

## 法政大學講義録

梅, 謙次郎 / 牧野, 英一 / 二上, 兵治 / 美濃部, 達吉

---

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

28

(号 / Number)

1学年の10

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

104

(発行年 / Year)

1908-07-20

明治四十一年七月二十日發行

（第壹學年ノ十）

四十一年度

法政大學講義錄

號八十二第

法政大學發行



0303



四十一年度第二十八號目次

憲

法(自二七七至二七八)(完)

法學博士 美濃部達吉

表紙及び目次

一〇頁

民法總則

(自二七一至二七六)

法學士 二上 兵治

民法債權第一章(自二六九至二七八)

法學博士 梅謙次郎

刑法總論

(自二〇五至二二六)

法學士 牧野 英一

雜錄 ○判檢事第一回及び辯護士試験委員

090  
1908  
1-1-10

トキハ憲法ヲ法律ノ結果ニ由ル歳出ト大權ノ結果ニ由ル歳出トヲ區別シ法律ニ基ク歳出ニ付テハ「既定」トイハスシテ大權ニ基ク歳出ニ「既定」ノ文字ヲ用ヒタル理由ヲ解スルコト能ハサレハナリ

即チ勅令ノ結果ニ依リ必要ト爲リタル歳出ト雖モ前年度ノ豫算定額ニ超エタル部分又ハ前年度ノ豫算ニ存セサル費用ニ付テハ議會ハ政府ノ同意ナクシテ之ヲ廢除削減スルコトヲ得ルナリ

之ヲ以テ豫算ニ依リ勅令ヲ廢止變更スルモノト看做スヘカラス勅令ハ依然トシテ效力ヲ有ス唯豫算力通過セサルトキハ其勅令ハ之ヲ實行シ得ヘカラスナルノミ勅令ハ初ヨリ豫算ノ通過ヲ以テ其實行ノ條件トセルナリ

ロ 法律ノ結果ニ由ル歳出及び法律上政府ノ義務ニ屬スル歳出ニ付テハ其前年度ノ豫算ニ存スルト否トヲ問ハス當然ニ豫算議定權ヲ束縛ス

法律上政府ノ義務ニ屬スル歳出トハ恩給契約上ノ義務ノ如キ豫算ヲ議スル前ノ國庫カ法律上ノ債務ヲ負ヘルモノヲ云フ條約ニ依リテ國家カ他ノ國家ニ對シテ債務ヲ負擔セル場合モ亦此中ニ屬スヘキモノナリ

ハ 以上ノ歳出ニ付テハ政府ノ同意ナクシテ之ヲ廢除削減スルコト能ハサルモノナレトモ之ト反對ニ政府ノ同意アレハ自由ニ之ヲ廢除削減スルコトヲ得ルモノト解スヘカラス政府ハ憲法 國家ノ作用 豫算 議會ノ豫算議定權

法律勅令條約等ヲ實行スルノ義務アルモノニシテ法律勅令條約等ヲ動カスニ非サレハ實行スルコトヲ得サル豫算ノ如キハ政府ハ之ニ同意スルコトヲ得サルモノナリ唯法律勅令等ノ範圍内ニ於テ實行スルコトヲ得ヘキ修正ニ付テノミ政府ノ同意ヲ得テ之ヲ修正スルコトヲ得ルニ止マル

三 皇室經費ニ付テハ憲法施行前ノ定額ニ付テ毎年之ヲ支出シ將來増額ヲ要スル場合ノ外議會ノ協賛ヲ經ルコトヲ要セス(六七條)其タヒ議會ノ協賛ヲ經テ之ヲ増額シタル場合ニ於テハ其増額ノ分ニ付テハ其以後ハ又議會ノ協賛ヲ要セサルモノナリ

四 繼續費ニ付テモ亦豫メ年限ヲ定メテ其最初ノ年度ニ於テ一タヒ議會ノ協賛ヲ經タルハ其以後ハ又其協賛ヲ要セサルモノナリ(六八條)

### 第三節 豫算ノ編制

豫算ノ編成ニ關シ注意スヘキ主要ノ點ハ左ノ如シ

一 豫算ハ毎年之ヲ編成シ一年度間ノ收入及ヒ支出ヲ記載スルヲ要ス會計上ノ年度ハ曆年ノ年度トハ同シカラス毎年四月一日ニ始マリ翌年三月三十一日ニ至ルマテ一會計年度トス會計年度ハ法律ノ定ムル所ニ依ル故ニ將來ニ於テ法律ヲ以テ會計年度ヲ變更シタル場合ニ於テハ其經過年度ニ於テハ一年度ニ滿タル端數ノ豫算ヲ編成スルノ必要ヲ生スヘク豫算カ一年度

ノ會計見積リ表タル性質ニ矛盾スルカ如シ雖モ是レ會計年度ノ變更ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ之カ爲メニ憲法カ絕對ニ會計年度ノ變更ヲ禁シタルモノト認ムルコトヲ得ス

二 豫算ハ不分割ヲ以テ原則トス一年度間ノ總收入及ヒ總支出ハ之ヲ單一ノ豫算ニ記載シ特別ノ事項又ハ特別ノ期間ニ對スル別個ノ豫算ヲ設クルコトヲ得ス之ニ二ノ例外アリ一ハ追加豫算ナリ總豫算編成後ニ於テ避クヘカラサル必要ヲ生シ又ハ豫算金額ノ不足ヲ生シタルトキハ政府ハ追加豫算ヲ提出スルコトヲ得例外ノ他ノ一ハ特別會計ナリ特別會計ヲ置クハ法律ノ定ムル所ニ依ル

三 豫算ハ之ヲ收入支出ニ分テ而シテ收入支出ハ更ニ之ヲ經常及ヒ臨時ノ收入支出ニ分テ經常臨時共ニ又之ヲ款項ニ區別スルヲ要ス款項ノ區別ハ大藏大臣ノ定ムル所ニ依ル款項ノ外或ハ目節ニ細別スルコトアルモ是レ唯參考トシテ之ヲ示スニ止マリ議會カ此目節ニ付テ議決スルニ非ス

四 豫算中ニハ豫備費ヲ設クルコトヲ要ス豫備費ハ豫算中ノ一部ナリト雖モ之ヲ支出スルヲ得ヘキモノニ非ス唯避クヘカラサル必要ヲ生シ又ハ豫算金額ノ不足ヲ生シタル場合ニ於テ特別ノ手續ニ依リテ之ヲ支出スルヲ得ルノミ

### 第四節 豫算ノ效力

英國及ヒ英國法ヲ模範トセル諸國豫算法ニ於テモ豫算ハ租稅承諾權ヨリ發達シタルモノニシテ國王カ租稅ヲ徵收スルニハ豫メ國民ノ承諾ヲ必要トシ而シテ國民ハ豫算ヲ以テ毎年特定ノ費途ヲ定メテ租稅ヲ承諾シタルモノナリ租稅承諾ノ效果ハ一年度ニ限り毎年新ニ豫算ヲ以テ租稅ノ承諾ヲ求ムルコトヲ要ス此ノ如キ時代ニ於ケル豫算ノ效力ハ主トシテ收入ニ重キヲ置ケルモノニシテ豫算アルニ非サレハ國王ハ租稅ヲ徵收スルコトヲ得サリシモノナリ租稅カ毎年ノ承諾ヨリ變シテ永久ノ效力ヲ有スル法律ヲ以テ定メラルルニ至リテハ此ノ如キ豫算ノ效力ハ大ニ變シ租稅ハ豫算ニ拘ハラス法律ニ依リテ徵收セラレ收入ニ付テノ豫算ハ唯單純ナル收入金額ノ見積リニ過キスシテ豫算ノ效力ハ専ラ支出ニ重キヲ置クニ至レリ

我國ニ於テハ豫算ハ初ヨリ租稅承諾權ノ思想ノ影響ヲ被ムルコトナク從テ我國ニ於テモ豫算ノ效力ハ専ラ支出ニアリテ收入ニ付テハ豫算ハ單純ナル見積リニ止マリ全ク法律上ノ效力ヲ有スルコトナシ從テ

第一 收入豫算ニ付テハ收入カ總合豫算ニ超過スルモ又ハ之ニ不足スルモ又ハ豫算ニ記載シタル款項以外ノ收入ヲ生スルモ法律上毫モ差支ナシ政府ハ専ラ法律命令ノ規定ニ從ヒ租稅手續料ヲ徵收シ官業ノ收入ヲ取得シ其他如何ナル收入ヲモ取得スルコトヲ得但國債ヲ募集スルハ別ニ議會ノ協議ヲ要ス

第二 支出ノ豫算ハ之ニ反シテ國務大臣及ヒ行政官廳ヲ羈束ス

一 官廳ハ豫算ニ記載シタル目的以外ニ支出ヲ爲シ又豫算金額ヲ超過シタル支出ヲ爲スコトヲ得ス總合豫算總額ニ於テ豫算金額ニ超過セサルモ特定ノ款項ニ付キ豫算金額ニ超過スルトキハ違法ナリ一ノ款項ニ剩餘アリ他ノ款項ニ不足アル場合ト雖モ之ヲ流用スルコトヲ得ス豫算外ニ臨時ノ收入アル場合ト雖モ其收入ハ豫算ニ記載シタル目的以外ニ之ヲ利用シ得ヘキニ非ス

二 豫算ニ記載シタル目的以外ニ支出ノ必要ヲ生シ又ハ豫算金額ニ不足ヲ生シタルトキハ豫備費中ヨリ之ヲ支出スルコトヲ得豫備費中ニ第一豫備金、第二豫備金ノ區別アリ第一豫備金ハ豫算超過ノ支出第二豫備金ハ豫算外ノ支出ニ充ツ豫備費ノ支出ハ區別ノ手續ヲ要シ且議會ノ事後承諾ヲ要ス

三 豫備費ヲ以テ豫算外支出及ヒ豫算超過ノ支出ヲ補フニ足ラサル場合ニ於テハ追加豫算ヲ提出スルカ又ハ憲法第七〇條ノ緊急處分ニ依ルノ外ハ全ク支出ノ途ナキモノナリ

四 豫算外又ハ豫算超過ノ支出ヲ爲スニハ以上ノ如キ制限アレトモ豫算ニ記載サレタル支出金額ヲ支出セス又ハ剩餘ヲ殘スハ毫モ違法ニ非ス豫算ハ盟ニ費用金額ノ適當ナルヤ否ヤヲ決定スルニ止マリ事業其モノノ必要ヲ決スルモノニ非サルカ故ニ豫算ニ於テ總合支出金額ノ見積リアルモ政府ハ之ニ依リテ必ス其事業ヲ執行スヘキ義務ヲ負フモノニ非ス

## 第五節 豫算ノ不成立

豫算ノ不成立トハ會計年度ノ開始ニ至ルマテノ間ニ豫算ノ議決ヲ見ルコト能ハリシ場合ヲ云フ豫算ノ不成立ハ議會カ召集ニ應セザリシトキ議會カ豫算ヲ議了スルニ至ラスシテ會期ヲ了リ又ハ衆議院ノ解散セラレタルトキ兩院ノ決議一致スルコト能ハザリシトキニ於テ生ス憲法第六七條ノ支出ニ付テ議會ノ廢除削減ノ決議ニ對シテ政府ノ同意ヲ得ス而シテ議會モ亦其決議ヲ改メサル場合ハ等シク議會ノ議決ノ成立セサル場合ナリ之ニ反シテ第六七條ノ以外ノ支出ニ付テハ政府ノ同意ヲ要セス議會ノ議決ノミヲ以テ豫算ハ成立スルモノナルカ故ニ此種ノ支出ノ廢除削減ニ對シテ政府ノ同意セサルコトハ豫算不成立ノ原因トナラス

豫算不成立ノ場合ニ於テハ我國ノ憲法ハ前年度ノ豫算ニ依ルヘキコトヲ規定ス若シ二年以上引續キ豫算不成立ナル場合ニ於テハ前年度又ハ其前ノ年度ノ豫算ニ依ルヘキモノナルコト勿論ナリ

## 第六章 國際條約

國際條約ハ國家ト國家トノ間ノ合意ニ依リ國際間ノ法律上ノ關係ヲ設定スル行爲ナリ國際條約ノ效力ニ付テハ國際法上ノ側ト國法上ノ側トヲ區別スルヲ要ス

條約ノ締結ニ依リ國家ハ其締約國ニ對シテ法律上ノ關係ヲ生ス是レ條約ノ國際法上ノ效力ナリ然レトモ條約ノ内容ハ或ハ國內ニ於ケル官廳ノ行動ヲ羈束シ又ハ國民ノ權利義務ヲ規定スルコトアリ此場合ニ於テ條約ノ有效ニ行ハルルカ爲メニハ國內ニ於ケル官廳及ヒ國民カ其條約ノ内容ニ從テ羈束セラレサルヘカラス之ヲ條約ノ國法上ノ效力ト爲ス

條約ヲ締結スルノ權ハ君主國ニ於テハ君主ニ共和國ニ於テハ大統領ニ屬スルヲ常トス然レトモ國內ニ於テ國民ヲ拘束スヘキ命令ヲ發スルノ權ハ立憲國ニ於テハ君主又ハ大統領ニ專屬スルコトナク或程度ニ於テ議會カ之ニ協賛スルノ權ヲ有ス是ニ於テカ若シ條約ノ内容ニシテ憲法上ノ立法事項ニ關スルモノナルトキハ議會ハ其條約ニ對シテ如何ナル職權ヲ有スルカノ問題ヲ生ス此問題ハ從來極メテ議論多キ問題ナリ

一 第一說ハ主トシテ「グナイスト」及ヒ「ラバン」ニ依リテ主張セラレタル說ニシテ其說ノ大要ニ曰ク條約ノ國際法上ノ效力ト其國法上ノ效力トハ區別スルヲ要ス國際法上ニハ有效ニ締結セラレタル條約モ國法上ニハ或ハ之ヲ執行シ得ヘカサルコトモアリ得ヘシ條約カ國際法上ニ有效ニ成立スルカ爲メニハ議會ノ協賛ヲ要セス君主ノ批准ノミヲ以テ無條件ニ成立ス國法上ヲ關係ニ於テハ之ニ反シテ法律ハ法律ニ依ルニ非サレハ變更スルヲ得ストイフノ原則ハ國家カ條約ニ依リテ外國ニ對スル義務ヲ負ヒタルコトニ依リテ消滅スルコトナシ故ニ條約ヲ國內ニ執行スル爲メニハ普通ノ立法ノ手續ニ依リテ議會ノ協賛アルコトヲ要スト

即チ此說ニ依レハ君主ハ完全ニ條約ヲ締結スルノ權ヲ有シ其締結シタル條約ハ國際法上有効ニ成立ス然レトモ若シ其條約ノ内容カ立法事項ニ關スルモノナルトキハ之ヲ國內ニ行フカ爲メニハ尙キ議會ノ協賛ヲ要スト爲スナリ隨テ若シ議會力之ニ協賛セザルトキハ國際法上ハ有効ニ成立シタル條約ニシテ而モ國家ハ之カ實行ヲ爲スコト能ハサルノ結果ヲ生ス

抑、國家カ條約ヲ遵守スルノ義務ヲ負フコトハ今日ノ國際法上ノ疑フヘカラサル法規ナリ此國際法規ハ國家ニシテ國際團體ノ一員タル以上ハ又必ス之ヲ遵守スルノ意思アルモノト看做ササルヘカラス換言スレハ條約ハ之ヲ遵守スルノ義務アリトイフコトハ實ニ國際法上ノ法則ニ止マラスシテ又國法上ノ法則ナリ然レトモ既ニ憲法上國家カ條約ヲ守ルノ義務アルコトヲ認メタリトスル以上ハ苟クモ條約カ國際法上ニ有効ニ成立シタル以上ハ又必ス國法上ニモ之ヲ執行シ得ヘキ方法ナカルヘカラス一方ニ於テハ有効ニ條約カ成立シ一方ニ於テハ之ヲ執行スルノ道ナシトスルハ明カナル自家撞著ナリ

二 第二說ハ憲法上議會ノ協賛ヲ要スル事項ニ付テハ豫メ其協賛ヲ經タル後ニ非サレハ此ノ如キ内容ヲ有スル條約ヲ締結スルヲ得スト爲スモノナリ

此說ハ論理上ハ極メテ正當ナルモノナリト雖モ我國ノ憲法ノ如キ條約ノ締結權ヲ無條件ニ君主ノ大權ニ屬セシメタル國ニ於テハ此說ノ容ルルヘカラサルハ殆ト疑ヲ容レス

三 第三說ハ君主カ無條件ニ條約ノ締結權ヲ有スルコトヲ是認シ而シテ其條約ノ執行ニ必要ナ

ル法律ハ議會力之ニ協賛スヘキ憲法上ノ義務ヲ有ストナスモノナリ

然レトモ既ニ協賛トイフ以上ハ必ス自由ナラサルヘカラス強制的ノ同意ハ同意ニ非ザルト同シク義務的ノ協賛ハ協賛ニ非ス若シ政府ノ提出シタル法案ニ對シテ議會ハ必ス之ニ協賛スルノ義務アリトスレハ是レ最早議會ノ協賛ヲ經タルモノニ非スシテ政府ノミノ意思ニ成ルナリ且假令議會カ法律上協賛義務ヲ有ストスルモ憲法ハ全ク其協賛ヲ強制スヘキ方法ヲ設ケザルカ故ニ實際ニ若シ其協賛ヲ拒ミタルトキハ政府ハ之ヲ如何トモスルコトヲ得ス條約違反ノ結果ハ尙ホ免ルルコトヲ得サルナリ

四 第四說ハ第二說ト相類シ君主ハ無條件ニ條約締結權ヲ有スルモノニ非スト爲ス唯第二說ト異ナル所ハ必スシモ絕對ニ締結ノ前ニ議會ノ協賛ヲ經ルコトヲ必要トセス議會ノ協賛ヲ必要トスヘキ内容ノ條約ニ付テハ締結ニ依リテ直チニ效力ヲ生スルニ非ス其效力ハ條件付ニシテ後ニ議會ノ協賛ヲ經ルコトヲ以テ法定條件ト爲スモノナリトスルナリ

此說ハ第二說ト其形ヲ異ニシ其理論ヲ同シウスルモノニシテ第二說ト同シク我國ノ憲法ノ下ニ於テハ容ルルヘカラサルモノナルヲ信ス

我國ノ憲法ハ一方ニ於テハ條約ノ締結權ハ無條件ニ君主ノ大權ニ屬スルモノト爲シ條約ニ對スル議會ノ職權ニ付テハ何等ノ規定ヲ設ケス而シテ一方ニ於テハ臣民ノ自由及ヒ財產權ヲ制限スル等或種ノ事項ニ付テハ法律ニ依ルコトヲ必要ト爲ス



此二ノ規定ハ若シ之ヲ文字通ノ意義ニ解スルトキハ互ニ相牴觸スルモノニシテ何レカ一方ノ原則ハ他ノ一方ノ原則ニ譲ルモノト看做ササルヘカラス而シテ予ハ條約ノ締結權カ無條件ニ君主ノ大權ニ專屬スルコトヲ以テ一層強キ原則ナルコトヲ信ス

條約ノ締結權ニシテ無條件ニ君主ノ大權ニ屬スルコトヲ認ムル以上ハ君主ノ締結スル所ノ條約ハ如何ナル内容ノ條約ナルヲ問ハス完全ニ有效ナル條約ナリ之ニ對シテ更ニ議會ノ協賛ヲ經ルコトヲ要スルコトナシ假令憲法上ノ立法事項ニ關スルモノト雖モ條約ヲ以テ締結セラレタル以上ハ其レノミニテ既ニ有效ナル國家ノ意思カ成立セルモノニシテ之ヲ執行スルカ爲メニ更ニ法律ノ發布ヲ必要トスルコトナク條約ヲ其儘公布スルニ依リテ直チニ官廳及ヒ國民ヲ拘束スルノ力ヲ有スルモノナリ

之ヲ要スルニ條約ハ若シ其内容ニシテ國民ノ權利義務ニ關スルモノナルトキハ二面ノ性質ヲ有スルモノナリ一面ニ於テハ條約ハ他ノ國家ニ對スル拘束トシテ國際法上ノ權利義務ヲ設定ス一面ニ於テハ條約ハ法律命令以外ニ獨立ナル法規ノ淵源トシテ國民ヲ拘束スルノ力ヲ有ス

條約ノ内容ニシテ唯國家ノ權利義務ヲ規定スルニ止マルモノナルトキハ條約ハ必スシモ之ヲ公布スルコトヲ要セス秘密條約ト雖モ尙ホ完全ニ國家ヲ拘束スルモノニシテ此場合ニ於ケル公布ハ唯國民ニ其實ヲ公示スルノ目的ヲ有スルニ過キス然レトモ條約ノ内容ニシテ國民ノ權利義務ヲ規定スルモノナルトキハ條約ハ必ス之ヲ公布セサルヘカラス公布アルニ非サレハ法規トシテ其拘束力ヲ發現スルコトヲ得ス然レトモ是レ公布ニ依リテ始メテ拘束力ヲ生スルニ非ス條約ハ初ヨリ拘束力ヲ有ス唯公布アルニ非サレハ之ヲ實効スルコト能ハサルノミ

國內法規ノ淵源トシテハ條約ノ效力ハ法律命令ノ上ニ在リ條約ヲ以テ法律命令ヲ廢止變更スルコトヲ得ヘシト雖モ法律命令ヲ以テ條約ヲ廢止變更スルヲ得ス何トナレハ條約ハ國家ノ單獨意思ニ非ス他ノ國家トノ合意ニ基クモノナルカ故ニ其效力ニ於テハ國家ノ單獨ノ意思ニ勝ルヘキモノナレハナリ

## 憲

## 法 終

憲

法

法學博士 美濃部達吉講述

法政大學發行

## 憲法目次

### 總論

#### 第一章 國家

第一節 國家觀念ノ要素……………一

第二節 國家ノ法律上ノ觀念……………四

第三節 國家ノ發生及ヒ消滅……………一五

#### 第二章 國法……………一七

第一節 公法ノ觀念……………一七

第二節 公法ノ系統……………二一

#### 第三章 國法ノ淵源……………二三

#### 第四章 國家ノ結合……………二八

#### 第一編 總論……………三二

#### 第一章 憲法……………三三

第一節 憲法制定ノ由來……………三三

第二節 憲法ノ改正……………三六



|                            |    |
|----------------------------|----|
| 第三節 憲法ノ效力                  | 四一 |
| 第一款 憲法ノ暗黙ノ變更               | 四一 |
| 第二款 新領土ニ於ケル憲法ノ效力           | 四四 |
| 第二章 統治權                    | 四八 |
| 第一節 統治權ノ性質                 | 四八 |
| 第二節 統治權ノ不可分                | 五一 |
| 第一款 三權分立說                  | 五三 |
| 第二款 聯邦國ニ於ケル立權分割說           | 五八 |
| 第三節 主權                     | 六〇 |
| 第一款 主權ノ觀念ノ沿革               | 六〇 |
| 第二款 主權ノ觀念                  | 六四 |
| 第三款 主權ハ國家ノ要素ニ非ス            | 六九 |
| 第四節 統治權ノ原始性(非主權國ト地方團體トノ區別) | 七一 |
| 第三章 國家ノ機關                  | 七五 |
| 第一節 國家機關ノ法律上ノ性質            | 七五 |
| 第二節 國家機關ノ種類                | 七八 |

|                     |     |
|---------------------|-----|
| 第三節 國家ノ最高機關         | 八二  |
| 第四章 國體              | 八六  |
| 第二編 國家ノ自然的基礎        | 九三  |
| 第一章 領土              | 九三  |
| 第一節 領土ノ法律上ノ性質       | 九三  |
| 第二節 領土ノ變更           | 九八  |
| 第二章 國民              | 一〇〇 |
| 第一節 國民ノ法律上ノ性質       | 一〇〇 |
| 第二節 國籍ノ取得           | 一〇二 |
| 第三節 國民ノ公權           | 一〇八 |
| 第一款 權利ノ觀念           | 一〇九 |
| 第二款 公權ト私權トノ區別       | 一四  |
| 第三款 公權ノ種類           | 一八  |
| 第四節 國民ノ特別ノ階級        | 二一  |
| 第三編 國家ノ機關           | 二七  |
| 第一章 君主及ヒ君主ノ代表並ニ補弼機關 | 二八  |

|                   |     |
|-------------------|-----|
| 第一節 君主ノ國法上ノ地位     | 一二七 |
| 第二節 皇位ノ繼承         | 一三三 |
| 第三節 君主ノ權利         | 一三九 |
| 第四節 攝政            | 一四四 |
| 第一款 攝政ノ國法上ノ地位     | 一四四 |
| 第二款 攝政ヲ置ク場合       | 一四八 |
| 第三款 攝政ニ任スヘキ資格及ヒ順位 | 一五〇 |
| 第四款 攝政ノ終了及ヒ交迭     | 一五一 |
| 第五節 國務大臣          | 一五三 |
| 第一款 國務大臣ノ國法上ノ地位   | 一五三 |
| 第二款 國務大臣ノ責任       | 一五八 |
| 第二章 帝國議會          | 一六七 |
| 第一節 議會ノ國法上ノ地位     | 一六七 |
| 第二款 議會ノ組織         | 一七二 |
| 第一款 二院制度          | 一七二 |
| 第二款 上院ノ組織         | 一七六 |

|               |     |
|---------------|-----|
| 第三款 下院ノ組織     | 一七九 |
| 第三節 議會ノ會議     | 一九九 |
| 第一款 會議ノ開始及ヒ終了 | 二〇〇 |
| 第二款 會期        | 二〇四 |
| 第三款 議事規定      | 二〇五 |
| 第四節 議會ノ權限     | 二〇八 |
| 第五節 議員ノ法律上ノ地位 | 二一五 |
| 第四編 國家ノ作用     | 二一九 |
| 第一章 立法        | 二一九 |
| 第一節 法律ノ觀念     | 二二九 |
| 第二節 憲法上ノ立法事項  | 二三二 |
| 第三節 法律ノ效力     | 二三四 |
| 第四節 法律ノ成立     | 二三五 |
| 第五節 法律ノ消滅     | 二三〇 |

|           |     |
|-----------|-----|
| 第二章 司法    | 二三三 |
| 第一節 司法ノ觀念 | 二三三 |

|     |            |     |
|-----|------------|-----|
| 第二節 | 司法ノ機關      | 二三四 |
| 第三節 | 司法權ノ行使     | 二三七 |
| 第三章 | 行政         | 二三九 |
| 第四章 | 命令         | 二四一 |
| 第一節 | 命令ノ觀念      | 二四一 |
| 第二節 | 命令ノ種類      | 二四三 |
| 第三節 | 緊急命令       | 二四四 |
| 第四節 | 委任命令       | 二四八 |
| 第五節 | 獨立命令及ニ執行命令 | 二五二 |
| 第六節 | 命令權ノ委任     | 二五五 |
| 第七節 | 命令ノ成立及ニ消滅  | 二五五 |
| 第五章 | 豫算         | 二五九 |
| 第一節 | 豫算ノ性質      | 二五九 |
| 第二節 | 議會ノ豫算議定權   | 二六五 |
| 第三節 | 豫算ノ編制      | 二六八 |
| 第四節 | 豫算ノ效力      | 二六九 |
| 第五節 | 豫算ノ不成立     | 二七二 |
| 第六章 | 國際條約終      | 二七二 |

# 憲法目次終

運轉ナク之ヲ公告スルコトヲ要ス(民施二四條)

乙 狹義ノ清算 清算事務中ノ最重要ナルモノハ(一)現務ノ終了(二)債權ノ取立及ヒ

債務ノ辨濟(三)殘餘財産ノ引渡之ナリ

(一)現務ノ終了 法人ハ解散ニ依リテ事業能力ヲ喪失スルモノナレトモ現ニ經營シツアル業務ハ之カ爲メニ絶對ニ廢絶スルコト能ハサルナリ之ヲ廢絶スルハ利害關係人ノ利益ヲ害シ社會公共ノ利益ヲモ害スルモノナレハ法人ハ事業能力ヲ喪失スルトスルモ繼續セル事務ハ之ヲ完全ニ結了セシムルコトヲ得セシメサルヘカラス唯注意スヘキハ所謂債權ノ取立及ヒ債務ノ辨濟ト現務ノ終了トノ區別之ナリ次ニ述フルカ如ク債權債務トハ固ヨリ金錢ヲ目的トスル債權債務ニ限ルニアラス故ニ例ヘハ法人カ第三者ト物ノ賣買契約ヲ爲セル場合ニ其賣買ノ目的物又ハ代金ヲ他人ヨリ受取り又ハ他人ニ引渡スコトハ是レ皆債權ノ取立又ハ債務ノ辨濟中ニ入ルナリ然レトモ債權ノ取立及ヒ債務ノ辨濟以外ニ於テ法人ノ現務ハ存在スルモノナリ

(二)債權ノ取立及ヒ債務ノ辨濟 解散シタル法人ノ爲メニ清算ヲ爲ス所以ハ法人ノ債權ハ之ヲ取立テ其債務ハ之ヲ完全ニ履行シテ各人ヲシテ不當ノ損失ヲ被ラシメサルニアルカ故ニ此事務ハ清算中最モ重要ナル事項ナリ中ニ債權ノ取立及ヒ債務ノ辨濟ハ債權ノ取立ハ勿論如何ナル方法ヲ以テ之ヲ爲スモ可ナリ債務者カ任意ニ辨濟ヲ爲スニ於テ

ハ之ヲ受領スヘク又債務者ノ任意ニ辨済セサルトキハ裁判上ノ方法ヲ執リテ之カ強制履行ヲ求ムルモ亦可ナリ唯問題トナルハ債權ノ中ニ即時ニ請求シ得ヘカサルモノ即チ條件附又ハ期限附ノモノアル場合ナリ斯ノ如キ債務ハ直ニ之カ履行ヲ請求スルコトヲ得サルナリ若モ是等ノ債權ハ其條件ノ成就シ期限ノ到來スルマテ待タサルヘカサルモノトセハ法人ノ清算事務ハ甚タ長期間結了セサルニ至ルヘシ破産ノ場合ニ於テハ斯ノ如ク權利義務ヲ速ニ消滅セシムルニ付キ便利ノ方法ヲ設ケレトモ民法ニハ斯ル規定ナキヲ以テ債務者ト別段ノ契約ヲ爲スニアラサレハ條件ノ成就シ又ハ期限ノ到來スルマテ待タサルハ請求スルコトヲ得サルモノナリ

債權ノ辨済ハ是レ又如何ナル方法ヲ以テ之ヲ爲スモ差支ナシ任意ニテ辨済スルモ可ナリ裁判上ノ請求ヲ受ケ強制ニ依リテ履行スルモ亦可ナリ然レトモ法人ノ債權者ナルモノハ必スシモ悉ク法人ノ解散ヲ知ルモノニアラス又法人ノ清算人ハ必スシモ總テノ債權者ヲ知ルモノニアラス故ニ清算人カ請求ヲ爲ス債權者又ハ自己ニ知レタル債權ノミニ辨済シテ以テ清算ヲ結了セハ或一部ノ債權者ハ不當ノ損失ヲ受クルコトナルヘシ故ニ民法ハ清算人ニ債權申出ノ催告ヲ爲スヘキ義務ヲ命セリ即チ清算人ハ債權者ニ對シ債權ノ申立ヲ催告セサルヘカサルナリ先ツ清算人ハ自己ノ知リタル債權者ニハ各別ニ催告セサルヘカラス各別ニ催告ストハ連名ニテハ不可ナリト云フノ意ニアラス公告ニ對スルノ語ニシテ特定のノ意義

ナリ債權申出ノ催告ハ之ノミニテハ足ラス又更ニ公告ヲ爲ササルヘカラス其公告ニハ債權ヲ申出ツヘキ一定ノ期間ヲ指定シ其期間内ニ債權者ハ其債權ヲ申出ツヘシ若シ其申出ヲ爲ササルトキハ其債權ハ之ヲ清算ヨリ除斥スヘキ旨ヲ附記セサルヘカラス而シテ其届出ノ期間ハ二个月ヨリモ少ナカラサルコトヲ要ス又其二个月ノ起算點ハ第一回ノ公告ナリ其公告ノ回数及ヒ之ヲ爲スヘキ時期ハ其清算人カ就職ノトキヨリ起算シ二个月以内ニ於テ三回以上之ヲ爲スコトヲ要ス回数ハ三回ヲ超過スルモ差支ナケレトモ而モ又其三回ハ必ス二个月中ナラサルヘカサルナリ

此公告ノ方法ハ裁判所カ爲スヘキ登記事項ノ公告ノ方法ト同一タルヲ要ス(民法二六條)即チ官報及ヒ新聞紙ニ之ヲ爲スヲ原則トス(非訟二二五條一四四條乃至一四六條)清算人カ此公告ヲ爲スコトヲ怠リ又ハ不正ノ公告ヲ爲シタルトキハ過料ニ處セラル(八四條六號)此ノ如ク催告ヲ爲シタル後債權申出ノ期間經過セハ其財産ノ中ヨリ清算人ノ知リタリシ債務及ヒ届出アリタル債務ヲ一辨済ス此辨済ノ順序方法等ハ法令ノ許ス限リ清算人ノ自由ナリ法人ノ債務ヲ悉ク辨済シタル後殘餘財産ヲ生スルコトアリ又殘餘財産モナク又財産ノ不足ナキコトモアリ又法人ノ財産ニ比シ法人ノ債務ノ多キコトアリ最後ノ債務超過ノ場合ニハ後ニ述フヘキ如ク清算人ハ直チニ破産宣告ノ申立ヲ爲スヘキ義務アリ此申立ヲ爲ササルトキハ清算人ハ過料ニ處セラル他ノ二ノ場合ハ比較的其事務ハ簡單ナリ殊ニ複



極、消極財産其分量同一ナル場合ニハ清算ハ直チニ結了ス然レトモ法人ニ多少殘餘財産ノ存スルトキハ其殘餘財産ハ之ヲ歸屬權利者ニ引渡スナリ

債權ノ申出期間内ニ債權ノ届出ヲ爲サシテ其經過後ニ申出ヲ爲シタル債權ニシテ清算人ノ知ラサルモノハ之ヲ絕對ニ清算ヨリ除斥スルコトヲ得サレトモ債務完済ノ後殘餘財産アルトキハ其歸屬權利者ニ引渡ササル部分アル限度ニ於テノミ之ヲ辨済ス殘餘財産又ハ其現存部分不足ナルモ破産ノ原因トナラス

(三) 殘餘財産ノ引渡 法人ノ積極の財産ヨリ清算人ニ知レタル法人ノ債務ヲ引去リ尙ホ積極の財産アレハ之ヲ法人ノ殘餘財産ト云フ故ニ債權申出期間經過ノ後ニ於テ清算人ニ知レタル債權ニテモ又之ヲ控除セサルヘカラサルナリ殘餘財産ハ之ヲ處分セシメテ何時マテモ法人ノ財産トシテ保存スルトキハ法人ハ事務能力ナキヲ以テ之ヲ活用スルコト能ハス經濟上ノ不利益頗ル大ナリ故ニ須テ何人カニ歸屬セシメテ有利ニ之ヲ利用セシメサルヘカラス因テ殘餘財産ハ諸國ノ立法例ニ於テ之ヲ一定ノ人ニ歸屬セシムルナリ

然ラハ何人カ歸屬權利者ナリヤト云フニ(第一) 定款又ハ寄附行爲ヲ以テ指定シタル人又ハ定款又ハ寄附行爲ニ於テ定メタル方法ニ依リテ指定サレタル人はナリ蓋シ法人ノ財産ハ元來設立者及ヒ經營者ノ財産ニ因リテ生シタルモノニシテ其殘餘財産力は等ノ者ノ意思ニ依リテ處分セラルルハ何等ノ不都合ナキノミナラス法人ノ設立ヲ獎勵スル上ヨリ云フモ設

立者經營者等ニ此殘餘財産ノ處分權ヲ認ムルヲ以テ得策ナリ（第二）定款又ハ寄附行為ニ於テ歸屬權利者ヲ定メ且之ヲ指定スル方法ヲ定メサルトキハ何人カ歸屬權利者ナリヤト云フニ此場合ニハ民法第七條第二項ノ規定ニ依レハ法人ノ理事ハ主務官廳ノ許可ヲ得テ其法人ノ目ノニ類似セル目ノ爲メニ其財産ヲ處分スルコトヲ得（テ社團法人ナレハ主務官廳ノ許可ノ外理事ハ總會ノ決議ヲ經ルコトヲ要ストセリ理事ト云ヒ總會ト云ヒ解散前ノ行為タルヲ要スルハ明カナリ）法人ノ目ノニ類似スル目ノ爲メニ處分ストハ必スシモ他ノ公益法人ニ之ヲ讓渡ササルヘカラストノ意ニハアラス或ハ之ヲ他ノ自然人ニ讓渡スモ可ナリ又法人ノ清算人自ラ公益ノ爲メニ直接之ヲ處分スルモ可ナリ法人ノ目ノニ類似スル目ノハ之ヲ特定のニ示シテ許可ヲ得サルヘカラスト主務官廳ハ特定ノ公益目的ノ爲メニノミ許可スル權限アルモノナリ此原則ハ英米法ノ衡平法ノ中ニ於ケル *Cy pres doctrine* (Smith's *Manual of Equities* § 370) ト立法上ノ理由ヲ同シスルモノナリ（第三）以上ノ二ノ方法ヲ以テ殘餘財産カ處分セラレサルトキ即チ定款又ハ寄附行為ヲ以テ歸屬權利者指定サレス又之ヲ指定スル方法ヲ定メラレス且理事ハ他ノ目ノ爲メニ之ヲ處分スルコトヲ欲セス又ハ之ヲ欲ストスルモ總會カ同意セス又ハ主務官廳カ許可ヲ與ヘス又ハ是等ノ要件ハ具備スルモ歸屬權利者カ拒絕スル場合等ニハ其殘餘財産ハ國庫ニ歸屬スルモノナリ（七條三項）殘餘財産ノ引渡ナリ語ハ甚ダ有形的ノ語ナレトモ物ノ占有ノ讓渡ト云フコトニアラサルハ



明カニシテ殘餘財産ヲ構成スル一切ノ權利ヲ歸屬權利者ニ讓渡スノ意味ナリ歸屬權利者ハ法律ノ效力ヲ以テ讓渡行爲ナクモ當然其殘餘財産ニ屬スル權利ヲ取得スルモノニハアラヌ清算人ハ特ニ其權利ノ讓渡ニ必要ナル行爲ヲ爲ササルヘカラス

以上ヲ以テ狹義ニ於ケル清算ノ内容ヲ説明セリ清算人ハ此三ノ職務ヲ行フ爲メニ必要ナル行爲ナル以上ハ其事實行爲ナルト法律行爲ナルトヲ問ハス又裁判上ナルト裁判外ナルトヲ問ハス一切之ヲ爲ス權限アリ(七八條二項)

丙 破産宣告ノ申立 清算人ノ職務中今一ハ重要ナルモノアリ清算進行ノ途中ニ於テ其法人ガ無資力ナルコト即チ債務超過ナルコトヲ發見スルトキハ破産宣告ノ申立ヲ爲スヘキ義務アリ又清算人ハ其旨ヲ公告セサルヘカラス(八一條一項)若シ此場合ニ於テ破産ノ申立ヲ怠リ(八四條五號)又ハ公告ヲ怠リ若クハ不正ノ公告ヲ爲ストキハ過料ノ制裁アリ(八四條六號)

此ノ如クニシテ其法人力遂ニ破産ノ宣告ヲ受クルトキハ其宣告ノ效果トシテ破産管財人ヲ生ス破産管財人生スレハ清算人ハ其清算事務ヲ之ニ引繼カサルヘカラス此引繼終了セハ清算人ハ當然解任セラルルモノナリ(八一條二項)

清算ノ途中ニ於テ法人ノ無資力ナルコトカ始テ分明シ遂ニ破産ノ宣告ヲ受クルニ至リタルトキハ既ニ或債權者ニハ辨濟ヲ爲セルコトモアルヘシ又甚ダシキニ至リテハ或財產ハ殘餘

財産ナリトシテ之ヲ歸屬權利者ニ引渡シタルコトモアルヘシ然レトモ清算ノ公平ヲ本旨トナスカ故ニ斯ル場合ニ於テ其辨濟ヲ受ケタル債權者及ヒ殘餘財産トシテ財産ヲ受ケタル歸屬權利者ハ既得權トシテ既ニ取得セル財産ハ之ヲ破産財團ニ返還スルコトヲ要セサルモノトセハ破産財團ハ多大ノ損害ヲ受クルコトアリ往々清算人ノ惡意ニ因リテ破産財團ニ屬スル財産カ掠奪セラルルニ至リ大ニ公平ヲ失スルコトナルヘシ故ニ縱令既ニ債權者又ハ歸屬權利者ノ取得シタル財産ト雖モ之ハ破産財團ニ返還セサルヘカラスナリ即チ破産管財人ハ之カ取戻ヲ請求スルコトヲ得ルナリ(八一條三項)

清算事務ノ公平ト正確トヲ擔保スルカ爲メ全ク之ヲ清算人ニ放任スルコトヲ得ス或監督機關ヲ設クル必要アリ然ラハ其監督機關ハ法人力解散セサル以前ノ如ク主務官廳力ニ當ルモノトスルヲ可トスルカ又ハ他ニ清算ノ爲メニ特ニ監督機關ヲ設クルコトヲ可トスルカ破産ノ場合ニハ破産事務ハ之ヲ破産管財人並ニ破産債權者ニ放任セス破産裁判所カ嚴格ナル監督ヲ爲ス之ト同シ民法ニ依ル清算ノ場合ニモ裁判所ヲシテ清算ノ監督ヲ爲サシムルモノトス然ラハ裁判所ハ何時ニテモ其監督權ヲ行フカ爲メ必要ナル検査ヲ行フコトヲ得(八二條)清算人カ此検査ヲ妨ケタルトキハ過料ニ處セラル(八四條三號)蓋シ清算事務ハ法人ニ事業能力ノ存スル場合ニ於ケル法人ノ事務ト異ナリ行政ノ監督ヨリモ寧ロ司法的ノ監督カ適當ナレハナリ此監督ヲ爲ス裁判所ハ法人ノ住處ノ所在地ノ區裁判所ニシテ此裁判

所ハ其監督權ニ屬スル検査ヲ爲スカ爲メニハ特ニ人ヲ選任シテ之ヲ爲サシムルコトヲ得  
(非訟三五條二項、三六條)  
清算ノ事務全ク終了セハ法人ノ人格ハ茲ニ始メテ絕對ニ消滅スルコトハ既ニ述ヘタル所ナリ  
此ノ如ク法人ノ清算事務カ終了セシナラハ清算人ハ此事實ヲ主務官廳ニ届出ツルコトヲ要  
ス(八三條)然レトモ此届出ハ法人ノ人格ノ消滅ニハ關係ナク届出ヨリ前ニ法人ノ人格ハ絕對  
ニ消滅シタルナリ

## 第二編 權利義務ノ客體

### 第一章 總說 第一節 客體ノ意義

權利義務ノ客體即チ目的ノ觀念ニ付テハ學說區區タリ予ハ權利ヲ解シテ法ノ規定スル人ノ行爲  
ノ自由ナリトナシ其自由ノ直接ニ向フ所ヲ以テ其權利ノ目的ナリト斷定ス從テ權利ノ目的ハ其  
種類ニ因リテ一様ナラス先ツ權債ニ於テハ債務者ノ行爲カ其目的ナリ債權ハ特定ノ人ノ作爲又  
ハ不行爲ヲ請求スルコトヲ得ル權利ニシテ其作爲又ハ不行爲カ債權ノ目的ナリ例ヘハ甲カ乙ニ  
對シテ金百圓ノ債權ヲ有スル場合ニ其債權ノ目的ハ債務者ノ行爲即チ金百圓ヲ支拂フコトナリ  
物權ノ目的ハ人ノ行爲ニアラスシテ有體物ナリ物權ハ有體物ノ上ニ直接ニ或行爲ヲ爲シ得ルノ

權利ナリ而シテ其有體物ハ即チ物權ノ客體ナリ例ヘハ甲カ一町ノ土地ヲ所有スル場合ニ其甲ノ  
所有權ナル物權ノ目的ハ其土地ナリ親族權ノ中ニ於テモ親權者カ有スル懲戒權ナルモノハ其親  
權ニ服スル未成年者ヲ其目的トナシ夫妻ニ對シテ同居ヲ求ムル權利ハ妻ノ同居ナル行爲ヲ  
其目的トナシ夫ノ妻ニ對シテ有スル貞操權ノ目的ハ即チ其貞操ナリ其他名譽權ハ名譽カ其客體  
トナリ氏名權ハ氏名カ其客體ナリト云ハサルヘカラス  
或ハ曰ク權利ノ客體ハ常ニ人ノ行爲ナリ人ノ行爲以外ニ權利ノ目的ナルモノ毫モ存在セス先ツ  
債權ハ特定ノ人ニ對シテ作爲又ハ不行爲ヲ要求スルコトヲ得ル權利ナリ其作爲又ハ不行爲即チ債  
務者ノ行爲其モノカ債權ノ目的ナリ物權ト雖モ其目的ハ物ニハアラスシテ是レ亦人ノ行爲ナリ  
ト蓋シ物權ノ目的ハ人ノ行爲ナリト云フ說ニモ亦區別アリ甲說ニ依レハ第三者ハ他人カ物權ヲ  
有スル物ヲ害スヘカラサル義務ヲ負擔スルモノニシテ其物ヲ害セスト云フ行爲カ即チ物權ノ目  
的ナリ例ヘハ甲カ或物ノ上ニ所有權ヲ有スル場合ニ第三者ハ其物ヲ害スヘカラサル義務ヲ負擔  
ス所有物ヲ害セサル第三者ノ行爲カ即チ所有權ノ目的ナリト云フナリ乙說ニ於テハ物權ハ或行  
爲ヲ直接ニ物ニ對シテ加フルコトヲ得ル權利ナリ物ニ對シテ權利者カ直接ニ加ヘ得ルノ行爲カ  
即チ物權ノ目的ナリトナス其他ノ權利亦皆然リ要スルニ此說ハ權利ノ目的即チ客體ハ常ニ人ノ  
行爲ナリトナス唯其行爲ハ常ニ第三者ノ行爲ナルカ又ハ權利者自身ノ行爲ナルコトアルカ間  
題ナルノミ

然レトモ權利ノ客體ハ權利ニ依リテ權利者カ保護セラルル利益ノ範圍ナリ即チ權利ハ法ノ保護スル利益其モノニハアラス權利ハ法律ニ依リテ或利益ノ保護セラルルニ因リテ生シ而シテ其利益カ即チ其權利ノ客體ナリ

權利ノ客體カ何ナルヤノ問題ハ名稱論トシテハ諸説何レモ不正當ニアラス然レトモ論者ノ説ノ如キハ近世ノ法律觀念ニ適セス吾民法典其他ノ法律命令中ニ於テ所謂權利ノ目的又ハ客體ノ意義ニ至リテハ解釋論トシテハ自ラ別問題ナリト信ス

我現行法ニ於テハ權利ノ目的タルコトカ常ニ其意味ヲ同シウセス先ツ債權ニ付テ見ルニ第四〇〇條ニ於テ謂フ所ノ債權ノ目的ハ即チ特定物ノ引渡ト云フ債務者ノ行為ナリ然ルニ第四〇二條第二項ニ所謂債權ノ目的ハ通貨ト稱スル一種ノ物タルナリ故ニ我現行法ノ下ニ於テ債權ノ目的トハ必スシモノノ行為ナリト云ヒ得サルナリ又物權ニ至リテハ概ネ物ヲ以テ其目的ナリト規定ス(三四三條三五六條三七〇條)

最後ニ權利ノ目的ト權利ノ内容(consent of right)トハ其意味ヲ同シウスルヤ否ヤノ問題ナリ予ハ權利ハ法ノ規定スル各人ノ自由ノ範圍ナリト解ス而シテ其自由ノ範圍其モノカ權利ノ内容ヲ決定ス換言スレハ或人カ或範圍ノ行為ヲ爲スコトヲ法律ニ依リテ認メラレタリトセハ其人ハ其範圍ノ行為ヲ爲ス權利ヲ取得スルモノニシテ其範圍カ即チ其權利ノ内容タルナリ而シテ權利ノ目的ハ其權利ノ範圍即チ内容ノ一部ヲ構成スルモノニ過キサルナリ

## 第二節 權利ノ目的タリ得ル物

權利ノ目的ハ法ノ保護スル利益即チ法ノ保護スル自由ノ直接ニ向フ所ナリトセハ果シテ如何ナルモノカ權利ノ目的トナルモノナリヤ法ハ萬能ナリ如何ナルモノヲ權利ノ目的トナスモ勿論其自由ナリ然レトモ現行法ノ解釋トシテハ是レ常ニ論議スヘキ所ナリ今左ニ數箇ノ重要ナル現象ニ付テ説明スヘシ

### 一 身體

#### 甲 身體

##### A 自己ノ身體

或ハ説ヲ爲スモノアリ現行私法ノ上ニ於テハ自然人ハ皆權利ノ主體ナリ權利ノ主體タルモノハ如何ニシテ權利ノ客體タルコトヲ得ルヤト然レトモ如何ナルモノヲ權利ノ客體ト爲スヤハ法ノ自由ナレハ權利ノ主體ナルカ故ニ同時ニ權利ノ客體トナリ得サルノ謂レナシ況ヤ自然人カ權利ノ主體ナリトハ人ナル動物ノ身體カ權利ノ主體ナリト云フニアラス人ナル動物ノ居ル所ニ法律上ノ人格者即チ權利ノ主體カ存在スト云フノ義タルコト恰モ社洲又ハ財團ノ存スル所ニ一ノ法人格アルト同一ノ理由ナリ然ラハ縱令權利ノ主體カ同時ニ客體トナリ得サルモノナルコトカ正當ナリトスルモノノ身體其モノカ權利ノ主體ニアラサル以上ハ

客體トナリ得ルコトニ付テ何等ノ支障ナカルヘシ現ニ我民法第七〇九條並ニ第七一〇條ニ於テハ各人ハ其身體ノ上ニ一ノ絕對權ヲ有スルコトヲ明カニ規定セルヲ以テ各人ハ其身體上ニ權利ヲ有スルコトハ毫モ疑ノ存セザル所ナリ唯問題トナルハ其權利ノ性質ハ如何ナルモノナルカト云フニ在ルノミ羅馬ニ於テハ身體ノ侵害アル場合ニ一ノ訴權ヲ認メタレトモ此訴權ノ存在ヲ理由トシテ羅馬法カ身體權ヲ認メタリトハ斷シ難シ唯身體ノ侵害カ原因トナリテ被害者カ尙ホ財產上ノ損害ヲ受ケ例ヘハ治療料ヲ支拂ヒ或ハ休業ノ爲メ財產上ノ損害ヲ受ケタルトキハ是等財產上ノ損害ハ此訴權ニ依リテ賠償セシムルコトヲ得タレトモ是レ財產權ノ保護ニシテ身體權ナルモノノ獨立ノ存在ヲ認メタルモノニアラハ獨逸ニ於テモ始メ此主義ヲ採用シ身體ノ損害ハ獨立ノ損害ニアラストセリ然レトモ漸次身體權ノ獨立存在ヲ認メ遂ニ同國現行民法第八二三條ニハ身體權ヲ明定スルニ至レリ佛國民法第一三八二條ニ於テハ他人ニ損害ヲ與フル行爲ハ賠償請求ノ原因タルヘキコトヲ規定スルニ止マリ獨逸民法第八二三條我民法第七一〇條ノ如ク身體ヲ明カニ保護セス然レトモ佛ノ私法學者ハ佛民法ノ上ニ於テモ之ヲ認メテ疑ハス英米ニ於テハ又身體ニ權利ノ存在スルコトハ學說裁判例ノ共ニ認ムル所ナリ此ノ如ク近世諸國ニ於テハ人ハ自己ノ身體上ニ身體權ナルモノヲ有スルコトハ疑ナキ所ナリト雖モ此身體權ノ性質ハ如何ナルモノナルヤハ大問題タルヲ失ハス多クノ學說ハ之ヲ以テ人格權ノ一種トシ所有權其他ノ物權中ニハ數ヘス然レトモ子輩

ハ獨逸法、佛法、英米法及ヒ我民法ノ解釋トシテモ身體權ハ一ノ所有權ナリト主張シテ不穩當ニアラスト信ス(法學協會雜誌二二卷一二號拙論參照)此說ハ「フアングロ」所說ニシテ即チ氏ハ人ハ常ニ所有權ノ客體ナリ奴隸ハ他人ノ所有物ニシテ自由人ハ自己ノ所有物ナリト云ヘリ其說ハ「バンデクラン」ノ解釋トシテハ獨逸學者ノ一般ニ排斥スル所ナリ羅馬法ノ理論ハ別トシテ我民法竝ニ獨逸、佛、英、米等ノ民法ノ解釋トシテハ此說ハ正鵠ヲ失シタルモノニアラス何トナレハ後節ニ說明スルカ如ク人ノ身體ハ物ナルコト明瞭ニシテ從テ此上ノ權利ハ物權ナルコトハ又疑ナカルヘシ然ラハ之ヲ所有權ト云フハ如何所有權ハ吾民法第二〇六條ニ依レハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ物ヲ使用收益處分スルコトヲ得ル權利ナリ之ヲ約言スレハ所有權ハ或物ヲ法令ノ禁止セザル範圍内ニ於テ自由ニ處置スルコトヲ得ル權利ナリ故ニ所有權ハ或一定ノ種類ノ或一定ノ程度ノ處置ヲ其要素ト爲サス多クノ學者ハ人カ或物ヲ自由ニ讓渡スルコトヲ得サルトキハ其物ノ上ニ所有權ヲ有セス即チ讓渡ノ可能カ所有權ノ要素ナリト云ヒ又或學者ハ其物ヲ自由ニ破毀消滅セシムルコトヲ得サル以上ハ其權利ハ所有權ト云フコトヲ得スト云ヘリ此ノ如ク或特定ノ行爲ヲ爲シ得ルコトカ所有權ノ要素ナリト云フコトハ誤ニシテ我民法ノ解釋トシテハ法令ノ禁止セザル範圍内ニ於テ自由ニ物ヲ處置スルコトヲ得ル權利ナラハ其權利ハ即チ所有權ニシテ其處置シ得ヘキ範圍ハ如何ニ狹シト雖モ差支ナシ法カ或物ノ處置ヲ甚タ制限シ權利者ノ其物ノ上ニ加フル行爲ノ範圍カ



甚タ狹シトモ尙ホ其權利ニシテ法ノ制限セサル範圍内ニ於テ絶對的ノモノナレハ其權利ハ所有權ナリト云ハサルヘカラス

此ノ如ク各人カ自己ノ身體上ニ權利ヲ有シ其權利ハ所有權ナリ故ニ吾人ノ身體ノ一部分カ天然の又ハ人爲のニ吾人ノ身體ヲ離ルルトキハ其物ハ無主物トハナラス例ヘハ鬻、爪ノ如キハ吾人ノ所有物ナリ若シ吾人ノ身體上ニ有スル權利カ所有權ニアラストセハ此ノ如キ身體ノ獨立セル部分ハ何人ノ權利ノ目的ニシテ如何ナル權利ナルカハ之ヲ説明スルコト能ハス若シ人格權ノ理論ニ依レハ其物ハ無主物トナルカ故ニ無主物先占ノ理ヲ以テ先占シタル者カ其所有權ヲ取得スヘキ筈ナルモ此ノ如キコトハナキナリ

前示ノ如ク身體權ハ一種ノ所有權ナラハ此所有權ハ他ノ所有權ト同様ニ法ノ禁止セサル範圍内ニ於テ自由ニ之ヲ處分スルコトヲ得サルヘカラス然レトモ身體ノ處分ハ多ク場合ニ於テ民法第九〇條ニ違反スルノ故ヲ以テ無効トナル然ラハ身體所有權ノ處分ノ目的トスル法律行為ハ常ニ第九〇條ノ適用ノ結果無効トナルヤト云フニ然ラズ例ヘハ或奇異ノ病ニ罹リタル人カ醫學研究ノ爲ニ醫師ヨリ毎日報酬ヲ得テ自己ノ身體ヲ研究ノ材料ニ供スト云フカ如キ場合ニハ身體ノ貸借成立シ得ルナリ

讓渡ハ如何ニト云フニ是レ亦多ク場合ニ於テ無効ナリトス然レトモ子カ死後身體ノ全部若クハ一部ヲ解剖其他學問ノ研究ノ爲メニ讓渡サントノ契約ハ第九〇條ニ依リテ無効ニハ

アラサルヘシト信ス死後相手方ノ取得セル權利ハ所有權ニシテ其權利ハ予ノ有セシ權利ノ移轉セルモノナリ

#### B 他人ノ身體

他人ノ身體上ニ權利カ成立シ得ルヤ否ヤ恰モ普通ノ物ノ上ニ留置權、質權抵當權等ノ如キ權利即チ他物權アルト同シク他人ノ身體上ニモ又一種ノ他物權存シ得ルヤ否ヤ英米ノ法律ニ於テハ父母ハ其子ノ身體上ニ一ノ對世權ヲ有ス換言スレハ子ノ身體カ侵害セラレタルトキハ親ハ損害ノ請求ヲ爲シ得又夫婦ハ相互ニ相手方ノ身體上ニ同様ノ權利ヲ有ス又主人ハ傭人ノ身體上ニ同様ノ權利ヲ有スルモノナリトセリ我現行法ノ解釋論トシテモ同一ノ原則ヲ認ムルコトヲ得ルヤト云フニ(第一)親權者ハ或程度ニ於テ其親權ニ服スル者ノ上ニ懲戒權ヲ有スルハ明文ノ定ムル處ニシテ父母カ子ノ身體上ニ有スル權利ヲ規定セルモノナルコトハ疑ナカルヘシ然ラハ子ノ身體ヲ侵害セラレタルトキ例ヘハ男子カ他人ニ毆打セラレタルトキ又ハ女子カ他人ニ姦通セラレタルトキ親カ其他人ニ對シ損害賠償ノ請求權ヲ有スルヤ此點ニ付テハ議論アリ(第二)夫婦ノ相互間ニ於テハ如何即チ夫カ第三者ニ其身體ヲ侵害セラレタルトキ妻ニ賠償ノ請求權アリヤ又妻ノ身體ヲ侵害セラレタルトキ夫ニ此請求權アリヤ我現行法ノ解釋トシテハ議論ノ餘地アルヘシ然レトモ積極說ヲ以テ正當ナリト信ス又夫婦相互間ニ貞操ノ義務アルコトハ異論ナケレトモ夫婦相互ノ貞操ノ上ニ對世權ヲ



有スルモノナリヤ否ヤハ問題ナリ少クトモ近世ノ法律觀念ニ於テハ夫ハ妻ノ貞操ヲ第三者ヨリ侵害セラレサルノ權利ヲ有スルコトハ疑ナカルヘシ又妻カ夫ノ貞操ヲ侵害スル者ニ對シテ損害賠償ノ請求權アルコトハ夫ノ姦通行爲カ犯罪ト爲ラサルコトノ爲メニ否定セラレルコトナシ(第三)主人カ傭人ノ身體上ニ一ノ對世權ヲ有スルコトハ我民法ノ解釋トシテハ採用スルコトヲ得ス英米法中斯ル制度ノ存スルコトハ奴隸制度ノ遺物ナラン歐洲ニテハ奴隸制度近世マテ行ハレタルカ故ニ主人ノ使用人ニ對スル關係ハ奴隸ニ對スル關係ニ類スルモノ多シ故ニ我國ニ於テハ傭人ハ單ニ第三者ヨリ身體ヲ害セラレタリト云フノミニテハ主人ニ賠償請求權發生セス此請求權ハ主人カ其加害行爲ノ爲メニ財産上ノ損害ヲ受ケタル場合ニ限ル

## 乙 死體

抑人類ノ死體ハ我民法ノ解釋トシテハ物タルコトハ疑ノ餘地ナキモノト信ス故ニ其上ニ權利カ存ストスレハ是レ即チ一ノ物權ナリ然ラハ果シテ死體ノ上ニ一ノ權利カ存在スルヤ否ヤ古來三箇ノ學說アリ第一說ハ人ノ死體ハ物ナレトモ是レ所謂不融通物ニシテ私法上ノ權利ハ其上ニ存在シ得サルモノナリト羅馬法ニ於テハ墳墓ヲ以テ一ノ不融通物ト爲シ私權ノ目的ト爲リ得サルモノナリト認メタリト尤モ墳墓ヲ侵害スルトキハ墳墓侵害ノ訴權ヲ其墳墓ノ主ニ與ヘテ以テ之ヲ保證シタリシカ是レ刑事上ノ訴權ニ過キス之ヲ以テ私法上ノ權利

ヲ認メタルモノナリト云フヲ得ス死屍ニ付テハ羅馬法ニ於テハ明文學說ノ根據ナシト雖モ墳墓全體カ私權ノ目的トナルコトヲ得スト云フ以上ハ死體ノミ獨立シテ私權ノ目的トナルコトヲ得サルハ明カナリ又獨逸ニ於テモ「ワッボイス」ハ羅馬法ト同シク人ノ死體ハ絕對ニ權利ノ目的トナラス是レ學說及ヒ明文ノ斷定スル所ナリト云ヘリ然レトモ氏ノ主張スルカ如キハ獨逸法ニ何等規定スル所ナキノミナラス氏ハ「ウエヒタル」氏モ亦同一ノ見解ヲ採レリト云フト雖モ而モ「ウエヒタル」氏ノ所說ハ此ノ如キ絕對的消極說ニハアラサルナリ又第二說ハ人ノ死體ハ當然私權ノ目的タルモノニアラス然レトモ人ノ死體ニシテ若シ交通ナル經濟現象ニ入レハ茲ニ始メテ權利ノ目的トナルモノナリト此說ハ獨逸法律ノ解釋論トシテ同國ノ學者「クラーム」氏「イェリグ」氏「ゴールドシュミット」氏「ウンゲル」氏「ストッベ」氏「リスト」氏「フランク」氏「メルケル」氏等多數ノ學者ノ贊同スル所ナリ即チ曰ク死者ノ相續人又ハ親族カ其死體ヲ解剖ノ爲メ又ハ學術研究ノ材料トシテ學校又ハ博物館等ヘ讓渡シタルトキニ於テ之ヲ讓受ケタル者カ其死體上ニ一ノ私權ヲ取得スルモノニシテ其以前ニハ親族モ相續人モ死體上ニハ何等ノ權利ヲ有スルコトナシト然レトモ他人ハ死體ヲ自由ニ相續人又ハ親族ノ占有ヨリ奪ヒ去ルコトヲ得ス解剖其他學問ノ用ニ供セント欲セハ必ス親族又ハ相續人等一定ノ人ノ承諾ヲ得テ始テ其死體ノ占有ヲ取得シ且之ヲ處分スルコトヲ得ルニ至ルモノナリ然ラハ是レ即チ相續人、親族等カ其死體上ニ一ノ權利ヲ有スルコトヲ意味スル

モノナラサルヘカラス英米ノ或裁判例ニ於テハ斯ル權利ハ親族、相續人ニ存在セスト判決セシモ現行英米ノ法ニ於テハ斯ル權利ヲ認ムルモノナリト云ハサルヘカラス即チ判例ニ曰ク死者ヲ葬ル場所方法ヲ定ムル所ノ權利ハ財產權ニアラスト雖モ法律慣習ノ確認シテ疑ハサル所ナリト第三說ハ人ノ死體ハ當然私法上ノ權利ノ客體ナリトノ說ニシテ我民法ノ解釋トシテハ予カ前ニ生體ニ付キ述ヘタル處ヨリ推斷セハ所有權ノ目的タルコト疑ナカルヘシ例ヘハ某甲某ハ其生體ノ所有權ヲ有ス故ニ甲死亡セハ其者ノ有スル金錢其他ノ動產ト共ニ身體ナル動產モ亦相續人ニ移轉ス此死體上ノ所有權ハ相續法ノ原則ニ依リ相續人ノ有スル所ナルカ故ニ相續人ハ財產法ノ規定ニ依リ之ヲ自由ニ處分スルコトヲ得サルヘカラス然レトモ斯ル處分ハ生體ノ處分ト同シク公ノ秩序、善良ノ風俗ニ反スルカ故ニ無効ノ場合多シ此外刑法第二六四條第四二五條第七號、第一三號、第四二六條第九號、第四二七條第一〇號ノ如キ制限アリ「デルンブルヒ」ノ如キハ相續人カ死體ヲ處分スルハ常ニ善良ノ風俗ニ反スル法律行為ナリ故ニ常ニ無効ナリト主張スト雖モ現今ノ社會文明ハ科學ヲ其基礎トスルモノナレハ科學ノ進歩ヲ圖ルカ爲メニ之ヲ處分スルハ差支ナカルヘシ解剖ニ關シテハ英國ニ於テハ既ニ解剖法ナルモノアリ

## 二 生命

人ノ生命ハ私權ノ目的トシテ此權利ヲ生命權ト云フ民法第七一一條ニ於テ他人ノ生命ヲ害シタル者ハ被害者ノ父母、配偶者及ヒ子ニ對シ損害ノ賠償ヲ爲ササルヘカラスト規定セリ此明文ハ即チ父母、配偶者及ヒ子ハ被害者ノ生命上ニ一ノ權利ヲ有スルモノナルコトヲ規定セルナリ然レトモ說ヲ爲ス者アリ曰ク被害者ノ父母配偶者及ヒ子カ加害者ニ對シ損害賠償ノ請求ヲ爲シ得ルコトハ他人カ權利ヲ侵害セラレテ其效果トシテ自己カ加害者ニ對シ損害賠償ノ請求ヲ爲シ得ル場合ヲ規定シタルモノナリト去レト自己ノ權利ノ侵害ナクシテ自己ニ損害賠償請求權ノ發生スルコトナシ本條ニ依リテ保護セラルル父母、配偶者、子ハ被害者ノ生命ノ上ニ一ノ權利ヲ有スルモノナリト云ハサルヘカラス換言スレハ人ハ自己ノ子、配偶者及ヒ親ノ生命ノ上ニ一ノ對世權ヲ有スト云ヒ得ルナリ

茲ニ問題トスル所ハ自己ノ生命上ニ權利ヲ有セサルカ各人ハ自己ノ生命ニ對スル危險ヲ排斥スルノ權利アルハ何人モ疑ヲ挾マサル所ナリ故ニ此意味ニ於テ各人カ生命權ヲ有スルコトハ異論ナキ所ナリ唯人カ他人ヨリ殺サレタル場合ニ於テ被害者ハ其生命權ノ侵害ヲ理由トスル損害賠償ノ請求權ヲ取得スルノ暇ナキナリ例ヘハ甲カ乙ヲ殺シタルトキニ殺サレタル乙ハ自己ノ死亡ヲ原因トシテ甲ニ對シテ損害賠償ヲ請求スル權利ヲ取得スルコトヲ得ス何トナレハ此請求權ハ殺サレタルコトカ原因ナリ而シテ殺サレタルトキハ既ニ人格ナクレハナリ唯被害者ハ死亡ノ瞬間ニ至ルマテ受ケタル損害ノ賠償ヲ請求スルノ權利ヲ取得スルノモノナリ從テ相續人ハ死亡ヲ原因トシテ損害ノ賠償ノ請求權ヲ承繼スルコトナシ

斯ル缺點ヲ補ハシカ爲メ英國ニ於テ有名ナル Lord Campbell's Act ナル法律ヲ制定シ北米合衆國ニ於テモ之ニ倣ヒタル法律ヲ制定シ殺人ハ損害賠償請求權ノ原因ニアラストノ普通法ノ原則ヲ改正セリ米國ノ或裁判所ニ於テ判事ハ裁判所ヘハ死亡ヲ原因トシテ民事訴訟ヲ提起スルコトヲ得ストノ大膽ナル判決ヲ下シタルコトスラアリ英米ノ普通法ハ極テ不完全ナリシカ故ニ此改正ハ英米法ニ於テハ非常ノ進歩ナリ而シテ是等法律ニモ二種アリ第一種ハ吾民法ト同様ニ殺サレタル人ニハ賠償ノ請求權發生セシメテ唯被害者ノ近親ノ者ニ特ニ賠償ノ請求權ヲ與フルモノニシテ人ハ他人ノ生命上ニ權利ヲ有スルモノト規定スルナリ第二種ハ他人ノ生命ノ上ニハ權利ヲ認メス然レトモ人カ他人ヨリ殺サレタルトキハ死亡ニ因リテ生シタル損害賠償ノ請求權ハ其被害者ニ發生シタルモノト看做シ相續人ノ承繼スルノ原則ヲ認メタリ此種ノ法律ノ下ニハ相續人ノミ賠償請求權ヲ有スルナリ

### 三 肖像

人ノ肖像ナルモノハ權利ノ客體ナリヤ否ヤ各人ハ自己ノ肖像ヲ人ニ寫サシメサルノ權利ヲ有スルヤ又自己ノ許可ニ基テ出來シタル自己ノ肖像ヲ複寫セシメサルノ權利ヲ有スルヤ否ヤ此問題ハ近來寫眞術印刷術ノ進歩ニ伴ヒ漸次重要トナリタリ第一ニ説明スヘキハ所有權ハ其目的タル物ノ形狀ヲ他人ニ寫サシメサルノ權利ヲ包含セズ換言セハ予カ所有セル一ノ家屋アリ他人カ此家ノ形ヲ寫スコトヲ妨クルコトヲ得ス又予カ書物ヲ讀ミ居ルトキ他人カ傍ヨリ其書

物ヲ見テ寫ス場合ニ所有權ノ侵害ナリヤ是レ亦所有權ノ侵害ニアラス若シ是等ノ場合ニ所有權ノ侵害アリトセハ殊更ニ寫眞器、ペン、鉛筆ヲ以テ寫スコトヲ俟タス唯見ルノミニテ所有權ノ侵害成立スト論セサルヘカラサルニ至ラン尤モ是等ノ行為カ權利ノ侵害ニアラストセハ甚タ不當ノ結果ヲ生スル感想アレトモ實ハ然ラス予ノ家屋、予ノ書物ヲ寫ス者ニ向テ積極的ニ妨害ヲ爲スコトヲ得サレトモ予ノ家屋ハ自ラ破毀又ハ移轉スルコトヲ得又予ノ書籍ハ自ラ閉ツルコトヲ得間接ニ他人ノ攝影ヲ妨クルコトヲ得此ノ如ク所有權カ其目的物ノ形狀ヲ寫サシメサル權利ヲ包含セサルモノトセハ人ハ自己ノ身體上ニ所有權ヲ有スルコトカ正當ナリトスルモ之ヨリシテ當然攝影拒絶權カ各人ニ存セサルハ明カナリ故ニ肖像權ノ存否ハ一個獨立ノ問題ナリ

所有權ハ當然ニハ攝影拒絶權ヲ包含セサルカ爲メニ又總テノ所有權ノ客體ハ攝影拒絶權ノ客體ニアラストハ云ヒ得サルヘシ獨逸ニ於テハ此權利ノ存否ニ付テハ學說一致セズ「カイスネル」ノ如キ積極論者ノ說ニ依レハ人ハ時トシテ肖像ニ付テ多大ナル財産上ノ利益ヲ取得シ得ルコトアリ一美人アリ其容貌甚タ秀麗ニシテ之ヲ寫セル繪端書ハ非常ノ高價ナリ此場合ニ於テ何人ニテモ自由ニ之ヲ繪端書トシテ出版スルコトハ美人ノ利益ハ大ニ侵害セラル然レトモ此美人ノ利益ハ天賦ノモノナリ故ニ其權利ハ主人タル美人ニ有セシメサルヘカラス又人ハ時トシテ其肖像ヲ公ニセラルルカ爲メニ非常ニ不利益ヲ被ルコトアリ其肖像ヲ公ニサル場所

方法ノ如何ニ依リ大ニ侮辱セラルルコトアリ此ノ如ク吾人ハ其肖像ニ付キ多大ナル利害關係ヲ有スルカ故ニ他人カ之ヲ自由ニ寫スコトヲ得トセハ吾人ノ利益實ニ大ナルモノアリ各人ハ其肖像ノ上ニ權利ナクシテ可ナランヤト云フ之ニ反スル學說ニ依レハ吾人カ利害關係ヲ有スル事項ハ常ニ權利ノ目的タルモノニアラス立法論トシテ之ヲ權利ノ目的トスルコト或ハ正當ナラン要スルニ積極論者ノ說ハ立法論ニ過キス積極論ノ云フ所ノ肖像權ノ侵害ハ真ニ權利侵害ナル場合ニ於テモ肖像權ナル獨立ノ權利ノ侵害ニハアラス或ハ名譽權又ハ財產權ノ如キ他ノ權利ノ侵害ナリト云フ

以上ハ獨逸學者ノ所說ナレトモ我國現今ノ社會狀態ニ於テハ或程度マテ吾人ノ肖像ト雖モ法律上之ヲ保護スヘキハ條理ノ正ニ要求スル處ニシテ我國ニ於テモ不文法上之ヲ認ムルモノナリト云フヘキカ

#### 四 自由

自由カ私法上ノ權利ノ客體トナリ得ルヤ若シナリ得ルトセハ其權利ノ性質ハ如何ナルモノナリヤ此問題ニ付キ注意スヘキ事項ニアリ

(甲) 人ノ身體ハ生體タルト死體タルトニ論ナク私權ノ目的ト爲ルコトヲ前述セルカ故ニ其上ニ存スル生命、肖像、自由、名譽等ノ法益ハ此法益ノ一部分ナリト云フコトヲ得ヘキヲ以テ殊更ニ是等ノ法益カ權利ノ客體タルコトヲ説明スルノ要ナキカ如シト雖モ身體ナル語ノ意義

明瞭ナラサルカ故ニ屢々疑ノ存スル處ナリ我民法第七一〇條ニ所謂身體ナル語ハ少ナクモ自由、名譽、生命ヲ除外セルモノナリ何トナレハ自由及ヒ名譽ニ付テハ同條中ニ規定セラレ且生命ニ付テハ第七一一條ニ規定セラレタレハナリ又今日ノ學說ニ於テハ肖像カ權利ノ客體ナリヤ否ヤニ付キ疑ヲ挾ムカ故ニ是レ亦身體中ニ包含セサルヤ明カナリ獨逸民法第八二三條中ニ所謂身體(Mitge)ナル語ハ我民法ノ身體ナル語ヨリモ尙ホ一屢狹キ意義ニ用ヒラル同條中ニハ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ生命、身體、健康、自由、所有權其他ノ權利ヲ侵害シ云云トアリ故ニ所謂身體トハ生命、自由等ノ外尙ホ健康ヲ除外シタルモノナリト云ハサルヘカラス又學者ノ著書中ニ於テモ身體ナル語ノ觀念ヲ一ニセス我民法ニ所謂身體ニ對スル犯罪ト云フカ如キハ其範圍頗ル廣汎ナリ

上述ノ如ク我民法ノ解釋トシテハ自由ナルモノハ身體ノ外ニ存シ身體カ私權ノ客體ナリトスルモ尙ホ自由カ私權ノ目的タリヤ否ヤヲ研究セサルヘカラス

(乙) 予ハ我民法ノ規定上第七〇九條、第七一〇條ニ依リ身體、自由及ヒ名譽ハ私法上ノ權利ノ客體ナリト信ス然レトモ之ニ反對スル者ハ曰ク此二簡條ハ吾人ノ身體、自由及ヒ名譽ナル法益ヲ保護セルコト疑ナシト雖モ法律ノ保護スル利益ハ常ニ必スシモ權利ニハアラス故ニ此法條ニ依リ身體、自由及ヒ名譽カ權利ノ客體ナリト主張スルハ愚モ亦甚タシカラスヤト然レトモ予ト雖モ固ヨリ「イエリング」一派ノ學者ノ唱導スルカ如ク法ノ保護スル利益即チ法益



ハ常ニ權利ナリトノ説ニ左祖スルモノニアラス法カ或一ノ利益ヲ保護スルモ利益其レ自身ハ權利ニアラサルモノノ權利カ此保護ニ因リ發生スルコトハ明カナリ而シテ其保護セラレタル利益カ則チ權利ノ客體トナルモノナリ例ヘハ著作ナル一ノ利益カ法律ニ由リ保護セラレトセハ著作其モノハ權利ニアラサレトモ茲ニ一ノ權利發生シ而シテ保護セラレタル利益即チ著作ナルモノカ其目的タルナリ之ト同シク法律カ身體、自由及ヒ名譽ナル利益ヲ保護スル以上ハ茲ニ身體權、名譽權及ヒ自由權カ發生シ而シテ是等ノ權利ハ夫夫身體、自由、名譽ヲ客體ト爲スモノナリ故ニ反對論ノ存スルニ拘ハラス予ハ權利カ是等ノ利益ノ上ニ存スルコトヲ信スル者ナリ然レトモ論者又曰ク第七一〇條ノ明文ヲ案スルニ財產權ナル語ハ存スルモ身體權、自由權、名譽權ナル語ナシ若シ此三ノモノヲ權利ノ客體トシテ認ムルモノナランニハ財產權ト同シク身體權、自由權、名譽權ナル語ヲ用ヒザルヘカラサルニアラスヤト此條文中ニ於テ特ニ權ノ字ヲ除キタルハ是レ即チ法ノ保護スル利益ニ過キスシテ權利ノ客體ニアラサルヲ證スルモノナリト然レトモ此權ノ字ヲ除キタルハ大ニ其理由ノ存スルアリ抑、財產權ニ關シテハ本條以外ニ於テ其存在範圍及ヒ效力ニ關シテ既ニ種種ナル規定ノ存スルアリテ財產權其モノノ存在ニ付テハ本條ヲ俟タスシテ既ニ明カナル所ナリトス然レトモ身體、自由、名譽ニ至リテハ慣習法或ハ條理法ニ於テ之ヲ認ムルニ過キスシテ私法ノ明文中他ニ之ヲ規定セルモノナキヲ以テ本條ニ於テ是等ノ利益カ權利ノ目的タルコトヲ明カニ示シタルモノナリ獨逸民法第八二

三條ニ於テモ生命、身體、健康、自由等ニ權ノ字ヲ用ヒザルハ蓋シ此理由ニ因ルモノナリ又同條文中其他ノ權利ナル語ヲ使用セルヨリ推究スルモ自由、生命、身體等カ權利ナルコトヲ暗ニ指示シタルモノナルヲ知ルヘシ

我民法上自由權ノ存在疑ナシトセハ次ニ來ルヘキハ自由權ノ性質論ナリトス自由トハ一切ノ自由ヲ指スヤ又ハ意思自由若クハ行爲自由ノミニ限定セラルルヤト云フニ我民法ニ於テハ自由ハ一般ニ權利ノ目的ナリト規定セルカ故ニ一切ノ自由カ自由權トシテ保護セラルルモノナリト云ハサルヘカラサルナリ或ハ行爲若クハ外界ノ自由ヲ限定シ精神界ノ自由ヲ包含セザル如ク論スル者アリ其根據トシテ曰ク法律ハ外界ノミニ關スル事項ヲ規定セス法律上所謂自由トハ外界ノ自由ヲ謂フモノナリ然レトモ是レ獨斷ノ議ヲ免レス又學者說ヲ爲シテ曰ク自由トハ意思ノ自由又ハ行爲ノ自由ノミヲ指スモノナリト然レトモ人類ノ中ニハ意思能力、行爲能力ヲ絕對ニ有セザル者アリ例ヘハ狂者、幼者、法人ノ如キ然リ若シ論者ノ如ク解セハ是等ノ者ハ絕對ニ自由權ヲ有セザルコトナリ從テ之ニ對スル自由權ノ侵害成立セザルコトナリ近世ノ法律觀念ト相背馳スルニ至ルヘシ而シテ又或說ニ從フトキハ被害者カ自由カ侵害セラレタルコトヲ自覺スルニアラサレハ權利ノ侵害カ成立セスト云フ然レトモ被害者カ權利侵害ノ事實ヲ知ルコトカ自由權侵害ノ要素ニアラス蓋シ自由トハ何等ノ拘束ヲモ他ヨリ受ケザルノ狀態ニシテ苟モ法律ノ公許ナク他人ニ對シテ拘束ヲ加フル者アレハ其拘束カ被害者ノ意思



ノ活動ニ對シテ妨害ヲ加フルト否トニハハラス 監禁ナルモノハ成立スルナリ又被害者ノ身體ニ接觸スルコトハ其要素ニアラス從テ暴行、脅迫其他手段ノ如何ニ關セス他人ノ拘束ヲ加フルハ凡テ自由權ノ侵害ナリ

英米法ニ所謂自由權ナルモノハ以上ニ述ヘタル我民法ノ自由權ニ比スルトキハ其範圍頗ル狹隘ナリ英米ニ於テハ他人ヲ拘束シ或ハ他人ノ運動ヲ妨害スルモ其他ノ人ヲシテ或方向ヘノ運動ノ自由ヲ與フルトキハ監禁ハ成立セサルモノトセリ然レトモ我民法上ニ於テハ法令ノ禁止セサル作爲又ハ不作爲ハ常ニ自由權ノ行使ナラサルヘカラス之カ妨害ハ常ニ權利侵害ナリ然ラハ人ノ行爲ハ權利行爲ナルカ又ハ不法行爲ナラサルヘカラス學者往往人ノ行爲ヲ三分シ權利行爲、不法行爲及ヒ權利行爲ニモ不法行爲ニモアラサル中性行爲即チ放任行爲ノ三トナス然レトモ予ハ前ニ述ヘタルカ如ク法ノ禁止スル行爲ハ不法行爲ニシテ法ノ禁止セサル行爲ハ少クモ自由權ノ行使ナリト認ム三分說ヲ主張スル者ハ更ニ說ヲ爲シテ曰ク和姦ハ或範圍マテハ法ノ禁止セサル行爲ナリト雖モ現今ノ法律觀念ニ於テハ權利行爲ナリト云フコトヲ得サルニアラスヤト法律ト道德トハ其範圍ヲ同シクセス不道德ノ行爲ナルカ故ニ權利行爲ニアラストハ云フヘカラス又刑法第七五條ニ所謂抗拒スヘカラサル強制ニ遭ヒ其意ニアラサル所爲ノ如キハ反對論者ノ常ニ援用スル例ナレトモ同條ハ其行爲ヲ犯罪ト爲ラサルコトヲ規定シタルニ過キスシテ其行爲カ不法行爲ニアラサルコトヲ云爲スルノ餘地ナキナリ本條ハ單ニ其行爲カ

罪ト爲ラサルコトヲ明定シタルモノニシテ他ニ何等規定ノ存スルヲ見ス而シテ其行爲カ私法上ニ於テモ不法行爲ニアラスト云フヲ得ルヤ否ヤハ自ラ別問題ナリ

然ラハ自由權カ權利ノ觀念ニ對スル關係如何權利ハ自由說ニ依リテ説明スレハ法ノ認ムル所ノ各人ノ自由ナリ吾人カ如何ナルコトヲ爲シ得ルカ即チ法律ノ内容ニシテ各人カ法律上爲シ得ル行爲ノ範圍カ即チ權利ナリ然ルニ權利ノ一種類タル自由權ハ法律上其人カ有スル自由ナリト云ハハ自由權ハ即チ權利其モノニアラサルナキヤ曰ク然ラス例ヘハ契約ハ私法上ノ效果ヲ發生セシムルコトヲ目的トスル二人以上ノ合致シタル意思ノ表示ナリ故ニ其範圍ハ甚タ廣汎ニシテ特ニ命令セラレタルモノノミニ限ラサルナリ羅馬法以來學者バ法律カ特ニ名稱ヲ付シタルモノヲ有名契約トシ其他ノモノヲ無名契約ト稱セリ之ト同一關係ニテ法律カ認ムル各人ノ自由ハ即チ權利ナルモ其權利中所有權、身體權等ノ如ク法律カ特ニ名稱ヲ付シタルモノハ各其權利ヲ指スニ其名稱ヲ以テスルモノナルモ法ノ認ムル自由中法カ特ニ名稱ヲ付セサルモノハ之ヲ總括シテ自由權ト稱スルナリ

## 五、名稱

人ハ氏名、假號其他ノ名稱ノ上ニ權利ヲ有スルヤ若シ有ストセハ其權利ノ性質及範圍如何

(甲) 氏名 各人ハ身分登記簿及ヒ戶籍簿ニ登記セラレタル氏及ヒ名ヲ有スルヲ原則トス人ノ出生スルヤ父母父ハ一定ノ第三者ハ法律上一定ノ期間内ニ之ヲ届出ツル義務ヲ負擔ス而シテ

ス

ルコトヲ認ムル以上ハ之ヲ氏名權ト稱スルモ何ノ不可カアル

類似シタルモノヲ使用スルコトヲ得サルヲ狼狽且シク作人ノ材料ヲ

ル場合ニ於テ自己ノ利益カ侵害セラルトキハ其氏名ノ使用ノ禁止ヲ請求シ且損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ト規定セリ(獨民一二條)故ニ同國ノ學者ハ此規定ニ準據シテ氏名權ハ狹義ニ於ケル禁止權ヲ包含スルモノナリト說ケリ然レトモ此規定ハ果シテ氏名使用禁止權ヲ規定シタルモノナリヤ疑ナキ能ハス抑、氏名ノ使用ニ因リ權利者ノ利益カ侵害セラルル場合ハ甲カ乙ナリト稱シテ乙ノ華客ト取引ヲ爲シ之カ爲メニ乙カ受クヘカリシ利益ヲ甲カ壟斷シ或ハ甲カ乙ナリト稱シテ一ノ著述ヲ爲シ其著述カ甚ダ杜撰ニシテ爲メニ乙ノ名譽ヲ毀損シタルカ如キ場合ナリ然レトモ斯ル場合ハ甲カ乙ノ財產狀態權又ハ名譽權ヲ侵害スルモノトシテ之ヲ防止シ又ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償セシムルノ權カ乙ニ存スト云フニ過キス然ルトキハ第一二條ハ財產狀態又ハ名譽權ニ關スル規定ニシテ決シテ氏名使用禁止權カ獨立シテ存在スルコトヲ規定シタルモノニアラサルナリ此財產狀態權及ヒ名譽權ハ如何ナル手段ヲ以テ侵害セラルルモ侵害タルコトニ於テハ同一ナリ畢竟スルニ此明文ハ一ノ注意的ノ規定タルニ過キス(戶一六四條乃至一六六條)

(乙) 假號其他ノ名稱 人ハ自己ノ職業其他ノ關係ニ於テ假號ヲ用フルコトアリ例ヘハ商人カ商號ヲ有シ文人墨客カ雅號ヲ用ヒ藝者カ藝名ヲ有スルカ如シ斯ノ如キ假號ハ其假號主ニ於テ自由ニ之ヲ選擇シ自由ニ之ヲ使用スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ此意味ニ於テ氏名ノ場合ト同シク一種ノ假號權ノ存在ヲ認ムルハ不穩當ニアラス然ラハ假號主ハ他人カ自己ト同一又ハ類似ノ假號ヲ使用スルコトヲ禁止スルノ權利ヲ有スルヤ獨逸民法第一二條ニハ單ニ *Zeichen*トアリ故ニ氏名ノミニ限ラス假號ヲモ包含スルモノト解スルヲ以テ通說トス從テ本條ヲ以テ氏名ノ使用禁止權ヲ規定シタルモノナリト主張スル學者ハ又同時ニ假號ノ使用ヲ禁止スルノ權利ヲモ規定シタルモノナリト認メサルヘカラス然レトモ前既ニ氏名ニ付キ述ヘタルカ如ク本條ハ注意的規定ニ過キスシテ名稱ノ使用禁止權ヲ規定シタルモノニアラス名稱ノ使用ノ爲メ名譽權、財產權等ヲ侵害セハ格別然ラサレハ斯ル禁止權ハ存在セスト云ハサルヘカラス我民法ノ解釋ニ付テモ亦之ト同一ナリ併シ茲ニ注意ヲ要スルハ(イ)或營業ヲ爲ス者ノ團體カ一ノ組合ヲ組織シ契約ニ因リテ同一假號ノ使用ヲ禁止スルコトアリ(ロ)或地方ニ於テハ慣習ニ依リ同一假號ノ使用禁止ヲ認ムルコトナキヲ保セス(ハ)法令ヲ以テ同一假號ノ使用禁止ヲ規定スルコトアリ例ヘハ商號ノ如シ商人ハ其氏、氏名其他ノ名稱ヲ以テ商號ト爲スコトヲ得而シテ此商號ハ之ヲ登記スルニ因リテ始テ使用禁止權ナルモノヲ發生ス即チ商號ノ登記ヲ爲シタル者ハ不正ノ競爭ノ目的ヲ以テ同一又ハ類似ノ商號ヲ使用スル者ニ對シテ其使用ヲ止ムヘキコトヲ請求シ且損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得而モ同一ノ市町村內ニ於テ同種ノ營業ノ爲メニ他人ノ登記セル商號ヲ使用スル者ハ不正ノ競爭ノ目的ヲ以テ之ヲ使用スルモノト推定セラレ他人カ既ニ登記セル商號ハ同一ノ市町村內ニ於テ同一ノ營業ノ爲メニハ之ヲ登記スルコトヲ得サルノミナラス既ニ登記シタルモノト判然區別シ得ルモノニアラサレハ同一市町村內ニ

於テ同一ノ營業ノ爲メニ登記スルコトヲ得サルモノナリ（商一六條一九條二〇條、非訟一五八條）

## 六 名譽

我民法第七一〇條ニ依ルトキハ各人ハ自己ノ名譽ノ上ニ私法上ノ權利ヲ有スルコトハ明瞭ナリ然ラハ先ツ名譽トハ如何ナルモノナリヤ此問題ニ付テハ大體二說アリ第一說ニ曰ク名譽トハ第三者カ其人ニ對シテ有スル評價の意見ナリト第二說ニ曰ク名譽トハ各人ノ社會上ノ地位ナリト第一說ハ主觀說ニシテ第二說ハ之ヲ客觀說トモ稱シ得ヘシ面シテ予輩ハ主觀說ニ賛成セントス然ラハ名譽ハ總テノ自然人及ヒ法人カ必ス各自之ヲ有スルモノナリヤ否ヤ名譽ノ本質ニ關シ客觀說ヲ採ルトキハ何人ト雖モ社會ノ一員タル以上必ス社會上ニ一ノ地位ヲ有スルモノナレハ何人モ皆名譽ヲ有スト云ハサルヘカラス然ルニ學者往往名譽ノ本質ニ關シテ客觀說ヲ採リナカラ或種類ノ人例ヘハ幼者、狂者、法人等ノ如キハ名譽ヲ有セサルモノナリト斷定スルハ矛盾ノ説明ト云ハサルヲ得ス此派ノ學者カ刑法ヲ講スルニ當リ誹毀罪ヲ論シテ曰ク社會ノ毀譽褒貶ニ上ラサル幼者ノ如キハ誹毀罪ノ被害者タルコトヲ得ス何トナレハ幼者ハ社會上ノ地位ヲ有セサレハナリト予輩ハ其斷定ノ正當ナルコトヲ信スト雖モ其理由ニ至リテハ首肯スルコトヲ得ス抑、幼者ニ對スル誹毀罪ノ成立セサルハ誹毀罪カ惡事醜行ノ摘發ニ因リテ成立スル犯罪ナルヲ以テ惡事醜行能力ヲ有スル者ニアラサレハ本罪ノ被害者タルコトヲ得サレハナリ決シテ幼者カ社會上

ノ地位ヲ有セサルカ爲メニアラス故ニ名譽ハ社會上ノ地位ナリトスルモ尙ホ幼者ニ名譽アリ要スルニ社會ノ人ハ一トシテ名譽ヲ有セサル者ナシ

或ハ謂ハン人ノ名譽ハ他人カ其人ニ對シテ有スル評價の意見ナリトセハ他人ニ知ラレサル人ハ何人モ其人ニ對シテ意見ヲ有スルノ理ナシ故ニ斯ル人ハ何等名譽ヲ有セスト云ハサルヘカラスト然レトモ此ノ如キ人類ノ存在ハ社會ノ現狀ニ於テ之ヲ想像スルコト至テ困難ニシテ何等顧慮スルノ必要ナシ若シ實際ニ於テ斯ル人アリトセハ其人ハ名譽ヲ有セサルノミ或者カ其人ノ存在ヲ認知スルニ至リテ始テ名譽ヲ取得ス

人ノ名譽ノ毀損トハ其人ニ對シ第三者ノ有スル評價ニ對シテ危害ヲ加フルヲ謂フ危害ヲ加フトハ其評價ヲシテ事實上下ケシムルコト又ハ下ケシムルノ危險ヲ生セシムルコト是ナリ我民法第七一〇條ニ依ルトキハ名譽ハ例外ノ規定ナキ限り悉ク權利ナリト規定セルヲ以テ各人ハ其名譽ヲ他人ニ依リテ毀損セラレサルノ權利即チ其名譽ニ實害ヲ加ヘラレス又實害ノ危險ヲモ加ヘラレサルノ權利ヲ有ス

名譽ノ毀損ハ明示若クハ默示ノ陳述ニ依リテ成立スルコトハ學者ノ均シク認ムル所ナリ然ラハ如何ナル陳述カ名譽ノ毀損トナルヘキカ先ツ其陳述ハ名譽侵害性ヲ有セサルヘカラサルハ疑ナシ今甲カ乙ニ對シテ丙ニ關スル陳述ヲ爲シタリトスルモ其陳述カ名譽侵害性ヲ有セサルトキハ縱令其陳述ヲ聽キタル乙カ如何ニ丙ニ對スル意見ヲ下クルモ丙ハ甲ニ對シテ名譽ノ毀損ヲ理由



トシテ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス何トナレハ其陳述ハ名譽侵害性ヲ有セザレハナリ然ラハ如何ナル陳述カ名譽侵害性ヲ有スルヤ之ニ關シテハ學說區區タリ獨逸民法第八二四條ニハ他人ノ信用ヲ害シ其他其收入若クハ繁榮ニ損害ヲ加フヘキ性質ヲ有スル事項ノ陳述ハ即チ名譽侵害性ヲ有スルモノナリト規定セリ英米法ニ於テハ獨逸法ト同シク名譽侵害性ヲ以テ一ノ要素ト爲セルモ如何ナル陳述ヲ以テ名譽侵害性ヲ有スルモノト爲スカニ付テハ種種ノ判例アリテ必スシモ相調和セス予ノ信スル所ニ依レハ此種ノ陳述ハ大別シテ二種トナスコトヲ得ヘシ第一種ニ屬スルモノハ一ノ陳述ニシテ其方法形式カ書面其他永續的ノ方法ニ依ルト又一時的ノ方法ニ依ルトヲ問ハス且又之カ爲メニ財産上ノ損害ヲ生シタルコトヲ證明スルヲ要セスシテ損害賠償ノ請求原因トナルモノニシテ第二種ニ屬スルモノハ書面其他永續的ノ方法ヲ以テ之ヲ爲ストキハ常ニ損害賠償請求ノ原因トナレトモ此ノ如キ方法ニ依ラサルモノハ財産上ノ損害ノ生シタルコトヲ證明スルニアラサレハ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得サルモノナリ而シテ第一種ニ屬スル陳述ハ米國ニ於テハ破産恥罪ヲ犯シタリトノ陳述ニシテ英國ニ於テハ生命刑、自由刑又ハ身體刑ヲ以テ罰スル犯罪ヲ犯シタリトノ陳述ナリ第二種ノ陳述ハ如何ナル性質ノモノナリヤニ付テハ種種ノ裁判例アリ或ハ他人ノ人格又ハ信用ヲ害スル陳述ナリトシ或ハ他人ヲシテ侮辱、嘲弄ヲ受ケシムル陳述ナリトセリ我現行法ノ解釋トシテハ苟モ第三者ノ有スル評價ヲ下ケシムル陳述ハ凡テ名譽侵害性ヲ有スルモノト云ハサルヘカラス

然ラハ其陳述ハ虛偽ナルコトヲ必要トシ眞實ナル陳述ハ如何ニ他人ノ名譽ヲ侵害スルモ不法行爲トハナラサルカ人ノ名譽ハ虛偽ノ陳述ニ依リテモ眞實ノ陳述ニ依リテモ共ニ侵害セラルヘキハ疑ナシト雖モ名譽權ノ侵害アリト云フニ付テ其陳述ノ眞偽ヲ問ハサルヤ否ヤハ問題ナリ英米法ニ於テハ陳述ノ虛偽ナルコトヲ以テ名譽權侵害ノ要素ト爲シ獨逸民法モ其第八二四條ニ於テ虛偽ノ陳述タルコトヲ其一要素ト爲セリ然レトモ我民法ノ解釋トシテハ陳述ノ虛偽ナルコトハ名譽權侵害ノ要素ニアラスト云ハサルヘカラスト信ス各人ハ自己ノ名譽ヲ侵害スル事項ハ其眞偽ヲ問ハス他人ヲシテ之ヲ第三者ニ告知セシメサルノ權利ヲ有ス我民法ハ例外規定ナキ限り名譽ハ悉ク權利ナルコトヲ規定セルヲ以テ此主張ノ誤リナラサルコト明カナランモ尙ホ此主張ヲ確ムヘキ明文ノ根據アリ新聞紙條例第二五條及ヒ出版法第三一條即チ是ナリ此規定ニ依ルトキハ他人ノ惡事醜行ヲ新聞其他ノ出版物ヲ以テ摘發スルモ其事項ニシテ其人ノ私行ニ涉ラス且其事項カ眞實ニシテ而モ其摘發カ公益ノ爲メニ爲シタルモノナルトキ誹毀罪成立セサルノミナラス損害賠償ノ請求權ヲモ成立セストセリ此場合ニ損害賠償ノ請求權存在セストノ規定アル以上ハ眞實ナル陳述ニテモ尙ホ損害賠償請求權發生ノ原因タルヲ原則トスト云ハサルヘカラス名譽侵害性ヲ有スル眞實又ハ虛偽ノ陳述ハ之ヲ公示スルニアラサレハ名譽權ノ侵害成立セス公示トハ世間一般ニ告タルコトヲ必要トセス唯一人ノ第三者ニ告タルモ尙ホ之ヲ公示ト云フ然レトモ何人ニモ告ケサルハ公示ニアラス當事者其者ニ告ケルモ亦公示ニアラス公示ニハ種種ノ形



式アリ書面其他永續ノ形式ニ依ル場合ニハ其名譽權ノ侵害ヲ *libel* ト云ヒ口頭其他一時的ノ形式ニ依ルトキハ之ヲ *slander* ト云フ

次ニ名譽權ノ侵害トナルニハ如何ナル主觀的要素ヲ必要トスルカ英美法ニ於テハ陳述者カ名譽侵害性ヲ有スル事實ニ對スル觀念ヲ有スル場合又ハ此觀念ヲ有セサルモ此觀念ヲ缺クコトカ過失ニ基ク場合ニアラサレハ不法行為ハ成立セス然レトモ陳述ノ虛偽ナルコトニ關シテハ何等ノ主觀的要素ヲ必要トセス縱令眞實ナリト信シ且斯ク信シタルニ付キ何等ノ過失ナキ場合ニ於テモ名譽侵害性ニ對シテ觀念アルカ又ハ其觀念ノ欠缺カ過失ニ依ルトキハ不法行為成立ス換言スレハ名譽侵害性ノ陳述ヲ爲ス者ハ其陳述カ虛偽ナルノ危險ヲ負擔セサルヘカラス之ニ反シテ獨逸民法ニ於テハ陳述ノ虛偽ニ關シテ觀念ノ存在ヲ必要トス若シ此觀念ヲ缺クトキハ其欠缺カ過失ニ因リタルニアラサレハ不法行為ハ成立セス然レトモ名譽侵害性ニ付テハ主觀的要素ヲ必要トセス我民法ニ於テハ陳述ノ虛偽ナルコトハ要素ニアラサレハ之ニ付テハ主觀的要素ノ問題ヲ生セス然レトモ不法行為成立ノ物の要素ニ關シテハ凡テ觀念アルカ又ハ其觀念ノ全部若クハ一部ノ欠缺カ過失ニ因ルニアラサレハ不法行為ノ成立セサルコトハ第七〇九條ノ規定スル所ナリ前ニモ述タルカ如ク權利ノ範圍ハ義務者ノ主觀的狀態ニ依リテ定マルモノナリ例ヘハ債權ハ債務者ノ心的狀態ヲ其要素トセサルモノニシテ如何ナル心的狀態ヲ以テ債務者カ其債務ヲ履行セサルモ常ニ債權ノ侵害アリ之ニ反シテ其他ノ權利ハ原則トシテ故意又ハ過失ニ因リテ始テ侵害

確定期限トハ例ヘハ來ル何月何日又ハ何年ノ後ト云フカ如ク其來ルヘキ期限カ契約當時ヨリ確定セルモノヲ謂フ之ニ反シ不確定期限トハ人ノ死亡又ハ降雨ノ日等ノ如ク其實事ノ來ルコトハ明カナルモ其來ル時日ノ確定セサルモノヲ謂フ

(一) 確定期限 確定期限ノ效果ニ付テハ羅馬法以來議論ノ喧シキ所ニシテ一方ニ於テハ期限ハ人ニ代リテ督促ヲ爲スモノ即チ期限ノ到來ニ因リテ債務者カ債權者ヨリ督促ヲ受ケタルト同一ニ看做スノ主義ヲ採リ之ニ反對スルモノハ期限ハ人ニ代リテ督促スルモノニ非ス即チ期限ノ到來シタルノミニテハ未タ遲滯ニ在ルモノト爲スコトヲ得ス更ニ督促ノ手續ヲ必要トスルノ主義ヲ採ル蓋シ當事者カ豫メ期限ヲ定メテ其期限ニハ必ス履行スヘキコトヲ約束シナカラ其期限ノ到來シタル曉ニ至リテ債務者カ債權者ノ督促ヲ待ツカ如キハ進歩シタル現今ノ社會ニ於テハ到底採用スヘカラサルモノトス民法ハ此第一ノ主義ヲ採リ期限ハ人ニ代リテ督促スルヲ以テ期限カ到來スレハ別ニ督促セサルモ債務者ハ遲滯ノ責ヲ負フモノトセリ蓋シ前段ニ説明シタル單純債務ニ在リテモ苟モ請求タニ爲セハ其方法ノ如何ヲ問ハスシテ直チニ遲滯ノ責ヲ負ハシムルカ如ク債務者ノ責任ヲ嚴ニスルハ新式ノ法典ノ傾向ナリ是レ蓋シ取引ノ頻繁ト爲ルニ從ヒ一裁判所ニ訴ヘ出ツルカ又ハ執達吏ヲシテ督促セシムルカ如キ複雜ナル手續ニ依ルコト能ハサルニ基因スルモノニシテ商業上ニ於テ殊ニ然リト爲ス尙ホ今日ニ於テハ漸次商業ト他ノ取引トニ因リテ區別ヲ立ツルコトヲ廢スルノ傾向アルハ疑ナキ所ナリ民法ニ於テモ亦右ノ理由ニ據リテ

新式ノ主義ヲ採レリ第四百十二條第一項ニ曰ク

債務ノ履行ニ付キ確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタル時ヨリ遲滞ノ責ニ任ス  
(二) 不確定期限 債務ノ履行ニ付キ不確定期限ノ存スル場合ニ於テハ當事者カ期限ノ到來シタルコトヲ知ラサル場合ナシトセス斯ル場合ニ於テ若シ遲滞ノ責ニ任スルモノトセハ是レ人情ニ適セサルノミナラス甚タ苛酷ナリト謂ハサルヘカラス故ニ法律ハ期限ノ到來シタルコトヲ知リタル時直チニ履行セサレハ遲滞ノ責ニ任スヘキモノト定ム第四百十二條第二項ノ規定即チ是ナリ曰ク

債務ノ履行ニ付キ不確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタルコトヲ知リタル時ヨリ遲滞ノ責ニ任ス

### 第三 條件附債務

條件附債務ニ付テ履行ノ時期ノ問題ノ起ルハ唯リ停止條件附債務ニ關シテノミ解除條件附債務ニ付テハ此問題ナシ停止條件附債務ハ其條件カ成就スルニ非サレハ固ヨリ履行スヘキ義務アルコトナシ此點ニ付テハ民法ノ上ニ於テハ極メテ明瞭ナリ即チ當事者ノ目的トセル債務ハ條件成就ノ時ニ於テ始メテ生スルモノナリ尤モ條件成就前ニ於テモ既ニ一種ノ債務アリト雖モ是レ法律行為ノ目的タル債務其モノニ非ス而シテ停止條件附債務ハ法律行為ノ目的タル債務ノ發生スルト同時ニ單純債務トナルコト疑ナキ所ナリ是ヲ以テ法律ハ之ニ關シテ特ニ明文ヲ置カス當然

第四百十二條第三項ヲ適用スヘキモノトセリ

茲ニ遲滞ノ責ナルコトニ付キ簡單ニ説明セン元來此事ハ提供等ノ説明ヲ爲スニ依リテ明瞭ト爲ルヘキモ結局遲滞ノ責トハ不履行ノ過失者ト看ラルルコトナリ故ニ右ニ述ヘタル各種ノ場合ニ於テ債務者カ履行スヘキ期間内ニ履行セサルトキハ債權者ニ對シテ不履行ニ因ル責任ヲ負ハサルヘカラス即チ債務者カ履行ヲ怠リタル爲メニ債權者カ損害ヲ被リタルトキハ債務者ハ其損害ヲ賠償セサルヘカラス故ニ若シ其債務ノ目的カ金錢ナリシトキハ遲滞シタル日數ニ對スル利息ヲ支拂フヘク又例ヘハ債務者カ履行ヲ爲サザリシニ因リ債權者カ自己ノ債權者ニ對シテ履行ヲ爲スコトヲ得ス爲メニ違約金ヲ支拂フコトノ已ムヲ得サルニ至リタルトキハ債務者ハ亦之ヲ賠償セサルヘカラス又債務者ノ義務カ特定物ノ引渡ナルトキハ債務者ハ之ヲ保存スル義務アルヲ以テ保存ニ付キ十分注意セサルヘカラス若シ此注意ヲ怠レハ設令履行ノ時期ハ後レサルモ仍ホ責任ヲ免レサルモノナルモ之ニ反シテ十分保存ノ義務ヲ盡シ而モ天災ノ爲メニ滅失シタルトセハ是レ已ムコトヲ得サルニ出ラタルモノニシテ固ヨリ其責任ヲ負フヘキニ非ス然レトモ債務者カ現ニ遲滞ノ責ニ在リシ場合ニ斯ル事實ノ生シタルトキハ債務者ハ債權者ニ對シテ賠償ヲ爲ササルヘカラス又若シ未タ期限到來セサルニ際シ目的物カ天災ニ因リテ毀損シタルトキハ危險問題ハ始テ措キ債務者ハ其毀損ノ責ニ任セス毀損シタル儘其引渡ヲ爲セハ足レリ之ニ反シテ其滅失毀損カ遲滞後ニ生セバ債務者ハ其責ニ任セサルヘカラス何トナレハ通常ノ場合ニ於テハ苟

モ制限ニ履行セハ火災、盜難等ニ罹ルコトナカリシナラント謂フコトヲ得ヘケレハナリ唯稀ナル場合例ヘハ債權者、債務者ハ相隣者ニシテ同時ニ二人ノ家屋カ燒失シ又二人カ同時ニ盜難ニ遭ヒ家屋内ノ總テノ財産ヲ持去ラレタル如キ場合ニ於テハ設令履行スルモ同一ノ難ニ罹ルヘカリシヲ以テ債務者ハ其實ヲ免ルヘシト雖モ其事實ヲ證明セサルヘカラス而シテ其證明ハ往往困難ナルノミナラス債務者カ債務ノ履行ト同時ニ其履行ニ係ル物ヲ他ニ讓渡スヘキ場合例ヘハ他人ト契約シテ既ニ其準備ヲ爲シツツアリシ場合ニ於テハ設令債權者カ前例ノ如キ災難ニ遭フモ其物ハ滅失セサリシモノト謂フコトヲ得ヘク隨テ債務者ハ其實ヲ負ハサルヘカラサルニ至ル即チ先ツ債務者ニ對シテ債務ノ成立セルコト及ヒ辨濟期ニ在ルコトヲ證明シテ履行ノ請求ヲ爲スヘク債務者ハ天災ニ因リテ履行スルコト能ハサルニ至リタル事ヲ抗辯ノ理由ト爲スヘシト雖モ債權者ニ於テハ債務者カ履行ノ遲滞シタル後ニ天災ノ生シタルコトヲ證明スヘク然ルトキハ債務者ハ其天災ハ同時ニ債權者モ蒙リタル所ナルカ故ニ設令履行ヲ爲スモ其物ノ消滅スヘカリシ事ヲ證明セサルヘカラス之ニ對シテ債權者ハ履行ヲ受クシナラハ直チニ他人ノ手ニ引渡スヘカリシ事ヲ證明スヘク若シ此證明ニシテ成立セハ結局ノ責任ハ債務者ニ歸スヘシ

### 第五 履行ノ場所

履行ノ場所ハ原則トシテ當事者ノ意思即チ債權發生ノ原因ニ依リテ定マル唯當事者ノ意思ノ明

瞭ナラサル場合面シテ法律ニ別段ノ規定ナキ場合ニ於テハ如何ニスヘキカ先ツ特定物ノ引渡ニ付テハ債權發生ノ當時物ノ存在セシ場所ニ於テ引渡ヲ爲ササルヘカラス是レ第四百八十四條ノ規定セル所ナリ此點ニ付テハ各國ノ立法例皆相一致セリ之ニ反シテ特定物引渡以外ノ目的ヲ有セル債務ノ履行ニ付テハ二主義アリ其一ハ債權者ノ住所ニ於テ履行スヘシトスルモノ他ハ債務者ノ住所ニ於テスヘシトスルモノ是ナリ蓋シ斯ル事項ニ付テハ理論上ヨリ是非ヲ斷定スルコト能ハサルヲ以テ慣習ニ依ルノ外ナシ我邦ノ慣習ヲ觀ルニ貸主ハ借主ヨリ一等上ニ在ルモノト看ルハ一般ノ觀念ニシテ借主ハ貸主ニ對シテ感謝ノ意ヲ表スルヲ常トシ借主ハ貸主ノ住所ニ行キテ辨濟スルヲ普通トス是ヲ以テ民法ニ於テハ本則トシテ第一ノ主義ニ依リテ債權者ノ住所ニ於テ履行スヘキモノトセリ尤モ是レ絕對ニ適用スヘキニ非スシテ反對ノ慣習アレハ其慣習ニ從フヘキモノトス但商法ニ於テハ之ニ對シテ一ノ例外ヲ認メタリ(商二百七十八條二項)此例外ハ或ハ民法ニ規定セルヲ可トセシナランカ今商法ノ規定ニ依レハ指圖債權及ヒ無記名債權ニ付テハ債務者ノ許ニ證券ヲ持參スルニ非サレハ支拂ヲ受クルコトヲ得ス是レ此種ノ債權ハ債務者ニ於テ果シテ何人ニ屬スルカヲ知ルコトヲ得サルカ故ニ勢ヒ此ノ如キ例外規定ヲ設クルノ必要ヲ見ルナリ然ルニ商業以外ノ取引ニ於テハ一方ニ於テハ指圖債權又ハ無記名債權ノ形式ヲ用フルコト少ク又一方ニ於テハ之ヲ用フルモノトセハ其利用ノ場合甚タ廣カルヘク極端ニ言ヘハ木材、石材等ノ引渡ノ如キモ指圖債權無記名債權ニ依ルコトヲ得ヘク隨テ斯ル場合ニ於テモ債務者ノ

住所ニ於テ履行スルコトト爲リ一般ノ原則ニ反スルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ然レニ商法ニ於テハ指圖式又ハ無記名式ノ債權ハ十中ノ八九ハ金錢ノ支拂ニ關スヘク隨テ金錢同様に作用ヲ爲スモノナルカ故ニ債務者ノ住所ニ於テ履行スヘキ例外規定ヲ設ケタルハ實際便利ナルコト疑ヲ容レス尤モ債權者ノ不分明ナル場合ニ於テハ債務者カ履行ヲ爲ササルモ債務者ノ責任ト爲ルコトナシ此事ハ後ニ提供及ヒ供託ノ所ニテ説明スル所アルヘシ

## 第六 履行ノ費用

履行ノ費用ニ關スル第一ノ要點ハ履行ノ費用ハ何人カ之ヲ負擔スヘキカニ在リ是レ通常當事者ノ意思ニ因リテ定マルモノナリ蓋シ法律ノ規定ヨリ直接ニ生スル債務ノ如キハ當事者ノ意思ニ依リテ其内容ヲ定ムルコトナク又法律ヲ以テ特ニ之ニ關スル費用ヲ定ムルカ如キコトナキカ故ニ右ニ述ヘタル所ハ主トシテ契約上ノ債務ニ關シテナリ契約上ノ債務ニ付テハ其履行ノ費用ハ契約ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシト雖モ若シ契約上何等ノ定ナク又債務ノ性質上其負擔スヘキ者ノ明カナラサル場合ニ於テハ果シテ何人カ之ヲ負擔スヘキカラ決スルノ必要アリ債務ノ性質上費用ノ負擔者ノ定マレル場合トハ例ヘハ作爲ノ義務ニ於テ債務者カ其債務ノ目的タル仕事を爲スハ總テ債務ノ履行ニ屬スルカ故ニ請負契約ニ於テ其仕事ニ關スル費用ハ特約アルニ非シシハ請負人ニ於テ之ヲ負擔シ請負人ハ唯之ニ對スル報酬ヲ受クヘキカ如キ是ナリ此等ノ事ハ各種ノ契約ニ就テ研究スヘキモノナレハ茲ニハ唯一般ノ場合ニ付テ證明スヘシ一般ノ履行ノ費用ハ原則トシテハ債務者ノ負擔スヘキモノトス何トナレハ債務ノ履行ハ時トシテ債權者ノ協力ヲ要スルコトアリト雖モ債權ノ目的ハ常ニ債務者ノ行爲ナリト謂フコトヲ得ルカ故ニ履行ハ即チ債務者ノ行爲ナリト謂フモ敢テ過言ニ非ス少クモ主トシテ債務者ノ行爲ヲ要スルハ疑ナキ所ナリ既ニ債務ノ目的ハ債務者ノ行爲ナリトスル以上ハ其行爲ニ必要ナル費用ハ特約ナキ限ハ債務者カ之ヲ負擔スヘキハ理ノ當然ト謂ハサルヘカラス故ニ民法ハ第四百八十五條ニ於テ此原則ヲ認メタリ曰ク

辨濟ハ費用ニ付キ別段ノ意思表示ナキトキハ其費用ハ債務者之ヲ負擔ス

各國ノ立法例ハ皆此ノ如シ但之ニハ一ノ例外ナキコトヲ得ス蓋シ履行ノ費用ヲ債務者カ負擔スルハ其當然ノ費用ノミニ止マリ債權者ノ行爲ニ因リテ特ニ要シタル費用ニ付テモ仍ホ債務者ヲシテ之ヲ負擔セシムルハ甚タ不公平ト謂ハサルヘカラス換言スレハ債權者ノ意思如何ニ依リテ債務者ノ負擔ヲ増減スルハ條理ニ於テ許スヘカラス債務者ノ負擔ノ分量ハ債權發生ノ當時ニ於テ既ニ確定セリ然ルニ債權者ノ意思ノミヲ以テ債務者ノ負擔ヲ増加スルコトヲ得サルハ是レ理ノ尤モ賅易キ所ナリ故ニ若シ債權者ノ行爲ニ因リテ費用ノ増加ヲ來シタルトキハ其増加シタル部分ハ債權者ニ於テ之ヲ負擔セサルヘカラス例ヘハ債權者ノ住所ニ於テ履行ヲ爲スヘキ場合ニ於テ債權者カ轉居シタルカ爲メニ債務者ニ於テ履行ノ費用ヲ増加シタル場合ノ如シ吾人ハ元來



法律上移轉ノ自由ヲ有スルカ故ニ債權者カ轉居ヲ爲シタルハ固ヨリ過失ナリト謂フコトヲ得スト雖モ之カ爲メニ債務者ヲシテ餘分ノ費用ヲ負擔セシムルコトヲ得ヌ即チ契約ノ當時ニハ債權者ノ近隣ニ住居セシヲ以テ債務者カ其債務ノ目的タル物件ヲ債權者ノ住所ニ運搬スルニ殆ト其費用ヲ要セサリシニ偶、債權者カ他ニ轉居シタルカ爲メニ其轉居先ノ住所ニ運搬セサルヘカラスシテ莫大ノ費用ヲ要スルニ至リタリトセハ此費用ハ債權發生ノ當時ニ在リテハ決シテ債務ノ内容中ニ包含セサルモノナルカ故ニ此増加シタル部分ハ債權者ニ於テ之ヲ負擔セサルヘカラス是レ取テ債權者ノ過失ニ基クモノニ非スト雖モ其費用ノ増加シタルハ專ラ債權者ノ行爲ニ因ルヲ以テナリ況ヤ債權者ノ過失ニ因リテ費用ヲ増加シタル場合ニ於テオヤ例ヘハ債務者カ履行スヘキ時期ニ於テ債權者ノ住所ニ就キ其債務ノ目的ヲ提供シタルニ偶、債權者カ不在ナルノミナラス其事ヲ豫メ家人ニ告ケ置カサリシニ由リ家人ハ之カ受取ヲ拒ミタルカ若クハ債權者ハ在宅セルモ其誤解ニ由リテ其物ヲ受取ラサルニ由リ債務者ハ已ムコトヲ得ヌ之ヲ待テ更ニ更ニ之ヲ債權者ノ住所ニ運搬シテ始メテ履行ヲ了リタル場合ノ如キハ若シ債權者ニ過失ナカリセハ債務者ハ一回ノ運搬ニテ事足リシナランニ債權者ノ誤解又ハ不注意ニ因リ再ヒ運搬ノ費用ヲ要スルニ至リタルモノニシテ債務者ニハ些ノ過失又ハ遲滞ノ責ナク全ク債權者ノ過失ニ因ルモノナレハ債權者カ此過失ヨリ生シタル費用ヲ負擔スヘキコト論ヲ俟タヌ即チ最初ノ運搬費ハ債務者ニ於テ之ヲ負擔スヘキモ其後ノ運搬費ハ債權者ニ於テ之ヲ負擔スヘキモノト是レ第四百八十

五條ノ但書アル所以ナリ曰ク

但債權者カ住所ノ移轉其他ノ行爲ニ因リテ辨濟ノ費用ヲ増加シタルトキハ其増加額ハ債權者之ヲ負擔ス

## 第七 履行ノ充當

履行ノ充當ハ普通「辨濟ノ充當」ト稱スルト雖モ予ハ履行ノ充當ト謂フヲ正確ナリト信ス履行ノ充當トハ同種ノ目的ヲ有スル數箇ノ債權カ同一ノ當事者間ニ存在セル場合ニ於テ之ニ對スル債務ノ履行カ各債權全體ヲ消滅セシムルニ足ラザルトキハ孰レノ債權ノ履行ニ充ツヘキカ換言スレハ之ニ由リテ何レノ債務ヲ消滅セシムヘキカラ決スル所ノ問題ナリ例ヘハ甲カ乙ニ對シ金錢ヲ目的トセル三箇ノ債權ヲ有シ其債權各、千圓ナリト假定センニ其辨濟期ニ至リ債務者乙カ何レノ債務ヲ消滅セシムルカニ付キ何等ノ意思ヲ表示スルコトナク單ニ辨濟トシテ金千圓ヲ提供シタリトセヨ此場合ニ於テ此千圓ハ第一ノ債務ノ履行ニ充ツヘキカ又第二ノ債務ノ履行ニ充ツヘキカ將タ又第三ノ債務ノ履行ニ充ツヘキモノナルカラ決スルノ必要ヲ生スヘシ此問題ハ同種ノ目的ヲ有スル債權ト云フヲ以テ特定物ヲ目的トスル債權ニ付テハ起ラサルナリ即チ特定物トハ箇箇特別ノ性質ヲ有スルモノト看做スヘキ物ヲ指スカ故ニ法律上同種ト謂フヘキモノナク又二箇以上ノ同一物アルノ理ナキヲ以テナリ作爲ノ義務ノ如キモ亦大抵特定ノモノナリ例ヘハ



何某ノ仕事ト謂フカ如キ是ナリ即チ此場合ニハ其仕事ヲ爲スヘキ人カ特定セルヲ以テ同種ノ作爲ト謂フヘキモノナシ但作爲ノ義務ト雖モ稀ニハ同種ノモノナキニ非ス例ヘハ單ニ左官ノ手間何人前ト謂フカ如キ場合ニ於テハ其作爲ノ義務ハ甲ニテモ乙ニテモ將タ丙ニテモ苟モ普通左官ノ仕事ヲ爲シ得レハ則チ可ナリ隨テ此等ノ作爲ノ義務ハ不特定物ヲ給付スル義務ニ於ケルカ如ク理論上ハ履行充當ノ問題ヲ生スヘシト雖モ本問題ハ主トシテ金何圓、米何石ト謂フカ如ク不特定物ノ給付ニ關スルモノニシテ而モ其種類ノ同シキ場合ニ關スルモノナリ

履行ノ充當ハ固ヨリ公益ニ關スルモノニ非サルカ故ニ當事者雙方ノ協議ヲ以テ何レノ義務ニ充當スルモ妨ナシ前例ニ於ケル三箇ノ債務中第一ノ債務ハ其期限既ニ到來シ第二、第三ノ債務ハ期限ノ未タ到來セサル場合ニ於テモ當事者ハ協議ノ上第一ノ債務ハ暫ク其儘ニ擱キテ第二又ハ第三ノ債務ニ充當スルニ妨ナキナリ故ニ此問題ハ當事者間ニ於テ協議ノ調ハサル場合ニ生スルモノナリ而シテ此問題ヲ決スルニ付テ注意スヘキハ充當ハ必ス履行ト同時ニ決セサルヘカザルコト是ナリ英、米ノ法律ニ於テハ後日ノ充當ヲ認ムルト雖モ是レ甚タ理論ニ適合セサルコトト信ス蓋シ充當ナルモノハ履行ノ意義ヲ明カニスルモノニシテ固ヨリ中性ノ履行ナルモノアルノ理ナク履行ト云ヘハ必ス債務ノ存在ヲ前提トシ債務ノ存在ヲ前提トスル以上ハ其履行ハ必ス何レカノ債務ニ對スルモノナラサルヘカラス而シテ其債務ノ何レナルカヲ定ムルハ則チ充當ノ本旨トスル所ナリ故ニ充當ハ必ス履行ト同時ニ定マルヘキモノナリ即チ前例ノ場合ニ就テ言ヘ

ハ履行ノ當時ニ於テ第一ノ債務ヲ履行スルニ在ルカ又第二ノ債務ヲ履行スルニ在ルカ將タ第三ノ債務ヲ履行スルニ在ルカヲ定ムヘキモノニシテ後日ノ意思ヲ以テ之ヲ動カスコト能ハサルナリ尤モ當事者間ニ於テハ如何ナル契約ヲモ爲スコトヲ得ヘク一旦第一ノ履行ニ充テタルモ雙方ノ爲メニハ寧ロ第二ノ債務ノ履行ト看ルヲ便宜トスルカ如キ場合ニ於テハ契約ヲ以テ自由ニ第二ノ債務ニ充當シタルモノト爲スコトヲ得ヘシト雖モ第三者ニ對シテハ其效力ヲ生スルコトナシ例ヘハ第一ノ債務カ保證、抵當、質等ノ擔保附ナリシ場合ニ之ニ充當ヲ爲セハ其擔保モ亦消滅シ隨テ後日ニ至リ當事者間ノ協議ヲ以テ第二ノ債務ノ履行ニ充當セシタルモ既ニ消滅シタル第一債務ノ擔保ハ復活スルコト能ハサルナリ隨テ後日ニ至リ當事者カ先ノ履行ヲ以テ第二ノ債務ニ充當シタルトノ契約ヲ爲シ以テ第一ノ債務ヲ復活セシメ又其擔保モ初ノ如ク存在スルモノト爲スモ法理上ヨリ觀レハ初ノ債務カ蘇生シ隨テ其附隨ノ擔保モ亦復活シタルモノニ非スシテ後ノ契約ト同時ニ生シタル債權ニ對シテ更ニ擔保ヲ附隨セシメタルニ外ナラス而シテ保證ノ如ク第三者ノ意思ヲ要スルモノニ在リテハ其承諾ヲ要スルコト勿論ナリ然ルニ英、米ノ法律ニ於テハ此場合ニ於テ第一ノ債務カ其儘蘇生スルモノト認ムルハ法理ニ適合セサルモノト信ス

充當ノ問題ニ付テハ學說多岐ニ分ル或ハ曰ク充當ハ債權者、債務者同等ニ之ヲ爲スノ權利ヲ有スト此學說ニ從ヘハ債權者ト債務者トノ意思相合致セサル場合ニハ充當ヲ爲スコト能ハサルニ至ルヘシ何トナレハ當事者カ意見ヲ異ニスルトキハ充當ニ付キ同等ノ權利ヲ有スルヲ以テ結局

何レノ債權ヲモ消滅スルノ效力ヲ生セサルヘケレハナリ又或ハ曰ク債務者カ充當ヲ爲ササレハ債權者ニ於テ充當ヲ爲スコトヲ得ヘキモ此場合ニハ債務者ノ利益ニ從ヒテ充當ヲ爲スコトヲ要スト是レ實ニ奇妙ナル説ト謂ハサルヘカラス此ノ如ク此問題ニ付テハ種種ノ説ヲ爲ス者アレトモ予ノ信スル所ニ據レハ債權ナルモノハ債務者ノ行爲ヲ目的トスルモノナリ隨テ其目的ヲ實行スル所ノ履行モ亦債務者ノ行爲ナルコトヲ眼中ニ置カサルヘカラス然リ而シテ行爲ノ基礎ハ意思ナルカ故ニ行爲ノ性質ハ又此意思ニ依リテ定マルモノナリ果シテ然ラハ前例ノ場合ニ於テ債務者カ第一ノ債務ヲ履行スル意思ナリシトキハ則チ之ニ因リテ第一ノ債務カ消滅スヘキモ變シテ第二又ハ第三債務ノ履行ト爲ルノ理アルコトナシ若シ此ノ如キ事アリトセハ是レ債務ノ履行ニ非ス即チ債務者ノ行爲ト謂フヘカラサルナリ是ヲ以テ各國ノ法律又ハ學說ニ於テモ大抵第一ノ充當權ハ債務者ニ在ルコトヲ認ム我民法ニ於テモ亦此主義ヲ採用セリ第四百八十八條第一項ニ曰ク

債務者カ同一ノ債權者ニ對シテ同種ノ目的ヲ有スル數箇ノ債務ヲ負擔スル場合ニ於テ排濟トシテ提供シタル給付カ總債務ヲ消滅セシムルニ足ラサルトキハ排濟者ハ給付ノ時ニ於テ其排濟ヲ充當スヘキ債務ヲ指定スルコトヲ得

此規定ニ對シテ唯一ノ制限アリ第四百九十一條第一項ノ規定即チ是ナリ曰ク

債務者カ一個又ハ數箇ノ債務ニ付キ元本ノ外利息及ヒ費用ヲ拂フヘキ場合ニ於テ排濟者カ債

務ノ全部ヲ消滅セシムルニ足ラサル給付ヲ爲シタルトキハ之ヲ以テ順次ニ費用、利息及ヒ元本ニ充當スルコトヲ要ス

是レ亦各國ノ立法例並ニ慣習ノ認ムル所ニシテ我邦ニ於テモ民法施行以前ヨリ既ニ慣習上認メタル所タリ例ヘハ債務者カ利息ヲ支拂ハサル中(元利ヲ完済スレハ問題ト爲ラス)元金ノミニ相當スル金銭ヲ提供シタリトセヨ此場合ニ於テ債務者カ利息ハ其儘ニ擱キテ元金ノミヲ排濟スルハ債務者ノ爲メニハ頗ル好都合ナルヘシト雖モ此ノ如キ充當ハ實ニ不當ナル事ナレハ債務者ノ意思ノミニ依リテハ爲スコトヲ得サルナリ蓋シ利息ハ元金ヲ排濟セサル間ハ之ヲ支拂フヘキモノニシテ利息ヲ支拂ヒタル後ニ於テ元金ヲ排濟スルヲ至當トスヘク元金ノミヲ支拂ヒテ利息ヲ支拂ハサルコトハ債務者一方ノ意思ノミヲ以テハ爲シ得サル事ナリ

同條ニ所謂費用ニ付テ一言スヘキコトアリ同條ヲ一讀スルトキハ債務ニハ常ニ利息ト費用トノ附隨スルカ如ク見ユルモ必スシモ斯ク解スヘキニ非ス法典編纂ノ當時ニ於テモ此問題ニ付キ多少疑ヲ生シタリシモ若シ費用ナキトキハ第一ニ利息ヲ排濟シ利息及ヒ費用アルトキハ第一ニ費用ヲ排濟シ次ニ利息、次ニ元本ニ充當スヘク若シ利息ナキトキハ第一ニ費用ニ充當シ次ニ元本ニ充當スヘキコト蓋シ明白ナリトセリ

以上ヲ以テ充當ニ關スル第一點ノ説明ヲ了レリ次ニ其第二ノ點即チ債務者カ充當權ヲ行ハサルトキハ如何ニスヘキカノ問題ニ付テ説明スヘシ

債務者カ充當ノ意思ヲ表示セサル場合ニ於テハ我民法ハ債權者ノ意思ニ因リテ充當ヲ爲スコトトセリ即チ債權者ノ充當ヲ第二位ニ於テ認メタルナリ之ニ付テ從來行ハル主義ヲ大別シテ三種ト爲スコトヲ得ヘシ

第一ノ主義ハ獨逸民法ノ探レル所ニシテ全ク債權者ノ充當權ヲ認メサルノ主義ナリ故ニ債務者カ充當ヲ爲ササレハ直チニ法律ノ規定ニ從ヒテ充當ヲ爲スヘキモノトス

第二ノ主義ハ英米法主義ニシテ此主義ハ獨法ト正反對ニ最モ極端ニ債權者ノ充當權ヲ認ムルモノナリ英、米ノ法律ニ依レハ履行ノ完了後ニ於テモ仍ホ債權者ノ隨意ニ充當ヲ爲スコトヲ得ルモノトセルノミナラス甚シキハ出訴期限ノ經過シタル債權ノ履行ニマテモ充當スルコトヲ得ルモノトセリ英、米ノ法律ニ於ケル出訴期限ナルモノハ時効ト異ナリテ時効ノ如ク或一定ノ時ヲ經過スレハ債權ノ消滅ヲ來スト云フ如キ制度ニ非スシテ唯一定期間ヲ經過スレハ訴ヲ提起スルノ權ヲ喪失スルニ止マリ權利其モノノ消滅ヲ來スモノニ非ス是ヲ以テ此期間ヲ經過シタル後ニ於テモ債權者ノ隨意ニ其債務ニ充當スルコトヲ得ルモノト爲シタルナリ此主義ハ甚タ不都合ナル主義ト謂ハサルヘカラス何トナレハ是レ履行ノ性質ニ反シ且行爲ノ意味ヲ後日ノ意思ニ依リテ左右スルノ不當アルノミナラス債權者ハ履行ノ後充當ノ問題ノ生シタル時ニ於テ自己ノ利益ニ從ヒテ何レノ債務ニ充當スルコトヲモ得ヘク殊ニ出訴期限ノ經過シタル債務ニマテ之ヲ充當スルコトヲ得テ債權者ノ利益ノミヲ保護スルノ偏頗ノ主義ナレハナリ第三ノ主義ハ最モ廣ク

行ハルル所ノ主義ニシテ佛蘭西、伊太利及ヒ我舊民法ノ認メタル所ナリ其趣意ハ債務者カ充當ヲ爲ササルトキハ債權者カ自由ニ充當ヲ爲スコトヲ得ルト云フニ在リ但其充當ハ履行ノ當時ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラス我民法ニ於テモ亦此主義ヲ採レリ予ノ見ル所ヲ以テスレハ此第三主義ハ最モ條理ニ適シ且實際ニ便利ナリト信ス蓋シ履行ノ性質ハ債務者ノ意思ニ因リテ定マルト云フ點ヨリ考フレハ第一ノ主義カ理論上最モ正當ナル主義ナリト謂ハサルヘカラス故ニ債務者ノ意思ノ明カナラサル場合ニ於テハ寧ロ法律ヲ以テ其意思ヲ推測シ之ニ從ヒテ充當ヲ爲スコトスレハ理論上頗ル正鵠ヲ得タルカ如ク見ユト雖モ法律ノ規定ナルモノハ常ニ杓子定規的ノモノ即チ普通ノ場合ニハ斯クアルヘシト云フコトヲ想像シテ定ムルモノニシテ實情ニ適合セサルコトアルカ故ニ成ルヘク債務者ヲシテ充當ヲ爲サシムルヲ可トシ若シ債務者カ直接ニ充當ヲ爲ササルトキハ間接ノ方法ニ依リテモ之ヲシテ充當ヲ爲サシムルヲ至當トス是レ此三主義ノ骨子トスル所ナリ蓋シ債權者ニ充當權ヲ認ムルハ此主義ノ趣旨ニ反スルカ如シト雖モ債務者ノ爲メニ異議ヲ述フルノ權ヲ認メタルヲ以テ觀レハ法律カ常ニ債務者ノ意思ヲ主眼トスルコトヲ知ルヘシ例ヘハ債務者カ前例ノ場合ニ於テ何レノ債務ヲ履行スルカニ付キ何等ノ意思ヲ表示スルコトナクシテ金千圓ヲ提供シタリトセヨ債權者ハ何レノ債務ノ履行ニ充當スルノ意思ナルカラ知ラスト雖モ自ラ擇フ所ニ從ヒテ某ノ債務ニ充當スル旨ヲ債務者ニ通知スルコトヲ得ヘク債務者ハ之ニ對シ直チニ異議ヲ述フルコトヲ得ルモノトセリ故ニ債權者カ先ツ以テ充當ノ通知ヲ爲シ

即チ債權者カ第一ノ債務ニ充當スルノ意思確定シ之ヲ債務者ニ通知シタルニ債務者ハ第二ノ債務ニ充當セラルルコトト爲ルナリ然ルニ債務者ハ債權者ヨリ充當ノ通知ヲ受ケ之ニ對シテ異議ヲ述ヘサルトキハ暗黙ニ債權者ノ充當ヲ是認シタルモノト看做サル是レ蓋シ債務者ノ意思表示ナキ場合ニハ必ス法律ノ規定ニ依ルヘシトスルヨリモ理論ニ適シ且實際ニ便利ナリト認メテ第三主義ヲ採用スルニ至リタルナリ第四百八十八條第二項ニ曰ク

債務者ヨリ充當ノ意思ヲ表示スル場合及ヒ債權者ヨリ充當ノ意思ヲ表示スル場合ニ通スル一ノ肝要ナル問題アリ他ナシ充當ナル行爲ハ如何ニシテ之ヲ爲スカ即チ是ナリ既ニ説明シタルカ如ク充當ハ債務者又ハ債權者ノ行爲ナリ既ニ行爲ト云フ以上ハ意思ヲ要スルコトハ論ヲ俟タスト

雖モ其意思ハ如何ニシテ之ヲ表示スヘキカ單ニ其意思ヲ推測シ得ルノ事實又ハ充當者カ其相手方以外ノ者ニ向ヒテ充當ノ意思ヲ表示シタルトノ事實ヲ以テ足レリトスヘカラス必スヤ充當ノ意思ハ相手方タル債權者ニ對シテ表示セサルヘカラス然ラサレハ相手方ハ往來履行ヲ受タルニ躊躇セサルヘカラス蓋シ履行ナルモノハ前ニモ述ヘタル如ク債務ノ成立ヲ前提トシテ爲スモノナル以上ハ何レノ債務ヲ履行スルカラ明カニスルニ非スハ眞ノ履行ト謂フコトヲ得サルヘシ

要スルニ債務者ノ意思ハ常ニ債權者ニ對シテ表示セサルヘカラス其表示ノ方法ノ如キハ書面、口頭又ハ手眞似ニテモ可ナリ又債權者カ充當ヲ爲ス場合ニ於テハ殊ニ明カニ債務者ニ對シテ其意思ヲ表示セサルヘカラス是レ此場合ニハ債權者ノ意思ノミニ依リテ充當ヲ完ウスルコト能ハスシテ法律ハ債務者ノ爲メニ異議ヲ述フルノ權ヲ認メタレハナリ債權者カ債務者ニ對シテ其充當セントスル債務ヲ明示シ債務者カ之ニ對シテ異議ヲ述ヘサルトキハ即チ債權者ノ充當ヲ承諾シタルモノト看做スノミ第四百八十八條第三項ニ曰ク

前二項ノ場合ニ於テ辨濟ノ充當ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス

次ニ債務者カ何レノ債務ニ充當スルカニ付キ何等ノ意思ヲ表示スルコトナクシテ支拂ヲ爲シタルニ債權者モ亦同シク何等ノ意思ヲ表示スルコトナクシテ其給付ヲ受ケタル場合ニハ如何ニスヘキカ此場合ニ於テモ固ヨリ其履行ヲ無効トスヘキ理由ナキ故ニ茲ニ法律ヲ以テ充當ノ順序ヲ定ムル必要ヲ生ス前ニ説明シタル如ク充當ノ問題ハ必ス履行當時ニ於テ決セサルヘカラスモノニシテ設令後日ニ至リ債務者、債權者ノ協議ヲ以テ充當スヘキ債務ヲ指定スルモ第三者ニ對シテハ其效力ナシ況ヤ雙方ノ意思一致セサル場合ニ於テオヤ是レ第三位ニ於テ法律ノ規定ヲ要スル所以ナリ

履行ノ充當ニ關スル立法例區區ニシテ其微細ノ點ニ至リテハ各國殆ト皆異ナルト謂フモ不可ナシ今其重ナル主義ヲ舉クレハ大凡四アリ



第一ノ主義ハ英法ノ認ムル所ニシテ極メテ簡單ナリ此主義ハ辨濟期限ノ先後ニ依リテ充當スヘキ債務ヲ定ムルモノニシテ其履行セラルヘキ債務ノ種類ノ如キハ措キテ問ハサルモノナリ第二ノ主義ハ佛法ノ主義ナリ此主義ハ理論上之ヲ評論スルノ邊ナシ唯機械的ニ説明スヘシ此主義ニ於テハ第一ニ債務者ノ利益ヲ見テ其利益アルモノニ充當シ第二ニ期限ノ到來セシヤ否ヲ見テ期限ノ至リタルモノニ充當シ第三ニ何レノ債務カ最モ古キカヲ見テ其古キモノヨリ先ニ充當シ此等ノ關係皆同シキトキハ債權額ニ比例シテ各債權ニ付キ平等ノ割合ニ於テ充當スルコトト爲ス第三ノ主義ハ獨逸法ノ主義ニシテ第一ニ期限ノ到來シタルモノヲ先ニ充當シ第二ニ擔保ノ最モ少キモノ例ヘハ抵當附債務ト無抵當ノ債務トアルトキハ先ツ無抵當ノ債務ニ充當シ第三ニ最モ負擔ノ重キモノ例ヘハ無利息ノ債務ヨリモ利息附債務ヲ先ニ充當シ第四ニ最モ古キ債務ヲ先ニ充當シノ條件皆同シキトキハ各債務ニ付キ平等ノ割合ニ於テ充當ヲ爲スモノトセリ第四ノ主義ハ舊民法ノ主義ニシテ第一ニ獨逸法ノ如ク期限ノ到來セルモノト然ラサルモノトアルトキハ先ツ期限ノ至リタルモノニ充當シ第二ニ費用、利息及ヒ元本アル場合ニハ先ツ費用、利息ニ充當シ第三ニ債務者ニ最モ利益アルモノニ充當シ第四ニ總テノ債務ノ期限カ皆到來セルトキハ期限ノ先ニ到來シタルモノニ充當シ總テノ債務ノ期限皆到來ナルトキハ期限ノ先ニ至ルヘキモノヲ先ニ充當シ以上ノ諸點ニ於テ同格ナルトキハ各債務ノ額ニ應ジテ充當ヲ爲スコトトセリ(財四百七十二條)我民法ハ大體ニ於テハ右ノ第四ノ主義即チ舊民法ノ主義ヲ採リ唯費用及ヒ利息ノ充當ニ付テハ

其順序上別ニ規定スルヲ穩當ト認メ別條ヲ以テ之ヲ規定シタリ第四百八十九條ニ曰ク

當事者カ辨濟ノ充當ヲ爲ササルトキハ左ノ規定ニ從ヒ其辨濟ヲ充當ス

一 總債務中辨濟期ニ在ルモノト辨濟期ニ在ラサルモノトアルトキハ辨濟期ニ在ルモノヲ先ニス

二 總債務カ辨濟期ニ在ルトキ又ハ辨濟期ニ在ラサルトキハ債務者ノ爲メニ辨濟ノ利益多キモノヲ先ニス

三 債務者ノ爲メ辨濟ノ利益相同シキハ辨濟期ノ先ツ至リタルモノ又ハ先ツ至ルヘキモノヲ先ニス

四 前二號ニ掲ケタル事項ニ付キ相等シキ債務ノ辨濟ハ各債務ノ額ニ應ジテ之ヲ充當ス予ハ此主義ヲ以テ最モ穩當ナリト信ス即チ履行ノ性質ハ債務者ノ意思ニ因リテ定マルモノナリトノ根本ノ觀念ヲ基礎トシテ立論セサルヘカラス故ニ第一ニ總債務中辨濟期ニ在ルモノト辨濟期ニ在ラサルモノト即チ期限ノ既ニ到來セルモノト未タ到來セサルモノトアルトキハ既ニ期限ノ到來シタルモノヲ先ニス蓋シ期限前ノ履行ハ正確ナル理論ヨリ云ヘハ履行ニ非サルヲ以テナリ但當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得サルニ非ス即チ期限ハ通常債務者ノ利益ノ爲メニ設ケラルルモノナレハ債務者カ其利益ヲ拋棄シテ履行ヲ爲スコトヲ得ヘシ隨テ若シ總債務カ辨濟期ニ在ラサル場合ニ於テモ其履行ノ充當ハ有效ナルコト言フヲ俟タス是レ民法第三百三十

六條ノ規定セル所ナリ又期限カ債權者ノ利益ニ於テ存スル場合ニモ有效ナリ即チ期限ノ利益カ債權者ニ在ルトキハ債權者ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルヲ以テナリ例ヘハ債務カ總テ辨濟期ニ在ラサル場合ニ於テ債務者カ履行ヲ爲サントスルニ際リ債權者カ期限ノ利益ヲ主張スル意思アレハ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘキニ之ヲ拒マナリシ場合ニ於テハ暗ニ其利益ヲ拋棄シタルモノト視サルヘカラス乃チ預金ノ如キハ通常債權者ノ利益ノ爲メニ期限ヲ附スルモノナルニ其期限前預リ主ヨリ其預金ヲ返還セント申込ミ債權者(預金主)カ異議ナク之ヲ受取リタル場合ノ如キハ債權者カ自己ニ屬セル期限ノ利益ヲ拋棄シタルモノト看ルヘキナリ

第二ニ總テノ債務カ辨濟期ニ在ラサルカ又ハ總テ辨濟期ニ在ル場合ニハ債務者ノ爲メニ最モ利益ノ多キモノヲ先ニス例ヘハ抵當附債務ト無抵當債務トノ間ニ在リテハ抵當附ノ債務ヲ先ニ履行スルヲ債務者ノ利益トスルカ如キ是ナリ此點ハ獨逸民法ノ主義ト反對ナリ然レトモ單ニ擔保ノ有無ノミヲ標準トスルコト能ハス例ヘハ等シク擔保附ナルモ利息ノ低キ債務ト又無擔保ナルモ利息ノ高キ債務トアル場合ニ於テハ債務者ハ利息ノ高キモノヲ履行スルヲ以テ利益トスル場合アルヘシ尤モ斯ル場合ニ於テモ絕對ニ利息ノ高キモノヲ履行スルヲ以テ債務者ノ利益ナリト謂フコトヲ得ス例ヘハ不動産質ノ如キハ其不動産ヨリ生スル收益ハ皆債權者ノ取得スル所ナルカ故ニ假令利息ハ低キモ其債權者ノ所得ヲ計算スルトキハ意外ニ高キ利息ニ該ルコトアルヘシ斯ル場合ニ於テハ其不動産質ノ附著セル債務ヲ第一ニ履行スルヲ債務者ノ利益トスヘシ此ノ如

ク債務者ノ利益ヲ主眼トスルハ最モ明瞭ナル理由ニ基クモノニシテ凡ソ普通人ハ利益ヲ目的トシテ勤クモノ即チ他人ノ利益ヲ害セサル範圍内ニ於テハ自己ノ利益ヲ先ニスルモノナルヲ以テ數箇ノ債務アリテ先ニ履行スルヲ利益トスルモノト後ニ履行スルヲ利益トスルモノアルトキハ先ツ先ニ履行スルニ利アルモノヲ先ニスルニハ普通人ノ意思ナルヲ以テ債務者ノ意思ニ於テモ亦同一ナリト推定シタルモノナリ

第三ニ債務者ノ爲メニ利益相同シキモノハ辨濟期ノ先ツ至リタルモノ又ハ先ツ至ルヘキモノヲ先ニ是レ亦普通ノ人情ニ基ケルモノニシテ古ケレハ夫レ丈多ク既ニ督促ヲ受ケ又將來ニ於テハ督促ヲ受ケヘキカ故ニ古キ債務ハ新シキモノヨリ先ニ履行スルヲ人情トスルノミナラス又當然ノ順序ナリトス債權者ニテモ古キモノヲ先ニ履行ヲ受クルコトヲ欲シ先ツ其督促ヲ爲ス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セリ然リ而シテ期限ノ未タ至ラサルモノハ督促セラルルコトナキモ若シ期限ニ至レハ必ス督促ヲ受ケ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」意義ニ取リタル例多シ是レ多少理由ナキニ非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普通ノ人情ナルモ

證據ノ湮滅スル虞アルモノハ債權者ニ於テハ履行ノ督促ヲ嚴ニスヘク債務者ハ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ケ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設令債權ハ如何ニ古クヨリ發生シタルハトテ末々期限ノ到來セサルモノヲ督促スルノ理ナク又例ヘハ昨日期限ニ到リタルモノヲ嚴ニ督促シテ一年前既ニ期限ノ到來シタルモノヲ督促セサルカ如キコトハ極メテ稀ナルヘク又期限ノ至リタルモノヲ長ク履行セサルハ夫レ丈多ク債權者ノ權利ヲ侵害スルコト爲ルヲ以テ成ルヘク他人ノ權利ヲ害セサルコトヲ希望スルハ債務者ノ眞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

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ノ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區タリ我民法ニ於テハ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旨ニ外ナラス尙ホ同條ハ法律上ノ充當ノ場合ニモミ適用セラルモノニ非スシテ債務者カ充當ヲ爲ス場合ニ於テモ亦之ニ從ハサ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ハラズ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サ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因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將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一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ヲ以テ再ヒ詳論セサ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サ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

第四百八十九條ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

例ヘハ茲ニ二箇ノ債權アリテ各一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ル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則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濟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、適用ノ稀ナル例アリ即チ第四百九十條ノ場合はナリ例ヘハ利息ノ如キモノハ月又ハ半年ト云フ如ク定期ニ支拂フヲ常トス而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ヘ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歧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第四百九十三條ニ曰ク  
「債務ノ履行ニ付キ債務者ノ行為ヲ要スルトキハ、債務ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シテ其受領ヲ催告スルヲ以テ足ル」

例ヘ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丈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サ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、債權者カ豫メ受領ヲ拒ミタルトキ第二、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カ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カ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



テ履行提供アリタリ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サル限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爲ヲ必要トスルモノナリ然ルニ債權者カ爲スヘキ行爲ヲ爲ササルカ爲メ債務者カ債務ノ履行ヲ了ルコト能ハサルニ拘ハラズ債務者ヲシテ不履行ヨリ生ス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ハラズ債權者カ其商品ヲ引取ラサルカ爲メニ債務者ノ商業上ノ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

辨濟ノ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能ハサルトキハ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辨濟者ノ過失ナクシテ債權者ヲ確知スルコト能ハサルトキ亦同シ

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サレハ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セ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ンヤト是レ非ナリ提供ノ效力ハ唯債權者ヲシテ遲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ヘハ特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ニ在

リテハ設令遲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滞ニ在ラシムルニ止マルトニ因リテ利害ノ關係スル所尠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分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トハ例ヘハ彼ノ履行ノ目的物ニ關シ第三者カ所有權ヲ主張シテ其引渡ヲ請求スルトキハ其爭ノ終結ヲ待ツニ非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責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務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續ヲ爲スカヲ知ルコト能ハサル場合ノ如シ例ヲ以テ云ヘハ相續ノ順位ニ在ル者カ生死不分明ナルカ爲メ其者カ果シテ相續人タルベキカ將タ他ノ者カ相續スヘキカ明瞭ナラサルコトアルヘク又例ヘハ親族其他ノ者ハ相續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設令子アルコトヲ

知ルモ其子ハ相續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續人ヲ選定セサ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ニ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務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ノ提供ヲ爲シタルトキハ債權者ハ其時ヨリ遲滞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「債權者カ債務ノ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ノ提供アリタル時ヨリ遲滞ノ責ニ任ス」

「遲滞ノ責」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掲ケスト雖モ債權者ヲ確知スルコト能ハサル場合ハ則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レ或ハ法文ノ缺點ナランカ

(四) 法律ニ明文アル場合 此場合ハ固ヨリ言フヲ俟タスト雖モ講義ノ順序トシテ茲ニ一言セサ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質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力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ラル如ク抵當權者ハ先ヅ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他ノ財産ニ就キ辨濟ヲ受クルヲ本則トスルト雖モ若シ他ノ財産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ナシ他ノ財産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始メ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（債權者ハ未タ履行ヲ受ケサルニ拘ハラス）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ナリ尙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遲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ハ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ク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チ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ヘシ

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ノ指定及

ヒ供託物保管者ノ選任ヲ爲スコトヲ要ス

供託者ハ遲滞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

營業者カ保管スル所ノ物品ハ司法大臣ノ指定シタル倉庫營業者ニ寄託セラ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是レ供託法第五條以下ニ規定セル所ナリ

金錢有價證券及ヒ倉庫營業者ニ寄託スヘキ物以外ノ物品ニ付テハ法律ニ於テ一定ノ供託所ヲ

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非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ヘ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メラルニ非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ス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」裁判所ハ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四百條ノ「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此事ハ民事訴訟法ト相索連セルカ故ニ同法ノ改正セラルルト同時ニ多少ノ改正ヲ見ルヘシト信ス

右ハ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スヘキ土地即チ如何ナル土地ノ供託所ニ於テ如何ナル供託ノ手續ヲ爲スヘキカヲ説明スヘシ此事タル殆ト言フヲ俟タサル所ニシテ債務履行地ノ供託所ニ供託スヘキモノトス蓋シ債務履行ノ場所ハ嘗テ説明シタル如ク契約ニ定ナキトキハ民法ノ規定ニ從フヘキモノトス然ルニ履行ニ代ルヘ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ス債務履行地タラサルヘカラス而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而シテ此倉庫營業者ニ供託スル場合ハ其倉庫營業所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シ尙ホ裁判所ニ於テ特ニ供託所ヲ指定スル場合ニハ必ス債務履行地ニ於テ之ヲ選定セサ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設令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サルナリ

供託ノ條件中尙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非ス換言スレハ通知ニ因リテ供託カ始メテ其效力ヲ生スルニ非スシテ通知ハ供託ニ伴



フ一條件タルニ外ナラス(四九五條三項)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ハシ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レリ

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ハ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ス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、抵當等ノ附隨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サレトモ債權者ノ權利ハ最早債務者ニ對シテ存在セス唯新ニ供託  
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件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  
コトサヘ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ノ必要アリト信ス

前ニ述タル如ク供託ハ履行ニ等シキ效力ヲ生スルモノトセハ之ヲ取消スコトヲ得サルコト恰  
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ルトスルモ是レ決シテ履行ノ取消ニ非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セサルヘカ  
ラス此契約ニ因リ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コトヲ得サルナリ今其最モ顯著ナル例ヲ舉ク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設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發生スルコトナキモノトス質權、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ササルヘカラスト信ス  
蓋シ供託ノ取消ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストセハ債權者ノ承諾ヲ得テ供託物ヲ取  
戻ス場合ニハ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コトセハ  
債權者ハ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  
セハ一タヒ供託ニ因リテ債務者ノ義務ハ消滅シ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ヲ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著セル所有權其他ノ物權ト爲リ又ハ第二順位以下ニ復スルモノトセハ第三者ノ迷惑妙カラサルヘシ故ニ一旦供託ニ因リテ債務カ消滅スルノ主義ヲ採リタル以上ハ決シテ斯ル結果ヲ惹起スモトヲ認ムヘキニ非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ハ法律カ特ニ供託ナル事ヲ認メタル利益ノ半ハ減殺セラル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、抵當等カ消滅セサルモノトセハ債務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ナク寧ロ供託ハ債權消滅ノ效力ヲ生セサルモノトスルノ優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ハ別ニ取消ヲ許スノ理由ナキニ至ルヘシ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ハ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ノ取戻ヲ許ス所以ノモノハ果シテ如何ナル理由ニ基カカ殆ト了解ニ苦マサルヲ得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モ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ノ債務者偏愛主義ヨリ云ヘハ其主義ニ副ヒタルモノナルヘシト雖モ既ニ屢、逃ヘタル如ク文明國ノ法律ハ債

務者ノミヲ偏愛スルノ主義ヲ採ルヘキモノニ非スシテ債權者モ債務者ト同シク平等ニ保護セサルヘカラス況テ第三者オヤ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查會ニ於テモ予ノ意見ハ採用セラレサリキ但民法ニ於テハ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カ供託ヲ受諾セス又ハ供託ヲ有效ト宣告シタル判決カ確定セザル間、辯濟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之ヲ適用セス

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ント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、抵當權ノ附隨セサル場合ニ於テノミ供託物ノ取戻ヲ許スモノトス然レトモ此規定ニ依リテ供託ノ取消ヨ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

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ニ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競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モ亦同シ

廣義ニ於テ「供託シ難キ物」ト云フト雖モ之ヲ細別セハ左ノ三種ト爲ル

(一) 供託ニ適セサル物。如何ナル物カ供託ニ適セサルカハ事實問題ニ屬スト雖モ前ニ舉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キ例ヘ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サルヲ以テ債務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サル場合ノ如シ又疊、建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

(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非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(稍ハ不適當ノ語ナルモ)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レ亦毀損ニ外ナラス其他魚肉、鳥肉、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貯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非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非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非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非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務者カ之ヲ供託スルニ非スン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ハラス供託ヲ命スルコトト爲リ甚タ實際ニ適セサルノ結果ヲ見ルニ至ルヘシ是ニ於テカ多少干渉ニ過クルカ如シト雖モ法律ハ裁判所ノ許可ヲ以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モ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メ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ヲ飼養ニ付キ通常人ノ爲スヘキ注意ヲタニ爲セハ假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煮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非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、瑞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ハ之ヲ見ル

第五 反對給付アルトキ 是レ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ニシテ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ノ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モ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而シテ相手方ハ反對ノ給付ヲ爲スニ非サレハ此供託物ヲ受取ルコトヲ得ス是レ當然ノ事ナリ民法第四百九十八條ニ曰ク

債務者、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一〇條ノ規定ニ曰ク「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」ト而シテ其細目ハ省令ヲ以テ之ヲ定メタリ

## 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規定セリ曰ク  
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  
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爲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任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ス即チ廣義ニ於ケル不履行ナルカ故ニ債權者ハ此ノ如キ履行ヲ受クルコトヲ要セス隨テ寧ロ其履行ヲ受ケスシ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遲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ク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爲ニ因ルモノアリ然レトモ是レ稍々其趣ヲ異ニシ法

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ヘ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爲ナリトスルハ敢テ當ラサルニ非ス隨テ賠償ハ常ニ不法行爲ニ基クモノナリト謂フコトヲ得ヘシト雖モ我民法ニ「不法行爲」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非スシテ他ノ原因ニ由ル義務アリキ場合ニ或行爲ニ因リ新ニ義務ヲ生スルヲ謂フ故ニ二者ノ間固ヨリ其區別アルモノニシテ不法行爲ニ因ル賠償ノ問題ハ不法行爲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力全ク消滅シ然ル後ニ賠償ノ義務ヲ生スルコトアリ例ヘハ債務力契約ヨリ生シタル場合ニ於テ其契約力不履行ノ爲メニ解除セ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(五百四十五條三項)而シテ是レ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爲ニ因ル賠償ニ非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ル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テ要價ノ權利ヲ生ス

ルモノトスルノ主義ヲ探レリ予ハ全然此ノ如キ主義ヲ採ラス又我民法ニ於テモ起草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敢テ仕事ノ義務ヲ消滅シテ更ニ賠償ノ義務ヲ生スルニ非ス

之ヲ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設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損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

ニ非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滅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非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ニ非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設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ヌ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共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設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責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も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ハ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當ニ天災ヲ證明スルヲ以テ足レリトセス更ニ其物カ設令債權者ノ手ニ在ルモ天災ヲ免レサ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苟モ反對ノ明文ナキ限ハ此ノ如ク決セサルヘカラス  
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非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トセリ例ヘハ金銭債務

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サ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故ナク之ヲ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ノ權利ヲ有ス然ルニ偶ハ債務者カ疾病ニ罹リ之ヲ果ササル爲メ債權者カ損害ヲ被リタルニ拘ハ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非ス蓋シ此場合ニ於テハ其債務ハ敢テ履行ノ不能ナルニ非スシテ唯不幸ノ爲メ之ヲ果ササ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フ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テ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ハ賠償ノ責任スルコトアリ即チ債權者カ遲滯ニ付セラルル場合ニシテ嘗テ説明シタル如ク債務者カ債務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タルコトヲ得サルトキハ債

務者ハ遲滞ニ付セラルモノトス而シテ其遲滞ノ責タルヤ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ク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サ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俟タサルカ故ニ是レ亦一種ノ債務ニシテ等シク第四百十五條ノ適用ヲ受ク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ル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爭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責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絕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ラ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事例ハ頗リ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ハ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々誤レリ例ヘハ債權者ハ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ノ要ナシト信ス現ニ民法ニ於テモ不法行為ニ



0358

言フニ非スシテ債務者カ不履行者ト爲ル際ニ付テ云ヘルモノナリ  
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、特別ナル場合ニ付キ詳  
述セシ

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モノ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)債權者ノ過失ノミニ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ノ爲メ從前ノ住所ニ往キタルモ債權者ハ既ニ其處ニ居  
住セサル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サルヘカラス(二)假ニ債務者ノ過  
失ノミニ因リテ不履行ヲ來シタル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ハ不履行ナル事實ハ生セサルヘカリシ場合ニ於テハ設令不履行ナ  
ル事實アルモ亦同シク債權者ハ其責任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ニ付キ其損害ノ一部分ハ債權者自

ラ負擔セサルヘカラサル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スシテ債權  
者ノ舊住所ニ物ヲ持參シタルニ債權者ノ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  
サルヘシ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サリシニ債務者ハ  
債權者ノ轉居シタルヲ聞キ初ヨリ之ヲ持參セサ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  
參セサリシ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セ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ル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一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ヒ其金額ヲ定ム

ルニ付キ之ヲ斟酌ス

第二 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意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ハ固ヨリ言フヲ俟タサルモ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云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セ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依リテ一定ノ推定ヲ下スコト能ハス然レトモ金錢債務ニ就テハ債務者カ履行ヲ遲延シタルカ爲メニ生スル損害如何ト云フニ若シ履行ノ遲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ハラズ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ネ之ヲ推測スルコトヲ得ヘシ又他ノ一方ニ於テハ金錢債務ノ遲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ナラハ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サルカ故ニ後

得ナル債權者ハ時トシテハ虛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ケ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絕對的ニシテ所謂反證ヲ許サス即チ債務ノ不履行ニ因リテ債權者ノ受ケル損害ハ常ニ法定利息ニ當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

金錢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

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

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錢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ノ已ムコトヲ得サルニ至リタル場合ノ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錢ヲ準備シタルナラント雖モ金錢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錢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逃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一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(五百四十五條)ニ於テハ解除其モノト不履行ト同一物ナリト謂フヲ得サ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ハラズ自己ノ爲メニ被後見人ノ金銭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ノ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ス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嘗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ハ金錢ハ法定利率次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ク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利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俟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(四百十九條一項但書)

尙ホ「約定」ナル文字ニ付テ或ハ疑ヲ招クヤモ知ルヘカラストナレハ「約定」ト云ヘハ恰モ契約ニ依リテ定メ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モ高キ

場合ト雖モ之ヲ支拂ハサルヘカラサルコト言フヲ俟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ニ非スト信ス固ヨリ「約」ナル文字ハ「契約」ノ「約」ノ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」ナル文字ハ最も廣義ニ解シ凡ソ法律行為ニ因リテ定メラタル利率ハ皆此「約定利率」ノ中ニ包含セラルモノト信ス

此金銭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」ナル文字ヲ用ヒタリ抑、「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レニ我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銭債務ノ不履行ノ場合ニモ「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非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遅延利息ノ意味ニテ用ヒラレタルハ疑ナシ即チ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」文字ハ遲延利息ノ意味ニ使用セルモノニシテ其顯著ナル例ヲ舉ケルハ第六百六十九條ノ如キ是ナリ同條ニ曰ク「出資ヲ爲スコトヲ怠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「利息」ナル文字カ損害賠償タル遲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

右ハ金錢債務ノ不履行ノ制裁タル遲延利息ノ説明ナリ此遲延利息ヲ生セシムルコトニ付テハ民法ハ別段ノ手續ヲ必要トセス損害賠償ノ責任ヲ生ス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遲延利息ヲ生セシムル爲メニハ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設令期限カ到來スルモ利息ヲ附セストセリ故ニ債務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在ラサレハ遲滞ノ責任セスト爲セルカ故ニ其時以後ニ在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在ラサレハ債務者ハ遲滞ノ責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在ラサレハ利息ヲ生セシムルニ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シムル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」ト云ヒタル時以後ニ在ラサレハ利息ヲ附セサルコ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非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教ノ遺物ニシテ既ニ屢ニ述ヘタルカ如ク昔時ノ耶蘇教徒ハ

經濟ノ理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ハ所ハ凡ソ金錢ナルモノハ之ヲ箇ノ抽斗ニ藏メ置クモノニ非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サ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テ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フヘキ見込アル場合ニ於テモ裁判所ニ訴フルニ非サレハ利息ヲ得ルコト能ハサルヲ以テ自ラ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タ然ラス債權者ハ訴ヘス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ろ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捨テ金錢債務ニ付テモ他ノ債務ト同一ノ主義ヲ採リ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ヲセリ』

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金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律區區ニ亘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」ト云フコトニシテ之ヲ意譯スレハ「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」ハ純粹ナル違約金ニ非ス）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場合ニ依リ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ル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ゲンニ

第一ノ主義ハ此契約ノ效力ヲ絕對ニ認ムルモノニシテ苟モ不履行ナル事實アル限ハ約定ノ金額ハ必ス支拂ハサルヘカラス換言スレバ債務者ヨリ債權者カ如何ナル損害ヲ被ラサ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サル場合ニ於テオヤ又之ト反對ニ債權者ヨリ實際ノ損害カ約定額ヨリ多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次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セ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ル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務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ノ生ゼサ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セハ則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ヘ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

以上ノ五主義中民法ハ第一ノ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サレトモ元來當事者ハ公益ヲ害セサル限ハ如何ナル契約ヲ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リシコトヲ證明スルカ又ハ豫定額ヨリ實際多クノ損害ヲ生スレハ其損害ヲ支拂フノ意思ナリ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非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ハ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ルコトヲ得(贈與ハ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ヨ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ノ契約ヲ爲スモ決シテ不法ナリ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贈與若クハ純然タル拋棄ニ比スヘキカ曰ク然ラス事口保險ノ性質ヲ有スルモノナリ既ニ屢述ヘタルカ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尠シトセス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囑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非サレトモ)裁判官ハ其時ノ狀況ニ依リ債權者カ惻ムヘキ地位ニ在ルトキハ知ラス識ラス其賠償額ヲ多クシ債務者カ惻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ス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ルハ必然ニシテ而モ證明スルコト甚タ難ク縱令損害ヲ被リタルコトヲ證明シ得ルモ其損害額ノ證明ハ極メテ困難ナリ假ニ之ヲ證明シ得ヘシトスルモ互ニ紛カラサル費用ヲ徒費セサ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、多少ヲ問ハス債權者ハ其豫定額ヨリ多額ノ請求ヲ爲サス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ノ性質ヲ同シウスルモノナリ故ニ予ハ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

當事者ハ債務ノ不履行ニ付キ損害賠償ノ額ハ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レ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力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ヘ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サリン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說明セリ之ニ付キ尙ホ研究シ置カサルヘカラスルハ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ノ問題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サリシ場合ニ於テ乙カ豫定賠償額ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルハ論ヲ俟タ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コトヲ得ルカ例ヲ賣買ニ取リテ云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ノ支拂ヲ請求ス

ルコトヲ得ヘク或ハ代價ヲ受取ラスシテ契約ヲ解除シテ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則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因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タ理由ナキカ故ニ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一萬圓ノ價值アル物品ヲ賣買スルニ際リ其契約書ニ賣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二萬圓ヲ支拂フヘシタ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二萬圓ノ中千圓ハ代價ニシテ賠償額ヲ合セテ二萬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ニ非ス此場合ニ於テ買主カ二萬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

ヲ採リテ之ヲ判斷ヲ爲ササルヘカラス  
最後ニ違約金ニ付キ説明セン

抑「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「償金」ナル文字ハ損害賠償ノ意味ナルコト疑ナキモ「罰金」「違約金」若クハ「料」ナル文字ハ其意義ヨリ觀レハ損害賠償ニ非サルカ如シ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罰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(フエルトラグストラーフェ)即チ違約金ナルモノハ果シテ有效ナルヤ否ヤト云フニ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サル限ハ悉ク其效力ヲ認メサルヲ得ス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サ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サ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

法ナラサ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非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例ヘハ千圓ニテ或物ヲ賣リタル者カ期限マテニ其物ヲ引渡ササルトキハ違約金トシテ千圓ヲ支拂ハント約シタルニ期限ニ至ルモ其物ヲ引渡ササリシトキハ二千圓ノ外尙ホ損害ノ賠償ヲ爲ササ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晝工カ來ル何月何日マテニ晝ヲ描カント契約シ若シ期限マテニ之ヲ描カサ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晝ヲ描カサ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民法ハ當事者ノ普通ノ意思ヲ推測シテ違約金ヲ支拂ヘハ損害ノ賠償ヲ爲サ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ホ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非スト爲シタルナリ(四百二十條三項)

右ノ如ク違約金ヲ支拂ヘハ損害ノ賠償ヲ爲サ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ヤ固ヨリ金銭ノ貸借ニ關スルモノニシテ金銭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ニ相當ノ減少ヲ爲スコトヲ得」トアリ是レ利息制限法ノ目的ヨリ云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ハ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ノ他ノ規定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百十九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三十二年七月一日ヨリ商事ニハ其適用ナカリシナリ

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説明ヲ了リ同時ニ損害賠償ノ範圍ヲ説了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銭ヲ以テ其額ヲ定ム

即チ賠償ノ原則ハ金銭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非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非ス債務不履行ノ結果名譽ヲ傷タルニ至リタルカ若クハ生命ニ關係ヲ及ホシタルコトヲ證明シ得ハ則チ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銭上ノ損害アリト謂フコトヲ得サル場合尠カラスト雖モ民法ニ於テハ總テ之ヲ金銭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ス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銭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ハラス民法ハ佛蘭西民法其他歐洲多數ノ立法例ニ倣ヒ金銭ニテ之ヲ見積ルヲ以テ本則トセリ蓋シ金銭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銭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銭以外ノ方法ニ依リ賠償ヲ爲スコトヲ約シタル場合は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ス第二ハ



契約其他ノ法律行為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產ヲ相手方ニ與ヘ若クハ一定ノ行為(新聞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非サルカ故ニ民法ニ於テハ總テ之ヲ有效トセリ即チ第四百十七條ニ「別段ノ意思表示ナキトキハ云云」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セリ曰ク「前條ノ規定ハ當事者カ金錢ニ非サルモノヲ以テ損害ノ賠償ニ充ツヘキ旨ヲ豫定シタル場合ニ之ヲ準用ス」

即チ第四百十七條ニ於テ既ニ損害賠償ハ金錢ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ本則トシ尙ホ反對ノ意思表示ノ有效ナルコトヲ規定シ第四百二十一條ニ至リ其意思表示ノ效力ヲ規定セリ而シテ茲ニ所謂「意思表示」ハ前ニ述ヘタル二種ノ意思表示ヲ包含スルモノニシテ賠償ノ義務ノ發生シタル後當事者間ノ契約ヲ以テスルモノアリ債權發生ノ當時ヨリシテ豫メ之ヲ定ムルモノアリ其最モ頻繁ナル例ハ蓋シ第二ノ場合ナルヘシ尙ホ此意思表示ハ遺言ヲ以テ爲スコトアリ例ヘハ遺言ヲ以テ相續人ニ一定ノ義務ヲ負ハシノ若シ履行ヲ爲ササルトキハ賠償トシテ或行為ヲ爲スヘシト定ムルカ如シ而シテ第四百二十一條ニ於テハ其賠償ノ方法カ實際ノ損害ヨリモ重ク或ハ輕キトキ若クハ不履行アリタルモ實際損害ノ生セサル場合ニ於テモ苟モ不履行アラハ必ス豫定ニ從ヒ或事ヲ爲シ或物ヲ給付セサルヘカラサルコトヲ規定セリ

## 第四 賠償ノ效果

賠償ノ效果ハ既ニ賠償ノ範圍ヲ論スルニ當リテ豫メ其大體ヲ説明セリ即チ債務ノ履行カ債務者ノ責任ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能ト爲リタル場合ニ於テハ履行不能ニ因リ其債務ハ消滅シ單ニ不履行カ債務者ノ行為ヨリ生シタルノ理由ニ因リ賠償ノ責ノミ殘存スルモノニシテ其賠償ヲ爲セハ最早債權債務ノ關係ハ消滅シテ何等ノ關係モ一切殘存セス又債權者カ賠償ヲ請求スルニ止マリ更ニ履行ヲ請求セサル場合換言スレバ債務者カ履行ヲ爲スヘキ時期ニ於テ之ヲ爲ササルニ由リ債權者ハ其履行ヲ求ムルニ於テモ債權債務ノ關係ハ消滅シテ當事者ハ無關係ノ人ト爲リ何等ノ權利義務ヲ殘存セス唯債務ノ一部ノ履行不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生シタル場合ニ於テ之ニ對スル損害賠償權ヲ請求シタルトキ又ハ履行ヲ爲スヘキ時期ニ於テ之ヲ爲ササル即チ「遲延」ナル事實ヨリ損害ヲ生シタルニ因リ之ニ對スル賠償ヲ請求シタルトキハ賠償問題ノ外他ノ一部ノ履行又ハ遲延セル債務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非ス況ヤ不履行ニ因ル契約ノ解除ノ場合ノ如キハ賠償ノ問題ノ外ニ「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ス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非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テ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ハ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容易ナリ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」(百九十二條)ノ規定ノ適用ニ依リ既ニ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、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賠償權ト丙ニ對シテ有スル損害賠償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非サレハ乙ニ對スル權利ハ消滅セス又丙ヨリ賠償ヲ受クルニ非サレハ丙ニ對スル權利ハ消滅スルモノニ非ス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云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(金貨營業者カ番頭ニ債權ノ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クルヲ業トスル者アリ之ヲ「アジヤン、ダフブメル」ト稱ス我邦ノ「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ク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は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非サルカ故ニ法律ニ特別ノ規定ナキ限ハ若シ丙カ幸ニシテ其資產ヲ回復セハ甲ハ丙ニ對シ債務ノ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價格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縱令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リタル價額ヲ返還セサ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リタル金額ハ之ヲ返還セサルヘカラス然レトモ此ノ如クセハ多ク場合ニ於テ無用ノ手數ヲ要スヘシ管ニ無用ノ手數ヲ要スルノミナラス其間ニ於テ甲カ無實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サルヘガ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非ス即チ一時損害ヲ被リタルカ如クナル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ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルハ當然ナリ然ルニ甲カ無實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獨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  
債權者カ損害賠償トシテ其債權ノ目的タル物又ハ權利ノ價格ノ全部ヲ受ケタルトキハ債務者ハ其物又ハ權利ニ付キ當然債權者ニ代位ス

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實力ヲ回復シタルトキハ之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ノ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

既ニ屢ニ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非ス例ヘハ子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ス又甲カ乙ニ或土地ヲ賣却シ未タ其代價ノ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テ代價ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得ス(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」トナリ但茲ニ一ノ注意ヲ要スルハ當事者中ニハ自ラ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産上ノ一切ノ權利義務ヲ承繼スルモノニシテ財産權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即チ家督相

續ニ付テハ第九百八十六條ニ、遺産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非ス(百八十七條)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渺カラス)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タルノミ

包括承繼人ノ外ニ特定承繼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絕對ノ承繼人ナリト謂フコトヲ得ヌ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非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テ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繼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繼人モ亦之ヲ負擔ス」トアリ又第五百八十一條ニ於テハ「賣買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其他不動産上ノ物權及ヒ買戻ニ付テハ登記セザレハ特定承繼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ルモ特定承繼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」又貸賃借ニ付テモ第六百五條ニ於テ「不動産ノ貸賃借ハ之



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ズ」トアリ  
テ其權利取得者ハ特定承繼人ナリ又或ハ特約ニ依リテ特定承繼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敢テ讓受人ニ移轉セザ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繼人タリ例ヘハ貸借借ハ登記ヲ爲スニ非サレハ法律上讓受人ニ對抗シ  
得ヘキモノニ非サルモ讓渡人カ讓受人ト特約ヲ爲シ登記ナキ貸借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繼人ニシテ即チ特定承繼人ナリ又特定承繼人ニ付  
キ稍、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繼人タルコ  
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在ラサレハ了解シ難キ事ニ屬スルカ  
故ニ今茲ニ述ヘス

以上特定承繼人、包括承繼人、當事者、第三者ニ付キ予ハ常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ヘキヲ以テ此點ヨリ云ヘハ相續人、受遺者等カ被相續人  
ノ債權債務ヲ承繼スルモノタルコトヲ記憶スルヲ以テ足リ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云ヘハ例ヘハ  
地上權、永小作權、賃借權ヲ設定セル土地ノ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、小作料若クハ借貸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ニ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非スシテ別ニ規定スルノ要ナシト爲シタルニ由ルノミ  
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  
ニ非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非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ト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」ト「第三者」トノ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  
コトア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ル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ミ今一例ヲ舉ク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非ス(百七十七條)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由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ハ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タ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ハ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則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ク區別ノ困難ナル所以ナリ「ボワッソナード」氏ノ如キハ舊民法ニ於テ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三百四十七條證據編五〇條二項）即チ「ボワッソナード」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倣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非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ス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非スシテ第三者ナリ故ニ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非サル者ハ總

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ツトキノミ之ヲ「承繼人」ト稱セリ契約ニ付テ云ヘハ茲ニ一ノ契約アリ之ニ關係ナキ者ハ皆第三者ナルモ或問題ニ付テ其效力カ承繼人ニ對シテモ行ハルヘキ場合ニハ承繼人ト曰ヒ又或場合ニ於テ或者カ權利ヲ承繼シタルコトヲ云フノ必要アルトキハ特定承繼人ト曰ヘリ是レ法文ヲ咀嚼スルトキハ自ラ會得スル所アルヘシ即チ第三者ト謂フトキハ當事者以外ノ者ヲ指シ承繼人ト稱スルトキハ「或權利ヲ承繼キタル人」ト云フ意味ニ文字ヲ使用セリ今「二ノ例ヲ舉ゲレハ例ヘハ第四百四十八條ニハ「前條ノ時效中斷ハ當事者及ヒ其承繼人ノ間ニ於テノミ其效力ヲ有ス」トアリテ此承繼人中ニハ特定承繼人ヲ包含シ而シテ其特定承繼人ナル者ノ中ニハ債權讓受人ヲ包含ス是レ「權利ヲ承繼タ」トノ意味ニ於テ云フモノナリ又第二百條第二項ニモ承繼人ナル文字ヲ使用セリ即チ「占有回收ノ訴ハ侵奪者ノ特定承繼人ニ對シテ之ヲ提起スルコトヲ得ス但其承繼人カ侵奪ノ事實ヲ知リタルトキハ此限ニ在ラス」トアリ而シテ其所謂特定承繼人ハ恰モ第三者ノ如ク見ユルモ是レ亦特定承繼人ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ訴ノ方面ヨリ之ヲ云ヘハ第三者ナルモ畢竟侵奪者ノ權利ヲ承繼シタル者ナレハナリ此ノ如ク特ニ必要アルトキノ外ハ「承繼人」ナル文字ヲ使用セスシテ「第三者」ナル文字ヲ使用セリ

尙ホ之ニ付テ決定セサルヘカラサル稍、重大ナル一問題アリ他ナシ債權者ノ何タルコト是ナリ佛蘭西法ニ於テハ債權者ヲ以テ包括承繼人ト爲シ我舊民法モ亦之ニ倣ヘリ其理由ハ債權者ハ債

務者ニ代ハリテ其權利ヲ行ヒ之ニ由リテ直接又ハ間接ニ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スル者ナルカ故ニ債務者カ新ニ財產權ヲ取得スレハ之カ爲メニ利益ヲ受クヘク之ニ反シテ債務者カ新ニ義務ヲ負擔スレハ債權者ノ損失ト爲ルモノナリ例ヘハ債務者カ新ニ或財產ヲ取得シタルトキハ債權者ハ其代價ニ依リ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキカ故ニ此點ヨリ觀レハ利益ヲ受クルモノナリ又債務者カ新ニ負債ヲ起シタルトキハ債權者ハ從來一人ニテ債務者ノ財產ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘカリシニ更ニ債權者ヲ生シタルカ爲メ新債權者ト共ニ債務者ノ財產ヲ分タサルヘカラスシテ前ノ債權者ハ損失ヲ被ルニ至ルカ故ニ債權者ハ債務者ノ承繼人ナリト云フニ在リ固ヨリ利益ヲ承繼スルノ意義ニ於テ之ヲ承繼人ト云ヘハ決シテ不當ナルコトナカラント信スレトモ權利其モノノ承繼人ト云フノ意味ニ於テ之ヲ使用スルトセハ頗ル不當ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ債務者ノ權利カ直チニ債權者ノ權利ト爲リ債務者ノ義務カ直チニ債權者ノ義務ト爲ルニ非スシテ他ノ承繼人トハ自ラ其趣ヲ異ニスレハナリ即チ他ノ承繼人ニ在リテハ利害ヲ承繼スルトノ意ニ非スシテ權利義務ヲ承繼スルモノナリ故ニ自ラ其性質ヲ異ニシ唯債權者ハ債務者ノ財產ニ付テ利益ヲ受ケ債務者ノ負擔ニ付テ損失ヲ受クルニ止マルカ故ニ民法ノ之ヲ承繼人ト看做サスシテ第三者中ニ包含セシメ而シテ法律ノ規定中債權者ニ適用スヘキモノハ特ニ「債權者」ト明言セリ例ヘハ組合ノ規定中第六百七十五條ニハ「組合ノ債權者ハ其債權發生ノ當時組合員ノ損失分擔ノ割合ヲ知ラザリシトキハ各組合員ニ對シ均一部分ニ付キ其權利ヲ行フコトヲ得」トアリ

次條即チ第六百七十六條ニハ「組合員カ組合財產ニ付キ其持分ヲ處分シタルトキハ其處分ハ之ヲ以テ組合及ヒ組合ト取引ヲ爲シタル第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」トアリ而シテ其所謂「第三者」ナルモノハ概ネ債權者ナリ民法中斯ル文例ハ鈔カラズ第四十五條第二項ニモ「法人ノ設立ハ其主たる事務所ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ他人ニ對抗スルコトヲ得ス」トアリテ此「他人」トハ多クハ債權者ナリ第四十九條第二項亦然リ而シテ債權者ノミニ必要アルカ爲メ特ニ債權者ト明言セルハ第七十條第一項ノ如キ是ナリ曰ク「法人カ其債務ヲ完済スルコト能ハサルニ至リタルトキハ裁判所ハ理事若クハ債權者ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ破産ノ宣告ヲ爲ス」ト此ノ如ク債權者ノミニ關スル規定ニハ明カニ「債權者」ト曰ヒ他ノ者ト共ニ債權者ヲ含ム規定ニハ多クハ「利害關係人」若クハ「第三者」トアリ第七十五條、第七十六條等ニ於テハ「利害關係人」トアリ而シテ主トシテ債權者ヲ包含セリ商法ニ於テモ其例甚タ多シ要スルニ民法ニ於テハ債權者ハ第三者ニシテ承繼人ニ非ス是レ債權者ハ利害ヲ承繼スルモ權利義務ヲ承繼スル者ニ非サレハナリ

以上ハ債權ノ效力ニ關スル原則ナリ之ヲ約言スレハ債權ハ當事者及ヒ承繼人ノ間ニ於テハ效力アルモ第三者ニ對シテハ效力ナシ而シテ之ニ對シテハ二種ノ例外アリ即チ一ハ其效力カ承繼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 債權ノ效力カ承繼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ヲ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繼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フ」トアリテ定期ノ給付ヲ目的トスル贈與ハ相續人其他ノ承繼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相續人ニ對シテ勞務ニ服スヘキコトヲ約シタルモノニ非ス又勞務者カ死亡シタ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非ス故ニ此等ノ場合ニ於テハ總テ權利義務ハ承繼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繼人ニ移轉セス固ヨリ多少ノ疑問ヲ生スルコトアルヘシ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)間接訴權(二)取消訴權(廢罷訴權即チ羅旬語ノ「アクシヨ、パウリヤナ」佛語ノ「アクシヨ、ボーリエンス」或ハ獨逸語ノ「パウリヤニツシエ、クラゲ」)是ナリ蓋シ債權ノ效力カ第三者ニ及フ場合ハ其第三者ノ通常特定承繼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然リ而シテ第一ノ間接訴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權ハ債權者カ法律ニ依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諸フ左ニ之ヲ分説セン

(一) 間接訴權

間接訴權ハ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繼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

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ノ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ザル間ハ裁判上ノ地位ニ依ルニ非サレハ前項ノ權利ヲ行フコトヲ得ス但保存行為ハ此限ニ在ラス

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ニ必要ナルコトヲ要ス 例ヘ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ク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セシメ己レ自ラ其辨濟ヲ受ク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クルコトヲ得ヘシ唯強制執行ニ由ルニ非サレハ第三債務者ニ對シ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クルノ便利ヲ得ルモノトス次ニ債務者ノ權利カ時効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時効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妨クルコトヲ得尙ホ理論上ヨリ云ヘハ債務者ノ權利カ登記スヘキモノナルニモ拘ハラヌ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等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ク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頗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甚タ疑ハシ故ニ予ハ登記法中ニ此事ヲ明カニ規定セサ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云ヘハ債權者カ第三者ニ對シテ或法律行為ノ委任ヲ爲シタルニ第三者カ委任事項ヲ履行セサ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ニ對シテ請求スルカ如キハ極メテ稀ナル場合ニ於テハ所謂債權保全ノ爲メナルコトアルヘシト雖モ通常債權保全ノ爲メ必要ナリト謂フコトヲ得ス蓋シ委任ノ結果債務者ノ財産増殖スルヤモ知ルヘカラスト雖モ是レ頗ル間接ノ結果ニ屬シ受任者カ委任事項ヲ履行セサルカ爲メニ債權者ノ債權ヲ危クスルモノト謂フコトヲ得サレハナリ第二條件 債務者ノ一身ニ專屬セサル權利ナルコトヲ要ス 前ニ述ヘタル彼ノ承繼人ニ及ハサル權利トシテ掲ケタルモノハ皆一身ニ專屬スル權利ニシテ債權者カ代リ行フコトヲ得サルモノナリ例ヘハ扶養ノ權利ノ如キ是アリ蓋シ債務者カ扶養權利者ナル場合ニ於テ債權者カ債務者ニ代リテ其權利ヲ行フコトヲ得ハ自己ノ債權ヲ保全スル上ニ於テ甚タ便利ナルコト固ヨリ言フ俟タサルモ若シ此ノ如クセハ債務者ハ之カ爲メニ餓死スルニ至ルヤモ知ルヘカラスト故ニ總令債權

ヲ保全スルニ付キ有益ナルモ債權者ハ此等ノ權利ヲ代リ行フコトヲ得サルモノトセリ  
間接訴訟權ヲ行フニ付テハ通常右二箇ノ條件ヲ具備スレハ可ナルモ若シ債權ノ期限未タ到來セ  
サルトキハ尙ホ一ノ條件ヲ要ス即チ裁判上ノ代位是ナリ(非訟七十二條以下參照)蓋シ期限到來  
前ニ於テハ債權者カ債務者ヲ度外ニ措キ其權利ヲ代リ行フハ甚タ大早計ト謂フヘク債權者ヲシ  
テ自由ニ之ヲ行ハシムヘキニ非ス唯裁判所ニ於テ調査ヲ爲シタル上特ニ必要アリト認メタルト  
キニ於テ之ヲ許スヘキノミ(非訟七十二條)而シテ其認定ハ裁判所ノ自由ノ判斷ニ在リ但保存行  
爲ナルモノハ性質上速ニ行ハサレハ損失ヲ醸スヘク隨テ債權保全ノ爲メニ必要ナルコト明カナ  
リ即チ前ニ述ヘタル時效中斷若クハ登記ノ如キ是ナリ此ノ如キ行爲ハ一日遲延スレハ忽チ其權  
利ヲ失フニ至ルヤモ測ルヘカラサルモノナルカ故ニ裁判上ノ代位ヲ俟タス直チニ之ヲ行フコト  
ヲ得ヘシ

(二) 取消訴訟權(廢罷訴訟權)

茲ニ「取消訴訟權」又ハ「廢罷訴訟權」ノ條件、效力等ヲ説明スルニ先チ一例ヲ舉ケンニ甲カ乙ニ金  
錢ヲ貸與シタルリ然ルニ乙ハ實力ニ乏シク一朝強制執行ニ遭ハンカ其財產全部ヲ舉ケテ債務ノ辨  
濟ニ供シ以テ纔ニ其債務ヲ免ルルニ足ルト假定セン此場合ニ於テ乙以爲ク予ハ今若干ノ不動  
產ヲ所有セリ然ルニ此不動産ハ畢竟債權者ノ爲メニ賣却セラルヘク隨テ予ハ無一物ノ人ト爲ル  
ヘシ如カ今ノ時ニ當リ速ニ之ヲ丙ニ賣却シ其代價ヲ懷ニシテ他ノ財產ハ總テ債權者ノ爲メニ

委棄シ以テ破産(若クハ家資分散)ノ處分ヲ受ケンニハト乃チ丙ナル者ニ事情ヲ打明ケテ之ヲ  
賣却シ代價ヲ受取リテ其金錢ヲ消費若クハ藏匿シタル後ニ甲ヨリ執行ヲ受ケタルニ他ノ財產ヲ  
以テハ甲ノ債權ヲ辨濟スルニ足ラストセハ甲ハ之カ爲メニ損失ヲ被ルニ至ルヘシ然ルニ後日甲  
カ右ノ事情ヲ知リタル場合ニ於テハ甲ハ乙ニ對シテ權利ヲ有スルハ勿論丙ニ對シテモ亦其不動  
產ヲ取戻スノ權利ヲ有ス何トナレハ丙ハ債權者ヲ害スヘキ行爲ナルコトヲ知リツツ爲シタルモ  
ノナルカ故ニ丙ハ自己ノ不法行爲即チ甲ヲ害スヘキ行爲ノ結果ヲ負擔セサルヘカラス而シテ通  
常ノ不法行爲ノ場合ニ於テハ其制裁損害賠償ノ責任ニ歸スルモ右ノ場合ニ於テハ其不動産ヲ返  
還スルノ責ヲ負ハサルヘカラス即チ甲ハ乙丙間ニ成立シタル賣買契約ヲ取消シテ其不動産ヲ原  
狀ニ回復スルコトヲ得ルナリ故ニ債權者ハ其不動産ノ價ニ付テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルニ至ル  
ヘシ是レ廢罷訴訟權ノ大體ノ精神ニシテ羅馬法ヲ首メ佛蘭西法其他ノ外國法ニ於テモ規定セル所  
ナリ我舊民法モ亦之ヲ認メタリ

右ニ述ヘタル所ハ第三者即チ丙カ惡意即チ債權者ヲ害スヘキ行爲ナルコトヲ知リテ爲シタル場  
合ナリ然ルニ若シ乙丙間ノ法律行爲カ賣買ノ如キ有價行爲ニ非スシテ贈與等ノ無價行爲ナルト  
キハ如何羅馬法、佛蘭西法、我舊民法等ニ在リテハ此場合ニハ縱令丙カ善意ナルトキト雖モ其  
取得シタルモノヲ返還スヘキモノトセリ羅馬法、佛蘭西法及ヒ我舊民法カ此場合ニ於テ取消ヲ  
許ス理由ハ全ク不當利得ニ由ルモノトセリ即チ此場合ニ於テハ丙ハ惡意ナク又必スシモ過失ヲ

リト謂フヘカラス然レトモ丙ハ素ト無償ニテ其財産ヲ得之ニ因リテ他人ノ權利即チ甲ナル債權者ノ權利ヲ侵害セラレタルモノナリ而シテ乙ハ現ニ債權者ノ權利ヲ害スルコトヲ知リテ之ヲ爲シ丙ハ之ニ因リテ利得ヲ爲スハ是レ即チ他人ヲ害シテ自己ヲ利スルモノナルカ故ニ不當利得ナリト云フニ在リ我民法ニ於テハ不法行為ニ因サル利得ノ場合ニ於テハ取消ヲ許サス飽クマテモ第三者ニ不法行為アル場合ニ限テ取消ヲ許スノ主義ヲ採レリ其理由ハ後ニ至リテ詳説スヘシ之ヲ要スルニ廢罷訴權ノ場合ハ不法行為ノ場合ナリト雖モ普通ノ不法行為トハ其趣ヲ異ニシ債權ノ效力カ第三者ニ及フノ結果法律行為カ取消サルモノナルカ故ニ唯リ原因ニ於テ異ナルノミナラス結果ニ於テモ亦其制裁ヲ異ニセリ隨テ普通ノ不法行為ヲ以テ論スヘカサルナリ

此取消權ニ付テハ種種ノ沿革アリテ各國ノ立法例區區ニ亘リ學說モ亦一定セスト雖モ一一茲ニ之ヲ説明スルノ暇ナキカ故ニ主トシテ民法ノ規定ニ就キ其重大ナル問題ヲ擧ケ他ノ學說ノ批評ヲ加ヘテ之ヲ説明セント欲ス今此取消權ヲ三段ニ分チ(甲)廢罷訴權ノ條件(乙)廢罷訴權ノ效力(丙)廢罷訴權ノ消滅ト爲シテ説明セン

(甲) 廢罷訴權ノ條件

廢罷訴權ニ付テハ民法ハ四箇ノ條件ヲ必要トセリ其中三箇ハ實質上ノ條件ニシテ他ノ一箇ハ形式上ノ條件ナリ

第一條件 其法律行為カ債權者ヲ害スヘキモノナラサルヘカラス 債權者ヲ害スヘキ法律行為

ニ非レハ廢罷訴權ノ目的タルコト能ハス然ラハ「債權者ヲ害スル」トハ如何之ニ付テハ舊民法ノ如キハ特ニ場合ヲ限定シタルカ如シ即チ財産編第三百四十條第二項ニ於テ「債權者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ自己ノ財産ヲ減シ又ハ自己ノ債務ヲ増シタルトキハ之ヲ詐害ノ行為トス」ト規定シ次條ニ於テ廢罷訴權ニ依リテ其行為ヲ取消スコトヲ得ヘキモノトシタリ此第三百四十條ノ解釋ニ付テハ多少不明ナル點アルモ之ヲ一讀セハ廢罷訴權ノ極メテ普通ナル場合ヲ想像シタルモノノ如シ而シテ普通ノ場合トハ債務者カ現在ハ無實力ニ非スシテ纔ニ自己ノ債務ヲ辨濟スルノ財産ヲ有スルモ或法律行為ノ爲メニ其財産ノ全部又ハ一部ヲ失ヒ其結果債權者カ完全ナル辨濟ヲ受クルコトヲ得サルニ至リタルトキ即チ債務者カ無實力ト爲リタル場合又ハ債務者カ既ニ無實力ニシテ到底各債權者ニ對シテ完全ナル辨濟ヲ爲スコト能ハサル狀況例ヘハ現在一萬圓ノ財産アリ而シテ二萬圓ノ負債アレハ之ヲ各債權者ニ分ツトキハ各、半額ノ辨濟ヲ得ヘキ狀況ニ在ルニ若シ債務者カ五千圓ノ價格アル財産ヲ失フトキハ殘額五千圓ト爲ルヘキカ故ニ各債權者ハ僅ニ四分ノ一ノ辨濟ニ非サレハ受クルコトヲ得サルニ至リ債權者ハ大ニ損害ヲ被ルカ如キ場合ナリ而シテ此ノ如キ場合ニ舊民法財産編第三百四十條ニ所謂「自己ノ財産ヲ減シ」文字中ニ包含スヘシ又債務者カ自己ノ財産ヲ以テシテハ到底完全ナル辨濟ヲ爲シ能ハサルコトヲ知リナカラ他人ヨリ金錢ヲ借りタル場合例ヘハ債務者カ貸主ト通謀シテ一萬圓ノ證書ヲ作成シ而シテ實際五千圓ヲ受取り更ニ高率ノ利息ヲ附シ縱令強制執行ニ遭フモ右證書面ノ金額即チ

一萬圓ニ對シテ辨濟ヲ受ケシメ隨テ全額ノ辨濟ヲ得レハ五千圓ノ利益ヲ得セシメ或ハ債務者ノ財產カ債務總額ノ十分ノ七ヲ辨濟シ得ル場合ニ於テ一萬圓ノ證書ニ對シテ五千圓ヲ受取リナカラ七千圓ヲ得セシメ二千圓ノ利益ヲ貸主ニ與フルカ如キ場合ハ同條ニ所謂自己ノ債務ヲ増シタル場合ニ屬スルモノニシテ即チ詐害行為ナリ此ノ如ク新ニ金錢ヲ借入ルルカ如キ場合ニ於テハ事實上困難ナル問題ヲ生スルコト多ク而シテ通常ノ詐害行為ノ外ニ純然タル詐欺ノ存スルモノナルカ故ニ其範圍内ニ於テハ法律行為成立セス即チ前例ノ場合ニ於テ實際一萬圓ヲ借入レサルニ之ヲ借入レタルカ如ク裝フモノナルヲ以テ其實事ヲ證明スルコトヲ得レハ債務ハ存在セサルコトト爲ルヘシト雖モ之ヲ證明スルハ實際甚ク困難ナル問題ニ屬ス

右ノ如キ場合ハ舊民法財產編第三百四十條第二項ニ包含スルコト疑ナキモ其他ノ場合ニシテ果シテ之ニ包含セラルルヤ否ヤ例ヘハ債務者カ債權者ニ對シ或特定物ノ上ニ或權利ヲ設定スルノ義務ヲ負ヘル場合例ヘハ自己ノ土地ニ地上權ノ設定、賃貸又ハ使用貸等ヲ爲シタル場合ニ於テハ少クモ債權債務ノ關係成立スルモノナリ而シテ特定物ノ所有者タル債務者カ特ニ其債權者ヲ害スルコトヲ知り若クハ害スル意思ヲ以テ其契約ノ履行前ニ他ニ賣却シタル場合ノ如キハ右第三百四十條ノ適用ヲ受クヘキモノナルヤ否ヤ動産ニ付キ單ニ債權ヲ生スル場合即チ賃貸借若クハ使用貸借ノ如ク債權ノミヲ生スル場合モ亦同シ此等ノ場合ニ於テ若シ買主カ賣主及ヒ其債權者ノ契約ヲ知りテ之ヲ買ヒタル場合ハ如何ト云フニ場合ニ依リテハ「財產ヲ減シ」又ハ「債

務ヲ増ス」ナル文字ニハ包含セサルヘシ固ヨリ特定物ノ所有權ヲ失フハ財產ヲ減スルニ似タリト雖モ之ヲ相當ノ代價ヲ以テ賣却セハ之ニ對スル金錢ヲ得ヘキカ故ニ債務者カ有實力者ナル場合ニ於テハ未タ其財產ヲ減シタリト謂フコトヲ得ス然レトモ其債權者ヲ害スル點ニ至リテハ疑ナキ所ナリ何トナレハ債權者カ得ント欲シタル權利ヲ得ルコト能ハサルニ至レハナリ此場合ニ於テモ廢罷訴權ノ適用アルカ曰ク有リ新民法ハ廣キ文字ヲ用ヒタルヲ以テ予ハ此ノ如キ行為ヲ含ムモノト信ス

舊民法財產編第三百四十條ハ尙ホ他ノ點ニ於テ缺點アリ同條ニハ「債務者カ自己ノ財產ヲ減シタルトキ」トアレトモ相當ノ代價ヲ以テ不動產ヲ賣却シタル場合ニハ不動產ヲ金錢ニ換ヘタルマテニテ財產ヲ減シタルモノト謂フコトヲ得ス然ルニ此場合ニ於テ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得ストセハ此制度ノ效能ハ殆ト其過半ヲ減スルニ至ルヘシ（廢罷訴權ニ付テハ實際其目的物カ不動產ナル場合ニ非サレハ殆ト問題ト爲ラス又其最モ頻繁ニ起ルハ賣買及ヒ贈與ニ因ル場合ナリトス）蓋シ不動產ヲ賣却シタル場合ニ於テハ其代價ハ一旦債務者ノ財產ト爲ルヲ以テ財產ノ總額ヨリ之ヲ云ヘハ敢テ増減ナキモ不動產ニ存スレハ債權者ハ之ヲ差押ヘ之ニ依リテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルニ反シ金錢ハ債務者ノ手ヲ離レ易キモノナルヲ以テ債權者ヨリ之ヲ觀レハ恰モ財產トシテ存セサルニ等シ隨テ此廢罷訴權ヲ行フコトヲ得サルヘカラス是レ舊民法ノ趣旨ニ於テモ亦認メタル所ナルヘシ



唯茲ニ注意スヘキハ不動産ヲ賣却シテ末タ其代價ノ支拂ヲ受ケス而シテ其實買カ相當代價ヲ以テシタルモノナル場合ニ於テハ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得サルコト是ナリ蓋シ債權者ハ買主ニ對シテ債務者ノ債權ヲ差押ヘ其代價ヲ自己ニ支拂ハシムルトキハ損害ヲ被ラサルヲ以テ「債權者ヲ害スル」ト謂フコトヲ得サレハナリ故ニ廢罷訴權ノ目的タルヘキ賣買ハ既ニ現金ヲ支拂ヒタルトキ若クハ相當ノ廉價ヲ以テ之ヲ賣却シタルトキニ限ルモノト知ルヘシ

第二條件 債務者ノ惡意ナルコトヲ要ス 債務者カ其法律行為ニ因リテ債權者ヲ害スルコトヲ知ラスシテ爲シタルトキハ則チ自己ノ財産ヲ十分ニ調査セシテ不動産ヲ賣却シタル場合ノ如キハ廢罷訴權ノ適用ヲ受タルコトナキモ債務者カ債權者ヲ害スヘキコトヲ知リナカラ之ヲ賣却シタルトキハ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得ヘシ其理由ハ若シ此ノ如ク規定セサレハ法律行為ハ安全ニ行ハルルコトヲ得ス即チ債務者ハ常ニ先ツ自己ノ財産目錄ヲ調製シタル後ニ非サレハ法律行為ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルヘケレハナリ此條件ハ各國ノ法律皆必要トセル所ニシテ新民法ニ於テハ「其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル」ト云ヘルカ故ニ取消權ヲ行ハントスル者ハ債務者ノ惡意ナリシコトヲ證明セサルヘカラス是レ實際困難ナル事ニ屬スト雖モ復タ已ムヲ得サルナリ

第三條件 其法律行為ノ相手方又ハ轉得者ノ惡意ナルコト即チ其行為カ債權者ヲ害スヘキコトヲ知レルコトヲ要ス 有債行為ニ付テハ惡意ヲ必要トスルコト古來認メラレタル所ナルカ故ニ

疑ナキモ無債行為ニ付テハ羅馬法及ヒ佛蘭西法系ノ諸國ニ於テハ惡意ヲ必要トセサル例多シ其理由ハ前述ヘタル如ク不當利得ノ原則ヲ以テ説明スルモノニシテ一見理アルニ似タリ即チ其理由トスル所ハ有債行為ノ場合ニ於テハ善意ニテ取得シタル者ハ相當ノ代價ヲ支出スルモノナルカ故ニ之ヲ返還セシムルコトヲ得サルモ無債ニテ取得シタル場合ニ於テハ債權者ヲシテ之ヲ取戻スコトヲ得セシメサレハ債權者ハ損害ヲ被ルヘシ債權者ニ損害ヲ被ラシムルト第三者ヲシテ無債ニテ受ケタル物ヲ返還セシムルト孰レヲ取ルヘキカト云ヘハ損害ヲ被ルヘキ者ヲ保護シテ利益ヲ得ントスル者ヲ舍クハ是レ公平ヲ得タルモノナリト云フニ在リ然レトモ予ハ法律上有債行為ト無債行為トノ間ニ此ノ如キ差別アルモノト認ムルコトヲ得ス夫レ賣買又ハ交換ニ因リテ甲カ乙ニ或不動産ヲ與ヘ乙カ甲ニ對シテ金錢ヲ支拂ヒ若クハ或物ヲ與ヘタルトキハ固ヨリ明カニ有債ナルモ乙カ甲ニ或物ヲ贈與シタルニ甲ハ其謝禮トシテ乙ニ或物ヲ贈與シタルト假定セシニ前ノ例ニ於ケル甲カ乙ニ與ヘタル不動産ニ對シテ乙カ或物ヲ甲ニ與ヘタルト毫モ擇フ所ナシ蓋シ民法ニ於テハ一ノ法律行為中當事者ノ一方ノミカ利益ヲ受ケ他ノ一方ハ毫モ利益ヲ受ケサルトキハ是レ即チ無債行為ナリ然ルニ當事者ノ意思ニ在リテハ全ク贈與ヲ爲スニ非スシテ交換若クハ賣買等ヲ爲スノ意思ナリシトセン若シ其法律行為ヲ二段トシ二通ノ契約證書ヲ作成シ一通ニハ甲カ乙ニ或不動産ノ所有權ヲ移轉スルコトヲ記シ他ノ一通ニハ乙カ甲ニ金錢若クハ或物ヲ與フルコトヲ記シアリトセハ法律上獨立セル二個ノ無債行為ノ成立セルモノト看サルヘ

カラス然レトモ當事者ノ意思ヨリ之ヲ云ヘハ固ヨリ賣買若クハ交換ノ場合ト異ナルコトナシ此等ノ點ニ依リテ之ヲ觀レハ有償行爲ナルトキハ之ヲ取消サハ取得者カ損害ヲ被リ無償行爲ナルトキハ之ヲ取消スモ損害ヲ生セスト謂フコトヲ得サルヘシ有償行爲ノ場合ニ於テモ對價カ相當ナルトキコソ此議論モ多少理由アルニ似タリト雖モ若シ取得者カ廉價ニ買入レタル場合即チ一萬圓ノ價格アル物ヲ五千圓ニテ買入レ若クハ五千圓ノ物ヲ與ヘテ之ト交換シタル場合ニ於テハ現ニ五千圓ノ利益ヲ得タルモノナリ然ルニ此場合ニ於テモ有償行爲ナルカ故ニ其取得者ニ惡意アルニ非サレハ取消スコトヲ得サルモノトシ之ニ反シテ單ニ五千圓ノ價格アル物ヲ贈與シタル場合ニハ無償行爲ナルカ故ニ取得者ノ善意、惡意ヲ問ハス之ヲ取消スコトヲ得ト云フハ豈ニ不公平ノ至ナラスヤ一步ヲ進ミテ之ヲ論スレハ取得ノ原因ノ無償ナルト有償ナルトヲ問ハス苟モ法律ノ認メタル方法ニ依リテ取得シタル以上ハ決シテ其得タル權利ニ差異アルヘキモノニ非ス即チ無償ニテ取得シタルト有償ニテ取得シタルトニ因リ所有權ノ保護ノ上ニ差異アルヘキ理ナシ唯原因ノ適法ナルコトヲ要スルノミ故ニ有償行爲ト無償行爲トニ因リテ其效力ヲ異ニスルモノトスルノ誤ナルコトハ近世ノ學者ノ漸ク認ムルニ至リタル所ニシテ我民法ニ於テモ概シテ有償行爲ト無償行爲トノ間ニ區別ヲ設ケサルノ主義ヲ採リ廢罷訴權ニ付テモ亦之ヲ認メタリ隨テ贈與ナルモ賣買ナルモ將タ交換ナルモ同シテ相手方カ惡意ナルトキニ非サレハ之ヲ取消スコトヲ得ス但此惡意ハ債權者ヨリ之ヲ證明スルコトヲ要セス事ノ法律ハ其惡意ヲ推定シタルモノナ

リト云フモ可ナリ(四百二十四條)故ニ債權者ハ債務者ノ惡意タニ之ヲ證明スレハ訴訟上一應自己ノ責任ヲ了リタルモノナリ是ヲ以テ第三者ハ善意即チ法律行爲カ債權者ヲ害スルコトヲ知ラザリシコトヲ立證スルニ非レハ廢罷訴權ヲ斥クルコトヲ得サルモノトス是レ畢竟實際ノ狀態ヲ斟酌シテ規定シタルモノニシテ惡意ヲ證明スルハ事實ニ於テ甚タ困難ナルヲ以テナリ固ヨリ債務者ニ付テノ惡意ノ證明モ困難ノ點ニ異ナル所ナシト雖モ之ヲ證明セスト云ハハ債權者ハ濫ニ廢罷訴權ヲ提起スルニ至ルヲ以テ債務者ノ惡意ノミハ之ヲ證明スルコトヲ要スト爲シタルモ第三者ノ惡意マテヲ證明スルニ非サレハ其請求カ成立タストセハ廢罷訴權ヲ與ヘタルノ效用ハ竟ニ見ルコトヲ得サルニ至ルヘシ而シテ實際ニ於テハ廢罷訴權ノ適用アル場合ニハ大抵第三者ハ事實ヲ知レルモノニシテ唯證據ヲ舉クルコトヲ難シトスルノミ故ニ法律ハ此場合ニ於テ債權者ヲ保護スル目的ヲ以テ第三者ノ惡意ハ證明スルニ及ハサルモ第三者ハ却テ善意ノ證明ヲ爲ササルヘカラストセリ是レ純然タル理論ヨリ出タルモノニ非スシテ實際ノ便利問題ナリ但主義トシテハ第三者ノ惡意ヲ要スルコトヲ認メタルモノト謂ハサルヘカラス

茲ニ「第三者」ト云ヒテ勉メテ汎博ナル語ヲ使用シタリ所謂「第三者」トハ常ニ法律行爲ノ相手方ナリヤト云フニ必スシモ然ラス固ヨリ通常ノ場合ニ於テハ法律行爲ノ相手方ナリト謂フコトヲ得ヘシ例ヘハ賣買或ハ贈與ニ於テハ大抵此法律行爲ニ因リテ利益ヲ受クル者ハ相手方ナリ然レトモ時トシテハ第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ナルモノアリ例ヘハ甲カ乙ト有償又ハ無償

ノ契約ヲ結ビ乙ヲシテ丙ニ或財産ヲ與ヘシムル場合ニ於テ丙カ其利益ヲ受クルコトヲ承諾シタルトキハ權利ハ直チニ丙ニ生スヘシ是レ契約ノ總則ノ講義ニ於テ説明アルヘキ所ナリ此場合ニ於テハ法律行為ノ相手方ハ甲ナルモ惡意ノ問題ハ甲ニ存セスシテ丙ニ在リ即チ丙カ惡意ナルニ非サレハ其法律行為ハ取消スコトヲ得ヌ又轉得者ナル者アルコトアリ所謂轉得者トハ則チ債務者タル甲ト相手方タル乙トノ間ニ於ケル契約其他ノ法律行為ニ因リ乙カ一旦所有權ヲ得タルモ更ニ丙ナル者ニ之ヲ讓渡シタル場合ニ於テ債務者ノ財産タリシモノニ付キ現ニ利益ヲ受クル者ハ丙ナリ此場合ニ於テハ轉得者ニ對シテ法律行為ヲ取消スニ非サレハ債權者ノ目的ヲ達スルコト能ハス此點モ各國ノ法律又ハ學說ニ於テ大ニ其主義ヲ異ニセル所ニシテ舊民法ハ財産編第三百四十二條第二項ニ於テ「讓渡ニ對スル廢罷訴權ハ有債又ハ無債ノ轉得者カ最初ノ取得者ト約束スルニ當リ債權者ニ加ヘタル詐害ヲ知リタルトキニ非サレハ其轉得者ニ對シテ之ヲ行フコトヲ得ス」ト規定シ直接ノ受益者（相手方）カ現ニ取得シタル財産ヲ有スル間ハ有債行為ニ因リテ得タルト無債行為ニ因リテ得タルト區別シテ無債行為ニ因リテ取得シタルトキハ善意ナル場合ニ於テモ取消スコトヲ得ルモノトシ轉得者ニ對シテハ縱令無債ニテ取得シタルトキト雖モ惡意アルニ非サレハ取消スコトヲ得ストセリ而シテ其理由ハ轉得者ハ直接ニ取得シタル者ニ非サルニ之ニ對シテ此取消權ヲ行ハシムルハ酷ニ失スルヲ以テ條件ヲ重クセリト云フノ外ナシト信ス然レトモ予ノ見解ヲ以テスレハ縱令財産ノ現所有者ハ何人タルヲ問ハス法律行為ノ取消ニ付テハ條件ヲ同シクセサルヘカラス即チ現所有者カ有債又ハ無債ニテ得タルハ恰モ初ノ契約ニ因リテ利益ヲ受クル者カ有債又ハ無債ニテ得タルト同シカサルヘカラスルモノト信ス舊民法ノ如ク初ノ相手方ニ付テ有債、無債ヲ區別スルノ要アリトセハ轉得者ニ付テモ亦同シク之ヲ區別スルニ非サレハ條理ヲ貫徹セルモノト謂フコトヲ得ヌ

民法ニ於テハ既ニ第一次ノ取得者ニ付テ有債、無債ノ區別ヲ爲ササルカ故ニ轉得者ニ付テモ亦之カ區別ヲ設ケス此點ハ條理ヲ貫徹シタルモノト謂ハサルヘカラス即チ初ノ買主若クハ受贈者カ惡意ニシテ又其者ヨリ買受ケ若クハ買受ケタル轉得者モ惡意ナルトキハ債權者ハ此兩者ニ對シテ取消權ヲ行フコトヲ得ヘシ唯實際ニ於テハ初ノ買主又ハ受贈者ハ現ニ財産ヲ有セサルヲ以テ之ニ對シテ訴ヲ起スモ直接ノ效果ヲ得ルコト能ハサルカ故ニ轉得者ヲ相手方トシテ訴ヘサルヘカラスルニ至ルヘシト雖モ理論上ヨリ之ヲ云ヘハ債權者ノ選擇ニ從ヒ或ハ兩人ヲ相手方トシテハ其中一人ヲ相手方取ルコトヲ得ヘシ（實際ハ兩人ヲ相手方取ルコト多カルヘシ）

茲ニ疑ノ生スヘキモノアリ他ナシ初ノ取得者ト轉得者ト善意、惡意ヲ異ニスル場合はナリ先ヅ初ノ取得者カ惡意ニシテ轉得者カ善意ナル場合ヲ想像セン此場合ニ於テハ其惡意ナル第一次ノ取得者ニ對シテ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得ヘシ然レトモ財産ヲ取戻スコトヲ得ヌ何トナレハ既ニ轉得者カ善意ヲ以テ取得シタルモノナルカ故ニ之ヲ侵スコトヲ得サレハナリ故ニ第一次ノ取得者ハ初ノ賣買若クハ贈與カ取消サレタル結果債務者ヨリ買受ケ若クハ買受ケタル物ヲ返還ス

ル義務ハ之ヲ負ハサルヘカラスト雖モ實際其義務ヲ盡スコト能ハサルヲ以テ結局損害賠償ノ責任ヲ負フヘキモノナリ而シテ第一次ノ取得者カ十分ノ資力アルトキハ債權者ハ之カ爲メニ損害ヲ被ルコトナカルヘキモ若シ第一次ノ取得者ニシテ無資力ナランカ復タ如何トモスルコト能ハス固ヨリ一厘ノ賠償ヲモ得サルコトハ極メテ稀ナルヘシト雖モ債權者カ十分ノ満足ヲ得ルコトハ到底望ムヘカラスト次ニ轉得者カ惡意ニシテ初ノ取得者カ善意ナル場合（是レ甚タ稀ナル場合ナレトモ想像シ得サルニ非ス）ハ如何ト云フニ先ツ實際ニ結果ヨリ論スレハ轉得者カ有債ニテ取得シタル場合ニ於テ轉得者ニ對シテ廢罷訴權ヲ行ヘハ轉得者ハ更ニ初ノ取得者即チ轉得者ニ對スル讓渡人ニ對シテ擔保ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘシ然ルトキハ第一取得者ハ善意ナルヲ以テ廢罷訴權ノ結果ヲ受クヘキモノニ非サルニモ拘ハラズ間接ニ其結果ヲ受クルニ至ルヘシ即チ自己カ所有スレハ廢罷訴權ハ行ハレサルニ之ヲ轉得者ニ讓渡シタルカ爲メニ轉得者カ一旦取得シタル物ヲ取返サレ其結果轉得者ニ對シテ賠償ノ責ニ任セサルヘカラストニ至リ恰モ自己ニ對シテ廢罷訴權ヲ行ハレタルト同一ノ結果ヲ受クヘク又理論上ノ理由トシテハ第一ノ法律行為即チ債務者ノ第一取得者ニ對スル法律行為ト第一取得者ノ轉得者ニ對スル法律行為トハ二箇ノ獨立シタルモノナルカ故ニ債權者カ取消スヘキモノハ第一ノ法律行為ニシテ之ヲ取消スニ非スハ轉得者ノ行為ニ影響ヲ及ホスノ理ナシ何トナレハ債權者ハ第二ノ法律行為ニ付テハ何等ノ關係ナク且此行為ハ詐害行為ニ非サレハナリ（詐害行為ナルモノハ債務者ノ爲シタル行為ナラサルヘカラスト）然ルニ第一取得者モ第二取得者モ共ニ惡意ナル場合ニ於テハ第一ノ法律行為即チ債務者ト第一取得者トノ間ノ法律行為カ取消サルカ故ニ第二ノ法律行為即チ第一取得者ト轉得者トノ間ノ法律行為ノ效力ヲ生セシムルコトヲ得サルヲ以テ實際ニ於テ第二ノ法律行為ノ效力ヲモ生セサルニ至ルモ是レ取消シタルニ非スシテ唯第一行為ヲ取消シタルノ結果轉得者カ一旦取得シタリト思惟シタル權利ハ完全ニ取得シタルモノニ非サリシト云フニ歸スルノミ故ニ若シ第一取得者カ善意ナルトキハ債務者ト第一取得者トノ間ノ行為ハ之ヲ取消スコトヲ得ス既ニ之ヲ取消スコトヲ得サル以上ハ正當ニ取得シタルモノト謂ハサルヘカラスト所有權ノ例ヲ以テ云ヘハ所有權ハ完全ニ第一取得者ニ移轉シタルモノニシテ更ニ之ヲ轉得者ニ讓渡シタルモノナルカ故ニ第二ノ行為ニハ瑕疵ナク縱令轉得者カ其事情ヲ知リタルモ固ヨリ妨ナシト謂ハサルヘカラスト即チ民法第四百二十四條但書ニ於テ「其行為ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者カ其行為又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラザリシトキハ此限ニ在ラス」ト規定セリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ第一取得者又ハ轉得者ノ孰レカ一方カ善意ナルトキハ法律行為ハ取消スコトヲ得サルコトトナル

第四條件 裁判所ニ請求スルコトヲ要ス 民法ニ於テハ通常ノ取消權ノ行使ハ意思表示ニ依リテ之ヲ爲スヲ本則トシ無能力者ノ取消權、詐欺又ハ強迫ニ因ル法律行為ノ取消權等皆然リ然ルニ廢罷訴權ノ場合ニ於テハ裁判所ニ請求スルニ非サレハ取消スコトヲ得ス是レ羅馬法以來認ム



ル所ニシテ大ニ理由アリ元來他人ノ法律行為ヲ取消スハ頗ル變則ナルコトニ屬ス固ヨリ當事者ノ一方カ無能力者ナルカ又ハ當事者ノ一方ノ意思表示ニ瑕疵アルカ爲メ其無能力者若クハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者ヨリ法律行為ヲ取消スハ決シテ怪シムニ足ラサルモ甲乙間ニ成立シタル法律行為ヲ丙カ之ヲ取消スハ非常ナル變則ナルカ故ニ法律ニ定メタル特別ノ條件ヲ充タスニ非サレハ之ヲ許スヘキモノニ非ス抑、取消ナルモノハ直接、間接ニ第三者ニ影響ヲ及ボスモノニシテ時トシテハ其結果甚タ望マシカラサルコトニ至ルモノナリ蓋シ一旦成立シタル法律行為ヲ取消シテ初ヨリ全ク成立セザリシモノト看做スモノナルカ故ニ果シテ法律上ノ條件ヲ充タセルヤ否ヤ裁判所ヲシテ之ヲ調査セシムル必要アリ然ラスンハ通謀ニ由リテ取消權ヲ濫用スルコトナシト謂フヘカラス例ヘハ債權者、債務者通謀シテ純然タル詐害行為ニ非サルモノヲ取消スコトアリ又或ハ債權者、債務者及ヒ法律行為ノ相手方カ通謀シテ法律行為ヲ取消シ相手方ノ債權者ヲ害スルコトアリ斯ルコトハ往往ニシテ生スヘキモノナルヲ以テ裁判所ニ於テ之ヲ調査スルニ非サレハ其詐欺ナルカ又ハ法律上ノ條件ヲ具備セルカヲ正確ニ知ルコト能ハス故ニ裁判所ニ請求シテ取消スコトヲ要スト爲シタルナリ

以上ヲ以テ廢罷訴權ノ條件ヲ説明シ了レリ終ニ尙ホ一ノ説明ヲ要スルコトアリ蓋シ廢罷訴權ナルモノハ畢竟債權ナル財産權ヲ保護スル爲メノモノナルカ故ニ詐害行為ハ財産上ノ行為ナルコトヲ要シ身分上ノ行為ニ付テハ縱令其結果カ財産上ニ影響スル場合ニ於テモ廢罷訴權ニ依リテ

之ヲ取消スコトヲ得サルモノトス歐洲ニ在リテハ斯ルコトハ殆ト見ルヘカサル所ナリ何トナレハ歐洲ニ於テハ相續ト云ヘハ今日ニ於テハ皆財産相續ニシテ我邦ノ如ク家名相續或ハ家督相續ト云フ如キモノナク又婚姻ニ付テモ夫婦財産契約ナルモノアレトモ是レ婚姻トハ全ク別物ニシテ夫婦財産契約ヲ取消スモ其結果婚姻ノ效力ニ及ハス唯普通ノ夫婦財産制ト爲ルノミ故ニ歐洲ニ於テハ財産權ニ關スル法律行為ニ非サレハ廢罷訴權ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得スト規定スルノ必要ナシ然レトモ我邦ニ於テハ大ニ其必要アリ蓋シ我邦ノ相續ハ家督相續ヲ本則トスルモノニシテ相續ノ結果財産ヲ移轉スルモノナリ固ヨリ今日ノ實際ニ於テハ富豪家ノ相續ノ如キハ動モスレハ主トシテ財産ヲ讓受クルノ意思ヲ以テ相續ヲ爲スモ法律ノ眼ヨリ之ヲ觀レハ全ク附隨ノ效力タルニ過モス即チ家督相續ナルモノハ家名ヲ相續スルモノニシテ今一層法律的ニ云ハハ戶主權ノ相續即チ戶主ナル身分權ノ相續ニシテ其結果之ニ財産カ伴フモノナルカ故ニ其附隨ノ財産ヲ目的トシテ家督相續ナル身分權ノ相續ヲ取消スコト能ハス左レハトテ之ヲ分離シテ家名ノミヲ相續シ財産ハ相續セスト云ヘハ家名ヲ維持スルコト能ハサルヲ以テ是レ亦爲シ得ヘカラサルノ事ニ屬ス然ルニ實際ニ於テハ相續ニ因リテ債權者ヲ害スルコト尠カラス就中隱居等ニ付テハ動モスレハ債權者ヲ害スルノ目的ヲ以テ之ヲ爲スコトアリ得ヘキカ故ニ舊民法ノ如キハ財産取得編第三百九條第二項ニ於テ「隱居者カ債權者ヲ詐害スルノ意思ヲ以テ隱居ヲ爲サントスルトキハ債權者ハ故障ヲ申立ツルコトヲ得」ト規定シ以テ故障ノ結果隱居ヲ爲スコト

ヲ得サルニ至ラシメタリ而シテ財産ノミヲ眼中ニ置キテ之ヲ觀ルトキハ此ノ如キ規定ハ最モ必要ナルカ如シト雖モ前ニ述ヘタル如ク法律ノ眼ヨリ之ヲ觀レハ隱居ト雖モ其目的ハ財産相續ニ在ラスシテ家名相續ナリ而シテ是レ身分權ニ關係スルモノナルカ故ニ債權者カ如何ナル損害ヲ被ルモ之カ取消ヲ許スコト能ハス其他家督相續ノ承認又ハ拋棄ニ付テモ亦同シ(家督相續ハ家ニ在ル直系卑屬ノミハ其承認ヲ爲ササルヘカラサルモ其他ノ者ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得)然ルニ其相續カ不利益ナル相續即チ資産ヨリ負債額多キ場合ニ於テ相續人カ單純ノ承認ヲ爲シタルトキハ其負債ノ金額ヲ負擔セサルヘカラス然ルトキハ相續人ノ債權者ハ之ニ因リテ害ヲ受タヘキカ故ニ若シ相續人カ之ヲ知リナカラ相續ヲ爲シタルトキハ歐洲ニ於テハ之カ取消ヲ許セリ又家ニ在ル直系卑屬ニテモ新民法ニ於テハ限定承認ナルモノヲ認メ被相續人ノ資産ノ限度ニ於テ其債務ヲ負擔スルヲ目的トスル承認ヲ爲スコトヲ得ルニモ拘ハラズ單純承認ヲ爲シタルトキハ相續人ノ債權者ニ害ヲ及ホスニ至ルヲ以テ相續人ノ債權者ハ之ヲ取消サント欲スルハ理由ナキニ非ス或ハ相續人カ債權者ヲ害スル意思ヲ以テ大ニ利益アル相續即チ負債少クシテ資産多キ相續ヲ拋棄シタルトキハ詳言スレハ現在ノ自己ノ地位貧窮ニシテ債權者ニ對シ總テノ負債ヲ辨済スルコト能ハサル場合ニ於テ若シ相續ヲ爲セハ從來ノ債務ヲ皆済スルコトヲ得ヘキニ之ヲ拋棄シタルトキハ是レ債權者ヲ害スル行爲即チ所謂「詐害行爲」ナルカ故ニ歐洲ニ於テハ之ヲ詐害行爲トシテ取消ヲ許セリ然レトモ我邦ニ於テハ之ヲ許サズ蓋シ家督相續ノ制度ヲ採用セル

ノ結果ナリ然レトモ親族編及ヒ相續編ニ於テ種種ノ規定ヲ置キ以テ債權者ヲ保護セリ其重ナルモノヲ云ヘハ第七百六十一條第九百八十九條等ナリ我舊民法ニハ規定ナカリシモ新民法ニ於テハ財産ノ分離ナルモノヲ認メテ債權者ヨリ相續人ノ財産ト被相續人ノ財産トヲ分離シ被相續人ノ債權者ハ先ツ被相續人ノ財産ヨリ辨済ヲ受ケ相續人ノ債權者ハ先ツ相續人ノ財産ヨリ辨済ヲ受タルコトヲ請求スルコトヲ得セシムルカ故ニ相續ニ因リテ大ナル損害ヲ受タルノ憂ナシ要スルニ身分權ニ關スル事項ヲ財産權ノ制裁トシテ取消スコトヲ許スハ其當ヲ得サルカ故ニ之ヲ許サス

右ニ述ヘタル所ハ民法第四百二十四條ニ關スル説明ナリ同條ニ曰ク

債權者ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但し其行爲ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者カ其行爲又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラザリシトキハ此限ニ在ラス

前項ノ規定ハ財産權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セス

以上ヲ以テ廢罷訴權ノ條件ヲ了レリ尙ホ最後ニ一言注意スヘキハ民法ニ依レハ債務者ト法律行爲ノ受益者ト共ニ惡意ナラサルヘカラサルモ舊民法ニ云ヘル如ク通説ヲ必要トセサルコト是ナリ(財三百四十二條一項)故ニ單ニ惡意即チ債權者ヲ害スルコトヲ知レバ可ナリ此點ハ新舊法ノ大ナル差異ナリトス

## (乙) 廢罷訴權ノ效力

廢罷訴權ノ條件ハ右ニ説明シタル所ノ如シ而シテ其條件ノ具備セル場合ニ於テハ債權者ハ廢罷訴權ニ依リ債務者ト第三者トノ間ニ成立シタル法律行為ヲ取消スコトヲ得ヘシ此法律行為ノ取消ハ如何ナル效力ヲ生スルカ先ツ其大體ヲ述ヘンニ法律行為ハ取消サレタルモノナルカ故ニ第三百二十一條ニ規定セル如ク其取消サレタル行為ハ初ヨリ無効即チ成立セザリシモノト看做サルルナリ尤モ法律行為ハ當事者間ニ於テノミ效力ヲ有スルヲ本則トスルモノナリ而シテ此取消行為ハ債權者ト第三者トノ關係ニ屬シ債務者自ラ其法律行為ヲ取消スモノニ非サルカ故ニ債務者ノ利益ト爲ラサルハ疑ナキ所ナリ唯債權者ノ眼ヨリ觀レハ取消サレタル法律行為ハ初ヨリ成立セザリシモノト看做スカ故ニ債務者カ賣却シタル財産ハ依然債務者ノ財産トシテ存在セルモノト看做スモノナリ(贈與シタル財産亦同シ)然レトモ債務者ノ眼ヨリ觀レハ其法律行為ハ依然トシテ成立セルモノナルカ故ニ其結果トシテ若シ債權者ヨリ法律行為ヲ取消サレメニ債務者ト第三者トノ間ニ一旦成立シタル行為カ事實上其效力ヲ失フニ至レハ往往ニシテ債務者ハ第三者ニ對シテ償還ヲ爲ササルヘカラサルコトアリ例ヘハ債務者カ物ヲ賣却シタルトキハ買主ニ對シ賣主タルノ義務ヲ負擔スルモノナリ然ルニ若シ債務者カ債權者ニ對シテ債務ヲ履行セザル結果其賣買カ取消サレタルトキハ第三者ハ買主タル利益ヲ受クルコト能ハサルカ故ニ他ノ場合ニ於テ賣主カ買主ニ對シテ其義務ヲ履行セザルト同一ノ結果ト爲ルヘシ唯新民法ニ於テハ常ニ第

會ヨリ離隔スルノ方法ヲ採ルノ外ナシトスルナリ

## 第二 累犯加重ノ要件

(一) 累犯ハ總テノ犯罪ニ付テ加重スヘキヤ否ヤ 現行刑法ハ總テノ犯罪ニ付テ之ヲ加重シ新刑法ハ之ヲ單ニ懲役刑ヲ科スヘキ犯罪ニ限ル

(二) 加重ハ前犯ト後犯トノ間ニ罪質ノ同種ナルコトヲ要スルヤ否ヤ 現行刑法ハ一般の累犯ト特別の累犯トノ間ニ區別ヲ設ケス一般の累犯トハ前犯ト後犯トノ間ニ罪質ノ同一ナラサル場合ナリ特別の累犯トハ同種ノ犯罪ヲ反覆スル場合ナリ新刑法モ亦前犯ト後犯トカ共ニ懲役刑ニ該當スルコトヲ足ルト爲ス

(三) 加重ハ前犯ニ對スルノ刑カ宣告セラレタルコトヲ以テ足ルカ或ハ執行セラレタルコトヲ要スルカ 現行刑法ハ前犯ノ刑カ宣告セラレタルコトヲ以テ足ルトシ新刑法ハ前犯ノ刑カ執行セラレ又ハ免除セラレタルコトヲ必要トス

(四) 前犯ト後犯トノ間ニハ一定ノ期間ヲ必要トスルヤ否ヤ 現行刑法ハ違警罪ニ付テ前刑宣告後一年以内ニ累次ニ其違警罪裁判所區域内ニ於テ罪ヲ犯シタルコトヲ必要トスル外之ヲ必要トセス新刑法ハ前刑執行終了ノ日又ハ執行免除ノ日ヨリ五年以内ニ更ニ罪ヲ犯シタルコトヲ必要トス

(五) 後犯ハ前犯ニ比シ其刑ノ重キ場合ニ於テモ尙ホ之ヲ加重スルコトヲ要スルカ 現行刑法ハ

同一重罪ノ刑ニ處セラレタル者累犯重罪ニ該リ、同一重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル者累犯輕罪ニ該リ、同一違警罪ノ刑ニ處セラレタル者累犯違警罪ニ該ルコトヲ必要トス、新刑法ハ之ヲ必要トセズ。

### 第三 累犯加重ノ程度

(一) 加重ノ制度ニ三主義アリ第一ハ全然刑ノ種類ヲ變更スルモノナリ第二ハ刑ノ種類ヲ變セサルモ其最長期ヲ著シク増大スルモノナリ第三ハ刑ヲ多少加重スルニ止ムルモノナリ新刑法ハ第二ノ主義ヲ採リ、其最長期ヲ二倍スルコトトシ(新五七條)現行法ハ第三ノ主義ヲ採リ、刑一等ヲ加重スルニ止ム(現九一條乃至九三條)。

(二) 加重ハ犯罪累次ノ數ニ應ジテ追加スルコトヲ要スルヤ否ヤ現行刑法新刑法共ニ再犯ト三犯以上トノ間ニ差等ヲ設ケス(現九八條新五九條)。

(三) 加重ハ裁判所ノ任意タリヤ否ヤ現行法ハ法定的加重制ヲ採リ、新刑法ハ任意の加重制ヲ採ル。

### 第四 注意

(一) 外國ニ於テ宣告セラレ又ハ執行セラレタル刑罰ハ累犯加重ノ事由トナラス。  
(二) 裁判確定後累犯者タルコトヲ發見シタル場合ニ於テハ新刑法ハ累犯例ニ依リ更ニ其刑ヲ加重スルコトヲ許ス(新五八條刑施五三條)。

(三) 特別刑法殊ニ税法ノ類ニハ累犯加重ノ例ヲ用キストスルモノ多シ。

## 第二編 刑罰論

### 第一章 總論

#### 第一 刑罰ノ定義

現代ノ法制ニ於テ刑罰ノ通有性トセラルル所ノモノヲ舉クレハ刑罰トハ國家カ不法行為ニ對スル法律上ノ效果トシテ私人ニ科スル法益ノ剝奪ナリ分說スルコト次ノ如シ。

(一) 刑罰ハ國家ト私人トノ關係ニ於テ科セラルルモノナリ故ニ私人間ノ損害賠償及ヒ國家間ノ戰爭ハ刑罰ニ非サルナリ。

(二) 刑罰ハ不法行為ニ對スル制裁ナリ故ニ國家カ租稅ヲ徵收シ軍事上ノ徵發ヲ爲シ公益事業ニ關シテ公用徵收ヲ爲スハ刑罰ニ非サルナリ。

(三) 刑罰ハ法益ノ剝奪ナリ刑罰ハ犯罪ノ撲滅ヲ目的トスルモノナルカ故ニ廣ク刑罰ノ意義ヲ解スルトキハ犯罪ノ撲滅ヲ目的トスル總テノ施設ハ之ヲ刑罰ト稱スルコトヲ得ルナリ然レトモ一般ノ意義ニ於テ刑罰トハ此等ノ施設中法益剝奪ナル方法ニ依ルモノヲ指稱スルナリ。

刑罰ハ之ヲ實質的ニ觀察スルト同時ニ又之ヲ形式的ニ觀察セサルヘカラス形式的ノ意義ニ於テ刑罰トハ法律カ刑罰ナル名稱ヲ付シテ規定スル所ノ制裁ナリ。



## 第二 刑罰ノ目的

刑罰ハ犯罪ノ鎮壓ヲ以テ其最後ノ目的ト爲ス然レトモ又之ヲ次ノ三個ノ方面ヨリ觀察シテ刑罰ノ作用ヲ分類スルコトヲ得ヘシ

(一) 犯人ニ對スル方面 刑罰ハ犯人ニ對シテ其作用ヲ爲ス學者之ヲ稱シテ特別の豫防ト謂フ之ヲ別ヲ又二トス

(甲) 社會の適合 刑罰ハ犯人ノ惡性ヲ矯メテ以テ犯人ノ性格ヲ社會の生活ニ適合セシムルノ作用ヲ有ス而シテ此目的ノ爲メニ刑罰ハ或ハ犯人ニ對スル匡正手段ナルコトアリ即チ犯人ヲ道德的ニ訓練スルナリ或ハ教育手段ナルコトアリ即チ犯人ニ營生ノ技術ヲ教フルナリ或ハ威嚇手段ナルコトアリ即チ犯人ヲシテ刑ヲ避クルカ爲メニ惡ヲ避クルニ至ラシムルノ手段トスルナリ

(乙) 社會の離隔 刑罰ハ又犯人ヲ社會ヨリ離隔シテ社會ニ對スル侵害ヲ不能ナラシムルコトヲ其目的トス而シテ刑罰ハ此目的ノ爲メニ犯人ヲ或ハ全然社會ヨリ離隔シ或ハ一時離隔ス

(二) 社會ニ對スル方面 刑罰ハ一般社會ヲ警戒シテ後車ノ覆轍ヲ防クコトヲ目的トス學者此作用ヲ稱シテ一般の豫防ト謂フ

(三) 被害者ニ對スル方面 刑罰ハ又被害者ニ對シ其法益ニ對スル不當ノ侵害カ觀過セラレザリシトノ満足ヲ與フルノ作用ヲ有スルモノナリ

刑罰ハ此ノ如ク三個ノ作用ヲ有スルモノナリ而シテ其何レニ重ヲ置クカハ時代ニ依リテ差異アリ古代ノ刑法ハ被害者ニ對スル方面ヲ主トシタルモ中世ノ刑法ハ寧ロ一般の豫防ヲ主トシタル然レトモ現代ノ理想ハ個人法益ノ剝奪ヲ最小限度ニ止メテ以テ社會ノ利益ヲ防衛セントスルニ在ルカ故ニ被害者ニ對スル點ハ之ヲ損害賠償ニ讓リ社會ニ對スル點ハ之ヲ豫防警察ニ讓リ刑罰ハ只特別の豫防ヲ目的トシテ殊ニ社會の適合ヲ以テ其主眼トス而シテ一般の豫防及ヒ被害者ノ満足ハ其反射的の效果タルニ過キストセラレ

## 第三 刑罰ノ主體

原則トシテ刑罰ノ主體ハ犯人ナリ沿革ヲ論スルトキハ刑罰ハ犯人ノ一身ニ止マラス更ニ其親族ニ及ヒタルコトアルモ現代ノ思想ニ於テハ刑罰ハ獨リ其犯人ニ止マルヲ原則トス但此例外トシテ見ルヘキモノアリ次ノ如シ

(一) 新聞紙條例及ヒ出版法ノ違犯ニ付テハ其署名ノ發行人編輯人及ヒ印刷人ヲ罰スヘキモノトス其實ノ犯人ノ如何ヲ問ハス判例亦之ニ同シ(但此點ニ付テハ異論アリ)

參考 泉二法學士「大審院判例ノ趨勢四、新聞紙條例違反ノ件」(法學協會雜誌二四卷四號)  
(二) 特別刑法殊ニ税法ハ家族雇人同居人其他ノ從業者ノ行爲ニ付テ其主人ヲ罰スル旨ノ規定ヲ爲ス(例ヘハ酒造税法三二條)

(三) 法人ノ刑事責任モ予輩ノ解スル所ニ依レハ他人ノ行爲ニ對スル責任ナリ

#### 第四 刑罰ノ種類

刑罰ハ之ヲ別テテ生命刑身體刑自由刑能力刑及ヒ財産刑ト爲ス生命刑ハ生命ヲ絶ツノ刑ナリ身體刑ハ直接ニ身體ニ苦痛ヲ與フルノ刑ナリ自由刑ハ一定ノ場所ニ監置シテ自由ヲ剝奪スルノ刑ナリ能力刑ハ法律上ノ能力又ハ資格ヲ剝奪スル刑ナリ財産刑ハ財産權ヲ剝奪スル刑ナリ現行法及ヒ新刑法ニハ身體刑ナシ但臺灣及ヒ關東州ニ於テハ答刑ノ制アリ

刑罰ハ又之ヲ別テテ主刑及ヒ附加刑トス(現六條新九條)

刑罰ハ又之ヲ別テテ重罪ノ刑輕罪ノ刑及ヒ違警罪ノ刑トス(現七條乃至一〇條刑施三三條三五條三一條)

### 第二章 刑罰ノ適用

#### 第一 總說

刑ヲ定ムルニ絶對的法定制ト相對的法定制トアリ我法制ハ裁判所ニ刑罰選擇ノ餘地ヲ與ヘテ即チ所謂相對的法定制ヲ採ル

刑ニ法定刑ト宣告刑トアリ法律カ抽象的ニ一定ノ犯罪ニ對シ定メタル刑ヲ法定刑ト爲シ個個ノ場合ニ於テ裁判所カ實際宣告スル所ノモノヲ宣告刑ト爲ス

宣告刑ニ絶對決定主義ヲ採ル場合ト相對決定主義ヲ採ル場合トアリ所謂不定期刑ノ制度即チ豫

メ一定ノ期間ヲ定ムルコトナクシテ禁錮ヲ言渡シ改役ヲ俟テ釋放スル制度ノ如キハ此後者ニ屬スルモノナリ我法制ハ相對法定主義ヲ採ラス即チ裁判所ハ其宣告ニ於テ犯人ニ科スヘキ刑ヲ一定ス

#### 第二 刑罰ノ輕重

法律ハ屢々刑ヲ比較シ重ニ從テ處斷スヘキコトヲ命スルコトアリ之ニ關シテ二個ノ問題アリ其一ハ種類ヲ異ニスル刑罰間ニ其差異ヲ定ムル標準如何ノ點是ナリ其二ハ兩個ノ刑ノ比較ハ法定刑ヲ以テスヘキヲ將タ宣告刑ヲ以テスヘキヤノ點ナリ

新刑法ハ明文ヲ以テ之ヲ解決シタリ(新一〇條)即チ次ノ如シ

- (一) 刑罰ノ種類ヲ異ニスル場合ニ於テハ死刑ヲ重トシ以下懲役禁錮罰金拘留科料ノ順序ヲ以テ下ル但無期禁錮ト有期懲役トハ禁錮ヲ以テ重トシ有期禁錮ノ長期カ有期懲役ノ長期ノ二倍ヲ超ユルトキハ禁錮ヲ以テ重トス
- (二) 同種ノ刑ニ在リテハ法定刑ヲ以テ其輕重ヲ定ム而シテ法定刑ノ輕重ハ先ツ自由刑ニ付テハ其長期ヲ財産刑ニ付テハ其多額ヲ比較シテ其輕重ニ從フ若シ長期多額カ同シキハ短期寡額ヲ比較シテ其輕重ニ從フ
- (三) 若シ刑ノ最上限制最下限制カ全ク同シキハ犯情ニ依リ之ヲ定ム犯情ハ即チ宣告刑ヲ定ムルモノナルカ故ニ終局刑ト輕重ハ宣告刑ニ依テ定マルナリ二個以上ノ死刑ニ在リテ其宣告

刑ハ同一ナルカ故ニ之ヲ比較シテ輕重ヲ定ムルヲ得ス此場合ニ於テハ一ニ犯情ニ依ルナリ

現行法カ此點ニ關スル規定ハ甚タ不完全ナリ（現一〇〇條二項三項）即チ次ノ如シ

（一）性質ヲ異ニスルノ刑罰間ニ於ケル比較ニ付テハ重罪ニ關シテ刑期ノ長キヲ重トシ刑期ノ同シキモノハ定役アルヲ重トスル旨ノ規定アルノミ輕罪ニ關シテハ規定ナキモ同様に越旨ト解スルヲ得ヘシ問題トナルハ自由刑ト財産刑トノ比較ナリ罰金及ヒ科料ニ關スル換刑規定（現二七條三〇條）ニ從ヒ之ヲ輕禁錮又ハ拘留ニ換算シテ之ヲ比較スヘキモノト解ス

（二）比較ノ基礎ハ法定制ナルヘキカ宣告刑ナルヘキカ此點ニ付テハ輕罪ニ關シテ所犯情狀重キモノニ從フヘキ旨ノ規定アルノミ然レトモ予輩ハ此原則ヲ重罪ニモ適用シ比較ハ常ニ宣告刑ヲ以テスヘキモノト解ス故ニ宣告刑ノ輕重ヲ其刑期定役ニ從テ定メ茲ニ犯罪ノ輕重ヲ定ムルコトヲ得ルコトナル但多數說ハ先ツ法定刑ヲ比較シ法定刑ノ同シキ場合ニ於テ所犯情狀ニ依ルヘキモノト爲スカ如シ

### 第三 減免

刑ノ減免ヲ別チテ二トス一ハ法律上ノ減免ニシテ他ハ裁判上ノ減輕ナリ裁判上ノ減輕即チ酌量減輕トハ法律所定ノ減輕ヲ爲シタル後尙ホ裁判所ノ意見ヲ以テ減輕スルヲ謂フ現行刑法新刑法共ニ之ヲ認ム（現八九條九〇條新六六條六七條）

法律上ノ減免ニ種種アリ之ヲ新刑法ト現行法トニ別チテ説明スヘシ

新刑法ニ於ケル法律上ノ減免次ノ如シ

（一）特別減免 右本條ニ於テ規定セル減輕及ヒ免除ナリ例ヘハ新刑法第一二三條、第一七〇條、第一七三條、第一九八條、第二〇一條ノ如シ

（二）耗弱減輕（新三九條二項）

（三）法律ノ不知ニ因ル減輕（新三八條三項）

（四）從犯減輕（新六三條）

（五）未遂減輕（新四三條）

（六）程度ヲ超エタル防衛行爲（新三六條二項）

（七）程度ヲ超エタル避難行爲（新三七條一項）

（八）自首減輕（新四二條）

現行法ニ於ケル法律上ノ減免次ノ如シ

（一）特別減輕 各本條ニ於テ規定スル減輕ナリ例ヘハ現行刑法第一二三條、第一六四條第二項、第一八一條、第一八六條、第一八七條、第一八八條、第一九〇條、第二〇八條第二項、第二二三條、第二二八條、第三四三條ノ如シ

（二）宥恕減輕 宥恕減輕ヲ別チ二トス年齡減輕及ヒ挑發減輕是ナリ年齡減輕ハ現行刑法第八〇條、第八一條及ヒ第八三條ニ規定スル所ナリ挑發減輕トハ現行刑法第三〇九條乃至第三一二

條ニ規定スル所ニシテ各本刑ニ照ラシ二等又ハ三等ヲ減ス(現三二三條)減輕事由ノ第一ハ自己ノ身體ニ暴行ヲ受クルニ因リ直チニ怒ヲ發シ暴行人ヲ殺傷スル場合ナリ但不正ノ所爲ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス(現三〇九條)其二ハ毆打シテ互ニ創傷シ其手下スノ先後ヲ知ルコト能ハサル場合ナリ(現三一〇條)其三ハ本夫其妻ノ姦通ヲ覺知シ姦所ニ於テ直チニ姦夫又ハ姦婦ヲ殺傷シタル場合ナリ(現三一一條)其四ハ晝間故ナク人ノ住居シタル邸宅ニ入り若クハ門戸墻壁ヲ踰越損壞セントスル者ヲ防止スル爲メ之ヲ殺傷シタル場合ナリ(現三一二條)

(三) 從犯減輕(現一〇九條)

(四) 未遂減輕(現一二二條)

(五) 程度ヲ超エタル防衛行爲(現三一六條)

(六) 自首減輕(現八五條)

自首減輕ニ付テハ新刑法及ヒ現行法ニ通シテ説明スヘキモノアリ次ノ如シ

(一) 自首ノ要件 自首ニハ三個ノ要件ヲ必要トス

(甲) 犯人自ラ進テ其犯罪ヲ告知スルコトヲ要ス故ニ官ヨリ推問セラレタル後自己ノ罪ヲ告タルハ明白ニシテ自首ニ非ス

(乙) 犯罪捜査ノ權限アル官吏官署ニ向テ其犯罪ヲ告知スルコトヲ要ス搜查權アル官吏ハ檢事及ヒ司法警察官ナリ司法警察官ノ何タルカハ刑事訴訟法ニ定ムル所ナリ(刑訴四七條四八條)問題トナルハ逡巡ニ對スル自首トシテ其效アリヤ否ヤノ點ナリ逡巡ハ司法警察官ニ非ス然レトモ司法警察官ノ補助機關トシテ活動スル者ナルカ故ニ之ニ對スル自首ハ其效力アルモノナリト解ス

(丙) 未タ發覺セサル犯罪ニ係ルコトヲ要ス但此場合ニ於ケル發覺トハ犯罪事實又ハ犯人ノ知レサルコトヲ意味スルモノニシテ假令犯罪事實ハ發覺シテ現行犯タル場合ニ於テモ犯人ノ知レサル間ハ自首シテ以テ減輕ヲ受クルヲ得ルモノトス

(二) 自首ノ效力 現行法ニ於テハ原則トシテ本刑ニ一等ヲ減ス(現八五條)但例外アリ次ノ如シ

(甲) 謀故殺罪ニ付テハ自首減輕ナシ(現八五條但書)茲ニ謀故殺トハ形式的ニ法律カ謀故殺ト稱スルモノノミヲ指スカ(現二九二條乃至二九八條)或ハ實質的ニ總テノ謀故殺ヲ指スカニ關シテ疑アリ予輩ハ實質說ヲ採ル故ニ強盜殺人(現三八〇條)ノ場合ニ於テモ自首ノ效ナキモノト解ス

(乙) 財産ニ對スル罪ヲ犯シタル者自首シテ其贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタル時ハ自首減輕ノ外仍ホ本刑ニ二等ヲ減ス其全部ヲ還價セスト雖モ半數以上ヲ還價シタル時ハ一等ヲ減ス(現八六條)

自首ニ關シテハ尙ホ各本條ニ特例ヲ認ムルコト多シ(現一二六條一九二條二二六條)



新刑法ニ於テハ自首ハ單ニ刑ヲ減輕セラルルヲ得ルニ止マル(新四二條)各本條ニ特例ヲ認ムルコト現行刑法ニ同シ(新八〇條、一七〇條、一七三條)

(三) 準自首 現行刑法ニ於テハ財産ニ對スル犯罪ニ付キ被害者ニ首服シタルトキハ其效力自首ニ同シ(現八七條)新刑法ニ於テハ親告罪ニ付キ告訴權者ニ首服シタルトキハ其效力自首ニ同シ(新四二條二項)

減免一般ニ關シテ茲ニ一ノ注意ヲ爲スヘキモノアリソハ犯罪ノ不成立ト刑ノ免除ト刑ノ執行ノ免除トノ差異ナリ即チ次ノ如シ

(一) 犯罪不成立ノ場合ニ於テハ檢事ハ之ヲ訴追スルコトヲ得ス何トナレハ犯罪カ全然成立セサルモノナレハナリ新刑法ハ犯罪不成立ヲ意味スル場合ニ於テハ「云云ノ行爲ハ之ヲ罰セス」トノ規定ヲ用フ(新三五條乃至四一條、一〇五條)

(二) 刑ノ免除ノ場合ニ於テハ犯罪ハ成立スルモ刑ナシ故ニ之ヲ處罰スルコト能ハサルモ檢事ハ尙ホ公訴ヲ提起シテ其犯罪ヲ證明セサルヘカラス(刑訴一條)新刑法ハ此ノ如キ場合ニ於テ常ニ刑ヲ免除ストノ規定ヲ用フ(新三六條二項、三七條一項、四三條、八〇條、一七〇條、一七三條、一九八條、二〇一條、二四四條、二五一條、二五五條)

(三) 刑ノ執行ノ免除ノ場合ニ於テハ刑アルモ單ニ事實上其執行ヲ爲サスト謂フニ止マル故ニ刑ノ執行ノ免除ハ累犯加重ノ事由トナル(新五六條)新刑法ハ此ノ如キ場合ニ特ニ執行ノ免除

ト規定シ明カニ刑ノ免除ト區別ス(新三一條假出獄ニ付テハ別ニ規定ナキモ其效力ハ刑ノ執行ノ免除ナリ新二八條)

#### 第四 加重

加重ニ裁判上ノ加重ナシ

法律上ノ加重ヲ別テ二トス現行法ニ於テハ再犯加重及ヒ特別加重即チ各本條ノ加重(例ヘハ現一四五條、一四六條、一七一條二項、二〇四條二項、三〇二條、三二七條、三三二條、三三八條、三六九條、三七九條ノ如シ)是ナリ新刑法ニ於テハ累犯加重及ヒ併合罪ノ加重是ナリ

#### 第五 加減例

加減例ハ之ヲ現行法ノ規定ト新刑法ノ規定トニ分チテ説明セサルヘカラス

(一) 現行法ノ規定ハ次ノ如シ

加減ノ問題ヲ生スルハ主刑及ヒ附加ノ罰金ニ限ル其他ノ刑罰ニ付テハ加減ノコトナシ加減ノ單位ヲ「等」ト稱ス

重罪ノ刑ハ國事ニ關スル罪ト然ラサルモノトニ依テ加減ヲ異ニス通常ノ重罪ニ在リテハ死刑無期徒刑有期徒刑重懲役輕懲役ノ順序ヲ以テ上下シ(現六七條)國事ニ關スル重罪ニ在リテハ死刑無期徒刑有期徒刑重懲役輕懲役ノ順序ヲ以テ上下ス(現六八條)即チ死刑ヨリ一等ヲ減スルトキハ無期ノ徒刑若クハ流刑トナリ輕懲役輕禁獄ニ一等ヲ加重スルトキハ重懲役重禁獄トナル

但如何ナル場合ニ於テモ加重シテ死刑ニ入ルコトヲ得ス（現六六條但書）輕懲役輕禁獄ヨリ一  
等ヲ減スルトキハ輕罪ノ刑ニ下リ二年以上五年以下ノ重禁錮輕禁錮トナル（現六九條）  
輕罪ノ刑ハ刑期金額ノ四分ノ一ヲ以テ一等ト爲ス（現七〇條）即チ竊盜ノ刑二年以上四年以下  
ノ重禁錮（現三六六條）ニ一等ヲ加重スルトキハ二月十五日以上五年以下トナリ過失殺ノ刑二  
十圓以上二百圓以下ノ罰金（現三一七條）ニ一等ヲ加重スルトキハ二十五圓以上二百五十圓以  
下トナル但重禁錮輕禁錮ヲ加重スルコトニ依テ重罪ハ刑即チ輕懲役輕禁獄ニ至ルコトヲ得ス但  
禁錮ヲ加重スルノ結果七年ニ至ルコトヲ許ス（現七〇條二項）若シ禁錮罰金ヲ減盡シタルトキ  
ハ之ヲ釋放スルコトナクシテ拘留又ハ科料ニ處ス減輕ノ結果禁錮ノ短期カ十日以下ニ下リ罰金  
ノ寡數カ一圓九十五錢ニ下ルトキハ亦拘留科料ニ處スルコトヲ得（現七一條）問題トナルハ此  
最後ノ場合ニ於テ拘留科料ニ處スルトキハ其減輕シタル最小限ノ日數又ハ金額ヲ下ルコトヲ得  
ルヤ否ヤノ點ナリ予輩ハ積極ニ解ス何トナレハ法文ハ此場合ニ關シテ單ニ拘留科料ニ處スルコ  
トヲ得ル旨ヲ規定スルニ止マリ其最小限ニ關シテ特別ナル制限ヲ爲サレハナリ  
違警罪ノ刑ニ付テモ拘留科料ノ日數金額其四分ノ一ヲ以テ一等ト爲ス但拘留ハ加ヘテ禁錮ニ至  
ルコトヲ得ス只拘留十二日ニ至ルコトヲ許ス科料ハ加ヘテ罰金ニ至ルコトヲ得ス只科料二圓  
四十錢ニ至ルコトヲ許ス而シテ之ヲ減シテ一日以下又ハ五錢以下ニ下スコトヲ得ス（現七二  
條）

附加ノ罰金ハ主刑ニ從テ加減シ其四分ノ一ヲ以テ一等ト爲ス若シ減盡シタルトキハ止タ主刑ヲ  
科ス（現七四條）若シ其寡額カ二圓以下ニ下リ裁判所カ二圓以上ノ罰金ヲ適當トシタルトキハ  
罰金トシテハ減盡シタルモノナルカ故ニ只主刑ヲ科スルニ止ムヘキモノト解ス

總テ禁錮拘留ヲ加減スルコトニ因テ其期限ニ一日以下ノ端數ヲ生シタルトキハ之ヲ除棄ス（現  
七三條）

（二）新刑法ノ規定ハ次ノ如シ

併合罪ノ加重及ヒ累犯ノ加重ハ既ニ述ヘタリ再說セス（新四七條以下及ヒ新五七條）但有期ノ  
懲役又ハ禁錮ハ加ヘテ二十年ヲ超ユルコトヲ得ス（新一四條）例ハ竊盜ノ刑ハ一年以上十年  
以下ノ懲役ナリ（新二三五條）之ニ累犯ノ加重ヲ爲ストキハ二十年以下ノ懲役トナリ更ニ併合  
罪ノ加重ヲ爲ストキハ三十年ニ上ルコトヲ得然レトモ常ニ之ヲ二十年ニ止ムルナリ  
減輕スヘキ法律上ノ理由アルトキハ其理由ノ一個ナルト數個ナルトヲ問ハス次ノ例ニ依ル（新  
六八條）但酌量減輕ノ場合ニ於テハ別ニ又之ヲ減輕ス（新六七條）  
（イ）死刑ヲ減輕スヘキトキハ無期又ハ十年以上ノ懲役若クハ禁錮トス  
（ロ）無期ノ懲役又ハ禁錮ヲ減輕スヘキトキハ七年以上ノ有期懲役又ハ禁錮トス  
（ハ）有期ノ懲役ハ禁錮ヲ減輕スヘキトキハ其刑罰ノ二分ノ一ヲ減ス故ニ刑ノ最大限ノミナラ  
ス亦其最小限モ減輕セラルヘシ而シテ減輕ニ依テ懲役禁錮ノ通常ノ最小限即チ一月（新二三

條)ヲ下ル場合ニ在テモ尙ホ之ヲ懲役禁錮トシテ處分ス(新二四條)

(二) 罰金ヲ減輕スヘキトキハ其金額ノ二分ノ一ヲ減ス此場合ニ於テモ亦罰金ハ其通常ノ最小限即チ二十圓(新二五條)ヲ下ルコトヲ得ルナリ(新二五條但書)

(ホ) 拘留ヲ減輕スヘキトキハ其長期ノ二分ノ一ヲ減ス只長期ヲ減スルニ止メ短期ニ及ハス  
(ハ) 科料ヲ減輕スヘキトキハ其多額ノ二分ノ一ヲ減ス只多額ヲ減スルニ止メ寡額ニ及ハス  
法律ニ依リ刑ヲ減輕スヘキ場合ニ於テ各本條ニ個以上ノ刑名アルトキハ先ツ適用スヘキ刑ヲ定メ其刑ヲ減輕ス(新六九條)例ヘハ公務員ニ對スル職務妨害罪ハ懲役又ハ禁錮ノ刑ニ該リ(新九五條)公務員ノ施シタル封印ノ破棄罪ハ懲役又ハ罰金ニ該ル(新九六條)此ノ如キ場合ニ其適用ヲ見ルヘシ(其他新二〇六條、一〇七條、一三三條、一三四條等其例多シ)

懲役禁錮又ハ拘留ヲ減輕スルニ因リ一日ニ滿タサル時間ヲ剩ストキハ之ヲ除棄ス罰金又ハ科料ヲ減盡スルニ因リ一錢ニ滿タサル金額ヲ剩ストキ亦同シ(新七〇條)

### 第六 加減順序

現行法ノ規定次ノ如シ(現九九條)

- (一) 同種類ノ原因ニ因リ二等以上ヲ加減スヘキトキハ通加通減ス
- (二) 特別加減從犯減輕及ヒ未遂犯減輕ハ通加通減ス
- (三) 右ノ外別種ノ原因ニ因リ本刑ヲ加減スルトキハ遞加遞減ス

(四) 加減ノ順序ハ先ツ本刑ヲ基礎トス本刑トハ各本條ニ定ムル所及ヒ特別加減從犯減輕及ヒ未遂犯減輕ニ因テ生シタルモノナリ(現九九條但書)然ル後先ツ再犯加重ヲ爲シ之ニ基テ次ニ宥恕減輕ヲ爲シ次ニ自首減輕ヲ爲シ次ニ酌量減輕ヲ爲ス

大審院ノ判例ハ此點ニ關シテ予輩ノ見解ト趣ヲ異ニス即チ大審院ハ再犯加重以下酌量減輕ノ間ニ於テモ通加通減ヲ爲シ只本刑ト是等ノ加重減輕トノ間ニノミ遞加遞減ヲ爲スヘシトス新刑法ニ於テハ通加減ノ問題ナシ加減ハ先ツ再犯加重ヲ第一トシ次ニ法律上ノ減輕次ニ併合罪ノ加重次ニ酌量減輕ニ從テ遞加減ス(新七二條)

## 第三章 刑罰ノ執行

### 第一 總說

(一) 刑ノ執行期 刑ハ裁判確定シテ後之ヲ執行ス(現五〇條刑訴三二七條)死刑ヲ除ク外即日ヨリ執行ス(刑訴三一九條)

(二) 刑ノ執行官 刑ハ檢事ノ指揮ニ依テ之ヲ執行ス(刑訴三二〇條)執行ノ實務ニ從事スルハ司獄官、警察官及ヒ執達吏ナリ

(三) 刑期ノ計算 刑期ノ計算ニ付テハ現行法ト新刑法トノ間稍、其規定ヲ異ニス

(イ) 起算點 現行法ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算ス(現五一條)新刑法ハ裁判確定ノ日ヨリ起算ス

(新三條) 現行法ハ上訴ノ場合ニ於テ被告人ノ利益ノ爲メニ種種ノ規定ヲ爲スモ(現五一條)此ノ如キ規定ハ其論理上ノ根據ナキノミナラス又甚タ錯雜ナリ故ニ新刑法ハ之ヲ廢シ之ニ代ヘテ裁判所ニ未決勾留ノ日數ノ全部又ハ一部ヲ本刑ニ算入スルノ權能ヲ認メ之ニ依テ實際ノ適用ヲ圓滑ナラシメントス

(四) 計算方法 現行法ハ一日ヲ二十四時トシ一月ヲ三十日トシ一年ヲ曆ニ從テ算定スヘキモノトス新刑法ハ年月ヲ曆ニ從ヒ日モ亦時間ニ從フコトナシ受刑ノ初日ヲ一日トシ放免ノ日ヲ刑期ニ算入セサルコト現行法及ヒ新刑法共ニ同シ(現四九條二項新二四條)

## 第二 死刑

方法ハ絞、場所ハ獄内、時期ハ司法大臣ノ命令アリタル日ヨリ三日以内(現一三條刑訴三一八條)但大祀令節國祭ノ日ハ之ヲ行ハス(現一四條刑法附則四條新監獄法七一條)又姪婦ニ付テハ分曉後相當ノ時期ヲ俟テ之ヲ執行ス現行法ニ於テハ分曉後百日トシ(現一五條)新刑法ノ下ニ於テハ分曉後司法大臣ノ命令ヲ俟テ執行スルモノトス(刑施法四八條、刑訴法三一八條ノ三ノ二項)尙ホ新刑法ノ下ニ於テハ心神喪失者ニ對シテハ死刑ノ執行ヲ停止スル旨ノ規定アリ(刑施法四八條、刑訴法三一八條ノ三ノ一項)常ニ密行ス(刑附二條、刑施法四八條)

參考

小河博士「刑法改正案ノ二大眼目」

勝本博士「死刑ニ付キ」(京都法學會雜誌二卷四號)

死刑ニ關聯シテ研究スヘキハ身體刑ナリ即チ臺灣及ヒ關東洲ニ於テ現ニ實施セラルル所ノ

答刑ナリ參考論文

小河博士「臺灣答刑例ニ就テ」(法學協會雜誌二卷四號五號)

鈴木學士「小河氏ノ答刑論ヲ讀ム」(法學協會雜誌二卷六號七號)

## 第三 自由刑

(一) 現行法認ムル所ノ自由刑十二種アリ次ノ如シ曰ク無期徒刑曰ク有期徒刑(十二年以上十五年以下)曰ク重懲役(九年以上十一年以下)曰ク輕懲役(六年以上八年以下)曰ク輕禁獄(六年以上八年以下)以上ヲ重罪ノ主刑トス曰ク重禁錮曰ク輕禁錮(共三十一日以上五年以下)以上ヲ輕罪ノ主刑トス曰ク拘留(一日以上十日以下)之ヲ違警罪ノ主刑トス而シテ監視ヲ附加刑トス(現一七條以下)

自由刑ハ之ヲ別チテ定役アルモノト定役ナキモノトス定役アルモノハ徒刑懲役及ヒ重禁錮ナリ定役ナキモノハ流刑禁獄及ヒ輕禁錮ナリ而シテ徒刑流刑ハ之ヲ島地ニ發遣ス(現一七條二〇條)但現行監獄則ニ於テハ集治監ヲ以テ徒刑刑囚ヲ拘禁スル所トス

定役ニ服スル囚人ノ工錢ハ其幾分ヲ囚人ニ給與ス(現二五條)無定役囚ニシテ監獄内ニ於テ自ラ



作業ヲ爲サントラ請フ者ニ對シテハ之ヲ許ス(現監獄則一九條)

監視ハ主刑ノ終リタル後尙ホ將來ヲ檢束スル爲メ警察官吏ヲシテ犯人ノ行狀ヲ監視セシムルコトヲ目的トスルモノナリ監視執行ノ方法ハ刑法附則ニ之ヲ規定ス(刑附二七條)其規定ヲ犯ストキハ刑法上ノ制裁アリ(現一五五條)

(二) 新刑法認ムル所ノ自由刑三アリ懲役、禁錮及ヒ拘留是ナリ懲役ハ定役アルモノニシテ禁錮ハ定役ナキモノナリ其ニ有期ト無期トアリ有期ハ一月以上十五年以下トス(新二二條一三條)拘留ハ一日以上三十日未滿トシ定役ナシ(新二六條)

未定役囚ニ對シテハ其希望ニ依リ作業ヲ許ス(新監獄法二六條)作業ノ收入ハ囚人ニ給セス總テ國庫ノ所得トシ(新監獄法二七條)之ヲ監獄慈惠ノ用ニ充ツ(新監獄法六條)但作業賞與金(新監獄法二七條)及ヒ被釋放者ニ對スル衣服旅費ノ給與ノ制アリ(新監獄法七〇條)

新刑法ニハ監視ノ制ナシ

自由刑ノ執行ハ場合ニ依リテ之ヲ停止ス即チ囚人カ心神喪失ノ狀態ニ在ルトキ又ハ刑ノ執行ニ因リ生命ヲ保ツコト能ハサル虞アルトキ又ハ受胎後七月以上ナルトキ又ハ分娩後一ヶ月ヲ經過セサルトキ是ナリ(刑施設法四九條、刑訴法三一九條二項)

十八歳以下ノ囚人ハ特設ノ監獄又ハ監獄内ノ特ニ分界ヲ設ケタル區域ニ之ヲ拘禁ス(新監獄法二條)

(三) 未決拘留ハ刑ノ執行ニ非ス但新刑法ハ其全部又ハ一部ヲ本刑ニ算入スルコトヲ許ス(新二二條)

(四) 懲治ハ刑罰ニ非ス但懲治場ハ現行監獄則ニ於テ之ヲ監獄ノ一種トス新刑法ニ於テハ懲治ノ制ナシ但刑法施行法ハ新刑法施行後モ尙ホ懲治留置ノ執行ハ従前ノ例ニ從ヒ唯司法大臣ハ何時ニテモ其留置ヲ解キ又ハ感化院ニ入院セシムルコトヲ得ルモノトス(刑施設法一六條)

參考

小河博士「監獄學」

小河博士「獄事談」

谷野學士「監獄學」

第四 財産刑

(一) 財産刑ニ三種アリ罰金科料及ヒ沒收是ナリ現行法及ヒ新刑法共ニ其種目ヲ同シクス追懲金(現二八條、新一九七條)モ亦刑罰ナリトノ判例アリ

收賄罪ニ依テ得タル財物ハ沒收セラルル外其財物ニシテ既ニ他人ニ歸屬シタルカ又ハ其他ノ事由ニ基キ沒收スルコト能ハサルニ至レルモノハ之ヲ追懲金スルナリ此追懲金ノ性質ニ付テハ固ヨリ議論ヲ免レス判例ハ之ヲ刑罰ナリト解シタルモ法律ハ其刑罰ノ種目ニ於テ(現七條乃至一〇條新九條)追懲金ナルモノヲ認メサルヲ以テ之ヲ形式的意義ニ於ケル刑罰ナ

リト解スルコト困難ナルヲ免レスト寧ロ之ヲ一種ノ刑罰的處分ト解スルモ之ヲ以テ刑罰ナ  
リトハ爲ササルコト妥當ナルヘキカ判例ハ之ヲ刑罰ナリト解シ追懲金ハ犯人ノ相續人ニ及  
フヘキモノニ非スト決シタルモ此事ハ追懲金ヲ刑罰ト解セスシテモ尙ホ之ヲ主張スルコト  
ヲ得ヘシ何トナレハ追懲金ハ之ヲ犯人ヨリ追懲スヘキモノトシタルコト法文ノ趣旨ヨリシ  
テ必スシモ推知シ得ラレサル所ニ非サレハナリ而シテ判例ハ他方ニ於テ追懲金ハ共同正犯  
ニ於テ連帶的ニ負擔スヘキモノトシタリ是レ追懲金ヲ刑罰ト解スルコトヨリ當然演繹セラ  
ルヘキ結論ニ非ス何トナレハ刑罰ハ犯人各自ニ對スルモノニシテ刑罰ノ連帶ナル觀念ハ近  
世ノ觀念ノ許容セサル所ナレハナリ蓋シ追懲金ニ連帶責任ヲ認ムルハ沒收ノ精神ヲシテ遺  
憾ナク遂行セシメントスルニ在リ若シ此精神ヨリ論シ更ニ共犯ニ於ケル主タル犯人ト從タ  
ル犯人トノ區別ハ理論上根據ナキモノナルコトヲ回想スルトキハ追懲金ハ總テノ共犯者ニ  
連帶ニシテ之ヲ獨リ共同正犯ニ限ラサルモノト解スルコト妥當ナルヘシ

(二) 罰金、科料 現行法ニ於テ罰金ハ二圓以上科料ハ五錢以上一圓九十五錢以下ナリ罰金ハ  
裁判確定ノ日ヨリ三十日以内科料ハ其日ヨリ十日以内ニ納付スヘク若シ納完セサルトキハ一圓  
ヲ一日ニ折算シテ之ヲ輕禁錮又ハ拘留ニ換刑ス(現二七條三〇條) 其一圓ニ滿サル者ト雖モ仍  
ホ一日ニ計算ス而シテ換刑ノ輕禁錮ハ如何ナル場合ニ於テモ二年ヲ超ユルコトヲ得サルモノト  
ス若シ一圓ヲ一日ニ折算スル結果二年以上ノ期間ニ至ルトキハ二年ニ短縮スルモノトス又若シ

換刑禁錮限内罰金ヲ納メタルトキハ其經過シタル日數ト之ヲ通算ス

新刑法ニ於テ罰金ハ二十圓以上トシ科料ハ十錢以上二十圓未滿トス民事訴訟法ノ手續ニ從ヒ強  
制執行ヲ爲シ(利施設五〇條、刑訴法三二〇條三項、非訟法二〇八條) 若シ完納スル能ハサルト  
キハ之ヲ勞役場ニ留置ス(新一八條)留置期間ハ罰金ニ付テハ一年以上一年以下ニシテ科料ニ付  
テハ一日以上三十日以下ナリ罰金科料ノ言渡ト共ニ豫メ其留置期間ヲ言渡スモノトス而シテ一  
ノ制限ヲ設ケ罰金ニ付テハ裁判確定後三十日内科料ニ付テハ裁判確定後十日内ハ本人ノ承諾ア  
ルニ非サレハ留置ノ執行ヲ爲スコトヲ得サルモノトス故ニ實際ニ於テハ罰金科料ノ納完期限ハ  
現行法ト同シキコトナル

(三) 沒收 沒收ニ一般の沒收ト特別の沒收トアリ一般の沒收トハ犯人ノ財産全部ヲ沒收スル  
コトニシテ特別の沒收トハ犯罪ニ密接ノ關係アル特殊ノ財産ヲ沒收スルコトナリ一般の沒收ハ  
近世ノ刑法之ヲ認メス

沒收ニ付テハ各本條ニ於テ之ヲ規定スルコトアリ(現二六一條二項、現二八八條、新一九七條)  
又各種ノ法律ハ其規定ニ於テ之ヲ定ムルコトアリ(新聞紙條例三二條著作權法四三條ノ如シ)  
一般ノ原則ハ次ノ如シ

(甲) 現行法ニ於テハ沒收スヘキ物件ニ三種アリ法律ニ於テ禁制シタル物件犯罪ノ用ニ供シタ  
ル物件及ヒ犯罪ニ因テ得タル物件是ナリ(現四三條四四條)

法律ニ於テ禁制シタル物件トハ法律カ製造又ハ所持スルコトヲ禁シタル物件ナリ例ヘハ偽造變造ニ係ル文書貨幣ノ如シ但物件ノ一部例ヘハ文書ノ一部カ偽造變造ニ係ルトキハ一部沒收ヲ爲シ其偽造變造ノ部分ヲ沒收スヘキモノトスルノ判例アリ禁制品ハ何人ノ所有タルヲ問ハス常ニ沒收ス

犯罪ノ用ニ供シタル物件トハ犯罪ヲ犯ス爲メ故意ニ使用シタル物件ヲ謂フ犯人ノ所有ニ係リ又ハ所有主ナキトキ之ヲ沒收ス判例ハ所有主不明ナルトキ亦之ヲ沒收スルモノトス而シテ判例ハ罪體ナル觀念ヲ認メ犯罪ノ成立ニ付キ法律上必要ナル物件ハ犯罪ノ爲メ利用セラレタル場合ニ於テモ罪體ナルカ故ニ沒收スル能ハストセリ

罪體ナル觀念ハ犯罪ノ成立要件タル物件ト犯罪ノ用ニ供セラレタル物件トハ相異ナルモノナルコトヲ主張スルモノナリ即チ犯罪ノ用ニ供セラレタル物件トハ犯罪ノ成立ニ必要ナラサルモ犯人カ任意ニ利用シタル物件ヲ指稱スルモノナリト爲スナリ予輩ハ罪體ナル觀念ヲ認メス苟クモ犯罪ノ成立ニ利用セラレタル物件ハ總テ沒收スヘキモノナリト解ス

他人カ物件ノ上ニ權利ヲ有スルトキハ之ヲ沒收スルコトヲ得ストスルヲ判例ノ認ムル所トス即チ物件ノ所有權カ犯人ニ屬スルトキト雖モ他人カ其物件ノ上ニ權利ヲ有スルトキ例ヘハ其物件カ質權抵當權又ハ留置權等ノ目的物トナレルトキハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス即チ沒收ヲ言渡スタメニハ其物ノ所有權カ完全ニ他人ニ屬スルコトヲ必要トスルナリ然レトモ

此關係ハ他人カ其物ノ上ニ物權ヲ有スル場合ニ限ラルル他人カ其物ニ關シテ單ニ債權ヲ有スルニ過キサル場合ニ於テハ之ヲ沒收スルコトヲ得ヘシ

犯罪ニ因テ得タル物件ハ犯罪ニ因テ直接ニ得タル物件其者ニ限ル而シテ犯人ノ所有ニ係ルカ又ハ所有主ナキカ又ハ所有主不明ナルトキ之ヲ沒收ス

(乙) 新刑法ニ於テモ沒收スヘキ物件ハ別チテ三トス犯罪行爲ヲ組成シタル物件犯罪行爲ニ供シ又ハ供セントシタル物件及ヒ犯罪行爲ヨリ生シ又ハ之ニ因リ得タル物件是ナリ(新一九條)

犯罪行爲ヲ組成シタル物トハ犯罪ノ構成ニ關シ法律上必要ナル物件ナリ例ヘハ通貨偽造罪文書偽造罪ニ於ケル偽造ノ通貨文書阿片煙ニ關スル罪ニ於ケル阿片煙及ヒ其吸食用ノ器具ハ此部類ニ屬ス但法律カ種類ヲ指示シタル物件ナルコトヲ必要トス故ニ竊盜強盜ノ場合ニ於ケル財物ハ此部類ニ入ラス大體ニ於テ現行法ノ所謂禁制品ニ該當スヘキモ所謂罪體ナルモノ亦之ニ包含セラ

ル  
犯罪行爲ニ供シタル物トハ犯罪ノ著手以上ノ行爲ニ利用セラレタル物ヲ謂フ法律カ内亂罪、外患罪、殺人罪、放火罪、強盜罪ノ如ク豫備ヲ罰スル場合ニ於テ其豫備行爲ニ利用セラレタル物ハ亦犯罪行爲ニ供シタル物ト稱スルコトヲ得ヘシ犯罪行爲ニ供セントシタル物トハ犯罪ニ利用セシカタメ犯人ノ準備シタル物件ヲ謂フ

犯罪行為ヨリ生シタル物トハ偽造變造ノ文書ノ如キ誹毀侮辱ノ用ニ供シタル文書其他ノ物ノ如キ是ナリ犯罪ニ因リ得タル物トハ盜罪、詐欺罪等ニ因リテ取得シタル財物ノ如シ  
以上列舉セラルル三種ノ品目ハ互ニ相獨立セルモノニ非ス即チ其甲種目及ヒ乙種目ニ同時ニ該當スルモノ多カルヘキナリ

沒收ハ其物件カ他人ニ屬セサル場合ニ限ル他人カ其物ノ上ニ權利ヲ有スルトキハ之ヲ沒收スルコトヲ得サルナリ

沒收ノ性質ニ付テハ現行法及ヒ新刑法ニ通シテ問題トナルモノ二點アリ即チ次ノ如シ

(甲) 沒收ニ依テ國家カ權利ヲ取得スルハ移轉のナリヤ將タ創設のナリヤ沒收ハ物件ニ對スル私人ノ法益ヲ剝奪シ其剝奪セラレタル權利ヲ國家ニ歸屬セシムルモノニシテ其性質ハ創設的ナリトスルヲ通説トス即チ物件ニ對スル犯人ノ權利ヲ國家ニ移轉スルモノニ非サルナリ故ニ沒收ノ判決一旦確定シタルトキハ其物件ノ上ニ他人カ權利ヲ有スル場合ニ於テモ他人ハ國家ニ對シテ最早其追及權ヲ行使スルヲ得サルモノトス故ニ法律ハ不當ニ第三者ノ權利ヲ害センコトヲ慮リ沒收ハ物件カ他人ニ屬セサルトキニ限ルコトヲ定ムルナリ(新一九條二項參照)

(乙) 沒收ニ因ル權利ノ歸屬時期如何即チ沒收ノ判決ノ確定ニ因テ國家ニ權利ノ歸屬ヲ生スルモノナリヤ將タ判決ノ執行ニ因テ其效力ヲ生スルモノナリヤ而シテ其效力ヲ生スル場合ニ於テ其效力ハ判決時ニ遡及スルモノナリヤ否ヤ問題トナルハ判決後ニ第三者カ其物件ノ上ニ權

利ヲ取得シタル場合ニ於テ國家ハ尙ホ之ヲ沒收スルコトヲ得ルヤ否ヤ點ナリ予輩ハ沒收ノ判決ノ確定ニ依テ國家ニ權利ノ歸屬ヲ生スルモノト解ス然レトモ確定ニ依テ判決ヲ執行スルトキハ判決後ノ取得者ト雖モ之ニ對抗スルコトヲ得サルヲ以テ事實ニ於テ最後ノ判決時ニ遡テ歸屬ノ效力ヲ生スルト同一ノ結果ヲ生スヘキナリ

參考

飯島學士「民事刑事ノ一接觸問題」(法學協會雜誌二六卷六號)

第五 能力刑

現行法上能力刑ニ二種アリ剝奪公權及ヒ停止公權是ナリ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ終身公權ヲ行フコトヲ得ス之ヲ剝奪公權ト謂フ(現三二條)禁錮及ヒ監視ニ處セラレタル者ハ其刑期限內公權ヲ行フコトヲ得ス之ヲ停止公權ト謂フ(現三三條三四條)

公權ノ何タルカハ法律ニ於テ之ヲ定ム(現三一條)即チ次ノ如シ

(一) 國民ノ特權 選舉權及ヒ被選舉權ナリ即チ公務員ヲ選舉シ又ハ公務員ニ選舉セララルノ權能ナリ

(二) 官吏ト爲ルノ權

(三) 勳章、年金、位記貴號、恩給ヲ有スルノ權

(四) 外國ノ勳章ヲ佩用スルノ權



(五) 兵籍ニ入ルノ權

(六) 裁判所ニ於テ證人ト爲ルノ權但單ニ事實ヲ陳述スルハ此限ニ在ラス

(七) 分散者ノ管財人ト爲リ又ハ會社及ヒ共有財産ヲ管理スルノ權

(八) 學校長及ヒ教師、學監ト爲ルノ權

故ニ刑法ニ所謂公權トハ行政法ニ所謂公權即チ國家其他ノ公法人ト私人トノ間ニ成立スルノ權利ノ謂ニ非スシテ之ヲ寧ロ一ノ能力又ハ資格ト稱スルヲ妥當トスルモノナリ而シテ其趣旨トスル所ハ犯人ノ名譽ヲ剝奪スルニ在ルカ故ニ之ヲ名譽刑トモ稱ス

新刑法ニ於テハ能力刑ニ關スル規定ナシ故ニ公權ノ剝奪及ヒ停止ハ刑罰(形式的意義ニ於ケル)トシテ廢止セラレタルモノナリ然レトモ刑法施行法ハ事實トシテ之ヲ存シ其實際ノ結果ニ於テ現行法ト同一ニ歸著スヘキ制度ヲ採用シタリ即チ刑法施行法第三四條ニ曰ク「前條ニ記載シタル者(重罪ノ刑ニ處セラレタル者)及ヒ舊刑法ノ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ公權ヲ剝奪セラレタルモノト看做ス」ト是レ剝奪公權ニ對應スルモノナリ又刑法施行法第三六條ニ曰ク「六年未滿ノ懲役又ハ禁錮ニ處セラレタル者及ヒ舊刑法ノ禁錮ノ刑ニ處セラレタル者ハ他ノ法律ノ適用ニ付テハ刑ノ執行ヲ終リ又ハ其執行ヲ受クルコトナキニ至ルマテ公權ヲ停止セラレタルモノト看做ス」トコレ停止公權ニ對應スルモノナリ此ノ如ク新刑法力刑罰トシテ之ヲ廢シ事實トシテ之ヲ存置シタル結果ハ現行法ノ下ニ於テハ能力刑ニ對シ復權ノ適用アルモ新刑法ニ於テハ復權ノ適用ナキコトナルナリ復權トハ天皇ノ大權命令ヲ以テ犯人ニ能力刑ヲ恢復セシムルヲ謂フ而カモ新刑法ノ下ニ於テ能力刑ハ刑ニアラサルヲ以テ之カ復權ヲ爲ス能ハサルコトナルナリ

第六 條件附放免

(一) 假出獄

刑罰ハ犯罪ニ對スル報復ニアラス故ニ受刑ノ犯人カ其受刑ヲ終ラサル以前ニ在リテモ最早刑ノ效果ヲ收メタリト認メ得ヘキ場合ニ在リテハ之ヲ放免セサルヘカラス但無條件ニテ之ヲ放免スルトキハ時トシテ當ヲ得サルコトアルカ故ニ一般ニ假リニ出獄ヲ許スモノトス但現行法ト新刑法トノ間ニ寬嚴ノ差アリ即チ次ノ如シ

(甲) 要件 改後ノ情アル者ニシテ現行法ニ於テハ刑期四分ノ三無期刑ニ付テハ十五年ヲ經過スルノ後(現五三條)新刑法ニ於テハ刑期三分ノ一無期刑ニ付テハ十年ヲ經過スルノ後(新二八條)

(乙) 效力

假出獄中其取消ヲ受ケサルトキハ其殘餘ノ刑ノ執行免除ヲ受ケ其後其殘餘ノ刑ニ處セラレタルトキハ(丙) 取消 現行法ニ於テハ假出獄者カ其假出獄中更ニ重罪、輕罪ノ刑ニ處セラレタルトキハ當然其假出獄ノ停止ヲ受クルモノトス(現五六條)新刑法ニ於テハ假出獄ノ要件ヲ現行法ニ比シテ寬大ニスルニ反シ其取消ノ事由ニ至リテハ現行法ニ比シ甚タ嚴格ナリ但現行法ニ於テハ

一定ノ事由ノ下ニ當然假出獄ノ取消アルモ新刑法ニ於テハ之ヲ取消スト否トヲ當局者ノ自由裁量ニ一任ス即チ新刑法ニ依レハ假出獄ヲ受ケタル者カ假出獄中更ニ罪ヲ犯シテ罰金以上ノ刑ニ處セラレタルトキ又ハ假出獄以前ニ犯シタル他ノ罪ニ付キ罰金以上ノ刑ニ處セラレタルトキ又ハ假出獄前ニ他ノ罪ニ付キ罰金以上ノ刑ニ處セラレタルモノニシテ其刑ヲ執行スヘキトキ又ハ假出獄取締規則ニ違背シタルトキハ之ニ對シテ假出獄ノ處分ヲ取消スコトヲ得ルモノトス(新二九條)

(丁) 手續 行政官廳ヲシテ之ヲ掌ラシム裁判ノ手續ニ依ルニ非サルナリ

(二) 免幽閉及ヒ假出獄

現行法ニ於テハ流刑囚ニ假出獄ナシ(現五三條三項)但之ニ對シテ免幽閉ノ制ヲ設ク(現二一條)

懲治場留置ノ者ニ對シテハ假出場ノ制アリ(明治十九年内務省令二四號假出場規則)新刑法ニ於テハ拘留ニ處セラレタル者及ヒ勞役場留置者ニ對シテ假出場ノ制アリ(新三〇條)其要件及ヒ取消ニ關シテ特別ナル規定ナキカ故ニ當局者ノ隨時認定スル所ニ從フモノト解ス

#### 第七 刑ノ執行猶豫

刑罰ハ時トシテ之ヲ科スルノ必要ナキコトアリ又時トシテ之ヲ科スルノ結果其弊害ヲ見ルコトアリ蓋シ偶發的ノ原因ニ依ル初犯者ニ對シテハ單ニ其將來ヲ戒告スルヲ以テ足ルコト多カルヘク必シモ之ニ對シテ現實ニ刑ヲ科スルノ要ナキノミナラス之ニ刑ヲ科スルトキハ犯人ヲシテ屢々自暴自棄ニ至ラシムルコトアリ又同囚ノ惡感化ヲ被ルコトアルニ至ラシメ却テ益ハ犯人ヲ惡化セシムルコトアルヲ免レサルナリ故ニ近時ニ至リ各國共ニ刑ノ執行猶豫ナル制度ヲ認メ一定ノ犯人ニ對シテ刑ノ執行ヲ猶豫シ其猶豫期間内ニ犯人改悛ノ確實ナルヲ認ムルトキハ之ニ其刑ヲ科セサルコトトシタリ初メ北米合衆國ニ行ハレタル所ナリシカ現代ニ於テ歐洲各國亦之ヲ認ム我現行法ハ明治三十八年法律第七〇號ナリ新刑法ニ於テハ之ヲ其法典中ニ規定ス

(一) 主義 此制度ノ主義ハ之ヲ大別シテ二トナス其一ハ宣告猶豫主義(英米主義)ニシテ其二ハ執行猶豫主義(歐大陸主義)ナリ宣告猶豫主義トハ一定ノ犯人ニ對シテ一定ノ期間内有罪ノ判決ヲ爲スコトヲ猶豫スル主義ナリ若シ其猶豫期間内ニ特別ナル事故ナキトキハ犯人ハ其行爲ニ對シ有罪ノ判決ヲ受クルコトナキヲ得ルナリ之ニ對シテ執行猶豫主義トハ犯人ニ對シテ有罪ノ判決ヲ爲シタル後之カ執行ニ一定ノ猶豫期間ヲ與ヘ若シ其期間内ニ特別ナル事故ナキトキハ其刑ヲ執行セサルモノナリ但執行猶豫主義ニ又二派アリ其一ヲ條件附有罪判決主義ト謂ヒ其二ヲ條件附特赦主義ト謂フ條件附有罪判決主義トハ若シ其猶豫期間内ニ事故ナキトキハ有罪判決ヲシテ其效ヲ失ハシムルニ至ラシムルモノナリ即チ法律上ハ有罪判決ナカリシト同一ノ狀態ニ復セシムルモノナリ之ニ對シ條件附特赦主義トハ其猶豫期間内ニ事故ナキトキ單ニ其刑ノ執行ヲ免除スルモノナリ前者ニ在リテハ罪刑共ニ消滅スルニ對シ後者ニ在リテハ罪刑共ニ存スルモノ

トス新刑法ハ前者ヲ採リ現行法ハ後者ヲ採レリ前者ハ佛蘭西、白耳義ノ採用スル所ニシテ後者ハ獨逸ノ採用スル所ナリ

(二) 要件

(甲) 前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキカ又ハ前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトアルモ其執行ヲ終リ又ハ其執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ現行法ニ於テハ十年以内ニ新刑法ニ於テハ七年以内ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキコト

(乙) 現行法ニ於テハ監視ノ附加ナキ一年以下ノ禁錮新刑法ニ於テハ二年以下ノ懲役又ハ禁錮

ハナリ

初犯者若クハ之ニ準スヘキ者ニ非サレハ此恩典ニ浴スヘカラサルハ當然ノコトナリ而シテ此恩典ニ浴スヘキ犯罪ヲ比較的輕微ナルモノニ限ルハ此制度ハ尙ホ試驗的ノモノニ屬スレ

(三) 效力

(甲) 猶豫期間ハ裁判確定ノ日ヨリ現行法ニ於テハ二年以上五年以下新刑法ニ於テハ一年以上五年以下而シテ此制限内ニ於テ裁判所カ一定ノ期間ヲ定ムルナリ

(乙) 新刑法ニ於テハ刑全部ノ執行ヲ猶豫ス現行法ニ於テハ沒收ハ之ヲ猶豫セス

(丙) 執行猶豫ノ裁判取消サルルコトナクシテ其猶豫期間ヲ經過シタルトキハ現行法ハ其刑ノ

雜 錄

本年度舉行ノ判檢事第一回及ヒ辯護士試驗委員並ニ其日割左ノ如シ

|     |    |    |     |
|-----|----|----|-----|
| 委員長 | 判事 | 長  | 谷川  |
| 委員  | 判事 | 鈴木 | 宗言  |
|     | 判事 | 掛下 | 重次郎 |
|     | 判事 | 末弘 | 嚴石  |
|     | 判事 | 尾古 | 初一郎 |
|     | 判事 | 谷田 | 三郎  |
|     | 判事 | 和仁 | 貞吉  |
|     | 判事 | 嘉山 | 幹一  |
|     | 判事 | 小崎 | 傳   |
|     | 判事 | 橫田 | 五郎  |
|     | 判事 | 鹽谷 | 時敏  |

檢事兼司法省參事官

司法省參事官

囑託委員

豫備試驗

一

九月十五日

筆記試験

十月 八日

午前

民法

午後

刑法

同日 九日

商法

民事訴訟法

同日 十日

國際私法

憲法

同日 十三日

行政法

國際公法

前法學博士主筆

# 法學志林

第十卷 第六號  
六月二十日發行  
定價一冊金拾貳錢  
郵税金壹錢  
十冊前金郵稅共  
金壹圓貳拾錢

(第百六號)

◎志

林

物上代位ヲ論ス

憲法ノ精神ヲ略説ス

白地引受論

取締役ノ選任ハ單獨行爲ナルカ將タ

承諾ヲ待チテ始メテ成立スルカ

法學博士 梅

謙次郎

◎質疑

典

民法三題(梅法學博士、横田法學博士、牧野法學士)

大審院判例十九件

法學士 吾孫子

勝

選舉法違犯件數ノ投票ノ偽造ノ破産罪ノ議員排斥ノ開票方法改正説○會社合併ニ關スル疑問○第二ノ家屋

稅問題○判例第一回及辯護士試驗委員○判例第一回及辯護士試驗日割

新學年授業時間○各部科學試驗○五大學聯合會計會○法政速成科第五班卒業試驗成績○衆議員議員當選ノ

校友○講師慰勞會○第二十八回校友茶話會○十日會○校友異動○校友住所異動

發行所

東京市麹町區富士見町  
六丁目十六番地

法政大學

◎散判◎雜記



校外生規則摘要

- 一 十个月以上本大學ノ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義録ノ講習ヲ終リタル者ハ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得但手数料金貳拾錢ヲ納ムヘシ
- 一 校外生月謝ハ左ノ如シ
  - 一 各學年 金四拾錢 全學年 金壹圓
  - 一 六個月分 各學年 金貳圓三拾錢 全學年 金五圓五拾錢
  - 一 一學年分 各學年 金四圓五拾錢 全學年 金拾壹圓
- 一 月謝ヲ納付シタルトキハ講義録ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收證ヲ交付セス若シ相當ノ日時ヲ過キテ講義録ノ到達セザルトキハ其旨本大學ニ通知スヘシ
- 一 校外生ハ講義録中ニ疑義アルトキハ講義録ノ番號、科目、頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ文意解シ難キモノ主旨明瞭ニシテ解答ヲ要セスト
- 一 認ムルモノハ解答ヲ付セス
- 一 質疑中有益ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義録ニ登載スヘシ

◎注意

振替貯金ヲ以テ月謝ヲ納付セラルトキハ其都度振替貯金規則ニ依ル登記料金二錢ヲ要スルノ外失費ナク安全ニシテ便利ナリ

振替貯金口座『三二九四番』

明治四十一年七月十九日印刷  
明治四十一年七月二十日發行

(定價金五十錢)

東京市牛込區牛込北町十番地  
編輯兼 萩原敬之

東京市四谷區四谷左門町五十八番地  
印刷者 重利俊夫

東京市赤坂區新町五丁目四十二番地  
印刷所 金子活版所  
(電話新橋四九五番)

發行所

私立法政大學

(電話番町一七四番)

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地