

目的物は、この契約が借用物の利用後に同一物を返還することを特色とする點からして、一般的には不代替物・非消費物である。

使用貸借の效力として、借主の負ふ義務の中心的なものは、借用物返還義務であつて、これは使用貸借の不可欠なる要素である(五九八條・五九七條・四八五條参照)。従つて、使用収益に當つては、目的物の性質によつて定まる用方に従ふべく、原則として、いはゆる轉貸をなしえない(五九四條)。

貸主の義務は物の使用収益を許容する義務である。この義務は賃貸借におけるが如き積極的義務ではなくて、消極的義務である。従つて貸主は修繕義務を負ふことはない。また、貸主は、原則として擔保責任を負ふこともない(五九六條・五五一條)。

第六項 賃貸借

第一目 賃貸借の意義

賃貸借といふのは、當事者の一方が相手方にある物の使用および収益をなさしめることを約し、相手方がこれに對して賃金を支拂ふことを約することによつて成立する契約である(六〇一條)。當事者を賃貸人および賃借人といふ。目的物は物である。しかし、物の使用収益がその内容であつて、賃借人は借りた物自體を返還せねばならぬのであるから、目的物は常に不代替物である。この點において、

賃貸借は使用貸借と共通性を有してはゐるが、賃金すなはち借賃の支拂といふことが要素となつてゐる點において、使用貸借とは異なる。しかし、現在における物の貸借にして、經濟的意義の顯著なもの、賃貸借であつて、他人の土地の利用についても、地上權や永小作權のやうな物權の設定によるよりも賃貸借によるものが著しく多いのである。しかも、土地と建物との賃貸借にあつては、賃借人の地位が、社會經濟上の理由に基いて、單純な債權者とは異つて、強く確保される必要がある。この點については、既に、特別法による賃借權のいはゆる物權化の傾向が押し進められたのである。この點については、既に、一言したところである(一三八頁以下参照)。従つて、ここでは、専ら、民法上の一般的賃貸借と特別法(借地法・借家法・農地調整法・建物保護法その他など)による賃貸借とに大別して、賃貸借法秩序を瞥見することによらう。

第二目 賃貸借の存續期間

甲 一般的賃貸借の存續期間

賃貸借の存續期間が定められる場合には、最長期間は二十年を超えることを得ない(六〇四條)。尤も、この期間の更新は可能である(六〇四條二項)。この制限の根據は、餘りに長期に亙る場合には、物の改良が怠られ勝ちとなつて社會經濟上の不利益の生じることと、且つその期間内における經濟事情の變動に適しなくなるといふ不都合とを除去する點に存するものの如くである。最短期については、何等の

制限もないから、當事者はどのやうにでも定めうる。尤も、たとへば建物の存続と兩立しえないやうな一年とか二年とかの土地の賃貸借の如きは、判例が言ふやうに、果して當事者がこれに拘束せられる意思を有してゐたか否かを諸般の事情を參酌して決定すべく、特別の事情のない限りは、その期間は地代据置期間であると解すべきであらう。

存続期間を定めなかつた場合には、各當事者は何時でも解約の申入（告知）をなしうる。しかしして、いはゆる告知期間の経過によつて賃貸借は終了する（六一七條）。なほ、民法は、處分の能力または権限を有しない者のなす賃貸借に關して、六〇二條の特則を設けてゐる。

乙 特別法上の賃貸借の存続期間

一 先づ第一は、借地法のそれである。借地法は、建物の所有を目的として他人の土地を賃借する賃借人をば地上權者と共に、借地權者として、特に厚く保護するのである（借地法一條）。——因みに、借地法（大正十年法律第四九號）は借家法（大正十年法律第五〇號）と共に、第一次ヨーロッパ大戦・世界大戦に續く社會的動搖期・變動期における住宅對策として立法（昭和十六年法律第五五號及び第五六號をもつてそれぞれ改正）されたものであつて、最初は専ら、六大都市の住宅難緩和を目的としたのであつたが、その後漸次にその施行地區を擴大し、遂ひに今事變下において、二度に亘つて、この施行地區を擴大し（昭和十四年勅令第八四號、昭和十五年勅令第六二一號）、遂ひに、全國的にその施行を見ることになつたのである（昭和十六年勅令第二〇一號）。

——借地權の存続期間は、いはゆる堅固な建物（石造・土造・煉瓦造など）の所有を目的とするものは六十年、その他の建物の所有を目的とするものは三十年をもつて原則とする（借地法二條）。しかも最長期間については制限がない。

二 次ぎに、借家法には、建物の賃貸借の存続期間自體については、特別規定はないが、いはゆる告知期間が民法

の三ヶ月が六ヶ月に延長され（借家法三條）、また一年未滿の期間を定めた賃貸借は期間の定なきものとされてゐる（借家法三條ノ二）。しかしして、賃貸人は、自ら使用する必要とかその他正當なる事由なき限り賃貸借の更新を拒みまたは解約の申入をなしえない（借家法一條ノ二）。

三 更に、農地調整法（昭和十三年法律第六七號）は耕作を目的として他人の土地（農地）を賃借する賃借小作人の地位をば、民法による賃借小作人の地位よりも強く確保しようとするのであつて、その存続期間については、農地の賃借人は、賃借人が有恕すべき事情がないのに小作料を滞納するなど信義に反した行爲をなさぬ限り、賃貸借を解約したり期間滿了後の更新を拒んだりすることができぬものとしてゐる（農地調整法九條）。尤も、小作地を宅地にするといふ風に土地使用の目的の變更または賃貸人の自作を相當とする場合など正當の事由のある場合にはこの限りではないから（農地調整法九條一項但書）、本法をもつて、耕作權が確立されたものと見るのは相當に無理があらう。

第三目 賃貸借の效力

第一 賃貸人の權利

賃貸人は賃金支拂請求權および交付した物の返還請求權を持つてゐる。これ等は、賃借人の有する賃金支拂義務および借用物返還義務に對應するものであるから、賃借人の義務といふ側面から考察する。

第二 賃貸人の義務

賃貸人は賃借人をして物の使用および収益をなさしめるといふ積極的義務を負ふ（六〇一條）。この積

極的義務は次ぎのやうな内容を持つ義務として現はれる。

一 賃借物引渡義務 これは、賃借人が賃借物を使用し収益しうる状態を作る義務である。従つて、占有を必要とする場合には賃借人は目的物を賃借人に交付することを要する。

二 修繕義務(六〇六條一項) 修繕義務は、妨害除去の義務と共に、賃借人をして目的物を利用せしめるために努力すべき積極的義務である。これは賃貸借契約に基因する賃借人の義務であるから、その義務違反の効果は、債務不履行に關する一般規定によつて定まる。従つて賃借人は、損害賠償請求権および解除権を有すべく、また、賃借人は賃借人がこの修繕義務の履行の提供をなすまで、同時履行の抗辯権によつて賃金の支拂を拒絶することをうる。尤もこの修繕義務に關する規定は強行規定ではないから、當事者間に特約がなされた場合にはそれに従ふ。

三 妨害除去の義務 民法上特別の規定はないが、判例は、修繕義務を認めるのと同じ理由によつて、賃借人はこの義務を負ふものとしてゐる。

四 擔保責任(五五九條) 第六〇六條は擔保責任に關する特別規定ではないから、賃借人が賣主と同じ擔保責任を有することは勿論である。従つて、賃借人は、賃借物に瑕疵ある場合には、第五六一條以下の規定によつて、損害賠償請求権または解除権を行使することを妨げられることはない。

五 費用償還義務(六〇八條) 賃借人が賃借物について支出した費用は、當事者間の特約ある場合にはこれに従ふも、特約のない場合には、賃借人は必要費および有益費について償還義務を負ふ。この義務に對應する賃借人の費用償還請求權については、使用賃借におけると同様に短期の除斥期間がある(六二二條・六〇〇條)。

第三 賃借人の權利

甲 一般的賃貸借における賃借權

賃借人の有する權利は、物の使用または収益をなす權利すなはち賃借權である。賃借權の性質に關しては立法例および學説は一致してゐない。ローマ法は賃借權をもつて債權であるとし、従つて賃借物の所有者に變更ある場合には賃借人はその所有者に對し賃借權をもつて對抗しえないとしたのである。この原則を稱して、『賣買は賃貸借を破る』といふのである。近世法は一般に、賃借人の占有權保護の立前から、ローマ法における債權説を修正しつつあるものの如くである。我が民法もまた、ドイツ法・フランス法など多數の立法例に従つて債權主義を採り、賃借人保護のために特別の規定を設けてゐるものの如くである。

賃借權は債權であつて物權ではないから、賃借人は、賃借權をもつて賃借物の第三取得者に對抗しえないのが原則である。ただ、民法は、不動産の賃貸借が登記された場合においてのみその後その不動産につき物權を取得した者に對しても、賃借權をもつて對抗しうるものとしてゐる(六〇五條)。しかしながら、實際上登記が行はれることは稀であるから、この規定は、實際には大した役割を果してはゐない。

動産賃借權も、また、不動産賃借權と同様に解すべきである。すなはち動産賃借權は債權であり、

賃借人が占有権を有する限りにおいて、その賃借権をもつて第三者に對抗しうべきものである。なほ船舶の賃貸借については商法第七〇三條の規定がある。

乙 特別法上の賃借権

一 先づ第一は、建物保護ニ關スル法律（明治四十二年法律第四〇號）（いはゆる建物保護法）による賃借権強化である。この法律は、日露戦争當時における好景氣に伴ふ地價暴騰を奇貨として地代値上の方策として廣く行はれるに至つたところのいはゆる地震賣買を抑壓することを目的として、制定されたものである。いはゆる地震賣買といふのは、他人の土地を賃借して建物を所有してゐる場合に、第三者がその土地を買つたと言つて建物の收去ならびに土地の明渡を請求すると、建物の所有者は土地の賃借権をもつてこれに對抗しえないから、その弱點を悪用して地代の値上げを策する方法である。この方策に出られると、建物は常に動搖せる土地の上に建てられてゐるやうなものとなり借地人の地位は極めて不安定なわけである。地震賣買と稱せられる所以はここに在るのであるが、このやうな不安定な状態から借地人を保護すべく立法されたものはいはゆる建物保護法である。かくて、建物の所有者はその建物についての登記さへあれば、借地についての登記はなくとも、その賃貸借をもつて第三者に對抗しうることになつたのである（建物保護法一條）。

二 借家法もまた、前述のいはゆる地震賣買と同様な方法でもつて貸主が借家人の立退きを請求することから生じる不安を除去し、借家人を保護する政策を制度化したのである。すなはち、建物の賃貸借はその登記はなくとも建物の引渡さへあれば、爾後その建物について物權を取得した者に對しても效力を生じるのである（借家法一條）。かくして、建物の賃借權については、占有の移轉だけでいはゆる排他性が與へられるといふ極めて強い物權化を見ることになつたのである（一七八條參照）。

三 農村の經濟更生および農村平和の保持を期するために農地關係の調整をなすことを目的として制定された農地調整法もまた、農地の賃貸借はその登記がなくとも、農地の引渡さへあれば、爾後その農地について物權を取得した者に對しても效力を生じることとし（農地調整法八條）、いはゆる賃借小作權の強化を圖つたのである。

四 このほか、地上權ニ關スル法律（明治三十三年法律第七二號）であるとか、借地借家調停法（大正十一年法律第四一號）

——因みにこの法律の施行地區もまた、借地法・借家法と共に、漸時その施行區域の擴大を見ることになつた（昭和十四年勅令第八六五號、昭和十五年勅令第六六二號）が、遂ひに、全國的に施行せられるに至つた（昭和十六年勅令第二〇一號）——なども、間接的にではあるが、賃借權強化のために作用しつゝあるのである。

第四 賃借人の義務

甲 一般的賃貸借における賃借人の義務

一 賃金支拂義務（六〇一條） 賃金すなはち借賃の支拂は賃貸借契約の要素の一つである。支拂の時期は、契約ある場合はそれによつて定まり、契約なきときは慣習によつて定まり、そのいづれによつても定まらない場合には第六一四條の所定の時期において支拂ふべきである。

賃借人が借賃の減額を請求しうる場合がある。すなはち次ぎの如くである。

1 収益を目的とする土地の賃借人が不可抗力によつて借賃よりも少ない収益を得た場合。この場合においてはその収益の額に至るまで借賃の減額を請求しうる（六〇九條）。但し宅地の賃貸借についてはこの限りではない（六〇九條但書）。この規定は第六一〇條と共に、賃借小作人にとつては酷に失する。

2 不可抗力による減収が二年以上に亘る場合。この場合には賃借人に對して當該年度における借賃の減額請求權のほか更に將來に對する關係において契約を解除することができる(六一〇條)。

3 物の一部が賃借人の過失によらずして滅失した場合。この場合には如何なる種類の賃借權たるかを問はず、賃借人はその滅失した部分の割合に應じて借賃の減額を請求しうる(六一一條一項)。また残存する部分のみでは賃借人が借賃をなした目的を達しえない場合には賃借人は契約を解除しうる(六一一條二項)。この場合における解除は、ただ將來に向つてのみ效力を生じるものであるから、告知である。

二 物の用方に従つて使用・収益をなす義務(六一六條・五九四條一項)

三 賃借物保管義務(四〇〇條) この義務に關聯して、賃借人は二つの従たる義務を負ふ。

1 賃借物が修繕を要する場合または賃借物について權利を主張する者ある場合の通知義務(六一五條)。

2 賃貸人の保存行爲を妨げない義務(六〇六條二項)。但し賃貸人が賃借人の意思に反して保存行爲をなさうとする場合には、これがために賃貸借をなした目的を達しえなければ、賃借人は契約を解除しうる(六〇七條)。

四 賃借權の讓渡をなさざるの義務(六一二條) 讓渡禁止の理由は、債務者(賃貸人)保護のためであつて、公益保護のためではないから、賃貸人の承諾があればこれを有効に讓渡しうることを勿論である。適法になされた讓渡は有效であつて、それ以後における賃貸借關係は、讓渡人がその地位から脱退して、讓受人すなはち新賃借人がその地位を承繼し、賃貸人との間に同一なる賃貸借關係を存続するものと解すべきである。不適法なる讓渡すなはち賃貸人の承諾なくしてなされたる讓渡の效力については、判例は、かつて、權利の賣買と同一視してこれを有効であるとした賃貸人においてその賃貸借を解除しうるに止まるものと解してゐたやうであるが、最近の判例は、一般に、賃貸

人の承諾なくしてなされた賃借權の讓渡はこれをもつて賃貸人に對抗しえないといふ原則を確立し、更に、この原則はたとへば建物保護法の如き特別法によつても變更を受けるものではないといふことを宣明してゐる。

五 賃借物の轉貸をなさざるの義務(六一二條) 賃借人は賃貸人の承諾がなければ賃借物を轉貸することを

えない。不適法なる轉貸の效力については、判例は、不適法なる讓渡におけると同一の過程を辿つてゐる。

不適法なる轉貸借が行はれた場合には、賃貸人は、第六一二條二項によつて賃貸借契約を解除しうるほかに、停止請求權・損害賠償請求權および不當利得返還請求權を有するものとせねばならぬ。但し損害賠償請求權には一年の除斥期間がある(六二二條・六〇〇條)。

適法になされた轉貸は、轉貸人と轉借人との間に賃借關係を成立せしめ、且つ賃貸人と賃借人との間の法律關係は依然として存続する(六一三條二項)ほかに、更に賃貸人と轉借人との間に法律關係を生じる。従つて、轉借人は賃貸人に對して直接的な義務を負ふ。そして、この場合、轉借人は、轉貸借契約によつて定めた支拂期以前に轉貸人に對してなした借賃の前拂をもつて、賃貸人に對抗しえない(六一三條一項)。

六 賃借物返還義務(六一六條・五九七條一項・五九八條)

七 賃借人の債務に對する特別擔保 法律が特に規定してゐる特別擔保は、先取特權と敷金とである。

1 先取特權。不動産の賃貸人には、借賃その他賃貸借關係から生じた賃借人の債務について、賃借人の動産の上に先取特權が與へられてゐる(三一二條—三二五條)。

2 敷金(六一九條二項但書)。敷金といふのは、不動産殊に建物の賃貸借において、賃借人の債務の擔保として豫め授受せられる金銭を意味するのであるが、その法律的性格ならびに效力については、從來、議論の存するところであ

ある。判例は、敷金なるものは賃借人がその債務を擔保する目的をもつて金銭の所有權を賃借人に移轉し、賃貸借終了の際において賃借人の債務不履行なきときは賃貸人はその金額を返還すべく、もし不履行あるときはその金額中から當然に賃料債務の辨済に充當せらるべきことを約して授受される金銭であると解し、いはゆる信託的所有權讓渡説を採つてゐる。これはまた、今日における通説的見解でもあつて、これは當事者の意思に最もよく合致し、敷金關係の説明としても極めて素直なものである。正當な見解であるとせねばならぬのである。それでは、賃貸人は、賃貸借存續中に、その敷金をもつて延滞賃料に充當しうるか。敷金は毎期の賃料その他の債務を擔保するものであるから、これが充當は賃貸人の自由であるとせねばならぬ。敷金は賃借人の債務を擔保するためにこれを交付するのであるから、たとへ敷金が授受されてゐる場合といへども、賃借人がその債務を履行しなければ債務の不履行を生じること勿論である。従つて、賃貸人は敷金をもつてこれに充てることなく、賃料の支拂を請求しうることは言ふまでもない。蓋し、賃借人が賃料の支拂を怠つた場合に、賃貸人が敷金をもつて賃料に充當するか否かはその權利であり、賃借人は、また、敷金返還請求權をもつて相殺を對抗しえないからである。尤も敷金の存する場合には、賃貸人の有する先取特權は制限され、ただ敷金をもつて辨済を受けえない債權の部分についてのみ先取特權が與へられるのである(三一六條)。建物の賃貸借がその建物について所有權を取得した者に對して效力を生じた場合において敷金はどうか。判例は、舊所有者に對する賃料の延滞なき限り、敷金は當然に、新所有者に移轉し、該賃貸借の終了しない限りこれが返還を求めえないものとしてゐる。敷金關係の附從性からみて、正當な見解であるとせねばならぬ。

乙 特別法上の賃借人の義務

一 賃貸すなはち借賃の支拂が賃貸借契約の要素であることは、特別法上の賃貸借についても變りはない。ただ、

この支拂義務に關聯して、借地法(一二條)および借家法(七條)には、租税その他の負擔の増減・土地や建物の價格の昂低・比隣の借賃との比較など諸般の事情によつて借賃が不相當になつたときには、契約條件の如何に拘らず、當事者の一方は借賃の増額または減額を請求しうる旨が定められてゐる。尤も、一定の期間借賃を増額せざるべき特約があれば、その特約は拘束力を持つことになるのである。

二 賃借權の讓渡および賃借物の轉貸についても、これをなさざるの義務は特別法上の賃貸借においても存在するのであつて、借地法や借家法にも賃借人の側における讓渡や轉貸を容易ならしめる規定はない。従つて、賃借人は賃借人の承諾のない限り、これを適法になしえないわけである。しかしながら、借地法によれば、第三者が賃借地上の建物や地上附屬物を取得した場合に、賃貸人が賃借權の讓渡または轉貸を承諾しなければ、賃貸人に對して時價でそれ等の物を買取るべきことを請求しうるのであるから(借地法一〇條・一一條)、賃貸人の承諾は間接に強制されてゐるものとも考へられるのである。借家法には、これに該當するやうな規定はない。ただ、賃貸借が解約申入によつて終了する結果、轉貸借が終了すべきときには、賃貸人はその旨を轉借人に通知しなければその終了をもつて轉借人に對抗しえないし、またその通知のあつたときには轉貸借は六ヶ月後に終了するものと定められてゐるから、轉借人の地位は一般的賃貸借の場合よりも有利であるとされるに止まつてゐる(借家法四條)。

第四目 賃貸借の終了

甲 一般的賃貸借の終了

賃貸借は一般契約關係の終了すべき事實の發生によつて終了するのは勿論であるが、賃貸借の終了原因としては、解約の申入(告知)(六一七條)、賃借人の破産(六二二條)、および告知期間なき告知としての

解除（これは、賃借人の意思に反する賃貸人の保存行為による解除権（六〇七條）・不可抗力による賃借人の解除権（六一〇條）・物の一部滅失による賃借人の解除権（六一一條二項）・契約違反の使用収益による賃貸人の解除権（六一二條二項）を原因とする）（六一〇條）があるが、特に、注目すべきものは、存続期間の満了である。

賃貸借の存続期間の定ある場合には、期間の満了によつて、賃貸借の終了すること勿論である。ところが、民法は、存続期間満了後において賃借人が賃借物の使用または収益を繼續する場合に、賃借人がこれを知つて異議を述べなかつたときには、前賃貸借と同一の条件をもつて更に賃貸借をなしたものと推定してゐる（六一九條一項）。これがいはゆる黙示の更新である。尤も、この場合、當事者は六一七條によつて解約の申入をなしうることを勿論である（六一九條二項）。ところで黙示の更新による賃貸借は、前賃貸借とは別個の新賃貸借であることは勿論であるから、民法は、敷金はこれを例外として、當事者が供した擔保は、期間の満了をもつて、消滅するものとしてゐる（六一九條二項）。

乙 特別法上の賃貸借の終了

一 借地法上の賃貸借の終了に關して考へられねばならぬのは、借地契約の更新である。借地権が消滅した場合に、なほ建物が存在する場合には、借地権者は契約の更新を請求することができる。しかし、この場合には、土地所有者が自ら土地を使用する必要とかその他正當の事由ある場合に遲滞なく異議を述べた場合は別として、前契約と同一の条件をもつて更に借地権を設定したものと看做される（借地法四條一項）。なほ、契約の更新のないときには、建物その他の地上附屬物について借地権者に買取請求権が認められてゐる（借地法四條二項）。また、借地権消滅後に借地権者

が土地の利用を繼續するのに對して土地所有者が異議を述べなければ、前契約と同一の条件をもつて借地権は更新されたものと看做されるのであり（借地法六條一項）、しかも、この場合、建物のあるときは、土地所有者は自ら土地を使用するとかその他正當の事由がなければ異議を述べることができない（借地法六條二項）。かくして、民法第六一九條一項の推定規定によるいはゆる黙示の更新より一步を進めて、看做規定をもつていはゆる擬制的更新の途を開き、賃借権を一層強化することになつたのである。また、借地権消滅前に建物が滅失した場合に残存期間を超えて存続すべき建物の築造に對して賃貸人が遲滞なく異議を述べなかつたときには、借地権は建物滅失の日から起算して、堅固な建物については三十年・その他の建物については二十年間存続することになる、尤も残存期間がこれより長い場合はその期間による（借地法七條）。

なほ、これ等の規定や存続期間に關する第二條の規定に反して、借地権者に不利なる期間を定めても無効である（借地法一一條）。尤も、臨時設備その他一時使用のための借地権はこの限りではない（借地法九條）。

二 借家法にあつても、當事者が賃貸借の期間を定めた場合において、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または条件を變更するものでなければ更新せざる旨の通知をなさない限り、期間満了の際前賃借と同一の条件をもつて更に賃貸借をなしたものと看做される（借家法二條一項）。また、たとへかかる通知をなした場合においても、期間満了後に、賃借人が使用収益を繼續する場合に、賃貸人が遲滞なく異議を述べなければ、前賃貸借と同一の条件で更に賃貸借がなされたものと看做され、いはゆる擬制的更新を生じる（借家法二條二項）。賃貸借が解約申入によつて終了した場合も同様である（借家法三條二項）。なほ、建物の賃貸借が、更新を生じることなく、終了した際には、賃借人が賃貸人の同意を得て建物に附加した疊・建具その他の造作を有するときは、これを時價をもつ

て買取るべきことをば、貸貸人に對して請求しうるいはゆる造作買取請求權が認められてゐる(借家法五條)。

三 農地調整法による場合にも擬制的更新の生じる點は同じである、ここでもまた、貸貸借の期間の定ある場合に、當事者が期間満了前六月乃至一年内に相手方に對して更新拒絶の通知または條件を變更するものでなければ更新せぬ旨の通知をなさなければ、更新が擬制されるのである(農地調整法九條二項)。しかして、一般に、農地の貸貸借の解約または更新の拒絶をなさうとするときには、豫め市町村農地委員會に通知すべきものとされてゐる(農地調整法九條三項)。なほ、告知期間を要せぬといふやうな貸借人に不利なる條件を定める特約は無効である(農地調整法九條四項)。

第七項 雇 傭

第一目 雇傭の意義

雇傭といふのは、當事者の一方が相手方に對して勞務に服することを約し、相手方がこれに對して報酬を支拂ふことを約することによつて成立する契約である(六二三條)。當事者を使用者(雇傭主)および勞務者(被用者)といふ。契約の目的物は、専ら、勞働力の供給である。勞務はその種類の如何を問はない。また一時的たると繼續的たるとを問はない。商工業見習者の徒弟契約は、民法上では、雇傭と認められてゐる(六二六條参照)。

雇傭は報酬を要素としてゐる。報酬の支拂は勞務の給付と對價的關係に立つものである。報酬は勞

務の給付そのものに對して支拂はれるのであつて、仕事の完成を條件とするものではない。ここに請負との差異がある。報酬は必ずしも金錢たることを要しない。但し特殊の企業における勞務者に對する報酬は、社會政策的理由に基いて、通貨たることを強制される場合がある(たとへば工場法施行令二二條—二四條参照)。

二

人間の勞働力の供給を目的として取り結ばれる契約を、一般に、勞務契約と呼べば、雇傭はその典型的なものである。それは純然たる契約關係であつて、身分關係ではない。雇傭契約は、從來、工場法その他のいはゆる社會立法によつて制限されて來たものの、それは私法上の法律關係として個人の自由と平等の上に立つてゐたわけである、従つて、それは、その締結において、その内容の決定において、またその方式において、自由とされて來たのである。しかしながら、このやうな自由が、いま、契約一般における自由と同様に、大きく動搖し轉換しつつあるのである。この點については、我々は既に、序論(一〇頁以下参照)においてその回顧と展望を試みて置いたところでもあるが、わけでも、現在における經濟統制の強化は、いはゆる人的資源の統制として、雇傭に關する考へ方や法律上の取扱に大きな變化を齎らしつつあるのである。わけでも、改正國家總動員法(六條)による勞務統制は、民法上の雇傭契約の締結乃至終了およびその内容について大きな制限を豫定してゐるのである。すなはち、改正法では、勞務の需給調整については、從來雇傭の側に對してのみ「從業者ノ使用、雇入若ハ解雇」につき必要な命令をなしうるとされてゐたのを強化して、この度は、從業者の側に對しても「就職、從業若ハ退職」につき命令をなしうるやうに改正され、更に、從

來の『賃金其ノ他ノ労働條件』といふのが廣く『賃金、給料其ノ他ノ従業條件』となつて、單に、労働者だけではなく會社職員や個人企業の被用者なども包含する従業者一般の従業條件に及びうることになつたのである。かくして、雇傭關係はあらゆる方面から規整されることとなつた。國家總動員法に基く、學校卒業者使用制限令（昭和十三年勅令第五九九號）、従業者雇入制限令（昭和十四年勅令一二六號）、（後の従業者移動防止令によつて廢止さる）青少年傭入制限令（昭和十五年勅令第三六號）、従業者移動防止令（昭和十五年勅令第七五〇號）（近時發表された勞務の調整に關する勅令案要綱によれば、緊迫せる現下の事情に即應するために、青少年雇入制限令と従業者移動防止令を統合して、一本建とし、その内容の整備強化が意圖されてゐる）などによつて、雇傭契約の締結自體が職業・年齢・員數などの關係において制限され、また、一般的には、改正職業紹介法（昭和十三年法律第六一號・改正昭和十五年法律第七四號）によつて勞務配置上の考慮から職業紹介乃至は職業指導または職業輔導がなされ、かくして、雇傭契約における契約締結の自由・相手方選擇の自由・方式の自由・の如きは、勞務需給の調整・勞務配置の適正化の前に、著しく制限されつつある。なほ、我々は、併せて、國民職業能力申告令（昭和十四年勅令第五號）による要申告者に対する國民徵用令（昭和十四年勅令第四五一號）による總動員業務を行ふ官衙への徵用のあることを記憶せねばならぬ。

次に、雇傭契約の内容としては、勞務者側における服務と雇主側における報酬の支拂について、これまた制限が加へられつつある。前者については、夙に、工場法、鑛業法、工業労働者最低年齢法、船員法、商店法（昭和十三年法律第二八號）による労働保護法規が設けられ、また、國家總動員法（六條）に基く工場就業時間制限令（昭和十四年勅令第一二七號）による労働力の増進が圖られてゐる。更に、技能者養成のために國家總動員法（二二條）に基いて工場事業場技能者養成令（昭和十四年勅令第一三〇號）、船舶運航技能者養成令（昭和十四年勅令第七八〇號）の如きが制定され、雇主は技

能者養成に協力を要請され、従つて、勞務者をして服務せしめる上で色々の制限を受けつつあるのである。後者すなはち報酬の支拂についても、夙に、工場法、工場法施行令、鑛業法をはじめとして、健康保險法、退職積立金及退職手当法（昭和十一年法律第四二號）などによつて制限を受けることはあつたが、近時における國防體制確立の要請は、特に、物價構成の要素たる賃金の混亂状態を是正し、物價對策確立の線に沿ふてその調整ならびに適正化が企圖され、國家總動員法（六條・一一條）に基いて賃金統制令（昭和十五年勅令第六七五號）および會社職員の給與に關係せる會社經理統制令（昭和十五年勅令第六八〇號）が規定されることとなり、雇傭の内容たる報酬の決定についての當事者の自由は、著しく制限されつつあるのである。

第二目 雇傭の效力

第一 勞務者の義務

一 勞務供給の義務（六二三條） 勞務の内容および供給方法は契約の定めるところに従ふ。勞務の供給につき用ふべき注意に關して特約のない場合には、一般原則に従つて、善良なる管理者の注意をもつてすることを要し、従つてこの注意義務の違反については、抽象的輕過失の責に任じるものとせねばならぬのである。

二 服務において第三者を代行せしめざるの義務（六二五條二項） 雇傭が、當事者雙方において、人に重きを置く契約であることの當然の歸結である。この義務に對しては、使用者の解除權が對應する（六二五條三項）のみではなく、この義務違反のために損害の生じた場合には、使用者は損害賠償請求權を取得すること勿論である。

第二 使用者の義務

一 報酬支拂義務(六二三條) 報酬支拂の時期に關しては、第六二四條の規定がある。尤も、當事者間に特約の存する場合にはそれに従ひ、また特別の強行法規のある場合にはそれに従ふ(たとへば工場法施行令二二條・二四條・三八條の如し)。

二 権利の譲渡をなさざるの義務(六二五條一項) 雇傭は、當事者雙方において、人に重きを置く契約であるから、使用者は勞務者の承諾なくしてその権利を第三者に譲渡することはできない。勞務者の承諾ある場合は有効に譲渡しうることを勿論である。この場合には、譲受人は使用者の債權を承継することになるが、債務はこれを當然に承継するものは理論上解し難いが、しかし勞務と報酬とは密接な關係にあるものであるから、特別の事情のない限りは報酬支拂の債務もまた、譲受人において、引受けるの意思を有したものとせねばならぬのである。

三 扶助義務 民法中にはこれに關する規定はないが、社會政策的見地から、ある種の企業における使用者は特別法上この義務を負はされてゐる(たとへば工場法一五條・工場法施行令四條一・二〇條・鑛業法八〇條など)。

第三目 雇傭の終了

雇傭契約によつて發生する法律關係は、契約によつて生じる法律關係一般の終了原因によつて消滅することは勿論であるが、次ぎの如き事由によつてもまた消滅する。

1 勞務の終了と報酬の支拂。
2 雇傭期間の満了。當事者が雇傭の期間を定めた場合には、その満了によつて、雇傭契約は終了する。民法第六二九條は、いはゆる黙示の更新について規定してはゐるが、そこには前雇傭契約とは異なる新雇傭契約が存在する

こととなるのであつて、それは、期間の定めない場合の雇傭として、第六二七條の規定によつて、各當事者は何時にても解約の申入をなすことができる(六二九條一項但書)。また同じ理由によつて、前雇傭において當事者が供した擔保は、身元保證金を除いて、他は全部消滅するに至るのである(六二九條二項)。

3 解約の申入(告知)。これは雇傭契約の消滅原因として最も重要なものである。解約申入の原因には一般原因と特殊原因とがある。民法第五四一條以下に規定するところのものは一般原因である。特殊原因としての告知權發生の原因は、雇傭期間の定があると否とによつて、異つてゐる。

イ 雇傭期間の定のない場合。この場合には各當事者は何時にても解約の申入をなすことができる(六二七條一項)。だが、解約申入は、法定の猶豫期間をもつてなされねばならぬ。それには次ぎの區別がある。

- i 報酬が期間をもつて定められてゐない場合(六二七條一項後段)。
- ii 報酬が期間をもつて定められてゐる場合(六二七條二項・三項)。

ところで、この第六二七條が強行規定であるか否かについて、判例は、任意規定であると解してゐるものの如くであるが、しかし、本條は、その立法精神において、勞務者が突然に解雇せられることによつて受くべき損害を防止しようとする社會政策的なものと考えらるから、寧ろ強行規定であると解すべきである。

□ 雇傭期間の定のある場合。この場合においては、期間の満了と共に契約關係が消滅するのは勿論であるがその期間内は特約に拘束されて解約の申入をなさないのが原則である。だが民法は次ぎのやうな例外を認めてゐる。

- i 雇傭期間が五年を超過し、または當事者の一方もしくは第三者の終身間繼續すべき場合(六二六條)。
- ii 『已ムコトヲ得サル事由』ある場合(六二八條)。『已ムコトヲ得サル事由』といふのは、かかる事由が存在し

てゐるにも拘らず雇傭契約を存続せしめることが一般的な見解上著しく不公正であると認めらるべき事由である。個々の具體的な場合について決定するほかはないが、これについては、興味深い幾多の判例がある。

iii 使用者の破産(六三一條)。

4 解除(六三〇條)。これは第六二〇條と共に強行規定ではないから、當事者は遡及効果を有すべき解除権を留保することを妨げない。

5 勞務者の死亡。勞務者の債務が原則として一身專屬の債務であることの當然の歸結である。因みに、使用者の死亡は、勞務請求權が一身專屬權であると解しうる場合のほかは、勞務請求權および報酬支拂義務は一身に專屬するものとは解し難いから、原則として、雇傭契約を終了せしめることはなく。

第八項 請 負

一

請負といふのは、當事者の一方がある仕事を完成することを約し、相手方がその仕事の結果に對して報酬を支拂ふことを約することによつて成立する契約である(六三二條)。當事者の一方を注文者といひ他方を請負人と呼ぶ。仕事の完成といふのは、勞務によつて契約に定めるところの結果を生ぜしめることである。仕事の完成と報酬の支拂とは對價的・交換的である。報酬は仕事の結果に對して支拂はれるべきものであるから、勞務の提供はあつたが仕事が完成しなかつた場合には、報酬請求權は生

じない。

請負と賣買とは區別されねばならぬ。財産權の移轉を目的としない場合は賣買ではない。たとへば電力供給契約は電力供給の結果の發生を負擔するものであるから請負である。製作物供給契約の如く財産權の移轉と仕事の完成とがその目的において相伴ふ場合は、仕事の完成といふことが契約の主要なる目的であるか、財産權移轉といふことが契約の主要なる目的であるかによつて、請負なりや賣買なりやを決すべきである。製造者の注文は、普通の場合には、賣買であるやうである。注文者が材料を供して物を製作する場合に、製作者がその材料に加へて他の材料を使用しうべき旨の特約ある場合には、これを名づけて不規則請負といふのであるが、勞務の提供を内容とする限り、やはり通常の請負と解して何等の支障はない。

二

請負の效力としての請負人の義務の中心的なものは仕事完成の義務である(六三三條)。請負人が仕事の目的物を引渡すべき義務を負ふてゐる場合には、その義務の履行に關聯して目的物についての所有權の歸屬が問題となる。そこで、材料の全部が請負人の所有に屬する場合には、完成した物の所有權は請負人に屬し、通常はその物の引渡によつて注文者に所有が歸屬する。材料の全部が注文者の所有に屬する場合には、その作成物の所有權は、當然に注文者に歸屬する。しかして、材料の一部が注

文者の所有に・他の一部が請負人の所有に・属する場合には、いづれが材料の主要なる部分を供したかによつて決すべきである。なほ、仕事の目的物に瑕疵ある場合には、その瑕疵が請負人の責に歸すべき事由によると否とに拘らず、請負人は注文者に對して擔保の責に任じる。瑕疵修補の義務がその中心的内容である(六三四條―六四〇條)。

注文者の義務は報酬支拂義務に限る(六三三條)。報酬支拂の時期については、當事者間に特約のある場合にはもとよりこれに従ふべく、何等の特約もなければ、第六三三條による。

三

請負は、仕事の完了および完了不能によつて、終了すべく、その他契約關係一般の終了原因の發生によつて終了することは勿論であるが、民法は、仕事完成前における注文者の任意解除(六四一條)、注文者破産の場合における解除(六四二條)、瑕疵擔保による注文者の解除(六三五條)について、特則を設けてゐる。

第九項 委任

一

委任といふのは、當事者の一方が法律行為をなすことを相手方に委託し、相手方がこれを承諾する

ことによつて成立する契約である(六四三條)。法律行為にあらざる事務を委任する場合すなはち準委任については、委任の規定が準用される(六五六條)。當事者たる者を稱して委任者および受任者といふ。受任者が事務を處理するといふのは、多少は受任者の意見によつて事務を處分管理することを意味するのであるから、委任者との間には一種の信任關係が成立するわけである。事務は法律行為であることと然らざることがあるが、法律行為を委任する場合には、代理權の授與を伴ふことが多い。普通に用ひられる委任狀は、代理權授與の證明書としての性質を有する。それは委任契約成立の要件でもなければまた委任契約成立の證據方法としても完全なものではない。

二

委任の效力としての受任者の義務の中心的なものは、委任事務處理の義務(六四四條)である。この義務をめぐつて、事務處理の狀況および顛末の報告義務(六四五條)、金錢その他の物および果實の引渡義務(六四六條一項)、權利移轉の義務(六四六條二項)、消費金賠償義務(六四七條)を生じる。

委任者の義務は、有償委任の場合において委任者に報酬支拂義務(六四八條)の生じる場合のほかは、有償たると無償たるとを問はず、委任者は費用前拂義務(六四九條)、立替費用の償還義務(六五〇條一項)、債務辨濟義務(六五〇條二項)、損害賠償義務(六五〇條三項)を負ふことになる。

三

委任は、契約一般の終了原因によつて終了するのみではなく、特殊原因によつてもまた終了する。その主たるものは、告知である。委任は信任関係を基礎とするものであるから、この信任関係が破れた場合には、各当事者は何時でもこれを解除しうるのである(六五一條)。解除の効力は、ただ將來に向つてのみ、生じるのである(六五二條・六二〇條)。その他、委任者または受任者の死亡(六五三條前段)、委任者または受任者の破産(六五三條前段)、受任者の禁治産宣告(六五三條後段)によつても終了する。なほ、民法は、委任の終了した場合において、当事者が被ることあるべき損害を防止するがために、委任終了の場合における應急處置の義務(六五四條)、委任終了に關する義務(六五五條)を認めてゐる。

第十項 寄 託

一

寄託といふのは、當事者の一方が保管のためにある物を相手方に引渡し、相手方がこれを受取るこゝによつて成立する契約である(六五七條)。當事者の一方を寄託者と呼び他方を受寄者といふ。寄託の目的物は物である。動産たると不動産たるとを問はない。寄託の目的物が寄託者の所有に屬することは寄託の成立要件ではない。従つて、盗品の寄託もまた有效であるかに思はれるのであるが、盗品たることを知りながら寄託を受けた場合には犯罪を構成する(刑二五六條)のみならず、かかる寄託を有効となすのは公序良俗に反するから、無効であると解すべきである。

二

寄託の效力としての受寄者の義務の中心的なものは寄託物保管義務である。保管に要する注意の程度は、寄託が無償であるか有償であるかによつて異なる。無償寄託においては、民法は、『自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意』を用ふべきことを規定してゐる(六五九條)。かかる程度の注意の欠缺を具體的ニ主觀的輕過失といひ、かかる過失に基く損害については受寄者が賠償の責に任じる。有償寄託の場合については、特別の規定はないが、受寄者は特定物給付の債務を負ふものであるから、第四〇〇條の原則に従つて、『善良ナル管理者ノ注意』を用ふべきことには疑問の餘地がない。保管に附隨する義務としては、危険通知の義務(六六〇條)、引渡および權利移轉の義務(六六五條・六四六條)、利息支拂および損害賠償の義務(六六五條・六四七條)がある。なほ、寄託物返還の義務については、受寄者が寄託から生じる契約上の債務を負ふほかに、寄託者が所有權その他の物權に基く請求權すなはち物權的請求權に基いて受寄物の返還を請求しうることは言ふまでもない。

寄託者の義務は、有償寄託の場合において寄託者に報酬支拂義務(六六五條・六四八條)の生じる場合のほかは、有償たると無償たるとを問はず、寄託者には費用前拂の義務(六六五條・六四九條)、立替費用償還の義務(六六五條・六五〇條一項)、受寄者が寄託物の保管に必要と認むべき債務を負担した場合における

寄託者の辨濟義務（六六五條・六五〇條二項）および寄託物の性質または瑕疵から生じた損害の賠償義務（六六一條）がある。

三

寄託は契約に共通な終了原因によつて終了する。期間の満了・解除条件の成就・寄託物の滅失・混同等がこれである。寄託における特殊な終了原因は告知である。民法は、返還または返還の請求といふ文字を用ひてはゐるが、契約関係を終了せしめることなくして返還または返還請求を認めえないから、民法の意味するところは、將來に向つての解除すなはち告知であると解するほかはない。この告知権は當事者雙方に存在する（六六二條・六六三條）。

四

寄託は目的物の消費を許さないのを原則とするのであるが、當事者間の契約によつて、受寄者が寄託物を消費することをうる場合がある。すなはち目的物が代替物であつて且つ消費物である場合において、受寄者が原物をではなくて、それと同一の種類・品等の物を同一數量において返還することを約する場合である。たとへば、銀行預金の如し。これを消費寄託または不規則寄託といふのである。消費寄託については、民法は、消費貸借に關する規定を準用するものとしてゐる（六六六條）。

第十一項 組 合

第一目 組合の意義

組合といふのは、共同の事業を営むがために、各當事者が出資をなすことによつて成立する團體であつて、かかる團體を發生せしめる原因たる契約を組合契約といふ（六六七條二項）。各當事者を組合員といふ。同じく團體であるとはいへ、社團法人とは異なる。事業は繼續的である場合が多いが、常に必ずしも繼續的たることを要しない。事業は共同であること・すなはち各組合員が事業の成功に對して利害關係を有することを要する。組合員の一人または數人のみが利益を受けるいはゆる獅子組合は組合ではなく、贈與に類似する無名契約である。

組合契約は各當事者が出資をなすことを約する契約である。出資とは資本の據出である。資本の種類は無制限である。従つて、金錢以外の物の所有權・地上權・永小作權・無體財産權・勞務・信用などもまた出資の目的物たりうるのである。出資は各組合員がこれをなすことを要する。但しその種類内容は必ずしも同一たることを要しない。各組合員は各々出資をなすの債務を負ふわけであるが、その債務は互ひに對價的な關係に立つわけである。

第二目 組合契約の效力

組合契約の効力は、(1)組合員の出資、(2)業務の執行、(3)損益の分配、(4)組合財産および(5)組合の債務、に關する權利義務關係として現はれる。勿論、これ等については、法律上に強行規定のない限り組合契約によつて定めらるべきものであるが、組合契約のない場合には法律の規定によつてこれ等の關係を定めらるべきことは、契約一般におけると同様である。

第一 組合員の出資

組合契約はその性質上各組合員をして出資の義務を負はしめる。出資の内容については既に述べたところであるが、民法は、勞務をもつて出資の目的物となしうべき旨を規定してゐる(六六七條二項)。出資は組合契約の本質上その他の組合財産と共に總組合員の共有に屬する(六六八條)。従つて、各組合員はいはゆる持分を持つてゐるわけである。出資義務の履行は組合に對する債務の履行である(六六九條参照)。

第二 業務の執行

組合契約の効力としての業務の執行については、これを對内關係と對外關係とに分つことができる。一 對内關係 對内關係といふのは組合契約に基いて共同の事業を營むことについての組合員相互間の權利義務關係を指すのである。契約をもつて、組合員中の一人または數人を業務執行者と定められた場合および第三者に業務執行を委任すべき旨を定めた場合を除いては、原則として、各組合員は業務の執行に參與する權利および義務を有するのである(六七〇條)。

二 對外關係 對外關係といふのは組合の第三者に對する關係である。この關係はいはゆる組合代理および訴訟代理として現はれる。

1 組合代理。 組合代理は業務執行とは區別されねばならぬ。業務執行は組合員相互間の對内關係に關するものである。従つて業務執行權の存するところに、常に必らずしも、第三者との間に法律行為をなす代理權が隨伴するわけではない。代理權を持つてゐて代理をなす場合がすなはち組合代理である。民法上にはこれに關する何等の規定もないが、判例は業務執行者を定めた場合には、特別の意思表示のない限り、この業務執行者は組合を代表して第三者に對して法律行為をなしうるの權限を授與されたものと解してゐる。

2 訴訟代理。 組合は法人ではないから組合そのものとしては訴訟上における當事者能力を有しない。但し「法人ニ非サル社團」にして代表者または管理人あるものは、その名において訴へまたは訴へられることをうるものとしたのである(民訴四六條)。ここにいふ「法人ニ非サル社團」の意義については解釋上議論があるが、團體性の強固な組合・すなはち社團法人と同様な社會的組織體であつて、ただ法律上法人と認むべき形式的要件を具備してゐない組合を指稱するのである。そしてこの種の社團にあつては、業務執行者は、特に制限ある場合のほかは、訴訟代理權を有し、かかる社團に該當しない組合は、民事訴訟法第四七條に従つて、組合員總員のために原告または被告となるべき一人または數人を選定し、またはこれを變更しうるのであるから、かかる組合においてもまた、業務執行者は、特に制限ある場合のほかは、組合そのものの代理人として訴訟行為をなしうるものとせねばならぬのである。

第三 損益の分配

組合員が對内關係において分擔する損益の割合は、組合契約または追加契約によつて定まる。當事者間に損益分配の割合を定めなかつた場合には、民法は、各組合員の出資の價額に應じてこれを定めるものとしてゐる(六七四條)。利益または損失のみについて分配の割合を定めた場合には、その割合は利益および損失について共同なるものと推定される(六七四條二項)。損益分配の時期については、民法上規定がない。通常は組合契約によつて定まる。

第四 組合財産

組合財産は、團體財産であつて、各組合員の他の財産とは別個の取扱ひを受けるのである。組合財産は、すべて、組合員の共有に屬する(六六八條)。組合財産における共有の形態は、個々の財産權に對する總組合員の共有である。従つて各組合員は組合財産について持分・持分權を持つてはゐるが、持分・持分權・組合財産の分割などについては著しい制限を受ける(六七六條・六七七條)。この點において組合における共有財産は普通の共有財産と異なるわけである。

第五 組合の債務

組合の債務は組合員の他の債務と區別して取扱はれる。組合の債務は組合財産の中から業務執行者が辨濟するのである。しかしながら、組合に對する債權者は必ず先づ組合財産の中から辨濟を受け

ねばならぬ義務を負ふものではない。直ちに、各組合員に對して請求することもできる。蓋し、組合の債務は、結局、組合員の債務であり、その責任は無限であるからである。組合員の損失分擔の割合は、任意にこれを定めうる。特約なき場合における組合員の負ふ債務が連帶的であるか分割的であるかについては、我が民法は、分割主義をとつてゐる。民法は、組合の内部關係を知らない善意の債權者を保護する趣旨に基いて、第六七五條を設け、組合員の損失分擔については、均一部分につきその權利を行使しうるものとしてゐる。

第三目 組合契約の終了

組合契約の終了原因は、組合員の脱退と組合の解散とである。前者は特定の組合員について組合契約が終了する場合であり、後者は組合員全員について組合契約が終了する場合である。

第一 組合員の脱退

組合員の脱退といふのは、特定の組合員が、組合存続中に、その組合員たる地位を喪失することである。組合員の脱退あるも、組合はその同一性を害せられることなくして存続するのである。脱退には、脱退者が、自己が組合關係から離脱することを目的とする一方的意思表示をば他の組合員全部に對してなすことによつて行はれるところの任意脱退(六七八條)と、組合員の死亡、組合員の破産、組合員の禁治産および組合員の除名を原因として生じる非任意脱退(六七九條・六八〇條)とがある。脱退は、それが任意脱退たると非任意脱退たるとを問はず、脱退者が脱退の時から將來に向つて、組合員たるの地位を失ふといふ效果を生じる。その結果、脱退者と組合との間に財産關係の整理すなは

ち脱退計算が行はれるのである(六八一條)。

第二 組合の解散

解散は組合契約終了の原因である。解散事由としては、目的たる事業の成功またはその成功不能(六八二條)、組合關係を全部的に終了せしめるのを相當とする『已ムコトヲ得サル事由』に基く解散の請求(六八三條)、組合契約をもつて定めた解散事由の發生、總組合員の解散の合意が考へられる。解散の効果はただ將來に向つてのみ生じる(六八四條・六二〇條)。解散したる組合はただ清算の目的の範圍内においてのみ存続する。

組合が解散すると清算が行はれることは法人の解散の場合と同様であつて、清算人によつて清算が行はれる(六八五條・六八八條)。

第十二項 終身定期金

終身定期金契約といふのは、當事者の一方が自己・相手方または第三者の死亡に至るまで、定期に金銭その他の物をば、相手方または第三者に給付することを約することによつて成立する契約である(六八九條)。たとへば終身年金の如し。當事者を定期金債権者および定期金債務者といふ。

終身定期金契約の中心的効力は定期金債権の發生である。定期金債権の辨濟期は當事者の定めるところに従ひ、辨濟期の定めない場合には、期間の經過後に支拂ふべきものと解する。定期金債権が一期間の中途において消滅した場合には、その期における定期金は日割をもつて計算する(六九〇條)。終

身定期金債務の不履行に關しては、一般の原則に従ひ、損害賠償請求權の發生などの諸種の効果を生じることが勿論であるが、民法には、特に、元本返還請求權について特別規定が設けられてゐる(六九一條・六九二條)。

終身定期金契約の終了については、一般の原則に従ふこと勿論であるが、この契約は、その性質上標準となつてゐる特定人が死亡することによつて消滅するのが原則である。民法はこの原則に對して一つの例外を設けてゐる。すなはち死亡が定期金債務者の責に歸すべき事由によつて生じた場合においては、裁判所は、債権者またはその相続人の請求によつて、相當の期間債権の存続することを宣告しうることである(六九三條一項)。なほ、民法は、この場合、定期金債権者は右の請求をなしうるほかに第六九一條によつて定期金契約を解除して元本の返還を求めうるものとしてゐる(六九三條二項)。従つて債権者またはその相続人は、第六九一條の權利と第六九三條の權利のいづれかを選択して行使しうるわけである。

第十三項 和 解

和解といふのは、當事者が互ひに讓歩して、その間に存在する争を止めることを約することによつて成立する契約である(六九五條)。當事者たる者には特別の名稱がない。和解は争の存在を前提とする。

争とは當事者間における利益の相互的主張である。裁判上のものたるを裁判外のものたるを問はない。争ある法律關係の種類には制限はないが、當事者が處分しえない法律關係については、和解を成立せしめることをえない。たとへば親族關係・扶養のやうな身分法上の法律關係の如きがこれである。

和解によつて當事者の法律關係は確定し、當事者は和解前の主張をなしえなくなるわけである。それでは、その法律關係は和解によつて生じたものと見るべきか(創設的效力)、それとも和解前から存在するものと見るべきか(認定的效力)。和解の目的は從來の法律關係を確認することにあるのであつて、その本質上、認定的である。それは單なる推定ではなくて、從來の法律關係をば、和解條項が定めるが如く確認することに存するのである。だから、後日内容の相違する確證が現はれるとしても、當事者が定めたとところに變更を生ずべきではない。ところが、民法は、和解によつて當事者が權利を有しまたは權利を有せずと確認した場合に、反對の確證が出たときは、和解によつて權利が移轉しまたは消滅したものとするのである(六九六條)。これは和解が認定的效力を有することに對して例外的に和解に創設的效力を認め、その法律關係は和解によつて生じたものとなすことを意味するのである。

第三款 契約の成立

契約は法律行為であるから、その成立に際しては法律行為一般の成立要件を必要とする。法律行為

一般の要件として不可缺の要素たる法律事實すなはち意思表示は、契約の成立に關しても不可缺の要素である。契約の成立に際しては、當事者雙方の意思表示が、客觀的ならびに主觀的に、合致することを必要とする。この合致することを要する當事者雙方の意思表示を稱して、申込および承諾といふ。

第一項 申 込

一

申込といふのは、これに應じる承諾と相俟つて、一定の契約の成立を提議する特定人の確定したる意思表示である。申込は特定人の意思表示ではあるが、申込者が何人であるかは、申込の意思表示自体によつて表示されてゐることを要しない。たとへば自働販賣機による申込の如し。また、申込は特定の受者に對する意思表示たることを常とするが、不特定人に對する意思表示たる場合がある。

申込はこれに應じる相手方の承諾があれば、直ちに契約を成立せしめようとする確定したる意思表示であるから、相手方をして申込をなさしめようとする行為は、申込の誘引であつて、申込ではない。申込の誘引である場合には、相手方の意思表示のみによつては、契約は、未だ成立するには至らない。相手方の意思表示(申込)に對して誘引者もまた意思表示(承諾)をなすことによつて、はじめて、契約は成立するに至るのである。しかしながら、實際上では、申込と申込の誘引とを區別することが極めて

困難な場合がしばしばあるのである。

二

申込の効力は如何なる時期において發生するか。それは、意思表示の効力發生の時期に關する一般原則たる第九七條によつて決定される。しかして、一度効力を生じた申込は、次に示めすやうな事由が生じない限り、その効力を保有する。従つて、その間は、申込受領者の側から承諾をなすことによつて、契約を成立せしめうるわけである。申込の効力消滅の事由は次の如し。

一 申込の撤回(取消) 申込の撤回といふのは申込の實質的効力をば申込者が一方的に消滅せしめる意思表示である。法律は、取引の安全を保護するために、一度効力を生じた申込は、原則として申込者において任意に取消しえないものとしてゐる。これを申込の拘束力といふ。民法が申込に拘束力を附する場合のその一は、承諾の期間を定めた申込の場合であつて、なされたる申込が隔地者間たると對話者間たるとを問はず、申込者は拘束を受け、その期間内には撤回をなしえない(五二一條一項)。その二は、承諾の期間を定めずして隔地者になしたる申込の場合であつて、申込者は承諾を受けるに相當な期間は、その申込を撤回しえない(五二四條)。なほ、承諾の期間を定めずして對話者になしたる申込の撤回については、法律上規定はないが、申込に對して相手方が直ちに承諾をなさざる場合には、申込者において自由に撤回しうるものと解すべきである。

申込の撤回の効力は撤回の意思表示が相手方に到達することによつて生じる。しかも、その意思表示は承諾の通知が發せられる以前に到達するものでなければ無効である。但し、特別の事情によつて申込撤回の意思表示が延着したる場合に關しては、民法は第五二七條の規定を設け、申込者を保護してゐる。

二 承諾期間の経過(五二一條二項) 但し、特別の事情によつて承諾の通知が延着したる場合に關しては、民法は第五二二條の規定を設け、承諾通知の延着したことを知らない承諾者を保護してゐる。

三 申込の拒絶 　なほ、民法は、相手方が申込に對し條件を附しあるひは變更を加へたる承諾もまた申込の拒絶を包含するものと看做してゐる(五二八條)。

四 當事者の死亡または能力喪失 　隔地者に對する申込において、申込の發信後申込者が死亡したまたは能力を喪失した場合には、申込は、これがためにその効力を妨げられることはない(九七條二項)。蓋し、この場合には、申込は申込としての獨自的存在となるからである。なほ民法は第九七條二項の原則に對して第五二五條の規定を設け、二個の例外を規定してゐる。

五 承諾 　承諾によつて契約は成立するから申込はそれ自體としての存在意義を失ふに至る。

第二項 承 諾

一

承諾といふのは申込の相手方が申込に應じてこれに同意し契約を成立せしめることを目的としてなす意思表示である。だから、その内容は申込の内容と一致してゐることを要する。従つて、申込に條件を附しその他變更を加へてなす承諾は、承諾としての効力を發生しない。但し、民法は、實際取引

の便宜に應じるがために、かかる場合には、申込の拒絶と共に新たな申込がなされたものと看做してゐる(五二八條)。

承諾をなすことは、原則として、被申込者の義務ではないから、承諾は義務の履行ではない。またある意思表示に對して必ず諾否の答をなさねばならない法律上の原則は存在しないから、申込に對して拒絶の意思表示をなさなければ承諾をなしたものと看做されるといふが如き原則もないわけである。ただ、例外的に、公益上の理由から、被申込者に承諾義務が認められることがある(たとへば鐵道營業法六條・公證人法三條・執達吏規則一〇條・辯護士法二六條など)。

二

承諾の方法については原則として制限なく、不要式なる意思表示たることを原則とする。但し當事者間に特約ある場合、申込者が承諾の方法を限定した場合、あるひは承諾について取引上特殊なる制限ある場合は例外である。

承諾によつて契約が成立するがためには承諾の意思表示が承諾をなしうる時期・すなはち申込がその效力を有する時期・においてなされねばならぬ。遅延したる承諾は承諾たるの效力を有しないのであるが、しかし、申込者において延着通知義務の懈怠ありたる場合(五二二條二項)および遅延したる承諾をば申込と看做す場合(五二三條)には、特殊な效力が認められてゐる。

三

承諾の效力は如何なる時期において生じるか。承諾による契約成立の時期と關聯して重要な問題を生じる。民法第五二六條一項は『隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立ス』と規定してゐる。この規定を根據として、承諾の意思表示の效力發生時期については民法は、いはゆる發信主義を採り、第九七條の到達主義の原則に従はないものであるとなすのが通說の見解であるが、疑問なきをえない。

四

契約は申込および承諾の二個の意思表示によつて成立するのを常とする。しかしながら、契約は、また、その他の方法によつても成立する場合がある。いはゆる意思實現による契約の成立およびいはゆる交叉申込による契約の成立がこれである。

第一 意思實現による契約の成立

民法は、申込者の意思表示または取引上の慣習によつて承諾の通知を必要としない場合には、『承諾ノ意思表示ト認ムヘキ事實』すなはち承諾意思の存在をば外部的に推斷しうるに足る事實のあつた時に、契約は成立するものとしてゐる(五二六條二項)。すなはち承諾意思が申込者に對して表示せられることを要しない點において、一般の場合と異なるのである。

如何なる場合において意思實現ありとなしうるかは、結局は各々の場合について具體的に決するほかはないのであるが、たとへば、被申込者が契約成立によつて負擔する債務の履行行為をなした場合とか、契約成立によつて取得すべき権利を行使した場合とかの場合には、これによつて契約は成立するものとせねばならぬのである。意思實現による契約成立の時期は、意思實現たる事實が発生した時である。

第二 交叉申込による契約の成立

契約の本質的な要素は合意である。合意の最も普通な形式は申込と承諾の関係であるが、必ずしもかかる形式を採ることを要しない。偶然的な事實によつて同一の内容を有する契約の申込が、同一の當事者間において、互ひになされた場合には、これを交叉申込または申込の吻合として、契約の成立を認めても何等の支障はない。蓋し、かかる場合においても、兩當事者の意思表示は、主觀的ならびに客觀的に合致するからである。

交叉申込による二個の意思表示は、いはゆる申込と承諾といふ關係に立つものではないから、その契約成立の時期は、二個の申込がいずれも相手方に到達したる時すなはち二個の意思表示が共に效力を生じた時と解するほかはなし(九七條)。

第三項 懸賞廣告

一

契約の申込は必ずしも特定の人に對してこれをなすことを要しない。不特定の多數人に對してこ

れをなすことをうる。懸賞廣告はその一つの場合である。

懸賞廣告といふのは、特定の行為をなした者に一定に報酬を與ふべき旨の意思表示をば、廣告の方法によつてなすことである(五二九條)。懸賞廣告は契約の申込であるから、申込に關する原則はすべて懸賞廣告についても適用がある。民法は、ただ、懸賞廣告の取消(撤回)については、取引の安全と當事者間の利害の衡平を考慮して第五三〇條の特則を設けてゐるのである。

二

懸賞廣告において指定せられた行為を完了した者あるときは、懸賞契約は成立し、行為者は報酬請求權を取得する。

應募者數人ある場合には、誰が報酬を受けるかは、廣告中に定めるところに従ふ(五三一條三項)。應募の期間を定め、優等者にのみ報酬を與ふべき旨を定めるいはゆる優等懸賞廣告がその最も顯著な場合である(五三二條)。

應募者數人ある場合には、何人が報酬を受けるかについて廣告に定めない場合に關しては、民法は數人が時を異にして指定行為をなした場合には、最初にその行為をなした者のみが報酬請求權を取得し(五三一條一項)、數人が同時に指定行為をなした場合には、行為者は平等の割合をもつて報酬請求權を有する、但し報酬が性質上分割に不便なる場合または廣告において一人のみこれを受くべきものとし

た場合には、抽籤によつて報酬請求権者を定めるのである(五三一條二項)。

第四款 契約の種類

契約は、色々な標準に基いて、これを分類することができる。いまその主なるものについて述べてみよう。

一 雙務契約と片務契約

これは契約の効果として、當事者の雙方が對價的意義を有する債務を負担するや否やによる區別である。當事者の雙方が對價的意義を有する債務を負担するといふのは、債務の客體たる給付が經濟的に相等しい價値を有すべきことを意味するのではなくて、債務の負擔が交換的原因關係に立つべきことを意味するのである。債務の負擔が交換的原因關係に立つ契約を雙務契約といふ。賣買・貸借・雇傭・請負・組合などは雙務契約たる典型契約である。これに反して、當事者の一方のみが債務を負担するか、または當事者の雙方が債務を負担するとしてもその債務が對價的意義を有しない契約を片務契約といふ。贈與・消費貸借・使用貸借などの如きは片務契約たる典型契約である。同時履行の抗辯權(五三三條)、危險負擔(五三四條以下)の問題は、専ら、雙務契約について生じる。

二 有償契約と無償契約

これは契約の兩當事者が對價的意義を有する出捐をなすや否やによる區別である。この區別と雙務・片務の契約の區別とを混同してはならぬ。雙務・片務の區別は、債務の客體自體に關するものであつて、有償・無償の區別は債務

の客體たる給付に關するものである。

各當事者がなすところの財産上の出捐たる給付が對價的意義をもつて相互に依存し合ふものを有償契約といふ。雙務契約はすべて有償契約である。たとへば賣買・貸借におけるが如きであつて、この場合の契約は有償且つ雙務である。片務契約にあつては、出捐について 相互的依存の關係は必然的ではないが、片務契約もまた出捐について相互的依存の關係に立つことがある。たとへば利息附消費貸借の如し。

財産上の出捐たる給付が當事者の一方のみに存するかまたは各當事者が給付をなすとしてもその間に對價的意義を有する依存關係を認めえないものを無償契約といふ。有償・無償の區別の實益は、有償契約については賣買契約の規定が準用されること(五五九條)および破産法上否認權の目的物として、その取扱が區別せられる(破七二條五號)などの點に在る。

三 諾成契約と要物契約

これは當事者の意思表示の合致すなはち合意のみによつて契約が成立するか否かによる區別である。當事者の合意のみによつて成立するものを諾成契約といひ、賣買・貸借・雇傭・委任などの如きがこれである。當事者の合意のほかになほ物の引渡をもつて契約成立の要件とするものを要物契約といひ、使用貸借・消費貸借・寄託の如きがこれに屬する。兩者の區別の實益は主として契約成立の時期に差異を生じる點に在る。

四 典型契約・不典型契約・混合契約

法律が一定の名稱を附して契約の典型として示してゐる契約すなはち我が民法について言へば贈與以下十三種の契約その他商法などに示されてゐる契約を總稱して典型契約もしくは有名契約といふ。然らざるものを不典型契約もし

くは無名契約といふ。

不典型契約の一種に混合契約と呼ばれるものがある。一つの典型契約の構成分子に属する事項と他の典型契約の構成分子に属する事項とを混合せしめてその内容としてゐるものと、典型契約の構成分子に属する事項といづれの典型契約の構成分子にも属しない事項とを混合せしめてその内容としてゐるものがある。混合契約は一個の契約であるから、數個の契約の結合たるいはゆる契約の聯立とは區別されねばならぬ。契約の聯立においては、二個の契約が互ひに條件となり同一の運命に従ふものであつても、これに適用すべき規定について、何等の問題を生じることはない。

不典型契約は法律上如何に取扱はるべきか。法律行為ならびに契約に關する通則的な規定を適用するほかに、具體的な各々の場合における客觀的な事情を參酌して、それぞれの場合における當事者の意思に適合し且つ社會的に是認されうるやうな結果に到達するがために、最も近接せる典型契約に關する規定をば、その趣旨と具體的妥當性の要求に基いて、類推適用すべきであらう。

第五款 契約の效力

契約の效力といふのは契約から生じる法律上の効果である。契約がその目的に適應するやうな効果を生じるがためには、その目的が、法律行為一般におけると同様に、(1)確定、(2)可能、(3)適法(4)社會的妥當といふ效力發生の要件を具備してゐることを要するのは言ふまでもない。契約の效力は契約の種類の如何によつて異なるのであつて、その各々について 既に述べたところである(第二章第二

節第一款參照)。ここでは、民法が『契約の效力』と題して一般的に規定してゐるところの雙務契約の效力と第三者のためにする契約の效力とについて、述べることにしよう。

第一項 雙務契約の效力

雙務契約にあつては、債務は性質上、その發生・成立において牽連性を持つてゐる。従つて、いはば互ひに條件的に原因的な關係を持つてゐる債務の一方が不能・不法その他の理由で初めから發生しないならば、他方の債務もまた發生することはない。

雙務契約によつて債務がそれぞれ成立した後においては、いはゆる牽連性は、債権は各々獨立にこれを行使しうるか否かといふ債務の履行における問題・すなはち同時履行の抗辯の問題として、および一方の債権が債務の履行不能によつて消滅した場合には他方の債権もまた消滅するか否かといふいはゆる危険負擔の問題として、現はれることとなるのである。

第一目 同時履行の抗辯

雙務契約の當事者たとへば賣買における賣主と買主は、互ひに、相手方がその債務の履行の提供をなすまでは、自己の債務の履行を拒むことをうる(五三三條)。當事者の拒絶といふ抗辯權の援用を俟つ

て、はじめて、履行の牽連性は現實的意義を持つわけである。この抗辯権の援用を稱して同時履行の抗辯といふ。留置権におけると同様に衡平の觀念に基く制度である。

同時履行の抗辯権の成立・存続の要件は、第五三三條に従つて、次ぎの如く分つことができる。

1 對價的意義を有する債務が當事者雙方において存在すること。従つて、たとへ二人が互ひに債務を負担してゐるとしても、その債務が成立原因を異にする場合や同一の契約によつて成立した債務といへどもその債務相互間に對價的意義の存在しない場合には、同時履行の抗辯権は成立しない。

2 相手方の債務が辨濟期にあること。それ故に自己の債務のみが辨濟期にある當事者は、同時履行の抗辯権を有しない。だがこのことは、各債務が當初から辨濟期を同じうせるものたることを要求するものではない。

3 相手方が未だ履行をなさずまたは履行の提供をなさずして履行の請求をなしたること。だから相手方が既に債務の本旨に従つた履行をなした場合には同時履行の抗辯権の存在しないことは勿論である。相手方の履行が一部履行もしくは不完全履行である場合には、同時履行の抗辯権はなほ存在する。尤も一部履行または不完全履行の提供を拒絶することが信義誠實の原則に反する場合には同時履行の抗辯をなさない。

二

同時履行の抗辯権の効力は『相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得』るに止まる。だから、この抗辯権は、相手方の債権を永久的に否認するところの否定的抗辯権ではなくて、一時的に相手方の請求権の作用を阻止し自己の履行を延期するところの延期的抗辯権たる性質を持つてゐる。

第二目 危険負擔

一

雙務契約において、債務者の責に歸すべからざる事由によつて履行不能の生じた場合には、その債権關係は消滅して債務者は債務を免れるのであるが、他方の債権關係はどうなるかといふことは、論理的必然性をもつて決定することはできない。そこでこの問題は、取引上における衡平關係を維持するがために、法律政策的に解決するほかはないのであつて、立法上では、二つの大きな傾向の對立となつて現はれてゐる。すなはち債務者主義と債権者主義がこれである。そして、この場合、危険を誰が負擔するか、といふ表現が用ひられるのが普通である。相手方たる債務者の債務もまた消滅する場合は、履行不能となつた債務者には可能なる反對給付を受けえなくなるといふ損害が生じるから、その履行不能から生じることあるべき危険は債務者が負擔することとなり、これに反して相手方たる債務者の債務が依然として存続する場合は、履行不能となつた債務者には反對給付を受けえなくなると

いふ損害は生じることなく、反対給付をなすべき債務者すなはち債権者のみが損害を被ることになるから、その履行不能から生じることあるべき危険は債権者が負擔することとなるのである。

我が民法は、原則として債務者危険負擔主義を採り(五三六條)、特定物に關する物權の設定移轉を目的とする雙方契約については例外を設け、債権者が危険を負擔するものとしてゐる(五三四條)。しかしながら、ここに原則といひ例外といふのは、實際上の適用といふ實質的な見點からではなくて、第五三六條には内容的に特徴づけられた契約の制限がないのに反して、第五三四條には積極的に特定物に關する契約のみに限定する旨が明らかにされてゐるといふ形式的な見點からいふのである。

二

特定物に關する物權の設定移轉以外の給付を目的とする請負・雇傭の如き雙務契約において、當事者雙方の責に歸すべからざる事由に基いて、履行不能の生じた場合には、一般に債務者が危険を負擔せねばならぬ(五三六條一項)。すなはち、債務者は債務を免れるが、これと共に、相手方に對する可能な反対給付の請求權をも失ふに至る。債権者の責に歸すべき事由による履行不能の場合には債務者は債務を免れ、且つ反対給付の請求權を失ふことはない。但し、その債務を免れることによつて得たる利益は、これを債権者に償還することを要する(五三六條二項)。償還を要する利益は債務の免脱と相當因果關係にあるものに限る。

三

特定物に關する物權の設定または移轉を目的とする雙務契約における危険負擔の問題に關しては、民法は第五三四條の規定を設け、危険負擔に關する我が民法における債権者主義を著しく制限してゐる。すなはち、特定物に關する物權の設定または移轉をもつて雙務契約の目的としてゐる場合に、その目的物が債務者の責に歸すべからざる事由によつて滅失または毀損したときには、その損失は債権者の負擔に歸する旨を定めてゐる。この主義を採つたのは『利益の歸するところには損失もまた歸する』とか『買主は危険をも買ふものである』とかいふやうな考へに出づるものと思はれるのである。従つて、債権者は全然給付を受けえないかまたは毀損したものの給付を受けうるに止まり、しかもなほ自己の反対給付はこれをなさねばならぬ。尤も第五三四條は強行規定ではないから、當事者が豫め別段の定をなした場合には、これに従ふべきことは言ふまでもない。

不特定物に關する物權の設定または移轉を目的とする雙務契約については、第四〇一條二項の規定によつて目的物が特定した時から、債権者危険負擔主義が採られる(五三四條二項)。

なほ、特定物に關する物權の設定または移轉を目的とする雙務契約が停止條件附である場合に關しては、第五三五條の特則があつて、條件成否未定の間に目的物が滅失したときには、原則に還つて債務者主義が採用され、毀損のときには債権者主義が採用されるわけである。

第二項 第三者のためにする契約の效力

一

第三者のためにする契約といふのは契約當事者にあらざる第三者をして契約當事者の一方に對して一定の給付を請求する権利を取得せしめることを目的とする契約である。たとへば甲が乙に對し、丙に金百圓を與へることを約するが如し。かかる契約において第三者(丙)に對して直接に債務を負擔するに至るべき者を諾約者(甲)と呼び、その相手たる當事者(乙)を要約者といふ。第三者のためにする契約は、その内容の一部として第三者をして直接に権利を取得せしめるといふ約款(これを第三者約款といふ)を伴ふ點においてのみ特異性を持つに止まり、その他の點においては普通の契約と異なるところはない。

二

第三者のためにする契約の中心的效力は、第三者が諾約者に對して直接的に権利を取得するといふことである。この點を除くと、第三者のためにする契約は普通の契約と異なるところがない。ところで、第三者が権利を取得する原因は要約者と諾約者との間の基本的行爲たる契約であつて(五三七條一項)しかもこの契約は必ずしも第三者の権利のみを生ぜしめるものではなくて、當事者間においてもまた

一定の效力を生じるものである。第三者は如何なる意味においてもかかる契約自體に干與することを必要としない、ただ権利を直接的に取得するといふ限りにおいて、基本行爲の一部分を組成するに過ぎない。すなはち、この基本行爲たる契約によつて生ずべき法律効果の一部たる第三者の権利についてののみ第三者の受益の意思表示がその権利發生の條件となるわけである(五三七條二項)。

第三者のためにする契約を原因とし且つ通常の場合においては第三者の受益の意思表示を條件として發生する第三者の権利は、諾約者に對して契約に定めるところの給付を請求することを内容とする債權であつて、それはその效力・讓渡・消滅などにおいて普通の債權と何等法律上の取扱ひを異にするものではない、だから、一度成立した以上は、その債權者(第三者)の意思に基かずして、これを消滅せしめまたは變更することをえない(五三八條)。

第三者のためにする契約がなされた場合に、要約者と諾約者との間に如何なる法律關係が生じるかについては、民法上何等の規定もない。基本行爲たる契約の内容によつて定めらるべきものとせねばならぬのである。

第六款 契約の解除

第一項 契約解除の意義

契約の解除といふのは契約によつて債権債務の關係を生ぜしめてゐた當事者の一方が、相手方の同意を俟たないで、一方的な意思表示によつて、當事者間における契約關係をば遡及的に解消せしめることである。そして、かかる契約關係を遡及的に解消せしめうる權利を解除權と名づける。解除權は一方的な意思表示によつて契約をばその發生の當初に遡つて解消せしめることを内容とするものであるから、その性質上形成權の一種である。

第二項 解除權の發生

解除權は、當事者間の契約または法律の規定によつて發生する(五四〇條)。

第一 約定解除權

當事者は契約をもつて解除權を發生せしめることができる。これを法定解除權といふ。契約によつて解除權が發生するといふのは、當事者間において、契約締結と同時にまたはその後において、解除權を留保して置くことである。すなはち將來の事情の變化に應じるために豫め契約廢棄の可能性(機會)を残して置こうとする場合に、あるひは間接に相手方の履行を強制すると共に相手方の不履行に備へようとする場合にこの留保がなされるのである。買戻(五七九條以下)や解約手附(五五七條)は解除權留保の性質を持つてゐる。

約定解除權の行使の方法ならびに效果についてもまた、當事者間において特約をなしうるが、別段の定のない場合には、第五四〇條は勿論第五四四條乃至第五四八條の適用がある。

第二 法定解除權

解除權は法律の規定によつてもまた發生する。これを法定解除權といふ。これには、あらゆる債権契約に共通なものと、ある種の契約について特殊な原因(たとへば賣買に關する第五六一條乃至第五六八條とか請負に關する第六三五條とかの如し)に基くものがある。ここに述べるものは前者の場合である(五四一條以下)。ところで、一般的法定解除權の發生する場合は、これを債務者において履行遲滞の生じた場合(五四一條・五四二條)と債務者の責に歸すべき事由によつて履行不能の生じた場合(五四三條)との二つに分つことができる。

一 履行遲滞に基く解除權の發生 債務者が履行可能なるにも拘らず履行期において債務の本旨に従つた履行をなさない場合には、債権者は一定の要件の下に契約を解除しうる。その一定の要件については、民法は二つの場合を區別してゐる。

1 契約が定期行爲でない場合。 定期行爲でない契約にあつては、履行期に履行がなされなくとも債権者は常に必らずしも契約を締結した目的を達しえないことになるわけではないから、法律は、當事者雙方の立場を考慮しながら、一般取引における契約についての信賴を維持するがために、(イ)債務者が履行期において履行しないこと、

(ロ)債権者が相當の期間(すなはち債務の履行を準備し、これを履行するがために要する期間であつて、ある期間が果して相當なりや否やは履行すべき債務の性質その他の客觀的事情によつて決すべきものである)を定めて履行の催告をなした事、および(ハ)債務者がその定められた期間内に履行または履行の提供をなさない事、を要件として、債権者は契約を解除しうるものとしてゐる(五四一條)。民法が契約解除の前提として相當の期間を定めて履行の催告をなすべき旨を定めたのは、不履行の一事のみをもつて直ちに相手方に契約の解除を許すのは信義誠實の理念に反し穩當を缺くから、一方において履行遲滞にある債務者に對し更に最後の考慮を促さうとすると共に、他方その履行の準備ならびにその完了に要する期間の猶豫を與へようとする趣旨に出づるものとせねばならぬのである。

2 契約が定期行爲である場合。この場合には履行の時期が契約上極めて重要な意義を持つてゐるのであつて、一定の日時または一定の期間に履行がなされるのでなければ契約を締結した目的を達しえないのであるから、法律は、この場合においては、(イ)契約が定期行爲である事、(ロ)債務者が履行期において履行または履行の提供をなさない事、を要件として、すなはち不履行のまままで履行期を徒過した事實のみで、言ひ換へれば催告を要せずして、債権者は直ちに契約を解除しうるものと定めてゐる(五四二條・商五二五條參照)。

二 履行不能に基く解除權の發生 履行の全部または一部が債務者の責に歸すべき事由によつて不能となつた場合には、債権者は契約を解除しうる(五四三條)。全部の履行不能が生じた場合においては、債権者が契約の全部を解除しうる事については疑問の餘地はないが、一部の履行不能については、一部の履行不能を理由として常に必ず全部の解除をなしうるか否かについては問題がある。一部の

履行不能が全部の履行不能と同じく契約の目的を達しえない場合にのみ契約全部を解除しうるものと解すべきである。

第三項 解除權の行使

解除權の行使は相手方に對する意思表示である(五四〇條一項)。意思表示の方式については法律上何等の定なく、従つて書面たる口頭たるを問はない。解除の意思表示は、それが相手方に到達することによつて效力を生じ(九七條)、契約を解消せしめるものであるから、その效力發生後においては、もはや、これを撤回しえない(五四〇條二項)。なほ、契約當事者の一方が數人ある場合には、解除はその全員からまたはその全員に對してのみなされうる(五四四條一項)。これを解除權不可分の原則といふ。

第四項 解除の效果

契約の解除は、契約の效力を消滅せしめ、當事者をして契約が締結されなかつた状態に復せしめることを目的とするものであるが、我が民法によれば、次の如き效果を生じる。

一 原狀回復義務 民法第五四五條は、當事者の一方がその解除權を行使したときは、各當事者はその相手方を原狀に復せしめる義務を負ふ旨を規定してゐる。これを原狀回復義務といふ。理論的

には不當利得の特別な場合である(七〇三條参照)。

原状回復義務は現存利益の返還義務ではなくて、初めから給付を受けなかつたのと同一の結果を生ぜしめる義務である。その内容は、既になされた給付の種類・性質などによつて異なるわけであるが、全部または一部の履行のあつた後に解除する場合には、もし受けたるものから果實を生じた場合にはその果實をも返還すべく、また金銭にあつては、法定利息を添へて返還することを要する(五四五條二項)。

なほ、原状回復義務については、雙務契約における同時履行の抗辯權に關する第五三三條の規定が準用される(五四六條)。

二 解除と第三者の權利との關係 解除は、互ひに相手方をして原状に復せしめる義務を生じるに止まるのであるから、第三者の權利を害することをえない(五四五條一項但書)。それ故に、たとへば、物權の設定移轉が契約の目的であつた場合において、その契約が解除され、そして解除當時既に相手方が物權を第三者に移轉してゐたときには、解除權者はこの第三者に對して契約解除を理由として、移轉したる權利の回復を請求することをえない。蓋し取引の安全を保護するがためである。

三 解除と損害賠償の請求との關係 解除權の行使は損害賠償の請求を妨げるものではない。すなはち解除權を行使すると共に、債務の不履行によつて損害が生じてゐるならばその損害の賠償をも請求しうるわけである(五四五條三項)。

第五項 解除權の消滅

解除權はその性質において形成權であるから、その種の權利に共通な消滅原因によつて消滅する。すなはち、(1)權利の行使、(2)權利の拋棄、(3)消滅時效(一六七條二項)などの如きであるが、民法は、特に、解除權消滅の原因として、(1)相手方の催告(五四七條)、(2)解除權者による目的物の毀損または返還不能(五四八條)、(3)解除權者による目的物の加工または改造(五四八條一項)を規定してゐる。

なほ、民法は、當事者の一方が數人ある場合において、以上述べたやうな原因によつて解除權がその一人について消滅するに至ると、他のすべての者についてもまた消滅する旨を定めてゐる(五四四條二項)。これは、解除權行使における不可分と同様に、實際上の便宜のために認めたと考へうるから當事者はこれと異つた特約をなしうるものとせねばならぬのである。

第三節 事務管理

第一款 事務管理の意義と成立要件

事務管理といふのは、義務なくして他人の事務を管理することである(六九七條)。たとへば、甲の不

在中にその塀の毀れたのを發見した乙が職人を頼んで修繕して置いてやるといふが如し。當事者たる者を稱して、管理者および本人といふ。一面においては本人たる者の個人的利益を保護すると共に、他面においては、社會的利益に適應しようとする制度である。法律行為にあらざる適法行為として債權發生の原因となる。事務管理が成立するがためには、次ぎのやうな要件を具備することを要する。

1 他人の事務の管理あること。事務とは生活に必要な一切の仕事であつて、法律行為たると事實行為たるを問はない。管理といふのはかかる仕事の處理を意味するのであつて、保存行為のみならず處分行爲をも包含する。

2 他人のために事務を管理すること。すなはち他人の事實上の利益を圖り、その管理から生じる利益を本人に歸屬せしめることを要する。

3 義務なくして管理すること。管理が法律上の義務に基く場合には、その法律効果はその義務を認める法律の規定によつてこれを定むべく、事務管理の規定は適用されない。

4 本人のために不利なることが明らかならず、また本人の意思に反することが明らかでないこと（七〇〇條参照）。但し本人が事務管理を欲しない意思が強行法規または公序良俗に反する場合には、本人の意思に反することが明らかであつても、なほ、事務管理は成立する。

第二款 事務管理の効果

事務管理の効果として、民法は、ただ、管理者と本人との間に債權關係が發生する旨を規定して止まる。しかしながら、民法が事務管理を認める趣旨は、一方においては本人の利益を圖り、他方においては一般社會の利益を圖らうとする點に存するものとせねばならぬのであるから、民法は、管理行為をもつて、適法行為であるとなし、違法性を阻却せしめようとする趣旨に出づるものとせねばならぬ。従つて、管理行為が違法性を阻却する點は、民法上明文はないが、事務管理の効果として留意されねばならぬのである。

事務管理の効果として民法の規定するものは、管理者の義務と本人の義務とである。管理者は管理繼續の義務を負ひ（七〇〇條）、管理方法としては本人の利益に適し本人の意思に副はねばならぬ（六九七條）。管理に際しては善良なる管理者の注意を拂ふことを要する（四〇〇條・六九八條）。なほ、管理者は管理通知の義務（六九九條）、計算義務を負ふ（七〇一條）。

事務管理は、本人から何等の委託を受けることなく、管理者の意思に基いて他人の事務に干渉するものにほかならないから、特別法によつて認められる場合（たとへば遺失物法四條・水難救護法二四條二項・海難救助に關する商法八〇〇條以下など）のほかは、管理者は本人に對して報酬を請求しえない。しかしながら、他

人の利益を犠牲にして故なく自己の利益を取得することは衡平の原則に反する。そこで、民法は、他人が費用を支出しまたは債務を負担しこれによつて本人が利益を受けた場合には、本人は、その利益を受けた限度において他人の支出したる費用を償還しまたはその債務を辨済すべきものとしてゐるのである(七〇二條)。

第四節 不當利得

第一款 不當利得の意義

不當利得は、法律上の原因なくして利得を得、これによつて他人に損失を及ぼした者に對して、その利得の返還を命じる制度である。たとへば、一度辨済を受けて既に消滅した債權について再び辨済として金品を受取つた場合の如し。不當利得における當事者は、これを本人および受益者といふ。受益者が法律上の原因なくして、本人の財産または勞務によつて利益を受けることが、不當利得の本質である。行爲にあらざる事實として、債權發生の原因となる。

第二款 不當利得の一般的成立要件

民法は、第七〇三條および第七〇四條において、不當利得の一般的規定を掲げてゐる。これに基いて、不當利得の一般的成立要件を擧げると次ぎの如くである。

- 1 他人の財産または勞務によつて利益を受けること。その得るところの利益は、財産の積極的增加たると消極的增加たるとを問はないが、他人の財産または勞務によることを要する。
- 2 受益をなしこれがために他人に損失を及ぼしたること。受益の結果として他人が損害を被ることを要する。損失は受益と表裏する觀念である。
- 3 利得が法律上の原因なきものなること。利得が法律上の原因なしといふのは、權利取得または財産取得についてその直接の原因たる法律要件なしといふ意味ではなくて、利益を受くべき法律上の原因なしといふ意味である。それでは何をもつて法律上の原因なしとなすかは、法律の理念から生じる公平の理想に反し、共同生活上の妥當性を缺くや否やによつて、決せねばならぬのである。

第三款 特殊の不當利得

民法は、第七〇五條乃至第七〇八條において、特殊の不當利得に關する特則を設けてゐる。いはゆる非債辨済と不法原因給付とがこれである。

第一 非債辨済

債務なきに拘らず辨済をなすときは、原因を缺くこととなるから、不當利得が成立することは當然である。民法は三つの場合を區別してゐる。

一 狭義の非債辨済 債務が存在しない場合の辨済が不當利得となるがためには、辨済者が錯誤に基いて辨済せること・すなはち辨済の當時債務の不存在の事實を知らないといふことが、要件として加はるわけである(七〇五條)。

二 辨済期前の辨済 この場合は、存在しない債務の辨済とは言ひえないから、辨済は法律上の原因を缺くものとは解し難いし、また債権はこれによつて消滅するのであるから、債権者において辨済そのものについて利得があるものとも解し難い。従つて、給付したものは絶対に返還を請求しえない(七〇六條)。但し、辨済期前に辨済を受けた債権者は辨済期に至るまでその給付せられたるものを利用することをえて、いはゆる中間利息を利得することとなるから、債権者の得たる利益は、辨済が債務者の錯誤に基く場合においてのみ、返還を請求しうるのである。

三 他人の債務の辨済 債務者ではない者が他人の債務であることを知りながら辨済をなした場合には、いはゆる第三者の辨済として、その辨済は、原則として有効である(四七四條)。この場合には債権は消滅するから債権者と辨済者との間に不當利得の問題を生じることはない。ただ債務者と辨済者との間に事務管理・不當利得などの問題を生じるに止まる。これに反して、他人の債務を自己の債務であると誤認して、すなはち債務者ではない者が錯誤によつて、辨済した場合には、その辨済は無効である。従つて、辨済者は、債権者の善意・悪意を問はず、債権者に對して不當利得の返還を請求しうるわけである。しかしながら、民法は善意の債権者を保護するがために、第七〇七條の特則を設け、同條所定の場合においては、辨済者は返還を請求しえないものとしてゐる。かくて、辨済は有効とな

り、債務者は辨済者の損失において債務を免れ、債権は消滅するに至る。民法はかかる場合における當事者間の衡平關係を維持するため、辨済者から債務者に對して、求償權を行使することをえせしめてゐる。この求償權の性質は不當利得返還請求權である。

第二 不法原因給付

給付の原因が不法である場合には、その原因は法律上無効なる原因であつて、従つて、その場合に於いては、給付は第七〇三條の法律上の原因なき場合に該當し、不當利得を成立せしめるわけである。従つて、もし何等の規定もなければ、不法原因に基いて給付した者は常に不當利得返還請求權を持つ筈である。しかしながら、民法は、この返還請求權を認めることは法律の理想に反する行爲をなした者の主張を是認しこれを保護することとなり、正義公平の理想に立脚する不當利得制度の趣旨に反することとなるから、第七〇八條の特則を設けてゐるものの如くである。

不法の原因のために給付をなしたる者は、その給付したものの返還を請求しえない(七〇八條)。ここにはいはゆる不法の原因とは、公序良俗に反する原因を指すものであつて、たとへば賭博に敗けた者が金錢を支拂つた場合とか賄賂として金品を供與した場合の如きである。不法の原因のために給付をなした者は、原則として、その給付したものの返還を請求しえないのであるが、不法の原因が受益者についてのみ存する場合には、例外として、給付者はその給付したものの返還を請求しうる(七〇八條但書)。

蓋しこの場合は自らの不法を主張することにはならないからである。

第四款 不當利得の効果

不當利得は、その効果として、受益者損失者間において不當利得返還の債務関係を成立せしめる。返還の物體となるものは、第七〇五條および第七〇八條においてこれを見るやうに、『給付シタルモノ』である。すなはち、原則として、原物返還である。原物返還の不可能な場合は、價格返還によるものとせねばならぬのである。

返還の範圍は、受益者が、法律上の原因なきことについて、善意であるか悪意であるかによつて異なる。善意の受益者の返還の範圍は『利益ノ存スル限度』である(七〇三條)。悪意の受益者の返還の範圍は、受けたる利益・その利息および損害があれば損害の賠償これである(七〇四條)。

第五節 不法行爲

第一款 不法行爲の意義

不法行爲とは、故意または過失によつて他人の權利・法益を侵害し、これによつて他人に損害を生ぜしめることである(七〇九條)。不法行爲者を加害者と呼び、權利・法益を侵害された者を被害者といふ。不法行爲は、債務の不履行と共に、違法行爲である。我が民法は、違法行爲をば、不法行爲と債務の不履行との二つに分つて別々に規定してはゐるが、兩者の差異は、債務の不履行が債權の充實性の侵害であるのに對して、不法行爲が權利・法益の不可侵性の侵害である點に存するに止まるのであつて、兩者は共に、加害者の悪性・すなはち反社會性の問題とは別に、發生したる損害をば如何にして填補すべきかに重點を置くところの補償制度としての損害賠償といふ主要なる効果を生ぜしめる點において、全く同じである。違法行爲としての債務不履行は、その性質上、一種の不法行爲と見られべきものでさへもある。従つて、兩者の規定は、相互に類推適用せらるべきものとせねばならぬのである。

二

私法上の損害賠償は、昔の刑罰的な意味を次第に失つて、刑罰的色彩のない補償制度と化したのである。昔は、法律が法律秩序の立前から認許することをえないとする行爲すなはち不法行爲が行はれた場合には、それについて損害賠償義務を生ぜしめるといふこと(民事責任)とそれを犯罪として刑罰を課するといふこと(刑事責任)とは混同されて、不法な加害者に對しては私人が任意に復讐もすれば團體が贖金を取立てるといふやうに兩者の間には區別がなかつた

のであるが、人間の社會的生活關係が發展するにつれて、しかもその生活關係において中心的勢力を有する國家といふ特殊な社會的機構が完成するにつれて、不法な行爲についての制裁もまた、感情的なものから理性的なものへ、個人的なものから社會的なものへと進化し、民事責任と刑事責任とが分化し併存するに至ると共に、損害賠償は純然たる補償制度となつたわけである。ところで、このやうな變遷の社會的基礎は、歸するところ、商品經濟・營利主義經濟の發生・發展に求めらるべきものである。すなはち、近代的經濟機構の下においては、あらゆる貨財は商品といふ形態をとり、それは貨幣を媒介として資本化される。従つて、商品經濟社會は資本の支配する社會である。されば資本は防衛され保護されねばならぬわけである。損害賠償といふことの社會的意義は、この資本の維持といふことを核心として樹立された法的保障制度たる點に在る。されば、また、その限りにおいて、加害者の悪性・反社會性の問題とは全く獨立に、財産その他の法益について生じた損害を如何にして填補するかといふことに、重點が置かれることにもなるわけである。

第二款 一般的不法行爲の成立要件

第一 故意および過失

不法行爲成立の要件として行爲者の故意または過失を必要とすることは近代民法の原則である。いはゆる過失責任主義の原則である。この原則の歴史的・社會的意義については、既に、序論（一五頁以下参照）において、論究したところである。

ところで、故意とは、不法行爲について具體的に言へば、ある行爲が他人の權利・法益の侵害を生じることが認識するにも拘らず敢へてその行爲をなす心理過程をいひ、過失とは、不法行爲について具體的に言へば、不注意によつて行爲の結果が他人の權利・法益の侵害となることを認識せず、または認識するとしても不注意によつてこれをなす心理過程をいふのである。過失の程度は、原則として、善良なる管理者の注意の欠缺・すなはち客觀的輕過失であるが、失火の責任については、例外として、重過失のみに限られてゐる（失火ノ責任ニ關スル法律・明治三十二年法律第四〇號）。一般的不法行爲における故意・過失の舉證責任は、被害者すなはち損害賠償請求者にある。

第二 責任能力

責任能力または不法行爲能力は、一般的不法行爲の成立要件である。従つて、自己の行爲の結果を認識するに足るだけの精神能力を有しない者は、賠償責任を負はないわけである。民法は、第七一二條において、自己の行爲の責任を辨識するに足るべき知能を備へない未成年者をば、および第七一三條において、加害當時心神喪失の状態にあつた者をば、それぞれ責任無能力者と定め、かかる無能力者には賠償責任なき旨を規定してゐる。但し故意または過失によつて、一時の心神喪失を招いた場合には、例外として、賠償責任の生ずべき旨を定めてゐる（七一三條但書）。

第三 權利の侵害Ⅱ加害行爲の違法性

権利の侵害が不法行為一般の成立要件に属することは民法第七〇九條によつて明らかである。しかしながら、我が民法が権利の侵害をもつて不法行為の成立要件としてゐるのは、被害者の個人的な立場のためにこれを要求してゐるのではなくて、法律そのものの立場から、いはば客觀的に加害者についての評價を求めてゐるものとせねばならぬのである。従つて、民法第七〇九條は、法律が是認することをえないやうな行為・言ひ換へれば法律秩序を破るの故をもつて違法と評價さるべき行為を現はすために『権利の侵害』を擧げてゐるものと言はねばならぬ。蓋し、いはゆる權利本位の基調に立つてゐる今日の私法制度の下においては、行為の違法性を徴表するには権利の侵害といふ形をもつてするのが最も適當であると考へられたからであらう。従つて、民法第七〇九條が『權利侵害』といふのは違法性の徴表として、不法行為の違法行為たることを現はす標識を示めてゐるものとせねばならぬのである。だから、法律によつて明らかに權利と認められてゐるものを侵害する場合には、権利の侵害として、加害行為の違法性を認めうることは言ふまでもないが、しかし違法と評價されるものは常に必ずしも權利侵害といふ形においてのみ現はれるものではない。個人の法益を保護する法規に違反し、または公序良俗に反するやうな場合にもまた、行為の違法性の觀點から不法行為の成立が認められうるわけである。だから、結局、民法第七〇九條にはゆる權利の侵害とは、いはば加害行為の違法性を意味するものとせねばならぬのである。判例はかつて、既存の法律體系において權利と認めらるるものを侵害した場合でなければ不法行為とはならないといふ見解に立つてゐたのであるが、その後態度を改めて、不法行為の成立要件たる權利侵害は、結局、違法性といふことに歸着することを認めるに至つたのである。

不法行為の客體は他人の權利である。権利の侵害といふ要件をもつて違法性と解する限り、不法行為の客體たる權利は、なるべくこれを廣義に解すべきである。所有權その他の物權は勿論のこと、債權についてもまた、その侵害は違法性を帯びる。身體・生命・自由・名譽・貞操・信用なども人格權または人格的利益として、私法的保護を受けねばならぬ。これ等の侵害が違法性を帯びることは民法自身の認めるところである(七二〇條・七一一條)。いはゆる親族權の侵害についてもまた、人格的利益に準じて解釋されねばならぬのである。

権利の侵害をもつて違法性と解すべきことは上述の如くであるが、民法は、かかる違法性を阻却する事由が存在する場合には、權利侵害行為といへども不法行為とはならない旨を規定してゐる。これを違法性阻却事由といふ。その主なるものは次ぎの如くである。

一 正當防衛

民法と刑法(三六條)とに共通する制度であつて、急迫不正の侵害に對して公の救済を求める暇なき場合に、私人に認められる自力救済の制度である。民法は、他人の不法行為に對して自己または第三者の權利を防衛するために、已むことをえずしてなしたる加害行為は、違法性を有しないものとしてゐる(七二〇條一項)。正當防衛

の効果として、防衛行為は違法性を失ひ、行為者はこれによつて生じた損害の賠償義務を負ふことはない。但し、防衛行為によつて損害を被つた第三者は、正當防衛の原因たる不法行為者に對して損害賠償を請求しうるのである（七二〇條一項但書）。

二 緊急避難 不法の要素のない急迫な被害に對しても、私人自ら防衛することが、正當防衛における同一の理由によつて許されねばならぬ。かかる要請に應じる制度がすなはち緊急避難である。民法は、他人の物から生じた急迫の危難を避けるためにその物に對してなす反撃行為は、違法性を阻却するものとしてゐる（七二〇條二項）。刑法における緊急避難（三七條）は、民法におけるが如く他の物または人に對する行為を緊急避難から除外することがないから、その範圍はより廣いわけである。だから刑事上の緊急避難として刑事責任を免れるとしても民事上の賠償責任を免れるものとは限らない。

三 事務管理 これが違法性を阻却することについては、既に、述べたところである。

四 被害者の承諾 被害者の承諾は、自己の権利を抛棄滅却することであるから、それが法令または公序良俗に反しない限り違法性を阻却する。

五 正當なる権利の行使 権利の行使は、権利の行使であるが故に、不法行為の成立を阻却するのではない。公序良俗に反しない権利の行使が不法行為とならないだけである。だから、特定の法規に定められてゐる義務に違反しない場合においても、権利の行使そのものが公序良俗に反する限り、権利の濫用として、不法行為を成立せしめるのである。判例は、かつて、権利の行使のために他人に損害を生ぜしめることがあつても、権利の行使たる限りにおいて、賠償の責に任すべきではないとしたのであるが、その後態度を改めて、たとへ権利の行使であるとしても、そ

の行使が公序良俗に反する場合には不法行為が成立するものなることを認めるに至つたのである。

第四 損害の發生

違法性ある行為は常に必ずしも損害を生じるわけではない。それ故に、不法行為として損害賠償請求權が生じるがためには、損害の發生を必要とする。この意味において損害は不法行為の成立要件である。財産的損害に限らないことは民法第七一〇條の明文に徴して明らかである。積極的損害と消極的損害とを含むこと勿論である。

第五 加害行為と損害との間の因果關係の存在

いはゆる因果關係の範圍は債務不履行におけると同様に相當因果關係の範圍に限るべきことは、不法行為制度の目的から見て當然のことであらう。債務不履行に關しては第四一六條があるが、不法行為については、これに相當する規定がない。だが、債務不履行はその本質において一種の不法行為と見らるべきものであるから、損害賠償の範圍について、兩者の間には何等の差異なきものとせねばならぬ。判例が第四一六條をばそのまま不法行為に類推適用しようとする傾向にあることは、まことに注目に價するものとせねばならぬのである。

第三款 特殊の不法行為

第一 責任無能力者の行為による監督義務者の賠償責任(七一四條)

民法がこの責任を認めようとする根據は、被害者の保護を厚くすると共に、監督義務者の注意を促して、責任無能力者による加害行為を減少せしめようとする點に存するものの如くである。しかしながら、この場合における責任の性質は絶対的な無過失責任であるとは解し難い。何故ならば、監督義務者または代理監督者は、監督の義務を怠らなかつたことを立證することによつて、その責を免れうるからである。

代理監督者のある場合には法定監督義務者は賠償責任を免れうるか。第七一四條の一項と二項とは相排斥し合ふものではないから、法定監督義務者が代理監督者をして監督せしめるにつき過失なきことを證明しない限りは、兩者は連帶して賠償の責に任すべきものと解すべきである。

第二 被用者の行為による使用者の賠償責任(七一五條)

民法が使用者をして賠償責任を負担せしめる所以のものは、一面において、自己の事業のために他人を使用することは被用者の活動において自己の活動範圍を擴大するものであるから、自己自らこれをなすと被用者をしてこれをなさせしめるとによつて第三者に對する責任に輕重の差を設くべき理由がないといふ點に、他面において、被用者は一般的に資力薄弱な者であるから、被用者のみが賠償責任を負ふとすれば、被害者は事實上賠償を得るに由なきに至ることを顧慮し、使用者をして賠償の責に任ぜしめることによつて、被害者を保護しようとする點に存するものの如くである。しかしながら、この使用者の責任の性質は、無能力者の監督義務者の責任の性質と同様に、絶対的な無過失責任ではない。何故ならば、使用者もまた、被用者の選任監督につき過失のなかつたことを立證して、その責任を免れうるからである。結局は、過失責任と無過失責任との中間に位する責任であると解するほかはない。しかしながら、

この舉證は實際上容易に認められないものの如くであるから、使用者の責任は、結果的には、次第に無過失責任に傾きつつあることに留意せねばならぬのである。

使用者の賠償責任は次ぎの如き事實の存在することを要件とする。

1 ある事業のために他人を使用する事實あること。事業といふのは仕事といふのと同じであつて、その意味は極めて廣い。事實上他人を使用する限りその原因の如何を問はない。ただ必要なことは、使用者と被用者との間には選任・監督の關係がなければならぬといふことである。選任・監督の關係とは、使用者が被用者に對して事業の執行につき必要な命令を下すことができ、被用者がこの命令に従ふべき關係である。被用者がその執行すべき事業の範圍内において若干の自由裁量の權限を有するや否やは問ふところではない。

2 被用者が第三者に損害を加へたること。第三者に加へたる加害行為が如何なる種類のものたることを要するかについては、第七一五條には明文はないが、不法行為の一般的要件を具備した加害行為たることを要するものと解すべきであらう。いはゆる第三者とは、使用者と加害行為者たる被用者とを除き廣くその他の者を指稱するのであるから、同一事業主に使用せられる被用者間における加害行為についても、使用者は賠償の責に任すべきものとせねばならぬのである。

3 被用者の加害行為がその事業の執行につきなされたること。使用者は、被用者が事業の執行につきなしたる行為について、責を負ふのであつて、事業の執行に際してなしたる行為について責を負ふのではない。それでは、事業の執行につきなしたる行為の範圍如何。第七一五條立法の精神に鑑み且つ一般取引の通念に照し、被用者のなしたる行為が事業の執行と同一なる外形を有する限りは、現にその事業の執行としてなすべき事項の存すると否とを問は

すまたそのためになしたると自己のためになしたるとを問はず、行為の外形を標準として、これを決すべきである。この點に關する判例の變遷はまことに興味深いものがある。

4 使用者にはゆる免責事由なきこと。使用者は被用者の選任・監督につき相當の注意をなしたることを、または相當の注意をなすも損害の生ずべかりしことを、立證してその責を免れうるものであるから、この立證なきことが使用者の賠償責任の要件となる。如何なる場合に舉證ありと認むべきかについては、各々の場合について決するのほかはない。

以上のやうな要件を具備するに至ると、使用者(七一五條一項)または代理監督者(七一五條二項)は、その被用者の他人に加へたる損害の賠償の責に任じるのである。代理監督者ある場合における使用者の責任については、議論がないではないが、第七一五條の精神に照して、代理監督者と並んで使用者が賠償の責に任ずべきである。使用者または監督者が責任を負ふ場合においても、加害者たる被用者自身の責任が解除されるわけではない。民法は、使用者または監督者が損害賠償をなしたときは、被用者に對して求償權を行使しうる旨を定めてゐる。しかしながら、現代の經濟組織の下における雇傭關係の特質を考へれば、被用者に第一次的な責任を認めることや、使用者と被用者との間に求償權關係を規律することなどは、考慮を要すべき問題であるとせねばならぬのである。

第三 請負人が第三者に損害を加へた場合における注文者の賠償責任(七一六條)

注文者の故意または過失に基く注文行為または指圖行為を原因として、請負人が第三者に加へた損害について、注文者がその賠償の責に任じるわけである。

第四 土地の工作物または竹木の加害による占有者および所有者の賠償責任(七一七條)

土地の工作物の設置または保存の瑕疵および竹木の栽植または支持に瑕疵あることによつて生じた他人の損害を賠償せしめようとするものであつて、この責任の根據は近代的な社會的生活關係の下において、特に危険な設備を保有することによつて利益する者に對して、これから生じる損害に對する責任を加重することによつて、利益の衡平關係を維持し確保しようとする點に存するものの如くである。従つて、個人主義的責任理論によつて縮少された責任の範圍は、この立前から相當に擴張されねばならぬ社會的要請の下にある。ところでこの責任の性質は、占有者にあつては絶對的な無過失責任ではないが、所有者にあつては無過失責任である。

第五 動物の加害による動物の占有者の賠償責任(七一八條)

この責任の根據は、動物は人に損害を加へるの危険性を有するものであるから、その占有者または保管者にその損害の發生豫防の義務を負はしめ、その責任を加重しようとする點に存するものの如くである。絶對的な無過失責任ではなくて、中間的なものである。

第四款 共同不法行為

不法行為は、常に必らずしも、一人の行為に限るわけではなく、數人の行為から成立することがある。いはゆる共同不法行為がこれである。數人が共同の違法行為によつて他人に損害を加へた場合の不法行為すなはち狹義の共同不法行為(七一九條一項前段)、何人の行為が損害發生の原因たるかが不明なる共同の加害行為(七一九條一項後段)、および加害行為に對する教唆または幫助による共同不法行為(七一

九條二項)の三種である。そのいづれの種類の不法行為たるかを問はず、共同不法行為者は各自連帯して損害賠償の責に任じるのである(七一九條一項)。従つて、いはゆる對外關係たると對内關係たるかを問はず、連帶債務に關する第四四二條以下が適用されるべきである。共同不法行為者間における負擔部分は、特別の事情のない限り平等であると解すべきである。

第五款 不法行為の効果

民法上認められてゐるところの不法行為の効果は損害賠償請求權の發生である。損害賠償の方法は原則として、金錢賠償である(七二三條・四一七條)。従つて、財産的損害にあらざる損害においてもまた、金錢賠償によるべきものとする。但し名譽毀損の場合においては、裁判所は、被害者の請求によつて、損害賠償に代へまたは損害賠償と共に、名譽を回復するに適當な處分を命じることがをうるのである(七二三條)。謝罪廣告の如きはその適例である。

胎兒は損害賠償請求權については既に生れたるものと看做される(七二一條)。これは、相續に關する第九六八條の規定と同様に胎兒保護の目的を有するものであつて、不法行為の當時未だ權利主體でないがために、その後出生するも損害賠償請求權を取得することができなくなるといふ結果を避けしめるがために設けられた制度である。

損害賠償の範圍に關しては、法律上特に規定はないが、債務不履行による損害賠償の範圍と同一であることを原則とする。賠償額を定めるに當つては、民法は、もし被害者に過失のあつた場合には、裁判所はこれを斟酌することをうるものとしてゐる(七二三條二項)。蓋し、債務不履行に關する場合(四一八條)におけると同様に、自己の過失によつて被つた損害はその本質において被害とは言ひえず、これを他人に轉嫁することは自己責任の原則に悖ることとなるからである。

不法行為による損害賠償請求權は、被害者またはその法定代理人が損害および加害者を知つた時から三年間これを行使しない場合、および被害者またはその法定代理人が損害の發生および加害者を知らざる場合においても不法行為の時から二十年を経過する場合には、時効によつて消滅する(七二四條)。民法が短期時効を認める理由は、不法行為上の債權は、普通の債權とは異つて、當事者の合意によつて生じたものではないから、その事實の證明または反證が極めて困難であり且つ湮滅し易いのみならず、長くこの請求權の行使を怠る權利者は法律上の保護を受けるに價しないといふ點に、存するものの如くである。

第三章 債権關係の主體と客體

第一節 序 說

一

債権關係は二個あるひはそれ以上の權利主體の對立關係である。かかる對立關係にある主體の一方を債権者といひ、他方を債務者と呼ぶのである。債権者と債務者との對立的存在は債権關係の成立および存続について缺くことをえない。但し、主體は、特別の事情によつて不確定な場合がある。だがその場合といへども、それをもつて主體なき債権關係とは言ひえない。たとへば胎兒の有する損害賠償債権におけるが如きである(七二二條・九六八條・一〇六五條參照)。債権者と債務者とは具體的に特定してゐることを要する。但し兩者の特定は同時的たることを要しない。たとへば無記名證券の發行の場合におけるが如きである。債権者と債務者とは原則として同一人にあらざることゝを要する。もし債権と債務とが同一人に歸屬した場合には、債権は消滅するに至るのである(五二〇條)。

二

債権關係の客體は債務者の負擔する給付である。給付は直接に物に關する場合と物に關しない場合

とがある。物に關する場合といへども、その物自體が債権の客體ではなくて、その物を引渡すべき債務者の行爲が債権の客體となるのである。従つて、この客體たる給付は、必ずしも、金錢に見積りうるものたることを要しない(三九九條)。

第二節 主體の態様による各種の債権關係

第一款 單數主體の債権關係と複數主體の債権關係

債権關係の最も單純な形態は債権關係の主體すなはち債権者と債務者とが各々一人である場合の對立關係である。かかる場合における對立關係を稱して單數主體の債権關係といふ。だが債権關係は、常に必らずしも、かかる單純な形態においてのみ現はれるものではない。主體の一方または雙方が二人または二人以上である場合がある。かかる場合における對立關係を稱して、複數主體の債権關係といふ。我が民法はかかる複數主體の債権關係を呼ぶに『多數當事者の債権』をもつてしてゐる。我が民法が複數主體の債権關係として明らかに認めてゐるところのものは、(1)分割債権關係(四二七條)、(2)不可分債権關係(四二八條—四三一條)、(3)連帶債務(四三二條—四四五條)、(4)保證債務(四四六條—四六五條)の四種である。そのうちいづれをもつて原則となすかは、債権の效力と關聯して極めて重要である。

我が民法は、分割債権関係をもつて原則としてゐる。

第二款 複數主體の債権關係

第一項 分割債権關係

分割債権關係といふのは、一個の可分な給付を目的とし、意思表示または第四二七條の適用によつて、その給付が債権者または債務者に分割せられてゐる債権關係をいふのであつて、かかる關係においては、各債権者または各債務者は、原則として、平等の割合において權利を有し義務を負ふのである(四二七條)。たとへば、甲と乙との共有物を丙に三百圓で賣つた場合の代金債權(分割債權)や、丙から甲乙二人が共同して農具を三百圓で買ひ入れた場合の代金債務(分割債務)の如し。しかしながら、第四二七條は、分割債權のいはゆる對外的效力に關するものであるから、分割債權者相互間の・または分割債務者相互間の・權利義務關係に直接的に適用することはできない。いはゆる對内的關係における効力は當事者間における法律關係によつて定まるのである。とはいへ、對内的關係における例外を設ける意思表示が、對外的關係における効力をば當然に決定するものではない。

第二項 不可分債権關係

不可分債権關係といふのは不可分なる給付を目的とする複數主體の對立關係である。不可分なる給付といふのは、給付の性質または價格を害するのでなければこれを分割して給付することをえない給付を指すのであつて、分つて、性質上の不可分(たとへば、ピアノ一臺の賣買の如し)と當事者の意思表示による不可分(たとへば、金三百圓を支拂ふとか米一石を引渡すとかの場合の如し)とになすことができる。

二

一個の不可分なる給付を目的として、數人の債権者が存在する場合の債權を不可分債權といふ。この場合には、各債権者は單獨で總債権者のために全部の履行を請求し受領することができる(四二八條)。不可分債権者の一人について生じたる事項は、原則として、相對的效力を生じるに止まる(四二九條)。一個の不可分なる給付を目的として數人の債務者が存在する場合の債務を不可分債務といふ。この場合には各債務者は單獨にても全部の給付をなすことができる(四二八條)。不可分債務者相互間における不可分債務の效力については、連帶債務に關する規定が準用される(四三〇條・四四二條以下)。

第三款 連帶債務と保證債務

連帶債務と保證債務は、その法律關係的性質において、複數主體の對立關係たる點においては、分

割債權關係および不可分債權關係と同じである。しかしながら、この二つは、現代の私法制度の下においては、債權の實質的保護の制度すなはち人的擔保制度の法形態的表現である點において、社會的意義を持つものであるから、他の債權擔保制度と共に、別の機會において論究するであらう。

第三節 客體の態様による各種の債權

第一款 特定物の引渡を目的とする債權

特定物の引渡を目的とする債權といふのは、債務者が現に特定物を占有する場合において、その物の占有を移轉することを目的とする債權である。契約その他の法律行為によつて成立することもあれば、また法律の直接的規定によつて成立することもある。

特定物の引渡を目的とする債權には次ぎの如き効力が存する。

一 保存義務(四〇〇條) 債務者は、債權發生の時から引渡をなすまで、善良なる管理者の注意をもつて、その物を保存することを要する。善良なる管理者の注意といふのは、取引の一般的觀念に従つて、相當なる知識經驗および誠意を有すると認めらるべき者が、その具體の場合において用ふべき程度の注意である。かかる程度の注意の欠缺は、民法上、いはゆる抽象的客觀的輕過失となる。

この種の輕過失はいはゆる具體的客觀的輕過失よりもその注意義務の程度において高く責任において重い。兩者は合して輕過失の概念を構成し、いはゆる重過失と區別される。重過失とは、著しく注意の欠缺せることをいふのであつて(六九八條參照)、故意に近い。

二 現狀引渡義務(四八三條) 債權發生の時と引渡をなすべき時との間において、引渡をなすべき物について差異を生じた場合には、債務者はその引渡をなすべき時の現狀において、その物を引渡すことを要する。但し果實については第五七五條の特則がある。

三 履行の場所に関する義務(四八四條) 當事者間に別段の定めのない限り、債權發生の當時その物の存在した場所において履行をなすべきである。

第二款 不特定物の引渡を目的とする債權(種類債權)

不特定物の引渡を目的とする債權は、また、種類債權ともいふ。たとへば、紀州蜜柑百箱といふ風に、一定の種類の中から、一定の數量の物の引渡を請求する權利である。

種類債權の履行に際しては、その目的物が確定することを要するのは言ふまでもない。この確定を稱して、種類債權の特定または集中といふ。種類債權は如何にして特定するか。

1 當事者の意思表示または取引の慣習による場合(四〇一條・九一條・九二條)。

- 2 法律行為の性質に基く場合(四〇一條・五八七條)。
- 3 以上の標準によつて決定し難い場合に關して、民法はいはゆる補充規定を設けてゐる。すなはち債務者は中等の品質を有する物を給付せねばならぬ(四〇一條)。何が中等の品質なりやは、取引の觀念に従つてこれを決する。

次に、何時如何にして特定するか。民法は二つの場合を規定してゐる。

- 1 債務者の行為のみによつて特定が生じる場合(四〇一條二項前段)。この場合には、債務者が物の給付をなすに必要な行為を完了したときに、はじめて、特定を生じる。何をもつて必要なる行為の完了となすべきかについては、債務の内容、殊に履行地との關聯において、具體的に決すべきである。これを一般的に言へば、持參債務にあつては、債権者の住所において現實の提供がなされたとき(四八四條・四九三條前段)、取立債務にあつては、いはゆる言語上の提供がなされたとき(四九三條但書)、嚴格なる意味における送付債務にあつては、目的物が第三地に到達して債権者が何時にても受領しうる状態に目的物を置いたとき、それぞれ特定を生じる。

- 2 債権者の同意を得てその給付すべきものを指定することによつて特定が生じる場合(四〇一條二項後段)。この場合には、債務者は、ただ單に給付すべきものを指定するをもつて足り、給付をなすに必要な行為を完了することを要しないわけである。

民法は以上二個の場合を擧げてゐるに止まるが、契約によつて、當事者がその一方または第三者をして指定せしむべき旨を定め、その者の指定によつて約定の生じる場合のあることは言ふまでもない。

特定の生じたときは、いはゆる不特定物債權・種類債權はいはゆる特定物債權となる。

第三款 金錢債權

金錢債權といふのは一定額の金錢の給付を目的とする債權である。金錢とは、貨幣・紙幣といふのと同じく、一定の購買力を有し價格を表示するものをいふ。

金錢債權が現代の經濟組織の下において營む機能は重且大である。それは、一方においては、自らを資本として構成し、資本の作用として複雑にして多岐に亘る資本主義的法律關係を組成してゐる。そして、他方においては、消費信用の樞軸として國家國民生活のあらゆる場面において重要な役割を果してゐるものである。

金錢債權は分つて二つとなすことができる。

- 一 金錢債權 一定の金額の給付を目的とする金錢債權が金額債權である(四〇二條一項・三項・四〇三條)。
- 二 金種債權 特殊の通貨の給付を目的とする金錢債權が金種債權である(四〇二條一項但書・四〇二條二

項・四〇二條三項)。

第四款 利息債権

利息債権といふのは、元本債権の従として元本に對する一定の利率をもつて支拂はるべき利息を請求する權利である。従つて、元本債権がなければ利息債権は成立しない。また元本債権の消滅後に於いては、利息を生じることはない。

利息債権は元本債権に従たる債権である。すなはち附從性を有する債権である。利息債権のこの附從性は元本債権そのものの處分に對して如何なる關係に立つか。將來生ずべき利息債権は元本債権と不可分離であるから、元本債権の讓渡その他による處分は、當事者において別段の定がなければ、利息債権の處分を伴ふものとせねばならぬ。しかしながら、既に生じた利息債権すなはち辨濟期にある利息債権は元本債権とは獨立するものであるから、元本債権の處分は利息債権の當然の處分を伴ふものではない。但し、債務不履行に基くいはゆる遅延利息は、その本質において損害賠償であり、且つ原債権の延長たる性質を持つものであるから、特に反對の意思表示のない限り、原債権と共に移轉するものとせねばならぬのである。

債権は當然に利息を生じるものではない。利息が生じるがためには一定の發生原因を必要とする。

利息は、利息を生ずべき旨を定めた法律行為によつて、發生する場合がある。これを約定利息といふ。利率の定のない場合には法定利率による(四〇四條)。法律の規定によつて發生するものを法定利息といふ。法定利息の利率は、民法上は年五分(四〇四條)、商法上は年六分(商五一四條)である。

民法は、一定の條件の下において、利息を元本に組み入れることを認めてゐる(四〇五條)。利息は元本に組入れられることによつて元本と合して更に利息を産む。通常これを重利または複利といふ。重利は單に法律の定によつて發生するのみではなく、特約に基いて生じることがある。前者を法定重利と呼ぶに對して後者を約定重利といふ。

なほ、約定利息および約定重利に關しては、利息制限法による制限の存することが注意されねばならぬのである。

二

我が國における利息法制は、古來幾多の變遷を経て、遂ひに明治十年九月十一日太政官布告第六十六號の利息制限法に到達したのである。その後、明治年間(明治三十一年法律第一號)および大正年間(大正八年法律第五九號)に若干の細部的改正が加へられ、今日に及んでゐるのである。明治・大正兩年間における改正は、單に制限率の改正たるに止まり、その根本的なものには何等觸れられなかつた。

まことに、暴利行爲は契約自由の暗黒面であり、その反社會的な濫用である。それは、その如何なる意味においても、私人の自治に委ねられる契約自由の領域と法が非難し干渉する擄取の領域との限界である。されば、我が國にお

いは、戰時經濟乃至は國防經濟における物價問題に對する處置として、今次の事變勃發するや、從來の投機行爲取締を主たる目的とした暴利取締令(大正六年農商務省令第二〇號)を改めて、賣惜・買占・暴利販賣の取締を目的とする同令すなはち「暴利ヲ目的トスル賣買取締ニ關スル件」(昭和十二年商工省令第一〇號)その後昭和十四年十二月商工農林省令第一號をもつて「暴利行爲等取締規則」に改正)を公布し、次に、いはゆる輸出入品等臨時措置法(昭和十二年法律第九二號)を制定し、輸出入に關する物品についてその價格統制の法的根據を作り、次で、國家總動員法(昭和十三年法律第五五號)をもつて物價形成の諸要素たる價格・運送賃・保管料・保險料・賃貸料・加工賃・賃金に關し必要な命令をなすことを得と定め(動員法一九條・六條)、一般物價統制の法的根據を用意し、先づ輸出入品等臨時措置法をば逐次發動して個々の商品についての物價對策を講じて來たのであるが、それでは到底物價統制の完全を期しえずとして、遂に、根本的綜合的なる物價對策を必要とすることが明らかになるに至つて、總動員法を發動して、戰時經濟運營の根幹をなすものとしての物價問題に對處することになつたのである。價格等統制令(昭和十四年勅令第七〇三號)をはじめとする各種のいはゆる物價統制法がこれである。これ等の點については、既に、賣買契約に關聯して、言及したところである(一五八頁以下参照)。

ところが、消費貸借の領域における暴利行爲については、我が現行法制は一般的法規を持たない。現行利息制限法は、暴利行爲の禁止については、全く無力である。ただ、我々は、警視廳令として公布(昭和十四年八月三十一日)施行(同年九月一日)された金融業取締規則を持つに止まる状態である。この廳令は、一方では利息の制限のために利息を一切許可制とし、いはゆる天引を嚴禁し、他方では不正業者に對し拘留・科料・營業停止・許可取消などの處分を用意して取締監督を強行しようとするのである。しかしながら、この廳令とても、單に、いはゆる取締規定として警察制

限に止まり、専ら公法上のみ・しかも限られたる地域においてのみ・效力を有するに過ぎず、私法的效果はそれを如何ともなし難いのである。

されば、我々は、いま、かかる法制の現状において、利息制限の現代的意義たる暴利行爲の法的干渉としては、民法第九〇條の適用を期待するのほかはない。法律における嚮導理念としての信義則に依存するのほかはない。されば、我々は、民法第九〇條を根據として、暴利行爲は當然無効であるとす判例最近の發達をば注目せねばならぬと共に、現行利息制限法に關するいはゆる判例法の成立について心せねばならぬのである。

第五款 選擇債權

選擇債權といふのは、たとへば、この万年筆かこの靴かどちらかを與へるから選べといふ風に、債權の客體が數個の給付の中から選擇によつて定まる一個の給付を目的とする權利である。

選擇債權に似て非なるものにはゆる任意債權といふものがある。任意債權といふのは、たとへば、牛一頭を・しかし都合によつては金百圓を・給付するといふ風に、債權者または債務者が代用權を有する債權である。代用權はまた補充權とも言はれるのであるが、債權本來の目的たる給付に代へて他の給付をなしうる權利である。任意債權と選擇債權の根本的差異は、任意債權にあつては一個の給付のみが本來の客體であつて、他の給付はその代用または補充であるに過ぎないのに反して、選擇債權にあつては、各々の給付は同一の資格において客體となつてゐる點に、存するのである。

選擇債權の客體が一個の給付に定まることを特定といふ。特定の方法は二つある。その一つは選擇權の行使であり、他は給付の不能である。

一 選擇權の行使による特定

選擇債權が選擇權の行使によつて特定する場合における選擇權者は、原則として、債務者である(四〇六條)。だが第四〇六條は強行規定ではないから、選擇權者は債權者たることをうべく、また第三者たることをうるのである(四〇九條参照)。

民法は、選擇權者が選擇權を行使しない場合には、選擇權は當事者の一方へ移轉する旨を規定してゐる(四〇八條・四〇九條二項)。尤も特約ある場合には、それに従ふべきは言ふまでもない。

選擇權は如何なる方法によつて行使さるべきであるか。民法は相手方に對する意思表示によるものと定めてゐる(四〇七條二項)。但し第三者が選擇權を有する場合においては、その意思表示は、債權者または債務者に對してこれをなせば足りる(四〇九條一項)。選擇權が行使されると二つの効果を生じる。

- 1 選擇權の行使たる意思表示は、相手方の承諾がなければ、取消すことをえない(四〇七條二項)。
 - 2 選擇せられた給付を目的とする單純な債權がその發生の當初から成立せるものとなる(四一一條)。これすなはち選擇の遡及效である。
- 二 給付の不能による特定

選擇債權が給付の不能によつて特定する場合は次ぎの三つである。

- 1 給付の一つが最初から不能であつた場合(四一〇條一項)。
- 2 給付の一つが後に至つて當事者および選擇權ある第三者のいづれの過失にもよらないで不能となつた場合(四一〇條一項)。
- 3 給付の一つが選擇權を有する者の過失によつて不能となつた場合(四一〇條二項参照)。

以上の場合において、選擇債權の目的物が二個である場合には、選擇債權は殘存せる一個の給付において特定する。もし三個以上である場合には、選擇債權の目的物の範圍は局限せられ、殘存せる可能なる給付に對して選擇債權は存續することとなるのである。

選擇權を有しない當事者の過失によつて給付の一つが不能となつた場合には選擇債權は不能となつた給付についても存在する(四一〇條二項)。この場合においては、選擇債權は特定することもなければまた選擇の範圍が局限されることもないわけである。

給付の不能による選擇債權の特定または選擇範圍の局限はただ將來に對してのみその效力を生じるに止まる。蓋し、選擇權行使の場合におけるとは異り、第四一一條の如き規定がないから、遡及效を生じるものとは解し難いからである。

第四章 債權の擔保

第一節 序 說

債權擔保の制度は、大體において、二つに大別することができる。物的擔保と人的擔保とがそれぞれある。前者は、債權者をして債務者または第三者の物の上に直接的な關係を有せしめることによつてその債權の效力を確保しようとする制度である。いはゆる擔保物權がこれである。留置權・先取特權・質權および抵當權の四種の物權がこれに屬してゐる。後者すなはち人的擔保は、一個の債權について債務者のほかになほ更に債務者もしくは責任者を設けしめることによつて、同時に二人以上の債務者の總財産を一般擔保として、債權本來の目的の達成を確保しようとする制度である。かかる制度として民法が認めてゐるものは、連帶債務と保證債務とである。兩者の差異は、前者にあつては、二人以上の責任者が平等・併列の地位において債權を確保しようとする擔保的機能を持つてゐるのに反して後者は、二人以上の債務者が、そのうちの一人を主たる債務者としてこれと主從的地位に立ちながら債權を確保しようとする擔保的機能を持つてゐる、といふ點に、存してゐる。

民法は、如上の債權擔保制度のほかに、いま一つの擔保制度を設けてゐる。すなはち債權者代位權

と債權者取消權がこれである。これは、債權者一般の債權を確保するがために、原則として自由なるべき筈の各個人による財産の使用・處分をば、制限・干渉することによつて、債權の實質的基礎たる債務者の擔保力一般を保全することを目的とするものである。

これ等の諸制度はいづれも、よつてもつて、債務者の資力に基因する危險から債權者をば防衛し保護しようとするものであり、かくして、實質的に債權本來の目的を達せしめようとするものである。

第二節 連帶債務

第一款 連帶債務の性質

連帶債務といふのは、數人の債務者があつて、それぞれの債務者が獨立して、同一の給付をなすべき債務を負ひ、その中の一人の給付によつて、他の債務者の債務もまた消滅すべき債務關係である。すなはちこの場合においては、數人の債務者は各々獨立して債務の全額を履行すべき義務を負ふてゐるのであるが、債權者としては數回の給付を受けるのではなくて、ただ一回のみ全部の給付を受けらるに止まるのである。

連帶債務は當事者の意思に基いて發生することもあれば、また民法や商法などの規定（四四條・七一九

條・九一三條・商八〇條・一九三條・二〇三條・三五六條・五一一條・五三七條・五七九條など）によつて發生することもある。そして、當事者の意思に基くものは、通常は、契約によるのである。連帶債務が法律行為によつて成立する場合においては、たとへ連帶債務者の一人について法律行為の無効または取消の原因があるとしても、他の債務者の債務には何等の影響はない（四三三條）。

第二款 連帶債務の對外的效力

第一項 債權者の權利

債權者は債務者の一人に對し、または同時もしくは順次に總債務者に對して、全部または一部の履行を請求する權利を持つてゐる（四三三條）。しかして、民法は、連帶債務者の破産の場合に關して、特別規定を設け、債權者を保護してゐるのである。すなはち、連帶債務者の全部またはその中の數人が破産の宣告を受けた場合には、債權者はその債權の全額について、各債務者の破産財團の配當に加入しうるのである（四四一條、なほ破二四條參照）。

第二項 連帶債務者の一人について生じたる事項の效力

連帶債務における各々の債務は、その性質上、獨立性を有する債務であるから、その中の一債務に

ついて生じた事項は、他の債務に對しては、原則として、何等の影響を及ぼさない（四四〇條）。だが、連帶債務は債權者に満足を與へるといふ點において單一の目的を有してゐるのであるから、この目的を達するやうな事項が債務者の一人について生じるならば、それは他の債務者にも影響を及ぼして、すべての債務を消滅に歸せしめるのである。たとへば、一債務者のなした辨濟の如きである。なほ、民法は、實際上の便宜に鑑みて、債務者の一人に對する履行の請求（四三四條）や債務者の一人について生じた更改（四三五條）、相殺（四三六條）、免除（四三七條）、混同（四三八條）、時效の完成（四三九條）などの債務消滅原因が、他の債務者に對しても、效力を生ずべき旨を定めてゐる。

第三款 連帶債務の對内的效力

連帶債務の對内的效力は連帶債務者間の求償權關係として現はれる。連帶債務者は、債權者に對する關係においては、各自全部の給付をなすべき義務を負ふのであるが、連帶債務者間においては、各債務者は一定の負擔部分を有してゐる。そして、この負擔部分は、原則として、各債務者平等であるべきである。

連帶債務者の一人の辨濟その他の出捐によつて共同の免責を得たる場合には、その債務者その他の債務者とは求償權關係に立つ。すなはち出捐者たる債務者は他の債務者に對してその各自の負擔部分に

ついで求償権を取得するのである(四四二條)。尤も、この求償権は、求償者が免責行為をなすに際し豫め他の債務者に通知しなかつた場合(四四三條一項)および免責を得たる通知を怠つた場合(四四三條二項)には、制限を受けることとなる。

なほ、償還義務を負ふてゐる債務者の中に資力がなくて償還をなさない者のある場合には、その者の負擔部分は、求償者および他の資力ある者の間に、各自の負擔部分に應じて按分される(四四四條)。また連帶債務者中に連帶の免除を得た者ある場合の求償権の擴張については第四四五條がある。

第三節 保證債務

第一款 保證債務の性質

保證債務といふのは主たる債務者がその債務を履行しない場合において、その履行をなすべき債務關係である(四四六條)。それは、元來、主たる債務を擔保することを目的としてゐるものであるから、主たる債務を離れては獨立の存在理由を有しないものである。保證債務のかかる性質を稱して附從性といふ。また保證債務は、主たる債務を擔保することを目的とするものであるから、主たる債務の履行なき場合にそれを履行することを要する債務たるの性質をもつてゐる。かかる性質を呼んで保證債

務の補充性といふのである。

保證債務が成立するためには保證人たるべき者と債権者との間に契約すなはち保證契約が締結されることを要する。保證人たりうる資格については、原則として、何等の制限はない。ただ、主たる債務者において保證人を立てる義務の存在する場合については、保證人が具備すべき要件について、第四五〇條の規定がある。

第二款 保證債務の對外的效力

第一項 債権者の權利

債権者は保證人に對して直ちに保證債務の履行を請求しうる。すなはち債権者が保證人に對して履行を請求するには、常に必らずしも、主たる債務者に對して履行を請求したとか主たる債務者が無資力の状態にあるとかいふやうなことを前提とするを要しない。ただ、保證人は保證債務の補充性の故に、債権者からの請求に對して一應次項に述べるやうな抗辯をなして、一時、履行を拒絶することができるに止まるのである。

第二項 保證人の抗辯權

第一 催告の抗辯權

債權者が保證人に債務の履行を請求したときには、保證人は、先づ主たる債務者に催告をなすべき旨を債權者に對して請求することができる。保證人が原則として有するこの權利を稱して催告の抗辯權といふ(四五二條・四五五條)。

第二 檢索の抗辯權

債權者が主たる債務者に催告した後においても、保證人が、主たる債務者に辨濟の資力があり且つその執行が容易であることを證明したときには、債權者は先づ主たる債務者の財産について執行しなければならぬのである。保證人がかかる證明をなして自己の履行を一時延期しうる權利を稱して檢索の抗辯權といふ(四五三條・四五五條)。

第三 主たる債務者の抗辯權を行ふ權利

保證債務の附從性の故に、主たる債務に何等かの抗辯權が附着してゐる場合には、保證人もまたこれを援用しうるのを原則とする。保證債務の補充性の強調としての催告ならびに檢索の抗辯におけるやうな特別の規定はないが、これを反對に解すべき理由はない。權利不發生の抗辯、權利消滅の抗辯、同時履行の抗辯(五三三條)、相殺の抗辯(四五七條二項)などは、保證人が援用しうる主たる債務者の抗辯の主なる場合である。

第三項 債務者の一人について生じたる事項の效力

保證債務は、その本質上、主たる債務と主從の關係に立つものであるから、債務者の一人について生じた事項の效力は、保證債務の附從性において決せらるべきである。

主たる債務者と債權者との間に生じた事項は、原則として、絶對的效力を生じる。たとへば主たる債務が辨濟・代物辨濟・供託などによつて満足せられた場合の如し。保證人と債權者との間に生じた事項は、原則として、相對的效力を生じるに止まる。尤も、保證債務が辨濟その他債權者に満足と與へる事項は、例外として、絶對的效力を持つ。何故ならば、債權者に満足と與へる事項は、必然的に、債務の消滅を齎らすからである。

第三款 保證債務の對内的效力

一

保證人が保證債務を履行した場合には、保證人と主たる債務者との間には如何なる關係が生じるか。民法は、保證人が保證するについて主たる債務者から委託を受けてゐたか否かによつて區別してゐる。

一 委託を受けて保證人となつた場合 保證人が自己の出捐によつて主たる債務をば過失なくし

て、消滅せしめた場合には、保證人は主たる債務者に對して求償権を取得する(四五九條)。

二 委託を受けずして保證人となつた場合 保證人が保證をなしたことが主たる債務者の意思に反しない場合には、主たる債務者はその債務が消滅した當時受けた利益の限度で償還しなければならぬが(四六二條一項・七〇二條一項)、保證が主たる債務者の意思に反してなされた場合には、求償の當時現に受けてゐる利益の限度においてのみ償還すれば足りるのである(四六二條二項)。

二

保證人が委託を受けたかどうかとは關係なく、主たる債務者が數人ある場合の保證人の求償權關係については、特殊の問題がある。

一 保證人が主たる債務者全員のために保證した場合 この場合については、法律上に特別の規定はないが、その保證せる債務に應じて求償権を成立せしめることについては疑問の餘地がない。だが主たる債務の性質に従つて求償權關係が相違することは勿論である。

二 保證人が主たる債務者の一人のために保證した場合 主たる債務が分割債務である場合は問題は無い。主たる債務が不可分債務または連帶債務である場合には、民法は、便宜上、保證人は「他ノ債務者ニ對シテ其負擔部分ノミニ付キ求償權ヲ有ス」るものとなしてゐる(四六四條)。

第四款 特殊の保證債務

第一 連帶保證

連帶保證といふのは、保證人が主たる債務者と連帶して、保證することを約する場合の保證である。これに基く債務は、附従性を有する點において一種の保證債務ではあるが、補充性を有しない點において普通の保證債務とは異つてゐる。

連帶保證もまた保證であるから附従性を有し、従つて、主たる債務とその運命を共にするのである。連帶保證債務には補充性がないから、保證人は催告および檢索の抗辯権を有しない(四五四條)。連帶保證の對内的效力すなはち主たる債務者と連帶保證人との求償權關係は、普通の保證と異るところはない。従つて、第四五九條以下が適用されるのである。

第二 共同保證

同一の主たる債務について、數人が保證人となつた場合を稱して共同保證といふ。數人の保證人は必ずしも同一の契約によつて保證人となることを要しない。それぞれ時を異にし所を異にして保證人となることをうる。共同保證も、また、その性質において普通の保證と異るところがない。ただその效力において特異性を持つてゐる。すなはち、共同保證にあつては、各保證人は主たる債務額を分割してその一部についてのみ保證債務を負ふことになるのである(四五六條)。これを稱して分別の利益といふ。尤も、主たる債務が不可分債務である場合、保證人間に連帶の特約ある場合、保證人が主たる債務者と連帶して保證をなした場合には、各保證人は分別の利益を有しない。共同保證人が分

別の利益を有する場合における共同保証人相互間の求償権関係は、第四六二條を準用して、その求償権の範圍を定める(四六五條二項)。分別の利益を有しない場合における求償権関係については、連帯債務に關する第四四二條乃至第四四四條の規定が準用されるのである(四六五條一項)。

第四節 債權者代位權と債權者取消權

第一款 債權者代位權

債權者代位權は、一名、間接訴權とも言はれてゐる。だがこの權利は實體法上の權利であつて、訴訟上の權利ではないから、間接訴權といふのは適當ではない。債權者代位權は、債權者が自らその權利を行使せずして財産を減少せしめ、それがためにその資力に不足を生ぜしめる虞ある場合に、債權者が『自己ノ債權ヲ保全スル爲其債務者ニ屬スル權利』をば『自己ノ名ニ於テ之ヲ行フヘキ』權利である。債權者が債務者に屬する權利を行使するには次ぎの如き要件を具備することを要する(四二三條)。

- 1 債權保全の必要あること。 特定の債權保全の必要は、ここにはゆる債權保全の必要と解しうるか。判例および學說の多くはこれを肯定的に解するも、賛し難い。債權者代位權は、債權者取消權と共に、總債權者のために共同擔保を維持することを目的とし、その本來の精神とする制度であるから、共同擔保の保全といふことを要件とするものとせねばならぬのである。
- 2 債權が履行期にあること。 但し、裁判上の代位による場合(四二三條二項、非訟七二條以下)および保存行爲である場合(四二三條二項但書)には、例外である。
- 3 債務者が自らその權利を行使しないこと。 法律上明文はないが、代位權の性質上、當然のことであらう。債務者の權利行使が不完全または不適當である場合においても、いやしくも權利行使の見るべきものある限り、債權者は代位權を行使しえない。蓋し、もしかかる場合に代位權の行使を認めるとすれば、債務者は不當の干渉を受けることとなり、また第三者は、債權者の介入によつて、不當なる損害を被るに至るからである。

代位によつて債權者が行使しうべき權利は、『債務者ニ屬スル權利』であつて、しかも『債務者ノ一身ニ專屬』しないものたることを要する(四二三條一項)。債務者に屬する權利たる以上は、原則としてその種類の如何を問はない。ここにはゆる『債務者ノ一身ニ專屬』する權利といふのは權利の歸屬が一身のなることを意味する(相續の場合に關する九八六條・一〇〇一條參照)のではなくて、權利の行使が一身的であることを意味するのである。すなはち、權利を行使するや否やが特定の權利者その者の意思に依存することを必要とする權利である。婚姻取消權・離婚請求權・親權・戸主權などの純然たる非財

第四章 債權の擔保 第四節 債權者代位權と債權者取消權 二七五

産的權利たる親族法上の權利は勿論、主として非財産的利益のために認められた權利・たとへば身體生命名譽自由の侵害に基く損害賠償請求權(七〇條)・親族間の扶助請求權(九五條以下・殊に九六三條)などの如きもまた一身專屬權である。いはゆる差押を許さざる權利(民訴六一八條)もまた、債權者の共同擔保たりえないから、一身專屬權であると解すべきである。

三

代位權の行使は、債權者が自己の名をもつて債務者の權利を行使するのであつて、債務者の代理人として行使するのではない。その範圍については、民法上明文はないが、代位權の性質上、債權保全に必要な限度に限らるべきである。

代位權行使の効果として注意すべきことは、行使の効果が悉く直接に債務者に歸屬することである。従つて、代位權を行使した債權者は、自ら直接に、權利行使の結果を取得するのでもなければ、またその債權者のみが特にそのものについて優先的辨濟を受けるものでもない。

第二款 債權者取消權

一

債權者取消權は、一名、廢罷訴權とも言はれるが、この權利は、債權者代位權と同様に、實體法上

の權利であつて、訴訟法上の權利ではないから、廢罷訴權といふのは適當ではない。この權利が實體法上の權利であることについては、學説上、異論はないが、民法第四二四條がただ單に「債權者ハ債務者カ其債權ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」と規定するに止まるから、一體、實體法上如何なる權利であるのかについて、議論が生じるわけである。債權者取消權制度の根本的精神が、債權者代位權制度と共に、債務者の資力をば總債權者の共同擔保として維持することにある點において、債權者の資力を原の状態に復せしめることを核心としそれに必要な限度において、債務者の法律行爲を否認する權利であるとせねばならぬのである。

取消權行使の要件は、これを客觀的要件と主觀的要件とに分つことができる。前者はいはゆる詐害行爲の存在を意味し、後者はいはゆる詐害の認識を意味するのである。

一 客觀的要件

1 債務者が法律行爲をなしたること(四二四條一項)。法律行爲は有效なものでなければならぬ。無効行爲は取消の目的とはならない。否取消を必要としない。たとへば、債務者が差押を免れるがためにその相手方と通謀してなしたる虚偽の意思表示による財産權移轉行爲の如きである(九四條一項)。尤も虚偽表示の無効は、善意の第三者には對抗しえないから(九四條二項)、債務者と受益者との間における虚偽表示といへども、轉得者が善意である場合には、第四二四條一項による取消の目的となるわけで

ある。

2 債務者の行爲は財産権を目的とするものたること(四二四條二項)。債権者取消權制度の精神が、共同擔保の維持にある限り、取消の目的となるものは、債務者の辨濟力に直接の影響を及ぼすべき行爲たるべきは言ふまでもない。だから、間接的に、債務者の財産権に影響を及ぼすべき身分法上の行爲は取消しえない。

3 債務者の法律行爲が債権者を害するものたること(四二四條一項参照)。「債権者ヲ害スル」といふのは、債務者の行爲によつて總債権者のために共同擔保となつてゐる自己の財産を減少し、それがために債権者に完全な辨濟をなしえないこと、すなはち、債務者の行爲によつて債務者が資力不足・すなはち債務超過に陥ることを指すものである。「債権者ヲ害スル」態様は、積極的に債務者の現在の財産を減少すると消極的に債務者の負擔が増加するとそのいづれたるを問はない。「債権者ヲ害スル」や否やを決する標準となる時期は、その行爲のなされた時であるとせねばならぬのである。

二 主觀的要件

1 債務者が悪意なること。債務者が行爲の當時に詐害の認識を有することを要する(四二四條一項)も詐害意思すなはち債権者を害することを欲したることを要しない。

2 受益者が悪意なること。受益者とは債務者の詐害行爲の直接的結果として利益を受けた者で

あつて、通常は債務者の相手方である。受益者が詐害行爲の當時に、その行爲が債権者を害する事實を知れることを要するのであつて、常に必ずしも受益者自ら行爲をなしたことを要しない。たとへば債務の免除の場合の如きである。

3 轉得者が悪意なること。轉得者とは詐害行爲の受益者から、更に詐害行爲の目的物たる権利を取得した者である。轉得者ある場合においては、その者が轉得の當時に債務者の行爲が債権者を害すべき事實を知れることを要するのである。

受益者と轉得者とが併存する場合には、受益者の悪意と轉得者の悪意とは如何なる關係に立つか。受益者を被告として訴求する場合にはその悪意のみをもつて足る。従つて、轉得者が善意であれば目的物に代るべき利得を返還せしむべきこと勿論である。轉得者を被告として現に所有する轉得物を返還せしめるについては、債権者取消權制度の精神に鑑み、轉得者の悪意のみをもつて足り、訴訟に直接關係を持たない受益者の悪意なりや否やは問題となすべきではないとせねばならぬのである。

主觀的要件について、なほ、一言すべきことは、いはゆる舉證責任の問題である。債務者の悪意は一般原則に基き、訴訟上取消を主張する債権者において、これを立證せねばならぬ。受益者または轉得者の悪意は債権者に舉證責任はなく、被告となつた受益者または轉得者が取消權を拒否しようとするれば、自ら「其行爲又ハ轉得ノ當時債権者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラサリシ」ことを立證せねばならぬの

である(四二四條一項参照)。

二

債権者取消権の行使は、常に必らず、訴の方法によらねばならぬ(四二四條)。誰を被告として訴を提起すべきか。債務の免除の如き詐害行爲を取消するところの純粹な形式の訴においては、被告は、債務者である。財産の返還を求める給付の訴にあつては、被告たる者は受益者または轉得者であつて、債務者を被告に加へる必要がない。取消権行使の範圍は、一般債権者の共同擔保を保全するに必要な限度に限る、取消権の消滅時効については、第四二六條が参照されねばならぬ。

取消権行使の効果として、受益者または轉得者が得たる利益または財産は、債務者に復歸し、その他の財産と合して、總債権者のための共同擔保として、債務者の資力を構成するに至る。第四二五條によれば、『取消ハ總債権者ノ利益ノ爲メニ其效力ヲ生ス』るのであるから、取消権を行使した債権者といへども、受けたる財産または得たる賠償につき、他の債権者に優先する權利を持たない。

第五節 擔保物權

第一款 擔保物權の特質

一

擔保物權は、一般に、債権者のためにその債権の履行を確保することを目的とする物權である。債権におけるが如く他人に對して一定の行爲を請求し得ることを内容とするものではなく、直接に他人の物の上に干渉しうることを内容とするものである。擔保物權者は常に必らず債権者であるが、擔保を提供する者は必らずしも債務者には限らない。第三者もまた擔保權設定者たることがある。

擔保物權は債権の擔保を目的としてゐるのであるから、擔保せらるべき債権なくして獨立的に存在することはない。この特質を稱して擔保物權の附從性といふ。しかして、擔保せらるべき債権は、原則として、その種類の如何を問はないのであるから、必らずしも初めから金錢に見積り得る給付を内容とした債権たることを要しない。また條件附債権や期限附債権もまた被擔保性を有してゐる。

擔保物權者は、債權全部の辨濟を受けるまでは、擔保物の全部について、その權利を行ふことができる。だから、債権の一部が辨濟その他の原因によつて消滅するとしても、擔保物の一部を返還することを要しない。また擔保物の一部が消滅すれば残存する部分で債権の全部を擔保することとなり、債権者は擔保の補充を請求することをえない(尤も特約ある場合はこの限りではない)。すなはち、擔保物の全部をもつて債権の各部分を擔保し、また擔保物の各部分をもつて債権の全部を擔保する關係があるとせねばならぬ。これを擔保物權の不可分性といふ。

擔保物權は、その目的物が法律上または事實上形を變へた場合には、その變形したものの上に行使されることになる。すなはち、たとへば、目的物が賣却されたときにはその代金につき、目的物が滅失毀損したときにはその賠償金について、債権者は擔保權を行使することができる。この特質を名づけて擔保物權の代位性といふ(但し留置權についてはこの代位性は認められない)。尤も債権者がかかる物上代位をなすがためには、目的物に代るべき金銭などが債務者に拂渡される前に、これを差押へることを要するのである。

二

擔保物權は、それが法律上、當然に、ある債權を擔保するものであるか、あるひは當事者の特約によつてのみ發生するものであるか、によつて區別を生じる。前者を法定擔保物權といひ、留置權および先取特權がこれに屬する。これは、結局、特殊の債權の性質に着目して、法律が、自ら、債権者平等の原則に例外を設けたものとせねばならぬのである。後者はこれを約定擔保物權と稱し、質權および抵當權がこれに屬する。

以上四つの民法上の擔保物權に對して、商事留置權(商五二二條)、商事質權(商五一五條)、船舶先取特權(商八一〇條・八四二條以下)、船舶抵當權(商八四八條・八四九條)、などの商法上の擔保物權、および特別擔保法による擔保物權(たとへば農業用動産に對する抵當權・不動産および動産を一體とする各種財團の抵當權・抵當證券法上の抵當權

などの如し)を區別することができるのである。

第二款 留 置 權

一

留置權といふのは、他人の物を占有してゐる者が、その物に關して生じた債權の辨濟を受けるまでその物を留置することができる權利である(二九五條)。留置權が成立するためには物と債權との間に關係がなければならぬのであるが、しかもその債權はいはゆる物に關して生じた債權であることを要する。しかしして、留置權は他人の物の占有といふことが前提とされるものであるが、しかし不法行為による占有は除外される(二九五條二項)。更に、當該債權が辨濟期に在ることを要するのであつて、債權が辨濟期に至らない場合には留置權を理由として物の返還を拒みえない。かかる三つの要件が具備するに至ると、留置權は當然に發生するものであるから、この意味において、留置權は法定擔保物權である。

二

留置權の中心的效力は、留置權者が物を留置する權利を有することである(二九五條)。留置權者は、いはゆる擔保物權の不可分性の原則の故に、債權全部の辨濟を受けるに至るまで物の全部を留置する

ことができる(二九五條)。だが、留置物を使用し収益しえないのが原則である(二九八條)。

第三款 先取特權

一

ある種の債權の中には、他の一般債權と同列に按分比例的な辨濟を受けしめるには忍びない事情にあるものがある。かやうな債權をば道徳的乃至は社會政策的な理由に基いて法律的に保護しようとする制度がすなはち先取特權である。先取特權といふのは、ある種の債權者が、法律の規定に従つて、債務者の財産につき他の債權者に先つて辨濟を受ける權利である(三〇三條)。現行法上に認められてゐる場合は、民法第三〇六條以下のほか國稅徵收法(二條)、借地法(一三條・一四條)、農業動産信用法(四條以下)などがある。

先取特權は優先辨濟を受けることを目的とする權利であつて、質權・抵當權に類似し、留置權とその性質を異にしてゐる。權利本來の性質からは債權それ自體の優先的效力として理解されべきものではあるが、法律は特に第三者に對抗しうべき權利すなはち物權として規定し保護を與へてゐるのである。

二

先取特權は、その目的物が債務者の總財産であるか特定財産であるかによつて、一般の先取特權と特別の先取特權とに大別される。

第一 一般の先取特權

- 一 共益費用の先取特權(三〇六條一號・三〇七條)
- 二 葬式費用の先取特權(三〇六條二號・三〇八條)
- 三 雇人給料の先取特權(三〇六條三號・三〇九條)
- 四 日用品供給の先取特權(三〇六條四號・三一〇條)

第二 特別の先取特權

甲 動産の先取特權

- 一 不動産賃貸の先取特權(三一一條一號・三一二條・三一三條・三一四條・三一五條・三一六條)
- 二 旅店宿泊の先取特權(三一一條二號・三一七條・三一八條)
- 三 運輸の先取特權(三一一條三號・三一八條)
- 四 公吏保證金の先取特權(三一一條四號・三二〇條)
- 五 動産保存の先取特權(三一一條五號・三二一條)
- 六 動産賣買の先取特權(三一一條六號・三二二條)

- 七 種苗・肥料の供給の先取特權(三一一條七號・三二三條)
- 八 農工業の勞役の先取特權(三一一條八號・三二四條)

乙 不動産の先取特權

- 一 不動産保存の先取特權(三二五條一號・三二六條・三三七條)
- 二 不動産工事の先取特權(三二五條二號・三二七條・三三八條)
- 三 不動産賣買の先取特權(三二五條三號・三二八條)

ところで、先取特權はその種類が多岐に互るものであるから、同一の目的物について二個以上の先取特權が競合する場合が極めて多い。そこで、その順位が問題となる。民法は第三二九條乃至三三一條において先取特權の順位を規定してゐるが、その結果として同順位に置かれる先取特權者間においては、各々その債權額の割合に應じて辨濟を受けるのである(三三二條)。

三

先取特權の中心的效力はその目的物から他の債權者に優先して辨濟を受けうることである(三〇三條)。この點について、民法は、性質の許す限り抵當權に關する規定を準用することにしてゐる(三四一條)。かくて、先取特權者は強力なる優先辨濟權を持つことになるのであるが、しかしその權利行使をば無制限に放置するときは、第三者の利益を害する虞がある。そこで民法は第三者保護のために、第三三

五條乃至第三四〇條の規定を設けてゐるのである。

第四款 質 權

第一項 質權の意義および種類

一

質權といふのは、債權者がその債權の擔保として、債務者または第三者から受け取つた物を留置し且つその物について他の債權者に先つて自己の債權の辨濟を受けうる權利である(三四二條)。質權者が質物を留置しうる點において、質權の擔保力は最も強力である。しかしながら、この點にまた質權の缺陷も存在するのであつて、抵當權におけるとは異り、質權設定者は目的物を使用収益しながら擔保に供するといふことができない。従つて、企業乃至は營業の資金獲得手段といふ近代的擔保權の本質的機能は、質權には望みえない。されば、質權は、僅かに、日常生活上の庶民金融の範圍において機能しうるに止まる状態に在る。流質契約が禁止されたり、質屋取締法や公益質屋法が存在する所以もまたここに在る。

質權の本質は、その目的物について、優先辨濟を受けうる權利である點に存する。この點において

先取特権や抵当権と同様であつて、留置権とその趣を異にしてゐる。更に、質権は、留置的效力を持つてゐることを特色としてゐるが（三四四條・三四七條）、この點において留置権とその趣を同じうし、またこの點において抵当権とは本質的に異つてゐる。

質権は、留置権・先取特権の如くに法律上當然に發生するものではなくて、契約によつて發生する権利である。この意味において、質権は抵当権と共に、約定擔保物權である。

二

質権を生ぜしめる契約を質権設定契約といふ。質権設定契約の當事者は債権者と債務者もしくは第三者である。質権の目的物たりうるものは、讓渡しうるものに限る（三四三條）。第三者が質物を提供して債権者との間に質権設定契約を締結した場合には、通常、これを物上保證といひ、その第三者をば物上保證人と呼ぶ。しかし、民法は、もし第三者が進んで債務者の債務を辨濟し、または質権の實行によつて質物の所有権を失つた場合には、通常の保證人が自己の出捐をもつて主たる債務を辨濟した場合における求償權（四五九條以下）と同様の求償權をば與へてゐる（三五一條）。

質権設定契約は質権の設定を目的とする合意と質物の交付とを構成要素とする物權契約である（三四四條・三六三條）。質物の引渡は必ずしも現實の引渡たることを要しない。簡易の引渡（一八二條二項）および指圖による占有の移轉（一八四條）でもよい。しかしながら、占有改定（一八三條）の方法をもつて現實

の引渡に代へることはできない（三四五條）。

三

ところで、民法の見解に従へば、質権は、本來的には、有體物を受取つてこれを留置し、且つその物について優先辨濟を受けることを特色とするものである（三四二條）。だが、民法はこの外に財産權をもつて質権の目的となしうるものと定めてゐる（三六二條一項）。そこで、民法上質権は、固有の質権と準質権とがあるわけである。前者の意味の質権は、民法上では、動産を客體とする動産質（三五二條以下）と不動産を客體とする不動産質（三五六條以下）とに分たれ、後者の意味の質権は、すなはち財産權を客體とする權利質（三六二條以下）である。しかし、權利質の目的物たりうべき財産權として、民法が例示してゐるものは、（一）指名債權（三六三條・三六四條）、（二）株式（三六四條）、（三）社債（三六五條）、（四）指圖債權（三六六條）である。地上權および永小作權は、抵当權の規定の準用によつて、質権の目的物たりうるのである（三六一條・三六九條二項）。また、無體財産權が質権の目的物たりうることについては、各種の無體財産權に関する法律に特別の規定がある（特許法四五條・意匠法一八條・實用新案法一七條・二六條・著作權法一五條など）。なほ、世上一般に行はれてゐるものに、電話加入權の質入がある。判例は、この權利は電話加入名義者が電話管理者たる官廳に對して有する電話の利用を目的とする一種の債權であるとして、質権の目的物たりうるものとしてゐるのである。

第二項 質権の效力

質権の中心的効力は、質権者が、その留置せる質物について、他の債権者に先つて自己の債権の辨済を受ける点にある(三四二條)。しかして、この目的を達するため債権者は債権の全部(三四六條参照)の辨済を受けるまで質物を留置することができる(三四七條)。このやうに、質権者は質権確保のために質物を留置しうるけれども、その使用収益をなさないのが原則である。尤も、不動産質の場合(三五六條)の如き例外は在る。

なほ、質権者が質物を使用収益しうる例外的な場合として注目すべきものに轉質の制度がある。轉質の性質については、學說上種々なる議論が行はれてゐるが、判例は、轉質をもつて、質権者が自己の債務の擔保に供する目的をもつて質物の上に新たに質権を設定する行爲であるとしてゐる。いはゆる質物再度質入説(新質権設定説)を採つてゐる。第三四八條はこの意味を規定してゐるものとせねばならぬのである。質物の上に更に質権を設定するのであるから、この設定に際しては、質権設定に關する一般的要件を必要とするのは勿論のこと、第三四八條所定の條件を満たさねばならぬのである。

第三項 質権の實行

一般に、質権者が質物から優先辨済を受けるためには、競賣法の定めるところに従つて、質物を競

賣に附し、その代金から辨済を受けねばならぬのである(競賣法三條・二二條)。尤も、動産質については現物辨済(三五四條)、債権質については債権の取立(三六七條)といふ實行方法がないではない。ともあれ、當事者は、設定行爲または辨済期前の契約をもつて、債務者が債務の履行をなさないときは、質物の所有權を質権者に取得せしむべきことを約することはできない。すなはち、民法第三四九條は、質権者をして利益を壟斷せしめ債務者に非常なる損害の生じることあるべきを顧慮して、いはゆる流質契約を禁止してゐるが、商行為債権については、當事者間における契約の自由を認めて、かかる債権を擔保する質権について流質を許してゐる(商五一五條)。また、質屋營業者の質権についても、民法第三四九條の適用がない(質屋取締法一〇條・一一條)。債務の辨済期後における流質契約は、一種の代物辨済と見るべきであるから、有效であるとされねばならぬのである。

第四項 質権の消滅

質権は、債権の消滅(三五〇條・三〇〇條参照)、債務者による質権消滅の請求(三五〇條・二九八條参照)、占有の喪失(三五二條・三四二條・三六二條二項)、質権の拋棄、質権實行による第三取得者の辨済(三六一條・三七七條参照)、滌除(三六一條・三七八條参照)などによつて消滅する。

第五款 抵 當 權

第一項 抵當權の意義

一

抵當權といふのは、債権者が、債務者または第三者から、占有を移さずしてその債権の擔保に供せられた不動産について、他の債権者に先つて、自己の辨濟を受けうる権利である(三六九條一項)。その社會的意義は、質權におけるとは異つて、企業または營業の資金獲得の手段として、その本領を發揮し、金融資本の活躍の途を掃き清めつつある點に在る。従つて、その目的物とされるものも、民法の認めたる不動産(三六九條一項)、地上權および永小作權(三六九條二項)に限らず、商法が登記したる船舶をもつて抵當權の目的物たりうるとしてゐるのをはじめとして(商八四八條)、各種の特別法上の目的物が存在するわけである。その一つは、各種の財團抵當法上の抵當權であつて、工業・交通業などの大規模な企業組織體を一體として、それが有する交換價值の上に抵當權を成立せしめ、企業資金獲得の途を開いてゐるのがこれである。たとへば、工場抵當法・鐵道抵當法・軌道抵當法・運河法・漁業財團抵當法・自動車交通事業法などによるものの如きであつて、そこでは、抵當權者は利子の名義で企業利潤分配

に與かるのである。同じやうな要請は、農業者や中小商工業者にもあるわけであるが、しかし、これ等の者は不動産設備を有しないから、動産抵當制度の認められない限り、企業金融の途はない。農業動産信用法(昭和八年法律第三〇號)はこの要請に應じて現はれたものではあるが、ここでは、個々の農業動産が抵當の目的物となり、財團抵當は成立しない。更に、投資手段としての抵當權の面から、事が運ばれるものに抵當證券法(昭和六年法律第一五號)がある。債權とこれを擔保する抵當權を表象する有價證券たる抵當證券が發行されることによつて、抵當權の自由處分による投下資本の流動化に途を開くものである。

二

ともあれ、抵當權は、先取特權の如く法律上當然に發生するものではなくて、契約によつて發生する權利であり、しかもそれが優先辨濟權を中心とする擔保物權である點において、質權と同様である。抵當權と質權との根本的な差異は目的物の占有の有無である(三四二條・三四四條・三六九條)。この兩者の根本的差異はいはゆる公示方法における差異を齎らし、占有の移轉を伴はない抵當權については、近代法は、特別の公示方法として、登記制度を設けたわけである。

抵當權を發生せしめる契約を抵當權設定契約といふ。當事者は債権者と債務者もしくは第三者である(第三者が債務者のために自己の所有物を抵當に供した場合には、質權の場合におけると同様に、物上保證人の地位に立つ)。抵當

權設定契約が抵當權の發生を直接的な目的とする物權契約であることは質權設定契約と同様であるが物の引渡を要素とする點において要物契約たる質權とは異つて、抵當權設定契約は物の引渡を要素としないから諾成契約である。成立する抵當權をもつて第三者に對抗しうるがためには登記を必要とする(一七七條)。抵當權設定契約が従たる契約であることは質權設定契約と同様である。

第二項 抵當權の效力

抵當權者は、債權の擔保に供された不動産について、他の債權者に先つて自己の債權の辨濟を受ける權利を持つてゐる(三六九條)。だが、この優先辨濟權に關しては、抵當權の目的物の方面からと擔保される債權の方面から受ける抵當權の範圍の制限ならびに、抵當權の順位による制限がある。

抵當權の目的物は不動産であるが、そのほかに、抵當不動産に附加されてこれと一體をなしてゐる物およびその當時に抵當不動産の從物とせられてゐる物の上にも、抵當權は及ぶのである(三七〇條・八七條)。土地を目的物とする抵當權はその土地の上に在る建物には及ばない(三七〇條)。設定行為に別段の定ある場合および民法第四二四條の要件を備へた場合には、いづれの附加物にも抵當權の效力は及ばない(三七〇條但書)。また、抵當權は、抵當物所有者をしてその物の利用を失はしめないことを特色とする權利であるから、抵當不動産から生じる果實にもまた及ばないのが原則である(三七一條)。しかしな

がら、抵當權者が抵當權實行のために目的物たる不動産の差押をなしたる場合、または抵當權實行のために民法第三八一條によつてなした通知が第三取得者に到達した場合には、抵當權の效力は目的物の果實にも及ぶ(三七一條一項但書)。但し後者の場合には、通知到達後一ヶ年内に抵當不動産の差押に着手しなければ、抵當權の效力は果實に及ばないこととなる(三七一條二項)。

抵當權によつて擔保される債權の範圍については、質權におけるほど廣い規定(三四六條)は設けられてゐない。ただ定期金債權および債務不履行によつて生じた損害賠償請求權について、第三七四條が規定されてゐるに止まる。

數個の債權を擔保するために同一の不動産上に抵當權が設定された場合には、その順位は登記の前後によつて定まる(三七三條)。同一の不動産上に設定された質權と抵當權とは同列に取扱はれ、その順位は登記の前後による(三六一條・三七三條)。不動産保存および工事の先取特權は抵當權に先つのである(三三九條)。なほ短期の賃貸借すなはち第六〇二條に定めた期間を超えない賃貸借は抵當權の登記後に登記したものとすへども抵當權に先つのである(三九五條)。

第三項 抵當權の處分

抵當權は債權に從たる權利である。従つて、債權の讓渡は、反對の意思表示なき限り、當然に抵當

權の移轉を伴ふのである。だが、他方において、民法は、抵當權が獨立に處分されうることを認めてゐる。民法第三七五條はこれに關する規定である。すなはち同條は次ぎの五つの處分を認めてゐるのである。

一 轉抵當 抵當權者はその抵當權をもつて他の債權を擔保することができる。これを一般に轉抵當といふが、その性質は、轉質におけると同様であつて、抵當權者が自己の債務の擔保に供する目的をもつて抵當物の上に新たに抵當權を設定する行爲であるといふことができる。

二 抵當權の讓渡 この場合における抵當權の處分は、債權の讓渡に伴ふ抵當權の讓渡ではなくて、抵當權のみの讓渡を意味するのであつて、ただ同一債務者に對して債權を有する者のみに讓渡することができるのである。

三 抵當權の拋棄 この場合における處分もまた抵當權の讓渡におけると同様に、同一債務者に對する債權者の利益のためにする拋棄である。従つて、この場合においては、抵當權の處分は、拋棄者と拋棄によつて利益を受ける債權者との間にのみ效力を生じ、他の債權者との關係はこれによつて何等の變更をも生じることはない。

四 抵當權の順位の讓渡 この場合における抵當權の處分は、抵當權の讓渡とは異つて、讓受人もまた同一債務者に對する抵當權者である。讓渡の効果として順位に變更が生じるだけであつて、讓渡人もまた抵當權者として存続することとなる。

五 抵當權の順位の拋棄 この場合もまた、抵當權の順位の讓渡におけると同様に、拋棄によつて利益を受ける者は同一債務者に對する抵當權者である。従つて抵當權の拋棄とは異なる。拋棄の効果として、拋棄せる者は拋棄

によつて利益を受ける者に對する關係において同順位となるわけである。

以上のやうな抵當權の處分が、もし數人の利益のために行はれた場合には、これを附記登記せしめその前後によつて順位を定めるのである(三七五條二項)。なほ、以上の處分をもつて、債務者その他の者に對抗するがためには、債權讓渡の場合におけると同様の手續が必要とされるのである(三七六條)。

第四項 抵當權の實行

第一目 契約による實行と法律による實行

抵當權實行の方法としては、二つの方法を考へることができる。すなはち、契約による實行方法と法律による實行方法とである。

一

契約によつて抵當物の處分を定めることは禁止されてゐない。いはゆる流質に該當すべき流抵當は抵當權の實行としてこれを認むべきか否かについては疑問がある。民法施行前においては判例はその效力を否認してゐたが、民法施行後においては、有効説に従つてゐる。流質禁止規定さへもが實質的には幾多の方法でもつて回避されてゐる實情に鑑み、流質禁止の規定を抵當權にまで及ぼすべきではないとする判例の態度は正當であるとされねばならぬ。尤も、抵當權設定契約をもつて第三者に對抗

するがためには登記を必要とするから、抵當權者は、先づその假登記をなし、(不登法二條)、後日、被擔保債權の履行遲滯を生じた場合に抵當物の所有權取得の本登記をなし、第三者に對抗することとせねばならぬのである(不登法七條二項)。

二

抵當權實行に關する特約のない場合には、有效なる抵當權が實在すること、被擔保債權が辨濟期にあり従つて債務の不履行あること、および民法第三七八條に掲げられた第三取得者に通知すること(三八二條)を要件として、抵當權者は法律上の手續によつて抵當權を實行しうるわけである。この手續を規律する第一次的なものは競賣法である。

競賣には、通常の場合の競賣と滌除の通知に基く増加競賣とがある。通常の競賣は、第三取得者に對して滌除誘促の通知をなした場合(三八一條)には、一定の期間(三八二條二項・三項)を経過した後に、これを請求しうることとなる(三八七條)。第三取得者といへどもこの競賣において競買人となることができる(三九〇條)。しかも、第三者取得者は、自らが競落しなかつた場合には、その支出したる費用の償還について、最先の先取特權が與へられてゐる(三九一條)。第三取得者のない場合には、債權の辨濟期が到來した後は、抵當權者は、何時にても競賣を請求しうる。競賣手續は競賣法の通常の不動産競賣手續に従ふ(競賣法二二條以下)。

増價競賣といふのは、第三取得者による滌除に對抗しようとするものであつて、抵當權者が滌除金額の一割以上にて買受くべき旨をば第三者の滌除通知後一ヶ月以内に表示し、且つ擔保を供してなすところの競賣の請求である(三八四條一項・二項・三項、競賣法四〇條以下)。なほ債權者は増價競賣の通知期間内に債務者および抵當不動産の譲受人に對しても増價競賣をなす旨を通知すべきであり(三八五條)、一度請求した以上は登記をなしたる他の債權者の承諾を得た上でなければその請求を取消しえない(三八六條)。これ等の點を除けば通常の競賣手續と大差はない。

第二目 競賣の目的物に關する特則——(法定地上權)——

競賣の目的物は抵當權の目的物たるものである。我が民法は土地と建物とは各々獨立の不動産として全く別個に取扱ふのであるから、土地およびその上に存する建物が同一の所有者に屬する場合において土地または建物のみを抵當とした場合には、抵當權者は、その權利の目的となつてゐる土地または建物についてのみ競賣を請求しうるわけである。しかしながら、民法は、公益的見地から、土地または建物のみを抵當となした場合には、抵當權設定者は競賣の場合につき地上權を設定したものと看做し、競落と同時に、法律上當然に地上權の發生を齎らすものとしてゐる(三八八條)。この地上權を稱して法定地上權といふ。抵當權設定後においてその設定者が抵當地に建物を建設した場合に關しては民法第三八九條の規定がある。

第三目 第三取得者および他の債権者との關係に關する特則

抵當權の實行は、抵當權設定後抵當物について權利を取得した者との間に、および他の債権者との間に、複雑な問題を生じる。わけでも、第三取得者の地位の安否は、債務者の辨濟の有無に依存するのであつて、極めて不安定なものと言はねばならぬのである。そこで、民法は、第三取得者保護のために幾多の規定を設けてゐるわけである。

一 代價辨濟 第三取得者が、その目的物上の抵當權を消滅せしめて自らの地位の安定を圖る方法としては、いはゆる代位辨濟(四七四條・五〇〇條・五〇一條)がある。しかしこれは債權の全額の辨濟を要するわけであるから第三取得者を利益すること大なるものとはいひえない。代價辨濟は、第三取得者と抵當權者との合意によつて、その代價の辨濟のみによつて、抵當權を相對的に消滅せしめることによつて、第三取得者の地位に安定性を與へようとする制度である。従つて、代價辨濟あるときは、抵當權はその第三者のために消滅することとなる(三七七條)。

二 滌 除 滌除は、抵當不動産の上に所有權その他の物權を取得した者が抵當權の實行によつて甚しい損害を被るのを豫防することを目的とするものであつて、抵當不動産の特定の第三取得者が、抵當權者の承諾を受けるに相當するかあるひはそれに近い金額を抵當權者に拂渡しまたは供託することによつて、抵當權を消滅せしめる制度である。滌除權者は、所有權・地上權または永小作權の第三取得者であつて、且つ主たる債務者・保證人およびこれ等の者の承繼人外の者たることを要する(三七八條・三七九條)。停止條件附第三取得者は、條件成否未定の間は滌除權を

有しなく(三八〇條)。滌除權行使の期間については第三八二條、滌除權行使の方法に關しては第三八三條の規定がある。

三 第三取得者の競賣參加(三九〇條)

四 第三取得者の費用償還請求權(三九一條)

二

抵當權の實行に關聯して、抵當權者以外の債権者を保護するために、民法は二つの特則を設けてゐる。一つは、抵當權者が抵當物を差し置いて他の一般財産から辨濟を受けようとする場合(三九四條)であり、他は抵當權者が數個の不動産から辨濟を受けようとする場合(三九二條・三九三條)である。後者は、すなはち、債権者が同一の債權の擔保として數個の不動産上に抵當權を有する場合であつて、通常、總括抵當または共同抵當と稱せられる場合である。民法は、共同抵當權者の利益を害することなくして次順位抵當權者を保護し、もつて抵當不動産の擔保價値の維持に努力してゐるものの如くである。

第五項 抵當權の消滅

抵當權は、債權の消滅、抵當權の拋棄、消滅時効(三九七條)、抵當權の實行としての競賣・滌除・代價辨濟・代位辨濟などによつて消滅する。抵當權の客體となつてゐる權利の拋棄は抵當權の消滅を齎ら

すか。権利の拋棄は原則として、権利者の自由ではあるが、しかしその権利を基本として、はじめて存立しえられる第三者の権利を侵害してまでも、この自由は認めらるべきではない。そこで、民法は、地上權と永小作權とについて規定を設け、かかる権利の拋棄はこれをもつて抵當權者に對抗しえないものとしてゐる(三九八條)。

第六款 根 擔 保

一

いはゆる擔保物權の附從性は、擔保權は債權の擔保をもつてその存在の目的とするものであるから擔保せらるべき債權なくしては獨立に存在することをえない、といふことを意味するのである。されば、擔保すべき債權が全く無効であるときは、擔保權もまた效力を生じることはない。けれども、被擔保債權が現存しないといふことは、必ずしも、擔保權を無効とすべき理由とはならぬ。されば、將來の特定の債權のために擔保權を設定することも、あるひは將來の増減する多數の債權のためにその最高額を限定して擔保權を設定することも、もとより有効とされねばならぬ。

ところで、たとへば、商人と銀行とが當座貸越契約を締結して、一萬圓を限度として二年間商人の要求に應じて銀行が貸出をなすべき旨を約すると共に、その擔保として商人がその所有家屋を銀行の

抵當に供するといふ風に、將來の貸出に基き増減變動する債權の一定額を擔保することを稱して、廣く、根擔保または根抵當といふ。右の場合に、一般には、抵當權が設定されるが(根抵當)、質權を設定し(根質)または保證を立てる(根保證)ことも少くはない。

二

もし、擔保物權の附從性を嚴格に解釋するとすれば、債權が未だ發生しないのに、抵當權や質權を設定することは無効であるとせねばならぬ。しかし、それでは現代の金融取引の需要と實際とに適合しないこと甚だしいものとせねばならぬ。かくて、判例は早くからその有效なる旨を明らかにし、立法もまた明示的にその效力を認め(抵當證券法二條一號參照)、學說としてもその有効性を疑ふ見解の存するを見ない。しかしながら、根擔保または根抵當が法律的に如何なる構成を有するかについては、學說は、いまなほ、歸一しないものの如くである。判例ならびに、學說の多くは、根擔保または根抵當をもつて、將來確定すべき債權を擔保するために現在において擔保權を設定する行爲であるとし、設定と同時に效力を生じ、それが抵當權である場合には直ちに本登記をなしうるものと解してゐる。

三

根擔保設定契約によつて定められる最高額は、この額に至るまでは目的物が責任を負擔すべき可能性の存することをば、示めすに止まるのであつて、實際に、根擔保權の效力として、實行しうべき被

擔保債權額は、根擔保権を實行すべき際における現實の貸越殘額である。ところで、根擔保権を實行しうべき時は、理論上は、當該根擔保によつて擔保せらるべき債權が確定し且つその債權の辨濟期が到來した時であることは疑ひない。けれども、實際上、かかる時期が何時到來するかは、根擔保契約の基礎たる契約内容によつて定まるものとせねばならぬ。されば、その契約關係が終了した時、またはその關係は終了しなくとも債權を一應清算すべきに至つた時には、債權は確定し、根擔保権は確定した債權を擔保する普通の擔保権となる。しかして、根擔保契約に期間の定あるときは、原則としてその期間の満了の時に債權は確定し辨濟期もまた到來するものと言ふべく、期間の定なきときは、特に債權者が期限の猶豫を與へない限り、債權の確定したときに辨濟期も到來するものと解すべきであらう。

第七款 讓渡擔保

一
約定擔保物權は、擔保に供せられる權利自體は債務者の下にこれを留保し、ただその權利の上に擔保的作用を有する制限物權をば、設定する制度である。この擔保制度とは別に、擔保に供せられる權利自體をば債權者に讓渡し、債務が辨濟せられると、再びこれを債務者の下に返還するといふ擔保制

度がある。商品Ⅱ貨幣經濟の發達に伴つて財産の債權化といふ必要が増大するにつれて、我が國においても、諸外國におけると同様に、單に民法の認める制限物權たる擔保制度のみにては十分なる機能を營みえないこととなり、權利移轉による擔保制度が取引上要請されるに至り、かかる制度は實際上極めて重要な作用を營みつつあるのである。しかして、この制度は、數多くの判例を通して、まさに判例法化しつつある。かかる制度を稱して、一般に、讓渡擔保または賣渡抵當といふのである。

二

廣く讓渡擔保または賣渡抵當と呼ばれるものの中には、更に二つの類型があるわけである。その一つは、權利移轉のために賣買の形式をとるものであり、他は、専ら擔保のために權利を移轉するものである。前者にあつては、取引そのものは賣買であつて、その受取つた代金は經濟的には借金に該當し、または受取るべき代金は既存債務と相殺すべき反對債權たるものであるから、この種の取引においては、爾後何等の債務も殘存することはない、ただ賣主において後日一定の金圓を買主に支拂ふことによつて、過日賣渡したる財産權を取戻しうることとなるのである。後者にあつては、新生もしくは既生の債務は依然としてこれを存續せしめつつ當該財産權を讓渡する場合であつて、これは交換でもなければ贈與でもなく、また賣買でもない、全く、擔保の目的をもつてする讓渡である。すなはち他日における復歸の機會を留保しつつ當該財産權移轉の意思表示をなすものであつて、しかもその意

思表示は假装のものではなくて、眞實のものである。このやうに類型化すると、前者はこれを賣渡擔保乃至は賣渡抵當と稱し、後者はこれを讓渡擔保乃至は讓渡抵當と稱することとせねばならぬのである。我が國においては、この用語の區別は、未だ正確には行はれてゐないもの如くである。従つて當事者の用ひる用語がそのいづれの類型のものを意味するかは、當事者の眞意を探究して、これを決せねばならぬのである。そのいづれなりやが決し難い場合には、擔保の目的から判斷して、一般的には、讓渡擔保であると解するのが合理的であるとせねばならぬのである。我が民法上の買戻（五七九條以下）は賣渡擔保の一例である。

三

讓渡擔保の效力については、判例は、有效説をとつてゐる。經濟社會における現實的な要請・必要と現行擔保制度の缺陷を顧みるならば、判例の見解をもつて正當とせねばならぬのである。ただ、讓渡擔保制度は未だ法律の公認しないものといふべきであるから、その法律關係において不安定なもの多く、債權者が高利を貪る手段となすことが少くないから、民法第九〇條を活用することに留意せねばならぬのである。判例は、讓渡擔保を有效となすのみならず、これに關して、詳細な法律的構成を與へつつあるのである。

第一 讓渡擔保の對外的效力

讓渡擔保の對外的關係すなはち第三者との關係においては、目的物の所有權は完全に債權者に移轉する。従つて、債權者がその目的物の所有權をば第三者に移轉するときは、第三者は完全にその所有權を取得することとなる。第三者の善意惡意は問ふところではない。權利が債務者から債權者に移轉するのであるから、債務者の他の債權者が債務者の占有する目的物について執行をなした場合には、讓渡擔保債權者は所有權を主張しうるわけである（民訴五四九條）。讓渡擔保債權者が破産した場合には、該目的物は破産財團を構成すべく債務者には取戻權がない（破八八條）。

第二 讓渡擔保の對内的效力

讓渡擔保關係における當事者間の效力としては、一つの信託的關係が成立することである。權利の信託的讓渡の内容は信託的讓渡の目的の如何に應じて相異なるわけであるが、判例は、對内關係における所有權の歸屬については、先づ、當事者の意思表示の自由を認めてゐる。當事者の意思が明確でない場合には、判例近時の見解によれば、當事者の意思は外部關係・内部關係共に權利を移轉するにあつたものと推定してゐる。

讓渡擔保の對内的效力として、一つの信託關係が成立するのであるから、債權者は債務者に對して目的物を擔保のためにのみ利用すべき債務を負擔する。従つて、債務者が辨濟期に元金を辨濟したときには、債權者は目的物の所有權をば債務者に返還する義務を負ふこと勿論である。債務者が辨濟

期を徒過した場合には、債権者は目的物を賣却しその代金をもつて債務の辨済に充て、なほ殘餘あるときは債務者に返還すべき義務を負ふ。尤も、當事者が特約をもつて辨済期限を経過したときは債権者はその物の所有權を完全に取得し債務者は爾後その物の返還を請求しえない旨を約した場合には、かかる特約はもとより有効であつて、債務者は返還請求權を失ふわけである。辨済期到來前においては、債権者は目的物をば擔保のためにのみ利用すべき債務を負ふものであるから、債権者は目的物を自由に處分することはできない。もしこの義務に違反した場合には、處分行爲自體は、讓渡擔保の對外的效力として有効ではあるが、債権者は債務者に對して債務不履行による損害賠償の責に任ぜねばならぬのである。

第五章 債權の效力

第一節 序 說

債權は履行すなはち辨済を受けることを目的とする權利である。従つて、債務者の任意的辨済によつて消滅する必然性を持つてゐる。だが實際において、債務者は常に必らずしも任意的辨済を行ふものではない。言ひ換へれば、債權は、債務の不履行によつて、權利の充實が妨げられるのである。債權はこの危険から防衛・保護されなければならぬ。この防衛・保護のためには、強力なる國家權力の助力を必要とする。強力なる國家權力の助力を通して、はじめ、債権者は、實質上、任意的辨済のあつたのと同じ利益を受けうるに至るのである。すなはち、債權は效力を持つに至るのである。債權の效力は、二つに大別することができる。すなはち、その一つは、法律的強制の手段によつて、現實に、任意的辨済と同一の効果を收めしめようとするところの・いはゆる現實的履行の強制であり、他は、履行遲滯その他債務の本旨に従つた履行のない場合にそれによつて債権者が被つた損害を填補せしめようとするところの・いはゆる損害賠償である。

第二節 債務の履行

第一款 履行の意義および方法

債務の履行といふのは、債権の内容を實現し、債権本來の目的を達せしむべき債務者の行爲である。従つて辨済と同意義である。債権の消滅といふ見地からは辨済であり、債権の活動といふ見地からは履行である。

債権の内容を實現するための債務者の給付行爲すなはち履行は、債務の本旨に従つて、なされねばならぬ（四一五條・四九三條）。履行が債務の本旨に従つてゐるか否かを決する標準については、我が民法には詳細な規定がない。従つて、履行期・履行の場所・および給付の内容などについては、すべて信義誠實の原則に照して、判断されねばならぬのである。

債務の履行をなすべき時を履行期といふ。履行期の到來によつて、はじめて、債務者は現實に履行をなすべき義務を負ひ、また債権者は現實に履行を請求しうるに至るのである。履行期は當事者の意思表示または法律の規定（五九一條・五九七條・六一七條・六六二條など）によつて定まる。もしこれ等の事由によつて定まらない場合には、債務は發生と同時に履行期にあるものと解すべきである。

履行の實現せらるべき場所を履行の場所といふ。履行の場所は當事者の意思表示または法律の規定（五七四條・六六四條・商五一六條二項）によつて定まることが多いが、もしこれ等の事由によつて定まらない場合には、債権者の現住所をもつて履行の場所となすのである（四八四條）。

債務者が債務の本旨に従つて履行をなすがためには給付の内容を實現せねばならぬ。それ故に、履行に際しては、債務者は全部の給付をなすことを要し、一部の給付をなす権利はない。しかしながら一部履行の提供が常に債務の本旨に従はないものと速断してはならぬ。ここでは、信義誠實の原則が深く顧みられねばならぬのである。

第二款 履行の請求に關する債権の效力——現實的履行請求權——

債権者は債務者に対して履行を請求する権利を有してゐるのであつて、この権利が國家の保護を受けるためには、債権者は裁判所に訴（履行を求め給付の訴）を提起しうるのであるが、これとは別に、債権者は債務者が任意に辨済しない場合には、債権の内容を實現するために裁判所に向つて、債務者に對する執行を請求することができるのである。これを稱して、現實的履行請求權といふ。民法第四一四條は、まさに、この権利に關する規定である。

民法第四一四條は、現實的履行請求權に關して、三つの事柄を規定してゐる。すなはち、第一に、

債権の内容そのものの強制執行について、第二に、作爲債権・不作爲債権の強制執行方法について、第三に、現實的履行請求權との關係について、規定してゐるのである。

第一 強制執行請求權

債務の中には、その性質上、如何に強制するも債務者が任意に履行するものでなければ、到底債権本來の目的を達しえないものがある。たとへば債務者をして外國語を教授せしめるとか繪を描かしめるとかの如き場合である。かかる場合は、第四一四條一項但書に該當する場合であつて、債権者は強制執行を裁判所に請求することはできない。かかる場合を除いては、債権者は、常に、強制執行請求權を有するのである(四一四條一項)。強制執行といふのは、國家權力の助力を通して、強制的に給付の内容を實現せしめることを意味するのである。執行の内容は、債務本來の給付であつて、従つて、第四一四條の強制履行は、いはゆる直接強制を意味するのである。

第二 代替執行請求權

債務の性質が直接強制を許さない場合であつても、代替執行をもつて債権本來の目的を達しうる場合には代替執行が許される。代替執行といふのは、債権者が裁判所に請求して債務者の費用をもつて第三者をして債務者の履行に代る行爲をなさしめることである。二つの場合が區別される。

一 作爲債務の代替執行 物の運搬・建物の建築などの作爲を目的とする債権を有する者は、債

務者の費用をもつて第三者をしてなさしめることをば、裁判所に請求することができる(四一四條二項)。債権の客體たる作爲が何等かの意思表示をなすことに存する場合すなはち法律行爲を目的とする債務にあつては、裁判をもつて債務者の意思表示に代へるのである(四一四條二項但書)。すなはち、この債務についての給付の訴を提起し、その給付を命じる裁判の確定と共に、法律上當然に、債務者自らがその意思表示をなしたのと同じの效力を生じるのである(民訴七三六條)。

二 不作爲債務の代替執行 不作爲債務の所有者は、債務者の費用をもつて、債務者のなしたるものを除去し且つ將來のために適當な處分をなすことをば、裁判所に請求することができる(四一四條三項)。適當な處分の内容については、法文上規定がないから、公序良俗に反しない限り、如何なる方法を命じるも裁判所の自由であると解さざるをえない。不作爲債務の不履行の結果を除去しえない場合たとへば某會社の内情を雑誌に掲載しないといふ義務を負擔する者がこれを掲載したやうな場合には損害賠償によるほかはない。

第三 現實的履行請求權(強制執行請求權および代替執行請求權)と損害賠償請求權との關係

現實的履行請求權の行使は、損害賠償請求權の行使を妨げるものではない(四一四條四項)。債権者は現實的履行の請求に代へて損害賠償の請求をなすべく、また、もし、現實的履行の請求をなすもなほ損害の生じた場合には、その賠償をも併せて請求しうるのである。

第三節 債務の不履行

第一款 不履行の意義および態様

債務の不履行といふのは、債務者が債務の本旨に従つた履行をなさないといふ事實である。債務の本旨に従つた履行をなさずといふ消極的見點から債務の不履行といふのであるから、債務者が何事をもなさざる場合と、あるひは債務の本旨に違つたことをなす場合と、そのいづれたるかを問はない。債務の不履行によつて債権者が債務本來の目的を達しえない態様は、これを大別して、履行遅滞・履行不能および不完全履行の三つとなすことができる。

第一 履行遅滞

履行遅滞といふのは、債務者が、履行可能なるにも拘らず、履行期において、債務の本旨に従つた履行をなさないといふ事實である。履行遅滞が成立するがためには、次ぎの要件が備はらねばならぬ。

1 債務が存在し且つその履行が可能なること。 債務の種類については制限がない。履行の可能不能を決する時間的標準は履行期である。

2 債務が履行期に在ること。 民法は債務が履行期に達したといふことのほかに、なほ催告を要するや否やの點に關して、次ぎの三つの場合を區別してゐる。

イ 確定期限ある場合(四一二條一項)。 この場合には債務者は期限の到來した時から遅滞の責に任じる。従つて催告を必要としない。

ロ 不確定期限ある場合(四一二條二項)。 この場合には、債務者は、期限の到來せることを知りたる時から、遅滞の責に任じる。その知りたる理由の如何を問はないから、債権者の催告によることを要しない。催告があれば遅滞の生じること勿論である。

ハ 債務の履行につき期限の定なき場合(四一二條三項)。 この場合に遅滞が成立するがためには、債権者が催告すなはち履行の請求をなしたることを要する。催告は債務の履行を欲する債権者の意思の通知であるから、債務者に到達して、はじめて、效力を生じるものである。

3 履行をなさざるにつき法律上正當の理由の存在しないこと。 だから、たとへば債務者が留置権(二九五條以下)または同時履行の抗辯権(五三三條)を有する場合には、遅滞の生じることはない。

4 履行遅滞には過失を要するや否やについては、民法解釋上議論の存するところであるが、これは積極に解せねばならぬのである。蓋し我が民法は、その立前として、過失責任主義を原則としてゐるものであり、また金錢債務の履行遅滞について無過失の抗辯を許さない規定(四一九條二項)のあるの

をもつて見れば、一般の債務においてはこの抗辯をなしうる趣旨であると解しうるからである。しかしながら、過失についての舉證責任は債権者にあるのではなくて、債務者において義務を免れようとするれば不可抗力に基ける旨の反證を舉げることがを要するのである。この點に關して、判例が過失不必要説から過失必要説へ變遷してゐるのは、まことに興味深いものがある。

第二 履行不能

法律行為成立の時を標準として、その時以後に債務者の責に歸すべき事由によつて、債務の履行が不可能となつた状態を稱して、履行不能といふ。次ぎのやうな要件を具備することを要する。

1 法律行為成立の時を標準として、それ以後において履行が不能となつたこと。不能なりや否やを決するものは物理學的標準ではなくて、社會の一般觀念である。従つて、法律上履行が不能なりや否やは、各々の場合の具體的事情を考慮し、一般取引の觀念に従つて、これを決するのが最も合理的である。

2 不能が債務者の責に歸すべき事由に基かないことをば債務者が立證しえないこと。この點は履行遲滞についても同様である。債務者の責に歸すべき事由の主なるものは故意または過失である。

第三 不完全履行

債務者が債務の本旨に違背した給付をなした事實を稱して不完全履行といふ。この場合における不

履行は、履行遲滞および履行不能の如く債務者がその負擔せる給付をなさないがために債權の侵害を生じるものとは異つて、債務者がその負擔せる給付と異つたあることをなすことによつて、債權を侵害する積極的な場合である。不完全履行の要件については、明白な規定はないが、履行遲滞および履行不能に關する要件から類推すれば、(1)債務の履行がなされたこと、(2)その履行が不完全であつたこと、しかも(3)その不完全なる履行が債務者の故意または過失に基くこと、を要するものとせねばならぬのである。以上の要件が備はると、債権者は、場合の如何に應じて、追完請求・取替請求または損害賠償の請求をなすことができる。

第二款 不履行に基く債權の效力——損害賠償請求權——

第一項 損害賠償請求權の意義および性質

損害賠償請求權といふのは、賠償義務者に對して、いはゆる損害の賠償を請求する債權である。我が民法が設けてゐるところの損害賠償債權の原則的規定とも言はるべきものは、(1)債務不履行に關するもの(四一五條以下)、および(2)不法行為に關するもの(七〇九條以下)の二つである。

損害賠償請求權に基いて賠償さるべき損害とは如何なるものであるか。損害といふのはある事實に

よつて法益について被つた不利益である。私法上において、不利益を被ることあるべき法益としては財産権が最も顯著なものであるが(財産的損害)、生命・身體・名譽・信用などもまた、ここにいふ法益である(非財産的損害)。財産的損害に關する限りにおいては、損害は、その原因たる事實が発生しなかつたものと假定したる財産状態と現實の状態との差異の全部である。従つて、この損害の中にはいはゆる積極的損害といはゆる消極的損害とが包含されるわけである。積極的損害といふのは、既に存在した財産が減少した場合における損害であり、消極的損害といふのは、將來得べかりし新たなる財産の取得が妨げられる場合における損害である。法律上の取扱ひにおいて、兩者の間には、何等の差異もないが、しかし、消極的損害は、事實上、第四一六條にいはゆる『特別ノ事情』に基くことが比較的に多い。いはゆる積極的損害および消極的損害と區別すべきものに、積極的契約利益(履行利益)の損害および消極的契約利益(信託利益)の損害がある。前者は契約が完全に履行されたならば債権者が取得しうべかりし利益の喪失すなはち法律行為の不實現の故に生じる損害であり、後者は債権者が無効なる法律行為を有効なりと信じたがために被つた損害を意味するのである。されば、ただ單に損害の態様の區別に過ぎないところの積極的損害および消極的損害とは、その内容を異にするわけである。それ故に、信託利益の賠償についても、被害者は積極的損害および消極的損害の兩者を請求しうるわけである。しかしながら、その賠償額は履行利益を超えることをえないのである。

發生した損害を填補し得る限り損害の生じなかつた状態に復せしめることを損害賠償といふ。損害賠償制度の社會的意義については、既に、序論(二五頁以下参照)ならびに不法行為制度(二二七頁以下参照)に關聯して、明らかにしたところである。ともあれ、この賠償は如何なる方法において行はれるか。我が民法は、實際上の便宜から、損害を金錢に評價して賠償する方法すなはち金錢賠償をもつて原則としてゐる(四一七條・七二三條)ではあるが、しかし當事者が別段の意思表示をなした場合および法律に別段の定ある場合(七二三條)は例外である。

損害賠償請求權の性質は、それが成立するに至る原因との關聯において、理解されねばならぬ。すなはち、債務の不履行に基く損害賠償請求權は、本來の債権から獨立せる別個の存在ではなくて、本來の債権の延長と見らるべき性質を持つものである。だから、たとへば、消滅時効に關しては、本來の債権の時効に従ふのである。これに對して、不法行為に基く損害賠償請求權は、判決を俟つて、はじめ、成立する債権ではなくて、不法行為の成立と共に發生する債権である。しかして、この債権に對應するところの債務は、言はば履行期といふ觀念の存在しない債務ではあるが、その遲滞については、債権者が債務の履行を請求した時から、遲滞の責任が生じるものとせねばならぬのである。

第二項 損害賠償請求權の成立要件

損害賠償請求権が成立するがためには、法律に特別の規定ある場合を除いては、一般に、(1)損害の発生、(2)責任原因の存在、(3)責任原因たる事実と損害との間における因果關係の存在することを要する。

損害が現實に発生するといふことが、損害賠償債權の成立の基本的要件である。従つて、たとへ「權利侵害」があるとしても損害が発生しなければ賠償責任を生じない。しかし、損害の発生は、原則として、賠償を請求する者において、これを證明せねばならぬのである(四二〇條および四一九條の場合に例外である)。

発生した損害が特定人の責に歸するがためには賠償責任の對象たる事實に對する責任原因が存在することを要する。責任原因たる事實は、特に法律によつて特例の認められた場合のほかは、原則として、故意・過失あるひは債務者の責に歸すべき事由である。債務者の責に歸すべき事實といふのは、不可抗力以外の原因によることを意味する。債務者の故意・過失が包含されることは勿論であるが、債務者が任意に使用する使用者すなはちいはゆる履行補助者の過失によつて、履行不能の生じた場合もまた、包含されるのである。

損害賠償債權が成立するがためには、更に、責任原因たる事實と損害との間に因果關係が存在せねばならぬ。因果關係の意味については、從來色々の見解があつて、特に刑法の研究に當つて盛んに論

議されてゐるのであるが、要するに、その時その社會における一般的經驗法則に従つて、ある事實がある損害を生ぜしめるために相當または適當だと考へられる場合に認められる關係なのである。

第三項 損害賠償の範圍

我が民法は損害賠償の範圍に關する一般的规定を設けてはゐない。債務不履行については、第四一六條があるが、不法行爲については、これに相當する規定がない。だが債務不履行はその本質において一種の不法行爲と見らるべきものであるから、損害賠償の範圍については、債務不履行と不法行爲との間には、何等の差異なきものとせねばならぬのである。判例が第四一六條をば、そのまま不法行爲に類推適用しようとする傾向にあることは、まことに注目し價するものとせねばならぬのである。第四一六條に認められた損害賠償の範圍すなはち因果關係の範圍は、いはゆる相當因果關係の範圍を意味するものであつて、これを二つの場合に分つことができる。

41
1
一 通常生ずべき損害の場合 通常生ずべき損害は常にこれを賠償することを要する。通常生ずべき損害といふのは、特別の事情によつて生じた損害に對立するものであつて、責任原因たる事實から事物の普通の状態において生じうべき損害である。債務不履行の場合においては、債務の不履行があれば、特別の事情なくとも発生することを常とする損害である。不法行爲の場合においては、不法

行為がなければ被害者が普通の状態において取得したであらうところの利益額の如きが通常生ずべき損害である。

二 特別の事情によつて生じた損害の場合 特別の事情によつて生じた損害は、當事者がその事情を豫見しまたは豫見しうべかりしときに限り、これを賠償することを要する。債務不履行と不法行為の場合によつて、差異を生じることはない。ところで、特別の事情は賠償義務者のみが豫見するをもつて足り、そしてまた、その豫見は原因たる事情についての豫見で足りるのであつて、損害に對する豫見たることを要しない。豫見しうべかりしといふのは、豫見しなかつたことが當事者の過失に基くことをいふのであつて、その過失なりや否やを決する標準は、いはゆる善良な**管理**者の注意が欠缺してゐたか否かである。なほ、特別の事情につき豫見することを要する時期の決定は、債務不履行にあつては不履行の事實發生の時まで、不法行為については不法行為の成立の時までを標準とする。ところで、特別の事情によつて生じた損害の賠償を請求する場合には、賠償請求者において、賠償義務者が特別の事情を豫見しまたは豫見しうべかりしことを立證せねばならぬのである。

第四項 損害賠償の範圍に關する特則

損害賠償の範圍については、民法は、債務不履行に關する限りにおいて、次ぎの三つの特則を設け

てゐる。

✓ 一 損害賠償の豫定 債務不履行の場合を豫想して、豫め契約をもつて、賠償額を定めることを、損害賠償額の豫定といふ。民法は、ただ、債務不履行に關してのみ賠償額の豫定を規定してゐる(四二〇條・四二一條)。他の場合においても法律が特に禁止する場合(工場法施行令二四條参照)もしくはその内容が公序良俗に反する場合を除いては、債務不履行に關するの同一の理論に従ふべきであらう。

二 金錢債權に關する特則 金錢債務の不履行は、金錢そのものの性質上、履行遲滯たることを常とし、従つて、不履行に基く損害賠償もまた履行遲滯による損害賠償であることを常とする。しかしながら、その賠償については、民法は、金錢の社會的機能に鑑み、實際に被つた損害によらず、一定率の賠償でもつて、形式的に取扱ふことを公平と考へ、第四一九條の特則を設けてゐるもの如くである。

三 過失相殺 過失相殺といふのは、責任原因の成立に際して、賠償權利者に過失ある場合には、損害賠償の責任および賠償額を定めるにつき、その有無および範圍を斟酌することをいふのである。過失相殺が成立するがために、(一)損害賠償請求權の一般的成立要件の存在すること、(二)賠償權利者に過失のあること、および(三)賠償權利者の過失と賠償義務者の過失とが競合すること、を要するのである。過失相殺の効果は、債務の不履行と不法行為によつて、それぞれ異つてゐる。前者にあつては、賠償責任および賠償金額について過失を斟酌する(四一八條)の反して、後者にあつては、單に賠償金額についてのみこれを斟酌する(七二二條二項)に過ぎなく。

§42² 第五項 損害賠償者の代位

賠償権利者が賠償を受けた場合には、その賠償を受けたる限度において債権は消滅するから、再び賠償を請求しえない。我が民法は、損害賠償の効果をば、債務者の見點から特に規定してゐる。すなはち、賠償権利者が賠償を受けたること、しかも物または権利の價格の全部の賠償を受けたることを要件として、賠償義務者が、法律上當然に、債権の目的たる物または権利を取得する旨を定めてゐる（四二二條）。いはゆる損害賠償の代位制度である。それは、衡平の思想に基くものであるから、第四二二條は、信義則上、不法行為による損害賠償やその他の場合にも類推適用さるべきものである。

第四節 債権者の履行受領——債権者遅滞——

債務の履行を受領することは債権者の義務ではなくて寧ろ權利である。従つて、債務者は債務の履行の受領を債権者に強制することはできないが、しかし、債権者が權利の上に眠ることによつてこれを受領しないがために損害を被るには忍びない。この矛盾を調和するために設けられた法的制度がすなはち債権者遅滞である。ここでは、債権關係の社會的意義を顧み、債権の行使について信義誠實の

原則を顧慮することが要請されるのである。かくして、債務の履行における債権者の協力義務といふことが考へられるに至るのである。

債権者遅滞といふのは、債権者が履行の提供を受けてゐるにも拘らず、これを受領しないことである。履行の提供はまた辨済の提供ともいふ。履行すなはち辨済の準備をなしたる事實を債権者に通知し、且つその受領を催告する債務者の行為である。債権者遅滞が成立するがためには、次ぎのやうな要件が備はることを要する。

1 債務者が可能且つ適法なる履行の提供をなしたること。履行の提供は、原則として、現實にこれをなすことを要する（四九三條）。これを現實の提供といふ。但し債権者が豫め受領を拒みまたは債務の履行につき債権者の行為を要するときは、履行・辨済の準備をなしたことを通知して、その受領を催告するをもつて足る（四九三條但書）。これを口頭の提供あるひは言語上の提供といふ。現實の提供との差異は債務者側における準備行為の程度の相違に過ぎない。具體的には、如何なる場合に可能且つ適法なる履行の提供ありと認むべきかは、信義則に従つて判断するほかはない。

2 債務が履行期にあるかまたは債務者が履行をなしうる時期にあること。

3 債権者が履行を受領しないこと。債務の履行につき債権者の協力すなはち積極的受領行為を必要としないものにあつては、遅滞を生じることはない。不作爲の債務は、原則として、この種の債

務に屬する。

4 債権者の受領拒絶または受領不能がその責に歸すべき事由に基くこと。この要件を加へることによつてのみ、兩當事者をば一層公平に取扱ふこととなり、信義則の要請に合致することとなる。蓋し、過失を要件とすることによつて債権者の責任は軽減されるが、他方債権者遅滞の効果として、債務者に損害賠償請求権および解除権を與へることになるからである。

二

債権者遅滞の効果に關しては、民法は、ただ、『履行ノ提供アリタル時ヨリ遅滞ノ責ニ任ス』（四一三條）と規定するに止まり、効果の内容を明らかにしてはゐない。従つて、専ら、他の規定との關聯において決せざるをえない。さすれば、債権者遅滞の効果は、履行の提供自體の効果を自らのうちに包攝しつつ、提供自體の効果よりは廣く且つ大なるものがあるといふことになる。いま、その効果の主要なるものを示めせば次の如くである。

1 債務者は債務の不履行によつて生ずべき一切の責任を免れる（四九二條）。従つて、債権者遅滞の存する期間においては、債権者は質權・抵當權を實行しえない。また、違約金・遅延利息その他不履行による損害賠償を請求しえない。

2 債務の目的が供託可能である場合には、債務者はこれを供託して債務を免れうる（四九四條）。

3 債務者は債権者遅滞のために増加した保管費用・辨濟費用の請求權を取得する（四八五條）。

4 増加額の請求によらない他の場合においては、債務者は損害賠償の請求をなしうるものと解する（四一五條・四一六條参照）。

5 債務者は、受領可能なるときは相當の期間を定めて受領を催告し、受領不能なるときは直ちに、契約を解除しうるものと解する（五四一條・五四二條・五四三條）。

第六章 債權の變更

第一節 序 說

現代の經濟組織の特質はそれが利潤の獲得を中心として打ち立てられてゐるところに存する。かかる組織の下においては、財産は債權化することによつて利潤を産み出すべき要請に驅り立てられる。従つて、債權は、ただに對債務者の請求強制關係としてのみ觀察せらるべきではなくて、財産の構成部分・殊に交換取引の客體たりうべき社會的價値物として觀察せらるべき社會的必要に迫られるのである。債權が取引の客體たらざるをえない必然性と必要性は、債權者側における債權自らの動員形態としての債權讓渡の實際的必要性を益々増大せしめるのである。經濟組織の發達につれて、債權關係においては人的要素よりも物的要素が重要視されるに至り、かくて、近代法は、債權は原則として讓渡性を有するとの主義を確立したのである。我が民法も、また、債權をもつて原則として讓渡しうべきものとしてゐるのである。

債權讓渡が認められるのと同じの根據に依存して、社會的價値物としての債權が、債務者側において動員される形態が債務引受である。社會的價値物としての債權は、債務が同一性を失はない限り、

誰がこれを履行するもその満足を妨げられることはないわけである。債務引受が法律制度としての現實性を持つのは、かかる理由に依存するものの如くである。我が民法上には、債務引受について何等の規定も設けられてはゐないが、我が民法が債務の相續を認めてゐることからみて、債務引受が、我が民法上全く不能の觀念でないことがわかるやうに思はれる。判例が、債務者の資力の如何によつて債權者が受ける不利益をば債權者保護の見地から考慮しつつ、債務引受について生じる諸問題を解決しつつあるのは、まことに、注目に價するものとせねばならぬのである。

第二節 債權讓渡

第一款 債權讓渡の意義

債權讓渡といふのは、債權の移轉そのものを内容として、債權者と讓受人との間に行はれる契約である。それ故に、契約以外の原因による債權の移轉、たとへば法律の規定による移轉（代位・相續）、その他裁判所の命令による移轉すなはち債權の轉付命令（民訴六〇〇條以下）による移轉の如きは、ここにいふ債權讓渡ではない。債權讓渡は、債權の移轉そのものを内容とする契約であるから、契約の當事者は債權者すなはち讓渡人と讓受人とである。債務者は債權讓渡の當事者ではない。債權の移轉そのも

の内容とするが故に、移轉契約は移轉義務を成立せしめる契約ではなくて、本質上、物權契約である。

第二款 指名債權の讓渡

一

我が民法は、原則として、『債權ハ之ヲ讓渡スルコトヲ得』るものとしてゐる(四六六條)。しかしながら、讓渡性を本質とするいはゆる證券債權とは異り、債權者の特定してゐる普通の債權すなはち指名債權においては、この原則に對する廣汎な制限を伴ひ、債權讓渡の許されない場合がある。

1 法律上明文をもつて讓渡を禁じた場合。たとへば、健康保險給付請求權(健康保險法六八條)・恩給權(恩給法一一條)などは讓渡しえない。

2 債權の性質が讓渡を許さない場合(四六六條一項但書)。たとへば、從たる債權たる保證債權・特定人の特有なる作爲を目的とする債權などは債權の性質上讓渡が不能であり、雇傭による使用者の權利などの如く個人的關係に基づく債權は、その讓渡を認めるとすれば當該債權を發生せしめた當事者の意思に反し不合理であるから、これまた債權の性質上讓渡を許さない。

3 當事者の意思表示をもつて讓渡を禁じた場合(四六六條二項)。債權の讓渡性が當事者の意思表示でもつて奪はれる場合である。かかる意思表示は、公序良俗に反するかに思はれるが、しかし、債權は、元來、特定人間

の關係であるから、その讓渡の能否は當事者の自由意思に委ねて妨げなきものと考へる。蓋し、民法はこれをもつて善意の第三者には對抗しえないものとしてゐるから(四六六條二項但書)取引の安全を害する虞がないからである。

二

指名債權讓渡の對内的効力は債權がその同一性を失はないで移轉することである。讓渡の當事者間においては、債權は讓渡契約のみによつて移轉するものであるから、讓渡契約の成立と共に、その効力を生じるのが原則である。従つて、いはゆる對抗要件の備はることを必要としない。債權が同一性を失はないで、そのまま讓受人に移轉することが債權讓渡の効力であるから、その債權に從たる權利や、債權に附着せる種々なる抗辨權もまたそのままに存續するわけである。

指名債權の讓渡をもつて債務者その他の第三者に對抗するがためには、いはゆる對抗要件が備はらねばならぬ。すなはち、讓渡人から債務者に通知するか、または債務者が讓渡を承諾するかが、債務者に對抗する要件である。この通知または承諾は、それをもつて債務者以外の第三者に對抗するがためには、それが確定日附ある證書をもつてなされねばならぬ(四六七條)。確定日附ある證書を必要とする所以のものは、債權者と債務者とが通謀して、讓渡の日附を遡らしめて第三者を害する詐欺的不正行爲を豫防しようとする點に存するものの如くである。確定日附の意義については、民法施行法第五條を參照すべきである。

對抗要件が備はるに至ると債權讓渡は何人に對する關係においても、完全にその効力が生じるわけである。すなはち債權は舊債權者から離れて新債權者に移るのである。但し民法は、この點についてはゆる對抗要件の異なるに従つて、債務者の抗辯權を規定してゐる。すなはち、その一つは、讓渡人の通知を對抗要件とした場合に關してであり(四六八條二項)、他は債務者が異議を留めないうで讓渡を承諾した場合に關してである(四六八條一項)。

第三款 證券債權の讓渡

一

指名債權においては、その證書はただ單に債權の發生を證明する手段に過ぎないが、いはゆる證券債權にあつては、債權は證券に化體され、その發生には必ず證書の作成を要し、その行使においても必ず證書を呈示することを必要とするのである。専ら、債權の讓渡性を増大するために考案されたものと言へるのである。

二

民法は證券債權の讓渡もまた意思表示のみによつてその効力を生じるものとしてゐる。しかしながら、債權が證券に化體するときは、これを證券と分離しては、何人に對する關係においても移轉しえ

ないものとなすのが至當である。殊に、商法上の典型的な證券債權たる手形・小切手・倉庫證券・船荷證券・貨物引換證などはいづれも證券の裏書・交付によつて債權の移轉を生じるものと解せられてゐることとの間に矛盾を生じてゐる。有價證券として、統一的理論と立法とが必要であらう。

證券債權の讓渡をもつて債務者その他の第三者に對抗するがためには、一定の要件を具備せねばならぬ。このいはゆる對抗要件は、民法上における證券債權たる指圖債權・無記名債權および記名式持參人拂債權(または選擇持參人拂債權ともいふ)の各々において異つてゐる。

一 指圖債權の場合 指圖債權といふのは、ある特定人またはその指圖人に辨濟すべき債權であつて、その成立には債權證書または指圖證券を必要とするものを指すのである。指圖債權の讓渡の場合には、證書に裏書をなし、その證書を讓受人に交付することをもつて、第三者に對抗する要件となすのである(四六九條)。讓渡の對抗要件が備はると、債務者は、その後は被指圖人に對して履行をなすべき義務を負ふに至る。この點に關して、民法は第四七〇條および第四七二條の二つの特則を設け指圖債權の流通性を圓滑ならしめようとしてゐるのである。

二 無記名債權の場合 無記名債權といふのは債權證書の正當なる所持人に辨濟すべき證券債權であつて、債權者が誰であるかが特定しない證券債權である。證券債權であるから、指圖債權と同様に、その成立・存続には證書の作成・存続を要件とし、その行使には證書の呈示を必要とし、債務者は證書と引換へでなければ辨濟をなすことを要しない。無記名債權は動産と看做されるのであるから(八六條三項)、その讓渡については、動産物權の讓渡に關する規定が適用される(一七六條・一七八條)。従つて、第三者に對抗するがためには、引渡すなはち債權證書の交付を必要と

するのである。無記名債権の譲渡の効果に關しては、民法は第四七二條を準用することにしてゐる(四七三條)。

三 記名式所持人拂債権の場合 記名式所持人拂債権といふのは、證券債権たる點において指圖債権もしくは無記名債権に類似し、その譲渡は裏書によらず單に證書の交付によつてこれをなすから指圖債権ではなく、しかもまた證書面にはある特定人が第一次債権者として指定されてゐるから無記名債権とも區別せらるべき、一種特別の證券債権である。證書の交付によつて債務者その他の第三者に對抗しうべきことは疑問の餘地がない。債務者が所持人およびその署名捺印の眞偽を調査する權利を有することは、指圖債権の場合と同様である(四七一條・四七二條)。

第三節 債務引受

一

債務引受といふのは債権債務の同一性を維持しつつ債務を引受人に移轉することを目的とする債権者および引受人間の契約である。債務引受が有効に成立するがためには、次ぎの要件が備はることを要する。

1 債権者と引受人との間に債務を移轉すべき引受契約が成立すること。債務者が誰であるかは債権者にとつては最大の關心事であるから、債権者は、常に必らず、當事者である。これに反して從來の債務者は必らずしも引受契約に参加することを必要としない。從來の債務者をも加へて、いはゆる三面契約を締結するも、何等の支障はない。

2 債務が移轉しうべき性質のものなること。その性質上移轉性を有しない債務は引受契約の目的物たりえない。その他の債務については、それが移轉性を有するや否やは、これを成立せしめた當事者の意思・債務の内容など各種の事情を考慮して、これを決すべきである。

3 債務の引受契約は債務者の意思に反しないことを要するや否やについては疑ひがある。本來的には、債務引受によつて債務者は全く債務を免れてしまふのであるから、債務者の徳義的な立場を尊重して、明確に債務者の意思に反する場合には、債務引受契約を成立せしめえないものと解すべきである。利害關係のない第三者の辨濟(四七四條二項)および債務者の交替による更改(五一四條)と同一視するをもつて至當とする。

なほ、債務引受契約には何等特別の對抗要件を必要とせず、またその契約には特別の方式をも必要としない。

二

債務引受の効力は、債務が同一性を失ふことなくして、舊債務者から新債務者へ移轉することである。すなはち、債務者が變更するだけであつて、債務關係それ自體には何等の變化をも受けることはないのを原則とする。従つて、利息債務・違約金債務もまた共に移轉するのが原則である。また、債務はその同一性を失はないのであるから、引受の目的物たる債務に附着せる抗辯權もまた、附隨して

移轉するわけである。

三

本來的な債務引受は、引受人が債務を引受けることによつて、舊債務者をして債務を免れしめるものである。これを稱して、免責的債務引受または脱退的債務引受といふ。これに對して、舊債務者は依然として存続しながら、更に新債務者の添加するものを添加的債務引受・重疊的債務引受または併存的債務引受といふ。この引受にあつては、從來の債務と同一内容を有する新債務を發生せしめるがために、債権者と添加する新債務者との間の契約をのみ必要とするのであつて、從來の債務者がその契約に参加することは全く不必要である。だから、從來の債務者の不知の間に、もしくはその意思に反して行はれるとしても、なほ有効であることは言ふまでもない。添加的債務引受によつて生じる債務と從來の債務との關係は、契約當事者の意思によつて定まるものであるから、連帶なることがあり保證なることがあり、また連帶保證であることがありうるわけである。

なほ添加的債務引受到類似して、これと區別することを要するものに履行引受がある。履行引受といふのは、引受人が債務者との契約によつて、債務者に對して、その債務を辨濟すべき債務を負擔することを指稱するのである。機能的には添加的債務引受と同様な効用を持つてはゐるが、債権者に對して直接に債務を負擔するものではないから、債務引受とは異つてゐる。

第七章 債權の消滅

第一節 序 説

債權は、その本來の機能から見れば、それ自體が目的であるのではなくて、目的を達するための手段であるに過ぎぬ。すなはち、債權關係における主體の一方(債権者)が自らの利己的利益の満足を得るための法的手段である。債權のこの手段性は、債權關係における主體の他方(債務者)に對する拘束として現はれるが、その拘束は、それ自體としては無意義であつて、その者をして特定の行爲をなさしめることによつて相手方に満足を得せしめることの裡に、意義を持つのである。主體の一方に利己的利益の満足を得せしめることが、債權本來の目的である。従つて、この目的が何等かの形態において達せられるならば、債權自體はその存在の意義を失ふに至るのである。手段としての債權がその存在の意義を失ふことは、その手段を媒介として取り結ばれてゐたところの法律關係の消滅を意味する。債權關係は、債權の手段性の故に、その發生の當初から、それ自體の消滅を豫期してゐる。

債權關係は、その關係を成立せしめる原動力となつてゐた本來の目的が、手段としての債權を媒介として、到達されるならば、必然的に消滅する。これに反して、その本來の目的を達しえられないこ

とが確定的となつた場合においてもまた、債権はその手段としての現實性を失ふから、債権關係は消滅する。辨濟は前者の場合の典型であり、履行不能は後者の場合の典型である。この二つの典型を兩端として、その間に、債権者および債務者の行爲による債権關係の消滅原因たる代物辨濟・供託・免除・相殺・更改・混同や法律行爲の取消・契約の解除、更にまた當事者の行爲によらない債権關係消滅の原因たる解除條件の成就・終期の到來・消滅時効の完成などが、横たはるのである。だが、本章における論究は、それ等のすべてに互るのではなくて、民法第四七四條以下において、特に規定されてゐるところの消滅原因のみに限るのである。

第二節 辨 濟

第一款 辨濟の性質

辨濟といふのは、債務の本旨に従つた給付行爲を要素とし、債権關係の消滅を齎らす債務者の行爲である。債権の内容を實現せしめる行爲は債務の本旨に従つた給付行爲でなければならぬ。かかる給付行爲は辨濟に缺くべからざるものではあるが、給付行爲それ自體が辨濟であるのではない。當該給付行爲が辨濟となるのは、給付行爲が法律行爲であるからではなくて、法律がこれに辨濟といふ効果を

を發生せしめるからである。だから、また、その給付行爲は辨濟のためにする意思表示すなはち辨濟意思を必要としない。たとへば辨濟のためにする給付行爲が不作爲なるときは債権者がその不作爲をなすの事實行爲があれば足りるわけである。また、辨濟が成立するがためには債権者に受領意思の存在することを必要としない。不作爲の債務について債権者の受領意思を必要としないことは明白であり、また債務の履行につき債権者の協力を必要とする場合においても、受領の意思表示は給付行爲成立の要件たるに止まり、辨濟成立の要件ではない。これを要するに、辨濟のための給付行爲は法律行爲であるとしても、辨濟は法律行爲に必要な意思およびその表示を必要としないから、辨濟それ自體は法律行爲ではなく、ただ私法上の効果を生じる適法行爲たるに過ぎないのである。従つて、辨濟は、いはゆる法律的行爲 \parallel 準法律行爲の一つに數へられねばならぬのである。

第二款 辨濟の當事者

辨濟の當事者は辨濟者と辨濟受領者とである。辨濟者は、本來的には、債務者であるが、債務者の代理人(九九條参照)、あるひは第三者もまた、辨濟者たりうるのである(四七四條)。しかして、第三者が債務者のために辨濟をなす原因は、債務者の委託による場合もあれば、あるひは單なる事務管理である場合もあり、また債務者に對して贈與をなす意思に基く場合がある。

辨済者の相手方は、辨済受領者である。辨済受領者は、原則として、債権者である。だが、法律はこれに對して二種の例外を設けてゐる。

一 債権者が受領権限を有しない場合 債権者(甲)が自己の債権者(乙)から債権の差押・假差押の處分を受けたがために第三債務者(甲の債務者)がその支拂を差止められた場合(四八一條・民訴五九八條・六〇〇條)、債権者が破産の宣告を受けた場合(破六條・七條)には債権者は辨済受領の権限を有しない。

二 債権者にあらざる者の受領もまた辨済を成立せしめうる場合 債権者の代理人、債権の準占有者(四七八條)、受取證書の持参人(四八〇條)、指圖債権・記名式所持人拂債権の證書の所持人(四七〇條・四七一條)などは債権者以外の辨済受領者ではあるが、これ等の受領は、辨済を有効に成立せしめる。

辨済受領の権限のない者に對してなされた辨済は、原則として、無効である。だがこれによつて真正なる債権者が事實上何等かの利益を受けた場合には、その利益を受けた限度において、辨済は有効である(四七九條)。

第三款 辨済の目的物

辨済の客體たる給付は、債務の本旨に従ふことを要する。如何なる給付が債務の本旨に従ふものなりやは、各種の具體的債務についてこれを決するほかはないが、民法は、これについて、次ぎのやうな解釋規定を設けてゐる。

1 特定物の引渡の場合(四八三條)。

2 辨済者の引渡した物が他人の物であつた場合(四七五條・四七七條)。この場合は辨済者と債権者との關係を規定するに止まるから、第三者が、債権者に對して、その物についての占有權または所有權に基いて返還を請求することを妨げない。

3 辨済能力なき所有者が辨済として物を引渡した場合(四七六條・四七七條)。

第四款 辨済の効果

民法は、辨済者が辨済をなしたことを證明し、辨済者をして債権者からの再度の不當請求を免れしめるがために、辨済者に對して次ぎの權利を認めてゐる。

1 受取證書交付請求權(四八六條)。 辨済と同時に受取證書の交付を請求しうるや否やについては解釋上多少の疑問あるも、同時履行に關する規定(五三三條)を類推適用し、積極に解すべきである。

2 債權證書返還請求權(四八七條)。 債權證書の返還請求は辨済と交換的になしうるか否かについては、問題があるが、辨済の提供があるにも拘らず債權證書の返還を拒むのは、信義誠實の原則に反するものとせねばならぬのである。

二

債務者が同一の債権者に對して同種の目的を有する數個の債務を有する場合において、辨濟として提供したる給付が總債務を消滅せしめるに足りないときには、その給付をもつていづれの債務の辨濟に充つべきかを定めねばならぬのである。これを辨濟の充當といふ。

辨濟の充當の方法としては、次ぎの三つのものを分つことができる。

一 契約による充當

二 充當指定權の行使による充當 充當指定權の行使は相手方に對する意思表示によつてこれをなす（四八八條三項）。第一位の充當權者は辨濟者である（四八八條一項）。辨濟者が充當をなさなければ、辨濟受領者は、その受領の時に對して充當をなすことができる（四八八條二項）。但し、辨濟者が直ちに異議を述べると、再び辨濟者の指定に従ふこととなるものと解せねばならぬ（四八八條二項但書）。なほ、指定權の行使による充當については、第四九一條一項の制限があることを注意せねばならぬ。

三 法定充當

當事者が辨濟の充當をなさない場合には、法定の順序に従つてその辨濟を充當するのである。民法第四八九條はその順序を定めてゐる。なほ、この場合においても第四九一條一項の制限規定が準用されるのである（四九一條二項）。

一個の債務の辨濟として數個の給付をなす場合においても、辨濟として提供せられた給付が、その債務の全部を消滅せしめるに足りないときは、同じく辨濟の充當を生じる。民法はこの場合にも辨濟充當に關する規定を準用するものとしてゐる（四九〇條）。

第三節 代位辨濟

一

代位辨濟といふのは、第三者または共同債務者の一人がなした辨濟であつて、その結果として債務者または他の債務者に對して有する求償權の範圍内において債権者の債權が辨濟者に移轉することである。

代位には債権者の承諾を要する場合と然らざる場合とがある。すなはち、辨濟をなすにつき正當の利益を有する者は、辨濟によつて、當然に、債権者に代位する（五〇〇條）。これを法定代位といふ。保證人・物上保證人の如きは法定代位權者たりうる者である。辨濟をなすにつき正當の利益を有しない第三者は、債権者の承諾を得て代位をなすことをうる（四九九條一項）。これを任意代位といふ。承諾は辨濟と同時になされることを要する。この場合においては、代位をもつて第三者に對抗するがためには債權讓渡の場合に準じて、通知または承諾を必要とする（四九九條二項）。

二

代位の効力は、自己の有する求償權の範圍内において、債権者の有した一切の權利を行使しうることである（五〇一條）。一部代位の場合には債権者と共にその權利を行使しうるわけであるが、不履行に

よる解除権は、債権者のみに屬する(五〇二條)。代位をなしうる者數人ある場合には、その代位をなしらべき順序および範圍を定める必要を生じる。これに關しては、第五〇一條に詳細な規定が設けられてゐる。他方において、代位権者は、債権者に對して、全部代位の場合には債權證書および擔保物の交付を、また一部代位の場合にはその旨を債權證書に記入し且つ擔保物の保存の監督を請求することができる(五〇三條)。なほ、法定代位の場合においては、債権者が故意または懈怠によつて擔保を喪失しまたは減少したときには、求償を受けえない限度に應じて、代位権者は辨濟の責を免れるのである(五〇四條)。

第四節 代物辨濟

債務者は債権者の承諾を得て、その負擔したる給付に代へて、他の給付をなすことによつて、債務を消滅せしめることができる。これを稱して代物辨濟といふ。その法律的性質は、債権者債務者間における要物且つ有償の契約である。

代物辨濟の効力は辨濟の効力と同一である(四八二條)。

第五節 供 託

一

供託といふのは、債権者が辨濟の受領を拒みまたはこれを受領すること能はない場合に、債務者その他の辨濟者が、辨濟の目的物をば、債権者のために供託所へ寄託することである(四九四條)。供託者は債務者またはその他の辨濟者である。供託所については、法律に規定されてゐる(供託法一條・五條)。供託物は原則として辨濟の目的物であるが、その物が供託に適せずまたは滅失毀損の虞あり、あるひは保存に過分の費用を要するが如き場合には、裁判所の許可を得て、競賣代金を供託することができ(四九七條)。

供託は債務の履行地の供託所においてなすことを要する(四九五條一項)。債務の履行地に供託所なきときは、裁判所に申請してその指定したる供託所またはその選任したる供託物保管者に供託することを要する(四九五條二項)。供託手續は供託法の規定に従ふ(供託法二條)。供託はこれを債権者に通知せねばならぬが(四九五條三項)。この通知はもとより供託の成立要件ではない。

二

供託の成立によつて辨濟者は債務を免れ、債権は消滅する(四九四條)。そして、債権者は供託所に對して供託物の交付を請求する權利を取得するに至る(四九八條参照)。但し雙務契約の場合におけるが如く債権者もまた反對給付をなすべき義務を有する場合には、自らその反對給付をなさねばならぬのであ

る(四九八條・供託法一〇條)。

供託によつて債権は消滅するのであるから、一旦供託した物は、濫りに取戻すことをえない。しかしながら、供託はその本質において、辨済者の利益を保護する制度であるから、法律は一定の條件の下において、供託を取消し、供託物を取戻しうべきことを認めてゐる。民法第四九六條はこれに關する規定である。

第六節 相 殺

一

相殺といふのは、二人が互ひに同種の債権を有する場合において、當事者の一方が對等額について債権と債務とを消滅せしめるがためになす一方的意思表示である(五〇五條)。かかる意思表示は相殺權の存在を前提とする。相殺權が発生するがためには次ぎのやうな要件を具備することを要するのであつて、かかる要件の具備された状態を稱して相殺適狀といふ。

1 相互に對立する債権の存在すること(五〇五條一項)。相殺の意思表示をなす當事者の有する債権を自働債権と呼び、その相手方の有する債権を受働債権といふ。相殺せらるべき債権は、原則として現存することを要する。但し、民法は、取引社會の實情に鑑み、第五〇八條の例外を規定してゐる。

2 雙方の債権が同種の目的を有すること(五〇五條一項)。履行地が同一であることは相殺の要件ではない(五〇七條)。

3 雙方の債権が辨済期にあること(五〇五條一項)。自働債権は常に辨済期にあることを要する。もし辨済期前の相殺を許すときは、辨済期前の辨済を強制しうると同一の結果となるからである。しかしながら、期限の利益はこれを抛棄しうるから(一三六條參照)、受働債権は必ずしも辨済期にあることを要しない。

4 債権の性質が相殺を許す場合なること(五〇五條一項但書)。

5 相殺が禁止された場合でないこと。相殺の禁止ある場合には相殺をなすことをえない。當事者が相殺を禁止する意思表示をなした場合(五〇五條一項)および法律上相殺が禁止されてゐる場合がこれである。法律は、不法行爲上の損害賠償債権(五〇九條)、差押を禁じられた債権(五一〇條)、支拂の差止を受けた第三者が差止後に取得した債権(五一一條)、および株金拂込の請求權(商二〇〇條三項)についてはそれぞれにおける特別の理由に基いて、相殺權を發生せしめないことにしてゐる。

相殺の方法については、我が民法は、相手方に對する意思表示によつてこれをなすべきものとしてゐる(五〇六條一項)。但し、不確定なる相殺の效力を避けしめるがために、その意思表示には、條件または期限を附しえないものとしてゐる(五〇六條一項但書)。

相殺の意思表示は、雙方の債務が互ひに相殺をなすに適したる初めに遡つて、その效力を生じるに至るのである(五〇六條二項)。すなはち、いはゆる相殺適狀の成立は、單に相殺權の發生を齎らすに過ぎないが、しかし相殺權が行使されるに至ると、その効果は、相殺適狀の時にまで遡つて、生じるのである。その結果として、必然に、相殺適狀後に發生した利息・履行遲滯・債權者遲滯の効果は生じなかつたことになる。

相殺によつて雙方の債權は、その對當額につき、消滅するに至る(五〇五條一項)。被相殺者が同種の目的を有する數個の債權を有する場合に相殺者が供した自働債權が被相殺者の債權のすべてを消滅せしめるに足らないときは、いはゆる相殺充當の問題を生じる。民法は、第四八八條乃至第四九一條の辨濟充當に關する規定を準用して、この問題を解決することにしてゐる(五一二條)。

第七節 更 改

更改といふのは、新債務を成立せしめることによつて、舊債務を消滅せしめる契約であつて(五一三條一項)、その成立には、(1)更改せらるべき債權の存在、(2)更改意思の合致、および(3)新債權の成立することを要件とするのである。

更改には次の三種を區別することができる。

一 債權者の交替による更改 この場合においては、新・舊債權者および債務者を當事者とする三面契約によつて更改は成立する。債務者もまた當事者たる點において、債權讓渡とは異つてゐる。更改は無式の契約であるが、更改をもつて第三者に對抗するためには、債權讓渡の場合と同様に、確定日附ある證書をもつてなすことを要する(五一五條)。民法第四六八條一項は、債權者の交替による更改の場合にも準用される(五一六條)。

二 債務者の交替による更改 この場合における當事者は新債務者と債權者とであつて、この當事者の契約によつて更改は成立する(五一四條)。舊債務者の意思に反して更改を成立せしめえない點において、添加的債務引受とは異つてゐる。

三 目的の變更による更改 目的の變更による更改については、民法上明文はないが、債務の目的が更改の要素に屬することは疑問の餘地がないから、債務の目的の變更によつて更改が成立することは疑を容れる餘地がない。ところで、目的の變更とは、債務の内容たる給付の重要な部分について變更の生じることをいふ。具體の場合に、果して、債務の目的に變更ありや否やは、給付の性質および當事者の意思を參照して決せねばならぬ。

なほ、民法は、條件附債務を無條件債務となし、無條件債務に條件を附しまたは條件を變更する場合(五一三條二項前段)、および債務の履行に代へて爲替手形を發行する場合(五一三條二項後段)には、債務の要素を變更するものと看做してゐる。

更改の效力は、既存の債權の消滅と新債權の發生とである。従つて、既存の債權に従たる債權もま

た消滅する。但し、擔保物権の中で、質権および抵當権については例外が認められてゐる(五一八條)。なほ、更改によつて生じた債務が不法の原因などのために成立せず、または取消された場合には、舊債務は消滅することはない(五一七條)。

第八節 免除および混同

一

免除といふのは、債権者がその債権を抛棄する行爲をいふのであつて、債権關係の消滅を目的として債務者に對してなす意思表示によつて成立する法律行爲である(五一九條)。免除によつて債権は消滅する。債権が消滅すれば、それに従たる権利もまた消滅することは勿論である。それでは、債権が第三者の権利の目的たる場合においても、免除はその效力を生じるか。民法は第五二〇條但書の如き規定を設けてはゐないが、第三者の権利を害する結果を生ぜしめるやうな権利の抛棄は、法律關係における利益の衡平關係を破壊するものと言はざるをえないから、これをもつて、かかる第三者には對抗しえないものとせねばならぬのである。

二

混同といふのは、債権と債務とが同一人に歸する事實である。債権關係は、その本質上、相互に對

立する二個の主體の存在を必要とするものであるから、混同は債権消滅の原因となる。混同によつて債権は消滅する(五二〇條)。従つて、これに従たる権利もまた消滅する。但し、債権が第三者の権利の目的・たとへば債権質の目的・となつてゐる場合には、たとへ混同を生じるとしても、債権はなほ存続し、従つて、これを目的とする権利たとへば質権もまた存続することとなるのである(五二〇條但書)。

(完)

民法
に
関係
ある

主
要
統
制
法
令

一 行政事務處理簡易化

許可認可等行政事務處理簡捷令

昭和

一六・一・一五・勅令九六七號

法定許可認可免許承認及法定協議

二 暴利行為取締

暴利行為取締規則

一四・一二・二六・商工農林省令一

暴利ヲ目的トスル販賣、賣借、買占、媒介ノ禁止

三 産業統制(主要單行法)

重要産業ノ統制ニ關スル法律

六・四・一・法律四〇

産業設備營團法

一六・一一・二六・法律九二

帝國鑛業開發株式會社法

一四・四・一二・法律八二

製鐵事業法

一二・八・一三・法律六八

重要鑛物増産法

一三・三・二九・法律三五

日本産金振興株式會社法

一三・三・二九・法律三六

工作機械製造事業法

一三・三・三〇・法律四〇

輕金屬製造事業法

一四・五・一・法律八八

有機合成事業法

一五・四・四・法律九六

航空機製造事業法

一三・三・三〇・法律四一

自動車製造事業法

一一・五・二九・法律三三

重要機械製造事業法

一六・五・三・法律八六

國民勞務手張法

一六・三・七・法律四八

木材統制法

一六・三・一三・法律六六

生産販賣ノ統制協定

産業設備營團ニ依ル産業設備ノ建設、買受、賣買、保有又ハ活用ノ斡旋

資金ノ融通、鑛物及鑛業用具ノ賣買斡旋

業者ノ統制協定及施設ノ統制

鑛業權ノ讓渡、鑛區ノ増減、事業設備ノ讓渡ニ關スル裁決

資金ノ融通、合金鑛物及金製造用具ノ賣買

工作機械製造會社ノ設立、監督、販賣價格、販賣條件ノ變更其ノ他需給ノ調節

輕金屬製造會社ノ設立、監督、買入、販賣、輸出入、移出入ノ制限、賣渡命令

有機合成事業會社ノ設立、監督、製造販賣ニ關スル必要ナル命令

航空機製造會社ノ設立、監督、價格、販賣條件ノ變更其ノ他製品供給

自動車製造會社ノ設立、監督、自動車及部分品ノ輸入制限

事業ノ助長、國産化ノ促進ノ爲ノ必要ナル措置

從業者ノ使用制限、移動防止、賃銀勞務ノ統制實施

木材ノ賣渡、販賣ノ委託命令、使用消費ノ制限

民法に關係ある主要統制法令

石炭配給統制法	一五・四・八・法律一〇四	日本石炭株式會社ノ設立、監督、價格ノ統制、強制賣渡、配給施設ノ貸貸讓渡ノ協議命令
石油業法	九・三・二八・法律二六	石油ノ保有、賣却、需給ノ調節
人造石油製造事業法	一二・八・一〇・法律五二	人造石油製造會社ノ設立、監督、強制購入
帝國燃料興業株式會社法	一二・八・一〇・法律五三	人造石油製造事業ニ對スル投資
帝國石油株式會社法	一六・三・一五・法律七三	石油資源ノ開發、石油事業ノ振興、石油ノ賣買
石油資源開發法	一三・三・二八・法律三一	開發採掘ノ協議決定、採油ノ制限、增加命令
揮發油及アルコール混用法	一二・四・一・法律三九	強制混用、使用讓渡讓受制限
製絲業法	七・九・七・法律二九	製絲業ノ統制
絲價安定施設法	一二・三・三〇・法律一六	法定價格ニ依ル生絲ノ賣渡買入
蠶絲業統制法	一六・三・一三・法律六七	蠶絲ノ生産計畫、賣渡、買入、價格ノ統制
農地調整法	一三・四・二・法律六七	農地ノ管理、買取、賃貸借、小作爭議ノ調停
酪農業調整法	一四・三・二五・法律二七	牛乳ノ生産販賣出荷ノ統制及酪農業ノ助成
臨時農村負債處理法	一三・四・二・法律六九	農山漁村居住ノ戰死者遺家族ノ負債整理
重要肥料業統制法	一一・五・二九・法律三〇	肥料ノ生産販賣輸出入移出入ニ關スル統制協定
臨時肥料配給統制法	一二・九・一〇・法律九一	肥料ノ賣買、使用、消費、移動、輸出入ニ關スル命令
硫酸アンモニア増産及配給統制法	一三・四・一・法律七〇	製造設備ニ關スル命令、日本硫酸株式會社ノ買入、販賣、輸出入、移出入
飼料配給統制法	一三・三・三〇・法律三九	配給統制及輸出、販賣、使用ニ關スル命令
米穀配給統制法	一四・四・一二・法律八一	日本米穀株式會社ニ依ル賣買取引及配給統制
農地開發法	一六・三・一三・法律六五	農地開發營團ニ依ル農地ノ造成改良
牧野法	六・四・一・法律三七	牧野特定地ノ使用收益制限

四 輸出入品等ニ關スル臨時措置

臨時馬ノ移動制限ニ關スル法律 一二・九・一〇・法律八九
種馬統制法 一四・四・七・法律七五

輸出入品等ニ關スル臨時措置ニ關スル法律

一二・九・一〇・法律九二

國民經濟運行ノ爲ノ需給調整

(本法ニ基キ鐵鋼、燃料、非鐵金屬、機械、纖維、化學藥品、皮革、ゴム、木材、食料品、肥料、飼料、奢侈品、用紙、器具其ノ他ノ物品ノ輸出入ノ制限、製造、加工、配給、讓渡、使用、消費、設備ノ取締制限ニ關シ公布セラレタル商工省令、農林省令極メテ多シ)

五 國家總動員

國家總動員法 一三・四・一・法律五五

高度國防國家ノ人的及物的資源ノ統制運用ニ關スル基礎法

國家總動員法等ノ施行ノ

統轄ニ關スル件 一四・九・三〇・勅令六七二

內閣總理大臣ニ於テ統轄

六 國家總動員法ニ基ク勅令

第三條 總動員業務指定令 一四・七・五・勅令四四三

第四條 國民徵用令 一四・七・八・勅令四五一

船員徵用令 一五・一〇・二一・勅令六八七

醫療關係者徵用令 一六・一二・一六・勅令一一三一

獸醫師等徵用令 未公布

第五條 民法に關係ある主要統制法令

第九號ニ依ル業務ノ指定

國民徵用及第六條ノ勞働條件

船員ノ徵用及第六條ノ勞働條件

徵用者、徵用業務

民法に關係ある主要統制法令

國民勤勞報國協力令

一六・一一・二二・勅令九九五

國民勤勞報國隊ニ依ル協力

第六條

學校卒業者使用制限令

一三・八・二四・勅令五九九

割當ニ依ル使用制限

(青少年雇入制限令)

一五・二・一・勅令三六

勞務調整令ニ依リ廢止

(從業者移動防止令)

一五・一一・九・勅令七〇五

勞務調整令ニ依リ廢止

船員使用等統制令

一五・一一・九・勅令七四九

船員ノ使用及移動防止

船員給與統制令

一五・一〇・一九・勅令六七六

給與ノ準則又ハ協定ノ設定變更廢止

工場就業時間制限令

一四・三・三一・勅令一二七

就業時間ノ制限及休日ノ設定

(賃金統制令)

一四・三・三一・勅令一二八

一五年勅令六七五號ニ依リ失效

賃金統制令

一五・一〇・一九・勅令六七五

賃金規則作成義務及組合間ノ賃金協定

(從業者雇入制限令)

一四・三・三一・勅令一二六

從業者ノ移動防止令ニ依リ廢止

勞務調整令

一四・一〇・一八・勅令七〇五

賃金統制令及船員給與統制令ニ依リ失效

重要事業場勞務管理令

一六・一二・八・勅令一〇六三

從業者ノ雇入、使用、解雇、就職及退職ノ制限

第八條

(生活必需物資統制令)

一六・四・一・勅令三六二

物資統制令ニ依リ廢止

物資統制令

一六・一二・一六・勅令一一三〇

統制物資ノ生産、修理、保管、處分ニ關スル命令及統制物資所有者ニ對スル讓渡命令

金屬類回收令

一六・八・三〇・勅令八三五

回收物件ノ處分使用移轉及協力命令

製鐵用輸入原料配給等統制令

一五・七・三・勅令四五五

輸入製鐵原料ノ配給等ノ統制

農業水利臨時調整令

一五・八・五・勅令五一六

農業水利ノ施設、計畫及協定

電力調整令

一四・一〇・一八・勅令七〇八

生産、配給又ハ消費ニ關スル必要ナル命令

米穀搗精等制限令

一四・一一・二五・勅令七八九

搗精、酒類、麥酒、穀粉ノ製造輸出制限

陸運統制令

一五・二・一・勅令三七

貨物運送ノ引受、統制協定及貨物ノ受取、引渡、託送

海運統制令

一五・二・一・勅令三八

引取ニ關スル命令

農業生産統制令

未公布

船舶ノ製造、修繕、使用、運送貨及貨賃料ニ關スル命令

水産業統制令

未公布

輸出入ノ命令、制限若ハ禁止及物品ノ處分、所持又ハ移動ニ關スル命令

貿易統制令

一六・五・一四・勅令五八一

使用又ハ收用命令及損失補償

第一〇條

總動員物資使用收用令

一四・一二・一六・勅令八三八

使用又ハ收用命令及損失補償

第一一條

(會社利益配當及資金融通令)

一四・四・一・勅令一七九

會社經理統制令ニ依リ廢止

(會社職員給與臨時措置令)

一四・一〇・一八・勅令七〇六

會社經理統制令ニ依リ廢止

會社經理統制令

一五・一〇・一九・勅令六八〇

利益金、給與、經費、資金等ノ統制

會社所有株式評價臨時措置令

一六・八・三〇・勅令八三三

財産目錄記載株式ノ價額評價

銀行等資金運用令

一五・一〇・一九・勅令六八一

資金ノ運用、債務ノ引受又ハ保證ニ關スル命令

第三條

臨時農地等管理令

一六・二・一・勅令一一四

食糧農産物等ノ生産確保ノ爲ノ農地管理

本勅令ニ基ク主要命令

一六・一〇・一六・農林省令八六

農作物作付ノ命令、制限及禁止

農地作付統制規則

一六・一〇・一六・農林省令八六

農作物作付ノ命令、制限及禁止

民法に關係ある主要統制法令

民法に關係ある主要統制法令

工場事業場管理令
工場事業場使用收用令
土地工作物管理使用收用令

一三・五・四・勅令三一八
一四・一二・二九・勅令九〇一
一四・一二・二九・勅令九〇二

管理令書ノ送達及損失補償
使用收用令書ノ送達及損失補償
管理使用收用令書ノ送達及損失補償

第一六條

總動員業務事業設備令
企業許可令
企業整備令

一四・七・一・勅令四二七
一六・一二・一一・勅令一〇八四
未公布

設備ノ新設、擴張、改良ニ關スル命令
指定事業ノ開始、委託又ハ設備ノ許可

第一六條ノ二

配電統制令

一六・八・三〇・勅令八三二

配電株式會社ニ關スル事項

第一八條

重要産業團體令
馬事團體令

一六・八・三〇・勅令八三一
未公布

統制會ノ設立命令

第一九條

軍需品工場事業場検査令
價格等統制令
小作料統制令
臨時農地價格統制令
宅地建物等價格統制令
地代家賃統制令

一四・一〇・一八・勅令七〇七
一四・一〇・一八・勅令七〇三
一四・一二・六・勅令八二三
一六・一・三〇・勅令一〇九
一五・一一・二一・勅令七八一
一五・一〇・一九・勅令六七八

軍需品、其ノ原料及材料ノ原價計算
價格、運送賃、保管料、損害保險料、賃賃料、加工賃
等ノ九・一八禁止
小作料ノ釘付、種別、額、率、減免條件ノ決定
耕作農地ノ價格統制
價格ノ釘付及讓渡價格ノ許可
地代家賃ノ釘付、減額命令

(地代家賃統制令)

株式價格統制令

一四・一〇・一八・勅令七〇四
一六・八・三〇・勅令八三四

一五年勅令六七八號ニ依リ失效
株式ノ價格統制

森林等價格統制令

未公布

第二〇條

新聞紙等掲載制限令

一六・一・一一・勅令三七

掲載ノ制限禁止、發賣頒布ノ禁止及差押

第二一條

國民職業能力申告令
醫療關係者職業能力申告令
獸醫師職業能力申告令
船員職業能力申告令

一四・一・七・勅令五
一三・八・二四・勅令六〇〇
一四・二・四・勅令二六
一四・一・三〇・勅令二三

國民ノ職業能力ノ申告及検査
醫師、藥劑師、看護婦ノ申告及検査
申告及検査
申告及検査

第二二條

學校技能者養成令
工場事業場技能者養成令
船舶運航技能者養成令

一四・三・三一・勅令一三〇
一四・三・三一・勅令一三一
一四・一一・二一・勅令七八〇

管理者ノ技能者養成義務
事業主ノ技能者養成義務
船舶ノ運航ニ從事スル技能者ノ養成

第二四條

總動員業務事業主計畫令

一四・七・二四・勅令四九三

事業主ノ計畫ノ設定演練義務

第二五條

總動員試驗研究令

一四・八・三〇・勅令六二三

事業主ニ對スル總動員事項ノ試驗研究命令

第二九條

總動員補償委員會規程

一三・七・二・勅令四七四

委員會ノ組織權限

民法に關係ある主要統制法令

民法に關係ある主要統制法令

第五〇條

國家總動員審議會官制

一三・五・四・勅令三一九

審議會ノ組織權限

(昭和一六・一二・三一・現在)

昭和十七年二月十一日 初版印刷
昭和十七年二月十五日 初版發行

新財産法概論
定價參圓五拾錢



著 者 林 はやし 信 のぶ 雄 を

發 行 者 株式會社 巖松堂書店

代 表 者 波多野 一

印 刷 者 鈴木 茂

東京市品川區東大崎三ノ二三九

發 兌 元

東京市神田區
神保町二丁目

巖松堂書店

電話九段(33) 四一三五番 四一三六番
原町口座東京 六五五番 六五八番
會員登錄番號第一〇六五二番

田神・京東 社會式株給配版出本日 元給配

コ-336

著 雄 信 林

債 權 法 總 論

A5判布装三五〇頁
定價三・三〇 送料一四

この書を敢て世に送らうとするに當つては、舊者におけるとは趣を異にして、私の思想的發展とそれを通しての若い世代への呼びかけのために、私が把持する一つの法學的立場すなはち、いはば信義則法學の立場を卒直に闡明することに重

點を置いた。(著者序より)

法 律 學 入 門

B6判布装二三〇頁
定價一・八〇 送料一〇

本書に於て著者は現實的な法律現象の裡に生成する法律秩序を闡明し、原理原則とも云ふべきものを、經濟或は政治との關聯に於て體系的に把握し、更にまた法律思想の世界的回顧と民族的展望の裡に時代史的な性格を究明せんとせられた。

轉 形 期 に お け る 私 法 理 論

A5判布装三二〇頁
定價二・七〇 送料一四

今や、新しい統制原理の樹立といふ事が必要となり、法律運用上に於ける公序良俗、信義誠實の原則が微妙な機能をもつてくるのである。著者は本書に於てこの間に於ける私法理論を縦横に檢索論究してゐる。

判 例 に 現 信 義 誠 實 の 原 則

A5判布装二三二頁
定價二・三〇 送料一四

著者は、民法債權各分野に於ける信義誠實の原則を詳細論述し、今日、個々の判例が如何に具體的な事案に對して信義則を採用するに至つたかを明らかにせられた。判例理論が如何なる進化的過程を辿りつゝあるかを検討せられた。

768
7

