力ヲ有ス」トナリ、申込ニ其効力即チ承諾能力アルガ故ニ、其承諾通知ガ到達スレバ、契約成立シ得ルナリ。換言スレバ申込ノ承諾能力ガ持続スル間ニ承諾通知ガ有効トナルトキ、契約成立ス。

然レドモ時ニハ承諾ノ通知ガ期間後ニ到達スルモ、尚、例外トシテ契約ガ成立スル場合アリ。之ハ上述ノ原則ニ對スル一大例外ノ場合ナリ。即チ普通ナラバ其承諾通知ガ期間内ニ到達スベキ管ノ日時ニ發送セラレタルニモ拘ラズ、何等カノ

原因ニ因リ、其期間經過後ニ申込者ニ到達シ、而モ此コトヲ申込者ガ知り得ベキ場合ニハ、法律ハ申込者ニ對シ一ノ義務ヲ課シ、申込者ハ遲滞ナク相手方ニ對シテ其延著ノ通知ヲ發スルコトヲ要スルモノトシ（第五二一条第一項本文）、申込者ガ此義務ヲ履行シテ、延著ノ通知ヲ遲滞ナク發スルトキハ、其發送ノ瞬間ニ契約ハ成立セザルコトナリ。然レドモ申込者ガ其通知ヲ遲滞ナク發セザルトキハ（延著通知ヲ全ク發セザルトキ及ビ遲滞シテ發シタルトキ）ハ、承諾ノ通知ハ延著セザリシモノト看做サレ（第五二二条第二項）、從ツテ契約ハ成立スルコトナリ、此所ニ一大例外ノ場合ヲ生ズルナリ。此法律ノ精神ハ、承諾者ニ何等過失ナカリシ場合ナルガ故ニ、出來得ル限り承諾者ヲ保護セントスルニ在リ。⁽¹⁾

(1) 但シ承諾期間經過後、承諾通知ノ到達スル前ニ、申込者ガ承諾通知ノ遅延シ居ル旨ノ通知（遲滞通知）ヲ發シタルトキハ、其瞬間ニ契約ハ成立セザルコトガ確定シ（第五二二条第一項但書）、從ツテ此場合ニハ、其承諾通知到達後更ニ延著通知ヲ發スルマデモナク、既ニ契約不成立ハ確定セルナリ。

ロ、承諾期間ヲ定メザル場合

承諾期間ヲ定メズシテ申込ヲ為シタル場合ニハ、申込者ハ特ニ拘束ノ義務ヲ負ハズ、何時ニテモ其申込ヲ取消スコトヲ得ベキニ似タリ。故ニ從來普通ニハ申込者ノ取消權ヲ認メタリ。然レドモ今日ノ法律ニ於テハ多クハ尚一ノ制限ヲ加へ、

此場合ニモ一定ノ拘束期間ノ存スルモノト見ル。所謂法律上ノ承諾期間ニシテ、即チ申込者ガ承諾ノ通知ヲ受クルニ相当ナル期間（第五二四条）之ナリ。故ニ此場合ニモ亦申込ハ承諾能力ト拘束力トノ二者ヲ有ス。此相当ナル期間ヲ經過スルトキ、拘束力ハ消滅シ、申込者ハ其後何時ニテモ其申込ヲ取消シ得レドモ、申込者ガ取消ヲ為サザルニ於テハ、承諾能力ハ猶ホ存続シ、承諾者ガ何時承諾ヲ為スモ、契約ハ常ニ成立ス。即チ取消サザル申込ハ永久的ニ存続スルモノト解スルノ外ナシ。然レドモ實際上ハ暗黙ノ取消ト見ルベキ場合多キガ故ニ、其効力ガ永久ニ存続スルコトハ稀ナルベシ。⁽¹⁾

(1) 申込ノ効力ガ總テ消滅スルトキハ、申込其モノモ当然消滅ス。此点ハ法律行為ノ効力ガ總テ消滅スルモ、尚、無効ノ法律行為トシテ存在スルノト趣ヲ異ニス。申込ノ法定ノ承諾期間ヲ經過シタルトキハ、申込ノ拘束力ハ消滅スレドモ、其承諾能力ハ消滅セズ。從ツテ申込自体モ、申込者ガ之ヲ取消スマデハ、消滅スルコトナシ。暗黙ノ取消ト見ルベキ場合トハ、例ヘバ節句用ノ雛人形ノ売買又ハ貸借等ノ申込ハ、其節句ヲ過シレバ、当然取消サレタルモノト見ルベキガ如シ。

第二款 承 諾

一 承諾の意義

承諾トハ、契約ノ成立ヲ目的トスル意思表示ヲ謂フ。其意

思表示タル性質ハ申込ト異ルコトナキガ故ニ、一般ノ意思表示ノ成立ニ必要ナル総テノ条件ヲ具備スルコトヲ要ス。且ツ特ニ承諾ニ必要ナリ条件ハ次ノ如シ。

a. 承諾ハ契約ノ締結ニ必要ナル内容ヲ有スルコトヲ要ス。契約ノ締結ニ必要ナル内容トハ、申込ノ内容ト同一内容ノコトナリ。然レドモ承諾ハ必ズシモ申込ニ対スル單純ナル然諾ヨリ成ルコトヲ要スルモノニ非ズ。選択的又ハ種類の申込ノ場合ニハ、被申込者ハ、先ヅ其選択ヲ為シ又ハ分量ヲ定メテ承諾ヲ為スコトヲ要ス。

b. 承諾ハ、申込ヲ了知シ、契約ヲ成立セシムル意思ヲ以テ、之ヲ為スコトヲ要ス。此了知ガ果シテ必要ナリヤ否ヤハ、議論ノ存スル所ナレドモ、二重申込ノ場合ハ別トシテ、其他ノ場合ニハ、時間ノ点ヨリ見テ、先ヅ申込アリ、然ル後ニ承諾ガ為サルナリ。故ニ此了知ガ絶対必要トナル。從ツテ又契約ヲ成立セシムル意思ノ存在ヲ必要トス。若シ此意思ナキニ於テハ、承諾ハ意味ヲ成サズ、單純ナル觀念表示ト同一ノモノト成ルガ故ナリ。

c. 承諾ハ相手方ニ対シテ之ヲ為スコトヲ要ス。此要件ハ申込ノ場合ト同一ナリ。

二 承諾ノ効力

承諾ハ契約ノ組成分子タル意思表示ナリ。元來組成分子ハ其法律行為ト分離シ得ベキモノニ非ズ。故ニ獨立シタル効力

ハ生ゼザルガ如クナレドモ、契約ガ完成スルニ至ル迄ハ、尚承諾ハ一個ノ獨立シタル法律事實ナルガ故ニ、其法律事實ニ付著セシメラレタル効力ナカルベカラズ。其効力ハ契約ノ組成分子タル資格ノ發生及ビ拘束力ノ發生ナリ。契約ノ組成分子タル資格ヲ生ズルハ当然ナレドモ、拘束力ガ果シテ存在スルヤ否ヤハ疑問ニ屬ス。然レドモ我民法ノ下ニ於テハ、此拘束力アリト解スルヲ正当トス（第五二一条第二項、第五二六条第一項参照）。

三 遅延承諾

遅延承諾トハ、承諾期間ヲ定メテ為シタル申込ニ対シ、其期間ニ遅レテ到達シタル承諾ヲ謂フ。此承諾ハ本來無効ナルノミナラズ、承諾タル資格モ消滅セルモノト見ルベキモ、之ヲ利用スル方法無キニ非ズ。第五二二条ニ依レバ、遅延承諾ニ次ノ三種アリ。其一ハ申込者ニ延著通知ヲ發スル義務ヲ生ゼシムルニ必要ナル条件ヲ具備スル承諾ナリ。之ニ付テハ既に上述セリ。其二ハ申込者ノ延著通知義務ノ發生ニ必要ナル条件を欠缺スル承諾、例へバ承諾期間内ノ適當ナル時期ニ發送シタルモ、途中ノ故障ノ為ニ延著シ、而モ其正当ノ時期ニ發送シタル旨ヲ知ルコト能ハザル承諾、其三ハ承諾期間經過後ニ發送セラレタル承諾又ハ其期間内ニ發送セラレタルモ、通常ノ場合ニ於テハ其期間内ニ申込者ニ到達スルコト能ハザル承諾ナリ。此第二第三ノ承諾ハ本來無効ナレドモ、法律ハ

之ヲ利用スル権能ヲ申込者ニ賦与シ、申込者ハ此承諾ヲ新ナル申込ト看做スコトヲ得ルモノトセリ(第五二三条)。申込者ガ之ヲ新ナル申込ト看做スナラバ、之ニ対シテ承諾ヲ為シテ、契約ヲ成立セシムルコトヲ得ルコトナル。之ハ一方ニ於テ申込者ノ便宜ヲ計ルト同時ニ、他方ニ於テ相手方ノ便宜ヲモ計リタルナリ。即チ当事者ハ右ノ如キ方法ヲ以テ、多少契約成立ノ時期ガ遅延スルモ、尚、契約成立ヲ欲スル場合多カルベキガ故ナリ。

(1) 新ナル申込ト看做ス為ニハ、必ズシモ特別ノ意思表示ヲ為ス必要無キモ、第三者ガ其旨ヲ認識シ得ベキ程度ニ「看做」サザルベカラズ。後述ノ如ク契約ハ承諾ノ通知ヲ發送シタル時ニ成立スルモノト定メラレタルヲ以テ、本来ナラバ其延著承諾発信ノ時ニ成立スベカリシ契約ガ、其時ニハ成立セズ、申込者ノ「看做」ニ因リ新ナル「申込」ト成リタル「延著承諾」ニ対スル申込者ノ「承諾ノ発信ノ時」ニ、契約ガ成立スルコトナルナリ。〔質疑〕延著承諾ノ申込看做期間乃至承諾期間ハ如何?

第三款 契約ノ成立時期

一 隔地者間ノ契約成立時期

我民法ハ、隔地者間ノ意思表示ヲ以テ承諾ヲ為ス契約ニ付キ、第五二六条第一項ニ其成立時期ヲ定メタリ。曰ク「隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立ス」ト。此条文

ト前述第五二一条第二項トハ、互ニ相関連スルモノニシテ、一見互ニ相矛盾スルガ如ク見ユル為、學者間ニ一大論争ノ在所ナレドモ、双方ノ条文ヲ有効ニ生カシナガラ、而モ之ヲ調和セシムルニハ、次ノ如ク解スルヲ最モ立法者ノ意思ニ適合スルモノト言ハザルベカラズ。即チ承諾ハ申込者ニ到達スルコトヲ要スレドモ、契約ハ其承諾ノ發送ノ時期ニ於テ成立スルモノト、法律ガ特ニ看做スモノト解スルコトヲ要ス。故ニ此場合我民法ハ、一種ノ制限附到達主義ヲ採リタリトモ、又ハ一種ノ制限附発信主義ヲ採リタリトモ言フヲ得ベシ。然レドモ此説明ハ從來ノ學說ニ基ク沿革的説明ナリ。本来発信主義・到達主義ナルモノハ、意思表示ニ付テノ主義ニシテ、契約ノ成立ニ付キ適用サルベキ主義ニ非ズ。故ニ正確ニ言ヘバ、我民法ハ承諾ニ付キ一般ノ意思表示ト同ジク到達主義ヲ採リ、契約ニ付テハ特別ノ主義ヲ採ラズ、単ニ契約ハ承諾ノ發送ノ時期ニ於テ成立スルコトヲ、法律ガ定メタリト言ハザルベカラズ。

二 意思実現ニ因ル契約成立ノ時期

承諾ガ意思表示ノ性質ヲ有セズシテ、學者ノ所謂意思実現ナル性質ヲ有スルコトアリ。其意思実現ノ性質如何ノ研究ハ、未ダ幼稚ニシテ、完全ナル學說ナシト言フヲ得ベキモ、大体ニ於テハ意思実現ハ意思表示ノ或一分子ヲ欠キタルモノ、即チ意思表示無クシテ意思ノ表レタルモノヲ謂フナリ。民法第

五二六条第二項ニ曰ク、「申込者ノ意思表示又ハ取引上ノ慣習ニ依リ承諾ノ通知ヲ必要トセザル場合ニ於テハ契約ハ承諾ノ意思表示ト認ムベキ事実アリタル時ニ成立ス」と。故ニ此場合ハ一般ノ原則ニ対スル一大例外ヲ成スモノニシテ、其契約成立時期ハ一般原則タル承諾發送ノ時期ヨリモ猶一層早く、従来ノ表現ニ從ヘバ、表白主義ニ基キテ規定セラレタルモノト言フヲ得ヘシ。

- (1) 意思表示ノ主義ニ付テハ民法總論ニ於テ詳述スベキモ、大体ニ於テ表白主義(他人ガ認識シ得ル程度ニ其者ノ意思ガ外部表面ニ出ルコト、単ナル独語又ハ手控ノ記載ニテハ表白ト言フヲ得ズ)、発信主義、受信(又ハ到達)主義、了知主義等ノ諸主義アリ。

第四款 懸賞廣告

一 懸賞廣告ノ意義・性質

懸賞廣告ハ廣告ノ一種ナリ。広ク廣告ト言フトキハ、其中ニ種々ノ意思表示ヲ含ム。例ヘバ(1)或場所ノ土地千坪ヲ格安ニテ売却スル旨ノ廣告、此廣告ハ契約ノ申込ノ誘引タル意思表示ヲ包含ス、何トナレバ此廣告ハ未ダ契約ヲ為ス旨ノ確定的決意ヲ示スモノト見ルヲ得ザレバナリ。(2)或場所ノ土地千坪ヲ坪百円ノ割ニテ売却スル旨ノ廣告、此廣告ハ契約ノ申込タル意思表示ヲ包含ス、何トナレバ此廣告ハ確定的決意ヲ示スモノト見ルヲ得ルガ故ナリ。(3)余ノ紛失シタ

ル実印ヲ発見シタル者ニ金百円ヲ贈呈スル旨ノ廣告、此廣告ハ一ノ意思表示ヲ包含シ、此所ニ謂フ懸賞廣告ナリ。

懸賞廣告ハ契約ノ申込ノ意思表示ナリヤ否ヤニ付キ学者間ニ激論アリ。契約説ト單獨行為説トノ争ナリ。契約説ハ、懸賞廣告ニ含まルル意思表示ハ契約ノ申込ニシテ、相手方ノ為ス行為ハ其承諾ヲ意味ス、ト主張ス。單獨行為説ハ、懸賞廣告ニ含まルル意思表示ハ契約ノ申込タル資格ヲ有スル意思表示ニ非ズ、相手方ノ為ス行為ハ其承諾ニ非ズ又意思表示ニモ非ザル一ノ法律事実ナリ。從ツテ此懸賞廣告ノ中ニハ法律行為の意思表示ハ一個ノミ包含スルニ過ギズ。故ニ之ハ單獨行為ナリ、ト言フ。

(1) 或法律行為ガ契約ナリヤ單獨行為ナリヤノ議論ハ特ニ商法ノ分野ニ多シ。手形行為ガ其一例ナリ。債權法ノ規定ノ多クハ認許法ナルガ故ニ、廣告者ガ其廣告ヲ契約申込ノ意味ニテ為スモ、單獨行為ノ意味ニテ為スモ、何レモ其廣告ハ有効ナリ。唯、多クノ場合ニ其意思分明ナラザルガ故ニ、之ヲ一般のニ決定シ置ク必要アルナリ。前述例(3)ニ於テ廣告者ノ意思ノ中ニハ、百円ノ金銭所有權移轉ノ欲望、及ビ他人ニ依ル自分ノ実印拾得ノ欲望ヲ含ムモ、其他人ニ何等カノ意思表示乃至欲望表示ヲ求ムルモノニ非ズ。單ニ其指定行為ノ為サルコトヲ欲スルノミ。故ニ其拾得者ハ無能力者ニテモ差支ナシ。其拾得者ガ廣告ヲ知りテ拾得シタルト、知ラズシテ拾得シタルトヲ問ハズ、懸賞廣告ノ指定行為ヲ得ルナリ。故ニ其拾得行為ノ中ニハ、承諾ノ意思表示モ意思實現モ含

マール必要ナシ。從ッテ懸賞広告ハ一個ノ意思表示ト一個ノ意思表示以外ノ法律事実即チ指定行為トヨリ成ル單獨行為タルナリ。

二 懸賞広告ノ取消

普通ニハ不特定人ニ対スル一方的意思表示ハ、相手方ノ定マラザル間ハ、之ヲ取消スコトヲ得レドモ、其取消ノ方法及ビ其効果ニ付テハ、法律上一定ノ制限アリ。懸賞広告ノ意思表示ハ、其指定行為ヲ完了スル者無キ間ハ、之ヲ取消スコトヲ得レドモ、其取消ノ方法ハ、前ニ為シタル広告ト同一ノ方法ナルコトヲ要ス（第五三〇条第一項本文）。前ノ広告ト同一ノ方法ニテ取消スコト能ハザル場合、例ヘバ前ノ広告ヲ掲載セル雜誌ガ廢刊トナリタル場合、ニハ他ノ方法ニテ之ヲ取消スコトヲ得レドモ（第五三〇条第二項本文）、此方法ニ依ル取消ハ其効力ノ点ニ於テ相違アリ。即チ其取消ノ広告ヲ知リタル者ニ対シテハ、取消ノ効力アレドモ（同項但書）、之ヲ知ラザル者ニ対シテハ其効力無キモノトセリ。尚、広告者ガ懸賞広告中ニ之ヲ取消サザル旨ヲ表示シタル場合ニハ、之ヲ取消スコトヲ得ズ（第一項但書）、又広告者ガ其指定行為ヲ為スベキ期間ヲ定メタルトキハ、其期間中ハ取消權ヲ拋棄シタルモノト推定ス（第三項）。契約申込ノ場合ニハ、承諾期間ノ定アル場合ト其定ナキ場合トヲ區別シテ、之ヲ取消シ得ルヤ否ヤヲ定メタルドモ（第五二二条第二項、第五二四条参照）、之等ノ規定ハ懸賞広告ニハ適用ナキモノトシ、別段

ノ規定ヲ設ケタルナリ。

三 懸賞広告ノ効力

広告者ハ其指定行為者ニ対シ、広告ニ定メタル一定ノ報酬ヲ与フル義務ヲ負フ（第五二九条）。其指定行為ヲ為シタル者ガ数人アルトキハ、何人ガ其報酬ヲ受クル權利ヲ有スルヤト言フニ、元來指定行為ニハ其種類、性質ノ如何ニ依リ、一人ニテ之ヲ為シ得ルモノアリ、数人ニテ之ヲ為シ得ルモノアリ。例ヘバ他人ノ紛失セル実印ヲ拾得スル行為ノ如キハ、大多数ノ場合ニ一人ニテ之ヲ為スコト多カルベシ。之ニ反シ或學術上ノ発見ノ如キハ数人ガ別々ニ此行為ヲ為スコト無キニ非ザルベシ。此場合ニ何人ニ其報酬ヲ与フベキカハ、其広告自体ノ中ニ定メ置クコトヲ得レドモ（第五三一条第三項）、廣告ニ其定ヲ為サザルトキハ、先ヅ時ヲ標準トシ、数人中最初ニ其行為ヲ為シタル者ノミガ其報酬ヲ受クル權利ヲ有ス（第五三一条第一項）。数人同時ニ其行為ヲ為シタルトキハ、其数人ガ平等ノ割合ニテ報酬ヲ受クル權利ヲ有ス（第五三一条第二項本文）。但シ報酬ガ其性質上分割ニ不便ナルトキ又ハ廣告ニ於テ一人ノミ之ヲ受クベキモノトシタルトキハ、抽籤ヲ以テ之ヲ受クベキ者ヲ定ムベキモノトセリ（同項但書）。

四 優等懸賞広告

イ、其意義・性質

優等懸賞広告トハ、広告ニ指定シタル行為ヲ完了シタル者

ノ内、優等者ノミニ報酬ヲ与フベキ旨ヲ内容トスル意思表示ヲ謂フ。主トシテ學術、技芸、工業等ニ関スル問題解決ノ為ニスルモノナリ。普通ノ懸賞広告ト優等懸賞広告トニ於ケル其意思表示ノ内容ノ相違点如何ト言フニ、前者ハ単ニ指定行為ヲ完了シタル者ニ報酬ヲ与フルノ内容ヲ有スルニ反シ、後者ハ指定行為ヲ為シタル数人中ノ優等者ニ報酬ヲ与フル旨ノ内容ヲ有スル点ニ在リ。故ニ此優等懸賞広告ノ場合ニハ、指定行為ヲ為シタル時ヲ標準トシテ、最初ノ行為者ニ報酬ヲ与フルニ非ズ。此相違点アル為ニ、種々ノ特質ヲ示スコトナ

ル。
a. 意思表示ノ目的 普通ノ懸賞広告ノ意思表示ハ、一般不特定人ニ対シ別々ニ為サルモノニシテ、其表意者ノ意欲ハ、不特定人ノ中ノ唯一人ニ依ル指定行為ヲ完了ヲ目的ト為ス。之ニ反シ優等懸賞広告ノ意思表示ハ同ジク一般不特定人ニ対シ別々ニ為サルモノナレドモ、其表意者ノ意欲（募集ノ意欲）ハ、不特定人中少クトモ数人ニ依リ、指定行為ヲ為サルコトヲ目的ト為スモノナリ。從ツテ指定行為者ガ一人ナルトキハ、其広告ニ依ル法律行為ハ、原則トシテ成立スルコト能ハザルモノナリ。何トナレバ、優等者ハ劣等者ニ相對スルモノナルガ故ニ、指定行為者ガ一人ニテハ、其優劣ヲ見出スコトヲ得ザレバナリ。然レドモ優等者ハ必ズシモ一人タルコトヲ意味スルモノニ非ズ。広告ノ内容如何ニ依リ、優等者

ハ数人タリ得ルノミナラズ、最優等者ノ外、二等以下ノ優等者アルモ妨ゲナシ。此特質アルガ故ニ、優等懸賞広告ノ場合ニハ、応募及ビ判定ナル二ツノ事實ヲ其法律行為ノ組成分子ト為スナリ。何トナレバ、競争スル多數人ノ集合ヲ欲スル意思即チ募集ノ意思ハ、必然的ニ応募ヲ要求シ、且ツ判定ヲ要求スルガ故ナリ。

b. 指定行為 指定行為ノ内容ハ、普通ノ懸賞広告ノ場合ニハ、其完了ニ因リ唯一ノ結果ヲ生ゼシムルモノナラザルベカラズ。從ツテ其結果ハ絶対的ナリ。之ニ反シテ優等懸賞広告ノ場合ニハ、其指定行為ノ内容ハ、其行為ガ種々ノ異リタル結果ヲ生ゼシムルモノタルヲ要ス。故ニ其結果ハ相對的ナリ。尚、其内容ハ応募者ヲシテ競争ヲ可能ナラシムル性質ヲ有セザルベカラズ。從ツテ紛失物ノ発見ノ如キハ、此広告ノ指定行為タルヲ得ザルナリ。

c. 期間 普通ノ懸賞広告ノ場合ニハ、指定行為ヲ為スベキ期間ハ、必ズシモ之ヲ定ムルコトヲ要セズ。之ニ反シ優等懸賞広告ノ場合ニハ、表意者ハ必ズ其期間ヲ定ムルコトヲ要ス。若シ之ヲ定メザルトキハ、其広告ハ無効トナル（第五三二条第一項）。何トナレバ其期間ノ定ナキトキハ、広告者ハ常ニ尚一層優等ナル指定行為ノ結果ヲ待ツコトヲ得ルコトナリ、結局報酬ヲ与フル機會無キニ至ルガ故ナリ。

ロ、成立条件

優等懸賞広告ハ普通ノ懸賞広告ト同ジク、広告ノ意思表示ヲ以テ其主要ナル組成分子トスル法律行為ナレドモ、此意思表示ノ外ニ、指定行為、応募及ビ判定ヲモ其成立要件ト為ス。

a. 指定行為 指定行為ハ、普通ノ懸賞広告ノ場合ノ指定行為ト異ルコトナキモ、唯、優等懸賞広告ノ場合ニハ、指定行為ヲ完了ノ結果ニ優劣ノ差アルモノナルコトヲ要ス。

b. 応募 応募トハ、広告ノ意思表示ノ内容タル指定行為ノ募集ニ応ズル旨ノ意思表示ヲ謂フ。優等懸賞広告ニ於テハ、指定行為者ハ単ニ指定行為ヲ為スノミテ足レリトセズ、其外ニ応募ヲ為スコトヲ要ス。故ニ此場合ニハ指定行為者ハ広告ヲ知り、且ツ之ニ従フコトヲ要ス。然レドモ応募ノ意思表示ハ単ニ広告者ノ募集ノ意思ニ対応スルモノニシテ、報酬債權取得ノ欲望ヲ包含スルコトヲ要セザルガ故ニ、広告ノ意思表示ト同一内容ヲ有スルモノニ非ズ。従ツテ広告ノ意思表示ト応募ノ意思表示トハ、契約ノ申込ト承諾ノ關係ニ立ツモノニ非ズ。又応募ヲ為スコトト指定行為ヲ為スコトトハ區別スルコトヲ要ス。応募ノ意思表示ハ広告ヲ知りテ之ヲ為スコトヲ要スレドモ、指定行為ハ必ズシモ広告ヲ知りテ之ヲ為スコトヲ要スルモノニ非ズ。過去ニ為シタル行為モ亦指定行為タルニ妨ゲ無シ。応募ノ意思表示ハ広告ニ定メラレタル期間内ニ之ヲ為スコトヲ要ス。応募ノ意思表示ノ種類、方法ニ付テハ特別ノ標準ナシ。広告ニ特別ノ定アラバ之ニ依ル。

c. 判定⁽¹⁾

(1)〔質疑〕判定ハ優等懸賞広告ノ成立要件ノ一ニ挙ゲラレタルモ、之ハ成立要件ノ一ト見ルヨリハ、寧ロ指定行為ト応募ニ因リ優等懸賞広告ハ法律行為トシテ完成シ、其効果トシテ、広告者ハ、1 先ツ判定ヲ為ス義務(応募者全員ニ対シテ負担スル義務、優等懸賞広告ノ不可欠効果トシテ發生スル附隨的義務)ヲ負ヒ、2 之ニ基キ其優等者ニ広告所定ノ報酬ヲ与フル義務(優等懸賞廣告ノ主たる義務)ヲ負担ス、ト見ル方ガ宜シカラズヤ?

優等懸賞広告ノ場合ニハ、其性質上、応募セル数多ノ指定行為ノ内、何レノ行為ガ優等ナルカラ判定スルコトヲ要ス。其判定ヲ為スベキ者ハ、第一ニハ其広告中ニ判定者トシテ定メラレタル者ナリ。故ニ広告者ガ他人ヲ判定者ト定メタルキハ、広告者自ラハ判定ヲ為スコトヲ得ズ。広告中ニ判定者ヲ定メザリシトキハ、広告者自ラ判定ヲ為サザルベカラズ。寧ロ廣告者ハ廣告ヲ為シタルコトノ理由ニ由リ応募者ニ対シ判定ヲ為ス義務ヲ負フモノナリ。之亦普通ノ懸賞廣告トノ相違点ノ一ナリ。

判定ハ判定者自ラ之ヲ為スコトヲ要スレドモ、單純ナル補助者ヲ用キルコトヲ得ザルニ非ズ。此所ニ補助者トハ判定表示ノ實質ヲ左右スル力無キ補助者ヲ謂フ。又数人ノ判定者アルトキハ、廣告ニ別段ノ定無キ限り、判定ハ其全員ノ一致ヲ以テ之ヲ為スコトヲ要ス。

「判定ハ単独の表示ヲ以テ之ヲ為ス。此表示ガ受領必要ノ表示ナリヤ否ヤニ付キ、學者間ニ争無キニ非ザレドモ、之ハ受領不必要ノ表示ト解スルヲ正当トス。其理由ハ、一般ノ慣習上モ、民法第五三二条ノ文字上モ、受領必要ト解スルコト能ハザレバナリ。

「判定ハ数多ノ行為ノ中ノ何レガ優等ノ行為ナルカヲ決定スルニ在レドモ、通常ハ其行為ニ報酬ヲ与フル価値アリヤ、其行為ガ形式上正規ニ為サレタリヤ否ヤ、ノ決定ヲモ包含スルモノトス。但シ何レノ判定モ広告ノ内容ニ基キテ之ヲ為スコトヲ要ス。広告ニ定メタル標準ノ範圍内ニ於テハ、判定者ハ自由ニ判定ヲ為スコトヲ得ベク、從ツテ何人ノ行為モ報酬ヲ与フル価値無シト判定スルモ、固ヨリ妨ゲ無シ。

「広告ニ定メタル判定者ハ、広告者ニ対シテハ兎モ角、応募者ニ対シテ判定ヲ為ス義務ヲ負フコトナシ。又数人ノ判定者アルトキ、一致ヲ為スコト能ハズ、若ハ欠員ヲ生ジテ判定ヲ為スコト能ハザル場合ニハ、広告ノ内容又ハ指定行為ノ性質上、予定ノ判定者ニ非ザレバ正シキ判定ヲ為スコト能ハザルコトアルベシ。此場合ニハ判定ナル一個ノ法律事実ノ完了不能ノ理由ニ由リ、広告ノ法律行為ハ不成立ニ了⁽¹⁾。然ラザル場合ニハ、広告中ニ判定者ヲ定メザリシ場合ト同一ニ帰著シ、広告者自ラ判定ヲ為サザルベカラズ。若シ又広告自身ガ死亡シ又ハ能力ヲ喪失セル結果、判定ヲ為スコト能ハザルトキハ、

之亦法律行為不成立ニ了ル。

(1)〔質疑〕此場合モ法律行為不成立ニハ非ズシテ、有効ニ成立シタル法律行為(優等懸賞広告)ニ因リ發生シタル債務ノ判定義務ノ履行不能又ハ不履行ノ問題ト解スベキニハ非ズヤ?

「判定ハ総テノ応募者ヲ拘束スル力ヲ有ス。応募者ハ一旦為サレタル判定ニ異議ヲ述ブルコトヲ得ズ(第五三二条第二項)。從ツテ其判定ヲ不服トシテ、正当ナル判定ヲ請求スル裁判ヲ求ムルコトヲ得ザルハ勿論ナレドモ、唯、之ハ判定ガ広告ノ内容ニ基キテ為サレタル場合ノミニ適用アル原則ニシテ、若シ判定ガ広告ニ定メタル標準ニ反シテ為サレタル場合ニハ、応募者ハ其判定ニ対シ異議ヲ述ブルコトヲ得ルモノナリ。

「応募者ガ指定行為ヲ為シタル結果、或所有權、著作權、特許權等ノ權利ヲ生ズルコト有ルベシ。之等ノ權利ハ指定行為者ニ帰属スルモノト見ルベキヤ否ヤニ付テハ、独逸民法ニハ特別ノ規定ヲ設ケタレドモ、我民法ニハ規定無シ。広告ノ内容ガ特ニ權利ノ移轉ヲ要求セザル場合ニハ、其權利ハ指定行為者ニ存スルモノト言ハザルベカラズ。何トナレバ優等懸賞広告ハ数多ノ指定行為ニ付キ其優劣ヲ定メ、其優等ナルモノニ対シ報酬ヲ与フルコトヲ以テ、固有ノ目的ト為シ、単ニ応募ヲ為シ報酬ヲ受ケタル事実夫レ自体ハ、權利移轉ノ原因タル事実ト解スルコト能ハザレバナリ。

第四節 契約ノ効力

第一款 総 説

契約ハ、一旦法律要件事実トシテ完成スルトキハ、其効力ヲ生ズ。其効力ヲ大別シテ、任意的効力、法定効力ノ二トス。

任意的効力ハ、当事者ノ意思ヲ發生原因トシ、普通ニ契約ノ組成分子タル意思表示ノ内容中ニ存スル意思ガ此効力ノ原因トナルガ故ニ、此効力ハ当事者ノ欲望通りノ内容ヲ有ス。但法律ハ大多数ノ場合ニ此コトヲ具体的ニ規定スルコトナシ。其内容如何ハ当事者ノ意思ニ因リ定マリ、特ニ法律ヲ以テ之ヲ規定スルノ要ナント見タルガ故ナリ。⁽¹⁾

法定効力トハ、一定ノ契約ヲ前提トシテ、法律ガ之ニ特ニ附著セシムル効力ヲ謂フ。故ニ此効力ハ当事者ノ意思ヲ原因トスルコトナク、法律ノ直接ノ規定ヲ原因ト為ス。本節ヲ契約ノ効力ト題シタルハ、民法法典ノ用語ニ依リタルモノニシテ、主トシテ此法定効力ヲ意味ス。即チ法律ハ此場合ニモ任意的効力ニ触ルルコトナク、主トシテ法定効力ニ付キ規定ヲ設ケタルナリ。⁽²⁾民法ノ規定スル契約ノ効力ハ、之ヲ大別シテ、同時履行ノ原則、危険負担ノ原則、第三者ノ利益ノ

為ニスル契約ノ効力ニ関スル原則ノ三者トス。以下ニ分説スベシ。

(1) 旧時代ノ法律ニハ、此任意的効力ニ付キ規定セルモノアリ。現代ノ法律ハ契約自由ノ原則ヲ採リ、契約ノ内容ハ当事者ノ任意ニ任セ、其欲望通りノ效果ヲ生ゼシムルコトトセルヲ以テ、予メ法規ヲ以テ契約ノ内容ヲ限定スルコトナク、從ツテ其任意的効力ヲ具体的ニ規制セザルナリ。

(2) 同時履行 *Zug um Zug* ノ原則ハ、法律ノ規定スル所ニシテ、學者ハ其内容ニ不都合ナル点多シトスルモ、夫レハ研究不足ニ因ルモノト言フベシ。尚、同時履行ノ原則ハ、債権者ガ履行ヲ確保スル制度ノ一ニシテ、此点ハ一般ノ担保権ノ制度ト共通ナレドモ、一般ノ担保権ハ同時ノ履行ヲ目的トセズ、先ヅ給付ヲ受領シ、履行ヲ完了シタル上、担保ヲ開放スルコトトナル。故ニ同時履行ノ制度ノ方ガ公平ナリ。但シ同ジ同時履行ノ制度ノ中ニモ、各國ノ法規ノ内容ハ区々ニシテ、或ハ債権者ガ相手方ヨリ履行ノ提供アリテ、之ヲ受領シタル後ニ、自己ノ債務ノ提供ヲ為スベキモノト定メ、或ハ双方ノ提供ヲ同時ニ受領スベキモノト定ムルモノアリ、我民法ハ後者ノ主義ヲ採ル。

第二款 同時履行ノ原則

一 双務契約

同時履行ノ原則ハ、必ズシモ凡ユル契約ニ適用アルモノニ非ズシテ、双務契約ノミニ適用アルニ過ギズ。双務契約ハ片

務契約ニ対立スルモノニシテ、当事者双方が各一個ノ債務ヲ、互ニ対価の關係ニ於テ負担スルコトヲ内容トスル契約ナリ。双務契約ノ中ニハ、模範の契約トシテノ双務契約ト、模範の契約トシテハ片務契約ナレドモ、当事者ノ特別ノ意思表示ニ因リ双務契約ト為シタルモノトアリ。同時履行ノ原則ハ、之等何レノ双務契約ニモ適用アルモノトス。

二 法定の效果

本来同時履行トハ、各債務者が自己ノ債務ヲ履行スルト同時ニ、自己ノ債權ヲ履行セシムルコトヲ謂フ。此原則ヲ絶対的ニ貫徹セントスレバ、同時ニ為サレザル履行ハ無効トセザルベカラザレドモ、我民法ハ斯ノ如キ嚴重ナル原則ヲ採ラズシテ、稍々穩カナル主義ヲ採リ、当事者各自ニ同時履行ノ抗弁權ヲ賦与スルコトト為シタリ（第五三三條）。之ニ依レバ、相手方が同意スルナラバ、必ズシモ同時ニ履行スルコトヲ要セス、異時ニモ有効ニ履行ヲ為スコトヲ得レドモ、相手方が異時履行ヲ拒ムトキハ、結局同時履行ヲ為サザルベカラザルニ至ル。

此抗弁權ヲ説明スルニハ、從來學者間ニ争トナリタル双務契約上ノ二個ノ債權債務ハ各々独立スルヤ又ハ相關連スルヤノ問題ニ触レザルベカラズ。

(1) 双務契約上ノ二個ノ債權債務ハ、一個ノ契約ヨリ不可分のニ發生シタル效果ニシテ、其發生ニ於テ牽連性アリ。然ラバ其履行

ニ於テモ牽連性アリヤガ、此所ノ問題ニシテ、履行ニ付キ各債權債務が独立セルモノナラバ、同時履行ヲ要セス、相關連セルモノナラバ、同時履行ヲ要スルコトトナル。

從來此点ニ関スル學說ニ大略三種アリ。第一ノ見解ハ双務契約ヨリ生ズル二個ノ債務ハ唯一ノ債務關係ノ兩方面ニ外ナラズ。故ニ此二個ノ債務ハ不可分の關係ヲ有ス。從ツテ各債務ハ獨立シテ別々ニ之ヲ請求スルコトヲ得ズト言フ。此見解ハ最モ古キモノニシテ、一時勢力ヲ有シタレドモ、今日之ヲ採ル者ハ稀ナリ。第二ノ見解ハ双務契約ヨリ生ズル二個ノ債務ハ各々獨立シ、各債務ハ他ノ債務ニ關係ナク、別々ニ履行サレ得ト説ク。第三ノ見解ハ双務契約ヨリ生ズル二個ノ債務ハ各々獨立シテ存在シ、当事者ハ各自獨立シテ自己ノ債權ノ履行ヲ請求シ得レドモ、一方ノ当事者が自己ノ債務ノ履行ヲ為サズシテ、自己ノ債權ノ履行ヲ請求スルトキハ、他方ノ当事者ハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒絶スルコトヲ得ルモノト主張ス。之等ノ見解ノ何レガ正当ナリヤヲ判別スルニハ、別ニ二個ノ問題ヲ考察スル必要アリ。即チ 1、契約ノ任意の効力發生ニ関スル問題、2、既ニ發生セル其任意の効力ノ履行ニ関スル問題、之ナリ。

第一ノ問題ハ、契約ガ任意の効力ヲ生ズルニ適スル内容ヲ有スルヤ否ヤノ研究、換言スレバ契約ノ有効無効ノ研究ヲ目的トス。例ヘバ甲ガ乙ニ對シ其所有家屋ヲ金一万円ニテ売ラ

ントノ申込ヲ為シ、乙ガ此申込ヲ承諾シタル所、其家屋ハ乙ノ承諾前ニ既ニ焼失シ居タル場合ニハ、此甲乙間ノ契約ハ、焼失セル家屋ノ売買ナル不能ノ事項ヲ其内容ト為スガ故ニ、其任意の効力ヲ發生スルコトナク、乙ハ甲ヲシテ其家屋ノ所有權移轉ヲ為サシムル債權、甲ハ乙ヲシテ金一萬円ヲ支払ハシムル債權、ヲ取得スルコトナシ。何トナレバ此二個ノ債權ハ契約ノ組成分子タル意思表示ノ効果意思ノ内容ニ於テ既ニ相互ニ原因タル關係ニ立チ、不可分關係ニ立ツガ故ナリ。今此二者間ニ存スル此意味ニ於ケル不可分關係、即チ原因の不可分關係ハ、当事者ノ心中ニ効果意思決定ノ当初ヨリ最後ニ至ルマデ、即チ効果意思ノ内容ガ実現シテ二個ノ債權ノ形ヲ成シ、次ニ其二個ノ債權ノ内容ガ実現セラレテ二個ノ物權契約ガ完成シタル後ニ至ルマデ、間断ナク繼續シテ存在ス。故ニ右二個ノ債權ガ債權タル資格ニ於テ存在スル時期ニ、原始的不能即チ所謂先発不能ノ事由タル家屋焼失ノ事實ガ現ルルトキハ、其家屋ノ所有權移轉ノ債權ナルモノハ、理論上初ヨリ發生セザルガ故ニ、同時ニ代金支払ノ債權モ亦消滅ス。又代金支払ノ債權ガ履行セラレ、其物權契約ガ完成シタル後ニ、先発不能ノ事由ガ現ルルトキハ、少クトモ我民法ノ下ニ於テハ、其家屋ノ所有權移轉ヲ求ムル債權ハ消滅シ、從ツテ既ニ完成セル代金所有權ニ関スル物權契約モ無効トナルナリ。

第二ノ問題ハ、契約成立シ、其任意の効力ヲ生ジ、二個ノ

債權ガ發生シタル後ニ、初メテ生ズル問題ニシテ、此二個ノ債權(債務)ハ相互ニ獨立シテ、時ヲ異ニシテ別々ニ之ヲ履行スルコトヲ得ルヤ否ヤヲ論究スルヲ目的トス。我民法ガ契約ノ効力ナル題トニ規定シタル事項ハ、第一ノ問題ニ触ルコトナク、第二ノ問題ニ関スル事項ノミヲ規定シタルモノナリ。上述ノ双務契約ヨリ生ズル二個ノ債權債務相互ノ関連ニ関スル三個ノ見解中

第一ノ見解ハ、第一ノ問題解決ノ結果ヲ以テ其根拠ト為シ、之ニ拠リ第二ノ問題ヲ解決スルモノニシテ、二個ノ問題ヲ混同スルモノト言ハザルベカラズ。且之ハ当事者ノ意思ヲ以テ其唯一ノ根拠トシ、從ツテ債務ノ履行ニ関スル効力ヲ、双務契約ノ任意の効力ト為ス。故ニ此見解ハ我民法ノ立法政策トハ其根本觀念ヲ異ニス。

第二ノ見解ハ、第一ノ問題ト第二ノ問題トヲ區別シテ立論スル点ニ於テハ正当ナレドモ、我民法ノ立法政策トハ異ル。即チ此見解ハ、双務契約ガ任意の効力ヲ生ズト為スノミニシテ、其債務履行ノ点ニ付キ特別ノ法定の効力ヲ生ズルモノト為スコトナシ。然ルニ我民法ハ、双務契約ガ其任意の効力トシテ二個ノ相互ニ獨立セル債務ヲ生ゼシムル外、尚、債務ノ履行ニ付キ法定の効力トシテ、抗弁權ナル一ノ機能ヲ生ゼシムルモノト為スナリ。

第三ノ見解ハ、双務契約ノ任意の効力トシテ二個ノ獨立セ

ル債務ヲ生ズル外、其履行ニ付キ特別ノ効力ヲ生ズト為スモノニシテ、我民法ノ立法政策ト大体ニ於テ相一致スルモノナリ。

要スルニ双務契約ノ任意的効力トシテ生ズル二個ノ債權(債務)ハ原因的不可分關係ヲ有スレドモ、一旦其契約ガ成立シ、二個ノ債務ガ發生スルトキハ、其債務ハ各々獨立シテ存在スレドモ、我民法ハ衡平ノ觀念上、独逸民法ト同一ノ立法政策ヲ採リ、双務契約ニ一種ノ法定的効力ヲ附著セシメ、其各当事者ニ對シ履行拒絶ノ抗弁權ヲ賦与シタルナリ。⁽¹⁾

(1) 其他ニモ学說多岐ニ亘レドモ、一々枚擧スル価値ナシ。之等ハ或特定ノ法律ノ下ニ於テハ何等カノ意味ヲ有スルコト無キニ非ザレドモ、一般の意味ヲ有スルモノニ非ザレバナリ。此所ニ擧ゲタル第三ノ見解ニ依レバ、二個ノ債務ハ契約成立マデハ互ニ原因結果ノ關係ニ在レドモ、契約成立後ハ互ニ獨立ノモノト見ル。從ツテ其各請求權ハ之ヲ自由ニ他ニ讓渡又ハ質入スルコトヲ得ベシ。我民法ノ如ク、同時履行ヲ抗弁權ノ内容トスルトキハ、二個ノ債務ハ其履行(終了)ニ際シテモ、相牽連スルコトヲ、法律ガ規定スルモノニ非ズヤ、トノ疑問ナキニ非ザレドモ、此疑問ハ根拠ナシ。蓋シ抗弁權ナルモノハ、当事者ガ必ズシモ之ヲ行使スルコトヲ要セザルガ故ニ、同時履行ヲ求メズニ、異時履行ヲ為スモ、夫レハ履行トシテ有効ナルヲ以テ、二個ノ債務ハ獨立シテ別々ニ消滅シ得ルコトトナリ、消滅ニ於ケル必然的牽連關係ハ之ヲ認メ得ザルナリ。

三 抗弁權ノ性質

双務契約ノ各当事者ハ、相手方ガ其債務ノ履行ノ提供ヲ為サズシテ、反對給付ノ履行ヲ請求スルトキハ、其反對債務即チ自己ノ債務ノ履行ヲ拒絶スルコトヲ得。之所謂契約不履行ノ抗弁 *Einrede des nicht erfüllten Vertrages*、*exceptio non adimpleti contractus* 又ハ同時履行ノ抗弁ト稱セラルルモノナリ。但シ此抗弁ニハ、諸種ノ立法例ヲ案ズルニ、二個ノ相異ル性質ヲ有スルモノアルコトヲ區別セザルベカラズ。

例ヘバ普国法ハ此抗弁ヲ以テ相手方ノ請求權ノ原因ヲ否定スルモノト為シ、当事者ノ一方ガ自己ノ債務ヲ履行スルコトガ、相手方ニ其債務ノ履行ヲ請求スル原因ヲ成ス。故ニ相手方ガ其債務ノ履行ヲ為サザルコトヲ理由ニ、自己ノ債務ノ履行ヲ拒絶スルハ、純然タル抗弁權ノ行使ニ非ズシテ、相手方ノ請求權ノ原因欠缺ヲ主張スルモノナリ。故ニ当事者ガ之ヲ援用セザルモ、裁判官ハ職權ヲ以テ、原告ノ請求ヲ棄却セザルヲ得ザルコトトナル。⁽²⁾

(1) *exceptio* ナル語ニハ抗弁ノ意味ト異議ノ意味トノ兩方ノ意味ヲ含ム。

(2) 普国法 *preußisches Recht* ハ、自己ノ債務ノ履行ヲ為スコトガ、相手方ニ其債務ノ履行ヲ求ムル請求權發生ノ原因トセルヲ以テ、自ら履行ヲ為シタルコトヲ証明セザル限り、相手方ノ履行ヲ請求スル訴ヘ原因欠缺ノ理由ニテ棄却セラルルナリ。

然ルニ独逸民法ハ、此抗弁権ヲ純然タル抗弁権ト爲シ、各当事者ハ自己ノ債務ノ履行ヲ爲スコトナク、直チニ相手方ニ対シ其債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルモノトシ、唯、相手方ハ、原告ガ自ラ其債務ノ履行ヲ爲サザルコトヲ理由トシテ、自己ノ債務ノ履行ヲ拒絶スルコトヲ得ルコトトセリ。故ニ相手方ガ之ヲ援用セザルトキハ、裁判官ハ職権ヲ以テ原告ノ請求権欠缺ヲ認定スルコトヲ得ズ、又被告ガ之ヲ援用セズニ履行ヲ爲ストキハ、其履行ハ有効ナリ。

此二種ノ抗弁ノ性質ノ相違ハ、更ニ實際上ノ結果、殊ニ被告闕席ノ場合ニ現ル。即チ第一ノ性質ノ如ク原告ノ履行ヲ被告ニ対スル請求ノ原因ト爲ストキハ、原告自ラ履行ヲ爲シタルコトヲ証明スルコト能ハザリシトキハ、被告出頭セザル場合ニモ、原告ノ請求ヲ棄却セザルベカラズ。然ルニ第二ノ性質ナラバ、原告自身ノ債務不履行ハ、被告ノ抗弁ノ前提タルニ過ギズ。仮令原告自ラ履行ヲ爲シタルコトヲ証明スルコト能ハズ、且ツ被告出頭セザル場合ニ於テモ、裁判官ハ其訴ヲ棄却スルコトナク、闕席判決ヲ以テ被告敗訴ヲ言渡スコトヲ要ス（民事訴訟法第二四八条）。又証書訴訟ノ場合ニハ、第一ノ性質ナラバ、原告自ラ履行ヲ爲シタル旨ヲ書証ニ依リ証明スルコトヲ要スレドモ、第二ノ性質ナラバ、其必要ナシ。

我民法ハ、索遜 *Saisson* ノ法律又ハ独逸帝国民法ニ倣ヒ、純然タル抗弁権ノ性質ヲ有スルモノヲ各当事者ニ賦与ス。民

法第五三三条ニ曰ク「双務契約当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」ト。然ルニ此純然タル抗弁権ノ性質ヲ有セザル異議ノ意味ヲ賦与スル立法例ニ在リテハ、斯ノ如キ文例ヲ用ケルコトナシ。例ヘバ瑞西債務法第八二条ハ此種ノ立法例ノ一ニシテ、同条ハ双務契約ニ於テ相手方ニ其履行ヲ請求スル者ハ、自ラ履行ヲ爲シ又ハ其履行ヲ提供スルコトヲ要スル旨規定セリ。

元來債權ハ其本体（実質）ノ外ニ、種々ノ作用ヲ爲ス。即チ基本タル權利ノ外ニ、種々ノ權能ヲ有ス。例ヘバ債權ノ目的タル給付ノ履行ヲ請求スル權能即チ請求權ハ其作用ノ一ナリ。而シテ債權ノ本体ト其權能ノ一タル請求權トノ二者ハ、本來債權契約ノ任意的効力トシテ、契約完成ノ瞬時ニ發生ス。然ルニ双務契約ニ於テハ、債權ノ本体ハ契約完成ノ瞬時ニ發生スレドモ、其請求權ハ立法政策如何ニ因リ、種々ノ時ニ發生スルモノト爲スコトヲ得。例ヘバ契約完成ノ瞬時ニ發生セシムルモノモ、又ハ契約完成ノ外ニ尚他ノ事實ヲ前提トシテ之ヲ發生セシムルモノモアリ。我民法ハ双務契約上ノ債權ト其請求權ノ兩者ヲ契約完成ノ瞬時ニ發生セシムルガ故ニ、第五三三条ハ、債務ノ履行ヲ請求スル当事者ニ対シ、自己ノ債務ヲ履行スベキ旨、特ニ要求スルコトナシ。故ニ各当事者ハ契約完成ノ瞬時ヨリ、其請求權其モノヲ有スルモノト解セザルベカラズ。然ルニ瑞西債務法ハ、双務契約完成ノ瞬時ニハ、

債權ヲ發生セシムルニ止リ、其請求權ヲ發生セシムルコトナシ。其請求權ヲ發生セシムルニハ、履行ヲ請求スル当事者ガ自己ノ債務ノ履行又ハ履行ノ提供ヲ為スコトヲ要スルモノトセリ。即チ同法ハ、双務契約ト自己ノ債務ノ履行又ハ履行ノ提供トノ二者ヲ以テ、請求權（債務其モノニ非ズ）ノ發生原因ト爲シタルナリ。故ニ此二個ノ事實ガ具備スルニ非ザレバ、請求權ハ發生スルコトナシ。我民法第五三三條ハ、双務契約ヲ唯一ノ前提トシ、契約完成ノ瞬時ニ各当事者ニ対シ自己ノ債務ノ履行ヲ拒絶スル權能ヲ賦与シタリ。然ルニ瑞西債務法ハ、各当事者ニ対シ自己ノ債務ノ履行ヲ拒絶スル權能ヲ、特ニ賦与スルコトナシ。蓋シ同法上ハ各当事者ノ履行請求權ハ、自己ノ債務ノ履行又ハ履行ノ提供ヲ為スニ非ザレバ、發生スルコトナキガ故ニ、各当事者ニ対シ予メ此權能ヲ特ニ賦与スル必要アルコトナシ。履行ノ請求ヲ受ケタル当事者ハ、相手方ノ請求權ノ發生原因欠缺ノ理由ニ由リ、即チ一般ノ原則ニ從ヒ、請求權ノ存在ヲ否認シテ、其履行ヲ拒絶シ得ルガ故ナリ。

然ルニ我民法第五三三條ハ、各当事者ニ対シ、相手方ヨリ履行ノ提供ナキコトを前提トシテ、特ニ予メ抗弁權ヲ賦与スルモノナルガ故ニ、当事者ノ一方ガ相手方ニ対シ履行ヲ請求スル際、自己ノ債務ノ履行ノ提供ナシト云フ事實ノ存在スル限リ、相手方ニハ此抗弁權ガ發生シ居ルモノナリトノ見解ヲ採ル者アレドモ、之ハ正当ニ非ズ。即チ提供ナシトノ事實ハ、

双務契約完成ノ瞬時ヨリ、其提供アルマデ間断ナク繼續シ、法律ハ双務契約完成ノ瞬時ニ、此契約ノ存在ノミヲ前提トシテ、各当事者ニ抗弁權ヲ賦与スルモノナリ。故ニ抗弁權ノ發生原因ハ其契約其モノニシテ、其抗弁權ノ行使權能ノ前提ハ、相手方ノ履行ノ請求ナリ。又其抗弁權ノ消滅原因ハ相手方ノ履行ノ提供ナリ。此コトハ本条ガ特ニ「履行ヲ提供スルマテハ」ト言ヒ、抗弁權ヲ發生セシムルニ付キ、特ニ「提供ナキ」事實ヲ要求セザルニ依リテ明カナリ。

(1) 此点ハ立証責任ノ所在ニ付テモ重要ナル關係アリ。

斯ノ如ク第五三三條ハ、当事者ノ意思ヲ前提トスルコトナク、双務契約完成ノミヲ前提トシテ、抗弁權ヲ發生セシムルガ故ニ、此抗弁權ハ双務契約ノ任意の効力ニ非ズシテ、其法定の効力ナリ。本条ガ賦与スル抗弁權ノ行使ハ、相手方ノ請求權ノ原因欠缺ヲ主張スルニ非ズ。又或學者ノ主張スルガ如ク、反対給付ノ履行請求ヲ包含スルモノニ非ズ。相手方ノ履行ノ提供ナキコトヲ前提トシテ、単ニ自己ノ債務ノ履行ヲ拒絶スルニ過ギズ。從ツテ相手方ノ請求ヲ故ラニ停止シ又ハ猶予セシムル意味ニ非ズ。相手方ノ請求ノ内容ヲ變更セシメテ「提供ト共ニ請求ヲ為セ」ト主張スルニ過ギズ。故ニ從來學者ガ此抗弁ヲ「猶予抗弁」aufschlebende Einredeト言ヒタルハ寧ロ誤謬ナリ。此抗弁權ハ、從來學者ノ挙グル何レノ種類ノ抗弁權ニモ屬セザル一種特別ノ性質ヲ有スル抗弁權ナリ

ト言ハザルベカラズ。

四 留置權トノ比較

從來學者ハ此抗弁權ト所謂債權の留置權トヲ混同セルモ、之亦誤謬ナリ。債權の留置權ハ、債務者ガ其債權者ニ對シ、自ラモノノ債權ヲ有スル場合、即チ債務者ガ其債務ノ發生原因タル法律關係ト同一ノ法律關係ニ基キ、債權者ニ對シ既ニ滿期トナリタル債權ヲ有スル場合ニ、此債權ヲ留置スル權利ナリ。其留置權行使ノ狀態ハ、債務者ガ自己ノ債權ノ履行ヲ受クルマデ、自己ノ債務ノ履行ヲ拒絕スルニ在リ(獨逸民法第二七三条)。此債權の留置權ト上述ノ抗弁權トハ、一見極メテ類似スレドモ、其間ニハ種々ノ相違点アリ。即チ債權の留置權ハ、當事者双方ノ債務ガ同時ニ履行セラレ得ル場合ニハ、假令其双方ノ給付ガ相互ニ對価關係ヲ有セザルトキト雖モ、尚之ヲ行使スルコトヲ得。之ニ反シ抗弁權ハ、双方ノ債務ガ同時ニ履行セラレ得ル場合ニシテ、且ツ其双方ノ給付ガ互ニ對価關係ニ在ルニ非ザレバ、之ヲ行使スルコトヲ得ズ。又前者ハ債務者ガ担保ヲ供シテ之ヲ除斥シ得ル原則トスレドモ、後者ハ担保ノ供与ニ依リ之ヲ除斥スルコトヲ得ズ。抗弁權ハ債務者ガ自己ノ債務ヲ履行シテ之ヲ除斥スル外ニ、他ニ之ヲ除斥スル方法ナシ。

我民法ハ斯ノ如キ債權の留置權ナルモノヲ一般のニ認ムルコトナク、物權の留置權(第二九五條)ヲ認メタルニ過ギズ。

此物權の留置權ト上述抗弁權トノ相違点如何ト言フニ、物權の留置權ハ、他人ノ物ノ占有者ガ其物ニ関シテ生ジタル債權ヲ有スルトキ、其債權ノ弁済ヲ受クルマデ、其物ヲ留置スル權利ナリ。例ヘバ甲ガ乙ニ對シ或物ノ修繕ヲ依頼シタルニ、乙ハ其物ヲ金百円ノ修繕料ニテ修繕ヲ為ス旨承諾シ、其物ヲ預リタリ。乙ハ其修繕ヲ完了シタルトキ、甲ニ其物ヲ返還スル義務ヲ負ヒ、甲ハ乙ニ修繕料金百円ヲ支払フ義務ヲ負フ。今甲ガ修繕料ヲ支払ハズニ修繕物ノ返還ヲ請求スルトキハ、乙ハ其返還ヲ拒絕シ、修繕料金百円ノ弁済アルマデ、其物ヲ自己ノ手許ニ留置スルコトヲ得。此「留置」スルコトガ物權の留置權ノ行使機能ノ作用ナリ。上述ノ抗弁權トノ差異如何ト言フニ、抗弁權ハ二個ノ債權ガ同時ニ履行セララルコトヲ目的トスルニ反シテ、留置權ハ上述ノ甲ガ先ヅ自己ノ債務ヲ履行シ、然ル後ニ乙ガ其債務ヲ履行スルコトヲ目的トシ、同時履行ニ非ズシテ順次履行ヲ目的トスルモノナリ。

五 名称

第五三三条ノ抗弁ハ、羅馬法以來學者之ヲ契約不履行ノ抗弁ト稱シ來リタル結果、獨逸民法及ビ獨逸學者ハ今日尚之ヲ契約不履行又ハ不履行契約ノ抗弁 *die Einrede des nicht erfüllten Vertrages* ト稱シ居レリ。有名ナル慣用語ナルガ故ニ、吾人モ亦便宜上此語ヲ用キルモノナレドモ、此語ハ此場合ノ事物ヲ正当ニ描写スルモノニ非ズ。元來債權契約ハ其任意

の効力及び法定的効力ヲ發生セシムルヲ以テ其職責ノ全部トス。法律ハ其契約完成ヲ前提トシテ、其効力ヲ發生セシム。債權契約ガ一旦其効力トシテ債權、債務、抗弁權等ヲ發生スルトキハ、其債權契約ハ其職責ノ全部ヲ尽シ、最早其履行又ハ実行スベキコトハ残存セズ。履行又ハ実行ヲ要スルハ、其契約ノ効力トシテ生ジタル債權債務其モノナリ。故ニ契約不履行ノ抗弁ナル名称ハ正当ニ非ズ。契約ヨリ生ジタル債務ノ不履行ノ抗弁ト称スルヲ正当トス。我民法第五三三条ガ契約ノ履行トハ言ハズ、債務ノ履行ト質ヒタルハ、正当ナリト言ハザルベカラズ。⁽¹⁾

(1) 契約ナル語ハ、独 Vertrag 英 contract ノ翻訳ナレドモ、Vertrag ハ本来ハ狹義ニ用キラレ、主トシテ債權契約 obligatorischer Vertrag ノミヲ指シ、物權契約 dinglicher Vertrag ヲ含ム意味ニ用キラルルコトハ寧ロ稀ナリ。英語ニハ contract ノ外ニ、promise, agreement 等モ契約ニ該当スル語ナレドモ、前者ハ將來ノコトニ付テノ約束、後者ハ更ニ広義ノ合意ヲ意味ス。独逸語ノ物權契約ニ該ル法典上ノ用語ハ Eigentum ナリ。昔ハ契約（債權契約）ト其効果タル債權債務トヲ明確ニ分離セズ、原因タル契約ノミニ注目シ、履行モ之ヲ債務ノ履行トシテ把握セズ、契約ノ履行トシテ把握シタルガ為、契約不履行ノ抗弁ナル語モ生レタルナリ。然レドモ契約ニハ本来履行ノ觀念ヲ容ル余地ナク、契約ハ其完成ト同時ニ、当然ニ其任意の並ニ法定的効果（特ニ債權、債務）ヲ發生シ、且夫レヲ以テ契約ノ使命ヲ完了

シ、最早残存スル役目ナシ。残ルハ其効果トシテ發生シタル債權債務ノ履行ノ問題ナリ。其債權債務ノ目的タル給付ガ物權ノ讓渡（其他物權變動）ナルトキ、其履行行為トシテ物權契約ガ為サルナリ。其物權契約ノ効果トシテ所有權移転其他ノ物權變動ヲ生ズルナリ。斯クテ当該取引ハ一切決済サレ、法律關係ハ終了ス。之ガ我國初メ独逸法系ノ法律ノ採ル基本の組立ナリ。

然ルニ民法系統ノ諸國ニ於テハ、債權契約、物權契約ナル觀念ノ明確ナル區別ナク、契約ハ当然之ヲ履行スベキモノニシテ、其履行ノ為ニハ単ニ契約ノ履行トシテ觀察スレバ足り、夫レトハ別ニ物權契約ナルモノヲ問題ニスル必要ナシト為ス。

独仏何レノ主義ガ立法論トシテ優レタリヤハ、俄カニ結論ヲ下シ得ザレドモ、少クトモ物ニ関スル取引ヲ法律上正確ニ把握スルニハ、独逸式ノ方ガ整然タル体系ヲ成スモノト言フベシ。特ニ物權編・債權編ヲ分ケテ規定スル我民法ヲ解釈シ理解スルニハ、独逸風ノ頭ニテ望ムニ非ザレバ、到底充分ニ其目的ヲ達スルコト能ハザルベシ。

六 抗弁權ノ行使

双務契約ハ其法定的効力トシテ此抗弁權ヲ發生セシメ、各当事者ハ一個宛之ヲ取得スルモ、其当事者ノ一方ガ此抗弁ニ因リ自己ノ債務ノ履行ヲ拒絶スルコトヲ得ルハ、相手方ノ債務ノ履行ノ提供アルマデナリ。相手方ノ債務ノ履行ノ提供ハ、此抗弁權消滅ノ原因若クハ抗弁權行使ノ停止ノ原因ヲ成ス。相手方ガ其債務ノ履行ノ提供ヲ為ストキハ、一方ガ之ヲ受領スレバ勿論ノコト、仮令之ヲ受領セズ、所謂受領遲滞ニ在ル

間ト雖モ、最早此抗弁権ヲ行使スルコトヲ得ズ。其提供ノ繼續スル間、抗弁権ノ行使権能ヲ停止スル効力ヲ有ス。之ニ反シ相手方ガ自己ノ債務ノ履行ノ提供ヲ為サズシテ其債権ノ履行請求ヲ為ストキハ、一方ハ常ニ之ニ対シ其抗弁権ヲ行使シ得ルモノトス。蓋シ此抗弁権ハ「相手方ノ債務ノ履行ノ提供」ナル停止原因ノ発生セザル限り、無制限ニ之ヲ行使シ得レバナリ。但シ相手方ノ履行ノ提供ガ不適法ナル場合、例ヘバ給付ノ性質又ハ分量ニ於テ不完全ナル場合ニハ、抗弁権ヲ對抗スルコトヲ得ベク、又相手方ノ給付ガ相手方ノ過失ニ因リ不能ト成リ、損害賠償ノ債務ガ発生シタル場合ニモ、一方ハ抗弁権ノ利益ヲ喪フコトナシ。其損害賠償債務ノ履行ノ提供アルマデ、自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得。蓋シ此場合相手方ノ請求權ニ変更アリタルコトニ因リ、一方ガ先ヅ履行ヲ為ス義務ヲ負担スルニ至ル理由ナキガ故ナリ。又相手方ノ債務ガ時効ニ罹ル場合ニモ、一方ハ此抗弁ヲ為スコトヲ得。蓋シ我国家法律上ハ債務ガ時効ニ罹ルモ、夫レノミニテハ、未ダ当然ニハ債務消滅スルコトナク、從ツテ此抗弁権モ亦消滅スルコトナキヲ以テナリ。然レドモ相手方ガ時効ヲ援用スルトキハ、之ニ因リ此抗弁ハ破壊セラル。時効完成後ノ債務ニ付テハ、当事者ハ初ヨリ此抗弁権ヲ行使スルコトヲ得ズ、トノ見解ハ、独逸民法ノ下ニ於テハ兎モ角、我民法ノ下ニ於テハ法律上ノ根拠ナシ。

七 同時ノ意味

第五三三条ノ目的ハ、当事者各自ニ対シ、同時ニ履行ヲ為シ得ル権能ヲ賦与シ、以テ当事者双方ヲ公平ニ保護セントスルニ在リ。故ニ各当事者ノ抗弁権ハ、相手方ノ履行ノ提供アルマデ之ヲ行使シ得ルニ止リ、相手方ノ履行ノ終了ニ至ルマデ之ヲ行使シ得ルモノニ非ズ。蓋シ若シ各当事者ガ相手方ノ履行ノ終了ニ至ルマデ之ヲ行使シ得ルモノトスルトキハ、相手方ハ自ら先ヅ履行ヲ為ス義務ヲ負ヒタルト同一ノ位置ニ立ツコトナルガ故ニ、結局同時履行ハ之ヲ行ヒ得ザルニ至ルガ故ナリ。

同時履行ノ同時トハ、實際生活上ハ必ずシモ物理的同時ナルヲ要セズ、取引界ノ見解ニ照シテ同時ト見得ベキ時期ニ、双方ガ履行ヲ為シ得ル程度ニ達スルヲ以テ足ル。双方ノ履行ノ場所ガ同一ナルトキハ、当事者双方ガ提供ヲ為シ、以テ取引界ノ見解上同時ト見ルヲ得ベキ時期ニ、其双方ノ履行ヲ完成セシムルコトハ、實際上必ずシモ困難ニ非ズ。之ニ反シ双方ノ履行ノ場所ガ異ル場合ニハ、当事者ハ理論上同時ノ履行ヲ為シ又ハ受クルコトヲ確認シ得ザルコト有ルベク、結局双方ノ債務ノ同時履行ヲ実行スルコト能ハザルニ至ルベシトノ疑ヲ生ズルコト無キニ非ズ。唯、實際上斯ノ如キ場合ハ稀ナリ。民法第五七四条ニ「売買ノ目的物ノ引渡ト同時ニ代金ヲ払フベキトキハ其引渡ノ場所ニ於テ之ヲ払フコトヲ要ス」ト

規定シ、此規定ハ総テノ有償契約ニ準用セラルルガ故ニ（第五五九条）、双方ノ履行場所ノ異ルコトハ稀ナレバナリ。然レドモ仮ニ此規定ノ適用モ準用モナキ場合、特ニ当事者ノ特別ノ意思表示ニ因リ、双方ノ履行ノ場所ヲ異ニスル場合ニハ、事情如何ニ依リ第三者ヲ介入セシメテ、同時ノ履行ヲ実行スルヲ得ベシ。

（一）〔質疑〕通信・交通ノ手段ノ発達セル今日ノ状況ニ於テハ、問題ノ重要性ハ著シク減少セルモノト見テ宜シキヤ？

八 抗弁権行使ノ効果

抗弁権行使ノ効果ハ、抗弁権ノ性質ヨリ自ラ明カトナル。我民法ハ之ヲ純然タル抗弁権ノ性質ヲ有スルモノト為シタルガ故ニ、此抗弁ハ単ニ被告ガ之ヲ援用スルコトヲ得ルニ止マリ、其援用ナキニモ拘ラズ、裁判官ガ職権ヲ以テ同時履行ヲ命ズルコトヲ得ズ。原告自身ハ履行又ハ履行ノ提供ヲ為サズニ、反对給付ノ請求ヲ為スモ、被告ガ此抗弁ヲ為サザル限り、其為ニ原告敗訴トナルコトナク、被告ガ抗弁ヲ為シテ初メテ、原告ノ請求ガ棄却セラルルナリ。被告ガ此抗弁権ヲ行使スルモ、原告ノ請求權其モノガ、之ガ為メ消滅スルコトナキモ、其請求權ノ行使權能ガ停止セラルルガ故ニ、原告ノ請求ハ理由ナシトシテ棄却セラルルナリ。

論者或ハ曰ク「斯ノ如ク解スルトキハ、原告ハ自ラ先ヅ履行又ハ履行ノ提供ヲ為スニ非ザレバ、被告ニ対シ履行ノ請求

ヲ為スコト能ハザルニ至リ、結局原告ノ履行又ハ履行ノ提供ハ、原告ノ請求權發生ノ要件トナルガ故ニ、非ナリ」ト。然レドモ此論者ハ、上述二個ノ法則、即チ原告ノ履行又ハ履行ノ提供ヲ以テ、其請求權發生ノ要件ト為ス法制ト、被告ニ対シ単ニ抗弁権ヲ賦与スル制度トニ於ケル夫々ノ意味ヲ異ニスル抗弁権行使ノ結果ヲ混同スルモノニシテ、一大誤解ト言ハザルベカラズ。然レドモ原告ノ履行又ハ履行ノ提供ヲ請求權發生ノ要件トスル法制、例ヘバ瑞西ノ法律ノ如キハ、初ヨリ同時ノ履行ヲ目的トスルモノニ非ズ。然ルニ我民法ノ採ル主義ハ初ヨリ同時ノ履行ヲ為サシムル目的トシ、異時ノ履行ハ当事者ノ別段ノ意思ニ因リ時ニハ發生スルコトアルニ過ギザルナリ。我國ノ法律ガ被告ニ対シ抗弁権ヲ賦与スル根本觀念ハ、元來当事者ヲシテ同時履行ヲ為サシムルコトニ在ルガ故ニ、若シ抗弁権ノ行使ガ同時履行ヲ生ゼシムルコト能ハザルモノトセバ、其抗弁権ハ無用ノ贅物ニ帰ス。

九 期限附約束ト抗弁権

第五三三条ノ規定ハ強行法ニ非ズ。当事者ハ契約自由ノ原則ニ基キ、特別ノ意思表示ヲ以テ、本条ノ適用ヲ排除スルコトヲ得。換言スレバ本条ハ双務契約ノ法定の効力トシテ二個ノ抗弁権ヲ發生セシメ、各当事者ヲシテ之ヲ享有セシム。然レドモ当事者ノ特別ノ意思表示ニ因ル合意ヲ以テ、此抗弁権ノ發生ヲ排除シ、又ハ既ニ發生セル抗弁権ヲ消滅セシムルコ

トヲ得ベシ。其場合ニ種々アレドモ、債務ノ履行ニ付キ期限ヲ附スルハ其一ナリ。当事者ガ特別ノ合意ニ因リ、債務ノ履行期限ヲ定メテ、抗弁権ノ発生ヲ排除シ又ハ既ニ発生セル抗弁権ヲ消滅セシメタルトキハ、其期限到来スルモ、特ニ其到来ノ場合ヲ予想シテ特別ノ合意ヲ為サザル限り、抗弁権ヲ行使スルコトヲ得ザルモノト解セザルベカラズ。然レドモ債務履行ニ付キ期限ヲ附スル意思表示ハ、凡ユル場合ニ常ニ同一ノ意味ヲ有スルモノト解スルヲ得ザルハ勿論ナリ。即チ此意思表示ハ場合ニ依リ、1. 債務ノ履行期ヲ定ムル本来ノ意味ノ外ニ、本来ノ抗弁権ノ発生ヲ排除シ又ハ発生セル抗弁権ヲ消滅セシムル意味ヲ有スルコト在ルベク、2. 抗弁権ノ行使機能ノミヲ停止スル意味ヲ有スルコト在ルベク、3. 抗弁権ノ発生ヲ排除スルト同時ニ、期限到来後、当事者ノ抗弁権ニ付キ特別ノ定ヲ為ス意味ヲ有スルコト在ルベク、4. 単ニ履行期限ヲ定ムル本来ノ意味ノミヲ有シ、抗弁権ニハ全く関係ヲ有セザルコトモ在ルベシ。故ニ各個ノ具体的場合ニ付キ当事者ノ意思ヲ探究シテ、其意味ヲ知ル外無キモ、当事者ガ単ニ期限ヲ定ムル意思表示ノミヲ為シ、他ニ特別ノ意思表示ヲ為サザル場合ニハ、右四個ノ意味ノ中、4ノ意味ノ意思表示ヲ為シタルモノト解スルヲ正当ト認ム。例ヘバ甲ガ或月ノ一日ニ乙ニ対シ、特定ノ机ヲ金一〇円ニテ売ラント申込ミ、且ツ代金ノ支払ハ三〇日ニテ可ナリト言ヒ、乙ハ之ニ対シ承

諾ヲ為シタル。此双務契約ニ於テハ当事者ノ特別ノ合意ニ因リ、乙ノ代金支払ノ債務ニ付キ月末三〇日ナル期限ヲ附シタルガ故ニ、此合意ノ中ニハ種々ノ意味ヲ包含スルコト在ランモ、其特別ノ意思内容ヲ発見スルコト能ハザルトキハ、単ニ期限ヲ附シタルニ止リ、其他ノ意味ヲ有セザルモノト解釈スルヲ要ス。故ニ此場合ニハ抗弁権ハ法律上当然ニ発生シ存続スルモノト言ハザルベカラズ。唯一方ノ債務ニハ期限ガ附サレ、其期限前ハ未ダ其履行ヲ請求スルコトヲ得ザルガ故ニ、同時履行ヲ求ムルコトヲ得ザレドモ、甲ガ月末三〇日ニ至ルモ尚、其机ノ引渡ヲ為サザルトキハ、乙ノ代金支払債務モ亦期限到来シテ、其支払ヲ為サザルベカラザルニ至ルガ故ニ、双方ガ同時履行ヲ為シ得ルコトト成ル。此場合ニハ各当事者ハ夫々抗弁権ヲ行使シ得ルハ当然ナリ。⁽¹⁾

(1) 此問題ハ最も興味深キ問題ノ一ナリ。双務契約上ノ期限ノ定ハ、抗弁権ニ関シテハ、其期限マデ抗弁権ノ行使機能を停止スルニ過ギザルモノト解ス。反対論者ハ、若シ然リトセバ、結局履行ヲ遲滞シタル者ガ却ツテ有利ノ結果ト成ルト主張スレドモ、夫レハ誤解ナリ。其履行遲滞ノ結果、甲ハ其債務ノ本来ノ給付タル机ノ引渡ノ外ニ、之ニ加フルニ遲滞ニ因ル損害賠償ノ債務ヲモ負担スルコトト成ルガ故ニ、其期限後平等ニ抗弁権行使ヲ認ムルモ、何等公平ヲ害スル虞アルコトナシ。

一〇 前履行ト抗弁権

双務契約ノ当事者ノ一方ガ、他ノ一方ヨリ時間的ニ前ニ履行ヲ為スベキ義務ヲ負フ場合アリ。斯ル義務ハ当事者間ノ特約又ハ法律ノ規定（例ヘバ第六一四條、第六二四條等）ヨリ生ジ、或ハ契約ノ性質又ハ取引上ノ慣習ヨリ生ズルコトアルベシ。今当事者ノ一方ガ前履行ノ義務ヲ負フ場合ニハ、他ノ一方ノ債務ハ外形上期限附債務ト成ルガ如ク見ユルガ故ニ、學者或ハ此場合ト前述ノ期限附ノ場合トガ全然區別無キモノト思考スル者無キニ非ズ。然レドモ此二者ノ間ニハ明確ナル差異アリ。期限ハ当事者双方ノ債務ニ対シ之ヲ附スルコトヲ得レドモ、前履行ノ義務ハ当事者双方ガ之ヲ負担スルコトヲ得ズ。当事者ノ一方ノミ之ヲ負担シ得ルニ止ル。前履行義務ヲ負フ当事者ハ、相手方ノ債務不履行ヲ理由トシテ、自己ノ債務ノ履行ヲ拒絶スルコトヲ得ズ。殊ニ契約締結後、相手方ノ財産状態ニ重大ナル変更ヲ生ジ、反対給付ヲ得ラザル虞アル場合ニモ、尚自己ノ債務ノ前履行ヲ拒絶スルヲ得ズ。唯場合ニ依リ第一三七條ノ準用アルニ過ギズ。殊ニ前履行ノ義務ノ場合ハ、期限附ノ場合ト異リ、同時履行ノ抗弁權ハ初ヨリ発生スルコトナシ。從ツテ如何ナル場合ニモ当事者ハ抗弁權ヲ行使シ又ハ抗弁權ノ存在ヲ主張スルコトヲ得ズ。

第三款 危険負担

一 意義

此所ニ危険トハ、其元来ノ意味ニ於テハ、損害ヲ生ゼシムルニ足ルベキ事變ヲ指スモノナレドモ、諸國ノ立法ニ用キタル此語ノ意味ハ必ずシモ一樣ニ非ズ。又我民法ハ此「危険」ナル文字ヲ用キルコトナキモ、第五三四條乃至第五三六條ノ規定ハ、通例學者之ヲ名ツケテ危険負担ニ関スル規定ト称ス。此場合所謂危険トハ損害ノ意味ニ外ナラズ。之等三個ノ条文ハ何レモ双務契約ニ関スル規定ニシテ、其双務契約ノ目的物又ハ其一部分ガ給付不能ニ陥リタルトキ、其損失ハ何人ガ之ヲ負担スベキヤヲ解決シタルナリ。

双務契約上ノ債務ノ履行不能トナルタル給付ニ付キ、何人ガ其損害ヲ負担スベキヤニ付キ、古来重要ナル二個ノ主義アリ。債權者主義及ビ債務者主義之ナリ。其外ニ物權者主義若ハ所有者主義ト称スル一主義アレドモ、其意義ハ多岐ニシテ、其正確ナル意義ヲ究ムル者ナシ。從ツテ近代法ニ於テ此主義ヲ採ル例ハ殆ド無シ。唯學者ガ或場合ノ説明ノ便宜上此語ヲ用キルコトアルニ過ギズ。⁽¹⁾

(1) 物權者主義トハ、物ノ所有者ガ常ニ危険ヲ負担スベキモノトスル主義ニシテ、双務契約ノ有無ニ関係ナシ。從ツテ危険負担ヲ問題トセズ、双務契約上ノ債務ノ履行不能ヲ規制スル主義ナリ。我民法ハ一部債權者主義ヲ採リタレドモ、債權者主義ノ根拠ハ、双務契約ノ目的物ニ付テハ、其後ノ価値ノ變動ニ拘ラズ債權者ハ一定不變ノ対価（反対給付）ト引換ニ、其目的物ヲ取得シ得ルコ

トトナリ、其価値ノ増減ハ総テ債権者ニ帰スルガ故ニ、滅失毀損ニ因ル減価ノ危険モ亦債権者ガ之ヲ負担スベキハ、当然ナリトスルナリ。然レドモ目的物ノ経済的価値ノ變動ハ、常ニ取引ノ前提ニ之ヲ見込ミテ、当事者ハ契約締結ノ時ノ判断ニ於テ等価交換ノ双務契約ガ成立スルモノナレドモ、目的物ノ物理的滅失毀損マデ予測シテ、反対給付トノ等価の均衡ヲ考慮シテ契約ヲ締結スルモノトハ、必ズシモ言ヒ得ザルヲ以テ、債権者主義ノ根拠ハ確実ナリトハ言ヒ得ザルベシ。

二 債権者主義ノ場合

第五三四条ハ債権者主義ヲ定メテ曰ク「特定物ニ関スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ以テ双務契約ノ目的ト為シタル場合ニ於テ其物ガ債務者ノ責ニ帰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権者ノ負担ニ帰ス」云々。例ヘバ甲乙間ニ於テ、甲ガ特定ノ馬ヲ金千円ニテ乙ニ売却スル契約ヲ為シタリ。之即チ特定物ニ関スル物權ノ移轉ヲ以テ双務契約ノ目的ト為シタル場合ナリ。甲ガ此馬ヲ未ダ乙ニ引渡サザル間ニ、債務者甲ノ責ニ帰スベカラザル事由ニ因リテ履行不能ト成リタル場合、例ヘバ其馬ガ天災ニ因リ斃死シタルガ如キ場合ニ、此損害ヲ債務者甲ガ負担スベシト為ス主義ハ即チ債務者主義ナリ。然レドモ我民法ハ此場合ニ債権者主義ヲ採リ、債権者乙ガ其損害ヲ受クベキモノト為シタリ。故ニ乙ハ馬ノ引渡ヲ受ケザルニモ拘ラズ、其代金千円ヲ支払

ハザルベカラズ。

尚第五三四条第一項ニ依レバ、特定物ニ関スル物權ノ移轉ノ外、其物權ノ設定、例ヘバ地上權、質權等ノ設定、ヲ目的トスル双務契約ニ付テモ、危険ハ債権者ノ負担トナル。又目的物滅失ノ外、目的物毀損ノ危険モ亦債権者ノ負担ナリ。

之ニ反シ債務者ノ責ニ帰スベキ事由ニ因ル目的物ノ滅失又ハ毀損其他ノ履行不能ハ、債権者ノ責ニ帰スベキ事由、第三者ノ責ニ帰スベキ事由、ニ因ル履行不能ト共ニ、其損害ハ夫々一般ノ原則ニ從ヒ其責ヲ負フベキ者ニ於テ之ヲ負担セザルベカラザレドモ、之等ハ所謂危険負担ノ問題ニ非ズシテ、一般原則ニ依ル歸責ノ問題ナリ。

双務契約ノ目的物ガ不特定物ニシテ、且ツ不特定物タル資格ニ於テ存在スル間ハ、危険負担ノ問題ヲ生ズルコトナシ。何故ナラバ、此場合ニハ目的物其モノガ確定セザルガ故ニ、未ダ確定セザル物ガ滅失毀損スルコト之アルコトナシ。然レドモ不特定物ガ第四〇一条第一項ノ規定ニ依リ確定シテ、特定物ト成ルナラバ、其時ヨリ上述ノ債権者主義ノ原則ガ適用セラル（第五三四条第二項）。

其双務契約ガ停止条件附ノ場合ニハ、第五三五条ガ特ニ之ヲ規定シ、其目的物ガ条件ノ成否未定ノ間ニ、債務者ノ責ニ帰スベカラザル事由ニ因リ、滅失シタル場合ニハ、債権者主義ノ原則ヲ適用セザルモノト為シタリ（第五三五条第一項）。

從ツテ此場合ニハ其危険ハ債務者ノ負担トナル。之ニ反シ其物ガ債務者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因リ毀損シタル場合ニハ、其毀損ノ損害ハ債權者ガ之ヲ負担スベキモノトシ(第五三五条第二項)、此場合ニハ債權者主義ヲ採リタリ。

更ニ停止条件付双務契約ノ目的物ガ、其条件ノ成否未定ノ間ニ、債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リ毀損シタルトキハ、債權者ハ条件成就ノ場合ニ於テ、其選択ニ從ヒ契約ノ履行(正確ニハ契約上ノ債務ノ履行)又ハ其解除ヲ請求スルコトヲ得ル外、損害賠償ノ請求ヲモ為シ得ルコトトセリ(第五三五条第三項¹⁾)。

解除条件付双務契約ノ場合ノ危険負担ニ関シテ、民法ハ特ニ規定ヲ設クルコトナシ。從ツテ一般ノ原則ニ依リ之ヲ解決スルコトヲ要ス。一般ノ原則ニ依レバ、解除条件ノ成否未定ノ間ハ、無条件ノ双務契約トシテ危険負担ノ問題ヲ解決スベク、条件成就ノ時、双務契約ハ其効力ヲ喪フコトトナルガ故ニ(第一二七条第二項)、既ニ為サレタル履行ハ返還シテ原状ニ回復スベキモノトス。²⁾

(1) 民法ハ停止条件付双務契約ノ条件成否未定ノ間ニ於テ、目的物ノ滅失ト毀損トヲ別々ニ分ケ、夫々別個ノ規制(第一項ト第二項)ヲ為シタレドモ、其根拠ハ曖昧ナリ。其上第三項ニハ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リ毀損ノ場合ニ付キ特ニ規定ヲ設ケタルハ何故カ(危険負担トハ關係ナシ、一般原則上ノ結果ヲ示スニ過

ギズ)、又滅失ノ場合ニ付キ特ニ規定ナキハ何故カ、等此規定ニ付テハ疑問ノ点多ク、立法論トシテ非難少ナカラズ。

(2) 「質疑」民法ハ物權ノ設定移転ニ付テノミ規定スレドモ、其他ノ財産權、例ヘバ債權、特ニ質借權、有価証券類ノ売買其他ノ双務契約ニ付テハ、其目的タル財産權ノ債務者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因ル消滅滅損ノ危険ハ、總テ債權者主義ニ依ラズ、一般原則即チ債務者主義ニ依リ、其負担者ヲ定ムベキモノト解シテ宜シキヤ? 或ハ物權ノ設定移転ヲ目的トスル双務契約ト、其利益狀況ノ類似スル限り、第五三四条第五三五条ヲ此場合ニモ類推スベキヤ?

三 債務者主義ノ場合

上述二ノ原則ハ、特定物ニ関スル物權ノ設定又ハ移転ヲ以テ双務契約ノ目的ト為シタル場合ノミニ関ス。我民法ハ此場合ヲ特別例外ノ場合ト為シ、此例外ニ對スル原則ハ、第五三六条ニ之ヲ規定セリ。之等二原則ガ例外原則ノ關係ニ在リヤ否ヤニ付テハ、學者間ニ議論無キニ非ザレドモ、之等ノ規定中ノ文字並ニ諸種ノ學說ヲ根拠トスルトキハ、矢張、例外原則ノ關係ニ在リト解スルヲ正当トス。斯ノ如ク解スルコトニ依リ、種々ノ主要ナル問題ヲ解決スルコトヲ得。

其原則タル債務者主義ノ適用アル場合ハ、特定物ニ関スル物權ノ設定移転以外ノコトヲ目的トスル双務契約ナリ。故ニ其範圍ハ甚ダ広汎ナルガ如シト雖モ、而モ此範圍内ニテ危険負担ノ問題ヲ生ズルハ比較的多カラズ。即チ金錢債權ニ付キ

危険負担ノ問題ヲ生ズルコト無シ。此問題ヲ生ズルハ、主ニ勞務ヲ給付スルコトヲ目的トスル双務契約ノ場合ナリ。例ヘバ甲ガ一个月金二〇円ニテ乙ヲ雇入ルル契約ヲ為シタルニ、債務者乙ガ自己ノ責ニ帰スベカラザル事由(例ヘバ予見不能ノ病氣)ニ因リ、或月ノ半以降、勞務給付ノ債務ヲ履行スルコト能ハザルニ至リタルトキハ、其残ル半月分ノ給料金一〇円ハ、雇主タル債權者甲ガ乙ヨリ勞務給付ヲ受ケザルニモ拘ラズ之ヲ支払フコトヲ要スルナラバ、債權者主義ナレドモ、民法ハ此場合債務者主義ヲ採リ、甲ハ其給料ヲ支払フコトヲ要セザルモノトシ、債務者乙ガ其損失ヲ被ルコトトセリ。

然レドモ若シ債權者甲ノ責ニ帰スベキ事由ニ因リ、乙ノ債務ガ履行不能トナリタルトキハ、債務者乙ハ固ヨリ反対給付タル給料ヲ受クル權利ヲ喪フコトナシ。例ヘバ甲ガ乙ヲ不法ニ毆打シタル為、乙ガ勞務ヲ給付スルコト能ハザルニ至リタルガ如キ場合ニハ、乙ハ病床ニ横リ乍ラ、反対給付タル給料全額ヲ受クル權利ヲ喪フコトナシ。但シ債務者乙ガ債務ヲ免レタルニ因リテ利益ヲ得タルトキハ、其利益ヲ債權者甲ニ償還スルコトヲ要ス(第五三六条第二項)。例ヘバ乙ガ甲ニ毆打セラレタル結果、普通ノ勞務ニ従事スルコト能ハザリシモ、簡單ナル内職ヲ為シテ利益ヲ得タルトキハ、其利益ハ之ヲ甲ニ償還スルコトヲ要ス。

(一)〔質疑〕此例示の場合、乙ガ内職ニ依リ得タル收益ハ、乙ガ

双務契約上ノ債務ヲ免レタルコトニ因リテ得タル利益ニハ非ズシテ、之トハ別個ノ原因タル内職ニ因ル收益ナレバ、此場合ノ例トシテ適切トハ言ヒ難シ。寧ロ此場合ノ例トシテハ、乙ガ其自傷ノ治療期間中、仕事場ヘノ通勤ノ費用(電車賃其他)ノ支出ヲ免レタルコトノ利益(消極的利益)等ノ方ガ適例ニ非ズヤ? 甲ハ乙ニ対シ、乙ヲ毆打シタル不法行為ニ因ル治療費其他ノ損害賠償ノ義務アルコト勿論ナレバ、甲ハ乙ニ対シ(前記利益ヲ差引キ)給料全額ト此賠償金トヲ支払フ債務ヲ負フコトトナルト解シテ宜シキヤ。

四 二重売買ト危険負担

例ヘバ甲ガ自己所有ノ特定ノ馬ヲ、先ヅ乙ニ金千円ニテ売却シ、未ダ引渡ヲ為サザル間ニ、丙ニモ此馬ヲ金千円ニテ売却シ、即チ二重ニ売買契約ヲ為シタル場合ニ、此馬ガ天災ニテ死亡シ、履行不能ト成リタルトキ、若シ債權者主義ノ適用アリトセバ、債權者ハ馬ノ引渡ヲ受ケザルニモ拘ラズ、代金ヲ支払ハザルベカラザルガ故ニ、甲ハ乙ニ対シテモ丙ニ対シテモ、各々金千円宛ノ支払ヲ請求シ得ルコトトナリ、甲ハ二重売買ナル不当ノ行為ニ因リ千円ノ馬一頭ヲ失ヒテ、却ツテ金二千円ヲ獲得スルコトトナリ、甲ニ金千円ノ利得ヲ齎ス結果トナル。之ハ正当ナル結果ト言フベカラズ。若シ此場合ニ債務者主義ヲ適用スレバ、債務者甲ガ危険ヲ負担シ、債權者ノ乙モ丙モ共ニ代金支払ノ債務ヲ免ルルコトトナル。此結果ハ良好ナリ。其為ニ我民法ノ解釈上極メテ多クノ学説ヲ見ル

ニ至レリ。上述ニ依レバ、此場合ニハ債権者主義ヲ適用セザルベカラザルガ如クナレドモ、正シクハ此場合債権者主義ノ適用ナク、寧ろ債務者主義ノ適用アリト言ハザルベカラズ。即チ我民法第五三四条第一項ニ滅失トハ、唯単ニ滅失其モノヲ意味スルニ非ズシテ、滅失ノ結果生ズル損害ヲ意味ス。而シテ其損害ハ此場合唯一ニシテ不可分ナリ。故ニ本条ハ二重売買ニ之ヲ適用スルコト不可能ナリト論結セザルベカラズ。何トナレバ二重売買ノ場合ニハ、二個ノ債権者アリテ、唯一不可分ノ損害ヲ二個ノ債権者ガ負担スルコトハ不可能ナレバナリ。而シテ既述ノ如ク債権者主義ハ例外ノ場合ナリ。其例外規定ノ適用ナキ限り、原則規定ヲ適用スル外ナキナリ。故ニ二重売買ノ場合ノ危険負担ニハ、債務者主義ノ適用アリト解セザルヲ得ザルナリ。

(一)〔質疑〕損害ハ唯一不可分ナリト言フ其意味如何？ 損害其モノハ仮令唯一不可分ナリトスルモ、其危険ヲ二人ニテ分担スルコト、又ハ重疊的ニ之ヲ負担スルコトヲ妨ゲザルベシ。此点神戸説ノ根拠ヲ合理的ニ把握スルコト極メテ困難ナリ。夫レヨリモ神戸説ガ結論ノ妥当性ヲ比較シテ、其優レタル結論ヲ選択シタル上、此結論ニ到達スル為ニ必要ナル概念(損害ノ唯一不可分性)ヲ発見、構成シ、此新発見ノ概念ヨリノ論理操作ヲ経テ、其望マシキ結論(債務者主義)ニ到達スル手法ハ、正ニ概念法学的衣裳ヲ纏ッテ仮装スル目的論的法学ニ外ナラズ。神戸学説ヲ單ナル古キ概念法学ノ極致ト評面スルコトノ不当ナル所以ヲ、明カニ示ス一例

ナリ。

二重売買ニ於ケル危険負担ノ問題ハ、之ヲ單純ニ把ヘテ、其最初ノ買主ガ第五三四条ノ債権者主義ニ依リ、目的物滅失ノ損害ヲ負担シ、代金全額ヲ支払フ債務ヲ負ヒ、從ツテ最初ノ売買ハ其當事者双方ガ債務ヲ履行シテ完結スルコトトナリ、第二番目以下ノ売買ニ付テハ、売主甲ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ル履行不能(二重売買ニ於テハ、売主ハ初ヨリ、其買主ノ一人ヲ除キ、其他ノ買主ニ對シテハ履行不能ナルコトヲ予メ知りナガラ、敢テ契約ヲ為シタルコトガ、売主ノ責ニ歸スベキ事由トナル)トシテ処理スレバ可ナラズヤ？ 尤モ甲ガ二重売買ヲ敢テ為スニ至リタル背後ノ狀況ヲ調査スレバ、何レノ買主ニ危険ヲ負担セシムレバ、最モ公正妥當ナル結果ヲ得ラルルヤ、又ハ複數ノ買主乃至売主ニモ損害ノ全部又ハ一部ヲ負担セシムルコトガ妥當ノ結果トナルコトモ有リ得ルヤ、ヲ判断シ得ル場合モ有ルベシ。無論此際ノ妥当性判断ノ基準ハ、立法者ガ第五三四条乃至第五三六条ノ規定ノ基礎ニ在ル立法者ノ価値判断ニシテ、立法者ノ価値判断ヲ無視シテ解釈者ノ自由ナル法発見ニ任スニ非ズ。

二重売買ノ目的タル特定物が、当事者双方ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因リテ「毀損」シタルトキハ、第五三四条ニ依リ、其毀損ハ債権者(買主)ノ負担ニ歸スルコトニ付テハ殆ド疑ナシ。而シテ売主ハ買主ノ一人ニ對シテノミ、其毀損セル目的物ヲ引渡スコトヲ得レドモ、其他ノ買主ニハ其引渡ヲ為シ得ザルガ故ニ其危険負担ハ其一人ノ買主ニ付キ問題トナルモ、其他ノ買主ニ付テハ、売主ノ責ニ歸スベキ事由ニ依ル履行不能(目的物引渡不能)トシテ処理スレバ足ル。此目的物毀損ノ際ノ危険負担ノ狀況ヲ見レバ、

其滅失ノ際ノ危険モ、買主ノ中ノ何レカ一人ガ之ヲ負担スベキモノニシテ、之ヲ売主ニ負担セシムルハ、(滅失ト毀損トノ間ノ危険負担ニ付キ)均衡ヲ失スルモノト云フベシ。売主ノ二重売買ノ不当性ヲ責ムルニハ、危険負担以外ノ別途(例ヘバ不当利得、詐欺、背任、一般悪意ノ抗弁等)ノ方法ニ依ルベキナリ。

五 他人ノ物ノ売買ト危険負担

例ヘバ甲ガ乙ニ対シ、丙ノ所有スル特定ノ馬ヲ売却スル契約ガ有効ナリヤ無効ナリヤニ付テハ、立法上モ解釈上モ一大論議アレドモ、我民法第五六〇条以下ニ、此契約ヲ有効ナルモノトシテ規定ヲ設ケタリ。而シテ此契約ノ場合ニモ、其危険負担ハ債権者主義ニ依ルト主張スル学者アリ。一見之ハ正当ナルガ如ク見ユレドモ、實質的ニ詳細研究スルトキハ、右ハ正当ニ非ズ。此場合ニハ寧ロ危険負担ノ問題ハ生起セザルモノト解スルヲ正当トス。何トナレバ危険負担ハ、前述ノ如ク損害ノ負担ヲ意味ス。今丙ノ馬ガ天災ニ因リ死亡シタルトキハ、其馬ノ価額金千円ノ損害アリト云フベキモ、其損害ハ所有者丙ガ自ラ之ヲ負担スベキハ当然ニシテ、物権の關係ナキ甲又ハ乙ニハ何等相關スル所ナシ。元來危険負担トハ、損害アリテ、其損害ヲ充填スルコトナリ。或人ガ一度之ヲ負担スレバ、夫レニテ其損害ハ充サルルナリ。丙ガ自ラ危険ヲ負担シタル以上、之ニ因リ其損害ハ充サルルガ故ニ、最早損害ハ全ク存在スルコトナシ。存在セザル損害ヲ負担スルコト能

ハザルハ勿論ナリ。故ニ債務者甲モ債権者乙モ、無キ損害ヲ負担スルガ如キコトハ、全ク不可能ナリ。之即チ此場合ニハ危険負担ノ問題ハ生起セズト云フ所以ナリ。此場合ハ第四一五条乃至ハ一般原則ノ適用アル場合ニシテ、甲ハ給付不能ニ由リ其債務ヲ免レ、其対価タル乙ノ債務モ亦自然ニ消滅スルモノト云フ外ナシ。⁽³⁾

(1) 甲ガ丙ノ委託ヲ受ケテ、丙ノ名ニ於テ(丙ノ代理人トシテ)

又ハ丙ノ使者トシテ、乙トノ間ニ、丙所有ノ物ノ売買契約ヲ為スハ、此所ニ謂フ他人ノ物ノ売買ニ非ズ。甲ガ自己ノ名ニ於テ為ス他人ノ物ノ売買ノミヲ此所ニ問題トスルナリ。商法第二七三条〔現第五〇一条〕第二号ニ規定スル所謂營利供給契約ハ、此種ノ売買ヲ含ムモノナレドモ、此契約ハ主トシテ不特定物ヲ目的トスルガ故ニ、危険負担ノ問題ニ無關係ナルモノガ大多数ナリ。

(2) 〔質疑〕他人ノ物ノ売買ニ関シテハ、第五六一一条 第五六二一条ガ先ヅ適用サレ、其結果買主ニ解除権ガ与ヘラレテ、特ニ危険負担ヲ論ズル必要ナキニ非ズヤ? 若シ反对ニ先ヅ危険負担ヲ決著シタル上、第五六一一条第五六二一条ヲ適用スベキモノトセバ、何故買主ニ解除権ヲ与ヘルカ不可解ナリ。目的物毀損ノ場合ニハ、第五六一一条第五六二一条ノ適用無キガ故ニ、危険負担ガ問題トナル。或ハ第五六一一条等ニ、買主ガ其権利ヲ取得スルコト能ハズ、トハ、其権利ガ現存スルニモ拘ラズ之ヲ取得シ得ザル場合ノミヲ指シ、其権利ガ目的物滅失ニ因リ絶対的ニ消滅セル為ニ、之ヲ取得シ得ザル場合ヲ除外スルモノナリヤ?

(3) 〔質疑〕甲ノ債務ハ給付不能ニ因リ消滅スルコトシテモ、乙ノ

代金支払が何故之ト共ニ自然消滅スルヤ？ 甲ノ債務ノ履行ガ先
 発不能ナラバ兎モ角、今ハ後発不能ノ場合ナルガ故ニ、反対給付
 ノ債務ト関係ナク、独立シテ消滅スルニ非ズヤ？ 独立シテ消滅
 スレバコソ、反対給付ノ債務ヘノ影響ガ、危険負担ノ問題トナル
 ニ非ズヤ？ 双務契約上ノ一方ノ債務ガ、弁済、相殺、時効等ニ
 因リ消滅スルモ、他ノ一方ノ債務ガ之ト共ニ自然消滅スルモノニ
 非ザルコト、明カナルベシ。

第四款 第三者ノ利益ノ為ニスル契約

一 其意義

例ヘバ甲ガ乙ニ対シ金千円ニテ馬一頭ヲ売却スル旨申込ミ、
 乙ガ之ヲ承諾シ、尚、此売買契約ノ不可分の内容トシテ、其
 代金ハ乙ガ甲ニ之ヲ支払フニ非ズシテ、第三者丙ニ支払フベ
 キ旨ヲ、甲ガ申込ミタルニ、乙ハ此申込ニ対シテモ承諾ヲ為
 シタリ。之即チ「契約ニ依リ当事者ノ一方ガ、第三者ニ対シ
 テ或給付ヲ為スベキコトヲ約シタル」(第五三七条第一項)モ
 ノニシテ、此場合ニ二種アリ。1. 乙ガ金千円ヲ丙ニ支払フ
 債務ヲ負担シ、甲ガ其債務ニ対スル債権、即チ乙ヲシテ丙ニ
 金千円ヲ支払ハシムル旨請求シ得ル債権ヲ取得スルモ、丙ハ
 乙ニ対シ何等ノ債権ヲモ取得セザル旨約スル場合、及ビ、2.
 甲ガ乙ヲシテ金千円ヲ丙ニ支払ハシムル債権ヲ取得スル外ニ、
 丙モ亦乙ニ対シ金千円ノ支払ヲ請求スル債権ヲ取得スル旨約

スル場合之ナリ。1ノ場合ハ特ニ第三者ノ利益ノ為ニスル契
 約ト称スベキモノニ非ズシテ、普通ノ契約ナリ。故ニ特別ノ
 規定ナキモ、此契約ノ有効ナルコトハ勿論ナリ。此契約ニ因
 リ丙ハ何等ノ権利ヲ取得セズ。単ニ利益ヲ受クルコトアルニ
 過ギズ。2ノ場合ガ即チ此所ニ謂フ第三者ノ利益ノ為ニスル
 契約ナリ。此場合ハ更ニ之ヲ二種ニ大別スルコトヲ得。即チ
 a. 第三者ガ権利ヲ取得スベキ旨ヲ、甲乙ガ其契約ノ内容ト
 為シ、且ツ其第三者ガ権利ヲ取得スルニ必要ナル条件、時期
 等ヲ具体的ニ指定シタル結果、此指定ニ從ツテ第三者ガ権利
 ヲ取得スル場合、及ビ b. 甲乙ハ丙ガ権利ヲ取得スベキ旨
 ヲ其契約ノ内容ト為シタルモ、其丙ノ権利取得ノ為必要ナル
 条件時期等ヲ定ムルコトナカリシ場合ニ、法律ガ特ニ丙ヲシ
 テ権利ヲ取得セシムル場合、ノ二種之ナリ。aノ場合ハ独逸
 民法ノ採用セルモノ、bノ場合ハ我民法ノ採用セルモノナリ。
 學者或ハ我民法モ、独逸民法ニ倣ヒテ、独逸民法ト同一ノ場
 合ヲ採用セリト説明スレドモ、之ハ正當ナル解釈ニ非ズ。我
 民法上ノ第三者ノ利益ノ為ニスル契約ハ、契約ナル法律要件
 ノ組成分子トシテハ、甲及ビ乙ノ二個ノ意思表示ノミニシテ、
 第三者丙ノ意思表示ハ契約ノ組成分子トシテ必要トスルコト
 ナク、其効力条件トシテ之ヲ必要トスルニ過ギズ。¹⁾

(1) 第三者ノ利益ノ為ニスル契約ナルモノハ、元來例外ニ認スル
 モノニシテ、立法論トシテハ、其有効無効ノ議論モ未ダニ之無キ

ニ非ズ。即ち契約ナルモノハ其当事者ノミニ其効力ヲ及スモノニシテ、第三者ニハ其効力ヲ及サザルヲ原則トス。然ルニ從來ノ立法者ハ此原則ノミヲ以テ足レリトセズ、其例外トシテ第三者ニモ其効力ヲ及ス契約ヲ認メントスルナリ。

二 第三者ノ権利

第三者ノ利益ノ為ニスル契約ニ定メタル第三者ノ権利ハ、如何ニシテ發生スルヤト言フニ、其權利發生ノ条件又ハ時期ハ総テ当事者ノ意思ニ因リ定マルモノト解セザルベカラザレドモ、当事者ノ意思ガ明カナラザルトキハ、法律ノ規定ニ基キテ定メラルルモノトス。而シテ我民法ハ独逸民法ト異リ、第三者丙ノ乙ニ対スル債權發生ノ為ニハ、丙ヨリ乙ニ対スル意思表示ヲ必要ト為セリ。但シ其意思表示ハ、第三者ノ利益ノ為ニスル契約ノ成立要件トシテ之ヲ要求スルコトナク、第三者ノ權利取得ノ効力要件トシテ之ヲ要求セリ。即ち第三者丙ガ当事者ノ一方タル乙ニ対シテ、契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時ニ、第三者ノ權利ガ發生スルモノトセリ(第五三七条第二項)。此第三者ノ意思表示ヲ享益ノ意思表示又ハ受益ノ意思表示ト謂フ。但シ此意思表示ハ、当事者ガ其契約ニ別段ノ定ヲ為サザリシトキニ、民法ガ之ヲ要求スルニ過ギズ、一般のニハ其必要ナシトスルヲ通説トス。

(1) 此受益ノ意思表示ハ、第三者丙ヨリ当事者ノ一方タル債務者乙ニ対スル一方的意思表示(単独行為)ナリ。乙ニ到達シタル時

ニ、其効力(乙ノ丙ニ対スル債務、丙ノ乙ニ対スル債權)ガ發生ス。第三者ノ利益ノ為ニスル契約其モノハ、受益ノ意思表示以前ニ既ニ成立シ、且ツ其当事者間ニ於テハ其効力ヲ生ジ、從ツテ甲ハ乙ニ対シ、丙ヘノ給付ヲ為スベキ旨請求スル權利ヲ有スレドモ、丙ハ受益ノ意思表示ヲ為サザル限り、未ダ直接乙ニ對シ其給付ヲ請求スル權利ヲ有スルコトナシ。即ち受益ノ意思表示ハ、丙ノ權利發生ノ(法定的)条件ニシテ、其到達ノ時ガ權利發生ノ時ナリ。

第三者が受益ノ意思表示ヲ為シ、其權利ガ發生シタル後ハ、当事者ハ其權利ヲ變更シ又ハ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ズ(第五三八条)。第三者ノ權利發生以前ニ於テモ、其契約ハ当事者ヲ拘束スル効力ヲ有スルガ故ニ、当事者ノ一方ノミニテ自由ニ之ヲ變更消滅セシム得ルニ非ズシテ、当事者双方ノ合意ノ上ニテ之ヲ為シ得ルナリ。第三者ノ權利發生後モ、第三者ガ同意スレバ、当事者ノ合意ニ因リ、其權利ヲ變更消滅セシムルコトハ、固ヨリ可能ナリ。

尚、当事者及ビ第三者ナル語ハ、民法其他ノ法律ニ於テ極メテ屢々使用セラレドモ、他ノ場合ニ一般ニ用キラレタル第三者ナル語ト、第三者ノ利益ノ為ニスル契約ト言フ場合ノ第三者ナル語トハ、其意味ニ於テ大イニ異ル。一般ノ第三者ハ、当事者間ノ法律行為其他ノ法律要件ノ作成ニ付キ關係スルコトナク、又其効力ニ与ルコトナシ。然ルニ第三者ノ利益ノ為ニスル契約ニ於ケル第三者ハ、当事者間ノ契約ノ作成ニ

ハ参与セザレドモ、其効力ニハ与ルモノナリ。即チ契約作成ニ付テハ第三者ナレドモ、其効力ニ付テハ一般ノ第三者トハ異ル。

三 当事者間ノ抗弁權ト第三者

法律ハ当事者ノ一方又ハ双方ニ、其契約ニ起因スル抗弁權ヲ賦与スルコトアリ。即チ例ヘバ双務契約ノ当事者ハ、第五三三条ニ依リ、各自同時履行ノ抗弁權ヲ有スルガ如シ。今此第三者ノ利益ノ為ニスル契約ノ場合ニモ、其契約ニ起因スル抗弁權ハ、本来ナラバ当事者ノ一方ヨリ相手方ニ対シテノミ、之ヲ行使シ得ベキモノナレドモ、法律ハ此場合第三者ヲ当事者ト同一視シ、其第三者ニ対シテモ、其抗弁ヲ對抗スルコトヲ得ルモノトセリ（第五三九条）。例ヘバ前例ノ乙ガ丙ヨリ金千円ノ支払ノ請求ヲ受ケタル際、乙ハ甲ヨリ未ダ馬ノ引渡ノ提供ナキコトヲ理由ニ、甲ガ乙ニ馬ノ引渡ノ提供ヲ為スマデ、丙ヘノ金千円ノ支払ヲ丙ニ対シ拒絶スルコトヲ得。甲ト丙トハ別人ナレドモ、乙ハ甲ニ対スル抗弁權ヲ丙ニ対シテモ對抗シ得ルナリ。第五三九条ニ所謂抗弁トハ、通説ハ之ヲ広義ニ解シ、原則トシテ其種類ヲ問ハズ、乙ハ甲ニ対スル其契約上ノ凡ユル抗弁ヲ、丙ニ対シテモ對抗スルコトヲ得ルモノト解ス。

第五節 契約ノ解除

一 契約解除ノ意義

契約ノ解除トハ、一旦締結セラレタル契約ヲ消滅セシムルコトヲ謂フモノナレドモ、從來ノ学説上、少クトモ二個ノ異リタル意義アリ。其一ハ契約ナル法律要件ヲ其儘存置シ、唯其効力ヲ消滅セシムルコトヲ謂ヒ、他ノ一ハ契約ト其効力トノ二者ヲ併セテ消滅セシムルコトヲ謂フ。更ニ第三ノ意義アリト主張スル者アリ。夫レニ依レバ、契約ノ解除ハ契約モ其効力モ之ヲ消滅セシムルコトナク、単ニ其契約ノ効力トシテ生ジタル權利ノ行使ニ対シ、義務者ニ抗弁權ヲ賦与スルモノナリト言フ。之等ノ中、我民法ノ解釈論トシテハ、上述第二ニ挙ゲタルモノ、即チ契約解除ハ契約及ビ其効力ノ二者ヲ消滅セシム、ト言フヲ正當ナリトス。

(1) *Rescissio* 解除ノ第一ノ意義ハ、*Rescissio*ニ於テ最モ有力ニ支持セラルルモノナリ。其理由ハ契約其モノハ過去ノ事實ナリ。歴史的事実自体ヲ消滅セシムルコトハ不可能ナリ、ト言フニ在リ。

二 解除權ノ發生原因

イ 法定解除權ト約定解除權

当事者ノ一方ガ、契約又ハ法律ノ規定ニ依リ、解除權ヲ有スルトキニ限り、其当事者ハ契約ヲ解除スルコトヲ得（第五

四〇条)。解除権ノ発生原因ハ、当事者間ノ契約又ハ法律ノ規定ナリ。契約ノ当事者ガ特ニ解除権ノ発生ヲ約スルトキハ、契約ノ内容ハ当事者ノ意思ニ因リ定マルガ故ニ、其発生条件其他ハ其契約ノ定ニ任スノミニシテ、特ニ説明ヲ要セズ。此当事者ノ任意ノ契約ヨリ生ズル解除権ヲ任意解除権ト謂フ。之ニ反シ法律ノ規定ヨリ生ズル解除権ハ之ヲ法定解除権ト謂フ。此法定解除権ノ発生原因ヲ定メタル法律ノ規定ノ解釈ニ関シテハ、学者間ニ一大論議アレドモ、今ハ暫ク之ヲ措ク。

ロ 法定解除権ノ発生原因

法定解除権ノ発生原因ヲ定ムル法律ノ規定ハ、大約分レテ三ト成ル。

a. 普通ノ場合

当事者ノ一方ガ其債務ヲ履行セザルトキハ、相手方ハ相当ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ、若シ其期間内ニ履行ナキトキハ、其期間經過ノ瞬間ニ契約解除権発生シ、其相手方ハ其解除権ヲ行使シテ、契約ノ解除ヲ為スコトヲ得(第五四一条)。此解除権ハ債務者ガ履行期ニ履行セザルモ、其後尚ホ履行ヲ為シ得ル場合ニシテ、且ツ其為シタル履行ノ結果ガ、契約ヲ為シタル動機ニ適合スル場合ニ限り発生スルモノト解セザルベカラズ。約言スレバ、当事者ノ一方ガ履行期ニ履行ヲ為サザルモ、其後尚ホ其債務ノ履行ガ可能ニシテ、且ツ目的可能ノ場合、即チ弁済期後モ完全ニ履行ヲ為シ得ルノミナラズ、

当事者ノ動機タル目的ヨリ見ルモ、其目的ガ侵害セラルルコトナキ状態ニ在ル場合ニ限ル。此場合ニ於テモ、債務者ハ其債務不履行ノ瞬間ニ直チニ契約解除ヲ為シ得ルニ非ズシテ、相当ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ、其期間内ニ履行ナキトキ初メテ解除ヲ為シ得ルナリ。

相当ノ期間ヲ定メテ催告スルトハ、債権者ガ債務者ニ対シ、単ニ「相当ノ期間内ニ履行スベシ」と云フ催告ニテハ不可ナリ。相当ノ期間ヲ具体的ニ指定シテ催告ヲ為スコトヲ要ス。例ヘバ、「今日ヨリ一週間内ニ」若クハ「明日限り」と云フガ如ク指定セザルベカラズ。其指定シタル期間ガ相当ナリヤ否ヤノ点ニ於テ、債権者ハ自ラ一大危険ヲ冒スモノト言ハザルベカラズ。自ラ相当ノ期間ナリト思惟シテ一週間ノ期間ヲ選ビタリトスルモ、客観的見地ヨリ見ルトキハ、不相当ノ期間ナリシトキハ、其催告ハ不適法ニシテ、解除権ヲ発生セシムルコトヲ得ズ。従ツテ仮令解除ノ意思表示ヲ為スモ、其意思表示ハ無効ニシテ、契約解除ノ効果ヲ生ゼシムルヲ得ズ。其不利益ハ債権者自ラ之ヲ被ラザルベカラザルニ至ルガ故ナリ。

b. 定期行為ノ場合

所謂定期行為トハ、特ニ定メタル履行ノ期限ガ給付ノ必要不可欠ノ元素ヲ成ス契約ヲ謂フ。従来学者ハ此行行為ヲ二種ニ分チ、相對的定期行為及ビ絶對的定期行為ト為セリ。之ニ付テ学者ハ種々ノ説明ヲ為スガ故ニ、学理上其分界線ハ未ダ明カ

ナリトハ言ヒ得ザレドモ、通説ニ依レバ相對的定期行為トハ、期限ヲ徒過スルモ給付ハ絕對的不能トハナラズ、当事者ガ其動機(目的)ヲ變更スレバ、給付ハ可能トナルモノ、即チ或意味ニ於テハ不能ナレドモ、他ノ意味ニ於テハ不能トハナラザルモノヲ謂フ。例ヘバ甲ガ正月三日ニ著用スル目的ニテ一著ノ洋服ヲ注文シタリトセバ、正月三日ニ著用シ得ル様ニ履行(洋服引渡)ヲ為スコト、換言スレバ前年一二月三一日迄ニ其服ヲ引渡スコトヲ要ス。三日ヲ徒過シテ一月四日ニ之ヲ引渡スモ、其目的ヲ達スルコト能ハザルガ故ニ、三日ノ經過後ハ給付不能トナル。尤モ初ノ目的ヨリ見レバ不能ナレドモ、注文者ガ初ノ目的ヲ變更シテ三日以後之ヲ著用スルコトト為サバ、期限後モ給付ハ不能ニ非ズ。此意味ニテ相對的ト言フナリ。

此相對的定期行為ノ場合ニ、債務者ガ予定ノ期日又ハ期間内ニ履行ヲ為サザルトキハ、債權者ハaニ述ベタルガ如キ期間ヲ定メタル催告ヲ為スコトナク、直チニ其契約ノ解除ヲ為スコトヲ得ルモノトセリ(第五四二条)。即チ所定ノ期間ヲ徒過シタル時、直チニ解除權發生シ、且ツ行使スルコトヲ得。同条後段ニ在ル「前条ノ催告ヲ為サズシテ」ナル文句ハ、必要無キガ如クナレドモ、而モ此場合ニ於ケル履行不能ノ状態ヲ示スモノト解スベキガ故ニ、特ニ注意スルコトヲ要ス。此場合期間又ハ期限ヲ經過スルモ、給付其モノハ不能トナリタ

ルモノニハ非ザレドモ、其契約ヲ為シタル目的ヲ達スルコトガ不能トナリタルナリ。債權者ガ其目的ヲ變更スレバ、契約ヲ解除セズニ、本来ノ給付ヲ為サシメントテ、新規ノ目的ヲ達スルコトモ可能ナリ。

(1) 第五四一条ノ「前条ノ催告ヲ為サズシテ」ナル文句ハ無用ニシテ、強テ言ヘバ「直チニ契約ノ解除ヲ為ス」ト云フ其「直チニ」ノ意味ヲ明確ナラシムル為ノ強調的文句ニ過ギズト説ク者アリ。然レドモ此解釈ハ不可ナリ。何トナレバ第五四一条乃至第五四三条ノ三个条ヲ対比スレバ、前二个条ニハ催告ノ文字アレドモ、第五四三条ニハ其文字ナシ。夫レハ前二个条ノ場合ニハ履行ガ仍可能ナルヲ以テ、其催告ハ意味ヲ有スレドモ、第五四三条ノ場合ニハ既ニ履行不能トナリタル場合ノコトナレバ、今更催告ヲ為スモ何ノ意味モ無キ場合ナリ。第五四二条ハ相對的不能、第五四三条ハ絕對的不能ノ場合ノ規定ナルコトヲ知ラシムル為ニハ、「催告ヲ為サズシテ」ナル文句ガ是非必要ナリ。

c. 絕對的定期行為ノ場合其他

履行ノ全部又ハ一部ガ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ不能ト為リタルトキハ、債權者ハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得(第五四三条)。即チ特定物又ハ特定ノ事物ノ給付ヲ目的トスル債務ニ付キ、其履行期限ノ定アルト否トヲ問ハズ、債務者ガ自己ノ故意又ハ過失ニ因リ、其履行ノ全部又ハ一部ヲ不能ナラシメタルトキニ、広ク本条ニ依リ解除權發生ス。既ニ其履行ハ不能ナルガ故ニ、相手方ガ催告ヲ為スコトハ、何等ノ

益アルコト無シ。故ニ此場合ニハ解除ノ為メ予メ催告ヲ為ス必要ナキコト明カナリ。

絶対的定期行為ニ付キ債務者が期限内ニ履行ヲ為サザル場合ニ、本条ノ適用アリヤ否ヤニ付テハ争ナキニ非ザレドモ、本条ノ場合ニ包含セラルルモノト解スルヲ要ス。即チ債務者が履行期限ヲ徒過スルトキハ、其履行ハ全ク不能トナルガ故ニ、他ノ履行不能ノ場合ト同ジク、債権者ハ即時ニ解除權ヲ取得シ、直チニ之ヲ行使シテ契約ヲ解除スルコトヲ得ルナリ。

三 解除ノ方法

イ 一方的意思表示

解除權ノ行使ハ、解除權者が相手方ニ対シテ、其契約ヲ解除スベキ旨ノ意思表示ヲ為スコトナリ（第五四〇条第一項）。此意思表示ハ一個ニテ一ノ法律行為ヲ成シ、相手方ノ承諾ナシニ完成シ、其効力ヲ生ズ。即チ相手方アル單獨行為ノ一ナリ。此意思表示ノ完成スル時、解除ノ法律行為完成シ、意思表示が相手方ニ到達スル時、解除ノ効果発生ス。其効果発生後ハ解除權者ハ最早單獨ニテ其解除ヲ取消スコトヲ得ザルハ勿論ナリ（第五四〇条第二項）。

ロ 解除權行使ノ不可分

法律ハ解除權ノ行使ヲ不可分のノモノト為シ、当事者ノ一方又ハ双方が数人アル場合ニハ、解除權ヲ行使スル側ハ其全員ヨリ其意思表示ヲ為スコトヲ要シ、又之ヲ受クル側ハ其全

員ニ対シテノミ為サレ、從ツテ其全員ガ之ヲ受クルコトトナラザルベカラズ（第五四四条第一項）。此不可分ノ性質ハ、事物ノ性質上自ラ存在スルモノニ非ズシテ、我民法ガ特ニ之ヲ規定シタルモノト見ルノ外ナシ。又当事者数人アル場合ニ、解除權ガ当事者ノ一人ニ付キ消滅シタルトキハ、他ノ者ニ付テモ亦消滅スルモノトシ（同条第二項）、其消滅ノ点ニ於テモ一種ノ不可分性ノ存在ヲ規定セリ。

四 解除ノ効力

解除ノ効力ハ種々ノ場合ニ種々ノ形ニ於テ現ル。其場合ヨリ大別シテ三ト為ス。⁽¹⁾

(1) 解除ノ効力ヲ詳細ニ説明スルハ、甚ダ多クノ時間ヲ要スルコトニシテ、最早其為メニ充分ナル時間無キヲ以テ、此所ニハ唯其要点ノミ説明スルニ止ム。

イ 債權契約ガ締結セラレタルノミノ場合

之ハ債權契約ガ締結セラレ、其効力タル債權債務ガ発生シタルニ止マル場合ナリ。此場合ニ当事者ノ一方ガ契約ヲ解除スレバ、其存在スル債權契約ハ消滅シ、其効力タル債權債務モ亦消滅シ、何等残存スルモノ無ク、契約ノ法律關係ハ總テ簡單ニ消滅ス。⁽²⁾

(1) 此場合ニハ解除ト共ニ一切ノ關係ハ消滅シ、契約前ノ契約無キ状態ニ戻ルガ故ニ、第五四五条第一項ニ規定スル「原状」ハ、解除ニ因リ当然回復セラルルコトトナリ、「各当事者ガ其相手方

ヲ原状ニ復セシムル義務」ナルモノヲ認ムル余地ナシ。強テ言ハバ、各自ガ其債權ヲ拋棄スル義務アルト見ルヲ得ザルニ非ザレドモ、斯ノ如キ説明ヲ唱フル者無シ。特ニ原状ヲ回復スルマデモナク、解除ト共ニ当然原状ヲ現出スル效果アルコトハ、特ニ法律ニ規定ナキモ、解除ノ本質ヨリ出デタルコトニシテ、解除ノ意思表示ノ效果意思ニ相応スル任意の効力ナリ。

ロ 債權契約ガ締結セラレ、其債權債務發生シ、其一方ノ債務ガ履行セラレタル場合

例ヘバ或特定物ノ売買契約ガ締結サレ、其一方ノ債務タル物ノ引渡ガ履行セラレタル結果、相手方ガ其所有權ヲ取得シタルニモ拘ラズ、代金支払ノ債務ヲ履行セザル場合、其一方ノ当事者即チ売主ガ契約ヲ解除スレバ、解除ハ適及シテ其効力ヲ生ズルガ故ニ、契約ノ効力トシテ発生シタル債權債務ハ消滅シ、從ツテ既ニ其履行トシテ引渡サレタル物品ハ、元ノ所有者売主ニ返還セラルベキコトナル。但シ此返還ニハ種々ノ方法アリ。大別シテ二トス。債權の返還及ビ物權の返還之ナリ。債權の返還トハ、物ノ買主ヲシテ其物ヲ売主ニ返還スル義務ヲ負担セシムルコトヲ謂フ。物權的返還トハ、買主ニ返還義務ヲ負担セシムルコトナク、所有權ガ当然売主ニ復歸移転スルモノト為スヲ謂フ。此中我民法ハ何レヲ採用セリヤハ一大問題ニシテ、學者間ノ學說未ダ統一スルコトナシ。然レドモ吾人ハ、我民法ハ第二ノ方法ヲ採リタルモノト見ル

ヲ正当ト為ス。其理由ニハ種々アレドモ、民法第五四五条第一項但書ハ、後ニ詳述スル如ク、物ノ所有權ガ物權的ニ売主ニ返還セラレテ、復歸スルモノト見ルニ非ザレバ、全ク其意味ヲ成サザルコトナルヲ以テナリ。

(1) 売主ガ目的物ヲ買主ニ引渡シ、所有權ヲ移転シタル後ニ、契約ヲ解除スレバ、所有權ハ当然売主ノ許ニ復歸スレドモ、物ノ占有ハ依然買主ノ許ニ在リ、当然ニハ復歸セザルヲ以テ、買主ハ其占有ヲ売主ニ返還シテ、売主ヲ原状ニ復セシムル義務ヲ負フ。

ハ 債權契約ガ締結セラレ、其債權債務ガ發生シ、其一方ノ債務ガ履行セラレタル後、第三者ガ其物ヲ取得シタル場合

例ヘバ甲ガ乙ニ或特定物品ヲ代金百円ニテ売却シ、甲ガ乙ニ其物ヲ引渡シ、乙ガ更ニ其物ヲ丙ニ売却シ、乙ガ丙ニ其物ヲ引渡シタル後ニ、甲ハ乙ガ代金ヲ支払ハザルコトヲ理由ニ、初ノ売買契約ヲ解除シタリトセヨ。此場合普通ノ原則ニ依ル解釈ニ依レバ、甲乙間ノ売買契約及ビ其効力タル債權債務ハ消滅シ、既ニ引渡サレテ丙ノ占有スル其特定物ノ所有權モ亦物權的ニ甲ニ復歸スルコトナルガ故ニ、丙ハ現ニ其物ヲ所持スルニモ拘ラズ、其物ノ所有權ヲ喪ヒ、丙ハ不測ノ損害ヲ受クルコトナルベシ。然ルニ我民法ハ、丙ノ損失無カラシムル為、即チ第三者ヲ保護スル為ニ、例外規定トシテ、第五四五条第一項ニ但書ヲ設ケ、当事者ハ契約解除ヲ為シ得ルモ、

其結果第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ザル旨規定セルガ故ニ、丙ハ其所有權ヲ奪ハルルコトナシ。然レドモ法律ハ他方ニ於テ、乙ヲシテ甲ヲ原状ニ復セシムル義務ヲ負ハシメタリ（第五四五条第一項本文）。乙ガ此義務ヲ履行スル方法ニ一ツアリ。凡ソ相手方ヲ原状ニ復セシムル二種ノ方法トハ、一ハ事物其モノヲ原状ニ復セシムル方法、他ノ一ハ経済的ニ原状ニ復セシムル方法ナリ。第一ノ方法ハ乙ガ丙ヨリ其物ヲ買戻其他ノ方法ニテ取戻シタル上、之ヲ甲ニ返還シテ、所有權ヲ回復セシムル方法ナリ。此場合ニ丙ガ乙ノ買戻等ノ申出ヲ承諾スレバ、容易ニ此方法ハ行ハルレドモ、丙ガ承諾セザル限り、此方法ハ実行不可能ナリ。其場合ニハ第二ノ方法ニ依リ、乙ハ甲ヲシテ経済的ニ原状回復セシメ得ルニ過ギズ。即チ賠償ノ方法ニ依リ甲ヲ原状ニ復セシムルノ外ナシ。

ニ 其他ノ効果

解除ノ効果トシテ上述三個ノ主要ナル任意的及ビ法定的効果ノ外ニ、尚法律ハ特ニ二個ノ効果ヲ認メタリ。前例ノ買主乙ガ甲ニ返還スベキ物が、自己ノ占有中ニ果実ヲ生ジタルトキハ、其果実ハ固ヨリ之ヲ甲ニ返還スルコトヲ要ス。從ツテ其物が金銭ナルトキハ、其受領ノ時ヨリノ法定利息ヲ支払フコトヲ要ス（第五四五条第二項）。之ハ殆ド言フヲ俟タザル所ナレドモ、疑ヲ避クル為ニ、法律ハ特ニ之ヲ規定セリ。他ノ一ノ効果ハ第五四五条第三項ニ之ヲ規定ス。曰ク「解除權

ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ゲズ」と。此規定ノ解釈ニ付テハ、學者間ニ一大論議アルガ故ニ、以下ニ少シク説明セン。解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ゲズ、トハ、解除權ノ行使ト損害賠償ノ請求トハ相兩立スル意味ナリ。妨ゲズトハ、既ニ存在スル權利ヲ消滅セシメズ、依然存続セシムル意味ナリ。故ニ此損害賠償請求權ハ解除權行使以前ニ既ニ存在シタルモノヲ指スコトハ明瞭ナリ。是ニ於テカキノ難問題ヲ生ズ。其損害賠償ノ性質如何ノ問題ナリ。

元來損害賠償ハ債務履行ノ代リニ之ヲ為サシムルコトアリ、又ハ債務ノ履行遲滞ノ為メ生ジタル損害ノ賠償タルコトアリ。何レモ不履行ニ因リ生ジタル損害ノ賠償ナリ。其外ニ契約ヲ解除シタル結果生ズル損害アリ。之ハ解除ヲ為シタルガ為ニ生ジタル損害ナルガ故ニ、此損害ノ賠償ヲ請求スルニハ、契約及ビ其債權債務ハ解除ニ因リ既ニ消滅シ居ルコトヲ必要トス。或ハ又差額賠償ナルモノアリ。双方ノ債務ノ内容ヲ比較シテ、其価値ニ差額ヲ生ズル場合ニ、其差額丈ケ賠償シテ、双方ノ債權債務ヲ消滅セシムル方法ナリ。斯ノ如ク損害賠償ニハ種々ノ性質アレドモ、此所ニ謂フ所ノ損害賠償ハ其何レナリヤニ付キ、學者間ニ大議論アリ。種々ノ學說現レタレドモ、其中、吾人ハ夫レヲ不履行ニ因リテ生ズル損害ノ賠償ト解スルヲ正當見解ト認ム。此見解ヲ主張スル理由ヲ以下ニ述ベン。

元來契約解除權ノ行使ト不履行ニ因ル損害賠償ノ請求トハ、兩立スルコト能ハザルモノナリ。何トナレバ不履行ナル事柄ハ、契約アリ且ツ其契約ヨリ生シタル債務アル場合ニ限り存在スルモノナリ。何トナレバ其債務ナケレバ、其履行モナク、從ツテ其不履行モ在リ得ベカラザルガ故ナリ。今契約ガ解除セラレ、其契約ハ初ヨリ無カリシモノト看做サレ、從ツテ債務ハ初ヨリ無カリシモノト看做サレ、其債務ノ履行不履行モ無カリシモノト看做サルナリ。故ニ不履行ニ因ル損害ノ賠償ハ、全く無用トナルベシ。此意味ニ於テ解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ト兩立セザルコト明カナレバ、解除權ノ行使ガ認メラルルナラバ、損害賠償ノ請求ハ排斥セラレテ、存在スルコトヲ得ズ。又損害賠償ノ請求ガ認メラルルナラバ、解除權ノ行使ハ排斥セラレテ存在スルコトヲ得ズ。斯ノ如ク此二者ハ兩立スルコト能ハザルモノナルニモ拘ラズ、之ヲ兩立セシムルハ、抑々如何ナル理由ニ基キヤ？自然ノ状態ヲ標準トスルトキハ、之ヲ説明スルコトヲ得ズ。法律ガ一ノ擬制ヲ設ケタルモノト見ザルベカラザルナリ。

其擬制トハ如何。元來契約ノ解除ハ其契約締結ノ時ニ遡リテ其効力ヲ生ジ、其契約ヲ初ヨリ無カリシモノト為スモノナレドモ、此遡及効ニ對シ法律ガ一ノ制限ヲ加ヘタリト見ルナリ。其制限ハ、解除ノ効力トシテ契約及ビ其効力タル債權債務ハ総テ初ヨリ無カリシモノト看做サルレドモ、既ニ生シタ

ル債務不履行ノミハ、尚存在スルモノト見ルナリ。其不履行ノ点ヨリ損害賠償ノ請求權發生スルガ故ニ、此請求權ト解除權ノ行使トハ相兩立スルコトニナリタルナリ。

斯ノ如キ擬制ヲ為シテ、本來相排斥スルモノヲ兩立セシムルコトハ、實際上極メテ重要ニシテ、此擬制ヲ為シテコソ、初メテ当事者ニ對シ公平ナル結果ヲ与ヘ得ルナリ。例ヘバ甲ガ乙ニ對シ金千円ニテ或株式ヲ売却シタルニ、其株式売買ノ翌日ニハ其株式ハ金二千円ニ騰貴セリ。乙ガ金千円ヲ提供シテ株式引渡ヲ請求シタル所、甲ハ之ニ應ゼズ、債務不履行トナレリ。此場合乙ハ解除權ヲ行使シテ其契約ヲ解除シ得ルハ勿論ナレドモ、解除シテ契約無カリシモノト看做サルルトキハ、甲ハ却ツテ其解除ヲ欣ビ、乙ハ之ヲ好マザルベシ。乙ガ履行ヲ受クルナラバ乙ニ金千円ノ利益アリタランニ、甲ノ不履行ノ結果乙ガ契約解除スレバ、乙ハ其得ベカリシ金千円ノ利益ヲ喪失スルコトトナルガ故ナリ。乙ハ契約ヲ解除シテ、自己ノ買受代金支払ノ債務ヲ免ルトト同時ニ、株式ヲ受取り得ザルコトトナルモ、其外ニ尚損害賠償金トシテ金千円ヲ受取ルコトトスレバ、此不利益ヲ避クルコトヲ得ベシ。即チ此場合一方ニ於テ契約ノ解除ヲ認め、他ノ一方ニ於テ解除ノ効力ヲ制限シテ、不履行ニ因ル損害賠償ノミハ、尚之ヲ請求シ得ルモノトスレバ、極メテ公平ナル結果ヲ生ムコトトナル。

要スルニ解除權行使ノ結果、解除ハ遡及効ヲ生ズルヲ原則

トスレドモ、唯或場合ニ限り法律ハ此邇及効ニ対シ一ノ制限ヲ設ケタリ。其或場合トハ当事者ノ一方ニ不履行アリテ、其不履行ノ結果相手方ニ損害ヲ生ゼシムル場合ナリ。此場合ニハ其不履行ヨリ生ジタル損害ノ結果ハ、解除ノ邇及効ニ依リテ消滅セシメラルルコトナク、解除後モ依然存在スルモノト見ルナリ。

五 解除権ノ消滅

解除権モ亦一ノ權利ナルガ故ニ、權利ノ一般の消滅原因ニ因リ消滅スレドモ、其外ニ法律ハ特ニ法定の消滅原因ヲ定メタリ。

イ、解除権留保ノ契約ヲ為シタル場合ニ、其解除権行使ノ期間ヲ定メタルトキハ、其期間ノ経過ニ因リ其解除権ハ消滅ス。其期間ヲ定メザリシトキハ、其解除権ハ永久ニ存続スルモノノ如クニ見ユルガ故ニ、法律ハ其相手方ニ対シ一ノ權能ヲ賦与シタリ。即チ相手方ハ解除権者ニ対シ、相当ノ期間ヲ定メ、其期間内ニ解除ヲ為スヤ否ヤヲ確答スベキ旨ヲ催告スル權能之ナリ（第五四七条前段）。若シ其期間内ニ解除ノ確答ノ通知ヲ受ケザルトキハ、其解除権ハ消滅ス（同条後段）。之ハ法律ノ特ニ定メタル解除権ノ法定の消滅原因ナリ。

ロ、解除権ヲ有スル者ガ自己ノ行為又ハ過失ニ因リテ著シク契約ノ目的物ヲ毀損シ若クハ之ヲ返還スルコト能ハザルニ至リタルトキ、又ハ加工若クハ改造ニ因リテ之ヲ他ノ種類ノ

物ニ変ジタルトキハ解除権ハ消滅ス（第五四八条第一項）。自己ノ行為又ハ過失ナル語ハ、我民法上極メテ稀ニ用キラレ、學者ハ其解釈ニ困難ヲ來シツツアリ。然レドモ之ハ文字通り普通ニ解釈シ、自己ノ行為トハ自己ノ單ナル意思の精神作用ノ外ニ、一種ノ行為 *actum* ト認ムベキモノノ存シタルコトヲ意味ス。過失ハ固ヨリ普通ノ意味ニ用キタルモノナリ。之等ノ事實ニ因リ契約ノ目的物が著シク毀損セラレタルトキハ、解除権者ハ其解除権ヲ拋棄シタルモノト見ルコトヲ得ベシ。又其目的物ヲ返還スルコト能ハザルニ至リタルトキハ、客觀的返還不能ノ意味ナレドモ、絶対的不能ヲ意味スルニ非ズ。取引上ノ見解ニ從ヒ返還ノ困難ナル場合モ亦此中ニ入ルモノト解セザルベカラズ。此場合及ビ加工若クハ改造ニ因リテ他ノ種類ノ物ニ変ジタルトキハ、矢張解除権者ハ解除権ヲ拋棄シタルモノト見ルコトヲ得ルガ故ニ、解除権ハ消滅スルモノトセリ。

要スルニ之等ノ場合ニハ、目的物ガ變更シタルコトヲ唯一ノ理由トシテ、解除権ヲ消滅セシムルニ非ズ。目的物ガ變更スルモ、其變更ガ当然ニ解除権拋棄ノ意思ヲ表スモノトハ見ルヲ得ズ。單ニ解除権拋棄ノ意思ヲ推測シテノ規定ト解スベキヲ以テ、目的物ガ消滅又ハ毀損スルモ、此拋棄ノ意思ナキモノト見ルベキ場合ニハ、解除権ハ消滅セザルモノト解釈セザルベカラズ。法律ガ特ニ、契約ノ目的物ガ解除権ヲ有スル

者ノ行為又ハ過失ニ因ラズシテ滅失又ハ毀損シタルトキハ解除權ハ消滅セザル旨規定スルハ（第五四八条第二項）、此解
釈ヲ確認スルモノニ外ナラズ。故ニ天災又ハ第三者ノ行為等
ニ因リ契約ノ目的物が滅失又ハ毀損シタルトキハ、夫レガ重
要ナル目的物ナリシトキト雖モ、解除權ハ消滅セズ、之ヲ行
使スルコトヲ得。

債權法総論 講義 目次

| | | | |
|---------------|----|--------------------|----|
| 第一章 債権ノ性質 | 一七 | 第二項 特定ノ効果 | 一八 |
| 第二章 債権ノ発生原因 | 一七 | c 持参債務 | 一八 |
| 第三章 債権ノ目的 | 一七 | b 取立債務 | 一八 |
| 第一節 目的ノ意義 | 一七 | | |
| 第二節 目的ノ要件 | 一七 | 第三節 制限の不定債権 | 一八 |
| 第四章 給付ノ種類 | 一八 | 第六章 選択債権 | 一九 |
| 一 積極給付ト消極給付 | 一八 | 第一節 選択債権ノ性質 | 一九 |
| 二 一時給付ト継続給付 | 一八 | 第二節 選択債権ノ効力 | 一九 |
| 三 單純給付ト合成給付 | 一九 | 一 選択 | 一九 |
| 四 可分給付ト不可分給付 | 一九 | a 選択権 | 一九 |
| 第五章 不特定債権 | 一九 | b 選択権者 | 一九 |
| 第一節 不特定債権ノ性質 | 一九 | c 選択権ノ行使 | 一九 |
| 一 不特定債権ノ意義 | 一九 | d 選択権ヲ行使セザル場合 | 一九 |
| 二 発生原因 | 一九 | イ 当事者ノ一方ガ選択権ヲ有スルトキ | 一九 |
| 三 種類ノ確定 | 一九 | ロ 第三者ガ選択権ヲ有スルトキ | 一九 |
| 第二節 不特定債権ノ特定 | 一九 | e 選択ノ効果 | 一九 |
| 第一項 特定ノ方法 | 一九 | 二 給付ノ不能 | 一九 |
| イ 合意ニ依ル特定 | 一九 | 第七章 任意債権 | 一九 |
| ロ 債務者ノ行為ニ依ル特定 | 一九 | 第八章 金銭債権 | 一九 |
| a 送付債務 | 一九 | 一 金銭ノ意義 | 一九 |
| | | 二 金銭ノ価格 | 一九 |
| | | 三 金銭債権 | 一九 |
| | | イ 金額債権 | 一九 |

| | | | |
|-----------------|----|---------------------|----|
| □ 金種債権 | 一九 | 第一款 判定賠償額 | 二〇 |
| 第九章 利息債権 | 二〇 | 第一項 総論 | 二〇 |
| 第一節 利息ノ性質 | 二〇 | 第二項 損害ノ範囲 | 二〇 |
| 第二節 利息ノ種類 | 二〇 | 一 責任原因ニ基キテ生ジタル一切ノ損害 | 二〇 |
| 第三節 利率 | 二〇 | 二 権利者ノ受ケタル損害 | 二〇 |
| 第四節 利息債務 | 二〇 | 三 権利者自身ニ生ジタル損害 | 二〇 |
| 第五節 複利 | 二〇 | 第三項 損害賠償額ノ計算 | 二〇 |
| 一 複利ノ性質 | 二〇 | 第一目 価額 | 二〇 |
| 二 複利ノ原因 | 二〇 | 第二目 時期 | 二〇 |
| 三 複利ノ場所 | 二〇 | 第三目 場所 | 二〇 |
| 第一〇章 損害賠償債権 | 二〇 | 第二款 予定賠償 | 二〇 |
| 第一節 総論 | 二〇 | 第一項 総論 | 二〇 |
| 第一款 損害ノ意義 | 二〇 | 第二項 予定賠償ノ性質 | 二〇 |
| 第二款 損害賠償ノ意義 | 二〇 | 第三項 予定賠償ノ効力 | 二〇 |
| 第三款 損害賠償ノ方法 | 二〇 | 第四節 金銭債権ニ関スル損害賠償ノ特則 | 二〇 |
| 第四款 損害賠償ノ結果(代位) | 二〇 | 一 損害賠償ノ種類ニ関スル特則 | 二〇 |
| 第二節 損害賠償債権ノ発生条件 | 二〇 | 二 損害賠償ノ要件ニ関スル特則 | 二〇 |
| 一 責任原因 | 二〇 | 三 損害賠償ノ数额ニ関スル特則 | 二〇 |
| 二 損害 | 二〇 | 四 利息ニ関スル特則 | 二〇 |
| 三 義務者起因 | 二〇 | 第一章 債権ノ効力 | 二〇 |
| イ 因果関係 | 二〇 | 第一節 総論 | 二〇 |
| ロ 義務者ノ故意過失 | 二〇 | 第一款 債権ノ効力ノ意義 | 二〇 |
| 第三節 損害賠償ノ額 | 二〇 | | |

| | | |
|-----|-----------------|----|
| 三 | 遲延承諾 | 一三 |
| 第三款 | 契約ノ成立時期 | 一四 |
| 一 | 隔地者間ノ契約成立時期 | 一四 |
| 二 | 意思実現ニ因ル契約成立時期 | 一四 |
| 第四款 | 懸賞廣告 | 一五 |
| 一 | 懸賞廣告ノ意義・性質 | 一五 |
| 二 | 懸賞廣告ノ取消 | 一六 |
| 三 | 懸賞廣告ノ効力 | 一六 |
| 四 | 優等懸賞廣告 | 一六 |
| イ | 其意義・性質 | 一六 |
| a | 意思表示ノ目的 | 一七 |
| b | 指定行為 | 一七 |
| c | 期間 | 一七 |
| ロ | 成立条件 | 一七 |
| a | 指定行為 | 一八 |
| b | 応募 | 一八 |
| c | 判定 | 一八 |
| 第四節 | 契約ノ効力 | 一八 |
| 第一款 | 総説(任意の効力・法定的効力) | 一八 |
| 第二款 | 同時履行ノ原則 | 一九 |
| 一 | 双務契約 | 一九 |
| 二 | 法定的効果 | 一九 |
| 第五節 | 契約ノ解除 | 一九 |
| 一 | 契約解除ノ意義 | 一九 |
| 二 | 解除權ノ發生原因 | 一九 |
| イ | 法定解除權ト約定解除權 | 一九 |
| 三 | 当事人間ノ抗弁權ト第三者 | 一九 |
| 二 | 第三者ノ權利 | 一九 |
| 一 | 其意義 | 一九 |
| 第四款 | 第三者ノ利益ノ為ニスル契約 | 一九 |
| 五 | 他人ノ物ノ売買ト危險負擔 | 一九 |
| 四 | 二重売買ト危險負擔 | 一九 |
| 三 | 債務者主義ノ場合 | 一九 |
| 二 | 債權者主義ノ場合 | 一九 |
| 一 | 意義 | 一九 |
| 第三款 | 危險負擔 | 一九 |
| 一〇 | 前履行ト抗弁權 | 一九 |
| 九 | 期限附約束ト抗弁權 | 一九 |
| 八 | 抗弁權行使ノ効果 | 一九 |
| 七 | 同時ノ意味 | 一九 |
| 六 | 抗弁權ノ行使 | 一九 |
| 五 | 名称 | 一九 |
| 四 | 留置權トノ比較 | 一九 |
| 三 | 抗弁權ノ性質 | 一九 |

| | | |
|---|--------------|----|
| ロ | 法定解除権ノ発生原因 | 三〇 |
| a | 普通ノ場合 | 三〇 |
| b | 定期行為ノ場合 | 三〇 |
| c | 絶対的定期行為ノ場合其他 | 三一 |
| 三 | 解除ノ方法 | 三三 |
| イ | 一方的意思表示 | 三三 |
| ロ | 解除権行使ノ不可分 | 三三 |
| 四 | 解除ノ効力 | 三三 |
| 五 | 解除権ノ消滅 | 三六 |

講義筆記としての性質上、原ノートには目次がないけれども、公刊にあたり読者の便宜のために、津田先生に講義全般（総論・各論）にわたる目次をつけていただいた。所掲のページ数は、債権総論については近代日本研究・第七卷、債権各論については本巻のものである（内池）。

附記

内池慶四郎

本講義は、近代日本研究前号所載の債権法総論講義と対をなす神戸寅次郎先生の債権法各論の講義（大正一二年度）であり、とくに民法第三篇第二章第一節（民法第五二一条―第五四八条）に規定されている契約総則を対象とするものである。

この分野については、神戸先生の代表的著作として有名な契約総則（註釈民法全書第八卷・大正四年刊）や契約解除論（大正一〇年刊）のほか、合致論、承諾論、同時履行論その他多くの単行論文があるけれども、契約総則は、契約の成立に関する部分までの詳細な逐条解説として惜しくも未完結のままに終っており、契約解除論は、とくに解除の効果を中心課題とした緻密な研究であって、ともに契約総則の全般におよぶ体系書ではない。今回の債権法各論講義は、契約法を生涯の研究対象としておられた神戸先生が、契約法総論をはじめその全体を通して体系的に講義された記録として、きわめて貴重な資料である。内容についても、同時履行に関する詳細な比較法的かつ解釈学的な論述に加えて、危険負担に

ついでに神戸先生の独特な理論構成が注目される。この点に関する津田利治先生の質疑は、神戸民法学の方法論的検討とともに学問の承継的展開のあり方を具体的に示されたものとして重要な示唆をあたえるものである。

註釈民法全書の記述と重なる講義部分についても、合致の個所のように、講義内容が更に詳細にわたる部分もある反面において、契約成立に関する民法第五二六条の説明のように、講義が簡略化されている部分もある。

おそらく神戸先生は、すでに公刊されていた註釈民法全書の記述と関連して、これを補う形で講義を進められたのであろう。ともあれ、ここにおいて従来欠落していた神戸契約法理論のかなりの部分が明らかとされたことを喜びたい（なお今後に予定する民法総論講義の公刊によって神戸契約法理論は、さらに補充されることになろう）。

津田先生の本ノットは、民法典の文体・表現に正確に対応して、正字・送り方・仮名遣いが統一されているが、印刷の都合上やむを得ず正字体の多くを新字体に改めてここに公刊した事情は、既刊の債権総論ノットと同様である。