

法政大学学術機関リポジトリ  
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-07-04

和仏法律学校講義録

松岡, 義正 / 梅, 謙次郎

---

(出版者 / Publisher)

和仏法律學校

(巻 / Volume)

1

(号 / Number)

号外の19

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

53

(発行年 / Year)

1902-02-13

和佛律學校  
講義錄

第壹部

號外之拾九

民事訴訟手續法(元)(自六五七至六九) 民法原理  
表紙及目次

人事訴訟手續法(元)(自六五七至六九) 法學士松岡義正  
四頁



090

1900

1-2-19

ヲ生スルコトナシト雖モ再ヒ自家ニ持歸リ倉庫ニ收メタルトキハ如何此場合  
ニ於テモ尙ホ必要ナル行爲ヲ完了シタルモノト云フコトヲ得ルヤ否ヤ予當ヲ  
之ヲ大學ノ試験問題トシタルコトアリ然ルニ滿足ナル答案ヲ付シタル者極メ  
テ少數ナリシ思フニ此問題ハ多少疑ハシキモノナリト雖モ予ノ信スル所ニ據  
レハ未タ必要ナル行爲ヲ完了シタルモノト云フコトヲ得サルカ如シ即チ強テ  
之ヲ債權者ノ家ニ留メ又ハ供託シタルトキハ格別之ヲ自家ニ持歸リタルトキ  
ハ未タ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了セザルモノト信ス隨テ第四百一條第  
二項ノ適用ヲ受ケサルナリ要スルニ右ノ如キ場合ニ於テハ隔地者ノ行爲タル  
ハ勿論ナリト雖モ地ヲ隔テサル場合ト毫モ異ナルコトナシ例ヘハ金錢ノ給付  
ヲ目的トスル場合ニ於テ債務者自ラ之ヲ債權者ノ許ニ持參シタルニ債權者カ  
之ヲ受取ラサル爲メ再ヒ自家ニ持歸リタリトセンニ未タ給付ヲ爲スニ必要ナ  
ル行爲ヲ完了シタルモノト云フコトヲ得サルト一般ナリ唯反對説トシテハ論  
付ヲ爲スニ必要ナル行爲トハ債務者ノ行爲ノミヲ云ヒ債權者カ引渡ヲ受クル  
ト否トハ毫モ之ニ關セザルナリ然ルニ右ノ場合ニ於テハ債務者ハ其盡スヘキ

述ア並シタルニ拘ラス債権者ニ於テ之ヲ受取ラヌリシナリ而シテ供託ヲ爲サントスルモ場合ニ因リ之ヲ爲スコト能ハサルコトアリ又物ニ因リテハ直チニ供託ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ米穀ノ如キハ裁判所ヲ煩ハサツルヘカラサルコトアリ而シテ債務者が給付ニ必要ナル行爲ヲ完了シタルモ未タ其債務ヲ免レサルカ故ニ之ヲ持歸リ再ヒ倉庫ニ保管スルハ實ニ已ムヲ得サル所ニシテ敢テ過失ナリト云フコトヲ得スト云フカ如き説明ヲ爲スコトヲ得ナシニアラスト雖モ未タ以テ滿足ナル説明ナシ下スルコトヲ得ス  
以上ハ不特定物ノ給付ニ關スル原則ノ第一即チ如何ナル時期ニ於テ不特定物カ特定物ト爲ルカノ問題ナリ次ニ第二ノ原則即チ不特定物ノ給付ヲ目的とする債務ニ付テハ如何ナル品質ノノ物ヲ給付スヘキカヲ説明スヘシ  
不特定物ノ品質ニ付テハ外國ノ立法例裁判例及ヒ學説ノ駁ル所ニシテ其主義大凡三アリ第一ノ主義ハ我舊民法ノ採用セル主義ニシテ佛蘭西和蘭伊太利等佛法系ニ屬スル諸國ニ於テ普通採用セラル所カリ今此主義ニ依レバ債権

者ハ最上等ノ物ヲ請求スルコトヲ得スト雖モ債務者モ亦最下等ノ物ヲ給付スルコトヲ得ストスルニ在リ即ニ最上等ノ人物タダコトヲ要セナルモ最下等ノ物タルコトヲ得ス其中間ノ物タダハ可ナリト云フニ跡著「舊民法財產編第四六〇條第三項第二ノ主義ハ瑞西債務法、索巡民法等ノ採用セル主義ニシテ中等以上ノ物ヲ給付スルコトヲ要スルモノトセリ而シテ第三ノ主義ハ舊普羅西國法及ヒ獨逸新民法ノ採用セル主義ニシテ必ス中等ノ物ヲ給付スヘキモノトスルニ在リ然レトモ予ノ見解ニ依レバ右ノ三主義ハ何レモ穩當ヲ缺クニ似タリ先ツ第一ノ主義ハ其範圍頗ル廣ク最上等ト最下等トノ中間ニハ尙ホ幾多ノ階級アリ即チ上ノ中ニ位スル物、上ノ下ニ位スル物、中ノ上ニ位スル物、中ノ下乃至下ノ上、下ノ中ト云フカ如ク種種ナル品等ヲ認ムルコトヲ得ヘシ現ニ米ノ如キモ當今ニ於テハ白米ハ一等ヨリ五等アテノ區別アルヲ以テ一等米タルコトヲ要セス但シ五等米タルコトヲ得スト云ヘバ其他ニ於テ二等三等四等何レフ選擇スルモ可ナリ而シテ其選擇權ハ債務者ニ在ルモノト信スルカ故ニ最下等ノ米ヲ給付スルコトヲ得サルモ一等ヲ上ツ四等米ヲ給付スレバ足レリト

セナルヘカラス又第二ノ主義並ニ第三ノ主義ハ中等人物ト云フト雖モ其中等トハ如何ナル階級ヲ指スカ頗ル不明ナリ即ち前例米ノ如キハ五等ニ分ルカ故ニ三等米ヲ以テ中等ノ米ナリトスルコトア得ルモ多クノ商品ハ此ノ如ク判然タル區別アルコトナシ例へハ生糸酒醤油ノ類ハ如何ナルモノヲ以テ中等トスヘキカ之ヲ定ムルコト甚タ困難ナリ加之第二ノ主義ハ中等以上ノ物ト云フカ故ニ第一ノ主義ニ付テ論シタル如ク其範圍極メテ不確定ナリ然レトモ之ヲ選擇スルハ債務者ノ權利ナルカ故ニ多クハ中等ノ物ヲ選擇スヘク隨フ實際ノ適用上第三ノ主義ト異ナルヨトナカルヘシ

以上論シタル如ク右ノ三主義ハ何レモ實際ニ不便ナルノミナラス純然タル理論上ヨリ言へハ全然誤レルモノナリ蓋シ債権ノ目的ナルモノハ畢竟債務者ノ行為ニシテ例へハ米ノ給付ヲ目的トスル場合ニ於テモ其給付ハ債務者ノ行為ナルカ故ニ特ニ債務者ノ行為ヲ限定シタルトキハ其限定ノ範圍内ニ於テスヘキコト勿論ナリト雖モ之ヲ限定セナル場合ニ於テハ債務者ノ隨意ニ選擇ヲ爲スコトア得ルモノト云ハサルヘカラス而シテ債権ハ多クハ契約ヨリ生スルカ  
故ニ契約ヲ以テ其範圍ヲ定ムルコトヲ得ヘシ隨テ當事者ノ意思ニシテ例へハ上米ヲ得ント欲シ又上米ヲ與ヘント欲スルニ在ルトキハ初ヨリ單ニ米何石ト言ハスシテ上米何石ト言へハ可ナリ又法律ニ於テ義務ノ定マレル場合ニ於テモ若シ債務者ノ行為ヲ限定スルノ必要アルトキハ特ニ之ヲ限定シ例へハ物ノ品質ヲ限ルノ必要アルトキハ其品質ヲ定メテ義務ヲ命スルカ故ニ苟モ之カ制限ヲ設ケサル場合ニ於テハ債務者ノ行為ニ一任スルモノニシテ債務者ハ自己ノ欲スル所ニ隨ヒ例へハ米ヲ目的トスル場合ニ於テハ米ヲ給付シ酒ヲ目的トスル場合ニ於テハ酒ヲ給付シレハ足レリ而シテ苟モ米又ハ酒トシテ用ヲ爲スモノタル以上ハ縱令最下等ノ物ヲ以テスルモ敢テ不可ナルコトナシ蓋シ此點ニ付ナハ舊民法ノ主義ニ依ルモ實際上ニ於テハ殆ト之ニ異ナラス即チ最下等ノ物ニアラサレハ可ナリトスルハ殆ト下等ノ物ニテモ可ナリト云フニ等シク其適用上子ノ論スル所ト大差ナキモノナリ要スルニ予ハ當事者カ豫メ物ノ品質ヲ定メタル場合ニ於テハ債務者ノ選擇ニ一任スヘキモノトスルヲ以テ最モ種當ナリト信ス是レ理論ニ適シ又實際ニモ不便ナケレハナリ然ルニ此說ハ不

幸ニシテ多數ノ容ナル所ト爲ラス立法上未タ之ヲ採用セル例アムア開カヌ新民法ニ於テモ予ハ大ニ此說ヲ主張セシカ結局少數ニシテ敗レ遂ニ獨逸民法ノ主義ヲ採用スルニ至レリ即チ第四百一條第一項ニ曰クヘ當事者又於其債権ノ目的物ヲ指示ハルニ種類ハミヲ以テシタル場合ニ於テ法律行爲ノ性質又ハ當事者ハ意思ニ依リテ其品質ヲ定ムルコト能ハサルトキハ債務者ハ中等ノ品質ヲ有スル物ヲ給付スルコトヲ要ス  
唯此ニ注意スヘキハ右ニ論シタル所ハ物ノ品質ヲ付キ當事者ノ意思不明ナル場合即チ當事者カ如何ナル品質ノ物ヲ目的トスルカラフ明言セス又他ノ事情ニ依リ當事者ノ意思ヲ知ルコトヲ得ツル場合ニ關セリ然レトモ實際ニ於テハ多クハ其意思ヲ知ルコトヲ得ヘシ例ヘハ米人給付ヲ目的トスル場合ニ於テモ種メテ迂濶ナル者又ハ極メテ愚憲ナル者ノ間ニアラサレハ單ニ米何石ト云フカ如キ漠然タル契約ヲ爲スコトナク通常人々間ニ於テハ必ス其品質ヲ定メ上米中米若クハ下米タルコトヲ指示スヘシ又縦令其品質ヲ明示セサル場合ニ於テモ法律行爲ノ性質ニ依リ自ラ之ヲ知ルコトヲ得ヘキ場合多シ例ヘハ蓖麻子油

ト稱スル油ヘ或ヘ藥劑トシテ用ヒ或ヘ印肉ニ用フ而シテ印肉ニ使用スル場合ニ於テハ粗製品ニオモ可ナリト雖モ藥用ニ供スル場合ニ於テハ必ス精製シタルモノナラサルベカラス若シ粗製品ヲ以テ藥用ニ供スルトキハ胃ヲ刺激シテ身體ヲ害スルコトアリ今藥用ニ供スル目的ヲ以テ蓖麻子油ヲ注文シタル場合ニ於テ相手方カ其藥用ニ供スルコトヲ知レルトキハ縦令其品質ヲ明示セサルモ必ス藥用ニ適スルモノヲ給付スルコトヲ要シ印肉ニ使用スルカ如キ粗製品ヲ給付スルコトヲ得ス又建物ニ用スル壁紙若クハ唐紙ヲ法文シタル場合ニ於テ之ヲ用フル家屋カ上等ノ建築ニシテ他ノ構造總ノ上品ナルトキハ縦令上等スル壁紙又ハ唐紙タルコトヲ明言セサルモ其家屋ニ用フルモノタルコトヲ告ケタル場合ニ於テハ下等品ヲ給付スルコトヲ得ス必ス上等品ヲ給付スヘキコトハ法律行爲ノ性質上自ラ分明ナリト云ハナルベカラス故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ縦令予人主義ヲ採リ品質ヲ選ブハ債務者ノ權内ニ在リトスルモ等シク上等ノ品ヲ給付セナルベカラサルモノナリ隨々予ノ主義ハ一見債權者ニ對シテ知ル點大ルニ似タリト雖モ實際上決シテ勝九ノ結果ヲ生セヌルナリ

以上ヲ以テ不特定物ノ給付ニ關スル一般ノ原則ヲ説明セリ次ニ。金錢ノ給付ヲ目的トスル債權ニ特別ナル原則ヲ説明スヘシ。主論ニ一見於本體之機会又既ニ述べタル如ク債權ノ目的ハ實際ニ於テハ金錢ノ給付ニ在ルコト十中ノ八九ヲ占ムルカ故ニ之ニ關シ特別ナル問題アルト同時ニ其問題カ實際ニ於テ殊ニ必要ナルコトハ言フヲ。埃及タル所ナリ而シテ金錢債務ニ特別ナル問題ハ要スルニ貨幣制度ニ關スル問題ニシテ我邦今日ノ制度ハ貨幣法ナルモノアリテ金貨本位制ヲ取レリ故ニ金貨ヲ以テスルトキハ如何ナル額ニ付テモ強制通用力ヲ有シ例へハ單ニ金百圓ト定メタル場合ニ於テ金貨百圓ヲ給付スルトキハ何人セ之ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得ス之ニ反シ銀貨銅貨等ハ補助貨幣ニ過キナルカ故ニ銀貨ハ十圓ヲ限トシ白銅貨青銅貨ハ一圓ヲ限トシテ強制通用力ヲ有スルノミ隨テ其制限ヲ超エタル額ニ付テバ之ヲ拒絶スルコトヲ得ヘシ例へ二十圓ノ金額ヲ目的トスル債權ノ履行トシテ債務者カ銀貨又ハ白銅貨青銅貨二十圓ヲ給付セントスルモ債權者ハ之ヲ拒ムコトヲ得ルカ如シ尙ホ之ニ紙幣制度ノ加ハルトキハ一層錯雜ヲ生ス而シテ我邦ノ現今ニ於テハ所謂發

換紙幣ノミニシテ何時ニテモ金貨ト換ヘシムルコトヲ得ルヲ以テ純粹ノ紙幣即チ不換紙幣ニアラスト雖モ法律上ニ於テハ強制通用力ヲ有シ而シテ其金額ニ制限ナキカ故ニ實際ニ於テハ紙幣ノ效用ヲ爲セリ例へハ甲カ乙ニ百圓ノ金額ヲ給付スヘキ義務アル場合ニ於テ紙幣百圓ヲ給付スルモ乙ハ之ヲ拒ムコトヲ得ス若シ乙ニ於テ金貨ヲ欲スルトキハ銀行ニ至リ之ヲ金貨ニ換ヘシムルコトヲ得ルノミ此ノ如ク貨幣制度ノ存スル結果トシテ債權カ金錢ヲ目的トスル場合ニ於テハ如何ナル貨幣ヲ給付スヘキカノ問題ヲ生ス而シテ日本現時ノ貨幣制度ハ明治三十年三月法律第十六號貨幣法ノ定ムル所ニシテ大要右ニ述ヘタル如シト雖モ新貨幣法ノ行ハル前ニ於テハ其名ハ金貨本位ナリシニ其實金銀兩本位ナリシコトハ予ノ信シテ疑ハサル所ナリ然ルニ兩本位制ノ下ニ於テハ此問題ハ殊ニ錯雜ヲ加フルモノナリ即チ金貨ヲ以テスルモ銀貨ヲ以テスルモ全ク同一ナルカ故ニ金貨百圓ヲ借用シタル者ハ銀貨百圓ヲ返還スレバ可ナルヤ否ヤノ問題ヲ生ス而シテ此問題タルキ經濟上容易ナラツル問題ニシテ彼ノ單本位ヲ是トスルカ複本位ヲ是トスルカ又單本位ヲ是トスルトキハ金本

位ヲ可トスルカ銀本位ヲ可トスルカノ問題ノ如キモ畢竟金錢債務ノ履行方法如何ニ因リテ其實益ヲ見ルモノナリ即チ復本位制ニ對スル最モ強力ナル攻擊ハ金價低落スルトキハ人人銀貨ヲ保存シテ金貨ヲ使用シ銀價下落スルトキハ金貨ヲ保存シテ銀貨ヲ使用スルハ人情ノ常トスル所ナリ然ルニ法律上兩貨共ニ強制通用力ヲ有スルカ故ニ其高價カル貨幣ハ漸次國外ニ流出スト云フニ在リ是レ日本ニ於テモ經驗シタル所ニシテ金銀兩本位ノ結果金貨ハ悉ク國外ニ流出シ銀貨ノミ國內ニ殘存スルカ故ニ實際上銀貨本位ト異ガラナリシナリ歐洲ニ於テハ此弊ノ一部ニ端ムト爲メ羅甸同盟カルモノヲ設タルト雖モ大體於テハ敢テ異ナルコトナシ而シテ此ノ如キ結果ヲ生スルハ外國人カ日本人リ金錢ヲ受取ルニ際リテハ力メテ金貨ヲ給付セシメ之ニ反シ支拂ヲ爲スニ際リテハ力メテ銀貨ヲ以テスルカ爲メニ外ナラス即チ日本ニ於テハ金銀同價ナルモ外國ニ於テハ其價ヲ異ニシ同シク其額ハ一圓ナルモ金貨ヲ以テスルトキハ銀貨ヲ以テスルニ比シ多クノ物品ヲ購フコトヲ得ヘキカ故ニ外國人ハ金貨ヲ得シコトヲ力メ之ニ反シ支拂ヲ爲ス場合ニ於テハ金貨ヲ以テスルモ銀貨ヲ

以テスルモ其隨意ナルカ故ニ外國ニ於テ金價昂騰セルトキハ常に銀貨ヲ以テシ断シテ金貨ヲ以テスルコトヲ爲サザルニ由ルモノナリ而シテ是レ畢竟金錢債務ノ履行ニ關スル規定ヨリ生スルモノナルカ故ニ此問題ハ民法上極メテ重要ナルモノナリ然ルニ「ボワソンナード」氏ハ恰モ日本カ復本位制ニシテ實際上殆ト銀本位ノ觀ヲ呈シ頗ル憂フベキ狀態ニ在リシノミナラス拂國ヲ始メ歐洲ノ復本位國ハ皆其弊ニ苦ミシ當時ニ於テ舊民法ヲ起草セシカ故ニ此問題ニ付テハ大ニ心ヲ勞シ殊ニ氏ハ經濟學ニ通曉セル人ナリシカ故ニ其理由書ニ於テ詳細ナル説明ヲ爲セリ即チ其經濟論ノ結果トシテ舊民法財產編第四百六十三條及ヒ第四百六十五條ニ於テ現エテ外國ニ其例ヲ見ナル審酌ノ規定ヲ見ルニ至レリ先ツ第四百六十三條第一項ニハ金錢ヲ目的トセル債務ニ於テハ債務者ハ其選擇ヲ以テ金若クハ銀ノ國貨又ハ強制通用ノ紙幣ヲ與ヘテ其義務ヲ免カルト規定シ以テ金銀兩本位ナルコトヲ明カニシ其第二項ニ債務者ハ法律ニ依リ貨幣ノ名價又ハ其純分ノ割合ニ變更ヲ生スルモ諾約シタル數額ヨリ多ク又ハ少ナク負擔セス下規定シ而シテ第三項ニ至リ本條ノ規則ニ違背スル合意ハ

無効ナリ但第四百六十五條第二項ノ規定ヲ妨ケヌト規定セリ體オ原則トシアハ必ス金貨ヲ給付スヘシ又ハ必ス銀貨ヲ給付スヘシトノ契約ハ無効ナリ然レトモ第四百六十五條第二項ノ規定ヲ妨ケヌトアルカ故ニ全ク右ノ原則ヲ破壊シタルノ觀ナキニ非ス即チ第四百六十五條第二項ニハ「金貨又ハ銀貨ヲ以テ負擔ノ金額ヲ辨済ス可キコトノ要約アリタルトキモ亦同シトアリ而シテ其第一項ニハ「金貨又ハ銀貨ヲ以テ負擔ノ金額ヲ指定シタルトキハ債務者ハ獨リ爲替相場ノ損益ヲ受ケ法律上ノ他ノ貨幣ヲ以テ義務ヲ免カルルコトヲ得トアルカ故ニ金貨又ハ銀貨ヲ以テ辨済ヲ爲スヘシト云フ契約ハ全ク無効ナルニ非ス唯必ス或種ノ貨幣ヲ得ントスル契約ハ之ヲ爲スコトヲ得ス例ヘハ佛貨千法ヲ給付スヘシト云フカ如キ契約ヲ爲スモ其相場ニ相當スル日本ノ通貨ヲ給付スレハ足レリ金貨千圓ヲ給付スヘシト云フ契約ヲ爲スモ其相場ニ相當スル銀貨ヲ給付スレハ足レリ而シテ此規定ハ既ニボワソンナード民自ラ外國ニ其例ヲ見ナル甚酷ノ規定ナルコトヲ認ムル所ナリト雖モ氏ハ又外國ニ其例ヲ見ナル好規定ナルコトヲ信セリ然レトモ予ヲ以テ之ヲ見レハ此規定ハ一方ニ於テハ酷ニ

失シ他ノ一方ニ於テハ實際ニ適セザルモノナリト信ス何トナレハボワソンナド民ト雖モ全ク兩替ヲ認メサル精神ニアラス既ニ兩替ヲ認ムル以上ハ第四百六十三條第二項ノ如キ禁令ヲ設ケルハ殆ト其理由ヲ解スルコトヲ得サルナリ即チ兩替トハ例ヘハ子カ銀貨百圓ヲ携ヘテ兩替店ニ至リ之ヲ金貨ニ換ヘシムルトキハ兩替店ハ時ノ相場ニ依リ銀貨百圓ニ相當スル金貨ヲ交付スヘシ而シテ多クハ手數料ヲ差引クカ故ニ其金額ハ百圓以下ナルヲ常トス然レトモ若シ銅貨ナルトキハ銀貨百圓ニ對シ百圓以上ヲ交付スルコトアヘシ此ノ如タ兩替ヲ爲スハ敢テ禁セザル所ナリ然ルニ普通ノ兩替店ハ即時ニ多額ノ兩替ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ直チニ兩替ヲ爲サスシテ或時間ニ或貨幣ヲ得ントスル契約ヲ爲スコトアリ例ヘハ子カ今月末ニ至リ或人ヨリ受取ルヘキ金錢アリ仍テ其金額ヲ必ス金貨ニテ得コトヲ約セリトセニ其契約ハ無効ナリ換言スレハ兩替ヲ爲スハ有效ナルモ兩替ヲ爲ス勞ヲ避ケ一定ノ時期ニ或貨幣ヲ給付セシムル契約ハ無効ナリト云フニ歸著ス是レ實ニ理論ヲ一貫セザルモノニシテ實際上頗ル不便ナル所ナリ然レトモボワソンナド民々信スル如ク之ヲ以テ

複本位制ノ弊ヲ矯メ而シテ單本位制ノ短所ヲ補メト得ハ固リ妨ケズト雖モ予ハ斷シテ此ノ如キ效ナキコトヲ保證ス何トナレハ既ニボワソナード氏自ラ之ヲ絶對ニ適用スルコトヲ得ナルヲ悟リ第四百六十四條及ヒ第四百六十五條ヲ以テ右ノ主義ヲ破壊スルカ如キ規定ヲ設クレハナリ即チ第四百六十四條ニハ「右ニ反シ辨濟期ニ於テ諸種ノ貨幣ノ爲替相場ヨリ生ス可キ相互ノ高低ノ差ハ債務者ノ選擇スル法律上ノ貨幣ヲ以テスル平均價格ノ辨濟ニ因リテ當事者ノ間ニ之ヲ填補スル合意ヲ爲スコトヲ得下規定セリ故ニ右ノ如ク今月末ニ至リ必ス金貨千圓ヲ交付スヘシトノ契約ハ之ヲ爲スコトヲ得スト雖モ今月末ニ至リ其欲スル所ノ貨幣ヲ以テ金貨千圓ノ相場ニ相當スル金額ヲ交付スヘシトノ契約ハ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ是レ複本位制ヲ認ムニ拘ラス金銀兩貨ノ間ニ相場ノ差ヲ認ムルモノニシテ既ニ其差ヲ認ムル以上ハ断シテ複本位制ノ弊ヲ矯ムルコトヲ得サルナリ蓋シ當事者カ法律上兩貨ノ間ニ一切其差ヲ認メサルニ拘ラス金貨ヲ交付スヘシト云フハ多クノ場合ニ於テ金貨ノ價格銀貨ヨリ貴キカ故ニ特ニ金貨ヲ給付スヘキコトヲ約スルナリ例ヘハ銀質ノ日ニ畢

落スル際ニ於テハ一箇月内ニ如何ナル低落ヲ見ルカヲ知ルヘカラス故ニ一箇月ノ後ヲ豫想シ特ニ金貨ヲ給付スヘキコトヲ約スルナリ然ルニ第四百六十四條ハ金貨千圓ノ相場ニ相當スル金額例ヘ金貨千圓ノ相場ハ銀貨千百圓ニ相當スルトキハ銀貨千百圓ヲ給付スヘシトノ契約ヲ有效ナリトセリ而モ尙ホ複本位制ノ弊ヲ矯ムルコトヲ得ヘシト云フハ實ニ其理由ヲ解スルコトヲ得サルナリ又第四百六十五條第一項モ同一ノ精神ニ出テタルモノニシテ金額ヲ指定スルニ金貨又ハ銀貨ヲ以テシタル場合ナリト雖モ是レ唯想像ニ止マリ實際上此ノ如キ場合ハ殆ドアラナルナリ而シテ其相場ノ差ヲ填補スル契約ノ有效ナルコトハ既ニ第四百六十四條ニ於テ認ムル所ナルカ故ニ第四百六十五條第一項ノ適用ヲ見ル場合ハ極メテ稀ナルヘタ次ニ其第二項モ第四百六十四條ト同一ノ結果ニ歸ス要スルニ第四百六十四條及ヒ第四百六十五條第一項第二項ノ規定ハ殆ド同一ノ規定ニシテ孰レモ金銀兩貨ノ間ニ相場ノ差ヲ認ムル規定ナリ而シテ其差ヲ認ムルカ爲ミニ法律ニ於テ相場ノ昂騰セントキハ之ニ應シテ少額ヲ供シ又相場ノ低落セルトキハ之ニ應シテ多額ヲ供スヘキコトヲ認ムル

實際上其效驗ナキコトハ當時ノ經濟學者ノ一般ニ認タル所ナリ  
是ヲ以テ新民法ニ於テハ斷シテ此主義ヲ採ラス歐洲各國ニ於テ普通行ハル  
カ如キ自由ナル主義ヲ採用セリ尙ホ舊商法ニ於テハ既ニ手形ニ關シ第七百五  
十四條ニ等シク自由ナル主義ヲ採レリ蓋シ關係ノ規定ハ多少不明ノ點ナキニ  
アラスト雖モ其自由ナル主義ヲ採用セルコトハ疑ヲ容レス即チ<sub>ハ</sub>替金額ハ爲  
替手形ニ記載シタル貨幣ヲ以テ支拂フ可シ若シ特ニ貨幣ノ種類ヲ表示セサル  
トキハ支拂地ニ於テ商人間ニ流通スル貨幣ヲ以テ支拂ヲ爲ス意思ナリト推定  
ストアリ而シテ此點ハ新法典ニ由リテ毫モ改マリタルコトナシト雖モ既ニ民  
法ニ同一主義ノ規定アルカ故ニ新商法ニハ特ニ此ノ如キ規定ヲ置カサリシフ  
ミ第四百二條第一項ニ曰ク<sub>支拂地ニ於テ商人間ニ流通スル貨幣ヲ以テ支拂ヲ爲ス意思ナリト推定ストアリ而シテ此點ハ新法典ニ由リテ毫モ改マリタルコトナシト雖モ既ニ民法ニ同一主義ノ規定アルカ故ニ新商法ニハ特ニ此ノ如キ規定ヲ置カサリシフ</sub>

即チ金貨ヲ給付スヘキシトヲ約スルトキハ必ス金貨ヲ給付スベシ又銀貨ヲ給付スヘキコトヲ約スルトキハ銀貨ヲ給付スルコトヲ要スル毛毛ニ貨幣ノ種類ヲ定メナルトキハ如何ナル種類ノ通貨ヲ以テスルモ可ナリ唯銀貨八十圓以内ニ限リ白銅貨青銅貨ハ十圓以内ニ限ルコトヲ要スルノミ是レ新民法ノ攝リタル主義ニシテ亦新貨幣法ノ取リシ主義ナリ人或ハ新民法ハ舊貨幣法ノ下ニ於テ編纂セラレタルモノナルカ故ニ第四百二條ノ規定ハ貨幣法ノ變更ニ因リテ改マルヘカリシモノナリ然ルニ之ヲ改メサリシハ編纂者ノ不注意ナリト難スル者アリト雖モ是レ寧ロ覧見ノ甚シキモノニシテ第四百二條ハ該規定ノミニカラズ即チ兩本位制ノ下ニ於テモ一圓銀ヲ除ク外ノ銀貨白銅貨青銅貨等ヲ無制限ニ支拂クコトヲ得ヘキニアラバレハナリ故ニ貨幣法ノ制限内ニ於テスムニキコトハ言フラ矣タナルナツビ此ニ一トメ特開文部省令を以て明示スル

以上ハ企錢債務ニ關スル原則ナリ此ニ一ノ特段ナル場合アリ即チ特種ノ通貨ヲ以テ債權ノ目的トシタル場合例ヘテ天保錢百圓ヲ給付スベキヨト之約シタル場合ニ於テ其期限未タ到來セナルニ當リ政府カ天保錢ノ通用ヲ禁止シタルトキハ如何若シ其禁止カ期限到来ノ後ニ在リトセハ債務者ハ天保錢ヲ給付スレハ可ナリ否給付セナルヘカラズナリ然レトモ其通用禁止カ辦済期前ニ在バトキハ如何純然タル理論ヨリスレハ此場合ニ於テハ債權ノ目的ハ天保錢ト稱スル特種ノ貨幣ニシテ其債權ノ性質ハ或種ノ商品ノ目的トスル場合ニ異ナラス故ニ債務者ハ其貨幣ノ辦済期ニ於テ通用力ヲ有スルト否トニ拘ラズ其種類ノ貨幣ヲ給付スレハ足ベリ若シ政府カ既ニ之ヲ引換ヘタム爲メ百圓ヲ得バコト能ハサルトキハ其得タル額ノミヲ給付シ他ハ履行不能トシテ債務ヲ免ゲルコトヲ得ヘシ而シテ其結果當時トシテ當事者ノ意思ニ副フコトナシトセス即チ縱令通用力ヲ有セサルモ必ス天保錢アルコトヲ必要トスル場合アリハシト雖モ是レ極メテ福有ノ場合ニシテ當事者ノ意思ハ多クハ然ラス何トナシカ當事者カ天保錢ヲ得ント欲シタルハ畢竟通貨タル性質ヲ有スル天保錢ヲ得ビ

ト欲シタルモノニシテ若シ其通用力ヲ失ハシカ芝ヲ欲セタルニ寧カ當事者ノ普通ノ意思ナレハナリ總テ債務者ニ於テモ天保錢ヲ給付シ其債務ヲ免ルルコトヲ得ス況ヤ引換ノ爲テ履行不能ナリシテ其債務ヲ免ルルニ於テヲヤ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ天保錢ヲ給付スルコトヲ得ス他ハ貨幣ヲ以テ之ヲ辦済セツルヘカラス即チ第四百二條第二項ニ曰ク

債權ハ目的タル特種ハ通貨カ辦済期ニ於テ強制通用ハ效力ヲ失ルタムトキハ債務者ハ他ノ通貨ヲ以テ辦済ヲ爲スコトヲ要ス合其譽狀ハ而ヘキカ故ニ當事者ノ意思ガ通用力ナリ如何ニ拘ラス天保錢ヲ得メント欲スルニ在トキハ特ニ之ヲ明言スレハ可ナリ又要異意者無也小モ其意思ニ從フニアラナルヲ以テ之ニ異ナル意思ヲ表示シタルトキハ固ヨリ其意思ニ從フヘキカ故ニ當事者ノ意思ガ通用力ナリ如何ニ拘ラス天保錢ヲ得メント欲スルニ在

ニ關シ外國ノ貨幣ニ付ノ説明スベキモノアリ要スル事項セシモ其意思ニ從フ

貨幣既ニ金錢債務ニ履行ニ付キ強制法ヲ受取ラジムルコトヲ得ル貨幣ナルモ  
ノハ素ト法律ノ力ニ由リテ此ノ如キ效力ヲ有スルモノニシテ若シ當事者ノ欲  
スル所ニ隨ヒ或ハ之ヲ受取り或ハ之ヲ受取ラサルコトヲ得ルモノナルトキハ  
是レ貨幣ニアラナルナリ例ヘハ米又ハ薪ヲ以テ油ヲ買ハントスル場合ニ於テ  
モ相手方カ之ヲ承諾スレバ可ナリト雖モ若シ相手方カ之ヲ承諾セザルトキハ  
金錢ヲ以テ之ヲ買フノ外ナキナリ然ルニ貨幣ヲ以テスルトキハ  
油ヲ買ヒ之ニ金貨ヲ支拂フモ又銀貨ヲ支拂フモ  
相手方ハ之ヲ拒ムコトヲ得ス蓋シ米又ハ薪ノ類ハ総合其價格カ油ノ代價ニ相  
當スルモ之ヲ受取ルコトヲ要セザルニ反シ貨幣ハ貨幣法ニ於テ金貨ハ無制限  
ニ又銀貨ハ十圓ヲ限トシ白銅貨青銅貨ハ一圓ヲ限トシテ強制通用力ヲ有スル  
モノトセルカ故ニ何人モ之ヲ拒ムコトヲ得サレハナリ然ラハ外國ノ貨幣ヘ如  
何是レ亦外國ノ法律ニ由リテ強制通用力ヲ有スルコト勿論ナリト雖モ法律古  
ルモノハ一國內ニ於テノミ效力ヲ有シ日本ノ法律ハ佛蘭西ニ於テ行ハルコト  
ドヲ得ナバト同時ニ佛蘭西ノ法律ハ日本ニ於テ行ハルコトヲ得ス唯國際私  
法ナバト同時ニ佛蘭西ノ法律ハ日本ニ於テ行ハルコトヲ得ス唯國際私

法ハ日本ノ法律ヲ佛蘭西人ニ適用シ又佛蘭西ノ法律ヲ日本人ニ適用スル場合  
アリト雖モ是レ内國法ニ於テ此ノ如ク定ムルカ故ニ然ルモノニシテ此場合ニ  
シテハ佛蘭西法ハ日本ノ法律ト爲リ日本ノ法律ハ佛蘭西法ト爲ルモノナリ而  
於テ其成文法ニ由リテ定マルト慣習法ニ由リテ定マルトヲ問フコトナシ然レ  
トモ國際私法以外ニ於テハ外國法ハ其區域ヲ超エテ效力ヲ有セザルカ故ニ貨  
幣ニ付テモ亦然ラナルコトヲ得ス故ニ例ヘハ佛蘭西ニ於テ二十五法ノ金貨ア  
リ而シテ其金貨ハ佛蘭西ノ法律ニ於テハ二十五法ノ通用力ヲ有スルモ日本ニ  
於テハ其通用ヲ認メナルコトヲ得ヘシ隨テ二十五法ニ相當スル金額ノ債権ヲ  
有スル場合ニ於テ債務者カ貨貸ヲ以テ之ヲ辨済セントスルニ之ヲ受取ルコト  
ヲ要セス日本ノ貨幣ヲ以テ辨済ヲ爲シシムルコトヲ得ヘシ故ニ此點ニ於テハ  
外國ノ貨幣ハ其ノ貨幣ト視ノコトヲ得ス米又ハ油ノ如キ商品ト異ナルコトナ  
シト云ハサルヘカラス然リト雖モ實際ヨリ之ヲ見レハ今日ノ如ク交際ノ頻繁  
ナル時世ニ在リテハ此ノ如キ狹隘ナル理論ノミヲ株守スルコトヲ得ス例ヘハ  
日本人カ外國ニ旅行セントスルニ際リ日本ノ貨幣ヲ齎スモ通用力ヲ有セス必

ス外國ノ貨幣ヲ携ヘサルヘカラス故ニ外國ノ貨幣ト雖モ等シク貨幣トシテ效用ヲ爲セリ是レ第四百二條第三項ノ規定アル所以ナリ曰タモ其隨意ニシテ前二項ノ規定ハ外國ノ通貨ハ給付ヲ以テ債権ハ目的ト爲シタル場合ニ之ヲ準用ス  
故ニ例へハ債権ノ目的カ英貨百磅ナルトキハ其百磅ハ如何ナル英貨ヲ給付スルモ可ナリ即チ金貨ニハ大小ノ差アルモ何レノ金貨ヲ以テスピモ其隨意ニシテ又或制限ノ下ニ於テハ補助貨幣ヲ以テスルコトヲ得ベシ是レ恰モ日本ノ貨幣ソ以テ經濟ヲ爲ス場合ニ金貨ヲ以テスルモ銀貨ヲ以オスルモ將タ白銅貨青銅貨ヲ以テスルモ苟モ貨幣法ノ制限内ニ於テセハ有效ナルト一般ナリ然レトモ若シ特約ヲ以テ必スバクンド<sup>(通常傍書)</sup>ク金貨ニシテ今日ノ相場路ホ我十  
圓ニ當レリヲ給付スヘキコトヲ約シタルトキハ必ス其種ノ貨幣ヲ給付セナル  
ヘカラス是レ亦日本ノ貨幣ニ付キ必ス二十四金貨又八十圓金貨ヲ給付スヘキコトヲ約シタル場合ト異ナルコトナシ唯日本ノ貨幣ト外國ノ貨幣トノ間ニ一  
ノ相異ナル點アリ是レ極メテ頻繁ナル所ニシテ例へハ予カ佛蘭西ニ書籍ヲ注

文スピヨギハ佛蘭西ノ書店カ何干法ト云フカ如タ佛貨ヲ以テ其代價ヲ指定ス  
ヘシ又外國人カ日本ヨリ書籍ヲ買入ル場合ニ於テモ日本ノ書店カ通常何圓  
トシテ其代價ヲ指定スヘシ此場合ニ於テ甚法ト云ヒ圓ト云フハ必スシモ佛貨  
又ハ日本ノ貨幣タルコトヲ要スルノ意ニアラス唯其額ヲ指定スルニ佛貨又心  
日本ノ貨幣ヲ以テシタルノミ蓋シ書店カ書籍ヲ販賣スルニ當リ必ス佛貨又ハ  
日本ノ貨幣ヲ得シトヲ欲シタルモノ上云フヘカラサレハナリ故ニ此場合ニ  
於テ日本入カ支拂ヲ爲スニハ日本ノ貨幣ヲ以テ其相場ニ相當スル金額ヲ支拂  
ベハ可ナリ即チ第四百三條ニ曰タモ既思ヘ不許支拂ミ是謂之國々也提  
ヘ外國ノ通貨ヲ以テ債権額ヲ指定シタルトキハ債務者ハ履行地ニ於ケル爲替  
候相場ニ依リ日本ノ通貨ヲ以テ拂濟ヲ爲スヨシヲ得奉支拂候相場ニ於テ日本ノ貨幣  
人タル注文者ハ特ニ佛貨ヲ買入レテ其支拂ニ充フルヨトヲ要セヌ日本ノ貨幣

ヲ以テ之ヲ支拂ヘハ可カリ唯其支拂地タル東京又ハ横濱ニ於ケル爲替相場元  
依ソテ佛貨ヲ日本ノ貨幣ニ換算シ若シ其相場ニ法五十五參ナリトセンカ之ヲ  
一圓トシテ日本貨幣ノ額ヲ定メナルヘカラス而シテ其相場ハ日日變動スヘシ  
是レ内國貨幣ト外國貨幣トノ異ナル所ナリトスヘ因圓ヘ資本ヨリ債權ミ買人  
以上ハ金錢債務ニ關スル一般ノ説明ニ係レリ終ニ不特定物ノ給付ニ關シ利息。○  
ノ事ヲ説明セシム

利息トハ如何ナルモノヲ謂フカ蓋シ利息ハ不特定物ヲ費消シ之ニ因リテ得タル  
利益ノ對價トシテ給付スヘキモノニシテ其給付ノ方法ハ元本ト同種類ノモ  
ノヲ以テスルヲ普通トス例へハ元本金錢ナルトキハ利息モ亦金錢ニシテ元本  
米ナルトキハ利息モ亦米ナルカ如シ蓋シ米ノ貸借ニ付キ米ヲ以テ利息ヲ附ス  
ルカ如キハ今日ニ於テハ極メテ稀ナルヘシト雖モ維新前ニ於テハ一般ニ行ハ  
レタル所ニシテ例へハ米ノ貯藏ナキ者カ米ノ貯藏アル者ヨリ米十石ヲ借用シ  
之ニ一割ノ利息ヲ附シテ米十一石ヲ返還スルカ如キ是ナリ然レトキ子ノ借ス  
ル所ニ依レハ是レ必要ナル制限ニアラス例へハ金錢ヲ借用シタル場合ニ於テ

利息トシテ米ヲ給付スルモ利息タルニ於テ妨タル所ナシト信ス況ヤ米ヲ借用  
シ之ニ金錢ノ利息ヲ附スルカ如キハ昔時ニ於テハ頻繁ニ行ハレタル所ニシテ  
毫モ利息タルヲ妨ケヌ唯實際上十中八九ハ元本ト同一種類ノ物ヲ以テ利息  
トスルノミ

利息ハ如何ナル場合ニ於テ支拂フヘキモノナルカ之ヲ沿革ニ徵スルニ何レノ  
國ニ於テモ昔時ニ在リテハ利息ヲ支拂ハサルヲ常トシ漸次世ノ進歩スルニ隨  
ヒ利息ヲ支拂フニ至リシモノナリ尤モ歐洲ニ於テハ一時耶蘇教ノ勢力ニ因リ  
經濟上ノ進歩ニ伴フ利息ノ慣習ヲ強ヒテ壓抑シタルコトアリシカ實際ニ於テ  
ハ或ハ祕密ニ之ヲ附シ或ハ他ノ名目ヲ以テ之ヲ授受セシカ故ニ殆ト其效ナク  
經濟上ノ趨勢ハ遂ニ利息ヲ認メタルヘカラナルニ至レリ是レ日本ニ於テモ亦  
同シキ所ニシテ昔時ニ於テハ利息ヲ附セタルコト多カリシカ漸次其慣習ヲ改  
メ商業上ニ於テハ勿論民事上ニ取引ニ於テモ貸金ニ對シテハ常ニ利息ヲ附ス  
ルニ至レリ然レトモ西洋ニ於テハ今日尚ホ利息ヲ附スルコトヲ妨クルノ弊習  
ヲ存セリ例ヘハ佛蘭西民法ノ如ク舊式ノ法典ニ於テハ利息ハ容易ニ之ヲ附セ

ナルコトセリ即チ或貸金ニ利息ヲ附スルニハ必ス之ヲ明約スルコトヲ要シ  
或ハ金錢債務其他不特定物ノ給付ヲ意リタル者ニ付キ利息ヲ拂ハシメント欲  
セハ之ヲ裁判所ニ訴ヘ又ハ特ニ本人ヲシテ之ヲ認メシメナルヘカラス即チ期  
限ノ到来ニ因リテ直チニ利息ヲ生スルカ如キハ舊式ノ法典ニ於テハ曾テ認メ  
サル所ナリ而シテ子ノ信スル所ニ依レハ是レ亦耶蘇教ノ影響ニシテ固ヨリ認  
リタル觀念ヨリ來レルモノニ外ナラス蓋シ此ノ如キ認リタル觀念ノ起ルハ極  
メテ經濟上無智ナリシ結果ニシテ其理由トスル所ハ金錢ハ如何ニ長日間之  
ヲ筐底ニ藏スルモ將タ之ヲ瓶中ニ貯フルモ古來未タ曾テ子ヲ生ミタルコトア  
ラス彼ノ馬又ハ牛ノ類ハ之ヲ飼養スルトキハ自然ニ子ヲ生ムカ故ニ此等ノ物  
ニ付テハ果實ヲ收ムルコトヲ得ヘシト雖モ金錢ハ子ヲ生ムコトナキカ故ニ利  
息ヲ收ムルハ不當ナリト云フニ在リ是レ全ク金錢ハ使用ニ因リテ如何ナル利  
益ヲ生スルカラ知ラナルノ論ニシテ其無智ナルコト實ニ驚クヘキナリ蓋シ金  
錢ヲ使用スレハ之ニ因リテ利益ヲ得ルハ言フテ埃及ナル所ニシテ利息ヲ附ス  
ルノ穩當ナルコトハ經濟學者ハ勿論今日知識アル者ノ何人モ認ムル所ナリ然

レトモ因襲ノ久シキ利息ヲ不可トスルノ迷想タルコトヲ悟ルコト能ハス隨テ  
利息ヲ附スルハ債務者ニ對シ贈ナリト云フカ如キ說ヲ爲セルカリ但シ歐洲新  
式ノ法典ハ多ク利息ヲ自由ニ附スルコトヲ得ルモノトセリ  
尙ホ損害賠償ノ性質ヲ有スル利息ニ付テハ後ニ損害賠償ヲ說クニ當リ詳論ス  
ヘキフ以テ此ニハ唯債權ニハ利息ヲ附スヘキモノト附スヘカラナルモノトア  
ルコトヲ一言スレハ足レリ而シテ新民法ニ於テハ當事者ノ特約ナク又債權ノ  
履行ヲ怠リタルコトナキ場合ニ於テハ利息ヲ附セス故ニ民法ノ規則トシテハ  
利息ヲ附スルコトヲ妨ケナルモ當事者カ駁シテ利息ヲ約セサルトキハ利息ヲ  
生セサルヲ本則トセリ即チ貸借ニ付テモ特約ナキ限ハ利息ヲ生セス又賣買ニ  
付キ代價ノ支拂ヲ怠リタル場合ニ於テモ原則トシテハ直チニ利息ヲ附スヘキ  
モノニアラス尙ホ賣買ニ付テハ之ニ關シ特別ノ規定アリ然レトモ特約ハ默示  
ア以テスルコトアリ又慣習ヨリ生スルコトアリ即チ慣習ニ依テ縱合民事上ノ  
取引ト雖モ利息ヲ附スルコトアリ是レ平生金錢上貸借關係アル人ノ間ニ於テ  
多々見ル所ナリ要スルニ如何ナル場合タルヲ間ハス法律ノ規定又ハ特約アル

利息ハ利息ヲ拂フヘキモノトス而シテ其利息カ一割又ハ五分ト云フカ如タ利  
率ノ定マレルトキハ問題ヲ生スルコトナシト雖モ時トシテハ其利率ノ定マラ  
ナルコトアリ法律ニ於テ利息ヲ拂フヘキ旨ヲ規定セル場合ハ大抵然リ即チ利  
息ヲ拂フコトヲ要スル旨ヲ規定スルモ其額ヲ定メス又當事者間ニ於テモ稀ニ  
ハ相當ノ利息ヲ附スル旨ヲ約スルモ其率ヲ定メナルコトアリ此ノ如キ場合ニ  
於テ争アルトキハ法定利率ニ依ルノ外ナキヲ以テ法定利率ナルモノハ必ス之  
ヲ定メナルヘカラス而シテ民法制定前ニ於テハ之ヲ年六分トセシカ新民法ハ  
之ヲ五分トセリ即チ第四百四條ニ曰ク「利息ハ年五分トス」  
利息ヲ生スヘキ債權ニ付キ別段ノ意思表示ナキトキニ其利息ハ年五分トス  
法律上當然利息ヲ附スヘキ場合頗ル多シ今民法ニ規定セル場合ヲ舉クレハ第  
四百四十二條ニ於テ連帶債務ニ關シ連帶債務者ノ一人ヨリ他ノ連帶債務者ニ  
對シ求償ヲ爲ス場合ニ於テハ其辨済シタル金額等ニ法定利息ヲ附シテ之ヲ請求  
スルコトヲ得ルモノトシ次ニ第五百四十五條ニハ契約ヲ解除シタル場合ニ  
於テ返還スヘキ金錢ニハ其受領ノ時ヨリ利息ヲ附スヘキモノトセリ而シテ法

文ニハ單ニ「利息」トアルモ年五分ノ利息タルコト論ヲ喰タス次ニ第六百五十條  
第一項ノ規定ハ諸所ニ單用セラルル規定ニシテ「受任者カ委任事務ヲ處理スル  
ニ必要ト認ムヘキ費用ヲ出タシタルトキハ委任者ニ對シテ其費用及ヒ支出ノ  
日以後ニ於ケル其利息ノ償還ヲ請求スルコトヲ得」トアリ單ニ「利息」トアルモ是  
レ亦年五分ノ利息ヲ指スモノナリ次ニ第六百六十九條ハ組合員カ出資ヲ怠リ  
タル場合ニシテ是レ亦年五分ノ利息ヲ拂フヘキモノトス次ニ第六百九十一條  
第一項ハ終身定期金ノ規定ニシテ「定期金債務者カ定期金ノ元本ヲ受ケタル場  
合ニ於テ其定期金ノ給付ヲ怠リ又ハ其他ノ義務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ  
元本ノ返還ヲ請求スルコトヲ得但既ニ受取リタル定期金ノ中ヨリ其元本ノ利  
息ヲ控除シタル殘額ヲ債務者ニ返還スルコトヲ要ス」トアリ又第七百四條ハ惡  
意ノ不當利得ヲ爲シタル者ニ對スル制裁ニシテ懲罰ノ受監者ハ其受ケタル利  
益ニ利息ヲ附シテ之ヲ返還スルコトヲ要ス云々」トアリ次ニ第九百二十七條第  
二項ハ後見人カ被後見人ノ爲メニ受取リタル定期金ヲ寄託セナル場合ニ利息ヲ  
拂ハナルヘカラナル旨ヲ規定シ次ニ第九百四十條ハ後見終了ノ際ニ於ケル計

算ニ關シ後見人カ被後見人ニ返還スヘキ金額及ヒ被後見人カ後見人ニ返還スヘキ金額ニハ後見ノ計算終了ノ時ヨリ利息ヲ附スルコトヲ要ストアリ即チ後見人カ立替ヲ爲スコトアリ又後見人カ返還セナルヘカラサルモノアルコトアリ此等ノモノヲ後見終了ノ時ニ至リ計算シ其計算ノ結果例ヘハ後見人カ被後見人ニ金千圓ヲ返還セナルヘカラストセヘ其日ヨリ利息ヲ附セナルカラス而シテ其利率ハ共ニ年五分ナリトス  
要スルニ以上列舉シタル場合ニ於テハ總タ年五分ノ利息ヲ附スヘキモノニシテ其各條ニ於テ之ヲ明言セナルハ第四百四條ノ規定ニ依リテ明カナレハナリ尤モ商事ニ付テハ之ヲ年六分トセリ(商法第二七六條舊商法ニ於テハ之ヲ年七分舊商法第三三四條セシモ舊商法ハ明治十五六年ノ頃起草ニ著手シ二十年頭稿ヲ脱シタルモノニシテ今日ノ經濟界ハ當時ト大ニ其事情ヲ異ニシ利息ハ著シク低落セルカ故ニ新商法ハ之ヲ年六分トセシナリ蓋シ歐洲各國ノ利息ニ比シ甚タ高カラサルカ如シ例ヘハ佛蘭西ノ如キハ之ヲ年五分トセリ法定利息ハ右ノ如ク年五分ナリト雖モ當事者ノ意思ヲ以テ之ヨリも高ク又低

ク約定スルコトヲ得ルハ固ヨリ言フタゞル所ナリ故ニ或ハ一割ト約スルモ或ハ三分ト約スルモ可ナリ例ヘハ無抵當ノ貸借等ニ在リテハ一割以下ノ利息ヲ以テスルコト稀ナリト雖モ銀行社會ノ預金其他商業上ノ取引ニ於テハ時トシテ四分乃至五分ノ利息ヲ附スルコトアリ唯今日ニ於テハ不幸ニシテ利息制限法ノ存スルカ故ニ百圓未滿ハ二割百圓以上千圓未滿ハ一割五分千圓以上ハ一割二分ヲ超ユルコトヲ得アルノミ然レトモ此制限ハ之ヲ脱スルコト容易ナルカ故ニ實際ノ貸借上甚シキ障礙ト爲ルコトナシ昔時歐洲ニ於テハ何レノ國ニモ此種ノ法律存セシカ今ハ大抵皆之ヲ廢セリ是レ畢竟取引ノ障碍ト爲レハナリ即チ正直ナル者ハ法律ノ禁スル利息ヲ貪ラザルト同時ニ低利ヲ以テ貸スコトヲ肯セヌ之ニ反シ狡猾者流ハ巧ニ禁制ヲ脱シテ高利ヲ收ムルコトヲ得ルカ故ニ利息制限法ナルモノハ結局有害無益ノモノニシテ法律ノ目的ハ之ヲ逃スルコトヲ得ス却テ取引ノ障碍ト爲ルニ遇キスルニ佛蘭西其他歐羅巴ノ威國ニ於ケルカ如ク之ニ刑罰ヲ附スルニ至リテハ其取引ヲ害スルコト實ニ甚シク時トシテハ不慮ノ罰ヲ受タル者ヲ生スルコトアリ故ニ其有害無益ナルコト

「歐洲ノ輿論ノ認ムル所ニシテ高利貸ニ對スル取締ニ付ヲハ他ニ適當ノ方法ヲ設ケ利息制限法ノ如キモノハ其今日ニ存スルモノ少シ我邦ニ於テハ予ハ固ヨリ利息制限法ノ廢止セラレントヲ望ム者ナリ唯今日ニ於テハ高利貸ニ對スル相當ノ制裁ナキヲ以テ今直チニ之ヲ廢スルハ不可ナリトノ理由ニ因リ之ヲ存セリ然レトモ民法編纂ノ際此ノ如キモノハ署ニ一時限リノモノニシテ長ク存スヘキモノニアラナルコトハ何人モ認メタル所ニシテ民法ノ規定ハ暗ニ利息制限法ノ廢止ヲ豫期シ之ヲ眼中ニ置カシシテ設ケラレタルモノナリ即チ利息制限法ヲ存スルモノナリトセハ之ニ應スル規定ナカルヘカラスト雖モ一トシテ此ノ如キ規定ヲ存セス利息ニ付キ最後ニ一ノ研究スベキ問題アリ佛語ノ「アナトシスム即チ重利ノ問題ニシテ歐洲人ハ重利ナルモノ頗ル嫌忌シ單ニ利息ヲ收ムルノミニテモ既ニ之ヲ不徳義ナリトシ甚シキニ至リテハ刑罰ヲ科シタル法律ナヘアリシヲ以テ利息ニ利息ヲ附スルカ如キハ實ニ不徳ノ極ナリトシアナトシスムナル文字ハ人ニ不快ノ感ヲ與フル文字ナリト雖モ是レ畢竟金錢ハ何程長日月ヲ經ルモ

子ヲ生マストノ觀念ヨリ出クタバセズニシテ総合債務者カ利息ノ名義ヲ以テ負擔シタル債務ト雖モ一旦債務主爲ル以上ハ之ヲ履行スベキ時期ニ於テ其履行ヲ爲ナナルトキハ新ニ債權者ヨリ金錢ヲ借用シタルト毫モ異ナルコトナシ而シテ債權者カ嚴酷ナルトキハ直ナニ之ヲ請求シ債務者カ之ニ應セサルトキハ強制執行ニ依リテモ尙ホ之ヲ取立ツルヤ必セリ此ノ如キ場合ニ至リ若シ債務者カ金錢ニ窮シテ他ヨリ之ヲ借用ゼンカ之ニ對シテ利息ヲ拂ハサルヘカラナルコト固ヨリナリ然ルニ利息ヲ支拂フ怠タル場合ニ於テハ之ニ利息ヲ附スルコトヲ要セスト云フハ頗ル理由ニ乏シキ所ナリ故ニ重利ナルモノハ決シテ之ヲ禁スヘキモノニアラス體テ歐洲諸國ニ於テモ現今ニ至リテハ全然之ヲ禁スル法律ハ多ク其例ヲ見スト雖モ皆大ニ之ヲ制限セリ而シテ其制限モ亦甚タ不當ニシテ毫モ之ヲ制限スベキ理由ナク畢竟右ニ述ヘタル金錢ハ子ヲ生マストノ認見ヨリ出クタルモノトス先ツ第一ニ古キ主義ノ法律ニ於テハ特約ア結ヒテ初ヨリ利息ニ利息ヲ附スルコトヲ許サヌ即チ債務者カ利息ヲ支拂フ利息一定ノ期間利息ヲ支拂ムテトモ其時ニ至リ之ニ利息ヲ附スルコトハ致

テ妨ケスト雖モ初ヨリ契約ヲ以テ年年利息ニ利息ヲ附スヘキ事トシ又ヘ月利利息ニ利息ヲ附スヘキモノトスルコトヲ得ス第二ハ総合一定ノ時期ニ至ルモ特ニ裁判所ニ訴ヘ又ハ債務者ノ承諾ヲ經ルニアラタレヘ利息ニ利息ヲ附スルコトヲ得ス即テ裁判所ニ訴ヘ又ハ債務者ノ承諾ヲ經ルマテハ債務者カ何程長日間利息ノ支拂ヲ怠ルニ利息ニ利息ヲ附スルコトヲ得ストスルモノニシテ舊民法ノ如キモ此主義ヲ採リ然レトモ是レ頗ル其當ヲ得ス蓋シ利息ハ其支拂時期ニ於テ之ヲ支拂フコトヲ要ヘルモノナラ故ニ其支拂フ怠ルトキハ債権者ハ直チニ之ヲ取立ツルコトヲ得シ然ルニ債権者カ寛大ニシテ之ヲ取立テサリシカ爲ミニ損失ヲ蒙ルヘキ謂レナシシ隨テ勧ヨリ一一之ヲ督促スルノ類ヲ避ケ豫メ之ニ利息ヲ附スルコトヲ約スルモ何ノ不可カアラン然ルニ法律並於テ之ヲ許ササルハ寧ロ酷ナリトス蓋シ債権者ハ利息ノミニ付キ強制執行ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ之ニ代ヘテ特ニ利息ヲ附スルコトヲ約スルモ更ニ妨クル所ナシ而シテ豫メ此ノ如キ約定契爲シキハ債務者ニ於テモ利息ヲ支拂莫意ルハ甚タ不利ナルカ故ニ速ニ之ヲ支拂フニ至リ又一方ニ於テハ多歩高車人

利息ヲ拂フモ裁判所ニ訴ヘラレサムヨトヨ望ムコトアリ且テ債権者モ之カ爲メニ大ニ便利ヲ得ルカ故ニ多少利利息ヲ低減スルコトアリ雖テ當事者カ任意ニ此ノ如キ債権ヲ發生セシメタルトキハ之ヲ禁スルノ理由ナカニ又經令之ヲ禁スルモ殆ト其效アルコトナシ何トナレハ表面上一旦之ヲ拂ヒ又新ニ之ヲ借りタルコトトセハ同一ノ結果ヲ得ルカ故ニ其禁制ハ到底實效ヲ奏セヌ又第二ニ此場合ニ於テ裁判所ニ訴ヘ又ハ債務者ノ同意ヲ必要トスルハ毫モ理由ナキ所ニシテ後ニモ説明スル如ク舊民法等ニ於テハ損害賠償ノ性質ヲ有スル所謂遅延利息ニ付テモ等シク裁判上ノ請求又ハ債務者ノ同意ヲ必要トセルカ故ニ損害賠償ニ付キ此ノ如キ主義ヲ取立トキハ論理上重利無付テモ同一ノ條件ヲ必要トスルハ或ハ理由アルヘシト雖モ此事タルヤ元來甚シキ誤認ニシテ新民法ニ於テハ其場合ニモ等シク期日ヲ過クレハ直チニ利息ヲ附スルコトナシセツ故ニ重利ノ場合ニ於テモ一定ノ時期ヲ過クレハ當然利息ヲ生スルモノトセリ然レトモ一定ノ時期即テ一年ノ期間ヲ過クルコトヲ必要トシタルニ付テハ新民法ニ亦多少懲羅巴ノ耶蘇牧ノ認見ヨリ出テタル排利主義ヲ加味シタルニアラツ

ルガノ疑ヲ起ス者ナキヲ保セヌト雖モ是レ決シテ然ラス唯當事者ノ普通ノ意  
思ヲ推測シタルノミ蓋シ嚴格ナル理論ヨリスレハ苟モ利息ノ支拂ヲ怠ル以上  
ハ既ニ怠慢アル者ニシテ必スシモ一年ヲ待ツコトヲ要セス隨テ債権者カ嚴酷  
ナルトキハ直チニ強制執行ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ然レトモ實際ニ於アハ  
利息ノミニ付キ強制執行ヲ爲スカ如キハ殆ト稀ニシテ元金ヲ支拂フトキハ必  
ス利息ヲモ支拂フヘタ元金ノ支拂期限到來セサル間ハ利息ノミヲ支拂ハスシ  
テ元本ノ支拂時期ニ至リ之ト共ニ支拂フコト専カラス而シテ是レ日本ニ於テ  
モ西洋ニ於テモ同シキ所ナリ故ニ一日遲延シタルトキハ直チニ利息ヲ附スル  
カ如キハ頗ル債務者ニ對シテ酷ナルノミナラス當事者カ當初契約ヲ結ヒタル  
意思ニモ反スルコト多シ而シテ利息ハ月毎ニ之ヲ支拂フヘキモノトスルコト  
ナキニアラスト雖モ方今ニ於テハ漸次年利ト爲スノ傾アリ歐洲ノ如キハ殊ニ  
然リ而シテ之ヲ日ニ折算シテ日歩ト爲スコト亦少シドセス故ニ一年間ハ利息  
ノ支拂ヲ爲サナルコト多キモノト推測スルハ當事者ノ意思ニモ附フモノトシ  
之ヲ一年ト定メタルナリ然レトモ一年ヲ過ぎ尙ホ其支拂ヲ怠ルハ甚シキ怠慢

ナルヲ以テ之ニ重利ヲ附スルモ可ナリトセリ尙ホ附隨ノ理由トシテハ秩序ア  
ル人ハ一年ニ一同ハ必ス自己ノ財産ノ決算ヲ爲シ而シテ其決算ヲ爲ストキハ  
利息ヲ元金ニ組入ルルヲ常トスルカ故ニ若シ之ニ利息ヲ附スヘキモノナルト  
キハ其時ヨリ之ヲ附スルカ故ニ一年ノ終リニ利息ヲ拂ハナルトキハ之ニ對シ  
更ニ利息ヲ附スルコトセシナリ而シテ此一年ニ付テハ誤解ナキコトヲ要ス  
例ヘハ一年ニ一度纏メテ利息ヲ拂フ場合ニ於テ十二月三十一日マテニ支拂フ  
ヘキ約束ナリシテセンニ翌一月一日ニ至リ仍ホ支拂ハサルトキハ一應催促ノ  
上利息ヲ附シテ可ナリ即チ第四百五條ニ曰ク

利息カ一年分以上延滞シタル場合ニ於テ債権者ヨリ催告ヲ爲スモ債務者カ  
其利息ヲ拂ハサルトキハ債権者ハ之ヲ元本ニ組入ルルコトヲ得

而シテ此催告ヲ必要トシタル理由ハ債務者ハ之ヲ支拂フ意思アルニ拘ラス遂

ニ一年ヲ經過スルコトアルヲ以テナリ

以上ヲ以テ利息ニ關スル説明ヲ丁リ之ト同時ニ不特定物ノ給付ニ關スル説明  
ヲアリ且併セテ物ニ關スル債権ノ説明ヲ丁レリ次ニ選擇債務ノ説明ヲ爲ツン

トス

### 第三款 選擇債務

先づ第一ニ選擇債務ノ定義ヨリ説明セん新民法第四百六條ハ此定義ヲ掲ケテ曰ク、ハ、目的、カ、數、個、ハ、給、付、中、選、擇、ニ、依、リ、テ、定、ア、ル、ヘ、キ、ト、キ、ベ、其、選、擇、權、ハ、債、務、者、ニ、屬、ス。

ト是レ選擇債務ノ如何大ル毛ハナルカラ示シタル規定ナリ而シテ此選擇債務ノ性質ニ付テハ從來學者間ニ議論アリ隨テ其定義ノ如キモ議論ノ一定スルニ至ラハ今一層判然掲タルコトヲ得ヘシト雖モ未タ其域ニ達セサルヲ以テ此定義ノ自ラ漠然タル據アルハ亦已ムヲ得ナルたり或ヘ曰ク選擇債務ノ場合ニハ債務ノ目的二箇以上アルモノニシテ「牛又ハ馬」ト云フハ即チ牛馬共ニ債務ノ目的タルモノナリト又曰ク選擇債務ハ牛又ハ馬ノ中「又」目的トスルモノナレトモ其目的タルヤ初ヨリ確定セルモノニアラヌ馬若クヘ牛ノ二者中其一ノ目的

トシタル債務ナリト此第二説ニ據ルトキハ三箇ノ目的或有シナカラ一箇ノ目的ハ履行セスシテ可ナリト云フ事ト爲ルカ故ニ誤以ルモアリ信ス若シニ二箇ノ目的ヲ有スルモノトセハ馬及ヒ牛ト云ハザルヘカラサルニ然ラヌシテ馬ヲ給付スルモ履行ト爲リ牛ヲ給付スルモ亦履行ト爲リテ孰レカ一方ヲ給付スレハ債務ハ全ク消滅ス而モ猶ホ此二箇ノ目的トスト云フハ穩當ヲ缺キタルノ説ト謂バタルヘカラス然レトモ第二説ノ如ク孰レニモ確定セスト云フハ是レ亦債務ノ性質上肯綮アリ得タルモノト謂フヘカラス何トナレバ債務ノ目的ナルモノハ必ず確定シタルモノナラサルヘカラタレハナリト云フハ是レニモ然ラヌシテ他ニ予ト同説ヲ主張スル者アルヲ聞カナルナリ予ノ信スル所ニ據レバ選擇債務ナルモノハ條件附ノ二箇ノ債務カ抱合シタルモスナリ故ニ「牛若クハ馬ヲ給付スル」ト云フ債務ナルトキハ二ノ債務ハ牛ノ目的トシ一ノ債務ハ馬ノ目的トセルモノニシテ二箇ノ債務成立スルモノナリ然レトモ條件アリテノ債務ハ若シ選擇權ヲ有スル者カ牛ヲ選擇セハ其牛ヲ給付スルノ債務而シテ當事者

人意思ハ此債務ヲ履行スピハ他人債務人履行ヲ免除スレ云フニ在リ又他債務ノ債務ハ若シ選擇者カ馬フ選擇者ニ其馬ヲ給付スルノ債務而シテ此債務ヲ履行スレハ他ノ債務へ免除スルト云フヘ當事者ノ意思ナリ。此選擇者ニ選擇權ヲ有スル者カ馬フ選擇フト牛ヲ選擇スレハ全ク其隨意ナルカ故ニアラスヤ選擇權ヲ有スル者カ馬フ選擇フト牛ヲ選擇スレハタルカ故ニ條件ト爲ラスト曰フ者アルヤモ知ルヘカラスト雖モ決シテ然ラス無效ナル隨意條件ナルモノハ單ニ債務者ノ意思ニミニ係ル條件ニシテ債務者カ欲シタルハト云フコトカ無效タルナリ然ルニ此場合ニ於テハ債務者ハ唯欲シタルトキニ之ヲ爲スト云フコトヲ得ス何トオレハ馬フ選擇スレハ之ニ因リテ牛ヲ選擇スルノ自由ヲ失ヒ最早牛ヲ選擇スルヨリヲ得ス雖タ牛ヲ選擇スルノ利益アル場合ニハ其利益ヲ失フヘケレハナリ故ニ唯何レニテモ債務者ノ隨意ニ爲シ得ルトハ大ニ異ナレリ且ソ選擇權者ハ必スシモ常ニ債務者ニハアラス債務者ニアラナル者カ選擇權ヲ有スル場合ニ於テハ固ヨリ所謂隨意條件ニハアラス故ニ此條件附債務ハ有效ナルエ其中ノ一ヲ履行スピハ他人債務ハ消滅スルト

云フエドハ當事者の意思ナリ此說ハ予ノ正確ト信スル所ナリ然レトモ普通ノ說ハ前ニ述ヘタルニ者中ノ一ニシテ第一說ヲ採ル者アリ又第二說ヲ採ル者アリ予ノ說ニ對シテ尙ホ一ノ駁論ヲ試ムル者アリ曰ク若シ選擇債務ニシテ條件附債務ナリトセハ一般ノ條件ノ規定ニ依ルヘキニ其規定ト大ニ異ナルモノ如何就中條件ノ效力ハ既往ニ過ラサルモノナリ然ルニ第四百十一條ハ選擇ノ效力ヲ以テ既往ニ過ルモノトセリ是ヲ以テ之ヲ觀レハ條件附債務ヲ以テ說明スルコトハ到底不能ナリト然レトモ法律ハ同性質ヲ有スルモノト雖モ特別ノ理由ニ據リ規定ヲ異ニスルコト稀ナリトセ例ハ保證人カ債務者ノ委任ヲ受ケテ保證ヲ爲ス場合ニ於テハ固ヨリ純然タル委任契約アリ然ルニ之ニ就テハ保證債務ニ關スル特別ノ規定アリテ一般ノ委任ノ規定ハ適用セラレス是レ性質ハ委任タリト雖モ特別ノ理由アルニ由リ別ニ規定セラレタルモノナリ選擇債務モ亦然リ一般ノ條件ニ付テノ規定ハ之ヲ選擇債務ニ適用スルコト程當ナラサルカ故ニ選擇債務ニ付キ特別ノ規定ヲ設タルハ毫モ妨ナキ所ナリ然レトモ條件ノ效力カ既往ニ過ルト否トハ常ニ當事者の意思ニ因リテ定マルモノニ

シテ法律ハ決シテ絶對ノ規定ヲ設ケス故ニ選擇債務カ條件附債務ノ二類以上抱合シタルモノナリトノ論ハ決シテ新民法ノ採用シタル主義ト矛盾スル者ニアラスト信ス。茲ニ尙ホ選擇債務ト混同スヘカラサルモノ一アリ随意債務是ナリ舊民法ニハ之ヲ任意債務ト譯シタルモ新民法ニ於テハ之ニ就テ規定セシ其理由ハ後ニ詳述スヘシ。

抑モ隨意債務トハ如何ナルモノナルカト云フニ債務ノ目的ハ正ニ確定セルモ債務者カ其目的以外ノ給付ヲ爲シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得ルモノナリ例ヘハ甲ナル者カ乙ナル者ニ對シテ馬ヲ給付スル義務ヲ負ヒ債務ノ目的ハ馬ノ給付ナル場合ニ於テ債務者カ牛ヲ給付スルコトヲ望マハ牛ヲ給付シテ其義務ヲ免ルルコトヲ得ルカ故ニ選擇債務トハ大ニ異ナルモノニシテ選擇債務ニ於テハ初ヨリ馬若クハ牛孰レニモ確定シ居ラツルモ要スルニ馬若クハ牛ノーフ給付スレハ可ナリ然ルニ隨意債務ニ於テハ一旦馬ト定マリタルモ牛ヲ給付スアモ可ナリト云フカ故ニ結局馬若クハ牛ヲ給付スレハ可ナリト云フコトト爲見

選擇債務ト差異ナキカ如シト雖モ其實大ニ異ナレリ然ラハ其差異如何後ニ效力ヲ述フルニ至レハ詳細ノコトハ自ラ明カナルヘシト雖モ今一ノ著シキ差異ヲ舉クレハ左ノ如シ。

選擇債務ニ在リテハ例ヘハ馬カ鷦鷯死シタリトゼニ債務者ハ必スシモ義務ヲ免ルルモノニアラス第四百十條ニ據レハ馬若クハ牛ト云フ場合ニ於テ馬死スル時ハ牛ヲ給付セサルヘカラス然ルニ隨意債務ニ在リテハ馬カ其目的ナリ但シ債務者ハ牛ヲ給付スルモ可ナリト云フ場合ニ於テ馬カ鷦鷯死スレハ當然債務者ハ債務ヲ免ルルモノニシテ全ク正反對ノ結果ヲ生ス蓋シ選擇債務ハ予ノ信スル所ニ據レハ二箇ノ條件附債務カ抱合シタルモノナレトモ隨意債務ハ初ヨリ目的ハ確定シ居ルモノナリ即チ馬ト確定シ馬カ債務ノ目的タリ唯債務者ハ代物辨済ノ約束ニ依リ牛ヲ給付シテ馬ニ代フルコトヲ得ルノ權利ヲ有スルノミ即チ馬カ債務ノ目的タルニ拘ラス他ノ物ヲ給付シテ義務ヲ免ルルモノナリ之ヲ名ケテ代物辨済ト譯フ。

此隨意債務ハ選擇債務トハ全く性質ノ異ナルモノナレハ之ヲ混同スルコトナ

キヲ要ス何故ニ新民法ハ此隨意債務ノ事ヲ規定セサリシカト云フニ是レ全ク特別ニ規定スルノ要ナキニ由ルノミ前ニ述ヘタル如ク代物辨済ノ規定ハ辨済ノ處ニ在リテ債務者カ牛ヲ給付シタルトキハ則チ純然タル代物辨済成立スルカ故ニ之ニ就テ特別ノ規定ヲ設タルノ必要ナシ以上選擇債務ノ定義ヲ說了セリ

第二ニ選擇權ハ何人ニ属スルカト云フノ問題ヲ決セン選擇債務トハ定義ニモ述ヘタル如ク或人ノ選擇ニ依リテ畢竟給付スヘキモノ定マルカ故ニ必ス選擇者ナカルヘカラス而シテ當事者ハ此選擇ヲ定ムルニ付キ自由ヲ有スルカ故ニ何人ヲシテ選擇ヲ爲シムルモ其隨意ナリ即チ其選擇權ヲ有スヘキ者ノ種類ヲ舉クレハ或ハ債務者或ハ債権者或ハ第三者此第三者ハ何人ニテモ可ナリナリ而シテ當事者カ明カニ何人ノ選擇ニ依ルヘキカヲ表示シタルトキハ論ナシト雖モ若シ之ヲ明示セサルトキハ如何固ヨリ場合ニ依リテハ當事者カ之ヲ明示セストモ法律行為ノ性質ニ依リテ所謂選擇權ヲ有スル者カ明瞭ナルコトアリト雖モ是レ事實問題ナリ然ルニ實際ニ於テ選擇權ヲ有スル者カ明瞭ナラ

ス争アル場合ニ於テ何人カ選擇權ヲ有スル者ト看做スヘキカ疑アルトキハ選擇權ハ債務者ニ屬スルモノト爲スハ第四百六條ノ規定ニシテ此規定ハ大抵各國ノ法律皆同シキ所ナリ而シテ其然ル所以ノモノ他ナシ既ニ屬シタルカ如ク債務ノ履行ナルモノハ債務者ノ行為ニシテ債権トハ簡單ニ之ヲ言ヘハ債務者ノ積極又ハ消極ノ行為ヲ目的トセルモノナリ而シテ行為ノ性質ナルモノハ其行為者ノ意思ニ因リテ定マムモノナルカ故ニ馬又ハ牛ヲ給付セント言ハハ此給付ナル行為ハ債務者ノ行為ニシテ馬ヲ給付スルモ履行ト爲リ牛ヲ給付スルモ履行ト爲ル即チ債務者ノ選擇ニ在ルナリ故ニ此點ニ付テハ疑ナシ然レトモ前ニ述ヘタルカ如ク是レ唯當事者ノ意思ノ明カナラサル場合ニノミ適用スヘキ規定ナリトス

第三ニ選擇ノ方法如何ヲ說カシ選擇權ヲ有スル者ハ如何ナル方法ニ依リテ権利ヲ行使スヘキカ第四百七條ハ之ヲ規定シテ曰ク  
「一、選擇權ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ行フ。  
此法文ハ少シク拙劣ノ感アルヲ免レス是レ最後ニ大修正ヲ加ヘタルモノナレ

ハナリ初ノ法文ニ於テハ第四百六條カ今少シク長文オリキ確乎タル文章ハ今記憶セサルモ左ノ意味ナリシト信ス

債權ノ目的カ數箇ノ給付中選擇ニ依リテ定ムルヘキ場合ニ於テ債權ノ性質

又ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ選擇權ヲ何人ニ屬スヘキカ又定メ難キトキ

ハ其選擇權ハ債務者ニ屬ス

而シテ前條ノ選擇權子ルモノハ大ニ廣キ意味ナリシカ現金ノモノハ文字上債務者ノ選擇權ト云フカ如ク見ニルモ是レ狹キニ失ズルカ故ニ廣ク解釋スヘキモノト信ス何故ニ斯ル不都合ヲ生セシカト云フニ民法ノ原案ハ一旦殆ト皆確定シタルトキニ於テ當事者ノ意思表示ナル文字カ削除セラレタルモ急遽ノ際ナリシヲ以テ後ヨリ修正スヘキ點カ其態ニ存シタルモノニシテ此ノ如キ例ハ本條ニ限ラスト雖モ本條ニ最モ著シキモノノ一ナリ。前項ニテ言ヘバ當事者此選擇權ナルモノハ固ヨリ正當ノ解釋トシテハ債務者カ選擇權ヲ有スル場合ニ於テモ債務者若クハ第三者カ有スル場合ニ於テモ同シカラナルヘカラス尤モ第三者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ相手方ナルセノナク之ニ付タハ後ノ第四

百九條ニ特別ノ規定アリ第四百七條ハ債務者務カ選擇權ヲ有スル場合ニハ債務者ニ對スル意思表示ニ依リ債務者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ債務者ニ對スル意思表示ニ依ラナルヘカラナルコトヲ規定シ意思表示ノ方法ハ之ヲ規定セサルカ故ニ口頭ニテモ可ナリ書面ニテモ可ナリ極端ニ言ヘハ手真似ヲ以テスルモ可ナリ。

尚ホ此意思表示ハ確定ノモノニシテ相手方ノ承諾ナクレハ取消スコトヲ得ス（第四〇七條第二項）夫レ苟モ意思表示ニ依リテ選擇權ヲ行使シタル以上ハ選擇ハ既ニ終了シタルモノナルカ故ニ後日之ヲ取消スニハ特ニ法律カ許シタルコトヲ要ス何故ニ第四百七條第二項ノ如キ規定ヲ設ケタルカト云フニ之ニ反對ノ例アリテ疑ヲ生スルノ恐アルヲ以テ此處ニ於テ明カニ相手方ノ承諾ヲ得ニテハ確定セス實物ノ提供ヲ爲スカ又ハ債務者ヨリ裁判上若クハ執達吏ニ依ル請求ヲ受ケタル後ニアラサンハ確定セス其レマテハ幾度ニテモ取消スコトヲ得ルモノトセリ此ノ如キ例アルヲ以テ此處ニ於テ明カニ相手方ノ承諾ヲ得ルニアラサンハ取消スコトヲ得スト規定シタルナリ然レトモ是レ固ヨリ第一

項ノ當然ノ結果ナリトス。第三者ノ選擇權ヲ有スル場合ニハ相手方ト云フヘキ者アラサルカ故ニ第四百七條フ適用スルコトヲ得サルヲ以テ第四百九條第一項ニ於テ特ニ之ヲ規定シタリ曰ク、第三者、カ選擇ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ其選擇ハ債權者又ハ債務者ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スニ限ル。此場合ニハ三ノ主義ヲ想像シ得ヘシ第一ハ債權者及ヒ債務者ニ對シテ意思表示ヲ爲ナサルヘカラスト云フ。主義ト第二ハ必ス債權者ニ對シテ意思ヲ表示セサルヘカラスト云フ。主義ト第三ハ必ス債務者ニ對シテ意思ヲ表示セサルヘカラスト云フ。主義ト是ナリ然レトモ此等ノ三主義ハ第四百九條ノ採用シタルヘモノニアラス。シテ同條ノ採ル所ハ債權者又ハ債務者ト云フ第四ノ主義ナリ。是レ全々便宜ヨリ出テタルモノニシテ其理由ハ第三者カ選擇ノ意思表示ヲ爲ス場合ニハ相手方ナキカ故ニ一般ノ原則ヨリ言ヘハ誰ニ向ヒテ意思表示ヲ爲スモ可ナルカ如ク見ニレトモ債權者及ヒ債務者ハ利害關係人ナルカ故ニ其利

害關係人ニ對シテ爲ナサルベカラヌ。然ルニ雙方ニ對シテ意思表示ヲ爲ナサルヘカラズ。スト云フハ頗ル煩雜ナルノミナラス。若シ其一ヵ統ケタル爲メ無効ト爲ルカ如キハ當事者ノ意思ニ反ス而シテ債權者モ債務者モ原則トシテハ債務ニ付キ同一ノ利益ヲ有スヘキモノナルカ故ニ馬ラ典ヘタル方利益ナルヤ牛ラ受取ル方利益ナルヤ其利害ノ點ニ於テハ債權者債務者相讓ル所ナシト謂ハサルヘカラサルヲ以テ法律ガ何レカ其一方ニ定ムルハ確當ナラサルカ故ニ何方ニ爲スモ可ナリト爲シタルナリ。第三者カ選擇權ヲ有スルトハ如何ナル場合ナルカ固ヨリ法律ハ之ヲ制限セスト雖モ實際如何ナル場合ニ於テ其適例ヲ見ルカト云フニ例ヘハ甲カ乙ナル吳服店ニ至リ丙ノ衣服ト爲スヘキ反物ヲ買ハントスルニ甲ノ見ル所ニテハ第一號ノ反物ト第二號ノ反物ハ孰レモ可ナレトモ假ニ反物ヲ第一號、第二號トス甲ハ其衣服ノ所有者タルヘキ丙シテ選擇ヲ爲ナシムルコトシ代價ヲ支拂フカ又ハ後ニ支拂フヘキ契約ヲ爲シタル場合ニ於テハ乙カ甲ニ給付スヘキ反物ハ第一號又ハ第二號ナルカ故ニ是レ即チ選擇債務ナリ或ハ又申ナル者カ古道

具店ニ至リ畫幅ヲ購ヘントスルニ意ニ適シタルモノニ一幅アルモ鑑識ノ眼ナキカ故ニ友人丙ノ鑑定家ナルヲ幸トシ之ニ選擇セシメント欲シ代價ヲ定メタル場合若クハ代價ヲ定メサルモ第一號ノ幅若クハ第二號ノ幅孰レカラ貿フコトトシ選擇權ヲ丙ニ與ヘタル如キ場合此等ハ最モ頻繁ニ起ル所ノ事實ナリ是ビ選擇ノ方法ナリ

第四ニ選擇權者カ選擇ヲ爲サナルトキハ債務ノ目的確定セサルカ故ニ債權者ハ何時アテモ請求ヲ爲スコトヲ得サルカ債權者カ選擇權ヲ有スル場合ニ選擇ヲ爲サナルトキハ債務ノ目的確定セサルカ又第三者カ選擇權ヲ有スル場合ニ選擇ヲ爲サナルトキハ如何ニスルカ此場合ニ法律ノ規定ナキトキハ債務者ハ何時マテモ義務ヲ負ヒ債權者ハ履行ヲ請求スルコトヲ得シテ甚タ不都合ナルカ故ニ法律ハ第四百八條ヲ以テ之ヲ規定シタリ  
債權カ辨済期ニ在ル場合ニ於テ相手方ヨリ相當ハ期間ヲ定メテ催告ヲ爲ス

モ選擇權ヲ有スル當事者カ其期間内ニ選擇ヲ爲サナルトキハ其選擇權ハ相手方ニ屬ス  
債務者カ選擇權ヲ有スル場合ニ於テ其債務カ辨済期ニ至リタルニモ拘ラス選擇權ヲ爲サナル場合ニハ債務者ハ相當ノ期間(相當ノ期間トハ選擇ヲ爲スニ必要ナル期間ナリ多クノ場合ニハ二日若クハ三日ニテ十分ナランモ場合ニ依リ長キ期間ヲ要スルコトモアルヘシ争アルトキハ裁判所ニ於テ其相當ナルヤ不相當ナルヤヲ決定メテ其期間内ニ選擇ヲ爲スコトヲ催告シ債務者カ選擇ヲ爲セハ論ナキモ若シ之ヲ爲サナルトキハ債權者ニ於テ選擇ヲ爲シ馬ハ牛ト確定ス選擇權カ債權者ニ在ル場合ニ於テモ債權者カ選擇ヲ怠リタルトキハ債務者ヨリ催告ヲ爲シ尙ホ選擇ヲ爲サナルトキハ債務者ニ於テ選擇ヲ爲ス是レ權利ヲ有スル者カ其權利ヲ行ハサルカ故ニ之ヲ拋棄シタルモノト看做スナリ然ラサレハ遂ニ底止スル所ヲ知ラサラン

次ニ第三者カ選擇權ヲ有スル場合ハ如何此場合ニハ選擇ハ第三者ノ意思ナルヲ以テ當事者カ之ヲ束縛スルコトヲ得ス先ノ例ニテ丙ニ選擇權ヲ與ヘタレト

モ丙カ選擇ヲ爲ササルトキ若クハ爲シ能ハサルトキ例へハ遠方ニ在リテ諸國ノ爲ミニ多クノ時日ヲ要スルニ選擇ヲ爲スヘキ時期ハ其以前ニ經過スル如キ場合ハ即チ不能ナリ又ハ精神錯亂シテ選擇ヲ爲スコトヲ得サルトキ或ハ死亡シタルカ爲メ選擇ヲ爲シ能ハサルニ至リタルトキ或ハ其處ニ在ルを選択ヲ欲セス例へハ後日ノ煩累ヲ恐レテ選擇ヲ謝絶シタルトキハ如何是レ困難ナル問題ナリ何故ニ困難ナルカト云フニ理論上ヨリ言ヘハ第三者ニ選擇權ヲ與ヘタル場合ニハ第三者ノ選擇ナルモノハ條件ト爲レルモノト謂ハサンヘカラズ而シテ條件ナルモノハ畢竟若シ選擇ヲ爲ササレバ債務カ效力ヲ發生セsst云フノ意味ナリ先ニ述ヘタル如ク一方ノ債務ト他ノ一方ノ債務ト共ニ條件ニ繫リ一ノ債務發生スレハ他ノ債務效力ヲ生セサルカ如キニアラスシテ第三者カ選擇スル場合ニハ債務全部即チ予ノ説ヨリ云ヘハ二箇ノ債務ノ運命俱ニ此條件ニ繫レルモノニシテ第三者カ選擇ヲ爲ササルトキハ債務ハ悉ク消滅スルモノナリ斯ク論スルハ最モ理論ニ適スルモノナレトモ多クノ場合ニ於テ是レ當事者ノ意思ニアラス固ヨリ當事者ノ意思此ニ在ルコト明カオルトキハ論ナキモ

法律ハ多クノ場合ニ於テ當事者ノ意思ハ斯ルモノニアラスト爲シ先ノ例ニ於テ第一號ノ反物者タハ第二號ノ反物孰レカヲ賣ラン買ハントノ意思即モ一樂職ヲ買スカ魚子絹ヲ買スカ孰レカヲ買フノ意思ニシテ丙カ選擇ヲ爲ササレハ誰カヌシテ選擇ヲ爲サシテ之ヲ買ハントク意思ナリ又後ノ畫幅ノ例ニ於テモ應聲ノ幅カ容齋ノ幅カ孰レカニ爲サント云フニ在ルカ故ニ孰レカヲ買フノ意思又孰レカヲ賣ルノ意思ナリ丙カ偶選擇ヲ爲サオルモ全然賣買ヲ爲サスト云フノ意思ニアラサルモノト法律ハ見タルカリ然テハ選擇權ハ何人ニ在ルカト云フニ此場合ニハ本則ニ歸リ債務者ニ在ルモノトセリ先ニ述ヘタル如ク債務者カ選擇權又有スルヲ本則トスルカ故ニ債務者ハ己ノ好ム所ノ「ア取ルナリ」前ノ二ノ例ニ於テ右ノ如クスルハ最モ當事者ノ意思ニ適スルモノト謂フヘシ何トナレハ孰レカヲ買ハント居スモ丙ニ選擇ヲ爲カシムルト便宜ト信スバカ故ニ丙ヲシテ選擇ヲ爲サシムルモノニシテ若シ丙カ選擇ヲ爲シ能ハサルトキ又ハ選擇ヲ謝絶シタルトキハ債務者ハ自己ノ選擇ヲ以フ一樂職者タハ魚子絹又應聲者タハ容齋ノ一ヲ買ハント云フハ當事者ノ意思ニ適シタルモノナリ是

レ 第四百九條第二項ニ掲タル所ナリ  
第三者カ選擇ヲ爲スコト能ハス又ハ之ヲ欲シナハドキハ選擇權ハ債務者ニ  
屬ス。

第五ノ點ハ目的ノ一カ不能ナトキ例ヘ「馬又ハ牛」ト云ヘル場合ニ於テ其一  
ナル馬カ債權發生ノ當時既ニ斃死セルコトヲ知ラスシテ契約ヲ締結シ或ハ契  
約ヲ締結シタル後馬カ斃死シタルトキハ如何純理ヨリ言ヘハ此事項ハ債務ノ  
運命ニ影響ヲ及ホナス依然選擇者カ孰レカ一方ヲ選フコトヲ得トノ論正シキ  
ニ似タリ然レトモ斯クスレハ選擇權カ債務者ニ属スルトキハ常ニ不能ト爲リ  
タルモノヲ選擇スヘク選擇權カ債務者ニ属スルトキハ常ニ殘存セルモノヲ選  
擇スルハ必然ナリ然レトモ是レ當事者ノ意思ニ非ス何トナレハ選擇ナルモノ  
ハ多クノ場合ニ於テ孰レカ利益ナルカ分明ナラサルトキニ於テ其一ヲ選フト  
云フニ在リ然ルニ目的ノ一カ不能ト爲リタレハトテ之ヲ選擇スルトキハ債務  
者ノ利益債權者ノ損失ト爲ルヘキハ當然ニシテ當事者當初ノ意思ニアラサレ  
ハナリ故ニ干涉ニ失スルノ嫌アルモ法律ハ此場合ニ於テ債務者ハ殘存セルモ

ノヲ履行シ債權者ハ之ヲ受取ラサルヘカラサルモノトセリ此ノ如クセハ債務  
者ノ不利益ナルコト勿論タリト雖モ當事者ノ意思ニ違シ且債務ノ目的確定セ  
ナルニ際シ其目的天災ニ罹リタルトキハ其結果ハ債務者之ヲ負擔スルヲ至當  
ト爲スカ故ナリ是レ純理ヨリ論スレハ不穩當ノ説アリフ免レスト雖モ事實已  
ムヲ得サルカ故ニ舊民法又ハ外國ノ法典ニ於テモ大抵斯ク規定セリ尤モ舊民  
法ニハ詳細ナル規定アリテ其中ニハ往往不穩當ナルモノアリト雖モ今一一之  
ヲ批評スルノ煩ヲ敢テセス  
或ハ一ノ給付ハ行爲ナルコトアリ即チ畫工カ畫ヲ描キ書家カ書ヲ書ク等ノ事  
フ一ノ目的トスルモ手ヲ挫キ又ハ病ニ罹リテ手ノ自由ヲ失ヒタルカ爲メ書若  
クハ畫ヲ書クコト能ハサルニ至リタル場合ニ於テモ同シク殘存セルモノカ將  
來債權ノ目的ト爲ルナリ  
然レトモ當事者ノ中孰レカノ過失ニ因リテ給付カ不能ト爲リタルトキハ如何  
若シ選擇權ヲ有スル當事者ノ過失ニ因リテ給付カ不能ト爲リタルトキハ勿論  
前述ノ原則ノ適用トシテ即チ殘存セルモノカ將來債權ノ目的ト爲ル何トナレ

ハ選擇権者カ債務者ナラシカ夫失ニ因リテ不能ト爲リタル場合ニ於テスラ残存セルモノカ將來債権ノ目的ト爲ルモチルカ放ニ選擇権ヲ有スル債務者ノ過失ニ因リテ不能ト爲リタル場合は於テ残存セルモジカ將來債権ノ目的タルヘキハ論ヲ俟タス選擇権者カ債権者ナランカ債務者ハ之ニ對シテ賠償ヲ求ムル權利ヲ有スルガ故ニ之ガ爲ミニ殘存セルモノヲ選擇スル權利ヲ奪フノ理アラザレハナリ然ゾト雖セ若シ選擇権ヲ有セザル當事者即チ債務者カ選擇権ヲ有スル場合ニ債権者ノ過失ニ因リ給付カ不能ト爲リタルトキ詳言スレバ債権者カ馬ヲ殺シ又ハ債務者ノ手ヲ斬リタルカ爲メ給付カ不能ト爲リタルトキ或ハ反對ニ債権者カ選擇権ヲ有スル場合ニ於テ債務者カ馬ヲ殺シ又ハ自己ヲ過失ニ因リテ手ニ負傷シタルカ爲メ書又ハ畫ヲ書ク能ハナルニ至リタルトキニ於テ殘存セルモノヲ給付スレバ可ナリト云フコトドト爲ラバ選擇権ヲ有スル者ハ損害ヲ被ラナルヘカラス第一例ニ於テハ債務者ハ馬ヲ擇ハント欲シタルニ債権者ニ馬ヲ殺ナレタルカ爲メ牛ヲ擇ハナルヘカラス又書若クハ畫ヲ書カント欲シタルニ債権者ガ自己ノ手ヲ斬リタルカ爲メ書若クハ畫ヲ書ク能ハナル

ニ至リタルヲ以テ牛ヲ擇ハナルヘカラスト云フニ至ラバ債務者ハ損害ヲ被ラナルヘカラス後ノ例ニ於テハ債権者カ馬ヲ選擇セン又ハ書若クハ畫ヲ書タコトヲ選擇セント欲シタルニ債務者ノ過失ニ因リテ馬ノ給付カ不能ト爲リ書若クハ畫ヲ書クコトノ不能ト爲リタルカ爲メ牛ヲ給付スレハ可ナリト云フコトト爲ラハ債権者ハ損害ヲ被ラナルヘカラス故ニ此場合ニ於テハ選擇権者ハ孰レヲ選擇スルモ可ナリ即チ不能ト爲リタル馬ヲ選擇シ又ハ書若クハ畫ヲ選擇スルコトヲ得ヘシ其結果如何ト云フニ不能ノ事項ハ到底強フルコトヲ得ナルカ故ニ損害ヲ賠償セシムルノ外ナシ即チ債権者カ選擇権ヲ有スル場合ニ於テ不能ト爲リタル馬ノ給付又ハ書若クハ畫ヲ書クコトヲ選擇シタルトキハ其不能ハ債務者ノ過失ニ因リテ生シタルモノナルカ故ニ債務者ハ其損害ノ賠償ヲ爲ナナルヘカラス又債務者カ選擇権ヲ有スル場合ニ於テ不能ト爲リタルモノヲ選擇スルトキハ其不能ハ債権者ノ過失ニ因リテ生シタルモノナルカ故ニ給付ヲ爲ナシシテ可ナルノミナラス之ニ因リテ損害ヲ受ケタルトキハ其損害賠償モ債権者ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘシ是レ第四百六十條ノ規定スル所ナリ

債權ハ目的タルヘキ給付中始ヨリ不能ナムモ又ハ後ニ至リテ不能ト爲タルモノアルトキハ債權ハ其殘在スルモノニ付キ存在スルモノナリ选择權ヲ有セナル當事者ノ過失ニ因リテ給付カ不能ト爲タルトキハ前項規定ヲ適用セス但遺失又滅失又毀損ニ致シ不當ナムモ又ハ前項規定ヲ適用セス

舊法典ハ此問題ニ就テハ財產編第四百二十九條、第四百三十一條乃至第四百三十四條ニ於テ詳細ナル規定ヲ設ケタリ斯ク詳細ニ規定スルハ唯リ煩雜フ來スノミナラス其規定中釋當カラナルモノ多キガ故ニ新法典ニ於テハ右ノ第四百十條ヲ以テ極メテ簡明ニ之ヲ規定シタリ舊法典ニ據ルトキハ場合ニ依リ規定ヲ缺クモノアリ下雖モ新法典ニ據ルトキハ如何ナル場合ニ於テモ第四百十條ニ依リ列記スルコトヲ得ハシ唯茲ニ一テ説明ヲ要ズヘキハ舊法典ニ於テハ二箇ノ物ノ同時ニ消滅シタル場合ヲ想像シテ規定セリト雖モ是レ極メテ稀ナル例ニシテ大抵ノ場合ニ於テ第四百十條ノ適用ヲ受クヘキモノナリ例ヘハモノ物カ不可抗力ニ因リテ消滅シ又他ノ物モ不可抗力ニ因リテ消滅シタル場合ニ於テ其消滅ノ時期が同時ナリトセバ假ニ孰ニカ一方カ殘存シタルモノナリト想像

スルモ雙方共不能ト爲タルモノナルカ故ニ義務ヲ免ルヘキナリ又一ハ過失ニ因リ一ハ天災ニ因リテ消滅シタル場合ナリトセハ選擇權ヲ有スル者ノ過失ニ因リタルトキハ天災ト同シテ問題ハ存セナルモ選擇權ヲ有セナル者ノ過失ニ因リタルトキハ選擇權者ハ其執レヲ擇フモ可ナリ而シテ選擇權者カ債權者ナルトキハ實際必ス過失ニ因リテ滅失シタル物ヲ擇ヒ乃チ損害賠償ヲ請求スヘシ選擇權者カ債務者ナルトキハ必ス天災ニ因リテ滅失シタル物ヲ擇ヒ乃チ其義務ヲ免ルヘシ而シテ尙ホ債權者ニ對シ損害賠償ヲ請求フ爲スヘシ何トナレハ第四百十條ヲ適用セント欲スル者ハノ給付カ先ツ不能ト爲リ他ノモノカ殘存セルヲ證明セナルヘカラサレハナリ故ニ別ニ困難ナル問題ヲ生セスト信ス畢竟斯ル問題ヲ論スルハ學者ノ空論ニシテ種種想像スレハ此ノ如キ場合モアラントノ老婆心ヨリ舊民法ニ之ヲ規定シタルモノニシテ事實上同時ニ一ハ天災ニ因リテ消滅シ一ハ過失ニ因リテ消滅スルカ如キ場合ヲ生スルコト殆ト之アラナルヘシ故ニ新法典ニ於テハ此場合ニ就キ規定ヲ設ケサリキ以上ハ目的カ不能ト爲タル場合ニ就テ論シタルモノナリ

終ニ第六トシヲ選擇ハ效力如何ヲ論セント欲スモノ信スル所ニ據レハ選擇ハ條件ナリ即チ選擇債務ナルモノハ條件附債務ノ二箇以上抱合シタルモノナウトノ說ナルヲ以テ若シ特別ノ規定ナクタンハ此選擇ニハ總則編條件ニ關スル規定ヲ適用セサルヘカラサルモノト信ス即チ第百二十七條乃至第百三十四條ノ適用ヲ受クヘキモノナリ就中此處ニ確定シ置カサルヘカラナルハ條件ノ效力ハ既往ニ過ルヤ否ヤノ問題ナリトス第百二十七條ニ據レハ停止條件附法律行為ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ生ス云云トアルカ故ニ之ヲ選擇債務ニ適用スレハ何人カ選擇ヲ爲シタル時ニ在リテモ其時マテハ未タ債權ナルモノ發生セス即チ馬若クハ牛ト云ヘル場合ニ馬若クハ牛ヲ目的トスル所ノ債權ナルモノハ發生セス唯選擇アリタラハ馬ノ給付ヲ受クヘシ牛ノ給付ヲ受クヘシトノ不確定ナム一種ノ債權ヲ生ス之ヲ名ケテ「條件附債權」ト謂フレトモ選擇ノ效力ナルモノハ既往ニ過ラシテ選擇ノ時ヨリ生スルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ此ノ如キハ多クノ場合ニ於テ當事者ノ意思ニ反ス馬又ハ牛ト云ヘル場合ニ於テ選擇權者カ馬ヲ選擇シタルニ此馬カ選擇債務ノ發生シタル以後ニ兒

ヲ產シタルトキハ此產兒ハ誰ニ屬スルカ若シ條件ノ效力ハ既往ニ過ラシ選擇ノ效力ハ既往ニ過ラストノ主義ヲ採ルトキハ其產兒ハ債務者ニ屬シ親ノミヲ給付スルコトト爲ル然レトモ是レ當事者ノ意思ニ合ハス何トナレハ馬又ハ牛ト曰フハ確定シタルモノニアラスト雖モ証レカヲ給付シ孰レカヲ得ントノ意思ニシテ是レ債權發生ノ時ヨリ確定セルモノナリ即チ「孰レカ」ト云フコトハ確定セルモノナルカ故ニ馬ヲ受取ルヘキ場合ニハ產兒ヲモ併セテ之ヲ得ントノ意思ト看做スマ以テ穩當トス其他不動產ヨリ果實ヲ收取スル場合ニ於テモ同シ故ニ第四百十一條ニ於テ條件ノ一般ノ規定ニ對スル一ノ例外ヲ設ケタリ選擇ハ債權發生ノ時ニ過リテ其效力ヲ生ス但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ不得ス

子ハ條件ノ效力ハ既往ニ過ラストノ主義ヲ採リタルハ穩當ヲ缺キタルモイト當ス原則トシテハ既往ニ過ルモノトシ當事者ノ意思ヲ以テ反對ニ定ムルコトヲ得ト爲スマ以テ實際ニ過シタルモノト信スレトモ選擇ニ付テハ特並過及效ヲ取リタルハ理由ノ存スル所ナリ然レトモ此過及效ハ第三者ノ權利ヲ影響シ

第三者ヲシテ意外ノ損失ヲ被ラシムルノ虞アリ例ヘハ「馬又ハ牛」ト云フ場合ニ於テ第三者カ其馬ヲ買取り引渡フ受ケタル後ニ選擇権ヲ有スル者カ馬ヲ選擇シタルトキ選擇ノ效力既往ニ過レハ第三者ノ権利ハ消滅セサルヘカラスシテ非常ナル損害ヲ被ルカ故ニ此場合ニ於テ第三者ノ権利ヲ失ハサルモノトシ債務者カ其馬ヲ賣リタルハ契約違反ナルカ故ニ之ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノトセ、又不動産カ選擇スヘキモノノ一ナルトキ例ヘハ何町何番地ノ地所若クハ金千圓ヲ與ヘント云フ場合ニ於テ其選擇権ヲ有スル者ノ何人ナルヲ問ハス土地ヲ擇ヒタルトキ其選擇以前ニ於テ第三者カ土地ノ上ニ地上権又ハ賃借権ヲ得テ之ヲ登記シタリ(登記セナレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト)假定スレハ選擇ハ既往ニ過ルカ故ニ此地上権賃借権カ消滅ス、セハ第三者ハ損害ヲ被ルヘキヲ以テ依然其権利ハ消滅セス所有権ハ債権者ニ移轉スルモ地上権又ハ賃借権ノ附着セル儘移轉スルナリ其結果債権者カ損害ヲ被ラハ債務者ニ對シテ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク又地上権賃借権アルカ爲メ土地カ債権者ノ用ヲ爲サスト云フコトヲ證明スレハ契約ヲ解除シ向か之ニ因

リテ生スル損害ヲ債務者ニ請求スルコトヲ得レトモ地上権又ハ賃借権ハ之ヲ消滅セシムベコトヲ得ス然レトモ之ニ付テハ登記ノ關係上必スシモ常ニ右ノ結果ヲ來スモノニアラガルコトニ注意スヘシ茲ニ至リテ爲、選擇債務ノ性質ハ條件附ナリト云フ說ヲ採ル結果ノ可ナルヲ知ルヲ得ヘシ即テ選擇カ條件附債務ノ一ナル證據トモ謂フヘキハ不動産ニ付テ假登記ヲ爲スヲ得ヘキコトはナリ第百二十九條ニ據レハ條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル當事者ノ權利ハ一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ保存ズルコトヲ得此保存ナルモノハ登記等ヲ意味シタルモノニシテ尙ホ不動産登記法ニモ此場合ニハ假登記ヲ爲スヘキコトセリ即テ不動産登記法第二條假登記ヲ爲ス場合ノ第二ニ前條ニ掲ケタル權利ノ設定移轉更又ハ消滅ノ請求権ヲ保全セントスルトキ右ノ請求権が始期附又ハ停止條件附ナルトキ其他將來ニ於テ確定スヘキモノナリトキ亦同シ下アリテ予ノ說ニ據ルトキハ選擇債務ハ條件附ナルカ故ニ假登記ヲ爲スコトヲ得ト云フコト爲ルナリ尤モ條件附説ヲ採ラサル者ニテモ選擇債権ハ將來ニ於テ確定スヘキ權利ヲハ文字中に包含セシメ民法ニハ條件附權利ニ付テ第百二十九條ノ

如キ規定アノルカ故ニ登記法第二條ニ特ニ條件附權者ノコトヲ鑑定セラルニ  
記ヲ爲シ得ヘキハ明カニシテ唯本登記ニ非ス假登記ヲ爲スベキコトノミ登記  
法ノ定ムル所ナルモ選擇債務ニ付テハ登記法第二條第二項ノ末文將來  
ニ於テ確定スベキナル語ニ該當スルモノナリト解釋スルコト得ツルニ非ス  
子ノ説ニ據レハ條件附タルコトハ疑ナク之ニ依リテ假登記ヲ爲スコト得ル  
カ故ニ債權者カ苟モ其當時ニ於テ假登記ヲ爲シタル以上ハ爾後所有者即チ債  
務者カ地上權ヲ設定シ土地ヲ貸貸シテ之ヲ登記スルモ後日選擇權者カ土地ヲ  
選擇シタルトキハ此地上權質借權ハ無効ニ歸シ地上權者若クハ質借權者ハ債  
務者ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルコトアルノミ但選擇債務ノ目的  
タルコトヲ知リテ此等ノ權利ヲ取得シタルトキハ損害賠償ヲ請求スルコト得  
ルナルヲ本則レス

第二節 責職

第一款 履

第二節 債權ノ效力

債權ノ效力ハ分ナラ三段トス(第一)履行(第二)既付(第三)三者ニ對スノ債權者ノ  
權利はナリニシテ又債權者交換ノ間接ニ及ぶ事無事務運送者等を除キテ之ヲ  
第一款 履行

履行ナル文字ノ意義如何ト云フニ是レ債權ノ目的ヲ實行スルコトナリ例へバ、  
ルナリ多クノ場合ニ於テハ引渡ナルコトカ履行中ニ包含セラルルカ故ニ引渡  
ヲ終リタル時ニ即チ履行ノ終リタル時ナリ要スルニ履行ハ債權ノ目的ヲ實行  
ナルヲ以テ履行ノ問題ハ債權ノ目的ノ問題トハ離ルヘカラナルモノナリ故ニ  
獨逸民法ノ如キハ債權ノ目的ニ關スル規定ト同時ニ子カ茲ニ所謂履行ノ問題  
ヲ決セリ然レドモ債權ノ目的ヲ履行精ハ體ト用意ニ關係ナルカ故ニ之ヲ區別  
スルコト難ガタス唯履行ト辨済ト之ヲ區別スル事容易ナラ不辨済ノ何タ

ルカハ後ニ説明スヘキモ畢竟履行ニ因ル債務ノ消滅ニ外ナシス而シテ履行アレハ債務ハ自ラ消滅スルモノナムカ故ニ履行ト辨済トが全タ同一物ナリ唯債務消滅ノ側面ヨリ債務消滅ノ原因トシテ觀察ルトキハ名ケタ辨済ト謂フト雖モ是レ即チ履行ナリ故ニ履行ト辨済トハ殆ト區別スルコト能サス唯理論上子ノ正確ト信スルモノハ履行ノ處ニ於テハ債権者ノ權利及ヒ債務者ノ義務ノミテ論シ辨済ノ處ニ於テハ其結果タル債務ノ消滅及ヒ其消滅シタルトキハ如何ト云フ如キ問題例ヘハ債務ノ消滅シタルトキハ債権者ノ有シタル權利債務者ノ有シタル義務ハ如何ニハル又債務消滅シタル場合ニ於テ其結果ハ債権者又ハ債務者ノ爲ニ如何ナル效力ヲ生スルカ等履行ニ因リテ債務ノ消滅シタル曉ノコトヲ論スルハ辨済ノ問題トスルヲ正當ナリト信ス獨逸民法ノ如キハ略此理論ニ據リテ認定セラレタリ隨テ履行ノ處ニ規定シタル事項多クシテ辨済ノ處ニ規定シタル事項ハ極メテ少シ我民法ニ於テハ予ハ此主義ヲ主張成シモ不幸ニシテ容レラレス履行ノ處ニ於テハ唯一部分ノミヲ規定シ其多クハ辨済ノ處ニ規定セラレタリ即チ何人カ辨済ヲ受クルカ何ヲ以テ辨済ノ目的ト

爲スカ何時辨済スルガ如何ナル場所ニ於テ辨済ヲ爲スカ其費用ハ何人カ負擔スルガ辨済ハ孰レノ債務ニ充當スルカ辨済ヲ提供シタルトキギ三バ如何ナム效カヲ生スル債務ノ目的ヲ供託シタルトキハ如何ト云フガ如キ問題ト云若辨済ノ處ニ規定シタリ焉ソ知ラン此等ノ問題ハ理論上悉ク履行ノ問題ナルヲ何トナレハ履行ハ債務ヲ消滅セシムルノ目的ニアラサルカ故ニ何人カ履行ヲ爲シ可ナルカハ決シテ辨済問題即チ債務消滅ノ問題ニアラヌシテ債務消滅ハ其結果ニ過キナレハナリ故ニ何人カ履行ヲ爲セハ法律上履行ト爲ルカ何人カ履行ヲ受クレハ法律上履行ト看ルヘキガ如何ナルモノヲ給付エレハ履行ト爲ルカ如何ナル場所ニ於テ如何ナル時ニ爲セハ眞ノ履行ト爲ルカ又履行ノ費用ハ何人カ負擔スヘキカ履行ハ如何ナル債務ノ履行ト看ルヘキカ履行セントスルニ當リ其提供ヲ爲セハ如何ナル效力ヲ生スルカ債務ノ目的物ヲ供託スレハ如何ト云フハ曾是レ履行ノ問題即チ債務カ其本旨ニ從ヒテ行ハルルニハ如何ナム條件ヲ要スルカノ問題ナリ故ニ予ハ法文ヲ順序ニ拘ラス第一ノ履行ナル款中ニ於テ右ノ問題ニ關スル規定即チ辨済ノ款ニ掲ケタル規定ノ多數ヲ説明セ

本款ヲ分ナシ九段トシ第一段履行ヲ爲スベキ人。第二段履行ヲ受タベキ人第三段履行ノ目的第四段履行ノ時期第五段履行ノ場所第六段履行ノ費用第七段履行ノ充當第八段履行ノ提供第九段履行ノ目的物ノ供託トシ顧次ニ之ヲ論セん  
及人少額借入ハモニ此種借入ノ事項ヲ明示又監査費取扱人等の如きヲ定め得  
及時履行を要する事項ノ性質ニ由リ代理人ヲ以テ爲スコトア得ヘキモ  
債務者ニ對シテ一定ノ行爲ヲ要求スル權利ナリ故ニ債務者自ラ履行ヲ爲スベキ人  
キヲ本則トスルト雖モ其事項ノ性質ニ由リ代理人ヲ以テ爲スコトア得ヘキモ  
ノアリ即チ權利移轉ノ義務ヲ債務者カ負擔スル場合ニハ債権者ニ權利ヲ移轉  
シレハ足ルモ此事項タルヤ債務者自ラ之ヲ爲サナルモ他人ヲシテ爲サシムル  
ハ當事者間ニ在リテハ意思ノミニ依リテ大抵ノ權利ハ移轉スルカ故ニ代理人  
ヲ要スル場合少シト雖モ固ヨリ代理人ヲ以テ其意思ヲ表示セシムルコトア得

第一回 踏行ヲ爲スヘキ人

ハ既ニ前學年ニ於テ不動產ニ付テハ登記、動產ニ付テハ引渡ノ必要ナルヨトフ  
學ヒタルナラン債權ノ譲渡ヲ付テモ後ニ説明スヘキカ如ク一定ノ手續ヲ必要  
トス即チ第三者ニ對抗スルニハ譲渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又  
ハ債務者カ之ヲ承諾シタルコトヲ要ス此等ノ行為ハ代理人ヲ以テ之ヲ爲サシ  
ムルコトヲ得ヘキハ固ヨリ疑ヲ容レス又權利移轉ニアラサルモ前ニ第三者ニ  
對スル權利移轉ノ條件トシテ逃ヘタル引渡行為ハ純然タル法律行為ノミニア  
ラス即チ物ヲ相手方ニ渡ヌントノ意思ヲ表示スルトキハ同時ニ實物ノ引渡ヲ  
必要スト(引渡ニハ必ス法律行為カ伴フモ實物ノ引渡ハ法律行為ニアラス)而シ  
テ此行為モ亦債務者自ラ爲サナルヘカラナルノ事項ニハアラス例ヘハ金錢ノ  
支拂ト言ヘハ金錢ヲ持參スレハ可ナリ此持參ナル行為ハ本人自ラ之ヲ爲サス  
他人ヲシテ之ヲ爲サシムルモ可ナルコトハ是亦疑ノ存セサル所ナリ其他ノ  
行爲ニ在リテハ原則トシテ他人ノ代理ヲ許サナルモアラ例ヘハ畫工カ畫ヲ  
描ク義務ヲ負ヘル場合ニ門弟ヲシテ之ヲ描カシメ亦教師カ教授ヲ爲ス義務ヲ

ニシテ此等ノ行爲ハ必ス債務者自ラ之ヲ爲サヌルカ又不然レトキ債務者多クハ債務者自ラ之ヲ爲サヌルモ他人ヲシテ爲サシムルヨトテ得ルモノシテ中メ八九ニ居ルト云フモ不可ナキナリ。由其事例ニ水道自來水料金等を支拂ひ未だ支拂ハセバ、代理ヲ以テ履行ヲ爲スコトヲ得ル場合ニ於テ債務者カ特ニ他人ニ委任法宅代理ノ場合ハ勿論シテ履行即チ権利移轉ノ行爲ヲ爲シシ又ハ引渡ナル行爲ヲ爲サシムルト云フカ如キ場合ニハ論ナキモ其他ノ場合ニ於テ第三者ガ債務者ノ委任ヲ受ケス即ち債務者メ代理人タラシシテ辨済ヲ爲スコトヲ得ルカ即チ其者ノ行爲ハ履行ト云フヘキモノナルカハ問題ナリ前ニ述ヘタル積構ノ目的ハ常ニ債務者ノ行爲ニシテ債權ナルモノハ天下人トノ關係ナル故ニ他人カ履行ヲ爲サント欲スルを得ヘ方テストノ理論ヲ採用セハ第三者ノ履行ナルモノハ履行ドシテ效力ナシト外論正當ナルが如シ而シテ斯ル學説ヲ唱道スル者モナキニアラスト雖モ前ニ述べタル如ク代理即チ法定代理ハ勿論委任ニ因ル代理モ之ヲ許スモノナルカ故ニ委任ナキ場合ニ在リテ第三者債權者カ債權ノ目

的ノ本旨ニ達シテ利益ヲ得レバ之ヲ履行ル看ル事不可ナキエラヌ事最  
多々人場合四太金錢授受ニ付テ言ハヘ甲が債務者ナルトキハ甲自テ持参  
ルカ若久ヘ使丸シナリ持參セシム前ノ事要所無カ或ハ甲八友人乙カ甲人委任  
ア受ケヌ甲ニ代ガテ履行ス爲ス場合三於テ債務者ハ契約ヲ爲シタル千圓或ハ  
二千圓メ金ヲ受取ヌ大カラ異議ヲ挙ムエトヲ得ベキガ債權者ハ固ヨリ斯ル異  
議ヲ唱フアルト得ガルヘキナリ又受取ルモ乙ヨリ受取ルモ千圓ハ  
等シタ千圓ニシテ二千圓ハ等シタ二千圓ナリ而シタ甲眼テ債務者ニ在リテハ  
他人ノ行爲ニ依リテ自己ノ義務ヲ免ムルモナカル故ニ異議ヲ唱フヘキ贋ナ  
シ固ヨリ甲ハ金錢ヲ支拂ヘサルヘカラナルニ他人カ代リテ支拂ヒ吳レタルモ  
ノナルカ故ニ宣シテ謝スベタシテ決シテ不服ヲ唱フベキ理由大也ナリ反對論  
者成ハメシテ甲人ハ爲スニ履行ヲ爲スモ債務者ニ無償ノ利益又與スルノ意  
思ナダレハ必ス求償ヲ爲シテ即ち自己ノ支拂ヒタル金額ヲ債務者ニ對シテ請  
求スル大ラソ又請求スルノ權利アリ故ニ甲ニ債權者ニ對シテハ義務ヲ免ムル  
事更ニ乙ニ對シテ債務ヲ償フベキガ故ニ毫モ潔淨無染オルナシ加之債權者ナ

自己ニ對シテ好意ヲ表セシカ爲メ貴賤ナル督促ヲ爲サナリシモ乙ハ却テ求債權ヲ行ナニ方リ貴賤ナルヤモ知ルベカラス或ハ債権者ハ自己ノ友人ニシテ其者ニ對シテ義務ヲ負フハ別ニ不快ヲ感セサリシモ何等ノ因縁ナキ乙ナル者カ代リテ履行ヲ爲シタルカ爲メ自己ノ知ラナル間ニ乙カ債権者ト爲リタリトスレバ甲ハ例ヘハ一面識モナキ疏遠ナル人ニ對シテ義務ヲ負フハ屑トセサルモセ知ルヘカラス故ニ他人ノ辨済ハ許チナルヲ可ナリトスト是レ一理ナキニアス然レトモ此說ハ甚タ薄弱ナルヲ免レス何トナレハ此論理ヲ實カント欲セハ債権ノ讓渡ヲ禁セサルヘカラス然ルニ新民法ハ後ニ述フルカ如キ理由ニ依リ債権ノ讓渡ヲ認メ而シテ第三者カ代リテ履行ヲ爲スコトヲ許スノ主義ヲ探レリ夫レ債権ノ讓渡ハ債権者が交替スルモノナルカ故ニ前ノ債権者ハ温厚篤實ノ人ナリシモ後ノ債権者ハ酷薄苛虐ノ人ナルモ知ルヘカラス又讓渡人ハ債務者ノ友人或ハ親戚ナリシモ認受人ハ一面識ナキ人ナルヤモ知ルヘカラス既ニ讓渡ヲ許ス以上ハ第三者カ代リテ履行ヲ爲スヲ許チナルノ理ナシ加之此ノ如キコトヲ憂フアルキハ遂ニ債権ナルモノハ一代限ノモノト爲ササルベカ

ラス何トナレハ相続ア許スド事如何ナル人カ相続人タルカ知ルヘカラス此債権者ハ温厚篤實ノ人ナリシモ一朝死亡シタル後相續人ハ至リテ貴賤ノ人ナルコトアリ債権者ハ親戚ノ人ナリシモ相続人ハ一面識ナキ人ナルコトアリ斯ル場合ニ於テ債権者ノ苦愁一面識ナキヲ口實ナシテ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘキモノニアラス故ニ此論ヲ極言スレハ債権ハ一代限ノモノトシテ相続人ニ悉ラスト云フコトト爲サナレハ到底論者ノ希望ヲ滿足セシムルコト難シシ子ノ信スル所ニ據レハ此ノ如キハ人情論ナリ勿論法律行為ニ拘リテ債権ヲ發生セシタル場合ニハ其發生ノ當時ニ當事者カ明カニ意思表示ヲ爲シテ必ス自ラ権行ヲ爲シ決シテ他人ヲシテ代理リテ履行セシムルヒトヲ認ムハトア契約ヲ爲テハ若別斯ル契約ナキ以上ハ法律ノ眼ヨリ見レハ唯債権債務ノ一般ノ效力ヲ生セシムル意思ナリシモノト看做ナルヘカラス法律上ノ債務ハ法律ニ定メタル效力ヲ生スヘキモノト立法者カ認メタルハ明カナルカ故ニ貴賤ナル債権者ナツトテ法律ニ許シタル請求ニ對シ債務者カニ一言シ異議ヲ唱フヘキ理由ナシ然ルニ彼ハ貴賤ナリ一面識ナシト云ク要人情ニ於テ誤認少斯ル事モナラシ然ル

トモ法律ノ眼ヨリ見レハ之ヲ一般ニ認ムルコトヲ得ナルナリ殊ニ此論ヲ種當スルトキハ債權者カ請求ヲ爲スニモ亦必ス自ラ之ヲ爲シタルヘカラスト云々ナルヘカラス人即チ債權者ノ代理人ハ尠然ナル人少カラス又一面識ナキ者多シ斯ル場合ニ於テ貴下ハ代理人ナルモ債權者自ラ來ラナレハ履行ヲ爲テスト曰フハ法律ノ許サナル所ニシテ此論ハ理由ノ薄弱ナルモノト信ス故ニ法律の原則トシテ履行ハ第三者ヨリ之ヲ爲スモ有效ナリトノ說ヲ採ラサルヘカラス唯之ニ對シテ多少ノ例外ヲ認ムルヤ否ヤ若シ之ヲ認ムルトセハ如何ナル例外ヲ認ムルカト云フハ問題ナリ新民法ハ此點ニ於テ舊民法大差ナシト雖モ少シク異ナリタル所アリ即チ第四百七十四條ハ規定シテ曰タ「第三百五十九条」第三百五十九条債務ノ辨済ハ第三者之ヲ爲スコトヲ得但其債務ハ性質カ之ヲ許カサハントキ又ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ此限モ在ラス<sup>第三百六十条</sup>病害ノ關係ヲ有セナル第三者ハ債務者ノ意思ニ反シテ辨済ヲ爲スコトヲ得<sup>第三百六十一条</sup>」第三百六十一条是レ前述シタル如ク法典ニハ辨済ノ處ニ規定シタレトモ履行ニ付テ論スル事

種當トス何トナレハ唯債務カ消滅スルヤ否ヤノ問題ニアラスシテ債務ノ履行ト爲ルヤ否ヤノ問題ナリ即チ辨済ノ問題ニアラス此原則ニ對シテ新民法ハ三ノ例外ヲ認メタウ例外ヲ認ムル程度ハ各國多少其規定ヲ異ニスルモ今ニ一之ヲ比較シテ説明スルノ眼アラス而シテ此三例外ヲ舉クレハ先ツ<sup>第三百五十九条</sup>第一ニ債務ノ性質カ第三者ノ履行ヲ許サナルトキ<sup>第三百六十条</sup>是レ如何ナル場合ナルカト云フニ前ニ述ヘタルカ如ク畫工カ畫ヲ描キ教師カ人ニ事ヲ教へ雇人カ一定ノ勞務ニ服スルト云フ如キ場合ニシテ是レ一定ノ人ノ行為ヲ特ニ目的トシタルモノナルカ故ニ甲カ義務ヲ負フ場合ニハ自ラ之ヲ爲サスシテ乙ラシテ代替之ヲ爲シシムルヲ得ス<sup>第三百六十一条</sup>第二ニ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ法律行為ノ自由ヲ認メ原則トシテハ如何ナル法律行為モ爲スコトヲ得ルノ主義ヲ採用シタルカ故ニ當事者カ債權發生ノ當時其他後日ニ於ケル當事者間ノ契約ニ依リ特ニ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ固ヨリ契約ヨリ生シタル債務ニ付ハ債權發生ノ當時ニ此意思ヲ表示スル場合多カラン

セ取フ之ヲ必要トスルニ非ヌ而シテ茲ニ説明スルマテモ大々「一方人益思  
ノミニテハ有效ナラズ第三者を履行ナムコトハ雙方ノ利害ニ關スル事故也」  
方人モノ意思ニテ之ヲ定ムルコトヲ得ス「當事者ト廣ク書シタルトキヘ原則  
シテ總テノ當事者ヲ意味スルモノニシテ契約ニ在リテハ當事者ヘ必ス一人以  
上アルカ故ニ其當事者カ「致シテ反對ノ意思表示即チ第三者ヲシテ履行ヲ爲  
セシメス第三者ノ履行ヲ受ケストノ契約ヲ爲シタルトキニ限り其意思ニ從フ  
ナリ又一旦債権ノ發生シタル後契約ヲ以テ債権者債務者間ニ反對ノ意思ヲ表  
示スルコトアリ是レ各種ノ債権ニ付テ皆アリ得ヘキ所ナリ故ニ反對ノ意思ヘ  
必スシモ初ノ契約ヨリ生スルコトヲ要セス債権者ト債務者トノ同意アルトキ  
ハ第三者ノ履行ヲ許ナムコトヲ得ヘシ或ハ遺言ノ如キ一方行爲單獨行爲ニ  
付テモ亦當事者ノ反對意思ナルモノアリ此場合ニ於テハ遺言者ノミノ意思ヲ  
以テ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ例へハ自己ノ死シタル後某ニ何何ノ財産ヲ與フ  
ル代リニ某ハ某ニ對シテ何何ノ義務ヲ負フヘシト曰フコトアリ又ハ自己ノ死  
シタル後自己ノ財產ノ全部ヲ甲ニ與ヘン但甲ヘ乙ニ對シテ年年或金額ヲ支拂

ヒ又ハ或行爲ヲ爲セド曰フコトアリ此場合ニ遺言者カ附加シテ「但此履行ハ第  
三者ヲシテ代リテ爲サシムゴトヲ得ス必ス自ラ之ヲ爲サヌルガカヌスト曰  
ヒタルトキハ遺言ハ固ヨリ有效ナリ即チ此三「當事者」ト謂フハ契約ニ於テハ當  
事者必ス二人以上アルヲ以テ其全員ヲ意味シ單獨行爲ニ於テハ當事者ハ一人  
ニ止マルカ故ニ其一人ノ當事者ヲ意味スルモノト知ルヘシ  
第三ハ利害ノ關係ヲ有セツル第三者ニ在リテハ債務者ノ意思ニ反シテ履行ヲ  
爲スコトヲ得ス「第三者ニハ種種アリ例ヘハ連帶債務者ノ一人カ債務ノ全部  
ヲ履行シタル場合はレ利害ノ關係アル者ナリ尤モ此場合ニハ「第三者」ト謂フ  
コトヲ得ストノ論或ハ正シカラん何トナレハ各債務者ハ債権者ニ對シテ恰モ  
一人ノ債務者ノ如ク義務ヲ負ヘルカ故ニ其全部ヲ支拂ハサムヘカラス即チ債  
権者ニ對シテ全部ノ履行ナルコトハ必スシモ他人ノ債務マテモ履行シタルニ  
アラスシテ自己ノ債務ヲ履行シタルモノナリト謂フコトヲ得レハナリ然レト  
セ債務者カ請求ヲ受ケタルニ任當ニ全部ノ履行ヲ爲ス場合ハ如キハ他人ノ債  
務ヲ併セテ履行シタルモノナリト謂フコトヲ得ヘシ債権者ニ於テモ各債務者

ノ負擔部分ヲ知レルトキハ明カニ其履行ヲ爲ス者カ千圓ノ負擔六ルニ三千圓ヲ辨済シタルハ二千圓ニ付テ他人ノ債務ヲ辨済シタルモノナルコトヲ知レルナリ保證債務ニ付テモ之ト同シク保證人カ債務ヲ履行スルハ主タル債務者シテ義務ヲ免レシメシカ爲ミニシテ債権者及ヒ債務者ヨリ之ヲ見レハ第三者ニシテ利害ノ關係アル者ナリ即チ履行ヲ爲サザレハ債権者ヨリ請求ヲ受タルノミナラス遲延スルトキハ損害賠償又ハ利息ヲ請求セラルヘシ然レトモ此場合ニ於テモ連帶債務ニ關シテ逃ヘタル如ク保證人ハ自己ノ債務ヲ履行シタルモノナリト謂フコトヲ得ヘシ即チ債権者ハ保證人ニ對シテ請求ヲ爲ス權利ヲ有ス保證債務モ一ノ債務ナルカ故ニ之ヲ履行スレハ間接ニハ他人ノ利益ト爲ルベシト雖モ畢竟保證人ハ自己ノ義務ヲ履行シタルモノナリト謂フヲ以テ應正シキモノト謂ハサルヘカラス然レトモ債権者ヨリ請求ヲ受ケス債権者カ未タ主タル債務者ニモ請求ヲ爲ササル前ニ保證人カ自ラ追ミテ辨済スル爲シタル場合ニハ是レ保證人ニ普通ノ義務ニアラス保證人ナルモノハ主タル債務者カ履行ヲ爲ササル場合ニ於テ履行ヲ爲スヘキモノニシテ其結果通常債務者ニカ履行ヲ爲ササル場合ニ於テ履行ヲ爲スヘキモノニシテ其結果通常債務者ニ

請求シタル後保證人ニ請求スヘキモノカリ然ルニ保證人カ任意ニ履行スル場合ニハ自己ノ債務ヲ履行スルトノ意馬ヨリハ寧ロ主タル債務者ノ債務ヲ履行スルトノ意思カ本人ノ意思ナルカモ知ルヘカラス假手此說ヲ採ルトキハ保證人ハ利害ノ關係ヲ有スル第三者ナリ而シテ此等ノ者ハ第三者ニアラストスルモ別ニ不都合ヲ生セサレトモ明カニ第三者ニシテ而モ利害ノ關係ヲ有スル者數多アリ即チ同一ノ債務者ニ對シテ債権者數人アル場合ニ於テ其中ノ一人カ他ノ債権者ニ對シテ履行ヲ爲シタルトキハ固ヨリ第三者ナリ即チ甲ナル債権者ト債務者トノ間ニ存スル關係ニ對シテ乙ナル債権者の第三者ナリ而シテ利害ノ關係ヲ有スルコトアリ例へハ甲ナル債権者カ債務者ノ財産ノ上ニ擔保即チ抵當權ヲ有スル場合ニ於テ甲カ其抵當權ヲ實行スルトキハ債務者ノ財產ノ價額ノ全部ヲ得乙ハ一モ得ル所ナキコトアリ此場合ニ於テ乙ノ胸中ニ於テ債務者ノ財產ハ即時ニ賣却スルカ故ニ安價ナルモ後日ニ至リテ賣却スレハ高價ナルコトヲ得ヘタ而シテ其代價ヲ以テ甲ノ債權ヲ履行シタル後尚ホ自己ノ債權ニ對シテモ履行ヲ得ヘタニ簡ノ債務ヲ履行シテ餘アルカ或ハ殆ト全部ヲ履

行シ得ヘシキノ見込アルモニ乙ハ先フ債務者ニ代ヲア甲ニ對シ履行ヲ爲ス  
ヘシ即チ甲ノ債權カ千圓オレハ千圓ヲ支拂フ然ルトキハ乙モ亦初メ千圓ノ債  
權ヲ有シタルシテ假定シテ之ニ加フルニ斯ニ求債權ノ名義ヲ以テ千圓ノ債權  
ヲ得一兩年後ニ於テ之ヲ賣却シ格額ノ代價ヲ得タリトセハ自ラ立替ヘタル  
間ノ外ニ初ヨリ有シタル千圓ノ履行ヲ得ルコトヲ得ヘシスル場合ニハ乙ハ代  
ヲ履行ヲ爲スニ付テ利益ヲ有スルカ故ニ利害ノ關係ヲ有スル第三者ナリ又  
例ヘハ擔保財產抵當ホモ賣ニテモ可ナリヲ債務者ノ爲ミニ供シタル第三者  
アル場合即チ債務者カ抵當若クハ質ト爲スヘキ財產ヲ有セアルトキニ於テ友  
人カ幸ニ不動產ヲ有シ若クハ質物ト爲スヘキ動產ヲ有スルカ故ニ之ヲ擔保ト  
爲シタル場合ミ於テ債務者カ履行ヲ爲ナナルトキハ債權者ハ其抵當不動產若  
クハ質物ヲ賣却シテ履行ヲ得ントスルコトアリ然ルニ擔保品ヲ貸與シタル者  
ハ之ヲ賣却セラルルヲ好マツルカ故ニ自ラ金錢ヲ支出シテ債務ノ履行ヲ爲シ  
而シテ後債務者ニ對シテハ餘ニ求債權ヲ行ハヘ之カ債權ヲ得ルコトアリ縱令  
之ヲ得ストスルモ尙ホ不動產若クハ質物ヲ失フヨリノ利益ナルコトアリ此等

ノ場合ニ於テハ第三者ハ債務ノ履行ヲ爲スニ付テ利益ヲ有スル者ナリ今又一  
ノ例ヲ舉クレハ抵當不動產ハ固ヨリ之ヲ賣却スルコトヲ得ルカ故ニ債權者カ  
抵當權ヲ有スル場合ニ債務者カ其不動產ヲ賣却シタルトキハ買主其所有者ト  
爲ルナリ然ルニ若シ債務ノ履行ナキトキハ債權者ハ其不動產ヲ賣却シテ履行  
ヲ受クルコトヲ得ヘキヲ以テ買主ハ不動產ヲ失ハサルヘカラス故ニ買主タル  
第三者ハ事ロ債務者ニ代リテ債務ノ履行ヲ爲シ當然支拂フヘキ代價ト求債權  
トノ相殺ヲ爲シテ其損失ヲ免ルルコトヲ得ヘシ故ニ此場合ニハ買主ハ履行ヲ  
爲スニ付テ利益ヲ有スル者ナリ此等ハ最モ重ナル利害關係ヲ有スル第三者ニ  
シテ前ニ述ヘタル債務ノ性質カ許ササル場合或ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示  
シタルニノ場合ヲ除キテハ假合債務者カ反對ヲ爲スモ此等ノ第三者ハ債務者  
ニ代リテ履行ヲ爲スコトヲ得ルナリ

然ルニ利害關係ヲ有セザル者即チ毫モ資本ナキ者カ好意ヲ以テ代リテ履行ヲ  
爲シントヌルモ法律上ノ利害關係ヲ有セザルドキ而シテ假合債務者ナルモ普  
通ノ債權者ハ往往ニシテ利害關係ヲ有セザル也トフリ此等ノ者ハ債務者ノ意

思ニ反シテ履行ヲ爲スコトヲ得ス但債権者ニ付テ注意スヘキハ債権者カ眾ニ  
債権者タルカ故ニ債務者ニ代リ他ノ債権者ニ對シテ履行ヲ爲ス場合ニ於テハ是  
是レ必ス自己ノ債権ノ爲メニ利益ナリト信スルモノニシテ其理由アラハ是レ  
即チ利害關係ヲ有スル者ナリ之ニ反シテ債権者タルカ故ニ辨済ヲ爲スニアラ  
ナルトキハ假合同一ノ債務者ニ對シテ債権者ナルモ利害關係ヲ有スル第三者  
ナリト謂ブコトヲ得ス此等ノ者ハ法律上履行ヲ爲スニ付キ相當ノ利益ヲ有セ  
ナル者ナルカ故ニ債務者ノ意思ニ反シテ履行ヲ爲スコトヲ得ス債権者ハ固リ  
反対スルコトヲ得ス若シ之ニ反シタルトキハ其履行ハ有效ノ履行タムコト  
ヲ得ナルナリ

是レ我民法ニ認メタル所ノ例外ノ場合ニシテ此第三ノ例外ニ就テハ外國ノ法  
典多クハ債務者ノ意思ニ反スルモ可ナリトセリ然レトモ我國普通ノ觀念ヨリ  
シテ此ノ如ク規定シタルナリ即チ債務者ノ迷惑モ顧ミシテ利害ノ關係ヲ有  
セナル者ノ代リテ履行ヲ爲スコトマテモ認メシテ可ナリトセリ又債権者ハ  
法律ニ依リ相當ノ保護ヲ受タル者ニシテ債務者ノ責力ノ有ラン限リ其履行ヲ  
ヲ得ナルナリ

ノヲ以テ抗告ヲ爲スコトヲ得ナルヤ疑フ容レス又禁治產ヲ取消シタル決定ハ  
職權ヲ以テ之ヲ申立人檢事及ヒ禁治產者ニ送達ス申立人ニ送達スルハ民事訴  
訟法第二百四十五條ノ準用ニシテ檢事ニ送達スルハ即時抗告ヲ爲スノ機會ヲ  
得セシムルカ爲メニシテ又禁治產者ニ送達スルハ爾後禁治產者ニアラサルコ  
トヲ確知セシムルカ爲メナリ第六五條第二項檢事ハ縱合禁治產ノ取消ヲ申請  
シタル場合ト雖モ禁治產ヲ取消シタル決定カ不當ナリト認メタルトキハ之ニ  
對シ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立フルコトヲ得此抗告ハ執行停止ノ效力ヲ有ス  
(第六五條第二項民事訴訟法第四六〇條禁二項抗告裁判所カ抗告ヲ理由アリト  
認メ決定ヲ以テ禁治產ノ取消ヲ廢棄シ申請ヲ却下シタルトキハ唯人事訴訟手  
續法第六十六條ノ訴ニ依ルノミ其他禁治產ノ取消決定ハ確定シタルトキ即チ  
即時抗告期間ノ後過又ハ抗告ニ關スル確定裁判ノアリタルコトニ因リ其效力  
ヲ生シ第五二條參照又管轄裁判所第六三條カ之ヲ公告ス第六五條第二項第六  
二條第二項蓋シ禁治產ノ取消ハ唯將來ニ於テ禁治產ノ宣告決定若クハ之ヲ認  
可シタル確定判決ノ效力ヲ除去スルノミニシテ又禁治產者タリシ者ノ利益ノ

爲メニ之ヲ公告スルノ必要アリハナリ(第六九條明治三十一年七月司法省令第  
九號)禁治產ノ宣告ノ取消アリタル場合ニ於テハ該申請ニ關スル手續ノ費用ハ  
禁治產者ノ負擔トス蓋シ此申請ハ禁治產者ノ利益ハ爲メニ爲サレタルモノナ  
レハナリ其他ノ場合ニ於テハ申請人ノ負擔トス是レ民事訴訟法第七十二條人  
準用ニ外ナラス(第六四條訴訟能力申請裁判所職權當事者職權裁判)

(四) 禁治產ノ取消ノ申立却下ノ決定ニ對スル不服ノ訴 禁治產者本人、配偶者  
四親等内ノ親族戸主、後見人、保佐人又ハ檢事ハ禁治產ノ取消ノ申立却下ノ決定  
ニ對シ不服ノ訴ヲ提起スルコトヲ得第六六條第一項是レ人事訴訟手續法第五  
十五條ニ規定シタル訴ノ提起ト同一法理ニ基クリ而シテ該訴ハ唯禁治產ノ取  
消ノ申立カ却下セラレタルコトヲ前提要件ト爲スノミ故ニ特定ノ起訴期間ナ  
ク又禁治產ノ取消ノ申立ノ原因ヲ以テ訴ノ原因ト爲スコトヲ要セス禁治產ノ  
取消ノ申立却下ノ決定ニ對スル不服ノ訴ニ於テ爲スヘキ裁判ハ禁治產ノ宣告  
ノ申立却下ノ決定ニ對スル不服ノ訴ニ於テ爲ス裁判ト同シク過及力ナケレハ  
ナリ又該訴ニ關スル管轄裁判所檢事ノ共助等ニ付テハ人事訴訟手續法第五十

## 第七章 準禁治產ニ關スル手續

六條乃至第六十條、第六十一條第一項及ヒ第六十二條ノ規定ヲ準用ス第六六條  
第一項(裁判ノ公告ニ關シテハ第六十九條明治三十一年七月司法省令第九號)

心神耗弱者、聾者、啞者、盲者及ヒ浪費者等ハ本人、配偶者、四親等内ノ親族、戸主、後見  
人、保佐人又ハ檢事ノ請求ニ因テ準禁治產ノ宣告ヲ受ケ又ハ之ヲ取消サルルコ  
トアリ民法第一一條、第一三條第七條第一〇條而シテ其手續ハ禁治產ニ關スル  
手續ト同シク無能力者民法第一二條タル旨ヲ裁判上表示スルコトヲ目的トス  
ルヲ以テ彼此相類似スルヲ當然トス是ヲ以テ法律ハ詳細ニ規定スルコトヲ避  
ケ準禁治產ニ關スル手續ニ禁治產ニ關スル手續ニ付テノ規定ヲ準用スヘキ旨  
ヲ明示スルニ止メタリ(第六七條然レトモ(1)浪費カ準禁治產ノ原因タル場合ニ  
於テハ其性質上人事訴訟手續法第四十三條第四十七條及ヒ第四十八條ノ適用  
ナキハ當然ニシテ第六七條第二項又準禁治產者ハ禁治產者ト其無能力ノ程度  
ヲ異ニスルヲ以テ人事訴訟手續法第三條第二項乃至第四項ノ規定ハ準禁治產

者ニ適用ナシ(第六七條第二項)。準禁治產ノ取消ヲ申立フルコトヲ得ル者ハ民法第十二條第二項ノ規定ニ依リテ爲シタル宣告ノ取消又ハ變更ヲ申立フルコトヲ得而シテ該取消又ハ變更ハ準禁治產ノ取消ト相類似スルヲ以テ法律ハ準禁治產ノ取消ニ關スル規定ヲ運用シタリ(第六八條)

## 第八章 失踪ニ關スル手續

(一) 失踪ニ關スル手續ノ意義及ヒ手續ノ特質  
失踪ニ關スル手續ハ失踪人宣告及ヒ其取消ニ關スル手續ヲ總稱スルモノタリ失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ民法第三十條ニ規定セル期間満了ノ時ニ死亡シタルモノト看做スベキヲ以テ民法第三一條失踪ノ宣告及ヒ其取消ニ關シテハ不在者並ニ利害關係人ニ豫メ其旨ヲ公示シ其利益ヲ防禦スルノ機會ヲ得セシムルコトヲ要ス故ニ失踪ニ關スル手續ハ民事訴訟法第七編ニ規定シタル公示催告手續ニ相當スルノミナラス後者ハ前者ニモ適用セラル旨ヲ豫期シタルコトハ沿革上獨逸民事訴訟法理

由書ニ依リテ明白ナリ然レトモ民事訴訟法ニ規定ニル公示催告手續ハ通則トシテ種種ノ場合ニ適用セラルヘキモノナルヲ以テ失踪ニ關スル手續ノ爲メニ特別ヲ設タルコトヲ要スルハ當然ナリ(第七〇條而シテ失踪ノ宣告及ヒ其取消ハ人ノ生死ニ關スル重大ノ事項ナガル)以テ法律ハ失踪ニ關スル手續ニ於テ職權訴訟進行主義ヲ認メ裁判所ヲシテ適當ノ調査ヲ爲シシメ又檢事ヲシテ共助ヲ爲シメタリ(第六九條)之處ニ於テ裁判所ノ管轄權及ヒ檢事の管轄權ヲ有スルハ管轄ニ付キ屬地主義ヲ認メタルカ爲メ又審判ノ便宜アルカ爲メナリ但シ日本ニ住所地ナキトキ人事訴訟手續法第一條第二項及ヒ第三項ノ準用ニ依リ管轄裁判所ヲ定ムルモノトス第七一條管轄裁判所ニ附置シアル檢事局ノ檢事ハ公益上事件ニ付キ其助ヲ爲ス(第七四條第四五條第二項)管轄裁判所及ヒ檢事ノ共助利害關係人即ハ不在者ノ死亡ニ因リヲ發生スル權利ヲ有スル者債權者其

他管理人ノ如キ失踪ノ宣告ニ付キ利害關係ヲ有スル各人ハ失踪ノ宣告ヲ申立ヅルコトヲ得(民法第三〇條該申立モ亦一ノ訴訟行為ナルヲ以テ申立人ニ民事訴訟法ニ規定シタル訴訟能力アルコトヲ要シ又該申立ハ之ニ其原因因タル事實及ヒ證據方法ヲ表示シテ書面又ハ口頭ヲ以テ爲スニトヲ得(第七四條第二項第四條第二項第七〇條民事訴訟法第七六五條其他各利害關係人ハ共同ノ申立人トシテ手續ニ加ハシ又ハ申立人ニ代リテ手續ヲ續行スルコトヲ得是レ申立人カ死亡其他ノ原因ニ因リ手續ヲ續行セナル場合ニ更ニ同一手續ヲ再施スルノ不經濟ナル結果ヲ避クルノ目的ニ外ナラス(第七五條檢事ハ失踪ノ宣告ヲ申立フルノ職權ナシ蓋シ檢事ハ失踪ニ關スル手續ニ於テ不在者ノ利益ヲ保護スルカ爲ヌニ干與スルニ止マルヲ以テ佛蘭西民法第一一四條参考不在者ニ對シテ不利益ナル失踪ノ宣告ヲ申立タルコトヲ得セシムルノ必要ナケレハナリ(訴訟能力及ヒ申立失踪ノ宣告ノ手續ニハ申立人ノ相手方ナク又失踪ノ宣告ハ第三者ニ對シテ效力ヲ生スルヲ以テ職權上必要ナル調査ヲ爲シテ裁判所爲スフ正當トス故ニ裁判所ハ失踪ノ宣告ノ申立ニ表示シタル事實及ヒ證據方法ヲ斟

勝シ職權ヲ以テ事情ニ關スル探知及ヒ必要ト認ムル證據調ア爲ス職務ヲ負フ  
第七四條第二項第四六條申立人ハ其申立ヲ自由ニ取下クルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テ他ノ利害關係人ガ人事訴訟手續法第七五條ニ從ヒテ手續ヲ續行スルコトヲ得ルヤ當然ナリ裁判所ハ職權及ヒ申立人ノ權能管轄裁判所カ其調査人結果不當ナリト認メタルトキハ決定ヲ以テ申立ヲ却下スヘキ旨ノ裁判ヲ爲ス決定ノ形式ヲ以テ裁判スルハ申立ニ付クノ裁判カ義務的口頭辯論ヲ前提要件ト爲ナル法意ヨリシテ疑フ容レス第七〇條民事訴訟法第七六四條民事訴訟法第二百四十五條第三項ノ適用ニ依リ送達スヘキハ勿論ナリ又該決定ニ對シテ抗告ヲ爲スニトヲ得ヘシ(民事訴訟法第四五五條之ニ反シテ申立ヲ正當ナリト認メタルトキハ公示催告ヲ爲ス而シテ此公示催告ハ申立ヲ是認シタル裁判ヲ當然包含スルモノナルヲ以テ決定ノ形式ニ於テ申立人ニ言渡フ爲ナシトキハ職權ヲ以テ送達ヲ爲ナルヘガチス(民事訴訟法第二四五條公示催告ニ表示スヘキ事項ハ第一ニ申立人ニ表示ニシテ通常申立人ノ氏名住所身分及職業ヲ表示シタル之ヲ爲ス第二ニ不在者ハ公示催告期日モテニ其生存ノ届出

(民事訴訟法第七六九條及ヒ議期日又ハ其以前ニ爲シタル届出ニ關スル辯論期  
日ト爲ル第72條第70條民訴法第七六五條又公示催告期間ハ六箇月以  
上ナルコトヲ要ス(第七二條第二項是レ民事訴訟法第七百六十七條ニ規定シテ  
ル期間ニテハ短ニ失ニレハナリ公示催告ハ民事訴訟法第七百六十六條ノ規定  
ニ從ヒテ之ヲ公示ス然レモ不在者ノ出生後百年以上ヲ經過シタル場合ニ於  
テハ該公告ハ裁判所ノ揭示板ニ揭示スルアリテ足リ又公示催告期間ヘ其公告  
ノ日ヨリ二箇月以上ナルヲ以テ足レリトス第七三條蓋シ此場合ニ於テハ不在  
者ノ死亡ヲ推測スルヨリ不得レベナリ失踪宣告ノ判決言渡前ニ於テ不在者カ  
又申立人ニ對シ訴ア提起シ受訴裁判所ハ判決ヲ受ケナルトナメス故ニ公示催  
告ノ届出ヲ爲シタルトキハ失踪ノ宣告ヲ受クヘキコトニシテ第三  
寶ナル事情ヲ探知スルノ法意ニ出ツ第4ニ公示催告期間ノ指定ニシテ道ハ届  
出期間ノ終了期ト爲リ民事訴訟法第七六八條<sup>二</sup>看做ス引用除權判決ノ申立

法第七十六條ノ規定アル所以ナ失踪ニ關スル手續ニ於テハ特定ノ相手方ナ  
ク又其宣告ハ第三者ニ對シ效力ヲ及ホヌヲ以テ管轄裁判所ハ失踪ノ宣告ヲ正  
當ト爲ス事實ノ存在ニ付キ證明アルニアラスンハ判決ヲ爲ス証明  
ニテハ不十分ナヨ(民法第三二條、人事訴訟手續法第七四條第四六條失踪ノ宣  
告ニ關スル手續ノ費用ハ失踪ノ宣告アリタル場合ニ於テハ條理上相應財產ノ  
負擔トシ其他ノ場合ニ於テハ申立人ノ負擔トス第七七條民事訴訟法第七二條)  
失踪宣告ノ取消ニ關スル手續ノ費用ニ關シハ民事訴訟法第七十二條以下ノ  
規定ニ依ル(裁判)

又準用シ該區裁判所ノ所在地ヲ管轄スル地方裁判所ノ管轄ニ專屬ナシムルヲ  
正當ト信ス又管轄裁判所ニ附置シテル檢事局ノ檢事ハ公益上事件ニ付キ其助  
ヲ爲ス第七四條、第四五條第二項(管轄裁判所及ヒ檢事ノ共助)失踪宣告ノ取消ヘ  
訴ノ形式ヲ以テ民事訴訟法第七百七十四條第二項第一號乃至第六號ニ規定シ  
タル事項若クハ失踪者ノ生存スルコト又ハ民法第三十條及ヒ第三十一條ニ定  
メタル時ト異ナリタル時ニ死亡シタルコトヲ原因トシテ申立ツルモノニシテ  
(第七八條第七〇條第八〇條民事訴訟法第七七四條前者ノ原因ニ基ク訴ハ利害  
關係人ヨリ(第七八條後者ノ原因ニ基ク訴ハ本人又ハ利害關係人ヨリ(民法第三  
二條)失踪者本人ハ後者ノ原因ニ基ク訴ニ依リ容易ニ其目的ヲ達スルコトヲ得  
バヌ以テ特ニ前者ノ原因ニ基ク訴ヲ提起スルコトヲ得セシムルノ必要ナシ矣  
踪宣告ノ申立人ニ對シ第七〇條民事訴訟法第七七四條第二項申立人ニ對スル  
訴ヲ之ヲ提起ス該申立人カ死亡シタル後ハ檢事ヲ以テ相手方トシ檢事カ當事  
者ト爲リタル後原告カ死亡シタルトキハ民事訴訟手續法第二條第四項及ヒ第  
五項ノ規定ノ準用ニ依リ當事者ヲ定ム(第七八條第二項本條ニ於テ前項ノ訴

「ニ付テハ」ノ明文アルヲ以テ反對推理上第八十條ニ規定シタル訴ニ付テハ失踪  
宣告ノ申立人カ死亡シタル後ハ檢事ヲ以テ相手方ト爲スコトヲ得ナルニ似タ  
リ然レドモ斯ル論結ハ申立人カ死亡シ且ツ其相殺人ナキ場合ニ相手方ナキ結  
果トシテ第八十條ニ規定セル訴ヲ提起スルコトヲ得ナビニ至ルヲ以テ論理解  
釋上前示ノ如ク論結シタリ獨逸民事訴訟法第九百七十四條第二項ニ於テハ申  
立人カ死亡シ若クハ其居所不分明ナムカ又ハ外國ニ在ゲトキハ檢事ニ對シテ  
不服ノ訴ヲ提起スヘキ旨ヲ規定シ前段ノ論結ノ如キ區別ヲ設ケサランシ此等ノ  
申立権利者カ自ラ申立ヲ爲スニハ民事訴訟法ニ規定シタル訴訟能力ヲ有スル  
コトヲ要ス蓋シ失踪ノ宣告ノ取消ハーノ訴訟行為タルヲ以テナリ檢事ハ失踪  
ノ宣告ノ取消ヲ申立ツル職權ヲ有セス蓋シ失踪ノ宣告ノ取消ハ主トシテ失踪  
者及ヒ利害關係人ノ利害ニ關スルニ止マダヲ以テ檢事ヲシテ失踪ノ宣告ノ取  
消ヲ申立テシムルノ必要ナケレバナリ該不服ノ申立ノ訴ノ提起期間ハ民事訴  
訟法第七百七十五條ノ規定ニ依ル(第七〇條但シ失踪者ノ生存スルコト又理由  
下スル場合ニ於テハ此限ニ在ラズ何トナレハ斯ル期間ヲ無視シ依リ實際上生

存セル者ヲ死亡シタル者ト看做シト得ナリ第八〇條但書無能能力及ヒ申立失踪ノ宣告ヲ取消ハ重大ナル事項ナルヲ以テ裁判所ハ職權ヲ以テ遺當ナル調査ヲ爲サナルベカラヌ(第七四條第三項第四六條數箇ノ不服申立ノ訴アルトキハ裁判所ハ之ヲ併合スヘシ是レ辯論及ヒ裁判ヲ同時行爲ス又自的ニ出ツ而シテ併合シタル場合ニテハ民事訴訟法第五十條ノ規定ヲ適用ス是レ當事者間ニ権利關係保ツ合ニニ確定セシメントノ法意ニ外ナラス第七九條本條ノ位置ヨリシテ本條ハ第七十八條ニ規定セル訴立付ヲタム適用アリトシ見解ハ正當ニアラナルヘシ原告ハ其訴ヲ自由ニ取下タルトヲ覺ルヤ否ヲ候テス裁判所ノ職權及ヒ申立人ノ權能管轄裁判所ハ調査ヲ結果失踪ヲ宣告ヲ判決ニ對スル不服申立ノ訴ヲ理由ナシト認定タル時或ニ棄却ヲ判決ヲ准渡後反對申場合ニハ失踪宣告ヲ取消ス旨ノ判決ヲ言渡ス該判決ハ其性質上總テノ人間為メニ又ハ之ニ對シテ效力ヲ有ス而シテ其效力ノ内容ハ民法第三十二條ヲ定ムル所タリ訴訟費用ハ民事訴訟法ノ規定に從ヒテ裁判ス(裁判ヲ准渡セバ其の費用は別途)附言(人事訴訟手續法第八十一條ハ人事訴訟手續法ノ施行期ヲ定メタルキ)

ノニシテ人事訴訟手續法第八十二條ハ新法カ舊法ヲ廢止スル當然ノ法則ヲ明示シタル規定ニシテ又人事訴訟手續法第八十三條ハ人事訴訟手續法施行ノ當時未タ完結セサル人事訴訟事件ニハ新法ヲ適用スヘキ旨ヲ明示シタル規定タリ裁判所ハ廢止セラレタル手續法ニ依リ裁判權ヲ行フコトヲ得ナル以テ新法タル人事訴訟手續法ヲ未完結ノ人事訴訟事件ニ適用スヘキハ當然ナリ

## 人事訴訟手續法 総



# 麻糬民事學研究

## 人事糾紛手冊

外國法五種  
新學生

(三十三年實業部)

### 人事訴訟手續法目次

#### 緒言

第一章 婚姻事件ニ關スル手續	一
第二章 育子緣組事件ニ關スル手續	二四
第三章 親子關係事件ニ關スル手續	二六
第四章 相續人廢除事件ニ關スル手續	三二
第五章 隱居事件ニ關スル手續	三四
第六章 禁治產ニ關スル手續	三六
第七章 準禁治產ニ關スル手續	六七
第八章 失踪ニ關スル手續	六八

### 人事訴訟手續法目次

人事訴訟手續法目次

人事彌縫年譜卷一百一十五

卷一百一十五

大藏主

六八

卷一百一十六

大藏主

六九

卷一百一十七

大藏主

七〇

卷一百一十八

大藏主

七一

卷一百一十九

大藏主

七二

卷一百二十

大藏主

七三

人事彌縫年譜卷一百一十五

人事彌縫年譜卷一百一十五

明治三十五年二月十二日印刷

明治三十五年二月十三日發行

東京市牛込區早稻田南町三十九番地

發行者

松田久次郎

印刷者

小宮山信好

東京市牛込區西ノ久保町十一番地

印刷所

金子活版所

發行所

司法省

和佛法律學校

(電話番町百七十四番)

明治二十二年十二月九日內務省許可

