

## 和仏法律学校講義録

梅, 謙次郎

---

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

1

(号 / Number)

号外の21

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

55

(発行年 / Year)

1902-06-24

和佛法律學校

講義錄

第一卷

號外之貳拾壹

民法原理 (自一五至一五四) 法學博士 梅謙次郎



090  
1900  
1-2-21

欲スルヲ普通ノ人情ト爲スカ故ニ古キモノヨリ辨濟ヲ爲スコトト爲シタルナ  
リ然リ而シテ期限ノ未タ至ラサルモノハ督促セラレルコトナキモ若シ期限ニ  
至レハ必ス督促ヲ受クヘキカ故ニ履行ヲ爲スニハ期限ノ先ツ到來スヘキモノ  
ヲ先ニ履行スルヲ利益ナリトス尙ホ所謂古キ債務ノ意味ニ付テハ二様ニ看ル  
コトヲ得ヘシ外國ノ立法ニテハ「古キ債務」トハ「債權發生ノ時ノ古キモ」ハ之ニ關  
タル例多シ是レ多少理由ナキニアラス蓋シ債權發生ノ時ノ古キモノハ之ニ關  
スル證據等早ク湮滅スルノ虞アリ隨テ古キモノヨリ先ニ履行セント欲スルコ  
トハ普通ノ人情ナリ債務者ニ於テハ成ルヘク證據ノ湮滅スル分ヲ後ニシテ證  
據ノ確實ナルモノヨリ履行セント欲スルハ是レ亦普通ノ人情ナルモ證據ノ湮  
滅スル處アルモノハ債權者ニ於テハ履行ノ督促ヲ嚴ニスヘク履行ノ督促ヲ受  
クルコトヲ欲セサルハ亦人情ノ常ナルカ故ニ結局債務者ハ其分ヨリ先ニ履行  
セントスルハ普通ノ人情ナリトノ理由ニ基クモノナリ然レトモ予ノ信スル所  
ニ據レハ此理由ヨリモ前ニ述ヘタル理由ヲ強力ナリトス何トナレハ縱令債權  
ハ如何ニ古クヨリ發生シタレハトテ未タ期限ノ到來セサルモノヲ督促スル

理ナク又例ハ昨日期限ニ到リタルモノヲ賤ニ督促シテ一年前既ニ期限ノ到  
 來シタルモノハ督促セザルカ如キコトハ種メテ稀ナルヘク又期限ノ至リタル  
 モノヲ長ク履行セザルハ夫レ丈ケ多ク債權者ノ權利ヲ侵害スルコトト爲ルヲ  
 以テ成ルヘク他人ノ權利ヲ害セザルコトヲ希望スルハ債權者ノ真意ト看ルヘ  
 キニ因リ辨濟期ノ先ニ到來セルモノヨリ順次ニ充當スヘキモノトセリ  
 第四ニ數箇ノ債務カ如何ナル點ニ於テモ同一ナルトキハ各債務ノ額ニ應ジテ  
 各債務ノ一部分ヲ履行シタルモノト爲ス例ヘハ金千圓ノ債務三箇アリト假定  
 シ債務者カ金千圓ノミヲ履行シタルトキハ各債務ニ三百三十三圓三十三錢三  
 厘ヲ充當シテ各債務ハ各殘額六百六十六圓六十六錢餘ト爲ルカ如キ是ナリ  
 以上ヲ以テ履行ノ充當ニ關スル法定順序ノ原則ヲ説キ了レリ次ニ右ノ法定順  
 序ノ變更スル例外ノ場合ヲ説明スヘシ  
 履行ノ充當ニ關スル法定順序ハ右ニ説明シタル所ノ如シ尙ホ元本ト利息ト  
 ノ關係ニ付テハ外國ノ立法例頗ル區別タリ我舊民法ノ如キハ此關係ヲ法定順  
 序ノ中ニ加ヘタレトモ新民法ニ於テハ之ヲ加ヘスシテ別ニ第四百九十一條ニ

於テ之カ規定ヲ設ケタリ是レ蓋シ錯雜ヲ避ケント欲スルノ趣意ニ外ナラス尙  
 ホ同條ハ法律上ノ充當ノ場合ニノミ適用セララルモノニアラスシテ債務者カ  
 充當ヲ爲ス場合ニ於テモ亦之ニ從ハザルヘカラス換言スレハ法律ハ一般ニ債  
 務者ノ充當ノ自由ヲ認メタルニ拘ラス此例外規定ヲ設ケタルヲ以テ債務者ハ  
 此規定ニ從ヒテ充當ヲ爲スコトヲ要スルノミナラス法定順序トシテモ亦此規  
 定ニ從ハザルヘカラス蓋シ前ニモ大略説明シタル如ク一定ノ原因ニ由リテ債  
 務ヲ負フ者カ其元本ノ外ニ費用及ヒ利息ヲ支拂フヘキ場合ニ於テハ其債權ハ  
 一箇ナルカ果タ數箇ナルカノ問題ヲ生スヘク之ニ付テハ數説アリト雖モ予ノ  
 信スル所ニ據レハ其債權ハ各別箇ノモノナリ果シテ別箇ノ債權ナリトセハ若  
 シ其全額ニ充タサルモノヲ給付シタルトキハ孰レノ債權ニ充當ヲ爲スヘキカ  
 ノ問題ヲ生スヘシ此問題ニ對シテハ亦既ニ説明シタル所ナルヲ以テ再ヒ詳論  
 セザルヘシ即チ第一ニ費用次ニ利息其次ニ元本ニ充當スヘキモノトス唯數箇  
 ノ債務カ皆費用又ハ利息ノ伴ヘルモノナル場合ニ於テ其費用若クハ利息ノ全  
 額ヲ辨濟スルニ足ラザル給付ヲ爲シタルトキハ如何是レ前ニ説明シタル第四

百八十九條ト牽連セルモノニシテ第四百九十一條第二項ニ規定セリ曰ク  
 第四百八十九條ハ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス  
 例ハ茲ニ二箇ノ債權アリテ各利息及ヒ費用ノ伴フ場合ト假定シ債務者カ若  
 シ其債務ノ全部ヲ履行スルニ足ラサル所ノ給付ヲ爲シタリトセハ先ツ費用ニ  
 充當シ次ニ利息ヲ拂ヒ其餘ヲ以テ元本ニ充當スヘク其元本ヲ充當スルニ付テ  
 ハ即チ第四百八十九條ニ從フヘキモノトス費用又ハ利息ノ全部ヲ辨済スルニ  
 足ラサル給付ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦之ト同シク第四百八十九條ノ順序ニ  
 從ヒ充當ヲ爲スヘキナリ  
 以上ハ元本利息及ヒ費用ノ充當ニ關スル説明ナリ終ニ尙ホ充當ニ關シテ稍ヤ  
 適用ノ稀ナル例アリ即チ第四百九十條ノ場合はナリ例ハハ利息ノ如キモノハ  
 月月又ハ年年ト云フ如ク定期ニ支拂フヲ常トス面シテ此定期ニ支拂フヘキ利  
 息カ數回分延滞セル場合ニ於テ債務者カ僅ニ一回分ノ利息ニ相當スル丈ケノ  
 金錢ヲ給付シタルトキハ何レノ利息ニ充當スヘキカ家賃年賦金又ハ或商品ヲ  
 數回ニ給付スルノ義務ニ付テモ亦同シ是レ通常ノ場合ニ於テハ殆ト論定スル

ノ價值ナキカ如シ何トナレハ同一ノ利息同一ノ年賦金同一ノ借貸同一ノ賣買  
 ニ因ル給付ナルカ故ニ何レノ部分ニ充當ヲ爲スモ利害ノ關係ナキカ如ク見ユ  
 レハナリ然レトモ稀ニハ此等ノ場合ニ關スル規定ヲ設クルノ必要ナシトセス  
 例ハハ特約ニ因リテ重利即チ利息ニ利息ヲ附スル場合ノ如シ其他數回ニ亘リ  
 テ給付スルコトヲ約シタル商品等ニ付キ其各給付ノ不履行ニ對シ特約ヲ以テ  
 各別ニ制裁ヲ附スルコトアリ又約束上ノ利息カ法定ノ利息ト異ナル場合ニ於  
 テハ何レノ利息ニ充當スルカノ問題ヲ生スヘシ是レ第四百九十條ノ必要アル  
 所以ナリ外國ニ於テハ瑞西債務法ニ同一ノ規定アルヲ見ル

### 第八 履行ノ提供

#### 第一 提供ノ條件

「履行ノ提供」トハ如何ナルモノナルカハ學說ノ岐ルル所ナレトモ予ノ信スル所  
 ニ據レハ債務者カ履行ニ必要ナル條件ヲ具備シテ自己ノ行為ニ屬スル事項ヲ  
 十分ニ爲シ盡シタルコトヲ謂フ我民法モ亦斯ル意味ニ於テ規定セルモノト信

ス舊民法並ニ數多ノ外國法ニ於テハ提供ニ關スル規定頗ル多シト雖モ我新民法ノ條文ハ極メテ簡單ナリ第四百九十三條ニ曰ク「債權者ハ其受領ヲ拒ミ又ハ債務ノ履行ニ付キ債權者ノ行為ヲ要スルトキハ辨濟ノ準備ヲ爲シタルハコトヲ通知シテ其受領ヲ催告スルヲ以テ足ル」

例ハ金錢債務ノ場合ニ於テ債務者カ其辨濟ヲ爲スニ十分ナル金錢ヲ携ヘテ債權者ノ住所ニ至リ履行ノ爲メ之ヲ債權者ノ面前ニ並列シタル場合ノ如キ或ハ商品供給ノ義務ニ於テ債務者カ其商品ヲ債權者ノ店頭ニ持參シ債權者ヲシテ直チニ受取ルコトヲ得セシムルニ足ル式ケノ行為ヲ爲シタル場合ノ如キハ皆是レ履行ノ提供ナリ此ノ如ク履行ノ提供ハ原則トシテ現實ニ之ヲ爲サザルヘカラス是レ提供ニ關スル條件ナリトス此原則ニ對シテハ二箇ノ例外アリ第一ノ例外ハ債權者カ豫メ受領ヲ拒ミタルトキニシテ第二ノ例外ハ履行ニ付キ債權者ノ行為ヲ要スルトキ是ナリ第一ノ場合ハ例ヘハ不特定物ヲ目的トセル契約ニ於テ債務者カ債權者ニ向ヒ或品質ノ物ヲ以テ履行ヲ爲サント欲スル旨

ヲ明言シタルニ債權者カ之ヲ承諾セスシテ其受領ヲ拒絶シタル如キ場合ニシテ第二ノ場合ハ例ヘハ債權者カ債務者ノ住所ニ來リテ債務ノ目的物ヲ受領スルコトヲ要スル場合ノ如キ是ナリ此等ノ場合ニ於テハ債務者カ辨濟ノ準備ヲ爲シタル旨ヲ通知シテ其受領ヲ催告スレハ之ニ依リテ履行ノ提供アリタルモノト看做サルモノトス

第二 提供ノ效力

債權者カ前述ノ條件ヲ具備セル所ノ提供ヲ爲シタル場合ニ於テモ債權者カ未タ其履行ヲ受ケタル限リハ之ヲ以テ履行ヲ爲シタルト同一ナリト謂フコトヲ得ス然リト雖モ債務ノ履行ヲ爲スニ當リ其中ノ八九ハ債權者ノ行為ヲ必要トスルモノナリ然ルニ債權者カ爲スヘキ行為ヲ爲サザルカ爲メニ債務者カ債務ノ履行ヲ了ルコト能ハサルニ拘ラズ債務者ヲシテ不履行ヨリ生ズル責任ヲ負擔セシムルコトノ不當ナルコトハ殆ト言フヲ俟タサル所ナリ是ニ於テカ第四百十三條ノ規定ヲ設ケテ履行ノ提供アリタル時ヨリ債權者ニ遲滞ノ責ヲ負ハシメ債務者ヲシテ第四百十五條ニ依ル損害賠償其他債務ノ目的物ノ滅失毀

損ニ關スル危險等一切ノ責任ヲ免レシムルノミナラス債務者カ之ニ因リテ損害ヲ被リタルトキハ債權者ニ對シ其賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ例ヘハ債權者カ債務者ノ店頭ニ來リテ或商品ノ引渡ヲ受クヘキ場合ニ於テ債務者ヨリ履行ノ提供ヲ爲シタルニ拘ラス債權者カ其商品ヲ引取ラサルカ爲メニ債務者ノ商業上ニ妨害ヲ爲シタル場合ノ如キ是ナリ

右ハ民法第四百九十二條ニ規定セル所ナリ同條ニ曰ク

「債權者ハ債務者ノ履行ノ提供ヲ爲シタルニ拘ラス債權者カ其商品ヲ引取ラサルカ爲メニ債務者ノ商業上ニ妨害ヲ爲シタル場合ノ如キ是ナリ

辨濟ハ提供ハ其提供ノ時ヨリ不履行ニ因リテ生スヘキ一切ノ責任ヲ免レシム

以上ヲ以テ履行ノ提供ニ關スル説明ヲ了レリ

### 第九 履行ノ目的物ノ供託

第一 供託ヲ許スヘキ場合 供託ノ效力ニ付テハ後ニ之ヲ詳論スヘシト雖モ今茲ニ其意義ヲ約言スレハ債務者カ履行ヲ爲ス代リニ履行ノ目的物ヲ寄託シテ其實ヲ免ルルヲ謂フ然ラハ此供託ハ如何ナル場合ニ之ヲ許スヘキカ是レ第

四百九十四條ノ規定セル所ナリ同條ニ曰ク

「債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミ又ハ之ヲ受領スルコト不能ハサルトキハ債務者ハ爲メニ辨濟ノ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得辨濟者ハ過失ナクシテ債權者ヲ確知スルコト能ハサルト亦同シ

此規定ニ依レハ辨濟者カ供託ヲ爲スコトヲ得ル場合四アリ

(一) 債權者カ履行ヲ受クルコトヲ拒ム場合 債權者カ履行ヲ受クルコトヲ拒メハ債務者ハ履行ヲ了ルコトヲ得ス履行ヲ了ルコトヲ得テレバ債務者ハ其債務ヲ免ルルコトヲ得ス夫レ債務者ハ其盡スヘキノ途ヲ盡シテ速ニ債務ヲ免レントスルニ當リ不幸ニシテ債權者ノ拒絕ニ遇ヒ爲メニ其債務ヲ免ルルコトヲ得ストモハ此ニ債務者ヲ保護スルノ方法ナカルヘカラス是レ法律カ此場合ニ供託ヲ許シ以テ債務者ヲ保護スル所以ナリ或ハ曰ハン既ニ提供ノ方法アリ復タ何ソ供託ヲ許スノ必要アラシヤト是レ非ナリ提供ノ效力以テ唯債權者ヲシテ運滞ノ責ヲ負ハシムルノミ未タ以テ債務者ヲシテ其債務ヲ免レシムルコト能ハス例ハ特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ニ在リテハ雜令運滞ノ責ヲ免ルル

ト雖モ尙ホ其物ヲ保存スルノ義務ヲ負フカ如キ是ナリ其他債務ヲ免ルルト單ニ債權者ヲ遲滯ニ在ラシムルニ止マザルニ因リテ利害ノ關係スル所尠少ナラス而シテ債權者カ履行ヲ受クルコトヲ拒ミタル場合ニ於テ債務者カ全ク其義務ヲ免レント欲セハ供託ヲ爲スノ外ナキナリ

(二) 債權者カ履行ヲ受クルコト能ハサル場合 債權者ノ誰タルカハ明カナルモ其居所カ不明ナルコトアリ居所ハ分明ナルモ無能力者ニシテ而モ法定代理人ノ欠缺セルコトアリ總テ斯ル場合ニ於テハ有效ニ履行ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ已ムコトヲ得ス供託ヲ爲スコトヲ許ササルヘカラス尙ホ履行スルコト能ハサル場合ノ例ヲ舉タレハ例ヘハ彼ノ終結ヲ待ツニアラスンハ其目的物ヲ債權者ニ引渡スコトヲ得ス此場合ニ於テモ債務者ハ供託ヲ爲シテ其實ヲ免ルルコトヲ得ヘシ之ニ關シテハ訴訟上ノ手續アルモ茲ニ論セス

(三) 債務者ノ過失ナクシテ債權者ノ誰タルコトヲ知ルコト能ハサル場合 例ヘハ債權者カ死亡シ何人カ相続ヲ爲スカヲ知ルコト能ハサル場合ノ如シ例ヲ

以テ言ヘハ相続ノ順位ニ在ル者カ生死不明ナルヲ爲メ其者ノ果シテ相続人タルヘキカ將タ他ノ者カ相続スヘキカ明瞭ナラサルコトアルニシテ又例ヘハ親族其他ノ者ハ相続人ノ誰タルコトヲ知ルモ局外者タル債務者カ之ヲ知ラサルコトアリ又死亡シタル債權者ニ子アルヤ否ヤヲ知ラサルコトアルヘク繼承子アルコトヲ知ルモ其子ハ相続權ヲ有スルヤ否ヤヲ知ラサルコトアルヘシ殊ニ子ナキ場合ニ於テハ父母又ハ親族會ニ於テ相続人ヲ選定セザルヘカラス然ルニ債務者ハ果シテ其選定アリタルヤ否ヤヲ知ラサルコトアリ此等ノ場合ハ要スルニ債務者ノ過失ナクシテ債權者ヲ確知スルコト能ハサル場合ナルヲ以テ供託ニ依リテ其債務ヲ免ルルコトヲ許ササルヘカラサルナリ

以上ノ場合ニ於テハ債權者ハ供託ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス若シ供託前ニ履行ヲ提供ヲ爲シタルトキハ債權者ハ其時ヨリ遲滯ノ責ニ任スルモノトス是レ第四百十三條ニ規定セリ曰ク

債權者カ債務ハ履行ヲ受クルコトヲ拒ミ又ハ之ヲ受クルコト能ハサルトキハ其債權者ハ履行ヲ提供アリタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス



「運滞ノ責ノ何タルカハ前ニ説明シタル所ニ據リテ了解スヘク尙ホ此第四百十三條ニハ第四百九十四條ニ於ケルカ如ク債權者ヲ確知スルコト能ハサル場合ヲ揭クスト雖モ債權者ヲ確知スルコト能ハサル場合ハ即チ債權者カ履行ヲ受クルコト能ハサル場合ナルコト勿論ナルカ故ニ第四百十三條ニハ自ラ此場合ヲ包含セルモノト謂フコトヲ得ヘシ但是レ或ハ法文ノ缺點ナラズカ

(四) 法律ニ明文アル場合 此場合ハ固ヨリ言フヲ埃タスト雖モ講義ノ順序トシテ茲ニ一言セザルコトヲ得ス此場合ハ實ニ枚舉ニ遑アラズ今試ニ二三ノ例ヲ舉クレハ民法第五百七十八條ニハ賣主ハ買主ヲシテ代金ノ供託ヲ爲サシムルコトヲ得ヘキコトヲ規定シ又其第三百六十七條ニ於テ債權置權者ハ其債權ノ辨濟期前ニ質權ノ目的タル債權ノ辨濟期カ到來シタル場合ニ於テハ第三債務者ヲシテ供託ヲ爲サシムルコトヲ得ル旨ヲ規定シ又第三百九十四條第二項ニ規定セル如ク抵當權者ハ先ツ抵當不動産ノ代價ヲ以テ辨濟ヲ受ケ然ル後其不足部分ニ對シテ他ノ財產ニ就キ辨濟ヲ受タルヲ本則トスルト雖モ若シ他ノ財產カ抵當不動産ヨリ前ニ賣却セラレ隨テ抵當不動産ノ代價ニ先テテ他ノ財產

ノ代價ヲ配當スヘキ場合ニ於テハ他ノ各債權者ハ抵當權者ニ配當スヘキ金額ヲ暫ク供託セシメ後日抵當不動産ヲ賣却シタル上ニテ抵當附債權ヲ消滅セシムルニ足ラサル部分ニ對シテ右ノ供託金ヲ以テ抵當權者ニ配當ヲ爲スコトヲ得ルモノトス是レ亦法律上供託ヲ爲スヘキ場合ノ一例タリ

右ハ僅ニ二三ノ例ヲ示シタルニ過キス其他民法以外ノ法律就中商法等ニ多ク其例ヲ見ル所ナレトモ今一一之ヲ述ヘス要スルニ右四箇ノ場合ニ於テハ債務者カ速ニ其債務ヲ免レント欲スルニ付キ正當ノ理由アリ而モ其債務ヲ免レント欲スルモノ之ヲ履行スルコトヲ得ス是ニ於テカ債務者ハ已ムコトヲ得ス供託ヲ爲シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得債權者ハ未ダ履行ヲ受ケザルニ拘ラズ(尤モ普通ノ場合ト法律上特ニ供託ヲ爲スヘキモノト定メタル場合トハ多少其趣ヲ異ニスルモノアルモ)是レ此制度ヲ設ケタル主タル目的寧ロ供託本來ノ性質トシ向ホ一言スヘキハ舊民法ニ於テハ提供ヲ以テ供託ノ豫備行為ト爲シ提供ヲ爲シタル後ニアラサレハ供託ヲ許ササルコトト爲セルモ新法ニ於テハ此主義ヲ取ラス提供ハ唯運滞ノ責任ヲ免ルルノ方法ニシテ供託ハ全然其債務ヲ免ル

ルノ方法ナリ 隨テ二者自ラ其目的ヲ異ニスルカ故ニ提供ヲ以テ供託ノ前提條件ト爲ササルヘカラサルノ理由ナク右ニ列記シタル場合ニ於テハ供託ヲ爲ス前ニ提供ヲ爲シタルト否トニ拘ラス常ニ供託ヲ爲スコトヲ得ヘシ殊ニ債權者ヲ確知スルコト能ハサルトキ若クハ債權者カ履行ヲ受タルコトヲ拒ム場合ノ如キハ提供ヲ爲スコト能ハス又ハ之ヲ爲スモ全ク無益ナルコトアリ故ニ直ニ供託ノ手續ヲ爲シテ可ナリ尙ホ供託ノ結果ハ同時ニ提供ヲ爲シタルト殆ト同一ナリ即チ債務者ハ其供託ヲ爲シタルコトヲ債權者ニ通知スヘキヲ以テ第四百九十三條ニ所謂辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シタルト同一ニ歸著ス

第二 供託ノ條件供託ノ手續 供託ノ條件ハ第四百九十五條ニ之ヲ規定セリ 同條ニ曰ク、

供託ハ、債務履行地ノ供託所ニ之ヲ爲スコトヲ要ス、  
 供託所ニ付キ、法令ニ別段ノ定ナキ場合ニ於テハ、裁判所ハ、辨濟者ノ請求ニ因リ、供託所ハ、指定及ビ、供託物保管者ノ選任ヲ爲スコトヲ要ス、

供託者ハ、運滯ナク、債權者ニ供託ノ通知ヲ爲スコトヲ要ス、  
 供託所即チ供託ノ場所ハ、供託ニ關スル條件ノ一ナリ供託ノ場所ハ物ニ依リテハ、法律ヲ以テ限定セルモノアリ即チ金錢有價證券ノ如キハ供託法第一條ニ於テ金庫ニ保管スルモノトセリ又倉庫營業者カ保管スルノ物品ハ司法大臣ノ指定シタル倉庫營業者ニ寄託セサルヘカラス而シテ其寄託スヘキ場所ハ大抵倉庫ナリトス此事ハ供託法第五條以下ニ規定セル所ナリ

一定ノ供託所ヲ定メス例ヘハ、材木ノ如キハ通常倉庫營業者カ之ヲ保管スルモノニアラサルヘシ果シテ然ラハ之ヲ供託スヘキ場合ヲ生シタルトキハ裁判所ハ辨濟者ノ請求ニ因リ相當ノ供託所ヲ指定セサルヘカラス前例ニ於ケル材木ノ如キハ頗ル供託ニ困難ナルヘキニ由リ場合ニ依リテハ其現在ノ場所ヲ以テ供託所ト指定スルコトヲ得シ此ノ如ク裁判所ニ於テ特ニ供託所ヲ指定スル場合ニハ金庫又ハ倉庫營業者ト云フカ如ク當然責任者ノ定マレルニアラサルカ故ニ裁判所ハ其責任者即チ供託物保管者ヲ定メサルヘカラス此選定モ亦裁

判所ノ自由ナルニ由リ辨濟者ヲ以テ保管者ニ選任スルモ毫モ不可ナルコトナシ即チ一方ニ於テハ辨濟者カ確實ナル人ニシテ一方ニ於テハ材木ノ如キ運搬ニ不便ナル物ニ係ルトキハ現在ノ場所即チ辨濟者所有ノ建物ヲ供託所ト爲シ辨濟者自身ヲシテ之ヲ保管セシムルコトヲ得ヘシ此供託物保管者ニ付テハ或ハ尙ホ詳細ナル規定ヲ要スヘシト雖モ現行法トシテハ其規定甚タ多カラズ非訟事件手續法第八十一條ニ民法第四百九十五條第二項ノ供託所ノ指定及ヒ供託物保管者ノ選任ハ債務履行地ノ區裁判所ノ管轄トス裁判所ノ裁判ヲ爲ス前債權者及ヒ辨濟者ヲ訊問スヘシト規定シ又其第八十二條ニ於テ同法第四十條ノ裁判所ハ何時ニテモ其選任シタル管理人ヲ改任スルコトヲ得トアルヲ準用シ併セテ民法第六百五十八條以下數條ノ規定ヲ準用セリ而シテ民法第六百五十九條ヲ準用セル結果供託物保管者ハ常ニ報酬ヲ受ケサルモノノ如シ此點ハ蓋シ缺點ト謂ハサルヘカラス舊民法ハ財產取得編第二百二十二條以下ニ於テ保管ニ關スル事ヲ規定シ其末條タル第二百二十八條ニ差押物ニ於ケル裁判上ノ保管及ヒ債務者カ辨濟ニ提供シテ債權者ノ受取ルコトヲ拒ミタル金錢若ク

ハ有價物ノ供託ハ特別法ヲ以テ之ヲ規定スト言ヘルハ主トシテ供託法ヲ指スモノナリ故ニ舊民法ニ所謂保管ハ新民法ノ供託ト大體ニ於テ其性質ヲ同シウスルモノニシテ舊民法財產取得編第二百二十四條ニ合意上ト裁判上トヲ問ハズ保管人ハ報酬ヲ受ケルコトヲ得ト言ヘルハ實ニ至當ノ規定ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ裁判所ハ往々ニシテ當事者ト何等ノ縁故ナキ者ニ保管ヲ命スルコトアルヘシ隨テ保管ヲ命セラレタル者コソ實ニ迷惑ヲ感スヘシ然ルニ之ニ對シテ一厘ノ報酬タモ與ヘサルハ實ニ酷ナリト謂フヘシ縱令債務者ヲ指定シテ保管ヲ爲サシムル場合ト雖モ債務者トシテ保管スルノ義務ハ既ニ之ヲ免レタル者ナルカ故ニ此場合ニ於テハ更ニ供託物保管者ノ名義ヲ以テ保管スルモノナリ然ルニ從來ノ目的物ヲ同シク無報酬ニテ保管セサルヘカラスアルモノナルニ於テハ供託ノ實益ハ殆ト之ナキニ至アルヘシ即チ供託ヲ爲シテ而シテ自ラ尙ホ之ヲ保管スルニ將テ裁判所ノ命令ニ依リテ保管スルニ實際上海等ノ異ナル所ヲ見ス故ニ現行法ノ權ニテハ到底不完全タルヲ免セス此事ハ民事訴訟法ト相牽連セルカ故ニ同法ノ改正セララルト同時ニ多少改正セラルヘシ

右ノ主トシテ供託所ノ性質及ヒ供託物ノ保管者ニ關スル説明ナリ次ニ供託所  
 へキ土地即チ如何ナル土地ヲ供託所ニ供託スヘキカ如何ナル土地ニ於テ供託  
 ノ手續ヲ爲スヘキカヲ説明スヘシ此事タル殆ト官フヲ換タサルコトニシテ債  
 務履行地ノ供託所ニ供託スニキモフトス蓋シ債務履行ノ場所ハ管ヲ説明シタ  
 ル如ク契約ニ定ナキトキハ民法ノ規定ニ從フニキモフトス然ルニ履行ニ代  
 へキ供託ハ何レノ地ニ於テ之ヲ爲スモ可ナリトセハ供託ノ目的ニ適合セス即  
 チ履行ニ代ルヘキ供託ト謂フコトヲ得サルヘシ故ニ供託ノ場所ハ必ズ債務履  
 行地タラサルヘカラス面シテ供託法ニ定ムル所ノ供託所即チ金庫若クハ倉庫  
 營業者ハ自ラ定マレリ即チ金庫ハ本金庫ヲ東京ニ置キ支金庫ヲ各地ニ置ケリ  
 故ニ其所在地ニ於テハ金庫ニ供託ヲ爲ストキハ適法ノ供託トシテ法律上ノ效  
 果ヲ生ス司法大臣ノ指定シタル倉庫營業者アル地ニ在リテハ其倉庫營業者ニ  
 供託スレハ適法ナリトス面シテ此倉庫營業者ニ供託スル場合ハ其倉庫營業所  
 ノ所在地ニ限ルヘシ例ヘハ東京ニ營業所ヲ有スル倉庫營業者ヲ指定シタルト

キハ東京ニ於テ供託ヲ爲スヘキ場合ニハ其者ニ供託スヘキカ如何ナル地  
 向ホ裁判所ニ於テ特ニ供託所ヲ指定スル場合ニハ必ズ債務履行地ニ於テ之ヲ  
 選定セザルヘカラス即チ東京カ履行地ナルトキハ東京ノ中ニテ之カ指定ヲ爲  
 スヘク綜合其債務ノ履行地カ品川ニ近キ場合ニ於テモ品川ニ於テ選定スルコ  
 トヲ得ザルナリ  
 供託ノ條件中向ホ一ノ手續アリ他ナシ債權者ニ對シテ供託ノ通知ヲ爲スコト  
 是ナリ此條件ハ成立條件ニアラス換言スレハ通知ニ由リテ供託カ始メテ其效  
 カヲ生スルニアラスシテ通知ハ供託ニ伴フ一條件タルニ外ナラス(第四九五條  
 第三項蓋シ債務者ハ供託ニ因リテ債務ヲ免レ債權者ハ何時ニテモ債務ノ目的  
 物ヲ受領スルコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ供託ヲ爲シタルコト及ヒ其場所ヲ  
 債權者ニ知ラシムルノ必要アリ此事ハ尙ホ後ニ至リテ詳論スヘシ舊民法ハ此  
 通知ニ關スル規定ヲ置カスシテ之ヲ供託法ニ譲リタリ然レトモ此事タル素ト  
 一ノ手續ニ屬スルト雖モ債權者債務者ノ權利義務ニ至大ノ關係アルヲ以テ事  
 民法ニ規定スルヲ穩當トス是レ新民法カ此規定ヲ設ケタル所以ニシテ其他

ノ手續ニ至リテハ總テ之ヲ供託法又ハ非訟事件手續法ニ譲リテ之ニ依リ其部  
 第三 供託ノ效力 供託ノ效力ハ曩ニ一言シタル如ク債務者ノ爲メニ履行  
 ニ等シキ效力ヲ生ス換言スレハ債務者ハ之ニ因リテ不履行ヨリ生ズル一切ノ  
 責任ヲ免ルルノミナラス目的物ノ保管義務ヲモ亦之ヲ免ルルモノナリ故ニ若  
 シ債務ニ保證質抵當等ノ附随セル場合ニ於テハ此等ノ擔保モ亦自ラ消滅スル  
 コト恰モ完全ニ履行ヲ爲シタル場合ト同一ナリ尤モ債權者ヨリ之ヲ觀レハ未  
 タ債務ノ履行ヲ受ケテレトモ債權者ノ權利ハ最早債務者ニ對シテ存在セズ唯  
 新ニ供託所即チ供託物保管者ニ對シテ供託物ノ引渡ヲ請求スルノ權利ヲ有ス  
 ルノミ何トナレハ此供託ハ債權者ノ爲メニ爲シタルモノナレハナリ是レ第四  
 百九十四條ニ辨濟者ハ債權者ノ爲メニ辨濟ノ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免ル  
 ルコトヲ得トアルニ據リテ明カナリ債權者カ供託物ノ引渡ヲ請求スル手續ハ  
 供託法若クハ非訟事件手續法ニ規定スヘキ事項ニ屬シ供託法及ヒ供託物取扱  
 規程ニハ其規定アレトモ非訟事件手續法ニハ何等ノ明文ナキカ故ニ債權者ハ  
 單ニ其債權者タルコトヲ證明スレハ何等ノ手續ヲ要セスシテ直チニ供託物

ヲ受取ルコトヲ得ヘシ予ハ此點ニ付テモ尙ホ詳細ノ規定ヲ設クル必要アリト  
 信ス 債權者ニ對シテハ其債權者ノ爲メニ爲シタルモノナレハナリ是レ第四  
 前ニ述ヘタル如ク供託ハ履行ニ等シキ效力ヲ生ズルモノトセム之ヲ取消ス  
 トヲ得サルコト恰モ債務者カ一旦其債務ヲ履行シタル後ニ於テ其履行ノ取消  
 ヲ爲スコト能ハサルカ如シ蓋シ債務ノ履行ヲ了レハ其債務ハ直チニ消滅シ復  
 タ如何トモスルコト能ハサルモノナリ今假ニ當事者間ノ契約ニ因リテ履行ノ  
 取消ヲ爲シタリトスルモ是レ決シテ履行ノ取消ニアラスシテ當事者間ニ新ナ  
 ル契約ノ成立シ其契約ニ因リテ債權者ヨリ債務者ニ新ナル給付ヲ爲シタルモ  
 ノトモナルヘカラス此契約ニ因リテ當事者間ニハ如何ナル效力ヲモ及ホスコト  
 ヲ得ヘシト雖モ第三者ニ對シテハ履行ノ取消ヲ以テ對抗スルニ得テ得サルヲ  
 今其最モ顯著ナル例ヲ舉ケレハ右ノ債務ニ保證アリシ場合ニ於テ一旦債務  
 ノ履行ヲ了レハ保證人ノ義務ハ全ク消滅シ縱令當事者間ニ於テ履行取消ノ契  
 約ヲ結フモ爲メニ保證債務ハ廢生スルコトナキモトモ質權抵當權ノ設定アリ  
 シ場合ニ於テモ亦同シ此理論ヨリ言ヘハ供託モ亦取消スコトヲ得サルモノ

ト爲テアルヘカラスト信ス蓋シ供託ノ取消ニ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストセム債權者ノ承諾ヲ得テ供託物ヲ取戻ス場合ニ於テ則チ可ナリト雖モ其承諾ナキ場合ニ於テ而モ其效力ヲ債權者ニ及ホスモノトセム債權者ノ實ニ迷惑ヲ感スヘシ然レトモ若シ其取消ノ效力ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトセムハ一タヒ供託ニ因リテ債務者ノ義務ハ消滅ニ其附隨ノ義務タル保證附隨ノ權利タル質抵當等カ消滅シタルヲ以テ其質權又ハ抵當權ノ目的物タリシ物ノ所有權其他ノ物權ヲ取得シタル第三者又ハ第二順位以下ノ擔保權又ハ有セシ第三者ハ爾後完全ナル所有權其他ノ物權ヲ取得シ擔保權ニ付テハ先順位ノ利益ヲ得タリト信セシニ後日ニ至リテ供託カ取消サレ爲メニ擔保權ノ附屬セム所有權其他物權ト爲リ又ハ第二順位以下ニ復スルモノトセム第三者ハ迷惑ヲ感スルコトハシ故ニ一旦供託ニ因リテ債務カ消滅スルノ主義ヲ探リタル以上ハ決シテ斯ル結果ヲ惹起スコトヲ認ムヘキニテ又ス若シ此ノ如ク取消ヲ許シ且其效力ヲ第三者ニ及ホスモノトセムハ法律カ特ニ供託ナル事ヲ認メタル利益ノ字ハ減殺セララルニ至ルヘシ即チ供託ナルモノハ永ク債務關係存續シ隨テ

之ニ附隨セル保證質抵當等カ存續スルコトヲ避ケンカ爲メニ之ヲ許シタルモノナルニ後日ニ至リテ債務者カ其意思ヲ變シテ供託ヲ取消シ債權者ノ知ラサルヲ奇貨トシテ供託物ヲ取戻シ而モ保證質抵當等カ消滅セタルモノトセム債權者カ其債務ノ目的物ヲ銀行其他ノ者ニ寄託スルト異ナルコトヲ專ク供託ハ債權消滅ノ效力ヲ生セサルモノトスルノ愈レルニ如カス之ニ反シテ其取消ノ效果ヲ第三者ニ及ホササルモノトセム別ニ取消ヲ許スノ理由ナキニ至ルニ至ルニ要スルニ供託ヲ以テ履行ト同一ノ效果ヲ生スルモノトシナカラ之カ取消ヲ許スルニ甚タ理論ニ合ハサルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ舊民法其他多數ノ立法例ニ於テ供託ヲ取戻ヲ許ス所以ノモノハ果シテ如何ナル理由ニ基テカ殆ト了解ニ善マサルヲ得ス蓋シ供託ハ本來債務者ノ利益ノ爲メニ履行ニ等シキ效力ヲ生スルモノトセリト雖モ債權者カ未タ之ヲ受取ラサル以上ハ之カ取戻ヲ許スルニ不可ナカルヘシトノ人情論ヨリ來レルモノナリ然レトモ是レ彼レ債權者偏愛主義ヨリ言ヘル其主義ニ副ヒタルモノナルヘシト雖モ既ニ屢述ヘタル如ク文明國ノ法律ハ債權者ヲミテ偏愛スルノ主義ヲ探ルヘキモノニアラス

シテ債權者ニ債務者ト同シク平等ニ保護セサルハカラス況ヤ第三者ヲマ之ヲ要スルニ予ノ見ル所ヲ以テスレハ供託物ハ之ヲ取戻スコトヲ得スト定ムルヲ最モ適當ト信スレトモ外國ニハ殆ト其例ナク法典調査會ニ於テモ予ノ意見ハ採用セラレナリキ但新民法ニ於テ右ノ取戻ニ付キ頗ル制限ヲ加ヘタリ第四百九十六條ニ曰ク

債權者ハ供託ヲ受諾モ、又ハ供託ヲ有效ト宣告シタル判決、確定モ、其間ハ、債務者ハ、供託物ヲ取戻スコトヲ得此場合ニ於テハ、供託ヲ爲サザリシモノト看做ス

前項ノ規定ハ、供託ニ因リテ、質權又ハ抵當權カ消滅シタル場合ニハ、之ヲ適用セ、

是レ瑞西債務法ト殆ト同一ノ規定ニシテ之ニ依リテ甚シキ弊害ヲ矯正セシメシタルモノナリ即チ質權抵當權ノ附著セル債權ニ對シ供託ヲ爲セハ其債權ハ全ク消滅シテ最早供託物ヲ取戻スコトヲ得ス唯質權抵當權ノ附隨セナル場合ニ於テノミ供託物ヲ取戻ヲ許スモノトス然レトモ此規定ニ由リテ供託ヲ取消

コリ生スル弊害ヲ全ク防止シ得ルモノト謂フコトヲ得ス何トナレハ保證人其他ノ第三者ハ供託ノ取消ニ因リテ損害ヲ被ルコトアルヘケレハナリ但之ヲ舊民法等ニ比スレハ一步ヲ進メタルモノト謂ハサルヘカラス

第四 供託シ難キ物件 債務ノ目的物ニハ往往ニシテ事實上供託シ難キ物アリ此ノ如キ物件ハ如何スヘキカ若シ此等ノ物ニ付キ供託ニ等シキ方法ヲ認メストセハ債務者ヲ保護スルノ途ヲ盡シタルモノト謂フコトヲ得ス然リト雖モ法律ハ不能ノ事ヲ命シ又ハ許スコトナシ是ニ於テカ第四百九十七條ノ規定アリ曰ク

辨濟ノ目的物カ供託ニ適セス又ハ其物ニ付キ滅失若クハ毀損ノ虞アルトキハ、辨濟者ハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ就賣シ其代價ヲ供託スルコトヲ得其物ノ保存ニ付キ過分ノ費用ヲ要スルトキ亦同シ

(一) 供託ニ適セザル物 如何ナル物カ供託ニ適セザルカハ事實問題ニ屬スルト雖モ前ニ擧ケタル材木ノ如キハ場合ニ依リテハ此種ノ中ニ入ルコトアルヘ

シ例ハハ人家ノ稀少ナル村落ニ於テ家屋ノ建築ヲ爲サントスルニ當リ其材木ヲ注文シタルモ或事情ノ爲メ債權者カ之ヲ受取ラザルヲ以テ債權者カ供託ヲ爲サントスル場合ニ之ヲ入ルルニ適當ナル建物ノ存セザル場合ノ如シ又農具ノ如キモ其數量ノ夥多ナル場合ニハ多クノ地ニ於テハ供託スルコト能ハサルヘシト信ス又舟ノ如キモ地方ニ依リテハ供託シ難キ物ト看ルヘキ物ナルヘシ要スルニ物ノ容積ノ大ナル物ハ此種ニ屬スルモノナリ

(二) 滅失又ハ毀損ノ虞アル物 例ヘハ動物ノ如キハ動モスレハ逃走ス殊ニ野生ノ動物中猛獸ノ如キハ頗ル堅固ナル檻等ニ入レ置クニアラサレハ夜間ニ逸シ去ル如キコトアリテ滅失ノ虞アリト謂フヘシ又動物モ毀損稍ヤ不適當ノ餌ナルモノ虞アルモノアリ即チ飼養ノ困難ナル場合ノ如シ植物ノ如キモ亦其培養ノ方法ヲ誤レハ凋衰ヲ免レス殊ニ盆栽ノ如キハ少シク放置セハ乍チ其價ヲ減ス是レ亦毀損ニ外ナラス其他魚肉鳥獸肉ノ如キハ腐敗シ易ク野菜ノ如キハ甚タ枯レ易ク又ハ長ク時ヘ置ケハ腐敗スルコトヲ免レス其他菓子ノ如キハ頗ル上等ノ品ニアラサレハ長ク保存スルコトヲ得ス又水ノ如キハ最も滅失ノ

虞アルモノナリ

(三) 保存ニ付キ過分ノ費用ヲ要スル物 過分ノ費用ヲ投スルニアラサレハ保存スルコトヲ得サルモノアリ例ヘハ動物ノ如キモ逃走ヲ防キ衰弱死亡ヲ避ケ得サルニアラストスルモ之ヲ飼養スルニ多額ノ費用ヲ要シ動物自體ノ價格ニ比シテ甚タ權衡ヲ得サルコトアリ又糠、灰、石炭ノ燒殻等ノ如キ廉價ナル物ハ保存スルニ容易ナリト雖モ容積大ナルニ由リ多額ノ倉敷ヲ要スルモノナリ即チ此等ノ場合ニ於テハ物ノ價ニ比シテ過分ノ費用ヲ要スルヲ以テ亦供託シ難キモノト謂ハサルヘカラス

右三種ノ物ハ絕對ニ供託スルコト能ハサルニハアラスト雖モ供託シ難キ物ナリ然ルニ若シ此等ノ物ヲ引渡スヘキ債權者カ之ヲ供託スルニアラズシハ其債務ヲ免ルルコトヲ得ストセハ供託シ難キ物ナルニ拘ラス供託ヲ命スルコトト爲リ甚タ實際ニ適セザルノ結果ヲ見ルニ至ルヘシ是ニ於テカ多少干渉ニ過タルカ如シト雖モ法律ハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ競賣シ其代價ヲ供託シテ以テ債務ヲ免ルルコトヲ許セリ是レ多數ノ場合ニ於テハ債權者ニ取リテモ利益ナ



リトス何トナレハ債務者ハ一タヒ提供ヲ爲セハ其後ハ普通人ノ爲スヘキ程度ノ注意ヲ以テ保存スルノ義務アルノミナレハナリ例ヘハ極クテ飼養ニ困難ナル鳥類カ債務ノ目的物タル場合ニ於テ一旦提供ヲ爲シタル後ハ之カ飼養ニ付キ通常人ノ爲スヘキ注意ヲタニ爲セハ縱令其鳥カ死亡又ハ衰弱スルモ債務者ハ毫モ其責任ナク其損失ハ債權者ニ歸スヘキノミ又鮮魚ノ如キハ如何ニ注意シテ保存スルモ一定ノ時日ヲ經過スレハ腐敗シテ用ニ堪ヘサルモノナルニ債務者ハ隨意ニ之ヲ變シテ佃養等ト爲スコトヲ得ス隨テ看其腐敗ヲ待タサルヘカラサルニ至ルヘシ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ速ニ之ヲ賣却シ其代金ヲ供託セシムルコトトスルハ債權者ノ爲メニモ利益ナリト謂ハサルヘカラス而シテ斯ル處置ヲ爲スコトヲ得ル物ノ中ニハ或特定ノ物ニアラサレハ債權ノ本旨ニ適セスト云フ如キ物ハ甚タ稀ナリトス是ニ於テカ此便宜ノ規定ハ獨逸民法第百四十四條西債務法ノ既ニ執レル所ニシテ我新民法ノ採用シタル所ナリ尙ホ之ニ類似ノ規定ハ商法等ニ於テモ屢々之ヲ見ル

第五 反對給付アルトキ 此場合ハ債務者カ債務ヲ履行スルニ當リテ債權者

モ亦或給付ヲ爲ササルヘカラサル場合ナリ是レ雙務契約ニ於テ多ク見ル所ナリ例ヘハ買賣契約ニ於テ賣主カ賣買ノ目的物ヲ供託セハ多ク場合ニハ買主ハ之カ代價ヲ支拂ハサルヘカラス之ト同シク買主カ代價ヲ供託セハ賣主ハ之カ目的物ヲ引渡ササルヘカラス又請負契約ニ於テ請負人カ請負ノ目的物ヲ供託セハ注文者ハ其報酬ヲ支拂フヘク注文者カ報酬ヲ供託セハ請負人ハ其目的物ヲ引渡ササルヘカラス此等ノ場合ニ於テ若シ同時ニ履行スヘキノトセハ一方カ債務ノ目的物ノ提供ヲ爲シタルニ他ノ一方カ之ヲ受取ラサルトキハ已ムコトヲ得ス供託ヲ爲ササルヘカラス此場合ニ於テハ相手方ハ反對ノ給付ヲ爲スニアラサレハ此供託物ヲ受取ルコトヲ得ス是レ當然ノ事ニシテ獨逸民法ノ如キハ之カ明文ヲ置ケルニ我舊民法ニハ其規定ナカリシハ寧ろ怪シマサルコトヲ得ス新民法第四百九十八條ニ曰ク

債權者カ債權者ノ給付ニ對シテ辨濟ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ債權者ハ其給付ヲ爲スニ非サレハ供託物ヲ受取ルコトヲ得ス

而シテ其手續ニ付テハ供託法ニ規定スルモノノ外法律ニ何等ノ規定ナシ是レ

或ハ法律ノ缺點ナラント信ス但反對給付ヲ爲シタル事實アレハ則チ足レリト  
 ス之ニ關スル供託法第十條ノ規定ニ曰ク供託物ヲ受取ルヘキ者カ反對給付ヲ  
 爲スヘキ場合ニ於テハ供託所ニ其給付ヲ爲シ又ハ供託者ノ書面若クハ裁判ニ  
 依リ其給付アリタルコトヲ證明スルニ非サレハ供託物ヲ受取ルコトヲ得ス  
 而シテ其細目ハ省令ヲ以テ之ヲ定メタリ  
 以上ヲ以テ供託ニ關スル事項ノ説明ヲ了レリ次ニ債權ノ效力ノ第二款トシテ  
 損害賠償ノ事ヲ説明スヘシ

### 第二款 賠償

賠償ニ關シテハ四箇ノ問題ヲ決セサルヘカラス第一賠償ハ如何ナル場合ニ之  
 ヲ爲スヘキカ第二賠償ノ範圍第三賠償ノ方法第四賠償ノ效力是ナリ  
 第一 賠償ヲ爲スヘキ場合  
 如何ナル場合ニ於テ賠償ヲ爲スヘキカニ付テハ第四百十五條ニ「債務者カ其債  
 務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スル

コトヲ得債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リ  
 タルトキ亦同シ」トアリ前款ニ於テ説明シタル如ク我民法ニ於テハ總テ債務ハ  
 原則トシテ其強制履行ヲ求ムルコトヲ得ルモノトセリ故ニ債務者カ任意ニ履  
 行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ直チニ強制履行ヲ請求シ依テ以テ其權利ヲ全ウ  
 スルコトヲ得ヘク敢テ損害ヲ受クルコトナキニ似タリト雖モ常ニ必スシモ然  
 リト謂フコトヲ得ス或ハ債務ノ性質カ強制履行ヲ許ササルコトアリ債務者ノ  
 任意ノ行為ヲ必要トスル場合ニ於テ殊ニ然ルヲ見ルナリ此ノ如キ場合ニ於テ  
 ハ債務者カ履行ヲ爲スコトヲ肯セサルトキハ債權者ハ如何ナル權利ヲ有スル  
 カ畢竟不履行ニ因リテ生スル損害ヲ賠償セシムルノ一法アルノミ又強制履行  
 ヲ許ス場合ニ於テモ債務ノ性質ニ由リ一定ノ時期ヲ經過スルトキハ其目的ヲ  
 達スルコトヲ得サル場合アリ此ノ如キ場合ニ於テハ時期ヲ過キテ後其履行ヲ  
 請求スルモ殆ト何等ノ益アルコトナシ故ニ已ムヲ得ス損害ノ賠償ヲ請求スル  
 ノ外ナキナリ又或ハ普通ノ債務ニ在リテモ其本旨ニ從ハサル履行ハ完全ナル  
 履行ナリト謂フコトヲ得ヌ即チ廣義ニ於ケル不履行ナルカ故ニ債權者ハ此ヲ

如キ履行ヲ受タルコトヲ要セス隨テ寧ロ其履行ヲ受ケスレテ損害ノ賠償ヲ求ムルコトアリ或ハ又時期ヲ過キテ後其履行ヲ爲スモ債務者ハ其義務ヲ十分ニ盡シタルモノト謂フコトヲ得ス即チ是レ亦廣義ニ於ケル不履行ナルカ故ニ債權者ハ其運延ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ上述ノ如ク債權者ハ總テ不履行ノ場合ニ若シ之ニ因リテ損害ヲ受タルトキハ債務者ヲシテ之ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ是レ即チ此ニ論セントスル賠償ノ問題ナリトス

賠償ハ債務ノ不履行ニ因ルモノノ外不法行為ニ因ルモノアリ然レトモ是レ稍ヤ其趣ヲ異ニシ法律ノ規定モ亦全ク同シカラス蓋シ賠償ノ理論上ノ性質ニ於テハ彼此異ナルナク債務ヲ負フ者カ其債務ヲ履行セサルモ亦廣義ニ於ケル不法行為ナリトスルハ敢テ當ラサルニアラス隨テ賠償ハ常ニ不法行為ニ基クモノナリト謂フコトヲ得ヘシト雖モ我民法ニ「不法行為ト稱スルハ債務ノ不履行ノ場合ノ如ク一旦他ノ原因ニ由リテ生シタル債務ヲ履行セサルニ因リ債權者ノ權利ヲ害シ因リテ以テ損害ヲ生セシムル場合ヲ謂フニアラスシテ他ノ原因

ニ由ル義務ナキ場合ニ或行為ニ因リ新ニ義務ヲ生スルヲ謂フナリ故ニ二者ノ間固ヨリ其區別アルモノニシテ不法行為ニ因ル賠償ノ問題ハ不法行為ノ章ニ屬シ茲ニ論スルノ限ニ在ラス債務ノ不履行ノ場合ニ於テ債務カ全ク消滅シ然ル後賠償ノ義務ヲ生スルコトアリ例ヘハ債務カ契約ヨリ生シタル場合ニ於テ其契約カ不履行ノ爲メニ解除セララルトキハ解除ニ由リテ債務ハ消滅スルモ素ト不履行ノ爲メニ解除ヲ爲スノ已ムヲ得サルニ至リシモノナルヲ以テ之カ爲メニ損害ヲ生スルトキハ不履行者ハ之カ賠償ノ責ニ任セサルヘカラス(第五四五條第三項)而シテ此事タル契約ノ章ニ於テ研究スヘキ問題ナリト雖モ此場合モ亦彼ノ不法行為ニ因ル賠償ニアラスシテ債務ノ不履行ニ因ル賠償ナルカ故ニ下ニ説明スル所ハ此場合ニモ適用セララルモノナリ尙ホ英法等ニ在リテハ此他一般ノ不履行ノ場合ニ於テモ損害ノ賠償ヲ求ムル權利ト債務ノ履行ヲ求ムル權利トハ別箇ノ權利ナリトシ例ヘハ債務者カ或仕事ヲ爲ス義務ヲ負ヘル場合ニ其仕事ヲ求ムル權利ト仕事ヲ爲ササルニ因リテ生スル損害ノ賠償ヲ求ムル權利トハ全ク異ナル權利ニシテ仕事ヲ爲ス債務ハ一旦消滅シ之ニ代リ

ヲ要價ノ權利ヲ生スルモノトスルノ主義ヲ取レリ蓋シ立論ノ方法如何ハ深ク之ヲ問フノ必要ナキモ予ハ全然此ノ如キ主義ヲ採ラス又我民法ニ於テ起車委員會ニ於テハ頗ル議論アリシカ結局此ノ如キ主義ヲ採ラサルコトトセリ即チ予ノ信スル所ニ據レハ右ノ場合ニハ其仕事ヲ爲ス義務ハ消滅スルコトナク依然トシテ存スルモ債務者カ其義務ヲ完全ニ履行セサルカ爲メ相手方タル債權者ノ權利ヲ害シ損害ヲ生セシメタルヲ以テ之ヲ賠償セシムルノミ散ラ仕事ノ義務カ消滅シテ更ニ賠償ノ義務ヲ生スルニハアラサルナリ又其義務履行ノ要スルニ我民法ニ於テハ債務者カ全ク債務ヲ履行セサルトキハ勿論縱令履行ヲ爲スモ其履行カ時期ニ後レ又ハ其給付ヲ約束ノ場所ニ於テセス其他不完全ナル履行ヲ爲シタル場合ニ於テハ常ニ損害賠償ノ責任ヲ生スルモノニシテ前掲第四百十五條ニ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキトアルハ此等ノ場合ヲ總テ包含スルノ法意ナリ又同條ニ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキトアルニ付テハ少シク説明ヲ要ス例ヘハ債務者カ過失ニ因リテ物ヲ毀滅シタル場合ノ如キ是ナリ即チ特定物ノ

引渡ヲ爲スヘキ場合ニ在リテハ債務者ハ其引渡ヲ爲スマテ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保存セサルヘカラス然ルニ自己又ハ雇人ノ不注意ニ因リ其物カ毀滅シタルトキハ所謂債務者ノ責ニ歸スヘキ事由アルモノニシテ殊ニ債務者ノ故意ノ場合ニハ有形ノ事由ニ因ルモノト無形ノ事由ニ因ルモノトアリ例ヘハ其物ヲ毀壞滅盡スルカ如キハ有形ノ事由ニシテ動産ヲ第三者ニ賣却シ之カ引渡ヲ爲スカ如キハ無形ノ事由ナリ之ニ反シ物カ天災ニ因リテ滅失シタル場合ハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニアラス即チ債務者ハ十分ノ注意ヲ爲シタルモ類焼ニ因リテ其物カ燒失シ若クハ強盜ニ遭ヒテ其物ヲ奪取セラレタル場合ノ如シ類焼ニ罹ルハ債務者ノ過失ニアラス而シテ僅ニ身ヲ以テ免レタル場合ノ如キハ其物ヲ願ルノ邊アルヘカラス強盜ノ場合モ亦之ニ異ナラス然レトモ類焼ノ場合ニ於テ自己ノ物ノミヲ救ヒ債務ノ目的物ヲ燒失セシメタルトキハ是レ大抵善良ナル管理者ノ注意ヲ爲シタルモノニアラサルヲ以テ固ヨリ債務者ニ責任アルモノナリ尙ホ或場合ニ於テハ縱令其物ノ滅失カ天災ニ因ルモ原則トシテ債務者ニ責任アルコトアリ例ヘハ債務者カ履行ヲ怠レル間ニ其

物カ天災ニ因リテ滅失シタル場合ノ如シ蓋シ此場合ニ於テハ其履行ヲ怠リシ爲メ其滅失ヲ見ルニ至リシモノナレハナリ然レトモ此場合ニ於テハ常ニ必スシモ責任アリト謂フコトヲ得ス即チ其物カ債權者ノ手ニ在ルモ尙ホ滅失ヲ免レサルトキ例ヘハ債權者カ債務者ト軒ヲ並ヘテ住居シ債權者モ債務者モ其ニ類焼ニ罹リタル場合ノ如シ但此場合ニ於テモ債權者カ之ヲ受取リタルトキハ直チニ第三者ニ引渡スヘカリシトキハ縱令其物カ滅失スルモ第三者ノ損失ニ歸シ債權者ノ爲メニ損害ヲ生セサルヲ以テ債務者ハ其責ニ任セサルヘカラス以上ハ物ノ給付殊ニ特定物ノ引渡ニ付テ多ク其例ヲ見ル所ナリト雖モ稀ニハ作爲ノ義務ニ付テモ其適用ヲ見ルコトアリ例ヘハ債務者カ病ニ罹リ又ハ負傷シタル爲メ約束ノ仕事ヲ爲スコトヲ得サルニ至リシ場合ノ如キハ畢竟天災ナルカ故ニ債務者ニ責ナキヲ通常トスルモ若シ債務ノ履行ヲ怠レル間ニ病ヲ起シ又ハ負傷シタルトキハ其履行ヲ怠リシ爲メ疾病又ハ負傷ニ遭遇シ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リシモノナルヲ以テ債務者ハ其實ヲ負ハサルヘカラス他ハ類推シテ之ヲ知ルヘシ

前述ノ如ク賠償ノ責任ハ其事項自體ニ於テ既ニ複雑ナルヲ以テ之カ舉證ノ責任ニ付テモ亦困難ナル問題ヲ生ス即チ其過失ノ有無ヲ證明スル責任カ債務者ニ在ルカ將タ債權者ニ在ルカハ頗ル困難ナル問題ニシテ而モ之ヲ定ムルコトハ實際ニ於テ最モ必要トスル所ナリ而シテ此點ニ付テハ學說區區ニ岐ルルカ如シト雖モ予ノ信スル所ニ依レハ其責任ハ原則トシテ債務者ニ在ルモノナリ何トナレハ債務者ハ其債務ヲ履行スヘキ地位ニ在ルニ拘ラス其履行ヲ免レント主張スルモノナルカ故ニ其履行ヲ爲スコトヲ要セサル原因ヲ證明スヘキハ當然ナレハナリ即チ天災ニ因リテ履行不能ニ至リタルトキハ其天災ヲ證明セサルヘカラス加之履行ヲ怠レル爲メ天災ニ因リテ履行不能ト爲リシ場合ニ於テハ管ニ天災ヲ證明スルヲ以テ足レリトセス更ニ其物カ縱令債權者ノ手ニ在ルモ天災ヲ免レナリシコトヲ證明セサルヘカラス然レトモ債權者カ之ヲ受取リタルトキハ第三者ニ引渡シ以テ其損失ヲ免レタラント主張スル場合ニ於テハ其特別ノ事情ハ債權者ニ於テ之ヲ證明セサルヘカラス而シテ此事タル畢竟證據ノ問題ニシテ事實上ノ問題ナルカ故ニ民法ハ特ニ規定ヲ設ケスト雖モ尙

モ反對ノ明文ナキ限リ此ノ如ク決セザルハカラ夫ニ賠償モ違フテ直チニ  
 尙ホ賠償ノ責任ニ付キ或學說ニ依レハ債務者ハ債務ノ不履行ニ因リテ直チニ  
 賠償ノ責ヲ負フモノニアラス其不履行ニ付キ過失アル場合ニ於テ始メテ其責  
 任ヲ生スルモノナリトセリ例ヘハ金錢債務ニ付キ本年三月一日ヲ期限ト定メ  
 タル場合ニ於テ其期日又ハ期日ノ前日ニ至リ債務者カ重症ニ罹リ人事不省ト  
 爲リシ爲メ其履行ヲ爲サザリシトセンニ債務者ニ毫モ尤ムヘキ過失ナキヲ以  
 テ賠償ノ責ニ任スルコトヲ要セスト云フニ在リ然レトモ予ハ此說ヲ取ラス此  
 場合ニ於テモ尙ホ債務者ニ賠償ノ責アリト信ス何トナレハ不幸ハ何人モ遭遇  
 スルコトアルモノニシテ是レ固ヨリ之ニ遭遇シタル人ノ不幸ナルカ故ニ其不  
 幸ヲ故ナク他人ニ嫁スルコトヲ得ス而シテ債務者ハ一定ノ時期ニ一定ノ事ヲ  
 爲スヘキ義務ヲ負フモノニシテ債權者ハ之ヲ爲サシムルヲ權利ヲ有ス然ルニ  
 偶債務者カ疾病ニ罹リ之ヲ果サザル爲メ債權者カ損害ヲ被リタルニ拘ラス債  
 務者カ之ヲ賠償スルコトヲ要セストセハ是レ自己ノ不幸ヲ他人ニ嫁スルモノ  
 ニシテ法律上認ムヘキコトニアラス蓋シ此場合ニ於テハ其債務ハ敢テ履行ノ

不能ナルニアラスシテ唯不幸ノ爲メ之ヲ果サザリシニ過キス其不履行タルニ  
 於テハ一ナレハナリ故ニ普通ノ場合ニ於テハ不履行ノ責ハ債務者ノ過失ニ出  
 ツルモノナリト雖モ常ニ過失カ賠償ノ要件ナリト云フハ其當ヲ得ス唯履行不  
 能ノ場合ニハ其不能カ天災ニ出ラタルトキハ法律ハ不能ヲ責ムルコトヲ得サ  
 ルカ故ニ債權ハ消滅ニ歸シ債務者ハ不履行ニ因ル賠償ノ責ヲ負ハサルナリ  
 右ハ債務者カ賠償ヲ爲ス場合ニ關セリト雖モ債權者モ亦時トシテ賠償ノ責ニ  
 任スルコトアリ即チ債權者カ遲滞ニ付セラルル場合ニシテ管テ説明シタル如  
 ク債務者カ債權ノ本旨ニ從ヒテ履行ヲ爲サントスルニ當リ債權者カ之ヲ受ク  
 ルコトヲ拒ミ又ハ之ヲ受クルコトヲ得サルトキハ債權者ハ遲滞ニ付セラルル  
 モノトス而シテ其遲滞ノ責タルハ畢竟之ニ因リテ債務者ニ生セシメタル損害  
 ヲ賠償スルニ在リ是レ恰モ債務者カ不履行ニ因リテ債權者ニ被ラシメタル損  
 害ヲ賠償スルト同一ニシテ法律ハ債權者ニ履行ヲ受タル義務アルモノト認ム  
 ルカ故ニ此點ヨリ觀察スレハ債權者ハ却テ債務者ノ地位ニ在ルモノナリ隨テ  
 其債務ヲ履行セザルニ因リ相手方ニ損害ヲ生セシメタルトキハ之ヲ賠償スヘ

キコト固ヨリ理ノ當然ナリ而シテ履行ヲ受クルノ義務ハ財産上ノ義務ナルコト言フヲ疑タサルカ故ニ一種ノ債務ニシテ等シク第四百十五條ノ適用ヲ受タヘキモノト信ス唯同條ノ規定ハ一見此ノ如キ場合ニモ適用セララルヤ否ヤニ付キ不明ナルコトヲ免レサルヲ以テ疑ヲ挾ム者ナキヲ保セスト雖モ其精神ハ右ノ如クナルコト争フヘカラス而シテ債權者カ履行ヲ受クルコト能ハサル場合ニ於テモ債務者ノ不履行ニ付テ述ヘタル如ク自己ノ不幸ヲ他人ニ嫁スルコトヲ得サルヲ以テ債權者ハ常ニ其實ニ任セサルヘカラス殊ニ債權者ニ付テハ其履行ヲ受クルニ付キ絶對不能ノ場合アルコトナキヲ以テ全然例外ヲ見ルコトナキナリ例ヘハ債務者カ履行ヲ爲サントスルニ當リ債權者不在ノ爲メ若クハ事實上債權者ノ何人ナルカヲ知ルコトヲ得サル爲メ債權者カ履行ヲ受クルコト能ハサル場合ニ於テモ之カ爲メニ債務者ニ損害ヲ生シタルトキハ賠償ノ責ヲ免ルルコトヲ得ス又其目的物ノ容積巨大ニシテ債權者カ直チニ受取ルコト能ハサル爲メ債務者ノ店舗又ハ倉庫ヲ塞キタル場合モ亦同一ナリ此ノ如キノ事例ハ知ヲ推シテ之ヲ想像スルニ難カラス

第二 賠償ノ範圍

賠償ノ範圍ハ要スルニ債務ノ不履行ニ因リテ生シタル損害ヲ償フニ在リ故ニ不履行ト損害トノ間ニ原因結果ノ關係アル以上ハ其損害ノ全部ヲ賠償スヘキヲ原則トシ唯原因結果ノ關係ヲ證明スルコト能ハサルトキハ賠償ヲ求ムルコトヲ得サルノミ例ヘハ債務者ヨリ債權者ニ給付スヘキ物カ債權者ノ營業ニ必要ニシテ債權者カ其物ヲ期日ニ受取リタルトキハ一定ノ利益ヲ得ルコト明カナル場合ニ債務者カ履行ヲ爲ササル爲メ損害ヲ受ケタリトセンニ其損害ト不履行トハ原因結果ノ關係アルコト疑ヲ容レスト雖モ之ニ反シ債權者カ重症ニ罹レル場合ニ於テ債務者カ其債務ヲ履行セザリシ爲メ大ニ心痛ヲ爲シ病勢頓ニ昂進シテ遂ニ死去シタル場合ノ如キハ之ヲ以テ直チニ原因結果ノ關係アリト謂フコトヲ得ス債務ノ不履行ノ外他ノ事情ノ加ハリタルモノナリ然ルニ此等ノ場合ニ關シ世ノ學者ハ動モスレバ間接ノ損害ハ賠償ヲ爲スコトヲ要セス直接ノ損害ノミヲ賠償スレハ足レリトスルモ是レ太タ誤レリ例ヘハ債權者カ債務ノ履行ヲ受クルトキハ之ヲ第三者ニ引渡スヘキニ債務者カ履行ヲ爲サ

ル爲メ第三者ニ對シテ違約ヲ爲シ違約金ヲ拂ヒタリトセンニ其損害ハ全ク間接ノ損害ナリト雖モ畢竟債務者ノ不履行ニ因リテ生シタル損害ナルカ故ニ債務者ハ之ヲ賠償スルヲ當然トス之ヲ要スルニ苟モ原因結果ノ關係アル以上ハ總テノ損害ヲ賠償スヘク其直接ノ損害ナルト間接ノ損害ナルトヲ問フヘキニ非ス而シテ予ハ此原則ヲ絕對ニ適用シテ毫モ妨ナク斷シテ例外ヲ認ムルハ要ナシト信ス現ニ民法ニ於テモ不法行為ニ付テハ此原則ヲ絕對ニ採用セリ即チ第七百九條ニ故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス下アリ然ルニ債務者ノ不履行ノ制裁トシテ法律ノ認ムル賠償ニハ例外ヲ認メ第四百十六條ニ損害賠償ハ請求ハ債務者ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ以テ其目的トス特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ト雖モ當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ債權者ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得下アリ蓋シ此規定ノ理由トスル所ハ債務者カ債權ヲ負擔スルニ當リテハ其目的ノミニ著眼シ他ノ事情ヲ想像セサルヲ常トスルカ故ニ其不履行ニ因リ債權者カ被ルヘキ損害ヲ豫

想セス隨テ不履行ニ因リテ當然生スヘキ損害即チ通常生スヘキ損害ヲ賠償セシムルハ至當ナルモ特別ノ事情ニ因リテ生スル損害ハ特ニ之ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシ場合ノ外之ヲ賠償セシムルハ債務者ニ對シテ酷大ニト云フニ在リ然レトモ是レ固ヨリ豫見ナリ何トナレハ此原則ハ債務者カ法律行為ヨリ生シタル場合ニアラザレバ適用スルコトヲ得ス法律行為以外ノ原因ニ由リテ生スル債務ニ付テハ當事者カ其範圍ヲ豫見スルコトヲ得ヘキニアラザルヲ以テ其適用アルコトナシ是レ賠償ノ原則トシテ既ニ其當ヲ得ザル所ナリ況ニ法律行為ニ在リテモ法律上債務者ハ初ヨリ不履行ヲ豫期シテ其債務ヲ負ヒタルモノナリト看ルコトヲ得ス實際ニ於テハ債務者ハ初ヨリ之ヲ履行セザルノ意思ナルコト稀ナリトセザルモ法律ハ常ニ履行ノ意思ヲ以テ債務ヲ負ヒタルモノト看サルヘカラス故ニ法律カ當事者ニ於テ不履行ノ場合ヲ豫見シタルモノトシテ規定ヲ設クルハ太タ謂レナク殊ニ豫見セザルカ爲メニ賠償ヲ責ルモノトシテ規定ヲ設クルハ結局良民ハ常ニ不慮ノ損失ヲ被リ惡人ハ却テ保護ヲ受タルニ至ル換言スレバ其損害ハ何人カノ負擔ニ歸スルモノナリ隨テ債務者ニ賠



債ノ責ナシトセハ不法行為者タル不履行者ハ之ヲ負擔セシメテ毫モ過失ナキ債權者ニ負擔セシムルニ至ル此ノ如キノ法律ハ實ニ過失ナキ者ニ酷ニシテ過失アル者ヲ憫ム不當ノ法律ナリトス蓋シ歐洲ニ於テハ債務者偏愛ノ弊風ヲ存シ右ノ主義モ亦其遺物ナリト雖モ若シ貧困者ヲ保護スルノ必要アリトセハ他ノ法令ヲ以テ適當ノ規定ヲ爲セハ可ナリ私權ヲ保護スル民法ニ於テ此ノ如キ規定ヲ設クヘキニアラス加之此主義ハ實ニ經濟ノ理ヲ知ラサル認見ヨリ出タルモノニシテ債務者ヲ保護セントスル規定ハ却テ債務者ノ不利ヲ招キ其目的ヲ達スルコトヲ得タルナリ即チ此ノ如キ規定ノ存スル結果債權者ハ債務者ニ對シ苛酷ノ處置ヲ爲シ法律ノ許ス範圍ニ於テ其權利ヲ履行スルカ故ニ債務者ハ大ニ不便ヲ感スヘシ上述ノ如ク理論上既ニ當ヲ得タル規定ニシテ而モ實際ニ於テハ殊ニ其適用ニ困難アリ何トナレハ通常ト特別トハ如何ニ之ヲ區別スルカ例ヘハ米價ニ付テ之ヲ見ンニ凶作ノ爲メ米價頓ニ騰貴シタルトキハ是レ果シテ通常ノ事情ナルカ特別ノ事情ナルカ甲ハ之ヲ通常ナリトシ乙ハ之ヲ特別ナリトセン又凶作ト戰爭トノ爲メ米價騰貴シタルトキハ凶作カ通常ノ事

情ニシテ戰爭カ特別ノ事情ナリトスルトキハ其幾許ノ騰貴カ凶作ニ原因シ幾許ノ騰貴カ戰爭ニ原因スルカヲ區別スルコトヲ得ス而モ裁判官ハ之ヲ決セタルヘカラス要スルニ通常ト特別トハ之ヲ區別スルコト頗ル困難ナリ以テ其規定ノ不可ナルヲ知ルニ足ルヘシ尙ホ第四百十六條第二項ニ所謂「見下」債權發生ノ時ニ付テ言フニアラスシテ債務者カ不履行者ト爲ル際ニ付テ言ヘルモノナリ故ニ舊法典ニ比シ優レル所アリト雖モ却テ立法ノ趣旨ヲシテ益ヲ貫徹セシメサルノ嫌ナキニアラス

以上ハ損害賠償ニ關スル一般ノ原則ノ説明ナリ以下此原則ニ對シテ稍ヤ特別ナル場合ニ付キ講述セン

第一 債權者ニ過失アリタル場合 債權者ニ過失アリタル場合ニ於テ損害賠償ノ範圍ハ如何ニ之ヲ定ムヘキカ此場合ニ於テハ固ヨリ債務ノ不履行ナルコトアルハ勿論ナリ然ラサレハ問題ト爲ラス既ニ債務ノ不履行アルカ故ニ其方面ヨリ觀察スレハ債務者ニ責任アルカ如ク見ユルモ其不履行カ(一)債權者ノ過失ノミヨリ生シタル場合例ヘハ債權者カ其居所ヲ轉シタルニ之ヲ通知セサル

ヲ以テ債務者ハ債務履行ノ提供ヲ爲ス從前ノ住所ニ住ミタルモ債權者ハ既ニ其處ニ居住セザリシヲ以テ如何ニ履行ヲ爲サント欲スルモ之ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テハ債務ノ不履行アルニ相違ナキモ是レ全ク債權者ノ過失ヨリ生シタルモノナルカ故ニ債務者ハ其不履行ニ因ル責任ヲ負擔スヘキ理由ナク寧ロ債權者ニ責任アリト謂ハスルヘカラス(二)假ニ債權者ノ過失ノミニ因リテ不履行ヲ來シタリト謂フコトヲ得サルモ主トシテ債權者ノ過失ヨリ生シタルトキ即チ債權者ニ過失ナカリセバ不履行ナル事實ハ生ゼサルヘカリス場合ニ於テハ縱令不履行ナル事實アルモ亦同シク債權者ハ其實ヲ負フヘク債務者ニ其責任ナシ(三)雙方ニ過失アル場合即チ債務者ニモ多少ノ過失アリ而シテ債權者ノ過失モ之ニ伴ヒタル場合ニ於テハ債務者ニ責任アルト同時ニ債權者モ亦其責任ヲ分タサルヘカラス隨テ損害賠償額ニ付キ其損害ノ一部分ハ債權者自ラ負擔セサルヘカラスカ故ニ債務者ノ負擔スヘキ金額ヲ減シ債務者ハ實際ノ損害ヨリモ少額ノ賠償ヲ爲スヲ以テ足レリトス例ヘハ債權者カ住所ヲ轉シタルニ債務者ハ之ヲ知ラズシテ債權者ノ舊住所ニ物ヲ持參シタルニ債權者

所在不明ナリシヲ以テ之ヲ持歸リ更ニ履行ヲ爲スノ手續ヲモ爲ササル場合ニ於テハ債務者ニ多少ノ過失アリト謂フコトヲ得サルニアラサルモ是レ主トシテ債權者ニ過失アルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ債務者ニ損害賠償ノ責任ヲ負擔セシムルコトヲ得サルヘン之ニ反シテ債權者カ轉居ヲ爲シタルモ舊住所ト極メテ近接セルヲ以テ若シ債務者カ少シク注意ヲ爲サハ現住所ヲ知ルニ難カラサルカ故ニ債權者ハ別ニ通知ヲ爲サザリシニ債務者ハ債權者ノ轉居シタルヲ聞キ初ヨリ之ヲ持參セザリシカ如キ場合ニ於テハ雙方ニ過失アリ即チ債權者ニハ通知ヲ爲ササルノ過失アリ債務者ニハ債權者轉居ノ事ヲ聞キテ全ク債務ノ目的物ヲ持參セザリシノ過失アルカ故ニ斯ル場合ニ於テハ損害賠償ハ債務者カ其一部分ヲ負擔シ債權者モ亦其一部分ヲ負擔セサルヘカラス其他實例ヲ想像スルトキハ種種ノ場合アルヘシト雖モ要スルニ債務者ノ不履行カ債權者ノ過失ヨリ生シタリト謂フコトヲ得ル場合ニ於テハ債務者ニハ損害賠償ノ責任ナシ若シ債務者ノ不履行ニ付キ債權者ノ過失モ亦其原因タル場合ニハ其不履行ニ因リテ生シタル損害ノ一部分ハ債權者自ラ之ヲ負擔スヘク債

務者ハ其他ノ一部分ノミヲ負擔スレハ可ナリ是レ第四百十八條ノ規定アル所  
 以ナリ同條ニ曰ク債權者ハ不履行ノ損害賠償ノ責任ヲ負フモノナリ債權者  
 債務ノ不履行ニ關シ債權者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ責任  
 及ビ其金額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルモノナリ  
 第二〇金錢債務ノ場合 債務者カ金錢ノ支拂ヲ目的トセル場合ニ於テ債務者カ  
 其支拂ヲ怠リ履行ヲ爲スヘキ時ニ履行ヲ爲ササルトキハ損害賠償ノ責アル所  
 固ヨリ言フテ埃タサルモ單ニ一般ノ規定ヲ適用シ原則トシテ其不履行ヨリ生  
 スル損害ヲ見積リ之ヲ賠償セシムルコトトセハ頗ル困難ナル問題ヲ惹起スヘ  
 シ蓋シ金錢ナルモノハ別ニ目標トスヘキモノナキハ一般ニ認ムル所ナルヲ以  
 テ或特定ノ金錢ヲ指定シ此金錢ヲ以テ支拂ヲ爲シ又ハ支拂ヲ受ケントスルモ  
 本人ニ於テハ或ハ之ヲ讓別スルコトヲ得ヘシト雖モ他人ニ對シテ之ヲ證明ス  
 ルコト能ハサルカ故ニ縱令債權者債務者間ニハ一定ノ時期ニ於テ一定ノ金額  
 ヲ授受スルノ權利義務アリトスルモ債權者カ其金錢ヲ受取レハ之ヲ如何ナル  
 途ニ使用スヘカリシカ又債務者ハ其金錢ヲ支拂ハスシテ之ヲ如何ナル途ニ使

用シタルカ之ヲ知ルコト能ハサルヘシ他ノ一方ニ於テハ金錢ナルモノハ其用  
 途甚タ廣ク之ヲ利用スルコト極メテ容易ナリ若シ必要ナキトキハ銀行ニ預ケ  
 置ケハ相當ノ利息ヲ收ムルコトヲ得ルモノナリ之ヲ反面ヨリ言ヘハ吾人カ金  
 錢ノ必要アルトキハ相當ノ利息ヲ支拂ヘハ他ヨリ借用スルコト容易ナルヲ常  
 トス故ニ金錢ハ他ノ物品トハ自ラ其趣ヲ異ニスルモノナリ即チ他ノ物品ナル  
 トキハ債務ノ履行カ一日遲延シタルカ爲メニ債權者カ如何ナル損害ヲ被リタ  
 ルカハ時ト場合トニ依リテ異ナリ法律ニ由リテ一定ノ推定ヲ下スコト能ハス  
 殊ニ債務ノ性質ニ依リテハ債務者カ其履行ヲ欲セザレハ之ヲ強フルコト能ハ  
 サルモノニシテ此等ノ場合ニ在リテハ其不履行ヨリ生スル損害ハ畢竟其債務  
 ノ履行ニ因リテ債權者カ得ヘカリシ利益若クハ其履行ヲ受ケサルニ因リテ失  
 ヒタル直接ノ利益ニ外ナラス然ルニ金錢ニ付テハ前ニ述ヘタル如ク一日遲延  
 スレハ一日ノ日歩ヲ損失スルコトハ殆ト明カナル所ナリ又金錢債務ハ全ク履  
 行ヲ爲スコト能サルニ至ルカ如キコトハ殆ト稀ナル所ニシテ極端ノ場合ト雖  
 モ債權者ハ債務者ノ總テノ財産ヲ賣却シ其代價ヲ以テ履行ヲ受タルコトヲ得

（キナリ又時期ニ付テ觀ルモ金錢ナルモノハ他ノ物品ト異ニシテ何時之ヲ受取ルモ相當ノ用途アリ例ヘハ或祭日ニ用フヘキ物品ヲ注文シ置キタルトキハ其契約ノ時期ニ於テ之ヲ調達セザル場合ニ於テハ最早其用ヲ爲サザルヲ常トス之ニ反シテ金錢ナルトキハ債務者カ履行ヲ遅延スルモ全ク用ヲ失フカ如キコトナシ即チ縱令債權者カ之カ爲メニ其欲シタル所ノ用ヲ辨スルコト能ハサルモ他ニ之ヲ使用スルコトヲ得ヘシ而シテ債務者カ履行ヲ遅延シタルカ爲メニ生スル損害如何ト云フニ若シ其履行ノ遅延ナカリシ場合ニ於テ債權者カ其金錢ノ必要ナカリセハ之ヲ銀行ニ預ケテ利息ヲ得ヘク若シ又其必要アリタルニ拘ラス債務者カ履行ヲ怠リタルニ因リ已ムコトヲ得ス他ヨリ金錢ヲ借入レタリトセハ之ニ對スル利息ヲ支拂ハサルヘカラス要スルニ其結果ハ利息ノ問題ニ歸スルカ故ニ金錢債務ニ付テハ債權者ノ損害額ハ概テ之ヲ推測スルコトヲ得ヘシ是レ他ノ債務ト大ニ其趣ヲ異ニセル所ナリ又他ノ一方ニ於テハ金錢債務ノ遅延ニ因リ事實上債權者カ受ケタル損害ヲ算定スルコト他ノ目的ヲ有スル債權ヨリモ尙ホ一層困難ナリ何トナレハ金錢ナルモノハ其用途極メテ廣

キヲ以テ若シ之ヲ受取リシテ如何ニ之ヲ使用セルカ又如何ナル利益ヲ得シカハ普通ノ場合ニ於テハ之ヲ證明スルコトヲ得ルカ故ニ狡猾ナル債權者ハ時トシテハ虚偽ノ事實ヲ設ケ裁判官ノ心證ヲ得テ實際受ケタル損害ヨリモ多額ノ賠償ヲ要求スルコトアルヘク又反對ニ債權者カ實際受ケタル損害ヲ直接ニ證明スルコト能ハサルカ爲メ其賠償ヲ受クルコト能ハサルコト多カルヘシ故ニ各國ノ法律ニ於テ大抵金錢債務ニ付テハ原則トシテ一ノ推定ヲ下セリ而シテ此推定ハ絶對的ニシテ所謂反證ヲ許サズ即チ債務ノ不履行ニ因リテ債權者ノ受クル損害ハ常に法定利息ニ當ルモノニシテ法定利息ヲ受ケレハ債權者ハ常に損害ヲ被ラス之ヲ受ケサレハ必ず損害ヲ被ルヘキモノト推定シタルナリ我民法第四百十九條ニ曰ク「債權者ハ債務者ノ不履行ニ當テハ法定利息ノ金銭ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付テハ其損害賠償ノ額ハ法定利率ニ依リテ之ヲ定ム但約定利率カ法定利率ニ超ユルトキハ約定利率ニ依ルモ曰ク前項ノ損害賠償ニ付テハ債權者ハ損害ノ證明ヲ爲スコトヲ要セス又債務者ハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得ス」云々支拂及債權者ノ損害ヲ賠償セザル

此不可抗力ナルモノハ例ヘハ債務者カ債權者ニ支拂フヘキ金銭ヲ準備セシニ  
 圖ラス洪水ニ遭ヒテ之ヲ債權者ニ致スコトヲ得ス爲メニ履行ヲ怠ルルハ已ムコ  
 トヲ得サルニ至リタル場合ニ如シ此場合ニ於テ法律ハ債務者ニ命シテ曰ク汝  
 ハ或ハ金銭ヲ準備シタルナラント雖モ金銭ハ之ヲ銀行ニ預クルモ相當ノ利息  
 ヲ得ルコト難カラス故ニ此利息ヲ債權者ニ拂フハ固ヨリ當然ニシテ之カ爲メ  
 ニ汝カ損失ヲ被ルモノト謂フヘカラスト  
 右ニ述ヘタル所ハ金銭債務ノ不履行ヨリ生スル損害賠償ノ原則ニ屬スルモノ  
 ニシテ之ニ對シ例外アリ蓋シ法定利息ハ債權者カ債務者ニ對シ何等ノ證明ヲ  
 要セスシテ請求スルコトヲ得ルコト前述ノ如シト雖モ若シ實際上法定利息ヨ  
 リ多クノ損害ヲ被リタル場合ニ於テ之ヲ證明スルコトヲ得ハ其損害賠償モ亦  
 之ヲ請求スルコトヲ得ヘキコトアリ但此場合ハ法律ニ明文アルカ若クハ當事  
 者間ニ特約アル場合ニ限ルモノナリ而シテ其特約ニ付テハ後ニ説明スヘキモ  
 今法律ニ規定アル場合ヲ舉クレハ例ヘハ第四百四十二條第二項ノ如キ是ナリ  
 即チ連帶債務ノ場合ニ於テ債務者ノ一人カ履行ヲ爲シタルトキハ其一部ハ他

ノ債務者ニ代リテ履行ヲ爲シタルモノニシテ他ノ債務者ハ恰モ不履行者ト同  
 一ノ地位ニ在ル者ナリ此場合ニ於テハ履行ヲ爲ササル者ハ履行ヲ爲シタル者  
 ニ對シテ法定利息ノ外ニ尙ホ損害ノ賠償ヲ爲ササルヘカラス又保證ニ關スル  
 第四百五十九條第二項ニ於テハ第四百四十二條第二項ノ規定ヲ準用セルヲ以  
 テ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルトキハ保證人ニ對シテモ殆ト不履行ノ狀態  
 ニ在ル者ナリ此場合ニ於テ保證人カ代リテ履行ヲ爲シタルトキハ法定利息ヲ  
 受クルノ外尙ホ損害アレハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ又不履行ニ因ル解  
 除ノ場合(第五四五條)ニ於テハ解除其モノト不履行トハ同一物ナリト謂フヲ得  
 ナルモ解除ハ不履行ノ結果ナルカ故ニ損害賠償ノ義務ハ不履行ニ因ルモノト  
 謂フコトヲ得ヘシ而シテ第五百四十五條第二項ニハ利息ヲ支拂フヘキコトヲ  
 定メ第三項ニ於テハ尙ホ損害賠償ノ請求ヲモ許シタリ又委任ニ關スル第六百  
 四十七條モ不履行ノ場合ニシテ受任者ナルモノハ委任者ノ利益ノ爲メニ或事  
 ヲ爲スノ義務ヲ負擔セルモノナルニ委任者ニ引渡スヘキ金額又ハ其利益ノ爲  
 メニ用フヘキ金額ヲ自己ノ爲メニ消費シタルトキハ其消費シタル日以後ノ利

息ヲ支拂フノ外尙ホ損害アルトキハ之ヲ賠償セサルヘカラス又組合ニ關スル第六百六十九條ノ規定ニ於テモ利息ノ外損害ヲ賠償セシメ寄託ニ關スル第六百六十五條組合ニ關スル第六百七十一條ニ於テモ亦委任ニ關スル第六百四十七條ヲ準用セリ又後見ニ關スル第九百四十條第二項ニ於テモ後見人ハ元來被後見人ノ財産ニ付キ其利益ヲ圖ルヘキ義務アルニモ拘ラス自己ノ爲メニ被後見人ノ金錢ヲ消費セハ是レ即チ後見義務ノ不履行ニシテ法律ハ此場合ニ於テハ後見人ヲシテ其消費ノ時ヨリ之ニ利息ヲ附セシムルノ外尙ホ損害アリタルトキハ之ヲ賠償スヘキコトヲ命セリ此等ノ場合ニ於テハ特別ノ理由アルヲ以テ債務者ノ不履行ニ因リ加ヘタル損害ハ悉ク償還セシメ債權者ヲシテ毫モ損失ヲ受ケサラシムルノ主義ヨリシテ此ノ如ク規定シタルモノナリ然レトモ是レ特別ノ理由ニ因ル例外規定ニシテ原則ハ前ニ述ヘタル如ク利息ヲ拂フトキハ其他ニ損害ヲ賠償セスシテ可ナリ

右ノ法定利率ニ依ルノ損害賠償ヲ爲セハ可ナリトノ原則ニ對シテ一ノ例外アリ即チ金錢債務ニ約定利息ヲ附シタル場合ニ於テ其利率カ法定利率ニ超ユル

トキハ其約定利率ニ從ヒテ利息ヲ支拂ハサルヘカラサルコト是ナリ之ニ反シテ債權カ無利息ナルカ若クハ約定利息カ法定利率ヨリモ低キ場合ニ於テハ原則ニ歸リテ不履行ノ日ヨリ法定利息ヲ支拂ハサルヘカラス蓋シ法律ノ眼ヨリ之ヲ觀レハ法定利息ナルモノハ管テ論シタルカ如ク金錢カ普通ニ生セシムヘキ利益ナルヲ以テ特別ノ事情アラサル限リハ金錢ハ法定利率丈ノ利息ヲ生スヘキモノト看做スカ故ニ原則トシテハ飽クマテ法定利率ニ依リテ損害賠償ヲ定ムヘキモノナリ債務カ無利息又ハ低利ナル場合ニ在リテモ是レ債務者カ契約上特ニ受クル所ノ利益ニシテ其利益ハ契約ニ定メタル期限マテハ之ヲ享有スルコトヲ得ヘキモ期限ヲ經過スレハ最早其利益ヲ受クヘキ權利ハ消滅スルカ故ニ期限到來ノ後辨濟ヲ爲ササルトキハ其時期後ニ於テハ法定利息ヲ支拂フハ當然ナリ唯約定利率カ法定利率ヨリモ高キトキ例ヘハ法定利率ハ民法ニ於テハ五分商法ニ於テハ六分ナルニ約定利率カ一割ナリト假定セハ債務者ハ期限後ニ於テハ何レノ利率ニ從ヒテ支拂ヲ爲スヘキカ蓋シ期限内ニ於テハ約定期率ニ從ヒ一割ニテモ二割ニテモ苟モ法律ノ許ス範圍内ニ於テハ之ヲ支拂

ハサルヘカラサルコト言フヲ埃タスト雖モ期限經過後ノ利息ハ損害賠償ナルカ故ニ法律カ金錢ノ損害賠償ヲ法定利率ニ均シキモノト定メタル以上ハ此場合ニ於テモ亦法定利率ニ依リ民事ニ在リテハ五分商事ニ在リテハ六分ヲ支拂ヘハ可ナルニ似タリ然レトモ之ヲ常識ヨリ考フルモ期限内ハ一割ノ利息ヲ支拂フヲ要シ履行ヲ怠リタルトキハ五分民事ノ場合即チ半額ノ利息ヲ支拂ヘハ可ナリトセハ債務者ハ不履行ニ因リテ却テ利益ヲ得債權者ハ意外ノ損失ヲ被ルニ至ルヘシ故ニ法律ハ此場合ニ於テ當事者間ニ在リテハ金錢ノ價值普通ノ場合ヨリモ貴キモノト看做シ期限後ニ於テモ約定利息即チ一割ヲ支拂ハサルヘカラストセリ是レ各國皆同シキ所ナルモ法文ノ上ニ於テハ疑ノ存スル所ナルヲ以テ新民法ハ明文ヲ以テ之ヲ規定シタリ(第四一九條第一項但書)尙ホ約定ナル文字ニ付キ或ハ疑ヲ招クヤモ知ルヘカラス何トナレハ約定ト云ヘハ恰モ契約ニ依リテ定マリタルモノノ如ク見ユレハナリ蓋シ契約ヲ以テ定メタル利息ハ法定利息ヨリ高キ場合ト雖モ之ヲ支拂ハサルヘカラサルコト言フヲ埃タスト雖モ遺言其他契約以外ノ法律行為ヨリ生シタル債務ニ利息ヲ附

シタル場合ニ於テ其債務ヲ履行スヘキ時期ニ於テ履行ヲ爲ササルトキハ其利息ヨリ低額ナル法定利息ヲ支拂ヘハ可ナリト云ハハ甚タ不都合ナル結果ヲ生スヘシ是ヲ以テ第四百十九條ノ「約定」ナル文字ハ斯ル狹義ニ解スヘキモノニアラスト信ス固ヨリ「約」ナル文字ハ「契約」ノ「約」字ニ相違ナキモ遺言其他ノ法律行為ヲ以テ定メタルトキト雖モ之ヲ約シタリト謂フコトヲ得ヘシ故ニ茲ニ所謂「約定」ナル文字ハ最モ廣義ニ解シ凡ソ法律行為ニ因リテ定マリタル利率ハ皆此「約定利率」中ニ包含セラレルモノト信ス此金錢債務ノ損害賠償即チ法定利息ニ付テハ尙ホ一ノ問題ヲ惹起スヘシ他ナシ此損害賠償ハ利息ナルヤ否ヤノ問題ナリ舊民法ニ於テハ往往ニシテ遅延利息ヲ用ヒタリ遅延利息トハ債務者カ履行スヘキ時期ニ於テ履行ヲ爲ササルニ因リ支拂フヘキ利息ノ謂ニシテ即チ新民法第四百十九條ニ規定セル損害賠償ト其義ヲ同シウス是レ舊民法ノ文字ヲ見レハ一點ノ疑ナキ所ニシテ其損害賠償ノ通則中即チ財産編第三百九十一條ニ「金錢ヲ目的トスル義務又遅延ノ損害賠償ニ付テハ裁判所ハ法律上ノ利息ノ割合ト異ナル額ニ之ヲ定ムル

コトヲ得ス但法律ノ特例アル場合ハ此限ニ在ラズト規定シ裁判所カ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ方リ法定利率ト異ナリタル額ニ定ムルコトヲ得ストモリ是レ新民法ノ規定ト同一精神ナリ唯舊民法ニ於テハ他ニ往往延延利息ナル文字ヲ使用セリ例ヘハ財産編第三百九十三條ニ「延延利息ヲ生セシムル爲メ云云」ト言ヒ辨濟ノ提供ニ關スル第四百七十六條第二項ニ「此提供ハ付遲滯ヲ防止シ又既ニ付遲滯ノ存セルトキハ將來ニ向ヒテ其效力ヲ止メ且延延利息ヲ停止ム」ト規定セリ而シテ其第三百九十一條ニ謂フ所ノモノハ延延利息ニ關スル規定タルコト疑ヲ容レス抑モ「利息」ナル文字ハ羅馬法以來各國ノ法律ニ於テ皆契約上ノ利息ト不履行ノ場合ニ於ケル損害賠償ノ性質ヲ有スル利息トヲ包含スルモノニシテ歐洲ニ於テハ此點ニ付キ疑ヲ生シタルコトヲ聞カサル所ナリ然ルニ新民法ニ於テ之カ疑ト爲リタル理由ハ要スルニ損害賠償ニ關スル規定中ニ於テ金錢債務ノ不履行ノ場合ニモ亦損害賠償ナル文字ヲ使用シタルヲ以テ所謂利率ニ依ル損害賠償ナルモノハ利息ニアラストノ論ヲ生シ殊ニ抵當ニ關スル第三百七十四條ノ規定ニ付テ議論ヲ生シタリ然レトモ新民法ニ於ケル「利息」ナル

文字カ損害賠償タル延延利息ノ意味ニテ用ヒラレタルハ疑ナキ點ニシテ新民法ニ於テ「利息」ノ外ニ尙ホ損害アルトキハ之ヲ賠償セシムルコトヲ得ト規定セル場合ニハ其「利息」ナル文字ハ延延利息ノ意味ニ使用セルモノニシテ其顯著ナル例ヲ舉クレハ第六百六十九條ノ如キ是ナリ同條ニ曰ク「出資ヲ爲スコトヲ志リタルトキハ其利息ヲ拂フ外尙ホ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要スト」故ニ民法ノ用語トシテハ「利息」ナル文字カ損害賠償タル延延利息ヲ包含スルコト疑ナキモ唯法文ニ此事ヲ明言セザリシヲ以テ竟ニ問題ト爲リタルナリ其理由ハ右ハ金錢債務ノ不履行ノ制裁タル延延利息ノ説明ナリ此延延利息ヲ生セシムルコトニ付テハ新民法ハ別段ノ手續ヲ必要トセス損害賠償ノ責任ヲ生セル時期ニ付テハ他ノ債務ニ於ケルト毫モ異ナル所ナク確定期限アル場合ニ於テハ期限到來ノ時又期限ナキ場合ニ於テハ債務者カ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ此利息支拂ノ義務ヲ生スルモノトス而シテ義務履行ノ請求ニ付テハ何等ノ方式ヲ要セス然ルニ此ノ如キ不要式ノ主義ハ歐洲ニ於テハ今日未タ一般ニ行ハレス即チ金錢債務ニ付テ延延利息ヲ生セシムル爲メニ別段ノ手續ヲ要スル



モノ多シ舊民法ニ於テモ此例ニ倣ヒ現ニ財産編第三百九十三條ノ規定ヲ置キ原則トシテ裁判所ニ請求スルカ若クハ債務者ノ特別ノ追認ヲ得タル後ニアラサレハ縱令期限カ到來スルモ利息ヲ附セストセリ故ニ債權者カ口頭若クハ書狀ヲ以テ請求ヲ爲スモ又執達吏ヲ以テ請求ヲ爲スモ遲延利息ヲ生スルコトナキナリ

此問題ニ付キ參考ノ爲メ一言シ置カサルヘカラサルコトアリ他ナシ前ニ述ヘタルカ如ク舊民法ハ義務ノ一般ノ規定トシテ期限アル場合ニ於テモ尙ホ催告ヲ受ケタル後ニアラサレハ遲滞ノ責ニ任セスト爲セルカ故ニ其時以後ニアラサレハ損害賠償ノ責モ亦之ヲ負ハサルナリ然リ而シテ其付遲滞ノ方法ニ付テモ各國多少ノ差異アリテ舊民法ニ於テハ財産編第三百三十六條ニ於テ其方法ヲ規定シ裁判所ニ訴フルカ若クハ執達吏ヲシテ催告ヲ爲サシメタル後ニアラサレハ債務者ハ遲滞ノ責ニ任セサルモノトセリ是レ普通債務ノ場合ニ關スルモノニシテ此場合ニ於テハ執達吏ヲシテ催告セシメタル時ヨリ賠償ノ義務ヲ生スルモ金錢債務ニ付テハ前ニ述ヘタル如ク裁判所ニ訴ヘタル時以後ニアラ

サレハ利息ヲ生セス是レ一ノ差異ナリ又普通債務ノ場合ニ在リテハ特約ヲ以テ期限到來ノ時ヨリ直チニ賠償ノ責ニ任スルモノトシ或ハ催告ノ形式ニ付キ必スシモ執達吏ニ依ルコトヲ要セスシテ如何ナル方法ヲ以テ請求スルモ其時ヨリ直チニ遲滞ノ責ニ任スヘキコトヲ約スルモ總テ有效ナリト雖モ金錢債務ニ在リテハ法律カ特ニ之ヲ許シタル場合ニアラサレハ當然ニ又ハ催告ノミニ由リテハ遲延利息ヲ生セス常ニ裁判所ニ其利息ヲ請求スルカ若クハ債務者カ利息ヲ支拂フコトヲ認ムルコト即チ例ヘハ不履行ノ場合ニ於テ債務者カ債權者ヨリ請求ヲ受ケ然ラハ今日ヨリ利息ヲ支拂フヘシト下言ヒタル時以後ニアラサレハ利息ヲ附セサルコトトセリ而シテ債務者カ利息支拂ノ義務ヲ認メタルトキハ契約ハ此ニ成立シ利息ハ全ク此新ナル契約ヨリ生スルモノナルヲ以テ別ニ問題ト爲ラス即チ損害賠償ニアラサルカ故ニ之ヲ規定スルノ必要ナシ然ルニ舊民法カ特ニ之ヲ規定シタルハ蛇足タルヲ免レス而シテ其他ノ場合ニ於テハ必ス裁判所ニ訴ヘサルヘカラサルモノトセリ是レ甚タ妥當ヲ失シタル規定ナリト信ス蓋シ歐洲諸國ニ於テ此ノ如キ規定ノ存スルハ疑モナク耶蘇敦ノ

遺物ニシテ既ニ屢述タルカ如ク昔時ノ耶蘇教徒ハ經濟ノ運ニ暗カリシカ故ニ金錢ヲ貸與シテ利息ヲ得ルヲ以テ非常ナル罪惡ト思考セリ其理由トスル所ハ凡ソ金錢ナルモノハ之ヲ軍需ノ抽斗ニ藏メ置クモノヲ産ムモノニアラス然ルニ之ヲ貸與シテ利息ヲ收ムルハ盜賊ニ均シト云フニ在リ此理由ニ依リ若シ利息ヲ取ル者アルトキハ之ヲ宗教上ノ嚴罰ニ處シタリ其甚シキニ至リテハ唯宗教上ノミナラス國法上ニ於テモ亦之ヲ罰シタル國アリ近世ノ文明國ニ於テハ固ヨリ利息ヲ禁スルノ規定存セザルモ仍ホ之ヲ嫌惡スルノ結果裁判所ニ訴ヘラルルモ尙ホ履行ヲ爲ササルカ如キ債務者ニ限リ利息ヲ支拂ハシメ其他ノ場合ニ於テハ如何ナル怠慢アリト雖モ利息ヲ支拂ハシムルコトヲ得ストセリ蓋シ此思想ノ誤レルコトハ今日ニ於テハ別ニ説明ヲ要セスシテ明カナリト信ス殊ニ此規定ハ素ト債務者保護ノ目的ニ出ラタルモノナルニ其實一モ債務者ヲ保護スルニ足ラサルノミナラス却テ濫訴ノ弊ヲ生スルニ至ルヘシ何トナレハ債權者カ債務者ニ對シテ暫時ノ猶豫ヲ與フレハ之ヲ支拂ヘキ見込アル場合ニ於テモ裁判所ニ訴フルニアラサレハ利息ヲ得ルコト能ハサルヲ以テ自ら

訴ヲ起スヘケレハナリ現ニ歐洲ニ於テ此ノ如キ法律ノ存スル國ニ於テハ債務者ハ利息ノ支拂ヲ免ルルコトヲ得ルカト云フニ決シテ然ラス却テ債權者ハ訴ヘシテ可ナルモノヲ此ノ如キ規定アルカ爲メニ訴フルニ至ルカ故ニ債務者ハ寧ロ害ヲ被ルノ結果ヲ來セリ故ニ新民法ハ此ノ如キ陳腐ノ主義ヲ合テ金錢債務ニ付テモ他ノ債務ト同一ノ主義ヲ探レリ即チ金錢債務以外ノ債務ニ付テハ期限ナキ場合ニハ催告ヲ爲シタル時ヨリ期限ノ定アル場合ニ於テハ期限到來ノ時ヨリ遲滞ニ付スルノ主義ヲ探リタルコト前ニ述ヘタル所ナリ金錢債務ニ付テモ亦之ト同シク債務ノ履行一日ヲ遲延セハ一日ノ利息ヲ支拂ハシムルコトトセリ

第三 當事者カ特約ヲ爲シタル場合 原則トシテハ嘗テ説明シタル如ク損害賠償ナルモノハ不履行ニ因リテ生シタル損害ノ全額ヲ賠償セシムルモノナリ之ニ對シテ第一ノ例外ハ特別ノ事情ヨリ生シタル損害ニ付テハ當事者カ其損害ヲ豫想シ得ヘキ場合ニ限リ債務者ヲシテ義務ヲ負ハシムルモノニシテ第二ノ例外ハ當事者カ特ニ賠償額ヲ定メタル場合はナリ此場合ニ付テハ各國ノ法

法律區區ニ互リ名稱モ亦各異ナレリ羅馬法ニ於テハ「ペナ」ト云ヘリ之ヲ直譯スル  
 トキハ「罰」ト云フコトニシテ契約上ヨリ言ヘハ「賠償額ノ豫定ナリ」我邦ニテハ之  
 ヲ「違約金」ト譯スルヲ穩當トスルヤモ知ルヘカラスト雖モ「ペナ」ハ純粹ナル違約  
 金ナラサルコトアリ之ニ付キ第一ニ起ルヘキ問題ハ當事者カ賠償額ノ豫定ヲ  
 爲シタル場合ニ此契約ハ絕對ニ有效ナルヤ否ヤト云フニ在リ或學者ハ全ク之  
 ヲ無効ナリト論スレトモ此論ハ後ニ述フル違約金ノ性質ヲ有スルモノニ限ル  
 カ故ニ違約金ヲ説明スルトキニ讓リ其他ノ場合ニ付テハ數多ノ主義アリ今其  
 重ナルモノヲ舉ケンニ  
 第一ノ主義ハ此契約ノ效力ヲ絕對ニ認ムルモノニシテ尙モ不履行ナル事實ア  
 ル限りハ約定ノ金額ハ必ス支拂ハサルヘカラス換言スレハ債務者ヨリ債權者  
 カ如何ナル損害ヲモ被ラザリシコトヲ證明シ得タリトスルモ尙ホ約定ノ賠償  
 額ヲ支拂ハサルヘカラス況ヤ實際ノ損害カ約定額ヨリ少額ナリト云フニ過キ  
 ナル場合ニ於テラヤ又之ト反對ニ債權者ヨリ實際ノ損害カ約定額ヨリ多額ナ  
 ルコトヲ證明シ得タリトスルモ之カ爲メニ豫定賠償額以上ノ賠償ヲ爲スコト

ヲ要セス尙ホ約定ノ損害賠償ヲ爲セハ足レリト云フニ在リ  
 第二ノ主義モ原則ハ第一ノ主義ト同一ナリト雖モ若シ債務者カ一部履行ヲ爲  
 シタルトキハ其履行シタル部分丈ノ減額ヲ爲スヘシト云フニ在リ尤モ第一ノ  
 主義ニ據ルモ當事者ノ意思カ茲ニ在リシコトヲ證明シ得タルトキハ同一ノ結  
 果ニ至ルモ第二ノ主義ニ於テハ當事者ノ意思明カナラサルトキト雖モ一部分  
 ノ履行アリタルトキハ豫定賠償額ヲ減スルモノナリ  
 第三ノ主義ハ第一ノ主義ト正反對ニシテ豫定賠償額ナルモノハ殆ト無効ナル  
 モノニシテ唯一ノ推定ノ基礎タルニ過キスト爲スモノナリ故ニ反對ノ證明ア  
 ルマテハ豫定ノ賠償額ヲ支拂ハサルヘカラス尙モ債權者カ實際ノ損害額カ豫  
 定賠償額ヨリモ多キコトヲ證明シ得タルトキハ之ヲ支拂ハサルヘカラス又債  
 權者カ實際ノ損害額カ豫定賠償額ヨリ少キコトヲ證明シ得タルトキハ之カ減  
 額ヲ請求スルコトヲ得ヘシト云フニ在リ  
 第四ノ主義ハ原則トシテハ第一ノ主義ヲ採用スレトモ豫定額カ實際ノ損害ニ  
 對シテ著シク不當ナル場合ニ限リテ裁判官ハ之ヲ増減スルコトヲ得ルノ主義

ナリ。第五ノ主義モ原則トシテハ第一ノ主義ヲ採ルモ債務者ニ於テ實際損害ヲ生セ  
 テアリシコトヲ證明シ得ルトキハ之ヲ支拂ハスシテ可ナリトスルモノナリ即チ  
 豫定賠償額ナルモノハ唯損害アリタルトキニ於テ賠償スベキ額ニシテ損害ナ  
 キ場合ニ於テハ之ヲ支拂ハスシテ可ナリトスルモノナリ。以上ノ五主義中  
 以上ノ五主義中新民法ハ第一主義ヲ採用シ一切増減ヲ許サス而シテ予輩モ亦  
 此主義ヲ以テ最モ當ヲ得タルモノト信ス蓋シ損害賠償ノ性質ヨリ之ヲ論スレ  
 ハ種種ノ議論ヲ生スヘク第二以下ノ主義ノ起ルモ亦已ムヲ得ナレドモ元來當  
 事者ハ公益ヲ害セサル限リハ如何ナル契約ヲモ締結スルコトヲ得ヘキカ故ニ  
 不履行ノ場合ニ於ケル賠償額ヲ豫定スルモ裁判官ノ干渉ヲ許ササルハ決シテ  
 怪シムニ足ラス尤モ當事者カ一旦賠償額ヲ豫定シタルモ實際損害ナキ場合ニ  
 於テハ之ヲ支拂ハスシテ可ナリトノ意思ナラシコトヲ證明スルカ又ハ豫定額  
 ヲリ實際多クノ損害ヲ生スレバ其損害ヲ支拂フノ意思ナラシコトヲ證明シ得  
 タルトキハ論ナキモ第二以下ノ主義ハ決シテ斯ル意思アリシコトノ證明ヲ必

要トスルニアラスシテ當事者カ豫メ此ノ如キ意思ヲ有セシヤ否ヤ明カナラサ  
 ルニ拘ラス實際ニ就テ損害額ヲ定ムヘシトスルモノナリ然ルニ元來吾人ハ贈  
 與サヘ之ヲ爲スコトヲ得贈與ハ新民法ニ於テハ外國多數ノ法律ノ如ク束縛ヲ  
 爲サス自由ニ之ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ縱令豫定賠償額カ如何ニ不當ナルモ  
 又ハ損害ナキ場合ニ於テ之ヲ支拂フコトヲ約スルモ毫モ支障ナシ又反對ノ側  
 ヲリ之ヲ觀察スルモ債權者カ損害賠償ヲ求ムル權利ハ一ノ財產權ニシテ自由  
 ニ拋棄スルコトヲ得ルカ故ニ實際ノ損害カ一萬圓アル場合ニ百圓ヲ受取ル  
 契約ヲ爲スモ決シテ不法ナラト謂フコトヲ得ス然ラハ此賠償額ヲ豫定シタル  
 場合ハ當事者ノ利益上之ヲ純然タル贈與若クハ純然タル拋棄ニ比スベキカト  
 云フニ決シテ然ラスシテ寧ロ保險ノ性質ヲ有スルモノナリ既ニ屢述ヘタル如  
 ク損害賠償ナルモノハ權利者カ權利ヲ害セラレタル場合ニ於テ之カ恢復ヲ圖  
 ルニ方リ他ニ方法ナキヲ以テ之ニ依リテ權利者ノ損害ヲ填補スルニ適當ナリ  
 ト看做スニ過キスシテ決シテ之ニ依リテ眞ニ損害ヲ償ヒ得ルモノト謂フコト  
 ヲ得ス畢竟法律ノ擬制ニ外ナラス由來損害アリヤ否ヤト云フノ問題ハ實際甚

タ不明ナルモノニシテ多クノ場合ニ於テハ實際損害ヲ被ルモ其證明ヲ爲スコトヲ得サルカ爲メニ賠償ヲ求ムルコトヲ得サルコト動シトモ又往往實際ニ於テ損害ナキモ權利者ノ辯明巧ナルカ爲メ裁判官カ之ニ瞞著セラレテ損害アリト認ムルコトアリ而シテ其額ヲ定ムルニ當リテモ多クノ場合ニ於テ債權者カ幾何ノ損害ヲ受ケタルカハ賢明ナル裁判官ト雖モ之ヲ知ルコト甚タ難キカ故ニ極メテ稀ナル場合ニハ之ヲ定ムル標準ナキニシモアラサレトモ裁判官ハ其時ノ狀況ニ依リ債權者カ惘ムヘキ地位ニ在ルトキハ知ラズ識ラス其賠償額ヲ多クシ債務者カ惘ムヘキ地位ニ在ルトキハ賠償額ヲ減スルニ至ルコトヲ免レシ損害賠償ナルモノハ此ノ如ク不確實ナルモノナルカ故ニ當事者ハ契約ヲ締結スルニ當リ以爲ク契約ヲ締結スル以上ハ固ヨリ互ニ履行ヲ爲ササルヘカラス若シ一方カ履行ヲ怠リタル場合ニハ相手方カ損害ヲ受ケタルハ必然ニシテ而モ之ヲ證明スルコト甚タ難ク縱令損害ヲ被リタルコトヲ證明スルコトヲ得ルモ其損害額ヲ證明スルコトハ極メテ困難ナリ假ニ之ヲ證明シ得ヘシトスルモ互ニ勘カラサル費用ヲ徒費セザルコトヲ得ス故ニ寧ロ初ヨリ賠償額ヲ豫定

シテ實際ニ生スル損害ノ有無多少ヲ問ハズ債權者ハ其豫定額ヨリ多額ノ請求ヲ爲サズ債務者ハ縱令如何ナル事情アルモ豫定額丈ハ支拂フコトトスルヲ便利トスト仍テ損害ノ豫定額ヲ特約シタルモノト謂フヘシ是レ畢竟保險ト其性質ヲ同シウスルモノナリ故ニ予ハ新民法ノ採用セル主義ハ極メテ穩當ニシテ文明國ノ法律ハ此ノ如クナラサルヘカラスト信ス第四百二十條ニ曰ク  
 當事者ハ債務ハ不履行ニ付キ損害賠償ノ額ヲ豫定スルコトヲ得此場合ニ於テハ裁判所ハ其額ヲ増減スルコトヲ得ス  
 賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケス  
 違約金ハ之ヲ賠償額ノ豫定ト推定ス  
 此原則ノ結果トシテ第四百十八條ノ適用ニ因リ債權者ノ過失ヲ理由トシテ豫定賠償額ヲ減スルコトヲ得ス但債權者ノ過失ニ因リテ債務者カ損失ヲ被リタルコトヲ證明シ得ハ別ニ不法行為ニ因ル損害賠償ノ名義ヲ以テ之ヲ請求スルコトヲ得ヘシ唯茲ニ注意スヘキハ不履行カ全ク債權者ノ過失ヨリ生シタル場合ニ於テハ債務者ヨリ之ヲ觀レハ不可抗力ニ等シキモノナルカ故ニ豫定賠償

額ヲ支拂フコトヲ要セス管ニ之ヲ支拂フコトヲ要セサルノミナラス債務者カ損害ヲ受ケタルトキハ債權者ニ對シテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ例ハ畫工カ畫ヲ描クノ契約ヲ爲スト同時ニ或期間内ニ之ヲ竣成セサルトキハ五百圓ノ賠償ヲ爲サント豫定シタル場合ニ於テ若シ債權者カ自己ノ過失ニ因リテ債務者ノ手ヲ挫キタル爲メニ期限マテニ描クコト能ハタリシトキハ債務者ハ豫定賠償ヲ支拂ハスシテ可ナルノミナラス債權者ニ對シテ負傷ヨリ生シタル損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ以上ヲ以テ特約アル場合ニ於ケル損害賠償ノ一般ノ法則ヲ説明セリ之ニ付キ尙ホ研究シ置カサルヘカラサルハ最モ困難ナル問題ニシテ當事者カ賠償額ヲ豫定シタル場合ニ於テハ其豫定シタル賠償額ト共ニ履行若クハ解除ヲ求ムルコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ例ヘハ甲乙契約ヲ結フニ當リ若シ甲カ契約ヲ履行セサルトキハ一萬圓ノ賠償ヲ支拂ハント約シタルニ期限ニ至リテ甲カ履行ヲ爲サタリシ場合ニ於テ乙カ豫定賠償額ノ請求ヲ爲スモトヲ得ルハ論ヲ埃タサルモ之ト同時ニ履行ヲ請求シ又ハ契約ヲ解除シテ自己モ亦其義務ヲ免ルルコト

ヲ得ルカ例ヲ賣買ニ取リテ言ハシカ乙カ甲ヨリ或不動産ヲ買取ルニ當リ若シ代價ヲ一定ノ時期マテニ支拂ハサレハ損害賠償トシテ一萬圓ヲ支拂ハント約シタル場合ニ於テ乙カ其期限ニ至ルモ之ヲ支拂ハサリシトキハ甲ハ一萬圓ヲ請求スルコトヲ得ルハ勿論ナルモ之ト同時ニ約定ノ代價ヲ支拂フヘキコトヲ請求スルコトヲ得ルカ或ハ契約ヲ解除シテ不動産ヲ引渡ササルコトヲ得ルカ是レ頗ル困難ナル問題ニシテ畢竟當事者ノ意思解釋ニ歸スヘシ當事者ノ意思明カナル場合即チ豫定賠償額ノ外ニ履行ヲ求メ得ヘキコトヲ明カニ留保シ或ハ豫定賠償額ノ外ニ契約ノ解除ヲ爲シ得ヘキコトヲ明カニ留保シタルトキハ其契約ノ有效ナルコト勿論ニシテ別ニ問題ヲ惹起セサルモ斯ル特約ナキ場合ニ於テハ當事者カ如何ナル意思ヲ有セシカヲ推測シテ此問題ヲ決セサルヘカラス而シテ事實上其意思ヲ推測シ得ヘキトキハ問題ヲ生セサルモ然ラサル場合ニ於テハ甚タ困難ナル問題ヲ惹起スヘシ是ニ於テカ羅馬法以來學者間ニ種種ノ議論アリテ各國ノ法律モ亦同シカラス新民法ニ於テハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示セサル以上ハ賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケスト規定シ

タルカ故ニ前ノ例ニ於テ反對ノ意思カ顯ハレサル以上ハ賣主ハ豫定賠償額ノ請求ヲ爲スノ外尙ホ代價ヲ支拂ヲ請求スルコトヲ得ヘク或ハ代價ヲ受取ラズシテ契約ヲ解除シ不動産ヲ引渡ササルコトヲ得ヘシ但契約ヲ解除スルニハ特約ナキトキハ不履行ニ因ル解除ノ條件ヲ充タササルヘカラサルカ故ニ催告ヲ爲シタル後ニアラサレハ之ヲ解除スルコトヲ得ス要スルニ此規定タルヤ當事者ノ普通ノ意思ヲ推測シタルモノニシテ甚タ穩當ナルモノト信ス蓋シ損害賠償ハ債務者カ單ニ履行ヲ遅延シタル場合ニ於テハ其遅延ニ對シ又契約ヲ解除シタル場合ニ於テハ既ニ生シタル損害ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノニシテ豫定賠償ハ即チ損害賠償ナルカ故ニ單ニ賠償額ヲ豫定シタリト直チニ其支拂ニ依リテ履行ノ責ヲ免レ若クハ相手方ヲシテ解除權ヲ失ハシムルモノトスルハ甚ダ理由ナキカ故ニ新民法ニ於テハ賠償額ノ豫定ハ原則トシテ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケサルモノトセリ尤モ此原則ノ適用ニ付キ注意ヲ要スルハ當事者ノ意思ナルモノハ必スシモ明示ナルコトヲ要セス默示ニテモ可ナルコト是ナリ而シテ其默示ノ意思ナルモノハ實際ノ事情ヨリ生スルモノニ

シテ例ヘハ茲ニ一千圓ノ價值ナル物品ヲ賣買スルニ際リ其契約書ニ買主ハ來ル何月何日マテニ代價ヲ支拂フヘシ若シ其期限ニ至ルモ代價ヲ支拂ハサルトキハ損害賠償トシテ二千圓ヲ支拂フヘシトアル場合ニ於テハ普通ノ事情ヨリ之ヲ觀レハ當事者ノ意思ハ二千圓ノ中千圓ハ代價ニシテ賠償額ヲ合セテ二千圓即チ代價ノ倍額ヲ支拂フノ意思ナリシモノト解スヘク徒ニ當事者ノ用ヒタル文字ノミニ拘泥スヘキミアラス故ニ此場合ニ於テ買主カ二千圓ヲ支拂ヒタルトキハ賣主ハ其賣却シタル物ノ引渡ヲ拒ムコトヲ得ス此ノ如キハ畢竟事實問題ニ屬シ當事者ノ意思ヲ探リテ之カ判斷ヲ爲ササルヘカラス

最後ニ違約金ニ付キ説明セシ

押モ違約金ナル文字ハ利息制限法第五條ニ使用セル所ニシテ同條ニ所謂「價金」ナル文字ハ損害賠償ノ意味ナルコト疑ナキモ罰金ニ違約金若クハ「科料」ナル文字ハ其意義ヨリ觀レハ損害賠償ニアラサルカ如シ又舊商法ハ明カニ損害賠償ト違約金トヲ區別シ損害賠償ニ付テハ第三百二十三條以下ニ詳細ナル規定ヲ設ケ尙ホ約定損害賠償即チ新民法ニ所謂賠償額豫定ニ付テハ第三百三十二條ニ

明文アリ而シテ違約金ニ付テハ特ニ第三百三十七條以下ニ規定アリテ其規定第三百三十二條ト異ナレリ是レ批難スヘキ事ニ屬スト雖モ既ニ死シタル法律ナルヲ以テ茲ニ論セス舊民法ノ不當ナル點ハ過急約款ナル文字ヲ損害賠償ノ豫定ノ意味ニ用ヒ而シテ純然タル違約金ナル謂ノ性質ヲ有スルモノヲ認メザリシコト是ナリ然ルニ新民法ニ於テハ賠償額ノ豫定ト違約金ナルモノトヲ區別セリ既ニ之ヲ區別スル以上ハ違約金ナルモノハ謂ノ性質ヲ有スルモノニシテ當事者カ定メタル一ノ制裁ナリ而シテ此契約上ノ罰フェルトラダストラフニ即チ違約金ナルモノハ果シテ有效ナルヤ否ヤト云フモ學者中或ハ之ヲ以テ無効ナリト主張スル者アリ其說ニ曰ク罰ナルモノハ國家ノ法律ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ルモ當事者間ニ於テ之ヲ定ムルコトヲ得スト予ノ信スル所ニ據レハ是レ大ニ誤レリ蓋シ罰ナル名義ヲ以テスルト將タ其他ノ名義ヲ以テスルトヲ問ハス苟モ當事者自ラ締結シタル契約ハ公益ヲ害セザル限りハ悉ク其效力ヲ認メザルヲ得ズ即チ罰ト云フモ其意義ニ於テハ甲乙間ニ締結シタル契約ヲ一方カ履行セザルトキハ若干ノ金錢ヲ支拂フヘシト云フニ在リテ要スル

ニ契約ノ履行ヲ確保スル一ノ方法ニ外ナラス尤モ人ノ身體上ニ及ホス罰ノ如キハ是レ公益ニ關スルモノナルカ故ニ當事者カ自由ニ之ヲ契約スルモ其效力ナキハ勿論ナリト雖モ財産上ノ契約ニ在リテハ何等ノ名義ヲ付スルモ其目的タニ不法ナラサル以上ハ有效ナルモノト爲サザルヘカラス而シテ違約金ハ契約ノ履行ヲ確保スルヲ以テ目的トスルモノニシテ毫モ不法ナラザルカ故ニ之ヲ無効トスルハ今日ノ法律ニ於テ採用スヘキモノニアラスト信ス既ニ違約金ヲ以テ有效ナルモノトスレハ更ニ第二ノ問題ヲ生ス即チ當事者カ違約金ノ契約ヲ爲シタル場合ニ於テ違約金ノ外ニ尙ホ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ルヤ否ヤト云フニ在リ前例ニ就テ言ヘハ千圓ニテ或物ヲ買ヒタル場合ニ於テ買主カ期限マテニ代價ヲ支拂ハザルトキハ違約金トシテ二千圓ヲ支拂ハント約シタルニ期限ニ至ルモ代價ヲ支拂ハサリシトキハ二千圓ノ外尙ホ損害ノ賠償ヲ爲サザルヘカラサルカ又金錢債務ナルトキハ違約金ノ外ニ法定利息ヲ支拂ハサルヘカラサルカ或ハ畫工カ來ル何月何日マテニ畫ヲ描カント契約シ若シ期限マテニ之ヲ描カザルトキハ五百圓ノ違約金ヲ支拂フヘキコトヲ約シタルトキ



ハ五百圓ヲ支拂ヒタル外畫ヲ描カナリシ爲メニ債權者カ受ケタル損害ヲ賠償セサルヘカラサルカ新民法ハ當事者ノ普通ノ意思ヲ推測シテ違約金ヲ支拂ハハ損害ノ賠償ヲ爲ナスシテ可ナリトセリ是レ畢竟一般ノ事例ニ付テノ推測ニシテ違約金ナルモノハ普通其額多キモノナルヲ以テ之ヲ支拂ヒタル上ニ尙事實際ノ損害ヲ賠償スルハ特約アル場合ノ外當事者ノ意思ニアラスト爲シタルナリ第四二〇條第三項「（一）ハ特約アル場合ニハ違約金ノ額ハ當事者ノ意思ニ依リテ定ムルコトヲ得」右ノ如ク違約金ヲ支拂ヘハ損害ノ賠償ヲ爲ナスシテ可ナリト云フトキハ其結果違約金ヲ以テ損害賠償ニ代フルモノナルヲ以テ總テ損害賠償ノ豫定ニ關スル規定ヲ適用スヘシ是レ多クノ場合ニ於テ當事者ノ意思ニ副フモノナリ然レトモ是レ一ノ推定ニ過キササルヲ以テ反對ノ意思ヲ有セシコトヲ證明スルヲ得ヘシ尤モ民法ニ於テハ此原則ヲ認メタルモ利息制限法第五條ニハ多少ノ制限ヲ加ヘタリ而シテ此規定タルキ固ヨリ金錢ノ貸借ニ關スルモノニシテ金錢ノ貸借ニ關シテハ縱令違約金トシテ契約ヲ爲スモ裁判官ニ於テ該債主ノ事實受ケタル損害ノ補償ニ不當ナリト思量スルトキハ之レニ相當ノ減少ヲ爲スコト

ヲ得下アリ是レ利息制限法ノ目的ヨリ言ヘハ大ニ理由アルコトニシテ同法カ普通ノ利息トシテハ如何ナル場合ニ於テモ百分ノ二十ヨリ高利ヲ支拂ハシムルコトヲ得スト爲スニ拘ラス若シ違約金トシテ其レヨリ高額ナル利率ニ於テ支拂フ事ノ契約ヲ有效トスルトキハ貧困ナル債務者ニ對シテハ殆ト利息制限法ヲ設ケタルノ效用ナキニ至ルカ故ニ此ノ如キ規定アルモ敢テ怪シムニ足ラス然レトモ此規定ハ利息制限法ト共ニ速ニ廢止セサルヘカラサルモノト信ス此規定ハ民法上ニ於テハ尙ホ其效力ヲ存スルモ商事上ニ於テハ商法施行法第一百九條ニ明治十年第六十六號布告利息制限法第五條ノ規定ハ商事ニハ之ヲ適用セストアリテ其適用ナキニ至レリ尤モ舊商法施行條例ニモ亦同一ノ規定アリシカ故ニ實際三十一年七月一日ヨリ商事ニハ其適用ナカリシナリト信ス以上ヲ以テ當事者カ損害賠償ノ額ヲ豫定シタル場合及ヒ違約金ヲ定メタル場合ニ於ケル損害賠償ノ範圍ノ說明ヲ了リ同時ニ損害賠償ノ範圍ノ問題ヲ説クセリ次ニ賠償ノ方法ヲ述ヘン

第三 賠償ノ方法

賠償ノ方法ニ關スル原則ハ第四百十七條ニ於テ之ヲ規定セリ曰ク  
 損害賠償ハ別段ノ意思表示ナキトキハ金錢ヲ以テ其額ヲ定ム  
 即チ賠償ノ原則ハ金錢ヲ以テ損害ノ額ヲ見積リ債務者ヲシテ債權者ニ支拂ハ  
 シムルモノトス而シテ其損害ノ性質如何ハ問フ所ニアラス蓋シ債務不履行ノ  
 場合ニ於ケル損害賠償ニ在リテハ財産以外ノ損害ヲ生スルコトハ極メテ稀ナ  
 ルモ原則トシテハ必スシモ財産上ノ損害ニ限ルニアラス債務不履行ノ結果名  
 譽ヲ傷クルニ至リタルカ若クハ生命ニ關係ヲ及ボシタルコトヲ證明シ得ハ則  
 テ之ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ而シテ財産上ノ損害ト云フモ直チニ金錢上  
 ノ損害アリト謂フコトヲ得サル場合尠カラスト雖モ新民法ニ於テハ總テ之ヲ  
 金錢ニ見積ルコトト爲セリ外國ニ於テハ或ハ原狀回復ト稱シ原則トシテハ債  
 權者カ受ケタル損害ヲ消滅セシムルコトヲ認ムルノ例アルモ是レ理論上ニ於  
 テハ甚タ正當ナルカ如クニシテ實際ニ於テハ却テ不便タルヲ免レズ殊ニ原狀  
 回復ナルモノハ多クハ債務者ノ行爲ヲ必要トスルヲ以テ若シ債務者カ任意ニ  
 之ヲ爲ササル場合ニ於テハ金錢ヲ以テ賠償セシムルノ外其途ナキカ故ニ獨逸

民法等ニ於テ原狀回復ノ主義ヲ採用セルニモ拘ラス新民法ハ舊民法佛蘭西民  
 法其他歐洲多數ノ立法例ニ倣ヒ金錢ニテ之ヲ見積ルヲ以テ本則トセリ蓋シ金  
 錢ナルモノハ最モ便利ナル商品ニシテ大抵ノ財産ハ皆之ヲ以テ購フコトヲ得  
 ヘク又無形ノ損害例ヘハ悲哀ノ感情モ金錢ヲ消費スルニ因リテ其度ヲ減スル  
 コトヲ得ヘシ是レ此主義ヲ採用シタル所以ナリ右ノ原則ニ對シテハ二箇ノ例  
 外アリ第一ハ債務者ニ賠償ノ義務アルコト確定シタル後ニ於テ債權者ト債務  
 者トノ協議ヲ以テ特ニ金錢以外ノ方法ニ依リ賠償ヲ爲スコトヲ約シタル場合  
 是ナリ是レ固ヨリ契約ノ自由ニ依リテ有效ナルコト疑フ容レズ第二ハ契約其  
 他ノ法律行爲ヲ以テ債權ヲ發生セシムルニ當リ若シ當事者ノ一方カ其義務ヲ  
 履行セザルカ爲メ損害ヲ生シタルトキハ其賠償トシテ金錢外ノ或財産ヲ相手  
 方ニ與ヘ若クハ一定ノ行爲新聞ニ廣告シ若クハ或義務ニ服スルカ如キヲ爲ス  
 ヘキコトヲ定メタル場合はナリ而シテ此等ハ皆公益ニ關スル事項ニアラサル  
 カ故ニ新民法ニ於テハ總テ之ヲ有效トセリ乃チ第四百十七條ニ別段ノ意思表  
 示ナキトキハ云(五)トノ留保アルト同時ニ第四百二十一條ニ於テ左ノ如ク規定



ノ履行ヲ求ムルノ請求權殘存スヘシ然レトモ是レ賠償トハ全然關係ナキヲ以テ茲ニ論スヘキノ事項ニアラス況ヤ不履行ニ因ル契約ノ解除ノ場合ノ如キハ損害賠償ノ問題ノ外ニ契約ノ解除ナル問題存シ其結果一方カ他ノ一方ヨリ受取リタル物ヲ返還シ且利息ヲ支拂ハサルヘカラサル等ノ問題ヲ生ズルト雖モ是レ損害賠償トハ自ラ別問題ニ屬スルカ故ニ亦茲ニ論スヘキノ事項ニアラス茲ニ賠償ノ效果トシテ特ニ論セント欲スルモノハ債權者カ債務者ノ義務不履行ニ因リテ自己ノ所有物ヲ失ヒ若クハ自己ノ權利ヲ行使スルコトヲ得サルニ至リタル場合ニ於テ債權者カ之ニ因リ生シタル損害ノ賠償ヲ請求シ債務者カ之ヲ賠償シタルトキハ前ノ失ヒタル物若クハ行使スルコト能ハサリシ權利ノ運命如何是ナリ例ヘハ甲カ乙ニ其所有物ヲ寄託シ置キタルニ保管中乙ノ不注意ニ因リ其物カ紛失シタル場合ニ於テハ債權者即チ寄託者ハ受寄者タル債務者即チ乙ニ對シテ其物ノ代價ヲ請求シ尙ホ他ニ損害アラセ之カ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ然ルニ其物カ紛失シタルニ止マル場合ニ於テハ何人カノ手ニ存スルモノナルヲ以テ法律ニ特別ノ明文ナキトキハ普通ノ理論ヲ以テ此問題

ヲ決セサルヘカラス而シテ此問題ニ答フルハ甚タ容易ノ事ニ屬ス即チ此場合ニ於テ物ハ依然トシテ甲ノ所有ニ屬スルカ故ニ何時ニテモ其物ヲ發見シタルトキハ甲ハ占有者ニ對シテ其取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘキナリ但其間ニ於テ純然タル時效若クハ所謂即時時效(第一九二條)ノ規定ニ依リ既ニ善意ノ第三者ノ所有ニ歸シタルトキハ(盜品及ヒ遺失物ニ在リテハ二年間ハ第百九十二條ノ適用ナキモ二年ヲ經過セハ最早回復スルコトヲ得ス)爲メニ甲ノ所有權ハ消滅スヘキモ盜賊其他紛失ノ原因ヲ成シタル者ニ對スル損害賠償ノ請求權ハ甲ニ殘存スヘシ而シテ此損害賠償ニ付テハ頗ル議論アリ或論者ハ曰ク損害賠償ナルモノハ損害アリタルトキ之ヲ賠償セシムルモノナルニ此場合ニ於テハ甲ハ既ニ乙ヨリ損害ノ賠償ヲ得タルモノナルカ故ニ最早損害アリト謂フコトヲ得ス隨テ賠償ヲ請求スルノ權利ナシト是レ佛蘭西法等ノ採用セル主義ナリ又或論者ハ曰ク債權債務ノ關係ナルモノハ對人的ニシテ甲カ乙ニ對シテ有スル損害要債權ト丙ニ對シテ有スル損害要債權トハ獨立シタルモノナルカ故ニ甲ハ乙ヨリ賠償ヲ受クルニアラサレバ乙ニ對スル權利ハ消滅セヌ又丙ヨリ

賠償ヲ受タルニアラサレハ丙ニ對スル權利ハ消滅スルモノニアラスト下獨逸法ハ此主義ヲ採用シタルカ如シ右第一ノ主義ハ便利主義ニシテ理論上ヨリ言ヘハ第二ノ主義ヲ正トス又例ヘハ甲カ乙ニ自己ノ債權ノ取立ヲ委任シタル場合(金貸營業者カ番頭ニ債權ヲ取立ヲ委託シタルカ如キ場合ニシテ歐洲ニ於テハ債權取立ノ委託ヲ受タルヲ業トスル者アリ之ヲ「アシヤンダプフェール」下稱ス我邦ノ周旋屋ノ如キ者ナリ)ニ於テ委任ヲ受ケタル者カ債務者ニ對シテ速ニ請求ヲ爲セハ全部ノ辨濟ヲ得ヘカリシニ其怠慢ニ因リテ請求ヲ爲ササル間ニ債務者タル丙カ無資力ト爲リ爲メニ辨濟ヲ受タルコト能ハサルニ至リタルトキハ乙ハ委任契約ニ因ル義務ノ履行ヲ怠リタル過失アルカ故ニ債權者ニ對シテ之カ賠償ヲ爲ササルヘカラス而シテ其賠償額ハ債務者カ無資力ト爲リタルカ爲メニ支拂フコトヲ得サル金額其他尙ホ損害アレハ其損害額是ナリ此場合ニ於テ丙ハ之ニ因リテ當然其義務ヲ免ルルモノニアラサルカ故ニ法律ニ特別ノ規定ナキ限りハ若シ丙カ幸ニシテ其資産ヲ回復セハ甲ハ丙ニ對シテ債務ヲ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘシ是レ普通ノ原則ノ結果ナリ然レトモ前ノ二例ニ於テ債權

者ハ既ニ損害賠償ノ名義ヲ以テ物ノ價額ノ全部若クハ債權額ノ全部ヲ得タルモノナルカ故ニ依然物ノ所有權ヲ有シ又ハ債權ノ全部ヲ保有セルモノトセハ其結果債權者ハ不當ノ利得ヲ爲スニ至ルヘキヲ以テ繼合法律ニ特別ノ明文ナキモ債權者ハ所有物ヲ取戻スコトヲ得タルトキハ前ニ受取りタル價額ヲ返還セザルヘカラス又丙カ資力ヲ回復シテ債務ノ全部ヲ履行シタルトキハ一旦乙ヨリ受取りタル金額ハ之ヲ返還セザルヘカラス然レトモ此ノ如クセハ多クノ場合ニ於テ無用ノ手數ヲ要スヘシ當ニ無用ノ手數ヲ要スルニミナラス其間ニ於テ甲カ無資力ト爲リタルトキハ乙ハ損害ヲ被ルニ至ルヘシ固ヨリ乙ハ不履行ナル過失アリタルニ相違ナキモ甲カ損害ヲ被ラサルニ之ヲ賠償セザルヘカラサルノ理ナシ且結果ヨリ之ヲ觀レハ甲ハ損害ヲ被リタルモノニアラス即チ一時損害ヲ被リタルカ如クナリシモ後日其損害ハ消滅シタルモノナルカ故ニ乙ハ其給付シタルモノヲ返還ヲ請求スルコトヲ得ルハ當然ナリ然ルニ甲カ無資力ナルトキハ乙ニ對シテ返還スルコト能ハサルカ故ニ乙ハ彌リ損害ヲ被ラサルヘカラスシテ甚タ不當ナル結果ニ至ルヲ以テ新民法ハ獨逸民法ニ倣ヒ第

四百二十二條ニ於テ左ノ如ク規定セリ曰ク「債權者ハ債權者ニ對シテ債權者カ損害賠償トシテ其債權ノ目的タル物又ハ債權ノ全部ヲ受ケタルトキハ債務者ハ其物又ハ債權ニ付キ當然債權者ニ代位シ然レモ甲乙即チ第一例ノ場合ニ於テ若シ紛失シタル物ヲ發見シタルトキハ乙カ先ニ債權者ニ對シ其代價ヲ支拂ヒ置キタルヲ以テ其物ヲ丙ヨリ取戻シテ自己ノ所有ト爲スコトヲ得ヘク第二例ノ場合ニ於テハ乙ハ丙ニ代リテ債務ノ辨濟ヲ爲シタルト同一ナルヲ以テ丙カ賣力ヲ回復シタルトキハ乙ニ對シ直接ニ其履行ヲ請求スルコトヲ得ヘシ是レ畢竟手數ヲ省キ且其結果ヲシテ公平ナラシムルヲ精神ニ出テタルモノナリ此規定アルカ故ニ前ニ述ヘタル丙カ乙ノ保管内ニ在リシ物ヲ盜取シテ他ニ賣却シ若クハ典物ト爲シタル場合ニ於テモ丙ニ對スル損害賠償ノ權利ハ乙カ甲ニ代リテ之ヲ行フコトヲ得ヘシ而シテ前ニ論シタル第一第二ノ主義ノ爭モ亦此規定ニ依リテ其必要ヲ失ヒタルモノト謂フヘキナリ

第三款 第三者ニ對スル債權者ノ權利

既ニ屢述ヘタル如ク債權ナルモノハ人ト人トノ關係ニシテ一定ノ人ヨリ一定ノ人ニ對スルモノナルカ故ニ他人ニ對シテハ效力ヲ有スルモノニアラス例ヘハ千カ他人ヨリ金錢ヲ借リタル場合ニ於テ貸主ハ借主ノ父ニ對シテ其返還ヲ請求スルコトヲ得ヌ又甲カ乙ニ或土地ヲ賣却シ未タ其代價ヲ支拂アラサル前ニ於テ乙カ更ニ其土地ヲ丙ニ賣却シタル場合ニ於テ甲ハ丙ニ對シ代價ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得ヌ尤モ或場合ニハ先取特權ノ存スルコトアルモ此ノ如ク債權ナルモノハ人ト人トノ關係ニシテ他人ニ對シテハ效力ヲ及ボササルモノナルヲ以テ當事者ト第三者トヲ區別スルノ必要アリ即チ當事者トハ債權者及ヒ債務者ノ謂ニシテ其他ノ者ハ第三者ナリ但茲ニ一ノ注意ヲ要スルハ當事者中ニハ自ら承繼人ヲ包含スルコト是ナリ故ニ純然タル當事者ト第三者トノ區別ハ多クノ場合ニ於テ明瞭ナルモ承繼人ト第三者トノ區別ニ至リテハ頗ル困難ナル場合アリ承繼人ノ最モ著シキ者ハ所謂包括承繼人即チ權利及ヒ義務ヲ併セテ承繼スル者ニシテ相續人ノ如キ是ナリ此相續人ナルモノハ少クモ財產上ノ一切ノ權利義務ヲ承繼スルモノニシテ財產權上ニ付テハ當事者ト承繼

人即チ相續人トハ同一人ト看做スモノナリ唯稀ニ相續人カ相續人ノ資格ヲ以テセス自己ノ名義ヲ以テ或權利ヲ主張スル場合ニ於テハ承繼人タラサルコトアルノミ羅馬ノ法律家曰ク相續人ハ當事者ノ人格(ペルソナ)ノ繼承者ナリト尤モ此譬喩ヲ餘リニ廣ク解スルトキハ非常ナル誤謬ヲ惹起シ之カ爲メニ歐洲ノ學者ハ往往ニシテ誤解ニ陷ル者アレトモ財産上ノ權利義務ニ付テハ適切ナル譬喩ト謂フヘシ然レトモ是レ相續ノ效力ニ關スル問題ナルヲ以テ今茲ニ之ヲ詳論セシ唯關係アル條文ヲ舉グルニ止メン即チ家督相續ニ付テハ第九百八十六條ニ遺產相續ニ付テハ第一千一條ニ規定アリ而シテ相續人カ自己ノ名義ヲ以テ行使スルコトヲ得ル權利例ヘハ占有ニ付キ相續人カ自己ノ占有ノミヲ主張スルトキハ是レ即チ自己ノ名義ニシテ相續人タルノ名義ニアラス(第一八七條)又相續人カ限定承認ヲ爲ス場合ニ於テハ多少自己ノ名義ヲ以テ行フ所ノ權利アリ其他ノ場合ニ於テハ相續人ハ即チ承繼人ナリ又所謂包括承繼人ノ中ニハ受遺者ナル者アリ例ヘハ被相續人カ遺言ヲ以テ自己ノ財産ノ全部又ハ一部ヲ他人ニ讓ルノ意思ヲ表示シテ死シタル場合ニ於テハ遺贈ナルモノ成立ス而シ

テ是レ亦包括名義タルコトアリ即チ自己ノ全財産ト云フトキハ勿論「財産ノ半額」ト云フモ均シク包括的ニシテ權利ノ半額ヲ讓受タルト同時ニ義務モ亦其半額ヲ讓受タルモノナリ又例ヘハ或法人ノ財産ヲ一括シテ讓受タルコトアリ現ニ合名會社合資會社等ニ付テハ法律ニ明文アリ即チ商法第八十五條ニ「解散ノ場合ニ於ケル會社財産ノ處分方法ハ定款又ハ總社員ノ同意ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得」トアリテ此處分方法ハ種種アルヘク會社ノ權利義務ヲ一括シテ讓渡スコトモ亦其ノ一方法タリ例ヘハ會社カ解散スル場合ニ於テハ普通清算人アリテ清算ヲ爲シ會社ノ取立ツヘキモノハ之ヲ取立テ支拂フヘキモノハ之ヲ支拂ヒテ殘餘財産ヲ各社員間ニ分配スルヲ常トスルモ是レ大ニ時日ヲ費シ煩雜ナル手數ヲ要スルカ故ニ其煩累ヲ避クルカ爲メ會社ノ全財産即チ債權債務及ヒ其他ノ財産ヲ包括シテ之ヲ賣買スルコトアリ信用アル會社ニ在リテハ之ヲ引繼キテ營業ヲ爲スコト利益ナルヲ以テ斯ル事實ヲ見ルコト尠カラズ而シテ是レ一箇人ニ在リテモ亦同シキ所ニシテ即チ包括的ノ承繼ナリ其他種種ノ場合アルモ往往ニシテ議論ヲ惹起スルノ虞アルヲ以テ爭ナキ顯著ナル例ヲ舉ケテ

ルノモミ  
 包括承継人ノ外ニ特定承継人ナル者アリ例ヘハ不動産ノ所有權ヲ讓受ケタル場合ニ於テ其讓受人ハ絶對ノ承継人ナリト謂フコトヲ得ス即チ讓渡人ノ負擔セル義務ハ原則トシテ讓受人ニ移轉スルモノニアラス然レトモ法律上當然讓受人ニ移轉スヘキ負擔アリ即チ不動産上ニ設定セル物權ノ如キ是ナリ例ヘハ其不動産上ニ存セル地上權、永小作權、地役權、留置權、先取特權、質權、抵當權等皆然リ此等ノ權利ハ之ヲ登記セハ其不動産所有權ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ルモノナリ尙ホ法律ノ規定ニ依リ純然タル債權ニシテ亦讓受人ニ對シ之ヲ行フコトヲ許シタルモノアリ例ヘハ第二百五十四條ニ於テ共有者ノ一人カ共有物ニ付キ他ノ共有者ニ對シテ有スル債權ハ其特定承継人ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得トアリ第二百八十六條末段ニ其義務ハ承役地ノ所有者ノ特定承継人モ亦之ヲ負擔ストアリ又第五百八十一條ニ於テハ買賣契約ト同時ニ買戻ノ特約ヲ登記シタルトキハ買戻ハ第三者ニ對シテモ其效力ヲ生ストアルカ如ク縱令債權ト雖モ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ルモノアリ而シテ右ノ中地役權及ヒ買

戻ニ付テハ登記セサレハ特定承継人ニ對抗スルコトヲ得サルモ共有ノ場合ニ於テハ登記ヲ爲ササルモ特定承継人ニ對抗スルコトヲ得ヘシ予ハ立法論トシテハ此主義ヲ取ラサルモ現行登記法ニ於テハ疑ヲ容ルヘキ餘地ナシ又貸借債ニ付テモ第六百五條ニ於テ「不動産ノ貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後其不動産ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生ス」トアリテ其權利取得者ハ特定承継人ナリ又或ハ特約ニ依リテ特定承継人ト爲ルコトアリ即チ讓渡契約ニ在リテ讓渡人カ負擔セル普通ノ債務ハ取テ讓受人ニ移轉セサルヲ原則トス然ルニ特約ヲ以テ讓渡人カ其讓渡ノ目的物ニ關シテ負擔セル義務ヲ讓受人ニ負ハシメタル場合ニ於テハ其讓受人ハ此義務ニ付テモ特定承継人タリ例ヘハ貸借ハ登記ヲ爲スニアラサレハ法律上讓受人ニ對抗シ得ヘキモノニアラサルモ讓渡人カ讓受人ト特約ヲ爲シ登記ナキ貸借ヲ承認セシメタル場合ノ如シ此場合ニ在リテハ讓受人ハ契約上債務ノ承継人ニシテ即チ特定承継人ナリ又特定承継人ニ付キ稍キ議論アルハ連帶債務者又ハ保證人ノ場合はナリ予ハ或範圍内ニ於テ其特定承継人タルコトヲ信スレトモ是レ連帶及ヒ保證ノ



性質ヲ説明シタル後ニアラサレハ了解シ難キ事ニ屬スルカ故ニ今茲ニ述ベス以上特定承繼人包括承繼人當事者第三者ニ付キ予ハ當ニ廣キ意味ニ於テ説明セリト雖モ茲ニハ債權債務ノ關係ノミニ付テ論スベキヲ以テ此點ヨリ言ヘハ相續人受遺者等カ被相續人ノ債權債務ヲ承繼スルモノナルコトヲ記憶スルヲ以テ足り特定承繼人ニ付テモ亦其前者ノ債權債務ヲ承繼スルコトノミヲ記憶セハ可ナリ今特定承繼人カ債權ヲ承繼スル場合ヲ言ヘハ例ヘハ地上權永小作權賃借權ヲ設定セル土地所有權ノ讓受人ハ此等ノ權利ヲ認メサルヘカラスト雖モ此等ノ權利タルヤ地代小作料若クハ借賃ヲ支拂フヘキ義務ト密著ナル關係ヲ有スルモノニシテ讓受人ノ權利ヨリ之ヲ觀レハ債權ノ隨伴セルモノナルカ故ニ此債權ニ付テハ讓受人ハ特定承繼人ナリ又純然タル債權又ハ債務ノミノ承繼人ナル者アリ債權ノ讓受人又ハ債務ノ引受人即チ是ナリ而シテ「債權ノ讓渡」ニ付テハ後ニ説明スヘキモ「債務ノ引受」ニ付テハ法律ニ特別ノ規定ナシ然レトモ之ヲ禁シタルニアラスシテ別ニ規定スルノ要ナシト爲シタルニ由ルンミ獨逸民法ノ如キハ債務ノ引受ヲ規定シテ更改ナルモノヲ規定セスト雖モ更

改ヲ無効ト認メタルニアラス之ト同シク我民法ニ於テモ亦債務ノ引受ヲ無効ト爲シタルニアラサルナリ即チ甲カ乙ニ對シ一定ノ債權ヲ有シタルニ丙ナル者カ乙ノ債務ヲ引受ケテ自ラ履行ノ責ニ任センコトヲ申込ミタル場合ニ於テ甲カ承諾ヲ爲セハ是レ固ヨリ有效ナリ唯法律カ更改ナルモノヲ認メタルヲ以テ實際其必要ナキノミ斯ク論シ來レハ「承繼人」下「第三者」下「區別判然タリト雖モ時トシテハ同一人ニシテ承繼人タリ又第三者タルコトアリ相續人ニ付テスラ猶ホ且此二種ノ資格ヲ有スルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ然レトモ是レ極メテ稀ナル場合ニシテ別ニ困難ナル問題ヲ生スルコトナキモ特定承繼人ニ在リテハ一面ヨリ之ヲ觀レハ皆第三者ナリ唯觀察ノ點ヲ異ニスルニ依リテ或ハ特定承繼人ト爲リ或ハ第三者ト爲ルノ今一例ヲ舉ケレハ前ニ述ヘタル所有權ノ讓受人ハ法律ニ特定メタル權利ニシテ登記シアルモノニ付テハ特定承繼人ナルモ若シ同一ノ權利カ登記シアラザルトキハ此讓受人ハ第三者ニシテ特定承繼人ニアラス(第一七七條)即チ後ノ場合ニハ所謂第三者中ニ讓受人ヲ包含セリ此一事ニ依リテ之ヲ觀ルモ第三者ト承繼人トノ區別ノ困難ナル

コトハ略ホ推知スルコトヲ得ヘキナリ債權ノ讓渡ニ付テモ亦同シ債權讓渡ニ付テハ第四百六十七條ニ指名債權ノ讓渡ハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレバ之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストアリ即チ甲カ乙ニ債權ヲ讓渡シタル場合ニ於テ甲カ右ノ手續ヲ爲シタルトキハ乙ハ其權利ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルノ結果丙カ更ニ甲ヨリ之ヲ讓受クルモ丙ハ乙ノ權利ヲ認メサルヘカラサルヲ以テ此點ヨリ之ヲ觀レハ丙ハ承繼人ナリ換言スレバ甲ハ乙ノ權利ヲ認メサルヘカラサルコト勿論ニシテ甲ヨリ債權ヲ讓受ケタル丙モ亦乙ノ權利ヲ認メサルコトヲ得ス然ルニ若シ乙ノ權利カ第四百六十七條ノ手續ヲ缺キタルモノナルトキハ丙ハ即チ第三者ニシテ乙ノ權利ヲ認メサルコトヲ得ヘシ是レ甚タ區別ノ困難ナル所以ナリ「ボリツナード」氏ノ如キハ之ヲ區別スルノ主義ヲ採ラスシテ斯ル場合ニ於テハ概シテ「特定承繼人」ナル文字ヲ使用セリ例ヘハ舊民法財産編第三百四十七條ニ「記名證券ノ讓受人ハ債務者ニ其讓受ヲ合式ニ告知シ又債務者カ公正證書若クハ私署證書ヲ以テ之ヲ承諾シタルニ非サレバ自己ノ權利ヲ以テ讓渡人ノ

承繼人及ヒ債務者ニ對抗スルコトヲ得ス」トアリ而シテ此承繼人ナルモノハ新民法ニ所謂「第三者」ニ當レリ又證據編第五十條第二項ニ「然レトモ當事者ノ債權者及ヒ特定承繼人カ當事者ト約定スルニ當リ反對證書アルヲ知リタルコトヲ證スルニ於テハ之ヲ以テ其債權者及ヒ承繼人ニ對抗スルコトヲ得」トアリ此「特定承繼人」ナルモノモ亦新民法ニ所謂「第三者」(第九四條第二項)ニ當ルモノニシテ「ボリツナード」氏ノ意ハ或點ニ於テ「特定承繼人」ト謂ヒ得ルモノハ法律上悉ク「特定承繼人」トスル主義ナルモ予ハ是レ甚タ穩當ナラスト信ス蓋シ他人ノ權利ノ承繼人ト謂フトキハ必ス法律上同一人ト看做スヘキ場合ニ限ルモノニシテ前者ノ權利ヲ承繼シタルニアラスシテ獨立ノ權利ヲ有シ前者カ負擔セル義務モ之ヲ負擔セズ前者カ認ムヘキ權利モ之ヲ認メサルコトヲ得ル者ハ承繼人ニアラスシテ第三者ナリ故ニ新民法ニ於テハ舊民法ト正反對ノ主義ヲ採レリ是レ歐洲ノ立法例ニ於テモ亦普通トスル所ナリ即チ當事者ニアラサル者ハ總テ之ヲ「第三者」ト稱スルヲ本則トシ其者カ承繼人ノ地位ニ立フトキノミ之ヲ「承繼人」ト稱セリ契約ニ付テ言ヘハ茲ニ一ノ契約アリ之ニ關係ナキ者ハ皆「第三者





ノ例外アリ即チ一ハ其效力カ承継人ニ及ハサル場合ニシテ他ノ一ハ其效力カ  
 第三者ニ及フ場合はナリ  
 第一 債權ノ效力カ承継人ニ及ハサル場合ハ所謂債權者又ハ債務者ノ一身ニ  
 專屬スル所ノ權利義務是ナリ例ヘハ債權者カ終身他人ヨリ扶養セラルル權利  
 フ有スルトキハ是レ債權者ノ一身ニ專屬スル權利ニシテ相續人其他ノ承継人  
 ニ移轉セサルモノナリ又債務者カ或人ヲ終身扶養スルノ義務ヲ負ヘルトキハ  
 是レ債務者ノ一身ニ專屬スルモノニシテ相續人ニ移轉セサルモノナリ尙ホ之  
 ニ付テハ贈與ニ關スル規定タル第五百五十二條ニ定期ノ給付ヲ目的トスル贈  
 與ハ贈與者又ハ受贈者ノ死亡ニ因リテ其效力ヲ失ス下アリテ定期ノ給付ヲ目  
 的トスル贈與ハ相續人其他ノ承継人ニ移轉セサルモノトシ又雇傭契約ニ在リ  
 テモ勞務者ハ使用者カ死亡シタル場合ニ於テ仍ホ其相續人ニ對シテ勞務ニ服  
 スヘキコトヲ約シタルモノニアラス又勞務者カ死亡スルトキハ其相續人カ代  
 リテ勞務ニ服センコトヲ約シタルモノニアラス故ニ此等ノ場合ニ於テハ總テ  
 權利義務ハ承継人ニ移轉セス其他契約ニ因リテ特ニ一身ニ屬スル權利トシ義

務トシテ定メタルモノハ承継人ニ移轉セス固ヨリ多少ノ疑問ヲ生スルコトア  
 ルヘント雖モ是レ事實問題ニシテ原則トシテハ右ニ述ヘタルカ如シ  
 第二 債權ノ效力カ第三者ニ及フ場合即チ(一)間接訴訟權(二)取消訴訟權廢罷訴訟權即  
 チ羅旬語ノ「アタシヨバウリヤナ」佛語ノ「アタシヨン、ポーリエヌ」或ハ獨逸語ノ  
 「バウリヤニツシテラゲ」是ナリ蓋シ債權ノ效力カ第三者ニ及フ場合ハ其第  
 三者ハ通常特定承継人ナリ然ルニ今茲ニ論セント欲スル所ハ之ト異ニシテ債  
 權ノ效力カ純然タル第三者ニ及フ場合ナリトス然リ而シテ第一ノ間接訴訟權ハ  
 債權者カ債務者ニ代リテ其權利ヲ第三者ニ對シテ行使スルモノニシテ間接ニ  
 債權ノ效力カ第三者ニ及ヒ第二ノ取消訴訟權ハ債權者カ法律ニ由リテ與ヘラレ  
 タル自己ノ權利トシテ第三者ニ對シテ行使スルモノナリ論フ左ニ之ヲ分說セ  
 ン  
 (一) 間接訴訟權  
 間接訴訟權ナルモノハ前ニ一言シタル如ク債權者カ債務者ノ權利ヲ代リ行フ權  
 利ナリ舊民法佛蘭西法等ニ於テハ債權者カ此權利ヲ有スルコトヲ理由トシテ

債權者ハ債務者ノ承継人ナリトセリ然レトモ此權利ハ本來強制執行ノ權利ト  
 其性質ヲ一ニスルモノナリ民法第四百二十三條ニ曰ク舊ノ對債權ノ執行ノ權  
 債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ其債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得  
 但債務者ハ一身ニ專屬スル權利ハ此限ニ在ラス  
 債權者ハ其債權ノ期限カ到來セタル間ハ裁判上ハ代位ニ依ルニ非サハ前  
 項ノ權利ヲ行フコトヲ得ス但保存行爲ハ此限ニ在ラス  
 此權利ヲ行フニハ二箇ノ條件ヲ必要トス  
 第一條件 債權者カ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ必要ナルコトヲ要ス例  
 ハ債務者カ第三者ニ對シテ債權ヲ有スル場合ニ於テ其第三者カ債務ノ履行ヲ  
 爲セハ債權者ハ之ニ依リテ辨濟ヲ受タルノ便利アリ故ニ強制執行ノ方法トシ  
 テハ所謂差押又ハ支拂差止ナルモノヲ許セリ即チ債權者ハ裁判所ノ命令ヲ以  
 テ其第三者ニ對シテ債務者タル其債權者ニ支拂ヲ爲スコトヲ禁ゼシメ已レ自  
 ラ其辨濟ヲ受タルノ權利アリ然ルニ間接訴權ニ在リテハ強制執行ノ方法ニ依  
 ラスシテ尙ホ右ト同一ノ結果ヲ受タルコトヲ得ヘシ唯強制執行ニ由ルニアラ

ナレハ第三債務者ニ對シテ支拂ノ差止ヲ爲スコトヲ得ス此點ハ二者相異ナル所  
 ナレトモ大體ノ原則ハ同一ニシテ債權ノ目的カ金錢其他ノ財産ナル以上ハ債  
 權者ハ此間接訴權ニ依リテ自己ノ辨濟ヲ受タルノ便利ヲ得ルモノトス次ニ債  
 務者ノ權利カ时效ニ因リテ將ニ消滅セントスル場合ニ於テ若シ之ヲ放擲シ置  
 ケハ債務者ノ財産ヲ減シ隨テ債權者カ損失ヲ被ル虞アルカ故ニ时效中斷ノ方  
 法即チ債務者ニ代リテ催告ヲ爲シ其權利ノ消滅ヲ防クコトヲ得尙ホ理論上ヨ  
 リ言ヘハ債務者ノ權利カ登記スヘキモノナルニモ拘ラス未タ登記ヲ經サル爲  
 メ何時第三者カ權利ヲ取得シテ之ヲ登記シ債務者ノ權利ヲ水泡ニ歸セシムル  
 カ知ルヘカラサル虞アル場合ニ於テハ債務者ニ代リテ登記ヲ爲スコトヲ得ヘ  
 キ管ナリ是レ蓋シ債務者ノ財産ヲ保存スルノ方法ニシテ債權者カ自己ノ債權  
 ノ辨濟ヲ受タルコトヲ確保シ即チ自己ノ權利ヲ保全スル爲メニ必要ナル事項  
 ニ屬ス唯此場合ニ於テハ登記法ニ定メタル手續ヲ踐マサルヘカラサルヲ以テ  
 事煩ル煩雜ニ涉ルト同時ニ實際ノ疑問ヲ惹起スルヤモ知ルヘカラスト雖モ登  
 記法第三十五條ニ「登記ヲ申請スルニハ左ノ書面ヲ提出スルコトヲ要ス」(中略)

五 代理人ニ依リテ登記ヲ申請スルトキハ其權限ヲ證スル書面云云トアリ(登記ノ申請ナルモノハ權利者義務者雙方ヨリ之ヲ爲シ而シテ各自本人ヨリ申請スルヲ以テ本則トスルモ代理人ヲ以テモ亦之ヲ申請スルコトヲ得ヘシ又第三十六條ニ「申請書ニハ左ノ事項ヲ記載シ申請人之ニ署名捺印スルコトヲ要ス」中略四 代理人ニ依リテ登記ヲ申請スルトキハ其氏名住所云云トアリ故ニ予ハ右ノ場合ニ於テハ債權者カ債權者タルコトヲ證シ得ル證書多クハ債權證書ヲ添ヘ債權者自ラ申請書ニ署名シ債務者ノ代理人タルコトヲ附記セハ可ナラント信スレトモ債權者タルコトノ證明ニ付テハ實際多少ノ疑問ヲ生スヘク加之登記官吏カ民法ト登記法トノ關係ヲ明カニ了得シテ予ノ說ヲ採用スルヤ否ヤハ問題ナリ故ニ予ハ登記法中ニ此事ヲ明カニ規定セザリシヲ最モ遺憾トスル者ナリ

此自己ノ債權ヲ保全スル爲メナル條件ノ具備セサル一ノ例ヲ言ヘハ債務者カ第三者ニ對シテ或法律行爲ノ委任ヲ爲シタルニ第三者カ委任事項ヲ履行セザル場合ニ於テ債權者ハ債務者ニ代リテ其委任事項ヲ履行スヘキコトヲ受任者





明治廿二年十二月九日內務省許可

明治三十五年六月廿三日印刷  
明治三十五年六月廿四日發行

東京市牛込區車塚町十七番地  
發行所 松田久次郎

東京市牛込區矢來町三番地  
印刷者 小宮山信好

東京市芝區西久保明舟町十一番地  
印刷所 金子活版所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 **和佛法律學校**

指定

(電話番町百七十四番)