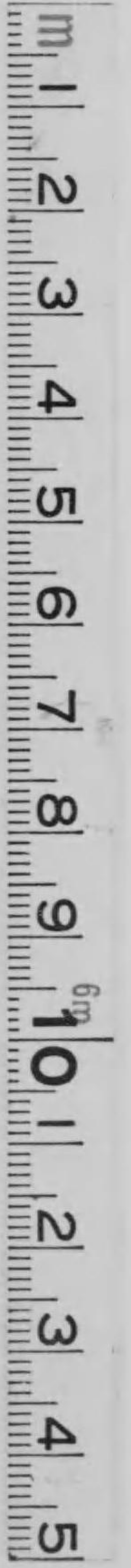


08  
644



始



8.2.2

高木益太郎  
亀谷正司著

現行

契約書式大全

東京 東亞堂發行

68-644



契約書式大全

大正  
4. 12. 1  
内交



## 自序

法律は小さく例ふれば一家の家憲の如きものである。家憲は久しい間養はれた一家の習慣が家風となつて出来上がったものだ。法律も丁度之れと同じく多くは一國の久しい慣習が基礎となつて國民の準繩となつたものである。

斯くの如く法律の多くは國民の慣習を基礎として出来上がったものであるから大概のことは常識でも分る。即ち法律は一種の常識である。世間では法律と言へば面倒な理窟ばかりを書いたものらしく思つて居るらしいが決してそんなものではない。併

し法律を知らない人はどうしたものか、一つの契約書を作るにもボンヤリした文句を並べて往々其意味の分り兼ねるやうなことがある。其爲め後日争ひが起り、當然勝つべき訴訟なのに敗けたり、損をせずもよい事柄なのに損をしたりする。殊に今日の世の中は、生存競争が激しい結果、狐のやうに狡猾な人間がだん／＼増して來た。故意に證書の文句を曖昧にしたり、人を誤魔化して金を取つたりするのが随分多い。それを豫防し及び傷けられた権利を回復して、自己の権利の伸張を計るにはどうしても法律を知らなくてはならぬ。つまり法律を知らなければ總ての點に於て損である。損であるばかりでなく一家の規則た

る家憲を知らぬ家族は恥づべき家族であると同様、國民として一國の規則である所の法律を知らぬのは確かに恥づべき國民と言はねばならぬ。さりながら法律を悉く知ると云ふことは専門家でも爲し能はざる所であるから素人が其悉くを知ることが到底不可能である。だから日常生活する上に於て最も利害關係ある、そして最も必要な事項を知つて置くがよい。本書は實に此意味に於て著はしたものである。且つ又賣買、貸借等に要する「契約書式」は専門家であつても、一寸出來ない事であるから普通の人々の手ではナカ／＼正確にゆかぬ。そこで著者は此點にも注意して契約書、通知書及び登記申請書等の各書式を示して

讀者の便益に供せんことに努めた。幸に著者の期待の萬分一ても達せらるれば著者の私かに満足とする所である。

十一月上浣

著者識

四

## 現行契約書式大全目次

### 緒論

法律とは何ぞ	一
法律は正義である	三
法律に従ふべきか道徳を守るべきか	三
契約者の心得	四
物権と債権	六

### 第一編 物権上の契約

#### 第一章 地上権

地上権とは何ぞ	九
地上権の登記	一二
地代の事	一五
地上権の期間	一八
地上権の消滅	二二

目次

一

第二章 永小作權

永小作權とは何ぞ……………二四

永小作權の登記……………二四

永小作人の權利と義務……………二七

永小作權の期間……………二九

永小作權消滅の登記……………三〇

第三章 質 權

質權とは何ぞ……………三四

質權の目的物……………三四

質權の效力如何……………三五

轉質の事……………三六

流質の事……………三八

質權者の其他の權利義務……………四〇

動産質の事……………四一

不動産質の事……………四二

權利質の事……………四七

第四章 抵 當 權

抵當權とは何ぞ……………五九

抵當物と爲し得べき物……………六二

抵當權者間の關係……………六四

定期金と抵當權……………六七

抵當權の處分の事……………六八

辨濟及び滌除の事……………七一

抵當物競賣の事……………七四

抵當權と貸借權……………七七

抵當權の消滅……………七八

第二編 債權上の契約(總論)

第一章 債權の意義……………八一

第二章 債權の發生原因……………八三

第三章 債權の目的……………八七

債權の目的とは何ぞ……………八七



債権の要件如何……………	八八
債権の目的の分類……………	九〇
特定物の債務の事……………	九二
不特定物の債務の事……………	九三
金銭の債務の事……………	九六
利息の事……………	九八
選擇債権の事……………	一〇二
<b>第四章 債権の效力……………</b>	<b>一〇七</b>
<b>第一節 遅滞の事……………</b>	<b>一〇七</b>
<b>第二節 強制履行の事……………</b>	<b>一一一</b>
<b>第三節 損害賠償の事……………</b>	<b>一一四</b>
損害賠償とは何ぞ……………	一一四
損害賠償の原因如何……………	一一六
損害賠償の範圍如何……………	一二〇
損害賠償の方法と算定……………	一二五
損害賠償額豫定の場合……………	一二九
損害賠償に因る債務者代位の事……………	一三三

<b>第四節 債権の保全……………</b>	<b>一三七</b>
債権の保全とは何ぞ……………	一三七
間接訴権の事……………	一三九
廢罷訴権の事……………	一四四
<b>第五章 多數當事者の債権……………</b>	<b>一五〇</b>
多數當事者の債権とは何ぞ……………	一五〇
不可分債務とは何ぞ……………	一五一
不可分債務の效力如何……………	一五二
<b>第一節 連帶債務の事……………</b>	<b>一五五</b>
連帶債務とは何ぞ……………	一五五
連帶債務の效力如何……………	一五九
<b>第二節 保證の事……………</b>	<b>一七三</b>
保證債務とは何ぞ……………	一七三
保證債務發生の原因……………	一八〇
保證債務の效力如何……………	一八二
<b>第六章 債権の讓渡……………</b>	<b>一九四</b>

債権の譲渡とは何ぞ……………一九四  
債権譲渡の效力如何……………一九六

第七章 債権の消滅……………二〇七

第一節 辨済の事……………二〇七  
辨済とは何ぞ……………二〇七  
辨済は何人が爲すものなるや……………二〇七  
辨済の條件如何……………二〇八  
辨済を受くべき者……………二一一  
辨済の目的如何……………二一一  
辨済の場所……………二一六  
辨済費用の負擔者……………二一九  
辨済者は如何なる權利を有するや……………二二〇  
辨済の充當……………二二二  
辨済の提供……………二二二  
辨済の目的物の供託……………二二六  
代位辨済……………二二八  
……………二三四

第二節 相殺の事……………二四一

相殺とは何ぞ……………二四一  
相殺の要件如何……………二四二  
相殺の方法如何……………二四七  
相殺の效力如何……………二四九  
第三節 更改の事……………二五一  
更改とは何ぞ……………二五一  
更改の要件……………二五三  
更改の效力……………二五五  
第四節 免除の事……………二五七  
第五節 混同の事……………二五八

第三編 債権上の契約(各論)

第一章 契約の總則……………二六〇

契約とは何ぞ……………二六〇  
契約の種類……………二六二  
契約は如何にして成立するや……………二六五

目次……………七

契約の效力	二七八
契約の解除	二八七
<b>第二章 贈 與</b>	二九七
贈與とは何ぞ	二九七
贈與の種類	三〇〇
贈與の效力	三〇一
<b>第三章 賣 買</b>	三〇四
賣買とは何ぞ	三〇四
賣買の種類	三〇九
賣買の豫約	三一〇
賣買手附の事	三一三
賣買費用の負擔者	三一五
賣主の義務と買主の權利	三一六
買主の義務と賣主の權利	三三四
買戻契約の事	三三九
<b>第四章 交換の事</b>	三五二

<b>第五章 消費貸借の事</b>	三五五
消費貸借とは何ぞ	三五五
準消費貸借	三五九
消費貸借の豫約	三六〇
消費貸借の效力	三六〇
<b>第六章 使用貸借の事</b>	三六三
使用貸借とは何ぞ	三六三
使用貸借の效力	三六五
使用貸借の終了	三六九
<b>第七章 賃貸借契約の事</b>	三六九
賃貸借とは何ぞ	三六九
賃貸借の存続期間	三七二
處分の能力又は權限を有せざる者の爲す賃貸借	三七三
賃貸借の效力如何	三七四
賃貸借終了の事由	三八二
<b>第八章 雇傭契約の事</b>	三八七

雇傭とは何ぞ……………三八七  
 雇傭契約の效力……………三八七  
 雇傭契約終了の事由……………三八九  
**第九章 請負契約の事**……………三九一  
 請負契約とは何ぞ……………三九一  
 請負契約の效力……………三九四  
 請負契約の終了……………三九八  
**第十章 委任の事**……………三九八  
 委任とは何ぞ……………三九八  
 委任の效力……………三九九  
 委任終了の事由……………四〇四  
 委任事務処理中の終了……………四〇五  
 準委任の事……………四〇七  
**第十一章 寄託の事**……………四〇七  
 寄託とは何ぞ……………四〇七

寄託の效力……………四〇九  
 消費寄託の事……………四一三  
**第十二章 組合の事**……………四一四  
 組合とは何ぞ……………四一四  
 組合契約の效力……………四一七  
 組合の終了……………四二二  
**第十三章 終身定期金の事**……………四二六  
 終身定期金とは何ぞ……………四二六  
 終身定期金契約の效力……………四二七  
 終身定期金契約の終了……………四二九  
 終身定期金の遺贈……………四二九  
**第十四章 和解の事**……………四二九  
 和解とは何ぞ……………四三〇  
 和解の效力……………四三一

目次終

目次

# 現行契約書式大全

法律新聞社長  
代議士辯護士 高木益太郎先生 閱

法律新聞編輯主任 龜谷正司 著

## 緒論

法律とは何ぞ——法律は正義である——法律に従ふべきか道徳を守るべきか——契約者の心得——物權と債權

昔からの諺にある通り『物あれば則ある』ものであつて、

宇宙間に存在する總ての事物は、一として法則のないものはないのです。日月星

辰の運行、四季晝夜の區別、草木禽獸の生死等、皆然らざるはなしと言つてよろ

しい。若し之れが一定の法則に據らないものとすれば、唯だ破壊あるのみで、現

に吾々が見たり、聞いたりして居るやうに秩序井然たるものではありませぬ。人



物あれば則あり

法律とは何ぞ

宇宙間に存在する總て

間の日常生活も亦此の通りて其間に一定の規則がなかつたならば、到底安全に生活することを得ないものです。尤も人間の規則と云つても、道徳上の規則もあり、宗教上の規則もあるけれども、此等は皆強制力の伴はないものであつて、若しも道徳や宗教やの教へに従はない者があつたとしても、其者に對して一々制裁を加へることは出来ないものである。それが或方法に依つて制裁を加へ得るものとしても、世の中の人が皆道徳や宗教やの教に従ふべく、若しそれに従はぬ際には、斯くく々の制裁を加ふべしとされては、聖人や君子のみの世の中ではないから甚だ酷に當ることとなる。だから聖人、君子を標準にせず、普通の人の持つて居る人情、風俗等を標準にして、斯くく々のことは爲すべからず、斯くく々の事は爲せよとの規則を立てなければならぬのである。之れが法律を定めることの必要なる第一階段である。

さて愈々斯様な規則を定めなければならぬものとしても、之れに強制力がなかつたならば、結局其規則に従ふと従はぬとは、人々の自由であると云ふ様な風にな

法律は普通人を標準として

法律には強制力が伴ふ

つて、要するに何んにもならぬこととなる。そこで之れを一國の規則と定め之に従はぬ者には斯くく々の制裁を加ふるぞと云ふことを規定するのである。之れが即ち法律の實質である。若し又形式上から法律とは如何なるものぞと言へば「議會の協賛を経て、主権者の裁可された強制力の伴ふ規則」であると云つてよい。

**法律は正義である** 前に述べた所は正面から見た法律の意義であるが、

他の一面から見れば「法律は正義なり」と云ふとを得るものである。元來法律は之を其土地の人情風俗等を基礎として定めたものが多いから習慣とは離るべからざる關係のあるものである。習慣は一の常識である、常道である。此の故に泰西諸國では法律は正義の學問と稱して居る。尤も習慣の中には悪習慣もあるであらう。併しながら法律として採つた習慣は宗教、道徳の如き思想から生れた習慣杯が大部分を占めて居る。是れが「正義」なりと云ふ所以である。

**法律に従ふべきか道徳を守るべきか** 法律が「正義」ならば、道徳、

宗教の如きに従はずとも、法律の規定さへ守つて居たならばそれでよいはな

法律は常識なり

法律に従ふより道徳、宗教に従へ

四  
らうかと反問する人があるであらう。曰く大に非なりである。何んと爲れば法律は正義であるけれども、普通の人を標準として定めたものに過ぎない、聖人、君子の道には悖るけれども、マア普通の人情だから斯く／＼しやうと云ふ風にして定められたものが大分多い。例へば金を借りた者は必ず返さねばならぬ、若しも貧乏で返せないときは、債権者の爲めに僅かな財産を競賣されても致方がないのである。斯様に債権者は憐れな貧乏人の僅かな財産に對しても競賣を申立て、それを競賣し、自分の貸した金の辨濟を求むることを得ると云ふのが法律である。所が道徳や宗教の方面から之を見れば此の債権者の遣り方は甚だ慘酷だと云はねばならぬ。斯様な場合に其債務者の借金を免除して遣るのが、人としての道に庶幾い等である。だから法律と道徳又は宗教と抵觸したときは、法律に依らず、道徳や宗教の教に従つて、社會の爲めに盡されたいものである。

### 契約者の心得

叙上の如く法律と道徳と衝突したときは、道徳に従はれたものは、著者の希望であるが、さればと言つて飽くまでも法律無用論を主張する譯

契約は證書に依れ

てはない。浮世が世智辛くなるに連れて借りる者にも悪人が出て来るし、貸す方にも詐欺師のやうな真似をする者がある。従て道徳や宗教の教をのみ守つて居ては自分の一身一家は到底立ち行かぬやうなことになるらぬとも限られない。殊に土地、建物、船舶、物件等を賣買したり、貸借したりする諸般の契約上のことは往々争ひを起す基となることが多いから、後日争ひの起らぬやう、萬一争ひが起つても直ちに解決の付くやうに契約の當時キチンと證書の上で極めて置いた方がどれ程よいか知れぬ。所が一つの證書を書くにしても、或は冗長な文句を入れたり、或は必要な字句を抜かしたりして、ナカ／＼完全な證書と云ふものは出来ないものである。毎日何千件と起る裁判事件などは證書の文句が曖昧だつたが爲に争ひとなるのが其大部分を占めて居る。併しながら證書の文句は専門家でさへ一寸の間には書けないものであるから、まして素人には一層困難なことは明かな事實である。著者は此點に深く注意して總ての契約に涉つて一々其證書の雛型を示し、契約上のことに關して、最も實際的に法律上のことを述べる積りである。

之を述べるに先ちて茲に一言しなければならぬことは、嚴格なる法律上から見れば民法の債權篇に規定してある、贈與、賣買、交換、消費貸借、使用貸借、賃借、雇傭、請負、委任、寄託、組合、終身定期金、和解の十三のみが契約であつて其他は契約でないけれども、それでは甚だ不完全で實際上の問題に當つて困ることが多いと思ふから、物權篇に規定してある、地上權、永小作權、質權、抵當權の事をも述べ、猶ほ且つ日常頻出する此等以外の事に付ても述べやうと思ふ。用語甚だ不穩當ではあるが物權篇に規定されたものに付ては「物權上の契約」として之を第一編とし債權篇に規定されたものに付ては「債權上の契約」として之を第二篇として述べることにする。此の所謂物權上の契約と云ふのは、契約に伴ふ必然の結果として法律を以て手厚く保護する爲め物權として優勢な效力を認められたのである。左に物權と債權との差異に就て大體説明しやう。

**物權と債權** 學者は物權は法律の規定によつて生れるものであつて債權は契約に因つて生れるものであると云ふて居る。其意味は物權は當事者が勝手に設

定し得べきものではなく、或事柄に對して法律が之を物權として優大な效力を與へたものである。又債權は當事者の契約に因つて自由に生ずるもの、即ち一は法律の規定に因り他の一は當事者の意思に因つて發生するものであると云ふのである。然しながら物權の中でも、所有權とか、占有權とか、先取特權とか、留置權とか又は地役權とか云ふやうなものは或る事實に對して例へば甲が或物を得たから所有權と云ふ效力を賦與して法律が之を保護するか、又或は乙が或物を占有したから法律が其占有と云ふ事實を保護する爲め之に物權としての強大な效力を賦與して之を保護すると云ふに過ぎないけれども、以下に於て説明する抵當權とか地上權とか云ふものは甲と乙との契約即ち甲が其所有土地を抵當にして乙から金を借りるとか、乙所有の土地を甲に貸して地上權を設定するとか云ふやうなことは、當事者の契約に對して法律が物權としての強大な效力を認めたのであるから、之を契約として説明することゝしたのである。

さて物權にはどんな效力があり債權には如何なる效力あるかと云ふに、物權は對



世的效力即ち如何なる人も之を侵す可らずと云ふ強大な效力のあるものであるが債權は對人的效力即ち契約當事者のみがそれに羈束されるものであつて一般世人は敢てそれに羈束されるやうなことがないのである。そのみならず、物權を有する者は普通の債權を有する者よりも優先權即ち第一に債務者から辨濟を受ける權利がある。例へば甲が其の所有土地を抵當として乙から金を借り更らに無抵當で丙及び丁から金を借りたとする。此場合には甲は乙に對して第一番に其債務を辨濟しなければならぬものであるから若しも甲が辨濟することができなくなつて愈々其土地が競賣されたときは乙は先づ自分の債權全部の支拂を受け丙及び丁は其餘りの分て辨濟を受けることしかできないのである。物權に優先權ありとは即ち此事を云ふのである。

## 第一編 物權上の契約

### 第一章 地上權

地上權とは何ぞ——地上權の登記——地代の事——地上權の期間——地上權の消滅

### 地上權とは何ぞ

地上權とは他人の土地の上に工作物とか竹木などを所有して居る爲め其土地を使用する權利である(民法二六五條)。例へば甲が乙の所有して居る土地を借りて其地上に建物を建てるとか木を植ゑるとかして其土地を使用して居るときは、それは地上權である。尤も甲が乙から土地を借りる際に地上權を設定する旨の契約をしなければならぬ。それがないと土地の賃貸借とならぬとも限られぬ。土地の賃貸借とは後にも詳しく述べる通り甲は乙に對して借賃を支拂ひ、乙は甲に對して土地を貸すと云ふ約束をしたときに成立つ契約であるから地上權と甚だ似た點がある。唯だ地上權は借賃料が有つても無くても設定することが出来るものであるけれども、賃貸借は必ず借賃を要するものであると云ふ點と、土地使用の目的即ち地上權は必ず土地の上に工作物又は竹木を所有する爲めに設定すべきもので土地を耕作して農作物を穫るとか、土地に牛や豚を飼養して牧畜を

地上權と  
土地賃貸  
借との差  
異

するとか云ふことの爲めには地上權とならざるもので賃貸借か又は永小作權となるのである。茲に工作物と云ふのは家屋其他の建物、堤防、築山、地窖其他の工作物のことで、竹木とは立木や生竹類を云ふのであるが耕作の目的となるべきものは含まないのである。

地上權と土地の賃貸借とは以上の如き區別のあるものであるが、此の區別は民法があるから生ずること若しも民法のなかつた以前即ち民法施行前から家屋又は竹木を所有する爲め他人の土地を使用して居る者の權利の性質如何に付ては甚だ漠然たるもので地上權か賃貸借か一寸判斷の付かぬやうなのが随分ある。そこで明治三十三年法律第七十二號を以て民法施行前から他人の土地に於て家屋又は竹木を所有する者は地上權者と推定する旨の規定を設けたのである。尤も之れは法律を以て一應推定したまでであるから地上權でないと言ふ反對の證據を擧げて賃貸借なりとすることを得べきものである。

さて地上權を設定するには如何なる契約證を作つたならばよいかと云ふに其人の

民法施行  
前の借地  
人の權利

好き／＼している／＼の注文もあることであらうが大體は左の書式に従て作製せば間違ひがないことゝ信ずる。

地上權設  
定契約書  
式

地上權設定契約證書

何府縣何郡市町村何番地  
地上權者 何 某

何府縣何郡市町村何番地  
地上權設定者 何 某

右當事者間ニ於テ地上權設定ノ爲メ左ノ契約ヲ締結ス

第一條 地上權設定者何某ハ其所有ニ係ル左記土地ニ付キ地上權者何某ニ對シ地上權ヲ設定ス

何府縣何郡市町村大字何何番地  
一 宅 地 何拾何坪何合何勺

此地價金何圓何十錢

第二條 地上權者何某ハ地代トシテ一ケ年ニ付金何圓ヲ地上權設定者ニ支拂フヘシ  
前項ノ地代支拂ノ時期ハ毎年何月何日トス

第三條 此契約締結ノ年ノ地代ハ前條第一項ニ定メタル一ケ年ノ地代額ヲ月割トシ契約ノ月ヨリ同年十二月マテノ額ヲ合算シ同年何月何日ニ於テ支拂フヘシ

登記せざれば損害を受くることあり

第四條 此地上權ノ存續期間ハ此契約ノ日ヨリ滿何十ヶ年トス但シ此期間ハ更新スルコトヲ得

第五條 此契約締結ノ時ニ於ケル土地ノ現狀ハ此ノ契約書ニ添附セル書面及ヒ圖面ノ如シ

右契約ヲ證スル爲メ此證書ヲ作り各署名捺印シ一通宛チ所持ス

年 月 日

右 何 何 某 某  
何 何 某 某

右契約書の外特に契約したることあるときは其旨を條を追ふて適宜の箇所に記入すべく若し又地代の如きものなきときは地代に關する部分を削るべし

### 地上權の登記

右のやうな書式に従て愈々契約を極めた上は地上權者は先づ以て地上權設定の登記をしなければならぬものである。尤も之れは地上權者の權利の一部分であるから、登記するも、しなくも地上權者の隨意であるが、若しも登記しない場合には後日其土地を地上權設定者が他人に賣渡したとか、他に抵當に入れたりして賣買なり抵當の登記を爲した場合に、地上權者は土地の新所有者なり又は抵當權者に對抗すること能はざる結果、新所有者から明渡の請求を受け

たときは之を明渡さねばならず又抵當權者が抵當權を實行して其土地を競賣に付したからと云ふて、地上權者は何の苦情も云ふことを得ず、其土地を明渡すとか又は競賣の結果落札した者に對して新に土地を借りることを願はねばならぬことゝなるのである。要するに地上權設定の登記がなければ地上權者の地位は甚だ不安なものであるから若しも自分の權利を完全に満足に實行しやうと思ふならば、地上權者は速かに其登記を爲さねばならぬものである。其登記申請手續は左の如き形式を備へて居ればよいのであるから其雛形を示さう。

地上權設定登記申請書式

### 地上權設定登記申請

何市郡何町村字何番地  
宅地 何坪何合何勺

一 登記原因及ヒ其ノ日附 大正何年何月何日 地上權設定契約

一 登記ノ目的 地上權設定ノ登記

一 地上權ノ目的 建物ノ所有

一 地上權ノ範圍 宅地ノ全部

一 存續期間	大正何年何月何日ヨリ向フ何十ヶ年
一 地代	壹ヶ月金何圓也
一 地代ノ支拂時期	毎月何日
一 土地ノ價格	金何十圓也
一 登録稅	金何圓也
添附書類	
一、地上權設定契約證書	査通
一、登記簿	査通
右登記相成度此段申請候也	
年 月 日	
何府縣何市郡何町村何番地	何
地上權者	何
何府縣何市郡何町村何番地	何
地上權設定者	何
何區裁判所(何出張所)御中	某

右の如く地上權者は其登記に因りて地位が安全となるのであるが、併し世間には登記しないのが大分見受けられるのである。其爲め一時都下の新聞が筆を揃へて書き立てた彼の地震賣買など云ふことも起つたのである。然らば地震賣買とは如

何なるものと云ふに、地上權設定又は土地の賃貸借の登記なきに乘じ地上權設定者又は賃貸主は表面上假りに其土地を他人に賣つたこととし、其新所有者から地上權者又は賃借主に對して土地を明渡せよ、然らずんば地代値上を承認せよなど云ふ慘酷なことを持掛けるのである。そこで建物保護法と云ふ法律が制定され、目下は地上權設定又は賃貸借の登記がなくとも、其地上に在る建物に付て登記のある以上は之を以て第三者に對抗することを得べき旨定められた結果、建物の登記さへ爲せば新所有者や抵當權實行に因る競落人などから、土地の明渡を請求されるやうなことがなくなつたのである。

**地代の事** 土地の賃貸借は必ず地代のあるものであるが地上權は地代があらうが、無からうが、それはどうでもよい。そして地代は必ずしも金銭でなくとも、米や麥のやうなもので支拂つても差支のないものである。尤も實際上に於ては地上權には大概地代の定めがあつて、地代は概ね金銭で支拂つて居るのである。此の地代に付ては、地上權でも土地の賃貸借でも、裁判所に起る訴訟が甚だ多い、

即ち地代値上の訴訟であつて地方には餘り多く起らないが、都會地、殊に東京、大阪などは非常な數に上るのである。地主は成るべく多くの地代を食らうとするし、借地人の方では成るべく安く借りやうとする結果、慾と慾との衝突の起るのは蓋し人生を通じての免るべからざることであらう。然らば之を如何に融和したならばよいかと云ふに、地主の方では餘り慾張らずに、相當の地代に甘んじ、借地人の方では餘り安く借りやうとせず、相當の地代ならば地主へ支拂ふと云ふ考を以て圓滿に解決するより外に途がないのである。實際裁判所では地主の請求が相當の場合には借地人は地代値上の請求に應じなければならぬこととなつて居る。そして地代を値上する時期は、地主が借地人に對して地代値上の請求をしたときから値上げしなければならぬこととなつて居るから、訴訟を起したところで結局無益のみならず、却て訴訟費用を負擔しなければならぬやうなことになるから寧ろ有害の結果に了ることが多い。此事は證文上地代の約束ない場合は勿論、其約束があつて『地代値上の場合には地主と借主とが協定の上之を定むべし』

相當の地  
代を拂ふ  
べし

地代支拂  
の時期

など、云ふ様に約束した場合でも、地主の請求のあつたときから地代を値上げせねばならぬこととなつて居るから徒らに證文を楯として地代値上の請求を拒絶する譯にはゆかぬものである。尤も借地人が荒蕪地に手入れたとか、濕地に土盛りをしたとか云ふやうなる事情のあつたときは地主は普通の人に貸すよりも安く貸さねばならぬものであるから若しも地主が普通の人に貸すと同一の地代を請求したときは之れを刎ねつけても差支ないものである。又世間にはうつかりして地代支拂の時期を約束せずに地上權設定契約を爲す者が無いとも限らぬが、斯様な場合には其地代を何時支拂つてよいかと云ふに、宅地に付ては毎月末に其他の土地に付ては毎年末に之を支拂ふべきものである(民法二六六條<sub>條六一四條</sub>)。

次に地上權者は防ぐことの出来ない力、即ち天災地變等の爲めに土地の使用を妨げられたとしても地代の免除又は減額を請求することを得ざるものである(民法二四七條<sub>例</sub>)。例へば洪水の爲め借地人の建物が流されるとか、竹木が流されるとかして、一時土地を使用することができなかつた場合でも地代の免除又は減額を請求する

権利のないものである。併しながら若しも此の趣意を飽くまでも貫かうとすれば地上権者は地上権存続の期間中はどんなことがあつても約束通りの地代を支拂はねばならぬこととなり、地上権者に對して甚だ苛酷であるから若しも不可抗力即ち天災地變等に因り引續いて三年以上土地の使用を爲すことが能きぬとか又は五年以上土地の使用を妨げられたときは地上権を抛棄して土地を地主に返して了ふことを得るものである(民法二六六條二七五條)。斯の如く法律では或る制限の下に借地人に對して地代支拂の義務を負はしたけれども、人生萬事意の如くならずして、或は借地人が破産の宣告を受けたとか又或は二年以上地代の支拂を怠つたとか云ふ様な場合には、地主は借地人を信用することを得ない譯であるから、斯んなときには地主は地上権の消滅を請求することを得べきものである(民法二六六條二七六條)。茲に消滅の請求と云ふのは地主が借地人に對して権利消滅の通知を爲せば其地上権は消滅すべきものにて敢て借地人の承諾を要するものではないと云ふ意味である。

### 地上権の期間

地上権の存続期間に付ては民法に於ても他の法律に於ても一

地上権の  
抛棄

地上権の  
消滅の請求

地上権の  
存続期間

切定めてないから期間を定めやうが定めまいが、地主と借地人の勝手である。尤も實際上に於ては大概存続期間を約定するのが普通であつて、約定のある場合には其約定の期間が経過すれば地上権は消滅するのである。併しながら若しも當事者が存続期間を定めなかつた場合にはどうするかと云ふに左の區別に依るべきものである。

(一) 慣習に従ふこと。即ち期間に付て約定のなかつたときは、其土地の慣習に従ひ、十年とするものならば十年、二十年とするものならば二十年と爲すべきものである。尤も普通の慣習では建物ならば朽廢に至るまで、竹木ならば伐採するまで期間が存続するものである。

(二) 慣習のないとき。當事者が期間に付て約束もせず又別段の慣習もないときは、地上権者は何時でも其権利を抛棄することを得るものであるが、地上権者即ち借地人が地代支拂の義務を負擔する場合換言せば地代を支拂ふ約束のある地上権の場合に、地上権者が任意に其権利を抛棄するときは地主の利益を害す

る結果を生ずることとなるから、斯様な場合には一年前に豫告を爲すか又は向ふ一年間の地代を支拂ふか二つに一つの方法を採つて地上権を拋棄しなければならぬものである(民法二六八條)又地上権者が其権利を拋棄せず無期限の儘で地上権關係が存續して居るのを不安心と思ふならば當事者は其存續期間の確定を裁判所に請求することが能きるものである。此場合には裁判所では二十年以上五十年以下の範圍内で工作物又は竹木の種類及び狀況其他地上権設定當時の事情を斟酌して其存續期間を定むるものである(同條二項)。

(三) 次に民法施行前に設定した地上権であつて存續期間の定めのないものに付て當事者が存續期間の裁定を裁判所に請求したときは、裁判所は約束の時から二十年以上民法施行の日から五十年以下の範圍内で其存續期間を定むべきもので若しも借地人が民法施行前から有して居つた建物又は竹木のあるときは地上権は其建物の朽廢又は竹木の伐採期に至るまで存續するものである。但し地上権者が右の建物に修繕を加へるとか又は變更を加へたときは地上権は原の建物

存續期間  
を定むる  
に注意すべし

の朽廢すべかりし時に於て消滅すべきものである(民法施行法四四條)。

地上権の存續期間に付て法律上定められて居る所は叙上の如きものであるが、最も争ひとなるのは當事者間に於て立派に證文上存續期間を定めた場合である。存續期間が證文に書いてあるのに争ひとなるのは少し變に思はれるが、それは斯うである。即ち短期の存續期間、例へば甲所有の土地を乙が借りて其土地の上に建物を建築した、そして建物を建てると云ふことは甲も承知の上で貸したのである。所が證文上其存續期間を五年又は三年としてある。甲は證文の文句通り三年又は五年の經過後に土地明渡の請求をする。所が乙は其請求に應じない、止むを得ないので甲は裁判所へ訴訟を起す。併しながら裁判所では苟くも他人の地上に建物を建てるからには三年や五年の後に其土地を明渡すやうな意思があつたのではない、甲も乙も三年又は五年後に其地上権を消滅せしめる意思のなかつたのは勿論であつて、此の證書の文句は畢竟一の例文に過ぎないもので此の期間經過後更に地代に付て當事者が協定しやうとした意思のあつたが爲めに斯る短期間を定

めたのであると云ふ解釋を下して大概は地主の敗訴となる場合が多い。之れはつまり建物を保護して國家の經濟を維持しやうとする民事政策上から來た解釋であつて至極穩當なものである。借地人は相當の地代を支拂ふべく、地主は借地人に相當の期間土地を貸すべしと云ふのが裁判所て探つて居る方針らしいのである。

### 地上權の消滅

地上權は契約期間の終了、又は以上に於て述べた種々の原因によつて消滅すべきことは今茲に述べるまでもないことであるが、斯くして地上權が消滅したときは地上權者は其土地を借りた當時の状態に回復して工作物又は竹木を收去することを得べきは勿論であるが若しも土地の所有者が時價を以て其建物又は竹木を買ふと云ふ旨の通知をしたときは地上權者は正當の理由なくして之を拒むことを得ざるものである。但し此事に關して別段な慣習あるときは其土地の慣習に従はねばならぬものである(民法二六九條)。何が故に地上權者は正當の理由なければ地主の申出を拒むとが能きないのかと云ふに工作物又は竹木を收去すると

地上權の  
現狀回復

きは此等の物を毀損すること勿論であつて從て其價額も低落し獨り借地人の損害のみならず延いて國家の不利益となるから、毀すよりも其儘現存せしめて其の損害を防がうとしたのである。地上權が消滅したときは地上權設定登記を爲してあつた場合に限り左の書式に從つて抹消登記を申請しなければならぬものである。

地上權抹  
消登記申  
請書式

### 地上權抹消登記申請

何郡市何町村字何番地

一宅地 何拾何坪何合何勺

一登記原因及ヒ其日附 大正何年何月何日地上權存續期間終了ニ付キ地上權消滅

一登記ノ目的 大正何年何月何日申請登記第何號順位第何番地上權設定登記ノ抹消

一登録 稅 金何拾錢也

添附書類

一地上權設定契約書

一登記済證

右登記相成度此段申請候也

年 月 日

査通 査通

何郡市何町村字何番地



何區裁判所(何出張所)御中

地上權設定者 何 某  
何郡市何町村字何番地  
地上權者 何 某  
某

二四

## 第二章 永小作權

永小作權とは何ぞ——永小作權の登記——永小作人の權利と義務——永小作權の期間——永小作權消滅の登記

### 永小作權とは何ぞ

永小作權と云ふのは小作料を支拂ふて他人の土地で耕作又は牧畜を爲すことを得る權利である(民法二七〇條)。言葉を換へて言へば他人の土地を借りて耕作又は牧畜を爲す代りに小作料を支拂ふのである。小作料は金銭で支拂つてもよければ米麥類を以て支拂つてもよい。斯のやうに永小作權は地上權と殆んど同一の如く思はれるけれども地上權は工作物若くは竹木を所有する爲めに他人の土地を使用する權利であつて且つ地代は有つても無くても構はないのである。

地上權と  
永小作權と  
の差異

るが、永小作權は他人の土地を使用する目的が耕作又は牧畜を爲すことに在るのであつて、且つ小作料と云つて必ず土地使用の對價を支拂はねばならぬのである。此點が地上權と大分異なる所である。

永小作權と云ふのは右の如きものであるが、田園生活を見ると所謂小作なるものが大分流行して居る。即ち地主が小作人を備ふて耕作させる場合は非常に多いが之れは茲に所謂永小作權ではない。小作人が地主から土地を借りるやうなことなく、唯だ傭はれて田を耕すやうなことは永小作權ではない。尤も地主に收穫高の幾分を遣り残りを小作人の所得にすると云ふやうなことは大分見受けるが、之れは明かに小作である、併しながら永小作と云ふことは能きぬ。永小作と云ふのは民法の規定によると二十年以上の存續期間で無ければいかぬものであつて、それ以下の期間のものは永小作權と云ふことを得ざるものである(民法二七八條)。

さて此の永小作權の設定契約を爲すには、どうしたならば、一番安全であるかと云ふに、左の如き雛形に依り設定契約書を取り交はしたがよい。尤も地上權でも

永小作權でも當事者の合意があれば設定することを得るものであるが、後日の争ひを防がうとするには、證書を作つて置いた方が餘程安全である

永小作權設定契約書

何府縣何郡市町村何番地  
 永小作權者 何 某  
 何府縣何郡市町村何番地  
 永小作權設定者 何 某

右當事者間ニ於テ永小作權設定ノ爲メ左ノ契約ヲ締結ス  
 第一條 永小作權設定者何某ハ其所有ニ係ル左記土地ニ付キ永小作權者何某ニ對シ永小作權ヲ設定ス  
 何府縣何郡市町村字何番地  
 一 田 何段何畝何歩  
 此地價金何圓  
 何府縣何郡市町村字何番地  
 一 畑 何段何畝何歩  
 此地價金何圓

第二條 永小作權者何某ハ小作料トシテ一ヶ年ニ付キ金何圓(又ハ玄米何石)ヲ永小作

權設定者何某ニ支拂フコトヲ約ス  
 前項ノ小作料支拂ノ時期ハ毎年何月何日迄トス  
 第三條 此契約締結ノ年ノ小作料ハ前條第一項ニ定メタル一ヶ年ノ小作料ノ額ヲ月割トシテ契約ノ月ヨリ同年十二月迄ノ額ヲ合算シ同年何月何日迄ニ於テ支拂フ可シ  
 第四條 此永小作權ノ存續期間ハ此契約ノ日ヨリ滿三十ヶ年トス但シ契約ノ終了前期間ヲ延長スルコトヲ得  
 第五條 此契約締結ノ時ニ於ケル土地ノ現状ハ本契約書ニ添附セル書面及ヒ圖面ノ如シ  
 右契約ヲ證スル爲メ此證書ニ通ヲ作り當事者署名捺印ノ上各一通宛ヲ所持ス

年 月 日

右 何 某  
 何 某

永小作權の登記

右の如き契約書を取交はして了つたならば、登記所へ行つて永小作權設定の登記を爲したがよい。それでないといふ永小作權者は第三者即ち其土地を買受けた者とか又は其土地を抵當として金を貸した者などに對抗することができないのである。其の登記申請書は左の如く認めなければならぬものである。

永小作權設定登記申請

何郡市町村字何番地

一 田 何反何畝何歩

一 登記原因及ヒ其日附 大正何年何月何日永小作權設定契約

一 登記ノ目的 永小作權設定ノ登記

一 存續期間 大正何年何月何日ヨリ何年何月何日迄

一 小作料 壹ヶ年玄米何石何斗

一 小作料ノ支拂時期 毎年何月何日

一 土地價格 金何拾圓也

一 登録稅 金何圓也

添附書類

一、永小作權設定契約證書

一、登記簿謄本

右登記相成度此段申請候也

年 月 日

登 通

何郡市町村何番地

永小作權者 何

何郡市町村何番地

永小作權設定者 何

某

某

何區裁判所(何出張所)御中

永小作權  
は抵當と  
爲すこと  
を得  
永小作權  
の讓渡又  
は土地の  
賃貸

右の如き書式に依つて登記して下れば、縦んば其後に於て其土地を他人が買つたとしても其契約年限は小作を爲すことを得るものである。即ち小作人の権利は非常に確かなものとなる譯である。

永小作人の権利と義務

永小作人は他人の土地を使用する権利を有する

ことは前に述べた如くであるが、土地を處分即ち賣買したり抵當と爲したりすることを得ざるものである。併しながら土地其物は抵當と爲すことを得ざるは勿論であるが、永小作權其ものを抵當として金を借りることは差支のないものである。又契約に別段禁じてない以上は永小作權を他人に讓渡し又は其契約の存續期間内は耕作若くは牧畜の爲め土地を賃貸することも爲し得べきものである。(民法三六九條二七二條)。例へば甲が乙から永小作の爲め三十年間土地を借りた所が何かの都合で自ら耕作又は牧畜を爲すことを止めて更らに其土地を二十年間甲から丙に賃貸することを得べきものである。

永小作權は耕作又は牧畜を爲す権利であるから、借りる際にも其土地は牧場又は

永小作權  
の拋棄

耕作地の場合が多いのであるが耕作地を牧場に變じたり、田地を畑地に變じたりする如く土地に永久の損害を生ずるやうな變更を加ふることはできないものである(民法二七二條)。次に永小作人は地主に小作料を支拂ふべき義務あるものであるから縱んば天災地變等の不可抗力の爲めに損失を受けたとしても地主に對して小作料の免除又は減額を請求することを得ざるものである(民法二七四條)尤も何等の収益ないのに飽くまでも小作料を支拂ふべしと云ふが如きは甚だ苛酷に當るから不可抗力に因つて引續き三年間全く収益のなかつたときとか又は五年以上小作料よりも少い収益を得たときは永小作人は其權利を拋棄することを得べきものである(民法二七五條)。猶ほ永小作人が二年以上引續いて小作料の支拂を怠つたとか又は破産の宣告を受けたるときは、地主は永小作人を信用することができないであらうから永小作權者に對して其權利の消滅を請求することを得べきものである(民法二七六條)。即ち一片の通知を發して永小作權を消滅せしむることを得るのである。

**永小作權の期間** 永小作權に付ては地上權と異り民法上存續期間を定めて居

永小作權  
消滅の請

永小作權  
の存續期

る。即ち(一)永小作權の存續期間は二十年以上五十年以下と爲すべきものである。換言せば當事者が契約で存續期間を定むる場合には必ず此の範圍内に於て約束することを要するものであつて二十年以下の永小作權は民法に於て之を認めない。若し又當事者が五十年以上の期間を定めたときは其期間は五十年に短縮され、五十年間其永小作權は存續するものである(民法二七八條)。(二)永小作權の期間を右の如く定めたものゝ、それでは餘り窮窟過ぎると云ふ所からして存續期間の經過後に於て當事者は契約の更新即ち更らに復た何年間繼續すると云ふ約束を爲すことを得べきものとしたのである。但し其期間は更新の時から五十年を超ゆることを得ざるものである(民法二七九條)。契約の更新を認むるときは存續期間を定めた趣旨を没却するやうであるが、強て當事者の意思に反して期間を局限するにも及ぶまいから便宜を思つて斯のやうにしたのである。(三)若し又當事者が設定行為即ち契約を以て存續期間を定めなかつたときは其期間は別段の慣習ある場合を除く外、三十年とするのである(民法二八〇條)。(四)又民法施行前に設定した永小作權は其存續期間が五

新契約の更

十年よりも長いときでも其效力を有するものであつて、其期間が民法施行の日から起算して五十年を超ゆるときは其日から起算して之を五十年に短縮されるのである。又民法施行前に期間を定めなくて設定した永小作権の存続期間は慣習に依つて五十年よりも短かい場合を除く外は民法施行の日から五十年とするのである（民法施行法七四條）。さて永小作権の期間を何にが故に斯のやうに制限したかと云ふと、永小作権の如きは土地の自然力を利用して牧畜耕作等を爲すものであるのに借地人たる永小作人は他人の土地だからと云ふので、其土地を無理に使ふことがある。其結果土地は遂に生産力のない悪い土地となるべきを慮ふるより法律を以て之を制限したのである。

**永小作権消滅の登記** 永小作権が消滅したときは、其登記を爲さねばならぬ。それでないとき其消滅を以て第三者に對抗することを得ざるものである。抹消登記の書式は次の如く認むべきものである。

永小作権  
抹消登記  
申請書式

永小作権抹消登記申請

何郡市町村字何番地

一 畑 何反何畝何歩

一 登記原因及ヒ其日附 大正何年何月何日永小作権存続期間満了ニ付キ永小作権消滅  
一 登記ノ目的 大正何年何月何日申請番號第何十何號順位第何番永小作権設定登記ノ  
抹消

一 登録 税金何拾錢

添附書類

一、永小作権設定書

一、登記済証

右登記相成度此段申請候也

年 月 日

登 通  
登 通

何郡市町村何番地

永小作権設定者 何

何郡市町村何番地

永小作権者 何

某印

某印

何區裁判所(何出張所)御中

### 第三章 質 權

三四

質權とは何ぞ——質權の目的物——質權の效力如何——  
轉質の事——流質の事——質權者の其他の權利義務——  
動産質の事——不動産質の事——權利質の事

#### 質權とは何ぞ

質權と云ふのは質屋が質物を取つて金を貸すのと同一の權利であつて、唯だ質屋の方は質屋取締法によつて取締られて居るのに過ぎない、其内容は殆んど同一である。つまり質屋でやるやうなことを普通の人が爲す場合に民法の規定に依らなければならぬのである。尤も質屋の如く之を營業とするとは出来ぬ。若しも營業とする積りならば質屋取締法の支配を受けるのである。民法に所謂質權なるものは質入主が物例へば道具、衣類の如き又は土地、建物の如きものを債務の擔保として債主に引渡して質取主即ち質權者から金を借りることである。民法は規定して曰く「質權者は其債權の擔保として債務者又は第三者より受取りたる物を占有し且つ物に付き他の債權者に先ちて自己の債權の辨濟を受

質權と抵當權との差異

くる權利を有す」と(民法三四二條)。斯の如く質權は必ず質物の占有を質入主から質取主に移さなければならぬものであるから抵當權とは其趣を異にして居る。即ち抵當權は同じく債權の擔保として土地建物の如き物に抵當權を設定するのであるが抵當權者即ち債權者は其の擔保物を占有しないのである。此點が質權と異なる所である。又質權者は債務者が辨濟を怠つたときは其質物を競賣して競落代金の中から第一番に辨濟を受くる權利を有するものである。尤も土地建物の場合ならば其質權を登記したとき、物品等の場合ならば之を引渡したときでなければ質權者は其優先權を以て他の債權者等に對抗することを得ざるものである。

#### 質權の目的物

質權の目的となるべきものは何んであるかと云へば、動産、不動産及び財産權の三つである。尤も原則としては動産及び不動産の二つであるが一定の制限の下に債權其他の財産權を質入れするとは強ち惡結果を來すものであると言ひ得ないのみならず、財産權を質入れすることを得ずとすれば甚だ不自由を感ぜねばならぬ、そこで法律では財産權をも質入れすることを得べきものと

譲渡すことを得ざることを得ず  
物と爲す  
物と爲す

したのである。後に述べる権利質と云ふのは即ち是れてある。

又質権者は債務者たる質入主から辨済のないときは、其質物を競賣して賣得金から辨済を受けるものであるから譲渡すことを得ない物は質物と爲すことを得ざるものである。例へば人の身體であるとか、華族世襲財産であるとか云ふやうな不融通物は之を他人に譲渡することを得ざるものであるから質権の目的物となすことを得ざるものである(民法三、四三條)。

### 質権の效力如何

質権を設定するには債務者から債権者に質物を引渡さなければ其效力を生じないものであると云ふとは前にも述べた通りである。尤も質権者は必ずしも其質物を自身に占有せなくても、即ち他人をして代理占有を爲さしめてもよいものであるが質入主をして占有せしむことは能きないものである(民法三、四五條)。

次に質権を以て擔保せらるゝ範圍即ち債務者が辨済しない場合にはどれだけの金を質物を賣却して得た代金の中から債権者は辨済を受けることが能きるかと云ふ

に、民法第三百四十六條の規定に依ると、質契約に別段の約束なかつたときは元金の外利息、違約金、質権實行に要した費用、例へば競賣申立費用、執達吏の費用の如き又は質物保存の費用、債務不履行に因つて生じた損害額、質物の隠れた瑕疵に因つて生じた損害金等である。茲に質物の隠れた瑕疵と云ふのは例へば病牛を質物とした爲め質取主所有の他の牛に病氣が傳染したやうな場合の如きである。

又質権と云ふものは質物を占有して其物から優先辨済即ち第一番に辨済を受けることを得る権利であるから辨済を受けるまでは其質物全部の引渡を拒絶することを得るものである。此の事を質物留置權と云ふのである。此の権利は質物を以て優先辨済を受ける手段として物を抑留するのに過ぎないのであるから自分に對して優先權を有する債権者例へば質権者よりも先きに其物に對して抵當權等を有する者があつて而かもそれを登記してあつた者などに對しては其抑留權を以て對抗することを得ざるものである(民法三、四七條)。

質物留置權

質權者は  
質物を更に  
質入他人に  
質入し得る  
ことす

### 轉質の事

轉質と云ふのは質權者(質取主)が質物を自分の債務の爲め更に他人に質入れることである。例へば質取主たる甲が乙から受取つた所の質物を更に丙に質入れて金を借りるやうな場合を云ふのである。元來質權と云ふものは債權に従たる物權即ち債權あつて始めて質權なるものが生ずるのであるから債權と共にするに非ざれば之を讓渡することを得ない筈であつて特に質物を更に自己の爲めに他人に質入れるが如きことは占有を基本觀念とする質權の本質に反するものと云はねばならぬ。併しながら實際に於ては轉質を許す方が便宜多きのみならず、從來の慣習上に於ても亦之を認めて居つたから民法は理論に拘らず一定の條件の下に轉質を爲すことを許したのである。其條件と云ふのは左の如きものである(民法三、四八條)。

一、質權の存續期間内てなければならぬ。即ち轉質を爲すことは質權者に與へられた權利であるから其成立には質權の存在を前提條件としなければならぬことは勿論である。隨て質權の存續期間内に限り轉質を爲すことが出來ると云ふこ

轉質の條  
件

とくなるのである。

二、質權者は自分の責任を以て轉質をしなければならぬ。茲に自分の責任を以てすると云ふのは、例へば質物が轉質權者即ち前例を以てせば丙の過失に因つて滅失毀損した場合に於ては質權者は質入主に對して其賠償をしなければならぬは勿論、質物の毀損滅失が不可抗力即ち天災地變の爲めであつたときでも轉質を爲さなかつたならば生じない損失の場合に於ては質權者は矢張り其責任に任じなければならぬのである。例へば東京市に居る質權者が其質物を東京府下の澁谷に居る者に轉質したと假定して、若し澁谷で大火があつて其質物を燒失したときは質權者は其責任に任じ質入主に之を賠償しなければならぬものである。何故かなれば東京に其品物を置けば火災に罹らなかつたにも拘らず轉質したが爲めに火災に罹つたのであるから質取主に責任のあること勿論なるが故である。以上二つの條件の下に質權者は質權設定者即ち質入主の承諾を要せず任意に轉質を爲すことを得べきものである。此の轉質の性質に付ては學說區々に分れて居る



が質物再度の質入れなりと解するのが相当と信ずるのである。

四〇

### 流質の事

流質と云ふのは、辨済期前に於て當事者が契約を以て債務不履行の場合には當然質権者に質物の所有権を取得せしむると云ふことを約束することを指すのである。所が質権の本質は前に述べた通り債務者が債務不履行の場合に於て質物を売却し其賣得金を以て優先辨済を受くべきものであるから辨済期前に於て質物の売却権なきは勿論、之を売却する場合には必ず競賣法其他法律の規定に準據しなければならぬものである。是の故に辨済期到来前に於て債務不履行の場合には直ちに質物を以て辨済に充つることを約束し又は法定の手續即ち競賣の手續を履まないと質物を處分することを得ると云ふやうなことを許すときは質権本来の性質に反するものと云はなければならぬ。そのみならず若しも斯様な契約を許すときは債務者は金銭を借入るゝの急に迫られ、利害得失の判断を爲す暇なく債権者の提議を承諾して結局債権者に多大の利益を與ふるけれども自分は回復すべからざる損失を蒙るやうな不幸に陥ること少くないであらう。斯くては

流質契約  
は不適法  
なり

債務者の爲め頗る苛酷なること論を俟たない次第であるから民法では設定行為又は辨済期前の契約を以て質権者に辨済として質物の所有権を取得せしめ其他法律の定めた方法に依らないで質物を處分せしむることを得ない旨を明かに定めたのである。流質の禁止と云ふのは此の事である。

右の如く流質契約は無効であるが、辨済期の経過した後には於て質物を以て辨済に充つることは自由である。又流質は民法上即ち普通の人の質契約に於ては禁止されて居るが商事質権に於ては辨済期前に於て之を爲すことを禁止せられて居らぬ(商法二七七條)。殊に質を營業とする即ち質屋に於ては質屋取締法第十一條に依つて特に流質契約を爲すことを許されて居る。だから大概四ヶ月後又は五ヶ月後に於て質入主が質物を出すに行かない場合には質屋は遠慮なくドシ／＼流して了ふのである。

商事質権  
は流質契  
約を爲す  
ことを得

### 質権者の其他の權利義務

質権者は質物に於て留置権を有することは既に述べた如くてあつて此點に於て留置権と相似て居るから果實取得の權利即ち質

物から生じた果實例へば牝牛を質入れた所が犢が出来たとか、樹木を質入れた所が果實が出来たとか云ふ場合には質取主がそれを取得する権利があるし、又質物使用に關する権利義務、たとへば馬を質に取つた場合に之を使用する権利、之に食物を與へる義務などがあるのである。次に質權の設定は債務者に非ざる第三者例へば甲が乙から金を借りた場合に丙が甲の爲めに丙所有の土地を質入れしたやうな場合に於て若しも其丙が債務者の爲めに其債務を辨濟するか又は質權實行の爲め質物の所有權を失ふたときは丙は債務者に對して其失ふた損害を償はしむる權利を有するものである(民法三五一條)。

以上は質權に關する一般規定であるが動産質、不動産質、權利質に關して各特有の規定があるから左に之を區別して説明しようと思ふ。

**動産質の事**

動産質權に關する特別規定は次の如くである。

一、動産質權者は繼續して質物を占有しなければ其質權を以て第三者に對抗することを得ざるものである(民法三五二條)。是れ即ち動産質權の存在を明確にして第三者

質物の占有は繼續せざるべからざるべし

質物に充てつることを得

に不測の損害を生ぜざらしめんが爲めである。従て若しも質權者が質物の占有を奪はれたときは占有回収の訴によつてのみ其質物を回復することを得べきもので其他の方法に依つては回復することが能きないものである(民法三五三條)。

二、動産質權者が其債權の辨濟を受けないときは正當の理由ある場合に限り鑑定人の評價に従ひ質物を以て直ちに辨濟に充つることを請求するを得べきもので此場合に於ては質權者は豫め債權者に其請求を通知することを要するものである(民法三五四條)。元來質權は質物の賣得金を以て優先辨濟を受けることを本質とするものであるが、動産質の總ての場合に質物の賣却を爲さしむることは却て利益の結果を生ずることがある、例へば競賣の費用が過大なるが如き又は質物の賣價が非常に低廉なるが如き場合である。だから一定の條件の下に質物を以て直ちに辨濟に充つることを得べきものと爲したのである。

三、數個の債權を擔保する爲め同一の動産に付て質權を設定したときは其質權の順位は設定の前後によるものである(民法三五五條)。所が質權は占有を基礎とすべきも

動産質權の順位は設定の順序に依る

四四  
のて殊に動産質は繼續占有を條件とするものであるから如何なる場合に同一の動産に二個以上の質権が存するやと云ふに(イ)甲債務者に對して乙と丙との兩債権者があつて乙が先づ甲の動産に付て質権を取得し之を占有し居る場合に丙も同一の動産に付て質権を取得し乙が丙の爲め代理占有を爲すと承諾した場合はの如きである。即ち此の場合には乙は自己の爲めにする占有と他人の代理占有とを併せ有するものである、(ロ)又以上の例に於て乙は丁をして代理占有を爲さしめ、そして丙も亦丁をして代理占有を爲さしめた場合の如き亦其一例である。此の二個の場合に於ては同一の動産に付て數個の質権が存在するものて斯様な場合に於ては先に設定せられた質権が優先の順位を有するものである。猶ほ動産質権設定の契約書式は左の如く認められた方が最も正確である。

動産質権設定契約書

何府縣何郡市町村何番地  
質権者 何

某

何府縣何郡市町村何番地  
質権設定者 何

某

右當事者間ニ於テ動産質権設定ノ爲メ左ノ契約ヲ締結ス

第一 質権設定者何某ハ金何圓ヲ質権者何某ヨリ借用シタリ

第二 前項ノ金圓ノ辨濟期ハ大正何年何月何日ト定ム

第三 第一ノ貸金ノ利息ハ一ヶ月金何圓トシ毎月末日ニ於テ之ヲ支拂フヘシ

第四 元本及ヒ利息ノ辨濟ノ場所ハ辨濟ノ時ニ於ケル質権者ノ住所トス

第五 質権設定者ハ何年以上利息ノ支拂ヲ怠ルトキハ第二ノ期限ノ利益ヲ失ヒ質権者

ハ一時ニ元金全部ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得

第六 質権設定者ハ其義務履行ノ擔保ノ爲メ其所有ニ係ル左記動産ニ付キ質権ヲ設定

シタリ

一、何々 何個

一、何々 何枚

第七 前項ノ質権ハ元本及ヒ利息ノ外尙ホ債務ノ不履行ニ因リテ生スル損害ノ賠償、

質権實行ノ費用、質物保存ノ費用ヲ擔保ス

右契約ヲ證スル爲メ此ノ證書ヲ作り當事者各署名捺印ノ上壹通宛ヲ保存ス

年 月 日

右

何 何  
何 某

又若しも動産の質権者が其質物の占有を奪はれたときは左の書式に依つて質物占有回収の訴を起したがよい。

質物占有回収の訴状

質物占有回収ノ訴

何府縣何郡市町村何番地身分職業	原告	何	某
何府縣何郡市町村何番地身分職業	被告	何	某

請求ノ目的  
被告カ原告ノ占有ヨリ奪取シタル質物何々及ヒ其奪取ヨリ生シタル損害賠償金何圓ヲ求ムルニ在リ

請求ノ原因  
原告請求ノ質物何々ハ大正何年何月何日原告ト被告トノ間ニ締結セル動産質權設定契約ニ因リ原告ニ於テ質物トシテ占有中ノ物ナルトコロ被告ハ右質物ヲ擔保スル債權及ヒ利息ノ返済ヲモ爲サシテ大正何年何月何日何々ノ手段ニ依リ右ノ質物ヲ原告ノ占有ヨリ奪取セリ然レトモ右ノ原告ノ債權ヲ擔保スル質物ニシテ原告ハ正當ニ之ヲ占有スヘキモノナルヲ以テ茲ニ民法第三百五十三條ニ依リ被告ニ對シ右質物ノ回復ヲ請求シ併セテ右奪取ヨリ生シタル損害金何圓ノ賠償ヲ請求スル爲メ本訴ヲ提起シタル次第ニ有之候

一定ノ申立

被告ハ原告ニ對シ其奪取シタル何年何月何日ノ動産質權設定契約ニ依リ原告占有中ノ動産何々ヲ引渡シ及ヒ之ヨリ生シタル損害金何圓ヲ賠償スヘシトノ御判決相成度候也

證據方法及ヒ附屬書類

- 一、(原告ト被告ノ)動産質權設定契約書 壹通
- 一、(質物ヲ奪取シタル何何ノ)證明書 壹通
- 一、何々

年 月 日

右

原告 何 某

何區裁判所判事 何 某殿

不動産質の事 不動産の質権は其成立に不動産の占有を必要とするは勿論である。茲に占有と云ふのは不動産たる土地建物等を支配する力のことであつて實力が及んで居ればよいのである。又不動産の質権は之を登記しなければ第三者に對抗することができないものである(民法一七七條)。左に不動産質権の特別規定を説明しよう。

明しよう。

一、不動産の質権者は質物たる不動産の用方に従ひ其使用及び収益を爲すことを得るものである(民法三五六條)。不動産の用方と云ふのは宅地ならば宅地として、畑地ならば畑地として、土藏ならば土藏として使用、収益することであつて畑地を變じて田地としたり、宅地を變じて畑地とするやうなことは質権者の爲し得ざる所である。此の使用、収益の権利は不動産質権の特質であつて動産質権者は例外の場合即ち使用しなければ悪くなる物例へば牛馬の如き物の外は質物を使用、収益し得ざるものである。斯様に土地建物の質取主は、それを使用し収益することを得るものであるが、之に伴ひ特別の義務をも負ふものである。即ち(イ)不動産の質権者は管理の費用を支拂ひ其他不動産に關する費用を負擔しなければならぬものである(民法三五七條)。例へば租税等を支拂ふが如きものである。(ロ)不動産の質権者は其債権の利息を請求するとを得ざるものである(民法三五八條)。即ち不動産の質権者が不動産の使用収益を爲すことを得るのに猶其上に利息の請求をも爲し得るものとせば質権者は二重の利得を爲すこととなるからである。

る。以上のことは不動産の質権に當然包含せらるゝものであるが而かも之を以て不動産質権の成立要件と爲すものではないから當事者は契約を以て之に反することを定め得べきものである(民法三五九條)。

二、不動産質権の存続期間は十年を超ゆることを得ざるものである(民法三六〇條)。不動産の質権に付て特に存続期間を定めたのは該質権は當然使用、収益の権能を包含するものであるから若しも永久的に其期間を認めるときは土地なり建物なり、餘り亂暴に使ふが爲め、家屋ならば早く朽廢するとか土地ならば速かに生産力が無くなるとか云ふやうなもので質入主は勿論、國家の經濟上から見ても甚だ不利益なからである。従て若しも當事者が十年以上の期間存続することを約束したときは十年に限り有効となるものでそれ以上の分は無効となるのである。但し十年の期間經過後に於て更に期間を長くする契約を爲すことは妨げないのである。

不動産質には以上述べたものゝ外抵當權に關する規定が準用されるものである。

是れは抵當權と不動産質とは頗る相類似して居るからである(民法三六一條)。猶ほ不動産質權の設定契約書は次の如きものである。

不動産質權設定契約書

何府縣何郡市町村何番地  
質權者 何 某  
何府縣何郡市町村何番地  
質權設定者 何 某

右當事者間ニ於テ不動産質權設定ノ爲メ左ノ契約ヲ締結ス

- 第一 質權設定者何某ハ金何圓ヲ質權者何某ヨリ借受ケタリ
  - 第二 第一ノ貸金辨濟期ハ大正何年何月何日ト定ム
  - 第三 貸金ノ辨濟場所ハ辨濟ノ時ニ於ケル質權者ノ住所トス
  - 第四 質權者ハ貸金ノ利息ヲ請求スルコトヲ得ス
  - 第五 債務者ハ貸金ノ辨濟履行擔保ノ爲メ其所有ニ係ル左記不動産ニ付キ質權ヲ設定シ質權者ハ之カ引渡ヲ受ケタリ
- 何府縣何郡市町村字何番地  
一 田 何反何畝何歩  
此地價金何圓  
同郡同村同字何番地所在

一 木造瓦葺平家建 住家 壹棟

此建坪何坪何合何勺

第六 質權者ハ右不動産ヲ其用方ニ從ヒ使用、收益スルコトヲ得

第七 質權者ハ第五ニ掲ケタル不動産ノ管理費用其他右不動産ノ負擔ニ任ス

第八 此ノ不動産質權ノ存續期間ハ大正何年何月何日迄トス

右契約ヲ證スル爲メ此ノ證書二通ヲ作り當事者各署名捺印ノ上各一通宛ヲ所持ス

年 月 日

右

何 何 某  
何 何 某

右の如く契約書を取交はしたときは更に之を登記しなければならぬ。尤も登記しなくても勝手であるが登記しないときは質權を以て第三者に對抗することを得ざるものであるから成るべくならば左の書式に従て登記を受けて置いた方が安全である。

質權設定登記申請

何郡市町村字何番地

契約書式大全 第一編 物權上の契約 第三章 質權

一 畑 何段何畝何歩  
此地價金何圓

一 登記原因及ヒ其日附 大正何年何月何日金圓貸借及ヒ質權設定契約  
一 登記ノ目的 質權設定ノ登記  
一 債權額 金何千圓也  
一 辨濟期 大正何年何月何日  
一 登録税金何圓  
添附書類  
一金圓貸借及ヒ質權設定契約書  
一 登記済證

右登記相成度此段申請候也  
年 月 日

何郡市町村何番地  
質權者 何 某  
何郡市町村何番地  
質權設定者 何 某

登通  
登通

何區裁判所(何出張所)御中

次に若しも債權の存續期間が満了して債務が消滅したときは、質權も從て消滅す

るものであるから次の如き書式により其抹消登記を申請しなければならぬものである。

質權抹消登記書式

質權抹消登記申請

何郡市町村字何番地  
一 田 何段何畝何歩  
此地價金何圓

一 登記原因及ヒ其日附 大正何年何月何日貸金辨濟  
一 登記ノ目的 大正何年何月何日申請登記第何號順位第何番質權設定登記ノ抹消  
一 登録税金何拾錢  
添附書類  
一 貸金受取書  
一 登記済證

右登記相成度此段申請候也  
年 月 日

何郡市町村何番地  
質權設定者 何 某  
何郡市町村何番地  
質權者 何 某

登通  
登通

何區裁判所(何出張所)御中

如何なる  
権利を質  
と爲し得  
べきか

債權質と  
證書の有  
無

五四

**權利質の事** 權利質とは前にも一寸述べた如く財産權即ち物權(地上權水小作權、  
抵當權の如き)、債權、特許權、商標權、著作權、意匠專用權等を質入することである(民法三、  
六二條)。併しながら所有權以外の物權、例へば永小作權や地上權を質入する場合には不動産質と殆んど選ぶ所ないやうなものであるから其性質の許す限り不動産質に關する規定を準用するのである(同條)。唯民法に於て特に規定を設けたのは債權の質入に付てである。

一、債權質の設定 債權には證書の有るものと無いものとある。證書の無い場合には單に當事者の意思表示即ち契約のみに因つて其效力を生ずるものであるが(民法一、  
七六條)。之に反して證書の有るときは其證書の交付を爲さなければ債權設定の效力を生じないものである(民法六、  
六三條)。即ち證書は債權の存在を證明するものであるから債權設定後證書が尙ほ債權設定者の手中に在るときは他人を誤らしむることあるのみならず、證書の占有は債權の占有と同一に視ることを得るからである。權利質の設定契約書は大體左の如き意味で認められたがよい。

債權質設  
定契約書  
式

權利質設定契約書

右當事者間ニ於テ權利質設定ノ爲メ左ノ契約ヲ締結ス

第一 質權設定者何某ハ金何圓ヲ質權者何某ヨリ借受ケタリ

第二 返済期ハ大正何年何月何日ト定ム

第三 貸金ノ利息ハ一ヶ月金何圓トシ毎月末日ニ支拂フヘシ

第四 元本及ヒ利息支拂ノ場所ハ返済ノ時ニ於ケル質權者ノ住所トス

第五 質權設定者ハ其債務履行ノ擔保トシテ左記債權ニ付キ權利質ヲ設定シタリ

一 額面何圓、拂込金額何圓、株主何某名義、何々株式會社株式何箇、  
但シ株券番號何號ヨリ何號ニ至ル

二 大正何年何月何日ノ賣買契約ニ因リ何年何月何日質權設定者カ何府縣何郡市町  
村何番地何某ヨリ受取ルヘキ何々賣却代金何圓ノ債權

前項第一號ノ株券何枚、第二號ノ記名證書一枚ハ質權者ニ於テ其交付ヲ受ケタリ

第六 此ノ權利質ノ存続期間ハ債務完済ノ時トス

右契約ヲ證スル爲メ此證書ヲ作り各署名捺印ノ上壹通宛テ所持ス

年 月 日

右

何 何 某 某  
何 何 某 某



二、第三者に對する效力 債権には指名債権、指圖債権及び無記名債権の三つがある。此の區別によつて第三者に對する效力も亦異なるものである。

(イ) 指名債権 指名債権と云ふのは債権者が甲助なり乙吉なりと云ふ風に定まつて債権のことである、此の指名債権を質入した場合には後に述べる債権譲渡に關する民法第四百六十七條の規定に従ひ第三債務者即ち質入主の債務者に對して質権の設定を通知するか又は第三債務者が之を承諾しなければ其質入を以て第三債務者其他の第三者に對抗することを得ざるものである(民法三六四條)。茲に第三債務者と云ふのは質権者の債務者の又債務者である。例へば甲が乙に金千圓を貸した場合に其千圓の債権を甲から丙に質入して甲が丙から八百圓借りたとすれば乙は第三債務者の地位に在るものである。

記名株式も亦指名債権の一種であるけれども記名株式に付ては前述の手續を必要としないものである(同條二項)。即ち記名株式の質入は株券の交付を爲すを以て十分である。之れは商事取引の便宜を圖る爲である。又記名社債も指名債

権の一種であつて記名社債と云ふのは商事會社が商法の規定に従て債券を發行して負擔する債務のことである。記名社債を質入したときは社債の譲渡に關する商法の規定に従ひ會社の帳簿に質権の設定を記入しなければ之を以て會社其他の第三者に對抗することができないものである(民法三六五條)。

(ロ) 指圖債権 指圖債権とは債権の成立に必ず證書を必要とするもので其證書に指定せられた債権者又は其指圖人が債権者である債権のことである。例へば「貴殿又は貴殿の指圖人に御支拂可申候」とある證書の債権のことである。此指圖債権は所謂流通證券であつて裏書を以て轉帳すべきものであるから其質入に付ても其證書に質権設定の裏書を爲さねばならぬもので若しも此の裏書を爲さなかつたときは其質権を以て第三者に對抗することを得ざるものである(民法三六六條)。

(ハ) 無記名債権 無記名債権と云ふのは債権の成立に證書を必要とすること指圖債権と同一であるが其證書に債権者の指定なく證書の所持人が債権者た

るべき債権のことである。例へば「此證書持参人に御支拂可申候」とある債権の如きものである。法律上此の無記名債権は普通の動産即ち物件と同一に看做さるゝものであるから其質入を爲すには動産質の規定に従ひ其證書を質取主に引渡さねばならぬものである(民法八六條)。

三、債権質實行の方法 債権質實行の手續は質権者が質権の目的たる所の債権を直接に取立つべきものであるが債権が金錢の支拂を目的とする場合と然らざる場合とに依つて實行の方法に差異あるものである(民法三六七條)。即ち(イ)金錢を目的とする債権に在つては債権者たる質権者は自己の債権額に對する部分に限り直接に取立ることが能きものである。所が質權設定者の債権の辨濟期が質権者の債権の辨濟期よりも先に到來することがあつて此の場合には質権者は第三債務者をして其辨濟金額を供託せしむることを得べく、質権は其供託金の上に存するものである。又(ロ)債権が金錢の支拂を目的としないものであるときは質権者は辨濟期の如何に拘らず直接の取立權を行使して其目的物を受取ること

債權質は如何に實行するや

を得べく、質権は其受取つた物に付て存するものである。

猶ほ債権の質権者は右に述べた方法以外の方法即ち民事訴訟法に於て定めてある執行方法に依つて質権の實行を爲すことを得べきものである(民法三六八條)。例へば債権の轉付命令を求むること即ち質入主が債務者に對して有する債権を質権者の債権にする命令を求むるやうなことを爲し得べきものである。

#### 第四章 抵當權

抵當權とは何ぞ — 抵當物と爲し得べき物 — 抵當權者間の關係 — 定期金と抵當權 — 抵當權の處分の事 — 辨濟及び除除の事 — 抵當物競賣の事 — 抵當權と貸借權 — 抵當權の消滅

#### 抵當權とは何ぞ

抵當權と云ふのは債務者が土地や建物の如き不動産を借金の擔保とすることである。尤も其抵當物たる土地や建物は債務者の物でなく他人の物でもよい。例へば甲が乙から金千圓を借りた場合に丙が甲の爲めに丙所有の土地を抵當に入れてもよいのであつて斯う云ふ場合には乙は抵當權者であつて

不動産の質権と抵当権との差異

抵当権は不動産の質権に設定し得ぬ

抵当権設定契約書の式

丙が抵当権設定者となり債務者が甲である。此の何れの場合でも抵当権者は其抵当物に付て他の債権者よりも先きに辨済を受けることを得べきものである。猶ほ抵当権は其土地なり建物なりを債権者たる抵当権者に引渡すべきものでなく、占有権は依然として抵当権設定者に在るものであるから不動産の質権とは此點に於て異なるものである(民法三六九條)。斯くの如く抵当権は債務の擔保として設定するものであるから債務が消滅すれば抵当権も消滅すべきもので債務が主人て抵当権が從僕のやうな關係になつて居る。それから抵当権は必ず不動産即ち土地や建物にのみ設定することが能ざるもので動産に付ては之を設定することを得ざるものである。さて抵当権設定契約書は如何にして作成すべきかと云ふに次の如く認めてよい。尤も此の他にも特別な約束をしやうとするならば、其旨を適宜の所へ書き入れても差支ないことは勿論である。

抵当権設定契約書

何府縣何郡市町村何番地

抵当権者 何  
何府縣何郡市町村何番地  
抵当権設定者 何

某 某

右當事者間ニ於テ抵当権設定ノ爲メ左ノ契約ヲ締結ス

第一條 抵当権設定者何某ハ金何圓ヲ抵当権者何某ヨリ借受ケタリ

第二條 前條ノ金圓ノ辨濟期ハ大正何年何月何日トス

第三條 第一條ノ貸金ノ利息ハ一ヶ月金何圓トシ毎月末日ニ於テ支拂フヘシ

第四條 元本及ヒ利息ノ支拂場所ハ辨濟ノ時ニ於ケル抵当権者ノ住所トス

第五條 債務者カ第三條ノ利息ノ支拂ヲ二年以上怠ルトキハ第二條ノ期限ノ利益ヲ失フヘシ

第六條 債務者ハ其義務履行ノ擔保トシテ其所有ニ係ル左記不動産ニ對シ抵当権ヲ設定セリ

何府縣何郡市町村何番地

一 宅地 何拾何坪何合何勺

此地價金 何圓

右同所所在

一 木造瓦葺二階建 住家 壹棟

此建坪何拾坪 外二階何坪

第七條 前條ニ掲ケタル建物ニ對スル將來ノ増築ニハ抵当権ノ效力及ハス

右契約ヲ證スル爲メ此證書貳通ヲ作り當事者署名捺印ノ上壹通宛ヲ所持ス

年 月 日

右

何 何

某 某

何 何  
某 某



抵當權は  
其代表物  
にも及ぶ

次に抵當權は抵當物の代表物例へば抵當建物を保險に附して居つた場合に其建物が焼けたときは建物の代表物たる保險金の中から優先して辨濟を受くることを得べきものである(民法三七二條三〇四條)。猶ほ茲に注意しなければならぬことは若しも他の者が債務者の爲めに自己の不動産に抵當權を設定して居つて其者が債權者に辨濟を爲した場合には債務者に對して其支拂つた丈の金を償はしむることを得べきものである(民法三七二條三五一條)。

### 抵當權者間の關係

債務者が數個の債務を擔保する爲めに其所有不動産に抵當權を設定したときは其抵當權の順位は登記の前後に依るべきものである(民法三七七條)。換言せば抵當權の設定は當事者間に於ては單に意思表示即ち約束のみで成立するものであるが第三者に對抗するには登記を爲さねばならぬものである。そして抵當權は同一の不動産に付て幾つも設定することを妨げないものであるから登記した抵當權が數個存在するときは茲に抵當權者間に優先權の前後の問題が生ずる。之が即ち抵當權の順位と云ふのである。例へば甲に對して乙、丙、丁の三債

抵當權の  
順位は登  
記の前後  
に依る

權者があつて乙は甲の不動産(價格五千圓)に付て三千圓の債權の爲め二月一日抵當權を設定し、丙は二千圓の債權の爲め三月一日抵當權を設定し、丁は千圓の爲め四月一日抵當權を設定し何れも設定の日に登記を経たとせば、乙は第一順位、丙は第二順位、丁は第三順位として其配當は乙三千圓丙二千圓を受け丁は無配當となるのである。之に反して若し丁が先づ登記し丙が其次に最後に乙が登記したとせば丁が先づ千圓の配當を受け次に丙が二千圓、乙は其残り二千圓しか配當を受くること能きぬ譯となり、乙は結局一千圓を損しなければならぬこととなるのである。だから登記は成るべく速かに受けなければ不測の損害を蒙ることがある。登記申請書は左の如きものである。

抵當權設  
定登記申  
請書式

### 抵當權設定登記申請

何都市何町村字何番地

一宅地 何拾何坪何合何勺

此地價金何圓

同番地所在

一 木造瓦葺平家延住家 壹棟  
 此延坪何拾何坪

一 登記原因及ヒ其日附 大正何年何月何日金貸借及ヒ抵當權設定契約  
 一 登記ノ目的 抵當權設定ノ登記  
 一 債 權 額 金何千圓也  
 一 辨 濟 期 大正何年何月何日  
 一 利 息 年何割何歩  
 一 利息ノ支拂時期 毎年何月何日  
 一 登 録 稅 金 何 圓  
 添 附 書 類  
 一 抵當權設定契約書  
 一 登 記 濟 證  
 右登記相成度此段申請候也  
 大正何年 月 日

何府縣市町村何番地  
 何府縣市町村何番地  
 何府縣市町村何番地  
 何府縣市町村何番地

何區裁判所(何出張所)御中

壹通  
 壹通

某  
 某  
 某  
 某

定期金に  
對する抵  
當權

### 定期金と抵當權

抵當權者が債務者に對して利息其他の定期金を請求する權利を有するときは抵當權者は其定期金に對して抵當權を行ふことを得べきものである。併しながら元金に付ての登記又は定期金債權例へば利息の如き債權に付て登記をしたからとて無制限に利息其他の定期金に付て抵當權を行ふことを得せしむるときは他の債權者に不測の損害を蒙らしむる結果を生ずるから民法に於ては利息其他の定期金に對して抵當權を行ふことを得べき範圍を限定した。即ち抵當權者は満期となつた最後の二ヶ年分の利息其他の定期金に付てのみ其抵當權を行ふことを得べきものである。例へば大正四年一月に抵當權を設定し債權の辨濟期は同八年十二月三十一日とせば七年度及び八年度分の利息其他の定期金に付て抵當權を行ふことを得べきものである。但し其以前の定期金に付ても満期後特別の登記をしたときは其登記の時から之を行ふことを妨げないのである(民法三七四條)。右同一の理由に依り抵當權者が債務の不履行に因つて生じた損害の賠償を請求する權利を有する場合に於て其最後の二年分に付ても亦其權利を行ふことを得べき

もので、唯利息其の他の定期金と通じて二年分を超ゆることを得ないまでである  
(同條二項)。

**抵當權の處分の事**

抵當權は債權に従たる物權であるから債權と共にしな

ければ處分することを得ないものであるが、抵當權の實質を變せず又債務者若くは他の債權者に不利益を與へない場合は特に抵當權のみの處分を許してもよいではないかと云ふ所から民法では左の如き處分を爲すことを許したのである(民法三七五條)

(一) 抵當權者は其抵當權を他の債權の擔保と爲すことを得べきものである。例へば甲が乙に千圓を貸與して乙所有の不動産に抵當權を有し甲は丙に對して負擔する自己の債務千五百圓の爲めに右の抵當權を丙に擔保と爲すことを得べきものである。此の場合に於ては丙は甲の有する抵當權の範圍即ち千圓に付てのみ其擔保の實行を爲すことを得べきものである。

(二) 抵當權者は同一の債務者に對する他の債權者の利益の爲め其抵當權を讓渡することを得べきものである。例へば甲に對して乙が千圓、丙が千五百圓、丁

抵當權の處分を許したる場合

が二千圓の貸金債權があつて乙のみ甲所有の不動産に付て抵當權を有して居る場合に乙は丙に其抵當權を讓渡することを得るが如きである。其結果として丙は抵當債權者となり乙は普通の債權者に過ぎないこととなるのである。但し丙は乙の抵當權を承繼したのであるから千圓即乙の債權額に付てのみ其抵當權を行ふことを得べきものである。

(三) 抵當權者は同一の債務者に對する他の債權者の利益の爲めに其抵當權を拋棄することを得べきものである。即ち抵當權者は絶対に其權利を拋棄することを得るは勿論、或特定の債權者の利益の爲めに其權利を拋棄することをも妨げないものであつて此場合に於ては其拋棄は拋棄者と拋棄の利益を受ける者の間に於てのみ其效力を生ずるものである。例へば乙、丙、丁の三人が何れも甲に對して五百圓宛の債權を有し甲の所有して居る價格千二百圓の不動産に付て乙は第一番、丙は第二番の抵當權を有する場合に於ては其配當は乙が五百圓、丙が五百圓を受け丁は残り二百圓を受けることを得るに過ぎないのである。所が

若しも乙が其抵當權を丁の利益の爲めに拋棄したとすれば乙は丙に先ち五百圓の辨濟を受け丙は丁に先ち五百圓の辨濟を受くべきものであるから丁は結局何等利益する所ないやうに思はれるが、乙は丁に對する抵當權拋棄の結果として乙の受くべき五百圓と丁の受くべき二百圓とを合し各自三百五十圓の辨濟を受くることとなるから丁は結局百五十圓だけ利益を蒙むる譯である。

(四) 抵當權者は同一の債務者に對する他の債權者の利益の爲めに抵當權の順位を讓渡又は拋棄することを得べきものである。例へば甲が一番、乙が二番、丙が三番の抵當權を有する場合に甲が丙の爲めに讓渡すれば丙が一番、乙が二番、甲が三番となるし、又甲が丙の爲めに一番の順位を拋棄すれば甲と丙とは債權額の割合に應じて辨濟を受くることとなるものである。

以上の如く抵當權の處分を爲した場合に之を以て第三者に對抗しようとするには其旨を附記登記しなければならぬ。又抵當權の處分を爲したときは其旨を債務者に通知するか債務者が承諾したときでなければ其處分を以て債務者、保證人、抵

當權設定者、其承繼人に對抗することを得ざるものである(民法三七六條)。

### 辨濟及び滌除の事

抵當權は登記しなければ第三者に對抗することを得ざる結果抵當土地に地上權なり永小作權なりを設定して登記を受けたときは他日債務者が辨濟しない爲め抵當權者が抵當權を實行した所で地上權者や永小作權者は何等自己の權利に影響を受けるものではないが、若しも地上權や永小作權の登記前に抵當權に付て登記したときは抵當權實行の結果は其地上權や永小作權が消滅すべきものであるから、地上權者や永小作權者は甚だしい打撃を受ける譯である、そこで民法では此の抵當權の實行を免れしむる方法として辨濟及び滌除の二つの方法を設けたのである。

第一、辨濟 抵當になつて居る不動産を買受けたとか又は其土地に地上權を有して居る者から地上權を買受けた者は抵當權者の請求あるときは其買受代金を抵當權者に辨濟すれば其者の爲めに抵當權は消滅するものである(民法三七七條)。

第二、滌除 滌除と云ふのは抵當不動産に付て所有權、地上權又は永小作權を取

抵當權と他の物權

抵當權は辨濟に因つて消滅す



抵當權  
行使前  
の手續

得した者が抵當權者が承諾しただけの金額を提供して抵當權を消滅せしむることである。(民法三七八條) 滌除を爲すことを得る者は以上の者に限られて居るから債務者、保證人及び其承繼人は滌除を爲すことを得ないし、又停止條件付の第三取得者は條件の成否未定の間は矢張り滌除を爲すことを得ざるものである。(民法三三九條)

(三八)  
次に抵當不動産に付て所有權、地上權、永小作權の一つを取得した者あるときは抵當權者は其抵當權を實行するに際して豫め此等の者に其旨を通知しなければならぬものである。(民法三八一條) 此の通知を受けるまでは何時でも滌除を爲すことを得るは勿論、通知後でも一ヶ月内は滌除の手續を爲すことを得るものである。又抵當若しも之を怠つたときは最早や滌除を爲すことを得ざるものである。又抵當權實行の通知を受けた後に所有權なり地上權なり永小作權なりを取得した者が滌除を爲し得る期間は第三取得者が滌除を爲すことを得る期間と同一である。(民法三八二條)

滌除せんとする場  
合の手續

叙上の如く第三取得者が滌除をしようと思ふときは登記を爲した各債權者に次の如き書面を送達しなければならぬ。(民法三八三條) 即ち(イ)取得の原因、年月日、讓渡人及び取得者の氏名住所、抵當不動産の性質、所在、代價其他取得者の負擔を記載した書面。(ロ)抵當不動産に關する登記簿の謄本但し既に消滅した權利に關する登記は掲げなくともよい。(ハ)債權者が一ヶ月内に増加競賣を請求しないときは第三取得者は(イ)に掲げた代價又は特に指定した金額を債權の順位に従つて辨濟又は供託すべき旨を記載した書面の三つである。債權者が以上の書面を受けたときは第三取得者の提供を承諾するや否や確かなことをしなければならぬ。そして若しも之を拒絶しようとするときは必ず増價競賣の請求をしなければならぬものである。然らば増加競賣に付て民法の規定する所如何と云へば次の如きものである。即ち(一)増價競賣の請求は前記の書面の送達を受けた後一ヶ月内に第三取得者に對して之を爲すことを要するものであつて此の期間内に請求を爲さなかつたときは第三取得者の提供を承諾したものと看做さる

増價競賣  
の請求

るものである(民法三、八四條)。(2)増價競賣の請求には若し競賣に於て第三取得者の提供した金額よりも十分の一以上高價に抵當不動産を賣却することができなかつたときは十分の一の増價を以て抵當権者が自ら不動産を買受くべき旨を附記しなければならぬ(同條二項)。(3)債権者は増價競賣の請求を爲すに當り代價及び費用に付て擔保を供することを要するものである(同條三項)。斯くの如く債権者が増價競賣の請求を爲すときは前に述べた期間内に債務者及び抵當不動産の讓渡人に其旨を通知すべく、そして一旦増價競賣を請求したときは登記を爲してある他の債権者の承諾を得なければ其請求を取消すことを得ざるものである(民法三八五、三五六條)。

### 抵當物競賣の事

抵當権者は債務者が債務を履行しなかつた場合に抵當不動産を賣却して其賣得金から優先辨濟を受ける権利を有するものである。其賣却は競賣法の定むる所に従つて裁判所に對して競賣の申立をしなければならぬ。此の競賣の申立をなすことの能ざる時期は辨濟期の經過後であることは勿論であるけれども若しも第三取得者のある場合には抵當権實行の通知後滌除をなす事を得

る時期内に第三取得者から債務の辨濟又は滌除の通知を受けなかつたときに競賣の申立を爲すことを得べきものである(民法三、八七條)。さて此抵當権の實行に關しては法律上次の如き特別の規定がある。即ち(イ)土地及び其上に存する建物が同一の所有者に屬する場合に於て其土地又は建物のみを抵當と爲したときは抵當権設定者は競賣の場合に地上權を設定したものと看做さるゝものである。但し地代は當事者間に約束が出来ればよし、さもなければ裁判所に請求して定めて貰ふのである(民法三、八八條)。(ロ)抵當権設定後其設定者が抵當地に建物を築造したときは抵當権者は土地と共に之を競賣することを得べきものである(民法三、八九條)。(ハ)又第三取得者は競買人と爲ることを得べきものである(民法三、九〇條)のみならず、抵當不動産に付て必要費又は有益費を支出したときは不動産の代價を以て優先償還を受くることを得べきものである(民法三、九一條)。(ニ)さて愈々競賣となり競賣を實施して後は賣得金は各債権者に配當せらるゝものであつて其配當額は債権額及び順位によつて定まるものである。所が同一の債権に付て數個の不動産の上に抵當権を設定したときは各不動

産の賣得金は如何に配當せらるべきか、例へば乙が甲に對して一萬五千圓の債權を有し甲所有のイロハニの四個の不動産(各價格五千圓)を抵當と爲した場合に於ては配當實施に付て左の二個の場合に區別して説かねばならぬ。

(1) 同時に配當を爲すとき。即ち前例に於て各不動産の賣得金を以て一萬五千圓の債權の辨濟を爲す場合であつて此場合には各不動産の價額に準じ其債權の負擔を分つべきものである(民法三九二條)。故に各不動産の負擔は三千七百五十圓宛となる譯である。

(2) 順次に配當するとき。即ち前例に於て先づイロハの不動産の分から配當を爲すやうな場合であつて此場合に於ても五千圓宛三個即ち一萬五千圓全部の辨濟を受くることを得るものである。所がイロハの不動産に付て丙なる第二番抵當権者があるときは乙が全部辨濟を受けた爲め丙は全然辨濟を受けることができないこととなるのである。例へば前例に於て乙がイロハニの四不動産から辨濟を受ければ各々三千七百五十圓を負擔し従てイロハの三不動産からは各々千

二百五十圓合計三千七百五十圓の殘額を生じ丙は之を辨濟に充つることを得べき筋合であるのに乙がイロハの三個の不動産から全部の辨濟を受けたときは殘額は存しないから丙は無配當となるのである。是れては次順位抵當権者に對して甚だ氣の毒であると云ふ所から斯様な場合には丙はニの不動産に對して乙に代り乙の配當を受くべかりし分即ち三千七百五十圓の範圍に於て配當を受くることを得べきものとしたのである(民法三九二條)。斯く次順位の抵當権者が一番抵當権者に代る權利即ち代位權を行ふ場合には其抵當權の登記に代位の附記を申請することを得べきものである(民法三九三條)。

抵當不動産の代價が債權額よりも多いとか又は同額の場合には抵當権者は満足な辨濟を受けることが出来るけれども若しも不動産の價額が抵當債權額よりも少なかつたときは其足りない部分に付ては無抵當の債權と同じく債務者の他の財産から辨濟を受けることが能きものである(民法三九四條)。

**抵當權と貸借權** 不動産の貸借を登記したるときは爾後其不動産に付て

物權を取得した者に對しても其效力あるものである(民法六〇五條)。されば抵當權の設定前に登記せられた貸借は抵當權者にも對抗することを得る結果抵當權が實行されて不動産が他の者の所有となつても貸借は依然として存続するものであるが若しも抵當權の設定後に貸借を登記したときは抵當權者に對抗することを得ないものであるから抵當權の實行と同時に貸借は消滅すべきものである。併しながら短期の貸借に在つては抵當權設定後の契約であつても抵當權者に對抗することを得べきものとした(民法三九五條)。即ち(一)樹木の栽植又は伐採を目的とする山林の貸借は十年、其他の土地の貸借は五年、建物の貸借は三年を超えざるもの、(二)抵當權者に損害を及ぼさざるこの二つの要件があれば貸借を以て抵當權者に對抗することを得べきものである。

### 抵當權の消滅

能さる。

抵當權の特別なる消滅原因を擧ぐれば左の二種に分つことが

(一) 時効 時効に因つて抵當權が消滅するには二つの特例がある。即ち(イ)抵

當權は債權に從たる物權であるから債權が時効に因つて消滅したときは抵當權も亦消滅すべきは言ふまでもないことである。債務者や抵當權設定者に對しては其擔保する債權と同時になければ抵當權は消滅しないものである(民法三九七條)。(ロ)債務者又は抵當權設定者(多くの場合は債務者も抵當權設定者も同一である)でない者が抵當不動産を取得時効に因つて取得したときは抵當權は之に因つて消滅すべきものである(民法三九七條)。

(二) 抵當不動産が滅失したときは抵當權も消滅する、又地上權や永小作權を抵當にした場合に其地上權なり永小作權なりを拋棄した場合には抵當權も消滅するものとせば抵當權設定者は地上權、永小作權の拋棄を爲して抵當權を消滅せしめ遂に抵當權者の權利を害するやうな結果となるから地上權又は永小作權を抵當と爲した者が其權利を拋棄しても抵當權者に對しては其拋棄を以て對抗することを得ざるものとしてある(民法三九八條)。

斯くて抵當權が愈々消滅したときは左の書式に従ひ抵當權抹消の登記を申請しなければならぬものである。

抵當權抹消登記申請

何都市何町村字何番地

一宅地 何拾何坪

一登記原因及ヒ其日附 大正何年何月何日貸金受取

一登記ノ目的 大正何年何月何日申請登記第何號抵當權設定登記ノ抹消

一登録 税金何拾錢

添附書類

一貸金受取證書

一登記済證

右抹消ノ登記相成度此段申請候也

年 月 日

登通  
登通

何府縣都市町村何番地

抵當權設定者 何

何府縣都市町村何番地

抵當權者 何

何區裁判所(何出張所)御中

某町  
某町

第二編 債權上の契約(總論)

第一章 債權の意義

債權とは財産權の一種であつて特定の人をして特定の事を爲し又は爲さざらしむることを得る權利である。故に債權には權利者と義務者とあつて其權利者が義務者に對して要求することを得べき行爲、不行爲の二つのものゝあることを必要とするものである。以下之を分説するであらう。

一、債權は財産權の一種である。私權の内には人格權、親族權、財産權などがある。つて財産權の中にも物權、債權、無體財産權等がある。債權は物權と共に財産權の主要部分を爲し我々日常生活に於て最も多く發生し且つ必要なものであることは前述の通りである。

二、債權は特定の人に對する權利である。特定の人に對する權利と云ふのは權利義務の關係が特定の人と特定の人との間に於てのみ存することであつて、即ち

債權は特  
定の事に  
關する特  
利なり

權利者たる債權者と義務者たる債務者との間に於てのみ生ずるのである。尤も  
特定人と言つたからとて一人を指すのではない、債權者が數人あることもある  
し、債務者が數人ある場合もある。併しながら其債權者と債務者は特に定まつ  
て居なければならぬのである。物權は廣く一般人に對する權利であるから之を  
絶對權とも對世權とも言ひ、債權は特に定まつて居る人に對する權利であるか  
ら相對權とも對人權とも言ふのである。

三、債權は特定の人をして特定の事を爲し又は爲さざらしむる權利である。茲に  
特定の事と云ふのは或事を爲し、又は爲さざらしむることを得る權利であつて、  
前者を作為と云ひ後者を不作爲と云ふのである。即ち債權者は債務者をして或  
事を爲さしめたり又は爲さしめざることを得べきものであつて例へば買賣契約  
にあつては買主は賣主をして賣買物を引渡さしむることを得べき權利を有し、  
賣主は買主をして代金を支拂はしむることを得べき權利を有するやうなもので  
ある。又金銭の貸借關係から見るときは貸主は借主をして借金及び其利子を支

債權は如  
何なる原  
因によつ  
て發生す  
るか

拂はしむることを得べき權利を有するが如き何れも作為の權利である。不作爲  
の權利とは例へば甲者が乙者をして乙者所有の土地を賣渡すべからずと云ふが  
如き契約を爲したる場合のことであつて要するに人の行爲を禁止する契約であ  
る。

## 第二章 債權の發生原因

債權は如何なる原因に由つて發生するかと云ふに其國に依つて多少の相違あるけ  
れども、我國に於ては契約、不當利得、事務管理及び不法行爲を以て債權債務の  
關係の發生原因としてある。併しながら之は法律に規定されてある所のもので  
あつて之を理論上から區別して言へば法律行爲及び法律行爲以外の事實の二つに  
分けることが出来る。

第一 法律行爲 法律行爲の如何なるものなるかに付ては民法總則の規定する所  
であつてつまり法律上の效果を生ずる各人の行爲である。そして此行爲の中には

雙方行爲及び單獨行爲の二つがあつて債權發生の原因たる法律行爲も亦此の二つに區別し得べきものである。

(イ) 雙方行爲 雙方行爲と云ふのは契約のことである。即ち一人の意思表示のみに因つて債權債務の關係が成立するのでなく、二人以上の意思が合致して茲に始めて債權債務の關係が成立することを云ふのである。尤も此の雙方行爲即ち契約に因つて發生する法律行爲の中にも物權關係のこともあるし、債權關係たることもあるし、又親族關係たることもあるが、債權發生の原因たる雙方行爲は債權關係を發生せしめんとする二人以上の意思の合致である。即ち債權契約と云ふのは此の事である。

契約のことに付ては後に詳しく説くが之を要するに私法上の効果を發生せしめんとする二人以上の意思表示の合致であつて一方の意思表示を申込と云ひ他の一方の意思表示を承諾と云ふのである。換言せば契約は申込に對する承諾があつて始めて成立すべきものであつて申込のみあつたからとて承諾がなければ契約は成立すべきものではない。民法に於て債權契約の種類を列記して居るが、

それに依れば贈與、賣買、交換、消費貸借、使用貸借、貸貸借、雇傭、請負、委任、寄託、組合、終身定期金及び和解の十三種である。尤も茲に列記してある事柄以外に於ても契約は爲し得べきもので其契約にして苟くも公の秩序又は善良の風俗に反せざる以上は契約自由の原則に依つて民法に規定して居ない契約即ち無名契約を爲し得べきものである。

(ロ) 單獨行爲 單獨行爲即ち一方行爲と云ふのは當事者の一方のみの意思表示に因つて債權關係の發生することを云ふのである。我民法に於ては單獨行爲に因つて債權關係の發生する場合は甚だ少なく例へば遺言の如きものであつて商法の規定に依るものは手形行爲の如きものである。

第二 法律行爲以外の事實 法律行爲以外の事實即ち當事者の意思表示に因らずして債權關係の發生する場合がある。我が民法の規定に依ると事務管理、不當利得及び不法行爲の三種に分けて居る。

(イ) 事務管理 事務管理と云ふのは要するに義務なくして他人の爲めに事務を管理することである(民法六九七條)。此の事實の在つたときは管理者は管理に關する債務を負ふものである。

(ロ) 不當利得 不當利得と云ふのは法律上の原因なくして他人の財産又は勞務に因つて利益を受け之が爲めに他人に損害を及ぼすことである(民法七〇三條)。此の事實あつたときは利得者は利益の存する限度に於て之を返還する義務を負ふべきものである。

(ハ) 不法行爲 不法行爲とは故意又は過失に因つて他人の權利を侵害することを云ふのであつて(民法七〇九條)此の行爲に因つて他人に損害を蒙らしめたときは不法行爲者は其損害を賠償しなければならぬものである。

右の如く債權發生原因は獨り契約のみではなく種々あるから債權債務は獨り契約に因つてのみ發生するものであると思ふのは甚だしい間違ひである。

### 第三章 債權の目的

債權の目的とは何ぞ — 債權の要件如何 — 債權の目的の分類 — 特定物の債務の事 — 不特定物の債務の事 — 金錢の債務の事 — 利息の事 — 選擇債權の事

給付の意味

債權の目的と債權の區別

**債權の目的とは何ぞ** 債權は特定の人をして特定の行爲を爲し又は爲さしめざる權利であることは既に述べた如くである。従て債權の目的は特定の行爲即ち特定の作爲若くは不作爲に外ならないものである。そして近來債權の目的を示すのに「給付」なる文字を用ふるやうになつた。我民法でも亦之を使用して居る。即ち給付と云ふのは債權の目的たる作爲、不作爲を意味するのである。茲に注意しなければならぬのは債權の目的と、債權の目的物とは之を區別しなければならぬことである。例へば甲が乙に對して牛一頭の引渡を求むる債權ある場合には債權の目的は牛一頭の引渡であつて債權の目的物は債權の目的たる行爲の目的物である。



公序良俗に反せざること

強行規定に反せざること

債権の要件如何 右に述べた如く債権の目的は給付に外ならないのであるが其給付が債権の目的たり得るが爲めには一定の要件を備へなくてはならぬ、即ち

八八

(イ) 債権の目的たる給付は公の秩序善良の風俗に反せざることを要するものである。公の秩序善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為の無効なることは民法第九十條の規定によつて明かである。従て公の秩序善良の風俗に反するが如き給付が債権の目的たることを得ざるは説明を要するまでもないことである。例へば甲が乙に對して乙が他人から窃取した物を給付せしめ之に對し金若干を與ふべしと約束するが如きは無効の契約である。

(ロ) 債権の目的たる給付は法令の強行規定を以て禁じてないものでなくてはならぬ。即ち債権の目的が法律命令中の秩序に關する規定即ち強行規定に反せざるものでなくてはならぬ。例へば袋地の通行は民法第二百十條に於て認めて居る權利であるのに其通行を禁ずるやうな契約は無効である。

目的の不能なること

目的の確定せざるべからざること

(ハ) 債権の目的は不能ならざることを要するものである。不能即ち人の爲し得ざることを目的とする法律行為の無効であることは明かである。不能にも客觀的の不能もあれば主觀的の不能もあるが、茲に不能といふのは客觀的の不能即ち何人から見ても爲し得ざる事柄を云ふのである。反之主觀的の不能即ち債務者一人から見ても不能であつても一般の人から見ても不能でないときは有効である。例へば月世界から礦物を採つて來て引渡す杯と云ふやうな契約は無効であるが英語を知らない者が英語の翻譯を爲すことを約束するが如きことは有効である。そして客觀的の不能なりや否やは債権發生當時に於て定むべきことであつて爾後の不能は履行を不能ならしむるに過ぎずして債権關係は立派に成立して居るものである。

(ニ) 債権の目的は確定するか若くは確定し得べきものたることを要するものである。債権を發生せしむる法律行為を爲すに當りては當事者は如何なる内容の債権を發生せしむるかを明確にしなければならぬ。若しも斯のやうにしないと

當事者間に於て如何なる權利義務の關係を生ずるや明かでないからである。例へば穀類百石を引渡すべし礦物百貫を引渡すべしといふ約束の如きは、どんな礦物であるか、どんな穀類であるか少しも見當の付けやうがないから斯る契約は無効である。尤も目的の確定と云ふことは絶対に確定不動のものたることを必要とすべきではない、唯確定し得べき状態に在ればそれでよいのである。例へば肥後米百俵を引渡すべしと約束するが如き場合に於ては現實に引渡すべき米が具體的に定まらなくとも其種類數量が既に定まつて居るから債權關係は成立すべきものである。

(ホ) 債權の目的は金錢に見積れなくともよい。債權の目的は金錢に見積り得べきものでなければならぬと云ふことは昔の法律では認めて居つたが民法では債權の目的は必ずしも金錢に見積ることを得べきものでなくともよいと云ふことを規定してある(民法三九九條)。

債權の目的の分類 債權の目的は態様を異にするに依つて種々に分類する

金錢に見積れる債權の目的

目的の特定、不特定

目的の可分、不可分

目的の單一、集合

ことを得べきものである。左に其主なるものを略説しやう

(イ) 目的の特定、不特定。債權の目的の特定せる場合とは例へば何所何番地の宅地何坪の引渡を目的とする場合とか又は肥後上等米百石の引渡を目的とする場合の如きであつて、債權の目的の不特定なる場合とは上等米とも中等米とも確定せず單に肥後米百石の引渡を目的とする債權の如きである。

(ロ) 目的の可分、不可分 債權の目的の可分とは例へば金錢の支拂を目的とする債權の如く千圓のものを十圓宛に分けることを得るが如き場合であつて不可分とは牛一頭の引渡を目的とする債權の如き場合を云ふのである。要するに債權の目的の可分不可分は其目的物の性質から生ずることもあるし當事者の意思に基く場合もある。例へば米は性質上分割して引渡し得べきものであるが當事者が分割引渡を禁じたときは不可分となるが如きものである。

(ハ) 目的の單一、集合。債權の目的の單一なる場合とは例へば牛一頭の引渡を求むる債權の如きであつて集合する場合は例へば牛五頭の引渡を求むる債權

の如き場合である。

九二

### 特定物の債務の事

債権の目的は特定の人に行爲であつて其行爲には物に關する場合と否らざる場合との區別がある。物に關する場合に於て更に特定物に關する場合と不特定物に關する場合との區別がある。不特定物とは前にも述べた如く單に物の種類のみを以て指示せられた物を云ひ特定物とは種類、品質、數量の定まつてる物を云ふのである。茲に於てか債権には特定物の給付と不特定物の給付との區別のあることが分る。

此特定物の引渡を目的とする債権に在つては其特定物に關してのみ債権は存在し債務者は必ず其特定物を引渡すべき義務を負ふて居るものである。さて債権の目的が特定物の引渡なるときは債務者は其引渡を爲すまで善良なる管理者の注意即ち自己の物に對するよりもより以上の注意を用ゐて其物を保管しなければならぬものである(民法四〇〇條)。何にが故に此のやうに注意深き人の用ゐる注意を以て其物を保管しなければならぬかと云ふに苟も他人に引渡すべき物を所持するに付ては須

特定物の  
債務者の  
用ひべき  
注意の程  
度

らく精細なる注意を用ゐ、そして其物の滅失毀損等を防ぐべきが當然なからである。若しも債務者が此の注意を怠つたが爲めに債権者に對して損害を蒙らしめたときは之を賠償する責に任じなくてはならぬ。

### 不特定物の債務の事

前述の如く不特定物の給付を目的とする債権とは單に種類數量のみを指示した物の給付を目的とするものを云ふのである。例へば清酒何石、白米何斗と云ふが如きものであつて澤の鶴何石とか肥後上等米何斗と云ふが如きものではない。即ち酒なり米なりの品質をも特定したときは不特定物に非ずして特定物となるのである。斯くの如く不特定物の債権は當事者が特に目的物の種類に着眼して其若干を給付すべきことを約束した場合に發生すべきものである。従て債権は其種類に屬する物に付て存在するものであるから債務者は其種類に屬する物の引渡を爲すべき債務を負擔するものであつて特定物引渡の場合の如く保存に關する注意の責任は毫も存在しないのである。

不特定物の給付を目的とする債権の性質は右に述べた如く其目的物の品質を定め

不特定物の給付を目的とする債務者には如何なるべきか

ざるものであるから(イ)如何にして後日其品質を定むべきか(ロ)如何にして給付すべき物が具體的に定まるものであるかとの二箇の問題が生ずるのである。

(イ) 債権の目的物を指示するに當つて種類のみを以てした場合に於て法律行為の性質又は當事者の意思に依つて其品質を定むることが出来ないときは債務者は中等の品質を有する物を給付すればよいのである(民法四〇一條)。從て當事者の契約の趣旨に依り又は當事者の意思に依つて其品質を定め得るときは固より其物を給付すべく之を定むることが出来なかつた場合に於てのみ債務者は中等の品質を有する物を給付すればよいのである。例へば肥後米百石の引渡を目的とする場合に於ては債務者は肥後米の中等米を給付すればよいのであつて上等米を引渡す要もなく又下等米を引渡してはならぬものである。之はつまり上中下とある物の中間をとつて公平を計かつたのである。

(ロ) 不特定物の給付を目的とする債務に於ては給付すべき物の具體的に確定する場合が二つある(民法四〇一條二項)。即ち(一)債務者が物の給付を爲すに必要な行為

混合不特定物債務とは何ぞ

を完了したとき例へば債務者が法律行為の性質又は當事者の意思に依つて品質の定まつた物とか若くは中等の品質を有する物を契約の趣旨に基き債権者に給付するに付て自分の爲すべきことを爲し終つたときは茲に目的物は特定するものである。詳言せば給付すべき目的物を債務者が汽車や汽船に託した場合の如きものである。(二)債権者の同意を得て其給付すべき物を特定したとき。例へば或一定の物を債権者に示して之を給付すべしと言ひ債権者亦之に異議を述べずして承諾を與へたときは其目的物の特定すること言を俟たぬことである。斯くの如く不特定の債務の目的物が特定した以後に於ては債権は其物に付て存するに至るべきものであるから債務者は任意に此の特定した目的物を廢して更に不特定物と爲すことを得ざるは勿論、未だ債権者に引渡さざるときは注意深き人の用ゐる注意を用ゐて其物を保存しなければならぬものである。

猶ほ茲に一言しなければならぬことは所謂混合不特定物債務に付いてある。混合不特定物債務とは一面に於て目的物の種類を指示すると同時に他の一面に於て

其目的物が他の同一種類の物と判別し得べきが如き状態に在るを云ふのである。例へば某倉庫在中の米何俵と云ふが如きもので此場合に於ては目的物の種類は指示せらるゝと同時に某倉庫在中の同種類の米でなければならぬ。斯様な債務の性質に付ては學說上異論ある所であるけれども之を要するに當事者の意思に依つて決せらるべきものである。即ち若しも當事者が目的物を定むるに當り種類に着眼したときは不特定物として之を種類債務の一場合とすべく若し又當事者が各個の目的物に着眼したときは特定物の一種即ち選擇債務とするが相當だらうと思ふ。

**金錢の債務の事** 金錢上の債權、債務關係は日常最も頻繁に行はるゝ所なるのみならず損害賠償を爲すにも其賠償は金錢を以て爲すのを原則として居るのである(民法四一七條七二條)。そして金錢にはいろ／＼の通貨がある、即ち金貨、銀貨、白銅貨、青銅貨の如き種類があるから金錢債權に付ては如何なる種類の通貨を以て給付を爲すべきかを定めなければならぬ。我が民法の規定に依れば左の如きものである。

如何なる  
通貨を以  
て給付す  
べきか

特約のあ  
る場合

(一) 通貨の種類に付て特約のない場合。此の場合に於ては債務者の選擇に従ひ各種の通貨を以て辨濟を爲すことを得べく(民法四〇二條)、但し銀貨は十圓まで白銅、青銅貨は一圓までを限り法貨として通用するものであるから(貨幣法七條)補助貨幣の給付は此制限に従はねばならぬものである。

(二) 通貨の種類に付て特約ある場合。此場合には其特約に従はねばならぬことは勿論である(民法四〇二條)。又斯様な特約ある場合に其特種の通貨が強制通用の效力を失ふたときは債務者は他の通貨を以て辨濟を爲すことを要するものである。

外國の通貨は内國に於て強制通用の效力を有せざるものであるが交通取引の頻繁な現時に於ては外國通貨の支拂を必要とする場合が少くない、故に外國の通貨であつても之を以て債權の目的物と爲すことを得ると同時に此場合に於ては前記内國通貨に關して述べた法則に従ふべきものである。

金錢債權に在つては外國の通貨を以て債權額を特定する場合が亦少くはない。此場合は外國通貨を給付の目的としたのでないこと勿論であるから債務者は之に相

特約のな  
き場合

外國通貨  
を以て給  
付するこ  
とを得る  
や

當する日本の通貨を以て辨濟を爲すことが出来るのである。但し履行地に於ける爲替相場に依ることを要するものである。

利息とは如何なるものぞ

利息の事

利息の事に付ては第一利息とは何ぞや即ち利息の法律上に於ける意義、第二利息の種類、第三利率、第四重利の四つに區別して説明しやう。

第一 利息とは何ぞ 利息とは金銭其他の不特定物の使用の對價として元本に對する一定の率に従ひ其使用の時の割合に依り定期に債權者に給付すべき元本と同種なる金銭其他の不特定物を云ふのである。即ち利息たるには左の要件を備へなければならぬ。

利息は對價なり

(イ) 利息は金銭其他の不特定物の使用の對價である。故に特定物の使用の對價は利息ではない。例へば家賃の如きは利息ではない、又利息は金銭の使用のみに付て生ずることが普通であるけれども之のみに限るべきものでなく、其他の不特定物の使用に付ても亦生ずるものである。

(ロ) 利息は元本と同種類なる金銭其他の不特定物である。利息と元本と同種類

利息は元本と同種類なるものから生ずるべからず

たることを要するや否やに付ては議論あるけれども民法の解釋としては同種類のものに限ると解した方がよいと思ふ。故に金銭使用の對價たる利息は矢張り金銭で米麥の對價たる利息は矢張り米麥である。又利息として給付すべき物は不特定物たることを要するものであつて使用の對價として特定物を給付すべきときは之を利息と云ふことが出来ない。例へば金銭使用の對價として自己所有の土地何坪を給付すると云ふが如きは元本と同種でなく又不特定物でないから利息と云ふことを得ざるものである。

利息は率に定め支拂期に於けるべきからず

(ハ) 利息は元本に對し一定の率に従ひ其使用の時の割合に應じ定期に債權者に給付すべき物である。例へば一ヶ月五分とか日歩三錢とか云ふやうな利率によつて毎日、毎月、半年又は一年に幾何の支拂を爲すと云ふが如きものである。

第二 利息の種類 利息は當事者の契約又は法律の規定に依つて發生するものである。當事者の契約に依つて生ずるものを約定利息と云ひ、法律の規定に依つて

生ずるものを法定利息と云ふのである(民法四五條)。又利息を區別して填補利息、遅延

約定利息と法定利息

填補利息  
と遅延利息

利息としてもよい。填補利息とは前述の如き利息のとてあつて遅延利息とは履行期に履行を爲さざる場合の利率に依り支拂ふべき損害金を云ふのである。併しなから遅延利息は寧ろ損害賠償の性質を有するものと解するのが相當である。最も法文では之を利息と稱して居ることが少くない。

利率とは  
何ぞ

約定利率  
と法定利率

高利は違  
法なり

第三 利率の事 利率とは利息を算出すべき一定の標準であつて利率も亦當事者の契約又は法律の規定に依つて定まるものである。當事者の契約に依つて定まるものを約定利率と云ひ、法律の規定に依つて定まるものを法定利率と云ふのである。法定利率は民事は年五分であつて商事は年六分である(民法四〇四條)。又當事者が利率を約定するに付ても無制限に高利を約定することは出来ない、即ち明治十年九月布告第六十六號利息制限法に準據しなければならぬものと同法第二條に依れば百圓以下は年二割、百圓以上千圓以下は年一割五分、千圓以上は年一割二分より以上の利率を約定し得ざるものであつて若しも之よりも高い利率を約定したときは此制限まで引下げらるべきものである。最も商事上に於ける利率は此の制限に東縛さるゝものではない。所が世間には高利貸など云ふものがあつて巧みに此の制限を超へた利息を貪つて居るのは實に慨はしい次第である。然しながら此制限を超えた利率は支拂はなくともよいものであるから訴訟を起してなりと超過部分は拂はぬやうにするがよい。最も一旦支拂つた以上は之を取戻すことを得ざるものであるから其點は注意しなければならぬ。

複利は許  
すべきか

第四 重利の事 重利即ち複利と云ふのは利息に利息が生ずることと俗に利に利が重なることと云ふことである。利息に利息を附する約束は有効であるかと云ふに民法に於ては別段禁じてないから有効であると解するがよい。又たとへ特約がなくとも債務者が一年以上利息を延滞した場合に債権者から債務者に催告を爲しても其支拂を爲さなかつたときは債権者は之を元本に組入るゝことを得べく其組入と同時に利息が付くものである(民法四〇五條)。猶ほ利息支拂の催告及び元本に組入の通知書は左の如きものである。

利息支拂ノ催告及元本ニ組入通知書

大正何年何月何日ノ貸金契約ニ因リ毎月支拂可相成利息大正何年何月分ヨリ御支拂無之候ニ付キ來ル何日迄ニ御支拂相成度者シ同日迄ニ御支拂無之候節ハ既ニ一年分以上ノ延滞ニ相成候ニ付民法第四百五條ニ依リ之ヲ元本ニ組入レ可申候此段催告告々及御通知候也

年 月 日  
住 所  
債権者 何 某  
債務者 何 某殿

**選擇債權の事** 選擇債權を述べるには第一其意義、第二選擇債權の事、第三給付即ち債權の目的は如何にして確定するや、第四給付の不能の場合には如何にするや、第五選擇權行使の效力等に區別して説くこととする。

**第一** 選擇債權とは何ぞ 選擇債權と云ふのは債權の目的と爲つて居る事物が數個ある場合に於て選擇に依つて定まるべき場合のことである。例へば五頭の牛の中の一頭を給付することを約束した場合の如きである。但し數箇の給付中其

各箇の給付が特定物であると不特定物であるとを問はないのである。斯くの如く選擇債權の目的たる給付は數個存在するものであるけれども其性質は數箇の債權關係が存在するのではなく其一を選択すべき數箇の給付を目的とする一箇の債權である。

次に選擇債權と似て非なるものは所謂任意債權である。任意債權と云ふのは債權の目的は確定して居るけれども當事者の約束に依つて債務者が他の給付を爲して債務を免るゝことを得べきものである。即ち選擇債權に於ては數箇の給付は始めから債權の目的であるけれども任意債務に在つては債務者が爲すことを得べき他の給付は債權の目的ではない。

**第二** 選擇債權者には何人なるや 選擇債權の當事者は特約を以て選擇權者を定むることを得べく而して其選擇權者となるには債權者でもよければ債務者でもよく又其他の第三者でもよい。最も特約のないときは選擇權は債務者に在るものである(民法四〇六條)。



如何にして  
選擇權の目的  
を定まる

第三 選擇債權の目的は如何にして確定するや 選擇債權の目的は選擇權者の選擇に依つて確定するものであつて選擇權が當事者の一方に存するときは其選擇權は相手方に對する意思表示によつて之を行ふべきものである。そして選擇權者が一度選擇權を行ふたときは債權の目的は茲に確定するものであつて相手方の承諾がなければ之を取消すことを得ざるものである(民法四〇七條)。若し又債權が辨濟の時期に在る場合に於て相手方から相當の期間を定めて催告を爲したときは選擇權は相手方に移るものである(民法四〇八條)。第三者が選擇權を有する場合に於ては其選擇權は債權者又は債務者の何れか一方に對する意思表示に依つて之を爲すものであつて若しも第三者が選擇を爲すこと能はざるときとか又は之を爲すことを欲しなかつたときは選擇權は債務者に屬するものである。(民法四〇九條)。選擇債權の目的選擇通知書は左の如く認めるがよい。

選擇通知書

選擇通知書

年	月	日	住	所
買主	何	某殿	買主	何
				某〇

大正何年何月何日買下ニ對シ賣約致候石炭何萬噸ハ三池、赤石兩種ニ付キ何レニテモ拙者ニ於テ選擇ノ上差上申契約ニ有之候處今般三池炭到着致候ニ付キ右契約ニ於ケル石炭ハ拙者ニ於テ三池炭ヲ選擇致候、民法第四百六條及ヒ第四百七條ニ依リ此段及御通知候也

次に債權の目的選擇の催告書は左の如きものである

選擇の催告書

選擇の催告書

大正何年何月何日ノ石炭賣買契約ニ因リ買下(買主)ニ於テ三池、赤石兩種ノ中選擇ノ上辨濟期迄ニ御送付可有之筈ニ候處今ニ御送付無之ノミナラス其選擇ノ御通知モ無之ニ付テハ來ル何月何日マテニ右三池、赤石兩種中何レトモ御選擇相成度若シ同期日マテニ御選擇無之ニ於テハ民法第四百八條ニ依リ拙者(買主)ニ於テ選擇可致此段及催告候也

年	月	日	住	所
買主	何	某殿	買主	何
				某〇

第四 給付の不能の場合 選擇債權の目的たる給付の中初めから不能なるもの又は後に至つて不能となつたものあるときは債權は其殘存する物に付て存在するものである。蓋し選擇權者が其不能となつた給付を選擇することを得るものとするときは不能の給付を目的とする債權を認むることとなり債權の目的は可能たることを要すとの原則に反するからである。最も給付の不能が選擇權を有しない當事者の過失によつて生じた場合に於ては選擇權者は其不能の給付を選擇することが出来る。従て債務者は不能の給付を選擇して債務を免るゝことを得べきものである(民法四二〇條)。

第五 選擇權行使の效力 即ち選擇權を行ふた場合には其結果どうなるかと云ふに之に因つて債權の目的を確定する效力を生ずるものである。そして選擇は債權發生當時に遡つて效力を生ずるものであつて選擇に因つて確定した目的であつたと同一の效力を生ずるものである。最も之が爲めに第三者の權利を害することを得ざるものである(民法四一一條)。

選擇は債權發生當時に遡りて効力を生ずる

## 第四章 債權の效力

### 第一節 遲滯の事

債務者は債權者に對して辨濟期に辨濟を爲すべき義務を負ふて居るものであるのに其辨濟期が到來しても辨濟しなかつたときは遲滯の責任が生ずるものである。最も此の遲滯の責任の生ずるのは辨濟期限の約定ある場合のみに限らず此の約束のないときでも矢張り生ずるものである。併しながら辨濟期の觀念を全然離れて遲滯と云ふことを論ずることは出来ないものであるから債務者は如何なる時期に於て債務の履行を爲さざるべからざるかと云ふことを定めなければならぬ。債務履行の時期は次の三個の場合に區別することを得べきものである。

第一 債務の履行に付て確定期限のある場合 即ち債務辨濟の期限が定まつて居た場合には債務者は其期限に履行を爲さなければならぬことは勿論である(民法二二條)。例へば大正十年十二月三十一日を辨濟期と定めるときは其時に於て履行

遲滯責任は如何なる場合に生ずるや

期限のある場合

せなければならぬ。即ち「期限は人に代つて催告す」との格言通りて期限が到来したときは債権者が履行の請求其他の手續を爲さずとも債務者は當然履行の責に任ずるものである。

不確定期限のある場合

**第二** 債務の履行に付て不確定期限の定めある場合 例へば甲の死亡したときに債務を履行すべしと云ふが如き場合であつて斯る場合に於ては債務者が期限の到来したことを知つたときに履行を爲さねばならぬものである。若しも其期限の到来と同時に履行の責任が生ずるものとするときは債務者の知らざる間に期限が到来したときでも其履行の責あることとなり債務者に對して甚だ酷に失するからである(民法四一、二條二項)。

期限を定めない場合

**第三** 債務の履行に付て期限を定めなかつた場合 此の場合に於ては期限が到来するやうなことはないから債権者から債務者に履行の請求を爲すべく債務者は其請求を受けた時から履行を爲すべき義務を負ふものである。

以上の如く債務者は或一定の時期に於て履行を爲すことを要するものであるが此

の時期を経過するも履行を爲さないときは履行を遅滞したものと云ふべく又債権者に於ても債務者が履行を爲したのに之を受けないときは履行を受くることを遅滞したものと云ふことを得べきである。茲に於て始めて遅滞の問題が生ずるのである。

債務者の遅滞は如何なる場合に生ずるか

**第一** 債務者の遅滞 債務者の遅滞は履行時期が到来したのに拘らず債務の履行を爲さなかつた場合に生ずるものであるから(一)期限あるものに付ては期限の到来した時から(二)不確定期限の定めある場合には其期限の到来したことを知つた時から又(三)期限の定めなきものに付ては履行の請求を受けたときから何づれも遅滞の責に任ずるものである(民法四一、二條)。

斯くの如く債務者が履行を遅滞したときは債権者は如何にするかと云ふに(一)債権者は強制履行を裁判所に請求することを得(民法四一、四條)。又(二)債権者は遅滞の爲めに生じた損害賠償を請求し又は履行に代へ損害賠償の請求を爲すことを得べきものである(民法四一、五條)。猶ほ(三)債務者は不可抗力の場合に於ても危険負擔の

債権者の  
遅滞は如  
何なる場  
合に生ず  
るや

責に任じ(民法五三四條、五三五條)。(四)債権者は不履行を原因として契約の解除を爲すことを得べきものである(民法五四一條、五四二條)。

第二 債権者の遅滞 債権者の遅滞と云ふのは債務者が債務の履行として目的物を提供したのに拘らず履行を受くることを拒むとか又は之を受くること能はざる場合のことである。従て債権者の遅滞には左の如き要件を必要とするものである(民法四一三條)。

(イ) 債務者が履行の提供を爲したことを要するものである。履行の提供とは債務の履行を爲すに付て必要な一切の行爲を完了することを云ふのである。故に單に履行を爲すべきことを通知するのみでは履行の提供と云ふことを得ざるものである。

(ロ) 右の履行の提供は債務の本旨に従ふたものなることを要するは勿論、辨済に必要な凡ての條件を具備しなければならぬものである。是の故に例へば辨済を爲すべき場所以外に於て提供を爲すが如き又は百圓の支拂に銅貨のみを以

債権者遅  
滞の効果

てするが如きことは適法の提供と云ふことを得ざるものである。

(ハ) 債権者が債務の履行を受くることを拒み又は之を受くること能はざる場合なることを要するものである。

斯くの如く債権者が履行を受くることを遅滞したときは其效果として(一)債務者は不履行に因つて生ずべき一切の責任を免れ(民法四九二條)、(二)債務者は辨済の目的物を供託して債務を免るゝことを得べく(民法四九四條、四九七條)。又(三)遅滞の結果債務者に生じた損害は債権者に於て之を賠償する責任あるものである。

第二節 強制履行の事

強制履行と云ふのは債務者が任意に其債務を履行しない場合に訴を以て其債務の履行を強制することである。換言せば債務者に對し訴訟を提起して債務の給付を爲すことを求むることを云ふのである。民法第四百十四條第一項の規定に依れば債務者が任意に債務の履行を爲さないときは債権者は其強制履行を裁判所に請求することを得べきものである。尤も債務の性質が強制履行を許さないものである

強制履行  
とは何ぞ

債務者の  
滞りたる  
場合に於  
ける救済  
手段

ときは此限りでない、即ち債務不履行の場合に強制履行を請求し得ると否とは之を債務の性質によつて區別し其債務の性質が強制履行を許す場合に限り債務者に對して直接履行の訴求を爲すことを得べきものである。例へば書畫揮毫を目的とする債務の如きは訴を以て直接に債務者を強要して其履行を爲さしむることが出來ないものであるから強制履行を求むることを得ざるものである。反之金銭の支拂、物の引渡の如きは差押其他の方法を以て直接に其履行を強要することを得べきものであるから之を爲し得べきものである。債務の性質が強制履行を許さざるものであるか否かは各場合に付て債務の内容から觀察しなければならぬものであるが要するに債務者の意思及び行為を必要とするものは性質上強制履行を許さざる場合なりと云ふことを得るのである。そして債務の性質が強制履行を許さない場合に於ける債權者の救済手段は左の如きものである。

第一 債權が作為を目的とする場合 即ち或仕事とか若くは土地を明渡すとか云ふやうな或事を爲すことを目的とする債務の場合に於て債務者が履行を爲さな

かつたときは債權者は債務者の費用を以て第三者に之を爲さしむることを裁判所に請求し得べきものである。例へば甲が乙に對して地上の家屋を取毀ちて其地所の明渡を爲すべき債務を負擔して居る場合に於て甲が任意に家屋の取拂を爲さなかつたときは乙は甲の費用を以て第三者即ち執達吏等をして家屋の取毀を爲さしむる旨の裁判を求むることを得べきものである(民法四一、四二項)。

債務が意思表示即ち債務が法律行為を爲すことを目的とする場合には固より第三者をして之を爲さしむることを得ざるものであるから此場合には裁判を以て債務者の意思表示に代ふることを得べきものである。例へば甲が乙に對して登記の手續を爲すべき債務を負擔する場合に於て甲が任意に其手續を爲さなかつたときは乙は甲に對して其手續を爲すべき旨の裁判を求むることを得べきものである。此場合には裁判の確定に依り甲の意思表示のあつたと同一の効果を生じ乙は其裁判の謄本を添付して登記の申請を爲すことを得べきものである(民法四一、四二項)。

第二 債務が不作爲を目的とする場合 例へば甲が乙に對して乙の隣地に家屋を建てないことの債務を負うて居る場合の如きであつて、斯る場合に債務者が其義務に違反して家屋を建てたときは債務者は其建てた家屋を除去し且つ將來の爲め適當の處分例へば後日再び建築を爲したときは一定の違約金を支拂ふべき旨の裁判を求むる爲め債務者を訴ふることを得べきものである(民法四三項)。

以上説明した所は債務の性質が強制履行を許す場合と之を許さない場合とに於ける債權者の救濟手段であるが猶ほ債權者は之と同時に債務不履行に因つて生じた損害の賠償をも求むることを得べきものである(民法四一、四四項)。

### 第三節 損害賠償の事

損害賠償とは何ぞ——損害賠償の範圍如何——損害賠償の方法と算定——損害賠償額算定の場合——損害賠償に因る債務者代位の事

#### 損害賠償とは何ぞ

損害とは權利者が享受することを得べき法律上の利益

の喪失を云ひ賠償とは利益喪失の填補を云ふのである。そして其利益が有形上の利益であると無形上の利益であるとは之を區別しないのである。故に損害賠償と云ふのは權利者が享受すべき有形無形の法律上の利益喪失の填補を意味するものである。

廣く法律上の利益喪失の填補と云ふときは其原因一樣ならず、生命保險契約又は損害保險契約に於て保險金を受取るが如き、土地收用の場合に收用法の規定に依り損害の填補を受くるが如き、故意又は過失に因る權利の侵害ある場合に於て其損害の賠償を求むるが如き、何れも法律上の利益喪失の填補である。併しながら通常損害賠償と云ふのは不法行爲及び債務不履行に原因するものを指すものである。又法律上の利益と云ふときは有形的のものあり、例へば金錢の支拂を受くる場合の如きである。又無形的のものもある、例へば他人に對して彈琴を爲さしめざることを約した場合の如きである。而して損害賠償の場合に於ける法律上の利益と云ふのは其有形的なると無形的なるとを問はざるものである。茲に説き明か

損害は有形無形的なるを問はず

すのは債務不履行に因る損害賠償に付てゝある。

### 損害賠償の原因如何

茲に謂ふ所の損害賠償は債務の不履行に原因するものであつて債務不履行は二個の場合に區別し得べきものである。債務の本旨に従つた履行を爲さざるとき及び履行の不能の場合である(民法四一五條)。

#### 第一 債務の本旨に従つた履行なき場合

債務の本旨に従ふた履行のない場合は債務の目的、辨濟の時及び場所、其他履行に關する一切の態様に従ふた履行のないことを云ふのである。そして債務の本旨に従ふた履行のない場合は更に小別して不完全な履行と債務者の遅滞の二つに分けることが出来る。

(イ) 不完全履行 例へば辨濟の目的物の品質數量に不足ある場合の如きであつて斯る場合に於ては債権者は其不完全な履行を受けて其不足の部分に付ては補充賠償を求むることを得るは勿論、債権者は不完全な履行を受くる義務がないから履行を受くることを拒絶して全部賠償を求むることを得べきものである。

#### (ロ) 債務者の遅滞

此場合に於ては債権者は履行を受けると同時に正當の時期に履行ありしならば享受することを得べかりし利益の喪失に付て補充賠償を求むることを得べきは勿論である。併しながら債権者は履行を拒絶して全部賠償を求むることを得るや否やと云ふに、所謂全部賠償は之に因つて履行を受けたと同一の利益を享受するの結果を得せしむるものであつて民法の規定に依れば一方に於て債務者が任意に其債務を履行しないときは債権者は強制履行を求め得べく(民法四一四條)、他の一方に於て債務者が債務の本旨に従うた履行を爲さないときは損害の賠償を求むることを得べきものであるから(民法四一五條)。

(イ) 債権者は強制履行の請求を爲すか又は全部賠償の請求を爲すか二者の中共一を選択すべく(ロ)若し債務者が辨濟期後に於て履行の提供を爲したときは債権者は之を受けなければならぬものである、(ハ)但し債務の性質が強制履行を許さないとき、當事者が履行期を遵守することを必要條件と爲したとき又は履行期が経過した後の履行が債権者に毫も利益を與へざるときとの如き

履行不能  
とは何ぞ

ときは債権者は履行の提供を拒絶して全部賠償を求むることを得べきものと  
解した方がよいと思ふ。

第二 履行不能 茲に履行不能と云ふのは客觀的に履行が不能となつた場合のこ  
とである。例へば引渡すべき目的物が火災の爲めに焼失した場合の如きである。  
此場合に於ては債権者は最早履行を求めることが出来ないから全部賠償を求む  
るより外に途がないのである。但し其不能は債務者の責に歸すべき事由に因つ  
たことを必要とするものであつて若しも債権者の責任に歸すべき事由又は不可  
抗力に因つて履行が不能となつたときは債務者は不履行の責に任ずべきもので  
はない。

債権が金  
に見積り  
得ざるも  
の目的を  
賠償に損  
害を請求  
すること  
を得ず

終りに一言しなければならぬことは債権が金銭に見積り得べきものを目的としな  
い場合に於ても損害賠償の請求を爲すことを得るや否やは議論の岐るゝ所である  
が民法第四百十五條に於ては債務者が債務の本旨に従つた履行を爲さないときは  
債権者は其損害の賠償を請求することを得べく、債務者の責に歸すべき事由に因

債務不履行  
に因る損  
害賠償の  
請求を訴  
状とする

つて履行を爲すこと能はざるに至つたとき亦同様であると規定してあつて債務が  
金銭に見積り得べきものを目的とするや否やを區別して居ないから本問に對して  
は賠償の請求を爲し得べきものと論ずるのが至當のことと思ふ。猶ほ債務不履行  
に因る損害賠償請求の訴状は左の如き文句で認めるがよい。

債務不履行ニ因ル損害賠償請求ノ訴

住所稱職業	原告	何	某
住所稱職業	被告	何	某
請求ノ目的	被告力原告ニ對シ其債務ノ履行ヲ爲ササルニ因リ生シタル損害金何圓ノ賠償ヲ求ムルニ在リ		
請求ノ原因	原告ハ菓子用ノ生餡製造業者ニシテ一日生餡何石ヲ製造シ之ヲ各菓子製造業者ニ販賣シ來レルモノナル處大正何年何月何日ノ小豆買契約ニ因リ被告ヨリ右生餡ニ要スル原料タル北海道産ノ小豆何石ヲ買受クルノ約ヲ爲シ被告ハ大正何年何月何日マテ之ヲ原告ノ工場ニ運搬引渡ヲ爲ス義務ヲ負フニ拘ラス右期日ニ於テ其引渡ヲ爲サス依テ原告ハ屢々		



之カ督促ヲ爲シタルモ被告ハ小豆カ産地ヨリ未到着ノ故ヲ以テ遂ニ履行ヲ爲サス、爲メニ原告ハ原料ノ缺乏ニ因リ製鉛ノ事業ヲ中止セサルヘカラサルニ至リ遂ニ何日間ノ中止ヲ爲シ而シテ之ニ因テ一日金何回何日間合計何圓ノ損害ヲ生スルニ至レリ、而シテ是皆被告カ義務ノ履行ヲ爲ササルニ依リ生シタル損害ナルヲ以テ民法第四百十五條ニ依リ被告ニ對シ之カ賠償ヲ請ハスル爲メ本訴ヲ提起シタル次第ナリ

一定ノ申立  
被告ハ原告ニ對シ被告カ大正何年何月何日ノ小豆賣買契約ニ因ル義務ノ履行ヲ爲ササルニ因リ生シタル損害金何圓ヲ賠償スヘシトノ御判決相成度候也

證據方法及ヒ附屬書類

- 一 當事者間ニ於ケル小豆賣買契約書 壹通
- 一 被告カ原告ノ催告ニ答ヘタル書面 壹通
- 一 損害ヲ證明スヘキ原告ノ賣買帳簿 壹冊

年 月 日 右  
原告 何 某  
何地方裁判所長 何 某殿 某

債務不履行との損害  
因果關係を要す

**損害賠償の範圍如何** 債務不履行に因る損害賠償と云ふのは債務者が債務を履行しない爲め債権者が蒙つた法律上の利益喪失を填補することであつて此の不履行と云ふ事實と損害との間には原因結果の關係を要するものである。さて苟

損害賠償の範圍如何

くも因果關係の存する以上は損害の發生原因たる不履行の事實の外に他の事實の伴ふたと否とに拘らず、債務者は不履行に因つて生じた一切の損害を賠償する義務あるものであらうかどうかと云ふ問題が生ずる。即ち損害賠償の範圍如何とは此問題を云ふのである。此問題に付ては主義の分るゝ所であつて(イ)或は債務の不履行に因つて生じた一切の損害を賠償すべしとするものあり(ロ)或は又直接の損害と間接の損害とを區別し債務者の不履行に因つて生じた直接の損害のみを賠償すべきものとし(ハ)或は債務者は不履行の場合に豫見し得べき損害を賠償せざるべからずと論じ(ニ)或は債務不履行に因り避くべからざる損害のみを賠償せざしと爲すものあり(ホ)或は又債務者の故意又は過失に因つて損害賠償の範圍を異にすべしと爲す等損害賠償の範圍に付ては議論が頗る多い。併しながら我民法に於ては債務者は原則として不履行に因り通常生ずべき損害を賠償すべく例外として特別の事情に因つて生じた損害と雖も債務者が其事情を豫見し又は豫見することを得べかりしときは之が賠償の責任あるものである(民法四二六條)。之を分析説明すれ

ば左の如くなるのである。

一 損害は債務不履行に原因することを要するものである。損害と不履行との間には原因結果の關係の存することを要するは前に一言した如くであつて其理由は深く説明する迄もなく自己の行爲に基因せずして生じた損害を賠償するの理由が存しないからである。

二 損害は現實の損害と得べき利益の喪失を包含するものである。不履行の場合に於ては之が爲めに債權者の財産に現實の減少を生ずるとあるべく又は若しも完全の履行ありしならば債權者が財産上の利益を享受することを得べかりしものがあつたのに不履行の爲め之を獲得すること能はざるに至つたものもあらう。而して債務者は此二種の損害に付て賠償の責に任じなければならぬ。蓋し斯の如くして債權者の蒙つた法律上の利益の喪失は始めて填補せらるべきものなからである。

三 債務の不履行に因つて通常生ずる損害と云ふのは事物普通の成行に於て生ず

損害には  
得べき利益  
も包含す

通常生ずる  
損害は事物  
普通の成行  
に於て生ず  
る

べき損害を云ふのである。即ち不履行の事實が無かつたならば事物普通の成行に於て債權者が享受し又は享受することを得べかりし法律上の利益の喪失を云ふものである。例へば甲が乙に麥五百石を賣渡した場合に於て甲が乙に之を引渡すことが出来ぬときは乙は麥五百石の價格に相當する損害を受くるものと云ふべく、若し又右の場合に乙は麥商であつて甲から買受けた麥を他に賣却し、利益を得べかりしときは乙は甲の不履行の爲め其利益を失ふてあらう。斯る場合に於ける乙の蒙つた損害は甲の債務不履行に因り生じた通常の損害である。

四 特別の事情に因り生じた損害とは事物普通の成行に於て存し得ざる事情の存せし爲め生じた損害のことである。此種の損害は債權者に於て之を豫見し又は豫見し得べかりしときに於てのみ之を賠償する義務あるものであつて其豫見し又は豫見し得べかりしや否やと云ふことは債務不履行の當時の状態を標準として之を決すべきものである。何となれば債務者が債務履行の時期以前に於て

特別の事情  
に於て生ず  
る損害は債  
權者に於て  
豫見し得べ  
かりし

は斯る事情の存在することを豫見し又は豫見し得なかつたとしても履行の時期に於て之を豫見し又は豫見し得べかりし時は不履行の結果債権者に損害の生ずることは當然知り又は知ることを得べき場合であるからである。例へば甲が乙に米千石を賣却し乙は更に之を丙に轉賣して乙丙間に於て若しも米を引渡すことと能はざれば千圓の違約金を支拂ふことを約束したときに甲が乙に米の引渡を爲さず從て乙も丙に米の引渡を爲すことを得ざるに至つたときは乙は丙に對して千圓の違約金を支拂はねばならぬこと勿論であつて此場合に於ける違約金支拂の爲め蒙つた乙の損害は甲と乙との間に於ては事物普通の成行上生ずる損害ではない。併しながら甲が其履行の時期に於て乙丙間の契約を知り又は知り得べかりし時は若しも甲が乙に米の引渡を爲さざるに於ては乙は丙に對して違約金千圓を支拂はざるべからざるに至り從て乙に損害を生ぜしむることは明白の理であるから斯る場合には甲は乙に千圓の賠償を爲すべき義務を負担しなければならぬものである。

民法にて  
は金錢にて  
債を以て  
原則とす

損害賠償  
額の豫定

債務不履行の場合に於ける債務者の責任は叙上の如きものであるが若しも其不履行に於て債権者に過失あつたときは裁判所は其事情を斟酌し債務者に全然責任なしとし又は其責任あるも賠償額を減少することを得るものである(民法四一八條)。

**損害賠償の方法と算定**

損害賠償は如何にして之を爲すべきか即ち其方法如何と云ふに之に付ては學說立法例種々あつて或は原狀回復を賠償の方法と爲すものもあれば或は原狀回復又は金錢以外の物の給付を以て賠償方法と爲すものもあり或は又金錢の支拂を以て賠償の方法と爲すものもある。我國の民法に於ては原則として金錢賠償の方法を採用し若しも當事者が原狀回復等賠償の方法に於て別段の約束を爲したときは其意思表示の定むる所に從ひ賠償を爲すべきものと定めて居る(民法四一七條)。

金錢を以て損害を賠償すべき場合に於て當事者が特に其賠償金を豫定することあるべく又豫定しないこともあるであらう。若しも何等の豫定のなかつたときは裁判所は前に説明した様な標準に依り其事實を調査して其金額を決定しなければならぬ。

債権者に  
過失ある  
場合の賠  
償額を酌  
量する

らぬ。そして其算定方法に就ては民法に於て特に標準的規定を設けて居る。

一一六

第一 債務の不履行に關して債権者に過失のあつたときは裁判所は損害賠償の責任及び其金額を定むるに付て之を斟酌することを得べきものである(民法四二八條)。蓋し不履行の原因が債権者の過失に出でた場合に於ても猶ほ債務者に全部の賠償責任を負担せしむるのは酷に失するからである。乃ち債権者の過失の程度に依つて債務者に全然賠償の責任なしとするか又は責任があるとしても其金額を減少すべきものとするのが最も適當の措置と云はねばならぬ。

賠償額は  
法定利率に  
依るを原則  
とする

第二 金錢を目的とする債務の不履行に付ては其損害の賠償額は法定利率に依つて定むべく若しも利率に付て特約のある場合に其約定利率が法定利率に超ゆるときは約定利率に依るべきものである(民法四一九條一項)。

(イ) 債権者は損害の證明を爲すを要せざるものである。即ち實害の有無に拘らずして法定利率又は約定利率に依る損害賠償を求むることを得べきものである(民法四一九條)。蓋し債権者が債務不履行に因つて損害を受けたとする場合に

は其損害の生じた事由及び損害額を立證すべき責任を有することは勿論であるが金錢債権に在つては其證明を爲すこと頗る困難なことがあるのみならず取引上の實際に徴しても金錢の利用に付ては一定の利率に依る利息を金錢使用の時價とすることが通常であるから金錢債務不履行の場合に限り實害の證明を爲すことを要せずして法定利率又は約定利率に依つて算定した金額を損害の賠償として支拂はしむるのが便宜である。

(ロ) 債権者は法定利率又は約定利率を超過する損害賠償を求むることを得ざるものである。即ち實害が大きかつたとしても原則として利率を超過する損害の賠償を求むることを得ざるものである。蓋し金錢の用途は頗る廣いものであるから債務者が正當の時期に支拂を爲した場合には債権者の受くべき利益も亦用途に依つて異なるべきは多く言ふを俟たぬことであるけれども其用途如何の如きは債務者に於て固より之を知ることが出来ないのみならず用途を證明して債権者に賠償請求權を認むるときは偶々不正に債権者を利得せしむ

るが如き弊害が生ぜぬとも限られない。是の故に金銭債権に付ては利率を標準として賠償額を算定せしむるものとしたのである。

(ハ) 債務者は債務の不履行が不可抗力に出たことを理由として賠償の義務を免るゝことを得ざるものである(民法四一、九條二項)。元來何人でも不能の事項に付て責任を負はざるものであつて、不可抗力に付ても亦其責に任じないのが原則であるけれども、金銭債権の場合に於ては債権者は利率以上の賠償を求むるの権利なく、利率の範圍内に於ては實害の有無に拘らず又其實害の證明を要せずして賠償を求むることが出来るのであるから債務者も亦利率の範圍内に於ては不可抗力を以て抗辯と爲すことを得ざるものと爲さなければならぬ。つまり法律は斯のやうにして當事者保護の權衡平均を得せしめやうとしたのである。

叙上説明した所は金銭債権に關する特別の算定方法であるから之を金銭を目的としない債権に適用することが出来ないものである。又金銭債権の場合に於て

も其算定標準に付て別段の規定あるときは其規定に従ふべきものである。

### 損害賠償額豫定の場合

債権者は債務者が債務不履行の場合に於て金銭債権に付ては上述の標準に依り其他の債権に付ては損害を證明して債務者に對し損害賠償を求むることを得べきものであるが當事者は豫め不履行に付て損害賠償の額を約定することを得べきものである(民法四一、二〇條)。此事を損害賠償の豫定又は豫定損害賠償と云ふのである。

損害賠償額豫定の契約は債権を發生せしむべき主たる法律行為と同時に又は其後に之を爲すことを得べく、何れの場合に於ても其契約は從たる性質を有すること疑ひなきことであるから主たる行為が無効であるときは其契約も亦當然其效力を有せざるものである。

さて損害賠償の額を豫定する場合に於ては金銭を以て其額を定むることが通常であるけれども金銭以外のものを給付するとを約束しても差支のないこと勿論であつて、獨り金銭賠償に限らるべきものではない。即ち金銭以外の物例へば勞力を

損害賠償  
額豫定の  
契約

提供するやうなことを約定した場合の契約も有効である(民法四二一條)。蓋し賠償方法や其範圍の如きは畢竟當事者の利害に關する問題であつて毫も之を禁すべき理由がないからである。但し其契約が公の秩序又は善良の風俗に反することを得ざるは言ふ迄もないことである。例へば賠償方法として身體生命を提供するやうな契約は當然無効である。又當事者が賠償額を豫定した場合に於ても債權者が之を請求し得るのは債務者が契約の本旨に従ふた履行を爲さざるとき若くは債務者の責に歸すべき事由に因つて履行不能となつた場合でなければ不履行に因る損害賠償の豫定額を請求し得ざるものである(民法四一五條)。そして反對の意思表示のない限りは不履行の事實如何に拘らず苟くも不履行あるときは債務者が之を支拂ふべき義務あるものである。

次に損害賠償の程度に付ては法律に於て別段制限的の規定がないから當事者は任意に之を定むることを得べきものである。従て其豫定額と實損額とに差異の生ずることあるは當然であつて斯様な場合に於ても裁判所は其額を實損害と同様にす

豫定額と  
實損額

る爲めに増減することを得ざるものである(民法四二〇條)。蓋し賠償額豫定の目的は前に述べたやうな譯であるから若しも増減を許すものとせば賠償額の豫定を認めたる趣旨に反するからである。

損害賠償の豫定を爲すことを得る場合に付ては債務不履行の總ての時である。されば金銭債務に付ても亦適用あるものである。此故に金銭債務不履行に關する損害額の豫定は前に述べた金銭債務不履行に關する賠償額算定方法に對して例外を爲すものである。尤も利息制限法第五條には「返還期限を違ふときは負債主より債主に對して若干の償金、罰金、違約金、料料等を差出すべきことを約定することあるも概して損害の補償と看做し裁判官に於て該債主の事實受けたる損害の補償を不當なりと思量するときは之に相當の減少を爲すことを得」と規定してあるから金銭債務に付ては豫定賠償額を減少することを得べきものである。

豫定賠償額の請求は履行の請求と共に之を爲し得るか又は契約を解除した後にも之を爲すことを得るやと云ふに、此點に關しては主義一様でないけれども我

豫定賠償  
額の請求  
は履行の  
請求の

請求と共  
に爲すも  
契約を解  
除したる  
後之を爲  
すも妨げ  
なし

損害賠償  
額を定む  
る契約書

民法に於ては賠償額の豫定は履行の請求又は契約の解除を妨げずと規定し(民法四二〇條)其併立し得ることを定めて居る。従て債務履行の請求と同時に豫定賠償額の請求を爲すことを得べく又は契約を解除してから後に豫定賠償額の請求を爲し得べきものである。猶ほ契約者は往々賠償額の豫定を爲す外に所謂違約金の支拂を約束することがある。違約金と云ふのは約束の違背に對する制裁として債務者が債權者に支拂ふべき一定の金額であつて所謂契約罰と云ふものである。違約金の性質は之を賠償額の豫定と見るべきか又は履行確保の制裁と見るべきかは當事者の意思に依つて決するより外に途がない。然し民法に於ては違約金を以て一應賠償額の豫定と推定すべきものと爲して居る(民法四二〇條三項)。左に賠償額豫定契約書を示さう。尤も之を本契約書の附款として定めてもよいのである。

損害賠償額豫定契約書

住所 賣主 何 某

住所 買主 何 某

右當事者間ニ於テ債務ノ不履行ニ因ル損害賠償額ノ豫定ニ付キ左ノ契約ヲ締結ス

一、賣主何某ハ大正何年何月何日右當事者間ニ於ケル何々契約ニ因ル義務ヲ履行セサルトキハ買主ニ生スヘキ損害ヲ金何圓ト豫定シ大正何年何月何日ニ於テ之ヲ買主ニ支拂フヘシ

二、賣主何某ハ大正何年何月何日右當事者間ニ於ケル何々契約ニ因ル義務ヲ履行セサルトキハ其違約金ニシテ金何圓ヲ大正何年何月何日ニ於テ買主ニ支拂フヘシ  
右契約ヲ證スル爲メ此證書ヲ作り各署名捺印シ各其一本ヲ保存ス

年 月 日

右

何 何 某 某  
何 何 某 某

損害賠償に因る債務者代位の事

損害賠償に因る債務者の代位と云ふのは債務者が債權者に損害賠償を爲した場合に於て自己の利益の爲め債權者に代つて其債權者の権利を行ふことである。例へば(イ)甲が其所有の物件を乙に貸與した場合に返還時期に至つて物が窃取せられた爲め甲に對して返還の債務を履行す

ること能はざるに至つたとき、(ロ)甲が丙に對して債權を有して居つたのに丙は他人から財産の差押を受け競賣が實施されたので乙に委任して配當加入を爲さしめた。然るに乙が其加入を怠つた爲め甲は遂に配當を受けることが出来なくなつたと云ふやうな以上(イ)及び(ロ)の如き場合に於て乙は甲に對して不履行の責任を負擔すべきことは勿論であつて(イ)の場合には物の價額に相當する賠償を爲すべく(ロ)の場合には債權額に相當する賠償を爲すべき義務あるものである。然るに後日に至つて(イ)の場合に於ては窃取せられた物は丙と云ふ者の手中に存することが分明し(ロ)の場合に於ては丙が辨濟を爲し得る資産を有するやうになつたとせば甲は乙から損害の賠償を受けたとしても尙自己の權利として(イ)の場合に於ては丙に對して返還を求め得べく(ロ)の場合に於ては債權の辨濟を求むることを得べきものである。是の故に甲は二重の利得を爲すこととなるべきを以て曩に物又は權利の價額を賠償した乙は甲に對して不當の利得を原因として賠償金額の返還を求むることを得べきものである。併しながら債務者が之を證明し得たとし

債權者が  
代位する  
場合

代位とは  
何ぞ

代位に  
因る家賃  
請求の訴  
状

ても債權者が無資力となつては結局債務者は毫も償還を受けるとが出来なくなるやうになる。そこで法律では損害賠償に因る債務者の代位を認めたのであつて債務者が不履行の責任として其債權者に物又は權利價額を賠償したときは債權者は最早や其物又は權利に付き其權利を行ふことを得ず債務者は其物又は權利に付て當然債權者に代位するものである(民法四二二條)。

民法第四百二十二條には當然債權者に代位すとあるが其代位とは債務者が自己の利益の爲め債權者に代つて其權利を行ふことを云ふのである。故に債務者の行使する權利は債權者の權利であつて自己の權利でない。唯其行使が全然自己の利益の爲めにするのに過ぎないのである。そして其代位は當事者の意思によつて生ずるのではなく、賠償義務を履行した結果法律の規定に依つて直接に發生するものである。左に代位に因る請求訴状の雛形を示さう

代位に因る家賃請求の訴

住 所 族 稱 職 業



原告 甲 某  
住所 族稱 職業  
被告 乙 某

請求ノ目的  
被告ノ延滞セル何府縣何郡市町村番地所在木造瓦葺二階家建坪何坪ノ家屋ノ借賃金何圓  
請求ノ原因

原告ハ何府縣何郡市町番地族稱職業丙某ノ差配人ニシテ右丙某ノ所有セル家屋ノ賃借人  
中借賃ヲ延滞スル者アルトキハ差配人タル原告ニ於テ之ヲ立替ヘ右丙某ニ支拂フ約ナ  
リ・而シテ被告ハ右丙某ノ所有ニ係ル何府縣何郡市町村番地所在木造瓦葺二階家建  
坪何坪ノ賃借人ニシテ大正何年何月何日ヨリ何月ニ至ル何月分ノ家賃金何圓ヲ支拂ハサ  
ルニ因リ原告ハ右契約ニ基キ大正何年何月何日其金何圓ヲ右丙某ニ支拂シタリ即チ原告  
ハ民法四百二十二條ニ依リ丙某カ權利ノ價額ノ全部ヲ受ケタル場合ニ於テ其權利ニ付キ  
當然代位スヘキ者ナルヲ以テ茲ニ丙某ニ代位シ被告ニ對シ右借賃金何圓ヲ請求スル爲メ  
本訴ヲ提起シタル次第ナリ

一定ノ申立

被告ハ原告ニ對シ丙某ノ所有ノ何府縣何郡市町村木造瓦葺二階家建坪何坪ノ家屋ノ大正  
何年何月何日ヨリ何月ニ至ル借賃何圓ヲ支拂フヘシトノ判決相成度候也

證據方法及ヒ附屬書類ノ表示

- 一 原告丙某トノ差配契約書 登通
- 一 原告カ丙某ニ對シ支拂ヲ爲シタル金圓受取書 登通

一 被告ノ借賃ヲ證スル賃借證書  
年 月 日

登通

右

原告 甲

某

何區裁判所判事 何 某殿

第四節 債權の保全

債權の保全とは何ぞ——間接訴權の事——廢罷訴權の事

債權の保全とは何ぞ

債權者は債務者から辨濟を受けて始めて其權利を全  
ふする事が出来るのであつて若しも債務者から辨濟を受けるを得ざるに至つたと  
きは其債權を害せられたものと見なければならぬ。そして債務者は其財産全部を  
以て辨濟しなければならぬものであるから債權者は債務者の如何なる財産から  
も其辨濟を求むることを得べきものである。學者が債務者の總財産は總債權者の  
債權の共同擔保であると説明するのは此謂に外ならぬのである。されば債務者の  
財産の増減は直接に債權者に利害の影響あることは言ふを俟たぬことである。然

債權者は  
債務者の  
如何なる  
財産から  
も辨濟を  
受けるこ  
とを得る

しながら之れが爲めに債務者は當然財産處分の權能を奪はるゝ者でなく債權者も亦債務者以外の者に對して債權の效力を主張し債務者が處分した財産の取戻などを請求し得べきものではない。從て債務者が故意又は過失に因つて他人に對して有する自己の權利の行使を爲さないとか又は辨濟を爲すべき十分の資力のないのに財産の全部又は一部を處分して財産を減少したからとて債權者は之に對して苦情を言ふことを得ざるものであると言はねばならぬ。然かも此の議論を貫くときは債權者は如何なる場合に於ても債務者の爲すが儘に放任し、現に自己の債權に付て完全な辨濟を受ける事が出来なくなるのを袖手傍觀しなければならぬこと、なり債權者の爲めに甚だ不利益な結果を生ずるからして法律に於ては特に右の如き場合には債權者は自己に不利益を生ぜしむべき債務者の行爲不行爲に干渉し第三者に對しても債權の效力を主張し得べきことを認め、一面に於ては債務者が其權利を行使せざる場合に債權者に於て其權利を行使することを得せしめ他の一面に於ては債務者の爲した財産處分の行爲の廢罷を求むることを得せしめたのである。

債權保全  
の手段

間接訴權  
とは何ぞ

る前の場合は間接訴權と云ひ後の場合は廢罷訴權又は取消訴權と云ふのである。つまり此二個の權利は債權者の債權を保全する爲めに認められたものであるから之を債權の保全權利と云ふことを得べく又債權の效力と云ふ側から見て債權の第三者に對する效力と云ふことを得べきものである。

**間接訴權の事** 債權者は自己の債權を保全する爲め債務者が他人に對して有する權利を債權者が代つて行ふことを得べきものである(民法四二三條)。學說上に於て此の事を間接訴權と云ふて居る。即ち間接と云ふのは行使すべき權利が債務者の權利であつて債權者が直接に第三者に對して有する權利でないからである。又訴權と云ふのは裁判外に於ける單純な權利の行使をも包含するのである。例へば債務者に屬する金錢債權に付て訴訟を提起し債務者に屬する權利に付て登記又は時效中斷の行爲を爲すやうなものである。斯くの如く債權者が債務者に屬する權利を行ふに付ては民法上左の條件を具備しなければならぬ。

第一、債權を保全する爲め必要でなければならぬ。債權者は債權保全の爲めに必

要な場合に限り債務者の権利を行ふことを得べきものであつて、保全に必要な場合と云ふのは債務者の辨済資力が充分でない場合のことである。従て辨済資力が充分であるときは債権保全の必要なものである。そして債権者の債権は如何なる原因に由つて生じたかと云ふことは問はないのであるが、保全に適當する性質のもてなくてはならぬ。例へば作爲不作爲を目的とする債権の如きものは債権者の権利を行使しても之に因て権利保全を爲し得ざるが如きものである。

第二、履行期が到来しなければならぬ。債権者は履行期の到来以前に於ては其権利を行ふことを得ざるものであるから其保全行爲も亦之を爲すことを得ざるものである。尤も左の二つの場合に於ては例外として履行期前に保全行爲を爲すことを許して居る。

(イ) 裁判所の許可を得た場合 債権者は其債権の期限が到来しない間は裁判上の代位に依らなければ債務者の権利を行ふことを得ざるものである(民法四二

三)。裁判上の代位と云ふのは債務者の権利を行使するに付て裁判所の許可を受けることである。即ち債権者は自己の債権の期限前に於て債務者の権利を行はなければ其債権を保全することが出来ないとか又は之を保全するに困難を來すやうな處あるときは左の書式に従ひ申請を爲して裁判所の許可を受け債務者の権利を行ふことを得べきものである。

裁判上代位の申請書

裁判上代位ノ申請

住所族稱職業	申請人	何	某
住所族稱職業	債務者	何	某
住所族稱職業	第三債務者	何	某

保全セントスル債権  
大正何年月日利子何割大正年月日辨済ノ約ヲ以テ債務者ニ貸渡シタル金何千圓ノ債権  
行使セントスル權利  
債務者カ第三債務者ニ對シテ有スル大正年月日利子何程辨済期大正年月日貸金何千圓ノ

債權ノ上ニ設定シタル抵當權

申立ノ原因タル事實

申請人ハ前記表示ノ如ク債務者ニ對シ貸金何千圓ノ債權ヲ有シ未ダ辨濟期前ナルモ債務者ハ第三債務者ニ對シ金何千圓ノ債權ヲ有スル外他ニ財產毫モ之ナキノミナラス債務者ハ商業ニ失敗シタルヲ以テ期限前ナルニ拘ラス債務履行ノ強要中ナル由ニ付キ今日ニ於テ債權ヲ保全シ置クニアラサレハ辨濟期日ニ至リ保全セントスルモ其效果ナキモノニ有之候

申請ノ趣旨

右第三債務者ニ對スル債務者ノ債權ニ付キ代位ノ許可相成度候

證據書類

- 一 債權證書謄本
- 一 土地若クハ建物登記簿謄本

壹通 壹通

年 月 日

右

何

某殿

何區裁判所列事 何 某殿

(□) 期限前の保全行為は裁判所の許可を要するけれども保存行為は斯る手續を要するものではない。保存行為と云ふのは物又は權利の消滅を豫防する行

爲のことである。蓋し斯のやうな行為は履行期前に於て裁判上の代位に依らずして之を爲すことを許しても債務者に害なきのみならず却て利益あるが爲めである。

第三、債權者の行使すべき權利は債務者の一身に專屬する權利でないことを要するものである。債務者の一身に專屬する權利と云ふのは權利の性質上債務者の一身に着眼して認められたものであつて他人に移轉したり又は他人が承継することを得ざるものゝことである。例へば扶養を受ける權利の如きものを云ふのである。斯様な性質の權利は債務者のみに限り行使することを得べきものであつて債權者をして之を行使せしむること能はず又毫も保全の目的に適しないからである。

以上の三つの要件を具備する場合に於て始めて債權者は自己固有の權利に基いて債務者の權利を行使することを得るものであつて、其の債務者の權利を行使することを得る權利を名付けて間接訴權と云ふのである。而して債權者は第三者債務

即ち債務者から債務を負ふてる者に對して直接に履行を求むる權利を有するものではないから間接訴權は第三債務者に對して債務者に履行を爲すべきことを請求すべきものと解するのが相當であらうと思ふ。

廢罷訴權  
とは何ぞ

### 廢罷訴權の事

債權者は債務者が自分の權利を害することを知つて爲した法律行為の取消を裁判所に請求することを得べきものである(民法四二四條)。此の債權者の權利を害すべき債務者の行為を詐害行為と云ひ其行為の取消を詐害行為の取消又は廢罷と云ひ廢罷を求むる權利を廢罷訴權と云ふのである。

第一、廢罷訴權を提起することを得るには左の要件を備へなければならぬ。

(イ) 法律行為の存在がなければならぬ。廢罷訴權は債務者が債權者を害することを知つて爲した法律行為の取消を求むる權利を云ふものであるから法律行為の存在を前提要件とするものである。故に無効の法律行為は廢罷訴權に依らなくとも無効であるから債權者を害することなかるべく從て斯様な行為に對して此訴權を爲す必要がないのである。

(ロ) 法律行為は財産權を目的とするものなることを要するものである。蓋し廢罷訴權は債務者の財産の減少を防がんが爲めに存するものであるから取消の目的たる法律行為は財産權に關するものでなくてはならぬ。財産權を目的としない法律行為は毫も債務者の財産の増減に影響せず從て債權者の權利にも影響しないからである(民法四二四條)。

(ハ) 法律行為は債務者が其債權者を害することを知つて爲したものでなければならぬ。既に説明した如く債務者の財産は總債權者の共同擔保であるけれども之が爲め債務者は當然財産處分の權能を奪はるべきものではない。從て債權者の取消權が債務者の爲した財産權を目的とする法律行為の總てに對して行はるべきものと爲すは頗る過酷である。是の故に取消の目的たる法律行為は債務者が債權者を害することを知つて爲したることを必要とし債務者が之を知らずして爲した行為は假令財産減少の結果が生じたからとて債權者は之に容喩することを得ざるものである。債務者が債權者を害することを知つ

たかどろかば債務者の意思、財産の状態其他諸般の事情を参酌して決定すべき事實問題であつて債権者に於て之を立證しなければならぬものである。

(二) 受益者又は轉得者が其行爲又は轉得者の當時債権者を害すべき事實を知つたことを要するものである。受益者とは債務者が爲した法律行爲の相手方を云ひ、轉得者とは受益者から財産の移轉を受けた者を云ふのである。廢罷訴權は債務者の財産の減少を防ぐ爲め債権者に附與せられた權利であつて常に受益者に對して之を行使することを得るのみならず財産が轉讓した場合には轉得者に對しても之を行ふことを得べきものである。併しながら其廢罷を無制限に行はしむるときは第三者が適法に取得した權利までも害する結果を生ずるから受益者又は轉得者が其行爲又は轉得の當時に於て詐害を知つたときに限り債権者は其取消權を行ふことを得るものとしたのである(民法四二四條)。故に債務者も受益者も惡意であつて轉得者が善意であつたときは勿論、債務者も轉得者も惡意であつて受益者のみ善意であつた場合も亦廢罷訴權を爲し得べき

ものてはなす。

第二、廢罷訴權は如何にして之を爲すべきか、即ち其行使の方法如何と云ふに、廢罷訴權は所謂取消し得べき法律行爲の取消の如く相手方に對する意思表示に依つて之を爲すべきものではなく、債権者は裁判所に對して詐害行爲廢罷の訴を提起し取消の判決を求むべきものである。従て其判決確定に依つて取消の效力を生ずるものである。廢罷訴權を行ふべき訴即ち詐害行爲取消の訴の訴狀は次の如きものである。

詐害行爲取消の訴狀

詐害行爲取消ノ訴		住所族稱職業
	原告	甲 某
	住所族稱職業	
	被告	乙 某
	住所族稱職業	
	被告	丙 某
請求ノ目的		

被告兩名間ノ大正何年何月何日被告(乙)ノ所有ニ係ル何府縣何郡市町村番地所在木造瓦葺二階家建坪何坪ノ家屋ノ賣買契約ノ取消

請求ノ原因

原告ハ被告(乙)トノ明治何年何月何日ノ貸金契約ニ因リ被告乙ニ對シ元金何圓及ヒ利息何圓ノ債權ヲ有スル處、被告乙ハ無資力ノ狀態ニ假裝シ原告ノ債務ヲ免レントシ債權者タル原告ヲ害スルコトヲ知リテ大正何年何月何日ノ建物賣買契約ニ因リ其所有ニ係ル何府縣何郡市町村番地所在木造瓦葺二階家建坪何坪ノ家屋ヲ代金何圓ヲ以テ被告丙ニ賣渡シ被告丙亦當時債權者タル原告ヲ害スヘキコトヲ知テ之ヲ買受ケ大正何年何月何日登記ヲ受ケタリ、而シテ此被告等ノ行為ヲ以テ事實ナリトセハ被告乙ハ他ニ何等ノ財産ヲ有セサルヲ以テ原告ハ其債權ノ辨濟ヲ得ルヲ得ス、然ルニ右被告等ノ賣買行為ハ全ク原告ヲ害スルノ行為ナルヲ以テ原告ハ民法第四百二十四條ニ依リ被告兩名間ニ爲シタル賣買行為ヲ取消ス爲メ本訴ヲ提起シタル次第ナリ

一定ノ申立

被告兩名ハ大正何年何月何日被告兩名間ニ爲シタル被告乙所有ノ何府縣何郡市町村番地所在木造二階家建坪何坪ノ家屋ノ賣買契約ヲ取消スヘシトノ判決相成度候也

證據方法及ヒ附屬書類ノ表示

- 一 原告ノ債權ヲ證スル貸金契約書 壹通
- 一 被告兩名間ニ爲シタル家屋賣買登記簿謄本 壹通
- 一 被告ノ惡意ヲ證スル何々

年 月 日

右

原告 甲

某

何地方裁判所長(又ハ區裁判所判事)何某殿

第三、廢罷訴權行使の效果如何。元來意思表示に依つて爲すべき取消の效力は其

行為を始めから無効ならしむるものであるから廢罷訴權の行使即ち裁判に依つて取消を宣言せられた法律行為は始めから無効であると解すべきものである。そして其取消は總債權者の利益の爲めに其效力を生ずるものである(民法四二五條)。之

第四、廢罷訴權は債權者が取消の原因を知つた時から二年間之を行はなければ時

效に因つて消滅すべきものであつて行為の時から二十年を経過したときも亦同様である。斯くの如く廢罷訴權に付て二年の時効を認めたるは取消權は債權者に取つて頗る利益であるけれども債務者、受益者及び轉得者の如きは頗る不利益の地位に立つものであつて且つ善意惡意の證明の如きも年月を経るに従つて

頗る困難と爲るべきものなからである(民法四二六條)。

### 第五章 多數當事者の債權

多數當事者の債權とは何ぞ——不可分債務とは何ぞ——  
不可分債務の效力如何

#### 多數當事者の債權とは何ぞ

多數當事者の債權と云ふのは債權關係の當事者即ち債權者か若くは債務者が數人ある場合のことであつて例へば乙丙丁の三人が甲から牛一頭の引渡を受ける權利を有して居る場合の如き又甲が乙丙丁の三人から金千圓の辨濟を受ける權利を有して居る場合の如きである。前の場合は債權者が多數ある場合の例で、後の場合は債務者が數人ある場合の例である。斯様に債權關係の當事者が數人ある場合に於て各債權者又は各債務者は債權債務の一部分に付てのみ權利を有し義務を負擔する場合があつて學說上之を連合債務と稱して居る。之に反して各債權者は全部に付て其債權を行使し各債務者も亦全部に付て其債務を履行すべきものであるが若しも債權者又は債務者の一人が全部に付

多數當事者の債權とは何ぞ  
債務者が數人ある場合のこ  
となり

各債權者又は各債務者  
の割合を以て權利を有し  
義務を負ふ

て權利を行使し又は債務を履行したときは他の債權者は最早や其權利を行使することを得ず又他の債務者は全然其債務を免るゝに至る場合がある。我民法に於ける不可分債務、連帶債務及び保證債務などは此の場合に該當するのである。

民法の規定に依れば數人の債權者又は債務者ある場合に於て別段な意思表示なかつたときは各債權者又は各債務者は平等の割合を以て權利を有し義務を負ふべきものである(民法四二七條)。此の規定は多數當事者の債權に關する原則的規定であつて即ち債權關係の當事者多數ある場合に於ては連合債務を原則とするものである。

例へば乙丙丁の三人が甲から九百圓を借受けたときは各自三百圓宛を辨濟する義務を有するやうなものである。そして各債權者又は各債務者が幾何の割合を以て權利を有し義務を負ふかは當事者間の契約に依つて定むることを得べきものであるが何等の約定なかつたときは其割合は平等である。

#### 不可分債務とは何ぞ

債權の目的たる給付が不可分なるとき例へば牛一頭馬一頭といふが如く其目的物が性質上分割し得ざる場合は勿論、性質上分割し得



べき物であつても当事者が分割辨済を禁じた場合は矢張り不可分債務となるのである。

多數當事者間の不可分債務の性質に付ては學説が分れて居つて、一を單數説といひ他の一を複數説と云ふて居る。民法の解釋としては給付不可分なるときは債務も亦不可分であるから從て債權債務の關係は單數であつて單に其主體が複數であると云ふに止るものと解するのが正當である(民法四二九條)。

**不可分債務の效力如何** 不可分債務の效力に付ては(第一)債權者の多數なる場合と(第二)債務者の多數なる場合とに分けて説くのが適當である。

**第一、債權者の多數なる不可分債務の效力** 不可分債務の性質は單數の債權關係であるから理論上は多數の債權者は共同しなければ其債權を行使することが出來ず又債務者は總債權者に對してのみ其債務を履行すべきものである。併しなから斯様な權利の行使、義務の履行は實際上頗る不便であるから各債權者は總債權者の爲めに履行を請求し又債務者は總債權者の爲め各債權者に對して履行

單數説と  
複數説と

一人の債權者が全部の辨済を受けるときは他の債權者及び債務者間の關係は消滅する

一人の生じた事項に於ては他の事項に及ばず其效力を及ぼす

を爲すことを得るものである(民法四二八條)。從つて一人の債權者が全部の辨済を受けたときは他の債權者及び債務者間の關係は全然消滅すべきものである。此の規定は専ら實際上の便宜に着眼して定めたものであつて不可分債務が單數の債權關係たる以上債權者の一人が權利全部を處分し又は他の債權者の權利に影響を生ずべき行爲を爲すとを得ないのは理の當然である。故に不可分債權者の一人の行爲又は其一人に付て生じた事項は他の債權者に對して其效力を生ぜざるものである(民法四二九條)。又不可分債權者の一人と其債務者との間に更改又は免除あつた場合に於ても他の債權者の權利は毫も影響を受けることなく債務の全部の履行を求むることを得べきものである。尤も此場合に於ては其一人の債權者が其權利を失はなければ之に分與すべき利益を債務者に償還することを要すべきものである(民法四三〇條)。

**第二、債務者の多數なる不可分債務** 債務者の多數なる不可分債務の場合に於ても其性質は單數の債權關係に外ならないのであるから不可分債務者の一人の行

爲又は其一人に付て生じた事項は他の債務者に對し其效力を生じないのは勿論、不可分債務者の一人と其債權者との間に更改免除あるも尙他の債務者は全部の履行を爲さねばならぬものである。但し之が爲めに一人の債務者が免れた負擔部分は債權者から償還を受けることが出来るものである(民法四三〇條、四二九條)。

猶ほ民法は數人が不可分債務を負擔する場合に付て第四百三十四條乃至第四百四十條を除き連帶債務の規定を準用すべきことを定めて居る(民法四三〇條)。故に債權者は其債務者の一人に對し又は同時若くは順次に總債務者に對して全部又は一部の履行を求むることを得べく(民法四三三條)、不可分債務者の全員又は其中の數人が破産の宣告を受けたときは債權者は其債權の全額に付て各財團の配當に加入することを得べく(民法四四一條)、又不可分債務者の一人が債務を辨済したときは他の債務者に對し各自負擔部分に付て求償權を行ふことを得べきものである(民法四四二條)。不可分債務の效力は以上の如きものであるが若しも不可分債務が後に至つて可分債務に變じたときは分割主義の原則に復歸し各債權者は自己の部分に付てのみ履行を請求し各債務者は其負擔部分に付てのみ履行を爲すべき責に任ずべきものである(民法四三一條)。

### 第一節 連帶債務の事

連帶債務とは何ぞ——連帶債務の效力如何

#### 連帶債務とは何ぞ

凡そ數人の債務者ある場合に於て其數人の債務者が各自全部の債務を負擔し債權者は其中の一人の債務者に對し又は同時若くは順次に總債務者に對して全部又は一部の履行を求むることを得るものであるが債務者の中の一人が全部の履行を爲したときは他の債務者は其債務を免るべき場合には債務者間に連帶ありと云ひ、其債務を連帶債務と云ふのである(民法四三四條)。例へば乙丙丁の三名が甲から連帶で金三千圓を借受けた場合には乙丙丁は各自三千圓の債務を負擔し甲は乙丙丁の各自に對して金一千圓宛の請求を爲すことを得べきは勿論三千圓宛の請求をも爲すことを得べく又乙丙丁が共同して三千圓を支拂ふべきことをも請求し得べきものである。そして其請求に付ては甲は乙丙丁に同時に之を

爲すことを得べく又三人に順次に爲すことをも得べきものである。若しも乙丙丁の中の一人が三千圓全部を辨済したときは他の者は全然其債務を免るべきものである。

連帶債務は同一目的の結果を目的とする

連帶債務の性質に付ては單一債務説と複數債務説との二説がある。我民法の解釋としては複數債務説を正當としたがよい。即債務者各自が全部の債務を負擔するけれども其各自の債務は全然無關係でない同一の結果を目的とするものである。故に一人の債務者が全部の辨済を爲したときは他の債務者は其債務を免るゝものである。是れ畢竟するに連帶債務が一方に於て連合債務と其性質を異にすると同時に他の一方に於て不可分債務とも其性質を異にする所以である。そして連帶債務が複數債務たる結果として連帶債務者の一人に付て法律行爲の無効又は取消の原因が存在しても之が爲め他の債務者の債務の效力を妨ぐるものないものである(民法四三三條)。

連帶債務發生の原因は必ずしも單一の事實でなくともよい、連帶債務者は各別の

契約を以て連帶債務を負擔することを妨げざるものである。そして其發生原因は二つあつて、一は法律の規定で他の一は當事者の意思即ち主として契約である。

例へば共同不法行爲に因る損害賠償の債務は其數人の不法行爲者が連帶して之を負擔すべきものであつて之は法律の規定に因る連帶債務發生の原因である(民法七一九條)。

又當事者の意思表示に因る發生の原因は單獨行爲と契約とに區別することが出来るけれども契約に因ることが最も多く且つ普通である。そして其意思表示は明示でも黙示でもよいけれども必ず特別に其旨の意思表示がなければならぬものである。換言すれば民法上の原則として何等別段の意思表示なきときは數人が負擔する場合は連合債務であつて連帶債務でないからである。併しながら商事に關するものは連帶責任であつて連合責任でないといふことは商法第二百七十三條を一讀すれば明かである。猶連帶借入金證書は次の如く認められたがよい。

金圓連帶借用契約書

住所

右當事者間ニ於テ金圓貸借ノ連帶債務ニ關シ左ノ契約ヲ締結ス

第一條 債務者何某及ヒ何某トハ連帶ヲ以テ金圓圓ヲ債權者何某ヨリ借受ケタリ

第二條 債務者カ債權者ニ對シ前條ノ金圓ヲ辨濟スヘキ時期ハ大正何年何月何日トス

第三條 第一條ノ金圓ノ利息ハ一ヶ月金圓圓ト定メ其支拂ノ時期ハ毎月末日トス

第四條 元本及ヒ利息ノ辨濟ノ場所ハ辨濟ノ時ニ於ケル債權者ノ住所トス

第五條 債務者ハ二年以上第三條ノ利息ノ支拂ヲ怠ルトキハ第二條ノ期限ノ利益ヲ失フ

第六條 債務者カ此契約ノ履行ヲ爲サ、ルトキハ債權者ハ債務者ノ一人ニ對シテ全部ノ履行ヲ請求シ又ハ同時若クハ順次ニ總債務者ニ對シ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得

右契約ヲ證スル爲メ此證書ヲ作り各署名捺印シ各一本ヲ保存ス

年 月 日

住所	債權者	何	某
住所	連帶債務者	何	某
住所	連帶債務者	何	某

右

何 何 何

某 某 某

右の外舊式に倣つて左の如く認めてもよい

連帶借用證書

一 金圓圓也 但利息一ヶ年何割ノ約

前記ノ金圓圓者共兩名ニ於テ連帶ヲ以テ借用致候事確實也、就テハ利息ハ毎月末日限リ又元金ハ大正何年何月何日限リ何レモ貴殿方へ持參必ズ御返濟可致、萬一利息二年以上延滞致候節ハ期限ニ拘ラス何時ニテモ御請求相成不苦又本件債務ハ拙者共連帶ヲ以テ頁擔候義ニ付御請求ノ場合ニハ拙者共兩名中ノ一人ニ對シ全部ノ御請求相成候トモ又ハ同時若クハ順次ニ拙者共ニ對シ全部ノ御請求相成候トモ固ヨリ異存無之候依テ連帶借用證書差入置候也

年 月 日

住所	住所
連帶債務者	連帶債務者
何	何
某	某
住所	住所
連帶債務者	連帶債務者
何	何
某	某

連帶債務の效力如何 連帶債務の效力は債權者と債務者との間に於ける效

契約書式大全 第二編 債權上の契約(總論) 第五章 多數當事者の債權 一五九

債権者と債務者の関係

力及び債務者相互間に於ける效力の二つに區別することを得べきものである。

第一、債権者と債務者との間に於ける效力 數人の債務者が連帶責任を負擔するときは債権者は其債務者の一人に對し又は同時若くは順次に總債務者に對し全部又は一部の履行を請求することを得べきことは前に述べた如くである故に連帶債務者の全員又は其中の數人が破産の宣告を受けた場合に於て債権者が其債權の全額に於て各破産財團の配當に加入することを得べきものであつて此の事は連帶債務の性質から生ずる當然の效力である(民法四一、四二條)。

連帶債務者の一人に於て法律行為の無効又は取消の原因が存在しても之が爲めに他の債務者の債務の效力に何等影響を及ぼさざるは勿論(民法四三、四四條)、連帶債務者の一人に於て如何なる事項が生じたからとて其事項は他の債務者に對して其效力を生ずるものではない(民法四〇條)。併しながら連帶債務は各債務者に於て同一の結果を生ずることを目的とするものであるからして左の如き例外の規定を設けたのである。

債権者の請求に對する他人の債務を消滅せしむる效力を生ずるもの

(イ) 請求 即ち連帶債務者の中の一人に對して債権者が履行の請求を爲したときは他の債務者に對して其效力を生ずるものである(民法四三、四四條)。例へば乙丙丁の連帶債務者中乙が債権者甲から請求を受けたときは之に因つて丙丁も亦遲滞の責に任ずべく又丙丁に對する甲の債權の消滅時効は中斷せらるゝやうなものである。

更改は總債務者の爲めに債務を消滅せしむるもの

(ロ) 更改 更改と云ふのは舊債務を消滅せしめて新債務を發生せしむる契約のことである(民法四五條)。而して連帶債務者の一人と債権者との間に更改契約があつたときは債權は總債務者の爲めに消滅すべきものである(民法四五條)。例へば甲と乙とが更改契約を爲したときは甲に對する丙丁の連帶債務も亦消滅するやうなものである。但し更改契約に因つて生じた新債務が丙丁に何等關係を有しないのは勿論である。

(ハ) 相殺 相殺と云ふのは後にも述べることだが二人が互に同種の目的を有する債務を負擔する場合に於て各債務者が其債權を以て自己の債務の辨済に

相殺も總  
債務者の  
利益の爲  
に消滅す  
め

一六二

充て之に因つて其對當額に付て債務を免るゝ方法である(民法五〇五條)。連帶債務者の一人が債權者に對して債權を有する場合に於て其債務者が債權者に對し相殺の意思表示を爲したときは債權は總債務者の利益の爲めに消滅するものである(民法四三六條)。例へば乙が甲に對して三千圓の債務を有して居た處が自分も丙丁と共に甲から三千圓の連帶債務を負擔して居る爲め甲に對し自己の連帶債務三千圓と相殺すべき旨の意思表示を爲したときは乙の債務は之に因つて消滅するは勿論丙丁の連帶債務も亦消滅すべきものである。併しながら債權者に對して債權を有する債務者が相殺を援用しない間は其債務者の負擔部分に付てのみ他の債務者に於て相殺を主張することを得べきものである(民法四三六條)。例へば乙丙丁の各自の負擔部分は千圓であると假定し乙が前記の如く相殺の意思表示を爲さず、そして丁が甲から履行の請求を受けたときは乙の負擔部分たる千圓に付ては乙が甲に對する三千圓の債權と對當額に付て相殺を爲すべき旨を主張し結局二千圓を辨濟すればよいものである。

一人に對  
する免除  
は他の債  
務者に効  
力を生じ  
ず

(二) 免除 免除と云ふのは債權者が其債權を拋棄する單獨行爲のことと通俗に云へば債務者の債務を免してやることである(民法一九條)。連帶債務者の一人に對して債務を免除したときは其債務者の負擔部分に付ては他の債務者の利益の爲めに其效力を生ずるものである(民法三七條)。例へば前例に於て甲が乙に對して免除の意思表示をしたときは其免除は他の債務者に對しては乙の負擔部分たる千圓に付てのみ效力を生じ、丙又は丁は二千圓を辨濟すればよいのである。

混同によ  
つて債務  
全部消滅  
す

(ホ) 混同 混同とは債權及び債務が同一人に歸することを云ひ債權は混同に因つて消滅するものである(民法二〇條)。連帶債務者の一人と債權者との間に混同あつたとき例へば連帶債務者の一人が債權者の權利を讓受けたときは其債務者は辨濟したものと看做さるゝものである(民法三八條)。茲に辨濟を爲したものと看做すと云ふのは連帶債務の全部を辨濟したものと看做し從て他の連帶債務者の債務は之に因つて全然消滅するものである。前例を以て云へば乙債務者

時効を援  
用したる  
者の負担  
部分の付  
き責任を  
免る者

連帯債務  
貸金請求  
の訴状

が甲債権者から債権の譲渡を受けたときは乙は三千圓全部を弁済したものと  
看做され従て丙丁は其債務を免るゝものである。

(へ) 時効 連帯債務者の一人の爲めに時効が完成したときは其債務者の負擔  
部分に付ては他の債務者も亦其義務を免るべきものである(民法四三九條)。前例に於  
て乙に付て消滅時効が完成したときは乙は全然其義務を免るゝは勿論丙も丁  
も亦乙の負擔部分たる千圓に付ては其義務を免るゝものであるから結局二千  
圓を弁済すれば足るものである。

猶ほ連帯債務に因る貸金請求の訴を起すには左の書式に従て訴状を認めたとす。

連帯債務貸金請求の訴

住所	原告	甲	某
住所	被告	乙	某

住所	被告	丙	某
----	----	---	---

請求ノ目的  
原告カ被告兩名ニ連帯債務ヲ以テ貸與シタル金何圓及ヒ利息金何圓ノ辨済  
請求ノ原因

原告ハ被告兩名ニ對シ大正何年何月何日ノ連帯貸金契約ニ因リ利息一ヶ月金何圓、辨済  
期大正何年何月何日ノ約定ヲ以テ元金何圓ヲ被告兩名ノ連帯ヲ以テ貸與シタル處、被告  
ハ辨済期ニ至ルモ其辨済ヲ爲サス、而シテ被告兩名ハ原告ニ對シ連帯ヲ以テ義務ヲ負擔  
スル者ナルニヨリ即チ原告ハ被告兩名ニ對シ右貸金何圓及利息何圓ノ支拂ヲ請求スル爲  
メ民法第四百三十二條ニ依リ兩名ニ對シ本訴ヲ提起シタル次第ナリ

一定ノ申立  
被告兩名ハ大正何年何月何日ノ貸金契約ニ基キ原告ニ對シ連帯ヲ以テ金何圓及ヒ利息金  
何圓ヲ支拂フヘシトノ判決相成度候也

證據方法及ヒ附屬書類ノ表示  
一 原告ノ債權ヲ證スル連帯貸金契約書 壹通

年 月 日

右 甲 某印

何地方裁判所長(又ハ區裁判所判事)何某殿

第二、債務者相互間に於ける效力 連帯債務者即ち連借人は各自債權者に對して全部の履行を爲すべき義務を有するとは既に説明した如くである。併しながら其債務は眞實何人の負擔に歸すべきものであるかは債務者相互間の關係に依つて定めなければならぬことである。即ち債務者の中の一人が全部借金して他人を連借人とすることもあるし、或は各自平等の割合を以て之を負擔する場合もあるし、又或は其割合が平等でない場合もあつて要するに債務者相互間の關係は相互間の特約及び連帯債務者が各自受けた所の利益の割合に依つて定まるものである。斯くの如く連帯債務者が各自負擔部分を有する場合に一人が全部の債務を履行したときは自己の負擔部分以上の分は結局他人の債務を辨濟したものと云ふべく從て此部分に付ては他の債務者に對して其償還を請求することを得べきもので此權利のことを求償權と云ふのである。以下債務者相互間の效力に付て民法の規定する所を説明しやう。

(イ) 連帯債務者の一人が債務を辨濟し其他自己の出捐を以て共同の免責を得

辨濟を爲す  
連借人たる  
債務者を爲す  
有る

たときは他の債務者に對して其各自の負擔部分に付て求償權を有するものである(民法四二條)。茲に其他の出捐と云ふのは例へば更改、相殺等に因り他の債務者が其義務を免るゝことである。債務者相互間に於ける負擔部分に付て何等特約のなかつたときは民法第四百二十七條の規定に依り各自平等の負擔たるべきものである。例へば前例に於て乙が甲に對し三千圓を辨濟したときは乙は丙丁に對し千圓宛の償還を求むることを得るものである。

(ロ) 求償權の範圍は(一)辨濟の爲め給付したものと及び出捐の價額(二)辨濟其他免責あつた日以後の法定利息(三)避くることを得なかつた費用例へば運送費、爲替料の如きものと及び(四)其他の損害の賠償例へば求償者が辨濟の爲め他から金融を爲した場合に法定利率以上の利息を支拂ひ又は財産を安價で賣却したが爲めに生じた損害の如きである。

(ハ) 連帯債務者の一人が債權者から辨濟の請求を受けたことを他の債務者に通知しないで辨濟を爲したとか其他自己の出捐を以て共同の免責を得た場合



に於て他の債務者が債権者に對抗することを得べき事由を有つて居たときは其負擔部分に付て之を以て求償権者に對抗することを得べきものである(民法三四三)。即ち民法は連帶債務者の一人が履行の請求を受けたときは必ず其旨を他の債務者に通知するの義務あるものと爲し此義務に違背して通知を爲さず辨濟其他出捐を爲したときは其過失の責に任せしめ對抗事由を有した債務者に對しては其負擔部分に付て求償権を失ふべきものと爲したのである。例へば乙が甲から請求を受けながら此の事を丙丁に通知しないで辨濟を爲した場合に丁が取消の原因を有して居たときは乙が丁に對して求償権を行使しても丁は之を拒否することを得べきものである。但し其對抗事由が相殺である場合に於ては過失ある債務者は債権者に對し相殺に因つて消滅すべかりし債務の履行を請求し得べきものである。例へば丁が甲に對して二千圓の債権を有する場合に乙が甲の請求に應じて他の債務者に通知しないで連帶債務三千圓を支拂ふたときは乙が丁に對して丁の負擔部分千圓に付て求償権を行使しても

丁は之を拒絶することを得べきものである。併しながら丁が甲から二千圓の辨濟を受けたときは乙に對して求償を拒絶した千圓の部分は不當に利得する結果となるから乙は丁に代り此千圓の部分に付ては甲に對して返還を求むることを得べきものである。連帶債務者の一人が債権者から辨濟の請求を受けた場合に他の債務者に對して其旨を通知するには口頭でも手紙でも傳言でもよいのであるが最も確實にするには左の如き通知書を發するのが一番よい方法である。

連帶債務ニ付キ債権者ヨリ請求ヲ受ケタル通知書

大正何年何月何日貴下ト連帶ニテ何府縣何郡市町村番地族稱職業何某ヨリ借受候金何圓及ヒ利息金何圓ニ付キ何某ヨリ大正何年何月何日拙者ニ於テ請求テ受ケ(又ハ大正何年何月何日拙者ヲ被告トシテ何裁判所ニ請求ノ訴ヲ起シ)候間此段及御通知候也

年 月 日

住所

連帶債務者 乙

某◎

連帶債務者 丙 丁殿

債権者よ  
り請求を  
受けたる  
旨の通知  
式書

(二) 連帶債務者の一人が辨濟其他自己の出捐を以て共同の免責を得たことを他の債務者に通知することを怠つたが爲めに他の債務者が善意即ち其事實を知らないで債權者に辨濟を爲したとか其他有償に免責を得たときは其債務者は自己の辨濟其他免責の行爲を有效なりしものと看做すことを得べきものである(民法四三條)。即ち民法は辨濟又は免責行爲を爲した者は其旨を他の債務者に通知するの義務あるものと爲し此義務に違背したときは其過失の責任として他の債務者の辨濟は有効と看做され自己の辨濟其他の免責行爲は全然無効となり求償權の行使を爲すことを得ざるに至ることあるべきを定めたのである。だから連帶債務辨濟の通知は實に必要なことと言はねばならぬ。通知書は左の如き意味で認めるがよい。

連帶債務辨濟ノ通知書

大正何年何月何日貴下ト連帶ニテ何府縣何都市町村番地族稱職業何某ヨリ借受候金何圓及ヒ利息何圓ハ大正何年何月何日右何某ヨリ請求ヲ受ケ又ハ起訴セラレ候ニ付キ大正何

年何月何日拙者ニ於テ右何某ニ對シ辨濟致候間此段及御通知候也

年 月 日

住所

連帶債務者 丙 某殿

連帶債務者 乙

某印

免責の旨を通知せ

債務辨濟の通知書

資力ある者之れなき者に代つて負擔す

過失ある求償者

(ホ) 連帶債務者中に償還の資力ないものあるときは其償還すること能はざる部分は求償者及び其の資力ある者の間に於て各自の負擔部分に應じて之を分擔するものである(民法四四條)。例へば乙が甲に對して三千圓全額を辨濟した場合に丁が其負擔部分たる千圓を償還すべき資力ないときは乙と丙の兩人に於て之を分擔すべきものである。畢竟求償者一人にのみ損失を與ふることは頗る過酷なからである。然し之に對しては左の如き例外がある。

(1) 求償者に過失あるときは他の債務者に對して分擔を請求するを得ざるものである(民法四四條但書)。蓋し無資力者が其資力を失はざる時期に求償權を行使するとを怠つたやうな場合には無資力者から償還を受けることの出來

債權者は  
連帯免除に  
部分を負担  
する

ないやうになつたのは結局自己の不注意から生じたものと言はねばならぬからである。

(2) 連帯債務者の一人が連帯の免除を得た場合に於て他の債務者中に辨済の資力のない者あるときは債權者は其無資力者が辨済すること能はざる部分に於て連帯の免除を得た者が負擔すべき部分を負擔するものである。  
(民法四四五條)。前例に於て丙が連帯の免除を得たときは丙は甲に對して其負擔部分たる千圓を辨済すれば足るものであつて他の債務者の負擔部分に於ては何等の責任を負はぬものである。從て丁が無資力の場合にも其半額を負擔することなく、此場合には乙が其半額たる五百圓を負擔し債權者たる甲は残りの五百圓を負擔すべきものである。茲に注意しなければならぬことは連帯の免除は單に連帯債務者として債務額全部に對して責任を負ふべきことを免除せらるゝのみであつて債務其ものを免除せらるゝものではないと云ふことである。

### 第二節 保證の事

保證債務とは何ぞ——保證債務發生の原因——保證債務の效力如何

#### 保證債務とは何ぞ

保證人は主たる債務者が其債務を履行しない場合に於て其履行を爲す責に任ずるものである(民法四四六條)。即ち保證債務とは主債務者が債務を履行せざる場合に其履行を爲すべき債務を云ふものである。左に之を分析して説明しやう。

保證人は如何なる義務を負ふや  
對人擔保とは何ぞ

第一、保證債務は對人擔保である。對人擔保とは人の資力信用を以て債務の辨済を確保することを云ふのであつて對物擔保即ち抵當權とか質權とか云ふものと違ふ所は一は擔保せらるゝものが人であつて一は物であるといふ點である。保證債務は債務者が辨済の資力のない場合に保證人自ら其債務を辨済すべきものである。

第二、保證債務は從たる債務である。從たる債務とは其存在に他の債務の存在を

前提とすることを云ふのである。保證債務の前提たるべき他の債務を主たる債務と云ひ、之を負擔するものを主たる債務者と云ふのである。保證債務は従たる債務であるから主たる債務が消滅するときは保證債務も亦消滅すべきものである。併しながら主たる債務は必ずしも保證債務發生の當時に於て既に存在して居つたものでなくともよい。將來に於て發生すべきものたる以上は保證債務の成立に妨げなきものである。例へば甲が店舗を開き乙から商品を買入るゝ約束を爲した際に丙が乙に對して商品代金滞納の折は保證人として辨償することを約定するが如き場合である。保證債務が従たる債務の結果として左の如き効果を生ずるものである。

(イ) 保證債務の目的は主たる債務の目的と同一でなければならぬ。例へば主たる債務が金銭債務なるときは保證債務も亦金銭債務たることを要するが如きものである。故に金銭債務を保證する爲め特定物の給付を約束しても保證債務は成立せざるものであつて又主たる債務が性質上主たる債務者でなければ

ば履行すること能はざるものであるときは之に付て保證債務は成立すべきものではない。蓋し保證人は主たる債務者が不履行の場合に其債務を履行すべきものであつて保證人の履行すべき債務は畢竟主たる債務者の債務に外ならないからである。

保證債務が主たる債務と其目的を同うするの結果其債務の内容に於ても亦同一でなければならぬ、故に主たる債務の元本は勿論之に従たる債務即ち利息、違約金、損害賠償等をも包含するものである(民法四四七條)。併しながら保證債務は其性質が従たる債務たるに止まり、債務としては固より別箇の存在を有するものであるから其不履行に關しては保證人は自己の保證債務に付てのみ違約金又は損害賠償の額を豫定することを得べきものである。

(ロ) 保證債務は主たる債務よりも重くしてはいかぬ。保證人の履行すべき債務は主たる債務者の債務に外ならないものであるから主たる債務よりも重い道理のあらう筈がない。若しも保證人の負擔が主たる債務よりも重いときは之