

580  
128



\*0013959000\*

0013959-000

580-1281

債権各論及び担保物権法

穂積重遠・著

有斐閣

訂再版

昭和6

ACE

9.9.29

337  
1374

法學博士 穂積重遠 著

債權各論及び擔保物權法  
(講義案)

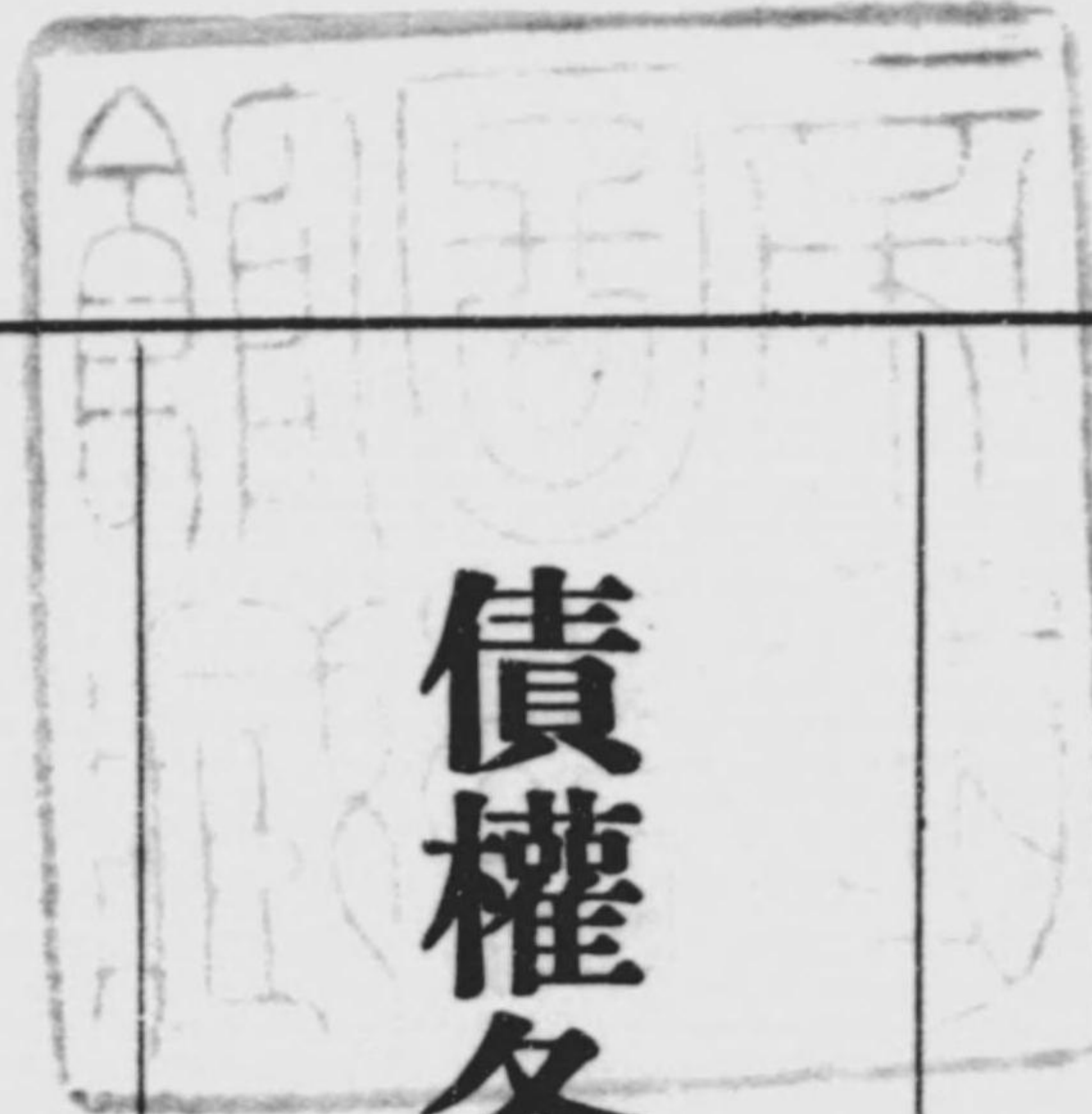
東京帝國大學法學部講義用

世  
子  
の  
道  
に  
か  
た  
ま  
さ  
の  
世  
の  
親  
を  
し

法學博士 穂積重遠 著

債權各論及び擔保物權法  
(講義案)

東京書肆有斐閣



580-1281

# 目次

## 債權各論講義案

第一章 契	約	二
第一節 總	論	二
第一款 契約の意義		二
第一 契約觀念の發達(一)	— 第二 契約の概念(三) — 第三 契約の種類(四)	
第二款 契約の成立		六
第一項 申	込	六
第一 申込の意義(六)	— 第二 申込の效力發生(七) — 第三 申込の撤回(八) —	
第四 申込の效力消滅(九)		
第二項 承	諾	一一

第一 承諾の意義及び方法(二〇)——第二 承諾義務(二二)——第三 承諾の效力(二三)  
——第四 承諾によらぬ契約の成立(二三)

第三項 懸賞廣告……………一四

第一 普通の懸賞廣告(二四)——第二 優等懸賞廣告(二五)

第四項 契約の競争的締結……………一六

第三款 契約の效力……………一七

第一項 双務契約の效力……………一七

第一 同時履行の抗辯(二七)——第二 危険負擔問題(二九)

第二項 第三者の爲めにする契約……………二一

第一意 義(三二)——第二 第三者の地位(三三)

第四款 契約の解除……………二五

第一 解除の意義(三五)——解除權發生原因(三七)——第三 解除の效果(三八)——  
第四 解除權消滅原因(三〇)

第二節 契約各論……………三二

第一款 贈 與……………三二

第一 贈與の意義(三三)——第二 贈與の取消(三四)——第三 贈與者の擔保責任(三四)  
——第四 特殊の贈與(三五)

第二款 賣 買……………三五

第一 賣買の意義(三五)——第二 賣買の豫約(三七)——第三 手 附(三八)——第  
四 賣主の財産權移轉義務(三九)——第五 賣主の擔保責任(四〇)——第六 強制競  
賣(四三)——第七 買主の義務(四四)——第八 買戻(四五)——第九 特殊の賣買(四八)

第三款 交 換……………四八

第四款 消費貸借……………四八

第一性 質(四九)——第二 貸主の擔保責任(五〇)——第三 借主の義務(五一)

第五款 使用貸借……………五二

第一性 質(五一)——第二 貸主の義務(五二)——第三 借主の權利義務(五三)——  
第四 終 了(五四)

第六款 賃貸借……………五四

第一性 質(五四)——第二期 間(五五)——第三 賃貸人の義務(五六)——

第四 賃借人の権利(七〇)——第五 賃借人の義務(六〇)——第六 終了(六二)

第七款 雇 傭

第一性 賃(六三)——第二 立法の不充分(六三)——第三 工場法に於ける雇傭契約の制限(六三)——第四 労働協約と罷業(六五)——第五 身元保証契約(六五)——第六 労働者の義務(六六)——第七 使用者の義務(六七)——第八 終了(六七)

第八款 請 負

第一性 賃(六八)——第二 請負人の義務(六九)——第三 注文者の義務(七〇)——第四 終了(七〇)

第九款 委 任

第一性 賃(七一)——第二 受任者の義務(七二)——第三 委任者の義務(七三)——第四 終了(七三)

第一〇款 寄 託

第一性 賃(七四)——第二 受寄者の義務(七五)——第三 寄託者の義務(七六)——第四 終了(七六)——第五 消費寄託(七六)——第六 信託(七七)

第一一款 組 合

第一性 賃(七七)——第二 對内關係(七九)——第三 對外關係(七九)——第四

組合財産(八〇)——第五 加入及び脱退(八一)——第六 解散及び清算(八一)

第一二款 終身定期金

第一三款 和 解

第二章 事務管理

第一性 賃(八五)——第二 事務管理者の義務(八六)——第三 本人の義務(八六)

第三章 不當利得

第一性 賃(八八)——第二 效 果(九〇)——第三 特 則(九二)

第四章 不法行爲

第一 要件(九三)——第二 特殊の賠償責任(九六)——第三 共同不法行爲(九七)——第四 效 果(九八)



# 擔保物權法講義案

六

## 第一章 總論.....九九

- 第一 物上擔保制度の必要(九九)——第二 擔保物權の經濟的意義(一〇〇)——
- 第三 擔保物權の法律的意義(一〇一)——第四 擔保物權の種類(一〇二)

## 第二章 留置權.....一〇三

- 第一 留置權の性質及び要件(一〇三)——第二 留置權者の權利(一〇五)——第三 留置權者の義務(一〇六)——第四 留置權の消滅(一〇七)

## 第三章 先取特權.....一〇九

- 第一 先取特權の意義及び性質(一〇九)——第二 一般の先取特權(一一一)——第三 動産の先取特權(一一二)——第四 不動産の先取特權(一一三)——第五 先取特權の順位(一一三)——第六 先取特權の效力(一一四)——第七 先取特權の消滅(一一七)

## 第四章 質權.....一一八

### 第一節 總論.....一一八

- 第一 質權の意義及び性質(一一八)——第二 質權者の權利(一二〇)——第三 質權者の義務(一二〇)

### 第二節 動産質.....一二八

- 第一 動産質權の對抗要件(一二八)——第二 動産質權の實行方法(一二九)——
- 第三 動産質權の順位(一三〇)

### 第三節 不動産質.....一三〇

- 第一 不動産質の性質(一三〇)——第二 不動産質權者の使用收益權(一三一)——
- 第三 不動産質權者の負擔(一三二)——第四 不動産質の存續期間(一三三)

### 第四節 權利質.....一三二

- 第一 權利質の性質(一三二)——第二 權利質の目的(一三四)——第三 權利質の成立要件(一三五)——第四 權利質の對抗要件(一三六)——第五 權利質の實行方法(一三七)

## 第五章 抵當權.....一四〇

- 第一 抵當權の意義及び性質(一四〇)——第二 抵當權の效力を受ける目的物の範圍(一四一)——第三 擔保せらるべき債權の範圍(一四二)——第四 抵當權の順位(一四三)——第五 抵當權と第三取得者(一四五)——第六 抵當權と貸借人(一四六)——第七 抵當權の處分(一四五)——第八 抵當權の實行(一四七)——第九 抵當權の消滅(一四七)

七

債權各論講義案



## 債權各論講義案

穂積重遠

民法第三編債權編中、第二章契約・第三章事務管理・第四章不當利得・第五章不法行爲の規定を中心とする研究を債權各論と云ふ。箇々の債權發生原因についての研究だからである。民法研究が歸納的又實際的でなくてはならぬと云ふ方面から見て、頗る重要な研究部門である。而して債權關係の發生原因は極めて多種多様であつて、民法債權編の規定する四種に限らず、又民法が列擧する十三種の契約以外の契約も存し得るのであるから、ここに説く債權各論が債權發生原因論の全部でないことは、特に注意を要する。

# 第一章 契約

## 第一節 總論

### 第一款 契約の意義

#### 第一 契約觀念の發達

「身分より契約へ」(from status to contract) 云々 Maine の言葉は、大體に於て法律觀念發達の徑路を示すものである。而して此趨勢を特に促進したものが個人主義の勃興であり、個人主義的革命たるフランス大革命であり、其產物たる「ナポレオン法典」であつた。現今の諸國の民法の根本原則と云はれる「私法的自治」(Privatautonomie) の原則、而して其主要部分を占める「契約自由」

(freedom of contract) の原則は、實に此趨勢の絶頂に達した發現である。然るに第二世紀に入つてから其反對の趨勢が顯著になつて來た。社會政策のために契約締結の自由又は契約内容の自由を制限せんとする傾向が其一である。個人契約(individual contract)の觀念を補ふに「集合契約」(collective contract)の觀念を以てせねばならぬ趨勢が其二である。斯くして契約觀念は將來一轉化を來たさうとして居るのであるが、他方又經濟生活の發達と共に個人契約は其正當の範圍内に於て益々重要を増すのである。

#### 第二 契約の概念

○ 契約の概念を定めるには、左の三點に著眼することを要する。

- (一) 當事者を異にする二個以上の意思表示から成る法律行為であること。
  - (二) 意思表示が反對の方向よりして合致すること。
  - (三) 特定の私法上の效果殊に特定人間の債權債務の發生を目的とすること。
- 右の第一點によつて契約が單獨行為と區別され、第二點によつて合同行為と

區別され、第三點によつて契約の概念に廣義と狹義とあることを知る。狹義の契約は即ち債權契約であつて、廣義の契約は更に物權契約（一七六）・親族法上の契約・相續法上の契約等を包含する。我民法の下に於ても廣義の契約觀念を認めねばならぬのは無論であつて、其點が明確にされなかつたのは遺憾であるが（獨民一四五以下參照）、其觀念を排斥するものではあるまいと思ふ（一一三—一一七・七九二・七九四・七九七）。併し民法が債權編に於て契約と云ふのは債權契約の義であるから、以下専ら債權契約のみを論ずる。なほ民法が列擧する各種の契約は後述の如く必しも債權契約としてのみ行はるべきものではない。

### 第三 契約の種類

#### (一) 双務契約・片務契約

區別の標準は當事者の双方が相互に對價としての債務を負擔するか否かに在り、區別の實益は同時履行（五三三）及び危險負擔（五三四以下）の問題が専ら、又契約解除の問題が主として、双務契約について生ずることに存する。

#### (二) 有償契約・無償契約

區別の標準は當事者の双方が相互に對價としての給付をなすか否かに在る。即ち兩當事者の給付が法律上及び經濟上相對關係に在るものが有償契約である。双務契約は常に有償契約であるが、有償契約はそれよりも廣い觀念であつて、兩者の關係は移動的である。例へば賣買は常に有償契約であるが、其狀態によつて或は双務契約たり、或は片務契約たり、而して又或は物權契約たり得る、と私は解する。又例へば消費貸借は片務契約であるが有償のことも無償のこともあり得る。

#### (三) 諾成契約・要物契約

區別の標準は當事者の合意のみによつて成立するか否かに存する（五八七・五九三・六五七）。特に區別の實益と云ふべきものはない。寧ろ前記（一）及び此（三）の區別觀念の代りに、英法流の *executory contract* 及び *executed contract* の區別を以てするを可とせぬか。

## (四) 要式契約・不要式契約

我民法は現代の民法中に於ても特に所謂方式自由の原則に重きを措くのであつて、殆ど全く要式契約を認めぬと云つて宜い(五二九・五五〇参照)。

## (五) 有因契約・無因契約

## (六) 生前契約・死因契約

## (七) 有名契約・無名契約

法律が特に名稱を附して規定を設けたのが有名契約であるが、契約自由の原則上無名契約が認められること勿論である。

## 第二款 契約の成立

## 第一項 申込

## 第一 申込の意義

契約は二個の相前後相照應する意思表示から成るのを普通とするが、其前者

を申込と云ひ後者を承諾と云ふ。即ち申込は承諾と合致して一定の契約を成立させることを目的とする意思表示である。其性質については左の諸點を注目すべきである。

- (一) それ自身法律行為ではない。
- (二) これによつて契約の内容を決定し得べき確定的意思表示なることを要する。申込と申込の誘引との區別はこの確定的なりや否やに存する。
- (三) 申込者が表示されることを必要としない。
- (四) 特定の受領者あることを必要としない。
- (五) 申込と承諾とは内容上の區別ではない。例へば賣らうと云ふ意思表示が申込のことも承諾のこともある。

## 第二 申込の效力發生

申込が何時其效力を發生するかは意思表示一般の原則(九七)によるものが普通の説明である。併しこゝに效力と云ふのは畢竟申込者が任意に撤回し得

ぬと云ふ消極的效力即ち所謂拘束力であつて、申込の積極的效力即ち相手方の意思表示と合致すれば契約を成立させる効力は意思表示がなされると同時に發生するものと云はねばならぬ。何とならば申込と承諾とが交叉的に合致しても契約は成立するからである。

第三 申込の撤回

申込が前記の拘束力を生ぜぬ間は、申込者は任意に之を撤回し得るが、一旦拘束力を生じた上は任意の撤回を許すべきではないのであつて、第五二一條第一項及び第五二四條は申込が如何なる期間撤回せられ得ぬかについて規定して居る。而して右の拘束力は此等の規定によつて發生するのであつて申込當然の效果ではないとするのが通説であるが、私は拘束力の有無及び存続期間は個々の申込の内容として、其意思表示の取引上の信義に基づく解釋の結果決定せらるるものであると考へる。随つて第五二四條の規定の範圍内なら對話者間の申込についても、結果を異にすべきでない。

第四 申込の效力消滅

申込に對する承諾があれば契約が成立して申込は其獨立存在を喪ふものであるが、申込が承諾を得るに至らずして其效力を喪ひ、即ち其後承諾があつても契約を成立せしめ得ざるに至ることがあり得る。其原因は左の通りである。

- (一) 申込の撤回(五二七)
- (二) 申込に對する拒絶(五二八)
- (三) 承諾期間の空過(五二一ノ二・五二二) 此場合は申込の拘束力の消滅と

同時に其效力も消滅するのである。然るに第五二四條の場合には相當期間の経過によつて拘束力は消滅するが効力は消滅せぬと解するのが通説である。併し此場合にも既に相當期間と云ふ承諾期間が存する以上、第五二一條の場合と區別すべき何等の理由なく、又申込の效力を絶対無期限ならしめることは甚だ非實際的である。故に私は申込の拘束力と其效力とは原則として同時に終了するものと解したい。但し申込者の意思に應じて後者が前者よりも永く存続すること

とはあり得るのである。

(四) 申込者の死亡又は能力喪失(五二五) 此消滅原因については左の諸點を注目すべきである。

(イ) 例外的に申込の效力を左右するものである。

(ロ) 申込者死亡の場合の効果は申込の效力消滅である。

(ハ) 申込者能力喪失の場合の効果は無能力者の申込として取扱はれることである。

(ニ) 第五二五條前半は當然の規定である。

(ホ) 同條後半の立法理由の當否は疑はしい。

(ヘ) 申込到達前に關する規定である。

(ト) 要するに第五二五條後半の關係は別とし、申込到達後の場合、對話者間の申込の場合及び受領者の死亡又は能力喪失の場合をも含めて、すべて申込者の意思及び企てられたる契約の性質に應じて申込の效力が決定せらる。

べきである(獨民一五三參照)。

(五) 意思表示の一般的效力消滅原因 例へば無能力、詐欺又は強迫を理由とする取消、解除條件の成就等。

## 第二項 承 諾

### 第一 承諾の意義及び方法

承諾は申込に應じて契約を成立させることを目的とする意思表示であるが、それについては左の諸點を注目すべきである。

(一) 意思表示であるが、それ自身獨立の法律行為ではない。

(二) 申込者に対する申込受領者の意思表示である。

(三) 申込に應じてなされた意思表示でなくてはならぬ。

(四) 内容に於て申込と一致せねばならぬ(五二八)。

(五) 承諾の方法については何等の制限なきを原則とする。

### 第二 承諾義務



申込は受領者に何等の義務を生せぬ。即ち

- (一) 受領者に承諾義務を生せぬ。但し第二六九條第一項・借地法第四條・第一〇條・借家法第五條・鐵道營業法第六條・公證人法第三條・執達吏規則第一〇條の如き特別の規定ある場合、又は契約締結の豫約ある場合は此限でない(四一四ノ二但)。

- (二) 受領者に諾否の通知をなすべき義務を生せぬ。但し商法第二七一條の如き範圍廣き例外が存する。

- (三) 受領者に申込と共に受取つた物品の保管義務を生せぬ。但し商法第二七二條の如き例外が存する。

### 第三 承諾の效力

承諾の效力は豫期の契約を成立させることであるが、申込の效力が存続する間でなければ此效力を生せぬこと、理論上當然である。而して第五二一條第二項・第五二二條及び第五二三條の規定によれば、承諾の期間を定めた申込につ

いては其期間内に承諾の意思表示が申込者に到達せねば契約は成立せず、又承諾期間の定めなき申込についても相當期間を標準として同様に解すべきであらう。然るに第五二六條第一項によれば、承諾の效力の發生期については、意思表示一般の原則たる到達主義(九七ノ一)の例外として、發信主義が採られて居ること明白であり、而して取引の實際上便宜に適つた立法である。そこで此二箇所の規定の調和につき議論が一致せぬのであるが、承諾の效力は發信によつて發生し適當なる時期に於ける到達によつて確定すると云ふ説が、最も穩當の様に見える。立法論としては發信主義か到達主義かいづれかに徹底せしむべきではなかつたらうか。

### 第四 承諾によらぬ契約の成立

契約は申込と承諾とによつて成立するのが原則であるが、右の典型的形式によらないで契約が成立することもあり得る。左の二場合がこれである。

- (一) 交叉申込の合致による契約の成立 此場合の兩意思表示に前後があつて

も、後のものが承諾ではないのであるから、第五二六條第一項は此場合に適用がない、即ち双方の意思表示が到達した時に契約が成立する、と解するのが通説である。併し私は同條との權衡上一方の申込が先づ到達した時に契約が成立するとの主張を試みたい。

- (二) 承諾の意思表示と認むべき事實による契約の成立(五二六ノ二・商二七一)
- 一) 此場合につき、暗黙の承諾なりとする説もあるが、拒絶の表示なきことが豫約により又は取引上の慣習によつて契約を成立させることもあり得る故、申込受領者側の主觀的要素は必要なきものと解すべきではあるまいか。即ち意思の合致ならざる契約を認めたもので、取引安定のための特例である。

### 第三項 懸賞廣告

#### 第一 普通の懸賞廣告

民法は所謂懸賞契約の申込としての懸賞廣告を規定した(五二九)。併し廣告

がすべて懸賞契約の申込でないのは勿論、懸賞が必ず廣告によつてされることも限らず、又懸賞廣告が單獨の義務負擔行為であることもあり得る。民法は申込及び承諾の方法の特徴に著眼して契約總則の部に規定したのであるが、廣告によらぬ懸賞契約を否認するものではなく、又懸賞的單獨行為も理論上はあり得べきである。而して立法論としては懸賞は單獨行為を原則とするがよい様にも思はれる(獨民六五七條)。廣告による懸賞契約については左の諸點を注目すべきである。

- (一) 懸賞契約は内容に於て請負契約に似て居るが、要式契約にして要物契約なる點に於て著しく異なる。又第五二六條第二項の場合とも異なる。
- (二) 懸賞廣告は拘束力の無いのを原則とする(五三〇)。
- (三) 懸賞廣告の相手方は不特定の多數人であるから、申込中に指定された行為をした者が數人ある場合につき特別の規定を要する(五三一)。

#### 第二 優等懸賞廣告

懸賞廣告の一種に優等懸賞廣告がある(五三二)。普通の懸賞廣告との比較上左の二點に注目すべきである。

(一) 募集が契約の申込であるが、承諾は指定行爲をすることではなくして應募即ち其旨の申出である。而して各應募者に對して判定の結果を停止條件として契約が成立するのである。

(二) 優等とは相對的の意味か絕對的の意味かについて論があつて、通説は前者の様であるが、要するに廣告其ものの解釋によつて決すべき問題である。もし前説を固執するならば、應募者が一人のみであつた場合の解決に理論上も實際上也も聊か苦しまざるを得ぬ。

#### 第四項 契約の競争的締結

競争的の申込又は承諾を促すことによる契約締結方法があり得る。その主要なるものは競賣及び入札であつて、多く賣買請負等を締結するに用ひられる。

民法は此等について何等の規定を設けぬ故、普通原則によつて問題を解決す

べきであるが、先づ第一の先決問題は最初の申出が申込なりや又は申込の誘引なりやである。これは各場合の意思解釋によつて定まるのであるが、申込の誘引である場合が多からうと思ふ。競賣には糶上競賣と糶下競賣とあるが、後者は契約締結の特別方法として取扱ふ必要はなからう。

#### 第三款 契約の效力

##### 第一項 双務契約の效力

#### ○ 第一 同時履行の抗辯

契約の效力は其各種について研究せらるべきであるが、双務契約に於ては兩當事者の債權が相牽連して發生する關係上、一般的に決定せらるべき二個の問題がある。其一は右の各債權が獨立に行使せられべきかである。民法は之を積極に決定し、ただ一當事者が辨濟期に在る自己の債務の履行を提供せずして其債權を行使せんとする場合に、相手方は其債務の履行を拒み得べきものとし

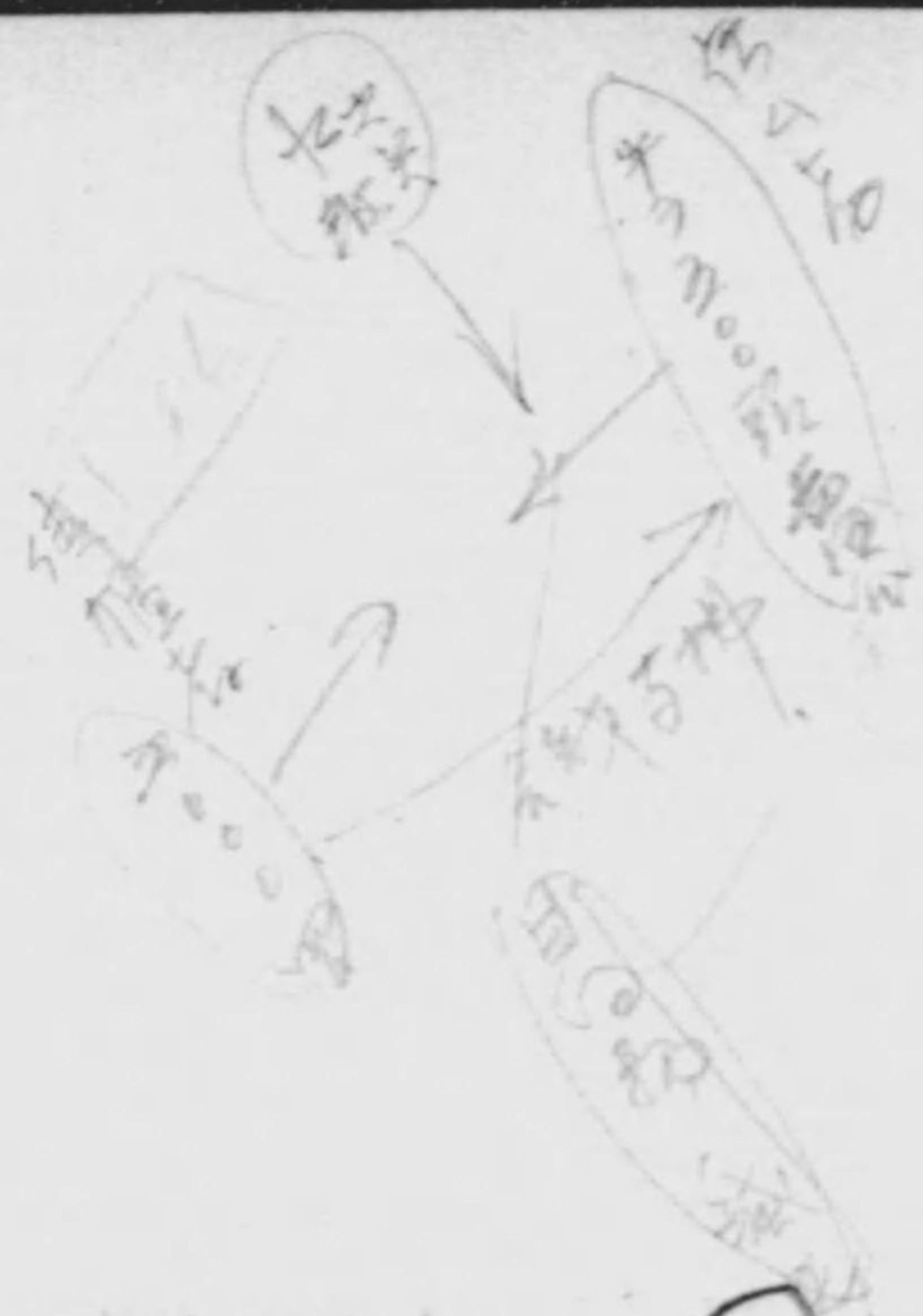
た。これを同時履行の抗辯と云ふ(五三三)。

(一) 此抗辯権は所謂 *Neinrecht* であつて、相手方の缺點無き請求を拒絶し得る特別の権利である。請求が其要件を具備せぬが故の當然の拒絶ではない。随つて又所謂停止的延期的又は一時的抗辯権であつて、否認的又は永久的抗辯権ではない。

(二) 此抗辯権が裁判上行使された場合には、原告敗訴の判決をなすべきではなくして、制限的勝訴の判決即ち被告は反對給付の提供と引換に履行をなすべき旨の判決をするのである。

(三) 故に此抗辯権は留置権に似て居り、而して兩者併行して存在し得るが、對人的抗辯権と對世的支配権との性質上の差違がある外、民法は前者については第三〇一條の如き規定を設けなかつた。

(四) 同時履行の抗辯権は行使されぬ前にも債務者をして遅滞に陥らしめぬ効果を有する。



## 第二 危険負擔問題

双務契約より生ずる双方又は一方の債務につき原始的不能が存する場合、及び債務者の責に歸すべき事由による履行不能を生じた場合の契約の効力は、履行不能の一般原則で解決せらるべく(四一五)、又後の場合については後述契約解除制度が效用を發揮する。然るに一方の債務につき債務者の責に歸すべからざる事由によつて履行不能が生じた場合には、之に對する債権は消滅するが故に、之と牽聯して債務者の反對給付請求権も消滅するか否かを決定せねばならぬ。履行不能によつて生ずる損害を誰が負擔すべきかの問題であるから、危険負擔の問題と云ふ。民法は契約の効力として此點を規定したが、其要領は左の通である。

(一) 民法は原則として所謂債務者主義を採つた(五三六ノ一)。理論上も實際上も穩當であらうと思はれる。

(二) 履行不能が債権者の責に歸すべき事由によつて生じた場合には債権者に

危険を負担させた(五三六ノ二)。債権者債務者双方の責に歸すべき場合は第五三六條の問題でない(四一八)。

(三) 特定物に關する物權の設定又は移轉を目的とする双務契約については債権者に危険を負担させる主義を採つた(五三四)。これは原則に對する例外であり、而して履行不能の事情も目的物の滅失又は毀損のみに限られてゐるが、併し實際上頗る範圍廣き例外である。此場合の立法としては債権者主義・債務者主義・所有者主義の三主義があり得るのであつて、我民法の如き債権者主義はローマ法系の諸國法が採用する所であるが、其立法上の當否は頗る疑はしく、例へば債務者が特定物の二重賣をした場合に著しく缺點を暴露する。故に此場合にも原則通り債務者主義を採るのが最も公平にして且簡單であらうと思はれる。特定物の所有權が既に債権者に移轉して居る場合もあり得るが、何人が所有權を喪失するかと債務者が反對給付を請求し得るかとは別問題であつて、其場合にも債務者は債権者に其所有物を引渡す義務を履行し得ない以上、反對給

付を請求し得ざるは己むを得ぬ危険負擔と云はねばならぬ。

(四) 斯く民法は特定物に關する物權の設定又は移轉を目的とする双務契約については債権者主義を採りながら、更に其契約が停止條件附である場合について特則を設け、條件の成否未定の間に於ける債務者の責に歸すべからざる事由による目的物滅失の損害を債務者に負擔させた(五三五ノ一)。蓋し民法は此場合を後發不能の問題として取扱つたのであつて、理論上正當であるが、債権者主義の實際上の不公平は益々著しからざるを得ぬ。そこで債務者主義の原則に復歸したのであるが、併し債務者の責に歸すべからざる事由による目的物毀損の場合にはなほ債権者主義を維持して居る(五三五ノ二、三)。いづれも我民法が債務者主義を以て一貫しなかつた立法上の失策から生じた不必要の混亂と云はねばならぬ。

## 第二項 第三者の爲めにする契約

### 第一 意義

契約の効力は當事者間に於てのみ存するとは、ローマ法以來の傳來的原則である。第三者の爲めにする契約は此原則に反するものとして、嘗ては效力を認められなかつた。併し乙が甲に對して丙に或給付をなすべき義務を負ふことは右の原則に反しないのみならず、丙をして乙に對して其給付を請求する権利を取得せしめることも、甲乙が其意思である以上、理論上差支なく實際上必要である。故に民法は他の近世的立法と同じく其有效を明言した(五三七ノ一・商四〇一)。其性質については左の諸點を注目すべきである。

- (一) 契約當事者が自己の名に於てする契約であつて、第三者を本人とする有権又は無権の代理行爲ではない。
- (二) 第三者をも當事者とする三面契約ではない。第五三七條第二項は第三者の権利取得の効果が發生する條件を定めたものに過ぎぬのであつて、然かも強行規定でないと解すべきである(商四〇一・四二八條ノ二參照)。
- (三) 必しも無因契約たり又は贈與たるを要しない。例へば賣買の代金を第三

者に對して支拂はしむる如き有因契約たることもあり得る(四九四・商四二八條ノ二・三四三參照)。

(四) 第三者に債權以外の權利殊に物權を取得せしめ得るかは疑問であつて、消極説が普通の様には思はれる。其論據は「給付を請求する權利」とある第五三七條の文面であらうが、併し民法は債權契約と物權契約とを區別する明確な觀念に基づいて立法されたものではなく、且該條は前述の如く原則に反する特則ではないのであるから、同條を以て直ちに第三者の爲めにする物權契約を排斥するものとは解し得ない。且物權契約が成立し得ないものとするならば、同條第二項は理論上は兎も角實際上無用の規定と云はねばならぬ。

(五) 第三者に義務を負擔させる契約が無効であることは云ふまでもないが、第三者が一定の義務を負擔することを以て其権利取得の條件とするのは差支ない。

## 第二 第三者の地位

第三者の爲めにする契約の特徴は契約當事者以外に受益権利者たる第三者が存することである。此第三者の権利は、受益意思が表示された後は確定的権利であるが、其以前は右の確定的権利を發生せしめ得べき形成権であつて、契約當事者の合意によつて變更消滅せしめられ得べきものと解すべきである（五三八）。而して第三者の権利確定後も債務者は其契約に基づく一切の異議を第三者に對抗し得る（五三九）。然かも受益者は第三者であつて契約當事者ではないのであるから、契約其ものの成立要件は當事者についてのみ検査すべきである。併しながら此理論を貫くときは此契約と詐欺との關係に於て左の如き困難な問題を生ずる。

- (1) 受益者が詐欺を行つて當事者双方が善意である場合に契約が取消され得るか。
- (2) 受益者以外の第三者が詐欺を行つて當事者双方が善意であるが受益者が悪意である場合に契約が取消され得るか。

此兩場合共第九六條第二項の適用上消極に解するのが大體一致した解釋の様である。理論上の缺點はないが、實際上の結果は餘りに不當であつて、第九六條の立法趣旨にも適はない。受益者は普通の第三者ではないのであつて、既に前掲第五三九條に於ても或意味に於て當事者に準じられ、又第九六條第三項の第三者中には含まれぬと解釋されて居るのであるから、同條第一項第二項の關係に於ても當事者に準じ、前掲二問題を積極に解すべきである。

#### 第四款 契約の解除

##### 第一 解除の意義

契約の解除とは有効に成立した債權契約の當事者の一方が一方的意思表示によつて其契約をして初めより存在せざりしと同一の效果を生せしめること、又は右の意思表示を云ふ。而して右の意思表示をなし得る権利は法律の規定又は契約に基づいて生ずること後述の通りであるが、其權利を解除權と云ふ（五四

○・五四四)。

- (一) 解除の効果は當然に生ずるものではなくして、常に解除権者の意思表示を要する(商二八七参照)。随つて解除条件とは異なる。
- (二) ここに所謂解除は一方的意思表示であるが、解除契約も亦成立し得る。
- (三) ここに所謂解除は債権契約のみに關するが、物權契約も解除契約により又は契約上留保された解除権の行使によつて解除され得る。
- (四) 解除は發生した契約の效力を消滅せしめるのである。故に將來發生すべき效力を發生せしめぬ意味の取消(撤回)とは異なる。
- (五) 解除は有効に成立した契約の效力を消滅させるのであつて、表意者の無能力又は意思表示の瑕疵を理由とする取消とは異なる。
- (六) 解除は契約が初めより成立せざりしと同一の效果を生せしめる。此點に於て契約の效力を將來に向つて消滅させる行爲と異なる。後者は契約によつてなされ得ること勿論であるが、一方的意思表示として行はれる場合も少なから

ず認められて居るのであつて、民法は時にこれをも解除と名づけて居るが、性質は全然異なる。學者は多く告知と名づけるが、餘り適當な名稱でない。私は民法の或場合の用例に従つて解約と云ひたい。即ち契約の解除と解約とは異なるのである。

## 第二 解除權發生原因

契約の當事者は原則として解除權を有せぬのであつて、そのこれを有するは契約上留保せられ又は法律の規定により特定の原因に基いて附與されるからである。即ち解除權の發生原因は左の通りである。

- (一) 當事者の契約(五四〇・五五七・五七九) 所謂失權約款は債務の不履行を解除條件とするもので、解除權の留保ではない。
- (二) 法律の規定 法定の解除原因には個々の契約に關するもの(五六一―五六八・五七〇・六三五等)と一般の契約に通ずるものとある。こゝに擧げるのは後者のみである。



## (a) 履行遅滞

(イ) 普通の契約の場合(五四一)

(ロ) 契約が定期行為なる場合(五四二)

## (b) 履行不能(五四三)

## 第三 解除の効果

(一) 契約の解除は各当事者に原状回復の義務を負はしめる(五四五ノ一、二、五四六)。蓋し契約解除の直接の効果は契約が當初から成立しなかつたものと看做されることであるが、其契約の履行行為がまだ全然なされぬ場合には、其以上の効果が問題とならぬ。然るに一方又は双方の履行行為がなされた後の解除にあつては、原因行為の効果は遡つて消滅するが、履行行為の効果は當然に消滅するものでなく、随つて不當利得返還の問題を生ずる。而して民法は此場合の不當利得問題を取扱ふに第七〇三條以下の通則を適用せずして、別に特別を設けたのである。即ち契約解除は此意味に於ては物權的效果を生ぜずして債權

的效果を生ずるのである。併し民法の此規定は債權契約の解除にのみ著眼して居るのであつて、物權契約については觀念を別にせねばならぬのはあるまいか。即ち例へば特定物の現實賣買の解除(五七〇)は物權的效果を生ずると考へざるを得ない。而して解除の効果が物權的であつても原状回復義務はなほ存し得る。然るに又其賣買の目的物が代替物である場合には、右代替物の性質上解除の効果は債權的と考ふべきであらう。要するに契約解除の効果は債權的であるとか物權的であるとか概念的に一定し得べきではあるまいと思はれる。

(二) 解除は債權的效果のみを生ずるものであると云ふ見解から云へば、第五四五條第一項但書の規定は當然の注意的規定に過ぎぬと云ふことになる。併し私は前述の通り解除が物權的效果を生ずることもあると考へる故、同規定は特に第三者を保護せんとする必要規定と解したい。但しこゝに第三者と云ふ中には當事者の地位を承継する者及び第三者のためにする契約に於ける第三者の如き當事者に準すべき者は包含せぬと解すべきであらう。

(三) 解除は債権債務を初めより成立せざりしものとする効果を有するが、成立した債務の不履行又は債務者の責に歸すべき事由による履行不能によつて債権者に損害を生じた事實を抹殺するものではない故、債権者が契約を解除してもなほ被つた損害の賠償を請求し得ること寧ろ當然である。第五四五條第三項は此當然の法理を注意的に規定したのであつて、契約解除の結果として新たに損害賠償請求權を發生せしめるものでない。

第四 解除權消滅原因

- (一) 履行又は履行の提供
- (二) 行使
- (三) 拋棄
- (四) 消滅時効(一六七ノ二) 立法論としては短期時効亦是行使期間の制定が必要であらうか。
- (五) 存續期間の經過(五四七)

(六) 目的物の毀損又は返還不能或は加工改造(五四八) 右の第五四八條の解釋については特に左の二點に注意することを要する。

- (a) 「解除權ヲ有スル者」とは將來解除權を取得することあるべき者をも含む。随つて「解除權ハ消滅ス」とは解除權は發生せずの意味をも含む。
- (b) 「自己ノ行爲」とは故意を意味する。

マヤ  
昭九  
六月  
契約の解除  
効果  
消滅ス

## 第二節 契約各論

### 第一款 贈 與

#### 第一 贈與の意義

贈與は當事者の一方が無償にて相手方に財産上の利益を與へる契約である（五四九）。

- (一) 贈與は契約である。單獨行爲とするを可とすると云ふ立法論もあるが、私は我民法が債務免除を單獨行爲とした（五一九）にさへ賛成せぬのであつて、贈與を契約としたのは至極適當と思ふ（二二ノ一ノ七號、一四ノ一ノ二號參照）。
- (二) 贈與は常に必しも債權契約ではない。現物贈與は物權契約である。併し民法は其區別に留意せずして規定されたものであるから、其規定は物權契約たる贈與にも適用せらるべきである。但し多數説は現物贈與をも債權契約と解するのであつて、其有力な一論據は例へば即金で寄附をした其貨幣が偽造であつ

た場合の如きは斯く説明するに非ずば解決に苦しむと云ふのである。私は其場合を意思表示があつてそれが同時に意思實現とならなかつたが故に債權契約が成立したものと説明したのであつて、それが故に遡つて、意思表示が同時に意思實現であつた普通の現物贈與の場合まで債權關係が成立して即時に履行されたと説明する必要はないと信ずる。

(三) 法文に「自己ノ財産ヲ與フル」と云ふのは、自己に歸屬せる又は歸屬すべき財産上の利益を相手方に歸屬せしめると云ふ意味に解すべきである。必しも通説の如く自己の財産の減少を要件とする必要はあるまい。例へば畫師が相手方の材料を用ひて無償にて揮毫する場合の如き、贈與と解して宜からうが、自己の財産の減少とは云ひ得ない。

(四) 無償とは對價のないことを云ふ。對價の有無は主觀的標準によつて決すべきである。動機が報酬的なりや否やの問題ではない。

### 第二 贈與の取消

贈與の取消撤回等については法律行為としての一般原則が適用される外（一・二・一四・七九二・一一三四）（獨民五二八―五三〇・瑞債二四九・二五〇佛民九五・九六〇―九六六・一〇九六參照）、贈與の意思表示が書面によらざる贈與の未だ履行を終らざる部分を取消し得るものとした（五五〇）。書面方式を以て贈與の效力発生要件とする外國の立法例（獨民五一八・瑞債二四三・佛民九三二・九三二）と、少しく法理を異にするが實際の結果は同様である。随つて我民法も亦贈與契約を要式行為としたものと云ひ得る。其立法理由は、贈與者をして慎重考慮せしめるためと云ふ方面よりも、寧ろ贈與の口頭約束は徳義問題に委ぬべきもので法律的手段によつて其履行を強制するは不穩當と云ふ方面が主要であらう。而して其理由の當否は再考を要する。徳義的贈與約束と法律的贈與契約とを區別するは宜いかも知れぬが、其區別の標準は書面形式の有無に求むべきではなくして、各場合の當事者の意思解釋に俟つべきではあるまいか。

### 第三 贈與者の擔保責任

贈與の法律行為としての效力については特に規定する必要がない。故に民法は特定物又は特定權利を贈與の目的とした場合の贈與者の所謂瑕疵擔保責任の有無について規定した（五五一）。

### 第四 特殊の贈與

- (一) 定期贈與（五五二）
- (二) 負擔附贈與（五五三・五五一ノ二）
- (三) 死因贈與（五五四）
- (四) 混合贈與

## 第二款 賣 買

### 第一 賣買の意義

賣買とは兩當事者間に於ける或財産權と其對價たる金銭に對する權利との相互的移轉を目的とする契約である（五五五・五五八）。

(一) 賣買は有償契約である(五五九)。  
 (二) 賣買は贈與と同様必しも債權契約ではない。即ち所謂現實賣買は物權契約たる賣買である。なほ賣買の目的物が特定物である場合には、賣主の意思表示が債權行為であることも物權行為であることもあり得る(一七六)。

(三) 法文には「財産權ノ移轉」と云ふが故に、營業其もの、賣買、業務上の秘密・營業上の所謂得意等の賣買はこゝに云ふ賣買ではないと説くのが通説である。併し一方からは贈與の場合に財産と云ふのこの權衡上財産權を財産上の利益と云ふ意に解すべしとも考へられ、他方からは前記諸利益の如きも亦財産權であるとも考へられ得る。但し贈與の場合と異なり例へば債務免除と云ふ如き消極的利益は賣買の目的物となり得ぬであらう。

(四) 財産は賣主が所有する現在の財産たるを要せぬ。他人の財産(五六〇)又は將來生すべき財産でも賣買が行はれ得る。此場合の賣買は必ず債權契約である。又賣主が自己の財産權に基づいて買主のために新たな財産權を創設するこ

ともあり得る。

## 第二 賣買の豫約

將來或法律行為をなすべき旨の豫約は原則として有效であつて、普通の債務契約としての效力を生ずる(四一四ノ二但參照)。而して豫約には双務的豫約と片務的豫約とがあり得る。然るに第五五六條が規定する所謂賣買の一方の豫約は、實は嚴格な意味に於ける豫約ではないのであつて、豫約の意思表示が即ち賣買契約其ものであり、而して賣買の效力發生が所謂豫約權利者の賣買完結の意思表示と云ふ停止條件に繋つて居るものと解すべきである。蓋し此種の停止條件附賣買と賣買の片務的豫約との區別は實際上困難であるから、民法は不明の場合を前者と推定したのであらう。然らば同條第一項は寧ろ絶對必要の規定ではないのであつて、却つて第二項が重要である。而して第二項の如き規定は片務的賣買豫約についても必要なものであつて、其場合に類推適用せらるべきであらう。

### 第三 手 附

三八

手附とは契約確保の目的を以て當事者の一方から他方に交附される金銭其他の財産又は財産権を云ふ。賣買について行はれることが多い故其部分に規定されて居るのであるが、其規定は他の有償契約にも準用されて居る(五五九)。但し無償契約についても行はれ得ぬのではない。手附には成約手附・證約手附・違約手附・解約手附の四種があり得るが、民法は當事者の意思不明の場合(九二参照)を解約手附と推定した(五五七)。即ち手附の交附によつてそれに對する權利が相手方に移轉すると同時に兩當事者のために解約解除權が留保されるのであつて、交附者は所謂「手附損」相手方は所謂「倍戻」の犠牲を拂つて契約を解除し得るのであり、又此犠牲を拂はねばならぬから契約の履行が確保されるのである。而して手附損は解除に伴ふ契約上の効果であつて、法文に所謂「手附ヲ拋棄シ」と云ふ意思表示を要せず、又倍戻の請求權は不當利得の返還請求權ではなくして契約上の請求權である。買主の手附金交附と内金支拂とは外形が

類似して居るが、其名稱の如何に拘らず當事者の意思に基づいて、手附にして内金にあらざるか、内金にして手附にあらざるか、又は手附にして契約履行の場合には内金の作用をなすものであるかを決すべきである。但し契約が履行された場合には相殺作用によつても右最後の場合と同様の結果を呈し得る。

#### 第四 賣主の財産權移轉義務

賣買の効果として賣主に財産權移轉の義務と擔保責任とを生ずる。前者は即ち賣買の目的の實現であつて所謂法律行爲的效果たる義務であり、後者は賣買の目的の實現を完全ならしめんがための所謂非法律行爲的效果たる義務である。財産權の移轉は賣買契約其ものによつて直接に生ずるのが寧ろ普通であらうが(一七六・五六〇)、其場合にも物の占有を内容とする財産權については目的物を引渡す義務が残り(五七五ノ一)、又買主が買受けた權利を第三者に對抗し得る様、例へば不動産物權等については登記に協力し(一七七)、債權については讓渡の通知を爲すことを要する(四六七)。又移轉された權利の證明に必要

(交易の責任)

な書類があるならば之を買主に引渡さねばならぬ。要するに買主をして賣買の目的を充分に達せしめるに必要な一切の行為をなす義務があるのである。

四〇

第五 賣主の擔保責任

賣主が其移轉すべき財産権の全部又は一部を移轉し得ず、又は其移轉した財産権の目的物に瑕疵が存することがあり得る。其場合に其原因が原始的であつて賣主の責に歸すべきでなく且別に擔保契約もないときは、債務不履行不法行為等の原則によつては賣主に責任を負はせることが出来ない。併し賣買については此場合に賣主に責任を負はせることが其行為の性質に適ひ取引安全の保護上必要であるから、民法は擔保責任と云ふ無過失責任を認めたのである。併しながら右の擔保責任の規定は強行法ではないのであるから、當事者は其責任を排除又は輕減する特約(五七二)をも、又其責任を加重する特約をも締結し得る。後者の一例として規定されて居るのは、債權賣買の場合に於ける債務者の資力擔保の特約である(五六九)。

民法が規定して居る賣主の擔保責任には左の諸種がある。

- (一) 權利の移轉不能に對する擔保責任(五六一—五六四)
  - (イ) 權利の全部が他人に屬する場合(五六一・五六二)
  - (ロ) 權利の一部が他人に屬する場合(五六三・五六四・五七一)。
- (二) 權利の不足に對する擔保責任(五六六・五六七・五七一)
- (三) 目的物の不足に對する擔保責任(五六五・五七一)
- (四) 目的物の瑕疵に對する擔保責任(五七〇・五七一)

これが所謂瑕疵擔保の責任であるが、此責任の性質については學者の説明が少くも二分して居る。一は之を給付義務の一部分なりとし、他は法定の特別義務なりとする。後説は此場合が原始的一部不能なりとの理論上正當であるが、併し此擔保責任を認めねばならぬ實際上の根據は、瑕疵ある目的物の給付が賣買の場合に於ける一般的期待に適はぬからであつて、其意味に於て前説も棄つべきでない。唯だ私はこれを無過失責任と見ることの有意義を思つて前述の如

く後説に與みしたのである。

以上の賣主の擔保責任の各場合を通じて起る問題は、錯誤の規定(九五)との關係である。即ち第五六三條に於て「買主ガ之ヲ買受ケザルベカリシトキ」と云ひ、第五六六條に「之ガ爲メニ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハザル場合」と云ふのは結局九五條に「法律行爲ノ要素ニ錯誤アリタルトキ」と云ふのと同じに歸著し、而して九五條によれば法律行爲は當然無効であり、第五六三條以下によれば法律行爲は有効にして解除せられべきものとなつて居る。而して通説は第五六三條以下が九五條の適用を排斥すると解するのであつて、私も結論に於てそれに賛成するが、唯だ其理由を單に法文が兩立せずと云ふことのみに求めずして、民法は賣買の場合に過失問題の發生を避けることを方針として九五條本文よりも寧ろ其但書の適用を排斥せんとし、且買主をして賣主の過失を證明せずして損害賠償を請求し得しめんとしたのである、と云ふ積極的理由を以て此法文の衝突を説明したいと思ふ。

#### 第六 強制競賣

強制競賣とは民事訴訟法・競賣法・國稅徵收法等の規定により裁判所・執達吏・收稅官吏等の國家機關が債務者・物上保證人等の財産を競賣即ち公賣すること云ふ。これは賣買ではなくして公用徵收に似た公法上の處分であること云ふ説もあるが、形式上も實質上も賣買に相違ないのであつて、執行者が國家機關なるが故に賣買でないこと云ふ理論は立たぬ。而して此場合には債務者其他目的物の所有者は賣買の意思を有せぬが故に賣主でなく、又競賣は債權者又は擔保權者の名に於て行はれるものではないから此等が賣主でもなく、結局執行機關が賣主と見る外ない。他人の物の賣買は民法の全然認めない所ではないのであつて(五六〇)、殊に此場合の執行機關は法律によつて他人の物を處分する權限を有するのである。併し執行機關即ち國家をして賣主としての擔保責任を負擔せしめるのは不相當であるから、民法は特則を設けて債務者(又は物上保證人)を第一次、代金の配當を受けた債權者を第二次の擔保責任者とした(五六八・五



七〇但・五七二)。

### 第七 買主の義務

買主には目的物引取義務なく(商二八六・二八九・二九〇・獨民四三三参照)、代金支拂義務あるのみである(五五五)。

(一) 代金支拂時期(五七三)

(二) 代金支拂場所(四八四・五七四)

(三) 代金の利息(五七五ノ二)

(四) 代金支拂拒絶權(五三三・五七六―五七八)

### 第八 買 戻

民法は買戻と稱する賣買契約の解除方法を特に規定した(五七九)。解除權者は即ち賣主であつて、其解除權は買戻の特約に基づく。

(一) 買戻の特約は不動産の賣買のみに關してなし得る。元來買戻なる制度を認めしたのは、主として有價物の所有者が資金を調達し得る便宜のためと考へら

れるが、同様の目的は再賣買の豫約・解除條件附賣買又は物上擔保附借金等の方法によつても達せられぬことはない。併し前二者は之を第三者に對抗する方法なく、後者では必しも其物の價格一杯の資金を調達し得ない。そこで目的物の所有權を移轉して然かも取戻可能を登記によつて第三者に對抗し得る方法として買戻制度が案出されたのである。随つて買戻は不動産の賣買についてのみ問題となるのである。

(二) 買戻の特約は賣買契約と同時になすことを要する。併し兩者は別箇の契約であるから、後に至り當事者の合意を以て買戻の特約のみを消滅せしめ得る。

(三) 買戻權は賣主たる地位即ち買戻によつて目的物上の權利を取得すべき期待權と離るべからざる權利であるから、そのみを離して移轉することは出来ないと言くのが普通であるが、寧ろ買戻權讓渡契約は同時に賣主たる地位の讓渡であると推定するのが穩當であらう。

(四) 民法は買戻權の存續期間を限定した(五八〇)。其理由は、不確定狀態の

永續は不動産の利用改良及び移轉を妨げて社會經濟上不利であると云ふ點と、不動産の價格が速かに騰貴するに際して長年月後に賣價を以て買戻すのは不當であると云ふ點が主であるらしい。果して然らば右の第二點の關係上買戻なる制度は法定存續期間の制限内に於ても今日既に迂遠非實際的な制度となり了つて居るのではあるまいかと疑はれる。

(五) 買戻権の行使には單に意思表示のみでは足らぬのであつて、普通の解除ならば其結果たる原狀回復義務の内容たるべき行爲を先づすることが要件となつた居る(五八三ノ一)。

(六) 買戻権行使の相手方は買主及び其承繼人であるが、買戻特約が登記された不動産の所有權を譲受けた第三者は買主たる地位をも承繼したものと解すべきである。而して此場合には買主又は譲受人のいづれに對してなされた買戻権行使も有效と認むべきであらう。なほ相手方は買戻権者の債權者が買戻権を行せんとする場合に買戻権を消滅せしめ得べき手段を與へられて居る(五八

二)。

(七) 契約解除の効果は必しも債權的でないに述べたが、買戻は形式に於て解除たると同時に實質に於ては寧ろ再賣買であるから、原狀回復の物權的效果を生ずるのではなくして、原狀回復の債權的效果を生ずるものと解すべきであらう。民法は此原狀回復義務について一二の特則を設けた(五七九但・五八三ノ二)。

(八) 普通の解除は第三者の權利を害し得ぬこと前述の通りであるが(五四五ノ一但)、登記によつて第三者に對しても其效力を生せしめるのが買戻制度の實際上の中心點であつて、民法は其點を明白に規定して居る(五八一ノ一)。ただ登記をした貸借人の權利(六〇五)は特に保護して居るが(五八一ノ二)、それは結局買戻の目的物たる不動産の所有者が相當に其不動産を利用し得る様に寧ろ當事者を保護せんとするのである。

(九) 共有者持分の買戻に關する特則(五八四・五八五)

第九 特殊の賣買

- (一) 見本賣買
- (二) 試味賣買
- (三) 繼續的供給契約
- (四) 割賦拂約款附賣買
- (五) 豫約出版契約

第三款 交換

交換(五八六)の特色は兩當事者が賣買に於ける賣主と同様の義務を負ふことである(五五九)。兩替は交換にもあらず賣買にもあらざる無名契約と解するのが通説の様であるが、私は普通は賣買或場合は交換と見て差支なからうと思ふ。

第四款 消費貸借

第一性 質

消費貸借(五八七)の性質については左の諸點を注目すべきである。

- (一) 民法は消費貸借を要物契約たる片務契約として規定した。併し要物契約とする理由は頗る乏しく、實際上も甚だ不便であることは前にも述べた所である(瑞債三二二参照)。而して諾成契約としての消費貸借も有效であるが、それが双務契約であるか片務契約であるかについて學者間に議論がある。契約を其成立から消滅までを通じて双務とか片務とか一定したものとか考ふべきものではないと前に述べた所が、此問題に於て最もよく現はれて居ると思ふ。
- (二) 消費貸借の目的物は金銭其他の代替物でなくてはならぬが、必しも消費物たるを要せぬ。
- (三) 法文に「受取ル」とあるのは借主が目的物の占有権を取得することを意味し、同時に其所有権も取得されることを要するのである。而して又「相手方ヨリ」とあるが、占有移轉は必しも現實引渡なることを要せぬのであつて(一

八二一八四、取引上占有移轉と同一視される事實あるを以て足り、又所有權も必しも相手方から直接に移轉を受けたことを要せぬ。

(四) 目的物の交附又は之と同視すべき事實がなくとも、當事者の一方が他方に對して金銭其他の代替物を給付する債務を負ふ場合に、當事者が欲するならばこれを消費貸借關係に引直さしめることが、取引上便利である。故に民法は所謂變更契約を認め(五八八)。即ち既存債務を消滅させると同時に其給付の目的物について消費貸借と同一の法律効果を生せしめることを目的とする契約であつて、學者はこれを準消費貸借と名づける。

(五) 消費貸借は理論上不規則寄託と異なる。併し實際上の結果は殆ど同様である(六六六)。

(六) 俗に前借と稱するものは雇傭契約に基づく賃銀の前拂であつて消費貸借でない場合もあり得る。

(七) 消費貸借の豫約は有效であるが、前述諾成的消費貸借とは異なる。民法

は消費貸借の豫約は當事者の破産によつて失効する旨を規定したが(五八九)、貸主破産を以て失効原因とするのは我民法の特色であつて、適當な立法と思はれる。

## 第二 貸主の擔保責任

消費貸借は利息附なるときは有償契約であり、無利息の場合には無償契約である。有償契約の場合には貸主の擔保責任について賣買の規定が準用せらるべきであるが、瑕疵擔保の場合を除いてはさしたる準用の實益なく、瑕疵擔保の場合には目的物が代替物である關係上第五七〇條の準用は聊か適當でない。故に民法は貸主の瑕疵擔保責任について特別規定を設け(五九〇ノ一)、又無償の消費貸借についても貸主惡意の場合同様の責任を認め(五九〇ノ二)。その賣主の瑕疵擔保と異なる點は、借主が契約解除權を取得せずして代物請求權を取得することである。

## 第三 借主の義務

借主の義務は受取りたる物と種類品質及び数量の同じき物を返還する義務であつて(五八七)、利息附消費貸借の場合には利息支拂義務を伴ふ。其返還義務について左の諸點を注目すべきである。

- (一) 瑕疵ある物を受取つた借主は其價額を返還すれば足る(五九〇ノ二)。
- (二) 返還義務履行不能の場合には、一般原則(四一五條)の例外として、借主は常に價額償還義務を負ふ(五九二)。
- (三) 返還時期(五九一)

#### 第五款 使用貸借

##### 第一 性質

使用貸借(五九三)の性質については左の諸點を注目すべきである。

- (一) 民法は使用貸借を要物契約とした(瑞債三〇五參照)。此點については消費貸借について述べた所が應用される。

(二) 使用貸借は片務無償契約であつて、此點に於て後述貸借と異なる。

(三) 使用貸借の目的物には何等の制限がない。消費物も消費以外の方法で利用せんがために其目的たり得、又物の一部の使用貸借も行はれ得る。而して目的物の所有權が借主に移轉せぬ點に於て消費貸借と異なるのであつて(破第七章取戻權八七條・民訴五四九參照)、隨つて必しも貸主の所有物たることを要せぬのみならず、借主自身の所有物も其占有權が他人に屬して居る場合に使用貸借の目的たり得る。

##### 第二 貸主の義務

使用貸借に於ける貸主は借主の使用収益を妨げないと云ふ消極的義務を負ふのみである(六〇一・六〇六參照)。なほ貸主の擔保責任については贈與の規定が準用される(五九六)。

##### 第三 借主の權利義務

- (一) 使用収益權(五九三)

- (二) 適當なる使用収益を爲す義務(五九四ノ二、三・六〇〇)
- (三) 無斷にて第三者に使用収益を爲さしめぬ義務(五九四ノ二、三・六〇〇)
- (四) 借用物保管義務(四〇〇・五九五・六〇〇)
- (五) 借用物返還義務(五九七・五九八・二四二但)

第四終了

使用貸借は、期限の満了(五九七ノ一、二・二三六)、解約(五九四ノ三・五九七ノ二但、三・六二〇)、借主の死亡(五九九)及び目的物の滅失によつて終了する。

第六款 賃貸借

第一性 質

賃貸借(六〇一)の性質については左の諸點を注目すべきである。

- (一) 双務有償契約で且諾成契約である。而して債權契約たる點に於て地上權

永小作權等を設定する物權契約とは異なるのであるが、經濟上の目的に大差なくして法律觀念上大差を設けることが果して必要適當であつたかは疑はしく、其具體的區別は場合によつて甚だ困難である。(明治三三年法律七二號地上權ニ關スル件・大正一〇年法律四九號借地法一・同年法律五〇號借家法一・同年勅令二〇七號・大正一三年勅令一七三號・大正一四年勅令一二五號)

(二) 物の使用収益又は使用のみを目的とする。物については何等の制限なく(借地法一・九借家法一・八)、物の一部についても行はれ得る。權利の使用収益を目的とする契約も成立し得るが、こゝに所謂賃貸借ではない。

(三) 借賃は法文に「賃金」と云ふが必しも金錢たるを要しない。其額の定め方支拂方法等については何等の制限もない。

第二期 間

賃貸借の當事者が其期間を定めなかつた場合には、各當事者は何時でも解約をなし得るのであるが(六一七)、當事者が期間を定めた場合に、それが如何に

長期であつても絶対に之に拘束されねばならぬとするのは、經濟上面白からぬことであるから、民法は此點についての制限を設けた(六〇四)。而して物の賃貸をなすことは其管理行爲であつて處分行爲ではないが、其經濟上の意義に於て處分行爲に近いものであり、又賃貸をする側に於ても經濟上の負擔を引續き負はねばならぬのであるから、民法は處分の能力を有せぬ者即ち準禁治産者又は處分の權限を有せぬ者がなす賃貸借について更に短い期間を限定した(六〇二・六〇三・二二ノ一ノ九號)。なほ借地法及び借家法には存續期間及び解約に關する特別規定があつて、それが兩法の一要素である(借地二一九・二一・二七・借家二一四・六・一一)。

### 第三 賃貸人の義務

- (一) 賃貸物を引渡し其他其使用収益をなし得べき状態を作る義務
- (二) 擔保責任(五五九)
- (三) 修繕義務(六〇六ノ一) 破損が賃借人の責に歸すべき事由によつて生じ

た場合にも賃貸人に修繕義務ありとするのが通説であつて、法文には適ふが實際上果して適當だらうか。賃貸人に修繕義務なくして、賃借人に賃貸借終了の際修繕せる物を返還する義務又は損害賠償義務ありと解するのが事宜に適しては居まいか。賃貸人に修繕義務がなくとも修繕の權利はあるから(六〇六ノ二)賃貸物の保存上も差支なからう。

### (四) 妨害除去義務

### (五) 費用償還義務(六〇八・六二二)

### (六) 買取義務(借地一〇・一一・借家五・六)

### 第四 賃借人の權利

賃借人が賃借物の使用収益をなす權利を賃借權と云ふ。其性質及び效力については左の諸問題を研究すべきである。

- (一) 賃借權は物權か債權か。民法は多數の立法例と共に賃借權を債權として居る。即ち賃借人が賃貸人に對して賃借物の使用収益をなさしむべきことを請

求する権利を以て賃借権の本體とし、賃借人が物の使用収益をなし得べき法律上の地位即ち権利者が物に對する支配的關係は賃借権の附隨的内容に過ぎぬと見るのである。併しながら經濟上の意味に於ては後者が賃貸借關係の本體であることが顯著であるから、立法論としては賃借権及び使用借権を地上權及び永小作權と並べ又は併せて物權となすべきではなかつたらうかと思はれる。此點に於て現行民法は舊民法財産編第二章(四四條以下)及び第三章(一一五條以下)に對する改悪ではあるまいか。而して遡つては物權債權の區別其ものについてなほ再考を要するのではあるまいか。借地法が物權債權の區別を超越した借地權と云ふ觀念を設けたのは、注目すべき立法である。

(二) 賃借人は賃借権を以て賃借物の第三取得者及び其他の第三者に對抗し得るか。賃借権を債權となす以上對外的效力なしと解するのが從來の理論上當然であつて「賣買ハ賃貸借ヲ破ル」(Kauf bricht Miete)と云ふ法律格言も存する程であるが、併しそれでは取引の安定上面白からぬ所から、此原則に對しては

左の如き各種の例外が存するのであつて、然かも其例外はそれぞれ頗る範圍が廣いのであるから、寧ろ原則の當否が疑はれざるを得ぬのである。

(イ) 登記された不動産の賃貸借は物權的效力を有する(六〇五・不登一・一二七)。併し賃貸借の登記に協力することは賃貸人の義務でない故、賃借人は必しも第六〇五條の利益を享けることを得ない。そこで「建物保護ニ關スル法律」(明治四二年第四〇號)は、建物の所有を目的として土地を賃借せる者をして、其建物を登記するによつて登記なき賃貸借をも第三者に對抗することを得しめ、更に借家法(一・六)は引渡を受けたことのみによつて建物の賃貸借を第三者に對抗し得しめた。

(ロ) 船舶の賃貸借を登記すれば恰も不動産の賃貸借を登記したと同様の物權的效力を生ずる(商五五六)。

(ハ) 第六〇二條に定めた期間を超えない不動産の賃貸借を登記すれば、其賃借物につき其以前に登記された抵當權に對して優先的效力を生ずる(三九五)。



(二) 動産の賃貸借に於ても賃借人が賃借物の占有を有する場合には、賃貸人が賃借物に對する處分が事實上妨げられ、又法律上全然又は充分效力を生ぜぬ(三四四・一七八・一八四・四六八ノ二参照)。

(三) 賃借権の内容たる使用収益の範圍(六一六・五九四ノ一)に關聯して、賃借人が賃借権を讓渡し又は賃借物を轉貸し得るか云ふ問題を生ずる。此問題は規定によつて解決された(六一二ノ一・三一四)。即ち賃借権の移轉又は轉借権の發生は適法な讓渡又は轉貸によつてのみ起るのであるが、讓渡は原則として賃借人たる地位の移轉であり、轉貸に在つては轉借人に賃貸人に對する直接義務を生ずると同時に賃借人の義務も依然として存するのを(六一三)、兩者の著しい相違とする。

#### 第五 賃借人の義務

(一) 借貸支拂義務(六一四) 此義務に關聯して注目すべきものは賃借人の借賃減額請求權であつて、不可抗力による減收の場合(六〇九)と賃借物の一部減

失の場合(六一ノ一)とに生ずる。前場合の減額請求權は小農保護の爲めに與へられたることであるが、永小作に於ける規定(二七四—二七六)と對照して不權衡不徹底と云はねばならぬ。なほ賃貸人側に借賃増額請求權ありやこの問題もあるが、地上權の部の研究に譲る(借地一二・借家七)。

(二) 賃借物保管義務(四〇〇・六一五・六〇六ノ二・六〇七)

(三) 賃借物返還義務(六一六・五九七ノ一・五九八・六〇八ノ二)

(四) 賃借人の義務の特別擔保としては、先取特權が認められ(三二二—三二六・三三〇・借地一三・一四) 又敷金なる契約保證金制度が行はれる(三一六・六一九ノ二但)。敷金契約は一種の信託的所有權讓渡契約たる要物契約であつて、賃借人の債務不履行あらば之を以て其辨済に充て、賃貸借終了の際殘額を返還することを内容とする。

#### 第六 終了

賃貸借の終了原因は左の通りである。

- (一) 存續期間の満了(六一九)
- (二) 豫告解約(六一七・六一八・六二一)
- (三) 單純解約(六二〇・六〇七・六一〇・六一一ノ二・六一二ノ二・五四一―五四三)
- (四) 目的物の滅失
- (五) 法律行為共通の消滅原因

## 第七款 雇 傭

## 第一性 質

民法は報酬を得て勞務を供することを目的とする契約として雇傭を規定した(六二三)(獨民六一二參照)。勞務其ものが契約の目的であつて勞務の結果を目的としない點に於て請負(六三二)及び委任(六四三・六五六)と異なることを注目すべきである。

## 第二 立法の不充分

雇傭關係は經濟上及び人道上頗る重要な社會問題であるが、現行民法のこれに關する規定は餘りに單純不充分であつて、雇傭關係に一時的雇傭關係と繼續的雇傭關係、家庭的雇傭關係と産業的雇傭關係等の差別があること、及び所謂徒弟契約なるものが存することに充分注目せず(六二六ノ一但)、又雇傭關係が多く社會的經濟的強者と社會的經濟的弱者との間の契約關係であつて然かも所謂「身體ニ羈絆ヲ受クベキ契約」(一四ノ一ノ三號)であることを充分顧慮しなかつたことが、其缺陷の根源である。

## 第三 工場法に於ける雇傭契約の制限

民法の此缺陷は二三の特別法によつてなほ不充分ながら補はれて居る。其特別法の主要なるものは工場法令である。(工場法——明治四四年法律四六號、大正一二年法律三三號・工場法施行令——大正五年勅令一九三號、大正一一年勅令四七一號、大正一五年勅令一五三號・工場法施行規則——大正五年農商務省

令一九號、大正一五年内務省令一三號)左に工場法令中の民法的規定の目錄を掲げるが、殆ど皆契約自由の制限なることを注目すべきである。

- (1) 雇入(一七・令二二・二四)(船員法二六以下・鑛業法七五以下)(昭和六年法律五七號入營者職業保障法)
- (2) 幼年者雇入の禁(工業労働者最低年齢法——大正一二年法律三四號)
- (3) 學齡兒童雇入の制限(小學校令三二ノ三・三五)
- (4) 女子及び少年の業務制限(九・一〇・一一・規七)
- (5) 病者及び産婦の就業制限(一二・規八一〇)
- (6) 労働時間の制限(三・規三)
- (7) 夜業禁止(四)
- (8) 休日及び休憩時間(七)
- (9) 賃銀支拂方法(令二二—二四・三八・規二〇)(商五七七—五八〇)
- (10) 徒弟契約(一七・令二八—三三)(舊民財取二六七—二七四)
- (11) 解雇(一七・令二七—二七條ノ三)(商五八一—五八九)

- (12) 扶助(一五・令四—二〇)(鑛業法八〇)(昭和六年法律五四號労働者災害扶助法・同年法律五五號労働者災害扶助責任保険法)

- (13) 就業規則(令二七條ノ四・規一二條ノ二)

#### 第四 労働協約と罷業怠業

斯の如き特別法による補正はなほ他の方面に於ても考慮されねばならぬ所であるが、併し現在及び將來の労働問題に對應せんがためには契約法の根本理論の再考を要する。現行民法は契約を個人契約としてのみ取扱つて居るのであるが、其理論を以ては到底所謂賃率契約即ち労働協約(一人又は多數の企業者と多數の労働者間に於て將來締結せらるべき個々の雇傭契約の内容たるべき賃銀其他の労働條件を定むる契約)を取扱ひ得ないのであつて、随つて集合契約の法理を採用することが必要となる。又民法第四一四條第四一五條第五四一條第五三六條又は第九六條等を以ては罷業怠業等の問題を解決し得ないのであつて、新法理新立法を待たねばならぬ。

#### 第五 身元保證契約

雇傭契約の従として使用者と第三者との間に身元保證契約又は身元引受契約なるものが締結されることがある。其効力は個々の場合の意思解釋によつて決すべきであるが、損害擔保の範圍及び期間を絶對ならしめるのは甚だ不當なことであるから、たとひ契約中にこれが絶對なるが如き字句が用ひられてあつても、相當範圍相當期間の擔保のみがなされたものと解すべきであらう。身元保證人の義務が相續されぬことは判例になつて居る。而して立法上此等の點が明瞭に規定されることが望ましく（第四五回帝國議會提出身元保證ニ關スル法律案參照）、且身元保證を以て常に雇傭の前提とする如き風習を改めて、之に代るべき保險制度の類を案出すべきである。なほ身元保證金と稱する敷金類似の制度も行はれる（六二九ノ二但）。

#### 第六 勞務者の義務

勞務者の義務は契約の本旨と取引の慣習に従つて誠實に勞務を供することであること多言を要せぬ（特許法一四參照）。而して其義務が使用者についても勞

務者についても契約當事者に專屬すべきものであること（六二五）、これ亦雇傭契約の性質上寧ろ當然である。

#### 第七 使用者の義務

民法は使用者の義務としては單に報酬支拂義務を規定するのみであつた（六二二・三〇六・三〇九・民訴六一八）。然かも勞務者の義務履行を以て使用者の義務の前提とした（六二四）。而して其以外扶助義務其他勞務者保護のための使用者の義務については民法には何等の規定もない（七一五參照）。我民法の雇傭に關する立法が不充分であることは此一點についても指摘し得る（獨民六一五—六一九・六二〇・瑞民三三一—三三三）。

#### 第八 終了

雇傭關係は契約關係一般の終了原因の外左の諸事由によつて消滅する。

- (一) 勞務供給及び賃銀支拂の終了
- (二) 期間の滿了（六二九）

- (三) 解約(六三〇)
- (イ) 雇傭期間の定めある場合(六二六・六三二)
- (ロ) 雇傭期間の定めなき場合(六二七)
- (ハ) 兩場合に通ずる解約原因(六二五ノ三・六二八)
- (四) 勞務者の死亡

第八款 請 負

第一性 質

請負(六三二)は双務有償契約であるが、其特色は勞務の結果を目的とするに在る。即ち一方に於ては勞務其ものを目的とせぬ點に於て雇傭と異なり、他方に於ては法律行爲其他の事務の處理を目的とせぬ點に於て委任と異なり、更に財産權の移轉を目的とせぬ點に於て賣買と異なる。併しながら實際上請負と此等の諸契約との間の差別に苦しむ場合が少くない。殊に注文を受けた人が

主として自己の材料を用ひて製作した物を供給する所謂製作物供給契約は、當事者の意思及び取引の慣習によつて、或は請負のこともあるべく、或は賣買のこともあるべく、或は混合契約と解すべき場合もあらう。

第二 請負人の義務

- (一) 仕事を完成する義務 請負人は契約の内容たる仕事の結果を發生させる義務を負ふ。其ための勞務は必しも請負人自ら供給するを要せず、請負人は契約の本旨に反せぬ限り自己の責任を以て第三者を使用し又は下請負をなさしめ得る。仕事の材料を注文者が供給すべきか請負人が供給すべきかは契約の内容及び取引の慣習によつて定まる。材料が全部注文者によつて供給された場合には仕事の結果として成つた物の所有權は當然注文者に屬するが故に、請負人の義務は仕事の完成其ものを以て終る。之に反して材料が全部請負人によつて供給される場合には、仕事の完成の外請負人の義務の一部分として完成した物を移轉する行爲が爲されねばならぬ。注文者請負人双方から材料が供給された場

合には、加工の規定（二四六）によらず附合の規定（二四二―二四四）によつて所有権の歸屬を定め、それに従つて所有権移轉義務の有無を區別すべしと云ふのが普通の説明である。併し當事者の意思解釋及び取引の慣習によつて特に所有権移轉を要せぬ場合も多かるべく、又注文者が供給した從たる材料の所有権が注文者に留保されて居る場合もあらうと思ふ。第三者の材料を用ひた場合は加工の規定によつて解決すべきであらう。又注文者が供給した材料と同種同品質の材料を以て仕事を完成すれば足る不規則請負なるものも存する。

（二）擔保責任（六三四―六四〇）

第三 注文者の義務

注文者の義務は即ち報酬を支拂ふ義務である（六三三）。而して此義務と關聯して危険負擔問題を生ずるが、特定物に關する物權の設定又は移轉其ものが請負契約の目的ではないのであるから、第五三六條の適用が普通であつて、請負が實は賣買であり又は賣買との混合契約である場合に限り、第五三四條が併せて適用されるべきである。

第四 終了

請負は契約一般の終了事由によつて終了するのであつて、解除（五四一以下）も其一事由であるが、此場合の解除は請負關係の性質上遡及效を生ずる純粹の解除であることを注目すべきである。而して一般的解除原因の外請負に特殊な三個の解除原因が認められて居る（六三五・六四一・六四二）。

第九款 委任

第一 性質

（一）委任は當事者の一方即ち委任者が其他方即ち受任者に或事務の處理を委託する契約である。民法は法律行爲をなすことの委託を委任として規定し（六四三）、其規定を其以外の事務の委託に準用した（六五六）。隨つて學者も委任と準委任とを區別する。併しこれは理論上も實際上も何等の意義なき差別である

から、私は委任なる言葉を廣義に用ひたい。

(二) 民法は委任が無償なのを原則と観た(六四八ノ一)。併し有償委任をも認めるのであつて、實際上法律問題となるのは寧ろ有償の場合が多いであらうから、無償であると云ふことを以て委任と雇傭請負等との區別の標準とはなし得ない。

(三) 委任が雇傭と異なる所は、勞務其ものが目的でなくして事務が處理せらるゝことが目的である點である。請負と異なる點は、仕事の結果の完成が必要でなくして、事務が處理されただけ受任者の債務の履行となることである(六四八ノ三)。

(四) 委任關係と代理關係とは別問題である。代理權の授與は委任契約によらずしても行はれ、委任契約は必しも代理權授與を包含するを要しない。又第一〇二條の規定は委任關係の成立とは別問題であつて、無能力者が有効に受任者となるには委任契約の締結につき能力の補充を要するのである。

## 第二 受任者の義務(六四四—六四七)

### 第三 委任者の義務

- (一) 費用前拂義務(六四九)
- (二) 費用償還義務(六五〇ノ一)
- (三) 債務辨濟義務(六五〇ノ二)
- (四) 損害賠償義務(六五〇ノ三) 此義務は現行民法の認めた無過失損害賠償責任の一例である。
- (五) 報酬支拂義務(六四八) 此義務は特約ある場合に限り委任者の負ふ所であつて、即ち民法は片務契約たる無償委任を原則、双務契約たる有償委任を例外と見た。

### 第四 終了

委任關係は契約一般の終了原因の外左の事由によつて終了する(六五四・六五五)。

- (一) 委任者又は受任者の死亡(六五三前段)
- (二) 委任者又は受任者の破産(六五三前段)
- (三) 委任者の禁治産(六五三後段)
- (四) 解約(六五一・六五二) 解約権の拋棄が有效なりや否やは、各場合について決すべき問題である。即ち委任其ものの性質によつて決すべきでなくして公の秩序善良の風俗に反するや否やによつて定むべきである。なほ第六五一條第二項の損害賠償責任は、無過失責任ではあるが絶対的の結果責任ではないもの一例として注目すべきである。

第一〇款 寄託

第一性 質

- 寄託(六五七)の性質については左の諸點を注目すべきである。
- (一) 物の保全其ものを目的とすること。

- (二) 目的物に制限なきこと。
- (三) 要物契約であること。

第二 受寄者の義務

- (一) 寄託物保管義務(六五九・四〇〇・商三五三・民六六〇・六六五・六四六・六四七・六五八)
- (二) 寄託物返還義務(六六四)

第三 寄託者の義務

- (一) 費用前拂義務(六六五・六四九)
- (二) 費用償還義務(六六五・六五〇ノ一)
- (三) 債務辨濟義務(六六五・六五〇ノ二)
- (四) 損害賠償義務(六六一) 此義務は畢竟過失責任であつて、過失に關する舉證責任が轉倒されて居る。何故に委任の場合(六五〇ノ三)と主義を異にしたか理解に苦しむ。同様の結果責任を認むべきではなかつたであらうか。



(五) 報酬支拂義務(六六五・六四八)

第四 終 了

寄託に特殊な終了原因は解約である(六六二・六六三)。法文に「返還ヲ請求スルコトヲ得」又は「返還ヲ爲スコトヲ得」と云ふが、此等の行爲は其前提として解約を含むのである。而して第五四一條以下の解除が行はれる場合については第六二〇條の規定は明白に準用されて居らぬが、寄託關係の性質上其解除は即ち遡及效を生せぬ解約であると解すべきである。

第五 消費寄託

消費寄託又は不規則寄託は受寄者が受寄物を消費することを得る寄託であつて、所謂「預金」はその著しいものである。經濟上の目的は消費貸借と異なるが、法律上の構成はそれと同一であるから、其規定が準用される(六六六)。併し目的を異にするが故に規定を異にする一點が存する(六六六但・五九一ノ一)。又受寄者が利息を拂ふことがあつてもこれが寄託たるを妨げぬと同時に、寄託

者が保管料を支拂ふことも寄託たる性質上あり得る所である。

第六 信 託

債權關係が委任と寄託とから更に一步を進めて物權關係と聯絡したと云つて然るべきものに信託がある。從來我國では特別法(擔保附社債信託法)及び判例で部分的に認められたに過ぎなかつたが、大正十二年以來一般的な信託法及び信託業法が施行になつた故、今後債權法の方面からも特に研究を要する。

第一款 組 合

第一 性 質

(一) 組合(六六七)とは共同目的を達するために協力することを約するを云ふ。協力と云ふ以上各當事者が何等かの積極的給付を引受けることを要し、共同目的と云ふ以上各當事者に何等かの利害關係ある事項を目的とせなければならぬ。

(二) 民法は組合を契約として規定し、學者はこれを双務有償契約と説明する。随つて民法の嚴格な解釋としては同時履行及び危險負擔の規定は絶対に適用され、數人の組合員中の一人が其債務の履行を提供しない間は他のすべての組合員も其債務の履行を拒むことを得(五五三)、又組合員中何人の責にも歸すべからざる事由によつて其一人が債務を履行すること能はざるに至つたときは組合は消滅する(五三六)と云ふ結論に達する。此結果は頗る實際に不都合なのであつて、其不都合を緩和する爲めの別解釋もなされ得るが、私は組合を契約と見ることの根本が謬つて居るのではあるまいかと思ふ。即ち組合は合意であるが意思表示が所謂反對の方向よりして合致するのではなく、其當事者に債權者債務者と云ふ如き對應的地位を與へるよりも寧ろ組合員と云ふ一樣の地位を與へるのが主眼である。故に普通に所謂契約とは異なる合同行爲と見て、其團體的性質に重きを置き、社團法人と連絡を保つて規定し且説明すべきではなかつたであらうか。而して斯く觀念することが組合の社會的價値を充分發揮せしめる

所以であらうと信ずる。

## 第二 對内關係

組合の對内關係は其業務を如何にして執行すべきかの問題である。民法は組合員全部をして業務執行の權利義務を有せしめるのを原則とし、組合員中の一部を業務執行者とするのは組合契約による特例とした。組合員以外の者を業務執行者とするのは、組合と其者との間の委任契約の問題であつて、組合契約の問題ではない(六七〇—六七三)。

## 第三 對外關係

組合の對外關係は誰が外部に對して組合を代理し得るかの問題である。組合はそれ自身法人ではないのであるから、組合の代理は其代表ではないのであつて、代理者以外の各組合員を本人とする代理である。而して業務執行權は理論上必しも代理權を伴ふものではないが、實際上業務執行者を定める組合契約又は委任契約と同時に、反對の意思表示なき限り、代理權授與契約が存在するも

のど解するが穩當であらう。(獨民七二四・瑞債五四三ノ三)

#### 第四 組合財産

組合財産とは各組合員の出資の結果たる各種の財産權、各組合員に對する出資請求權、業務執行によつて生じた財産權、及び此等の組合財産に基づいて生じた財産權を云ふ(六六八・六六九)。而して民法は此等の組合財産が總組合員の共有に屬するものとしたのであつて、組合が法人でない性質上然かあるべきことである。併しながら我民法の共有はすべて持分的共有(Miteigentum)であつて、ドイツ民法スイス民法等の認める全部的共有(Gesamteigentum)(瑞民六四六・六五二・獨民七一八)は認められず、而して財産と云ふのも個々の財産權を云ふものと解する外ないのであるから、組合財産の共有と云ふのは即ち各組合員の各財産權に對する個々の持分的共有であり、又組合の債務も結局各組合員の分割債務と云ふこととなり(六七四・六七五)、組合其ものの共同的性質に適はないのである。随つて民法は組合財産の共有につき、分割禁止(六七六

ノ二)、持分處分の制限(六七六ノ一)、組合員の共有債權と個人的債務との相殺禁止(六七七)等、普通の共有關係に對する例外規定を設けたが、寧ろ根本に遡つて組合の團體性と財産の包括性を考慮すべきではなかつたらうか。

#### 第五 加入及び脱退

組合が普通の契約關係と異なる所は、組合員の加入又は脱退が組合關係の同一性に影響なきことである。民法は新組合員の加入については何等の規定を設けないが、加入者と従來の組合員全部との契約と解すべきである。脱退については、任意脱退(六七八)非任意脱退(六七九・六八〇)及び脱退者と組合との財産關係(六八一)を規定した。

#### 第六 解散及び清算

(一) 解散 組合の解散とは即ち組合關係の終了である(六八四)。解散事由は左の通り。

(1) 目的たる事業の成功又は成功の不能(六八二)。

- (2) 組合契約を以て定めた解散事由の發生
- (3) 總組合員の合意
- (4) 解散の請求(六八三) これ即ち解約であるが、組合の團體性に顧み此以外に第五四一條以下の解除の規定は適用なきものと解すべきであつて、これも亦組合が普通の契約と異なる一點である。
- (二) 清算(六八五―六八八)

### 第一二款 終身定期金

終身定期金契約(六八九・六九四)を一の有名契約として規定することは、理論上差支ないが、我國の實際上必要ではない様である。此契約は一種の射倖契約であるが、射倖契約が必しも無効でない一例となし得る。此契約については左の諸點を注目すべきである。

- (一) 契約によつて包括的の定期金債權を生じ、各定期の到來によつて其支分

權たる定期金請求權を生ずること(六九〇・一六八・一六九)。

- (二) 有因なることも無因なることもあり得べく、有償なることも無償なることもあり得べきこと。
- (三) 所謂元本返還請求(六九一・六九二)は解除なること。
- (四) 裁判所の宣告による終了期の延長があり得ること(六九三)。

### 第一三款 和解

和解は社會的共同生活に於て極めて重要な作用であるから、民法がこれに法律的效力を與へたのは(六九五・六九六・民訴三五六・一三六・人訴一三・二六)頗る事宜に適して居る。併し何故同様に重要な仲裁契約を民法に規定せずして民事訴訟法(七八六以下)のみに譲つたかは了解に苦しむ。而して民法の所謂和解も、當事者間に單に法律關係の不明瞭のみならず争の存することを要する點(獨民七七九參照)、及び當事者双方が讓歩をなすことを要する點に於て稍や狹

隘を感じるが、併し其以外の妥協的契約が必しも無効でないこと勿論である。

## 第二章 事務管理

### 第一性 質

義務なきに拘らず適當なる程度に於て他人の爲めに其事務を處理することは社會的共同生活の一部分として是認すべきことであるが、同時に適當な程度を超えた他人の事務に對する干渉は却つて共同生活の意義に反する。而して又一旦始められた事務の管理が不適當に行はれ無責任に拋棄されては本人のために不利益であり、さりとて又好意的の事務管理者に勞務上金錢上などの過分な負擔を強ふるのは不當である。民法が事務管理を規定してこれに適法行爲としての法律上の効果を與へたのは、此等の關係を調和して共同生活の眞意義を發揮させるためであるが、我現行民法の規定が果して其目的に適切であるかは研究の餘地がある（六九七・商六五二條ノ二―一六・水難救護法・遺失物法）。なほ民

法は義務なくして他人のために事務の管理を始めたこと云ふ事實を所謂法律要件として、事務管理者の効果意思如何に拘らずこれによつて債權債務の關係を生ぜしめるのであつて、即ち事務管理は法律行為ではなく、契約ならざること  
は勿論である。故に民法がこれについて所謂準契約の觀念を採用しなかつたのは正當であるが、なほ一步を進めて事務管理と然らざるものとの區別の標準について純客觀主義を採るべきではなかつたであらうか。

### 第二 事務管理者の義務

- (一) 管理繼續の義務（七〇〇・六九七・六九八）
- (二) 通知報告計算の義務（六九九・七〇一）

### 第三 本人の義務

民法は本人の義務として、有益費用償還の義務（七〇二ノ一）及び有益債務辨済の義務（七〇二ノ二）のみを認め、事務管理が本人の意思に反する場合に  
は更に其義務を制限した（七〇二ノ三）。其以外の費用及び利息の返還義務、損

害賠償義務及び報酬支拂義務（遺失物法四・水難救護法二四ノ二・商六五二條ノ二以下）を全然認めなかつたのは、事務管理者の保護が薄きに失したものであるまいか。なほ研究を要する（六五〇・瑞債四二二）。

## 第三章 不當利得

### 第一性 質

民法は不當利得と云ふ状態に法律上の効果を與へて、債權關係を發生せしめた(七〇三・二四八・五四五)。而して不當利得状態が成立するには、

- (1) 或人が他人の財産又は勞務によつて利益を受けたこと、
- (2) 之によつて其他人が損失を蒙つたこと、
- (3) 而して右の利得損失が違法ではないが不當であること、

を要する。右の第三點を民法は「法律上ノ原因ナクシテ」と云ふ言葉で云ひ表はして居るが、其用語が當を得なかつたために學者の解釋が一致しない。而して今日最も有力な學説は、不當利得の各場合に通じて此一句に統一的意義を與へるのを不能であるとし、各種の場合に應じて説明する外ないとして居る。成

程不當利得は其發達が各種個別であつた關係上統一的觀念を得ることが困難であるかも知れず、又各種の不當利得について分析的説明をすることが無用でないこと勿論であるが、併し既に民法が其各場合を不當利得として統一的に規定する以上、其成立要件について統一的觀念を與へるのが學者の任務であり、而して統一的觀念に基かずしては各種の場合の説明も結局不徹底である。私は民法が不當利得と云ふ適當な名稱を題しつつ法文には不當と云ふ語を用ひなかつたのを遺憾とするのであつて、結局「法律上ノ原因ナクシテ」と云ふのは「不當」と云ふ意味に外ならぬと解したい。その不當と云ふのは違法と區別する意味に用ひるのであつて、もし利得が違法即ち不合法であれば、それは實は法律上利得とはならぬのであるから、不當利得問題を生ずる餘地がない。法律上一應利得關係が確定して之を破毀する途がないが、併し其利得を保有せしめることが法律の根本精神と矛盾する場合に、其理由によつて其關係を打破して原狀を回復することを得しめるのが不當利得返還の制度である。而して法律の根

本精神は即ち社會的共同生活の規範であることであつて、社會生活規範の理想は、各人をして社會生活に於て其所を得しめ、取るべきを取り與ふべきを與へることである。然るに法規の嚴格な適用上此理想に反する結果を生ずべき場合に、取るべきを取つて與ふべきに與へ以て當事者をしてそれぞれ其所を得しめるのが即ち不當利得返還であつて、法律の一應の適用に對する補充的作用であり又完成的作用であること、法律全體に於ける嚴格法對衡平法の關係と同様である。故に不當利得の成立要件としては、其利得が衡平を失すること云ふ意味の統一的觀念を設けたいのである。即ち法文に「原因ナクシテ」とあるのは「不當ニ」の意味、「法律上ノ」とあるは不當なりや否やを判斷するに單に道德的又は經濟的標準のみによらず法律的見地よりすべしとの意と解する。

## 第二 效果

不當利得の效果は受益者から損害者に對して其利得を返還すべき債務關係の發生である(七〇三・七〇四・五四五)。右の不當利得返還については左の諸點を

注目すべきである。

- (一) 原物返還を本旨とし、其不能な場合にのみ價額返還が許されること(七〇五・七〇八參照)。
- (二) 善意の受益者は現存利益の返還を爲すべきこと(七〇三)。善意とは不當利得なることを知らざるを云ふ。現存とは返還請求があつた時を標準とする。
- (三) 悪意の受益者は總利益の返還及び損害賠償を爲すべきこと(七〇四)。
- (四) いづれの場合にも損害額を以て利得返還の限度とすること。但し此點については再考の餘地がある。

## 第三 特 則

- (一) 非債辨濟
  - (a) 狹義の非債辨濟(七〇五)
  - (b) 辨濟期前の辨濟(七〇六)



(c) 他人の債務の辨濟(七〇七)

(二) 不法原因給付(七〇八)

此規定は立法上再考を要する。而して第九〇條との關係についても疑問が起るのであつて、理論上は矛盾なく説明し得るかも知れぬが、實際の結果に於て不調和ならずとは云ひ得ぬ様である。

## 第四章 不法行爲

### 第一要件

社會的共同生活に於て一人の行爲其他一人に關する事情を原因として他人が損害を被ることは避け難き所であつて、其侵害が相當の範圍内であるときはこれ即ち共同生活當然の現象として容認せざるを得ない。併し其侵害が共同生活上相當の程度を超過する場合には、社會生活規範たる法律が個々の場合の損害を其原因を造つた者に負擔させ、間接にはさう云ふ侵害を個人的又一般的に豫防警戒するのが、其當然の任務である。これ民法に不法行爲の規定ある所以であるが、現行民法(七〇九)は諸種の要件を以て不法行爲の範圍を制限すること狭きに失し、其制限の目的を達するに於て未だ充分なりと云ふを得ぬ。右については左の諸點を注目すべきである。

(一) 民法は先づ権利の侵害を要件とする。而して民法も此場合の権利と云ふのは人格権をも含む頗る広い意味であることを法文上明白にして居るが(七二〇・七二一)、併し不法な利益侵害が権利の侵害とならずとの理由で不法行為とならぬことがあり得るのであつて、畢竟此要件が無用の制限なのである(獨民二三ノ二・八二五)。

(二) 民法は更に損害の存することを要件とした。而して財産以外の損害も救済せらるべき旨を明かにして(七二〇・七二一)、純粹の損害賠償以外に所謂慰藉料が請求せられ得る途を開いたのは、頗る制度の目的に適つて居る。併し權利の侵害あるも其結果としての損害なくば不法行為とせぬのは果して適當であらうか。法律が既に或利益を權利として保護して居る以上、權利の侵害其ものが即ち利益の侵害であつて、權利者に取つての損害であること見て、英法の所謂 nominal damage なりとも與ふべきではあるまいか。不法行為制度の目的は前述の如く單に損害補填のみではないのである。

(三) 民法は最後に侵害が侵害者自身の故意又は過失による行為であることを要件とした(七〇九・七二一・七二三・七二〇)(明三二年法四〇號失火ノ責任ニ關スル件)。既に不法行為と題する以上、又近代立法の「自己責任主義」よりして、これ寧ろ當然の觀念であるかも知れぬが、果して然らば不法行為損害賠償の制度のみを以ては共同生活に於ける不法行為の私法的救済に不充分なのであつて、一層廣き原因責任の制度が確立されねばならぬのである。元來不法行為の私法的救済は、其刑法的救済の如く制裁が主ではなくして、誰が其損害を負担すべきかの決定が主であるから、我民法の不法行為の範圍に於ても、過失主義 (Verschuldungsprinzip) よりも寧ろ原因主義 (Veranlassungsprinzip) を以て根本觀念とすべきである。

(四) 要するに所謂不法行為損害賠償の要求は不法なる利益侵害とのみに止むべきではなかつたであらうか。而して不法とは法律の禁止の違反のみならず法律が許容せる範圍の超越例へば權利の濫用をも含むべきである。又侵害者であ

り且故意過失あることは其者をして其損害を負担せしむべき有力な理由となるが、直接の加害者にあらざること及び故意過失なかりしことは當然に無責任の理由となるべきでないのであつて、無過失損害賠償責任の意識的組織的規定が將來の立法問題であらねばならず、現在の解釋適用も段々其方へ動きつつある様に思はれる。(昭和六年法律六〇號刑事補償法)

## 第二 特殊の賠償責任

(一) 無能力者の監督者の責任(七一四條) これ亦過失責任であるが、實際上無過失責任に傾く。而して監督者に此責任を認むるのは適當であるが、何故に無能力者の財産に無過失損害賠償責任を負はせて不可なるかを知り得ぬ(獨民八二九)。

(二) 事業主の責任(七一五) 此規定は大企業隆盛の現代に於ける重要な問題を捉へたものであるが、但書を附したによつて結局過失責任制度に陥つたことと、被用者自身が損害を被つた場合及び何人の過失にもよらずして事業に伴ふ

災害が生じた場合の救済を規定しなかつたことを遺憾とする。第七一六條は注意規定に過ぎぬ。

(三) 土地の工作物又は竹木の加害に對する責任(七一七) 此場合に第一次の責任者たる占有者の責任は結局過失責任であるが、第二次の責任者たる所有者には無過失責任が負はされた。

(四) 動物の加害に對する責任(七一八) 動物の所有者ではなく占有者を責任者とした點を注目すべきである。動物が生物である所から事實上の支配者の責任を重くしたのだらうが、占有者ならざる所有者の責任を免除するものではあるまい。

## 第三 共同不法行爲

共同不法行爲者に連帶責任を負はしめたのは(七一九)原因主義に基づくのであるから、其共同は客觀的に存すれば足る。權利侵害の危険ある行爲をなした者が其行爲の結果でない損害に對して責任を負はされることがあるのを注目

すべきである。

第四 效 果

- (一) 損害賠償(七二二・一九八―二〇〇参照)
- (二) 名譽回復(七二三)
- (三) 胎兒の權利(七二二)
- (四) 消滅時效(七二四)

擔保物權法講義案

# 擔保物權法講義案

## 第一章 總論

### 第一 物上擔保制度の必要

舊民法債權擔保編第一條に「債務者ノ總財産ハ動産ト不動産ト現在ノモノト將來ノモノトヲ問ハス其債權者ノ共同ノ擔保ナリ」とある（佛民二〇九二・二〇九三）。現行民法には明文はないが、固より此原則は認めて居るのである。併しながら債務者が其總財産の額以上の債務を負ふことは自由であり、債權者は民法第四二四條による外債務者の財産處分を妨げることを得ず、其場合には其結果は共同擔保の復活に過ぎず（四二五）、而して各債權者の地位は債權發生の先後を問はず平等であるから、此所謂共同擔保は實は擔保たるの用をなさ

ぬ。即ち債権の擔保は特定の債権者のための特別擔保でなくてはならぬ。特別擔保には對人擔保・物上擔保の二種の制度がある。民法は前者を保證の制度として債権編に規定し(四四六―四六五)、後者としては物權編中に數種の所謂擔保物權を設けた。

### 第二 擔保物權の經濟的意義

債權擔保制度の效用は單に特定債権者の保護のみではなく、一般流通經濟の促進である。而して擔保物權制度の保證制度と異なる特長は、物の經濟的価格は人の經濟的信用に比して變轉少なく、且外部より之を認識することの容易なる點にある。而して又土地政策上から見ると不動産上の擔保物權は土地所有者が其土地利用のための低利の資源を調達する手段として便宜であるが、他方個々の土地所有者をして其所有權を喪はしめ土地兼併の弊害を生ずる一因ともなる。なほ所有權及び所謂利益物權は物の使用價值を目的とし、擔保物權は物の交換價值を目的とすると云ふのが普通の説明であつて、大體に於て正當である

が、留置權は所有者の利用を妨ぐることを以て債務履行督促の手段とし、質權に於ても其意味が含まれて居る。而して質權及び抵當權に於ては所有權喪失の虞れが實際上有力なる債務履行督促の效用をなす。

### 第三 擔保物權の法律的意義

擔保物權は債權の擔保即ち債権者のために債務の履行を確保することを目的とする他物權である。而して債權擔保と云ふ目的上、擔保物權は物權としての普通の性質以上に左の三特性を有する。

一、從屬性 擔保物權は債權に従たる權利である。即ち債權の存在を前提とし、債權と共に移轉し、債權が消滅すれば消滅する。但し右の第一點については所謂根抵當等即ち將來の債權を擔保する特例があるが、これも擔保物權の從屬性を害するものではない。

二、不可分性 擔保物權による債權の擔保は、物の全部を以てする債權の全部の擔保である。物の方面に於ても、其分割又は一部消滅等に拘らず、當事者

間に之と異なる合意なき限りは、残存全部を以て残存全部を擔保するのである（二九六・三〇五・三五〇・三七二）。

三、物上代位性 擔保物權は其目的物が變形した場合に其變形物の上に存續する。これを物上代位と云ふ（三〇四・三五〇・三七二）。但し當事者間の意思を以て之と異なる定をなすことを妨げず、又留置權は物上代位性を有しない。

#### 第四 擔保物權の種類

現行民法の認めて居る擔保物權は留置權・先取特權・質權・抵當權の四種であつて、前二者は法律の規定上當然成立するものであり、後二者は常に當事者の意思によつて設定せらるべきものである。なほ特別法上の擔保物權として各種の企業財團上の抵當權がある（工場抵當・鑛業抵當・鐵道抵當等）。經濟上の意義からも法律上の意義からも注目せらるべき制度である。商業財團の抵當は認められて居らぬが、所謂賣渡抵當の方法によつて實際上或程度まで行はれて居る。

## 第二章 留置權

### 第一 留置權の性質及び要件

留置權とは、他人の物の占有者が其物に關して生じた債權の辨濟を受くるまで其物を留置することを得る權利を云ふ（二九五ノ一・二九六）。

一、留置權は、要件が具備するによつて法律上當然發生するのであつて、當事者の意思表示によつて設定されるものでない。

二、留置權は物權である。故に留置權者は何人に對する關係に於ても債權の辨濟を受けるまで其物を留置することを得、又留置權成立後其目的物上に於て物權を取得した者に對し優先權を有する。併し物の占有を要素とする權利であるから、普通の物權と異なり追求力を有せぬ。留置權は其效用に於て債權法に於ける同時履行の抗辯權（五三三）に似て居る。故に獨民法は前者をも債權の效力として後者と並べて規定した（二七三・二七四）。併し我民法が留置權を物

權としたのは、債權の擔保を強力ならしめる上からは適當であらう。債權者は此兩權を併有することもあるが、其一のみを有することもあり、兩者互に相補ひこそすれ、相妨げるものではない。立法論としては留置權を更に有力な物權たらしめたいとの考もあり得る。

三、留置權の目的物は有體物たるを要するが、動産たるも不動産たるを問はぬ（八六ノ三・商二八四参照）。不動産留置權の成立は登記なくして第三者に對抗し得べきものと解すべきである。

四、留置權の目的物は他人の物である。他人の物と云ふのは債權者自己の所有物でないとの意味であつて、必しも債務者の所有物たるを要しない。

五、留置權者は物の占有者なることを要する。こゝに所謂占有は單に所持を以て足ると解すべきである。而して其所持は不法行爲によつて始まつたものであつてはならぬ。

六、留置權者は債權者たることを要する。其債權は如何なる原因で發生した

ものでも宜いが、其物との間に聯關がなくてはならぬ（商二八四参照）。即ち其債權發生の事實上又は法律上の原因が其物に關することを要する。但し其債權が物の占有中に發生したことは必要でない。即ち必要なのは占有物と債權との聯關であつて、占有と債權との聯關ではない。而して物の引渡が請求された時に債權がまだ辨濟期に達して居ない場合には、債權者は留置權を有しない（二九五ノ一但）。

七、留置權の内容は、債權の辨濟を受けるまで物の引渡を拒絶して其占有を繼續し得ることである。併し愈々債權の辨濟なき場合に其物について優先辨濟を受け得るのではない（競賣法二・三・二二参照）。

## 第二 留置權者の權利

留置權者の本來の權利は即ち前述留置權の内容其ものであるが、留置權者は右の外左の諸權利を有する。

一、留置權者は留置物より生ずる果實を收取して之を其債權の辨濟に充當す



る権利を有する（二九七ノ一）（二八九参照）。其辨済が優先辨済である點は留置權の本來の效力とは異なる。而して民法は右の充當の順序を法定して居るが（二九七ノ二）、これは單に債權者が普通に探るべき順序を推定したまでであつて法文の文字に拘泥して強行規定なりと解する必要はない。

二、留置權者は留置物の保存に必要な使用をなす權利を有する（二九八ノ二）。

三、留置權者は留置物に關して支出した費用の償還を請求する權利を有する（二九九）（一九六参照）。

四、留置權者が債權と共に留置權を移轉し得るかについては議論があるが、積極説を通説とする。

### 第三 留置權者の義務

一、留置權者は善良なる管理者の注意を以て留置物を保管せねばならぬ（二九八ノ一）（四〇〇・六五九参照）。「善良ナル管理者ノ注意」と云ふのは、結局留置權者自身の主觀的注意ではなく一般取引上相當なる客觀的注意を標準とす

る意味に外ならぬ。

二、留置權者は所有者の承諾なくして留置物の使用をなし、賃貸又は使用貸をなし、又は之を擔保に供することを得ない（二九八ノ二）。

### 第四 留置權の消滅

留置權は物權であるから、物權に共通の消滅原因によつて消滅する。ただ其性質上それのみ單獨には消滅時効に罹らず、又第三者のための取得時効が完成するによつて消滅すると云ふ問題をも生じない。留置權は又擔保物權であるから、擔保物權一般の消滅原因即ち主たる債權の消滅によつて消滅する。而して留置權の行使は債權其ものの行使ではないのであるから、消滅時効中斷の事由となるべきでないこと大體明白であるが（一六七ノ一・一四七）、民法は注意的に其旨を規定した（三〇〇）（舊擔九六・一一四参照）。留置權に特別な消滅原因は左の通りである。

一、占有の喪失（三〇二・二〇三）

- 二、留置権者の義務違反に基づく所有者の消滅表示（二九八ノ三）。
- 三、債権額に相當な代擔保の設定を伴ふ債務者留置権者間の消滅契約（三〇一）（獨二七三ノ三）。

### 第三章 先取特權

#### 第一 先取特權の意義及び性質

先取特權とは一定の債権者が法律の規定に従つて債務者の總財産又は特定財産から優先辨濟を受け得る權利を云ふ（三〇三）。

一、先取特權は物權である、併しそれは我民法が佛法系の民法に倣つて採つた見解であつて、獨法系の民法はこれを債權の特別な效力（殊に破産の場合に於ける）に外ならぬものと見て居る。理論上も後の見解が正しく、實際上もそれで充分なものはあるまいか。總財産の上の物權と云ふのは無體物を認めない主義及び物權の目的が特定せることを要する原則と矛盾し、特定動産の上の先取特權は民法第三三三條の規定によつて殆ど物權たるの特色を喪つて居る。ただ特定不動産上の先取特權は之を登記するによつて第三者にも對抗し得べく（三三七―三三九）、即ち物權らしき特色を發揮するのであるが、其場合には寧

る法定の抵當權と見るべきであつて、先取特權と云ふ別種の物權となす理由に乏しい。要するに留置權及び先取特權は之を認めずして、法定質權及び法定抵當權を設くべきではなかつたであらうか。

二、先取特權は法律の規定によつて發生するのであつて、當事者の意思表示によつて設定されるものではない。而して民法上の先取特權の外多數の特別法上の先取特權が認められて居る。各特別法上の目的からはそれ／＼一理あることであらうが、斯く債權平等の原則を破つて財産關係を複雑ならしめることは、一般的立法政策として採らざる所である。

三、先取特權の目的は法定の財産である。其所謂財産中には有體物のみならず權利をも含み得ること、而して積極財産の意味であることは疑ない。右の財産については前述物上代位の原則が適用される(三〇四)。但し先取特權の目的が債務者の總財産である場合には、性質上此原則が問題となり得ない。而して民法第三〇四條第一項但書の制限によつて見ると、結局先取特權は其目的物の

變形物に對して行はれるのではなくして、實は先取特權者の債務者が第三債務者に對して有する債權に對して行はれるものと云ふべきである(民訴五九四以下・七三七参照)。

四、先取特權は物の占有を要件とせぬ。

五、先取特權の内容は目的物につき債權の優先辨濟を受けることである。

六、先取特權は不可分である(三〇五)。

七、先取特權は債權に従たる物權である。

八、我民法の認める先取特權には、一般の先取特權即ち總財産の先取特權、動産の先取特權及び不動産の先取特權の三種がある。

第二 一般の先取特權(三〇六・三三五・三三六・三四一)

一、共益費用の先取特權(三〇六ノ一號・三〇七)

二、葬式費用の先取特權(三〇六ノ二號・三〇八)(舊擔一三九ノ三)

三、雇人給料の先取特權(三〇六ノ三號・三〇九)

四、日用品供給の先取特権（三〇六ノ四號・三二〇）

第三 動産の先取特権（三一一）

一、不動産賃貸の先取特権（三二二―三一六・三一九・二六六ノ二・二七三）  
 （六一二・六一三ノ一・六一四参照）此先取特権と關聯して問題となるのは、第三二六條に所謂敷金なるものの法律上の性質である。此問題についての學者の議論は殆ど一人一説と云つても宜い程區々であるが、私は假に敷金契約は停止條件附返還債權を伴ふ所有權讓渡行為なりとの説明に與みしたい。而して敷金の實質上の性質は一種の債權擔保なのであるから、法律上も然か説明し得る様特別の立法がなくてはならぬ。

二、旅店宿泊の先取特権（三一ノ二號・三一七・三一八・二九五）

三、旅客又は荷物の運輸の先取特権（三一ノ三號・三一八・三一八・二九  
 五）

四、公吏の職務上の過失の先取特権（三一ノ四號・三二〇）。第三二〇條

に所謂保證金の性質は前述敷金と同じである。随つて此種の先取特権は實は動産上の先取特権ではなく、保證金返還請求權と云ふ債權の上の先取特權と云はねばならぬ。

五、動産保存の先取特権（三一ノ五號・三二一）

六、動産賣買の先取特権（三一ノ六號・三二二・五八六ノ二）

七、種苗又は肥料供給の先取特権（三一ノ七號・三二三）

八、農工業勞役の先取特権（三一ノ八號・三二四）

第四 不動産の先取特権（三二五・三四一）

一、不動産保存の先取特権（三二五ノ一號・三二六・三三七）

二、不動産工事の先取特権（三二五ノ二號・三二七・三三八）

三、不動産賣買の先取特権（三二五ノ三號・三二八・三四〇）

第五 先取特権の順位

擔保物權については、同一擔保財産の上に數箇の擔保物權が併存競合する場

合を生じ得る。異種の擔保物權が競合する場合にいつれが優先するかを解決するのは各擔保物權の效力の問題であり、同種の擔保物權が競合する場合にいつれが優先するかを解決するのは其擔保物權の順位の問題である。擔保物權中順位の問題を生ずるのは先取特權と抵當權とである。抵當權の順位は登記の前後によつて定まるが、先取特權の順位は各種の先取特權を認めた理由を標準として左の如く規定されて居る。

- 一、一般の先取特權間の順位（三二九ノ一）
  - 二、一般の先取特權と特別の先取特權との間の順位（三二九ノ二）
  - 三、動産の先取特權間の順位（三三〇）
  - 四、不動産の先取特權間の順位（三三一）
  - 五、同順位の先取特權の競合（三三二）
- 第六 先取特權の效力**
- 一、第三者に對する關係

先取特權の目的たる財産中の不動産については、其先取特權は之を登記するに非ざれば第三者に對抗し得ないことは物權の通則上當然である（一七七）。前掲第三三六條の規定は此通則の適用とは別問題である。先取特權の目的たる財産中の動産については、特に第三者たる取得者を保護する必要ありとして、其動産が債務者から取得者に引渡された後は先取特權を行ひ得ないものとした（三三三）。即ち先取特權は此點に於て著しく其追求力を制限されて居る。

**二、留置權との關係**

留置權は優先辨濟を受ける權利ではないから、其點に於ては先取特權の效力が之に優るのであるが、先取特權者が目的物を競賣しても留置權者は辨濟を受けるまでは之を引渡すことを要せぬのであるから（競賣法二ノ三）、實際留置權が先取特權に優先する結果ともなる。但し先取特權者は、旅店宿泊の先取特權及び運輸の先取特權に在つては必ず（三二七・三二八）、其他の先取特權に在つても多くの場合に、自身が同時に留置權者であるから、多く二權競合の問題を

生じない。

三、動産質権との関係

先取特権と動産質権とが競合する場合には、質権者は不動産賃貸、旅店宿泊及び運輸の先取特権者と同一順位として取扱はれる（三三四）。此等の先取特権と動産質権とが競合する場合には、第三一九條に基く第一九二條の準用によつて、實際上多くの場合に先取特権が優先する結果となるであらうが、然らざる場合には第三三二條が適用される。

四、不動産質権との関係

不動産質権については抵當權の規定が準用されるのであるから（三六一）、先取特権との関係に於ても抵當權に準すべきである。

五、抵當權との関係

不動産を目的とする先取特権の效力については補充的に抵當權に關する規定が準用されるのであるから（三四一）、これと抵當權との関係も原則として抵當

權間の順位の規定（三七三）に従ふべきであるが、左の特別規定あるが故に右の原則の適用は却つて多からぬであらう。

イ、一般の先取特権と抵當權とが競合する場合に兩者共に登記がないときは、先取特権が優先する（三三六）。

ロ、登記された不動産保存及び不動産工事の先取特権は、其以前に登記された抵當權に優先する（三三九）。

第七 先取特権の消滅

先取特権が物權一般及び擔保物權一般の消滅原因によつて消滅することについては留置權の消滅について述べた所と同様である（土地收用法六三・六五・耕地整理法二五・鑛業法六九參照）。先取特権に獨特なる消滅原因は別にないが（三三三・三三七・三三八參照）、不動産を目的とする先取特権については抵當權の規定が準用される結果として、第三取得者の辨濟（三七七）及び滌除（三八一・三八六）なる特別の消滅原因がある。

## 第四章 質 權

## 第一節 總 論

## 第一 質權の意義及び性質

質權は債權者が其債權の擔保として債務者又は第三者から受取つた物につき其債權を満足せしめ得る權利である(三四二)。而して質なる制度は重要な社會的意義を有するのであつて、其方面は特に「質屋取締法」(明治二八年法)及び「公益質屋法」(昭和二年法)に現はれて居る。

一、質權は擔保物權の一である。即ち債權に従たるものであつて質權者は必ず債權者でなくてはならぬが、質權はそれによつて擔保せらるべき債權とは別の權利であつて、質權が債權の效力ではない。即ち法文には「辨濟ヲ受クル」とあるが、質物を賣却して其賣得金の全部又は一部を取得することも、債

權の効果としての辨濟ではないのであつて、質權其もの内容である。これは質物が債務者の所有でない場合、及び所謂流質の場合を考へたならば明白であらう。

二、質權は當事者の意思表示によつて設定される物權である。但しこれは現行民法の質權の説明であつて、質權なるものが是非斯うなくてはならぬと云ふのではない。即ち法定質權なるものも認められ得るのである。我民法の解釋上質權設定の意思表示は契約たるを要する。契約の當事者は債權者と質權設定者とであるが、契約締結の時期は必しも債權と同時にを要しない。此所謂質契約は物權契約であつて、其成立要件として質物の引渡を必要とする所謂要物契約である(三四四)(一七六・一七八參照)。其引渡は簡易引渡(一八二ノ二)又は指圖引渡(一八四)であつても宜いが、占有改定の方法(一八三)によることを得ぬ(三四五)。但し質物の引渡は質權成立の要件であつて、質權が一旦成立した以上其存続には必しも占有の繼續を要しない、即ち質權者が質物の占

有を喪ふことがあつても、而してそれが所有者の手に復歸しても、質権は當然消滅することなくして唯だ第三者に對抗するを得ざるに至ることあるのみと解すべきであらう(三四七・三五二参照)。なほ理論上質権の時効取得(一六三)又は即時取得(一九二)もあり得ることであるが、質権のみが主たる債権と離れては取得され得ないと云ふ點から見ても、實際上設定契約による以外の質権の發生は殆どないと云つて宜からう。又質権が譲渡相續せられ得ることについては特に説明を要しない。

三、質権の目的は本則として有體物であるが、後述の如く權利質なるものも存する。質権の目的物は譲渡し得る物でなくてはならぬ(三四三・三六二ノ二)。訴訟法上差押を禁せられた物(民訴五七〇・六一八)は必しも質権の目的となり得ぬのではない。質権の目的物は特定物でなくてはならぬ。代替物を目的とする質権所謂不規則質は我民法の認めざる所であるが、前述敷金の借行もあること故、立法上は再考を要する。質物についても物上代位の原則が行は

れる(三五〇・三〇四)。但し此場合には物上質が變じて權利質となるものも考ふべきである(二〇四ノ一但)。なほ質権の設定には質物の引渡を要件とする故、従物は主物の處分に從ふの原則(八七)は此場合に適用がないと解すべきであらう。

四、質権の目的物は質権設定者の所有物でなくてはならぬ(獨民一二〇五)。而して質権設定者は必しも債務者なるを要せず、第三者なることもあり得る。此第三者即ち所謂物上保證人と債務者との關係は大體普通の保證人と債務者との關係と同様である(三五一)。

五、質権は債権擔保のために之に從たる物權である。而して質権によつて擔保せらるべき債権については何等の制限もないのであるから、其發生の原因が契約なると不法行爲なると又其他の法律上の原因なるとを問はない。而してすべての債権は債務不履行の場合に結局損害賠償請求權に歸着するのであるから、たとひ金銭的給付を目的とする債権でなくとも、而して又金銭に見積り得



ない給付を目的とする債権(三九九)であつても、質権によつて擔保せられ得る。債権の原因たる法律行為が停止條件附である場合に其法律行為から直ちに發生する期待權が質権によつて擔保せられ得ることは民法第一二九條によつて明白である。條件成就によつて成立すべき債権が擔保せられ得るか否かは、即ち將來の債権が擔保せられ得べきかの問題の一部分である。これは質権のみならず抵當權にも通じた問題であつて、普通所謂根抵當の問題として取扱はれて居る。例へば所謂信用開始契約(與信契約)に基づき受信者が將來金銭を借入れた場合を豫想し、其際發生すべき債権を擔保せんがために豫め質権又は抵當權を設定し得るか云ふ問題である。或は又將來發生することあるべき損害賠償請求權の擔保と云ふ如き問題も生じ得るであらう。勿論今日の法理に於ては法律行為は必ずしも其成立と同時に效力を發生するを要せぬのであるから、右の擔保契約其ものが有效であることは疑ひあるまいが、併し債権の發生に至つて初めて擔保權の效力が發生するのであつては根抵當等の制度の目的は達せられぬの

であつて、債權發生以前既に或程度の擔保的效力が發生して居るものと見ねばならぬ。然るにこれは擔保物權が債權に従たりと云ふ性質に矛盾することとなる故、其點に如何なる法理的説明を與へるかについて學者間に論争が盡きぬのである。私は今假りに將來の債權を擔保するために擔保權を設定する契約は債權の成立を以て停止條件とする擔保契約なりとする説に従ひたい。即ち擔保權其のもの本來の效力は條件成就によつて發生するのであるが、條件成就以前に在つても條件附擔保は存在し、此期待權が民法一二八條一二九條の規定に依つて法律上の保護を受けるのである。併し立法論として獨民法(一一二二ノ二・一二〇四ノ二)の如く將來の債權を擔保し得る旨を法律に明言するのが望ましいことであり、又或は債權に附從せざる所謂物的負擔の制度を設けるのも一方法であらうかと思はれる。

六、質權を以て擔保せらるべき債權の範圍は原則として當事者の合意によつて定まるべきであるが、民法は其合意なき場合の補充として其範圍を規定した

(三四六)。要するに主たる債権(民法は此場合に之を元本と名づけた)、之に従たる債権及び質物と密接な關係を有する債権を擔保するのである。第三者が質權設定者である場合に、其質權が質權設定後の契約による利息違約金等を擔保すべきか否かは、當事者の意思によつて定まるべきであつて、多くは消極に解せらるべきであらう。

七、質權の一般的消滅原因については、權利として、物權として、而して又擔保物權としての消滅原因以外に別に擧ぐべきものがない。唯だ前述の如く質物の占有喪失が質權の消滅を來さぬこと、目的物の滅失による消滅が物上代位の原則に依つて一部分救済されること(三五〇・三〇四)、及び質權者が質物の保管についての義務に違反した場合に質權設定者が質權を消滅せしめ得ること(三五〇・二九八)を注意すれば足るであらう。

## 第二 質權者の權利

一、質權者は質物を占有し、其上に留置權を有する(三四二・三四七・競賣法

二ノ三)。但し此留置權は一般の留置權に比すると其効力がやや薄弱である(三四七但・三三四・三三〇ノ二・三三九・三六一・三七三)。

二、質權者は質權の實行により他の債權者に優先して其債權を満足せしめ得る。勿論債務の全部又は一部の不履行が存することを要するのであつて、辨濟期以前及び債務の不履行が法律上正當とせられる場合には質權を實行し得ないこと云ふまでもない(四一三・五三三参照)。質權實行の方法は質權者が質物を競賣して(競賣法参照)其賣得金中から債權額に相當する金額を受領するのが普通である。或は質權者が代物辨濟の意味に於て質物を取得することも妨げないのであるが、民法は之を辨濟期前に豫定する所謂流質契約を禁止して居る(三四九)。併し此禁止は商法(二七七)及び質屋取締法(一〇・一一公益質屋法八・一三)によつて頗る範圍廣く解除されて居るのであつて、立法論として元來其必要ありやが疑はれる。なほ質及び抵當と牽連して注目すべきのは、取引上實際行はれる所謂賣渡抵當の效力である。所謂賣渡抵當にも種々の方法があ

る。買戻約款付賣買の方法（五七九以下）によるもの、再賣買の豫約をなすもの、及び停止條件附又は解除條件附にて所有權を移轉するものについては、その有效なること多く疑を容れぬ。然るに従來最も議論の存するのは擔保の目的を以てする所有權の信託的移轉についてである。或は虚偽表示なりとして之を無効と見る論もあるが、その謬まれること多言を要せぬ。此信託行為により所有權は對外關係に於ては債權者に移轉し對内關係に於ては所有權の移轉なきものと見て之を有效とするのが判例の傾向であるが、頗る不條理と云はざるを得ぬ。併しながらもし取得者が擔保の目的にのみ其所有權を行使し且擔保の必要なきに至らば之を返還すべき債務を負ふ所有權の完全移轉と見るならば、此信託行為を無効とすべき何等の理由もないのである。たゞ此場合に占有を新所有者に移さぬのが普通である所から、民法の認めざる動産抵當を設ける脱法行為として、動産の信託的移轉は無効なりとの論が有力に主張される。併しながら民法が禁ずるのはその認めざる擔保權を設定することであつて、必しも民法の認むる以外の方法によつて動産を擔保の目的に供してはならぬと云ふのではあ

るまいと思はれる。

三、質權者は質物より生ずる果實を收取して之を債權の辨濟に充當することを得る（三五〇・二九七）。

四、質權者は質物に關する費用の償還を請求する權利を有する（三五〇・二九九）。

五、質權者は一定の條件の下に轉質を行ひ得る（三四八）。此轉質なる行為の性質については學說一致せず、質物質入説、質權質入説、債權質入説、解除條件附質權讓渡説等それぞれ一長一短であるが、私は其中比較的穩當なものとして質權讓渡説に與みしたい。此説に對する有力なる批難は擔保物權の附從性に反すると云ふ點に存するが、元來轉質は特別の規定なくば附從性の關係上なし得ざる所であるのを、民法第三四八條が特に其制限を解除したものと見得ないであらうか。債權質入説を採るならば、同條は權利質の規定と重複して無意義となるであらう。又、轉質の効果についても、質權讓渡説に對する批難とし

て、轉質後第一質権者が債務の免除を爲し又は債務の辨濟を受領するによつて轉質権者の質権が消滅することとなり、轉質の効果が極めて薄弱となること論ぜられる。併し私は轉質の効果は寧ろ薄弱なるを可とするを考へるのであつて、立法論としては之を許すことの當否を疑ふのである。

### 第三 質権者の義務

質権者の義務については、善良なる管理者の注意を以て質物を保管すべきことを一言すれば足る（三五〇・二九八）。質物返還の義務（獨民一二二三）の如きは、寧ろ質権者ならざるに至つたが故の義務である。

## 第二節 動 産 質

### 第一 動産質権の對抗要件

質物の占有が質物の成立要件にして存続要件でないことは前述の通りであるが、動産質権に於ては質物の繼續占有が第三者に對する對抗要件である（三五

二）。而して動産質権者が占有を奪はれた質物を占有回収の訴によつて回復した場合に限り、質物は繼續して占有されて居たものと看做される（三五三・二〇〇・二〇一ノ三・二〇三但）。其意に反して質物の占有を奪はれた質権者を保護する趣旨であるが、何故に訴訟以外の方法で其物を回復した場合を除くするか、了解に苦しむ。質権者が詐欺によつて質物を引渡し又は質物を遺失した等の場合には、質権者は直接に質物を回復する方法を有せず、質物が質権設定者の手に復歸するを待つて其引渡を請求し得るのみである。なほ質物の占有は代理占有でも差支ないが、質権設定者に引渡したのでは前述の如く代理占有と云ふことにならぬ故（三四五）、對抗要件を缺くに至るのである。

### 第二 動産質権の實行方法

質権の實行としては質物を競賣換價するのが普通であること前述の通りであるが、動産質の場合には競賣の煩雜な手續と多少の費用とが質物の價格と權衡を得ぬことも多からうから、特に簡易なる實行方法によることを得しめた（三

五四・非訟八三ノ二・八九・一九)。但し前述の流質が行はれることが動産質については實際上最も多いであらう。

### 第三 動産質権の順位

動産質権の成立要件にして且對抗要件なる占有は代理占有でも宜いのであるから、同一の動産が数人の質権の目的物となることもあり得る。而して實際上之を許すことが便利な場合もないではない。其場合に其質権の順位が設定の前後に依るべきことは物権の性質上當然であるが、民法は其當然の原則を規定して居る(二五五)。もし設定が同時である場合には各質権者は債権額に應じて其権利を行使すべきである。

## 第三節 不動産質

### 第一 不動産質の性質

不動産を債権の擔保に供する方法の主要なるものは、後述の抵當制度であつ

て、獨民法は之を以て足れりとして居る。然るに我民法は我國の舊慣に基づき且佛民法に倣つて不動産質の制度を認めた。但し流質契約を認めない點に於ては我舊慣の不動産質と異なり、賣却質であつて用益質でない點に於ては佛民法の不動産質(二〇八五—二〇九一)と異なる。而して不動産質が抵當と異なる所は其成立に占有の移轉を必要とする點であるが、其以外に於て類似して居る所から、抵當權の規定が之に準用される(三六一)。

### 第二 不動産質権者の使用收益權

質権者は質物の使用をなし得ないのが原則であるが(三五〇・二九八)、不動産については其使用を停止することが寧ろ經濟上不利益なるを常とする故、不動産質権者は原則として質物たる不動産の使用收益をなし得ることとした(三五六・三五九)。

### 第三 不動産質権者の負擔

不動産質権者は不動産の収益をなし得る代りに其管理費用其他の負擔に任ず

る(三五七・三五九)(三五〇・二九九参照)。併しなほ収益に餘剰のあるのが普通であらうから、不動産質権者は其債権の利息を請求し得ぬこととした(三五八・三五九)。此相殺的制度は立法上其當否を疑はれて居る(三五〇・二九七・佛二〇八五・舊擔一二六参照)。

#### 第四 不動産質の存続期間

不動産質は質権者が使用収益保存管理をなすもの故、餘りに長期であると不動産の價値を減少する虞れがあり、且實際上不動産の取引が著しく妨げられる故、民法は更新を許しつつ其存続期間を十年と定めた(三六〇)。随つて債権の辨済期限が十年を越える場合には、質権が之に先だつて消滅して、不動産質が畢竟用益質たるに止まることあり得る。

#### 第四節 權 利 質

#### ① 第一 權利質の性質

質権の目的は當初有體物に限つたのであるが、取引の發達に連れて債権其他の權利を質入することが行はれ始め、取引上重要な地位を占めるに至つた。例へば今日最も普通に行はれる株式其他有價證券を以てする擔保の如きは即ち權利の質入である。そこで民法も物上質と相對して權利質即ち權利を目的とする質権を認めた。然らば右の權利質なるものの性質如何。質権の目的は有體物に限るとの古來の觀念に執着して、權利質は擔保の目的を以てする權利の讓渡なりとする學說もあるが、法律の規定にも當事者の意思にも適はぬ説明である。成程債權擔保の目的を以て權利の條件附又は信託的讓渡をなすことも全然不能ではないこと、賣渡抵當について述べたと同様であるが、此場合當事者は權利其ものを移轉せずして其上に擔保權を設定せんとするのであり、法律もそれを是認して居るのである。即ち權利質は物上質と質としての根本性質を異にすることなく、唯だ其目的が有體物でなくして權利であると云ふ點が異なるのである。而して權利其ものは無形の利益であるから、それが他の權利の目的と

なることは法理上不可能なことでない。ただ我民法の所謂物権の概念とは相容れぬこととなるが、それは單に權利の所屬の問題であつて權利の存否の問題ではない。元來物権と然らざるものとの區別が甚だ不徹底なものであつて、觀様によつては物上擔保を所有權上擔保と考へることも出来るし、又株式其他の有價證券債權を無體物と觀念することも出来るのである。

### 第二 權利質の目的

權利質の目的は讓渡し得る財産權でなくてはならぬ(三六二・三四三)。財産權とは金錢的價値を有する權利であるが、金錢的價値を有する權利がすべて讓渡し得る權利ではない。例へば親族關係に基づいて扶養を受ける權利の如きは讓渡し得べき權利でないから、隨つて質權の目的となり得ぬ。但し又讓渡し得る財産權ならば必ず質權の目的たり得ることも限らぬ(鑛業法一七・漁業法七)。權利質の目的となる最も普通の權利は債權である(四六六參照)。自己に對する債權を質に取ることも可能であつて、所謂預金擔保として慣行されて居る。

株式は社員權であつて債權ではないが、公益法人の社員權とは違つて債權類似の性質に富んで居るので、權利質の目的たるに適する。物權に於ては各種の物權の性質上地上權及び永小作權のみが質權の目的たり得べきものである。所謂無體財産權も例へば特許權著作權等の讓渡し得べきものは權利質の目的たり得る(商標法六參照)。

### 第三 權利質の成立要件

權利質權も普通の質權と同様契約によつて設定される。尤も權利質權に在つては其性質上設定に物の授受を必要とせぬのであるから、理論上遺言を以て權利質權を設定し得ぬこともないであらうが、實際上は多く行はれぬであらう。而して權利質權の設定には物の授受を必要とせぬと云ふのも一般原則に過ぎぬのであつて、範圍廣き例外があり、實際上は其例外の方が却つて多く行はれる様に思はれる。即ち債權質の場合に其債權の證書があるときには、其證書の引渡が質權の成立要件である(三六三・三六二ノ二・三四五)。こゝに債權の證書

と云ふのは有價證券のみを云ふのではないが、有價證券の場合に特に此規定の効用が著しい。株式は純粹な債權ではないのであるが、此場合には其債權の方面に於て質權の目的となるのであるから、こゝに債權の證書と云ふ中には株券をも含むと解すべきである。無記名債權は常に證書ある債權であるが、動産と看做さるゝがために此規定の適用なくして、同様の結果となる（八六ノ三・三四四）。又物權即ち地上權又は永小作權を目的とする質權を設定するにも其物權の目的物即ち土地の引渡が必要である（三六二ノ二・三四四・三四五・三五六―三六〇）。

#### 第四 權利質の對抗要件

權利質に在つては必しも目的物授受の公示方法が行はれぬこと前述の通りであり、殊に債權質に在つては質入される債權に對する債務者即ち所謂第三債務者とも關係もあること故、民法其他の法律は左の各種の權利につき質入の場合の特別對抗要件を定め、第三者を保護し取引の安定を期した。

- 一、指名債權（三六四ノ一・四六七・民施四―八）
- 二、記名株式（三六四ノ二・三六二ノ二・三五二）
- 三、記名國債（明三七年法一七號・明三九年法三四號三）
- 四、記名社債（三六五・商二〇六）
- 五、指圖債權（三六六）（商三六四・三六七・四六三・五二九參照）
- 六、地上權及び永小作權（一七七）
- 七、無體財產權（特許法四五・意匠法二五・實用新案法二六・商標法二四・著作權法一五ノ一）

#### 第五 權利質の實行方法

權利質の効力については質權の總則及び動産質不動産質の規定が準用されるのであるが（三六二ノ二・三四八・三五〇・二九七―二九九・三五四・三五六―三六〇）、民法は其以外に權利質の實行に關して特別規定を設けた。

- 一、民事訴訟法による執行（三六八・民訴五八一・六〇〇―六〇二・六一三）



二、直接取立(三六七) これは債権質に限る實行方法であるが、ここに取立と云ふのは廣く債権の内容を實現せしめる方法を執ることを云ふ。随つて作爲不作爲を目的とする債権についても取立があり得る。直接とは債権者から取立委任を受けることを要せぬを云ふ。即ち質権者は質権の實行として自己の名に於て取立をするのである。随つて質権者が取立をなし得るの故を以て權利質は債権譲渡なりと論すべきでない。併しながら質権者に直接取立権を與へた以上、質権設定者と第三債務者との間で辨濟免除其他の方法によつて債権を消滅せしめ得ないものと解すべきであるから、結果に於て債権譲渡と類似するが、然かも質権者は第三債務の免除をなし得ないによつても、其の債権譲渡にあらざることを知り得やう。株式の質入につき質権者が配當金を取立て得るかは疑問であつて、理論上消極に解すべきであらうが、實際株式については白紙委任狀を添へて入質する方法による流質も行はれ得ることであるから(商二七七)、多く取立の問題を生せぬであらう。なほ此直接取立が許された以上、動産質権

の特別實行方法(三五四)は債権質には準用なきものと解すべきであらう。

## 第五章 抵 當 權

## 第一 抵當權の意義及び性質

抵當權は債務者又は第三者が占有を移さずして債務の擔保に供した不動産につき他の債權者に先だつて自己の債權を満足せしめ得る物權である（三六九ノ一）。

一、抵當權は擔保物權である。而して質權の如く目的物の占有を其内容とせぬのであるが、結局目的物を處分し得ると云ふ支配權であるから、物權たるを失はぬのである。

二、抵當權は當事者の意思表示によつて設定されるのであつて、我民法は法定抵當權を認めない（八〇三・九三三参照）。而して物權の原則通り意思表示のみによつて成立する點に於て質權と異なる（一七六）。其意思表示は契約であるのが普通であるが、質權と異なり目的物の引渡を要せぬのであるから、理論

上遺言を以ても設定せられ得ぬことはない（舊擔二一二参照）。但し實際上の例は極めて稀であらうか。又この占有を内容とせぬ性質上、抵當權については質權と異なり取得時効の問題を生じ得ぬ。抵當權が債權と共に讓渡又は相續せられ得ることについては説明を要せぬ。

三、抵當權の設定者は債務者又は第三者であり、而して抵當權の目的物は抵當權設定者の所有物でなくてはならぬ。第三者が抵當權を設定した場合には質權に關する第三五一條が準用される（三七二）。

四、抵當權の目的物は不動産に限る。即ち民法は動産抵當を許さぬのである。蓋し動産は移轉も頻繁であり且同一の認識が困難であるから、占有を必要としない抵當權の目的物たるに不適當であると云ふのである。併し立法論としては動産抵當を許すべしとの論も有力であつて、既に現行法に於ても不動産即ち土地又は建物に非ざる左記の財産が抵當權の目的となり得る。

イ、立木（明治四二年法律第二二號・同四三年司法省令第五號・昭和六年法律

三九號）

ロ、船舶（商五四〇・五四一・六八六・六八八・船舶法三五・船舶登記規則）  
ハ、地上権及び永小作権（三六九ノ二）

ニ、特殊財團（鐵道抵當法・工場抵當法・鑛業抵當法・輕便鐵道法・軌道抵當ニ  
關スル法律）

ホ、鑛業權（鑛業法一五・一七・砂鑛法七）

ヘ、漁業權（漁業法七・八・一二）

ト、代位物（三七二・三〇四）

五、抵當權の設定に目的物の引渡を要せず、而して抵當權の内容として抵當物の占有を含まぬのは、抵當權の特色として最も重要な點である。即ち抵當權者は保管の煩累を受けず、抵當權設定者は用益の利益を喪はず、延いては一般經濟上も利益であること、目的物が不動産であるだけに殊に著しい。而して不動産擔保としては普通に抵當が用ひられ、不動産質は實用少なく、之を認めぬ立法もあるのは、抵當權に此特色があるからである。但し抵當權者は抵當物を

占有せすと云ふのは、其必要なしと云ふに外ならぬのであつて、占有をなし得ぬと云ふのではない。

六、抵當權は不動産上の物權であるから、原則に従ひ其發生消滅は登記をなすに非ざれば第三者に對抗し得ぬのである（一七七・不登一・一一七以下）。後述の如く抵當權の順位が登記の前後によつて定まるのは（三七三）、此原則上當然の事である。而して此原則については一般的にも登記を以て不動産物權の成立要件となすべしとの立法論があり得るが、抵當權に關して此立法論が殊に有力なるを覺ゆる。民法は何故に、質權については一般原則を破つて目的物の引渡を其成立要件とし（一七八・三四四）、抵當權についてのみ一般原則に執著したのであるか。

七、抵當權は不可分である（三七二・二九六）。

第二 抵當權の效力を受ける目的物の範圍

抵當權の目的物は、不動産であること前述の通りであるが、抵當權が其目的物

たる不動産の附加物又は従物にも及ぶかが問題である。學者普通之を抵當權の目的物の範圍の問題として取扱ふが、寧ろ抵當權の效力範圍の問題の一部分である。此問題の決定は先づ第一に抵當權設定行為の解釋によるべきであるが、抵當權設定當時の附加物及び従物は設定行為に反對の定めなき限り抵當權の目的の中に包含せらるるものと解すべきである（八七ノ二・二八一・漁業法八參照）。之に反して抵當權設定後に生じた附加物従物及び果實には設定行為に別段の定がない以上抵當權の效力が及ばぬものと解せざるを得ぬ。然るに民法は附加物及び天然果實については特別の規定を設けた（三七〇・三七一）（二四二但參照）。抵當權設定後に生じた従物及び法定果實については何等の規定がない故、抵當權者は此等に對して何等の權利を有せぬのである。立法論としては従物につき寧ろ抵當權實行の際の従物を標準とすべきではあるまいかと考へられる。

### 第三 擔保せらるべき債權の範圍

抵當權によつて擔保せらるべき債權の種類は質權について述べた所と同じで

ある。抵當權が擔保すべき債權の範圍についても、大體質權について民法第三四六條に規定する所と同様であるべきだが、抵當權の性質上目的物保存の費用及び目的物の隠れたる瑕疵によつて生じた損害の賠償を擔保すると云ふ問題を生せぬであらう。又登記法との關係上抵當權は登記された金額についてののみ第三者に對抗せられ得る（不登一一七・一二〇）。随つて抵當權實行の費用の如きは實際上擔保せられざる結果となる。利息其他の定期金については民法第三七四條に特別の規定が設けられて居る。同條第二項は明治三十四年法律第三六號を以て追加されたものであつて、其中に所謂「債務ノ不履行ニ因リテ生ジタル損害ノ賠償」とは遅延利息を意味するものと解すべきである（四一九）。

### 第四 抵當權の順位（三七三・一七七・三三九）。

### 第五 抵當權と第三取得者

抵當不動産の第三取得者、即ち抵當權の設定登記があつた後に抵當不動産上に所有權地上權永小作權等の物權を取得した者に對して、抵當權が對抗せられ

得ることは、物權の性質上當然である。併しこれが第三取得者に取つて望ましからぬことであること勿論であるが、我民法上第三取得者が右の抵當權を免かれ得べき次の三方法が存する。

- 一、代位辨濟（四七四・五〇〇—五〇三）
- 二、代價辨濟（三七七） 所有權又は地上權を買受けた第三者のみが行ひ得る方法であつて、賣主に辨濟すべき代價を抵當權者に支拂ふによつて抵當權を消滅させるのである。永小作權者に之を許さぬのは、永小作權は一時的對價によつて買受けるものではないからである。随つて地上權が地代支拂の義務を負ふによつて取得される場合にも亦此方法が行はれ得ぬものと解すべきである。此方法が行はれた場合には、辨濟された代價が債權額に満たぬ場合でも抵當權は消滅する。随つて抵當權者から請求した場合の外、此辨濟を許さぬのである。代價は全額を辨濟すべきであるが、もしそれが債權額を超過する場合には債權額だけを辨濟すべきである。而して抵當權者に辨濟した限度に於て第三取得者は

賣主に對する代價辨濟義務を免かれ、賣主は抵當權者に對する債務を免れる。此場合に於ける抵當權の消滅は相對的であるから、辨濟者が地上權買得者である場合には抵當權はなほ所有權の上に存し、辨濟者が所有權買得者である場合に其賣買以前抵當權設定以後に設定された地上權又は永小作權が存するときには、抵當權はなほ此等の權利の上に行はれる。

三、滌除 民法は更に佛法系の立法に倣つて獨民法の認めない抵當權の滌除と云ふ方法を設けた。即ち第三取得者が抵當權者に提供して其承諾を得た金額を拂渡し又は之を供託して抵當權を消滅せしめることを得、抵當權者もしそれを欲せずば、之に對抗して増價競賣を請求し、もし競賣に於て第三取得者が提供した金額より十分の一以上高價に抵當不動産が賣れぬ場合には、右の増價を以て自ら其不動産を買受けねばならぬのである（三七八—三八六・三四一・三六一・競賣法四〇以下）。此方法については左の諸點を注目すべきである。

イ、滌除をなし得るのは抵當不動産につき所有權地上權又は永小作權を取得

した第三者に限る（三七八・一七七）。但し代價辨済の場合の如く買得者たるを要しない。

ロ、自ら債務を負ふ者は滌除を行ひ得ない（三七九）。

ハ、停止条件附第三取得者は滌除をなし得ない（三八〇）。これは理論上當然の事であるが、誤解を避けんが爲めに言明したのであらう（一二九参照）。随つて規定なくとも始期附第三取得者につき同様に解すべきである。

ニ、債権者が滌除に對抗するに増價競賣の申立を以てすべきものとしたのは（二八四）、第三取得者が相當の金額を提供するにも拘らず之を拒むことなからしめんがためである。

ホ、滌除の結果は第三者の辨済となる。随つて拂渡され又は供託された金額だけ債権額が減少する。増價競賣の場合には競賣の一般原則に従ふ。抵當権者の買受の場合には、抵當権は消滅するが債権には影響がない。

ヘ、滌除は代價辨済とは異なり抵當権者よりの請求なく行ひ得、又代位辨済

の如く債権が辨済期に達するを待つを要せず、随つて債権が長期の場合及び債権額が不動産の價格よりも大なる場合には頗る第三取得者に好都合である。

ト、斯く第三取得者を偏重する點に於て立法上の批難があり得るが、不動産取引を容易ならしめる公益ありと見て之を許したのである。随つて抵當権設定行為によつて反對の定をなすも第三取得者の滌除権を奪ひ得ないものと解すべきである。

#### 第六 抵當権と賃借人

抵當権の登記前に其不動産につき賃借権を登記した賃借人は其賃借権を以て抵當権者に對抗し得る（六〇五・明治四二年法律四〇號）。然るに抵當権の設定以後に登記された賃借権は原則上之を以て抵當権者に對抗し得ない筈であるが、不動産利用の方法として其賃借關係をなるべく安定ならしめたいと云ふ立法趣旨に基づき、民法は一定の條件の下に抵當権の登記以後に登記された賃

貸借を以て抵當權者に對抗し得ることとした(三九五)。

#### 第七 抵當權の處分

抵當權は主たる債權に伴つて處分せらるべきであつて(昭和六年法律二〇號 抵當證券法)、債權が讓渡された場合には反對の特約なき限り抵當權も新債權者に讓渡されたものと解すべきである(獨民一一五三參照)。債權の一部讓渡の場合の抵當權の運命の如きも畢竟當事者の意思解釋の問題であつて、抵當權の分割讓渡も差支ない。更に又主たる債權を離れて抵當權のみを處分し得ないこと云ふ原則を絶対に貫くときは、取引上不便が多い故、民法は例外的に左の如き抵當權の處分を許した(三七五・三七六)。

一、抵當權者は抵當權を以て自己に對する他の債權の擔保に供することを得る。此處分行為の性質については權利質なりとの説もあるが、余は抵當權の解除條件附讓渡なりとの説に與みしたい。

二、抵當權者は同一の債務者に對する他の債權者の利益のために抵當權を讓

渡し得る。第一債權の限度に於てのみ第二債權を擔保するものであること、及び抵當權の爾後の存續は第一債權の存續を前提とせぬことを注目すべきである。

三、抵當權者は同一の債務者に對する他の債權者の利益のために抵當權を拋棄することを得る。これは所謂抵當權の相對的拋棄であるが、抵當權の絕對的拋棄が可能であることは固より云ふまでもない。

四、抵當權者は同一の債務者に對する他の抵當債權者の利益のために抵當權の順位を讓渡することを得る。これ即ち順位の交換である。而してこの順位の変更は各當事者の有する債權の全額について行はれるものではなくして、讓渡人の有する債權額の限度に於てのみ行はれるものと解すべきである。

五、抵當權者は同一の債務者に對する他の抵當債權者の利益のために抵當權の順位を拋棄し得る。即ち兩債權者は其相互間に於ては同順位者となるのであつて、此點が前記順位の交換と異なる。

## 第八 抵當權の實行

抵當權者は債務不履行の場合に抵當權を實行し得る。併し抵當權者は同時に普通債權者であるから、債務名義に基づく強制執行をなすことも妨げられぬのであるが、配當辨濟は先づ抵當不動産の代價から受くべきである（三九四）。其他抵當權の實行については左の諸點を注目すべきである。

- 一、實行前に第三取得者に通知を要する（三八一・三八二ノ二）。
- 二、實行方法は競賣を原則とする（三八七・競二以下）。併し抵當については民法第三四九條の如き制限がないから、當事者は流抵當其他の抵當權實行方法を特約し得る。
- 三、第三取得者も亦競買人たり得る（三九〇）。
- 四、土地と其上に存する建物とが同一所有者に屬して其一のみが抵當となされた場合に、競賣の結果建物が收去せられねばならぬ不經濟を顧み、民法は其場合に法定地上權を發生せしめる規定を設けた（三八八・二六八・一七七）。此

規定は公益規定であると同時に當事者の意思の推測も加はつて居るのであるから、濫りに擴張解釋をなすべきでないが、他方又反對の特約を全然無効とすべきではあるまいと思ふ。

五、抵當權設定後に設定者が抵當地に建物を築造した場合には、抵當權者は土地と共に其建物を競賣し得る（三八九）。これは設定者の行爲によつて抵當權者が損害を受けることを防ぎ、且建物收去の不經濟を救はんとしたのであつて、抵當權の目的たらざる物が競賣せられる特例である。

六、第三取得者の費用償還請求權は競落代價から最先に辨濟を受ける（三九一）。

七、同一債務のための抵當たる數箇の不動産が存する場合につき、他の權利者に對する公平を期するため、民法は代價の配當に關し特則を設けた（三九二・三九三）。

## 第九 抵當權の消滅



抵當權は物權一般の及び擔保物權一般の消滅原因によつて消滅する(三七七・三七八・競二ノ二参照)。民法は抵當權の消滅と題して三ヶ條の規則を設けたが、第三九六條は擔保物權の性質上寧ろ當然であつて、却つて不消滅を絶対的としなかつたのを怪しむべく、第三九七條は取得時効の性質上當然であり、第三九八條も亦抵當權設定者の義務上當然である。

昭和三年十月六日初版印刷  
 昭和三年十月十日初版發行  
 昭和六年九月二十一日訂正再版印刷  
 昭和六年九月二十五日訂正再版發行

債權各論擔保物權奥附  
 定價金五十錢

著者 穂積重遠  
 發行者 江草重忠  
 印刷者 高見澤保芳

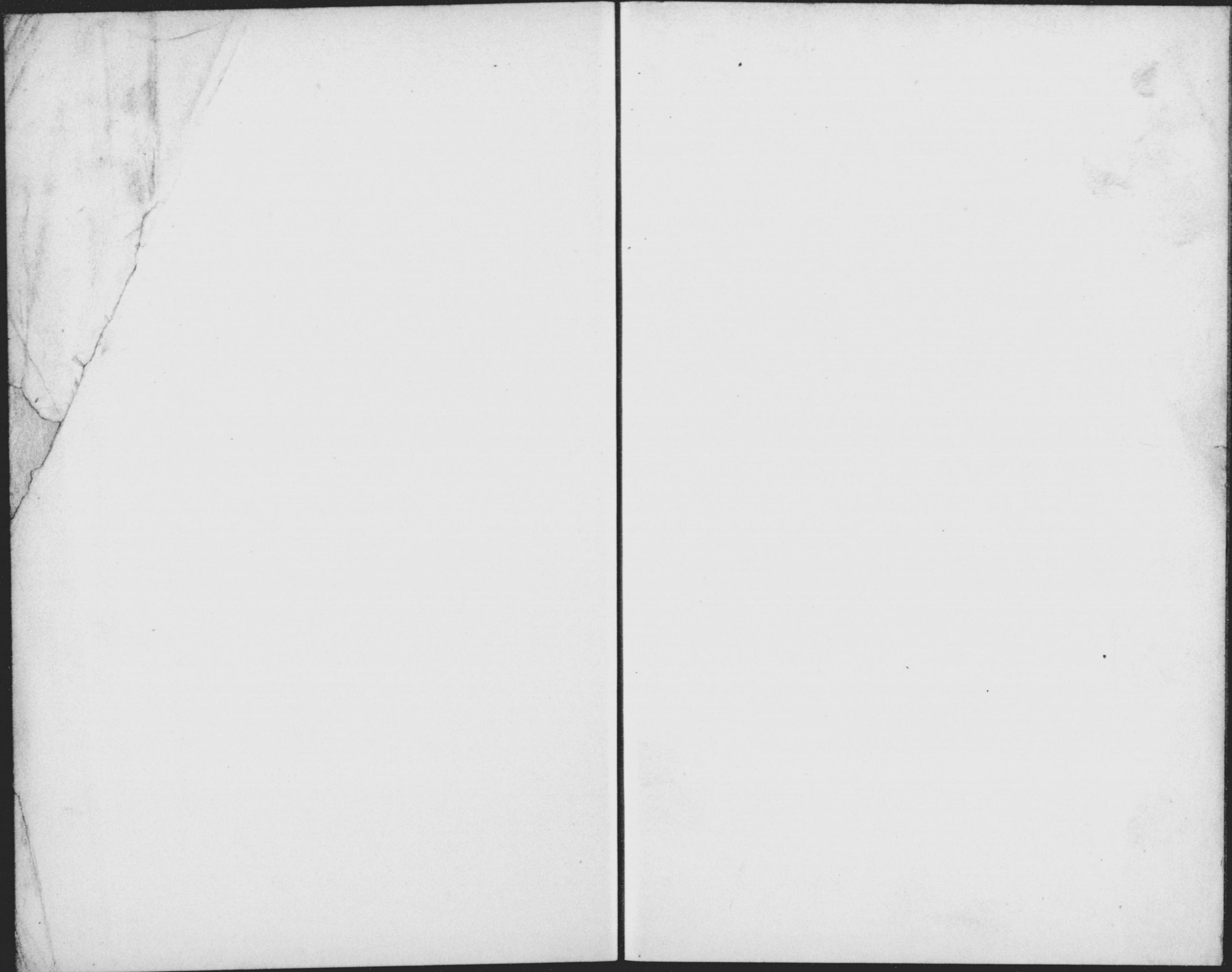
東京市神田區一ツ橋町五番地  
 電話九段(3)〇三二二五  
 振替貯金口座東京三七三〇番

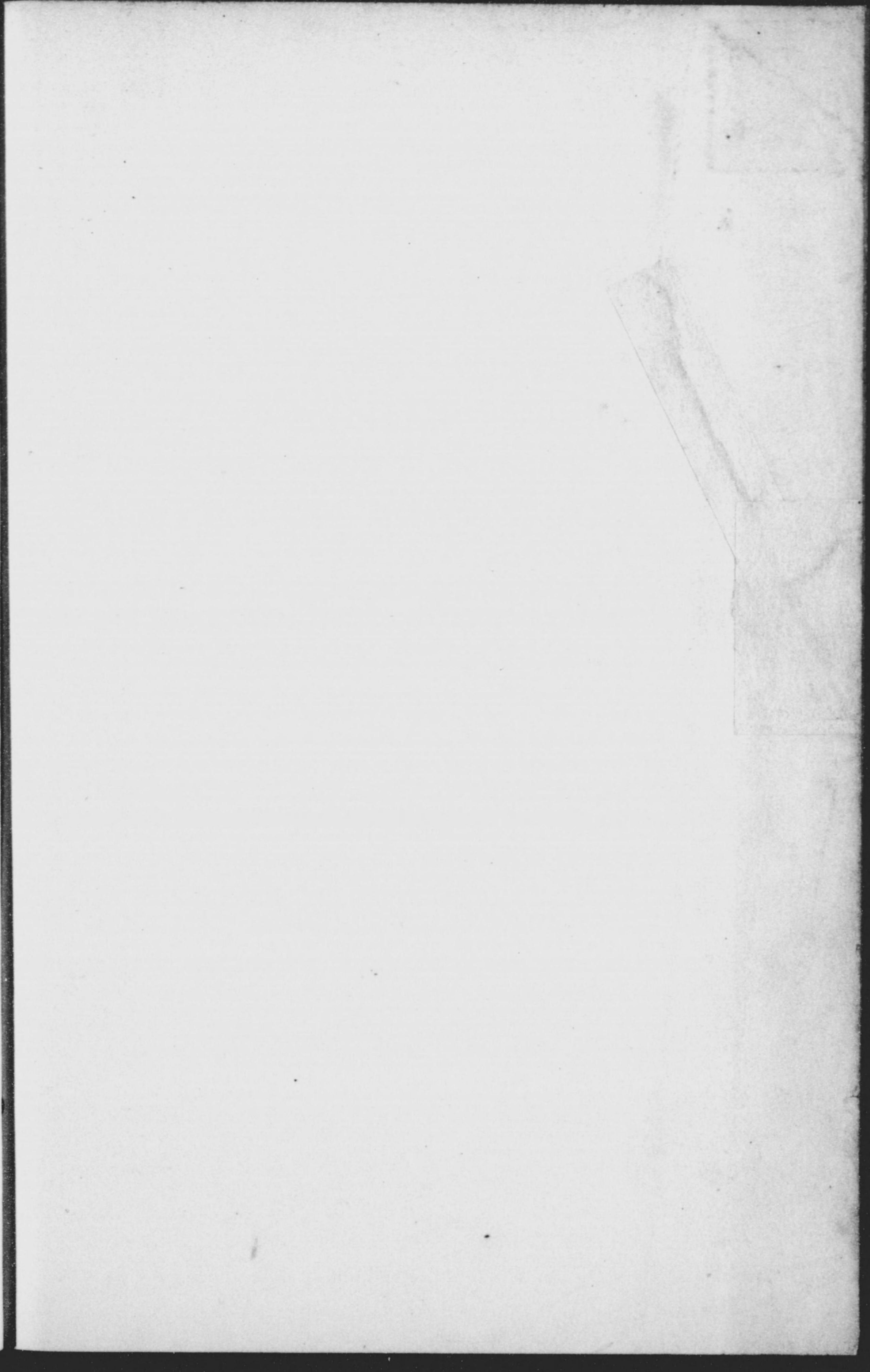
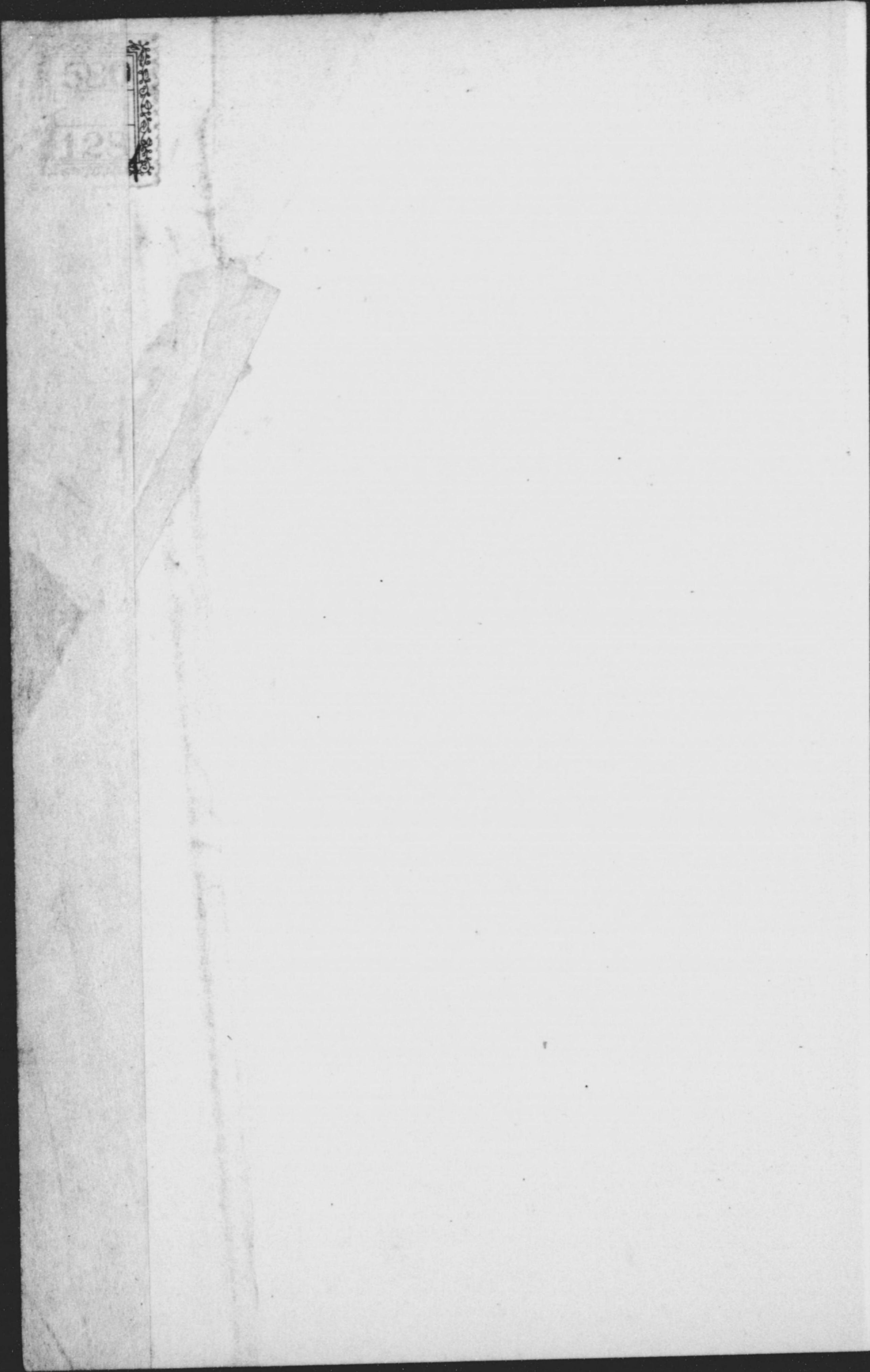
東京市本郷區森川町一番地

發行所 有斐閣  
 賣捌所 有終閣

著作權所有

株式會社 一匡印刷所





14 577 3-20 1992  
14

580  
128

