

民法Ⅱ 講義案 (2)

館 幸嗣

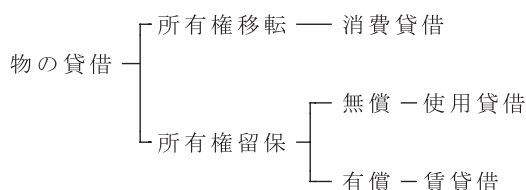
第八章 物の貸借

I. はじめに

物の貸借についての法律関係については、地上権や永小作権という物権によって他人の土地を利用する関係と、消費貸借や使用貸借や賃貸借という債権によって他人の物を借りるという関係が、民法に規定されています。基本的には物権によって借りる方が債権によって借りる場合より強い権利で借りられるとされます。したがって他人から借りる場合は、物権という権利で借りた方が良いとなるでしょう。しかし、物権の場合は、対象が不動産の一定の範囲に限られ、さらには、貸し手も借り手に強い権利が生ずるとなりますので、容易には物権を設定させることがないということになります。そこで貸し手としては、債権という形で貸すことが普通となります。

債権という形での物の貸し借りのうち、目的物の所有権が相手方たる借主に移転する場合と、所有権が貸主に留保されている場合に分けられます。所有権が移転する場合は消費貸借で、所有権が移転しない場合が使用貸借と賃貸借です。ここではその債権による物の貸し借りの所有権が移転しない場合の、使用

貸借と賃貸借について考えてみます。



II. 使用貸借

1. 意義・性質

使用貸借契約とは、当事者の一方（借主）が相手方（貸主）から物を受け取り、無償でその物を使用・収益した後に、その物を返還することを約束して成立する契約をいいます（593条）。

使用貸借は、片務・要物・無償契約です。利息付でない消費貸借とは、無償・要物契約という点で同じですが、消費貸借の場合は目的物の所有権が借主に移転しますが、使用貸借の場合は所有権が移転しません。また、使用貸借と賃貸借は、目的物所有権を貸主に留保のまま使用・収益する点は同じですが、有償と無償という点でこの両者は異なります。使用貸借は無償で、賃貸借は有償ということです。さらに、消費貸借と使用貸借は要物契約ですが、賃貸借は諾成契約とされています。

2. 効力

(1) 借主の使用収益

借主は、契約またはその目的物の性質によって定まった用法に従い、その物の使用および収益をしなければなりません（594条1項）。また、借主は、貸主の承諾を得なければ、第三者に借用物の使用または収益をさせることができません（同条2項）。さらに、借主がこれらの規定に違反して使用または収益をしたときは、貸主は、契約の解除をすることができます（同条3項）。

(2) 費用の負担

費用の負担とは、たとえば、車を借用した場合のガソリン代のような通常の必要費は、貸主の負担なのか借主の負担なのかという問題です。この場合、当事者間でどのような特約をすることもできます。しかし特約がなければ、借主は、借用物の通常の必要費を負担することになります（595条1項）。特別の必要費や有益費（車のチューンナップ費など）については、買戻特約の償還請求と同様に、特別の費用については支出した金額、有益費については価格の増加が現存する限度において、貸主の選択により請求できるようになります（同条2項）。

(3) 貸主の担保責任

贈与者の担保責任である551条の規定が、使用貸借にも準用されます（596条）。すなわち、原則として貸主は目的の物や権利の瑕疵についての担保責任を負いません。しかし、貸主が、使用貸借の目的物の瑕疵を知りつつ借主に告げなかったときは、贈与者における同様に、借主に対して損害賠償の責を負うこととなります（同条）。

3. 使用貸借の終了

(1) 借用物の返還時期・借主による取去

借用物の返還時期は、特約があればそれに

よります。すなわち、借主は、契約に定めた時期に、借用物を返還することになります（597条1項）。当事者が特約で返還時期を定めなかったときは、借主は、契約に定めた目的にしがたい使用・収益を終わったときに返還しなければなりません。ただし、その使用・収益を終わる前であっても、使用・収益をするのに足るべき期間を経過したときは、貸主は、直ちに返還を請求できます（同条2項）。さらに、当事者が返還の時期または使用・収益の目的を定めなかったときは、貸主は何時でも返還を請求できます（同条3項）。

(2) 借主の死亡による終了

使用貸借は、貸主の死亡によって、その効力が失われます（599条）。

(3) 損害賠償・償還請求権についての期限の制限

契約の本旨に反する使用または収益によって生じた損害賠償および借主が支出した費用の償還は、貸主が契約の目的物返還を受けたときから1年以内に行わなければ請求権は消滅します（600条）。この期間は、通説は除斥期間と解しますが、時効と考えます。

Ⅲ. 質貸借

A. 総則

1. 質貸借の意義・性質

質貸借契約とは、当事者の一方が相手方にある物の使用および収益をさせることを約束し、相手方がこれに対しその賃料を支払うことを約束することによって成立する契約です（601条）。契約の当事者のうちで物を貸す側を質貸人、借りる側を賃借人といいます。質貸借契約は、双務・有償・諾成契約です。

質貸借の目的物となる範囲は、相当に広範囲です。借地、借家、貸衣装、貸本あるいは最近のリース等、質貸借は多方面に及んでいます。特に質貸借は、他人の所有する土地建

物の利用について重要な役目を果たしております。すなわち、土地の賃貸借については、地上権や永小作権の設定によっても行なえますが、わが国においては、これらの物権的権利の設定は敬遠され、そのほとんどが賃貸借契約に基づくという風になっております。賃貸借契約は、基本的には、契約の自由の原則に基づいて締結されます。したがって、その前提には貸貸人と賃借人は互いに「独立」「平等」「自由」ということとなります。しかし、実際には、貸貸人と賃借人は対等ではなく、貸貸人が経済的視点において優位な立場にあるとされます。すなわち、賃借人は賃貸借において要保護性の保護補完者ということになります。この要保護性保護補完の任を担って、賃貸借の特別法として、借地借家法や罹災都市借地借家臨時処理法あるいは農地法などが制定されています。

2. 賃貸借の存続期間

(1) 20年以下の原則

動産たる不動産たるを問わない賃貸借の存続期間は、20年を超えることができないとされています。たとえ、契約において20年を超える存続期間を定めても、その期間を20年に短縮して有効なものとなります(604条1項)。ただし、この期間を更新することはできません。この場合も、更新の時から20年を超えることができません(同条2項)。こういった制限があるのは、所有権の制限があまり長いと経済的不利益が生ずるとされるからです。

(2) 短期賃貸借

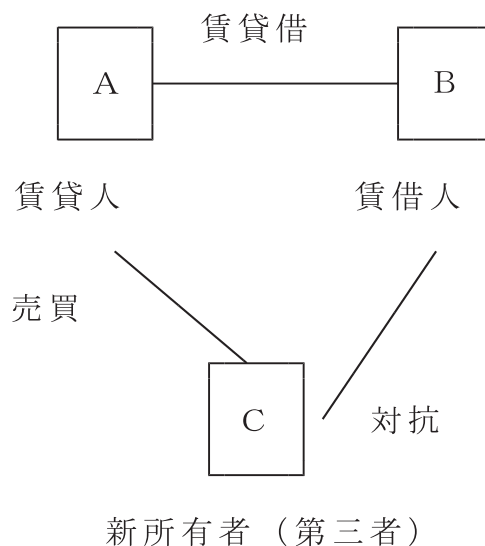
上記の20年間の期間の例外として、制限能力者を保護するために短期の期間が定められています。すなわち、①樹木の栽植または伐採を目的とする山林の賃貸借は10年、②その他の土地の賃貸借は5年、③建物の賃貸

借は3年、④動産の賃貸借は6ヶ月とされています(602条)。この期間は更新することができます。しかし、その期間の満了前、土地については1年以内、建物については3ヶ月以内、動産については1ヶ月以内に更新をしなければなりません(603条)。この制限に違反してなされた場合は、契約の取消等は超過した部分についてか全部についてかの問題があります。制限能力者の取消については、保護の無条件理論によって取消者の選択が認められ、任意代理人による場合は、超過した部分についてのみ生ずるとされます。

B. 賃貸借の効力

1. 不動産賃貸借の対抗力

たとえば、A(貸貸人)とB(賃借人)との間で家屋の賃貸借契約が結ばれているとき、貸貸人Aが当該家屋を第三者Cに売り渡した場合、賃借人BはAとの賃貸借契約にもとづき、引き続き当該家屋の新所有者であるCに対し、家屋の賃借権を主張できるかという問題が生じます。このAのCに対する賃借権の主張が対抗の問題ということです。この問題については、基本的には、A・



B 間には賃貸借契約の効力はあるが、B と新所有者の C との間には、賃貸借の効力は生じないとされます（売買は賃貸借を破る）。

ただし、この場合 B は A との賃貸借を登記していれば、C に対し賃借権を主張できます（605 条）。しかし、この登記は賃貸人 A の承諾が必要で、地上権とは異なり、賃貸人に賃借権の登記を請求できません。したがって、不動産賃借権の登記は現実には行われることはまずありません。このままでは借家人は、所有者の売買によって賃借権を失うこととなります。そこで、借地借家法などで賃借人の保護を図る方法が考えられるようになりました。

2. 賃貸人と賃借人の権利義務

(1) 賃貸物等の修繕

賃貸人は、賃借物の使用・収益を全うさせることから、賃貸物の使用・収益に必要な修繕を行う義務を負います（606 条 1 項）。この修繕に要する費用は賃貸人が負担します。また、賃貸人が賃貸物の保存に必要な行為を行なおうとするときは、賃借人は、これを拒むことができません（同条 2 項）。なお、賃貸人がこの義務を履行しないときは、使用・収益のできない割合に応じてその履行がなされるまでの賃料の全部または一部の支払を賃借人は拒むことができます。

(2) 賃借人の意思に反する保存行為

賃貸人が賃借人の意思に反して保存行為をしようとする場合において、そのために賃借人が賃借した目的を達することができなくなったときは、賃借人は、契約の解除をすることができます（607 条）。たとえば、貸家の土台が傾斜したため応急補強を行う場合は賃借人はこれを拒むことができませんが、そのためにその家屋に住めなくなった場合は、賃貸借期間内であっても解約できるというこ

とです。

(3) 賃借人による費用償還請求

賃貸人が行うべき修繕を賃借人が行ったときは、その修繕に要した費用を賃貸人に償還請求ができます。賃貸人はこの支払を拒むことができません。賃借人が有益費を出したときは、占有者の費用償還請求である第 196 条 2 項の規定に従い、賃貸借終了の時にその償還をしなければならない。この場合、裁判所は、賃貸人の請求により、その償還に相当の期間を許容することができます（608 条 2 項）。必要費は、その全額を償還しなければなりません。有益費は、賃貸人の選択にしたがいその全額または増加した目的物の価額を償還できます。また、必要費は、賃貸借契約関係の継続する期間中に請求によって返還がなされますが、有益費の償還は、賃貸借の終了によって初めて償還義務が生じます。請求期間は、通説は 1 年の除籍期間としますが、時効と解します。

(4) 不可抗力による減収

収益を目的とする土地の賃借人は、不可抗力によって賃料より少ない収益を得たときは、その収益の額に至るまで、賃料の減額を請求することができます。ただし、宅地の賃貸借に関しては減額の請求はできません（609 条）。また、この場合において、賃借人が不可抗力によって引き続き 2 年以上賃料より少ない収入を得たときは、契約を解除できます（610 条）。

(5) 賃借物の一部滅失による賃料の減額請求

賃借物の一部が賃借人の過失によらないで滅失したときは、その滅失した部分の割合に応じて借賃の減額を請求することができます（611 条 1 項）。この場合において、残存する部分のみでは賃借人が賃借をした目的を達することができないときは、賃借人は、契約を解除することができます（同条 2 項）。

(6) 賃料支払い義務等

①賃料の支払時期 賃料の支払時期は基本的には特約によりますが、特約がない場合は、動産・建物および宅地については毎月末に支払、また、その他の土地については毎年末に支払うこととなります。ただし、収穫季節のあるものについては、その季節後遅滞なく支払うこととなります(614条)。

②賃借人の通知義務 賃借物が修繕を要し、または賃借物について権利を主張する者があるときは、賃借人は、遅滞なくその旨を賃貸人に通知しなければなりません。ただし、賃貸人がすでにそのことを知っているときは、通知の必要はありません(615条)。

③使用貸借規定の準用 借主の使用貸借終了に伴う借用物の返還時期に関する597条1項、および同じくその場合における取去権に付いての598条の準用されます。また、使用貸借契約の借主の使用収益権にかかる594条1項も準用されます(616条)。

3. 賃借権の譲渡・転貸

賃貸借契約は、基本的には賃借人自身が目的物を使用・収益するものです。しかし、目的物を賃貸借したが、自身で利用するのではなく、第三者に利用させたいと考える場合があります。いわゆる賃借権の譲渡・転貸です。この点に関し612条1項において、「賃借人は、賃貸人の承諾を得なければ、その賃借権を譲り渡し、又は賃借物を転貸することができない」と規定し、賃借人は賃貸人の承諾を得なければ賃借権の譲渡や賃借物の転貸をすることができないとしています。さらに、同条2項において、「賃借人が前項の規定に違反して第三者に賃借物の使用又は収益をさせたときは、賃貸人は、契約の解除をすることができる」と規定し、賃借人が賃貸人の承諾を得ないで第三者に賃借物の使用や収

益をさせた場合は、契約を解除できるとしております。

しかし、この規定には解釈上以下の疑義が生じます。①借家人が借家の一室を友人に貸した場合に本条の適用があるのかという疑問。②親族関係にある者や内縁の妻や使用人といった特殊な関係にある者を同居させたり、それらの者に譲渡したり転貸した場合に第三者に対する賃借物の使用・収益の供与に当たるかという疑問。③賃借権の譲渡転貸の契約を行ったが、未だ契約が実行されず、現実の使用・収益が行われていないのに、本条に基づき賃貸借契約が解除できるかという疑問があります。①の場合は、本条の適用があるとされます。②の場合は、第三者に入らないとし、譲渡・転貸が行われたとしてもそれが営利目的でなければ本条の適用がないとされます。③の場合も、いまだ解除事由には当たらないとされます。

このように今日の考えの大勢は、無断譲渡・無断転貸による解除をできるだけ狭める方向にあるといえます。

賃貸人の承諾がある場合の転貸の効果については、第613条1項に「賃借人が適法に賃借物を転貸したときは、転借人は、賃貸人に対して直接に義務を負う。この場合においては、賃料の前払をもって賃貸人に対抗することができない」と規定しています。すなわち、賃借人が適法に賃借物を賃貸したときは、転借人は、賃貸人に対して直接に義務を負うとされます。また、この場合に賃料の前払を持って賃貸人に対抗することができないとされます。しかし、賃貸人は賃借人に対してもまた権利行使ができるとされます(同条2項)。なぜならば、転貸を承諾しても、それによって本来の賃貸借の効力が失われなからずです。

C. 賃貸借の終了

賃貸借は、期間の定めのあるときは、期間の満了によって終了します。そのほかに、債務不履行による賃貸借契約の解除によって終了します。期間の定めのない場合は、各当事者は、いつでも解約の申し入れをすることができます。この場合において、①土地の賃貸借については1年、②建物の賃貸借については3ヶ月、③動産及び貸席の賃貸借については1日を経過することによって終了します(617条1項)。また収穫季節のある土地の賃貸借については、その季節後次の耕作に着手する前に解約の申し入れをしなければなりません(同条2項)。

期間の定めがあっても当事者の一方または双方が期間内に解約をする権利を留保したときは、期間の定めがない場合に準ずるものとします(618条)。

期間満了の後賃借人が賃借物の使用または収益を継続する場合において、賃貸人がそのことを知って異議を述べない時は、前賃貸借と同一の条件を持って引き続き賃貸借をしたものと推定されます(619条1項本文「黙示の更新」)。このような推定の上に、各当事者は617条の規定により解約の申し入れができます(619条)。前の賃貸借の時に保証人などの担保を供していた時は、更新後はその担保は消滅します。ただし、敷金については、この限りではありません(同条2項)。

賃貸借の解約をした場合には、その解約には遡及効は生じなく、将来に向かってのみ効力が生じます。この場合において、当事者の一方に過失があったときは、その者に対する損害賠償の請求は妨げられません(620条)。その請求期間は、賃貸人が賃借物の返還を受けた時から1年の消滅時効に服することとなります。この期間は、通説は除斥期間としますが、時効と解します。

D. 借地借家法

借地法は、建物を所有するために他人の土地を利用する法律をいい、借家法は他人の所有する建物を利用する法をいいます。民法ではこれらの土地の利用や建物の利用に関しては、すでに学んできたように使用貸借は別として、基本的には、地上権(265条～269の2)や賃借権(601条～622条)が用いられます。しかし、地上権は物権としてきわめて強い権利であるため、実際はあまり用いられることはありません。また、賃借権についても、債権であるため、賃借人の地位はきわめて弱いとされます。そこで、地上権の物権的な力と債権の対抗力の弱さを解決するための法が求められることとなり、大正10年に借地法と借家法が生まれました。その後数次の法改正を経ましたが、「賃借権の物権化から多様化」という事態に対応すべく借地法と借家法をあわせて、平成3年に「借地借家法」として新たにスタートすることとなりました。この新借地借家法において旧法が変更されたものや新たに創設された主なものは、①普通借地権の存続期間の変更(借3条・4条)、②借地・借家契約の更新ないし解約申入れにおいて必要とされる正当事由の明確化(借6条・28条)、③定期借地権の創設(借22条～24条)、④自己借地権創設(借15条)、⑤期限付き借家権の創設(借38条・39条)、⑥地代・家賃の増減請求の争いに関する調停制度の活用(民調24条の2・24条の3)です。

I. 借地法

1. 借地法の意義

土地を借りて建物を建てる場合は、地上権を設定しということもあるが、実際は601条以下の賃貸借が用いられます。したがって、賃借人は、弱い立場で契約をすることとなりました。そこで上述のように、借地人の権

利を保護するために借地法を制定し、さらには、建物保護法や借家法をも一本化した借地借家法として今日に至っています。

2. 借地権の対抗

(1) 借地借家法 10 条による民法の修正

民法 605 条によって賃借権は登記できません。しかし、実際はこの登記は賃貸人の同意が得られず行われてはいません。そこで、建物保護法で借地人が建物を登記しておけば、土地の譲受人に対して借地人が対抗できるとしました。借地借家法は、この点を受けて、借地権の登記がなくとも、土地の上に借地権者が登記されている建物を所有するときは、これを持って第三者に対抗することができる(借 10 条 1 項)としました。さらに建物が滅失した場合でも、借地権者が、建物の滅失した日や建物を再建すること等を当該土地の見やすい場所に掲示しておけば、借地権はなおも対抗力を有することとしました(同条 2 項)。この場合は、2 年の間に建物を再築し登記する必要が生じます。なお、登記は所有権の登記ではなく、表示登記でよいとされます。

(2) 建物の登記名義人

借地借家法 10 条 1 項における登記名義人は、借地人本人の名義であることが必要であると判例は解します。したがって、借地人が家族の名前で登記した時は、第三者に対抗できないとなります。しかし、学説の多くは、家族名義でも対抗力があるとすべきとします。借地人が経済的弱者であるとの視点に立てば、名義人を広く解すべきでしょうが、今日では借地人は必ずしも経済的弱者ともいえない場合がありますから、ケースバイケースで考えるべきでしょう。

なお、賃借権や建物登記をしていない借地人や、建物を他人名義で登記している借地人に対し、第三者からの明渡請求がなされた場

合、その多くは権利乱用として斥けられています。

3. 借地の期間

(1) 借地借家法による民法の修正

民法の 604 条にしたがえば、賃借期間は 20 年を超えることができないとなり、それより短い期間でも有効となります。この点に関し借地借家法では、その 3 条で借地権の存続期間を 30 年としました。したがって、借地人に不利な短い存続期間は認めないとしました(借 9 条)。さらに、50 年以上の存続期間の定期借地権(借 22 条)、30 年経過後当該建物を地主に買い取らせる建物譲渡特約付借地権(23 条)、専ら事業用に供する建物の借地の場合は 10 年以上 20 年以下とする事業用借地権(24 条)が規定されました。また、展示会場のような臨時や一時使用が明らかな場合は、上記のような長期の存続期間は適用されません(25 条)。

(2) 借地条件の変更

借地の周辺環境の変化に伴い、借地条件を変更する必要が生ずることも出てきます。このような場合には、当事者間で協議し変更すればよいのですが、協議が整わない時は、裁判所に申し立て変更することとなります(借 17 条 1 項)。

(3) 借地契約の更新

当事者が借地契約を更新する場合の期間は、更新の日から 10 年(借地権設定後の最初の更新にあっては、20 年)となります。当事者が期間をこれより長く定めた時は、その期間となります(借 4 条)。借地権者が更新請求をしたとき、建物がある場合は、借 4 条によるか従前の契約と同一条件の契約となります。この場合借地権設定者が異議を述べたときは、この限りではありませんが(借 5 条 1 項)、その異議は正当事由のあるとき

以外は認められません（借6条）。転借権が設定されている場合も同様となります（借3条）。

このように借地権の強化が図られたため、借地権の価格が極めて高くなっております。

(4) 建物の増改築

増改築を禁止する特約は有効です。しかし、借地人が増改築を望むときは、当事者間に協議が調わないときは、裁判所に申し立て増改築の許可を得ることができます（借17条）。

4. 地主と借地人の権利義務

地主の義務としては、賃貸借一般の原則が当てはまります。借地人の義務は、地代支払い義務です。地代の増額請求は、形成権であり、地主からの一方的な意思表示によって効力が生じます。ただし借地人がその増額が不適当と考えれば、相当と考える額を払っておき、裁判でその額が確定すればその額を支払うこととなります。この場合、不足分については年1割の利息を付して払えばよいということになります。

5. 借地権の譲渡・転貸

(1) 民法612条と借地借家法14条

民法612条は、賃貸人の承諾なしに賃借人は賃借権を譲渡・転貸をできないとし、これに反すれば、賃貸人は契約を解除できるとしています。賃貸人が譲渡・転貸を承諾しない場合に対し、借地借家法14条は、第三者の建物買取請求権を認め、借地権設定者に対し、建物その他借地権者が権原によって土地に付属させた物を時価で買い取るべきことを請求できるとしました。

(2) 借地権譲渡・転貸の許可

借地権の譲渡・転貸に関しては、民法は地主の承諾を必要としています（612条1項）。

しかし、借地借家法では、借地権設定者の承諾がなくとも、裁判所は借地権者の申立により許可を与えることができるとしました（借19条1項前段）。この場合、当事者間の利益の衡平を図る必要があるときは、借地条件の変更を命じたり、許可を財産法上の給付に係わらしめることができるとしています（同項後段）。

6. 借地の終了

(1) 地代滞納による契約の解除

借地人が地代を支払わないときは、債務不履行として地主は契約を解除することができます。この場合地主は相当の期間を定め履行の催告を行い、その期間内に履行がないときは契約を解除することができるということになります（541条）。実際は、契約書の文言において、賃料滞納の場合は催告なしに契約を解除すると定めている場合が多いので、それに従うこととなります。

(2) 用途違反による解除

借地人が、借地条件に違反した利用を行っている場合は、催告を行わないで解除できる場合があります。この場合の用途違反は、基本的には、重要な用途違反の場合であり、軽微な場合は直ちに契約解除とはなりません。

II. 借家法

1. 借家権の意義

借家法についても、借地法と同様に、経済的弱者たる借家人が不利益を受けないような立場から規定されています。すなわち、借家人の保護という視点から、借家人に不利な内容は無効とするといった規定がなされております。

2. 借家権の対抗

すでに見てきたように、民法の賃借権に

においても登記はできます(605条)。しかし、この登記は現実には用いられていません。したがって借家人は対抗力がないということになります。そこで借地借家法31条において、「建物の賃貸借は、その登記がなくても、建物の引渡しがあったときは、その後その建物について物権を取得した者に対し、その効力を生ずる」と規定し、対抗力があるとしました。

3. 借家の期間など

(1) 借地借家法による民法の修正

民法604条1項において、「賃貸借の存続期間は二十年を超えることができない」と規定し、存続期間は原則20年以内としています。したがって、20年を超えなければ短期でも可能としています。また、617条1項において、「当事者が賃貸借の期間を定めなかったときは、各当事者は、いつでも解約の申入れをすることができる」と規定し、解約の申入れ後、建物については3ヶ月の期間を経過することによって賃貸借は終了するとしています。

これに対し借地借家法は、「建物の賃貸人による…建物の賃貸借の解約の申入れは、…建物の使用を必要とする事情のほか、建物の賃貸借に関する従前の経過、建物の利用状況および建物の現況ならびに建物の賃貸人が建物の明渡しの条件として又は建物の明渡しと引換えに建物の賃借人に対して財産上の給付をする旨の申出をした場合におけるその申出を考慮して、正当の事由があると認められる場合でなければ、することができない」(借28条)と規定しました。ただし、一時使用のために建物の賃貸借をしたことが明らかな場合には、借地借家法は適用しません(借40条)。また、建物を取り壊すべきことが明らかな建物を賃貸借をするときは、建物を取

り壊すこととなる時に賃貸借が終了します(借39条)。

(2) 正当事由

更新の拒絶・解約申入れにおいて正当事由が問題となります。この正当事由の解釈については、社会・経済事情の推移に伴い変化してきました。すなわち、初めの頃は正当事由も厳格に解されていました。しかし、昭和30年代の後半から家主側からの移転料の提供がなされた場合に、正当事由があるとされるようになりました。こういった考えを受け、借地借家法は、28条において、これらの考えを明文化いたしました。

(3) 定期借家権

良質な賃貸住宅等の供給促進に関する特別措置法が、平成11年に制定され、それに基づき借地借家法38条が定期借家権を認めるという内容に改正されました。すなわち、定期借家権とは、公正証書等の書面で契約を行い、その契約は更新はなく、期間満了によって借家契約が終了する、期間の定めがある建物賃貸借契約を締結することをいいます。したがって、定期借家権の成立要件は、①建物の賃貸借契約について一定の期間を定めること、②契約の更新がないこととする特約を定めることであり、効力発生要件は、③公正証書による等の書面によって契約をすること、④契約の前にあらかじめ家主が借家人に対し契約の更新がなく、期間の満了により当該建物の賃貸借が終了することについて、その旨を記載した書面を交付して説明することとされます。

4. 家主と借家人の権利義務

(1) 家主の義務

家主の義務は、修繕義務(606条)や借家人が家主の負担すべき必要費あるいは有益費を支出した場合に、その費用を償還すること

(608条)であり、そのほかに、造作買取請求があります。造作とは、条文に「畳、建具その他の造作」(借33条1項)となっておりますが、雨戸、ガラス戸、障子、上げ板、つり棚、水道設備、電灯引き込み線等も入るとされます。賃貸人の同意を得て造作した物については、賃貸借契約の満了または解約によって終了するときに、時価で賃貸人に造作部分を買取らせる請求ができるとされます。すなわち、借家人が買取りを請求すると、家主との合意が成立しなくとも、時価による引き取りの売買契約が成立します。

(2) 借家人の義務

①家賃 家賃の支払いは、借家人の重要な義務です。経済の変動によって家賃額の適否が生じます。借地借家法32条は、「建物の借賃が、土地若しくは建物に対する租税その他の負担の増減により、土地若しくは建物の価格の上昇若しくは低下その他の経済事情の変動により、又は近傍同種の建物の借賃に比較して不相当となったときは、契約の条件にかかわらず、当事者は、将来に向かって建物の借賃の額の増減を請求することができる」(1項)と規定し、経済の変動にあわせて家主が、家賃を相当額に変更請求できるとします。

また、建物の借賃の増額や減額について当事者間に協議が調わないときは、その請求を受けた者は、増額を正当とする裁判が確定するまでは、相当と認める額の建物の借賃を支払ったり請求したりすることができます。さらに、裁判が確定した場合において、支払った額に不足があるときや支払額が借賃を超えるときは、その不足額に年一割の割合に利息を付してこれを支払ったり、返還することとなります(2項、3項)。なお、家賃をめぐる紛争については、実際には、供託(494条以下)がよく使われます。

②権利金 権利金とは、借家または借地契

約の締結の際に授受される金銭のうち、契約終了のときに賃借人に返還されないものをいいます。権利金は、「礼金」ともいわれ、家屋を使用する利益の対価という性質を持つので、返還を請求できないとされます。

③敷金 敷金とは、賃借人が賃料の支払いその他賃貸借上の債務を担保する目的で、賃貸人に交付する金銭をいいます。すなわち、敷金は、賃貸借終了の際に、賃借人に債務不履行があればその弁済に充当され、残額は債務不履行がなければ返還されるということになります。このように、敷金については家主に返還義務がありますが、家主が建物を譲渡したりして新しい家主に変わったならば、返還義務は誰が負うかということになります。賃貸契約関係は新しい家主に移転しますから、敷金支払い義務も新しい家主に移転すると解し、新しい家主が返還義務を負うということになります。

(3) 借家権の承継

借地借家法36条は、「居住の用に供する建物の賃借人が相続人なしに死亡した場合において、その当時婚姻又は縁組の届出をしていないが、建物の賃借人と事実上夫婦又は養親子と同様の関係にあった同居者がいるときは、その同居者は、建物の賃借人の権利義務を承継する。ただし、相続人なしに死亡したことを知った後一月以内に建物の賃貸人に反対の意思を表示したときは、この限りでない。」(1項)とし、1項の場合の「建物の賃貸借関係に基づき生じた債権又は債務は、同項の規定により建物の賃借人の権利義務を承継した者に帰属する。」と規定しています。この規定は、内縁の妻や養子がいる場合に、賃借人である内縁の夫や養親が死亡した場合に、賃借権は内縁関係にある者が承継できるという規定であります。したがって、承継するからには、賃貸借から生じた債権債務も引

き継ぐということになります。

5. 借家権の譲渡・転貸

借家人が借家権を家主に無断で譲渡・転貸することは、民法ではできないとなっています(612条1項)。この点に関しては、借地借家法は民法と異なる規定をおいていません。したがって、借家人が家主に無断で賃借権を譲渡したり転貸して使用収益をさせた場合は、大家と店子の信頼関係を破壊したことになるとして、契約を解除(解約)できることとなります(同条2項)。しかし、無断譲渡や転貸が大家と店子の信頼関係を破壊しないような場合には、契約は解除できないとされます。この場合の信頼関係を破壊しない場合とは、たとえば、親しい親族間で譲渡転貸が行われたとか、個人商店であったのを株式会社組織替えし、その法人に借家権を譲渡したような場合です。

6. 借家の終了

(1) 家賃滞納による契約の解除

借家人が家賃を滞納または不払いによる場合は、民法541条の適用によって契約が解除されます。すなわち、当事者の一方がその債務を履行しないときは、相手方は、相当の期間を定めてその履行を催告し、もしその期間内に履行ないときは、契約の解除をすることができると定めています。ただし、催告が行われその期間内に履行がなされなくとも、賃貸借関係の経緯などを考慮した場合に、解除を認められない場合もあります。なお、契約書などで、1ヶ月滞納した場合には契約を解除するとあっても、直ちに賃貸借契約の解除は認められることはありません。

(2) 用途違反による解除

借家人が賃借家屋を目的とは異なる用途で使用したり、極端に乱暴な使い方をした場合

には、家主は、催告なしに契約を解除できることがあります。この場合は、家主と借家人との信頼関係が損なわれたという考えから、契約解除が認められます。

(3) 建物転借人等の保護

転借人や借地上の建物の賃借人の保護として、借地借家法は、「建物の転貸借がされている場合において、建物の賃貸借が期間の満了又は解約の申入れによって終了するときは、建物の賃貸人は、建物の転借人にその旨の通知をしなければ、その終了を建物の転借人に対抗することができない」(借34条)、「借地権の目的である土地の上の建物につき賃貸借がされている場合において、借地権の存続期間の満了によって建物の賃借人が土地を明け渡すべきときは、建物の賃借人が借地権の存続期間が満了することをその一年前までに知らなかった場合に限り、裁判所は、建物の賃借人の請求により、建物の賃借人がこれを知った日から一年を超えない範囲内において、土地の明渡しにつき相当の期限を許することができる」(35条)と規定しています。

第九章 雇用契約と労働契約

I. 民法と労働法

民法には雇用に関する規定がおかれていません(623条以下)。労働法が成立するまでは、他人に雇われて働くという関係は、基本的にはこの雇用の規定によっていました。雇用契約とは、当事者の一方が相手方に対し労務に服することを約し、相手方がこれに対しその報酬を与えることを約することによって成立する契約をいいます(623条)。この契約において、前者を労務者といい、後者を使用者といいます。雇用は諾成・双務・有償・不要式契約です。

民法上雇用契約は財産法に規定されている以上は、使用者と労務者は互いに独立・平等・自由な者同士ということになります。しかし現実には、使用者と労務者が対等ということはほとんどありません。したがって、こういった不対等な者同士が意思と意思との対抗関係にはいるならば、基本的には強者である使用者の意思で雇用契約が締結されることとなります。すなわち、使用者と労務者の不対等な関係が量的差異の段階にとどまるならば、両者の雇用関係の表見的合意は、両者が対等者であったならば弱者である労務者がどのような意思表示をしたであろうということを考慮して修正的に法の効力を付与することができます。いわゆる「自由法」の範疇で解決ができるということです。これに対して、使用者と労務者の不対等な関係が質的差異の段階であるならば、両者の雇用に関する表見的合意は、もはや自由法の修正の範疇を超えるのでそのままでは効力を付与することができません。別な基準、いわゆる初めから不対等な者同士を対等と還元する機構の法理の適用が必要となります。この不対等者間を対等な者に還元する機構が社会法とされる労働法ということになります。

労務供給関係の領域を対象とする労働法は、代表的には、「労働基準法」・「労働組合法」そして「労働関係調整法」です。この三者は、しばしば労働三法と称されています。したがって民法の雇用関係の法規制がそのままに適用されるのは、全く両当事者が対等である場合の労務供給関係に限局されるということです。いわゆる余暇があるときに有償・双務として仕事の手伝いをするといったような労務供給関係に適用されるといったような場合です。

II. 労働関係の内容

1. 使用者と労働者の権利義務

民法の定める雇用契約の諾成性からして、その効力は諾成的に発生します（623条）。すなわち、使用者は、労働者に対して労務を請求する権利があります。この権利義務は、一身専属権です。したがって、使用者は、労働者の承諾がなければその権利を第三者に譲渡することができませんし、反対に労働者は、使用者の承諾がなければ第三者を自分の代わりに働かせることができません（625条）。労働者が故意過失によって労務に服する義務に違反すれば、債務不履行として損害賠償や雇用契約の解除となります（415条・541条）。労働法においては、正当な争議行為は債務不履行責任から免除されています（労組8条）。

労働者の権利としては、使用者に対し、労働の対価としての報酬を請求する権利があります。この報酬は、特約がなければ、契約成立の日から報酬が支払われるべきものとなります（624条）。報酬の額・雇用の期間はすべて当事者間の合意によって自由に定めることができます。これに対し、労働基準法では賃金の保護強化をしております。すなわち、「賃金は、通貨で、直接労働者に、その全額を支払わなければならない」し、また、「賃金は、毎月一回以上、一定の期日を定めて支払わなければならない」（労基24条）と規定し、さらにタクシーの運転手のような出来高払い制に対しては労働時間に応じて一定額の賃金を払う保障給の定めをしなければならないと規定しております（労基27条）。そのほか、最低賃金が法定される必要があるとしています（労基28条）。

2. 契約の期間

雇用の期間の合意は、終身であってもよい

し、有期であってもかまいません。期間を定める場合は、長期間人身を拘束することをさける意味において、一定の制限がおかれています。すなわち、有期が5年以上または終身であっても、5年を経過したときはなんどきでも契約を解除することができます。ただし、この期間は、商工業見習者の雇用の場合は10年となります(626条1項)。この規定により契約を解除する場合は、3ヶ月前にその予告をしなければなりません(同条2項)。労働基準法においては、契約期間(労基14条)についての定めがあります。

3. 解雇

解雇に関しては、問題が多数あります。契約期間の定めがある場合は、その期間中は原則として解雇はできません。ただし、債務不履行があった場合や、使用者が破産手続の開始の決定を受けた場合(631条)、あるいは工場が天災等で滅失したといったようなやむを得ない事由がある場合(628条)には、期間の定めがあっても解雇ができます。なお、期間の定めがある場合は、期間満了によって雇用は終了しますが、労働者が引き続き労務に従事していた場合は、使用者が特に異議を述べなければ、雇用期間は黙示の更新があったものとされます。この場合は、期間の定めがない雇用契約ということになります(629条)。

解雇が問題となるのは、当事者が雇用の期間を定めなかったときです。期間の定めのない場合は、各当事者は、いつでも解約の申し入れをすることができます。この場合において、雇用は、解約の申し入れの日から2週間を経過することによって終了します(627条1項)。これに対し、労働基準法では、使用者が労働者を解雇する場合は、少なくとも30日の予告期間をおかなければならないと

しております。ただし、使用者が30日分以上の賃金を支払えば直ちに解雇してもよいとされます(労基20条)。天災等のやむを得ない事情が生じ事業継続不可能となった場合、および労働者の責めに帰すべき事由に基づいて解雇する場合は、予告期間をおかずに直ちに解雇することが認められています(労基20条1項但書)。

解雇の関する時間的制限がおかれています。解雇の理由については直接的制限はありません。この点に関し、解雇する場合には正当事由が必要とされていましたが、論理的に無理があるとし、今日では権利濫用の法理を応用して、解雇権濫用法理が採用されるようになっていきます。すなわち、最高裁は「使用者の解雇権の行使も、それが客観的に合理的な理由を欠き社会通念上相当として是認することができない場合には、権利の濫用として無効となる」と述べて解雇権濫用法理を示しました(最判昭50・4・25民集29巻4号456頁)。さらに、「普通解雇事由がある場合においても、使用者は常に解雇しうるものではなく、当該具体的な事情のもとにおいて、解雇に処することが著しく不合理であり、社会通念上不相当なものとして是認することができないときには、当該解雇の意思表示は、解雇権の濫用として無効になる」とし、この法理における相当性の原則を示しました(最判昭52・1・31労判268号17頁)。

解雇権濫用法理における合理的理由は、以下の4つとされます。

- ①労働者の労務提供の不能や労働能力または適格性の欠如喪失。
- ②労働者の規律違反行為。
- ③経営上の必要に基づく理由。
- ④ユニオン・ショップ協定に基づく組合の解雇要求。

上記①～③の理由については、重大な程度

に至っていて、また労働者側に改心の余地がほとんどない場合に、裁判所は、解雇相当と判断しています。しかし、バブル経済が崩壊し経済状況が悪化した段階では、上記③の理由でかなりの労働者が解雇されました。いわゆるリストラという名目で実質的には解雇権の濫用が行われたといえるでしょう。なお、多くの企業においては、通常は、就業規則に解雇事由が列挙されています。

このように解雇に関しては、労働者の権利が相当に護られてきた時期もありましたが、上述のように、バブル崩壊後はリストラの名の下に実質的には労働法の基本とする労働者の権利保護は、かなりな点で空文化したといえるでしょう。

第十章 請負契約

I. 請負契約の意義・性質

請負契約とは、当事者の一方が相手方に対して、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対して報酬を支払うことを約することによって成立する契約をいいます(623条)。この契約において仕事を受ける人を請負人といい、仕事を頼む人を注文者といいます。

請負は、諾成・双務・有償・不要式契約です。民法が請負契約をおいたのは、委任・雇傭と同様に労務の供給性という点では同じですが、労務の提供自体ではなく、ある仕事の完成結果の提供という点であります。したがって、労務の完成結果の提供を目的とするものであれば、物の製造であれ、論文・翻訳の完成であれ、物品の輸送であれ、建築の設計であれ、あるいは、財産的価値がなくとも請負ということになります。

請負契約は、請負人の仕事の完成引渡・注文者の報酬支払いの完了によって消滅しま

す。また契約終了の一般原因によっても終了します(540条以下参照)。請負契約の解除は遡及効がありますから、この点が雇用契約と異なります。請負契約の特殊な消滅原因は以下の通りであります。

①建物その他の工作物を除き、また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与えた指図によって生じたものであるときを除き、仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約をした目的を達することができないときに認められる契約の解除(635条・636条)。

②注文者が破産手続の開始の決定を受けたときに伴う請負人または破産管財人が行う契約の解除。この場合においては、請負人は既に行った仕事の報酬およびその報酬に含まれていない費用につき、破産財団の配当に加入することができるかとされています。なおこの場合における損害賠償は、破産管財人が契約解除をした場合における請負人に限り、請求することができます。請負人は、その損害賠償について、破産財団の配当に加入します(642条)。

③請負人が仕事を完成しない間は、注文者はいつでも損害を賠償しての契約を解除(641条)。

II. 請負の効果

1. 請負人の仕事の完成義務

請負はある仕事の完成結果の提供が究極の契約の目的であります。雇用契約のように特定者の労務の提供自体でありませんから、特約または仕事の性質からして請負人自身でなければ契約の本旨にしたがった履行が果たせないという特別な場合を除いては、請負人自身で仕事を完成する義務を負いません。いわゆる「下請」という履行補助者を用いて

も支障はありません。この場合は、補助者・下請人の責めに帰すべき事故等が生じたとしても、請負人が自ら責任を負う必要があります。

2. 報酬

仕事の結果に対して請負人は、報酬請求権を持ちます。報酬は、仕事の目的物の引渡と同時に与える必要があります。ただし、物の引渡を要しないときは、624条1項(賃金の後払い)の規定が準用されます(633条)。請負約款には物価変動等がいちじるしいときは、請負代金の増額を認めるといったスライド条項がもりこまれています。

3. 所有権の帰属

注文者から請負人に与えられる報酬の中にすべての材料の代価が含まれるものとされているときには、特約のない限り、その所有権は引渡がなされるまで請負人に留保されます。注文者が全部の材料を提供したときは、仕事の完成の前後を問わず注文者に所有権が属します。この場合加工に関する246条1項但書の規定は適用がないとされます。両当事者が材料を分担して提供する特約がなされていた場合なら、加工の規定によって仕事の完成前の所有権の帰属関係が規律されます(246条2項)。いずれにせよ、材料を供すべきものを注文者とするか請負人とするかは、当事者の合意によって定められる事項に属しますが、特約のないときは后者の属します。

4. 瑕疵担保責任

完成した仕事の目的物に瑕疵があった場合に請負人が負う担保責任については、特別の規定が置かれています。請負は有償契約でありますから、規定が置かれなくとも売主の担保責任の規定が準用されるわけですが(559

条)、請負には特殊性があるために別に担保責任を規定したのであります。

まず634条1項に「仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を請求することができる」と規定し、売買の場合と異なりなるべく修理させるというのが原則を示しています。ただし、瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するときは、この限りではないとされます(同条同項但書)。注文者は、瑕疵の修補に代えて、またはその修補とともに損害賠償の請求をすることができます。修補に代えて損害賠償を請求するときは、533条の同時履行の適用を受けます(同条2項)。仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約をした目的を達することができないときは、注文者は、契約の解除をすることができます。ただし、建物その他の土地の工作物については、この限りではありません(635条)。なお、住宅の瑕疵については、前述売買の項で述べた住宅の品質確保促進等に関する法律が重要となります。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与へた指図によって生じたときは、瑕疵修補の請求権や損害賠償請求権は与えられないということになります。ただし、請負人がその材料または指図が不適當であることを知りながら告げなかったときは、この限りではないとされます(636条)。

瑕疵修補または損害賠償の請求は、仕事の目的物を引き渡したときから1年以内に行うことが必要です。仕事の目的物の引渡を必要としない場合には上記の1年間は仕事の終了の時から起算するものとされます(637条)。この1年の期間は、普通の時効期間内に限り、契約で伸張することが許されます(639条)。すなわち、修補請求権・損害賠償請求権は10年内、解除権も10年内となります。

しかし、土地の工作物（建物など）については特則があります。すなわち、建物その他の土地の工作物の請負人は、その工作物または地盤の瑕疵について、引渡しの後5年間その担保の責任を負います。ただし、この期間は、石造、土造、れんが造、コンクリート造、金属造その他これらに類する構造の工作物については、10年となります（638条1項）。この期間経過の前にこれらの工作物が瑕疵のため滅失または毀損したときは、注文者は、その滅失または毀損の時から1年内に634条による瑕疵の修補・損害賠償の請求をしなければならないとされます（同条2項）。なお、建物の場合には、実際に注文者がある程度の年数居住してみて瑕疵が分かることが多いとされます。したがって、前述の住宅品質確保の促進に関する法律は、民法の特則として、住宅の新築工事請負契約において、請負人は、注文者に引き渡した時から10年間、構造耐力上主要部分等の瑕疵について、民法634条1項および2項前段に規定する担保責任を負うとします（住宅品質94条1項）。また住宅新築請負契約または新築住宅の売買契約においては、担保責任の期間を20年以内に伸ばす特約を認めています（同法97条）。

第十一章 委任契約と事務管理

I. 委任契約

1. 意義・性質

委任契約とは、当事者の一方が法律行為をする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って成立する契約をいいます（643条）。この契約の当事者中前者を委任者といい、後者を受任者といいます。委任と区別すべきものとして「準委任」があります。委任は、法律行為をすることを他人に委託する場合に関するものであるのに対し、準

委任は、法律行為でない事務の委託にかかる契約とされます。委託という点で同じでありますので、準委任の場合においても委任に関する規定を準用すべきとされております（656条）。この区別は、本質的な根拠もなく、格別の実益もないといえます。

委任については民法は、諾成・不要式の契約にとどめ、双務・片務、有償・無償のいずれたるとを問わないものとしていますが、無償・片務を原則的なものとし、有償・双務の契約とすることも支障がないとしています。委任は、雇傭・請負とともに労務供給契約の範疇に属しています。しかし、労務の供給それ自体ではなく、受任者の裁量に基づく仕事の完成した結果を目的とする点において、雇傭と異なり、請負と同一の部類に属することとなります。請負と委任を分かちものは、委任は負担の前払い制という性質を有し、請負は報酬の後払いを建前とするという性質に求める外はないでしょう。

2. 委任の効力

(1) 受任者の義務

受任者は委任者の信頼を受けていますから、自ら事務を処理する義務を負います。ただし、復代理（104条）と同じ要件の下で、例外的に復委任が認められます。そのほか受任者は以下の義務を負います。

①受任者の善管注意義務 受任者は、委任の本旨にしたがい善良な管理者の注意（しばしば「善管注意」と略されます）をもって委任事務を処理する義務を負います（644条）。善管注意とは、個々人の自然的属性の捨象態に成る注意力をいいます。すなわち、市民社会の構成員である市民に一樣に期待されるべき注意力をいいますから、それぞれの立場に応じた相当に重い注意力となります。この善管注意を欠くことが「過失」であり、債務不

履行や不法行為の効力を生じしめます。

②受任者の報告義務 受任者は、委任者の請求があるときはなんどきでも委任事務処理の状況を報告し、また委任終了の後は遅滞なくその経過および結果を報告しなければなりません(645条)。

③受任者の受取物の引渡義務 受任者は、委任事務を処理するに当たって受け取った金銭その他の物を委任者に引き渡さなければなりません。その收取した果実についても、同様とします(646条1項)。受任者は、委任者のために自己の名で取得した権利を委任者に移転しなければなりません(同条2項)。

④受任者の金銭の消費についての責任 受任者は、委任者に引き渡すべき金額またはその利益のために用いるべき金額を自己のために消費したときは、その消費した日以後の利息を支払わなければなりません。この場合において、なお損害があるときは、その賠償の責任を負います(647条)。

(2) 受任者の権利

①報酬請求権 受任者は、特約がなければ、委任者に対して報酬を請求することができないとされます(648条1項)。このように無償が原則とされます。しかし、今日では、特約や慣習、あるいは商法の規定によって報酬支払義務が発生することが多いし、むしろ有償が普通といえるでしょう。

受任者は、報酬を受けるべき場合には、委任事務を履行した後でなければ、これを請求することができません。ただし、期間によって報酬を定めたときは、624条2項の規定を準用します(同条2項)。委任が受任者の責めに帰することができない事由によって履行の途中で終了したときは、受任者は、既にした履行の割合に応じて報酬を請求することができます(同条3項)。

②受任者による費用の前払請求 委任事務

を処理するについて費用を要するときは、委任者は、受任者の請求により、その前払をしなければなりません(649条)。

③受任者による費用等の償還請求 受任者は、委任事務を処理するのに必要と認められる費用を支出したときは、委任者に対し、その費用及び支出の日以後におけるその利息の償還を請求することができます(650条1項)。

④弁済請求権 受任者は、委任事務を処理するのに必要と認められる債務を負担したときは、委任者に対し、自己に代わってその弁済をすることを請求することができます。この場合において、その債務が弁済期にないときは、委任者に対し、相当の担保を供させることができます(同条2項)。

⑤損害賠償請求権 受任者は、委任事務を処理するため自己に過失なく損害を受けたときは、委任者に対し、その賠償を請求することができます(同条3項)。

3. 委任の終了

委任契約の終了事由は、委任事務の終了のほか、委任事務の履行不能・解除条件の成就等契約の終了する一般的原因によるものがあります。そのほかに委任に特殊なものとして、①委任者または受任者の死亡、②委任者または受任者が破産手続開始の決定を受けたこと、③受任者が後見開始の審判を受けたこと(653条)、であります。この終了原因が採用された理由は、「委任ハ専ラ信用ニ基ケル」ものだからとします(梅・前掲書754頁)。しかし、商法上では、「商行為の委任による代理権は、本人の死亡によっては、消滅しない」(同法506条)とします。この点に関し立法者は、商業上の必要により民法の例外を設けたものであり、本則は死亡によって終了であると説いています(梅・前掲書757

頁)。さらに、委任の解約による終了です。すなわち、「委任は、各当事者がいつでもその解除をすることが」(651条1項)できます。さらに、当事者の一方が相手方に不利な時期に委任の解除をしたときは、やむを得ない事由があったときをべつとして、その損害を賠償しなければならないものとしています(同条2項)。なお、ここでの条文は解除といっていますが、その本質は解約です。また、この解約権を放棄する契約を無効とする理由はありません。

委任終了の事由は、委任者からであると受任者からであるとを問わず、これを相手方に通知したとき、または相手方がこれを知っていたときでなければ、これをもってその相手方に対抗することができないものとされます(655条)。他面、委任が終了した場合において、急迫の事情があるときは、受任者またはその相続人もしくは法定代理人は、委任者またはその相続人もしくは法定代理人が委任事務を処理することができるに至るまで、必要な処分をすることを要するとされます(654条)。

II. 事務管理

1. 事務管理の意義性質

(1) 意義

事務管理とは、義務なくして他人のためにする意思を持ってその事務を管理する事実に対し、所定の法律効果を発生せしめる法律要件です。ここに「義務なくして」というのは、達成段階機構である財産法上の義務なくしての意味であります。しかし、生産段階機構である親族法上においては、明文規定が置かれていなくとも要保護性保護補完という無条件原理において義務が成立します。民法典は財産法の末尾に親族法との接続点として、事務管理の章を配置し、財産法的義務と親族法的義

務の背反的な2種のをあわせて規定しています。このように義務なくしてはこの両種のを包摂していますが、厳密には「明文を持って規定されている義務なくして」の意味において理解しておく必要があります。

(2) 性質

事務管理は、上述のように、財産法の原理に指導される事務管理と親族法の原理に指導される事務管理との対蹠的な2種の事務管理の上位概念として成立している概念です。第1種の事務管理(財産法上)とは、たとえば、留守がちの隣人のために頼まれもしないのに集金人にガス代金や電気代金を支払ってあげたとか、台風で破損した屋根を瓦屋に頼んで応急修理したといったような形で生じます。第2種の事務管理(親族法上)とは、たとえば、路上で暑さのため倒れて失神している者を、たまたま通りかかった者が日陰に移し応急介抱したが、その際に失神者の衣服を破損したとか、河川に身投げした者をその者の意思に背いて救出したといったような形で生じます。この両種の事務管理に付与される法的効力は、統一的なものと、相反的なものに分かれます。

明文をもって事務を管理すべき規定が与えられている場合は、財産法次元のものであれ親族法次元のものであれ、ここにいう事務管理に当たりません。たとえば船長が船の遭難時に救助活動をしたときや被後見人・未成年者の後見人が被後見人のために保護行為をしても、事務管理となりません。

いずれの場合であっても、事務管理は、いわゆる事実行為ないし準法律行為に属し、法律行為ではありません。事務管理は法律行為ではないので、意思表示の錯誤・詐欺・強迫等に関する規定やその無効・取消の規定あるいは法律行為の附款に関する規定にも服しません。しかし、事務管理を行った者が、代理

人と称し本人のため第三者と法律行為をした場合は、狭義の無権代理の問題となります。他人のためにする意思がなく他人の事務を管理しても事務管理とはなりません、この場合でも本人が追認すれば、事務管理となります。本人が追認しない場合は、不法行為または不当利得となります。

2. 事務管理の成立要件

(1) 客観的要件

義務なくして、他人の事務の管理を始めることです。「義務なくして」とは、「明文を持って規定されている義務なくして」の意味においてです。この意味における義務が本人に対してでないことであって、第三者に対してである場合にも事務管理は成立します。つぎに、ここに「事務」とは、「債務関係」たる「事」に限局されず生活に必要なあらゆる仕事を包摂する概念です。

(2) 主観的要件

他人のためにする意思があること。すなわち、「他人のためにする意思をもって」の意味です。この意思が、本人のためにする法律行為の代理意思であるときは、上述のように狭義の無権代理となります。他人のために行うとともに自己のために行う意思をもってする場合も事務管理となすのを妨げませんが、自己のためにのみする意思で行うときは、当然事務管理とはなりません。この場合の意思の挙証責任は管理者側にあります。ただし、生産段階機構（要保護性保護補完）の事務管理については、その実践原理は達成段階機構の場合と逆倒しますから、客観的にも、本人の利益のためにするものとなります。

管理者において本人が管理を望んでいないということを知っているとき、または、善良な管理者の注意を用いれば本人の望んでいない意思を知りうべき場合には、事務管理は成

立しません。しかし、第2種の生産段階機構（要保護性）の場合は、明らかに本人の意思に反する場合であっても、保護補完の限度において事務管理が成立します。すなわち、前例の自殺を企てた本人の意思を考慮せず救助するような場合です。

3. 事務管理の効力

(1) 適法行為としての事務管理

他人の事務の管理が要件を満たし事務管理として成立するときは適法行為となります。事務管理として成立要件を満たさないときは不法行為となります。不法行為となるときは、損害賠償を発生させます。しかし、適法行為は、損害賠償は生じません。すなわち、適法行為の事務管理によって本人の権利が侵害されることがあっても、管理者は損害賠償責任を負わされることはありません。

(2) 管理注意義務

事務の管理を始めた者は、「その事務の性質に従い、最も本人の利益に適合する方法によって、その事務の管理をしなければならない」とされ（697条1項）、また、「管理者は、本人の意思を知っているとき、又はこれを推知することができるときは、その意思に従って事務管理をしなければならない」とされます（同条2項）。この注意義務は、善良な管理者の注意義務と本質的に同じです。しかし、一見特殊な注意義務を負わせています。この点につき立法者は、「是レ果シテ善良ナル管理者ノ注意ト其程度ヲ異ニスルカ曰然ラス…善良ナル管理者ノ注意ト云ハハ略々其注意ノ程度ヲ知ルコトヲ得ヘク…之ニ反シテ事務管理ノ場合ニ於テハ其目的一定スルコトナク而シテ契約ナキカ故ニ法律上当然本人ノ意思明カナルモノト為スコトヲ得ス故ニ単ニ善良ナル管理者ノ注意ト云フモ其意義頗ル曖昧ニ渉ルノ恐ナキニ非ス是レ本条ニ於テハ特ニ

詳細ニ此注意ノ程度ヲ定メタル所以ナリ」と述べています(梅・前掲書 852 頁-853 頁)。この説明は、本人の意思に関する点においては明快であります。第2種の生産段階機構(要保護性)については本質の指摘が欠けています。

だが、この生産段階機構については、不十分ではありますが、次条において以下のように指摘しております。「本人ノ身体、名誉又ハ財産ニ対スル急迫ノ危害アルトキハ何人カ其事務ヲ管理シ以テ其危害ヲ免レシメンコト極メテ必要ナリ…管理者ハ其悪意又ハ重大ナル過失ニ付テノミ責任ヲ負フ」と(梅・同書 853 頁-854 頁)。さらに本条は、「前条ニ対スル例外ニシテ特別ノ場合ニ在リテ事務管理ヲ奨励スル為メ大ニ管理者ノ責任ヲ軽クシタルモノナリ」と述べ、本条適用の事例としては、「本人カ急病ニ罹レル場合ニ於テ之ヲ介抱スル為メ其衣類ヲ汚損シタル者アリ…本人ノ不在中ニ其名誉ツヲ損スヘキ記事ヲ新聞紙ニ掲ケタル者アルヲ以テ任意ニ其財産ヲ管理セル者カ其財産ノ一部ヲ費シ詳細ナル反駁文ヲ新聞紙ニ広告シタリ…火災ノ場合ニ於テ本人ノ家屋カ類焼ニ因リ灰燼ニ帰セントスルニ方リ家屋ノ一部ヲ毀損シ以テ類焼ヲ免レシメタル者ハ仮令之カ為メニ本人カ莫大ナ損害ヲ被ムリタリ…苟モ悪意又ハ重大ナル過失ナキ以上ハ敢テ損害賠償ノ責ヲ負フコトナキカ如キ即チ是ナリ」としています(梅・同書 854 頁)。この条文は、表面的には善管注意義務を免れているような観がありますが、それは生産段階機構の要保護性での運用原理の立場からであり、理念的には善管注意義務は変わることなく管理人に負わされています。したがって、故意と重大な過失がある場合を除きその責任が免れるとしているのです。ただし、698 条の明文においてこの第2種の生産段階機構が掲げられず、損害賠償という効力

的側面に止まったのは立法上の不備ともいえるでしょう。

(3) 管理者の通知義務

管理を始めた者は、本人がすでにそのことを知っている場合を除き、その管理を始めたことを遅滞なく本人に通知しなければなりません(699 条)。法定代理に服する者に対する通知は、その法定代理人にしなければなりません。この通知を怠り損害が生じたならば、管理者は損害賠償する義務を負います。生産段階機構である第2種の事務管理は、一面では親族法中にも規定されています。

(4) 管理者の管理継続義務

管理者は、本人またはその相続人もしくは法定代理人が管理をすることができるにいたるまで、事務管理を継続しなければなりません。ただし、事務管理の継続が本人の意思に反し、または本人に不利であることが明らかであるときは、この限りではないとされます(700 条)。本人のためには利益であるが、本人の意思に反する場合等もこの但書に該当します。なお、前例の自殺をはかった者の救助のように要保護性保護補完の場合は、本人の意思に反しても事務管理は継続します。すなわち、本人のために不利に当たらないかぎり、本人の意思に反する場合であっても中止してはならないということです。

なお、管理者には委任契約の受任者の権利義務の内以下の3カ条が準用されております(701 条)。すなわち、①受任者は、委任者の請求があるときは、いつでも委任事務の処理の状況を報告し、委任が終了した後は、遅滞なくその経過及び結果を報告しなければならないということ(645 条)、②受任者は、委任事務を処理するに当たって受け取った金銭その他の物や果実を委任者に引き渡す義務を負い、また、受任者は、委任者のために自己の名で取得した権利を委任者に移転するとい

うこと(646条)、③受任者は、委任者に引き渡すべき金額またはその利益のために用いるべき金額を自己のために消費したときは、その消費した日以後の利息を支払うことを要し、損害賠償の責任を負うということ(647条)の規定の準用です。

(5) 管理者の費用償還請求

管理者は、本人のために有益な費用を支出したときは、本人に対し、その償還を請求することができ、管理者が本人のために有益な債務を負担した場合は、650条の規定が準用されます(702条1項・2項)。すなわち、受任者が委任事務を処理するのに必要と認められる債務を負担したときは、委任者に対し、自己に代わってその弁済をさせ、また、その債務が弁済期にないときは、相当の担保を供させることができるということです。また、管理者が本人の意思に反して事務管理をしたときは、本人が現に利益を受けている限度においてのみ、上記の規定の適用があるということです(同条3項)。

Ⅲ. 委任と事務管理の関係

1. 他人のために仕事をする法律関係

以上に見てきたように、委任も事務管理も他人のために仕事をするという点では同じであります。しかし、委任は、他人から頼まれて何らかの仕事を行います、事務管理は、頼まれもしないのに他人のために仕事をする関係です。頼まれてするのか、頼まれないのに仕事をするという点で違いがあります。

頼まれてする委任の場合は、頼む側(委任者)と頼まれる側との意思が合致して成立しますから、契約関係となります。すなわち、不動産の売買を頼んだり、賃貸借を頼んだりといったように、法律上の権利関係の変動といった法律行為を行うことを頼むことが、基本的には委任ということになります。しか

し、友達に頼んで、結婚式の祝いの言葉を代わりに述べてもらうとか、病人の見舞いに行ってもらおうとかといったような、法律行為でない仕事を頼む場合もあります。この場合を準委任とされますが、先に述べたように、準委任と委任とは、他人に委託するという点で、結局同じような関係となり、また、全面的に委任の規定が準用されますから、区別する実益はないとされます。したがって、他人に仕事を頼む(他人から仕事を頼まれる)ことが委任と考えてよいということになります。

これに対し、頼まれないで行う事務管理の場合は、行ってもら側(本人)と、行ってもら側(事務管理者)との間に、事前の話し合いがなく、意思の合致がないから、契約ではありません。しかし、たとえば、頼まれないのに、留守がちな隣人のために町内会費を立て替え払いをした場合(事務管理)には、その立て替えたお金を本人から返してもらう権利が立替者(事務管理者)にあります。このように、事務管理の場合にも、その行為によって、債権債務の関係が生じてきます。したがって、事務管理も契約とともに、別個の債権発生原因とされます。

委任と事務管理は、上述のように、他人のために仕事を行うという点では同じでありますから、事務管理の項に委任の規定を準用する場合もあるということです。

2. 代理との関係

委任にしても、事務管理にしても、行う仕事が法律行為の場合には、代理との関係が問題になってきます。代理とは、ある人(代理人)が他人(本人)に代わって第三者(相手方)に対し、みずからの意思決定に基づいて意思表示をし、または第三者からの意思表示を受け、それによって本人が直接その意思表

示の効力を取得すること、またはそのような制度のことをいいます(99条)。代理が行われるには、代理人が本人から代理権を与えられる[授権行為]が必要となります。不動産の売買といった法律行為を誰かに頼んで行ってもら[委任]とき、売買を依頼した者(委任者)は、売買を引き受けた者[受任者]に対し、代理権を与えることが多くみられます。逆に代理権を与えたときは、本人と代理人との間に、委任関係を生ずることも多いといえます。したがって、民法は、本人が代理権を与えた任意代理のことを「委任による代理」(104条・111条)と呼んでおります。この場合に代理権を与えたことを証明する書面を発行する場合は、それを「委任状」と呼んだりします。このように、委任と代理は極めて密接な関係にあるといえます。

しかし、委任と代理は密接な関係はありますが、常に両者は相伴っているわけではありません。委任以外の契約(たとえば、雇傭や組合)において代理権が与えられることもあり、また、委任だからといって必ず代理権が伴うわけでもありません。たとえば、ある物品を購入することを頼まれた場合に、受任者は、売主に対し委任者の代理人ではなく本人として購入し、その後その物品を委任者に引き渡す場合は、代理権が伴いません。または、受任者は単に物品の売主を探し、紹介するに(仲介)止まる場合もあります。この場合も代理権は生じません。とはいえ、委任と代理は相当に密接であるという点はゆるぎません。

これに対し、事務管理の場合は、本人と事務管理者の間には事前に仕事を依頼した関係はありませんから、代理権は生じません。しかし、事務管理を行った者が、代理人と称し本人のため第三者と法律行為をした場合は、狭義の無権代理の問題となります(113条1

項)。狭義の無権代理行為は、本人に対し法律効果を生じさせない無効な代理行為です。したがって、無権代理にたいし本人から追認を受けることができなかつた場合には、相手方の選択にしたがい、無権代理人みずからが履行するか、あるいは損害賠償の責めを負うかということになります(117条)。このように、事務管理者が、代理人と称して法律行為をした場合には、本人の追認がないかぎり、行為の責任を事務管理者が負うということになります。

第十二章 寄託契約

I. 寄託の意義・性質

寄託契約とは、当事者の一方が相手方のために保管をすることを約してある物を受け取ることによって成立する契約をいいます(657条)。この契約において、受取保管する者を受寄者といい、物を託す者を寄託者といいます。なお、商法は、商人が寄託を受ける場合について特別の定めをしています(商593条以下)。また倉庫営業についても規定をおいています(商597条)。

寄託は、要物・不要式の契約です。有償・無償、双務・片務のいずれであってもかまいませんが、わが民法は、原則として片務、無償の契約としています。

II. 寄託の効力

受寄者は、寄託者の承諾を得なければ、寄託物を使用し、または第三者にこれを保管させることができません。さらに、契約の定めるところにより、または寄託者の承認を受けて、第三者に寄託物を保管させることができる場合において、復代理人の選任に関する民法総則の105条と復代理人の権利義務に関する107条2項の規定を準用すべきもの

としています(658条)。上述のように、寄託契約は、建前は無報酬を原則とします。特約によって有償にできますが、無報酬で寄託を受けた者は、受寄物の保管につき「自己の財産に対するのと同じの注意をもって」行う義務を負っています(659条)。この義務は「善良なる管理者の注意義務」に對蹠するものです。したがって、有償の受寄者は、善管注意義務を負うということになります。

受寄者はまた、寄託物について権利を主張する第三者が受寄者に対して訴えを提起し、または差押え、仮差押えもしくは仮処分をしたときは、遅滞なくその事実を寄託者に通知する義務を負います(660条)。以上のほかに受寄者の義務として、委任に関する条文が2ヶ条準用されています(665条)。すなわち、①受任者は、委任事務を処理するに当たって受け取った金銭その他の物および収取の果実の引渡義務、さらには、受任者は、委任者のために自己の名で取得した権利を委任者に移転しなければならないとする646条、②受任者は、委任者に引き渡すべき金額またはその利益のために用いるべき金額を自己のために消費したときの利息の支払いや損害賠償を行う義務を負うといった467条、の規定の準用です。同様に、受寄者の寄託者に対する権利についても、寄託事務を処理するときに必要な費用の前払請求権に関する委任の649条が準用されます。また有償で寄託契約が結ばれた場合の後払いの報酬請求権や、受寄者の責めに帰することができない事由によって履行の途中で寄託が終了した場合における、すでに履行の終わった割合に応ずる報酬請求権についても委任の648条が準用されます。さらに受託者の費用等の請求権である650条1項、2項が準用されます。しかし、賠償請求権の3項は準用されません。この点については、661条において別に規定し

ています。すなわち、寄託者は、寄託物の性質または瑕疵によって生じた損害を受寄者に賠償しなければならないとし、ただし、寄託者が過失なくその性質もしくは瑕疵を知らなかったとき、または受寄者がこれを知ったときは、このかぎりでないとして規定しています。

第十三章 組合契約

I. 組合の意義

組合契約とは、複数の当事者が金銭その他の有体・無体の物または労務による出資をして、共同の事業を営むことを約することによって、効力が生ずる契約をいいます(667条)。この契約の当事者を、すべて組合員といいます。共同の事業は、営利たると非営利たると、継続的なものたると一時的なものたるとを問いません。組合契約によって「組合」という団体を生じますが、その団体は法人格をもちません。

組合契約は、双務・有償・諾成・不要式とされます。しかし、同時履行がそのままに適用できないように、法的効力に制限を設ける必要があります。法の正しい方向であるならば、組合は、同一方向に向けられた複数の意思が合致したことによって成立するということを考えるならば、契約でなく、法人と同様に合同行為とすべきであったといえます。とはいえ、法人格のない団体の設立を民法の中で位置づけたことは評価されるといえるでしょう。

II. 組合の成立

組合は、各当事者が出資をして共同の事業を営むことを約することによって成立します。出資は、金銭以外の労務であってもよいとされます(667条2項)。金銭をもって出資の目的とした場合において、組合員がそ

の出資をすることを怠ったときは、その利息を支払うほか、損害の賠償をしなければなりません（669条）。組合は法人ではないから、各組合員の出資その他の組合財産は、総組合員の共有に属するとされます（668条）。

Ⅲ. 組合の機関と業務執行

1. 組合契約をもって業務執行を定めなかったとき

組合の業務執行は、総組合員の過半数で決するとされます（670条1項）。この議決は、特約により3分の2以上としたり、出資額の比率によるとすることもできます。この業務の執行は、組合契約でこれを委任した者（業務執行者）が数人あるときは、その過半数で決します。また、組合事務所の掃除とか、決められた取引先への出荷といった組合の常務は、各組合員または各業務執行者が単独で行うことができます。ただし、その完了前に他の組合員または業務執行者が異議を述べたときは、この限りでないとされます（同条2項、3項）。

2. 組合契約をもって業務を定めたとき

組合契約で組合員の一部の者に業務執行の委任をすることができます。また、第三者に業務執行を委任することもできます。これらの場合は、委任の644条から650条が準用されます（671条）。組合契約で一人または数人の組合員に業務の執行を委任したときは、その組合員は、正当な事由がなければ、辞任することができません。反面、正当な事由がない限り解任されず、正当な事由によって解任するには、他の組合員の一致が必要とされます（672条）。

3. 組合の対外的代理関係

組合に業務執行者があるときは、その者に

対外的代理権があるとされます。業務執行者がいないときは、組合員全員が共同して行うか、他の組合員から授与された1人または数人が代理人となって行うこととなります。

4. 組合員の業務・財産状況の検査権

各組合員は、組合の業務を執行する権利を有しないときであっても、その業務および組合財産の状況を検査することができます（673条）。

5. 組合の債権・債務の帰属関係

上述のごとく、組合の財産は総組合員の共有に属しますが、組合のあげた収益まで組合が存続する限り共有関係にあるものではありません。組合財産が共有関係であるのは、組合員の「共同の事業」への意思との妥協においてであり、組合のあげた利益については、当事者間の特約（決算期・配当金分配特約）にしたがい、各組合員に分配するのを建前とします。

すなわち、674条において、当事者が損益分配の割合を定めなかったとき等の準則を定めています。すなわち、当事者がその割合を定めなかったときは、その割合は、各組合員の頭数によらないで、出資の価額に応じて定めるとしています。また、利益や損失についてのみ分配の割合を定めたときは、その割合は、利益および損失に共通であるものと推定するとしております。

他面、675条は、債権者に対する組合員の責任の割合について、組合の債権者は、その債権の発生の際に組合員の損失分担の割合を知らなかったときは、各組合員に対して等しい割合でその権利を行使することができるものとしています。

組合の債務は、各組合員が組合に対して負う出資額を限度とする有限責任ではなく、組

合が負うべき無限責任債務の各組合員の出資額にの割合に応じた組合員相互の分割的債務関係です。組合の債権者は、その債権全額について、組合や全組合員またはその代理人を相手として、組合財産に対し支払いの請求ができるとともに、各組合員を直接の相手方として、それぞれの組合員の負担する金額のみを組合員の個人財産に対して請求することもできます。

Ⅳ. 組合員の脱退・組合設立後の加入

1. 脱退

脱退は、組合員の意思に基づく「任意脱退」と、意思に基づかない「非任意脱退」に区分されます。

(1) 任意脱退

組合契約で組合の存続期間を定めなかったとき、またはある組合員の終身の間組合が存続すべきことを定めたときは、各組合員は、いつでも脱退することができるものとされ、ただし、やむを得ない事由がある場合を除いては、組合に不利な時期に脱退することができないとされています。他方、組合の存続期間を定められているときは、自由に脱退することはできず、組合契約に拘束されるが、この場合にも各組合員は、やむをえない事由があるときは、脱退することができるものとされます(678条)。

(2) 非任意脱退

非任意脱退は、非意思(事件)に基づき法定されているものと、多数組合員の意思に基づくものとに分かれます。前者は、組合員の死亡・破産手続開始の決定を受けたこと・後見開始の審判を受けたことであり、後者は除名です(679条)。組合員の除名は、正当な事由がある場合に限り、他の組合員の一致によってできます。なお除名した旨を除名した組合員に通知しなければ、その組合員に対抗

することができないとされます(680条)。

(3) 脱退の効力

脱退により組合員は、将来に向かってその資格を失い、脱退前の権利義務関係の処理を残すこととなります。この点に関し、脱退した組合員と他の組合員との間の計算は、脱退の時における組合財産の状況にしたがってすることを要し、その脱退組合員の持分は、その出資の種類を問わず、金銭で払い戻すことができ、脱退の時にまだ完了していない事項については、その完了後に計算をすることができるものとされます(681条)。この処理は、脱退後も存続する組合の意思にウエイトが置かれているためです。

2. 組合設立後の加盟

組合設立後の加入については、民法に規定はないが、加入時における総組合員の合意によって加入できます。新規加入の組合員は、組合財産の共有者となり、その加入後に生じた組合の債務につき、その持分応じた割合において、その個人財産による無限責任を負うこととなります。

Ⅴ. 解散および清算

1. 解散

組合は、解散によって終了します。解散事由は、組合の目的である事業の成功またはその成功の不能(682条)、やむをえない事由があるときの各組合員の解散請求(683条)のほか、組合契約によって定めた解散事由の発生および総組合員の合意があげられます。

2. 清算

組合の解散は、将来に向かってのみその効力を生じます(684条)。組合が解散することにより開始される清算事務は、総組合員が共同して、またはその選任した清算人によ

て行われるとされます。清算人の選任は、総組合員の過半数で決定します（685条）。また、清算人が数人いるときは、清算人の過半数によって清算事務の執行が決定される等の業務執行の方法に関する670条の準用がなされます（686条）。組合契約をもって組合員の中から清算人を選任したときの清算人の辞任・解任についても、業務執行者の辞任・解任に関する672条の準用がなされます（687条）。

清算人の職務は、①現務の結了、②債権の取立および債務の弁済、③残余財産の引渡しです（688条1項）。またその権限は、上述の①から③の職務を行うために必要な一切の行為をすることができるとされます（同条2項）。残余財産の帰属については、一般社団法人および一般財団法人に関する法律239条とは対蹠的に、「各組合員の出資の価額に応じて分割する」（同条3項）とされます。この清算の結果、各組合員が出資した動産・不動産その他の財産が減少したり、返還を受けなくなることもあるということです。

第十四章 和解契約

I. 和解契約の意義

和解契約とは、当事者が互いに譲歩をしてその間に存する争いをやめることを約することによって、成立する契約をいいます。和解は、諾成・双務・有償契約です。和解契約であるためには、当事者がともに平等な意思力の現実帯有者であることの基礎のうえに、争いがありこれを決すること、および互いに譲歩することが、契約内容になっていることが必要です。したがって、一方的な意思で締結される場合は和解ではないということになります。

個人意思のあくなき尊重により、当事者間

の争いにおいても国家機関による裁判の方法を必要悪とし、裁判に先立ち紛争解決に両当事者の意思の合致を先行させる場合もあります。すなわち、「民事に関する紛争につき、当事者の互譲により、条理にかない実情に即した解決を図ることを目的」として民事調停法（同法1条）が制定され、また、「家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を図ることを目的」として家庭に関する事件について「訴を提起しようとする者は、まず家庭裁判所に調停の申立をしなければならない」とされていること（家審1条・18条）などです。

なお、仲裁契約は和解契約とは異なります。仲裁契約は、争いのある当事者間において、第三者を指定し、その者の判断によって当事者間の関係を定めることを約する契約であり、当事者双方がたがいに譲歩して争いを解決する必要がありません。

II. 和解の効力

和解を確認的効力にとどめるか、創設的効力を持たせるかについては、当事者の意思によります。しかし、そのいずれかが不明なときは、創設的効力とします。すなわち、696条は、当事者の一方が和解によって争いの目的である権利を有するものと認められ、または相手方がこれを有した確証が出たときでも、その権利は、和解によってその者に移転し、または消滅したものと定めています。この場合には、錯誤についての95条の規定の適用も排除され、和解契約の前提とする事実的創設に錯誤があるときには排除されるべきではありません。たとえば、債権譲渡を受けた者の債務者から弁済を受けるべき残額に争いがある場合に、和解をしてその残額が決められたが、この債権譲渡したいが無効であったり、その無効であることを錯誤によって気づかないといった場合があります。

第十五章 その他の契約

I. 交換契約

交換契約とは、当事者が互いに金銭の所有権以外の財産権を移転することを約することによって、成立する契約です (586条1項)。当事者の一方が他の権利とともに金銭の所有権を移転することを約した場合におけるその金銭については、売買の代金に関する規定を準用します (同条2項)。交換は、非金銭・双務・諾成・不要式契約です。物々交換の時代と異なり、今日では交換の果たす役割はほとんどないといえます。

II. 終身定期金契約

終身定期金契約とは、当事者の一方が、自己、相手方または第三者の死亡に至るまで、定期的に金銭その他の物を相手方または第三者に給付することを約することによって、成立する契約です (689条)。この契約は、わが国ではほとんど活用されていません。

III. 懸賞広告

逃亡した犬を見つけてくれたならば、見つけた人に、お礼として10万円を与えとか、あるテーマの最優秀論文作成者に賞金を与えるといったような広告が行われることがあります。このように、不特定多数を相手とし一定の行為をした者に、一定の報酬を支払うという法律行為を懸賞広告といいます (529条)。民法は懸賞広告を契約として位置づけています。すなわち、広告を出すことが申込であり、広告に応募という定めた行為を完了したときに承諾があったとします。

(1) 懸賞広告の撤回

懸賞広告者は、その指定した行為を完了する者がいない間は、前の広告と同一の方法によってその広告を撤回することができます。

ただし、その広告中に撤回をしない旨を表示したときは、この限りではありません (530条1項)。前項本文に規定する方法によって撤回をすることができない場合には、この方法によって撤回をすることができない場合には、他の方法によって撤回できます。この場合において、その撤回は、これを知った者に対してのみ、その効力を有します (同条2項)。懸賞広告者がその指定した行為をする期間を定めたときは、その撤回をする権利を放棄したものと推定されます (同条3項)。

(2) 懸賞広告の報酬を受ける権利

広告に定めた行為をした者が数人あるときは、最初にその行為をした者のみが報酬を受ける権利を有します (531条1項)。数人が同時に前項の行為をした場合には、各自が等しい割合で報酬を受ける権利を有します。ただし、報酬がその性質上分割に適しないとき、または広告において1人のみがこれを受けるものとしたときは、抽選でこれを受ける者を定めます (同条2項)。これらの規定は、広告中にこれと異なる意思を表示したときは、適用しません (同条3項)。

(3) 優等懸賞広告

最優等論文および優等論文に報酬を与えるという懸賞広告を優等懸賞広告といいます。この広告については、広告に定めた行為をした者が数人ある場合において、その優等者のみに報酬を与えるべきときは、その広告は、応募の期間を定めたときに限り、その効力を有することとなります (532条1項)。この場合に、応募者中いずれの者の行為が優等であるかは、広告中に定めた者が判定し、広告中に判定をする者を定めなかったときは懸賞広告者が判定いたします (同条2項)。応募者は、上記の判定に対して異議を述べることができません (同条3項)。531条2項の規定は、数人の行為が同等と判定された場合に

ついて準用されます（同条4項）。

第十六章 契約の効力

I. 契約の特殊な効力

契約は法律行為です。したがって、法律行為でないし意思表示一般の効力に関する民法総則編の法律行為に関する規定（90条ないし137条）や能力に関する規定（4条ないし21条）等に服します。

民法は、契約の種類を慣用的な類型に範を求めました。いわゆる、有名契約を羅列して契約各論を構成した結果、それぞれの契約に付与すべき効力につき、二区分法に基づく別個の分類基準による分類が必要となりました。その結果、契約総則の章において、「契約の効力」として、同時履行の抗弁権（533条）、危険負担（534条～536条）、第三者のためにする契約（537条～539条）の3つを規定しています。

II. 双務契約に特殊な効力

1. 双務契約の特殊性

債権・債務の発生原因としての最たるものである契約のうち双務契約は、契約の成立によりただちに当事者双方に相関的な債権・債務を生じさせるところに、その最大の特殊性があります。双務契約は、当事者双方が互いに債権・債務を有しているという関係にとどまらず、この両債務が相関的であり、一方の存在がなければ他方も存在しないという、債務関係の成立における牽連関係からして、一方の債務が不能あるいは当事者一方の制限能力を理由に、無効・取消によって成立しないときは他の債務も成立しないという関係が発生します。

2. 同時履行の抗弁権

双務契約の特殊性は、双務契約の効力につき片務契約に対蹠する特殊な履行上の効力を導き出します。その効力が同時履行の抗弁権です。すなわち、双務契約の当事者の一方は、相手方がその債務の履行を提供するまでは自己の債務の履行を拒むことができる（533条本文）という効力が与えられています。ただし、両債務の弁済期が異なるときは、同時履行の抗弁権は生じません（同条但書）。また、同時履行の抗弁権が生ずる債権を自働債権として相殺することもできません。有償の労務供給契約も、その性質上べつです。このような場合を除き、双務契約の当事者の一方が相手方からこの抗弁権を持って対抗されないためには、まず自己の債務を弁済するかまたはその提供をして請求しなければならないという理です。

同時履行の抗弁権を有する債務者は、弁済期の到来した自己の債務につきこの抗弁権を行使しても履行遅滞とはなりません。相手方から一部のみの提供、すなわち、分割的な履行であっても債権の目的を達しうる場合には対抗できず、それに相当する部分に対応する自己の債務の履行をしなければなりません。一部の履行では目的を達しえない場合には、全部につき自己の債務の履行の拒絶ができます。双務契約が継続的給付契約と結合するときには、さらに特殊な同時履行の抗弁権の行使が生じます。たとえば、月末勘定で牛乳配達を毎日受ける契約をした場合、過去数ヶ月分の牛乳代金を買主が滞納していて、翌月分の代金を牛乳屋に支払い翌月分の牛乳の配達を求めても、牛乳屋は同時履行の抗弁権でこの履行を拒絶（配達しない）できます。継続的給付契約の下での双務契約の債務の牽連関係は、継続する供給の全部について成立しているからです。

3. 履行不能による危険負担

双務契約に基づき生じた債務が、契約当初から不能（原始的不能）である場合は、その双務契約は無効となります。ところが、双務契約の一方の債務がその成立後履行不能（後発的不能）となった場合は、他方の債務関係はこの履行不能となった債務関係とどのような牽連関係に立つのかという問題があります。この問題が危険負担の問題です。債務者の責めに帰すべからざる事由によって履行不能が生じたのか、あるいは債務者の責めに区すべき事由によって履行不能が生じたのかによって、その効力是对立的なものとなります。すなわち、後者の場合は、その債務は損害賠償の債務に変わるのみで債務は消滅しませんから、それとの牽連関係において他方の債務関係もそのまま存在し続けます。これに対して、前者は、その履行不能が債務者の責めに帰すべからざる事由によって生じたのでありますから、相手方の債権は消滅し、それとの牽連関係において他方の債務関係も消滅するということとなります。この結果、危険負担は、履行不能に陥った債務を給付する債務者の負うべきものとなります（危険負担の債務者主義）。

この債務者主義の原則に対し例外を設け、危険負担の債権者主義をとる場合もあります。すなわち、特定物に関する物権の設定または移転をもって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べからざる事由によって滅失または毀損したときは、その滅失または毀損は債権者の負担に帰するものとなります（534条1項）。また、不特定物であっても、種類債権の特定に関する、401条2項の規定によりその給付すべきものが特定したときは、その時から上記と同様に債権者主義となります（同条2項）。

特定物につきなぜこのような危険負担の転

倒がなされるかについては、古くから論議されてきていますが、明確な根拠は見いだされていません。たぶん、物権変動の意思主義からの派生であろうと考えられます。この規定につき、債務者主義をとることができないかとの努力がなされていますが、明確な条文がある以上はいかんともしがたいといえます。現実の取引においては、当事者間の特約によって、売主または買主のいずれの故意または過失がなく目的物が滅失したようなときは、売主が損失を負担することが多いようです。

なお、民法はこの特定物についての危険負担に関する債権主義に若干の細工を行っています。すなわち、将来結婚したらこの家屋を売るという約束をしたような、停止条件付双務契約における危険負担については、目的家屋が条件成就が未定の間に滅失した場合には債務者主義、損傷した場合には債権者主義をとっているということです（535条1項、2項）。なぜ滅失と損傷についてこのような区別が生ずるかは明確な根拠は見いだせません。この1項、2項に規定にかかわらず、停止条件付双務契約の目的物が債務者の責めに帰すべき事由によって損傷した場合において、条件が成就したときは、債権者は、その選択に従い、契約の履行の請求又は解除権の行使をすることができ、また、損害賠償の請求を妨げないと規定しています（同条3項）。

このように例外的に債権者主義をとった場合のほかは、原則的に債務者主義がとられています。すなわち、債務の履行不能が債務者・債権者の責めに帰すべからざる事由によって生じたときの危険負担は、債務者が負うべきものとされるのです（536条1項）。債務の履行不能が債権者の責めに帰すべき事由によって生じたときは、債務者は反対給付を受ける権利を失わないことは当然であり、

債務者が自己の債務を免れたことによって利益をえたときは、不当利得となりますからこれは債権者に償還しなければなりません（同条2項）。

Ⅲ. 第三者のためにする契約

1. 意義・性質

第三者に対する契約とは、第三者をして契約当事者の一方に対し一定の給付を直接的に請求する債権を取得させることを内容とする契約をいいます（537条1項）。この契約において、第三者に対して直接債務を負担する者を「諾約者」といい、他方当事者を「要約者」といいます。第三者のための契約は、第三者の代理や事務管理として契約を締結する場合と区別されます。代理の場合は、顕名主義によりつつ法律行為の効力のすべてを本人のための発生させることを目的とします。しかし、第三者のためにする契約は、第三者に単に権利を取得させるものであり、諾約者は、任意代理人と異なり行為能力者であることを要します。

第三者のためにする契約は、第三者に権利を取得させ、直接諾約者に対し一定の給付を請求するものであっても、この権利を受けるか否かについて、第三者の意思が無視されることがあってはなりません。したがって、このような当事者（要約者・諾約者）・第三者意思の比較較量として、第三者のためにする契約の効力の発生を当該第三者が債務者（諾約者）に対して、契約の利益を表示した時に発生するとしています（同条2項）。第三者が受益を拒絶したときは、諾約者の債務の履行不能となるのを本則としますが、特約によりその場合要約者に対し履行させることができます（商674条以下は、他人のためにする保険契約に関し規定を設けています）。

2. 効力

第三者が受益の意思表示をすることによって、この第三者は、直接諾約者に対して権利を取得し、この受益の意思表示後は、契約当事者（要約者・諾約者）は、契約を変更しまたはこれを消滅させることができません（538条）。他面において、諾約者は、要約者との間の契約に基因する抗弁をもって、その契約の利益を受けるべき第三者に対抗できるものとされます（539条）。

第十七章 不当利得

Ⅰ. 不当利得の意義・性質

1. 意義

不当利得とは、法律上の原因なくして他人の財産または労務によって利益を受け、そのために他人に損失をおよぼした事実をいいます（703条）。ここに「法律上の原因なく」というのは、事物の帰属関係において、正当な権利者に事物を帰属させるという理由がないという意味に解すべきということです。事物の帰属関係は、債務関係の帰属関係を含み、物権法の領域の課題です。この帰属関係において権利者に事物を帰属させるという正当な理由がないとき、その限度において相手方にその帰属関係の移転を求める「事」（債権）が認容されるというのが不当利得の究極の根拠です。

2. 性質

不当利得の法的性質は、非意思次元の事件であり、客観的事実に基づいて帰属関係の移転という法律効果が生ずる法律要件です。不当利得という客観的事実をもたらす原因は以下の場合です。すなわち、故意・過失または故意・過失なく他人の物を占有したことにより、あるいは契約の無効・取消により、ある

いは結納の授受ご婚約が解消したことによる等その他種々の物が数えられますが、不当利得はこれらすべての場合を包摂しています。したがって、不当利得は、このような結果的事実を出発点として人と人との法律関係を収束させるという性質を持ちます。すなわち、たとえば契約が締結され履行がなされた後に取消原因があって取消がなされたとか、無効原因があって表見的に成立し、表見的に発生した法律効果が遡及的に失われられたという場合のいわば後始末として構築されている第二次元の終次的法律要件といえます。

不当利得は、事件という法律要件ですが、不当な利益という事実それじたいはその事実を発生させた原因を離れては成立しません。したがって、その原因から不当利得という事実にした経路を追う巻き返しをして収束しなくてはならず、それを越えた夾雑物を混入してはいけないという、いわゆる「類型理論」が今日の学会における有力な学説となっています。

しかし、この学説においても看過されている問題点があります。

たとえば、契約をとおして不当利得が生じたときは、契約の理論をとおしてのみ返還請求が行使されなければならないに違いがないが、契約の履行は、占有権を含めて少なくとも表見的に物権の変動を生じさせ、その時点で不当利得が成立するということの看過、あるいは、このような原因を作り出した当事者側の責任がこの際に加えられなければならないという点の軽視、さらには要保護性保護補完の無条件性は正当な事由からも無条件において不当利得が生ずるということの正視がなされていないということが挙げられます。この点については、立法者は、「但本条ノ適用ハ必スシモ第121条但書ニ同シキモノニ非ス法律ハ特ニ無能力者ヲ保護スル為メニ取消ヲ

許スヲ以テ其取消ノ結果無能力者ニ毫末ノ損失ヲ被ムラシメサルヲ要スルモノトス殊ニ未成年者、禁治産者又ハ準禁治産者ハ其知能ノ發達セサル為メ又ハ多少不完全ナル所アルヲ以テ動モスレハ自己ニ不利益ナル行為ヲ為サンコトヲ恐レテ特ニ法定代理人又ハ保佐人ヲ附スルモノトス故ニ其一旦受ケタル利益ハ忽チ之ヲ失ヒ竟ニ利益ヲ存セサルニ至ルコト最モ多シ例ヘハ未成年者カ借財ヲ為シタル場合ノ如キハ一時貸主ヨリ金銭ヲ受取りタル為メ其財産ヲ増加スルコト固ヨリ言フヲ埃タスト雖モ而モ若シ之ヲ浪費シ盡シタルトキハ其貸借ヲ取消スニ方リテハ毫モ利益存スルモノナシ故ニ其貸借ヲ取消スニ拘ハラズ未成年者ハ貸主ニ対シ一銭ノ返還ヲ為スコトヲ要セサルモノナリ之ニ反シテ普通ノ場合ニ在リテハ一旦受ケタル利益ハ直接又ハ間接ニ留存スルモノト視ルヘシ例ヘハ成年者カ故ナク他人ヨリ金銭ヲ受取りタル場合ノ如キハ其者カ直チニ其金銭ヲ浪費スルモ敢テ返還ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ス是レ他ナシ其受ケタル利益ハ直チニ之ヲ浪費シテ復残存スルモノナキカ如シト雖モ苟モ其者カ成年者ナル以上ハ若シ其金銭ヲ浪費セサルトキハ必ス自己ノ有セシ他ノ財産ヲ浪費シタルナラント信スヘキカ故ニ其受ケタル金銭ハ間接ニ其者ニ利益ヲ与ヘ而シテ其利益ハ猶ホ存スルモノト視サルコトヲ得ス」(梅・前掲書 866頁～868頁)と述べ、正しい理解を示しています。

不当利得もまた事務管理および不法行為とともに財産法と親族法の谷間をなすものといえます。したがって、両者の対蹠的原理の交錯において、不当利得の公平な実現が図られる必要があります。

II. 不当利得の成立要件

1. 他人の財産または労務によって利得を受けたこと

利得を受けたとは、ある者に現に利益が帰属している場合だと、いちど帰属した後にそれが失われその喪失に代わる利益が現に帰属している場合だと、他に代わる利益を伴わずに喪失して現に何らの利益の帰属関係がない場合だとを問いません。また、他人に帰属する利益がかってその者に現に帰属していた場合に限局されません。この利得は、他人の労務に基づかないものだと労務に基づくものだとを問わず包括的です。他人の労務に基づく場合とは、労務供給契約が履行されたにもかかわらずその契約に無効原因があったという場合に生じます。

2. 他人に損失をおよぼすこと

他人に損失をおよぼすとは、他人に帰属していた既存の財産に減少があった場合だけでなく、そのことがなければ財産が増加していたであろうと予測される損失をも含みます。

3. 損失と利得の間に因果関係があること

その損失がなければ、その利得もなかったという関係があることが必要です。判例は、直接的な因果関係に限局しますが、学説の多くは、社会観念からみて因果関係があればよいとします。因果関係は、直接だと間接だとを問わず、広く解してよいと考えます。

4. 法律上の原因がないこと

「法律上の原因がなく」とは、事物の帰属関係において、正当な権利者に事物を帰属させるという理由がないということですが、利得が損失者の意思に基づく場合と、損失者の意思に基づかない場合の二つの場合に分けて考えられてきています。

(1) 損失者の意思に基づく利得

この場合には、損失者が出捐をする目的や原因を欠いていることが、法律上の原因を欠くこととされ、次の3つの場合が考えられるとされます。①当初から原因を欠く場合（債務がないのにあると思って弁済をした場合）、②目的不到達の場合（婚姻の成立を予期して結納を交付したが、婚姻が成立しなかった場合）、③出捐の当時に存在した原因が後に消滅した場合（借用証書を交付した後に債務が弁済その他の事由で消滅した場合）です。

(2) 損失者の意思に基づかない利得

この場合には、財産の移転は損失者の意思とは無関係であるから、出捐の原因が問題とはなりません。この態様は以下の通りです。①利得が利得者の事実上の行為に基づく場合（権限がないのに他人の畑を耕作する場合）、②利得が利得者の法律行為に基づく場合（他人の動産を保管する者が、その動産を自分の物として第三者に売却し、第三者がその所有権を即時取得する場合）、③利得が第三者の行為によって生じた場合（債務者が債権の準占有者に弁済し、真実の債権者が債権を失う場合）、④利得者のために出捐する意思のない損失者の行為による場合（借家人の家屋の修繕費の償還請求や造作の買取請求）、⑤利得が直接に法律の規定から生ずるか人の行為を要件としない法律事実から生ずる場合（添付や附合）です。

III. 不当利得の効力

不当利得の効力は、利得者が損失者に対して、利得返還の債務を負うことです（703条、704条）。利得の返還は、原則として現物返還です。目的物が、滅失・毀損や消費・転売などで現物返還が不能となったときは、金銭で返還します。返還の範囲は、利得が法律上の原因を欠くことを知らない場合（善意）

と、それを知っている場合(悪意)とで異なります。善意の利得者の返還の範囲は、利益の存する限度に縮減され、悪意の利得者の範囲は、責任を加重し、利得以上に損失があればなおこれを賠償すべきものとしています(704条)。この意味では、悪意の利得者の責任は、不法行為に近いものといえます。

1. 善意の受益者の利得返還義務

ここに善意の受益者とは、利得が法律上の原因を欠くことを知らない者をいい、その者を保護する趣旨です。利得の返還の範囲は、現に利益の存する限度です(703条)。目的物は、有体・無体を問わない他人の物および労務です。その利得が物であり、物として現存していればその物じたいが返還すべき目的物です。目的物が売却されて金銭に変じて現存していれば、金銭で返還されるべきものとなります。他人の労務によって利得が生じた場合ならば、常に金銭で返還されるべきものとなります。この目的物が滅失したり毀損されたり、消費された後であれば、この者の過失の有無を問わず、返還義務がないか、その現存するものみの返還でたりとされます。この規定は達成段階機構の規定付けになっていますが、利得者の相手方が要保護者の場合は、この規定からの無条件において利得者の返還義務が構成されることとなります。

2. 悪意の受益者の返還義務

悪意の受益者は、その受けた利益に利息を付して返還することとなります。この場合において、なお損害があるときは、その賠償の責任を負います(704条)。悪意の受益者が制限能力者であるときは、その法定代理人につき悪意の判断がなされ、法定代理人を欠く制限能力者が悪意の受益者であるときは、悪

意からの無条件において善意の場合の703条の場合に転換されると解すべきです。

IV. 特殊な不当利得

1. 非債弁済

非債弁済とは、①債務が存在しないにもかかわらず弁済がなされた場合に生ずる相手方の不当利得と、②債務が存在しているが弁済期未到来の場合において弁済がなされた場合に生ずる相手方の不当利得(期限前弁済)に分けられます。①はさらに内的に2種のものに分けられます。その一は、自己の債務として弁済したときの不当利得(狭義の非債弁済)であり、その二は、他人の債務を錯誤により自己の債務と誤信し弁済したときの不当利得です(他人の債務の弁済)。

(1) 狭義の非債弁済

債務がなく弁済がなされれば、常に相手方に不当利得が生じます。相手方の善意・悪意かによって、上述のようにそれぞれ措置されます。しかし、民法は今ひとつの効力付与の道具立てを用意しています。弁済者が悪意のとき、すなわち、「債務の弁済として給付をした者は、その時において債務の存在しないことを知っていたとき」は、利得者の善意・悪意を問わず、当該利得に不当性をもたせずに収束させています(705条)。債務免除があつて債務が消滅した場合や、知りつつ二重弁済をしたときなどです。

(2) 他人の債務の弁済

債務者でないものが善意でかつ錯誤によって自分の債務と思って弁済したときも、相手方すなわち利得者の善意・悪意によって、703条の適用を受ける場合と、704条の適用を受ける場合に分かれるのが通常です。しかし、利得者である債権者が善意で証書を滅失させもしくは損傷し、担保を放棄し、または時効によってその債権を失ったときだけは、

不当性を失わせ、債務者との関係においてのみ収束を図り、弁済者はその返還を請求できないとされます(707条1項)。また、この結果真の債務者に対し新たな不当利得が生ずるので、上記の錯誤によって弁済をした者から債務者に対する求償権の行使を認めています(同条2項)。立法者はこの点に関し、「是レ亦第703条ノ適用ト謂フヘシ」と説いています(梅・前掲書878頁)。

(3) 期限前弁済

債務者は、弁済期にない債務の弁済として給付をしたときは、その給付したものの返還を請求することができません。ただし、債務者が錯誤によってその給付をしたときは、債権者は、これによって得た利益を返還しなければなりません(706条)。すなわち、期限の利益が債務者側にあるときは、期限の利益の放棄で、それによって当事者のいずれかに利得が生じようとも、「法律上の原因」にさえぎられその利得は不当性があるといえません。期限の利益が債権者側にあり、債権者の合意に基づき期限前弁済が行われた場合にも、債権者が期限の利益を放棄したことになるわけで、上記と同じ関係になります。

利益の不当性は、本来的には非意思次元のもので、したがって客観的事実でありながら、その運用に当たっては人間の意思に近づけて行われます。当事者双方に期限の利益があるような場合において、相手方の合意が得られなければ、「これによって相手方の利益を害することができない」(136条2項)のであるから、期限までの利息を付けて弁済しなければなりません。これによって、債権者に利得を生ずるのが一般でしょうが、上記規定にさえぎられて因果関係が断ち切れ、不当性がないということになります。

2. 不法原因給付

708条本文にいう「不法な原因のために給付」が行われたことを「不法原因給付」といいます。不法原因給付は、その原因が不法であるため、その給付行為は無効となります(90条)。この場合にも当事者間に不当な利得が生じます。したがって、この場合にも受益者の善意・悪意の区別にしたがう不当利得の返還が生ずるはずですが、708条本文は、この場合には「その給付したものの返還を請求することができない」と規定しています。通常、賭博行為が例とされますが、賭博に負けた者が勝者に掛け金を給付した場合、その給付は不法原因給付となります。この場合に不当利得の返還を認めると、賭博行為自体を正当化することになるからこのように立法化されたと説明されます。

しかし、これを認めないということは、同時に、受益者からの利得から不法性を奪って正当化してしまうという、法論理の矛盾に立法者が気づかなかつたといえます。708条の本文に返還を請求できないとしても、このような場合の利得は、不当利得であることを失わないとすべきであったといえます。しかも同時に不当利得の返還請求をも許さないとするならば、その最終的収束をどうするかが問題となります。

これに答えるのが近代国家による没収であり、刑罰的法規の定めるところです(刑法19条参照)。したがって、刑罰的法規制によって没収できないときは、たとえ公序良俗に反する場合であってもなお703条・704条の区分にしたがい、不当利得の返還請求が認められるべきだと考えます。と同様に、公序良俗違反にとどまらず、その他の強行法規違反の場合であっても返還請求が認められるべきだと考えます。取締法規違反についても、市民社会法の夾雑概念という本質をもつもの

であります。結果的には上記と同じに考えてよいと思います。

以上の論理は、両当事者が意思的に対等な者同士の場合に適用されるべきものです。当事者が不対等な関係にある場合は、弱者の側にウエイトをおいて修正のうえ適用されるべきものといえます。その不法行為の領域における展開は、708条但書において与えられています。すなわち、「ただし、不法な原因が

受益者についてのみ存したときは、この限りではない」という規定においてです。他人の窮迫に乗じて利息制限法違反が行われるのを是正してきたように、この場合においても、公序良俗違反から無条件において不当利得の成立が認められ、公序良俗・強行法規違反にもかかわらず要保護者の保護が図られべきと考えます。

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.