

637.  
72



367





大審院判事 沼 義雄 著

綜合日本民法論  
別卷第五

債權各論 下

東京 巖松堂書店發兌





637  
72

債權法各論下目次

第七章 有名契約各論 ..... 一

第八款 賃貸借 ..... 一

第一節 賃貸借の意義及性質 ..... 一

第二節 賃貸借に関する特別法 ..... 五

第三節 賃貸借の期間 ..... 六

一 賃貸借の存続期間 ..... 六

二 借地上の所謂借地権の存続期間 ..... 一〇

三 存続期間の更新及借地契約の更新 ..... 一一

四 黙示の賃貸借更新 ..... 一四

五 賃貸借と存続期間の最短期の制限 ..... 一八

目次

一



第四節 貸借の效力……………一九

第一項 貸借人の権利義務……………一九

一 貸借人の権利……………一九

二 貸借人の義務……………一九

- 1 總説(一九)
- 2 貸借物引渡義務(二〇)
- 3 修繕義務(二〇)
- 4 妨害除去の義務(二二)
- 5 擔保責任(二五)
- 6 費用償還義務(二六)
- イ 貸借人が貸借物に付支出したる費用の負擔者(二六)
- ロ 貸借人の費用償還請求權と除斥期間(二六)

第二項 貸借人の權利義務……………二八

一 貸借人の權利……………二八

- 1 貸借權の意義及性質(二八)
- 2 貸借權の内容(三三)
- 3 貸借權の對外的效力(三三)
- 4 使用收益權の範圍(四〇)
- イ 使用收益の方法(四〇)
- ロ 貸借權の讓渡及轉貸(四〇)

二 借貸支拂義務……………五七

- 1 總説(五七)
- 2 借貸減額請求權(五八)
- 3 借貸増額請求權(六三)
- 4 借貸の支拂時期(六四)

三 借用物保管義務……………六四

四通 知義務……………六六

五 貸借物返還義務……………六六

六 借地法及借家法に依る買取請求權……………六六

七 貸借人の債務に對する特別擔保……………七〇

- 1 先取特權(七〇)
- 2 敷金(七〇)

第五節 貸借の終了……………七六

一 貸借終了の原因……………七六

二 貸借の終了と轉貸借の終了との關係……………七九

第九款 雇傭……………八三

第一節 雇傭の意義及性質……………八三

第二節 雇傭契約に對する制限規定……………八六

第三節 雇傭の效力……………八七

第一項 勞務者の權利義務……………八七



一 報酬請求権……………八七

二 告知権……………八七

三 労務義務……………八七

四 忠實義務……………八九

第二項 使用者の権利義務……………九〇

一 労務供給請求権……………九〇

二 告知権……………九一

三 報酬支拂義務……………九一

四 保護義務……………九二

第四節 雇傭の終了……………九三

第五節 身元保証契約身元保証金契約及賃率契約……………九七

一身元保証契約……………九七

1 身元保証の意義及性質(七)

2 身元保証の期間(〇〇)

3 身元保証の相殺性(〇〇)

4 身元保証の效力(〇一)

5 身元保証の終了(〇四)

二 身元保証金契約……………一〇四

三 賃率契約(集合協約又は労働協約)……………一〇五

第一〇款 請負……………一〇五

第一節 請負の意義及性質……………一〇五

一 總説……………一〇五

二 請負と製作物供給契約及不規則請負……………一〇八

三 特殊の請負……………一一〇

第二節 請負の效力……………一一〇

第一項 請負人の権利義務……………一一〇

一 報酬請求権……………一一〇

二 仕事完成の義務……………一一〇

三 製作物引渡の義務……………一一四



1 總説(二四) 2 製作物の所有権の歸屬(二四) 3 製作物引渡義務と報酬請求權との關係(二九)

四擔保責任.....一三〇

1 擔保責任の性質(二〇) 2 擔保責任の種類(二〇) 3 擔保責任に關する特則(二四) 4 擔保責任の存続期間(二四)

第二項 注文者の權利義務.....一三五

一 仕事完成請求權.....一三五

二 製作物引渡請求權.....一三六

三 報酬支拂義務.....一三六

四 請負に於ける危険負擔.....一三六

五 請負と協力義務.....一三八

第三節 請負の終了.....一三九

一總説.....一三九

二 請負に特殊なる終了原因.....一三九

第一款 委任.....一三三

第一節 委任の意義及性質.....一三三

一總説.....一三三

二 委任と代理權授與雇傭等との關係.....一三七

第二節 白地委任.....一三九

第三節 委任の效力.....一四〇

第一項 受任者の權利義務.....一四〇

一 費用償還請求權.....一四〇

二 費用前拂請求權.....一四一

三 債務辨濟請求權.....一四二

四 損害賠償請求權.....一四二

五 有償委任の場合に於ける報酬請求權.....一四三

六 告知權.....一四五



七委任事務處理の義務……………一四五

八委任事務處理の報告義務……………一四七

九金錢其の他の物の引渡義務……………一四七

一〇權利移轉の義務……………一五〇

一一利息支拂及損害賠償義務……………一五一

第二項 委任者の權利義務……………一五一

一 事務處理請求權……………一五一

二 委任事務處理の報告を求むる權利金錢其の他の物の引渡請求權權利移轉を求むる權利利息及損害賠償請求權……………一五一

三 費用償還義務費用前拂義務債務辨濟義務損害賠償義務有償委任の場合に於ける報酬支拂義務……………一五三

第四節 委任の終了……………一五三

一 委任終了の原因……………一五三

二 委任終了の場合に於ける損害防止……………一五八

第二二款 寄託……………一六〇

第一節 寄託の意義及性質……………一六〇

- 一 總說……………一六〇
- 二 消費寄託又は不規則寄託……………一六五
- 三 寄託の豫約……………一六六
- 四 商法に於ける寄託……………一六八

第二節 寄託の效力……………一六八

- 第一項 受寄者の權利義務……………一六八
- 一 受寄者の權利……………一六八
- 二 寄託物保管義務……………一六九
- 三 附隨的義務……………一七三

1 危險通知義務(七三)      2 金錢物品の引渡及權利移轉の義務(一五八)      3 利息支拂及損害賠償



の義務(一七三) 4 受寄物返還義務(一七四)

四占有の侵害を排除すべき義務……………一七六

第二項 寄託者の権利義務……………一七六

一 寄託者の権利……………一七六

二 費用前拂の義務……………一七七

三 立替費用及利息償還義務……………一七七

四 債務辨済及擔保提供義務……………一七七

五 損害賠償義務……………一七九

六 報酬支拂義務……………一七九

第三節 寄託の終了……………一七九

第三款 組合……………一八三

第一節 組合の意義及性質……………一八三

一 總 說……………一八三

二 組合と社團法人との差異……………一八九

三 特殊の組合と組合に類似する契約及制度……………一八九

1 匿名組合(一九九) 2 無盡又は親母子講(二〇〇) 3 船舶共有者の組合(一九九) 4 共同礦業人(一九九)

第二節 組合の效力……………一九九

第一項 組合の財産關係……………一九九

第一目 組合員の出資……………一九九

一 出資の内容……………一九九

二 出資と組合財産……………一九九

三 出資義務の履行(出資)……………一九九

四 出資義務の履行遅滞……………一九九

第二目 組合財産……………一九九

一 組合財産の性質……………一九九

1 總說(一九九) 2 組合財産の歸屬(一九九)

二 組合財産の取得原因……………二〇〇



第三目 組合の債務 ..... 101

第四目 損益分配 ..... 101

一 損益分配の割合 ..... 101

二 損益分配の時期 ..... 101

第二項 組合の業務執行 ..... 102

第一目 内部關係 ..... 102

第二目 對外關係 ..... 110

一 組合代理 ..... 110

二 訴訟代理 ..... 111

第三節 組合員の脱退及加入 ..... 113

第一項 組合員の脱退 ..... 113

一 總說 ..... 113

二 任意脱退 ..... 114

三 非任意脱退 ..... 115

四 脱退の効果 ..... 117

第二項 組合員の加入 ..... 110

一 總說 ..... 110

二 加入の効果 ..... 110

第四節 組合の解散及清算 ..... 111

第一項 組合の解散 ..... 111

一 總說 ..... 111

二 解散事由 ..... 113

三 解散の効果 ..... 113

第二項 清算 ..... 114

一 總說 ..... 114

二 清算人 ..... 115

三 清算人 ..... 115



三清算の執行……………二三五  
 四清算人の職務及権限……………二三六

✓ 第一四款 終身定期金……………二三七

第一節 終身定期金契約の意義及性質……………二三七

一總 說……………二三七  
 二終身定期金債權の發生原因……………二三三

第二節 終身定期金契約の效力……………二三三

一定期金債權の發生……………二三三  
 二定期金債權の辨濟期……………二三三  
 三終身定期金の計算……………二三三  
 四定期金債務不履行の效果……………二三四

第三節 終身定期金契約の終了……………二三六

第一五款 和 解……………二三七

第一節 和解の意義及性質……………二三七

一總 說……………二三八  
 二裁判上の和解……………二四一  
 三人事訴訟手續法に所謂和諧……………二四二  
 四各種調停法に於ける調停……………二四二

第二節 和解の效力……………二四二

一和解の債權的效力……………二四三  
 二和解の確定的效力……………二四三  
 三和解の效力と錯誤……………二四四

第三節 和解の終了……………二四六



第三編 事務管理……………二四七

第一章 總論……………二四七

一 事務管理の基礎……………二四七

二 事務管理の沿革……………二四七

三 我民法と事務管理の規定……………二四九

第二章 事務管理の意義及性質……………二四九

第三章 事務管理の成立要件……………二五三

一 客觀的要件……………二五三

二 主觀的要件……………二五八

三 解釋上必要なる要件……………二六一

第四章 事務管理の効果……………二六三

第一款 總說……………二六三

第二款 管理者の義務……………二六四

一 管理繼續の義務……………二六四

二 管理に附隨する義務……………二六九

1 管理開始の通知義務(二六九) 2 計算義務(二七〇)

第三款 本人の義務……………二七〇

一 總說……………二七〇

二 本人の義務の内容……………二七一

三 管理者の損害と本人の義務……………二七四

四 事務管理の承認又は追認……………二七四

第五章 準事務管理……………二七五

一 總說……………二七五

二 準事務管理の種類……………二七九



三準事務管理の効果……………一八〇

### 第四編 不當利得……………一八一

#### 第一章 不當利得の意義及性質……………一八一

一總説……………一八一

二不當利得制度の沿革……………一八一

三不當利得制度の基礎……………一八一

#### 第二章 不當利得の要件……………一八三

一總説……………一八三

二財産上の利益を受くること……………一八三

1 總説(二八三) 2 財産の積極的增加(二八四) 3 財産の消極的增加(二八七)

三受益は他人の財産又は勞務に基くこと……………一八七

1 總説(二八七) 2 受益の方法(二八九)

四他人に損失を及ぼしたること……………二八九

1 損失(二八九) 2 受益と損失との因果關係(二九〇)

五法律上の原因なきこと……………二九二

1 統一説(二九二) 2 非統一説(二九七)

#### 第三章 各種の不當利得……………三〇七

##### 第一款 非債辨済に因る不當利得……………三〇七

一非債辨済の意義……………三〇七

二非債辨済に於ける特別の要件……………三〇八

1 狹義の非債辨済(三〇八) 2 辨済期前の辨済(三一一) 3 他人の債務の辨済(三一一)

##### 第二款 不法原因給付に因る不當利得……………三二七

一總説……………三二七

二第七〇八條本文の適用を受くる場合……………三二八

1 要件(三二八) 2 不法原因の爲に爲したる給付の實例(三三〇) 3 第七〇八條と不當利得返還請求權



以外の請求權(三二)

三第七〇八條但書の適用を受くる場合……………三三二

第四章 不當利得の効果……………三三四

一總說……………三三四

二不當利得返還請求權の意義……………三三四

三不當利得返還請求權の主體……………三三五

四返還の物體……………三三五

五返還義務の範圍……………三三七

第五編 不法行爲……………三三五

第一章 總論……………三三五

一違法行爲……………三三五

二違法の觀念……………三三五

三主觀的違法及客觀的違法……………三三七

四權利侵害と違法……………三三七

五違法行爲の種類……………三三八

1 主觀的違法行爲(三三八) 2 客觀的違法行爲(三三九)

第二章 不法行爲……………三四〇

第一款 總說……………三四〇

一不法行爲の意義……………三四〇

二不法行爲と犯罪行爲……………三四一

三過失責任及無過失責任又は結果責任……………三四二

第二款 不法行爲の成立要件……………三四三

第一節 總說……………三四三

第二節 客觀的要件……………三四四



第一項 自己の行爲……………三四四

一總 說……………三四四

二法人の機關の行爲……………三四六

三官吏の行爲……………三四六

第二項 權利の侵害……………三四七

一總 說……………三四七

二權利侵害と違法……………三五〇

三權利の侵害と不法行爲……………三五〇

1 總說(三五〇) 2 不法行爲の要件たり得る權利の侵害と然らざる權利の侵害(三五〇) 3 支配權の侵害(三五三) 4 請求權の侵害(三五三) 4イ 債權の侵害(三五三) 4ロ 債權以外の請求權の侵害(三五九) 5 形成權の侵害(三五九) 6 人格權の侵害(三六一) 4イ 身體權の侵害(三六一) 4ロ 生命權の侵害(三六一) 4ハ 自由權の侵害(三六一) 2 名譽權又は信用權の侵害(三五五) 8 相續權の侵害(三五〇) 9 社員權及期待權等特殊權利の侵害(三五二) 4イ 社員權の侵害(三五二) 4ロ 期待權の侵害(三五二) 10 用水權の侵害(三五七)

第三項 違法阻却事由の不存在……………三七六

一總 說……………三七六

二違法阻却の事由……………三七七

- 1 權利の行使(三七七) 2 裁判所の判決(三七七) 3 被害者の承諾(三七七) 4 事務管理(三七九)
- 5 正當防衛(三八〇) 4 總說(三八〇) 4ロ 正當防衛の要件(三八〇) 4ハ 第三者の損害賠償請求權(三八三) 4イ 總說(三八三) 4ロ 緊急避難の要件(三八四) 4ハ 緊急避難(三八四) 4イ 總說(三八四) 4ロ 緊急避難の要件(三八四) 7 法令又は正當の業務に因る行爲(三八六)

第四項 損害の發生……………三八六

第五項 因果關係……………三八七

第三節 主觀的要件……………三八八

第一項 不法行爲能力……………三八八

一總 說……………三八八

二不法行爲能力と意思能力との關係……………三八九

第二項 故意又は過失……………三九〇



目次

一總説……………三九〇

二責任能力と過責能力又は過失能力……………三九一

三故意過失と意思能力……………三九二

四過責としての故意及過失……………三九三

    1 故意(三九三)    イ故意の意義(三九三)    ロ故意の成立と行為の違法の認識(三九四)    ハ故意の成立と行為の間接の結果の認識及容認(三九五)

    2 過失(三九五)    イ過失の意義(三九五)    ロ注意測定の標準(三九六)    ハ過失の種類(三九七)    ニ主観的違法行為に必要な過失(三九八)

五特約に依る過失責任免除の效力……………三九八

六故意過失の存在に關する舉證責任……………三九九

七故意又は過失に因りて一時の心神喪失を招きたる者の賠償責任……………四〇〇

第三款 特殊の不法行為……………四〇一

一總説……………四〇一

二責任無能力者の行為に因る不法行為……………四〇一

    1 總説(四〇一)    2 責任無能力者の行為に因る不法行為者(四〇二)    3 責任無能力者の行為に因る不法行為の成立の要件(四〇三)    4 責任無能力者の行為に因る不法行為の効果(四〇三)

三被用者の行為に因る不法行為……………四〇五

    1 總説(四〇五)    2 被用者の行為に因る不法行為者(四〇七)    3 被用者の行為に因る不法行為成立の要件(四一〇)

四土地の工作物又は竹木の加害に因る不法行為……………四一五

    1 總説(四一五)    2 土地の工作物の設置又は保存に瑕疵あるに因りて生ずる責任(四一六)    イ責任の要件(四一六)    ロ責任者(四一七)    3 竹木の栽植又は支持に瑕疵あるに因りて生ずる責任(四一九)    4 占有者及所有者以外の責任者の責任(四二〇)

五動物の加害に因る不法行為……………四二〇

    1 總説(四二〇)    2 責任の要件(四二〇)    3 責任者(四二一)    イ總説(四二二)    ロ保管者の責任と占有者の責任との關係(四二三)

第四款 共同不法行為……………四二二

一總説……………四二二

二共同不法行為の要件……………四二三

三共同不法行為の効果……………四二五



第五款 不法行為の効果……………四二六

第一節 總 說……………四二六

一 法律が違法行為に附する法律效果……………四二六

二 法律が不法行為に附する法律效果……………四二六

第二節 損害賠償債權……………四二九

一總 說……………四二九

二 不法行為に因る損害賠償債權債務の種類……………四三〇

三 損害賠償の方法……………四三〇

四 損害賠償に關する規定の適用範圍……………四三一

五 損害賠償の範圍……………四三三

1 總說(四三三) 2 賠償額の算定(四三四) 3 損害賠償の範圍に關する特則(四三六) 4 損益相殺(四三六)

5 過失相殺(四三六)

六 損害賠償債權の移轉性……………四三三

七 損害賠償債權に關する特則……………四三四

1 不法行為に因る損害賠償債權の消滅時效(四三四) 2 不法行為の損害賠償債權と胎兒(四三九)

第六款 不法行為に基く請求權と債務不履行其他の原因に基く

請求權との競合……………四五〇

—(目次完)—



綜合日本民法論  
別卷第五 債權法各論下

第八款 賃貸借

第一節 賃貸借の意義及性質

賃貸借 (Miete und Pacht) は當事者の一方が相手方に或物の使用及収益を爲さしむることを約し相手方が之に賃金を支拂ふことを約するに因りて成立する契約なり(六〇一條)。物の使用及収益を爲さしむることを約する當事者を賃貸人と云ひ使用収益を爲す者を賃借人と稱す。

獨逸民法及瑞西債務法に於ては賃貸借の外用益賃貸借を認めて之が規定を設け(獨逸民法五三五條以下五八一條以下、瑞西債務法二七五條以下)佛蘭西民法は物の賃貸借の外勞務の賃貸借を認む(一七〇八條以下)(註)。我民法に於ては賃貸借の規定のみを設けて右獨逸民法及瑞西債務法に於けるが如く用益賃貸借を認めず。

(註) 獨逸民法及瑞西債務法の所謂 Miete は使用のみを目的とする賃貸借にして、同法に所謂 Pacht は使用収益を目的とする賃貸借なり。

(一) 賃貸借は雙務契約なり 賃貸借は物の使用収益に付當事者間に債權債務を生じ又賃料に付ても債權債務の關係を生じ而も此の兩債權債務の關係は對價的關係に立つものなるを以て雙務契約なること勿論なりと





す。故に民法第五三三條及第五三六條等の規定は當然賃貸借に適用せらる。之を通説と爲せども、或は賃金は法定果實にして期間に應じて支拂ふべきものなるが故に賃貸人の給付と交換的の意義を有せず隨て賃貸借契約は雙務契約に非ず故に危險負擔に關する規定の適用なしと爲す説あり(綜合5三九一頁參照)。

(二)賃貸借は有償契約なり 賃貸借は叙上の如く當事者雙方に於て對價的義務を負擔して互に出捐を爲すを以て有償契約なり。從て賃貸借には賣買に關する規定の準用あり(五五九條)。

(三)賃貸借は諾成契約にして不要式契約なり 賃貸借は當事者が互に其の債務の負擔を約する合意のみに因りて成立し目的物の交付は賃貸借成立の要件に非ず而して其の債務の負擔を約する意思表示の方法に付ては別段の方式を必要とせず。即ち賃貸借は諾成契約にして且不要式契約なりとす(註)。

(註) 獨逸民法(五六六條)は一年を超ゆる土地の賃貸借は書面の方式に依ることを必要とし之を要式契約と爲せり。

(四)賃貸借は物の使用及収益を目的とする契約なり 我民法に於ては賃貸借は有體物に付てのみ存在し權利其他の所謂無體物に付ては存在せず。然れども有體物なる以上其の物の種類には何等の制限なく、從て消費物に付ても亦消費せざる方法に依りて使用する場合に於ては賃貸借成立すべく(但し反對説あり)、公物に付ても其の公物たる性質目的に反せざる限り賃貸借の目的と爲すことを得べし。尙物の一部に付ても亦存在し得るものとす。

賃貸借の目的物は使用貸借に於けるが如く特定物なることを必要とせず(註一)。蓋し賃貸借は諾成契約にして使用貸借に於けるが如く要物契約に非ざるを以てなり。物以外の財産權に付ては本來の意味に於ける賃貸借の成立することなれども、一種の無名契約として賃貸借に類する契約を締結することを得べく(註二)、此の契約

に付ては賃貸借の規定を類推適用することを得べきは使用貸借の場合に付述べたる所と同様なりとす。但し特別の禁止規定ある場合例へば鑛業權(鑛業法一七條同法施行細則五四條一項參照)の如きは此の限に在らず(註三)。賃貸借の目的物と爲り得る物は貸主の所有物なることを要せず加之使用収益を爲さしむる權利を有せざる場合に於ても賃貸借は成立すべし(註四)。從て他人の物を正當の權利なくして賃貸するも賃借人をして之を使用収益せしめたる以上賃借人に對する關係に於て賃貸人は其の受取りたる賃料を不當に利得したるものと云ふことを得ず(註五)。然れども賃貸人たる義務の履行を爲し得ざるときは其の責に任せざるべからざるは勿論なりとす。賃貸借の目的は使用貸借の場合に於けると同様借主をして目的物の使用収益を爲さしむるに在るを以て目的物の所有權は借主に移轉することなし。此の點は消費貸借の場合と異なる。從て借主の所有物に付ても賃貸借の成立し得ることは使用貸借の場合に付述べたと同じ(註六)。例へば土地の所有者が其の土地に地上權又は永小作權を有する者より其の土地を賃借するが如き場合は是れなり。既に賃貸借の目的と爲り居る物の所有權を賃借人に於て取得したる場合には右賃貸借は之に因り終了するや否に付ては議論の存する所なるも、要するに當事者の意思を解釋して決すべき問題にして、當事者が特に之を繼續せしむる意思を有するものと認め得ざる場合には賃貸借は終了するものと解するを正當と信ず。賃貸借の目的は法文に依れば使用及収益とあれども、單に使用のみを目的とする場合に於ても亦賃貸借成立するものと解すべきことは使用貸借の場合に付述べたる所と同じ。

將來の物に付賃貸借成立し得るやに付ては議論あり。大審院判例は甲の建設する家屋の落成したるとき之を乙に賃貸することを約する契約を賃貸借契約の豫約なりと爲せるも(註七)、學者中には之を賃貸借契約其のもの



と爲す學者あり(綜合5三九二頁以下參照)。

(註一) 此の點に付ては反對説ありて貸貸借の目的物は特定物なりと主張す(綜合5三九三頁註三參照)。

(註二) 大正二年四月二日大判民錄一九輯一九三頁。

(註三) 同趣旨大正二年四月二日大判民錄一九輯一九三頁。

(註四) 同趣旨大正一〇年五月三日大判民錄二七輯八四四頁、大正九年七月一〇日大判民錄二六輯一一〇三頁、大正七年五月

一七日大判民錄二四輯九七一頁。

(註五) 昭和九年六月二十七日大判民錄一三卷一七四五頁。

(註六) 此の點に付ては反對説ありて所有權は本來使用收益の權利を包含するが故に(民法二〇六條)所有權を有する者が所有權を有せざる者より或物を賃借することはあるべからず故に賃借人は物の所有者たらざることを要すと解せざるべからず從て賣渡抵當を今日解せらるるが如く外部關係に於ては所有權の移轉あれども内部關係に於ては所有權の移轉を生ずと爲すときは賣渡抵當に附隨して行はるる貸貸借即ち信託的買主(債權者)より信託的賣主(債務者)に對する貸貸借は債務者に於て自己の物を賃借するものなるを以て之を無効なりと解せざるべからざる論結に到者すと主張す。大審院判例も亦反對説を採る(大正四年一月二五日大判民錄二一輯四七頁)(綜合5三九四頁註五參照)。

(註七) 大正七年二月六日大判民錄二四輯三四一頁。

(五) 貸貸借は資金の支拂を目的とする契約なり。貸貸借は資金(借賃又は賃料)の支拂を目的とする契約なるの點は使用貸借と異なる所なり。茲に資金と云ふは必ずしも金錢たるを要せず(註一) 代替物其他の物を對價として支拂ふことを目的とするも尙貸貸借たるを妨げず。民法第六〇一條に於て資金と云へるは唯通常の場合に着眼して立言したるに過ぎず。資金は期間に比例することを必要とするや否に付ては議論の岐るる所にして、

或は之を必要とし(註二) 或は之を必要とせずと爲せども(註三)、資金は物の使用の對價として受くべき金錢其他の物にして法定果實に屬し其の額は貸貸借の期間に比例して定期に支拂はるるを通常とすれども、必ずしも期間に比例することを要するものに非ずと解するを正當とす(綜合5三九五頁以下參照)。

(註一) 大正一一年三月一六日大判民錄一卷一〇九頁。

(註二) 大正六年三月一七日大判民錄二三輯五五三頁。

(註三) 大正八年三月三一日大判民錄二五輯五三七頁。

## 第二節 貸貸借に關する特別法

貸貸借に關する特別法中主なるものは建物保護法(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改正昭和一六年法律第五五號)及借家法(大正一〇年法律第五〇號改正昭和十六年法律第五六號)等是れなり。又船舶の貸貸借に付ては商法に特別あり(商法七〇三條七〇四條)。而して其の訴訟手續に關するものには借地借家調停法(大正一一年法律第四一號)及小作調停法(大正一三年法律第一八號)等あり。尙右の外耕作を目的として他人の土地を賃借せる者の地位を從來の民法貸貸借の規定のみに依る小作人の地位より増強する爲昭和一三年法律第六七號農地調整法の制定を見るに至れり。而して同法は實體及手續の兩者に關する特別を規定せり。

借地法及借家法は初め日本全國に行はれたるものに非ず別に勅令を以て指定されたる一定の地區に於てのみ適用せられたるものなりしが、昭和一六年三月八日勅令第二〇一號に依り日本内地の全部及樺太の全地區に施行せらるるに至れり。



借地法借家法は大正一〇年五月一日より施行せられたれども施行の際現に存する借地権及施行前に爲したる建物の賃貸借に付ても尙此等の法律の適用あるものとす(借地法一八條、借家法一一條)。

借地法は建物の所有を目的とする地上権及賃借権に關する特別法にして借家法は建物の賃貸借に關する特別法なり。従て建物の所有を目的とする以外の地上権及賃借権並に建物以外の物の賃貸借に付ては其の適用なきは勿論なり。農地調整法は耕作を目的とする土地を農地と稱し此の農地の賃貸借に關する特別法なり。而して此等借地法借家法及農地調整法等に關する詳細の解説は本書に於ては之を省略し唯其の重要な點に付隨所に之が説明を加ふることせり。

### 第三節 賃貸借の期間

#### 賃貸借の存続期間

一 賃貸借の存続期間

(一)第六〇四條第一項に依る制限 賃貸借の存続期間は二十年を超ゆることを得ず若し之より長き期間を以て賃貸借を爲したるときは其の期間は之を二十年に短縮す(六〇四條一項)。賃貸借は其の性質上永久無限に存続するものに非ず、又縱令永久ならざる場合に於ても之を長期に互り存続せしむるときは目的物の使用収益を爲し得る賃貸借の性質上目的物の經濟的利用に付種種の弊害あり。殊に長期間他人の物に付使用収益を爲すべき需要は特に土地に付之を生ずるものにして、土地に付ては永小作權又は地上権を設定して此の需要に應じ得るを以て、民法は永小作權等の存続期間より短く賃貸借の最長期を二十年に限定せり。

二十年より長き期間を以て賃貸借を爲すとは三十年五十年と云ふが如く明に二十年以上の期間を定めたる場合

のみに限らず地上の建物朽廢に至るまでと云ふが如く不確定的に之を定むる場合と雖、該建物が二十年以上を経過するに非ざれば朽廢せざる場合に於ては尙之を包含するものとす(註)。而して後に述ぶる如く賃借人は賃借人に對し賃借人をして賃貸借の目的たる物の使用収益を爲さしむることを請求する權利を有し而も此の權利は債權なると同時に之に附隨して賃借人の使用収益權を行使する權能を有す。此等の權能を總稱して賃借權と稱するなり。然れば賃借權にして其の性質主として債權なる以上債權の性質上永久無限に存続するものに非ざるのみならず、賃借權は賃借物を使用収益する權能を包含するを以て、若し永久無限の賃借權を成立せしむることを許すときは既に地上権に付説明せると同じく(別卷第二物權法二八三頁以下)該賃借權は其の目的物の所有權と異なる所なく所有者をして永久に土地の支配權を剝奪することと爲り所有權の本質を害するに至る。故に此の點に於ても亦永久的賃借權の設定は之を認むべからざるは勿論なり。然れば民法は叙上の如く賃貸借の最長期を二十年に限定することに依り賃借權の存続期間を限定せり(綜合二四二五頁以下參照)。

(註) 同趣旨大正四年五月三日同九年一月一日大判民錄二一輯二一八頁二六輯一六九七頁。

(2)第六〇二條に依る制限 處分の能力又は權限を有せざる者が賃貸借を爲す場合に於ては其の賃貸借は左の期間を超ゆることを得ず(第六〇二條)。従て此の賃貸借契約に因りて生ずる賃借權の存続期間も亦自ら同一の制限を受く。

- (イ)樹木の栽植又は伐採を目的とする山林の賃貸借は十年
- (ロ)其の他の土地の賃貸借は五年
- (ハ)建物の賃貸借は三年



(二) 動産の貸借は六ヶ月

貸借を爲すことは本来管理行爲にして處分の能力又は處分の権限を必要とするものに非ざれども、長期の貸借の設定は貸借人に重大なる利害關係あるを以て、民法は叙上の期間を越ゆる貸借を爲すことを處分行爲と同一視し叙上の如き制限を設けたるものなり。茲に處分の能力を有せざる者とは管理能力を有するも處分能力なき者を云ひ、處分の権限を有せざる者とは他人の財産に付管理権限あるも處分の権限を有せざる者を云ふ。従て前者に屬する者は準禁治産者にして後者に屬する者は権限の定なき代理人(一〇三條)不在者の財産管理人(二八條)相續法人の管理人(一〇五三條)妻の財産を管理する夫(八〇二條)及後見人(九二九條)等是れなり(註一)(註二)。

處分の能力又は権限を有せざる者が第六〇二條所定の期間より長き期間を以て貸借を爲したるときは其の貸借の効力如何、此の場合に付ては第六〇四條の如く所定の期間に短縮する旨の規定なきを以て疑問を生ず。或は(一)此の場合に於ては特別の規定なきを以て能力及権限に關する各個の規定に従ひ之を決定せざるべからずと爲し、従て無能力者が其の能力の制限を超えたる場合には取消し得べきものと爲るべく(一二條三項)代理人が其の権限を越越したる場合には無權代理行爲と爲ると爲し、右の外尙夫が妻の同意を要する場合の如く自己の名に於て爲すべき行爲に付て其の権限を超えたる場合には之を無効と解すべしと爲し(註三)、或は(二)全然之を無効と爲し(註四)、或は(三)第六〇二條の制限内に於ては完全なる効力を生じ若し相手方に於て同條の制限内ならば貸借を爲さざるべかりしときは第五九條に従ひ第五六三條の準用に依り契約を解除し得るものと解するを相當とすべしと爲すなり。第一の前説を正當とす。然れども此の効力は貸借の期間全部を不可

分として生ずるものと解するは非なり。當事者が其の期間を可分とし第六〇二條の制限内のみにても貸借を爲すべき意思を有する場合に於ては期間は之を第六〇二條の期間に短縮し該期間内に於ては完全に効力を生ずるものと解するを正當と信ず(綜合二四二六頁以下參照)。

(註一) 未成年者及禁治産者は管理能力をも有せざる者なるを以て茲に所謂處分の能力を有せざる者の中に包含せず。又妻は民法第一四條の制限範圍内に於てのみ無能力者とせらるるものにして而も貸借契約の締結は右第一四條に依り制限せられ居らざるを以て又右處分の能力を有せざる者の中に包含せられず。但し此の點に付ては異説ありて、或は未成年者及妻も亦此の内に包含すと爲し、或は右の外尙禁治産者をも包含すと爲し、或は準禁治産者の外妻を包含すと爲し、或は準禁治産者の外未成年者を包含せしむ。

(註二) 尙學者或は親權を行ふ父又は母(八八四條)をも處分の権限なき者の中に包含せしむるも、第八八四條と第八八六條とを比較對照するときは親權を行ふ父又は母は未成年の子に代りて處分行爲を爲し得ること明なるを以て此の説は正當に非ず(綜合二四二八頁註三參照)。

(註三) 此の説を採る學者中後見人が親族會の同意を得ずして第六〇二條に違反する貸借を爲したる場合の効力に付學說岐る。或は(一)後見人は代理人として管理行爲を爲すものなるが故に其の代理權の補充を得ざる場合には代理權を越越したるものと解すべしと爲し、或は(二)後見人は親族會の同意を得ることを要すとの規定あるに止まり違反行爲の結果如何に關して何等別段の規定なき場合には無効と解するの外なし蓋し法定要件を缺ける行爲は別段の規定なき限り無効と解するを正當とすればなりと爲し、尙前説を駁し後見人の得べき同意は親族會の同意にして被後見人即ち本人の同意に非ざるが故に代理の場合と趣を異にすと主張す(綜合二四二八頁註五參照)。

(註四) 明治三八年一月二五日大判民錄一輯四一頁。



借地法上の所謂借地権の存続期間

二借地法上の所謂借地権の存続期間

借地法上所謂借地権とは建物の所有を目的とする地上権及賃借権を云ふ(借地法一條)。借地法上の所謂借地権に付ては石造土造煉瓦造又は之に類する堅固の建物の所有を目的とする場合は六十年其の他の建物の所有を目的とする場合は三十年とし、建物が此の期間満了前朽廢したるときは借地権は之に因りて消滅す(註一)、然れども契約を以て堅固の建物に付三十年以上其の他の建物に付二十年以上の存続期間を定めたるときは借地権は其の期間の満了に因りて消滅する旨借地法第二條に規定せり。而して此の借地法第二條に規定せる六十年又は三十年の期間は地上権に關する限り其の最長期を示せるものなりや否に付ては議論の存する所なるも、賃借権に關する限り右規定は民法第六〇四條を改正したるものと解すべきは勿論なりとす。

契約を以て堅固の建物に付三十年以上其他の建物に付二十年以上の存続期間を定めたるときは借地権は其の定められたる存続期間に従ふ(借地法二條二項)。從て當事者が堅固の建物に付三十年其の他の建物に付二十年より短き存続期間を定めたるときは、借地法第一一條に所謂第二條の規定に反する契約條件にして借地権者に不利なるものに該當し、同條に依り之を定めざるものと看做さるる結果其の存続期間は第二條第一項に依りて之を定むることと爲るを以て、建物の所有を目的とする借地権は地上権たるを問はず二十年より短期の契約を許さざるものと解せざるべからず。臨時設備其他一時使用の爲借地権を設定したること明なる場合に於ては叙上存続期間に關する借地法第二條の規定は適用なし(借地法九條)。蓋し此の種の借地権は臨時の目的の爲設定せられたるものなるを以て長期の存続を必要とせざればなり(註二)(綜合二四一八頁以下参照)。

(註一) 茲に所謂建物の朽廢したるときとは借地上の建物が自然の推移に因り朽廢し又は當然朽廢すべかりし時期に達したるときを云ふなり(同趣旨昭和九年一月一日大判民集一三卷一九〇一頁)。

(註二) 從て此の種の借地権に在りては存続期間の定あらば當然之に依るべく、特に存続期間の定なきときは其の臨時の目的終了に因り借地権は終了するものと解すべきものとす(綜合二四二〇頁註六参照)。

存続期間の更新及借地契約の更新

三存続期間の更新及借地契約の更新

賃借権の存続期間は之を更新することを得べし。民法は第六〇四條第二項に於て賃借借の存続期間は之を更新することを得べき旨を定むるを以て結局之に因り賃借権の存続期間の更新を生ずるなり。而して當事者が賃借借の期間を更新する場合には賃借権の存続の存続期間は更新の時より起算し二十年を超ゆることを得ず(六〇四條二項)。處分の能力又は権限を有せざる者が第六〇二條所定の制限内に於て爲したる賃借借の期間も亦之を更新することを得べし。但し其の期間満了前土地に付ては一年内建物に付ては三个月内動産に付ては一个月内に其の更新を爲すことを要す(六〇三條)。蓋し賃借借成立後何時にても更新することを得るものとせば間斷なく更新して期間の制限を回避し民法が此の制限を設けたる趣旨に反する結果を生ずるを以て更新し得る時期を一定したるものなり。而して此の場合に於ける期間更新の意義及効果は總て第六〇四條の場合と同一に解すべきを以て更新せられたる期間は更新の時より進行すべく(註一)又其の期間は第六〇二條の制限内なるを要す(註二)(綜合二四二九頁以下参照)。

存続期間の更新に付ては民法は永小作權に付第二七八條第二項に不動産質權に付第三六〇條第二項に、賃借權に付第六〇三條第六〇四條第二項に各規定を設く。然れども永小作權に付ては「永小作權ノ設定ハ之ヲ更新スルコトヲ得」云々と規定し不動産質權に付ても亦「不動産質ノ設定ハ之ヲ更新スルコトヲ得」云々と規定せるに



反し、賃借権に付ては前條の期間と云ひ或は前項の期間(何れも賃借の存続期間を意味す)と云ひ之を更新することを得る旨規定せるを以て、此の兩者間には差異あるものと解せざるべからず。前者即ち設定は之を更新することを得と云ふは永小作權又は不動産質權の存続期間の満了前其の満了と共に消滅すべき此等權利に代るべき永小作權又は不動産質權を設定することを意味し、後者即ち期間は之を更新することを得と云ふは既存の賃借に付期間のみを更新すること即ち既存の賃借中單に其の存続期間に關する定のみを廢止し新に期間を定むることを意味するなり。故に前者の場合に於ては從來の權利の設定を廢し該權利を消滅せしむると同時に更に新に同一權利を設定するものにして單に期間のみを更新するものに非ざるに反し、後者の場合に於ては従前の賃借を終了し即ち當事者が其の賃借の同一性を害せずして單に其の期間のみを更新し依て賃借權の存続期間を更新せしむるなり。

賃借の當事者は賃借の期間を更新する契約を爲し得ることは叙上の如くなるも、當事者は尙固より既存の賃借を終了せしめて新に賃借を爲すこと即ち賃借契約の更新を爲すことを得るは勿論なり(註三)。借地法は借地契約更新の場合に於ける存続期間に關し特に規定を設け、當事者が契約を更新する場合に於ては借地權の存続期間は更新の時より起算し堅固の建物に付ては三十年其の他の建物に付ては二十年とし建物が此の期間満了前朽廢したるときは借地權は之に因りて消滅すべく當事者が更新せられたる借地權に付三十年又は二十年より長き存続期間を定めたるときは其の定に従ふべきものと爲せり(借地法五條)。借地法は尙借地契約の更新に付次の如き特別を設けたり。即ち借地權消滅の場合に於て借地權者が契約の更新を請求したるときは土地所有者が自ら土地を使用することを必要とする場合其の他正當の事由ある場合に於て遲滞なく異議を述べたるに

非ざる以上は建物ある場合に限り前契約と同一の條件を以て更に借地權を設定したるものと看做されることは是れなり(借地法四條一項)。而して此の場合の更新は借地權消滅の場合に於て爲されたる場合に限り又建物ある場合に限るものとす。即ち叙上の場合に於ては借地法は法定借地權の成立を認めたるものなり。借地法第四條の舊規定に於ては借地權消滅の場合に於て建物あるときは借地權者は契約の更新を請求することを得べく土地所有者が契約の更新を欲せざるときは時價を以て建物其の他借地權者が權原に因りて土地に附屬せしめたる物を買取るべきことを請求することを得ることと爲し居たるを以て、此の契約更新請求權の性質に付議論の存したる所なるも、改正法は之を前叙の如く改めたるものなり。而して茲に所謂借地權消滅の場合中には契約の告知に因る借地權の消滅を包含せざるものとす。蓋し義務不履行に原因して借地契約の告知せられたる如き場合に尙且其の更新を認むることは信義誠實の原則に反すればなり。

叙上借地契約の更新に付ての特則は臨時設備其の他一時使用の爲借地權を設定したること明なる場合には其の適用なきものとす(同法九條)(綜合二四一九頁以下參照)。賃借の期間の更新は叙上の如く既存の賃借中單に其の存続期間に關する定のみを廢止し新に期間を定むることを意味し、賃借の同一性を失はしむるものに非ず從來の債權關係は其の儘繼續するものなるを以て、更新に因り擔保は消滅することなし。然れども保證人物上保證人の如く第三者が擔保を供せる場合に於ては此等の者の同意を得るに非ざれば此等の者は唯従前の期間の範圍内に於てのみ擔保の責任を負擔するものと解せざるべからず。蓋し然らざれば自己の關與せざる期間更新の爲に謂れなく其の責任を加重せらるることと爲るを以てなり(註四)(綜合三四三頁)。



(註一) 此の點に付ては更新に因る期間は従前の期間満了の時より起算すべきものと爲す反對説あり(綜合2四三〇頁註二參照)

(註二) 更新は一の契約なるを以て將來更新を爲すべき旨の豫約を爲すことを妨げず。然れども其の約したる期間が豫約の時より起算して二十年以上に亘ることを許さざるは第六〇四條に徴し明なるを以て二十年以下の範圍内に於てのみ有效なるは勿論なりとす。又處分の能力又は權限を有せざる者が第六〇二條所定の制限内に於て爲したる貸貸借を更新する場合に於ては又第六〇二條の制限に従はざるべからざることは既に述べたる如くなるを以て、此の更新契約に付て豫約を爲す場合に於ても亦同様豫約の時より起算して第六〇二條所定の期間の制限に従はざるべからず。而して若し此の期間を超過したる豫約の效力に付ては此の期間を超過したる更新の效力如何に付述べたる所と同様に解すべきものとす。

(註三) 民法が契約の更新なる文詞を使用せるは共有物不分割契約の更新にして第二五六條第二項是れなり。而して此の場合に於ける契約の更新は既存契約に定めたる存続期間満了前に之を爲すことを要するものと解すべきものとす(綜合2四二〇頁註七參照)

(註四) 之に反し永小作權設定の更新(二七八條二項)は永小作權の存続期間の満了前其の満了と共に消滅すべき永小作權に代るべき永小作權を設定することを意味するを以て、從來の永小作權の設定を廢し該權利を消滅せしむると同時に更に新に同一權利を設定するものなるが故に、之に附隨する擔保あるときは此の擔保も亦當然消滅するに至るものとす(綜合三四三三頁參照)。

默示の貸貸借更新 四 默示の貸貸借更新

民法は普通の場合に於ける當事者の意思を付度し默示の更新に關する推定規定を設く。即ち當事者が貸貸借の期間満了の後貸借人が賃借物の使用又は収益を繼續する場合に於て貸借人が之を知りて異議を述べざるときは

前貸貸借と同一の條件を以て更に貸貸借を爲したるものと推定せり(六一九條一項)。又借家法に於ては、當事者カ賃貸借ノ期間ヲ定メタル場合ニ於テ當事者カ期間満了前六月乃至一年內ニ相手方ニ對シ更新拒絕ノ通知又ハ條件ヲ變更スルニ非サレハ更新セザル旨ノ通知ヲ爲ササルトキハ期間満了ノ際前貸貸借ト同一ノ條件ヲ以テ更新セザル旨ノ通知ヲ爲シタルモノト看做ス。前項ノ通知ヲ爲シタル場合ト雖モ期間満了ノ後賃借人カ建物ノ使用又ハ収益ヲ繼續スル場合ニ於テ賃借人カ遲滞ナク異議ヲ述ヘサリシトキ亦前項ニ同シト規定シ(二條)。民法に於ては賃貸借の更新を推定したるに止まるに反し借家法に於ては之を擬制し之に反する當事者の主張を許さざるものとせり。此の默示の更新及法定更新に依る新賃貸借は前賃貸借と同一の内容を有するものなることは勿論なるも、新賃貸借の存続期間をも前賃貸借と同一なるものと推定又は看做したるものなりやに付ては、民法は各當事者をして更新せられたる賃貸借を第六一七條の規定に依りて解約の申入を爲すことを得しめ居れるを以て(六一九條一項但書)、民法は新賃貸借の存続期間をも前賃貸借と同一なるものと推定したるものに非ずして新賃貸借は其の存続期間の定なきものと爲したるものなること明なりと雖、借家法に於ては此の點に關し何等民法に於けるが如き規定なきを以て存続期間も亦前賃貸借と同一と看做したるものと解せざるべからず。而して右更新に因る新賃貸借は前賃貸借の期間満了と同時に成立したることと爲るなり。

賃貸人の異議を述べべき期間に付ては、民法に於ては單に「之ヲ知りテ」と云ひ(六一九條)借家法に於ては「遲滞ナク」と在れども(二條)、民法に於ける場合も亦借家法の場合も共に同様の意に解すべく、從て異議は知りたる後遲滞なく之を述べざることを要するものとす。尙賃貸人が之を知れることは默示の賃貸借更新及法定更新の要件なるを以て、之が舉證の責任は更新の事實を主張する者に在るものとす。



黙示の更新及法定更新は存続期間の定まる貸貸借が期間の満了に因りて終了したる場合に適用あるは明なるも（民法六一九條、借家法二條參照）、期間の定なき貸貸借が解約申入に因りて終了したる場合に於ても尙適用ありや、此の點に付ては借家法には法定更新に關する規定を解約申入に因りて終了したる貸貸借にも準用する旨の規定存するを以て（三條二項）借家法の適用を受くべき貸貸借に付ては問題なしと雖、民法六一九條に於ては單に「貸貸借ノ期間満了後」と規定せるを以て其の解釋上疑問の存する所にして、之を同條の文詞上より見れば之を消極に解すべきが如しと雖寧ろ之を積極に解するを正當とす。然れども貸貸借が契約解除に因りて終了したる場合に於ては固より右更新規定の適用なきものと解せざるべからず。蓋し對人信用關係を基礎とする繼續的債權關係なる貸貸借に於て貸貸人が貸借人の義務不履行に因り貸貸借契約を解除するは是れ即ち貸貸借の存続を欲せざる意思の存在を明に表示せるものと云ふことを得ればなり。尤も此の場合に於ても尙黙示の更新の規定の適用ありと解することが却て妥當なる結果を招來し且此の見解は必ずしも衡平の觀念に背反することなく尠くとも積極說に従ふことを利益とする場合ありと爲す説あり（綜合二四三頁以下參照）。

借地法は借地權者が借地權の消滅後土地の使用を繼續する場合に於て土地所有者が遲滞なく異議を述べざりしときは前契約と同一の條件を以て更に借地權を設定したるものと看做し（法定更新）、此の場合に於ける借地權の存続期間に付ては前貸貸借の期間に依ることなく契約に依る更新の場合に於ける存続期間に關する第五條第一項の規定を準用し別に其の存続期間を法定せり（同法六條）。而して此の法定更新に付ての特則は臨時設備其他一時使用の爲借地權を設定したること明なる場合には其の適用なきものとす（同法九條×綜合二四二〇頁參照）。農地調整法は貸借權の存続期間並に貸貸借の更新等に關し次の如き規定を設けたり。即ち農地の貸貸人は貸借

人が宥恕すべき事情なきに拘らず小作料を滞納する等信義に反したる行爲なき限り貸貸借の解約を爲し又は更新を拒むことを得ず。但し土地使用の目的の變更又は貸貸人の自作を相當とする場合其他正當の事由ある場合は此の限に在らず。當事者が農地の貸貸借の期間を定めたるときは當事者が期間満了前六月乃至一年内に相手方に對し更新拒絶の通知又は條件を變更するに非ざれば更新せざる旨の通知を爲さざるときは従前の貸貸借と同一の條件を以て更に貸貸借を爲したるものと看做す。但し貸貸人の疾病に因りて自ら耕作すること能はざる爲其の他特別の事由に因りて一時貸貸借を爲したること明なる場合は此の限に在らず。農地の貸貸借の當事者貸貸借の解約を爲し又は更新を拒まんとするときは命令の定むる所に依り豫め其の旨を市町村農地委員會に通知することを要す。尙解約告知期間を要せずと云ふが如き貸借人に不利なる條件を定むるも斯の如き條件は之を定めざるものと看做さるるなり（農地調整法九條）。

叙上黙示の貸貸借更新の場合に於ては、新貸貸借は前貸貸借と同一の内容を有すれども其の存続期間の定なき貸貸借として前貸貸借と別個の新なる貸貸借の成立を推定せるものなるを以て、前貸貸借に付當事者が擔保を供しありたるときは其の擔保は前貸貸借期間の満了に因りて消滅するは當然なりとす（六一九條二項本文）。然れども敷金に付ては當事者は此の場合に於ても依然之を存続せしむるの意思あるを通常とするを以て、民法は此の通常の場合の當事者の意思を基準として實際上の便宜より敷金のみは期間の満了に因りて消滅することなく依然として新貸貸借の擔保の用を爲すべきものと爲せり（同條項但書）。敷金の意義及性質に付ては別項に於て説明すべし。保證人物上保證人の如く第三者が擔保を供せる場合に付ては特に規定する所なしと雖、此等の者は唯前貸貸借の期間の範圍内に於てのみ擔保の責任を負擔するものにして此等第三者の供したる擔保は前貸貸借



の期間の満了に因りて總て消滅すべきものと解せざるべからず。蓋し然らざれば自己の關與せざる當事者の行為に因る黙示の更新の爲に謂れなく其の責任を加重せらるることと爲るを以てなり。從て第三者の供したる敷金に付ても第三者に於て承諾せざる限りは前貸借の終了と共に其の效力を失ふものとす(註)(綜合三四三三頁以下參照)。

(註) 此の點に付ては反對説あり賃借人又は第三者が借賃支拂の擔保として供與したる敷金は特に前貸借より引續き新貸借の爲に存続するものと主張す(綜合三四三四頁註三參照)。

賃借権と存続期間の制限

### 五賃借権と存続期間の制限

賃借権に付ては永小作權に於けるが如く存続期間の最短期を制限せざるを以て、地上權に付述べたると同様(別卷第二物權法二八五頁註五)如何に短期と雖妨なきものと云はざるべからず。然れども建物所有の爲にする土地の賃借権に付其の存続期間を二年三年と云ふが如き極めて短き期間を約するが如きは斯の如き目的の爲に締結せられたる賃借の目的と副はざること明なるを以て、斯の如き場合に於ては勿論當事者の意思解釋の問題なれども通常當事者は賃借の期間從て賃借権の存続期間を約したるものに非ずして賃料改定の時期を約したる等他の意義を有するものと解するを相當とす(註)(綜合三四三三頁以下參照)。

(註) 從來下級裁判所の判例は一般に二年又は三年と云ふが如き短期にて建物所有の爲にする土地の賃借を爲したる如き場合に於ては其の期間の定は單に例文たるに止まり寧ろ賃料改定の期間を定めたるもの解すべしと爲せり。學者或は此等判例が期間の定を例文なりと爲したるに對し之を攻撃して、斯の如きは契約自由の原則を無視したるものにして所謂例文なりとの一事を以て效力の有無を決すべきに非ず其の期間が存続期間なりや地代据置期間なりやは一に證據に依りて決せざ

るべからずと主張し、其の他學者多く右判例が當事者の意思を探究せずして單に例文たるが故に拘束力なしと爲すを非難す(綜合三四三三頁註參照)。  
借家法の適用を受くる建物に付ての一年未滿の期間の定ある賃借は之を期間の定なきものと看做さる(借家法三條ノ二)

## 第四節 賃借の效力

### 第一項 賃借人の權利義務

賃借人の權利

#### 一賃借人の權利

賃借人は賃金支拂請求權及交付したる物の返還請求權を有し其の他契約上諸種の權利を有するも、此等の權利は孰れも賃借人の負擔せる賃金支拂義務及返還義務等に對立する權利なるを以て、此等の權利に關しては賃借人の義務に付説明する所を參照して了解せらるべし。

賃借人の義務

#### 二賃借人の義務

##### 1 總説

賃借人は賃借人をして目的物の使用及收益を爲さしむる積極的義務を負擔す。此の義務は使用賃借に於けるが如く單に借主の使用收益を妨ぐることを得ざる所謂忍容の債務たる不作爲義務と異り使用收益を爲さしむることとに努力すべき作爲義務なりとす。而して賃借人が此の義務を負擔せる結果として以下説明する如き諸義務を負擔するものとす。



2 貸貨物引渡義務

貸貨人は賃借人をして契約上の使用収益を爲さしむる義務を負担せるものなるを以て、賃借人が物の使用及収益を爲すが爲に物の占有を必要とするときは賃借人に對して其の物を引渡すことを要するは勿論、物の占有を必要とせざる場合(註一)に於ても少くとも賃借人が使用及収益を爲し得べき状態を作することを要す。而して物の引渡に依りて賃借人は其の占有者と爲るものとす。賃借人は貸貨借の目的物を賃借人に引渡したる後に於ても尙賃借人をして使用及収益を爲さしむることに努力すべき義務を負担するものとす(註二)。賃借借は其の目的たる物の引渡を俟たずして成立するものなるを以て、物の引渡義務は賃借借より生ずる債務なり。従て賃借借の目的物が特定物なるときは契約上の使用及収益に適する状態に於て其の物を引渡すことを要し、又其の目的物が契約成立の當時不特定物なる場合に於ては契約上の使用及収益を爲すに必要な性質條件を具備する物を引渡すに非ざれば賃借人は債務不履行の責を免ることを得ず。尤も賃借借の目的物が特定物なる場合に於て其の物が毀損し且修繕不能と爲りたるときは全部又は一部の履行不能を生ずべく、此の場合の効果は不履行に關する一般原則に従ひ右履行不能が賃借人の責に歸すべき事由に基くや否に依りて之を定むべきものとす。

(註一) 例へば廣告を貼布する爲屋壁又は電柱等を賃借するが如き場合に於ては賃借人は其の物の占有移轉を爲すの必要なしと雖尙右目的に適する状態を作することを要するなり。

(註二) 同趣旨昭和五年七月二六日大判民集九卷七〇四頁。

修繕義務

3 修繕義務

賃借人は賃借人をして契約上の使用収益を爲さしむる義務を負担するものなるを以て此の目的に必要な修繕

を爲すべき義務を負担す(六〇六條一項)。

(一) 修繕義務發生の要件 修繕義務の發生するが爲には修繕が必要にして可能なることを要す。修繕が必要なりと云ふは貸貨借の目的物が修繕を加ふるに非ざれば契約に依りて定まりたる目的に従ひたる使用収益を爲すことを得ざるに至りたることを云ふ。修繕必要の状態を生ずるに至れる原因の如何は之を問はず。賃借人又は賃借人何れの責に歸すべき事由に基くと風雨其の他の事變に因りて生じたるを問ふことなし。尤も賃借人の責に歸すべき事由に因りて修繕必要の状態が生じたる場合に於て尙賃借人に修繕の義務を負担せしむるは一見不當なるが如き感あり、従て學者間に議論の存する所にして、或は此の場合に於ける賃借人の修繕義務を否定する説ありと雖、第六〇六條は修繕の必要を生じたる原因の如何を區別せざるを以て賃借人は此の場合に於ても尙修繕義務を負担し、一方賃借人は保管義務の違反若は不法行爲に因る損害賠償義務を負担するものと解するを正當とす。

修繕は可能なることを要す。修繕が不能なるときは全部又は一部の履行不能を生ずるものにして其の効果は履行不能に關する規定に依り之を決せざるべからず。即ち全部不能の場合には賃借借は當然終了し、不能の原因が賃借人の責に歸すべき事由に基くときは賃借人に於て履行不能に因る損害賠償を爲すべく(四一五條後段)、一部不能の場合には後に説明する第六一一條の適用を受くるものとす。而して所謂修繕の爲に新造改造若は經濟上之と殆ど同一程度の工作を加ふることを要する場合に於ては之を修繕不能と認むべきものとす(註)。

(註) 此の點に付ては學者或は、修繕の能否は勿論物理的又は技術的の意味のみにて決せらるべきものに非ずして取引上の觀念に従ひ決すべきものなるが故に修繕の爲に過大の費用を要する如き場合には修繕は不能なりと觀て可なりと主張し、昭



和三年三月三〇日大審院民事判例に依れば、修繕の能否は元來單なる事實上の論に非ずして經濟上の問題に外ならず何となれば殆ど新調に近き或は之に超ゆる費用を投じて始めて能く修繕を完成し得らるる場合に於ても尙且新調の捷路に出でず必ず修繕を敢てして後息むと云ふが如きは一般取引上の通念として殆ど想像に勝えざればなりと判示せり（大判民集八卷二二六頁）。尤も右判例は賣買の目的物に存する瑕疵の修繕が可能なりや否に關するものなれども、貸借の場合に於ても亦其の理を異にするものに非ざるべし。

(ロ)修繕義務の限度 賃借人の修繕義務は賃借人をして契約に依りて定まりたる目的に従ひ賃借物を使用収益を爲さしむる爲一般に必要なりと認めらるる限度に止まるものとす(註)。

(註) 同趣旨昭和五年九月三〇日大審院民事判例(法律新聞三一九五號一四頁法律評論一九卷民法一四六七頁)は民法第六〇六條第一項に規定する賃借人の賃借物修繕の義務は單に賃借人をして賃借物を其の用法に従ひ使用及収益を爲さしむるに必要なる限度に止まるものと解するを相當とすと判示せり。

(ハ)修繕義務不履行の効果 修繕義務は賃借契約に基し賃借人の負擔する債務なるを以て、此の義務違反の効果は債務不履行に關する一般規定に依りて定まるものとす。故に賃借人は損害賠償請求權及解除權を有すべく又賃借人が此の修繕義務の履行の提供を爲すまでは同時履行の抗辯權を行使して賃金の支拂を拒絶することを得べし(註一)。修繕義務不履行の爲に賃借物の使用價値を減少したる場合には其の割合に應じて當然賃料の減額を請求し得るものと解すべきや否に付ては議論の存する所にして、大審院判例は之を積極に解すれども(註二)之を消極に解する説を正當とす。蓋し賃料債務は使用収益を爲したるに因りて初めて生ずるものに非ず賃借契約其のものに因りて生ずるものなるのみならず賣買に於ける代金減額請求權の規定を此の場合に

準用すべきものに非ざるを以てなり。

(註一) 同趣旨大正一〇年九月二六日大判民錄二七輯一六二七頁。

(註二) 大正四年一月一日大判民錄二一輯二〇五八頁、大正五年五月二二日大判民錄二二輯一〇一一頁。

(ニ)修繕義務に關する特約 賃借人が修繕義務を負擔するは強行法規に非ざるが故に當事者が此の義務に關する特約を爲したるときは固より該特約に従ふべきものとす(註一)。尤も斯の如き特約ある場合と雖例へば建物の賃借に於て屋根替又は柱の根繼等の大修繕を爲すの義務をも賃借人に於て負擔することは特別の事情なき限りは之を認むることを得ざるものと解するを相當とす(註二)。

(註一) 同趣旨明治三七年一月二日大判民錄一〇輯一三九二頁。

(註二) 同趣旨昭和二年五月一九日大審院民事部判決大審院裁判例二卷民七三頁。

妨害除去の義務

4 妨害除去の義務

賃借人が修繕義務を負ふと同一の理由に基き賃借人が修繕必要の状態たる破損以外の原因の爲使用収益を妨害せらるるときは、其の妨害が賃借人の責に歸すべき事由に因りて生じたと第三者の行爲に基くとを問はず賃借人は其の妨害を除去すべき若は其の妨害を除去することに努力すべき義務を負擔するものとす(註一)。第三者が賃借物を侵奪し其の他妨害を加へたる場合に於て賃借人が其の妨害を除去することに努力すべき債務を負擔するは、賃借人の義務は使用賃借に於ける賃主の義務の如く單に其の引渡したる物の使用収益を許與して之を妨げざるべき消極的義務に非ずして積極的に賃借人をして契約上の使用収益を爲さしむることに努力すべき義務なるが故なり(註二)。第三者が賃借物を侵奪し其の他妨害を加へたる場合に於ては、賃借人に於ても亦其



の賃借物に對する自己の占有權に基き直接に第三者に對して返還若は妨害除去の請求を爲し得べきは勿論、賃借人の物權的請求權(物上請求權)を代位行使することを得べし(四二三條參照)(註三)。唯賃借人が自己の賃借權に基き妨害除去(又は妨害排除)の請求を爲し得るや否に付ては議論の存する所なるも、大審院判例は漸次之を是認するの傾向に在り(註四)。又賃借物を不法に占據せる第三者に對して賃借人が自己の賃借權に基き其の引渡を請求し得るや否も亦問題なるも、大審院判例は之を消極に解し(註五)學者又之に贊するも、或は之を積極に解し、第三者が目的物を不法に占據することを以て賃借人の使用收益權を妨害するものと解し賃借人は賃借權に基き妨害排除の請求に依り其の引渡又は明渡を請求し得るものと主張する説あり。

(註一) 此の點に付ては反對説ありて、借用物に關する第三者の妨害行爲が全く事實上のものなるときは現に賃借物を占有する所の賃借人は占有權の作用に依りて其の妨害を排除し以て自己の利益を防衛するの策を講ずることを要し賃借人をして之を排除するの責に任せしむることを得ずと主張す。然れども賃借人が其の占有權に基き第三者に依る妨害の排除(除去)を請求し得るの故を以て賃借人が其の妨害の排除に努むべき義務を免れ得るものと解すべきものに非ざるが故に、右反對説は正當に非ず(同趣旨昭和五年七月二六日大判民集九卷七〇四頁)。

(註二) 同趣旨昭和五年七月二六日大判民集九卷七〇九頁。

(註三) 同趣旨昭和四年一月一六日の大審院民事部判決(民集八卷九四四頁)及昭和七年七月七日の大審院民事部判決は、土地の賃借人は自己の賃借權を保全する爲賃借人が自己の所有地に付ての不法占據者に對して有する土地妨害排除請求權土地明渡請求權を代位行使し得るものと爲せり。

(註四) 不法行爲に因る賃借權の如き債權の侵害に對し損害賠償請求の外妨害排除及妨害豫防の請求をも許し得べきや否は我

手続録  
手続録

手続録  
手続録

民法の解釋上困難なる問題なり。近時此の問題に關し學者の注意を惹くに至りたるも問題は未だ解決せられたりと云ふことを得ず。唯大審院は疊に大正一〇年一〇月一五日の判決に於て「權利者が自己の爲に權利を行使するに際し之を妨ぐるものあるときは其の妨害を排除することを得るは權利の性質上素より當然にして其の權利が物權なると債權なるとに依りて其の適用を異にすべき理由なし」と爲し、其の妨害を禁止する爲假處分の申立を爲すは正當なりと爲したるが(民集二七輯一七八頁)、更に進んで大正一二年四月一四日の判決に於て「物權なると債權なるとを問はず不可侵性を有するものなれば之を妨害する者に對し其の妨害の排除を請求することを得るものと謂はざるを得ず」と爲し(民集二卷二三七頁)、債權の侵害に對しても亦妨害排除請求權の存在を認むるに至りたり。而して之に對する學者の見解を窺ふに、或は物權に妨害除去の效力を認むる以上排他性をこそ有せざるも同じく不可侵性を有する債權に付ても妨害除去の效力を認めて可なりと爲し、或は既に第三者に依る債權侵害が債權と雖權利たる以上其の不可侵性を害したる故損害賠償請求權を發生せしむることが是認せらるれば權利者は其の權利の種類如何に關せず總ての人に對して不可侵的權利を内在せしめ居るものなるを以て、其の權利(不作爲請求權)の侵害に對しては妨害排除並に停止も亦爲し得べきものと云はざるを得ざるべし、而して妨害排除の請求を爲し得るものとせば我民法の採れる原則としては權利が不可侵性を有するも其の侵害が損害賠償債權を發生せしむる爲には侵害者の故意又は過失を要するものなるを以て、之と同様侵害が妨害排除並に停止の請求を許すに至る爲には故意過失を要する精神なりと解すべく又侵害の虞ある場合に於ては一般豫防の請求をも爲し得るものと解すべく、唯此の場合に於て侵害の虞ありや否は物上請求權に非ざる權利に於ては民法の精神上侵害せんとする者の故意又は過失を考慮せざるべからずと爲すなり(綜合一三七五頁以下參照)。

(註五) 昭和四年一月一六日大判民集八卷九四四頁。

擔保責任 5 擔保責任



賃借物は有償契約なるを以て賃借人は賃借物の瑕疵に付賣主と同一の擔保責任を負担す(五五九條)従て賃借物に瑕疵あるときは假令其の瑕疵が修繕に依りて除去し得べく賃借人は第六〇六條に依りて修繕の請求を爲し得る場合と雖尙賃借人は第五六一條以下の規定に依り損害賠償請求權又は解除權を行使することを得べし。蓋し右第六〇六條の修繕義務に關する規定は擔保責任に關する特別規定に非ざればなり。

6 費用償還義務

イ 賃借人が賃借物に付支出したる費用の負擔者

賃借人が賃借物に付支出したる費用に付當事者間に特約ある場合には之に依りて其の負擔者を定むべきも、斯る特約なき場合に於ては左の標準に依りて其の負擔者を定むべきものとす。

(a) 必要費は通常の必要費なると臨時の必要費なるとを問はず賃借人に對して直に其の償還を請求することを得べし(六〇八條一項)即ち賃借人は必要費に付償還義務を負担するものにして直に之を償還することを要するものとす。使用貸借に在りては借主は無償にて借用物の使用収益を爲し得るを以て借用物に對する通常の必要費は總て之を借主の負擔と爲すを相當とするも(五九五條一項參照)、賃借借に在りては賃借人は對價を支拂ひて賃借物の使用収益を爲すものなるを以て、使用貸借の場合と異り苟も賃借物の保存に必要な費用は特約なき限り總て之を賃借人の負擔と爲すを相當とするの趣旨に依り民法は叙上の如く賃借人をして賃借人に對し其の支出したる必要費の償還を請求し得ることと爲したるものなり。

民法は賃借人の負擔に屬する必要費は直に之を償還すべきことを規定するに止まり如何なる必要費が賃借人の負擔に屬するかを規定せざるを以て、占有者の費用償還請求權に關する第一九六條第一項の規定に依るべきが

費用償還義務  
賃借人が賃借物に付支出したる費用の負擔者

如く解せられざるに非ざるも、同條の規定は占有を爲すべき權利を有せざる占有者のみに關するものなるが故に之を占有を爲すべき權利ある賃借借の場合に適用すること能はず、寧ろ賃借人は賃借人に對し賃借物を使用収益し得べき状態に置くべき義務を負担するものなるを以て、賃借人は通常の必要費なると臨時の必要費なるとを問はず總て之を負擔すべきものと解せざるべからず。然れども物の使用収益を爲すに必要な費用例へば田畑の耕作の爲に必要な費用の如きは假令同時に田畑の荒廢を防ぐ等借用物を保存するの效果を生ずるものなりと雖賃借物を使用収益を爲し得べき状態に置くが爲に必要な費用に非ず、賃借人自身の使用収益費に外ならざるを以て、該費用は賃借人の負擔すべきものに非ずして賃借人の負擔に屬するものと云はざるべからず(註一)(註二)。公租公課等の負擔に付ては之を必要費と區別すべき理由毫も之れなきを以て別段の意思表示なき限り賃借人の負擔に屬するものと解するを正當とす。必要費償還の時期に付ては民法は直に其の償還を請求し得るものと爲せり(六〇八條一項)。賃借人は必要費の償還請求權に基き賃借物の上に先取特權を有す。蓋し必要費は賃借物の保存費なればなり(三二一條三二六條)(綜合一五三七頁以下參照)。

(註一) 假令使用収益を爲すに必要な費用と雖契約の趣旨如何に依り賃借人の修繕義務の範圍内に屬するものに付ては勿論賃借人に對して之が償還を請求し得べし。

(註二) 牛馬等動物の賃借借に於て其の動物の飼養料の如きは賃借人又は賃借人何れの負擔に屬すべきものなりやの問題に付ては、獨逸民法に於ては之を賃借人の負擔と爲せども(獨逸民法五四七條)、特に規定を設けざる我民法に於ては飼養料の如きは牛馬等動物の保存に必要な費からざる費用なるを以て、特約なき限り之が負擔を爲すべき者は賃借人なりと解せざるべからず(綜合一五三九頁註四參照)。



(b)有益費に付ては貸貸借終了の當時其の價格の増加が現存する場合に限り貸貸人の選擇に従ひ貸借人の支出したる金額又は増價額を償還すべきものとす。但し裁判所は貸貸人の請求に因り其の償還を爲すべき時期に付相當の期限を許與することを得べし(六〇八條二項) 此の點に付ては使用貸借の場合と同一なり(五九五條二項参照)。

(c)奢侈費に付ては貸貸人に於て之が償還を爲すべき義務なきものとす

口 貸借人の費用償還請求權と除斥期間

右貸借人の費用償還請求權に付ては使用貸借に於ける借主の費用償還請求權に於けると同様短期の除斥期間あり。即ち右償還請求權は貸借人に於て貸借物を貸貸人に返還したる時より一年内に之を行使することを要するなり(六二二條六〇〇條×綜合一五四〇頁参照)。

### 第二項 賃借人の權利義務

#### 一 賃借人の權利

賃借人の權利  
賃借權の意義及性質

#### 1 賃借權の意義及性質

賃借人の有する權利は即ち賃借權なり。賃借權は貸貸借契約に因りて發生する賃借人の貸貸人に對する權利にして、賃借人が貸貸人をして物を自己に使用收益せしむることを請求する權利を直接の内容とし、貸貸人の物權的使用收益權を自己の爲に行使し得べき權能を附隨的に包含するものとす(註一)。

賃借權の性質に關しては學說及立法例の一致せざる所にして、羅馬法は單に之を債權なりと爲し、貸貸人が賃

借物に付有する所有權は賃借權の存在するが爲に何等物權的の制限を受くることなく從て賃借物の所有者に變更あるときは賃借人は其の新所有者たる第三者に對し賃借權を對抗し得ざるものと爲すの主義を採用せり。學者は此の原則を「賣買は賃貸借を破る」(Kauf bricht Miete)と稱せり。然れども此の主義のみを以ては賃借人の保護に於て缺くる所大なるを以て、近世諸國の立法例は孰れも皆賃借人保護の爲此の原則に對し何等かの制限を認むるに至りたるが(註二)、尙多くは賃借權を以て債權なりと爲せるに反し、普漏西民法のみは賃借權の物權性を認め「賣買は賃貸借を破らず」(Kauf bricht nicht Miete)との原則に則り賃借人は賃借物の現實的占有に依り其の物の上に物權を取得する旨を定め、壞太利民法(一〇九五條)は原則として賃借權を債權と爲すも特に公簿に登記ありたるときは賃借人の權利が物權として認めらるべきことを規定せり。我舊民法は賃借權に付物權主義を採りたるも(財産編一一五條以下)、現行民法は債權主義を採り不動産の賃貸借に付てのみ特に第六〇五條の特別規定を設け、不動産の賃貸借は之を登記したるときは爾後其の不動産に付物權を取得したる者に對しても其の效力を生ずる旨を規定せり(綜合四二〇六頁以下参照)。大審院判例亦債權說を採る(註三)。

(註一) 賃借權の性質に關しては學者或は(一)賃借權は貸貸人に對し賃借人をして使用收益せしむべき請求權を内容とするものにして其の物を直接支配して使用收益するの權利は唯請求權行使の結果として生ずる附隨的權利たるに過ぎず之を包括的に觀察するときは賃借權の債權にして物權に非ざるや明なりと主張し(磯谷氏債權各論五一八頁)或は(二)占有權と本權とは共に同一内容の物の利用を保護する權利にして占有權は現實の權利本權は過去に遡る權利なり從て兩者は能く相併存し得る權利なる各獨立の權利にして必ずしも常に併存するものには非ず、未だ物の引渡を受けざる間は賃借權のみ存し占有權は未だ存せず賃貸借契約が無効なるか取消され又は既に終了したるに拘らず賃借人が物の支配を續くる場合の如きは



賃借権存せずして占有権のみ存する場合なり、假令賃借権と占有権とが併存する場合に於ても其の範圍は必ずしも一致することを要せず例へば賃借人が賃借物の一部を利用せずして放置せる場合の如き是れなり、要するに賃借権と賃借人の占有権とは全然別個の権利にして其の占有権は決して賃借契約の効果として發生するものにも又賃借権の内容として發生するものにも非ず兩者の關係は唯賃借人が賃借物の所持を取得するに至りし原因が賃借契約に在りと云ふのみにして此の意味に於て賃借権が占有權發生の原因なりと云ふことを得れども賃借権と占有権とは獨立せる權利にして之を第一次の權利及第二次の權利と指稱することも適當に非ず、故に賃借人が占有の訴に於ては現實の支配者として完全に保護せられ如何なる物權者に對しても拮抗し得るに反し本權の訴に於ては單なる債權者にして賃借人に對する請求權を有するに過ぎざるものと云ふも敢て怪むに足らず之れ兩者分離の當然の結果なり、此の見解よりすれば賃借人の有する物權的權能は皆其の占有權の効果にして決して本權たる賃借権の效力には非ず就中例へば賃借人が直接に物を使用収益する權利に於て然りと爲し(岩田氏賃借権の性質についての歴史的考察法學志林三二卷九三頁以下)、或は(三)賃借権の場合には其の目的物の動産たる不動産たるを問はず賃借人は其の目的物の使用収益を爲す權利を取得するものにして(六〇一條參照)、其の使用収益の權利は該賃借物上の一種の支配權なるが故に性質上物權にして債權に非ず云々、隨て賃借契約は債權契約の外に尙其の目的物の使用収益の權利を與ふる物權契約を包含するものと云はざるべからず、然れば賃借権は單に債權債務の關係にして物權を包含することなきが如く思惟するは頗る皮相の見解なりと云はざるべからずと主張し(岡村氏民法第一七七條に所謂第三者の意義を論じ債權の不可侵性排他性に及ぶ法學志林一七卷七號一四頁以下、岡村氏民法第一七七條に所謂第三者の意義及債權の排他性に就て法學志林一八卷五號八五頁以下、岡村氏賃借物權説と賃借権の當然承繼法學志林二二卷五三頁以下)、或は又賃借権は賃借物を占有し之が使用収益を爲す權利なり然れば物の支配權に非ずして何ぞ而して此の支配權が賃借権の本體なり賃借人の有する其餘の權利は此の本體より流出する效果たるに過ぎずと主張し

(同氏債權法各論三三一頁)賃借物權説を採り、或は(四)我民法は「賣買は賃借を破る」との羅馬法以來の法諺に従ひ賃借権を以て債權に屬するものと爲し之に關する規定を債權編中に設け居るも、賃借権も亦物を直接に支配する權利にして又以下述ぶる要件を具ふる場合(登記したる不動産賃借権、建物保護に關する法律に依り土地の上に登記したる建物を有することに因り第三者に對しても效力を生じ得る建物の所有を目的とする土地の賃借権借家法に依り建物の引渡あることに因り第三者に對しても效力を生じ得る建物の賃借権登記したる船舶の賃借権民法第一七八條第一八四條第三四四條の規定に依り賃借人が目的動産の占有を爲す動産の賃借権)には其の絶對的効力が認められ居るを以て、其れ等の場合には賃借権の本質は寧ろ物權なりと主張し(近藤氏債權法各論一一三頁以下)、或は(五)賃借権とは賃借に因りて發生する賃借人の賃借人に對する權利の總稱なり故に其の内容の一部は賃借人の諸義務に對應する債權にして他の一部は直接物の使用収益を爲すことを正當とする使用収益權なり、此の使用収益權は本來賃借人に屬する物權的使用収益權を自己の利益の爲に代り行ふことを正當とする一種の形成權なり、蓋し此の權利は賃借人に對して使用収益を爲さしむべきことを請求する權利夫れ自身に非ざるが故に之を債權と云ふべからず又其の經濟的效果に於て支配權を有すると同一の效果を生ずれども地上權永作權等の制限物權に於けるが如く權利者は同一物上に存する所有權の仲介を要せずして直接物上に支配權を有するものに非ず其の有する支配權は實は所有權中に包含せらるる使用収益權を契約の定むる範圍内に於て借用代行するものたるに過ぎざるが故に又之を支配權殊に物權と稱すべからざるを以てなりと主張し(末弘氏債權各論五九二頁)(以上綜合四二〇七頁註一註二註五、同二六一頁註參照)。又或は(六)賃借権は其れ自身が單獨に存在理由を有する物權には非ずして賃借人が賃借人に對して使用収益を爲さしむべきことを請求する債權を有し其の債權を行使する過程に於て與へらるる權利(或は權能)なるが故に本質的には債權たる性質を有するものと云ひて可なりと主張し(末川氏債權各論一七〇頁以下)、或は(七)賃借人が目的物の利用可能の状態を作出したるときは賃借人は契約の本旨に従ひ目的物を使用収益する權利



利を取得す之を賃借權と稱す、此の賃借權と賃貸人が目的物の利用可能の状態を作出せざる場合に賃借人が賃貸借契約に基き賃貸人に對して物の使用収益を爲さしむべしと要求する請求權とは明に區別することを要す、前者は賃貸人が目的物の利用可能の状態を作出したることに因りて發生する物の支配權なるが後者は賃貸借契約に基き目的物の利用可能の状態を作出すべしとする請求權なり、物の使用収益の許與を内容とする賃貸借契約に於ては夫れが履行の段階に達するときは賃借人をして物の使用収益權を取得せしむる所に此の契約の特質存するなり賃借契約は請求權のみを發生せしむるものには非ず請求權を發生せしむると共に其の請求權に依り一定の状態が作出さるときは其所に支配權を發生せしむる所に支配的機能を有する債權契約の特質存するものと云はざるべからず、然れども賃借權が目的物に對する支配權なるが爲に直に賃借權は物權なりと構成するは早計なり、支配權は必ずしも物權とは限らず此のことは一國の法制が物權と債權との區別を設くる標準の如何に依りて異なる、我民法が羅馬法の思想に従ひ物權債權を區別し居る限り賃借權を物權なりと構成することは解釋論として正當に非ず、吾人は支配權を發生せしむる債權契約の存在することを肯定すれば問題は解決すべしと主張す(石田氏債權各論講義九〇頁以下)。

(註二) 獨逸民法第五七一條第五七七條、瑞西債務法第二五九條、佛蘭西民法第一七四三條參照。  
 (註三) 明治三八年四月一四日大判民錄一輯五九五頁、大正九年一〇月四日大判民錄二六輯一四一六頁、大正一〇年二月一七日大判民錄二七輯三二一頁、同年一月一〇日大判民錄二七輯二九一三頁等。

賃借權の内 2 賃借權の内容

(イ) 賃借權の主たる内容 賃借權の主たる内容は賃貸人に對して賃借物の使用及収益を爲さしむべきことを請求し得ること是れなり。民法は賃借人が賃貸人に對して此の請求權を有することを賃借權の直接の内容と認めたるが故に賃貸借を債權契約とし賃借權を債權と爲したるなり(註)。

(註) 大正九年一〇月四日の大審院民事部判決は、民法は賃貸借を契約の一種として債權編中に規定し第六〇一條第六〇六條に於て賃貸人に對し物の使用及収益を爲さしめ之に必要な修繕を爲す義務を負ひ賃借人は之に其の賃金を支拂ふ義務を負ふ旨を規定するに依りて之を觀れば、賃借權を以て債權と爲し物を支配する權利即ち物權と爲したるに非ざること明なるのみならず、若し賃借權を以て物權と爲したるものとせば、既に民法第一七七條の規定あるを以て特に不動産の賃借權に付登記の效力を認むる民法第六〇五條の規定を設くるの必要なきに此の特別規定を設けたるに依るも民法が賃貸借を以て債權關係と爲したる趣旨を窺知するに足るべしと判示せり(民錄二六輯一四一六頁)。

(ロ) 賃借權の附隨的内容 賃借人は賃借物の使用及収益を爲し得べき權利を有す。然れども此の權利は賃借に因りて法律上直に成立するものに非ず賃貸人が目的物を賃借人に引渡し其の他目的物を賃借人の使用及収益に適する状態に置くことに依り初めて成立するものなり。而して此の使用収益權は使用賃借に於けると同じく物に付て利益を享受し得る權利なるも直接に物を支配し得べき獨立の權利に非ずして賃貸人に對して使用及収益を許與せしむべき債權に附隨的に存する權利たるに外ならず。從て此の權利は本來賃貸人に屬する物權的使用及収益の機能を自己の爲に行使し得べき權利たるに過ぎず。然れば賃借權は直接他人の物を使用及収益することを内容とする物權に非ず。

賃借人は使用及収益を爲す權利を有するも其の義務を有せず。尤も賃借人が使用及収益を爲すべき權利を有すると共に其の債務を負擔する特約を爲すことは之を妨げず。

3 賃借權の對外的效力

賃借權は叙上の如く賃貸借契約に因りて發生する債權にして賃貸人の物權的使用収益權を自己の爲に行使し得

賃借權の對外的效力



べき権能を附隨的に包含するものにして、地上權又は永小作權の如く直接に其の目的たる土地を使用收益し得る物權に非ざるを以て、此の賃借權を以て賃借物の第三取得者其の他の第三者に對抗することを得ざるは明なり。故に賃借物が第三者の所有に歸したるときは賃借人は賃借權を主張し新所有者たる第三者をして其の使用収益を爲さしむべきことを請求することを得ず。又新所有者たる第三者が賃借人に對して物の引渡を請求したるときは賃借人は賃借權を主張して之を拒絶することを得ず。此の場合に於ては賃借人は唯賃借人に對して債務の不履行に因る損害賠償を請求し得るに過ぎず(註一)。蓋し斯る場合に於ては第三者たる新所有者は當然賃借人たる地位を承繼するものに非ざればなり(註二)(註三)。然れども此の原則に對しては左の如き例あり。

(註一) 通説なり。但し學者に依り或は通説に反對し、賣買に因りて賃借關係が影響を受け賃借人が其の豫期に反して賃借物を新所有者に返還せざるべからずとするは實に賃借人に酷なるのみならず公益上決して策の得たるものに非ず、殊に農工商用の不動産の賃借に付其の然るを覺ゆ、蓋し賃借物の利用に依りて維持せらるる賃借人の事業が中絶せられ事業の資本と努力とが一時其の活動を中止するの已むなきに至るを以てなり、是れ余輩が賣買は賃借權を破らずとの原則を認むるの實質上の理由なり、動産に付ては同一の實質上の理由ありと云ふを得ざるも、苟も反對の主義を容るることを強要する事由なき以上は不動産に關する主義と同一ならしむべきを可とす、況んや形式上確固たる根據あるに於てをや、要するに賃借の目的物の占有が賃借人の手に歸したる以後に於ては其の物の所有者の變更は賃借關係の存続に影響を及ぼさざるものとすと主張す(暁道氏不動産讓渡と賃借關係の承繼京都法學會雜誌一一卷二六九頁以下)。

(註二) 同趣旨大正一〇年一月一日大判民錄二七輯一九一三頁。

(註三) 賃借人と土地取得者とが土地所有權讓渡と同時に賃借人たる地位をも承繼すべき合意を爲し且賃借人の承諾ある場合



には土地取得者は賃借人たる法律上の地位を承繼するものと云はざるべからず(同趣旨大正九年九月四日大判民錄二六輯一二四〇頁、大正六年二月十九日大判民錄二三輯二一五五頁以下)。尙建物保護法に依りて借地權を以て第三者に對抗し得る場合(建物保護法一條)及借家法の適用ある家屋の所有權の讓渡の場合(借家法一條)に於ては第三者たる新所有者は當然賃借人の地位を承繼するものとす(建物保護法の場合に付同趣旨大正一〇年五月三日大判民錄二七輯一〇一三頁、借家法の場合に付同趣旨昭和六年五月二三日大判法律新聞三二九〇號一七頁)。之に反し大正四年四月二四日の大審院民事部判決は賃借の目的たる不動産の所有者が其の不動産を他人に讓渡したる場合に於て新所有者が舊所有者に對して其の權利義務を承繼すべきことを約したるときは特に賃借人の承諾を経ることを要せずして賃借關係は新所有者に對して存続するものとの見解を採れり(民錄二一輯五八〇頁以下)。尙學者中には既に前註に於て引用したる如く或は、我國法上の解釋としては賣買は賃借權を破らずと解するを正當なりと爲し、該原則を認むる實質上の理由として、賣買に因りて賃借關係が影響を受け賃借人が其の豫期に反して賃借物を新所有者に返還せざるべからずとするは實に賃借人に酷なるのみならず公益上決して策の得たるものに非ず殊に農工商用の不動産の賃借に付然り、蓋し賃借物の利用に依りて維持せらるる賃借人の事業が中絶せられ事業の資本と努力とが一時其の活動を中止するの已むなきに至るを以てなりと主張す。

(イ) 不動産の賃借は之を登記したるときは爾後其の不動産に付物權を取得したる者に對しても其の效力を生ず(六〇五條) 民法第六〇五條は賃借權に關する前叙の原則に對し不動産賃借人を保護する爲の例外規定にして、不動産の賃借人は同條の規定に依り賃借の登記を爲すことを得ると同時に爾後其の不動産上に物權

を取得したる者に對しても其の效力を生ずるものと爲したるなり。而して不動産の賃借に付てのみ特に斯の如き規定を設けたるは不動産の賃借が動産の賃借よりも遙に經濟上重要な地位に在ると不動産の賃借は登記に依り其の存在を公示し得るが爲なり(註一)右第六〇五條は登記を爲したる賃借に物權的效力を附與し



たれども之が爲に不動産賃借権が其の本来の性質を變じて物權と爲るものに非ず、其の賃借は依然として債權契約にして賃借權亦債權としての性質を失ふものに非ず。唯第三者に對しても賃借の效力を生じ賃借人は其の賃借權を第三者に對し主張し得るものとす。

登記方法に付ては不動産登記法第一條第一二七條の規定に依るべく、登記義務に付ては議論あれども、賃借權は地上權又は永小作權の如く當然物權的效力あるものに非ず特に第六〇五條の規定に依り例外的に物權的效力を附與せられたるものなるを以て、特約なくば賃借人に登記請求權なきは勿論其の假登記を爲す權利をも有せず(註二)從て又賃借人は登記義務を負はざるものと解するを正當とす(綜合一三七三頁以下参照)。

不動産賃借登記の効果は爾後不動産に付物權を取得したる者に對しても賃借は其の效力を生ずるに在り。第六〇五條に「效力ヲ生ス」とあるは債權の通常の状態に於けるが如く單に債權的效果を有するのみならず又單に第三者に對して賃借若は賃借權の存在を對抗し得るに止まらず、地上權又は永小作權等の物權に於けると同じく第三者に對しても賃借の效力を生ずることを意味するなり。故に民法は「第三者ニ對抗スルコトヲ得」と規定せずして「效力ヲ生ス」と規定したるなり。然れば不動産賃借に於ける登記は所謂第三者に對する對抗要件に非ずして第三者に對する效力要件なりと云ふことを得べし。從て、

(一)賃借人が賃借の登記以後賃借物の所有權を讓渡したる場合に於ては、賃借人と賃借人との間に存せし賃借關係は總て法律上當然に賃借人と讓受人との間の關係として移轉し、舊賃借人は賃借人としての地位を脱退するに至る(註三)。即ち賃借人は賃借物の所有者に更迭を生じたる場合には新所有者に對して賃借權を有し新所有者は別に新に賃借人と契約の締結を爲すことなくして舊所有者の賃借契約上の地位を承繼し賃借契約

約は同一の内容を以て賃借人及新所有者間に繼續することと爲るなり。故に例へば賃借人の負擔する借貸支拂の債務の如きは賃借物の所有權移轉と同時に賃借人としての契約上の地位を承繼したる新所有者に對して之を負擔するに至る。尤も賃借物の所有權移轉の當時既に辨濟期の到來せる借貸即ち延滞せる借貸の請求權の如きは既に獨立せる債權なるを以て賃借物所有權の移轉あるも之が爲此の延滞借貸の請求權までも當然移轉するものと爲すことを得ず。但し特に此の債權に付讓渡の特約ありたる場合は此の限に在らざるは固より當然なり。尙法定果實は之を收取する權利の存續期間日割を以て之を取得することと爲り居るを以て(八九條二項)、借貸が既に前拂され居る場合に於ては舊賃借人は新賃借人に歸屬すべき借貸の部分を新賃借人に償還すべく、又借貸が毎月月末に支拂はるべき場合に於て其の月の中途に賃借物所有權の移轉ありたる時は、其の月分の借貸は日割を以て新賃借人に歸屬することと爲るなり。此の事は借貸支拂の時期を毎月初とする特約あり且其の登記ある場合に於ても異なることなし(註四)。

以上説明したる所は所有權以外の物權を讓渡したる場合に付ても亦同じく其の適用あるものとす。

(二)第三者が賃借物上に制限物權の設定を受けたる場合に於ては、賃借人は此等物權者に對し賃借權を主張し得るは勿論にして、所有者に更迭を生じたる場合と異り賃借契約の當事者に變更を生ずることなく、該契約は依然として賃借人と所有者たる賃借人との間に存續するものなるを以て右制限物權は何等賃借權を害することなし。從て此等の物權が地上權永小作權の如く賃借權と相容れざるものなるときは賃借權の存する限り成立することを得ざるも(註五)、抵當權の如きは賃借權の存在と相容れざるものに非ざるを以て抵當權は賃借權の存する土地の上にも成立し得るものとす。而して抵當權者は其の目的たる不動産を競賣に付するに當りては其



の不動産に賃貸借契約の附着せる儘之を賣却することを要す。従て其の結果は競落人に於て(一)の場合に付説明したる理論に従ひ不動産の所有權を取得すると共に賃貸借契約の當事者と爲り賃借權の對抗を受くることと爲るなり(綜合4二一頁以下參照)。従て又賃借人が借賃の前拂を爲し其の旨の登記ある場合には不動産の競落人に對しても其の前拂を以て對抗し得るものとす(註六)。

(註一) 民法第六〇五條には「不動産ノ賃貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ」とあるも轉賃借をも包含するものとす。尤も其の基礎と爲れる賃貸借に付ても亦登記ある場合に非ざれば轉賃借の登記を爲すことを得ず(不動産登記法一二七條參照)。故に轉賃借ある場合に於ては賃貸借及轉賃借共に登記あることにより對外的效力又は物權的效力を生ずるものとす(綜合4二一三頁註一參照)。此の點に關する昭和八年七月七日の大審院第二民事部の判決は土地轉借人は賃借人(轉賃借人)が賃借權を對抗し得る第三者に對しては登記なきも轉借權を對抗し得る旨判示せり(大判民集一二卷一八三五頁)。

(註二) 同題旨大正一〇年七月一日大判民錄二七輯一三七八頁、昭和六年九月二八日大判(民)法律新聞三三二一號七頁法律評論二卷民法二七四頁。

(註三) 同題旨大正一〇年五月三〇日大判民錄二七輯一〇二一頁。

此の點に付ては學者或は、此の場合に於ては重疊的債權債務の關係を生ずるものと爲し、賃借人の義務に付ては新所有者が賃借人たる義務を負擔するに因りて當然舊賃借人が其の義務を免るものと解することを得ず賃借人の義務は土地所有者たるが爲に負擔せる義務に非ずして賃貸借契約より生ずる義務なるが故に土地所有者たる地位を失ふも當然此の義務を免るる理由なし故に何等の特約なきときは新所有者が賃借人たる義務を負ふと同時に舊賃借人も亦之を負ひ例へば新所有者が修繕義務を履行せざるが如き場合には舊賃借人に對しても之を請求することを得べし但し賃借人が舊賃借人の脱退に同意したる場合に於ては之に對して何等の權利を有せざること勿論なりと主張す(綜合4二一四頁註四參照)。

(註四) 大正三年二月一〇日の大審院判決は前拂特約の登記ある以上は之を以て第三者に對抗し得るものと爲せり(民錄二〇輯三七頁)。

(註五) 此の點に付ては或は地上權者永小作權者は自己の權利範圍内に於て賃貸し得るものなるが故に地上權永小作權は賃借權と相容れざるものに非ず其の賃貸借が工作物又は竹木所有の爲なるときは地上權は設定行為に因り直に成立して爾後其の地上權者が賃借人と爲り又其の賃貸借が耕作若は牧畜の爲なるときは永小作權も亦設定行為に因り直に成立して爾後其の永小作權者が賃借人と爲るものと解せざるべからずと主張する説あり(綜合4二一六頁註一〇參照)。

(註六) 同題旨昭和七年四月二四日大判民集一一卷八五一頁。

(口)第六〇二條に定めたる期間を超えざる賃貸借は抵當權の登記後に登記したるものと雖之を以て抵當權者に對抗することを得但し其の賃貸借が抵當權者に損害を及ぼすときは裁判所は抵當權者の請求に因り其の解除を命ずることを得(三九五條)。第六〇五條は單に賃貸借登記後に物權を取得したる者に對する效力を規定せるに止まるものなるを以て、賃貸借の登記前に物權を取得したる者に對しては何等の效力を有することなし。然れども此の理論を貫くときは抵當不動産の經濟的利用を妨げ一般社會經濟上不利なる結果を來すに至るを以て第六〇二條の期間を超えざる短期の賃貸借に限り例外として抵當權の登記以後に登記せられたる場合に於ても尙之を以て抵當權者に對抗することを得るものと爲したるなり(註一)。而して右賃貸借の登記に付ては競賣申立の登記前に登記せられたるものなることを要すとの説あれども(註二)、右第三九五條には何等の制限を爲さざるを以て必ずしも競賣申立の登記前に登記を爲したるものたることを要せざるものと解するを正當とす。民法第六〇二條の期間を超ゆる賃貸借の效力に付ては議論の存する所なれども、斯る場合と雖該賃貸借は其れ



自體有效なるも(註三)、全然之を抵當權者に對抗することを得ざるものと解するを正當とす。從て抵當權者は全然貸借の負擔なき不動産として之を競賣に付し、競落人亦何等貸借なき不動産として其の所有權を取得することと爲るなり(註四)(註五)。

借家法第一條の規定に定めたる要件を具備するにより第三者に對抗することを得べき貸借が民法第三九五條の要件を備へたるときは、抵當權設定登記後に於ける貸借と雖之を以て抵當權者に對抗し得るものと解すべく、建物保護に關する法律第一條第一項に依り登記なきも對抗力を有する貸借に付ても亦同一に解すべきものとす(綜合4二一七頁以下参照)。

(註一) 貸借の登記が抵當權の登記より以前に存するときは該貸借は抵當權者に對しても其の效力あるを以て、若し貸借の期間内ならば假令抵當權の登記後と雖第六〇二條の期間を越ゆる轉貸借を有効に爲し得るものと解すべし。

(註二) 大正二年一月二四日大判民錄一九輯一三頁、昭和四年五月一八日大判(民)法律新附二九九一號所載。

(註三) 反對 明治三八年一月二五日大判民錄一一輯四一頁。

(註四) 抵當權の登記後登記せられたる第六〇二條の期間を越えざる貸借は更に第六〇二條の期間内に於て之を更新することを得べし(同趣旨明治四〇年一〇月一〇日大判民錄一三輯九二七頁)。

(註五) 抵當權設定登記後に登記せられたる貸借の期間が第六〇二條に定めたる期間を越ゆる場合に於ては、抵當權者は固より該貸借の解除を求むる必要なきは勿論之が登記の抹消を請求することを得ざるものと云はざるべからず(同趣旨昭和六年七月一〇日大判民錄一〇卷五二四頁)。蓋し抵當權者は之が目的たる不動産に付他の債權者に對し優先して辨濟を受ける權利を有するに止まり、抵當不動産の所有者をして該不動産の使用收益權を喪失せしむるものに非ざるを以て、右第

六〇二條所定の期間を越ゆる貸借と雖契約當事者間に於ては之を無効と爲すべき理由なく、又之を登記することに因りて抵當權者以外の第三者に對抗し得しむるの實益あり、而も該登記は抵當權設定登記以後に係るを以て抵當權者に對抗することを得ず抵當權者は之を無視して抵當不動産を競賣に付することを得べく競落人も亦完全なる所有權を取得することを得べきものなるを以て、第六〇二條所定の期間を越えざる貸借の場合に於けると異り何等抵當權者の抵當權を害することなければなり(同趣旨昭和六年七月一〇日大判民錄一〇卷五二四頁)。

一番抵當權設定登記後二番抵當權設定登記前に民法第六〇二條に定めたる期間を越ゆる貸借の登記ある不動産に對し二番抵當權の實行ありて之に依り競落許可決定ありたる場合に於ては、貸借の登記は競落許可決定と共に之を抹消すべきものとす。蓋し此の場合に於て一番抵當權者のみに付て之を觀れば、此の抵當權者は此の貸借の爲に何等の影響を受けず此の貸借を無視して抵當不動産を競賣に付することを得べく、競落人も亦完全なる所有權を取得することを得るに拘らず偶々其の後に至り二番抵當權者を生じ此の者に依りて其の抵當權の實行を爲されたるが爲に貸借の存するものとして抵當不動産が不利益なる状態に於て競賣される結果を生ぜざるべからざる理なければなり。從て此の場合に於ては初より抵當權者は貸借の存在を無視して之を競賣に付することを得べく、競落人も亦完全なる所有權を取得することを得べきは第一抵當權者に於て抵當不動産を競賣に付する場合と異なる所なきものとす(綜合4二一九頁註八参照)。

(ハ)建物の所有を目的とする土地の賃借權に因り土地の賃借人が其の土地の上に登記したる建物を有するとき土地の賃借は其の登記なきも之を以て第三者に對抗することを得(明治四二年法律第四〇號建物保護ニ關スル法律一條一項) 不動産の賃借は之を登記することに依り爾後其の不動産に付物權を取得したる者に對して

も其の效力を生ずることは第六〇五條の規定する所なるも、既に述べたる如く不動産の賃借人は特約なき限り登記義務を負はざるを以て、特約なき限り賃借人は賃借人に對し登記を爲すことを強制することを得ず。斯く



ては假令第六〇五條の規定ありと雖實際に於て賃借人をして賃借地上に有する建物所有權の保護を全うせしむることを得ず。茲に於て右法律は假令土地賃借の登記なくも該地上に登記したる建物を所有するときは土地の賃借を以て第三者に對抗することを得るものと爲し、賃借人の權利を保護したるなり(註一)。同法第一條第一項に「第三者ニ對抗スルコトヲ得」と云ふは民法第六〇五條に所謂「效力ヲ生ス」と云ふと異なることなし。而して其の效力の生ずる時期は登記の時にして賃借成立の時に遡りて生ずるものには非ず。

右法律の適用あるが爲には(一)賃借が建物所有の目的を以て締結せられたるものなることを要す。故に建物の所有を目的とせざる田畑果樹園等の賃借に於て賃借人之に番小屋を建築して其の登記を爲すも固より此の法律の適用を受くることなし。(二)賃借人が賃借地上に登記したる建物を有することを要す。法文には賃借人とあれども轉借人は本來の賃借の範圍内に於て賃借人と同一の權利を有し義務を負担するものなるを以て、轉借人を除外すべき理由なきにより右賃借人中に轉借人を包含するものと解するを正常とす。尤も右法律は賃借人が賃借地上に有する建物の保護を目的とするに過ぎざるものなるを以て、轉借人が轉借地上に建物を有するときは該建物の所有者なる轉借人は保護を受くべしと雖、建物の所有者に非ざる賃借人は右法律の規定に依り自己の賃借權を第三者に對抗し得ざるものとす。

建物の登記あるときは其の建物の大小個數又は其の位置等に關係なく此等建物を所有することを目的として賃借せる土地の全部に付對外的效力を生ず。故に一個の賃借の目的たる土地に數個の建物ある場合に於ても、其の一個のみを登記することに依り全部の賃借を以て第三者に對抗することを得るなり(註二)。尙右法律施行以前に成立したる賃借に付ても建物の登記を爲すときは此の法律の適用あるものと解すべく(註三)、右

法律施行以前より登記ある建物存するときは右法律施行の日より、又右法律施行後に至り建物の登記を爲したるときは其の時より右法律の效力を生ずるものとす。

叙上賃借權の對外的效力は賃借期間の全部に亙りて存するを原則とすれども、建物が其の満了前に焼失又は朽廢したるときは、賃借人は其の後の期間を以て第三者に對抗することを得ず(右法律一條二項)。又其の賃借權を以て第三者に對抗すること得ざるに至りたる後建物の登記を爲すも右法律の適用なきものとす。故に例へば土地の賃借人が建物の登記を爲す以前に於て第三者が該土地を買受けて登記を爲し賃借人が其の賃借權を右第三者に對抗し得ざるに至りたる後に至り建物の登記を爲したる如き場合に於ては右法律の保護を受くることなきものとす(綜合4二二頁以下參照)。

(註一) 大正一〇年五月三〇日大判民錄二七輯一〇一三頁。

(註二) 同題旨大正三年四月四日大判民錄二〇輯二六一頁。

(註三) 同題旨明治四二年一〇月四日大判民錄一五輯七四一頁、同年一月一二日大判民錄一五輯九〇五頁、大正九年一月八日大判民錄二六輯一九三五頁。

(二)建物の賃借は其の登記なきも建物の引渡ありたるときは爾後其の建物に付物權を取得したる者に對し其の效力を生ず(借家法一條一項) 借家法は建物の引渡を以て建物賃借權の對外的效力要件と爲せり。即ち借家法第一條第一項の規定は民法が賃借其のものの登記を以て對外的效力要件と爲し、建物保護に關する法律が建物の登記を以て對外的效力要件と爲せるに對する特則なりとす。借家法第一條第一項に所謂「效力ヲ生ス」の意義は民法第六〇五條に所謂「效力ヲ生ス」の意義と同一なり。故に右第六〇五條に付述べたる所を參照せら



べし。尙借家法は「建物ニ付物權ヲ取得シタル者」と云ふを以て、所有權の取得のみならず抵當權の取得をも包含するものとす。

建物の引渡は建物の現實の引渡の外所謂簡易の引渡（一八二條二項）占有の改定（一八三條）及指圖に依る占有の引渡（一八四條）を包含すること動産に關する物權讓渡の第三者に對する對抗要件たる動産の引渡に付述べたると同様なり（綜合四二二四頁以下參照）。

（水）農地の賃貸借は其の登記なきも農地の引渡ありたるときは爾後其の農地に付物權を取得したる者に對し其の效力を生ず（農地調整法八條一項） 農地調整法は互讓相助の精神に則り農地の所有者及耕作者の地位の安定及農業生産力の維持増進を圖り以て農村の經濟更生及農村平和の保持を期する爲農地關係の調整を爲すを以て目的として制定されたるものにして（同法一條）、此の目的に副ふ爲同法は農地の賃貸借は其の登記なくも農地の引渡ありたるときは爾後其の農地に付物權を取得したる者に對し其の效力を生ずる旨を規定し（同法八條一項）、農地賃借人の地位は確保するに至れり。而して右農地調整法第八條第一項に所謂「效力ヲ生ス」の意義は民法第六〇五條借家法第一條第一項に所謂「效力ヲ生ス」の意義と同一なりとす。

（ハ）船舶の賃貸借は之を登記したるときは爾後其の船舶に付物權を取得したる者に對しても其の效力を生ず（商法七〇三條）。

（ト）動産賃借權と公示方法 動産賃借權の第三者に對する公示方法に付ては何等特別の規定なし。然れども賃借人が既に賃借物の占有を爲せる場合に於ては民法第一七八條第一八四條及第三四四條の各規定を對照するときは結局賃借權は第三者に對しても對抗し得るの結果と爲る。

賃借人が既に賃貸借の目的物たる動産を占有し居る場合には假令賃貸人が其の動産に付第三者の爲に質權を設定せんとするも事實上其の第三者に目的物の引渡を爲すこと能はざるを以て自ら質權の成立を妨ぐるの結果と爲るべく、又第三者が所有權の讓渡を受けたる場合に於ける公示方法（對抗要件）たる動産の引渡は必ずしも現實の引渡たるを要せず民法第一八四條所定の所謂指圖に依る占有の引渡にても可なれども、同條に依る占有の引渡は畢竟賃借人に對する所有物返還請求權の讓渡に外ならざるを以て、當然賃借人が其の權原に因りて有する占有權の制限を受くべく、從て賃借人は賃借權を理由として其の動産の返還を拒絶し得るを以て、結局動産の賃借權に付ては特に第三者に對する公示方法の規定なくとも第三者に對しても亦保護せらるる結果と爲るなり（綜合四二二五頁以下參照）。

使用收益權の範圍  
使用收益の方法

4 使用收益權の範圍  
イ 使用收益の方法

賃借人は契約又は目的物の性質に因りて定まりたる用方に従ひ其の物の使用及收益を爲すことを要す（六一六條五九四條一項）。賃借人若し之に違反したるときは賃貸人は之に對して其の停止を請求し得べく、違反行爲に因り賃借人の取得したる利得は不當利得返還の原則に依り其の償還を請求し得べく、又違反行爲に因りて賃貸人に損害を被らしめたるときは賃借人に故意又は過大ある限り不法行爲に因る損害賠償請求權成立すべく、而して此の損害賠償は賃貸人が返還を受けたる時より一年内に之を請求することを要する（六二二條六〇條）ことは使用貸借の場合に付述べたる所と同一なり。唯賃貸借が使用貸借と異なるは、第五九四條第三項の準用なく從て賃貸人は右違反行爲を理由として賃貸借の解除（告知）を爲すことを得ざること是れなり。尤も賃貸人は契約



口賃借権の譲渡及轉貸

解除の一般規定たる第五四一條に依り先づ相當の期間を定めて違反行爲の停止を催告し其の債務不履行を理由として賃貸借の解除を爲すことを得べし。

(A) 總説 賃借人は賃貸人の承諾あるに非ざれば其の權利を讓渡し又は賃借物を轉貸することを得ず(六一條一項)。元來賃借権は一の債權なるを以て一般原則に従へば自由に之を他人に讓渡し得るは勿論なるも、賃借権は單に權利のみに非ずして賃料支拂の債務をも伴ひ居るが故に、賃借權行使の相手方たる賃貸人は賃借人に對して賃貸物の使用收益を爲さしむる債務を負擔すると共に賃料請求權を有す。從て賃借人の何人なるやは賃料の支拂を受け得る可能性の有無に關し重大なる利害關係あり又賃貸借の目的たる物の使用收益の方法程度は之を爲す人の如何に依り賃貸人に採り重大なる利害關係を有す。是れ民法が原則として賃貸人の承諾あるに非ざれば賃借権の讓渡及賃借物の轉貸を爲し得ざるものと爲したる所以なり。

賃借権の讓渡及賃借物の轉貸は有償なると無償なると賃借物の全部に關すると一部に關するとは之を問はず。民法第六一二條第一項に於ける所謂承諾は賃借人が他人に賃借物を讓渡し又は他人に賃借物を使用せしむることを許諾若は許容し右行爲をして適法ならしむる賃貸人の一方的意思表示より成る單獨行爲なり(註一)。而して右承諾は賃貸人より賃借人に對する意思表示に依りて之を爲すことを要するも其の表示方法に付ては一般意思表示に付既に説明したる所と異なる所なし。即ち承諾は何等の形式を要せず明示若は默示なることを得べし。承諾を爲し得る時期に付ても亦固より何等の制限なく、賃貸借契約と同時に之を爲すと賃貸借契約成立後賃借人が賃借権の讓渡又は轉貸を爲すに當りて之を爲すとを問はず。然れども既に讓渡行爲又は轉貸行爲ありたる

後に於て爲されたる承諾が遡及效を有するや否に付ては疑の存する所なるも、賃貸人が初より其の讓渡を有效と爲すことに同意したるときは承諾は遡及效を生ずべく然らざる場合は承諾ありたる以後に對してのみ讓渡の效力を生ずるものと解するを正當とす(註二)。

借地法は其の第一〇條に於て第三者が賃借権の目的たる土地の上に存する建物其の他借地權者が權原に因りて土地に附屬せしめたる物を取扱したる場合に於て賃貸人が賃借権の讓渡又は轉貸を承諾せざるときは賃貸人に對し時價を以て建物其の他借地權者が權原に因りて土地に附屬せしめたる物を買取るべきことを請求し得る旨を規定せり。此の買取請求權は形成權の一種に屬し第三取得者が賃貸人に對し時價を以て建物其の他借地權者が權原に因りて土地に附屬せしめたる物を買取るべきことの承諾を求むる權利に非ずして第三取得者の賃貸人に對する買取請求の一方的意思表示に依り賃貸人の承諾を俟つことなく時價を代金とする賣買が成立するの效果を生ずるものなり。而して其の買取の時價は買取權行使の時を標準として算定すべきものとす(註三)。

(註一) 昭和四年六月一九日大審院第四民事部の判決は、此の承諾なるものは申込に對する承諾とは全然其の趣を異にし一の許諾即ち許可の義に外ならず、之れあれば即ち賃借人が他人をして目的物を使用せしむることが適法と爲り賃貸人に於ては又民法第六一二條の解除權を有せざるに至るに過ぎず、之に依りて以て賃貸人と轉借人との間に何等の賃借關係も成立するに非ず云々と判示し(民集八卷六七五頁)、其の他學者或は(一)此の承諾は賃借人に賃借権の讓渡又は轉貸權を與ふる意思表示なりと爲し、或は(二)此の承諾は意思通知なりと主張し、或は(三)讓渡の禁止を解除する意思表示なりと爲し、或は(四)賃借権が一般に缺乏居る讓渡性を附與する意思表示なりと説明す。

(註二) 學者或は、此の場合に於ては反對の意思あること明ならざる限り其の行爲は遡及的に初より權利ありて爲されたと



同一の效果を生ずるものと解するを正當なりと爲し、或は後より承諾が爲さるる場合には過及的に譲渡を是認するものにして一種の追完ありたるものと觀て可なりと主張す。

(註三) 同趣旨昭和十一年五月二十六日大判民集一五卷九九八頁。

(B) 賃借物の譲渡及轉貸の效果 賃借物の譲渡及轉貸の效果に付ては之を賃貸人の承諾を得たる場合と然らざる場合とに區別して觀察することを要す。

(a) 賃貸人の承諾を得て賃借物の譲渡を爲したる場合 賃借人が賃貸人の承諾を得て賃借物を譲渡したるときは該譲渡の有効なるは勿論なり。從て賃貸借に因りて發生したる諸種の權利は總て讓受人に移轉するは明なり。然れども賃借人の債務も亦同時に讓受人に移轉するや否に付ては議論の存する所なり。民法は「其權利ヲ譲渡シ」と云ひて權利義務と云はざるも、通説は之を賃借人たる地位の譲渡と解し之に因り讓受人は賃借人と爲り同人と賃貸人との間に賃貸借關係の存續するものと爲すなり。從て通説に依るときは所謂權利とは權利のみに非ず權利及義務を包含することと爲るなり。之に對する異論に依れば、或は賃借權と賃料債務等の諸義務とは全然別個のものなるが故に賃借權の譲渡あるが爲賃借人の義務も亦當然讓受人に移轉するものと爲すは法理上何等の根據なしと爲し、賃借人の權利に當然附隨して之と不可分の關係に立てる義務例へば保管義務返還義務等は特に之を移轉すべき旨の合意なしと雖讓受人當然に之を負擔すべきも、借賃債務は必ずしも當然に移轉するものに非ず賃借人は其の權利のみを譲渡して借賃債務は尙依然として之を自己に留保することを妨げず、蓋し二者は決して不可分の關係を有するものに非ざればなり、故に之をも移轉せんとせば特別なる債務引受の行爲あることを要すと爲し、或は賃借人が賃貸人の承諾を得て賃借權を譲渡したる場合に於ても賃借

人は其の債務を免れず、凡て債務は之を譲渡することを得ざるが故に賃借人は其の債權を譲渡したるときと雖之に因りて當然に其の債務を免るる能はず、尙依然として借賃支拂の債務を負ひ賃借物の保管及其他の注意の義務及通知の義務を負ふ、而して讓受人の動産は此等の債務に付賃貸人の先取特權に服す、若し此等の債務を免れんと欲せば賃貸人の免除を受け若は讓受人をして債務者の交替に因る更改を爲さしむる等一般債務消滅の方法に依ることを要すと爲す(註)なり。余は通説に賛す。尤も特約を以て賃料支拂の義務を譲渡人が留保することは固より妨なし。

(註) 此の説は我民法上債務の引受債務の移轉を認めざるものと解する誤謬に基因するものなり。

(b) 賃貸人の承諾を得て轉貸を爲したる場合 轉貸は賃借人が第三者(轉借人)をして賃借物の使用収益を爲さしむることを約する契約なり。其の賃借物の全部に關すると一部に關すると其の期間が賃貸借の期間と同一なる否とは之を問はず(註一)、又有償なると無償なるとを區別することなし。故に轉貸は賃借人と第三者(轉借人)との間に締結せらるる賃貸借又は使用賃借契約に外ならず(註二)。轉貸に付承諾ありたることは固より之が立證を要するものとす(註三)。再轉貸に付ては特に規定する所なしと雖、之を無効と爲すべき理由なきを以て賃貸人及賃借人の承諾あるに於ては之を有効と解すべきを相當とす(註四)。賃貸人の承諾を得て爲したる轉貸は次の如き效果を生ず。

(註一) 賃借人が自己の賃借權の期間を超えて轉貸を爲す場合に於て賃貸人が之を知りながら承諾を與へたる場合に於ては、賃貸人の意思は賃貸借終了後轉借人たりし者と自己との間に別段の賃貸借を爲すの意思あるものと解すべきものとす、之を賃貸人の契約加入(Benefit)と云ふ、此の意義に於て契約に加入したる賃貸人は獨り賃貸人が轉貸を承諾するに止ま



らず別段なる貸貸借締結の意思の表示をも包含するものにして轉借人と貸貸人との間に直接の關係を生ぜしむるものに非ずと主張する説あり。

(註二) 家屋の賃借人が來客使用人等に家屋の使用を許可するが如き場合は獨立なる使用収益を爲さしむるものに非ざるを以て轉貸に非ず。之に反し家屋の一室を所謂間貸するは轉貸なり。

(註三) 同趣旨大正八年一月二四日大判民録二五輯二〇九六頁。

(註四) 反對明治三十六年四月一三日東京地方裁判所民事部判決法律新聞一三六號二二頁。

(一) 貸貸人及賃借人間の關係は依然存續し賃借人は賃貸人に對し賃料支拂其の他の義務を負担すべく賃貸人は賃借人に對して其の權利を行使することを得べし(六一三條二項) 故に賃借人は依然保管義務を負担すれども轉借人の過失に因り目的物が滅失又は毀損したる場合に大審院判例の如く轉借人を賃借人の保管義務に關する履行補助者と觀て賃借人が當然に賃貸人に對して無過失賠償責任を負ふものと解するは(昭和四年六月一九日大判民集八卷六七五頁)妥當に非ず(註)。

(註) 此の點に付ては學者或は、此の場合民法第六五八條第二項を準用して賃借人の選任監督に付過失ある場合に限り賃貸人に對して賠償の責を負ふべきものと解するを正當とすと主張す。

(二) 轉貸人及轉借人間の法律關係は轉貸借契約に依りて定まる 故に或は賃貸借なることあるべく或は使用貸借なることあるべし。民法は主として賃貸借の場合に付規定を設けたるも使用貸借の場合に付ても亦其の適用あるは勿論なり。而して轉貸借は賃貸借とは別個の貸借關係なるを以て、目的物滅失の如き特に兩者に共通の性質を有する事項の外は其の一方に付生じたる事項は當然他方に對し其の效力を生ずるものに非ず。故に

例へば賃貸借契約が解除せらるるも之が爲當然轉貸借契約の效力を喪失せしむるものに非ずして唯轉貸人に於て債務不履行の責を負はざるべからざるに至ることあるに過ぎざるものとす。

(三) 賃貸人及轉借人間の法律關係に付ては轉借人は賃貸人に對し直接に義務を負ふ此の場合に於ては借賃の前拂を以て賃貸人に對抗することを得ず(六一三條一項) 轉借人が賃貸人に對して直接に義務を負ふは轉貸借の法律行為的效果には非ずして法律が賃貸人保護の爲に認めたる法律的效果なり。故に轉貸借の當事者が之に背馳する特約を爲すも該特約は無効なりとす。轉借人は賃貸人に對し直接に義務を負ふに止まり直接に權利を有するものに非ず(註一)。故に轉借人は賃借人の賃貸人に對し直接目的物の修繕を請求する權利を有することなし。尤も賃借人の賃貸人に對して有する當該權利を代位行使することは固より妨あることなし(註二)。茲に轉借人の賃貸人に對する義務は賃借物返還の義務賃借物保管の義務は勿論借賃支拂の義務其の他賃貸借上の一切の義務を包含するものとす。

轉借人が賃貸人に對して直接に支拂ふべき賃料の範圍に付ては別段の規定なきも、賃貸人は賃借人より受け得る以上の借賃を請求し得る理由なく轉借人も亦賃貸人に支拂ふべき額以上の借賃を賃貸人に支拂ふべき理由なきを以て、借賃が轉貸借上の借賃より小なるときは唯賃貸借上の借賃のみを請求し得べく、又轉貸借上の借賃より大なるときは唯轉貸借上の借賃のみを轉借人に對して請求し殘餘は賃借人に對して請求し得るものとす。尙賃貸借上の借賃辨濟期到來せざる間は假令轉貸借上の借賃辨濟期到來するも賃貸人は轉借人に對して其の借賃の請求を爲すことを得ず、又之と反對に轉貸借上の借賃辨濟期到來せざる間は假令賃貸借上の借賃辨濟期到來するも賃貸人は轉借人に對して其の借賃の請求を爲すことを得ざるものとす。

第二編 契約 第七章 有名契約各論 第八款 賃貸借



貸貸人が轉借人に對して有する借貸請求權は貸貸人が貸借人に對して有する借貸請求權と別個の權利なるも、兩者は其の目的を同じうするものなるが故に、貸貸人が若し貸借人より借貸全部の支拂を受けたるときは最早轉借人に對して何等の請求を爲すことを得ず、又轉借人より支拂を受けたるときは其の範圍内に於て貸借人に對する借貸請求權は消滅するに至るものとす。故に若し何等の規定なきときは轉貸人と轉借人とが通謀の上豫め轉借人より轉貸人に借貸の辨濟を爲し貸貸人の轉借人に對する請求權を消滅せしむることを得ることと爲り貸貸人を害する結果と爲るを以て、之を防がんが爲民法は右借貸の前拂を以て貸貸人に對抗することを要し、之を辨濟したる場合には轉借人は轉貸人に對し不當利得返還請求權に依り其の返還を求むることを得べし。

民法第六一三條に所謂借貸の前拂の意義に付ては議論の存する所にして、或は(一)貸貸人が轉借人に對して有する借貸請求權の辨濟期到來前に轉貸人に對して爲したる借貸の支拂を指稱するものと爲し、或は(二)轉貸借に於ける借貸支拂の時期を標準とし轉貸借に於ける借貸に付定まれる支拂時期以前に爲されたる支拂なりと爲し(註三)、或は(三)使用收益の時期を標準とし借貸は性質上後拂を爲すべきものなれば苟も其の以外の方法に於て爲されたる支拂は總て茲に所謂前拂なりと爲すなり。(二)の説を正當とす。再轉貸の場合に於ても亦再轉借人は轉借人の場合の如く貸貸人に對して直接に義務を負ふものと解すべし。

(註一) 同趣旨大正九年九月二八日大判民録二六輯一四〇二頁。

(註二) 民法第六一三條第一項は單に轉借人が直接貸貸人に對して義務を負擔することを規定するに過ぎざるものなるを以て、貸貸人が貸貸借に付解除權を留保したる場合に在りても貸貸人は該權利を以て直接轉貸借を解除することを得ず。故に

此の場合に於ては貸貸人は先づ貸貸借を解除したる上右規定に依り直接轉借人に對し貸借物の返還を請求するの外なし。  
(註三) 昭和七年一〇月八日大判民集一一卷一九〇一頁。

(c) 貸貸人の承諾を得ずして貸借權の讓渡を爲したる場合 貸貸人の承諾を得ざる讓渡の效力に付ては大審院判例は曩に之を他人の權利の賣買と同一視し有效なりとし唯貸貸人に於て其の貸貸借契約を解除し得るに止まるものと爲したるが(註一)、後には貸貸人の承諾なくして爲されたる貸借權の讓渡は其の當事者間に於て有效なるも之を以て貸貸人に對抗することを得ずと爲せり(註二)。之に對し學者の學説は或は(一)貸貸人の承諾なき貸借權の讓渡は無効なりと爲し、或は(二)讓渡の原因たる債權契約と讓渡行爲其のものとを區別すべきものにして、原因たる債權契約は單に貸借權を讓渡すべき債務を生ずるに止まるが故に貸貸人の承諾なきの一事に因り直に之を無効と云ふべからざるも、貸借權の讓渡行爲其のものは讓渡權なき者の處分行爲なるを以て貸貸人の承諾なき限り無効なりと爲し、或は(三)當事者間に於ては全然無効に非ざるも貸貸人に對しては全然無効なりと爲し、或は(四)叙上曩の判例に賛し、或は後の判例に賛するなり。惟ふに貸借權の讓渡とは貸借人が自己の有する貸借權を讓受人に直接移轉することを内容とする契約にして貸借權を移轉すべき債權債務を生ぜしむることを内容とする債權契約には非ず、所謂準物權契約に屬する處分行爲なり。故に貸借權の賣買又は贈與の如き債權行爲の效力如何と其の履行として爲さるる貸借權の讓渡行爲の效力如何とは之を區別せらるべきものにして、前者の債權行爲は單に貸借權を讓渡すべき債權債務を生ずるに止まるものなるが故に之を有效と爲すべきも、後者たる貸借權の讓渡行爲自體は讓渡の權能を有せざる者の處分行爲なるが故に貸貸人の承諾なき限り無効なりと解せざるべからず。



叙上の如く貸貸人の承諾を得ずして爲したる賃借権の譲渡行爲は無効なるに拘らず賃借人が其の譲渡行爲の相手方をして事實上賃借物の使用又は収益を爲さしめたるときは、其の使用収益権の範圍を超えたるものなるが故に、賃貸人は之に對して其の停止を請求し得べく又停止を請求せずして直に契約の解除を爲すことを得べし(六一二條二項)。尙賃貸人は右の外不當利得返還請求権を有し、又右違反行爲に因りて賃貸人に損害を被らしめたるときは賃借人に故意又は過失ある限り不法行爲に因る損害賠償請求権成立するものとす。尤も此の損害賠償は賃貸人が返還を受けたる時より一年内に之を請求することを要するなり(六一二條六〇〇條)。

(註一) 明治四三年一月九日大判民録一六輯九一八頁、大正五年一月一九日大判(民)法律新聞一六一六號三一頁。

(註二) 大正七年九月三日大判民録二四輯一七八一頁、昭和六年一月三日大判民集一〇卷九八二頁、昭和七年三月七日大判民集一一卷二八五頁、昭和一〇年四月二十二日大判民集一四卷五七一頁。

(d) 賃貸人の承諾を得ずして賃借物の轉貸を爲したる場合 賃借人が轉借人と爲したる轉貸は賃貸人の承諾なきときと雖其の效力を妨げらるることなく即ち有效なりとす(註一)(註二)。蓋し轉貸は常に債權契約なるが故に賃借人に於て假令轉貸権を有せずとするも轉借人をして事實上使用収益を爲さしめ得る以上は其の行爲を以て不能を目的とするものと云ふことを得ざればなり。而して右轉貸が有效なりと云ふは賃借人たる轉貸人と轉借人との間に債權關係を生ずることを云ふに止まり賃貸人と轉借人との間に轉借人より賃貸人に對して權利を主張し得る關係をも生ずるの意に非ず。尤も此の點に付ては賃貸人の承諾を得ずして爲したる轉貸は無効なりと爲す説あれども(註三) 正當に非ず。

叙上の如く賃貸人の承諾を得ずして爲したる轉貸は有效なりと雖轉貸人に於て爾後賃貸人の承諾を得ること能

はず又事實上轉借人をして賃貸物の使用収益を爲さしむること不能なるに至りたる場合に於ては、轉貸人は轉借人に對し履行不能に因る不履行の責に任ぜざるべからず。之に反し使用収益可能なる場合に於て轉貸人が賃貸人の承諾なきに拘らず轉借人をして賃借物の使用収益を爲さしめたるときは、賃貸人の承諾を得ずして賃借権の譲渡を爲したる場合に於けると同様賃貸人は賃借人に對して契約解除權(六一二條二項) 停止請求權不當利得返還請求權及不法行爲に因る損害賠償請求權を有するに至るべし。而して此の場合に於ける損害賠償請求權も亦賃貸人が賃借物の返還を受けたる時より一年内に之を行使することを要するなり。

賃貸人の承諾なくして轉貸借の爲されたる場合に於て賃貸人が賃貸借契約を解除し得るは賃借人の義務違背に對する制裁とも云ふべきものなるを以て、轉貸借が終了したる後に於ても尙此の解除を爲すことを得べく(註四)、又賃借人が賃借物の一部を轉貸したる場合に於ても賃貸人は其の全部の賃貸借契約を解除することを得べし(註五)(註六)。尙叙上の如く賃貸人の承諾を得ずして爲したる轉貸は有效なれども之が爲轉借人より賃貸人に對して權利を主張し得る關係をも生ずるものに非ざるが故に、轉借人が目的物を占有し使用収益する場合に於ては、假令賃貸人が賃貸借契約の解除を爲す以前に在りても轉借人は賃貸人に對し轉借に基く占有使用収益の權能を主張し得ざるものなれば轉借人が目的物を占有し使用収益するは固より不法なり(註七)。從て賃貸人は轉借人に對しても亦當該賃貸借の解除されたと否とに拘らず其の停止を請求し得べく又其の目的物が不動産なるときは其の明渡を請求することを得べし(註八)。尤も賃貸人が目的物を直接自己に返還せしむることを得るが爲には賃貸借契約を解除することを要するは勿論なり。蓋し解除前に於ては賃貸人は賃借人をして使用収益を爲さしむべき義務を負担しをればなり。



(註一) 大正八年一月一六日大判民録二五輯一八二四頁、明治四〇年五月二七日大判民録一三輯五八八頁、同年一月二九日大判民録一三輯二四頁。

以上の判例は孰れも貸貸人の承諾なき轉貸行為は當然無効に非ずして契約解除の原因たるに止まるものと爲すなり。

(註二) 昭和七年三月七日大判民集一一卷二八五頁昭和六年一月三日大判民集一〇卷九八二頁昭和一〇年六月一日五日大判(民)法律新聞三八五九號一一頁は孰れも貸貸人の承諾なき轉貸借は無効に非ざるも之を以て貸貸人に對抗することを得ざるものと列示す。

(註三) 明治四〇年四月一日五日東京控訴院判決最近判例集一卷六二頁。

(註四) 同趣旨昭和一〇年四月二二日大判民集一四卷五七一頁(同判決は、貸借人が貸貸人の承諾を得ずして貸借物を他人に轉貸したるときは貸借人の義務に違背したるものなれば貸貸人は貸借人に對し契約の解除を爲すことを得るは民法第六一二條の規定する所にして、其の解除の意思表示を爲すの際既に轉貸借契約終了したりとするも右意思表示の效力を阻却すべきものに非ず、蓋し縱令轉貸借契約終了したりとするも貸借人の義務違反の事實其のものは遂に之を如何ともすることを得ざればなりと列示す)。

此の點に關し學者或は、民法第六一二條第二項の解除權は承諾なくして轉貸借契約を爲したることに因りて發生するものに非ずして貸貸人の承諾なくして貸借物を轉借人に使用収益せしめたる時又使用収益せしめつつある間に限り發生するものと解すべきが故に、假令貸借人が貸貸人の承諾なくして貸借物を轉借人に使用収益せしめたる場合に於ても轉貸借が終了したる後に於ては貸貸借契約を解除することを得ざるものと云はざるべからずと主張す。

(註五) 昭和三年八月八日大判(民)法律新聞二九〇七號一二頁、昭和一〇年四月二二日大判民集一四卷五九三頁。

(註六) 昭和一六年一月一三日東京民事地方裁判所の判決は、民法第六一二條は貸借人が貸借物の全部又は其の重要部分を第

三者に使用収益せしむることに因りて貸借物に對する事實上の支配を有せざるに至りたるときは貸貸人の貸借人に對する債權は最早將來の保障と爲らざるを以て之を貸貸借の解除原因としたるものなれば、本件家屋七室の内六室及二室の二室を貸與したるに過ぎざる間貸を目して直に民法第六一二條に所謂轉貸に該當するものと解すべきに非ず、從て此の點に付特別の約定なき限り貸借人が貸貸人の承諾を得ずして右の如き間貸を爲すも貸貸人は民法第六一二條の規定に依り貸貸借の解除を爲すことを得ざるものと云ふべしとの旨列示し(法律新聞四六六八號七頁法律評論三〇卷民法四六三頁)學者又或は轉貸借を爲したることを理由として理由なく貸貸人が貸貸借を解除して貸借人の地位を脅かすことは今日の企業化したる貸貸借より觀て穩當なりと云ふことを得ざるが故に、貸貸人にとり左程不利益に爲らざる如き轉貸借の爲されたるを口實として解除を爲すが如きは權利の濫用と爲るものと觀て可なる場合尠からざるべし、殊に借家人が一室又は二室を家主に無斷にて間貸したればとて當然に家主が解除權を行使し得るものと解することを得ざるべしと主張す。

(註七) 同趣旨昭和一〇年六月一日五日大判(民)法律新聞三八五九號一一頁、昭和一一年三月五日判集一五卷一九九頁。

(註八) 同趣旨昭和七年八月二日大判民集一一卷一八〇四頁。

借貸支拂義務總說

ニ借貸支拂義務

1 總說

貸借人は貸貸借上の最も主要なる債務として常に借貸支拂の義務を負擔するものにして、貸貸人が貸借人の爲目的物を使用収益可能な状態に置きたる以上は、貸借人が事實上使用収益を爲したると否とを問はず又貸借人の一身上の理由に因り使用収益を爲すこと能はざり場合と雖借貸の支拂を免ることを得ず。借貸支拂義務は貸貸借契約其のものに因りて生ずるものにして使用収益を爲したるに因りて初めて生ずるものに非ざるを以て、貸貸人の故意又は過失に因り貸借人が契約上の使用収益を爲すことを得ざりしときと雖當然借貸の減額を



請求することを得ず、雙務契約に關する一般原則の適用に依り單に損害賠償請求權を生ずるに止まるものとす。不可抗力に因りて完全なる使用收益を爲し得ざりし場合に於ても亦賃借人は之を理由として借賃の減額を請求し得ざるを原則とす。但し此の原則に對しては後に述ぶる如き例外あり。

借賃減額請求權

2 借賃減額請求權

借賃の額は契約に因り一定し其の後事情の變更あるも當事者の合意特別の慣習若は慣習法又は法律の特別の規定なき限り一方的に之が減額を爲し得ざるを原則とす。尤も此の點に付ては議論の存する所にして、或は(一)事情にして變更せざる以上契約の内容は遵守せらるべきことは勿論なるも當事者間の公平の見地より觀て借賃の額が周圍の事情より考へ不相當なるものと認定せられたる場合には賃借人に減額請求權を認むるを至當なりと爲し、或は(二)借賃が公租公課其の他の負擔の減少又は目的物の價格の低下若は近隣の借賃に比し不相當と爲りたるときは賃借人は將來に向て借賃の減額請求權を有するものと解すべしと爲し、或は(三)一旦定めたる借賃は變更すべからざるものと解するを妥當とすと爲し、或は(四)特約なく又特別の慣習若は慣習法なき限り借賃減額請求權なしと爲すなり(綜合二〇六頁以下參照)。然れども冒頭説明の如く解するを正當と信ず。從て又既に述べたる如く賃借人が賃貸人の過失に因りて契約上の使用收益を爲すことを得ざりし場合又は不可抗力に因りて完全なる使用收益を爲すこと能はざりし場合と雖借賃減額請求權を有せざるを原則とす。但し法律は此の原則に對し左の如き例外を認めたり。

(イ) 收益を目的とする土地の賃借人が不可抗力に因り借賃より少き收益を得たるときは宅地の賃貸借の場合を

除き其の收益の額に至るまで借賃の減額を請求することを得但し宅地の賃貸借に付ては此の限に在らず(六〇九條)。此の權利を借賃減額請求權と稱すれども其の性質は請求權に非ずして形成權なり(註二)。民法は請求なる文字を使用すれども(註三)別に賃貸人の同意を必要とする趣旨と認められず、既に減額の限度確定せるものなるを以て賃借人の一方的意思表示に因りて直に減額の效力を生ずるものと解すべく、一の形成權と爲すを正當とす。此の例外の適用を受くるは獨り收益を目的とする土地例へば田畑の如き土地の賃貸借に限るものにして、單に使用を目的とする土地の賃貸借及假令收益を目的とするも宅地の賃貸借は之を包含せず。

借賃減額請求權發生の要件は不可抗力に因りて借賃より少き收益を得たることは是れなり。不可抗力の意義に付ては學說岐れ、或は(一)人が如何なる注意施設を爲すも到底其の結果を防止することを得ざる事變なりと爲し(主觀說又は相對說)、或は(二)事業上の危險に非ざる事變にして且生活上通常期待し得べき事變を超越し其の勢力強大にして人力を以て避くることを得ざる事變なりと爲し(客觀說又は絕對說)、或は(三)此の兩說を折衷し外部より生じ且周密なる注意を用ひ之が發生を防止する施設を爲すも防ぐことを得ざる事變なりと爲せども(折衷說)、通説たる客觀說を以て正當なりとす。故に例へば天災地變戰爭法律の禁止命令等は不可抗力に屬するなり(綜合二〇六頁以下同四五〇頁以下參照)。

借賃より少き收益を得たりと云ふは其の借賃の屬すべき年度又は期間と其の年度又は期間内の收益とを比較して之を云ふものなり。故に其の年度又は期間中の或時期に於て收益少かりしも他の時期に於て大なる收益を得たるが爲全年度又は期間を通じては其の收益借賃より大なりしときは右規定の適用なきものとす。借賃減額請求權は相手方に對する權利者一方の意思表示に依りて之を行使すべく同時に其の請求する減額の程



度を表示することを要す。此の借貸減額請求の程度は當該年度又は當該期間（年より短き期間を以て借貸を定めたる場合）に於ける實際の収益額を以て限度とすべく將來に於ける借貸の減額は之を請求することを得ず。此の點は次に述ぶる借借物の一部滅失したる場合の借貸減額請求の場合と異なる。而して若し貸借人が減額請求の程度を明示せざりしときは如上の限度の減額を請求したるものと解することを得べし。尙此の請求權は貸借人より貸借人に對する意思表示に依りて之を爲すべきものにして貸借人が借貸請求權を第三者に讓渡せる場合に於ても亦同様なりとす（註三）。

此の請求權を行使し得べき時期に付ては特に制限なし。從て法定の要件具備するときは何時にても之を行使することを得べく借貸債務の辨濟期の到來せることを必要とせず。既に借貸を支拂ひたる後と雖尙之を行使することを得べし。尤も減額請求權の發生後貸借人に於て異議を留めずして借貸全部の支拂を爲したるときは此の減額請求權を拋棄するの意思ありたるものと認め得る場合多かるべし（綜合三一八〇頁以下參照）。貸借人が右減額請求を爲したるときは借貸は爾後相當額にまで減額せられたることと爲るなり（註四）。

（註一） 同趣旨大正五年一月二五日大判民錄二二輯一六九頁。

（註二） 民法は請求なる文字を一方的意思表示の意義に使用せる場合尠からず。例へば第二七六條に於て「永小作權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得」と云ひ、第四二〇條第二項に於て「解除ノ請求」と云ひ、第六八三條に於て「組合ノ解散ヲ請求スルコトヲ得」と云へるが如きは是れなり。

（註三） 此の點に付ては反對説ありて、借貸の減額請求は單に當該期間の借貸を減額する效果を生ぜしむるに過ぎずして法律行爲の取消又は契約解除の如く當該法律行爲に基く全般の法律上の效果に影響を及ぼすものに非ず從て借貸の減額請求を

受くる法律上の地位は其の本來の性質上貸借人たる地位に伴ふものに非ずして寧ろ減額請求を受くる當該借貸債權の主體たる地位に伴ふものと解すべきなり故に借貸債權の讓渡後に於ては其の讓受人に對し減額請求を爲すべきものと解すべしと主張す（綜合三一八一頁註二參照）。

（註四） 同趣旨昭和七年一月一三日大判民集一一卷七頁（判例は借地法第一二條の規定に依る借貸の減額請求に關す）。

（ロ）借借物の一部が貸借人の過失に因らずして滅失したるときは其の滅失したる部分の割合に應じて借貸の減額を請求することを得（六一一條一項） 此の場合に於ける借貸減額請求權が形成權なることは不可抗力に因り借貸より少き収益を得たる場合に於ける借貸減額請求權に付述べたる所と同一なり。

借借物の一部滅失の場合に於ける借貸減額請求權は右一部滅失が修繕不能の場合に限り生ずるものなりや否の點に付ては議論の岐るる所にして、或は（一）修繕の可能不能を問はず苟も一部の滅失あれば減額の請求を爲し得るものと爲し、或は（二）修繕可能なる限りは單に修繕請求權を發生せしむるに過ぎざるを以て一部滅失と云ふは一部が滅失して修繕不能と爲れることを云ふと爲すなり。（一）の説を正當とす。蓋し修繕可能なる場合に修繕の請求權を生ずること勿論なりと雖、之が爲借貸減額請求權なしと爲すべき法上の根據なく又斯く制限的に解する必要があることなし。故に苟も借借物の一部滅失の爲其の物の使用價值減少せる場合には其の修繕の可能不能を問はず借貸減額請求權を有するものと解すべく、從て此の場合には修繕請求權及減額請求權の兩者を有し修繕の完了するまで借貸の減額を請求し得るものと爲すを正當とす（綜合二二〇八頁以下參照）。

借借物の一部が貸借人の過失に因らずして滅失したる場合に於ける借貸減額請求權の行使に付ても亦不可抗力に因り借貸より少き収益を得たる場合に於ける借貸減額請求權に付述べたると同様貸借人より貸借人に對する



意思表示に依り之を爲すべく貸賃人の同意を要するものに非ず。其の行使の時期に付ても亦同一なり。而して貸賃人は滅失したる部分の割合(註一)に應じて借賃の減額を請求し得るものにして、其の減額の効果は減額請求の原因たる賃借物の一部滅失の事實發生したる時に遡及して生ずるものと解すべし(註二)(綜合3一八一頁以下参照)。

(註一) 此の割合は物の面積大小又は賣買價格を標準とせず其の物が賃借人に對して與ふる利益即ち其の部分の使用収益上の價値を標準として定むべきものとす。

(註二) 此の點に付ては或は單に請求の時より將來に向けて計算すべきものなりと主張する反對説あり(綜合3一八二頁註六参照)。

(ハ)借地法及借家法に依る借賃減額請求權 借地法第一二條に依れば建物の所有を目的とする地上權及賃借權に付ては地代又は借賃が土地に對する租稅其の他の公課の増減若は土地の價格の昂低に因り又は比隣の土地の地代若は借賃に比較して不相當なるに至りたるときは契約の條件に拘らず當事者は將來に向けて地代又は借賃の増減を請求することを得べく一定の期間地代又は借賃を増加せざるべき特約あるときは其の定に従ふべきものと爲し、又借家法第七條に依れば建物の借賃が土地若は建物に對する租稅其の他の負擔の増減に因り土地若は建物の價格昂低に因り又は比隣の建物の借賃に比較して不相當なるに至りたるときは契約の條件に拘らず當事者は將來に向けて借賃の増減を請求することを得べく若し一定の期間借賃を増加せざるべき特約あるときは其の定に従ふべきものと爲し、建物の所有を目的とする地上權又は賃借權及建物の賃借に付地代又は借賃の増額及減額請求權を認めたり。而して此の増額及減額請求權は既に述べたる及後に述ぶる増額(値上)及減額請

求權と同様一方的意思表示に因りて直に増減の效果を生ずるものと解すべく、從て形成權の一種に屬するものとす(綜合2二二頁以下参照)。

### 借賃増額請求權

#### 3 借賃増額請求權

借賃は一旦之を定めたる以上は特約又は慣習若は慣習法の存在其の他特別の規定なき限り爾後如何に事情の變更を生ずるも當事者一方の意思を以て其の増額を請求し得るものに非ず。大審院判例は曩に土地賃借又は地上權の繼續中公租公課の増徴地價の騰貴比隣の地代昂騰土地の繁榮等の爲約定の借賃又は地代が不相當に低廉と爲りたるときは地主は相當の増額を爲し得ることの慣習又は慣習法の存在を認めたるが(註一)、其の後借地法借家法の制定ありて既に説明したるが如く同法は地代又は借賃の増額請求權を認め而も最近同法が日本内地全部に施行せらるることと爲りたるを以て、現今に於ては建物の所有を目的とする地上權及賃借權及建物の賃借に付ては地代又は借賃が土地若は建物に對する租稅其の他の公課又は負擔若は土地の價格の昂騰に因り又は比隣の土地若は建物の地代若は借賃に比較し夫夫不相當なるに至りたるときは契約の條件に拘らず當事者は將來に向けて地代若は借賃の増額(値上)を請求することを得べく、若し一定の期間地代若は借賃を増加せざるべき特約あるときは其の定に従ふべきことと爲れり。而して此等増額(値上)請求權の性質如何に付ては、判例は叙上慣習法上の増額請求權に付ては多く之を以て借地人の承諾を請求する權利と爲せるもの如しと雖、又或は増額の請求は一方的意思表示に因りて效力を生ずるものと爲せり(註二)。然れども右孰れの場合に於ても地代若は借賃増額の請求は地主又は賃借人の一方的意思表示に因りて直に増額の效果を生ずるものと解するを正當とすべく、從て此の増額請求權は一の形成權に屬するものと云はざるべからず(綜合2二〇三頁以下二二二頁以



下参照。

(註一) 明治三十一年五月二六日大判民録四輯五卷八三頁、明治四〇年七月七日民録一三輯八一頁、同四二年五月三日大判民録一五輯四五一頁、同四五年五月一日大判民録一八輯四八七頁。

(註二) 大正六年二月一〇日大判民録二三輯一三八頁。

#### 借賃の支拂時期

借賃の支拂時期に付ては當事者間に特約あらば之に従ふべきも特約なき場合には動産建物及宅地に付ては毎月末に其の他の土地に付ては毎年末に支拂を爲すことを要す(六一四條本文)。但し收穫季節あるものに付ては其の季節後遲滞なく之を支拂ふことを要するものとす(同條但書)。而して右特約には何等の制限なく貸賃借期間満了の時を以て支拂期と爲すことを得べく或は前拂と爲し又は週期拂と爲すことを得べし(註)。

(註) 民法は繼續的法律關係を生ずべき契約たる雇傭請負委任寄託等に付ては其の報酬は當該法律關係終了の時を以て其の支拂の時期と爲し之を原則と爲せるも(六二四條一項六三三條六四八條二項六六五條)、貸賃借に在りては、從來の慣習並に當事者の普通の意思を付度し特に第六一四條の規定を設け借賃に付當事者間に特約なきときは此の規定に依ることと爲せり。而して此の規定は特約なき場合の一般規定なるも、或は此の規定を以て借賃が月又は年を標準として週期的に生ずべき場合のみに適用あるものにして然らざる場合には一般原則に従ひ貸賃借期間満了の時を以て支拂を爲すべきものなりと爲す説なきに非ず。

#### 借賃物の保管義務

三借賃物保管義務  
賃借人は貸賃借終了後賃借物を返還すべき特定物給付の義務を負担するを以て、其の返還を爲すまで善良なる

管理者の注意を以て賃借物を保管せざるべからず(四〇〇條)。從て若し此の義務に違反するときは債務不履行と爲り損害賠償の義務を負担するに至る。履行補助者の過失に因り賃借物を毀損したる場合に於ては、特別の規定又は特約なき限り賃借人が其の債務の履行の爲に使用したる者の選任及監督に付過失ありたるが爲債務者自身の過失と認めらるべき場合の外は賃借人に損害賠償の義務なきものと解せざるべからず(別卷第四債權總論一五六頁以下綜合一四四四頁以下參照(註一))。尤も適法なる使用收益に因りて賃借物に損害を生ずるも之が爲債務の不履行と爲らざるが故に賠償の責任なきは勿論なり。

失火者の不法行為の責任に付ては特別の法規あれども(明治三二年法律第四〇號)、賃借人の賃貸人に對する失火の責任に付ては其の適用なく賃借人は失火の爲賃貸人に對し保管義務違反の責任を免るることを得ざるものとす(註二)。蓋し賃借人は賃借物を善良なる管理者の注意を以て保管すべき義務あるを以て、假令賃借人の義務違反が不法行為と爲り右法律に依り不法行為上の責任を免るる場合と雖其の行為は同時に債務不履行と爲るが故に債務不履行としての賠償責任を負はざるべからざるが故なり。尙保管義務に關連して賃借人は一の忍容の義務を負担す。即ち賃貸人が賃貸物の保存に必要な行為を爲さんとするときは賃借人は之を拒むことを得ざることと是れなり(六〇六條二項)。尤も賃貸人が賃借人の意思に反して保存行為を爲さんと欲する場合に於て之が爲に賃借人が賃借を爲したる目的を達すること能はざるときは賃借人は契約を解除することを得べし(六〇七條)。

(註一) 此の點に付ては或は、使用人若は來客の過失に因り賃借物を毀損したる場合に於ても賃借人は履行補助者の行為に因るものとして當然其の責に任ぜざるべからずと爲す説あり。



(註二) 同趣旨明治四五年三月二三日大判民録一八輯三一五頁。

反對、明治三八年二月一七日大判民録一一輯一八二頁。

通知義務

四通知義務

賃借物が修繕を要し又は賃借物に付權利を主張する者あるときは賃借人は遅滞なく之を賃借人に通知することを要す(六一五條本文)。若し此の通知を怠り賃借人に損害を被らしめたるときは賃借人は其の損害の賠償を爲さざるべからず。但し賃借人が既に此等の事實を知れるときは此の限に在らず(同條但書)。右通知義務も亦前叙借用物保管義務に關連して存するものとす。

賃借物返還義務

五賃借物返還義務

賃借人が目的物を交付されたる場合には之を返還すべき義務を負擔す。返還の目的物は其の交付せられたる物自體なり。其の目的物が自然的に増加したる場合には其の増加の現状の儘返還することを要す。目的物より果實を生じたるときは收益權ある賃借人は其の收益權に依りて之を收取し得るものなれば返還することを要せず。但し特約あらば之に従ふべきは勿論、契約又は物の性質に因りて定まりたる用方に従はずして收取したる場合は固より之を返還せざるべからざるは使用貸借に付述べたる所と同じ。

賃借人が賃借物の使用收益を爲すに當り之に附屬せしめたる物は、權原に因りて附屬せしめたる物なるが故に依然として賃借人の所有に屬す。從て賃借人が其の賃借物を返還するに當りては此の附屬物を收去し得しむべきことは當然なるを以て、賃借人は賃借物を原狀に復して之に附屬せしめたる物を收去する權利を有すると共に、賃借人が右附屬物の收去を爲し且其の收去に當り賃借物に損害を加ふべからざること亦當然なるを以て、

賃借人は右附屬物を收去し賃借物を原狀に復すべき義務をも負擔することは使用貸借の場合に於けると同様なりとす(六一六條五九八條)。

賃借物返還義務の性質に付ては議論の存する所なるも、此の義務は賃貸借契約上の義務なりと爲すを通説とし又之を正當の見解なりとす。蓋し民法は使用貸借に付ては「使用及ヒ收益ヲ爲シタル後返還ヲ爲スコトヲ約シテ(五九三條)と云へるに反し賃貸借に付ては斯の如き文辭を使用せざるが故に使用貸借に於ける返還義務は契約上の義務なるも賃貸借に於ける返還義務は物權的返還義務なりと解せられざるに非ず又斯く解する説ありと雖(註一)、使用貸借に在りても其の主たる目的は物の使用收益に存し物の返還に在らざること賃貸借の場合と異なることなく、此の兩者の貸借に於て目的物返還の義務を生ずるは孰れも當事者が契約終了に當り之を貸主に返還すべきことを欲するの意思あること明なるが故に、之を契約上の義務と解するを正當と爲さざるべからず。

賃借人が所有權者其他用益物權者なる場合には、賃借人は右契約上の返還請求權に依りて目的物の返還を請求し得ると同時に其の物權的請求權に依りても亦目的物の返還を請求し得べく、茲に所謂請求權の競合を生ず。目的物返還の時期に付ては使用貸借に關する第五九七條第一項の規定準用せらるるを以て(六一六條)、賃借人は契約に定めたる時期に於て賃借物の返還を爲すことを要するなり。若し契約に於て返還時期を定めざるときは返還義務は契約終了と同時に其の履行期到來するものとす。

賃借人が賃借物に對して加へたる改良の結果を收去し得ざる場合には改良に因りて生じたる利益は賃借物の返還と共に賃借人に歸屬するを以て、賃借人は第六〇八第二項の規定に依り其の償還を請求し得べく、又不當利



得の一般原則に依り其の利益の存する限度に於て返還を請求することを得べし(註二)。

(註一) 此の説は、貸賃人の賃賃物返還請求権は契約に因りて發生するものに非ず貸賃人の有する所有權其の他の本權又は占有權に基き賃賃物の終了と共に當然發生する物上請求權なりと主張す。

(註二) 同趣旨明治四五年一月二〇日大判民集一八輯一頁。

借地法及借家法に依る買取請求權

六借地法及借家法に依る買取請求權

(一)借地法に依る建物其の他の附屬物買取請求權 借地法の適用ある借地權消滅の場合に於て、建物存在し土地所有者が借地契約更新の請求に對し正當の事由を以て異議を述べ契約の更新なきに至りたる場合に於ては、借地權者は時價を以て建物其の他借地權者が權原に因りて土地に附屬せしめたる物を買取るべきことを請求する權利を有す(借地法四條一項二項)。此の權利は請求權に非ずして其の性質形成權の一種に屬することは既に述べたる賃借土地の上に存する建物其の他の附屬物を取得したる第三者の買取請求權並に次に述ぶる造作買取請求權と同様なりとす(綜合二八三頁參照)。

(二)借家法に依る造作買取請求權 借家法の適用ある建物賃賃借終了の場合に於ては賃借人は賃賃人の同意を得て建物に附加し又は賃賃人より買受けたる疊建具其の他の造作を其の際に於ける賃賃人に對し時價を以て買取るべきことを請求する權利を有す(借家法五條)。此の權利は請求權に非ずして其の性質形成權の一種に屬す。即ち此の權利は賃借人が賃賃人に對し時價を以て造作を買取ることの承認を求むる權利に非ずして賃賃人の賃賃人に對する買取請求の一方的意思表示に因り賃賃人の承諾を俟つことなく時價を代金とする賣買が成立するの效果を生ずるものなり(註一)(註二)(註三)。賃借人は造作代金の提供なきことを理由として建物の明渡を

拒むことを得ず(註四)。造作買取請求權者は賃賃人の同意を得て建物に造作を附加し又は賃賃人より造作を買受けたる賃借人なり。

賃借權讓渡の場合に於て前賃借人が賃賃人の同意を得て附加したる造作又は賃賃人より買受けたる造作を更に買受けたる賃借人も亦賃賃借終了の場合其の造作に付賃賃人に對し買取請求權を有す。蓋し前賃借人は右造作に付賃賃借終了の曉造作買取請求權を取すべき所謂期限到來前に於ける期待權を有し、賃借權の讓渡の場合此の期待權も亦讓渡せられ得るものなればなり。

轉賃借の場合に於て轉借人が賃賃人の同意を得て附加したる造作に付ては借家法第五條を類推適用して轉借人に買取請求權あるものと解するを正當とすべし。蓋し轉賃借契約が賃賃借なる場合に於ては轉借人も亦一種の賃借人にして轉賃人たる賃賃人が賃賃人の同意を得て建物に造作を附加したる場合と區別すべき理由なきを以てなり(綜合二二二頁以下參照)。

(註一) 同趣旨昭和二年一月二七日大判民集六卷七四三頁。

反對説は此の權利を形成權と爲さず之を請求權と爲し地主の承諾を必要と爲すなり。

(註二) 造作時價の算定は建物に附加したる儘の状態に於ける造作體の使用價值に依るべきものにして、建物所在地の状況其他建物の構造等に依り建物に生ずる特殊の價值を顧慮すべきものに非ず(同趣旨大正一五年一月二九日大判民集五卷三八頁、昭和七年九月三〇日大判民集一卷一八五九頁)。但し反對説あり。

(註三) 借家法第五條に所謂「賃賃借終了ノ場合ニ於テ」中に不履行に因る契約解除の場合を包含するや否に付ては議論あり。或は之を積極に解し、或は之を消極に解す。其の理由としては、積極説は借家法第五條は廣く「賃賃借終了ノ場合ニ於テ」



と云ひ其の終了の原因如何を區別せず又造作買取請求権を認めたる立法の趣旨より云ふも之を消極に解する理由なしと云ひ、消極説は不履行に因りて契約を解除されたる賃借人を造作買取請求権を與へて保護する必要なしと云ふに在るなり。  
 (註四) 同趣旨昭和六年一月一七日大判民集一〇卷一〇頁、同七年九月三〇日大判民集一一卷一八六三頁。  
 此の點に付ては、造作を附加することは建物に有益費を支出したることと同様にして造作と建物とは不可分性を有するが故に造作代金の提供あるまで賃借人は建物の明証を拒み得るものと解すべしと主張する説あり。

賃借人の債務に對する特別擔保

七 賃借人の債務に對する特別擔保

賃借人の債務に對する擔保として法律の特に規定するものは先取特權及敷金なり。前者は法律上當然賃借人の有する擔保物權にして後者は契約に依りて特に生ずる擔保なりとす。而して右特別擔保の外保證人を立つるが如き一般の原則に依りて賃借人の債務を擔保し得るは勿論なりとす。

先取特權

1 先取特權

不動産の賃借人は其の不動産の借賃其の他賃貸借關係より生じたる賃借人の債務に付賃借人の動産の上に先取特權を有す(三一二條乃至三二五條)。尙借地法は特に土地所有者又は賃借人の先取特權が辨濟期に至りたる最後の二年分の地代又は借賃に付借地權者が其の土地に於て所有する建物の上に行はるる旨を規定せり(借地法三三條)。

敷金

2 敷金

(一) 總説 敷金とは不動産殊に建物の賃貸借に於て之に關聯して生ずべき賃借人の債務を擔保し之に付賃借人をして其の優先辨濟を得しむる目的を以て豫め授受せらるる金錢を云ひ、身元保證金と同じく契約保證

金の一に屬し民法第三一二條乃至第三一六條に認むる特殊の先取特權と共に賃借人の債務に對する特別擔保を成すものなり。先取特權は法律上當然賃借人の有する擔保權なるも敷金は當事者の契約に因りて擔保の效用を生ずるものとす。而して此の敷金を設定する契約を敷金契約と稱す。敷金契約は賃貸借契約に從たる契約なり。即ち賃貸借契約が有効に成立することを前提として成立する契約なり。然れども其の成立の時期は賃貸借契約の成立と同時に同時に要せず、又其の當事者は必ずしも賃貸借の當事者と同一なることを要するものには非ず。

敷金契約は金錢の交付を以て其の成立要件と爲すものなるを以て要物契約なり。敷金契約は後に説明する如く金錢所有權讓渡契約と債務不履行なく又は債務不履行あるも其の債務額が敷金の額に達せざるときは其の全部又は一部を返還すべき債權契約とを包含する一の無名契約にして、一種の信託所有權讓渡契約なり。從て金錢の交付は賃借人の債務を擔保するが爲に其の所有權を移轉するを目的とするものなり。

(二) 敷金の性質

敷金の性質に付ては學説の岐るる所にして左の敷説あり。

(一) 質權説

(一) 不規則質説 此の説は羅馬法に所謂不規則質なりとし敷金として授受せられたる金錢其のものの上に質權が設定せらるるものなれども其の目的物が通常の質權に於けるが如く特定物に非ずして代替物たるの點に於て差異ありと爲すなり。此の説に對する非難は、我民法に於ける質權の目的物は特定の有體物なるを以て代替物を目的物とする所謂不規則なる觀念を認むることを得ずと云ふに在るなり。(二) 債權質説 此の説は賃借人は賃借人に對して敷金の返還を求むる債權を有するが故に賃借人は此の債權の上に權利質權を得たるものなりと爲すなり。此の説に對する非難は次の二點に存す。即ち當事者が敷金を授受したるは敷金其



のものを以て辨済に當てんとしたるものにして將來發生すべき返還請求權を質入したるものに非ず、故に此の説は當事者の實際的意思に合せず、加之債權質は債權者に債權證書を交付することを以て其の成立要件と爲すを以て(三六三條)、若し此の説に従ふときは債權證書たる敷金預り證を更に貸貸人に交付せざるべからざるが如き不條理を生ずと云ふことは是れなり(綜合三四一頁以下參照)。

(2) 無名契約説 (一) 解除條件附消費寄託と質契約とを混合したるが如き特殊の契約なりと爲す説 此の説は敷金契約を以て將來の債務に付豫め其の辨済に充つべき金額を供する一種の無名契約と爲し、其の効力は物權的にして質契約に殆ど相同じと雖質權設定の場合とは法律關係の性質を異にし且債務發生せば直接に其の金額を以て辨済に充てんとするものなりと爲すなり。此の説に對する非難は、或は消費寄託は物の保管を目的とする契約なるが故に敷金契約の如く毫も此の種の觀念を包含せざる場合を説明するが爲寄託の觀念を用ふるは無用且不當なり、加之此の説に従ふときは敷金交付者は初より消費寄託上の返還請求權を有するが故に他の債權者が其の請求權を差押へたるときは貸貸人は之に因りて敷金を以て優先辨済を受くるの途を失ひ敷金授受の目的の大半は没却せらるるに至るべしと爲し、或は民法は物權の種類に關し限定主義を採り民法其の他の法律の定むるものの外之を創設することを許さず(一七五條)、而して自己の占有せる物又は權利に付他の一般債權者に優先して辨済を受け得る效力を生ずる物權としては民法中唯一の質權の認められたるのみなるを以て之に反する合意は假令慣習なりとしても脱法的のものにして之が存在を許すべきものに非ずと爲すなり。(二) 信託的所有權讓渡説 此の説は敷金契約を以て金錢所有權讓渡契約と債務不履行なく又は債務不履行あるも其の債務額が敷金の額に達せざるときは其の全部又は一部を返還すべき債權契約とを包含する一の無名契約にして一

種の信託的所有權讓渡の契約なりと爲すものにして(註)、我國に於て多數説と稱することを得べし。余も亦此説のに贊す(綜合三四一三頁以下參照)。

(註) 大正一五年七月一二日大判民集五卷六一六頁、昭和七年一月一五日大判民集二卷二一一頁。

(3) 相殺豫約説 此の説は敷金契約は當事者間に於て債務者が其の債務を履行せざる場合に債權者をして其の債權と敷金返還の債務とを相殺し其の債權の満足を得しむることを約するものなりと爲すなり。此の説に對する非難は、若し此の説の如く解するときは貸貸人は敷金の上に他の一般債權者に對して優先權を有せざることと爲り敷金の本質は從來行はれたる所と全然相異なるものと爲るべしと云ふに在るなり(綜合三四一五頁以下參照)。

(4) 解除條件附債權説 此の説は貸貸人が賃借人に對して負擔せる敷金返還の債務は賃借人が借賃の支拂を怠りたる時は消滅すべしとの解除條件を附したるものなりと爲すなり。此の説に對する非難は、敷金を以て解除條件附債權を生ぜしめたるものと解するは當事者の意思に反す當事者は之を擔保に供するの意思を有するものなり然るに之を以て唯條件附債權が發生するものなりと見るときは一切の債權質は悉く條件附債權を以て説明せざるを得ざるに至り民法が特に債權質を一の物權として認めたる趣旨に合せずと云ふに在り(綜合三四一六頁參照)。

(三) 敷金として封金を授受したる場合 敷金として封金を授受したる場合に於ては、該封金の所有權は貸貸人に移轉することなく該封金は一の特定物にして代替物に非ざるを以て、該封金の上に質權の成立することは勿論なりとす。



(四) 敷金の効力 敷金は之を受領したる貸貸人をして其の敷金に付他の債権者に優先して辨済を受けしむるを以て其の目的とす。而して叙上の信託的所有權讓渡説を採る結果として賃借人は所有權讓渡の目的存續せる限りは敷金の返還を請求することを得ず、賃借人は該敷金に付他の債権者に優先して借賃の辨済を受くることを得べく、借賃に對する一種の特別擔保を爲すものなり。而して敷金として交付されたる金銭の所有權は賃借人の借賃債務を擔保するが爲に賃借人に移轉したるものなるを以て、賃借人にして若し借賃の不拂を爲さば賃借人は敷金を以て其の辨済に充ることを得べし(註一)、尤も賃借借の存續中は賃借人が賃料の支拂を怠りたる場合に敷金を以て之が支拂に充當すると否とは賃借人の任意なれば、賃借人は敷金を賃料の支拂に充當せずして賃料の支拂を請求することを得べし(註二)。從て又賃料延滞に因る賃借契約解除の前提として爲す賃料支拂の催告は敷金を差引くことなく延滞賃料の全額に付之を爲すことを得べし(註三)。然れども賃借借にして終了せば延滞賃料は敷金より當然差引かれ其の限度に於て債權は消滅するものとす(註四)。而して若し賃借借終了の際敷金の全部又は一部が殘存するときは之を賃借人(其他敷金を交付したる者)に返還すべきことと爲るなり(綜合三四一六頁參照)(註五)(註六)(註七)。

(註一) 大正一五年七月一二日大審院判決は、敷金なるものは賃借人が其の債務を擔保する目的を以て金銭の所有權を賃借人に移轉し賃借借終了の際に於て賃借人の債務不履行なきときは賃借人は其の金額を返還すべく若し不履行あるときは其の金額中より當然辨済に充當せらるべきことを約して授受する金銭なり云々、賃借人に於て先づ延滞賃金の支拂を爲したる上敷金の返還を請求すべきものに非ずして賃借借終了の場合に賃金の延滞あるときは其の賃金は辨済期の至りたる順序に従ひ當然敷金中より辨済に充當せられ賃借人は不履行なきことを條件として敷金の返還請求權を有するものとす云々と判



示せり(民集五卷六一六頁)。

昭和二年一月二日大審院判決は敷金なるものは賃借人に於て債務不履行あるとき當然之を賃料の辨済に充當すべく若し其の不履行なきときは賃借借終了の際之を返還すべきものと爲し(民集六卷七一六頁)、昭和五年三月一〇日大審院判決は、所謂賃借借の敷金なるものは畢竟賃借人の賃料支拂の債務を擔保するものに外ならざれば賃料の支拂を怠りたる時は賃借人は賃借借存續中と雖敷金を以て之が支拂に充當することを得べく賃借借の終了を俟て始て延滞賃料の支拂に充當すべきものに非ざること本法院例の認むる所なり(昭和二年二月二日第一民事部判決參照)云々、然れども賃借人が賃料の支拂を怠りたる場合に於て敷金を以て之が支拂に充つることなくして賃料の支拂を請求することを得るは言を俟たざる所なりとすと判示せり(民集九卷二五三頁)。

(註二) 同趣旨昭和五年三月一〇日大判民集九卷二六〇頁。

(註三) 同趣旨昭和一〇年五月一五日大判民集一四卷八九一頁。

(註四) 同趣旨昭和五年三月一〇日大判民集九卷二六〇頁。

(註五) 敷金の額に對ては別段制限なきも、其の額が著しく不當なるときは當事者の申立に因り裁判所は鑑定委員會の意見を聽き借地借家關係を衡平ならしむる爲其の變更を命ずることを得べく、此の場合に於て裁判所は敷金の返還を命じ又は其の敷金を地代若は家賃の前拂と看做し其の他相當なる處分を命ずるなり(借地借家臨時處理法二條參照)。尙賃借人が敷金を以て延滞賃料に充當し爲に敷金の全部又は一部の不足を生ずるに至るも、特約なき限りは賃借人は之を補充すべき義務なきものと解するを相當とす。

(註六) 敷金返還請求權發生の時期に付ては、賃借人が賃借物を返還したる時なりと解する見解あれども(大正八年一月二日七日東京地方裁判所民事部判決法律評論八卷民法一三〇七頁)妥當ならず、寧ろ賃借人に不履行なきことを條件として賃



貸借終了の時に此の返還請求権の發生するものと解するを正當とし、大審院判例亦此の見解を採る(大正一五年七月二日大判民集五卷六二二頁、昭和二年二月二日大判民集六卷七二二頁、昭和七年一月一日大判民集一一卷二一一頁)。

(註七) 賃借人は敷金の返還を受くるまでは賃借物に付留置権を有するや否、蓋し敷金返還請求権は賃借借契約に關して生じたる債權と云ひ得るも賃借物に關して生じたる債權と云ふを得ざるが故に、賃借人は敷金返還請求権に付賃借物上に留置権を有せず、從て賃借人は敷金の返還なきを理由として賃借物を留置することを得ざるものと解するを正當とす。

### 第五節 賃借借の終了

賃借借終了の原因

賃借借は法律行為及契約の終了する一般原因例へば解除條件の成就取消等に由りて終了する外左の事由に因りて終了するものとす。

(一) 期間の満了

賃借借に存続期間の定ある場合には賃借借は其の期間の満了に因りて當然終了すべし。

(註) 但し當事者の合意に因り其の期間を更新し得ることは既に述べたるが如し。

(註) 當事者が建物の朽敗するまでを以て賃借借の存続期間と爲したる場合に於ては該建物が特別の大修繕又は改築を施さずして存続すべき期間を以て賃借借期間と爲したるものと解するを正當とするが故に、賃借人が後に至り該建物が大修繕又は改築を加ふるも之に因りて存続期間の延長を來すものに非ず。斯の如き場合には賃借借は該建物が朽敗すべかりし時期に於て終了すること爲るなり。

(二) 告知

賃借借は契約の告知に因り終了す。民法は告知期間の定ある場合と然らざる場合とを區別し、前者の場合を「解約ノ申入」と云ひ後者の場合を「解除」と稱すれども、其の性質に於て二者異なることなく孰れも告知の一種に屬し從て將來に向てのみ效力を生ずるものなること既に述べたるが如し。

(1) 告知期間ある告知(解約の申入)

當事者が賃借借の存続期間を定めざりしときは各當事者は何時にても解約の申入を爲すことを得(六一七條)。此の場合に於ては法定の猶豫期間即ち土地に付ては一年建物に付ては三個月貸借及動産に付ては二日の經過に因り賃借借契約終了す(註一)(註二)。但し收穫季節ある土地の賃借借に付ては其の季節後次の耕作に著手する前に解約の申入を爲すことを要す(六一七條二項)。當事者が賃借借の存続期間を定めたる場合に於ては解約の申入を爲す權利なきを原則とすれども、(一)當事者の一方又は各自が其の期間内に解約を爲す權利を留保したるときは固より解約申入權あり、尤も此の場合に於ても解約申入後前掲一定期間の經過に因り賃借借は終了するものとす(六一八條)。又(二)賃借人が破産の宣告を受けたときは賃借人は破産管財人は第六一七條の規定に依りて解約の申入を爲すことを得べし、但し此の場合に於ては各當事者は相手方に對し解約に因りて生じたる損害の賠償を請求することを得ざるものとす(六二一條)(綜合二一六四頁以下参照)。尙當事者が解約の申入を爲すには自ら叙上の期間を附して意思表示を爲すことを要するものには非ず(註三)。

(註一) 借家法の適用を受くる建物の賃借借に付ては賃借人の解約申入期間は六個月なるのみならず(借家法三條一項)、建物の賃借人は自ら使用することを必要とする場合其他正當の事由ある場合に非ざれば賃借借の更新を拒み又は解約の申入を爲すことを得ざること(同法一條ノ二)に注意すべし。



(註二) 此の猶豫期間を定めたる第六一七條の規定は強行法規に非ざるを以て、特約に因り其の期間を短縮又は延長することを得べく又全然之を除去することを妨げず。但し借家法の適用を受くべき建物の賃貸借に付ては此の限に在らず(借家法三條六條參照)。

(註三) 同趣旨大正四年四月一四日大判民録二一輯四九七頁。

(2) 告知期間なき告知

(a) 賃貸人が賃借人の意思に反して保存行為を爲さんと欲する場合に於て之が爲賃借人が賃借を爲したる目的を達すること能はざるときは賃借人は契約の解除(告知)を爲すことを得(六〇七條)。

(b) 宅地以外の収益を目的とする土地の賃貸借に於て賃借人が不可抗力に因り引継ぎ二年以上借賃より少き収益を得たるときは契約の解除(告知)を爲すことを得(六一〇條)。

(c) 賃借物の一部が賃借人の過失に因らずして滅失したる場合に於て残存する部分のみにては賃借人が賃借を爲したる目的を達すること能はざるときは賃借人は契約の解除(告知)を爲すことを得(六一一條二項)。

(d) 賃借人が賃貸人の承諾を得ることなく第三者をして賃借物の使用又は収益を爲さしめたるときは賃貸人は契約の解除(告知)を爲すことを得(六一二條二項)。

(3) 告知の効果、告知は賃貸借關係を將來に向てのみ終了せしむるに過ぎざるを以て(六一〇條)、告知は既に生じたる賃貸借の效力に何等の影響を及ぼすことなし。故に告知以前既に生じたる損害賠償請求權は告知の結果消滅することなし。

尙民法第六二〇條但書には當事者の一方に過失ありたるときは之に對する損害賠償の請求を妨げざる旨規定す

れども其の意味明瞭ならず解釋上議論の存する所にして、或は(一)唯過去に生じたる損害を請求し得る旨の當然の結果を注意的に規定したるものと爲し、或は(二)此の損害賠償は特に「解除」を爲したるが爲に被りたる損害を填補せしむることを目的とするものにして本條に依る特別の損害賠償なりと爲し、或は(三)此の損害賠償は告知を原因とするものにして告知なくして賃貸借關係が存続すべしと信じたるが爲に被りたる損害の賠償なりと爲せども、(一)の説を正當とす。尙此の損害賠償に付ては或は債務不履行に因る損害賠償なりと爲す説あれども、告知以前に生じたる損害賠償にして其の損害賠償は債務不履行を原因とするその他の事由を原因とするを問はざるものと解するを正當とす(綜合一四八七頁參照)。

(三) 解除 民法第六二〇條の規定は所謂非強行法規(任意規定)に屬するが故に當事者が特約に依りて遡及効果ある通常の解除權を留保することを妨げず。従て此の場合に於ては解除も亦賃貸借終了の一原因なりと云ふことを得べし。

(四) 目的物の滅失 賃貸借の目的物が全部滅失したるときは賃貸人の債務は履行不能と爲るが故に賃貸借は茲に終了することと爲る。而して若し右の結果が賃貸人の過失に基因するときは賃貸人は債務不履行に因る損害賠償の義務を負担すべく、又賃借人の過失に基因するときは賃借人に於て保管義務違反に基く債務不履行及不法行為に因る損害賠償の義務を負担すべきものとす。

二 賃貸借の終了と轉貸借の終了との關係

賃貸人の承諾を得て適法に爲されたる轉貸借は賃貸借の終了に因り當然消滅するや否に付ては議論の存する所にして、或は之を積極に解する見解あれども(大正五年一〇月一三日東京地方裁判所民事部判決法律新聞一一九四號二五

賃貸借の終了と轉貸借の終了との關係



頁)、既に述べたる如く轉貸借は債權契約にして貸貸借とは別個の貸借關係なるを以て、目的物滅失の如き特に兩者に共通の性質を有する事項の外は其の一方に付生じたる事項は當然他方に對して其の效力を生ずるものに非ざるが故に、貸貸借が終了したることに因りて當然轉貸借が其の效力を失ふものと云ふことを得ず。然れども民法第六一三條第一項に依り貸貸人が轉借人に對し有するに至る權利中には貸貸借終了の場合に於ける貸借人に對する目的物返還請求權の如きも亦之を包含するものなるを以て(註一)、貸貸人は此の場合目的物を占有せる轉借人に對し直接其の返還を求め得るは勿論にして、斯る場合轉借人は貸貸人の請求に應じ之が返還を爲さざるべからざる義務を負ふの結果轉貸借は右轉貸人の義務の履行不能に因り終了するに至るものとす(註二)。貸貸人の承諾を得て貸借人が轉貸を爲したる場合に於て貸借人の賃料不支拂に依り貸貸人が貸貸借契約を解除したる場合に於ても亦右の理由に因り貸貸借は終了するに至る(註三)(註四)。然れども貸借人が貸貸人の承諾を得て賃借物を他に轉貸したる場合に貸貸人が賃借人と其の貸貸借解除の合意を爲すが如きは、轉借人が貸貸人の承諾に依り適法に得たる轉借人としての適法なる地位を貸貸人及轉貸人の合意に依り一方的に消滅せしむる結果を生ぜしむるものにして斯の如きは信義誠實の原則に反するものと云ふべく、從て斯の如き場合に於ては轉借人の權利は消滅せざるものと解するを正當とす(註五)。

貸貸人たる地位と轉借人たる地位とが同一人に歸屬したる場合に於ては、轉借人の貸貸人に對する直接の義務が混同に因りて消滅するに止まり貸貸借及轉貸借の關係は孰れも當事者間に特に之を消滅せしむる合意なき限り當然消滅するものに非ずと解すべし(註六)。

轉貸借は貸貸人の承諾なき場合と雖尙債權契約として有效なることは既に述べたる如くなるを以て、貸貸人が

不法の轉貸を理由として貸貸借契約を解除するも之が爲轉貸借が當然其の效力を失ふものに非ざるは貸貸人の承諾ありたる轉貸借の場合と異なることなし。然れども斯の如く貸貸人の承諾を得ずして爲されたる轉貸は有效なれども之が爲轉借人より貸貸人に對して權利を主張し得る關係をも生ずるものに非ざること亦既に述べたる如くなるを以て、貸貸人が斯る不法の轉貸を理由として貸貸借契約を解除したるときは(六一二條二項)貸貸人は直接轉借人に對して目的物の返還を請求し得べく從て又轉貸借は履行不能と爲りて終了するに至るものとす。

(註一) 同趣旨大正一四年二月二六日大判(民)法律新聞二五三三號一四頁法律評論一五卷民法三四四頁。

(註二) 同趣旨昭和二年二月二二日大判(民)法律新聞四二二三號一八頁法律評論二七卷民法一五三頁。

(註三) 同趣旨昭和二年二月二二日大判(民)法律新聞四二二三號一八頁法律評論二七卷民法一五三頁。

(註四) 此の點に付學者或は、貸貸人の承諾を得て賃借人が轉貸を爲したる場合に賃貸人は賃借人の借貸支拂債務の不履行の如きを理由として貸貸借契約を解除し轉借人に對し目的物返還の請求を爲し得るか、一般には肯定すべきものなるべしと雖、賃貸人は轉借人に對して直接に權利を行使し得べく且承諾を與へたるものなるが故に轉借人の適法なる地位を危うすることは信義誠實に反するものと認められて賃貸人が解除を爲し得ざるものと解すべきことも少からざるべし、從て又賃貸人と賃借人とが合意の解除を爲すも其の爲に轉借人の權利は消滅せざるものと解して可なりと主張す。

(註五) 昭和九年三月七日の大審院判決は、甲が其の所有物を乙に貸貸し乙が甲の承諾を得て之を丙に轉貸したるときは、丙は其の轉貸借契約の内容に従ひて右物件の使用収益を爲す權利を有し其の使用収益は甲に於ても之を認容せざるべからざるものにして、乃ち丙は甲に對しても右の權利を主張し得るものなること言ふを俟たざる所なるを以て、其の權利は甲單獨の意思を以て任意に之を消滅せしめ得べき道理なきは勿論甲乙間の合意を以てするも之を消滅せしめ得べき理由なきも



と云ふべく、此の結論たるや信義の原則よりして觀るも洵に當然のことなりと云ふべしと判示す（大判民集一三卷二七八頁）。

（註六） 同趣旨昭和八年九月二十九日大判民集一二卷二三八四頁。

## 第九款 雇 傭

### 第一節 雇傭の意義及性質

雇傭(Dienstvertrag)とは當事者の一方が相手方に對し勞務に服することを約し相手方が之に對し其の報酬を與ふることを約するに因りて成立する契約を云ふ(六二三條)。雇傭契約に在りては勞務に服する當事者を勞務者と云ひ其の相手方を使用者と稱す。

我民法は勞務供給契約(Arbeitsvertrag)として雇傭請負及委任の三種の契約を認めて其の規定を爲せるが、此の三者に共通なる要素は勞務の供給なれども各其の勞務供給の體様を異にし、雇傭は雇主に對する勞務自體を目的とし其の勞務を提供するものは勞務者其の人に限らるるも、請負は勞務の結果たる一定の仕事の完成を目的とし請負人自ら勞務を提供することを要せず、又委任は法律行爲其の他の事務の處理を目的とし其の處理には通常肉體的勞務の提供よりも寧ろ智能的活動に因る勞務の提供を主とし又原則として受任者自ら其の事務の處理を爲さざるべからず、其他雇傭の場合に於ては勞務者は雇主に對し人的支配關係に立つも請負に在りては此の如き關係を生ぜず、委任に付ても亦然り。尙雇傭に在りては其の勞務の提供に付雇主に指揮命令權ありて勞務者に自由

裁量の餘地少なきに反し委任及請負に在りては受任者及請負人に自由裁量の權限あるを常態とす。從て此の點は通常の場合に於ける雇傭及請負又は委任の區別の標準と爲すことを得れども常に兩者區別の標準と爲すことは妥當に非ず(綜合五三九七頁以下參照)。

(一) 雇傭は使用者即ち雇主に對し勞務を提供すること自體を目的とする契約なり。雇傭は使用者即ち雇主に對し勞務を提供すること自體を目的とする點に於て請負及委任と異なることは既に述べたるが如し。即ち請負は勞務の供給其れ自體を目的とせず勞務の結果たる仕事の完成を目的とし、委任は法律行爲其の他の事務の處理を目的とし勞務の供給自體を目的とすることなし。故に雇傭に在りては勞務者が勞務を供したる以上使用者の欲望する結果を生ぜざりしとするも其の反對給付たる報酬の支拂を爲さざるべからざるに反し、請負に在りては假令請負人に於て勞務を供したりとするも仕事の完成せざる以上は報酬の支拂を爲すことを要せず。即ち雇傭に在りては雇主に於て勞務に因る仕事の危險を負擔し請負に在りては仕事に對する危險は請負者に在るの差異を生ず。

雇傭契約の要素たる勞務の種類に付ては何等の制限なし。羅馬法獨逸普通法佛蘭西民法等に於けるが如く高級勞務(Opere liberales)及下級勞務(Opere illiberales)の區別(註)は我民法の認めざる所にして其の筋肉的勞務なると精神的勞務なると法律的勞務なると事實的勞務なるとは之を問はざるなり。獨逸民法(六一條二項)は此の點に關し規定を置けども我民法は何等規定を設けず、然れども同一に之を解すべきは蓋し疑の餘地なし。故に我民法上雇傭契約中には日稼人手工勞働者商工雇人と主人間の雇入契約のみならず醫師辯護士學藝教師等の所謂高級勞務を目的とする契約も亦之を包含せしめ得るものとす。尤も醫師辯護士と依頼者との間の契約は



其の内容の如何に因り或は雇傭と爲り或は請負又は委任と爲るべく、醫師との契約が疾病傷痍の治癒に在るときは請負と爲り得べく又辯護士との契約が其の目的事務の處理に在るときは委任と爲るべし。

雇傭契約たる爲には勞務の供給が使用者の利益の爲に爲さるることを要す。從て勞務者の利益の爲のみに爲さるる場合に於ては雇傭は成立することなし。尙勞務は個個の勞務たるを包括的の勞務たるを問はずと雖、總ゆる勞務に服すと云ふ如き契約は其の内容不確定なるものなるを以て無効なりと云はざるべからず。從て勞務は一定の目的を以て定められたるものならざるべからず(綜合5三九八頁以下參照)。

(註) 我舊民法(財産取得編二六〇條二六六條)亦雇傭を比較的低級なる勞務に制限し高級なる勞務例へば醫師辯護士及學藝教師の勞務は雇傭の目的と爲らざるものと爲せり。

(2) 雇傭は有償契約にして雙務契約なり 雇傭は勞務の供給に對し報酬を支拂ふことを約し勞務の供給と報酬の支拂とは互に對價的關係を有するものなるを以て有償契約たると同様に雙務契約なりとす。故に無報酬にて勞務を供給する契約は一種の無償契約として有效なれども固より雇傭には非ず。

報酬は其の種類如何を問はず尙も勞務に對する反對給付なる以上は當事者の合意に依り金錢(註一)若は金錢以外の物の給付の外物の使用(註二)勞務の供給等を以ても報酬と爲すことを得べし(註三)。而して勞務の供給を以て報酬と爲す場合に於て孰れの當事者を使用者と爲すべきやは契約の内容當事者の負擔する義務の輕重等を參酌し當事者の意思を推測して之を判斷するの外なく、其の孰れなりやを判別し難きときは當事者雙方互に使用者たり勞務者たるを妨げざるものと解すべし。勞務の供給を以て報酬と爲すも尙雇傭たるに妨なきを以て商業見習者の徒弟契約の如きも亦雇傭の一に屬す。

報酬の額は固より當事者の合意に因り定まり時間又は日數を標準として定むるを通常とすれども、勞働の仕事高に依り定むることも亦妨なし。或は此の場合には請負契約なりと爲し之を以て雇傭契約と區別すべき標準の一に數ふる説あれども正當に非ず。勞務が報酬に對してのみ爲さるべき事情ある場合に於ては報酬を與ふべき默示の契約あるものと認むることを得べく(註四)、又合意なくとも法律の規定に依り勞務を供給したる者に報酬請求權ある場合あり、例へば商法第五一二條の如き是なり。報酬を支拂ふべき場合に於て其の額の定なきときは慣習上相當と認めらるる額の支拂を爲すべきものと解すべし。尙商法は海員の給料請求權に付第七二四條以下に特別の規定を設けたり。

雇傭は雙務契約なるを以て雙務契約に關する規定の適用あるは勿論なるも第六二四條第一項の規定に依れば勞務者は其の約したる勞務を終りたる後に非ざれば報酬を請求することを得ざるを以て、原則として同時履行の抗辯權なきものとす(綜合5四〇〇頁以下參照)。

(註一) 報酬は必ずしも金錢たるを要せざるも、工場法施行令第二二條以下に於ては職工に給與する賃金は通貨を以て支拂ふべき旨及之に關する規定を設く。

(註二) 此の場合には貸借と雇傭との混合契約なりと主張する異説あり(綜合5四〇一頁註三參照)。

(註三) 反對説は或は、勞務に對して勞務を給するは民法の雇傭とは爲らず非典型契約と爲ると主張し、或は、此の場合には當事者雙方共雇傭に於ける勞務者の義務を負擔せる特殊の混合契約又は雇傭と請負若は委任との混合契約なりと主張す(綜合5四〇一頁註四參照)。

(註四) 獨逸民法は其の第六一二條に於て「勞務が報酬のみを目的としたる事情あるときは報酬は暗黙に約したるものと看做



す「報酬額の定なきときは相場あるときは相場相當の報酬之れなきときは慣習上の報酬を約したるものと看做す」と規定せり。

(3) 雇傭は諾成契約にして不要式契約なり 雇傭は使用者と勞務者との合意のみに因りて成立し勞務の供給は雇傭契約成立の要件に非ず。而して其の債務の負擔を約する意思表示の方法に付ては別段の方式を必要とせざるを以て雇傭は諾成契約にして且不要式契約なりとす(綜合5四〇二頁以下參照)。

### 第二節 雇傭契約に對する制限規定

雇傭契約に對しては勞務者保護の爲雇傭契約の成立に關し或は勞務者の性及年齢に關し或は勞働時間に關し或は勞務の種類に關し特別法上之を制限せる規定あり。

(一) 契約の成立に關する制限規定 船員法第二六條以下同法施行細則第二五條以下工場法第一七條同法施行令第二一條以下鑛業法第七五條以下鑛夫勞役扶助規則第一條以下。

(二) 勞務者の性及年齢に關する制限規定 工業勞働者最低年齢法及船員の最低年齢に關する法律。

(三) 勞働時間に關する制限規定 工場法第三條以下同法施行規則第三條以下鑛夫勞役扶助規則第六條以下商店法第七條。

(四) 勞務の種類に關する制限規定 工場法第九條以下同法施行規則第五條乃至第一〇條鑛夫勞役扶助規則第六條ノ二以下(綜合5四〇三頁參照)。

以上の外政府は戰時(戰爭に準すべき事變の場合を含む)に際し國家總動員上必要あるときは勅令の定むる所に

依り從業者の使用雇入若は解雇又は賃金其の他の勞働條件に付必要なる命令を爲すことを得べく(昭和一三年法律第五五條國家總動員法六條)、之に基き賃金の統制に關しては昭和一五年勅令第六七五號賃金統制令の公布を見、又雇入制限等に關しては同一四年勅令第一二六號從業者雇入制限令同一五年勅令第三六號青少年雇入制限令同年勅令第七五〇號從業者移動防止令等の公布を見たり。

### 第三節 雇傭の效力

#### 第一項 勞務者の權利義務

##### 報酬請求權

一 報酬請求權 勞務者は使用者に對し報酬支拂請求權を有す。此の點に付ては既に第一節に於て述べたるのみならず尙後に之を述べし。

##### 告知權

二 告知權 勞務者は一定の場合に於て雇傭契約を解約し得る權利(告知權)を有す。其の詳細は別に之を説明すべし。

##### 勞務義務

三 勞務義務 勞務者は勞務自體の供給を爲す義務を負擔す。勞務の内容は契約に依りて定まる。其の供給の方法に付ても亦然り。故に勞務者は任意に第三者をして自己に代りて勞務に服せしむることを得ず(六二五條二項)、若し勞務者が使用者の承諾を得ることなくして第三者をして勞務に服せしめたる時は使用者は雇傭契約の解除(告知)を



爲すことを得べく(同條三項×註)又債務不履行に因る損害賠償其の他不完全給付に基く諸種の權利を取得すべし。蓋し雇傭關係は原則として對人信用關係にして勞務者の何人なるかは使用者の利害に對し多大の關係を有するものにして勞務義務は專屬性を有するものなればなり。然れども勞務の性質が第三者をして之を爲さしむるも何等の差異なき場合又は第三者をして之を代行せしむるも妨なき旨の特約ある場合は此の限に在らず。故に勞務の性質が代替性を有し何人が之を爲すも何等の差異なき場合に於て使用者が不承諾を爲すことは信義の原則に反するものにして、使用者が尙且本人の勞務の給付を要求し又は之に基き契約を解除(告知)するが如きは權利の濫用と云はざるべからず。使用者の承諾を得て第三者をして勞務に服せしめたるときは有效なる第三者の辨濟と爲るものにして此の承諾に因り更改を生ずるものと解すべきに非ず。從て此の場合に於ては勞務を供給したる第三者は被用者たる勞務者に對し求償權を有するは格別使用者に對し報酬請求權を有するものに非ず。

勞務者は勞務の供給に付善良なる管理者の注意を用ふることを要す。尤も此の點に付當事者間に特約あるときは之に従ふべきものとす。勞務者が勞務供給に關連して發明を爲したるときは、發明を爲すことが職務の内容又は勞務の事項に屬せざる限り其の發明を使用者に通知し又は讓渡するの義務なきのみならず、假令使用者が發明前豫め特許を受くるの權利又は特許權を自己に讓渡すべきことを特約するも其の契約は無効なりとす(特許法一四條、實用新案法二六條)。

(註) 此の告知權は此の場合特に使用者に附與したる特別の告知權なるを以て、使用者は相當なる期間を定めて完全なる勞務の給付を爲すべきことを催告するの要なきものとす。

## 忠實義務

## 四 忠實義務

勞務者は勞務供給の方法に付使用者の指揮命令に従はざるべからず。此のことは法律に特に規定する所なしと雖雇傭の性質上蓋し當然のことと云はざるべからず。尤も所謂高級的勞務に付ては必ずしも使用者の指揮に従ふことを要せず又使用者の指揮命令が強行法規に違反し又は公序良俗に反する如き場合に於ては勞務者は之に従ふことを要するものに非ず。然らば使用者の指揮に従ひ勞務に服する場合に於て勞務者が其の指揮の誤れることを知りて之を使用者に告げざりし爲使用者に損害を生ぜしめたる時は勞務者に損害賠償の責任ありやに付ては議論の存する所にして、或は勞務者が其の指揮の誤れることを告げざるに付故意過失ありたる時は其の責に任ずべしと爲し、或は之を使用者に告ぐべき特約ある場合に於てのみ賠償の責任ありと爲せども、所謂信義誠實の原則より觀て前説の如く解するを正當とす。

勞務者は勞務義務の外之に従たる事項に付特約に依りて種種の義務を負擔することあり。例へば秘密を漏洩せざる特約雇傭終了後競業を爲さざる特約違約金損害賠償の豫定等に關する特約等の如き是れなり。而して此等の特約に關しては民法中何等特別の規定なしと雖強行法規又は公序良俗に反せざる限り總て之を有效と認むべきは言を俟たず(註)。而して若し此等の點に付何等の特約なき場合に於ても業務上の秘密に付ては信義誠實の原則に従ひ勞務者は之を漏洩せざるべき義務を負ふものと解せざるべからず。

(註) 工場法施行令第二四條には、工業主の受くべき違約金を定め若し損害賠償額を豫定する契約を爲すことを得ざる旨を規定せり。



## 第二項 使用者の権利義務

### 一 勞務供給請求權

使用者は勞務者に對して勞務の供給を請求する權利を有す。使用者は勞務者の承諾あるに非ざれば其の權利を第三者に讓渡することを得ず(六二五條一項)。蓋し雇傭關係は原則として對人信用關係にして使用者の何人なりやは勞務者にとり通常重大なる關係を有するが故なり。從て勞務者の承諾なくして爲されたる讓渡は無効なりとす。

使用者が勞務者の承諾を得て其の權利を讓渡したるときは讓受人は使用者の債權を承繼するも債務をも當然引受くるものなりやに付ては議論あり。或は之を消極に解し有效なる引受なくば讓渡人が依然報酬支拂義務を負擔するものなりと爲し、或は賃借權の讓渡と同様報酬支拂義務も亦讓受人に移轉し讓渡人たる使用者は雇傭關係より離脱するものと爲すなり。前説を正當とするも通常の場合に於ては當事者の意思は讓渡と同時に報酬支拂義務の引受ありたるものと認むべき場合多かるべし。勞務者の承諾なくして爲されたる讓渡は無効なるを以て使用者が事實上讓渡を爲すも何等債權の移轉を生ぜず。從て當初の雇傭關係に何等の影響を生ずることなきのみならず、右債權讓渡の禁止は使用者に讓渡を爲さざる債務を負担せしめたるものに非ざるを以て(但し之を義務として認むる説あり)、使用者の右禁止違反行為に對しては勞務者は債務不履行の損害賠償請求權若は解除權(四一五條五四一條)を有せざるは勿論(註)勞務者が使用者の承諾なくして第三者をして自己に代りて勞務に服せしめたる場合に於けるが如き特別の規定(六二五條三項)なきが故に之れと同様なる契約の特別解除權(告知權)を取得することなし。

讓渡に對する承諾の性質方法時期等に付ては曩に貸賃借に於ける民法第六一二條第一項に所謂承諾に付述べたる所と異なる所なきを以て、該説明に依り了解せらるべし。

(註) 此の點に付ては反對説ありて、使用者が勞務者の承諾を得ずして其の權利を第三者に讓渡したるときは、其の契約上の義務を履行せざるものなるが故に、勞務者は之に對して一般の規定に依り損害の賠償を請求し又は契約を解除するを得ること固より論なし(四一五條五四一條)と主張す。

### 告知權

#### 二告知權

使用者は一定の場合に於て雇傭契約を解約する權利(告知權)を有す。其の詳細は雇傭の終了に關して説明すべし。

### 報酬支拂義務

#### 三報酬支拂義務

使用者は報酬を支拂ふべき義務を負担す。報酬の支拂及其の方法等に付ては既に第一節に於て説明したり。報酬支拂の時期に付ては特約あるときは之に依るべきも然らざる場合に於ては民法は之を後拂と爲せり(六二四條)。即ち期間を以て報酬を定めたるときは其の期間の経過したる後然らざる場合には勞務を終りたる後に於て之を請求し得るなり。從て既に述べたる如く勞務者は原則として同時履行の抗辯權を有せず。尤も期間を以て報酬を定めたるときは前期の報酬の支拂はるまでは当期の勞務を拒絶することを得べし(註一)。勞務者が其の勞務供給の義務を完済すること能はざる場合に於ける報酬請求權の有無は第五三六條に依りて之を解決すべきものとす。



雇人の給料請求権其の他勞務者の報酬請求権に付ては先取特權の規定あり(三〇六條三〇九條三一一條三二四條)、又勞務者の報酬請求權に對する差押禁止の規定あり(民事訴訟法六一八條一項六號)(註二)。

(註一) 當事者が報酬を支拂ふことを約したるも其の額に付明確の定を爲さざりし場合には、取引上の慣習勞務者及使用者の地位並に關係勞務の内容等を參照して其の額を定むべきものとす。

(註二) 工業主及鑛業權者は毎月一回以上期日を定めて賃金を支拂ふべく(工場法施行令二二條、鑛業法七八條)、職工の貯蓄金に付ては地方長官の監督を受くべく(工場法施行令二四條二五條)、退職積立金の支拂を受くる權利及退職手當積立金の拂戻又は償還を受くる權利に付ては特別の保護あり(退職積立金及退職手當法一三條一五條二〇條二三條等)。

保護義務

四保護義務

使用者は特別法上勞務者を保護すべき義務を負ふ。即ち使用者は勞務者を扶助し勞務者の生命健康風紀等に付保護施設を爲し又適當の休養を與ふべき義務を負担す(註一)。此の義務は社會政策的見地より特に認められたるものにして、固より當事者の特約を以て之を排除し得るものに非ず又敢て使用者に債務不履行又は不法行為の存することを要するものに非ず。若し此等の要件をも具備するときは理論上所謂損害賠償請求權の競合を生じ、從て其の孰れか一方の權利を行使して損害の填補を受け満足を得たるときは他方は其の範圍に於て消滅すべきものなり。然れども此の點に付ては從來議論の存したる所にして、或は扶助義務の發生要件具備すると同時に不法行為の要件亦具備せる場合には扶助の請求を爲すと同時に不法行為上の賠償請求をも爲し得るものにして一方の満足を得たるが爲に他方の消滅を來すものに非ずとの見解なきに非ざりしが、近時特別法中には之に關し特に規定を設け、勞務者に對し扶助を爲したるときは使用者は其の扶助の價額の限度に於て民法に依る

損害賠償の責を免る旨を規定し右請求權競合の場合に於ける法理を明示するに至れり(註二)。

(註一) 例へば工場法第一五條同施行令第四條以下鑛業法八〇條商店法第五條第八條第九條。

獨逸民法は勞務者保護の政策上使用者の義務に付ての特則を設けたり(同法六一五條乃至六一九條參照)。

扶助義務は單に使用者の責任たるのみにては完全に非ざるが故に、我國に於ても漸次廣く強制保險制度化するの傾向に在り。例へば健康保險法勞働者災害扶助責任保險法職員健康保險法船員保險法等の制定の如き是れなり。

(註二) 例へば工場法第一五條ノ二鑛業法第八〇條ノ二。

第四節 雇傭の終了

雇傭は法律行為及契約の終了する一般原因に因りて終了する外左の事由に因りて終了するものとす。

(一) 勞務の終了及報酬の支拂 勞務者が契約に因りて定まりたる勞務の供給を完了したるときは勞務者の債務は辨済に因りて消滅し、使用が之に對する報酬を支拂ふことに因り雇傭は其の目的を達し茲に全く終了するに至る。

(二) 期間の満了 雇傭期間の定ある場合には雇傭は其の期間の満了に因りて當然終了す。但し雇傭の期間満了後勞務者が引續き其の勞務に服する場合に於て、使用者が之を知りて異議を述べざるときは前雇傭と同一の條件を以て更に雇傭を爲したるものと推定せらる(六二九條一項本文)。尤も民法は此の場合の雇傭を期間の定なきものと爲し各當事者は第六二七條の規定に依り解約の申入(告知)を爲すことを得るものとせり(同條一項但書)。又契約の條件は前雇傭と同一なるも新なる雇傭なるを以て、前雇傭に付當事者が供したる擔保は身元保證



金を除き總て期間の満了に因りて消滅するものとす(同條二項)。但し第三者の供したる擔保は其の同意なき限り  
身元保證金たるか否かを問はず總て皆消滅すべし。

(三)告知 雇傭は契約の告知に因り終了す。

(1)勞務者が使用者の承諾を得ずして第三者をして勞務に服せしめたるときは使用者は契約の解除(告知)を爲すことを得(六二五條三項)

(2)當事者が雇傭の期間を定めざりし場合に於ては各當事者は何時にても解約の申入(告知)を爲すことを得(六二七條一項) 此の解約申入を爲すには、(一)期間を以て報酬を定めたる場合に於ては解約の申入は次期以後に對して之を爲すことを得べく、其の申入は其の期間が六ヶ月以上なるときは當期の終了三ヶ月前に其の期間が六ヶ月未満なるときは當期の前半に於て之を爲すことを要し(六二七條二項三項)、(二)其の場合に於ては雇傭は解約申入後二週間を経過するに因りて終了す(六二七條一項後段)(註)。

(註) 解約申入後一定の期間の経過に因り雇傭關係終了するものと爲したる第六二七條が強行法規なりや任意法規なりかは議論ありて、或は(一)之を任意法規なりと解し(大正七年一月一四日大判民録二四輯二三二頁)、或は(二)之を強行法規なりと解す。後説に賛す(綜合二一六六頁参照)。

(3)當事者が雇傭の期間を定めたる場合に於ても(一)雇傭の期間が五年を超過し又は當事者の一方若は第三者の終身間繼續すべきときは當事者の一方は五年(商工業見習者の雇傭に付ては十年)(註一)を経過したる後何時にても三ヶ月前に豫告を爲して契約を解除(告知)することを得べく(六二六條)又(二)已むことを得ざる事由あるときは各當事者は直に契約の解除(告知)を爲すことを得(六二八條) 此等の規定に依り告知權を認めたる

るは勞務者をして或は長く雇傭契約に拘束せしめ或は已むを得ざる事由あるに拘らず強て雇傭を繼續せしむるは不當に勞務者の身體精神の自由を束縛妨害するものなるを以て此の弊を除き勞務者を保護せんが爲にして、使用者にも亦此の告知權を附與したるは當事者の保護を公平ならしめんが爲なり。從て此の告知權を認めたる規定は強行法規に屬するものと解するを正當とす。從て告知權を認めざる特約又は告知を爲すときは違約金を支拂ふことを約するが如きは總て無効なりとす。尙(一)の場合の告知は三ヶ月前に豫告を爲したるときは爾後三ヶ月を経過するに因りて當然告知の效力を生ずるものにして、豫告後三ヶ月を経過することに因りて告知權發生し爾後告知の意思表示を爲すことに因りて雇傭關係終了するものに非ず。豫告後三ヶ月を経過することに因りて告知權發生するものと爲すが如きは徒らに無益の手續を経るのみならず、其の結果は豫告に因りて三ヶ月以後に至らば雇傭關係終了するものと信じたる相手方を害するに至るの不都合を生ずるを以て、叙上の如く告知後三ヶ月を経過することに因り當然雇傭關係は終了するものと解するを正當とす。即ち第六二六條第二項に「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」とあるは前項の規定に依りて契約の告知を爲さんと欲するときは告知の效力發生三ヶ月前に豫め告知の意思表示を爲し置くことを要すとの意諺なりと解すべし。

「已ムコトヲ得サル事由」とは其の事由の存するに拘らず雇傭契約を繼續せしむるは著しく其の者の利益を害し一般取引觀念上著しく不當又は不公平なりと認むべき事實を云ふ。而して此の已むことを得ざる事由が如何なる事由なるかを決するは事實問題に屬すれども、此等の事由を基礎として更に其の事由が果して已むことを得ざる事由なりや否を決するは法律問題にして上告審の審査を受くることを得べし。尙此の已むことを得ざる事



由が當事者の過失に基かずして履行不能を生ぜしむる事由なるときは直に契約は終了すべく、又勞務者の過失に因り履行不能と爲りたる時(例へば筆耕又は自動車の運轉手が負傷の結果手を失ひたる如き場合)は使用者は一般規定たる第五四三條に依り契約の解除を爲し得べきを以て、此等の場合は右已むことを得ざる事由中より除外せざるべからず(註二)。從て已むことを得ざる事由は其の發生に付當事者に過失ありや否は之を問はずと雖履行不能を生ぜしむる事由に非ざることを要するものと云はざるべからず。已むことを得ざる事由が當事者一方の過失に因りて生じたる場合には其の當事者は相手方に對して損害賠償の責に任ぜざるべからず(六二八條但書)(綜合二一六六頁以下參照)。此の場合に於ける損害賠償の義務は所謂積極的行爲上の利益(履行利益)の賠償を目的とするか消極的行爲上の利益(信賴利益)の賠償を目的とするかに付ては議論の岐るる所にして、或は(一)此の賠償は義務不履行に因る積極的行爲上の利益の賠償なりと爲し、或は(二)此の場合には已むことを得ざる事由ある場合に解除權を認めたるものなるが故に債務不履行に因りて生ぜる損害賠償を請求するを得ることを定めたるものに非ざるは明にして契約の解除に因りて生ずる損害賠償を請求することを得べきことを定めたるものと解せざるべからずと爲すなり(綜合一四八七頁以下參照)。

(註一) 商工業見習者の雇傭に付期間を十年と爲したるは、此の種の雇傭は勞務者に對して商工業の教習を興ふるを目的とし其の期間長きに非ざれば其の目的を達すること能はざる場合多きを以てなり。然れども十年の期間は長きに失すとの非難あり(綜合二一六八頁註一參照)。

(註二) 反對説は、「已ムコトヲ得サル事由」とは雇傭契約の履行を絶對的不能ならしめ又は其の履行を著しく困難ならしむべき事情を云ふと主張す(綜合二一六八頁註二參照)。

(4) 使用者が破産の宣告を受けたるときは雇傭に期間の定あるときと雖勞務者又は破産管財人は第六二七條の規定に依り解約の中入を爲すことを得(六三一條前段)。此の場合に於ては各當事者は相手方に對し解約に因りて生じたる損害の賠償を請求することを得ず(六三一條後段)。

(四) 解除 民法第六三〇條は貸貸借に關する第六二〇條の規定を雇傭に準用せり、然れども右第六三〇條の規定は第六二〇條の規定と共に非強行法規に屬するが故に當事者が特約に依りて週及效ある通常の解除權を留保することを妨げず。從て此の場合に於ては解除も亦雇傭契約終了の一原因なりと云ふことを得べし。

(五) 勞務者の死亡 勞務の性質が勞務者の一身に專屬なる場合には勞務者死亡するときは雇傭は之に因りて終了するも、然らざる場合には勞務者の權利義務は相續人に移轉するが故に雇傭は終了することなし。之に反し使用者の死亡は原則として雇傭終了の原因に非ず。蓋し報酬支拂義務及勞務請求權は原則として使用者の一身に專屬するものに非ざればなり。然れども使用者を看護し又は使用者に對し教授を爲すが如く使用者の一身に專屬する性質を有する勞務を契約の内容とする場合に於ては、勞務請求權は使用者の一身に專屬する權利と云ふべく從て使用者の死亡に因り雇傭は終了することと爲るなり。

### 第五節 身元保證契約身元保證金契約及賃率契約

#### 一身元保證契約

##### 1 身元保證の意義及性質

身元保證とは雇傭契約に於ける使用者が勞務者の行爲に因りて損害を被りたる場合に其の損害の賠償を保證人

身元保證契約  
意義及性質



に於て保證すべき旨の契約を云ふ。身元保證 (Personalkaution) の性質に關しては民法は何等の規定を設けざるを以て一般の原則と當事者の意思に依りて之を決せざるべからずと雖、身元保證が一の保證債務なることは蓋し疑なき所なりとす。然れども其の保證の性質は必ずしも民法に所謂保證と同一に非ず。身元保證契約に因り雇傭契約に於ける勞務者が其の責に歸すべき事由に因りて使用者に損害を被らしめたる場合に於て保證人が其の損害の賠償を爲すべき責に任ずることを約したる場合に於ては、勞務者に損害賠償の債務を生ずることに因り保證人は此の債務を保證する責任を生じ茲に始めて損害賠償の債務を負擔するに至る。而して此の債務發生の可能は雇傭契約の存する以上客觀的に存在す。從て此の債務は客觀的可能的存する將來の債務にして身元保證は此の債務の存在を前提として此の債務を保證するものなれば是れ亦民法に所謂保證にして且將來の保證なるは勿論なれども(註一)(註二)、身元保證契約に因り單に勞務者の責に歸すべき事由に因りて使用者に生じたる損害の賠償を爲すべき義務を擔保するのみならず勞務者が疾病其の他の事故に因りて勞務に堪へざる事情を生じたるときは勞務者の身柄を引取り又は醫藥料治療費其の他の費用の賠償を爲すべき義務を負擔すべきことを約したる場合に於ては、其の性質民法上の保證と同一に非ずして擔保契約 (Garantievertrag) の性質を有する無名契約なりと云はざるべからず(註三)(註四)。而して我國に於ては身元保證は又之を身元引受と云ひ一般に行はるる所なるも、此の身元保證又は身元引受が右孰れの性質を有するやに付ては必ずしも明確に非ず、固より各個の契約の内容に依りて之を決せざるべからず(註五)(綜合三四二九頁以下參照)。

(註一) 大正四年一月二八日大判刑錄二一輯一六六七頁亦身元保證を將來の保證なりと爲す。

(註二) 身元保證債務は特定の債務を保證する普通の保證債務と異り廣汎なる範圍に於て責任を負はざるべからざるものなる反對説あり(綜合三四三〇頁註二參照)。

を以て其の性質上特に保證人の一身に專屬し移轉性なきものとす(同趣旨昭和二年七月四日大判民集六卷四三六頁)。但し反對説あり(綜合三四三〇頁註二參照)。

(註三) 學者或は我國に於ける保證債務は泰西諸國の保證の如く物上保證に限局せらるるものに非ずして身上保證をも包含するものと解し、從て勞務者の身上を引受くる身元保證も亦民法に所謂保證なりと主張す(綜合三四三〇頁註三參照)。

(註四) 身元保證契約は勞務者の不法行為に因りて生じたる損害に關する責任を以て其の主要なる目的と爲すものなるを以て民法第一三二條に依り該契約は無効なりと爲す説あり。然れども民法第一三二條に所謂不法の條件とは其の條件自體に不法性ある場合を指稱するものなれば、勞務者の責に歸すべき事由に因り損害を生じたる場合に於て債權者の權利確保の爲保證人に之が賠償を爲す責任を負擔せしむるは何等の不法性を有するものに非ずと云はざるべからず(綜合三四三〇頁註四參照)。

(註五) 學者或は、我國に於て現今普通に行はるる身元引受は雇入の爲に毛頭迷惑を掛けざる旨の趣旨なること多數なるが故に普通の場合には寧ろ單純なる保證に非ずして損害擔保契約たる性質を有する一の無名契約に屬するものと解するを正當とすべしと爲し、民法に所謂保證にして將來の債務の保證に屬するものを身元保證と云ひ右損害擔保契約たる性質を有する無名契約に屬するものを身元引受と稱し二者を區別し、或は、身元保證を大別して三種と爲し、第一種のものとは身元本人(多くの場合勞務者)が一定の契約(多くは雇傭契約)に基き債權者(多くの場合雇主)に對して負擔する法律上の義務に違反せざるべきことを保證人が債權者に對して擔保するものにして之を人的身元保證と稱し、此の種のものに在りては身元保證人の債務及責任は略身元本人が債權者に對して負ふ債務及責任と同一なるも之と相並びて保證人は獨立に身元本人をして其の義務に違反せざらしむる債務をも負擔するものと爲し、第二種のものとは主たる債務者即ち身元本人が債務不履行其他契約又は法律の規定に依りて發生せしむべき損害賠償債務を保證するものにして根抵當と同一の性質を有し、之を



物的身元保証と云ひ、第三種のは損害擔保契約に屬するものにして此の種のものに在りては身元保証人は身元本人の負擔することあるべき損害賠償義務を擔保するに止まらず苟も身元本人の行爲に因りて債權者例へば雇主が損害を被りたるときは保証人に於て填補の義務を負ふものにして保証人は檢索及催告の抗辯權を有せずと爲し、具體の場合に於て身元保証が以上孰れの種類のものなるかは専ら當事者の意思解釋の問題なるも疑問ある場合には第二種のを以て原則的類型と爲すべき旨主張す(綜合三四三頁註五參照)。

身元保証の期間

2 身元保証の期間  
身元保証の期間に關しては昭和八年法律第四二號「身元保証ニ關スル法律」に之が規定を設けたり。即ち該規定に依れば、

(一) 當事者が期間を定めざりし場合 引受保証其他名稱の如何を問はず期間を定めずして被用者(勞務者)の行爲に因り使用者の受けたる損害を賠償することを約する身元保証契約は其の成立の日より三年間其の效力を有す。但し商工業見習者の身元保証契約に付ては之を五年とす(同法一條)。

(二) 當事者が期間を定めたる場合 身元保証契約の期間は五年を超ゆることを得ず若し之より長き期間を定めたるときは其の期間は之を五年に短縮す(同法二條一項)。身元保証契約は之を更新することを得べし。但し此の場合に於ては其の期間は更新の時より五年を超ゆることを得ざるものとす(同法二條二項)。而して此の場合に於ける契約の更新は既存契約に定めたる存續期間満了前に之を爲すことを要するものと解すべし。

身元保証の相續性

3 身元保証の相續性  
身元保証契約に於ける保証人の責任は普通の保證債務の場合に於ける保証人の責任と異り廣汎なる範圍に於て

其の責任を負はざるべからざることあるを以て、身元保証契約は身元保証人と被用者との相互の對人的信認關係を基礎として成立するを常とし、原則として專屬的性質を有するものとす。從て特別の事情なき限り身元保証契約の責任は保証人の死亡に因りて消滅し其の相續人に移轉するものに非ず(註一×註二)尤も身元保証人が死亡したる當時既に該保証人に於て被用者が使用者に被らしめたる損害を賠償すべき具體的義務を負擔し居り使用者の請求に依り何時にても其の義務を履行すべき地位に在りたる場合に於ては、右具體的賠償義務は身元保証人の相續人に於て之を承繼すべきは當然なりとす(註三)。

(註一) 同趣旨昭和二年七月四日大判民集六卷四三六頁。  
(註二) 昭和十二年二月二〇日の大審院判決は、身元保証契約締結當時保証人の相續人と被用者との間にも保証人と被用者との間に於けると同様の信認關係存在し使用者及保証人共に此の事情を領して契約を爲したるが如き場合には、是れ即ち所謂特別の事情あるに該當し保証人の責任は其の死亡に因り消滅せず相續人に移轉するものと云はざるべからずと判示せり(大判民集一六卷三〇一九頁)。

(註三) 同趣旨昭和四年四月一三日大判(民)法律評論一八卷民法九八五頁。

身元保証の效力

4 身元保証の效力  
身元保証契約は雇傭契約に於ける勞務者の行爲より生ずることあるべき損害賠償債務を保證する契約にして、勞務者は其の責に歸すべき事由に因りて使用者に損害を與ふることにより茲に初めて損害賠償の債務を負擔するに至る。而して身元保証人は此の債務の存在を條件として債務を保證するものなるを以て身元保証に基く債權債務は所謂條件附債權債務なるは明なり。即ち身元保証契約に因り此の條件附債權債務を生じ後日勞務者の



實に歸すべき事由に因り使用者に損害を與へたる場合に於て損害賠償の保證債務を生ずるなり。

身元保證債權債務が條件附債權債務なりや又は法定條件附債權債務なりやに付ては疑あり。蓋し保證債權債務は主たる債權債務に附從する債權債務にして此の債權債務は主たる債權債務の存在を法定條件とし此の債權債務の存在は當事者が保證契約の要件として之を加ふると否とに拘らず法律上當然保證契約の成立要件なりと云ふことを得るを以てなり。然れども此の所謂法定條件たる債權債務と雖當事者が唯單に之を繰返すに過ぎざるものに非ずして新なる意義を意思表示の内容に附加したる場合に於ては之を眞の條件の内容と爲すことを妨げざるものと解すべきを以て、當事者が將來或法律要件の發生即ち勞務者の責に歸すべき事由に因りて使用者に損害を與ふることにより損害賠償の債權債務の發生したることを條件として保證債權債務の成立を約するが如きは、唯單に此の身元保證債權債務の成立に法律上必要なる要件を繰返すに過ぎざるものに非ずして此の當事者の意思表示の効果として發生するものなるを以て、此の條件に依り新なる意義を意思表示の内容に附加したるものと云ふことを得るを以て、身元保證契約に基く債權債務は之を條件附債權債務と云ふを妨げず(綜合1三九三頁參照)。

身元保證の效力に付ては民法は何等の規定を設けざるも、前掲昭和八年法律第四二號「身元保證ニ關スル法律」制定せられたるを以て該法律の規定と一般の原則並に當事者の意思に依りて之を決せざるべからず。從て勞務者の責に歸すべき事由に因りて使用者に損害を生じたる時は身元保證人は之が賠償を爲すべき債務を負擔するに至ると同時に催告の抗辯權及檢索の抗辯權を有すべく、又身元保證人が勞務者に代りて辨濟を爲し其の他自己の出捐を以て債務を消滅せしむべき行爲を爲したるときは身元保證人は一般保證債務に關する規定に

從ひ求償權を有するものとす。

使用者は勞務者(被用者)に業務上不適任又は不誠實なる事跡ありて之が爲身元保證人の責任を惹起する處あることを知りたる時又は勞務者の任務又は任地を變更し之が爲身元保證人の責任を加重し又は其の監督を困難ならしむるときは遅滞なく身元保證人に之を通知せざるべからず(身元保證ニ關スル法律三條)。即ち使用者は此の通知義務を負擔するなり。而して身元保證人右の通知を受けたるときは將來に向て契約の解除(即ち告知)を爲すことを得べく、又右通知なくも身元保證人自ら右の事實ありたることを知りたる時亦右契約の告知を爲すことを得べし(同法四條)。

身元保證人の損害賠償の責任及其の金額を定むるに付ては裁判所は勞務者(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身元保證を爲すに至りたる事由及之を爲すに當り用ゐたる注意の程度勞務者(被用者)の任務又は身上の變化其他一切の事情を斟酌することを要するなり(同法五條)。而して當事者は右身元保證ニ關スル法律に規定せる所と異なる特約を爲すことを得るも、若し其の特約にして身元保證人に不利益なる場合に於ては該特約は總て無効なりとす(同法六條)。

身元保證の終了

##### 5 身元保證の終了

身元保證は契約の終了する一般原因に因りて終了する外左の事由に因りて終了す。

- (一) 期間の満了
- (二) 告知 身元保證人が使用者より勞務者に身元保證人の責任を惹起する處ある業務上不適任又は不誠實なる事跡あること又は身元保證人の責任を加重し又は其の監督を困難ならしむる如き勞務者の任務又は任地の



變更ありたることの通知を受け又は自ら右事實ありたることを知りたるときは身元保証契約の告知を爲すことを得べきことは既に述べたるが如し(身元保証ニ關スル法律四條)。即ち此の告知に因り身元保証契約は終了すべし。

(三)使用者及勞務者間に於ける雇傭の終了 身元保証は雇傭契約に於ける使用者が勞務者の行爲に因りて損害を被りたる場合に其の損害の賠償を保證人に於て保證すべき旨の契約にして、保證人は當該雇傭に付てのみ保證を爲せるものなるを以て、保證債務發生の原因たるべき損害發生するに至らずして雇傭關係終了するときは身元保証契約亦當然終了す。故に雇傭期間満了後民法第六二九條に依り更に雇傭を爲したるものと推定せらるる場合と雖身元保証契約は特約なき限り新雇傭に付繼續するものに非ざるは勿論なりとす。

身元保証金契約

二 身元保証金契約  
身元保証金は雇傭契約に關し勞務者が將來負擔することあるべき損害賠償債務を擔保する爲勞務者又は第三者が使用者に交付する金銭を云ひ、其の交付する契約を身元保証金契約と云ふ。身元保証金は敷金と同じく契約保證金の一に屬す(註一)。

身元保証金の性質は敷金と異なる所なく從て學說の岐ること亦敷金の場合と同じ(註二)(綜合三四一八頁以下參照)。

(註一) 保證金とは或人が將來の債務の補償の爲に豫め他人に供する金銭を云ひ、公吏保證金及個人相互の契約關係に基く保證金等之に屬す。而して身元保証金の如きは個人相互の契約關係に基く保證金に屬するなり。

(註二) 余は信託的所有權讓渡説を採る。從て又身元保証金契約は信託的所有權讓渡契約の一種に屬す。

賃率契約

三 賃率契約(集合協約又は労働協約)

賃率契約(Tarifvertrag)は又之を集合協約(Collective agreement)又は労働協約(Arbeitsnennungsvertrag)と稱す。

一人又は多數の企業者と多數の勞働者例へば労働組合との間に於て將來締結せらるべき雇傭契約の内容を定むる契約を云ふ。而して此の如き契約は賃銀其の他の労働條件を定むるものなるも、通常賃銀に關する事項を其の主要なる内容と爲すを以て之を賃率契約と稱するなり。賃率契約は雇傭契約に非ず又雇傭契約を締結すべき債務を生ずるものにも非ざるを以て雇傭の豫約にも非ず一種の無名契約と解すべきものとす。

賃率契約は其の契約當事者間に債權關係を生ずるものなり。此の點に付ては學者間に議論の存する所にして、或は(一)契約當事者は將來勞務契約を締結すべき場合に賃率契約に従ふべき債務を負擔すべく又現存の勞務契約を賃率契約に従ひて變更すべき債務を負擔すと爲し、或は(二)將來勞務契約を締結すべき場合には特別の意思表示なき限り賃率契約に定むる所が當然雇傭契約の内容と爲るべく又勞務契約現存する場合には該契約の内容が賃率契約に因り當然變更せらるるものと解するを妥當なりと爲すなり。

第一〇款 請 負

第一節 請負の意義及性質

總說

一 總說

請負(Werkvertrag)とは當事者の一方が相手方に對して或仕事を完成することを約し相手方が之に對して報酬

第二編 契約 第七章 有名契約各論 第一〇款 請負



を與ふることを約するに因り成立する契約なり(六三二條)。仕事を完成することを約する者を請負人と云ひ相手方を注文者と稱す。

請負は羅馬法に於ける仕事の賃貸借 (Locatio conductio operis) より發達し來りたるものにして、羅馬法に於ては賃貸借を物の賃貸借努力の賃貸借及仕事の賃貸借と爲し請負としての獨立の契約を認めず、佛蘭西民法に於ても請負を *Contrat de Louage* の題下に規定せるも(一七九條一七八二條乃至一七九九條)、近世に於ける一般立法の趨勢は請負に關する獨立の規定を設くるに至り、獨逸民法(六三一條以下)及瑞西債務法(三六三條以下)は孰れも請負に付獨立の規定を設け又特別なる瑕疵擔保の責任を認め、我民法亦之に倣へり。

(1) 請負は諾成契約にして不要式契約なり 請負は注文者と請負人との意思の合致のみに因り成立し當事者が現實の給付を爲すことを成立要件と爲さざるを以て諾成契約なり。而して其の意思表示には何等方式を必要とすることなきにより不要式契約なりとす。

(2) 請負は雙務契約にして有償契約なり 請負は當事者雙方に於て互に債務を負擔し其の債務は互に出捐を爲すの債務にして且互に對價的關係に立つものなるを以て有償契約なりとす。

(3) 請負は仕事の完成を目的とする契約なり 茲に仕事 (Work) と云ふは勞務の結果 (Arbeitsprodukt, Arbeitserfolg, Arbeitsergebnis) のことにして、此の結果は物の製作物の運送等有形の結果なると論文の作成建築の設計疾病の治療の如き無形的の結果なるとは之を問はず。又此の結果には財産的價値を有するものなると然らざるものとあれども、民法は其の仕事の結果の種類を問はざるを以て苟も人の或需要を充すに足るべきものならば仕事たるに妨なし。而して茲に右仕事の完成と云ふは右勞務の結果を發生せしむることを云ふもの

にして、此の結果を所期の如く發生せしむることを目的とする契約が請負の特質にして請負が他の契約と異なる主要なる點なりとす。

請負は仕事の完成を目的とす。即ち勞働の結果を供することを目的とする契約にして或ものを與ふることを目的とする契約に非ず。此の點に於て請負は賣買と異なる。尤も請負契約は請負者が自ら其の仕事の完成に當ることを必要とせざるを通例とすれども、當事者間に特約あるときは請負者に於て自ら仕事の完成に當ることを要するは勿論なり。例へば藝術家の作品製作を目的とするが如き場合は是れなり。

(4) 請負は仕事の完成に對して報酬を支拂ふことを目的とする契約なり 請負に於ける報酬は請負の本質に屬す。無償の場合は請負に非ずして贈與又は委任等他の契約と爲る。又報酬を與ふべき契約なくして後に任意に報酬を與ふるも請負と爲ることなし。而して茲に所謂報酬は金錢たるを通常とすれども、雇傭の場合に於けると同様他の財産上の價値の給付たることを妨げず(註)。要するに報酬の種類如何は之を問はず仕事の結果に對して報酬の支拂はるることが請負の特質なり。此の點に於て勞務其のものに對して報酬を支拂ふ雇傭と異なるなり。請負に於ては假令請負人が勞務に服するも當事者の豫期したる結果の生ぜざりし場合には注文者は之に對して報酬を支拂ふ義務あることなし。

報酬は仕事の全體に對して約さるべきものなるも特殊の場合例へば造船契約の如き場合に於ては仕事高に依り部分的に報酬の前拂を爲すことを妨げず。然れども勞働の時間に依りて其の報酬を定むるが如きは多くは雇傭契約にして請負には非ず。尙報酬支拂の方法として請負者に利益分配に與らしむることを約するも亦妨なし。報酬の有無及其の額は固より當事者の合意に因りて定まるも、仕事の完成が報酬に對してのみ爲さるべき事情



ある場合に於ては雇傭の場合に於けると同様報酬を與ふべき黙示の契約あるものと認むるを相當とす。而して苟も明示又は黙示を以て報酬を支拂ふべきことを合意したる以上は請負は直に成立し報酬の數額は後日之を確定することを妨げざるものとす(綜合5四〇三頁以下參照)。

(註) 報酬が物の使用勞務の供給仕事の完成なるときは混合契約と爲ると主張する説あり(綜合5四〇六頁註二參照)。

二請負と製作物供給契約及不規則請負

製作物供給契約(Werklieferungsvortrag)は又之を賣渡請負又は請負供給契約とも稱す。當事者の一方が自ら材料を供して物を製作し之を引渡すべき義務ある場合を云ふ。此の契約の法律上の性質に付ては議論の存する所なるも、結局當事者の意思に依りて之を決するの外なく、若し其の契約の目的が仕事の完成に存せず所有權を移轉することに重きを置く場合に於ては製作品の賣買と見るべく、其の目的が仕事の完成に在る場合には之を請負と見るを正當とす(註一)。

此の契約の性質に付ては羅馬法及獨逸普通法に於ける多數説及佛蘭西に於ける一般學說判例は材料を供したる者の如何に因り之を區別し、注文者が主たる材料を供したる場合は請負にして製作者が主たる材料を供したる場合は賣買なりと爲し、我舊民法(財産取得編二七五條)は注文者が材料を供するときは之を請負と爲し請負人が主たる材料と仕事を供するときは仕事を爲すべき條件附賣買なりと爲せり。獨逸民法に於ては製作物が代替物なる場合と不代替物なる場合とを區別し、代替物なる場合には賣買の規定のみに従ひ不代替物なる場合には賣買の規定中第四三三條第四四六條第一項第一段第四四七條第四五九條第四六〇條第四六二條乃至第四六四條第四七七條乃至第四七九條の規定は其の適用なく之に代へ請負の規定が第六四七條及第六四八條を除き全部適用せらるべきものと爲せり(同法六五一條)。

不規則請負(Locatio conductie irregularis)とは注文者が請負人に材料を供して物を製作せしむる場合に請負人は必ずしも其の供せられたる材料其のものを用ひて物を製作することを必要とせず自己所有の同種同等の他の材料を使用して仕事を完成することを得る場合の請負を云ふ。此の請負の性質に付ても亦議論の存する所なるも我民法の解釋上純然たる請負に屬するものと解するを正當とす(註二)。蓋し我民法上請負は仕事の完成を目的とし材料の存することを必要の條件と爲さず從て又其の材料の所有者が注文者なると請負人なるとは之を問はざるを以てなり(綜合5四〇六頁以下參照)。

(註一) 此の點に付ては或は、之を以て請負と賣買との混合契約とし兩者に關する規定を之に類推適用すべきものと爲し、即ち製作の點に關しては請負に關する規定を類推適用し製作物の財産權移轉に關しては賣買に關する規定を類推適用すべきものと主張し、或は、契約に定めたる製作物が製作せらるるに隨ひて當然相手方の所有に歸すべき場合即ち製作者自身は所有權を取得せず相手方が原始的に所有權を取得すべき約旨なる場合は純然たる請負にして、製作者が製作の義務を負擔し且一旦は自ら所有權を取得し然る後之を相手方に移轉すべき約旨なる場合は請負と賣買との混合契約なりと云ふべく、唯製作物の所有權移轉を目的とし自ら製作して移轉すると他より取得して移轉するとを問はざる場合は純然たる賣買なりと解するを相當とすと主張す(綜合5四〇七頁註二參照)。

(註二) 此の點に付ては或は、此の種の契約は通常の請負に附加するに「請負人は注文者の供したる材料以外の材料を使用するも可なり」との條款を以てせるものに過ぎずと爲し、或は、此の場合は製作者が製作義務を負ふものと解せざるべからざるを以て製作者が製作物の所有權を取得して之を注文者に移轉すべき約旨ならば請負と賣買との混合契約なりと云ふべし。

請負と製作物供給契約及不規則請負



く、若し製作物の所有権が原始的に注文者に歸屬すべき約旨(通常は此の約旨なるべし)ならば純然たる請負契約なりと解すべきものとすと主張す(綜合5四〇八頁註三參照)。

特殊の請負

三特殊の請負

請負に付ては特別法に於て特殊の請負を認め之に關する特別の規定を設けたる場合少からず。例へば運送契約仲立請負の如きは是れなり(商法五四三條以下五六九條以下)。此等特殊の請負に付ては特別法に規定なき限り民法の適用あるは勿論なりとす(綜合5四〇八頁以下參照)。

第二節 請負の效力

第一項 請負人の權利義務

報酬請求權

一報酬請求權

請負人は契約の本旨に従ひ仕事を完成したる後報酬の支拂を請求する權利を有す。從て此の場合に於ては請負人は其の報酬債權に付先取特權を有すべく(三一一條三號五號三二五條二號三二七條等)、又請負の目的物が注文者に屬する場合に於ては請負人は其の目的物に對し留置權を有すべし(二九五條以下)。

仕事完成の義務

二仕事完成の義務

請負人は仕事完成の義務を負ふ。此の義務は一の債務なるを以て其の不履行の效果に付ては債權の效力に關する一般規定の適用あり。從て例へば請負人が仕事に著手せざるときは注文者は強制履行を求むることを得べく

(四一四條)、請負人が仕事に著手せず又は之に著手するも仕事を完成せざるときは請負人は履行遲滯の責に任すべく、其の遲滯の時期に付ては第四一二條の定むる所に依るべく、又注文者は債務不履行を理由として損害賠償を請求し得べく(四一五條)、尙又契約の解除を爲し得べし(五四一條五四二條)。

請負人が仕事に著手したる後に於て自己の責に歸すべからざる事由に因りて其の材料が滅失し又は仕事完成後其の引渡前に於て自己の責に歸すべからざる事由に因り其の製作物が滅失したる場合には、請負人は之が爲遅滯及損害賠償の責に任することなきも尙仕事の完成が可能なきときは請負人は更に之を完成すべき義務を負担すべく、若し其の完成不能なきときは後に注文者の權利義務に付述べべき危険負擔の法理に依りて解決せらるべき問題なりとす。但し此の場合に付當事者間に特約ある場合には其の特約に従ふべきは勿論なり。

仕事の完成に必要な勞務は請負人自ら之を爲すことを要せず、第三者の勞務を以てすることを妨ざるを原則とす(通説なり)。之れ請負に付雇傭に於ける第六二五條第二項第三項の如き規定なき所以なり。然れども當事者間に特約あり又は仕事の性質上請負人自身の勞務を以てすべき場合例へば精神的なる仕事の完成を目的とするものに在りては請負人は自己自身の勞務を以て仕事を完成せざるべからざるは勿論なり。仕事の完成に付請負人自身の勞務を必要とする場合の外は請負人が其の仕事の完成に付第三者を補助者として使用し又は第三者と更に請負契約を締結し其の第三者をして目的たる仕事を完成せしむることを得べく、此の後の場合を通常下請負(Sublocatio)と稱するなり(註一)。而して此等の場合に於て請負人が此等第三者の行爲に付注文者に對し如何なる責任を負担するやの問題は債務者が債務の履行に付使用したる第三者の故意過失に付如何なる責任を負ふべきやの一般的問題にして、既に履行補助者の過失に因る債務者の損害賠償責任として説明したる所なり



(別巻第四債權總論一五六頁以下)(綜合一四四頁以下參照)而して此の問題に付ては佛蘭西民法は貸借に付賃借人の其の家族轉借人の過失に對する責任及請負に付請負人の其の使用人の過失に對する責任を認め(一三五條)、獨逸民法及瑞西債務法は孰れも一般的に債務の履行に付債務者の使用人の過失に對する責任を認むるも(獨逸民法二七八條、瑞西債務法一〇一條)、我民法には何等の規定なきが故に議論の存する所にして、或は債務者が其の債務の履行の爲に使用したる者の選任及監督に付過失ありたるが爲債務者自身の過失と認めらるべき場合の外債務者は其の使用人の過失に因りて生じたる損害を賠償すべき義務なしと爲し、或は債務者は債務の履行に關し自己の代理人又は使用人の過失に對し責任を負ふものと爲すなり(綜合一四四五頁以下參照)。余は前説に贊する者なり。蓋し使用人の過失は債務者に對しては所謂事變の一に過ぎず債務者に過失なきを以て債務者に於て其の責を負ふべき理由なければなり。尤も當事者間に斯の如き場合に於て債務者が其の責を負ふべき特約ある場合に於ては此の特約に従ふことを得るは勿論なり。此の理は請負に於ける叙上の場合にも亦適用すべく、即ち第三者の行爲は一の事變なるが故に理論上請負人に責任なきを原則とし、請負人が使用したる第三者の選任及監督に付過失ありたるが爲自己の過失と認めらるべき場合に於ては固より請負人に於て其の責に任ぜざるべからず。尤も請負人が自己の手足機關として第三者を使用したる場合に於ては其の者の過失は固より請負人自身の過失なるが故に請負人に於て其の責に任ずべきは當然なり。右請負人の責任に關しては學者多く一般債務の履行の場合に於ける反對説と同様請負人は當然補助者其他下請人の如き第三者の行爲に付自己の行爲に於けると同一の責任を負擔するものと解するなり(註二)。尙不法行爲上に於ける請負人の責任に付ては第七一五條の適用あることは勿論なりとす。

請負人は當然に仕事の材料を供給する義務を負擔するものに非ず、此の義務を負擔するや否は一に請負契約の内容に依りて定まる。従たる材料供給の義務に付ては契約に依る外一般の慣習上請負人に於て之を負擔する場合なきに非ず。例へば裁縫を注文せる場合に於て裁縫に要する糸の如き是れなり。請負人は仕事を完成すべき義務を負擔するものなるを以て反對の特約なき限り此の義務の當然の内容として其の仕事に要する器具は當然請負人の負擔に屬するものと云はざるべからず。

(註一) 下請負は請負人と下請負人との間に締結せらるる獨立の請負契約なるを以て、一方の契約に付生じたる事項は原則として他方の契約に對し何等の影響を及ぼすことなし。從て假令其の一方無効なる場合と雖之が爲他方の無効を來すものに非ず(同趣旨明治四一年五月一日大判民錄一四輯五五八頁)、又假令下請負禁止の特約あるも之が爲當然下請負を無効ならしむるものに非ず、唯請負人の注文者に對する債務不履行の問題を生ずるに過ぎず(同趣旨明治四五年三月一六日大判民錄一八輯二五五頁)。但し請負契約に下請負禁止の特約あるに拘らず請負人が第三者に下請負を爲さしめたる時は請負人は自ら仕事の完成を指揮監督すべき義務あるは勿論にして、此の場合に於ける下請負人の過失は請負人の過失として當然其の責に任ずべきものとす。尤も此の點に付ては反對説あり。即ち右禁止の特約に付下請負の當事者雙方惡意なる場合に其の下請負が公序良俗に反すること疑なかるべく、當事者善意な時場合と雖其の下請負は右の特約違背の契約なるが故に之を無効と解せざるべからずと主張す。

(註二) 此の點に關し學者或は、請負人は仕事を完成する義務を負ふものにして且其の仕事完成の方法に付ては原則として請負人自ら之を決定すべきものなるが故に、其の決定に従ひて第三者を使用したる場合には請負人をして其の責に任ぜしむること正當なるのみならず民法第六三六條の趣旨にも適合するものなればなり、從て又注文者が特定の第三者を以て補助者と爲すべきことを定めたる場合には請負人は其の者の行爲に付ては唯請負人自らの監督上の過失ありたる場合のみ責



任を負ふものと解すべし、尙請負人が第三者をして仕事の完成を請負はしめたる場合(下請負)に於ける請負人の責任に付ても亦上に述べたると同一の理由に因り、請負人は下請負人の行為に付自己の行為に於けると同一の責任を負担するものと解すること請負の性質に適するものと信ずと主張し、或は請負人が自ら仕事の指揮を爲しつつ第三者を使用する場合は第三者は履行補助者なるを以て、請負人は履行補助者の行為に對して絶對的責任を負はざるべからず、即ち請負人は補助者の選任又は仕事の監督に付相當の注意を怠らざりしことを理由として其の責を免るることを得ず、請負人が第三者をして仕事の完成を請負はしむる所謂下請負の場合に於ては下請負人も亦履行補助者と同視して注文者に對する請負人の責任を解決すべきものとすと主張し。或は何れにしても約束の仕事が完成されざるときは請負人の債務なるを以て、被用者たる補助者又は下請負人の行為に依りて契約の本旨に従ひたる仕事が完成されざるときは請負人自ら責任を負はざるべからず、補助者又は下請負人の選任及仕事の監督に付注意を怠らざりしことを理由として責任を免れ得るものに非ずと主張す。

製作物の引渡の義務

總説

三製作物引渡の義務

1 總説

請負の目的が物に關する場合に於ては請負人は契約の本旨に従ひ仕事を完成する外更に其の完成したる製作物を注文者に引渡すべき義務あるを通例とす。此のことは第六三三條の趣旨より觀て蓋し疑なき所なりとす。家屋の修繕其の他機械等の据付仕事を請負ひたる如き場合に於ては其の性質上特別に引渡を要せざる場合なりとす。

2 製作物の所有權の歸屬

製作物引渡の義務の内容を決するに付ては先づ其の製作物の所有權が何人に屬するやを決定することを要す。

製作物の所有權の歸屬

而して此のことは主たる材料の供給者が何人なるやを標準として決定せざるべからず。

(一) 材料全部が注文者に屬する場合 此の場合に付ては、或は加工に關する第二四六條の規定を適用し工作に因りて生じたる價格が著しく材料の價格を超ゆるときは請負人先づ所有權を取得し更に之を注文者に移轉すべきものと爲す學者あるも、請負人は請負契約上工作を爲すべき義務を有する者なるを以て、其の義務の履行として爲したる工作に依り其の製作物の所有權を取得するものと解するは民法が加工に關する規定を設けたる立法の趣旨に反するものと云はざるべからず、從て此の場合に於ては材料の所有者たる注文者が當然製作物の所有權を取得するものと解せざるべからず。而して此の理は其の製作物が動産の場合たると不動産の場合たるとに依り異なることなし。

不規則請負即ち注文者が請負人に材料を供して物を製作せしむる場合に請負人は必ずしも其の供せられたる材料其のものを用ひて物を製作することを必要とせず自己所有の同種同等の他の材料を使用して仕事を完成することを得る場合の請負に於ては其の製作物の所有權は何人に屬するやに付議論の存する所にして、或は(一)如上的特約は材料の所有權を請負人に移轉することを内容とするものには非ずして請負人が他の材料を注文者の材料と爲すことに依りて當初の材料の所有權を取得し得べきことを定むるに過ぎざるものなるが故に直に所有權を請負人に移轉すべき特別の意思表示ありたる場合を除き特別なる財産權移轉行為を要せざるものと爲し、或は(二)請負人は自己の欲する場合には何時にても注文者の供したる材料を別途の用に供し得るものなれば特別に別段の意思表示なき限りは寧ろ所有權は初より請負人に歸屬するものと解せざるべからず故に此の場合に於ては請負人が材料を供する場合と同様工作物の所有權は特別なる移轉行為を待て初めて注文者に歸屬するもの



と爲すなり。(一)の説に賛す。

(二)材料の一部が注文者に属する場合 材料の一部が注文者に属し他の一部が請負人に属したる場合に於ては孰れが材料の主要なる部分を供したるやに依り區別せざるべからず。注文者が其の主要なる材料を供したる場合には製作物は附合の原則に依り注文者其の所有権を取得すべく、注文者の供したる材料が不動産なる場合には之に従として附合せしめられたる動産は第二四二條の規定に依り注文者に歸屬すべし(註一)(註二)。但し注文者の土地の上に請負人の材料を以て建物を築造したる場合に於ては建物は我民法上獨立の不動産なるが故に右原則に従はざるものとす。請負人が主要なる材料を供したる場合には注文者は附合の原則に依りて製作物の所有権を取得するものと解することを得ず。従て當事者間に特別な合意なき限り製作物の所有権は一旦請負人に歸屬し請負人は更に之を注文者に移轉することを要するものと解せざるべからず。

(註一) 此の點に付ては反對説ありて、或は此の場合材料が(一)共に動産なる場合(二)材料の一部が動産にして一部が不動産なる場合に區別し、(一)の場合に於ては特約なき限り加工の規定に依りて決すべく、(二)の場合に於ては不動産が注文者に属すると請負人に属するとを問はず不動産上の附合に關する第二四二條の規定を之に適用すべきものと爲し、或は右(一)及(二)の場合の外尙(三)材料が共に不動産なる場合に區別し、(一)及(二)の場合に付ては前者と同様に解し、尙(三)の場合に付ては嚴格なる意味に於ては斯の如き場合なけれども若し甲が其の所有の建物を供し乙も其の所有の建物を供して乙が此の二の建物の連絡工事(例へば地下道にて)を請負ひたるよきの如きは乙の建物の賣買と連絡工事の請負との二者より成立するものと爲すなり。然れども請負人は注文者の爲に工作を加ふべき義務を負ふものとなるを以て注文者の爲に爲したる工作に因り請負人が所有権を取得する原因と爲すは正當に非ず。

(註二) 昭和七年五月九日大審院判決は、請負契約に基き請負人が建築材料の主要部分を供して建物を築造したるときは特約なき限り其の建物の所有権は請負人に在りて引渡に依りて始めて注文者に歸するものなれども、注文者が其の主要部分を供給したるときは特約なき限り其の建物の所有権は當然原始的に注文者に歸屬するものとすと判示せり(大判民集一一卷八二四頁)。

(三)材料の全部が請負人に属する場合 此の場合に付賣買説請負説混合契約説等の存することは既に述べたる所なるが、其の孰れの場合に於ても當事者間に特別な合意なき限り製作物の所有権は請負人に歸屬し請負人は更に之を注文者に移轉する行爲あることを要するものと解せざるべからず。殊に建物建築請負の場合に於ては注文者は如何なる時期に其の建物の所有権を取得するかの問題を生ず。此の問題に付ては或は請負人が材料を建築場に搬入し之を土地に附著せしむるに従ひ第二四二條に於ける附合の法則に依り漸次其の所有権が注文者に歸屬するものと解する説あれども、建物は我民法上土地とは獨立せる不動産なるが故に附合の法則に依り之を解決せんとするは正當に非ず。或は又建物の引渡に依りて所有権移轉するものと爲す説(註一)あるも、此の説は民法第六三三條が報酬は仕事の目的物の引渡と同時に之を與ふることを要すと規定せることを根據と爲すもの如きも、同條は單に報酬支拂時期を定めたるに止まり之に依り目的物の所有権移轉の方法を定めたるものに非ざるのみならず、民法は不動産所有権の移轉に付引渡を以て成立又は對抗の要件と爲さざるを以て、右第六三三條の規定を根據として建物の引渡に依り所有権移轉するものと爲すは正當に非ず。故に製作物が不動産なる場合に於ても當事者が別段の意思表示を爲さざる限り所有権移轉の契約に依り注文者が製作物の所有権を取得するものと解するを正當とす。然れども製作物が動産なると不動産なるとを問はず右所有権移轉行爲



は必ずしも製作後に爲すことを要するものに非ず、製作前豫め之を爲すに於ては將來の物の處分行爲として有効にして其の契約の内容に従ひ或は製作の完了と同時に或は製作の程度に依りて順次其の所有權は注文者に移轉することと爲るなり。故に例へば船舶建造の請負に於て建造の進捗せる程度に應じて所有權注文者に歸屬すべき旨の特約を爲すは有效なりとす(註二)(註三)。

製作物所有權移轉の合意が何時爲されたるやは各場合に付決すべき問題なるも、別段の事情なき限り其の製作物を注文者に引渡す時に其の合意ありたるものと解するを相當とす。

(註一) 大正四年五月二十四日大判民録二一輯八〇三頁、大正三年一月二六日大判民録三〇輯一二〇八頁、昭和七年五月九日大判民集一卷八二四頁。

(註二) 同趣旨大正五年五月六日大判民録二二輯九〇九頁。

(註三) 製作前豫め製作物の所有權を移轉すべき契約を爲したる場合に於ては製作の完了と同時に注文者其の所有權を取得するも、其の取得は原始的取得なりや承繼的取得なりやに付ては疑あり。學者或は此の點に付、材料の所有權を移轉する合意ありたる場合には注文者は製作物に付ては原始的に所有權を取得するも製作したる物の所有權に付て譲渡行爲ありたる場合には承繼的取得あるものと解するを正當と信ずと主張す。

(四) 材料が第三者に屬する場合 此の場合に於ては註文者又は請負人と第三者との間に仕事を完成すべき請負上の法律關係存在せざるを以て、何人が製作物の所有權を取得するやは加工に關する民法第二四六條の原則に依りて之を決定せざるべからず。從て請負人が第三者の所有に屬する材料を供し之に工作を加へ其の工作に因りて生じたる價格が著しく材料の價格を超えたる場合に於ては請負人其の所有權を取得すべく、請負人は

更に注文者に對し其の製作物の所有權を移轉すべき義務あるものとす。之に反し注文者が第三者の所有に屬する材料を供し請負人が之に工作を加へ其の工作に因りて生じたる價格が著しく材料の價格を超えたる場合に於ては、元來請負人は注文者の爲に工作を供すべき法律上の地位に在る者なるが故に其の工作の効果は注文者に付生じ注文者に於て其の所有權を取得すべきものと解すべきものとす。而して右孰れの場合に於ても工作に因りて生じたる價格が著しく材料の價格を超えざる場合に於ては該製作物の所有權は材料の所有者たる第三者に歸すべく、從て請負人は其の所有權を自己に取得して更に之を注文者に移轉するか又は第三者より直接注文者に所有權を移轉せしめざるべからず。

### 3 製作物引渡義務と報酬請求權との關係

注文者は仕事の完成に對して報酬を支拂ふべき義務を有す。而して其の支拂時期に付ては民法は其の請負契約が仕事の目的物を注文者に引渡すことを要する場合と然らざる場合とに依りて之を區別せり。即ち(一)目的物を注文者に引渡すことを要する場合に在りては其の引渡と同時に報酬の支拂を爲すことを要し、(二)目的物の引渡を要せざるときは其の約したる仕事を完成したる後直に報酬の支拂を爲すべきものとす(六三三條)。故に(一)の場合に於ては報酬債務は後拂債務なるを以て同時履行の抗辯權は此の場合の債務に付ては存在することなく、從て請負人は注文者が報酬債務の履行の提供なきの故を以て仕事の著手又は仕事の遂行を拒絶することを得ざれども、(二)の場合に於ては目的物を注文者に引渡すと同時に報酬を請求し得るものなるを以て、此の種の請負に在りては其の引渡義務と報酬債務との間には同時履行の關係あり。即ち各當事者は同時履行の抗辯權を有するものとす。尙報酬前拂の特約あるときは其の特約は有効にして之が爲請負たることを得ざるものに

製作物引渡義務と報酬請求權との關係



非ずと解すべきを以て、斯の如き特約ある場合に於ては其の辨濟期到來後其の前拂なきことを理由として請負人が同時履行の抗辯に依り自己の債務の履行を拒絶することを得べきは勿論なり(綜合2二四七頁以下参照)。

擔保責任

擔保責任の性質

四 擔保責任

1 擔保責任の性質

民法第六三四條乃至第六四〇條は仕事の目的物に瑕疵ある場合には其の瑕疵が請負人の責に歸すべき事由に因ると否とを問はず請負人をして注文者に對し擔保の責に任せしむる旨を規定す。而して此等の規定に依れば、請負人の擔保責任は仕事の目的物に瑕疵あることが材料に瑕疵ありたる場合のみならず材料に加へたる工作の不完全なりしが爲仕事目的物に瑕疵を生じたる場合にも之を生ずるものにして、此の後の場合は債務不履行の一種なる不完全給付の場合なるが故に、此等の規定を以て多くの學者の主張するが如く第五五九條に依りて一般の有償契約に準用せらるる賣主の擔保責任に關する規定の特則にして此の規定に依る擔保責任の法律上の性質は賣主の擔保責任に異らずと爲すは正當に非ず。此等の規定は第五五九條に依りて一般の有償契約に準用せらるる賣主の擔保責任に對する特別規定たると共に不完全履行に付ての特別規定たるの性質を有するものと解するを正當とす。

擔保責任の種類

2 擔保責任の種類

(一) 瑕疵修補義務

仕事の目的物に瑕疵あるときは注文者は請負人に對し相當の期限を定めて其の瑕疵の修補を請求することを得。但し瑕疵が重要ならざる場合に於て其の修補が過分の費用を要するときは此の限に在らず(六三四條一項)。瑕疵の意義は賣買に付述べたる所と同一なり(本書上卷二六九頁参照)。此の瑕疵修補義務

は一般債務不履行の効果として生ずるものに非ずして請負の場合に於ける特別のものなり。従て必ずしも請負人の過失を要せざるのみならず賣買に關する第五七〇條の場合とも異り隠れたる瑕疵なることを必要とせず。故に注文者が假令異議を留めずして受領したる後に於ても請負人は修補義務を免るるものに非ず。異議を留めざりし一事を以て當然注文者が修補請求権を拋棄したるものと解するは正當に非ず(註一)。瑕疵修補の請求は注文者たる資格に於て之を爲すものなるを以て、現に目的物上に所有權又は占有權の如き權利を取得し居ることを要件とせず(註二)。尙瑕疵は材料の不完全なるに基きたると工作の不完全なるに基きたるとを問ふことなし。而して此の瑕疵は重要なることを要せざるも、瑕疵が重要ならざる場合に於て其の修補に過分の費用を要するときは請負人は修補義務を免る。此の場合には注文者は瑕疵の修補に代るべき損害賠償を請求することを得べし(六三四條二項)。瑕疵が重要なりや否は契約を爲したる目的其の他の客觀的事情に依りて之を決すべく、又過分の費用を要するや否は修補に要する損失と修補に因りて生ずる利益とを比較して客觀的に決定すべきものとす。

修補の請求に付ては民法は相當の期限を定むべきことを規定す。民法が此の要件を定めたるは請負人をして其の期間内に瑕疵の修補を爲すことに依り修補に代るべき損害賠償義務並に契約の解除を免れしめんが爲なり。故に右相當期間内は注文者は修補を拒絶して之に代る全部の損害賠償を請求することを得ざるは勿論右相當期間經過後に非ざれば契約の解除を爲すことを得ず。

(註一) 同趣旨大正四年一月二八日大判民錄二一輯二三〇〇頁。

(註二) 同趣旨大正四年一月二八日大判民錄二一輯二二九五頁。



(二)損害賠償義務 注文者は瑕疵の修補に代へ又は其の修補と共に損害賠償の請求を爲すことを得べし(六三四條二項)。此の瑕疵の修補に代るべき損害賠償は修補義務の不履行の場合に於て其の履行に代るべき損害賠償として法律の認めたるものに非ずして、初めより選擇的に修補又は損害賠償を請求し得るものとして認められたるものなり。故に此の賠償請求を爲すに付ては先づ修補の請求を爲し其の不履行を俟つことを要せず直接損害賠償の請求を爲すことを妨げず。而して修補の請求権は不完全給付に付て給付の追完を請求する権利にして雙務契約たる請負契約より生じたる債務の履行を請求する権利なるを以て、請負人が其の修補を終るに非ざれば其の仕事完成したるものと云ふことを得ず。從て注文者は修補の完了まで報酬の支拂を拒絶し得るは勿論なり(六三三條參照)。尤も注文者が瑕疵の修補を請求せずして第五三三條に依り報酬の支拂を拒絶し得るは否に付ては議論あり。或は之を積極に解し、或は之を消極に解す(註)。積極に解するを正當とす。然り而して損害賠償請求権は叙上の如く請負契約より生ずる瑕疵修補義務不履行に因る損害賠償請求権に非ず換言せば瑕疵修補の請求権が損害賠償請求権に變するものに非ざるを以て、此の損害賠償請求権と報酬請求権との間には第五三三條の適用を受くべき關係あることなしと雖、民法は公平の觀念に基き特に此の場合に於ても亦第五三三條を準用し同時履行の抗辯権を附與せり(六三四條二項後段)(綜合二二四五頁以下參照)。

損害賠償請求権は瑕疵が重要なりや否修補に過分の費用を要するや否を問はずして生じ又前叙修補義務と同じく其の損害が請負人の過失に出でたと否とを區別せず。

(註) 大正元年二月二〇日大判民錄一八輯一〇六六頁、大正八年一月一日大判民錄二五輯一七二六頁。

(三)契約の解除 仕事の目的物に瑕疵ありて之が爲に契約を爲したる目的を達すること能はざるときは注

文者は契約の解除を爲すことを得るを原則とし、仕事の目的物が建物其の他の工作物なるときは例外として注文者は此の解除権を有せず(六三五條)。請負契約に在りては瑕疵の爲契約を爲したる目的を達すること能はざる場合に限りて契約解除権を附與したるものにして、其の以外瑕疵の輕微なる場合に於ては第五四一條以下の原則規定に依りても亦解除を爲し得ざるものとす(註)。蓋し重大ならざる瑕疵の爲にも契約の解除を爲し得るものとするは請負人に對して酷なればなり。尤も此の點に付ては異説ありて、此等の場合に在りては先づ第六三四條第一項に依りて修補を請求し而して請負人之に應ぜざるときは更に第五四一條に依りて解除を爲し得るものと爲せども正當に非ず。仕事の目的物が建物其の他の工作物なる場合に於て注文者に解除権を與へざるは若し此の場合に解除権を與ふるときは請負人が多大の損失を被るのみならず一般經濟上よりするも損害尠からざるを以てなり。從て又此の例外規定は反對の意思表示を以て之が適用を排除すること能はざる強行法規に屬するものと解すべきものとす。但し反對説あり(綜合二一四四頁以下參照)。

右解除権は次に説明する如く(一)仕事の目的の瑕疵が注文者より供したる材料の性質又は注文者の與へたる指圖に因りて生じたるとき(二)當事者が無擔保の特約を爲したるときは發生することなく、唯(一)の場合に於ては請負人が其の材料又は指圖の不適當なることを知りて之を告げざりし場合に於て又(二)の場合に於ては請負人が知りて告げざりし事實に付其の責任を免るることを得ざるの結果注文者は解除権を有するに至る(六三六條)(綜合二一四四頁以下參照)。

(註) 瑕疵が重大にして且追完不能なるときは直に契約の解除を爲し得べく、之に反し瑕疵は重大なりとするも其の追完可能なる場合に於ては第五四一條の類推適用に依り相當の期間を定めて追完を催告したる後解除を爲し得るものと解すべし



擔保責任に關する特則

(綜合二一四五頁註二參照)  
3 擔保責任に關する特則

請負人の擔保責任に關する特則二あり。即ち(一)仕事の目的物の瑕疵が注文者より供したる材料の性質又は注文者の與へたる指圖に因りて生じたるときは請負人は擔保責任を負はざるを原則とし、唯請負人が其の材料又は指圖の不適當なることを知りて之を告げざりし場合に於てのみ責任あるものとす(六三六條)。(二)當事者が無擔保の特約又は擔保責任輕減の特約を爲したるときは原則として之に従ふ、但し請負人が知りて告げざりし事實に付ては責任を免るることを得ず(六四〇條)。

右(一)の場合に於て請負人が擔保責任を負はざる理由は主として注文者が仕事の目的物の瑕疵に付其の原因を與へたるに由るものにして請負人に過失なきが故に非ず(註)。故に假令材料又は指圖の不適當なることを知らざるに付請負人に過失ある場合と雖尙請負人は擔保責任を負はざるものとす。

(註) 此の場合に於て請負人が擔保責任を負はざる理由を請負人の無過失なりと解する説あり。

擔保責任の存続期間

4 擔保責任の存続期間

(一)普通の場合 請負人の擔保責任に關する注文者の權利即ち瑕疵修補請求權損害賠償請求權及契約解除權は原則として一年内に之を行使することを要す。而して其の一年の期間は仕事の目的物を引渡すべき場合には其の引渡の時より然らざる場合には仕事の完成の時より之を起算すべきものとす(六三七條)。民法修正案理由書は之を以て特別短期時効を定めたるものと説明すれども、此の期間は固より時効期間に非ずして所謂除斥期間たる性質を有するものとす。

擔保責任の存続期間換言すれば請負人の擔保責任に關する注文者の權利の除斥期間は當事者の特約を以て之を伸長又は短縮することを得るも其の伸長に付ては普通の時効期間を以て最長期とするなり(六三九條)。斯の如く民法が右期間の伸長を普通の時効期間内に限る旨規定せるは蓋し然らざれば時効制度を設けたる趣旨に反するが爲にして、此の規定あるが故を以て右期間を特別短期時効なりと解するを得ず。

(二)土地の工作物の請負の場合 土地の工作物の請負人は其の工作物又は地盤の瑕疵に付ては引渡の後五年間石造土造煉瓦造又は金屬造の工作物に付ては十年間擔保の責に任ず(六三八條一項)。然れども工作物が其の瑕疵に因り此等の期間の満了前に滅失又は毀損したるときは注文者は其の滅失又は毀損の時より一年内に於てのみ第六三四條の權利を行使することを要す(同條二項)。蓋し此の場合には瑕疵あること既に明白と爲りたるを以て期間を伸長すべき必要なきに至りたるが故なり。従て本條第一項の期間満了に接近して滅失毀損の生じたる場合に於ても此の第二項の爲に第一項の期間の延長を生ずることなきものと解せざるべからず。右第一項の期間は普通の時効期間内に限り契約を以て之を伸長することを得べし(六三九條)。右期間を短縮する特約は明文なしと雖固より有效なるは言を俟たず。注文者は土地の工作物に付其の瑕疵を理由として契約の解除を爲すことを得ず(六三五條但書)。

### 第二項 注文者の權利義務

仕事完成請求權

一 仕事完成請求權

注文者は請負人に對し契約に依りて定まりたる仕事の完成を求むる權利を有す。而して之に關連して損害賠償

第二編 契約 第七章 有名契約各論 第一〇款 請負



請求權契約解除權及瑕疵修補請求權等を生ずるも、此等の點に付ては請負人の權利義務に關連し既に述べたる所なりとす。

製作物引渡請求權

二製作物引渡請求權

注文者は請負人に對し製作物の引渡を請求する權利を有す。此の權利は請負人の製作物引渡義務に對應するものにして之れ又請負人の權利義務に關し述べたる所にして茲に再説せず。

報酬支拂義務

三報酬支拂義務

注文者は報酬支拂義務を負擔す。此の報酬債務は請負契約の成立と同時に發生す。故に請負人が仕事を完成する前と雖債權に關する規定を適用すべく、報酬債權は差押又は轉付の物體と爲り得るものとす(註)。

報酬支拂の時期に付ては第六三三條に規定されありて、物の引渡を要せざる請負に於ては仕事完成の時又仕事の目的物を引渡すべき場合に於ては其の引渡と同時に支拂ふことを要するなり。然れども右第六三三條の規定は固より強行法規に非ざるが故に當事者は之と異なる特約を爲すことを得べく、從て報酬の前拂又は仕事の程度に應じて分割して支拂ふことを約するを妨げず。

(註) 同趣旨明治四四年二月二日大判民錄一七輯六二頁、昭和五年一〇月二八日大判民集九卷一〇五五頁。

請負に於ける危險負擔

四請負に於ける危險負擔

請負契約に於ける危險負擔とは請負人の債務が請負人の責に歸すべからざる事由に因りて履行不能と爲りたり場合に於て注文者の報酬債務も亦消滅するや否の問題を云ふ。

(一) 履行不能が當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因りて生じたる場合 此の場合は更に之を區別し

て觀察せざるべからず。即ち物の引渡を要せざる請負に於ては民法第五三四條の適用なきを以て第五三六條に依り請負の履行不能に因りて請負人の仕事完成債務が消滅すると共に注文者の報酬支拂債務も亦當然消滅すべく、物の引渡を要する請負に於ては危險負擔に關し學說岐る。或は(一)注文者が受領遲滞に在る場合のみを除き物の引渡前に在りては請負人が常に危險を負擔すべきものと爲し(註)、或は(二)仕事完成前請負人の活動範圍に於て生じたる危險は請負人之を負擔すべく其の他の危險は注文者皆之を負擔するものと爲し、或は(三)請負の内容が單に仕事の完成のみならず更に其の完成したる物の所有權を移轉することをも包含する場合に於ては、其の製作前に生じたる履行不能に付ては第五三六條を適用し製作後に生じたる履行不能に付ては第五三四條を適用すべきものと爲し、或は(四)第五三四條の規定は物權の設定及移轉に關する雙務契約に付ての規定なるも、請負は本來物權の設定移轉を目的とする契約に非ずして仕事の完成を目的とするものなるが故に、常に第五三六條を適用すべきものにして、請負人が注文者の供したる材料を用ひて製作したる物の占有を注文者に移轉すべき場合に於ても何等之と異なる所なきも、請負人が材料を供する場合に於ては製作物の所有權の移轉を含むを以て純然たる請負に非ずして一種の混合契約なるが故に、若し當事者が製作の點に重きを置かざる場合に於ては請負及賣買の規定を類推適用すべきものとす、即ち製作中に履行不能を生じたる時は第五三六條に依り請負人が危險を負擔すべく、完成後引渡以前に履行不能を生じたる時は第五三四條に従ふべきものと爲し、或は(五)請負に付ては總て第五三六條を適用すべきものと爲し、或は(六)請負人が總ての材料を供して製作するも目的物の出來するに隨て當然注文者其の所有權を取得すべく請負人は寸時も其の所有權を取得せざる約旨なる場合は即ち純然たる請負契約なりと雖、仕事完成して未だ引渡さざる間に其の目的物滅失したると



きは仕事完成の義務は既に履行しありて唯引渡義務のみ残存したるものなるが故に、右の滅失に因り請負人の  
 残存義務は履行不能と爲りたるものにして特定物の所有權移轉を雙務契約の目的とせる場合との權衡上第五三  
 四條第一項の類推適用あり、仕事完成前に履行不能と爲りたる場合及請負と賣買の混合契約なる場合には右  
 (四)の説に従ふべきものと解するを相當とすべしと爲すなり。惟ふに注文者が材料を供する場合には仕事完成  
 後請負人が目的物の占有を移轉すべき義務を負ふ場合に於ても該契約が請負なることは勿論、請負人が材料を  
 供する場合に於ても既に述べたる如く若し其の契約の目的が仕事の完成に在る場合には之を請負と觀るべく、  
 其の契約の目的が仕事の完成に存せず所有權を移轉することに重きを置く場合に於ては製作品の賣買と觀るを  
 正常と爲し、請負及賣買の混合契約と觀るは正常に非ざるが故に、物の引渡を要する請負に於て履行不能が當  
 事者雙方の責に歸すべからざる事由に因りて生じたる場合には第五三六條を適用し請負人が危險を負担すべき  
 ものと解するを正常とす。

(註) 大正三年二月二六日大判民録二〇輯二二〇八頁。

(2) 履行不能が注文者の責に歸すべき事由に因りて生じたる場合 此の場合に於ては請負人は報酬請求權  
 を失ふことなし(五三六條二項)。注文者が受領遲滞に付せられたる後當事者の責に歸すべからざる事由に因りて  
 履行不能を生じたる場合も亦同様なりとす。

請負と協力  
義務

五 請負と協力義務

仕事の完成又は目的物の引渡に付注文者の協力を要する場合に於ても獨逸民法と異り特約なき限り注文者は當  
 然には協力の義務を負ふことなし(通説なり)。從て注文者が協力を爲さざる場合に於ても請負人は所謂言語上

の提供に依りて注文者を受領遲滞(債權者遲滞)に陥らしむることを得るに過ぎざるものとす。尤も仕事の完成  
 又は目的物の引渡に付注文者の協力を要するときは注文者は協力義務を負ふと爲す説あり。

第三節 請負の終了

總說

一 總說

請負は契約の終了する一般原因に由りて終了す。例へば當事者雙方が完全に履行したる場合請負人の責に歸す  
 べからざる事由に因りて仕事の完成が不能と爲り之に因りて注文者の債務も亦消滅したる場合當事者が第五四  
 一條以下の規定に依りて契約の解除を爲したる場合等其の主なるものなり。而して請負契約の解除の性質に付  
 ては議論の存する所にして、或は之を所謂告知の性質を有するものと爲す説あり。其の理由とする所は請負に關  
 する第六四二條が貸貸借に關する第六二一條雇傭に關する第六三一條と規定の趣旨を同うすと云ふに在りて、  
 從て此等の規定と同じく請負の解除も亦將來に對してのみ效力を生ずるものと解せざるべからずと爲すなり。  
 然れども請負に於ける解除は其の性質一般の解除と異らざるものと解するを正常とし又之を通説とす(綜合二  
 四四頁参照)。

二 請負に特殊なる終了原因

請負に特殊なる終了原因は法律の特に認めたる解除なり。其の解除の性質も亦原則として一般の解除と異なるこ  
 となく適及效を有するも其の要件に於ては異なる。

(1) 仕事の目的物に瑕疵ありて之が爲に契約を爲したる目的を達すること能はざるときは注文者は契約の解除

請負に特殊  
なる終了原  
因



を爲すことを得るを原則とし仕事の目的物が建物其の他の工作物なるときは例外として注文者は此の解除権を有せず(六三五條)

請負契約に在りては瑕疵の爲契約を爲したる目的を達すること能はざる場合に限りても亦解除を爲し得ざるものとす(註一)。蓋し重大ならざる瑕疵の爲にも契約の解除を爲し得るものとするは請負人に對して酷なればなり。尤も此の點に付ては異説ありて、此等の場合に在りては先づ第六三四條第一項に依りて修補を請求し而して請負人々に應ぜざる時は更に第五四一條に依りて解除を爲し得るものと爲せども正當に非ず。仕事の目的物が建物其の他の工作物なる場合に於て注文者に解除権を與へざるは若し此の場合に解除権を與ふるときは請負人が多大の損失を被るのみならず一般經濟上よりするも損害尠からざるを以てなり。從て又此の例外規定は反對の意思表示を以て之が適用を排除すること能はざる強行法規に屬するものと解すべきものとす(註二)。

右解除権は(一)仕事の目的の瑕疵が注文者より供したる材料の性質又は注文者の與へたる指圖に因りて生じたる時(二)當事者が無擔保の特約を爲したるときは發生することなく、唯(一)の場合に於ては請負人が其の材料又は指圖の不適當なることを知りて之を告げざりし場合に於て又(二)の場合に於ては請負人が知りて告げざりし事實に付其の責任を免るることを得ざるの結果注文者は解除権を有するに至る(六三六條)(綜合二一四四頁以下参照)。

(註一) 瑕疵が重大にして且追完不能なるときは直に契約の解除を爲し得べく、之に反し瑕疵は重大なりとするも其の追完可能なる場合に於ては第五四一條の類推適用に依り相當の期間を定めて追完を催告したる後解除を爲し得るものと解すべし。

(註二) 此の點に付ては特約あらば之に従ふべきものと爲す反對説あり(綜合二一四六頁註四参照)。  
(2) 請負人が仕事を完成せざる間は注文者は何時にても損害を賠償して契約の解除を爲すことを得(六四一條) 注文者が此の解除権を有するが爲には唯請負人が未だ仕事を完成せずと云ふ消極的事實あるを以て足り、請負人に過失あると否と請負人が既に仕事に著手したると否とは之を問ふことなし(註一)(註二)。而して此の解除権の存續期間は請負人が仕事を完成せざる間なり。請負人が目的物を作成したるも未だ之が引渡を爲さざる場合と雖既に仕事の完成ありたるものと認むべく、既に仕事の完成ありたる以上は假令其の引渡又は所有權移轉前と雖解除権なきものと解せざるべからず。

右の解除と第五四一條に依る解除との關係に付ては解釋上議論の岐るる所にして、或は(一)此の兩者は別物なれども第六四一條は解除の爲特殊の要件を要求せざるが故に第五四一條に依りて爲したる解除が無効なる場合に於ても之を第六四一條に依りて有效なりと主張するを得蓋し注文者は結局契約の解除を欲するものなればなりと主張し、或は(二)此の兩者は別個のものなるを以て第五四一條に依りて爲したる解除が請負人に債務不履行なきが故に無効なる場合に於ては第六四一條に依る解除としても無効なりと爲すなり(註三)後説に贊す(綜合二一四六頁以下参照)(註四)。請負人の右解除の方法に付ては兩説ありて或は單純なる意思表示を以て之を爲すことを得るものと爲し(註五)、或は買戻又は手附の場合の如く提供を爲すことを要するものと爲すなり。注文の文詞よりすれば損害賠償の提供を以て解除の要件と爲すが如き觀ありと雖、解除前に損害賠償を算定して其の金額を提供することを要するものと爲すは解除をして甚しく困難ならしむるものなるを以て、曩に述べたる第



五六二條第一項の場合と同様に解するを相當とし、從て右前説を正當とす(綜合一四五八頁以下參照)。

(註一) 大審院判例は債務不履行を要件とせず(大正七年二月二〇日民錄二四輯三四九頁)。

(註二) 此の解除權を認めたる立法上の理由は、注文者に於て最早仕事の完成を欲せざるに拘らず契約の繼續を強制するは注文者に酷なるのみならず一方請負人は損害賠償請求權を有するを以て此の解除權の爲に不利益を被ることなきに由るなり。

(註三) 明治四四年一月二五日大判民錄一七輯八頁。

(註四) 昭和七年四月三〇日の大審院判決は、民法第六四一條に所謂仕事の完成とは必ずしも全部工事完成に限らず、凡そ其の給付が可分にして當事者が其の給付に付利益を有するときは既に完成したる部分に付ては解除し得べからず唯未完成の部分に付所謂契約の一部解除を爲し得るに止まるものと解すべきなりと判示す(大判民錄一〇卷七八〇頁)。

(註五) 明治三七年一月一日大判民錄一〇輯一二〇一頁。

(3) 注文者が破産の宣告を受けたるときは請負人又は破産管財人は契約の解除を爲すことを得(六四二條一項) 注文者が破産の宣告を受けたるときは請負人又は破産管財人は契約の解除を爲すことを得べく、此の場合に於ては請負人は其の既に爲したる仕事の報酬及其の報酬中に包含せざる費用に付財團の配當に加入することを得るものなることは民法第六四二條第一項の規定する所にして、即ち民法は請負人に仕事未完成なるに拘らず既に爲したる仕事の割合に應ずる報酬請求權及報酬に包含せられざる費用の償還請求權を認めたり。其の報酬に包含せざる費用の意義に付ては疑ありと雖、解除に至る以前既に爲したる仕事に應ずる報酬中に包含せられざる費用を云ふと解するを正當とす。故に仕事未了の部分に付既に支出したる費用例へば仕事續行の爲に材料を

運搬したる費用の如きを云ふ(綜合一五四〇頁參照)。

而して請負人が叙上償還請求權たる債權の辨濟を受けたるときは其の既に爲したる仕事の目的物を注文者に引渡さざるべからず。故に右の場合に於ける所謂解除のみは所謂契約の告知(解約)を意味するものと解せざるべからず(註一)(註二)。尙此の場合に於ては各當事者は相手方に對して告知(解約)に因りて生じたる損害の賠償を請求することを得ず(六四二條二項)。

(註一) 昭和六年一月二八日大判(民)法律新聞三三四七號一〇頁。

(註二) 余は曩に民法第六四二條に於ける解除も亦其の性質一般解除と異らざるものと解したるも(綜合二一四四頁一四七頁) 今茲に之を訂正す。

## 第一款 委任

### 第一節 委任の意義及性質

總説

一總説

委任(Auftrag)とは當事者の一方が法律行爲を爲すことを相手方に委託し相手方が之を承諾することに因りて成立する契約を云ふ(六四三條)。法律行爲を爲すことを委託する者は之を委任者と云ひ之を承諾する相手方を受任者と稱す。

我民法は右委任の外當事者が法律行爲に非ざる事務を相手方に委託し相手方が之を承諾することに因りて成立する場合の所謂準委任なるものを認め之に委任に關する規定を準用すべき旨を規定するを以て(六五六條)、此の



場合をも包含せしめて廣く委任と云ふときは當事者の一方が法律行為其の他の事務の處理を爲すことを相手方に委託し相手方が之を承諾することに因りて成立する契約を云ふと定義することを得べし。

(1) 委任は諾成契約にして不要式契約なり 委任は委任者と受任者との意思の合致のみに因りて成立する契約なるを以て諾成契約なり。而して其の意思表示には別段の方式を必要とせざるを以て不要式契約なりとす。通常委任契約ありたる場合に於て委任狀を作成交付すれども該委任狀の作成交付は固より委任契約成立の要件に非ず。

(2) 委任は本來無償契約にして片務契約なり 委任の成立には本來委任者が何等の反對給付を爲す義務を負担することを要件とせざるを以て本來無償契約なりと雖、無償なることが委任の必要的條件に非ざるを以て委任者は受任者に對し報酬を支拂ふことを約するを妨げず。若し當事者が委任事務處理の對價として報酬を約したる場合に於ては委任は有償契約と爲る、從て又委任は本來片務契約なるも之を雙務契約と爲すことを得べし。尤も當事者が報酬を對價とせず單に負擔と爲す意思を有するに過ぎざる場合に於ては該委任は負擔附無償契約なりとす。

羅馬法に於ては無償を以て委任の特徴と爲し近世の法制中にも亦之に倣ひ無償なるの點を以て雇傭又は請負と委任とを區別すべき特質と爲したるものあれども(例へば獨逸民法第六六二條の如し)、我民法は之に據らず無償を以て委任の特質と爲さず當事者間に特約なき限り委任は無償なりと爲すに止めたり(六四八條一項參照)。報酬の特約は必ずしも明示たるを要せず契約當時に於ける諸般の事情に徴し報酬を支拂ふべき特約ありと認め得らるれば足るものとす。尙固より報酬は費用の支拂と區別すべく、費用支拂の義務は事務處理の義務と對價

的關係に立つものに非ざるを以て假令費用支拂の義務を負担することあるも委任が有償且雙務の契約と爲らざるは勿論なりとす(綜合5四〇九頁以下參照)。

(3) 委任は狹義に於ては法律行為を爲すことに依り廣義に於ては法律行為其の他の行為を爲すことに依りて他人の事務を處理することを約する契約なり 純然たる委任の目的たる委任事務は法律行為を爲すことに在り。委任事務が法律行為を爲すことに限るや否に付ては學說立法例一致せず。我民法に於ては委任事務は原則として之を法律行為に限るの主義を採りたるを以て此の點に於て勞務を供することを目的とする雇傭契約と區別し得るが如しと雖、民法は其の第六五六條に於て法律行為に非ざる事務の委託に付所謂準委任として委任に關する規定を準用し居るを以て、勞務を供して法律行為以外の事務の處理を爲すことも尙廣義に於ける委任に屬するにより、單に委任事務が法律行為を爲すことに在りとの點を以て雇傭又は請負と委任とを區別すべき特質と爲すことを得ず。契約の物體が法律行為なることは唯委任と準委任とを區別する標準と爲るに過ぎず。

我民法は叙上の如く純然たる委任と所謂準委任とを區別し、前者は其の目的たる事務の處理が法律行為を爲す場合に於て後者は法律行為に非ざる事務の處理を其の目的とする場合之に該當すれども、茲には之を總括して説明を試みんとす(綜合5四一〇頁以下參照)。

(イ) 委任の目的たる事務の處理は委任者又は第三者の事務の處理なることを要す 故に受任者自身の事務の處理に付ては委任の生ずることなし。斯の如き事務の處理を委託する場合に於ては或は債務を生ぜざる助言又は忠告たるに止まることあり。獨逸民法に於ては其の第六七六條に於て此の助言に従ひたるが爲に生じたる損害の賠償に付助言者は其の責に任ぜざるものと爲し唯契約關係又は不法行為に因りて生じたる責任は之を負



擔せざるべからざることを規定せり。我民法に於ては此等助言に關し何等の規定を設けずと雖亦右獨逸民法と同様に解釋して可なりと信ず。尙當事者が債務を發生せしむる意思を以て前叙の如き事務の委託を爲したる場合に於ては、尙委任と異りたる一種の無名契約を生ずるに止まり、從て委任の規定の適用又は類推適用なきは勿論なりとす。尤も委任の目的たる事務が委任者又は第三者の事務なる以上其の事務が同時に受任者の共同の事務なることは之を妨げず。例へば委任者と受任者との共同生活の爲に借家契約を爲すことを委任したる場合の如き是れなり。

所謂事務とは何を云ふやに付ては議論の存する所にして、或は(一)委任の物體は法律行爲又は法律行爲近似の其の他の事務を云ふと爲し、或は(二)法律上及經濟上の意義ある行爲にして且特定の目的を有するものを云ふと爲し、或は(三)一切の法律上及事實上の行爲を指すと爲すなり。(三)の説を正當とす。委任の物體たる事務が自己の事務なりや他人の事務なりやを定むる標準に付ては從來學者間に議論の存する所なるも、要するに其の事務の性質及當事者の意思を解釋して之を決すべきものにして、事務處理に基く利益が何人に歸屬するか依りて決定すべきものに非ず。事務處理の結果として生じたる利益が受任者に歸屬するも之が爲委任たることを妨げず。例へば擔保の爲にする取立委任株式名義書換の委任等の如き是れなり。

(四)事務處理の觀念 事務の處理とは處理を爲す者に於て其の手段方法等に付多少自己獨立の裁量に依りて事務を處理整理することを云ふ。尤も自己獨立の裁量と云ふも絶対に獨立不羈なることを云ふに非ず多少他人の指圖の加はることも亦固より妨げず。之れ多少自己獨立の裁量に依りと云ひたる所以なり。處理せらるべき事務が法律行爲なるときは該委任は純然たる委任(狹義の委任)にして法律行爲以外の事務なるときは所謂準

委任なり。然れども或事務の委託が委任又は準委任なりや疑はしき場合往往にして之れなきに非ず。事務には性質上何人の事務たることをも得る場合と然らざる場合とあり。前者の場合例へば物品購入の如き事務の委託に在りては之を委任者の事務と爲したる場合即ち委任者の計算に於て購入せしめたる如き場合に於ては委任と爲るも、受委者の計算に於て購入せしめたる如き場合に於ては委任と爲ることなし。事務は一個の法律行爲又は非法律行爲なることあり數個の法律行爲又は非法律行爲なることあり又多數の法律行爲及非法律行爲の綜合なることあり、其の孰れなるやは固より之を問ふ所に非ずと雖該事務は特定し得べきものならざるべからず。法律行爲は委任の物體と爲り得るを原則とするも婚姻養子縁組等の如き親族法上の行爲は例外として委任の物體と爲ることを得ざるものとす。事務は作爲に限るや不作爲たることを得るやに付ては疑なきに非ずと雖忍容其の他の不作爲が他人に依りて行はれ得る場合に於ては之を委任の物體と爲し得るものと解するを正當とす。受任者が委任事務を處理するに付ては委任者の名に於て之を爲すことを得べく又自己の名に於て之を爲すことを妨げず。何となれば委任は法律行爲又は其の他の事務の處理を相手方に委託するを以て足り委任者の名に於て之を爲すことを其の要件と爲さざるを以てなり(綜合5四一四頁以下参照)。

(4)委任は法律行爲(狹義の場合)其の他の事務(廣義の場合)の處理の委託に對し受任者に於て之を承諾する契約なり 蓋し委任に於ては受任者に對して委託せられたる法律行爲其の他の事務の處理を爲すべき義務を負擔し此の義務は委任契約の實質を爲すものなるを以て、此の義務を負擔すべき受任者の承諾を必要とするは當然なりとす(綜合5四一六頁参照)。

二委任と代理權授與雇傭等との關係

委任と代理權授與雇傭等との關係



委任は代理を伴ふことあり又之を伴はざることもあり。委任の趣旨が委任者の名に於て法律行為を爲すに在るときは通常代理を伴ふものとす。委任と代理の關係に付ては既に代理を説明する際述べたる如く(別巻第一民法總論下一五一頁以下)(綜合五・一八五頁以下参照)委任は委任者及受任者間に於て委任せられたる法律行為を爲すべき債權債務の關係を生ずることを其の内容とするものにして法律行為の效力を直接に本人に歸せしむることを得べき資格即ち代理權其のもの成立を其の内容とするものに非ず、從て委任と代理權授與行為とは其の性質を異にす。而して代理に付ては民法第一〇二條に於て「代理人ハ能力者タルコトヲ要セス」と規定せるも、委任は債務を生ぜしむる法律行為なるを以て受任者が能力者たることを要するは勿論にして、無能力者なるときは固より之が取消を爲し得るものと解せざるべからず。

叙上の如く委任に於ては假令其の委任の目的は委任者自ら之を決定するも其の目的を達する爲の事務の處理は受任者の獨立裁量に依りて之を爲すことを得るものなるを以て、委任は當事者の信任關係に基くものと云はざるべからず。從て此の點に於て勞務者が使用者の指揮監督の下に勞務に服する雇傭とは異なる。又請負に在りては其の事務處理の結果たる仕事の完成を目的とし其の仕事完成するに非ざれば全然履行ありと爲すことを得ず從て其の報酬の請求を爲し得ざるに反し、委任に在りては唯一定の目的に従ひ事務の處理を爲すこと自體を目的とし其の仕事の結果を目的とするものに非ず、從て苟も一部にても事務の處理あらば委任に基く債務は其の一部の履行ありたるものと云ふことを得べく、受任者は其の履行の割合に應じて報酬の請求を爲し得るなり(六四八條三項參照)(綜合五四一・六頁以下參照)。

## 第二節 白地委任

白地委任とは委任者が委任契約の内容を確定することなく其の確定を受任者に一任する場合(委任事項白地)及委任者が受任者を確定することなく其の選定を第三者に委ね又は白紙委任狀を交付することに依り不特定人に對し委任の申込を爲す場合(受任者白地)の委任を云ふ。而して委任者が受任者を確定することなく其の選定を第三者に委ねる場合の白地委任は例へば株主總會に於ける議決權行使の爲に會社に對し白紙委任狀を交付する如き場合に於て生じ又白紙委任狀を交付することに依り不特定人に對し委任の申込を爲す場合の白地委任は例へば記名株式の讓渡又は電話使用權の讓渡に添附して白紙委任狀を交付する如き場合に於て生ずるものにして、此の後の場合に於ける白地委任の場合に於ては權利は白紙委任狀と共に轉轉するものとす。委任事項白地の場合に於ては特に説明すべき問題なく、唯此の場合の委任は受任者に於て委任事項を確定し得る權利を有するの點に於て通常の委任と異なるに止まり、委任契約は委任者と委任事項の確定を一任せられたる受任者との間に成立するものとす。受任者の選定を第三者に委ねる白地委任に在りては通常白紙委任狀を交付することに依りて爲され、此の場合に於ては右白紙委任狀の交付を受けたる第三者の選定したる者に委任を爲すべき意思を表示したるものにして(委任の申込)、第三者が受任者を選定し其の者が之を承諾したるとき即ち白紙委任狀に氏名を補充したるときに其の者との間に直接に委任契約成立するものにして、此の委任は所謂復委任とは異なる。而して此の場合の白地委任に付特に注意すべきことは、(一)委任者は任意に其の委任の申込を撤回することを得ず、又(二)受任者の選定を委ねられたる第三者は信義誠實の原則に従ひ公平に受任者の選定を爲さざるべからざること是れなり。白紙委任狀



を交付することに依り不特定人に對し委任の申込を爲す場合例へば記名株式譲渡の目的を以て名義書換の用に供する爲受任者の氏名の記入なき白紙委任状を株券に添附して交付する如き場合に於ても亦委任者は任意に其の委任の申込を撤回することを得ず。蓋し此の場合に於ける委任の申込は白紙委任状を以て之を爲すことを要し受任者が白紙委任状に署名することに依りて承諾の意思を表示し之に因りて委任契約が成立するものと解すべく従て此の場合の委任契約は要式契約なるを以て、委任者が一旦白紙委任状を交付したる以上は其の委任状を取戻すか又は之を破毀するに非ざれば委任の申込を撤回し得ざるは勿論なればなり(註)。

(註) 學者或は此の點に關し、委任契約の内容を豫め委任者に於て確定することなく之が確定を受任者に委ぬる場合又は委任契約上受任者の有すべき權利を受任者の欲する第三者に譲渡し得べき權限を受任者に與ふべき明示又は默示の特約ある委任(例之記名株式の名義書替を委任し又は不動産の賣主が登記を委任する場合)を白紙委任と云ふ、前者に付ては特に論ずべき問題なしと雖後者に付ては左の諸點が特に注意せらるべきものなり(イ)委任者は任意に委任の解約を爲すを得ず(六一條參照)、(ロ)受任者は任意に其の權利を第三者に譲渡することを得、(ハ)受任者が其の權利を第三者に譲渡したる場合には受任者の權利は消滅して第三者と委任者の間に直接に委任關係を發生すと主張す。

### 第三節 委任の效力

#### 第一項 受任者の權利義務

費用償還請求權

##### 一 費用償還請求權

民法は受任者が委任事務を處理するに必要と認むべき費用を出したるときは委任者に對して其の費用及支出の日以後に於ける其の利息の償還を請求することを得る旨を規定せり(六五〇條一項)。之れ蓋し受任者は委任者の爲事務を處理するものなるを以て特約の存在等特別の事情なき限り委任者をして受任者が事務の處理に必要と認めて支出したる費用の返還を爲さしむるを相當としたるに由るなり。而して其の償還を求め得る費用は受任者が善良なる管理者の注意を以て判断したる結果委任事務處理の爲必要なりと認めたるものなるを以て足り、必ずしも事實上委任事務處理の爲に必要なりし費用に限るものには非ず(綜合一五四一頁參照)。

費用前拂請求權

##### 二 費用前拂請求權

受任者は叙上の如く其の支出したる費用の償還を請求する權利を有すれども、本來受任者は委任者の利益の爲其の事務を處理するものなるを以て、其の委任事務を處理するに付費用を要するときは委任者をして受任者の請求に因り其の前拂を爲さしむるを相當とし、民法は委任者に其の前拂を爲すべき義務を認むることに依り受任者に其の前拂請求權を附與せり(六四九條)。然れども此の權利を附與せる第六四九條の規定は固より強行法規に非ざるを以て之と異なる特約を爲すことを妨げず。

委任者の費用前拂義務と受任者の委任事務處理の義務とは雙務的關係に立たざるを以て固より所謂同時履行の抗辯權成立することなしと雖、其の費用が事務處理の爲必要なるものなるときは其の支拂を受くるまで委任事務を處理せざるは即ち正當の理由に基くものなるを以て履行遲滯の責任を生ずることなし。之に反し委任者は受任者が未だ委任事務の處理を爲さざるを理由として此の費用前拂の請求を拒絶することを得ざるものとす。委任者が此の前拂を爲さざるときは訴に依りて之を強制することを得べし(綜合一五四一頁以下參照)。



受任者が委任事務を處理するに付必要なる費用として前拂を請求し得るものは受任者の旅費通信料等純然たる委任事務の處理に必要な費用に限らず、委任事務處理の爲に必要なときは其の處理すべき契約上必要なる金銭も亦之を包含するものとす(註)。

(註) 同題旨大正七年二月一三日大判民録二四輯二五四頁。

債務辨濟請求權

三債務辨濟請求權

民法は受任者が委任事務を處理するに必要と認むべき債務を負擔したるときは委任者をして自己に代りて其の辨濟を爲さしめ又其の債務が辨濟期に在らざるときは相當の擔保を供せしむることを得る旨を規定せり(六五〇條二項)。此の規定を設けたるは之れ亦費用償還の場合と同様特約の存在等特別の事情なき限り委任者として受任者が事務の處理に必要と認めて負擔したる債務を其の辨濟期に在ると否とに依り自己に代りて辨濟せしむるか或は相當の擔保を供せしむるを相當としたるに由るなり(註)。

(註) 此の辨濟請求權は受任者が委任事務處理の必要上負擔したる債務の免脱を請求するものにして自己に對して一定金額の支拂を請求する權利に非ざるを以て、其の權利の性質上委任者が受任者に對して有する一定の金錢債權と相殺を爲すに適應せざるものと解するを相當とす(大正一四年九月八日大判民集四卷四五八頁)。但し此の點に付ては反對説ありて、實質的に觀れば此の代辨濟を爲すべき義務は立替費用償還義務と本質を同うし、委任者は受任者に給付を爲し其れを以て第三者に辨濟を爲さしめても可なるが故に、委任者は受任者に對する債權と此の受任者の請求權とを相殺するも可なるものと解するを妥當とすと主張す。

損害賠償請求權

四損害賠償請求權

受任者が委任事務を處理する爲自己に過失なくして損害を受けたるときは委任者に對して其の賠償を請求することを得べし(六五〇條三項)。而して右損害は受任者の委任事務處理の爲生じたることを要し委任事務處理の際に生じたる損害を包含せず。然れども其の損害は必ずしも委任者が其の發生を豫見し又は豫見し得べきものなることを要せず、苟も委任事務を處理する爲に生じたる損害なる以上其の原因が委任者の指圖其他委任者の過失に基因すると否とは之を問ふことなし。即ち此の賠償請求權は無過失損害賠償請求權に屬するなり(綜合一四六四頁參照)。叙上の如く右損害賠償請求權は受任者が委任事務を處理する爲自己に過失なくして損害を受けたるときに發生するものなるを以て、受任者が事務處理の方法を誤り又は其の損害を受くるに付過失ありたる場合には賠償請求權なきは勿論なり。

叙上損害賠償請求權に對する委任者の賠償義務を結果責任と爲したる根據如何に付ては議論の岐るる所に於て、或は其の損害は委託關係より生じたるものにして委託を爲したる委任者に於て之を賠償すべき默約委任契約中に存するものと認めざるべからず、故に此の場合に於ける損害賠償は不法行爲に基因せず又公平の觀念を基礎とする法律の恩典に基因するに非ずして當事者間の契約關係に基因するものなりと主張し、或は委任者は自己の事務處理の爲他人を利用して利益を受くるものなれば其の處理の爲他人の被りたる損害に對して絶對的に責任を負ふは當然なりとの思想に基くものなりと爲す。後説に贊す。

五有償委任の場合に於ける報酬請求權

有償委任の場合に於ける報酬請求權なり。報酬の内容に付ては何等の制限なし、故に必ずしも金錢たることを要せず有價證券の交付又は其の他の給付にても可なり。然れども勞務の給付又は物の

有償委任の場合に於ける報酬請求權



使用利益を以て對價とするときは雇傭又は貸借と委任との混合契約と爲るを以て(註一)單純なる委任たるを得ず。報酬額に付ても亦特別の制限なしと雖、暴利行爲と認めらるる程度に達するときは報酬の特約は無効と爲るものと解せざるべからず(註二)。尙報酬額は當初より確定することを要せず慣習其他當事者間に存する諸般の情況に依り確定し得るを以て足るものとす。報酬支拂の方法及時期に付ても亦何等の制限なきを以て一時拂たると定期拂たるとを問はず。但し特約なき場合に於ては受任者は委任履行の後に非ざれば報酬の請求を爲すことを得ず、又期間を以て報酬を定めたる場合に於ては其の期間經過後に於て始めて報酬を請求することを得るものとす(六四八條二項)。茲に所謂委任履行とは委任せられたる事務の處理を終りたるを云ふ。故に其の處理を終りたる以上未だ其の他の附隨的義務の履行を終らざる場合と雖尙報酬の支拂を請求することを得べし(註三)。

委任が受任者の責に歸すべからざる事由に因り其の履行の半途に於て終了したるときは受任者は既に爲したる履行の割合に應じて報酬を請求することを得べし(六四八條三項)。蓋し委任は事務の處理其のものを目的とし請負の如く結果の發生を目的とするものに非ざるのみならず、若し其の履行の半途に於て委任が終了したる場合に受任者は何等の報酬をも受け得ざるものとすれば受任者に對して過酷なる結果を生ぜしむることと爲るを以てなり(註四)。尤も此の點に付特約あらば之に従ふことを得るは勿論なり。委任が受任者の責に歸すべき事由に因りて終了したる場合に於ては委任者は報酬請求權を有せず。然れども報酬の支拂が定期的分割拂なる場合に於ては、假令委任が受任者の責に歸すべき理由に因り終了するも既に支拂はれたる報酬の一部は受任者に於て之を返還することを要せず。蓋し該報酬は履行の程度に應じたる報酬と觀るべきものなればなり。

(註一) 此の點に付ては或は、報酬は物の利用の許與にても可なりと主張する説あり。

(註二) 昭和二年一月一日大審院判例(民事部決定)は訴訟事件が三級審を経て確立するときは成功謝金が訴訟物の價額の九割なるが如き契約は原則として成立せざる旨を判示す(法律新聞二七八二號一一頁)。

(註三) 同趣旨明治三六年一〇月三十一日大判民錄九輯一二〇四頁。

(註四) 同趣旨明治三一年一月二四日大判民錄四輯一一卷六四頁。

告知權

六告知權

受任者は何時にても委任契約を解除(告知)することを得べし(六五一條一項)。此の告知權に付ての詳細は委任の終了に關する説明に譲る。

委任事務處理の義務

七委任事務處理の義務

受任者は委任の本旨に従ひ善良なる管理者の注意を以て委任事務を處理することを要す(六四四條)。而して此の事務處理の義務は委任が有償なる場合と無償なる場合とを問はず受任者の負擔する主なる義務なりとす。委任の本旨に従ひとは委任契約を爲したる目的に適するが如く事務を處理すべきことを云ふ。受任者が如何なる内容の事務處理の義務を負ふやは各場合に於ける委任契約の内容に依りて定まるものにして、事務處理の方法に關し委任者が指圖を爲したる場合には其の豫め爲されたと委任契約成立後爲されたとを問はず原則として之に従ふことを要するも、若し委任者が事情を知悉し居たらんには斯の如き指圖を爲さざりしことを認め得る場合に於ては受任者は其の指圖に従はざることを得べし。蓋し委任は信任關係に基くものなるを以て受任者は周到なる注意を以て其の事務を處理すべき義務あるが爲なり。従て又其の後の事情の變更に因り委任者の指圖



に従ふことが委任者に不利益と爲るに至れるときは、受任者は其の指圖に従ふことなく寧ろ其の指圖の変更を求め又之を求むる餘裕なきときは善良なる管理者の注意に基き臨機の處置を執るべき義務を負ふものと解すべし。

受任者は雇傭に於ける勞務者と同じく自ら委任事務を處理することを要するを原則とす。蓋し委任は當事者間の對人的信任關係を基礎とするものなればなり(註一)。尤も單純なる補助者をして事務處理の手段たる勞務を爲さしむるは之を妨げず(註二)。

委任は代理權の授與とは其の性質を異にし必ずしも之を伴ふものに非ざるも、受任者が委任事務處理の爲に代理權を授與せられたる場合には、第一〇四條の規定の適用に依りて委任者の許諾を得たる時又は已むことを得ざる事由あるときは復代理人を選任し得るのみならず、代理權を授與せられたる場合なると否とを問はず委任者の許諾あるときは他人をして委任事務の處理を爲さしめ得るは勿論已むことを得ざる事由ある場合に於ても亦第一〇四條の類推適用に依り第三者をして事務の處理を爲さしむることを得るものと解すべし。從て又此等復委任の場合に於ては受任者は第三者の選任及監督に付委任者に對して其の責に任ぜざるべからざるを原則とし、唯受任者が委任者の指名に従ひて第三者を選任したるときは其の不適任又は不誠實なることを知りて之を本人に通知し又は之を解任することを怠りたるに非ざれば其の責に任ぜざるものと解せざるべからず(二〇五條參照(註三))。尤も復委任は受任者と復受任者との委任關係にして復代理の如く本人の爲に本人の代理人を選任する行爲に非ざるを以て、其の法律効果が直接に委任者に歸屬すべき理由なく從て委任者と復受任者との間に直接の關係を生ずるものに非ざるが故に、第一〇七條第二項の規定は復委任には類推適用なきものと解する

を正當とす。從て委任者は唯第四二三條即ち債權者代位權の規定に依り復任者に對して事務の處理を請求し得るに過ぎざるものとす。

(註一) 此の點に付ては、委任が當事者間の對人的信任關係を基礎とすることを理由とする外尙復代理に關する第一〇四條の精神を委任に類推適用するを正當とすとの理由に依り、委任事務の處理は受任者自ら之を爲すを要すとの原則の存在を推論せんとする説あり。

(註二) 同趣旨大正三年三月一七日大判民錄二〇輯一八二頁。

(註三) 大審院判例は、復受任者が受領し消費したる金銭に付受任者は其の責に任ずべきものと爲せり(大正一〇年一月三日大判民錄二七輯一八九四頁)。

八 委任事務處理の報告義務

受任者は委任者の請求あるときは何時にても委任事務處理の狀況を報告し又委任終了の後は遲滯なく其の顛末を報告することを要す(六四五條)。但し此の規定は強行法規に非ざるを以て當事者は特約に依り報告の時期を定め又或は報告義務を輕減又は免除することを得べし。

九 金銭其の他の物の引渡義務

受任者は委任事務を處理するに當りて受取りたる金銭其の他の物及其の收取したる果實を委任者に引渡すことを要す(六四六條一項)。委任事務を處理するに當りて受取りたる金銭其の他の物とは受任者が第三者より受取りたる物のみならず委任者より受取りたる物をも包含す(註一)(註二)(註三)。又其の物は代理權を有する受任者が委任者の名に於て受取りたる物なると受任者が自己の名に於て受取りたる物なるとを問ふことなし。蓋し此等の

委任事務處理の報告義務

金銭其の他の物の引渡義務



物は名義の如何に拘らず委任者の爲に受取りたるものにして自己の爲に受取りたるものに非ざればなり。果實は天然果實たるを法定果實たるを問はず受任者が委任事務を處理するに當りて受取りたる金銭其の他の物より收取したるものは總て之を引渡すことを要す。然れども本條は果實を收取したるときは之を引渡すべきことを命ずるに過ぎざるを以て、受任者が果實收取を爲さざるも委任者は其の收取を怠りたる果實に相當すべき金額を請求することを得ず。故に又例へば金銭を受取りたる場合に其の受領の時より當然に利息を付することを要するものに非ず。尤も果實收取の委任もありたる場合には、受任者が懈怠に因りて收取せざりし果實に付ては債務不履行に因る損害賠償の責を負はざるべからず。

引渡の時期に付ては特別の規定なし。特約あらば之に従ふべきは勿論なるも、然らざる場合に於ては期限の定なき債務なるが故に第四一二條第三項の規定に則り受任者が委任者より履行の請求を受けたる時より遅滞の責に任ずるものと解すべく(註四)、若し何等の催告なき場合には委任事務終了の時に引渡を爲すべきものと解すべし。從て受任者の引渡義務の消滅時効は委任事務終了の日の翌日より進行するものとす(註五)。

叙上の如く受任者は委任事務を處理するに當りて受取りたる金銭其の他の物及その收取したる果實を委任者に引渡すことを要するを以て、其の受取りたる金銭其の他の物の所有權は委任者に屬するを原則とす(註六)。從て受任者が之を領得するときは横領罪を構成するに至るものとす(註七)(註八)。

(註一) 同題旨大正七年二月一三日大判民錄二四輯二五四頁、大正三年六月四日大判民錄二〇輯五五一頁。昭和十一年五月二七日大判民錄一五卷九二二頁。

(註二) 此の點に付ては或は、事務處理の爲に委任者より受取りたる物を返還すべきことは當然のことなるが故に、本條は唯

第三者より受取りたる物は委任者が實際之を受取るべき權利あるや否を問はず受任者より委任者に引渡すべきものなることを示したるものなりと主張し、或は事務處理の爲委任者より受取りたる金銭其の他の物も其の必要なに至りたる時は之を委任者に返還するを要するは勿論なるも、此の金銭其の他の物に付ては第六四六條第一項の適用なきものとす、蓋し此の場合は其の金銭其の他の物に付ては委任事務處理の爲處分し剩餘を生じたる時は之を委任者に返還すべきことの準委任併存し總て委託の範圍内に屬するものと解するを相當とすればなりと主張する説あり。

(註三) 委任者より受取りたる者とは例へば受任者が委任事務處理の爲に委任者より受取りたる旅費費用物品購入代金等にして其の使用残りの物の如きを云ひ、第三者より受取りたる物とは例へば受任者の爲に購入したる物品又は賣却したる代金等の如きを云ふ。

(註四) 此の點に付ては異説ありて、或は引渡の時期に付ては當事者任意の定を爲し得るを原則とするも意思不明なるときは(一)委任者事務處理の爲委任者より受取りたる物は委任終了後遅滞なく之を委任者に返還すべく(二)之に反し委任事務の處理に付第三者より受取りたる物は受領後遅滞なく之を委任者に引渡すことを要するものと解するを正當とすと主張し、或は特約あらば之に依り之れなきときは直に引渡すべきものと主張す。

(註五) 同題旨昭和三年五月二八日大判(民)大審院裁判例二卷三五頁。

(註六) 明治四五年一月二五日大審院第一民事部判決は、受任者が委任者の爲に受取りたる金銭は之を委任者に引渡すべき義務あること勿論なれば其の受取りたる金銭の所有權は委任者に屬するを以て原則とす(民法第六百四十七條)、受任者が委任者に引渡すべき金額を自己の爲に消費したるときは其の消費したる以後の利息を拂ふことを要すとの規定は藉りて以て此の理を闡明するに足る、何となれば若し委任者に引渡すべき金額の所有權受任者に屬して委任者に屬せざるものとせんか受任者が之を自己の爲に消費したりとて之が爲委任者に損害ありて之を賠償するは格別なれども毎に必ず利息を拂ふべ



を理あるべからざればなりと判示し(民録一八輯三五頁)、又昭和五年三月四日の大審院第四刑事部判決は、他人より金銭の取立を委託せられたる場合に事務處理の結果第三者より金銭を受取りたるときは特別の事情なき限り當事者間に於て其の金銭は特定物と爲り其の所有權は委任者に歸屬すべきを通例とするが故に之を委任者に引渡すことを要するものとす(判示(法律評論一九卷刑法二〇八頁))。之に對し學者或は、委任者の爲の金銭を受任者が擅に自己の爲に消費するは一種の背任にして又利得行爲なるを以て、利息を支拂ひ且其の爲に生じたる損害を賠償すべきは當然のことに屬す、從て此の規定より推して委任者に引渡すべき金銭の所有權が委任者に屬すと論ずるが如きは正鵠を得たるものに非ず、即ち金銭の所有權は其の占有者たる受任者に屬するも受任者は之を自己の爲に消費することを得ずと云ふことが此の規定の出發點と爲り居るに過ぎずと主張す。

(註七) 同趣旨昭和八年九月一日大判刑集一二卷一五九九頁。

(註八) 此の點に付學者或は、受任者は事務の處理に當りて受取りたる物を委任者に引渡すことを要するが此の場合に於ては其の物の所有權は委任者に屬するを常とす、從て金銭に付ても受任者が委任者の爲に受取りたる金銭の所有權は委任者に屬するを原則とすと解せられ居るも、併し金銭の所有權自體を問題とするならば、金銭の所有權は其の占有に融け込み金銭を占有する者が即ち金銭の所有者と爲るを原則とするを以て、受任者は受取りたる金銭其のものを引渡すことを要するものには非ずして夫れと同額の金銭を引渡せば足り、從て受任者が一時保管の爲に銀行に預金し置くが如きを妨げず、唯何時にても同額の金銭を引渡し得る状態に於て受任者は之を保有せざるべからざる點に於て恰も委任者が所有權を有するかの如き觀を呈すると共に現實に引渡の可能性が減少するときは刑法上横領罪を構成することとも爲るものとすと主張す。

權利移轉の義務

一〇權利移轉の義務

受任者は委任者の爲に自己の名に於て取得したる權利を委任者に移轉することを要す(六四六條二項)。受任者が代理權を有し本人の名に於て權利を取得したる場合に於ては代理の效果として受任者の爲したる行爲に因りて生じたる權利は當然委任者に移轉するも、代理權の授與なき委任の場合に於ては受任者は一度自己の名に於て取得したる權利を委任者に移轉すべき債務を負擔し、其の債務の履行として權利移轉行爲を爲すことに因りて該權利が委任者に移轉するものにして、本條項は此の場合を規定したるものなり。尤も代理權の授與なき委任の場合に於ても委任者及受任者間に豫め權利移轉に關する契約あるときは、該契約は受任者が權利を取得すると同時に當然其の效力を生じ權利は當然委任者に移轉するものとす(註)。

(註) 同趣旨大正七年四月二十九日大判民錄二四輯七八五頁、大正四年一〇月一六日大判民錄二一輯一七〇五頁。

利息支拂及損害賠償義務

一一利息支拂及損害賠償義務

受任者が委任者に引渡すべき金額又は其の利益の爲に用ふべき金額を自己の爲に消費したるときは其の消費したる日以後の利息を支拂ふことを要し尙損害ありたるときは其の賠償を爲すことを要す(六四七條)。受任者が委任者に引渡すべき金額又は其の利益の爲に用ふべき金額を自己の爲に消費するは背任又は横領の行爲なり。故に民法は特に受任者の故意又は過失を要件とせずして其の消費したる日以後の法定利息を支拂ふ義務を負擔せしめ且之が爲に委任者に法定利息以上の損害を被らしめたるときは受任者は其の損害をも賠償すべきものとせり。然れども法定利息以外の損害を賠償せしむる場合には委任者は其の損害の證明を爲さざるべからず。

第二項 委任者の權利義務



委任者は受任者に對し委任事務の處理を爲すべきことを請求し得べく、此の請求權は既に説明したる受任者の委任事務處理の義務に對應するものなり。委任は既に述べたる如く當事者間の信任關係に基くものなるを以て右事務處理の請求權は當事者間に特約なき限り之を他人に讓渡することを得ざるものと云はざるべからず(註)。

(註) 同趣旨大正二年三月三十一日法律評論二卷民法一二七頁。

二委任事務處理の報告を求むる權利金錢其の他の物の引渡請求權權利移轉を求むる權利利息及損害賠償請求權

以上の各權利は夫夫受任者の委任事務處理の報告義務金錢其の他の物の引渡義務權利移轉の義務及利息支拂及損害賠償義務に對應する權利にして、此等は受任者の權利義務を説明するに當り既に述べたる所なるを以て該説明に依りて了解せらるべし。

三費用償還義務費用前拂義務債務辨濟義務損害賠償義務有償委任の場合に於ける報酬支拂義務

以上の各義務は夫夫受任者の費用償還請求權費用前拂請求權債務辨濟請求權損害賠償請求權有償委任の場合に於ける報酬請求權に對應する義務にして、此等も亦受任者の權利義務を説明するに當り既に述べたる所なるを以て該説明に依りて了解せらるべし。尙右の外委任者は告知權を有するも之に付ては委任の終了に關する説明に讓る。

### 第四節 委任の終了

#### 委任終了の原因

##### 一 委任終了の原因

委任は契約の終了する一般原因例へば委任事務の終了委任事務の履行不能終期の到來解除條件の成就等に因りて終了する外左の事由に因りて終了するものとす。

(一) 委任者又は受任者の死亡 委任は性質上信任關係を基礎とするものなるを以て當事者の一方の死亡に因りて終了すべく(六五三條前段) 相手方が死亡の事實を知りたると否とは之を問はず。而して此の規定に反する特約の效力に付ては學者間議論の存する所にして、或は(1)之を有効と爲し、或は(2)之を無効と爲し、或は(3)此の特約と告知權拋棄の特約と結合せる場合には委任の性質に反するものとして無効と解すべきも然らざる場合に於ては有効と解すべきものと爲し、或は(4)之を原則として無効と爲す(註一)。惟ふに民法が委任者又は受任者の死亡を以て委任終了の原因と爲せるは前叙の如く委任は性質上信任關係を基礎とするものなるが故なり、然れば此の規定に反する特約は無効なるを原則とすれども、叙上信任關係に反せざる例外的場合に於ては右規定に反する特約を無効とすべき理由なきを以て斯る場合に於ては該特約の效力を認むるを相當とす。例へば或る特定の地位に在る者に或事務の處理を委任し又或は親子共に同様なる技能を有する場合に其の親に委任し前者の場合に於ては委任者後者の場合に於ては受任者死亡するも委任は終了せざる旨を夫夫約したる如き場合はれなり(註二)(註三)。

(註一) 大正六年七月一四日の大審院民事部判決は子孫に至るまで永久に委任を契約するは無効なりとせり(民錄二二三輯一四二三頁)。

(註二) 獨逸民法第六七二條第一項は我民法と正反對の主義を採り委任は特約なき限り委任者の死亡に因りて消滅せざる旨を



規定せり。

(註三) 大正八年四月九日大審院第三民事部決定は、講の代表者たる講長の資格にて講の債權行使を委任したるときは講長の職を退きたる以上委任關係は當然消滅する旨を判示し(民錄二五輯六六七頁)、學者亦或は、或信託會社の取締役又は講會の代表者等の如き特定の地位に在る者に委任したるときは、其の地位に重きを置けるものなるが故に個人たる取締役又は代表者の死亡に因りて委任の終了を來すことなしと雖、其の個人が當該の地位を去りたるときは其の者に付ては委任は終了するものと觀ざるべからずと主張す。

(二) 委任者又は受任者の破産 委任は信任關係を基礎とするが故に當事者の一方が破産したるときは終了す(六五三條前段)。然れども破産者と雖委任を受くることを妨げざるを以て、受任者が破産の宣告を受くるも委任は終了せざるものと爲す特約は有效なり。之に反し委任者が破産したる場合に於ては從來の委任關係を存続せしむることを得ずと爲す學說あるも、事務の處理が破産財團に關係なき事項に係る場合に於ては委任者破産するも委任を終了せしめざる特約の效力を認むるを正當とす(註)。

(註) 破産財團に關係なき委任の場合と雖特約なきときは委任は委任者の破産に因り終了するものとす。但し反對説あり。其の主張する所は、元來委任が委任者の破産に因りて終了すと爲す所以のものは其の委任事務が破産財團に關係するが故なり、假令委任者が破産の宣告を受くと雖其の委任事務が全然破産財團に無關係にして破産財團以外の財産に關係する場合の如きは其の委任關係を終了せしむべきものに非ざるなり、是れ破産者が破産宣告後に於ても破産財團に關係なき事項に付委任を爲し得るに見ても明なりと云ふに在り。

### (二) 受任者の禁治産

受任者が禁治産の宣告を受け後見に付せられたるときは委任は終了す(六五三條後

段)。此の規定の理由は委任者又は受任者の破産の場合に付述べたると同一なり。但し此の規定に反する特約は有效なり。而して本條が委任者の禁治産を委任終了の原因と爲さざりしは委任者が禁治産者と爲りたる場合には後見人が委任者たる義務を履行し得るが故に別に受任者に損失を與ふることなく又事務處理の妨とも爲らざるが故なり。

(四) 告知 委任は契約の告知に因り終了す。告知の一般原因は民法第五四一條以下の規定する契約解除の一般的原因なり。委任に特殊なる告知の原因は民法第六五一條に規定する所にして、即ち委任は各當事者に於て何時にても之を解除(告知)することを得るなり。蓋し民法は委任契約は當事者間の對人信用を根據とするものなるを以て當事者の意思に反して強て契約上の拘束を存続せしむることは契約の性質上適當に非ずと爲し何時にても告知を爲し得べきものと爲したるものなり。而して何時にても告知を爲し得ることを認めたるものなるを以て相手方の債務不履行又は已むことを得ざる事由等何等特殊の要件を必要とすることなし。故に若し第五四一條の規定に依り告知を爲したる場合に於て實際債務不履行の存在せざりしときと雖告知は尙第六五一條に依る告知として之を有效と認めざるべからず(註一)。民法第六五一條には解除なる文辭使用しあるも這は委任に基く繼續的法律關係を將來に向て消滅せしむる意味に於ける所謂告知たる性質を有するものなり(六五二條六二〇條)。

委任契約の告知を爲したる當事者は相手方に對し損害賠償の義務なきを原則とすれども、相手方の不利益なる時期に於て委任の告知を爲したるときは之に因りて生じたる損害を賠償することを要す、但し已むことを得ざる事由ありるときは賠償の責を負ふことなきものとす(六五二條二項)。而して茲に已むことを得ざる事由とは



其の事由あらば契約の告知を爲すも一般取引觀念上信義公平の要求に反せずと認むべき事實を云ふものと解すべく、其の事實の有無は個々の場合に付之を決することを要するも、一例を擧ぐれば受任者が疾病傷痕の爲委任事務の處理を爲すこと能はざるが如き場合は是れなり。尙相手方に不利なる時期と云ふは委任契約の告知に因り不利益即ち損害を被るべき時期を意味し、例へば委任者に付ては委任者自ら其の事務を處理すること能はず且他人をして遲滞なく之を處理せしむること能はざる如き場合に屬し、又受任者に付ては事務處理の爲遠く旅行中突然告知せられ歸途の費用に對する損害を受けたる如き場合に屬す。而して告知者が其の不利なる時期なることを知り又は知らざるに付過失あることを要するや否に付ては議論あり。或は(一)之を要せずと爲し、或は(二)疑問の餘地ありと雖法文上之を要すと解するの根據毫も存在することなしと爲し、或は(三)此の場合には特に無過失責任を認むべき妥當性あることなく又故意過失なきに拘らず其の解除に因りて生じたる損害は如何なる特別の事情に因る損害にても之が賠償の責任ありと爲すの到底懸常ならざるを思ひ且債務不履行及不法行為の場合との權衡を考ふれば知り又は知らざるに付過失ありたることを要するものとする法意なりと解するを正當とすも爲す。

此の損害賠償の性質に付ては議論較る。或は(一)委任契約は各當事者に於て何時にても解約することを得れども已むことを得ざる事由なきに相手方の爲に不利なる時期に解約することは對人的信用關係を基礎とする委任に於ては權利の濫用にして義務の違反なり、故に斯る解約者は義務不履行の責を負はざるべからず故に此の賠償は義務不履行に因る積極的利益の賠償にして消極的利益の賠償に非ずと爲し、或は(二)此の賠償も亦解約に因りて生ぜざる損害賠償なりと爲すなり(綜合一四八八頁參照)。

第六五一條に反する特約が有效なりや否や即ち同條は強行法規なりや否に付ては議論の存する所にして、或は(一)此の如き特約は原則として無効なるも委任が専ら受任者の利益を目的として締結せられたる場合(或は受任者が委任事務の處理に付正當なる利害關係を有する場合)には例外として之を有效と爲し(註三)、或は(二)同條は強行法規に非ざるを以て之に反する特約は其の公序良俗に反する特別の場合を除き原則として有效なるものとし而して債權擔保の目的を以てする債權取立の委任又は記名株式讓渡の場合に於ける名義書換の委任の如く受任者のみの爲にする委任に於ては特別の事情なくば委任者が其の解除權を拋棄する特約を爲せるものと爲し、或は(三)第六五一條の規定を強行法規なりと爲し、委任契約は委任者に依り解除せられ得ることを以て其の本質と爲すと同時に受任者が解除し得ることも亦其の本質に屬するものとし、委任者及受任者共に其の解除權を有効に拋棄し得ざるものと爲し、或は(四)此の告知權は豫め之を拋棄し得と爲すなり。(一)の説を通説とし余も亦此の説に賛す(註三)(綜合二一六九頁以下同三五七八頁以下參照)。

委任者の告知權拋棄が不當に委任者の權利を制限し受任者をして法律上享有し得べからざる利益を獲得せしむるを以て目的としたるときは、其の拋棄の特約は無効と解すべきものとす(註四)。例へば恩給金受領の委任を債務完済まで委任者に於て解除せざる特約の如きは無効なりとす(註五)(註六)。

(註一) 同趣旨大正三年六月四日大判民錄二〇輯五五一頁。此の點に付ては反對説ありて、第六五一條に依る解除としても效力を生ぜざるものと主張す(綜合二一七一頁註一參照)。

(註二) 大正四年五月一二日大判民錄二一輯六八七頁。

(註三) 民法第六五一條第一條の規定は受任者が委任者の利益の爲にのみ事務を處理する場合に適用あるものにして、其の事



務の處理が委任者の爲のみならず受任者の利益をも目的とするときは委任者は同條に依り委任を解除することを得ざるものと解するを相當とす(大正九年四月二四日大判民錄二六輯五六二頁、昭和七年三月二五日大判民錄一一卷四六九頁)。

(註四) 同趣旨大正三年五月二日大判民錄二一輯六八七頁、昭和七年五月一日大判(民)法律新聞三四一三號一〇頁。

(註五) 同趣旨昭和五年四月一日大判法律評論一九卷民法六六五頁、同七年六月一七日大判(民)法律新聞三四四八號一〇頁。同七年三月二五日大判民錄一一卷四六四頁。

(註六) 此の場合の告知權拋棄に付學者或は、斯る場合に委任と云ふは恩給法第一一條所定の如き禁制に反する結果をもたらすことを内容とする偽裝の契約にして其れ自體賄法行爲として當然に無効なるものなるが故に告知の問題を生ずる餘地なしと考へ得るも、假に夫れが委任として有效なりとするも、委任者の告知權拋棄が年金恩給等の擔保を禁ずる法規の精神に反し從て公の秩序に反するの故を以て無効とせらるべきは言を俟たずと主張す。

(五) 解除 民法第六五二條は貸借に關する第六二〇條の規定を委任に準用せり故に民法の規定上所謂委任の解除は將來に向てのみ其の效力を生ずるものにして所謂告知に該當するものなり。然れども右第六五二條の規定は第六二〇條の規定と共に非強行法規に屬するが故に當事者が特約に依りて適及效ある通常の解除權を留保するを妨げず。從て此の場合に於ては解除も亦委任契約終了の一原因なりと云ふことを得べし。

委任終了の場合に於ける損害防止

委任終了の場合に於て當事者が損害を被ることを防止する目的を以て民法は左の如く應急處分の義務及委任終了通知の義務に付特別規定を設けたり。

(一) 應急處分の義務 委任終了の場合に於て急迫の事情あるときは受任者其の相續人又は法定代理人は委

任者其の相續人又は法定代理人が委任事務を處理することを得るに至るまで必要なる處分を爲すことを要す(六五四條)。蓋し委任終了の原因發生したる場合に於て直に委任事務の處理を廢止するときは往往委任者に損害を被らしむることあるべきを以て、委任者保護の爲民法は受任者に應急處分の義務を負はしめたるものなり。而して此の應急處分の性質に付ては議論の存する所にして、或は(一)此の應急處分は前委任事務處理の繼續延長なりと爲し從て委任が有價なる場合には受任者は報酬請求權を有するものと爲し、或は(二)此の應急處分は前委任事務處理の繼續には非ざるも之に準し應急處分と認むべき範圍内に於ては委任關係の繼續中と同様の權利義務の存在を當事者間に認むべきものなりと爲し、或は(三)之を事務管理に類するものと解し從て事務管理に關する規定を類推適用して費用償還請求權のみを認むべきものと爲すなり。余は(一)の説に贊す(註)。

(註) 獨逸民法(六七二條六七三條)は委任終了に當り遲滞の爲委任者に危險を生ずる虞あるときは受任者は事務の處理を繼續することを要し且其の間委任は繼續するものと看做す旨を規定せり。

(二) 委任終了の通知義務 委任終了の事由は其の委任者に出でたると受任者に出でたるとを問はず之を相手方に通知し又は相手方が之を知りたる時に非ざれば之を以て其の相手方に對抗することを得ず(六五五條)。此の規定は委任の終了を知らざるが爲に被る損害を免れしむる爲委任終了の事由を生じたる當事者の一方に相手方に對する委任終了通知の義務を負はしめたるものなり。相手方に對抗することを得ずと云ふは委任終了の事由を生じたる當事者の一方より相手方に對して委任の終了を主張することを得ざるの意にして、相手方よりは委任の終了を否認することを得べく又或は之を主張することを得るものとす。而して右終了の通知は事實の通知にして所謂觀念の通知に屬し意思表示には非ず。



## 第二二款 寄託

### 第一節 寄託の意義及性質

#### 一 總説

寄託 (Verwahrung) とは當事者の一方が相手方の爲に保管を爲すことを約し或物を受取るに因りて成立する契約を云ふ(六五七條)。保管を託する者を寄託者と云ひ保管を約する者を受寄者と稱す。

(1) 寄託は要物契約なり 寄託は寄託者及受寄者間の合意に因りてのみ成立するものに非ず右合意の外尙受寄者が現實に目的物を受取ることに因りて初めて成立するものとす。羅馬法に於ては寄託は之を要物契約と爲したるも、獨逸普通法の下に於ては之が要物契約なりや諾成契約なりやに付議論岐れ要物契約說優勢にして獨逸民法(六八八條以下)佛蘭西民法(一九一九條)墺地利民法(九五七條)亦之に倣ひたるも、瑞西債務法は之を諾成契約と爲せり。我民法は亦右獨逸民法及佛蘭西民法の例に従ひ之を要物契約と爲したるも、諾成契約としての寄託を認め得ることは消費貸借の場合と同一なり(綜合五四一七頁以下參照)。

(2) 寄託は無償契約にして片務契約なるを原則とす 寄託の成立には寄託者が受寄者に報酬を支拂ふ義務を負擔することを要件と爲さざるを以て無償契約なるを原則とすれども、無償なることが寄託の必要條件に非ざるを以て、寄託者は受寄者に對し報酬を支拂ふことを約することを得べく此の場合に於ては寄託は有償契約と爲る。從て又寄託は原則として片務契約なるも之を雙務契約と爲すことを得べし。尤も當事者が報酬を對價

とせず單に負擔と爲す意思を有するに過ぎざる場合には該寄託は負擔附無償契約なることは委任の場合に付述べたると同様なりとす。

報酬の特約は必ずしも明示たるを要せず契約當時に於ける諸般の事情に徴し報酬を支拂ふべき特約ありと認め得らるれば足るものと解すべきは委任の場合と同じ。尙報酬は費用の支拂と區別すべきこと亦委任に付述べたると同様なりとす(綜合五四一八頁參照)。

(3) 寄託は不要式契約なり 寄託の成立に必要な合意には別段の方式を必要とせざるを以て寄託は不要式契約なり。

(4) 寄託は物の保管を目的とする契約なり 寄託は物の保管を目的とする契約なれども保管と共に他の事項を目的とする場合(例へば保管と共に勞務を供することを目的とする如き場合)に於ても尙之を寄託と見るべきや否に付ては議論の存する所にして、或は(一)契約の主要なる目的が保管に在りや否を標準として寄託なりや否やを決すべしと爲し、或は(二)理論上に於ては物の保管と保管以外の事項と併せて契約の目的たる場合には常に混合契約と爲るものにして、唯其の混合契約の中に就て保管が主要の目的たる場合には第一次に於て寄託に關する規定を類推適用すべく、然らざる場合には第二次に於て寄託に關する規定を類推適用すべきものと解すべしと爲すなり。(二)の說に賛す。尤も他の有名(典型)契約當然の效力として保管義務の生ずる場合に於ては、其の契約は固より寄託との混合契約を爲すものに非ず依然として其の本來の有名契約たる性質を失ふものに非ざるなり。例へば使用貸借貸借又は質契約に於て此等契約當然の效力として其の目的物保管の義務の生ずるが如き場合は是れなり。之に反し或有名(典型)契約に於て當事者の一方が附隨的に其の占有中の物を保管



すべき義務を負ふ場合に於ては此の義務は右有名契約當然の效力として生じ該契約中に當然包含せらるるものに非ざるを以て、其の保管義務に付ては寄託に關する規定の適用なく唯其の規定の類推適用を爲し得べきものと解せざるべからず。尙民法は寄託の場合に於て受寄者は寄託者の承諾あらば受寄物を使用し得ることを認むるを以て(六五八條一項)、保管が契約の主要なる目的にして唯附隨的に受寄者に物の使用を許可する場合の如きは我民法上尙一種の寄託なりと云はざるべからず(註一)。但し保管の爲に物の使用を必要とすることあり此の場合に於ては使用も亦保管行爲中に屬するものと云はざるべからず。茲に保管(Aufbewahrung)とは目的物を自己の所持に置きて之を保護し其の原狀を維持せしむることを云ふ。固より目的物を保存し管理するの意には非ず。故に目的物に付利用改良行爲を爲すことを得ず。尙保管は單に物を存置すべき場所を供することのみを云ふに非ず又必ずしも場所を供することを要せず。例へば不動産の保管の如き場合に於て然り。單に場所のみの提供を約するは之に因りて其の場所の賃貸借又は使用貸借を成立せしむることあるも寄託契約を成立せしむるものに非ず。如何なる行爲を爲すことに依りて保管を爲すべきやは目的物の種類性質數量及價格保管の目的及場所其他諸般の事情に依りて之を決すべく抽象的に決し得べきものに非ずと雖、要するに其の目的物の滅失毀損及紛失等を防止するを以て必要且十分なりと云はざるべからず。

寄託の目的物に付ては物たる以上何等の制限なく動産たると不動産たると代替物なると不代替物なるとは之を問はず。尤も寄託の目的物は之を動産に限ると爲す立法例多しと雖(獨逸民法六八八條、瑞西債務法四七二條一項、佛蘭西民法一九一八條、我舊民法財産取得編二〇六條)、我民法は壤地利民法(九六〇條)と同様之を動産に限ることなく目的物に付何等の制限を設けざりしものなり。尙寄託の目的物は必ずしも寄託者の所有物なることを要せず主張す。

受寄者の所有物たるも妨なし(註二)。盜品の寄託に付ては、學者或は之を原則として有效とし犯罪の發覺を防止する目的に付合意ありたるときは公序良俗に反するが故に無効なりと主張し、或は寄託の目的物は寄託者所有の物たることを要せざるも寄託者自ら正當に所持し得るものたることを要すと爲し盜品の寄託は無効なりと主張す。

「物ヲ受取ル」と云ふは受寄者が保管を爲し得べき状態に目的物を置かしむるの義なり。換言すれば受寄者が目的物の所持を得ることを云ふなり。而して受寄者が其の所持を取得する以上必ずしも直接に寄託者より之を受取ることを要せず寄託者の爲にする目的を以て第三者より目的物を受取ることも固より妨あることなし。受寄者が既に目的物を所持し居る場合に於ては更に現實に之が授受を爲すの必要あることなく此の場合に於ては所謂簡易の引渡(一八二條二項)に依りて寄託の成立するものと解する説あるも、此の場合に於ては簡易の引渡をも之を要せざるものと解するを正當とす。蓋し斯の如く既に受寄者が物を所持する場合に於ては寄託の物的要件(體素)は當初より具備し居るものにして此の場合更に此の物的要件を必要とせざるものと解するを正當とすればなり。所謂占有の改定(一八三條)に依りて寄託が成立するや否に付ては議論の岐るる所にして、或は物の賣主が爾後買主の爲其の物の保管を約する場合を舉げて占有改定に依る寄託の成立を主張し、或は受寄者たるべき者が既に目的物の所持を爲し居るときは之に因り既に寄託の物的要件(體素)は具備するを以て占有改定に依る占有の移轉を必要とする理由なく又占有改定に依りて受寄者たるべき者が間接占有を取得するも寄託の成立すべからざるは明なるを以て、占有改定に依る占有の移轉は寄託の物的要件たるに適せずと爲すなり。後説に賛す。



指圖に依る占有移轉に付ても亦右占有の改定に依る占有移轉と同様議論の存する所なるも、指圖に依る占有移轉は寄託の物的要件たるに適せざるものと解するを正當とす。尤も此の場合に於ても例外として寄託の成立し得ることあれども開は唯受寄者の承諾を得て現に物を所持する第三者をして物を保管せしむることを得る場合に限るものとす。叙上の如く「物ヲ受取ル」と云ふは受寄者が目的物の所持を得ることを指稱するものにして受寄者は固より所有権を取得するものに非ず。又我民法上占有若は占有権の取得には自己の爲にする意思を必要とするを以て(一八〇條)、無償の寄託の場合の如く受寄者に自己の爲にする意思なき場合に在りては受寄者に於て占有若は占有権を取得すべきに非ざること明なるにより、目的物の占有若は占有権の取得を要するものに非ざること勿論なり(註三)。唯有償寄託の場合に在りては、受寄者は保管の對價として報酬を受くるを以て此の關係上尙自己の爲にする意思を以て目的物を所持するものと云ふことを得べきにより、此の場合には受寄者は占有権を取得し得るものとす(綜合5四一九頁以下參照)。

(註一) 銀行の保護預契約(Safevertrag, Stahlkammervertrag)の性質に付ては争あり。學者或は、銀行の保護預に付ては争あるも一切の保護預の場合を貸借なりと爲すは正當に非ず例へば近來大銀行にて行ふ如く大金庫の一部の抽斗を利用せしむるは貸借なるも、通常の場合の如く有價證券貴重品を預くるは寄託と見るべきものにして混成契約にも非ずと主張し、或は、銀行は單に物の格納場所を供し唯其の開閉に付て協力するに過ぎざれば貸借と解するを正當とすと主張し、或は、結局は契約の解釋に依りて定まるべき問題なりと雖、例へば日本銀行保護預規程第一八條以下に依る披封保護預は純然たる寄託なるに反し封緘保護預(同第二七條以下)は貸借なりと解するを正當とす、蓋し前者に在りては保管場所の如何は契約の内容を爲さざるに反し後者は預主自ら銀行の備付けたる保護函を使用する契約にして銀行は直接保護函

の物品に對して何等の責任を負はざるものなればなりと主張す(綜合5四二二頁註六參照)。  
 (註二) 同趣旨大正七年五月二四日大判民録二四輯一〇〇八頁。  
 (註三) 此の點に付ては反對説ありて、寄託の成立には必ず寄託物の引渡を必要とす從て受寄者は常に受寄物の占有権を取得し之に依りて直接第三者に對して占有訴權を主張することを得と主張す(綜合5四二四頁註一八參照)。學者又或は、受寄者は寄託の有償と無償とを問はず後日返還義務を履行する爲には物を所持し居らざるべからずと云ふ意味に於て自己の爲にする意思を以て受寄物を所持するものと觀らるべきが故に常に占有者なりと主張す。

消費寄託又は  
不規則寄託

二消費寄託又は不規則寄託

消費寄託(Hinterlegungsdepot)又は不規則寄託(Uregelmässiger Verwahrungsvertrag)とは受寄者が受寄物を消費することを得べく受寄物と同種類同品等同數量の物を返還すれば其の義務を免るべき寄託を云ふ。例へば銀行に對する預金の如き是れなり。消費寄託は所謂混藏寄託(Dummeldepot)とは異なる。蓋し混藏寄託は數人より寄託せられたる代替物を混和して保管することを許され其の寄託を受けたると同一數量の物を混和物中より分割して寄託者に返還するを以て足る寄託を云ふものにして、受寄者に受寄物の消費を許したる寄託に非ざればなり(註一)。

消費寄託に在りては受寄者は通常の寄託の如く物を保管して其の物を返還すべき債務を負擔するに非ず其の受取りたる物と同種類同品等同數量の物を返還すべき債務を負擔するに止まるものにして、此の返還義務は消費貸借に於けると毫も異なる所なし。然れば民法は此の消費寄託に付ては消費貸借に關する規定を準用すべきものと爲し、唯契約に於て返還時期を定めざりし場合に於てのみ消費貸借と異り寄託者は何時にても返還を請求す