Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2025-05-25

雙務契約に於ける履行に關する牽連性 : 「判例同時履行抗辯論」の序として

柚木, 馨

(Citation)
国民経済雑誌,60(2):223-240

(Issue Date)
1936-02

(Resource Type)
departmental bulletin paper

(Version)
Version of Record

(JaLCDOI)
https://doi.org/10.24546/00054974

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/00054974

雙務契約に於ける履行に關する牽連性

——「判例同時履行抗辯論」の序として——

柚木　馨

はしがき

雙務契約に於いては、各當事者の給付が相手方の給付に對する對價として約束せられ、從つて兩當事者の債務は相互に條件を爲すの結果として、其の兩債務の間には所謂牽連性（Synallagma）の認めらるべきことに付いては、何人も之れを疑はざる所である。此の牽連性は獨逸普通法以來一般に二の方向に於いて說かれる。其の一は卽ち所謂「發生に關する牽連性」（genetisches Synallagma）であつて、給付義務はただ兩當事者に付いて發生するか然らざれば全然發生することなしとの原則が卽ち之れである。我民法に於いては獨佛民法に於けると同じく此の點に關する直接の規定がない。併し乍ら、雙務契約に於ける兩當事者の債務は相互に條件たるの關係を有し、兩者の發生は統一的に一箇の契約を以て約束せらるるものである以上、一當事者の債務が不法・不能其の他の原因に因つて初めから發生せざるときは、相手方の債務も亦發生することがないと結論することは、性質上當然の論理で

あつて、敢て特別の規定あるを要しない。從つて我國に於いても、學說上は勿論、判例に於いても何等の遲疑なく此の點が肯定せられてゐるのである。

〔判例一〕明治四二年五月一四日大審院第二民事部判決民錄一五輯四九〇頁

「雙務契約ニ於ケル一方ノ債權ヲ第三者ニ讓渡シタル場合ト雖モ其讓渡サレタル債權ハ依然トシテ雙務契約ヨリ生スル一方ノ債權タル性質ヲ保有シ他ノ一方ノ有スル債權トノ間ニ交互的關聯ヲ存續スルヲ以テ一方ノ債權成立セサルカ又ハ無效ト爲ルトキハ他方ノ債權モ亦不成立若クハ無效ト爲ルヘキモノトス」

牽連性の第二の方向は一般に「機能に關する牽連性」（funktionnelles Synallagma）と呼ばるゝ所のものであつて、雙務契約債務が有效に成立せる後に於いても、其の相互の機能の上に一定の牽連が認めらるべきものであるとすること、卽ち之れである。我が民法は此の種の牽連性を明認すると共に、之れを更に二種に區別した。其の一は卽ち、一當事者の債務が履行不能に因つて消滅した場合に於いて相手方の債務も亦消滅するやと謂ふ所謂「存續に關する牽連性」（Befreiungskette）の問題であつて、民法は之れを「危險負擔」（Gefahrtragung）の問題として其の第五百三十四條乃至第五百三十六條に之れを規定した。此の點に付いては稿を新たにして近き機會に於いて之れが判例法的研究を試みやうと思つてゐる。機能に關する牽連性の第二は、當事者の一方は獨立に其の債權の履行を請求し得るやと謂ふ所謂「履行に關する牽連性」（Erfüllungskette）の問題であつて、民法は之れを「同時履行の抗

辯權」の問題として、其の第五百三十三條に規定した。筆者は目下恰も此の問題に付いて、判例法の解剖・批判を中心の課題としつつ、其の體系的なる研究を志してゐるが、紙數の關係は其の全部を茲に掲載せしむることを許さない。從つて、本小稿に於いては此の研究の序論に相當するものとして、此の種の牽連性の大體の觀念のみを其の領域の判例法の研討を主眼としつつ考察して見たいと考へる。既に陳腐とすら考へらるる同時履行の抗辯論も此の範域に於いて積み重ねられたる判例法の體系化と其の批判とを目的とする場合に於いては、又自ら新しき姿を呈するであらうことを信ずる。唯だ本稿の扱ふ所の序論的方面に判例の數の勢ひ稀少なることは遺憾であるが、之れは今後試みんとする本論的方面に於ける豐富なる判例法に依つて、補はれんことを望みたい（註1）。

（註1）雙務契約に於ける同時履行の抗辯權に付いて特に注意すべき文獻は次の如くである。是等は引用に際して其の書名又は題名を省略する。

（A）〔論文〕石坂音四郎「契約不履行の抗辯を論ず」（法學新報二五卷七號一頁、八號一頁）、磯谷幸次郎「同時履行の抗辯權の性質を論じ大審院判例に及ぶ」（法曹記事二七卷七號一頁）、眞野毅「同時履行の抗辯權と所謂履行提供の繼續」（日本法政新誌一卷六號三二頁）、入江眞太郎「同時履行抗辯權の適用に關する諸問題」（法學新報二八卷一〇號四二頁）、村上恭一「同時履行の抗辯」（法學新報三〇卷一〇號四一頁、一一號二二頁）、神戸寅次郎「同時履行論」（法學協會雜誌二九卷九號九一頁）、岡村玄治「賃貸人が造作買取請求に應ぜざる場合に於ける賃借人の權利」（法學新報三四卷一〇號二九頁）、同氏「借地法に依る買取請求と同時履行の抗辯權」（法學志林三四卷九號五一頁）

（B）〔判例批評〕石坂音四郎・法學協會雜誌三四卷六八頁、同氏・京都法學會雜誌一〇卷四號一三五頁　曄道文藝・京都法學會雜

誌一一卷九號六一頁、鳩山秀夫・法學協會雜誌三六卷七號一〇九七頁、同氏・京都法學會雜誌三八卷三號九二頁、平野義太郎・判例民法大正十年度一二〇頁、我妻榮・同上二七七頁、同氏・同上三五二頁、同氏・同上四四七頁、同氏・同上五四三頁、藤田東三・判例民事法大正十二年度三一〇頁、舟橋諄一・判例民法大正十三年度二一一頁、末弘嚴太郎・同上二三八頁、伊澤孝平・判例民事法大正十四年度四〇五頁、藥師寺志光・法學志林三五卷二號八一頁、末弘嚴太郎・判例民事法昭和七年度五一頁、我妻榮・同上五〇三頁、末川博・民商法雜誌一卷一號一三八頁、小町谷操三・法學協會雜誌五三卷一二號二四六八頁、大橋光雄・民商法雜誌三卷一號一六七頁

（C）〔外國文獻〕 Krahmer, Gegenseitige Verträge ; Reuter, Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug ; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte ; Cassin, De l'exception titrée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques ; Capitant, De la cause des obligation

一　雙務契約の性質

民法は雙務契約の概念を法定してゐないから（註ニ）、民法が之れを片務契約と峻別して之れに特別なる效果を附與する趣旨に鑑みて、其の概念を決定するの外はない。然るときは、雙務契約（contractus bilaterales, contrat synallagmatique ou bilatéral, gegenseitiger od. zweiseitiger Vertrag（註ホ））とは、契約締結の各當事者が互に對價として債務を負擔する契約を謂ふ、と定義すべきものであらう。從つて、片務契約（contractus unilaterales, contrat unilatéral, einseitiger Vertrag）を定義するに當つては、雙務契約以外の契約を片務契約と謂ふと、解せざるを得ないであらう。之れを分說すれば、次の如くである。

一　雙務契約は、契約締結の各當事者が互に債務を負擔する契約である。從つて、當事者の一方のみが債權を取得し、相手方は單に債務を負ふに過ぎざるが如き契約、例へば、消費貸借や贈與の如きは、片務契約である。之れを一般に「嚴格なる片務契約」(streng einseitiger Vertrag)と稱する。

二　雙務契約は、契約締結の各當事者が互に對價(Entgeit)として債務を負擔する契約である。

(イ)　卽ち、各當事者の債務が互に條件の關係を有し、互に相手方が債務を負擔するの故に自己も亦債務を負擔すると謂ふ所謂「信用原因」(causa credendi)が相互の間に存在しなければならない。對價と謂ふのは此の意味に於いて用ひらるるに過ぎざるものであつて、兩當事者の負擔せる給付が客觀的に等價なること(Äquivalent)は雙務契約の要件ではない。ただ各當事者が各々の給付を等價として負擔したこと、精確に謂へば、各當事者の表示したる意思より見て之れが等價とせらるべきものなるを以て足りるのである。從つて、暴利觀念に依る法の干涉なき範圍に於いては、相互に爲すべき出捐の客觀的價値が著るしく異なる場合と雖も、雙務契約たるの效力を失ふものではない。此の點は學說の等しく認むる所であり、恐らくは判例も——直接の大審院判例は見當らぬが——之れを否認することはあるまい(註4)。

(ロ)　併し乍ら、此の意味に於ける對價關係が兩當事者の債務間に存することは、雙務契約にとつて絕對に必要である(註5)。從つて、當事者の雙方が債務を負擔する契約に於いても、其の雙方の

債務が互に對價として負擔せられたるものに非ざるとき、例へば使用貸借や無償委任の如きは、雙務契約と謂ふを得ない。之れを一般に「嚴格ならざる片務契約」（nicht streng einseitiger Vertrag）と稱する（註6）。判例も亦傍論ながら此の理を明認してゐる。

〔判例二〕昭和四年四月六日大審院第四民事部判決法律評論一八卷民法一一〇七頁

「契約ノ當事者雙方各々或債務ヲ負擔セル場合必スシモ常ニ所謂雙務契約ニハ非ス其ノ各自ノ負擔セル債務カ互ニ對價ノ關係ヲ爲セル場合ニシテ始メテ爾リ故ニ例ヘハ使用貸借ニ於テ貸主ハ借主ヲシテ目的物ヲ使用セシム可キ義務アルト共ニ借主ハ目的物ノ性質ニ因リテ定マレル用方以外ノ使用收益ヲ爲ス可カラサル義務アリ又契約ニ定メタル時期ニ於テ目的物ヲ返還ス可キ義務アルモ未タ以テ何人モ使用貸借ヲ認メテ以テ雙務契約ト爲サス何者此ノ場合貸主ノ義務ハ借主ノ義務ト彼此互ニ經濟的ニ相換フルノ意味ハ之ヲ有セサレハナリ」

（八）雙務契約たるには、各當事者の給付が相手方の給付に對する對價として約束せらるるを以て足るものであつて、必らずしも雙方の給付が互に交換せらるること、卽ち所謂交換的契約（Austauschvertrag）たることを必要とするものではない。勿論雙務契約の大部分は交換的契約に屬するであらう。卽ち、賣買・贈與は勿論のこととして、賃貸借・雇傭・請負等に於いても、對價を得て爲す使用許與や勞務又は仕事の給付は廣義に於いて給付の交換と稱し得るから、交換的給付たるを失はぬであらう。併し乍ら、組合の如きに於いては給付の交換なるものは存しない。而も、各組合員が一共同

目的達成の爲めの—給付を約するのは、他の當事者も亦—同一目的への—給付義務を負ふが爲めであるから、之れを雙務契約の範疇に入るべきものであらう。對價的關係は必ずしも交換的關係を包含するものに非ざることを特に注意すべきである。判例も一種の無名契約に於いて此の理を認めてゐる。

〔判例三〕 大正二年七月一〇日大審院第一民事部判決民錄一九輯六五四頁

「債權者カ第三者ニ對シテ債權ヲ拋棄スルコトヲ約シ之ニ對シテ第三者カ債務者ノ債務ト同一內容ヲ有スル債務ヲ負擔スルコトヲ約シタルトキハ債權者ハ第三者ニ對シテ債務者ノ爲メニ債權ヲ拋棄スヘキ債務ヲ負擔シ第三者ハ債權者ニ對シテ債務者ノ債務ト同一ノ債務ヲ負擔スル一種ノ雙務契約成立スルニ至ルモノトス」

(註2) 獨瑞兩法亦同樣である。獨り佛民法は其の第一一〇二條に於いて雙務契約の次條に於いて片務契約の概念を法定してゐるが 其の區別の頗る不完全なること後述(註5)の如くである。

(註3) gegenseitiger Vertrag なる獨語は雙務契約を示す術語としては精確ではない。蓋し之れは、契約締結行爲が雙方的であることをも示すものであるからである。從つて精確には寧ろ、gegenseitig verpflichtender Vertrag と稱すべきものであらう。

vgl. Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse § 256° 片務契約に付いても亦同樣である。

(註4) 獨大審院は之れを明認する、RG Leipz Z. 1912 S. 555

(註5) 然るに佛民法第一一〇二條は雙務契約の概念より此の要素を排除した結果として、其の第一一〇三條は當事者の一方のみが債務を負ふ場合、即ち所謂嚴格なる片務契約のみを、片務契約として定義する。かくては、雙務契約に特別なる取扱が爲さるる理由を完全に說明し得ないであらう。

(註6) 學者によつては(例へば、Titze, Recht der Schuldverhälttnisse S. 38)、此の種の片務契約を不完全又は不平等雙務契約(contractus bilaterales inaequales, zufällig od. unvollkommenen zweiseitige Verträge)と稱し、之れに對して通常の雙

務契約を完全又は平等雙務契約（contractus bilaterales aequales, vollkommenen zweiseitige Verträge）と呼ぶ者もあるけれども、日獨兩民法共に、片務契約と雙務契約との間に法律上の取扱を異にするに止まり、片務契約中に於いて特に不完全雙務契約なるものに特別なる效力を與ふるものでないから、かかる概念構成は少くとも解釋論としては無意義である。vgl. Enneccerus § 256。佛民法は（註6）に於いて述べたが如く、かかる不完全雙務契約を以て雙務契約の概念に包含せしめてゐる。羅馬法に於いては雙務契約と此の種の片務契約との區別は明瞭に意識せられてゐた。即ち、此の種の片務契約に於ける主たる權利者の債權を actio (mandati, depositi etc.) directa、相手方の反對債權を actio contraria と呼ぶと共に、雙務契約に於いては、或は特別の名稱を用ひ（actio emti, venditi, locati, conducti）、或は兩者に全く同一の名稱を與へた（actio pro socio）。

二　履行に關する牽連性の本質

一　雙務契約に於いて履行に關する牽連性が如何なる本質を有するやに付いては、獨逸普通法上爭の存した所であつた。即ち、ケラー（Keller）一派（註7）の見解に依れば、各當事者の債權は單純に給付に向けらるるものに非ずして、反對給付に對する給付に向けらるるものである。故に自己の側に於いて既に履行したる者のみ單純に給付を請求し得べく、從つて、單純に給付を訴求するときは、訴に於いて自己の給付の履行ありしことを主張するを要するものであつて、原告が未だ履行を爲さざる旨の被告の異議は抗辯に非ずして、訴の主張の否認である、とせられた。之れに反して多數說（註8）に依れば、各當事者は雙務契約に依つて單純に給付請求權を取得する、併し乍ら、之れを正當ならしむべき合意又は法律規定なくして先行給付を請求するのは公平を失するから、自己の側に於いて履行を

爲すことなくして反對給付を請求するときは、相手方より「契約不履行の抗辯」(Einrede des nicht erfüllten Vertrages)なる一種の抗辯が對抗せられ得る、とせられた(註9)。此のケラー一派の見解は、法源にも妥當せず(註10)、實際上の適用の結果も隱當なりとは考へ得られぬが、獨逸民法第三百二十條は「…反對給付ヵ爲サルルマテ自己ノ負擔スル給付ヲ拒ムコトヲ得」と規定して、其の抗辯說に左袒するものなることを明示した(註11)。然るに瑞西債務法第八十二條が「雙務契約ニ於イテ相手方ニ履行ヲ請求セントスル者ハ自ラ既ニ履行又ハ履行ノ提供ヲ爲シタルコトヲ要ス」と規定して(註12)、明かにケラー一派の見解を採用したことは、其の立法の比較的新しきだけに注目に値する(註13)。

二　我民法第五百三十三條は、「雙務契約當事者ノ一方ハ相手方ヵ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得」、と規定する。之れを一般に同時履行の抗辯權(exceptio non adimpleti contractus, l'exception tirée de l'inexécution, Einrede des nicht erfüllten Vertrages)(註14)と稱するが、之れが獨逸民法に倣つて抗辯說を採用したるものなること疑なき所であり、學說に於いても異論あるを知らない。判例も亦終止一貫して抗辯說を支持し來つたこと、今後揭ぐる諸種の判例に依つて明かに知り得る所であるが、其の間稍々疑はしき判例も存せぬではない。今之れを例示すれば次の如きものを擧げ得る。

(イ)〔判例四〕明治四一年一一月二一日大審院第一民事部判決民錄一四輯一二一七頁

「買主タル原告カ既ニ自己ノ債務ハ之ヲ履行シ了リタリト主張シ單ニ相手方ノ債務履行ノミヲ求ムル場合ニ於テ相手方カ之ヲ爭ヒ而シテ裁判所カ未タ原告ノ債務ノ履行ナキヲ認メタルトキハ原告ニシテ其債務履行ノ提供ヲ爲スカ又ハ其請求ヲ更メ自己ノ債務ノ履行ト同時ニ相手方ノ債務履行ヲ求ムル趣旨ト爲ササル限リハ之ヲ不當ナリトシテ却下スルノ外ナシ何トナレハ此場合ニ單ニ相手方ノ債務履行ノミヲ命スル判決ヲ爲スニ於テハ其確定ノ結果相手方ハ單獨ニ其債務ノ履行ヲ强要セラレ法律上付與セラレタル同時履行ヲ求ムル權利ヲ行フノ途ナキニ至レハナリ」

此の判決は他の機會に於いて述ぶる如く間もなく覆されて交換給付の判決が現在の判決の態度となつてゐるが、之れを別として此の判決自體に付いて見ても之れは抗辯說を否定したものとは謂ひ得ない。蓋し、被告の異議に依つて原告敗訴となると謂ふ結論はケラーの見解に似たるものがあるけれども、夫れは判決の內容に關する誤解の結果に過ぎずして、自己の側に於ける給付を請求の要件と爲せるが爲めの結論ではないからである。

（ロ）〔判例五〕　大正四年五月二四日大審院第二民事部判決民錄二一輯七九七頁

「雙務契約ノ場合ニ於テ雙方ノ債務カ共ニ辨濟期ニ在ルトキハ其一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供セサル限リハ期限徒過ノ一事ヲ以テ直ニ遲滯若クハ不履行ノ責ニ任スヘキモノニ非ス」

〔判例六〕　同趣旨、大正二年十二月四日大審院第一民事判決民錄一九輯九九三頁、大正五年一一月二七日大審院第二民事部判決民錄二二輯二一二〇頁、大正六年三月七日大審院第三民事部判決民錄二三輯三四二頁、大正六年四月

一九日大審院第二民事部判決民錄二三輯六四九頁、大正九年一月二九日大審院第二民事部判決民錄二六輯二五頁、大正一〇年三月一九日大審院第三民事部判決民錄二七輯五六三頁、大正一〇年六月三〇日大審院第二民事部判決錄二七輯一二八七頁

此の種の判例を以て抗辯說を拋棄したものであると目する見解も存するけれども（註15）、之れは抗辯權の存在自體が履行遲滯の責任を排除するや否やの問題であつて、當然には抗辯說を採用することゝ矛盾するものではない。尤も此の問題に關しては他の機會に於いて研究したいと思つてゐる。

（註7）Keller, Jahrbuch des gemeines Rechtes 4 S. 11 ff; Karlowa, De natura synallagmatos; Schlesinger, Unzulässigkeit der Beschlagnahme unverdienten Arbeitslohns; W. Stinzing, nondum est ex emto actio.

（註8）W. A. Puchta, Jahrb. d. gem. R. 5 S. 94 ff.; Bekker, daselbst S. 116 ff; Dernburg, Kompensation 2 Aufl. S. 63 ff.; Bernhöft, Dogm J. 14 S. 184 ff.; Bangerow, Leitfaden für Pandektenvorlesungen 7. Aufl. II. § 607; Windscheid, Lehrbuch der Pandekten 9. Aufl. II, § 321 Anm, 2; Puntschart, Fundamentale Rechtsverhältnisse S. 207 ff; Ryck, Schuldverhältniss S. 315 ff.

（註9）此の兩派の結論の實際上の差異は主として訴訟上の領域に於いて現はれる。即ち、(A)ケラー一派の見解に從へば、原告が自己の側に於いて履行したることを主張せずして單純に給付を訴求するときは、原告は訴を却下せられざるを得ない。之れに反して多數說の見解に從へば、原告が自己の側に於いて履行を爲したることを主張せずして單純に給付を訴求したる場合に於いても、被告が其の抗辯を援用せず、從つて特に缺席判決の場合に於いては、被告が敗訴の言渡を受くることとなる。又（B）證書訴訟に於いても、ケラーの見解に從へば、原告は證書證據に依つて彼が既に自己の側に於いて履行したることを認め得る場合に限り有效に訴求し得るに反し、多數說の立場に立てば、既に履行したりとの原告の主張は反對抗辯となり、從つて宣誓に依つても證明せら

れ得ることとなる。

（註10）羅馬法上の法源は被請求者の權利を明らかに exceptio と記してゐる。L. 5 § D. de doli exc. 44, 4; L. 5 C. de evict. 8, 44; vgl. auch Gaj. IV § 126 a; L. 25 D. de act. emti 19, 1.

（註11）"Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern……" かかる文字の使ひ方は獨逸民法を通じての用語法より見て、抗辯權の存在を示したるものなることと疑を納れない。

（註12）"Wer bei einem zweiseitigen Vertrage den Andern zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die erfüllung anbieten……"

（註13）佛民法は雙務契約一般の效力としては、當事者の一方の債務不履行の場合に於ける不可解なる契約解除權（résolution du contrat）を規定するに止まり（佛民一一八四）、同時履行の抗辯權は一體として規定せられてゐない。判例も亦かくの如き綜合的觀念を認むるに至つてゐない（Capitant, Cause, nr. 123; Cassin, De l'exception titrée de l'inexécution P. 150—189）。併し乍ら、正當なる觀察に依れば、同時履行の抗辯權の適用例と見らるべき若干の規定が存する、cf. Art. 1612, 1613, 1651, 1653（尤も判例及び學說の大勢は是等の規定を以て留置權の各場合であると解してゐる。）從つて、現在の佛民法の下に於いてかかる抗辯權の存することに付いては、疑を容れない、（Saleilles, Théorie générale de l'obligation, nr. 168 ff; Planiol, Traité élémentaire de droit civil III, nr. 949; Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français II p. 336 ff.）。尤も此の權利が眞の抗辯權なりや否やは明かでないが、之れを肯定する學說が近來は多い樣である。

（註14）此の外國語を見て知り得るが如く、外國にては一般に此の抗辯權を「契約不履行の抗辯權」と觀念してゐる。我が國の學者にも此の用語を用ふる者がある。

（註15）磯谷幸次郎・前揭・法曹記事二七卷七號一頁以下。

三　同時履行の抗辯權の性質

一　我が民法上同時履行の抗辯權が眞實の抗辯權であること上述の如しとすれば、次に其の如何なる種類の抗辯權に屬するやが問はれなければならない。之れを以て、延期的抗辯權でもなく永久的抗辯權でもない一種特別の抗辯權であるとする見解もないではないけれども（註16）、通說が何等の遲疑なく主張するが如く、相手方の債務の履行の提供あるまで自己の債務の履行を拒絕する權利であるから、正に典型的なる延期的抗辯權であるとせざるを得ない。判例が間接乍ら此の見解を示し來れることは、今後掲ぐる所の諸判例に依つて窺ひ得るが、今其の一例を示さう。

〔判例七〕明治三七年一月一九日大審院第一民事部判決民錄一〇輯一八頁

「同時履行ノ原則ナルモノハ法律カ契約當事者雙方ノ利益ヲ衡平ニ保護センカタメ當事者ノ一方カ債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ相手方ニ於テモ亦自己ノ債務履行ヲ拒絕スルコトヲ得ルノ權利ヲ與ヘタルモノニシテ卽チ一方ノ請求ニ對シ自己ノ債務履行ヲ拒絕スルノ抗辯權ヲ相手方ニ與ヘタルニ過キス決シテ上告人論述スルカ如ク當事者雙方ノ義務カ同時ニ履行セラレタリトノ推定ヲ生スルモノニ非サルナリ」

二　同時履行の抗辯權を認むる法律の趣旨は何處に存するか。之れも通說の主張する如く、相互に條件たる關係を有する債務を負擔せる各當事者が、相手方が未だ其の債務の履行又は履行の提供を爲さざるに、自己獨り先づ其の債務を履行すべきことを請求せられ得るものとするは公平を失するか

ら、此の公平を維持するが爲めに認められたる抗辯權であるとすることが、最も妥當であらう。判例も亦充分此の理を了解する。

〔判例八〕明治四一年四月二三日大審院第一民事部判決民錄一四輯四八二頁

「債務ハ其片務契約ニ因ルト雙務契約ニ因ルトノ別ナク辨濟期ニ在ルトキハ債務者ハ均シク之ヲ履行スルノ責アルコト勿論ナリト雖モ雙務契約ノ場合ニ在リテハ當事者ハ交互ニ債權者タルト同時ニ債務者タル地位ニ在リ而シテ其相互ノ債務ハ均シク同一ノ法律行爲ヨリ生シタルモノナレハ兩者均シク辨濟期ニ在ル場合ニ於テ當事者ノ一方ハ其債務ヲ履行シタルニ拘ラス他ノ一方ハ之ヲ履行セサルカ如キハ公平ヲ失フコト殊ニ太甚シ是レ民法第五百三十三條ノ規定卽チ所謂同時履行ノ抗辯權ノ規定アル所以ナリ」

〔判例九〕同趣旨、明治三七年一月一九日大審院第一民事部判決（上掲〔判例七〕）、明治四一年六月一七日大審院第二民事部判決民錄一四輯七三三頁、昭和二年六月二九日大審院第三民事部判決（後掲〔判例一〇〕）

三　民法第二百九十五條は、「他人ノ物ノ占有者カ其物ニ關シテ生シタル債權ヲ有スルトキハ其債權ノ辨濟ヲ受クルマテ其物ヲ留置スルコトヲ得」、と規定する。之れ所謂留置權（droit de rétention, Zurückbehaltungsrecht）であるが、之れと雙務契約に於ける同時履行の抗辯權とは如何なる關聯及び差異を有するか（註17）。

（イ）同時履行の抗辯權が公平の原理に基調を有すること前述の如くであるが、留置權も亦果し

て然るか。判例は之れを肯定して兩者を全く同一の基調の上に認めてゐる。

〔判例一〇〕 昭和二年六月二九日大審院第三民事部判決法律評論十六卷九二二頁

「人ヲ責ムルニ重ク己ヲ待ツニ輕キハ公正ノ觀念ニ反ス故ニ古ノ羅馬法ニ於テハ所有權ニ基ク返還請求ニ對シ占有者ハ其ノ物ノ爲ニ出捐シタル必要費ノ償還ヲ受クルマテハ請求ニ應セサルヲ得タリ此ノ抗辯權ヨリ漸次發達シタルモノ卽チ今日ノ所謂留置權ナリ又同法ニ於テハ賣主カ物ヲ提供スルコト無クシテ代金ノ支拂ヲ請求シタルトキハ買主ハ之ニ應セサルヲ得タリ今日ノ所謂同時履行ノ抗辯ハ源ヲ之ニ發スルモノナリ要スルニ公正ノ觀念ヲ夫レ夫レ當該ノ場合ニ適用シタルニ過キス夫ノ留置權ヲ物權トスルヤ否ヤ占有者ノ債權ハ所謂牽連ヲ要スルヤ否ヤト云フカ如キハ寧ロ技術的ノ問題ニ止マル而シテ留置權ヲ以テ一ノ物權トセス單ナル抗辯權トスル法制ノ下ニ在リテハ此ノ抗辯權ハ夫ノ同時履行ノソレト同一性質ノモノニ屬スト云ハムヨリモ却テ後者ハ前者ノ一ノ場合ニ外ナラスト解スルヲ以テ當レリトス故ニ留置權ト云ヒ又同時履行ノ抗辯權ト云フモ其ノ法制ノ根抵ヲ成ス觀念ニ至リテハ則チ一ノミ」

かかる教科書的傍論が判決の邪道であることは兎も角として、此の判決が兩種の權利を公平の基調に置いてゐることは明瞭である。此の點自體に付いては異論の餘地がない。

（ロ） 兩者はかく等しく公平の觀念に立脚する觀念であるけれども、其の間種々なる差異を有する。併し乍ら、是等は畢竟次の二つの差異點に歸着するであらう。(a)先づ留置權は物權として物の直

接支配なる內容を有するものであるが、同時履行の抗辯權は債權契約たる雙務契約の效力として相手方の請求に對する抗辯を其の內容とする（註18）。(b)等しく公平觀念を基調とするも、此の公平を要求する目的は兩者之れを異にし、留置權は偏へに留置權者の債權擔保を目的とするに反し、同時履行の抗辯權は當事者の一方のみが先行給付を强要せらるることを避くるを其の目的とする。民法が代り擔保の供與に依る留置權の消滅を認むるに拘らず（民三〇一）、同時履行の抗辯權に付いてかかる消滅原因を認めざる理由も亦、此の兩者の目的の差異より之れを導くべきものである（註19）（註20）。尤も此の點に付いては多少の異說がないでもない（註21）。

（八）尙ほ留置權と同時履行の抗辯權とは同時に相併存し得る。此の點に付いても異說がないでもない（註22）。

（註16）神戸寅次郎・前揭・法學協會雜誌三九卷九號九一頁以下。其の理由に依れば、單獨請求權能を選擇して之れを行使し之れに對して抗辯權が主張せられた場合には、其主張の瞬時に於いて此の單獨請求權能たる一の行使方法は停止せらるるけれども、而も他の請求權能たる行使方法は此の瞬間に於いて何等停止せらるることがない、故に其の基本の權利たる請求權其のものの作用は假令抗辯權の主張あるも少しも停止せられない、故に此の抗辯權は被請求者の債務の履行の時間の延期を目的とするものでなく、單に二個の債務の履行の同時なることを目的とし此の同時を要求するものに過ぎない、と謂ふのである。

（註17）此の兩者の關聯に付いては立法例に依つて種々の差異を見得る。獨逸民法は、債務者が債務を負擔したると同一の法律關係に基き債權者に對して辨濟期に達したる請求權を有する場合、及び目的物を返還すべき義務を負ふ者が其の目的物に加へたる費用又は目的物に因り生じたる損害に付き既に辨濟期に達したる請求權を有する場合に、是等請求權の特別の效力として留置權と稱す

る給付拒絶權を債務者に與へてゐるが(獨民二七三)、之れと同時に雙務契約債務に付いて同時履行の抗辯權を與へてゐるのである(獨民三二〇)。而して此の兩者の關係に付いて、之れを全然別の概念であるとする見解もないではないが(Scholimeyer)、一般には、同時履行の抗辯權も留置權の一種であるが、後者が債權擔保のみを目的とするに反して、同時履行の抗辯權は其の他に公平維持を寧ろ主なる目的とする點に於いて、特別なる留置權であると說明せられてゐる(vgl. Enneccerus § 257)。佛民法は同時履行に關しても留置權に付いても直接の一般規定を有せぬ。而して、學說は諸規定を綜合して同時履行の抗辯權を肯定すること既述の如くであるが(註13參照)、判例は寧ろ之れに代へて留置權なる觀念を維持してゐる。卽ち、佛民法に規定せらるる所の第五四五・五七〇・八六七・一六一二・一六一三・一六七三・一七四九・一九四八・二一〇二・二二八〇等の諸條はすべて留置權なる一般概念の表はれに過ぎないと見るのが學界の通說であるが(Colin et Capitant II. p. 776 ff; Planiol II. nr. 2514 ff; Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français VI nr. 444)、判例も亦之れに倣つて留置權なる一般觀念を認め、之れに相殺理論(Art. 1289 ff.)を併用して、以て同時履行の抗辯權の目的をも達しやうとしてゐる。獨り瑞西法は我民法と同じく、先づ物權としての留置權を認めながら(瑞民八九五・八九六)、之れと相並んで雙務契約の效力としての同時履行の抗辯權をも規定してゐる(瑞債務法八二)。

(註18) 其の結果として次の差異を生ずる。(A)留置權は物の所在の如何を問はず之れを行使し得るが、同時履行の抗辯權は契約の相手方に對してのみ之れを行使し得る。(B)前者に依つて拒絶し得る給付は物の引渡に限らるるが、後者に於いてはかかる制限がない。(C)留置權者の債權は其の發生原因の如何を問はぬが、同時履行の抗辯權に依つて保護せらるる債權は同一の雙務契約に因つて發生せるものに限る。

(註19) 同說、末弘嚴太郎・債權各論一三七頁、鳩山秀夫・增訂日本債權法各論一二五頁、末川博・契約總論一〇二頁、沼義雄・綜合日本民法論(62)二四二頁。

(註20) 獨民法も留置權に付いては代り擔保の供與に依る消滅を認むるが(獨民二七三3)、同時履行の抗辯權に付いては之れを認め

ない（獨民三二〇一）。而して其の理由に付いても本文に述べた私見と同樣に說かるるを一般とするが（vgl. Enneccerus § 257）、中には、同時履行の抗辯權は留置權に於けるが如く反對給付受領に先だつ給付の實行に付き債務者を保護することを目的とするのみならず、更に債務者に反對給付を促進するの力を與へ、卽ち彼に相手方に對する一の壓力を與ふるを目的とする、として、代り擔保の供與に依る消滅の有無も此の目的律の相違に依つて之れを觀察すべきであるとする見解も存する（z. B. Titze S. 39）。尙ほ、佛民法上の解釋としても、同時履行の抗辯權は債權者の擔保供與に依つて消滅しないと解せられてる。

（註21）或は、同時履行の抗辯權は雙務契約に當然附隨する效力であるが、留置權は唯だ公平の觀念に基き法律の特に認めたる權利である、と謂ふ點に區別の理由を認むる見解もあるが（三潴信三・全訂擔保物權法七〇頁、橫田秀雄・債權法各論一〇二頁、富井政章・民法原論二卷三〇八頁）、同時履行の抗辯權と雖も公平の觀念に基き法律の特に認めたる權利であつて、理論上當然の制度ではないこと留置權と異なることがないから、採用し難い。注目すべき見解は、留置權は一箇の債權の履行を確保することを任務とするが故に、其の債權の爲めに他に之れに代るべき相當の擔保を立つるときは、之れを消滅せしめても不都合はないが、二箇の給付が同時に相交換せらるることを確保することを任務とする同時履行の抗辯權にあつては、現行法上之れに代つて二箇の給付の同時交換を確保する任務を果すべき擔保權がないから、代り擔保の供與に因つて同時履行の抗辯權を消滅せしむることは許さない、と謂ふ主張である（神戸寅次郎・前揭、藥師寺志光・留置權論五二頁）。之れは此の抗辯權を以て延期的抗辯に非ざる一種特別の權利であるとする見解（註16參照）の結果であるから、根本的に吾人の見解と相違するものである。

（註22）神戸寅次郎・前揭、同博士に依れば、同時履行の抗辯權は同時の履行を目的とするに反し、留置權は異時の履行（相手方の先行給付）を目的とするから、兩者は其の目的を異にし兩立するを得ない、とせらるる。獨特の前提（註16及び21參照）の結果である。