「契約形成権授与契約」について(二)

本田 純 一

一、問題の所在

二、「契約形成権授与契約」理論の発展

三、「契約形成権授与契約」理論による再売買の予約の構成 (以上本誌七二巻五号)

四 日本法上の意義

しからは、この「契約形成権授与契約」理論は、わが国の解
釈論上どのような意義を持つべきか。まず売買一方の予約の性
質をめぐるわが諸見解を検討し(一)、次いで個別的問題の考
察をすることにする(二)。

(一) 売買一方の予約の性質論

民法五五六条一項は「売買ノ一方ノ予約ハ相手方カ売買ヲ完
結スル意思ヲ表示シタル時ヨリ売買ノ効力ヲ生ス」と規定する
だけで、その意義を明らかにしていない。そこで、その性質を
めぐって諸見解が分かれている。

(1) 片務予約説

判例および一部学説は、売買一方の予約を、法律の規定によ

って特殊な効力を与えられた売買の片務予約であるとするとする。そ
して、その論拠を次のように説く。第一に、法文自体「予約」
という言葉を使用しており、これを強いて売買契約と同一視す
る必要はない。第二に、売買の成立という効果を生ぜしめる原
因としては、一つの売買完結の意思表示があれば足りると解す
べきである。通説のように、単一の効果発生のために一つの売
買契約成立後さらにその売買完結の意思表示という第二の重複
する原因を想定するのは妥当でない。第三に、完結の意思表示
によって売買が成立するというのが当事者の通常の意味に合致
する、と。

(2) 停止条件付売買契約説

通説は、民法五五六条一項が売買完結の意思表示によって
「売買ノ効力ヲ生ス」と規定したことから、売買一方の予約を、
予約権者の売買完結の意思表示を停止条件とする売買契約その
ものであると解している。この種の一方の予約は、一方当事者
の意思表示のみによって売買の——成立ではなく——効力を生
ぜしめるものであるから、真の意味の予約ではなく、予約完結
権者の意思表示を停止条件とする売買であると解さざるを得な
い、とする。そして、これまで多くの学説がこの見解を支持し
ている理由は、次の点にあると思われる。(1)反対説のように片
務予約と解しても、予約完結権を一種の形成権とみる以上、そ
れから不履行という結果を伴う債務が発生するわけではない。
(2)契約成立に関する原則に反して一方当事者の意思表示のみによ
って契約関係を成立させるには、それ相当の実質的論拠が必

要と思われるのに、反対説ではその積極的論拠が示されていない。⁽⁷⁾③不動産売買の予約権利者が其権利を仮登記できる。⁽⁸⁾④予約締結の日時が同一でも、完結の意思表示をした日時の主張が前訴と後訴と異なる場合に、判例は、請求原因を別個として後訴を認めるが、停止条件説によれば条件の到来時期の差異にすぎず、後訴を前訴の既判力によって遮断することが可能となる。⁽⁹⁾

停止条件説も、必ずしも首尾一貫してはいない。第一に、この説も予約完結権を形成権とするが、形成権とこの説の条件付権利(期待権)ということとの概念的関係を顧慮していない。また、これに関連して、一般の条件とここで問題の随意条件とが同一であるのかをも積極的に論証する必要がある。さらに、ドイツでは契約形成権の附与そのものに対価が支払われることがあるが(完結するか否かは問題ではなく)、この対価の性質の説明は停止条件説では困難であろう。⁽¹⁰⁾最後に、この説は、予約の段階で本契約たる売買が成立したことになる点で、なによりも当事者意思に合致しない。⁽¹¹⁾

このように売買一方の予約をめぐるこれまでの議論は、その性質についての抽象論が多く、通説のとる停止条件説も決定的な論拠を欠いていた、といえよう。

(3) 契約形成権授与説

(i) 浜上説

浜上教授は、このような状況下において、「契約形成権授与契約」理論を売買一方の予約の性質論にはじめて導入した。教

授は、売買一方の予約を、一方当事者に売買契約を形成する権利(契約形成権)を附与する契約であるとす。この立場は、契約形成権授与契約(売買一方の予約)と契約形成権の行使によって成立する契約(売買契約)を区別して考察する点で、予約という言葉の構成に適し、当事者の意思にも合致する。そして、立法者が本来意図していた意味にも相応する(後述)。また、契約関係を一方的に成立させることも、契約自由の原則からいって当然導き出しうる⁽¹²⁾とし、現に(約定の)解約告知権が承認されていることを指摘する。これによって、片務予約説をとった場合の難点とされていた一方的に契約関係を成立させることの根拠が示されうる。教授は、そのほかに、従来必ずしも明らかでなかった完結権行使による本契約成立前の当事者の法律関係を、契約の申込を受けた者の承諾前の地位とパラレルに構成すべきものとして、明確にされた。

(ii) 私見

しかし、私は、契約形成権を浜上教授のように申込の受領者の地位とパラレルに把握することは妥当でないし、実際上も必ずしも適当な結果を導かないと考える。これについてはある程度前述した。そのほかに、第一に、申込受領者の承諾権と異なり、一般的には一方的授権によっては形成権は与えられず、相手方が形成に服する関係(Unterwerfungsverhältnis)は契約によってのみ創設される。申込の拘束力は、契約の成立を容易にするための政策的法技術である。第二に、申込の受領者の地位を形成権一般と同一視するのも問題である。浜上教授のよ

うに契約を二つの単独行為に分解すると、無権代理人のする承諾は無効となるはずなのに(民法一一八条参照)、全体としての契約は追認可能(民法一一六条参照)であるという奇妙なことになる。

そして、この批判は、ドイツにおける近時の機能的形成権理論も主張するところである。この立場の有力なものは、——形成権の基礎にあるその授与契約を別として——形成権そのものについては、これを「実質的合意主義を侵害」する機能(Eingriffsfunktion)を有する権利であると定義し、この観点から形成権者とその相手方の法的地位を把握しようとする。すなわち、形成権者は、相手方の同意なしにその法的地位を侵害するのであり、私的自治を越える強い地位を有し、「権力的地位」に立つ。その反面、形成の相手方は、自己の同意なしに自分自身の法的地位を失うのであり、服従(拘束)状態(Unterworfenheit)におかれる、というのである。

私は、この立場には立ちながら、しかしながら、契約形成権授与契約と契約形成権とを以下のように把握したい。すなわち、契約形成権授与者は、契約形成権授与契約によって相手方との合意に基づいて同人に契約形成権を附与するのである。契約形成権者は、この附与された権利を行使することによって——授与者の同意の有無に拘わらず——本契約を成立させるのである。それゆえ、本契約は、一見すると形成権者の契約形成の意思表示(のみ)から生じるようであるが、授与者は契約形成権を授与契約によって与えたのであるから、究極的には契

約形成権授与契約にも依存している。従って、本契約は、契約形成権の行使とその契約形成権の授与契約という二つの構成要素から成り立つものである。それゆえ、契約形成権授与契約は、本契約とは独立のものではあるが、そのための準備的意味を持つ契約である。ここから、授与者は、契約形成権を附与するという給付義務のほかに、この契約目的を達成し、決して損害惹起行為——契約形成権の行使を挫折させあるいは無価値にする行為——をしてはならないという行為義務(Verhaltenspflicht)をも負っている。従って、契約形成権の行使前に、授与者が目的物を有責に滅失させた場合には、同人は契約形成権授与契約から生じた義務違反として、契約法上の責任を負う、と解される。

このように把握することによって、売買一方の予約上の当事者の権利義務は一層明確にされるであらう。

- (1) 大判大正八・六・一〇民録二五輯一〇〇七頁、同大正一二・四・九民集二卷二二二頁。
- (2) 末川博「売買一方の予約に関する実際問題」民法論集九九頁以下、薬師寺伝兵衛「売買一方の予約の性質並に成立時期」法学志林二二卷二号八〇頁、三号五五頁、石田文次郎・債権各論六八頁、宗宮信次・債権各論(新版)一〇八頁、松坂佐一・民法提要・債権各論(新版)七二頁、最近では、来栖三郎・契約法(法律学全集)二四頁。
- (3) 末川・前掲民法論集参照。
- (4) 石坂首四郎・日本民法二九七五頁、鳩山秀夫・増訂日

本債権法各論上二八九頁、我妻栄・債権各論(中巻一)二五九頁、柚木馨・注釈民法04九五頁、広中俊雄・債権法各論講義上五〇頁。

- (5) 柚木・前掲九五頁。
- (6) 嘩道・京都法学会雑誌一二卷九号五八頁。
- (7) 柚木・前掲九五頁。
- (8) 嘩道・前掲一二卷九号六〇頁。
- (9) 前掲大判大正八年判決および同大正一二年判決参照。
- (10) 柚木・前掲九四・九五頁。
- (11) 形成権と期待権の概念的相違は、ヴェルディングガーによって次のように説明されている。形成権は、「形成権を附与する規範」と「形成権の行使を一定の法律効果に結合する規範」という二つの規範が存在するときに生じる。そして、後者の法律効果は「形成権の行使」にのみ依存し、前者の形成権を附与する要件からは独立のものである。このように、形成権の場合には《規範の分断(Casus)》がある。これに反して、期待権の場合には、《単一の要件事実内部における中間状態》だけが問題となる。(Böttcher, Besinnung. a. a. O., S. 46 Anm. 9)。ただし、両者を同一視する立場も存在する(Forkel, Grundfragen der Lehre vom privatrechtlichen Anwartschaftsrecht 1962, S. 127 ff.)。
- (12) わが国ではあまり指摘されていないが、随意条件と一般の条件は、ドイツでは区別されている(Larenz, Lehr-

buch des Schuldrechts, Bd 2, 1962, S. 84 ff.; Schumann, a. a. O., S. 9ff.)。

- (13) 浜上・前掲八四・八五頁。
- (14) 浜上・前掲八五頁。
- (15) 浜上・前掲八一頁以下。拙稿「契約形成権授与契約」について(『一橋論叢』七二卷五号七五頁参照)。
- (16) 売買一方の予約の経済的機能は、両当事者が直ちに本契約を締結するには支障がある場合に、本契約の内容を確定しておいて、後日の本契約の成立を確実にしておくことにある(甲斐川石田・民法三〇講〔財産法〕(1)二二頁)。
- (17) 前述本文(2)②の批判への反論。浜上・前掲八二頁本文および注(3)。なお、柚木・前掲九五頁参照。
- (18) 拙稿・前掲七六頁以下、七七頁注(10)参照。
- (19) この説は、予約完結権の行使前に売主が有責に目的物を滅失した等の場合を契約締結上の過失責任で処理する。しかし、この構成では、右の場合に、契約形成権者に解除権はみとめられないし、義務者と通謀して契約形成の意思表示が適時到達することを妨げたり目的物の背信的譲渡を受けた第三者の責任(後者のケースでは予約義務者の責任)を問えない不都合が生じよう。また、予約完結権の行使前に予約義務者が破産した場合には、申込は破産によって消滅するので、予約完結権が破産財団に対して効力を維持することの説明が困難になるのではないかという疑問がある。

- (20) Böttcher, Besinnung. a. a. O., S. 525; Unterwerfung, a. a. O., S. 14. 本間義信・〈紹介〉民事訴訟法雑誌一二号二一〇頁。
- (21) Böttcher, Besinnung. a. a. O., S. 525; Unterwerfung, a. a. O., S. 14.
- (22) Böttcher, Unterwerfung, a. a. O., S. 13 f. 拙稿・前掲七七頁注⑩参照。
- (23) Vgl. Böttcher, a. a. O.
- (24) 『権力的地位』という言葉は、本間教授の用語に従った(本間・前掲二〇九頁)。
- (25) 同前, Georgiades, a. a. O., S. 426 ff. u. S. 419.
- (26) Georgiades, a. a. O., S. 426.

(二) 売買一方の予約をめぐる個別的問題の検討

売買一方の予約の性質を前述のように把握した場合、具体的な諸問題でとくに通説との間にどのような相違が生じるか。(1)行使前の法効果、(2)一事不再理、(3)仮登記、(4)消滅時効、(5)譲渡性、(6)破産法上の問題、につき順次検討しよう。

(1) 行使前の法効果

(α) 有責の滅失または毀損の場合

買主が予約完結権を行使する前に、売主がその責に帰すべき事由によって目的物を滅失または毀損させた場合、売主は如何なる責任を負うか。

(i) 通説 この場合に、売主は売買契約上の債務不

履行責任(民法四一五条)を負うとする見解がみられる。⁽²⁸⁾それは、原始的不能か後発的不能かの区別の基準時を、契約の成立時と解するからである。⁽²⁹⁾しかし、通説の構成で債務不履行責任をみとめることには疑問がある。なぜなら、停止条件付契約とした場合、法律行為は成立していても、債権・債務はまだ生じていない。民法一二八条以下の規定も、この理解を前提にして置かれたと解される。もし停止条件説をとりながら債務不履行責任と解すると、契約成立後、条件成就前に目的物が債務者の有責によって滅失した場合、一二八条以下の適用の余地はないことになる。しかし、一二八条以下の規定は、契約成立後、条件成就前の法律関係を規律することが予定されている。民法起草者も、条件付法律行為の場合、一二七条だけでは不十分で、一二八条によって初めて条件の成就前でも当事者間に権利義務が発生し、同条以下によってこれを規律すべきものと考えた。⁽³⁰⁾それゆえ、通説の構成からは、債務不履行責任ではなく、一二八条以下を適用するのが自然であろう。⁽³¹⁾

(ii) 契約形成権授与説 前述浜上説は、契約形成の

意思表示が到達した時を不能の基準時とみる。従って、それ以前に目的物が売主の有責によって滅失した場合には、売主は、契約締結上の過失責任(のみ)を負うことになる。これに対しては、すでに批判を加えた。⁽³²⁾

私は、契約形成権授与契約と契約形成権の行使の関係について、契約形成権授与契約は本契約の準備行為をなし、形成権授与者は、相手方に形成権を附与するほかに、その契約目的を達

成するために相手方の形成権行使を妨げる行為をしてはならない行為義務を負うと解する。これについては前述した⁽³³⁾。それゆえ、私の立場からは、この妨害回避義務への違反は、通常の契約責任であり、債権法の規定が適用されることになる。その結果、契約形成権行使前に売主の有責によって目的物が滅失または毀損した場合には、買主は、契約形成権授与契約上の債務不履行を理由として損害賠償を請求することができる(民法四一五条)。さらに、買主は契約を解除することもできる(民法四五条)。さらに、買主は契約を解除することもできる(民法四五条)。この場合、解除は、売主が目的物を毀損した場合に、買主がもはや毀損した目的物の取得を欲せず、なおかつ損害賠償を請求するとき意味がある(民法五四五三条三項)。また、契約形成の当事者間には、債権債務関係に類似した形成権とその相手方の関係(服従関係)が存在しており、第三者がこれを侵害した場合には、この第三者も一定の要件の下に責任を負うと解される。たとえば、第三者が売主と通謀して契約形成権が適時に行使されるのを妨害した場合、この第三者は契約侵害に基づく責任を負うと解されるのである。

このように、私は、契約形成権行使前の法効果を債権法上の問題として処理したい。もっとも、それを必ずしも無条件にみとめるのではない。たとえば、同時履行の抗弁権(民法五三三条)は、契約形成権授与契約の特殊性から適用されない⁽³⁷⁾。

(β) 無責の滅失または毀損

(i) 通説 通説は、売主の責に帰すべき事由なくして目的物が滅失・毀損した場合、後発的不能の一場合として危

険負担の規定(民法五三五条)を適用する。その結果、売主は、物が滅失した場合には代金請求権を失う(債務者主義)のに対し、毀損の場合には代金請求権はなお存続する(債権者主義)、という一貫しない結論になる。これには通説内部からも批判が加えられている。立法の不手際によるとはいえ、解釈論としての適当な解決方法は示されていない。

(ii) 契約形成権授与説 私は、この場合には原則として契約形成権が消滅すると解する。契約形成権授与契約は、当然には双務契約ではないからである。従って、滅失か毀損かを問わず、買主の代金支払義務は生じない⁽³⁸⁾。ただし、例外として特に契約形成権の授与そのものに対価が交付されている場合には、その授与契約は有償・双務性を帯びるので、危険負担の問題となる⁽⁴⁰⁾。そして私の立場では、民法五三六条一項が適用され、滅失・毀損ともに債務者(=売主)負担となる。

(γ) 代償類似の請求の当否

偶発的滅失の場合、予約義務者が滅失した目的物の代わりに補償金等を取得した場合、予約権者はこれを引渡せと請求できるか。

(i) 通説 通説は、予約完結権の行使前の目的物の滅失を後発的不能とみる。従って、買主は、予約完結権を行使して売買を発効させ、代金と補償金との差額を要求するか、民法五三五条一項によって無意義となった予約完結権を放棄または不行使に終わらしめるかの選択権を持つ、と考⁽⁴¹⁾える。

(ii) 契約形成権授与説 私の立場では、前述したよ

うに、この場合予約完結権そのものが消滅すると解される。従って、予約権者は、補償金の引渡を請求することも許されない。この結果は、実質的にも不当ではないと考える。なぜなら、一般に代償請求が認められる理由は、債務者の二重の利得を防止するためであるが、この場合、予約義務者はみずから偶発的滅失の危険を負担しており、二重の利得者とはならないからである。

(27) 契約形成権の行使を挫折させあるいは無価値にする行為としては、①本文に述べた義務者の有責行為による目的物の滅失または毀損のほか、②義務者による目的物の第三者への譲渡、担保設定、長期賃貸、③第三者と通謀して契約形成権が適時に行使されることを妨げること、が考えられる (Vgl. Georgiadis, a. a. O., S. 416 f.)。

(28) 柚木・前掲一〇二頁。

(29) 甲斐・注釈民法⑬三〇七頁以下参照。

(30) 法典調査会・民法議事速記録三卷三一四六丁、穂積発言「若シ本条(一二八条―本田注)ノ如キモノガアリマセヌ時ニ於テハ、未タ条件ノ成就致シマセヌ前ニ其義務者ノ方カラ目的物ヲ他ニ安ニ譲渡ストカ、或ハ其目的タル効力ヲ生ゼシムルトカ云フヤウナコトヲ為シマシテモ、其相手方ト云フ者ハ未ダ権利ハナイモノデアリマスカラシテ、法律ノ保護ニ依テ其救済ヲ需メルト云フコトハ当然ハ出来マセヌ。……本条ガアリマスト云フト、便宜ノ為メデナク、条件附権利義務ト云フモノガ一般ノ法律ノ規定カラ生ズル

コトニナルデアラウト思ヒマス。」

(31) 現に片務予約説の論者は、通説の立場からは、条件の規定が適用されると解していると思われる(末川・前掲一〇〇頁、西沢修・民法法学辞典一六一二頁参照)。そして、この場合に、条件の規定を適用することの不当性についてはすでに述べた(拙稿・前掲八〇頁参照)。

(32) 前述七五頁、七七頁注(19)参照。

(33) 前述七六頁参照。

(34) Vgl. Georgiadis, a. a. O., S. 416 ff. u. 426 ff.

(35) 「第三者の契約侵害」の要件が具備される必要がある。

(36) 機能的形成権理論に立ちながらも、本契約を契約形成権の行使にのみ依存すると把握するシューマンは、有責の滅失の事例を契約形成権(私権)侵害と構成し、また第三者者に責任を拡張することに反対する(拙稿・前掲八二頁注(16)参照)。

(37) 契約形成権授与契約は、(後述のように)対価が交付されることによって双務契約となりうるが、契約形成権を附与する義務とその義務の履行は授与契約のさいに同時に実行されるからである (Georgiadis, a. a. O., S. 433)。

(38) 甲斐・前掲三〇九頁参照。

(39) 片務予約説をとる判例からも同じ結論になるが、それは、原始的不能を理由とする(大判大正一四・七・四民集四卷四〇三頁)。

(40) ドイツでは、契約形成権者は拘束の代わりとして、相

手方に対価 (Bindungsentgelt) を交付する方法が頻繁に行なわれてゐる (Vgl. Henrich, a. a. O.; Schumann, a. a. O.; Georgiades, a. a. O.)。

(41) 柚木・前掲一〇三頁。

(42) 大判大正一四・九・一一新聞二四七七号一〇頁、東高

判昭和三〇・六・二七下民六卷一二〇頁も、再売買の予約について同じ結論をとる。

(未完)
(一橋大学大学院博士課程)