

〔『法学新報』第一〇八号 明治三十三年三月二十日〕

○第四回東京法学院討論会の状況

梅花已に落ち桃桜未だ蕾を破らず游人閑客暫し無聊に苦む月の二十五日、励精なる我東京法学院学生は予期の如く第四回討論会を開けり問題は土方先生の提出を乞ひしものにして左の如し
 特定物の売買契約を為したる場合に於て売主か履行期前其の物を滅失せしめ又は他人に売渡し（動産ならば引渡し不動産ならば登記したるものとす）たるときは買主は履行期前違約損害賠償の訴を提起し得るや

出席者大凡そ七百余名積極論者としては村田、西野、岡崎、山田、廣瀬、布施、綿引、伊藤、錦木、川瀬、北村、吉村などの人々打つて出て消極論者には好野、山口、中野、江波戸、中村、山本、長瀬、久保田、大塚、神田の面々登壇し甲論乙駁火花を散らして戦ひたり積極論者の根拠とする所は固より区々な

りと雖も其の代表とも云ふへかりしは岡崎君にして君の説は要するに第一、売主は其の義務たる引渡保管を怠りしを以て買主に損害賠償権あり第二、損害賠償の原因は義務違反の事実あり而して本問売主は引渡保管の義務に背きしを以て義務違反の事実あるものと謂ふ可し第三、反対論者は民法第三百三十七条を適用し本問は同条に規定したる三個の場合の外に在るものなるを以て買主即ち債務者は期限の利益を主張し得るものなりと云ふも繆れりと云ふにあり此の中第三の点は曖昧なるの感ありて山本君の見事打破する所となれり次に消極論者を代表せしむるに足りしは山本君なり君は曰く損害賠償権なる債権は如何なる時期に於て行使し得べきやと云ふに期限を附したるときは期限の到来まで待たざる可らず而して本問題は当事者か期限を附して締結したる売買契約なれば其の履行期前に於ては賠償権行をふことを得ず且つ総則の第三百三十七条に依て考ふるも本問題の如き場合には債務者をして期限の利益を主張せしむ可きこと明かなり彼の第五百四十三条法定解除権の場合に於ても期限を無視するを得ず故に損害賠償権と雖も亦同様ならずんはあらず反対論者概ね第四百十五條に依て損害賠償権ありと云ふも同条は賠償権発生の時期に付て規定したるのみにして其の行使時期に付ては何等明言する所なきを以て直ちに之を適用すること能はずと云ふにあり午後五時過ぐる頃討論申込者の数尽きたれば土方先生は積極、消極孰れか賛成多きかを採決す可きや否やに付て聴衆の意見を問ひしに採決す可しとの声盛んなり乃ち採決せしに積極論者手を挙ぐる者僅かに三十三名大多数を以て消極論

の勝に帰せり其れより先生の説明ありて散会せり時に五時四十分夕陽西に暮き星斗娟々として余等の帰るを送る

土方先生の説明は例の軽妙なる談活体なりしを以て悉く之を筆写する能はさりしも大略左の如くなりし別に先生の校閲をも請はされは誤謬の点あるは自ら知る所、而して尚ほ之を公にするは之を聞かさりし者の為めにする婆心のみ（大塚生記）

予は近日種々なる俗事に取まきれて本問題に付ては深く調査を為さずして来れり然れとも既に問題を出したる者なり且つ平日研究せる所もあるを以て之を諸君に語らんと欲す茲に諸君の為めに討論会は演説会と異なり真理を磨くを目的とするものなればノーノーヒヤヒヤ位は我慢すへきも余り嘲弄冷罵を逞うするは好ましからず積極消極分れて討議するは恰かも裁判所に於て原告被告の代理人として相弁論するか如し演説会ならばイザ知らず裁判所の法廷に於ては嘲弄痛笑は起り得可き筈なし故に予は諸君に命令するに非ず討論会には可成妨害を為さずして自己の意思をも吐露し他人の論旨をも少しは斟酌して聴くことを希望するなり

本問題は出題の相談を受けたる際三個程予の提出したる中に就て選択せられたるものにして最初予の意思は債務の履行期前に於て債務者が履行期限に達するも履行することを得ざるか如き状態に至らしめたるか又は履行期限に達するも履行せずとの反対の意思表示を為したるときは直ちに損害賠償の請求を為し得へきや否やと云ふにありしなり左れと此の通りに書くときは非常に長くなり又甚だ漠然たるを以て實際に近き

様本問の如く綴りたるものとす

故に此の問題の文言を余り詮索するときは却て解し難きに至る諸君の中或は違約てう字か如何とか損害賠償の請求権か如何とか其の他種々条文を引て論せられたり人数多かりし為め予ハ始め一々之を批評せんと思ひしも忘却したるものあるを以て之を略して予の兼て考て居る所を述へんに新民法の規則の適用としては稍や疑はしきも先つ消極論を以て正しとせざるを得ず然れとも果して消極に決す可きものとせば新民法の規則は宜しきを得たるものに非ず但此点は立法論にして予一個の意見なり

積極論者の中には本問滅失したる場合は無論の事売渡したる場合も事実履行の不能と云ふことを得ざるも殆んど實際に於て不能と同様の結果を生ずるか故に売主は不法行為の責任を負ふと曰はれたる人ありし様覚ゆ即ち第七百九条の不法行為の原則を適用するものなり又第四百条の特定物引渡の債権債務の關係に於て……債務者は其引渡を為すまで善良なる管理者の注意を以て其物を保存することを要す……とある法文を引て論せられたるものも余の記憶に止まれり然れとも第七百九条に依り損害賠償を請求し得るとの説は正当なる解釈に非ず同条の法文は甚だ広汎なりと雖も諸君の中にも曰へるか如く一般の立法例に於て不法行為は債務の不履行を原因とすることなし本問売主は履行期前に於て不履行と同視すへき状態に至らしめたるも之を以て債権を侵害したる不法行為なりとするは速断誤見たるを免れず或は曰はん売主は目的物を占有

したり而かも是れ只た一の占有にして其の所有権は早く既に買主に移転せるものとす然るに之を他人に再売し又は滅失するは取りも直さず買主の取得したる物権を侵害したるものに非ずして何ぞやと是れ亦諸君の中に論せられたる人ありし頗る鞏固なる議論なり一応尤もの処もなきに非ず然りと雖も若し果して此の論を以て正しと為さん乎其の目的物を滅失又は他人に売渡さすとも之を毀損したるときにも亦直ちに不法行為に基く損害賠償請求権あるものとならざる可らず然るに此場合には予は賠償を請求すること叶はずと思惟す凡そ債権債務の關係か特定人間に存するときはその効力は履行期限あれば其の期限に生ずるものとす履行又は損害賠償は孰れも不履行と云ふ事実ありて然る後に請求することを得故に履行期ある場合には履行期に達せされは不履行と云ふことなし是れ債権の効力として別に債権の総則に規定せる所なり今若し履行期前に於ける目的物毀損の行為又は滅失、売渡の行為を以て不法行為とせは此の債権の効力に関する規定と二重に適用せざる可らざること、なる豈に適當の解釈ならんや

第四百条の保管義務に関する規定を適用するも誤れり履行期に到りて履行不能又は履行せざることありて始めて此義務を欠きたるや否やを知るものにして未だ履行期に達せざるに之を論するか如きは太早計に失す

要するに第七百九条の原則も第四百条の保管義務に関する規定も本問題には其儘引用することを得ず結局履行期に於て履行せざること分明となり後に於て売主は損害賠償の責任ある

ものなり

又第四百十五条を適用する論者もありしか如きも同条は只た損害賠償の責任の根拠を示したるものに過ぎずして履行不能となりたる時直ちに損害賠償を要求することを得るとの精神に非ず

又双務契約の場合に於ける第五百四十三条の規定も解除権の原因を示したるに過ぎずして原因ありたる時直ちに解除を行ふことを得との意に非ず若し反対論者の如く原因の生したる時直ちに解除することを得可しとならば法文上判然明白なる可き筈なり然るに別段之を明言せざるは期限を無視するに非ざるや必せり

前にも言へるか如く債権の効力は履行期に於て始めて生ずるものなり故に強制履行と云ひ損害賠償と云ひ孰れも履行期あるときは履行期に達したる上に論ずるを債権債務の普通の關係に於て尤も適切なる所とす然らば則ち新民法の上に於ては履行期前直ちに損害賠償を要求することを得との解釈は立たざる可きに似たり問題に違約の二字を冠せるは不履行より生ずる損害賠償なることを知らしめんか為めに於て契約の場合を想像したる積りなり別に深き意味あるに非ず而して売主が物を滅失せしめ又は他人に売渡したりとて其の時を以て不履行即ち違約と云ふことを得ざるなり

斯く新民法の解釈としては本問は消極に決せざるを得ず然れとも今試みに立法上の考察を為さば一般の債権債務の關係に於ては此規定は誠に結構なるものなれとも双方の当事者か債

務を負ふ所の双務契約にありては少しく異なるものなくんは
 あらず即ち縦令後日履行期達するも履行する能はさるの状態
 に立至り又は履行せざる可しとの意思表示を一方の当事者か
 為したる場合に於ても相手方は履行期の達するを待て始めて
 強制履行とか損害賠償とかを要求することを得るに止まるも
 のとするは未だ以て其の相手方即ち債権者を保護するに足ら
 ざるなり諸君の中論せられたるか英国の判決例にあり又アン
 ソンの契約法にもある簡短なる事件に付て述へんに或商売人
 か旅行せんとし番頭に似たる同伴者を頼み之と雇傭契約を締
 結したり而して此契約は何時より実行なるやと云ふに今直く
 と云ふに非す例へは今年七月の一日よりとせは其の七月一日
 は即ち履行期なり然るに甲なる商売人は七月一日に達する前
 帳場の都合にて旅行を止めたりとて契約を取消す旨を傭人乙
 に向て通知したり是れ明かに違約にして履行期に至るも履行
 せざる可しとの意思表示なり想ふに此場合に於て甲は更に再
 ひ変心して前の約束通り履行するやも亦未だ知る可らず然れ
 とも甲の取消すやも測られざるの故を以て乙は履行期までベ
 ン／＼として待たざる可らずとせは迂遠焉れより太甚しきは
 莫し甲の通知は直ちに違約と云ふことを得ざるも少くとも違
 約の予告なり此の違約の予告を受けたるにも拘らず乙は履行
 期七月一日まで待たされは損害賠償を請求することを得ずと
 云ふは實際上乙の不便言はん方なし故に英国に於ては之を諸
 求し得るものと認めたる例あり又鉄道会社か慥か其の列車に
 備付くる積りにて椅子若干脚を製造して供給せられたきこと

を或製造人に注文し百脚は五月中に製造して持参すべく其代
 金若干円は其の日に支払はん尚ほ百脚は六月中残りの百脚は
 七月中代金の支払以前に同しと云ふか如く規約したり然るに
 一二回の間は比例に依り何事もなく経過したるか三回目及び
 んで鉄道会社は突然製造せずとも可なり当会社は最早椅子を
 不要とする旨を通知して之を謝絶したり此事件に於て原告
 の主張したる事実上法律上の理由は暫く措き製造人は受取ら
 ざること判然たるに尚ほ百脚の椅子を製造して之を持参して
 拒絶せられたる上ならては損害賠償を請求することを得さも
 のとせは誠に愚なる次第なり故に此場合に於ては直ちに請
 求することを得と判決したる例あり此等の場合に付て考ふる
 ときは英国の判決例は因より適当にして十分債権者を保護す
 るに足るものなり故に立法論としては普通の場合は兎も角も
 双務契約の場合には例外を置くも亦可ならんか
 日本の新民法に付て按するときは先刻も言ひし如く全部の個
 条を通覧するも斯の如く解釈するを許さ、るは惜む可し換言
 すれば契約より生ずる債権債務の關係は履行期に於て其の効
 力を生ず即ち債権の本来の効力は履行期に於て履行せしめ又
 は損害を賠償せしむるにあり今此の効力を全ふせんか為め履
 行期前債務者は決して債権者の権利を侵害す可らずとの補充
 的關係の存在するものと看做し苟くも履行不能の状態を呈し
 又は履行せずとの予告を為したるときは債権者をして直ちに
 其の契約を解除せしめ又は損害賠償を請求せしめて双方の關
 係をは成るべく早く始末を付くること債権者保護の上に於て

適当にして必要なりと信せらる予は新民法に於ても此の解釈の容れられんことを望むと雖も未た之か根拠となる個条を見ず故に今日に於ては総ての債権関係は兎も角も契約特に双務契約に付ても履行期前は直ちに解除権なく又損害要償なしとせざるを得ざるなり(終)