コトヲ得ズ(二五七)。

(八) 組合ニ在リテハ組合員ハ清算前ニ組合財産分割ノ請求ヲ爲スコトヲ得ズ(六七六II)。

第二項 分割ノ手續

分割ノ方法

協議上ノ分割

裁判上ノ分割

第一 分割ノ方法

分割ノ方法ニ協議上ノ分割ト裁判上ノ分割トノ二種アリ。

(一) 協議上ノ分割　此場合ハ卽チ當事者ノ協議ニ基ク分割ニシテ當事者間ニ協議調ヒタルトキハ其方法如何ヲ問フコトナシ。故ニ或ハ現物分割ナルコトアルベク、又或ハ代金分割卽チ共有物ヲ賣却シテ其代金ヲ各共有者ノ持分ニ應ジテ分割スル方法ナルコトアルベク、若クハ價格賠償卽チ共有者ノ一人ガ他ノ共有者ノ持分全部ヲ收得シ他ノ共有者ニ各持分ニ應ジテ相當價格ヲ賠償スル方法ナルコトアルベシ。要之、各共有者ノ有スル分割ノ請求權ハ形成權ナルヲ以テ一共有者ガ分割ノ請求ヲ爲シタルトキハ他ノ共有者ハ原則トシテ之レニ應ズルコトヲ必要トスベキモ、唯ダ其分割ノ方法ニ付キテハ協議ニヨリ、協議調ハザルトキハ裁判上ノ分割ニ移ルモノトス。

(二) 裁判上ノ分割　此場合ハ上述ノ如ク協議調ハザルトキニ於テ共有物ノ分割ヲ裁判所ニ請求スル場合ナリ(二五八I)。而テ裁判上ノ分割ヲ求ムル訴ハ直接ニ共有物分割ノ效果ヲ生ゼシムベキ判決ヲ求ムル所謂形成ノ訴ニ屬スルモノトス。裁判所ハ分割ノ訴ヲ理由アリト認メタルトキハ

利害關係人ノ共有物分割參加

分割手續ト共有者ノ共有ニ關スル債權

分割ノ方法ヲ確定シテ之レヲ言渡スベキモノナリ。而テ裁判所ハ原則トシテ共有物ノ現物分割ヲ爲スコトヲ要スベク、若シ現物分割ヲ爲スコト能ハザルカ又ハ其分割ニ因リテ著シク其價格ヲ損ズル虞アル場合ニハ裁判所ハ其競賣代金ニ付キ分割ヲ爲サシムルモノトス(二五八II)。

第二 利害關係人ノ共有物分割參加

共有物ノ分割ニ付キ各共有者ハ其利害關係重大ナルガ爲メ協議上ノ分割ナルト裁判上ノ分割ナルトヲ問ハズ共有者全部ノ參加ヲ必要トナス。而テ共有者以外ノ者ナリト雖モ共有物ニ付キ權利ヲ有スル者及各共有者ノ債權者ハ共有物分割ニ自己ノ費用ヲ以テ參加スルコトヲ得(二六〇I)。共有者ガ參加ノ請求アリタルニ拘ラズ其參加ヲ待タズシテ分割ヲ爲シタルトキハ其分割ハ之レヲ以テ參加ヲ請求シタル者ニ對抗スルコトヲ得ズ(二六〇II)。

第三 分割手續ト共有者ノ共有ニ關スル債權

共有者ガ他ノ共有者ニ對シ共有ニ關スル債權(例ヘバ管理費用ノ立替ノ如シ)ヲ有スルトキハ分割ヲナスニ際シ債務者ノ所有ニ歸スベキ共有物ノ部分ヲ以テ其辨濟ヲ爲サシムルコトヲ得(二五九I)。尙ホコノ場合ニ債權者ガ右ノ辨濟ヲ受クル爲メ債務者ノ所有トナルベキ部分ヲ賣却スル必要アルトキハ債務者ニ對シテ其賣却ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス(二五九II)。

第三項 分割ノ效果

(一) 共有物分割ノ效果ニ付キテハ從來(イ)分割ニヨリテ各共有者ノ得タル部分ハ各共有者ニ於テ當初ヨリ單獨所有者タリシコトヲ宣言スルニ過ギザル所謂宣言主義(認定主義)ト(ロ)各共有者ハ相互ニ持分ヲ移轉シ之レニヨリ各部分ノ單獨所有者トナルモノトナス所謂附與主義(移轉主義)ノ二個ノ主義アリ。前者ハ分割ノ效果ノ遡及效ヲ認ムルモ後者ニ於テハ斯ノ如キコトナシ。コノ點ニ付キ通說ハ附與主義ヲ主張スルモ、吾人ハ宣言主義ヲ妥當ナリト信ズ。故ニ

(A) 共有物ノ分割ハ遡及的ノ效力ヲ生ズ。

(B) 各共有者ハ其受ケタル部分ニ付キ單獨所有權ヲ取得ス。

(C) 共有者ノ一人ガ其持分ニ設定シタル第三者ノ權利ハ分割ニヨリ消滅スルコトナク共有者ノ取得シタル各所有權ノ上ニ存ス。

(二) 共有物分割ニ因リテ次ノ如キ義務ヲ生ズ。

(A) 各共有者ハ他ノ共有者ガ分割ニヨリテ得タル物ニ付キ賣主ト同ジク擔保ノ責ニ任ズ(二六一)。卽チ各共有者ハ其持分ニ應ジテ右ノ義務ヲ負擔スルモノトス。

(B) 各分割者ハ其受ケタル物ニ關スル證書ヲ保存スベク、共有者一同又ハ其中ノ數人ニ分割シタル物ノ證書ハ其物ノ最大部分ヲ受ケタル者之レヲ保存スルコトヲ要シ、若シ最大部分ヲ受ケタル者ナキトキハ分割者ノ協議ヲ以テ證書ノ保存者ヲ定ムベク、尙ホ其協議調ハザルトキハ裁判所之レヲ指定ス(二六二I、II、III)。又證書ノ保存者ハ他ノ分割者ノ請求ニ應ジテ其證書ヲ使用セシムルコトヲ要ス(二六二IV)。

第五款 準共有

準共有トハ所有權以外ノ財產權例ヘバ著作權、鑛業權、特許權、地上權等ガ數人ニ分數的ニ歸屬スル場合ニシテ、民法ハ共有ニ關スル規定ヲ法令ニ別段ノ定メ無キ限リ之レニ準用スベキモノトナシタリ(二六四)。

第三章 用益物權

用益物權トハ物ノ使用收益ヲ其內容トスル他物權ニシテ其客體ハ他人ノ土地ナリトス。而テ之レニ屬スルモノトシテ我ガ民法ノ認メタルモノハ地上權、永小作權、地役權及入會權ナリ。

第一節 地上權

第一款 地上權ノ意義及性質

地上權ノ意義

第一 地上權ノ意義

地上權ノ性質

地上權トハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル權利ナリ(二五六)元來地上權ナルモノハローマ法ニ於ケル地上物ハ土地ニ屬スナル原則ノ例外トシテ發達シ來リタルモノニシテ諸外國ニ於ケル地上權ノ法制竝ニ我ガ舊民法ノ規定(舊民財一七一)モ亦大體ニ於テ其淵源ヲ此處ニ有ス。我ガ民法モ亦其影響ヲ受ケタルコト勿論ナリト雖モ其程度ニ至リテハ必シモ大ナリト云フコトヲ得ズ。蓋シ我國ニ於テハ建物立木ノ如キ地上物ハ土地ト別個ノモノナリト觀念スルガ故ニ、「地上物ハ土地ニ屬ス」ナル原則ハ縱令第二四二條ノ規定アルモ實際上ニ於テハ建物立木ニ對シテ其適用ナク此等兩者ハ土地ト別個ノ法律的運命ヲ有スルモノト爲スガ爲メナリ。

第二　地上權ノ性質

地上權ノ意義ハ上述ノ如クナルヲ以テ地上權ノ性質次ノ如シ。

(イ)　地上權ハ他人ノ土地ヲ使用スル權利ナリ。從ツテ地上權ハ不動產物權ナリトス。而テ地上權ノ目的タル土地ハ一筆ノ土地ノ全部ナルコトアリ、或ハ其一部ナルコトアリ(不動產登記法一一一)。

(ロ)　使用ノ目的ハ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メナリ。從ツテ地上權タルガ爲メニハ工作物又ハ竹木ヲ所有スルコトガ土地使用ノ本來ノ目的タルコトヲ要スルモノニシテ、此目的ノ範圍ヲ脫セザル限リニ於テハ他物ヲ所有スル爲メニ其土地ヲ使用スルモ妨ゲナシ。此處ニ所謂工作物トハ地上地下ニ設置セラルル一切ノ建設物ヲ云ヒ、所謂竹木トハ專ラ殖林ノ目的トナル可キ立木ヲ指稱ス。

(ハ)　地上權設定ノ際工作物又ハ竹木ノ現存スルコトヲ要セズ、又後ニ至リ此等ノ物ガ滅失シタル場合ニ於テモ當然ニ此權利ハ消滅スルモノニアラズ。

(ニ)　地代ハ地上權ノ要素ニ非ズ(二六六)。此點ハ特ニ永小作權又ハ賃借權ト異ナル點ナリトス。

(ホ)　民法施行ニ際シテハ一般ニ地上權ト賃借權トノ區別明確ナラザリシヲ以テ明治三十三年三月二十七日法律第七十二號ヲ以テ「本法施行前他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル者ハ地上權者ト推定ス」ト規定シタリ(同法一)。

(ヘ)　地上權ト土地ノ賃借權トハ其經濟上ノ目的ヲ同ジウスルコトアルモ其法律的性質ハ全ク之レヲ異ニスルモノトス。卽チ前者ハ直接ニ土地ニ付キ一定ノ利益ヲ享受スルコトヲ得ル物權ニシテ、後者ハ賃貸人ニ對シテ其土地ノ使用ヲ爲サシム可キコトヲ請求スル債權ナリ。又地上權者ハ當然ニ其權利ヲ讓渡シ得ルモ賃借權者ハ賃貸人ノ承諾ヲ得ザレバ其權利ヲ讓渡スルコトヲ得ズ。尙ホ登記セル土地ノ賃借權(六〇五)及借地權(借地法)ハ物權的效力ヲ有ス。然レドモ實際上ニ於テ行ハルル權利ガ右兩者ノ內何レノ性質ヲ有スルヤノ判斷ハ必シモ容易ニアラズ。社會觀念、取引觀念ニ基キテ具體的ニ解決スベキ事實問題ナリトス。

第二款　地上權ノ取得

地上權モ亦一般物權ノ取得原因ニ因リ取得セラルルモ其中ニ於テ注意ヲ要ス可キモノハ（イ）設定契約卽チ地上權設定ヲ目的トスル土地所有者及地上權者タラントスル者ノ間ニ於ケル物權契約（ロ）法律ノ直接規定（三八八、立木法五）之レナリ。

第三款　地上權ノ存續期間

設定行爲ニ依リテ存續期間ヲ定メタル場合

第一　設定行爲ニ依リテ存續期間ヲ定メタル場合

存續期間ニ付キテハ法律ニ別段ナル規定ナキヲ以テ其長短ハ當事者任意ニ之レヲ定ムルコトヲ得ルモノトス。但シ必ズ有限ナルヲ要シ永久無限ナル存續期間ナルモノハ之レヲ認ムルコトナシ。而テ當事者ガ若シ永久無限ナル地上權ヲ設定シタル場合ニ於テハ當事者ノ意思解釋ヲ爲シ或ハ無效トシ或ハ存續期間ノ定ナキモノトナスヲ以テ適當ナリト信ズ（尙ホ借地法ノ規定參照）。又極メテ短カキ期間ヲ定メタルトキハ、地上權ノ性質上地代据置期間ト解スルヲ妥當トスベク又場合ニヨツテハ存續期間ノ定メナキモノト解スベシ。

設定行爲ヲ以テ存續期間ヲ定メザリシ場合

第二　設定行爲ヲ以テ存續期間ヲ定メザリシ場合

此場合ニ於テハ（イ）先ヅ慣習ニ依ル可ク（ロ）慣習ナキトキハ地上權者ハ何時ニテモ地上權ヲ拋棄スルコトヲ得。但シ地代ヲ支拂フベキトキハ一年前ニ豫告ヲ爲シ又ハ未ダ期限ノ至ラザル一年分ノ地代ヲ支拂フコトヲ要ス（二六八Ⅰ）。（ハ）若シ地上權者ガ其權利ヲ拋棄セザルトキハ裁判所ハ當事者ノ請求ニ因リ二十年以上五十年以下ノ範圍內ニ於テ工作物又ハ竹木ノ種類及狀況其他地上權設定當時ノ事情ヲ斟酌シテ其存續期間ヲ定ム可キモノトス（二六八Ⅱ）。而テコノ場合ニ於ケル期間ノ起算點ハ地上權設定ノ時ナリトス。尙ホ此等ノ點ニ付キテハ借地法ノ規定ノ適用ヲ受ク可キモノアルヲ以テ同法ノ規定ヲ參照研究スルコトヲ要ス（借地法二七Ⅰ、一、同附則一七等）。

地上權者ノ土地使用權及占有權

第四款　地上權ノ效力

（一）地上權者ハ前述ノ如ク工作物又ハ竹木ヲ所有スルガ爲メニ必要ナル範圍內ニ於テ他人ノ土地ヲ使用スル權利ヲ有ス。而テ土地使用權ヲ有スル結果トシテ目的物タル土地ヲ占有スルノ權利ヲ有ス。從ツテ第三者ハ勿論縱令所有者ナリト雖モ其占有ヲ害スルニ於テハ其排除ヲ請求スルコトヲ得。

地上權ノ處分竝ニ土地ノ轉貸

（二）地上權ハ財產權ナルヲ以テ其權利ノ範圍內ニ於テ土地ヲ他人ニ轉貸シ又ハ其地上權ヲ他人ニ讓渡若クハ遺贈シ又ハ擔保ニ供スルノ權利ヲ有ス（三六二、三六九Ⅱ、尙ホ六一二參照）。但シ民法ハ地上權ニ付キテ永小作權ニ於ケルガ如キ規定（二七二）ヲ設ケザルヲ以テ恰モ永小作權トハ反對ニ論結スベキガ如シト雖モ正シカラズ。地上權ハ其權利ノ性質上右ノ如キ處分ヲ爲シ得ルコトト解スル

工作物竹木ノ處分權

工作物竹木ノ收去權及地主ノ買取權

地上權者ノ相隣關係

土地ニ永久ノ損害ヲ與フルヲ得ズ

ヲ正當トス。

(三) 地上權者ハ其權利ノ目的タル土地ノ上ニ存スル工作物及竹木ヲ所有シ之レヲ處分スルノ權利ヲ有ス。

(四) 地上權者ハ地上權ノ消滅ニ際シ土地ヲ原狀ニ復シテ工作物及竹木等ノ地上物ヲ收去スルコトヲ得(二六九I)。而テ地上物ノ收去ハ權利ニシテ同時ニ義務ナリト云フベシ。此場合ニ於テ土地所有者ガ時價ヲ提供シテ地上物ヲ買取ルベキ旨ヲ通知シタルトキハ地上權者ハ正當ノ事由ナクシテ之レヲ拒ムコトヲ得ズ(二六九I但書)。之レ卽チ經濟的理由ニ基ク規定ナリトス。此地主ノ先買權ニ對シテ地上權者ニ賣付權ナルモノナシト解スルヲ通說トス。然レドモ吾人ハコノ結論ニ對シテ疑ヒヲ有ス。但シ借地法ニハ特別規定アリ(同法四II)。尙ホ以上ノ點ニ付キ別段ノ慣習アルトキハ之レニ從フ(二六九II)。

(五) 地上權者ハ相隣關係ニ關スル第二〇九條乃至第二三八條ノ規定ノ準用ヲ受クルヲ以テ地上權者間又ハ地上權者ト土地所有者トノ間ニ於テハ恰モ土地所有者相互間ト同樣ナル權利ヲ有シ義務ヲ負フモノトス(三六七)。但シ第二二九條ノ推定ハ地上權設定後ニ爲シタル工事ニ付テノミ之レヲ地上權者ニ準用ス(三六七但書)。

(六) 地上權者ハ結局ニ於テ土地ヲ地主ニ返還スベキモノナルガ故ニ其目的物タル土地ニ永久ノ損害ヲ與フルガ如キ變更ヲ加フルコトヲ得ズ。若シ地上權者ガ之レニ違反シタルトキハ地主ハ契約ノ解除ヲナシウベシ。

地代支拂義務

地代ノ性質

地代支拂ノ方法

地代ノ額

(七) 地代支拂義務アル地上權者ニ付キテ注意スベキコト左ノ如シ。

(A) 地代ノ性質　地上權ハ常ニ必シモ地代ヲ伴フモノニ非ズ。地代ハ當事者間ノ特約ニヨリテ發生ス。而テ地代ノ法律上ノ性質ニ付キテハ議論アルモ要スルニ地上權者ガ土地使用ノ對價トシテ土地所有者ニ支拂フ可キ一種ノ債務ナリ。而テ地代附地上權ニ在リテハ地代ハ地上權ノ內容ヲ爲スモノナルヲ以テ地代ハ地上權又ハ土地所有權ニ從屬シ之レト運命ヲ共ニスベキモノトス。尤モ地代債務ニ付キ登記ナキトキハ之レヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ。

(B) 地代支拂ノ方法　地代ハ金錢タルコトアリ又其他ノ物タルコトアリ。要スルニ當事者ノ意思ニヨリテ之レヲ決スベキモノトス。其他支拂ノ時期竝ニ場所ニ付キテモ亦當事者ノ意思ヲ標準トスベキモ、特約ナキトキハ賃貸借ニ關スル規定ヲ準用ス(二六六II)、但シ地上權者ガ土地ノ所有者ニ定期ノ地代ヲ拂フ可キトキハ先ヅ小作料ニ關スル第二七四條乃至第二七六條ノ規定ヲ準用スベキモノトス(二六六I)。

(C) 地代ノ額　地代ノ額ハ當事者間ノ特約ニ依リ之レヲ決ス可キモノトス。而テ一度地代ノ額ヲ定メタル以上後ニ至リ當事者一方ノミノ意思表示ヲ以テ之ヲ變更シ得ザルコトハ蓋シ當然ナリト云フベシ。但シ當事者間ニ地代增減ニ關スル特約存スルトキハ例外トス。尙ホ此處ニ問題トナルハ地上權設定後租稅ノ負擔其他比隣借地料ノ增加等ノ理由ニ基キ地主ハ地代ノ値上ヲ請求シ得ルヤナリ。大審院ハ此點ニ付キ當事者間ニ於テ反對ノ意思ヲ表示セザル限リハ斯ノ如キ場合ニ於ケル地代値上ノ慣習アルモノト認メ當事者ハ之レニ依ルノ意思有リシモノト認定シタリ(大審院

判例大正四年六・八判決等)。尙ホ此等ノ點ニ關シテハ中央法律新報第三年第二號所載拙稿「地代確定ニ關スル標準」ヲ參照スベシ。卽チ吾人ハ事情變更ニ基ク地主ノ請求權ハ之レヲ是認スルモ、其額竝ニ其請求ヲナスニ至リタル基礎タル事實ニ關シテハ充分ナル考慮ヲ爲スベキモノナリト信ズ。然ラバ事情ノ變更アリタルトキハ地上權者ニ値下請求權ヲ認ムベキカ。借地法第一二條ニ於テハコノ點ニ關スル規定アルモ、民法ニ於テハ消極說ヲ通說トス。然レドモ吾人ハ當事者間ノ利益ノ公平ナル原則ニ基キ積極說ヲ妥當ナリト信ズ。

第五款　地上權ノ消滅

地上權ハ左ノ事由ニ因リテ消滅ス。

土地ノ滅失

(一)　土地ノ滅失　地上權ハ目的物タル土地ノ滅失ニヨリテ消滅ス。但シ一部滅失ハ地上權消滅原因ニアラズ(二六六Ⅱ、六〇九)。

土地ノ收用

(二)　土地ノ收用　公用ノ爲メニ地上權ノ目的タル土地ガ收用セラレタルトキハ地上權ハ消滅ス(土地收用法六三Ⅰ)。

存續期間ノ滿了

(三)　存續期間ノ滿了　此場合地上權ノ消滅スベキハ當然ナレドモ、尙ホ民法施行法第四條ヲ參照スベシ。又當事者ハ存續期間ノ滿了ニ際シ合意ヲ以テ契約ヲ更新シ地上權ヲ更ニ存續セシムルコトヲ得ルモノトス(二六八、借地法四、五、六)。

時效ノ完成

(四)　時效ノ完成　時效ノ完成ニ付テハ第一六七條二項、第一六二條及第一六三條ノ規定ニ關スル說明ヲ參照スベシ。

混同

(五)　混同(一七九Ⅰ)。

特約事項ノ發生

(六)　特約事項ノ發生　例ヘバ特約ヲ以テ設定行爲ニ解除條件ヲ附シタル場合ニ於テ其條件成就シタル場合ノ如シ。

拋棄

(七)　拋棄　地上權ハ財產權ナルヲ以テ之レヲ拋棄スルコトヲ得ルヲ原則トスレドモ、地代附地上權ノ場合ニ於テハ第二六八條及第二六六條ノ規定ニ從フ可キモノトス。

消滅ノ請求

(八)　消滅ノ請求　地上權者ガ引續キ二年以上地代ノ支拂ヲ怠リ又ハ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ土地所有者ハ地上權者ニ對シテ地上權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得(二六六、二七六)。

第二節　永小作權

第一款　永小作權ノ意義及性質

永小作權ノ意義

第一　永小作權ノ意義

永小作權トハ小作料ヲ支拂ヒテ他人ノ土地ニ耕作又ハ牧畜ヲ爲スコトヲ目的トスル權利ナリ(二七〇)。抑モ永小作權ノ起源ハ遠クローマ法ニ存シタルノミナラズ我國ニ於テモ舊來永小作ナル名稱ヲ附シタル權利アリタリ。要スルニ永小作ナルモノハ專ラ地主對小作人ノ關係ニ於テ發達シ

來リシモノニシテ、我國固有ノ慣習モ少ナカラザルヲ以テ、我ガ民法ハ特ニ此點ニ付キ規定ヲ設ケタリ(二七七)。而シテ永小作權ヲ以テ單ナル用益物權トシテ滿足スベキヤ或ハ又之レニヨリ以上ノ效力ヲ附與スベキヤハ小作問題ト關聯シテ特ニ考慮ヲ要スベキ點ナリトス。

永小作權ノ性質

第二 永小作權ノ性質

永小作權ノ意義ハ上述ノ如クナルヲ以テ永小作權ハ次ノ性質ヲ有ス。

(イ) 永小作權ハ他人ノ土地ヲ使用スル權利ナリ、故ニ永小作權ハ他物權ニシテ且ツ不動產物權ナリトス。

(ロ) 使用ノ目的ハ耕作及牧畜ニ在ルコトヲ要ス。所謂耕作トハ農產物ヲ收穫スル爲メニ土地ニ人工ヲ加フルコトヲ云ヒ、所謂牧畜トハ畜類ヲ飼養スルコトヲ云フ。而テ永小作權者ハ右ノ目的ノ範圍內ニ於テハ農場附屬ノ建設物ヲ設クルガ如キコトハ之レヲ妨ゲラレザルモノトス。而テ右ノ目的ヲ有スル以上設定契約當時ニ於テ現實ニ耕作又ハ牧畜ヲ爲サザルモ永小作權タルコトヲ得ルモノトス。

(ハ) 永小作權ハ小作料ヲ支拂フコトヲ以テ其要件トナス。從ツテ此點ニ於テ地上權トハ其性質ヲ異ニスルモノト云フ可シ。

(ニ) 永小作權ノ場合ニ於テモ地上權ノ場合ト同ジク土地ノ賃借權トハ其性質ヲ異ニスルモノナレドモ實際上ノ場合ニ於テハ之レヲ區別スルコト頗ル困難ナリトス。

第二款 永小作權ノ取得

永小作權ノ取得ニ付キテハ地上物ノ場合ト大體ニ於テ同樣ナレドモ、唯ダ永小作權ニ在リテハ第三八八條ノ規定ハ其適用ナキモノトス。

第三款 永小作權ノ存續期間

存續期間ノ定アル場合

第一 存續期間ノ定アル場合

設定行爲ヲ以テ存續期間ヲ定ムルニ當リテハ法律ノ規定アリ。卽チ永小作權ノ存續期間ハ二十年以上五十年以下トス(二七八I前段)。若シ五十年ヨリ長キ期間ヲ以テ永小作權ヲ設定シタルトキハ其期間ハ之レヲ五十年ニ短縮ス(二七八I後段)。又永小作權ノ設定ハ之レヲ更新スルコトヲ得ルモ其期間ハ更新ノ時ヨリ五十年ヲ超ユルコトヲ得ズ(二七八II)。

存續期間ヲ定メザリシ場合

第二 存續期間ヲ定メザリシ場合

此場合ニ於テハ別段ノ慣習アラバ之レニ依ル可ク、之レナキトキハ其期間ハ之レヲ三十年トス(二七八III)。

民法施行前ニ設定セル永小作權

永小作人ノ土地使用權及ビ占有權

永小作權ノ處分及ビ轉貸

第三 民法施行前ニ設定セル永小作權

民法施行ニ設定シタル永小作權ハ其存續期間ガ五十年ヲ超ユルトキト雖モ尙ホ其效力ヲ有スルモ其期間ハ民法施行ノ日ヨリ起算シテ之レヲ五十年ニ短縮スベキモノトス(民施法四七)。但シ此規定ノ當否ニ付キテハ學者間ニ議論アリ。或ル學者ハ民法施行前ニ於ケル永小作權ニ對スル一般觀念ヨリ立論シテ其理由ナキコトヲ主張セリ(末弘氏前揭下卷五八七頁)。按ズルニ當時ノ事情ヲ考察スルトキハ此說ハ大イニ傾聽ニ價スベキモノナリト云フベシ。

第四款 永小作權ノ效力

(一) 永小作人ハ設定行爲ノ內容ニ從ヒ土地使用權ヲ有スルモ永久ノ損害ヲ生ズルガ如キ土地ノ變更ヲ爲スコトヲ得ズ(二七一)。但シ別段ノ慣習アルトキハ之レニ從フ(二七七)。而テ土地使用權ヲ有スル結果トシテ永小作人ハ其目的物タル土地ヲ占有スル權利ヲ有ス。從ツテ其範圍內ニ於テハ第三者ノ干涉ハ勿論所有者ノ干涉ヲモ排斥スルコトヲ得ルモノトス。

(二) 永小作人ハ設定行爲ヲ以テ禁止セラレザル限リハ其權利ヲ他人ニ讓渡若クハ遺贈シ又擔保ニ供スルノ權利ヲ有シ且ツ目的物タル土地ヲ轉貸スルコトヲ得ベシ(二七二、三六二、三六九Ⅱ、二七二但書)。而テ右ノ如キ處分又ハ轉貸ハ設定行爲ヲ以テ之レヲ禁止スルコトヲ得ルモ、其禁止ハ登記ス

永小作人ノ地上物所有權

永小作人ノ地上物收去權及地主ノ買取權

永小作人ノ相隣關係

小作料支拂ノ義務

ルニ非ザレバ之レヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ(不動產登記法一一二)。尙ホ上述ノ點ニ付キ別段ノ慣習アルトキハ之レニ從フ(二七七)。

(三) 永小作人ハ目的タル土地ニ附合シタル物ヲ所有シ又ハ之レヲ處分スルコトヲ得(二四二但書)。

(四) 永小作人ハ永小作權ノ消滅ニ際シ土地ヲ原狀ニ復シテ其地上物ヲ收去スル權利及義務ヲ有ス。此場合ニ於テ地主ガ時價ヲ提供シテ地上物ヲ買取ルベキ旨ヲ通知シタルトキハ永小作人ハ正當ノ事由ナクシテ之レヲ拒ムコトヲ得ズ。尙ホ別段ノ慣習アルトキハ之レニ從フ(二七九、二六九)。

(五) 永小作人ニ付テハ地上權者ト異ナリ別段ノ規定ナキモ其性質ノ許ス限リ相隣關係ノ規定ノ準用アルベキモノト信ズ。例ヘバ袋地ノ通行權、用水權等ノ如シ。

(六) 小作料支拂ノ義務(二七〇)。

(A) 永小作權ハ必ズ小作料債務ヲ伴フ。

(B) 小作料支拂方法ハ設定行爲ニ依リテ約定スルコトヲ得ルモ、特約ナキトキハ慣習ニ從フベク(二七三、二七七)、慣習ナキトキハ第六一四條ニ依ル(二七三)。而テ永小作人ガ不可抗力ニ因リ收益ニ付キ損失ヲ受ケタルトキト雖モ小作料ノ免除又ハ減額ヲ請求スルコトヲ得ズ(二七四)。但シ設定行爲ニ因リ反對ノ特約ヲ爲スコトハ妨ゲナシ。又永小作權ノ目的タル土地ノ一部ガ永小作人ノ過失ニ因ラズシテ滅失シタルトキハ減少シタル部分ノ割合ニ應ジテ小作料ノ減額ヲ請求スルコトヲ

得(二七三、六一一I)。尙ホ其他第二七五條第二七六條ヲ參照スベシ。

(C) 小作料ハ金錢タルコトアリ、其他ノ物タルコトアリ。而テ其額ハ設定行爲ニヨリ定マルヲ原則トス。又其額ノ增減ニ付キテハ地上權ノ說明ヲ參照スベシ。

第五款 永小作權ノ消滅

永小作權ノ消滅ニ付テハ上述シタル地上權ノ場合ト大體ニ於テ類似ス。例ヘバ存續期間ノ滿了(二七八)永小作權ノ拋棄(二七五 永小作權消滅ノ請求(二七六)等ノ如シ。

第三節 地役權

第一款 地役權ノ意義及性質

地役權ノ意義

第一 地役權ノ意義

地役權トハ設定行爲ヲ以テ定メタル目的ニ從ヒ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル權利ナリ(二八〇)。元來ローマ法ニ於テハ人的役權及地的役權ナル兩種ヲ認メタリシガ、我ガ民法ハ我國從來ノ慣習ヲ參酌シテ單ニ地的役權タル地役權ヲ規定シタリ。地役權ハ其社會的意義ニ於テ彼ノ相隣者相互間ノ權利義務ト其趣ヲ同ジウス。故ニ後者ヲ指シテ法定地役ト稱スルモノアリ。

地役權ノ性質

第二 地役權ノ性質

地役權ノ意義ハ上述ノ如クナルヲ以テ其性質次ノ如シ。

(イ) 地役權ハ他人ノ土地ヲ使用スル權利ナルモ其目的ハ自己ノ土地ノ便益ニ供スルニ在リ。此場合ニ於テ其他人ノ土地ヲ承役地ト稱シ自己ノ土地ヲ要役地ト云フ。從ツテ地役權ニハ常ニ必ズ二個ノ土地ノ存在ヲ必要トスルモ我ガ民法上要役地竝ニ承役地ハ必シモ隣接スルコトヲ要セズ。尙ホ地役權ハ常ニ要役地ノ便益ノ爲メニシテ地役權者其人ノ便益ノ爲メノ權利ニハアラズ。

(ロ) 地役權ノ目的物タル土地ハ承役地ニシテ又地役權ハ要役地所有者ガ其土地ノ爲メニ承役地ヲ利用スル權利ナルヲ以テ要役地ノ所有權ト分離スルコトヲ得ズ(地役權ノ從屬性)。卽チ地役權ハ要役地ノ所有權ノ從トシテ之レト運命ヲ共ニスルヲ原則トス。尙ホ地役權ハ其設定行爲ニ於テ所有權ト共ニ移轉セザル旨又ハ要役地上ノ他ノ權利ノ目的トナサザル旨ノ特約ヲ爲スハ之レヲ妨ゲズト雖モ(二八I但書)要役地ト別ニ之レヲ讓渡シ又ハ單獨ニ他ノ權利ノ目的トナスコトハ許サレザルモノトス(二八一II)。而テ右ノ特約ハ之レヲ登記スルコトヲ要ス(不動產登記法一一三、一一四)。

(ハ) 地役權ハ又承役地ノ所有權ト共ニ移轉ス。

(ニ) 地役權ノ內容タル便益ハ設定行爲ニ因リテ定メラルルモ其內容ハ不法ナラザルコトヲ要ス(九〇、二八〇但書)。又地役權ノ設定ハ有償ナルモ無償ナルモ妨ゲナシ。

（ホ）要役地竝ニ承役地ハ各一筆ノ土地ナルコトヲ原則トスレドモ、然ラザル場合ニ於テハ議論アリ。

(A) 要役地竝ニ承役地ハ(1)必シモ一筆ノ土地ナルヲ要セズ、數筆ナルモ可ナリ又或ハ一筆ノ土地ノ一部ニテモ妨ゲナシ(二八二Ⅱ但書、不動產登記法一一三、一一四)。(2)又單獨所有地ナルト共有地ナルト或ハ數人ニ屬スル數筆ノ土地ナルトヲ問ハズ。

(B) 要役地ガ共有地ナル場合ニ於テモ地役權ハ一個ナリ、又數人ニ屬スル數筆ノ土地ナル場合ニ於テモ亦然リ。

（ヘ）地役權ハ不可分性ヲ有ストスルヲ通說トナス。然レドモ其原則ノ根據竝ニ意義ニ付テハ學者間ニ議論アリテ一定セズ(富井氏前揭二五九頁以下、横田氏前揭五〇六頁、三潴氏前揭二一〇頁等)。故ニ吾人ハ以下ニ於テ其內容ニ付キ研究スルコトトスベシ。

(A) 可分ナル場合 (1)土地ノ分割又ハ其一部ノ讓渡ノ場合ニ於テハ地役權ハ其各部ノ爲メニ又ハ其各部ノ上ニ存ス(二八二Ⅱ)。但シ地役權ノ性質上分割又ハ一部讓渡ニ因リテ生ジタル土地ノ一部ノミニ關係アル場合ニ於テハ地役權ハ其部分ノミニ存續ス(二八二Ⅱ但書)。尙ホ此分割セラレタル數個ノ地役權ノ內容ハ之レヲ總計シテ從來ノ一個ノ地役權ノ內容ヲ超ユルコトヲ得ズ。(2)地役權者ガ其權利ノ一部ヲ行使セザルトキハ其部分ノミ時效ニヨリテ消滅スル場合ナリ(二九三)。

(B) 不可分ナル場合 (1)要役地ノ共有者ノ一人ハ其持分ニ付キ其土地ノ爲メニ又承役地ノ共有者ノ一人ハ其持分ニ付キ其土地ノ上ニ存スル地役權ヲ消滅セシムルコトヲ得ズ(二八二Ⅰ)。(2)土地共有者ノ一人ガ時效ニ因リテ地役權ヲ取得シタルトキハ他ノ共有者モ亦之レヲ取得ス(二八四Ⅰ)。但シ此規定ノ根據ニ對シテハ疑アリ(同說遊佐氏物權一八五頁)。(3)要役地ガ數人ノ共有ニ屬スル場合ニ於テ其一人ノ爲メニ地役權ノ消滅時效ノ中斷又ハ停止アルトキハ其中斷又ハ停止又ハ他ノ共有者ノ爲メニモ其效力ヲ生ズ(二九二)。(4)以上ノ外性質上不可分ナル場合アリ、例ヘバ或ル土地ノ眺望ヲ妨グベキ建物ヲ建築セシメザル地役權ノ如シ。

(C) 土地共有者ノ一人ハ共有地ヲ要役地トシテ其持分ノ爲メニノミ又承役地ガ共有地ナルトキ共有者ノ一人ガ其持分ニ應ジテ地役權ヲ取得シ又ハ地役權ヲ設定シ得ルヤ。此點ニ付キ或學者ハ法典ニ別段ノ規定モナク又之レヲ否認スベキ理由ナシトシテ積極的見解ヲ主張セリ。然レドモ地役權ガ主トシテ要役地全體ノ物質的利用ノ爲メノ權利ナル點及ビ共有者ヲ平等ニ取扱フコトガ原則トシテ正當ナルコト等ノ理由ヨリシテ消極說ヲ以テ妥當ナリト信ズ。

（ト）地役權ノ存續期間ハ之レヲ有限トスルモ無限トスルモ妨ゲナシ。但シ事情變更シタルトキハ無期ノ地役權ト雖モ其存在ノ合理性ヲ失ヒテ消滅スルコトアリ。

（チ）最後ニ地役權ノ本質ニ關シテハ法律上議論アレドモ吾人ハ承役地ノ所有權ノ作用ヲ制限ス

ルコトヲ以テ其目的トスル他物權ナリト解スルヲ以テ正當トス。

第二款　地役權ノ種類

地役權ハ其觀察點ヲ異ニスルニヨリ之レヲ種々ニ分類スルコトヲ得。以下ニ於テ其主要ナルモノニ付キ說明スベシ。

積極的地役權ト消極的地役權

(一)　積極的地役權ト消極的地役權　此區別ハ權利行使ノ內容ヲ標準トスルモノニシテ、前者ハ地役權ノ行使ガ地役權者ノ積極的行爲ヨリナルモノヲ云ヒ、例ヘバ通行地役權ノ如シ。後者ハ承役地ノ所有者ヲシテ或行爲ヲ爲サザラシムル義務ヲ負擔セシムル地役權ヲ云ヒ、例ヘバ要役地ノ觀望ヲ害スベキ建物ヲ設ケザラシムル地役權ノ如シ。

繼續地役權ト不繼續地役權

(二)　繼續地役權ト不繼續地役權　此區別ハ權利行使ノ方法ヲ標準トスルモノニシテ、前者ハ間斷ナク承役地ノ上ニ行ハルル地役權ヲ云ヒ、例ヘバ引水地役權ノ如シ。後者ハ地役權ノ行使ニ付キ其都度地役權者ノ行爲ヲ必要トスルモノヲ云ヒ、例ヘバ通行地役權ノ如シ。

表現地役權ト不表現地役權

(三)　表現地役權ト不表現地役權　此區別ハ權利行使ノ狀態ニ基クモノニシテ、前者ハ權利ノ行使ガ第三者ニ認メラルベキ狀態ニ在ルモノヲ云ヒ、例ヘバ通行地役權ノ如シ。後者ハ然ラザルモノヲ云ヒ、例ヘバ地下ノ引水地役權ノ如シ。

第三款　地役權ノ取得

地役權取得ノ原因次ノ如シ。

設定行爲

(一)　設定行爲　地役權ハ多クハ設定行爲ニヨリ取得セラルルモ其設定行爲ハ契約ナルヲ原則トス。然レドモ承役地所有者ノ遺言ニテモ可ナリ。而テ地役權ノ取得ハ之レヲ登記スルニ非ザレバ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ。設定行爲ノ當事者ハ要役地及承役地ノ所有者ナルヲ本則トスレドモ、地上權者永小作人及ビ賃借人モ亦自己ノ權利ノ範圍內ニ於テハ地役權ノ設定又ハ取得ヲ爲スコトヲ得ルモノト信ズ。但シ此點ニ付キテハ反對說少ナカラズ。

要役地所有權ノ取得

(二)　要役地所有權ノ取得　設定行爲ニ別段ノ定ナキ限リ地役權ハ要役地所有權ノ從トシテ之レト共ニ移轉ス(二八一I)。尙ホ地役權ハ之レヲ要役地ヨリ分離シテ讓渡スルコトヲ得ズ(二八一II)。

時效

(三)　時效　時效ニ因リ地役權ヲ取得スルニハ取得時效ニ關スル一般的要件(一三六等)ヲ具備スベキハ勿論、其外民法ハ之レニ付キ特別ノ規定ヲ設ケタリ。(イ)繼續且ツ表現ノ地役權タルコトヲ要シ(二八三)　(ロ)時效ニ因ル地役權取得ガ土地共有者ニ關スルトキハ(1)一共有者ガ時效ニ因リテ地役權ヲ取得シタルトキハ他ノ共有者モ亦之レヲ取得シ(二八四I)(2)共有者ニ對スル時效中斷ハ地役權ヲ行使スル各共有者ニ對シテ之レヲ爲スニ非ザレバ其效ナク(二八四II)(3)地役權ヲ行使スル

共有者數人アル場合ニ於テ其一人ニ對シ時效停止ノ原因アルモ時效ハ各共有者ノ爲メニ進行ス(二八四Ⅲ)。

第四款　地役權ノ效力

地役權者ノ權利義務

第一　地役權者ノ權利義務

(一)　地役權者ハ其目的ノ範圍內ニ於テ承役地ヲ直接ニ支配スルノ權利ヲ有ス。

(二)　設定行爲ニ別段ノ定メナキトキハ地役權ハ要役地ノ所有權ト共ニ其權利ヲ讓渡シ又ハ要役地上ニ存スル他ノ權利ノ目的トナスコトヲ得(二八一Ⅰ)。

(三)　地役權者ハ其目的ノ範圍內ニ於テ承役地ノ所有者ニ先立チテ其土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スルコトヲ得。又承役地ノ所有者モ特約ナキ限リ地役權ノ行使ヲ妨ゲザル限度ニ於テ承役地ニ付キ自己ノ權利ヲ行フコトヲ得。唯ダ用水地役權ニ付キテハ民法ニ規定アリ。卽チ(イ)用水地役權ノ承役地ニ於テ水ガ要役地及承役地ノ需要ヲ滿タスニ足ラザルトキハ設定行爲ニ別段ノ定メナキ限リ其各地ノ需要ニ應ジ先ヅ之レヲ家用ニ供シ其殘餘ヲ他ノ用ニ供スベキモノトシ(二八五Ⅰ)(ロ)同一ノ承役地上ニ數個ノ用水地役權ヲ設定シタルトキハ後ノ地役權者ハ前ノ地役權者ノ永ノ使用ヲ妨グルコトヲ得ザルモノトス(二八五Ⅱ)。

承役地所有者ノ權利義務

(四)　地役權者ハ其權利行使ノ爲メニ必要ナル範圍內ニ於テ工作物ヲ承役地ニ設クルコトヲ得ルモ其行使ヲ妨ゲザル限リハ承役地ノ所有者ヲシテ右ノ工作物ノ使用ヲ許ス可キモノナリトス(二八八Ⅰ)。

第二　承役地所有者ノ權利義務

(一)　承役地所有者ハ地役權者ノ權利行使ヲ妨ゲザル限リハ其所有地內ニ於テ自己ノ權利ヲ行フコトヲ得。

(二)　承役地ノ所有者ハ地役權ノ行使ヲ妨ゲザル範圍內ニ於テ其行使ノ爲メニ承役地上ニ設ケタル工作物ヲ使用スルコトヲ得(二八八Ⅰ)。但シ承役地ノ所有者ハ其利益ヲ受クル割合ニ應ジテ工作物ノ設置及保存ノ費用ヲ分擔スルコトヲ要ス(二八八Ⅱ)。

(三)　承役地ノ所有者ハ地役權者ニ對シテ地役權ノ內容ニ從ヒ受忍又ハ不作爲ノ義務ヲ負フ。

(四)　承役地ノ所有者ハ何時ニテモ地役權ニ必要ナル土地ノ部分ノ所有權ヲ地役權者ニ委棄シテ右(三)ニ於ケル負擔ヲ免カルルコトヲ得(二八七)。又地役權ガ有償ナルトキハ其對價ヲ地役權者ニ對シテ主張スルコトヲ得。

第五款　地役權ノ消滅

地役權消滅ノ重ナル事由ハ（イ）土地ノ滅失（ロ）承役地ノ收用（ハ）目的ノ不能（ニ）耕地整理（ホ）存續期間ノ滿了其他設定行爲ニ定メタル事由ノ發生（ヘ）混同（ト）拋棄及（チ）時效等之レナリトス。右ノ內時效ニ付キテハ說明ヲ要ス可キコトアリ。卽チ(1)消滅時效ノ起算點ハ不繼續地役權ニ在リテハ最後ノ行使ノ時ニシテ繼續地役權ニ在リテハ其行使ヲ妨グベキ事實ノ生ジタル時ナリトス(二九一)。(2)要役地ガ數人ノ共有ニ屬スル場合ニ於テ其一人ノ爲メニ時效中斷又ハ停止アルトキハ其中斷又ハ停止ハ他ノ共有者ノ爲メニモ其效力ヲ生ズ(二九二)。(3)地役權者ガ其權利ノ一部ヲ行使セザルトキハ其部分ノミ時效ニ因リテ消滅ス(二九三)。(4)承役地ノ占有者ガ取得時效ニ必要ナル條件ヲ具備セル占有ヲ爲シタルトキハ地役權ハ之レニヨリテ消滅ス(二八九)。

第四節　入會權

入會權ノ意義及性質

第一　入會權ノ意義及性質

入會權トハ一定地域ノ住民ガ一定ノ山林又ハ原野ニ於テ共同シテ收益ヲ爲スノ權利ヲ云フ。抑モ入會ナルモノハ我國古來ノ慣習ニシテ其取扱ヒニ付キテ議論ノ存スルトコロナリトス。若シ專ラ國家經濟上ノ見地ヨリスルトキハ、寧ロ入會ハ可及的最少限度ノ範圍內ニ止メシムルヲ以テ正當トス。然レドモ他面ニ於テ入會ハ細民ノ生活需要ト不可分的ノ關係ニ立ツヲ以テ此點ヨリスルトキハ入會ノ範圍ハ之レヲ相當ニ認ム可キヲ相當トス。從ツテ入會權ノ問題ハ此兩目的ヲ適當ニ調和シ入會權ノ合理的限界ヲ定ムルコトヲ目的トスルモノナリト云フ可シ。我民法ノ規定ニ從ヘバ入會權ハ（イ）共有ノ性質ヲ有スルモノト(二六三)（ロ）其性質ヲ有セザルモノ(二九四)トニ分ツコトヲ得。前者ハ地盤ヲ共有スル者ガ其地盤上ニ於テ有スル入會權ヲ云ヒ、後者ハ他人ノ地盤上ニ有スル入會權ニ外ナラズ。但シ吾人ハ入會權ノ性質ハ所謂總有ニ屬スルモノト信ズ。要之、入會權ハ我ガ民法上認メラレタル慣習上ノ物權ナリト云フ可シ。入會權ノ主體ハ一定地域ノ住民ニシテ、ソノ客體ハ山林原野ナリトス。但シ官有地ハ入會權ノ客體ニアラズトナス判例アリ。

入會權ト法規

第二　入會權ト法規

入會權ニ付テハ先ヅ各地方ノ慣習ニ從フ可ク、若シ之レニ因リテ充分ナラザルトキハ共有ノ性質ヲ有スル入會權ニ付テハ共有ニ關スル規定ヲ適用シ(二六三)共有ノ性質ヲ有セザルモノニ付テハ地役權ニ關スル規定ヲ準用ス(二九四)。

入會權ノ效力

第三　入會權ノ效力

入會權ノ效力トシテハ（イ）共同收益權（ロ）權利侵害ニ對スル救濟手段トシテ其侵害ノ停止除去若クハ損害ノ賠償ヲ裁判上又ハ裁判外ニ於テ侵害者ニ對シテ主張シ得ルコトヲ其主要ナルモノトナス。

入會權ノ消滅

第四　入會權ノ消滅

入會權ハ（イ）其地盤ノ滅失、收用若クハ官有地編入（ロ）慣習上ノ消滅原因ノ發生（ハ）總入會權者ノ同意等ニ因リテ消滅スルモノトス。

第四章　擔保物權

擔保物權トハ債權ニ從タル權利ニシテ之レヲ擔保スル物權ナリ。之レニ屬スルモノハ留置權、先取特權、質權及抵當權ノ四トス。擔保物權ハ（イ）他物權ナルコト、（ロ）債權ニ從屬スルコト、（ハ）移轉性アルコトニ注意スベシ。又擔保物權ハ原則トシテ不可分性ヲ有スルト共ニ（但シ不可分性ハ擔保物權ノ本質的要素ニアラズ）所謂物上代位性（留置權ヲ除ク）アルコトニ注意スベシ（拙著擔保物權法論一頁以下參照）。

第一節　留置權

第一款　留置權ノ意義及性質

留置權ノ意義

第一　留置權ノ意義

留置權トハ他人ノ物ノ占有者ガ其物ニ關シテ生ジタル債權ノ辨濟ヲ受クル迄其物ヲ留置スル權利ナリ（二九五）。元來留置權ノ制度ハ**ローマ**法ニ於ケル詐欺ノ抗辯ニ其源ヲ發シタルモノニシテ、佛蘭西民法ハ之レヲ以テ所謂同時履行ノ抗辯權ト其性質ヲ同ジウスルモノトナシ、獨乙民法ニ於テハ之レヲ以テ債權ノ特別的效力ナリトナシタリ。然ルニ我國ニ於テハ之レヲ以テ所謂擔保物權ノ一種ナリト解シ同時履行ノ抗辯權トハ之レヲ區別シタリ。尙ホ留置權ニハ民法上ノ留置權ト商法上ノ留置權トノ區別アルコトニ注意スベシ（藥師寺志光氏「留置權論」、拙著擔保物權參照）。

留置權ノ性質

第二　留置權ノ性質

留置權ノ意義以上ノ如クナルヲ以テ其性質左ノ如シ。

（一）留置權ハ占有者ガ其債權ノ辨濟ヲ受クル迄他人ノ物ヲ留置スル權利ナリ。而テ他人ノ物ナル以上必シモ債務者ノ所有物タルコトヲ要セズ。又留置權ハ唯ダ物ヲ留置シテ辨濟ヲ促スコトヲ目的トスルモノニ過ギズシテ他ノ擔保物權ノ如ク其物ニ付キ優先辨濟ヲ受クルノ權ナシ。又留置權者ハ他人ノ物ノ占有者ニシテ且ツ現ニ其物ヲ占有シツツアルコトヲ要ス。

（二）留置權者ノ占有ハ不法行爲ニ基因セザルコトヲ要ス（二九五Ⅱ）。

（三）留置權ハ留置シ得ベキ物ニ關シテ生ジタル債權ナルコトヲ要ス。卽チ債權ト留置物トノ間ニ牽連關係アルコトヲ必要トス。牽連ノ性質ニ關シテハ（イ）兩債權相互間ノ牽連ナリトスル獨乙主義ト（ロ）債權ト物トノ間ニ於ケル牽連ナリトスル佛蘭西主義トノ二アリ。我ガ民法ハ後者ニ從フ。然ラバ如何ナル場合ニ於テ債權ト物トハ牽連關係ニ在リヤト云フニ（イ）物ガ事實上債權發生ノ原因トナル場合（ロ）物ノ返還義務ト債權トガ同一ノ取引關係ヨリ發生シタル場合ノ如キハ之レニ屬スルコト疑ナシ。又我ガ民法ニ於テハ債權ト占有トノ牽連ハ必要ニ非ズ（反對横田氏前揭五七一頁）。從ツテ占有ト同時ニ又ハ占有中ニ生ジタル債權ハ勿論占有前ニ生ジタル債權ノ爲メニモ留置權ヲ行フコトヲ得（拙著擔保物權四六頁以下參照）。

（四）留置權者ノ有スル債權ハ辨濟期ニ在ルコトヲ要ス。

（五）尙ホ留置權ニ關シテ注意スベキコトハ（イ）留置權ハ法律ノ規定ニ因リテノミ生ズルコト但シ留置權不發生ノ特約ヲナスコトヲ妨ゲズ（ロ）留置權ハ債權ニ從タル權利ナルヲ以テ主タル債權ト共ニ之レヲ讓渡シ得ルコト（ハ）留置權ハ債權全部ノ爲メニ認メラレタル不可分的ノ權利ナルヲ以テ債權ノ一部殘存スルトキハ留置權ハ依然トシテ存續スルモノトス（二九六）。而テ留置權發生ノ要件ハ(a)他人ノ物ヲ占有スルコト(b)占有者ガ債權ヲ有スルコト(c)債權ハ占有物ニ關シテ生ジタルモノナルコト(d)債權ハ辨濟期ニアルコト(e)留置權不發生ノ特約ナキコト(f)留置權ノ成立ガ公序良俗竝ニ社會的妥當性ニ反セザルコト之レナリ（拙著擔保物權三三頁乃至五〇頁參照）。

第二款　留置權ノ效力

留置權者ノ權利ノ義務

第一　留置權者ノ權利

留置權者ハ（イ）債權全部ノ辨濟ヲ受クル迄目的物ノ全部ヲ留置スルコトヲ得（二九五、二九六）。（ロ）留置物ヨリ生ズル果實ヲ收取シ他ノ債權者ニ先立チテ之レヲ其債權ノ辨濟ニ充當スルコトヲ得（二九七I）。（ハ）留置物ニ關シ支出シタル必要費及有益費ノ償還ヲ受クルコトヲ得（二九九）。（ハ）留置物ノ保存ニ必要ナル範圍內ニ於テ之レヲ使用スルコトヲ得ルモノトス（二九八II但書）。尙ホ競賣法ノ規定ニヨリ留置權者ハ目的物ノ競賣請求權ヲ有ス（同法二III、三、二二）。

第二　留置權者ノ義務

留置權者ハ（イ）善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ留置物ヲ占有スルヲ要シ（二九八I）（ロ）債務者ノ承諾ナクシテ留置物ノ使用若クハ賃貸ヲ爲シ又之レヲ擔保ニ供スルコトヲ得ズ（二九八II）（ハ）留置權消滅ニ際シテハ物ヲ返還スルコトヲ必要トス。

第三款　留置權ノ消滅

留置權ノ消滅原因中其主要ナルモノハ（イ）主タル債權ノ消滅（三〇〇）（ロ）占有ノ喪失（三〇二）（ハ）留置權者ノ義務違反ニ因ル債務者ノ留置權消滅ノ請求（二九八III）及債務者ノ擔保提供ニ因ル留置權消滅ノ請求（三〇一）（ニ）其他物權一般ノ消滅原因之レナリトス。

第二節　先取特權

先取特權ノ意義

第一款　先取特權ノ意義及性質

第一　先取特權ノ意義

先取特權トハ民法其他ノ法律ノ規定ニ從ヒ或ル債權者ガ其債務者ノ財產ニ付キ他ノ債權者ニ先立チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ナリ（三〇三）。元來先取特權ノ取扱ニ付テハ立法例學說共ニ區々トシテ一定セズ。佛蘭西民法（二〇九五乃至二一一三）ハ之レヲ以テ物權トナシ、獨乙民法（五五九、

先取權ノ性質

六四七、七〇四等）ニ於テハ之レヲ債權ノ特別ナル效力ナリトナシタリ。我ガ民法ハ前者ニ從フ。而テ先取特權ハ留置權ト共ニ所謂法定擔保物權ニ屬ス。

第二 先取特權ノ性質

先取特權ノ性質次ノ如シ。

（一） 先取特權ハ所謂債權者平等ノ原則ヲ破リ或ル債權者ニ對シ特別ナル保護ヲ與フルモノニシテ公益ニ關スルヲ以テ法律ノ規定ニ因リテノミ生ズルモノトス。而テ先取特權ハ債務者ノ財產ニ付キテ存ス。從ツテ先取特權ノ目的物ハ必シモ有體物ノミニ限ラズ、債務者ノ總財產ニテモ可ナリ（三〇六、三〇四參照）。

（二） 先取特權ハ債務者ノ財產ニ付キ優先辨濟ヲ受クル權利ナリ。而テ先取特權ハ債權全部ノ辨濟ヲ受クル迄ハ其目的ノ全部ニ付キ其權利ヲ行フコトヲ得ベシ（三〇五、二九六）。之レヲ稱シテ先取特權ノ不可分性ト云フ。

（三） 右ノ外（イ）先取特權ハ主タル債權ノ存在ヲ前提トスルコト（ロ）其目的物ノ占有ヲ爲スコトヲ必要トセザルコト等ニ注目スベシ。

第二款 先取特權ノ目的物

先取特權ノ目的物ハ債務者ノ總財產ナルコトアリ（三〇六）或ハ特定ノ動產又ハ不動產ナルコトアルハ既述シタルガ如シ（三一一、三二五）。然ルニ民法ハ「先取特權ハ其目的物ノ賣却、賃貸、滅失又ハ毀損ニ因リテ債務者ガ受ク可キ金錢其他ノ物ニ對シテモ之レヲ行フコトヲ得」ト規定シ、所謂物上代位ノ原則ヲ先取特權ニ對シテ採用シタリ（三〇四）。民法ガ右ノ如ク物上代位ノ原則ヲ先取特權ニ適用シタルハ之レニ因リテ其效力ヲ鞏固ナラシメントノ目的ニ出ヅルモノトス。第三〇四條ノ認ムル先取特權ノ代位物ハ次ノ如シ。卽チ（イ）賣却代金（ロ）物ノ借賃（ハ）目的物ニ設定セラレタル物權ノ對價（ニ）目的物ノ滅失又ハ毀損ヨリ生ズル賠償金之レナリ。而テ先取特權者ガ此等ノ代位物上ニ其權利ヲ行使スルガ爲メニハ其物ガ債務者ニ拂渡サレ又ハ引渡サルル以前ニ於テ之レガ差押ヲ爲スコトヲ要ス（三〇四I但書）（物上代位ノ詳細ニ付テハ拙著擔保物權八八頁乃至一〇九頁參照）。

第三款 先取特權ノ種類

先取特權ハ之レヲ一般ノ先取特權ト特別ノ先取特權トニ分チ、後者ハ更ニ動產ノ先取特權ト不動產ノ先取特權トニ之レヲ分ツコトヲ得。

第一項 一般ノ先取特權

第一 意義

一般ノ先取特權トハ債務者ノ總財產ノ上ニ行ハルルモノヲ云フ。之レニ四個ノ種類アリ。卽チ共益費用(三〇七)葬式費用(三〇八)雇人給料(三〇九)及日用品供給(三一〇)ノ先取特權之レナリトス。

共益費用ノ先取特權

第二 共益費用ノ先取特權

共益費用ノ先取特權トハ各債權者ノ共同利益ノ爲メニ爲シタル債務者ノ財產ノ保存、清算又ハ配當ニ關スル費用ニ付キ存在スル先取特權ヲ云フ(三〇七)。蓋シ斯ノ如キ費用ハ各債權者ガ其辨濟ヲ受クルコトヲ得ルニ至リシ原因ナルヲ以テ各債權者ハ先ヅ此種ノ費用ノ辨濟ヲ爲スベキコト理ノ當然ナリト云フ可ク、從ツテ法律ハ此種ノ費用ノ債權者ニ先取特權ヲ與ヘテ此等ノ者ノ保護ノ完全ヲ期セント爲シタルガ爲メナリ。然レドモ此等ノ費用中總債權者ニ有益ナラザリシ場合ニ於テハ先取特權ハ其費用ノ爲メ利益ヲ受ケタル債權者ニ對シテノミ存在ス(三〇七II)。

葬式費用ノ先取特權

第三 葬式費用ノ先取特權

葬式費用ハ人生最後ノ儀式ヲ爲スニ必要ナル費用ニシテ何人ノ爲メニモ葬式ヲ容易且ツ迅速ニ終了セシムルコトハ所謂淳風美俗ニ屬スルヲ以テ法律ハ此種ノ費用ノ債權者ニ特別ナル保護ヲ與ヘタルモノトス。而テ此場合ニ於ケル法律上ノ要件ハ債務者ノ身分ニ應ジタル葬式費用ナルコト之レナリ。尙ホ債務者ガ其扶養スベキ親族又ハ家族ノ葬式費用ニ對シテモ亦先取特權ハ存在スルモノトス(三〇八I、II)。

雇人給料ノ先取特權

第四 雇人給料ノ先取特權

元來雇人ナルモノハ一般ニ經濟的弱者ニシテ專ラ給料ノミニヨリテ生活スル者ナルヲ以テ、若シ此等ノ者ノ給料ニ對スル債權ヲ一般ノ債權ト平等ナル取扱ヲ爲スモノトセバ却ツテ此等ノ者ニ對シテ殘酷ナル結果ヲ生ズルコトトナル。是ニ於テ民法ハ雇人給料ノ先取特權ナルモノヲ認メ、以テ此等ノ者ニ對シテ保護ヲ與ヘタルモノトス。尙ホ此場合ニ於ケル雇人ハ之レヲ廣義ニ解シ雇傭契約ニ基ク一切ノ勞務者ヲ包含スト爲スヲ以テ正當トス。但シ反對說多シ(三潴氏前揭八一頁、橫田氏前揭六二三頁、同說山下氏擔保物權法一〇一頁)。而テ第三〇九條ニ依レバ雇人給料ノ先取特權ハ債務者ノ雇人ガ受ク可キ最後ノ六ヶ月間ノ給料ニ付キ存シ其金額ヲ五十圓ト限定シタリ。

日用品供給ノ先取特權

第五 日用品供給ノ先取特權

此種ノ先取特權ハ貧困者ヲシテ容易ニ日用品ヲ購買スルコトヲ得セシメントスルノ目的ニ出ヅルモノナリ。卽チ第三一〇條ニヨレバ此種ノ先取特權ハ債務者又ハ其扶養スベキ同居ノ親族竝ニ家族及其僕婢ノ生活ニ必要ナル最後ノ六ヶ月間ノ飲食品及薪炭油ノ供給ニ付キテ存スルモノトス。判例ハ內緣ノ妻ニ對シテモ本條ノ適用アルコトヲ認ム(拙著擔保物權一四一頁參照)。

動產ノ先取特權

第二項 特別ノ先取特權

第一 動產ノ先取特權

動産ノ先取特權トハ債務者ノ特定動産ノ上ニ存スル先取特權ヲ云フ(三一一)。之レニ八種アリ。

不動産賃貸ノ先取特權

(一) 不動産賃貸ノ先取特權　此種ノ先取特權ハ不動産ノ借賃其他賃貸關係ヨリ生ジタル賃貸人ノ債權ヲ擔保スル爲メ賃借人ノ動産上ニ存在スルモノニシテ(三二二)民法ハ此先取特權ニヨリテ保護セラルル債權ノ範圍竝ニ先取特權ノ目的物ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケタリ。

(イ) 債權ノ範圍　上述ノ如ク此先取特權ニヨリテ擔保セラルル債權ノ範圍ハ土地建物ノ賃貸借關係ヨリ生ズル債權ノ全部ナレドモ、賃借人ノ財産ノ總清算ノ場合ニ於テハ前期、當期及次期ノ賃貸料其他ノ債務及前期竝ニ當期ニ於テ生ジタル損害賠償ニ付テノミ賃貸人ノ先取特權ハ存在スルモノトス(三一五)。又賃貸人ガ敷金ヲ受取リタル場合ニハ其敷金ヲ以テ辨濟ヲ受ケザル債權ノ部分ニ付テノミ先取特權ヲ有ス(三一六)。敷金トハ賃貸借契約成立ニ際シ借賃其他ノ債務ノ辨濟ヲ擔保スル爲メニ豫メ賃借人ヨリ賃貸人ニ交付スル金額ヲ云フ。但シ其法律上ノ性質ニ關シテハ議論少ナカラズ(三潞氏前掲八七頁以下、横田氏前掲六三七頁以下等)。吾人ハ此點ニ付キ所謂解除條件附債權ヲ伴フ信託的所有權讓渡ト解スルヲ以テ最モ妥當ナリト信ズ(同說山下氏前掲一一七頁以下、梅氏民法要義三一六條、拙著擔保物權一五四頁以下)。

(ロ) 先取特權ノ目的物　此權利ノ目的物ハ土地ノ賃貸借ニ在リテハ賃借地又ハ其利用ノ爲メニスル建物ニ備付ケタル動産、其土地ノ利用ニ供シタル動産及賃借人ノ占有ニ在ル其土地ノ果實ニシテ(三一三I)建物ノ賃貸借ニ在リテハ賃借人ガ其建物ニ備付ケタル動産ナリ(三一三II)。但シ例外トシテ(1)賃借權讓渡又ハ轉貸ノ場合ニ於テハ賃貸人ノ先取特權ハ讓受人若クハ轉借人ノ動産又ハ讓渡人若クハ轉貸人ガ受クベキ金額ニモ及ビ(三一四)(2)卽時取得ニ關スル規定(一九二乃至一九五)ガ準用セラルル結果、賃貸人ハ賃借人、賃借權ノ讓受人若クハ轉借人ガ占有又ハ所持スル第三者ノ動産上ニモ其先取特權ハ及ブモノトス(三一九)。

旅店宿泊ノ先取特權

(二) 旅店宿泊ノ先取特權　此種ノ先取特權ハ旅客、其從者及牛馬ノ宿泊料竝ニ飲食料ニ付キ其旅店ニ存スル手荷物ノ上ニ存在ス(三一七)。尙ホ此種ノ先取特權ニモ卽時取得ニ關スル規定ノ準用アリ(三一九)。

旅客又ハ荷物ノ運輸ノ先取特權

(三) 旅客又ハ荷物ノ運輸ノ先取特權　此種ノ先取特權ハ旅客又ハ荷物ノ運送費及附隨ノ費用ニ付キ運送人ノ手ニ存スル荷物ノ上ニ存ス(三一八)。尙ホ運送人トハ廣ク運送ヲナス者ノ義ニシテ必シモ之レヲ營業トシテ爲ス者ニ限ラズ。而テ附隨ノ費用トハ運送人ノ立替ヘタル關稅、保險料ノ如キモノヲ云フ。又此種ノ先取特權ニモ卽時取得ニ關スル規定ノ準用アリ(三一九)。

公吏保證金ノ先取特權

(四) 公吏保證金ノ先取特權　此種ノ先取特權ハ保證金ヲ供シタル公吏ノ職務ノ過失ニ因リテ生ジタル債權ニ付キ其保證金ノ上ニ存在ス(三二〇)。此處ニ所謂公吏トハ主トシテ公衆ノ委託ヲ受ケテ民事ニ關スル事務ヲ取扱フ者、例ヘバ公證人、執達吏ノ如キモノヲ云フ。本條ノ先取特權トハ公署公共團體ノ權利トガ競合スルヤ否ヤニ付テハ議論アルモ、吾人ハ之レヲ消極ニ解ス(拙著擔保物權一七五頁參照)。

動産保存ノ先取特權

（五）動産保存ノ先取特權　此種ノ先取特權ハ動産ノ保存費、動産ニ關スル權利ヲ保存、追認又ハ實行セシムル爲メニ要シタル費用ニ付キ其動産上ニ存スルモノトス（三二一）。而テ此種ノ先取特權ハ共同擔保ノ原因ヲ爲シタルニ基クモノニシテ、此種ノ債權者ハ同時ニ留置權ヲ併有スル場合多シ。

動産賣買ノ先取特權

（六）動産賣買ノ先取特權　此種ノ先取特權ハ動産ノ代價及其利息ニ付キ其動産ノ上ニ存ス（三二二）。而テ此處ニ所謂利息ニハ約定利息ト遲延利息ヲ包含ス。

種苗肥料供給ノ先取特權

（七）種苗肥料供給ノ先取特權　此種ノ先取特權ハ種苗又ハ肥料ノ代價及其利息ニ付キ其種苗又ハ肥料ヲ用ヒタル後一年內ニ之レヲ用ヒタル土地ヨリ生ジタル果實ノ上ニ存ス。又蠶種又ハ蠶ノ飼食ニ供シタル桑葉ノ供給ニ付キ其蠶種又ハ桑葉ヨリ生ジタル物ノ上ニ存ス（三二三）。

農工業勞役ノ先取特權

（八）農工業勞役ノ先取特權　此種ノ先取特權ハ農業ノ勞役者ニ付テハ最後ノ一年間、工業ノ勞役者ニ付テハ最後ノ三ケ月間ノ賃金ニ付キ其勞役ニ因リ生ジタル果實又ハ製作物ノ上ニ存ス（三三四）。

不動產ノ先取特權

第二　不動產ノ先取特權

不動產ノ先取特權トハ債務者ノ特定不動產上ニ存スル先取特權ヲ云ヒ、之レニ三個ノ種類アリ（三二五）。

不動產保存ノ先取特權

（一）不動產保存ノ先取特權　此種ノ先取特權ハ不動產ノ保存費及不動產ニ關スル權利ノ保存、追認又ハ實行ノ爲メニ要シタル費用ニ付キ其不動產上ニ存ス（三二六）。

不動產工事ノ先取特權

（二）不動產工事ノ先取特權　此種ノ先取特權ハ工匠、技師及請負人ガ債務者ノ不動產ニ關シテ爲シタル工事ノ費用ニ付キ其不動產上ニ存ス（三二七I）。但シ此不動產ハ工事ニ因リテ生ジタル不動產ノ增價額ガ現存スル場合ニハ其增加額ニ付テノミ存ス（三二七II）。

不動產賣買ノ先取特權

（三）不動產賣買ノ先取特權　此種ノ先取特權ハ不動產ノ代價及利息ニ付キ其不動產ノ上ニ存ス（三二八）。

第四款　先取特權ノ順位

同一ノ目的物上ニ同時ニ二個以上ノ先取特權ガ存在スル場合卽チ先取特權ガ競合スル場合ニ於テハ其特權ノ優劣順位ヲ定ムルノ必要アリ。是ニ於テ民法ハ其第三二九條以下ニ於テ之レガ規定ヲ設ケタルモノトス。

一般ノ先取特權ノ競合

第一　一般ノ先取特權競合ノ場合

此場合ニ於テハ(1)共益費用、(2)葬式費用、(3)雇人給料、(4)日用品供給ノ順序ニ從フ（三二九I）。

一般ノ先取特權ト特別ノ先取特權ノ競合

第二　一般ノ先取特權ト特別ノ先取特權トノ競合ノ場合

動産ノ先取特權ノ競合

不動産ノ先取特權ノ競合

同一順位ニ在ル先取特權ノ競合

此場合ニ於テハ特別ノ先取特權ハ一般ノ先取特權ニ優先スルヲ原則トスルモ共益費用ノ先取特權ハ利益ヲ受ケタル總債權者ニ對シテノミ例外トシテ特別ノ先取特權ニ優先ス(三二九II)。

第三 動産ノ先取特權競合ノ場合

此場合ニ於テハ原則トシテ(1)不動産賃貸、旅店宿泊及運輸ノ先取特權、(2)動産保存ノ先取特權、(3)動産賣買、種苗肥料供給及農工業勞役ノ先取特權ノ順序ニ從フ(三三〇)。然レドモ此原則ニハ次ノ例外アリ。(イ)第一順位者ガ債權取得ノ當時第二又ハ第三順位者アルコトヲ知リタルトキハ之レニ對シテ優先權ヲ行フヲ得ズ。(ロ)第一順位者ノ爲メニ物ヲ保存シタル者ニ對シテモ亦同ジ(三三〇II)。(ハ)動産保存ノ先取特權者數人アルトキハ後ノ保存者ハ前ノ保存者ニ先立ツ(三三〇I但書)(ニ)土地ノ果實ニ關シテハ(1)農業ノ勞役者、(2)種苗又ハ肥料ノ供給者、(3)土地ノ賃貸人ノ順序ニ依ル(三三〇III)。

第四 不動産ノ先取特權競合ノ場合

此場合ニ於テハ(1)不動産保存、(2)不動産工事、(3)不動産賣買ノ順序ニ從フ(三三一)。而テ同一不動産ニ付キ逐次ノ賣買アリタルトキハ賣主相互間ノ優先權ハ時ノ前後ニ依ル(二三一II)。

第五 同一順位ニ在ル先取特權競合ノ場合

此場合ニ於テハ各債權額ノ割合ニ應ジテ辨濟ヲ受クルモノトス(三三二)。

他ノ擔保物權トノ關係

先取特權ト留置權トノ競合

先取特權ト質權トノ競合

先取特權ト抵當權ノ競合スル場合

第五款 先取特權ノ效力

第一 他ノ擔保物權トノ關係

(一) 先取特權ト留置權トノ競合　此場合ニ於テハ先取特權ハ留置權ニ對シテ優先ス。蓋シ留置權ハ目的物ニ付キ優先辨濟ヲ受クルコトヲ得ザルガ爲メナリ。但シ先取特權者ハ多クノ場合ニ於テハ留置權ヲ有スルヲ以テ此場合ニハ先取特權ノ通常ノ順位ニ依ル。尙ホ留置權者ハ其債權ノ辨濟ヲ受クル迄ハ何人ニ對シテモ留置物ノ引渡ヲ拒ムコトヲ得ルヲ以テ實際上ニ於テハ先取特權者ニ優先スルコトトナル點ニ注意スベシ。

(二) 先取特權ト質權トノ競合　此場合ニ於テハ(イ)動産質權者ハ第三三〇條一項ノ第一順位ノ先取特權ヲ有スル者ト同一ノ權利ヲ有ス(三三四)。(ロ)不動産質權ノ場合ニハ別段ノ規定ナキモ第三六一條ノ規定ニ基キ先取特權ト抵當權トノ關係ト同一ナルモノト解ス。

(三) 先取特權ト抵當權ト競合スル場合　此場合ニ於テハ保存及工事ノ先取特權ニ付キ法定ノ手續ニヨリ其效力ヲ保存シタルトキハ登記ノ前後ニ拘ラズ抵當權ニ優先ス(三三九)。之レニ反シテ不動産賣買ノ先取特權ニ付テハ登記ノ前後ヲ以テ其優劣ノ順位ヲ定ムルノ標準トナスベキナリ。而テ一般ノ先取特權ト抵當權ノ競合ニ付テハ各不動産登記セルトキハ登記ノ前後ニヨリ、其登記

ヲ爲サザリシトキハ登記シタル抵當權優先ス。

一般ノ先取特權ノ效力
一般先取特權ノ權利行使ノ制限

第二 一般ノ先取特權ノ效力

（一） 一般先取特權者ノ權利行使ノ制限　一般ノ先取特權ハ債務者ノ總財産上ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得ルモノナルヲ以テ他ノ債權者ヲ保護スル必要上其權利行使ニ付キ二三ノ制限ヲ設ケタリ。（イ）先ヅ不動産以外ノ財産ニ付キ辨濟ヲ受ケ尙ホ不足アルニ非ザレバ其不動産ニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ得ズ。（ロ）不動産ニ付テハ先ヅ特別擔保ノ目的タラザルモノニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ要ス。（ハ）右（イ）（ロ）ノ定ムルトコロニ從ヒテ配當ニ加入スルコトヲ怠リタル一般先取特權者ハ其配當加入ニ因リテ受クベカリシモノノ限度ニ於テハ登記ヲ爲シタル第三者ニ對シテ先取特權ヲ行フコトヲ得ズ。（ニ）但シ不動産以外ノ財産ニ先立チテ不動産ノ代價ヲ配當シ又ハ他ノ不動産ノ代價ニ先立チテ特別擔保ノ目的タル不動産ノ代價ヲ配當スベキ場合ハ例外トス（三三五）。又一般ノ先取特權ハ不動産ニ付キ登記ヲ爲サザルモ之レヲ以テ特別擔保ヲ有セザル債權者ニ對抗スルコトヲ得ルモ登記ヲ爲シタル第三者ニハ對抗スルコトヲ得ザルモノトス（三三六）。

動産ノ先取特權ノ效力

第三 動産ノ先取特權ノ效力

物權ハ本來追及力ヲ有スルモ確實ナル公示方法ナキ動産ヲ目的トスル動産ノ先取特權ニ對シテ此原則ノ貫徹ヲ認ムルコトハ反ツテ取引ノ安全ヲ害スルヲ以テ、民法ハ動産ノ先取特權ハ債務者ガ其動産ヲ第三取得者ニ引渡スニ因リテ消滅スト規定シタリ（三三三）。本條ノ第三取得者トハ先取特權ノ目的物タル動産ヲ讓受ケタル者ヲ指シ其善意惡意ヲ問フコトナシ。尙ホ此場合ニ於テ先取特權者ハ所謂物上代位ヲナス（三〇四）。

不動産ノ先取特權ノ效力

第四 不動産ノ先取特權ノ效力

不動産ノ先取特權ハ其登記ヲ爲スニ非ザレバ之レヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ。其登記ノ方法及效力次ノ如シ。

（イ） 不動産保存ノ先取特權ハ保存行爲完了後直チニ登記スルコトヲ要ス。卽チ保存行爲後直チニ登記シタルトキハ其以前ニ登記ヲ爲シタル第三者ニ對シテモ優先スルモノトス（三三七）。尙ホ直チニト云フハ遲滯ナクト云フニ同ジ。

（ロ） 不動産工事ノ先取特權ハ工事ヲ始ムル前ニ其費用ノ豫算額ヲ登記スルニ因リテ其效力ヲ保存ス。卽チ此場合ニ於テハ登記ノ前後ヲ問フコトナシ。但シ工事ノ費用ガ豫算額ヲ超ユルトキハ先取特權ハ其超過額ニ付テハ存在セズ（三三八I但書）又工事ニ因リテ生ジタル不動産ノ增加額ハ配當加入ノ時裁判所ニ於テ選任シタル鑑定人ヲシテ之レヲ評價セシムルコトヲ要ス（三三八II）。

（ハ） 不動産賣買ノ先取特權ハ賣買契約ト同時ニ未ダ代價又ハ其利息ノ辨濟アラザル旨ヲ登記スルニヨリテ其效力ヲ保存ス（三四〇）。但シ此先取特權ハ前二種ノ先取特權ト異ナリテ先ニ登記シタ

ル抵當權ニ優先スルコトナシ。

(二) 以上述ベタル外先取特權ノ效力ニ付テハ抵當權ニ關スル規定ガ準用セラルルモノナリトス(三四一)。

第六款 先取特權ノ消滅

先取特權ノ重ナル消滅ハ目的物ノ滅失、沒收及收用、混同、拋棄、時效、主タル債權ノ消滅、第三取得者ノ辨濟竝ニ滌除(三四一、三七七乃至三八六)等之レナリ。

第三節 質權

第一款 質權ノ意義及性質

質權ノ意義

質權ノ性質

第一 質權ノ意義

質權トハ債權者(質權者)ガ其債權ノ擔保トシテ債務者又ハ第三者(質權設定者)ヨリ受取リタル物ヲ占有シ且ツ其物ニ付キ他ノ債權者ニ先立チテ辨濟ヲ受クル權利ヲ云フ(三四二)。從來我國ニ於テハ質入、書入ナル制度存セシモ(質權ノ沿革ニ付テハ拙著擔保物權二二九頁以下參照)、現在ニ於テハ動產質、不動產質及權利質ナルモノヲ認ム。

第二 質權ノ性質

質權ノ意義以上ノ如クナルヲ以テ其性質次ノ如シ。

(イ) 質權ハ當事者ノ意思ニ因リテ設定セラレ且ツ他人ノ物ヲ占有スル權利ナリ。但シ權利質ニ付テハ後述スベシ。尙ホ物ノ占有ハ質權發生ノ要件ナレドモ其存續ノ要件ニハ非ズ。

(ロ) 質權ハ質物ニ付キ優先辨濟ヲ受クル權利ナリ。以上ノ外其附從性竝ニ不可分性ヲ有スルコトハ其擔保物權タル特質ナリトス(三五〇、二九六)。

第二款 質權ノ目的物

質權ノ目的物ハ有體物ヲ以テ原則トスレドモ、權利質ノ場合ハ例外トシテ財產權ナリ(三六二I)。又無記名債權ハ動產ト看做サルルヲ以テ之レニ對シテハ固ヨリ動產質ノ規定ノ適用アリ。此處ニ所謂物トハ(イ)特定物タルコト(ロ)讓渡シ得ベキ物ナルコト(ハ)質權設定者ノ所有物ナルカ又ハ質權設定ニ付キ所有者ノ承諾ヲ得タル物ナルコトヲ要ス。尙ホ所謂物上代位ノ原則ニヨリ目的物ノ賣却等ニヨリテ質權設定者ノ受ク可キ金錢ニ付テモ質權ヲ實行スルコトヲ得(三〇四、三五〇)。質權ノ目的物ノ範圍ハ(a)別段ノ意思表示ナキトキハ設定當時ニ於ケル目的物ノ從物ニ及ブ(b)動產質ハ天然果實ノ上ニ及ブ(c)不動產質ニ付テハ第三五六條及第三六一條ノ規定アリ(d)權利質ニ付テハ第三六七條四項ノ規定ヲ參照スベシ。

第三款 質權ノ設定

質權ハ原則トシテ質權設定契約ヲ以テ設定セラルルモ、遺言ノ場合ニ於テハ一方行爲ニ因リテ其設定ヲ爲スコトヲ得(同說遊佐氏前揭三三五頁、久保氏物權法二九五頁等、但シ通說ハ反對ナリ、例ヘバ富井氏前揭四三六頁、山下氏前揭二〇三頁等)。質權設定契約又ハ質入契約ハ質權者タル債權者ト質權設定者タル債務者間ニ行ハルルヲ原則トスルモ、第三者ガ質權設定者タルコトモアリ(物上保證人)。又此契約ハ所謂要物契約ニシテ其成立ニハ目的物ノ引渡ヲ爲スコトヲ要スルヲ原則トス(三四四、三六三以下)。又目的物ノ占有ハ成立要件タルニ過ギズ。尙ホ占有ニ關シテハ第一八一條以下ノ適用アルモ質權設定者ヲシテ質物ヲ占有セシムルコトヲ得ザルモノトス(三四五)。

被擔保債權ノ種類

根抵當ノ問題

第四款　質權ノ擔保スル債權

第一　被擔保債權ノ種類

被擔保債權ノ種類ニ付テハ法律上何等ノ制限ナキヲ以テ其債權ノ目的及原因ノ如何ヲ問フコトナシ。唯ダ此處ニ問題トナルハ將來ノ債權ハ被擔保債權タルノ資格アリヤト云フ點之レナリ。從來此問題ハ所謂根抵當ト稱シ其效力ニ付テハ議論ノ存スルトコロナリシモ、現在ニ於テハ既ニ大審院ガ之レヲ有效ト判決シタルヲ以テ實際問題トシテハ解決シタルモノトス。然レドモ之レヲ有效トスル根底タル法理ニ付テハ議論アリテ一致セズ(三潴氏前揭一六九頁以下)。吾人ハ此點ニ付キ所謂將來ノ債務擔保說中ニ於テ單純ナル主觀的希望ノミニ過ギザル場合ヲ除外シ將來ノ債權モ亦被擔保債權トナルヲ得ザルノ理由ナシト云ヘル說ニ贊同セント欲ス(拙著擔保物權二七〇頁以下、類說中島氏民法釋義二卷七九〇頁、同氏續民法論集所載根抵當論)。次ニ所謂期待權(一二九)ハ勿論ノコト消滅時效ニ罹レル債權ト雖モ一定ノ場合ニ於テハ被擔保債權タルコトヲ得ルモノト解スルヲ正當トス(反對三潴氏前揭一六六頁)。

被擔保債權ノ範圍

第二　被擔保債權ノ範圍

此範圍ハ原則トシテ質契約ニヨリテ定マルモ(三四六但書)、特約ナキトキハ元本、利息、違約金、質權實行ノ費用、質物保存ノ費用及債務ノ不履行又ハ質物ノ隱レタル瑕疵ニ因リテ生ジタル損害ノ賠償ヲ擔保スベキモノトス(三四六)。

第五款　質權ノ效力

質權者ノ權利

第一　質權者ノ權利

質權者ハ質物ヲ占有シ且ツ其物ニ付キ優先辨濟ヲ受クルノ權利(三四二)質物ノ留置權(三四七、三五〇、競賣法二Ⅲ)質物占有權(三四二)質物ヨリ生ズル果實ヲ收取シ他ノ債權者ニ先立チテ之レヲ債權ノ辨濟ニ充當スル權利(三五〇、二九七)質物保存ニ必要ナル程度ニ於テ之レヲ使用スル權利(三五〇、二九八Ⅱ但書)轉質權(三四八)質物ニ付キ必要費、有益費ヲ支出シタルトキハ質物ノ所有者ヲシテ之レヲ償還セシムル權利(三五〇、二九九)承諾轉質權、質物賃貸權(三五〇、二九八Ⅱ)及物上代位ノ權利(三五〇、

三〇四）ヲ有ス。右ノ内ニ於テ轉質ヲ爲シ得ル權利ハ第三四八條ノ認ムル權利ニシテ質權者ハ次ノ二條件ノ下ニ債務者ノ同意ナクシテ質物ヲ轉質スルコトヲ得。其條件ノ一ツハ質權者ガ轉質權者ニ轉質ヲ爲スニハ質權者ノ有スル債權ノ存續期間内ニ於テ自己ノ責任ヲ以テ爲スコトニシテ、他ハ轉質ヲ爲サザレバ生ゼザル可キ不可抗力ニ因ル損失ニ付キ質權者ニ於テ債務者ニ對シテ責任ヲ負フコト是ナリ。尙ホ轉質ノ法律上ノ性質ニ關シテハ議論アルモ（三潴氏前揭二一一頁）吾人ハ之レヲ以テ質物上ニ新ナル質權ヲ設定スルモノナリトスル說（質物再度質入說）ヲ以テ最モ穩當ナルモノト信ズ（同說横田氏物權法七二七頁、山下氏前揭二一九頁以下）。尙ホ轉質ノ效果ニ關シテハ拙著擔保物權二九一頁以下ヲ參照スベシ。

質權者ノ義務

第二　質權者ノ義務

質權者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ質物ヲ占有スル義務（三五〇、二九八）質權設定者ノ承諾ナクシテ質物ノ使用若クハ賃貸ヲ爲シ又ハ之レヲ擔保ニ供セザルノ義務（三五〇、二九八）及質物返還ノ義務ヲ有ス。

質權競合ノ場合ノ效力

第三　質權競合ノ場合ノ效力

（一）質權者相互間　此競合ガ動產ニ付テ存スルトキハ質權設定ノ前後ニ依リ（三五五）不動產ニ付キ存スルトキハ登記ノ順序ニ依ル（三六一、三七三）モノトス。

（二）質權ト他ノ物權トノ競合　（イ）質權ト留置權ガ競合スルトキハ其權利成立ノ前後ニ依リ（ロ）質權ト先取特權ガ競合スルトキハ第三三四條、第三三九條ニ從ツテ之ヲ決スベク（第五款先取特權ノ效力參照）（ハ）不動產質權ガ抵當權ト競合スルトキハ登記ノ前後ニ依ル（三六一、三七三）。

質權者相互間

質權ト他ノ物權トノ競合

質權ノ實行

第三　質權ノ實行

（一）質權實行ノ方法ハ原則トシテ競賣法ノ規定ニ從フ（同法三）。然ルニ民法ハ例外トシテ（イ）動產質ニ付キ法定ノ場合ニ限リ質物ヲ以テ直チニ辨濟ニ充ツルコトヲ許シ（三五四）（ロ）債權ノ辨濟期後質權設定者ノ同意ヲ得テ他ノ方法ヲ執ルコトハ妨ゲナキモノトナシタリ（三四九）。

（二）流質契約ノ禁止　質權設定者ハ設定行爲又ハ債務ノ辨濟期前ノ契約ヲ以テ質權者ニ辨濟トシテ質物ノ所有權ヲ取得セシメ其他法律ニ定メタル方法ニ依ラズシテ質物ヲ處分スルコトヲ禁ジタリ（三四九）。コノ問題ニ關スル詳細ニ付テハ拙著擔保物權三〇三頁以下ヲ參照スベシ。

（三）質權實行ニ伴フ質權設定者ノ求償權　他人ノ債務ヲ擔保スル爲メ質權ヲ設定シタル者ガ其債權ヲ辨濟シ又ハ質權實行ニ因リテ質物ノ所有權ヲ失ヒタルトキハ保證債務ノ規定ニ從ヒ債務者ニ對シテ求償權ヲ行フコトヲ得（三五一）。

（四）賣渡抵當ノ效力　當事者間ニ於テ債權擔保ノ爲メ所有權移轉ノ效果ヲ生ゼシムル意思ヲ以テ物ノ賣買讓渡ヲ爲スヲ賣渡抵當ト稱スルモ其效力ニ付テハ議論アリ（拙著擔保物權三〇五頁以下）。動產ニ付テハ消極論アルモ（三潴氏前揭二〇六頁）積極論ヲ以テ正當トス（久保氏前揭三一八頁、中島氏前揭八六

質權ノ實行

質權實行ノ方法

流質契約ノ禁止

質權實行ニ伴フ質權設定者ノ求償權

賣渡抵當ノ效力

八頁以下)。

第六款　動産質

動産質トハ動産ヲ目的トスル質權ヲ云フ。之レニ付キ説明スベキモノハ次ノ如シ。

動産質權ノ對抗要件

(一)　動産質權ノ對抗要件　動産質權ヲ第三者ニ對抗スルガ爲メニハ繼續シテ質物ヲ占有スルコトヲ要ス(三五二)。而テ動産質權者ガ任意ニ其質物ノ占有ヲ失ヒタルトキハ其對抗要件ヲ有セザルコト勿論ナルモ、若シ質物ノ占有ヲ奪レタルトキハ占有回收ノ訴ニヨリテ之レガ回復ヲナスコトヲ得ベク、此場合ニ於テハ占有ハ中斷セラレザリシモノト看做サル(三五三、二〇三但書)。

動産質權實行ノ方法

(二)　動産質權實行ノ方法　質權ノ實行ハ競賣法ノ規定ニ從ツテ爲スヲ本則トスレドモ動産質權ニ付テハ特別ノ規定アルガ爲メ質權者ハ一定ノ條件ノ下ニ質物ヲ以テ直チニ辨濟ニ充ツルコトヲ得ルモノトス(三五四)。卽チ之レヲ爲スガ爲メニハ(イ)正當ノ理由アルコト(ロ)裁判所ニ請求スルコト(ハ)鑑定人ノ評價ニ從フコト(ハ)質權者ハ豫メ其請求ヲ債務者ニ通知スルコトヲ要ス。

第七款　不動産質

不動産質權ノ對抗要件

不動産質權ノ效力

抵當權ノ規定ノ準用

不動産質トハ不動産ヲ目的トスル質權ヲ云フ。不動産質ト抵當權ノ異ナル點ハ前者ニ在リテハ其設定ニ占有ノ移轉ヲ必要トスルコト及質權者ニ於テ其不動産ノ使用及收益ヲ爲スコトヲ得ルニ在リ。不動産質ニ付キ特ニ説明ヲ爲ス可キモノ次ノ如シ。

(一)　不動産質權ノ對抗要件　不動産質權ヲ第三者ニ對抗スルガ爲メニハ其登記ヲナスコトヲ要ス(一七七)。尙ホ設定ニ際シテハ質權ノ通則ニ從ヒ其不動産ノ占有ヲ質權者ニ移轉スルコトヲ要ス。

(二)　不動産質權ノ效力　不動産質權者ハ質權ノ目的タル不動産ノ用方ニ從ヒ其使用收益ヲ爲ス權利ヲ有ス(三五六)。又不動産質權者ハ管理ノ費用ヲ拂ヒ其他不動産ノ負擔ニ任ズ(三五七)。而テ不動産質權者ハ被擔保債權ノ利息ヲ請求スルコトヲ得ズ(三五八)。但シ設定行爲ニ於テ別段ノ定メヲ爲シタルトキハ此限リニ在ラズ(三五九)。尙ホ不動産質權ノ存續期間ハ十年ヲ超ユルコトヲ得ズ。若シ之レヨリ長キ期間ヲ定メタルトキハ其期間ハ之レヲ十年ニ短縮ス(三六〇Ⅰ)。又不動産質ノ設定ハ之レヲ更新スルコトヲ得ルモ其期間ハ更新ノ時ヨリ十年ヲ超ユルコトヲ得ズ(三六〇Ⅱ)。

(三)　不動産質ニ對シテハ以上ノ外抵當權ノ規定ノ準用アルモノトス(三六一)。

權利質ノ本質

第一 權利質ノ本質

權利質トハ財產權ヲ目的トスル質權ヲ云フ(三六二I)。權利質ノ法律上ノ性質ニ付テハ學者間ニ議論ノ存スルトコロナレドモ(三潴氏前揭二三九頁以下)權利目的說ヲ以テ正當トス(通說ナリ)。

權利質ノ目的

第二 權利質ノ目的

權利質ノ目的ハ財產權ナルモ(三六二I)(イ)債權ニ在リテハ(1)性質上讓渡ヲ許サザル債權(2)當事者ガ讓渡ヲ禁ジタル債權(3)法律ガ讓渡ヲ禁止シタル債權ヲ除キ原則トシテ權利質ノ目的タルコトヲ得ベク(ロ)物權ニ在リテハ(1)所有權(2)占有權(3)地役權(4)留置權、先取特權、質權及抵當權ハ權利質ノ目的タルヲ得ズ單ニ地上權、永小作權ノミガ此目的タルコトヲ得ルニ過ギズ。(ハ)無體財產權モ亦權利質ノ目的トナリ得ルモノトス。尙ホ債權ヲ質權ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ其債權ニ擔保物權ガ附隨スルトキハ此擔保物權ハ當然主タル債權ト共ニ質權ノ目的トナリ得ルヤト云ヘル點ニ關シテハ當事者間ニ反對ノ意思表示ナキ限リハ之レヲ積極ニ解スル通說ニ贊同セントス(反對三潴氏前揭二四八頁)。

權利質ノ設定
物權質ノ設定

第三 權利質ノ設定

(一) 權利質ノ設定　物權質ハ主トシテ地上權永小作權ヲ質入スル場合ニシテ、此種ノ權利質ヲ設定スルニハ質權ノ通則ニ從ヒ當事者間ノ質入契約及物權ノ目的物タル不動產ノ引渡ヲ爲スコトヲ要ス(三六二II、三四四、三四五)。

債權質ノ設定

(二) 債權質ノ設定　債權質ニ付テハ其性質上物ノ引渡ヲ必要トスル規定ノ準用ナク其設定ニハ單ニ當事者間ノ合意アルヲ以テ足ル。但シ債權ノ證書アルトキハ質權ノ設定ハ其證書ノ交付ヲ爲スニ因リテ其效力ヲ生ズルモノトス(三六三)。

無體財產權ノ設定
權利質設定ノ對抗要件

(三) 無體財產權ノ設定　此場合ハ單ニ當事者間ノ合意ノミニ因リテ質權設定ノ效力ヲ生ズ。

第四 權利質設定ノ對抗要件

物權質ニ付テハ登記ヲ要スルモ、無體財產權ニ付テハ特別法ノ定ムルトコロニ依ルベキヲ以テ別段ノ規定ナキトキハ對抗要件ヲ必要トセザルモノト云ハザルヲ得ズ。而テ民法ハ債權質ニ付テノミ特別ノ規定ヲ爲シタリ。

指名債權

(一) 指名債權　指名債權トハ債權者ノ特定セル債權ヲ云ヒ、此種ノ債權ヲ質入スルニハ第四六七條ノ規定ニ從ヒ第三債務者ニ質權ノ設定ヲ通知シ又ハ第三債務者ガ之レヲ承諾スルニ非ザレバ之レヲ以テ第三債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ(三六四I)。但シ此原則ニ對シテハ次ノ例外アリ。卽チ記名ノ株式(三六四II)及記名ノ國債(明治三十七年三月法律第十七號)ニ付テハ特ニ對抗要件ヲ要セザルモノトシ、又記名ノ社債ヲ質入シタルトキハ社債ノ讓受ニ關スル規定ニ從ヒ會社ノ帳簿ニ質權ノ設定ヲ記入スルコトヲ以テ會社其他ノ第三者ニ對抗スル要件トス(三六五)。

指圖債權

(二) 指圖債權　指圖債權トハ證券的債權ニシテ其證券ニ記載セラレタル債權者又ハ其指圖人ニ辨濟ヲ爲スコトヲ要スルモノヲ云フ。而テ此種ノ債權ヲ質入シタルトキハ其證書ニ質權ノ設定ヲ裏書スルコトヲ以テ第三者ニ對抗スル要件トス(三六六)。又無記名債權ハ動產ト看做サルルヲ以テ其對抗要件ハ動產質ノ規定ニ從ヒ證券ヲ繼續シテ占有スルコトヲ必要トス(三五二)。

權利質ノ實行

第五　權利質ノ實行

權利質ニハ之レニ關スル特別規定アル場合ノ外、質權ノ總則、動產質、不動產質ノ規定ヲ準用セラル可キヲ以テ權利質ノ效力ニ關シテハ叙上ノ規定ヲ斟酌シテ之レヲ論ズルヲ可トス。

民事訴訟法ニ定ムル執行方法

權利質ノ實行ニ付テハ民法ハ二個ノ方法ヲ規定ス。卽チ民事訴訟法ニ定ムル執行方法及質物タル債權ノ直接取立ニ依ル方法之レナリ。

(一) 民事訴訟法ニ定ムル執行方法　債權質ノ實行ハ原則トシテ此方法ニ依ル(三六八)。而テ民事訴訟法ニ定ムル執行方法トハ取立命令、轉付命令、換價處分及有價證券ノ競賣ヲ以テ其主ナルモノトス(民訴六〇〇乃至六〇二、六一三、五八一)。尙ホ右何レノ方法ニ依ルモ質權者ハ執行力アル債務名義ニ依ルコトヲ要セズ單ニ其質權ヲ疏明スルヲ以テ足ル。

質權ノ直接取立方法

(二) 質權ノ直接取立方法　債權質ヲ有スル者ハ質權ノ目的タル債權ヲ直接ニ取立ルコトヲ得ルモノトス(三六七I)。卽チ債權ノ目的物ガ(1)金錢ナルトキハ質權者ハ自己ノ債權額ニ對スル部分ニ限リ之レヲ取立ルコトヲ得ヘシ(三六七II)。(2)金錢ニ非ザルトキハ質權者ハ辨濟トシテ受ケタル物ノ上ニ質權ヲ有ス(三六七IV)。(3)又金錢其他ノ物ニ非ズシテ單ニ行爲、不行爲ナルトキハ先ヅ質權者ハ第三債務者ニ對シテ直接ニ之レヲ求メ(三六七I)之レニ依リテ目的ヲ達スル能ハザルトキハ民事訴訟法ノ定ムル所ニ從フ。尙ホ金錢債權ノ辨濟期ガ質權者ノ債權ノ辨濟期前ニ到來シタルトキハ質權者ハ第三債務者ヲシテ其辨濟金額ヲ供託セシムルコトヲ得ベク、此場合ニ於テハ質權ハ共託金ノ上ニ存ス(三六七III)。

第九款　質權ノ消滅

質權消滅ノ主ナル原因ハ目的物ノ滅失、沒收及收用、混同、拋棄、時效、主タル債權ノ消滅、第三取得者ノ辨濟竝ニ滌除、質權ノ實行、質權消滅ノ請求(三五〇、二九八)等之レニシテ、尙ホ不動產質ニ付テハ存續期間ノ滿了(三六〇)モ亦質權消滅ノ原因トナル。

第四節　抵當權

第一款　抵當權ノ意義及性質

抵當權ノ意義

第一　抵當權ノ意義

抵當權ノ性質

抵當權トハ債務者又ハ第三者ガ占有ヲ移サズシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動產ニ付キ他ノ債權者ニ先立チテ自己ノ債務ノ辨濟ヲ受クル權利ナリ(三六九I)。元來抵當權ノ制度ハ前節ニ於テ述ベタル質ノ制度ト關連スルモノニシテ其差異ノ重要點ハ其設定ニ際シテ目的物ノ占有ノ移轉ヲ必要トスルヤ否ヤニ在リ。我國ニ於テモ亦從來抵當ノ制度アリシモ質ノ制度ト混合シタリシモノトス。然ルニ登記ノ制度確立以來兩者ノ分界ハ極メテ明瞭ナルニ至レリ。尙ホ不動產資金化ヲ容易ナラシムル爲メ、抵當證券法ノ公布ヲ見タルコトニ注意スベシ(拙著擔保物權五〇六頁以下參照)。

第二 抵當權ノ性質

抵當權ノ意義以上ノ如クナルヲ以テ其性質次ノ如シ。

(一) 抵當權ハ當事者ノ意思表示ニヨツテ設定セラルルモノニシテ他人ノ不動產上ニ行ハルル擔保物權ナリトス。

(二) 抵當權ハ目的物ノ占有ヲ移サズシテ設定セラルルモノニシテ且ツ目的不動產ニ付キ優先辨濟ヲ受クルコトヲ得ル權利ナリ。

(三) 以上ノ外抵當權ハ債權ニ從タル權利ナルコト及不可分性ヲ有スルコトハ其擔保物權タルノ特性ナリ(三七二、二九六)。

第二款 抵當權ノ目的物

抵當權ノ目的物タリ得ルモノ

第一 抵當權ノ目的物タリ得ルモノ

抵當權ノ目的物ハ不動產卽チ土地、建物及立木ナルヲ原則トナセドモ、右ノ外次ノモノモ亦抵當權ノ目的物タルコトヲ得ルモノトス。卽チ(1)立木法ノ適用ヲ受ケザル樹木、(2)登記シタル船舶、(3)地上權及永小作權、(4)特殊ノ財團及漁業權、(5)農業用動產(拙著物權三二八頁以下參照)、(6)代表物之レナリ。尙ホ抵當權ノ目的物ハ(イ)讓渡シ得ベキモノナルコト(ロ)抵當權設定者ノ所有ナルコトヲ要ス。

抵當權ノ目的物ノ範圍

第二 抵當權ノ目的物ノ範圍

抵當權ノ目的物ノ範圍ニ關シテハ民法ニ規定アリ。(イ)抵當權ハ抵當地ノ上ニ存スル建物及立木ヲ除ク外其目的タル不動產ニ附加シテ之レト一體ヲ成シタル物ニ及ブ(三七〇)。但シ之レニ對シテハ例外アリ。卽チ(1)土地ノ抵當權ハ其上ニ存スル建物ニ及バズ。(2)設定行爲ニ別段ノ定メアリシトキ(三七〇但書)(3)債務者ガ他ノ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ抵當不動產ニ附加セシメタル物ニ及バズ。(4)抵當權ハ其目的不動產ヨリ生ズル果實ニハ及バズ(三七一)。(ロ)抵當權設定當時ニ於ケル抵當不動產ノ從物ニ及ブモノトス(八七II)。

第三款 抵當權ノ設定

抵當權ハ原則トシテ抵當權設定者タル債務者又ハ第三者ト債權者トノ間ノ抵當權設定契約ニヨ

リテ設定セラル。此契約ハ目的物ノ引渡ヲ要件トスルコトナキヲ以テ所謂諾成契約ノ一種ニ屬ス。尙ホ抵當權ハ右ノ外相續又ハ讓渡ニヨリテ取得セラレ、遺言ニヨリテモ之レヲ設定スルコトヲ得ベシ。又此抵當權ヲ第三者ニ對抗スルニハ登記ヲ爲スコトヲ要ス。而テ第三者ガ抵當權ヲ設定スル場合ニ於テ其第三者ガ債務ヲ辨濟シ又ハ抵當權ノ實行ニ因リテ抵當物ノ所有權ヲ失ヒタルトキハ保證債務ニ關スル規定ニ從ヒ債務者ニ對シテ求償權ヲ有ス(三七二、三五一)。

第四款　被擔保債權

抵當權ニ因リテ擔保セラル可キ債權ノ種類ニ付テハ質權ニ付キ說明シタル所ヲ參照スベシ。次ニ被擔保債權ノ範圍モ亦當事者ノ意思ニヨリテ定マルベキモ、當事者ノ意思不明確ナル場合ニ付キ民法ハ特別ナル規定ヲ設ケタリ。

(一)　抵當權ノ登記ニハ其擔保スル債權額又ハ債權ノ價額ヲ明示スルヲ要ス(不動產登記法一一七、一二〇)。而テ登記シ得ル債權ハ元本債權及附隨債權(利息債權及遲延利息債權)ノ二トナス。故ニ抵當權者ハ右二個ノ債權ニ付キ登記シタル限度ニ於テ其權利ヲ行フコトヲ得ルモノトス(三七四)。

(二)　利息其他ノ定期金ニ付テハ其滿期ト爲リタル最後ノ二年分ノミ抵當權ニヨリテ擔保セラルルモノトス。又其以前ノ定期金ニ付テモ滿期後、特別ノ登記ヲ爲シタルトキハ其登記ノ時ヨリ之レニ付キ抵當權ヲ行フコトヲ得(三七四I)。而テ遲延利息モ亦最後ノ二年分ニ付キ抵當權ヲ行フコトヲ得ルモ利息其他ノ定期金ト通ジテ二年分ヲ超ユルコトヲ得ズ(三七四II)。尙ホ本條ニ所謂滿期トナリタル最後ノ二年分ノ意義ニ關シテハ議論アルモ既ニ經過セル二年分ノ利息其他ノ定期金ト解スルヲ正當トス。

第五款　抵當權ノ效力

抵當權ハ抵當權者ニ於テ抵當不動產ノ占有ヲ有セザレドモ之レニ付キ他ニ優先シテ辨濟ヲ受クル權利ナリ。以下ニ於テ民法ノ規定セル抵當權ノ效力ニ付キ說明ヲ爲ス可シ。

第一項　抵當權ノ順位

(一)　同一不動產ニ付キ數個ノ抵當權ヲ設定シタルトキハ其抵當權ノ順位ハ登記ノ前後ニ依ル(三七三)。故ニ第二順位ノ抵當權者ハ第一順位ノ抵當權者ガ辨濟ヲ受ケタル殘額ニ付テノミ抵當物ニ付キ辨濟ヲ受ケウルニ過ギズ。

(二)　同一不動產ニ付キ抵當權ト先取特權又ハ質權ノ競合シタル場合ノ順位ニ付テハ先取特權竝ニ質權ニ關シテ爲シタル說明ヲ參照スベシ。

(三)　數人ノ債權者ガ一人ノ債務者ノ不動產ニ付キ抵當權ヲ設定セル場合ニ於テ或ル抵當權者ハ數個ノ不動產ニ付キ先順位ノ抵當權ヲ有シ他ノ者ハ其不動產中ノ或モノニ付キ次順位ノ抵當權ヲ

有スル場合ニ付テハ後述スルトコロニ讓ル。

第二項　抵當權ノ處分

抵當權ハ債權ニ從タル物權ナルヲ以テ之レト分離シテ處分シ得ザルヲ原則トナセドモ、民法ハ此原則ニ對シテ取引上ノ便宜ヲ考慮シテ次ノ例外ヲ設ケタリ。

(一)　抵當權者ハ其抵當權ヲ以テ他ノ債權ノ擔保トナスコトヲ得(三七五I前段)。而テ此處分行爲ノ法律上ノ性質ニ關シテハ轉質ノ場合ト同樣ニ學者間ニ議論アレドモ(三潴氏前揭三〇三頁以下)吾人ハ之レヲ以テ抵當權ノ質入卽チ一種ノ權利質ナリト解スルヲ正當ト信ズ(同說横田氏前揭八〇〇頁)。

(二)　抵當權者ハ同一債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲メニ其抵當權若クハ其順位ヲ讓渡スルコトヲ得(三七五I後段)。例ヘバ甲乙ガ丙ニ對シテ債權ヲ有シ甲ノミ抵當權ヲ有スル場合ニ於テ甲ハ其抵當權ヲ乙ニ讓渡スルコトヲ得ベシ。此場合ニ於テ乙ハ甲ニ優先シテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得。次ニ例ヘバ甲乙丙ガ各二千圓ノ債權ヲ有シ甲ハ第一、乙ハ第二、丙ハ第三ノ順位ニ於テ抵當權ヲ有スル場合ニ於テ若シ甲ガ乙ニ抵當權ノ順位ヲ讓渡シタルトキハ乙甲丙ノ順位トナル。而テ此場合ニ於テ競賣代金金五千圓ナリトセバ乙ハ第一順位者トシテ自己ノ債權ノ全額卽チ二千圓ノ辨濟ヲ受ケ甲ハ第二順位者トシテ同ジク二千圓ノ辨濟ヲ得クルコトヲ得ルモ、丙ハ僅ニ其殘額千圓ノ辨濟ヲ受クルニ過ギズ。

(三)　抵當權者ハ同一債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲メ其抵當權若クハ其順位ヲ拋棄スルコトヲ得(三七五I後段)。此場合ニ於テ所謂抵當權ノ拋棄トハ其相對的拋棄ナルヲ以テ其拋棄ハ特定債權者ニ對シテノミ其效力ヲ生ジ他ノ債權者ニ對シテハ自己ノ抵當權ヲ主張スルコトヲ妨ゲズ。例ヘバ甲乙丙ガ丁ニ對シテ各々百圓ノ債權ヲ有シ甲ノミ抵當權ヲ有シ且各債權者ニ配當スベキ金額ハ百圓ナリトセンニ、此場合ニ於テ甲ガ乙ニ其抵當權ヲ拋棄シタルトキハ此拋棄ノ利益ハ丙ニ及バザルヲ以テ甲乙ハ平等ニ各自ノ債權額ニ應ジテ五十圓宛ノ辨濟ヲ受ケ丙ハ其辨濟ヲ受クルコト能ハザルニ至ル。但シ固ヨリ抵當權ノ絕對的拋棄ハ可能ニシテ之レヲ爲シタルトキハ總債權者ニ對シテ其影響ヲ及ボスモノトス。次ニ順位ノ拋棄ニ付テハ抵當權者間ニ於テノミ之レヲ爲スコトヲ得ベク、此場合ニ於テハ拋棄者ハ拋棄ヲ受ケタル者ニ對シテ順位權ヲ主張シ得ズ且ツ拋棄ヲ受ケタル者ハ拋棄者ノ順位權ヲ行使スルコトヲ得ザルモ自己ノ順位權ハ之レヲ行使シ得ベク他ノ債權者ニ影響ヲ生ゼシムルコトナシ。例ヘバ甲乙丙ガ丁ニ對シテ各百圓ノ債權ヲ有シ甲ハ第一乙ハ第二丙ハ第三位ノ抵當權ヲ二百五十圓ノ抵當不動產上ニ有シタル場合ニ於テ甲ガ丙ノ爲メニ其順位ヲ拋棄シタルトキハ乙ハ右ノ拋棄ニ關係ナク百圓ノ辨濟ヲ受ケ、丙ハ第三順位者トシテ五十圓ノ辨濟ヲ受ケ更ニ丙ハ殘額五十圓ニ付キ甲ノ取得部分百圓ニ對シテ甲及丙ノ債權額ニ比例シテ辨濟ヲ受ケ得ルガ故ニ、結局丙ハ金八十三圓三十錢ヲ甲ハ金六十六圓六十錢ヲ受領スルコトトナルベシ。

(四)　以上ノ抵當權ノ處分ヲ第三者ニ對抗スルガ爲メニハ一般ノ原則ニ從ヒ其處分ノ利益ヲ受ク

ル者ノ權利ノ順位ハ抵當權ノ登記ニ附記ヲ爲シタル前後ニ依ル(三七五Ⅱ)。尙ホ民法ハ之レヲ以テ不充分ナリトシ其處分ノ效力ヲ債務者、保證人、抵當權設定者及承繼人ニ對抗スルニハ更ニ指名債權讓渡ノ方法ニ依ル可キモノトナシタリ(三七五Ⅰ、四六七)。而テ主タル債務者ガ前上ノ通知ヲ受ケ又ハ承諾ヲ爲シタルトキハ抵當權ノ處分ノ利益ヲ受クル者ノ承諾ナクシテ爲シタル辨濟ハ之レヲ以テ其受益者ニ對抗スルコトヲ得ズ(三七六Ⅱ)。

代價辨濟

第三項 第三取得者ニ對スル效力

抵當權モ物權ナルガ故ニ其設定ヲ登記シタル場合ニ於テハ之レヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルヲ以テ第三取得者ト雖モ其不動產ニ對スル抵當權ノ實行ヲ免カルルコトヲ得ズ。此處ニ第三取得者トハ抵當不動產ニ付キ所有權又ハ其他ノ權利ヲ取得シタル者ヲ云フ。民法ハ不動產ノ價格ノ下落ヲ防止シ且ツ其利用改良ヲ增進センガ爲メニ抵當權ノ對抗力ニ對シテ二個ノ特例ヲ規定シタリ。

第一 代價辨濟

抵當不動產ニ付キ所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル第三者ガ抵當權者ノ請求ニ應ジテ之レニ代價ヲ辨濟シタルトキハ抵當權ハ其第三者ノ爲メニ消滅ス(三七七)。元來第三取得者ハ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スルモノナルガ故ニ第五〇〇條第五〇一條ニヨリ辨濟ヲ爲シ以テ當然ニ債權者ニ代位スルコトヲ得ベキモ民法ハ此代位辨濟ノ外代價辨濟ヲ許シタルモノトス。代價辨濟ノ要件ハ(イ)所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル第三者ナルコト、但シ地上權ニ付テハ一時ニ其代價ヲ支拂フ場合ニ限ル。(ロ)抵當權者ノ請求ニ基キテ辨濟ヲ爲シタルコト之レナリ。尙ホ抵當權ノ負擔ヲ免カルルニハ其代價ノ全部ヲ辨濟スルコトヲ要ス。而テ(イ)抵當不動產ノ所有權ヲ買受ケタル者ガ代價辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ抵當權ハ此買受人ノ爲メニ消滅スベク(ロ)地上權ヲ買受ケタル者ガ代價辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ單ニ地上權者ノ爲メニ其權利ニ對シテ抵當權ノ實行ヲ免カレシムルニ過ギズ(拙著擔保物權四二二頁以下參照)。

滌除

第二 滌除

滌除ノ意義

(一) 滌除ノ意義　滌除トハ抵當不動產ニ付キ所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者ガ抵當權者ニ提供シテ其承諾ヲ受ケタル金額ヲ拂渡シ又ハ之ヲ供託シテ抵當權ヲ消滅セシムルコトヲ云フ(三七八)。尙ホ我ガ民法ガ滌除ノ制度ヲ認メタルコトニ付キ非難スル學者アリ(拙著擔保物權四三二頁參照)。

滌除ヲ爲シ得ル者

(二) 滌除ヲ爲シ得ル者　滌除ヲ爲シ得ル者ハ抵當不動產ニ付キ所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者ナリ。但シ(1)主タル債務者、保證人及其承繼人(三七九)(2)條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル停止條件附第三取得者ハ滌除ヲ爲スコトヲ得ズ(三八〇)。

滌除ノ期間

(三) 滌除ノ期間　滌除權者ガ滌除ヲ爲シ得ル期間トシテ民法ノ定メタルトコロ次ノ如シ。(1)滌除權者ハ抵當權者ヨリ抵當權實行ノ豫告ヲ受クル迄ハ何時ニテモ抵當權ノ滌除ヲ爲スコトヲ得

（三八二I、三八一）。(2)右ノ豫告ヲ受ケタルトキハ爾後一ヶ月内ニ登記ヲ爲シタル各債權者卽チ先取特權者、質權者及抵當權者等ニ第三八三條所定ノ書面ヲ送達シタル後ニ非ザレバ滌除ヲ爲スコトヲ得ズ（三八二II）。(3)右ノ豫告アリタル後ニ滌除權ヲ取得シタル者ハ(2)ノ滌除權者ガ滌除ヲ爲スコトヲ得ル期間内ニ限リ之レヲ爲スコトヲ得（三八二III）。

滌除ノ手續

（四）滌除ノ手續　(1)滌除權者ガ滌除ヲ爲サントスルニハ滌除ノ期間内ニ滌除ノ申込ヲ爲スコトヲ要ス。卽チ其申込ハ抵當不動產ニ付キ登記ヲ爲シタル各債權者ニ第三八三條所定ノ三個ノ書面ヲ送達スルコトヲ要シ、而テ以上ノ書面ニ依リ滌除ノ申込ヲ受ケタル抵當權者ハ右ノ申込ヲ承諾スベキヤ否ヤヲ決定スルコトヲ得ベク、之レヲ承諾シタルトキハ滌除ハ成立シ第三取得者ハ其債權者ニ提供シタル金額ヲ拂渡スカ又ハ之レヲ供託スルノ義務ヲ負フ。又右ノ書面ノ送達後一ヶ月内ニ增價競賣ヲ請求セザルトキハ之レヲ承諾シタルモノト看做ス（三八四I）。

增價競賣

（五）增價競賣　增價競賣トハ抵當權滌除ノ申込ヲ拒絕スル場合ニ於テ抵當權者ガ第三取得者ノ提供シタル金額ヨリ高價ニ其目的物ヲ競賣ニ付スルコトヲ云フ。而テ此場合ニ於テハ若シ競賣ニ於テ第三取得者ガ提供シタル金額ヨリ十分ノ一以上高價ニ目的物ヲ賣却スルコト能ハザルトキハ十分ノ一ノ增價ヲ以テ自ラ其目的物ヲ買受ク可キ旨ヲ附言スルコトヲ要ス（三八四II）。而シテ此場合ニ於テハ增價競賣ノ請求ヲ爲シタル者ハ其代價及費用ニ付キ擔保ヲ供スルコトヲ要ス（三八四III、競賣法四〇）。又其增價競賣ヲ求ムルニ際シテハ一ヶ月内ニ債務者及抵當不動產ノ讓渡人ニ之レヲ通知スルコトヲ要ス（三八五）。尙ホ右ノ增價競賣ノ請求ヲ爲シタル者ハ登記ヲ爲シタル他ノ債權者ノ承諾ナクシテハ一旦爲シタル請求ヲ取消スコトヲ得ザルモノトス（三八六）。

抵當權實行方法及其時期

第四項　抵當權ト賃貸借トノ關係

賃貸權ハ本來債權ナリト雖モ不動產ノ賃貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後其不動產ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生ズルモノトス（六〇五）。從ツテ抵當權ト登記セラレタル不動產賃借權トガ競合シタルトキ其優劣ハ登記ノ時ノ前後ヲ以テ其標準トナスベキモノトス。然レドモ此原則ニ對シテハ次ノ例外アリ。卽チ第六〇二條ニ定メタル期間ヲ超エザル賃貸借ニシテ其賃貸借ガ抵當權者ニ損害ヲ及ボサザルトキハ抵當權登記後ニ登記ヲ爲シタル賃貸借ト雖モ之レヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ルモノナリ（三九五）。但シ其賃貸借ガ抵當權者ニ損害ヲ及ボストキハ裁判所ハ抵當權者ノ請求ニ因リ其解除ヲ命ズルコトヲ得（三九五但書）。

第五項　抵當權ノ實行

第一　抵當權實行方法及其時期

抵當權ノ實行ハ競賣法ノ規定ニ從ヒ競賣ヲ以テスルヲ本則トス（競賣法二二四下）。抵當權者ガ抵當權ノ實行ヲ爲シ得ルトキハ債務不履行ノトキナルコト勿論ナリト雖モ、若シ第三七八條所定ノ滌

除權ヲ有スル第三取得者アルトキハ先ヅ之レニ對シテ其旨ヲ通知セザル可ラズ(三八一)。而テ上述ノ如ク一ヶ月内ニ第三取得者ヨリ債務ノ辨濟又ハ滌除ノ通知ヲ受ケザル場合ニ於テ始メテ抵當權ノ實行トシテ抵當不動産ノ競賣ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス(三八七)。

競賣ノ目的物

第二　競賣ノ目的物

競賣ノ目的物タル抵當不動産ガ其上ニ建物ノ存在セル土地ナル場合及土地及其上ニ存スル建物ガ所有者ヲ異ニスル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミナル場合ニ於テハ固ヨリ困難ナル問題ナシト雖モ、民法ハ他ノ場合ニ付キ特別ナル規定ヲ設ケタリ。(イ)土地及其上ニ存スル建物ガ同一所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵當物トナシタルトキハ抵當權設定者ハ競賣ノ場合ニ付キ地上權ヲ設定シタルモノト看做ス(三八八)。本條所定ノ地上權ヲ法定地上權ト稱ス(拙著擔保物權四七六頁以下參照)。但シ此地上權ノ地代及存續期間ニ付キテハ第三八八條但書及第二六八條ヲ參照スベシ。尙ホ法定地上權モ登記セザレバ之レヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得ズ。又本條ニ違反スル契約ハ無效ナリトス。(ロ)抵當權設定後其設定者ガ抵當地ニ建物ヲ築造シタルトキハ其建物ハ目的物ニ非ザルモ尙ホ之レヲ土地ト共ニ競賣シ得ルモノトス(三八九)。但シ其建物ノ賣得金ニ付テハ抵當權者ハ優先權ヲ有スルコトナシトス(三八九但書)。

競賣ト第三取得者トノ關係

第三　競賣ト第三取得者トノ關係

抵當不動産ノ第三取得者ハ競賣ニ付テ大ナル利害關係ヲ有スルニ反シテ抵當權者ニトリテハ競賣ノ目的物ガ何人ニ歸スルヤハ別段ニ問題トナスニ足ラズ、故ニ第三取得者ハ競買人トナルコトヲ得(三九〇)。又競賣費用ヲ控除シタル殘額ニ付テハ(競賣法三三Ⅱ)第三取得者ガ抵當不動産ニ付キ支出シタル必要費及有益費ノ爲メニ最優先權ヲ認ム(三九一)。

競賣代金ノ配當

第四　競賣代金ノ配當

抵當不動産ヲ競賣シタルトキハ其代價中ヨリ競賣ノ費用及第三取得者ガ受ク可キ費用ヲ控除シ(三九一、競賣法三三Ⅱ)其殘額ヲ順位ニ從ツテ抵當權者ニ配當シ、尙ホ餘剩アルトキハ抵當權設定者ニ返還セラル可キモノトス。抵當權者ニ對スル競賣代金ノ配當ニ付キ民法ノ特ニ規定スルトコロ次ノ如シ。

(一)　一人ノ債權者ガ同一ノ債權ニ付キ數個ノ不動産上ニ抵當權ヲ有スル場合卽チ所謂總括抵當權ノ場合ニ於テハ(1)同時ニ其代價ヲ配當スベキトキハ各不動産ノ價格ニ準ジテ其債權ノ負擔ヲ分チ(三九二Ⅰ)(2)順次ニ配當ヲ爲ス場合卽チ或不動産ノ代價ノミヲ配當スベキトキハ抵當權者ハ其代價ニ付キ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得。此場合ニ於テハ次ノ順位ニ在ル抵當權者ハ(1)ノ規定ニ從ヒ右ノ抵當權者ガ他ノ不動産ニ付キ辨濟ヲ受ク可キ金額ニ滿ツル迄之レニ代位シテ抵當權ヲ行フコトヲ得(三九二Ⅱ)。今右ノ規定ニ付キ例ヲ擧ゲテ說明スベシ。例ヘバ甲ガ千圓ノ債權ニ付

キAB兩地ノ上ニ抵當權ヲ有スル場合ニ於テA地ノ競賣代金千五百圓乙地ノソレガ千圓ナルトキハ甲ハA地トB地ノ不動產ノ價額ニ應ジテA地ノ代金ヨリ六百圓B地ノ代金ヨリ四百圓合計千圓ノ完全ナル辨濟ヲ受クルコトヲ得ベシ。又AB兩地ノ內先ヅA地ノ代價ノミヲ配當スルトキハ甲ハA地ノ代價中ヨリ自己ノ債權ノ全額卽チ千圓ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ベシ。此場合ニ於テ乙ガA地ニ付キ債權額千圓ノ第二順位ノ抵當權ヲ有スルトキハ第三九二條一項ノ規定ニヨリテ甲ガB不動產上ニ於テ辨濟ヲ受ク可カリシ金額卽チ四百圓ニ滿ツル迄乙ヲシテ甲ニ代位シテ其抵當權ヲ行フコトヲ得セシメタリ。尙ホ第三九二條二項ノ規定ニ從ヒ代位ニ因リテ抵當權ヲ行フ者ハ抵當權ノ登記ニ其代位ヲ附記スルコトヲ得(三九三)。

(二) 抵當不動產ノ代價ヲ以テ債權全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ザリシトキハ抵當權者ハ債務者ノ有スル他ノ財產ニ付キ他ノ一般債權者ト競合シテ其辨濟ヲ受ク可シト雖モ、民法ハ此點ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケタリ。卽チ(1)抵當權者ハ抵當不動產者ノ代價ヲ以テ辨濟ヲ受ケザル債權ノ部分ニ付テノミ他ノ財產ヲ以テ辨濟ヲ受クルコトヲ得(三九四I)(2)唯ダ抵當不動產ノ代價ニ先立チテ他ノ財產ノ代價ヲ配當スベキ場合ニハ(1)ノ規定ヲ適用セズ(三九四II)。但シ他ノ各債權者ハ抵當權者ヲシテ(1)ノ規定ニ從ヒ辨濟ヲ受ケシムル爲メ之ニ配當スベキ金額ノ供託ヲ請求スルコトヲ得(三九四II但書)。今上述シタル場合ニ付キ例ヲ擧ゲテ說明センニ、例ヘバ一萬圓ノ債權ニ付キ六千圓ノ價額アル不動產上ニ抵當權ヲ有スル者ハ其不動產ヲ以テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ザル部分卽チ四千圓ニ付テノミ一般財產ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ請求シ得ベク、又抵當不動產ノ代價ニ先立チテ他ノ財產ノ配當ヲ爲ス場合ニ於テハ例ヘバ抵當權者甲ノ債權額四千圓普通債權者乙ノ債權額六千圓ナル場合ニ債務者ノ一般財產ヲ千五百圓トセバ甲ハ六百圓乙ハ九百圓ノ辨濟ヲ受ク可キモ乙ハ其六百圓ニ付キ供託ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトス。而テ後日甲ガ抵當不動產ヨリ千圓ノ辨濟ヲ受ケタルトキハ甲ハ一般財產ヨリ三千圓ノ辨濟ヲ受ク可キ筈ナルヲ以テ此債權額ト乙ノ債權額トニ比例シテ甲ハ五百圓乙ハ千圓ノ辨濟ヲ受クルコトトナル可シ。卽チ乙ハ供託シタル金額中ヨリ更ニ百圓ヲ受クルコトトナル。又若シ甲ガ抵當不動產ヨリ全額ノ辨濟ヲ受ケタルトキハ乙ハ一般財產ニ付キ全額ノ配當ヲ請求シ得ベク、甲ガ抵當不動產ヨリ何等ノ辨濟ヲモ受ケ得ザリシトキハ甲ハ供託金額ノ全部ヲ受領スルニ至ル。

第六款　抵當權ノ消滅

抵當權ハ左ノ事由ニ因リテ消滅ス。卽チ目的物ノ滅失、沒收及收用、混同、拋棄、時效、主タル債權ノ消滅、第三取得者ノ代價辨濟及滌除、抵當權ノ實行等之レナリ。

第三編　債權法

第一部　債權法總論

第一章　債權及債權法

債權法ノ特質及其範圍

第一　債權法ノ特質及其範圍

債權法ハ物權法ト同ジク財產法ノ一部ヲ爲スモノナレドモ殊ニ取引法トシテノ特質ヲ有ス。從ツテ非屬地的ナルヲ其特色トシ各國共通ノ規定少ナカラズ。又債權法ハ財產法ニシテ且ツ特定人間ノ相對的關係ヲ定ムルニ過ギザルヲ以テ任意法規ナルヲ原則トス。而テ之レヲ發生論的ニ考察スレバ債權ハ比較的遲レテ發達シタルモノトス。蓋シ債權關係ハ人類相互間ニ一定程度ノ信用觀念發生シタル後ニ非ザレバ成立スルコト能ハズ、之レガ爲メニハ或ル程度ニ達シタル文化ノ存在ヲ必要トナスガ爲メナリ。然レドモ財產ノ形式ガ經濟狀態ノ進展ニ伴ヒ物權關係ヨリ次第ニ債權關係ニ變化シツツアルコトニ基キ債權法ハ近來特ニ其重要性ヲ示スニ至レリ。我ガ民法ハ其第三編ニ於テ債權法ノ規定ヲ設ケタレドモ債權法ノ法源ハ之レノミニ盡ルモノニアラズ。尙ホ債權法ニ於テハ所謂信義誠實ナル最高原則ノ行ハルルコトニ注意スベシ。

債權ノ本質

第二　債權ノ本質

債權トハ特定人ニ對シテ特定ノ行爲不行爲ヲ要求スルコトヲ目的トスル權利ナリ。其權利ヲ有

スル者ヲ債權者ト稱シ、特定ノ行爲不行爲ヲナス可キ義務ヲ有スル者ヲ債務者ト云フ。而テ其義務ハ之レヲ債務ト稱シ債務者ノ爲スベキ特定ノ行爲不行爲ヲ給付ト云フ。要之、債權ハ（イ）財産的請求權ニシテ（ロ）其性質上相對權ナル可ク（例外アリ。例ヘバ五八一、六〇五、四二三、四二四、借家法一一等）。（ハ）其目的ハ債務者ノ給付ナリトス。此處ニ於テ一言注意スベキハ（イ）債權ノ本質ハ請求權ナレドモ兩者ハ常ニ其範圍ヲ同ジウスルモノニアラザルコト（例ヘバ物權的請求權）及（ロ）相對權ナリト云フハ其内容タル給付ヲ請求スル點ニ付テ云フモノナルコト之レナリ。而シテ債權ト雖モ一個ノ權利タル以上（イ）債務者自身ノ侵害ノ外（ロ）第三者ヨリノ侵害アル可キコトヲ豫想シ得ルヲ以テ所謂不可侵性ヲ認ムルノ實際上必要アルノミナラズ又理論上之レヲ否定ス可キ理由ナシ。故ニ吾人ハ債權ノ第三者ニ因ル侵害ハ不法行爲ヲナスモノト解ス（通說ナリ。大正四年三・二〇日大審院刑事部判決）。

債權ト他ノ權利トノ區別

第三　債權ト他ノ權利トノ區別

債權ト物權トノ根本的差異ハ前者ガ請求權ナルニ反シ後者ガ物又ハ財産權ニ付キ直接ニ利益ヲ受クルコトヲ目的トスル權利ナルノ點ニ在リ。卽チ物權ハ排他性ヲ有シ債權ニ優先シ且ツ其内容ハ法律ニヨリテ定メラルルニ反シテ、債權ハ排他性ナク物權ニ優先セズ且ツ其内容ハ原則トシテ當事者ノ任意ニ之レヲ定ムルコトヲ得ルモノトス。

債權ハ財産上ノ權利ニシテ親族權ハ身分上ノ權利タル點ニ於テ兩者ハ同ジカラズ。

債務ト責任及自然債務

第四　債務ト責任及自然債務

債務ト責任トハ之レヲ區別スルコトヲ要ス。卽チ責任トハ債權者ノ權利ノ行使ニヨル不利益ヲ甘受ス可キ財産ノ地位ニ外ナラズ。卽チ債務者ガ債務ノ履行ヲナサザル場合ニ於テ法律ハ債權者ニ强制執行ノ權利ヲ與ヘ所期ノ目的ノ貫徹ヲ保護シタリ。從ツテ債務者ハ債權滿足ノ爲メニ强制執行ヲ受クルニ至ル可キ財産ヲ有スルコトヲ通常トシ、コノ財産ノ地位ヲ稱シテ責任トナス。而テ無限責任ヲ本則トスレドモ法律ノ規定（例ヘバ一〇二五以下）又ハ當事者ノ意思表示アルトキハ例外トシテ有限責任ヲ認ム。尤モ我ガ民法上債務ト責任トヲ區別スル實益ナシト主張スル學者アリ。

自然債務ナル觀念ハローマ法以來各國ノ認ムルトコロニシテ訴ニヨリ强制セラレザル債務ノコトヲ意味ス。我ガ民法ガ此種ノ觀念ヲ認ムルヤ否ヤニ付テハ消極說ヲ多數トスレドモ、吾人ハ積極說ヲ採ラント欲ス。蓋シ斯ノ如キ債務ノ存在ヲ否認スベキ理由ナク又條文上ノ根據モ之アルガ爲メナリ（五〇八、七〇八等參照。尙ホ本文ト同說岡村氏債權法總論五頁、拙著日本債權法總論一一頁以下）

第二章　債權ノ目的

第一節　總說

債權ノ目的ノ意義

第一　債權ノ目的ノ意義

債權ノ目的ドハ卽チ債務者ノ給付ヲ云フ。而テ或物又ハ權利ヲ給付スベキ場合ニ其物又ハ權利ヲ稱シテ債權ノ目的物ト稱ス。

債權ノ目的ニ關スル要件

第二 債權ノ目的ニ關スル要件

債權ノ目的タルニハ(イ)可能ナルコト(ロ)適法ナルコト及(ハ)確定シ得ベキコトヲ要ス。而テ民法ハローマ法上ノ見解ニ從フコトナク「債權ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ザルモノト雖モ之レヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得」ト規定シタリ(三九九)。本條ノ意義ニ付テハ拙著債總一七頁ヲ參照スベシ。

第二節 特定物債權及不特定物債權

特定物債權

(一) 特定物債權 特定物債權トハ特定物ノ引渡ヲ目的トスル債權ニシテ、此處ニ引渡トハ占有ノミナラズ之レト共ニ所有權ヲ移轉スベキ場合ヲモ含ム。而テ此場合ニ於テ債務者ハ其引渡ヲナス迄善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保存スルコトヲ要ス(四〇〇)。尙ホ第五三四條及第四八三條ノ說明ヲ參照スベシ。

不特定物債權

(二) 不特定物債權 不特定物ノ給付ヲ目的トスル債權ニシテ又之レヲ種類債權トモ云フ。

第三節 種類債權

意義

(一) 意義 種類債權トハ給付ノ目的物ガ種類、品等及數量ヲ以テ指示セラルルモノニシテ、例ヘバ肥後米百俵ノ給付ト云フガ如シ。

尙ホ特ニ其範圍ニ著眼シタルトキハ之レヲ制限的種類債權ト云フ。例ヘバ此倉庫ノ米百俵ト云フガ如シ。制限的種類債權ノ性質ニ付テハ多少ノ議論アルモ之レヲ以テ一種ノ種類債權ナリト解スルヲ正當トス。

品質ノ確定

(二) 品質ノ確定 給付ス可キ物ノ品質ハ法律行爲ノ性質又ハ當事者ノ意思ニ依リテ定メラル可キモノナレドモ、若シ此等ニ依リテ其品質ヲ定メ難キトキハ債務者ハ中等品ヲ給付スルヲ以テ足ル(四〇一I)。債務者ノ給付シタル物ガ中等品以下ナルトキハ債權者ハソノ受領ヲ拒ムコトヲ得ベシ。又中等品以上ノ物ヲ給付シタル場合ニ於テハ信義誠實ノ原則ニ照シテ拒絕シウルヤ否ヤヲ決スベキモノトス。

種類債權ノ特定

(三) 種類債權ノ特定 此種ノ債務ニ在リテハ單ニ物ノ種類ヲ指示スルニ過ギザルガ故ニ其履行ヲナスニ當リテハ給付スベキ物ヲ特定スルコトヲ要ス。之レヲ種類債權ノ特定ト云フ(拙著債總二六頁以下參照)。而テ種類債權ノ特定ハ當事者ノ定ムルトコロニ依リ目的物ヲ指定シタル時ニ生ズ可キモ、若シ斯ノ如キ行爲ナキトキハ(イ)債務者ガ物ノ引渡ヲナスニ必要ナル行爲ヲ完了シタルトキ(持參債務、取立債務及送付債務)及(ロ)債權者ノ同意ヲ得テ目的物ヲ指定シタルトキニ於テ其目的物特定ス(四〇二II)。

特定ノ效果

(四) 特定ノ效果 特定ノ結果(イ)種類債權ハ特定債權トナリ(ロ)雙務契約ノ場合ニ於テハ危險ハ債權者ニ移リ(五三四II)及(ハ)以後第四〇〇條ノ保管義務ヲ負フモノトス。

意義

金錢債權ノ種類

第四節　金錢債權

（一）意義　金錢ノ給付ヲ目的トスル債權ヲ金錢債權ト云フ。而シテ廣義ニ於テハ特定ノ貨幣ヲ目的トスル場合ヲモ包含スルト雖モ、斯ノ如キハ特定物債權ニシテ此處ニ所謂金錢債權ニハ非ズ。例ヘバ封金ノ寄託ノ如シ。此處ニ云フ金錢債權ハ金錢ノ通用力ニ著眼スルモノニシテ卽チ金錢ヲ以テ價値ノ表象トシテ之レヲ給付ノ目的物トナス場合ナリ。

（二）金錢債權ノ種類　金錢債權ニハ（イ）特ニ支拂ハル可キ通貨ノ種類ヲ約定セザル所謂金額債權（四〇二I、貨幣法七）及（ロ）特種ノ通貨ヲ以テ支拂ハル可キコトヲ約定セル所謂金種債權（四〇二I但書）ノ別アリ。而テ（ロ）ノ場合ニ於テ其特種ノ通貨ガ辨濟期ニ於テ强制通用力ヲ失ヒタルトキハ債務者ハ他ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲナスコトヲ要ス（四〇二II）。但シ所謂絕對的金種債權ノ場合ニ於テハ此限リニ在ラザルナリ。外國貨幣ヲ目的トスル金錢債權ニ對シテモ右ノ規定ノ準用アリ（四〇二III）。尙ホ外國ノ通貨ヲ以テ債權額ヲ指定シタルトキハ債務者ハ履行地ニ於ケル爲替相場ニ依リ日本ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲナスコトヲ得ルモノトス（四〇三）。

第五節　利息債權

利息ノ意義及種類

利率

複利ノ意義及種類

第一　利息ノ意義及種類

利息ノ給付ヲ目的トスル債權ヲ利息債權ト云フ。利息債權ハ元本債權ノ存在ヲ前提トス。從ツテ元本債權ガ存在セズ又ハ消滅シタルトキハ利息債權モ亦存在スルコトヲ得ズ。元本債權ノ處分ハ利息債權ニ及ブ。尤モ既ニ辨濟期ノ到來シタル利息債權ハコノ限リニ在ラズ。利息トハ元本債權ヨリ生ズル所得トシテ元本債權ノ額ト其存續期間トニ比例シテ支拂ハル可キ金錢其他ノ代替物ヲ云フ。卽チ法定果實ノ一種ナリ。

利息ニハ當事者ノ合意ニ因リテ生ズル約定利息ト法律ノ規定ニ因リテ生ズル法定利息（例ヘバ不當利得返還ノ場合。七〇四、五四五II）トノ別アリ。

第二　利　率

元本ニ對スル利息ノ割合ヲ利率ト云ヒ、之レニ當事者ノ約定ニ基ク約定利率ト法律ノ規定ニ基ク法定利率トノ別アリ。而テ前者ニ對シテハ利息制限法ノ制限アリ（同法二）。又法定利息ノ民法上ニ於テハ年五分、商法上ニ於テハ年六分トス（四〇四、商二七六）。利息制限法ニ付テハ拙著債總四五頁以下ヲ參照スベシ。

第三　複利ノ意義及種類

複利又ハ重利トハ利息ノ利息ヲ云フ。當事者ノ約定ニヨル約定複利ト法定複利トノ別アリ。而テ後者ノ場合ニ於テハ（イ）利息ガ一年分延滯シタルコト及（ロ）催告ヲナスモ其利息ヲ支拂ハ

ザルコトノ二要件具備スルコトヲ要ス(四〇五)。尙ホ外國ニ於テハ複利ヲ禁ジタル立法例少ナシトセズ(獨民二四八、佛民一一五四)。

第六節　選擇債權

選擇債權ノ性質

第一　選擇債權ノ性質

數個ノ給付中選擇ニ依リテ定マル可キ一個ノ給付ヲ目的トスル債權ヲ選擇債權ト云フ。例ヘバ甲馬又ハ乙馬ヲ給付スベシト云フガ如シ。此債權ノ性質ニ付キテハ議論アレドモ、數個ノ給付中選擇ニヨリテ定マル可キ一個ノ給付ヲ目的トナスモノニシテ、數個ノ條件附債權ノ併存ト解ス可キモノニ非ズ。選擇債權ト種類債權トノ異同ニ付テハ拙著債總五七頁以下ヲ參照スベシ。

選擇債權ノ特定

第二　選擇債權ノ特定

選擇債權ヲ履行スルニハ先ヅ其目的物ヲ具體的ニ確定スルコトヲ要ス。民法ハコノ點ニ付キ選擇及履行不能ナル事由ヲ規定シタリ。

選擇

(一)　選擇　選擇債權ハ選擇權ノ行使ニヨリテ特定セラル。而テ選擇權者ハ法律ノ規定ニヨリ定マルコトアリ又ハ當事者間ノ契約ニヨリ定マルコトアリ。然レドモ別段ノ規定又ハ特約ナキトキハ債務者ヲ以テ選擇權者トナス(四〇六)。選擇債權ノ目的タル給付ハ選擇權者ノ選擇ニ依リ確定ス。而テ選擇ハ選擇權者ノ一方的意思表示ニシテ從ツテ當事者ガ此權利ヲ有スルトキハ相手方ニ對スル意思表示ニ依ル可ク(四〇七I)又第三者ガ之レヲ有スルトキハ當事者中ノ何レカ一方ニ對スル意思表示ニ依リ選擇ヲ行フ(四〇九I)。尙ホ一旦右ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テハ相手方ノ承諾アルニ非ザレバ之レヲ撤回又ハ變更スルコトヲ得ザルモノトス(四〇七II)。又債權者或ハ債務者ガ選擇權ヲ有スル場合ニ辨濟期到來後相手方ヨリ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲナスモ選擇權ヲ有スル當事者ガ其期間內ニ選擇ヲ爲サザルトキハ其選擇權ハ相手方ニ移轉シ又選擇權者タル第三者ガ選擇ヲ爲スコト能ハズ又ハ之レヲ欲セザルトキハ其選擇權ハ債務者ニ移轉ス(四〇八、四〇九)。選擇權行使ノ結果確定シタル給付ハ始メヨリ確定的ニ其債權ノ目的タリシト同一ノ效力ヲ有ス可シト雖モ之レガ爲メ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ザルモノトス(四一一)。尙ホ第四一一條但書ノ意義ニ付テハ拙著債總六九頁以下ヲ參照スベシ。

選擇權者

選擇ノ方法

選擇權ノ移轉

選擇ノ效果

履行不能

(二)　履行不能　債權ノ目的タル給付中始メヨリ不能ナルモノ又ハ後ニ至リテ不能トナリタルモノアルトキハ債權ハ其殘存スルモノニ付キ存ス。但シ選擇權ヲ有セザル當事者ノ過失ニ因リテ不能ト爲リタルトキハ選擇權者ハ其不能トナリタル給付ヲ選擇スルコトヲ得(四一〇)。

任意債權

第三　任意債權

任意債權ハ選擇債權ト類似スレドモ前者ハ債權本來ノ目的物タル給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ爲シ得ベキ權利アル場合ニシテ、此場合ニ於テハ債權ノ目的トシテハ唯ダ一個ノ本來ノ給付ヲ有スルニ過ギザル點ニ於テ後者ト異ナルナリ。例ヘバ本來ノ給付ガ履行不能トナルトキハ任意債權ハ消滅スルニ至ルモノトス。

第三章　債權ノ效力

第一節　總說

債權ノ效力トハ債權關係ヨリ生ジタル債權者ノ權能ヲ云フ。以下ニ於テハ總テノ債權關係ニ共通ナルモノノミニ付キ說明シ他ノモノニ付テハ之レヲ各場合ノ說明ニ讓ラントス。元來債權ハ辨濟ヲ受クルコトヲ目的トナスモノナルヲ以テ債務者ノ任意的辨濟ニヨリテ消滅スルヲ其本體トナス。然レドモ若シ任意的辨濟ヲ得ザル場合ニ於テハ之レニ代ル可キ方法ニヨリテ債權者ノ保護ヲナサザル可ラズ。卽チ法律ハ之レガ爲メニ債權者ニ（イ）現實的履行ノ强制及（ロ）損害賠償請求權ヲ附與シタルモノトス。尙ホ右ノ外債權ハ上述ノ如ク所謂不可侵性ヲ有シ又第三者ニ對スル效力トシテ債權者取消權（四二三）及債權者代位權（四二四）ヲ有ス。

第二節　債務ノ履行

第一　履行ノ意義

債務ノ履行トハ債權ノ內容ヲ實現スル債務者ノ行爲ヲ云フ。從ツテ履行ト辨濟トハ同一物ノ二方面ニシテ、卽チ債權消滅ト云ヘル點ヨリ見テ辨濟ト云ヒ債權ノ目的タル給付ノ實行ト云ヘル點ヨリ見テ履行ト云フニ過ギズ。

履行ノ意義

第二　履行ノ方法

履行ノ方法

債務ノ履行ハ債務ノ本旨ニ從ツテ之レヲ爲スコトヲ要ス（四一五、四九三）。此處ニ債務ノ本旨トハ當事者ノ意思表示、債務ノ性質、法律ノ規定其他ノ事情ニヨリテ定マルベキ債權ノ內容ヲ指ス。而テ具體的ノ場合ニ於テ或ル履行ガ債務ノ本旨ニ合スルヤ否ヤヲ判斷スルニ當リテハ、當事者ノ意思表示ソノ他ノ事情ノ公正適切ナル解釋ヲ其標準トナスヲ要ス。故ニ例ヘバ一部履行ハ原則トシテ債務ノ本旨ニ合スルコトナシ（獨民二六六、佛民一二四四）。加之債務者ハ信義誠實ノ原則ニ從ツテ履行スルコトヲ要ス（獨民二四二、瑞民二I佛民一一三四III）。債務ノ本旨ニ從フコトハ信義誠實ノ原則ニ合スルコトトナル場合多キモ、前者ハ主トシテ契約成立當時ノ事情ヲ標準トシ、後者ハ主トシテ履行ノ時ノ事情ニ基クモノナルガ故ニ兩者ハ常ニ必シモ一致スルモノニアラズ。而テ兩者ガ一致セザルトキハ信義誠實ノ原則ニ從ツテ履行スルヲ要ス。

今反

履行期及履行ノ場所

拔

第三　履行期及履行ノ場所

履行期トハ債務ノ履行ヲナス可キ時ニシテ、其時期ハ或ハ當事者ノ意思ニヨリ或ハ法律ノ規定ニヨリテ定マル（五九一、五九七等）。又履行期ハ確定シ得ベキヲ以テ足ルガ故ニ之レニ確定期限及不確定期限ノ別アリ。前者ニ於テハ其期限到來ノ時、後者ニ在リテハ其期限到來ヲ知リタル時、又期限ヲ定メザリシトキハ請求ヲ受ケタル時ニ履行スベキモノトス（四一二）。

次ニ履行ノ場所ハ當事者ノ意思表示又ハ法律ノ規定マルコトアリ（五七四、六六四等）。而テ此等ノ事由ニ依リテ履行ノ場所定マラザルトキハ債權者ノ現時ノ住所ヲ以テ履行ノ場所トナス（四八四）。

第三節　債務ノ不履行

第一款　債務不履行ノ意義及其種類

債務不履行ノ意義

第一　債務不履行ノ意義

債務不履行トハ債務者ガ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲サザル事由ヲ云フ。之レヲ更ニ履行遲滯、履行不能及不完全履行ノ三ニ分ツコトヲ得(四一五參照)。

履行遲滯

第二　履行遲滯(債務者遲滯)

履行遲滯トハ債務者ガ履行ノ可能ナルニモ拘ラズ履行期ニ於テ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニヨリ履行ヲ爲サザルコトヲ云フモノトス(四一五)。而テ履行期ニ確定期限アルトキハ其期限ノ到來ニ依リ遲滯ニ陷リ、不確定期限アルトキハ債務者ガ其期限到來ヲ知リタル後、又期限ヲ定メザリシトキハ債務者ガ履行ノ請求ヲ受ケタル後相當ノ猶豫期間ヲ經過シタルコトニヨリ遲滯ハ發生ス(四一二)。尙ホ履行遲滯ノ詳細ニ付テハ拙著債總一三七頁以下ヲ參照スベシ。

履行不能

第三　履行不能

履行不能トハ債務者ノ責ニ歸ス可キ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハザルニ至リタルコトヲ云フ(四一五後段)。而テ履行ガ不能ナリヤ否ヤハ之レヲ一般社會觀念ニ基キテ決スルコトヲ正當トス。又此處ニ所謂履行不能ハ單ニ後發不能ノミヲ含ミ所謂原始不能ヲ包含スルコト無シト解スルヲ正當トス。履行不能ガ債務者ノ責ニ歸ス可キ事由ニ基カザルトキハ債權ハ消滅シ債務者ハ債務ヲ免カルルモノトス(四一五)。尙ホ債務者ノ責ニ歸ス可キ事由トハ結局債務者ノ故意及輕過失ノ責任ト云フニ同ジキモノト解ス(獨民二七六)。

不完全履行

第四　不完全履行

不完全履行トハ債務者ガ債務ノ本旨ニ合セザル給付ヲ爲スノ事實ヲ云フ。不完全履行ニヨル損害ハ債務者之レヲ賠償スルヲ要ス。不完全履行ガ追完ヲ許ストキハ、債權者ニ追完請求權發生ス。而テ債務者ガ右ノ請求ニ應ゼザレバ契約ノ解除ヲナスコトヲ得ベシ。又追完不能ナルトキハ債權者ハ契約ノ解除ヲナスコトヲ得ベシ。

債權者ノ代償請求權

第五　債權者ノ代償請求權

債務ノ履行不能ヲ生ジタルト同一ノ原因ニヨリテ債務者ガ利益ヲ受クルコトアリ。斯ノ如キ場合ニ於テ債權者ハ債務ノ目的物ニ代ル可キ利益ヲ請求スルコトヲ得ベキヤ。コノ點ニ付キテハ民法ニ規定ナシト雖モ債務者ガ右ノ利益ヲ保有スルコトニヨリ實質上不當利得トナル場合ニ於テハ債權者ニ斯ノ如キ利益ヲ請求スル權利ヲ與フ可キヲ相當トス(獨民二八一、佛民一三三〇)。

履行ノ困難

第六　履行ノ困難

從來權利本位ノ民法ニ於テハ所謂履行ノ困難ナルモノニ付キテハ規定スルトコロナシ。履行ノ

困難トハ履行不能ニハ非ザルモ直チニ之レヲ强制スルコトガ公序良俗又ハ信義公平ノ觀念ニ反スルモノトセラルル場合ヲ云フ。例ヘバ賃借人ガ大病ノ爲メ賃借期間終了ニ際シ其家屋ノ引渡ヲ爲スコトヲ得ザルガ如シ。斯ノ如キ場合ニ於テハ履行不能ニ非ザルガ爲メ債務ハ消滅セズ而モ之レヲ强制スルハ公序良俗又ハ信義公平ニ反ス。從ツテ或ル學者ハ斯ノ如キ場合ニハ債權者ヲシテ給付請求權ヲ有セシムルト共ニ債務者ニハ延期ノ抗辯權ヲ與フ可シト主張ス。吾人モ亦之レニ從フ。

事情變更ノ原則

第七 事情變更ノ原則(clausula rebus sic s'antibus)

凡ソ一度成立シタル法律上ノ效果ハ嚴格ニ之レヲ維持スベキヲ相當トス。然レドモ世界大戰ノ如キ經濟上ニ大變動ヲ惹起シタル場合ニ於テ常ニ必ズ右ノ原則ヲ遵守スベシト云フハ社會的規範タル法ノ本質ニ牴觸スルモノト云ハザル可ラズ。是ニ於テ所謂事情變更ノ原則ナルモノガ學者ニヨリテ稱ヘラルルニ至レリ。而テコノ點ニ關スル研究ハ大戰ニヨル經濟的變動最モ大ナリシ獨乙ニ於テ盛ニ行ハレタリシモ、我國ニ於テモ學者ノ之レヲ論ズル者少ナシトセズ。而テ我ガ民法ハ斯ノ如キ原則ノ存在ヲ否認セザルヤ否ヤニ付テハ多少ノ疑アルモ之レヲ否認セザルモノト解ス。又此原則ヲ適用シタル結果ニ付キテハ之レヲ一概ニ論ズルヲ得ザルモ、或ハ債權額ヲ增減シ或ハ債務者ニ抗辯權ヲ與ヘ或ハ當事者ニ解除權ヲ與フルガ如キハ其主要ナルモノトス。最後ニ此原則ノ定義ヲ與フレバ法律行爲當時ノ環境ガ法律行爲ノ效果完了前又ハ其完了ニ際シ著シク變動ヲ生ジタル爲メ法律行爲ノ效果ニ影響ヲ生ズ可キモノトナス法則ヲ事情變更ノ原則ト云フ。

第二款 債務不履行ノ效果

債務不履行ノ效果トシテ民法ノ認ムル主要ナルモノハ(イ)履行遲滯ニ對スル强制履行卽チ現實的履行請求權及損害賠償竝ニ第五四一條第五四二條ノ場合ニ於ケル契約解除權(ロ)履行不能ニ對シテ損害賠償請求權、契約解除權及(ハ)不完全履行ニ對シテ追完請求權、契約解除權及損害賠償請求權ノ附與セラルルコト之レナリ。

第一項 强制履行

債務ノ不履行ハ總テ損害賠償ニ終ル可キモノナリヤ。此點ニ付キ我ガ民法(四一四I)ハ瑞西債務法(九七、九八)ト共ニ損害賠償ノ外强制履行ヲ爲スコトヲ得ベキモノトナシタリ(反對、佛民一一四二、ローマ決等)。然レドモ强制履行ニ關スル我ガ民法第四一四條ノ規定ニ付テハ從來學者間ニ議論ノ存スルトコロナリ(鳩山氏債權總論一一五頁以下)。此處ニ强制履行トハ債務者ガ任意履行ヲ爲サザル場合ニ債權者ガ國家ノ公力ニ依リ其履行ヲ强要スルコトヲ云フ。故ニ强制履行ハ債權ノ效力ノ一種ナレドモ單純ナル私法上ノ請求權ニハアラズ正ニ强制執行ヲ目的トスル訴權ナリトス(通說)。而テ第四一四條一項ハ債權ノ內容ソノモノノ强制執行ヲ許スヤ否ヤニ付キ規定シ、同條二項三項ハ執行

ノ方法ヲ、同條四項ハ强制執行權ノ行使ト損害賠償トノ關係ヲ規定シタルモノトス。以下ニ於テ之レヲ分說スベシ。

債務ノ性質カ强制履行ヲ許ス場合

（一）債務ノ性質ガ强制履行ヲ許ス場合　民法ニ所謂强制履行トハ債務本來ノ內容タル給付ソノモノノ强制執行ニシテ所謂代替執行ヲ包含スルコトナシ（四一四I、民訴七三四參照）。而テ此場合ニ於テハ債權者ハ裁判所ニヨリ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ所謂直接强制竝ニ間接强制ヲ爲スコトヲ得。

債務ノ性質カ强制履行ヲ許サザル場合

（二）債務ノ性質ガ强制履行ヲ許サザル場合　債務ノ性質ガ强制履行ヲ許サズトハ債權ノ目的タル給付ノ性質上債務者ヲ强制シテ履行セシムルモ債權ノ滿足ヲ得ルコト能ハザル場合及債務者ヲ强制シテ履行ヲ爲サシムルコトガ公序良俗ニ反スル場合ヲモ包括總稱スルモノトス。此場合ニ於テ債權者ハ所謂本來ノ給付ノ强制執行權ヲ有スルコトナシ（四一四I但書）。而テ（イ）其債務ガ作爲ヲ目的トスルトキハ債權者ハ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之レヲ爲サシムルコトヲ得ベク、而テ法律行爲ヲ目的トスル債務ニ付テハ裁判ヲ以テ債務者ノ意思表示ニ代フルコトヲ得ベシ（四四II、所謂代替執行）。（ロ）不作爲ヲ目的トスルトキハ債務者ノ費用ヲ以テ其爲シタルモノヲ除却シ且ツ將來ノ爲メ適當ノ處分ヲ爲スコトヲ請求スルコトヲ得（四一四III）。

損害賠償トノ關係

（三）損害賠償トノ關係　債權者ニハ以上ノ如キ權利アリト雖モ之レガ爲メニ損害賠償請求權ヲ當然ニ失フ可キモノニ非ズ（四一四IV）。

第二項　損害賠償

損害賠償ノ意義及其發生原因

第一　損害賠償ノ意義及其發生原因

損害賠償トハ或ル事實ニ因リテ他人ノ受ケタル不利益卽チ損害ヲ塡補スルコトヲ云フ。而テ其方法トシテハ金錢ノ支拂ニ依ル方法ト事實的原狀回復ニ依ルモノトノ別アリ。獨乙民法ハ後者ヲ原則トシ（二四九乃至二五一）我ガ民法ハ前者ヲ以テ原則トナス（四一七、七二二）。又損害賠償債權トハ他人ヨリ損害ノ賠償ヲ受クル債權ヲ云フ。而テ其發生原因ノ主要ナルモノハ債務不履行及不法行爲ナレドモ、此以外ニ於テモ其原因タルモノ少ナカラズ（例ヘバ保險契約、一一七、二〇九II、二二二I但書、二三二、四四二II等）。尙ホ損害賠償債權ノ性質ニ關シテハ議論アレドモ吾人ハ此權利ハ原權ヨリ流出シタル獨立ノ權利ナリト解ス（反對、內容變更說及從タル權利說）。而テ此等ノ學說ノ相異ハ主トシテ時效ノ起算點ニ差異ヲ生ゼシム（拙著債總八〇頁以下參照）。

損害賠償ノ範圍

第二　損害賠償ノ範圍

損害賠償債權ノ成立要件ハ（イ）損害ノ發生（ロ）責任原因ノ存在及（ハ）因果關係ノ存在之レナリ。而テ損害賠償ノ範圍ノ問題ハ卽チ因果關係ノ問題ニ歸著スルモノト云フ可シ。我ガ民法ガ一般ニ如何ナル因果關係ノ範圍ニ於テ賠償ノ請求ヲ許シタリヤニ付キテハ議論アレドモ、所謂相當因果關係說卽チ或事實ガ現實ノ場合ニ結果發生ノ條件タルノミナラズ一般ノ場合ニ於テモ亦

同様ノ結果ヲ發生セシムルニ適スルヤ否ヤニ因リテ因果關係ノ範圍ヲ定メントスル學說ニ從ヒタルモノト解スルヲ正當トス(拙著債總八三頁乃至九四頁參照)。卽チ我ガ民法ハ債務不履行ニ因リ通常生ズ可キ損害ヲ賠償スベキヲ以テ原則トナシ例外トシテ特別ノ事情ニ基ク損害ト雖モ債務者ガ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ベカリシトキハ之レヲモ賠償セシムルコトトナシタリ(四一六)。

損害賠償額ノ算定

第三 損害賠償額ノ算定

我ガ民法ハ上述ノ如ク金錢賠償ヲ以テ原則トナシタルガ故ニ賠償額算定ノ問題ヲ生ズ。而テ當事者ガ豫メ其額又ハ算定方法ヲ約定シタルトキハ之レニ依ル可ク、其他ノ場合ニ於テハ第四一八條及第四一九條ノ規定ニ從フ。尙ホ賠償スベキ價格、算定ノ時期、物價騰貴ト賠償額ノ諸問題ニ關シテハ拙著債總九五頁以下ヲ參照スベシ。

過失相殺

(一) 過失相殺　債務ノ不履行ニ關シ債權者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ責任及其金額ヲ定ムルニ付キ之レヲ斟酌スベキモノトス(四一八)。此過失相殺ハ損害賠償義務發生ノ事實ニ因リ被害者ガ損害ト共ニ利益ヲ得タル場合ニ損害額ヨリ利益額ヲ控除シテ其殘額ヲ賠償額トナス所謂損得相殺トハ之レヲ區別セザル可ラズ。

金錢債權不履行ノ場合

(二) 金錢債權不履行ノ場合　此場合ノ賠償額ハ法定利率ニヨリテ之レヲ定ム。但シ當事者間ノ約定利率ガ法定利率以上ナルトキハ約定利率ニ依ル(四一九I)。之レヲ遲延利息ト稱ス。尙ホ金錢債權ノ不履行ニ付キテハ其損害額ノ證明ヲ要スルコトナク從ツテ實害ノ有無ヲ問ハザルコト及債務者ハ如何ナル場合ニ於テモ其不履行ガ不可抗力ニ因ルコトヲ理由トシテ賠償義務ヲ免カレ得ザルコトニ注意スベシ(四一九II)。

損害賠償額ノ豫定

第四 損害賠償額ノ豫定

當事者ハ便宜上契約ニ因リ損害賠償額ヲ豫定スルコトヲ得。而テ此場合ニ於テハ不履行ニ因リ當然ニ其金額ヲ請求スルコトヲ得ベク之レヲ增減スルコトヲ得ザルモノトス(四二〇I)。又當事者ガ違約金ヲ約定シタルトキハ之レヲ賠償額ノ豫定ト推定ス(四二〇III)。尙ホ賠償額ノ豫定ハ之レヲ請求スルト共ニ履行ヲ請求シ又ハ契約ノ解除ヲナスコトヲ妨ゲザルモノトス(四二〇II)。更ニ第四二〇條ハ金錢ニ非ザルモノヲ以テ賠償ニ充ツベキ旨ヲ豫定シタル場合ニモ其準用アリ(四二一)。

損害賠償ニ因ル債務者ノ代位

第五 損害賠償ニ因ル債務者ノ代位

債權者ガ損害賠償トシテ其債權ノ目的タル物又ハ權利ノ價額ノ全部ヲ受ケタルトキハ債務者ハ其物又ハ權利ニ付キ當然債權者ニ代位スルモノトス。代位トハ法律上當然ニ權利ノ承繼ヲナスコトヲ云フ(四二二)。

第四節　債權者遲滯(受領遲滯)

債權者ニ受領義務アリヤ

第一 債權者ニ受領義務アリヤ

債權者ハ債務ノ履行ヲ受領スベキ義務ナシトスルヲ通說トスレドモ、吾人ハ信義公平ノ原則ハ

債權者ノ側ニモ存スベキモノト解スルノミナラズ債權債務ノ存在理由ヨリ立論シテ債權者ニモ受領ノ義務アリトナスヲ以テ正當ナリト信ズ(拙著債總一六六頁以下參照)。

受領遲滯ノ意義及其要件

第二 受領遲滯ノ意義及其要件

債權者遲滯トハ債務者ガ履行ノ提供ヲ爲シタルニモ拘ラズ之レヲ受クルコトヲ拒ミ又ハ之レヲ受クルコト能ハザル事實ヲ云フ(四一三)。而テ受領遲滯ハ(イ)債務ガ履行期ニ於テ履行可能ナルコト(ロ)債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供アリタルコト(ハ)債權者ガ之レヲ受領セズ又ハ受領スルコト能ハザルコト及(ニ)債權者ニ過失アルコトノ四要件ヲ具備セザルベカラズ。而テ履行ノ提供ハ現實提供ヲ原則トスベキモ履行行爲ヲ爲スニ付債權者ノ協力ヲ必要トスル場合ニ於テハ言語上ノ提供ヲ以テ足ルモノトス(四九三)。尙ホ受領拒絕又ハ受領不能ノ理由ハ之レヲ問ハザルモ前述ノ如ク受領遲滯ニハ債權者ノ過失ヲ必要トスルヲ以テ其責ニ歸スベカラザル事由ニ基ク受領不能ノ場合ニ於テハ受領遲滯ノ問題ヲ生ゼザルモノト解スルヲ正當トス。

債權者遲滯ノ效果

第三 債權者遲滯ノ效果

債權者ガ受領ヲ遲滯シタルトキハ(イ)債務者ハ債務不履行ヨリ生ズベキ一切ノ責任ヲ免レ(四九二)(ロ)債務者ハ供託權ヲ有シ(四九四、四九七)、(ハ)損害賠償請求權及增加費用請求權ヲ取得スベク、(ニ)雙務契約ニ於テ危險ハ債權者ニ移ルベク、(ホ)債務者ノ注意義務ハ輕減セラル。然レドモ債務者ハ單ニ其責任ヲ免カルルニ過ギズシテ債務其モノハ之レニヨリテ消滅スルモノニ非ズ。又受領遲滯ニアル雙務契約ノ當事者ハ同時履行ノ抗辯權ヲ失フ。

第五節 債權ノ第三者ニ及ス效力

第一款 債權者代位權(間接訴權)

債權者代位權ノ意義及其成立要件

第一 債權者代位權ノ意義及其成立要件

債權者代位權トハ債權者ガ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ其債務者ニ屬スル權利ヲ行使スル權利ヲ云フ(四二三)。而テ一債權者ノ保全行爲ハ總債權者ノ爲メニナサルルモノトス。

債權者代位權ノ成立要件ハ(イ)債權保全ノ爲メナルコト(ロ)債權者ノ債權ガ履行期ニ在ルコト及(ハ)債務者ノ一身ニ專屬スル權利ニ非ザルコト竝ニ(ニ)債務者自ラ其權利ヲ行使セザルコト之レナリトス。但シ(1)保存行爲ヲ爲スコト(四二三Ⅱ但書)及(2)履行期前ニ債務者ノ權利ヲ行ハザレバ其債權ヲ保全スルコト能ハズ又ハ困難ヲ生ズル虞アルニヨリ裁判上ノ許可ヲ得タル場合卽チ裁判上ノ代位ノ場合(四二三Ⅱ本文)ハ例外トシテ履行期前ニ於テ代位ヲ爲スコトヲ許シタリ。

代位權ノ效力

第二 代位權ノ效力

債權者ガ其代位權ヲ行使シタルトキハ(イ)債務者ハ代位セラレタル權利ノ處分權ヲ失フ(非訟七六Ⅱ)。(ロ)代位權行使ノ效果ハ債務者ニ歸屬ス(ハ)代位權ノ行使トシテ爲サレタル訴訟ノ效果ハ當然ニハ債務者ニ及ブコトナシ(大正一一年八・三〇大審院判決)。

第二款　債權者取消權（廢罷訴權）

債權者取消權ノ性質及其成立要件

第一　債權者取消權ノ性質及其成立要件

債權者取消權トハ債務者ガ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ヲ其債權者ガ取消スコトヲ得ル權利ヲ云フ（四二四I）。而テ其法律行爲ヲ詐害行爲ト稱シ之レヲ取消スコトヲ詐害行爲ノ取消ト云フ。此權利ハ固ヨリ實體法上ノ權利ニシテ形成權ノ一種ニ屬スルモノトス。尙ホ通說ハコノ權利ヲ以テ債務者ノ行爲ニヨリ第三者ニ歸シタル財產ノ返還ヲ請求スル權利ナリトナセドモ正當ニアラズ。

債權者取消權ハ必ズ訴ニ依リテ行使スルヲ要シ其手續ハ民事訴訟法ノ一般規定ニ從フ、而テ其訴訟ニ於テ何人ヲ被告トスベキカニ付テハ議論アルモ、吾人ハ債務者、受益者及轉得者ヲ共同被告ト爲スベシトノ見解ニ從フ（拙著債總二〇〇頁參照）。而テ此取消權成立ノ要件ハ（イ）債務者ガ法律行爲ヲナシタルコト（ロ）其行爲ガ債務者ノ財產ヲ減少シ爲メニ債務超過ヲ來シ以テ債權者ヲ害シタルコト（ハ）其法律行爲ハ財產權ヲ目的トスルモノナルコト（ニ）債權者ニ損害ヲ生ズルコト（以上客觀的要件）（ホ）債務者ガ其法律行爲ヲナスニ際シ其行爲ガ債權者ヲ害スルコトヲ知レルコト（ヘ）其際ニ受益者モ亦之レヲ知レルコト及（ト）轉得者アル場合ニハ轉得ノ當時轉得者モ亦之レヲ知レルコト（以上ハ主觀的要件）之レナリ（四二四）。尙ホ債權者取消權ノ成立要件ノ詳細ニ付テハ拙著債總一八九頁乃至一九八頁ヲ參照セラルベシ。

債權者取消權ノ效力

第二　債權者取消權ノ效力

此權利行使ノ效果ハ（イ）取消サレタル行爲ハ初メヨリ無效ナリシモノト看做サル。（ロ）其取消ハ總債權者ノ利益ニ歸スルモノニシテ取消ヲナシタル債權者ニ優先權ヲ與フルモノニアラズ（四二五）。尙ホ通說ノ見解ニヨレバ取消權行使ノ結果トシテ、法律行爲ノ目的タル財產ガ債務者ニ復歸スルコトトナルベシ。然レドモ吾人ノ見解ニヨレバ取消權行使ノ後、更ニ取戻權ヲ行使セザレバ目的タル財產ハ債務者ニ復歸スルコトナシ。

時效

第三　時效

債權者取消權ハ債權者ガ取消ノ原因ヲ覺知シタル時ヨリ二年間又行爲ノ時ヨリ二十年間之レヲ行ハザルトキハ時效ニヨリテ消滅スルモノトス（四二六）。

第四章　多數當事者ノ債權

第一節　總說

多數當事者ノ債權トハ同一ノ給付ヲ目的トスル債權ニ數人ノ債權者又ハ債務者アル場合ヲ云フ。多數當事者ノ債權ハ一個ノ債權ナリヤ否ヤニ付テハ爭アルモ、給付卽チ債權ノ目的ノ數ニ依リテ之レヲ決スルヲ可トナス。從ツテ多數當事者ノ債權ハ一箇ノ債權ナリトス。

我ガ民法ノ認ムル此種ノ債權ニハ（イ）分割債權（ロ）不可分債權（ハ）連帶債務及（ニ）保

證債務ノ四種アリ。而テ分割債權關係ヲ以テ原則トナシタリ(四二七)。

第二節　分割債權關係

分割債權關係トハ一箇ノ可分給付ガ數人ノ當事者間ニ分割セラルル債權關係ニシテ債權者ガ數人ナルトキハ之レヲ分割債權(連合債權)ト云ヒ、債務者ガ數人ナルトキハ之レヲ分割債務(連合債務)ト稱ス。此場合ニ於ケル各當事者ノ權利又ハ義務ハ(イ)實質上ハ各獨立セルモノナルヲ以テ一債權者又ハ一債務者ノ爲シタル履行不履行等ノ行爲ハ原則トシテ他ノ債權者又ハ債務者ニ影響ナシト雖モ(ロ)同一ノ給付ヲ目的トスルヲ以テ同時履行ノ抗辯(五三三)契約ノ解除(五四四)等ハ互ニ連絡アル可ク又(ハ)上述ノ如ク別段ノ意思表示ナキ限リ分割ノ割合ハ平等ナルモノトス(四二七)。

第三節　不可分債權關係

不可分債權關係ノ意義及其性質

第一　不可分債權關係ノ意義及其性質

不可分債權關係トハ不可分給付ヲ目的トスル多數當事者ノ債權關係ヲ云フ。不可分給付トハ性質上又ハ其價格ヲ害スルニ非ザレバ分割スルコトヲ得ザル給付ヲ云フ。從ツテ客體ガ不可分ナルトキハ給付ハ當然ニ不可分ニシテ又客體ハ可分ナルモ當事者ノ意思ニ依リ之レヲ不可分トナスコ

不可分債權ノ效力

トヲ得ベシ。而テ債權者多數ノ場合ヲ不可分債權ト云ヒ債務者多數ナル場合ヲ不可分債務ト稱ス。

不可分債權又ハ不可分債務ノ性質ニ付キテハ議論アルモ吾人ハ上述ノ如ク一個ノ給付ヲ目的トスルモノナルヲ以テ一個ノ債權又ハ債務ナリト解スルヲ相當トス。不可分債務ト連帶債務トハ各債務者ガ全部ノ給付ヲ爲スベキ義務ヲ負フノ點ハ同樣ナレドモ、後者ノ場合ニ於テハ債權者ハ一部ノ履行ヲ請求シ得ルニ反シ前者ニ在リテハ之レヲ爲スコトヲ得ズ、又前者ニ在リテハ給付可分ニ變ズレバ分割債權トナルモ後者ニ在リテ給付ノ可分不可分ニ關係ナシ。尙ホ此兩者ハ效力上ニ於テモ差異アリ。卽チ第四三四條乃至第四四〇條ノ規定ハ不可分債務ニハ其準用ナキナリ。

第二　不可分債權ノ效力

各債權者ハ單獨ニテ總債權者ノ爲メニ全部ノ履行ヲ請求シ得ルト共ニ債務者ヨリ單獨ニテ全部ノ履行ヲ受クルコトヲ得(四二八)。而テ履行以外ノ法律事實例ヘバ相殺、更改、代物辨、濟時效ノ完成等ノ如キモノガ或ル債權者ニ付キ生ズルモ他ノ債權者ニハ其影響ヲ及スコトナシ(四二九I、II)又法律事實ガ更改又ハ免除ナル場合ニハ其一人ノ債權者ガ其權利ヲ失ハザルトキハ之レニ分與セラルベキ利益ハ債務者ニ償還セザル可ラザルモノトス(四二九I但書)。然レドモ更改、免除以外ノ法律事實ニ對シテモ原則トシテ右ノ規定ノ準用アルモノト解ス。而テ不可分債權ガ可分債權ニ變ジタルトキハ各債權者ハ自己ノ部分ニ付テノミ履行ヲ請求スルコトヲ得(四三一前段)。

不可分債務ノ效力

第三　不可分債務ノ效力

此場合ニ於テハ不可分債權ニ關スル上述ノ規定(四二九)及連帶債務ノ規定中第四三四條乃至第四四〇條ノ規定ヲ除キテハ其準用アルモノトス(四三〇)。故ニ債權者ハ債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若クハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得。又債務者ノ數人破產シタルトキハ債權者ハ債權ノ全額ニ付キ各財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得ベシ(四四一)。更ニ不可分債務者ノ一人ノ行爲又ハ一人ニ付キテ生ジタル事項ノ效力ニ付テハ第四二九條ノ準用アリ(四三〇)。而テ債務者ノ一人ガ履行シタルトキハ他ノ債務者ニ對シ各自ノ負擔部分ニ付キ求償權ヲ有ス(四四二乃至四四四)。

不可分債務ガ可分債務ニ變ジタルトキハ各債務者ハ其負擔部分ニ付テノミ履行ノ責ニ任ズ(四三一後段)。

第四節　連帶債務

連帶債務ノ意義及性質(附、不眞正連帶債務)

第一　連帶債務トハ同一ノ給付ヲ負擔スル數人ノ債務者アリ債權者ハ其債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若クハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求シ得ベク又各債務者ハ債務ノ全部ニ付キ履行義務ヲ負フモ一債務者ノ履行ニ依リテ全債務ヲ消滅セシムルガ如キ債務ヲ云フ(四二三)。

連帶債務ノ意義及性質

連帶債務ノ法律上ノ性質ニ付テハ議論アリ。通說ハ之レヲ以テ數個ノ債務ナリトナセドモ吾人ハ上來說明シタリシ理由ニ基キ一個ノ債務ニシテ唯ダ數名ノ債務者アルモノト解スルヲ正當ナリト信ズ(拙著債總二一九頁以下參照)。學者ハ又不眞正連帶債務ナルモノヲ認メ、此種ノ債務ハ大體ニ於テハ連帶債務ニ類似スレドモ(イ)數個ノ債務ガ其成立原因ヲ異ニスルノ點ニ於テ(石坂氏日本民法九一四頁、磯谷氏債權法總論五六五頁以下)又(ロ)客觀的ニハ單一ノ目的ヲ有スルモ共同ノ目的ヲ有スルモノニ非ザルヲ以テ對內關係ニ於テ負擔部分ノ問題ヲ生ゼザルノ點ニ於テ(鳩山氏前揭二八七頁)兩者ヲ區別スベキモノトナシタリ。然レドモ連帶債務ハ一個ノ債務ニシテ連帶關係ノ成立ハ各債務者ニ對シテ共通ナルモノナルガ故ニ其成立原因ハ必然的ニ同一ナリ。而テ不眞正連帶債務ハ數個ノ債務ガ單ニ同一ナル經濟的目的ヲ有スルニ過ギザルモノナルヲ以テ其成立原因ハ同一ナルヲ要セズ。例ヘバ寄託物ガ受寄者ノ不注意ニヨリ第三者ノ爲メニ毀滅セラレタル場合ノ如シ。又斯ノ如ク不眞正連帶債務ハ原因ヲ異ニスルモノナルヲ以テ負擔部分ヲ認ムルノ必要ナキナリ。而テ斯ノ如キ債務ヲ認ムルモ公序良俗ニ反スルコトナシトス(反對岡村氏前揭一四三頁)。但シ(ロ)ノ所謂客觀的ニハ單一ノ目的ヲ有スルモ共同ノ目的ヲ有セズトハ意味ヲナサズ(同說岡村氏前揭一四三頁)。尙ホ舊民法ノ全部義務ニ關スル規定(七三)ヲ參照スベシ。

連帶債務ハ法律ノ規定ニ從ヒ(七一九、四四Ⅱ、商二七三等)又ハ當事者ノ意思表示ニヨリテ發生ス。又我ガ民法ハ獨乙民法(四二七)ト異ナリ連帶ノ推定ヲ爲スコトナシ(佛民一二〇二、瑞西債務法一四三)。

連帶債務ノ效力
債務者ニ對スル效力

第二 連帶債務ノ效力

(一) 債權者ニ對スル效力 (イ)債權者ハ債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若クハ順次ニ總債務者ニ對シ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得(四三二)。(ロ)債務者中ニ破產者アルトキハ債權者ハ其債權ノ全額ニ付キ各財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得(四四一)。(ハ)或債務者ニ生ジタル事項ガ他ノ債務者ニ其效力ヲ及ス場合ニ(A)總債務者ノ爲メニ效力ヲ有スル場合卽チ辨濟、履行ノ請求(四三四)更改(四三五)相殺(四三六Ⅰ)混同(四三八)及(B)其債務者ノ負擔部分ニ付キ他ノ債務者ニ其效力ヲ及ス場合卽チ他ノ債務者ノ債權ヲ以テ援用セル相殺(四三六Ⅱ)免除(四三七)時效ノ完成(四三九)連帶ノ免除、債權者遲滯、辨濟ノ猶豫ノ數種アリ。(ニ)以上ノ外ニ於テハ債務者ノ一人ニ生ジタル事項ハ他ノ債務者ニ其效力ヲ及スコトナシ。例ヘバ法律行爲ノ無效又ハ取消(四三三)判決、履行不能ノ如シ。

債務者間ノ效力

(二) 債務者間ノ效力 此效力ハ結局連帶債務者間ノ求償權ノ問題ニ歸着ス。此處ニ求償權トハ一債務者ガ辨濟其他自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タルトキ負擔部分ヲ有スル他ノ債務者ニ對シ其負擔部分ニ相當スル補償ヲ求ムル權利ヲ云フ(四四二Ⅰ)。而テ其負擔部分ハ特約ニ依リ定マリ、之ナキトキハ平等トス(四二七)。從ツテ一債務者ガ自己ノ負擔部分ヲ超エテ(此點ニ付キテ議論アリ消極說ヲ多數トスレドモ社會的價値ナシ)共同ノ免責ヲ得タル場合ニ於テハ他ノ債務者ヲシテ各自ノ負擔部分ニ應ジテ償還セシムルコトヲ得ベシ。而テ求償權ノ範圍ハ元本ノ外、法定利息及避クルコトヲ得ザリシ費用其他ノ賠償ヲ包含ス(四四二Ⅱ)。又求償權ハ左ノ場合ニ於テ其制限ヲ受ク。卽チ(イ)債權者ヨリ通知ヲ受ケタルコトヲ他ノ債務者ニ通知セズシテ共同ノ免責ヲ得タル場合ニ於テ他ノ債務者ガ債權者ニ對抗スルコトヲ得ベキ事由ヲ有セシトキハ其負擔部分ニ付キ之レヲ以テ其債務者ニ對抗スルコトヲ得(四四三Ⅰ)。(ロ)免責ヲ得タルコトヲ過失ニ因リテ他ノ債務者ニ通知スルコトヲ怠リタル爲メ他ノ債務者ガ善意ニテ有償ナル免責行爲ヲナシタルトキハ其者ニ求償權發生シ過失アル債務者ノ求償權ハ制限セラル(四四三Ⅱ)。(ハ)連帶債務者中ニ無資力ナル者アルトキハ其補償スル能ハザル部分ヲ求償者ト他ノ資力アル債務者トニテ負擔部分ニ應ジテ分割ス(四四四)。但シ此場合ニ於テ求償者ニ過失アルトキハ他ノ債務者ニ對シテ分擔ヲ請求スルコトヲ得ズ(四四四但書)。

連帶債務ノ消滅

第三 連帶債務ノ消滅

連帶債務ノ消滅ニハ(イ)連帶ノ消滅、卽チ此場合ニ於テ連帶債務ハ通常ノ可分債務トナルモ債務者ノ一人ノミガ連帶ノ免除ヲ得タル場合ニ於テハ他ノ債務者ハ依然トシテ債務ヲ負擔ス。但シ其中ニ無資力者アルトキハ連帶ノ免除ヲ得タル者ガ負擔スベキ部分ハ債權者ノ負擔ニ歸ス(四四

五)。及(ロ)債務ノ消滅ノ二種アリ。

第五節　保證債務

保證債務ノ意義及其性質

第一　保證債務ノ意義及其性質

保證債務トハ他人ガ債務ヲ履行セザル場合ニ其債務ヲ履行スベキ債務ヲ云フ(四四六)。而テ民法ハ之レヲ以テ多數當事者債權ノ一種ナリト爲シタレドモ其目的ハ債權ノ擔保ニ外ナラズ(對人擔保)(之レニ對シテ物上擔保ナルモノアリ之レニ付テハ物權法ノ說明ヲ參照スベシ)。而テ其他人ノ債務ヲ主タル債務ト云ヒ、此保證債務ヲ負フ者ヲ保證人ト稱ス。然レドモ主タル債務及保證債務ト云フモ決シテ二個ノ債務ニ非ズシテ兩者ハ同一ノ給付ヲ目的トナスモノナルヲ以テ一個ノ債務ナリト云フヲ正當トス。但シ此點ニ付キ反對說少ナカラズ(例ヘバ鳩山氏前揭二九二頁)。保證債務ノ特質ハ以上ノ如ク主タル債務ノ擔保ニ在ルヲ以テ(イ)主タル債務ノ存在スルコト若クハ發生スルニ至ル可キ關係ニ在ルコト(ロ)主タル債務者ガ履行セザル場合ニ限リ履行ヲ爲ス可キ義務ヲ有ス。

以上ノ如ク保證債務ト主タル債務トハ理論上一個ノ債務ニシテ此點ニ付キ注意スベキコトハ(イ)保證人ノ負擔ガ債務ノ目的又ハ體樣ニ付キ主タル債務ヨリ重キトキハ之レヲ主タル債務ノ限度ニ減縮スルコト(四四八)(ロ)主タル債務ノ內容變更セバ保證債務ノ內容モ亦變更スルコト(ハ)

保證債務ノ成立

保證債務ハ總テ其債務ニ從タルモノ(利息、違約金、損害賠償等)ヲ包含スルコト(四四七I)及(ハ)保證人ハ其保證債務ニ付テノミ違約金ヲ約定シ又ハ損害賠償額ノ豫定ヲナスコトヲ得ルコト(四四七II)之レナリ(拙著債總二五八頁以下參照)。

第二　保證債務ノ成立

保證債務ハ法律ノ規定ニ基キテ生ズルコトアルモ(商三一五)原則トシテ債權者保證人間ノ契約ニ因リテ成立ス。保證契約ハ不要式且ツ片務ナルヲ通常トシ、之レニ因リテ保證關係成立スルガ爲メニハ主タル債務ノ存在スルコトヲ要ス。主タル債務ノ存在ハ當然ニ保證債務ヲ生ズベキニ非ザルハ勿論ナレドモ、時トシテ主タル債務者ハ債權者トノ特約ニ因リ又ハ法律ノ規定ニ從ヒ(例ヘバ三八四III)保證人ヲ立ツルノ義務ヲ負フコトアリ。此場合ニ於テ主タル債務者ハ債權者ノ指名シタル保證人若クハ次ノ要件ヲ具フル保證人ヲ立ツルコトヲ要ス。卽チ(イ)能力者ナルコト(ロ)辨濟資力アルコト及(ハ)履行地ヲ管轄スル控訴院ノ管轄內ニ住所又ハ假住所ヲ有スルコト之レナリ。而テ以上ノ內(ロ)又ハ(ハ)ノ要件ヲ缺クニ至リシトキハ債權者ハ右ノ要件ヲ具備スル保證人ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得ルモノトス(四五〇)。若シ右ノ要件ヲ具備シタル保證人ヲ立ツルコト能ハザルトキハ他ノ擔保(例ヘバ質權抵當權)ヲ供シテ之レニ代フルコトヲ得(四五一)。

要スルニ保證債務ハ主タル債務ノ存在ヲ前提トスルモ必シモ之レト同時ニ締結スルコトヲ要セ

ザルモノトス。而テ主タル債務ノ發生原因タル法律行爲ガ取消サレタルトキハ主タル債務ハ初メヨリ存在セザリシコトトナルガ故ニ保證債務モ亦存在セザリシコトトナル可シ。然ルニ民法ハ其取消ガ無能力ヲ原因トスル場合ニ付キ別段ノ規定ヲ設ケタリ。卽チ保證人ガ保證契約ノ當時其取消ノ原因ヲ知リタルトキハ債務者ノ不履行又ハ取消ノ場合ニ付キ同一ノ目的ヲ有スル獨立ノ債務ヲ負擔シタルモノト推定セリ(四四九)。

保證債務ノ效力
債權者ニ對スル效力

第三　保證債務ノ效力

(一)　債權者ニ對スル效力　債權者ハ保證人ニ對シテ保證債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得レドモ保證人ハ主タル債務者ニ生ジタル事項ニヨリテ其影響ヲ受クルモノナルヲ以テ主タル債務者ノ有スル抗辯權ハ保證人ニ於テ之レヲ援用シ得ルノ外所謂催告及檢索ノ抗辯權ヲ有ス。(拙著債總二六四頁乃至二六九頁參照)。所謂催告ノ抗辯トハ又先訴ノ抗辯トモ云ヒ債權者ヨリ履行ノ請求ヲ受ケタル場合ニ先ヅ主タル債務者ニ催告ヲ爲ス可キコトヲ請求スルヲ得ル權利ナリ(四五二)。但シ主タル債務者破產シ又ハ行方不明ナル場合ハ此限リニ在ラズ(四五二但書)。又所謂檢索ノ抗辯トハ債權者ニ對シ先ヅ主タル債務者ニ强制執行ヲ爲ス可キコトヲ求メ、其履行ヲ拒絕スルコトヲ得ル權利ナリ。但シ此抗辯ヲ爲スニハ(イ)主タル債務者ニ辨濟ノ資力アルコト及(ロ)執行ノ容易ナルコトヲ證明セザル可ラズ(四五三)。而テ保證人ガ前記ノ抗辯ヲ提出セシニモ拘ラズ債權者ガ催告又ハ强制執行ヲ爲スコトヲ怠リ爲メニ主タル債務者ヨリ充分ナル辨濟ヲ得ザリシ場合ニ於テハ直チニ催告又ハ執行ヲ債權者ガ爲サバ辨濟ヲ得ベカリシ限度ニ於テ保證人ハ其義務ヲ免カルルモノトス(四五五)。

債務者間ノ效力

(二)　債務者間ノ效力　此問題ニ付テハ先ヅ之ヲ(イ)保證人ガ主タル債務者ノ委託ヲ受ケタル場合ト(ロ)然ラザル場合トニ分ツテ考フルヲ便宜トス。(イ)ノ場合ニ於テハ兩者ノ關係ハ委任ナル可キモ民法ハ保證人ニ求償權ヲ與ヘタルガ故ニ委任ノ規定ニ對スル特別規定ヲ設ケタルモノト云フ可シ。卽チ(A)保證人ガ自己ノ出捐ヲ以テ債務ヲ消滅セシム可キ行爲ヲナシタル場合(B)過失ナクシテ債權者ニ辨濟スベキ裁判言渡ヲ受ケタルトキ(四五九I)(C)主タル債務者ガ破產シ且ツ債權者ガ配當加入ヲ爲サザル場合(D)保證契約以前ニ定メタル辨濟期ノ到來シタル場合(E)最長期ノ不明ナル不確定期限附債務ノ保證ニ於テ保證契約後十年ヲ經過シタル場合(四六〇I、II、III)ニ於テ保證人ハ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルモ其範圍ニ付テハ連帶債務ノ之レニ關スル規定ノ準用アリ(四五九II、四四二II)。又保證人ノ求償權ハ其出捐行爲ヲ前提トスルヲ原則トスルモ前述シタル(B)(C)(D)及(E)ノ場合ニ於テハ保證人ハ所謂豫メノ求償權ヲ有ス。但シ此場合ニ於テハ主タル債務者ハ(1)保證人ヲシテ擔保ヲ供セシメ(2)主タル債務者自ラ債務關係ヨリ脫退シ(3)求償ニ應ズル代リニ保證人ヲ債務關係ヨリ脫退セシメ又ハ償還金ヲ供託シ或ハ單ニ保證人ニ擔保ヲ供スルコトヲ得ルモノトス(四六一)。次ニ(ロ)ノ場合ニ於テハ所謂事務管理ノ規定ノ適用アル可キ筈ナルモ民法ハ之レ

ニ付キ特別規定ヲ設ケタリ(四六二)。卽チ保證ガ主タル債務者ノ意思ニ反セザルトキハ保證人ガ辨濟其他ノ自己ノ出捐ニヨリ主タル債務者ニ免責ヲ得セシメタル場合ニ於テ保證人ハ主タル債務者ニ對シ其免責當時利益ヲ受ケタル限度ニ於テ補償ヲ請求スル權利ヲ有シ又主タル債務者ノ意思ニ反シタル場合ニ於テハ其債務者ガ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ保證人ハ求償權ヲ有ス(四六三)。尙ホ求償權ノ喪失ニ付テハ第四六三條ニ規定アリ。

特殊ノ保證

連帶保證

第四　特殊ノ保證

(一)　連帶保證

連帶保證トハ保證人ガ主タル債務者ト連帶シテ保證債務ヲ負擔スル場合ヲ云フ。而テ連帶保證人數人アル場合ニ各自ガ主タル債務者ト連帶ヲ約スルニ止マリ各人ノ間ニハ連帶ノ特約ナキトキト雖モ、尙ホ連帶保證トナス判例アリ(大正八年一一・一三日判決)。又此種ノ債務ノ性質ニ付テハ議論アルモ要スルニ保證債務ト連帶債務トノ中間ニ位スル特種ノモノナリト云フノ外ナシ。而テ其效果トシテハ(イ)債權者ニ對スル關係ニ於テ(A)債務ノ範圍ニ付テハ保證ノ規定ニ從フ(四四七、四四八)(B)保證人ヲ立ツルノ義務ニ付テモ同樣ナリ(四五〇、四五一)(C)主タル債務者ニ付テ生ジタル事項ノ效力ニ關シテハ專ラ保證債務ノ附從性ニヨリテ決定セラル又第四五七條ノ規定ノ適用アリ。次ニ連帶保證人ニ付テ生ジタル事項ノ效力ニ關シテハ連帶債務ニ關スル規定ノ準用アリ。但シ連帶保證人ニハ負擔部分ナルモノナキガ故ニ、第四三六條二項、第四三七條及第四三九條ノ準用ハナク又第四三五條、第四三六條一項及第四四〇條ノ規定ハ連帶保證ノ性質上準用セザルモ同一ノ結果トナルベシ。從ツテ第四五八條ニヨリ準用セラルベキモノハ、第四三四條及第四三八條ノ二箇條ニ過ギズ(D)連帶保證人ハ催告及檢索ノ抗辯權ヲ有スルコトナシ(四五四)。從ツテ又當然ニ第四五五條ノ適用ナキモノトス。(ロ)次ニ主タル債務者保證人間ノ關係ニ付テハ第四五九條以下ノ規定ヲ適用ス。

共同保證

(二)　共同保證

共同保證トハ同一ノ債務ニ付キ數人ノ保證人アル場合ヲ云フ。而テ各保證人ハ平等ノ割合ヲ以テ債務ヲ負擔ス(四五六)。之レヲ稱シテ分別ノ利益ト云フ。分別ノ利益ヲ有スル保證人ガ自己ノ負擔部分ヲ超エテ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ他ノ保證人ニ對シテ求償權ヲ行使スルコトヲ得(四六五Ⅱ)。但シ(イ)主タル債務ガ不可分又ハ連帶債務ナルトキ(ロ)保證人相互間ニ連帶ノ特約アルトキ(ハ)主タル債務者ト保證人間ニ連帶保證ノ特約アルトキ及(ニ)商法上ノ共同保證ノ場合(商二七三Ⅰ)ニハ保證人ハ分別ノ利益ヲ有セズ。而テ此等ノ保證人ガ自己ノ負擔部分ヲ超エテ辨濟シタル場合ニ於テハ連帶債務ノ規定(四四二乃至四四四)ニ準ジテ他ノ保證人ニ對シテ求償權ヲ行使スルコトヲ得(四六五Ⅰ)。以上ノ外、共同保證ニハ保證ノ規定ノ適用アリ。

連帶又ハ不可分債務ノ保證

(三)　連帶又ハ不可分債務ノ保證

一人ノ保證人ガ連帶債務又ハ不可分債務ヲ保證シタル場合ニ於テハ(イ)保證人ガ債務者全員ノ爲メニ保證ヲ爲シタルトキハ其全員ニ對シテ求償權ヲ行使スルコトヲ得。而テ辨濟ヲ爲シタル保證人ノ債權者ニ代位ス(五〇一)。(ロ)保證人ガ連帶又ハ不可分債務者中ノ一人ノ爲メニ保證シタル場合ニ於テハ其一人ニ對シテハ債權全額ニ付キ又其他ノ債

務者ニ對シテハ各自ノ負擔部分ニ付キ求償權ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス(四六四)。其他ノ點ニ付テハ保證ノ規定ノ適用アルモノナリトス。

第五章　債權ノ讓渡

第一節　債權讓渡ノ意義

債權讓渡ノ意義

第一　債權讓渡トハ契約ニ因リテ債權ヲ他人ニ移轉スルコトヲ云フ。此處ニ債權ノ移轉トハ一ノ債權ガ其同一性ヲ失フコトナクシテ其主體ヲ變更スルコトヲ云フ。債權移轉ノ原因ハ(イ)相續(ロ)法律ノ規定ニヨル移轉(例ヘバ四二二、五〇〇)(ハ)裁判所ノ命令ニヨル移轉(例ヘバ民訴六〇〇)及(ニ)法律行爲ニヨル移轉卽チ遺贈(一一〇三)及債權讓渡契約之レナリ。債權讓渡ハ債權者讓受人間ノ契約ナリ。而テコノ契約ノ內容ハ直接ニ債權ヲ移轉スルコトヲ目的トスル意思ノ合致ナルガ故ニ、所謂準物權契約ニ屬スルモノトス。又債權讓渡契約ハ不要式ナルヲ原則トシ、所謂對抗要件ナルモノハ讓渡契約ノ成立要件ニハアラズ。尙ホ讓渡契約ト其原因タル債權契約トハ別段ノ事情ナキ限リ有因的ニ結合スルモノトス。

債權ノ讓渡性(附、信託讓渡)

第二　債權ノ讓渡性(附、信託讓渡)

古代ローマ法ニ於テハ債權ノ讓渡性ヲ認ムルコト無カリシモ實際ノ必要上近代ニ於テハ原則トシテ之レヲ認メタリ(拙著債總二八五頁以下參照)。然レドモ近代ニ於テモ(イ)債務ノ性質ガ讓渡ヲ許サザルトキ(例ヘバ一身ニ專屬スル權利ノ如シ)ハ固ヨリ之レヲ爲スヲ得ズ(四六六I)及(ロ)當事者ノ意思表示ニヨリテモ讓渡性ヲ否認シ得ルモ右ノ意思表示ハ之レヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノトス(四六六II)。尙ホ債權讓渡ノ一種ニ或ル目的ノ爲メニ債權ヲ讓渡シ讓受人ガ其目的ニ從ツテ管理又ハ處分ヲ爲ス所謂信託讓渡ナルモノアリ。此讓渡ノ性質ニ付テハ(イ)或ハ債權ハ完全ニ移轉シ讓受人ハ其目的ヲ遂行スル債務ヲ負擔ストナス說ト(ロ)其讓渡ハ對外關係ニ於テノミ效力アリトナス說アリ。信託法ハ前說ニ從フ(同法一、四)。

第二節　債權讓渡ノ效力

對內的效力

第一　對內的效力

債權讓渡ノ當事者間ノ效力卽チ對內的效力ハ讓渡契約ノミニ因リテ發生ス。所謂對抗要件ノ具備セラルルコトヲ必要トセズ。又債權ハ讓渡ニヨリテ其同一性ヲ失フコトナシ。而テ移轉セラルル可キ債權ノ範圍ハ讓渡契約ノ定ムル所ニ從フモノトス。

對外的效力　指名債權

第二　對外的效力

(一)　指名債權　指名債權トハ債權者ノ特定セル債權ヲ云フ。而テ此債權ハ證券ノ存在ヲ必要トセズ且ツ當事者間ニ於テハ意思表示ノミニヨリテ其效力ヲ生ズルモ對外的效力ヲ生ズルガ爲メ

ニハ所謂對抗要件ヲ具備スルコトヲ必要トス。指名債權ノ讓渡ハ讓渡人ガ之レヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者ガ之レヲ承諾スルニ非ザレバ之レヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノトス(四六七I)。對抗スルコトヲ得ズトノ法文ノ意味ハ第一七七條及第一七八條ノ場合ト同一ナリ。而テ本條ニ所謂第三者ハ債權讓渡ノ事實ヲ知ラザル第三者卽チ善意ノ第三者ノコトヲ指ス。本條所定ノ通知ハ事實又ハ觀念ノ通知ニシテ特別ノ方式ヲ要セザルヲ原則トスルモ、債務者以外ノ第三者ニ對抗スル場合ニ於テハ確定日附アル證書(民施五)例ヘバ公正證書ノ日附ヲ以テスルコトヲ必要トス(四六七II)。債務者ノ承諾ノ場合モ大體ニ於テ通知ノ場合ト同樣ナリ。唯ダ其承諾ハ讓渡人ニ對シテ爲スモ讓受人ニ對シテ爲スモ妨ゲナシ。而テ對抗要件ニ關スル規定ハ第三者ニ對スル關係ニ於テハ强行法規ナリト雖モ債務者ニ對スル關係ニ於テハ然ラズト解スベシ。讓渡ニ因リテ債權ハ新債權者ニ移轉スルモ通知ノ場合ニ於テハ債務者ハ其通知ヲ受クル迄ニ讓渡人ニ對シテ生ジタル事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ベキナリ(四六八II)。而テ債務者ガ異議ヲ留メズシテ債權讓渡ノ承諾ヲ爲シタルトキハ讓渡人ニ對抗スルコトヲ得ベカリシ事由アルモ之レヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ズ(四六八I)。但シ債權ヲ消滅セシムル目的ヲ以テ債務者ヨリ舊債權者ニ拂渡シ又ハ債務ヲ負擔(例ヘバ更改ニヨリ)シタル場合ニ於テハ債務者ハ其拂渡シタル物ノ返還ヲ請求シ又ハ其債務ヲ成立セザリシモノト看做スコトヲ得(四六八I但書)。

指圖債權

(二) 指圖債權　指圖債權トハ證券的債權ニシテ其證券ニ記載セラレタル債權者又ハ其指圖人ニ辨濟ヲ爲スコトヲ要スルモノヲ云フ。而テ證券的債權ト云フハ債權ノ成立ニ證書ノ存在ヲ必要トスルモノニ外ナラズ。而テ指圖債權ヲ行使スルニハ證券ノ呈示ヲナスコトヲ要ス。指圖債權ノ對抗要件ハ裏書及交付ナリトス(四六九)。裏書トハ讓渡ノ意思表示ヲ證券面ニ記載スルコトニシテ、交付トハ證書ノ占有ヲ移轉スル行爲ナリ。又所謂白地裏書ヲ認ムルヤ否ヤニ付テハ議論少ナカラズ。金錢其他ノ物又ハ有價證券ノ給付ヲ目的トスル指圖債權ニ付キテハ商法第二八二條ニヨリ同法第四五七條ノ準用アルガ爲メ白地裏書ヲ爲スコトヲ得ベシ。其他ノ場合ニ於テハ讓受人ハ被裏書人ノ氏名ヲ補充スル權利ヲ取得スルニ止マルモノト解ス。尙ホ裏書ハ連續セルコトヲ要ス。

指圖債權ノ債務者ハ其證書ノ所持人及其署名捺印ノ眞僞ヲ調査スルノ權利ヲ有スルモ其義務ヲ負フコトナシ(四七〇)。但シ債務者ガ惡意又ハ重大ナル過失アリテ眞ノ權利者ニ非ザルモノニ辨濟ヲ爲シタルトキハ其辨濟ハ無效トス(四七〇但書)。指圖債權ノ債務者ハ其證書ニ記載シタル事項及其證書ノ性質ヨリ當然生ズル結果ニ付テハ一般ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ルモ、其他ノ事項ニ關シテ原債權者ニ對抗スルコトヲ得ベカリシ事由ヲ以テ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ズ(四七二)。

無記名債權

(三) 無記名債權　無記名債權トハ證書ノ所持人ニ辨濟スベキ證券的債權ヲ云フ。我ガ民法上無記名債權ハ動產ト看做サルルヲ以テ(八六III)此種ノ債權ノ讓渡ニ在リテハ動產讓渡ノ規定ノ適用アル可キモノトス。卽チ對內關係ニ於テハ意思表示ノミニヨリテ其效力ヲ生ジ(一六七)之レヲ第三者ニ對抗スルニハ證書ノ引渡ヲ必要トス(一七八)。而テ無記名債權讓渡ノ場合ニ於テモ證書ニ記載

シタル事項及證書ノ性質ヨリ當然ニ生ズ可キ事由ノ外ハ善意ノ讓受人ニ對シテ之レヲ對抗スルコトヲ得ザルモノトシタリ(四七三)。又無記名債權ノ辨濟ヲ求ムルガ爲メニハ證券ノ呈示ヲナスコトヲ要ス。

記名式所持人拂債權

(四) 記名式所持人拂債權　記名式所持人拂債權トハ證書ニ債權者ヲ指名シタルモ其證書ノ所持人ニ辨濟スベキ旨ヲ附記シタル證券的債權ナリ(四七一)。其性質ニ付テハ議論アルモ吾人ハ指名債權ニモ非ズ無記名債權ニモ非ザル一種特別ナル證券的債權ナリトスルヲ正當ナリト信ズ(同說岡村氏前揭二五四頁、反對鳩山氏前揭三七五頁等)。記名式所持人拂債權讓渡ノ方法及其效力ハ其性質ニ關スル見解ノ如何ニ拘ラズ證書ノ交付ニ因リ第三者ニ對抗シ得ベキハ勿論ナリトス。尙ホ商法第四四九條及無記名債權ニ關スル規定ノ準用アル可シ。

第六章　債務ノ引受

債務引受ノ意義及其要件

第一　債務引受ノ意義及其要件

債務引受トハ債務ノ移轉ヲ目的トスル契約ヲ云フ。債務ノ引受ハ(イ)新舊兩債務者間ノ契約ニ債權者ノ同意ヲ條件トシテ成立スル場合(ロ)債權者及新債務者間ノ契約ニヨリテ成立スル場合及(ハ)債權者及新舊兩債務者ノ三面契約ニヨリテ成立スル場合ノ三種アリ。而テ(イ)ノ場合ヲ此種ノ契約ヨリ除外セントスル者アルモ正當ニアラズ。尙ホ債務引受ニハ對抗要件ナルモノナシ。次ニ債務ノ引受ハ債務者ノ意思ニ反セザルコト竝ニ其目的タル債務ガ移轉シ得ベキモノナルコトヲ要ス。

債務引受ノ效力

第二　債務引受ノ效力

債務ノ引受ニヨリテ其債務ハ同一性ヲ失フコトナシ。而テ債務ノ引受ガ免責的ノモノナルトキハ舊債務者ハ債務關係ヨリ脫退ス。之レニ反シテ重疊的引受ナルトキハ新舊兩債務者間ニ連帶關係ヲ生ジ、舊債務者モ依然債務ヲ負擔スルモノトス。次ニ債務者ノ有シタル抗辯權モ亦移轉スルヲ原則トス。尙ホ債務ノ引受ト履行ノ引受トハ之レヲ區別スベシ。卽チ後者ニ在ツテハ債權者引受人間ニハ直接ノ關係ヲ生ズルコトナシ。

債務引受ノ許可

第三　債務引受ノ許可

古代ローマ法ニ於テハ債務讓渡ヲ認メズ從ツテ債務引受モ亦之レヲ認ムルコトナカリキ。而テ獨乙民法(四一四乃至四一九)及瑞西債務法(一七五乃至一八三)ノ如キハ明文ヲ以テ之レヲ認メタリシモ、我ガ民法ハ佛蘭西民法ト共ニ此點ニ關スル規定ヲ設クルコト無シ。是ニ於テ我ガ民法上債務ノ引受ヲ許スヤ否ヤニ付テハ多少ノ議論アルモ之レヲ積極ニ解スルヲ適當ナリトス(鳩山氏前揭三七七頁以下、岡村氏前揭二五五頁以下)。蓋シ當事者ガ債務ノ同一性ヲ害セズシテ債務者ヲ變更セントスル旨ノ意思ヲ表示セル以上、ソノ效力ヲ認メザル理由ナキガ爲メナリ。此處ニ債務ノ同一性ト云フハ結局債務ノ要素ニ變更ナキコトヲ云フモノニシテ債務ノ要素トハ卽チ給付ニ外ナラズ(同說岡村氏前揭二五六頁)。又債務ノ引受ヲ認ムルコトハ實際上ニ於テモ其利益少ナシトセズ。例ヘバ營業讓渡ノ場合ノ如シ。

第七章　債權ノ消滅

第一節　總　說

債權ノ消滅トハ債權ガ客觀的ニ其存在ヲ失フヲ云フ。債權消滅ノ原因種々アリト雖モ之ヲ二種ニ大別スルコトヲ得。卽チ（イ）目的ノ消滅竝ニ（ロ）目的ノ消滅以外ノ事由之レナリ。（イ）ノ場合ハ更ニ之レヲ(A)目的ノ到達（例ヘバ辨濟）及(B)目的到達不能（例ヘバ履行不能）ニ分ツコトヲ得。而テ（ロ）ノ場合ハ卽チ當事者ノ法律行爲ニ因ルモノニシテ免除ハ其適例ナリ。民法ノ特ニ規定セル消滅事由ハ辨濟、代物辨濟、供託、相殺、更改、免除及混同ノ七種ナリトス。

辨濟ノ意義

辨濟ノ法律上ノ性質

第二節　辨　濟

第一款　辨濟ノ意義及性質

（一）辨濟ノ意義　辨濟トハ履行ト云フト其意義ヲ同ジウシ、債務ノ本旨竝ニ信義誠實ノ原則ニ從ヒタル給付行爲ヲ爲スコトヲ云フ。換言スレバ債權ノ內容ヲ實現スル行爲ニ外ナラズ。

（二）辨濟ノ法律上ノ性質　辨濟ノ法律上ノ性質ニ關シテハ從來議論ノ存スルトコロナリ。而テ之レニ（イ）法律行爲說（ロ）非法律行爲及（ハ）折衷說ノ三說アリ。吾人ハ第二說ニ從フ。

第一說ハ辨濟ニハ常ニ辨濟意思ヲ要スト爲ス說ニシテ採ルコトヲ得ズ。例ヘバ不作爲債務ノ履行ノ場合ニ於テハ決シテ斯ノ如キ意思アルコトナシ。第三說ハ辨濟ニハ法律行爲タル場合ト然ラザル場合トアリトナシ更ニ之レニ（イ）給付行爲ガ事實行爲ナルトキハ辨濟モ亦法律行爲ナリトスル說（ロ）給付ノ實行ニ債權者ノ承諾ヲ要スルトキニ限リ辨濟ハ法律行爲ナリトナス說（川名氏債權法要論四八六頁）（ハ）債權ノ準占有者ニ對シテ爲ス辨濟及第三者ノ爲ス不特定給付ヲ目的トスル債務ノ辨濟ニ限リ法律行爲トナス說（岡村氏前揭二六一頁以下）ノ三說アリ。又第二說ハ辨濟ハ法律行爲ニ非ズトナス說ナリ（鳩山氏前揭三八八頁以下）。而テ第三說ニ對スル重要ナル批難ハ給付行爲ソノモノト辨濟トヲ區別セザルコトニ在リトス。要スルニ辨濟ハ客觀的ニ見テ債務ノ內容ヲ實現スルニ足ル行爲ナルヲ以テ充分ニシテ、給付行爲ノ性質ニヨリテ左右セラルルモノニ非ズ。從ツテ苟クモ斯ノ如キ行爲アラバ縱令債務者ニ於テ辨濟意思ヲ有スルト否トヲ問ハズ債務ハ當然ニ消滅スルモノトス。第三者ノ辨濟ニ因リテ債務ノ消滅スルハ此理由ニ基ク（四七四）。尤モ債務者其他ノ辨濟者モ通常ハ辨濟意思ヲ有スルナランモ而モ辨濟意思ハ所謂效果意思ニ非ザルノミナラズ又此意思ハ單ニ宣言的或ハ注意的ノモノニシテ決シテ其要件ヲ爲サザルコト上述シタルトコロノ如シ。從ツテ辨濟ハ所謂準法律行爲ノ一種ナリト云フ可シ。故ニ辨濟者ハ意思能力ハ之レヲ有スルヲ必要トスルモ行爲能力ハ之レヲ有セザルモ妨ゲナ

シトス(同說岩田氏債權法概論一四六頁)。

第二款　辨濟者及辨濟受領者

辨濟者

(一)　辨濟者　辨濟者ハ原則トシテ債務者又ハ其代理人ナリト雖モ第三者モ亦辨濟ヲ爲スコトヲ得ベシ(四七四I)。但シ左ノ場合ニ於テハ此限リニ在ラズ。卽チ(イ)債務ノ性質ガ之レヲ許サザルトキ(四七四I但書)(ロ)當事者ガ反對ノ意思ヲ表示シタルトキ(同上)(ハ)利害關係ヲ有セザル第三者ニ在リテハ其辨濟ガ債務者ノ意思ニ反スルトキ之レナリ(四七四II)。此處ニ利害關係アル第三者トハ物上保證人、擔保財產ノ第三取得者ノ如ク債務ノ辨濟ニ付キ法律上利害關係アル第三者ノコトヲ指ス。

辨濟者ノ能力

(二)　辨濟者ノ能力　給付行爲ガ事實行爲ナルトキハ辨濟ニ付キテハ特ニ行爲能力ヲ必要トセズ。然レドモ給付行爲ガ法律行爲ナルトキハ辨濟者ニ行爲能力アルコトヲ要スルモノニシテ、民法ハ此場合ニ於テハ此能力ヲ讓渡能力ト稱シタリ(四七六)。固ヨリ無能力者ニ付キテハ此等ノ者ヲ保護スルガ爲メニ特別ナル規定アルコト既述ノ如シト雖モ、民法ハ又債權者保護ノ點ヨリシテ讓渡ノ能力ナキ所有者ガ辨濟トシテ物ノ引渡ヲ爲シタル場合ニ於テ其辨濟ヲ取消シタルトキハ其所有者ハ更ニ有效ナル辨濟ヲ爲スニ非ザレバ其物ヲ取戻スコトヲ得ズト規定シタリ(四七六)。但シ此規定ハ不特定物ヲ其給付トナス場合ニノミ適用アル可ク、特定物ヲ其給付トナシタル場合ニ於テハ其適用ナキモノト解ス可シ。元來辨濟ガ有效ナルガ爲メニハ其給付スベキ物又ハ權利ニ付キ處分權アルコトヲ要ス。從ツテ(イ)自己ノ財產ナリト雖モ之レニ付キ處分權ヲ有セザルトキ(例ヘバ差押ヲ受ケタル財產ノ如シ)ハ之レヲ以テ有效ナル辨濟ヲ爲スヲ得ズ又(ロ)之レニ反シテ親權者後見人、破產管財人ノ如ク他人ノ財產ニ付キ處分權アル者ハ其權限內ニ於テ他人ノ物ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得ベク(ハ)處分權ナキ者ハ他人ノ物ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得ザル筈ナリ。然レドモ民法ハ辨濟者ガ他人ノ物ヲ引渡シタルトキハ更ニ有效ナル辨濟ヲ爲スニ非ザレバ其物ヲ取戻スコトヲ得ズト規定シ(四七五)以テ債權者ヲ保護シタリ。但シ特定物ノ場合ニハ其適用ナシトス。要スルニ第四七五條及第四七六條ノ場合ニ於テソノ爲シタル辨濟ハ理論上有效ナリト云フヲ得ザレドモ民法ハ其取扱ヒノ便宜上此等ノ場合ニ於テ債權者ガ辨濟トシテ受ケタル物ヲ善意ニテ消費シ又ハ讓渡シタルトキハ其辨濟ハ有效トスト規定セリ(四七七)。但シ債權者ガ第三者ヨリ賠償ノ請求ヲ受ケタルトキハ辨濟者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ベシ(四七七但書)。

辨濟受領者

(三)　辨濟受領者　辨濟受領者ハ原則トシテ債權者ナリト雖モ場合ニヨリテハ然ラザルコトアリ。(イ)債權者ノ受領能力ノ問題ハ給付行爲ガ法律行爲ナル場合ニ限リ生ズルモノニシテ而テ其法律行爲ナル場合ニ於テ債權者ノ法律行爲的協力例ヘバ契約ヲ要スルガ如キトキハ行爲能力ヲ要スルヲ以テ無能力者ハ單獨ニテ辨濟ヲ受領スルコトヲ得ズ。(ロ)債權者ガ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキ(破七)ハ債權者ハ其破產財團ニ屬スル財產ニ付キ管理及處分ノ權限ヲ失フ。(ハ)債權者ガ其

債權者ヨリ債權ノ差押ヲ受ケタルトキ債權者ハ辨濟受領ノ權限ナシ(四八一、民訴五九八)。然レドモ民法ハ此場合ニ於テ便宜上差押債權者ハ其受ケタル損害ノ限度ニ於テ更ニ辨濟ヲ爲ス可キ旨ヲ第三債務者ニ請求スルコトヲ得ト規定シ、同時ニ第三債務者ガ差押債權者ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ其債權者ニ對シテ求償スルコトヲ許シタリ。

債權者ニ非ザル辨濟受領者トシテハ(イ)債權者ノ代理人(ロ)受取證書ノ持參人(ハ)債權ノ準占有者及(ハ)指圖債權、記名式所持人拂債權ノ證書ノ所持人(四七〇、四七一)ノ如キ者アリ。而テ(ロ)ノ場合ニ於テ民法ハ受取證書ノ持參人ハ辨濟受領ノ權限アルモノト看做シタルモ其證書ハ眞正ニシテ且ツ辨濟者ガ善意無過失ナルコトヲ要スルモノトナセリ(四八〇)。又(ハ)ノ場合ニ於テハ辨濟者ガ善意ナルトキニ限リ其辨濟ハ有效ナルモノト看做シタリ(四七八)。債權ノ準占有者トハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ事實上債權ヲ行使スル者ノコトニシテ例ヘバ事實上ノ相續人、無記名債權ノ持參人等ノ如シ。尙ホ辨濟受領ノ權限ナキ者ニ對シテ爲シタル辨濟ハソノ效力ナキモノナレドモ、若シ之レガ爲メニ債權者ニ利益ヲ與ヘタル場合ニ於テハ辨濟者ハ債權者ニ對シテソノ受ケタル利益ノ限度ニ於テソノ效力ヲ主張スルコトヲ得ルモノトス(四七九)。

第三款　辨濟ノ方法

辨濟ハ債務ノ本旨ニ從ヒテ之レヲ爲スコトヲ要ス。而テ債權ノ目的ガ特定物ノ引渡ナルトキハ其引渡ヲ爲スベキ時卽チ履行期ニ於ケル現狀ニ於テ其物ヲ引渡スコトヲ要ス(四八三)。

辨濟ノ充當

同一債權者ニ對シテ數個ノ同種ノ給付ヲ爲スベキ場合ニ於テ其辨濟トシテ提供セラレタル給付ガ總テノ債權ヲ消滅セシムルニ足ラザルトキニ其給付ヲ以テ何レノ債權ノ辨濟ニ充ツ可キヤヲ決定スベキコトヲ辨濟ノ充當ト稱ス。而テ充當ハ其方法ニヨリ之レヲ三種ニ分ツコトヲ得。(イ)契約ニ依ル充當ハ法典ニ規定ナキモ其可能ナルコト疑ヲ容レズ。(ロ)一方行爲ニ依ル充當ニ付テハ(A)第一位ニ充當ヲ爲シ得ル者ハ辨濟者ニシテ給付ノ時ニ於テ其指定ヲ爲ス(B)第二位トシテ辨濟受領者ハ辨濟者ガ其指定ヲ爲サザル場合ニ於テ其受領ニ際シ辨濟者ニ對スル意思表示ヲ以テ充當ヲナスコトヲ得、但シ辨濟者ガ之レニ對シテ直チニ異議ヲ述ベタルトキハ再ビ辨濟者ノ指定スルトコロニ從フ(四八八)。尙ホ此點ニ關シテハ反對說頗ル多シ(本文ト同說石坂氏前揭一四五二頁、岩田氏前揭一四九頁、反對鳩山氏前揭四一四頁、磯谷氏前揭七四五頁等)。(ハ)當事者ガ辨濟ノ充當ヲ爲サザリシ場合ニ於テハ所謂法定充當ガ爲サルルモノナリ。卽チ(A)費用、利息、元本ノ順序ニヨリテ充當シ(四九一I)而テ若シ費用利息又ハ元本ガ各數個ナル場合ニ於テハ其各自ノ種類中ニ於テ(B)辨濟期ニ在ルモノヲ先ニシ(C)辨濟期ニ在ルモノ及辨濟期ニ在ラザルモノ相互ノ關係ニ於テハ債務者ノ爲メニ辨濟ノ利益多キモノヲ先ニシ(D)辨濟ノ利益同ジキトキハ辨濟期ノ先ヅ至リタルモノ又ハ先ヅ至ルベキモノヲ先ニシ(E)以上(C)(D)ノ事項ニ付キ相同ジキトキハ各債務ノ額ニ應ジテ辨濟ヲ爲スベキモノトス(四八九、四九一II)。

第四款　辨濟ノ場所及費用

辨濟ノ場所ハ特約ニヨリテ定マルモ、特約ナキトキハ特定物ノ引渡ハ債權發生ノ當時其物ノ存在セシ場所ニ於テ之レヲ爲シ其他ノ辨濟ハ債權者ノ現時ノ住所ニ於テ之レヲ爲ス可キモノナリ(四八四)。

辨濟ノ費用モ亦特約ニヨリ其負擔者定マル可キモ、特約ナキトキハ債務者之ヲ負擔スルモノトス。但シ債權者ノ行爲ニ因リ費用ノ增加ヲ來シタル場合ニ於テハ其增加額ハ債權者ノ負擔トス(四八五)。

第五款　辨濟ノ提供

辨濟ノ提供ハ又履行ノ提供トモ云フ。辨濟者ガ辨濟ノ準備ヲナシ辨濟受領ノ權能アル者ニ對シ其受領ヲ催告スル行爲ナリ。而テ其性質ハ準法律行爲ナリトス。辨濟ノ提供ハ常ニ債務ノ本旨ニ從ヒ且ツ信義誠實ノ原則ニ適合スル如ク爲サルルコトヲ要ス(四九三)。又辨濟ノ提供ニハ現實ノ提供及言語上ノ提供ノ二方法アリ。前者ハ辨濟者ノ方面ニ於テ爲ス可キ一切ノ行爲ヲ完了シテ其受領ヲ辨濟權能アル者ニ對シテ催告スル場合ニシテ後者ハ準備行爲ガ此程度ニ至ラザル場合ニシテ、債權者ノ要求ニ應ジテ遲滯ナク辨濟ヲ爲シ得ベキ準備ヲ爲シタル上ニテ爲ス催告ナリ。提供ハ現實ナルヲ以テ原則トスレドモ、(イ)債權者ガ豫メ其受領ヲ拒ミ又ハ(ロ)履行ノ爲メニ債權者ノ行爲ヲ要スルトキハ例外トシテ言語上ノ提供ヲ以テ足ルモノトス(四九三)。尙ホ有效ナル辨濟ノ提供ハ、提供ノ時ヨリ不履行ニヨッテ生ズベキ一切ノ責任ヲ免カレシムルモノトス(四九二)。

第六款　辨濟者ノ權利

辨濟ヲ爲シタル者ハ債務者ナルト第三者ナルトヲ問ハズ其事實ヲ證明スルガ爲メニ受取證書ノ交付及若シ之レアルトキハ債權證書ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ベシ(四八六、四八七)。受取證書ノ性質ハ辨濟ノ證據方法ナリ。而テ其請求ノ時期ニ關シテハ民法ニ規定ナシト雖モ辨濟ト同時ニ之レヲ請求シ得ルモノトナス通說ニ贊同ス。又債權證書ハ債權ノ成立ヲ證スル書面ナルガ故ニ債務全部ノ辨濟ヲナシタル者ハ其返還ノ請求權ヲ有ス。而テ其請求權ノ性質ハ第四八七條ノ規定ニヨル特別ノ權利ナリトス。

第七款　代位辨濟

代位辨濟トハ第三者又ハ共同債務者ノ一人ガ辨濟ヲ爲シタルニ因リ債務者又ハ他ノ債務者ニ對シテ求償スル爲メ債權ノ效力及擔保トシテ債權者ノ債權ガ辨濟者ニ移轉スルコトヲ云フ。辨濟者ノ代位ハ損害賠償者ノ代位(四二二)ト同ジク自ラ權利者トナルモノニシテ債權者ノ代位(四二三)ノ如

ク他人ノ權利ヲ行フ場合ニハ非ズ。而テ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リ當然債權者ニ代位シ(五〇〇)然ラザル者ハ其辨濟ト同時ニ債權者ノ承諾ヲ得テ之レニ代位ス(四九九)。而テ代位者ハ第五〇一條ノ規定ニ從ヒテ其求償權ヲ行使セザル可ラズ。債權ノ一部ニ付キ代位辨濟アリタルトキハ代位者ハ其辨濟シタル價額ニ應ジテ債權者ト共ニ其權利ヲ行フ。但シ債務不履行ニ因ル契約ノ解除ハ債權者ノミ之ヲ請求スルコトヲ得。代位者ハ債權者ニ對シテ其辨濟シタル價額及其利息ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ベシ(五〇二)。債權者ハ全部辨濟ノ場合ニ於テハ債權ニ關スル證書及其占有中ノ擔保物ヲ代位者ニ交付スルヲ要シ、一部辨濟ノ場合ニ於テハ債權證書ニ其代位ヲ記入シ且ツ代位者ヲシテ其占有ニ在ル擔保物ノ保存ヲ監督セシムルコトヲ要ス(五〇三)。法定ノ代位ノ場合ニ債權者ガ故意又ハ懈怠ニ因リテ其擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ代位ヲ爲スベキ者ハ之レガ爲メ償還ヲ受クルコト能ハザルニ至リタル限度ニ於テ其責任ヲ免カルルモノトス(五〇四)。尙ホ代位辨濟ニ關スル詳細ニ付テハ拙著債總三四四頁乃至三五四頁ヲ參照スベシ。

第三節　代物辨濟及間接給付

代物辨濟トハ債務者ガ債權者ノ承諾ヲ得テ其負擔シタル給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ爲スコトヲ云フ(四八二)。卽チ代物辨濟ハ債權者債務者間ノ契約ナリト云フ可シ。其性質ニ付キテハ議論アルモ一種ノ有償契約ナリト解ス。尤モ代物辨濟ニ於テハ債務者ハ現實ニ他ノ給付ヲナスコトヲ要スルガ故ニ、要物契約ナリトス。固ヨリ代物辨濟ハ本來ノ辨濟ニハ非ザルモ其給付ハ辨濟ト同一ノ效力ヲ有スルモノニシテ卽チ辨濟ニ關スル一般規定ハ其準用アルモノナリトス。

間接給付トハ代金支拂ノ爲メニ手形ヲ振出シタル場合ノ如ク本來ノ給付ト別個ノ給付ヲ爲シ其給付ノ結果ヲ實現セシムルコトニ因リ債權ヲ消滅セシメントナスモノナリ。卽チ此場合ニ於テハ代金債權ハ手形債權ノ履行ニヨリテ消滅スルモノニシテ本來ノ給付ニ代フル意思無キ點ニ於テ代物辨濟ト區別セラル。

第四節　供託

供託トハ債務者其他ノ辨濟者ガ債權ヲ消滅セシムル目的ヲ以テ辨濟ノ目的物ヲ債權者ノ爲メニ供託所ニ寄託スルヲ云フ(四九四)。而テ供託ヲ爲スコトヲ得ルハ(イ)債權者ガ辨濟ノ受領ヲ拒ムトキ又ハ(ロ)之レヲ受領スル能ハザルトキ或ハ又(ハ)債務者ガ過失ナクシテ債權者ヲ確知シ能ハザル場合ニ限ル(四九四)。供託ハ債務履行地ノ供託所ニ於テ之レヲ爲ス可ク、供託所ニ付キ法令(供託法參照)ニ別段ノ規定ナキトキハ裁判所ハ辨濟者ノ請求ニヨリ供託所ノ指定及供託物保管者ノ選任ヲ爲スコトヲ要ス(四九五I、II)。其他ノ點ニ付キテハ供託法ヲ參照スベク、尙ホ非訟事件

手續法第二編第五章ノ規定ヲ見ルベシ。又供託ハ之レヲ債權者ニ通知スルヲ要ス(四九五Ⅲ)。但シ通知ハ供託成立ノ要件ニハアラズ。唯ダ通知ヲ怠リタル爲メニ債權者ニ損害ヲ及ボシタルトキニ之レヲ賠償スル責任ヲ生ズルノミ。供託ハ辨濟ノ目的物自體ニ付キ之レヲ爲スヲ原則トスルモ、其物ガ供託ニ適セズ又ハ滅失毀損ノ虞アルトキ若クハ保存ニ付キ過分ノ費用ヲ要スルトキハ辨濟者ハ裁判所ノ許可ヲ得テ之レヲ競賣シ其代金ヲ供託スルコトヲ得(四九七)。供託ニ因リ債權ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモ供託者ハ供託物ノ取戻ヲ爲スコトヲ得ベシ。然レドモ右ノ供託物取戻權ハ債權者ガ供託ヲ受諾シ又ハ供託ヲ有效トスル判決確定スルニ因リテ消滅ス(四九六Ⅰ)。供託物取戻請求權ガ消滅シタルトキハ債權ハ確定的ニ消滅スベシ。而テ供託ニ因リテ質權又ハ抵當權ガ消滅シタル場合ニ於テハ右ノ如キ取戻權ナシ(四九六Ⅱ)。又債權者ガ供託物ヲ受領スルニハ其負擔スル反對給付ヲ爲スコトヲ要ス(四九八)。供託ノ效果トシテ債權者ハ供託所ニ對シテ供託物ノ交付ヲ請求スル權利ヲ取得ス。尙ホ供託物ノ所有權ガ何時ニ於テ債權者ニ歸屬スルカニ關シテハ(a)金錢供託ノ如キ不規則寄託ニ付テハ供託所ガ一旦所有權ヲ取得シ、更ニ供託所ヨリ同種同量ノ物ヲ債權者ニ交付スベク、(b)特定物ノ供託ノ場合ニハ債權者ノ受諾ノトキ所有權ノ移轉ヲ生ズルモノトス。

第五節　相殺

相殺ノ意義及要件

第一　相殺ノ意義及要件

相殺ノ方法及效力

相殺トハ債權者ト債務者トガ互ニ同種ノ給付ヲ目的トスル債權債務ヲ有スル場合ニ於テ其債權ト債務トヲ對當額ニ於テ相共ニ消滅セシメントスル意思表示ナリ。相殺ノ要件タルモノハ(イ)債權ノ對立ヲ原則トス、但シ時效ニ因リ消滅シタル債權ハ其消滅前ニ相殺ニ適シタル場合ニ於テハ其債權者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得(五〇八)(ロ)雙方ノ債權ガ同種ノ目的ヲ有スルコト卽チ主トシテ同種ノ不特定物債權ナル場合ナルコト、但シ例外トシテ同種ノ作爲債權ナルコトアリ(ハ)雙方ノ債權ガ辨濟期ニ在ルヲ要ス(ニ)債務ノ性質ガ相殺ヲ許スモノナルコト、從ツテ不作爲債權ノ場合ハ相殺ヲ許サズ(ホ)相殺ノ禁止ナキコトノ五個ナリトス。

相殺ハ特約又ハ法律ノ規定ニヨリテ禁止セラル。法律ノ規定ニ因ル重ナル場合ハ(イ)不法行爲ニ基ク債權ニ對シテハ損害賠償義務者ノ側ヨリ相殺ヲ主張スルトキ(五〇九)(ロ)差押ヲ禁ゼラレタル債權ニ對シテ相殺ヲ主張スルトキ(五一〇)(ハ)支拂ノ差止ヲ受ケタル第三債務者ハ其後ニ取得シタル債權ニ因リ相殺ヲ以テ差押債權者ニ對抗スルトキ(五一一)(ニ)株金拂込ノ請求權ニ對シテ株主ガ相殺ヲ主張スルトキ(商一四四)ノ四ナリ。

第二　相殺ノ方法及效力

相殺ハ相手方ニ對スル意思表示ニヨリテ之レヲ爲ス。但シ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得ザルモノトス(五〇六Ⅰ)。相殺ニ因リ雙方ノ債務ハ其對當額ニ於テ消滅ス(五〇五Ⅰ)。而テ其效力ハ雙方ノ債權ガ互ニ相殺ヲ爲スニ適シタル時ニ遡リテ生ズルモノナリ(五〇六Ⅱ)。尙ホ相殺ノ場合ニ於テ

辨濟充當ニ關スル規定ノ準用ヲ要スルコトアリ(五一二)。

第六節　更　改

更改ノ意義及要件

第一　更改ノ意義及要件

更改トハ契約ニ因リテ債務ノ要素ヲ變更シ舊債務ヲ消滅セシメ新債務ヲ成立セシムルモノナリ(五一三I)。卽チ更改契約成立スルガ爲メニハ(イ)更改セラル可キ債務ノ存在スルコト(ロ)更改ノ意思ヲ以テ新債務ヲ發生セシムルコト及(ハ)新舊兩債務ハ其要素ヲ異ニスベキコトノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス(拙著債總三七一頁乃至三七七頁參照)。

更改ノ種類

第二　更改ノ種類

債權ノ要素ヲ爲スモノハ當事者及目的ナルヲ以テ、更改モ亦之レニ從ヒ三個ノ種類ニ分ツコトヲ得ベシ。

債權者ノ交替ニ因ル更改

(一)　債權者ノ交替ニ因ル更改　此種ノ更改ハ新舊兩債權者及債務者ヲ當事者トスル三面契約ヲ以テ之レヲ爲ス。而テ其契約ハ無式ナルヲ以テ足ルモ第三者ニ對抗スルガ爲メニハ確定日附アル證書ヲ必要トス(五一五)。此種ノ更改ハ債權讓渡ノ認メラルルガ爲メ其實益多シト云フヲ得ズ。

債務者ノ交替ニ因ル更改

(二)　債務者ノ交替ニ因ル更改　此種ノ更改ハ債權者ト新債務者トヲ當事者トナス契約ヲ以テ之レヲ爲ス。但シ舊債務者ノ意思ニ反スルコトヲ得ズ(五一四)。從ツテ債權者及新舊兩債務者間ノ

三面契約ヲ以テ之レヲ爲スモ妨ゲナシ。

(三)　目的ノ變更ニ因ル更改　此場合ニ於テハ當事者ニハ變化ナキモ給付ノ客體ノ要部ニ變化ヲ生ズルコトヲ要ス。其要部ニ變更アリヤ否ヤハ當事者ノ意思ト一般ノ見解ヲ以テ之レヲ決セザル可ラズ。尙ホ條件ノ變更モ亦債權ノ要素ノ變更トナリ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スル場合モ亦然リトナス(五一三II)。コノ最後ノ場合ニ付キテハ學者間ニ議論アルモ(鳩山氏前揭四六七頁)要スルニコノ規定ハ理論上正當ナルモノニハアラズ。單ニ便宜上ノ規定ニ過ギザルモノト信ズ。卽チ債務ヲ消滅セシムルガ爲メニ爲替手形ヲ發行スル意思アリシトキハ更改ニシテ此意思ナキトキハ代物辨濟或ハ間接給付ト考フ可キモノトス。

更改ノ效力

第三　更改ノ效力

以上三種ノ場合ニ於テ何レモ更改ニ因リ舊債權ハ消滅シ之レト共ニ新債權發生ス。從ツテ舊債權ニ從タル債權例ヘバ保證債務ノ如キモノモ亦消滅ス。然レドモ債權者ノ交替ニ因ル更改ノ場合ニ於テ若シ債務者ガ異議ヲ留メタルトキハ舊債權ニ附着セル抗辯權ハ之レヲ留保スルコトヲ得ベシ(五一六、四六八I)。又民法ハ更改ノ當事者ハ舊債務ノ目的ノ限度ニ於テ其合意ニ依リ又第三者ガ擔保ヲ供シタル場合ニ於テハ其承諾ヲ得テ從來ノ擔保ヲ新債權ニ移轉スルコトヲ得ベキ旨ヲ規定シタリ(五一八)。之レ卽チ擔保權ノ順位ヲ失ハザラシメントスル便宜規定ナリ。要之、更改ハ債權消滅ノ原因ナルト同時ニ債權發生ノ原因ナルヲ以テ、更改ガ不法ノ原因又ハ當事者ノ知ラザル事

由ニ因リテ成立セズ或ハ取消サレタルトキハ舊債務ハ消滅スルコトナシ(五一七)。

第七節　免　除

免除トハ債權ヲ拋棄スル債權者ノ行爲ヲ云フ。免除ハ債權ノ消滅ヲ目的スル意思表示ヲ以テ成立スルガ故ニ法律行爲ナリトス。免除ハ債權者ノ單獨行爲ナルコトハ明カナルモ、債務者ノ意思ニ反セザルコトヲ要ス。コノ點ニ付テハ反對說アルモ採用シ難シ(拙著債總三八三頁以下參照)。尚ホ現行法上免除契約ヲ爲スモ妨ゲザルモノト解ス。

第八節　混　同

混同トハ債權ト債務ガ同一人ニ歸スル事實ヲ云フ。而テ債權ハ混同ニ因リテ消滅スルモノトス(五二〇)。蓋シ此場合ニ於テハ債權ハ其存在ノ意義ヲ失フニ至ルヲ以テナリ。從ツテ其存在ノ意義アル場合ニ於テハ法律ハ明文ヲ以テ債權ハ混同ニ因ルモ消滅セズトナシタリ。而テ其重ナル場合ハ(イ)流通證券ノ債務者ガ其證券ヲ取得セル場合(ロ)混同セル債權ガ第三者ノ權利ノ目的トナリ居ル場合(五二〇但書)(ハ)相續ノ限定承認(一〇二七)又ハ相續財產ノ分離ノ場合(一〇五〇)等ナリトス。

第二部　債權法各論

第一章　總　說

債權ヲ生ゼシムル法律事實卽チ債權發生ノ原因トシテ民法ニ規定シタルモノハ契約、事務管理、不當利得及不法行爲ノ四トナス。固ヨリ債權發生ノ原因ハ以上ノ四個ニ限ラルルモノニ非ザルコト勿論ナリト雖モ、以下ニ於テハ專ラ民法債權編ノ規定スル債權發生ノ原因ニ付テノミ說明ヲナサント欲ス。尚ホ我ガ民法ノ債權發生ノ原因ノ分類ハローマ法ニ其源ヲ發シタルモノト見ルモ妨ゲナシ。卽チローマ法ニ於テハ契約、私犯(不法行爲)、準契約(事務管理)、準私犯(不當利得)ノ四個ヲ以テ債權發生ノ原因トナシタルモノナリキ(債權發生原因ノ變遷ニ付テハ拙著債權法各論新稿上卷六頁以下參照)。

第二章　契　約

第一節　總　說

契約ノ意義

第一　契約ノ意義

契約ナル語ハ本來二個ノ意義ヲ有ス。廣義ニ於テ契約トハ廣ク私法上ノ效果ノ發生ヲ目的トスル合意ニシテ物權契約、債權契約及親族法上ノ契約ヲ包含ス。然レドモ狹義ニ於テ契約トハ債權

ノ發生ヲ目的トスル合意ヲ云フ。而テ契約トハ二個以上ノ意思表示ノ合致ヲ以テ其主要ナル組成分子トスル法律行爲ヲ云フ。換言スレバ契約ハ同一內容ヲ有シ且ツ各當事者ニ對シテ反對ノ意味ヲ有スル二個以上ノ意思表示ノ存在ヲ要件トスル法律行爲ナリ。斯ノ如キ反對ノ意味ヲ有スル二個ノ意思表示ノ一方ヲ申込ト云ヒ、他方ヲ承諾ト稱ス(拙著前揭九頁以下參照)。

第二　契約ノ種類

契約ハ其觀察點ヲ異ニスルニ從ヒ之レヲ數種ニ分類スルコトヲ得。今其主要ナルモノヲ擧グレバ次ノ如シ。

契約ノ種類

雙務契約ト片務契約

(一)　雙務契約ト片務契約　當事者雙方ガ互ニ對價的且ツ交換的意義ヲ有スル給付義務ヲ負擔スル契約ハ前者ニシテ、當事者一方ノミガ給付義務ヲ負擔スル契約ハ後者ナリ。

有償契約ト無償契約

(二)　有償契約ト無償契約　當事者雙方ガ互ニ出捐ヲ爲ス契約ハ前者ニシテ、當事者一方ノミガ出捐ヲ爲ス契約ハ後者ナリ。例ヘバ賣買ハ前者ニシテ贈與ハ後者ナリトス。

有名契約ト無名契約

(三)　有名契約ト無名契約　法律ニ於テ特ニ名稱ヲ附シテ規定シタル契約ハ前者ニシテ、然ラザルモノハ後者ニ屬ス。

諾成契約ト要物契約

(四)　諾成契約ト要物契約　合意ノミヲ以テ成立スル契約ハ前者ニ屬シ、合意ノ外ニ物ノ授受ヲ爲スニ因リテ成立スル契約ハ後者ニ屬ス。

以上ノ外種々ナル分類アレドモ法律行爲ノ說明ヲ參照スベシ(第一編第三章第二節第三款ヲ見ヨ)。

第二節　契約ノ成立

第一款　申込及承諾

民法第五二一條ニ從ヘバ契約ハ當事者一方ノ申込ニ對シテ相手方ガ承諾スルニ因リテ成立スト雖モ、ソハ最モ普通ナル成約方法タルニ過ギズ。從ツテ契約ヲ成立セシムルニハ必シモ申込承諾ノ手續ニ依ルヲ要セズ、他ノ方法例ヘバ申込ノ交叉ニ因リテモ之レヲ成立セシムルコトヲ得ルモノトス。

申込ノ意義

第一　申込ノ意義

申込トハ相手方ノ承諾ニ因リテ一定ノ內容ヲ有スル契約ヲ成立セシムルコトヲ目的トスル意思表示ヲ云フ。卽チ(1)申込ハ相手方ノ承諾ニ因リテ直チニ契約ヲ成立セシメントスル確定シタル意思表示ナリ(2)申込ハ契約ノ內容ヲ決定シ得ベキモノナルコトヲ要ス(3)申込ハ相手方ニ對スル申込者ノ意思表示ナルモ何人ガ申込者ナリヤガ相手方ニ了知セラルルコトヲ要セズ又其相手方ハ必シモ特定スルコトヲ要セズ。申込ハ相手方ヲシテ自己ニ申込ヲ爲サシメントスル所謂申込ノ誘引トハ之レヲ區別スベシ(拙著前揭五三頁以下參照)。

申込ノ效力

第二　申込ノ效力

申込ガ隔地者間ノモノナルトキハ其通知ガ相手方ニ到達スルニ因リテ其效力ヲ生ズ(九七)。而テ申込ガ對話者間ナル場合モ第九七條ヲ類推スベキモノトス。申込ガ其效力ヲ生ジタルトキハ(1)承諾ニ因リテ直チニ契約ヲ成立セシムルニ足ル效力卽チ實質的效力ト(2)申込者ニ於テ任意ニ之レヲ取消スコトヲ得ザル效力卽チ申込ノ拘束力ヲ生ズルモノトス。尙ホ申込者ニヨリ申込ガ發セラレタル後申込者ガ死亡シ又ハ無能力トナルモ之レガ爲メ其效力ヲ妨ゲラルルコトナシ(九七Ⅱ)。但シ此場合ニ於テ當事者ガ反對ノ意思表示ヲナシ又ハ其相手方ガ死亡若クハ能力喪失ノ事實ヲ知リタル場合ニハ申込ハ其效力ヲ失フ(五二五)。

申込ノ拘束力ニ付テハ別段ノ規定アリ。卽チ(1)承諾期間ヲ定メテ爲シタル契約ノ申込ハ之レヲ取消(撤回)スルコトヲ得ズ(五二一Ⅰ)(2)承諾期間內ニ申込者ガ承諾ノ通知ヲ受ケザルトキハ申込ハ其效力ヲ失フ(五二一Ⅱ)(3)承諾ガ延著シタル場合ニ通常ハ指定期間內ニ到達スベカリシコトガ申込者ニ知リ得ベカリシニモ拘ラズ承諾延著ノ通知ヲ發セザルトキハ申込ハ其效力ヲ失ハズ(五二二Ⅱ)(4)承諾期間ノ定メナキ場合ニ於テモ隔地者ニ對スル申込ハ相當期間內ハ之レヲ取消スコトヲ得ズ(五二四)又(5)對話者ニ對スル申込ニ付テハ別段ノ規定ナキモ承諾ヲナスニ必要ナル期間ハ之レヲ撤回スルコトヲ得ザルモノト解スベシ(拙著前揭六〇頁參照)。

申込ハ次ノ原因ニヨリテ其效力ヲ失フ。之レヲ申込ノ消滅ト云フ。卽チ(1)相手方ノ拒絕及ビ拒絕ト看做サルルモノ卽チ條件附又ハ變更ヲ加ヘタル承諾アリタルトキ(2)承諾(3)承諾期間ノ經過(4)申込ノ撤回及第五二七條ノ場合(5)第五二五條ノ場合之レナリ。

第三　承諾ノ意義

承諾トハ申込者ノ爲シタル申込ニ同意シ契約ヲ成立セシムルコトヲ目的トスル申込受領者ノ意思表示ナリ。卽チ(1)承諾ハ其內容ニ於テ全然申込ト一致スルコトヲ要ス。故ニ條件附承諾又ハ申込ニ變更ヲ加ヘタル承諾ハ新ナル申込ト看做サル(五二八)。(2)承諾ハ申込者ニ對シテ之レヲ爲スコトヲ要ス(3)承諾ハ申込受領者ヨリ申込者ニ對シテ之レヲ爲ス可キモノトス(4)承諾ハ申込ガ其效力ヲ有スル間ニ之レヲ爲スコトヲ要ス。故ニ遲延シタル承諾ハ新ナル申込ト看做スコトヲ得(五二三)。尙ホ承諾ノ通知ガ一定期間後ニ到達シタルモ通常ノ場合ニ於テハ其期間內ニ到達ス可カリシトキニ發送シタルモノナルコトヲ知リ得ベキトキハ申込者ハ遲滯ナク相手方ニ對シテ其延著ノ通知ヲ發スルコトヲ要ス。若シ右ノ通知ヲ怠リタルトキハ承諾ノ通知ハ延著セザリシモノト看做ス。尤モ承諾ノ通知到達前ニ申込者ガ遲延ノ通知ヲ發シタルトキハ此限リニ在ラズ(五二二)。

申込ト承諾トハ要スルニ時ノ前後ニヨル區別タルニ過ギズ。民法ガ單ニ申込承諾ニヨル契約締結ニ付テノミ規定シタルハ上述ノ如ク之レヲ以テ最モ通常ナル場合ト考ヘタルガ爲メニ外ナラズ。故ニ例ヘバ申込ノ交叉ノ場合ニ於テモ契約ハ成立スルモノトス。申込ノ交叉トハ當事者雙方

承諾ノ效力

ガ互ニ相手方ニ對シテ同一ノ內容ヲ有スル申込ヲ爲スコトヲ云フモノニシテ卽チ同一內容ヲ有スル一個ノ申込ガ偶然ニ交叉スルコトヲ云フ(拙著前揭九八頁以下參照)。但シ此問題ニ付テハ反對說アルモ採ルニ足ラズ(反對說横田氏債權各論二四頁、岡松氏民法理由下三九二頁、村上氏各論六〇頁)。

第四　承諾ノ效力

承諾ノ效力ハ之レニ因リテ契約ヲ成立セシムルニ在リ。而テ承諾ノ效力發生ノ時期ハ承諾ノ通知ガ相手方ニ到達シタル時ト云ハザル可ラズ(九七I)。唯ダ申込者ノ意思表示又ハ取引上ノ慣習ニ依リ承諾ノ通知ヲ必要トセザル場合ニ於テハ特ニ承諾ノ意思表示ト認ム可キ事實ノアリタル時トス(五二六II)。

第二款　契約ノ成立ノ時期

契約ハ申込ニ對スル承諾ニ因リテ成立ス。而テ對話者間ノ契約ニ於テハ別段ノ規定ナキヲ以テ上述シタル如ク第九七條一項ノ類推適用ニヨリ承諾ノ意思表示ガ相手方ニ到達シタル時ニ成立スルモノトス。然ルニ隔地者間ノ契約ニ於テハ第五二六條第一項ノ規定アルガ故ニ學者間ニ議論アリ。然レドモ本條ハ契約成立ノ時期ヲ規定シタルモノニシテ承諾ノ效力發生ノ時期ヲ規定シタルモノニアラズ。而テ承諾ノ效力發生時期ハ承諾ノ通知ノ到達シタルトキナリトス。卽チ承諾ノ通知ガ相手方ニ到達シタル時ニ於テ承諾ハ契約ノ現實的組成分子タル資格ヲ取得ス。抑モ契約ハ申込及承諾ガ契約ノ現實的組成分子トナリタルトキニ其效力ヲ發生スベキモノナレドモ、凡ソ法律行爲ハ別段ノ事情ナキ限リ其ノ成立ト同時ニ效力ヲ發生スベキデアリ且ツ又本條ノ規定ノ效果トシテ承諾ノ現實的組成分子タル資格ガ承諾發信ノ時ニ遡及シ、從ツテ契約ハ其ノ時ニ於テ效力ヲ生ズベキモノトス(拙著前揭九一頁以下參照)。而テ第五二一條二項ノ場合ハ承諾期間滿了ニヨリ申込自體ガ消滅スルヲ以テ之レニ對シテ爲サレタル承諾ニヨリテ一旦成立シタル契約ハ其基礎ヲ失ヒテ不成立トナルモノトス。又第五二二條ノ場合ハ承諾ガ承諾期間內ニ發セラレタルガ爲メ契約ハ成立スルモ承諾ノ通知ガ延著シタル爲メ第五二一條二項ニ依リ契約不成立トナル可キ筈ナルモ通常ノ場合ニ於テハ其前ニ到達ス可カリシ時ニ發送シタルモノナルコトヲ知リ得ベキトキハ申込者ニ延著通知ノ義務ヲ認メタルモノトス。若シ申込者ガ右ノ通知ヲ怠リタルトキハ承諾ハ延著セザリシモノト看做サル。又第五二七條ハ申込撤回ノ場合ニシテ固ヨリ第五二四條ノ場合ノミニ限ラル。而テ此場合ニ於テモ通常ノ場合ニ於テハ其前ニ到達スベカリシ時ニ發送シタリシモノナルコトヲ知リ得ベキトキハ承諾者ハ遲滯ナク申込撤回延著ノ通知ヲナスコトヲ要シ、若シ此通知ヲ怠リタルトキハ一旦成立シタル契約ヲ成立セザリシモノト看做スモノトス。正當ノ時期ニ發シタル承諾ノ通知ガ到達セザリシ場合ニ付テハ別段ノ規定ナキモ、理論上契約ハ成立スルモ效力ハ發生セザルモノト解ス。尙ホ承諾ノ到達前ニ於テハ承諾ハ意思表示一般ノ原則ニヨリ之レヲ撤回スルコトヲ得ルモノトス。

以上ハ所謂諾成契約ノ場合ニシテ、要物契約ニ於テハ合意ノ外更ニ目的物ノ授受ヲ必要トス。

第三節　懸賞廣告

懸賞廣告トハ一定ノ行爲ヲ爲シタル者ニ一定ノ報酬ヲ與フベキ旨ヲ廣告ノ方法ニヨリテ表示スル行爲ナリ。而テ廣告ヲ爲シタル者ハ其行爲ヲ爲シタル者ニ對シテ其報酬ヲ與フ可キ義務ヲ負擔ス(五二九)。懸賞廣告ノ法律上ノ性質ニ關シテハ議論アルモ吾人ハ單獨行爲說ヲ以テ正當ナリト信ズ(同說神戸氏民法全書八卷契約總則五二九條、中村氏前揭五七五頁、契約說ハ我國ノ通說ナリ)。廣告ノ方法ニヨルトハ不特定人ニ了知セラル可キ表示方法ヲ云ヒ其形式ハ之レヲ問フコトナシ。從ツテ口頭、書面又ハ新聞紙等ヲ以テ之レヲ爲シ得ベシ。又懸賞廣告ニ於テハ指定行爲ノ完了アルコトヲ要スルヲ原則トス。懸賞廣告ノ效果トシテ指定行爲完了ニヨリ廣告者ハ報酬ヲ與フル義務ヲ生ズ。而テ若シ指定行爲ガ多數人ニヨリ時ヲ異ニシテ完了セラレタルトキハ最初ニ其行爲ヲ完了シタル者ノミガ報酬請求權ヲ有ス(五三一I)。又若シ數人ガ同時ニ右ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テハ各平等ノ割合ヲ以テ報酬ヲ受クルノ權利ヲ有ス。但シ報酬ガ其性質上分割ニ不便ナルトキ又ハ廣告ニ於テ一人ノミ之レヲ受ク可キモノトシタルトキハ抽籤ヲ以テ之レヲ受クベキ者ヲ定ム(五三一II)。尤モ以上ノ事項ハ廣告中ニ於テ之レニ異ナル意思ノ表示アリタルトキハ其適用ナシ(五三一III)。

懸賞廣告ノ撤回ハ(イ)撤回者ハ廣告者ナルコト(ロ)未ダ指定行爲ヲ完了シタル者ナキコト(ハ)前ノ廣告ト同一ノ方法ニヨリテ撤回スルコト(ニ)廣告者ガ撤回ヲ拋棄セザルコトノ四要件ヲ具備スルコトヲ要ス(五三〇)。尙ホ上揭(ハ)ノ方法ニヨラザル撤回ハ、之レヲ知レル者ニ對シテノミ其效力アルニ過ギズ。又廣告者ガ指定行爲ノ完了ニ期間ヲ定メタルトキハ、其撤回權ヲ拋棄シタルモノト推定サル(五三〇III)。

優等懸賞廣告トハ廣告ニ指定シタル行爲ヲ爲シタル者ノ中優等者ノミニ報酬ヲ與フベキ旨ノ特殊ノ懸賞廣告ナリ。從ツテ優等懸賞廣告ニ於テハ(イ)目的タリ得ル行爲ハ數人ガ各自獨立シテ完成シ得ベク又其行爲ニ付キ優劣ノ判定ヲ爲シ得ベキモノナルコト(ロ)一定ノ應募期間ヲ定ムルコトヲ要ス(五三二I)。(ハ)行爲者ノ應募シタルコトヲ要ス。而テ指定行爲完了後其優等ナルコトノ判定ヲ受ケタル者ハ報酬請求權ヲ有ス。判定者ハ廣告中ニ揭載セラルルヲ通常トスルモ、若シ然ラザルトキハ廣告者之レヲ判定ス。而テ判定者又ハ廣告者ノ判定ニ對シテハ異議ヲ述ブルコトヲ得ズ。尙ホ數人ノ行爲ガ同等ト判定セラレタルトキハ第五三一條二項ノ規定ニ從フ(五三二)。

第四節　契約ノ效力

第一款　雙務契約ノ效力

雙務契約ノ效力トシテ民法ノ特ニ規定シタルモノハ同時履行ノ抗辯權ト危險負擔ノ問題ノ二ナリトス。

第一項　同時履行ノ抗辯

雙務契約當事者ノ一方ハ相手方ガ其債務ノ履行ヲ提供スル迄ハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ

抗辯權ナリ

得。但シ相手方ノ債務ガ辨濟期ニ在ラザルトキハ此限リニ在ラズ(五三三)。同時履行抗辯ハ相手方ノ請求權自體ヲ否認スルモノニ非ズ單ニ相手方ガ其債務ノ履行ヲ提供スル迄ハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ミ得ル所謂延期的抗辯ノ一種ニ屬ス(拙著前揭一一六頁以下參照)。同時履行ノ抗辯權成立要件ハ次ノ如シ。(イ)兩債務ハ雙務契約ニ因リテ生ジタルモノナルコト(ロ)雙方ノ債務ガ辨濟期ニ在ルコト(ハ)相手方ガ其債務ノ履行ヲ提供スルコトナクシテ請求シタルコト之レナリ(拙著前揭一一九頁乃至一二八頁參照)。此抗辯權ト履行遲滯トノ關係ニ付テハ議論ノ存スルトコロナレドモ、此抗辯ノ存在ハ當然ニ履行遲滯ヲ生ズルコトナシトスル通說(横田氏前揭一〇八頁、鳩山氏前揭一二四頁、末弘氏各論一五二頁以下)ハ正當ニ非ズ。又抗辯權ノ存在ハ遲滯ノ責任ヲ除去セザルモ其行使ハ之レヲ除去スト云ヘル少數說(石坂氏民法研究三卷四九〇頁、磯谷氏各論一四六頁以下)モ亦正確ナリト云フヲ得ズ。吾人ハ神戸博士ノ主張セラルル如ク同時履行ノ抗辯ノ制度ト履行遲滯ノ制度トハ全然別個ノモノナリトスル說ニ贊同ス(同氏法學研究第一卷第一號二三頁以下)。今此處ニハ煩ヲ避クルガ爲メ其重要ナル結果ヲ擧グレバ(1)被請求者ハ自ラ履行遲滯ニ在ルモ尙ホ抗辯權ヲ行使スルコトヲ得。(2)被請求者ハ此抗辯權ノ行使ニヨリテ遲滯ノ責ヲ免カルルヲ得ズ。(3)尙ホ訴訟上ニ於テ被請求者卽チ被告ガ、同時履行ノ抗辯權ヲ行使シタルトキハ、裁判所ハ被告ニ對シテ交換的給付ヲ命ズル制限的勝訴ノ判決ヲナスベキモノトス。

同時履行ノ抗辯ト履行遲滯トノ關係

第二項　危險負擔ノ問題

雙務契約ニ於ケル一方ノ債務ニ原始的不能ノ存スルトキハ雙務契約ハ無效ナルコト勿論ニシテ敢テ問題トスルニ足ラズ。然レドモ右ノ債務ガ後發不能ニヨリテ履行不能トナリタル場合ニ於テハ如何ナル結果生ズルヤニ付テハ特ニ考究スルノ要アリ。而テ之レヲ考究スルニ付テハ(イ)其不能ガ當事者ノ責ニ歸ス可キ事由ニ因ルヤ或ハ(ロ)其責ニ歸ス可ラザル事由ニ因ルヤヲ區別スルヲ以テ便宜トナス(危險負擔ニ關スル詳細ニ付テハ拙著前揭一四一頁以下參照)。

第一　原則

特定物ニ關スル物權ノ設定移轉以外ノ給付ヲ目的トスル雙務契約ニ於テ當事者ノ一方ノ債務ガ履行不能トナリタル場合ニ於テ其契約ニ及ス效力ニ付テハ次ノ原則アリ。

(一)　當事者雙方ノ責ニ歸ス可ラザル事由ニ因リ給付ノ全部ニ付キ履行不能ヲ生ジタルトキハ債務者ハ自己ノ債務ヲ免カルルト共ニ反對給付ノ請求權ヲ失フ(五三六I)。又一部不能トナリタルトキハ別段ノ規定ナキモ若シ之レガ爲メ契約ノ目的ヲ達スルコト能ハザル場合ハ全部不能ト同一ノ取扱ヒヲ受ケ、然ラザルトキハ不能ナラザル部分ニ付キ債權關係ハ其效力ヲ存續スルモノトス。

(二)　債權者ノ責ニ歸ス可キ事由ニ因リ履行不能ヲ生ジタルトキハ債務者債務ヲ免カルルト共ニ反對給付請求權ヲ失フコトナシ。但シ債務ヲ免カレタルニ因リテ利益ヲ得タルトキハ之レヲ債權者ニ償還スルコトヲ要ス(五三六II)。

(三) 債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リ履行不能ヲ生ジタルトキハ一般ノ規定ニ從ヒ債權者ハ或ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ベク(四一四、四一五)或ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ベシ(五四三、五四五Ⅲ)。

(四) 當事者雙方ノ責ニ歸ス可キ事由ニ因リテ履行不能ヲ生ジタルトキハ債務者ニ付テハ上述セル(三)ノ如ク反對給付ノ請求權ヲ認メ債權者ニハ第四一八條又ハ第五四三條ヲ適用ス。

第二　例外

特定物ニ關スル物權ノ設定移轉ヲ以テ雙務契約ノ目的トナシタルトキハ次ノ規定ニ從フモノトス。尙ホ不特定物ニ關スル契約ニ付テハ第四〇一條二項ノ規定ニ依リテ其物ガ確定シタル時ヨリ均シク次ノ規定ニ從フ(五三四Ⅱ)。

(一) 事變又ハ債務者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因リ目的物ガ滅失又ハ毀損シタルトキハ其滅失又ハ毀損ハ債權者ノ負擔ニ歸ス(五三四Ⅰ)。

(二) 其他ノ點ハ原則ニ同ジ。

第三　特別規定(第二ニ對スル例外)

(一) 停止條件附雙務契約ノ目的物ガ條件ノ成否未定ノ間ニ於テ滅失シタルトキハ其危險ハ債務者ノ負擔トス(五三五Ⅰ)。

(二) 停止條件ノ成就以前ニ物ガ債務者ノ責ニ歸ス可ラザル事由ニ因リテ毀損シタルトキハ其毀損ハ債權者ノ負擔ニ歸ス　五三五Ⅱ)。卽チ條件成就シタルトキハ債務者ハ其毀損セル物ヲ給付スルト共ニ完全ナル反對給付ヲ請求スルコトヲ得ベシ。

(三) 停止條件ノ成就前ニ物ガ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ毀損シタルトキハ債權者ハ條件成就ノ場合ニ於テ選擇ニ從ヒ契約ノ履行又ハ其解除ヲ請求スルコトヲ得。但シ損害賠償ノ請求ヲ妨ゲザルモノトス(五三五Ⅲ)。

(四) 其他ノ點ハ原則ニ依ル。

第二款　第三者ノ爲メニスル契約

第一　意義

第三者ノ爲メニスル契約トハ當事者ノ一方卽チ諾約者ガ第三者ニ對シテ直接ニ權利ヲ附與スベキコトヲ相手方卽チ要約者ニ對シテ約束スルニヨリテ成立スル契約ヲ云フ(五三七Ⅰ)。故ニ此契約ハ(イ)代理人ニヨル契約ニ非ズ(ロ)第三者ヲシテ直接ニ權利ヲ取得セシムルコトヲ目的トス(拙著前揭一八二頁以下參照)。通說ハ債權ノミヲ取得セシムルコトヲ要ストスレドモ、吾人ハ之レニ反シテ斯ノ如ク狹ク解スルノ要ナシトスル說ニ贊同ス(同說中村氏前揭一八九頁、末弘氏前揭一九一頁、横田氏各論一四

○頁、磯谷氏前掲二三三頁)。

第二　效　力

第三者ノ爲メニスル契約ノ效力トシテ特ニ注目スベキモノ次ノ如シ。

(一)　此契約ニヨリテ第三者ハ諾約者ニ對シテ目的物ヲ請求スル權利ヲ取得スベキモ、其權利發生ノ時期ハ第三者ガ受益ノ意思表示ヲ爲シタル時ナリトス(五三七Ⅱ)。此規定ハ學者間ニ議論アルモノナリト雖モ、吾人ハ之レヲ以テ强行法ナリト解ス(拙著前掲二〇八頁參照)。又第三者ノ權利ハ契約自體ヨリ生ズベキモノナルモ第二項ノ規定アルヲ以テ其權利發生ノ時期ハ受益ノ意思ヲ表示シタル時ニ過ギザルモノト解ス。而テ第三者ガ受益ノ意思表示ヲ爲シタル後ニ於テハ當事者ハ之レヲ變更シ又ハ之レヲ消滅セシムルコトヲ得ズ(五三八)。

(二)　尙ホ第三者ノ爲メニスル契約ニ基因スル抗辯ハ諾約者之レヲ以テ其契約ノ利益ヲ受ク可キ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトス(五三九)。

意義及解除權發生ノ原因

第五節　契約ノ解除

第一　意義及解除權發生ノ原因

契約ノ解除トハ契約當事者ノ一方ガ法律ノ規定又ハ契約ニヨツテ與ヘラレタル權利(解除權)ヲ行使スルコトニヨリ契約ノ效力ヲ消滅セシムル一方的意思表示ナリ(五四〇)。故ニ解除ハ(イ)一方的意思表示ヨリ成立スル法律行爲ニシテ(ロ)契約ノ效力ヲ消滅セシムルコトヲ目的トシ(ニ)解除權ノ行使ヲ要件トナスモノナリ。而テ解除ノ效果ニ付テハ議論アルモ所謂直接效果說ヲ以テ正當トス。卽チ解除權行使ノ結果、契約ノ效力ハ遡及的ニ消滅スルモノトス(法學研究第二卷第三第四合併號所藏拙稿「契約ノ解除ニ就テ」四〇頁以下)。尙ホ解除權ハ形成權タルノ性質ヲ有ス。解除權發生ノ原因ハ當事者間ノ契約及法律ノ規定ナリ。前者ニ基クモノヲ約定解除權ト云ヒ、後者ニ基クモノヲ法定解除權ト稱ス。約定解除權ニ付テハ別段ノ特約ナキ限リ第五四〇條第五四四條乃至第五四八條ノ規定ノ適用アリ。法定解除權發生ノ原因ハ(イ)各契約ニ特有ナルモノト(ロ)一般ニ共通スルモノトノ二種アリ。而テ(ロ)ノ場合ハ更ニ之レヲ(1)履行遲滯ニ因ルモノ及(2)履行不能ニ因ルモノトニ分ツ。

(一)　履行遲滯ニ因ル解除權ハ(イ)當事者ノ一方ガ其債務ノ履行ヲ爲サザルトキ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其履行ヲ催告シ若シ其期間內ニ履行ナキ場合ニ於テ發生スルヲ原則トシ(五四一)

(ロ)契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ一定ノ日時又ハ一定ノ期間內ニ履行ヲ爲スニ非ザレバ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハザル場合ニ於テ當事者ノ一方ガ履行ヲ爲サズシテ其期間ヲ經過シタルトキハ相手方ハ前上ノ催告ヲ爲スコトナク直チニ解除權ヲ取得スル場合ヲ例外トス(五四二)。尙ホ以上ニ付キ何ガ相當ナル期間ナリヤノ問題ハ契約ノ目的其他ノ社會的事情ヲ基礎ト

シテ客觀的ニ解決スベク、其他之レニ關連スル問題ニ付テハ前掲拙稿四九頁以下ヲ參照スベシ。

(二) 債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ履行ノ全部又ハ一部ガ不能トナリタルトキハ債權者ハ解除權ヲ有ス(五四三)。

解除權行使ノ方法

第二 解除權行使ノ方法

解除權ノ行使ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之レヲ爲ス(五四〇I)。而テ此意思表示ハ之レヲ取消スコトヲ得ズ(五四〇II)。但シ相手方ノ利益ヲ害セザル範圍內ニ於テハ解除ノ意思表示ニ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得ルモノト解ス。又當事者ノ一方ガ多數ナル場合ニ於テハ其全員ヨリ又ハ全員ニ對シテ之レヲ爲スコトヲ要ス(五四四)。

解除權行使ノ效果

第三 解除權行使ノ效果

解除權行使ノ效果ハ前述ノ如ク我ガ民法ガ所謂直接效果說ヲ採リタル結果トシテ契約ノ效果ハ遡及的ニ消滅スルモノトス。卽チ當事者ハ互ニ其相手方ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ(五四五I)。詳言スレバ解除權ノ行使ニヨリテ契約ニ基ク債權債務ハ遡及的ニ其效力ヲ失フ。從ツテ此等ノ債權債務ニ基キテ爲サレタル履行行爲ハ結局其法律上ノ原因ヲ缺クニ至ルヲ以テ不當利得反還ノ場合ヲ生ズルニ至ルモノナリ。然レドモ民法ハ此場合ニ於ケル不當利得返還ノ範圍ニ付テハ不當利得ニ關スル一般規定(七〇三以下)ヲ適用スルコトナク特別ナル規定ヲ設ケタリ。卽チ第三者ノ權利ヲ害セザル範圍內ニ於テ各當事者ハ互ニ原狀回復義務ヲ負フ。原狀回復義務トハ初メヨリ給付ヲ受ケザリシト同一ノ效果ヲ生ゼシムル債務ナリ。尤モ此場合ニ於テ返還スベキ金錢ニハ其受領ノ時ヨリ利息ヲ附スベク、又解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ゲザルモノト爲セリ(五四五II、III)。尙ホ契約當事者ノ一方ガ債權契約ニ基キ物權ヲ取得シタル場合ニ物權ノ取得ガ直接ニ其契約ニ基因スルトキハ契約解除ノ結果トシテ其物權ハ當然相手方ニ回復セラルベキモノトシテ當事者ニ於テ更ニ別段ナル行爲ヲナスコトヲ要スルモノニアラズ(同說橫田氏前掲一九七頁以下、末弘氏物權法上九〇頁)。又解除ノ效果ニヨル當事者雙方ノ債務ニ付テハ同時履行ノ抗辯ニ關スル規定ノ準用アリ。

解除權ノ消滅

第四 解除權ノ消滅

解除權ノ消滅トシテ民法ノ規定スルトコロノモノ次ノ如シ。

(一) 期間ノ經過 (イ)當事者ガ解除權ノ存續期間ヲ定メタル場合ニハ其期間ガ經過シタルトキ (ロ)右ノ期間ヲ定メザルトキハ相手方ハ解除權者ニ對シ相當ノ期間ヲ定メ其期間內ニ解除ヲナスヤ否ヤヲ確答スベキ旨ヲ催告スルヲ得ベク、若シ其期間內ニ解除ノ通知ヲ受ケザルトキハ何レモ解除權ハ消滅ス。

(二) 原狀回復ノ不能 (イ)解除權者ガ自己ノ故意又ハ過失ニ因リテ著シク契約ノ目的物ヲ毀損シ若クハ之レヲ返還スルコト能ハザルニ至リタルトキ(ロ)加工若クハ改造ニ因リテ之レヲ他ノ種

類ノ物ニ變ジタルトキハ解除權ハ消滅ス。但シ契約ノ目的物ガ解除權者ノ故意又ハ過失ニ因ラズシテ滅失又ハ毀損シタルトキハ解除權ハ消滅セズ(五四八)。

(三) 當事者ノ一方ガ數人アル場合ニ於テ解除權ガ當事者中ノ一人ニ付キ消滅シタルトキハ他ノ者ニ付テモ亦消滅ス(五四四Ⅱ)。

第三章 契約各論

第一節 贈與

贈與ノ意義及性質

第一 贈與ノ意義及性質

贈與トハ當事者ノ一方ガ自己ノ財產ヲ無償ニテ相手方ニ與フル契約ヲ云フ(五四九)。而テ其當事者ヲ贈與者及受贈者ト稱ス。贈與ハ財產ヲ與フルコトヲ目的トスル契約ナルヲ以テ贈與者ニ財產ノ減少ヲ生ズルト共ニ受贈者ニ財產ノ增加ヲ生ゼシムルモノナルコトヲ要ス。但シ移轉スベキ財產ハ必シモ贈與者ニ屬スルコトヲ要スルモノニ非ズ。贈與ハ無償契約ノ典型的ノモノニシテ又諾成契約ノ一種ニ屬ス。我ガ民法上贈與ハ原則トシテ債權契約ナリト雖モ常ニ然ルヤニ付テハ議論アリ。積極說ヲ以テ通說トスルモ(横田氏前揭二三四頁、末弘氏前揭二九七頁以下、磯谷氏前揭三〇四頁等)、反對說ハ現物贈與ノ場合ニ於テハ物權契約ナリトナス(鳩山氏前揭二五九頁、中村氏前揭二九三頁、中村萬吉氏各論一三四頁)。吾人ハ現物贈與ヲ以テ債權契約ト物權契約トガ併存スル場合ナリト解ス。

特殊ノ贈與

負擔附贈與

第二 特種ノ贈與

(一) 負擔附贈與　受贈者ガ贈與ヲ受クルト同時ニ贈與者又ハ第三者ノ爲メニ或ル義務ヲ負フ場合ヲ負擔附贈與ト云フ。民法ハ之レニ對シテ贈與ニ關スル規定ノ外、雙務契約ニ關スル規定ヲ準用スベキモノト爲シタリ(五五三)。

死因贈與

(二) 死因贈與　贈與者ノ死亡ニ因リテ其效力ヲ生ズルモノヲ死因贈與ト稱ス。其遺贈ト異ナルトコロハ契約ナルト遺言ニヨルモノナルトノ點ニ存ス。從ツテ之レニ對シテハ遺贈ノ規定ヲ準用ス(五五四)。

定期贈與

(三) 定期贈與　定期ノ給付ヲ目的トスル贈與ヲ定期贈與ト云フ。之レニハ其存續期間ヲ定メタルモノト然ラザルモノトアリ。後者ノ場合ニ於テハ勿論、前者ノ場合ニ於テモ贈與者又ハ受贈者ノ死亡ニ因リ契約ハ終了ス(五五三)。

贈與ノ效力

第三 贈與ノ效力

贈與契約ノ效力トシテ贈與者ハ相手方ニ其目的タル財產ヲ供與スルノ義務ヲ負フモノニシテ其義務ノ履行不履行ニ關シテハ一般ノ原則ノ適用アリ。唯ダ民法ハ此場合ニ於テ贈與者ノ擔保責任ニ關スル規定ヲ設ケタリ。卽チ贈與者ハ贈與ノ目的タル物又ハ權利ノ瑕疵又ハ欠缺ニ付キ其責ニ

任ゼズ。但シ贈與者ガ其瑕疵又ハ欠缺ヲ知リテ之レヲ受贈者ニ告ゲザリシトキハ此限リニ在ラズ(五五一I)。又書面ニ依ラザル贈與ハ之レヲ取消スコトヲ得ルモ、既ニ履行ノ終リタル部分ハ之レヲ取消スコトヲ得ズ(五五〇)。

第二節　賣買

第一款　賣買ノ意義及性質

賣買ノ意義

第一　賣買ノ意義

賣買トハ當事者ノ一方ガ或ル財産權ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ約シ相手方ガ之レニ其代金ヲ拂フコトヲ約スル契約ナリ(五五五)。賣買ハ典型的ノ有償契約ナルヲ以テ其性質ノ許ス限リ總テノ有償契約ニ付テ賣買ノ規定ノ準用ヲ見ルベキモノトス(五五九)。尙ホ賣買ハ常ニ債權契約ナリヤ否ヤニ付テハ贈與ノ場合ト同樣ニ議論ノ存スルトコロナレドモ、贈與ノ場合ト同一ノ論結ヲ爲スヲ正當ナリトス。

賣買ノ性質

第二　賣買ノ性質

上述シタル賣買ノ定義ニ基キ賣買ノ性質ハ次ノ如シ。(イ)賣買ハ有償且ツ雙務契約ニシテ又常ニ債權契約ナリ。(ロ)賣買ハ當事者ノ一方ガ或ル財産ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ約スル契約ナリ。

自由賣買ト競爭賣買
卽時賣買ト定期賣買
現實賣買ト掛賣買ト前拂賣買
試驗賣買ト見本賣買
繼續的供給契約

但シ目的タル財産權ハ契約成立ノ時ニ於テ必シモ賣主ノ所有ニ屬スルコトヲ要セズ又現存スルコトモ必要ニアラズ。(ハ)賣買ハ相手方ガ代金ヲ支拂フコトヲ約スル契約ナリ。(ニ)財産權ノ移轉ト代金トハ互ニ對價關係ニ在ルコトヲ要ス。

第二款　賣買ノ種類

(一)　自由賣買ト競爭賣買　通常賣買ハ自由ノ賣買ニシテ、競賣ノ如キモノハ競爭賣買ナリ。

(二)　卽時賣買ト定期賣買　賣買ノ成立ト同時ニ財産權ノ移轉ヲナス場合ハ前者ニシテ、成立後一定ノ時期ニ於テ之レヲナス場合ハ後者ニ屬ス。

(三)　現實賣買ト掛賣買ト前拂賣買　要スルニ代金支拂ノ時期ニヨル區別ニシテ財産權移轉ト同時ニ代金ヲ支拂フモノハ現實賣買ニシテ、其移轉後一定時期ヲ經過シテ代金ノ支拂ヲナス場合ヲ掛賣買トシ、又其移轉前ニ代金ヲ支拂フモノヲ前拂賣買トス。

(四)　試驗賣買ト見本賣買　試驗ノ結果買主ノ意ニ適スルトキハ注文ヲ爲スベシトスル賣買ハ前者ニシテ、見本ヲ以テ爲ス場合ハ後者ナリ。

(五)　繼續的供給契約　此契約ハ一定又ハ不定ノ期間當事者ノ一方ガ一定ノ種類品質ヲ有スル物品其他ノモノヲ供給シ相手方ガ之レニ對シテ代金ヲ支拂フコトヲ約スルモノニシテ其供給ガ財

産權ノ移轉ヲ目的トスルトキハ一種ノ賣買ナリ。

割賦拂約款附賣買

（六）割賦拂約款附賣買　代金ヲ定期支拂トナスベキ特約ヲ包含スル賣買ハ割賦拂約款附賣買ト稱ス。

第三款　賣買ノ成立

賣買ノ成立

第一　賣買ノ成立

賣買ハ財産權ノ移轉ト之レニ對スル代金ノ支拂ニ付キ當事者ノ意思表示ガ合致セルトキニ於テ成立スルヲ原則トス。蓋シ賣買ハ諾成契約ナルガ爲メナリ。

賣買ノ豫約

第二　賣買ノ豫約

賣買ヲ爲スヤ否ヤハ當事者ノ自由ナルモ、若シ豫約ノ存スルトキ或ハ法律ノ規定ニヨリ賣買完結義務ヲ認メタルトキハ例外トス。民法ハ第五五六條ニ於テ賣買一方ノ豫約ニ付キ規定ヲ設ゲタレドモ、其性質ニ付キテハ學者間ニ議論アリ。吾人ハ先ヅ一般ノ豫約ノ說明ヲナシ次イデ右ノ豫約ノ性質ヲ明ラカニセント欲ス。豫約トハ將來一定ノ契約卽チ本契約ヲ締結スベキコトヲ約スル現在ノ契約ナリ。卽チ豫約ハ本契約ト全ク別個ノモノニシテ債權契約タルノ性質ヲ有シ之レニ當事者雙方ヲ拘束スル雙務豫約ト當事者一方ノミヲ拘束スル片務豫約トノ別アリ。此處ニ問題トナルハ所謂賣買一方ノ豫約ノ性質ナレドモ、此點ニ付キ通說ハ之レヲ以テ停止條件附賣買契約ナリトナシタリ（鳩山氏前揭二九五頁、末弘氏前揭三九頁以下、三七二頁以下、石坂氏前揭一九七九頁等）。然ルニ或ハ之レヲ以テ申込ナリトシ（中島氏民法論文集二九頁以下）又或ハ之レヲ以テ純然タル豫約トナス（横田氏前揭二七一頁以下、神戸氏前揭一一〇頁以下等）。賣買一方ノ豫約トハ相手方ガ賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シタル時ヨリ賣買ノ效力ヲ生ズルモノナリ（五五六）。今此規定ヲ見ルトキハ恰モ通說ノ見解ニ合スルガ如キモ必シモ然ラズ。吾人ハ之レヲ以テ片務豫約ノ一種ナリトスルヲ正當ナリト信ズ。其理由ハ(1)最モ法文ノ文言ニ合シ(2)當事者ノ意思ニモ合シ(3)斯ノ如ク解スルニヨリテ始メテ第五五六條二項ノ規定ノ實益存スルガ爲メナリ（法學研究五卷三號所藏拙稿五九頁以下參照）。豫約權利者ガ賣買完結ノ意思ヲ表示スルニ付キ期間ヲ定メザリシトキハ豫約者ハ相當ノ期間ヲ定メ其期間內ニ賣買ヲ完結スルヤ否ヤヲ確答スベキ旨ヲ相手方ニ催告スルコトヲ得ベク、若シ相手方ガ其期間內ニ確答ヲ爲サザルトキハ豫約ハ其效力ヲ失フ（五五六Ⅱ）。

賣買一方ノ豫約ノ法律上ノ性質

賣買ノ費用

第三　賣買ノ費用

賣買締結ニ關スル費用ハ特約ナキ限リ當事者之レヲ平分シテ負擔ス（五五八）。

第四款　賣買ノ效力

財産權移轉ノ義務

第一項　賣主ノ義務

第一　財産權移轉ノ義務

賣買ニヨリテ賣主ハ財産權移轉ノ義務ヲ負フヲ以テ賣主ハ買主ヲシテ完全ニ財産權ヲ取得セシムルガ爲メニ必要ナル各種ノ行爲ヲ爲スコトヲ要ス。但シ所謂現實賣買ノ場合ニ於テハ第一七六條ノ規定ニヨリ賣買契約ト同時ニ目的物上ニ權利ヲ取得スルニ至ルモノトス。故ニ此場合ニ於テハ財産權移轉ノ義務生ズルコトナキナリ。通常ノ場合ニ於テハ（イ）財産權ガ物權ナルトキハ物權契約ノ締結ニ、債權ナルトキハ債權移轉ノ契約ノ締結ニ協力スベキコト（ロ）物ノ占有ヲ内容トスル權利ニ付テハ占有ヲ移轉スルコト（ハ）移轉セラレタル權利ノ對抗要件具備ニ協力スルコト（コノ義務ハ現實賣買ノ場合ニ於テモ賣主ニ存在ス）（ニ）賣主ニハ目的物保管ノ義務アリ。而テ保管中ニ生ジタル果實ハ例外トシテ賣主ニ屬ス（四〇〇、四八三、五七五I）。

賣買ノ目的タル權利ハ特定ノモノナルト不特定ノモノナルト又自己ニ屬スルト他人ノモノタルトヲ問フコトナシ（五六〇）。但シ不特定ノモノハ特定シタル後ニ之レヲ引渡ス可ク（四〇一）他人ノ權利ニ在リテハ賣主其權利ヲ取得シタル後ニ之レヲ買主ニ移轉スルモノトス。

擔保義務

第二　擔保義務

賣主ハ賣買ノ目的タル財産權ヲ完全ニ買主ニ移轉スベキモノナルヲ以テ、特約ナキ限リ此點ニ付キ總テノ責任ヲ負擔スベキモノトス。卽チ民法ハ賣主ノ擔保義務ニ付キ別段ノ規定ヲ設ケタリ。

追奪擔保ノ義務

（一）權利欠缺ノ擔保義務（追奪擔保ノ義務）　此義務ハ之レヲ七個ノ場合ニ分チテ説明スルヲ便宜トス。

權利ノ全部欠缺

（イ）權利ノ全部欠缺　此場合ニ於テ賣主ガ其權利ヲ買主ニ移轉スルコト能ハザルトキハ買主ハ契約解除權及損害賠償請求權ヲ有シ、若シ買主モ惡意ナルトキハ唯ダ右ノ契約ヲ解除スルコトヲ得ルニ過ギズ（五六一）。又賣主善意ナルトキハ損害ヲ賠償シテ契約ヲ解除スル權利ガ賣主ニ附與セラルベシ。但シ此場合ニ於テ買主惡意ナルトキハ賣主ハ買主ニ對シテ其目的タル權利ヲ移轉スルコト能ハザル旨ヲ通知シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ルモノトス（五六一）。

權利ノ一部欠缺

（ロ）權利ノ一部欠缺　此場合ニ於テ賣主ガ財産權ノ一部ヲ買主ニ移轉スルコト能ハザルトキハ買主ハ其足ラザル部分ノ割合ニ應ジテ代金減額ヲ請求スルコトヲ得ベク、若シ殘存スル部分ノミナレバ之レヲ買受ケザルベカリシトキハ善意ノ買主ニ限リ契約ノ解除權ヲ有ス。尙ホ善意ノ買主ハ代金ノ減額又ハ契約ノ解除ノ外損害賠償請求權ヲ有ス（五六三）。以上述ベタル三個ノ權利ハ買主ガ善意ナリシトキハ事實ヲ知リタル時ヨリ又惡意ナリシトキハ代金減額請求權ニ付キ契約ノ時ヨリ一年内ニ之レヲ行使セザル可ラズ（五六四）。

物ノ數量ノ不足又ハ其一部滅失ノ場合

（ハ）物ノ數量ノ不足又ハ其一部滅失ノ場合　買主善意ナリシトキハ上述（ロ）ノ場合ト同等

第五六六條ノ場合

ノ取扱ヒヲナス(五六五)。

(ニ) 第五六六條ノ場合　賣買ノ目的物ガ地上權、永小作權、地役權、留置權又ハ質權ノ目的タル場合、賣買ノ目的タル不動產ノ爲メニ存セリト稱セシ地役權ガ存セザリシトキ及其不動產ニ付キ登記シタル賃貸借アリタル場合ニ於テ買主善意ナルトキハ之レガ爲メ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハザル場合ニ限リ買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ベク、其他ノ場合ニ於テハ損害賠償請求權ノミヲ有ス。而テ右ノ權利ハ買主ガ事實ヲ知リタル時ヨリ一年內ニ之レヲ爲スコトヲ要ス(五六六)。

第五六七條ノ場合

(ホ) 第五六七條ノ場合　賣買ノ目的タル不動產ノ上ニ存シタル先取特權又ハ抵當權ノ行使ニ因リ買主ガ其所有權ヲ失ヒタルトキハ其買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得。若シ買主ガ出捐ヲ爲シテ其所有權ヲ保存シタルトキハ賣主ニ對シテ其出捐ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ベシ。尙ホ右何レノ場合ニ於テモ買主ガ損害ヲ受ケタルトキハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得。

強制競賣ノ場合

(ヘ) 強制競賣ノ場合　強制競賣トハ競賣法、民事訴訟法、其他ノ法律ニ從ヒ國家ノ機關ニヨリテ强制的ニナス賣買ヲ云フ。此場合ニ於テハ競落人ハ上述シタル(イ)乃至(ホ)ニ從ヒ債務者ニ對シテ契約ノ解除ヲ爲シ又ハ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得。此場合ニ於テ債務者無資力ナルトキハ競落人ハ代金ノ配當ヲ受ケタル債權者ニ對シテ其代金ノ全部又ハ一部ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ベシ。尙ホ右ノ場合ニ於テ債務者ガ物又ハ權利ノ欠缺ヲ知リテ之レヲ申出デズ又ハ債權者ガ之レヲ知リテ競賣ヲ請求シタルトキハ競落人ハ其過失者ニ對シテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得(五六八)。

債權賣買ノ場合

(ト) 債權賣買ノ場合　債權ノ賣主ガ債務者ノ資力ヲ擔保シタルトキハ契約ノ當時ニ於ケル債務者ノ資力ヲ擔保シタルモノト推定ス。又辨濟期ニ至ラザル債權ノ賣主ガ債務者ノ將來ノ資力ヲ擔保シタルトキハ辨濟ノ期日ニ於ケル債務者ノ資力ヲ擔保シタルモノト推定ス(五六九)。

瑕疵擔保義務

(二) 目的物ニ瑕疵アル場合ノ擔保義務(瑕疵擔保ノ義務)　賣買ノ目的物ニ隱レタル瑕疵アリシ場合ニ於テ買主ガ之レヲ知ラザリシトキハ之レガ爲メニ契約ヲ爲シタル目的ヲ達シ難キ場合ニ限リ買主ハ契約ノ解除權ヲ有シ其他ノ場合ニ於テハ單ニ損害賠償請求權ノミヲ有ス(五七〇、五六六I)。此權利ハ買主ガ事實ヲ知リタル時ヨリ一年ニテ消滅ス(五六六III)。但シ强制競賣ノ場合ハ瑕疵擔保ノ問題ヲ生ゼズ(五七〇但書)。尙ホ右ニ云フ瑕疵トハ目的物ガ一般ノ取引觀念上又ハ當事者ノ意思ニヨリ物ニ存スト認メラルル性質ヲ具有セザルガ爲メ其物ノ價格ヲ減ジ又ハ其效用ヲ阻害スルニ至ルモノヲ云フ。而テ隱レタル瑕疵トハ單ニ買主ノミナラズ通常人ノ注意ヲ用フルモ知レザル瑕疵ノコトヲ指ス。尙ホ其瑕疵ノ有無ノ標準ハ契約締結當時ナリトス。本條ノ規定ハ之レヲ權利ノ賣買ニモ適用セラルベキモノト解スルヲ正當ナリト云フ可シ。最後ニ此擔保義務ノ法律上ノ

性質ニ關シテハ議論アルモ賣主ノ給付義務ノ一部ナリトスルヲ以テ正當トス（同說横田氏前揭三三九頁、末弘氏前揭四一九頁、反對鳩山氏前揭三三七頁）。

擔保義務ニ關スル特約

第三 擔保義務ニ關スル特約

賣主ハ其特約ヲ以テ擔保義務ヲ排除又ハ縮少スルモ公序良俗ニ反セザル限リハ有效ナリトス。

但シ（イ）賣主ガ知リテ買主ニ告ゲザリシ事實（ロ）賣主自ラ第三者ノ爲メニ設定シ又ハ之レニ讓渡シタル權利ニ付テハ縱令特約アルモ其責任ヲ免カルルコトヲ得ズ（五七二）。

第二項 買主ノ義務

買主ノ負擔スル義務ハ代金支拂ノ義務ニシテ之レニ對シテハ金錢債權ニ關スル規定ノ適用アルコト勿論ナルモ、民法ハ代金支拂ノ時期其場所等ニ付キ特別ナル規定ヲ設ケタリ。尙ホ買主ニ目的物引取義務アリヤ否ヤニ付テハ議論アルモ積極說ヲ正當トス（拙著日本債權法各論八六頁參照）。

代金支拂ノ時期及場所

第一 代金支拂ノ時期及場所

代金支拂ノ時期ニ付テハ當事者間ニ特約ナキ限リ一般ノ原則ニ從ヒ契約ノ效力發生ト同時ニ支拂時期到來スルモ第五三三條ノ規定ノ適用ヲ受クルモノトス。然ルニ若シ目的物ノ引渡ニ付キ期限アルトキハ民法ハ特例ヲ設ケ代金支拂ニ付テモ亦同一ノ期限アルモノト推定シタリ（五七三）。

次ニ代金支拂ノ場所ハ特約ナキ限リ賣主ノ現住所ナレドモ（四八四）目的物ノ引渡ト同時ニ代金ヲ支拂フベキトキハ其引渡ノ場所ヲ代金支拂ノ場所トス（五七四）。

代金ノ利息

第二 代金ノ利息

利息ノ支拂ニ付キ特約ナキトキハ買主ハ目的物ノ引渡ノアリタル日ヨリ代金ノ利息ヲ支拂フ義務ヲ負フ。但シ支拂期限アルトキハ其期限到來スルマデハ利息支拂ノ義務ナシ（五七五Ⅱ）。

代金支拂拒絕權

第三 代金支拂拒絕權

買主ハ代金支拂ニ付キ同時履行ノ抗辯權ヲ有スルノ外（イ）第三者ガ目的物ニ付キ權利ヲ主張スル場合及（ロ）買受ケタル不動產ニ先取特權、質權又ハ抵當權ノ登記アル場合ニ於テハ一定ノ條件ニ從ツテ代金支拂拒絕權ヲ有ス（五七六、五七七）。尙ホ賣主ハ此等ノ場合ニ於テ買主ニ對シテ代金ノ供託ヲ請求スルコトヲ得（五七八）。

第五款 手附

手附ノ性質

第一 手附ノ性質

一般ニ手附トハ賣買締結ノ際當事者ノ一方ヨリ他ノ一方ニ交付セラルル金錢其他ノ有價物ヲ云フ。手附ハ場合ニヨリテ其性質必シモ同一ニアラズ。卽チ解約手附ナルコトアリ、證約手附ナルコトアリ、違約手附ナルコトアリ、又或ハ成約手附タルコトアリ。

民法ニ所謂手附

第二 民法ニ所謂手附

民法ニ所謂手附トハ解約手附ニシテ即チ解除權留保ニ對スル對價タルノ性質ヲ有ス。而テ買主カ賣主ニ手附ヲ交付シタルトキハ當事者ノ一方ガ契約ノ履行ニ著手スルマデハ買主ハ其手附ヲ拋棄シ、賣主ハ其倍額ヲ償還シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得(五五七)。以上ノ方法ニヨリテ契約ヲ解除シタルトキハ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ズ(五五七II)。

第六款　買戻

買戻ノ性質

第一　買戻ノ性質

買戻トハ不動産ノ賣主ガ賣買契約ト同時ニ爲シタル特約ニ依リ買主ガ拂ヒタル代金及契約ノ費用ヲ返還シテ其賣買ヲ解除スルコトヲ云ヒ(五七九)、買戻權トハ右ノ特約ニヨリテ發生スル一種ノ解除權ナリ。

買戻ノ期間

第二　買戻ノ期間

買戻ノ期間ハ十年ヲ超ユルコトヲ得ズ。若シ之レヨリ長キ期間ヲ定メタルトキハ之レヲ十年ニ短縮ス。又買戻ニ付キ期間ヲ定メタルトキハ後日之レヲ伸張スルコトヲ得ズ。之レニ反シテ買戻ニ付キ期間ヲ定メザリシトキハ五年內ニ之レヲ爲スコトヲ要ス(五八〇)。

買戻權行使ノ方法

第三　買戻權行使ノ方法

賣主ハ期間內ニ代金及契約ノ費用ヲ提供スルニ非ザレバ買戻ヲ爲スコトヲ得ズ(五八三I)。而テ買主又ハ轉得者ガ不動產ニ付キ費用ヲ出シタルトキハ賣主ハ必要費ハ其全部ヲ又有益費ニ付テハ之レガ爲メニ生ジタル增加額ガ現存スル場合ニ限リ賣主ノ選擇ニ從ヒ費用若クハ增加額ヲ償還スルコトヲ要ス。但シ有益費ニ付テハ裁判所ハ賣主ノ請求ニ因リ之レニ相當ノ期間ヲ許與スルコトヲ得(五八三II)。

買戻ノ效果

當事者間ノ效力

第四　買戻ノ效果

(一)　當事者間ノ效力　買戻權ハ解除權ノ一種ナルヲ以テ此權利ヲ行使シテ賣買契約ヲ解除シタルトキハ契約解除ノ原則ニ從ヒ各當事者ニ於テ相手方ヲ原狀ニ回復セシムル義務ヲ負フモノニシテ、當然ニ右ノ效果ヲ生ズルモノニ非ズ。而テ當事者ガ別段ノ意思ヲ表示セザリシトキハ不動產ノ果實ト代金ノ利息トハ之レヲ相殺シタルモノト看做ス(五七九但書)。

第三者ニ對スル效力

(二)　第三者ニ對スル效力　買戻ハ賣買契約ト同時ニ其登記ヲ爲シタルトキハ第三者ニ對シテモ其效力ヲ生ズ。又登記ヲ爲シタル賃借人ノ權利ハ其殘期一年間ニ限リ之レヲ以テ賣主ニ對抗スルコトヲ得。然レドモ賣主ヲ害スル目的ヲ以テ賃貸借ヲ爲シタルトキハ其權利ナシ(五八一)。

債權者ノ代位買戻

(三)　債務者ノ代位買戻　賣主ノ債權者ガ債權者代位權ニ因リ賣主ニ代リ買戻ヲ爲サントト欲スルトキハ買主ハ裁判所ノ選定シタル鑑定人ノ評價ニ從ヒ不動產ノ現時ノ價額ヨリ賣主ガ返還スベ

共有不動産ノ持分ノ買戻

キ金額ヲ差引キ其殘額ヲ賣主ノ債務ノ辨濟ニ充當シ尙ホ餘剩アルトキハ之レヲ賣主ニ返還シテ買戻權ヲ消滅セシムルコトヲ得。例ヘバ不動産現時ノ評價額ガ五千圓ニシテ賣主ヨリ返還スベキ買戻金ガ三千圓ナルトキハ買主ハ其差額二千圓ヲ辨濟シテ買戻權ヲ消滅セシムルコトヲ得(五八二)。

第五 共有不動産ノ持分ノ買戻

不動産ノ共有者ノ一人ガ買戻ノ特約ヲ以テ其持分ヲ賣却シタル後其不動産ノ分割又ハ競賣アリタルトキハ賣主ハ買主ガ受ケタル若クハ受クベキ部分又ハ代金ニ付キ買戻ヲ爲スコトヲ得。然レドモ若シ其分割又ハ競賣ガ賣主ニ通知スルコトナクシテ爲サレタルトキハ之レヲ以テ賣主ニ對抗スルコトヲ得ズ(五八四)。又右ノ場合ニ於テ買主ガ不動産ノ競落人ト爲リタルトキハ賣主ハ競賣ノ代金及第五八三條所定ノ費用ヲ拂ヒテ買戻ヲ爲スコトヲ得ベシ。而テ此場合ニ於テハ賣主ハ其不動産ノ全部ノ所有權ヲ取得ス。然ルニ他ノ共有者ヨリ分割ノ請求ヲ爲シタルニ因リ買主ガ競落人トナリタルトキハ賣主ハ其持分ノミニ付キ買戻ヲ爲スコトヲ得ズ(五八五)。

第三節 交換

交換トハ當事者ガ互ニ金錢ノ所有權ニ非ザル財産權ヲ移轉スルコトヲ約スル契約ヲ云フ(五八六)此契約ハ諾成且ツ不要式ニシテ又雙務且ツ有償契約ナリ。從ツテ交換ト賣買トハ大體ニ於テ其性質ヲ同ジウスト雖モ、其異ナルトコロハ賣買ニ在リテハ當事者ノ一方ハ金錢ノ所有權ヲ移轉スレドモ交換ニ在リテハ雙方共ニ金錢ノ所有權ニ非ザル財産權ヲ移轉スルノ點ニ在リ。從ツテ交換ニ對シテ其性質ノ許ス限リ賣買ノ規定ヲ準用ス。又當事者ノ一方ガ他ノ權利ト共ニ金錢ノ所有權ヲ移轉スルコトヲ約シタルトキハ(所謂補足金附交換)其金錢ニ付テハ賣買ノ代金ニ關スル規定ヲ準用ス(五八六Ⅱ)。最後ニ兩替トハ當事者ガ互ニ金錢ノ所有權ヲ移轉スルコトヲ約スル契約ニシテ一種ノ無名契約タルノ性質ヲ有ス。

消費貸借ノ性質

第四節 消費貸借

第一 消費貸借ノ性質

消費貸借トハ當事者ノ一方卽チ借主ガ種類、品等及數量ノ同ジキ物ヲ以テ返還スルコトヲ約シテ相手方卽チ貸主ヨリ金錢其他ノ物ヲ受取ルコトニ因リテ成立スル契約ヲ指ス(五八七)。故ニ消費貸借ハ(1)片務契約ナリ。(2)要物契約ナリ、卽チ目的物ノ交付ニヨリテ成立スル契約ナリ。(3)金錢其他ノ代替物ノ交付ヲ以テ其成立要件トスル契約ナリトス。故ニ權利ハ消費貸借ノ目的トナリ得ザルモノトス。尙ホ消費貸借ヲ要物契約ト爲シタル民法ノ見解ニ對シテハ學者間ニ非難ナシトセズ。但シ契約自由ノ原則上諾成的ニ消費貸借ヲナスコトハ妨ゲナシ。

消費貸借ニ因ラズシテ金錢其他ノ物ヲ給付スル義務ヲ負フ者アル場合ニ於テ當事者ガ其物ヲ以

ヲ消費貸借ノ目的ト爲スコトヲ約シタルトキハ消費貸借ハ之レニ因リテ成立シタルモノト看做ス(五八八)。之レヲ稱シテ準消費貸借ト云フ。例ヘバ賣買契約ニ因リ買主ニ於テ賣主ニ賣買代金ヲ交付スベキ義務アル場合ニ買主ト賣王トノ契約ニ因リ其代金ニ付キ消費貸借ヲ成立セシメント欲セバ當事者間ニ於テ金錢ノ授受ヲ爲スノ要ナク單ニ消費貸借ヲ爲サントスルノ意思表示ノミヲ以テ足ルモノトス。而テ準消費貸借成立ノ效果トシテ既存債務ハ消滅シ從ツテ之レニ從タル諸權利義務ハ消滅スルモノナリ。

消費貸借ノ豫約

第二 消費貸借ノ豫約

消費貸借ノ豫約トハ當事者ノ一方又ハ雙方ガ後日消費貸借ナル本契約ヲ締結スベキ義務ヲ負擔スル契約ナリ。此契約ハ爾後當事者ノ一方ガ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其效力ヲ失フ(五八九)。

消費貸借ノ效力 貸主ノ擔保責任

第三 消費貸借ノ效力

(一) 貸主ノ擔保責任　消費貸借ハ要物契約ナルヲ以テ貸主ハ所有權移轉ノ義務ヲ負フコトナキモ法律ハ貸主ニ對シ特殊ノ擔保責任ヲ認メタリ。卽チ(イ)利息附消費貸借ニ於テ物ニ隱レタル瑕疵アリタルトキハ借主ニ瑕疵ナキ物ヲ請求スル權利發生スルト共ニ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ゲザルモノトナシ(五九〇I)(ロ)無利息消費貸借ニ於テハ借主ハ瑕疵アル物ノ價額ヲ返還スルコトヲ得。尤モ貸主ガ其瑕疵ヲ知リテ之レヲ借主ニ告ゲザリシトキハ借主ハ(イ)ニ述ベタルガ如キ權利ヲ取得ス(五九〇II)。

借主ノ義務

(二) 借主ノ義務　(イ)返還義務　卽チ借主ハ受取リタル物ト種類品等及數量ノ同ジキ物ヲ貸主ニ返還スルノ義務ヲ有ス。但シ瑕疵アル物ヲ受取リタル借主ハ瑕疵アル物ノ價格ヲ返還スルコトヲ得ベク又返還不能トナリタルトキハ其時ニ於ケル物ノ價額ヲ償還スルコトヲ要ス。尙ホ特殊ノ通貨ヲ返還スベキ場合ニ付テハ第四〇二條二項ノ規定ヲ適用ス(五九二)。(ロ)返還時期　(1)當事者ガ返還時期ヲ定メタルトキハ借主ハ其時期ニ返還スベシ。(2)當事者ガ此時期ヲ定メザリシトキハ貸主ハ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ催告ヲ爲スコトヲ得ベク又借主ハ何時ニテモ返還ヲ爲スコトヲ得(五九一)。尙ホ此返還時期ニ關シテハ拙稿法學研究第三卷第二號六九頁以下ヲ參照スベシ。

第五節　使用貸借

使用貸借ノ性質

第一 使用貸借ノ性質

使用貸借トハ當事者ノ一方ガ無償ニテ使用及收益ヲ爲シタル後返還スルコトヲ約シ相手方ヨリ或物ヲ受取ルニ因リテ成立スル契約ヲ云フ(五九三)。故ニ使用貸借ハ(1)不純正雙務契約ナリ。(2)要物契約ナリ。(3)無償契約ナリ。(4)物ノ使用收益ヲ目的トスル契約ナリ。

使用貸借ノ效力

第二 使用貸借ノ效力

貸主ノ權利義務

(一) 貸主ノ權利義務　貸主ハ(イ)物ノ使用收益ヲ許容スル義務(ロ)交付シタル物ノ返還請求權(ハ)贈與ノ規定ノ準用ニヨル擔保義務ヲ有ス(五九四Ⅲ、五九七Ⅱ但書、五四一以下)。

借主ノ權利義務

(二) 借主ノ權利義務　借主ハ(イ)物ノ使用及收益ヲ爲ス權利ヲ有ス。而テ其使用收益權ノ範圍ニ付テハ別段ノ規定アリ。卽チ(1)使用及收益ハ契約又ハ目的物ノ性質ニ因リテ定マリタル用方ニ從ヒ之レヲ爲スコトヲ要シ(五九四Ⅰ)若シ借主之レニ違反シタルトキハ貸主ハ契約ヲ解除スルコトヲ得(五九四Ⅲ)。(2)貸主ノ承諾ヲ得ズシテ其借用物ヲ第三者ニ使用及收益ヲ爲サシムルコトヲ得ズ(五九四Ⅱ)。若シ借主ガ之レニ違反シタルトキハ貸主ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ベシ(五九四Ⅲ)。(ロ)後日借用物返還ノ義務ヲ有スルガ爲メ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ノ保管ヲ爲スコトヲ要ス。而テ借用物ノ通常ノ必要費ハ之レヲ借主ノ負擔トス(四〇〇、五九五)。(ハ)借用物返還義務ヲ有スル結果トシテ借主ハ附屬セシメタル物ヲ收去シ物ヲ原狀ニ復シテ返還スルコトヲ要ス(五九八)。(ニ)返還時期ノ定メアルトキハ其時期ニ、然ラザルトキハ契約ニ定メタル目的ニ從ヒ使用收益ヲ終リタル時期ニ其借用物ヲ返還スベシ(五九七Ⅰ、Ⅱ)此等ノ點ニ付キ別段ノ定メナキトキハ貸主ハ何時ニテモ其返還ヲ請求スルコトヲ得(五九七Ⅲ)。(ホ)通常ノ必要費以外ノ費用卽チ非常ノ必要費及有益費ニ付キ貸主ニ對シテ償還請求權ヲ有ス(五九五Ⅱ)。(ヘ)契約ノ本旨ニ反スル使用又ハ收益ニ因リテ生ジタル損害ノ賠償及借主ガ出シタル費用ノ償還ハ貸主ガ返還ヲ受ケタル時ヨリ一年內ニ之レヲ請求セザル可ラズ(六〇〇)。

使用貸借ノ終了

第三　使用貸借ノ終了

使用貸借ノ終了ニ付キ特ニ民法ニ規定セルトコロ次ノ如シ。(イ)期間ノ滿了及契約ニ定メタル目的ニ從ヒ使用及收益ヲ終リタルトキ(ロ)解約告知ニヨル終了(五九四Ⅲ)(ハ)借主ノ死亡(五九九)。

第六節　賃貸借

第一款　賃貸借ノ性質

賃貸借トハ當事者ノ一方ガ相手方ニ或物ノ使用及收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ相手方ガ之レニ其賃金ヲ支拂フコトヲ約スルニヨリテ成立スル契約ヲ云フ(六〇一)。故ニ(イ)賃貸借ハ有償且ツ雙務契約ナリ。(ロ)諸成契約ナリ。(ハ)物ノ使用及收益ヲ目的トスル契約ナリ。而テ物トハ有體物ニシテ何等ノ制限ナク此契約ノ目的タルコトヲ得又物ノ一部ニテモ可ナリ。然ルニ權利ニ付テハ單ニ賃貸借ニ類スル一種ノ無名契約ガ成立セラルルニ過ギズ。尙ホ賃貸借人自身ノ所有物タルコトヲ要セズ。(ニ)賃金ノ支拂ヲ目的トスル契約ナリ。而テ賃金タルガ爲メニハ必シモ金錢タルコトヲ要セズ。

賃貸借ニ關スル特別法中特ニ重要ナルモノハ建物保護法、借地法及借家法等ニシテ、其訴訟手

續ニ付テモ借地借家調停法、小作調停法等ノ如キ特別規定アリ。

第二款　賃貸借ノ期間

賃貸借ノ存續期間ハ二十年ヲ超ユルコトヲ得ズ。二十年ヨリ長キ期間ヲ以テ賃貸借ヲ爲シタルトキハ之レヲ二十年ニ短縮ス（六〇四Ⅰ）。但シ右ノ期間ハ之レヲ更新ノ時ヨリ二十年以内ノ範圍ニ於テ更新スルコトヲ妨ゲズ（六〇四Ⅱ）。尙ホ賃貸借ノ期間ニ付キ最短期ノ定メナキコトニ注意スベシ。然ルニ借地法ニ云フ借地權ニ在リテハ堅固ノ建物ノ所有ヲ目的トスル場合ニハ六十年其他ノ建物ノ場合ニ於テハ三十年トナスモ、契約ニヨリ堅固ノ建物ニ付キ三十年以上、ソノ他ノ建物ニ付キ二十年以上ノ存續期間ヲ定ムルコトヲ得ベシ（同法二Ⅰ、Ⅱ）。

處分能力ナキ者（準禁治産者）又ハ處分ノ權限ナキ者（權限ノ定メナキ代理人、不在者ノ財産管理人妻ノ財産ヲ管理スル夫等ノ如シ）ガ賃貸借ヲ爲シタル場合ニ於テハ第六〇二條各號ノ期間ヲ超ユルコトヲ得ズ。此制限ハ借家法ニモ其適用アルベシト雖モ、借地法ニ付テハ別段ノ規定アルガ爲メ其適用ナキモノト解スルヲ正當トス。

第三款　賃貸借ノ效力

第一項　賃貸人ノ權利義務

賃貸人ハ賃借人ヲシテ物ノ使用及收益ヲ爲サシムル積極的義務ヲ負フ。從ツテ（イ）賃貸物引渡義務（ロ）賃貸物修繕義務卽チ賃貸人ハ賃借人ヲシテ賃貸物ノ完全ナル使用及收益ヲ爲サシムル義務ヲ負フヲ以テ此目的ニ必要ナル修繕ハ特約ナキ限リ賃貸人ノ義務ニ屬ス（六〇六Ⅰ）。從ツテ賃借人ハ其物ノ保存行爲ヲ拒ムコトヲ得ザルモノトス（六〇六Ⅱ）（ハ）妨害除去ノ義務（ニ）擔保責任卽チ賃貸借ハ有償契約ナルヲ以テ賃貸物ノ瑕疵ニ付キ賃貸人ハ賣主ト同一ノ責任ヲ負フ（五五九）（ホ）費用償還義務卽チ賃借人ガ賃借物ニ付キ支出シタル必要費ヲ償還シ（六〇八Ⅰ）、又有益費ニ付テハ賃貸借終了ノ當時其價格ノ增加ガ現存スル場合ニ限リ賃貸人ノ選擇ニ從ヒ費用又ハ增加額ヲ償還スベキモノトス（六〇八Ⅱ）。尙ホ費用償還請求權ニ付テハ第六〇〇條所定ノ期間ノ制限アリ（六二二）。以上ノ外賃貸人ハ權利トシテ賃金支拂請求權及交付シタル物ノ請求權ヲ有ス。

第二項　賃借人ノ權利義務

賃借人ノ權利義務次ノ如シ。

（一）賃借人ノ使用及收益權卽チ賃借權　此權利ノ性質ニ付テハ議論アルモ民法ハ之レヲ以テ債權ナリトナセリ。卽チ賃借人ハ賃借權ノ效果トシテ物ノ使用及收益ヲ爲サシムベキコトヲ請求スル權利ヲ有シ又物ノ使用及收益ヲ爲シ得ベキ法律上ノ地位ニ在ルモノトス。

使用收益ノ範圍

（二）使用收益ノ範圍　賃借人ハ別段ノ定メヲ爲サザル限リ契約又ハ目的物ノ性質ニ因リテ定マリタル用方ニ從ヒテ其物ノ使用及收益ヲ爲スコトヲ要シ（六一六、五九四I）若シ之レニ違反シタルガ爲メ生ジタル損害ニ對シテハ賠償ヲ爲スコトヲ要ス（六二二、六〇〇）。

賃借權讓渡及ヒ轉貸

（三）賃借權讓渡及轉貸　賃借人ハ賃貸人ノ承諾アルニ非ザレバ賃借權ヲ讓渡シ又ハ賃借物ヲ轉貸スルコトヲ得ズ（六一二I）。若シ之レニ違反シタルトキハ賃貸人ハ契約ヲ解除スルコトヲ得（六一二II）。之レ蓋シ賃貸人ニトリテ何人ガ賃借人ナリヤ又何人ガ事實上目的物ノ使用收益ヲ爲シツツアルヤハ極メテ重大ナル利害關係アルガ爲メニ外ナラズ。賃借權ノ讓渡アリタル場合ニ於テハ舊賃借人ハ契約關係ヨリ離脫シ、轉貸ノ場合ニ於テハ讓渡人ハ依然賃借人トシテ存續シ之レト共ニ讓受人ハ第二ノ賃借人トナル（六一三II）。轉貸ノ場合ニ於テ轉借人ハ賃貸人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負ヒ借賃ノ前拂ヲ以テ賃貸人ニ對抗スルコトヲ得ズ（六一三I）。尙ホ以上ノ點ニ付テハ拙稿法學研究第四卷二號七五頁以下ヲ參照スベシ。

賃借物保管ノ義務

（四）賃借物保管ノ義務　賃借人ハ特定物返還ノ義務ヲ負フモノナルヲ以テ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ之レヲ保管スルノ義務ヲ有ス。從ツテ賃借物ガ修繕ヲ要シ又ハ其物ニ付キ權利ヲ主張スル者アルトキハ賃借人ハ遲滯ナク之レヲ賃貸人ニ通知スルコトヲ要ス。但シ賃貸人既ニ之レヲ知レルトキハ此限リニ在ラズ（六一五）。又賃貸人ノ賃貸物ニ對スル保存行爲ハ賃借人ニ於テ之レヲ拒ムコトヲ得ズ（六一三II）。尤モ賃貸人ガ賃借人ノ意思ニ反シテ保存行爲ヲ爲サントスル場合ニ於テ之レガ爲メ賃借人ガ賃借ヲ爲シタル目的ヲ達スル能ハザルトキハ賃借人ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノトス（六〇七）。

賃借物返還義務

（五）賃借物返還義務　賃借人ハ期限ノ滿了其他ノ事由ニヨリ賃貸借終了シタルトキハ受取リタル物自體ヲ返還スルノ義務ヲ負フ。尙ホ此場合ニ於テハ使用賃借ノ場合ト同ジク收去ノ權利義務ヲ生ジ（六一六、五九八）又必要費有益費ニ關スル償還問題ヲ發生ス（六〇八I、II）。

特別擔保

（六）賃借人ノ債務ニ對スル特別擔保　不動產ノ賃貸人ハ其不動產ノ借賃其他賃貸借關係ヨリ生ジタル賃借人ノ債務ニ付キ賃借人ノ動產上ニ先取特權ヲ有ス（三一一以下）。又不動產殊ニ建物ノ賃貸借ニ於テ賃借人ノ債務ヲ擔保スルガ爲メニ豫メ授受セラルル金錢タル所謂敷金ハ契約保證金ノ一種ニ屬ス。

借賃支拂義務

（七）借賃支拂義務　借賃トハ賃借物ノ使用收益ノ對價トシテ定期ニ支拂フ可キ有價物ナリ。必シモ金錢タルコトヲ要セズ。賃借人ハ借賃支拂ノ義務ヲ有スルコト勿論ナレドモ（六〇一）其額ハ當事者ノ合意ニヨリテ定メラル可ク、特約ニ依ルニ非ザレバ當事者一方ノ意思ノミニ因リテ之レヲ增減スルコトヲ得ズ。但シ此點ニ付キ次ノ例外アリ。

（イ）收益ヲ目的トスル土地ノ賃貸借ニ於テ不可抗力ニ因リ借賃ヨリ少ナキ收益ヲ得タル場合

ニ於テハ其收益額マデ借賃ノ減額ヲ請求スルコトヲ得(六〇九)。尙ホ右ノ減收二年以上ニ及ブトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得(六一〇)。尤モ宅地ノ場合ハ例外トス(六〇九但書)。然ルニ借地法及借家法ニ於テハ法定ノ事由ニ基キ借賃ガ不相當トナリタル場合ニ於テ借賃ノ增加又ハ減少ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(借地法一二、借家法七)。

(ロ) 賃借物ノ一部ガ賃借人ノ過失ニ因ラズシテ滅失シタルトキハ賃借人ハ其滅失シタル部分ノ割合ニ應ジテ借賃ノ減額ヲ請求スルコトヲ得(六一一I)。

次ニ借賃支拂ノ時期ハ特約ナキ限リ動產、建物、宅地ニ付テハ毎月末、其他ノ土地ニ付テハ毎年末ナリ。但シ收穫季節アルモノハ其季節後遲滯ナク借賃ノ支拂ヲ爲スコトヲ要ス(六一四)。

第三項 第三者ニ對スル效力

賃借權ハ債權ナルヲ以テ第三者ニ對抗シ得ザルヲ以テ本則トスレドモ不動產賃借權ハ之レヲ登記スルニ因リテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルニ至ルモノトス(六〇五)。此效力ハ登記以後ニ物權ヲ取得シタル者ニ對シテ生ズベキヲ原則トスレドモ、第六〇二條ニ定メタル期間ヲ超エザル賃貸借ニ在リテハ其登記前ニ登記セラレタル抵當權又ハ質權ニ對シテモ對抗力ヲ有スルモノナリ(三九五、三六一)。又借家法ノ賃借權ハ登記ナクモ建物ノ引渡ニヨリ對抗力ヲ具備スルニ至ル(同法一)。尙ホ建物ノ所有ヲ目的トスル土地ノ賃借權ニ因リ賃借人ガ其土地上ニ登記シタル建物ヲ有スルトキハ土地ノ賃借權ハ登記ナキモ之レヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得(建物保護法)。最後ニ船舶ノ賃貸借ハ之レヲ登記シタルトキハ對抗力ヲ生ズルモノトス(商五五六)。

存續期間ノ滿了

第四款 賃貸借ノ終了

賃貸借ノ終了ニ付キ特ニ說明ヲ要スベキモノ次ノ如シ。

(一) 存續期間ノ滿了　賃貸借ハ契約ヲ以テ定メタル存續期間ノ滿了ニ因リテ終了ス。借地法ノ場合ニ於テハ約定存續期間ガ三十年以上又ハ二十年以上ナルトキハ其期間ノ滿了ニ因リテ賃貸借ハ終了ス(同法二II)。然ルニ約定期間ガ之レヨリモ短キトキハ六十年又ハ三十年ノ期間ノ經過ニヨリテ終了スベキモ若シ之レヨリ以前ニ於テ建物ガ朽廢シタルトキハ此限リニ在ラズ(同法二I)。但シ朽廢以外ノ原因ニヨリ建物ノ滅失シタルトキハ借地權ハ之レニヨリ消滅スルコトナシ。契約ニ於テ別段存續期間ヲ定メザリシトキニ於テモ亦上述シタルトコロト全ク同樣ナルモノトス(同法二I)。然ルニ借地法ノ適用ナキ通常ノ場合ニ於テハ之レト異ナリ存續期間ノ定メナキトキハ解約申入ニ依リテ契約ハ終了スルモノナリ。

解約申入

(二) 解約申入(告知)　(イ)當事者ガ存續期間ヲ定メザリシトキハ各當事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得。此場合ニ於テハ法定ノ猶豫期間ノ經過ニヨリテ賃貸借契約ハ終了スルモ

告知期間ナキ告知

ノトス(六一七I)。但シ收穫季節アル土地ノ賃貸借ニ付テハ別段ノ規定アリ(六一七II)。(ロ)契約ニ因リ當事者ガ其存續期間ヲ定メタル場合ニ於テモ當事者ノ一方又ハ各自ガ解約權ヲ留保シタルトキハ其賃貸借契約ハ上述(イ)ノ規定ノ準用アルモノトス(六一八)。

(三) 告知期間ナキ告知　第六二〇條ニ所謂解除ハ單ニ將來ニ向ツテノミ其效力ヲ生ズルモノナルヲ以テ告知タルノ性質ヲ有ス。而テ右ノ如キ權利ノ發生原因ハ(イ)第六〇七條(ロ)第六一〇條(ハ)第六一一條二項(ニ)第六一二條二項等ニシテ賃貸借契約ニ於テハ右ノ外一般的解除原因(五四一以下)アルトキニ於テモ單ニ將來ニ向ツテノミ解除權發生ス。但シ當事者ノ一方ニ過失アリタルトキハ之レニ對スル損害賠償ヲ爲スコトヲ妨ゲザルモノトス(六二〇但書)。

默示ノ賃貸借更新

(四) 默示ノ賃貸借更新　期間滿了後賃借人ガ賃借物ノ使用又ハ收益ヲ繼續スル場合ニ於テ賃貸人ガ之レヲ知リテ異議ヲ述ベザリシトキハ前賃貸借ト同一ノ條件ヲ以テ更ニ賃貸借ヲ爲シタルモノト推定ス。但シ當事者ハ此再賃貸借ヲ以テ期間ノ定メナキモノトシテ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得ベク、前賃貸借ニ付キ當事者ガ擔保ヲ供シタルトキハ其擔保ハ期間ノ滿了ニ因リテ消滅ス。然レドモ敷金ハ此限リニ在ラズ(六一九)。此場合ニ付キ借地法、借家法ハ前契約ト同一條件ニテ更ニ、賃借權ヲ設定シタルモノト看做シタリ(借地法六、借家法二)。而テ此借地權ハ三十年又ハ二十年若クハ建物ノ朽廢ニ至ル迄存續スルモノトシタリ(借地法六、八)。

賃借人ノ破產

(五) 賃借人ノ破產　賃借人ガ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ賃貸借ニ存續期間ノ定メアルトキト雖モ賃貸人又ハ破產管財人ハ第六一七條ノ規定ニ從ヒ解約申入ヲ爲スコトヲ得ベク、此場合ニ於テハ各當事者ハ相手方ニ對シ解約ニ因リテ生ジタル損害ノ賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス(六二一)。

賃貸物ノ滅失

(六) 賃貸物ノ滅失

第七節　雇　傭

第一款　雇傭ノ性質

雇傭トハ當事者ノ一方ガ相手方ニ對シテ勞務ニ服スルコトヲ約シ相手方ガ之レニ其報酬ヲ與フルコトヲ約スル契約ナリ(六二三)。故ニ(イ)雇傭ハ勞務ノ供給自體ヲ契約ノ目的トナスモ勞務ノ種類ハ之レヲ問フコトナシ。(ロ)勞務ノ供給ニ對シテ報酬ヲ支拂フコトヲ約スルモノナルヲ以テ雇傭ハ有償且ツ雙務契約ナリ。(ハ)諾成且ツ不要式契約ナリ。元來雇傭ハ請負及委任ト共ニ勞務ヲ提供スル契約ナリト雖モ其間ニ明確ナル觀念上ノ區別アルヲ以テ彼此混同セザルヲ要ス。卽チ請負ハ仕事ノ完成ヲ目的トシ委任ハ事務ノ處理ヲ主眼トスルニ反シ、雇傭ハ勞務自體ノ供給ヲ目的トナスモノナリ。此雇傭ト關連シテ研究スルコトヲ必要トセラルルモノハ彼ノ所謂勞働協約ナ

ルモノトス。然レドモ此處ニ於テハ煩ヲ避クル爲メ單ニ雇傭ニ關スル說明ノミヲ爲サント欲ス。

第二款　雇傭ノ效力

使用者ノ義務
報酬支拂ノ義務

第一　使用者ノ義務

（一）報酬支拂ノ義務　使用者ハ勞務ノ供給ニ對シテ報酬支拂ノ義務ヲ有ス。而テ期間ヲ定メタル報酬ハ其期間ノ經過シタルトキ又然ラザル場合ニ於テハ勞務ノ終リタルトキニ於テ之レヲ支拂フベキモノトス（六二四）。尤モ特約アルトキハ之レニ從フ。

使用者ノ扶助義務

（二）使用者ノ扶助義務　使用者ハ特別法例ヘバ工場法ノ規定ニヨリ扶助義務ヲ負フコトアリ（同法一五）。

勞務者ノ義務

（三）使用者ハ勞務者ノ承諾アルニ非ザレバ其權利ヲ第三者ニ讓渡スルコトヲ得ズ（六二五I）。

第二　勞務者ノ義務

勞務者ハ勞務自體ノ供給ヲ爲ス義務ヲ負擔ス。而テ使用者ノ承諾アルニ非ザレバ第三者ヲシテ自己ニ代リテ勞務ニ服セシムルコトヲ得ズ。若シ勞務者ガ之レニ違反シ第三者ヲシテ勞務ニ服セシメタルトキハ使用者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ベシ（六二五II、III）。

第三款　雇傭ノ終了

雇庸契約終了ノ原因トシテ特ニ注意スベキモノ次ノ如シ。

勞務ノ終了

（一）勞務ノ終了。

期間ノ滿了

（二）期間ノ滿了　雇傭期間ノ定メアル場合ハ其滿了ニ因リテ雇傭契約ハ終了ス。

解約申入

（三）解約申入　雇傭期間ノ定メナキトキハ各當事者ハ何時ニテモ解約申入ヲ爲スコトヲ得。而テ解約申入ヲ爲シタルトキハ一定ノ猶豫期間經過後契約ハ終了ス。其猶豫期間ハ（イ）通常ハ二週間トス（六二七I）。（ロ）期間ヲ以テ報酬ヲ定メタルトキハ次期以後ニ對シテノミ解約申入ヲ爲スコトヲ得ベク、右ノ申入ハ其期間ガ六ケ月未滿ナルトキハ當期ノ前半ニ於テ又六ケ月以上ナルトキハ三ケ月以內ニ之レヲ爲スコトヲ要ス（六二七II、III）。又雇傭ノ期間ノ定メアルトキニ於テモ右ノ申入ヲ爲スコトヲ得。而テ此場合ニ於テ雇傭ノ期間ガ五年ヲ超過シ又ハ當事者ノ一方若クハ第三者ノ終身間繼續スベキモノナルトキハ當事者ノ一方ハ五年ヲ經過シタル後ハ三ケ月以上ノ豫告期間ヲ置キ何時ニテモ解約申入ヲ爲スコトヲ得（六二六）。

告知期間ナキ告知

（四）告知期間ナキ告知　（イ）勞務者ガ使用者ノ承諾ナクシテ第三者ヲ勞務ニ服セシメタルトキハ使用者（六二五III）（ロ）已ムコトヲ得ザル事由アルトキハ其當事者（六二八）ハ直チニ契約ヲ解除

スルコトヲ得ベシ(六三〇、六二〇)。但シ其已ムコトヲ得ザル事由ガ當事者一方ノ過失ニ出デタルトキハ相手方ニ對シテ損害ヲ賠償スベキモノトス(六二八但書)。

默示ノ再雇傭

(五) 默示ノ再雇傭(六二九)

勞務者ノ死亡

(六) 勞務者ノ死亡

使用者ノ破產

(七) 使用者ノ破產(六三一)

第八節 請負

第一款 請負ノ性質

請負トハ當事者ノ一方ガ相手方ニ對シテ或ル仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方ガ之レニ對シテ報酬ヲ與フルコトヲ約スル契約ヲ云フ(六三二)。故ニ(イ)請負ハ仕事ノ完成ヲ目的トスル契約ナリ。(ロ)仕事ノ完成ニ對シテ報酬ヲ支拂フコトヲ約スルモノナルヲ以テ請負ハ有償且ツ雙務契約ナリ。(ハ)請負ハ諾成且ツ不要式契約ナリ。仕事ヲ完成スルト云フハ勞務ノ結果ヲ發生セシムルコトヲ云フ。

第二款 請負ノ效力

請負人ノ義務

仕事完成ノ義務

作成物移轉ノ義務

擔保責任

第一 請負人ノ義務

(一) 仕事完成ノ義務　請負人ハ仕事完成ノ義務ヲ負フ。故ニ請負人ガ仕事ニ着手セズ又ハ之レヲ完成セザルトキハ債務不履行ニ基キ注文者ハ損害賠償竝ニ契約ノ解除等ヲ爲スコトヲ得ベシ(四一五、四一四II、五四一、五四二)。請負人ガ仕事ニ着手スベキ時期ハ特約ナキ限リ直チニ之レヲ爲スベキモノトス。但シ何時ニ於テ遲滯ニ陷ルヤニ付キテハ第四一二條ノ規定ニ從フ。此處ニ問題トナルハ中途ニテ材料ガ滅失又ハ毀損シタルトキ或ハ仕事完成後引渡前ニ於テ事變ニ因リ其作成物ガ滅失シタル場合之レナリトス。尙ホ請負人ガ注文者ヨリ材料ヲ供セラレタルトキハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ之レヲ保管スルコトヲ要ス。

(二) 作成物移轉ノ義務　請負ノ目的ガ工作又ハ修繕物等ニ關スルトキハ請負人ハ契約ノ本旨ニ從ヒ其物ヲ完成スルノ外尙ホ其作成物ヲ注文者ニ引渡スノ義務ヲ有ス。此問題ニ付テハ作成物ノ所有權ガ何人ニ屬スルヤヲ定ムルコトヲ要ス。而テ作成物ノ所有權ハ結局何人ガ材料ヲ提供シタルヤト云ヘルコトト第二四〇條乃至第二四八條ノ規定トニヨリテ之レヲ決ス可キモノトス。

(三) 擔保責任　請負人ノ擔保責任ハ固ヨリ有償契約タルノ性質ニ起因スルモノナリト雖モ民法ハ第六三四條以下ニ於テ特別ナル規定ヲ設ケタリ。

(イ) 擔保責任ノ種類　(1)瑕疵修補ノ義務(六三四)(2)損害ノ賠償(六三四II)(3)契約ノ解除(六三五)

之レナリ。

（ロ）擔保責任ノ除却　請負人ノ有スル擔保責任ハ左ノ場合ニ於テハ其免除又ハ輕減ヲ受ク

ルモノトス。卽チ(1)仕事ノ目的物ノ瑕疵ガ注文者ヨリ供シタル材料ノ性質又ハ注文者ノ與ヘタル指圖ニ因リテ生ジタルトキ(六三六)(2)當事者ノ特約ヲ以テ擔保責任ヲ免除シ又ハ之レヲ輕減シタルトキ之レナリ(六四〇)。

（ハ）擔保責任ノ存續期間　(1)請負人ノ負擔スル擔保責任ハ原則トシテ一年間存續シ注文者ニ於テ右ノ期間內ニ瑕疵修補、損害賠償又ハ契約解除ノ請求權ヲ行使セザルトキハ請負人ハ其擔保責任ヲ免カルルモノトス(六三七)。(2)土地ノ工作物又ハ地盤ノ瑕疵ニ付テハ請負人ハ其引渡後五年間擔保ノ責任ヲ負擔シ、又其工作物ガ石造、土造、煉瓦造又ハ金屬造ナルトキハ其期間ハ十年ナリ(六三八)。

危險負擔

（四）危險負擔　請負ニ於ケル危險負擔トハ請負人ノ義務タル仕事ノ完成ガ其責ニ歸スベカラザル事由ニ因リテ不能トナリタルトキ請負人ハ之レガ爲メニ其報酬請求權ヲモ喪失スベキヤノ問題ニ外ナラズ。右ノ內ニ於テ最モ問題トナルハ請負人ガ材料ヲ供シテ工作ヲ爲シ仕事完成ノ上其物ヲ注文者ニ引渡ス可キ場合ニ於テ當事者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニヨリテ履行不能トナリタル場合ナリ。此點ニ於テハ學者間ニ議論アレドモ仕事ヲ完成シ其目的物ヲ注文者ニ引渡ス迄ハ請負人ニ於テ危險ヲ負擔スベキモノトスル說ヲ以テ妥當ナリト信ズ（同說横田氏前揭五九二頁、磯谷氏前揭六五七頁）。

注文者ノ義務

第二　注文者ノ義務

注文者ハ特約アル場合ヲ除キ（イ）仕事ノ完成後目的物ノ引渡ヲ要スル場合ニ於テハ其引渡ト共ニ（ロ）然ラザルトキハ仕事完成ノ時ニ於テ請負人ニ對シテ報酬支拂ヲ爲スベキモノトス（六三三）。

第三款　請負ノ終了

請負契約終了ノ原因中特ニ注目スベキモノハ（イ）仕事ノ完成又ハ仕事ノ不能（ロ）解除之レナリ。解除ハ一般原則ニ因ルノ外、第六三五條、第六四〇條、第六四二條ノ規定ニ從ツテ注文者又ハ請負人ニ於テ請負ノ解除ヲ爲スコトヲ得。而テ請負ハ之レニヨリテ終了ス。

第九節　委　任

第一款　委任ノ性質

委任トハ當事者ノ一方ガ法律行爲ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託シ相手方ガ之レヲ承諾スルニ因リ

テ成立スル契約ナリ(六四三)。其委託ヲ爲ス者ヲ委任者ト云ヒ其委任ヲ承諾スル者ヲ受任者ト稱ス。委任ノ定義以上ノ如クナルヲ以テ(イ)委任ハ委任者ガ法律行爲ヲ爲スコトヲ受任者ニ委託スル契約ナリ。(ロ)受任者ニ於テ法律行爲ノ委託ヲ受諾スル契約ナリ。(ハ)委任ハ他人ノ事務ノ處理ヲ爲スコトヲ目的トス。(ニ)其性質上無償片務ノ契約ナレドモ當事者ノ特約ヲ以テ之レヲ有償雙務ノ契約ト爲スコトヲ得ベシ。尙ホ民法ハ右ノ外法律行爲ニ非ザル事務ノ委託ナルモノヲ認メ委任ノ規定ヲ準用スベキモノトナシタリ。之レヲ稱シテ準委任ト云フ。要スルニ委任ニ於テハ法律行爲其他ノ事務ノ處理ヲ其目的トスルモノニシテ雇傭ノ如ク勞務自體ノ供給ニモアラズ、又請負ノ如ク仕事ノ完成ヲ目的トスルモノニモアラザルナリ。

第二款　委任ノ效力

受任者ノ義務

第一　受任者ノ義務

受任者ハ委任ノ本旨ニ從ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ處理スルノ義務ヲ負フモノトス(六四四)。從ツテ受任者ハ必シモ委任者ノ指圖ニ從フコトヲ要セズ、又單ニ其指圖ニ從ヒタルコトノミヲ以テ足ルモノニ非ズ。蓋シ委任ハ信任關係ニ基クモノニシテ、委任者ハ受任者其人ヲ信賴シテ其事務ノ處理ヲ委託シタルガ故ニ受任者ハ極メテ周到ナル注意ヲ以テ其事務ヲ行フベキガ爲メナリ。上述シタル委任事務處理ノ義務ト關連シテ委任事務處理ノ報告ヲ爲サザル可ラズ(六四五)。次ニ受任者ハ委任事務處理ニ當リテ受取リタル金錢其他ノ物及其果實ヲ受任者ニ引渡スベク又委任者ノ爲メニ自己ノ名ヲ以テ取得シタル權利ハ之レヲ委任者ニ移轉セザル可ラズ(六四六)。後ニ受任者ガ委任者ニ引渡ス可キ金額又ハ其利益ノ爲メニ用ユベキ金額ヲ自己ノ爲メニ消費シタルトキハ其消費シタル日以後ノ利息ヲ支拂ヒ尙ホ損害アリタルトキハ其賠償ヲ爲サザルベカラズ(六四七)。

委任者ノ義務

第二　委任者ノ義務

元來委任ナルモノハ古來ヨリ無償ナルヲ以テ原則トナシタレドモ、近代ニ於テハ斯ノ如キコトナク、我ガ民法ハ無償ナルコトヲ以テ委任ノ特色ト爲スコトナシ。有償無償委任ニ共通セル委任者ノ義務ハ(イ)費用前拂ノ義務(六四九)(ロ)立替費用及其利息償還ノ義務(六五〇I)(ハ)債務辨濟及擔保提供ノ義務(六五〇II)。(ニ)損害賠償義務(六五〇III)ノ四之レナリ。尙ホ有償委任ノ場合ニ於テハ以上ノ外報酬支拂義務ヲ有ス(六四八I)。而テ其支拂ハ通常ハ委任事務履行ノ後ナレドモ期間ヲ以テ報酬ヲ定メタルトキハ其期間經過後ニ於テ之レヲ爲スベキナリ(六四八II)。尤モ委任ガ受任者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因リテ其履行ノ半途ニ於テ終了シタルトキハ受任者ハ其既ニ爲シタル履行ノ割合ニ應ジテ報酬ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス(六四八III)。

第三款　委任ノ終了

委任終了ニ付キ特ニ規定アルモノ次ノ如シ。（イ）委任者又ハ受任者ノ死亡（六五三）（ロ）委任者又ハ受任者ノ破産及受任者ノ禁治産（六五三）（ハ）告知期間ナキ告知（六五一I）（ニ）告知（六五二）等之レナリ。尙ホ委任事務終了ノ場合ニ於テ急迫ノ事情アルトキハ受任者、其相續人又ハ法定代理人ハ委任者、其相續人又ハ法定代理人ガ委任事務ノ處理ヲ爲スコトヲ得ル時ニ至ル迄必要ナル處分ヲ爲サザル可ラズ（六五四）。又委任終了ノ事由ハ之レヲ相手方ニ通知シ或ハ相手方之レヲ知リタルトキニ非ザレバ之レヲ以テ其相手方ニ對抗スルコトヲ得ザルモノトス（六五五）。

第十節　寄託

第一款　寄託ノ性質

寄託トハ當事者ノ一方ガ相手方ノ爲メニ保管ヲ爲スコトヲ約シテ或物ヲ受取ルニ因リテ成立スル契約ヲ云フ（六五七）。卽チ（イ）寄託ハ物ノ保管卽チ目的物ヲ自己ノ所持内ニ置キテ之レヲ保護シ其原狀ヲ維持セシムルコトヲ目的トスル契約ナリ。（ロ）受寄者ハ寄託者ヨリ目的物ヲ受取ルコトヲ要スルヲ以テ寄託ハ所謂要物契約ナリトス。（ハ）寄託ノ客體ハ物卽チ有體物ナリ。（ニ）無償且ツ片務契約ナルヲ以テ原則トスレドモ、當事者ハ特約ニ因リ之レヲ有償且ツ雙務契約ト爲スコトヲ得ベシ。

受寄者ノ義務
受寄物保管ノ義務

第二款　寄託ノ效力

第一　受寄者ノ義務

（一）受寄物保管ノ義務　受寄者ガ寄託ノ效果トシテ負擔スル義務ノ中最モ主要ナルモノハ受寄物保管ノ義務ナリトス。而テ保管ノ何ナルヤニ付テハ既ニ述ベタリ。先ヅ受寄者ハ寄託者ノ承諾ナキ限リ目的物ヲ使用シ又ハ第三者ヲシテ之レヲ保管セシメザルノ義務ヲ有シ（六五八I）而テ第三者ヲシテ受寄物ヲ保管セシムルコトヲ得ル場合ニ於テハ第一〇五條及第一〇七條二項ノ規定ノ準用アリ（六五八II）。又保管ノ方法ニ關シテ特約アラバ之レニ從ヒ、然ラザルトキニ於テハ寄託ノ目的、寄託物ノ種類、性質竝ニ報酬ノ有無等ヲ參酌シテ之レヲ決定スベキモノトス。保管ノ場所ニ付テモ亦同ジ。最後ニ保管義務ノ程度ハ有償寄託ナリヤ否ヤニヨリテ同ジカラズ。有償ノ場合ニ於テハ受寄者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ目的物ヲ保管スルコトヲ要シ、無償ナル場合ニ於テハ自己ノ財產ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スヲ以テ足ルモノトス（四〇〇、六五九）。

保管ニ附隨スル義務

（二）保管ニ附隨スル義務　上述シタル保管ノ義務ニ關連シテ受寄者ハ（イ）危險通知ノ義務

寄託者ノ義務

(六六〇)(ロ)引渡並ニ權利移轉ノ義務(六六五、六六四)(ハ)利息支拂及損害賠償義務(六六五、六四七)

(ニ)寄託物返還ノ義務ヲ有ス。受寄者ハ寄託ノ終了ニ際シ目的物ノ返還ヲ爲スベキコトハ勿論ナルモ、其返還ヲ爲スベキ場所ハ其保管ノ爲スベキ場所ナリ。但シ特約アルトキハ之レニ從フ。尤モ受寄者ガ正當ノ事由ニ基キ其物ヲ轉置シタルトキハ其現在ノ場所ニ於テ之レヲ返還スルコトヲ得ベシ(六六四)。

第二 寄託者ノ義務

寄託者ノ義務ノ中ニ於テ有償無償寄託ニ共通スルモノハ(イ)費用前拂ノ義務(六六五、六四九)(ロ)立替費用及利息償還ノ義務(六六五、六五〇I)(ハ)債務辨濟及擔保義務(六六五、六五〇II)(ニ)損害賠償義務(六六一)之レナリ。而テ有償寄託ノ場合ニ於テハ寄託者ハ報酬支拂ノ義務ヲ有ス。此點ニ付テハ有償委任ノ規定ノ準用アリ(六六五、六四八)。

第三款 寄託ノ終了

寄託ハ左ノ事由ニヨリテ終了スベキモノトス。卽チ(イ)寄託期間ノ滿了(ロ)寄託物ノ滅失(ハ)告知(ニ)解除條件ノ成就(ホ)解除等之レナリ。以上ノ中ニ於テ特ニ述ブベキモノハ告知ナリ。卽チ寄託者ハ寄託物返還時期ノ定メナキ場合ニ於テハ何時ニテモ告知權ヲ行使シテ其物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得(六六三I)。又寄託物返還時期ノ定メアル場合ニ於テモ已ムコトヲ得ザル事由アルトキハ告知權ヲ行使シテ其物ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ベシ(六六三II)。

使用寄託

消費寄託

第四款 特殊ノ寄託

(一) 使用寄託　寄託ハ元來目的物ノ保管ヲ以テ其目的トナスモノナレドモ、特約ニヨリ物ノ保管ト同時ニ受寄物ノ使用ヲ爲シ得ル場合ニ於テ物ノ使用ガ單ニ附隨的ナルトキハ之レヲ使用寄託ト云フ。

(二) 消費寄託　受寄者ガ契約ニ依リ受寄物ヲ消費スルコトヲ得ル場合ニ於テハ受寄者ハ其返還ニ際シ其受取リタル物ト同種同等同量ノ物ヲ以テ寄託者ニ返還スルコトヲ得ベシ。之レヲ稱シテ消費寄託又ハ不規則寄託ト云ヒ、之レニ對シテハ消費貸借ノ規定ノ準用アルモノトス(六六六)。尤モ契約ニ返還時期ヲ定メザリシトキハ寄託者ハ何時ニテモ返還ヲ請求スルコトヲ得(六六六但書)。消費寄託ハ、混藏寄託ト區別スベキナリ。後者ハ數人ヨリ寄託サレタル代替物ヲ混同シテ保管スルコトヲ許サレタル場合ナリトス。

第十一節 組合

第一款 組合ノ性質

組合トハ各當事者ガ出資ヲ爲シテ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ其目的トスル契約ナリ(六六七)。故ニ

(イ)組合ハ契約ニシテ各當事者ガ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ以テ其目的トナス。而テ公序良俗ニ反セザル限リ其事業ノ何タルヤハ之レヲ問フコトナシ。又其事業ハ各組合員ノ共同ノ利益ノ爲メ之レヲ爲スモノナルコトヲ要ス。(ロ)組合ハ各當事者ニ於テ出資ヲ爲スコトヲ約スル契約ナリ。但シ其出資ノ種類及內容ニ付テハ法律上別段ノ制限ナシ。故ニ金錢ハ勿論勞務竝ニ信用其他單純ナル不作爲ノ如キモノト雖モ之レヲ以テ出資ノ目的ト爲スコトヲ得ベシ(同說末弘氏前揭八一四頁、磯谷氏前揭七一六頁、反對鳩山氏前揭六六四頁)。

組合財產ノ性質

組合ト法人トハ(イ)人格ノ有無(ロ)其設立行爲ノ形體トニヨリテ明ラカニ區別セラル。然レドモ組合ハ團體性アルガ故ニ、コノ點ニ於テ通例ノ債權契約トハ之レヲ區別スベキナリ。

第二款　組合契約ノ效力

第一項　組合ノ財產關係

第一　組合財產ノ性質

組合ハ各組合員間ノ契約ニヨリテ成立セルモノニシテ組合トシテ別個ノ人格ヲ有セザルモノナルヲ以テ組合財產ハ結局總組合員ノ財產ニ外ナラズ。而テ各組合員ハ契約ニ基キ出資ノ義務ヲ負フヲ以テ、組合財產ハ先ヅ第一ニ組合員ノ出資ニ基クモノニシテ第二ニ業務ノ執行ニ起因スル財產ヲ以テ構成セラル。出資ノ內容ニ付テハ制限ナキコト上述ノ如シト雖モ、此處ニ問題トナルハ出資請求權ナリ。吾人ハ之レヲ以テ組合財產ヲ構成スルモノト解ス(同說磯谷氏前揭七一九頁、鳩山氏前揭六八七頁、反對石坂氏前揭研究三卷六七頁、末弘氏前揭八二二頁)。尙ホ金錢ヲ以テ出資ノ目的トナシタル場合ニ於テ其出資ヲ遲滯シタルトキハ利息ノ支拂及損害賠償ヲ爲スコトヲ要ス(六六九)。出資ハ特約アル場合ノ外何レノ組合員ニ對シテモ之レヲ爲スコトヲ得ベシ。又出資其他ノ組合財產ハ上述ノ理ニヨリ組合員ノ共有ニ屬スルモノトス(六六八)。

組合財產上ノ持分

第二　組合財產上ノ持分

前述ノ如ク組合員ハ組合財產ヲ共有スルヲ以テ各組合員ハ組合財產ニ付キ其持分ヲ有ス。從ツテ本來共有ニ關スル規定ノ適用アルベキモノナレドモ組合ハ特殊ノ團體ナルヲ以テ民法モ亦別段ノ規定ヲ設ケタリ。卽チ(イ)組合員ガ組合財產ニ付キ其持分ヲ處分シタルトキハ其處分ハ之レヲ以テ組合及組合ト取引ヲ爲シタル第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ。又(ロ)組合員ハ淸算前ニ於テハ組合財產ノ分割ヲ請求スルコトヲ得ザルモノトス(六七六)。

組合ノ債務

第三　組合ノ債務

(一)　組合ノ債權者ハ其債權發生當時組合員ノ損失分擔ノ割合ヲ知ラザリシトキハ各組合員ニ對シテ均一部分ニ付キ其權利ヲ行フコトヲ得ルモノナリ(六七五)。元來各組合員ノ損失分擔ハ特約ナキ限リ其出資額ニ應ズベキモノナリト雖モ其事情ヲ知ラザル第三者ヲ保護センガ爲メニ各組合員

ニ對シテ平等均一ニ其權利ヲ行フコトヲ得シメタリ。故ニ其事情ヲ知レル債權者ハ固ヨリ內部關係ニ於ケル損失分擔ノ割合ニ應ジテ其權利ヲ行フコトヲ得ルモノトス。

(二) 組合ノ債務者ハ其債務ト組合員ニ對スル自己ノ債權トヲ相殺スルヲ得ズ(六七七)。蓋シ組合ノ債務者ノ債務ハ不可分的ニ總組合員ニ對シテ之レヲ負擔スルモノナルガ爲メナリ。

(三) 組合員ハ無限責任ヲ負フ。蓋シ組合ノ債務ハ總組合員ノ共同債務ナルヲ以テ各組合員ノ負擔スル債務ニ付テハ其全財產ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ要ス。單ニ其出資又ハ出資義務ニ制限セラルルコトナシ。

損益ノ分配

第四 損益ノ分配

組合契約又ハ特約ナキトキハ損益分配ノ割合ハ各組合員ノ出資ノ價額ニ應ジテ之レヲ定ム可キモノトス(六七四)。而テ利益又ハ損失ニ付テノミ分配ノ割合ヲ定メタルトキハ其割合ハ利益及損失ニ共通ナルモノト推定セラル(六七四II)。

第二項 組合ノ業務執行

對內關係

第一 對內關係

業務執行ノ方法

(一) 業務執行ノ方法 各組合員ハ別段ノ定メ無キ限リ其業務ノ執行ニ參與スルノ權利義務ヲ有シ全員ノ過半數ヲ以テ其執行方法ヲ決ス(六七〇I)。但シ此處ニ過半數ト云フハ出資額ノ如何ニ拘ラズ單ニ其員數ヲ以テ標準トナス。然ルニ若シ組合契約又ハ其追加契約ニヨリ業務執行者ヲ定メタルトキハ其過半數ニヨリテ之レヲ決ス(六七〇II)。各組合員ハ此場合ト雖モ其業務及組合財產ノ狀況ヲ檢査スルコトヲ得ベシ(六七三)。尙ホ組合ノ常務ハ以上ノ規定ニ拘ラズ各組合員又ハ各業務執行者之レヲ專行スルコトヲ得ルモ、其結了前ニ他ノ組合員又ハ業務執行者ガ異議ヲ述ベタルトキハ例外トス(六七〇III)。此處ニ常務トハ日常取扱フ輕微ナル事務ノコトヲ云フ。

業務執行者ノ權利義務

(二) 業務執行者ノ權利義務 業務執行者ハ正當ノ事由アルニ非ザレバ辭任ヲ爲スコトヲ得ザルト共ニ又解任セラルルコトナシ。而テ正當ノ事由ニヨリテ解任スル場合ニ於テモ他ノ組合ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(六七二)。

對外關係

第二 對外關係

業務執行者ガ組合ノ名ニ於テ第三者ニ對シテ爲シタル法律行爲ノ效力ガ直接ニ組合ニ歸屬スルヤ否ヤハ結局右ノ執行者ガ代理權ヲ有セシヤ否ヤノ問題ニ歸着ス。蓋シ對內關係ニ於テ業務執行權アルコトハ當然ニ對外關係ニ於テモ其權利アルモノトハ速斷シ得ザルガ爲メナリ。而テ組合ノ業務執行者ニ對シテ民法ハ別段ノ規定ヲ爲サザルモ、組合ノ活動ハ當然ニ第三者ニ利害關係ヲ生ゼシムベキヲ以テ業務執行者ヲ定ムル組合契約又ハ委任契約ハ通常ノ場合ニ於テハ代理權ノ授與ヲ包含スルモノト解スルヲ相當トス。尙ホ組合ノ業務執行者ハ裁判上組合ヲ代表シテ原告又ハ被

告トナリ得ルヤ否ヤニ付テハ、民事訴訟法第四六條ノ規定ヲ參照スベシ。

第三款　組合契約ノ終了

組合員ノ脫退

第一　組合員ノ脫退

本來組合契約ハ全員ノ合意ニ因リ成立シタルモノナルガ故ニ組合員ノ脫退アリタルトキハ從來ノ組合消滅シ新ナル組合成立スベキ筈ナレドモ、民法ハ組合ニ團體性ヲ承認スルコトガ組合ノ機能ヲ發揮セシムルモノナリトシテ組合員ノ脫退ハ脫退セル組合員ニ對シテハ組合關係消滅スルモ既存ノ組合ハ依然存續スルモノトナシタリ。

脫退ニハ任意脫退(六七八I、II)組合員ノ死亡、破產、禁治產(六七九)組合員ノ除名(六七九、六八〇)等アリ。脫退ニヨル效果ハ次ノ如シ。卽チ(イ)脫退員ノ持分ハ其出資ノ種類如何ヲ問フコトナク金錢ヲ以テ之レヲ拂戻スコトヲ得。(ロ)其計算ハ脫退當時ニ於ケル組合財產ノ狀況ニ從ヒテ之レヲ爲ス(六八一I)。(ハ)脫退ノ當時ニ於テ未ダ結了セザル事項ニ付テハ其結了後ニ計算ヲ爲スコトヲ得(六八一III)。(ニ)元來脫退ハ脫退員ニ對スル組合契約ノ解除ニシテ其效力ハ將來ニ向ツテノミ生ズルモノトス(六八四、六二〇)。

組合ノ解散

第二　組合ノ解散

組合解散ノ事由左ノ如シ。(イ)其目的タル事業ノ成功又ハ成功ノ不能(六八二)(ロ)已ムコトヲ得ザル事由ニ因ル解散ノ請求(六八三)(ハ)組合契約ヲ以テ定メタル解散事由ノ發生(ニ)總組合員ノ合意之レナリ。而シテ組合ノ解散ハ單ニ將來ニ向ツテノミ其效力ヲ生ズベク、若シ組合ノ解散ガ組合員ノ過失ニ因リテ生ジタルトキハ其組合員ニ對シテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ゲザルモノトス(六八四)。

清算

第三　清算

組合解散シタルトキハ直チニ清算ヲ開始セザル可ラズ。而テ組合ハ解散後ト雖モ清算ノ範圍內ニ於テハ存續スルモノナルヲ以テ組合財產ニ對スル共有關係ハ解散ニヨリテ直チニ消滅スルモノニハ非ズ。組合ノ清算ニ付キ民法ノ規定スルトコロ次ノ如シ。(イ)特約ナキトキハ總組合員共同ニテ又ハ其選任シタル清算人其清算ヲ爲ス(六八五)。(ロ)清算人數人アルトキハ清算事務ハ其過半數ニヨリテ之レヲ決ス(六八六)。(ハ)清算人ノ職務及權限ニ付テハ法人清算ニ關スル規定ノ準用アリ(六八九、七八)。尙ホ殘餘財產ハ各組合員ノ出資ノ價額ニ應ジテ分割セラル(六八八II)。

終身定期金契約ノ性質

第十二節　終身定期金契約

第一　終身定期金契約ノ性質

終身定期金契約ノ効力

終身定期金契約トハ當事者ノ一方ガ自己、相手方又ハ第三者ノ死亡ニ至ル迄定期ニ金錢其他ノ物ヲ相手方又ハ第三者ニ給付スルコトヲ約スル契約ナリ(六八九)。故ニ(1)此契約ハ金錢其他ノ代替物ノ給付ヲ目的トスル契約ナリ。(2)此契約ハ終身定期金債權ヲ生ゼシムルコトヲ以テ其特質トナス。(3)此契約ハ有償ナルコトアリ又無償ナルコトアリ。而テ若シ無償ナルトキハ定期ノ給付ヲ目的トスル贈與ノ一種ナル(五五二)ヲ以テ贈與ノ規定ノ適用アルベク、又若シ有償ナルトキハ其内容ニ從ヒ本節ノ規定ノ外、他ノ典型的契約ノ規定モ其性質ノ許ス限リ之レニ其適用アルモノトス。(4)此契約ハ第三者ノ爲メニ之レヲ締結スルコトヲ得。(5)終身定期金債權ハ遺言ニヨリテモ之レヲ發生セシムルコトヲ得ルモ之レニ對シテハ同ジク本節ノ規定ノ準用アルモノトス(六九四)。

第二　終身定期金契約ノ效力

此契約ヨリ生ズル主要ナル效力ハ固ヨリ定期金債權ノ發生ナリ。而テ此債權ハ契約成立ト同時ニ發生シ此基本債權ニ基キ幾多ノ支分權ヲ生ズルモノトス。定期金給付ノ時期ニ付テハ當事者ノ合意ニヨルベク、之ナキトキハ毎期ノ終リニ於テ之レヲ爲スモノト解スベシ。又定期金ノ額ハ特約ナキ限リ日割ヲ以テ計算ス(六九〇)。次ニ定期金債務ノ不履行ニ際シテハ固ヨリ一般ノ原則ノ適用アルベシト雖モ民法ハ二三ノ特例ヲ規定シタリ。卽チ(イ)終身定期金債務者ガ定期金ノ元本ヲ受ケタル場合ニ於テ定期金ノ給付ヲ怠リ又ハ其他ノ義務ヲ履行セザルトキハ相手方ハ元本ノ返還ヲ請求スルコトヲ得。而テ此元本返還請求權ハ契約解除權タルノ性質ヲ有ス。尤モ債權者ハ此場合ニ於テ既ニ受取リタル定期金ノ中ヨリ其元本ノ利息ヲ控除シタル殘額ヲ債務者ニ返還スルコトヲ要ス(六九一I)。(ロ)尙ホ損害アリシトキハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得(六九一II)。(ハ)又此場合ニ於テハ第五三三條ノ規定ノ準用アリ(六九二)。

終身定期金契約ノ終了

第三　終身定期金契約ノ終了

此契約ハ特ニ定メタル終了原因又ハ取消若クハ解除ノ如キ契約終了ノ一般的原因ニヨルノ外當事者ノ一方、相手方又ハ第三者ノ死亡ニ因リテ終了スルモノトス。此處ニ第三者トハ定期給付ヲ受クベキ第三者ノコトニシテ、一般ノ第三者ニハアラズト解スベシ。然レドモ其死亡ガ定期金債務者ノ責ニ歸ス可キ事由ニ因リテ生ジタルトキハ裁判所ハ債權者又ハ其相續人ノ請求ニ因リ相當ノ期間債權ノ存續スルコトヲ宣言スルコトヲ得ルモノナリ(六九三I)。但シ以上ノ如キ場合ニ於テモ第六九一條所定ノ元本返還請求權ノ行使ヲ爲スコトハ之レヲ妨ゲザルモノトス(六九三II)。

第十二節　和　解

和解ノ性質

第一　和解ノ性質

和解トハ當事者ガ互ニ讓歩シテ其間ニ存スル爭ヲ止ムルコトヲ約スル契約ナリ(六九五)。故ニ(1)

和解ノ效力

和解ハ當事者間ニ存スル爭ヲ止ムルコトヲ約スル契約ナリ。此處ニ爭ヒアリト云フハ法律關係ノ存否、ソノ範圍又ハ體樣ニ付キ反對ノ主張アルコトヲ意味ス。而テ爭ヒアル法律關係ノ種類ニ付テハ別段ノ制限ナク、單ニ當事者ガ處分シ得ルモノナルヲ以テ足ル。(2)和解ハ當事者ガ互ニ讓歩ヲ約ス契約ナリ。(3)和解ハ諾成有償雙務契約ナリ。尙ホ人事訴訟手續法ニ云フ和解(同法一三)ハ此處ニ云フ和解ニハアラズ。

第二　和解ノ效力

和解ハ爭アル法律關係ヲ確定セシメ最早和解前ノ主張ヲ爲スコトヲ許サズ。而テ和解ノ此效力ガ認定的ナリヤ創設的ナリヤニ付テハ議論ノ存スルトコロナレドモ(鳩山氏前揭七三七頁以下)此點ニ付テハ一概ニ之レヲ論斷スルコトヲ得ズ。要スルニ和解ノ結果ガ從前ノ法律關係ト一致スル範圍ニ於テハ認定的ニシテ然ラザルトキハ創設的ナリトス。尙ホ第六九六條ノ規定ニ注意スベシ。右ノ外カ民法上ノ和解ト訴訟法上ノ和解トハ之レヲ區別スルコトヲ要ス。

第四章　事務管理

第一節　事務管理ノ性質

事務管理トハ法律上ノ義務ナクシテ他人ノ爲メニ其事務ヲ管理スルヲ云フ(六九七I)。元來何人ト雖モ他人ノ事務ニ干涉スルノ權利ナク又其義務アルコトナシト雖モ、又之レヲ他面ヨリ考察スルトキハ他人ノ事務ナリト雖モ全然之レヲ拋擲スルコトナク其損害ノ發生ヲ防止スルガ爲メニ適當ナル行爲ヲ爲スコトハ相互依存ナル社會連帶ノ事實ヨリシテ極メテ妥當ナルコトニ屬ス。之レ卽チ法律ニ事務管理ナル規定ヲ存スル所以ナリ。事務管理ニ付テハ拙著「準契約及ビ事務管理ノ研究」ヲ參照スベシ。然レドモ事務管理ナルモノハ之レヲ濫用スルニ於テハ反ツテ其弊害少ナカラザルヲ以テ、民法ハ一面ニ於テハ管理者ノ利益保護ノ爲メニ費用償還請求權ヲ認メ他面ニ於テハ事務管理ヲ行フベキ範圍ノ制限ヲ爲シ其他管理者ノ義務ヲ規定シ以テ本人ノ利益保護ヲ期シタリ。上述シタル定義ニ付キ之レヲ分說スレバ次ノ如シ。(1)事務管理ハ他人ノ事務ノ管理ナリ。而テ其管理ヲナス者ヲ管理者ト稱シ、管理セラルル者ヲ本人ト云フ。又此處ニ事務ト云フハ法律上及事實上一切ノ行爲ヲ指スモノトス。次ニ其事務ハ他人ノ事務ナルコトヲ要シ且ツ債務ノ目的タルニ適セザル可ラズ。事務ノ意義及ビ事務ノ他人性ニ關シテハ拙著前揭二六七頁以下參照、(2)法律上ノ義務ナキコトヲ要ス。(3)他人ノ爲メナルコトヲ要ス。通說ハ管理者ニ於テ他人ノ爲メニスル意思アルコトヲ要スナセドモ正當ニアラズ。吾人ハ管理行爲ニヨツテ事實上本人ニ利益ヲ與ヘタル以上、他人ノ爲メニスル意思ナキモ事務管理ハ成立スルモノト解ス(拙著前揭二八六頁以下參照)。但シ所謂主觀的他人ノ事務ノ場合ハ此限リニ在ラズ。

尙ホ事務管理ハ適法ナル事實行爲ニシテ獨立ナル法律要件ナリ。

第二節　事務管理ノ效力

事務管理ノ效果トシテ發生スルモノハ本人管理者間ノ債權債務ナルコト勿論ナルモ之レト共ニ違法性阻却ノ效力ヲ生ズ。換言スレバ法定ノ範圍ヲ守ル限リ縱令其行爲ガ他人ノ權利ヲ侵害スル場合ニ於テモ違法性ヲ有セズ從ツテ不法行爲ニ屬セザルノ效力ヲ有ス。

管理者ノ義務
管理ノ義務

第一　管理者ノ義務

管理者ハ其事務ノ性質ニ從ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ事務ノ處理ヲナスコトヲ要ス。我ガ民法ガ最モ本人ノ利益ニ適スベキ方法ニ依リテ其管理ヲ爲スベキモノト云ヘルハコノ事ヲ示シタルモノトス(六九七I)。若シ管理者ガ本人ノ意思ヲ知リタルトキ又ハ之レヲ推知スルコトヲ得ベキトキハ其意思ニ從ヒテ管理ヲ爲スベシ(六九七II)。本項ノ趣旨ハ本人ノ意思ニ從フコトガ通例最モ本人ノ利益ニ適スベシトナシタルガ爲メニ外ナラズ。從ツテ若シ本人ノ意思ニ從フコトガ公序良俗ニ反シ又ハ社會ノ利益ニ合セザルトキハ、本人ノ意思ニ從フ必要ナシ。又若シ本人ノ身體、名譽又ハ財產ニ對スル急迫ナル危害ヲ免レシムル爲メノ事務管理ニ於テハ管理者ハ單ニ惡意又ハ重大ナル過失ニ對シテノミ賠償責任ヲ有スルモノト爲シタリ(六九八)。

管理繼續ノ義務
管理通知ノ義務
計算ノ義務
本人ノ義務

管理者ガ一旦管理ヲ始メタル以上之レヲ繼續セザレバ反ツテ本人ニ不利益ヲ與フベキ場合ニ於テハ本人ニ對シテ管理繼續ノ義務ヲ負フ。而シテ管理者ハ本人、其相續人又ハ法定代理人ガ管理ヲ爲スコトヲ得ルニ至ル迄其管理ヲ繼續セザル可ラズ。尤モ管理ノ繼續ガ本人ノ意思ニ反シ又ハ本人ノ爲メニ不利ナルコト明ラカナル場合ニ於テハ管理者ハ直チニ其管理ヲ中止スルコトヲ要ス(七〇〇)。

事務管理ハ義務ナクシテ開始セラルルモ本人ノ意思ニ從フ可キモノナルヲ以テ管理者ハ管理ヲ始メタルコトヲ遲滯ナク本人ニ通知スベキヲ原則トス。但シ本人ガ既ニ之レヲ知レルトキハ其必要ナシ(六九九)。尙ホ右ノ外カ通知ヲ必要トセザル場合ニ付テハ拙著前揭三二二頁ヲ參照スベシ。

事務管理ニハ委任ニ關スル第六四五條乃至第六四七條ノ規定ノ準用アル結果トシテ管理ニ關スル一切ノ計算ヲ爲スノ義務ヲ管理者ハ負擔スルモノトス(七〇一)。

第二　本人ノ義務

本人ノ義務ハ事務管理ニ基ク固有ノ義務ナリ。而テ其義務ノ內容ハ之レヲ事務管理ガ本人ノ意思ニ反セザル場合ト之レニ反スル場合トニ分チテ考フルヲ可トス。

事務管理ガ本人ノ意思ニ反セザル場合ニ於テハ本人ハ有益費ヲ償還シ有益ナル債務ヲ辨濟シ又ハ相當ナル擔保ヲ供スルノ義務ヲ負フ(七〇二II)。之レニ反シテ事務管理ガ本人ノ意思ニ反スル場

合ニ於テハ本人ハ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ前上ニ述ベタル義務ヲ負擔ス(七〇二Ⅲ)。本人ガ損害賠償義務及ビ報酬支拂義務アリヤ否ヤニ關シテハ消極說ヲ通說トスルモ、積極ニ解スルヲ正當トス(拙著前揭三五一頁參照)。

第五章　不當利得

第一節　不當利得ノ性質

不當利得トハ法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財產又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之レガ爲メニ其他人ニ損失ヲ及シタル事實ヲ云フ(七〇三)。故ニ(1)不當利得ハ他人ノ財產又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケタルモノナルコトヲ要ス。(2)不當利得ハ他人ニ損害ヲ及ボシタルコトヲ要ス。換言スレバ不當利得ニ於テハ受益ト損失トノ間ニ直接ノ因果關係ノ存在スルコトヲ必要トスルモノナリ。(3)不當利得ハ法律上ノ原因ナキコトヲ要ス。而テ法律上ノ原因ハ始メヨリ存在セザルコトアリ又ハ後ニ至リテ存在セザルニ至ルコトアリトス。法律上ノ原因ナシト云ヘルコトニ付キテハ學者間ニ議論アリ。統一說及ビ非統一說之レナリ。吾人ハ前說ニ從フ。卽チ他人ノ損失ニ於テ利益ヲ受クルコトガ社會的妥當性ナキモノト見ラルベキ場合ハ法律上ノ原因ナキモノトス。

第二節　不當利得ノ效力

不當利得ノ效果トシテ發生スルハ受益者被害者間ノ利得返還ノ債務ナリ(七〇三)。而テ受益者善意ナルトキハ其利益ノ存スル限度ニ於テ返還義務ヲ負フニ過ギズ。尙ホ利益ノ存スル限度ヲ定ムベキ時期ハ利得返還ノ請求ヲ受ケタルトキナリトス。之レニ反シテ受益者惡意ナルトキハ其受ケタル利益ニ利息ヲ附シテ之レヲ返還スルコトヲ要ス可ク其利益ノ現存スルヤ否ヤヲ問フコトナシ。加之尙ホ損害アリタルトキハ其賠償ヲモ爲サザル可ラズ(七〇四)。

第三節　各種ノ不當利得

第一　非債辨濟

債務ナキニ拘ラズ辨濟トシテ一定ノ給付ヲ爲ス場合ヲ稱シテ非債辨濟ト云フ。之レニ種々ナル場合アリ。

非債辨濟

(一)　狹義ノ非債辨濟　給付者ガ債務ノ存在セザルコトヲ知ラズシテ辨濟トシテ一定ノ給付ヲ爲シタル場合ヲ狹義ノ非債辨濟ト稱シ、一般ノ原則ニ從ヒ利得返還請求權ヲ有ス。而テ若シ給付者ガ債務ノ存在セザルコトヲ知リタルトキハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ザルモ

狹義ノ非債辨濟

ノトス(七〇五)。

辨濟期間ノ辨濟

(二) 辨濟期前ノ辨濟　債務者ガ辨濟期ニ在ラザル債務ノ辨濟トシテ給付ヲ爲シタル場合ニ於テハ理論上期限ノ利益ノ拋棄ニ過ギザルヲ以テ給付者ニ返還請求權發生スルコトナシ(七〇六本文)。但シ債務者ガ錯誤ニ因リテ其給付ヲ爲シタルトキハ債權者ハ之レニ因リテ得タル利得ヲ返還セザル可ラズ(七〇六但書)。

他人ノ債務辨濟

(三) 他人ノ債務ノ辨濟　債務者ニ非ザル者ガ錯誤ニ因リテ債務ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ債權者ガ善意ニテ證書ヲ毀滅シ、擔保ヲ拋棄シ又ハ時效ニ因リテ其債權ヲ失ヒタルトキハ辨濟者ハ返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ズ(七〇七I)。然レドモ此場合ニ於テ辨濟者ヨリ債務者ニ對シテ求償權ヲ行使スルコトハ其妨ゲナキモノトス(七〇七II)。

不法原因給付

第二　不法原因給付

不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタル場合ニ於テハ受益者ノ利得ハ純然タル不當利得ナルモ何人モ自己ノ違法ナル行爲ヲ理由トシテ權利ヲ主張シ得ザルコトハ勿論之レガ爲メニ受ケタル損害ニ對シテモ法律上ノ保護ヲ與フベキ理由アルコトナシ。故ニ斯ノ如キ場合ニ於テ給付者ハ其ノ給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ズ(七〇八)。但シ不法ノ原因ガ受益者ノ側ニ於テノミ存在スルトキハ給付者ハ利得返還請求權ヲ有ス(七〇八但書)。

第六章　不法行爲

第一節　不法行爲ノ意義

我ガ民法ノ規定ニ從ヘバ不法行爲トハ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害シ且ツ損害ヲ生ゼシムル人ノ行爲ナリ(七〇九)。故ニ不法行爲ハ損害賠償義務ヲ生ゼシムル法定ノ債權發生ノ原因ナリトス。不法行爲ノ觀念ヲ了解スルガ爲メニハ先ヅ次ノ事項ニ注意スベシ。

民事責任ト刑事責任

第一　民事責任ト刑事責任

或人ノ行爲ガ法律ニヨリテ保護セラレタル他人ノ權利ヲ侵害シタル場合ニ於テ、其人ノ行爲ハ一方ニ於テ犯罪トナリ他方ニ於テ不法行爲トナルコト少ナカラズ。兩者ハ共ニ違法行爲ニシテ犯罪ニ對シテハ刑事上ノ制裁アルベク不法行爲ニ對シテハ民事上ノ制裁アリ。右兩種ノ制裁ハ兩々相待チテ社會ノ秩序ヲ維持スベキモノナリト雖モ、兩者ハ其主要ナル目的ヲ異ニス。卽チ前者ハ非行ヲ防止スルコトニヨリテ社會將來ノ安全ヲ計ルコトヲ目的トシ、後者ハ被害者ノ爲メニ其損害ノ塡補ヲ爲スコトヲ目的トシテ加害者ニ損害賠償義務ヲ負擔セシムルモノトス。

不法行爲ト債務不履行

第二　不法行爲ト債務不履行

債務不履行モ亦違法行爲ノ一種トシテ損害賠償ナル民事責任ヲ生ズルモノニシテ其本質ニ於テ

過失責任
無過失責任

ハ不法行爲タルベキモ（イ）債務不履行ニ在リテハ常ニ債權關係ノ存在ヲ前提トセルコト（ロ）債務不履行ニ付キ別段ノ規定アルヲ以テ債務不履行ニ付キテハ原則トシテ不法行爲ニ關スル規定ノ適用ナシトス。

第三　過失責任、無過失責任

我ガ民法ニ於テハ不法行爲ニ付キ故意過失ヲ要スルモノト規定シ所謂過失主義ニ從ヘリ。過失主義ハ通常ノ生活關係ニ於テハ極メテ妥當ナリト云フベシ。然ルニ近代ニ於ケル工業ノ發達ニ伴ヒ危險ノ數ハ激增シ相當ノ注意ヲ加フルモ尙ホ且ツ事業ノ性質上必然的ニ他人ニ損害ヲ與フルニ至リシヲ以テ所謂結果責任主義又ハ無過失主義ナル理論ハ其勢ヲ增大シタリ。然レドモ我ガ民法ノ解釋論トシテハ過失主義ヲ原則トスベク、唯ダ特別法ノ制定又ハ法規ノ解釋適用ニヨリ適當ナル範圍內ニ於テ結果責任ヲ認ムルノ外ナシ（岡松氏無過失損害賠償責任論參照）。

第二節　一般的不法行爲ノ成立要件

不法行爲ノ定義上述ノ如クナルヲ以テ其成立ニハ（イ）行爲者ノ行爲ガ故意又ハ過失ニ基クコト（ロ）其行爲ガ他人ノ權利ヲ侵害シタルコト（ハ）之ニ因ツテ損害ヲ加ヘタルコト（ニ）行爲者ガ行爲ヲ辨識スル能力ヲ有スルコト（七一二、七一三）（ホ）行爲ハ違法性阻却ノ原因ナキコトヲ要ス（七二〇）。之レニ付テ特ニ說明ヲ要スベキモノハ次ノ如シ。此處ニ行爲トハ行爲者ノ作爲不作爲ヲ總稱シ又他人ノ權利トハ一切ノ私權ヲ包含スルハ勿論、苟クモ法律ノ保護スル利益ナル以上必シモ法律ガ權利トシテ規定セザルモノナルモ可ナリ（七一〇參照）。次ニ故意トハ自己ノ行爲ノ結果ヲ認識スルコトヲ云ヒ、過失トハ相當ノ注意ヲナサバ結果ヲ認識シ得ベカリシニモ拘ラズ不注意ニヨリテ之レヲ認識セザルヲ云フ。又侵害行爲ト他人ノ被リタル損害トノ間ニ於テハ因果關係ノ存在スルコトヲ要ス。尙ホ行爲者ハ常ニ其行爲ノ責任ニ付キ辨識力アルコトヲ要ス。從ツテ此能力ヲ缺クニ於テハ縱令客觀的ニ不法ナル行爲アルモ之レヲ以テ不法行爲トナスコトナシ。卽チ（イ）未成年者ガ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ其行爲ノ責任ヲ辨識スル智能ナキトキハ其行爲ニ付キ賠償ノ責ニ任ゼザルモノトシ（七一二）（ロ）心身喪失ノ間ニ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ賠償ノ責任ナシ尤モ故意又ハ過失ニ因リ一時ノ心神喪失ヲ招キタルトキハ此限リニ在ラズ（七一三）。最後ニ不法行爲ニ於テハ違法性阻却ノ原因ナキコトヲ要ス。從ツテ斯ノ如キ原因アルトキハ本來不法行爲タル可キモノト雖モ之レガ爲メ不法行爲トナルコトナシ。卽チ例ヘバ民法第七二〇條ノ規定スル正當防衞ノ場合（七二〇I）及緊急避難ノ場合（七二〇II）等ニ於テハ不法行爲ハ成立セズ。

第三節　特殊ノ不法行爲