

# 民法概説

法學博士

清水金二郎著

三和書房

324  
Si372m



00441749

Kodak Gray Scale

A 1 2 3 4 5 6 M 8 9 10 11 12 13 14 15 B 17 18 19



© Kodak, 2007 TM: Kodak

Kodak Color Control Patches

Blue

Cyan

Green

Yellow

Red

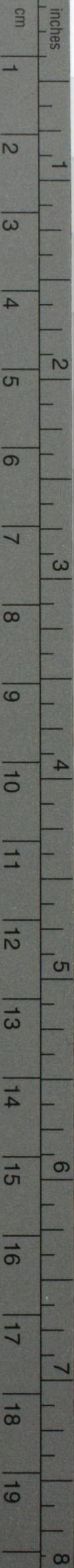
Magenta

White

3/Color

Black

© Kodak, 2007 TM: Kodak





民法概說

法學博士

清水金二郎著

三和書房



# 民法概說

法學博士

清水金二郎著

三和書房



324  
Si 312m



441749

目次  
序論

第一章 民法の意義と法源……………三

  第一章 民法の意義……………三

  第二章 民法の法源……………四

第二章 民法の適用と解釋……………六

  第一章 民法の適用……………六

  第二章 民法の解釋……………六

本論

第一編 總論……………九

目次

第一章 權利の主體……………九

  I 自然人

  II 法人



次

第二章 権利の客體……………一三

Ⅰ 物の意義 Ⅱ 物の種類

2

目

第三章 法律行為……………一五

第一 法律要件、法律事實、法律行為……………一五

第二 法律行為の成立要件と効力発生要件……………一七

Ⅰ 法律行為の目的 Ⅱ 行為能力 Ⅲ 意思表示

第三 代理……………二三

Ⅰ 通常の代理 Ⅱ 複代理 Ⅲ 無權代理

第四 條件と期限……………二七

Ⅰ 條件 Ⅱ 期限

第四章 期間……………元

第五章 時効……………三

### 第二編 財産法……………三

第一章 所有權……………三四

目

次

第一 所有權の内容と限界……………三四

第二 所有權の効力……………三五

第三 所有權の取得……………三六

第四 共有……………三七

第二章 占有……………三九

第三章 用益物權……………四〇

第一 地上權……………四〇

第二 永小作權……………四〇

第三 地役權……………四〇

第四 入會權……………四〇

第四章 債……………四一

第一 債權の内容……………四一

第二 債權の種類……………四一

第三 債權の効力……………四一

Ⅰ 現實的履行請求權 A 一定額の金錢支拂を目的とする債權などの場合 B 債務者の行為を目的とする債權の場合 Ⅱ 損害賠償請求權 A 履行遲滞 B 履行不能 C 不完全履行

第四 債權讓渡と債務の引受……………四三

3



- I 債權讓渡 II 債務の引受..... 五
- 第五 債權の發生原因..... 五
- I 契約..... 五
- A 契約の成立 B 契約の効力 a 第三者のためにする契約 b 雙務契約の効力
- イ 同時履行の抗辯權 ロ 危険負擔 C 契約の解除 a 約定解除權 b 法定解除權
- c 解除權の行使 d 解除の效果 e 解除權の消滅..... 六
- II 各種の契約..... 六
- A 贈與 B 賣買 C 交換 D 消費貸借 E 使用貸借 F 貸貸借 G 雇傭
- H 請負 I 委任 J 寄託 K 組合 L 終身定期金契約 M 和解 N 懸賞廣告..... 六
- III 事務管理..... 六
- A 事務管理の要件 B 事務管理の効力..... 六
- IV 不當利得..... 六
- A 不當利得の要件 B 不當利得の效果 C 特殊の不當利得..... 六
- V 不法行為..... 六
- A 不法行為の成立要件 B 不法行為の效果 C 特殊の不法行為..... 六
- 第六 債權の擔保..... 六
- I 債權者代位權と債權者取消權..... 六
- II 對人擔保..... 六
- A 保證 B 連帶 C 分割債權關係と不可分債權關係..... 六
- III 物上擔保(擔保物件)..... 六
- A 質權 B 抵當權 C 賣渡抵當 D 留置權 E 先取特權..... 六
- 第七 債權の消滅..... 六
- A 辨濟 B 代物辨濟 C 供託 D 相殺 E 更改 F 免除 G 混同..... 六

第三編 身分法

第一部 親族法

- 第一章 親族..... 一〇
- 第一 親族の範圍..... 一〇
- 第二 親族關係の發生と消滅..... 一一
- 第三 親族關係の效果..... 一一
- 第二章 婚姻..... 一三
- 第一 婚姻の成立..... 一三
- 第二 婚姻の無効と取消..... 一四
- 第三 婚姻の效果..... 一四



第四 離 婚……………一三〇

    I 協議離婚   II 調停による離婚   III 裁判上の離婚   IV 離婚の効果……………一三〇

第五 婚約と内縁……………一三三

    I 婚約   II 内縁……………一三三

第三章 親 子……………一三四

    第一 實親子關係……………一三四

        I 嫡出子   II 嫡出でない子   III 認知の効果   IV 子の氏……………一三四

    第二 養親子關係……………一三八

        I 養親子關係の成立   II 縁組の無効と取消   III 養親子間の權利義務   IV 離縁……………一三八

第四章 親 權……………一三三

    第一 親權者と親權に服する子……………一三三

    第二 親權の内容(効力)……………一三三

        I 子の監護教育   II 子の財産の管理……………一三三

    第三 親權の喪失……………一三四

第五章 後 見……………一三五

    第一 後見の開始原因……………一三五

    第二 未成年者の後見……………一三五

第三章 禁治産者の後見……………一三七

第六章 扶 養……………一三七

    第一 扶養義務の意義……………一三七

    第二 扶養の内容……………一三六

第二部 相 續 法……………一三九

    第一章 相續の意義……………一三九

    第二章 相續人と相續分……………一四〇

        第一 相續人と法定相續分……………一四〇

        第二 相續分の例外……………一四三

            I 指定相續分   II 特別受益者の相續分……………一四三

        第三 相續人の缺格と廢除……………一四三

            I 缺格   II 廢除……………一四三

    第三章 遺産の分割……………一四五

        第一 遺産に對する共同相續人との關係……………一四五

        第二 分割の方法……………一四四

        第三 分割の效果……………一四七



第四 系譜、祭具等の承継……………一四

第四章 相續の承認と放棄……………一四

第一 總 說……………一四

第二 相續の承認……………一四

    I 單純承認    II 限定承認……………一四

第三 相續の放棄……………一五

第五章 財産の分離……………一五

第六章 相續人の不在……………一五

第七章 遺 言……………一五

第一 遺言の意義……………一五

第二 遺言能力……………一五

第三 遺言の方式……………一五

    I 普通方式    II 特別方式……………一五

第四 遺言の取消……………一五

第五 遺言の執行……………一五

第六 遺 贈……………一五

第八章 遺 留 分……………一六

第一 遺留分権利者と遺留分の額……………一六

第二 遺留分の算定……………一六

第三 遺留分の減殺……………一六

第四 遺留分の放棄……………一六

〔附〕 經過規定……………一六



序

論



## 第一章 民法の意義と法源

### 第一 民法の意義

民法はわれわれの身分關係と財産關係とを規律する普通私法である。

1 われわれの生活には國家的もしくは公的なもの、たとえば納税をすとか訴訟を提起するといふときもとの私的なもの、たとえば買、相續、結婚といふごときものに區別される。そして法律のうち前者を規律するものを公法、後者を規律するものを私法といふ、民法は私法の一に屬する。

更に民法は私法中でもわれわれの日常生活で最も普通に生起する事柄を一般的に規律している法律といふ意味で、基礎的な普通私法である。これに對し特に人的、場所的、時間的、事項的に特徴ある生活關係を規律している法律は、特別私法である。たとえば商法はその一である。(特別法は普通法に優先する。)

2 身分關係とは夫婦親子や親族相互の身分的關係や近親間の相續關係をさす。親族間には同居義務とか扶養義務とか遺産相續などさまざまな關係が発生するが、民法は、これらの親族間の法律關係を規律するものである。

3 財産關係とは買、貸借、雇傭などの取引關係と他人に損害を加えたときに發生する損害賠償義務の關係などであり、これらは多くは民法が規律している。

4 しかし民法以外にも身分關係と財産關係を規律する法律は少なくない。身分關係は、少年法や児童福祉法などもあるが、大體においてほとんど全部民法が規律している。然し、財産關係は、民法以外に商法、労働法、經濟統制法など多數の法律によつて規律されている。だからたとえば商人間



の取引行為には商法の規定が、工場労働者の雇傭関係については労働基準法その他の労働法規が第一に適用され、これらの法律に規定がないときに始めて普通法たる民法が適用されることとなるのである。

## 第二 民法の法源

前述のような民法の内容は何を通じて認識しうるか、換言すれば、民法はどんな形でどこに定められているか、これが民法の法源ないし淵源として論ぜられる問題である。

民法の法源にはつぎのごときものがある。

### 1 民法典

總則、物権、債権、親族、相続の五編より成り、前三編は明治二十九年四月に、後二編は明治三十一年六月に公布され、ともに明治三十一年七月十六日から施行された。これは主としてドイツ民法にならつて作られたものである關係上、特に親族、相続の二編については、わが國の國情に合致するか否かにつき始終論議され、その改正が問題とされていたのであるが、太平洋戦争後新憲法の施行とともに(昭和22・5・3)「日本國憲法の施行に伴う民法の應急措置に関する法律」により應急的に新憲法と兩立せぬ部分が修正され、更に昭和二十二年十二月二十二日に親族、相続編の全面的改正がされ、昭和二十三年一月一日から實施された。

### 2 民法に関する特別法

民法に關して民法典を補足したりあるいはこれを修正する特別の法律が種々存在する。たとえば身分關係に關する戸籍法、財産關係に關する登記法、借地法、借家法その他の諸法律がそれである。

### 3 慣習法、判例法及び條理

民法典のごとき成文法はどれ程完備したものが作られたとしても、時代とともに變化する複雑な生活關係を完全に規律することは到底不可能であり、これを補充し修正する慣習法の發生を認めざるを得ないことになる。そこで法例第二條は「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限り法律ト同一ノ効力ヲ有ス」る旨を定めて、慣習法の成立を認めているのである。民法に關する慣習法の例としては動産の賣渡抵當に關するそれなどをあげることができる。

慣習法に關連して判例法ということが考えられる。判例法は裁判所の判例によつて示されるものであり、それは結局一種の慣習法である。裁判所が類似の事件につき類似の判決を繰り返してゆくと、そこに自ら一般的法則が樹立されることになる。これを判例といい、判例によつて示される法則を判例法というのである。判例法の例としては内縁關係に關するものをあげうる。

右の民法典から判例法に至るすべてのものによつても規律し得ない生活關係は絶無でない。たとえば従前存在しなかつたラジオ、テレビジョンなどが利用されることになり、これに關する種々の生活現象が新たに生ずるに至つたが、これに關する法規ははまだ制定されていず、慣習法などはもちろん存在しない、というごとき場合である。かかる場合には、できる限りにおいて成文法の規定を類推適用するのである。けだし同じような生活現象は同じように法律的に取り扱うのが合理的且つ衡平であるという理によるのである。しかしかかる方法によつても判断を下し得ない場合には、最後の標準として條理に訴えるより仕方がない。この意味で、條理も法源の一と考えられるのである。



## 第二章 民法の適用と解釋

## 第一 民法の適用

民法の適用というものは、一定の事實を民法の規定にあてはめて、その事實についての權利義務の發生、變更、消滅を定めることである。かかる法律適用の手續を正確に行い、正確な法律上の斷定をうるためには、先ず法規の解釋を行い、その意味を十分に明確にするとともに、事實の確定を行い、かくて結論を抽出するというようにせねばならぬ。この手續において何等かの不備があらば、正確な判斷は到底得られぬ。

## 第二 民法の解釋

民法を適用するにあつては、民法の規定の意味内容を明らかにするためにその解釋を行わねばならぬことは、上述した通りである。それならば、民法の解釋にあつてはいかなる標準に従うべきか？

先ず第一には、規定の文字の普通の意味を尊重せねばならない。第二には、特定の條文のみを切り離して考えず、これを民法全體との關連において調和のとれた解釋を下すようにせねばならぬ。更に第三に、その規定の作られてゐる趣旨すなわち立法理由をよく考へてこれに従つて合理的な判斷を下さねばならぬ。

なお民法の解釋に關連して注意せねばならぬのは、「本法へ個人ノ尊嚴ト兩性ノ本質的平等トヲ旨トシテ之ヲ解釋スヘシ」とする改正法第一條ノ二の規定である。本條が最も多く適用されるのは、いふまでもなく身分關係の規定であるが、財産法に關しても、人を殺した場合の損害賠償、あるいは慰藉料の算定などについては適用をみるわけである。

本

論



## 第一編 總論

### 第一章 権利の主體

われわれの身分關係も財産關係も、民法では權利義務の關係として規定されている。たとえば親子の關係は、親が子を監護教育する權利義務を有すとか、子が親の遺産を相続する權利があるというように、親が子に、子が親に對し、さまざまの權利を有し義務を負うということだし、賣買は、買主がこれによつて目的物の引渡を請求する權利を、賣主が代金を請求する權利を、取得するということを意味するときである。従つて民法の適用をうける生活關係は民法上の權利の發生、變更、消滅として考えられることになるわけである。

このように民法上の法律關係は權利義務の關係であるから、權利の主體すなわち權利を有し義務を負う資格を有する者は誰か、ということがきめられねばならぬ。ところで法律上かかる權利の主體たりうる者は法律によつて人と認められている者のみであり、そして人であるとして法律に認められるためには一定の資格が必要である。かかる資格すなわち權利を有し義務を負うるために法律が要求する資格を權利能力というのである。

わが國法上權利能力を有すとされているものに自然人と法人とがある。先ず自然人について述べよう。

#### I 自然人

自然人については、その權利能力の始期と終期とが問題になる。

第一に自然人の權利能力は出生によつて始まる(二條)。(三) すなわち自然人は生れた時から權利を有し義務を負い



うる資格を與えられる。従つて胎児は権利能力を有しないわけであるが、しかしこれでは、たとえば胎児がある場合に父が死亡しても胎児には相続権がないことになり、胎児に酷であるため、胎児が生れた後にうべき利益を保護するため、特に、相続については胎児は既に生れたものとみなし、後に胎児が生きて生れたときには、相続開始當時に胎児だつた者も相続人たる地位を保有しうると定めている(八八)。なお損害賠償の請求権についても胎児は生れたものとみなされている(七二)。(ちなみに「みなす」というのは推定とは異なる。推定は反證があれば直ちに覆えされるのだが、「みなす」は反證をあげても覆えされない法律上の擬制である。)

つぎに出生によつて生じた権利能力は死亡によつて消滅する。死亡は出生と同じく自然現象たる事實であるからある人の死亡はこれを主張する者が何らかの方法——たとえば醫師の診断書——で證明せねばならない。問題は、永年行方不明で、恐らく死んだものと考えられるが死亡の事實を證明する方法がない場合である。死亡に關する確證なき限りこれらの者の権利能力が失われることがないとすると、その財産はいつまでも相続されず、配偶者は再婚することもできないというように、いろいろな不都合が生ずる。そこで民法は、生死不明者の財産關係、身分關係を確定し、さまざま不都合を除くために、失踪宣告の制度を定めている。

すなわち不在者の生死不明の状態が、普通の場合は七年以上、特別な危難に遭遇した場合には三年以上繼續したときは、利害關係人は家庭裁判所に請求して失踪宣告を受けうる。宣告があると、右の七年又は三年の期間が満了した時に、その人は死亡したものとみなされる。しかし失踪宣告をうけた人が現實には生きていて、後で歸つて來るといふような場合もありうる。このような場合には、家庭裁判所に請求して失踪宣告を取り消して貰わねばならない。もつとも取消がされても、失踪の宣告後その取消前に相続人や配偶者などが善意でした行爲はそ

の効力に影響がないとされ、また、失踪宣告によつて財産を得た相続人や生命保険金受取人などはその取消によつて權利を失うけれど、現に利益をうける限度においてのみその財産を返還すればよいとされている(三〇條)。

なお民法は、從來の住所又は居所を去つた者を不在者とし、かかる不在者の財産管理のための方法につき規定を置いている(二五條—二九條)。

## II 法人

自然人以外のもの権利の主體たりうる者は法人である。法人には公法人と私法人とがあり、私法人には營利法人、公益法人とあるが、民法によつて設立が認められるのは公益を目的とする公益法人であつて、それはまた、財産の集團たる財團法人と人の集團たる社團法人とにわかれる。

祭祀、宗教、慈善、學術、技藝その他公益を目的とする團體は、公益社團法人として法人格を取得しうる。もつともこれを設立するには二人以上の者が共同して團體の根本規則たる定款を作成し、且つ主務官廳の許可をうけねばならぬ(三四條)。これに對し財團法人は一人の人でも設立できるが、一定の財産を提供し、これを運営するための根本規則(寄附行爲)を作成し、且つ主務官廳の許可をうけねばならぬ(三九條)。

このようにして設立された法人は一定期間内に一定事項を登記するを要し、登記をしなければ他人に對し法人としての成立を主張し得ない。また登記されている事項につき變更を生じた場合も一々變更登記を行うを要し、これをしない間は他人に對し變更を主張し得ない(四五條—四九條)。

法人は法律上の人格者として、理事その他の機關によつて活動するのである。従つて理事その他の代理人が法人の事業を営むにつき他人に損害を加えた場合には法人自身がその損害を賠償する責任を負うことになる(四三



法人の活動方法たる機關のうち財團法人にも社團法人にも必要常置の機關は理事である。理事は外部に向つては法人を代表し、對内的には法人の事務を執行する機關である(五二條一)。

法人にはその財産状態や理事の職務執行を監視するために監事が置かれることもあるが、これは理事と異なり、必ずしも常置するを要しないいわゆる任意機關である(五八條、五九條)。なお社團法人にはこの外に必要な機關として社員總會がある。總會は社團法人の社員により構成されその最高の意思決定機關であり、従つて重要事項はすべてその決議によつて定めなければならぬ(六〇條一)。

法人は總會の決議とか定款又は寄附行為で定められた解散事由の発生とか一定の事由が生じた時は解散し、清算人によつて清算が行われる(六八條一、八三條)。清算手續が完了したときに法人の人格は完全に消滅するのである。

## 第二章 権利の客體

われわれの身分關係、財産關係は人と人との間の權利義務の關係であるが、それは外界の財物を客體としてこれを利用するか引き渡すとかいうような關係である。そこで権利の客體としての物とは何かということをも定めて置く必要がある。

### I 物の意義

民法は、本法において物とは有體物をいうと定義している(八五條)。すなわち空間を占領する容量を有する物質のみが物とされるのである。従つて光線とか音響とか思想などは物でない。しかし有體物であつても人間の支配

の及ばぬ太陽、月、星などは物でなく、また、人間の身體は人格の權化だから物でない。もつとも身體の一部が自然的又は人爲的に分離した後は物である。結局物とは社會生活上人を中心として考へて人の支配しうる物である。

### II 物の種類

上述のような意味における物の種類として民法上重要なものにつきつぎに略説する。

#### A 不動産と動産

不動産とは土地及びその定著物である(八六條一、二項)。定著物というものは、土地の一部とはみられないが、しかも土地に密著して容易にその所在を動かし得ないものである。そして我國法上、土地の定著物として不動産であるとして扱われているものは建物と、立木に關する法律(明治四十二年法律第二二號)に従つて登記された樹木の集團とである。

動産は不動産以外の物である(八六條二項)。なお無記名債權たとえば無記名公債證書、商品切手などは債權が證券の上に表わされているものであり、いわば債權が證券に化體されたものだから、民法はこれを動産とみなしている(八六條三、六項)。

不動産と動産とを區別するのは、兩者について法律上の取扱がさまざまの點で異なるため、大切である。最も重要な取扱上の差異は、不動産については登記制度があるのに、動産についてはないことであり、またこれに關連して物權の得喪變更を第三者に對抗する要件が違ふことである。すなわち不動産に關する物權の得喪變更は登記法の定めるところに従つて登記をしなければ第三者に對抗し得ないのに反し、動産に關する物權の譲渡は、その動産の引渡をもつて對抗要件とされているのである(一七七條、一七八條)。しかも民法では、現實の引渡ばかりでなく(一八二條一、二項)、當事者の意思表示のみによる簡易な引渡方法を認めている(簡易引渡(一八二條二項)、指圖による引渡(一八四條)、占有改定(一八三條))から、物



權變動の公示方法としては、動産のそれは不動産のそれよりも不完全であるといわねばならぬが、これは動産については性質上登記というような制度を設け得ないために生ずるやむを得ぬ結果である。かかる缺陷を救うために民法は動産の即時取得制度を置いて取引の安全を圖つてゐる。すなわち平穩且つ公然に動産の占有を始めた者が善意無過失であるならば、即時にその動産の上に行使する権利を取得するのであつて(二九條)、従つてたとえば甲が乙に貸與中の書物を乙が丙に賣り渡した場合、もし丙がその書物を乙の所有物だと思ひしかもそう思うことに不注意な點がなかつたならば丙は即時にその書物の所有権を取得しうるのである。もつともこれに對しては、その動産が盗品又は遺失物であるときは、被害者又は遺失主は盗難又は遺失の時から二年間はその物の回復を請求しうる、との例外が認められている(一九條)。しかし盗品又は遺失物を競賣もしくは公の市場で、又はその物と同種の物を販賣する商人から善意でこれを買ひうけた者に對しては、被害者又は遺失主は、その者が支拂つただけの代價を辨償せねば、その物を回復することはできない(四條)。

### B 主物と従物

兩者の區別につき民法は「物ノ所有者カ其物ノ常用ニ供スル爲メ自己ノ所有ニ屬スル他ノ物ヲ以テ之ニ附屬セシメタルトキハ其附屬セシメタル物ヲ従物トス」と規定する(八七條一項)。すなわち物の所有者が自己の物の經濟的利用のために別個の所有物を附屬せしめてゐるときに主物、従物の關係が生ずる。この區別は、民法上「従物ハ主物ノ處分ニ隨フ」(八七條二項)とされるので、實益があるのである。

### C 元物と果實

果實とは物(元物)から生ずる産出物その他の收益である。そして果實は天然果實すなわち物の用法に従ひ收取

する産出物たとえば果樹園の果物、牛の子、鑛區から採掘する鑛石などと、法定果實すなわち物の使用の對價としてうける金錢その他の物たとえば家賃とか地代などに區別される(八八條)。

民法は天然果實と法定果實の歸屬權利者につき區別を認めてゐる。すなわち天然果實についていうと、それが元物から分離する時にこれを收取する權利を有する者——原則として元物の所有者だがその他の者たとえば善意占有者(一八條九條)、使用借主(五九條三條)などであることもある——に歸屬するのであり(八九條一項)、法定果實はこれを收取する權利の存續期間日割をもつてこれを取得するのである(八九條二項)。たとえば千圓の家賃の家をその月の十五日に賣れば、新舊の所有者が五百圓ずつとるわけである。もつとも當事者が特別な約束をすればこの限りでない。

## 第三章 法律行爲

### 第一 法律要件、法律事實、法律行爲

權利の取得、變更、喪失というような法律上の効果を生ずるためには、法律上その原因となる事實が必要であるが、かかる法律効果を生ずるために必要とされる原因たる事實の總體を法律要件と呼び、法律要件を構成する一つ一つの事實を法律事實と呼んでゐる。たとえば申込という事實に對しこれに應ずる承諾という事實があつて契約という法律關係のための法律要件が揃うときである。

ところで、このような法律事實には、自然の事實又は事件と呼ばれる人の精神作用に基かぬ事實と、これに基づく事實すなわち人の行爲とがある。そして自然の事實は人の生死とか心身上的の狀況(成年に達するとか心身喪失の常況にあるとかのごとき)とか時の経過などであり、またある事を「知つてゐる」「知つてゐない」すなわちい



わゆる「悪意」「善意」のような内的事實も、自然の事實である。これに對し行爲とは人の精神作用が意識的に身體の状態として發現したものをいい、作爲のみならず不作爲をも含むこともちろんである。

かかる行爲は適法行爲、違法行爲に大別される。適法行爲は法律が許している行爲であつて、そのうち最も重要なものは、ある法律効果を生ぜしめようと欲する意思を外部に表示することにより成立する意思表示である。そして意思表示を要素として成立する法律要件が法律行爲と呼ばれる。違法行爲とは法律の許さない行爲であり、その主なるものは債務不履行と不法行爲である。(これらについては後述する。)

法律行爲は右のように意思表示を要素とする法律要件であるが、ここでその種類について一言して置こう。

#### 1 單獨行爲、契約、合同行爲

單獨行爲は一方的意思表示から成る法律行爲たとえば遺言、財團法人の寄附行爲、債務免除などがこれに屬する。契約とは雙方的意思表示から成る法律行爲であり、詳言すれば二人(又は二人以上の者)の意思表示が相對應し且つそれが一致することによつて成立する法律行爲である。たとえばAがある書物を三百圓で賣ろうというのに對しBが三百圓で買おうといへば、そこに賣買という契約が成立するのである。更に合同行爲というのは、方向を同じくする二個以上の意思表示の結合を要素とする法律行爲であり、たとえば社團法人の設立行爲のときがそれである。

#### 2 生前行爲、死後行爲

法律行爲の要素たる意思表示が表意者の生前になされるものであることはいうまでもないが、遺言は遺言者の死亡の時からその効力を生ずる(九八五條一項)。従つてこれを死後行爲といい、それが財産處分に關する場合には死後

處分と呼ぶ。これに對しそれ以外の法律行爲を生前行爲又は生前處分と呼ぶ。なお、贈與のごとき通常は生前行爲であるものも、贈與者の死亡に因り効力を生ずべき死後行爲としてなされうる(四五條)。これを死因贈與といつてゐる。

#### 3 要式行爲、不要式行爲

要式行爲とは法定の形式で行うことの必要な法律行爲で、民法では親族法上、相續法上の行爲は多くは要式行爲である。不要式行爲は意思表示の形式に制限のない法律行爲で、財産上の法律行爲はほとんどすべてこれに屬する。

#### 4 有償行爲、無償行爲

財産上の給付を目的とする法律行爲中、一方の給付に對し他方が對價を與えるのが有償行爲であり、對價のないが無償行爲である。

### 第二 法律行爲の成立要件と効力發生要件

個々の法律行爲にはそれぞれ特殊の成立要件があるが、一般的に法律行爲は當事者、目的、意思表示の三を成立要件として具備せねばならぬ。そして普通は法律行爲は成立と同時にその効力を生ずるのである。ところで法律行爲が完全な法律行爲として當事者が欲する通りの効力を生ずるためには、前記の各成立要件がそれぞれ一定の効力發生要件を具備していなくてはならぬ。すなわち目的については、それが可能な確定しうべきものであり且つ適法で正當なことを要し、當事者については、一般及び特別の行爲能力があることを要し、意思表示については、眞意に一致すること及び瑕疵のないことを要するのである。



## I 法律行為の目的

法律行為の目的は確定しうる必要がある。もちろん法律行為の内容が當事者の意思表示のみで全部確定していることは必要でないが、法律の規定とか慣習その他によつて確定できなくてはならない。

つぎに法律行為の目的は實現が可能でなくてはならぬ。すなわち實現不可能な事項を目的とする法律行為は無効であるが、しかし、いわゆる不可能は客觀的不可能をさすのであつて、主觀的不可能は含まない。またそれは絶對的物理的な不可能をいうのでなく、その當時の一般社會通念上不可能であれば十分なのである。更にそれはいわゆる原始的な不可能すなわち法律行為成立の當初から實現が不可能にきまつている場合をさすのであつて、いわゆる後發的不可能すなわち法律行為の成立後に實現が不可能になつた場合(四一五條 五四三條)は履行不能の問題である。

つぎに法律行為の目的が適法でなければならぬことはいうまでもないことである。契約の自由とか私的自治は民法の根本原則ではあるが、それにも自ら一定の限界がある。かくて公益の保持とか公の秩序の維持という觀點から作られている強行法——當事者の意思にかかわらず適用されるもの——に違反する法律行為は當然無効であるし、強行法を回避して強行法が禁止している結果を實際上實現しようとするいわゆる脱法行為も無効である。但し法律行為の目的が任意法——當事者の意思により適用を排除しうるもの——に違ふことは何等差しつかえないのである。民法第九一條が「法律行為ノ當事者カ法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ」と規定したのは、このことを示したものである。

更に法律行為の目的は正當でなければならぬ。民法第九〇條が「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス」と定めたのは、この點を明らかにしたものといいえよう。公の秩序又は善良の風俗

という觀念はいうまでもなく時代とともに變轉する觀念であり、従つてある事項がこれに反する事項なりや否やの判断は、實際の事件について下された具體的裁判例を通じて歸納的に認識する外はないのであるが、從來の判例によると大體三様の場合があるようである。第一は行為の内容そのものが不當なもの、たとえば賭博をしようという契約、賣淫をしようという契約のごときである。第二は行為の内容そのものは不當でないがそれに法律上の効果を生ぜしめることが不當な場合、たとえば一生結婚しないという契約のごときである。第三は行為の内容そのものは正當であるが、金銭上の利益を對價又は條件とすることにより不當となる場合、たとえば惡事をせぬかわりに金銭を與えるという契約、官吏が正當な職務を行うのに對し金銭を貰うという契約のごときである。ちなみに法律行為の無効というのは、法律行為は一應成立しているが、行為者が欲するような効果を生じ得ないことであり、従つて法律行為としての効力は生じないが、不當利得返還の債務や占有物返還の債務などを生ずることはある。そして無効は法律上當然に、すなわち當事者又は裁判所が何らの行為をしなくても、認められるのである(一一九條參照)。

## II 行為能力

行為能力とは法律行為が完全に効力を生じうるがために行為者が獨立して法律行為をなすに必要だとして法律上要求される資格を指稱する。わが民法上はこれを有しない者を無能力者と呼んで保護を與えている。

無能力者すなわち單獨では確定的に有効な法律行為をなし得ない者は未成年者、禁治産者及び準禁治産者である。未成年者は満二十歳に達しない者であつて、彼等が單に權利を得たり義務を免がれるのみの、彼等自身にとり全然不利益にならぬ行為——たとえば他人から單純な贈與をうけるなど——は單獨で行いうるけれども、それ



以外の行爲はすべて法定代理人(親権者・後見人)の同意を得なくてはならず、同意を得ずになつた行爲は取り消すことができる(三條一)。(六條)。なお小遣錢のように處分を許された財産は未成年者が隨意に處分しうるし、またある種の營業をすることを許されている未成年者は、その營業に關しては成年者すなわち完全な行爲能力を有するものとして取り扱われる(五條)。禁治産者とは、心神喪失の常況にあるために、家庭裁判所によつて禁治産宣告を受けた者であり、準禁治産者とは、心神耗弱、聾、啞、盲又は浪費癖のために、家庭裁判所によつて準禁治産宣告を受けた者である。禁治産者には後見人があつて、財産に關する行爲はすべて後見人が代理して行うことになつており、禁治産者はたとえ後見人の同意を得ても單獨で行爲をすることはできぬ。單獨でやつた行爲はすべて取り消しうる。準禁治産者には保佐人がつき、準禁治産者が借財するとか不動産の賣買をするとかその外第十二條所定のごとき行爲をするには保佐人の同意を必要とする。もし同意を得ずになした行爲は取り消しうるのである(七條一)。(一三條)。

ちなみに取り消しうるとは、法律によつてその行爲を取り消す權利を與えられた者(取消権者)がその行爲を取り消す旨の意思表示をすれば、その行爲は最初から無効だつたことになるという意味であるが、取り消されるまでは一應効果を生じていることを注意せねばならぬ。この點で取り消しうべき行爲は當初から全然効果を生じない無効の行爲とは異なる。ところである行爲が取り消されるとその行爲は最初から無効だつたものとみなされるから、たとえば無能力者に品物を賣つていた者は無能力者に代金を返還し、無能力者の方は受け取つていた品物を返還せねばならぬ。しかし無能力者の方はその行爲によつて現に利益を受ける限度において返還すればよいとされ、有利な地位に置かれている。また無能力者はその行爲を取り消さずに置いた方が有利だと思えば、これを

追認して最初からその行爲が有効だつたものとする(二二〇條一)。(二二六條)。

このように無能力者の行爲が取り消しうる場合には無能力者の相手になつて取引した相手方は何時取り消されるかも知れぬ不安な地位にあるわけだから、民法はかかる相手方を保護するため、一定期間内にその行爲を取り消すか追認するか確答せよと相手方から無能力者の側に催告する權利を與え(一九條)、またもし無能力者が能力者たることを相手方に信ぜしめるために詐術を用いたとき——たとえば保佐人の同意書を偽造して相手方をだましたとき——には、無能力者の側でその行爲を取り消し得ないと定めている(二〇條)。

### Ⅲ 意思表示

法律行爲は意思表示を要素として成立するものだから、それが有効なためには表意者の眞意と外部への表示とが一致してはなくてはならぬ。ところが實際には兩者がくい違つていことがまれでない。このように表意者の眞意と表示とがくい違つている場合を意思の欠缺と總稱し、それに心裡留保、虚偽表示、錯誤の三つの場合がある。

心裡留保(單獨虚偽表示ともいう)とは、眞意と表示との不一致を表意者自らが知つている場合であつて、その行爲は原則として表示通りの効力を生ずる(九三條)。もつとも相手方が表意者の眞意を知り又は知りうべかりしときは、その表示は無効である(九三條)。従つて冗談口をきいた場合などはそれは無効なのが普通である。

虚偽表示とは表意者が相手方と通謀して、眞意と一致せぬ表示をし、外部から見るといかにも法律行爲があつたかのように見せかける場合である。たとえば債権者の強制執行を免がれるために、債務者が自己所有の家屋を友人に賣つたことにして名義を移轉するときである。この場合當事者間では法律行爲は無効であるが(九四條一)項)、



その無効は善意の第三者に對しては對抗できない(九四條)。たとえば右の友人が該家屋を第三者に賣り、第三者がそれを友人の家屋と誤信して買つた場合には第三者は所有權を取得するのである。

錯誤とは眞意と表示との不一致を表意者自身が意識していない場合で、この場合には、錯誤が行為の重要な點すなわち民法のいわゆる法律行為の要素に關しているならば、その法律行為は無効であるとされる(九五條)。しかし表意者自身が重大な過失を犯したために錯誤に陥つたものであるときは、表意者自身は無効を主張することはできない(九五條但書)。

以上の心裡留保、虚偽表示、錯誤は表意者自身が決定した意思を表示するにつき、兩者間に不一致が生じた場合であるが、民法は、表意者が他人の不法な干渉をうけて意思を決定した場合についても規定を置いている。他人が詐欺又は強迫を行つた場合がそれである。すなわち他人に詐欺をされ又は強迫された行為はこれを取り消すことができるのであるが、たとえば詐欺又は強迫をした者がこれによつて得た家屋を更に第三者に賣却したというような場合には、詐欺、強迫をうけた者がこの行為を取り消しても、強迫の場合なら、第三者に對してもその取消をしたことを主張して目的物を取り戻しうるが、詐欺の場合にはできないことになつてゐる(九六條)。

結局意思表示については表意者の眞意と表示とが一致すること並びに瑕疵のないことを必要とするのだが、かかる意思表示はいつから効力を發生するか？ この點につき民法はいわゆる到達主義をとり、意思表示はその通知が相手方に到達した時から効力を生ずるとしている(九七條)。到達とは意思表示が相手方の支配状態に置かれたこと、換言すると相手方がその意思表示を了知しうべき通常の状態が發生したことである。従つて郵便物が相手方の家に配達されて家人に渡され又は郵便受函に入れられた時には到達したことになる。もし表意者が相手方を

知ることができぬとか相手方の所在を知ることができないときは、意思表示の到達なく、その効力も生じないといふことになるので、この場合には公示送達の方法によることとされている(九七條)。なお民法は、契約の承諾についてののみは、右の一般原則である到達主義によらずして、發信主義をとることにしてゐるが、これは取引の敏速を圖るためである(五二、六條)。

### 第三 代 理

#### I 通常の代理

法律行為はその法律効果の歸屬する本人自身によつてなされる必要もなく、また、今日のような複雑な社會にあつては、本人が全部を行うことは到底不可能でもある。かくて他人がかわつて行為をし、その効果を本人に歸屬せしめる代理制度が認められることになるわけである。

代理には法定代理と委任代理(又は任意代理)の二種がある。法定代理は、親權者又は後見人が子又は被後見人の代理人となる場合で、本人の意思に基かずして代理人となる場合であり、任意代理とは本人から代理權を授與されて代理人となる場合である。これは通常委任の形式でなされる。

代理權の範圍は、法定代理については法律によつて定められ、委任代理については本人と代理人との間の契約(普通は委任)で定められるのが一般である。が、かような方法で代理權の範圍が定められていない場合には、保存行為、利用行為及び改良行為の範圍内においてのみ本人のために行為をすることができ(一〇、三條)。

代理權は法定代理、委任代理ともに本人又は代理人の死亡、代理人の禁治産又は破産により、また委任代理の場合は代理權授與の基本關係たる委任契約や雇傭契約の終了によつて、消滅する(一一條)。



代理人が右のような代理権の範囲内において本人のためにすることを示して（甲某の代理人乙某と表示するなど）法律行為をすればその法律効果はすべて本人に歸屬する（九九）。たとえば甲所有の家屋の賣却を依頼された乙が丙にこれを賣却する場合にいうと、賣買契約は代理人乙と買主丙との間に締結されるが、代金支拂請求権は本人甲が取得し、また丙は甲に對し直接に家屋の所有權移轉を請求する權利を取得するのである。もし代理人甲が本人のためにすることを表示せずに行爲をすれば、それは代理人自身の行爲とみなされてしまう（一〇〇）。もつとも相手方が、代理人が本人のためにすることを知っていたとか、又は知ることができたはずであるというような事情のある場合には、この限りでない（一〇〇）。

このように、代理にあつては、法律行為をする代理人とその行爲の効果が歸屬する本人とは別個の人格者だから、錯誤に陥つていたとか詐欺、強迫にかつたとかいうような事實の有無は代理人につきそれを定めなくてはならない（一一〇）。もつともこの結果生ずる取消權などはいうまでもなく本人が有する。これは法律効果が直接本人に歸屬することから生ずる當然の結果である。なお代理人は行爲の結果が自己に及んでそのために不利益を被むるようなことは全然ないのだから、無能力者でも代理人になつて差しつかえないのである（一二〇）。

注意すべきは、何人であろうとも同一の法律行為につき相手方の代理人になつたり（自己代理）、又は當事者雙方の代理人となつたり（雙方代理）することは許されない點である（一〇八）。たとえば甲の貸家を乙が借る場合に、乙が貸主甲の代理人にはなれないし、また甲の所有地を丙が買う場合に乙が甲丙雙方の代理人になることも許されないのである。もつともこのような自己代理、雙方代理の禁止は、これを許しては當事者の利益が十分代表されない虞があるためだから、當事者の同意があればこれを行つても差しつかえないし、同意なしに行われた場合

でも絶対に無効ではなくて、後述の無權代理として本人の追認があれば効力を生ずる。また債務の履行のように、當事者間の利益の相反しないことの明白な行爲についても雙方代理はなしうる。たとえば金銭出納の權限ある代理人が、既に辨濟期限の到來している本人に對する貸金の返金を本人の預金から引き出すときである（一〇八）。

## II 復代理

復代理とは代理人が自己の名義で本人の代理人を選任し、これに代理權限の全部又は一部を行わせることである。

委任代理は代理人自身に對する本人の信賴關係を基礎として成立するもの故、委任代理人は本人の許諾をうるか病氣その他やむを得ぬ事由のある場合でないと復代理人を選任し得ない（一〇四）が、法定代理の場合には、その事務が廣汎で法定代理人のみで處理し得ないし、辭任することも容易でない等の事情があるので、法定代理人は自己の責任をもつて復代理人を選任しうるのである（一〇六）。そして委任代理人が本人の許諾を得又はやむを得ぬ事由があるため復代理人を選任したときは、その選任及び監督についてのみ本人に對し責を負い、復代理人の行爲については責任がない。またもし本人の指名に従つて復代理人を選任したときは、その不適任又は不誠實なことを知つてこれを本人に通知することを怠り又はかかる復代理人を解任することを怠つたのでなければ責任がないのである（一〇五）。これに對し法定代理人が自己の責任をもつて復代理人を選任したときは、復代理人の行爲につき責任を負うばかりでなく、復代理人を使用したために生じた損害についても本人に對し責任を負うのである（一〇六）。但しやむを得ぬ事由があるため復代理人を選任したときは、選任監督についてのみ責任を負えばよい（一〇六）。



復代理人はその権限内の行為につき直接に本人を代理する権限を有し、また本人及び第三者に對してその復代理人を選任した代理人と同一の権利義務を有するのである(一〇)。(七條)。

### ■ 無權代理

無權代理とは代理權をもたない者が代理人として法律行為をしたり、又は代理人が權限外の法律行為をしたような場合を指稱する。かかる場合には、本人が後にこれを追認しない限り、本人については全然効力を生じない(三一)。(三條)。ただ無權代理人自身はその行為に基く責任を負い、相手方の選擇に従つて、履行又は損害賠償をしなればならない(七一)。(七條)。

追認するかせぬかはいうまでもなく本人の自由であるが、もし追認すれば、無權代理行為は最初から有効な代理行為であつたのと同じ効果を生じ、それによる法律効果はすべて直接に本人に對して生ずる(六一)。(六條)。

なお無權代理行為の相手方は、相當の期間を定めて本人に對し追認するか否かの確答を促しうる。本人が返事すればそれによつて追認か否かが定まるのだが、もし何の返事もしないならば、本人は追認を拒絶したものとみなされる。また本人が追認しない間においては、相手方の方で契約を取り消してしまうこともできる(一一四條)。(一一五條)。ところで、すべての無權代理行為を通じて本人について何等の効力も生じないものとする、相手方が不測の損害を被ることがある。たとえば甲會社の社員で常に商品取引にあたつていた乙が會社を解雇された翌日に取引先の丙店に來た場合に、丙が乙の解雇されたことを知らずにこれと取引するのはむしろ當然であり、このような場合には丙を保護する必要がある。そこで民法は、このように本人と無權代理人との間に特殊の關係がある場合、換言すれば實際には代理權は存在しないのだが外見上はいかにもそれが存在するように思える場合には、無權代

理行為は例外として本人について効力を生ずるものとした。これを表見代理という。表見代理には三つの場合がある。第一は、本人が相手方に對しある人に代理權を與えたかのような表示をした場合であり(一〇)。(九條)、第二は、代理人が權限外の行為をした場合であり(一一)。(三條)、第三は、代理人であつた者が代理權の消滅後に依然として代理權が存続するものとして行為をした場合である(一二)。(二條)。右のいずれの場合であつても、相手方が善意無過失であつた場合すなわち相手方が無權代理人と誤信ししかもそのように誤信するにつき過失がなかつた場合に限られることは當然である。また表見代理によつて本人が損害を被つた場合には、本人からその表見代理人に對し損害賠償その他の責任を問うことはいうまでもない。

### 第四 條件と期限

條件並びに期限は法律行為の要素たる意思表示の一部分で、當事者が法律行為の効力を制限するために使用する法律上の手段である。通常これを法律行為の附款と呼んでいる。

#### I 條件

條件とは法律行為の効力の發生又は消滅をある未確定の事實が將來發生するか否かにかからせるものである。だから條件には、將來條件が成就したときに始めて法律行為の効力を發生せしめ、それまでは効力の發生を停止させて置くいわゆる停止條件と、將來條件が成就したときには一たん生じていた法律行為の効力を解除させてしまふいわゆる解除條件との二種がある(一二)。(七條)。

條件とさるべき事實は將來發生するか否か未確定のものでなければならぬのだから、法律行為の當時に既に確定してしまつている事實や發生不可能の事實を條件としても本當の條件たり得ず、それらは無効又は無條件の法



律行為である。また不法の條件を附した行為は無効である(一三三一條)。

ところで條件附の法律行為がなされたときには、當事者の一方は將來權利を取得又は回復しうるかも知れぬとの期待をいだくのは當然である。かかる期待を條件附權利と呼び、相手方は條件の成否未定の間においてもこれを尊重せねばならぬ(八二條)。また條件の成就によつて不利益をうける者が故意に條件の成就を妨げたときは、相手方は、事實上成就しない條件を成就したものとみなすことができるのである(一三〇條)。

なお、條件の成否が未確定の間における當事者間の權利義務も、一般の權利義務と同様に處分、相續、擔保されうることになつている(九二條)。

## II 期 限

期限とは將來發生することの確實な事實に法律行為の効力の發生もしくは消滅又は債務の履行をかからせるものである。

期限には不確定期限と確定期限の區別がある。前者は、期限の内容たる事實の發生することは確實だが發生の時期が不確定な期限、たとえば私が死んだらばというような場合であり、後者は發生の時期が確定しているもの、たとえば五月一日とか今日から一年後というごとき場合である。

期限にはまた始期と終期との別がある。前者は期限が到來したときに始めて行為の効力が生ずるか又は履行の請求ができるようになるものであり、後者は現在發生している行為の効力を期限の到來とともに消滅させるものである(一三三、一三五條)。

ところで期限附權利義務については、權利義務の發生は條件附權利義務とは違つて確實なのであるから、條件

附權利義務についての第一二八條、第一二九條のごとき規定は存在しないけれども、期限の到來によつて生ずべき相手方の利益を侵害してはならないことや、期限到來前の權利義務が一般の權利義務と同様に處分、相續、擔保されうることなどは當然のことである。

なお法律行為に期限がついてると、當事者の雙方又は一方は、期限が到來するまでは、法律行為の効力が發生もしくは消滅せず又は債務の履行が請求されないという意味で、利益を有する。これを期限の利益と呼ぶのである。そして民法上、期限は債務者の利益のために定めたものと推定されているが(一三六條一項)、期限到來前に、期限の利益を有する當事者がそれを放棄することは差しつかえない。たとえばきたる六月末日に支拂う約束の借金を五月末に支拂つても差しつかえないのである。但しその借金が利息附であるときには、債權者も期限までは利息を取りうる利益を有するのだから、債務者は六月末日までの利息をつけなくては一方的に期限の利益を放棄し得ない(一三六條二項)。また破産宣告をうけた場合などには、債務者は無論期限の利益は主張できない(一三三條七條)。

## 第四章 期 間

期間とは一定の時期を起點として他の時期まで繼續する時間である。これに對し一定の時期は期日と呼ばれる。法文や當事者の意思表示の中などで期間を定めた場合に、その計算方法が明確にされていない場合が少なくないので、民法はその計算方法を規定した。またそれは法律行為の内容のみの問題でないから特に一章を設け、更に民法ばかりでない一般原則という意味で「期間ノ計算法ハ法令、裁判上ノ命令又ハ法律行為ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外本章ノ規定ニ從フ」(一三三、一三五條)と定めたのである。



先ず、期間を定めるのに時をもつてしたときは即時より起算する(九三)。たとえば五月十六日午前十時より三十時間というような定め方をしたときは、それは五月十七日午後四時までである。つぎに、期間を定めるのに日、週、月又は年をもつてしたときは、期間の初日は算入しない(一四〇)。だから五月十六日午前十時に「十日間」、「二週間」などという場合には十七日を第一日と數える。そしてこの場合には期間の末日の終了をもつて期間の満了とするのだから(一四)、たとえば第一の場合なら期間は五月二十六日午後十二時で終了する。つまり「十日」が實際は十日と十四時間になるのである。更に期間が午前零時より始まるとき、たとえば五月十六日午前零時から十日間というような場合には、初日を算入し、五月十六日午前零時から五月二十五日午後十二時までとなる(一四〇)。もし期間の末日が大祭日、日曜その他の休日にあたりその日に取引をしない慣習のある場合には、期間はその翌日まで延びる(二四)。

なお、期間を定めるのに週、月又は年をもつてしたときは曆に従い計算するのであり(一四三)、従つて月の大小や年の平閏を問はず一月、一年と數える。そして週、月又は年の初めから期間を起算しないときは、その期間は最後の週、月又は年においてその起算日に應當する日の前日をもつて満了する(一四三)。だからたとえば一月十五日から二ヶ月間というとき、十六日が起算日で、最後の月すなわち三月において起算日の應當日の前日たる三月十五日で期間は満了する。もし月又は年をもつて期間を定めた場合に、最後の月に應當日がないときは、その月の末日をもつて満期日とする(二四三)。故にたとえば一月三十日から一ヶ月としたときは、二月二十八日又は二十九日が満期日になるのである。

## 第五章 時 效

時が法律事實として作用する現象中最も著しいもののが時効である。時効とは一定の事實状態が一定期間繼續したことにより法律効果を生ぜしめる制度であつて、これには取得時効と消滅時効との二種がある。

取得時効は財産権取得の原因たる時効であつて、物又は権利の占有又は行使が一定期間繼續することによつて完成する。たとえば他人の物であるのにこれを二十年間自分の物のように公然と占有している者はその物の所有権を取得し、眞實の所有者は所有権を失うのである。もし不動産の場合ならば十年間自分の物のように公然と占有していることによつて所有権が取得される。所有権以外の財産権についても同趣旨の取得時効が認められている(一六二條、一六三條)。

消滅時効は権利消滅の原因たる時効であつて、権利者が一定期間権利を行使せずにおつて置くことによつて完成する。財産権は、所有権以外はすべて消滅時効にかかるが、そのうち最も適用の多いのは債権である。債権者がその債権を行使しないままに一定期間が過ぎると、その債権は消滅する。一定期間とは普通の債権については十年だが、債権の種類によつては次第に短くなり、一年で消滅するものもある(一六六條、一七四條ノ二)。

ところで、このような時効制度を法律で認める理由としては、通常「権利の上に眠る者は保護せず」という法諺があげられ、また長らく年月を経過すると證據の材料も次第になくなるのが普通であつて、眞正の法律關係を遠く過去に遡つて調べることは甚だ困難であるから、立證の困難を省き、長らく繼續した状態をそのまま認めるのが社會の秩序を保つゆえんだとする點をもあげられるが、結局は、これらの理由をも包含しつつ、永續してきた



つた事實關係を尊重することが社會秩序を保つゆえんだと考えられる點に、時効制度が認められる根本理由が存するのである。

このような理由で時効制度が認められているのだから、時効による権利の取得や消滅は時効期間満了の時すなわち時効完成の時に生ずるのでなく、時効の起算日に遡るのである<sup>(一四)</sup>。時効の起算日というのは、取得時効については占有又は権利の行使を始めた日<sup>(一六二條)</sup>、消滅時効については権利を行使しうる初日<sup>(一六六條一項)</sup>であるから、このときから権利が取得され又は消滅していたことになるのである。

けれども時効がその効力を生ずるがためには当事者がこれを自己の利益のために援用することを要する<sup>(一四)</sup>。これは当事者が欲しないのに時効の利益を享受することを強制しないとの趣旨によるものである。

なお、この債務は時効にかかっても決してそれを主張せぬというような、時効がまだ完成しない間に前もつて時効の利益を放棄するような約束をしても、それは無効である<sup>(一四)</sup>。ただしそのようなことを認めるのは時効制度の目的に反し、債権者が債務者を壓迫する弊害を生ぜしめるからである。

つぎに時効は一定の事實状態の繼續によつて権利が取得され又は消滅することを認めるものであるから、かかる状態の繼續を打ち破る事實があると、時効の進行は中断されてしまう。中断された時効は中断事由のやんだ時からまた改めて進行するのである<sup>(一五)</sup>。そして時効中断事由は、取得時効及び消滅時効に共通のものとして第一四七條及び第一四九條ないし第一五六條が、また取得時効の中断については更に第一六四條、第一六五條が、定期金債権の消滅時効の中断については第一六八條二項の規定がある。

更に時効の中断を行うのが困難な事情のある場合には、特にその事情のやんだ後一定期間だけ時効によつて権

利を失うべき者を保護するため、時効期間を繰り延べ、時効の完成を一時停止することがある。これが時効の停止である<sup>(一五八條一、一六一條)</sup>。



## 第二編 財 産 法

## 第一章 所 有 權

## 第一 所有權の内容と限界

所有權とは外界の財物を自由に使用、収益、處分する權利である(二〇)。使用、収益は自分で行つてもよいし、他人に行わせてもよい。また處分とは、その物を打ちこわしたり、他人に與えたり、賣つたり、擔保に入れたりすることである。

このように所有權は物に對してあらゆる支配をなしうることを内容とする絶対最高の權利ではあるが、しかしやはり法律で認められているものであり、しかも社會的に承認されねばならないのだから、いろいろな點で制限をうけるのである。

第一に憲法第二九條は、私有財産權は憲法によつて保障されるとしつつ、同時に、私有財産權の内容は公共の福祉に適合するように法律をもつて定めるとしている。だからわが憲法の下においては、所有權も、所有者の個人的利益のためにのみ認められた神聖不可侵な權利ではなく、公共の福祉のために認められた權利に過ぎないのである。そしてこのような公共の福祉という見地から所有權に加えられる制限はますます増大しているのである。そして「法令の制限内に於いて」自由に使用、収益、處分しうると民法でもいつている通り、所有權は、鑛業法、河川法その他多くの法令によつて、種々な制限をうけているが、民法自身も所有權の限界、特に相隣地の土地所

有權の限界に關し、相隣者が互助互讓の精神で協同すべきことを詳細に定めている(二〇七條—二三八條)。

## 第二 所有權の効力

所有權者はその所有物を使用、収益、處分しうるのみでなく、その使用、収益、處分を妨害されたときはその妨害を排除しうる。すなわち所有物を奪われたときは所有權者はその返還を請求しうる(所有物返還請求權)。物が現在何人の手に渡つていようと所有權者はどこまでも物の所在に追及して返還を請求しうるのが原則である。(もつとも動産については既述の即時取得の例外がある。)また隣地の樹木が風のために自分の庭へ倒れてきたというような場合には、その妨害の除去を請求しうる(妨害除去請求權)。更に現實に妨害が生じていなくとも、妨害を生ずる虞が顯著であるとき、たとえば隣地のへいが今にも倒れそうな場合にはそれを倒れないように豫防することを請求しうる(妨害豫防請求權)。なお、もし侵害によつて損害をうけたならば、單に侵害除去を請求しうるばかりでなく、發生した損害の賠償を請求することもできる。

しかし所有權——のみならず私權一般についてしかりであるが——は權利者個人の利益のためでなく社會公共の福祉のために認められるものであり、従つてこれを行使するのも信義誠實の原則に従つて行ふを要し、濫用のごときは到底許されない(三項)。この意味で右の妨害除去の請求も所有權の濫用と認められる場合にはもちろん行い得ないのである。

## 第一章 所 有 權

なお所有權者が所有物返還請求をする場合には、相手方がその物をき損したとか、費用を出して改良したとか、その物から収益したとかいふことが多いであろう。そこで民法はかかる場合の相手方の賠償責任、費用償還請求權、収益權などについて詳細に規定している(一八九條—一九九條)。



第三 所有權の取得

所有權は通常は賣買や贈與や相續のように前の所有者の權利に基いて取得されるのが多いが(承繼取得)、しかし前主の權利に基かずに獨創的に取得されることもある(原始取得)。

既述の取得時効や即時取得による所有權の取得は、もちろん原始取得であるが、この外に民法は所有權の原始取得の原因として先占、發見、拾得、添付(附合、混和、加工)について規定している。先占とは野生の鳥や魚を捕えるというように無主の動産を占有することである(二三九條)。發見とはたとえば地中から所有者のわからぬ古錢を發見するなどをさし、この場合には發見者が届けいで、遺失物の規定によつて公告し、六ヶ月間所有者が現われなかつたときは、發見者が所有權を取得する(二四〇條)。拾得とは他人の落した物を拾うことで、この場合にも拾得者が届けいで、遺失物の規定により公告して、一年間遺失主がわからぬときには拾得者がその所有權を取得する(二四〇條)。添付とは所有者を異にする二つの物が附合又は混和(混合、融和)して容易に分離し得ない一つの物になつたときに、もしこの二つの物に主従の別があると主たる物の所有者が全部の物の所有權を取得し、もし主従の別がなければ二人がその物の共有者になるのである。たとえばある人が誤つて他人の土地に野菜の種子をまいた場合など、土地所有者が野菜の所有權を取得する。もつともこの場合土地所有者はこの野菜の種子代金は償還しなくてはならない。なお、添付の中には加工というのがあつたが、これは、たとえば他人の木材を使つて見事な彫刻をしたような加工者はその木材を取得し、木材所有者にはその代金を償還するのである(二四二條)。

第四 共有

共有とは一個の所有權が分量的に數人に屬すること、たとえば甲乙二人が金を出し合つて一個の時計を買つた

場合、この時計は甲乙二人が共有しているのである。

かかる共有關係にあつては、一個の所有權が各共有者に分屬するのであるが、その分屬した所有權を共有持分權といひ、分屬する割合を持分という。

各共有者は、共有物の全部についてその持分に應じて使用収益をすることができ(二四九條)、且つその持分は、たとえば出資の割合など特に何らかの方法で定められていないならば、相等しいものと推定される(二五〇條)。

共有物を管理するのは、共有者の持分に基く多數決によるが、これを處分するには、全員の同意が必要である。また共有者はいつでも共有物の分割を請求することができ、一人が分割を請求した場合には、すべての者はこれに異議を唱へることができない。また各共有者はその持分を自由に他人に讓渡したり放棄したり、その他任意に處分し得、他の共有者の同意を必要としない(二五一條)。

なお共有關係は所有權以外の物權たとえば地上權、永小作權、鑛業權、著作權などの財産權を數人が共同にもつている場合にも認められる(二六四條)。準共有というのがこれである。

第二章 占有權

占有權とは人が現在物を支配(所持)している事實狀態を基礎とし、且つかかる事實狀態が正當な法律上の權利關係に基くものであると否とに論なく認められる權利である。このように特殊な權利を認めるのは、物に對する事實上の支配關係をば一應その原因のいかなを問はず保護することが社會秩序を保護するゆえんであるからである。たとえば盗んだり拾つたりした物をそのまま所持している者は、所有者その他正當な權利者から返還を請求



されれば當然これを返さねばならないのであるが、たとえ正當な権利者であつても、私人同志が物の支配を争つて腕力に訴えて物の争奪をするというようなことを法律が認めては、社會の秩序は到底維持し得ないから、民法はすべての事實上の支配状態が正當な権利關係に基いて生じたものか否かということを問わずに、とにかく一應はこれを權利(占有權)と認め、他人がみだりにこれを侵害することを禁止したのである。

更に占有權制度は、取引の安全敏活を圖るためにも必要である。すなわち現に物を支配している占有者は、これを法律上正當な權利に基いて支配しているのが普通であるから、占有者は通常正當な権利者だと考えられる。従つて、現在の占有者をば正當の権利者と一應認めて置くことが、取引の敏活と安全とを圖るゆえんである(一八八條)。特に、何人が正當の権利者であるかを公示する登記のごとき制度を設け得ない動産についてしかりである。かくて占有權の効力として、既述の動産の即時取得の制度も認められているわけである。

ところで占有權を取得するためには、事實上の支配(所持)のみでは足らず、「自己ノ爲メニスル意思」(占有意思)が必要である(一八〇條)。もつともこの意思は嚴格に解釋すべきでなく、一般社會觀念上物を支配しているときとされる場合は占有權があると認められる。故に民法上、他人に物を所持させて間接に占有をする場合も、代理占有として保護されるのである(一一八條)。なお、占有權の讓渡をするには、現實に物を引き渡さねばならないが、代理人による占有については簡易引渡の方法が認められている(一一八二條一)。

占有權の効力には權利の推定、善意占有者の果實收取、即時取得、占有訴權など種々あり、取得時効も占有の繼續を要素として完成する(二〇二條)。占有訴權というのは、占有者が他人からその占有を奪われたときに、その物の返還を請求しうるのみでなく(占有回收の訴)、占有を妨害されたときにはその妨害の排除を請求し(占

有保持の訴)、また占有を妨害される虞のあるときは妨害の豫防を請求しうるなど、占有の侵害に對する救濟手段として認められたものである。しかもこの占有訴權は單に占有という事實状態だけに根據して認められたものだから、所有權その他の本權の訴とは無關係である。

### 第三章 用 益 物 權

民法は物權として前述の所有權、占有權の外に、不動産の使用収益を目的とする用益物權として地上權、永小作權、地役權並びに入會權の四種を、また債權の辨濟を擔保する擔保物權として留置權、先取特權、質權及び抵當權の四種を認めている。

物權の種類は民法その他の法律——たとえば鑛業法、漁業法——で定められたものに限り(一七五條)(物權法定主義)、當事者が契約で勝手に新しい種類の物權を作ることには許されない。のみならず、法律で定める物權についても、法律の規定と異なつた内容を與えることもできない。この點はどのような内容でも自由に契約で定めうる債權とは異なつている。物權と債權との間にこのような差異のあるのは、物權は物に對する直接の支配をその本質的内容とするものであり、従つて何人に對しても効力を及ぼしうるものであるに反し、債權は債權者が債務者に對して一定の作爲又は不作爲を請求することを内容とするものであつて、第三者に對しては影響のないものであるからである。これが、物權法定主義を採つて物權の種類と内容を法律によつて限定するとともに、不動産について登記制度を採用して、何人がいかなる物權を有するかを第三者に公示せしめてあるゆえんである。ちなみに、動産について登記制度が存在しないのは、すべての動産について登記簿を備えて、その取引を登記するよう



なことは到底不可能なことだからである。

第一 地上権

他人の所有地において建物その他永久的な工作物たとえば橋、トンネルなど又は植林の目的となるべき竹木を所有するために、その土地を使用する物権が地上権である(二六五條—二六九條)。地上権には地代がなくとも差しつかえないが、通常はもちろん地代があるであろう。また存続期間は當事者の合意で定まることが普通だが、そうでない場合は裁判所が二十年以上五十年以下の範囲内でこれを定める。地上権は他人の土地を長期間利用するために設定されるものだから、相隣地の所有者間におけると同様な法律關係が認められている。なお、建物の所有を目的とする地上権については借地法に特則がある。

第二 永小作権

小作料を支拂つて他人の土地で耕作又は牧畜をする権利であつて、その存続期間は二十年以上五十年以下であり、もし當事者が設定契約で五十年より長い期間を定めたときは、五十年に短縮されることになっている。また存続期間につき當事者が全然定めをしていないときには、別段の慣習ある場合を除き、三十年存続するものとされている(二七〇條—二七九條)。

永小作権は物権であるから、永小作人といえども土地に永久の損害を生ずべき變更を加えることはできないけれど、當初の設定契約で禁じられていない限り、永小作人は、地主の承諾なしに、その権利を他人に譲渡したり、第三者にその土地を賃貸することができるし、小作料を滞納しても、引き続き二年以上の滞納がなければ地主は永小作権の消滅を請求できない。

第三 地役権

地役権とは、設定契約で定めた目的に従つて他人の土地を自己の土地の便益に供する物権である。たとえば他人の土地を通行するとか他人の土地から水を引くなどの場合に認められるものである(二八〇條—二九三條)。

第四 入會権

これは、特定の村や部落の住民が特定の山林原野——住民の共有又は他人の所有する——において草を刈つたり、たきぎを切つたりする権利で、わが國の農山村に古くから存在した慣行上の権利である。これは各地で特殊の發達を示しているものが多いので、民法は原則として各地方の慣習に従つてその法律關係を定めることとし、地方的な慣習がない場合には、共有又は地役権に關する規定に従わせることにしている(二六三條—二九四條)。

第四章 債 權

第一 債權の内容

債權の内容は債權者が債務者に對し特定の行爲(作為又は不作爲)をなすべきことを請求しうることにある。請求することの内容は、ある仕事をする事、金錢その他の物の引渡とかある行爲をしないことなどであるが、當事者の契約で自由にいかなる行爲でも債權の内容としうる。もつとも公序良俗に反する行爲は、もちろん債權の内容とはし得ない。また強行法規違反の行爲を内容とすることもできない。なお不能な行爲であつてもならないし、更に内容が確定しているか、又は確定しうべきものでなければならぬ。

第二 債權の種類



債権の目的たる債務者の行為を法律上給付と呼ぶのであるが、この給付を標準にして債権をわけてみるとつぎのようになる。

イ 特定物 たとえばこの書物、あの時計などと個別的に当事者が指定した物の引渡を目的とする債権(四〇〇條)。

かかる債権では、債務者は、目的物を引き渡してしまふまで善良な管理者の注意——一般取引觀念上通常必要だと考えられる程度の注意——を拂つて、目的物を保管するを要し、もしこの注意を怠つて目的物が滅失、き損したら、債務者は、それによつて生じた損害を賠償せねばならぬ。

ロ 種類債権 これは牛肉一斤、肥後米五俵のごとく、種類と分量のみが定められていて特に個別的には定められていない物の給付を目的とする債権である(四〇一條)。

ハ 金銭債権 金銭の給付を目的とする債権で、最も普通に行われているものである(四〇二條)。

ニ 利息債権 利息は商人間の貸借又は商人がその營業の範圍内で金銭を立て替えたなどの外は、特約がなければ發生しない(商法五一條)。利率も約定利率によるべきであるが、當事者間にその定めがないときは、法定利率による。これは原則として年五分であるが(四〇四條)、商法の適用をうける場合は年六分である(商法五一條)。

複利(重利)すなわち辨濟期に不拂の利息を元本に組み入れて更に利息を生じさせる特約をするのは差しつかえない。またその特約がなくても、利息が一年分以上延滞している場合に、債権者に催告されても債務者がこれを支拂わぬときは、債権者はこれを元本に組み入れうる(四〇五條)。

利息は利息制限法(昭二九・五・一五)法律第一〇〇號)によつて制限されている。すなわち元本が十萬圓未満の場合は年二割、十萬圓以上百萬圓未満の場合は年一割八分、百萬圓以上の場合は一割五分が最高であつて、もし金銭消費貸借にお

る利息の額が、右の利率によつて計算した金額を超過するときは、その超過部分は無効である(一一條)。もつとも

債務者が任意に超過部分を支拂つたときは、その返還を請求することはできない(二一條)。また金銭消費貸借においては、利息を天引することがよくあるが、この場合に、天引額が債務者の受領額を元本として右の利率により計算した金額をこえるときは、その超過部分は、元本の支拂に充てたものとみなされる(二一條)。

更に、契約の締結と債務の辨濟の費用を除き、金銭消費貸借に關して債権者が受ける元本以外の金銭は、禮金、割引金、手数料、調査料その他のような名義をもつてするを問はず、すべて利息とみなされる(三一條)。

次に、金銭消費貸借債務の不履行による賠償額の豫定は、その賠償額の元本に對する割合が既述の利率の二倍をこえるときは、その超過部分は無効である(四一條)。もつとも、債務者が任意に超過部分を支拂つたときは、その返還を請求することはできない(二一條)。なお、違約金は、この場合、賠償額の豫定とみなされる(三一條)。

最後に、本法は昭和二十九年六月十五日から施行されたのであるが、本法施行前になされた契約には、従前の利息制限法が適用されるのである(附則一項)。

なお、金銭債権を期日に辨濟しないと、債権者は、それが利息附であると否とを問はず損害賠償として遅延利息をとることができる。その利率は法定利率が原則だが、もしその債権が初めから利息附で約定利率が法定利率以上だつたら約定利率による(四一條)。

ホ 選擇債権 選擇的に定まつた數個の給付中の一を目的とするものである(四〇六條)。たとえば寫眞機か時計を引き渡すという債務のごときである。誰が選擇權を有するかは特約で定められるが、特約がなければ債務者が選擇しうるものになつてゐる。但し選擇すべき數個の給付中に初めから不能のものがあつたり、又は後に不



能になつたものがあると、原則として、可能な給付をすべきことになる。そして選擇はそ及効を有する。すなわち選擇により給付が特定すれば、その給付が債權發生の時から債權の内容だつたことになる。従つて寫眞機か時計かを引き渡すべき債務の選擇權が債權者にある場合に、債權者の過失で時計の引渡が履行不能になつたときには（この場合には特定の効果は、生じない。四〇一條二項）、債權者は、時計を選擇して債務を免がれうるのである。

### 第三 債權の効力

債權者は、債務者が債務を履行しないときには、その現實的な履行を強制することができ、また現實的履行の強制が不可能なとき、あるいはそれが可能であつても履行が遅延したことなどによつて損害がある場合には、損害賠償の請求をすることができる。これが債權の効力であり、債權はこの二つの効力を具有するのが常であるが、ある種の債權については右の効力の一部が認められないことがある。いわゆる自然債權がそれである。自然債權とは、債務者が任意に辨濟するときには債權者は受領しうるが、任意に辨濟しない場合にこれを訴求し得ないものである。たとえば時効にかかつた債權とか、違法の法律行為より生ずる債權などである。

#### I 現實的履行請求權

債權者が債務者に對し債權の現實的履行を請求しようとするときは、必ず訴により又はその他の方法によつて債務名義を得た上、更に民事訴訟法の規定によつて強制執行を行わねばならない。たとえ債權者であつても、みだりに自力をもつて直接履行の強制をすることは許されないことであり、國家の助力を求めなくてはならないのであるが、國家といえども、現實的履行を強制するについては、できるだけ債務者の人格を尊重すべきである。従つて現實的履行を強制することがかえつて公序良俗に反する場合には、單に損害賠償の請求が許されるにとど

まるのである。

債權の現實的履行を請求するには、先ずこれを請求する趣旨の訴を提起せねばならない。もつともたとえば公正證書による貸金債權の履行を強制する場合には、特に先ず訴を提起することを要せず、直ちに後述の強制執行の手段を採ることができるといふような例外がある（民訴五五）。

現實的履行を求める訴の内容は債權の目的たる給付の性質により定まるのであつて、これを區別して説明するところの通りである。

A 一定額の金錢支拂を目的とする債權、特定不動産の引渡、特定不動産の明渡を目的とする債權並びに一定量の不特定物（たとえば米十俵など）の引渡を目的とする債權などは、その性質上直接強制——たとえば執行吏にその目的物を差し押えさせるなど——が可能であるから、「債權者ハ其強制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」（條一四）、すなわち債權者は當該債權の目的たる給付それ自體を訴の目的物として訴を提起することができるのである。

B けれども債務者の行為——作為、不作為——を目的とする債權の場合には、民法は、その直接強制の訴は許さないが、そのかわりに左のごとき訴の提起を許し、債權者をして直接強制を行つたのとなるべく近い結果を得させるようにしている。けだしこれらの債權は、たとえば執行吏に債務者を強制させて行為をさせるといふわけにゆかぬものであり、すなわちそれらは債務の性質が「強制履行——直接強制——を許ササル」ものであるが、それらについて損害賠償の請求のみしか許さないとするのは、實際の便宜を甚だしく無視することになるからである。



イ 債務が作爲を目的とするものであるとき、たとえば家屋の建築や取りこわしを目的とする債務や物の運搬を目的とする債務などにあつては、債権者は、債務者の費用で第三者にこれをなさしめることを裁判所に請求することができる(四一四條)。いわゆる代替執行といわれるものがこれである。もつとも作爲を目的とする債務であつても、音楽家に演奏させたり、學者に講演させる債権などは、性質上、債務者の費用をもつて第三者にかわつて行わせることは不可能だから、結局損害賠償請求以外に方法がない。

ロ 債権の目的たる作爲がある意思表示をすることである場合——「法律行為ヲ目的トスル債務」——たとえば同意又は承諾をすべき債務である場合には、債権者は、直接その同意又は承諾の意思表示をすべき旨の訴を提起すべく、裁判所がその債務を認め、同意又は承諾をなすべき旨を命ずる判決をしたときは、その判決の確定とともに法律上當然に債務者がその意思表示をしたと同一の効果が生ずる(四一四條)。けだしこれらの場合には、同意又は承諾をすべき義務が眞に存在するか否かを決定することが重要であつて、債務者が現實に同意又は承諾という意思表示をする事實が重要なのではないからである。

ハ 不作爲を目的とする債務については、債務者の費用をもつてそのなしたるものを除却し、且つ將來のため適当な處分をすることを請求しうる(四一四條)。たとえば、一定の土地に建物を建築しないという債務を負う者がこれに違反して建築したときは、債権者はその除却を請求する外に、たとえば將來再び違反した場合には金若干圓を支拂うべしといふとき將來に對する保障を請求しうるのである。

ところで、債権者が右のような現實的履行請求の訴に勝訴し、又は公正證書その他判決にかわるべき債務名義(民訴五五九條等)をもつていならば、民事訴訟法の規定によつて、それぞれ必要な強制執行をすることができる。

先ず「強制履行」すなわち直接強制を許しうべき債権については、民事訴訟法第五六四條以下、第六四〇條以下、第七一七條以下、第七三〇條ないし第七三二條等の諸規定によつて、直接強制をなしうる。なお、直接強制を許しうべき債権中「金錢の支拂を目的とせざる債権」のみについては、右のような直接強制に代えて、民事訴訟法第七三四條により、心理的強制による間接的執行を請求して差しつかえない。いわゆる間接強制がこれである。これは、裁判所が、債務者に對しあらかじめ履行の遅延する期間に應じ一定の損害賠償をすべき旨を命ずることによつて、債務者に心理的壓迫を加え、その履行を間接に強制するものである。そしてこれは、前述の通り、直接強制を許しうべき債権中金錢の支拂を目的とせざる債権、別言すれば作爲債務のうち第三者がなし得ない行為を目的とする債権につき認められるのであるが、この種の債権であつても、夫婦の同居を求めたり、藝術的創作をすることを求めるなど、債務者の自由意志を壓迫して履行を強制することが無理であり、これを強制してもその債権の眞の目的を達し得ないものについては、間接強制は許されない。結局それは、債務者がその意思さえあれば行いうる比較的機械的な行為で、しかも第三者がかわつてなし得ない行為に限られる。たとえば財産目録の作成とか、獨占的ガス會社のガス設備工事とか、親權を侵害して幼児を手許に置く者の幼児引渡債務などがこれである。

つきに、債務者の行為を目的とする債権については、民法第四一四條第二項及び第三項に定める趣旨の判決を得た上、イ、作爲又は不作爲を目的とするものについては民事訴訟法第七三三條により強制執行をすることができ、ロ、債務者の意思表示を目的とするもの(四一四條第二項但書)については、民事訴訟法第七三六條によつて強制執行の効果が生ずる。



II 損害賠償請求権

債務者が債務の本旨に従つた履行をしない場合には、債権者は原則として上述の通りその現実的履行を請求しうるのだが、債権者はこれに代えて損害賠償を請求しても差しつかえないし、またある場合には現実的履行の請求が許されずに損害賠償のみが許されることもある。なお現実的履行を請求すると同時に、別に不履行によつて損害を被つているならばその賠償をもちあわせて請求しうべきことはいうまでもないことである。

債務不履行すなわち債務者が債務の本旨に従つた履行をなさないために債権者が損害を被る場合は、履行遅滞、履行不能及び不完全履行の三に大別しうる。

A 履行遅滞

a 要件

履行期において履行が可能であるにもかかわらず不当に履行しないことである。

履行期が確定期限として定められているときは、期限到来とともに、債権者から履行の請求をせずとも、當然遅滞の責を生ずるが、不確定期限——たとえば甲某死亡の際など——として定められているときは、債務者はその期限の到来したことを知つた時から遅滞の責に任ずればよいのであつて、期限到来とともに當然遅滞の責を負うものではない。また全然履行期の定めがないときは、債権者から履行の請求をうけた時から遅滞の責を負うのである(四一)。なお、債務者が債務の本旨に従つた履行の提供をしたにかかわらず、債権者がこれを受領しないときは、履行遅滞の責任は生じない(四九)。

また債務者が履行期に履行しないことにつき法律上正当な理由があるときは、たとえば債務者が当該債務につ

き同時履行の抗辯(五三)や留置権(二九)などの権利を有し、法律上正当に履行を拒みうる理由を有しているときは、遅滞の責任は生じない。

更に履行の遅延することが天災その他の不可抗力のごとく債務者の責に歸すべき事由に基かないときには、債務者は、後述の金銭債務の特例を除き、遅滞がその責に歸すべき事由によらない旨を證明すれば、その責任を免がれうる。この場合の責に歸すべき事由とは、債務者自身の故意・過失又は信義則からみてこれと同視すべき事由、たとえば履行補助者の故意、過失などをさす。

b 効果

債権者が履行遅滞のためにうけた損害の賠償(遅延賠償)を請求しうることに遅滞の効果である。

賠償方法は債権者債務者の特約であらかじめ定めて置くことができるが、別段の意思表示のないときは、原則として、債権の種類に關係なく、すべて金銭に評價して賠償させる(七一)。

請求しうべき損害賠償の範囲は、遅滞と相等因果關係の範囲のもの、すなわち遅滞により通常生ずべき損害であるが、特別の事情によつて生じた損害であつても、当事者がその事情を豫見し又は豫見しうべかりし時は、債権者はその賠償を請求しうる(四一)。(六條) なお履行遅滞の生じたことにつき債権者にも過失あるとき、たとえば債権者が住所を變更したことを債務者に通知せず、債務者もこれを知るために當然なすべき努力をしなかつたような場合には、裁判所は、賠償額を減じたり、場合によれば賠償責任なしとすることもできる(四一)。(八條) いわゆる過失相殺がこれである。

金銭債務の場合には履行不能はなく、常に履行遅滞となるのであるが、この場合には、債務者は、債権者に損



害のない場合でも、不可抗力による場合でも、遅滞の責を免がれ得ない(四一九)。但し賠償額は限られる。すなわち無利息の金銭債務につき履行遅滞が生じたときは、債務者は辨済期以後は法定利率年五分の遅延利息——通常遅延利息と呼ばれるが本質は損害賠償である。——を支拂えばよい。もつともその債務が本来約定利息附債務で、且つその利率が法定利率以上、たとえば年一割のときは、遅延利息の利率も約定利率によつて定まるのであり、従つて右の場合には年一割の遅延利息を支拂えば足る(四一九條)。また利息はこれを支拂うべき時期より遅延しても、當然には損害賠償の責任を生じない(四〇、五條)。

債務不履行による損害賠償については、實際上の困難を排除するために、當事者間であらかじめ賠償額を約定して置くことが多い。かような場合には、債権者は、賠償義務發生のその他の要件が備わつている限り、實際上の損害額を證明せずして當然に豫定額を請求しうるものであり、裁判所はその額を増減し得ない(四二〇條一項)。もつとも法律が特に禁止するときは賠償額の豫定はできない(六條參照)。また賠償額豫定契約が善良の風俗に反すと認むべきものなるときは、裁判所はこれを無効として取り扱うべきことはもちろんである(九〇)。當事者が違約金という語を使用した場合でも、一般に賠償額の豫定と推定される(四二〇條)。なお賠償額豫定の特約があつても、債権者は豫定額とともに本来の債務の履行を請求し、又は契約の解除を請求することができる(四二〇條)。

B 履行不能

a 要件

債権の成立した時には可能だつた給付が債務者の責に歸すべき事由により後に至つて不能となることである。不能であるか否かは一般取引觀念に従つて決すべく、物理的な不能には限らない。たとえば特定物の賣主が目

的物を買主に引き渡す前に更に第三者に賣却してこれを引き渡してしまつた場合には、買主に對し債務は履行不能となるのである。

つぎに、履行不能であるか否かを決するのは原則として履行期をもつて標準とすべきことというまでもないことであるが、履行期においては不能なるべきことが履行期前に既に確定している場合には、債権者は履行期到来前であつても履行不能を主張することができる。

履行不能も、遅滞と同様に、債務者が、自己の責に歸すべき事由に基かないことを證明したときは、責を生じない(四一、五條)。なお、この場合に債務者に責を生じないとは、結局、債権が消滅して債務者が債務を免かれることであるが、たとえばこのようにして賣主の債務が消滅した場合に、買主の代金支拂債務も消滅するか否かは全然別個の問題であつて、これについてはいわゆる危険負擔の問題として、特に第五三四條ないし第五三六條に規定がされている(後述)。

b 効果

履行不能の効果は、債権者が履行不能によつて被つた損害の賠償(填補賠償)を請求しうることである。

履行不能による損害賠償の方法、範圍、特約など、すべて前述の遅滞と同様、第四一六條ないし第四一八條の規定が適用される。なお、債務者が損害賠償としてその債権の目的たる物又は権利の價額の全部を債権者に支拂つたときは、その物又は権利は、當然に、債務者に歸屬する(賠償者の代位)(四二二條)。たとえば倉庫業者が受寄物を盗まれて返還不能となつた場合に、受寄物の價額を履行不能による損害賠償として寄託者に支拂つたときは、受寄物の所有權は當然に倉庫業者に歸屬するのである。



C 不完全履行

a 要件

債務者が不当に不適當、不完全な給付をするのが要件である。たとえば鑛山の測量をすべき債務者が誤つた測量をするとか、六法全書を交付する債務者が落丁ある六法全書を引渡した場合などである。注意すべきは、特定物を引き渡すべき債務については、不完全履行の問題は起らないとのことである。たとえばある特定の書物を引き渡すべき賣主がこれを引き渡した以上は、その書物に瑕疵があつても不完全履行ではない。ただし賣主はその書物引渡の債務より負擔していないからである。但しこの場合に、瑕疵の存在を知らずに買つた買主を保護する必要はあるが、これは賣主の瑕疵擔保責任の問題であつて（後述）、不完全履行ないし債務不履行の問題ではない。なお、不完全履行の場合にも、債務者の責に歸すべき事由あることを要するは、もちろんである。

b 効果

不完全履行によつて被つた損害の賠償を請求しうることである。すなわち追完可能な場合——買入れた書物に落丁があつたというような場合——には、履行遲滞に準じ追完を請求するとともに、不完全な履行が一度あつたことによる無用の失費などの賠償を請求しうる。なおこの場合には、たとえば買入れた豚がたまたま傳染病にかかつていたため買主の他の豚に感染したというように、特別の事情によつて損害の擴大する場合もあるが、このときも、相當因果關係の範圍内において、すべての損害の賠償を請求しうる。つぎに、追完不能の場合ならば——たとえば誤つた測量の報告を信頼して鑛山を買入れてしまつたなど——履行不能に準じ、給付にかわる損害賠償を請求しうる。

第四 債權讓渡と債務の引受

債權關係がある場合には債權者と債務者とが對立してはならぬが、現行法制の下では債權者、債務者が變更しても、債權關係自體は同一性を失わないことが一般に認められている。かかる債權者の變更は債權讓渡として、債務者の變更は債務引受として、契約によつて生ずるのが原則である。

I 債權讓渡

これは債權の移轉を目的とする契約で、債權者と讓受人との間においてなされる。

債權はこれを讓渡しうるのを原則とするが、雇傭、委任、賃貸借などから生ずる債權のように個人的信賴關係に重きを置く債權や、不作爲の債權などはその性質上讓渡し得ず、また親族から扶養をうける權利のときは法律によつて處分が禁ぜられ（八八）<sup>一</sup>。更に債權者と債務者とが讓渡禁止を特約したときは、その債權は當然讓渡し得ない。もつとも讓渡禁止の特約は善意の第三者には對抗し得ない（四六）<sup>二</sup>。

債權讓渡は、これまで債權者だつた讓渡人とこれから債權者となるべき讓受人とが、その旨の契約をすれば、當事者間では効力を生ずるが、對外的に債務者その他の第三者にもその効力が及ばないと意味がない。そこで法律は、債權讓渡を第三者に對抗するための要件につき、債權の種類に應じつぎのように定めている。

指名債權すなわち債權者が特定している債權の讓渡は、讓渡人が債務者に通知するか又は債務者が讓渡人又は讓受人のいずれかに對し承諾をするかでない<sup>三</sup>と、債務者その他の第三者に對抗し得ず、しかもこの通知又は承諾は、確定日附ある證書（たとえば内容證明郵便（民施五條參照））をもつてしなければ、債務者以外の第三者には對抗し得ない（四六）<sup>四</sup>。つぎに指圖債權すなわち特定の者又はその者から指定された人を債權者とする債權の讓渡は、證書に讓渡の裏



書をし、これを譲受人に交付しなければ債務者その他の第三者に對抗できない(四六)。

最後に、特に債権者を示さず債権證書の所持人を直ちに債権者とする債権すなわち無記名債権にあつては、既述のごとく動産とみなされているから、その譲渡の對抗要件は引渡すなわち證券の交付であると解さなくてはならぬ(八六條、四)。

II 債務の引受

これは甲が乙に對し債権を有する場合に、第三者丙が乙の債務を引き受けて債務者となり乙をして債務を免がれさせることである。

債務引受が債権者甲、債務者乙、引受人丙の三人の契約でなしうることはもちろんである。つぎにそれは甲と丙との契約でも行いうるが、債務者乙の意思に反しては行い得ない。ただし民法は、利害關係なき第三者は債務者の意思に反して辨済をするを得ないと定めているからである(四七四)。

(四七四)。

(四七四)。

(四七四)。

(四七四)。

(四七四)。

(四七四)。

(四七四)。

債務引受においては従來の債務者の負擔した債務がそのまま引受人に移轉する。従つてその債務に伴う擔保もそのまま移轉すべきはずであるが、保證債務及び引受契約の、當事者以外の者が設定した擔保物權は、保證人又は設定者の承諾がないと移轉しない。ただし債務者の變更はこれらの者の利害に大影響があるからである。また債務引受においては従前の債務者は債務を免がれる。従つて従前の債務者の債務をそのままにして置くときは債務引受ではない。たとえば債権者引受人間の契約で、債権者に對し引受人も債務者と並んで同一内容の債務を負擔し、従來の債務者と二人で連帶債務關係に立つ場合(重疊的債務引受)とか債権者引受人間の契約で、債務者に

かわつて引受人が辨済する債務をば(債務者に對して)負擔するのみで、債権者に對しては債務を負擔しない場合(履行の引受)などは、眞の意味の債務引受ではない。

第五 債権の發生原因

債権の發生原因はいろいろあるが、民法はそのうちの主要なものとして契約、事務管理、不當利得及び不法行為の四をあげ、詳細な規定をしている。

I 契 約

A 契約の成立

契約は申込と承諾という相對立した二つの意思表示の合致によつて成立する法律行為である。

申込は相手方の承諾があつたら直ちに契約を成立させようとする確定的意思表示である。この點で申込の誘引——たとえばダンサー募集の廣告をしたり貸間の廣告をしたりする場合——とは異なる。この場合には、具體的に特定の人が申込をしてきたならば、申込の誘引者たとえばダンサー募集の廣告をしている者が、あらためて承諾をすることになるのである。

申込者が承諾をうるための期間を定めた場合(たとえば十日内に承諾されたし)には、申込者はその期間が経過してしまふまで、その申込を撤回し得ない。また承諾をうるための期間を定めずに申込をした場合には、申込者は相當の期間申込を撤回し得ない(五二一)。

(五二一)。

(五二一)。

(五二一)。

(五二一)。

(五二一)。

(五二一)。

(五二一)。

(五二一)。

(五二一)。

申込を受けた者が承諾の通知を發したならば、契約はその時に成立する(五二六)。

(五二六)。

(五二六)。

(五二六)。

(五二六)。

(五二六)。



する一大例外である。なお、承諾は必ずしも文書又は口頭でする必要なく、承諾の意思表示と認めらるべき事實があれば足るとされる場合がある。たとえば申込者から送つて来た品物を直ちに消費したり、註文(申込)をうけた品物を発送した場合などこれである(五二六條二項)。その他民法は承諾の通知が遅延した場合、申込に變更を加えて承諾した場合その他につき詳細な規定をしている。

B 契約の効力

a 第三者のためにする契約

契約の一般的効力として注意すべきは、契約はこれを締結した当事者間においてのみ権利義務を生ぜしめるにとどまり、第三者には義務はもちろん、権利を取得させることもできないのが原則だ、ということである。しかしこれは絶対的の原則でなく、契約によつて直接に第三者に権利を取得させることもできる(五三七條一項)。たとえば甲乙間の買戻契約で代金債権又は目的物の所有権を直接に丙に取得させるのである。かように第三者をして直接に当事者の一方に對し債権を取得せしめる契約を、第三者のためにする契約という。

第三者のためにする契約においても、第三者の意思に反して権利を取得せしむべきではないから、第三者が債務者に對し契約の利益を享受する意思を表示した時に、第三者の権利は發生する(五三七條二項)。もつとも、第三者のためにする保険契約のように、第三者の受益の意思表示を要しない例外的な場合もある(商法六七五條、尙簡易生命保險法一〇條、信託法七條)。そして第三者が受益の意思を表示した後は、契約當事者も第三者の権利を變更したり消滅させたりすることはできない(五三三條八條)。なお、第三者が取得する権利も、當事者間の契約に基くのであるから、債務者は第三者に對し、契約の相手方がその権利を取得した場合と同様の抗辯をなしうるのはもちろんである(五三九條)。

b 雙務契約の効力

買戻のごとく當事者雙方が互に對價的關係に立つ債務を負担する雙務契約にあつては、一方の債務が不法、不能の原因で最初から成立しないか、又は取り消されたために最初から成立しないこととなつた場合には、他方の債務も成立せず、結局その契約は無効となる。ところで、雙方の債務が一たん成立した後どのような効力を有するかにつき、民法は同時履行の抗辯権と危険負擔とについて規定をしている。

イ 同時履行の抗辯権

雙務契約の當事者の一方は相手方がその債務を履行するか(たとえば賣主が目的物を引き渡す)、又は少くとも履行の提供をするまでは(引渡に必要な一切の手續の完了)、自己の債務の履行(代金支拂)を拒みうる(五三三條)。これが同時履行の抗辯権である。但しこれは相手方が履行の提供をするまで一時自己の債務の履行を拒みうるのみで、相手方の債権(代金支拂請求の債権)自體の獨立した存在を否認するものではない。この意味でこの種の抗辯権を延期的抗辯権とか一時的抗辯権などという。

債務者が同時履行の抗辯権を有する場合に、債権者が債務の履行を訴求すると、裁判所は原告敗訴の判決を下すことなく、被告は原告に對しその履行と引換に履行せよという趣旨の判決をする。

ロ 危険負擔

これは雙務契約の成立後に一方の債務が債務者の責に歸すべからざる事由により履行不能となつて消滅した場合に、他方の債務はどうなるか——たとえば家屋の買戻契約が成立していたところ、落雷とか近隣からの失火などの原因でその家屋が焼失したので賣主の債務が消滅したときには、買主の代金支拂債務はどうなるか——とい



う問題である。

この問題については、賣主は債務を免がれるが買主は代金全額を支拂うを要する主義と、買主も代金支拂債務を免がれるとする主義とがある。前の主義は、家の所有権移轉というような債権關係についていえば、その移轉を請求しうる債権者(買主)が履行不能による損失を負担することになるので、債権者主義といい、後の主義は、移轉をなすべき債務者(賣主)がこれを負擔することになるから債務者主義と呼ばれる。

特定物に關する物權の設定又は移轉をもつて雙務契約の目的とした場合に、その物が債務者の責に歸すべからざる事由によつて滅失又はき損したときは、その損失は債権者が負擔せねばならぬ(五三四條一項)。すなわちこの場合には債権者主義が採られているのである。従つてたとえば特定の家屋の賣買契約において、家屋が近隣からの失火で類焼したときには、買主は家は取得できないが代金はやはり支拂わねばならないのである。もし目的物が不特定物(肥後米十俵)ならば、第四〇一條第二項の規定によつて目的物が特定した時から右の債権者主義が適用される(五三四條二項)。

ところで特定物に關する物權の設定、移轉を目的とした雙務契約であつても、停止條件が附いておるときには、もし條件の成否未定の間に目的物が滅失した場合は、危険は債務者に歸するが、き損した場合は債権者の負擔に歸する(五三五條一項、二項)。ちなみに第五三五條第三項は、物が債務者の責に歸すべき事由によりき損したときは、債権者は、條件成就の場合に、契約の履行又は解除のいずれかを選択して求めうるし、また損害賠償の請求も妨げないと定めているが、當然のことである。

けれども、債権者主義が採られるのは以上の場合に限られているのであつて、その他の場合には債務者主義が

採られる(五三六條一項)。すなわち債権者債務者いずれの責にも歸すべからざる原因により履行が不能となつた場合には、債務者は自己の債務を免がれるとともに、債権者に對し對價たる反對給付を請求するを得ない。たとえば賃貸家屋が震災とか隣家の失火による類焼等のため滅失すれば、家主は家屋を使用させる義務を免がれるが、家賃の請求もできない。また請負人が天災のため工事を完成し得なかつた場合には、注文者に對し報酬を請求し得ない。もつとも履行不能が債権者の責に歸すべき事由によつて生じた場合には、債務者は反對給付をうける權利を失わない(五三六條二項本文)。たとえば注文者が不當に工事を妨げたため請負人がこれを完成し得なかつた場合には、請負人は未完成の部分に對しても全部の報酬を請求しうるし、使用者が故なくある従業員の出社を拒否したときは、その従業員は執務していなくとも給料を請求しうるのである。そしてこれらの場合には、一方の當事者は債務を免がれてしかも債権は失わないのであるが、しかし債務を免がれたことによつて得た利益——たとえば材料、勞力等を節約したことによる利益——は、これを債権者に償還せねばならない(五三六條二項但書、五三三條四條の場合も同様である)。

### C 契約の解除

契約の解除とは、契約當事者の一方が相手方の同意をまたず自己の意思表示のみで契約が最初から存在しなかつたと同様の法律効果を生じさせることである。相手方の意思と無關係に効果を生ずるもの故、解除しうるのは、その者が解除權を有する場合に限られる。そして解除權は當事者間の契約(約定解除)又は直接に法律の規定によつて(法定解除)生ずる。

#### a 約定解除權

契約によつて解除權を留保して置くのは當事者の自由である。手附の交付(五五七條)や賣戻約款附賣買(五七九條以下)な



どはその典型的な例である。かかる解除権は當事者一方だけのために留保されることもあれば、當事者雙方のために留保されることもある。そして約定解除権行使の方法や期間などについては當事者間の契約で任意に定めるが、特約がなければつきに述べる法定解除権と同様に取り扱われるから、特記すべきことはなく。

b 法定解除権

法定解除権については、賣買その他の契約に關し特則のある場合と、一般にすべての契約に適用される通則を設けてある場合とに區別される。ここでは後の場合につき述べる。

一般的に解除権が成立する原因は履行遲滞と履行不能の二つである。

先ず、契約の一方の當事者が履行遲滞にあるとき、すなわち債務者が履行期に不當に履行をしないときに、相手方が相當の期間を定めてその履行を催告したのに、その期間内に履行がされなかつたならば、相手方(債權者)は契約を解除しうる(五四一)。相當の期間とは、取引一般に履行をするのに必要と考えられる期間である。なお、期間が不相當の場合でも、催告は全然無効ではなく、その催告のときから相當の期間を経過すれば解除権を生ずると解釋されている。

右のごとく相當の期間を定めて履行を催告した後に初めて解除権を生ずるのは、履行期が契約内容として特に重要な意味を有していない場合であつて、定期行爲すなわち履行期が契約内容として特に重要な意味を有し、一定の時又は期間内に履行されないと契約をした當初の目的が達せられない場合には、債權者は全然催告をせず直ちに契約を解除しうる(五四二)。當事者間において、催告せずに解除しうる旨の特約をしたときも同様である。つきに、債務者の責に歸すべき事由によつて履行が全部又は一部不能となつた場合には、債權者は催告をせず

に契約を解除しうる(五四三)。もつとも一部分の履行不能が生じても契約の目的を達しうる場合には、契約全部の解除はし得ないで、不能な部分のみを解除しうるのである。

c 解除権の行使

解除権行使の方法は極めて簡易で、解除權者から相手方に對して契約を解除する旨の通知をすれば足る(五四〇項一)。もつともこの意思表示は取り消し得ない(五四〇條二項)。

契約當事者の一方が數人あるときは、全員から、又は全員に對して解除しないと、解除の効力を生じない。ただし一部の者の間にだけ解除を認めることは、法律關係を複雑にするからである。従つてまた、一人について解除權が消滅すれば、他の者についても解除することはできなくなる(五四四條)。

d 解除の効果

契約が解除されると、契約によつて一たん生じていた法律關係は過去に遡つて消滅してしまふことになるのであるから、各當事者は相手方を契約前の原狀に復せしめる義務がある(五四五條一項本文)。すなわち契約上の債務がまだ履行されていなかつたら各債務者はその債務を免がれるが、當事者の一方又は雙方が何等かの給付を既にしていたならば、相手方はこれを返還して原狀に回復する義務を負う。たとえば賣主が買主にある物の所有權を移轉していた場合に、賣買契約が解除されたならば、買主は受け取つていた物を返還するを要し、もし、賣主が代金を受領していたならば、賣主は代金額とともに、代金受領の日以後の利息をも附けて返還せねばならぬ(五四五條二項)。かように解除は原狀回復の義務を生ぜしめるのであるが、そのために第三者の權利を害することは出來ない(五四五條一項)。たとえば買主が賣主から取得した物を第三者に轉賣し、又はこれを抵當に入れてしまつた後に、賣主が



契約を解除しても、既に第三者が取得している所有権や抵当権には何らの影響をも及ぼさないのである。

なお、相手方の債務不履行を理由にして契約を解除するときには、債権者は自己の債務を免がれ且つ履行した物の返還を受けても、不履行によつてうけた損害を填補し得ないことがある。たとえば甲が乙から家屋を五十萬圓で買い受ける契約をし、更にこれを六十萬圓で丙に轉賣する契約を締結したところ、乙が家屋を引き渡さぬため契約を解除した場合などは、甲は十萬圓の損害をうけることになる。そこで、この損害については契約を解除するとともに、その賠償を請求しうることとされている(五四五、五四三項)。ちなみに約定解除権の行使によつて契約を解除するのは、債務不履行によるものでないから、損害賠償の請求という効果は生じないのを常とする(五五七條、二項参照)。最後に、當事者雙方が原状回復義務を負うときは、兩債務は同時履行の關係に立つのである(五四六條)。

e 解除権の消滅

解除権はいわゆる形成権の一種だから、その行使、放棄、消滅時効の完成など一般の消滅事由によつて消滅するが、その他に特に民法が定めている消滅事由につきものがある。先ず、解除権行使につき期間の定めのないときは、相手方は解除権者に對し相當の期間を定めて催告し、その期間内に解除の通知をうけないときは、解除権は消滅する(五四七條)。また、解除権者が故意、過失により目的物を滅失、き損し、又は加工、改造によりこれを他の種類の物に變じたときも、解除権は消滅するのである(五四八條)。

II 各種の契約

以上で契約一般についてその成立、効力、解除などに關する説明が終つたので、以下各種の典型契約につき説明する。

典型契約とは賣買、雇傭などのように、それぞれ特徴があり且つ日常生活でよく行われる契約で、民法がそれぞれ特殊の規定を設けているものである。もつとも實際には、典型契約以外の幾多の契約が行われている。これらを一般に不典型契約又は無名契約という。なお混合契約又は混成契約と稱せられるものもある。これらはその内容が公序良俗に反せず且つ強行法規に反しない限りすべて有効である。

民法が典型契約として特別な名稱の下に各々規定を置いているのは贈與以下和解に至る十三種であり、別になお懸賞廣告に關しては特別の規定を置いている。

A 贈 與

當事者の一方がある財産を無償で相手方に與える旨の意思を表示し、相手方がこれを受諾することによつて成立する契約である(五四九條)。他人の財産であつても、これを取得して與えるというのであるならば、贈與契約として成立する。

贈與契約は口頭、文書、いずれでもよいが、贈與は一時の感情によつてなされることがまれでなく、しかも受贈者のみが利益をうけるのだから、文書によらない贈與は、後から各當事者が自由に取り消しうる。但し贈與者が既に履行してしまつた部分については取消は許されなく(五五〇條)。

贈與の目的物に瑕疵又は欠缺があつても、贈與者は責任(擔保責任)を負わない。もつとも贈與者が瑕疵又は欠缺を知りながらこれを受贈者に告げなかつたときはこの限りでない(五五一條一項)。

贈與契約に附隨して受贈者に一定の給付をなすべき債務を負わせる場合、たとえば土地を與えるにあたり受贈者にその土地からの収益の一定割合を公共事業に寄附することを約させる場合などには、いわゆる負擔附贈與が



成立する。かかる贈與も、贈與者の出捐と受贈者の義務とは對價關係に立たないから、有償契約でも雙務契約でもないが、受贈者の負擔の限度において、贈與者は賣主と同様の擔保責任を負わねばならぬ(五五一條二項)。なお、かような贈與には雙務契約の規定(五三三條一)が準用される(五五三條)。

B 賣 買

a 賣 買 の 成 立

賣買は、賣主がある財産権を買主に移轉することを約し、買主がその代金を支拂うことを約することによつて成立する(五五條)。それはいわゆる雙務有償諾成契約である。

賣買契約は口頭でされようと書面でされようと、その他いかなる方式でされても差しつかえない。そして契約締結に必要な費用たとえば目的物の評價や證書作成の費用などは、特約なき限り、兩當事者が平分して負擔せねばならない(五五八條)。

將來本契約を締結するために、先ずあらかじめ、後日本契約を締結せねばならぬような債務を生ぜしめる契約をすることがある。このように準備的になされる契約が豫約である。

豫約には契約當事者雙方を拘束する雙務豫約と當事者の一方のみが拘束される片務豫約とがあるが、實際上よく行われるのは後者である。そして民法はこれについて賣買一方の豫約なるものを認め、豫約上の権利者に有利な地位を與えている。

賣買一方の豫約すなわち將來一方の當事者が欲したときに賣買を成立させようという契約がなされた場合には、豫約権利者が賣買を完結する意思を相手方に對して表示すれば、相手方の承諾をまたずに、賣買は成立する(五

六條一  
項)。

このように賣買一方の豫約がある場合には、豫約者は何時豫約権利者のみの意思表示で賣買を成立させられるかわからぬ不安定な地位におかれるわけであるが、豫約者を長くかくのごとき不安定な地位に置くのを防ぐため、民法は、豫約者は相當の期間を定めてその期間内に賣買を完結するか否かを相手方たる豫約権利者に催告することができ、もし相手方が期間内に確答しないときは豫約は効力を失うと定めた(五五六條二項)。もつとも豫約に期間が定めてあれば、その期間の経過するまでは豫約は効力を有するのだから、かかる催告をすることはできない。

つぎに賣買契約の締結にあたり、手附として金錢その他の有價物が交付されることが多い。いわゆる手附にはさまざまの意味をもつものがあるのであるが、民法は一般に手附は解除権の留保という性質をもつものとして規定している。すなわち手附を交付した者(多くは買主)は、これを放棄し、手附をうけた者(多くは賣主)は、その倍額を償還して、賣買契約を解除しうる。但し相手方が履行に着手する前ではなくてはならぬ(五五七條一項)。これは、從來わが國に行われている「手附損倍戻し」の慣習に従つたものである。従つて債務不履行を理由とする解除とは異なり、解除した者は損害賠償を請求し得ない(五五七條二項)。

b 賣 買 の 効 力

イ 賣 主 の 義 務

賣主は賣買の目的たる財産権を完全に買主に移轉するために必要な一切の行爲をする義務を負う。従つたとえば、不動産の賣主は権利移轉の登記に協力せねばならぬし、動産の賣主は引渡をせねばならぬし、債権の賣主は讓渡の通知をするを要し、なおその他に移轉する権利の證明に必要な書類を買主に移轉せねばならぬ。また賣



買の目的たる財産権が他人に属している場合には、これを取得して買主に移轉するを要し(五六〇條)、もしこれができぬならば買主は契約を解除しうる(五六一條)。

賣主は右のごとく財産權移轉の義務を負うほかにいわゆる擔保責任、すなわち賣買の目的たる財産權又は目的物に不完全な點があるときは、賣主は過失がなくとも責任を負わねばならぬ。これは賣買が有償契約であるために生ずる特殊の責任である。民法はこれについて、第五六一條以下で詳細な規定をおいている。

賣主の擔保責任の内容や條件は瑕疵の種類によつて異なるけれど、一般的にいうと、その内容は、買主をして契約の全部又は一部を解除して代金支拂債務を免がれしめ、且つ不完全な點があるために被つた損害の賠償を賣主に請求することを得しめるのを原則とする。またその條件としては、瑕疵の存在を知つていた買主においてその瑕疵のために生ずる不利益な結果を受忍するのを相當とすること性質のものであるときは、買主の善意を必要とするが、そうでない場合は買主の善意は必要としない。そして擔保責任は、一年間だけ存續するのが原則である。なお擔保責任に關する規定は強行規定でないから、これを加重しあるいは輕減する特約をすることは、もちろん、自由である。が擔保責任を全然排除する旨の特約をした場合でも、賣主が賣買の目的たる權利又は物の不完全なことを知つていながらこれを買主に告げなかつたとき及び賣主が自ら賣買の目的物について第三者のために權利——地上權、その他の權利——を設定して置いたようなときには、賣主は擔保責任を免がれ得ない。(五六一條—五七二條)。

ロ 買主の義務

買主の義務は代金の支拂である。

代金支拂時期につき特約がなければ、賣買契約成立と同時に代金支拂債務は履行期にあるものといふから、賣主は何時でもその支拂を請求しうる。もつとも賣買の目的物を引き渡すべき期限が定められているときには、代金支拂についても同一の期限が附けられているものと推定される(三七條)。

つぎに代金の支拂場所については、特約なくば、債權者たる賣主の住所で支拂うのが原則であるが(四八條)、目的物の引渡と同時に支拂うべきである場合には、その引渡の場所で支拂わねばならぬ(四七條)。

買主は代金を支拂わないうちに目的物の引渡をうけたときは、原則として、その日以後代金の利息を支拂わねばならない(五七五條二項)。

買主は右のごとくして代金を支拂わねばならぬのだが、賣買の目的物について第三者が所有權、登記された賃借權その他の權利を主張しているため、買主が買い受けた權利の全部又は一部を失う虞のあるとき及び買い受けた不動産につき先取特權、抵當權又は質權の登記がされているときには、一定要件の下に、買主は代金の支拂を拒絶しうる(五七六條、五七七條)。

なお買主が同時履行の抗辯權を有することは既述の通りである。

c 買 戻

買戻とは不動産の賣買契約と同時になされる特約に基いて賣主が取得した解除權を行使することによつてなす契約の解除である。

買戻の特約は不動産の賣買契約と同時になされねばならぬのだが(五七九條)、これを不動産の賣買契約についてのみ認めているのは、動産については實際上その必要もあまりないし、また動産には登記制度がないためにかかる



特約の存在を一般に第三者に公示し得ないからである。そしてこの制度は、實際上は、債権擔保の一形式として利用されることが多い。

買戻の特約がある場合には、賣主は買主が支拂つた代金と契約締結のために支拂つた費用とを買戻代金として買主に返還して、賣買を解除しうる(五七九條本文、五八三條)。なお賣主が拂い戻す代金には本來ならば利息がつくはずだが、買主が不動産を利用して果實を收取しているのだから、特約なき限り、利息は不動産の果實と相殺したものとみなされる(五七九條但書)。

買戻の期間は十年をこえるを得ず、当事者がそれ以上の期間を定めても十年に短縮され、もし買戻の期間につき全然特約がないときは賣買の時から五年内に買戻をせねばならぬ。また当事者は一たん買戻につき期間を定めるときは後日に至りこれを伸長することもできない(五八〇條)。

賣主が買戻権を行使すると、買主は一たん取得していた不動産所有権を賣主に返還するを要する。そして買戻は、一般の契約解除と同様に、第三者の権利を害することを得ないのが原則であるが、賣買契約と同時に買戻の特約を登記したときは、第三者に對しても効力を生ずる(五八一條一項)。もつとも、登記した賃借人の権利は、残期一年間に限り、賣主に對抗することができる(五八一條二項)。なお不動産の共有持分の買戻約款附賣買については、目的物の分割後に買戻を行う買戻権者の利益を保護するために、特別の規定がされている(五八四條、五八五條)。

C 交 換

當事者が互に金錢の所有権以外の財産権の移轉を約する契約である(五八六條一項)。これは賣買と酷似し、その差異は、當事者の給付の一方が代金の支拂でないという點に過ぎないから、その法律關係は、賣買の規定につき述べ

たところから推して決定しうる。

D 消 費 貸 借

a 消費貸借の成立

これは當事者の一方が同種、同等、同量の物を返還することを約して相手方から金錢その他の物を受け取ることによつて成立する(五八七條)。金錢、米穀などの貸借において日常見るところのものである。

消費貸借は目的物を交付することにより成立する要物契約であるから、單に金錢その他の物を貸そう借ろうという約束をするだけでは、消費貸借の豫約であつて、消費貸借ではない。そしてかかる豫約があつた場合に、その後當事者の一方が破産宣告を受けたときは豫約はその効力を失うのである(五八九條)。

消費貸借に因らずして、すなわち消費貸借以外の理由で、金錢その他の物の給付をなすべき義務を負う者があつた場合に、當事者がその物をもつて消費貸借の目的とすることを約したときは、これによつて消費貸借が成立したものとみなされる(五八八條)。たとえば未拂の賣掛代金を支拂わずにこれを借りたこととして新たに借用證書を作るときである。これを準消費貸借と呼ぶ。

b 消費貸借の効力

消費貸借の目的物として交付された物に隠れた瑕疵があつたときは、利息附消費貸借ならば、借主は瑕疵のない物をあらためて交付することと損害賠償とを請求しうるが、無利息消費貸借ならば、原則としてその権利はない(五九〇條一項但書)。

借主は借りた物と種類、品等、數量の同じ物を返還せねばならぬが、借りた物に瑕疵があつたときは、同様の



瑕疵ある物を返還するかわりに、その價額を返還して差しつかえない(五九〇條)。

返還時期は、特約あらばそれに従うが、特約なくば、貸主は相當の期間を定めて返還の催告をすべきであり、借主は何時でも返還することができる(五九一條)。

E 使用貸借

使用貸借とは、借主が貸主からある物を受け取つてこれを無償で使用収益した後に返還すべきことを約束する契約である(五九三條)。消費貸借同様要物契約であり、無償であるのがその特徴である。民法は第五九三條ないし第六〇〇條でその効力、返還時期などにつき詳細な規定をしている。

F 賃 賃 借

a 賃賃借の成立

賃賃借は貸主が借主にある物の使用収益をなさしめることを約し、借主がこれにその賃金(賃借料)を支拂うことを約することにより成立する(六〇一條)。いわゆる諾成雙務有償契約である。

賃賃借の存續期間は、民法上、二十年をこえることを得ないとされ、もし当事者が二十年以上の期間で賃賃借をしたならば、その期間は二十年に短縮される(六〇四條)。また處分の能力又は權限のない者は、賃賃借の目的物の種類に従い、一定の期間をこえる長期の賃賃借をし得ないとされている(六〇二條、六〇三條)。

b 賃賃借の効力

賃賃人は、賃賃人に對し目的物の使用収益をなさしめる義務を負うているから、先ず目的物を賃賃人に引き渡すことを要するとともに、その後においても目的物の使用収益に必要な修繕をせねばならぬ(六〇六條一項)。これに對

し賃賃人は、借賃支拂義務を負うとともに、目的物を善良なる管理者の注意をもつて保管し、これを使用収益するにあつては契約又は目的物の性質によつて定まる用法に従つて使用収益するを要し、且つ賃賃關係が終了したときはこれを貸主に返還せねばならぬ(四〇〇條、六一六條)。

なお賃賃借は貸主借主間の個人的信賴關係に基く法律關係だから、賃賃人の承諾なしには賃賃人は賃賃權の譲渡又は轉賃をなし得ない。もし賃賃人の承諾なしに賃賃人が第三者をして賃賃物の使用収益をなさしめたときは、賃賃人は契約を解除して目的物を取り戻しうる(六一二條)が、賃賃人の承諾を得て適法に賃賃權を第三者に譲渡したときは、賃賃借關係は將來に對しては賃賃人と讓受人との間に移轉し、讓渡人はその關係から脱退する。また賃賃人が適法に轉賃したときは、轉賃人が賃賃人に對し直接に義務を負うことになるが、從來の賃賃人も義務を免がれるわけではない。すなわち賃賃人は賃賃人に對しても轉賃人に對しても借賃の請求をしうるのである(六一三條)。

ところで賃賃權は債權だから賃賃人以外の第三者に對しては對抗力がない。もちろん民法は、不動産の賃賃借が登記されている場合には、その後その不動産につき物權を取得した者に對しても、その効力を生ずる旨規定しているが(六〇五條)、賃賃權の登記が行われるようなことはほとんどまれであり、従つて賃賃人の地位は極めて不安定なものたるを免がれない。そこで賃賃人の地位を強化するために、種々の特別法が制定されたのである。

先ず建物保護法(明治四十二年)は、建物の所有を目的とする地上權又は賃賃權は、その登記がすまされてなくとも、その土地にある家の登記さえして置けば(これは借地人たる家の所有者のみでしうる)、第三者に對抗しうるとした。つぎに借家法(大正十年)は、建物の賃賃借は、その登記がなくとも、借家人がその建物の引渡さえうけておれば、その後その建物につき物權を取得した者に對しても効力を生ずると定めて、賃賃權に新たな對抗力を與えた外、賃



貸人は自ら使用することを必要とする場合その他正當の事由ある場合でなければ賃貸借の更新を拒み又は解約申入をなし得ないとか、解約申入は六ヶ月前にしなければならぬとか、借家人の造作買取請求権とか、いろいろな點につき詳細な規定をしている。

更に借地法(大正十年)は、借地権——これは建物所有を目的とする地上権と賃借權とをさす(同法一條)——の存續期間を延長した外に、存續期間が経過して借地権が消滅した場合にその地上に建物があるときは、借地権者が契約の更新を請求すると、前契約と同一條件で更に借地権を設定したものとみなされるとか、借地権の消滅後に借地権者が引き続き土地を使用している場合に、土地所有者が遲滞なく異議を述べずに放置していると、前契約と同一條件で借地権を設定されたものとみなされるとか、また賃借地上の建物を借地権者以外の第三者が取得した場合に賃貸人が賃借權の讓渡又は轉賃を承諾しないときには、時價で建物並びに附屬物を買取べきことを賃貸人に請求しうるとか、借地人保護に關するさまざまの規定をしている。ちなみに借家法と借地法とは、當初は重要都市にだけ施行されていたが、昭和十六年以後は全國的に施行されている。

c 賃貸借の終了

存續期間につき特約があれば、その期間満了の時に賃貸借は終了する(六一六條、五)。(九七條一項)が、その期間満了後も賃借人が賃借物の使用収益を繼續しているのに賃貸人がこれを知りつつ異議を述べなかつた場合には、従前の賃貸借と同一の條件で更に賃貸借をしたものと推定される。もつともかかる場合には、最初から賃貸借の期間の定めがない場合と同様に、各當事者は何時でも解約申入ができる(六一九條)。

存續期間につき特約がないときは、各當事者は何時でも解約申入ができる。但しその解約申入は直ちに効力を

生ずるのでなく一定の猶豫期間經過後に効力を生ずる(六一七條)。(六一八條) なお、この解約に關する規定が借地法、借家法などにより重大な修正をうけたことを注意すべきである。

G 雇 傭

雇傭とは勞務者が使用者に對し勞務に服することを約し、これに對し使用者がその報酬を與えることを約することにより成立する(三六二) 有償、諾成、雙務契約である。現今ではほとんどすべての雇傭契約は勞働契約——從屬的地位に立つ勞働者と使用者との契約——として、勞働基準法、勞働組合法、勞働關係調整法、船員法などの多數の勞働法規が適用され、民法の雇傭の規定(六二三條一)がそのまま適用されるのは、家事使用人と同居の親族を使用する雇傭關係に限られている(勞基法八條參照)。そして民法の雇傭の規定の中で注意すべきは、賃金が後拂を原則とすること(六二四條)、雇傭の期間は原則として五年をこえ得ないこと(六二二條)、雇傭期間に定めのない場合には、解約するためには二週間の猶豫期間が必要であること(六二七條)などである。

雇傭契約の締結にあつては、これに附隨して身元保證ないし身元引受契約の行われることが多い。たとえば第三者(身元保證人、身元引受人)が「雇人の過失による損害は拙者において賠償の責に任じます。」とか「雇人のことで毛頭御迷惑はかけませぬ。」などという趣旨の保證をするのがこれである。これについては、身元保證人の責任を不當に増大させないようするため、昭和八年に身元保證法が制定され、身元保證契約の期間は五年をこえることを得ず、また被用者が業務上不適任又は不誠實であるとか被用者の任地又は任務が變更した等のことで保證人の責任が重くなり、もしくは監督が困難になつたときは、使用者は直ちにその旨を保證人に通知するを要し、保證人はかかる場合には契約を解除しうることとなつた。また保證人の賠償責任と金額を定めるについて、



裁判所は、被用者の監督に關する使用者の過失の有無、身元保證人が保證をするに至つた事由及びこれをなすに當り用いた注意の程度、被用者の任務又は身上の變化その他一切の事情をしんしゃくせねばならぬことになつた。

II 請 負

a 請負の成立

請負とは請負人がある仕事を完成することを約し注文者がその仕事の結果に對し報酬を與えることを約することによつて成立する(六三三)。仕事は有形的(家屋建築、造船、物品運送など)、無形的(講演、演技、學術上の研究の完成など)いずれたるを問わないが、報酬は仕事の完成された結果に對して拂われるのだから、醫師に治療を依頼する契約などは、通常は委任である。

b 請負の効力

請負人は仕事を完成すべき義務を負うが、特約なき限り自ら仕事をする必要なく、下請負人にさせてもよい。けだし請負契約は仕事の完成を目的とするものだからである。仕事に材料を要する場合にこれを何人が供給すべきかは契約によつて定まる。注文者がこれを供給するときは、製作物の所有權は注文者に歸屬するが、請負人がこれを供給して製作するときは、その所有權は請負人に歸屬し、注文者に引き渡したときにこれに移轉する。もつともこの場合にも完成した家屋の登記などは、注文者が直ちに保存登記をして差しつかえないし、且つそれが通常である。また請負は仕事の完成が目的だから、完成前の災害は請負人の損失に歸し、請負人は更に仕事を完成するを要し、對價の増額は請求できない。

請負人は仕事の結果が不完全なときは、つぎのような擔保責任を負わねばならぬ(六三四條一)。(六四〇條) すなわち(イ)仕

事の目的物に瑕疵あるときは、注文者は相當の期間を定めて瑕疵の修補を請求しうる。但し瑕疵が重要なものでなく、しかも修補に過分の費用を要するときは、損害賠償を請求しうるのみである(六三四條一)。(ロ)また瑕疵の修補に代え又はそれとともに損害賠償の請求をすることもできる(六三四條二)。(ハ)更に瑕疵あるため契約の目的を達し得ないときは、契約を解除することもできるが、建物その他土地の工作物の請負は、かかる場合にも解除し得ず、單に損害賠償を請求しうるにとどまる(六三三)。(五條)

右の請負人の擔保責任には一定の存續期間がある。すなわち土地の工作物の請負では普通は引渡後五年、石造などの堅固なものでは十年(六三三)。(八條) その他の請負では引渡又は完成後一年である(六三三)。(七條) もつとも特約により十年までは伸長できるし(六三三)。(九條) 反對に、一定範圍で責任を軽減もできる(六四〇條)。(〇條)

注文者は報酬を拂わねばならぬ。支拂時期は、特約があればそれに従うが、なければ、仕事の目的物の引渡と同時に支拂わねばならぬ。しかし物品運送など物の引渡を必要としない場合には、その仕事が完成した時に支拂わねばならぬ(六三三)。(三條)

c 請負の終了

請負の終了原因中特に注意すべきは特殊の要件の下になされる契約の解除である。すなわち注文者は仕事の完成前は何時でも損害を賠償して契約を解除しうる(六四一)。(一) けだし請負は注文者の注文に應じて請負人が仕事を完成するものだから、注文者の方で不要となつた仕事を無理に繼續させる必要はないからである。したがつてこの場合の損害賠償は、請負人が支辨した材料費や労力費はもちろん、仕事完成の場合に請負人が取得するはずの利益をも含む。なお注文者が破産した場合には、請負人又は破産管財人は契約を解除しうる(六四一)。(二) ちなみにそれ



らの解除は雇傭契約と異なりそ及効をもつ。なお、土木建築の請負契約については、昭和二十四年の建設業法で規整を加えられていることを注意せねばならぬ。

I 委 任

a 委任の成立

委任者が受任者に法律行為その他の事務を處理することを委託し、受任者がこれを承諾することにより成立する(六四三條)。委任は原則として諾成、無償、片務すなわち受任者のみが義務を負う契約であるが、報酬を興える特約あるときに限り有償、雙務契約となる。

民法は法律行為(たとえば賣買、賃貸借など)をなすことを委託する場合を本來の委任として規定し、これらの規定をそれ以外の事務(たとえば財産管理など)の處理を委託する場合(準委任)に準用しているが、兩者の取扱は結局同一だから、兩者を區別する實益はない。

b 委任の効力

受任者は報酬の有無を問はず契約の本旨に従い善良な管理者の注意をもつて委任事務を處理せねばならぬ(六四四條)。委任にあつては、受任者を信頼して委任がされるのであるから、受任者は自ら事務を處理すべきを原則とするが、ただ委任者の許諾を得たときとか病氣その他やむを得ぬ事由あるときに限り、例外的に他人をして事務を處理せしめうる。

受任者はこのように委託された事務を處理する義務を負うているので、それに附隨して事務處理の狀況を報告したり、事務處理にあたり受け取つた金銭その他の物を引き渡し、権利を移轉し、自己のために消費した金銭の

利息を支拂い且つ損害を賠償するなどの義務を負う(六四五條)。

委任者は特約あるときにのみ報酬支拂義務を負うが、支拂は後拂が原則である(六四八條)。

委任者は報酬支拂義務を負うていると否とにかかわらず、委任事務處理に必要な費用を前拂し、受任者が事務處理のため支出した必要費とその利息を支拂い、受任者が負擔した債務を辨済し、受任者が過失なしに被つた損害を賠償する義務などを負う(六四九條、六五〇條)。

c 委任の終了

委任は委任者、受任者間の個人的信頼關係に基くものであるから、委任者又は受任者の死亡又は破産により終了する(六五三條)。また各當事者は何時でも辭任又は解任して委任を解除しうる(六五二條)。解除はそ及効をもたない(六五二條)。委任が終了した場合、受任者はもはや事務處理の權利義務をもたないわけだが、急迫した事情あるときは、委任者側で事務を處理しうる迄は適宜必要な處置をするを要し(六五四條)、また委任が終了しても、これを相手方に通知するか又は相手方がこれを知つた後でない、この相手方に委任終了をもつて對抗し得ない(六五五條)。

J 寄 託

a 寄託の成立

寄託は受寄者が寄託者のために保管することを約し、寄託者からある物を受け取るにより成立する(六五七條)。それは要物契約で、受寄者は保管料を取らないのが原則だが(すなわち無償、片務契約であるのが原則だが)、保管料を受けることもできる(すなわち有償、雙務契約たりうる)。現今の寄託の最も重要な場合は、倉庫營業であるが、これについては商法に詳細な規定があり(商五九七條、一六二八條)、また旅店、浴場その他の客の來集を目的とす



る場屋で携帶品を預かることも寄託の一種であるが、これについても商法には、その寄託をうけた者の責任につき特別の規定が設けられている(商五九三條、一五九六條)。

b 寄託の効力

受寄者は寄託物を保管する義務を負うが、保管にあつて拂うべき注意の程度は、有償の場合には善良なる管理者の注意であり(四〇條)、無償の場合は自己の財産における同一の注意である(六五條)。なお受寄者は寄託者の承諾を得ずには寄託物を使用したり第三者に保管させることはできない(六五條)。また受寄者は保管義務を負う結果、第三者が寄託物につき差押をするとか、その他権利を主張する場合には直ちにその旨を寄託者に通知するを要し(六六條)、その他受任者が委任によつて負うていると同様な種々の義務を負う(六六條、五條)。

寄託者は特約ある場合の外は報酬を拂わなくてよいが、無償のときも費用前拂、必要費償還、利息支拂などの義務を負う(六六條)。但し受寄者の被つた損害を賠償する義務を負うのは、寄託者に過失ある場合に限られる(六六條、一條)。

c 寄託の終了

寄託者は何時でも寄託物の返還を請求しうる(六六條)。これに對し受寄者は、保管すべき期間が定めてなかつたときは何時でも返還しうるが、期間が定められてあるときは、やむを得ない事由ある場合にのみ、期限前に返還しうる(六六條、三條)。返還すべき場所は原則として保管すべき場所と同一である(六六條、四條)。

d 消費寄託

受寄者が寄託物を消費し後日これと同種、同量、同等の物を返還する特殊な寄託が消費寄託である。銀行が金を預るのがその典型的な例である。民法はこれにつき消費貸借の規定を準用すると定めている(六六條、六條)。ただ消費

貸借は借主の利益のため締結されるのに對し消費寄託は寄託者の利益のために締結されるのだから、返還時期の定めのない消費貸借においては、貸主が返還を請求するには相當の猶豫期間を置かねばならぬけれども、消費寄託においては、寄託者は何時でも返還を請求しうる(六六條、六條)。

K 組合

組合は、組合員となるべき者が各自出資して共同の事業を営むことを約するによつて成立する(六六條、七條)。事業は公益、營利その他いかなる事業でもよい。また出資は金錢でも物でも勞務でもよい。

組合は二人以上の組合員によつて組織されるが、法人ではないから、法律上組合員を離れて獨立の人格は有しない。従つて組合が獨立して権利を有し義務を負うことはできないのであつて、組合財産のごときも組合の財産ではなくて、總組合員の共有に屬する。また訴訟においても、組合自體が原告あるいは被告となることはできず、總組合員が訴訟當事者たる適格を有するのである。

組合財産は右のごとく全組合員の共有に屬するのであるが(六六條、八條)、しかしそれは共同の目的を達するために共有とされているのだから、通常の共有の場合のように、これについて共有者たる各組合員の自由な處分を許すべきではない。かくて組合員は、組合が解散して清算が行われる以前には、組合財産の分割を請求し得ないし、組合員が組合財産につきその持分を處分したときは、その處分は組合及び組合と取引した第三者に對抗することを得ないのである(六六條、六七條)。

なお、組合の業務により生ずる損失又は利益の分配の割合は、原則として各組合員の出資の價額に應じて定められる(六七條)。組合の債務は各組合員の共同の債務となる。従つて債権者は、組合の財産に對して執行しうるばか



りでなく、各組合員の固有の財産に對しても、その損失分擔の割合に應じて執行しうるのである(六七)。

組合の事業を営むためには各組合員はそれぞれ全組合員を代表する権限をもつてゐる。そして業務の執行は原則として組合員の過半数によつて決められるのだが、常務すなわち日常普通の事務は各組合員が單獨に行いうる(六七)。

なお組合員は組合員中の一部の者に業務を執行する全權を任せられることもできるが、この場合にも業務執行者の行動を監督する権利は當然各組合員に與えられる(六七〇條)。

組合は元來一種の契約であるから、契約當事者たる個々の組合員が變動すると、組合自體もその存立を失うことになるといわねばならぬが、それでは組合が一個の團體として社會的に活動する性質と相いれないので、民法も一定條件の下に組合員が脱退しうること、また他の組合員の一致をもつてある組合員を除名しうることなどにつき規定し、組合員の變更があつても組合がそのまま存続することを認めてゐる(六七八條)。

最後に、組合は目的たる事業の遂行が不可能となつたとき、又はその事業を完了してしまつたとき、またやむを得ない事由のため組合員から解散の請求があつたときなどには解散する(六八二條)。組合が解散したときは組合財産の清算が行われる(六八五條)。

L 終身定期金契約

これはある特定の人(自己、相手方又は第三者)の死亡するまで定期的に金銭その他の物を相手方又は第三者に給付することを約することにより成立する契約である(六八)。

この契約の効力として債務者は約束通り定期的に給付をせねばならない。これを怠ると債務不履行になる。もし債務者が元本を受け取つていた場合ならば、相手方は契約を解除し元本の返還を請求しうる外に、損害賠償を

も請求できる(六九一、六九二條)。標準となる人が死亡すると定期金債務は消滅する。標準期間の途中で死亡すると、日割計算をする(六九)。

M 和解

和解とは権利關係につき争つてゐる當事者が互に讓歩して、その間に存する争をやめることを約するによつて成立する(六九)。

たとえばある土地を自己の所有地だと主張して争つていた甲乙が互に讓歩してこれを二分し、半分ずつを甲乙の所有と確定するときである。和解契約が成立すれば、契約通りの効力を生ずることもちろんである。が、後になつて和解で定められたことが眞實に反しているという明瞭な證據が出て來ると、紛争が再びくり返される虞があるので、民法は、一たび和解によつて権利關係が確定された以上、たとえ後にその結果が眞實に反するという確證が出て、和解の結果は變更がないと定めた(六九)。

なお、裁判所で争われている事件についても裁判所が和解をすすめることがある。そして裁判所で和解が成立した場合には、その和解の内容を裁判の調書に記載してこれを明確にする。その記載されたことについては、判決と同一の効力が生ずる(民訴一三六條、三五六條二項、二〇三條参照)。

また、近來よく行われるものに調停の制度があるが、これは第三者(調停人)が争をしてゐる當事者間に立つてあつせんして和解させることである。調停人は自ら調停案を作りその受諾をするよう當事者を説得することに努めることもあるが、結局、調停は兩當事者が解決内容を承諾しなければ成立しないのだから、それは和解の一形態であり、従つてその効果は和解の規定に従うべきである。



最後に、和解に似て非なるものに仲裁契約がある。これは第三者(仲裁人)の判断に従つて争をやめ権利関係を確定しようと約することにより成立する。民法はこれについて特別に規定していないから、仲裁人の選定方法とかその権限などはすべて契約によつて定まる。

N 懸賞 廣告

民法は上述十三種の契約以外になお懸賞廣告につき規定している。すなわちある一定の行爲を指定してその行爲をした者には一定の報酬を與える旨の廣告(懸賞廣告)をした者は、その指定通りの行爲をした者に報酬を與えねばならぬことが明らかにされ、その他廣告の取消や優等懸賞廣告などにつき規定している(五二九條一)。(五三二條)。

II 事 務 管 理

A 事務管理の要件

事務管理とは法律上の義務なくして他人のために他人の事務を管理することである(六九條)。たとえば不在中の隣人のために配給物をとつてやつたり、税金を立て替えて置くというような場合である。

事務管理における事務は生活に必要な一切の仕事であつて、法律的な行爲たると事實的な行爲たるとを問わず、継続的たると否とを問わず、財産的たると否とを問わず、苟くも法律がこれについて債務關係の發生を認めうるものであればよい。そして管理とは右の仕事を處理することである。従つて單に保存行爲のみならず處分行爲をも包含する。

事務管理が成立するためには、管理者が、法律上の義務なくして管理をすることが必要である。従つてたとえば警察官が人命救助をするなどは事務管理でない。

更に事務管理においては管理者が他人のためにする意思すなわち他人の利益を圖る意思を有するを必要とする。従つて他人の事務を自己の事務と誤信して管理しても事務管理にはならない。

最後に、事務管理が成立するためには、それが本人のために不利なること又は本人の意思に反することの明らかでないことを要する。この點は民法が事務管理の開始後に管理を繼續することが本人の意思に反し又は本人のために不利なことが明らかになつたときは管理人に管理繼續の義務がないと定めていることから明瞭である。

(七〇〇條但書)

B 事務管理の効力

事務管理者は他人の事務を管理すべき義務を負うているわけではないが、一たんこれを始めた以上は、本人の意思にそうよう、又本人の利益にかなうような方法で、しかも原則として善良な管理者の注意を拂つて事務を管理せねばならぬ(六九條七條)。もつとも焼けかけている家財を運び出すとか、溺死しそうな人を助けるなど、本人の身體、名譽又は財産に對する急迫の危害を免がれさせるために事務管理をした者は、悪意又は重大な過失があるのでなければ損害賠償の責任を負わない(六九條八條)。なお管理を始めたらその旨を本人に通知し(六九條九條)、また本人、相續人又は法定代理人が管理をすることができるようになるまでその管理を繼續するを要し(七〇條)、且つ委任の規定に従い管理についての計算をせねばならない(七〇條一)。

本人は管理者に事務の管理を委託したのではないから契約に基く債務は負わないが、しかし管理者の行爲により利益をうけるのだから、管理者が本人のために支出した有益費を償還し、また管理者が本人のために負擔した有益な債務を辨濟せねばならない(七〇條二條)。しかし本人は管理者に報酬支拂の義務は負わない(もつとも遺失物法、



水難救護法などの特別規定により報酬支拂義務を負うことはある。

IV 不當利得

A 不當利得の要件

不當利得とは法律上の原因がないのに他人の財産又は勞務によつて利益をうけ、しかもそのために他人に損害を及ぼしたことである(七〇條)。法律上何らの正當な理由もなしに、他人に損失をかけて利益を得た受益者をして、損失を被つた損失者に對し不當に得た利得を返還せしめるのは、公平の觀念にかなうものである。民法が不當利得制度を設けて、不當に利得した者の返還義務を規定しているのは、當然のことである。

不當利得が成立するためには、先ず他人の財産又は勞務により利益をうけ、そのために他人に損失を及ぼしたとの事實が存在せねばならぬ。利益をうけるとは、所有權、債權等の財産權を取得するように積極的に財産を増加することのみでなく、債務を免がれるとか支出すべきはずの費用を節約する等の消極的な財産の増加をも意味する。つきにかかる利得が法律上の原因なくして得られたことを要する。いわゆる法律上の原因の統一的説明をすることは困難であるが、大體において、利得が損失者の意思に基いて生じた場合には、その意思を決定するに至つた法律的理由をさし、利得が損失者の意思に基かずに生じた場合には、利得者が利得をなしうる權利をさすといふ。

利得が損失者の意思に基いて生じた場合に法律上の原因がないというのは、たとえば債務辨濟の目的で金を支拂つたのに實は債務は存在していなかつたとか、結納金を交付したところが後になつて婚姻が不成立に終つたとかいう場合である。

利得が損失者の意思に基かずに生ずる場合についていえば、たとえば他人の物を使用収益する權利がないのにこれを使用収益したとか、強制競賣の配當手續で配當を受領する權利のない者に配當がされたなどの場合がこれである。結局、利益をうけるにつき正當な權利がないのに利益をうけたならば、不當利得が成立するのである。

B 不當利得の効果

不當利得の効果は、利得者が損失者に對し利得返還の債務を負うことである。

利得は原物で返還するを原則とし、その不可能な場合に價額返還をなすべきである。

返還義務の範圍は受益者の善意、惡意によつて異なる。すなわち善意の受益者はうけた利益が現に存する程度において返還すればよいのであるが(七〇條)、惡意の受益者はうけた利益に利息をつけて返還するを要し、もしそれでも損失者に損害があるならば、その損害を賠償せねばならない(七〇條)。

C 特殊の不當利得

以上のような一般的不當利得に關する規定以外に、民法は、なお、特殊の要件の下に特殊の不當利得の成立と効果を認めている。

その一は非債辨濟と呼ばれるもので、債務が存在していないにもかかわらずその債務の辨濟として給付がなされた場合に關している。このように債務がないのに辨濟するときは、原因を缺くから、辨濟者は不當利得として辨濟したものの返還を請求しうるのが當然であるが、民法はこれについてつぎのような例外を認めているのである。

イ 債務がないことを知りながら辨濟した者は、自ら進んで無意味なことをしたのだから、一たん辨濟として



給付したものの返還を請求するを得ない(七〇)。

ロ 辨済期がまだ到来していないのかかわらず債務の辨済をした者は、給付したものの返還を請求し得ない。この場合には債務は現に存在しているのであつて、それは期限が来れば辨済せねばならぬのであるから、結局、期限前の辨済として効力を生ずるのである。ただ債権者は期限よりも早く辨済をうけたために利益(中間利息)をうけるが、この利益は、債務者が辨済期の到来を誤信していたときにのみ債務者に返還される(七〇)。

ハ 債務者でない者が錯誤によつて辨済した場合すなわち他人の債務を自己の債務だと思ひ違えて辨済したというような場合には、その者は給付したものの返還を請求しうるのだが、しかしかかる場合に、もし債権者が、かかる債務者以外の者の辨済が錯誤に基づくものなることを知らずに受け取り、證書を破棄したり、擔保を放棄したりしたときは、辨済者は返還請求をし得ない(七〇)。もつともこのために眞實の債務者は債務を免がれて不当に利得することとなるのだから、辨済者は債務者に對し不当利得の返還を請求しうる。もし、辨済者が他人の債務であることを知りつつ辨済したときは、通常第三者の辨済となるから、債務者と辨済者との間に事務管理又は不当利得の問題が生ずるにとどまり、債権者と辨済者との間には不当利得の問題は生じない。

その二は不法の原因に基き給付がされた場合に關する。たとえば賭博で敗けた者が勝つた者に金錢を渡したとか、窃盜やわいせつ行爲をした報酬に金錢を與えたというような場合にはかかる金錢の授受は法律上の正當の原因を缺くもの故これを與えた者は不當利得としてその返還を請求しうべきものであるかのようにも考えられるが、しかしかかる請求を認めることは、自ら法律の理想に反する不法な行爲をしたことを理由にして法律の保護をうけようとする者に對して希望通りの保護を與えることとなり、民法が第九〇條で社會的妥當性を缺く行爲を無効

とすることと矛盾する結果を生ずる。そこで民法は不法の原因のため給付をなしたる者はその給付したものの返還を請求し得ないと定めた(七〇)。(八條) いわゆる不法は廣く公序良俗に違反することをさすのであり、法規の禁止に反することももちろん含まれている。

けれどもかかる不法の原因が受益者側にのみあつて損失者側には何ら非難さるべき點のない場合には、損失者は受益者に對し不當利得の返還を請求しうる(七〇八)。(條但書)。

V 不法行爲

不法行爲とは他人の權利を侵害して損害を加える行爲である。かかる行爲は一方で民法上の損害賠償義務を生ぜしめるとともに(民事責任)他方では刑法上の犯罪として刑罰をうくべき理由となること(刑事責任)が少なくない(刑事責任)。このように一の行爲から民事、刑事の兩責任が発生するが、この兩責任は昔は混同されていたが、現在では明確に區別され、民事責任は民法その他の私法によつて定められ、民事訴訟法により實現され、刑事責任は刑法、刑事訴訟法のごとき刑事法により處罰される。そして民事責任は被害者の損害の補償を第一目的とするに對し、刑事責任は加害者個人のきよう正、不正の鎮壓を第一目的とする。

A 不法行爲の成立要件

a 行爲者に故意又は過失あること(七〇)。(九條) 故意とはその行爲によつて他人が損害を被ることを知りながら敢てこれを行う意識状態をさし、過失とはその場合に通常の人ならば當然拂わねばならぬ注意を拂わぬことをさす。もつとも損害賠償義務を生ずる上においては故意と過失との間に何らの差異も認められていない。

不法行爲が成立するためには加害行爲者の故意過失が必要だから、不法行爲として損害賠償責任を生ずるには、



加害者が不法行為能力(責任能力)を有していなくてはならぬのであるが、一般に人はこの能力を有しているのが原則であるから、民法は特にこれを有していない者すなわち責任無能力者としてつぎの二者を認めている。一は自己の行為の責任を辨識するに足るだけの知能を具えていない未成年者であり、二は加害當時意思能力を有せず心神喪失の状態にあつた者である(七一二條)。

b その行為が他人の権利を侵害するものなること(七〇九條)。ここで権利侵害というのは所有権その他の具體的な権利を侵害することのみでなく、廣く法律が法律として許容し得ない違法の行為をさすのである。従つて人を殺傷したり、人の物をこわしたり、人の信用を害したり、營業の妨害をしたりすることが「権利侵害」で不法行為となるのはもちろん、他人の妻と通じたり貞操をじゆうりんしたり、詐欺強迫をすることによつても不法行為は成立する。

c 違法性を阻却する事由のないこと。不法行為は違法の行為でなくてはならぬから、その行為が法律上特に許されている適法行為であるならば、それによつて他人に損害を加えても、損害賠償責任は生じない。従つて権利者が権利を行使することによつて他人に損害を加えても賠償責任は生じない。もつともそれが権利濫用となれば違法なのだから、賠償責任を生ずるのももちろんである。また被害者が承諾したときも、加害行為は不法行為とならない。たとえば患者に依頼されて外科手術を行い身體を傷害しても不法行為にはならぬ。もつとも被害者の承諾ないし依頼が公序良俗に反する場合、たとえば自殺に助力するなどには違法である。

また正當防衛、緊急避難により他人に損害を加えても不法行為とならない(七二〇條)。正當防衛とは他人の急迫不正の侵害行為に對し自己又は第三者の権利を防衛するためにやむことを得ずして行つた加害行為であつて、た

とえそのために人に損害を加えてもこれを賠償するを要しないのである。また緊急避難とは他人の物から生じた急迫の危難を避けるためその物をき損することであり、やはり損害賠償の責を生じない(七二〇條)。

d 相手方が損害を被つたこと(七〇九條)。損害は財産的損害のみならず精神的損害をも含む。すなわち精神的苦痛を與えることも不法行為となり、これに對し慰藉料を支拂わねばならないことを注意すべきである(七一一條)。なお損害は上述の権利侵害行為が原因となつて生じた結果でなければならぬ。

#### B 不法行為の效果

不法行為の效果は、加害者が被害者に對し當該不法行為から生じた損害を賠償する責を負うことである。賠償方法は、損害を金銭で算定してその額を金銭で賠償するのが原則であるが(七二二條)、名譽き損の場合については特別の方法が認められている。すなわち被害者の請求に基き、裁判所は金銭による賠償の外に名譽回復に適當な處分(たとえば謝罪廣告をさせる。)を命じうる(七二二條)。そして賠償の範圍は、當該不法行為と相當因果關係ある損害、換言すれば、われわれの經驗上その不法行為を原因として生じたものとみられる程度の損害で、しかも加害者をしてこれを賠償せしめるのが當然と考えられるものである。もつとも損害發生につき加害者側ばかりでなく被害者側にも過失があつた場合には、裁判所は賠償額を定めるにつきこれをしんじやくして加害者の責任を多少輕減しうる(七二二條二項)。いわゆる過失相殺である。

#### C 特殊の不法行為

a 既述の責任無能力者たる未成年者や心神喪失者が他人に損害を加えた場合には、これを監督すべき法定の義務ある者たとえば幼児の親權者、及び監督義務者にかわり無能力者を監督する者たとえば幼稚園の園長や精神



病院長は、その監督義務を怠らなかつたことを立證し得ない限り、自ら賠償責任を負わねばならない(四七)。

b ある事業のために他人を使用する者及び使用者にかわつて事業を監督する者は、その事業の被用者が事業の執行について他人に損害を加えたときは、その被用者の選任及びその事業の監督につき相當の注意をしたこと又は相當の注意をしても損害が生ずべかりしことを立證し得ない限り、賠償責任を負う(七一)。

c 請負人がその仕事について他人に加えた損害を注文者は賠償する責任がないのは當然であるが、しかし注文者が注文又は指圖をなすについて過失があつたために、請負人がその仕事で他人に損害を加えたときには、注文者が賠償せねばならない(七一)。

d 家屋、橋等の土地の工作物の設置又は保存に不完全な點があつたために他人に損害を加えたときは、その工作物の占有者は被害者に損害を賠償せねばならぬ。もつとも工作物を支配している占有者が損害発生を防止するに必要な注意をしていたにかかわらず損害が発生したのであれば、工作物の所有者が賠償責任を負わねばならぬ(七一)。

e 飼犬が人をかんだ場合のように、動物が他人に損害を加えたときは、その動物の占有者は、動物の種類と性質に従い相當の注意を拂つてその保管をしたことを立證し得ない限り、賠償の責を負う(七一)。

f 數人が共同の不法行為によつて他人に損害を加えたときは、各自連帶してその賠償責任を負わねばならぬ。教唆者や幫助者も同様である(七一)。

g 國家や地方團體の公務員が他人に損害を加えた場合でも、その職務が公權力の行使に係るものならば——たとえば官廳の自動車の運轉手が人をしたとか國有鐵道の係員が貨物を盗むなど——國家や地方團體も

民法の規定により(七一)、使用者としての賠償責任を負うが、しかしその職務が公權力の行使であるとき——たとえば警察官が犯罪の容疑者に暴行を加えて自白を強要したとか消防吏員が必要以上の破壊消防をやつて不当に家屋を破壊したなど——には、民法の規定の適用はないから、特別の法律のある場合以外には國家や地方團體は賠償責任を負わないものと解されていた。が新憲法は、公務員の不法行為により損害をうけた者は國家や地方團體に對し賠償を請求しうると定めたので(憲法一)、國家や地方團體はその使用する公務員の行為につき、つねに私人と同様に賠償責任を負うこととなつた。そして公務員が公權力の行使により損害を加えた場合の賠償責任については國家賠償法(昭和二十三年、法)が制定されている。本法の規定は民法のそれと著しく異なつた點はないが、ただ民法の場合では、使用者が被害者に賠償したときはその賠償した金額を直接の加害者たる被用者に求償しうることになつているが(七一五)、本法では、國家又は地方團體が賠償した場合に直接の加害者たる公務員に求償しうるのは、公務員に故意又は重大な過失があつた場合に限る、とされている(同法一)點が異なつているところである。

#### 第六 債權の擔保

債權の履行を擔保する最後の根據は債務者の全財産である。けだし最初から金錢の支拂を目的とする債權はいうまでもなく、その他の債權であつても、債務不履行の場合には結局金錢を目的とする損害賠償債權になるからである。従つて民法は、債務者の財産が不當に減少するのを防止するために、債權者に對し債權者代位權(四二)と債權者取消權(詐害行為取消權)(四二四條)とを與えた。また債權の効力はすべて互に平等なものとして取り扱われるのを原則とするから、債權總額が債務者の全財産を超過する場合には、債權額に按分比例して分配することになり、結局満足な辨濟はうけられないことになる。そこで民法は、このような危險に對處するため、すな







(四四) 保証人は、債権者がいきなり保証人に對し履行を請求した場合には、先ず主たる債務者に催告せよと抗辯できるのみならず(四五二條)(催告の抗辯権)、債権者が債務者に催告した後においても、保証人が主たる債務者に辨済する資力がありしかも執行が容易であることを證明したときには、債権者は先ず主たる債務者の財産について執行しなければならぬ(四五三條)(檢索の抗辯権)。もつとも連帯保証人は右の二つの抗辯権は有しない(四五)。

連帯保証とは、保証人が主たる債務者と連帯して保証することを約する場合に認められるのであつて、すなわち連帯保証人は債権者の請求をうけたら直ちに履行せねばならぬのである。しかし連帯保証債務も附従性は有しているのであつて、主たる債務とその運命をとにもする。そして連帯保証債務につき生じた事項が主たる債務に對していかなる影響を及ぼすかということについては、つきに述べる連帯債務におけると同様の結果が認められうるので、民法は連帯債務の規定を連帯保証の場合に準用している(四五)。

なお、一債務につき保証人が數人ある場合(共同保証)には、普通の保証ならば、各保証人は債務の全額を保証人の數で割つたものにつき責任を負うのみであるが(分別の利益)、連帯保証の場合には、各連帯保証人はこの利益も受けず、各自全額を辨済する義務を負う(四五)。

保証人が主たる債務者のため辨済したときは、その辨済した金額とそれ以後の利息とを求償しうる。このことは連帯保証人においても同様である(四五九條)。

B 連 帯

連帯債務とは多數の債務者が同一内容の債務を負担し、債権者はその全額の辨済をうけるまで、債務者中の任意の者に對し全額の辨済を請求しうる關係である(四三)。

連帯債務は當事者の意思に基き發生することもあれば民法、商法などの法律の規定によつて發生することもあ

る。そして當事者の意思に基くのは通常契約によるのであるが、その契約は數人の債務者が共同でなすこともあれば各債務者が別々になることもあり、また既に存在している債務に後から加入することもある。そして連帯債務者の債務はそれぞれ獨立しているのだから、各債務についての條件や期限が異なつても差しつかえない。また連帯債務者中の一人が錯誤に陥つていたとか未成年者だつたなどのためにその法律行為が無効又は取り消されてその一人だけは連帯債務關係から脱落しても、他の者は依然として連帯債務關係に立つ(四三)。

連帯債務者の各債務は獨立のものだから債務者の一人につき生じた事項は他の債務者に影響を及ぼさぬはずであるが、しかしそれは債権者に満足を興える點では單一の目的を有しているのだから、かかる事項——たとえば辨済、供託、相殺など——が債務者の一人につき生じたならば、それは他の債務者にも影響を及ぼしてすべての債務を消滅させる。民法も大體においてこの原則に従いつつ、なお實際の便宜を考慮して債務者の一人に對する履行の請求や債務者の一人について生じた相殺、更改、免除、混同、時効の完成などの債務消滅原因が他の債務者に對しても効力を生ずる旨を定めている(四三四條)。

つきに、すべての連帯債務者は債権者に對する關係においては債務の全額について責任を負うものであるが、連帯債務者相互間においては負擔部分を持つてゐる。その負擔部分は契約で定められていることもあるが、特約がなければ各債務者につき平等の割合であるとみななくてはならぬ(四二)。

そして連帯債務者中の一人がその負擔部分をこえて辨済したときは負擔部分をこえる部分については他の者から求償しうるということまでもない(四二四條)。

C 分割債權關係と不可分債權關係



債権債務関係は複数の主體の間における関係として現われることがあり(多數當事者の債権)、前述の保證債務と連帶債務とはその重要な場合であるが、民法はこの外にいわゆる分割債権関係と不可分債権関係につき規定している。それらは債権擔保に關するものではないが、ついでに一言して置こう。

分割債権関係とは、金錢支拂のごとく分割しうる給付が數人の債権者又は債務者に分割せられる債権関係をさすのであつて、かかる關係においては、當事者間に特約なき限り、各債権者又は各債務者は平等の割合で權利を有し又は義務を負うのである(四二)(七條)。

不可分債権關係とは分割し得ない給付——たとえば一軒の家——を目的とした多數當事者の債権關係である。金錢支拂のごとく元來は可分であつても當事者がこれを分割せず一個の給付として扱ふ旨特約をしたときにも認められる。そしてかかる不可分の給付を目的とする債権關係で數人の債権者がある場合には、各債権者は單獨で總債権者のために履行を請求することができ、また債務者は總債権者のためにどの債権者にでも履行ができる(四二)(八條)。反對に、數人の債務者が一個の不可分給付をなすべき場合には、前述の連帶債務の場合と大體同様な結果となる(四三)(一〇條)。なお不可分の給付が後に可分と變つたときは不可分債権關係はその後分割債権關係となるのである(四三)(一條)。

III 物上擔保(擔保物權)

物上擔保とは、債権者をして債務者又は第三者の物の上に直接の關係を有せしめて、その債権の履行を確保しようとする制度であり、民法は留置權、先取特權、質權及び抵當權の四種の物權を規定している。そしてこれらは債権擔保の物權であるから、既述の地上權その他の用益物權に對比して、擔保物權と總稱されている。

A 質 權

質權は質權者たるべき債権者と質權設定者たる債務者又は第三者との間で質權設定契約を締結し、目的物を債権者に引き渡すことによつて成立する。普通には債務者が自分の物を質に入れるのだが、債務者以外の第三者が債務者のために質入することもある。この場合にはいわゆる物上保證が成立するのであつて、その第三者は保證人に似た地位にたつのである。質權の客體たるものは動産に限らず、不動産でも、債権でも、財産的價值ある權利ならば何でもよい。がそれは一般取引上讓渡しうるものでなければならぬ(三四二條—三四四條)(三四五條—三四六條)。質權によつて擔保される債権の範圍すなわち債権者が質權を實行して満足をうける範圍は、設定契約で定められるのであるが、設定契約で定めがないときは、元本、利息、違約金、質權實行の費用に及ぶとされている(三四六條)(六條)。

動産の質權者は目的物を繼續して占有しないと質權をもつて第三者に對抗し得ない(三四二條)(二條)。もし質物の占有を他人に奪われたときは、占有回收の訴によつてその返還を請求しうる(三四三條)(三條)。

質權者は債務者が辨濟するまで質物を留置し、債務者が期限内に辨濟しないときは、それを處分してそれから優先的に辨濟をうけることができる(三四四條)(二條)。處分は競賣法の手續に従い、すなわち質物を競賣してなされねばならぬ。そして民法では、質物をもつてそのまま辨濟に充てるようないわゆる流質は許されない(三四九條)(九條)。もつとも質權者は轉質することはできる(三四八條)(八條)。

不動産質權者はやはりその不動産の引渡をうけ、自らこれを使用収益し、その利益をもつて利息に充當する(三五六條—三五七條)(一)。

權利質の最も普通の場合には債權特に社債權と株式である。かかる場合には、質權を設定するためには、社債券又は株券を質權者に引き渡さねばならぬ(三五六條)(三六條)。更にこの質權を第三者に對抗するためには、指名債權ではその質權



設定を債務者に通知するか又は債務者の承諾をうるを要し、記名の社債では會社の帳簿(社債原簿)に質權設定の旨を記入せねばならぬ(三六四條、三六五條)。記名の株式は株券の引渡のみで足る(商法二〇七條)。もつとも質權者が株式の配當をうけて辨済に充當するためには會社の株主名簿に記入するを要する(商法二〇九條)。無記名の社債と無記名の株式とは動産とみなされるから(八六條)、その證券(社債券・株券)という動産の質として取り扱えばよい。すなわち證券の引渡をうけ、その占有を繼續すれば足る。なお特許權や著作權もしばしば質權の目的とされるが、この場合には、特許原簿又は著作權登録簿に登録することにより質權が設定されたことを公示するのみで、權利を質權者に引き渡すのでないから、その法律的性質はむしろ抵當權に近似している(特許法四五條、著作權法一五條)。

## B 抵 當 權

抵當權は、債權者と債務者又は第三者(物上保證人)との間の抵當權設定契約により成立するが、その成立を第三者に對抗しうるためには登記をしなければならぬ。従つて抵當權の客體となしうるものは、それについて登記簿制度の設けられているものに限られる。民法では不動産(土地、又は家屋)の所有權と土地の上の權利(地上權、永小作權)についてのみ認めているが(三六、九條)、民法以外の特別法において立木(樹木の集團)及び工場、鑛業、鐵道などの施設全部を一括した財團につき抵當權が設定されることが認められている(立木法、工場抵當法、鑛業抵當法、鐵道抵當法など)。動産についても、農業資金の融通を圖るため昭和八年に農業動産信用法を制定し、農業用機械器具のために登記制度を作り、その上に抵當權を設定しうることにした。なお抵當權はその目的物の占有を抵當權者に移さず、抵當權設定者が依然としてこれを使用収益しうる點に、質權と異なる重要な特色がある。

土地とその上にある建物とは別個の不動産だから、それが同一人に屬する場合にも、兩方を一括して抵當に入

れてもよく、又は一方だけを抵當に入れてもよい。がそのいずれの場合にも複雑な關係を生ずる。同一人に屬する土地又は建物のうち一方のみが抵當に入れられた場合に、その抵當權が實行されて第三者がこれを競落すると、家屋を競落したときならば、競落人はその家屋を他人の土地の上に存続させるために他人の土地を使用する權利を必要とするし、土地を競落したときならば、反對に家屋所有者は競落人の取得した土地の上に家屋を存続させるためにその土地を使用する權利を必要とする。そこで民法は、かかる場合に争を生ずることを防ぐために、右のいずれの場合にも家屋所有者が當然に地上權を取得すると定めた(三八、八條)。(この場合の地上權を法定地上權という。)また土地家屋を一括して抵當に入れた場合には、後にその土地又は家屋のみにつき二番抵當や三番抵當を取得した者があると、競賣代金の配當にあたり不公平を生ずる虞がある。たとえば甲は百萬圓の債權の擔保としてABの二の不動産(どちらも百萬圓の價格を有している)を一番抵當にとつており、乙は五十萬圓の債權の擔保としてA不動産の上に二番抵當を有している場合に、もし甲がA不動産の代價(百萬圓)についてのみ優先辨済をうけるならば、後順位の乙は全然それから辨済をうけ得ず、甚だ不公平であるから、民法は、かかる場合に同時に數個の不動産の代價を配當すべきときには、各不動産の價額に準じて債權の負擔を分つことに定めた(三九、二條)、すなわち前例で甲はABの各不動産から五十萬圓ずつの辨済をうけ、その結果乙はA不動産から五十萬圓の辨済をうけることとなる。けれども一の債權を擔保するため數個の不動産が抵當に入れられている場合でも、その競賣が別々に行われたために代價の配當が同時になされるときは、抵當權者は先ず最初の配當で全部の辨済をうけることができる。そして次順位の抵當權者は先順位の抵當權者が別の不動産から辨済をうくべきはずだつた金額の範囲内で先順位の抵當權者にかわつて抵當權を行いうる(三九條)。すなわち前例でA不動産の代價を先ず配當



すべきときには甲は金額百萬圓の辨済をうけうる。そして本来ならば甲はA不動産から五十萬圓、B不動産から五十萬圓の辨済をうべきであつたのだから、B不動産から辨済をうべきだつた五十萬圓はこれを乙に代位させ、甲のかわりに乙をしてB不動産上に抵當權を行使させるのである。

抵當不動産について所有權その他の物權を取得した第三取得者は、抵當權者がその權利を實行すると、一たん取得した權利を失わねばならぬこととなり、その結果は不動産の融通を甚だしく阻害する。従つて民法は、抵當權者の權利を害しない範圍で、第三取得者を保護する方法を講じている。その一は代價辨済(三七七條)であり、他は滌除(三七八條)である。なお民法は、登記された短期の質貸借保護の規定をも置いている(三九條)。

C 賣 渡 抵 當

賣渡抵當とは、債務者から債權者にある財産を讓渡することにより擔保の目的を達しようとする制度で、賣渡擔保又は讓渡擔保とも呼ばれる。たとえば甲が乙から金を借る場合に、自己所有の自動車をも乙に賣り渡し、ついでこれを賃料を拂つて自ら使用することにし、期限内に元金を提供すればこれを買戻しうるのと契約をする場合などが適例である。

賣渡抵當については民法には規定がないが、判例法上既に確立された制度になつてゐる。そしてその効力については、債權者と債務者との内部關係においては、權利は依然として債務者に屬しているが、第三者に對する外部關係においては權利は債權者に移轉してゐるのであり、従つてもし債權者がこれを第三者に讓渡してしまえば第三者は完全に權利を取得しうる。がそのために債務者に返還できなくなつた結果加えた損害については債權者は債務者に賠償の責に任じなければならぬ。なお、債務者が賃料支拂を一回でも怠つた場合に、債權者が質貸借

を解除して目的物を取り上げうるかという點に關しては、この場合の賃料は本来利息にあたるものだから、質權や抵當權において利息の不拂だけでは質權者や抵當權者は目的物を競賣する權利を取得しないのと同様に、元本の辨済期が到來するまでは、債權者は目的物を取り上げることとはできないのである。

D 留 置 權

留置權とは、他人の物を占有している者が、その物に關して生じた債權の辨済をうけるまではその物を留置しうる權利である(二九條)。たとえば時計商が時計の修繕代金の支拂をうけるまでその時計を留め置きうるときである。質權と抵當權とが當事者間の契約により生ずる擔保物權であるに對し、留置權と後述の先取特權とは法律の規定によりある種の債權に當然に附随せしめられる擔保物權である。

留置權が成立するためには、目的物と債權(たとえば修繕料請求權)との間に關係があること、換言すれば留置權の目的物に關して生じた債權を留置權者が有してはならぬ。また留置權者は他人の物を占有してゐなくてはならぬが、その占有が不法行為によつて始まつたのであるならば留置權は成立しない(二九條)。

留置權は債權の辨済があるまで目的物を留置し、これによつて履行を間接に強制しうるにとどまり、留置物を處分してそれから優先的に辨済をうけうるものではないが、しかし、債權に關連のある他人の物を占有している關係上、留置權者は果實を收取し、これによつて優先辨済をうける權利(二九條)や保存に必要な範圍内で留置物を使用する權利(二九八條)を有する。また留置權者は債權の全部の辨済をうけるまでは留置物の全部を留置しうる(二九條)(六)留置權の不可分性。これは他の三種の擔保物權にも(二九條)共通の性質である。一三〇五條、三五〇條、三七一條)けれども、これに相應して留置權者には目的物保管義務(二九條)が課せられてゐる。

25111

441749



E 先取特権

先取特権とは法律に定める特殊の債権を有する者が、先取特権の種類によつて、債務者の総財産又は特定の動産もしくは不動産から優先辨済をうける権利である(三三〇)。たとえば雇主が破産してその全財産をすべての債権者に債権額に應じ按分比例で辨済するときも、雇人は未拂の給料を優先的に辨済させることができる。また旅客が宿泊料を支拂わぬときは、宿屋の主人は旅客の手荷物を押えてそれから辨済を受けうるのである。

民法で認めている先取特権は、その客體が債務者の総財産であるか特定の動産又は不動産であるかに従つて、一般の先取特権、動産の先取特権、不動産の先取特権にわかれる。なお後の二者は一括して特別の先取特権ともいう。

一般の先取特権は債務者の総財産を客體とするもので、共益費用、葬式の費用、雇人の給料及び日用品の供給から生じた債権を有している者に與えられる(三〇七條)。これらの先取特権がどの範圍までの債権を擔保するものかについては民法に個別的に定めている(三〇七條)。

動産の先取特権は、債務者に屬する特定の動産を客體とするもので、第三一一條所定の八つの原因により生じた債権を有している者に與えられる。そしてこれらの先取特権がいかなる債権を擔保し、またいかなる動産を客體としているかについては第三一二條ないし第三二四條に定めている。

不動産の先取特権は債務者の特定の不動産を客體とするもので、不動産の保存、工事、賣買を原因として生じた債権を有している者に與えられる(三二五條)。被擔保債権と客體たる不動産については第三二六條以下に、また一定要件の下になされる登記によりその効力の保存されることについては第三三七條以下に規定されている。

先取特権につきいろいろの種類があるので、一の動産、不動産につき數個の先取特権が競合することがある。かかる場合、先取特権相互の間における順位を定めて置く必要がある(三二九條)。

なお先取特権は特殊の債権を有する者をして債務者の総財産又は特定の動産もしくは不動産につき優先的に辨済をうけさせる効力を有しているのだから、その効力は客體の第三取得者にも對抗し得るのを原則とするが、そこには一定の限度を置く必要があるし、また先取特権と抵當權その他の擔保物權とが競合する場合の順位を定める必要がある(三三三條)。

第七 債権の消滅

A 辨済

辨済とは債務者が債権の目的に適する行爲をすることである。(履行と同じである。)

辨済は債務の本旨に従つて、すなわち債務本來の目的にかなうようになされねばならぬ(四一)。

辨済のなされるべき時期は當事者の契約で定まるのが普通だが、法律の規定もしくは周囲の事情で定まることもある。もしこれらの理由で定まらぬならば、債権は成立と同時に履行期にあるといふから、債権者は何時でも履行を請求し得、債務者は何時でも辨済しうる。

辨済の場所は、特定物の引渡を目的とする債務を除き、その他の債務は債権者の現時(辨済する時)の住所で辨済すべきを原則とする(四八)。

故に物の給付をする場合には、發送するのみでなく、債権者の住所に届くまで債務者が責任を負わねばならぬ。もつとも債権者の住所の移轉などで辨済費用が増加したときは、債権者に辨済さ



せうる(四八五)。辨済費用は債務者の負擔である(四八五)。(條但書)

辨済をする者は債務者又はその代理人であるが、第三者も辨済することができる。そして債権者の方では、第三者がする辨済の受領を拒むことはできないのであつて、もし拒絶すると受領遲滞の責を負わねばならない(四一三)。しかし債務の性質が第三者の辨済を許さないとき又は當事者が反對の意思を表示したときは、第三者は辨済し得ない。また債務辨済につき利害關係なき第三者は債務者の意思に反して辨済し得ない(四七四)。第三者が辨済すれば、第三者は債務者に對し求償権を取得する。もし債務者に委託されて辨済したときならば、委任事務の處理であり、そうでないときは事務管理であるから、辨済のため出指したものは、必要な費用として償還を請求しうる。

辨済はそれぞれの場合に債務の本旨に従つてなされねばならぬのだから、辨済の目的物が何かというようなことは、個々の場合に具體的に定める外ないのであるが、民法は辨済として物の所有権を移轉する場合につき特に規定している。すなわち債務者が他人の物を引き渡したときは、別に自分の物を引き渡して前の物を取り戻しうるのを原則とする(四七五條)。が債権者が善意無過失で受領すると、多くの場合に即時取得で保護されるから、この規定の適用されることは餘りないであろう。また未成年者のように讓渡の能力のない者が、辨済として引渡をしたときは、この引渡という法律行為を取り消し、更に有効な辨済をして前の物を取り戻しうるのを原則とする(四七六條)。しかしこれが問題になるのは、その債務の負擔行為は取り消し得ずして、辨済行為のみが取り消しうる場合であるから、實際には餘り生じないであろう。

辨済を受領する者はもちろん原則として債権者(又はその代理人)である。が債権者であつても、自分の債権者から債権の差押をうけているとき、及び破産の宣告をうけたときは、辨済をうけ得ない(四八一條、民訴法五九八條、破産法七條)。

債権者以外の者でありながら、例外的に辨済受領の権限を有するものがある。先ず債権の準占有者になした辨済は、辨済者が善意であつたときに限り有効である(四七八條)。債権の準占有者とは一般社會觀念上債権者にふさわしい外観を有する者、たとえば預金通帳と印章を持參して預金の拂戻を請求する者などである。つぎに受取證書の持參人は辨済受領の権限があるものとみなされているから、受取證書の持參人に對してなした辨済も有効である(四八〇條)。

辨済者は受領者に對し、受領と引き換えに受取證書の交付を請求し得(四八六條)、また全部の辨済をしたときはその債権の證書の返還を請求しうる(四八七條)。

債務者が債権者に對し同種の内容を有する數個の債務——たとえば數個の借金——を負うときに、辨済として給付したものが全部の債務を消滅させるに足らない場合には、その給付はどの債務の辨済に充當すべきかという問題を生ずる。辨済の充當の方法は當事者の契約によつて定めうることもちろんであるが、そうでないときは第一に、債務者は給付の時に充當すべき債務を指定することができる(四八八條一)。第二に、債務者が指定しなかつたときは、債権者は受領後遲滞なく充當しようとする債務を指定できる。もつとも債務者がこれに對し直ちに異議を述べれば指定は効力を失う(四八八條二)。第三に兩當事者いずれも指定しないか債権者の指定が効力を失つたときは、民法の規定による(四八九條)。もし一個の債務につき數個の給付をすべき場合ならば、右に準ずる(四八九條)。なお債務者が一個又は數個の債務につき元本の外に利息と費用とを支拂うべき場合に辨済者が債務の全部を消滅させるに足らない給付をしたときは、費用、利息、元本の順に充當すべく、それぞれの間では法定充當の規定を準用すべきものとされる(四九〇條一)。



債務の辨済のためには多かれ少なかれ債権者の協力を要するので、辨済しようとする者は辨済の提供をするのが普通である。辨済の提供がされたにかかわらず債権者がそれを受領しないときは債務者は債務不履行の責任を負わない(四九)。(二條)。従つてたとえば遅延利息支拂義務や物の保管についての善良な管理者としての注意義務などを免がれることになる。

辨済の提供は原則として現實の提供——債務の本旨に従い債務者側でなすべき行爲を完全にすること——でなければならぬが、債権者があらかじめ受領を拒んだときや辨済について債権者自身の行爲を必要とするとき(たとえば債権者に教授するとか債権者指定の場所へ品物を送るなど)は、辨済の準備をしてこれを債権者に通知しその受領を催告するだけのいわゆる口頭の提供で十分である(四九)。(三條)。

第三者が辨済すると、既述の通り辨済者は本來の債務者に對し求償権を取得するのが普通であるが、民法はこの求償権を強化するために辨済された債権の効力及び擔保は當然に辨済者に移轉するものと定めた。これを辨済者の代位又は代位辨済という(四九九條)。(五〇四條)。

代位には法律の規定により當然生ずる法定代位と債権者の承諾を條件として生ずる任意代位とがある。前者は辨済をなすにつき正當の利益を有する者(連帶債務者、物上保證人など)が辨済したときに認められ(五〇條)、後者はかかる利益を有しない者が辨済したときに認められる(四九九條)。(九條)。

いずれにしても代位が認められる場合には、債権者に代位した者は自己の權利に基いて求償しうる範圍で、債権の効力及び擔保として債権者が有していた一切の權利を行使できる(五〇條)。(一條)。従つて代位辨済により全部の辨済をうけた債権者は債権に關する證書や自分で占有している擔保物などを辨済者に渡さねばならぬ。

B 代 物 辨 済

金壹萬圓を支拂うべき債務がある場合に債権者の承諾を得てカメラ一個を渡すという風に、債務者が負擔している本來の給付に代えて他の給付をすることにより債権を消滅させるのを代物辨済という(四八)。(二條)。

C 供 託

供託とは債務者が辨済の目的物を債権者のために供託所に寄託して債務を免がれることである(四九)。(四條)。供託により債務を消滅させる場合は、債権者が辨済の受領を拒み又はこれを受領し得ない場合もしくは債務者の過失でなくて債権者を確知し得ない場合(たとえば債権者の相續人が不明のときなど)である(四九)。(四條)。

供託は債務の履行地の供託所——金銭・有價證券は供託局、その他の動産は倉庫業者か銀行——にするのが原則だが、裁判所の選任する供託物保管者に供託することもできる(四九五條)。(一、二項)。(四九)。(七條)。目的物であるが、場合によつては裁判所の許可を得て目的物を競賣し、その代價を供託することもできる(四九)。(七條)。なお供託したら供託者は遅滞なく債権者にその旨を通知せねばならぬ(四九五)。(三項)。

供託により債権は消滅し、債務者は債務を免がれるのだが、それとともに債権者は供託所に對して債権を取得し、供託所に供託物の交付を請求しうることになる。が債権者が供託を受諾する意思を表示するか供託を有効と宣告する判決が確定するまでは、辨済者は供託を取り消して供託物を取り戻しうる。もつとも供託によつて債権者の質權又は抵當權が消滅してしまつたときは供託を取消することはできない(四九)。(六條)。

D 相 殺

たとえば甲に對し一萬圓の債務を負擔する乙が、反對に甲に對し五千圓の債権を取得した場合に、乙が兩債務



を差引する旨の意思表示をすると、甲の承諾なくとも、兩債務は決済される。これを相殺といい、甲の債権を受動債権、乙のそれを自動債権という。

相殺がなされるためには、同様の目的を有する債権が対立していなくてはならぬ。従つて一方の債権は金銭支拂を目的とし、他方のそれは家屋引渡を目的とするとき場合には相殺は許されない。又雙方の債権は何れも辨濟期にあることを要する。なおかかる要件を具備した債権が対立していても、たとえば甲も乙も互に勞務に服する債務を負うている場合のように、その性質上相殺の許されぬこともある(五〇五條一項但書)。また當事者が相殺しない特約をしたときは相殺はできない(五〇五條二項)。なお特殊の債権についても相殺が禁止されている。すなわち債務が不法行為により生じたときは債務者は相殺をし得ない(五〇九條)。たとえば乙に對して貸金債権を有する甲が不法行為により乙に損害を加えたために賠償の債務を負うに至つたときは、甲は貸金債権と賠償債務とを相殺して賠償債務を免がれることはできぬ。もつとも被害者乙の方からは相殺し得る。また差押の禁じられている債権に對しては相殺することはできないのである(五一〇條、民訴法六一八條、尙勞動基準法一七條參照)。

E 更改

更改とは債務の要素すなわち客觀的に一般取引觀念上重要と考えられ且つ主觀的に當事者が重きを置いている點を變更し、新債務を發生させて舊債務を消滅させる契約である(五一三條)。

更改による舊債務の消滅と新債務の成立とは互に原因結果の關係に立つているから、舊債務が無効のときは新債務は成立しないのを原則とし(五一六條は債権者保護のため例外規定)、新債務が成立しないときは舊債務は消滅しないで存續する(五一七條)。

更改には債権者の交替による更改、債務者の交替による更改、目的の變更による更改の三種がある。第一は、甲の乙に對する債権を丙の乙に對する債権に切り換えるもので、甲乙丙三人の契約でされるが、第三者に對抗するためには確定日附ある證書を必要とする(五一一條)。第二は、甲の乙に對する債権を甲の丙に對する債権に切り替えるもので、舊債務者たる乙の意思に反しなければ、甲丙間の契約でできる(五一四條)。第三は、金銭支拂債務を物品引渡債務にするとか、條件つき債務を無條件の債務にするとかいうふうには、債務の内容たる給付の重要な點を變更して從來の債務を消滅させるものである。ちなみに更改による新舊債務は同一性がなく、舊債務に伴つた抗辯權、保證、擔保などはすべて消滅するのが原則であるが、質權と抵當權とは更改當事者の特約によつて、舊債務の目的の限度においてこれをそのまま新債務に移すことができることになつている(五一八條)。

F 免除

債権者が債務者に對し債務を免除する意思を何等かの方法で表示すれば債権は消滅する(五一九條)。

G 混同

債権と債務とが同一人に歸すると債権は原則として消滅する(五二〇條本文)。混同がこれである。もつともその債権が第三者の權利(たとえば質權)の目的になつているときはもちろん消滅しない(五二〇條但書)。



### 第三編 身分法

#### 第一部 親族法

#### 第一章 親族

##### 第一 親族の範圍

親族とは夫婦、親子の關係を基本として展開する人のつながりであり、これを自然的に考えれば親族關係の範圍は無限にひろがつてゆくわけであるが、法律で親族として一定の法律効果を認めるためには、それに一定の制限を加える必要がある。

民法の認める親族の範圍は六親等内の血族、配偶者、三親等内の姻族である(七二)。(五條)

1 六親等内の血族 血族に自然血族と法定血族(準血族)とがある。前者は出生によりつながる關係で、親子、孫、兄弟姉妹などであり、後者は養親族すなわち養子と養親、養子と養親の血族との間がこれにあたる。舊民法では繼親子及び嫡母庶子も血族一親等としたが、改正法ではこれらの者は姻族一親等にとどまる。

親等とは親族關係の親疎遠近を計る尺度である。自己から直上直下する關係の者——父母、祖父母、曾祖父母とか子、孫、曾孫など——すなわち直系血族の間では、親等是一世すなわち一代ずつ勘定して定められるのであつて、親子は一親等、祖父母は二親等である。自己と共同の始祖によつて連絡する關係の者、すなわち傍系血族

——兄弟姉妹、伯叔父母、甥姪、從兄弟などの間では、一方から共同の始祖に遡り、その始祖から他の一人に下るまでの世代の數を合計して計算するのであつて、兄弟は二親等、從兄弟は四親等である(七二)。(六條)

2 配偶者 夫婦は血族でも姻族でもなく、また親等もない。いわゆる異身同體の者である。もつとも、法律上は、婚姻の届出をしてある夫婦のみを配偶者ということに注意すべきである。

3 三親等内の姻族 夫婦の一方とその他方の血族との間の關係が姻族關係で、かかる關係にある者が姻族である。たとえば妻の親や兄弟は夫の姻族であり、夫の親や兄弟は妻の姻族である。しかし夫婦雙方の血族、たとえば夫の親と妻の親相互の間は姻族でないし、夫婦の一方とその他方の姻族、たとえば夫と妻の姉の夫相互も姻族ではない。姻族間の親等は夫婦を一體と見て計算すればよい。夫からみて妻の父母、妻の兄弟、妻の伯叔父母はそれぞれ姻族一親等、二親等、三親等となる(七二)。(六條)

##### 第二 親族關係の發生と消滅

1 親族關係發生の第一原因は出生である。第一に、婚姻により出生した子、すなわち夫婦關係にある父母から生れた子(嫡出子)は、その父母及び父母それぞれの親族との間に親族關係を生ずる。嫡出でない子はその父から認知されないと父とその親族との間に親族關係は生じない。

出生により生じた親族關係は死亡により消滅する。

2 親族關係發生の第二の原因は婚姻である。婚姻により配偶者關係と姻族關係が生ずる。これらの親族關係は離婚によつて終了する(七二八)。(條一項)。ところで婚姻解消というときは離婚の外に婚姻の取消と夫婦の一方が死亡した場合とが含まれるのであるが、このうち婚姻の取消はその効力が及しないから(七四)。(八條)、親族關係の消滅として



は離婚と同視してよい。しかし夫婦の一方が死亡したときは、死亡した者との間の配偶者関係が終了するのみで、生存配偶者の姻族関係は當然には消滅しない。もつともこの生存配偶者が姻族関係を終了させる意思表示をしたときは終了する(七二八、七二九)。この意思表示は生存配偶者のみがなし得るのであつて、死亡した配偶者の血族の側からはできない。なおこの意思表示は戸籍届出を要する要式行為である(戸籍法九六條)。

3 親族関係發生の第三の原因は養子縁組である。養子縁組により生ずる親族関係は、養子と養親との間の法定嫡出親子関係(八〇、九〇)、養子と養親の血族との間の法定血族関係(七二、七三)、及びこれに伴う姻族関係である。すなわち養子は養親の嫡出子として取り扱われ、縁組後に生れた養子の子は養親の孫である。また養子と養親の親族との関係も實子の場合と異ならない。従つて他に實子があるとその者とは兄弟姉妹となり、養親の兩親とは祖父母と孫、養親の兄弟姉妹とは伯叔父母と甥姪の關係を生ずる。但し養親と養子の實父母その他の血族との間には親族關係を生じない。

縁組により生じた養親族關係は當事者の死亡、離縁(七二、九條)、縁組の取消(八〇三、八〇四條以下)で消滅する。

### 第三 親族關係の效果

一般的に親族關係相互の間に認められる民法上の效果としてはつぎの諸點に注意すべきである。

- 1 親族は相互に扶養義務を負う。もつともその義務を負う者は一定範圍の親族に限られる(八七七、八七八條)。
- 2 直系血族及び同居の親族は互に助け合ふなければならない(七三三)。本條は單なる道德的訓示規定に過ぎず、法律的意义は全くない。むしろ無用の規定である。けだし、本條は同居の義務を命じたものでもなければ、扶養の義務を定めたものでもないからである。

3 特殊の利害關係ある者として民法上の種々の權利——たとえば親族のため禁治産宣告を請求する權利——を與えられ(七條、一三條、七四、八〇五條など)、また特殊の場合の除外例——たとえば一定範圍の親族關係にある者は婚姻できない——とされることがある(七三四條、七三六條、八五〇條、九七四條等)。

## 第二章 婚姻

### 第一 婚姻の成立

婚姻が成立して法律上夫婦の關係が發生するためには、實質的要件と形式的要件とを充足させねばならぬ。實質的要件とは、男女が婚姻しようとする意思を有してはならないことであるが、なおつぎのような一定の要件を充足させねばならぬことをさすのである。すなわち、(1)男は滿十八歳、女は滿十六歳以上であること(七三)、(2)重婚でないこと(七三)、(3)女は原則として前婚の解消(夫の死亡又は離婚)又は取消の日から六ヶ月を経過していること(七三、七四)、(4)法定の範圍内の近親結婚でないこと、すなわち直系血族又は三親等内の傍系血族であつてはならぬ。もつとも養子と養方の傍系血族との間は差しかえない(七三、七四)。また直系姻族間では姻族關係終了後でも婚姻できない(七三、七四)。更に養子、その配偶者、直系卑屬又はその配偶者と養親又はその直系尊屬との間では、縁組による親族關係が終了した後でも婚姻できない(七三、七四)。 (5)未成年者が婚姻するには少なくとも父母の一方の同意があること(七三、七四)。 (6)當事者が事實上の意思能力を有すること——従つて禁治産者でも婚姻をするにつき後見人の同意をうる必要はない(七三、七四)——である。

つぎに形式的要件としては戸籍法の定めるところに従つて届出をすることが必要である(七三、七四)。この届出は、



夫婦となる者雙方と成年の證人二人以上から、口頭又は署名した書面で、夫又は妻の本籍地又は居住地で夫婦が稱する氏その他必要事項を届け出るのである（戸籍法二五條、七四條、戸施則五六條）。

第二 婚姻の無効と取消

婚姻は前述の諸要件を具備してなされなければならぬのだから、もしかかる要件のうちいずれかが缺けていたならば、婚姻は無効——不成立——であるか、又は取り消されうる。

民法は二つの場合にのみ婚姻を無効とする。一は人違その他の理由で當事者間に婚姻する意思がないときであり、二は當事者が婚姻届出をしないときである（七四條）。そして婚姻年齢に達していないとか、近親婚であるとか、再婚禁止期間内の婚姻であるというような、上述の實質的要件の一を缺くときは、法律に定める一定の者から裁判所に婚姻の取消を訴求することができる（七四三條一）。また詐欺又は強迫をうけて婚姻した者も婚姻の取消を裁判所に請求しうる（七四條）。婚姻取消の判決はそ及効を有しないから（七四條）、婚姻關係は取消判決のあつたときからなくなるのである。そこで、婚姻が取り消されたときは、婚姻によつて氏を改めた夫又は妻は婚姻前の氏に復歸し（七四九條）、姻族關係は終了する等（七二八條一項参照）の結果を生じ、もし取消前に夫婦間に財産の變動があつたときには不當利得の原則により、相手方が善意であるか悪意であるかによつて、それぞれ現存利益か利益全部かのいずれかの返還を請求できる（七四八條二項、三項）。また當事者の一方は相手方に對して財産分與の請求もできる（七四九條一項、附則一〇條二項）。

第三 婚姻の效果

婚姻によつて夫婦は互に配偶者たる親族上の身分關係を取得し、これに伴い種々の法律上の効果を生ずる。

先ず夫婦は同一の氏を稱する。夫の氏を稱するか妻の氏を稱するかは、婚姻の際に二人が協議して定める（七五條）。そして夫婦關係が繼續する間は同一の氏を稱しつづけるのである。なお、夫婦の一方が死亡したときは、生存配偶者は婚姻前の氏に復歸しうるのであるが（七五一條一項）、もし生存配偶者が死亡配偶者からその生前に系譜・祭具・墳墓の所有權を譲り受けていたならば、その者が婚姻前の氏に復歸するときは當事者その他の利害關係人の協議で、右の系譜等の所有權を承繼すべき者を定めなくてはならぬ（七五一條二項、七六九條）。生存配偶者が姻族關係終了の意思表示をした場合（七二八條二項、七六九條）も同様である。

つぎに夫婦は同居し、互に協力し扶助しなければならない（七五條）。従つて夫婦の一方が正當の理由なくして同居義務を果さないときは、他方は家庭裁判所に訴えてこれを請求しうる。もつとも、同居すべしとの趣旨の家庭裁判所の審判は、強制執行に適しないから、かかる審判を正當の理由なく履行しないときは、悪意の遺棄として離婚原因となり（七七〇條一項二號）、また損害賠償請求權を發生させる。協力扶助はいうまでもなく經濟的なそればかりでなく、精神的なそれを含む。もし正當の理由なしに協力扶助義務を履行しないときは、それは婚姻を繼續し難い重大な事由（七七〇條一項五號）として離婚原因となる。

また未成年者も婚姻したときはこれによつて成年に達したものとみなされる（七五條）。だから親權に服していた未成年の子は親權を脱し、財産取引も單獨で有効になし得る。但し民法以外の法律たとえば選舉法、未成年者喫煙禁止法等においては、未成年者が婚姻したからといつて成年者として取り扱われることはない。

なお、夫婦間の契約は、婚姻中、何時でも夫婦の一方から取り消すことができる（七五條）と定められているが、それは夫婦間の契約は愛情と道義の力によつて履行せしむべきもので、法律の力により強制執行をしてまで履行



せしむべきものでない、という趣旨である。この取消は不要式の行爲であつて、相手方に對する意思表示によつてなされ、取消の表示により契約を初めから成立しなかつたものとさせるのだが、しかしこのそ及効は第三者（善意を問わ）の權利を害しない範圍で生ずる（七五四）（條但書）。

更に夫婦間の財産關係については、民法は夫婦が婚姻の届出前にその財産關係につき何らの特約もしなかつた場合と、民法の規定するところと異なつた特約をする場合とをわけて規定している。前者を法定財産制（七六〇條）、後者を夫婦財産契約（契約財産制）（七五九條）という。しかしわが國では夫婦財産契約を締結することなどは實際上絶無といつてよい程であり、従つてほとんどすべての場合に法定財産制が適用される。それによると、夫婦は、婚姻生活に必要な一切の費用を、その資産、収入その他一切の事情を考慮して、分擔しなければならぬ（七六〇條）。また夫婦の一方が日常の家事に關し第三者と法律行爲をしたとき、たとえば妻が日常生活の必要な品を購入したときは、その債務は夫婦が連帶して辨濟責任を負わなければならない（七六一條）。但し第三者に對し責任に任じない旨を豫告したときは、この限りでない（七六一條但書）。連帶責任は婚姻の繼續中になされた行爲に限り、また夫婦の共同世帯が存在しなくてはならぬ。もつとも夫婦は必ずしも一緒に生活していなくともよい。たとえば夫が研究、療養等のため旅行していても、妻が共同世帯を守り、それを切り盛りしている限り、夫の連帶責任を生ずる。更にこの連帶責任は日常の家事に關する法律行爲をした場合に限られる。日常の家事とは、一般の家庭において起りうることのみでなく、特にその家庭において起りうることをも含むから、夫婦の生活状態によつて異なつて来るが、普通、食料、衣服、教育、醫療などに關する事項はこの中に含まれる。取引の相手方に對しては夫婦が連帶責任を負うのだが、夫婦のどちらがこれを負擔するのかがという點、すなわち内部關係は、婚姻費用

分擔の割合に従つて定める（七六〇條）。なお内縁の夫婦の生活が客觀的に共同世帯と認められるときは、この規定が準用されて右の連帶責任を生ずる。また伯父と姪とが世帯を営む場合などもこの規定が準用されてしかるべき場合もあるが、少なくとも姪は伯父から日常生活に關する法律行爲には代理權を與えられている場合が多いであろうし、しからずとしても外部からは代理權があると認められるのが當然だから、第一〇九條以下の表見代理の規定により伯父が責任を負わねばならない。最後に、夫婦の一方が婚姻前から有する財産と婚姻中に自己の名で得た財産とは特有財産とされ、夫婦のいずれのものか明らかでない財産は夫婦の共有に屬するものと推定される（七六二條）。なお、これらの婚姻費用の分擔その他法定財産制に關する諸規定は、婚姻が本質的に平等な男女の協力扶助によつて維持されるべきものだとする新憲法の理想を具現したものである。

第四 離婚

婚姻は夫婦の一方の死亡——又は失踪宣告——によつて解消するが、しかし婚姻から生じている親族關係は死亡によつて當然には消滅しないのが原則である。

婚姻によつて生じている一切の法律上の關係は離婚によつて消滅する。離婚はもちろん望ましいことではないが、さりとてこれを絶対に禁止するときは事實上の離婚が多くなる結果を生じ、その弊害は離婚を許す場合に比し決して小さくない。そこで民法は、當事者の協議による協議離婚とともに法定原因に基き訴をもつてする裁判上の離婚をも規定し、相當廣汎に離婚の自由を認めている。ただ改正民法は、家庭に關する事件についての家庭裁判所の介入を定め、制度の運用に重大な改正を加えている。

家庭裁判所は、昭和二十三年一月一日改正民法の實施と同時に、個人の尊嚴と兩性の本質的平等を基本として



家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を圖るため、家庭に關する事件につき審判又は調停を行うため(家審法一、二條)新設された特別の裁判所であつて、當初は家事審判所と呼ばれていたが、昭和二十四年一月一日からは少年審判所と合體して家庭裁判所と呼ばれることとなつた。そしてそれまでは家事審判所は地方裁判所の一支部だつたが、家庭裁判所は高等裁判所、簡易裁判所などともに地方裁判所と同列の二下級裁判所となつた。家庭裁判所は家事審判部と少年審判部とにわかれ、前者は家事審判と家事調停をなし、後者は少年審判と少年の福祉を害する成人裁判とをする。

家庭裁判所の手續は非公開を特質とする。家事審判でも家事調停でもまた少年審判でもすべて公開しない。手續においても形式的な嚴格さを棄て、一の卓を圍んで懇談するというふうにし、特に家事審判には參與員、家事調停には調停員を素人から選んで、裁判官である家事審判官とともに審判又は調停を行わせ、もつて家庭生活の實情に即した妥當な解決をうることに努力されている。従来しばしば協議離婚の名の下に行われた追出し離婚は、この裁判所の介入によつて、實効的に防止しうることとなるであらう。

I 協議 離婚

協議離婚が成立するためには夫婦間に離婚についての合意がなくてはならぬ。民法が「協議で」というのはこれである。離婚するに至る理由は性格の不調和、愛情の缺乏その他どのようなものであつてもよいが、離婚の意思のない離婚は無効である。つぎに離婚は届出を必要とする(七六四條)のであるが、夫婦間の離婚についての合意はこの届出の際に存在していなくてはならぬ。また離婚をするには事實上の意思能力あるをもつて足る。従つて禁治産者でも離婚をするにつき後見人の同意はこれをする必要がない(七六四條、七三八條)。更に未成年者でも、婚姻に

よつて成年に達したものとみなされるから離婚につき父母の同意は不必要である(七五條)。なお詐欺又は強迫によつて離婚した者は、その取消を裁判所に請求しうる(七四七條)。

以上のようにして夫婦の間で離婚につき協議が成立すれば離婚届を提出するのであるが、離婚届には、離婚後の親権者を明記せねばならない(七六五條一項、戸籍法七六條一號)。離婚する夫婦のいずれが離婚後の親権者となるかは、夫婦の協議で定むべく(八一九條一項)、協議がととのわなるとき又は協議し得ないときは、家庭裁判所が審判によつて定める(八一九條五項)。

II 調停による離婚

夫婦の協議のみでは離婚が成立しないときには、家庭裁判所に調停を申し立てる。この場合の要件は協議離婚のそれと全然同様である。もし調停申立をせずに直ちに普通裁判所に對し訴を提起しても、その裁判所から家庭裁判所へ事件が回されることになつている(家審法一八條)。これを調停前置主義という。

調停は原則として家事審判官一名と調停委員二名以上より成る調停委員會がこれを行う(家審法三條、二二條)。そして調停により協議がととのえば調停は成立し、離婚となるのだからそれは廣い意味で一種の協議離婚といひ得る。

この調停による離婚が離婚の届出によつて始めて有効に成立する夫婦間のみ協議離婚と異なるところは、調停が成立しそのことが調停調書に記載されるとそれは確定判決と同一の効力を有し、それによつて直ちに離婚の効力が生ずる點である。もちろん調停を申し立てた者は、調停が成立したら十日以内に調停調書の謄本を添附して戸籍吏に届け出なければならぬけれども、この届出は單に報告的な意味を有するに過ぎない。もつともこの場合の届出にも離婚後の親権者の記載を必要とすることは、一般の協議離婚の届出の場合と異ならない(家審法二一條、戸籍法



七七條、六三條、戶籍法施行規則五七條二項。

なお、調停が成立しない場合に、相當と認めるときは、家庭裁判所は、調停委員の意見を聞き、當事者雙方のため衡平に考慮し、一切の事情をみて、職權で、當事者雙方の申立の趣旨に反しない限度で離婚の審判をすることもできることになつてゐる(家審法二四條一、二六條)。

III 裁判上の離婚

夫婦の協議によつても、家庭裁判所の調停によつても離婚の同意が得られないときは、普通裁判所に訴えて離婚の判決を得るより外に方法がない(家審法二六條二項)。これが裁判上の離婚である。もつともこの場合には民法所定の一定の原因が存在しなくてはならぬ。その原因とは、(イ)配偶者に不貞の行爲のあつたとき、(ロ)配偶者から惡意で遺棄されたとき、(ハ)配偶者の生死が三年以上明らかでないとき、(ニ)配偶者が強度の精神病にかかり回復の見込がないとき、(ホ)その他婚姻を繼續しがたい重大な事由があるとき、である(七七〇條一、二項)。これらの事由のうち最後の事由には性格の不一致というような場合も含まれるが、その程度などはそれぞれの場合につき裁判所が慎重に判断せねばならない。なお裁判所は右の(イ)ないし(ニ)の事由がある場合でも、一切の事情を考慮して婚姻の繼續を相當と認めるときは、離婚の請求を棄却しうることになつてゐる(七七〇條二項)。

裁判上の離婚は離婚判決の確定した日から効力を生ずる。離婚の請求をした者は裁判が確定した日から十日以内に裁判の謄本を添附して離婚の届出をしなければならぬが(戸七七條、六三條、戸施規五六條二號)、この届出は離婚の効力発生要件ではない。

IV 離婚の効果

イ 先ず、婚姻によつて氏を改めた者は、離婚によつて婚姻前の氏に復歸する(七六七條)。戸籍も婚姻前の戸籍に入るのが原則であるが、その戸籍が既に除かれてゐるとき又はその者が新戸籍編成の申出をしたときは、新戸籍が作られる(戸法一九條一、二項)。

ロ 婚姻によつて氏を改めた者が配偶者なり配偶者の父なりから系譜や祭具や墳墓の所有權を承繼してしまつていたならば、當事者その他の關係人が協議して、その新承繼者を定めなければならぬ(七六九條)。

ハ 姻族關係すなわち夫婦の一方と他方の血族との間の親族關係は、離婚によつてももちろん消滅する(七二八條一、二項)。

ニ 離婚する者達の間未成年の子があれば、離婚後その子の親權者になるのは父又は母のどちらであるかを、必ず離婚の際に定め、これを離婚届に記載せねばならない(七六五條)。この點については既述したが、なおこの

外に父母が離婚するときは子の監護者、監護の方法など、監護について必要な事項を父母が協議して定めなければならぬ。もし協議がととのわないうとき又は協議ができないときは、家庭裁判所がこれを定める(七六六條一、二項、七七二條)。

もつともこれを定めるのは、親權者のように離婚届の要件ではないから、届を提出して後に定めてよい。そして家庭裁判所は、子の利益のために必要と認めるときは、一たん定められた監護者でもこれを變更し、その他監護について必要な處分を命じうる(七六六條二項、七七二條)。ちなみに、これらの監護に關して定めた事項は、監護に關してのみ効力があるのだから、それ以外の親權の内容である權利義務たとえば親權者が法定代理人として法律行爲をし

たり、子が法律行爲をするのに同意を與えたりすることには何等の影響もないし、父母が子の婚姻に同意を與える權利などにも全然關係がない(七六六條三項、七七二條)。なお、子は婚姻中の父母の氏を稱するのであり(七九〇條)、父母の離婚によつても何の影響も与えないが、しかし離婚によつて元の氏に復歸した父又は母と同じ氏を稱したいときは、



家庭裁判所の許可を得てこれを稱することもできる(七九一條一項)。

ホ 離婚した夫婦の一方は、相手方に對し財産の分與を請求することができる(七六八條一項、七七一條)。財産分與は當事者間に協議がととのわないか又は協議ができないときは、當事者は家庭裁判所に對し、協議にかわる處分を請求しうる。但しこの請求は離婚の時から二年以内に行なうべきことを注意すべきである(七六八條二項、七七一條)。

そして家庭裁判所は、右の請求があつたときは、當事者雙方がその協力によつて得た財産の額その他一切の事情を考慮して、財産分與をさせるべきか否か、分與額並びに方法を定める(七六八條三項、七七一條)。

なお、配偶者の一方の不貞の行爲、悪意の遺棄、暴行傷害などの違法な行爲により離婚したときは、他方は、右の財産分與の請求の外に、不法行爲による損害賠償(慰藉料)の請求をすることもできる(七〇九條、七一一條)。

## 第五 婚約と内縁

### I 婚 約

婚約については民法は全然規定していないが、それが法律上保護されるべきものであることはいうまでもない。わが國では大審院の判決(大正四年一月二十六日)が内縁の不當破棄に損害賠償を認めるに際し内縁を婚約といつて以來、その後の判例(昭和六年二月二十日)は婚約をも内縁と同視し、その不履行に損害賠償責任を認めている。

婚約が内縁と異なるところは、前者が將來婚姻すべきことを約するのみの豫約關係であるに對し、後者が既に事實上の婚姻關係を生じている本契約的な準婚關係であることに存する。

婚約は將來婚姻すべきことを約する當事者間の合意である。従つて親同志がした婚約は本人が關與したものでない限り、有効な婚約とならない。また婚約を締結するためには當事者が意思能力を有するをもつて足り、行爲

能力はもちろぬ。婚姻適齡に達していることも必要でない。また婚約をするときに相手方に配偶者があつても、それを知らずに婚約した者、又は甲が乙と婚約し、更に善意の丙と婚約した場合の乙や丙は、皆法律的に保護されるから、いずれも甲に對し損害賠償を請求しうる。

婚約の締結には方式は必要でない。書面の存在、擧式、結納の取りかわしなどは婚約の成立要件でない。しかし婚約は、それが確實に確定的に成立したものでなければ法律の保護はうけ得ない。

婚約によつて婚姻の締結を強制することはできないけれど、當事者の一方が正當の事由なくして婚約に違反して婚姻しなかつた場合には、判例は、相手方は婚約を信じたためにうけた有形無形の損害の賠償を請求しうる。し、且つ正當の事由ありや否やは「信義の觀念と婚姻の本質とに鑑みて」これを決すべきであるとしている。

賠償さるべき損害の範圍は、婚約破棄により被つた財産的損害、たとえば婚約披露宴の費用、媒酌人への謝禮金、婚姻を豫期して従來の職業を退いたことにより生ずる損害などの外に、一般に名譽の侵害とみなされるもの、傷つけられた愛情その他の精神的損害にも及ぶ。

結納は婚姻の成立を豫定してなされた贈與で婚約が成立しないならば與えなかつたであらうと考えられる贈與であるから、婚姻の不成立が確定したときは、當事者は相互に交付した贈與を返還せねばならぬ。しかし一たん婚姻が成立した以上は、その後婚姻が解消しても返還請求はできない。この場合の婚姻は内縁でもよい。ただ婚姻成立後極めて短時間で離婚したときは、信義の原則上、婚姻不成立の場合に準じ返還請求を許すべきである。

### II 内 縁

内縁とは届出をしないために實質的には婚姻でありながら、法律上婚姻と認められない夫婦である。内縁の妻



は法律上妻と同視すべき関係にある者であり、内縁は婚姻に準ずる関係であるから、内縁には事実上の婚姻の外形があるとともに、實質的には當事者間に夫婦として生活する意思の存在することが必要である。單なる私通関係は内縁ではない。慣習上の儀式をあげたことや證書や證人のあることや相當期間繼續して同せいたことなどは、内縁意志のあることを確實に立證する事實にはなるが、内縁成立の要件ではない。

内縁は婚姻に準ずる関係として法律上若干の保護は與えられているが、その程度は到底婚姻には及ばない。すなわち、大審院が、大正四年一月二十六日の有名な判決で、内縁関係を不當に破棄した夫は内縁の妻に對して損害賠償義務を負わねばならぬと判決して以來、同趣旨の判決が無數に繰り返されているし、また大正十五年の工場法施行令の改正によつて内縁の妻に對しても遺族扶助料が與えられることになつて以來特別法の規定で内縁の妻の地位が次第に高く認められるようになった。そして終戦後の社會保障諸立法においては「配偶者」の中には「婚姻の届出をしなくとも事實上婚姻と同様の関係にある者を含む」として内縁の妻を法律上の妻と同視し、これを保護する場合が多くなつた。しかしそれでもなお内縁の妻は内縁の夫の遺産を相続する権利はない。また内縁の夫婦の間の子は夫に認知されていなければ相續權もなければ、扶養を請求する權利もない。なお氏の變動もなければ、姻族關係も發生しない。

### 第三章 親子

親子には、實親子と養親子があり、實親子關係には嫡出子と嫡出でない子との區別がある。

#### 第一 實親子關係

##### I 嫡出子

嫡出子とは婚姻によつて生れた子である。すなわちそれは、(イ)その父母が婚姻しているか婚姻していたこと、(ロ)妻の生んだ子であること、(ハ)夫の子であること、(ニ)婚姻中(法律上の婚姻成立の日(七三)からその法律上の解消(七六)又は取消(七四)の日までをさす)に懐胎したものであること、という四要件をそなえた子でなければならぬ。ところで右の四要件中イ、ロの判定は容易だが、ハ、ニは正確な判定が困難である。そこで民法は、妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子(嫡出子)と推定し(七二)また人間の懐胎期間は通常二百日ないし三百日であるから、婚姻成立の日から二百日後又は婚姻解消もしくは取消の日から三百日以内に生んだ子は、婚姻中に懐胎したものと推定している(七七二)。

つぎに、婚姻していない男女の間に生れた子でも、父母が後に婚姻すれば嫡出子たる身分を取得するが、この場合には父母が婚姻する前か後に父がその子を認知しなければならぬ(七八)(準正と呼ばれるものである)。なおわが國では擧式して同せいた夫婦が懐胎した後に婚姻の届出をする事例が非常に多いが、かかる場合は、婚姻届出の日から子の出生のときまでに二百日を経過しないものが少なくない。これらの子は婚姻中に懐胎されたものでないから、前述の嫡出子の推定をうけないばかりでなく、嫡出子でもないわけであるが、これらを嫡出子としないことはわが國の實情と合致しないので、判例も學説もこれらを嫡出子とみなしている。

つぎに、女が再婚するには第七三三條第一項の規定により前婚の解消又は取消の日から六ヶ月経過後でないといけなものであるが、この規定に違反する婚姻も届出が受理されれば成立するし、取消されなければそのまま効力を持續するから、生れた子が前婚の子か後婚の子か不明なことがありうる。たとえば前婚解消後六十日で再婚



し、その後二百二十日目に出産したると、前婚解消後二百八十日であり、後婚成立後二百二十日であるから、その子は前夫の子と推定されると同時に後夫の子とも推定される。この場合その子が前夫、後夫いずれの子であるかは、裁判所が定める（父を定むることを目的とする訴）（七七三條、人訴）（二七條、三〇條）。

最後に、婚姻中の妻が夫以外の男の子を懐胎したときは、その子は嫡出子ではないわけだが、前述の推定規定によると、一應嫡出子と推定されるから、その子の嫡出子たることを否定するためには、夫の方からその子（子が幼少のときはその法定代理人すなわち多くの場合その母）を相手どつて嫡出子否認の訴を提起しなければならぬ（七七四條一）（七七八條）。

Ⅱ 嫡出でない子

嫡出でない子と父母との間に法律上親子関係が生ずるには父又は母がその子を認知しなければならない。もつとも母の場合には、棄子のような特殊の場合に認知が問題になるに過ぎない。

認知は父又は母が自發的に戸籍の届出又は遺言によつてこれを行うこともできるが（任意認知）（七八一條一七〇條）、子の側から訴によつて認知を求めることもできる（強制認知）（七八七條、人訴二七條、二）（八三條、戸六以下）（九條ノ二、三一條、三二條）。

Ⅲ 認知の効果

認知によつて認知した父又は母と認知された子との間に法律上親子関係が生ずる。しかもそれは子の出生の時に遡つて効力を生ずるのである（七八四條）。従つてたとえば生れて三年間母が獨力で扶養して來た子が父に認知されたときは、父はその子の生れた時から母と共同して扶養すべきはずだつたことになるのだから、父は母に對し相當の補償を與えなければならぬのである。また認知された子の認知後の監護、教育などに関しては、父母の

協議で定むべく、もし協議がととのわぬか協議ができなければ、家庭裁判所で定める（七八八條）。但し子の氏は依然として母の氏であり、親權者も、父母の協議によつて父を親權者としないう限り、依然として母である（七九〇條二項）（八一九條四項）。

なお認知は前述の通りそ及効を有するけれども第三者が既に取得した權利を侵害することはできない（七八四條）。もつとも相続に關しては第九一〇條に特則があつて、この制限規定の適用は排除されるから、第七八四條但書は實際にはほとんど適用をみることはないであろう。すなわちたとえば父又は母の死後に認知されたその子は死亡した父又は母の相続人になるが、他の共同相続人が既に遺産の分割その他の處分を結了してしまつてゐるならば、その遺産の再分割は請求し得ないが、相続分だけは金銭に換算して支拂請求をなしうるのである（九一〇條）。

Ⅳ 子の氏

嫡出子は父母の氏を稱する（七九〇條）。しかし、子が生れる以前に父母が離婚したときは、その子が生れた時には父母が氏を異にするのが普通である（七七七條）から、この場合には、子は父母が離婚の當時に稱していた氏を稱する（七九〇條）。従つて多くの場合子は離婚後の父の氏を稱し、父の戸籍に記載されるであろうが、婚姻の際に父が母の氏を稱した場合には、子は離婚後の母の氏を稱し、母の戸籍に記載されることになる。

嫡出でない子は常に母の氏を稱し、母の戸籍に入る（七九〇條）。舊法では父が認知した子を特に庶子と名づけ、庶子は父の家に入り、父の氏を稱し、父の知らない嫡出でない子のみが母の家に入り母の氏を稱したけれど、新法では、父が認知しても嫡出でない子は母の氏を稱し母の戸籍に入り、當然には父の氏を稱するのではない。右のごとく子が出生によつて得た氏は、養子となつた場合に養親の氏に變る以外には、親族關係の變動によつ



ても改められることはない。従つて子が父又は母と氏を異にする場合は非常に多い。たとえば、一たん子の氏が決定した後に、(イ)父母が離婚して一方が婚姻前の氏に復したとき(七六七條)、(ロ)嫡出でない子の母が婚姻して氏が變つたとき(七五條)、(ハ)父母が養子になつて氏を變えたとき(八一條)、その他種々の場合がある。かかる場合に、子は家庭裁判所の許可を得て、その父又は母の氏に變ることが出来る。もし子が十五歳未満のときは、子自身ではこの手續をとり得ないけれど、その法定代理人がこれにかわつて子の氏を變えることができる。そして子が未成年時代に、自ら又は法定代理人によつて、氏を改めたときは、成年に達した時から一年以内に従前の氏に復することが出来る(七九條)。

### 第二 養親子關係

#### I 養親子關係の成立

養親子關係は養子縁組によつて成立する。養子縁組が成立するには一定の實質的要件と形式的要件とを充足させなければならぬ。従つて、婚姻と似ている。

實質的要件とは、(イ)養親となる者が成年者でなくてはならぬこと(七九條)、(ロ)養子が養親よりも年上であつたり、養親の尊屬であつてはならぬこと(三九條)、(ハ)後見人が被後見人を養子とするには家庭裁判所の許可を要すること(七九條)、(ニ)養親となる者又は養子となる者が夫婦である場合には夫婦ともに養親となり、又は養子とならねばならぬこと(七九五條)、(ホ)未成年者すなわち二十歳未満のものを養子とするには家庭裁判所の許可を要することである(七九八條)、(ヘ)もつとも、もし自己又は配偶者の直系卑屬を養子とする場合ならば、家庭裁判所の許可は必要でない(七九條)。また、養子となる者が十五歳未満であるときは、その法定代理人がこれにかわつて縁組の承諾をす

ることが出来る(代諾養子)(七九條)が、この場合にはもちろん家庭裁判所の許可を要する。

形式的要件は戸籍の届出である(七九九條、七三九條、八〇二條二號)。

#### II 縁組の無効と取消

縁組の無効と取消も婚姻の無効と取消に似ている。すなわち當事者間に縁組意思がないとき(たとえば藝妓とするための養女縁組など)と、縁組の届出のないときとが無効であつて、その他の要件を缺く場合は取り消しするのである。取消の効果が及しないことなども婚姻の場合と同様である(八〇二條一)。

#### III 養親子間の權利義務

養子は縁組の日から養親の嫡出子たる身分を取得し(八〇條)、養親の氏を稱し(八一條)、養親の親權に服する(八一條二)。  
なお既述のごとく養子と養親の血族との間にも縁組の日から法定血族關係を生ずるから(七二條)、縁組後養子の生んだ子は養親の嫡孫となるが、養子が縁組前に生んだ子は、その縁組が成立しても、養親の嫡孫にはならぬし、また縁組後に養親が配偶者を迎えたときも、養子と養親の配偶者との間には養親子關係は發生せず、姻族一親等の關係に過ぎないことを注意すべきである。

なお養子と實親側との親族關係は依然として存続することももちろんである。従つて實親側とも相續し又は相續される關係に立つし扶養し又は扶養される關係に立つのである。

#### IV 離 縁

離縁は養親子關係解消の一原因である。そして離婚と同様に、離縁も當事者間の協議による協議離縁と法定原因に基き訴をもつてする裁判上の離縁とがある。また協議による離縁が戸籍の届出により効力を生ずる點も、離



婚と異ならないが、ただ離縁は、養親の死亡後にも養子が單獨でこれをなしうる點が異なるのである（八一三條）。  
 既述のように縁組によつて養子と養親との間に親子關係を生ずるのみでなく、養親の血族との間にも法定血族關係を生ずるのであるから、養親が死亡しても、養親の血族との間の法定血族關係は殘存する（七二條）。そこでこれをも消滅させるために、養親死亡後に養子が單獨に離縁しようとされているのであるが、これを行うには家庭裁判所の許可が必要である（八一三條）。

當事者の一方が離縁を望んでも相手方がこれに應じないとか、又は所在不明などのために協議離縁が不可能なときには、裁判上の離縁による。しかしこの場合には法定の離縁原因が存在してはならない。すなわちそれは、(1)他の一方から悪意で遺棄されたこと、(2)養子の生死が三年以上明らかでないこと、(3)その他縁組を繼續しがたい重大な理由あることである（八一四條一、二項）。もつとも裁判所は、右のイ、ロの理由があるときでも、一切の事情を考慮して縁組の繼續を相當と認めるときは、離縁の請求を棄却することができる（八一四條二項）。

離縁の効果は、縁組により生じた一切の親族關係を消滅させることである。すなわち養子に離縁當時配偶者や直系卑屬があれば、それらの者と養親や養親の血族との親族關係も終了してしまう（七二條）。なお養子は縁組前の氏に復する（八一六條）。またもし養子が離縁前に養親の系譜や祭具の所有權を承繼してしまつていたならば、關係當事者と協議して、これらを承繼する者を定めなければならない（八一七條）。ちなみにこれらのことは離縁の場合のみでなく、縁組取消の場合も同様である（八〇八條、七六九條）。

第四章 親 權

従前は、子は親の所有物視され、親權は親の子に對する權力であると考えられたが、個人の尊嚴、従つて子の尊重を基本的原理とする新民法の下においては、親權は親の子に對する權力でなく、子のための義務である。それ故子のために與えられたこの權利を不當に行使する親權の濫用は許されないし、また親權は子のために行使すべき親の義務であるから、親權を一般的に放棄したり辭退する契約をすることも許されない。もつとも子のために適當であれば、親權者は親權の一部たとえば子の財産管理權を辭退したり喪失させられたりすることや、監護權のみを父とか母とかが別々に行使することもできる。

第一 親權者と親權に服する子

親權者となる者は嫡出の實子については父母、養子については養父母である。いわゆる繼父母は法律上は親でないから、親權者とはならない。そしてどの場合でも、父母が婚姻中は親權は父母が對等の資格で共同して行うのである（八一八條）。もつとも父母の一方が親權を行い得ないときは他の一方が行う（八一八條三項但書）。もし父母が離婚したときは、それが協議離婚ならば、父母が協議していずれか一方を親權者と定めねばならない（八一九條一、二項）。またそれが裁判上の離婚ならば、裁判所が父母の一方を親權者と定める（八一九條二項）。子の出生前に父母が離婚した場合に、子が生れれば、親權は母が取りあえずこれを行うが、後になつて父母が協議の上父を親權者とすることもできる（八一九條三項）。

嫡出でない子の親權者は母であるが、父が認知した後は、父母の協議によつて父を親權者とすることもできる



(八一九) 條四項。

裁判所が親権者を定める裁判離婚の場合を除き、父母の協議で親権者を定める各場合にその協議がととのわな  
いとき又は協議することができないときは、父又は母の請求によつて、家庭裁判所が協議にかわる審判をして親  
権者を定めうる(八一九) 條五項。

右のごとくして親権者が一たん定まつた後でも子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は子の  
親族の請求によつて親権者を他の一方に變更することができる(八一九) 條六項。

親権に服する子は未成年の子に限る(八一八) 條一項。成年に達した子は、獨立の生計を立てない場合でも、親権には  
服さない。又未成年の子でも、婚姻をしたときは成年に達したものとみなされるから(七五) 條三項、親権には服さない。

## 第二 親権の内容(効力)

親権の内容は子の監護教育と子の財産の管理に大別される。

### I 子の監護教育

子を監護・教育することは親が社會に對して負う義務であり、ただこれを履行する場合に他人が不當な干渉を  
加えるのを排除しようという意味で權利とされるに過ぎない(八二) 條。

監護教育は第三者に託してこれを行わせることもでき、その費用については第三者は親権者に請求しうる。ま  
た離婚後の監護教育については、離婚する父母の協議で、又は家庭裁判所が、定める(七六六) 條。監護教育の費  
用については子の財産の収益(八二) 條、扶養義務(八七八) 條の規定による。

親権者が監護教育の義務を果しうるようにつきのような權利が親権者に認められている。すなわち子の居所を

指定する權利(八一) 條、子を懲戒する權利(八二) 條、子が職業を営むことを許可する權利(八二) 條がそれである。

### II 子の財産の管理

親権者は子の財産を管理し、その財産に關する法律行為について法定代理人となり(八二) 條、更に子が自ら財産  
上の取引をするときにこれに同意を與える(四) 條。これが廣義における子の財産の管理の内容である。

父母が親権を共同して行う場合には、子の財産を管理したり子にかわつて法律行為をしたり、あるいは子の法  
律行為に同意を與えたりするのは、すべて共同で行わねばならないのである(八一八) 條參照、往々にして父母の一方が  
他方の同意を得ずに、共同の名義でかかる行為をする場合があるであろう。かかる場合にその代理行為が無効で  
あつたり、また父母の同意が無効である結果これに基いてされた子の法律行為が無効であつたりすると、相手方  
に不測の損害を與える虞がある。従つてかかる事情を知らずに取引した相手方との間では、その代理行為又は同  
意を有効として、取引の安全を保護することとされている(八二) 條五項。

親権者は子のあらゆる財産につき原則として管理権を有し(八三〇) 條參照、また子の財産に關する一切の行為につき  
法定代理権を有する。然しながら子の行為を目的とする債務を生ずべき場合——たとえば雇傭契約のようにその  
ために子の身體的自由が束縛されることの場合——には、親権者は子の同意なしには法定代理人として法律行為  
はできない(八二四) 條但書。なお労働契約についての代理契約は労働基準法第五八條で禁止されている。また、親権者の利  
益と子の利益とが相反する行為——たとえば親権者が子の不動産を買い取るとか、親権者の債務を擔保するため  
に子の不動産に抵當權を設定するなど——については、親権者に代理権がない(八二六) 條一項。親権者が數人の子に對  
し親権を行つている場合に、その一人の子と他の子との利益が相反する行為——子甲の債務のために子乙を連帶



債務者とするなど——についても、親権者はその雙方の子の代理人となり得ない(八二六條二項)。これらの場合には、親権者は子のために特別代理人の選任を家庭裁判所に請求し(八二條)、これを相手として法律行為をせねばならぬ。

親権者が管理権を行使するにあつては、「自己の爲めにすると同一の注意」すなわち自己の財産を管理する場合と同程度の注意を拂うをもつて足るのであるが(八二條七條)、ただ子が成年に達したりして親権が終了したときは、親権者は遅滞なく管理の計算をしなくてはならない。しかし子の養育費と財産管理費とは、管理中に生じた子の財産の収益と相殺し、いずれが多くても、親権者はそれについて精密な計算をせずともよいとされている(八二條九條)。

### 第三 親権の喪失

親権の本質が子のための親の義務であるとする限り、親権を適當に行使しない親からこれをはく奪し又は制限することは當然である。従つて親権者が親権を濫用し又は著しく不行跡であるときは、子の親族又は檢察官の請求によつて家庭裁判所は親権の喪失を宣告することができる(八三條四條)。また親権をはく奪するまでの必要はなくとも、子の財産管理が失當だつたためその子の財産を危くしたときは、子の親族又は檢察官の請求により、家庭裁判所は親権者の財産管理権だけの喪失を宣告することもできる(八三條五條)。もつともかかる親権ないし管理権喪失の原因がやんだときは、家庭裁判所は本人又はその親族の請求によつて失権宣告を取り消すことができる(八三條六條)。親権は親の義務であるから、親権者が自己の都合でこれを辭退することは原則として許されない。しかしやむを得ない事由、たとえば未亡人が子を置いて再婚するなどの事由があるときは、親権者である父でも母でも、家

庭裁判所の許可を得て、親権又は管理権を辭退することができる。そして後に辭退の事由がやんだときは、同じく家庭裁判所の許可を得て親権又は管理権を回復することができる(八三條七條)。

## 第五章 後 見

後見は本來は幼少又は病弱な戸主のための制度であつたが、家の制度が廢止された現在では、それは、親権者のない未成年者と禁治産者とを保護するための制度として、いよいよ必要な制度となつた。

### 第一 後見の開始原因

後見はつぎの場合に開始される(八三條)。すなわち、(イ)未成年者に對して親権を行う者がいないとき、(ロ)未成年者に對し親権を行う者はいるがその者が財産管理権を有しないとき、(ハ)禁治産の宣告があつたときである。

### 第二 未成年者の後見

未成年者の後見人となる者は指定後見人と選定後見人である。指定後見人とは、未成年者に對し最後に親権を行う者が遺言で指定した者であり(八三條九條)、選定後見人とは、指定後見人のない場合に被後見人の親族その他の利害關係人の請求によつて、家庭裁判所が選任する後見人である(八四一條八四二條)。後見人は一人でなければならず(八四一條三條)、また後見人として不適格なことが客觀的に明白な者は後見人になれない(八四一條六條)。なお後見人は正當な事由があるときに限り家庭裁判所の許可を得て辭任することができる(八四一條四條)。

未成年者の後見は親権者のない未成年者を保護するための制度であり、それはいわば親権の補充ないし延長であるから、未成年者の後見人の職務権限の内容は親権者のそれと同一である(八五七條八五九條)。ただ後見人と被後見人



との關係は親權者と子とのように自然の愛情で結ばれているものでないから、民法は後見人の權限の行使に對してはいろいろな制限を加えている。特に被後見人の財産と後見人の財産とが混同しないように、種々の規定を置いている(八五三條一)。(八五六條)。(八五六條)。また後見人の任務が終了したときは、一ヶ月以内にその管理の計算をしなければならぬのであるが、その場合にも親權者の場合よりも一層嚴格な規定に従つてこれを行わねばならぬように規定している(八七〇條一)。(八七五條)。

後見人を監督するための機關としては、後見監督人があるが、それはすべての後見人について常に必ず置かねばならぬものではなく、つぎの場合にのみ置かれる。すなわち第一に後見人を指定しうる者は遺言で後見監督人を指定しうるのであり(八四條)(指定後見監督人)、つぎに指定後見監督人がない場合又は後見監督人が缺けた場合に必要があると認めるときは、家庭裁判所は被後見人の親族又は後見人の請求によつて後見監督人を選任できるのである(八四條)(選定後見監督人)。後見監督人の數は一人に限らない。

後見監督人の主たる職務は後見人を監督することであるから(八五條)、後見人たり得ない者が後見監督人たり得ないのはもちろんのこと、有名無實の監督者になる虞の多い者、すなわち後見人の配偶者、直系血族及び兄弟姉妹は、後見監督人になることができないのである(八五二條、八四條)。(六條、八五〇條)。

後見監督人は、上述のごとく必要常置の機關でなく、またそれが置かれた場合にも後見人を監督する機關として必ずしも十分なものではないから、後見人を十分に監督するために家庭裁判所に廣汎な權限が與えられている。すなわち家庭裁判所は必要に應じて後見人に對し後見事務の報告や財産目録の提出を求めたり必要な處分を命じたりしてこれを監督する(八六條)。(三條)。なお家庭裁判所は、後見人(後見監督人についても同様である。)に不正な

行為や著しい不行跡その他後見の任務に適しない事由があるときは、一定の者の請求によつて、これを解任することもできる(八四五條)。(八五二條)。

### 第三 禁治産者の後見

禁治産者の後見人は法定後見人と選定後見人とである。前者は禁治産者の配偶者であり(八四條)、後者は法定後見人なき場合に置かれるものであつて、その選定方法は未成年者の後見人と異ならない(八四條一)。

未成年者の後見人が未成年者の監護教育を行うに對し、禁治産者の後見人は禁治産者の療養看護に努めなくてはならぬとされる點で異なるけれども(八五條)、その他の點すなわち被後見人の財産を管理し、法律行為を代理する點では全く同様である。もつとも未成年者は、相當の年齢に達すると、後見人の同意を得て自ら法律行為をなすに反し、禁治産者は、後見人の同意を得ても自ら法律行為をなすに能力を有しないから、禁治産者の後見人は、禁治産者の行為に同意を與えるという權限は有しない。

最後に、準禁治産者の保護機關として保佐人の制度がある。保佐人の職務權限などは民法の總則に規定されているが(一二條)、親族編では、保佐人には何人がなるかなどということが定められている(八四七條)。(八七六條)。

## 第六章 扶 養

### 第一 扶養義務の意義

民法上の扶養義務とは、自己の財産又は勞力によつて生活し得ない者を、その者と一定の身分關係にあり且つ他を扶養しうる者がこれを引き取つて養うか又は法律によつて強制されてまでも生活費を支給する義務を指稱す



る。そして扶養をうける権利はこれを讓渡、放棄、その他の處分をすることはできず(八八)、またこれを差し押さえることもできない。

## 第二 扶養の内容

扶養義務を負う者は直系血族相互の間と兄弟姉妹相互の間である(八七七)。それ以外の親族の間では當然には扶養の義務はない。しかし特別の事情のあるときには、三親等内の親族間においても、家庭裁判所は扶養の義務を負わせることができる(八七七)。伯叔父母と甥姪の間、舅姑と嫁の間、妻の両親と夫の間、いわゆる繼父母と繼子の間などは、皆このうちに含まれる。なお、この家庭裁判所の審判により三親等内の親族が扶養義務を負つた場合に、後に事情の變更が生じたとき、たとえば今まで扶養していた方が不況のため全く扶養する餘裕がなくなつたというようなときには、家庭裁判所はその審判を取り消すことができる(八七七)。

扶養義務者が數人ある場合には何人が先ず扶養すべきかを定めなければならぬし、逆に扶養をうける権利を有する者が數人あつて扶養義務者の資力がその全部を扶養するに足りないときは、何人を先ず扶養すべきかが問題になる。これらの場合に、當事者間の協議によつて、扶養すべき者の順序又は扶養をうくべき者の順序が決定されれば最も理想的であるが、もし協議がととのわぬか又は協議し得ないときは、家庭裁判所がこれを定める(八七)。

扶養の程度、方法についても當事者の協議で定めるのが本則であるが、協議がととのわぬか又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が扶養権利者の需要、扶養義務者の資力その他一切の事情を考慮して、これを定める(八七)。

扶養義務者や扶養権利者の順序、扶養の程度、方法につき右のように協議又は審判によつて定められた後になつて、事情に變更が生じたときは、家庭裁判所は、一たん定められた協議あるいは審判を取消、變更することができる(八三)。

## 第二部 相 續 法

### 第一章 相續の意義

舊法の下においては周知のごとく、家督相續と遺産相續の二種が認められていたが、改正法は、家の制度を廢止するとともにこれに伴つて家督相續の制度をも廢止したから、現在は相續は従前の遺産相續に限られる。もつとも現在の相續は、戸主や家族の區別を認めないし、相續人になる者、相續の順位その他さまざまな點で、舊法下の遺産相續とは異なつてゐる。従つて正確に言えば現在の相續は、従前の遺産相續とも異なり、改正法による新しい相續である。

つきに改正法下における相續の特徴をあげよう。

イ 相續はある人が死亡したときに限り開始する(八八)。舊法の下においては、隠居や女戸主の入夫婚姻なども家督相續の開始原因であつたが、家督相續を廢止した改正法の下においては、相續は前述のごとく遺産の相續に限られ、従つて相續開始原因も死亡に限られる。



ロ 財産の相続に限る(八九)。六條。家督相続がなくなつたのだから、相続人が承継するのは、死者の財産のみで、死者の身分(戸主たる地位)まで承継することはない。財産は積極的財産のみならず消極的財産すなわち債務をも含む。

ハ 相続人は特定されている(八八七條、八八八條、八八九條、八九〇條)。すなわち第一順位の相続人は死者の直系卑屬と配偶者、第二順位は直系尊屬と配偶者、第三順位は兄弟姉妹(相続開始當時に死亡していたらその子)と配偶者、第四順位は死者に配偶者のみよりないときは配偶者である。これによつて現在の相続制度が、配偶者の相続権を確立、強化していること、並びに舊法下の家督相続における一人相続の主義を放棄して共同相続の原則を採用していることを知ることができよう。

## 第二章 相続人と相続分

### 第一 相続人と法定相続分

相続人となる者は被相続人の直系卑屬、配偶者、直系尊屬及び兄弟姉妹であるが、その順位と割合(相続分)については、それぞれ場合をわけて説明せねばならない。

1 第一順位の相続人は直系卑屬と配偶者、配偶者がなければ直系卑屬のみである。その割合は配偶者が三分の一、直系卑屬が三分の二である。もし直系卑屬が數人——たとえば長男、次男、長女の三人——あるときは、これらの者がその三分の二を均分する。もし配偶者がいない場合には、直系卑屬が被相続人の遺産全部を均分することはもちろんである(八八七條、八九〇條)。直系卑屬の中には實子のみならず、養子に行つた子も他に嫁いだ娘

も含まれることを注意すべきである。なお相続開始の際にまだ生れていない胎兒も、相続については既に生れたものとみなされる。もつとも死體で生れたときは相続開始の時に遡つて相続権を失うのである(八八條、六條)。

相続の開始されるよりも以前に、相続人となるべき直系卑屬が死亡し、又は相続権を失つた場合に、その者に直系卑屬があるときはその者と同順位で相続人となり、その者の相続分を均分する(八八八條一項)。これを代襲相続あるいは代位相続という。たとえば子の一人が死亡してその孫があるときは、孫がその親たる子の相続分を承継して孫の間で均分するのである。この場合にも、胎兒はやはり既に生れたものとみなされている(八八八條二項)。

なお、直系卑屬の相続分が相等しいということには例外が一つある。それは嫡出でない子の相続分であつて、それは嫡出子の相続分の二分の一となつている(九〇〇條四號)。

2 第二順位の相続人は、直系卑屬がない場合、直系尊屬と配偶者、直系尊屬があつて配偶者がなければ直系尊屬のみである。その相続分は配偶者が二分の一、直系尊屬は二分の一である。もし直系尊屬が二人いるならばその二分の一を均分する。また配偶者がなければ直系尊屬が全部の遺産を均分することになる(八八九條、八九〇條四號)。

3 第三順位の相続人は、直系卑屬も直系尊屬もない場合、兄弟姉妹と配偶者、配偶者がなければ兄弟姉妹のみである。その相続分は配偶者が三分の二、兄弟姉妹は三分の一である。もし兄弟姉妹が二人以上あれば、それらの者が三分の一を均分する。また配偶者がなければ、兄弟姉妹が遺産全部を均分することになる(八八九條、九〇〇條三號、九〇〇條四號)。

兄弟姉妹のうちで相続開始前に既に死亡し又はその相続権を失つていた者がある場合に、もしその者に直系卑



屬があるときは、その直系卑屬が、代襲相続をする。代襲相続人たるべき者が胎兒であつても變りはない(八八項二)。

なお兄弟姉妹が均分するということにも例外がある。すなわち兄弟姉妹のうちに父又は母を異にする者がある

と、その者の相続分は、父母雙方を同じうする兄弟姉妹の二分の一である(九〇〇條四號)。

最後に、もし直系卑屬も、直系尊屬も、兄弟姉妹もない場合に、配偶者があれば、配偶者が一人で遺産の全部を相続する。そして、配偶者もない場合には、相続人不在の場合として遺産の清算をし、残つた財産は國庫のものになる(九五一條以下)。

### 第二 相続分の例外

上述した法定相続分については例外が二つある。一は遺言による指定相続分であり、他は特別受益者の相続分である。

I 指定相続分 被相続人は遺言で共同相続人の相続分を定め、又はこれを定めることを第三者に委託することができ(九〇二條一項本文)。たとえば三分の一を長男に、残餘を妻と次男以下三人の子に平等に、と定めることもできれば、長男に三分の一と定めるのみで、その他については全然定めないこともできるし、また第三者——相続人以外の——に相続分の決定を委託することもできる。そして右の第二のように、被相続人が共同相続人中の一人もしくは數人の相続分のみを定めたり又は第三者にこれを定めさせたときは、他の共同相続人の相続分は、既述の法定相続分に関する規定に従つて定められるのである(九〇二條二項)。このように被相続人は遺言で共同相続人間の相続分を自由に指定し又は第三者にその指定を委託しうるけれども、しかしその共同相続人が後述する遺留

分を有する場合には、この遺留分を侵害することはできない(九〇二條一項但書)。

II 特別受益者の相続分 相続人が數人あつて、そのうち婚姻、養子縁組のため又は生計を立てるための資本として、被相続人からその生前に、又は遺贈によつて、特別に財産を分與されていた者があるときは、この特別の財産だけはその者の相続分から差し引かれる。すなわち相続開始の際に現存する遺産の價額に右の特別に贈與された價額を加算してその合計額を相続財産とみなし、これを各自の相続分にわけた上で、既に贈與を受けた者については、贈與された分を控除した殘額をばその者の相続分とするのである(九〇三條一項)。この場合に、贈與又は遺贈の價額が相続分の價額に等しいか又はこれをこえる場合には、特別受益者たる受贈者又は受遺者は相続分をうけることはできない(九〇二條二項)。もつともたとえ法定相続分を超過していてもそれによつて他の共同相続人の遺留分を侵害しない限りは、超過分を返す必要はない。

なお、被相続人がもつ以上の原則と異なる意思表示をした場合、たとえば婚姻の際娘に與えた財産は別にして改めて他の子供達と平等に相続させる旨遺言で表示した場合などは、その贈與や遺贈の價額を差し引かずに相続分を計算せねばならない(九〇三條三項)。

最後に、右にあげた種類の、被相続人から特別に分與された財産は、かりにその後、滅失したり、あるいはその價額に増減があつたりしたときでも、相続開始の當時なお原状のままであつたものとみなして、その價額を定めることになつて(九〇四條)。

### 第三 相続人の缺格と廢除

I 缺格 法律に規定する一定の事由に該當する者は、法律上當然に相続人となる資格を失う。これが相続缺



法格である。缺格事由は第八九一條に定められている。すなわちこれはつぎの通りである。

イ 被相続人又は相続について先順位もしくは同順位にある者を、故意に殺害し又は殺害しようとしたために刑に處せられた者(八九一條一號)。

ロ 是非の判断をする能力なきとき又は加害者と一定の身分關係ある場合を除き、被相続人が殺害されたことを知つてこれを告發せず、又は告訴しなかつた者(八九一條二號)。

ハ 詐欺強迫によつて被相続人の相続に關する遺言、その取消又はその變更を妨げた者(八九一條三號)。

ニ 詐欺強迫によつて被相続人に相続に關する遺言、その取消又はその變更をさせた者(八九一條四號)。

ホ 相続に關する被相続人の遺言書を偽造し、變造し、破棄し又は隱匿した者(八九一條五號)。

缺格事由に該當するため相続権を失つた者の直系卑屬は代襲相続ができる(八八條)。この點については既述した。

Ⅱ 廢除 廢除というのは、被相続人の請求によつて、一定の廢除事由に該當すると家庭裁判所が認定した場合に、推定相続人から相続権を奪う制度である。

廢除は、遺留分を有する推定相続人すなわち直系卑屬、配偶者及び直系尊屬に對してのみ行いうる(八九條)。ただし遺留分を有しない相続人たる兄弟姉妹(一〇二條)から相続権を奪おうとすれば、被相続人が遺言によつて行いべく、特に廢除の制度によるを要しないからである。

廢除を行うためには特定の理由がなければならぬ。すなわち遺留分を有する推定相続人が被相続人に對して虐待をし、もしくはこれに重大な侮辱を加えたとき、又はその他の著しい非行があつたときに限り、被相続人からその推定相続人の廢除を家庭裁判所に請求しうるのである(八九條)。

廢除は遺言によつても行いうる。そしてこのときは遺言執行者が家庭裁判所に廢除の審判を求めるとらねばならない(八九條)。このようにして推定相続人を廢除した後でも、被相続人はいつでもこの廢除を取り消しうる。もつとも廢除の取消も家庭裁判所に申し立てその審判を得なければならぬ。また廢除の取消は遺言でもこれを行いうる(八九條)。

廢除の審判の手續中に往々にして相続が開始することがあり、この場合、後に廢除が確定すると相続人たる資格を失うかも知れぬ者が一應相続することになり、種々面倒な問題を生ずることとなるので、かかる場合には、家庭裁判所は一定の者の請求により遺產管理につき必要な處分——たとえば管理人の選任——を命じうることになつてゐる(八九條)。

廢除により相続権を失つた者の直系卑屬が代襲相続しうることは、相続人缺格の場合と同じである。ちなみに、缺格、廢除により相続権を失つた者その他相続権のない者が相続財産を占有しているときは、真正の相続人は相続権を理由として返還を請求できる(八八條)。この権利が相続回復請求権とよばれるものである。相続回復の請求権は、相続人又はその法定代理人が相続権を侵害された事實を知つた時から、五年間、回復の請求をしないときは、時効にかかつて消滅する。又相続権侵害の事實を知つたと否とにかかわらず、相続開始の時から二十年経過すればこの権利は消滅する(八八條)。

### 第三章 遺産の分割

#### 第一 遺産に對する共同相続人の間の關係



一つの相続財産を数人の相続人(共同相続人)が相続したときは、これらの共同相続人は各自相続分に應じて遺産を承継し(八九條)、相続財産の共有者となるのである(八九條)。相続分は共有の割合だから各相続人は持分を有するのみで、具體的にどの財産をいくら取得するかは、まだ全然定まつていない。そこで民法は、遺産管理にさまたまの不便や紛争を生じやすい共有關係をやめて、各相続人の單獨所有關係にすることを原則としている。民法が、共同相続人は各自何時でも遺産の分割をすることを他の相続人に對し請求しうる旨を認めているのは(九〇條一項)、このためである。もつとも被相続人が、遺言で、相続開始後五ヶ年以内は分割してはならぬと定めたとき、又は共同相続人が五年以内は分割しない旨の特約をしたときは、その期間内は分割できない(九〇條一項但書)。また共同相続人は、分割前でも自己の相続分を第三者に譲渡しうるのであるが、この場合には他人が相続財産の管理、分割に参加することとなるため、さらでだに紛争を生じやすい相続財産の管理、分割を一層紛糾させるのみならず、傳來の財産が他人の手に入る結果ともなるという見地から、民法は、共同相続人の一人が分割前にその相続分を第三者に譲渡したときは、他の共同相続人は、その價額及び費用を償還して、その相続分を取り戻しうることとした(九〇條一項)。もつともこの取戻権は一ヶ月以内に行使しなければならない(九〇條二項)。

### 第二 分割の方法

被相続人は、遺言で分割の方法を定めることもできるし、これを定めることを第三者に委託することもできる(九〇條)。かような場合には、被相続人が定めたところ、又は被相続人の委託した第三者が定めるところに従わねばならない。分割方法の定め方は全く自由だから、現物分割でもよければ、換價して金銭でわけても差しつかえない。

ところで被相続人が遺言で分割方法を定めず又はこれを定めることを第三者に委託もしなかつたときは、共同相続人はその協議で遺産分割の方法を定めなければならない(九〇條一項)。そしてこの場合に、共同相続人が遺産に属する物又は権利の種類及び性質、各相続人の職業その他一切の事情を考慮して、妥當な分割方法を協議しうるならば、これにこしたことはない(九〇條)。けれども、もし共同相続人間に協議がととのわないうとき、又は協議をすることができないとき——たとえば共同相続人中に行方不明の者があるとか、共同相続人中の一人もしくは數人が遺産を占有して他の相続人の申出をうけつけないときなど——は、最後の方法として、共同相続人の一人が家庭裁判所に申し立てて、分割してもらふより外はない(九〇條二項)。その際家庭裁判所は、前述の方針に従つて分割方法を定めるのである(九〇條六項)。もし特別の事情があるときは、家庭裁判所は、期間を定めて遺産の全部又は一部につき分割を禁止することもできる(九〇條三項)。

### 第三 分割の効果

遺産が分割されると、分割によつて各相続人個人に属することとなつた權利義務は、相続開始のときからその相続人に属したものと取り扱われる(九〇條九項)。すなわち分割はそ及効を有するのである。但し分割のそ及効といへども第三者の權利を害することはできない(九〇條九項)。たとえば分割前に、共同相続人甲が相続財産に属する不動産の持分を第三者に賣却したり、その持分の上に抵當權を設定した場合に、もし分割によつてその不動産が共同相続人乙に歸屬すると、甲の賣渡行為や抵當權設定行為などは無權利者の行為となつて無効となるわけであるが、それでは第三者が迷惑するから、第三者保護のために右のごとく定められたのである。



ることがわかつたとき、たとえば、分割によつて得た財産が被相続人のものでなかつたために正當の所有者から取り戻されたとか、分割で取得した債権の債務者が支拂不能のため辨済が得られなかつたなどときには、瑕疵のない財産を取得した共同相続人は、各自の取得した割合に應じて、瑕疵のある財産を取得した者に對して補償をせねばならない(九一條—九四條—五六一條—五七〇條)。

第四 系譜、祭具等の承繼

系譜、祭具、墳墓などの祖先祭祀の用に供せられる物は相続によつて相続人に移轉される相続財産の中には入らない。従つて相続人が數人ある場合でも、これらは共有されるのでなく、分割されるでもない。これらの物を承繼する者は別に定められているのである。すなわち第一には、被相続人が祖先の祭祀を主宰すべき者として指定した者があれば、その指定された者が系譜、祭具などを承繼するのであるが、もし被相続人がこの指定をしなかつたときは、慣習に従つて祖先の祭祀を主宰すべき者が承繼する。そしてもしこの慣習が明らかでない場合には、家庭裁判所がこれを定める(八九條—七條)。

第四章 相続の承認と放棄

第一 總 說

被相続人の財産に屬した一切の權利義務は相続の開始によつて當然にその相続人に歸屬する(八九條—六條)のであるが、すべての相続にこの主義を貫こうとすれば、相続人に酷な結果を生ずることがある。たとえば被相続人に多額の債務があるときなど、これである。従つて相続人保護のため、相続を承認し、又はこれを放棄する自由が相続人に與えられている。

に與えられている。

相続の承認又は放棄をする意思を表示するまでは何人が相続するかは確定的にわからないわけであるが、前述のように相続財産は相続開始とともに法律上一應當然に相続人に歸屬するのであるから、承認又は放棄するまでは、相続財産を管理する義務を負う。但しこの場合には、相続人は自己の固有財産に對すると同一の注意を拂つて管理すれば足る(九一八條—一八條)。また家庭裁判所は、管理の失當を防ぐため、利害關係人又は檢察官の請求により、何時でも相続財産の保存に必要な處分——たとえば管理人の選任——を命じうる(九一八條—二項)。そして家庭裁判所が管理人を選任したときは、不在者の財産管理人に關する規定(二七條—二九條)が準用される。なお相続人は、承認又は放棄をする前に、承認又は放棄のいずれが有利であるかを決するため、相続財産の調査をすることはできる(九一五條—二項)。

つぎに、相続人は、自己のために相続の開始があつたことを知つた時から三ヶ月以内に、相続の承認又は放棄をしなねばならない。もつともこの期間は、利害關係人又は檢察官の請求によつて、家庭裁判所において、伸長しうる(九一五條—一項)。もし相続人が承認又は放棄をせずに死亡したら、その者の相続人が自己のために相続開始があつたことを知つた時から起算して三ヶ月以内に(九一六條—六條)、また相続人が無能力者であるときは、その法定代理人が無能力者のために相続の開始があつたことを知つた時から起算して三ヶ月以内に(九一七條—七條)、これを行わねばならぬ。

第二 相続の承認

相続の承認には、無條件にこれを承認する單純承認と、條件つきで承認する限定承認の二種がある。



I 單純承認

單純承認とは、相続人が被相続人の権利義務を無限に、すなわち無條件に、承継する相続の形態である(九二條)。従つてこの場合には、被相続人の積極財産はいうまでもなく消極財産すなわち債務もすべて相続人に歸屬するのであり、もし承継した相続債務が相続債権をこえるならば、自己の固有財産をもつてでもこれを辨済せねばならないのである。

單純承認も、前述のごとく、相続人は自己のために相続の開始があつたことを知つた時から三ヶ月以内にこれを行うことになつてゐるが(九一條)、つぎの場合には當然に相続人は單純承認をしたものとみなされるから(法定單純承認)、實際には何の手續も要しない。すなわちそれは、(イ)相続人が、相続財産保存のための處分と第六〇二條の期間内の賃貸をする場合を除き、相続財産の全部又は一部を處分したとき(九二一條)、(ロ)相続人が、自己のために相続の開始があつたことを知つた時から三ヶ月以内に限定承認も放棄もしなかつたとき(九二二條)、(ハ)相続人が限定承認又は放棄をした後でも、相続財産の全部又は一部を隠匿したり、ひそかにこれを消費し、又は悪意でこれを財産目録に記載しなかつたとき、(ニ)もつとも最初の相続人が放棄し、そのために相続人となつた者がその相続を承認した後に、最初の相続人について右の不正行爲があつても、その相続人に對しては單純承認としての効果は生じない。(九二一條三號)である。

II 限定承認

限定承認とは、相続によつて得た財産の限度においてのみ被相続人の債務及び遺贈を辨済すべきことを條件として相続を承認することである(九二條)。

限定承認をするには、相続が開始したことを知つた時から三ヶ月以内に財産目録を作製して家庭裁判所に提出して、限定承認をする旨を届け出なければならぬ(九一五條)。もつともこの期間は伸長してもらうこともできるし、また限定承認の申出をする前に遺産の内容を調査することは差しつかえないし、普通の管理行爲もできるが、遺産を處分したり、隠匿したりしてはならない。もしそのような不正行爲をすると、前述のごとく、單純承認をしたものとみなされる(九一五條)。なお相続人が數人あるときは、限定承認は、共同相続人の全員が共同してでなければ、これをなしえない(九二一條三號)。

限定承認をした場合には、相続財産の債権者及び受遺者は相続人の固有財産からは、自己の債権の辨済をうけることはできない(九二二條)から、相続財産と相続人の固有財産とを別々に置いて、相続財産のみにつき債務辨済手續(清算手續)をする。すなわち限定承認者(相続財産の管理人が選任されたときは管理人)が一切の相続債権者及び受遺者に一定期間内にその請求の申出をするように公告をし、且つ自己に知れてゐる債権者、受遺者に對しては各別にその請求の申出を催告し、所定の申出期間満了後に遺産を換價し、按分比例ですべての債権者に配當辨済するのである(九二五條一)。相続人が數人ある場合には、家庭裁判所がそのうちの一人を相続財産の管理人に選任し、これに遺産の清算を行わせるのである(九三條)。なお、共同相続人が共同して限定承認をした後に、その中の一人又は數人が遺産を處分したり、隠匿する等の不正行爲をしたときは、その者のみは單純承認をしたものとみなされ、相続債権者は、その者に對し、相続財産をもつて辨済をうけることのできなかつた債権額につき、その相続分の割合だけ辨済を請求することができる(九三條七條)。

第三 相続の放棄



相続の放棄とは相続を否認し、相続の利益も不利益も全然うけないことである。従つて數人の相続人がある場合には、放棄者は相続に加わらないということになる。

相続の放棄をするにも、限定承認と同じく、自己のために相続の開始があつたことを知つた時から三ヶ月以内に、家庭裁判所に申し出なければならぬ(九三、八三)。しかし放棄は、限定承認と異なり、共同相続の場合でも相続人のそれぞれは、各自自由に單獨で放棄をすることができる。

相続の放棄が成立すると、放棄した相続人は相続開始の時から相続人でなかつたと同様の地位に置かれる。すなわち放棄はそ及効を有するのである(九三九、條一項)。そして、もし共同相続人中の一人又は數人が放棄したときは、放棄者の相続分は、放棄者に直系卑屬があつても、これに歸屬することなく、他の相続人にそれぞれの相続分の割合で配分される(九三九、條二項)。たとえば妻と四人の子が共同相続人である場合には、妻は十二分の四、子はそれぞれ十二分の二の相続分を有しているのであるが、そのうちの一人の子が放棄すると、その子の相続分たる十二分の二を妻と他の三人の子との間に四・二・二・二の割合でわけることになるのである。

なお、放棄した者は相続財産とは何の關係もなくなるけれども、その放棄によつて相続人となつた者が相続財産の管理を始めることができるまでの間は、自己の財産における同一の注意をもつて相続財産の管理を繼續せねばならない(九四、條一)。(放棄するまでの間も管理義務あることは既に述べた通りである)(九一、條一)。これは、放棄とともに放棄者が管理をやめてしまうと、共同相続のごとく他に直ちに相続財産の管理人のある場合は別として、單獨相続のごとく他に管理人がないときは、相続財産の保全もできず、利害關係人に損失を與えるからである。

## 第五章 財産の分離

財産の分離とは、相続の開始後、相続債権者、受遺者又は相続人の債権者の請求によつて、相続財産と相続人の固有財産とを分離し、相続債権者、受遺者は相続財産から、相続人の債権者は相続人の固有財産からそれぞれ優先辨償をうけることができるように、これらの債権者を保護するために設けられた制度である。

財産分離においては、限定承認と異なり、相続財産と相続人の固有財産との絶對的分離は生じない。すなわち相続債権者、受遺者は相続財産から、相続人の債権者は相続人の固有財産から、それぞれ優先辨償をうけた後、全部の辨償をうけ得なかつたときは、前者は相続人の固有財産につき、後者は相続財産につき、その権利を行うことができるのである(九四八條、九、五〇條二項)。

## 第六章 相続人の不存在

### 第六章 相続人の不存在

相続人の不存在とは相続人のあることが明らかでない状態、すなわち被相続人に果して相続人があるのかどうかかわらないという場合をさす。このような場合に、相続財産を無管理状態に放置して置くと滅失し損し、現われるかも知れぬ相続人のためにも、結局相続人がなかつたときに相続財産が歸屬する國庫のためにも、更には相続財産から辨償をうける相続債権者や受遺者のためにも、不利であるから、相続人の不明な財産を法人とし(九五、條一)、財産管理人を選任して、財産の管理並びに清算を行わせ(九五二條一、九五七條)、公告をして相続人を搜索するが、なお一年以上相続人が現われなるときは、相続財産は國家に歸屬する(九五八條、九五九條)。相続財産の管理人の選任と相続人を



法 搜索するための公告は、家庭裁判所が行うことになつてゐる(九五二條、九五八條)。

### 第七章 遺 言

#### 第一 遺言の意義

遺言は人が最終意思として自己の死後にその實現されることを期待してする法律行為である。舊法の下においては、誰が家督相続人となるかということが大問題であつたが、家の制度の廢止された新法の下においては、遺産の分配が最も重要な問題であり、しかもすべての人は、遺言で一定の身分上の行為と自己の財産の處分となしうるのであるから、遺言は非常な重要性を有するのである。

遺言でなしうる身分上の行為は、嫡出でない子の認知(七八)、後見人又は後見監督人の指定(八三九條、八四八條)、相続人の廢除及び取消(八九三條、八九四條)、相続分の指定(九〇)、遺産分割の方法の指定(九〇)など、特に法律の認めたものに限る。遺言で財産を處分するには、遺産の三分の一、四分の一というような割合的な額を處分しても、遺産の中のある土地又は建物というような特定の財産を處分してもよい。もつとも遺留分権利者の遺留分を害し得ないことはもちろんである(九六、四條)。

#### 第二 遺言能力

満十五歳に達した者は遺言をすることができる(九六、一、一〇條)。禁治産者でも、本心に復したときならば遺言をすることができる(九七、三條)。未成年者、準禁治産者、禁治産者、すべて單獨で遺言をしうるのであつて、親権者、保佐人、後見人の同意などは不必要である(九六、九、七三條参照)。しかし遺言をする者は、遺言をする時に一應の判斷能力すなわ

ち意思能力を有していなければならない(九六、三條)。

#### 第三 遺言の方式

遺言は方式に従つたものでないと法律上遺言としての効力を有しない(九六、〇條)。民法はこの方式を普通方式と特別方式の二つに區別し、普通方式を、自筆證書遺言、公正證書遺言、祕密證書遺言の三種に區別してゐる(九六、七條)。そしていずれの場合にも、遺言は、二人以上の者が同一の證書でこれをなすを得ない(九七、五條)。また一定の者は、遺言の證人又は立會人となることができない。すなわちそれは、(イ)未成年者、(ロ)禁治産者及び準禁治産者、(ハ)推定相続人、受遺者及びその配偶者並びに直系血族、(ニ)公證人の配偶者、四親等内の親族、書記及び雇人である(九七、四條、九八、二條)。

##### I 普通方式

自筆證書で遺言をするには、遺言者がその全文、日附及び氏名を自書して、捺印せねばならぬ(九六、八、一、二條)。もし自筆證書に加筆、抹消その他の變更を加えたときは、遺言者がその場所を指示し、これを變更した旨を附記して、その後特に署名し、且つその變更の場所に捺印しなければならぬ(九六、八、二、三條)。

公正證書によつて遺言するにはつぎの方式に従わなくてはならない(九六、九、一、二條)。すなわちそれは、  
(イ)證人二人以上の立會があること。  
(ロ)遺言者が公證人に遺言の趣旨を口授すること。  
(ハ)公證人が遺言者の口述を筆記し、これを遺言者と證人とに讀み聞かせること。  
(ニ)遺言者と證人とが筆記の正確なことを承認した後、各自これに署名捺印すること。もつとも遺言者が署名し







い。但し取消の方法は、必ずしも取消の目的となつてゐる遺言と同一の方式にする必要はない。自筆證書、秘密證書、公正證書による遺言を取り消す場合に、これらの三方式中のいずれの遺言の方式によつても差しつかえないのである。

また、このように遺言の取消は遺言者の自由であるから、その自由に關するいかなる制限も認めらるべきでない。民法が、遺言者はその遺言の取消権を放棄することができない(一〇二二)としてゐるのは、この遺言取消の自由を保障したものである。従つて遺言者が、たとえば受遺者その他の者とその遺言を絶対に取り消さぬ旨の特約をして、その意思表示は全く無効であり、遺言者は、特約に拘束されることなく、何時でも遺言を取り消しうる。

遺言の明示的取消は上述のように方式に従つてせねばならぬのであるが、遺言取消の意思が明示されていなくとも、遺言が取り消されたものとみなされる場合がある。それらはずぎのような場合である。

イ 前の遺言と後の遺言とが牴觸するとき、すなわち前の遺言を取り消すのでないと後の遺言を執行し得ないときは、その牴觸する部分については、後の遺言で前の遺言を取り消したものとみなされる(一〇二三)。

ロ 遺言と遺言後の生前處分その他の法律行為とが牴觸するとき、たとえば遺贈の目的である特定物を生前に他人に賣却したときなどにはやはり、その牴觸する部分については、前の遺言を取り消したものとみなされる(一〇二三)。

ハ 遺言者が故意に遺言書を破棄したときは、その破棄した部分については、遺言を取り消したものとみなされる(一〇二四)。

ニ 遺言者が故意に遺贈の目的物を破棄したときも同様である(一〇二四)。

### 第五 遺言の執行

遺言書の保管者、又は遺言書を發見した者は、相続の開始を知つた後、遲滞なくその遺言書を家庭裁判所に提出して、その檢認をうけなければならぬ(公正證書による遺言を除く)。もし封印のある遺言書ならば、それは家庭裁判所で相続人又はその代理人立會の下でないと、開封し得ない(一〇〇〇)。遺言書の提出を怠り、その檢認を経ずに遺言を執行し、又は家庭裁判所外で遺言書の開封をしたら、過料に處せられる(一〇〇〇)。

大抵の遺言は、その執行が必要である。たとえば認知や廢除の遺言は、戸籍の届出や裁判が必要だし、遺産を處分する遺言は、財産の引渡や登記が必要である。このように遺言の内容を實現する行為が遺言の執行であるが、遺言者は遺言の執行者を別に指定することもでき(一〇〇一)、また家庭裁判所が利害關係人の請求によつてこれを選任することもできる(一〇〇一)。遺言執行者は、遺言者の遺言の本旨に従い遺言の内容を實現する任務を有し、この任務を果すため遺言執行者には種々の權利義務が與えられている(一〇一一)。

### 第六 遺贈

遺贈は、遺言で財産を贈與することであり、包括遺贈と特定遺贈とに大別される(九六)。

包括遺贈とは、遺言者がその財産の全部又は何分の一を與えるという表現を採る遺贈であり、特定遺贈とは個々に財産を特定して、遺贈の目的としたもの、たとえば金何萬圓を與えるとか甲不動産を與えるとかいう場合である。

遺贈を受ける者すなわち受遺者は、共同相続人中の一部の者でもよく、また第三者でも差しつかえない。もつ



とも共同相続人の一人に遺産の何分の一を興えるという場合には相続分の指定をしたものである場合が多いであろう。

遺贈を受ける資格すなわち受遺能力はすべての権利能力者がこれを有しているのであるが、一定の者については、相続の場合に相続資格者が認められているのと同じように、遺贈の場合にも受遺資格者とされている。なお、胎児については、既に生れたものとみなされているが、もとより、生きて生れることを条件とするから、もし胎児が死體で生れたときは、初めからうけなかつたことになるのである。(九六五條、八八、六條、八九一條)

包括遺贈をうけた者は、あたかも相続人となつたと同じであるから、その割合で遺産の分割に参加する。従つて被相続人の債務もその割合で承継するのである。(九九〇條) もつとも包括受遺者は、相続人が相続の放棄をなしうると同様に、遺贈の放棄をすることはできる。(九九〇條、九一五條)

特定遺贈をうけた者は、遺言執行者又は相続人から遺贈の目的たる財産の分與をうけることになるのであるが、受遺者は、遺贈の利益をうけたくなければ、遺言者の死後、何時でもこれを放棄することができる。そして遺贈を放棄したときは、その効果は、遺言者の死亡の時に遡つてその効力を生ずる。(九八、六條) もつとも一たん承認、放棄した以上は、後になつてこれを取り消すことはできない。(九八、九條) このように受遺者が、遺言者の死後何時でもその遺贈を承認、放棄しうるのは、遺贈義務者や利害關係人(後順位を受遺者、遺贈義務者の債権者など)にとつては非常に不利益だから、これらの者には、相當の期間を定めてその期間内に遺贈の承認又は放棄をするように、受遺者に催告しうる権利が興えられている。(九八、七條) なお、民法は、受遺者の権利義務や遺贈の目的物に關連して、詳細な規定を置いている。(九九〇條、一〇〇〇一條)

つぎに民法は、受遺者が一定の債務を負担すべきことを附款としてなされる負擔附遺贈なるものを認めている。たとえば遺言者甲が乙にある土地を興えるが、乙をして丙のためにその土地に家を建てさせるような遺贈をしたときは、受遺者乙はその遺贈を放棄しない限り、丙のために家を建てねばならぬ債務を負うに至るのである。もつとも負擔附遺贈をうけた者は、もとより、遺贈によつてうける利益の範圍内においてのみ、負擔した義務を履行する責を負うのである。(一〇〇二、條一項) もし負擔附遺贈をうける者がこれを放棄したときは、負擔の利益をうけるべき者が自ら受遺者となることができる。(一〇〇二、條二項) たとえば前出の例で乙が放棄したら、丙がかつて負擔附遺贈の目的物たる土地を取得することになるのである。

ところで遺贈は必ずしも常にその全部が辨濟されるとは限らない。相続人が限定承認をすると、相続財産の限度において相続債務と遺贈とを辨濟することになる上、遺贈は相続債権者に辨濟した後でないといふ辨濟されないから、完全な辨濟はほとんどうけ得ないし、また遺贈が遺留分を侵すときは、遺留分を侵害する部分は滅殺をうけることになり。(一〇〇三、一〇〇四條)、やはり完全な辨濟はうけられない。かように、遺贈が減少したのに、負擔の利益をうける者だけがその完全な履行をうけうるとすると、負擔附遺贈の受遺者に非常に酷な結果となるから、民法は、負擔附遺贈の目的の價額が相続の承認又は遺留分回復の訴によつて減少したときは、受遺者は、その減少の割合に應じてその負擔した義務を免がれる。(一〇〇〇、三條)と規定し、その損失を兩者に平等に負擔させている。

## 第八章 遺 留 分

### 第一 遺留分権利者と遺留分の額



被相続人は、既述のように、遺言で遺産の一部分を処分したり、相続分を指定することができるけれども一定の財産だけは必ず相続人のために残さねばならない。遺留分というのは、このように、被相続人が相続人のために是非とも残さねばならない財産の一部であり、かかる権利の保障されている者が遺留分権利者と呼ばれるのである。

遺留分権利者は、直系卑屬と、配偶者と、直系尊屬とであつて、兄弟姉妹は遺留分を有しない(一〇二)。

遺留分の割合は直系卑屬のみが相続人である場合、又は直系卑屬と配偶者とが相続人である場合には二分の一であり、その他の場合、すなわち直系尊屬と配偶者、兄弟姉妹と配偶者、直系尊屬のみ、又は配偶者のみの場合は、三分の一である(一〇二八條)。そして共同相続人の各自の遺留分は、右の二分の一又は三分の一を既述の相続分の割合に従つてわけて定めるのである(一〇四四條、八八八條)。たとえば死亡した夫の財産三十萬圓で、これを妻と五人の子とで相続する場合には、遺留分は二分の一の十五萬圓、これを妻と子供との相続分の割合に従つて分割するから、妻は五萬圓、五人の子は各自二萬圓ずつとなる。又死亡した夫の財産十二萬圓で、共同相続人は妻と夫の父母である場合には、遺留分は四萬圓、これを妻と夫の父母との相続分の割合に従つてわけるから、妻は二萬圓、父母は各自一萬圓ずつとなるのである。

兄弟姉妹は遺留分権利者でないから、兄弟姉妹と配偶者とが共同相続人である場合には、全財産を妻に與え、兄弟姉妹には残さないという遺言をしてもよいし、また兄弟姉妹のみが相続人である場合には、全財産を他人に遺贈することもできる。

## 第二 遺留分の算定

遺留分が二分の一とか三分の一とかいう場合の基本たる被相続人の財産は、被相続人が死亡したときに有していた財産の價額に、その贈與した財産の價額を加え、その合計額から債務の全額を控除したものである(一〇二九)。

もし條件附の權利義務や存続期間の不確定な權利義務、たとえば被相続人から承繼した債務の中に、甲が乙と結婚するならば甲に十萬圓を與えよとか、丙の生存中月額五千圓の扶養料を支給するなどの債務があるとすると、その價格は家庭裁判所が選定した鑑定人の公平な評價に従つて、これを定める(一〇二九)。

被相続人が贈與した財産として相続財産に加算すべき贈與は、つぎのごときものである。

- イ 被相続人が死亡前一年内にした贈與(一〇三〇)。
- ロ 一年前にした贈與であつても、當事者雙方が遺留分権利者に損害を加えることを知つてした贈與(一〇三〇)。
- ハ 婚姻、養子縁組、もしくは生計の資本にするため、被相続人が、生前に、共同相続人中の一部の者に對してした贈與(一〇四四條、九〇三條)。
- ニ 當事者雙方が遺留分権利者を害することを知つて、不相當な對價をもつてした有償行為は贈與とみなされ、その對價を差し引いた殘額は、これを贈與として加算する(一〇三)。

## 第三 遺留分の減殺

遺留分は、既述のように、被相続人が相続人のために必ず残さねばならぬ最少限度の財産であるが、しかし、被相続人が相続人の遺留分を侵害するような贈與又は遺贈をしても、その贈與又は遺贈は、當然無効なものではない。たとえば三人の子がある場合に、被相続人である父が、生存中に、又は遺言によつて、財産の二分の一以上を他人に與えたとしても、子供達が親の意思を尊重して、そのまま黙つておれば問題にはならない。けれども、



遺留分権利者たる相続人が、遺留分の侵害されたことを争おうとするならば、かかる贈與又は遺贈の効力を失わせる主張をすることができ、これが遺留分の減殺である。遺留分を減殺するためには、いわゆる減殺請求の意思表示をしなければならぬ。その意思表示は口頭、文書、いずれでもよいし、直ちに、贈與した物の返還を求め、調停を申し立てることによつて、その意思表示ができる。この意思表示があれば、遺留分を侵害する贈與又は遺贈は、減殺の限度において、初めから効果がなかつたことになる。だから、既に引き渡された物があれば、その所有権は當然に相続人へ復歸する。もし受遺者が返還しないなら、返還請求の訴を提起することもできるし、調停を申し立てることもできる。なお、遺贈と贈與の両方を減殺する必要がある場合には、先ず遺贈を減殺し、つぎに贈與を減殺する。またもし贈與が數回ある場合には、後の贈與から順次に前の贈與を減殺すべきである。なお減殺の請求権は、遺留分権利者が相続の開始及び減殺すべき贈與又は遺贈があつたことを知つた時から一年間これを行使しないときは、時効に因つて消滅する。かりに全然何も知らずにいたとしても、相続開始の時から十年経過したらこの権利は消滅する(二〇三一條、二〇三三條一)。

#### 第四 遺留分の放棄

遺留分権利者は、相続開始前であつても、遺留分を放棄することができる。が、これをするためには家庭裁判所の許可をうけなければならない(一〇四三條一)。

このような手続を必要としているのは、相続開始前の遺留分の放棄を自由にしておくと、被相続人に遺留分の放棄を強要されて、不本意ながらもこれを放棄する相続人もあろう、と思われるからである。従つてたとえば嫁ぐときに十分な支度をして貰つたからというような理由で、相続人自らが進んで遺留分の全部又は一部を放棄し、

その分だけ他の共同相続人に餘計に取得させるために、被相続人から贈與又は遺贈をさせたい場合ならば、遺留分の放棄が許されることになる。

遺留分の放棄が許可されると、放棄された遺留分に相當する價額だけ、被相続人が自由に處分しうる財産が増加し、被相続人は、放棄した者の遺留分に拘束されずに、自由に遺産分配の方法を定め、あるいはこれを他に遺贈することもできることになるが、しかし、他の相続人の遺留分には何らの影響もないのである(一〇四三條二項)。たとえば夫婦に嫡出子五人がある場合、財産を三十萬圓とすると、遺留分の總額は二分の一の十五萬圓、妻の分はその三分の一の五萬圓、子供の分は三分の二の十萬圓で、これを均分して各自二萬圓の遺留分となる。そこで二男が遺留分を放棄すると、被相続人たる夫が自由に處分しうる財産が、二男の放棄した二萬圓だけ増加して十七萬圓となるのであるが、妻や他の子供の遺留分は、何等の變りなく、妻のそれは依然として五萬圓、子供のそれは二萬圓である。

#### 「附」經過規定

新民法には、舊法當時に生じた事項に對する新法の關係について規定した經過規定が置かれている。附則の三十三條がそれである。かような經過規定は法律改正の際には必ず設けられるものである。

ところで、「法律は既往に遡らず」(法律不そ及の原則)とされ、新法は舊法時代に生じた事項には適用されなく、というのが從來の立法の常道である。しかるに新民法の經過規定たる附則第四條は「新法は、別段の規定ある場合を除いては、新法施行前に生じた事項にもこれを適用する。」と定め、全面的そ及主義を採つてゐる。



新民法がこのような立場をとつたのは、いうまでもなく、舊民法にあつた封建的なもの、非民主主義的なものを排除しようとしたために外ならない。たとえば認知の効力は出生に遡つて生ずるから、舊法時代に出生した子を新法が施行された後になつてから認知しても、出生の時すなわち舊法時代に認知したこととなる。この場合に、舊法時代ならば、認知された子は父の家に入り、父の氏を稱するのであるが、かくのごときことは家の制度を廢止し、家族を家と戸主権から解放した新法の下においてはもはや認められるはずがない。従つてこの場合、認知された子は父の氏をもとなえずに、母の氏を稱することになるのである。

しかしながら、舊法時代に生じた一切の事項に對し、例外なく新法を適用しては、餘りに法律關係を混亂せる虞があるので、その妥協策として、附則第四條但書は「舊法及び應急措置法によつて生じた効力を妨げない。」と規定した。従つて舊法時代から新法時代にわたる事項については、この附則に特に注意を拂ねねばならないのである。たとえば離婚原因については、附則第四條の原則からいへば、舊法時代に生じた事實であつても新法第七七〇條の離婚原因に關する規定が適用さるべきであるが、これには附則第一一條において「新法施行前に生じた事實を原因とする離婚の請求については、なお、従前の例による。」と定められているから、舊法のみを適用することになる。また應急措置法の行われた期間に生じた事實を原因とする場合は、應急措置法を適用するのである。

納本

昭和廿一年 四月十五日 初版發行  
昭和廿二年 一月廿日 再版印刷  
昭和廿二年 一月廿五日 再版發行

民法概説

定價 二百圓

著者 清水金二郎

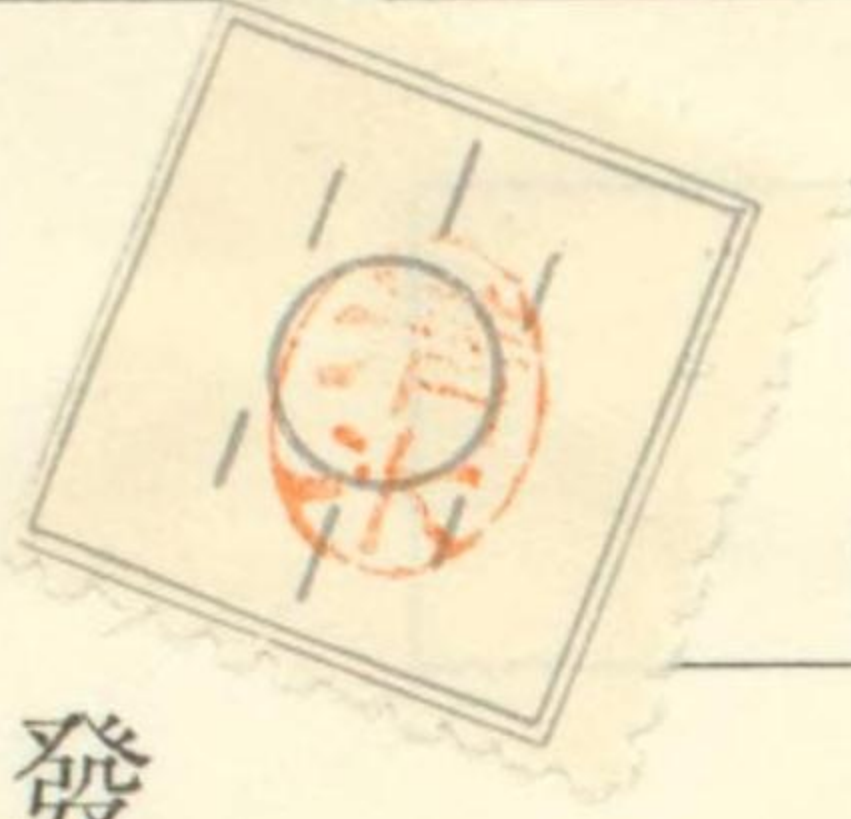
發行者 田中健次

印刷者 梶本正二

發行所

株式會社 三和書房

振替 東京都二〇八九三番  
振替 東京三〇八四九番  
本支店 東京都上京區河原町通今出川上ル  
大阪支店 東京都千代田區神田駿河台三ノ三  
西宮支店 大阪府大淀區長柄中通二ノ六五



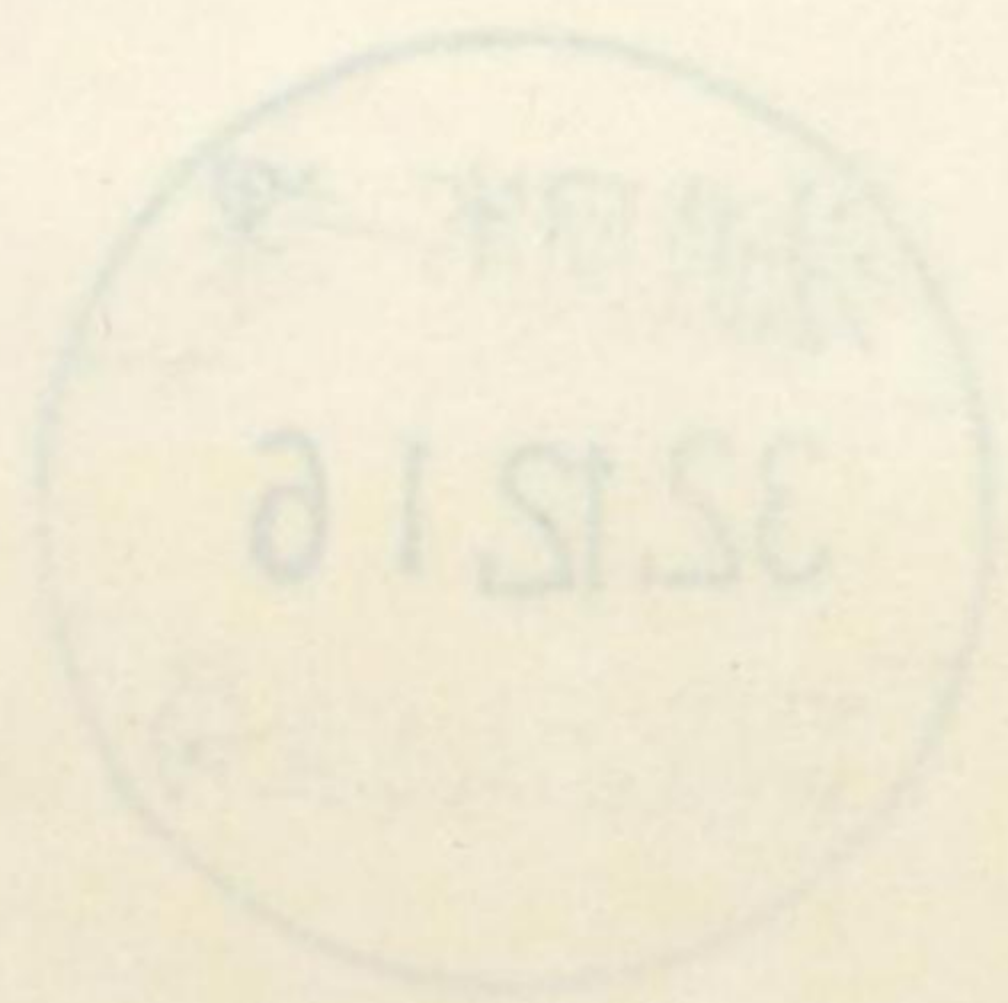
(正美社印刷所・印刷)



新民法がこのような立場をとつたのは、いうまでもなく、舊民法にあつた封建的なもの、非民主主義的なものを排除しようとしたために外ならない。たとえば認知の効力は出生に遡つて生ずるから、舊法時代に出生した子を新法が施行された後になつてから認知しても、出生の時すなわち舊法時代に認知したこととなる。この場合に、舊法時代ならば、認知された子は父の家に入り、父の氏を稱するのであるが、かくのごときことは家の制度を廢止し、家族を家と戸主権から解放した新法の下においてはもはや認められるはずがない。従つてこの場合、認知された子は父の氏をもとなえずに、母の氏を稱することになるのである。

しかしながら、舊法時代に生じた一切の事項に對し、例外なく新法を適用しては、餘りに法律關係を混亂せる虞があるので、その妥協策として、附則第四條但書は「舊法及び應急措置法によつて生じた効力を妨げない。」と規定した。従つて舊法時代から新法時代にわたる事項については、この附則に特に注意を拂わねばならないのである。たとえば離婚原因については、附則第四條の原則からいへば、舊法時代に生じた事實であつても新法第七七〇條の離婚原因に關する規定が適用さるべきであるが、これには附則第一一條において「新法施行前に生じた事實を原因とする離婚の請求については、なお、従前の例による。」と定められているから、舊法のみを適用することになる。また應急措置法の行われた期間に生じた事實を原因とする場合は、應急措置法を適用するのである。

敬仁氏





法政

法政第一課  
32.12.16  
調查局



