

○八條を類推して、必要費および有益費の返還請求權を持つてゐるものとせねばならぬのである(六〇八條参照)。

地上權者の地上物收去權に對して、土地所有者には地上物買取權が與へられてゐる(二六九條一項但書)。借地法においては、進んで、土地所有者に地上物買取義務が課せられてゐる(借地法四條)。なほこの買取權は、地上物の收去に關する權利義務と同様に、反對の慣習ある場合には、その慣習に従ふのである(二六九條二項)。

### 第三節 永小作權

#### 第一款 永小作權の意義および性質

永小作權は他人の土地を使用して耕作または牧畜をなす權利である(二七〇條)。我が國において普通に行はれてゐる小作においては、永小作權に基くものは極めて少く、その多くは賃貸借によるものであることを注意せねばならぬ。従つて物權たる永小作權と債權としての賃借小作權とは區別されねばならぬのである。賃貸借による小作においては小作人の地位は極めて薄弱である。たとへば、土地所有者の變更に對する對抗力なく、期間の保障が全くなく、小作地の讓渡性および擔保性がない。宅地の賃貸借については幾多の立法がなされ、民法の原則を修正して賃借權の強化が企てられたのに對し

て、耕作地の賃貸借は捨てて顧みられなかつた。これ今日なほ永小作權を中心として耕作權の確立・強化が叫ばれる所以である。

永小作權は他人の土地の上の權利である。しかも耕作または牧畜を目的とする權利である。耕作および牧畜の意義は經濟學上の見解に従ふべきである。永小作權の本質は土地の使用に存する。従つて占有すべき權利を包含することについては、地上權と同様である。だが、小作料を要件とする點において地上權と異つてゐる(二七〇條)。永小作權は相續性および讓渡性をもつてゐる。

#### 第二款 永小作權の取得と存續期間

一 永小作權は、地上權と同様に、通常、法律行為すなはち永小作權設定行為によつて取得される。遺言による設定・取得もまた可能である。讓渡・相續および取得時効(一六三條)によつてもまた取得される。

#### 二

永小作權の存續期間については次ぎの二つの場合を分つて考へることができる。

一 設定行為によつて定まる場合(二七八條一項) なほ永小作權の設定契約はこれを更新することをうる(二七八條二項)。民法施行前において設定したる永小作權については、民法施行法第四七條一項および

び三項の規定が参照されねばならぬのである。

二 設定行為をもつて定めない場合(二七八條三項) 民法施行前において期間を定めずして設定せられたものについては、民法施行法第四七條二項の規定が参照されねばならぬのである。

### 第三款 永小作權の效力

#### 第一 土地使用權

永小作人は土地において耕作または牧畜をなす權利をもつてゐる(二七〇條)。すなはち、これは一定の目的のための土地の使用および收益權である。従つて、耕作および牧畜といふ一定の目的のために必要な限りにおいては、附屬的工作物を所有することを妨げないものと解すべきである。だが土地に永久的な損害の生ずべき變更を加へることをえない(二七一條)。但し異つた慣習のある場合にはそれに従ふ(二七七條)。

#### 第二 永小作權者の處分權

永小作人はその權利を他人に讓渡しうる(二七二條本文)。擔保性についても同様である(三六九條二項)。永小作權の讓渡は設定行為をもつて禁止することができる(二七二條但書)。讓渡禁止は同時に擔保禁止であると解すべきである。この禁止についての登記は物權的效力を生じる(不登法一二二條)。

### 第三 永小作料支拂義務

永小作料支拂義務は永小作權の要素である。永小作料は設定行為によつて定まる。永小作料の種類および額に關しては何等の制限がない。定期の小作料の支拂に關しては、賃貸借の規定が準用される。だから、小作料の支拂時期(六一四條)、支拂の場所(四八四條)、支拂の費用(四八五條)、土地の一部滅失による小作料減額請求(六一一條)、小作料についての土地所有者の先取特權(三一二條次下)などは、すべて賃貸借にけると同様である。但し異つた慣習があればそれに従ふ(二七七條)。

民法第二七四條および第二七五條は、永小作人の永小作料支拂義務に關する特則である。これ等の規定の立法理由をば、永小作における低率的小作料に求めるのは妥當ではない。これ等二つの規定は賃貸小作人の借賃減額請求權に關する規定(六〇九條)さへもが苛酷であると考へうるのに比較して、餘りにも殘虐であるとせねばならぬのである。

#### 第四 永小作料支拂義務以外の永小作人の義務

永小作人の義務については賃貸借に關する規定が準用される(二七三條・二七七條)の結果として、永小作人にはなほ次ぎの義務があるわけである。すなはち、(1)土地につき權利を主張する者ある場合の通知義務(六一五條)、用法に従つて使用・收益をなす義務(六一六條・五九四條一項)などがこれである。

## 第四款 永小作權の消滅

物權一般の消滅原因以外の永小作權消滅原因としては、次ぎの二つを挙げれば足りる。

- 一 永小作權の拋棄(二七五條・二七七條) この規定が永小作人の保護規定であるとは解し難い。
  - 二 土地所有者の解除(二七六條・二七七條) 地上權における諸場合と同様である。
- 永小作權消滅の効果は地上權消滅の効果とほぼ同様である(二七九條參照)。

## 第四節 地 役 權

## 第一款 地役權の意義および性質

土地相互間の利用を調節するがために、民法は、既に述べたやうに、相隣關係に關する規定を設けてゐる。それは法律上當然に生じる利用の調節たる性質をもつてゐる。これに對して、法律の規定するこの最小限度の調節を超過して、更により大なる調節をなさうとするものが、すなはち地役權である。それは當事者間の契約によつて生じる物權であつて、所有權に從たるものである。すなはち、地役權は、一定の土地の便益に供するがために他の土地の上に支配を及ぼす權利であつて、たとへばその上を通行し、その土地から引水し、あるひはその土地に一定の建物の建設を禁ずることなどを目的とするものである。

地役權は一定の目的に從つて他人の土地を自己の土地の便益に供する權利である(二八〇條)。從つて必ず二個の土地の併存を要素とする。便益を受ける土地を要役地、便益に供せられる土地を承役地といふ。言ひ換へるならば、地役權は要役地と承役地との間の法律關係である。しかしながら、それは必ずしも土地所有者間の關係に限るものではない(二八一條一項參照)。從つて、地役權設定後において地上權者・永小作人または賃借人がその地役權を享有しうることに對しては疑がないが、これ等のものがその借地のためにまたはその上に地役權を設定しうるか否かについては争があるが、現代における土地賃借權の社會的機能に鑑みこれを積極すべきものとせねばならぬのである。

地役權を特色付ける性質は、地役權の附從性(二八一條一項)と不可分性(二八二條二項)とである。しかしこの特質は色々な方面においてその適用を見るのである。

## 第二款 地役權の種類

## 一 作爲の地役權と不作爲の地役權

地役權者が一定の行爲をなすことができ承役地利用者がこれを忍容する義務を負ふ場合の地役權をば作爲の地役權と呼び、承役地利用者が一定の利用をなさざるの義務を負擔するものを不作爲の地役權といふのである。

**二 繼續地役權と不繼續地役權**

地役權の内容の實現が間斷なく繼續するものを繼續地役權と呼び、その内容實現に間斷あるものを不繼續地役權と云ふのである。

**三 表現地役權と不表現地役權**

地役權の内容實現が外部的に認識しうるものを表現地役權と呼び、然らざるものを不表現地役權といふのである。

**第三款 地役權の取得と存続期間****一**

地役權の取得は設定契約によるものが最も多い。だが遺言による設定・取得も可能である。設定契約は有償たると無償たるとを問はない。このほか、讓渡・相續・時効などによつて取得される。但し時効によつて取得しうるものは繼續且つ表現の地役權に限る(二八三條)。共有地のために共有者の一人が地役權をば時効取得すれば、これによつて他の共有者もまたこれを取得する(二八四條)。地役權の不可分性の一つの表現である。

**二**

地役權設定者はその權利の存続期間を定めることができる。それでは、地役權の存続期間はこれを

永久と定めうるか。永小作權については明文をもつてこれを否認されてゐるが(二七八條)、地役權については規定がない。しかしながら、地役權は所有權を制限する範圍狹少であつて、且つその範圍内においても所有權を全然奪ふものではないから、これを肯定的に解すべきものとせねばならぬのである。

**第四款 地役權の效力****第一 地役權者の承役地使用權**

地役權者は、一定の目的および方法によつて、自己の所有地の便益のために、承役地を利用する權利をもつてゐる(二八〇條)。だがこの利用に際しては、要役地および承役地の利益を考慮して地役權の内容が定められねばならぬ(このことを稱して地役權の相對性といふ)。民法がこれについて明言してゐるのは用水地役權(二八五條・不登法一一三條)と承役地内に設けられた工作物(二八八條)とについてである。

**第二 地役權者の處分權**

地役權の處分は常に要役地の處分に伴ふのである。地役權の附從性の結果である。第二八一條は地役權の附從性の一つの表現である。

地役權者は地役權のみを單獨に讓渡しまたは他の權利の目的となしえない(二八二條二項)。地役權の不可分性の表現である。地役權の不可分性の故に地役權は要役地または承役地の全部に及んでゐるもの

とされ、従つてその一部のために處分することを許されない。第二八二條はこの意味を表現してゐるものとせねばならぬのである。

### 第三 承役地利用者の義務

承役地利用者の中心的義務は、地役権者の行爲を忍容し、または一定の利用をなさざる不作爲の義務を負ふことである。地役権者が承役地利用者の設けた設備を利用する權利を有してゐる場合には、その設備を濫りに變更せざるの義務を負ふのである。

設定行爲または特約によつて、承役地の所有者がその費用をもつて地役権行使のために工作物を設けまたはその修繕をなす義務を負担した場合には、資格債務として、特定承継人もまたこれを負擔する(二八六條)。尤も承役地の所有者は何時にても地役権に必要な土地の部分を委棄してこの負擔を免れうるのである(二八七條)。委棄によつて所有權が地役権者に移轉したときには、地役権は混同(一七九條一項)によつて消滅するものと解すべきであらう。

### 第五款 地役権の消滅

#### 一

地役権の消滅事由として特に考慮すべきものは承役地の時効取得と地役権の消滅時効とである。

承役地が第三者によつて時効取得せられた場合には地役権は消滅する(二八九條)。だが承役地が第三者に時効取得せられる場合に、地役権者がその權利を行使すれば、時効取得の基礎たる占有が地役権による制限を受けることとなるから、たとへ承役地は時効取得せられるとしても、地役権は消滅しない(二九〇條)。

地役権が第一六七條二項の規定によつて消滅時効にかかることは勿論であるが、第二九一條はその起算點を規定してゐる。要役地が共有地である場合の地役権の消滅時効については第二九二條の規定がある。すなはち消滅時効は全共有者について完成した場合にのみ效力を生じる。また地役権者が地役権内容の一部のみを行使する場合には、その不行使の部分のみ時効によつて消滅する(二九三條)。

#### 二

地役権消滅の効果については民法上には直接的な規定がない。従つて、地役権者の附屬せしめたものは特約なき限り、添附の原則(二四二條)によつて承役地所有者に歸屬するものと解さざるをえない。尤もこれに對しては、舊地役権者は報償請求權(二四八條)を有すべきは當然のこととせねばならぬのである。

## 第五節 入 會 權

## 第一款 入會權の意義および性質

入會權は我が國古來の慣習上の權利である。すなはち一定の地域の住民が一定の場所において共同して収益をなす慣習上の權利である。民法はこれについて僅かに二個の規定(二六三條および二九四條)を設けてゐるに過ぎず、しかもその内容は各地の慣習に従ふことを主とするものである。

入會地は山林原野たることを通常とするが、また水面である場合もある。共同収益の種類は頗る多岐多様であつて、雜草・秣草・薪炭用雜木などの採取や、灌漑用水を乾して魚類を捕ふことなどは廣く行はれてゐるところである。

入會の態様は多種多様であるが、その主なるものは次ぎの如くである。

- 一 村中入會 これは單獨部落民の入會の態様である。
- 二 數村持地入會 これは甲乙兩部落などの入會の態様であつて、土地所有權が各々平等であり、従つて、使用・収益・管理についてもまた平等の權利を有し義務を負ふわけである。
- 三 他村持地入會 これは、たとへば甲部落の所有地に甲乙兩部落民の入會ふ態様である。
- 四 個人有部落入會 これは、民法施行後、ローマ法的所有權概念に基いて、部落民の入會地をば、名義人本

位でその地盤所有權を賣買したり、名義人の名義であつたことを奇貨としてその債權者がそれを處分して自己の個人所有としたことのために生じた入會の態様である。この態様は前三者に比して比較的少ないが、しかし、これが判例過程に現はれてゐるところを見ると絶無ではないとせねばならぬのである。

五 官有地入會 明治初年までかかる入會の存在したことは明らかであつて、明治七年の地租改正處分によつて、部落が有してゐた林野が官有とされたがために、その土地の上に從來存在した入會權が問題となつたわけである。判例は官有地には入會權存在せずとの見解を採つてはゐるが、明治七年以後における土地の官私區別は、税制確立の目的を有してゐたものであつて、財産沒收と見るべきものではないから、入會權は消滅したものとは解すべきではない。官有地の上には入會權は存在しないとす判例の見解は批判されねばならぬ。農山村における實情に鑑み、官有地における入會權は確認されねばならぬのである。

入會權の主體は一定の地域と結び付いた住民であり、部落的共同生活を基礎とする住民である。従つて、部落を離れた個人には入會權上の權利義務はなく、また、入會權とは無關係な他の個人がその部落に這入るとしても、部落的協同生活關係に包容されない限り、入會關係は成立しないものとせねばならぬのである。

入會權の法律的性質については、我が民法は、(イ)共有の性質を有するもの(二六三條)と、(ロ)共有の性質を有しないもの(二九四條)との二種があるとして、前者については共有の規定を適用し、後者については地役權の規定を準用するのである。

入會權は不動産に關する物權ではあるが、不動産登記法上の登記をもつて對抗要件とした規定がないのみではなく、その權利の性質上、登記なくして當然に第三者に對抗しうるものとせねばならぬのである。

### 第二款 入會權の取得

入會權の取得は、部落としての入會權の取得すなはち入會關係の發生と、部落民として收益をなす固有權たる入會權の取得とを區別せねばならぬ。

部落としての入會權の取得すなはち入會關係の發生は大部分古來の慣習に起因するものである。契約による入會關係の發生もまた可能である。民法上確固たる地位を占めてゐる入會權の設定のみを契約から除外すべき理由はない。

部落民としての入會權の取得は當該部落民が部落的協同生活關係に抱擁されてゐるか否かによつて定まる。すなはち當該部落民は部落民たるの資格によつて入會權を取得するわけである。

### 第三款 入會權の效力

#### 第一 共同收益權

入會權の内容は何よりも先づ共同收益行爲をなしうることである。收益權は平等であるが、この場合における平等は數學的平等ではなくて、家を單位としての平等である。この共同收益權こそは現行法上の入會權の本來的效力である。共同收益の内容および範圍は、無批判的な慣習的踏襲によつて定まるのではなくて、入會權者の決議・契約などによつて協定されたものが慣習として繼受されたものと解されねばならぬのである。

#### 第二 入會權侵害に對する效力

入會權者のある者がその收益權限の範圍外の收益をなす場合には、部落的協同體の統制を紊すのみならず、各部落民の收益權能を侵害するものとして、團體の統制規範によつてこの不法行爲の停止および損害賠償をば、部落それ自體において、あるひは部落民各自において、なしうるものと解すべきであらう。第三者による侵害においても、入會權者相互間の侵害におけると、理論を異にする理由はない。

### 第四款 入會權の消滅

入會權の消滅もまた、入會權の取得におけると同様に、部落として有する入會權と部落民として有する入會權とを區別すべきである。

部落の有する入會權は、土地の滅失によつて消滅することは言ふまでもない。地盤が他人の所有で

ある入會地における入會は、その目的たる収益が不能となつたときに、入會權は消滅する。部落の意思による入會權の廢止・入會關係の消滅は、別段の慣習ある場合のほかは、入會權者全部の同意をもつてするのでなければ、これをなしえないものと見るべきである。

部落民として有する入會權は、部落民たるの資格において取得したものであるから、部落民としての資格を失つた場合には、入會權の消滅することは當然のこととせねばならぬのである。

### 第三編 債 權



## 第一章 總 說

### 第一節 債權の本質

人が人に對して一定の行爲を請求しうるといふ限りに於いて、人の人に對する事實的支配が直接的形態をとるところの財産法的關係を呼んで、債權關係といふ。その法律構成的内容は債權債務の不可分離的な相關關係である。そして、この相關關係は、靜態的な相關關係ではなくて、一定の債務を對象とする債權が自らを物權または物的價値に轉換しやうとする目的の相關關係である。それはまた、債務者の給付行爲によつて發生する利益を内容とする權利すなはち債權によつてその成立が意義付けられ、かかる權利の變動によつて發展し、終ひにはかかる權利の内容の實現・満足によつて消滅する法的關係であるとも言ひうるのである。

債權關係における本原的なものは債權である。債權は債務者をして給付をなさしめる權利である。給付は債權本來の目的を達成せしむべき債務者の行爲である。従つて、給付は、單に債務者が給付をなす行動すなはち給付行爲のみを意味するのではなくて、債務者の給付行爲を介して債權關係の目的とする給付結果の發生することを意味するものと言はねばならぬ。言ひ換へるならば、債務者の實行

する給付行爲とその給付行爲によつて債権者が受得する給付結果との統一がすなはち給付である。従つて、いはゆる履行もしくは辨済は債務者の給付行爲のみを意味しない。履行・辨済は、その本質において、給付結果の發生を意味し、債権者が債権關係の目的とする給付結果を受得することを意味するものとせねばならぬのである。かかる給付結果の實現のために債務者がなすべき行爲として負擔する給付行爲を請求しうるといふ意味において、債権は、債権關係の手段的媒介體として理解されるのである。債権法は、かかる意味における債権のために、發動するものである。

債権の觀念を明らかにするために、債権に接近し類似する諸觀念との對照的關係を見てみよう。

### 第一 債権と訴権

私権は、一般に、利己的利益の満足といふことのために、法によつて是認され法によつて保護されてゐる力である。そして、人間の社會的生活過程の發展の現段階においては、かかる力の源泉は國家に在る。人間の社會的生活關係が國家といふ特殊な社會形態によつて制約される現代においては、私権の保護は、國家機關としての裁判所によつて實現されてゐる。私権の保護が裁判所によつて保護されてゐるといふ意味において、法の保護は訴権によつて實現し、裁判所によつて實行されるものといふことができる。

債権が私権であつて、しかも重要な財産權であることは言ふまでもない。従つて、債権に對する法の保護もまた訴権を前提としてゐる。しかしながら、訴権と債権とは、各々異つた法域を支配する獨立の權利であつて、そのいづれも他の權利の從たる權利ではない。訴権は、自己の權利を確定または保護せんがために、國家に對して判決を請求する權利であつて、公權である。債権は、給付結果の實現を目的とする私権であつて、債務者が信義誠實の原則に従つてその債務を履行する努力を致さない場合に訴の方法によつて債務者の全財産について給付結果を受得しうる法的な力である。かかる法的な力は、歸するところ、いはゆる強制執行において表現されるのである。

強制執行が債務者の全財産についてなされうる場合には、これを債務者の無限責任と呼び、これに對して、法律の規定または契約によつて、債権者が債務者の資力の一部についての強制執行をなしうる場合には、これを債務者の有限責任といふ。有限責任は、これを量的有限責任と物的有限責任とに分つことができる。量的有限責任は一定の量的最高額を限度として辨済の責に任じるものであつて、この價額の範圍内において、強制執行の目的たる財産に區別なく強制執行をなしうるものである。たとへば合資會社・株式會社などの有限責任社員が一定の出資額を限度として負擔する責任(商一〇四條・一〇八條・一四四條)、鐵道運輸規定第四八條・郵便規則第八九條などによる責任の如きである。物的有限責任は債務者が特定の財産のみをもつて債務の辨済に充てるものであつて、強制執行が限定せられるものである。たとへば、被相続人の債務を相続したものが限定承認をなした場合の責任(一〇二五條以下)、

船舶委付による責任(商五四四條)、預證券の所持人の債權者に對する責任(商三六七條の二)、商法上の流質契約による債務者の責任(商二七七條)などの如きである。

## 第二 債務と責任

債權關係の法律構成的内容は債權と債務の不可分離的相關關係である。この關係の下においては、常に、債權が本原的なものであつて、債務は、その反映乃至は相關として、債務者側における拘束的なものとして、現はれる。ところが、かかる債務と並んで責任を區別すべきであるといふ説が、ドイツ固有法以來盛んに行はれてゐる。債務は履行すべき義務であつて、責任はその義務に對する擔保であるとなすのである。我が國においても、兩者を區別すべきであるとなす説が少くはない。そして、かかる見解に立つ人々は、多く、責任なき債務(多くは自然債務をその例とする)を認めると共に、債務なき責任の存在を認めるのである。しかしながら、少くとも債權法の領域においては、債務のない獨立した責任はこれを認めえない。保證債務については問題があるかに見える。だが保證債務において、債務と責任とがその主體を異にするかの如く考へられるのは、債務自體と、その目的たる主たる債務とを混同するものである。停止條件附債務の保證の如き將來債務に對する保證債務もまた債務なき責任とは言ひえない。この場合には、觀念上區別されうるかも知れない責任もまた停止條件附に成立するものと見るべきである。

擔保物權の領域においては、債務なき責任すなはち債務から獨立した責任が現出するかに見える。債務と責任とを區別する人々が例として擧げるものも、主として、この領域に屬してゐる。債務から獨立する責任として擧げられるものに根抵當がある。しかしながら、根抵當から生じる責任關係は、停止條件附債務の保證と同様に、債務なくして責任のみが存在する場合ではない。債權未成立中の根抵當は、債務なき責任状態ではなくて、債務でもなければ責任でもない一種の價值權ともいふべきものであつて、民法第一二八條の權利と類似するものと見るべきであらう。更にまた債務なき責任の例とされるものに物上保證人の責任がある。しかしながら、これとても債務なき責任とは言ひえない。何故ならば、物上保證は、その成立・存続・消滅において悉く原債權の從として、その運命に従ふものであり、その存在の目的は債權の擔保力を強大ならしめることに存するのであつて、その限りにあつて債務の主體と責任の主體とが分離しうべきことを認められるに止まり、債務と責任との分離が認められたものとは解し難いのである。

おもふに、現代の法的關係の實際においては、債務を負ふ者は責任を負ひ、責任を負ふ者は債務を負ふのが常態である。ローマ法を繼受したと考へられる我國の現行法制の下においては、債務關係は、原則として、債務と責任との結合した單一的關係である。債務は常に責任と結合し、また多くの場合において人的無限の責任と結合する。人的無限の責任は現代法制の下における債務の通常の附隨

的現象であることと見ることが出来る。しかも、今日の如く、訴訟法の發達・完備せる時代においては、債權は、當然に、訴訟法上の保護を受け、且つ原則として債務者の總財産を擔保として成立するものであるから、債務と責任とを區別する實益は存在しない。従つて、立法論的考察の對象とされる場合は別として、現行財産法の客觀的理解のためには、兩者を觀念的に區別することもまた實益なきものとせねばならぬのである。

### 第三 自然債務

自然債務と責任なき債務とは必ずしも同一の觀念ではない。自然債務は訴權なき債權に對應する觀念であつて、債權者は訴の方法によつて債務の履行を強制しえないものである。責任なき債務は、債務と責任との分離を前提とし、債務だけは存在するが責任は存在しないとされるものである。しかしながら、實際上の取扱ひにおいては、兩者の間に差異なきものの如くである。

我が現行民法において自然債務なるものを認めべきか。問題となるのは、時効によつて消滅した債務と不法の原因に基く債務とである。これ等は、外見上は、いはゆる自然債務であるかに考へられるが、しかし、これ等は債務として存在するが故に法律上のある效力を認められるのではなくて、それぞれにおける特別な理由に基くものと解すべきである。すなはち、時効にかかつた債務は、債務者が任意にこれを辨濟すればその辨濟が有效となるのであるが、これは、債務も責任も時効の完成と共に消

滅し(二六七條参照)、ただ債務者が時効による利益を拋棄してこれを援用しないときは(一四五條参照)一旦消滅した債務と責任とが共に復活することを認めるに過ぎないのであつて、時効完成後にはゆる自然債務の存在することを認めたものではない。民法第五〇八條もまた、専ら衡平の觀念上一定の條件の下において相殺權を認めた特別規定であつて、被相殺者の側に自然債務を認めたものではない。不法原因に基く債務はそれ自體無効であつて成立しない(九〇條)。従つて給付義務の發生することもないが、一旦給付すれば返還を請求しえないから(七〇八條)、外見上、いはゆる自然債務であるかの如く思はれる。しかしながら、給付したものの返還を求めえないのは、給付が履行として有効であるからではなくて、不法なる行爲をなして自ら損害を被つた者は保護に價しないといふ理由に基くのである。利息制限法の限度(利息制限法二條)を超過する部分の利息の支拂もまたこれと同一の理由によつて取戻しえないとなす有力な見解があるが、賛し難い。利息制限法超過利息については、民法第七〇八條但書の適用を認め、債務者は給付したものの返還を請求しうるものと解すべきである。これを要するに、法律規定によつて生じる債權にして自然債務を發生せしめる場合は存在しないものとせねばならぬのである。

## 第二節 債權と人格權・物權および請求權

債權は、既に述べたやうに、特定人が自らの利己的利益の満足を得るがために、他の特定人に對し

て、特定の給付を請求する私法關係上の權利であつて、それは、通常、訴權によつて保護せられるものである。債權のこの性質をより一層明らかならしめるがために、私法關係上の他の諸權利との對立的關係を考察してみよう。

### 一 債權と人格權

債權と人格權とは異つてゐる。親族關係から發生する權利、たとへば親權・戸主權・夫權などは、それぞれの權利者の他の特定人に對する權利たる點において債權とは似てはゐるが、それ等はその性質上支配權であつて、請求權ではない。また、これ等の權利から請求權が生じることがないではないが、しかし、それは特殊の身分關係を前提とするものであるから、債權ではない。従つて、かかる權利に對應する義務は強制履行を許さないものとせねばならぬのである。たとへば夫婦同居の義務(七八九條)の如きがこれである。扶養を受ける權利(七四七條・七九〇條参照)は、一見、債權的請求權であるかに思はれるが、しかしそれが特殊なる身分關係を前提としてゐる點において、また讓渡などによつてこれを處分しえない點(九六三條)において、財産權たる債權とはその性質を異にしてゐるものと言はねばならぬ。

### 二 債權と物權

兩者はその法律構成的性格を異にしてゐる。債權は特定人に對する請求權であるが、物權は、直接

具體的には、特定物に對する支配權である。兩者の差異は、大體、次ぎの諸點において見出される。

1 物權的排他性の有無。 物權は物に對する支配權であるから同一物につき同一の内容・性能・順位・範圍を有する二個の物權の併存を許さない。すなはち物權は排他性をもつてゐる。従つて二個の物權が競合する場合には、いはゆる順位の問題を生じる。債權は、かかる排他性を有しないから、同一債務者に對して同一の給付を内容とする數個の債權の成立が可能であり、且つその成立の前後によつて權利の優劣を生じることはない。

2 物權的請求權の有無。 物權にはいはゆる物權的請求權がある。すなはち物權内容の完全なる實現が何等かの事情によつて妨げられてゐる場合にはその妨害原因を排除し物權内容の完全なる實現を可能ならしめる行爲をば、その妨害を生ぜしめつつある地位にある者に對して、請求することができ。債權にはかかる請求權が存在しないから、債權が侵害された場合には、損害賠償の請求によるほかはない。

3 物權と債權との競合。 同一物について物權と債權とが競合する場合には、物權は債權に優先する。たとへば、債務者破産の場合には、債務者の財産の上に質權あるひは抵當權の如き物權を有する者は、その物權の目的物についていはゆる別除權(破九二條以下参照)を行使しうるが、これに反して、單純なる債權者にかかる權利を有しない。

## 三 債權と請求權

債權は請求權の一種である。だが請求權は常に債權ではない。一般に請求權といふ場合には、債權のほか、いはゆる物權的請求權をも包含するのである。しかしながら、物權的請求權は、物權的絶對性に基くものであつて、債權とは異つてゐる。但し物權の侵害による損害賠償請求權は、一般不法行為による損害賠償請求權と同様に債權である。

## 第三節 被侵害利益としての債權

一定の社會的利益が、權利として、特に法によつて保護されるがためには、この社會的利益を侵害しやうとする對立物の存在が豫定されねばならぬ。言ひ換へるならば、權利が權利としての現實性をもつのは、その權利が、常に、侵害の危険に曝されてゐるからである。蓋し侵害される危険のないものにとつては、防衛・保護といふことは意義をもたないからである。債權もまたそれが權利である限り、その侵害の危険に對しては、防衛・保護されねばならぬ。債權侵害に對する防衛・保護の法律的手段は訴權である。しかして、訴權に現實性を賦與するところのものは、強力なる國家權力の保障である。

債權に對する侵害としては、二つのものを豫定することができる。すなはち、一つは債權に對する直接的對立物としての債務の側からの侵害・内部的關係における侵害であり、他は間接的對立物としての第三者による侵害・外部的關係における侵害である。

## 一 内部的關係における債權侵害

内部的關係における債權の侵害は、債務の不履行として現はれる。債權は先づこの侵害の危険から防衛・保護されねばならぬ。債務は履行すなはち辨濟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濟によつて消滅する必然性をもつものである。だが、實際において、債務者は、常に必らずしも、任意的辨濟を行ふものではない。しかしながら、特定人をして特定の行為をなさしむべき權利の擔ひ手たる債權者と特定の行為をなすべき義務の擔ひ手たる債務者とは、共に法律の前では平等なる人格者であるから、たとへ、債權本來の目的を達しうべき行為が債務者によつてなされない場合においても、債權者は、直接的・強制的に、當該行為をなさしめることはできない。そこで、法律による防衛・保護が必要となる。債務者の人格を傷けない限りにおいて債權本來の目的を達成せしめるための強力なる國家權力の助力が必要となるのである。かくて、債權者は、實質上任意的辨濟がなされたのと同じの利益を受けうることとなるのである。かかる強力なる國家的助力の法形態的表現をば、我々は債權の效力に關する制度において見るのである。債權の效力は、これを二つに大別することができる。その一つは、法律的強制の手段によつて、現實に、任意的辨濟と同一の効果を收め

しめやうとするところのいはゆる現実的履行の強制であり、他は履行遅滞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やうとするところのいはゆる損害賠償である。

## 二 外部的關係における債権侵害・第三者による債権侵害

外部的關係における債権侵害はいはゆる第三者による債権侵害である。現代の經濟組織の特質が利潤の獲得といふことに存する限り、財産は資本化・債権化されざるをえないし、債権はただに當事者間の給付請求關係を律するに止まらずそれはまた賣買その他の取引の客體たらざるをえない必然性をもつ。財産の債権化が進むにつれて、債権は極めて重要な財産的價值をもつこととなり、か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・としての重要さを増すに至る。ここに被侵害利益としての債権の存在が理解されることとなり、かくてまた、債権はただ單に内部的關係においてのみ侵害の危険に曝されるに止まらず、所有權その他の物權的財産と同様に、外部的侵害の危険に曝されるに至るのである。しかしながら、債権が被侵害利益であるといふことだけの理由によつて第三者による債権侵害が不法行爲となるのではない。第三者による債権侵害が不法行爲となる契機は第三者による債権侵害の成立しうべきことそれ自體ではなくて、成立しうべき債権侵害が違法性の立場から評價を受けうるといふ點に、存するものと言はねばならぬのである。

判例はかつて、第三者による債権侵害が不法行爲となるか否かについて、否定的な見解を採つたことがあるが、今日においては、これを肯定的に解してゐる。それでは、如何なる場合において債権は第三者によつて侵害されたとなしうるであらうか。債権侵害の各種の態様について考へてみよう。

1 請求權自體に對する侵害 第三者が直接に債権を處分または行使したために債権の消滅を齎した場合には、請求權自體に對する侵害として不法行爲が成立するものと言はねばならぬ。第三者が債権者の作成した受取證書を窃取して辨濟を受けた場合とか、いはゆる債権の準占有者が債権者から辨濟を受けた場合(四七八條)とかの如きである。

2 給付に對する侵害 給付は債権の客體であるから、給付の侵害は間接に債権の侵害となる。給付の侵害の場合については、二つの場合を分つて考へることができる。

イ 第三者の行爲によつて債務者の責に歸すべからざる債務不履行の生じた場合。たとへば他人の債権を害する意思をもつてその特定の目的物を破毀した場合とか、第三者が債務者の給付行爲を妨害した場合の如きである。

ロ 第三者の行爲によつて債務者の責に歸すべき債務不履行の生じた場合。たとへば第三者が債務者を教唆しもしくはこれと共同してその債務の全部または一部の履行を不能ならしめた場合とか、第三者が債務の内容たる給付をなすべき者を誘拐した場合の如きである。

なほ最後に一言せねばならぬ。すなはち、第三者による債権侵害の問題は、従來は、多くこれを不法行爲として損害賠償を請求しうべきや否やに止まつたものの如くであるが、判例は、權利者が自己

のために権利を行使するに際してこれを妨げる者あるときはその妨害を排除しうることは権利の性質上當然のことであつて、その権利の性質が物権であるか債権であるかによつてその適用を異にする理由はないとなし、債権不可侵性の原則の飛躍的發展の傾向を示めしつのである。

## 第二章 債権の發生

### 第一節 序 說

債権發生の原因たる法律要件については、色々な分類が試みられてゐるが、大別して、人の行爲と人の行爲にあらざる事實とになすことができる。行爲は、法律上の評價に従つて、適法行爲と違法行爲とに分つことができ、適法行爲は、更に、当事者が債権を發生せしめやうと意欲するか否かによつて、法律行爲と法律的行爲（準法律行爲）とに分たれる。民法第三編は、債権發生の法律要件として、契約（法律行爲）、事務管理（法律的行爲）、不當利得（行爲以外の事實）および不法行爲（違法行爲）の四つを擧げて、特に規定してゐる。だが、それはただその最も基本的なもののみを擧げてゐるに止まるのであつて、債権發生の原因は勿論これのみに限らない。しかしながら、ここでは、主として、民法第三編第二章乃至第五章において規定されてゐる四つの原因について論究することとせねばならぬのである。



## 第二節 債權發生の支配的原因としての契約

### 第一款 債權發生原因としての各種の契約

#### 第一項 贈 與

##### 第一目 贈與の性質

贈與といふのは、當事者の一方が自己の財産もしくは將來自己に屬すべき財産をば無償にて相手方に與へるといふ意思を表示し、相手方がこれを受諾することによつて成立する契約である（五四九條）。その當事者たる者を稱して贈與者および受贈者といふ。贈與の目的物は財産である。財産を與へるといふのは、自己の財産を減少して相手方の財産を増加することであるから、動産不動産の所有權・債權などを讓渡することを約するのは勿論、財産の上に他人のために質權・抵當權を設定することもそれが無償たる限り贈與である。

契約と同時にその目的物たる財産を相手方に與へないで贈與者が目的物を與へる債務を負擔する贈與が債權契約であることは議論の餘地がないが、契約と同時にその目的物を相手方に與へる場合の贈與・すなはちいはゆる現實贈與が債權契約であるか否かについては、學說上議論がある。この場合に

は、合意のみによつて成立する債權契約と引渡や登記やその他の外部的な徴表を伴ふ物權契約とが同時的に存在するものと解せねばならぬのである。

##### 第二目 贈與の效力

贈與の效力は、贈與者が受贈者に一定の財産を給付すべき債務を負擔するに至ることである。尤も現實贈與にあつては、直ちに、財産權移轉の效力を生じる。ここでは、民法が特に規定する贈與者の擔保責任および贈與に特有な取消について述べることにせねばならぬのである。

#### 第一 贈與者の擔保責任

契約關係としての贈與は、その效力として、一定の財産を受贈者に移轉すべき債務を生じ、現實贈與においては直ちに財産移轉の效力を生じる。贈與の效力としての財産の移轉に關しては民法上に特別がある。すなはち擔保責任に關する規定がこれである。民法は、贈與者には、原則として、擔保責任の存在しないことを定めてゐる（五五一條）。贈與の性質上當然である。しかしながら、當事者において特約のある場合、惡意の贈與者から受贈者を保護しやうとする場合（五五一條一項但書）、および負擔附贈與の場合（五五一條二項）には、例外として、贈與者は擔保の責に任じるのである。

#### 第二 贈與の取消

贈與は、贈與者の能力の欠缺、相手方の詐欺・強迫を理由として、これを取消しうることを勿論であ

るが、民法はなほ特殊な取消原因を認めてゐる。すなはち書面によらない贈與は、履行しない部分について、各當事者においてこれを取消しうることであり(五五〇條)。書面によらない贈與といふのは書面による贈與以外の贈與である。贈與の意思が書面に現はれてゐるものを書面による贈與といひ、これは當事者において取消することをえない。書面は必ずしも契約當時にこれを作成したことを要しないのであつて、後日これを作成すればやはり書面による贈與となるのである。

### 第三目 特殊の贈與

民法には次ぎのやうな特殊な贈與が認められてゐる。

一 負擔附贈與 これは受贈者が贈與者に對して一定の給付をなすべき義務を負ふことを附款とする贈與である。民法は、この種の贈與については、贈與と負擔との牽連性に着目して、贈與に關する規定以外に、雙務契約に關する規定(を適用(準用の意味である)する旨を規定してゐる(五五三條)。負擔附贈與における擔保責任については既に述べたやうに第五五一條二項の特則がある。

二 定期贈與 これは一定の時期毎に無償にて財産を與へることを内容とする贈與である。この種の贈與に關しては、當事者がその繼續期間を定めた場合にはそれに従ふべきものではあるが、然らざる場合には當事者の一方の終身を期間とするものとせねばならぬ。それ故に、この贈與契約は當事者の一方の死亡によつて、その效力を失ふのである(五五二條)。

三 死因贈與 これは贈與者の死亡によつて效力を生ずべき贈與である。贈與者の死亡によつて財産權處分の効

力を發生するものに遺贈がある。遺贈は遺言といふ單獨行為によつてなされるものであるから、契約たる死因贈與とは異つてゐる。しかしながら、死因贈與は、贈與者の生存中には財産權移轉の效力を生じることなく、贈與者の死亡によつてその效力を生じる點において、遺贈と異るところがないから、民法は遺贈に關する規定を準用することとしてゐるのである(五五四條)。

## 第二項 賣 買

### 第一目 賣買の性質

賣買といふのは當事者の一方がある種の財産權を相手方に移轉することを約し、相手方がこれに對して金錢の所有權を移轉することを約することによつて成立する契約である(五五五條)。その當事者たる者を稱して、賣主および買主といふ。賣買の目的物は財産權である。賣買はある種の財産權の移轉の代償として金錢の所有權を移轉することを目的とする。この點において、交換と異なるわけである。

契約と同時に給付のなされない賣買が常に債權契約であることについては疑ひはないが、即時に給付を交換する賣買・すなはちいはゆる現實賣買もまた債權契約であるかについては、議論がある。現實贈與について述べたのと同様に、ここでもまた債權契約と物權契約とが同時的に存在するものとせねばならぬのである。蓋し現實賣買にあつても、現實贈與におけると同様に、特定物に關する權利の變動は、當事者間の合意だけで權利が移轉するのではなくて、合意のみによつて成立する債權契約と

物の引渡とか代金を支拂ふとかの外部的な徴表を伴ふ物權契約とが觀念的には二段に・そして現實的には同時に・行はれることによつて、はじめ、生じるものと解さざるをえないからである。

## 第二目 賣買の成立

賣買は、財産權の移轉に對して、金錢の所有權を移轉することを目的とする契約であるから、その成立には、原則として、この二點において當事者の意思表示が合致するをもつて足りる。しかしながら、民法は、賣買の豫約・手附金および賣買契約の費用に關して、特別な規定を設けてゐるのみではなく、これ等に關する規定は、契約の性質が許す限り、他の有償契約にもこれを準用する旨を定めてゐるのである(五五九條)。

### 第一 賣買の豫約

民法第五五六條によれば、『賣買一方ノ豫約』がなされた場合には、相手方が賣買を完結する意思を表示した時から、賣買の效力を生じるのである。賣買完結の意思表示は、いはゆる豫約權利者のみが、これをなしうる。豫約權利者が意思表示をなして賣買を成立せしめうる權利を、通常、賣買完結權といふ。賣買完結權を行使しうる期間については、これを豫め定めるものと然らざるものがある。前者にあつては、その期間の経過によつて豫約が效力を失ふこと勿論である。後者については、法律は豫約權利者が賣買完結權を行使するや否やを確めるために、豫約義務者に催告權を與へてゐる(五五六

條二項)。蓋し、豫約義務者をして、永く不確定な状態に置かれることを免れしめんがためである。

### 第二手 附

契約締結の際に、契約當事者の一方から相手方に交付せられる金錢その他の有價物を手附といふ。手附は、あるひは契約成立の要件として(成約手附)、あるひは契約成立の證據として(證約手附)、あるひは履行確保の手段として(違約手附)、あるひは解除權留保の對價として(解約手附)、授受されるのである。授受された手附が、そのいづれの手附に屬するかは、當事者の意思表示の問題であるが、我が國においては、從來の取引の慣習に従つて、特別の意思表示のない限りは、解除權を留保するために授受されたものと認められてゐる。従つて、民法においても、手附は一般に解約手附とされてゐる。そこで手附の交付者は手附を拋棄して、また手附の受領者は手附の倍額を返還して、いづれも契約を解除しうるわけである。但し當事者の一方が契約の履行に著手した後は解除をなしえない(五五七條二項)。ところで、この解除の効果は普通の場合とは異つてゐる。すなはち、契約上の効果を遡及的に消滅せしめる點においては同じではあるが、解除が行はれうるのは履行なき場合に限るのであるから、いはゆる原狀回復義務なく、またこの解除は不履行を原因とするものではないから、損害賠償の問題を生じることはない(五五七條二項)。當事者が解除權を行使することなくして契約が履行された場合には、手附は、反對の意思表示のない限りは、買主から賣主へ支拂ふべき代金の中へ當然に算入せらるべきものである。

だが、この場合においても、手附は手附であつていはゆる内金ではない。いはゆる内金は一部履行たる代金の前拂であつて、契約解除権を留保するものではない。實際上では両者は混同され勝ちであるから、その名稱のみによつて判断すべきではなくて、當事者の意思を解釋して決するのほかはない。

### 第三 賣買契約の費用

賣買契約の締結に要する費用は、當事者に特約なき限り、雙方平分して、これを負擔する(五五八條)。法文にいはゆる『賣買契約ニ關スル費用』とは契約締結に要する費用を指すものであつて、履行または履行の受領に要する費用を指すものではない。

### 第三目 賣買の效力

成立した賣買契約は、當事者雙方の權利義務の對立關係として、種々なる效力を生じる。

#### 第一 賣主の義務

##### 一 財産權移轉義務

賣主が財産權移轉の義務を負ふのは、賣買契約の本來的效果であつて、賣主は買主をして完全に財産權を取得せしめるに必要なすべての行爲をなすべきである。他人の物または權利の賣買においても自己の物または權利の賣買におけると同様に、財産權そのものを移轉することを要し(五六〇條)、且つ賣主は原則として従物(八七條二項)または従たる權利を移轉することを要する。但し果實については、

### 第五七五條一項の特則がある。

#### 二 擔保責任

擔保責任制度は有償契約たる賣買本來の性質に適するのみならず、取引上の信用・安全を保障するがために不可缺なものである。擔保責任の内容は解除と損害賠償とを主要なものとするのである。しかして、民法は、いはゆる瑕疵の種類と買主が瑕疵を知つてゐたか否かによつて、詳細な内容を規定してゐるのである。

##### 1 權利の瑕疵に對する擔保責任

權利の瑕疵に對する擔保責任は、買主に移轉さるべき賣買の目的物たる財産の全部または一部が賣主に屬してゐなかつたがためにその移轉が不可能であるか、あるひは移轉された權利が不足してゐることによつて生じる賣主の責任である。ローマ法以來フランス法系の立法例およびドイツ普通法などにおいて追奪擔保と稱せられたものに酷似してゐるものであるが、我が民法においては、追奪すなはち買主に移轉された權利が所有者たる第三者によつて取戻されることは、擔保責任の要件ではないから、この名稱は妥當ではない。民法第五六一條乃至第五六七條はこの責任に關する規定である。

##### イ 他人の權利の賣買における擔保責任

i 權利の全部が他人に屬する場合 他人の權利をもつて賣買の目的物となしたときは、賣主はその權利

を取得してこれを買主に移轉する義務を負ふのであるが(五六〇條)、それが全部的に不可能である場合には、賣主の擔保責任の効果として、買主は解除権および損害賠償請求権を取得する(五六一條)。解除権は、買主の善意悪意を問はず、買主にこれを有するも、損害賠償請求権は買主が善意である場合に限るのである(五六一條但書)。なほこの場合に、賣主が善意であつた場合には、賣主もまた解除権を有するのである(五六二條)、但し買主もまた善意であつた場合には、賣主は契約を解除するためには買主の損害を賠償せねばならぬ(五六二條一項)、尤も買主が悪意であつた場合にはこの限りではない(五六二條二項)。

ii 権利の一部が他人に属する場合 賣買の目的物たる権利の一部が他人に属することによつて賣主がこれを買主に移轉することができない場合には、買主はその足りない部分の割合に應じて代金の減額を請求しうるのである(五六三條一項)。この場合における代金減額請求権は契約の一部解除権である。契約の全部解除権は、買主が残存せる部分のみではこれを買受けなかつたであらうと見らるべき場合においてのみ、善意の買主が、これを有するのである(五六三條二項)。そのいづれの場合たるかを問はず善意の買主が損害賠償の請求をなすことを妨げるものではない(五六三條三項)。なほ、この代金減額請求権・解除権・および損害賠償請求権については、権利の不確定状態を除くために、民法第五六四條は、いはゆる除斥期間を定めてゐる。

□ 権利またはその内容に不足ある場合の擔保責任

i 數量不足および物の一部滅失の場合 この場合には、買主は、権利の一部が他人に属してゐる場合と同様に、代金減額請求権または解除権を取得する(五六五條)。買主の善意なることを要件とする。

ii 賣買の目的物たる権利が他の権利によつて制限せられる場合 賣買の目的物が地上權・永小作權・

地役權(承役的)・留置權または質權の目的物である場合(五六六條一項)、および賣買の目的物について登録したる賃借權の存在する場合(五六六條二項)には、これ等の諸權利は第三者たる買主にも對抗しうべきものであるから、その限りにおいて買主は不足せる權利を取得したことになる。そこで、民法は、かかる場合において、買主の善意なることおよびそれでは契約をなした目的を達しえないことを要件として、買主に解除権および損害賠償請求権を取得せしめてゐる。なほ買主のこの權利の行使に關しては除斥期間が定められてゐる(五六六條三項)。

iii 先取特權・抵當權の行使の故に所有權を失つた場合 この場合には、民法は、買主の善意たると惡意たるとを問はず、買主は解除権または損害賠償請求権を行使することができ(五六七條一項・三項)、また買主が代價辨濟・滌除などによつて所有權を保存した場合には賣主に對してその出捐の償還を請求しうる旨を定めてゐる(五六七條二項)。不動産質權の行使によつて買主が所有權を失つた場合および地上權・永小作權の賣買においてそれ等の上に抵當權・質權が存する場合においても、民法第五六七條は類推適用せらるべきものとせねばならぬのである。

iiii 賣買の目的物たる不動産のために存在するものとされた地役權が存在しない場合 この場合には買主の善意なることおよびこれがために契約をなした目的を達しえないことを要件として、買主には解除権および損害賠償請求権が與へられてゐる(五六六條二項)。尤もこの權利の行使については、第五六六條三項の除斥期間がある。

2 物の瑕疵に對する擔保責任

賣買の目的物に隠れたる瑕疵のあつたことを要件として、民法は賣主に擔保責任ある旨を定めてゐる(五七〇條)。これがいはゆる瑕疵擔保である。瑕疵とは物に存在する缺點を指すのであつて、物が通

常有すべき性質または當事者の意思表示に基いてその物に存在すべき性質が排除してゐるがために、その物の交換価値および使用価値が減少することを指すのである。擔保責任の要件としては、かかる瑕疵が賣買契約の當時既に賣買の目的物に隠れたる状態において存在することを要するのである。隠れたる状態は、買主の知不知をのみ標準として定めらるべきではなくて、通常人の注意を用ひるものほ知ることをえないことを標準として定めらるべきである。従つて、隠れたる瑕疵は買主の善意無過失を要件とするものと言はねばならぬ。されば、瑕疵が隠れたるものでなかつた事實言ひ換へるならば買主の悪意または過失は賣主においてこれを立證する責を負ふのである。

瑕疵擔保の法律効果については、民法は第五六六條を準用する旨を定めてゐる(五七〇條)。すなはち買主が解除権および損害賠償請求権を取得することこれである。

### 3 強制競賣における擔保責任

強制競賣における擔保責任は當事者の任意に基く賣買とは異つてゐる。民法は第五六八條および第五七〇條但書において特則を設けてゐる。

・強制競賣といふのは、債務者が債務を履行しない場合に、債権者をして、債務者または物上保證人の財産について辨済を受けしめるがために、裁判手續によつてその財産を公賣に附することを指稱するものであつて、その性質は、その處分の内容たる換價手續の形式から見ても、賣買またはこれに類似

する私法上の行爲である。賣主たる地位に立つ者は債務者である。執行機關は賣買を強制するため設けられた國家機關たるに止まり、それはただ法律の規定によつて賣主に代つて賣買を締結するに過ぎず、従つて、何等の擔保の責に任じることもない。

民法は強制競賣における第一次の擔保責任者として債務者を規定してゐるのである(五六八條一項)。すなはち競落人(買主)は債務者に對して契約解除権または代金減額請求権を行使しうるわけである。債務者が無資力である場合における第二次責任者は、代金の配當を受けた債権者である(五六八條二項)。これ等の責任者が擔保責任を負ふのは、権利の瑕疵についてであつて、物の瑕疵については何人もその擔保の責に任じない(五七〇條但書)。強制競賣は、債務者の意思に基かずして、また競賣せらるべき財産の状態を知悉しない債権者の申立によつて、行はれるものであるから、強制競賣における擔保責任は原則として、損害賠償義務を包含すべきではない。だが、民法は、物または権利の欠缺について過失ある債務者または債権者に對しては、競落人は損害賠償を請求しうるものとしてゐる(五六八條三項)。債務者および債権者共に過失ある場合には、競落人保護をその立前とする民法の趣旨から見ても、兩者を共同不法行爲者として、連帶してその責に任ずべきものとせねばならぬのである。

### 4 當事者の特約による擔保責任

擔保責任に關する民法の規定は、いはゆる補充規定であつて、強行規定ではない。だから當事者が

特約をなした場合には、これに従ふのを原則とする。

i 法定の責任を排除しまたは軽減する特約 この特約は、一般的には、有効ではあるが、いはゆる詐欺的行爲と考へられる場合および自己の行爲によつて既に権利の欠缺を生ぜしめた物の賣買については、第五七二條の特約がある。

ii 法定の責任を加重する特約 この特約に關しては、民法はただ債權の賣買に關してのみ特別の規定を設けてゐる。いはゆる債務者の資力擔保の特約である(五六九條)。

### 5 擔保義務の履行と同時履行の抗辯

賣主の擔保責任に基いて契約解除權または代金減額請求權を生じた場合には、往々にして、當事者相互間に相對立する債務關係を生じる。この相互の債務は直接に雙務契約に基くものではないが、民法は履行上の牽連關係を認めることを公平とし、従つて、同時履行の抗辯權を認めてゐるのである。すなはち、第五六三條乃至第五六六條および第五七〇條の場合には、第五三三條の規定が準用されるのである(五七一條)。

### 第二 買主の義務

我が民法上、買主の義務は代金支拂義務に限るものの如くである。従つて、買主が目的物を受領しないことは債權者遲滯を生じるに止まり、債務の不履行を生じることはない。また賣主はこれを理由

として賣買契約を解除することをえない。

代金の支拂は、その時期について明示または默示の合意ある場合には、その時期において支拂ふべきは勿論であるが、もし別段の合意がなければ賣主は何時にても支拂を求めうべく(四一二條三項)、ただ目的物の引渡につき期限の定めるときは、その引渡と同時に支拂ふべきものと推定される(五七三條)。しかしながら、たとへかかると支拂時期が到來するとしても、賣買の目的物について第三者が權利を主張し、買ひ受けたる權利の全部または一部を失ふ虞ある場合(五七六條)、および賣買の目的物となつてゐる不動産について諸種の擔保物權が存在する場合(五七七條)には、買主は、一定の限度と形態において、代金の支拂を拒絶することができる。しかしながら、この場合、民法は、賣主をして買主に對して代金の供託を請求することをえせしめて、賣主の利益を保護し、もつて取引關係における當事者の利益の衡平關係を維持しやうとするものの如くである(五七八條)。

代金の支拂場所について、當事者間に特約ある場合はこれに従ふべきこと勿論であるが、民法は、取引上における常態と當事者の意思を推則して、賣買の目的物の引渡と同時に代金を支拂ふべきときは、その引渡の場所において、代金の支拂をなすべきものとしてゐる(五七四條)。だが既に目的物の引渡を完了した後においては、第五七四條の適用なく、従つて、別段の意思表示なき限り、第四八四條に従つて、賣主の現住所をもつて代金支拂の場所であるとせねばならぬ。

買主は代金について當然に利息を支拂ふべき義務はないが、特約ある場合には勿論これに従ふ。買主が代金の支拂を遅延したときには、遅延利息を支拂ふべきことは當然であるが、しかし、現に目的物の引渡を受けるまでは、買主は代金に對する利息を支拂ふことを要しない(五七五條二項)。これは、未だ引渡をなさない賣買の目的物についての果實收取權が賣主に與へられてゐること(五七五條一項)との權衡を確保しやうとする趣旨にあるものとせねばならぬのである。

#### 第四目 買 戻

##### 一

買戻といふのは、不動産の賣買に際して、賣買契約と同時に賣主が將來賣買を解除する權利を留保し、その結果として賣主の意思をもつて契約を解除することである。かかる權利の留保を買戻特約といひ、かかる權利を買戻權といふ。しかし、現代においては、買戻の特約は、多く、賣渡擔保(または賣渡抵當)の一類型として、債權擔保の目的のためになされるものであることが、深く顧みられねばならぬのである。

買戻特約の目的物は不動産なることを要する(五七九條)。しかもこの特約は賣買契約と同時になされることを要する(五七九條)。しかし、この特約が賣買契約と同時に登記された場合には、買戻權はこれによつて第三者に對抗しうるに至る(五八一條一項)。買戻權の性質は解除權であると解すべきであるか

ら、賣主たる地位と共にするのでなければこれを讓渡することはできない。讓渡をもつて買主その他の第三者に對抗するためには、判例は、ただ登記あることのみをもつて足り、讓渡人からこれを買主に通知しまたは買主がこれを承諾することを要しないとされてゐる。

##### 二

買戻權の行使は、一般解除權の場合と同様に、相手方に對する意思表示によつて行ふ(五四〇條)こと勿論であるが、しかし賣主は買戻の期間内に代金ならびに契約の費用を提供してこれを行ふべきものとされてゐる(五八三條一項)。

買戻權を行使しうる者は買戻權者である。當初の賣買の賣主およびその承繼人は、買戻特約に基づく買戻權の主體であることは明らかであるが、買戻權者の債權者もまた、第四二三條によつて、買戻權の主體たりうる、但しこの場合については、第五八二條の特則を設け、債務者(賣主)には買戻權行使の經濟的結果のみを歸屬せしめ、買主に不動産を留保することをえせしめてゐるのである。

買戻權者の相手方は、賣買契約の當事者たる買主およびその承繼人である。民法は、買戻權者の相手方が不動産の共有權者である場合すなはち共有者の持分の買戻に關しては、現物分割または第三者の競落が行はれた場合(五八四條)と、競賣によつて買主が競落した場合に分割を請求した者が買主であつたか(五八五條一項)買主以外の共有者が分割を請求したか(五八五條二項)そのいづれかの場合とに分つて



特則を設けてゐる。

なほ、民法第五八〇條は、買戻権の存在の故に、當該不動産に關する權利關係を不安な状態に置くことから生じる不動産の改善利用などについての經濟的不利益を除去しやうといふ公益上の理由に基いて、買戻権の存続期間をば、短縮し制限してゐるのである。

### 三

買戻権行使の効果は、これを二つに分つことができる。

#### 一 當事者間における効果

買戻権行使の効果は、契約解除の効果一般と同様に、債權的效力たる原状回復義務および所有權移轉の債權を生じる。原状回復義務については契約解除に關する一般の原則に従ふほかに、買戻権者がなすべき給付の範圍(五七九條・五八三條一項)および買主または轉得者が不動産に加へた必要費についての買戻権者の償還義務に關して、特則を設けてゐる(五八三條二項)。買戻権者の相手方が返還することを要するものは不動産の所有權に限るのである(五七九條參照)。

#### 二 第三者に對する効果

買戻は第三者の權利を侵害することをえないのを原則とする。しかしながら、買戻特約が賣買契約と同時に登記せられた場合には、買戻は第三者に對してもまたその效力を生じる(五八一條一項)。すなは

ち、たとへば、第三者が買主から所有權の讓渡を受けてゐる場合には、買戻権者はその第三者に對して所有權移轉の請求權を有すべく、また第三者が不動産上に地上權・永小作權・質權・抵當權を取得してゐる場合には、これ等の權利は買戻の効果として消滅するわけである。だが、民法は、不動産利用の最も普通な方法としての賃貸借については、賃貸借當事者が賣主を害する目的をもつて賃貸借をなしたのでないことを要件として、且つ登記ある場合に限つて、賃借人を保護しやうとしてゐるのである(五八一條二項)。

### 第五目 特殊の賣買

民法上直接的な規定はないが、次ぎのやうな特殊の賣買を認めることができる。

#### 一 見本賣買

「見本賣買といふのは見本によつて賣買の目的物を定めた賣買である。通常は不特定物に關して行はれるのであるが、特定物に關しても行はれないことはない。前者にあつては、給付された物が見本と適合しない場合には債務の不履行となる。また、そのいづれの場合たるかを問はず引渡された物が見本と同一の品質等級を有しない場合には、當然目的物に瑕疵あるものとして、擔保責任を生じる。」

#### 二 試味賣買

試味または試験賣買といふのは、買主の意に適することを停止條件とする賣買である。従つて賣買完結のためにす

る一方的意思表示によつて效力を生じるところの賣買一方の豫約とは異つてゐる。買主が、目的物がその意に適するや否やを表示するについて、契約上期間の定のない場合には、疑問の餘地はあるが、民法第五五六條二項の規定を類推適用すべきであらう。

### 三 割賦賣買

割賦賣買といふのは代金を定期支拂（年賦拂・月賦拂の如し）となすべき特約を包含する賣買である。すなはち代金債務の辨濟方法について特約の存する賣買である。普通の賣買と異るところはないから、代金の辨濟を一回遅延するも賣主は第五四一條によつて契約の全部を解除することをうる。なほ、この種の賣買においては、賣主が損失を被るべき危険あるがために、あるひは代金の額を著しく増加しあるひは失權約款とか期限喪失約款とかを設け事實上買主をして經濟上頗る不利益な地位に置くことが多い。

### 四 繼續的供給契約

繼續的供給契約といふのは、一定または不定の期間、當事者の一方が一定の種類・品質を有する物品その他の物を供給し、相手方がこれに對して代金を支拂ふことを約する契約である。その供給が財産權の移轉を目的とする場合には一種の賣買契約である。石炭・瓦斯などについて、しばしば、見るところである。

繼續的供給契約は、數個の契約の結合ではなくて、一個の契約である。それ故に、一回の給付の履行遅滞・履行不能は、全部の契約に對する一部の履行遅滞であり履行不能である。だから買主はかかる事由のある場合には、第五四一條乃至第五四三條によつて契約の全部を解除しうる。不完全履行にあつては追完可能なりや否やに應じて、第五四一條または第五四三條によつて、契約の全部を解除しうるわけである。また當事者は前の時期の給付に對する債務の

不履行を理由として、後の時期の給付について、同時履行の抗辯をなしうるわけである。

## 第三項 交 換

### 一

交換といふのは當事者が相互に金錢の所有權以外の財産權の移轉を約することによつて成立する契約である（五八六條）。賣買と異るところは、對價たる給付の内容についてのみである。

交換の目的物は金錢の所有權にあらざる財産權に限るのである。従つて、金錢所有權の給付を目的とする場合には、たとへ特定貨幣もしくは特種貨幣の給付を目的としても交換ではない。兩替もまた民法上の交換ではない。兩替は賣買でもなければ交換でもない無名の有償契約であると解するほかはなす。

### 二

交換の法律的效果については特別の規定はない。第五五九條によつて賣買に關する規定を準用すべきこと明らかである。すなはち雙方ともに賣主と同一の地位に立つのであるから、擔保責任やその他賣主の義務に關する規定が準用される。民法はただ補足金附交換に關して、第五八六條二項の規定を設けてゐるのである。

#### 第四項 消費貸借

##### 第一目 消費貸借の性質

一

消費貸借といふのは、當事者の一方が、種類品等および數量の同じ物を返還することを約して、相手方から金銭その他の物を受取ることによつて成立する契約である(五八七條)。當事者の一方を貸主と呼び他方を借主といふ。目的物は特定の代替物に限る。

消費貸借は、合意と目的物の交付をもつてその成立要件とするものであるが、この二個の要件は常に必ずしも同時に成立することを要しない。ただ目的物の授受のあるまでは消費貸借が有効に成立しないだけである。目的物の授受は、必ずしも常に現實の引渡たることを要しないし、また現實の引渡はなくともそれと同一の經濟上の利益を借主に與へるときにはそれによつて消費貸借は成立する。いはゆる天引については、判例は、かつては、利息の授受の手續を省略するものにすぎないから證書面の金額につき消費貸借の成立を認めてゐたが、近時においては、現實に交付されない金額については借主において利用の機會がなく、利息の生ずべき理由のないことは勿論、約定の元金の交付を受けたのと同じの經濟上の利益を受けたものとは解し難いから、消費貸借はただ現實に授受された部

分についてのみ成立するものとしてゐる。

二

消費貸借の豫約といふものが考へられる。消費貸借の豫約は、一般の豫約と同様に、後に本契約(消費貸借)をなすべき旨の契約である。後に消費貸借の合意と目的物の交付とがなされることによつて、はじめ、消費貸借を成立せしめるものである。豫約権利者は消費貸借上の意思表示を請求する権利と目的物の交付を請求する権利とをもつてゐる。民法第五八九條は、この消費貸借の豫約の失效原因を規定してゐる。

##### 第二目 消費貸借の效力

###### 第一 借主の義務

一 物の返還義務 借主が受取つた物と種類・品等および數量の同じ物を返還する義務を負ふのは消費貸借の特質である。この原則的な物の返還義務については二つの例外がある。

1 瑕疵ある物を受取つた場合(五九〇條二項) この場合には借主は瑕疵ある物の價額を返還することをうる。瑕疵ある物の價額は履行期および履行地を標準として定める。この價額返還は明文上では無利息消費貸借の場合に限るのであつて、利息附の場合には第五九〇條一項の貸主の擔保義務に對應する権利すなはち代物請求權を行使しうるわけである。借主がこの權利を行使しなかつた場合には、價額返還の權能を否定すべき理由はないから、第二項を類

推適用すべきものとせねばならぬのである。

2 返還不能の場合(五九二條) この場合には借主はその不能となつた時における物の價額を償還することを要する。但し第四〇二條二項の場合はこの限りではない。

次に、返還の時期であるが、當事者間に特約ある場合にはこれに従ふべく、返還の時期の定のない場合には第五九一條による。

二 利息支拂義務 利息支拂義務は利息附消費貸借についてのみ生じる借主の義務である。

第二 貸主の義務

民法が貸主に對して認めた義務は利息附消費貸借の場合における擔保責任である(五九〇條二項)。この擔保責任は貸主の給付義務に基くものではなくて、有償契約について法律が認めた特殊の責任である。擔保責任の内容は、借主に代物(瑕疵なき物)請求權および損害賠償請求權が認められることである。無利息消費貸借は無償契約であるから、原則として、貸主に擔保責任を認めるわけにはいかないが、民法は、ただ、貸主が目的物に瑕疵あることを知りつつこれを借主に告げなかつた場合に限り、貸主に擔保責任を認めてゐるのである(五九〇條二項但書)。

第三目 準消費貸借

民法は、純然たる消費貸借ではないが、ある原因に基いて金錢その他の物の給付義務を負ふ者があ

る場合に、當事者がその物をもつて消費貸借の目的物となすことを約したときには、これによつて消費貸借が成立したものと看做してゐる(五八八條)。この種の契約を準消費貸借といふ。たとへば賣買による代金債務について消費貸借を成立せしめやうとするが如きである。

準消費貸借の効果については民法はただ消費貸借が成立したものと看做すと規定してゐるに過ぎない。だから、この契約が消費貸借による債務と同一の債務を生ぜしめることは明らかであるが、新債務と既存債務とが如何なる關係に立つかについては、明文の規定がない。従つて、既存債務を消滅せしめ新債務を發生せしめるものなりや、また債務の同一性はこれを維持しつつ單に消費貸借の規定に従はしめやうとするものなりやは、當事者の意思を解釋して、これを決定すべきものとせねばならぬのである。

## 第五項 使用貸借

第一目 使用貸借の性質

使用貸借といふのは、當事者の一方が無償にて使用および收益をなした後に返還することを約して、相手方から物を受取るることによつて成立する契約である(五九三條)。當事者を貸主および借主といふ。目的物は、この契約が借用物を利用して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。

この契約は、合意と目的物の交付とを要件として成立する契約であつて、且つ無償であることを特質とする。しかして、貸主の負擔する使用収益許容義務と借主の負擔する返還義務とは交換的な原因關係に立つものではなくて、單なる併存的な關係に過ぎないものとせねばならぬのである。

## 第二目 使用貸借の效力

### 第一 借主の義務

使用貸借の效力として、借主の負ふ義務は次ぎの如くである。

一 借用物保管義務 借主は善良なる管理者の注意をもつて借用物を保管する義務を負ふ(四〇〇條)と共に、借用物についての通常必要費を負擔する(五九五條一項)。その他の費用については第五八三條二項の準用によつて貸主に對して償還請求權をもつ(五九五條二項・六〇〇條)。

二 使用収益の制限についての義務(五九四條一項)

三 轉貸の禁止についての義務(五九四條二項)

この二つの義務に對しては、貸主の側における契約解除權(五九四條三項)・違反行爲停止請求權・損害賠償請求權(六〇〇條参照)および不當利得返還請求權が對應する。

四 借用物返還義務 借用物の返還義務は使用貸借の不可欠なる要素である。返還の目的物は受取つた物自體で

ある。目的物自體が自然的に増加した場合には増加した現状において返還することを要するが、しかし、借主が附屬せしめたる物は、これを收去し物を原狀に復して返還することをうる(五九八條)。返還の時期に關しては第五九七條の規定がある。返還の場所に關しては特則がない。従つて、第四八五條の原則に従ふのほかはない。

### 第二 貸主の義務

貸主の義務は物の使用収益を許容する義務である。この義務は貸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。貸主は原則として擔保責任を負ふことはない。ただ例外として擔保責任を負ふことがあるが、これについては贈與に關する規定(五五一條)が準用される(五九六條)。蓋し、使用貸借は、一般的に言つて、貸主が無償にて借主に利益を與へる恩惠的關係である點において贈與とその性質を同じうしてゐるからである。

## 第三目 使用貸借の終了

使用貸借の終了に關しては、契約および法律行爲に關する一般原則の適用あることは勿論であるがなほ次ぎのやうな特別規定がある。

- 1 期間の満了(五九七條一項)。 契約に定めた目的に従ひ使用・収益を終つた場合も同様である(五九七條二項)。
- 2 第五九四條三項が規定する解除・すなはち解約告知。
- 3 第五九七條二項但書および第三項の場合における返還請求。 この場合の返還請求權は解約告知お

よびそれに伴ふ返還請求權である。

4 借主の死亡(五九九條)。

第六項 賃貸借

第一目 賃貸借の性質

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。權利その他の無體物については民法にはゆる賃貸借は成立することはないが、しかしこれ等についても特にこれを禁止する規定(たとへば鑛業法一七條の如し)のない限りは、且つ性質の許す限りは、賃貸借類似の無名契約の成立を無効とすべき理由はない。

第二目 賃貸借の存続期間

賃貸借の存続期間は原則として二十年以下でなければならぬ(六〇四條一項)。しかしながら借地法は民法が規定する制限を撤去し、借地權は常に長期間存続するものとしてゐる(借地法二條)。借家法には期間の最長期の定がないから、民法の原則に従ふものとせねばならぬ。ただ六ヶ月未満の期間の定ある場合には期間を定めなかつたものと看做してゐる(借家法三條二項)。處分の能力のない者または處分の權

限を有しない者が賃貸借をなす場合には、その存続期間が制限され(六〇二條)、なほこの制限は抵當權の登記後に登記した賃借權にもまた適用される(三九五條)。

賃貸借の存続期間はこれを更新することができる。尤もその更新については、またそれぞれ、期間の制限がある(六〇四條二項・六〇三條、借地法四條・五條)。

第三目 賃貸借の效力

第一 賃貸人の權利

賃借人は賃金支拂請求權および交付した物の返還請求權をもつてゐる。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 賃借人の義務

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も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貸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貸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、賃借人は賃貸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、賃貸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、賃貸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、當事者間に特約ある場合にはこれに従ふも、特約のない場合には、賃貸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、使用貸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

賃借人の有する權利は、物の使用または收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、賃借權を對抗しうるものとしてゐる(六〇五條)。

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、賃借人が占有權を有する限りにおいて、その賃借權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、商法第五五六條の規定がある。

### 第四 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)。但し宅地の賃借借についてはこの限りではない(六〇九條但書)。

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解除權が與へられてゐる(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賃借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、解約の告知である。

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、賃借人は二つの從たる義務を負ふ。

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 賃借人の保存行為を妨げない義務(六〇六條二項)。但し賃借人が賃借人の意思に反して保存行為をなさうとする場合には、これがために賃借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(賃借人)保護のためであつて、公益

保護のためではないから、賃借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借借關係は、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借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、ただ賃貸人においてその賃借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。なほ、第六一二條と關聯して留意すべきものは借地法第一〇條の規定である。すなはち、第三者が賃借權の目的物たる土地の上に存する建物その他附屬物を取得した場合に、賃貸人が賃借權の讓渡(または轉賃)を承諾しない場合における買取請求權がこれである(借地法一〇條)。

五 賃借物の轉賃をなさざるの義務(六一二條) 賃借人は賃貸人の承諾がなければ賃借物を轉賃することをえない。不適法なる轉賃の效力については、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。

不適法なる轉賃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借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)。

適法になされた轉賃は、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、轉賃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、賃貸人には對抗しえない(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。 不動産の賃借人には、借賃その他賃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(三一三條—三一五條)。

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借借において、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、その法律的性質ならびに效力については、從來、議論の存するところである。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、賃借借終了の際において賃借人の債務不履行なきときは賃借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、今日における通說の見解でもあつて、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、賃借人は、賃借借存續中に、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、これが充當は賃借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が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、賃借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、賃借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、賃借人の有する先

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)。建物の賃借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、該賃借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。

## 第四目 賃借借の終了

賃借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、賃借借の終了原因として、以下のやうな原因が注意されねばならぬ。

1 存續期間の滿了。 賃借借の存續期間の定ある場合には、期間の滿了によつて、賃借借の終了すること勿論である。ところが、民法は、存續期間滿了後において賃借人が賃借物の使用または收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、前賃借借と同一の條件をもつて更に賃借借をなしたものと推定してゐる(六一九條二項)。これがいはゆる黙示の更新である。尤も、この場合、當事者は第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借借は、前賃借借とは別個の新賃借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、期間の滿了をもつて、消滅するものとしてゐる(六一九條二項)。

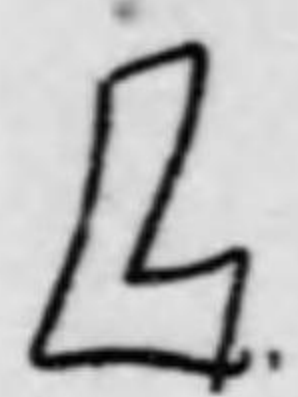
いはゆる黙示の更新については、民法とは異つて、いはゆる看做規定とされてゐる借地法第六條および借家法第二條が、民法第六一九條を強化するものとして、注意されねばならぬのである。

- 2 解約の申入(告知)(六一七條・六一八條)。
- 3 賃借人の破産(六二二條)。

4 解除。 賃貸借は解除によつて終了する。解除權發生の原因としては、一般の契約に共通なもの(五四一條以下)のほか、賃貸借に特殊なものがある。すなはち告知期間なき告知がこれである(六二〇條)。その發生原因は次ぎの如くである。

- イ 賃借人の意思に反する貸借人の保存行為による賃借人の解除權(六〇七條)。
- ロ 不可抗力による賃借人の解除權(六一〇條)。
- ハ 物の一部滅失による賃借人の解除權(六一一條二項)。
- ニ 契約違反の使用収益による貸借人の解除權(六二二條二項)。

賃貸借の解除は、その意思表示が相手方に到達した時において賃貸借を終了せしめ、その效力はただ將來に向つてのみ生じる。すなはち、賃貸借の解除には遡及効がない。従つて、當事者は原状回復の義務を負ふことなく、ただ賃借人が賃借物返還の義務を負ふのみである。但しその解除權の發生が相手方の責に歸すべき事由による場合には、解除による損害の賠償を請求することができる(六二〇條但書)。



## 第七項 雇 傭

### 第一目 雇傭の性質

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(六二六條參照)。

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—二四條參照)。

### 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 權利の讓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權利を第三者に讓渡することはできない。勞務者の承諾ある場合は有効に讓渡しうることに勿論である。この場合には、讓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と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、讓受人において、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、いはゆる默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。

1 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や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其期間内は特約に拘束されて解約の申入をなしえ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續せしめることが一般的な見解上著しく不當もしくは不公平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、當事者は遡及效を有すべき解除權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い。

## 第八項 請 負

### 第一目 請負の性質

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、財産権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、請負なりや買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、買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、これを名付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。

## 第二目 請負の效力

### 第一 請負人の義務

一 仕事完成の義務 仕事の完成に必要な勞務は、原則として、請負人自らこれを供給することを要しない。仕事の完成に必要な限り、自己の獨立の判斷に基いて任意に勞務者を使用し、または他人をしていはゆる下請負をなさしめることができる。しかしながら、これ等の場合における法律關係の效力は單に當事者間に止まり、請負人自身に何等選任・監督につき過失はなくとも、勞務者または下請負人の過失につき、請負人は注文者に對し、その責に任じる。

二 目的物の引渡および所有權移轉の義務 引渡の内容は、作成物の所有權の歸屬と密接な關係をもつてゐる。そこで、所有權の歸屬について場合を分つてみやう。

1 材料の全部が請負人の所有に屬する場合。この場合には、請負人の工作による作成物の所有權が當然に注文者に歸屬するといふことはない。作成物が動産である場合と不動産である場合とを分つてみやう。

イ 作成物が動産である場合。この場合には、請負人は、その所有權を取得し、ただ注文者に對して、引渡義務と所有權移轉義務を負ふに止まる。

ロ 作成物が不動産である場合。この場合は、建物建築請負の場合に注文者は如何なる時期においてその建物の所有權を取得するか、の問題に歸着する。建物は土地とは獨立せる不動産であるから、附合の法理によつては解決しえない、従つて、建物が竣工しても未だ注文者に引渡さない限りは、請負人は建築材料について所有權を有するものと解さねばならぬ。それでは如何なる時期において所有權は注文者に移轉するか。引渡の時が所有權移轉の時期であつて、その引渡は同時に所有權移轉についての契約上の意思表示をも包含するものとせねばならぬのである。

2 材料の全部が注文者の所有に屬する場合。この場合には、請負人は注文者のために工作を加へるべき義務を履行したに止まるのであつて、その作成物の所有權は、それが動産たると不動産たるとを問はず、當然に注文者に歸屬するものと言はざるをえない。

3 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屬する場合。この場合には、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。

イ 注文者がその主要なる材料を供した場合。この場合は附合の原則によつて、作成物の所有權は注文者がこれを取得するものと解すべきである。

ロ 請負人が主要なる材料を供した場合。この場合には、注文者は附合の原則によつて所有權を取得するものとは解しえない。特別の合意のない限り作成物の所有權は請負人に歸屬し、更にこれを注文者に移轉することを要する。

4 材料が第三者の所有に屬する場合。この場合には、民法第二四六條の加工の原則に従つて、作成物の所有權

の歸屬を決すべきである。蓋し、當事者と第三者との間には仕事を完成すべき請負上の法律關係はなく、全く法律上の原因なくして他人の動産に工作を加へたこととなるからである。

**三 擔保責任** 民法第六三四條乃至第六四〇條は、仕事の目的物に瑕疵ある場合には、その瑕疵が請負人の責に歸すべき事由によると否とを問はず、請負人をして注文者に對して、擔保の責に任せしめる旨を規定してゐる。これ等の規定は、第五五九條によつて一般の有償契約に準用せられる賣主の擔保責任に對する特別規定たと共に、不完全給付についての特別規定たるの性質を有するものの如くである。

#### 1 擔保責任の内容

**イ 瑕疵修補の義務。** この義務に對しては注文者の權利が對應する。すなはち、仕事の目的物に瑕疵あるときは注文者は瑕疵修補の請求權を有する(六三四條一項)。瑕疵は隠れたることを要しない。瑕疵が輕微であつて重要でなくしかもこれが修補のためには過分の費用を要する場合には、注文者はただ損害賠償の請求をなしうるに止まる(六三四條一項但書)。

**ロ 損害賠償義務(六三四條二項)。** 請負人が修補の請求または損害賠償の請求に應じない間は、注文者は、その報酬につき、同時履行の抗辯權を行使することをうることを勿論であるが(六三四條二項後段)、この抗辯權の行使によらずただ單に工事に瑕疵あることのみをもつて漫然と報酬の支拂を拒みえないものとせねばならぬ。

**ハ 契約の解除(六三五條)。** いはゆる輕微なる瑕疵については第五四一條を適用しうるか。これを肯定することは請負人に對して酷に失するのみではなく、社會經濟上もまた好ましくないから、否定的に解すべきである。仕事の目的物が建物その他の工作物である場合には、注文者は工作物の瑕疵を理由として契約を解除しえない(六三五條但書)。

#### 2 擔保責任の免除または輕減。

擔保責任は次ぎのやうな特別の事實ある場合には、免除または輕減される。

**イ 仕事の目的物の瑕疵が注文者の供した材料の性質または注文者の與へた指圖に基因する場合(六三六條)。**

**ロ 當事者が無擔保の特約または擔保輕減の特約をなした場合(六四〇條)。**

**3 擔保責任の存續期間。** 民法は、土地の工作物の請負(六三八條)とその他の請負(六三七條)とについて區別してゐる。尤もこの存續期間は當事者の特約をもつて伸縮しうるが、その伸長については普通の時効期間をもつて最長期とするのである(六三九條)。

## 第二 注文者の義務

注文者の義務は報酬支拂義務に限る(六三二條參照)。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。

### 第三目 請負の終了

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、民法はなほ次ぎのやうな特別を設けてゐる。

**1 仕事完成前における注文者の任意解除(六四一條)。** 請負人に過失あることを要件とせずまた債務不履行を要件とするものでもない。解除の効果としては、注文者が損害賠償義務を負担するのであるが、注文者の過失を要件としないから、第六四一條は第五四五條に對する特別である。賠償の範圍

は請負人の支出したるすべての費用および請負人が仕事の完成によつて取得したであらうところの利益を包含するものと解すべきである。

- 2 注文者破産の場合における解除(六四二條)。
- 3 瑕疵擔保による注文者の解除(六三五條)。

## 第九項 委任

### 第一目 委任の性質

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状は、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。

### 第二目 委任の效力

#### 第一 受任者の義務

- 一 委任意務處理の義務(六四四條)
- 二 事務處理の状況および顛末の報告義務(六四五條)
- 三 金錢その他の物および果實の引渡義務(六四六條一項) 引渡の時期については民法上特別の規定はない。特約ある場合はこれに従ふべく、特約なき場合は、期限の定のない債務として、委任者から履行の請求を受けた時から遲滞の責に任じる(四一二條三項參照)。

#### 四 權利移轉の義務(六四六條二項)

五 消費金賠償義務(六四七條) 消費したる金額を支拂ふべきことは勿論、受任者が委任者に引渡すべき金額または委任者の利益のために用ふべき金額を自己のために消費するのは、普通は背任または横領の行為であるから、民法は、受任者の故意過失の有無を問はず、その消費以後の法定利息を支拂はしめるのである。法定利息の範圍内における請求には損害の證明を要しないが、それ以上の損害については、委任者は立證の責を負ふものとせねばならぬ。

#### 第二 委任者の義務

有償委任の場合において委任者に報酬支拂義務の生じる場合のほかは、有償たると無償たるとを問

はず、委任者には次ぎの如き義務が存在する。

- 一 費用前拂義務(六四九條)
- 二 立替費用の償還義務(六五〇條一項)
- 三 債務辨済の義務(六五〇條二項)
- 四 損害賠償義務(六五〇條三項)
- 五 報酬支拂義務(六四八條) これは有償委任における特殊な義務である。報酬の内容となりうべきものについて民法には何等の制限がない。

### 第三目 委任の終了

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、次ぎのやうな特殊原因によつてもまた終了する。

- 1 告知。 委任は信任關係を基礎とするものであるから、この信任關係が破れた場合には、各當事者は何時にてもこれを解除しうるのである(六五一條一項)。解除をなした當事者は、解除のために相手方に損害を生じるとしても、原則としては、これを賠償する義務はない。しかしながら、相手方の不利なる時期において解除をなした場合には、それが「已ムコトヲ得サル事由」に基くものでない限り生じたる損害を賠償せねばならぬのである(六五一條二項)。なほ、この解除については、賃貸借の解除

に關する第六二〇條が準用される(六五二條)のであるから、雇傭におけると同様に、解除の効力は、ただ將來に向つてのみ、生じるのである。

- 2 委任者または受任者の死亡(六五三條前段)。
  - 3 委任者または受任者の破産(六五三條前段)。
  - 4 受任者の禁治産宣告(六五三條後段)。
- なほ、民法は、委任の終了した場合において、當事者が被ることあるべき損害を防止するがために二つの特別規定を設けてゐる。
- 1 委任終了の場合における應急處置の義務(六五四條)。
  - 2 委任終了に關する通知義務(六五五條)。

## 第十項 寄 託

### 第一目 寄託の性質

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  
と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効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。

寄託の要素は物の保管である。保管といふのは、寄託物を自己の所持内に置いて、その原状を維持もしくは健全なる自然的變化を遂げしめることである。物の保管を要素とするのであるから、目的物の授受なき限り寄託契約の成立することはない。特約のない限り報酬はない。

## 第二目 寄託の效力

### 第一 受寄者の義務

一 寄託物保管の義務 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。

受寄者は、保管のために補助者を使用しうるけれども、寄託者の承諾のない限り、受寄物を使用し、または第三者をして保管せしめることをえない(六五八條一項)。適法に第三者をして保管せしめた場合には、代理に關する民法第一〇五條および第一〇七條二項の規定が準用される(六五八條二項)。

### 二 保管に附隨する義務

1 危険通知の義務(六六〇條)。

2 引渡および權利移轉の義務(六六五條・六四六條)。

3 利息支拂および損害賠償の義務(六六五條・六四七條)。

三 寄託物返還の義務 返還義務の性質は寄託から生じる契約上の債務である。第六六四條は返還の場所について規定してゐる。寄託者はこの契約上の債權に基いて寄託物の返還を請求しうることを勿論である。なほ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寄託物の返還を請求しうることは言ふまでもない。

### 第二 寄託者の義務

有償寄託の場合において寄託者に報酬支拂義務の生じる場合のほかは、有償たると無償たるとを問はず、寄託者には次ぎのやうな義務がある。

一 費用前拂の義務(六六五條・六四九條)

二 立替費用償還の義務(六六五條・六五〇條一項) 尤も、契約の性質または特約によつて受寄者が負擔すべき通常費用は、これを償還するには及ばない。

三 債務辨濟義務(六六五條・六五〇條二項) 受寄者が寄託物の保管に必要と認むべき債務を負擔した場合における寄託者の辨濟義務およびその債務が辨濟期に至らない場合における寄託者の擔保提供の義務であつて、委任の場合と同様である。

四 損害賠償義務(六六一條) 寄託者は寄託物の性質または瑕疵から生じた損害を賠償せねばならぬ。しかしながら、寄託者は、寄託物の性質または瑕疵について、自らの善意・無過失または受寄者の悪意を立證してその責を免れうる。委任に關する第六五〇條三項と對比して、受寄者に對して苛酷であるとせねばならぬのである。

五 報酬支拂義務(六六五條・六四八條) 有償委任の場合におけると同様である。

### 第三目 寄託の終了

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・解除條件の成就・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、契約關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。この告知權は當事者雙方に存在する。

1 寄託者の告知權(六六二條)。寄託者の告知權に關する規定が強行規定なりや否やについては多少の疑問はあるが、告知權を拋棄しまたはこれを制限する特約をなしたとしても寄託の性質を失つて雇傭または請負となるものとも解し難く、またこの規定それ自體が公益的意味をもつてゐるものとも解し難い。

2 受寄者の告知權(六六三條)。

### 第四目 消費寄託

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於いて、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。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)。ただ、寄託物返還の時期に關しては、民法は、消費寄託が主として寄託者の利益のために締結せられるものである點に立脚して、契約に別段の定のない場合には、寄託者は相當の期間を定めて催告することを要せず何時にても物の返還を請求しうるものとしてゐるのである。

## 第十一項 組合

### 第一目 組合の性質

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(六六七條一項)。各當事者を組合員といふ。事業は繼續的である場合が多いが、常に必ら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。出資とは資本の醸出である。資本の種類は無制限である。従つて、金銭以外の物の所有權・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

組合契約の效力は、(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むべきことは、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も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。この義務の懈怠は、債務不履行に關する一般的な規定に従つて、履行遲滞を生じるのであるが、民法は、金銭をもつて出資の目的物となした場合における履行遲滞については、組合財産の充實を安全ならしめるがために、第四一九條に對する特則を設けてゐる。すなはち損害賠償の範圍としては、法定利息のほか更にそれ以上の損害ある場合にはそれをも賠償することを要するものとしてゐる(六六九條)。

### 第二 業務の執行

組合契約の效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、各組合員は業務に參與する權利および義務を有するのである。

1 總組合員が業務執行に參與する場合(六七〇條一項)。この場合における業務の執行は組合員の過半数すなはち多数決によつて決する。いはゆる過半数は組合員の頭數による過半数であつて出資額による過半数ではない。

別段の定をなしうること勿論である。組合の常務すなはち日常の輕微なる事務は、各組合員においてこれを専行しうる(六七〇條二項)。尤もこれに對しては他の組合において異議を述べる権利がある(六七〇條三項但書)。

2 組合契約をもつて一定の組合員に業務執行を委任した場合(六七〇條二項)。この場合にはその業務執行員のみが業務執行の權利を有し義務を負ふ。他の組合員は常務といへどもこれを執行する權利および義務を有しない。業務執行者が一人である場合には單獨専行し、數人ある場合には多數決による。但し組合の常務は他の業務執行者が業務終了前に異議を述べない限りは單獨専行することができ(六七〇條三項)。業務執行者に對しては委任事務處理に關する第六四四條乃至第六五〇條の規定が準用される(六七一條)。但し委任の場合における受任者とは異つて、業務執行者は正當な事由がなければ、辭任しまたはこれを解任するをえない(六七二條)。蓋し組合契約の效力として選任されるものであるからである。業務執行権なき組合員に對しては、第六七三條の權利が與へられてゐる。

3 第三者に業務執行を委任せる場合。この場合においては組合と業務執行者との間には純然たる委任關係を生じ、従つて、その權利義務については、委任に關する規定の適用があるわけである。なほ、この場合における業務執行については、第六七〇條二項および三項を類推適用すべきものとせねばならぬ。

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。組合代理と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。従つて業務執行権の存するところに、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。代理權をもつてゐて代理をなす場合がすなはち組合代理である。組合代理權は代理權授與を目的とす

る法律行為(無名契約)によつて發生し、その内容は第三者に對する意思表示または法律行為に限るのである。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。従つて従來は、業務執行者が組合そのものを代表して訴訟行為をなすことをえないとされて來たのであるが、改正民事訴訟法(大正十五年法律第六十一號。昭和四年勅令第五號ヲ以テ昭和四年十月一日ヨリ施行ス)は、『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通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のであるが、その定めない場合には解釋上問題が生じる。利益の分配は常に必らずしも業務執行の一部であるとは言ひえないが、組合の目的が營利に存し利益分配が業務執行の一部と見られうる場合には、業務執行者が分配の時期を定め、營利を目的としない組合においては、利益分配の時期は清算の時であると解するほかはない。損失分擔の時期は、利益分配の時期についてと同様には解しえない。組合員は、組合に對しては、ただ定まつた出資義務を負担するのを原則とするのであるから、一時、損失を生じるとしてもこれを填補する義務なく、従つて、清算の時に組合財産をもつて債務を完済しえない場合に、はじめて、損失を填補する義務を負ひ各組合員においてこれを分擔するものと解すべきである。

#### 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・持分權をもつてはゐるが、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。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。

一 持分處分に關する制限(六七六條一項) 持分の差押については法律上明文はないが、組合員の持分を差押へて換價處分をなしたまたは轉付命令を發して他に移轉せしめるが如きは、組合員に對して持分の處分を制限した趣旨に反し、組合の性質上到底許さるべきではない。

二 分割の制限(六七六條二項) 判例は、たとへ清算前といへども總組合員の同意があれば、組合財産を分割しうるものとしてゐるが、この場合における分割の合意は、組合解散の決議と同一視せらるべき性質のものとならねばならぬのである。

三 組合財産に屬する債權との相殺の禁止(六七七條) 組合財産に屬する債權と組合員個人の有する債權とは別個のものであるから、組合の債務者が、その債務と組合員に對して有する債權とを相殺しえないのは當然である。

#### 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ら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権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。脱退には二つの種類がある。

一 任意脱退 任意脱退は、脱退者が、自己が組合関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。任意脱退はいはゆる解約告知の一種である。告知は組合員全員に對してなされるのでなければ、何等の效力をも生じない。組合員が任意脱退をなしうるや否やについて、民法は二つの場合を規定してゐる。

1 組合の存続期間を定めなかつた場合(六七八條一項)。この場合には各組合員は何時にても脱退することができ。組合員の終身間組合の存続すべきことを定めた場合も、長期に亙り組合員を拘束する點において、存続期間のない場合と大差がないから、民法はこの場合も同様に規定してゐる。任意脱退は、組合の利益を害することが少ないから、已むことをえざる事由の存しない限り、可及的に組合に損害を及ぼさない時期において脱退することを要する。

するのである。

2 組合の存続期間を定めた場合(六七八條二項)。この場合には各組合員は、その期間内は組合関係を繼續すべき義務を負ひ、原則として、脱退権を有しない。但し已むことをえざる事由あるときは脱退することをうる。

二 非任意脱退 民法第六七九條は、非任意脱退の原因として、(1)組合員の死亡、(2)組合員の破産、(3)組合員の禁治産、および(4)組合員の除名を擧げてゐる。ところで、その最後の原因たる除名は、被除名者に物質的ならびに精神的な重大な影響を及ぼすものであるから、民法は、この場合には、除名をなすにつき正當の事由あることと他の組合員全部の一致あることを条件としてゐるのである(六八〇條)。

脱退は、それが任意脱退たるると非任意脱退たるを問はず、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効果を生じる。その結果、脱退者と組合との間に財産関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たる法律要件である。解散事由は次ぎの如くである。

1 目的たる事業の成功またはその成功不能(六八二條)。

2 解散の請求(六八三條)。解散請求の理由たる『已ムコトヲ得サル事由』は、一組合員についての已むことをえざる事由を指すのではなくて、組合関係を全部的に終了せしめるのを相當とする事由をいふのである。たとへば組合員の多數が出資義務を履行しないがために事業の遂行が著しく困難な場合の如きである。已むことをえざる事由に

基く解散の請求は一種の告知であるから、他の組合員全部に對して解散の意思表示をなしたる限り、これ等の者の同意を要せずして組合は當然に解散するわけである。

3 組合契約をもつて定められた解散事由の發生。

4 總組合員の解散の合意。

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る。清算人となる者が總組合員である場合(六八五條二項)と總組合員の過半数によつて選任せられた者である場合(六八五條一項・二項)と組合契約をもつて定められた者である場合とがある。最後の場合については、第六七二條が準用される(六八七條)。そのいづれの場合たるとを問はず、清算人が數人ある場合には、業務執行に關する第六七〇條の規定が準用される(六八六條)から、その數人の過半数をもつて清算事務が行はれるのが原則であつて、ただ常務のみ各清算人が専行しうるわけである。清算人の職務および權限については、法人の清算人の職務および權限に關する第七八條の規定が準用される(六八八條一項)。ただ殘餘財産の分割については、民法は、分割の割合について特約がなければ、出資の割合に應ずべき旨を規定してゐるのである(六八八條二項)。

第十二項 終身定期金

第一目 終身定期金の性質

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)。當事者を定期金債權者および定期金債務者といふ。終身定期金契約の目的物は金銭またはその他の物であるが、金銭以外の物が代替物たることを要するのは、第六九〇條が「終身定期金ハ日割ヲ以テ之ヲ計算ス」と規定してゐることから見て明らかである。

終身定期金債權は契約によつて發生するのが普通であるが、遺贈におけるが如く契約によらない場合もありうるわけである。民法は、終身定期金に關する規定を、これに準用する旨を定めてゐる(六九四條)。

第二目 終身定期金契約の效力

終身定期金契約の主要なる效力は定期金債權の發生である。定期金債權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。定期金債權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、損害賠償請求權などの諸種の效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(六九一條一項)。この請求權の性質は契約解除權であると解する。一般の解除に對して特則であるのは、催告を要しない點と債權者が元本の利息を控除して、既に受けたる定期金を返還する義務を負ふ點とである(六九一條一項但書)。

なほ民法は、この場合において損害賠償の請求を妨げないこと(六九一條二項)および第五三三條の準用あること(六九二條)について、注意規定を設けてゐる。

### 第三目 終身定期金契約の終了

終身定期金契約終了については、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、債權者またはその相続人の請求によつて、相當の期間債權の存續することを宣告しうることこれである(六九三條一項)。「相當の期間」の長短は標準となつてゐた人の生命を推測してこれを決すべきである。なほ、民法は、この場合、定期金債權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、債權者

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

### 第一目 和解の性質

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。裁判上のものたると裁判外のものたるとを問はない。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。

和解は當事者が互ひにその主張する法律關係に不利益を生ずべき事項を承認すること・すなはち互讓を内容とする契約である。讓歩の程度および方法の如何はこれを問ふところではないが、ただ當事者の一方のみがその主張の全部または一部を拋棄しまたは相手方の主張の全部または一部を認諾するに止まるところのいはゆる示談は、ここにいふ和解ではない。また和解は當事者の契約のみによつてなされ、その内容は當事者の互讓に存するのであるから、裁判所その他の第三者が調停者または仲裁



判断人として干渉することを要し且つ當事者の互譲を要しないところの調停および仲裁判断とは異つてゐる。調停に關しては各種の調停法があり、仲裁判断については民事訴訟法第七八六條以下の規定が設けられてゐる。

### 第二目 和解の效力

和解によつて當事者の法律關係は確定し、當事者は和解以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)。これは和解の認定的效力に對する例外を規定するものと解するほかはないのであつて、かかる確證が現はれた場合に限り、和解に創設的效力を與へ、和解の時に權利の移轉または消滅を生じるものとなすのである。

和解に法律行為の錯誤に關する規定が適用されるか否かについては、解釋上議論の存する餘地がないではないが、錯誤が、争の目的となつた事項に存する場合と争の目的とならなかつた事項にして和解の要素をなすものにつき存する場合とに分つて、民法第六九六條と第九五條との關係は定めらるべきものとせねばならぬ。すなはち前の場合においては、和解契約は有効であつて、第九五條の適用はなく、後の場合には、第六九六條の適用なく、第九五條によつて無効となるものとせねばならぬのである。

### 第二款 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きである。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。尤も、申込が不特定人に對してなされたる場合には、將來契約の當事者となりうべき者に對してのみその效力をもつに止まるのである。

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や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やうとする行爲は、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、意思表示の效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、一度效力を生じた申込は、次に示めすやうな

事由が生じない限り、その效力を保有するのである。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。申込の效力消滅の事由は次の如くである。

一 申込の撤回(取消) 申込の撤回といふのは申込の實質的效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がために、一度效力を生じた申込は、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は次の三つに分つことができる。

1 承諾の期間を定めた申込の場合。この場合においては、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)。承諾なくしてその期間を経過した場合には、申込の實質的効力は當然に消滅する(五二一條二項)。

2 承諾の期間を定めずして隔地者になしたる申込の場合。この場合においては、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。尤も申込のみが對話者間においてなされ、これに對する承諾は隔地者に對する意思表示によつてなさるべき場合においては、第五

二四條を類推適用して相當な期間は申込を撤回しえないものと解すべきであらう。

申込の撤回の効力は何時發生するか。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著した場合に關しては、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(五二二條二項) 承諾期間の経過は申込の効力消滅の原因ではあるが、しかし、特別の事情によつて承諾の通知が延著したる場合に關しては、民法は第五二二條の規定を設け、承諾通知の延著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 特定の相手方に對してなされた申込は相手方の拒絶によつてその効力を失ふ。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、申込の發信後その到達前に於いて申込者が死亡し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。尤も、雇傭であるとか委任であるとかの如く當事者の個性に重點を置く契約にあつては、契約の性質上當然

に申込はその効力を失ふものと言はざるをえない。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。申込の成立後相手方が死亡しまたは能力を喪失した場合については、民法上何等の規定もない。それ故に、意思表示の一般的原則ならびに契約の性質に従つてこれを決するほかはない。

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する意思表示である。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・執達規則一〇條・辯護士法一六條など）。

## 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の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ない。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、次ぎの二つの場合には特殊なる效力が認められてゐる。

1 申込者において延著通知義務の懈怠ありたる場合（五二二條二項）。

2 遅延したる承諾をば申込者において新たなる申込と看做す場合（五二三條）。ここにいはゆる遅延したる承諾といふのは、申込が實質的效力を失つた後に申込者に到達したる承諾・言ひ換へるならば第五二一條の承諾期間以後または商法第二七〇條の相當の期間以後に發送せられたる承諾を指すのである。それ故に、第五二二條の要件を具備した延著承諾とはその性質を異にしてゐる。

## 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説の見解である。しかしながら、これは、契約成立の時期と承諾の效力發生の時期とが必ず同一であることを要すると解するところの根據なき獨斷である。民法第五二六條はあくまでも契約成立の時期に關する規定であると解せねばならぬのである。

我が民法上、契約の成立する時は承諾の通知の發せられた時（五二六條一項）であつて、通知が申込者に到達した時ではない。それでは、承諾の效力もまた承諾の通知を發した時に生じるかといふに、さうではない。承諾は意思表示であるから、意思表示の一般原則によつて、到達の時に效力を生じるものと解するほかはない。

契約は承諾そのものではないから、承諾の效力發生の時期と契約の成立時期とが相異なることは矛盾ではない。しかしながら、承諾が成立しないのに契約のみを成立せしめることはできない。たとへば承諾の通知が途中において紛失したがために申込者のもとへ到達しなかつた場合には、承諾は成立し

ないから、契約は不成立に終る。承諾の通知發送後その到達前または到達と同時に、他の方法でもつて申込の拒絶が申込者に到達した場合もまた同様に解すべきである。もし承諾が申込の拒絶前に發せられたとの故をもつて、契約は成立するものと解するならば、社會生活の實際に則しない非常識の誹を免れえないであらう。承諾の到達は、民法第九七條の故に、契約成立の法定的條件たる性質を有するものであつて、承諾通知の到達によつて承諾は效力を生じ、その效力が承諾通知發送の時に遡及して、契約成立の他の要素たる申込と結合して、契約を成立せしめるものと解せねばならぬのである。

## 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めヘキ事實」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爲をなした場合とか、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發生した時である。申込に承諾期間を定められた場合には第五二一條二項を、承諾期間を定めなかつた場合には第五二四條を、それぞれ類推適用せねばならぬのである。

## 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、主觀的ならば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、二個の申込がいづ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い(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、特定の行爲をなした者に一定に報酬を與ふべき旨の意思表示をば、廣告の法によつてなすことである(五二九條)。廣告者は、これによつて、その行爲をなした者に對して報酬を與へる義務を負ふことは明らかであるが、懸賞廣告それ自體が債權・債務の發生の原因ではなくて、それは契約の申込にほかならず、從つて廣告に對する承諾たる指定行爲があつて、はじめて、債權・債務の發生原因たる法律要件が成立することとなるのである。理論的には、廣告者の一方的意思表示によつて債務が成立するものと解しても何等支障なきものの如くであるが、我が民法は、懸賞廣告をば、契約の成立に關する規定中に規定してゐるところから見て、契約成立の一方法としてゐるものとせねばならぬのである。

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たる者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爲を完了した者あるときは、懸賞契約は成立し、行爲者は報酬請求權を取得する。

應募者數人ある場合には、何人が報酬を受けるかは、廣告中に定めたとおりに從ふ(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、民法は次ぎの如く定めてゐる。

1 數人が時を異にして指定行爲をなした場合。この場合においては、最初にその行爲をなした者のみが報酬請求權を取得する(五三一條一項)。

2 數人が同時に指定行爲をなした場合。この場合においては、行爲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)。

### 第三款 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的い價值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なる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なる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。いはゆ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のである。

#### 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、出捐についての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きである。

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)などの點に存する。

#### 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存する。

#### 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屬する事項と他の典型契約の構成分子に屬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屬する事項といづれの典型契約の構成分子にも屬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。

#### 第四款 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效果である。契約がその内容に適應するやうな效果を生じるがためには、その内容が、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如何によつて異なるのであつて、その各々については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、論述することとせねばならぬのである。

#### 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もつてゐる。従つて、謂はば互ひに條件的に原因的な關係をも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

一 雙務契約の當事者は、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のである(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



實的意義をもつわけである。この抗辯権の援用を稱して同時履行の抗辯または契約不履行の抗辯といふのである。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。繼續的または回歸的給付を目的とする債務においては、毎時期の相對立する給付についてのみ同時履行の抗辯権の成立を認むべきものではなくて、甲時期の給付の不履行を理由として乙時期の反對給付を拒絶しうるものとせねばならぬ。蓋し當事者雙方の債務が對價的關係において存在することを要するといふのは、全一體としての契約から生じる各當事者の債務自體の對價的關係を意味するものとせねばならぬからである。

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しえない。

## 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もつてゐる。

同時履行の抗辯権は前述の要件が備はるに至ると成立するものであるが、これを援用すると否とは抗辯権者の自由である。援用の時期については別段の制限がないから、履行期たると履行期後たるとを問はず相手方から履行の請求を受けた時に援用すればよいわけである。

## 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

權關係は消滅して債務者は債務を免れるのであるが、他方の債權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、取引上における平衡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權者主義がこれである。そして、この場合、危険を何人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、反對給付をなすべき債務者すなはち債權者のみが損害を被ることとなるから、その履行不能から生じることあるべき危険は債權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務契約については例外を設け、債權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付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る反對給付の請求權をも失ふに至る。債權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、且つ反對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、これを債權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務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、その損失は債權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、当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權利を取得せしめることを目的とする契約である。かかる契約において第三者に對して直接に債務を負擔するに至るべき者を諾約者と呼び、その相手方たる當事者を要約者といふ。第三者のためにする契約は、第三者をして直接に權利を取得せしめるといふ點においてのみ特異性を

もつに止まり、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。言ひ換へるならば、それはその内容の一部として第三者をして權利を取得せしめるといふ約款(これを第三者約款といふ)を伴ふ契約である。だから、第三者のためにする契約もまた自己のためにする契約と同じく、この契約によつて生じる債務に條件や期限を附しうるわけである。

### 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權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、第三者が權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(五三七條二項)しかもこの契約は必ずしも第三者の權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、ただ權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權利についてののみ第三者の受益の意思表示がその權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權利は、契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

債権であつて、それはその效力・讓渡・消滅などにおいて普通の債権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、その債権者(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)

## 三

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。基本行為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。

要約者が諾約者に對して如何なる權利を有するかは、基本行為たる契約の内容によつて定められるのであるが、第三者における權利取得といふ效果に關する限りにおいても、諾約者による第三者への給付については要約者もまた密接な利害關係を有するのであるから、要約者は、第三者に對して給付のなされるべきことを諾約者に對して請求する權利を有するものと考へるのが、一般に、當事者の意思に適合するものと言ふことができる。

諾約者について生じる法律效果は、第三者ならびに要約者について生じる效果の反面をなすものである。しかしながら、諾約者の負擔する債務は要約者との間の基本行為たる契約に基因するものであるから、この契約に基因する抗辯は、これをもつて第三者に對抗することをうるのである(五三九條)。

そして、ここにいふ抗辯は、固有の意味における抗辯のみではなく、およそ第三者の權利の存在を否認しまたはその行使を妨げるあらゆる事實を意味するのであつて、異議といふのに等しい。だから、詐欺に基く取消權の如く本來は善意の第三者には對抗しえない抗辯(九六條三項)でも、受益者たる第三者に對しては、これをもつて對抗しうるわけである。

## 第五款 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權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付けるのである。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 約定解除権

當事者は契約をもつて解除権を発生せしめることができる。これを約定解除権といふ。契約によつて解除権が発生するといふのは、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、解除権を留保して置くことである。そして、この留保は當事者の一方だけのためになされることもあれば、また當事者雙方のためになされることもある。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）を残して置かうとする場合に、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や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）は解除権留保の性質をもつてゐる。

約定解除権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 法定解除権

解除権は法律の規定によつてもまた発生する。これを法定解除権といふ。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）に基づくものがある。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、一般的法定解除権の発生する場合は、これを債務者において履行遲滯の生じた場合（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 履行遲滯に基く解除権の發生 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頼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こと、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こと、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公平の觀念に反し穩當を缺くから、一方において履行遲滯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や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も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こと、(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こと、を要件として、すなはち不履行のまま履行期を徒過した事實のみで、言ひ換へるなら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)。

二 履行不能に基く解除権の發生 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)。全部の履行不能を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こと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。契約の要素たる債務について一部の履行遅滞があつた場合もまた同様の理論に従ふべきものとせねばならぬのである。

### 第三項 解除権の行使

解除権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)。

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る(五四四條一項)。これを解除権不可分の原則といふ。しかしながら、解除の意思表示は常に必ずしもその全員から、またはその全員に對して同時的になされることを要しない。個別的に且つ時を異にしてこれをなすも、その效力を妨げるものではない。そして、その場合においては、最後になされた意思表示の效力が發生した時に、それ以前になされた意思表示もまた效力を生じ、従つて、解除は全部的に效力を生じるものとせねばならぬのである。

### 第四項 解除の効果

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、次の如き効果を生じる。

一 原状回復義務 民法第五四五條は、當事者の一方がその解除権を行使したときは、各當事者はその相手方を原状に復せしめる義務を負ふ旨を規定してゐる。これを原状回復義務といふ。理論的には不當利得の特別な場合である(七〇三條参照)。ところで、解除の効果は、解除によつて當然に・すなはち物權的に・原状回復を生ぜしめるのではなくて、給付を受けてゐた者にその給付を返還して相手方を原状に復せしめる義務を負はしめるに止まるのである。すなはち、解除の効果は遡及的に發生しはするが、それは債權的であつて、物權的ではない。

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じ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、法定利息を添え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、解除権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 解除権の行使は損害賠償の請求を妨げるものではない。すなはち解除権を行使すると共に、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 解除権の消滅

解除権はその性質において形式權であるから、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)權利の拋棄および(3)消滅時効(一六七條二項)などの如きである。

なほ、民法は、解除権消滅の原因として、次の如きものを規定してゐる。

1 相手方の催告(五四七條)。相手方をして解除に關して長く不確定の状態に置くことを避けしめ取引の安全を計らうとする趣旨に出づるものである。

2 解除権者による目的物の毀損または返還不能(五四八條一項)。相手方もしくは第三者の行爲によつて、または自然力によつて、目的物の滅失または毀損の生じた場合には、解除権の消滅することは

ない(五四八條二項)。

3 解除権者による目的物の加工または改造(五四八條一項)。

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権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、解除権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られたもの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 契約以外の債權發生原因

第一款 事務管理

第一項 事務管理の性質と成立要件

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)。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やうとする制度である。かかる制度の下において、事務管理が債權發生の原因となるがためには、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、法律行為なると事實行為たるを問はない。また繼續的たると一時的たるとは問ふところではない。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。管理の範圍は財産的事項に限らるべき理由はない。

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計り、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。自己の利益を計ると同時に他人の利益をも計るときは、他人のためにすることを包含し事務管理となる。贈與の意思に基づく場合には事務管理は成立しない。

3 義務なくして管理すること。管理が法律上の義務に基づく場合には、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。しかしながら、管理者が第三者に對してその事務をなすべき義務を負ふてゐることは、必ずしも事務管理の成立を妨げるものではない。たとへば、自己の負擔部分以上の辨濟をなした連帶債務者の求償権におけるが如きである。

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明らかなるも、なほ、事務管理は成立する。



## 第二項 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権関係が発生する旨を規定してゐるに止まる。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計り、他方においては一般社會の利益を計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、管理行爲をもつて、適法行爲であるとなし、違法性を阻却せしめやうとする趣旨に出づるものとせねばならぬのである。従つて、管理行爲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が規定してゐるものは、これを管理者の義務と本人の義務とに分つことができる。

## 第一 管理者の義務

- 一 管理繼續の義務(七〇〇條)
- 二 管理開始の通知義務(六九九條)
- 三 管理方法に關する義務(六九七條)
- 四 管理をなす際における義務 原則としては、善良なる管理者の注意義務である(四〇〇條)。但し、第六九

八條所定の場合には、悪意または重大なる過失ある場合にのみ管理者は損害賠償の責に任じる。

五 計算義務(七〇一條) 事務管理について、委任に關する第六四五條乃至第六四七條の規定が準用されるがためである。

## 第二 本人の義務

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六五二條ノ二以下など)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、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濟すべきものとしてゐる(七〇二條)。分つて二つの場合とすることができる。

1 事務管理が本人の意思に反しない場合。この場合においては本人は有益費用償還の義務(七〇二條一項)および有益なる債務の辨濟義務(七〇二條二項)を負ふ。

2 事務管理が本人の意思に反する場合。この場合においては本人が現に利益を受ける限度においてのみ有益費用の償還及び有益債務の辨濟の義務を負ふのである(七〇二條三項)。

## 第三項 準事務管理

事務管理の要件中のあるものを缺く場合には、その行爲は一般に不法行爲に該當する。かかる場合においてもなほ事務管理に關する規定を類推適用してその効果の一部の發生を認めることが必要である場合がある。これを準事務管理といふ。我が民法上これに關する規定はないが、事務管理における本人の保護に關する規定はこれを類推して、準事務管理を認めるのが妥當であらう。

事務管理に關する要件を缺く場合といふのは、たとへば他人のためにする意思を缺き、あるひは本人の意思に反することが明らかなる場合の如きである。かかる場合には、適法な事務管理は成立するのではないが、本人に對する關係においてこれを事務管理と同一視して、本人保護に關する規定、特に利益の引渡に關する規定を準用すべきである。

## 第二款 不當利得

## 第一項 不當利得の性質

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。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。

## 第二項 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。たとへば他人の財産權または財産的利益の移轉を受けるが如きが最も普通の場合である。

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。従つて、受益と損失との間には、因果關係がなければならぬ。因果關係の範圍については、民法上規定はないが、損害賠償の場合における因果關係は、不當利得には準用し難い。受益と損失との間に存することを要する因果關係は、利得の發生原因と損失の發生原因とが直接的に相關聯するやうないはゆる直接的な因果關係でなければならぬのである。

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。それでは何をもち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。

### 第三項 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。いはゆる非債辨濟と不法原因給付とがこれである。

#### 第一 非債辨濟

債務なきに拘らず辨濟をなすときは、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 狭義の非債辨濟 債務が存在しない場合の辨濟が不當利得となるがためには、辨濟者が錯誤に基いて辨濟せること・すなはち辨濟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。但し非債辨濟を理由として不當利得の返還を訴求する者は、相手方に對して給付をなした事實のほかに、債務の存在しないことを立證せねばならぬ。辨濟受領者は辨濟者が債務の不存在を知つてゐたことを立證して返還の債務を免れうるわけである(七〇五條)。

二 辨濟期前の辨濟 この場合は、存在しない債務の辨濟とは言ひえないから、辨濟は法律上の原因を缺くものとは解し難いし、また債權はこれによつて消滅するのであるから、債權者において辨濟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。但し、辨濟期前に辨濟を受けた債權者は辨濟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、債權者の得たる利益は、辨濟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(七〇六條)。

三 他人の債務の辨濟 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濟をなした場合には、いはゆる第三者の辨濟として、その辨濟は、原則として有效である(四七四條)。この場合には債權は消滅するから債權者と辨濟者との間に不當利得の問題を生じることはない。ただ債務者と辨濟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、辨濟した場合には、その辨濟は無効である。従つて、辨濟者は、債權者の善意・惡意を問はず、債權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、民法は善意の債權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、辨濟者は返還を請求しえないものとしてゐる。かくて、辨濟は有効となり、債務者は辨濟者の損失において債務を免れ、債權は消滅するに至る。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がために、辨濟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(七〇七條二項)。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、その場合においては、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もつ筈である。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。

## 第四項 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を成立せしめる。返還の物體は、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、受益者が善意である場合と惡意である場合とによつて異なる。

一 善意の受益者の返還義務 善意の受益者といふのは受益が法律上の原因なきことを知らない者である。過失あるも知らない限りはなほ善意であるとせねばならぬ。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)。利益が現存するや否やを決定すべき標準となる時期は、不當利得の返還請求のあつた時と解すべきである。蓋し不當利得返還債務は履行期といふ觀念の存在しない債務であると解すべきであるから、その遲滞の責任を生じるのは利得返還の請求を受けた時と解するほかはないからである。

二 惡意の受益者の返還義務 惡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)。惡意の受益者は、他日返還の請求を受けることあるべ

きを知りて利得する者であるから、民法は、善意の受益者の返還の範囲よりも、その範囲を加重してゐるものの如くである。

### 第三款 不法行爲

#### 第一項 不法行爲の性質

不法行爲とは、故意または過失によつて他人の権利・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、権利・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。損害賠償の範囲について、判例が、債務不履行に關する第四一六條をば、そのまま不法行爲に

類推適用しや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。

#### 第二項 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。故意とは、不法行爲について具體的に言へば、ある行爲が他人の権利・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権利・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・明治三二年法律第四十號)。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。しかしながら、その立證責任は、故意または過失を推斷しうべき事實を證明するをもつて足り、従つて、加害者においてその不存在の反證を提出しえない限りは、その故意または過失は認定されることとなるのである。

##### 第二 責任能力

責任能力または不法行為能力は、一般的不法行為の成立要件である。従つて、自己の行為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、自己の行為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)。この場合における立證責任については多少の疑問はあるが、心神喪失の状態にあつたことについては加害者に、故意・過失によつて心神喪失を生じたことについては被害者に、それぞれ舉證責任があるものと解すべきであらう。

### 第三 権利の侵害Ⅱ加害行為の違法性

権利の侵害が一般的不法行為の成立要件に屬することは民法第七〇九條によつて明らかである。後述するであらうところの特殊の不法行為においてもまた、権利の侵害が要件となることは明白であるから、権利の侵害は我が民法上における不法行為一般の要件である。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、言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。被害者の個人的な立場においては、損害を被つたといふ事實があれば充

分である。それ以上に被害者の言はば主觀的な立場を考慮して、権利が侵害されたことを要件とするが如きは、屋上屋を架するものと言はねばならぬ。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・言ひ換へるならば法律秩序を破るの故をもつて違法と評價され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権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権利の侵害とは、言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権利と認められた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著すること

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。權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(七一〇條・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。

權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、自己の權利を拋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 正當なる權利の行使 權利の行使は、權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權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、權利の行使そのものが公序良俗に反する限り、權利の濫用として、不法行為を成立せしめるのである。判例は、かつて、權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、權利の行使たる限りに於いて、賠償の責に任ずべきではないとし

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 損害の発生

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権が生じるがためには、損害の発生を必要とする。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関係の存在

いはゆる因果関係の範囲は債務不履行におけると同様に相当因果関係の範囲に限るべきことは、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、損害賠償の範囲について、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や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。

### 第三項 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やうとする根據は、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や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ず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囲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せしめることによつて、被害者を保護しや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、絶對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、使用者が被用者に対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ず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ず、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 使用者にい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権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認識するならば、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)

請負人は獨立せる事業主體であるから、その仕事につき第三者に加へた損害を自ら賠償するのは當然である。従つて、第七一六條による特殊の不法行爲は、注文者における注文行爲または指圖行爲を原因とするのである。すなはち、これ等の行爲についての注文者の故意または過失を要件とするのである。もし請負人についても不法行爲の要件が備つてゐる場合には、共同不法行爲となる。注文または指圖の過失についての舉證責任は、第七〇九條の原則によるも、また第七一六條の法文によるも、

被害者にあることは言ふまでもない。

### 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)

この責任の根據は近代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や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小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。土地の工作物の設置または保存の瑕疵あることによつて生じた他人の損害は賠償されねばならぬ。土地の工作物とは土地に接著して人工的作業をなしたることによつて成立せる物であつて、その範圍は極めて廣い。かかる工作物の設置または保存に瑕疵あること、かかる瑕疵によつて他人の損害が生じたことが、この責任發生の要件である。

土地の工作物の加害による賠償責任における第一次の責任者は占有者である。蓋し占有者は、工作物に對して最も密接な地位にある者であるからである。但し占有者は、善良なる管理者の注意をなしたることを立證してその責を免れうる。第二次責任者は所有者である。所有者は自己に過失なきことを立證するも責任を免れえない。

竹木から生じる損害に對する要件は、竹木の栽植または支持に瑕疵があつて、この瑕疵によつて損害の生じたことである。ここにいふ竹木は土地に接著するものに限るのであつて、盆栽の如きはこれを包含しない。

土地の工作物または竹木の所有者または占有者が責任を負ふ場合において、他に損害の原因につきその責に任ずべき者のある場合には、所有者または占有者は、その者に對して求償權を行使することをうる。他に損害の原因につきその責に任ずべき者とは、瑕疵を生ぜしめるにつき過失ある者、たとへば工作物築造について過失ある請負人・工作物の以前の占有者の如きである。

#### 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よる損害の發生豫防の義務を負はしめ、その責任を加重しやうとする點に存するものの如くである。ところで、動物の占有者および保管者は、動物の種類および性質に従つて相當の注意をなしたことを立證してその責を免れうるのであるから、この責任の性質は第七一四條・第七一五條および第七一七條の占有者の責任と同様に、絶對的な無過失責任ではなくて、中間的なものであるとせねばならぬのである。歴史的に認められて來た危険責任の一種であるが、現代においては、さほど重要な意義をもつものではない。

### 第四項 共同不法行爲

不法行爲は、常に必らずしも、一人の行爲に限るわけではなく、數人の行爲から成立することがある。前者を單獨不法行爲と呼び、後者を共同不法行爲といふ。共同不法行爲の特色はその效果として不法行爲者間に連帶責任の生じる點に存するものの如くである。

民法は、共同不法行爲として三つの場合を區別してゐる。そして、それぞれの場合において、その成立要件を異にしてゐる。

一 狭義の共同不法行爲(七一九條一項前段) これは、數人が共同の違法行爲によつて他人に損害を加へた場合の不法行爲であつて、その數人について不法行爲の要件が備はることを要すると共に、しかも各自の違法行爲は客觀的に關聯共同して損害の原因となることを要するのである。

二 何人の行爲が損害發生の原因たるかが不明なる共同の加害行爲(七一九條一項後段) これは、何人が損害の原因たる違法行爲をなしたかが不明であるといふ點において、狭義の共同不法行爲とは異なる。數人についてそれぞれ不法行爲の要件が備はることを要し、しかも違法行爲となる危険の存する行爲をば客觀的な關聯共同においてなせることを要すると共に、共同行爲者中のある者が違法行爲をなしたことが確實であつて、ただその何人であるかが不明であることを要するのである。問題となるのは、自己の行爲が原因でないことを立證して連帶責任を免れうるや否やである。直接の加害者を證明することをえない被害者を保護することが、この場合における共同不法行爲制度

の精神であるとせねばならぬのであるから、否定的に解すべきである。

三 加害行為に對する教唆または幫助(七一九條二項) 教唆とは他人をして不法行為をなすの意思を決定せしめることであり、幫助とは不法行為の補助行為をなすことである。民法は教唆者および幫助者をもつて、不法行為者と看做し、直接の行為者または主たる行為者と連帶的關聯に立たしめてゐる。

以上いづれの種類の不法行為たるを問はず、共同不法行為者は各自連帶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とを問はず連帶債務に關する第四四二條以下が適用さるべきである。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。

### 第五項 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。損害賠償の方法に關しては、第七二二條は第四一七條の規定を準用する旨を定めてゐるから、原則として、金錢賠償である。従つて、財産的損害以外の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とするのである(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、および被害者は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、時效によつて消滅する(七二四條)。民法が短期時效を認める理由は、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(七二一條・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、その物自体が債權の客體ではなくて、その物を引渡すべき債務者の行爲が債權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)。

債權の客體たる給付は、債權者に對して、合法的にして正當なる利益を與へるものなることを要する。債權の客體に關する要件としては、(1)可能、(2)適法、(3)社會的妥當、(4)確定といふ法律行爲の效力發生要件が擧げられるが、債權法において特に問題となるのは、ただ給付の確定のみである。

給付は債權發生の當時に確定せることもあれば、また履行の時までに何等かの標準によつて確定しうべきに止まることもある。そのいづれたるかを問はず債權の成立は有效である。債權の客體が後に至つて確定せられる場合における確定の方法は、法律によつて定められる場合(たとへば四〇一條・四〇六條四一六條・四一七條 七二二條・九六〇條など)のほかは、當事者の意思表示によつて定められるのである。

## 第二節 主體の態様による各種の債權關係

### 第一款 單數主體の債權關係と複數主體の債權關係

債權關係の最も單純な形態は債權關係の主體すなはち債權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權關係といふ。だが債權關係は、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、複數主體の債權關係といふ。我が民法はかかる複數主體の債權關係を呼ぶに『多數當事者の債權』をもつてしてゐる。我が民法が複數主體の債權關係として明らかに認めてゐるところのものは、(1)分割債權關係(四二七條)、(2)不可分債權關係(四二八條—四三一條)、(3)連帶債務(四三三條—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、債權の效力と關聯して極めて重要である。我が民法は、分割債權關係をもつて原則としてゐる。

### 第二款 複數主體の債權關係

#### 第一項 分割債權關係

分割債權關係といふのは、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、その給付が債權者または債務者に分割せられてゐる債權關係をいふのであつて、かかる關係においては、各債權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)。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、對内關係における例外を設ける意思表示が、對外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 不可分債權關係

### 一

不可分債權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も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、性質上の不可分と當事者の意思表示による不可分となすことができる。

### 二

一個の不可分なる給付を目的として、數人の債權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、各債權者は單獨で總債權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)。不可分債權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(四二九條二項)。従つて、債務者は他の債權者に對してはなほ全部の給付をなさざるをえない。但し民法は更改と免除

に關しては特則を設け、全部の履行を受けた債權者は、更改または免除をなした債權者がその權利を失はなかつたならばその債權者に分與したであらうところの利益をば、債務者に償還することを要する旨を定めてゐる(四二九條一項)。

### 三

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)。だから不可分債務は複數の債務であつて、ただ給付が不可分であるから分割債務たりえないのである。その形式において連帶債務に似てゐるので、民法は連帶債務に關する規定をも準用する旨を定めてゐる(四三〇條)。

債權者は不可分債務者の一人に對して、または同時もしくは順次に總債務者に對して、全部の履行を請求することをうる(四三二條)。また債務者の全員が破産したときは、債權者はその債權の全額につき破産財團の配當に加入することをうる(四四一條)。不可分債務者の一人について生じたる事項の效力に關しては、民法は第四二九條を準用するものとしてゐる(四三〇條)。

不可分債務者相互間に於ける不可分債務の效力については、民法は連帶債務に關する規定を準用する(四三〇條・四四二條以下)。従つて、辨濟その他自己の出捐をもつて全部の債務を消滅せしめた債務者は他の債務者に對して各自の負擔部分に應じて求償權を有する。負擔部分の内容については、民法上明

文がないから、債務者相互間の對内的法律關係によつて定まる。

## 四

不可分なる給付が後に可分なる給付に變じた場合には、不可分債權關係は分割債權關係となり、各債權者は自己の部分についてのみ履行を請求することができ、また各債務者はその負擔部分についてのみ履行の責に任じることとなる(四三一條)。

## 第三款 連帶債務と保證債務

連帶債務と保證債務は、その法的關係の性質において、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、社會的意義をもつものであるから、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、その具體的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、主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(六九八條参照)、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の生じた場合には、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権

不特定物の引渡を目的とする債権は、また、種類債権ともいふ。一定の種類の中から、一定の数量の物の引渡を請求する権利である。

種類債権の履行に際しては、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、種類債権の特定または集中といふ。種類債権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の生じる場合(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、特定を生じる。何をもち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、にそれぞれ特定を生じる。

- 2 當事者間の契約によつて指定権を債務者に與へ、その指定権の行使によつて特定の生じる場合(四〇一條二項後段)。この場合においては、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。

- 3 民法は以上二個の場合を擧げてゐるに止まるが、契約自由の原則上、當然に、特定を認むべき場合がある。すなはち、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特定の生じる場合がこれである。

特定の生じたときは、いはゆる不特定物債権・種類債権はいはゆる特定物債権となる。かくて、債務者は、保存義務(四〇〇條)および現状引渡義務(四八三條)を負ふに至る。それと共に、他方において、特定の效果として、その物が不可抗力によつて滅失または毀損した場合には、債務者は責を免れる(四一五條)。不特定物の賣買その他の雙務契約においては、特定の效果として、危険は債権者に移轉する(五三四條二項)。また、たとへ債務者の責に歸すべき事由によつて物が滅失した場合においても、

債務者はただ損害賠償義務を負ふに止まり、他物を給付する義務を負はされることはない。

### 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 權

利息債權といふのは、元本債權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、元本債權がなければ利息債權は成立しない。また元本債權の消滅後に於いては、利息を生じることはない。

利息債權は元本債權に従たる債權である。すなはち附從性を有する債權である。利息債權のこの附

從性は元本債權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權は元本債權と不可分離であるから、元本債權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、利息債權の處分を伴ふものとせねばならぬ。しかしながら、既に生じた利息債權すなはち辨濟期にある利息債權は元本債權とは獨立するものであるから、元本債權の處分は利息債權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、且つ原債權の延長たる性質をもつものであるから、特に反對の意思表示のない限り、原債權と共に移轉するものとせねばならぬのである。

債權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。法定利率の利率は、民法上は年五分(四〇四條)、商法上は年六分(商二七六條)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。

### 第五款 選擇債權

選擇債權といふのは、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との根本的差異は、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(四〇九條參照)。

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(四〇七條一項)。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、取消することをえない(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効である。

#### 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これである。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や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や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、二人以上の債務者が平等・併列の地位において債權を確保しやうとする擔保的機能をも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やうとする擔保的機能をもつてゐる、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

と債権者取消権がこれである。これは、債権者一般の債権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・処分をば、制限・干渉することによつて、債権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険から債権者をば防衛し保護しやうとするものであり、かくして、實質的に債権本來の目的を達せしめや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、債権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・商六三條・一三六條・一四六條・二一六條・二七三條・二九九條・三三九條など）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 債権者の權利

債権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もつてゐる（四三二條）。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、債権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、債権者はその債権の全額について、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、なほ破二四條参照）。

#### 第二項 連帶債務者の一人について生じた事項の效力

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、

連帶債務は債権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済の如きである。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、債権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。尤も當事者間に特約のある場合はそれに従ふこと勿論である。債務者間に明示の特約のない場合においても、連帶債務から受ける利益の割合が各債務者について異なる場合には、その負擔部分もまた、これに應じて異なるものとせねばならぬのである。

連帶債務者の一人の辨済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て求償權を取得するのである(四四二條)。尤も、この求償權は、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。

問題となるのは、免責行為が競合する場合における求償權の制限である。その第一の場合には、民法第四四三條二項によつて、第二の免責行為者たる債務者が自己の免責行為を有效なりしものと看做す権利を行使した場合には、その效力はただ單に免責行為の競合する當事者間の相對的關係に止まるものなりや、はたまた債権者および他の債務者に對する關係にも及ぶものなりや、の問題である。學說上議論の存するところであるが、民法第四四三條二項は免責通知を怠つた過失ある求償權者の求償權を制限し過失なき被求償者を保護して求償權關係を整序するがために設けられた規定であるから、第二免責行為者は、他の債務者に對しては求償をなすことをえず、ただ第一の免責行為者に對してのみ求償しうると共に、第一免責行為者が他の債務者から求償によつて取得したる利得をば不當利得として償還せしめうるに止まるものとせねばならぬのである。第二の場合には、連帶債務者の一人が辨済をなしその他有償の免責を得たことをば他の債務者に通知しなかつたがために、他の債務者もまた豫めの通知をなさずして辨済その他の免責行為をなした場合には、いづれの免責行為をもつて有效とな

すべきであるか、の問題である。第四四三條の第二項と第一項との關係に關する問題として議論の存するところである。この場合においては、對外的關係においては第一免責行為が常に有效であつて、ただ對内的關係においてのみ第二項を適用し、更に第一および第二の免責行為者の過失の性質および程度を考量して、各場合に分つて判断すべきものとせねばならぬのである。従つて、第一免責行為者が豫め通知をなして免責行為をなしたがその免責を得たる通知を怠つた場合に、第二の免責行為者が豫め通知せずして辨濟をなした場合には、その第二の免責行為者はいはゆる善意の辨濟者としての保護に價しない。蓋し第一免責行為者の通知懈怠と第二免責行為者はいはゆる善意辨濟との間には因果關係なく、従つてかかる善意は本條にはゆる善意とは解し難いから、第一辨濟が有効であつて第四四三條の適用の餘地がない。これに反して、第一免責行為者が豫め通知せずして、すなはち第四四三條一項の通知義務を怠つて、免責行為をなした場合には、豫め通知しなかつたといふ過失は兩者共にこれを負擔しこの點についての責任は相殺されるから、勢ひ第二免責行為が優勢となるわけである。過失の性質について區別ある場合については、故意は常に輕過失および重過失よりも重い責任を發生せしめるものとせねばならぬのである。

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しえ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は免除を得た者ある場合の求償權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。

#### 第二款 保證債務の成立

保證債務が成立するためには保證人たるべき者と債權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。保證契約が有効に成立するためには必ず主たる債務が存在してゐなければならぬ。存在しない債務を保證するといふことはありえない。尤も將來生ずべき主たる債務を豫想して

それを保證することを約する契約は有効である。

保證契約によつて發生する保證債務における客體は主たる債務の客體と同じでなければならぬ。またその範圍は主たる債務の範圍によつて制約される(四四七條)。すなはち保證債務の範圍は主たる債務の範圍よりも大なることをえない。なほ主たる債務について存する條件・期限・履行の場所などは保證債務についても同様に存するものとせられるのであつて、保證債務をして主たる債務よりも重い制限に服せしめることは許されない(四四八條)。

保證債務は主たる債務に附従するものであるから、主たる債務が初めから存在してゐなかつたとか成立してゐた主たる債務が既に消滅してしまつたとかいふやうな場合には、保證人は債務の不發生または消滅を主張して、債務を免れることができる。主たる債務が取消しうべきものである場合には、保證債務は成立しはするが、主たる債務が取消されたときは保證債務は當然にその效力を失ふのである。ただ主たる債務が『無能力ニ因リテ取消スコトヲ得ヘキ債務』たる場合に關しては、第四四九條の特則がある。

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。従つて、保證人を立てる義務を有する者が、第四五〇條所定の要件を具備する者を保證人に立てえない場合および後に至つてその要件を缺くに至つた場合には、債務者はかかる者との保證契約の締結を拒否することができ、また、所定の要件を具備する者をもつて代へるべきことを請求することができ。なほ、民法は、債務者が保證人を立てる義務を負ふ場合において、第四五〇條所定の要件を具備する保證人を立てえない場合に關しては、第四五一條の規定を設け、債務者をして他の擔保を供して保證人を立てることに代へうる旨を定めてゐる。これをも提供しない場合には、債務者は期限の利益を主張しえない(一三七條三號)。

### 第三款 保證債務の對外的效力

#### 第一項 債權者の權利

債權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。すなはち債權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、債權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 保證人の抗辯権

## 第一 催告の抗辯権

債権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権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権利を稱して催告の抗辯権といふ(四五二條)。保證人がこの抗辯権を行使した場合には、債権者は主たる債務者に對して請求した後でなければ、保證人に對して再度の請求をなしえない。そして、この催告の抗辯があつたにも拘らず債権者が主たる債務者に對して請求することを怠つた場合に關しては、民法は、保證人の辨濟義務の輕減を規定してゐる(四五五條)。

## 第二 檢索の抗辯権

債権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、債権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権利を稱して檢索の抗辯権といふ(四五三條)。ところで、保證人のなすべき立證は、主たる債務者に執行の容易な若干の財産が在るといふことの證明で足りるのであつて、その若干の財産が全部辨濟をなしうるに足るといふことまで立證する必要はない。第四五三條の重點は「執行ノ容易」といふ點に存するのであつて、「辨濟ノ資力」といふことには獨立の意味を認めえないものとせねばならぬのである。蓋し、「辨濟ノ資力」が全部辨濟をなしうる資力であると解すれば、かかる立證は、ただに難事であるのみではなく配當要求者に對して平等辨濟を認めてゐる現行法の下においては殆んど不能であるとせねばならぬからである。保證人がこの抗辯権を行使した場合には、債権者は、先づ主たる債務者に對して強制執行をなした後でなければ、保證人に對して履行の請求をなしえない。そして、この檢索の抗辯があつたにも拘らず債権者が主たる債務者に對して遲滯なく執行をなすことを怠つた場合に關する保證人の辨濟義務の輕減に關しては、催告の抗辯の場合におけると同様である(四五五條)。

## 第三 主たる債務者の抗辯権

保證債務の附従性の故に、主たる債務に何等かの抗辯権が附著してゐる場合には、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無い。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事項の效力

保證債務は、その本質上、主たる債務と主従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、絶對的效力をもつものである。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は勿論、その他相殺・更改・免除などによつて主たる債務が消滅する場合には、保證債務もまた消滅するわけである。民法は、主たる債務に對する履行の請求その他時効の中斷は保證人に對してもその效力を生じる旨を規定してゐるが(四五七條一項)、この規定は、主たる債務が時効にかからない間は、保證債務もまた時効にかかることをなからしめることによつて、債權者を保護しやうとする趣旨に出でた便宜規定である。

保證人と債權者との間に生じた事項は、原則として、相對的效力をもつに止まる。たとへば保證人に對する履行の請求その他時効の中斷・免除・混同などによつて、主たる債務は影響されることはない。ただ、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、絶對的效力をもつ。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。

## 第四款 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の求償權關係 保證人が主たる債務者の委託を受けて保證をなした場合には、兩者の間には委任關係が存在するわけであるから、民法もまたかかる關係を基礎として規定を設けてゐる。すなはち、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權を取得する(四五九條一項)。過失ある保證人については、第四四三條が準用される(四六三條一項)。なほ、民法は、主たる債務者が免責行為をなした場合には、『善意ニテ辨濟其他免責ノ爲メニスル出捐ヲ爲シタル』保證人を保護するがために、第四四三條を主たる債務者にも準用する旨を定めてゐる(四六三條二項)。

求償權の範圍については、連帶債務の規定が準用される(四五九條二項)。委任に關する規定(六五〇條)によるのとその範圍は同一である。

主たる債務者に對するかかる求償權は、保證人が主たる債務者をして免責を得せしめた後でなければ

ば行使することをえないのが原則であるが、後日これを行使するのでは目的を達しえないと考へられるやうな特殊の場合(四六〇條)には、民法は豫めの求償をなしうることを認めてゐる。尤も民法は、かかる豫めの求償に對しては、主たる債務者をしてその地位を保全することを得せしめてゐる(四六一條)。

二 委託を受けずして保證人となつた場合 保證人が主たる債務者から委託を受けずして保證となつた場合には、保證人は義務なくして他人の事務を管理するのであつて、一種の事務管理と見ることが出来る。従つて、この場合の對内的關係における權利義務については、事務管理の規定(六九七條以下)に従はざるをえない。第四六二條は事務管理の理論に従つてゐる。すなはち、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賠償しなければならぬが(四六二條二項・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權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。主たる債務が分割債務である場合には問題は無い。主たる債務が性質上不可分なる場合には、保證人が全部の辨濟をなした場合に保證人は主たる債務者の各々に對して、全部の求償を求めうるものとせねばならぬ。主たる債務が意思表示による不可分債務である場合または連帶債務である場合には、保證人の求償權は主たる債務者の各々の負擔部分の割合に應じる分割的求償權であるとせねばならぬ。何故ならば、主たる債務の不可分性および連帶性は、對外的關係すなはち對債權者關係においてのみ意義付けられるものである。保證人が全部の辨濟をなした場合においては、對債權者關係たる不可分債務關係および連帶債務關係は消滅し、殘存するところのものは主たる債務者相互間の負擔部分の集合關係であるからである。

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、理論上は、保證人はその債務者に對して全額の求償をなし、その債務者から他の債務者に對して負擔部分の求償をなすことになるわけであるが、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のである(四六四條)。

## 第五款 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權を有しない(四五四條)。なほ、民法は連帶保證債務について生じた事項が主たる債務に如何なる影響を及ぼすかについては、連帶債務に關する規定を準用する旨を定めてゐるが(四五八條)、連帶保證人と主たる債務者との間には負擔部分がないから、負擔部分の存在を前提とする規定(四三六條二項・四三七條・四三九條)の準用はない。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もつてゐる。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。共同保證人と主たる債務者との間の求償權關係は單獨保證の場合と異なる。共同保證人相互間に求償權關係が生じることが特殊である。従つて、分別の利益を有すると否とに拘らず、共同の免責を得せしめたる保證人は、債務者に對して求償權を有すると共に、他の保證人に對しても求償權を有する。尤もこの場合においては、請求權の競合を生じるから、保證人はその一方を選択して求償權を行使しうる。しかしこの請求權の競合は選擇債權を成立せしめるものではないから、そのいづれかの行使によつて未だ現實の辨濟を受けない間は他の請求權に影響を及ぼすことはない。共同保證人が分別の利益を有する場合における共同保證人相互間の求償權關係は、第四六二條を準用して、その求償權の範圍を定める(四五條二項)。分別の利益を有しない場合における求償權關係については、連帶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。だがこの権利は實體法上の権利であつて、訴訟法上の権利ではないから、間接訴權といふのは適當ではない。債權者代位權は、債務者が自らその権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権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 債務者が自らその権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。

## 二

代位によつて債權者が行使すべき權利は、『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。しかしながら、本來的に債權者の共同擔保たりえないものは勿論のこと共同擔保保全のためにすることを要するものでない限りは、債權者は債務者に代位しえない。たとへば、債權讓渡通知の代位の如きである。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・一〇〇一條参照)のではなくて、權利の行使が一身の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・戶主權などの純然たる非財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

べば身體生命譽自由の侵害に基く損害賠償請求權(七一〇條)・親族間の扶養請求權(九五四條以下・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でもない。尤も、代位權を行使した債權者が、事務管理者として、これに要した費用の償還を受けうること(七〇二條)およびその償還請求權が共益費用の先取特權によつて保護されること(三〇七條)は言ふまでもない。蓋し債權者代位權は總債權者のために債務者の資力を維持しやうとする制度であるからである。

## 第二款 債權者取消權

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、學說上、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、債務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)。債権者取消権制度の精神が、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るのである。『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、債権者取消権制度の精神に鑑み、轉得者の悪意のみをもつて足り、訴訟に直接的關係をも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やうとすれば、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

債権者取消權の行使は、常に必らず、訴の方法によらねばならぬ(四二四條)。何人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成の訴においては、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。

取消權行使の範圍は、一般債権者の共同擔保を保全するに必要な限度に限る。従つて、取消權を行使しやうとする債権者の債権額に限らるべきものでもなければ、また他の債権者と平等の割合をもつて請求しうるに止まるものでもない。取消によつて受益者または轉得者が返還することを要する財産または利益の全部を總債権者のために請求しうるのである。

取消權行使の効果として、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、取消權を行使した債権者

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権利をもたない。尤も、取消權を行使した債権者が當該訴訟のために支出した費用は、事務管理の費用として債務者または他の債権者から償還を受けうる(七〇二條)と共に、債務者をしてその償還をなさしめるに當つては、いはゆる共益費用として、先取特權によつて特別の保護を受けるのである(三〇七條)。

取消權の行使に關聯して、その消滅時効が注意されねばならぬのである(四二六條)。

## 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う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、必ずしも初めから金銭に見積りうる給付を内容とした債権たることを要しない。また条件附債権や期限附債権もまた被擔保性を有してゐる。

擔保物権者は、債権全部の辨濟を受けるまでは、擔保物の全部について、その権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。これを擔保物権の不可分性といふ。

擔保物権は、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。この特質を名付けて擔保物権の代位性といふ（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

擔保物権は、それが法律上、當然に、ある債権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。前者を法定擔保物権といひ、留置權および先取特權がこれに屬する。これは、結局、特殊の債権の性質に著目して、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権と稱し、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権に對して、商事留置權（商二八四條）、商事質權（商二七七條）、船舶先取特權（商六五二條ノ一二・六八〇條以下）、船舶抵當權（商六八六條・六八七條）などの商法上の擔保物権、および特別擔保法による擔保物権（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

## 第一項 留置權の意義および性質

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権の辨濟を受けるまでその物を留置することができる権利である（二九五條）。留置權が成立するがためには物と債権との間に關係がなければならぬのであるが、しかもその債権はいはゆる物に關して生じた債権であることを要

する。しかし、留置権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、當該債権が辨済期に在ることを要するのであつて、債権が辨済期に至らない場合には留置権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、留置権は當然に發生するものであるから、この意味において、留置権は法定擔保物權である。

留置権は物權であるから、留置権發生後において留置物が第三者に讓渡され、その他地上權・永小作權などの客體となつても、留置権者はその權利を主張しうるわけである。しかも留置権は他人の物の占有と終始する權利であるから(二九五條・三〇二條)、第一七七條および第一七八條の適用なきものと解すべきである。留置権は、また、物の返還を拒絶することを目的とする權利であつて、他の擔保物權の如くに優先的辨済を受けることを目的とするものではない。

## 第二項 留置権の效力

### 第一 留置的效力

留置権者は物を留置する權利をもつてゐる。しかも、いはゆる擔保物權の不可分性の原則の故に、債権全部の辨済を受けるに至るまで物の全部を留置することができる(二九六條)。

### 第二 優先辨済権

留置権はその性質上優先辨済権なきことを原則とするものではあるが、民法は留置物から生じる果實については例外を認めてゐる(二九七條)。なほ、留置物が一旦競賣に附せられた場合には、競買人が競買の目的物を受取るがためには留置権者に辨済することを要するから(競賣法二條三項)、留置権者は事實上は優先辨済を受けると同一の利益を有するものであることが注意されねばならぬのである。

### 第三 留置物の保管に關する效力

- 一 保管上の注意義務(二九八條一項・三項・四一五條)
- 二 留置物の使用収益 留置権者は、その權利の性質上、留置物を使用し収益しえないのを原則とする。但し債務者の承諾ある場合および物の保存に必要な場合は例外である(二九八條二項・三項)。
- 三 費用償還請求權(二九九條)

## 第三項 留置権の消滅

留置権消滅の原因として注意すべきものは次ぎの如くである。

- 一 債権の消滅 留置権は債権に従たる權利であるから、債権が消滅すれば留置権もまた消滅す

るのであつて、しかも留置権それ自體は債權の消滅時効の進行を妨げる力をもつてゐない(三〇〇條)。だから、債權の消滅時効の進行を妨げるためには、留置権者は、別に、時効中斷の手續(一四七條)をしなければならぬのである。

二 債務者による留置権消滅の請求 債務者は次ぎの事由の存する場合には、留置権の消滅を請求しうる。

1 留置権者が注意義務を怠り、または債務者の承諾なくして物を利用した場合(二九八條三項)。

2 債務者が他の相當な擔保を供した場合(三〇一條)。

三 占有の喪失 占有の喪失によつて留置権は消滅する(三〇二條)。蓋し留置権は、債權が辨濟せられるに至るまで占有を繼續することを許す權利であるからである。但し他人によつて占有が侵奪された場合には、侵奪の時から一年内に占有回收の訴を提起すればそれによつて占有の喪失はないこととなり(三〇二條)、従つて留置権もまた消滅しなかつたことになる。第二九八條二項の規定によつて賃貸または擔保に供した場合には、賃借人または擔保権者は留置権者の代理占有者となり、留置権者は依然として目的物を占有することとなる(三〇二條但書)。しかしして、このことは賃貸または擔保供與についての債務者の承諾の有無によつて、差異を生じることはない。

### 第三款 先取特權

#### 第一項 先取特權の意義および性質

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德的乃至は社會政策的な理由に基いて法律的に保護しや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。

先取特權は民法その他の法律によつて發生する權利である。すなはち、ある種の債權について、法律の規定ある場合にのみ生じ、當事者の契約によつてこれを發生せしめることをえないと共に、その效力もまた常に法律の規定するところに従ふものである。この意味において、先取特權は法定擔保物權である。

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うべきもの

ではあるが、法律は特に第三者に對抗しうべき権利すなはち物権として規定し保護を與へてゐるのである。

## 第二項 先取特権の種類

先取特権は、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、一般先取特権と特別先取特権とに大別される。後者は更に、目的物が動産であるか不動産であるかによつて、動産先取特権と不動産先取特権とに區別される。

### 第一 一般先取特権

一 共益費用の先取特権(三〇六條一號・三〇七條一項) たとへば執達吏・破産管財人・清算人・會計士などの受くべき費用である。しかし、共益費用が實際上總債権者の利益となることなく、一部の債権者の利益となつた場合には、先取特権はただ利益を受けた債権者に對してのみ存在する(三〇七條二項)。

二 葬式費用の先取特権(三〇六條二號・三〇八條)

三 雇人の給料の先取特権(三〇六條三號・三〇九條)

四 日用品供給の先取特権(三〇六條四號・三一〇條)

### 第二 動産先取特権

一 不動産賃貸の先取特権(三一一條一號・三一二條) この種の先取特権の目的物は、原則として、債務者の動産

であるが、その種類は土地賃貸と建物賃貸とによつて異つてゐる(三一三條)。債務者が賃借物内に備付けた動産が第三者の所有物なる場合には、即時取得の規定(一九二條―一九五條)の準用によつて、先取特権を行使することができる(三一九條)。権利譲渡または轉貸の場合には、先取特権は譲受人または轉借人の動産にも及ぶ(三一四條)。この先取特権によつて保護される債権は當該不動産の借賃その他賃貸借關係から生じた債権のすべてであつて、その額には制限がない。但し總清算の場合については、第三一五條、敷金のある場合については第三一六條の規定による。

二 旅店宿泊の先取特権(三一一條二號・三一七條) この先取特権についても第一九二條乃至第一九五條の準用がある(三一九條)。

三 運輸の先取特権(三一一條三號・三一八條) 物品運送(商法三三二條以下・五九〇條以下)および旅客運送(商法三五〇條以下・六三〇條以下)を含む。この先取特権についても第一九二條乃至第一九五條の準用がある(三一九條)。

四 公吏保證金の先取特権(三一一條四號・三二〇條)

五 動産保存の先取特権(三一一條五號・三二一條)

六 動産賣買の先取特権(三一一條六號・三二二條)

七 種苗・肥料の供給の先取特権(三一一條七號・三二三條) 蠶種または桑葉の供給についてもまた同じ(三二三條二項)。

八 農工業の勞役の先取特権(三一一條八號・三二四條)

### 第三 不動産先取特権