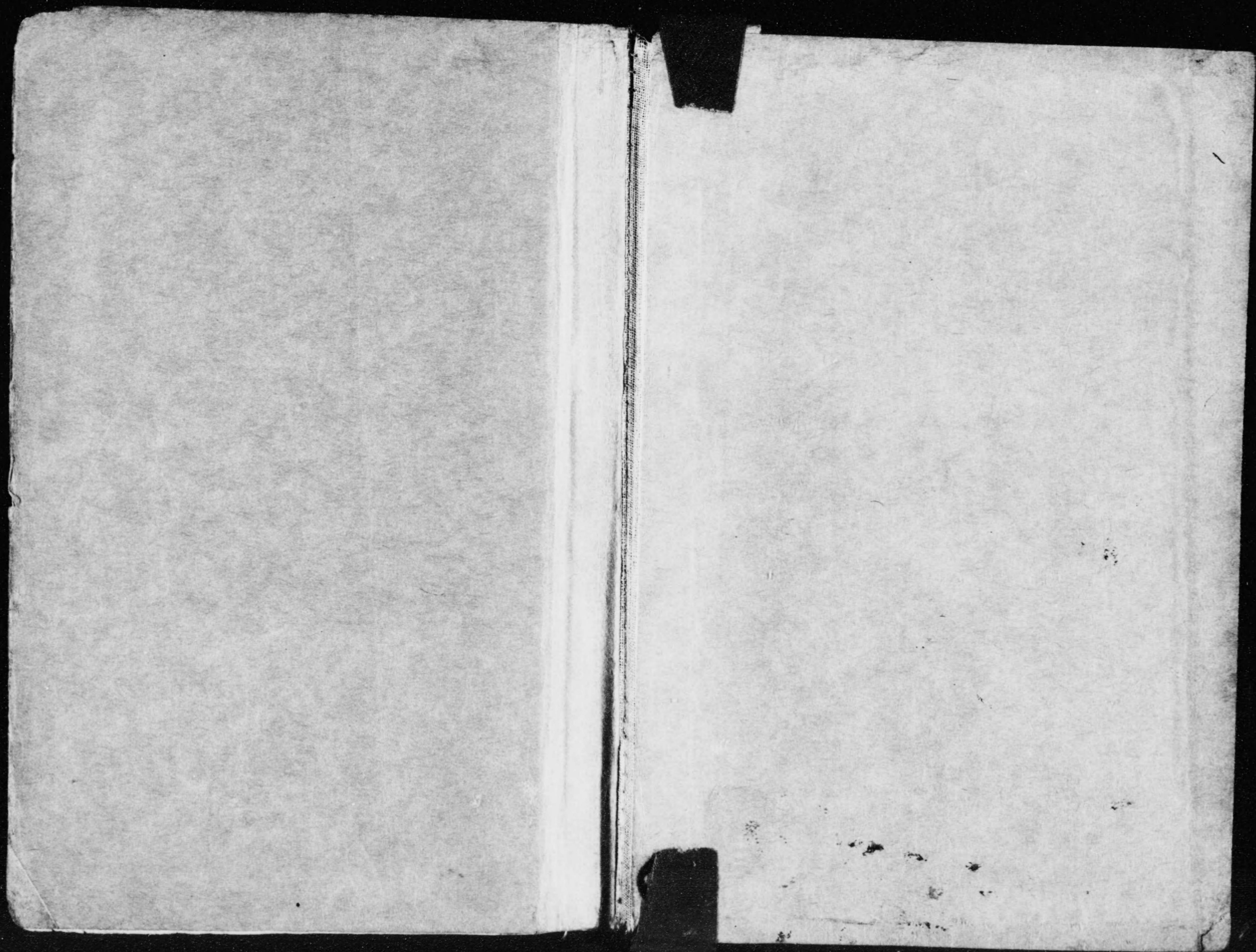


546
145







未弘嚴太郎著

民法講話 下卷

岩波書店刊行



546-145

内容目次

第九章 賣 買

一—六

第一 序 説

..... 二—四

一 賣買契約の社會的重要性——交換——商事賣買..... 二

二 賣買法の法源——双務契約・有價契約の典型としての賣買..... 三

第二 賣買の法律的性質..... 七

一 定義——債務的契約——現實賣買..... 七

二 双務契約としての賣買——同時履行の關係..... 七

三 賣買の目的物——各種の財産權——將來の物の賣買・他人の物の賣買..... 七

第三 賣買契約の締結

..... 七

一 賣買締結に必要な合意——證書の作成を要せず..... 一

内容目次

..... 一

内容目次

二 賣買一方の豫約.....二

三 賣買履行の確保を目的とする各種の特約——違約金——手附・内入金・證據金.....二

四 契約締結の費用.....二

第四 賣主の権利

一 代金請求権と遅延利息——代金支拂の時期——代金請求の訴と買主の同時履行の抗辯——遅延利息.....二

二 代金支拂の場所.....二

三 代金支拂の確保と強制——同時履行の抗辯と留置権——代金不拂を理由とする契約解除——賣主の先取特権.....二

四 買主の物品不受領と賣主の権利——買主の受領遅滞——不受領に因る損害の賠償——供託——不受領を理由とする契約解除.....二

第五 買主の権利

一 目的物の権利は何時買主に移轉するか——財産權移轉の義務と財産權移轉の物權行為.....二

二 賣主の諸義務——財産權移轉義務——目的物引渡の義務——登記其の他公示方法.....二

三 賣主の擔保責任——義務履行の強制方法——其他の義務.....二

種々の擔保責任——(一)賣買の目的物が他人の所有に屬するとき——(二)賣買の目的物について他人が所有權以外の權利をもつて居るとき——(三)賣買の目的物が不存在なるか又は履行不能なるとき——(四)賣買の目的物に瑕疵あるとき——(五)債權の賣買に於て債務者の資力不足なるとき.....二

四 危險負擔の問題.....二

第十章 金錢貸借

第一 序 説

一 金錢貸借の社會的重要性.....二

二 金錢貸借法の法源.....二

三 金錢貸借類の取引——預金——金錢信託.....二

第二 金錢貸借の各種の形式

一 消費貸借——貸借等との區別——證書作成は要件にあらざ——公正證書による.....二

内容目次

内容目次

四

借金——要物契約としての消費貸借——準消費貸借其他消費貸借の要物性より生ずる諸問題……………四一

二 手形割引による金銭貸借……………四二

三 當座貸越契約に基く小切手の振出——根抵當……………四六

四 關無盡——親無盡・親無し無盡・會社無盡——法律的性格……………四七

第三 利息

五〇—五三

一 利息禁止の歴史——商事貸借に於ける利息の推定——制息制限法……………五〇

二 利率不明の利息約束——法定利率……………五三

三 複利……………五三

第四 貸金の擔保

五三—八七

一 債權の一般的擔保と債權者平等の原則——平等の原則と其の例外としての先取特權——平等原則に反する契約・質抵當の契約——一般的擔保の保金方法……………五三

二 債權者代位權と債權者取消權——(イ)代位權(間接訴權)——(ロ)取消權(廢罷訴權)——破産法に於ける否認權……………五五

三

人的擔保——(イ)保證——保證契約——保證債務の附從性——補充性——保證人の抗辯・先訴の抗辯・檢索の抗辯——連帶保證——共同保證と分別の利益——保證人の償還請求——(ロ)連帶——その法律的性格——互に附從性なく又補充性なし——債務者の一人について生じた事項が他の債務者一人に影響する場合と然らざる場合——償還請求——(ハ)債務引受——人的擔保の轉換——參加的債務引受……………五九

四

物的擔保——物的擔保契約——(イ)質と抵當との區別——特殊財團抵當——(ロ)質權——目的物——動産質・不動産質・權利質——質入の方法——質權の留置的效力——優先辨濟を受け得る效力と其の方法——流質契約の禁止——質物を以て債務全額を償ひ得ざる場合の救済方法——質物の保管義務と使用收益權——轉質——(ハ)抵當權——抵當權の效力とその順位——建物と敷地との一方のみが抵當權の目的となれる場合の諸問題——建物の抵當と火災——土地を抵當にとるについての注意——更地を抵當に入れた後所有者が建物其他の物を建造附合せしめたる場合等——抵當權設定後債務者がその目的物を他人に賣却し又は他人の爲めに權利を設定したる場合——立木の抵當……………六八

賣渡擔保——存在の理由——買戻特約による方法——再賣買豫約による方法——狭義の賣渡擔保——賣渡質と賣渡抵當……………八一

内容目次

五

内容目次

第五 辨 濟

- 一 何を以て辨濟すべきか——辨濟に使用し得べき通貨——辨濟すべき通貨の數量——一部の辨濟と辨濟の充當……………八七
- 二 辨濟の時期——確定期限・不確定期限・期限の定めなき場合——遅延利息——期限前の辨濟……………九二
- 三 辨濟の場所及び費用……………九三
- 四 辨濟の相手方——債権の準占有者に對する辨濟——債権者の表見代理人に對する辨濟——受取證書の持參人に對する辨濟——手形所持人に對する辨濟……………九三
- 五 辨濟の證據——受領證書——借金證文の返還……………九七

第六 辨濟以外の債務消滅原因

- 一 供託……………九六
- 二 時効——時効の中断——時効の採用——時効利益の拋棄……………九九
- 三 相殺……………一〇三
- 四 其他の原因——更改——代物辨濟——免除——混同……………一〇三

六

八七—九七

第十一章 住居の法律

一〇五—一四六

第一 序 説

一〇六—一〇九

- 一 住居に關する諸法律問題……………一〇六
- 二 住居法の法源……………一〇七

第二 借 家

一〇九—一一九

- 一 債權としての借家權とその第三者に對する效力……………一〇九
- 二 家賃——家賃額——家賃の増減——支拂の時期場所——支拂の確保——敷金……………一一〇
- 三 借家人の使用權と家主の修繕義務——借家使用上の注意義務——借家人の失火——轉貸若くは借家權讓渡の制限——借家の修繕……………一一三
- 四 造作と權利金——造作に對する借家人の權利——造作買取請求權——權利金……………一一五
- 五 借家契約の終了——家賃不拂其他債務不履行を理由とする解約申入——特別の原因によらざる解約申入——家屋明渡の強制——家主の敷金不返還と借家人の權利……………一二七

第三 借 地

一二九—一三六

内容目次

七

内容目次

八

- 一 借地権——地上権——賃借権としての借地権——この権利を第三者に對抗する方法——建物保護法……………一九
- 二 借地の期間——最長期最短期——借地法による借地期間——借地権の更新と當然延長——當事者が存続期間を定めざりし場合……………二三
- 三 借地人の権利——借地権譲渡又は轉貸の制限——借地法による例外——適法なる轉貸關係……………二四
- 四 地代——額・支拂の時期及び場所——地代の増減請求——地代債權と先取特權……………二六
- 五 借地契約の終了——期間満了による終了と更新請求——建物買取請求權——當然更新——債務不履行を理由とする解約……………二七
- 第四 借地借家調停と臨時處理法による鑑定委員會……………二八—二九
- 一 調停——調停の申立——手数料——調停手續——調停の効力……………二九
- 二 鑑定委員會……………三〇
- 第五 家屋の建築……………三三—三四
- 一 建築資金の借入——住宅組合……………三五

0

第十二章 労働の法律

一四一—一七六

- 第一 序 説……………一四一—一五三
- 一 資本主義下の労働と契約自由の原則——労働組合運動……………一四八
- 二 法源……………一五二
- 第二 雇傭契約と労働契約……………一五三—一五六
- 第六 隣地者關係……………一四〇—一四五
- 一 隣人相互の妨害義務——權利濫用の法理——民法の諸規定——隣人相互の侵害を豫防すべき徹底的方策としての市街地建築物法……………一四〇
- 二 隣人相互の共助義務——民法の諸規定……………一四三
- 三 地役權……………一四四
- 二 建築請負——請負人の義務——擔保責任——建築中の火災——建築落成後の火災——注文者の義務その履行の確保手段——注文者の受領義務——請負契約の解除……………一三五
- 三 建築に関する制限——市街地建築物法——民法の諸規定——垣根……………一五九

内容目次

九

- 一 雇傭契約——請負及び委任との區別……………一五三
- 二 労働契約——單純なる雇傭との區別——その人身的効果……………一五三
- 三 就業規則——國家的監督……………一五五
- 第三 賃 金……………一五七—一六三
 - 一 賃金額——最低賃金法等の不存在——團體取引の必要……………一五七
 - 二 賃金として支拂ふべき物——通貨を以てする支拂……………一五八
 - 三 支拂時期——後拂の原則——債權としての賃金とこの保護の必要——先取特權——訴訟簡易化の必要……………一五八
 - 四 其他の賃金保護——差押制限——相殺禁止——其他……………一六〇—一六六
- 第四 労働義務……………一六二—一六六
 - 一 労働義務の内容……………一六二
 - 二 労働條件——工場法その他による特別制限……………一六三
 - 三 労働義務履行上の過失と賠償責任——身元保證契約……………一六四
- 第五 扶 助……………一六六—一七〇

- 一 扶助制度の根據——現行法……………一六六
- 二 工場法上の扶助義務——その内容——不法行為上の賠償責任との關係——扶助請求權者……………一六七
- 三 健康保險法による保險給付との關係……………一七〇
- 第六 解 雇……………一七〇—一七六
 - 一 雇傭期間の定めある雇傭——期間の定めなき雇傭の解約……………一七〇
 - 二 特別の解約事由——「已むことを得ざる事由」による解約……………一七二
 - 三 工場法施行令第二十七條の二——解雇手當……………一七四
 - 四 解雇の場合に於ける職工保護の規定……………一七五

第十三章 農村の法律……………一七九—一八〇

- 第一 序 説……………一七九—一八二
 - 一 吾國農業の重要性と自由主義に放任されてゐる農業關係……………一七九
 - 二 各種の問題……………一八〇

内容目次

一一

第二 農地所有権

一八一—一八三

- 一 所有権の自由と農地——所有権の尊重と農業……………一八一
- 二 農地所有権の賣買譲渡等……………一八二
- 三 農地所有者の相隣關係……………一八三

第三 小作關係

一八四—一九五

- 一 農業經營の各種の形式——小作農……………一八四
- 二 二種の小作權——永小作權——賃借小作權——その性質……………一八五
- 三 小作人の權利——使用收益權と地主の修繕義務——使用收益權の範圍——轉貸讓渡の制限……………一八七
- 四 小作料——支拂ふべき物及びその數額——凶作と小作料減免——小作料納付の時期場所その他納入方法……………一九〇
- 五 小作關係の終了——小作期間——期間の定めなき小作關係の終了——小作料滞納その他小作人の債務不履行を理由とする契約解除——原狀回復義務と地上物收去權——地上物買取請求權——有益費償還請求權——小作權買取請求權……………一九三

第四 水の法律關係

一九六—二〇二

- 一 水の重要性和現行法の不備……………一九六
- 二 水の所有權——無主物としての水——土地の一部としての水——水に關する相隣關係……………一九七
- 三 流水使用權——流水に對する沿岸者の使用權——流水專用權……………一九九
- 四 公水の使用關係——自由使用——特別使用——河川法の適用なき公水……………二〇一

第五 山林

二〇二—二〇八

- 一 農村住民と山林の法律問題……………二〇三
- 二 山林の所有關係と造林の爲めにする借地——部分林……………二〇四
- 三 公有林野の造林と入會權……………二〇五
- 四 入會權——二種の入會權——法律的性質……………二〇六

第十四章 鑛業漁業及び狩獵

二〇九—二一三

第一 無主物の法理

二一〇—二一三

内容目次

一一三

- 一 無主物——無主不動産の國庫歸屬——無主動産の先占取得……………二一〇
- 二 無主物に似て非なるもの——遺失物——埋藏物……………二一一
- 三 無主物先占の法理と漁業法狩獵法及び鑛業法……………二二二

第二 鑛業……………

二三—二六

- 一 未掘採鑛物は國有——鑛業權の必要……………二三
- 二 試掘權と採掘權……………二四
- 三 鑛業權の法律的性質——處分の制限——鑛業權の登録……………二五

第三 漁業……………

二六

- 一 無主物としての魚貝海藻——漁業法による二種の制限……………二六
- 二 漁業權——免許漁業權——入漁權——專用漁業權及び入漁權と入會權との比較……………二七
- 三 漁業權の私法的性質——登録……………二九

第四 狩獵……………

三〇—三三

- 一 無主物たる野生鳥獸——他人の飼養せる動物……………三〇

二 狩獵法の制限……………

三三

第十五章 委任と代理……………

三三—三五

第一 委任……………

三四—三三

- 一 委任の本質——事務處理の委託——信任關係を基礎とす……………三四
- 二 信任を基礎とする委任と解約自由の原則——原則の制限——その他の委任終了事由……………三五
- 三 委任無償の原則と有償委任——無償委任と報酬的贈與としての謝禮——有償委任——報酬……………三七
- 四 受任者の義務——事務處理義務——事務處理の費用——事務處理上受取つた物若くは取得した權利——委任終了の際に於ける管理繼續義務……………三九

第二 代理……………

三三—三四

- 一 委任と代理——間接代理——代理を伴ふ委任と委任・代理の區別——法定代理と任意代理……………三三
- 二 代理人の行爲としての代理行爲——受方代理と働方代理——代理に於ける行爲者……………三三

内容目次

一六

- は代理人であるが代理の法律的效果は本人について生ずる——代理行為の瑕疵——
- 代理人の能力——代理意思表示の必要と代理意思を表示せざる代理行為——使者……………二四四
- 代理権の必要——代理権発生の原因——委任状——代理権の範囲——代理権と代理人としての事務處理義務との區別——代理人の復任権——復代理人の性質……………二四七
- 無權代理と表見代理——立法理由——表見代理——無權代理——契約の場合——單獨行為の場合……………二四二

第三 第三者の爲めにする契約と事務管理……………二四六——二五〇

- 一 第三者の爲めにする契約——代理との區別……………二四六
- 二 事務管理——代理との區別——事務管理の立法理由——事務管理の適法性——管理繼續の義務——費用の償還——賠償請求權と報酬請求權……………二五〇

第十六章 寄託と信託……………二五五——二八九

- 第一 寄託……………二五五——二六三
- 一 寄託の性質——消費寄託——混藏寄託——寄託期間……………二五五

- 二 要物契約としての寄託……………二五八
- 三 受寄者の保管義務——注意義務——保管方法——保管に關聯して起る各種の問題……………二六八
- 四 委任との區別——信任關係の厚薄……………二六〇
- 五 倉庫寄託——倉庫證券……………二六一

第二 信託的行為……………二六三——二七〇

- 一 序説……………二六三
- 二 信託的行為の性質——その發生原因——國家のこれに對する態度——立法——司法上の諸問題——虚偽表示との區別——脱法行為として無効とすべきにあらずや——信託者の保護と第三者の保護……………二六五

第三 信託法上の信託……………二七〇——二八九

- 一 序説——信託的行為の一種——その社會的發生原因——信託法の制定……………二七〇
- 二 信託の法律的性質——信託行為——その二要素——財産權の移轉又は處分——受託者をして信託財産の管理處分を爲さしむること——信託目的……………二七三
- 三 信託の當事者——委託者——受託者——共同受託——受益者——信託管理人……………二七四

内容目次

一七

615

- 四 委託者の地位……………二七
- 五 受益者の権利——信託利益を享受し得る権利——信託利得の享受と所得税……………二七
- 六 受託者の権利義務——信託財産の獨立的存在——管理處分の義務——受託者の義務違反と責任——費用若くは損害の補償を請求する権利——報酬請求權……………二八〇
- 七 信託の公示——公示の必要——公示方法——公示方法の定めなき信託財産……………二八四
- 八 信託關係の終了と受託者の任務終了……………二八六
- 九 信託事務の監督……………二八七

第十七章 組合と法人……………二九一—三〇六

- 第一 團體法原理……………二九一—三〇四
- 一 團體法の必要……………二九三
- 二 團體法研究の出発點——團體内部の組織關係と對外的關係との分別的觀察——公的團體と私的團體——私的經濟關係の主體としては國家その他の公共團體も亦民法の支配を受ける……………二九三
- 三 結社自由の原則と國家の私的團體に對する態度——私的關係の基本的分類として……………二九三

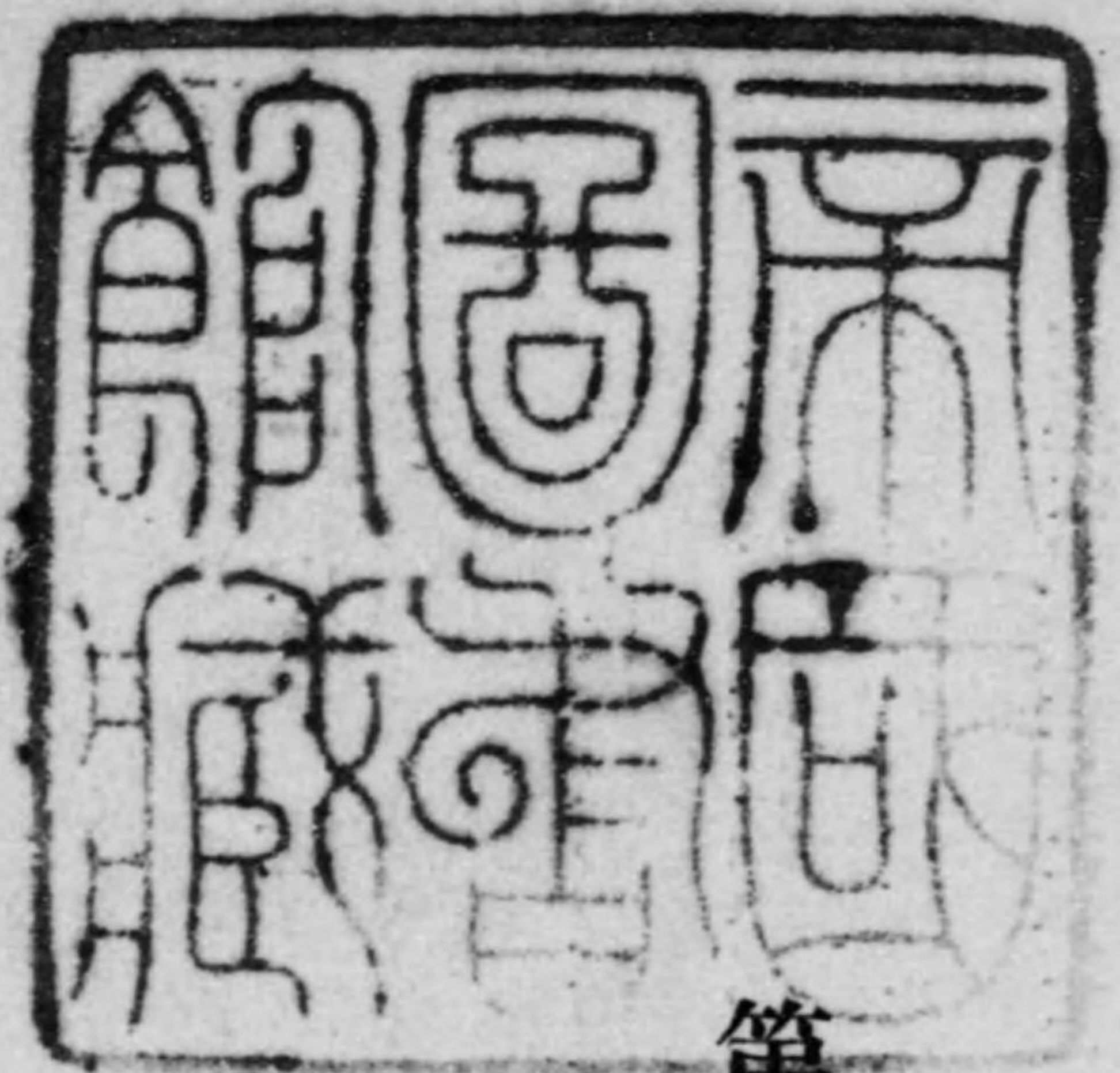
- の社團と組合——社團の特性——合同行為としての社團設立行為——社員の地位——社團財産の法律的性質——組合——契約關係としての組合契約關係——組合財産……………二九四
- 四 私的團體と法人格——人格なき社團と人格ある組合……………二九四

第二組……………三〇四—三二二

- 一 組合の法律的性質——協力的契約としての組合と同時履行の抗辯——出資義務の不履行……………三〇四
- 二 組合財産は總組合員の共有——組合債務は各組合員の債務……………三〇六
- 三 組合の業務執行——業務執行者を設けざる場合と設くる場合——損益の分配……………三〇八
- 四 組合員の脱退——脱退事由——脱退の効果……………三〇〇
- 五 組合の解散——解散事由——解散の効果——清算……………三二二

第三 社團及び社團法人……………三二二—三二六

- 一 序説——人格なき社團の法律關係……………三二二
- 二 社團と人格——法人格の國家的管理——準則主義と許可主義——外國法人の認許……………三二六
- 三 公益社團の法人格取得要件とその手續——定款の作成——許可申請——主務官廳……………三二六



第九章 賣 買

内 容 目 次

の許可——その効果……………三七

四 社団法人の権利能力——その範圍——外國法人の権利能力……………三二

五 社団法人の行爲能力と不法行爲能力——機關の適法行爲即ち社団法人の行爲——不法行爲能力……………三四

六 社団法人の機關——理事・總會・監事——執行機關としての理事——その代表權——事務執行の方法——特別行爲代理人・假理事・特別代理人——最高意思機關としての總會——通常總會と臨時總會——總會の招集と議事方法……………三六

七 社団法人の公示と監督——登記・財産目録・社員名簿——主務官廳の監督——罰則……………三三

八 社団法人の解散——解散事由——解散の意義と清算法人——清算事務の機關——清算人——その職務權限——社團債務の辨濟方法——殘餘財産の歸屬——清算事務の監督……………三三

第四 財団法人と公益信託……………三九—四四

一 目的財産の獨自的存在——財団法人と公益信託……………三九

二 財団法人——設立手續——寄附行爲作成と設立許可の申請——財團の財産取得時期——その他……………四二

三 公益信託——財団法人との區別及び相似……………四三

376 (6.19)

第一序 說

一 人は自己の生活資料のすべてを自己一人の手だけで作り出し得るものではない。此故に社會は必然に物資の交換を要求する。而かも貨幣の發生發達と共に物々直接の交換は漸次に影を潜めて、貨幣を仲介として行はれる賣買が之に代はつて廣く社會に行はるゝに至つた。交換は現在社會に於ては最早殆ど其の重要性を失つて仕舞つたからこれに關して法律問題を生ずることも極めて稀れである。従つて民法に於ても僅に一箇條(第五八條)の規定を置いて居るに過ぎず、實際上其の適用を生ずることも極めて稀れである。

殊に社會經濟の進歩につれて信用賣買並に商事賣買——即ち直接自己の生活需要に充つる

ことを目的とせず、買ひて賣り又賣らむが爲めに買つて其間に利得を得むことを目的とする賣買(商法第二二六條第一號)——の顯著なる發達を來たすと共に、代金支拂物品引渡其他に關聯して裁判所を煩はすべき問題を生ずる機會が甚だ増加し、其結果賣買は裁判規範の對象として幾多の法規を必要とするに至つたのである。

二 現行法上賣買に關する法律の中心を成すものは、民法第五百五十五條乃至第五百八十五條の諸規定であるが、商事賣買については此の外尙別に商法第二百八十六條以下の特別法規がある。

尙——先に第四章に於て説明した——契約一般に關する諸規定、雙務契約に關する一般規定(第五三三條以下)が賣買にも適用あること勿論であるが、同時に賣買は雙務契約有償契約中最も代表的のものであり、歴史的にも賣買法は最も古くから發達して居り、従つて規定の内容も最も完備して居るから、賣買に關する民法第五百五十五條以下の諸規定は「契約ノ性質ガ之

ヲ許す」限り「賣買以外ノ有償契約ニ之ヲ準用ス」ることになつて居る（第五五九條）。例へば、請負契約締結に際して「手附」の授受ありたるときは同じく第五五七條を準用して問題を解決すべく、又賣買契約の費用に關する第五五十八條は其他の有償契約の締結費用にも準用される。

第二 賣買の法律的性質

一「賣買ハ當事者ノ一方ガ或財産權ヲ相手方ニ移轉スルコトヲ約シ、相手方ガ之ニ其代金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ズ」る契約である（第五五條）。

此故に、賣買は賣主買主雙方をして互に對價的關係を有する債務を負擔せしむるものであ

つて、「有償契約」たると同時に「雙務契約」たる性質をもつて居る。無論、例へば吾々が貨幣十八錢を擲り出して敷島一個を買ふやうな——所謂「現實賣買」の——場合にまで、當事者雙方が先づ代金支拂及敷島所有權移轉の債務を負擔したる上、其の履行として互に代金及び敷島を移轉し合つたものと考へるのは如何にも變なやうであるが、かゝる場合でも例へば渡された敷島が全くかびてゐて喫用に適しないとか又買主の拂つた貨幣が偽造であるやうな場合には、いづれも契約の本旨に従つて完全な敷島正しい貨幣と代へてやる債務を負ふものと考へねばならないから、法律的には矢張りかう言ふ賣買にも根本には債務が横たはつてゐるものと考へねばならぬ。

二 賣買は雙務契約である。賣主買主の債務は互に對價的關係をもつて密接に聯關して居る。此故に、一方の債務が初めから全履行不能であれば契約全部が無効であつて他方の債務も亦發生しない。又一方が自己の債務の履行提供を爲さずして唯他方の履行のみを求めた

ならば、其他方は「相手方が其債務ノ履行ヲ提供スルマデ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得」
る（第五三條）。所謂「同時履行の抗辯」が即ちこれである。無論自己の債務は履行期が來てゐるに拘らず相手方はまだ履行期に立至つてゐないならば、かゝる抗辯を爲し得ざること素よりである。而して賣買當事者一方の訴に對して他方が同時履行の抗辯を提出すると、裁判所は最早無條件に原告を勝訴せしめ得ないのであつて、「被告は原告の履行提供と引換へに履行を爲すべし」との條件附勝訴の判決を下さねばならない。

三 賣買の目的物は「財産權」である。従つて動産不動産の如き有體物は素より株式債券其他一般債權も賣買の目的物となり得るし、其他苟も財産權（第三章）である以上すべて賣買の目的物となり得る。而して目的物の種類如何に關係なく原則としてすべて同一なる賣買法の適用を受けるのであるが、「唯不動産にあつては登記を要するとか」（第一七條）債權であれば債務者に對する通知を要する（第四六條）と言ふやうに、目的物の權利を買主に移す手續につい

てはそれ／＼異なつた問題が起り、従つて又異なつた規定の適用を受ける等、目的物の如何によつて自ら異別の問題を惹起するものなること勿論である。

尙將來出来るべき物を豫め賣買することも可能であれば、現在第三者の所有にある物を賣買の目的物としても差支ない。此の後の場合には「賣主ハ——第三者から——其權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉スル義務ヲ負フ」譯である（第五六條）。

第三 賣買契約の締結

一 賣買契約を締結するについては唯賣主買主の間に目的物代金額等必要なる事項について合意が成立しさえすればよい。單なる口約束でも差支なく、證書の作成も亦法律上の要件

ではない。

二 賣買を爲すに際し直に初めより契約を締結することなく、例へば豫め賣買條件を定め
 た上、何時でもお申越しあらばお賣りする」と言ふやうな約束をする場合が少くない。所謂
 「賣買ノ一方ノ豫約」が即ちこれである。此の種の豫約をした場合に豫約権利者から一方的に
 「愈々買ふ」と言ふ意思表示があると、これと同時に賣買は完全に其の效力を生じ、賣主は權
 利移轉の義務を負ひ買主は代金支拂の義務を負ふに至るのである（第五五六）。

豫約権利者が何時から又何時まで其權利を行ひ得るかは當事者任意に之を定め得るが、之
 を行ひ得べき時期が來てゐるにも拘らず之を行はざること十年は及ぶと時効によつて消滅す
 る（第一六七條第一項、大審四・七・一三民錄）、又初めから何等期間の定めをしなかつた場合に
 は豫約者の側から「相當ノ期間ヲ定メ其期間内ニ賣買ヲ完結スルヤ否ヤヲ確答スベキ旨ヲ相
 手方ニ催告スルコトヲ得」る。而して期間内に確答がなければ「豫約ハ其效力ヲ失フ」ので

ある（第五五六）
條第二項。

尙豫約上の權利は

——目的物が不動産である場合には、假登記することが出来る（不動産
 條第二）其の手續をして置きさへすれば、豫約者が約に反して目的物を第三者に賣つて仕舞つ
 た場合でも、權利者は後から權利を行つて其の物を取戻すことが出来る。

三 賣買の履行を確保する爲め、其の締結に際して種々の特約をする例が少くない。例へ
 ば、賣主をして違約金（第四二〇）を約せしめたり、買主をして代金債務について擔保を提
 せしめたり、又買主から賣主に向つて手附を交付するの類である。

買主が「手附」を交付して置くこと「當事者ノ一方ガ契約ノ履行ニ着手スルヤ否ハ買主ハ其
 手附ヲ拋棄シ賣主ハ其倍額ヲ償還シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」る（第五五七）初めから
 手附を交付せずには置けば賣主買主共濫に契約を解除し得ないにも拘らず、之を交付して置く
 と反つて解除權が発生するのであるから、法律的にのみ考へると一見手附は寧ろ契約を薄弱

假登記

ならしめるものゝやうに考へられるけれども、實際の世の中では賣主買主の何れかその債務を履行しない場合に強制履行を行つたり損害賠償をとることは事實甚だ困難である。賣主としては買主が契約を履行せずして寧ろその解除を希望するならば兼々交付を受けてゐる手附をとつて仕舞へばいい。買主としても手附さへ交付して置けば賣主は其借額を償還しなれば契約を解除出来ないから先づ安神してゐることが出来る。従つて、手附として交付する金額さへ相當であれば經濟上當事者雙方にとつて履行を確保する實質的效果がある。

之に反して、例へば百圓の品物を買つて一圓の手附を置いたと言ふやうな場合には、當事者雙方共僅に其の一圓を抛棄しさへすれば契約を解除し得る、而して其結果相手方に損害を與へても何等賠償の義務がないのであるから(第五七七條第二項)手附は反つて甚しく契約を薄弱ならしめる結果となる。此故に、世の中では屢々「名義は手附であるが實は證據金乃至代金の内入金に過ぎないから解除の原因にはならない、イヤなる」と言ふやうな論議を生ずる場合が少

くない。畢竟は契約の趣旨を解釋して其いづれなりやを決するの外ないのであつて、必ずしも「手附」なる文字を使用してゐるや否やにのみ執はるべきではない。例へば、手附の金額が過少であつて之を抛棄しただけで契約の解除を許すことが如何にも不穩當に思はれるやうな場合には、當事者亦之を解約手附とするの意思なきものとして解すべきであらう。しかし愈々意思不明の場合には上記第五百五十七條により解約手附として取扱はれるの外ない。

四 尙賣買を締結するに際して證書用の印紙、賣買の目的物たる土地の測量、代金決定の爲めにする鑑定等の爲め費用を要することが少くない。其の負擔者の何人たるかは契約を以て任意に之を定め得るけれども、何等の定めなき限り民法は「當事者雙方平均之ヲ負擔ス」べき旨を定めて居る。(第五五八條)

第四 賣主の権利

一 代金請求権と遅延利息

賣主にとつての重要事は言ふまでもなく代金の完全なる支拂を受けることである。ついで
は先づ第一に、一定の時期に代金の支拂を受けることが大切である。

それが爲め當事者は豫め代金支拂の時期を特約することもあるけれども、場合により單に
賣品の引渡時期だけを特約して代金支拂の時期を定めないこともあれば、又此等の點につ
て全然何等の定めをしない場合もある。此最後の場合には各當事者何時にても請求を爲し得
べしとする趣旨なること勿論であるが、賣品引渡の時期についてのみ定めをなした第二の場
合については民法特に「代金ノ支拂ニ付テモ亦同一ノ期限ヲ附シタルモノト推定ス」る旨を

規定して居る(第五七。
三條)。

代金支拂の時期が來てゐるにも拘らず買主任意の支拂を爲さなければ、勿論之に向つて代
金請求の訴を提起し得る。無論賣主の側でも債務履行の時期が來てゐるのに自ら其履行—
少くとも其提供—を爲さずして代金の支拂を請求すると、買主は之に向つて「同時履
行の抗辯」を提出し得ること上述の通りである。

尙買主の代金支拂が時期に遅れたならば、賣主は法律上當然に年五分(商事賣買にあつては年六分)の遅延
利息を請求し得る譯であるが(第四一五條、第四一九條、第、賣主の側でも未だ品物の引渡をし
てゐないならば—縦令賣主の債務については未だ履行期の到來してゐない場合でも—特
約なき限り遅延利息を請求し得ない(第五七五條第二項、大審四。)
一二・二二民錄二一三五頁)。

二 代金の支拂場所

次に賣主にとつて大切なことは一定の場所に於て代金の支拂を受けることである。それが

爲め當事者豫め其場所を約定することもあるけれども、何等の定めをしなない場合には支拂を爲す當時に於ける賣主の住所(商事賣買にあつては營業所)を以て其場所とすべく(第四八四條商)、又支拂場所の定めはなかつたが、「賣買ノ目的物ノ引渡ト同時ニ代金ヲ支拂フベキ」旨の定めがあると「其引渡ノ場所ニ於テ之ヲ拂フ」旨の特約がなされたものと解釋されるのである(第五七條)。

而して此の支拂場所が何所であるかは、送金の費用及び危険を負擔するもの、何人なるか(第四八條)、代金支拂を請求すべき裁判所の何所なるかを決するの外(民事訴訟法第一八條)、代金として支拂ふべき貨幣の如何をも決定する基礎を爲すものであつて、例へばロンドンに於て成立した賣買取引の代金支拂場所が横濱になつて居れば、其の代金額が「圓」を以て表示されて居る場合は素より、「磅」を以て表示されて居る場合を——特に反對の特約なき限り——買主は「履行地ニ於ケル爲替相場ニ依リ日本ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得」る(第四〇條)。

三 代金支拂の確保と強制

かくの如く、賣主は一定の時期及び場所に於て約定代金の支拂を求めることが出来る。しかし、單に法律上其の権利があるだけで、事實其の支拂を確保し強制すべき途がなければ、権利も終に有名無實に陥り易い。此故に、民法は賣主の爲めに次の如き色々の方法を設けて居る。

同時履行の抗辯と留置權 賣買當事者は原則として互に同時履行の抗辯を有すること上述の通りであるが、賣主はこれを利用して代金債務の履行を強要することが出来る。何故なれば、かれが同時履行の抗辯を主張する限り、買主は代金を提供しなければ賣買の目的物を受けとることが出来ないからである。所が例へば特定動産の賣買に於て買主が自ら代金を支拂はざるに拘らず目的物の権利だけを逸早く第三者に轉讓し、而してその第三者から賣主に向つて目的物の引渡を求めて来るやうなことがあつても、上記同時履行の抗辯は賣主買主間だけの権利であつてこれを第三者に對抗し得べきではないから、此の場合に賣主が代金の支

拂を受けるまで目的物の引渡を拒絶しようと思へば何等か別に法律的手段を求めねばならない。而して民法中その手段として利用し得べきものは留置権(第二九五條以下)である。留置権は「他人ノ物ノ占有者ガ其物ニ關シテ生ジタル債權(中略)ノ辨濟ヲ受クルマデ其物ヲ留置スルコトヲ得」る「物權」であるから、苟もその辨濟なき間は何人から請求を受けやうとも引渡を拒絶して物の留置を爲し得るのである。

契約の解除 買主が契約の本旨に従つて代金を支拂はないならば、賣主は相當の期間を定めて催告を爲した上、其の期間内に支拂がなければ、斷然契約の解除を爲して初めより全く契約なかりしものとし且別に支拂遅延の爲めに蒙つた損害の賠償を請求し得る(第五四一條、第五四五條)賣主に此の權利あることは買主にとつて明に一の脅威であつて、自ら代金の支拂を急がしめる效力がある。

先取特權 例へば既に賣品の引渡を受けた買主が代金不拂のまゝ破産に陥つた場合に、

若しも賣主が他の一般債權者と同様に按分比例による配當を受け得るに過ぎないとすれば其結果は甚だ不公平である。無論賣主としては契約を解除して今尙買主の手元にある品物を取戻す途もあるけれども、かくの如き解除を爲さずして代金の完全なる支拂を受けることが出来れば尙更よい。此故に民法は特に第三百二十二條及び第三百二十八條の規定を設けて賣主の爲めに先取特權を認め、賣品の代價だけからは特に他の一般債權者に優先して代金の辨濟を受け得べきことを認めて居る(尙この外第三一〇條及び第三三三條、第三四〇條參照)。

四 買主の物品不受領と賣主の權利

代金不拂に次いで賣主の困る事柄は買主の物品不受領である。いくら辨濟の目的で物品を提供しても買主が受領してくれない限り賣主の債務は尙未だ消滅しない。従つて以後引續き善良なる管理者の注意を以て物品の保管をしてゐなければならぬ等賣主は色々の迷惑を蒙る。民法はかゝる賣主を救ふ爲めに如何なる手段を許し與へてゐるであらうか。

先づ第一に、第四百九十二條は「辨濟ノ提供ハ其提供ノ時ヨリ不履行ニ因リテ生ズベキ一切ノ責任ヲ免レシム」と定めてゐるから、賣主が苟も一旦正當に提供した以上（（第九三條參照））、以後不履行を理由として賠償請求を受けるやうなことは絶對にない。しかし、これだけでは賣主の債務は尙依然として存續してゐるから何時又履行の請求を受けるかも知れない。其際には無論それに應じて履行せねばならず、従つて其時まで何時でも履行請求に應じ得るだけの用意をしてゐなければならぬ。其結果賣主は一旦爲した提供が無駄になることによつて損害を蒙るの外賣品の保管其他について色々の費用を要する。賣主は果して其賠償を受け得るのであらうか。學者によると、民法上に何等據るべき明文なきことを理由として之を否定せむとするものがあるけれども、民法にも現に「債權者ガ債務ノ履行ヲ受クルコトヲ拒ミ又ハ之ヲ受クルコト能ハザルトキハ其債權者ハ履行ノ提供アリタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ズ」（（第一三條））との規定があつて、債務者遲滯に關する第四百十二條の規定と對をなしてゐる。而し

て遲滯の結果如何に關して一般的に第四百十四條以下の諸規定を設けて居る所を見ると、民法は債權者以下賣主の請求權利者として賣主を以て、債務履行の提供あらば之を受領すべき義務をも負擔して居るものとする主義を採用して居るものと考へるのが正當である。従つて、買主の不受領は矢張り一種の債務不履行であつて、賣主は勿論第四百十五條によつて損害の賠償を請求し得るものと解せねばならない。

然らば次に賣主は何等かの方法によつて一方的に其債務を免れることが出来ないであらうか。民法上其の一方法として認められてゐるものは「供託」であつて、賣主が第四百九十四條以下及び供託法の諸規定によつて適法に供託すればこれによつて債務は消滅する。又第二の方法として賣主は契約解除をも爲し得るものと解すべきであらう。何故なれば、上述の如く買主に受領の義務ありとするのが民法の主義である以上、買主が故なく受領を遅延して居るならば、賣主は第五百四十一條によつて先づ相當の期間を定めて催告を爲した上期間内に

受領がなければ直に解除を爲し得るものと解することが出来るからである。

第五 買主の権利

買主にとつての重要事は賣買の目的物について契約の本旨に従つた完全な履行を受けることである。然らば先づ第一に

一 目的物の権利は何時に於て買主に移轉するか。

賣買は——第五百五十五條によると——確に債務的契約である。賣主は財産權移轉の債務を負ふけれども、同時に其の財産權が賣買成立と共に當然買主に移轉するや否やは毫も同條の規定する所ではない。其結果學者によつてはかゝる財産權移轉の効果を生ずる爲には——

賣買の外——其の履行の爲め必ず特に直接財産權の移轉を目的とする別個の行爲——「物權行爲」——を必要とする旨を説く者があるけれども、吾民法の解釋としては當事者が賣買締結に際し直に財産權移轉の效果までも發生せしむることを欲して居る場合に、特に其の意欲を抑止すべき理由は少しもない。寧ろ反つて當事者が財産權を移轉すべきことを約した以上、特に反對の定めをしないか又は——例へば目的物がまだ特定物でないとか現に第三者の所有物であると言ふやうな——特に妨げとなるべき事由のない限り當然に財産權移轉の效果をも生ずるものと解せねばならないのであつて、第七十六條が「物權ノ設定及ビ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ズ」と規定して居るのも其の趣旨に外ならないのである。此點に於て大審院が一時非常に盛であつた反對説に動かされずして古くから此の趣旨の解釋をとつて居ることは大に注目し値する(大審二・一〇・二五)。

二 賣主の諸義務

第五 買主の權利——目的物の權利移轉時期——買主の諸義務

余れ又其の一人より

かくの如く賣買の目的物たる財産権は賣買それ自身の効果として直に買主に移轉するのが原則であるけれども、其の然らざる場合には勿論賣主に於て後より之を移轉するに必要なる行爲を爲さねばならない。

尙買主としては権利そのもの、移轉を受ける外、権利の享有を完全ならしめる爲め、一面に於ては目的物の引渡を請求し得べく、他面に於ては権利の取得を第三者に對抗するに必要な行爲に協力すべきことを請求することが出来る。例へば、不動産の買主は其の引渡を請求し得ると共に登記の申請に協力すべきことを請求し得る（第一七七條、不動産登記法第二六條）、債權の買主は債權讓渡の通知を爲すべきことを請求し得る（第四六條）、又記名株式の買主は名義書換の手續に協力すべきことを請求し得るのである（商法第一五〇條）。

而して賣主若し此等の諸義務の履行を怠るならば、買主は或は同時履行の抗辯によつて其の履行あるまで代金の支拂を拒絶することも出来るし（第五三條）、又或は此等諸義務の強制履

行（第四一條）を裁判所に訴へたり、履行遅延に因る損害の賠償を請求することが出来る（第四一條以下）。尙場合によつては履行遅延を防ぐ爲め豫め賠償額豫定若くは違約金の特約を爲さしめることが出来る（第四二〇條）。而して愈々賣主がどうしても債務を履行しなければ、相當の期間を定めて催告した上契約の解除を爲すことも出来る（第五四條）。

尙賣買の目的物に——例へば掛軸の箱、刀劍の鑑定書のやうな——附屬品がついて居ればそれも亦勿論引渡さねばならぬ（第八條）。之に反し「未ダ引渡サザル賣買ノ目的物ガ果實ヲ生ジタルトキハ其果實ハ賣主ニ屬ス」（第五七五條第一項）るのであつて、賣主が引渡債務について既に遲滞に陥つて居る場合でも之を買主に引渡す必要がない（大審一三・九・二四）（民集三卷四四〇頁）。

三 賣主の擔保責任

買主にとつては賣買の目的物たる財産権を契約の本旨に従つて完全に取得することが必要である。従つて、例へば書店にて甲博士著「民法總論」一冊を買ひたる者は落丁なき完全なる

「民法總論」一冊を取得し得べき權利を有するのであつて、若しも渡された本に落丁があれば他の完全なものと代へて貰ふなり又は落丁の部分を補足して貰ふことが出来る。所が同じ「民法總論」を古本屋で買ったとする。其場合の法律關係は全く違ふのである。買主の買ったものは甲博士著「民法總論」なる種類を以て抽象的に指示された物ではない。偶々店頭にあつた特定物としての「民法總論」を買つたのである。従つて買主としても唯その「民法總論」を取得し得る權利があるに過ぎず、賣主としても唯その本を譲渡すべき義務を負ふに過ぎない。縱令偶々其本に落丁があつても別に完全な「民法總論」を給付すべき義務は少しもないのである。

しかし、賣買は常に有償契約である。代金額の如何は常に品物の如何に應じて定められるのである。完全と信じて一定の代價を以て買受けた品物に瑕疵ある場合に、「ともかくその品物をその値段で買つて仕舞つたのだから後から瑕疵が発見されても如何とも仕方がない」と

言ふて、之を放置することは確に不公平である。無論買主をしてかゝる疵物を捉ますについで賣主が詐欺又は脅迫を行つたのであれば、買主は賣買契約を取消すなり（第九條）、不法行爲を理由として損害賠償を請求し得る（第七〇條）（本書上卷二）（〇七頁參照）。又場合により買主は法律行爲の要素に錯誤あることを理由として賣買の無効を主張することも出来るであらう（第九條）（本書上卷參照）。乍併かくの如き詐欺脅迫乃至錯誤の立證がつかない場合でも、瑕疵ある品物を高價に買はされた買主を無救済のまま放置することは有償契約の本質に鑑みて明に公平でない。これ民法が「擔保責任」なる特別の制度を設けて、瑕疵欠缺ある品物を——特定物として——買ひ受けた者の保護を計つて居る所以であつて、無償契物たる贈與について民法がかゝる擔保責任を認めてゐないのと比べて大に注目すべき點である（第五五一條參照）。無論當事者が特約を以つて擔保責任なき旨を定めても差支ないけれども、「其知リテ告ゲザリシ事實及ビ自ラ第三者ノ爲メニ設定シ又ハ之ニ讓渡シタル權利ニ付テハ其責ヲ免ルルコトヲ得」ない（第五七條）。

賣買の目的物の瑕疵欠缺には色々の種類がある。依つて民法は其の種類如何に應じて次の如き色々の規定を設けて居る。

(一) 賣買の目的物が他人の所有に屬するとき

現在他人の所有に屬して居る品物を賣買しても契約それ自身は尙有效であること上述の通りである。「賣主ハ其權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉」しよればよい(第五六條)。所が賣主にそれが出来ないことになるに茲に初めて擔保責任の問題が起つて来る。其所で民法は、その場合買主は常に契約を解除し得べく、又若し契約當時其物の他人の物なることを知らざりしときは損害賠償をも請求し得べきものとし(第五六條)、之に應じて賣主若し契約の當時其物の他人の物なることを知らざりしときは彼れも亦自ら契約の解除を爲し得べきことを認めて居る(第五六條)。尙第五百六十三條第五百六十四條參照。

(二) 賣買の目的物について他人が所有權以外の權利をもつて居るとき

賣買の目的物が——所有權以外の——他人の權利の目的物になつてゐることも亦買主が賣買を爲すに至つた目的を阻害するものである。尤も其の他人の權利が——例へば單純なる賃借權の如き——債權であれば、依つて拘束を蒙るものは唯從來の所有者たる賣主のみであつて、買主は全くそれを無視して完全に所有權を取得し得る。之に反して其の他人の權利が物權其他第三者にも對抗し得べき效力を有する權利であるならば、買主は假令所有權を得ても其等の權利の對抗を受ける結果到底完全に所有權を享有し得ない。其場合、其等の權利の存在が初めから豫知されて賣買取引が爲されたのであれば格別、さもない限り必然に擔保責任の問題を惹起さざるを得ないのである。

民法はこれに付いて二の場合を分けてゐる。其一は、他人の權利が「地上權、永小作權、地役權、留置權又は質權」其他目的物の占有を目的とする權利である場合である。此場合には買主は賣買の結果目的物の所有權を取得しても此等の權利に妨げられて事實其の占有を取

得ることが出来ない。例へば、他人の地上権の目的になつて居る土地を買受けても地上権者が其土地の上に「工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル權利」をもつてゐるから、買主はそれに妨げられて事實其の土地の使用を爲し得ない。彼としては地上権の存続期間中引續き貸して置くの外に途がないのである。しかし、それでは善意で其の土地を買つた者には甚だ氣の毒であるから、民法は特に規定を設けて、「之が爲メ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハザル場合ニ限り買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得、其他ノ場合ニ於テハ損害賠償ノ請求ノミヲ爲スコトヲ得」ることとしたのである（第五六條）。

次に其二は、他人の權利が「先取特權又ハ抵當權」の如き目的物の占有を目的としない權利の目的となつてゐる場合である。此場合には權利の存在夫れ自身は買主が買取つた物の使用収益を爲すことの妨げとならない。けれども、將來債務者が不履行に陥ると何時でも競賣によつて所有權を奪はるべき危険がある。買主としては、一には何等か適當の方法によつて

其の危険を豫防したい、二には又愈々其の危険が實現した場合に相當の救済を得ることを希望したいにきまつて居る。無論初めからそれ等の權利の存在を知りそれを條件として賣買が爲されたのであれば格別であるけれども。

買主の此の希望に應ずるが爲め民法の設けてゐる方法は左の通りである。

(イ) 買主が自ら何等かの出捐を爲して抵當權を消滅せしめたならば「賣主ニ對シテ其出捐ノ償還ヲ請求スルコトヲ得」るの外、尙損害あらば其賠償を受けることが出来る（第五六條第二項第三）。

例へば、買主が當該の抵當權によつて擔保されてゐる賣主の債務を代つて支拂へば（第四七四條參照）之によつて抵當權は消滅する、而して買主は賣主に向つてそれに要した費用の償還を請求し得る。又買主は第三百七十八條以下の諸規定により「抵當權者ニ提供シテ其承諾ヲ得タル金額ヲ拂渡シ又ハ之ヲ供託シテ抵當權ヲ濺除スルコトヲ得」る。而してそれに要した費用はこれ亦賣主に向つて償還を請求し得る。尙抵當權者は場合により買主に對して其の

賣主に支拂ふべき代金に相當する金額の支拂を求めることがあるであらう、其場合買主が之に應じて支拂へば——縦令其の金額は該抵當權によつて擔保されて居る債權額より少くても——抵當權は之によつて消滅する(第三七條)。而して其の金額の償還を賣主に求めるか又は彼に對する代金債務と相殺することが出来る。而して此等いづれの場合に於ても買主は其の償還を受けるについて今まで抵當權者の手にあつた抵當權を——代位(第五〇〇條以下)の法理によつて——自己の爲めに利用することが出来る。

(ロ) 次に愈々抵當權が實行されて買主が不動産の所有權を失つたならば「買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」るの外、「損害ヲ受ケタルトキハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得」る(第五條第一項)。(第六六條第三項)。

尙(一)(二)の場合に於けるが如く、「賣買ノ目的ニ付キ權利ヲ主張スル者アリテ、買主ガ其買受ケタル權利ノ全部又ハ一部ヲ失フ虞アルトキ」等には買主は一時代金の支拂を拒んで、

まさかの場合の損害を豫防することが出来る(第五七六條以下參照)。

(三) 賣買の目的物が不存在なるか又は履行不能なるとき

賣買の目的物が賣買締結前既に滅失して存在しないと其他の履行の不能なることが確定してゐる場合がある。其中「數量ヲ指示シテ賣買シタル物が不足ナル場合」例へば百坪ありと稱する土地を一坪百圓にて買受けた所事實は九十八坪しかなかつたと言ふやうな場合、「物ノ一部ガ契約ノ當時既ニ滅失シタル場合」、及び「賣買ノ目的タル不動産ノ爲メニ存セリト稱セン地役權(第二八〇條以下)ガ存セザリシトキ」に關しては民法中に明文があつて、それが爲め契約を爲した目的を達すること能はざる場合には契約全部の解除が出来ることになつて居り、さもない場合には代金減額乃至損害賠償しか請求出来ないことになつて居る(第五六五條第五六條第六條第二項前段)。

所が目的物の全部滅失其他全部不能の場合については何等の明文がない。しかし通説は此場合には契約全部が當然無効になると説いて居る。而して此外損害賠償の請求を爲し得べき

こと——一部滅失の場合に比べて——素より當然である。

(四) 賣買の目的物に瑕疵あるとき(瑕疵擔保)

買受けた品物に本来あるべき性質が缺けてゐる場合に之を知らずして買った買主が何等かの救済を要求するのは當然である。若しも其の缺點が物の同一性までをも害する程度、例へば純金製なりと稱して賣買した指環が鍍金であつたと言ふやうな場合には、所謂「法律行爲ノ要素ニ錯誤アリタル」ものとして買主は「重大ナル過失」なき限り契約の當然無効を主張し得べく(第九條)又それほどの缺點でなくとも其の賣買が賣主の詐欺又は脅迫によつて爲されたのであれば買主契約の取消を爲し得べきこと上述の通りである(第九條)。

所が缺點がそれ程でもなく又賣主に詐欺脅迫の事實もない場合でも、買主としては尙一定の救済を求め得て然るべきである。其所で民法は當該の缺點が「隠レタル瑕疵」なること即ち買主が之を發見せざりしについて過失なかりしことを要件として、瑕疵の爲め「契約ヲ爲

シタル目的ヲ達スルコト能ハザル場合」には解除を許し、然らざる場合には「損害賠償ノ請求ノミヲ爲スコトヲ得」る旨を定めて居る(第五七條)。故に例へば中古自動車を買つた後に於てエンジンに——其程度の自動車として普通あるべからざる——或故障を發見したならば、其の故障原因が賣買の際「善良ナル管理者ノ注意」を加へても容易に發見し得べからざるものである限り、買主は契約の解除若しくは損害賠償の請求を爲し得るのである。

(五) 債權の賣買に於て債務者の資力不足なるとき

債權を買つた場合に、例へば其の債權の全部又は一部が既に辨済されて存在しないならば、先に賣買の目的物が存在しない場合について説明した所を適用して問題を解決する。但し買主から債務者に向つて債權讓受に對する承諾を求めた場合に、債務者が失念其他の原因により「異議ヲ留メズシテ」無條件の承諾を與へると、縱令事實債務は既に消滅してゐても買主に對しては依然として其の債務辨済の責に任ぜねばならない。尤も債務者から前債權者たる

賣主に辨済の爲め拂渡したやうな物は無論之を取戻し得る（第四六條）。

以上と異なつて、例へば賣買當時には債務者の資力が充分であり、従つて債務の實質的價値も完全であつたが、其後辨済期當時には破産に陥つたと言ふやうなことがあつても、賣主は原則として何等の責任を負はない。債務者の資力に付いては特約なき限り賣主に何等の擔保責任なきを原則とする。尙其の特約ある場合でも果して何時に於ける資力を擔保するの意思なりしや不明の場合がある。其所で民法は第五百六十九條の推定規定を設けて其の解決に備へて居る。

四 危険負擔の問題

買受けた當時品物が完全であつたにも拘らず、其後天災其他第三者の過失によつた滅失毀損せしめられたならば、買主はこれによつて如何なる影響を受けるであらうか。

賣買締結の際物品が——例へば米百俵石炭千噸と言ふやうに——不特定物であり、而して

賣主がこれを買主の所まで届ける義務のある場合ならば、若しもその届ける前に品物が滅失毀損すれば、賣主は改めて完全な品物を給付する義務があるから、買主としてはこれによつて何等の影響を受けない（第四〇一條第二項、第五三四條第二項）。

之に反して、品物が初めから特定物であるか又は買主の所まで届けられてまだ受領引渡の済まない間に滅失又は毀損したならば、其の損失は買主之を負擔せねばならない。即ちかれは最早改めて完全な品物を給付すべきことを請求し得ざるに拘らず、代金だけは約定通り拂はねばならないのである（第五三條、四條）。例へば、甲が乙から建物を買受けてまだ其の引渡を済まさない間に火災の爲め類焼したならば、甲は一方建物を失ふに拘らず代金だけは約定通りこれを支拂はねばならないのである。

無論、其の建物に火災保險がついてゐれば、買主甲が保險金を取得し得る。又火災が第三者の放火によるならば買主はかれに對して損害賠償を請求し得ること勿論である。

第十章 金錢貸借

第一序 説

一 現代社會に於て賣買と並んで最も重要な經濟取引は金銭貸借である。今日では以前のやうに生活資料の獲得其他消費生活の需要に充てる爲めに借金をするばかりではなく、商業其他一切の産業を資本主義的に經營するについては原則としてすべて他から資金の融通を受ける必要がある。其の結果資金融通の仲介を營業とする銀行其他金融業の著大なる發達を來たし、彼等金融業者相互の間にも巨額な金銭貸借が行はれるに至つて居る。此故に、金銭貸借は今や吾々社會に於て最も重要な經濟取引の一つとなつたのである。

二 民法中金銭貸借に關する法規の中心を爲すものは消費貸借（第五八七條乃至第五九二條）である。し

かし、民法中金銭債権利息債権に關する總則的規定（第四〇二條以下）、質抵當其他物的擔保（第三四二條以下）、保證連帶等人的擔保（第四三二條以下）に關する諸規定の主として適用される場合は金銭貸借であり、其の外利息制限法（明治十年布告第六六號）、質屋取締法（明治三八年法律第一四號）、工場抵當法（明治三八年法律第五號）其他各種の特殊財團抵當法等金銭貸借に關する法令は極めて數多く存在する。

尙社債の如き特殊の金銭貸借については商法中社債に關する諸規定（第一九九條以下）、擔保附社債信託法（明治三八年法律第五二號）の如き特別の法規があり、無盡に關しては又無盡業法（大正四年法律第二四號）なる特別の法令がある。

預金は金銭を預入れた上これと同一數量の金銭を返還せしむることを約する點に於て、甚だ金銭貸借に類似して居る。けれども前者は飽くまでも預ける契約——消費寄託——である。主として預金者の利益の爲めに其の申出に基いて爲されるのである。之に反し金銭貸借は主

三 尙金銭貸借に極めて類似してこれと異なるものに「預金」及び「金銭信託」がある。預金は金銭を預入れた上これと同一數量の金銭を返還せしむることを約する點に於て、甚だ金銭貸借に類似して居る。けれども前者は飽くまでも預ける契約——消費寄託——である。主として預金者の利益の爲めに其の申出に基いて爲されるのである。之に反し金銭貸借は主

として借主の利益の爲めに其の申出によつて爲される。此故に、経済的には二者の間に金利其他について色々の差異を生ずるが、其の外民法は第六百六十六條の規定を設けて法律的にも亦之を區別して取扱ふことにして居る。

尙金銭信託は甚だ預金に類似したものである。しかし其の根本觀念には著しい差異があるのであつて、このことは後に信託の章(第十(六章))に於て之を説明する。

第二 金銭貸借の各種の形式

金銭貸借は各種の法律的形式によつて行はれる。其中最も古く且最も普通なる形式は消費貸借である。即ち一定數量の金銭を貸與へて將來これと同量の金銭を返還すべきことを約せ

しめる——口頭又は書面上の——契約である。而して民法第五百八十七條以下の諸規定は専ら此種の貸借形式を眼中に置いて規定されて居る。所が現在の複雑な金融取引は最早此種の簡短な形式のみを以て満足しない。其結果、手形の振出割引によつて貸借を行ふ場合もあれば、當座貸越契約に基き小切手を振出すによつて金を借りる場合もあり、又會社が社債を發行し國家其他の公共團體が公債を發行して金を借りる場合もある。而して此等の形式による貸借については夫々獨特の法律問題を生じ得るが故に、法律に於ても亦それに應じて必要な各種の法規を設けて居る。

一 消費貸借

消費貸借に關する民法第五百八十七條以下の諸規定は獨り金銭貸借のみならず米穀其他代替物の貸借についても廣く適用される。しかし現在世の中で行はれて居る消費貸借の大部分は言ふまでもなく金銭貸借である。

消費貸借は——借地借家の契約の如き——賃貸借若くは使用貸借と並んで貸借契約の一種をなすものであるが、賃貸借等にあつては貸借の目的物は依然として貸主の所有にあり、借主は單に其の物を占有して使用収益し得るに過ぎざるに反し、消費貸借にあつては貸借の目的物は貸付と共に借主の所有は移るのであつて、彼れは唯將來同種同量物の物を返還すべき義務を負ふて居るに過ぎない。従つて同じ金銭の貸借でも、例へば單に陳列の目的を以て金貨を借り返へすときにも同じ金貨をそのまま返へす約束であれば、消費貸借ではない。

貸金契約に際しては證書を作るのが普通であるけれども、法律は必ずしも之を要求してゐない。單なる口約束でも有效である。又證書を作成してもそれは單なる證據材料たるに過ぎないのであつて、手形を振出す場合のやうに證書そのものに特別の法律的效力がある譯ではない。唯其の證書が公正證書であり且其の中に「直チニ強制執行ヲ受ク可キ旨ヲ記載シ」てあれば、將來借主が返金を怠ると、貸主は——特に返金訴訟を起すまでもなく——直に強制

執行を爲し得ることとなるのであるから（民事訴訟法第五、五九條第五號）、貸主にとつては甚だ便利であり、

それだけ借主にとつては少しでも辨濟を怠ると直に強制執行を受ける危険がある。

尙現行法上消費貸借が賃貸借と異なつて居る大事な點は、單に金を貸す借りると言ふ合意が成り立つたゞけでは未だ消費貸借の成立を來なさないことである。民法によると「消費貸借ハ當事者ノ一方ガ種類、品等及ビ數量ノ同ジキ物ヲ以テ返還ヲ爲ス事ヲ約シテ相手方ヨリ金銭其他ノ物ヲ受取ルニ因リテ其效力ヲ生ズ」（第五八、七條）るのであるから、金銭を受取つた上それと同額の金銭を返還すべきことを約するのが消費貸借契約の本體であつて、金銭の授受がなければ消費貸借の成立を來たさない。學者は此故に消費貸借を稱して「要物契約」の一種なりと言ふて居る。無論貸借の合意と同時に金銭の授受あることを必要とするのではない。合意の後に授受があれば契約は其の時に成立すべく、又既に借主の手に渡つてゐる金銭について貸借の合意が成立すれば其の時に貸借契約の成立を來たすのである。従つて、例へば買

買代金や小作料家賃等の滞りを借金債務に振り替へるについては、恰も其の滞つてゐる金額が既に借主に渡されてゐると同じであるから、改めて金銭の授受を爲さずとも、單に其の金額を以て以後「消費貸借ノ目的ト爲スコトヲ約シ」さへすれば、それで契約の成立を來たすのである（第五八條）。學者は此種の場合を稱して「準消費貸借」と呼んで居る。同様の理由により、銀行預金の振替勘定、郵便爲替の交付等其他經濟上實質的に金銭の現實的授受ありたると同一の事情さへあれば縱令現實に金銭を授受せずとも消費貸借の成立を妨げないと言ふのが判例であり（大審一・一〇・二五）、從つて又貸主が借主に交付すべき金額中から借主承諾の上利息の前拂として相當金額を天引し現實には其の殘額だけを交付しても貸借契約は全額について成立するを妨げないと言ふのも從來一般に認められた解釋である（大審二・二・二）。要するに、消費貸借が要物契約であると言ふことに餘り重きを置かなくなるのが最近の傾向であるが、今でも金銭授受に先立ち既にこれありたりと稱して作成した貸借の公正證書は縱

令其の後に至つて現實の授受があつても實際の事實に吻合しないから上記民事訴訟法第五百五十九條に規定する強制執行の債務名義となり得ないと言ふ判例になつて居ることに注意せねばならぬ（大審四三・一〇・一四民錄六八四）
頁同四・七・一五民錄一二一五頁）

二 手形割引による金銭貸借

銀行が互に資金を融通し合つたり、商人が銀行から金を借りたり、又高利貸が金を貸す場合に、普通の消費貸借契約を締結せずして、借主が自ら振出したか若くは其の所持してゐる第三者振出の手形を貸主に裏書譲渡し、貸主はこれに對して其の手形の額面金額から満期日までの利息を日歩の計算によつて割引した殘額を借主に渡すと言ふ形式で貸借を行ふ例が廣く一般に行はれて居る。此の形式をとると、貸主は其の後若し必要あらば——借主の信用次第では——比較的容易に手形を他に轉讓したり又は擔保に入れて金の融通を受けることが出来る、又利息も最初に天引して仕舞ふから後から利息に關する問題が起らない、其の上愈々

訴訟をするにしても爲替訴訟と言ふ比較的簡易な手續(民事訴訟法第(四九四條以下))を利用し得る便利もあり得る。

此の種の形式による金銭貸借は實は一種の賣買である。即ち借主は自己の振出したか又は其の所持する他人の手形によつて表章された債權を貸主に賣るのである。貸主借主の間に消費貸借契約が締結されて其の證書として手形を入れるのではない。従つて、借主が一度貸主に裏書讓渡して仕舞へば、以後は唯振出人乃至裏書人としての手形上の責任を負ふて居るだけで、何等貸借上の債務を負ふてゐない。満期日に至つて貸主又は彼から更に裏書讓渡を受けた手形所持人に支拂を爲すのは單なる手形債務の履行であつて、貸借上の債務を履行するのではない。

三 當座貸越契約に基く小切手の振出

當座預金者は預金額の限度を越へて小切手を振出し得ないのが原則である。しかし、豫め

不動産有價證券定期預金證書の類を擔保として一定の限度まで預金額を越えて小切手を振出し得べき旨の貸越契約をして置けば、預金者は必要ある毎に其の限度まで任意に小切手を振出すことが出来る。此場合には貸越契約が結ばれたのみでは未だ何等の金銭貸借が行はれたのではない。金銭貸借は其の後預金者が預金額を越えて小切手を振出し、而して銀行が其の支拂を爲した場合に至つて初めて成立するのであるから、貸越契約それ自身は言はゞ消費貸借の豫約のやうなものである。しかし、契約の初めから將來發生すべき債務を擔保する爲め各種の擔保を設けることは法律上有效であつて、一般に此の種の擔保を稱して根抵當と言ふて居る。

四 無盡

無盡は吾國庶民の金融機關として極めて古い歴史を有するものである。無盡には、通常「親無盡」と云ふて講元——親——と稱する者が講員を募集し一定の時期毎に一定の金額を拂

込ましめ毎回抽籤又は落札の方法によつて一定の金額を講員に交付するものと、「親無し無盡」と稱して講員全體が一定の時期毎に一定の金額を醸出し一定の時期毎に抽籤又は落札の方法により各講員をして醸出の講金中より若干の金額の交付を受くるを得しむる契約たるものとの二種類がある。尤も無盡の中には單に金融を目的とせず或は講員をして社寺の參詣旅行等を爲さしめる等種々の目的を以て組織されるものがあるけれども、其中法律上最も注目すべきは金融を目的とするものである。殊に親無盡にあつては講員に於てこれを營業とし、無盡會社の設立をさへ見るに至つた結果、自ら講員の違法違約行爲によつて講員に損害を與へる事例が増加した爲め、今では無盡業法（大正四年法律第二四號）によつて嚴重な監督を受けることになつてゐる。

「無盡の法律的性質如何に付いては學者間に色々の説があつて、或者は之を以て消費貸借なりとし、或者は組合契約なりとし、又或者は組合類似の特殊の契約であると説いてゐるけ

ども、愈々抽籤又は落札の方法で或講員に一定の金額を交付する場合には、保證若くは物的擔保を立てしめ、以後賦割を以て掛戻金を爲さしめることとなるのであるから、其の點だけを引離して觀察すると甚だ普通の貸金契約に類似して居る。しかし其の基本たる無盡契約によつて講員は定期に掛金を爲すべき債務を負ふと同時に、抽籤又は落札によつて講金の交付を受くべき權利を取得するのであつて、講員の掛金が一旦講元乃至管理人の所有乃至信託的所有となるか又は講員の共有として止まるかの問題、掛金の拂込・講金の交付及び拂戻に關する法律關係が法律上講員相互間の組合的關係であるか又は講元と個々の講員との關係であるかの問題等は個々の無盡契約を解釋して之を決定するの外ない。唯純然たる無盡會社にあつては法律關係は唯會社と個々の講員との間のみ存在し講員相互の間には何等の組合的關係なく、且講員の掛金の如きも一旦會社の所有に歸して仕舞ふこと極めて明瞭である。

第三 利息

一 借金に利息は殆んど例外なきつきものである。昔キリスト教の影響を受けた國々に於ては利息を以て不道德なりとし法律を以て全然これを禁止したことがある。しかし經濟の自然は終にこの人爲的禁制を驅逐して今日では借金は寧ろ利息附であることが通例であると言ふ考を一般に行き互らしむるに至つた。

我國の現行法に於ても利息それ自身は勿論これを禁じて居ない。殊に「商人間ニ於テ金銭ノ消費貸借ヲ爲シタルトキハ——縦令利息の特約がなくとも——貸主ハ法定利息ヲ請求スルコトヲ得」(商法第二七五條)との規定さへある。無論別に利息制限法の規定があつて「元金百圓未満ハ一ケ年ニ付百分ノ十五(一割五分)百圓以上千圓未満百分ノ十二(一割二分)千圓以上

百分ノ十(一割)以下」とすべき旨の制限があるけれども、この規定は商事の貸借には全然その適用がない(商法施行法第一一七條)のであつて、同法の制限に服するのは其他の普通の金銭貸借である。しかし、それすら實際上は中々正確に行はれてゐないのであつて、借金證書の表面には正規の範囲を超えない利率を書いて居ても實際上は禮金手数料其他の名儀に依つて可なり金額を天引し、結果に於ては制限以上の貸借を爲したと同一になつて居る事例が甚だ多い。而して裁判所に於いてもこの天引の慣例を認めて、既に前拂された利息は縦令法律の制限を超えてゐても最早これを取戻すことを得ずとの判例を維持して居るから(大審四二・七・三・民録五四頁、同二〇・三・五民録四)利息制限法の制限も實際上殆んど實益を現はさない實情である。この故に今日學者は一般に斯くの如く一定の率を定めて利息を制限するよりは、寧ろ獨逸民法(第一三)に於けるが如く相手方の困窮輕卒無智に乗じて爲したる暴利行爲を無効とする趣旨の規定を設け、これによつて特に顯著なる暴利行爲を取締ることにする方がよいと言ふ主張をしてゐる。

尙質屋の金銭貸借については特別の利息制限規定がある（質屋取締法第九條）。

二 かくの如く法定の制限を守りさへすれば利息の約束は有効である。所が世の中には利息の約束をしてゐながら利率について何等の定めをしないと又は單に「成規の利息御支拂可申候」と言ふやうな文句で約束をしてゐるに過ぎない場合が少なくない。民法は前の場合には利率を年五分（第四〇條）——商事については年六分（商法第二七六條）——とする旨の規定を設けてゐるが、後の場合については其の所謂「成規の利息」が法定利率年五分を意味するか又は利息制限法による最高利率を意味するか不明の場合が少なくない。結局は契約の趣旨を解釋して之を決するの外ないであらう。

三 尙外國の法律中には複利の契約を禁止してゐる例があるけれども、我國では單にこれを禁止しないのみならず、何等の特約がない場合でも「利息が一年以上延滞シタル場合ニ於テ、債權者ヨリ催告ヲ爲スモ債務者ガ其利息ヲ拂ハザルトキハ、債權者ハ之ヲ元本ニ組入ル

ルコトヲ得」（第四〇條第五條）ることになつて居る。

十一條 五三

第四 貸金の擔保

一 債權の一般的擔保と債權平等の原則

金銭貸借に關聯して最も重要な事柄は擔保の問題である。

元來、債權はすべて互に平等なるを原則とする。發生原因の如何に關係なく發生時期の如何を問はずして債權はすべて互に平等なるを原則とする。唯之に對する例外として別に「先取特權」なる制度があつて、或種の債權は——其の特に優遇せらるべき理由によつて——或は債務者の總財産から（一般の先取特權）或は又債務者の特定財産について優先的辨濟を受けること

を許されてゐるのである（第三〇三條乃至第三四一條）。而して其の一例は先に賣買の章に於て之を説明した。

此故に、貸金債權の如きは其金額・發生時期等の如何に關係なくすべて互に平等である。一度債務者が破産其他債務超過の状態に立ち至つた場合に於て、互に平等なる貸金債權者は平等の割合を以て其の債權額に應ずる按比例的辨濟を受け得るに過ぎない。或債權者のみが特に他人に優先して辨濟を受けることは絶対に許されない。

然らば、債權者中の或る者が豫め債務者と約して自己のみ特に優先的辨濟を受け得べき旨の契約を爲したりとせば、其の效力果して如何。それは債權平等の原則に違反するものとして勿論無効たるを原則とする。けれども、民法は此點について極めて重大な例外を認めて居る。即ち、或る債權に對して一般的に優先的效力を認めむとする契約の效力は之を認めないけれども、特に債務者所有の特定財産だけから優先的辨濟を受け得べき旨の契約は之を有効

と認め、それが爲め特に「質權」及び「抵當權」なる制度を設けて居る。

かくの如く、質權乃至抵當權によつて特に擔保せられたものを除く外、貸金債權はすべて平等である。従つて彼等にとつては債務者の總財産のみが唯一の頼りである。彼等にとつては債務者の總財産が其の一般的擔保であり其の共同的擔保である。此故に、債務者總財産の増減は彼等にとつて最も利害關係ある事柄であつて、彼等が之に向つて相當の干渉を爲さむことを希望するのは極めて當然である。此故に民法に於ても特に此の要求に應ずるが爲め「債權者代位權」及び「債權者取消權」の制度を設け、以て債務者資力の増減に對して多少の干渉を爲し得べきことを認めて居る。

二 債權者の代位權と取消權

債權者の代位權と取消權とは、總債權者の一般的擔保たる債務者の總財産——辨濟資力——が債務者の作爲又は不作爲によつて不當に減少せしめられ又は増加を妨げられることを防

止する爲め、特に民法の債權者に與へた權利である。

(イ)債權者代位權(間接訴權) 例へば、債務者が其財産の一部として第三者に對する債權を有するに拘らず、故なく之を行使せざるときは、之によつて其債權が消滅時效にかゝることもあり得るであらうし、又少なくとも債務者の資力が之によつて其確實性を害されてゐることは確かである。此故に民法はかくの如き場合に「債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ其債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得」(第四二條)るものとし、以て債務者資力の保全を計ることを許したのであつて、代位權若くは間接訴權の制度が即ちこれである。勿論、此權利は債權者が「自己ノ債權ヲ保全スル爲メ」に認められたものであるから、債務者の資力が充分であつてかゝる代位行使を許さずとも債權者に向つて何等辨済上の危険を感じしめる虞のない場合には素より之を行使し得べきではない。又如何に「債權ヲ保全スル爲メ」必要であつても法律が特に債務者本人に限つてのみ行使し得べきものとして居る權利——例へば子が親權

者たる母の行爲を取消し得る權利(第八八條)(大審七・六・一九)——の如きは、素より其の代位行使を許すべきではない(第四二三條第一項但書)。

尙此權利は債務者の辨済資力の保全を目的とするものであつて、直接個々の債權者に優先權を與へむとするものではないから、債權者の一人が債務者の債權を代位行使する場合にも彼のみが直接第三債務者から辨済を受け得るのではない。彼の請求によつて得た辨済は債務者に歸して他の總財産と共に總債權者の共同擔保となるのである。無論該債權者が其の辨済を受けるに付いて要した——訴訟乃至強制執行等の——費用は結局總債權者の利益に歸したのであるから、所謂「共益費用」として優先的に其の償還を受け得べきこと素よりである(第三〇七條第三二九條)。

(ロ)債權者取消權(廢罷訴權) 次に又例へば、債權者が充分の資力を有せざるに拘らず、債權者の執行を妨げる爲めに第三者と通謀して財産の隱匿を計ることがある。かゝる場合に

間接訴權
廢罷訴權

債務者第三者間の財産移轉行為が單に假裝的であつて眞實移轉の意思がないならば、其の行為は無効であるから（第九）、債権者はそれを主張して財産の取戻を計ればよい。所がかくの如き債務者第三者間の内部的意味關係は外部から之を立證することが困難であるから、法律としては縱令彼等の間に眞實財産を移轉する意思があつたとしても、苟も彼等双方が其の行為の結果債権者を害すべきことを知つて居た以上、すべて其の取消を許して然るべきである。これ民法が「債権者ハ債務者ガ其債権者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行為ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得、但其行為ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者ガ其行為又ハ轉得ノ當時債権者ヲ害スベキ事實を知ラザリシトキハ此限ニ在ラズ」（第四二四條第一項）との規定を設けた所以であつて、債権者取消權（廢罷訴權）の制度が即ちこれである。

此の權利も總債権者の共同擔保たる債務者の資力を保全する目的を以て許されて居るに過ぎないから、其の必要を超えて濫に取消を爲し得べきではない。又「財産權ヲ目的トセザル

法律行為」——例へば債務者の婚姻——は事實上多少債務者の資力を害する結果を生ずることがあつても債権者より之を取消し得べきではない（同條第二項）。尙此權利も單に總債権者の共同擔保を保全することを目的とするに過ぎないから、其の行使による「取消ハ總債権者ノ利益ノ爲メニ其效力ヲ生ズ」（第四二五條）るのであつて、特に取消訴訟を行つた債権者だけが優先的辨濟を受け得るのではない。無論訴訟に要した費用の償還を受けるについては共益費用としての優遇を受けること代位權の場合と同一である。終に取消權を行使し得る期間については第四百二十六條に特別の定めがある。

尙債務者が破産に際して同様の詐害行為を爲した場合については破産法中に「否認權」なる特別の規定があつて、債権者——破産管財人——は一層容易に其等の行為を否認し得ることになつて居る（破産法第七條以下）。

三 人的擔保——保證と連帶——債務引受

上述の如く、一般債権者にとつては債務者の總財産が窮局の共同的擔保である。然るに、人々の財産は今日ありて明日なきもの、日々増減して止まる所を知らないものである。此故に、貸金を爲さむとする人は、一面債務者所有の財産中個々の財産について質權乃至抵當權を設定して其債權の保全を計らむとすると同時に、他面債務者の外他の第三者をして同時に共同の債務を負はしめ、之によつて愈々の場合其の第三者の總財産からも辨濟を受け得るやうにしようとするのであつて、所謂「人的擔保」——保證・連帶——の制度は即ち其の必要に應ずるが爲め設けられたものである。

(イ) 保證 保證は保證人が主たる債務者と併んで之と同一内容の債務を負ひ愈々後者が其債務を履行しない場合に之に代つて履行を爲すべきことを約する保證人債權者間の契約である。

此故に、保證契約は——主債務者の委託に基いて爲される普通の場合でも——主債務者債

權者間の貸金契約とは全然別個の契約であつて、因つて生ずる保證債務も主債務とは別物である。唯飽くまでも主債務を擔保する爲めに存するのであるから、主債務が消滅すれば保證債務亦消滅し、主債務の額が減少すればそれに應じて保證債務も縮小する。従つて、主債務の額が利息其他の理由によつて自然に膨脹すれば、保證債務も亦之と共に膨脹せざるを得ない譯合であるが、其の限度については勿論保證契約中で特約をなし得るし、若し何等の特約がなければ「主タル債務ニ關スル利息、違約金、損害賠償其他總テ其債務ニ從タルモノ」を保證することとなるのである(第四四七條)。而して學者は「一般に保證債務が主債務の生滅増減と運命を共にする性質を稱して「附從性」と言うて居る。

尙保證債務は主債務に對して補充的關係に立つて居る。主債務の辨濟なき場合に之を補充すべき目的をもつて生まれたものである。此故に、債權者が先づ主債務者に向つて請求を爲し若くは強制執行を行はずして、直に先づ保證人を攻撃することは原則として之を許し難い。

此故に、民法は「債権者が保證人ニ債務ノ履行ヲ請求シタルトキハ保證人ハ先ヅ主タル債務者ニ催告ヲ爲スベキ旨ヲ請求スルコトヲ得、但主タル債務者が破産ノ宣告ヲ受ケ又ハ其行方ガ知レザルトキハ此限ニ在ラズ」(第四五) (先訴の抗辯又は催告の抗辯) 及び「債権者が前條ノ規定ニ從ヒ主タル債務者ニ催告ヲ爲シタル後ト雖モ保證人が主タル債務者ニ辨濟ノ資力アリテ且執行ノ容易ナルコトヲ證明シタルトキハ債権者ハ先ヅ主タル債務者ノ財産ニ付キ執行ヲ爲スコトヲ要ス」(第四五) (三條) (檢索の抗辯) なる二規定を設けて其の趣旨の實現を計つて居る。しかし、主債務者保證人間の特約によつて保證人に此の種の抗辯権なき旨を約することは素より差支ないのであつて、學者は此の種の特約ある保證を稱して特に「連帶保證」と言うて居る(第四五) (四條)。しかし連帶保證も矢張保證の一種であるから上記の附從性は此場合にも存在する。唯右二種の抗辯権がないだけの違ひである。けれども、債権者は愈々辨濟を受けむとするに當つて——後に述べる連帶債務の場合と同様——主債務者保證人のいづれに對して

も直に請求を爲し得る譯であるから、普通の保證の場合に比べると連帶保證人の地位は甚だ危険なものであることを覺悟せねばならない。

尙保證に關して特に注意せねばならないのは債権者が辨濟の確實を欲して數人の保證人を立てしめた場合である。此場合それ等の保證人のすべてが充分の資力をもつて居れば勿論問題はないけれども、さもない限り債権者にとつて意外の危険を生ずる虞がある。何故なれば、數人の保證人ある場合に於ては——彼等之間に特に連帶の特約ある場合の外——債務額は各保證人の間に均分せられて各其一部を負擔するに過ぎないこととなるからである(第四五) (六條)。學者は一般に之を稱して「分別の利益」と言ふ。此點は數人の保證人を立てしめやうとする者の特に注意せねばならぬ事柄である。

終に、保證人が債権者によつて辨濟をさせられると主債務者の債務亦之によつて消滅するが故に、主債務者は保證人の負擔によつて利益を受けたことになる。従つて保證人は或は主

債務者から保證を委託された契約の主旨に従ひ、又或は不當利得の法理によつて、主債務者から其の利益の償還を受ける権利がある。此點については第四百五十九條以下の諸規定参照。

(ロ) 連帯 連帯は一人の債権者に對して數人の債務者が平等的關係に於て同一内容の

債務を負擔する關係である。例へば、甲乙二人連帯にて丙より金百圓を借りた場合には、甲乙

二者の内部關係に於ては甲が眞の借主であつて乙は唯事實上保證的關係に立つて居るに過ぎない場合でも、尙且兩人は各々別々に金百圓の債務を負擔する。従つて債権者は其好む所に從ひ甲乙何れに對しても「同時若クハ順次ニ」「全部又ハ一部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得」るのであつて(第四三二條)、乙は甲との内部關係を以て債権者に對抗するを得ない。無論、債権者としても實質的には唯金百圓の債権を有するに過ぎないから、甲又は乙から百圓全額の辨濟を受けて仕舞へば他の債務者たる乙又は甲も同時に其の債務を免るべきこと勿論である。

けれども、甲乙二人の債務者相互間には保證の場合の如き主従の關係がないから、例へば甲

の債務負擔行爲について無効又は取消の原因があつても、直接其の影響を受けるのは甲のみであつて、乙は何等の影響を受けない(第四三三條)し、其他「連帯債務者ノ一人ニ付キ生ジタル事項ハ他ノ債務者ニ對シテ其效力ヲ生ゼ」ざるを原則とする(第四四〇條)。

しかし、甲乙二人の債務は債権者に一定の満足を與へると言ふ共同の目的をもつてゐるから、其點に關しては飽くまでも二者の間に密接の關係があるのであつて、甲の辨濟は乙の債務をも免れしめ、甲に對する履行請求は乙に對してもこれありたると同一の效力を生じ(第四三三條)、其他甲と債権者との間に辨濟と同じく債権者に満足を與ふべき行爲が行はれると乙も亦其の效果に均霑し得る(第四三五條第四三三條、六條第四三八條)。之に反して甲と債権者との間に行はれた行爲が單に甲についてのみ其債務を消滅せしむべき趣旨のものなるときは、之によつて直接債務全額を免れるのは甲のみであつて、乙は直接其恩惠に浴しない理由である。けれども民法は特に、甲乙兩者の内部關係に於て例へば二分の一宛と言ふやうな負擔部分の定めあるときは、甲の

負擔部分に相當する金額だけ乙も亦債権者に對して其債務を免るゝ旨の規定(第四三七條)を設けて、甲乙間に後に述ぶるが如き求償關係の問題を起さないやうにとめて居る。従つて例へば甲が債権者から金百圓を借入るゝに際し乙が之を保證する目的を以て連帶債務を負ふたならば——乙には何等の内部的負擔部分がない故——若しも甲が免除又は時効によつて債務全額を免れれば、乙も亦全部債務を免れるのである。

尙終に、甲が債権者から金を借入るゝに際し乙が單に保證人的意味に於て連帶債務を負ふたのであれば、乙には内部的に何等の負擔部分がない。従つて乙が債権者に債務全額を辨済して甲乙兩者の債務を消滅せしめたならば、内部關係に於て事實利益を受けるものは甲一人である。依つて乙は甲に向つて辨済に要した費用の償還を請求し得べきこと主債務者の爲めに辨済を爲した保證人と同様である(第四四二條)。

(ハ) 債務引受 債權最後の擔保は債務者の總財産なること上述の通りである。従つて

今まで無一文の甲に對してもつてゐた債權が、百萬長者乙によつて引受けられれば、突如として額面通りの價值を取得するに至る譯である。此故に、世上屢々第三者甲より債権者に確實なる擔保を提供するの意味に於て乙の債務を引受け、之によつて債権者が實質的利益を受ける對價として或は債務額一部の免除を得又或は辨済の延期を受けるが如き取引の行はれる例が少くない。これ即ち所謂「債務引受」であつて、人的擔保の轉換によつて債權の實質的價值を變化せしめむとするものである。現行民法はこれに關して何等の明文を設けてゐないけれども、通説は從來の債務者甲の意思に反せざる限り引受人乙と債権者との契約によつて有効に之を爲し得るものと認めて居る。

尙乙が引受人として債務關係に参加するの外從來の債務者甲も依然として債務を負擔する趣旨の契約——参加的債務引受——も世上に屢々之を見るけれども、これは畢竟乙が後から甲と併んで連帶債務若くは保證債務を負擔する旨の契約を爲すものに外ならないのであつて、

法律上其の有效なること素より何等の疑ひない。

四 物的擔保——質と抵當

債権者は債務者の所有財産中特定のものについて他の一般債権者に優先して辨済を受け得べき旨の契約を爲し得べきこと既に一言した通りである。従つて又第三者が——物上保證人として——債務者の爲めに特定財産を提供し其財産についてだけは債権者他の一般債権者に優先して辨済を受け得べき旨の契約を爲すことも同様に有效である。しかし、それ等の契約は常に必ず民法中質權及び抵當權に關する規定(第三四二)に従つて爲さるゝことを要するのであつて、之に違反して勝手に結ばれた契約は無効である。質權及び抵當權はいづれも物權であつて、其内容及び效力の如何は直接一般第三者の利害に關係するからである(第一七五)。

(イ) 質と抵當との區別 質の特色は質物の占有を債権者に移すにあり、抵當の特徴は抵當物の占有が依然として債務者の手中に止まるにある。債権者としては擔保物を自己の手

中に取上げて置く方が確かである。そうすると、債務者は金を返へすまで事實其の物の利用を妨げられるから一日も速に返金して物の占有を回復したいと希望するに違ひないからである。所が、場合によつては債務者が依然として擔保物を占有利用して居たい場合がある。例へば、土地を擔保に入れて建築資金を借入れむとするものはどうしても引續き其土地の占有を有せねばならぬ、工場を擔保にして事業資金を借入れむとするものも勿論引續き其工場を利用し得ねばならない。従つて彼等は擔保として質の形式をとることが出来ないのである。これ法律が別に抵當權を認めて物の占有を依然として債務者の手中に止めつゝ之を擔保に供し得る途を開いて居る所以である。

所が、擔保物の占有が引續き債務者の手中に止まつて居ると、外部の一般第三者には其物が果して物的擔保の目的になつて居るや否やを知ることが出来ない爲め、既に甲が擔保にとつてゐる物を乙が知らずに重ねて擔保にとり、其の結果思はぬ損害を蒙ることがあり得る。

此故に、民法は抵當の目的となり得べきものを不動産に限り（第三六九條）——登記によつて第三者に公示する方法なき——動産の抵當はこれを許さない主義をとつて居る。しかし、民法が抵當の目的物を不動産に限つて居る理由は決してそれが單に不動産たるが爲めではなくして登記によつて抵當権の存在を公示し得る途が開けてゐるからである。此故に、不動産でなくとも、船舶の如く登記を許されてゐる動産は抵當の目的になり得る（商法第六八六條）。又工場財團、鑛業財團、鐵道財團の如き特殊の企業財團は其の中に種々不動産以外の財産権を包含してゐるけれども、其の全體を包括的に登記して抵當の目的とすることが出来る。而して此の種の抵當が許されてゐる爲め、工業者其他は現に自ら運轉してゐる企業全體を其のまゝ抵當に入れて資金の融通を受けることが出来るのであつて、此の必要に應ずる爲めに設けられてゐる工場抵當法、鑛業抵當法、鐵道抵當法等は——擔保附社債信託法と相俟つて——經濟上極めて重要な働きをなして居る。

(ロ) 質權 世の中で通常質の目的とされるものは動産である。しかし民法は其の外不

動産質も認めて居れば、有價證券や普通の債權其他各種の財産権を質入すること——權利質——をも認めて居る。而して現在の如く人々の財産が債權化するにつれて（本書上卷一）債權質の行はれる分量が非常に増加する傾向に在ることは吾人の最も注意せねばならぬ事柄である。學者によつては、質權は物權である、然るに權利質は財産権を目的とするものであつて物を目的としてゐないから物權ではない、と言ふやうなことを言ふて、權利質の法律的性質を説明するについて多少の困難を感じてゐるものが少くないけれども、かくの如きは畢竟財産債權化の現象に氣付かず何時までも動産質や不動産質のみを眼中に置いて質權を説明せむとする誤りのいたす所である。質權や抵當權は物權とは言ふものゝ——所有權、地上權等とは違つて——物そのものを使用することを目的とする權利ではない、唯擔保物の金銭的價値を目的としそれから物權的に優先辨濟を受けることを目的とする權利に外ならないから、

苟も金銭的價値のあるものであれば有體物でなくともすべて何の不思議もなく質權の目的となり得るのである。

動産を質入するについては其の動産を質權者に交付せねばならぬ。且質權者は其の後繼續してその物を占有しなければ其の權利を以て第三者に對抗出來ない（第三四四條）。不動産質にあつても勿論目的物の交付を必要とするけれども、其の第三者に對する對抗要件は登記である（第一七條）。尙權利質にあつては目的たる財産權の種類如何により、普通の債權であれば債權證書を交付するの外質權設定の事實を第三債務者に通知するか又は其承諾を得るとか、指圖債權であれば其證書に質入裏書をすると言ふやうな手續を必要とする（第三六三條乃至第三六六條）。

質權は一面質物を押へて置いて債務の辨濟を促す權利であるから、債務全額の辨濟あるまで質權者は質物を留置して置くことが出来る（第三四條）。又他面質物から優先辨濟を受け得る權利でもあるから、愈々債務者が金を返へさない場合には特に訴訟によつて別段の債務名義

を得る必要なく、直に競賣法によつて質物の競賣を行ひ、其の賣約金の中から優先的に辨濟を受けることが出来る。民法は此の外更に一層簡易に優先辨濟を受け得べき一二の例外的方法を設けてゐるけれども（第三五四條、第三六七條等）、その以外に於て當事者が特に「不履行の場合には直に質物をそのまま沒收し得べし」と言ふが如き流質契約を締結することはこれを禁止して居る（第三四九條）。但し質屋營業者が質をとる場合其他「商行爲ニ因リテ生ジタル債權ヲ擔保スル爲メニ設定シタル質權」については例外が認められて居る（質屋取締法第一一條、商法第二七七條）。従つて、質屋等は期限に辨濟がなければそのまま質を流して仕舞ふことが出来るのであつて、縦令質物の價額が債務額を超ゆるるときと雖もその差額を返還する必要がない。然らば右と反對に質物の價額が債務額に不足なるときは債權者は別にその差額を請求し得べきであるか。原則としては勿論請求し得るものと言はねばならないけれども、質屋についてだけは其の權利なく縦令質物の價額が債務全額を償ふに足らざる場合でも別にその差額を請求し得ざるものと解すべき

であらう。

質権者は質物を占有し善良なる管理者の注意を以てこれを保管せねばならない。而して不動産質の場合を除く外(第三五)質物の使用収益を許されない(第三五(九)條)。しかし「其権利ノ存続期間内ニ於テ自己ノ責任ヲ以テ質物ヲ轉質ト爲スコト」だけは許されてゐるから、例へば銀時計一個を金十圓の質にとつた者は特に質入主の承諾を得ずとも其の十圓の範囲内で更にこれを轉質して金融を受けることが出来る。但し質入主が元利取揃へて質物を受出しに來た以上直に轉質権者から受出して返さねばならないのは勿論、萬一轉質権者の過失によつて質物を毀滅すれば質権者も亦其の責に任ぜねばならず、又例へば小石川の質屋が神田の質屋へ轉質してゐた爲め大震災火災の爲め質物が焼けたやうな場合には不可抗力であるにも拘らず——轉質をしさへしなければ損失を生じなかつたのであるから——尙質権者に於て其の責に任ぜねばならない(第三四(八)條)。以上と異なつて、若しも質権者が質入主の同意を得ずその権利の

範囲を超えて濫に轉質を行つたのであれば、質物が動産であり且轉質権者が善意無過失の場合に限つて有効に轉質の成立を見るべく(第一九(二)條)、而してかくの如き不法の轉質行爲は刑法上横領罪を構成するものと言はねばならない(大審一四・七・一四刑聯集四卷八號四八四頁)。

(ハ) 抵當權 抵當權の目的たり得べきものは不動産其の他登記によつて抵當權の存在を公示し得べきものに限り且抵當物は引續き債務者が占有して居ること上述の通りであるから、質權の場合と異なつて同じ土地について甲の爲めに第一番抵當を設けた上乙の爲めに第二番更に丙の爲めに第三番の抵當を設けることも事實上可能であり、且これを登記するによつて甲乙丙相互間の順位を明かにし得るから優先辨濟を受ける順位についても何等法律上の差支を生じない(第三七(三)條)。將來不履行の爲め其の土地を競賣した場合に、若しも其の代金が抵當債務總額に充たないならば、登記の順序に従つて甲から順次に辨濟を受け結局最後の丙は残額についてだけ他の一般債権者に優先して辨濟を受け得ることとなるのである。



抵當權を設定するについて注意すべきは、建物と敷地とが現行法上全然別個の抵當物として考へられてゐることである。従つて建物敷地のいづれかを抵當に入れることも出来るし、又一個の債務を擔保する爲め二者を同時に抵當に入れるにしても抵當權としては二個となるのであるから債務金額も初めから二者に割當てるやう分ける必要がある。而して、例へば建物だけを抵當にとつた場合に競賣の結果第三者が其の建物を取得すると、以後建物と敷地とが別人の所有に屬することとなる結果、二者の間に借地關係的の面倒な問題を生ずる虞がある。其所で民法は「土地及び其上ニ存スル建物ガ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テ其土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタルトキハ抵當權設定者ハ競賣ノ場合ニ付キ地上權(第二六五條以下)ヲ設定シタルモノト看做ス、但地代ハ當事者ノ請求ニ因リ裁判所之ヲ定ム(第三八條)」との規定を設けて、建物の競落人が引續き其の敷地を使用し得るやうにして居る。

之に反し例へば甲の所有地を乙が借地して建物を建てゝゐる場合に、丙が其の建物を抵當

にとり、後競賣の結果丁がそれを取得しても、乙の借地權は——それが地上權(第二六五條以下)である場合の外——法律上必ずしも當然に丁に移轉しない。唯其の借地權が借地法の保護を受くるものなる場合に限り(第十一章第一、序説二參照)、丁は其の借地權の移轉を受けるについて甲の承諾を求めることが出来、甲若し之を拒絶するときは「時價ヲ以テ建物(中)ヲ買取ルベキコト」を甲に請求し得るに過ぎない(借地法第一〇條)のであつて、其の以外に於ては甲が承諾しない限り丁は自ら其の建物を收去するの外ない。

尙建物を抵當にとる際に注意すべきはこれが火災によつて滅失する場合のことである。無論、建物に保險がついて居れば、抵當權者は建物に代へて保險金の上に其の權利を行ふことが出来る(物上代位)。従つて建物を抵當にとる際には必ず保險をつけさせる事が必要であるけれども、これだけでは火災後逸早く建物所有者が保險金を受取つて仕舞ふ虞がある。そうして受取られて仕舞つた以上最早物上代位を主張し得ないのであるから(第三七二條、第三〇四條)、抵當權者

が一層の安全を欲するならば抵當權と同時に保險金請求權をも權利質にとつて保險契約書の交付を受け且之を保險會社に通知して置く必要がある(第三六三條、第三六四條)。

次に土地を抵當にとるについて注意すべきは、その上に建物が存在せざるや否や及びその土地が地上權、永小作權其の他登記せられたる賃借權等物權的權利の目的になり居らざるや否やである。何故なれば、建物が建つてゐるにも拘らずその敷地だけを抵當にとると、後に土地が競賣された場合に第三百八十八條所定の面倒を生じ得べきこと上述の通りである、又土地が物權的權利の目的になつてゐると、その權利の續いてゐる限り何時までも土地の負擔となつて、競賣によつても尙これを消滅せしめることが出來ず、自らこの土地の擔保價值を著しく減ずることとなるからである。

以上と異なつて、更地を抵當に入れた後債務者がその上に建物を建てると、抵當權者はその權利實行の際建物をも同時に競賣に附し得る。無論抵當權の效力として優先辨濟を受け得

るのはその内土地の競賣代金にのみ限るけれども(第三八、九條)。又債務者が土地を抵當に入れた

後その上に建物以外の物を「附加シテ之ト一體ヲ成」さしめたる時——例へば庭木を植え敷石を爲したるとき——は抵當權は原則としてこれ等の物にまで及び得るのであつて、債務者はこれを競賣から除外すべきことを主張し得ない。但し抵當權設定行爲に於て別段の定めを爲し且その登記を爲したるとき及び債務者が他の一般債權者を害する目的を以て抵當權者と通謀の上「附加」せしめたときは此限でない(第三七、〇條)。而して此理は債權者が抵當に入れた建

物に「附加シテ之ト一體ヲ成」さしめた物についても勿論同様にこれを認め得るが、其外後から疊建具の如き従物を入れたとか(大審八・三・一五、民錄四七三頁)同じく従物として茶の間を建て増したやう

な場合(大審一〇・七・八、民錄一三三三頁)にも抵當權は此等の物にまで及び得ると言ふのが現在の判例である。

尙抵當權設定後に至つて、債務者が土地を他に賣渡したり又はその上に物權的權利を設定しても、抵當權それ自身はこれによつて何等の妨害を受けない。抵當權者は現にその土地が

何人の権利の目的になつて居らうとも遠慮なくこれを競賣に附し得る。而して競賣が成立するとそれ等の権利は當然に消滅して競落人が完全な所有権を取得するのである。但しその権利が「第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エザル」短期の賃借権に過ぎないときは、抵當權設定後に設定され且登記されたものでも、競賣によつて其の效力を害せられない。尤もそれが爲め抵當權者が損害を受けるならば裁判所に向つて賃貸借の解除を命ずべきことを請求し得る（第三九）
（五條）。

終に、一種困難な問題を生ずるのは山林の抵當である。「植栽ニ依リ生立セシメタル樹木ノ集團」については其の所有者に於て保存登記を受けた上これを抵當權の目的と爲し得べきこと「立木ニ關スル件」（明治四二年法）（律第二二號）の規定する所であるが、その以外に於ては現行法上樹木のみを獨立して抵當に入れることは不可能である。無論後に述べる賣渡抵當の形式によつて樹木抵當の目的を達することは世の中にその例が少くないけれども。然らば、現に樹木の

ついてゐる土地を抵當に入れた場合に抵當權はその樹木にまで及び得べきであるか。樹木は經濟上土地と別個の存在を有するものであり、判例も亦この趣旨を認めてゐるから（本書上卷一五七頁參照）、單に物理的に土地に附着してゐると言ふ理由だけで、土地の抵當權は當然樹木にまで及ぶものと解するのは正當でないけれども、現に樹木の生えてゐる土地を抵當にとる際には樹木を除外する旨の特約を爲さざる限り樹木も亦土地と共に抵當に入れやうとするのが當事者の意思であつたと解すべきであらう。これに反し、抵當權設定後に植ゑた樹木は——庭木の如く土地の從として植ゑられたものを除く外——豫め別段の特約なしと雖も法律上當然には抵當權の效力これに及び得ざるものと解すべきであらう。

五 賣渡擔保

以上に説明した質及び抵當は民法の豫定して居る正式の物的擔保方法である。所が、從來吾國に行はれてゐた物的擔保方法は決してこれのみに限つてゐたのではない。殊に、民法の

規定してゐる質には流質禁止の規定があつたり、抵當についても動産抵當を許さないとか抵當権の實行には必ず競賣の方法をとらねばならないと言ふやうな色々な不便があり、又電話の権利や——立木法の適用を受けない普通の——立木のやうに法律上これを質乃至抵當に入れる手續が豫定されてゐないものが少くない關係上、世の中では正式の質抵當以外の方法で物的擔保の目的を達すべき慣行が可成り廣く行はれて居るのであつて、所謂「賣渡擔保」が即ちこれである。

尤も廣く「賣渡擔保」と言はれるもの、中にも色々な種類がある。

其一は、「買戻特約」を利用する方法であつて、不動産を擔保として金を借りやうと思ふ者はその不動産を相手方に賣渡した上代金支拂の形式で貸金を受取り、それと同時に將來一定の——十年を超へない——約定期間内に賣主——即ち借金者——は「買主ガ拂ヒタル代金及ビ契約ノ費用ヲ返還シテ其賣買を解除スルコトヲ得」る旨の買戻特約を締結し、賣買登記に

附記してその登記をして置くのである。そうすると、賣主は約定期間内に右の金額を返へし
さへすれば再び不動産を取戻し得る。買主がこの前に不動産を他に轉賣してゐるやうなことがあつても——買戻特約の登記がしてある以上——轉買人に對しても同様に買戻の効果を生張し得るから、これによつて普通の抵當權を設けたのと同じ目的を達し得る譯である。唯買主——即ち貸金者——は買戻期間内に買戻權の行使がなければ、このまゝ土地をとつて仕舞ふことが出来るのであつて、普通の抵當の場合に比すれば初めから擔保物の所有權を取得して居るだけ萬事について好都合である(第五七九條以下)。

其二は、「再賣買豫約」の形式を利用する方法である。賣買の豫約が爲されると豫約權利者は約定の時期に於て一方的に「賣買ヲ完結スル意思ヲ表示シ」て目的物買取の目的を達し得べきこと既に——第九章に於て——説明した通である(第五五條六條)。其所で金を借りやうと思ふ者は擔保物を——賣買の形式で——貸金者に賣渡すと共に、將來一定の代金を以て再びこれを買

取り得べき豫約を締結する。そうすると借金者が將來金を返へして擔保物を取戻したければ、豫約上の権利を行使して一方的に賣買完結の意思表示をしさへすればよい。殊に擔保物が不動産である場合には右の豫約を假登記(不動産登記法第二條)して置くことが出来るから、縦令貸金者が擔保物を他に轉買するやうなことがあつても、借金者は豫約上の権利をこれに對抗してその取戻を計ることが出来る。而して此の方法をとるについては上記買戻特約に於けるが如き各種の窮屈な制限がないから、世の中でも自然便利なりとして可成り廣く利用されて居る。

終に其三は「狭義の賣渡擔保」である。以上の買戻特約及び再賣買豫約にあつては擔保物の所有権は一應完全に債權者に移轉し債務者は唯將來金を返へしてこれを取戻し得るに過ぎない。所が、世の中では擔保物の所有権を完全に債權者に移轉することなく、唯擔保の目的を以てこれを信託的に移轉し、將來返金があれば當然債務者に復歸する旨の特約を爲す場合が少くない。而して其の中擔保物の占有までも一應債權者に移して仕舞ふ場合は賣渡質であ

賣渡擔保
賣渡質

り、債務者が——賃貸借その他の形式で——引續き擔保物を占有してゐる場合が賣渡抵當である。而してこの場合の擔保物は必ずしも不動産に限らないから、これによつて事實上動産抵當の目的を達することも出来るのである。

賣渡擔保は擔保の目的を以てする所有権の移轉である。従つて、債權者債務者の對内關係に於ては必ずしも完全に所有権を移轉する意思がない。殊に返金さへあれば當然に所有権の完全な復歸を來たすべきものとするのが當事者の意思である。けれども、一般第三者に對する對外關係に於ては所有権は一應債權者に移つて居るものと見るの外ないから、例へば債權者が當事者間の内部的諒解を裏切つて擔保物を他に轉賣して仕舞ふやうなことがあると、——當事者間に契約違反に因る賠償問題を生ずるのは別問題として——債務者は擔保物を取戻す途がないのであつて、現在では——買戻特約や再賣買豫約の場合のやうに——登記によつて債務者の取戻権を保全すべき途も開かれてゐないと言ふのが一般の解釋である。

尙債務者が約定の時期に金を返へさない場合に、債権者は——流質的に——そのまま擔保物をとつて仕舞ふことが出来るのであるか又は擔保物を競賣その他の方法で金に換へた上債務額に相當するだけをとつて残額はこれを債務者に返還すべきであるかについては、當事者の約定を以ていづれとも定め得るけれども、意思不明の場合には——本來擔保の目的に過ぎないのであるから——寧ろ後者の意思なりと解するのが事物の性質上穩當であらう。而して流質的の契約をしても直接第三百四十九條に觸れないから尙有效たるを妨げないと言ふのが判例である（大審一〇・三二二）。

又債権者が故意又は過失によつて擔保物を滅失毀損せしめた場合に、他人の物を毀滅したものととして不法行為の責任（第七〇九）を負ふべきであるか又は自己の物を毀滅したものととして不法行為の責に任ずることなく高々内部的の擔保特約に違背したものととして債務不履行の責任を負ふことあり得るに過ぎざるかの問題も、結局擔保を設ける際の當事者の意思を解釋

してこれを決するの外ない。判例は此の問題について、擔保物の所有權が對外的に債権者に移つてゐる以上、反對の意思が認められない限り、對内的にも亦債権者に移つてゐると見るのが穩當であるから、意思不明の場合には寧ろ不法行為の責任を生ぜざるものと解すべきであると説いて居る（大審一三・二二二）。

尙此の外賣渡擔保については各種の細い問題が判例によつて様々に解決されて居るけれども、將來はこれについて何等か特別の立法を設ける必要があるやうに思はれる。

第五 辨 濟

一 何を以て辨濟すべきか

第五 辨濟——何を以て辨濟すべきか

借金を返すについては、借りた元金及び約定の利息に相當する金額を通貨を以て辨濟せねばならないのは勿論であるが、苟も通貨である以上——特別の約定のない限り——其の種類に制限がない(第四〇條)。即ち借りたときには銀貨で拂はれたものを銅貨で返しても差支ない。但し貨幣法に依ると金貨——及び法律上これと全然同じ取扱を受ける日本銀行兌換券——を除くの外銀貨は十圓迄白銅貨は五圓まで青銅貨は一圓までを限度として債權者に其の受領を強制することが出来る。例へば十圓の金を返へすに當り一錢銅貨千枚を提供された場合の如き債權者はこれを受領する義務はない。又外國の通貨で借りた金を内地で辨濟すべき場合には特約ある場合を除く外——「履行地ニ於ケル——其の時の——爲替相場ニ依リ日本ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲」しても差支ない(第四〇條)。

尙辨濟として例へば郵便爲替や支拂保證附の確實な小切手等を提供された場合に債權者之れを受領するの義務ありや否やに付いては法律上何等の明文なきのみならず、嚴格に言へば

金銭そのものを提供するのでないから正式の辨濟にならぬやうに見えるけれども、取引の實際に鑑み尙これを金銭支拂の方法として有效なる金銭辨濟の提供と見るのが寧ろ信義誠實の原則に適合するものと言ふことが出来るやう。

辨濟として提供する金額は元利合計總額に相當する金額でなければならぬ。所が實際に於ては屢々債務者が債務額の一部しか返へしに來ないことがある。この場合債權者は其の受領を拒んで債務額全部に付て債務者をして遲滞に陥らしむることが出来るか。學者に依ると、一部の辨濟提供は有效なる提供にならないから債權者はこれを拒絶し得ると説くものがあるけれども、之れは斯くの如く一概に論定し得べき事柄ではなくして、寧ろ各場合の事情に鑑み信義誠實の原則に従つて決すべき事柄であらう。尙斯くの如く債務額の全部に満たざる金銭が提供せられ且つ債權者に依つて受領せられたる場合に於て、後から其の金額は債務中何れの部分を消滅せしめたりやの問題が起り得る。例へば元金千圓利息三百圓の債務に對し二

百圓の辨済ありたる場合に於て、其の二百圓は利息の辨済に充當されたものであるか又は元金の辨済に充當されたものであるかに付いて疑が起り得る。殊に同時に數口の債務が存在し、而して其の中の或ものは擔保附であり或ものは無擔保である場合の如き、又其れ等の債務相互の間に辨済期の前後ある場合の如き、債務額の全部をみたすに足らざる辨済金額が其れ等の債務の何れに充當せられたるかは債權者債務者双方に取つて相當重大な事柄である。この種の問題について民法は第四百八十八條乃至第四百九十一條の規定を設けて居るが其の要領は次の如くである。先づ第一に「辨済者ハ給付ノ時ニ於テ其辨済ヲ充當スベキ債務ヲ指定スルコトヲ得」る。辨済者右の指定を爲さざるときは「辨済受領者ハ其受領ノ時ニ於テ其辨済ノ充當ヲ爲ス」ことが出来るけれども、これに對しては又辨済者の側から直ちに異議を述べることが出来る。所が當事者双方が何等の充當を爲さざる場合があり得る。この場合に付ては第四百八十九條の規定に依つて、大體先づ債務者に不利益な債務に充當して成るべく之を先き

に消滅せしむるやうにして居る。尙債務額中に元金の外利息費用等の債務があれば、「順次ニ費用、利息及び元本ニ充當スルコトヲ要」する旨の規定がある（第四九一條）。

二 辨済の時期

辨済の時期に付いて約定があれば勿論其の時期に辨済をせねばならない。殊に、其の時期が「何月何日」といふが如く確定的に定められて居れば、債務者若し其の時期を徒過するときは、以後當然に不履行の責に任ぜねばならない。之れに反し、期限の定め方が例へば「何某死亡の時」といふが如く不確定的に定められて居るに過ぎないときは債務者其の期限の到來を知りたるに拘らず辨済を爲さざる時より不履行の責に任すべきである（第四一二條第一項、第二項）。

尙以上と異なつて辨済の時期に付て何等の定めなき場合に於ては「貸主ハ相當ノ期間ヲ定メテ返還ノ催告ヲ爲スコトヲ得」べく、其の時期を過ぐるも辨済なきときは不履行の責を生ずるのである（第五九一條第一項）。

借金債務の不履行に依る損害賠償の額は實際發生した損害額を計算して之れを定めるのではない。若しも従前から法定利率（年五分——商事に付ては年六分）を越ゆる約定利率が定められて居るならば、以後も唯其の約定利率に依つて遅延利息を拂へば足りるし、之れに反し従前無利息なるか又は法定利率以下の利息が約定されて居たに過ぎないときは、以後法定利率に依つて遅延利息を拂はねばならない。即ち借金債務の遅延利息の額は法律に依つて一律に定められて居るのであつて、債権者は其れ以上の損害を證明しても之れを取ることが出來ず、其の代はり何等實際上損害があつたと言ふ立證を要せずして法定の遅延利息を請求し得る。又債務者の側に於ても債権者に實害なきこと、自己の不履行が不可抗力に因ること等を理由として遅延利息の支拂を拒むことも出來ない（第四一、九條）。

尙辨済の時期に付いて何等の定めがない場合に債務者何時にても返金を爲し得べきは勿論であるが（第五九一、條第二項）、期限の定めある場合に於ても債務者は期限の利益を抛棄して其の以前

に辨済をすることが出来る。債権者は其の期限前なることを理由として受領を拒み得ないのは勿論、債務者は以後期限までの利息を支拂ふ必要がない（第一三六條、大審七・三・二〇民録六二三頁）。無論初めから別段の特約があれば別論であるけれども。

三 辨済の場所及び費用

辨済の場所について約定があれば勿論その場所に於て辨済せねばならない。又若し何等の特約がなければ辨済當時に於ける「債権者ノ現時ノ住所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス」る（第八四條）。併し例へば借金の當時には同じ東京に住んで居た債権者が事實辨済の當時紐育に住所を有する場合の如き、債権者の轉居の爲め辨済に要する費用に著しき差異を生ずる譯であるが、之れは勿論債権者に於て負擔せねばならない。其れ以外に於ては特約なき限り辨済の費用はすべて債務者之れを負擔せねばならない（第四八、五條）。

四 辨済の相手方

辨済の相手方は原則として債権者本人である。所が世の中では使者代理人等が債権者の名に於て辨済を請求し又之れを受領する例が甚だ多い。又自ら債権者と稱する人が事實債権者なりや否や不明であり、其の結果債務者に於て債権者なりと誤信したる人に辨済を爲したる後、眞の債権者から再び請求を受けるやうな事例が屢々起り得る。

先づ第一に、例へば債権者甲死亡の後乙が戸籍謄本により其の相続人なることを主張して債務の辨済を求めたならば、債務者は先づこれを眞の債権者と信じて辨済を爲すに違ひない。所が其後乙丙の間に相続争を生じ結局丙が勝訴して相続権を回復すると、嘗て乙に對して爲された辨済は眞實債権者ならざるものに對して爲されたこととなり、従つて實際上辨済の效力を生ぜずして、理論上丙から再度の請求を爲し得る結果とならざるを得ないけれども、此の場合債務者より見れば乙を債権者なりと誤信したのは至極尤もであるから、民法は特に「債権ノ準占有者——自ら債権者なりと主張し如何にも債権者らしく振舞つてゐる人（第二〇五條參照）——

——ニ爲シタル辨済ハ辨済者ノ善意ナリシトキニ限り其效力ヲ有ス（第四七條）」の旨の規定を設けて債務者を保護することにして居る。無論此の場合丙は乙に對し其の辨済として受けた金額を不當利得として返還すべきことを請求し得ること言ふまでもない（第七〇三條、第七〇四條）。

次に又例へば債権者甲の代理人なりと稱する乙が辨済受領の権限あることを記した委任狀を示して債権者の爲めに請求を爲すことがあり得る。依つて債務者が辨済を爲した所、後から代理人の代理権は初めから存在しなかつたとか又は既に消滅してゐたと言ふやうなことが發見される。そうすると純理上右の辨済は效力なかりしこととならねばならない譯合である。しかし斯くの如き場合に、債務者が乙を代理人なりと信するについて何等か正當の理由があるならば、かれの乙に對する辨済を無効とするのは甚だ氣の毒である。この故に民法は第九條第一百十條第一百十二條の三箇條を設けて、これ等の諸規定に該當する場合には債務者の誤信に尙相當の理由あるものとし、彼をして再度の辨済を免かれしむることとして居る。

尙又委任状をもつては來ないが、例へば債權者の署名捺印ある受取證書を持參し其の使者として辨濟を請求に來た者に對し辨濟を爲した場合に於て、後から其の者が實際上辨濟受領の權限なきものなることが發見されたらばどうであらうか。民法は第四百八十條の規定を設けて辨濟者が善意無過失である以上斯くの如き辨濟も尙有效なる旨を定めて居る。而してこの點に關する從來一般の解釋によると、本條の適用あるが爲めには問題の受領證書が兎も角眞正のものでなければならぬことになつてゐるけれども、例へば平素から主人の印形其の他を預けられて居る會計係が悪心を起して外觀上從來使用する正式の受取證書と全然同一のものを作成し、之れを持參して債務者より辨濟を受けて着服したる場合の如き、よつて生ずる損害の責任は寧ろ斯くの如き不正者を信認して雇傭し居たる主人之れを負擔すべきであり、債務者がかかる受取證書の偽造たることを見破り得なかつたのは寧ろ當然として其の責任を問ふべきではないと考へる。

終に、手形を呈示して支拂を求めに來た者がある場合に於て、その手形が無記名式であれば縱令その請求者が眞の權利者でなくとも之に氣付かずして爲された支拂は尙有效である(第四七、八條)。又記名式であれば「債務者ハ其證書ノ所持人及ビ其署名、捺印ノ眞僞ヲ調査スル權利ヲ有スルモ、其義務ヲ負」はない。従つて請求者が眞の權利者でなかつたとしても、債務者が重大なる過失なくしてそれに氣付かなかつたのであれば、かれに對して爲した支拂は尙有效である(第四七、〇條)。

五 辨濟の證據

辨濟を爲した債務者は其の證據を取つて置きたい。然らざれば後に至つて不當に再度の辨濟を求められた場合に訴訟上少からざる困難を感ずることがあり得るからである。この故に民法は一方に於て「辨濟者ハ辨濟受領者ニ對シテ受領證書ノ交付ヲ請求スルコトヲ得」(第四八、六條)と規定し、他方に於て「辨濟者ガ全部ノ辨濟を爲シタルトキ」は豫ねて差入れてあ

る借金證文の「返還ヲ請求スルコトヲ得」(第四八) (七條)る旨を規定して居る。

第六 辨濟以外の債務消滅原因

以上に説明した辨濟の以外にも債務消滅の原因として民法の規定して居るものに色々の種類がある。

一 供託

辨濟は債務者が一方的に其の履行を提供するのみでは完成しない。債権者が受領して呉れなければ辨濟の效力を生じないのである。所が債権者は屢々各種の事情から辨濟受領を拒絶したり又はその受領を爲し得ないことがある。而して其の結果債務者が迷惑を蒙ることのあ

るべきは素より言ふまでもない。この故に法律は一方に於ては債権者の受領遲滞なる規定を設けて受領を遲滞せる債権者に賠償義務その他各種の不利益を課し、以て成るべく受領遲滞の弊なからしむることを期すると同時に、他方債務者自らが債権者の協力を待たず一方的に債務を消滅せしめ得べき途を開いて居る。所謂「供託」の制度が即ちこれである。民法の規定に依ると「債権者が辨濟ノ受領ヲ拒ミ又ハ之ヲ受領スルコト能ハザルトキハ」辨濟者は債務履行地の供託所に辨濟の目的物たる一定金額を供託しこれによつて其の債務を免かれることが出来る(第四九)。(四條) 尙供託の方法及び手續は供託法及び供託物取扱規則の定むる所である。

二 時効

債務消滅の原因として法律上最も問題となるものゝ一は消滅時効である。即ち民法に依ると「債権ハ十年間之ヲ行ハザルニ因リテ消滅ス」(第一六七) (條第一項) 無論法律は債権の種類如何に依つて更に短い時効期間を定めて居る場合もあるけれども、普通の借金債務は十年これを

行はざるによつて消滅するのである。但し商行爲たる金銭貸借に基く債權については其の期間は五年に短縮されて居る（商法第二八五條）。

債權者が其の債務の时效に罹ることを防がうと思へば「时效の中斷」を行はねばならぬ。

即ち債務者に對して履行の請求をするか、差押假差押又は假處分を行ふか、又或は債務者に掛合つて債務を承認せしむる必要がある。債務者が其の債務を承認して承認書を呉れれば最も簡單で都合がよいけれども、債務者承認を爲さざる場合には債權者の側から履行を催告し、殊に證據を残す爲め配達證明付内容證明郵便の類を以て其の催告を行はねばならぬ。しかし法律は斯くの如き唯の催告を爲しただけで其の儘六ヶ月を経過すると初めから时效中斷の効なかりしものとして居るから、一旦催告しても其の效力を六ヶ月以上續かせやうと思へば六ヶ月内に更に訴を起す等特別の手續をとる必要がある（第一五三條）。

債務が时效に罹るとこれによつて消滅するといふのが民法の規定である。しかし其意味は

唯債務者时效を援用して履行を拒絶するならば裁判所も亦其の主張を認めて債務者を助けねばならぬといふだけの趣旨に過ぎない。従つて債務者が时效の事實に氣附かずして辨濟を爲したる後时效を理由として取戻を主張しても駄目である。又債務者が自ら时效の事實に氣附かず又は何等かの理由に依り訴訟上时效を援用せざるときは、縱令裁判所が时效の事實に氣附いてゐてもこれを理由として債務者を救ふべきではない（第一四五條）。尙时效の利益を豫め拋棄することは法律の許す所でないけれども（第一四六條）、一旦完成した时效の利益を拋棄することは素より差支ないのであつて、时效完成の後に至り例へば債務者の側から「兎も角支拂ふから少し待つて呉れ」といふやうなことを申入れた場合には、时效の利益を拋棄したるものと認むべきである。無論斯くの如き延期の申入を爲した際に时效完成の事實を知らないならば、时效利益拋棄の意思も亦素よりあり得ない譯であるが、大審院は苟も延期を申入れた以上債務辨濟の意思あるものと認めねばならないから、これに时效の利益を與へる必要がない

といふ考に基いて、「時効完成後辨済延期の申入を爲したものは、反證なき限り時効完成の事實を知り、従つて時効の利益を抛棄するの意思ありたるものと解すべき旨」を判示して居る（大審一〇・二・一四）。
（民録二八五頁等）

三 相殺

債務者の側でも債権者に對して反對の金銭債権をもつてゐるならば、其の債権發生の原因が金銭貸借でなくとも、之れを以て相殺を主張し、双方の債務額が相當する限度まで双方の債務を帳消にして消滅させることが出来る（第五〇）。而して債務者相殺を爲すについては唯債権者に向つて一方的に之れを申入れ、ばよいのであつて、相手方の同意を必要としない。

相殺は手形交換所に於ける手形の決済國際貸借の決済等に於て社會上大仕掛に行はれて居る。經濟上極めて重要な制度であるが、法律上殊に重要な働きを爲すのは、之れに依つて取立困難な債権を取立てたと同じ効果を齎し得ることである。即ち例へば債務者が破産に陥つ

て結局二割の配當しか出来ないと云ふやうな場合でも、債権者中或る者が破産者に對して或る金額の反對債務を負擔して居れば、本來ならば自己の反對債務は完全に之れを支拂はねばならないにも拘らず、破産者からは債務額二割の配當を受け得るに過ぎないこととなるべきであるが、この場合債権者が相殺を主張すると破産者側の債務と債権者側の反對債務との相對當する額だけ双方を消滅せしむることが出来る。即ち破産者の債務一萬圓債権者の債務又一萬圓なる場合に於て、本來ならば債権者は其の一萬圓全額を破産者に支拂ひ自己は唯破産者より二千圓の破産配當を受け得るに過ぎざるに拘らず、一度相殺を主張すれば双方の一萬圓の債務を其の儘消滅せしめ、破産者から一文も取れない代りに自己も亦一文も拂ふ必要なく、其の結果八千圓だけ得をすることとなるのである。

四 尙以上の外、當事者相互の「更改」契約により別個の新債務を發生せしむるによつて從來の債務を消滅せしめることも出来れば（第五一）、本來債務の目的になつてゐる給付の代

はりに他の給付を——「代物辨濟」として——授受しこれによつて債務を消滅せしむべき契約を爲すことも出来る（第四八）。又「債権者が債務者ニ對シテ——一方的に——債務ヲ免除スル意思ヲ表示シタルトキハ其債權ハ消滅ス」（第五一）るのであつて、吾民法上債務の免除には債権者債務者の契約を必要としない。尙例へば債務者が債権者を相續した場合の如く「債權及ビ債務ガ同一人ニ歸シタルトキハ其債權ハ——混同によつて——消滅ス」る。尤も其の債權が第三者の質權の目的になつてゐるやうな場合には混同の結果を生ぜざること素よりである（第五二）。

第十一章 住居の法律

第一序 説

一 住居は衣食と共に吾々生活の缺くべからざる要素である。然るに、現在社會の實際を見ると、無産者階級の人々は素より中産者と雖も多くは自ら其の居住に供すべき土地建物を所有して居ない。加之有産者と雖も、其の財産を成るべく利潤を産み得べき資本の形にして置くことが有利である關係上、濫りに大邸宅を所有せずして、或は借地し或は借家する傾向を示して居るのであつて、茲にも亦—先に第三章に於て説明した—財産債權化の現象が現はれて居る。

此故に、住居に關する法律問題として、一面土地建物の賣買、建築請負等に關する諸問題

を考へる必要あること勿論であるが、同時に他面借地借家の法律關係を研究することが一層必要であつて、此の點については—後述の如く—民法の外別に多數の特別法が實施されて居る。

尙都會密集の生活は自ら相隣居住者間に利害の衝突其の他複雑なる關係を生ぜしめるから、此點に關する問題も住居の法律に聯關して同時に研究する必要がある。

二 住居に關する現行法規の主要部分は民法々典の中に存在する。所が、借地借家の法律關係については此外、「建物保護ニ關スル件」(明治四二年法 律第四〇號)、「借地法」(大正一〇年法 律第四九號)、「借家法」(大正一〇年法 律第五〇號)、「借地借家調停法」(大正一一年法 律第四一號)、「借地借家臨時處理法」(大正一三年法 律第一六號)等の特別法がある。

此中借地法及借家法は全國中特に住宅問題の重要化して居る大都市にのみ施行されて居るのであつて、現在に於ける施行區域は東京市(及び品川・大崎・大森・大井・入新井・目黒・平塚

・淀橋・大久保・戸塚・千駄ヶ谷・澁谷・中野・落合・代々幡・南千住・巢鴨・瀧野川・高田・日暮里・西
巢鴨・板橋・王子・三河島・尾久・長崎・千住・隅田・吾嬬・龜戸・大島・寺島・砂の諸町村）京都市、
大阪市（今宮・鷺洲・豊崎・中津・傳法・鶴橋・中本・天王寺の諸町を含む）、横濱市、神戸市、名
古屋市の六市であり、又借地借家調停法の施行區域は東京府・京都府・大阪府・神奈川縣・兵庫
縣・愛知縣の六府縣であつて此等府縣の地域内であれば上記借地法借家法の施行區域外であ
つても尙調停法の適用を受けるのである。

尙、借地借家臨時處理法は大正十二年大震災後に起つた東京横濱兩市の異常な借地借家關
係を處理する必要上制定された臨時法であつて、其施行區域は東京府及神奈川縣の内借地法
及借家法の施行されて居る地區であり、其の施行期日も昭和四年四月三十日迄に限られて居
る。

第二 借 家

一 借家に關する法律は主として民法中賃貸借に關する諸規定（第六〇一條乃至第六三一條）及び借家法
の規定する所である。

而して、民法によると、借家權は單純なる債權に過ぎないから、賃貸人たる家主甲が家屋
の所有權を乙に讓渡した場合に於て、新家主乙が甲との契約によつて特に借家關係を承繼す
れば格別、さもない限り乙は何時でも自由に借家の明渡を請求することが出来る。無論そう
言ふことになれば、借家人は前家主甲に對して債務不履行に因る損害賠償を請求し得ること
勿論であるが、それとは關係なく兎も角乙の明渡請求は之を拒むことが出来ないから、住宅
拂底の際の如き事實多大の困難に陥らしめられるのであつて、家主の中には借家人の此の弱
點に附け込んで家賃の値上を強要するものさへ現はるゝに至つたことがある。

無論、民法によつても、借家契約を登記すれば之を以て新家主にも對抗することが出来るけれども、^(第六〇)民法上家主には登記に應ずべき義務がないから、家主が同意しない限り借家人は強ひて契約の登記を爲し得ない。それが爲め世界大戦後借家問題の悪化した時代に此の弱點を利用して不當に借家人を苦しめる家主が少くなかつたから、終に上記の借家法が制定されて「建物ノ賃貸借ハ其ノ登記ナキモ建物ノ引渡アリタルトキハ爾後其ノ建物ヲ付物權ヲ取得シタル者ニ對シ其ノ效力ヲ生ズ」^(第一)の旨の規定が設けられるに至つた。而して其結果借家法の施行地域内に於ては苟も借家人が引越を濟ませて仕舞つた以上、以後如何に家主が變らうとも毫も借家權を脅かされる虞がなくなつたのである。

二 家賃 借家人は契約の定むる所に従つて家賃を支拂ふべき義務を負ふ。而して現行民法は家賃額の決定を當事者自由の約定に放任して居る。唯借地借家臨時處理法は震災後借家拂底の實情に鑑みて、家賃額が「著シク不當ナルトキハ當事者ノ申立ニ因リ裁判所ハ鑑定委

員會ノ意見ヲ聽キ(中略)借家關係ヲ衡平ナラシムル爲其ノ條件ノ變更ヲ命ズルコトヲ得」^(第二)の旨を規定して居る。

尙、借家契約の繼續中に公租公課等の増加・物價の昂騰・土地の繁榮等家賃値上を妥當とすべき事情が発生すると家主は相當なる値上の請求を爲し得べしとするのが、裁判所從來の判例であつたが、借家法は特に之を成文化して「建物ノ賃貸ガ土地若ハ建物ニ對スル租稅其ノ他ノ負擔ノ増減ニ因リ、土地若ハ建物ノ價格ノ昂低ニ因リ又ハ比隣ノ建物ノ賃貸ニ比較シテ不相當ナルニ至リタルトキハ契約ノ條件ニ拘ラズ當事者ハ將來ニ向テ賃貸ノ増減ヲ請求スルコトヲ得、但シ一定ノ期間借賃ヲ増加セザルベキ特約アルトキハ其ノ定ニ從フ」^(第七)との規定を設けて居る。

次に、家賃支拂の時期は契約を以て自由に之を定め得るけれども、何等の定めなき場合には毎月末に支拂はねばならぬ^(第六一)。又支拂の場所についても契約中に何等の定めがない

以上借家人の方から「債権者ノ現時ノ住所」即ち家主の現住所に届ける義務がある(第四八)。

尙民法は家賃の支拂を確保する爲めに、家主は「賃借人ガ其建物ニ備付ケタル動産ノ上ニ」
—他の一般債権者に優先して辨濟を受け得べき—先取特権を有する旨の規定を設けて居るが(第三一三、
條第二項)、此の點については世上一般の慣行たる「敷金」が更に一層重要である。

敷金は家賃其の他借家人が負擔するに至ることあるべき債務を擔保する目的を以て豫め家主に支拂つて置く金銭である。従つて、其の所有權は支拂と共に一應家主に移轉するけれども、單に債權擔保の目的を有するに過ぎないから、借家人に何等の債務不履行なくして借家關係の終了する場合には勿論同一金額を借家人に返還せねばならない。之に反して、若しも借家人が家賃の支拂を怠るやうなことがあると、家主は敷金を延滞家賃は充當し得るから、借家關係終了の際にもそれだけは無論返へす必要がない。尙敷金の額も當事者任意に之を約定し得るのを原則とするけれども、借地借家臨時處理法(第二)中には上記家賃額に對する

と同様の制限が設けられて居る。

三 借家人の使用權と家主の修繕義務

借家人は借家の使用權を有する。しかし其の使

用を爲すについては「契約又ハ其目的物ノ性質ニ因リテ定マリタル用方ニ從」ふことを要するのであつて(第六一六條、
第五九四條第一項)、若しも之に反する使用によつて家屋を破損せしめたならば勿

論其の損害を賠償せねばならない。又家主の側から相當の期間を定めて違法なる使用方法の停止を求めたにも拘らず、借家人が之に従はないならば、家主は契約を解除して家屋の明渡を請求し得る。尙借家人が家屋を使用するについては善良なる管理者の注意を加へる必要があるから、例へば借家人の過失による失火の爲め家屋を焼失せしめたやうな場合には借家人に於てこれが賠償の責に任せねばならない。「失火ノ責任ニ關スル件」(明治三二年法律四〇號)によると、一見特に「重大ナル過失」あるにあらざれば借家人の責任を生じないやうであるが、同法の適用を受けるのは失火者の不法行爲上の責任である。借家人の如く特に家主に對して借家使用

上の注意義務を負ふてゐるものは、失火即ち注意義務の不履行として、同法に關係なく責任を負ふべきであつて、輕過失に對しても債務不履行一般の原則によつて責任を負はねばならないと言ふのが從來一般の解釋である。次に又借家人は自ら借家を使用せねばならない。自己の責任の下に同時に家族同居人等をして使用を爲さしめるのは素より妨げないけれども、家主の承諾なく濫に借家を轉貸し又は借家權を他人に讓渡することは法律の禁止する所である。借家人若しこれに違反するときは家主は即時に契約を解除し得る(第六一)。

借家人の使用權に對する關係に於て、家主は家屋を其の使用に適するやう必要ナル修繕ヲ爲ス(義務を負担して居る(第六〇))。但し此の點については借家契約に於て——例へば疊障子の修繕は之を借家人の義務とする等——別段の定めを爲し得ること勿論である、若しも家主が義務に違反して必要な修繕を加へないならば、借家人は自ら其の修繕を施した上直に家主に向つて其の費用の「償還ヲ請求スルコトヲ得」る(第六〇八)。(條第一項) 尙家主は一面修繕の義

務を負擔すると同時に、家屋保存の必要上修繕の權利をも有するものと言はねばならない。

従つて家主が家屋の「保存ニ必要ナル行爲ヲ爲サント欲スルトキ」は借家人は「之ヲ拒ムコトヲ得」ない(第六〇六)。(條第二項) 借家人としては若しも之が爲め「賃借ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハザルトキハ(中略)契約ノ解除ヲ爲ス」以外他に途がないのである(第六〇)。(七條)

四 造作と權利金 貸家の中に特に造作賣貸家と稱するものがあるが、それは借家せむとする者は其の家屋附屬の造作を買はねばならぬと言ふ意味である。所が一般に造作と稱するものの中には疊建具の如き有體物の外權利金をも含んで居る例が多いのであつて、殊に商店向の貸家について最も多く之を見ることが出来る。

借家人が造作として疊建具の類を買はされた場合には、素より其の所有者となるのであるから、契約終了後家を明渡す場合には自ら之を他に持去ることが出来る。無論借家人としては之を他に持去るよりは家主に買つて貰つた方が有利であるからそれを希望する場合が多い

けれども、民法に於ては家主に之を買取るべき義務あることを認めて居ない。家主が拒絶する限り買取を強要することは出来ないのである。しかしかくの如きは借家人の利益を不當に害するものであるから、借家法に於ては「賃貸人ノ同意ヲ得テ建物ニ附加シタル疊建具其ノ他ノ造作アルトキハ賃借人ハ賃貸借終了ノ場合ニ於テ其ノ際ニ於ケル賃貸人ニ對シ時價ヲ以テ其ノ造作ヲ買取ルベキコトヲ請求スルコトヲ得、賃借人ヨリ買受ケタル造作ニ付亦同ジ」との規定を設け且これに反する特約を爲すことを禁じて居る(第五條第六條)。

しかし、茲に謂ふ「造作」は有體物たる疊建具等のみを意味するのであつて、「權利金」を含んでゐないのであるから、借家を譲受けたり新に借家をするに際し造作の名義で澤山の金をとられても契約終了に當つて其の全部を造作名義で家主に買取つて貰ふことは出来ない。買取つて貰へるのは其の中唯有體物たる造作のみである。しかし世の中では造作權利金其他名義の如何を問はず借家權が事實上可成りの價值をもつに至り、従つて賣買の目的物となるの

みならず、家主と雖も濫りに之を無視し得ざる實情になつて居るから、法律に於ても何等か之に關して適當の規定を設ける必要がある。現行法中にこれに關する唯一の規定は借地借家臨時處理法第二條であつて、これによると「著シク不當」な權利金をとられたものは裁判所に向つて其の減額を請求し得ることになつて居る。尙借地借家調停法運用の實際に於ては現在既に權利金を公認して居る。又借家人が湯屋の營業權を他に賣らむとするに際しこれに不當の妨害を加へた家主に向つて損害賠償を命じた最近大審院の判決(大審一四・二・二八民)は或る意味に於て借家權の法律的保護を企てたものと言ふことが出来る。

五 借家契約の終了 借家契約には普通に期間をつけないから、其の終了は當事者いづれかの解約申入によつて爲されるのが通例である。而して解約申入については家賃滞納等何等か特別の解約原因を必要とする場合と然らざる場合とがある。

例へば、借家人が家賃を滞納したり家屋を亂暴に使用したりすれば家主は相當の期間を定

めて催告した上期間内に其の履行なきときは契約を解除し得る（第五四）（第一條）、又借家人が家主の承諾を得ずして他人に家の又貸をすると家主は特に催告を要せずして直に契約を解除し得る（第六一）（第二條）が如きは前者の例である。

尙三ヶ月前の豫告を以てしさへすれば、何等特別の理由を示さずして當事者のいづれからでも解約の申入を爲し得るが（第六一）（七條）、借家法の施行地域内では家主の解約申入についてだけ特に六ヶ月前の豫告を必要とする。

契約が終了したにも拘らず借家人が故なく家を明渡さないならば、家主は裁判所に訴へた上勝訴判決を得て強制執行をせねばならない。しかし、世の中では借家人側で色々策を弄して執行を妨げる例が甚だ多いので、例へば東京府の如きでは警視廳令を以て不法に執行を妨げた者に向つて拘留又は科料を課する旨の規定を設けて居る。

しかし、契約終了に際して不法不當の行爲を爲す者は獨り借家人のみではない。例へば、

借家人が家賃を完納したにも拘らず家主が故なく敷金を返還せざるが如き其の一例である。かゝる場合には借家人は留置権によつて敷金の支拂あるまで家屋の明渡を拒み（第二九）（五條）、敷金額に充つるまで其のまゝ家賃を拂はずに家屋の使用を續けてゆくのも一法であるが、轉居の必要に迫られてゐる借家人の如き必ずしもこの方法を利用し得ないから、結局敷金返還の訴を起さねばならないやうな羽目に陥る場合が少くない。

第三 借 地

一 借地権

現行民法によると、住宅建築の爲めにする借地について二種の方法が許されて居る。其の

一は、地上権であり、其の二は賃貸借である。

前者は物権であるから（第二六）^{（五條）}、一度之を得た以上、如何に地主が變らうとも、何等の影響を受けることがない。又地上権者は地主の同意を要せずして任意にその権利を他人に譲渡し得る。而して其の存続についても——無限でない限り——百年千年と言ふが如き長い期間を約定し得る。之に反して、賃借権は債権であるから、一度地主が代はつた以上借地人は舊地主に對する借地權を以て新地主に對抗するを得ないのであつて、その點先に借家權について述べたと全く同一である。

無論、不動産ノ賃貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後不動産ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生ズ（第六〇）^{（五條）}、るけれども、地主が登記を許さない以上、借地人は法律上強ひて登記をすることが出来ない。しかし、借地上に建築をした上自ら其の建物所有の保存登記をしさへすれば、縦令右の如き借地權そのもの、登記はなくとも、借地權は之を以て新地主

に對抗することが出来る（明治四十二年法律第四十號）^{（建物保護ニ關スル件第一條）}。従つて、建築の爲め借地する人は其の借地權を保全する爲め建物所有の登記をすることが絶對的に必要である。しかし、此の法律の保護を受ける爲めには借地人が登記されて居る建物を所有することを必要とするから、例へば、建物が火災の爲めに焼失して未だ再築なき間に地主が代はつたならば、借地人は其の權利を以て地主に對抗し得ない譯である。但し借地借家臨時處理法は此の點について特別の例外規定を設けて居る（第七）^{（條）}。

二 借地の期間

借地の期間は當事者任意に之を約定し得るのを原則とするけれども、——上記地上權の場合に別として——最長二十年を超ゆるを得ない（第六〇）^{（四條）}。之に反し最短期については民法上何等の制限がないから、三年五年と言ふが如き借地契約も法律上尙有效である。しかし、建築の爲めにする借地について眞實三年五年と言ふが如き短期間を約定することは不合理であ

るから、判例は一般にかゝる期間の約定を以て存続期間の約定なりと認めず、當事者は唯之を以て借賃改定の時期とするの意思を有するものと解して居る。

尙借地法は右民法の原則に對して一大例外を設けて居る。即ち「石造、土造、煉瓦造又ハ之ニ類スル堅固ノ建物ノ所有ヲ目的トスル」借地權についてはその最短期を三十年、其の他の建物ノ所有を目的とするものについてはそれを二十年と定めたる外、その最長期については法律上何等の制限を設けず、而して當事者何等の定めを爲さざりしときは「堅固ノ建物」については六十年、其の他の建物については三十年を存続期間とする旨を定め、唯「建物ガ此ノ期間滿了前朽廢シタルトキハ借地權ハ之ニ因リテ消滅ス」との規定を設けて居る（第二條）。但し此の六十年乃至三十年の期間は當事者何等の定めを爲さざりし場合の存続期間ではなくして法律上認められた最長期であると言ふ解釋をとつてゐる學者もある。

かくの如く、民法は原則として借地權の最長期を制限して居るけれども、當事者の契約を

以て更に之を更新することは素より差支ない。加之「賃貸借ノ期間滿了ノ後賃借人ガ賃借物ノ使用又ハ收益ヲ繼續スル場合ニ於テ賃借人ガ之ヲ知リテ異議ヲ述べザルトキハ前賃貸借ト同一ノ條件ヲ以テ更ニ賃貸借ヲ爲シタルモノト推定」される（第六九條）。

又借地法によると、借地權消滅の際尙建物を有する借地人が更新を請求したるに拘らず地主に應ぜざるときは借地人は地主に向つて「時價ヲ以テ建物其ノ他借地權者ガ權限ニ因リテ土地ニ附屬セシメタル物——例ヘバ塀垣根庭木等——ヲ買取ルベキコトヲ請求スルコトヲ得」（第四條）ることとし、「借地權者借地權ノ消滅後土地ノ使用ヲ繼續スル場合ニ於テ土地所有者ガ遲滞ナク異議ヲ述べザリシトキハ前契約ト同一ノ條件ヲ以テ更ニ借地權ヲ設定シタルモノト看做」されるのである（第六條）。

尙借地法は「借地權ノ消滅前建物ガ滅失シタル場合ニ於テ殘存期間ヲ超エテ存続スベキ建物ノ築造ニ對シ土地所有者ガ遲滞ナク異議ヲ述べザリシトキハ借地權ハ建物滅失ノ日ヨリ起

算シ堅固ノ建物ニ付テハ三十年間其ノ他ノ建物ニ付テハ二十年間存續ス但シ殘存期間之ヨリ長キトキハ其ノ期間ニ依ル旨を規定して居る(第七條)。

以上と異なつて、借地權の存續期間について當事者何等の定めを爲さざるときは、——先に説明した借地法の適用ある場合を除く外——地主は一年前の豫告を以て何時でも解約の申入を爲し得る(第六條)。

三 借地人の權利

借地人は契約の定むる所に従ひ借地期間の間借地の上に家屋を建て、置くことが出来る。しかし、借地人は原則として自ら契約上の使用を爲し得るだけであつて「賃貸人ノ承諾アルニ非ザレバ其權利ヲ讓渡シ又ハ賃借物ヲ轉貸スルヲ得」ない。若し借地人が此の規定に違反して「第三者ヲシテ賃借物ノ使用又ハ收益ヲ爲サシメタルトキハ賃貸人ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」る(第六條)。

従つて、借地人が其の所有家屋を他人に賣らむとする場合にも、地主が借地權の讓渡又は借地の轉貸に向つて承諾を與へるか若くは地主と家屋買主との間に新に借地契約が成立すれば格別、さもない限り折角家屋を買つても借地權を以て地主に對抗し得ない關係上、地主の請求があれば何時でも土地を明渡さねばならない結果となる。しかし、借地法は此の點を緩和する爲め、かゝる場合に「賃貸人が賃借權ノ讓渡又ハ轉貸ヲ承諾セザルトキハ——家屋の買主は——賃貸人ニ對シ時價ヲ以テ」其の家屋を買取るべきことを請求し得る旨の規定を設けて居る(第一條)。

従つて、地主が買取を嫌ふ限り、無理にも承諾を與へねばならないことゝなる譯である。

以上と異なつて、地主の承諾があれば借地權の讓渡も借地の轉貸も可能である。而して有効に轉貸關係が成立した場合に、例へば賃借人が自ら轉貸地代の支拂を受けたに拘らず地主に向つて其の支拂をしないやうな不都合を生ずることがまゝあり得るから、民法は「賃借人

ガ適法ニ賃借物ヲ轉貸シタルトキハ轉借人ハ賃借人ニ對シテ直接に義務ヲ負フ、此場合ニ於テハ借賃ノ前拂ヲ以テ賃借人ニ對抗スルコトヲ得ズ」(第六一) (第三條)との規定を設けて地主の保護を計つて居る。無論轉借人が地主に向つて地代を拂へばその額だけは轉借人に對する地代を免れるし、又轉借人に向つて適法に地代の支拂をして仕舞へば重ねて地主から其の要求を受ける譯ではない。

四 地代

地代の額・支拂の時期及び場所等は先に家賃について述べたと略同一である。而して地代についても借地法中に「地代又ハ借賃ガ土地ニ對スル租稅其ノ他ノ公課ノ増減若ハ土地ノ價格ノ昂低ニ因リ又ハ比隣ノ土地ノ地代若ハ借賃ニ比較シテ不相當ナルニ至リタルトキハ契約ノ條件ニ拘ラズ當事者ハ將來ニ向テ地代又ハ借賃ノ増減を請求スルコトヲ得、但シ一定ノ期間地代又ハ借賃ヲ増加セザルベキ特約アルトキハ其ノ定ニ從フ」(第一二) (第一二條)旨の規定があり、

而して同様の趣旨は借地法施行地區以外に於ても従前より慣習法として廣く判例によつて認められて居ること家賃に於けると同様である。

尙地代債權についても民法(第三一二)及び借地法(第一三條)中に先取特權の定めがあつて、法律上他の一般債權より遙に優遇されて居ることに注意せねばならぬ。

五 借地契約の終了

借地の期間が満了すれば借地權は勿論これによつて消滅する。しかし、借地法によると、其の際尙建物が存在すれば地主に向つて契約の更新を請求し得るのみならず、地主が若し拒絶すれば時價を以て建物を買取るべきことを請求し得る(第四條)。加之借地人が期間満了後引續き土地を使用してゐるにも拘らず、地主が異議を述べないと、民法(第六一)によつても借地法(第六)によつても、當然に契約の更新があつたものと看做されるのである。

尙借地人が地代を滞納したり約定に反した方法で土地を使用すると、地主は民法第五百四

十一條によつて解約の申入を爲し得べく、又借地人が地主の承諾を得ないで第三者に土地の使用を許すと直に解約の申入を受けること(第六一)等借家の場合と同様である。而して此等——借地人に過失ある——事由によつて借地権が消滅した場合には上記借地法第四條による更新請求権も買取請求権も存在しないこと條理上當然である。

第四 借地借家調停と臨時處理法による鑑定委員會

一 「土地又ハ建物ノ賃借、地代、家賃其ノ他借地借家ノ關係」に關する紛議に向つて簡易迅速の解決を與へるが爲め、大正十一年此方東京其他住宅問題の喧かしくなつてゐる六府縣下に借地借家調停法の實施を見るに至つたこと既に上述の通りである。而して調停制度の由來

及び精神については既にこれを述べたが(本書上卷三、〇頁以下)、以下尙同法所定の手續について大體の説明を與へやうと思ふ。

調停制度を利用せんとする者は口頭又は書面を以て爭議の目的たる土地又は建物の所在地を管轄する區裁判所——又は調停所を特設せる區裁判所出張所——に調停の申立を爲すべきである。一區裁判所管轄區域内に二箇以上の調停所が存在する場合には申立人は其のいづれに對して申立を爲すも差支ない。例へば東京市本所區所在の借地に付いて争の起つた場合に必ずしも本所區林町の出張所に調停の申立を爲すの要なく下谷區二丁町の出張所に之れを爲しても差支ない。書面を以て申立を爲すに際し之れに記載すべき事項に付いては法律上「爭議ノ實情ヲ明」かにすることの外何等特に規定されて居ないけれども、其の外爭議當事者の住所氏名及び爭議の目的物の表示等を要すべきは當然である。しかしこれ等の點は裁判所に於て自ら一定の定めをして居り、申立が若し其の定めに適合しなければ裁判所に於てこれを

受けつける際適當に修正補充してくれる。形式不備の故を以て濫りに却下するが如きは調停制度の精神に反する。調停を申立てるについては「借地借家調停ノ手数料等ニ關スル件」(大正一一年勅令第三三九號)の定むる所に従つて手数料を收めねばならないが、其の金額は極めて小額である。

調停の申立があると、裁判所は期日を定めて申立人及び相手方を呼出す。又利害關係人の参加をも求めることが出来る。この場合當事者及び利害關係人は特に裁判所の許可なき限り自ら出頭することを要する。蓋し調停はなるべく争議の實情に鑑み各人の良心及び利害打算の念慮に訴へて事を解決せむとするものだからである。かくして當事者の出頭があつた場合に裁判所自らが調停の手續を爲しても差支ないけれども、普通には判事の中から豫め指定された調停主任一人と民間から選任された調停委員二人以上を以て組織する調停委員會をして調停を爲さしめるのである。而して委員會調停を爲すについては當事者の陳述を聽いたり證

據調をして事情を明かにした上當事者双方に向つて互譲和解を求めるのである、しかし調停は畢竟調停であつて裁判ではないから、當事者のいづれかゞ最後まで調停に應じなければもとより調停委員會の意見を以て裁判を言渡すことは出来ない。しかし調停委員會の見込次第では自ら適當と認むる調停條項を定めた上其の調書の正本を當事者双方に送付し、若し一ヶ月内に異議を述べざるときは調停に服したるものと看做す旨の便法が設けられて居る。

調停の結果として成り立つものは和解契約(第六九五條以下)である。而して公平の第三者たる調停委員會立會の下に當事者相互の任意的妥協を以て成立した契約は自ら當事者双方を拘束して相互の間に平和を回復することが出来る。従つて普通の裁判の場合の如く其の結果を強行するに付いて強制執行を行ふが如きは寧ろ調停制度の豫期する所ではない。併し最後の壓へとして法律は、調停成立したるときは調停主任より之れを區裁判所に送附し、區裁判所之れに向つて認可決定を與ふるときは裁判上の和解と同様執行名義となり得べき旨を規定して居

る(民事訴訟法第
五五九條參照)。

二 尙調停制度に關連して注意すべきは借地借家臨時處理法に依る鑑定委員會である。同委員會は調停委員會と同様民間から選任された者を以て構成せらるゝのであるが、調停委員會の如く自ら調停を行ふことなく、唯同法に依つて地代家賃の減額其の他の中立ありたる場合に於て裁判所の諮問に應じて意見を述べる機關である。しかし其の意見は事實上自ら裁判所を拘束すべきが故に、借地借家關係の解決上其の力は極めて重要視すべきものである。尙同法に依つて申立が爲されると、裁判所は自ら裁判を爲す前に、先づ事件を調停委員會に廻はすのが通常の例である。そうして調停がどうしても成立しないと裁判所は終に鑑定委員會の意見を聽いて自ら同法所定の裁判をするのである。而して鑑定委員と調停委員とが同一の人であつたり其の他事實上互に連絡を有つて居る關係上、調停委員會は鑑定の先例を基準として調停を爲し又鑑定委員會は調停の結果を斟酌して鑑定を爲す等其處に事實上密接な聯絡

が成り立ち、其の結果として自ら調停制度にまで著しく權威を與へることとなるのである。

第五 家屋の建築

一 建築資金

建築資金を借入れるについては先に第十章に於て述べた各種の借金方法のいづれか一を利用する譯であるが、其中建築資金の借入について最も廣く利用される方法は建築された建物を抵當とする借金であつて、新築を爲した者は市町村役場區役所等に新築届をして家屋所有の證明書を得、これによつて登記所に建物所有權の保存登記を申請した上、貸主と共に抵當權設定の登記をして金を借りるのである。

尙特殊の建築資金融通方法として住宅組合法(大正一〇年法律第六六號)の定めがある。住宅難を緩和する爲め中産以下の人々をして比較的容易に小住宅を建築所有することを得しむる目的を以て制定されたものであつて、これを利用せむとする者は地方長官の許可を得て法人たる住宅組合を設立した上其の信用によつて資金——殊に政府の周旋による低利資金——を借入れ、これを以て住宅用地の取得借入住宅の建設購入等を爲すのである。かくして建設された住宅はこれを各組合員の居住に供する譯であるが、其の所有權が組合より各組合員に移轉する時は組合定款の定めに従つて一定以上の金額——通常は出資金額二分の一以上——を拂込んだ時である。而して住宅の所有權を取得した組合員は未拂出資金を擔保する爲め組合の爲めにその住宅上に抵當權を設けて以後この支拂を完了すべき義務を負ふのである。尙以上の外住宅組合及び組合員が住宅若くはその敷地を取得するについては不動産取得税その他地方税の免除を受くるの外、建築用地の取得について國有乃至公有地を買受乃至借受け得る等法律

上各種の便宜が許し與へられて居る。

二 建築業者をして建築を請負はしめる契約は民法上「請負」(第六三二條以下)に相當する契約である。

建築業者は約定の期限までに約定の建築を完成すべき義務を負ふ。而して彼れをして約定の期限を守らしめる爲に違約金の特約を締結することは世上弘く行はるゝ慣行であつて、その金額は當事者任意にこれを約定し得べく、「善良ノ風俗」に反すと認むべき程度にあらざる限り、裁判所濫に其の額を増減し得べきではない(第四二〇條第九〇條)。

次に又建築は約定の様式並に品質を有するものたることを必要とする。若しも出來上つた建物に「瑕疵」があれば「注文者ハ請負人ニ對シ相當ノ期限ヲ定メテ其瑕疵ノ修補ヲ請求スルコト」も出來るし、損害賠償を請求することも出來る。但し「瑕疵ガ重要ナラザル場合ニ於テ其修補ガ過分ノ費用ヲ要スルトキ」は損害賠償を請求し得るに過ぎない(第六三條四條)。無論

瑕疵の原因が「注文者ヨリ供シタル材料ノ性質又ハ注文者ノ與ヘタル指圖」に存するときは、「請負人ガ其材料又ハ指圖ノ不適當ナルコトヲ知リテ告ゲザリシ」場合を除く外、請負人に於て何等の責任を負ふべき限りでない（第六三）。又かゝる責任なき旨の特約も勿論有効であるけれども、請負人が瑕疵の原因たるべき事實を知つてゐるにも拘らずこれを告げずしてかゝる特約を爲した場合には尙その責を免れ得ない（第六四）。尙注文者が右の責任を問ふに付いては建物の落成引渡後木造家屋については五年、石造其他堅固の建物については十年間にその権利を行はねばならぬ。但し瑕疵の爲め建物が滅失又は毀損したるときはその時から一年内でなければ右の権利を行ひ得ない（第六三）。

尙請負人は建物完成の義務を負ふのであるから、火災暴風等の爲め建築中の建物が破壊されたやうな場合には勿論自己の費用を以てその建直しをせねばならぬ。建築の義務を免れる譯でもなければ、又報酬の増額を請求し得る譯でもない。無論その原因が天災その他不可抗

力と認むべき場合にはその爲めに建築の落成が遅れても上記の遅延違約金を拂ふ必要はないけれども、これに反し、既に建築が落成して引渡すばかりになつて居る際に火災に罹つたやうな場合には、請負人には最早再建の義務がないのみならず、注文者は約定の請負代金を完済する必要がある（第五三）。この故に、建築がその程度に進行したならば注文者に於て火災保険をつけて置くことが必要である。

注文者の義務は約定の請負代金を支拂ふに在る。支拂時期は當事者任意にこれを約定し得るけれども、何等別段の定めがなければ、建築落成後其の引渡と引換へでなければ支拂ふ必要がない（第六三）。所が、注文者の中には落成後未だ其の引渡なき間に自己の所有物なりと稱して建物所有の登記を爲した上、或はこれを他に賣却し或はこれを抵當として金の融通を受けて置きながら、請負人に向つては容易に請負代金を支拂はないやうなものが少くない。無論請負人が「工事ヲ始ムル前ニ其費用ノ豫算額ヲ登記」して所謂「不動産工事ノ先取特權」

を保存して置けば、注文者が建物を何人に譲渡さうとも、請負人は請負代金を受けるについて飽くまでも該建物の代價から物權的に優先辨濟を受け得るけれども(第三二七條、第三三八條)、それだけの用意を怠ると先取特權の主張を爲し得ない。其所で判例では——別段の約定ある場合の外——落成した建物の所有權が注文者に移轉する時期は引渡の時であるとなし、其の以前には注文者未だ所有權を所有せず、従つて法律上これを他に譲渡することも出來ず、抵當に入れすることも出來ない、縱令其の登記をしても何等の效力を生ぜざるものとして請負人の保護を計つて居る(大審三七・六・二二民錄八六一頁、同三・二二・二六)民錄一・二〇八頁、同四・五・二四民錄八〇三頁等。

尙注文者は落成した建物の引渡を受けるべき義務を負擔するや否やについては多少の争があるけれども、賣買に於ける買主と同様その義務あるものと解するのが正當である。従つて注文者が故なく引渡を受けることを拒むならば、請負人は債務不履行を理由として損害賠償の請求を爲し得る(第四一)五條。

終に注文者は建物の落成するまでは何時でも契約を解除し得るけれども、因つて請負人の蒙るべき損害を賠償しなければならぬ(第六四)一條。

三 尙家屋建築については設計様式等すべて自由なるを原則とするけれども、市街地建築物法(大正八年法律第三七號)の施行されてゐる市街地については同法に各種の制限が規定されて居る。又民法中にも「土地ノ所有者ハ直チニ雨水ヲ隣地ニ注瀉セシムベキ屋根其他ノ工作物ヲ設クルコトヲ得ズ」(第二一八條)、「建物ヲ築造スルニハ——別段の慣習ある場合を除く外——疆界線ヨリ一尺五寸以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス」(第二三三・三四條)、「疆界線ヨリ三尺未満ノ距離ニ於テ他人ノ宅地ヲ觀望スベキ窓又ハ椽側ヲ設クル者ハ——別段の慣習ある場合を除く外——目隠ヲ附スルコト要ス」(第二三五・三六條)等各種の制限規定が設けられて居るのみならず、後に述べる權利濫用の法理は家屋建築についても自ら適用あること素より言ふを俟たない。

尙隣地との境界に垣根を作るについても、その高さ・材料・費用負擔等に關して第二百二十

五條以下に二三の規定が設けられて居る。

第六 隣地者關係

一 人々が地を接して居住してゐる以上、隣地者相互間に各種利害の衝突を生ずべきは極めて自然である。従つて、法律に於ても因つて生ずべき紛争を豫防乃至解決すべき方策を講じて置く必要のあること素より當然である。

勿論人々が地を接し軒を連ねて居住してゐる以上、一面成るべく互に迷惑をかけないやうにする義務あると共に、他面多少の迷惑は互に忍び合はねばならない義務も亦存在するものと言はねばならない。従つて、或る人がその生活乃至營業上爲して居る行爲が隣地者に害を

與へるからと言ふて、すべての場合に必ず不法行爲の成立ありと言ひ得ざるは勿論であるけれども、若しも「其行爲が社會觀念上被害者ニ於テ認容スベカラザルモノト一般ニ認メラルル程度ヲ越ヘタルトキハ權利行使ノ適當ナル範圍ニアルモノト謂フヲ得ザルヲ以テ不法行爲トナル」(大審八・三・三(民錄三五六頁))のであつて、隣地者問題を法律的に解決すべき基調は正に權利濫用の法理にありと言はねばならない(本書上卷一〇(九頁以下参照))。

民法はこの趣旨に基いて隣地者關係に關する各種の規定を設けて、或は——上述の如く——建築の方法に或る種の制限を加へ(第二一八條、第二三三條、第二三六條等)、或は貯水池等によつて隣人の蒙るべき損害を豫防すべき途を講じ(第二二一條)、或は濫に水流又は其の幅員を變じて對岸者乃至下流者に損害を與ふることを禁止し(第二二一條)、或は隣地の竹木が疆界線を越えた場合の處置を規定し(第二三三條)、又或は疆界の近傍に井戸下水溜等を穿つについての制限(第二三三條、第二三八條)を規定する等、隣人相互の間に生ずべき加害を成るべく防止するやうに力めてゐるけれども、こ

の外上記の権利濫用法理を補充的に適用しなければ到底複雑なる隣地問題のすべてを満足に解決することは出来ない。従つてこれ等の規定は民法の形式上主として土地所有者若くは地上権者(第二六七條)についてのみに設けられてゐるけれども、その精神は廣く一般の隣地者すべてに擴張して適用されねばならないこと勿論である。

かくの如く、隣人相互間の加害問題は権利濫用の法理及び以上民法の諸規定によつてこれを解決すべきである。しかし、現在の大都會に於けるが如く人口稠密の度がひどくなればなる程隣地者相互の利害衝突が頻繁となり又激烈となるのは自然の勢であつて、これをこのままにして置きながら、民法的手段のみによつて事後に紛争を解決しやうと考へても到底満足な結果を得るゝことは出来ない。是れ市街地建築物法に於て住居地域商業地域工場地域の區別を立て互に利害相容れざる建築物を成るべく同一地域内に建築せしめざる方針をとつてゐる所以であつて、將來隣地者問題の完全なる解決は寧ろこの方面に於てこれを求めねばなら

ない。

二 尙吾々は單に隣人に向つて成るべく損害を及ぼさないやうに努力するのみならず、更に一步進んで隣人が已むなく或る助力を求めたならば甚しい迷惑にならざる限りこれに應ずべき義務あるものと言はねばならないのであつて、現に大審院に於ても「土地所有者ハ其權利ノ完全ヲ確保スルニ必要ナル限り土地所有權ノ效力トシテ隣地所有者ニ對シ適當ナル共助ヲ請求スルコトヲ得ルヲ當然ノ法則ナリトス」(大審四四・二二・二) (三民錄八八六頁)と言ふ趣旨の判決を與へたことがある。蓋し隣人相互の情誼上當然の義務であつて必ずしもこれを「土地所有權ノ效力」と稱するの必要なき事柄である。

民法が「土地ノ所有者ハ疆界又ハ其近傍ニ於テ牆壁若クハ建物ヲ築造シ又ハ之ヲ修繕スル爲メ必要ナル範圍内ニ於テ隣地ノ使用ヲ請求スルコトヲ得」(第二〇九條)、又或土地が他人の「土地ニ圍繞セラレテ公路ニ通ゼザルトキ」等には「其土地ノ所有者ハ公路ニ至ル爲メ圍繞地ヲ

通行スルコトヲ得」(第二一)、「高地ノ所有者ハ浸水地ヲ乾カス爲メ又ハ家用若クハ農工業用ノ餘水ヲ排泄スル爲メ公路、公流又ハ下水道ニ至ルマデ低地ニ水ヲ通過セシムルコトヲ得」(第二二)等の諸規定を設けて居るのもこの趣旨に外ならない。無論此等の使用行爲は必要已むを得ざる限度を超へてはならないし、又これが爲め隣人の蒙る損害は素よりこれを賠償せねばならないけれども。而して右の諸規定は直接土地所有者に關する規定であるけれども、その趣旨は借地人その他廣く地を接して居住する人々相互の間についても同じくこれを認めねばならないこと上記防害義務に關する諸規定と同じである。

三 かくの如く、吾々は民法によつて或は隣人より與へらるべき損害を防止し或は又隣人に向つて或る種の助力を請求し得べき權利を與へられて居る。而して若しも吾々がこれ等民法の與へて居る以上更に一層の便益を欲するならば、隣人と契約するによつてこれを取得し得べきこと勿論であるが、唯普通の契約をしただけでは將來隣地の所有者乃至居住者が變は

つた場合にこれを以て新隣人に對抗し得ない。此故に、隣人が誰れにならうとも何等の影響を受けないやうな契約をして置く爲めには物權たる「地役權」(第二八〇)を設定し且その登記をして置かねばならない。

甲地の所有者が乙地所有者と契約して、乙地を通行し得べき地役權、乙地より引水し得べき地役權、乙地に例へば二階以上の建物を建てしめざる地役權等を設定すれば、以後甲乙兩地の所有者が如何に變らうともこの都度の甲地所有者は必ずこの都度の乙地所有者に向つて右の權利を主張し得て、恰も甲地が乙地に向つて權利をもち乙地が甲地に向つて義務を負ふて居るやうな關係になるのである。

第十二章 労働の法律

第一序 説

一 現代經濟組織の下に於ては自己の資本に依り自己の労働を以て自己の計算に於て生産を行ふことは最早原則として不可能である。資本は資本家に依つて獨占せられ、労働は又労働者のみ之れを有し、而して生産は勞資兩者の契約に依る結合に依つてのみ行はれ得べき状態になつて居る。然るに現行法制の基本原則の一たる契約自由の原則（本書上卷一八）は此所にも亦同様に適用されて居る結果、雇ふべきや否や雇はるべきや否やがすべて當事者双方の自由であるのみならず、如何なる條件に於て雇はるべきやも亦原則としてすべて當事者の自由協定に一任されて居る。所が、勞資相互間の實力に優劣あることは事實上兩者の間に自由

協定の成立を許さない。労働者は唯労働のみを有して資本を有せざるが爲め、明日の生活の必要上縱令不満足なる條件でも兎も角其の労働を賣らねばならない立場に置かれて居る。従つて實質上彼にとつては雇はれざるの自由は全く與へられて居ない。又労働條件は資本本位の企業經營を標準として専ら資本家の立場のみから定められて居るのであつて、労働者の生活需要は直接労働條件決定の要素をなしてゐない。其の結果自由契約の美名の下に獨り資本家が命令し労働者は只管之れに盲従して居るのが從來又現在の實情である。

然るに、労働條件の如何は労働者及び其の家族にとつて實にその生命の問題である。唯資本家の立場のみを顧みて労働者の生活需要を無視するが如きは、到底之れを正義なりと言ふことが出来ない。茲に於て起つた現状矯正の運動の一は労働者保護立法の運動である。即ち國家の力に依り法律の力を以て勞資相互間の契約内容に干渉し、以て労働條件が單に資本一方の需要のみに依つて定められないやうにしやうと言ふ要望である。所がこの意味に於ける

立法として現在我國に存在するものは未だ極めて幼稚であつて歐米諸國のそれに比すれば甚しく不完全である。

茲に於て必然起らねばならない運動は労働者自らの自力救済運動である。國家に充分の援助を期待し得ざる労働者は彼等自らの力に依り團結の力を以て自己を救はんと欲する。成程労働者は資本家に依つて傭はれない限り自己の労働を生産の用に供することが出来ない。しかし資本家も亦如何に巨額の資本を擁して居ても労働を傭ひ得ざる限り何等の生産も行ひ得ないのが現在の實情である。それならば、労働者が一度其の労働の獨占者たる所以に目醒めて團結を組織し、以て資本に對立するならば、よく資本と對立しつゝ平等の取引を爲す事が出来る。かくして契約自由の利益を自己に取戻さんとするものが即ち労働組合である。勿論労働は獨り資本家にとつて重要な價值を有するのみならず、社會的生產要素として社會全體にとつても亦貴重なる獨占的威力を有するが故に、組合運動は單に對資本家の行動のみに

止らず、總ては一般社會を相手とする運動となつて現はるべき必然の傾向をもつて居るのであつて、労働の社會的地位を法律的に確認せしめ又勞資の關係を公正ならしむべき組合運動の働きは今後の社會に於て到底これを輕視することが出来ないのである。

二 此故に労働に關する法律問題は極めて内容多く且多岐に亘つて居るけれども、専ら民法に關係する問題として特に本書に於て説明を要する事柄は、労働契約その締結及び終了、賃金、扶助等の諸點であつて、これに關する法規の中心を成すものは言ふまでもなく民法中雇傭に關する諸條(第六二三條乃至第六三一條)であるけれども、その外工場法の適用を受ける職工については工場法(明治四四年法律第四六號、大正一二年法律第三三號)及び附屬の諸法令があり、鑛山労働者については鑛業法及び鑛夫勞役扶助規則(大正五年農商務省令第二一號)の諸規定があり、船員については商法(第七六條以下)及び船員法等の諸法令がある。尙その外労働者たり得べき最低年齢を制限する爲め工業労働者最低年齢法(大正一二年法律第三四號)及び「船員ノ最低年齢及健康證明書ニ關スル件」(大正一二年法律第三五

號)の二法律があることに注意せねばならぬ。

以下此等の諸法令専ら民法に關係あるものを順次項を分つて説明するであらう。

第二 雇傭契約と労働契約

一 雇傭契約

民法が労働供給の契約として豫定して居る契約に雇傭・請負・委任の三種類がある。けれども、請負は單純な労働供給の契約ではなくして労働によつて一定の仕事を成就した上その結果を供給すべきことを目的とする契約である。請負人は唯自己の仕事としてその仕事を完成するのであつて、雇傭の場合の如く他人の仕事の爲めに單純な労働を供給するのではない。

従つて、大工が建築を請負ふのは請負であるけれども、労働者が所謂出来高拂賃銀——請負賃銀——の約を以て他人の爲めに働くのは尙これを雇傭なりと言はねばならない。

又委任は他人を信任してこれに一定の事務の處理を委託する契約であつて、事務處理の信任委託が契約の本體である。従つて雇傭が單純なる労働の供給を目的としてゐるのは全く異なつて居る。

二 労働契約

所が民法の豫定してゐる雇傭は——賣賃貸借請負等に於けると同様——當事者双方を全く對等獨立のものとして考へ、そうして一方が財としての労働を提供する對價として他方が同じく財たる報酬を提供することを目的とする單純なる財交換の契約である。従つて民法は——雇傭を賃貸借 *Locatio-conductio* の一種と考へてゐた——ローマ法の流を酌んで、大體賃貸借に於けると同様の規定を雇傭にも適用することにしてゐる。

無論世の中にはかくの如き單純な財交換の契約たるに過ぎずと認むべき雇傭関係も稀れではない。例へば、醫師が或家庭と家庭醫の契約を爲し毎週一回健康診断に赴くべき契約を爲すが如きはその例である。

所が世の中多數の労働関係はかくの如きものではない。労働者は多くの場合雇主と獨立對等の關係を保ちつゝこれと労働報酬の交換を行つてゐるのではない。雇主との契約によつて或程度の部分的隸屬關係に立ち雇主の手足となりその一部となつて労働を供給するのである。無論奴隸のやうに雇主の所有物となるのではない。又中世的の農奴や忠誠契約の下に立てゐる臣下のやうに全部的隸屬關係の下に立つてゐるのでもない。飽くまでも自由獨立の人格者として雇主に對立しては居るものゝ、労働供給に必要な限り部分的に雇主の隸屬者となつて勞務に従事するのであつて、それが爲め労働者が一定の身上拘束を蒙ることは多數労働關係の要素である。これを單純なる財交換の契約としてのみ觀察するが如きは明かに事態を如

實に觀察せざるものなりと言はねばならない。

此故に近時の學者は單純なる雇傭契約の外別に「労働契約」の新概念を確立するの必要ありとし、労働契約の効果として獨り財的債務的效果を認むるの外別に人的身上的效果をも認めねばならないと主張するに至つて居る。

三 就業規則

かの工場内の規律その他内規を定めて居る「就業規則」が何故に一々労働者の同意を要せずして彼等を拘束するかの問題も、労働者が契約の結果雇主の隸屬下に立つに至ると言ふ事情を基礎としてのみこれを説明し得るのである。

就業規則は——既に一言したるが如く(上卷一〇頁參照)——工場内の法律である。それは工場主の專權によつて制定される場合もあり職工の意見をきいて制定される場合もあるけれども、いづれにせよ因つて成立した規則そのものは工場に於ける一の法律である。従つて、工場主

との労働契約によつて当該工場の職工となつた以上、その身分を得た當然の結果として規則の效力下に立つのである。彼等が規則の適用を受けるのは直接その内容を知り且承認してこれに服すべきことを約した契約的效力によるのではない。

然るに、例へば工場主の専權的制定による就業規則の中には、國家の目から見て不法不當の内容を有すと認むべきものも少なくない、而かも個々の職工は一々その内容を争ふまでもなく當然にその適用を受けることとなるから、工場法施行令に於ては「常時五十人以上ノ職工ヲ使用スル工場ノ工業主ハ遲滯ナク就業規則ヲ作成シ之ヲ地方長官ニ届出ヅ」べく、「地方長官必要ト認ムルトキハ就業規則ノ變更ヲ命ズルコトヲ得」る旨を定め（第二七條ノ四）、以て不法不當の規則が事實上社會に行はれることを防止しようとして居る。

第三 賃 金

一 労働契約の諸條件中労働者にとつて最も重要な事柄は言ふまでもなく賃金である。

然るに、民法は賃金額の決定を全然當事者の任意決定に放任して法律上何等の制限を加へてゐない。資本主義經濟組織の下に於ける賃金額は専ら資本家的企業の立場のみから定められるのであつて、労働者の生活需要は決してその決定的要素をなすものではない。例へば、腕の鈍い労働者は如何に多數の家族を擁して生活苦に患んで居らうとも、常に必ず腕のよい——而かも獨身で生活需要の比較的逼迫してゐない——労働者よりも少く支拂はれるのである。外國に於ては或は最低賃金法を制定し或は家族手当の支給を法律的に強制して、労働者の爲めに人間としての最少限度の生存を保障すべき法制を設けてゐるものがあるけれども、吾國の現行法制は未だその點まで進歩してゐない。労働者としては高々同盟罷業其他團結

の力により自力によつて彼等の生活需要に應ずべき賃金を獲得し得るに過ぎないのである。

二 賃金として支拂ふべき物についても民法は何等の制限を設けてゐない(第六二)。(三條)しかし、工場法及び鑛業法に於ては必ず通貨を以て支拂を爲すべきことを命じ、特に認められたる例外の場合に於てのみ通貨に代へて實物を供與することが認められてゐる(工場法施行第二二條第二四條、鑛業法第七八條)。

三 賃金支拂の時期も當事者任意にこれを約定し得るを原則とするけれども、何等別段の特約がなければ、「労働者ハ其約シタル労働ヲ終ハリタル後ニ非ザレバ報酬ヲ請求スルコトヲ得ズ」(第六二)。(四條)即ち後拂たることが民法の原則である。しかし工場法及び鑛業法に於ては少くとも毎月一回以上はその支拂を爲さねばならぬ旨の制限規定を設けて居る(工場法施行令第二二條鑛業法第七八條)。

かくの如く、賃金は後拂を原則としてゐるから愈々支拂はれるまでは單純なる債權に過ぎ

ない。而かも、労働者は——企業者に金を貸す人々のやうに——豫め別に擔保をとつて置く事も勿論出来ないから、賃金不拂のまま、雇主が破産に陥りたる場合の如き、極めて悲惨な苦境に陥らねばならないこととなるのである。無論民法は労働者の爲めに「雇人給料ノ先取特權ハ債務者ノ雇人が受クベキ最後ノ六ヶ月間ノ給料ニ付キ存在ス、但其金額ハ五十圓ヲ限トス」(第三〇)及び「農工業労働ノ先取特權ハ農業ノ労働者ニ付テハ最後ノ一年間工業ノ労働者ニ付テハ最後ノ三ヶ月間ノ賃金ニ付キ其労働ニ因リテ生ジタル果實又ハ製作物ノ上ニ存在ス」(第三二)なる二の規定を設けてゐるけれども、雇主が破産に陥るやうな場合には既に目星しい財産の大部分は質及抵當の目的物になつてゐて、労働者が先取特權をもつてゐても實際上は殆ど有名無實に近い結果となるのである。

尙雇主が破産に陥らずとも何等かの理由で賃金の任意的支拂を拒むと、労働者は結局訴訟によつてこれを訴求するの外ない。所が、現在の訴訟手續は徒に費用と時間とを要するが故

に、無産者たる労働者は容易にこれを利用し得ない有様である。それにも拘らず賃金債権は——普通の賃金債権等と違つて——僅か一年乃至二年の短期時効によつて消滅することになつてゐるから（第一七三條、第一七四條）、労働者が訴訟を起さずにぐゞ／＼してゐると容易く時効によつてその権利を失ふ虞がある。此故に、先に一言した「裁判の簡易化」（本書上巻二）（七頁以下）はこの點から言ふても甚だ必要である。

四 尙以上の外賃金に向つては法律上各種の特別な保護を與へる必要である。

先づ第一に、賃金は労働者唯一の生活資源である。従つて、労働者が支拂を受ける前に債権者が横合から賃金を差押へて仕舞ふと、労働者は忽ち生活上の困難に陥るにきまつて居る。この故に、民事訴訟法は「一ケ年間ニ三百圓ヲ超過」せざる賃金の差押を禁止し、それ以上の賃金については「其超過額ノ半額」だけを差押へ得ることとして居る（第六一、八條）。従つて又、例へば雇主が前賃金損害賠償等各種の名義で労働者に對して債権をもつてゐても、それと労働

者の賃金債権とを無制限に相殺することも法律の禁止する所である（民法第五一〇條）。何故なれば、雇主がかくの如き相殺をすると労働者は事實上賃金の支拂を受けず、其の結果生活の困難に陥るべきこと賃金の差押を受けるのと全く同じだからである。

次に又、賃金は土工の親方、内職の仲介者等職業の仲介者によつて搾取される例が多い。尙少年工の賃金は親權者により、妻の賃金は又夫によつて奪ひ去られる例が甚だ多い。しかし、仲介者の搾取に對しては無料職業紹介制度の普及、労働者募集取締規則の勵行等の外現行法上直接にこれを防止すべき何等の手段も講ぜられてゐない。親權者の搾取に對しても、親權者が法定代理人として賃金の支拂を求めると雇主は法律上これを拒絶し得ないから、直接にこれを防止する手段がない（第八八條）。唯親權者の搾取甚しく而してこれを唯自己の享樂にのみ濫費するやうなことがあれば、親權剝奪の方法（第八九條以下）によつてこれを防ぎ得るに過ぎない。尙妻の賃金は法律上飽くまでも妻の所有物である（第八〇條）、而して夫は妻の代理人では

ないから夫が代つて賃金をとつて仕舞ふことは法律上不可能である。唯妻は「元本ヲ領收」するについて夫の許可を必要とするから（第一、四條）、妻が賃金を受取るについて一々夫の許可を要するやうであるが、苟も妻が一旦労働に従事することを許された以上その仕事に關する限り全く「獨立人ト同一ノ能力ヲ有ス」るものと認むべきであつて（第一五、條參照）、賃金受取については一々許可を受ける必要はないのである。

第四 労働義務

一 労働者は賃金を受ける對價として約定の労働を供給する義務がある。而してこれを供給するについては契約竝に就業規則の定め及び誠實原則の命する所に従はなければならない

のは勿論であるが、その外民法は特に「勞務者ハ使用者ノ承諾アルニ非ザレバ第三者ヲシテ自己ニ代ハリテ勞務ニ服セシムルコトヲ得ズ」、勞務者若しこれに反するときは使用者は直に契約の解除を爲し得べき旨を定めて居る（第六二、五條）。

二 労働の種類、労働時間その他の労働條件は——賃金と同じく——當事者任意にこれを約定し得るのを原則とする。

けれども、先づ第一に上記の最低年齢法は原則として十四歳未満の者を労働に従事せしむることを禁止して居る。第二に、工場法及鑛夫勞役扶助規則に於ては労働者特に十六歳未満の者及び女子——保護職工——の爲めに労働時間の制限、深夜業の禁止、休日休憩時間の強制、危険作業又は危険若くは衛生上有害なる場所に於ける作業の禁止等の規定を設けて居る。これに反し他の一般職工その他労働者については現行法上何等かくの如き保護規定が存在しない。従つて彼等としては自らの實力により團結の力によつてこれ等の利益を獲得する

外他に途がないのである。尙終に工場法等は病者産婦等の就業をも禁止してゐる。

三 労働者が就業上の過失、労働義務の違背等によつて雇主に損害を加へたならば、これを賠償すべき義務を負担すること素より當然である。

所が労働者は多くの場合無資力であり、従つて事實賠償義務を履行すべき能力をもたないから、雇主は雇入の初めに特に身元保証人を立てしめる例が甚だ多い。身元保証契約の中には保証人が——先に第十章第四に於て説明した意味の——保証債務を負担することを目的とする場合と純然たる損害填補契約たる場合とがある。前者にあつては将来労働者若し債務を負担するに至らばこれを保証すべき債務を負ふことを約するのである。これに反し後者にあつては苟も労働者の所爲によつて雇主が損害を蒙つた以上、縦令労働者は——無過失その他の理由によつて——それを賠償すべき義務を負はずと雖も、保証人としては無條件にこれを填補すべきことを約するのであつて、實際の場合について二者いづれであるかを判別するこ

とは相當困難であるけれども、結局は保証契約そのもの趣旨を解釋してこれを判定するの外なし。

尙身元保証契約には通常何等の有効期限をつけない爲め、契約後長年月を経た後になつて突然責任問題を生ずるやうな事例が少くない。従つて保証人としても何時までも長くこの責任を負ふことを欲せず、中途に於て免脱を希望するのは極めて自然である。此故に、大審院に於ても身元保証契約に「全然期間ノ定メナキトキハ其身元保証契約ハ素ヨリ身元保証人ヲシテ無際限ニ保証ノ債務ヲ負ハシムルモノニアラズシテ、單純ニ終了時期ノ定メナキモノタルニ過ギザルヲ以テ、此場合ハ身元保証人ノ一方ノ意思表示ニ依リ將來ニ向テ解約ヲ申入ルルヲ得ベク、且各場合ノ事情ニ從ヒ解約ノ申入後相當ノ期間ヲ經過シタル時期ヲ以テ解約ノ效力ヲ生ズルモノト爲ス」のが當事者の意思に適合して居るとの判例を示して居る。而して同判例は同時に「身元保証契約ニ一定ノ期間アルトキト雖モ、使用者ニ於テ被使用者ノ背任

行為ニ因リ損害ノ生ズルコトアリテ、法律上解雇ノ原因發生シタルニ拘ラズ、解雇スルコトナク依然之ヲ使用スル場合ノ如キハ、身元保證人ニ於テ自己ノ一方ノ意思表示ニ依リ將來ニ向テ身元保證契約ヲ解除スルヲ得」との趣旨をも認めて居る（大審四・一〇・二八）
（刑錄一六六七頁）

第五 扶 助

一 労働者が業務上負傷若くは死亡し又は疾病にかゝつたならば雇主はこれに對して何等かの責任を負ふべきであるか。民法によると、それ等の事故が雇主の故意又は過失に基く場合に限り労働者は不法行為を理由として損害賠償を請求することが出来る（第七〇）。所が、業務上の負傷疾病等は必ずしも常に雇主の過失に原因しない。反つて、労働者の過失に基因す

ることもあり、不可抗力に原因することもある。又假に雇主に過失があるとしても被害者の側から事後にこれを證明することは多くの場合困難である。而かも、被害者たる労働者の立場から言ふと、何とかして救済を得なければならぬ。無産者たる彼等はさもない限り忽ち生活の困難にさへ陥らざるを得ないのである。此故に、現在諸國の法制に於ては過失の有無を問はず不法行為の法理を離れて労働者に一定の災害補償を與へる制度が漸次確立せらるゝに至つたのであつて、吾國の「扶助」制度も亦この一例に外ならない。

現行法中「扶助」を認めてゐる法令は、工場法（第一五條、施行令第四條以下）（第八〇條、礦夫勞役扶助人扶助令（大正七年勅令第三八二號）同一五年勅令第二三九號）等であつて、此等の適用を受けない労働者については全く扶助の制度が設けられてゐない。従つて彼等は高々當該企業について任意的に設けられて居る共済組合等から救助を受け得るに過ぎないのである。

二 工場法によると、「工業主ハ、勅令ノ定ムル所ニ依リ、職工ガ業務上負傷シ、疾病ニ罹

リ又ハ死亡シタル場合ニ於テ、本人又ハ其ノ遺族若ハ本人ノ死亡當時其ノ収入ニ依リ生計ヲ維持シタル者ヲ扶助」せねばならない(第一五條)。而して職工が「業務上負傷シ、疾病ニ罹リ又ハ死亡シタル」以上、それがかれの故意に基かざる限り縦令重大なる過失ありと雖も、工業主は絶対の責任を負はねばならない。その代はりその負擔すべき責任の限度は工場法施行令の限定する所であつて(第四四條)、損害のすべてに向つて無限の責任を負ふものではない。即ち、扶助として支給せらるべきものは負傷疾病を原因とする療養扶助、休業扶助、障害扶助及び死亡の場合に對する遺族扶助、葬祭料の五種類に限られて居り、且療養扶助を除く外扶助料額の最高限も法定されて居る。尙療養扶助及び休業扶助は負傷疾病の治癒せざる限りいつまでもこれを支給せねばならないのを原則とするけれども、「療養開始後三年ヲ經過」しても治癒しなければ工業主は法定の打切扶助料を與へて、以後扶助義務の全部を免れることが出来る。

かくの如く、扶助義務には一定の法定限度があつて必ずしも損害の全部を填補するものではない。無論、事故の發生について工業主に過失があれば、別に不法行爲を理由として損害のすべてを無限に賠償せしめ得るけれども、既に扶助によつて償はれてゐる部分は重ねてこれを賠償せしめ得ず、又不法行爲を理由として一定の賠償を得た以上その部分だけは扶助金額から控除されるのであつて(施行令)、いづれにしても同一の原因について二重の損害填補を受け得る譯合ではない。

尙扶助を受け得る者は職工本人たるを原則とするが、職工死亡の場合には「遺族又ハ職工ノ死亡當時其ノ収入ニ依リ生計ヲ維持シタル者」が受領権者である。而してその中第一順位を受領権者は職工の配偶者であり、以下施行令に於て他の者の順位を定めて居る(第一〇條以下)。しかし、茲に所謂「配偶者」は法律上の配偶者であつて内縁の妻の如きものを含まない。内縁の妻は高々「職工死亡當時其ノ収入ニ依リ生計ヲ維持シタル者」として最後順位を受領権者

たるに過ぎないのである。

三 尙昭和二年一月一日以降健康保険法の完全なる実施を見るに至り、同法の適用を受け
る労働者について負傷疾病死亡等一定の事故を生ずると——縦令それが業務に基かないでも
——同法によつて一定の保険給付即ち「療養ノ給付又ハ傷病手當金、埋葬料、分婉費若ハ出
産手當金」の支給を受け得ることになつた。その結果災厄が業務に原因するときは一面工場
法等によつて扶助を受けると共に他面保険給付をも受けることとなる虞があるから、その重
複する部分については保険給付のみを與へて扶助を與へざることをし、保険給付の期限が切
れた後扶助義務が尙繼續して居れば、以後引續き扶助を與へることにして居る(工場法施行令
第一三條ノ二)。

第六 解 雇

一 雇傭契約には雇傭期間を定める場合と然らざる場合とがある。

雇傭期間の長短は當事者任意にこれを定め得るけれども、餘りに長過ぎる雇傭契約に強制
力を認めると自然労働者の自由を害し、場合によつては奴隸に等しい状態をさへ生ぜしめ
る虞があるから、民法に於ても「雇傭ノ期間ガ五年ヲ超過シ又ハ當事者ノ一方若クハ第三者
ノ終身間繼續スベキトキハ、當事者ノ一方ハ五年ヲ經過シタル後何時ニテモ契約ノ解除ヲ爲
スコトヲ得、但此期間ハ商工業見習者ノ雇傭ニ付テハ之ヲ十年トス」「前項ノ規定ニ依リテ
契約ノ解除ヲ爲サント欲スルトキハ三ヶ月前ニ其豫告ヲ爲スコトヲ要ス」(第六二)との規定
を設けて居る。

而してかくの如く雇傭期間の約定があり且未だ右五年乃至十年を經過せざる場合には、特
に債務不履行其の他別段の理由なき限り、當事者双方とも濫に契約を解除し得ざるに反し、
「當事者ガ雇傭ノ期間ヲ定メザリシトキハ各當事者ハ何時ニテモ——何等理由を示さずして

——解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得」る。しかし、突然解約の申入があり而して直にその效力を生ずるものとする、當事者双方共迷惑を蒙る場合が少くないから、民法は特に「雇傭ハ解約申入ノ後二週間ヲ經過シタルニ因リテ終了ス」る旨を定め、尙その外「期間ヲ以テ報酬ヲ定メタル場合ニ於テハ解約ノ申入ハ次期以後ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得、但其申入ハ當期ノ前半ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス」六ヶ月以上ノ期間ヲ以テ報酬ヲ定メタル場合ニ於テハ前項ノ申入ハ三ヶ月前ニ之ヲ爲スコトヲ要ス」との規定を設けて居る(第六二、七條)。

二 雇傭期間の定めある場合なると否とを問はず、當事者の何れか一方に債務不履行があれば相手方は第五百四十一條により相當の期間を定めて催告を爲した上契約を解除し得る。又労働者が雇主の承諾なく濫に「第三者ヲシテ勞務ニ服セシメ」ると使用者は即時に契約の解除を爲し得る(第六二、五、三條)。

尙「已ムコトヲ得ザル事由アルトキ」は縱令雇傭期間の定めある場合と雖も「各當事者ハ

直チニ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」る(第六二、八條)。而してその解除は即時に效力を生ずるのであつて、雇傭期間の定めなき場合と雖も何等の豫告を要する譯ではない。従つて本條によつて解除されることは相手方殊に——無産者たる——労働者の甚しく苦痛とする所でなければならぬ。此故に、民法に於ても解約「事由ガ當事者ノ一方ノ過失ニ因リテ生ジタルトキハ相手方ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任ズ」る旨の規定を設けて多少の緩和を計つて居るけれども、それよりも一層重要な事柄は同條の適用上何が「已ムコトヲ得ザル事由」であるかを決するに於て充分の考慮を拂ふことである。此點について大審院は「當事者ガ雇傭契約ヲ締結シタル目的ヲ達スルニ付重大ナル支障ヲ惹起スル事項」が即ち「已ムコトヲ得ザル事由」であると言ふ解釋をとつて、例へば労働者が賃金値上の目的を達するが爲め團體的怠業を爲すが如きは雇主の雇傭契約を締結した目的に背反するから即時解雇の理由になると説いて居る(大審一・五・二九民二集一、卷六號二五九頁以下)。けれども、茲に所謂「已ムコトヲ得ザル」とは即時解約をするの外他