

第二編

形成権をめぐる具体的諸問題

は、契約関係も一方的意思表示によって形成
 (創設、変更、消滅)することができる権利
 (Option, Optionrecht)を附与する契約の
 ことである。⁽¹⁾この種の契約類型は、主として
 ドイツにおいて実務の要請に基づいて発達し
 たものであるが、⁽²⁾他の諸国(仏・伊・瑞・英
 ・米)にも広くその存在が確認される。⁽³⁾これ
 に対して、わが国では、近時ようやく「Option
 授与契約」を一つの契約類型として契約法の
 中に位置づけようとする試み⁽⁴⁾がありわかれてき

たところである。この見解は、売買一方の予
 約(民法五五六条)の性質を option (形成権
)を附与する契約であるとする。これまでの
 わが国の通説が、⁽⁵⁾予約完結権の行使前にす
 るに、売買契約が締結され、当事者の(停止条件
 付)権利が発生しているとして説明して、予約完
 結の意思表示があつて初めて契約が成立した
 と観念する当事者意思に必ずしも合致してい
 るとは思われないうことを考えあわせると、こ
 の見解は注目し値するものといえる。⁽⁶⁾そこで

問題は、この立場をとると通説との間にどのような実際上の差異が生じるかである。

本稿の目的は、まずドイツにおける「Option」授与契約と理論の発展を探求し（第二節）、ついでこの理論を再売買の予約（Wiederkauf）に適用した場合に停止条件説と比較していかなる異同があるのかも考察し（第三節）、最後に、この理論をわが国の解釈論に導入した場合にはその適用の意義を検討する（第四節）ことにある。

(一) D. Henrich, Vorvertrag Optionsvertrag Vorrechtvertrag, S. 227 ff.; K. Lorenz, Die rechtliche Bedeutung von Optionsvereinbarungen, DB 1955, S. 209 ff.; Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2. 1962, S. 95 ff.; Lorenz, Vorzugrecht beim Vertragsabschluss, Festschrift für Döle, I, 1963, S. 103 ff.; W. Schumann, Die Option, Diss. Tübingen 1969; Georgiadis, Optionsvertrag und

12

Optionrecht, Festschrift, für Larenz 1973, S. 409 ff.; Cartellieri, Die Option, BB 1948, S. 162 ff.; I. Najjar, Le droit d'option contribution a l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, 1967. 我が国では、浜上則雄「可契約形成権授与契約」について——の契約類型として——ジュリスト三八九号八一頁。

② ドイツ民法典（BGB）は、Option の概念を知らない。債権法各則で先買権（

五〇四条）・再買権（四九七条）を規定するだけである（Schumann, a. a. O., S. 1）。

③ Heinrich, a. a. O., S. 20, 41, 59. イタリアでは、Option (opzione) が明文でみとめられている（Vgl. c. c. Art 1331）。

④ 浜上・前掲ジュリ三八九号八一頁。

⑤ 我妻栄・債権各論（中巻一）二五七頁、柚木馨・注釈民法（14）九五頁。

⑥ この理論は、予約完結権の授与契約と予約完結権自体の行使によって生じる契

と、申込の拘束力の理論とパラレルに形成され、
 来てきたこれまで「option 授与契約」の理
 論は、もはや維持できなくなる。そこで、い
 くつかの新しい試みがなされている。
 まず、シエーマンは、通常の契約締結の方
 式¹¹⁾の地に、権利者の一方的意思表示だけで契
 約が成立する場合があることをみとめる。そ
 して、このような契約は、「申込」承諾の産
 物ではなく、一方的な権利形成の結果であり
 、それゆえ「実質的合意主義」を放棄して、

の理論とパラレルな形で把握される。その結
 果、たとえば義務者による有責な契約締結の
 侵害は、契約締結上の過失 (culpable contra-
 hend.) 責任や積極的契約侵害を理由とする
 損害賠償責任によつて処理されるべきだと解
 されている⁹⁾。
 (3) これに対して、近時、申込の受領者の
 地位は形成権 (Gestaltungsrecht) ではなく、
 たんなる権能 (Befugnis) にすぎないと解す
 る立場が有力になってきた¹⁰⁾。この立場に立つ

権利者の一方的意思表示のみによつて基礎づけられるとして、このような理解によつて、Option授与契約をめぐらすべきべ
 ての諸問題をOptionという私権（形成権）の一般理論から導き出すとする。⁽¹²⁾
 ゲオルギアデスは、次のように主張する。
 「Option授与契約は伝統的な法形式によつては理解することのできない、法取引の発展によつて惹起された新たな法制度である。このことの認識が、Option授与契約を理論

的に把握し、現行法体系の中へ組み入れるためには必要である。「Option授与契約の場合、たしかに一方的意思表示によつて契約が実現されるが、この意思表示はすでにOption授与契約の中で双方の合意の下に附与されていることを看過してはならない。それゆゑ、このOptionの一方的な意思表示は、Option授与契約と別個の法律行為ではなく、それと結合した本契約の合成的構成要素である。⁽¹⁴⁾ このような立場から、彼は、Option行使前の被拘

未者 (オプションの附与者) の義務の根拠について、被拘未者はオプション授与契約から直接義務を負うものであり、この義務違反は—法定債権関係ではなく—オプション授与契約の債務不履行として、債権法の一般原則に従って処理されるべきものとする。また、対価が交付され、双務契約となる場合には、危険負担が問題になるとする。

① Henrich, a. a. O., S. 6; Koutroumboussis,

Die vertragliche Verpflichtung zum Vertragschluss. Diss., 1971. S. 3 ff.

② Henrich, a. a. O. S. 6 ff.; Koutroumboussis

a. a. O., S. 3 ff.

③ Koutroumboussis, a. a. O., S. 4.

④ Henrich, a. a. O., S. 6; Koutroumboussis,

a. a. O., S. 3.

⑤ Koutroumboussis, a. a. O., S. 14 f.

⑥ Vgl. Georgiades, a. a. O., S. 409, Ann.

2 u. S. 410, Ann. 3.

(5)	Lorenz, a. a. O.; Lorenz, a. a. O.;
	Henrich, a. a. O.
(6)	Georgiades, a. a. O., S. 411; Vgl. Lorenz,
	a. a. O., S. 116.
(7)	Schumann, a. a. O., S. 19; Vgl. Henrich,
	a. a. O., S. 271, 275f.
(8)	この立場は形成権の機能的把握の
	意義を提唱するベツネキヤのニつの論文の
	影響を強く受けた。ベツネキヤは申込の
	受領者の地位を形成権とすることは契約

	を二つの単独行為に融解させてしまいが
	それは両者の法効果を別個に取扱う民法の
	規定(ド民一一一条ハ同意なき単独行為)
	・一ハ。条ハ単独行為の無権代理
	一〇ハ条ハ同意なき契約
	・一七七条ハ無
	権代理(契約)に矛盾する、という。
	(制限行為能力者・無権代理人のなす契約
	は追認されうるが、その単独行為は無効で
	ある。従って承諾は無効であるのに契約は
	追認可能ということになる(本間義信・入

紹介 ✓ 民事訴訟法雜誌一二号二一〇頁参照
)
 ついで、ゲオルギアデスは、OPTIONと申
 込の受領者の地位の差異を次のように説明
 する。第一に、両者は利益状態を異にする
 。申込者が申込の承諾にかなり長い期間を
 申込の受領者に与えるときには、契約を締
 結しようという関心は申込者にある。彼は
 、長い考慮期間を与えらるることによって承諾
 者が契約締結をするための刺激を与えらる。

これに対し、OPTIONの場合、契約締結に関
 心をもつ者はOPTION権者自身である。彼は、
 このために相手方に対し金を支払うことがあ
 る。第二に、申込の拘束期間は、それが契
 約の一要素であることから、できるだけ短か
 くあるべきなのに対して、OPTIONの場合に
 は通常五年・一〇年・三〇年存続すること
 がある。(これについて詳しくは、Bötticher,
 Besimmung auf das Gestaltungsrecht und
 das Gestaltungsrecht, Festschmitt

für Dälle, 1963 I, S. 41; Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, 1964; Georgiadès, a. a. O. 参照)。

II) 申込と承諾の意思表示の合致による契約の締結。

III) すなわち、optionとは私権として被拘束者による侵害から保護され、譲渡性があり、被拘束者の破産後も存続し、仮登記によって保全される (Vgl. S. 29)。

III) Georgiadès, a. a. O., B. 41 f., 422 f.

14) Georgiadès, a. a. O., S. 434. 彼の見解はこの美で option の行使だけでも本契約の構成要素として扱えるバツケヘルヤニエーマインと異なる (Vgl. Bötticher, Besimmung, a. a. O.)。

三 1. option 授与契約の理論による再売買の予約の構成

(一) 判例と option 授与説の概観

i) 判例及び一部の学説

一部有力学説^①や判例^②は、基本的には「option
授与契約」理論を承認するにわかかわらず、
再売買の合意については、依然として再売買
の予約完結権の行使を停止条件とする買戻契
約と解している。その理由は、この構成をと
れば、再売買の予約完結権の行使前、買主（
予約義務者）の義務の根拠を明確にしうるこ
と^③、再売買の予約完結権を附与する契約に方
式（ド民三一三条。なお同法四九七条一項二
文参照。）を必要とすることより説明がしやうい

こと^④、予約完結権者の、条件付の請求権をド
民八八三条一項二文で仮登記によつて保全し
うること^⑤、買主が破産した場合に、条件付の
請求権が財団債権（Masseschuld）になりう
ること^⑥（ド破産法五九条二号）、などの利便
があるからだとされる。
(II) 通説
通説は、再売買の合意を再売買のoptionを
附与するoption授与契約とみる。そして、再
売買の予約を停止条件付法律行為とすること

に對して、實際的な觀美からいふつかの批判
として、これについては後に述べる。

(1) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht.

13 Aufl. Bd. 2, § 116 b; Fikentscher, Schuld-

recht, 3 Aufl. § 23 III B; Ermann-Weitraker, BGB,

4 Aufl., § 497; Staudinger-Ostler, Komm., 10 Aufl.

§ 497.

(n) RAZ 121, 369; 126, 308; BGHZ 29, 107.

(m) Leonhard, Besonderes Schuldrecht des

BGB, § 45.

(n) Siebert-Ballerstedt, Komm., 11 Aufl.

§ 497. (2); RAZ 121, 369.

(5) Siebert-Ballerstedt, a. a. O., § 497. (3)

(v) Siebert-Ballerstedt, a. a. O., § 497. (6)

(n) Larenz, a. a. O.; Carterielli, a. a. O. Henrich

a. a. O. Lorenz, a. a. O.; Esser, Schuldrecht,

Bd. 2, § 66 II.

(三) 再売買の予約をめぐる個々の問題

ヘンリソツヒは、契約締結上の過失に基づく損	ま、次のような主張がなされている。まず、	OPTIONと授与説の立場からは、右の設例につ	意思に反し、 ⁽¹⁰⁾ 安当でない。	ず予約完結権を附与したにとどまる当事者の	とは直ちに物権的にまで拘束されるのを欲せ	ることになる(ド民一六一一条参照)。このこ	場合により買主は物権的に処分を制限され	美明快である。しかし、この見解をとると	民一六一六の条以下に従って責を負わせる。この
-----------------------	----------------------	-------------------------	-------------------------------	----------------------	----------------------	-----------------------	---------------------	---------------------	------------------------

停止条件説は、条件附権利の侵害としてド	り予約完結権を侵害することがある。 ⁽⁸⁾	完結権の行使前に故意または過失によってこ	被拘束者(買主)が、売主の再売買の予約	買主の義務	(10) 再売買の予約完結権の行使前における	いかなる異同があるか、検討しよう。	停止条件付買戻契約説とOPTIONと授与説とで	以下、再売買の予約をめぐる諸問題につき	の検討
---------------------	----------------------------------	----------------------	---------------------	-------	------------------------	-------------------	-------------------------	---------------------	-----

一般的な法律上の義務から生じるとする。この義務は他人の絶対権—たとえば所有権を侵害してはならないという一般的な義務と異ならないとする⁽¹⁴⁾。彼は「損害行為が拘束されていゝ当事者によつて惹起されるときは、optionの侵害は損害賠償請求権を生じさせる。それは私権としてのoptionが侵害されたと考えられるから⁽¹⁵⁾」とする。そして、optionが有責に侵害された場合の法効果をド民八二三条から引き出す⁽¹⁶⁾。しかし疑問がある

私権(option)を侵害してはならないという。ついでシエーマン⁽¹³⁾は買主の義務は他人の同一視はもはや正当なものでなくなつた。来している。しかし前述したように⁽¹²⁾、両者を申込の受領者の地位と同一視することによ義務を負う、という(S. 271)。これはoptionのを給付する準備をなし、それを保持すべきは申し込まれた契約に従つて給付すべきも害賠償請求権を認め⁽¹¹⁾。被拘束者(買主)

て成立するものとみる。⑰ それゆえ、買主の義務は Option 授与契約それ自体から生じ、この義務の侵害は、債務不履行の一般原則（ド民三二〇条以下）に従って損害賠償責任を基礎づける、という。⑱

この問題については、右のように Option 授与説の中でも法律構成の美では一致してはいない。しかし、通常の債権契約を締結して直ちに契約上の義務を負うことを欲せず、将来行使されることのあるべき Option を附与する

る。第一に、この立場は、すでに契約（再売買の予約）を締結している当事者間を不法行為法で律しようとしている。第二に、さらにに契約締結前の契約当事者間にも契約法理（たとえば、契約締結上の過失）を適用しようとするのが近時の傾向であるからである。

最後に、ゲオルギアデスは、右のシエーマン説の欠陥を克服しようとする。彼は、Option の行使によって生じた本契約は、Option 授与契約と Option の行使とも合成的構成要素として

にとどまる当事者の意図を顧慮すると、その義務違反の問題は債権法上の効果（損害賠償）として処理すべきだと考えられる。その意味で、OPTION授与説のとする結論は妥当といふべきであらう。

(B) 仮登記

再売買の予約完結権を第三者に對抗するに、将来の所有権移転請求権を保全するための仮登記がみとめられている（ド民八八三条一項二文）。

停止条件説¹⁹の立場では、再売買の合意がなされたときから条件付権利（期待権）が成立しているためであるから、この請求権の仮登記を認めらるゝは容易である。

OPTION授与説では、左の請求権、仮登記が許されらるゝ根拠が問題となる。なぜなら、この立場では、OPTION権者が再売買のOPTIONを行使する以前には、同人にはいかなる請求権も発生していないはずだからである。しかるに、この立場の学説²⁰の多くは、理由も挙げず

題は、停止条件説の方が説明しやすいとはい
 え、Option 授与説からもこれを根拠づけるこ
 とは可能である。
 (Y) 破産の場合
 売主が Option を行使する以前に買主が破産
 した場合、右の Option は破産開始後も存続し
 て行使しうるが、また売主の破産債権と買主
 の債権との相殺がみとめられるかが問題とな
 る。判例は、再売買の予約を「条件付法律行
 為」とみるので、破産法三条の一般的解釈

に所有権移転請求権なるものの保全のため
 仮登記をみとめている。わすかにシユーマン
 だけが、次のように説く。「民法八八三条一
 項ニ文ハ仮登記一本田註」の「将来の請求権
 たる為には、条件付権利（期待権）のより
 に成立要件自体が現在実現されているもので
 ある必要はなく、単なる機会や見込みとは異
 なり、請求権の成立を保障する法律上の
 地位が存在していればよい」（S. 27）と。
 従って、ドイツ法上、仮登記の許容性の問

減してしまふと一般に解されていからであ
 る。そこでヘンソフとは、破産法三条の
 発生せる財産上の請求権の中は、確
 定した権利関係から生じるすべての請求権
 を含むと同条の拡張解釈を行なう。しかし
 Optionが「発生せる財産上の請求権」にあ
 る²⁸。たことについで彼の説明は、不十分であ
 る。Optionの承諾権との同一視を否定するシユ
 ーマンは、次のように理由づける。彼は、す

に従い、予約完結権が破産開始後も破産財団
 に対する効力を維持するとみるのは当然であ
 る²⁴。またこの立場によれば、売主は自己の破
 産債権をもって買主の代金債権と相殺するこ
 とができる²⁵。なぜなら破産した買主の右債権
 も条件付に成立しているからである。
 Option授与説のうち、これを申込の受領者
 の地位とパラレルに把握する立場からは、こ
 の問題に正しい解答を与えらることはできない
 。なぜなら、申込は、破産開始後はもはや消

寄 七

寄 七

ていよいよ、売主は自己の破産債権と買主の左債権とを相殺することにはできない（破産法五四・五五・五六条参照）。他の一般債権者との関係を考慮し、option権者に相殺権を認めべきかは問題である。この点の詳細は後、日本法の叙述に譲りたい。

(8) 方式（ド民三一三条）

不動産を目的とする再売買の予約の場合には、再売買の予約完結権の行使についてはド民三一三条の方式を要しない（ド民四九七条

べとの相対権（relatives subjektives Recht）をド破産法三条の「発生せる財産上の請求権」に該当するとし、彼らの理解によれば左の相対権（債権）と内容は異なるにして、質上において相違しないといわれる形成権にもこれを及ぼす。

こうして、option授与説によつても optionが破産財団に對する効力を維持することの説は可能である。しかし、この説によれば破産開始時には買主はいかなる代金債権も有し

民

三
一
三
条
の
方
式
を
要
し
な
い
（
ド
民
四
九
七
条

一項二文)。停止条件説からは、条件の成就
 という意味をもつ行為に方式を要しないのは
 当然である。しかし、OPTIONの授与説をとつて
 も、再売買の予約の場合にはすでにこの予約
 に方式を具備しているから、その行使にまで
 二重の手間を要しないとしただけなどとは
 説明することができない³⁰。従って、明文がある
 以上どちらの説をとつても一般的には説明方
 法の違いである。しかし、市が再売買の予約
 をした場合は事情が異なる。ド地方自治法（

Rev. DGO) 三七条二号は、市の義務負担行為
 に二重の方式の遵守を要求する。判例は、こ
 の方式を欠いた予約完結権の行使も、有効で
 あるとする³¹。停止条件説の立場からは、条件
 成就という意味をもつ予約完結権の行使に常
 に方式を必要としないであらう。しかし、こ
 の場合二重の署名は市の支払義務を初め、成
 立させるのであるから、この説の結論は疑問
 である³²。

記

⑧ 再売買の予約。対象たる不動産に担保を設定したリ。長期の貸貸しをすること
 が考えられる。ド民四九八条参照。

⑨ Enneccerus-Lehmann, a. a. O., § 166 b.

⑩ Schumann, a. a. O., § 7 f.

⑪ Henrich, a. a. O., § 271 f; Vgl. Schumann, a. a. O., § 71. Georgiades, a. a. O., § 418, Ann. 27. 29.

⑫ 前述三一六頁註⑩参照。

⑬ Schumann, a. a. O., § 71 f.

⑭ Schumann, a. a. O., § 72.

⑮ Schumann, a. a. O., § 71. いったん生じた地位の侵害に対し、損害賠償という制裁を課するのほ、私権のまゝに本質的内容であるからというものがその理由である。

⑯ 彼は、伝統的な見解に反して、
 ① その他の権利（八二三条）とみなす。
 ② ただし、この権利は、拘束された当事者
 ③ に向けられる。相対権（relatives Recht）
 ④ であることから、契約の相手方だけが責

任を負い、第三者には責任が及ばないとする。

⑮ Georgiades, a. a. O. Option 及び双方の合意に基づいて Option 授与契約の中で附与されることを理由とする。

⑯ 形成権の相手方は服従者としての地位におかれ、理論上目的物を滅失または毀損したり、他へ譲渡してはならない拘束を負わされている (Georgiades, a. a. O., S. 416f. 426 f.; Vgl. Bötticher, Besinnung, a. a. O. und Unter-

werfung; a. a. O.) 。

⑰ Baur, Sachenrecht, 3 Aufl. § 201, 2 ; Soergel-Siebert, Komm 9 Auf1, § 883, 8 ; Staudinger -Seuffert, a. a. O., 883, 17 a ; RQZ 47, 45 ; 69, 283.

⑱ Henrich, a. a. O., S. 287 ; Vgl. Kontroumbassi: a. a. O., S. 121.

⑲ Schumann, a. a. O., S. 27 und Anm. 14.

⑳ Vgl. Henrich, a. a. O., S. 290 ff.

㉑ RQZ 121, 369.

(24) Siebert - Ballerstedt, a. a. O., S. 497, 6.
 この場合破産管財人は再売買契約を履行
 するが損害賠償義務を負うかの選択権を持
 つことになる(ド破産法一七条)。彼が履
 行を選択したときには、相手方は財団債権
 (Masseschuld) を有することになる(ド
 破産法一七条・五九条二号)。彼が損害賠
 償義務を負うときは、売主は損害賠償請求
 権を破産債権として主張できる(Henrich,
 a. a. O., S. 290 ff)。

(25) RGZ 121, 369. 相殺がみとめられない
 場合には、売主は自己の全債務は履行しな
 ければならぬに對し、破産財団からは
 債権類に按分比例した配当しか受けられな
 いことになる。

(26) Jaeger - Lent, KO 18. Aufl. § 7, Anh. 15b.
 (27) Henrich, a. a. O., S. 291.
 (28) Schummann, a. a. O., S. 89.
 (29) Schumann, a. a. O., S. 90. ドイツで
 は、近時請求権と形成権の機能的同一視を

する見解が有力である (Vgl. Bötticher, a.

a. O.)。

(30) Henrich, a. a. O.

(31) BGHZ 29, 107.

(32) Bötticher, Besimmung. a. a. O., 248.

四 日本法上の意義

しからば、この「Option 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。その適用領域は広いと思われるが、こ

こではとりあえず売買一方の予約の性質を

ぐるわが諸見解を検討し(一)、その個別的

問題の考察をすることにとどめる。

(一) 売買一方の予約の性質論

民法五五六条一項は「売買一方の予約ハ

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ルと規定するだけで、

その意義を明らかにしていない。そこで、

の性質をめぐって諸見解が分かれている。

(1) 片務予約説

立後さらにその売買完成の意思表示という第一の重複する原因を想定するのは妥当でない。第三に、完成の意思表示によって売買が成立するといふ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成の意思表示によつて「売買」の効力を生じると規定したことから、売買一方の予約を「予約権者」の売買完成の意思表示を停止条件とする売買

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つて特殊な効力を与えられた売買の片務予約であるとす。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成の意思表示があれば足りると解すべきである。通説のようには、単一の効果発生のために一つの売買契約成立

ら不履行といふ結果を伴う債務が発生するわけではない。⑥ 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りて契約関係も成立せしむるには、それ相当の裏面的論拠が必要と思われらるるに、反対説ではその積極的論拠が示されていらない。⑦ 不動産売買の予約権利者が其権利を仮登記できる。⑧ 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らるるが、

契約のものの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つ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い。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する。⑤ とする。そして、これまでも多くの学説がこの見解を支持している理由は、次の美にあると思われらる。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

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⁽¹⁰⁾と。

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、形成権とこの説のとする条件付権利（期待権）⁽¹¹⁾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⁽¹²⁾。

らに、ドイツでは契約形成権の附与そのものに對価が支払われることがあるが（完結するが否かは問題ではなく）、この對価の性質の説明は停止条件説では困難である⁽¹³⁾。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美で、なによりも当事者意思に合致しない⁽¹⁴⁾。

このように売買一方の予約をめぐり、これらでの議論はその性質についての抽象論が多

く、通説のとする停止条件説も決定的な論拠を

する美で、予約という言葉的構成に適し、当事者の意思にも合致する¹⁶⁾。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¹⁷⁾。これによつて、片務予約説をとつた場合の難美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、従来必ず

欠いていた、といえよう。

(2) Option 授与説

(1) 浜上説 浜上教授は、このよくな状況下において、Option 授与契約の理論を売買一方の予約の性質論にほじめて導入した¹⁵⁾。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（Option）を附与する契約であるとする。この立場は、Option 授与契約（売買一方の予約）と Option の行使によつて成立する契約（売買契約）を区別して考察

しむ明らかでなかつた最終権行使による本契約成立前の当事者の法律関係をもち、契約の申込を受けられ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、optionを法上教授のよう申込の受領者の地位とパラレルに把握することば安当でないし、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、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つては形成権は与えられず、相手方が形成に服する関係 (Unterwerfungs-
verhältnis) は契約によつてのみ創設される。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
問題である。法上教授のよう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

一六条参照) 下あるという奇妙なことになる。²²

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、これを「実質的合意主義を侵害する機能 (Einhubsfunktion) 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²³

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、²⁴ 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る。

り、服従(拘束)状態 (Untervorfensein) におかれる、というのである。

私に、この立場に基本的には立ちながら、しかしながら、option 授与契約と option とを以下のよう把握したい。すなわち、option

は option の行使と option 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 option 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
 option を附与するといふ給付義務のほか、
 この契約目的を達成し、決して損害惹起行為
 | option の行使を挫折させないといふ無価値に
 する行為 | をしてはならないといふ行為義務
 (Verhaltenspflicht) をも負っている。従つ

史

奇

七

七

授与者は option 授与契約によつて相手方と
 の合意に基づいて同人に option を附与するの
 である。option 権者は、この附与された権利
 を行使することによつて | 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 option を授与契約によ
 っで与えたのであるから、究極的には option
 授与契約にも依存している。従つて、本契約

二一頁。

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、葉師奇伝兵

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、最近丁

田、末栖三郎・契約法（法律学全集）二四

頁。

て、option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optionの授与

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。

③ 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

す	る	と	き	に	生	じ	る。	そ	し	て、	後	者	の	法	律	効
に	結	合	す	る	規	範	と	い	う	二	つ	の	規	範	が	存
規	範	と	の	形	成	権	の	行	使	を	一	定	の	法	律	効
規	範	と	の	形	成	権	は、	「	形	成	権	を	附	与	す	る
れ	て	い	る。	形	成	権	は、	「	形	成	権	を	附	与	す	る
ユ	ル	デ	イ	ン	ガ	ー	に	よ	つ	て	次	の	よ	う	に	説
ユ	ル	デ	イ	ン	ガ	ー	に	よ	つ	て	次	の	よ	う	に	説
Ⅱ	形	成	権	と	期	待	権	の	概	念	的	相	違	は、	「	ヴ
Ⅱ	形	成	権	と	期	待	権	の	概	念	的	相	違	は、	「	ヴ
⑩	柚	木	・	前	掲	九	四	・	九	五	頁。					
⑩	柚	木	・	前	掲	九	四	・	九	五	頁。					
⑨	前	掲	大	判	大	正	八	年	判	決	お	よ	び	同	大	正
⑨	前	掲	大	判	大	正	八	年	判	決	お	よ	び	同	大	正
一	二	年	判	決	参	照。										
一	二	年	判	決	参	照。										
⑧	曄	道	・	前	掲	一	二	卷	九	号	六	・	頁。			
⑧	曄	道	・	前	掲	一	二	卷	九	号	六	・	頁。			

③	末	川	・	前	掲	民	法	論	集	参	照。					
③	末	川	・	前	掲	民	法	論	集	参	照。					
④	石	坂	音	四	郎	・	日	本	民	法	二	九	七	五	頁。	
④	石	坂	音	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
鳩	山	秀	夫	・	増	訂	日	本	債	権	法	各	論	上	二	八
・	我	妻	栄	・	債	権	各	論	(中	卷	一)	二	五	九	頁。	
・	我	妻	栄	・	債	権	各	論	(中	卷	一)	二	五	九	頁。	
柚	木	馨	・	注	釈	民	法	(14)	九	五	頁。	広	中	俊	雄	
柚	木	馨	・	注	釈	民	法	(14)	九	五	頁。	広	中	俊	雄	
債	権	法	各	論	講	義	上	五	〇	頁。						
債	権	法	各	論	講	義	上	五	〇	頁。						
⑤	柚	木	・	前	掲	九	五	頁。								
⑤	柚	木	・	前	掲	九	五	頁。								
⑥	曄	道	・	京	都	法	学	会	雜	誌	一	二	卷	九	号	
⑥	曄	道	・	京	都	法	学	会	雜	誌	一	二	卷	九	号	
八	頁。															
八	頁。															
⑦	柚	木	・	前	掲	九	五	頁。								
⑦	柚	木	・	前	掲	九	五	頁。								

果は「形成権の行使」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 (Cassirer)」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。

(Bötticher, 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.)。

⑬ 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, Lehrbuch des Schuld-

rechts, Bd 2. 1962, S. 84 ff.; Schumann, a.

a. O., S. 9 ff.)。

⑭ 浜上・前掲八四・八五頁。

⑮ 浜上・前掲八五頁。

⑯ 浜上・前掲八一頁以下。前述三〇一

頁参照。

照。

⑱ 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、この構成下は、右の場合に、option権者に解除権はみとめられないし、義務者と通謀してoptionの意思表示が適時到達すること、を妨げた目的物の背信的譲渡を受けた第三者の責任（後述のケース）では予約義務者の責任も）を問えない不都合が生じよう

⑮ 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定しておくことにある（甲斐川石田・民法三〇講義「財産法」(1)二一頁）。

⑯ 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。

⑰ 前述三〇六頁以下、三一六頁注(10)参照

一

一

一

。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、申込は破産によつて消滅するので、予約完結権が破産財団に對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、この疑問がある。

(22) Bötticher, Besimmung. a. a. O., S. 525.
 Unterwerfung, a. a. O., S. 14. 本間義信。介紹
 介。民事訴訟法雜誌一三二一〇頁。

(23) Bötticher, Besimmung. a. a. O., S. 525.
 Unterwerfung, a. a. O., S. 14.

前述三一六頁注(10)参照。

(23) Vgl. Bötticher, a. a. O.
 子。権力的地位。という言葉は、本間教授の用語に從つた(本間・前掲二〇九頁)。

(25) 同旨。Georgiades, a. a. O., S. 426ff. u. S. 419.

(26) Georgiades, a. a. O., S. 426

またば毀損させた場合、²⁸ 売主は如何なる責任を負うか。

(1) 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。²⁹ 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

(二) 売買一方の予約をめぐり個別的問題の検討

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) 行使前の法的効果につき検討しよう。

(1) 行使前の法的効果

(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つて目的物を滅失

一 二八条によつ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
 つてこれを規律すべきものと考へた。それゆ
 え、通説的構成からは、債務不履行責任では
 なく、一 二八条以下を適用するものが自然であ
 る。

(ii) option 授与説 前述 滅失説は option
 の意思表示が到達した時を不能の基準時とみ
 る。従つて、それ以前に目的物が売主の有責
 によつて滅失した場合には、売主は、契約締

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つて滅失した場合
 、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
 とが予定されていゝ。民法起草者も、条件付
 法律行為の場合、一 二七条だけで不十分で

毀損した目的物の取得を欲せず、なおかつ損
 主が目的物を毀損した場合に、買主がもはや
 する（民法五四二条）。この場合、解除は、売
 主は契約を解除することでもできる、と解され
 ことができる（民法四一五条）。さらに、買
 債務不履行を理由として損害賠償を請求する
 した場合には、買主は、option 授与契約上の
 売主の有責によつて目的物が滅失または毀損
 することになる。⁽³⁴⁾ 々の結果、option 行使前に
 の契約責任であり、債権法の規定が適用され

結上の過失責任（のみ）を負うことになる。⁽³²⁾
 これに対しては、すでに批判を加えた。
 私は、option 授与契約と option の行使の関
 係について、option と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、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
 から、この妨害回避義務への違反は、通常

このように、私はOPTION行使前の法効果
 を債権法上の問題として処理したい。もつと
 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、OPTION授与契約の特殊性から適
 用されない。³⁷⁾
 (B) 無責の滅失または毀損
 (1) 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

害賠償を請求するとの意味がある（民法五
 四五条三項）。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（服役関係）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³⁵⁾責任を負うと解される。³⁶⁾
 たとえば、第三者が売主と通謀してOPTION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。



授子契約は、当然には双務契約ではないからである。従つて、滅失か毀損かを問わず、買主の代金支払義務は生じない。⁽³⁹⁾ただし、例外として特にoptionの授子そのものに対して価が付されたいる場合には、その授子契約は有償である。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(II)が主(一)負担となる。

(r) 代償類々の請求の当否

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)といふ一貫しない結論になる。⁽³⁸⁾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へ、解釈論としての適当な解決方法は示されていない。

(ii) optionの授子説 私は、この場合には原則としてoptionが消滅すると解する。

(ii) Option 授予説 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、実質的にわ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、必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。⁽⁴²⁾

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了た場合、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、目的物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つて無意義となつ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、と考える。⁽⁴¹⁾

(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、穂横発言「若シ本案八一二八条
 一 本田注」ノ如キモノガアリマセ又時ニ於
 テハ、未タ条件ノ成就致シマセ又前ニ其義
 務者ノ方カラ目的物ヲ他ニ妾ニ譲渡ストカ、
 或ハ其目的タル効カヲ生ゼシムルト云フ
 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

(27) option の行使を挫折させよるいは無
 価値に於る行為としてハ、①本文に述べた
 義務者ノ有責行為による目的物ノ滅失ヲ
 以テ毀損ノほか、②義務者による目的物ノ第
 三者への譲渡・担保設定・長期貸貸、③第
 三者と通謀して option が適時に行使スル
 ことを妨げることに、が考えられ (Vgl.
 Geor grades, a. a. O. S. 4/65.) 。
 (28) 柚木・前掲一〇二頁。

云フコトハ当然ハ出来マセ又。…本条ガ下
 リマスト云フト。便宜ノ為メデナク、条
 件附權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。

⑤ 現ニ片務手約説ノ論者ハ、通説ノ立
 場カラハ、条件ノ規定ガ適用サレト解シ
 テ、イロト思ワレシ(末川・前掲一〇〇頁、
 西沢修・民法法学辞典一六一二頁参照)。
 又、シテ、コノ場合に、条件ノ規定ヲ適用ス

るコトノ不当性ニツイテハ、下ニ述べた(前
 述ニ二七頁参照)。

③ 前述ニ五六頁、三七二頁注⑨参照。

④ 前述ニ六三頁参照。

⑤ Vgl. Georgiades, *z. z. O.*, S. 416ff. u. 426ff.

⑥ 「第三者ノ契約侵害」ノ要件ガ具備
 サレシ必要ガある。

⑦ 機能的形成権理論ニ立ちながら、
 本契約モ Optionノ行使ニシテ、有責ノ滅失ノ事例モ

option (松権) 侵害と構成し、また第三者に責任を拡張することに反対する(前述三四三頁) 参考。

⑳ option 授与契約は、(後述のよう)に、
対価が交付されることにより、双務契約とならうるが、option を附与する義務と

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)

㉑ 甲斐・前掲三〇九頁参照。

㉒ 片務予約説をとる判例から同じ結

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)。

㉓ ドイツでは、option 権者は拘束の代

わりとして、相手方に対価 (Bindungs entgelt) を交付する方法が頻繁に行なわれてい

(Vgl. Henrich, a. a. O.; Schumann, a. a. O.;

Georgiadis, a. a. O.)。

㉔ 柚木・前掲一〇三頁。

㉕ 大判大正一四・九・一一新南二四七

七号一。頁。東高判昭和三〇・六・二七下
民六卷一二。頁も。再売買の予約について
同じ結論をとる。

参考文献

ドイツ

D. Henrich, Vorvertrag Optionsvertrag Vor-
rechtsvertrag

K. Lorenz, Die rechtliche Bedeutung von Options-
vereinbarungen, DB 1955 Lehrbuch des Schuld-

393

recht, Bd. 2. 1962

Lorenz, Vorzugsrechte beim Vertragsabschluss,

Festschrift für Dölle, I. 1963

W. Schumacher, Die Option, Diss. Tübingen 1969

Georgiadis, Optionsvertrag und Optionsrecht,

Festschrift für Lorenz 1973

Cartellieri, Die Option, BB 1948

Kontrahenssiss, Die vertragliche Verpflichtung

zum Vertragsschluss. Diss. 1971

Böttcher, Bestimmung auf das Gestaltungs-

recht und das Gestaltungs klagrecht, Festschrift
für Dölle, 1963 I. Gestaltungsrecht und
Unterwerfung im Privatrecht, 1964
Erneccerus-Lehmann, Schuldrecht. 13 Aufl. Bd. 2.
Fikentscher, Schuldrecht, 3 Aufl.
Erman-Weirauch, BGB, 4 Aufl.
Staudinger-Ostler, Komm. 10 Aufl.
Leonhard, Besonders Schuldrecht des BGB.
Siebert-Ballerstedt, Komm. 11 Aufl.
Esser, Schuldrecht, Bd. 2.

Baur, Sachenrecht, 3 Aufl.
Soergel-Siebert, Komm 9 Aufl.
Jaeger-Lent, KO 18 Aufl.
Förkel, Grundfragen der Lehre vom Privat-
rechtlicher Anwartschaftsrecht 1962.
L I N K
I. Najjar, Le droit d'option Contribution à
l'étude du droit potestatif et de Pacte unilatéral,
1967
日 本

甲斐、注釈民法(13)	甲斐、石田、民法三。講八財産法(4)	暁道、京都法学会雑誌一二卷九号	広中俊雄、債権法各論講義上	鳩山秀夫、増訂日本債権法各論上	石坂音四郎、日本民法	来栖三郎、契約法(法律学全集)	松坂佐一、民法提要・債権各論(新版)	宗官信次、債権各論(新版)	石田文次郎、債権各論
-------------	--------------------	-----------------	---------------	-----------------	------------	-----------------	--------------------	---------------	------------

成 立 時 期 に 法 学 志 林 二 二 卷 二 号	薬師寺伝兵衛、売買一方の予約の性質並に	民法論集	末川博、売買一方の予約に關する實際問題	本間義信、八紹介、民事訴訟法雑誌一二号	柚木馨、注釈民法(14)	我妻栄、債権各論(中卷一)	八九号八二頁。	て 一 一 の 契 約 類 型 と し て 一 に ジ エ リ ス ト 三	法 上 則 雄、 日 契 約 形 成 権 授 与 契 約 に つ い
--------------------------------------------------------------------	---------------------	------	---------------------	---------------------	--------------	---------------	---------	---------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------

