

## 民法Ⅱ 講義案 (1)

館 幸嗣

### 第一章 はじめに

これから1年間にわたり、民法Ⅱとして皆さんに講義していきます。すでに皆さんは、1年次に民法Ⅰとして、民法総則と物権法について学ばれてきました。この民法Ⅱで学ぶことは、債権法と称される分野です。債権法は近代市民社会の表舞台であります。近代市民社会とは、すべての人に独立・平等・自由の理念的属性を強制的に付与せしめる社会です。封建社会の全称否定態として近代啓蒙家諸子の頭の中で考えられた言うならばユートピアの世界です。これから勉強する債権法の世界は、いちおうすべての人が独立・平等・自由であると考えられている世界です。したがって債権法の世界では、個々人が債権者と債務者となり互いの意思と意思との対抗関係を行う場となります。この互いの意思と意思が自由にやり取りされる債権法においては、当事者自治の原則（低次元で「契約の自由の原則」）が支配します。

この当事者自治の原則を含め、個人所有権尊重の原則（低次元では「私的所有権尊重の原則」）、自己責任の原則（低次元では「過失責任原則」）を併せて、近代市民社会法の三大原則といえます。今日多くの民法の学者

は、この近代市民社会の三大原則は、大量生産性の導入による資本の集中という産業構造の変化により大幅に修正を余儀なくされたと説いております。すなわち、巨大な資本家群が生まれ反面労働しか生産手段を有さない群との経済的格差が明確な社会となり、その社会で実質的平等を実現するために、近代市民社会の三大原則は修正せざるを得なくなったと説かれます。その結果、第2次大戦後の民法の大改正において民法第1条に「私権は、公共の福祉に適合しなければならない」「権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない」「権利の濫用は、これを許さない」と規定し、私的所有権の公共の福祉による制限、信義誠実の原則および権利濫用の原則を実質的平等を実現させるための現代社会の三大原則と説きます。

しかしこの考えは法の理念と実践と運用を平面的な同一次元で捉えたことからもたらされた誤謬と考えます。すなわち、法の理念、実践および運用は立体的次元において思考されるべきものであるということです。すべての人に独立・平等・自由の理念原理が実現されているという理念の次元においては、個人所有権尊重の原則、当事者自治の原則および自己責任の原則は、現在もなお燦然と民法

の基本原則として輝いております。債権法の世界は、この理念原理がいちおう達成されているとする世界とされます。したがって債権法の世界では、上述の近代市民社会の三大原則が実践原理として作用するということになります。債権法の世界では、互いが対等であり、それぞれの自由な意思と意思とが対抗し合う世界となりますので、契約の自由という言葉で表されるように、個人所有権の尊重の原則、当事者自治の原則および自己責任の原則が実践原理として現在もなお機能しているということでもあります。

ところで近代市民社会について今少し検討するならばこうなります。

「市民社会」は、封建社会の否定態であり、本質理念的所産物であります。封建社会にあつては、人間の自然的属性（性別・腕力差等の先天的自然的属性、出生に基づく身分等の後天的な自然的属性）に法が意味を与えて、強者が弱者を支配することを認容しました。近代啓蒙家達は、このような強者が弱者を支配することに疑いをもちました。そうして、自然的属性を法的に受容する社会でない社会を夢想することとなりました。その夢の社会が、「市民社会」ということです。市民社会の構成員（市民）は、理念的には独立・平等・自由であります。独立とは、互いに切り離されていること（尊厳性が派生的に）であり、その原理的表現が個人主義であります。平等は粒（粒径）の等しさであり、その原理的表現が平等主義であります。自由は各人が自己の意思にのみ拘束され（「自由意思」帶有が前提）他者の意思によって一方的に拘束されないことであり、その原理的表現が自由主義であります。そのいずれの原理も、封建社会の構成員のあり方に対蹠する幾何学的演算結果として導き出された諸原理であります。

市民社会の世界においては、理念は可能な限り実現＝執行されなければなりません。できるだけ実現とは、なにものからも優先・無条件にでなければ（定言命題）理念を完璧にこの世のものとすることができません。なにものからも優先・無条件にすることによってのみ、理念が正夢となるのであります。したがって市民社会法＝その基礎法としての民法は、理念が達成された完全者同士の対抗関係の場である達成段階機構と、不完全者を一歩でも完全者に仕上げる生産段階機構のA対非Aの二領域に分岐せしめられることとなります。両者に妥当する実践原理は、分別基準に即して対蹠的なものとなります。達成段階機構（舞台上）にあつては、理念原理即実践原理となります。生産段階機構にあつては、実践原理は理念原理に対蹠するものとならざるを得ません。すなわち民法の理念原理＝三大基本原則は、生産段階機構にあつては現実性を持たず高嶺の花となります。したがって生産段階機構の実践原理は、非〔「個人財産権尊重の原則」＝「所有権不可侵の原則」〕＝団体所有あるいは所有権制限・非〔「個人意思自治の原則あるいは私法的自治の原則」＝「契約自由の原則」〕＝非話し合いの原則（協約等）・非〔「自己責任の原則」＝「過失責任の原則」〕＝他人責任あるいは無過失責任となります。親族法は理念の生産段階機構です。さらに理念原理に対する執行原理として、実践原理の低次する運用原理があります。すなわちこの最低次元の運用原理は、一方は、親族法において一人も残らずなにものからも優先・無条件に不完全性を補完して万人を財産法の世界に送り出してもその補完の無謬性が保証されているわけではないことに対応します。適格審査の原則であります。たとえば、制限能力者に法定代理人を付して制限能力が補完された場合において、その

法定代理人が果たして要件を正しく具備した正当な法定代理人であるかを審査します。他方、親族法における実践原理としては民法の三大原則は妥当しないが一步でも理念に近づかしめるねばならないという運用原理が働きます。次善性の原則です。たとえば、学校に行きたくないという子がいればなだめすかして学校に送り出します。言うことを聞かなければ、子供の意見に従うのではなく、最後は強制力を用いてでも親の言い分を通します。あるいは、家庭裁判所が後見人を選任するについて後見人候補の意見を聴取しなければならないといったことです(家事審判規則83条)。これらの諸原理によって、人の法・物の法・物の帰属に関する法が整序されなければなりません。

この市民社会に「近代」という語を冠するのは、ギリシア・ローマの古代市民社会と区別する意味であり、また、歴史の時代概念である「近代」という意味ではありません。企業の近代化といったような用法のように、古い形態に対するアンチ・テーゼという意味であり、「近代」市民社会と用いる場合は、古い社会体制たる封建社会にアンチテーゼな社会を指すのであります。したがって近代市民社会は、封建社会に相対立する概念として、歴史的時代概念にとらわれることなしに存在します。

こういった封建社会の否定態たる市民社会は、啓蒙家たちの夢想として思想の段階でとどまっていた。しかし、その夢の社会が現実実践として、アメリカやフランス革命によりアンシャンレジュームの打倒として、低度ではあるが呱呱の産声を上げました。すなわち、フランス革命の成功により、フランス国家の領域内にフランス国家による市民社会の運営がなされることとなりました。アメリカの独立宣言やフランスの人権宣言におい

て、独立・平等・自由がうたいあげられ、「法の強制力」のもとこの夢を現実のものとするべく厳かに誓われることとなりました。その後、近代国家として成立した国々においてこの考えが継承され、それぞれの達成度に応じた市民社会が、今日現実化されています(しかし、いずれも未完成な市民社会であり、完成された市民社会は存在していない)。

債権法の世界は、そこに登場する人が「債権者」「債務者」あるいは「売主」「買主」といった言葉に代表されますように、きわめて抽象化された「人」として登場します。すなわち、債権法の世界は、年齢や知的レベルあるいは経済力等によって、保護補完を必要とする要保護者たる未成年者たる債権者や成年被後見人たる債務者といったような形では登場しません。これらの方が登場する場合は、法定代理人の助けを借りて抽象化された債権者・債務者として登場します。このように債権法の世界は、市民社会のすべての人が独立・平等・自由たる理念原理がいちおう達成された者同士の対抗関係の場とされますから、そこには常に1対1対応という関係を考慮しておく必要があります。

なお本講義においては、総論の部分は抽象的な規定が多いので、条文に従って債権総論から各論という順序をとらず、債権の意義と目的を述べた後は、債権発生原因たる契約、事務管理、不当利得、不法行為といった具体的問題から述べていくことにします。その後、総論部分に戻って考えていきます。

## 第二章 債権の意義および性質

### I. 意義

債権とは、特定の他人に対し特定の行為・不行為(給付)を請求することができる権利です。この概念は正しくは、「物」に対する

概念であって、物権に対するものではありません<sup>☆</sup>。しかし、わが国の学会は、債権とは全面的に物権に対する概念であると認識し、物に対する概念である面が看過されています。すなわち、「債権ハ一ニ之ヲ人権ト謂ヘリ是レ蓋シ物権ニ対シテ言ヘルモノ」（梅：民法要義2頁）と理解しているのであります。

☆物とは本来有体物と無体物に分かれます。

しかし、わが民法は物というときは有体物のみを指すとしました（民法85条）。この世に存在するあらゆる腕力争奪の可能性のある有体物は誰かに帰属させられます。その帰属関係は、直接かつ排他的であります。すなわち、物の帰属にあたっては他人の手を煩わすことなく（直接）、一個の物が同一内容において同時に数人に帰属させられることがない（排他的）ということです。権利能力に基づき、物を直接的かつ排他的に人に帰属させる権利を「物権」といいます。有体物も債権等の無体物とともに権利の客体であります。したがって債権も本来は物権として帰属させることとなります（「準物権」）。有体物についてはその数の関係において民法総則に規定が置かれています。無体物たる債権は無数に存在するため一編を分けて構成する必要があります。ドイツ民法は、「債務関係」（債権・債務関係＝債）とし総則の後に配置されています。そうして総則で規定されている有体物と第2編債務関係（無体物）の権利客体を人に帰属させる権利として第3編に物権という構成を取っています。しかし、わが民法は第2編を物権とし、第3編を債権としあたかも物権と債権が対立概念のように配置しました。このパンデクテンの配置の相違が物権と債権が対立概念と理解されるような混迷のもととなっております。

債権という概念は権利の帰属関係という

視点から二重の意味を持っています。第一の意味は、債権は無体物という物の一種ということです。物とは本来有体物と無体物とに分かれます。したがって、物とは有体物をいうと規定されているわが民法に置いて、「準共有」・「準占有」（264条・205条）・「権利質」として、有体物に対する物権と並んで無体物のうえの物権として認容されています。ここに「債権」とは、正しくは「債務関係」または「無体物」の意味であって、通説のいう物権と対立する概念としての債権ではありません。有体物は物それ自体であるが、無体物に属する債権は物それ自体ではありません。特定の他人に対し特定の給付（行為・不行為）を請求することができるという「事」であります。第二の意味は、債権は債務関係という無体物の内的構成要素であるということであり、比喩的というならば、「有体物」はセラミック製の「擬似卵」であり、「無体物は」生命を内蔵する「生卵」であります。「生卵」の中は卵黄と白身の内部対立があります。いわゆるこの卵黄と白身が債権と債務ということなのです。

## II. 性質

### 1. 序説

有体物（物）に対する概念としての無体物（事）に属する債権は、特定の事物に関し積極方向・消極方向に複数の者が対立し、一方的または相互的に特定の給付を行うことそれ自体であります。この「それ自体」を権利能力者への帰属関係という観点から「物」概念に対蹠して「債務関係」という概念が与えられるのが通常の形態であります（ドイツ民法参照）。すなわち、本来債権は物権に対する概念ではなく、債務に対する概念です。しかし、わが民法はドイツ第一次草案をそのままに継

受した関係であたかも物権と債権は対立する概念のように理解されてしまっております。

債権・債務関係における相対する複数の当事者の一方を債権者といい、他方を債務者といいます。債権者と債務者間においてなされる特定の給付には制限はありません。通常物権法と債権法を総称して財産法といわれております。財産法は、人の財産ないし経済関係を規律する法であると説かれますが、債権法における特定の給付は財産（経済関係）に限定されません。債権の発生原因は、第一に、法律行為でありその代表的なものが契約です。第二は、事務管理・不当利得・不法行為です。前者の債権発生原因は、個人の自由な意思と意思との合致に関係づけられます。しかし、第三者・一般市民の意思（客観的表現は、「公序良俗」）に反するものは認められません。すなわち、当事者の意思と当事者外の意味の比較較量がなされるということです。これに対し後者の債権発生原因は、当事者の意思とは直接関係なく発生するものであります。

## 2. 物の対立概念としての債

上述のごとく債権は通常物権と対立概念のごとく説かれますが、本質的な債権の対立概念は債務であります。債権と債務の2区分がA対非Aの対蹠関係になる正しい分類です。債権と債務関係はその上位概念としての「債」（事：ドイツ民法は「債務関係」と表現している）によって統一されます。その「債」（事：債務関係）が物と、有体物・無体物という概念に置いて対蹠概念となります。この有体・無体の上位次元が言葉の正しい意味に置いて「物」であります。この物の権利能力に基づく帰属関係、すなわち、意思の力で具体的に人に結びつける力を「物権」といいます。したがって物権は、有体物・無体物の

いずれをも引っ張る力として構成されねばなりません。わが国の通説においては、この点の理解が正しくなされていないため、「債務関係」においても排他的に支配し第三者による腕力侵害を許さないというものであるという認識に欠けております。すなわち、「債務関係」じたいは「物（有体物）」じたいにおけると同じく権利者により直接的かつ排他的に支配（帰属）され、他人の手を煩わせて債務関係の帰属が可能となるものではありません。誰かに債務関係が帰属している限りその債務関係それじたいは他の者に同時に帰属することはありません。

しかるに、例えば、Xという目的物をAからBに給付する事（債務関係）じたいと、このXをAからCに給付することという事じたいが別個に成立することが債権には排他性がないとされる理由であり、あるいはBがXを現実に自分のものとするにはAの助力を必要とすることが直接性がないとされる理由とされます。したがって、通説では物権は直接的・排他的権利であり、債権は、相対的・間接的であり、両者はその点で対蹠的だと理解されています。

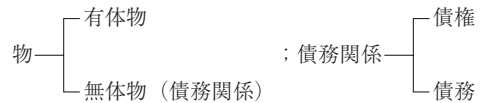
しかし、物と事の帰属関係での次元までも上述の一元的理解で解する事はできません。帰属関係においては、物の所有と権利の所有という事物支配という点において一様に市民社会の意思支配がなされています。ただ物の支配と事の支配には、有体物と無体物との本質的相違に対応して、種々の支配に内的異質が存在しています。その内的異質が法実践の側面において、すなわち、公示力等の法技術の制約によって歴史的に債権と物権は対立概念のごとく構成されました（ドイツ第一次草案一わが国の現行民法）。だがその後の法技術の進歩が債権の帰属関係を物の帰属関係に近づかせております。例えば債権の物

権化という現象などである。したがって、現段階では債権と物権の関係は過渡的混乱期にあるといえます。

すなわち、債権の上の所有権は、物の上の所有権と外界の事物の意思的完全支配という本質において異なるところがありません。所有権の基礎のうえに用益物権・担保物権が構築され、また本権に対する虚権として占有権が構築されているのでありますから、債権についてもそれらに見合うような構成が法論理的になされねばなりません。したがって、まず占有権に関しては債権等の準占有が認容されることとなりました。他物権に関しては、用益物権に関してはわが国の現行法では不動産用益物権のみしか認められていないので、動産の用益物権や債権の用益物権はありえません。しかし、法理論としては、動産における用益物権や債権における用益物権の成立が許されないことはないということです。担保物権についても債権のうえでの成立は付加的なものとして権利質の認容に止められていますが、法理論上は権利のうえの担保物権が認容される余地は十分あります。たとえば、一般債権も一般の先取特権も債権者の総財産を担保するものとされ、さらに、抵当財団を組成するものは動産・不動産に局限されていないといったごとであります。

第三者対抗要件における登記と引渡についても、債権の登記・登録の法技術が逐次整備されてきており、帰属関係における物権と債権とはその目的物が有体物か無体物であるかの異質性を逐次排除し両者の統一次元に解消されつつあります。このように見てくると帰属関係におけるわが国の法における物権と債権の異質は、権利能力者が有体物たると無体物たるとを問わない目的物を自己に帰属せしめる力の強度における相違に見いださなければならぬこととなります。すなわち、物権

には債権による直接・排他的な支配を打ち破る力が付与され、他面において、物権には債権におけるより究極的に優先的な弁済を受ける力を付与されているという二面にわたる強度性においてであります。またこのような強度性の態様じたいは当事者の合意により自由に創設することが許されず法定されることとなります。この法定の限度内でわずかに合意の余地が残されるという法理論になります。その一方が物権であり、他方が債権ということでもあります。したがって従来の物権ないし担保物権の直接性・排他性とか追求性とか附従性とかの他物権と債権を分かつ尺度としてあげられている特質は、物権と債権との本質的な異質性からもたらされたものかを再検討する必要があります。



### 第三章 債権の目的

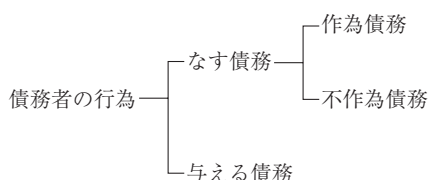
#### I. 意義・要件

##### 1. 意義

無体物（事）たる債務関係の内容をなす債務者の行為を債権の内容または債権の目的（または債権の物体）といいます。たとえば、松平健と映画の出演契約を結んだならば映画に出てもらうことであり、トヨタで車を買ったならばその車を引き渡してもらうことが債権の目的であります。この債務者の行為を給付といいます。法定の発生原因に基づくものを別として当事者の意思に基づく債権の内容は、限定的・定型的であることができず文字通り千差万別であります。これは個人の意思のあくなき尊重によるものであり、所有権の完璧な意思的物の支配性と一對をなしてお

ります。

給付には、なす債務と与える債務とがあります。「なす債務」とは、たとえば、先の松平健がドラマに出演するとか、大工さんが家を建てるといったような債務者の行為そのものを内容とする場合をいいます。「与える債務」とは、お金を借りた者がお金を返すことや車を売ったならばその車を引き渡すことといった債務者の行為そのものだけでなく物を引き渡すことを内容とする場合をいいます。「なす債務」は、積極的にある行為をすることを内容とする場合（作為債務）と一定期間営業しないとといったように消極的にある行為をしないということを内容とする場合（不作為債務）とがあります。



## 2. 要件

債権の目的は当事者の意思によって自由に定めることができるものであるから、物権のように法律上一定された種類に限られるものではありません。しかし、債権として法律上保護されるには次の3要件が必要となります。

### (1) 給付の適法性

債権の内容が公序良俗・強行法規に違反するものは法律上の保護が与えられず無効です(90条、91条)。

### (2) 給付の可能性

債権の内容はその成立の時ににおいて可能なものでなければなりません。すなわち、債権の発生時に債権の目的物が滅失していた場合（原始的不能）は無効であります。例え

ば、Aが北海道にある別荘の売買契約を結んだ場合に、契約の目的物たる当該別荘が契約締結前に火事で焼失していたときは、その原因が何であろうとも給付不可能な物を目的物とするから無効であるということです。これに対し、債権成立の後に給付が不能になるとき（後発的不能）は、損害賠償債務となるかまたは債務は消滅するかは債権の効力の問題となります。例えば、Aが北海道の別荘をBと売買契約を結んだ後に、Bが当該別荘の引渡を受ける前に火事で滅失した場合は、その火災の原因がAの責めに帰すべきものであれば、Aは当該別荘を引き渡すことができないが損害を賠償をすべきこととなります。また火災の原因がAの責めに帰すべきものでないときは、責任を負わなくともよくなります。

### (3) 給付の確定性

給付の内容は債権成立のときに確定している必要はないが、履行期においては確定していなければなりません。例えば債権が物を引き渡す場合であったならば、まずはその引き渡す物が米10俵のように対象物が何であるかわかる程度でよく、契約成立時はまだ米が収穫されていなくともよく、履行の時に米10俵用意できていればよいということです。

なお、給付の内容がはっきりしていない場合には裁判所は、①当事者の意思を押し量って決めます。②民法の補充規定である401条以下の規定（種類債権・金銭債権・選択債権等）によって判断していくこととなります。

## 3. 金銭に見積もりえない債権

債権の目的は金銭に見積もることをえないものであってもかまいません(399条)。たとえば、お寺さんに先祖の永代供養を頼む代償として寄付をした場合には、お寺さんは依頼者の先祖の供養をする債務を負うといったような金銭に見積もることができないもの

であっても目的とできます。すなわち、債権の金銭に見積りえない内容のものを強制実現するについても、強制履行の手段に訴えることもできますが、最終手段としては不履行によって生じた物質的・精神的損害を損害賠償請求という形で金銭で填補または慰藉することになります(417条)。

## II. 特定物債権(特定物の引渡を目的とする債権)

家屋を売買したときには、売主はその家屋の引渡債務を負うというように、特定物債権とは、この家とかあの家というように特定の給付を目的とする債権をいいます。この場合の売主たる債務者は、家屋を引渡すまでは「善良なる管理者の注意」でその家屋を保管しなければなりません(400条)。債務者(売主)が善良な管理者の注意を守らなかったために履行遅滞や履行不能が生じた場合は、債務者に責があることになり、債権者(買主)に対し債務不履行による損害賠償の責任を生じます(415条)。なお善良なる管理者の注意とは、債務者の属する階級・地位・職業等において一般に要求されるだけの注意です。例えば、「買物ヲ為スニハ自己ノ知識ノ程度ニ於イテ注意深キ者ノ通常為スヘキ注意ヲ以テ物品ノ選択、代價ノ取極等ヲ為ス」(梅、前掲書730頁)注意とされます。他人のものを預かったら自分のもの以上に大事に保管すると言ったような、一般人であったらするであろう注意をいいます。たとえば、生繭を保存するため乾繭として保管するような注意は、善管注意とされます。この注意義務に対し、「自己のためにすると同一の注意」(827条)、「自己の財産におけると同一の注意」(659条、940条)は、注意義務が軽くなっています。

これに対し、善管注意を怠らなかったにも

かかわらず、目的物に毀損等が生じたときは、債務の履行期における目的物の状態において引渡をすればよく、特別の責任を負わされません(483条・534条)。また、その引渡の場所は、いちおう、債権発生の当時その物が存在していた場所ということになります(484条)。

## III. 種類債権(不特定物の引渡を目的とする債権)

種類債権(不特定物債権)とは、ビール1ダースといったように給付の目的物が特定されるにいたってない債権であります。なお今日の取引社会では対象商品の多くがこの不特定物売買となっております。

ビール1ダースといった種類債権においてどのような品質の物を給付すべきかは、①法律行為の性質により、②当事者の意思によります。しかしこれらによって決定できないときは、中等の品質の物を給付すべきとなります(401条1項)。

種類債権にあっては、履行のある時点で目的物の特定がなされないかぎり現実の給付をすることができません。この具体的確定を種類債権の「特定」または「集中」といいます。特定は、①債務者が物の給付を行うに必要な行為を完了するか、②債務者が債権者の同意を得て給付すべき物を指定したときに生じます(401条2項)。

種類債権の特定で問題になるのは、その効果についてであります。

①給付義務の軽減 特定後は特定した物が給付の対象となります。したがって、以後特定物が債務者の責に帰すべき事由によって滅失すれば損害賠償の義務を負い、その滅失が債務者の責に帰すべき事由によるものでなければ債務は消滅します。いずれの場合も特定の効力が消滅して不特定化するのではないの



で、他の物を給付すべき義務はありません。

②危険負担の移転 売買およびその他の双務契約にあっては、物権変動の意思主義に導かれて(176条)、特定の時から債権者に危険負担が移ります(534条2項)。特定後は不可抗力によって目的物が滅失しても売主は目的物の引渡をせず代金の請求ができます。特約によりこれとは異なる約束をすることができます。

③所有権の移転 物権変動の意思主義によって、特定後は物権の変動が生じます(176条)。すなわち、目的物の所有権が特定によって売主から買主に移転するというのであります。

④善管注意義務 特定後債務者は、善管注意義務を負うこととなります(400条)。したがって、債務者は必ず特定したその物を給付すべきであり、他の物と取り代えたりすることはできません。ただし、債権者に不利益を与えない限り、商店と客の売買にあっては他の同種の物に変更できると解すべきです。

なお、債務の履行の場所は、特定物引渡債権の場合は契約当時の物の所在場所(取立債権)に対し、種類債権では債権者の住所とされていますから(484条)持参債務と言うこととなります。ただし、当事者間で別段の定めをしてもかまいません。実際には、契約で妥当な場所を合意することが多いといえます。

#### IV. 金銭債権

金銭債権とは、一定額の金銭の支払いを目的とする債権であります。これに対し、一定量の労働を給付の目的とし金銭の支払いを目的としない債権が非金銭債権である。金銭債権は一種の種類債権でありしかも種類債権の極致であるとしばしば説かれますが、種類債権にとって究極のその要素となる特定は金銭

債権には不要であり、また履行不能と言うこともあり得ないから、種類債権の一種という考えは採りえません。

金銭債権は、使用価値を捨象した交換価値だけが問題となりますから、債務者は通用力のあるどの貨幣や紙幣で支払ってもよいたてまえになっています(402条1項)。ただし、特に5000円札で支払うと決めることもできます(同条同項但し書)。特殊な通貨で支払う旨を定めた場合でも、その弁済期においてその通貨が強制通用力を失った時は他の通貨で弁済しなければなりません(402条2項)。またどの通貨で支払ってもよいと言っても、10玉や100円玉等の補助貨幣については、20個までが強制通用力があり、それ以上の支払に対しては、債権者は拒否できます。

外国の通貨をもって債権額を指定したときは、債務者は履行地における為替相場により日本の通貨をもって弁済することができます(403条)。しかし、実際は当事者間の特約で、ドル建てにしたり、円建てにしたりといったそれぞれの取引事情によって決めていることが多いでしょう。

金銭債権には、特定という問題もなく金銭の滅失も考えられませんから、債務者は給付義務から免れることはできません。さらに、債務者の履行不能について債権者は立証しなくとも損害賠償の請求はできます。また債務者は、履行不能が不可抗力に基づくものであっても損害賠償責任から免れることができません。すなわち、金銭債務の不履行は、債権者に対しつねに利息相当額の損害が生じます(419条:絶対義務)。

#### V. 選択債権

選択債権とは、この血統書付き犬の産んだ2匹の犬のうちいずれか一匹とか、この指輪かブレスレットのどちらかといったような数

個の給付のうち選択によって定まる1個の給付を目的とする債権です。選択債権は、契約のほか法律の規定によっても生ずることがあります（117条・196条）。

誰が選択するかという選択権は、原則として債務者に属しますが（406条）、特約によって債権者または第三者に属させることもできます。選択権の行使の方法は、相手方に対する意思表示によって行いますが、ひとたび選択権が行使されて選択債権の内容が特定されたのちは、相手方の承諾がなければ取り消し（撤回）できないものとされます（407条）。選択権を持っている者が弁済期が到来しているにかかわらず選択権を行使しないときは、その選択権は相手方に移転します（408条）。第三者に選択権が与えられているときはその選択権は、債権者または債務者に対する意思表示によってすることができます（409条1項）。この場合第三者が選択することができずまたは選択を望まないときは、選択権は債務者に移転します。

甲乙両犬選択債権のうち乙犬が死亡したと言ったような、初めから不能なものまたは後に不能となったときは、債権はその残存するものにつき存在するとされます（410条1項）。この場合に選択権を持っていない当事者の過失によって給付が不能となったのであれば、特定は生じません（同条2項）。この場合選択権者はあえて不能となった債権を選択することができます。その結果、履行不能による損害賠償請求権が生ずることとなります。

選択債権の特定の効力は、債権発生時に遡るが、第三者の権利を害することができません（411条）。

## 第四章 契約

### I. 契約の意義・種類

#### 1. 市民社会と契約

冒頭で述べましたように、市民社会は独立・平等・自由の理想的属性の帯有者からなる社会であります。したがって市民社会の法的表現としての民法は、この理想的属性の強制的実現機構となります。この強制的実現機構は、論理必然的に、達成段階機構と生産段階機構の二元的・対蹠的構成を取ります。

生産段階機構は、最後の一人までなからも無条件に独立・平等・自由を強制的に付与する機構であります。民法の親族法がこの機構です。これに対し、達成段階機構は、生産段階機構の無条件原理によって最後の一人まで法的に独立・平等・自由な存在に高められ「自由意志」の現実帯有者とされ、1対1の話し合いによる対抗関係を行う機構であります。民法の財産法がこの機構となります。話し合いの法的表現が契約です。したがって契約は、現実に独立・平等・自由の完全者同士において行われたとき拘束力を持つこととなります。もし契約の当事者の一方が完全者に達していなく「自由意志」に基づかなくて表見的に契約がなされた場合は、当該契約に完全な拘束力を持たせることができないこととなります。

#### 2. 契約の意義

契約とは、フランス語の *Contrat*、ドイツ語の *Vertrag* の訳語であり、近代法のもとでは、債務を発生させる意思の合致に止まらず一切の意思の合致を意味する法律用語とされます。すなわち立法者は、「契約トハ法律上ノ効力ヲ生セシムルヲ目的トスル二人以上ノ意思ノ合致是ナリ」とし、「契約ハ法律行為中ノ最モ重モノナルモノナルコトハ敢テ喋喋

ヲ待タス故ニ本章ニ於テハ唯契約ニ特別ナル規定ノミヲ掲ケ他ハ総テ法律行為ニ関スル一般ノ規定ニ依ルヘキモノトセリ」と説明しています(梅・前掲書377頁)。このように契約とは民法の最も根底的な制度でありますから、独逸民法のように民法総則の中に骨格的な部分を規定しておくべきであったと考えます。

### 3. 理念原理としての契約の自由の原則

契約の自由の原則とは、現実に独立・平等・自由を帯有する者がその「自由意志」によって意思決定し行動し、市民社会の担い手である近代国家の干渉を極力許さず、自治的に決定したことを強力に実現するよう努める原則であります。契約の自由の具体的内容は、以下の通りです。

- ①締結の自由；契約を結ぶか結ばないかの自由
- ②相手方選択の自由；誰とでも契約の相手方とする自由
- ③内容決定の自由；いかなる契約内容でも結べる自由。ただし、公序良俗違反・強行法規に反する内容でないこと
- ④方式の自由；特別の方式を必要としない自由
- ⑤決裂の自由；合意できなければ契約を締結しない自由

契約の自由は、上述のようにそれぞれの当事者が現実に独立・平等・自由を帯有していることを前提としているので、そうでない場合には対等な契約が結ばれないこととなります。いわゆる大粒の者(強者)の意思が通り小粒の者(弱者)の意思が押さえ込まれることとなります。特に19世後半から20世紀にかけて大量生産の導入による資本の集中が顕著になり、経済的側面での強者弱者が質的差異までに高まるにいたり、契約の自由は資本

家といわれる経済的強者のための自由になってしまいました。そこで、そういった形式的な契約の自由を追求させると、究極的には強者のための契約の自由となることを回避するために、逆に契約の不自由といった実質的平等を実現するための平等還元装置が考えられるようになりました。

すなわち、雇用契約を巡っては労働法という分野が登場し、契約の締結に関しては、附合契約－保険契約・ガス・水道電気といった、契約の当事者の一方があらかじめ契約条項を決めておき他方当事者が締結の道があるが内容を選択する自由のない契約－といったもの、あるいは経済活動を規制する経済法といった、平等還元の役割を担った法が20世紀に登場することとなりました。こういった法の本質は、強者の自由に強制的に制限を加え実質的に平等化に一步でも近づかしめる運用原理の法であります。

### 4. 契約の種類

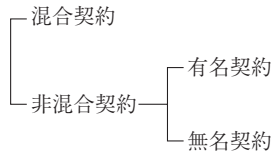
契約もまた厳密な2区分法に分類されません。分別された両域には、分類基準に則する対立的効力が付与されます。しかし民法は契約の種類として多区分法による種類付けをして各論構成をしているので、2区分法に置き直して構成する必要があります。

契約の種類を2区分法に置き直すと以下のようになります。

#### ①有名契約と無名契約

日常生活上債権を発生させる頻度の高いものまたは将来において頻度が高くなるであろうと考えられた13種の類型を「有名契約」または「典型契約」とされています。これに対し契約の自由の原則にしたがい有名契約のどの類型にも相当しないものを「無名契約」または「非典型契約」といいます。さらに2個以上の有名契約を抱き合わせたような

内容の契約や、1個以上の有名契約と無名契約とを抱き合わせてする契約もまた成立しますが、これらは「混合契約」とされます。以上のことをまとめるならばこうなります。



## ②諾成契約・踐成契約（要物契約）

諾成契約とは、当事者の意思表示の合致のみによって成立する契約をいいます。踐成契約（要物契約）とは、意思表示の合致のほか物の引渡その他の給付を必要とする契約をいいます。有名契約中消費貸借契約・使用貸借契約および寄託契約は要物契約、その他の有名契約は諾成契約です。個人意思の最大限の尊重は近代市民社会の本来的なところですから諾成契約が本則ですが、当事者の意思が要物性を求めるときは無名契約においても要物性をもたせることもできます。

## ③有償契約・無償契約

有償契約とは、当事者双方が対価として出捐を必要とする契約をいいます。無償契約とは、当事者の一方のみが出捐をしまたは各当事者が給付をするもその間に対価的牽連関係のない契約をいいます。贈与契約・消費貸借契約は無償契約であります。寄託契約・委任契約・消費貸借契約は有償契約ともなり無償契約ともなります。有償契約が原則的なものとなりますので、明らかに無償の契約がない限りは有償契約と解されることとなります。対価は金銭に限りません（非金銭有償契約は典型的には交換契約）。金銭有償契約は、典型的には売買契約として現象します。したがって民法は売買契約の規定を他の有償契約に準用することにしてあります（559条）。

## ④双務契約・片務契約

双務契約とは、その成立によりただちに当事者双方に相関的な債務を負担させる契約をいいます。片務契約とは、その成立によって当事者の一方のみに債務を負担させる契約をいいます。贈与契約は片務契約であり、委任契約・寄託契約は双務契約ともなり片務契約ともなるほか、有名契約の大部分は双務契約です。双務契約はすべて有償契約ということになりますが、逆に無償契約はすべて双務契約とはなりません。例えば利息付消費貸借契約のように、有償契約かつ要物契約となることによって片務契約となります。

## ⑤要式契約・不要式契約

要式契約とは契約の締結に一定の方式を必要とする契約をいいます。不要式契約とは何らの方式も必要としない契約をいいます。契約の自由は方式の自由を必然のものとなりますから、財産法上要式主義をとる契約はまれとなります。なお贈与契約は書面という要式によらなくとも有効ですが、書面によらない贈与は取り消すことができるという限りで要式契約に属することとなります（550条）。

## ⑥生前契約・死因契約

生前契約とは、当事者一方の死亡が効力の発生とならない一般の契約をいいます。死因契約とは、当事者一方の死亡が効力の発生となる契約、すなわち死因贈与といった契約をいいます（554条）。

## ⑦有因契約・無因契約

有因契約とは、契約によって成立する債務につきその債務が成立する際に原因となった事実とを結びつけ、その事実がなければ債務も成立しないという関係に立つ契約です。無因契約とは、契約成立において原因となった事実がなくとも債務が成立するという契約です。民法が認める有名契約はすべて有因契約です。しかし、当事者の特約によって無因契

約とすることができます。なお手形行為などは特別法上のものですが無因契約です。

#### ⑧本契約・予約

将来一定の契約を締結すべきことを約する契約を予約といい、その将来締結されるべき契約を本契約といいます。予約はいかなる種類の契約についても締結できます。契約の種類によってその効力は異なります。有償契約の場合は、その予約に基づき当事者の一方が本契約を締結しようとするならばその申込みをすればたり、相手方の承諾なしに本契約が成立します(558条・559条)。しかし要物契約・要式契約の予約の場合は、意思表示によって本契約がただちに成立しません。

#### ⑨一時的給付契約・継続的給付契約

一時的給付契約とは、一回性の債務関係を生ずるに止まる契約であり、継続的給付契約とは、ある期間継続する契約をいいます。例えば、店頭で物品を購入するような売買契約は一時的給付契約であり、賃貸借契約や雇用契約などは継続的給付契約です。契約の解除には本質適及性がありますが、継続的給付契約の場合は精算関係等に著しい困難性があるので不適及を建前とするのが一般的です。この将来に向かってのみ効力を生ずる解除を、適及的な解除と区別して解約(または告知)とされています(617条等)。

#### ⑩労務供給契約・非労務供給契約

債務の目的が労務の供給であるか否かによる区別です。労務供給の双務契約からは同時履行の抗弁権はありません。

## Ⅱ. 契約の成立

### 1. 申込と承諾との関係

法律行為には、一個の意思表示を法律事実とする単独行為と複数の意思表示を法律事実とする契約および合同行為があります。契約は二人以上の当事者のあい対立する意思表示

の合致になるものです。このあい対立する意思表示の一方を申込みといい、その他方を承諾といいます。たとえば車を購入をめぐる売買契約の場合、売主が200万円で売りたいといい、買主が200万円で買いたいといい売主と買主双方の意思が一致すればそこで契約が成立します。売主・買主のどちらが先に言い出してもかまいませんが、相手方に対する最初の意思表示を申込といい、あとの意思表示を承諾といいます。この申込みおよび承諾は契約を締結するにあたり相前後してなされるのが普通であります。しかしこの二個の意思表示が同時になされることもあり、この場合はどれが申込みでどれが承諾かわかりません。これを「交叉申込」といいます。この交叉申込によっても契約は成立します。なお民法は、申込と承諾との時間的な関係について規定をおいています(521条～528条)。

申込をする場合には「10日以内に返事をください」といったように、承諾の期間を定めている場合と、そうでない場合とがあります。承諾の期間を定めて申込をした場合には、かつてに期間中は申込を取りやめ(撤回)にすることはできません。その代わりに期間内に承諾が来なかったときはその申込は効力を失うということになります(521条)。通常ならば期間内に到着するはずの承諾の通知が何らかの事情で遅れて着いたときは、形式的には申込は効力を失うことになります。しかし、承諾者は所定の期間内に承諾が申込者に到達していると思っておりますから、承諾者を保護するために申込者から承諾者に対し直ちに延着した旨を通知しなければ契約が成立したものとされます(522条)。

承諾の期間を定めずに申込をした場合は、承諾の通知を受けるに相当な期間は撤回はできません(524条)。上記とは逆に承諾の手紙を承諾者が出した後に、申込の撤回が

遅れて承諾者に到達した場合は、申込者が契約は成立しないと思っているから、延着したことを直ちに通知しなければ契約は成立しなかったこととなります（527条）。

## 2. 申込と承諾の効力発生時期

民法は意思表示については、相手方に到達したときに効力が生ずるという到達主義をとっています。そうであるならば意思表示発信後到達前に本人が死亡した場合は意思表示は効力が生じないということになります。しかしそれでは不便なので、発信後に死亡したり行為能力を失っても、意思表示の効力には変わりないとされています（97条）。すなわち、申込や承諾の発信後本人が死亡しても、契約はその相続人との間で成立することとなります。しかし、承諾者が申込者の死亡等を知っている場合まで契約を成立させる必要はありませんから、契約は成立しないこととなります（525条）。

民法は承諾については発信主義をとっており、承諾の発信の時に契約は成立するとしています（526条1項）。これは承諾の意思表示が申込者に到達しない段階で申込者が申込の撤回等の意思表示を行ったとしても、承諾の意思表示が発信された以上は契約は成立しているので撤回等の効力は生じないということです。

これらの効力発生時期の問題は、主として隔地者間の場合を想定しております。しかし今日では、電信・電話あるいはインターネットなどを通しての取引が中心となっていますので、民法のこういった規定は重要性が薄れているといえるでしょう。

## 3. 特殊な問題

### (1) 申込の誘因

申込の誘因とは、たとえば広告のチラシ・

求人広告・ショーウインドウの商品の陳列などのように、ある種の契約の申し出ではあるが、相手方がそれに応じて意思表示を行っても直ちに契約は成立しないものをいいます。申込の誘因は、相手方から申込をさせようと誘う意思の通知にすぎません。しかし、理論上は申込の誘因と申込を区別できますが、実際上はその区別は容易ではなく、具体的ケースごとに検討しなければならないこととなります。

### (2) 競売・入札

請負契約などのようにいくらで仕事を請け負うかを定めるのあたり受注希望金額を希望者それぞれが記入して競争することを入札といえます。入札の場合は、基本的に最低価額を記入した者に落札という形で契約を成立させます。しかし、最低価額があまりにも低い場合は、請負工事の完成等に不安が生じ落札としてよいかという問題が生じます。この場合、最低価額でなく合理的価額を持って落札者とできるかという問題になります。入札申し出が申込の誘因と解し選択できるとする考えもありますが、やはり特に別段の意思表示を入れてない限りは、最低価額を持って落札とすべきでしょう。

競売には、最高価額の申し出を申込とし、競落を承諾とする「競り上げ競売」と、品物を示し、順次価格を下げていき（申込）購入申し出を募り応諾（承諾）があった場合に成立する「競り下げ競売」とがあります。

## Ⅲ. 手付と内金

### 1. 手付の意味

契約を成立させる場合に、代金の10%位の金額を前もって手付として買主から売主に支払われることがよく行われます。すなわち手付とは、契約締結に際しまたはその後代金等の弁済期までに当事者の一方より相手方に

対して交付される金銭その他の有価物をいいます。手付けは、賃貸借・雇傭・請負等で授受されてきたのでありますが、特に売買において交付されるのがもっとも経常的であります。民法第557条は、「買主が売主に手附を交付したときは当事者の一方が契約の履行に著[ちやく]手[しゅ]するまでは買主は其手附を抛棄し売主は其倍額を償還して契約の解除を為すことを得」とし、手付はちちおう売買についての規定とし、また、第559条において「本節の規定は売買以外の有償契約に之を準用す。但其契約の性質が之を許さざるときは此限に在らず」とし、有償契約一般に準用するという手法をとっております。したがって、手付については本来は売買のところ検討すべきですが、契約の成立に関係するところが多いので、ここで併せて考えておきます。

## 2. 手付の種類

かつては要物契約が永く行われたので、その成立要件として「成約手付」が行われていました。しかし、今日ではほとんどの契約が諾成契約化したので、当事者が特に特約で成約手付を望んだとき以外は、存在の余地がなくなっています。したがって現代社会で行われている手付は、証約手付・違約手付および解約手付のいずれかであり、またその複合であります。ただし立法者は、当事者間に別段の意思を認め得ない限り手付は解約手付たる性質を有すと考えておりました。

### (1) 証約手付

「証約手付」とは、契約締結の証拠として授受される手付をいう。手付の証約手付性はすべての手付に共通しています。

### (2) 違約手付

「違約手付」とは、手付けを打った者(授者)が債務不履行のときは手付けを受け取っ

た者(受者)に没収され、受者が債務不履行のときは授者に倍額を償還するという手付です。違約金と同様の性質を持っております。その性質は、

①違約罰と同一の性質のものであって、当事者の一方の債務不履行に基づく損害賠償の請求は、手付の没収ないし倍額償還と関わりなく、これに合わせて行使する。

②損害賠償額の予定と同様の性質を有する場合であって、没収ないし倍額償還される手付は、債務不履行に基づく損害賠償額を予定するものです、したがって、このほかにさらに損害賠償の請求を許さないということになります。わが国における違約手付のほとんどは損害賠償額の予定たる性質を有するとみられています。

### (3) 解約手付

「解約手付」とは、解除権留保の対価たる意味を持つ手付をいいます。したがって、この意味では解除手付といってもよいわけですが、解除と解約を区別せずに解約手付としております。解約手付の場合は、授者は手付を放棄し、受者はその倍額を償還して契約を解除することができます。

## 3. 手付けと内金

手付に似ているものに「内金」というものがあります。内金は代金の一部先払いであり手付ではありません。内金は、契約の成立したときや契約成立後まもなく支払われるのが普通であります。内金の中には、契約成立の証拠となるもののほか、解約手付の性質を持つものもあります。手付と内金は基本的には当事者間で決めた名称で区別されますが、どちらの性質を有するかは具体的に支払われる金額等で判断することとなります。すなわち、手付は基本的に10%から多くて20%ありますが、内金となると代金の3分の1と

か2分の1とかの金額になることが多いということです。このように単なる内金か解約手付かのかの決め手は授受される金額と当事者間の事情を考慮するということになるでしょう。

## 第五章 売買契約

売買契約とは、「売買は当事者の一方がある財産権を相手方に移転することを約し相手方がこれにその代金を払うことを約することによってその効力を生ずる」(555条)と規定するように、当事者の一方がある有体・無体の物(ある財産権)を相手方に帰属させることを約束し、相手方がこの約束に対し金銭の所有権(代金)を帰属させることを約束することによって成立する契約をいいます。この契約の当事者を一方を売主といい他方を買主といいます。

売買は、金・銭有償・双務・諾成・有因・不要式契約です。これらの性質の中で金銭有償性はもっとも典型的なものです。すなわち、「本節の規定は売買以外の有償契約に之を準用す」(559条)とし、交換の「其金銭に付ては売買の代金に関する規定を準用す」(586条2項)で明らかです。今日の社会の取引の多くが売買という形で行われます。しかしその売買も社会の発展と共に多様な形態を伴って行われています。

### I. 所有権の移転

物権変動の意思主義に基づき売買契約の締結がなされれば、それが不特定物でない限り、また停止条件等の附款がつけられその他当事者間で特約がなされなかった限り(所有権留保)、契約成立の時点で契約の目的物の所有権の移転といった物権変動が生じます(176条)。このように理論的には売買契約と

同時に所有権は移転することになりますが、実際上は物の引渡や登記あるいは代金の支払い等の問題は売買と同時になされるよりは、後日に行われることが普通であります。したがって、後日の引き渡し時期によって若干の問題が生じます。

すなわち、購入した物件の所有権が移転しますが、具体的にいつその物件が引き渡されたかの時期において問題があります。たとえば、売買で購入した建物が引き渡し前に他人の火事により類焼した場合には、その損失を誰が負担するのかという危険負担の問題があります。この問題については「特定物に関する物権の設定又は移転を双務契約の目的とした場合において、その物が債務者の責めに帰することができない事由によって滅失し、又は毀損したときは、その滅失又は損傷は、債権者の負担に帰する」と規定するように、別段の特約がない限りは買主が危険負担を負うこととなります。また購入した建物や土地に家賃や地代が生じている場合は、誰がそれ取得するのかという問題が生じます。この問題は、一般原則にしたがうならば法定果実として「日割計算によりこれを取得する」(89条2項)となります。しかし売買の場合は、「まだ引き渡しされていない売買の目的物が果実を生じたときは、その果実は売主に帰属する」(575条)との規定のように、引き渡しとその境目となります。さらに誰がそのものの固定資産税を支払うかの問題があります。この問題についても当事者間で契約書等で明記しておくのが妥当な解決となります。

### II. 売主の義務

売主の義務としては、「ある財産権を相手方に移転する」だけが規定されており、所有権さえ買主に移転すればそれで売主の義務が果たされたように見えます。しかし、所有権



移転の帰属の問題のほかは履行の問題があります。不動産の場合は登記(177条)、動産の場合は引渡(178条)という対抗要件を備えることが必要になります。

#### (1) 登記

登記は「不動産に関する物権の得喪及び変更は、…その登記をしなければ、第三者に対抗することができない」(177条)と規定されているように、対抗要件とされています。この対抗要件が問題になるのは二重売買においてであります。すなわち、売主AがBにある建物を売り、その移転登記がすむ前に、その建物をCに二重売買したとします。この場合、BとCがいずれも登記をしていないときはどちらも優先権を主張できません。しかし、BまたはCにいずれかが登記を備えれば、その登記を備えた者が登記を備えない者に対し優先権を主張できることとなります。すなわち、売買の後先ではなく登記の後先が権利を主張できる順位となります。したがって売買を行った場合には、登記をすまわせない限り安心ができないということのなります。

#### (2) 引渡

動産の売買の場合は、「その動産の引渡がなければ、第三者に対抗することができない」(178条)と規定されているように、引渡が対抗要件となります。

引渡は、「占有物の引渡によってする」(182条1項)とあるように売主から買主への現実の引渡のほか、簡易引渡、占有改定、指図による占有移転という簡略な引渡方法があります。簡易引渡とは、たとえば賃借人が目的物を買取った場合に、改めて事実的支配関係を変更することは意味がないので、意思表示だけで引渡があったことをいいます(182条2項)。占有改定とは、たとえば売主が目的物の売却後も引き続きその物を賃借する場

合、売主が自己の占有物を以後買主にために占有する旨の意思表示をしたときには、買主はこれにより本人としての占有権を取得することをいいます(183条)。指図による占有移転とは、たとえば他人に貸したり預けたりしている物を売買した場合に、売主はこれから買主のために占有してくれとその他人に指図し、その他人がそれを承諾したときに、買主への引渡があったとすることをいいます(184条)。

このように引渡は登記のように他からみではっきりとわかるものではないため、公示方法としては不完全であるといわざるを得ません。そこで動産の取引の場合は、その取得者が平穏かつ公然と善意無過失に占有を開始すれば即座にそのものの所有権を取得するとしました。いわゆる動産の場合は公信の制度をとったということです。

### Ⅲ. 買主の義務—代金の支払い

#### (1) 代金の支払時期—同時履行の抗弁権

代金の支払いは、目的物の引き渡しと引き換えにするのが普通です。例えば支払いを先にし引き渡しを後にした場合、相手方が約束通り目的物を引き渡してくれるか確約はできなくなります。目的物を引き渡してくれなければ債務不履行として追求できますが厄介です。それよりは相手方が履行するまでは自分も履行せずに相手方に履行を促す方が賢明です。すなわち同時に履行するということです(533条)。

売買は双務契約であるから代金の支払いと所有権移転(帰属と履行を含めた)は対価関係になります。すなわち、代金の完済と登記・引渡が同時履行になるということで、「売買の目的物の引渡に付き期限あるときは、代金の支払についても同一の期限を付したものと推定する」と規定しております(573

条)。

### (2) 代金支払いの場所

代金の支払いの場所は、「別段の意思表示がないときは、…債権者の現在の住所において、…しなければならない」と規定するように特約がなければ債権者である売主の住所ということになります(484条)。しかし目的物の引渡と同時に代金を支払うべきときは、その引渡の場所において支払わなければならないとされます(574条)。すなわち、引渡場所は、特定物売買の場合は契約した時点でその物のあった場所であり、不特定物売買の場合は買主の住所ということになります(484条)。しかし現実には引渡の場所は契約で決めるのが普通であります。いわゆる特約で決めるので、民法の任意規程が適用されることはあまり多くないということです。

### (3) 代金の利息

「買主は、引渡の日から、代金の利息を支払う義務を負う。ただし、代金の支払について期限があるときは、その期限が到来するまでは、利息を支払うことを要しない」(575条2項)と規定するように、買主は、目的物の引渡を受けるまでは遅延利息を払わなくてもよいということになります。すなわち、「まだ引渡されていない売買の目的物が果実を生じたときは、その果実は、売主に帰属する」(同条1項)と規定するように、売主は、その間は目的物から生じる果実の取捨権がありますから、果実取捨と代金の利息ということではバランスがとれていることになります。

### (4) 買主の代金支払い拒絶権

買主の特殊な権利として代金支払い拒絶権があります。すなわち、売買の目的物について権利を主張する者があって、買主がその買い受けた有体・無体の目的物の権利の全部または一部を失うおそれがあるときは、売主が相当の担保を供した場合を除き、その危険の

限度に応じ代金の全部または一部の支払いを拒むことができるとされています(576条)。また買い受けた不動産につき先取特権・質権または抵当権の登記があるときも、買主は抵当権消滅請求(379条以下)の手続が終わるまで、買主は代金の支払いを拒むことができます(577条)。なお、以上の場合において売主は買主に対し代金の供託を請求できるものとされ、売主・買主の微妙な意思の比較較量が図られています(578条)。

## IV. 売主の担保責任

売買の目的物や権利が予定された性状を備えないことから売主に課される責任を売主の担保責任といいます。売主の担保責任は、売買が有償契約であることから認められた特殊な責任であり、売主と買主の公平化を図ることを目的としているとされます。売主の担保責任は、一種の無過失責任であり、売主に過失のあることを要件としていません。売主の担保責任は、分かって「追奪担保責任」(権利の瑕疵に対する担保責任)と「狭義の瑕疵担保責任」とされます。

### 1. 権利に瑕疵のある場合

権利に瑕疵があるとは、売買の目的たる事物が他人に属することにより、売主が買主にこれを移転できないことをいいます。

#### (1) 権利の全部が他人に属する場合

他人に帰属する物を売買の目的とした場合、売主は所有者からその物を取得し、買主に移転しなければなりません(560条)。しかし、売主が買主からその物を取得できず買主に移転できないということになれば、買主は契約を解除できることになり、さらに善意の買主であれば損害賠償を請求できるということになります(561条)。売主に責がない場合であっても、契約解除や損害賠償といっ

た担保責任を負うということです。

#### (2) 権利の一部が他人に属する場合

例えば1000坪の土地を購入したが、そのうちの100坪が他人の所有であったという場合です。この場合、買主はその足りない部分の割合に応じて代金の減額を請求できます。また、足りない部分がなければ買主はこの物を買わなかったであろうという事情がある場合には、善意の買主は契約を解除できるとされます。さらに代金の減額請求をしましたは契約の解除をしたときでも善意の買主は、損害賠償を請求することができることとされます(563条)。買主のこの契約解除権は、買主が善意であるときは「事実を知ったとき」から、悪意のときは「契約のとき」から1年以内にこれを行しなければならぬとされます。この期間は時効期間であると考えますが、通説・判例は除斥期間と解します(564条)。

#### (3) 目的物の一部不足の場合の責任

例えば坪10万円で1000坪の土地を購入したが、測量してみると900坪しかなかったといったような問題です。すなわち、権利の一部が他人に属していたのではなく、数量を指示して売買した有体の物がその数量が不足していた場合においても、権利の一部が他人に属していた場合と相似の関係になるので、民法は買主がその数量不足を知らずにいたときはこれに準じて措置することとします。さらに、売買契約時において物の一部が滅失していた場合にも買主がその滅失を知らずにいたときは同様としました(565条)。

#### (4) 用益権の制限のある場合

売買の目的物に地上権・永小作権・地役権・留置権または質権といった用益的な制限がある場合は、買主がこれを知らなかったときに、そのために契約の目的を達することができなくなったときは、買主は契約を解除することができることとされます。また、目的を達

するというほどではないときは損害賠償を請求できるということです(566条)。また、「売買の目的たる不動産のために存すると称した地役権が存しなかった場合」(同条2項)といったように、通行地役権があり近道できると思って土地を買ったら地役権がなく遠回りをしなければならなくなったときも同様に、損害賠償、または契約解除ができるということになります。本条において認容されている契約の解除または損害賠償の請求は、564条と異なり買主の悪意の場合を対象とせず、買主がその事実を知ったときから1年以内にこれを行しなければならぬとされています。この期間は、通説・判例は除斥期間としますが、時効と考えます。

#### (5) 担保権の制限がある場合

売買の目的たる不動産の上に先取特権または抵当権が付いている場合はどうなるかです。こういった場合について民法は、「売買の目的である不動産について存した先取特権または抵当権の行使により買主がその所有権を失ったときは、買主は、契約の解除をすることができる」(567条1項)、「買主は、費用を支出してその所有権を保存したときは、売主に対し、その費用の償還を請求することができる」(同条2項)と規定し、契約の解除また費用の償還請求ができるとされます。なお、これらの件については、損害賠償を請求することもできるとしています(同条3項)。

しかし、不動産取引の実際には、こういった抵当権が付いている場合は、買主が、売買代金の中から抵当権設定者にお金を渡し抵当権を抹消し、残額を売主に渡し、負担のない所有権として取得するのが普通であるとされます。したがって、本条が適用されるような場合はほとんどないとされています。

## 2. 物に隠れた瑕疵があった場合の売主の責任

### (1) 瑕疵担保責任の内容

瑕疵担保責任というときは、特定物たる売買の目的物自体にかくれたる瑕疵があるときの売主の担保責任ということになります。たとえば、車を買ったがエンジンが性能表とは異なり、馬力が想定に低い場合に売主に対し責任追及するような場合です。すなわち、売買の目的物に何らかの欠陥がある場合の責任をいいます。このような場合につき民法は、「売買の目的物に隠れたる瑕疵があったときは、第566条の規定を準用する」と規定しています。566条とは、前述したように、売買の目的物に地上権・永小作権・地役権・留置権または質権といった用益的な制限がある場合の規定です。したがって、売買の目的物に隠れた瑕疵があった場合には、損害賠償を請求したり、あるいは契約を解除したりすることができるということになります。目的物に瑕疵がある場合でも、買主がはじめから瑕疵のあることを知っていたり（悪意）、過失があつて知らなかったときは、買主は保護されません。すなわち、隠れたる瑕疵とは買主の善意無過失ということが必要になります。

具体的にどういった場合が瑕疵担保責任の対象とされるかですが、判例はこういっています。「瑕疵」は物質的な瑕疵ばかりではなく、法律上の瑕疵がある場合も適用されるとしています。すなわち、宅地造成を目的として山林を買ったが、森林法上の保安林として指定されていたために伐採等の制限があり、契約の目的が達成できなかつた場合にも、「隠れたる瑕疵」が適用されたということなのです。この瑕疵担保責任は、通説は同じく1年の除斥期間とされますが前述と同様に時効と解します。

### (2) 瑕疵担保責任と錯誤

売買の目的物に瑕疵があるときは、買主が錯誤に陥っている場合が多くあります。この場合、瑕疵担保責任で考えるのか、あるいは錯誤の問題として考えるのかという問題が生じます。すなわち、「要素の錯誤」がありとすれば、期間の制限はなく契約の無効を主張できます。しかし、損害賠償の請求はできず、また買主が悪意の場合は錯誤の問題は生じないということになります。これに対して瑕疵担保で捉えるならば、錯誤に当たらない場合でも買主は売主の責任を追及できます。ただし、瑕疵担保責任の契約解除請求・損害賠償請求は1年以内で行使しなければなりません。いわゆる、瑕疵担保と錯誤の要件の違いがありどれを適用するかという問題です。

瑕疵担保責任は契約が有効に成立した次元での問題であるから、買主が要素の錯誤によって瑕疵ある特定物の売買をした場合には第95条の規定により無効な契約ということで検討することになるかと考えます。しかし、学説の多数は、両方とも主張できるとか、瑕疵担保責任だけ主張できるとします。しかし、こういった場合においても当事者が合意で適宜な解決策をとることに關しては、何ら問題がないということです。

### (3) 不特定物の売買と瑕疵担保責任

瑕疵担保責任を規定する第570条は、特定物の売買に適用がある点は問題がないが、不特定物の売買にも適用があるかについては説が分かれております。すなわち、瑕疵担保責任は特定物にのみ適用されるとする「法定責任説」と、瑕疵担保責任は債務不履行の特則であると考え、特定物であると不特定物であるとを問わず適用があるとする「契約責任説」です。

「法的責任説」は、特定物の売買においては、売主は目的物を現状のまま引き渡せば債

務を履行したことになります。したがって、特定物の売主に無過失責任である担保責任を法律で特に課したのであり、その担保責任は特定物の売買のみに適用され、不特定物売買には適用されません。不特定物売買は、債務不履行責任が適用されるとする考えです。

「契約責任説」は、特定物であろうと不特定物であろうと、売主は契約通りのものを引き渡す義務があるはずで、したがって、不完全なものを給付したことは債務不履行責任が生ずることとなります。だから、瑕疵担保責任は債務不履行の特則であると考え、瑕疵担保責任の規定のないところは一般原則である債務不履行の適用を認めるということとなります。その結果、特定物売買であると不特定物売買であるとを問わず、瑕疵担保責任の規定が適用されるということになるとする考えです。

かつては法定責任説が通説であったが、最近では契約説もかなり有力になってきています。この点は規定の不備であり、立法論としては瑕疵担保と債務不履行の双方が適用できると考え、両者の最大の違いである時効関係を調整する必要があると考えます。

#### (4) 瑕疵担保責任と製造物責任

医薬品・食品あるいは自動車等といった製品の欠陥により、買主またはその利用者に物的・人的損害を与えた場合、瑕疵担保責任が適用できるかという問題があります。こういった物の欠陥による損害は、基本的には不法行為(709条)による損害賠償ということが考えられますが、不法行為の救済を求める場合は、被害者である買主や利用者は、物の製造者や売主等の過失を立証する必要があります。これに対し瑕疵担保責任は無過失責任とされますので、不法行為で救済を受けるよりは被害者が有利な立場になると考えられます。

したがって、製造物責任法が制定される前までは、瑕疵担保責任の適用の可否が検討されました。しかし、瑕疵担保責任の場合は被害者と加害者との間に契約関係の存在という点で問題がありました。すなわち、今日の製品は基本的にメーカーが製造します。被害者と契約関係に入るのは、このメーカーではなく、販売者といわれる売主です。したがって、被害者はメーカーに対し瑕疵担保責任を追及することができないということになります。また、損害賠償という範囲において瑕疵担保責任は人身損害などの拡大損害まで及ぶかという点で難点がありました。今日では、こういった物の欠陥による損害に関しては製造物責任法によって救済するということになりましたので、一応の解決が付いたといえるでしょう。

#### (5) 住宅品質確保促進法

マンションの欠陥や欠陥住宅が社会問題となってきたので、瑕疵担保の特別法として「住宅の品質確保の促進等に関する法律」(1999年)が制定されました。この法律は、以下の3つの点に特色があるとされます。①住宅の「構造耐力上主要な部分」及び「雨水の浸入を防止する部分として政令で定めるもの」における隠れた瑕疵を対象としていること、②瑕疵修補請求権も担保責任の効果とされたこと、③瑕疵担保責任の期間を引渡時から10年間とし、買主に不利な特約を無効とする買主側に立った強行規定としたこと(この期間は特約で20年以内で延長することも可能)です。

この法律によって、新築住宅を販売する業者に瑕疵補修の義務を充分認識する効果を与えたといえます。したがって構造上の欠陥がある住宅が販売されたときには、消費者はこの法律を盾に販売業者等に対し、補修工事を請求するということとなります。

## V. 買戻しと再売買の予約

### 1. 買戻

世間で買戻しというときは、きわめて広い意味で用いられています。一度売買した目的物を対象にして後日改めて売買契約をしたり、あるいは、売主が再びその目的物の所有者等になることも買戻しといいます。これは、一度売買した目的物を後日再び入手しなくなった場合等においてしばしばとられる方法でしょう。しかし、最初に売買するときに、本当は売買することを望んでいないが、一時の資金調達のためにこれを売却し、後日その金銭を返還して売買の目的物を再入手しようとするときは、その旨の特約を付して売買契約をしようとするでしょう（いわゆる解除権留保の売買）。

このような特約があるときには、売主は相手方に対し一方的な意思表示をすることによって解除の効果が生じ、所有権は売主に復帰します。この解除権の行使もまた俗に買戻と称されます。この方法は、買戻代金と売買代金がほぼ同じですむから、買戻す側にとって利点があります。これに対し、後述の売主が将来買主から買い取るという再売買の予約は、売買代金を自由に定められるから、前述の解除権の行使に比べ買主も応ずる余地は広くなるといえます。契約の自由の原則でありますから、こういった方法も認められることとなります。しかし、民法が認める「買戻」は、きわめて制限された特殊な解除権留保付きの場合です。

すなわち、①買戻は不動産に限定され（579条）、②その特約は売買契約と同時になされたものに限られ、③買戻期間も10年以内とされ（580条）、④買戻代金は最初の売買代金と契約費用の合計額を超えることができないとされ（579条）、⑤買戻権の登記がなされなければ第三者に対抗できないとしていま

す（581条）。このような制約があるのでこの制度の活用は回避されることになり、実際は、譲渡担保などの方法が利用されるということになります。しかし、当事者の一方が窮迫の状態にあるのをよいことに、譲渡担保といったような方法を通して不当に相手方の財産等を取り上げるような行為は取消または無効となることが生じてきます。

### 2. 再売買の予約

上述のように買戻しは厳重な制限が付いています。そこで買戻しとは別に、厳重な制限から解放された形の買戻しの契約を願うこととなります。すなわち、売買したものを将来再び売買して取り戻すということを予約するといった「再売買の予約」という契約を望むということです。再売買の予約は、売買の一方の予約の応用といえるもので、買戻しのような厳重な制限がないが、実質的に買戻しと同様の機能を果たすものです。

ところで売買の予約とは、①一方の当事者が本契約を締結しようという申込をすれば、他方はそれを承諾する義務を負う場合、②予約当事者の一方が本契約を成立させようとする意思表示をすれば他方当事者の承諾を必要としないで本契約が成立する場合です。民法は、「売買の一方の予約は、相手方が売買を完結する意思を表示した時から、売買の効力を生ずる」（556条1項）と規定し、後者の一方の当事者が予約完結権を有する予約であるとしています。これを売買の一方の予約といいます。

この売買の一方の予約の応用として再売買の予約があるとされますが、まず債務者はその不動産の所有権を担保の目的で債権者のもとにいったん移転します。債務の弁済がなされますと予約完結権が行使され、再売買という形で債務者が債権者から、いったん移転し

た不動産を再売買という形で買戻すという形で行われます。この再売買の予約は買戻しのような制限がないから、実際に利用されることとなります。しかし、この再売買の予約は、債務の弁済が行われないときは、債権額より遙かに価値が高い不動産をそのまま取得することとなりますから、譲渡担保と同様に一定に規制の下で行使される必要があります。

## VI. 特殊な売買

### 1. 割賦販売

割賦販売とは、一般的には、月賦でものを購入するといったように、消費者(買主)が代金を分割し、それぞれの額を一定期間の経過ごとに継続的に販売業者(売主)に支払い、商品は信用供与という形で消費者の占有を移転する売買をいいます。割賦販売の目的物は、動産・不動産を問いません。しかし、通常割賦販売というときは、動産が対象となる場合が多いとされます。すなわち、割賦販売は、割賦販売法の対象とされる売買で、2ヶ月以上の期間で、3回以上分割して買主が代金を支払う売買です。また、割賦販売は、狭い意味では「ローン提携販売」「割賦購入あっせん」「前払式特定取引」区別して用いられます(割賦2条)。

ローン提携販売とは、販売業者からの商品購入と金融機関からの融資がセットになっている販売形態であり、販売業者またはその委託を受けた者が購入者の債務の保証人となります(同条2項)。割賦購入あっせんとは、信販会社等が発行しているクレジットによる取引で、同会社が立て替え払いをしているクレジット利用代金を、買主が割賦で支払う形態です(同条3項)。前払式特定取引とは、デパートの「友の会」や冠婚葬祭の「互助会」という形態で毎月一定の金額を会費として払い込ませ、その払込金額に相当する商品の提

供を受けたり、冠婚葬祭のサービスの提供を受けたりする取引をいいます(同条5項)。

割賦販売法には次のような規制があります。

- (1) 取引条件の開示規制(同法3条1項)
  - ①現金販売価格
  - ②割賦販売価格
  - ③賦払い代金の支払期間及び回数
  - ④後払い割賦の場合はその実質年利率
  - ⑤前払式割賦販売の場合は商品の引渡時期
- (2) 契約内容の規制
  - ①解除および期限の利益の喪失特約の制限(同法5条)
  - ②損害賠償や違約金の額についての規制(同法6条)
  - ③クーリング・オフ(8日間は無条件で申込の撤回をし、あるいは契約の解除ができる:同法4条の4)
  - ④瑕疵担保の特則(同法施行規則1条の6)

### 2. 訪問販売・通信販売・連鎖販売

今日、セールスマンが家庭を訪問したり、郵便や電話などで商品を勧誘するといった売買が広く行われております。これらの売買は強引であったり、詐欺的であったりして、トラブルが多く生じ社会問題となってきました。また、マルチ商法(連鎖販売取引)と俗称される、一定の客を連れてくれば特別の利益が上げられるなどといったネズミ講といった販売方法が行われてきました。人間には数の限界がありますから、このような販売はすぐに行き詰まります。そこでこういった販売の被害者となる消費者を守るため、これらの販売方法を規制する法が制定されるということになりました。

訪問販売とは、セールスマンが消費者を訪問して商品を販売する特殊な売買です。訪問販売法に規制の対象となります。すなわち、

①訪問販売のセールスマンは、消費者に氏名および商品等の種類を明らかにすること（特定商取引に関する法律3条）、②セールスマンが営業所等以外の場所で売買契約の申込を受けまたは契約の締結をしたときは、申込の内容または一定の事項についての契約内容を明らかにした書面を消費者に交付すること（同法4条・5条）、③クーリング・オフ（同法9条）、損害賠償の予定または違約金について（同法10条）等々の規制があります。

通信販売（特定商取引に関する法律2条2項、11条）とは、郵便等で商品カタログを送り、消費者がその商品カタログから購入商品を選ばせるといった特殊な販売をいいます。通信販売業者は、広告に一定事項の表示をするか、または請求によりこれらの事項を記載した書面を交付する旨を表示する義務を負います（同法11条）。また、売買契約の申込を受け、代金の全部または一部を受領したときは、商品を遅滞なく送付するか、その申込を承諾するか承諾しないか等の通知をしなければなりません（同法13条）。電話勧誘販売（同法2条3項）については、勧誘業者の氏名等の明示・再勧誘等の禁止・書面の交付・クーリング・オフ等の規程があります（同法16条以下）。

連鎖販売取引（同法33条）とは、いわゆるマルチ商法です。消費者が新規に事業に加入するには商品購入や入会金を払い、新たに何人かの消費者を連れてくれば連れてきた消費者に報奨金や販売協力金等の様々な名目で一定額の利益が入るような形態の売買です。その新規購入者が次から次と増えるとそれに応じて最初の勧誘者は、幾何級数的に利益が上がるというものですが、人間には数の限界がありますから、すぐに行き詰まります。したがって、こういった販売は多くの消費者が被害を受けますから厳しい規制が課されるこ

ととなります（同法34条・39条）。すなわち、①広告するときの一定事項の表示（同法35条）、②連鎖販売業の概要や契約内容を明らかにする書面の交付（同法37条）、③クーリング・オフ（同法40条）、④主務大臣の監督権限（同法39条）です。

### 3. 継続的供給契約

継続的供給契約とは、電気・ガス・水道・宅配新聞といったような期間を定めあるいは定めないうで、引き続き供給する売買契約をいいます。継続的供給契約は、消費者（買主）は利用料金（代金）を定期的にまとめて支払い（後払い）、供給者（売主）は先に履行するのが普通です。したがって、同時履行の抗弁権や契約解除などの問題は特殊なものとなります。すなわち、消費者が供給者から先に役務の提供を受けたにも関わらず、既役務分の料金を支払わない場合には、当期から役務を拒むことができます。逆に、消費者が供給者からの当期分の供給がないことを理由に、前期分の料金の支払いを拒むことができません。それを理由に契約を解除するときの効果は、将来に向かって生ずるとされます。

また、電気・ガス・水道といったような継続的供給契約は、地域一手独占契約といった形態をとることが通常ですから、供給者と消費者の間の契約は附合契約という形でとられるのが普通です。すなわち、供給者と消費者との間には、経済的・技術的側面での優者劣者の関係が生じますから、弱者たる消費者の意思にウエイトを置いて契約関係を構築する必要が生じます。いうならば、契約非自由の原則がそこでは必要になってきます。いわゆる、真実の対等者間の対抗関係を作り出すための、平等還元の法理が働くこととなります。強者たる供給者は、相手方の選択権がなく、利用者から申し込まれれば拒否できな



い。しかし、料金やサービス等は、利用者から条件を出すことができない。その代わり、公益を代表して主務官庁等がこういった一手独占支配する継続的供給の業者を監視し、適正な価格や良質なサービスを安定的に供給するよう指導します。

## 第六章 贈与契約

### 1. 意義・性質

贈与契約とは、当事者の一方が有体・無体の物を無償で相手方に与える意思表示をし、相手方がこれを受諾することによって成立する契約です(549条)。この契約の当事者の中で物を与える方を贈与者といい、もらう方を受贈者といいます。

贈与は片務契約であり、無償契約です。「無償」とは非有償すなわち無対価のことであり、本来的には市民社会の達成段階機構の用語です。すなわち贈与を行うか否かについては、贈与者の自由な意思に護られた場合のみ成立します。「扶養」などの保護法の事項は、贈与するかしないかの自由はなく無条件に与えなければならないので贈与にはなりません。また、受贈関係において対価関係に立たない限り、何らかの負担がつけられても贈与となります(負担付贈与 553条；双務契約に関する規定が適用)。

贈与契約は、典型的な諾成契約・典型的な不要式契約ではありません。人という者は一時の気分で軽率に他人に物を与えることがあります。後から後悔して与える契約を白紙に戻したいと考えることがままあります。こういうところから書面によらない贈与は、各当事者が撤回できるとされます。しかし、すでに履行の終わった部分は撤回して取り戻すことができません(550条)。こういった規定になっているところが、贈与契約は典型的な

諾成契約・典型的な不要式契約であるというゆえんであります。

### 2. 効力

#### (1) 財産権移転義務

贈与者は、債務の本旨にしたがい財産権を移転する義務があります。すなわち、目的物の引渡義務や不動産の場合の登記強力義務です。しかし、贈与者が履行の提供をしたのに受贈者が受領しないときは損害賠償請求や債権者遅滞になります。書面によらない贈与は撤回(取消)できますが、この撤回権(取消権)は相続の対象となります。

#### (2) 担保責任

負担付でない贈与は、典型的に無償契約であるから贈与の目的たる物(有体物)や権利(無体物)に瑕疵または欠陥があっても、贈与者は受贈者に対してその責任を負いません(551条1項本文)。ただし、贈与者がその瑕疵や欠陥を知っていてそのことを受贈者に告げなかったときは、その責任を負うことになります(同条同項但書)。この責任は、特定物の贈与に関するものあり、不特定物にはついては債務不履行の問題となり担保責任の問題ではありません。

負担付贈与については、贈与者はその負担の限度において、売主と同じく担保責任を負うとされています。なぜならば、贈与は原則として有償性はないが、負担という限度において有償性が成立するから担保責任が生じます(同条2項)。なお、負担付贈与には双務契約の規定の適用があります(553条)。すなわち、同時履行の抗弁権・危険負担・解除等の適用があるということです。

#### (3) 定期贈与

定期贈与とは、定期的に一定の物を給付を目的とする贈与です。贈与が定期的といった継続的給付契約の形をとるときは、贈与者ま

たは受贈者の一方が死亡すればその効力が失うとされます(552条)。反対の特約は可能です。この場合は相続性があることとなり、また、当事者の一方が死亡するまで定期的に給付がなされるというような契約が行われたならば、終身定期金契約となります。

#### (4) 死因贈与

死因贈与とは、生前に贈与を旨贈与者の死亡により効力が生ずる贈与をいいます。死因贈与契約は、遺言による無償行為である遺贈の規定を準用すべきものとしていいます(554条)。すなわち、死亡によって効力が生ずる点において両者は範疇を等しくするからとされます。したがって、遺贈に関するすべての条文を準用するのではなく、効力発生要件である第994条や遺贈の効力である第991条から第993条まで、あるいは、遺留分の第1028条以下の規定の準用がなされます。しかし、第967条以下の遺言の方式規定や第961条・第962条の遺言の能力に関する規定は準用すべきではありません。なぜならば、遺言の方式は相続法の原理の基づく特殊な要式であり、制限能力者も意思能力のある限りは法定代理人の同意なしに遺言できるが、死因贈与契約については法定代理に服するからです。

## 第七章 金銭貸借と利息

### I. はじめに

今日の社会において金銭の貸借は極めて重要な役割を果たしています。この金銭の貸借については、民法は消費貸借という中で規定しています。すなわち、その条文は、第587条～第592条の6カ条しかありません。今日の社会における金銭貸借の重要性からすると極めて少ないといえます。しかし、金銭貸借をめぐる問題は、金融政策や消費者問題とも

密接に関わりますから、特別法によって解決がはかられている領域であります。すなわち、特別法には金融業に関するものと消費者保護関連のものがありますが、中でも消費者信用に関する法は、消費者取引においては最も重要なものとなっています。

## II. 消費貸借契約

### 1. 意義・性質

消費貸借契約とは、当事者の一方が相手方から金銭その他の代替物を受け取り、これと同種・同量の物を変換することを約束することによって成立する契約をいいます(587条)。このように消費貸借の対象は、金銭に限らず米などの物であってもかまいません。しかし、實際上、消費貸借契約は、金銭消費貸借であるのがほとんどといえます。

消費貸借は、要物・片務契約です。したがって、民法上の消費貸借は、特に利息の約定をしない限りは無利息となります(無償契約)。しかし、諾成・双務の消費貸借契約としても何等支障がなく、また、有償契約として締結されるのが普通です。にもかかわらず、有名契約の消費貸借を要物・片務の契約としたのは、同じ性質を持つ他の有名契約に消費貸借の要物・片務を準用させようとしたためと考えられます。このように民法は、有名契約としたことは一応それでよいといえますが、諾成・双務の消費貸借を無名契約として認め、その上で登記制度を作り上げたり公正証書の作成を認めたりすることはしませんでした。したがって、消費貸借を担保するための抵当権設定契約をするに当たり、附従性との関係で著しい不合理が生ずることとなりました(被担保債権なしに抵当権は成立しない)。

そこで判例は動揺しながらも、目的物の授受に先立って設定された抵当権の効力を認め

る方向へと努力し、結果的には消費貸借の要物性を緩和し、また、目的物の授受に先立って作成された公正証書の債務名義の効力についてもこれを肯定すべきものとししました。すなわち、「金銭の授受が証書作成の日以後行われたからといって、消費貸借の公正証書の効力は否定することができない」と判決しました。こういった判断が行われるようになったのは、民法制定後の成熟した金融取引上の慣行が、貸主側に種々の便益を与えるという形で、抵当権の設定や公正証書の作成等の処理をした上で、目的物である金銭の交付という方向に向かわせたからです。学説は、立法趣旨を反映し諾成的消費貸借を否定してきましたが、今日では肯定する見解が多数となっています。

消費貸借契約は、大企業の資金調達から中・小企業の小口の消費金融に至るまで多岐にわたっています。それらは人的・物的の担保の設定を伴って消費貸借契約が締結されるといえます。したがってそれぞれの目的と態様に応じた特別法が制定されています。すなわち、①経済的弱者の借主保護として、質屋営業法、利息制限法、出資の受け入れ、預かり金及び金利等の取締りに関する法律、貸金業の規制等に関する法律等であり、②資金の供給として、特別の金融機関を設け、あるいは既存の機関を監督し、低利の消費貸借が容易に行われるよう国家が積極的に関与してきました。しかし、今日では自由化の方向にあります。また、消費者信用や少額金融の面では公益質屋法、商工組合中央金庫法、国民生活金融公庫法、住宅金融公庫法等があります。これらも、自由化の方向が出てきており、組織の改編がなされているものも出てきています。③既存の債務を整理して債務者を救済する制度として、民事再生法や民事調停法さらには特定債務等の調整の促進のための特定

調停に関する法律などがあります。これらの法は、その本質は要保護性保護補完の任を担う生産段階機構の法であることを認識しなければなりません。

## 2. 効力

有名契約としての消費貸借契約は、要物契約でありますから、貸主から金銭その他の物を受け取るまでは、消費貸借契約は成立することはなく効力も生じません。消費貸借契約の予約をすることは有効とされますが、その後当事者の一方が破産手続開始の決定を受けたときは、その効力を失います(589条)。消費貸借契約は片務契約ですから、借主は所定の期日に同種・同等・同量の物を貸主に返還する義務を負います。利息付消費貸借の場合は、契約成立の日以後の利息を定期にまたは一時に支払う必要があります。当事者が返還の時期を定めなかったときは、借主はなんどきでも返還することができ、貸主は相当の期間を定めて返還の催促ができます(591条)。借主が同種・同等・同量の物を返還できないときは、そのときにおける物の価額を償還しなければなりません。返還すべき金銭が特殊な通貨で返還期にその通貨が通用力を失った場合には、他の通貨で返還しなければなりません(592条)。

利息付消費貸借においては、物に隠れた瑕疵があったときは、貸主は、瑕疵のない物を持ってこれに代えなければなりません。また損害賠償の責任も負います(590条1項)。無利息貸借の場合は、貸主がその瑕疵を知りつつそのことを借主に告げなかったときは、利息付消費貸借の場合と同じ責任を負います。瑕疵あることを知らなかった場合には、借主は瑕疵のない物に代えてもらうことができません。その結果、瑕疵のある物自体の返還は困難であるから、借主は瑕疵のある物の

価額を返還することになります（同条2項）。

### 3. 準消費貸借

例えば、友人から50万円で車を買ったとき、すぐには代金が払えないので、友人にしばらく返済を待ってもらうことにしたが、そのために友人に50万円借りたことにします。このようにすでに借主が債務を負担する場合に、いきなり消費貸借に改めることを、準消費貸借といいます（588条）。この場合厳格に言えば、借主が一度物を返還し、もう一度物を受け取らなければ消費貸借が成立しないことになります。こういったことは、無用な手続となるのでこれを簡単にできるようにしました。これを準消費貸借といいます（588条）。民法は、売買代金を借金に改める場合だけを準消費貸借としています。しかし、過去の消費貸借を新たな消費貸借に改める場合も準消費貸借となります。

## Ⅲ. 利息債権

### 1. 利息債権の意義および成立

#### (1) 意義

利息債権（支分権）とは、利息を目的とする債権であり、元本債権（基本権）に従たる債権です。利息とは、金銭その他の物（元本）の使用の対価として主たる債権の額に応じて債権者に支払うべき元本と同一種類の物です。元本と利息は同一種類の物でなければなりませんから、土地の使用に対する地代等は利息ではありません。反面、利息は代替物である限り金銭に局限されません。例えば、利刃のようなものも利息となります。利息債権は契約（約定利息）または法律の規定（法定利息）によって発生します。

#### (2) 利率

利率とは、利息の元本に対する割合をいい、年5分といったような元本に対する百分

比で示されます。また、日歩とって、100円に対する1日の利息額によって示すことも慣用的に用いられています。契約によって定められる利率を約定利率といい、法律の規定によるものを法定利率といいます。利息を生ずべき債権につき別段の意思表示がない場合の利率は、年5分とされます（404条）。なお商法では年6分（商514条）と定められています。このほかに、供託金の利息に関して別の規定があります（供3条、供則33条）。

#### (3) 重利

重利とは、弁済期の到来した利息を元本に組み入れ元本の一部とし、これに利息をつけることをいい、複利ともいいます。複利は、特約がなくとも複利計算をなすべき場合、重利の特約による場合（約定重利）および法律上認める場合があります（法定重利）。すなわち、1年以上延滞した利息を催告しても払わないときは、その延滞分を元本に組み入れることを認めています（405条）。なお重利の約定は、それが実行された結果が利息制限法1条所定の利率を超えない限り有効です。

### 2. 利息制限法

#### (1) 高利息の制限

約定利息については、古くから制限しようという考えがありました。利息を当事者の自由に任せると、ベネスの商人の物語でもうかがい知れるように、貸手と借手の力関係によって強者の意思（貸し手）によって利率が決定されてしまうことになります。その結果、高利によって債務者が負担しきれない債務にあえぐことになります。このような貸手の高利を制限するのが利息制限法です。すなわち、利息制限法は、高利貸しから善良な市民を守るための法です。

近代市民社会はすべての人に「独立」「平等」「自由」な理念的属性を強制的に付与せ

しめんとする社会です(達成段階)。しかし現実の市民社会は、人が構成員であるため必ずしも「独立」「平等」「自由」ではなく、むしろその逆といえます(要保護状態)。しかし理想社会を市民社会の定言命題とするため現実不対等な人々を一歩でも対等に近づかせる役割を持つ部分が必要となります(保護補完)。利息制限法は、要保護性保護補完の任を帯びた法といえます。すなわち、貸し手と借り手は、金融手段という段階で、支配・被支配の関係に立つからです。互いに対等な関係であるならば、個々人の自由な意思と意思との対抗関係の場となり、自由意思に基づいての当事者間の合意であるならばどのような高利であろうとも問題がないこととなります。しかし、債権法の中で利息制限法が規定されるにいたったのは、金融という手段で不対等な関係が生じているからです。したがって利息制限法の場に登場する人が真実達成段階にある者同士であるかの「適格審査」を加えているということの具体的規定ということになるからです。

## (2) 利息制限法の内容

①利息制限法の適用を受ける利息についての契約は、金銭を目的とする消費貸借上のものに限られます(利息1条)。その約定利率は元本が10万円未満の場合は年2割、10万円以上100万円未満の場合は1割8分、100万円以上の場合は年1割5分(同条1項)を最高とし、この最高率を越える部分は無効とされます。もし債務者がこの超過部分を任意に支払ったときはその返還をできないものとされます(同条2項)。②金銭消費貸借にあたり、割引金・手数料・調査料その他の名目で利息としてまたは利息外のもの(これも利息とみなされる)として貸付金から天引きがなされた場合において、天引額が債務者の受領額を元本とし約定利率によって計算した

金額を越えるときは、その超過部分は元本の支払いに充てたものとみなされています。ただし、契約の締結や債務の弁済費用は除かれます(同3条)。例えば5万円を1年間消費貸借した場合、利息は2割で、1万円を天引されたならば、元本は4万円として1年後4万8千円返済すればいいということになります。③弁済期に弁済しなかった場合の賠償額の予定についても、一定の制限が規定されています(同法1条ないし4条)。すなわち、その元本に対する割合が制限内の最高利率の1.46倍までは認めますが、それを越えた部分は無効とします(同4条1項)。ただし、この場合でも債務者が任意に支払ったものの返還請求は認められません(同条2項)。なお、違約金は賠償額の予定とみなされ、同1項・2項が適用されます(同条3項)。

## (3) 立法の進展

判例の展開によって利息制限法の穴は随分と解消されたように見えてきましたが、実際には貸金業者の貸付において利息制限法も判例もたいした効果を上げることができませんでした。なぜならば、出資法上の処罰規定が年109.8%(日歩30銭)を越えるときに懲役刑や罰金刑としていたので、貸金業者は日歩30銭を越えない範囲での超高利での貸付を行っていました。利息制限法を越える利息については、任意弁済という形で元利合計を回収していました。いわゆるサラ金問題の深刻化でありました。

そこで出資法を改正し、一般人の貸付は元通りの日歩30銭でよいが、貸金業者の場合は年40.004%(日歩10.96銭)を越えるときは処罰対象としました(出資5条2項)。また貸金業法が制定され、貸金業者の登録制と悪質な取立行為の規制を定めました。しかし、貸金業法は債務者による利息制限法上の超過部分の任意支払を有効な弁済とみなすと

いう規定をおいたので（貸金業 43 条）、その後サラ金問題は深刻のままでした。また、保証人に対する貸金業者の厳しい取立てが社会問題となったので、平成 11 年には法改正が行われました。すなわち、利息制限に関しては、4 条 1 項の賠償額の予定が 2 倍から 1.46 倍に引き下げられました。さらに出資法についても、5 条 2 項の 40.004% を年 29.2%（日歩 8 銭）に引き下げました。また、貸金業法においても、保証契約締結にあたっては、貸金業者は保証人に事前に書面を交付することを義務付けました（貸金業 17 条 2 項）。ただし、日賦貸金業者に特例として日歩 30 銭を認めていたため（出資法附則 8 項以下）、このことがなお深刻な社会問題として残りました。そこで平成 12 に年々 54.75% に引き下げ、併せて貸金業法も業務の内容等を貸し付け条件として掲示すべく改正されました（貸金業

14 条・15 条・17 条）。さらに平成 15 年には、いわゆるヤミ金対策法（貸金業規制法及び出資法の一部改正法）が成立しました。すなわち、①貸金業登録制度の強化（貸金業 4 条・6 条）、②罰則の大幅な引き上げ（出資 5 条・8 条・9 条、貸金業 47 条・47 条の 2）、③違法な広告・勧誘行為の規制（貸金業 11 条・15 条・16 条）、④違法な取立行為の規制強化（同 21 条）、⑤年 109.5% を超える利息の貸し付け契約の無効化（同 42 条の 2）、すなわち利息は一切支払い義務がないということです。

なお、現在では、年 29.2%（日歩 8 銭）と利息制限法の差額をグレーゾーンと捉え、利息制限法の範囲まで引き下げるべきか否かの議論が国会で検討され、平成 19 年 6 月（法 74）に、年 20% と改正され、平成 20 年 10 月 1 日から施行されることとなった。

## Civil Code Ⅱ Lecture Proposal

TACHI Kouji

Professor at Faculty of Law and Director, Research Institute of Social System  
CHUO GAKUIN UNIVERSITY

### **Abstract**

This note is written as a teaching material of Civil Code Ⅱ . Civil Code Ⅱ is targeted at students of a sport and law course. The students of the course mainly require sport study rather than reseach of jurisprudence. Therefore, the contents of the note lays a stress on concrete examples rather than theoretical matters. Fundamentally, the range of Civil Code Ⅱ covers the law of Clames general provisions and particular provisions. The law of Clames general provisions can be called abstract concept. On the other hand, it can be said that a law of Clames paticular provisions are concrete. Therefore, for this note, I decided to mainly discuss the law of Contract which is a particular case rather than abstract concept of law of Clames. In expression of this note, I tried to make it plain and practical as possible. I hope it will be an aid for the students who take my lecture to learn legal mind and legal reasoning out of concrete examples.