

家庭
必携
金錢貸借上の心得

辯護士 大塚表一君著

東京
畫中樓書院

259
801

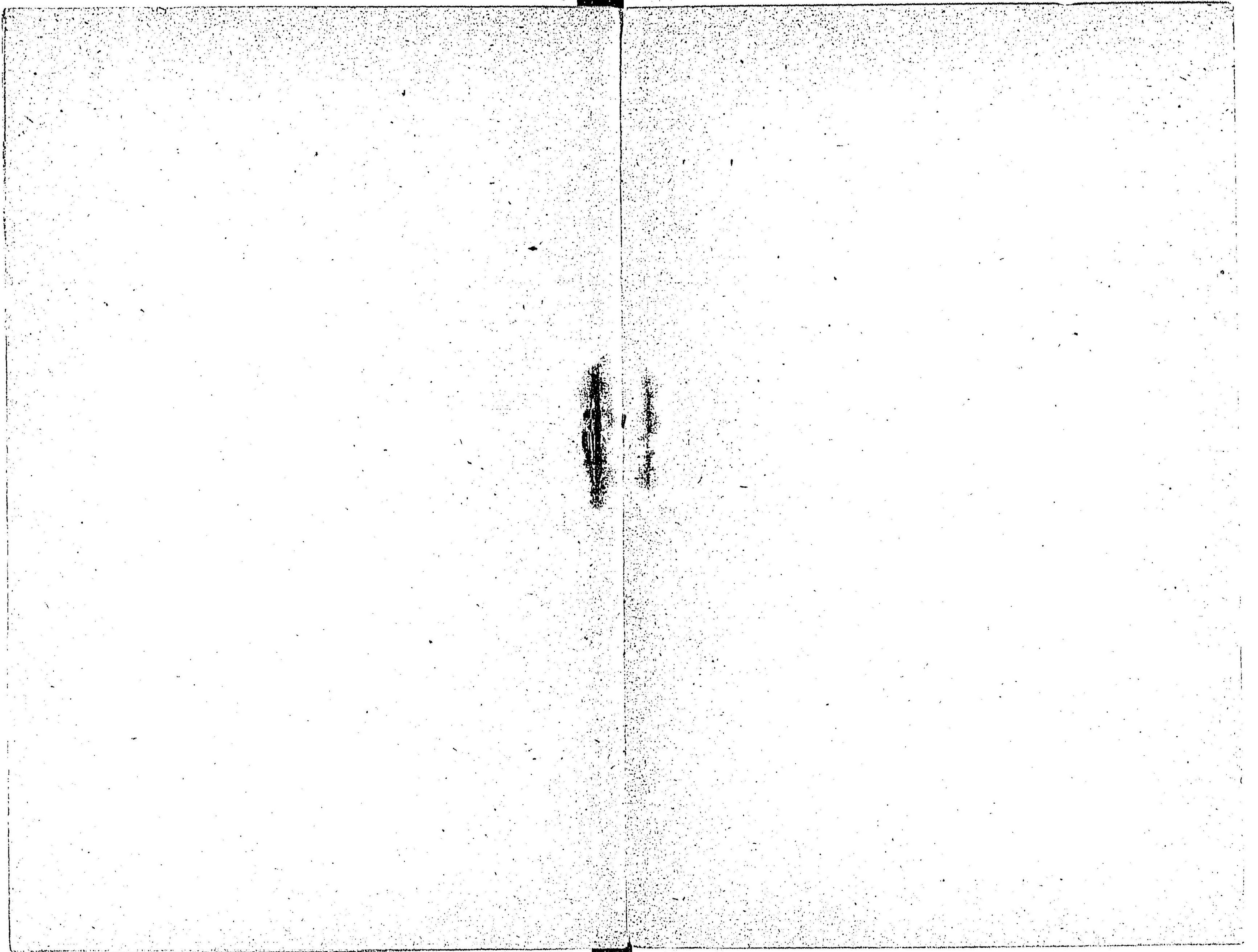
310231-000-0

特71-864

家庭必携金錢貸借上の心得

大塚 表一 著

M42.12

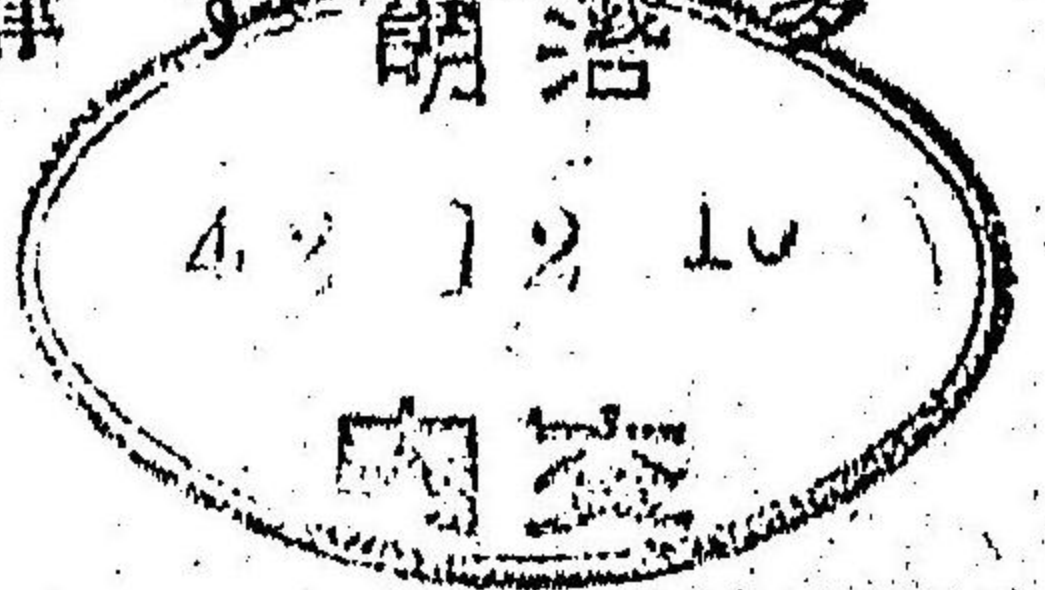


緒言

金錢の貸借は如何なる家庭に於ても行はるゝ事柄である、余は多年辯護士の職務に従事したる經驗により民事訴訟の約四割が金貸借上の紛争なる事實を觀て、其の原因を研めたるに、其多くは當業者が金錢貸借に關する法律上の智識なきが爲め無益の濫訴を起すものなることを知りたるが故に、自ら淺學を顧みず一般家庭の法律顧問と爲すべく本書を著したる次第であります。

一 本書は余が口述せるところを筆記せしめて其儘印刷に付し成れるが故に、筆記者の變更により文體も亦相違するを免かれず讀者之れを寛恕せよ。

一 振假名は専ら讀み方の便を計り、「はふ」「ほふ」「ほー」を附してふも



やう「ちよう」は總て「しよ」に附し「せふ」等は「しよ」に附するが
如く爲したり、

明治四十二年十月

著者しるす

目録

第一章	金錢貸借關係の法律上の性質	一
第二章	金錢貸借の種類	七
第一節	信用貸借と擔保附貸借	七
第二節	條件附貸借と無條件の貸借	八
第三章	貸主及び借主の能力に付ての心得	一〇
第一節	未成年者、禁治産者、準禁治産者、妻が貸借する場合	一〇
第二項	禁治産者	二〇
第三項	準禁治産者	二三
第四項	妻	二四
第五項	取消及び追認	二六

判決例

第二節 社寺が貸借する場合

判決例

第三節 會社組合が貸借する場合

判決例

第四節 貸主又は借主が死亡若しくは隠居したる場合

場合

第五節 貸主又は借主が失踪したる場合

第四章 期限に付ての心得

第一節 確定期限又は不確定期限ある貸借

判決例

第二節 無期限の貸借

第五章 利息に付ての心得

判決例

第六章 時効に付ての心得

判決例

第七章 多數當事者間の貸借關係

第一節 共同債權と共同債務

判決例

第二節 連帶債權と連帶債務

第一項 貸主と借主との關係

第二項 貸主間の關係

第三項 借主間の關係

第四項 連帶債務の相續

判決例

第八章 保證債務に付ての心得

第一節 保證債務の性質

第二節 保證債務の効力

第九章 質権に付ての心得

第一節 質権の性質

第二節 質権の効力

第一項 質権者の権利

第二項 質権者の義務

第九〇

九三

九七

九七

一〇三

第三節 保證債務の種類

第一項 單獨保證債務

第二項 共同保證債務

第三項 連帶保證債務

第四項 借主が保證人を立つる義務

八八

八八

八五

八五

八四

七三

七三

第三項 求償権の喪失

第二項 保證人と主たる債務者との關係

第一項 債権者と保證人間の關係

第十章 抵當權に付ての心得

第一節 抵當權の性質

第二節 抵當權の範圍

第三節 抵當權の効力

第四節 抵當權者と貸借權者との關係

第五節 抵當權の消滅

一一〇

一一一

一一一

一一三

一一三

一一二

一一一

一〇九

一一一

一一一

一一三

第三項 物權其他特別の財産權を目的とする權利質

第二項 債權を目的とする權利質

第一項 權利質の性質

第五節 權利質

第四節 不動産質

第三節 動産質

判決例

一一〇

一一一

一一一

一一三

一一三

一一三

一一四

一一六

一一七

判決例

第十一章

先取特権に付ての心得

一五八

第十二章

先取特権者、抵當権者、質権者相互間の關係

一六三

第一節

先取特権と動産質権との關係

一七〇

第二節

先取特権と不動産質権及び抵當権との關係

一七〇

第十三章

約束手形にて貸借を爲す場合の心得

一七四

第一節

手形の性質

一七六

第二節

手形署名者の責任

一七九

第三節

手形に關する行爲を爲すべき場所

一八三

第四節

手形の時効

一八三

第五節

利益の償還

一八六

第六節

約束手形の要件

一八八

第七節

裏書

一八九

第八節

支拂

一九二

第九節

償還請求

一九四

判決例

貸主が有する権利

二〇〇

第十四章

債権者が有する権利の種類

二〇四

第一節

損害賠償の訴権

二〇四

第二節

債権保全の権利

二〇六

第三節

債務者の権利の行使

二〇八

第二項

詐害行爲廢罷訴権

二〇八

判決例

債權讓渡に付ての心得

二一四

第十五章

支拂請求及び辨済に付ての心得

二一五

判決例

支拂請求及び辨済に付ての心得

二二二

第十六章

支拂請求及び辨済に付ての心得

二二三

第一節	催告支拂命令及び訴訟の提起	二三三
第二節	假差押及び強制執行	二三五
第三節	配當加入	三三九
第四節	辨済及び辨済と同視すべき事項	三三〇
第五節	代位辨済	三三七
判決例		三四一
第十七章	證書作成に付ての心得並に文例	三四四
第一例	借入金證書	三四七
第二例	月賦借入金證書	三四八
第三例	連帯借入金證書	二五〇
第四例	連帯保證借入金證書	二五二
第五例	質權設定借入金證書	二五三
第六例	抵當權設定借入金證書	二五五
第七例	爲替手形の書式	二五八

次

附録

第八例	約束手形の書式	二六〇
第九例	確定日附請求書	二六一
第十例	債權讓渡證書	二六一
第十一例	債權讓渡告知書	二六二
第十二例	催告書	二六三
第十三例	支拂命令申請書	二六四
第十四例	支拂命令に對する異議申立書	二六六
第十五例	執行命令申請書	二六七
第十六例	執行命令に對する故障申立書	二六八
民事期間概要		二七一
刑事期間概要		二七四
民事訴訟用印紙法摘要		二七五
民事訴訟費用法摘要		二八〇

商事非訟事件印紙法摘要	二八一
執達吏手数料規則摘要	二八五
登録税法摘要	二八九
利息制限法摘要	三〇三
印紙税法大要	三〇三
家資分産法	三〇四
建物保護ニ關スル件ノ法律	三〇六
立木ニ關スル件ノ法律	三〇七

以上

特71
864

家庭 必携 金錢貸借上の心得

辯護士 大塚 表 一著

第一章 金錢貸借關係の法律上の性質

最も普通に使用せらるる、法律語の中、債權とは、人をして法律上の効果を生ずる、一定の事を爲さしめ、又は爲さしめざるの權利を言ふのであります。此權利を有する者を債權者と言ひ、債權者に對して一定の事を爲し、又は爲さしむるの義務を負擔する者を、債務者と稱します。金錢の貸主は、借主をして金錢を辨濟せしむる權利、即ち一定の事を爲さしむる權利を有する者なれば、債權者であります。借主は貸主に對して、金錢を辨濟すべき義務、即ち一定の事を爲すべき義務を負擔する者なれば、債務者であります。債權者(貸主)及び債務者(借主)を、貸借上の關係に於て、當事者を謂ひ、當事者以外の者を、總て第三者と謂ひます。

金錢貸借契約は、法律上消費貸借契約なるもの、一種です。消費貸借とは、借主が返還の義務を負擔して、貸主より物の引渡を受け、其使用収益

を爲し、借用物と同種類の物を以て返還の責に任ずる貸借を言ふのであります。消費貸借の特色とする處は、借用物の處有權が貸主より借主へ移轉すること、借主は借用物其物を返還せざることも、其物と同種類同價値の物を以て返還の責任を盡すことが出来ることと謂ふ點であります。消費貸借の爲めに當事者間に授受せらるゝ物、即ち消費貸借の目的物を、法律上の用語で代替物と申します。代替物とは、當事者の間に授受せられたる物と同一物でなくとも、同種類の物を以て之れに代へて返還することが出来ることの意味を有する語であります。尙ほ左に金銭貸借の性質を詳説します。

第一 金銭貸借契約は不要式且つ片務の契約であります。金銭貸借は金銭を借主へ交付する貸主と、之を受けて返還の義務を負担する借主との意思の合致即ち契約によりて成立します。而て金銭貸借には、法律上定まりたる方式を必要としませんから、不要式契約であります。又貸借によりて貸主は何等の義務を負担せずして、借主一方のみが返還の義務を負担しますから、片務の契約であります。借主が貸借

によりて利息を支拂ふ可きときは、其貸借は有償なりと云ひ、若し利息を支拂はざるときは無償の貸借と稱します。

第二 金銭貸借は、當事者間に金銭を授受するに因りて成立する契約であります。

貸主が借主に對し未だ金銭の引渡を爲さざる間は、貸借契約は成立しないのです。借主に於て金銭を受取らずして之れを返還する義務が生ずる理由はありません。貸借の成立に必要な目的物、即ち金銭の授與は直接と間接との二つの方法によりて行はれます。貸主が直接に金銭を借主又は其相當代理人に交付する場合は、直接の授與です。(一)貸主が借主の指定したる他人に金銭を交付する場合、(二)銀行の振替勘定に依り、貸主の貸方に屬する金額を、借主の貸方として帳簿に記入する場合、(三)貸主が、或物品を借主へ引渡し、其價格を金銭に見積りて貸借の金額と爲す場合、(四)借主が貸主の物品を賣却したるとき、其代金を其儘貸付けたる場合等は、間接の授受と謂ふ可きものであります。金銭貸借は以

上の如く目的物の引渡を必要とするが故に、法律語て之れを要物契約又は實踐契約と稱します。

金錢貸借は要物契約なれば、若し當事者の一方が消費貸借以外の原因に基き他の一方に對して金錢を給付する義務ある場合に、之れを金錢貸借に變更せんとするには、先づ債務者より其金錢を債權者に引渡し、て其債務を消滅せしめたる後、更に再び貸借の名義によりて債權者より之れを債務者へ引渡さなければならぬ譯です。併し同一なる當事者間に於て同一物を二重に授受するは無用の手數で、取引上迂遠の處置であるから、法律は此場合に於ては其金錢を貸借の目的物と爲すことを約したるときは、金錢貸借は成立したるものと致しました。是れ

民法第五百八十八條に、

消費貸借に因らずして金錢其他の物を給付する義務を負ふ者ある場合に於て、當事者が其物を以て消費貸借の目的と爲すことを約したるときは、消費貸借は之に因りて成立したるものと看做す。

と規定したる譯である。例令買主が賣主に對して代金を支拂ふ義務ある場合、雇主が傭人に給料を支拂ふ義務ある場合、本人が代理人に立替金を支拂ふ義務ある場合等に於て、當事者が其代金、給料、立替金等を其儘据置にして、之れを貸借の目的とするか如きである。

當事者が消費貸借以外の原因より生じたる債務を變更して、金錢貸借の債務を爲したるときは、其債務には金錢貸借に關する規則を適用すべきものなれ共、其變更以前の債務が不成立となり、又は取消されたるときは、後ちの貸借契約も亦無効となります。茲に注意すべきは、當事者間には或債務を貸借の債務に變更する意思なくして、唯だ便宜上其債務に貸借の形式を存せしめたる場合である。此場合は其形式は貸借でも其實は貸借でないから、當事者の眞意を重んじて其關係を定むべきものである。例令甲が乙に羽二重を代金百圓にて賣渡し、代金支拂の債務を貸借の債務に變更して、乙が金百圓を甲より借用したる形式と爲したる場合に、當事者間に眞正に貸借契約を成立せしむる意思ありた

るときは、乙は後日甲が賣買の目的たる羽二重を未だ引渡さないこの理由にて金百圓の支拂を拒むことを得ない、甲も亦乙より貸與金百圓の辨濟を受けざるこの理由にて羽二重の引渡を拒むことを得ないのである、これに代りて之當事者間に真正に貸借を爲す意思あらずして、單に代金支拂の便宜上乙が甲より金百圓を借用したる形式と爲したるに過ぎざる場合は、其債務の實質は維然として代金支拂の債務なれば、乙は甲より羽二重の引渡を受くる迄は金百圓の支拂を拒むことを得、甲も亦乙より金百圓の支拂を受くる迄は羽二重の引渡を拒むことを得るのである。

金銭貸借は要物契約なれば、金銭の授受なき間は未だ貸借は成立しないのであるが、若し當事者の一方が他の一方に對して金銭を貸與すべしと約束したる場合は、其約束は金銭貸借の豫約として有効であり、また此約束を法律語で與信契約と謂ひます、金銭貸借の豫約は當事者の一方が破産又は家資分産の宣告を受けたるときは無効となります。

第三 金銭貸借は借主が貸主より受取りたる通貨と同價值を有する他の通貨を以て、辨濟を爲すことを得る契約であります。

金銭貸借は消費貸借の一種なれば、貸主が借主へ引渡したる金銭は借主の所有となるが故に、借主は貸主より受取りたると同一の通貨にて辨濟を爲す義務はないのである、唯だ同價值を有する通貨にて辨濟をすればよいのである、但し借主が特種の通貨にて辨濟すべきことを豫め約したるときは、特種の通貨にて辨濟すべき義務があります、最も特種の通貨が辨濟期に通用の効力を失ひたるときは、他の通貨にて辨濟しても差支ないのである、又當事者が外國の通貨にて債權額を指定したるときは、借主は義務履行地に於ける爲替相場に依りて、日本の通貨にて辨濟を爲すことを得ます。

第二章 金銭貸借の種類

第一節 信用貸借と擔保附貸借

貸主が何等の擔保を取らずして、専ら借主一身に固着する地位身分等を信用して貸金を爲したるときを、通俗に信用貸金と言ひます。擔保附貸借とは、借主の信用の外に擔保を取りて貸金をする場合を謂ひます。擔保附貸借の擔保には、對人擔保と、物上又は對物擔保との二種があります。對人擔保とは債務者の外に保證人を立てしめ其保證人に對する信用を以て貸金の擔保とするを言ひ、物上擔保とは、質物、抵當品を受取りて貸金する場合の如く、或物の價格を以て貸金の擔保と爲すを謂ひます。而して對人擔保即ち保證人を有するも、物上擔保を有せざるときは其貸借を世間に於て信用貸借と稱することがある。

第二節 條件附貸借と無條件の貸借

條件とは到來することが不確定なる事項を謂ふのです。條件に二種あり、一を停止條件と言ひ、他を解除條件と謂ひます。停止條件とは其條件として指定せられたる事項が成就するまで、其條件を附帶せしめたる

法律行為の効力を停止するものを謂ひ、解除條件とは其條件として指定せられたる事項が成就するまで、其條件を附帶せしめたる法律行為の効力が存在するも、條件が成就すれば法律行為の効力が消滅するものを謂ひます。例令、右借用金は何某が東京へ到着したる上返金可致候とある貸借は、停止條件附の貸借である。何となれば何某が東京へ到着するや否やは不確定なる事項なると同時に、何某が東京へ到着する迄は返金の義務が生ぜないからである。又、拙者の返金の義務は何某が東京へ到着したる節は消滅すとある貸借は解除條件附貸借である。何となれば返金の義務は何某が東京へ到着する迄は存在するも、東京へ到着したる節は消滅するからである。條件附貸借より生ずる權利義務は無條件の貸借より生ずる權利義務と同様に、賣買讓渡等の處分行爲、時効中斷又は相續の如き保存行爲又は債務者に對し辨濟の擔保を供せしむることが出來ます。

第三章 貸主及び借主の能力に付ての

心得

第一節 未成年者、禁治産者、準禁治産者、妻が貸借する場合

金錢貸借の事たる一種の法律行為なれば、法律行為とは法律上の効果を生ぜしめんとする意思表示を云ふ、完全に貸借の効果を生ぜしむるには、當事者の能力が缺くることなきを要する、換言せば貸主、借主たる者は民法上の無能力者にあらざることを必要とす、民法上無能力者とは法律行為を爲す資格なき者、又は法律行為を爲すに民法上の制限を受くる者を謂ひます、未成年者、禁治産者、準禁治産者、及び妻を無能力者と謂ひます。

第一項 未成年者

未成年者とは滿二十年に達せざる者を謂ふ、未成年者が貸借行為を爲すには、其法定代理人即ち未成年者に對して親權を行ふ父、若くは母、又は後見人の同意を受けなければならぬ、未成年者に對して親權を行ふ父とは、未成年者と同一戸籍内にある父を言ふのである、若し父が知れざるとき、死亡したるとき、家を去りたるるとき、其他事實上親權を行ふこと能はざるときは、同一戸籍内にある母が親權を行ふのである、未成年者に對して親權を行ふ父母なきとき、親權を行ふ父母が未成年者の財産を管理する權利を有せざるときは、未成年者の親族會を招集して後見人を選定するのである、親權を行ふ父は隨意に未成年者を代表して貸借又は保證をなすことを得れども、親權を行ふ母及び後見人は未成年者の親族會の同意なくしては、未成年者が貸借を爲し又は保證を爲す行為に同意を與ふることが出来ません、未成年者が其法定代理人の同意を得ずして貸借を爲したるときは、後日其貸借を未成年者又は其法定代理人より取消すことを得るのである、但し左の場合に於ては未

成年者は、其法定代理人の同意を得ずして随意に貸借することが出来
ます。

第一 法定代理人が随意に處分することを許したる金銭に付ては、未
成年者は任意に他人へ貸與することが出来ず。

第二 法定代理人より一種又は數種の營業を許されたる未成年者は
其營業上に必要な貸借を爲すことが出来ず、法定代理人が未成
年者に營業を許すには、民法第四編親族法の規定に従ふべきもので
あります。

第二項 禁治産者

禁治産の宣告を受けたる者を禁治産者と謂ふ。禁治産とは心神喪失の
常況に在るが爲め、裁判所の宣告を以て財産上に關する法律行爲を爲
す能力を制限することである。禁治産の宣告は本人、配偶者、四親等内の
親族、戸主、後見人、保佐人、又は檢察官、人事訴訟手續法の定むる所に依り

て裁判所へ申請の上爲す可きものである。禁治産者が其法定代理人た
る後見人の同意なくして貸借を爲したるときは、後日禁治産者、其代理
人、又は承繼人より之れを取消すことを得ます。茲に注意すべきは禁治
産者が實際心神喪失中に貸借を爲したる場合です。此場合は其貸借行
爲が絶対に無効となります。而して禁治産者に親權者あるときは親權
者が後見人となり、然らざるときは親族會を招集して後見人を選定する
のであります。

第三項 準禁治産者

準禁治産者とは準禁治産の宣告を受けたる者を謂ふ。準禁治産とは心
神耗弱者、聾者、盲者、又は浪費の原因に依り、裁判所の宣告を以て財
産上に關する或行爲能力を制限するを謂ふ。準禁治産の宣告は本人、配
偶者、四親等内の親族、戸主、後見人、又は檢察官が人事訴訟法の規定により
て申請し裁判所之れを爲すべきものである。準禁治産者が貸金を爲し

又は之れを領收すること、借財又は保證を爲し、訴訟を爲すには、其保佐人の同意を要するのである。若し保佐人の同意なくして是等の行爲を爲したるときは、準禁治産者、其代理人又は承繼人（レギタム）に限りて之れを取消すことが出來ます。準禁治産者の保佐人には、第一に配偶者（夫婦を配偶者と謂ふ）第二に親権者がないのである。是等の者が存在せざるとき、又は無能力者なるときは、親族會に於て保佐人を選定するのである。

第四項 妻

妻が貸金を爲し又は之れを領收すること、借財又は保證を爲すこと、訴訟を爲すこと等は夫の許可を必要とする。若し夫の許可なくして是等の行爲を爲したるときは、妻又は夫に於て之れを取消することを得るのである。但し妻が一種又は數種の營業を爲すことを夫より許可せられたるときは、其營業上必要な貸借を獨斷（ソラ）にて爲すことを得ます。又夫が妻の行爲に對して許可を與へ、又は之れを取消すことは、一の法律

行爲であるから、未成年者たる夫は是等の行爲を爲すには、總て其法定代理人の同意を要する譯である。が、法律は此點に付て特に明文を設けて未成年の夫が妻の行爲に許可を與ふる場合には、其法定代理人の同意を受くることを必要となせども、妻が爲したる行爲を取消すには其法定代理人の同意を受くる必要なしと定めました。妻は本來貸借を爲すには夫の許可を受く可きであるが、左の場合には其許可を受くるを要せないのである。但し妻が未成年者又は禁治産者であれば、其法定代理人、準禁治産者であれば、其保佐人の同意を受くるを要するのは當然のことである。

第一 夫の生死分明ならざるとき、

第二 夫が妻を遺棄したるとき、

第三 夫が禁治産者又は準禁治産者なるとき、

第四 夫が瘋癲（ハヂ）の爲め病院又は私宅に監置（カガシ）せられたるとき、

第五 夫が禁錮一年以上の刑に處せられ其刑の執行中に在るとき、

第五項 取消及び追認

無能力者が前述の如く其法定代理人、保佐人の同意なく、又は夫の許可なくして貸借を爲したるときは、其貸借行爲は後ちに取消さるゝことがある。此場合に於ては其貸借は始めより無効となり、貸主は借主たる無能力者に對して貸與したる金圓の返還を求むるに當つて、貸借を理由とするは出来ない。單に其返還を求むる當時、現に無能力者が受けて居る利益金の返還を求むることを得るのみである。例令未成年者甲が其法定代理人乙の同意なくして金百圓を丙より借用したるときは丙が甲の未成年者たることを知ると否かを問はず、甲又は乙より取消されて其貸借は無効となる。此場合に丙は其貸借により甲が受けたる利益金の返還を求めたりとせんか、甲は丙より其返還の請求を受けたる當時に右金百圓を浪費し盡くしたりとせば、甲は現實に何等の利益

有せざるが故に、毫も返金の義務が無いことになるのである。又其當時甲は消費殘金五十圓を所持したるときは、其金額は甲が保有して居る利益であるから、甲は五十圓のみを丙へ返還すべきものである。而して無能力者が現に保有して居る利益金は幾何程であるとの點は、其返還を求むる貸主の方で證明す可き事項であります。茲に注意すべきは、無能力者が其貸借の當時に自己が無能力者でないと信せしむる爲め詐術を用ひたるときは、後日其貸借を取消すことが出来ないとの點である。又取消し得べき貸借と雖も取消さるゝ迄は有効のものであるから、無能力者が之れを取消さずして辨済したるときは、其辨済は有効である。但し其辨済を爲する當つて法定代理人の同意を受く可きものなることは當然である。取消し得べき貸借と雖も、無効力者其代理人、承繼人、夫等が後ちに追認したるときは、初めより有効となるのである。追認とは有効のものとなす旨を相手方に對して爲す意思表示である。而して夫又は法定代理人

は何時でも追認を爲すことを得るも、無能力者は其取消の原因たる情況が止みたる後ちに非ざれば之れを爲すことを得ないのである。取消し得可き貸借に付て追認を爲すことを得る時より、後ちに異議を留めずして左の行爲を爲したるときは、法律上追認を爲したるものと看做されます。

一 全部又は一部の履行

二 履行の請求

三 更改

四 擔保の供與

五 取消し得べき行爲に因りて取得したる権利の全部又は一部の讓渡

六 強制執行

取消権は追認を爲すことを得る時より、五年間之を行はざるときは、時効に因りて消滅します。又貸借行爲の時より、二十年を経過したるとき

も、亦同じく消滅します。

(判決例)

一 準禁治産者の如き無能力者が、或法律行爲を爲すに付き自ら準禁治産者に非らざることを見せしむる爲め、相手方に對して詐術を施して之を信せしめたる場合は、勿論其法律行爲に付き保佐人の同意を得たることを信せしむる爲め、詐術を用ひ、相手方をして之れを信せしめたる時も、亦其行爲の取消を許すべきものでない。(大審院判決要旨)

一 法律行爲の取消は、取消権を有する者の單獨の意思を表示するに依りて効力を生ずるものであるから、裁判所に訴求して取消を求むる必要はないのである。(東京控訴院判決要旨)

一 追認ありたりと看做さるゝ履行の請求とは、取消権者が取消し得可き行爲に基き取消したる債権を、相手方に對して履行すべきこと求めたる場合なりと解釋すべきものである。(全上)

一 約束手形の振出も消費貸借と同様に振出人が辨済の義務を負ふ者なれば、親権を行ふ母が未成年の子に代りて約束手形を振出には親族會の同意を受くる必要がある(大審院判決要旨)

第二節 社寺が貸借する場合

明治十年第四十三號布告により、社寺の爲めに金錢の借入を爲すときは、社寺の代表たる神官僧侶に於て必ず氏子檀家と協議し其總代二名以上の連署を要するものである。此要式に缺けて居る貸借は法律上無効であります。

(判決例)

一 明治十年第四十三號布告は、社寺の爲め金穀を借入れ又は金穀借入の爲め其附屬地等を抵當となす場合は勿論のこと、其名義の如何を問はず社寺の爲めに債務を負擔する場合は、神官僧侶のみにて其法律行爲をなすことを許さない、必ず氏子總代若しくは檀家總代と協

議し、其總代二名以上の連署を必要とする。若し此連署がないときは社寺の負債を爲すことは出來ない(大審院判決要旨)

一 寺院の檀信徒總代は住職の事務の執行を監査する職責はあるが寺院を代表する資格は持たない(全上)

第三節 會社、組合が貸借する場合

會社は法律上人たるの資格を與へられたる者なれば之れを法人と謂ふ、會社は法人であるが意思能力がないから、貸借の如き法律行爲を爲すには、其法定代理人たる理事、取締役等が會社を代表すべきものである。故に會社が貸借をするときは貸主又は借主として會社の名義を證書面に表示し、且つ其會社の法定代理人に連署せしめ、會社の印影と其法定代理人の印影を共に押捺せしむることが必要である。會社に對する債權者は、其債權と自己が會社に對して負擔せる出資又は株金支拂の債務とを相殺することが出來ませぬ(相殺とは同一人が同種の債權と

債務を有する場合に、其債權と債務とを差引して債務を辨濟したることを見做すことを謂ふ)

組合は會社と異なり法律上人たる資格を有せぬ。組合は各當事者即ち組合員が出資を爲して、共同事業を營むことを約するによりて成立する。故に組合の事業は組合員の共同事業であり、其貸借は組合員共同の貸借であり、其財産は組合員の共有である。故に組合の貸借は組合員全体が債權者となり債務者と爲る可き譯である。併し組合員が過半数の議決にて業務執行者を選任したるときは、其者が全組合員を代表して貸借することが出來ます。而して組合員が受く可き損益分配の割合は其出資の價格に應じて定まるものなれば、組合の債權債務に對する組合員の割合も亦、其出資額に割當とするを普通となす。例へば甲が六百圓乙が三百圓丙が百五十圓を出資して共同事業を爲し、百七十五圓の債務を負担したる場合は、甲は百圓、乙は五十圓、丙は二十五圓の債務を負ふものである。但し債權者が其貸借の當時組合員の損益分配の割合

を知らざりし時は、各組合員に對し均等の割合にて其辨濟を請求することを得ます。又組合の債務者は其債務と組合に對する債權とを相殺することが出來ませぬ。

(判決例)

- 一 頼母子講に於て當籤者が講金を領收して、掛戻を爲す義務を負担する法律上の關係は、消費貸借である。(大審院判決要旨)
- 一 無盡講又は頼母子講は法律上權利主體でないから、會主又は世話人が講員に對し講金拂込又は拂戻の請求を爲し得る事柄は講會の規約で定まるものである。従て會主又は世話人と債務者たる當籤者との間に直接に債權債務の關係を生じ、會主又は世話人が自己の債權として、之れを當籤者に請求することを得るや否やと言ふことは講會の契約の趣旨により定むべきものである。(同上)
- 一 無盡講の掛金を請求する場合には、別段の契約なき限りは、會主又は世話人のみにて請求することは出來ない。未當籤者たる講員全體

が 者として請求すべきものである(東京控訴院判決要旨)

第四節 主又は借主が死亡若くは

隠居したる場合

戸主たる貸主が死亡したるときは貸金の権利は其家督相續人へ移轉するものであるから爾後家督相續人の権利として借主へ請求すべきである戸主たる貸主が隠居したる場合も同様である但し隠居者が隠居の際確定日附ある證書にて其債権を隠居者の財産として留保して置きたるときは隠居後と雖も其権利を行ふことが出来ず家族たる貸主が死亡したるときは其債権は遺産相續人へ移轉するものである戸主たる借主が死亡したるときは其債務は家督相續人へ移轉し家族たる借主が死亡したる場合は其債務は遺産相續人へ移轉するのである併し借主の相續人が相續の際限定相續を爲したるときは貸主は其相續人が承繼したる前債務者の財産の限度に於てのみ債権を行ふこ

とを得るのである限定相續の規則は相續法の定むる所である借主が死亡して未だ相續人が定まらざる場合は其相續財産(遺産)に對して支拂請求を爲すことが出来る

第五節 貸主又は借主が失踪したる

場合

貸主又は借主が從來の住所又は居所を去りて行衛不明となりたる場合に其財産の管理人を置かざりしときは裁判所は利害關係人又は檢事の請求に因り其財産管理人を命ずるを得ます不在者の貸主又は借主は利害關係人である不在者の貸主は其財産管理人に對して請求をすることを得其借主は之れに對して債務を支拂ふことが出来る不在者の生死が七年間不明なるときは利害關係人又は檢事は裁判所に失踪宣告を求むることが出来ず但し戦地に臨みたる者沈没したる船舶中に在りたる者死亡の原因となる可き危難に遭遇したる者の生

死が戦争の止みたる後、船舶の沈没したる後、危難の去りたる後、三年間生死不明なるときは、前同様是等の者に對して失踪の宣告を求むることが出來ます。失踪宣告の効力は其宣告を受けたる者が右七年又は三年の期間満了の日に於て死亡したりと看做さるゝことである。故に失踪宣告は死亡、隠居の場合と同じく相續開始の原因となるのであるから、死亡、隠居の場合と同様なる結果が生ずるのであるが、此點に付ては前第三節に説明したる所を參照すれば明白となるから、再び説明はせないことに致します。

失踪の宣告を受けたる者が現に生存して居る事實又は右所定の日と異なりたる時に死亡したる事實が明白となりたるときは、裁判所は本人又は利害關係人の請求によりて、爰きに爲したる失踪宣告を取消す可きである。此場合には失踪者の財産を得たる者は其取消の宣告により財産上の権利を失ふ、但し其者は現に利益を受けて居る限度に於てのみ其財産を返還する義務を負ふに過ぎない。

第四章 期限に付ての心得

第一節 確定期限又は不確定期限ある

貸借

期限とは法律行為の効力の實行又は消滅が繋がる將來の時期にして其到來することが確定せるものを謂ふ。期限には始期と終期との二つがある。始期とは法律行為の効力の實行が繋がるもので、貸借の場合に於ては貸主が辨済の請求を爲し得る時期を云ふ。例へば來る拾貳月拾日限り返金可致候と約したるときは、拾貳月拾日が始期である。終期とは法律行為の効力の消滅に繋がるものにして、例へば來る拾貳月拾日以後は此契約は無効とすと約したる場合の、拾貳月拾日は終期である。故に貸金の辨済期限は始期であると言はなければならぬ。又期限には確定期限と不確定期限との二つの區別がある。確定期限とは其到來すべき時期が確定するもので、例へば「本年拾貳月三十日」と定めたるが如

きを謂ふ、不確定期限とは其到來すべきことは確定して居るが、何時到來するか其到來の時期が不確定なるものを謂ふ、例へば「何某が死亡したる節直ちに返金可致候」とある場合の如し、又期限に對して「期間」と云ふものがある、期間とは法律行為を爲し得る時期の「經緯」を云ふ、例へば明治四十二年十月一日に金員を借用し同年十二月三十日限り返金する旨を約したるときは、明治四十二年十月一日より同年十二月三十日迄の間が期間である、

期限は法律上債務者の利益の爲めに定めたりと推定せらるゝを以て、貸主は期限の到來前に必要があるからと謂ふて貸金の辨濟を請求することを得ないが、借主は期限前に辨濟することを得ます、併し利息附きの貸借なれば借主は期限迄での利息を支拂はねばならぬ、何故なれば貸主は自己の意思に反して利息を損失する結果となるからである、期限は債務者の利益の爲めに定めたるものであるが、左の場合には債務者は期限の利益を失ひ、債權者に於て辨濟請求の權利を行ふことが

出來ます、

- 一 債務者が破産又は家資分産の宣告を受けたるとき、
 - 二 債務者が擔保品を毀滅し又は之を減少したるとき、
 - 三 債務者が擔保を供する義務ありて擔保を供せざるとき、
- 貸借に確定期限が附せられたるときは、期限到來と同時に借主は履行の責に任ず可きものであるが、不確定期限が附せられたる場合には、期限到來の通知を受くる迄は債務履行の責任を生ぜない、例令「甲者死亡したる節は直ちに返金可致候」と約したる場合に、甲者死亡したる旨を貸主より通知せらるゝ迄は、借主は債務の履行を拒むことが出来るのである、

期限に付て最も注意すべき事項は、月賦又は年賦辨濟の約定ある貸借の場合である、例令「元金五百圓也借用仕候、仍ては本月十五日限り元金百圓と其利息を、以後毎月十五日限り、元金百圓と其利息を五ヶ月間の月賦にて返金可致候、萬一月賦金一回にても相滞りたる節は、一時に元

利全額の辨済請求を受くるも異議無之候とある貸借の如し、此場合に借主が一回の月賦金を滞りたるときは、貸主は證書の文面通り直ちに全額の支拂請求が出来るものなりや否やと言ふに、余は一回の月賦金遅滞の事實によりて借主は期限の利益を喪失したる者なりと看做し一時に金額の請求が出来ると信ずれども、大審院の判決例によると、一回の月賦金滞りたる節は借主に對して其延滞月賦金の支拂を催告し借主が其催告に應ぜざるとき貸主は借主に對して月賦返済の契約を取消す旨の通知を爲し、其通知後に初めて全額の支拂請求を爲し得可きものであると説明せられてある。

(判決例)

一 月賦金借用の場合に於て、年賦金の場合も同様一回にても滞りたる節は一時に全部の辨済を爲す可き旨の契約ある場合に、債務者が月賦辨済を怠るも當然月賦辨済の契約は消滅するものでないから債権者に於て全部の請求を爲すには必ず先づ債務者に對して月賦

契約を取消す旨の通知を爲さなければならぬ(大審院判決要旨)

一 年賦金借用の場合に於て一回にても滞りたる節は一時に全額の辨済を爲すべき旨の契約を爲したるときは、一回の延滞があれば其時に全部の辨済期限が到来したるものである故に債務者は一時に全額の請求を受けても異議を申出ることが出来ない(東京控訴院判決要旨)

第二節 無期限の貸借

民法第四百十二條第三項に曰く

債務の履行に付き期限を定めざりしときは、債務者は履行の請求を受けたる時より遅滞の責に任す。

と同法第五百九十一條に曰く

當事者が返還の時期を定めざりしときは、貸主は相當の期間を定め返還の催告を爲すことを得。

借主は何時にても返還を爲すことを得

と故に無期限の貸金にありては、貸主に於て先づ相當の期間を定めて履行の請求を爲す可きである、而して借主が其履行請求を受けたる時に辨済の時期に達したるのである、相當期間とは、債務辨済の準備并に履行を爲すに相當なりと信するに足る期間を言ふのであつて、其相當なるや否やは常識にて判斷すべき事柄である、若し不相當の期間を定めて履行を請求したるときは、其請求は法律上の効力を生ぜざるものである。

(判決例)

一 證書に返済期日が單に二十五日とのみありて、其年月の記載なく他に確かなる證據がないときは、之を返済期の定めなきものと認む
東京控訴院判決要旨

第五章 利息に付ての心得

貸金は當然利息を生ずるものに非らず、當事者の契約と法律の規定とに因りて生ずる前者を約定利息と謂ひ、後者を法定利息と謂ふ、利息は又填補利息と遅延利息とに區別す、填補利息とは借主が元金を一定の期間使用する爲めに支拂ふものである、遅延利息とは辨済期限經過後に損害賠償の爲めに支拂ふものである、例へば元金千圓を年利一割二分にて明治四十二年十月一日借用し、辨済期限を同年十二月三十日と定めたるるとき、十月一日より十二月三十日迄の利息は填補利息である、十二月三十日後辨済の時期迄に支拂ふ損害金は遅延利息である、遅延利息は其法律上の性質は、損害賠償であるが、約定利率と同額であるため之れを遅延利息と稱するのである、但し約定利率が法定利率より少なき場合は、遅延利息は法定利率に據りて計算すべきのである、約定利息は利息制限法の規定(利息制限法は附録に添ふ)に反せざる程度に於て當事者随意に其利率を定むることを得るのである、唯だ利息を附すべき約定のみで利率の割合を約定せざりし時は法定利率に依

る可きものである。法定利率は民法上の貸借なれば一ケ年五分、商法上の貸借なれば一ケ年六分である。約定利率が利息制限法の規定する制限を超過したるときは其超過する部分のみが無効となるのである。例へば元金五十圓に對し一ケ年二割五分の利息を附する約定を爲したるときは、同法に於て元金百圓未満の未貸に付き一ケ年二割以上の利息を附することを禁止してあるから、五分丈々が無効となりて一ケ年二割の利息を支拂へばよいことになる。故に貸主は貸金證書に利息制限法の制限を超過する利率を記載せしめたるときは同法の制限内に引き直して請求す可きものである。但し借主に於て同法の制限を超過する利息を一旦支拂ひ了りたるときは其超過部分の返還を貸主に對して求むることは出来ませぬ。是れ民法第七百八條に

不法の原因の爲め給付を爲したる者は其給付したるものの返還を請求することを得ず、

と規定してあるから返還が出来ないのである。利息の中に重利なるものがある。重利とは利息に利息を付すること。例へば元金百圓に年利一割を附したるときは利息は一ケ年に拾圓となる。之れを更らに元金に組入れ元金を百十圓とし翌年は之に對して一割の利息十一圓を付するのが重利である。重利の約定は利息制限法に定むる利率を超過する場合には無効と認定したる裁判例がありますが、余の確信する所に依れば利息制限法の規定は約定利率を制限したるものなれども、借主が其約定の利息を支拂はざるときに之れを元本に組入るゝ約束を爲すことを禁止したるものでないから、重利の約定は有効である。而して重利の計算の結果は利息制限法の制限を超過しても、其重利の計算を爲すべき約定利率さへ同法の制限内なれば決して違法にあらずと信するのである。

重利の特約なきときに重利を認むる唯一の場合が民法第四百五條に規定してある。同條に曰く、

利息が一年以上延滞したる場合に於て、債権者より催告を爲すも債務者が其利息を支拂はざるときは、債権者は之を元本に組入るゝことを得

と、故に當事者間に重利の特約なき場合には、貸主は、(一)利息が一年分以上延滞したるときに、(二)其延滞利息の支拂を借主へ催告し、(三)借主が之に應ぜざりしとき、其延滞利息を元金に組入れ重利の計算を爲すことを得るのである。

(判決例)

- 一 借金證書に利子を附すべき旨記載ありて其利率の記入なきときは年五分の法定利息を附すべきである(廣島控訴院判決要旨)
- 一 重利の特約は利率に制限を定めたる利息制限法の禁止するところである(東京控訴院判決要旨)
- 一 利息制限法は公益規定なれば借主が任意に制限超過の利息を貸主に支拂ひたる場合は、所謂不法の原因の爲めに給付を爲したるも

のであるから、民法第七百八條によりて其支拂ひたる超過部分の返還を求むることは出來ない譯である(大審院判決要旨)

- 一 相互間の約定利率に従ひ既に支拂ひたるものに付ては、其利息が法律の制限に超過しても、又支拂ひたる利息の割合が日歩を以て計算する結果法律の制限に超過するも利息制限法を適用す可きものでない(長崎控訴院判決要旨)

第六章 時効に付ての心得

時効とは時の経過に因りて權利を取得し、又は權利が消滅することを言ふ。時効に二種あり、一を取得時効と言ひ、二を消滅時効と言ふ。取得時効とは或期間他人の物を占有するによりて其物の上に行ふ權利を取得することを言ふ。消滅時効とは或期間權利を行使せざるによりて之れを喪失することを稱す。余は本章に於て専ら消滅時効に就て説明すべし。取得時効の規定は金銭貸借上要用の點が尠なきを以て省略した

のである。

消滅時効は権利を行使することを得る時より進行し、一定の期間を経過すると、其権利が消滅するのである。例へば本年十二月三十日を辨済期限として貸金したるときは、本年十二月三十一日より消滅時効が進行し、其日より拾ヶ年間を経過せば貸金の権利が消滅時効の爲めに消滅するに至る譯である。

民法第六十六條に曰く

消滅時効は権利を行使することを得る時より進行す。

前項の規定は始期附又は停止條件附権利の目的物を占有する第三者の爲めに其占有の時より取得時効の進行することを妨げず、但權利者は其時効を中断する爲め何時にても占有者の承認を求むることを得

全法第六十七條に曰く

債権は十年間之を行はざるに因りて消滅す。

債権又は所有權に非ざる財産權は二十年間之を行はざるに因りて消滅す。

故に貸金の如き債権は貸主が辨済期限後滿十年間請求をせず打捨て置きたる時は消滅するに至るものである。而して貸主が銀行とか金銭貸付業者の如き商人であるか、若しくは商取引上の貸借なるときは其貸金の權利は五年間にて消滅時効が成就するのである。此點は商法第二百零八十五條に

商行為に因りて生じたる債権は本法に別段の定ある場合を除く外五年間之を行はざるときは時効に因りて消滅す、但他の法令に之より短き時効期間の定あるときは其規定に従ふ。

と規定してある。

消滅時効の中に短期時効なるものがある。短期時効とは民事上の普通債権の時効期間たる十ヶ年、商事上の普通債権の時効期間たる五ヶ年の期間より短期の時効にて債権が消滅するに至る特別の場合である。

民法第六十九條に曰く

年又は之より短き時期を以て定めたる金銭其他の物の給付を目的とする債権は、五年間之を行はざるに因りて消滅す。

と故に年賦貸金、月賦貸金等の場合に於ては元金額に對する債権の時効は十年間なるも、年賦又は月賦に分割せられたる部分の金額に對する請求権は五年間にて時効の爲めに消滅すべき譯である。又毎月拂とてか毎年拂とてかに支拂ふ約定のある利息に付ての請求権も五年間にて時効が成就すべき筋合である。

商法第四百四十三條に曰く

引受人又は約束手形の振出人に對する債権は満期日より三年、所持人の其前者に對する償還請求権は支拂拒絶證書作成の日より六ヶ月、裏書人の其前者に對する償還請求権は償還を爲したる日より六ヶ月を経過したるときは時効に因りて消滅す。

と故に手形にて貸借を爲したる場合は右の規定により三年又は六ヶ

月にて債権が消滅するに至るものである。

民法には各種の短期時効の規定がある。是れは金銭貸借者には直接の必要あらざるも、法律生活を爲す上に於て一般の人士が心得て置くべき筈のものであると信するから左に摘載せんと欲す。

第一百七十條 左に掲げたる債権は三年間之を行はざるに因りて消滅す

- 一 醫師、産婆及び藥劑師の治術、勤勞及び調劑に關する債権
- 二 技師、棟梁及び請負人の工事に關する債権、但此時効は其負擔したる工事終了の時より之を起算す。

第一百七十一條 辯護士は事件終了の時より、公證人及び執達吏は其職務執行の時より、三年を経過したるときは其職務に關して受取れたる書類に付き其責を免る。

第一百七十二條 辯護士、公證人及び執達吏の職務に關する債権は、其原因たる事件終了の時より二年間之を行はざるに因りて消滅す、但其

事件中の各事項終了の時より五年を経過したるときは、右の期間内
と雖も其事項に關する債權は消滅す。

第七十三條 左に掲げたる債權は二年間之を行はざるに因りて消
滅す

一 生産者、卸賣商人及び小賣商人が賣卸したる産物及び商品の代
價

二 居職人及び製造人の仕事に關する債權

三 生徒及び習業者の教育、衣食、及び止宿の代料に關する校主、塾主
教師及び師匠の債權

第七十四條 左に掲げたる債權は一年間之を行はざるに因りて消
滅す。

一 月又は之より短き時期を以て定めたる雇人の給料

二 勞力者及び藝人の賃金並に其供給したる物の代價

三 運送賃

四 旅店、料理店、貸席及び娯遊場の宿泊料、飲食料、席料、消費物代價並
に立替金

五 動産の損料

前述する各種の時効は其進行を中断する手續を爲すことを得るもの
である。時効の中断とは一定の事由の爲めに時効の進行が止まりて其
中断の事由が終了したる時より再び更らに全期間の進行を始むること
を言ふ。例へば明治四十二年十二月三十一日を辨濟期限としたる貸
金は同五十二年十二月三十一日にて十年間の消滅時効が完成して貸
金の權利は消滅すべき譯であるが、同五十年十二月三十一日に貸主が
借主に對して貸金元利總額に付て文拂請求を爲したりとせば、時効の
進行が絶止して其支拂請求手續終了の日の翌日即ち同五十一年一月
一日より更に新たに時効が進行することになりて、明治六十年十二月
三十一日に至りて該貸金の權利が時効の爲めに消滅するに至るので
ある。

時効は左の事由によりて中斷せらるゝものである。

- 一 債權者が債務者に對して請求を爲したるとき。
 - 二 債權者が差押、假差押又は假處分の手續を爲したるとき。
 - 三 債務者が其債務を承認したるとき。
- 貸金の權利は右列舉の時効中斷の手續を爲さざる限りは其期間の満了の日に於て消滅するものであるが、債務者が時効の利益を主張するに非ざれば裁判所は時効の點にて裁判をすることが出來ないのである。故に借主は貸主より時効に罹りたる貸金の請求を受けたる時は其債權は時効に罹りて消滅したるを以て其支拂請求に應ずること能はざる旨を陳述せなければならぬ。此點は民法第四百四十五條に左の如く規定してある。

時効は當事者が之を援用するに非ざれば裁判所之に依りて裁判を爲すことを得ず。

而して時効の制度は公益上定めたるものであるから、借主が豫め貸主に對して時効の利益を主張せざる旨を約束しても其約束は法律上無効である。併し既に完成したる時効の利益を主張すると否とは借主の隨意である。

(判決例)

- 一 時効に關する民法第四百四十五條の規定は裁判を爲すに付ての規定であるが一體債權は時効の完成に因て消滅するから決して復活の出來るものでない。故に時効完成後に於て借主が尙ほ債權が存在して居ることを認めても法律上何等の効力を生ずる譯がない。(東京地方裁判所判決要旨)
- 一 消滅時効に關する民法第四百四十五條は唯だ裁判所が職權を以て時効の法則を適用して裁判を爲すことが出來ぬと言ふ規定である。債權は元來時効の完成に因て消滅するものであるけれども一體時効の利益は之を享受するにせざるは債務者の自由であつて債務者は其利益を拋棄することも出來るのである。若し債務

者が時効の利益を抛棄したるときは時効は進行せざりしと同一の結果を生じ債権は時効の爲めに消滅せぬこととなる。従つて時効完成後に於ける債務の承認が時効の利益を抛棄する趣旨なりし場合は其承認は有効と爲つて債権は消滅せないことになる。(東京控訴院判決要旨)

一 銀行が營業上爲したる貸金は商行爲であるから商法の規定に因りて五ヶ年にて消滅時効が完成する。(同上判決要旨)

一 明治二十八年一月に金銀を貸付け同年六月二十五日に元利共に同時に辨済する約束ある場合は其利息と元金と共に十年を経過せねば時効に因りて消滅するものでない。(同上判決要旨)

第七章 多數當事者間の貸借關係

第一節 共同債権と共同債務

貸借關係に於ては貸主が一人にして借主も亦一人なる單純の場合が

最も普通であるが時に貸主の多數なることあり借主の多數なることがある。個様に數人の貸主又は借主がある場合には其債権と債務とは當然に各貸主及び各借主間に平等に分割せられ貸主は其平等に分割せられたる債権の一部に付き權利を有するも、其他の部分に付ては權利を有せざることとなる。借主も亦平等に分割せられる債務の一部に付てのみ返済の義務あることとなる。之れを各債務者の負擔部分と言ふ。例へば甲、乙、丙三人共同して金三百圓を貸付けたるときは、甲、乙、丙は各百圓宛の債権を有することになり、又甲、乙、丙三人共同にて金三百圓を借受けたるときは各金百圓宛の返済義務を負ふことになるのである。但し多數の當事者間に其權利又は義務の割合に差異を設くる約束を爲したるとき、又は連帶の約束を爲したるときは其特約通りに効力が生ずべきものである。故に共同債権又は共同債務は當事者間に平等に分割せらるるの原則は當事者間に特約なき場合に行はる可きである。而して此平等分割の原則は單に貸借上の權利義務のみならず總て

の共同債權と共同債務に付て適用せらる可きものである。

(判決例)

一 借用證に數人の借主が連名してある丈けては其金額を借主の頭數により平等に分割して請求すべきものである(東京地方裁判所判決要旨)

一 借用證に單に連借人とのみ記載ありて本文に連帶借用の意味が書いてない場合は普通の共同債務として借主間に其債務が分割せらる可きものである(同上判決要旨)

第二節 連帶債權と連帶債務

數人が共同して債權を有する場合に、各債權者が共同して及び各別に貸金の全額(即ち全部の給付)を債務者より領收する權利があるときは其債權を連帶債權と謂ふのである。連帶債權に付ては余は其説明を後に譲らば茲には専ら連帶債務に付て詳細に解釋を試みんと欲する。

連帶債務は債務者の無資力に對して債權者が債權の辨濟を安全に受くる爲めに特約を以て生ずる現象である。數人の債務者が共同して及び各別に全部の給付(即ち元利金全部)を爲すべき義務を負担し、而して一人の債務者が全部の給付(即ち元利金全部の支拂)を爲したるとき他の總ての債務者の債務が消滅するときは其債務を連帶債務と言ひ、各債務者を連帶債務者と謂ふ。左に連帶債務の性質を分拆して説明すべし。

第一 連帶債務は多數の債務者を有する債務である。即ち貸借の場合に於ては借主が二人以上存在することが必要である。

第二 連帶債務は共同債務者をして同一の目的を有する債務を負担せしむるものである。各債務者の負擔する債務の目的が同一であると言ふ點が連帶債務の特色である。例へば甲、乙、丙三人連帶して金三百圓を借受けたる場

合には甲、乙、丙は各自三百圓の全債務を支拂ふ可きものである。故に甲、乙、丙三人が各負擔する債務の目的は同一である。

第三 連帶債務は各債務者をして共に且つ各別に債務の全額を支拂ふ義務(即ち全給付)を爲すの義務を負擔せしむるものである。例へば甲、乙、丙三人連帶して借金を爲したるときは甲、乙、丙三人共同して借金の全額を支拂ふ可き義務あるは勿論、甲、乙、丙の借主は各自他の借主に關係なく獨立して借金の全額を支拂ふ可き義務をも有するのである。

第一項 貸主と借主との關係

第一 各借主は共に且つ各別に貸主へ全債務を支拂ふ義務ありとの原則より左の結果が生ずる。

(甲) 貸主は同時に又は順次に各借主に對して貸金の全額又は一部の履行を求むることが出来る。

例へば貸主甲が乙、丙、丁三人を連帶債務者として金三百圓を貸付たるときは、返済期日に至り甲は乙、丙、丁三人の借主に對し同時に各金三百圓宛の請求を爲すことを得る。又乙、丙、丁三人の中一人に對してのみ金三百圓の請求を爲すことを得る。或は三百圓の内金として百圓なり百五十圓丈けを同上の如く請求することが出来る。但し右の場合に於て借主の一人が全額三百圓の支拂を爲したるときは他の借主の債務は消滅するのである。又其一人が内金の支拂を爲したるときは貸主は他の借主に對して其殘額の請求しか出来ないのである。

(乙) 貸主は連帶債務者の一人が破産したるときは貸金元利全額に付て其破産財團に加入することを得る。若し連帶債務者の全員又は數名が同時に破産したるときには、各財團に對して貸金全額に付き加入を爲し清算の前後に拘らず各財團より貸金全額に對する配當を受ることが出来る。

第二 各連帶債務者は他の債務者に獨立して債務を負擔する者なりとの原則より左の結果を生ずる。

(甲) 借主の一人に付き貸借行爲を無効にする原因があつても他の借主の義務には影響を及ぼさない。

例へば甲、乙、丙三人が連帶債務者となりて金三百圓を借受けたるとき、甲は未成年者であるが法定代理人の同意を得ずして貸借を爲したる者であるとの理由にて其貸借行爲を取消したる場合には、甲の債務は取消されて無効となるが乙、丙は夫れに頓着なく前同様三百圓の返金義務を有するのである。

(乙) 各借主は他の借主と異なる方法にて借金することが出来る。例へば各借主は返濟期日を異にし、又は返濟の場所を異にせしめて借金することを得ます、或は一人の借主は無期限、無條件にて他の借主は期限附、條件附にて借金をすることが出来る。

(丙) 或借主一人に付き生じたる事項は他の借主には効力を及ぼさ

ないのが普通である、此點は左に八つに分けて説明せんと欲す。

(一) 借主の一人が履行不能の状態にありても他の借主は之れが爲めに利害がない。

(二) 借主の一人が過失により貸主へ損害を與へたるときは其者のみが損害賠償の責任を有するのである。

(三) 借主の一人に付き時効が完成しても他の借主の債務は依然として存在する。

(四) 借主の一人が債務を承認し又は借主の一人に對して貸主が假差拂、假處分等時効中斷の手續を爲しても他の借主に對しては時効中斷の効力を及ぼさない。

(五) 借主の一人が債務の免除を受けても他の借主は之れが爲めに其債務が消滅又は減少するものでない。

(六) 借主の一人と貸主との間に相殺の原因があつても他の借主は自分の爲めに之れを援用することが出来ない。

(七) 借主の一人が舊債務に代へて新債務を負擔しても他の借主は新債務に付ては責任がない。

(八) 借主の一人に對する判決の効力は他の借主に及ぶものでない以上(一)乃至(八)に掲げたることは連帶債務の性質上一般の場合に用ひらるゝ原則であるが法律は實際上の便宜の爲めに或場合には此原則を通用せしめないことがある所謂理論が實際に行はれない場合である。此場合を左に列擧して説明しませう。

(一) 履行の請求の場合、

連帶債務者の一人に對して履行の請求を爲したるときは其効力は他の債務者にも及ぶものである。故に貸主が借主の一人に對して履行の請求を爲したるときは總ての借主に對して同様に時効中斷の効力が發生するのである。又其債務が無期限であつたときには總ての借主に對して辨濟期日が到來する効力を生ずるのである。

(二) 更改の場合、

債權者が連帶債務者の一人と更改を爲したるときは其効力は他の債務者にも及ぶものである。債權者が債務者に對して新らしき債務を負擔せしめて舊るい債務を消滅せしむるの契約を爲すを更改と謂ひます。故に借主の一人と貸主とが更改を爲したるときは他の借主の債務は消滅すべき譯である。例へば甲、乙、丙三人が連帶して金百圓を丁より借受けたるとき、甲が丁に對して新たに米貳拾俵を給付すべき債務を負擔して百圓を支拂ふ可き債務を消滅せしめたるときは、乙、丙の二人も丁に對する百圓を支拂ふ義務が消滅して無いことになる。

(三) 相殺の場合、

債務者が債權者に對して負擔する自己の債務と同種類の債權を有する場合に、互に辨濟期に達したる時債務者が債權者に對して有する債權の對當額に於て自己の債務を消滅せしむる旨の意思表示を相殺と謂ふ。例へば乙が本年十月十日を辨濟期と定め金百圓を甲より借用したり然るに乙は甲の爲めに六十圓の立替金を爲したるが故に、乙は甲

に對し立替金六十圓支拂を受くる代りに、借入金百圓の中と差引計算を爲し六十圓を支拂たることゝ爲し、殘額四十圓を支拂ふ可き旨を申出づることが出来る。此申出を相殺の意思表示と謂ふのである。相殺は夫れ故に辨済と同様に看做すことが出来るのである。

借主の一人が貸主に對して相殺を爲したるときには、其相殺の限度に於て貸主は辨済を受けたることゝ同一の効果を生ずるから、他の借主の債務も亦消滅することになる。相殺の原因を有する借主が相殺を申出でざるときは、他の借主は其原因を有する借主の負擔部分に付てのみ之れを援用して相殺を爲すことが出来る。各借主の負擔部分とは何んのことかと言ふに此點は次ぎの免除の處にて説明する。

(四) 免除の場合

免除に二種あり、一つは債務の免除で、他の一つは連帶の免除である。

(甲) 債務の免除

債務の免除とは債權者が無償にて(即ち對價を受取らずして)其有する

債權を拋棄することと言ふ。貸主が總ての借主に對して一切の權利を拋棄したるときは全債務が消滅するのは當然であるが、若し貸主が或借主に對してのみ債務の免除を爲したるときは、之れが爲め他の借主は其債務の免除を受けたる借主の負擔部分に付てのみ利益を受くることになるのである。例へば甲、乙、丙三人が連帶債務者となりて金三百圓を借用したるとき、甲は百五十圓を使用し、乙は百圓を使用し、丙は五十圓を使用したる場合には、甲の負擔部分は百五十圓なり、乙の負擔部分は百圓なり、丙の負擔部分は五十圓である。故に貸主が甲に對してのみ債務を免除したるときは、乙、丙は各百五十圓宛を支拂ふ可き債務を負擔することになる。

(乙) 連帶の免除

連帶の免除は債務の免除と異なり、債權者が債權を拋棄するにあらずして、唯だ債務者に對し債務の全額を請求する權利を拋棄すること。謂ふ債權者が債務者全員に對して連帶の免除を爲したるときは、各債

務者は債務全額の支拂ひ義務を免がれて各自の負擔部分のみを支拂ふ義務あるに過ぎないこととなる。若し債權者が一人の債務に對してのみ連帶の免除を爲したるときは、他の債務者は其連帶の免除を受けたる債務者の負擔部分に付てのみ利益を受くることとなる。其理由は連帶の免除を受けたる債務者は全債務中より自己の負擔部分を分離し、之れを自己單獨の債務として負擔するが故に、其分離せられたる部分は連帶債務には關係がないことになる譯である。

(五) 混同の場合

或る義務と之れに對する權利とが同一人に屬したることを混同と言ふ。例へば甲が乙に對して貸金を有したるに、後ち甲が乙の債務を承継するに至りたるときは即ち混同が生じたる場合である。此場合に於て甲は自分に對して貸金の權利を有することになり、結局甲は乙より辨濟を受けたると同様の結果となるのである。故に混同は辨濟と同じく債務消滅の原因となるものである。借主の一人と貸主との間に混同が

あつた場合は、其連帶債務は根本より消滅して他の借主の債務も亦消滅すべき道理である。

(六) 時効

連帶債務者の一人と貸主との間に時効が完成したるときは、其債務者の負擔部分に付てのみ他の借主も亦利益を受くるのである。

第二項 貸主間の關係

債權者間の連帶に關する規定は我が民法に掲げてない。是れ債權者間の連帶は實際稀れに生ずる所であるから、其規定を設くる必要がないとの理由によるのである。余は連帶の法理から、貸主間に連帶があつた場合の關係を茲に説明せんと欲す。

數人の貸主が連帶して貸金を爲したる場合には、數人の貸主が各單獨の貸主であるかの如く、借主に對して貸金全額の履行を求むることが出来る。而して或貸主が全部の履行を受けたる時は、他の貸主の權利は

消滅するものである。此場合に於て他の貸主は辨済を受けたる貸主に對して各其權利に屬する部分に付て求償又は返還を求むることが出来る。例へば甲は百五十圓、乙は百圓、丙は五十圓を出金して連帶債権者となりて金三百圓を丁に貸付けたるときは、甲、乙、丙は各三百圓の全額に付て丁に對して辨済を受くることが出来る。此場合に先づ甲が丁より三百圓の支拂を受けたりとせば、乙は甲に對して百圓、丙は甲に對して五十圓を返還せしむることが出来るのである。

貸主間の連帶は貸主と借主との特約によりて生ずるものである。而して貸主間の連帶に付ては左の二つの原則が適用せらるゝものである。

第一 貸主の一人が有する債権が無効となり又は取消されても他の貸主の權利は消滅するものでない。

第二 貸主の一人が借主に對して爲したる法律行爲の効力は當然他の貸主に利益を與ふるものでない。

第三項 借主間の關係

連帶債務の場合に於ては貸主と借主との關係は既に説明したるが如く、各借主は貸主に對して借金の全部を支拂ふの義務ある者であるが、各借主間の關係に於ては其負擔部分即ち返金の割合が必ずしも同一でない。或借主は多額の負擔部分を有し、他の借主は少額の負擔部分を有することがある。而して借主の負擔部分の割合は各借主間の特約、又は各自の受けたる利益の割合によりて定まるのであるが、若し其割合を定むる標準が不明であつたときには各借主は平等に債務を負擔せる者なりと推定せらる。連帶債務に付ては以上の如く各借主相互間の負擔部分が同一でないから、或借主が自己の返金す可き負擔額よりも多額に辨済したる時は他の借主に對して其超過部分の返還を求むることを得べき筋合である。是れを借主が他の借主に對して有する求償權と言ふ。此求償權は左の原則に基き行使せらるゝものである。

(二) 借主の一人が債務を辦濟し、又は出捐いっせんを爲して、出捐とは自分の財産上の利益を失ふことを言ふ、更改、相殺、和解等は出捐の適例である。共同債務の責任を免がれしめたるときは、他の借主に對して各自の負擔部分に應じて求償權を行ふことが出来る。

(三) 求償權を有する借主は、求償權を有する借主とは、自己の負擔額より以上の額に付き辦濟を爲し、又は出捐を以て免責を爲したる借主が自己の負擔額を超過する辦濟の部分に付きて、他の借主に對し返還を求むる場合の借主を謂ふのである。貸主へ支拂ひたる金額、出捐の價格、辦濟又は免責を爲したる日以後の法定利息、避くべきことを得ざりし費用及び損害に付き、他の借主に對し其負擔部分に應じて求償權さうべんけんを行ふことが出来る。

(三) 借主の一人が貸主より辦濟の請求を受けたる場合に、其請求を受けたることを他の借主へ通知せずして辦濟を爲し、又は自己の出捐を以て共同の免責を得たる上、他の借主に對して求償權を行

ひたるとき、他の借主が債權者に對抗たいこうすることを得る事由を有せるときは、其事由を以て其負擔部分に應じて求償權を行ふ借主に對抗することを得べし。

連帶債務に在ては各借主は貸主より請求を受けたる場合に、免除、更改、相殺、時効、其他の事由に因りて債務が消滅したることを主張して其請求を拒むことを得るが、或借主と貸主との間には右の如き債務消滅の事由が生じたるに拘はらず、他の借主は其事由が発生したる事實を知らずして全部の辦濟を爲し、又は共同免責の爲めに出捐を爲すことは往々にあり得可き事柄である。法律は此結果の發生を豫防する爲め借主の一人が貸主より辦濟の請求を受けたる事實を他の借主に通知すべき義務ある旨を規定したり、他の借主は如斯通知を受けたる時は適宜に債務消滅の原因たる事由を貸主へ對抗することが出来るが、若し辦濟の請求を受けたる借主が其通知を爲さざりしときは、貸主に對して右の如き抗辨を有する他の借主は、貸主より請求を受けたる事實を

知らざりしが爲め其抗辨を貸主に對して主張する機會を失ひ不利益を蒙る可きを以て、其通知を怠りて辨濟又は出捐を爲したる借主に對して貸主に主張することを得可かりし抗辨の事由を對抗することを得せしめ、以て其求償權を排斥せしめたるのである。

(四) 連帶債務者の一人が辨濟を爲し、其他自己の出捐を以て共同の免責を得たる場合には、遲滞なく其事實を他の債務者へ通知すべき義務あり、若し其通知の義務を怠りたるが爲め、他の債務者が善意にて貸主に辨濟を爲し、又は出捐を以て免責を得たるときは、後ちの債務者は自己の爲したる辨濟又は免責行爲を有効なりと看做し、前の債務者の求償權を排斥することが出来る。

(五) 連帶債務者中に償還の資力なき者あるときは、其債務者の償還するに能はざる部分に付て、求償權者及び他の資力ある債務者間に於て、各自の負擔部分に割當て其損失を分擔す可きものである。例へば、甲、乙、丙、丁、四人が連帶債務者となりて、戊より金六百圓を借受け

甲、乙、丙は各二百圓を使用し、丁は一錢も使用せざりし場合に、甲が戊に對し六百圓を辨濟し、乙より其負擔部分二百圓を受取りたるも、丙無資力となりしときは、丙の負擔部分二百圓を二分して、甲、乙は各百圓宛の損失を分擔せなければならぬ、但此場合に於て求償權者たる甲が丙の無資力となる以前に充分其償還を求むることを得たるに拘らず、過失怠慢によりて其償還を求むることを等閑に付し、遂に丙の無資力の状態を見るに至りたるときは、甲は乙に對して丙の負擔部分の分擔を求むることが出来なくして、甲獨りて其損失を蒙る可きものである。又前例の場合に於て、乙は債權者よりの連帶の免除を受けたる者なりしときは、乙は戊に對して其負擔部分二百圓のみを辨濟す可き義務あるに過ぎないから、丙の負擔部分を分擔す可き筈がない、去、甲に全部の損失を負擔せしむるは酷であるから、法律は連帶の免除を受けたる乙が連帶の免除を受けざりし場合に於て負擔すべかりし部分は、債權者戊に於て之れを負擔すべきものなりと規定したり。

第四項 連帶債務の相續

六六

連帶債務は借主が貸主より連帶の免除を受けたるときは消滅すること勿論なるも、連帶債務者たる借主の一人が死亡したる場合は其相續人の相續分の割合に應じて相續人間に分割せらるゝものである。家督相續の場合にては相續人は一人なるを以て戸主たる連帶債務者死亡したるときは、其家督相續人が死亡者の連帶債務の全部を承繼するものであるが、其死亡したる連帶債務者が家族にして同順位の遺産相續人數人ありたる場合には、其遺産は數人の相續人間に相續分の割合に應じて分割せられ、死亡者の連帶債務も亦相續分の割合によりて各相續人間に分割承繼せらるゝことになる。例へば甲乙丙の三人連帶債務者となり、丁より金三百圓を借受け、各百圓宛を使用したるに、甲死亡し其遺産相續人は戊己兩名にして、戊己の各相續分は同一なりとせば、戊己は連帶債務の全額三百圓の二分の一に當たる百五十圓宛を、乙

丙と連帶して辨濟すべき債務を負擔すべきことになる。又此場合に甲の負擔部分は百圓であるから、戊己兩名の負擔部分は各五十圓宛となるのである。故に戊己兩名は各五十圓宛の負擔部分に付て連帶債務者たる乙丙より求償權を行はるゝこととなる。

相續人の相續分に付この規定は、民法相續編中に掲げられてあるから讀者が同法を參看せられむことを希望す。

(判決例)

一 各連帶債務者の負擔部分は、債務に付き各債務者の利益を受けたる割合に應じ、或は債務者間の合意に依りて定まるものである。(大審院判決要旨)

- 一 連帶債務に關しては各債務者間に特約を以て擔當額を定めざりし場合は、假令其内の或る債務者が全額を使用したりとて其負擔部分は各自平等なりとせなければならぬ。(名古屋控訴院判決要旨)
- 一 連帶債務者の一人が辨濟して共同債務者に免責を得せしめたる

ときは、其免責のありたる日以後の法定利息を請求することを得る
茲に免責のありたる日とは免責の日は、包含せぬ（東京控訴院判決要
旨）

- 一 金圓借用證に單に連借人とのみ記載したる場合に於ては、右の記
載は連帶債務の成立を證するに足らぬ（東京地方裁判所判決要旨）
- 一 主たる債務に付き連帶の義務ある者は、之に附隨する債務に付て
も亦連帶の義務があるから、訴訟費用に付ても各債務者は連帶の責
任を有する者である（大審院判決要旨）

第八章 保證債務に付ての心得

第一節 保證債務の性質

民法第四百四十六條は保證債務の性質を規定して曰く、
保證人は主たる債務者が其債務を履行せざる場合に於て其履行を
爲す責に任す、

と、余は此規定に基き左に保證債務の性質を分拆して説明すべし、

(一) 保證債務は對人擔保である

保證人は債權者に對して主たる債務者が辨濟せざるときに、債務
者に代つて辨濟の責めに任ずる者であるから、保證人其人の地位
身分、信用を以て債務の履行を擔保する所の對人擔保と言はなけ
ればならぬ、

(二) 保證債務は從たる債務である

保證人は主たる債務者が債務を履行せざる場合に之れを履行す
べき者なれば、主たる債務ありて保證債務存することになり、主た
る債務無くして保證債務のみ獨立して存する理由なきものであ
る、故に保證債務は主たる債務と運命を同一にする從たる債務で
ある、之れを以て主たる債務が取消されるときは、保證債務も亦
消滅すべき道理であるが、茲に唯だ一つの例外の場合が民法第四
百四十九條に規定してある、同條に曰く、

無能力によりて取消すことを得可き債務を保證したる者が、保證契約の當時其取消の原因を知りたるときは、主たる債務者の不履行又は其債務の取消の場合に付き、同一の目的を有する獨立の債務を負擔したるものと推定す。

と、此條文の精神は保證人に於て主たる債務者の無能力なることを知りて其債務を保證したるときは、其債務が後に取消さるべきことを豫期して保證したる者なれば、其債務が取消され又は不履行の場合に保證人に責任を負はしむるも過酷でないことを認められたのである。而て此條文は法律が保證人の意思を推定して規定したのであるから、保證人が右の場合に自分は主たる債務と同一の目的を有する獨立の債務を負擔する意思なきことを證明したるときは、此法律上の推定を破りて單純なる保證債務を負擔することになるのであるが、其證明は非常に困難であると言はなければならぬ。

保證債務は従たる債務であるから、常に主たる債務に、從屬し獨立して存立することが出來ない。夫故に主たる債務が消滅すれば保證債務も亦消滅することは當然である。随つて主たる債務者が債務消滅の原因たる辨濟、免除、更改、混同、相殺、時効、解除條件の到來等の事由を有するに拘はらず、債權者に對して是れを主張せざるときは、保證人に於て保證債務を消滅せしむる利益上是等の事由を援用することが出來るのである。

(三) 保證債務は主たる債務と其目的が同一である。

保證人は主たる債務者が債務を履行せざる場合に之れを履行する者なれば、保證人の保證債務と主たる債務とは同一の目的を有することが必要である。然れ共保證人は債權者に對して自己の負擔せる保證債務に付き不履行の場合に違約金又は損害賠償の額を約定することが出來る。何んとなれば保證人は第二位の債務者であるから第二位の債務者として保證債務の履行を確かにせしむる爲め、是等の約定を爲すも別段保證人が主たる債務より過重

の債務を負担せる者なりと認むることが出来ない故である。保証債務は主たる債務と同一の目的を有するものであるから、主たる債務の分量が其性質上増加し減縮したるときは保証債務の分量も亦同様に擴張し減縮するものである。故に主たる債務に付ての利息、違約金、損害賠償、必要なる諸費用の如きは、保證人が保証債務として履行の責任を有する譯である。而て若し保證人の負擔が主たる債務より重く約定せられたるときは、當然主たる債務の程度に減縮せらる可きものである。例へば主たる債務の目的は金千圓なるに保證人が債權者に對して主たる債務者が之れを履行せざるときは、保證人に於て金千五百圓を支拂ふべしと約定して置いても、法律上保證人は主たる債務の額千圓を支拂へばよいのである。随つて借用證書に主たる債務は期限附若くは條件附なる場合でも、保証債務は無期限若くは無條件なりとの趣旨の文言を記載して置いたところで、保証債務は主たる債務と同一なる期限

附若くは條件附なりと解釋せらる可きである。茲に注意す可きは保証債務の目的體様は主たる債務の目的體様より重きことは法律上許されないが、軽いことは差支へないのである。例へば主たる債務の目的が千圓にして保證人は其内五百圓だけ保證することを得るのである。(主たる債務より目的が軽い場合)又主たる債務は無條件、無期限なるときに保証債務は條件附期限附とすることが出来ます。(主たる債務より體様が軽い場合)

第二節 保証債務の効力

第一項 債權者と保證人間の關係

(第一) 債權者より債務履行の請求を受けたる保證人は、債權者に對して先づ主たる債務者に履行の催告を爲すべきことを求むるの權利を有して居る。此權利を先訴の抗辯權と謂ふ。

保證人は主たる債務者が債務を履行せざる場合に其履行を爲すべき

地位にある者なれば、債権者が先づ主たる債務者に對して履行の催告を爲したるも其効なかりし場合に至らざれば保證人の義務は未だ發生せないので、故に債権者が債務者に催告を爲さずして直ちに保證人に履行の請求を爲したるときは、先づ債務者に催告すべしとの抗辯を爲し其請求を拒むの權利を保證人へ與へたのです、併し左の場合に於ては債権者は主たる債務者に催告せずして直ちに保證人に對して履行の請求を爲すことを得、保證人は先訴の抗辯を提出することが出來ない。

(イ) 債務者が破産の宣告又は家資分産の宣告を受けたるとき、

(ロ) 主たる債務者が逃亡し、又は其住家を立去りて所在不明となりたるとき、

但し主たる債務者が所在不明となりたるときに於ても、若し其債務者に財産管理人が設けられたるときは、債権者は其管理人に對して催告を爲したる上にあらざれば保證人へ履行の請求を爲すことを

得ない、又行方不明の債務者が無能力者である場合には、其法定代理人に對して催告を爲したる後に非ざれば、直ちに保證人へ履行の請求を爲すを得ないと信ず、

(第二) 債権者が債務者に催告を爲したる後と雖も、保證人に於て債務者が辨済の資力を有し、且つ其財産に對する執行が容易なることを證明したるときは、債権者に於て先づ主たる債務者の財産に付いて執行を爲す可きものである、此保證人が(一)主たる債務者に資力を有すること及び(二)主たる債務者の財産に對する執行が容易であることを證明して、先づ主たる債務者に對して執行を求むる權利を檢索の抗辯と稱します、

茲に注意すべきは、保證人が檢索の抗辯を爲すには、主たる債務者が完全なる辨済を爲す資力を有することを必要とするや、若くは債務の幾分を辨済する資力を有する場合に於ても爲し得るや否やの問題である例へば債務者が千五百圓の債務を負擔し、資力五百圓を有するに過

ぎざる場合に於ては如何と言ふに、或學者は債權者は如何なる場合にも一部分の辨濟を強いらるゝ義務がないから、前例の場合に檢索の抗辯を提出することを得ないと説明し、又同意見の裁判例もあります。が、余は右の説に反對し、債務者に於て幾分の資力を有する以上は保證人に於て檢索の抗辯を主張することを得るものであると信ずる。其理由は民法第四百五十五條に、前略、保證人の請求ありたるに拘はらず、債權者が催告又は執行を爲すことを怠り、其後主たる債務者より全部の辨濟を得ざるときは、保證人は債權者が直ちに催告又は執行を爲せば辨濟を得可かりし限度に於て其義務を免るゝと規定してあるから、本條の解釋上個様に信するのである。本條の趣旨を例解せんに、例へば債權者は債務者に對して金五百圓の債權を有し、保證人の先訴の抗辯又は檢索の抗辯に應じて、直ちに催告又は執行を爲すに於ては債務者は其當時完全なる辨濟を爲すの資力を有したるに、債權者が其手續を等閑に付し、其後に至り債務者が無資力となりし者と假定するときは

債權者は最早保證人に對して何等の請求をも爲すことが出来ないものである。又債務者が保證人の抗辯の當時には三百圓の資力を有したるも、債權者が其手續を怠りたるが爲め漸く百圓の辨濟を受けたるときは、保證人は債權者が直ちに手續を爲せば殘額二百圓も辨濟を受くべかりしことを主張して、債權者は三百圓の辨濟を受けたる者と同等に看做して、五百圓の債務の内是れを差引き、二百圓に付てのみ責任を負擔すればよいのである。

(第三) 債權者が主たる債務者に對し請求、差押、假差押、假處分等、時効中斷の手續を爲したるときは、其効力は保證人にも及ぶのである。債務者が爲したる債務の承認の効力も同様である。是れは保證債務が主たる債務に従たるの性質上當然生すべき結果であります。

第二項 保證人と主たる債務者との關係

保證人が辨濟又は出捐を爲して、主たる債務者の債務を消滅せしめた

るときは、主たる債務者に對して求償權を行ふことを得、但し左の場合に於ては之れを行ふことを得ざるものとす。

(第一) 主たる債務が保證人一己の利害に關するるとき、例へば甲が乙より金員を借用せんとするも信用なきを以て、丙をして乙より金員を借らしめ、甲は丙の保證人となり、其借用金全部を使用したる場合には、債權者たる乙に對する關係より見れば丙が主たる債務者にして、甲は單に保證人なるも、借入金に付き利害を有する者は甲なれば、甲が辨濟又は出捐を爲して丙の債務を消滅せしめたりとて、丙に對して求償權を行ふことが出來ないのは明かである。

(第二) 保證人が債務者本人に對し求償權を豫め拋棄したるとき、此場合は説明を要せずと信ず、保證人の債務者本人に對する求償權は、保證債務が債務者の委託により生じたる場合と、保證人の事務管理により生じたる場合とにより其範圍に區別あり、左に分解すべし。

(甲) 保證債務が債務者の委託による場合、

凡そ委任契約によりて或事務の委託を受けたる者が、委任事務を處理するに當つて必要な費用を出したるときは、其費用及び其支出の日以後に於ける利息の償還を委任者に對して求むることを得、又委任事務を處理するに當つて過失なくして損失を蒙りたるときは、委任者に對して之れが賠償をも求むることを得るは法律上の原則である、故に保證人が債務者の委任によりて保證債務を負擔したるときは、右の原則が適用せられ、保證人が保證債務を負擔したるが爲めに支出したる費用と、其支出の日以後に於ける利息、並に過失なくして受けたる損害は總て債務者に對して其償還を請求することが出來る、而て保證人が債務者に對して求償權を行ふことを得可き時期は左の場合とす。

(一) 保證人が辨濟を爲し其他自己の出捐を以て債務を消滅せしめたる後には、何時にて求償權を行ふことを得べし、

(二) 保證人が債權者に對して債務を辨濟すべしとの確定判決を受け

たるときは、辨済を爲さざる前に於て求償権を行ふことを得、(保證人が辨済を爲したる者として求償額を定む)

(三) 主たる債務者が破産の宣告を受けたるに債権者が其破産財團に配當加入を爲さざるときは、保證人は保證債務を免がるゝに必要な金額に付き債務者に對し求償権を行ふことを得べし。

(四) 主たる債務が辨済期に達したる後は同上の金額に付き求償権を行ふことを得べし。

此場合に於て主たる債務者は、保證契約の後債権者より特に許與せられたる延期を理由として保證人の求償を拒むことを得ない、何んとなれば保證人は保證契約成立當時に於ける主たる債務の辨済期を以て保證したる者なれば、其後保證人の關知せざる債権者と債務者間の延期契約の爲めに、保證債務の期限を延長せらる可き理由がないからである、但し保證人は債権者より保證債務の履行を求められたるときは、債務者に許與せられたる延期契約を援用して、未だ

辨済期に達せざるを理由とし其請求を拒むことを得、是れ保證人は從たる債務者なれば主たる債務者に屬する抗辨を援用することを得との原則に基くなり。

(五) 債務の辨済期が不確定にして且つ最長期をも確定すること能はざる場合に於て、保證契約の日より滿十ヶ年を経過したるときは、何時にても求償権を行ふことを得べし。

前述の(二)(三)(四)の各場合に於て債権者が未だ保證人より全部の辨済を受けざる間は、主たる債務者は保證人をして擔保を供せしめ、又は保證人に對して責任免除の請求を爲すことを得べし、或は又主たる債務者は保證人が蒙ることあるべき損害金に相當する金員を供託して保證人の求償を免るゝことが出来る。

(乙) 保證が事務管理に基く場合

保證人が主たる債務者の委任なくして保證を爲したるときは、保證人は主たる債務者の爲めに事務管理を爲した者である、事務管理に

よる保證人の求償権は委任による保證人の求償権の如く、債務者に對して保證を爲したるが爲めに被りたる一切の損害を賠償せしむることを得ない、唯だ債務者本人が保證人の損害によりて利益を得たる限度に於て求償権を行ふことを得るに止まる、保證が事務管理に基く場合を(一)債務者の委託なくして單純に保證を爲したるとき(二)債務者の意思に反して保證を爲したるときの二つに區別して説明すべし。

(一) 保證人が債務者の委託なく單純に保證を爲したるとき、此場合の保證人が債務者に對して求償権を行ふには、必ずや債権者に辨濟を爲し、其他自己の出捐を以て債務を消滅せしめたることを要する、委託による保證人の如く將來被ることあるべき損害を防止する爲めに豫め求償権を行ふことを得ないのである、而て此場合の保證人の求償額を定むべき債務者の利益の限度は、保證人が債権者に對して辨濟又は出捐を爲したる當時に於ける債務者の利益を標

準とするのである、故に保證人が爲したる辨濟の金額、出捐の價格、債務の履行に必要な費用は債務者に對して償還を求むることを得べきも、夫等の支出額に對する利息金や過失なくして債務履行に關して受けたる損害等の賠償を求むることは出來ない。

(二) 保證人が債務者の意思に反して保證を爲したるとき、此場合の保證人は主たる債務者に對して求償権を行ふ當時に主たる債務者が保證人の辨濟又は出捐によりて現に利益を受くる限度に於て求償を爲すことを得るのである、故に保證人が主たる債務者の爲め辨濟又は出捐を爲して利益を興へたりとするも、其利益が求償権を行ふ當時に債務者に保有せられざる場合は求償を爲すことは出來ない、例へば保證人が辨濟又は出捐を爲したる後、主たる債務者が債権者に對して債権を取得し、其債権が保證人の求償の當時に辨濟期に達したる場合には、主たる債務者は保證人の求償に對して右の債権を以て相殺を主張して其求償を拒むことが出來る、故に保

證人の辨濟又は出捐を爲したる時より保證人が求償を爲す時までの間に於て生じたる主たる債務の消滅又は減縮の原因たる事由は常に求償濟を行ふ保證人の不利益に歸着する、

第三項 求償權の喪失

保證人が主たる債務者に對して有する求償權は左の場合に於て消滅す、

(一) 保證人が債權者より請求を受けたることを債務者に通知せずして辨濟を爲し其他自己の出捐を以て主たる債務を消滅せしめたる場合には、主たる債務者に於て債權者に對抗することを得べき事由を保證人に對抗して其求償を拒むことを得、

(二) 保證人が辨濟又は自己の出捐を以て主たる債務を消滅せしめたることを、主たる債務者に通知することを怠りたるが爲め、主たる債務者は其事實を知らずして債權者に辨濟を爲し、又は出捐を爲して

免責を得たるときは、主たる債務者が爲したる辨濟又は出捐を有効なりと看做して、保證人の求償を拒むことを得、

第三節 保證債務の種類

第一項 單獨保證債務

單獨保證債務とは保證人が一人の場合に於ける保證債務を余が便宜上名づけたるものにして、前第一節第二節に説明したる事項は總て適用せらるべきが故に茲に改めて再説せざるべし、

第二項 共同保證債務

共同保證債務とは同一の債務に付き保證人が二人以上ある場合に於ける保證債務を名づけたるものにして、前第一節第二節に於て説明したる事項が適用せらるべきは勿論、共同債務と題して説明したる債務が共同の債務者間に分割せらるゝとの原則が共同保證人間にも亦行

はるゝものである。故に保證人數人あるときは、債權者と保證人との關係は其保證人の負擔部分に付て債權者に義務あることゝなり、債務の全額に付て責任を有せざるものである。例へば甲、乙、丙三人が保證人となりて債務千圓の保證を爲したるとき、甲は五百圓に付て、乙は三百圓に付て、丙は二百圓に付て保證を爲したる場合に於ては、甲は五百圓、乙は三百圓、丙は二百圓に付てのみ主たる債務者が辨濟を爲さざるときに辨濟するの義務あるなり、若し又保證契約の當時に各保證人間の負擔部分を確定せざりし場合は、甲、乙、丙は平等に分割せられたる債務の部分、即ち各三百三十三圓三十三錢三厘宛の保證債務を負擔することになる。隨て共同保證人が主たる債務者に對して行ふべき求償の範圍も亦其負擔部分に應ずべきことになる。

數人の保證人が各別に保證人と保りたるるときと雖も、保證債務は當然保證人間に分割せらるゝものなりや否や、例へば甲なる債務者が乙より金千圓を借受くる際、丙は甲の保證人となりたり、其後丁は貸主乙に對して甲の債務の保證人たることを約したる場合に、丙、丁の保證人が互に他に保證人あることを知らざりしとせば、丙、丁は各債務の全額に付て保證の義務ありや如何と言ふに、余は丙、丁が保證を爲す際、特に債務の全額に付き保證を爲すべしとの意思を表示したるときは、全部履行の責任を有するも、此意思表示なくして、單に保證人として借用證書に記名したるか、又は保證債務を負擔すべしとの意思を表示したるに過ぎざる場合には、保證債務は、丙、丁間に平等に分割せらるべきものなりと信ず。

數人の保證人ある場合に於て、或保證人が辨濟又は出捐を爲して共同の保證債務を消滅せしめたるときは、他の共同保證人に對して其當時利益を受けたりし限度に於て求償を爲すことが出来る。但し其保證人か他の保證人の意思に反して辨濟又は出捐を爲したる者なりしときは、其求償を爲す當時に他の保證人が現に利益を受くる現度に於てのみ求償権を行ふことを得べし。

第三項 連帶保證債務

連帶保證には二つの意義がある。一つは數人の保證人が連帶して保證債務を負擔する場合、他の一つは主たる債務者と保證人とが連帶して債務を負擔する場合である。前の場合に於ては數人の保證人は恰も一人の保證人の如く看做され、債權者が主たる債務者に於て債務を履行せざるとき、各保證人に對して全債務の履行を求むることを得べし、故に單獨なる保證債務の場合と同様なる關係と見ることが出来る。後の場合に於ては、純然たる保證債務と看做すこと能はず、又單純なる連帶債務にあらず、保證債務と連帶債務との二性質を兼有す、即ち保證人なる特殊の地位に在る者と、債務者とが連帶して債務を負擔したる關係であつて、保證債務本來の性質たる主たる債務に従たるものなりとの原則に反せざる範圍内に於て、連帶債務の各原則が行はるゝものなり、左の如し。

- (一) 主たる債務成立せざれば連帶保證債務發生せず。
 - (二) 主たる債務消滅すれば連帶保證債務も亦消滅す。
 - (三) 連帶保證債務の目的體様は主たる債務より重きこと能はず。
- 然れども連帶保證人は債務の履行に付ては主たる債務者と同等の地位に在る者なれば單純なる保證人の如く債權者に對して先づ主たる債務者に催告を求むる權、及び檢索の利益を有せざる者である、但し主たる債務者と連帶保證人との間の關係は純然たる保證債務なること勿論である。

第四項 借主が保證人を立つる義務

保證人は貸借の契約と同時に立つるのが普通なるも、場合によりては借主が貸借の際保證人を立てずして後日保證人を立つべきことを貸主に對して約束することがある、此場合には借主は必ず左の資格を有する保證人を立つる義務あり。

- (一) 保證人は能力者なること。
- (二) 保證人は債務辨済の資力を有すること。
- (三) 保證人は債務履行を管轄する控訴院の管轄内に住所又は假住所を有すること。

前記の資格を有する保證人を立てたる後に、其保證人が(二)(三)の資格を喪失したるときは、借主は其資格ある保證人を新たに立てざる可からず、又は相當なる擔保を供する義務あり、但し貸主が指名したる保證人を立てたる場合なるときは、其保證人が前記の資格を有せず、又は之れを喪失したる場合に於ても、借主は何等の責任を有せざるものなり

(判決例)

- 一 保證債務は主たる債務と存立消滅を共にするも、主たる債務と同一のものでないから、保證人が保證債務の存在を承認したりして、其承認の効力は當然主たる債務者に及ぶべきものでない。(大審院判決要旨)

院判決要旨

- 一 保證債務は其性質從たる債務なれば、主たる債務と離れて出訴期限又は時効に罹るものでない。(東京控訴院判決要旨)
- 一 主たる債務に付き辨済期限を延長するは、債務消滅の事由にあらざるは勿論、新債務を創設したるものでないから、保證人が假令自ら之に關與せざりしにせよ、辨済期限延長の効力は當然保證債務にも及ぶべきものである。(大審院聯合判決要旨)
- 一 權利義務に關する證書に證人として加名せる場合に、其證人の意義に付き他に何等の見るべき點なき以上は、普通保證人の意義に解すべきである。(長崎控訴院判決要旨)
- 一 保證債務が一旦有効に成立したる以上は、假令後日に至り、またる債務者が保證人の承諾を得ずして該證書の日附期限、及利率を變更しても、保證債務は消滅せぬ。(東京控訴院判決要旨)
- 一 貸借が更改によりて消滅したるときは、保證債務も亦更改の當時消滅するものである、故に新債務に付ては保證人は責任がない。(同上)

一 保證債務の履行請求を受けたる者が、其債務は辨済金額を供託して既に消滅したりとの抗辯を採て保證人は檢索の利益を主張したりと判決したのは不當である、檢索の利益は之れを主張せざれば採用することが出来ないものである(同上)

一 保證人が主たる債務者と連帶して債務を負担したる場合に於ても、主たる債務の解除は保證人の債務を消滅せしむるものである(大審院判決要旨)

(二) 親族會の同意を得ずに親權者か未成年者を代表してし債務を負担する事實を知つて保證人になりたる者は、獨立の債務を負ひたる者と推定せらる、故に未成年者が其瑕疵を原因として之を取消たる以上は、其以前に於て既に保證人が債務を辨済せし場合でも保證債務の履行にあらずして獨立の債務辨済と看做さる、けれども右は法律上の推定であつて事の真相は獨立の債務者でないから、保證人の辨済ありしが爲めに現實に利益を受くる未成年者

年者は(即ち主たる債務者)辨済者即ち保證人に對して其利益の限度を以て償還せねばならぬ(大阪控訴院判決要旨)

第九章 質權に付ての心得

第一節 質權の性質

質權には動産質、不動産質、權利質の三種あり、民法は其第三百四十二條乃至第三百五十一條に於て右三種に共通せる性質及び効力に付ての規定を設けたり、余は本節並に次節に於て是等の規定の精神を説明せんとす、質權の性質に付ては民法第三百四十二條乃至第三百四十五條に規定あり即ち左の如し、

第三百四十二條 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、且其物に付き他の債權者に先ちて自己の債權の辨済を受くる權利を有す

第三百四十三條 質權は讓渡すことを得ざる物を以て其目的と爲すことを得す

第三百四十四條 質權の設定は債權者に其目的物の引渡を爲すに因りて其効力を生ず。

第三百四十五條 質權者は質權設定者をして、自己に代はりて質物の占有を爲さしむることを得ず。

前記の規定に基き質權の性質を左に分析説明すへし

第一 質權は當事者の契約に因りてのみ設定せらる。此點が法律の規定に基き生ずる留置權及び先取特權と區別せらるゝ要點の一である。

第二 質權は債權者が目的物を占有するに因りて成立するものなり。質權は債權者が其目的物を占有するにあらざれば成立しない。是れが抵當權と異なる要點の一つである。併し權利質は性質上引渡が出来ないから特別の方法により設定することを得るものとせり。其詳細は後に説明す。

質權の目的物とは質物の義である。占有とは物を自己が實力を以て支

配することを得る地位に置くことを言ふ。普通の場合に於ては物の所持は物の占有と解釋することが出来るが、占有とは所持よりも廣い意味である。而して質物は質權者自ら占有せずして他人をして自己に代りて占有せしめてもよいのであるが、質權設定者をして代理占有を爲さしむることを得ない。質權設定者とは通例質物の所有者を言ふのであるから、借主が普通質權設定者であるが、第三者が借主の爲めに質物を供して設定者となることもある。

第三 質權の目的物は讓渡すことを得べき物でなければならぬ。質權者は債務者が債務不履行の場合に質物を競賣に付して其代金により辨濟を受くる者であるから、法律上讓渡を禁じたる物若くは當事者が讓渡を禁じたる債權の如きは質物と爲すことは出来ない。例へば華族の世襲財産登記以前の會社の株式、官吏の恩給及び遺族扶助料の如きは質權の目的物とすることが出来ない。併し民事訴訟法上差押ふること能はざる物及び財産權は、必ずしも質權の目的物と爲すことが

出來ないと速断すべきでない、何んとなれば民事訴訟法上差押を禁じたる規定は、主として主務者及び其家族の生活状態を保護する爲めに設けたるものなれば是等の物又は権利と雖も債務者が任意に質物となしたるときは有効である、唯だ讓渡すること能はざるが故に差押ふることを得ざるものゝみが質権の目的と爲すを得ないのである、又民事訴訟法上取立命令又は轉付命令を以て支拂を受くる権利は、全部質権の目的と爲すことを得るものなりと速断してはならぬ、是等の権利の中でも當事者が特に讓渡を禁じたるものは質権の目的と爲すことが出來ない、

(第四) 質権は主たる債権を擔保する從たる権利なり、

(第五) 質権は他人の所有物上に行はるゝ物權なり、(權利質は特利の性質を有す)

物權とは物の上に存在する權利を言ふ、質権は他人の物の上に存在する權利なれば質権者の所有物に付て設定することを得ない、又質権者

が質物の所有權を得たる時は其質権は消滅すべき理である、

(第六) 質権は不可分の性質を有す、

質権の不可分とは、質権者が債務の全額の辨濟を受くるまで質物全部の上に權利を行ふことを得るを言ふ、其詳細は次節質権の効力のところにて説明す、

第二節 質権の効力

第一項 質権者の權利

第一 質権の範圍

民法第三百四十六條に曰く、

質権は元本、利息、違約金、質権實行の費用、質物保存の費用、債務の不履行又は質物の隠れたる瑕疵によりて生じたる損害の賠償を擔保す、但設定行為に別段の定あるときは此限に在らず、

と、質権の範圍は設定行為即ち當事者の契約によりて定むることを得

るが、若し當事者間に於て其範圍を明定せざるときは、右條文の趣旨に
 基き質權は左に列擧する權利を擔保す、

(イ) 元本及び利息

(ロ) 違約金

違約金とは債務不履行の場合に於ける損害の豫定額を云ふ、

(ハ) 質權實行の費用

此費用に屬するものは質物の價格鑑定料、競賣費用の如き質物處分に
 關する必要な費用を言ふ、

(ニ) 質物保存の費用

質物の現狀を維持するに必要な費用にして例へば質物の修繕料の
 如し、

(ホ) 債務の不履行により生じたる損害

貸金の辨濟期限後に於ける遅延利息の如きを言ふ、又貸主が辨濟期限
 後催告を爲し、訴訟を提起するに至りたるときは、其催告の費用、訴訟費

用の如きも此種の損害と謂ふべきものである、

(ヘ) 質物の隠れたる瑕疵に因りて生じたる損害

例へば病牛と知らずし之れを質物に取りたるに、質權者の所有の牛に
 病毒が感染して被りたる損害の如きを言ふ、

第二 質權者が有する追及權の範圍

質權者は其質物の上に權利を行ふことを得るは勿論、質物の賣却、質貸
 滅失又は毀損によりて債務者が受くべき金錢、其他質物の上に設定し
 たる物權の對價に付ても質權を行ふことが出来る、併し質權者は其拂
 渡の前に先づ差押を爲すことを要するものとせり、

第三 質權者が有する留置權

質權者が有する留置權とは質物によりて擔保せられたる債權の完濟
 を受くるまで其質物を留置するを得ることを謂ふ、但し其質物が質權
 者より優先の辨濟を受く可き先取特權の目的物たるときは、此限にあ
 らずとす、

第四 質権者の轉質權

轉質とは質権者が他人に對する自己の債務の擔保として其質物を融通することを得るも此轉質は往々質權設定者に危険を與ふる懼あるが故に、法律は左の如き各種の制限を附したり、

一 轉質は第一の質權存續期間内に於てのみ爲すことを得べし、故に第一の質權により擔保せられたる債權の辨濟期限が到來して債務者が質權者に辨濟を爲したるときは、第一の質權の消滅と共に轉質も亦消滅すべきものである、

二 轉質中に生じたる損害は質權者の責任に歸す、轉質により利益を受くる者は質權者にして、債務者又は質權設定者は之に因り利得する所でないから、轉質に對する責任は總て質權者が負擔すべきこととせり、從つて轉質中其質物が毀損滅失したる場合は、其原因が天災地變等不可投力によりて生じたと、又は轉質權者(第二の

質取主)の故意過失によりて生じたとを問はず、質權者に於て質權設定者に對して損害を負ふ可きものとした、

第五 質權者の果實收取の權利

質權者は質物より生ずる果實(質)に取りたる債權より生ずる利息は、法定果實と稱して矢張果實であるを收取して自己の債權の辨濟に充當することを得るものであるか、其充當の順序は先づ利息へ充當し、其殘餘を元本へ充當すべきものである、

第六 質權者の償還請求權

質權者が質物に付き必要費を支出したるときは、質權設定者に其償還を求むることを得、又質權者が質物に付き有益費を支出したるときは、其有益費支出の爲めに質物の價格が増加したる場合に限り、質權設定者の選擇によりて其有益費用若くは價格の増加額を償還せしむることを得、但し此場合には質權設定者の請求により裁判所は其支拂に付き相當の猶豫期間を許可することあるべし、

第七 質権者の質物賣却権

質権者が辨済期に至るも貸金の辨済を受けざる時は競賣法の手續に従ひて動産の質物なれば其競賣を爲すべき地の區裁判所々屬執達吏に囑託して之れを競賣に付し其代金を以て元利金費用立替金等の辨済を受くることを得不動産の競賣なれば不動産所在地の區裁判所に競賣の申立を爲し其區裁判所に於て之れが競賣を爲すものとす其詳細なる手續は競賣法に規定あり尙ほ後に説明すべし
質権者は質権設定者との特約を以て其質物を自ら買取り又は競賣法の手續によらずして賣却し若くは質物を以て代物辨済を受くることを得べきも是等の場合には民法第三百四十九條の制限を受くるものとす同條に曰く

質権設定者は設定行爲又は債務の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に定めたる方法に依らずして質物を處分せしむることを約することを得す

と故に前記の質物隨意處分の特約は債務の辨済期満了後質権者と質権設定者との間に爲すべきものである

第二項 質権者の義務

第一 質権者は普良なる管理者の注意を以て質物を保管すべき義務あり

第二 質権者は質物を使用賃貸又は擔保に供することを得ず但し左

- 記の場合に其限にあらず
- (イ) 質権設定者の承諾ありたる時
- (ロ) 質物の保存に必要なる使用を爲すこと
- (ハ) 質物を轉質となすこと

第三節 動産質

民法第八十六條に曰く

土地及び其定着物は之を不動産とす、

此他の物は總て之を動産とす、

無記名債權は之を動産と看做す、

と、故に土地及び其定着物たる家屋、樹木の如きは不動産で、不動産以外の有體物（かたりのあるもの）は總て動産である、無記名債權は有體物ではないが法律上之を動産と看做したのである、

動産質とは不動産以外の有體物及び無記名債權を質權の目的（即ち質物）となしたる場合を謂ふ、動産質の特色とする所は質質設定者が質物を質權者に引渡し、質權者が其質物を質權存續期間内繼續して占有することゝを必要となす點である、動産質權者が其質物の占有を他人に奪はれたるときは、質權者は占有を繼續せざるの理由によりて直ちに質權を失ふものなりやと言ふに、民法第三百五十三條に、

動産質權者が質物の占有を奪はれたるときは、占有回収（せんゆうかいしゅう）の訴に依りてのみ其質物を回復することを得、

とあり、同第二百條に、

占有者が其占有を奪はれたるときは、占有回収（せんゆうかいしゅう）の訴に依り其物の返還及び損害の賠償を請求することを得、

占有回収の訴は、侵奪者（せんたつしや）の特定承繼人（てきていしゆがいじん）に對して之を提起することを得す、但其承繼人が侵奪の事實を知りたるときは、此限に在らず、

とあり、同第二百一條第二項に、

占有回収の訴は、侵奪の時より一年内に之を提起することを要す、とあるが故に、動産質權者が其占有を奪はれたる時より、一年内に其占有者を回復したるときは、質物の占有は終始繼續したるものと看做され、其質權を失ふこと勿（な）かるべし、

質權設定者が他人の動産を以て其承諾なくして質物と爲したる場合は、其効力如何と言ふに、質權者が其質物を受取る當時善意にして且つ過失なき時は、質權は完全に成立するものである、其理由は民法第百九十二條に、

平穩且つ公然に動産の占有を始めたる者が善意にして且過失なきときは即時に其動産の上に行使する権利を取得す。とありて、質権者は動産の占有者であるから、本條の規定に依り質権を取得するのである。但質物が盗品又は遺失品なるときは、被害者は盗難又は遺失の時より二年間内に質権者に對して質物の返還を求むることを得べし、其詳細は民法第九十三條乃至第九十六條を參着せられむことを望む。民法第三百五十四條は、動産質権實行の特別方法に付て規定するところあり曰く、

動産質権者が其債権の辨済を受けるときは、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済に充つることを。裁判所に請求することを得、此場合に於ては質権者は豫め債務者に其請求を通知することを要す、

と、故に、競賣に付するときには頗る多額の費用を要するか、賣買の時機を失するか、其他質物が特殊の性質を有する爲め、競賣に付することが不

利益なりと信するに足るべき正當の理由ある場合に限り、質物を以て直ちに辨済に充つることの許可を裁判所に申請することを得、而して裁判所は其申請の理由を正當なりと信したるときは、鑑定人を選任して質物の價格を鑑定せしめ、其鑑定價格を標準として質権者は元利金及び費用の辨済に充當すべきものである。但し此特別處分の請求を裁判所に對して爲すべきことを、質権者に於て債務者、質権設定者と債務者と同一人にあらざる場合は、質権設定者に對しても、に對して豫告せざる可からず、是れは質権設定者に對して其請求の不當を論争する機會を與へたのである。

我民法にては既に説明したるが如く、代理占有を認めたる結果として同一の質物に付き數個の質権で競合する場合を生すべきは當然である。例へば甲が乙、丙の兩人より借金したる場合に、甲は乙、丙兩人に對して同一物の上に質権を設定し、丁が乙、丙兩人の代理人として其質物を占有する場合は、乙、丙は同一質物の上に各代理占有によりて質権を有

する者である。又右の場合に於て丁が其質物を擔保として更らに甲に貸金したるときは、丁は乙、丙及び自己の爲め其質物を占有する質権者の地位に立つ者である。是等の場合に於ける質権の順位は民法第三百五十五條に規定あり、同條に曰く、

數個の債権を擔保する爲め同一の動産に付き質権を設定したるときは、其質権の順位は設定の前後に依る、

と、故に前例の如き場合には、最も先きに質権を設定せられたる質権者が先づ、質物を處分して債権の辨濟を受け、順次後ちの質権者が質権を行ふべきものであるから、質物の價格が僅少なるときは後ちの質権者は有名無實の質権を有することになる。而して若し同一物に付き同時に數個の質権が設定せられたるときは、設定の前後に優劣なければ、數人の質権者は同一質物に付き各債権の割合に應じて質権を行ふことを得るのである、

第四節 不動産質

不動産質とは不動産を目的とする質権を謂ふ。不動産質権の特色は質権設定者の承諾なくとも當然質物たる不動産を其用方に従ひ使用、收益を爲すことを得る點である。而して質権者の使用、收益権は必ず其用方に従ふべきものなれば、質物が田地なる場合に之を畑地となしたり山林を田畑に開墾するが如く、固有の用方を變更することは出来ない譯である。不動産の質権者は其目的たる不動産を使用して收益を爲す権利があるから、其不動産の管理費用や、租税公課の如きは質権者に於て負擔すべきものである。又不動産の質権者は特約のない限りは貸金の利息を請求することが出来ない。不動産質権を設定したるときは必ず其登記を受くべきものである、

民法第三百六十條に曰く、

不動産質の存続期間は十年を超ゆることを得ず、若し之より長き期

間を以て不動産質を設定したるときは其期間は之を十年に短縮す
不動産質の設定は之を更新^{いしん}することを得、但其期間は更新の時より
十年を超ゆることを得ず。

と、故に不動産質権は十年以上の存続期間にて設定することは出来な
い譯である、最も十年の期間内に更新^{いしん}したるときは其更新の時より十
年以内は有効である、然らば當事者が十年の期間又は十年以内の期間
を以て不動産質権を設定し、後に之れを更新せざる場合に於て、質権
者が質権を實行することなくして十年を経過したるときは其質権は
十年の期間の満了の日に於て當然消滅すべきものであるや否やと言
ふに余は民法規定の精神は十年以上存続する不動産質権の存在を許
さぬから當然消滅すべきものなりと信ず、故に質権者は十年以内に其
権利を實行することを得べき期間を以て契約せざるに於ては擔保の
實を得ざることあらん、是れ注意を要する點である。

民法第三百六十一條に、不動産質には抵當權に關する規定を準用する

旨を規定してあるから、其詳細なる事項は後に説明する抵當權の個
所を參看せられよ。

第五節 權利質

第一項 權利質の性質

權利質は他の質權と異なる性質を有するや否やの點に付て學說多岐
に分れ且つ定まれる判例も無いから、余は茲に我が民法の規定に基き
説明を爲し其性質を明かにせんと欲す、前きに説明する所により、動産
を以て目的とする質權が動産質であり、不動産を以て目的とする質權
が不動産であり、或權利を以て目的とする質權が權利質なりとの點は
讀者の了解せる事柄である、然らば如何なる權利を目的とするのが權
利質であるかと言ふに、余は所有權以外の財産權^{さいざんけん}を以て目的とする質
權が權利質なりと信ずるのである、而して財産權^{さいざんけん}とは物權^{ぶつけん}たる債權^{さいけん}
たることを問はず、金錢に見積ることを得る價格^{かかく}を有する權利である故

に所有權、占有權、地上權、永小作權、留置權、地役權、先取特權、質權、抵當權等の物權、金錢上の價價を有する債權、其他著作權、興行權、特許、意匠、商標、實用新案、鑛物採掘權等は盡く財産權である。以上各種の財産權の中、所有權は動産質又は不動産質の目的となすことを得るも、權利質の目的となすことは出來ない。又占有權は物を所持する權利なれば、占有物の所持を失ふときは占有權も即時に消滅するが故に、之れを以て引渡を必要とする質權の目的となすことは出來ない。又地役權、留置權、先取特權、質權は從たる物權なれば、主たる權利と分離して處分することを得ざるを以て、是等の物權を以て權利質の目的となすには、必ず主たる權利と共に爲すことを要する。從たる物權の中、唯だ抵當權は民法第三百七十五條に、抵當權者は其抵當權を以て他の債權の擔保と爲すことを得る旨を規定してあるから、抵當權は主たる債權と分離して權利質の目的と爲すことが出來る。讀者或は轉質を以て質權の上に質權を設定するものにして、即ち權利質に外ならずと解する者あらんかなれども、轉

質は質物其物を更らに質入するものにして、質權の上に質權を設定するものにあらず、故に主たる債權と分離して質權のみを權利質の目的とすることは出來ないのである。

以上説明する所によりて、權利質とは所有權及び占有權以外の各種の財産權を目的とする質權なりと解釋するを得べし。而して權利質は我民法にては物權の一種なり。余は權利質を便宜上、(一)債權を目的とする權利質、(二)物權及び其他の特別なる財産權を目的とする權利質と爲し、次に分説せんと欲す。

第二項 債權を目的とする權利質

民法第三百六十三條 債權を以て質權の目的と爲す場合に於て、其債權の證書あるときは質權の設定は、其證書の交付を爲すに因りて其効力を生ず。

右の規定により證書の存する債權に付き質權を設定するには必ず其

證書を質権者へ引渡すべきものである、
 同第三百六十四條 指名債權を以て質権の目的と爲したるときは、第
 四百六十七條の規定に従ひ第三債務者に質権の設定を通知し、又は
 第三債務者が之を承諾するに非されば、之を以て第三債務者、其他の
 第三者に對抗することを得ず、
 前項の規定は記名の株式には之を適用せず、

(参照)

第四百六十七條 指名債權の譲渡は、譲渡人か之を債務者に通知し、又
 は債務者が之を承諾するにあらざれば、之を以て債務者、其他の第三
 者に對抗することを得ず、

前項の通知又は承諾は、確定日附ある證書を以てするに非されば、之
 を以て債務者以外の第三者に對抗することを得ず、

指名債權とは債權者の特定せる債權を謂ふ、普通の貸借に基く貸金の
 債權は勿論、苟くも權利者が何某なることを特定せる債權は盡く指名債

權である、故に記名公債、記名株式、記名社債等は、矢張指名債權に屬す、
 右民法第三百六十四條にある第三債務者とは、質権者に對する債務者
 の債務者を謂ふ、例へば甲が乙に對して金五百圓の貸金を有する場合
 に、甲は自己の金融上此債權を丙に移入したるときは、丙が質権者たる
 債権者にして、甲が其債務者なり、乙は丙に對して第三債務者なりと謂
 ふ、而して甲、乙、丙以外の者を總て第三者と謂ふ、

確定日附とは公に證明せられたる日附を謂ふ、一私人が作成したる證
 書に確定日附を付するには、相當なる手数料を納めて裁判所又は公證
 人役場に於て日附ある印章の押捺を受くるによりて成る、併し官吏、公
 吏が職務上記載したる日附は、公に證明せられたるものなれば、當然確
 定日附の効力を有するものである、
 債權質は債權讓渡と酷似するが故に、民法は債權質の効力を完全に生
 せしむる爲めには、債權讓渡の場合と同じく、(一)確定日附を有する質權設
 定證書を作成し、且つ質權設定者より其質權設定の事實を確定日附あ

る通知を以て第三債務者へ通知するか(二)質権設定證書を作成し、且つ第三債務者に質権設定を承諾せしめ、其承諾の事實を質権設定證書に附記せしめて之れに確定日附を附するか、又は確定日附ある質権設定證書と共に確定日附ある第三債務者の質権設定の承諾書を作成する必要あり、而して(一)の場合の確定日附ある通知を爲すには、普通執達吏に通知書の送達を囑託することによりて爲すものであるが、最も簡便の方法は配達證明付きの書留郵便はかきにて通知を爲すにあり、郵便局にて押捺する日附の印章は、確定日附の効力を有するものである。記名株式は指名債権の一種なれども、之れを質入するに當つて第三債務者たる會社の承諾を得ざるも、亦之に通知せざるも質権の効力ありとなしたる理由は、廣く商業社會に於て白紙委任狀を記名株式に添付して質入する習慣は、此習慣を法律が是認したからである。民法第三百六十五條記名の社債を以て質権の目的と爲したるときは、社債の讓渡に關する規定に従ひ、會社の帳簿に質権の設定を記入す

るに非されば、之を以て會社其他の第三者に對抗することを得ず。本條の社債とは、株式會社又は株式合資會社が、債券を發行して募集したる債権のみを指すのである。其他説明を要せずと信ず。同第三百六十六條指圖債権を以て質権の目的と爲したるときは、其證書に質権の設定を裏書するに非されば、之を以て第三者に對抗することを得ず。

本條の指圖債権とは、債権者の裏書によりて自由に讓渡することを得る債権を謂ふ。夫の手形の如き、倉庫營業者の發行する預證券の如き、又は船荷證券の如きは、其重なる例である。指圖債権は裏書により自由に數人に轉讓融通せらるゝが故に、質権設定の如き重要な事項は、之れを其證書に裏書によりて記載せしめて、其讓渡を受くる第三者に其事實を知らしむる必要ありとの理由にて、本條の規定を生じた譯である。一言注意すべきことは、小切手は質権の目的と爲すこと能はずとの點である。小切手は單に支拂證券たるの性質を有し、金錢授受の用具として流

通せらるゝものであるから、之を以て質権の目的と爲すことは出来な
い。
以上説明するところにより、債権質を設定する手續に付て種々なる規
定の存在することを了解したるならん、是より債権質の効力に付て述
べんとす。

債権の質権者は其質に取りたる債権が辨済期に達したるときは、自己
の債権が辨済期に達したると否とを問はず、第三債務者より直接に辨
済を受くることを得べし、又質権者は民事訴訟法の規定により、債権の
目的たる債権に對する轉付命令を受けて之を自己の債権と爲すこと
を得べし、或は民事訴訟法の規定する換價の手續によりて辨済を受く
ることを得べし、是れ債権質の効力に付ての原則であるが、質入したる
債権の目的が金錢なると否とにより、質権の効力に付て法律の規定異
なるところあるが故に、左に分説すべし。

(一) 質権の目的たる債権の目的物が金錢なるとき

此場合には質権者は自己の債権額に達するまで第三債務者より金錢
を取立て辨済を受くることを得、但し質権の目的たる債権の辨済期が
質権者の債権の辨済期より前に到來したるときは、質権者は之れを取
立つること能はざるも、第三債務者をして其辨済金を金庫に供託せし
むることを得べし、然るときは質権は其供託金の債権の上に存在する
こととなり、質権者は自己の債権の辨済期に達したる時之れを自ら金
庫より領收して辨済に充當することを得るものとす。

(二) 質権の目的たる債権の目的物が金錢にあらざるとき
質権の目的たる債権の目的物が金錢に非ざるときは、質権者は自己の
債権の辨済期に達したると否とを問はず、直接に其目的物を取立つる
ことを得べし、而して質権は其取立てたる目的物の上に存在すること
となるのである、故に其取立てたる物が動産なるときは、爾後債権質は
動産質と同様になり、又其取立てたる物が不動産なるときは、爾後債権
質は不動産質と同様の状態になるから、質権者は動産質不動産質の規

定に従ひ、其質物を處分して辨済を受く可きことになるのである。

第三項 物權其他特別の財産權を目的とする權利質

動産又は不動産の所有權を質權の目的とするときは、動産質又は不動産となるが、所有權以外の物權たる地上權、永小作權、地役權、先取特權、抵當權等を以て質權の目的と爲すときは、物權を目的とする權利質となるのである。是等の物權を以て質權を設定するには、其物權の目的たる不動産を質權者に引渡し而て登記法の規定に従ひて登記を爲すことを必要とす。物權を目的とする權利質の存續期間は十年以内なることを要す。此期間は十年の期間満了前に於て更新を爲すを得ること、不動産質と同様である。

民法上の物權にあらざる著作権、特許權、商標權、意匠權、實用新案權、鐵物採掘權等の財産權の上に質權を設定するには、各其特別法の規定に従ふべきものである。故に特許權を質入するには、特許法及び特許法施行

細則、實用新案權を質入するには、實用新案法の規定に基く可きものである。

(判決例)

一 質權の登記手續が履行せられたるときは、其目的物の引渡なき事實に付き反證なき限りは、其質權は有効に成立せしものと推定する。

(東京控訴院判決要旨)

一 動産上の質權は、其動産と債權者が占有せねば法律上効力が無いから、貨物引換證を受領したのみで未だ物件の占有を得ざる間は質權は成立しない。

商法第三百三十五條の所謂裏書に依り貨物引換證を讓渡したる時は、運送品の讓渡と同一の効力を有する旨の規定は、運送品の所有權移轉の場合の規定で、之れが爲めに貨物引換證に質入の裏書を爲したのみで、其運送品の引渡を受けたりと看做すことは出來ない(宮城控訴院判決要旨)

一 轉質權は第一質權を目的とするものに非らず、第一質權の目的物の上に設定せらるゝものであるから、轉質權は第一債權が消滅したからとて消滅すべきものでない（長野地方裁判所判決要旨）

一 實印を押捺せる承諾證書並に白紙委任狀の添付せる公債證書に對して質權を設定したりと爲すも、若し公債證書の所有者が真正に承諾を爲したるにあらずして、詐欺に因て其承諾證書並に白紙委任狀が添付せられたる場合は、假令質權者が善意にて其公債證書を占有しても其質權は法律上有効とならぬ（東京控訴院判決要旨）

第十章 抵當權に付ての心得

第一節 抵當權の性質

民法第三百六十九條 抵當權者は債務者又は第三者か占有を移さずして債務の擔保に供したる不動産に付き、他の債權者に先ちて自己の債權の辨濟を受くる權利を有す、

地上權及永小作權も亦之を抵當權の目的と爲すことを得、此場合に於ては本章の規定を準用す、

本條の規定に基き抵當權の性質を定議するときは、

抵當權とは債務者又は第三者か占有を移さずして債務の擔保となしたる不動産上の從たる物權なり

と稱することを得べし、此定義に基き抵當權の性質を分説すべし、

第一 抵當權は從たる物權なり

抵當權は主たる債權の擔保として設定せられたる從たる物權なれば、主たる債權と其運命と共にし主たる債權が消滅すれば、抵當權も亦消滅す、

第二 抵當權は抵當權者に其目的たる不動産の占有を移轉せざるものなり、

抵當權の目的物は必ず不動産にして、しかも其占有者は抵當權者以外に屬すべきを要す、此點が不動産質と區別せらるゝ重要な點である、動

産は如何なる場合に於ても抵當となすこと能はず、唯だ質権の目的と爲すことを得るのみである、然るに往々貸借を爲す者の間に於て、動産を擔保と爲す方法として、借主所有の動産を賣買名義によりて貸主へ所有權を移轉したる如く假裝し、更らに貸主と借主との間に其動産の賃貸借契約を爲し、借主が賃料を支拂ひて其動産を貸主より賃借使用し居る者の如く假裝する事實あるも、如斯契約は真正の賣買並に賃貸借の契約にあらずして、動産は法律上抵當權の目的と爲すこと能はざる爲め、假裝せられたるに過ぎざるものなれば、法律上相手方と通じて爲したる虚偽の意思表示として、其賣買及び賃貸借契約は共に無効になる譯である、故に動産を擔保として貸金する者は之れを質物として借主より引渡を受くる手續を爲す必要ありとす、(動産質と爲すなり)

土地又は建物は各獨立して抵當權の目的となすことを得、土地を抵當と爲したるときは其土地の上に存在する竹木も亦當然抵當權の目的となるものなり、然れ共明治四十二年四月法律第二十二號立木に關す

る法律の結果として、所有權保存登記を受けたる立木の所有者は、土地と分離して其立木のみを抵當權の目的となすことを得べし、

(參照)

明治四十二年法律第二十二號立木に關する法律

第一條 本法に於て立木と稱するは、一筆の土地、又は一筆の土地の一部分に植栽に依り生立せしめたる樹木の集團にして、其所有者が本法に依り所有權保存の登記を受けたるものを謂ふ、

第二條 立木は之を不動産と看做す、

立木の所有者は土地と分離して立木を讓渡し、又は之を以て抵當權の目的と爲すことを得、

土地所有權又は地上權の處分の効力は立木に及ばず、
 抵當權の目的は土地、建物又は立木の所有權なる也、前述するところの如し、但し前記民法第三百六十九條第二項の規定により、地上權及び永小作權も亦抵當權の目的となることを得べし、而して抵當權を設定し

たるときは登記法の定むるところに従ひ其登記を受くるに非ざれば
第三者に對して完全なる抵當權の効力を主張すること能はざるべし
故に貸主は假令公正證書を以て抵當權設定の契約を爲したる場合と
雖も必ず登記の手續を爲すべきものとす

第三 抵當權は不可分の權利なり

抵當權の不可分とは總ての抵當物件に對して債權全部の辨濟を受く
るまで抵當權を行ふことを得るの意味にして左の結果を生ずるもの
とす

(イ) 抵當權者は債權全部の辨濟を受けざる間は債務者が一部の辨濟
を爲して抵當物の一部の返還を請求するも其請求を拒絶すること
を得べし

(ロ) 抵當權者は數個の抵當物件中の一二を選択して先づ之を競賣に
付することを得べし此場合に於て第二位以下の抵當權を有する他
の債權者が損害を被ることあるも其抵當權者に對して異議を主張

することが出来ない

(ハ) 抵當物件が數人の承繼人に分屬し又は其一部分が第三者に讓渡
せられたる場合に於ても其物は各抵當權が附著して居るが故に抵
當權者は隨意に其各部分に對し抵當權を實行することが出来る

第二節 抵當權の範圍

抵當權の範圍とは抵當權は如何なる物件に對して行ふことを得べき
ものなるや及び如何なる債權を擔保するものなるやの問題を解決す
るのである

第一 抵當權の目的物が増減したる場合

抵當權の目的物に附加して之と一體を爲したる物あるときは抵當權
は當然其附加物にも及ぶを以て原則とする例へば土地を抵當となし
たる場合に其後其土地に寄洲を生じたるとき又は其土地に植樹を爲
したるとき或は建物を抵當となしたる場合に増築を爲したるときの

如きは、抵當權は其附加物たる寄洲、植樹、増築の部分にも及ぶものである。併し、此原則に對しては左の例外の場合がある。

(イ) 土地を抵當と爲したる場合に、其土地の上に建物を建築し、土地と建物と一體を成しても、土地の抵當權は建物に及ばない。

(ロ) 抵當權を設定する際に、當事者が其附加物に對して抵當權を及ぼさざることの特約したるときは、其特約は有効であつて、抵當權を附加物に行ふことは出来ない。

(ハ) 債務者が他の債權者に損害を與ふるものなることを知りて、抵當物に或る工作を加へて之を増加せしめたる場合に、抵當權者が其事情を知りたるときは、抵當權者を保護すべき必要がないから、抵當權は其増加の部分に及ばないことを法律に規定してある。

(ニ) 抵當權者は其抵當物を使用収益するの權利を有せないから、其抵當物より生じたる果實に對しては、抵當權を及ぼすことが出来ない。然れ共、抵當權者が既に抵當權を實行して、其抵當不動産を差押へた

る後は、之より生じたる果實にも、抵當權を行ふことが出来る。又、抵當物件に付き、所有權、永小作權、地上權を取得したる者が、是等の者を法律用語で第三取得者と稱す。抵當權者より抵當權實行の通知を受け且つ、其後一ヶ年以内に、抵當物の差押ありたる場合に於ても、其抵當物より生ずる果實に對して、抵當權を及ぼすことが出来る。

以上述べたるところは、抵當物が増加したる場合である。若し、抵當物が減少したるときは、如何と言ふに。

(イ) 抵當物の滅失、毀損が天災に因りたる場合は、抵當權者たる貸主に於て、其結果を負擔すべきものである。即ち、無擔保の貸金と同様になるか、又は、殘存したる部分に付てのみ、抵當權を有することになるのである。

(ロ) 抵當物の滅失、毀損が第三者の行爲に因り生じたる場合は、抵當權者は、抵當權設定者が、其第三者より受くべき損害賠償金に對して、抵當權を行ふことを得るも、第三者が之を抵當權設定者へ拂渡す前に

差押を爲すことを要す。

(ハ) 抵當物の滅失、毀損が債務者の行爲に因りて生じたる場合は、民法第三百三十七條第二項の規定により債務者は期限の利益を失ふが故に、抵當権者たる貸主は直ちに貸金の辨済を請求することが出来る。且つ抵當物の減少の爲めに被りたる損害賠償を求むることが出来る。

(ニ) 債務者と抵當権設定者と別人なる場合に、抵當権設定者が抵當物を滅失、毀損したるときは、抵當権者は單に抵當権設定者に對して損害賠償を請求することが出来るに過ぎないのである。

(ホ) 抵當権者が抵當物を滅失、毀損したるときは、抵當権は其殘存の部分に對して行はるるものとなるが、質權の場合と異なり債務者より之を理由として抵當権の消滅を請求することが出来ない。唯だ抵當権設定者より抵當権者に對して其損害賠償を求むることを得るのみである。

第二 抵當物が變體したる場合

抵當権者は抵當物の賣却、賃貸、滅失、毀損等に因り債務者が受くべき金、錢、其他の物に對して抵當権を行ふことを得べし、又抵當権設定者が抵當物の上に設定したる物權の對價に對しても之を行ふことを得べし。但抵當権者は其拂渡前若くは引渡前に差押を爲すことを必要とす。是等の場合を余は説明の便宜上抵當物が變體したる場合と稱したのである。

抵當権設定者が抵當物を賣却し又は賃貸したる場合に於て、抵當権者の有する債權が既に辨済期に達したるときは、抵當権者は其抵當物を競賣に付するも、又は其變體物たる賣却代金の債權若くは賃貸料の債權を差押へて抵當権を實行するも自由なりとす。抵當権は物權なるが故に抵當物の所有者が變更しても其抵當物に追及して抵當権を實行することを得るは勿論である。若し又右の場合に於て抵當権者の債權が辨済期に達せざるときは如何と言ふに、余は前同様其變體物に對し

て差押を爲すことを得るものと信ず、併し實際の場合に於ては抵當權設定の事實が登記せられてあるときは、抵當權者は抵當物が何人に轉讓渡せられたりとするも、之に對して抵當權を實行することを得るが故に、其變體物に對して抵當權を實行する必要を生ぜざるべし。

第三 抵當權により擔保せらるる債權の範圍

抵當權は如何なる債權を擔保すべきものなるやの問題は、専ら當事者の意思表示により定むべき事柄である。故に當事者は抵當權を以て元本のみを擔保する旨を約束し、又は元本と利息を擔保する旨を約束し、又は元本、利息、違約金をも擔保する旨を約束するを得べし。若し當事者の間に何等の約束なきときは、抵當權は元本と利息、金、遅延利息を包含すに付て擔保せられたりと推定すべきものである。然れ共民法第三百七十四條の規定に依り、利息に付ては最後の二年分に付てのみ抵當權を行ふことを得るも、其以前の利息に付ては満期後特別の登記を爲さざるときは、抵當權を行ふこと能はざるものである。而て約定利息は

支拂時期を定めたるときは一定の時期に支拂ふべき定期金の性質を有するものであるが、遅延利息は約定利息とは其性質を異にし、損害賠償の性質を有し、債權者の督促次第何時にても支拂ふべきものにして、支拂期限なるものなし、故に之を定期金の性質を有するものと見ることもが出来ない。

(参照)

民法第三百七十四條 抵當權者が利息其他の定期金を請求する権利を有するときは、其満期となりたる最後の二年分に付てのみ其抵當權を行ふことを得、但其以前の定期金に付ても、満期後特別の登記を爲したるときは其登記の時より之を行ふことを妨げず。

前項の規定は抵當權者が債務の不履行に因りて生じたる損害の賠償を請求する権利を有する場合に於て、其最後の二年分に付ても亦之を適用す、但利息其他の定期金と通して二年分を超ゆることを得ず。

第三節 抵當權の効力

抵當權を有する債権者は、無擔保の債権者に先だちて抵當物に付き辨濟を受くる権利あり、而て一個の不動産に付き數個の抵當權が設定せられたるときは、數人の抵當權者間に於て抵當權の順位を定むる必要あり、民法第三百七十三條に曰く、

數個の債權を擔保する爲め同一の不動産に付き抵當權を設定したるときは、其抵當權の順位は登記の前後に依る。

と、故に抵當權の順位即ち優劣は、其設定の前後によらずして、専ら其登記の前後により、順位を定むべきものとす、例へば甲債権者は明治四十二年十月一日に抵當權を設定せしめ、同年十一月一日に其登記を爲し乙債権者は同年十月十日に抵當權を設定せしめ、即日又は其翌日其登記を爲したりとせば、乙は第一順位の抵當權者となり、甲よりも先きに抵當物に付て辨濟を受くる権利ありとす。

民法第三百七十五條 抵當權者は其抵當權を以て他の債權の擔保と爲し、又同一の債務者に對する他の債權者の利益の爲め、其抵當權若くは其順位を讓渡し又は之を拋棄することを得、
前項の場合に於て、抵當權者か數人の爲めに其抵當權の處分を爲したるときは、其處分の利益を受くる者の權利の順位は、抵當權の登記に附記を爲したる前後に依る。

蓋し抵當權は主たる債權に従たるものなるを以て、理論上主たる債權より分離して抵當權のみを處分すること能はざる筋合なれども、本條は専ら當事者の便益の上に着眼し、抵當權のみの處分を許したる規定なり、左に詳説すべし、

(イ) 抵當權者は其抵當權を自己の負擔せる他の債務の擔保となすことを得、

例へば甲が乙に對して抵當權を有するとき、甲は其抵當權を丙に對する自己の債務の擔保と爲すことが出来る、此場合に於て丙は甲の抵

當權の上に更に擔保權を有することになり、其目的たる抵當權と自己の有する債權との範圍内に於て辨濟を受くることを得るのである。即ち丙の債權額が甲の債權額よりも多額なるときは、甲の債權額を限度として、又丙の債權の辨濟期限が甲の債權の辨濟期限前に到來するも甲の債權の辨濟期限の到來を俟つて其擔保權を行使すべきものとなる。

(ロ) 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讓渡し又は拋棄し又は其順位を讓渡することを得

例へば甲が乙に對して不動産を抵當となして貸金を爲し、丙は無擔保にて乙に對して貸金を爲したる場合に、甲は丙へ乙に對する抵當權を讓渡すことか出来る。此場合には甲は無擔保の貸金を爲したる者となり、丙は甲の抵當權を讓受けし優先の擔保債權者の地位に在る者となる。但し丙は其讓受けたる抵當權と自己の債權との範圍内に於て其抵當權を行ふべきこと前例の如きである。

抵當權の讓渡と拋棄とは其性質を異にす、抵當權を讓渡したる場合は抵當權は讓受人に移轉し、讓渡人は之を喪失して何人にも抵當權を行使すること能はず、然るに其拋棄の場合は、抵當權者は其拋棄の利益を受けたる債權者に對してのみ之を行使すること能はざるものにして他の債權者に對しては之を行使することが出来る。例へば甲、乙、丙の三人が丁に對して各千圓の貸金を爲し、甲は丁に對して抵當權を有するも、乙、丙二人は無擔保の貸金者なり、而て甲の抵當物の價格は千圓なりと假定し、甲が乙に對して抵當權を拋棄したるときは、甲は乙に對しては抵當權を主張すること能はざるが故に、甲、乙は抵當物の價格に付各金五百圓の辨濟を受くることを得るも、丙は一錢をも辨濟を受くること能はざる者となる。

(ハ) 抵當權者は同一の債務者に對する他の抵當債權者の利益の爲に、其抵當權の順位を讓渡し又は之を拋棄することを得

例へば、甲、乙、丙の三人が各金千圓を丁に貸與へ、而て千五百圓の價格あり

る丁の不動産に付き抵當權を設定し、甲、乙、丙順次に其登記をなしたるときは、甲は第一順位、乙は第二順位、丙は第三順位にて抵當權を行使することを得べし、此場合に於て甲が其第一順位を丙に譲渡したるときは、丙は先づ其抵當物より千圓の辨濟を受け、次に乙が第二順位として殘額五百圓に付き辨濟を受け、甲は一錢も辨濟を受くること能はざる結果となる。若し此場合に於て丙が無擔保の債權者なるときは、甲は丙に對して抵當權を譲渡することを得べきも、其順位のみを譲渡すること能はず、換言せば抵當權の順位を譲渡し、又之を譲受けたることを得るは抵當權者の間に於てのみ行はるゝものである。又此例の場合に於て、甲は丙の爲めに其抵當權の順位を拋棄したりとせば、甲と丙との關係に於ては甲は丙に對して先順位に抵當權を行ふ權利を有せざることになり、配當を受くべき者となるが、甲と乙との關係及び乙と丙との關係は、何等の變更を生ぜざるものなる。即ち矢張甲は第一順位、乙は第二順位、丙は第三順位にて抵當物に付き辨濟を受け、甲は千圓、乙は五百圓

の配當を受くることを得るも、丙は一錢をも受領することが出來ない併し、甲は丙に對しては其順位拋棄の爲め優先權を主張することが出來ないから、丙は甲の領收すべき千圓に付き其半額五百圓の配當を受くることを得るのである。前述せる抵當權の處分并に其順位の處分を爲したるときは、其登記を受くるに非ざれば第三者に對して其處分の効力を主張することが出來ないから、登記を爲すことを忘れてはならぬ。又抵當權の處分并に其順位の處分の効力を以て、主たる債務者、保證人、抵當權設定者、及其承繼人に對抗するには、前述せる民法第四百六十七條指名債權讓渡に關する規定に従ひ、其處分を爲したる者より主たる債務者に之を通知するか、又は其處分に付き同債務者の承諾を受くることを要し、其以外の者たる保證人、抵當權設定者、及其承繼人に對するには右の通知及び承諾は共に確定日附ある證書を以て爲すことを必要とす。而て主たる債務者が以上の處分の通知を受け、又は其承諾を爲したるときは、其處分に付き利益を受くる者の承諾なくして爲した

る辨済は、其受益者に對しては無効となるのである。
余は次ぎに抵當權者と抵當物の第三取得者間の關係を述べんとす。

抵當權者と第三取得者との關係

抵當物を取得したる者は、其抵當權の登記ある場合に於ては、抵當權の實行により之を競賣せらるべきものなれば、抵當物の取得者と、抵當權者間には種々なる關係を生ずるものである。余は之を、(一)辨済(二)滌除(三)競賣の三に區別して詳説すべし。

第一 辨済

(一) 抵當債務の辨済

抵當權の附着したる不動産を取得したる者は、抵當債務を辨済するに付き正當の利益を有する地位に在る者なれば、自ら抵當債務を濟辨して其抵當權を消滅せしむるの權利を有す。

(二) 取得代金の辨済

既に説明したるが如く、抵當權者は、抵當物の賣却代金の上に追及して

其抵當權を行ふことを得るを以て、抵當物に付て所有權又は地上權を買受けたる第三取得者が、抵當權者の請求に應じて其代價を辨済したるときは、抵當權は其第三取得者の爲めに消滅するが、之れには左の制限があります。

(イ) 第三取得者は、抵當不動産の所有權又は地上權を買受けたる者のみに限る。

故に永小作權又は地役權の如き他の物權を買受けたる者は、縱令其代價を抵當權者に支拂ふも、其抵當權の追及を免がることが出来ない。

(ロ) 抵當權者の請求に應じて代價を辨済する場合に限る。

抵當權者が自ら進んで第三取得者に代價の請求をなし、第三取得者が之に應じて其代價を辨済したるときは、縱令其代價が抵當債權の全額に達せざる場合なるも、其抵當權は第三取得者の爲めに消滅するのである。故に抵當權者は、競賣に依る煩累を厭ひて、直接抵當物の取得代金の上に請求を爲す場合に際しては、其代價が相當なるや否やに付き熟

考する必要がある。若し輕忽に其代價を請求して支拂を受けたるときに、格別の安價なるに於ては、僅かに貸金の一部の辨濟を受けたるのみにて、抵當權全部を消滅する結果となるからである。然り而て抵當物の第三取得者が抵當權者の請求なきに拘らず、代價を辨濟したりとて抵當權を消滅せしむることは出來ないのである。最も其代金が抵當權者の有する債權全部を辨濟するに足るときは、之れを消滅せしむることは勿論である。

以上は不動産の所有權を抵當權の目的したる場合に付ての説明であるが、其他の物權例へば地上權又は永小作權の上に抵當權を設定したる場合に於て、其地上權又は永小作權の取得者が取得代價を其抵當權者の請求に應じて支拂ひたるときは、前同様に其抵當權は消滅するものと勿論である。

第二 滌除

抵當物の第三取得者が抵當權者に抵當債務を辨濟せざるも或金額を

支拂ひ又は之を供託して抵當權を消滅せしむる方法を滌除と謂ふ。

(一) 滌除權を行ふことを得る者の資格

(イ) 抵當物の所有權、地上權又は永小作權を取得したる者に限る。

(ロ) 主たる債務者、保證人、及び其承權人にあらざる第三取得者に限る。

(ハ) 其取得の登記を爲したる第三取得者に限る。

以上(イ)(ロ)(ハ)の三條件を具備する者は滌除權を行ふことが出来る。併し停止條件附第三取得者は、條件の成否未定の間は滌除權を行使することを得ず、其條件の成就したる時に始て之を行使することが出来るのである。停止條件の如何なるものなるやに付ては、鑿きに説明せる所を參着せられたし。

(二) 滌除の期間

抵當權者が其抵當權を實行するには必ず滌除權を有する第三取得者に抵當權を實行することを通知すべきものである。第三取得者は此通

知を受くるまでは勿論此通知を受けたる後一ヶ月間は滌除権を行ふことが出来る、但第三取得者の住所不明にして之れを通知する能はざるときは此限りにあらず、

抵當権者が其抵當権實行の通知を爲すべき者は登記したる第三取得者に限り、而して其者に對して一度抵當権實行の通知を爲したるときは、其後に至りて抵當物の権利を取得したる者に對しては更らに通知を爲す必要がない、此場合に於ては後の取得者は通知を受けたる前の取得者が滌除権を行使することを得べき期間内に滌除を爲すべきものである、(民法第三百八十二條參照)

(三) 滌除の手續

(イ) 滌除の通知、第三取得者が抵當権を滌除するには先づ左の三個の書面を登記を爲したる各債権者に送達することを必要とす、

(ニ) 抵當物を取得したる事實を記載したる書面

此書面には取得の原因、年月日、讓渡人、及取得者の氏名、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せなくてはならぬ

(三) 登記簿の謄本

(三) 滌除権行使の陳述書

此書面には債権者が一ヶ月内に増價の競賣を請求せざるときは第三取得者は其取得の代價又は特に指定したる金額を債権の順位に従て辨濟又は供託すべきことを記載すべきものである、

前記(一)の場合の書面に記載すべき其他取得者の負擔とは、取得者の支拂ふべき地代、小作料等取得者が其抵當物の権利を取得したることに因りて抵當物の所有者に支拂ふべき金額を謂ふ、又(三)の場合の書面に記載すべき特に指定したる金額とは取得者が相當の價格なりと信ずる金額を随意に指定すべきものである、

(ロ) 滌除の諾否

債権者が第三取得者より滌除の通知書の送達を受けたるときは、其滌除を承諾するか又は其送達後一ヶ月内に増價競賣の請求を爲すこと

によりて滌除を拒絶するか、二者其一を取らなければならぬ。

一 滌除の承諾 滌除の承諾は書面を以て爲すべし、債権者が一旦滌除の拒絶を爲しても滌除の通知を受けたる後一ヶ月内に増價競賣の請求を爲さざるときは、矢張滌除を承諾したる者と看做さる。

二 滌除の拒絶 債権者が滌除を拒絶して増加競賣を爲すには左の方法に依るべきものである。

第一 増加競賣の請求は滌除の通知を爲したる第三取得者に對して爲すべきものとす、但し第三取得者が滌除の通知を爲したる後に、其權利を他人に讓渡し其讓渡の登記を爲したるときは、其讓受人に對して増加競賣の通知を爲すべきものとす、而して債権者は第三取得者に競賣の請求書を送達したる日より三日内に、管轄區裁判所に競賣の申立を爲し、且つ擔保の認許を求むることを要す、此手續を爲さるときは競賣の請求は無効となる(競賣法第四十條參照)。

第二 増加競賣の請求を爲すには、競賣に於て第三取得者が申出たる金額より十分の一以上の増價にて抵當物を賣却することが出來ない場合には、其増加を以て自ら之を買受くべきことを附言せなければならぬ。

第三 増加競賣の請求を爲す債権者は裁判所が命ずる相當の擔保を供すべき義務あり(競賣法第四十條第四十二條參照)。

第四 増加競賣の請求は滌除の通知を受けたる日より一ヶ月内に爲すことを要す。

第五 増加競賣の請求を爲すときには右の期間内に債務者及び抵當不動産の總ての讓渡人に其旨を通知すべきものとす、終に洩んで一言すべきことは増加競賣の請求を爲したる債権者は登記を爲したる他の債権者全員の承諾を得たる上は其相手方たる第三取得者の承諾なくとも其請求を取消すことを得べきこと是なり、此場合に於ては滌除の拒絶が取消さるゝことになり、第三取得者の滌除が

承諾せられたる結果を生ずるのである。

第三 競賣（抵當權の實行）

滌除權を有する第三取得者が、抵當權者より抵當權實行の通知を受けたる後一ヶ月内に滌除權を行使せざるか、又は債務者及び第三取得者より者務の辨濟を爲さざるときは、抵當權者は抵當物の競賣を申請することを得べし。

(イ) 競賣の目的物

第一 競賣せらるべき目的物は即ち抵當物件である、而して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るときは、抵當權設定者は、競賣の場合に付き地上權を設定したるものと看做され、其地代は當事者の請求に因りて裁判所之を定むべきものとなる、例へば土地の上に建物が存する場合に、其建物のみを抵當となし之を競賣に付したるときは、其競落人は建物の所有權を取得すると同時に、其建物所有の爲めに其土

地の上に地上權を取得することになる、又其土地のみを抵當と爲し是を競賣に付したる場合に、其競落人は其土地の上に存する建物の所有者の爲めに地上權の負擔を有する土地を取得すべき結果となるのである、是等の場合に當事者間に地代の相談が纏らざるときは、當事者は裁判所に相當の地代額を定められたしとの申請を爲すことが出来る。

第二 抵當權設定の後其設定者が抵當土地の上に建物を築造したるときは、抵當權者は其抵當土地と共に其建物を競賣に付することが出来る、但し其土地の代價に付てのみ辨濟を受くべきものである、右の規則を適用するには左の點に注意すべきものである、建物の築造者が地上權者にして、抵當權設定者に非らざる場合に於て其地上權が抵當權の設定登記前に登記せられあるときは、抵當權者は其地上權の附着する所有權を以て抵當物と爲したるものなれば、競賣の目的物も亦地上權附着の土地に外ならざるが故に、其競落人も亦其

地上権を承認せざる可からず、之に反して其地上権が抵當權の登記後に登記せられたるものなるときは、地上権者は此地上権を以て抵當權者に對抗することが出来ないから、抵當權者は地上権の存せざる土地として之を競賣することを得べく、従つて競落人も何時にても其地上権者をして其築造の建物を取拂はしむる權利を有するものである。但し此場合に於ては左記の建物保護に關する法律の規定に遵據せざる可からず。

(參照)

明治四十二年四月法律第四十號建物保護に關する件

第一條 建物の所有を目的とする地上権又は土地の賃借權に因り、地上権者又は土地の賃借人が、其の土地の上に登記したる建物を有するときは、地上権又は土地の賃借は、其登記なきも之を以て第三者に對抗することを得、建物^が地上権又は土地の賃借の期間満了前に滅失又は朽廢したるときは、地上権者又は土地の賃借人は其後の

期間を以て第三者に對抗することを得ず。

第二條 民法第五百六十六條第一項第三項、及第五百七十一條の規定は、前條第一項の場合に之を準用す、買主が契約の當時知らざりし地上権又は賃借權の効力の存する場合亦同じ。

(ロ) 第三取得者の權利

第一 第三取得者は抵當物の競賣人と爲ることを得べし。
第二 第三取得者が抵當不動産に付て必要費又は有益費を支出したるときは、不動産の代價を以て最も先に其償還を受くることを得べし。(民法第九十六條、第三百九十一條參照)

(ハ) 競賣代金の配當方法

第一 債權者が同一の債權の擔保として數個の不動産の上に抵當權を有する場合に於て、同時に其代價を配當すべきときは、其各不動産の價格に準じて其債權の負擔を分つべきものとす、例へば甲が丙に對して千圓の債權を有し、其擔權として各千圓の價格を有する一番

地及び二番地の土地二筆に對して第一順位の抵當權を設定せしめ次に他の債權者なる乙も亦丁に對して五百圓の債權を有し、一番地の土地のみに付き第二順位の抵當權を有するとき甲債權者が随意に其好む所の抵當物の價格全部に付きて辨濟を受くることを得るものとせば、甲は一番地の土地の價格千圓より先づ辨濟を受け、第二順位の抵當債權者乙をして有名無實の抵當權を有せしむる結果を生ずべきが故に、法律は此場合に於ては甲の債權千圓に付ては、一番地及び二番地の土地が分擔して之を擔保するものと爲し、甲債權者は一番地の土地より五百圓、二番地の土地より五百圓の辨濟を受く可きものと爲せり、然るときは甲も債權全部の辨濟を受け何等の損失なく、一番地のみに付き第二順位の抵當權を有する乙債權者も亦五百圓の債權の辨濟を受くることを得て公平なる結果を生ずる次第となる。

第二 債權者が同一の債權の擔保として數個の不動産の上に抵當權を有する場合に於て、同時に其配當を爲すときは前述する如く爲すべきであるが、若し同時に其配當を爲さずして或不動産の代價のみを配當すべきときは、其代價に付き債權全部の辨濟を受くることを得べし、此場合に於ては次の順位に在る抵當權者は、前第一に述べたる規定に従ひて、右の抵當權者が他の不動産に付き辨濟を受くべき金額に滿つるまで、之に代位して抵當權を行ふことを得べし、例へば甲債權者が丙に對し千圓の債權を有し、各千圓の價格を有する一番地及び二番地の土地二等に付き第一順位の抵當權を有し、丙に對する他の債權者乙が五百圓の債權に付き、一番地の土地のみに對し第二順位の抵當權を有する場合に於て、甲が一番地の土地のみを競賣に付したるときは、甲は其價格の全部千圓に付き辨濟を受くることを得べし、而して債權者乙は甲が他の二番地の不動産より辨濟を受くべき金額五百圓に滿つるまで、甲に代位して抵當權を二番地の土地に對して行使し、之れに依り辨濟を受くるものとす、而して乙此場合

の代位権は次順位の抵當権者に法律が付與したるものなれば、抵當権設定者は乙に對して二番地を抵當に供したることなき理由を以て之を拒絶することが出來ないのである、且つ此例の場合に於ける次順位の抵當権者たる乙は第一順位の抵當権者甲の代位権を有するに至りたるときは、速かに附記の登記手續を以て其代位権を登記して置くべきものである。

第三 抵當権者は抵當物を差措きて債務者の他の財産に付き配當を受くることを得べきや、此問題に付きては(甲)抵當物の代價と他の財産の代價とを同時に配當する場合、(乙)抵當物の代價に先ち他の財産の代價を配當する場合の二に區別して説明すべし、(甲)の場合に於ては抵當権者は先づ第一に抵當物の代價を以て辨濟を受け、其不足部分に付てのみ他の財産の代價より辨濟を受くることを得べし、(乙)の場合に於ては抵當権者は其債權全額に付き配當を求むることを得るも、他の債權者は抵當権者に對し其配當を受くべき金額を供託せ

しむることを得べし、例へば甲は丙に對して千圓の貸金を爲し、且つ丙の所有不動産に付き抵當権を設定せしめたり、乙は無擔保にて丙に對し千圓の貸金を爲し、返濟期限に辨濟を受けざりしを以て丙の所有不動産に對して強制執行を爲し、其競賣々得金千圓を得たりと假定せんに、此場合に於て抵當債權者甲は抵當物を處分することなくして、債權全額千圓に付き配當を求むることを得、然るときは甲乙の配當額は各五百圓宛となる、而して債權者乙は甲が抵當物を處分するときは、之により甲は其債權の全部又は一部の辨濟を受くることを得べしと信じたるときは、甲に對して右配當を受くべき金額五百圓を供託すべきことを求むることが出來る、然るときは甲は抵當物を處分したる後に非ざれば右供託金を領收することが出來ないこととなる、而して其抵當物を處分して甲は全部の辨濟を受けたるときは、右の供託せる金額に付て甲は領收の權利を失ひ、乙が更らに之を領收すべき手續を爲すことが出來る、若し又甲は抵當物に付き債

権の一部分の辨済を受けたるに過ぎずとせば、其残額の債権と乙の残額の債権五百圓とに對して右の供託金を分配すべきことになるのである。

第四節 抵當權者之賃借權者との關係

民法第三百九十五條 第六百二條に定めたる期限を超へざる賃貸借は、抵當權の登記後に登記したるものと雖も之を以て抵當權者に對抗することを得、但其賃貸借が抵當權者に損害を及ぼすときは、裁判所は抵當權者の請求に因り其解除を命ずることを得。

(參照)

第六百二條 處分の能力又は權限を有せざる者が賃貸借を爲す場合に於ては、其賃貸借は左の期間を超ゆることを得ず。

- 一 樹木の栽植又は伐採を目的とする山林の賃貸借は十年。
- 二 其他の土地の賃貸借は五年。

三 建物の賃貸借は三年。

四 動産の賃貸借は六ヶ月。

蓋し賃貸借は其性質債權にして物權にあらざるも、之を登記したるときは物權と同様に第三者に對抗することを得べきを以て、賃借權者が抵當權の登記前に登記を爲したる上は右民法第三百九十五條の規定を要せず、抵當權者に之を對抗することを得るは勿論である。本條は民法第六百二條に掲げたる短期の賃貸借は抵當物の管理行爲と見るべきものにして、敢て抵當權者に損害を與へざるべきか故に、縱令抵當權の登記後に賃貸借の登記を爲したりとするも、其賃借權は抵當權者に對抗することを得る旨を規定したのである。但し其賃貸借が存在する爲めに抵當物の價格を損するが、其他抵當權者に損害を與ふべきことが明かなるに於ては、抵當權者は其賃貸借を解除せしめて之を無効にすることが出来る。

第五節 抵當權の消滅

民法第三百九十六條 抵當權は債務者及び抵當權設定者に對しては其擔保する債權と同時に非ざれば時効に因りて消滅せず。
同第三百九十七條 債務者又は抵當權設定者に非ざる者が、抵當不動産に付き取得時効に必要な條件を具備せる占有を爲したるときは、抵當權は之に因りて消滅す。

(参照)

同第六十二條 二十年間所有の意思を以て平穩且公然に他人の物を占有したる者は其所有權を取得す。
十年間所有の意思を以て平穩公然に他人の不動産を占有したる者か、其占有の始善意にして且過失なかりしときは其不動産の所有權を取得す。

同第三百九十八條 地上權又は永小作權を抵當と爲したる者か、其權利を拋棄したるも之を以て抵當權者に對抗することを得ず。

(判決例)

一 根抵當とは信用契約に因りて生ずる消費借貸の擔保である。當事者に於て抵當が負擔すべき最高の金額を定め、債權債務の確定を後に留保し、交互取引の金圓に利息を付け、其勘定尻金額を以て實際抵當の負擔と爲すが如き根抵當は無論有効である。(大審院判決要旨)

一 公證簿中に編綴の公證したる證書が他人の行爲に因りて紛失し爲めに抵當權の存在せるを知らずして善意に其不動産の所有權を取得したる者と雖も、過失なき抵當權者に對抗することが出来ない。(同上)

一 抵當權の効力は其目的たる不動産に附加して之れと一體を爲したる物に及ぶが故に、抵當不動産に定着し又は定著せる物の従物たる物は、總て其不動産と一體を爲したるものなれば、是等の物に付き特に登記を爲さずとも、抵當權の効力を及ぼすことが出来る。(大阪控訴院判決要旨)

一 建物の上に抵當權を設定したる以上は、同一所有者に屬する場合にして、反對の意思表示なきときは、疊建具及造作も亦抵當權の目的となしたりと認むべきである。故に建物と共に是等の附加物に對し競落許可決定を與へたるは相當である。(東京地方裁判所判決要旨)

一 地所と共に抵當權の目的たりし立木と雖も、伐採せられたるときは動産となりて、其地所の從物と見ることが出来ないから、直接之れに抵當權を行ふことが出来ない。(大審院判決要旨)

一 動産が不動産に附加して抵當權の目的と成れるや否やは、動産が抵當物たる不動産に附加して之と一體を爲すや否やを以て識別の標準と爲すべきものである。(同上)

一 先取特權は其目的物の賣却、賃貸、毀損又は滅失に因りて債務者の受くべき金銭其他の物に對しても之を行ふことを得るとの、民法第三百四條の規定は、抵當權の場合に準用せらるべきが故に、同條に所謂債務者なる文字を廣く、抵當不動産の所有者なる意義に解釋し、抵

當權設定者は勿論、抵當不動産の第三取得者をも包含せしむるを正解とす。又右規定に依れば、目的の滅失に因りて債務者の受くべき金銭其他の物とありて、苟くも目的物の滅失に因りて受くべき物なる以上は、法律の規定により受くべき物なると、契約に基き受くべき物なるを區別せざるが故に、抵當家屋の燒失により家屋所有者の受くべき火災保險金に對して、其家屋の抵當權者が假差押を爲したるは正當の所置である。(大阪地方裁判所判決要旨)

一 流質契約禁止の規定は、抵當權の場合に及ぼすべき法意でないから、抵當權設定者が設定行爲を以て、抵當物の所有權を債權者に取得せしむることを約したる意思表示は、有効であつて公益を害するものでない。(東京控訴院判決要旨)

一 滌除は、抵當權者が第三取得者の提供を承諾したるのみにては、未だ完了せずして、民法第三百八十三條第三號に掲ぐる代價又は金額を抵當權者に辨濟するか、又は之が提供を爲して始めて完了するも

のであるから、滌除の申出を爲したる第三取得者が抵當不動産の一部を更に第三者に轉賣したる時と雖も、滌除の提供は其効力を喪失するものでない。(大阪控訴院判決要旨)

一 次順位の抵當權者が先順位の抵當權者に代位して其抵當權を實行し得べき代位の時期は、先順位抵當權者が債權全部の辨濟を受けたる事實ありたる時に發生するものである。(東京地方裁判所判決要旨)

一 湯坪雪隠物置の如きは獨立の工作物に非ずして、建物の附屬物であるから、抵當權は此等の工作物に及び、競落と同時に地上權は其工作物の存在する部分の土地に對しても當然設定したるものと看做さる。(長野地方裁判所松本支部判決要旨)

一 民法第六百二條の期間を越へたる賃貸借は、其前に登記を爲したる抵當權者に對抗することが出來ないから、其抵當物の競落人は賃貸借無き完全なる所有權を有するものとなる。(大審院判決要旨)

一 抵當權設定後に其消費貸借の金圓を授受したりとて、抵當權設定

者が後に發生すべき債務を擔保する意思を以て其抵當權を設定したるときは、金圓の授受に先ちて抵當權設定の手續を爲すも有効である。(東京控訴院判決要旨)

一 抵當權設定登記の後其目的物たる建物を同一地内に移動せしめて、第三者が之れに付き所有權保存の登記を爲したりとするも、前の抵當權に何等の効力を及ぼすことは出來ない。(大阪控訴院判決要旨)

第十一章 先取特權に付ての心得

先取特權とは法律の規定に因りて特種の債權を有する者が、債務者の總財産又は特別の財産に付き、他の債權者に先だちて自己の辨濟を受けることを得る債權擔保の物權である。同一の債務者に對して數多の債權者存するとき、其債權發生の日時の前後を問はず、既に各債權が辨濟期に達したる上は、各債權者は債務者の財産に付き各債權額の多

寡の割合に應じて平等に辨済を受くる権利を有するものにして、各債権者の有する権利に優劣なきことを以て一般の原則とする。然るに特種の原因より発生したる債権に付ては、公共の利益を維持する爲め、又は社會經濟上一般の利益を保護する爲め、或は善良の風俗を維持する必要上法律の規定を以て之に他の債権者に優先して辨済を受くべき先取特権を附與したるものである。彼の質權、抵當權の如きも之を有する者は、質權、抵當權の目的物に付き他の債権者に先だちに辨済を受くべき優先權を有すれども、質權、抵當權は當事者の設定契約により生ずるが先取特権専ら法律の規定によりて生ずると謂ふ點に差別がある。又其効力に付ても區別がある。是等の事柄に付ては後に説明すべし。先取特権に付ては民法に規定せられたるものと他の特別法に規定せられたるものとの二種あり、今民法の規定する先取特権を區別すること左の如し。

第一 一般の先取特権

一般の先取特権は債務者の總ての財産の上に効力を及ぼすことを得る擔保權にして、換言せば債務者に屬する一切の財産が其債權の擔保となり、一般の先取特権を有する債権者は債務者の總財産に付き他の債権者より優先に辨済を受くる權利を有するものである。而して民法の規定に因れば、一般の先取特権により擔保せらるる債權は(イ)共益費用の債權(ロ)葬式費用の債權(ハ)雇入給料の債權(ニ)日用品供給の債權の四種である。

(イ) 共益費用の債權

共益費用とは各債権者の共同利益の爲めに爲したる、債務者の財産の保存、清算、又は配當に關する費用を謂ふ。而して以上の費用が單に數人の債権者のみの共同利益となりし場合は其利益を受けたる債権者に對してのみ先取特権を有するものである(民法第三百七條參照)

(ロ) 葬式費用の債權

葬式費用とは債務者又は其家族の身分に應じて爲したる直接の費用

を謂ふ此費用を貸與したる債権者は一般の先取特権を有すること(イ)の場合の費用の債権者と同様である(民法第三百八條参照)

(六) 雇人の給料の債権 茲に謂ふ雇人の給料とは債務者の雇人が受給すべき最後の六ヶ月間を越へざる給料にして其金額五十圓限りである此制限内に於て雇人は給料の債権に付き一般の先取特権を有する者である(民法第三百九條参照)

(七) 日用品の供給の債権

日用品供給の先取特権は債務者又は其扶養すべき同居の親族並に家族及び其奴婢の生活に必要な最後の六ヶ月間の飲食品及び薪炭油の代金である(同第三百十條参照)

第二 動産の先取特権

動産の先取特権とは債務者の特定動産に付き他の債権者より優先に辨済を受くることを得る擔保権である換言すれば或原因より生じた

る債権に付ては法律が或特定の動産を目的とする物上擔保を附着せしめたるのである而て民法上動産の先取特権を有する債権を分つて左の八種とす

(イ) 不動産賃貸借により生ずる債権

(ロ) 旅店の宿泊により生ずる債権

(ハ) 旅客又は荷物の運輸に付ての債権

(ニ) 公吏の職務上の過失により生ずる債権

(ホ) 動産の保存に關する費用の債権

(ヘ) 動産の賣買代金の債権

(ト) 種苗又は肥料の供給の債権

(チ) 農工業の勞役賃の債権

以上の債権を有する者は債務者の特定の動産に付き先取特権を有するものである其詳細は民法第三百十二條以下の各條項に付きて研究せられむことを希望す

第三 不動産の先取特権

左に掲げたる原因より生じたる債権を有する者は、債務者の特定の不動産に付きて先取特権を行ふことが出来る。

(イ) 不動産の保存

(ロ) 不動産の工事

(ハ) 不動産の賣買

其詳細は民法第三百二十七條以下の各條項に付て研究せられよ、右に掲げたる一般の先取特権、不動産の先取特権、不動産の先取特権は民法に規定するものであるが、民法以外の他の法律により認められたる先取特権の顯著なる例は、國稅徵收法に規定せられたる國稅徵收の權利である。

(參照)

明治三十年法律第二十一號國稅徵收法
第一條 國稅の徵收は關稅其他別に法律を以て定むるものの外總て

此法律に依る

第二條 國稅の徵收は總ての他の公課及債權に先つものとす、

第三條 納稅人の財産上に質權又は抵當權を有する者、其の質權又は抵當權の設定が國稅の納期限より一個年前に在ることを、公正證書を以て證明したるときは、該物件の價格を限とし、其の債權に對して國稅を先取せざるものとす、

第四條ノ一 納稅人左の場合に該當するときは、未だ納期の到らざるも既に納稅義務の確定したる國稅は、總て之を徵收すること得、

- 一 國稅の滯納に因り滯納處分を受くるとき、
- 二 府縣稅其の他の公課の滯納に因り滯納處分を受くるとき、
- 三 強制執行を受くるとき、
- 四 破産の宣告を受けたるとき、
- 五 競賣の開始ありたるとき、
- 六 法人が解散を爲したるとき、

七 納税人脱税又は逋税を謀るの所爲ありと認むるとき、右の規定によれば債務者が納税を滞りたるとき、其納税期限の一ヶ年前に於て登記手續を経由して、質権又は抵當權を有する債權者は、其質権又は抵當權の目的たる不動産に對しては、國稅徵收の先取權を行使せらるることなしと雖も、其以外の債權者は先づ滯納國稅を徵收せられたる殘餘の財産に於てのみ辨濟を受くべきことになる。

第十二章 先取特權者、抵當權者、質權者、相互間の關係

互間の關係

第一節 先取特權と動産質權との關係

先取特權が動産質權と競合する場合に二あり、一は一般先取特權が動産質權と競合する場合にして、他は動産の先取特權と動産質權とが競合する場合是れなり、茲に所謂權利の競合とは同一の動産が一面に於ては質權の目的たり、一面に於ては先取特權の目的たる場合にして、換言せば

同一の目的物たる動産に對して質權と先取特權とが行使せらる可きときは孰れの權利が先きに行使せらるるやの關係を稱するのである

(イ) 一般先取特權と動産質權とが競合する場合

一般の先取特權の中共益費用の一般先取特權は其利益を受けたる總債權者に對し優先の効力を有すが故に、共益費用の一般先取特權は其利益を受けたる動産質權者の質權よりも先順位の効力を有す、其他の一般先取特權は動産質權の後順位に立つべきものである。

(ロ) 動産の先取特權が動産質權と競合する場合

動産質權は民法第三百三十四條に依りて、令第三百三十條に規定する第一順位の先取特權たる、不動産貸貸、旅店宿泊、及運輸の先取特權と同一順位にあり、従つて同條の第二順位以下の各種の先取特權の上位に立つものである、而して動産質權者が質權取得の當時、第二又は第三順位の先取特權あることを知りたるときは、民法第三百三十條第二項の規定を質權者に準用す可きものなりや否やと言ふに、余は之を準用し

て此場合には動産質権者は是等の第二位以下の先取特権者に優先することを得ずして、同順位に立つべきものなりと信ず。動産質権が不動産賃貸、旅店宿泊、又は運輸の先取特権と競合したる場合は如何と言ふに、或學者は此場合には別段の規定なきが故に民法第三百三十二條に依り債権額の割合に應じて辨濟を受くべきものなりと説明せられたるも、余は此場合に於ては動産質権は右の先取特権の下位に立つが正當なるべしと信ず、何となれば此場合に於ては其質権者は其先取特権者の債務者の地位に在る者なれば之れが下位に立つべきものならんと思はる。

(參照)

民法第三百三十條 同一の動産に付き特別の先取特権が互に競合する場合に於ては、其優先權の順位左の如し、

- 第一 不動産賃貸、旅店宿泊及び運輸の先取特権、
- 第二 動産保存の先取特権、但數人の保存者ありたるときは、後の保

存者は前の保存者に先づ、

第三 動産賣買、種苗肥料供給、及び農工業勞役の先取特権

第一順位の先取特権者が、債権取得の當時、第二又は第三の順位の先取特権者あることを知りたるときは、之に對して優先權を行ふことを得ず、第一順位の爲めに物を保存したる者に對し亦同じ、

果實に關しては、第一の順位は農業の勞役者に、第二の順位は種苗又は肥料の供給者に、第三の順位は土地の賃貸人に屬す、

同第三百三十二條 同一の目的物に付き同一順位の先取特権者數人あるときは、各其債権額の割合に應じて辨濟を受く、

同第三百三十三條 先取特権は債務者か其動産を第三取得者に引渡したる後は其動産に付き之を行ふことを得ず、

同第三百三十四條 先取特権と動産質権と競合する場合に於ては、動産質権者は第三百三十條に掲げたる第一順位の先取特権者と同一の權利を有す、

第二節 先取特権と不動産質権及び抵

當權との關係

一般先取特権は債務者の總ての財産に對して他の債權者に優先して其効力を及ぼすことを得るを以て原則とすれども、不動産に對して一般先取特権を行ふ場合に於ては其不動産に付き先取特権の登記を爲すに非ざれば、其不動産に付き登記を爲したる不動産質権及び抵當權に對して優先の効力を及ぼすことを得ず、又一般の先取特権者は先づ不動産以外の財産に付きて辨濟を受け、尙ほ不足ある場合に非ざれば不動産に付きて辨濟を受くることを得ず、而して不動産に對して權利を行ふ可き場合に於ても、先づ質権又は抵當權の如き擔保の目的とならざる不動産に付き辨濟を受け、尙ほ不足を生じたるるとき最後に擔保權の目的たる不動産に付き辨濟を受くべき順序である。登記を爲したる先取特権と登記を爲したる質権又は抵當權との間に於ては、登記の

前後によりて其順位を定むべきことを以て原則とすれども、左に説明せる不動産上の先取特権は此原則に例外を爲すものとす。

(一) 不動産保存の先取特権

不動産保存の先取特権は保存行為完了の後直に登記を爲すときは、他の不動産の先取特権に優先するのみでなく、抵當權、質権に對しても其登記の前後及債權發生の前後を問はずして總て優先の効力を有す。

(二) 不動産工事の先取特権

不動産工事費用の先取特権は其工事を始むる前に豫算額を登記したるときは、其工事の爲めに實際支出したる費用に付て、當然第三者に對抗することを得るものにして、其登記の前後を問はず、抵當權又は質権に優先するものとす、但し此特権は工事に因りて生じたる不動産の増加額に付てのみ存在するものにして、其増加額は配當加入の際裁判所に於て鑑定人をして評價せしむるものとす。

(參照)

不動産登記法第六條 同一の不動産に關して登記したる権利の順位に付き、法律に別段の定なきときは、其順位は登記の前後に依る。登記の前後は登記用紙中同區に爲したる登記に付ては順位番號に依り、別區に爲したる登記に付ては受附番號に依る。

第十三章 約束手形にて貸借を爲す場合

の心得

第一節 手形の性質

手形には三種あり、爲替手形^{かはせて}、約束手形^{がたて}及び小切手^{こぎりて}是れなり。手形の振出人が支拂地に於て第三者をして一定の金額(手形金額)を支拂はしむる爲めに手形面に支拂の委託を記載するときは爲替手形又は小切手となり、振出人が振出地に於て自ら一定の金額を支拂ふ旨を記載するときは約束手形と爲るなり。今一般手形に通ずる定義を掲ぐれば、手形とは一定の地に於て一定の金額を單純に支拂ふ可きことを記

載し、其署名者をして其文言通りに責任を有せしむる形式證券である。

一 手形は形式證券なり

手形は法律に規定する事項を記載せざれば手形として成立せず、又法律に規定する以外の事項を記載するも記載の効力を發生せず、即ち手形の形式は法律上定められるものなれば之を形式證券と謂ふ。

二 手形は權利を創設する證券なり

手形の作成により手形債權を成立せしめ、其署名者をして手形の所持人に對して手形面に記載の文言通りの責任を負はしむ、或者が一定の事項が記載せられたる證券に署名して、之を他人に交付するときは、署名者は義務を負ひ、其交付を受けたる者は權利を得べし、故に手形の作成は手形上の權利を創設するものである。

三 手形は不要因の證券なり

手形を作成するには法律上何等の原因を必要とせず、單に證券に署名

することにより責任を負はしむるものである。

四 手形は金銭證券なり

手形面には一定の金額を支拂ふべきことを記載すべきものにして、金銭以外の物をして手形債務の目的と爲すこと能はず。

五 手形は無條件の證券なり

手形金額を支拂ふは無條件たることを要す、之に停止条件又は解除条件を附すること能はず。

六 手形は一定の地にて支拂ふ證券なり

手形金額は必ず一定の地にて支拂ふべきものなり、其支拂地は必ず手形面に記載すべし、而て支拂地は支拂地として記載することあり、或は振出地と名づけ、又は住所地として記載することあり。

七 手形は當然指圖式の證券なり

手形は當然裏書により轉讓讓渡することを得べきを以て指圖式の證券と謂ふ、但し裏書を禁止せるものあり、無記名式のものもあり。

第二節 手形署名者の責任

商法第四百三十五條 手形に署名したる者は其手形の文言に従ひて責任を負ふ。

故に手形の署名者は手形債務者として其手形の文言通りの責任あり、手形の署名は他の法律行爲と同じく代理人をして之を爲すことを得るも、代理人が本人の爲めに爲すものなることを記載せずして手形に署名したるときは、本人は手形上の責任を負担せずして、代理人が署名者として其責任を負ふ。

商法第四百三十七條 偽造又は變造したる手形に署名したる者は、其偽造又は變造したる手形の文言に従ひて責任を負ふ。

變造したる手形に署名したる者は變造前に署名したるものと推定す。

偽造者、變造者及び惡意又は重大なる過失に因り、偽造又は變造した

る手形を取得したる者は、手形上の権利を有せず、偽造手形とは手形の要件を偽はりて記載せられたる手形を謂ふ、例へば手形の振出人が他人の氏名を記載して振出したる場合、福井にて振出しながら金澤と振出地を記載し、一日に振出しながら振出日を十日と記載するが如き場合を謂ふ、變造手形とは手形に記載せられたる既成の要件を變更する場合を謂ふ、例へば満期日二日とあるを三日と變更し、手形金二百圓とあるを五百圓と改むるが如き場合を謂ふ、

偽造手形に署名したる者も其偽造手形の文言に従ひて責任を有す、偽造者の姓名は手形面に記載なきが故に偽造者は手形上の債務を負担せず、又振出人として記載せられたる者も實際自ら振出人として署名したる者に非ざれば其責任なし、如斯有効に振出されざる手形に裏書引受、保證等を爲し署名したる者は、何等手形上の権利を取得せざるにも拘らず手形の所持人に對して裏書人、引受人、保證人として責任を有するなり、變造手形に署名したる者も亦同様の責任ありとす、而て變造

手形に署名したる者は一應變造前の手形に署名したる者なりと推定せらるゝが故に、變造前の手形の文言に従ひて責任を有すれども、若し變更後に署名したりとの確かなる證據ある場合は變更せられたる文言通りの責任を有するに至る、然れ共偽造又は變造手形の署名者をして責任を負はしめざる場合あり、左の如し、

- (イ) 手形の偽造者に對しては責任を負はず、
- (ロ) 手形の變造者に對しては責任を負はず、
- (ハ) 悪意又は重大なる過失に因り偽造又は變造手形を取得したる者に對して責任を負はず、

手形に署名したる者は其文言に従ひて義務を負ふものなれども、錯誤によりて手形に署名したる者、手形に署名する真意なくして之に署名したる者は、實際手形に署名するの意思なき者なれば責任を有せざるは勿論であるか、手形の署名者が其文言に従ひて責任を負ふことなき例外的場合あり、左の如し、

(イ) 無能力者 無能力者が署名したる場合に於ては無能力者は後其無能力を理由として手形より生じたる債務を取消すことを得べし但無能力者が之を取消したるときと雖も他の能力者の有する手形上の権利義務には影響を及ぼさない

(ロ) 手形法上免責の事由 手形の署名者は手形法に規定せる時効裏書禁止免責の記載呈示期間の経過等を對抗して其責任を免るゝことが出来る

(ハ) 直接抗辯権 手形の署名者は直接抗辯を以て請求者に對抗することを得べし直接抗辯とは手形の性質手形上の記載若くは手形法の規定より生ずる抗辯にあらずして請求権と被請求者との間に發生したる手形債務を消滅せしむべき特別の事由である例へば其債務は相殺により消滅したりとか或は免除を得たりとか又は更改により消滅したりとか辨済を爲したりとか主張する場合の如し

第三節 手形に關する行爲を爲すべき

場所

手形に關する行爲とは手形の引受又は支拂を求むる爲めにする呈示拒絶證書の作成其他手形上の権利の行使又は保全に付き利害關係人に對して爲すべき行爲を謂ふ是等の行爲は各其本人の營業所若し營業所なきときは其住所又は居所に於て爲すことを要す但其者の承諾あるときは他の場所に於て之を爲すことを得べし拒絶證書を作成する場合に於て利害關係人の營業所住所又は居所が知れざるときは拒絶證書を作るべき公證人又は執達吏は其地の官署又は公署に問合せを爲したるも知れざるときに其役場又は官署若くは公署に於て作成することを得べし

第四節 手形の時効