

## 和仏法律学校講義録

梅, 謙次郎

---

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

1-10

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

128

(発行年 / Year)

1902-05-17

明治三十五年五月十七日發行

(第壹部)

三十四年度乙種講習科用

# 和佛法律學校講義錄

第拾號

民法原理

總債  
則權(自三五〇)

法學博士

梅

謙次郎



0006



# ○注意

債權總則ハ大部ノモノナルニ付キ二冊ニ分割シテ配付スルコトトセリ但既定ノ月謝全額拂濟ノ者ハ更ニ納付ニ及ハス

(第十一號ハ來月上旬ニ發行スヘク第二部ハ本月下旬完了スヘシ)

明治三十五年五月

## 和佛法律學校

A5e  
25  
A10

### 民法原理 (總債權)

法學博士 梅謙次郎 講述

#### 緒論

予ハ本日ヨリ民法債權編ノ講義ヲ開始セントス新民法ノ債權編ハ分チテ之ヲ五章ト爲シ第一章總則第二章契約第三章事務管理第四章不當利得第五章不法行為トセリ而シテ予ノ本學年ニ於テ擔當スル所ハ第一章即チ債權ノ總則ノミナリトス

抑モ債權トハ如何ナルモノナルカ債權ノ定義ニ付テハ人ニ因リテ多少其用フル所ノ文字ヲ異ニセリト雖モ物權ノ定義ニ於ケルカ如ク學說ノ多岐ニ分ルルコトナシ先ツ羅馬法以來債權ノ定義トシテ一般ニ認メラルル所ノモノハ債權



174392

トハ一定ノ人ヲシテ一定ノ事ヲ爲サシムル又ハ爲ササラシムル權利ナリト云フニ在リ即チ此定義ハ大抵ノ學者ノ承認スル所ニシテ唯其用アル所ノ文字ニ付テハ必スシモ同一ナラス寧ロ從來多ク用ヒラレタル文字ハ一定ノ事ヲ爲サシムル又ハ爲ササラシムル權利ナリト云フノ外尙ホ與フ即チ與ヘシムル權利ナリトノ文字ヲ附加セリ而シテ此與フルノ語ハ羅旬語ノ「ダレ」ヲ直譯シタルモノニシテ其意味タルヤ權利ヲ讓渡ス「ト云フノ義ナリ蓋シ與フルト云ヘル文字ハ原語ノ直譯トシテ甚タ適切ナラサルカ如シト雖モ從來一般ニ用フル所ノ語ヲ以テセハ之ヲ「與フル」ト譯スルノ外ナシ現ニ舊民法財産編第二百九十三條第二項ニ於テ「或物ヲ與ヘ又ハ或事ヲ爲シ」云ト言ヘリ舊民法ノ文章ハ勿論誤謬多キモノナリト雖モ此點モ亦其誤謬ノ一タルヲ免レス尤モ舊民法中ニ於テモ債權ノ定義ヲ示シタル箇所ハ二アリ而シテ他ノ一箇所ハ予カ右ニ示シタル定義ト殆ト同一ナリ即チ同財産編第三條ニ於テ「人權即チ債權ハ定マリタル人ニ對シ法律ノ認ムル原因ニ由リテ其負擔スル作爲又ハ不作爲ノ義務ヲ盡サシムル爲メ云トアリ今此二個條ヲ比較スルニ第三條ニハ作爲又ハ不作爲トアリ而

シテ第二百九十三條ニハ「與ヘ爲シ若クハ爲ササル即チ羅旬語ノ「ダレ、フセレ」ノシ、フセレ」ヲ列擧セルカ故ニ「見兩條ノ定義ハ互ニ矛盾セルカ如シト雖モ決シテ然ラス雙方ノ規定ハ共ニ誤リタル定義ニアラサルナリ即チ第二百九十三條ノ規定ハ西洋ニ於テモ羅馬法ヲ初メ舊時ノ學者ノ一般ニ認メタル所ニシテ今日ニ於テモ尙ホ此定義ヲ認ムル者却テ多キカ如シ我舊民法財産編第二百九十三條ハ即チ其定義ヲ費用シタルモノニシテ「與フル」語ハ前述ノ如ク權利ヲ讓渡スノ義ニシテ「爲ス」トハ權利讓渡以外ノ行爲例ヘハ旅行ヲ爲シ、仕事ヲ爲シ、建築ヲ爲スカ如キ事項ヲ指シ「爲ササル」トハ消極的ニ同一ノ商業ヲ爲サス或ハ演劇ヲ爲サスト云フカ如キ事項ヲ意味スルモノナリ故ニ此定義ハ他ノ意義ニ解スレハ格別尙モ右ノ如ク解スルトキハ三個ノ場合ヲ包含シ決シテ誤謬ノ定義ナリト云フコトヲ得ス然レトモ近世ノ學者カ漸次唱道スル如ク第三條ノ定義ハ寧ロ正鵠ヲ得タルモノナリ何トナレハ「權利ヲ讓渡ス」ト云フハ等シク一作爲ニシテ權利ヲ讓渡スニ付テハ先ツ權利ヲ讓渡スノ意思ヲ有セサルヘカラス又場合ニ因リテハ有形ノ行爲ヲモ爲ササルヘカラス加之作爲即チ權利ノ

讓渡ヲ除キタル「フツレ」中ニモ無形ノモノトモテセシテモ即チ權利ノ讓渡ニアラサル他ノ目的ヲ有スル法律行為ト雖モ亦此作爲中ニ包含セラルルコト勿論ナリ例ヘハ他人ノ保證人ト爲ルコト即チ他人ノ保證ヲ爲スカ如キモ明カニ一ノ作爲ナリ故ニ一人カ他ノ一人ノ保證人タル義務ヲ負擔セル場合ニ於テハ是レ固ヨリ一ノ債務ニシテ之ヲ裏面ヨリ言ヘハ一ノ債權ナリ而シテ是レ畢竟一ノ作爲ヲ目的トスルモノナリ其他他人ト權利ノ移轉以外ノ法律行為ヲ爲スカ如キ場合ハ委任契約等ニ於テ最モ頻繁ニ行ハルル所ニシテ總テ作爲ヲ目的トスルモノナリ而シテ此等ノ場合ト權利讓渡ノ場合トハ理論上其間ニ差別アルコトナシ即チ權利ヲ移轉スル爲メニハ一定ノ意思ヲ有セサルヘカラス又時トシテ「有形ノ行為ヲ爲ササルヘカラス否少クトモ其意思ノ表示ヲ爲ササルヘカラス然レニ他ノ保證ヲ爲ス場合等ニ於テモ全ク同一ニシテ今日ノ法律ニ於テハ保證人ト爲ルノ意思ヲ表示スレハ足レリ尤モ其意思表示ノ方法トシテ或ハ證書ヲ作製スルコトアリト雖モ是レ亦權利讓渡ノ場合ニ於テモ等シク存在スル事實ニシテ實際ニ於テハ同シク證書ヲ作製セサルヘカラス且ツ不動産ノ如キ

ハ其登記ヲ爲ササルヘカラス又假令動産ナリト雖モ其引渡ヲ爲ササルヘカラス故ニ畢竟其間ニ區別ヲ設クルハ穩當ヲ缺クモノニシテ結局之ヲ爲シ又ハ「爲ササル」ノ二省約スルヲ以テ其當ヲ得タルモノトス舊民法ノ第三條ハ即チ此新定義ヲ採用シタルモノナリ然リト雖モ同一民法ノ中ニ於テ異リタル二個ノ定義ヲ掲ケタルハ固ヨリ非難ヲ免レサル所ニシテ果シテ此ノ如ク二箇所ニ之ヲ掲ケタルノ必要アリキヤ否キヤ若シ果シテ其必要アリトセハ何故ニ同一ノ定義ヲ掲ケサリシカ一方ニ於テハ「與ヘ爲シ又ハ爲ササル」ノ三ヲ數ヘ他方ニ於テハ「作爲又ハ不作爲」ニ止メタルハ甚タ不穩當ナリト雖モ其意ニ於テハ毫モ異ル所ナシ然リ而シテ尙ホ一層不穩當ナルハ財産編第二百九十三條第二項ノ終ニ於テ「……人定法又ハ自然法ノ羈絆ナリ」トアリ是レ實ニ不穩當ノ極ナリトス但シ此點ニ付テハ後ニ自然義務ヲ説明スルニ方リ之ヲ詳論スヘキヲ以テ此ニ贅セス要スルニ予ノ右ニ下シタル定義ヲ換言シ財産編第三條ノ定義ニ近キ語ヲ以テセハ債權トハ他人ノ行為又ハ不行爲ヲ要求スル權利ナリト云フモ可ナリ唯所謂他人ハ常ニ一定ノ人タルコトヲ要スルカ故ニ其點ニ注意セハ足

レリ。漠然他人トノミ解スルトキハ甚シキ誤謬ニ陥ルヘシ。其遺ニ對シテハ債權ハ或ハ之ヲ人權ト云フ舊時ニ於テハ多ク之ヲ對人權ト稱セシカ舊民法ノ制定以來對ノ字ヲ省キテ單ニ人權ト云フニ至レリ予ハ人權ナル語カ今歐羅巴ニ於テ廣ク行ハルル語ノ直譯タルニ拘ラスニ一個ノ理由ニ因リカメテ之ヲ避ケントス即チ第一ノ理由ハ日本ノ用例ニ於テ人權ナル語ハ人ノ權利ト云ヘル意義ニ解セラレ而シテ人ノ權利ト云フハ彼ノ各人天賦ノ權利ヲ指スモノニシテ現今ニ於テモ人權問題ナル語ハ新聞紙上常見ル所ナリ是レ決シテ財產權タル債權ノ問題ニアラスシテ所謂人權問題トハ佛蘭西ノ大革命以來學者政治家等ノ唱道シタル各人天賦ノ權利即チ國民カ政府ニ對シテ有スヘキ自由又ハ權利ト稱スルモノニ外ナラス今其重ナルモノヲ舉クレハ身體ノ自由或ハ自主自由ノ權利ト云フ(言論ノ自由或ハ參政權ノ如キモ之ヲ所謂人權中ニ包含セシムルカ故ニ選舉權ヲ擴張スルカ如キコトヲモ尙ホ人權問題ト稱シ府縣會ノ制度ヲ變更スルカ如キモ人權問題ニ屬シ集會政社法ノ改正モ人權問題ニ屬シ新聞紙法ヲ變更スルモ亦之ヲ人權問題ト云フニ至レリ此ノ如キ意

味ヲ以テ人權ナル文字ハ維新以來久シク慣用シ來リ而シテ其意味ニ於テモ亦人權ナル文字ハ此ノ如キ事項ニ相當セスト謂フコトヲ得ス勿論人權ノ二字ヲ以テ此ノ如キ事項ヲ指示スルニ足ルヤ否ヤハ別問題ナリト雖モ全然之ヲ不當ナリ相違セリト謂フコトヲ得ス然ルニ今之ヲ債權ノ意ニ用フルトキハ往往ニシテ誤解ヲ來シ而シテ二者何レノ方穩當ナルカト云ヘハ予ハ寧ロ各人天賦ノ權利ノ意味ニ用フルヲ以テ其當ヲ得タリト信ス即チ人權トハ人ノ權利ナル語ヲ節約シタルモノニシテ債權ハ人ノ權利ニアラスシテ人ニ對スルノ權利ナリ換言スレハ人ニ對スルノ權利又ハ人ノ上ニ行ハルル權利ヲ云フ故ニ人權ノ二字ヲ以テ此ノ如キ意ヲ表明スルコトヲ得ス極言スレハ單ニ符牒ニ過キサルナリ隨テ此ノ如キ文字ヲ用ヒ寧ロ其字義ニ相當セル天賦ノ權利ト混同スルハ甚ク宜ヲ得サルナリ次ニ第二ノ理由ハ人權ナル語ハ畢竟佛蘭西語ニ所謂「ドロー」ニシテ其原語自體ノ既ニ不當ナルコトハ歐羅巴ノ學者ノ一般ニ認ムル所ナリ蓋シ羅馬法ニ於テハ決シテ此ノ如キ不正確ナル語ヲ使用セザニアラス常ニ



「ジュニス・イン・レム」(ジュニス・イン・ベルソナム)人ノ上ノ權等ノ語ヲ使用シ、絶エテジュニス・レ・アレ「ジュニス・ベルソナレ」等ノ語ヲ使用シタルヲテ然ルニ之ヲ佛蘭西語ニ轉化シ又獨逸語ニ轉化スルニ至リ佛蘭西又ハ獨逸ノ語ニ前置詞ヲ挿入スルトキハ極メテ冗長ニ涉リ常ニ使用スル名詞トシテ甚タ不便ナルカ故ニ多少不穩當タルニ拘ラス「ドロワー、レエル」「ドロワー、ベルソンネル」等ノ語ヲ用フルニ至レリ(但シ「ドロワー、レエル」ノ方ハ之ヲ説明シ難キニアラス)法律語ハ獨逸等ニ於テハ多ク羅句語ヲ用ヒ又舊時ハ佛蘭西語ヲ用ヒタルモノニシテ此ノ如キ語ニ付テハ各國同一ノ語ヲ用フル例多シ此ノ如ク原語自體ニ於テ學者間既ニ非難アルニ拘ラス外國ニ於テハ慣用上已ヲ得ストスルモ我邦カ新ニ法律語ヲ定ムルニ當リ故テニ缺點ヲ顧ミスシテ之ヲ直譯ス殊ニ日本語ノ例上毫モ適當セサル文字ヲ使用セシカ如キハ其當ヲ得サルナリ予ハ右二個ノ理由ニ因リ人權ナル文字ヲ好マス唯舊民法ニ於テハ既ニ成文上法律語ト爲リシヲ以テ予モ餘儀ナク之ヲ使用セシカ新法典ニ於テハ議論ノ末人權ノ語ヲ廢シ總テ之ヲ債權ト稱スルニ至レリ

債權即チ民法ニ所謂人權ハ財産權ナリヤ否ヤ此點ニ付テハ多少議論ヲ免レス人ニ因リテハ債權ハ財産權以外ノモノヲモ包含スト主張スル者アリト雖モ予ハ此ノ如キ說ヲ採ラス又新民法モ此ノ如キ說ヲ採用セスト信ス新民法ハ寧ロ債權ヲ以テ財産權ノ細別ト爲シ財産權ノ主タルモノハ物權及ヒ債權他ニ財産權アリト雖モ此二種ノ權利ハ財産權中ノ主タルモノナリノ二種ナリトシ特ニ之カ爲メニ各一編ヲ置ケリ即チ所謂債權ハ權利自體若クハ其權利ノ目的ノ處分シ得ヘキモノタラサルヘカラス此點ニ付テハ既ニ總則編ヲ講スルニ方リ之ヲ詳述シタリト雖モ此ニ一言スヘキハ立法者カ債權ナル語ヲ用ヒタル點ヨリ見ルモ之ヲ財産權ト視タルハ殆ト明カナリ蓋シ支那ノ語ニ於テ債ト云フハ素ト借金ノ義ヲ有ス故ニ極メテ狹隘ナル意義ニ於テハ金錢ヲ借用シテ返還スヘキ者即チ金錢支拂ノ義務ヲ指スニ過キス而シテ此狹隘ナル意義ハ漸次擴張セラレタルカ如シト雖モ少クトモ之ヲ法律語トシテ使用スル場合ニ於テハ支那人ハ勿論日本人ト雖モ西洋ノ法律ヲ學ハサル者ハ財産權以外ノモノヲモ包含スヘシトハ思考セサルヘシ尤モ形容語トシテハ文債積ヲ山ヲ成スト云ヒ即



テ文章ヲ草スヘキ約束ヲ果スコト能ハサル場合ニ於テ文債等ノ文字ヲ使用スレトモ是レ必スシモ債權ニアラス單ニ形容ノ文字タルニ過キスシテ法律上ノ名稱ニアラサルナリ當ニ支那ノミニアラス此ノ如キ用例ハ我邦ニ於テモ往々聞ク所ニシテ例ヘハ俗ニ澤山借金ガアルト云フカ如キハ必スシモ債務ノ意ニアラスシテ多ク仕事ヲ約束セルノ意ナリ要スルニ形容語ト法律語トハ全然之ヲ區別スルコトヲ要シ隨テ債權ハ法律上常ニ財產權ヲ意味スルモノナリト謂ハサルヘカラス而シテ此ニ多少疑ハシキ場合ハ例ヘハ扶養ノ義務ノ如シ即チ扶養ノ義務ハ之ヲ裏面ヨリ觀察スレハ扶養ノ權利ニシテ此權利ハ果シテ債權ナリヤ否ヤ前述ノ如ク債權ニシテ財產權タル以上ハ財產權ハ其權利又ハ其權利ノ目的ノ處分シ得ヘキモノタルコトヲ要スルカ故ニ扶養ノ權利ハ其權利若クハ其權利ノ目的カ處分シ得ヘキモノナリヤ否ヤヲ決セサルヘカラス然ルニ此權利ハ處分スルコトヲ得サル權利ニシテ親ハ子ヲ養フ義務ヲ負ヒ子ハ親ニ養ハルル權利ヲ有セリト雖モ子ハ之ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得ス又親カ權利者タル場合モ同一ナリ然レトモ此權利ノ目的ハ金錢ノ所有權又ハ米穀ノ所有權

其他生活ニ必要ナル物品ヲ給スルニ在リ該ニ之ヲ處分スルコトヲ得ヘシ隨テ是レ又財產權ナリト謂ハサルヘカラス即チ債權ナリト謂ハサルヘカラス尤モ此問題ハ理論上疑ヲ生シ得ヘキ問題タルニ過キスシテ實際ニ於テハ未タ問題下爲レルヲ聞カス然レトモ予カ上ニ示シタル財產權ノ定義及ヒ債權ハ財產權ニ限ルト斷言シタル點ニ對シ其範圍ト調和スルコトヲ得ルヤ否ヤハ一考ヲ直スヘキカ故ニ此ニ一言セシノミ次ニ之ニ反シ作爲ノ義務ト雖モ債權ニ屬セサルモノト爲シトセス例ヘハ夫婦同居スル權利義務ノ如シ此權利ハ等シク作爲ノ權利之ヲ裏面ヨリ云ヘハ作爲ノ義務ニシテ其義務ノ間接ノ結果トシテ或ハ財產上ニ影響スルコトアリ然ルニ是レ固ヨリ債權ニアラス即チ夫カ妻ト同居スル權利妻カ夫ト同居スル權利ハ無論之ヲ處分スルコトヲ得ス例ヘハ今日別居ヲ諾スルモ直チニ同居ヲ要ムルコトヲ得ヘク權利ノ目的モ亦之ヲ處分スルコトヲ得ス又家族ハ戶主ノ指定シタル場所ニ居住セサルヘカラス未成年者ハ親權者又ハ後見人ノ指定シタル場所ヲ去ルコトヲ得ス此等モ亦間接ニ財產上ニ係ラ生セサルニアラスト雖モ例ヘハ親權者カ今日小兒ノ居所ニ付テハ何等

ノ干渉ヲ爲サスト明言スルモ明日ニ至リ直チニ其居所ニ隣ヲ容ルルモ敢テ妨ケナシ何トナレハ其權利ヲ處分スルコトヲ得サレハナリ又其事柄自體ヲ處分スルコトヲ得サルハ更ニ言フヲ埃タサレハナリ故ニ此等ノモノハ總テ債權ニアラス隨テ財産權ニアラス他ハ之ヲ類推シテ知ルヘシ  
右ニ述フルカ如ク財産權ノ重ナルモノハ物權及ヒ債權ニシテ舊民法ノ如キハ財産權ヲ物權債權ノ二種ニ限レリト雖モ新民法ニ於テハ此ノ如キ主義ヲ採ラズ  
ス  
物權債權ノ外特許權意匠權商標權著作權等ノ如キモ皆財産權ニ屬シ且ツ漸次文明ノ進歩スルニ伴ヒ種種ナル財産權ヲ生スルハ勢ヒノ免レサル所ニシテ此等ノ權利ノ財産權タルコト論ヲ待タスト雖モ新民法ニ於テハ之ヲ以テ物權ニモアラス又債權ニモアラサル一種ノ財産權ナリトセリ是レ物權ノ規定ト債權ノ規定トヲ熟讀セハ自ラ明瞭ナル所ニシテ物權ハ物ノ上ノ權利ナリトノ主義ヲ採用セン以上ハ到底右等ノ權利ヲ包含セシムルコトヲ得サルナリ舊民法ニ於テハ法文ハ稍ヤ不明ナリト雖モ予ノ確信スル所ニ據リ又「ポアツナ」氏ノ説明ヲ咀嚼スルトキハ此ノ如キ權利ハ悉ク物權中ニ包含セララルカ

如シ尤モ「ポアツナ」氏ノ説明ハ判然此等ノ權利カ物權ニ屬スルコトヲ斷言セスト雖モ氏ハ之ヲ物權ニ屬セシムルノ意思ナリシコト爭フヘカラス殊ニ佛國一般ノ學說ニ於テモ亦之ヲ物權ト看做セリ而シテ新民法ニ於テハ財産權ヲ物權債權ノ二種ニ限ルノ主義ヲ採ラスト雖モ亦此二種ノ權利ヲ以テ財産權中ノ重ナルモノト爲セリ即チ民法中一般ノ財産權ニ關スル規定ナキニアラス例ヘハ總則編ノ如キハ一般ノ財産權ニ適用セララルノミナラス親族權ニモ亦適用セララル規定多シト雖モ物權并ニ債權ニ付キ特ニ各一編ヲ設ケテ詳細ノ規定ヲ爲シシ所以ノモノハ畢竟他ノ財産權ハ物權債權ノ如ク重キヲ置クニ足ラス又純然タル私法上ノ問題トシテ之ヲ決スルコトヲ得サルモノアルヲ以テ先ツ私法上ノ財産權ハ物權債權ノ二種ナリト看做シタルニ外ナラサルナリ然ラハ物權ト債權トハ如何ナル點ニ於テ差異アルカ若シ漠然タル理論上ノ見解ヲ以テスレハ物權ハ物ノ上ニ直接ニ行ハル權利ニシテ債權ハ物ノ上ニ行ハル權利ニアラス唯或人ノ行爲ヲ要求スル權利ニ過キスト云フコトヲ得ヘシ物權ノ定義ニ付テハ頗ル議論アリト雖モ予ハ古來ヨリ行ハル物ノ上ニ直

接ニ行ハルル權利ナリトノ説ヲ以テ最モ正確ナリト信ス是レ既ニ物權編ノ講義ニ於テ論シタル所ナルヲ以テ此ニ再説セス而シテ物ノ上ニ直接ニ行ハルル權利トハ物ヲ有スル者ハ其物ノ上ニ權利ヲ行フニ付キ更ニ他人ノ行爲ヲ要セストノ意ニシテ其結果物ヲ有スル者ハ他ニ其物ニ付キ權利ヲ有スル者アルモ其權利ニシテ他人ノ行爲ヲ經テ行ハルヘキ權利タル以上ハ之ヲ順スシテ自己ノ權利ヲ直接ニ行フコトヲ得ヘク他ノ權利者ハ直接ニ其權利ヲ行フニアラスシテ間接ニ之ヲ行フモノナルカ故ニ直接ニ行ハルル權利ハ常ニ間接即チ他人ノ行爲ヲ目的トスル權利ヨリモ強力ナリ而シテ他人ノ行爲ヲ目的トスル權利トハ先ツ物ニ付テ之ヲ言ヘハ甲カ乙ニ對シテ一定ノ物ノ上ニ或權利ヲ設定セシムルノ權利ヲ有ストセンニ其權利ハ即チ債權ニシテ債權ハ時トシテ直チニ物權ヲ生スルコトアリト雖モ此ニハ物權ヲ生セサル場合ト假定シ其債權ノミヲ有スル甲ハ單ニ乙ニ對シテ其所有物ノ上ニ或權利ヲ設定セシムルノ權利ヲ有スルニ過キス此場合ニ於テハ甲ノ權利ハ直接ニハ唯乙ノ行爲ヲ目的トスルノミニシテ乙カ其行爲ヲ遂ケタル後甲ハ乙ノ所有物ノ上ニ直接ニ或權利ヲ行

フコトヲ得ルヤモ知ルヘカラスト雖モ今ハ物ノ上ニ直接ノ權利ヲ有セサルナリ然ルニ此ニ丙ナル者アリテ同シク乙ノ所有物ノ上ニ例ヘハ地上權若クハ質權ノ如キ物權ヲ有ストセンニ此物權ハ物ノ上ニ直接ニ行ハルル權利ナルカ故ニ他人ハ斷シテ此權利ヲ侵スコトヲ得ス隨テ仮令甲カ乙ニ對シテ例ヘハ地上權ノ設定ヲ要求スル權利ヲ有スルモ又其權利カ如何ニ早ク發生シタリトスルモ丙カ既ニ地上權ヲ有スル以上ハ甲ハ丙ノ地上權ヲ侵スコトヲ得ス何トナレハ甲ハ直接ニ物ノ上ニ權利ヲ有セス唯乙ニ對シテ其物ノ上ニ權利ヲ要求スルコトヲ得ル間接ノ權利ヲ有スルニ過キサレハナリ即チ物權ニハ優<sup>○</sup>先<sup>○</sup>權<sup>○</sup>及<sup>○</sup>追<sup>○</sup>及<sup>○</sup>權<sup>○</sup>ヲ包含セリ優先權トハ右ノ例ニ於テ乙ニ對シテ權利ヲ有スル者數多アリトセンニ其權利者ノ間ニ於テ何人ノ權利カ最モ先ニ行ハルルカヲ定ムルノ標準ニシテ物權ヲ有スル者ハ則チ此優先權ヲ有ス而シテ右地上權ノ如キモ等シク優先權ナリト云フコトヲ得ヘキト雖モ實際上優先權ノ問題ハ主トシテ債權者間ノ關係ニ於テ生スルモノナリ即チ此ニ甲ナル者アリ乙ナル者ニ對シ單ニ債權ノミヲ有セリトセンニ其債權ハ假令間接ニ物ノ上ニ權利ヲ有スルモノナリ



トスルモ直接ニハ唯乙ノ行為ヲ要求スルコトヲ得ルニ過キス然ルニ更ニ丙ナル債權者アリ其債權ノ擔保トシテ質權又ハ抵當權ヲ有セリトセンニ單ニ債權ノミヲ有スル甲ハ債權又ハ抵當權ヲ有スル丙ノ爲メニ一步ヲ先セラレサルコトヲ得ス例ヘハ乙カ一ノ不動産ヲ有シ而モ乙ノ財産ハ其不動産ノミニシテ其價額ハ一萬圓ニ過キス然ルニ甲モ一萬圓ヲ貸與シ丙モ亦一萬圓ヲ貸與シ而シテ丙ハ其不動産ニ付キ抵當權ヲ有スルニ拘ラス甲ハ之ニ對シテ何等ノ權利ヲ有セス此場合ニ於テ若シ乙カ任意ニ負債ノ辨濟ヲ爲ササルトキハ丙ハ其不動産ヲ賣却シテ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシト雖モ甲ハ毫モ辨濟ヲ受クルコトヲ得ス又假令其不動産ヲ一萬五千圓ニ賣却スルコトヲ得タリトスルモ乙ハ先ツ一萬圓ヲ受クルノ權利ヲ有スルカ故ニ甲ハ單ニ五千圓ヲ受クルコトヲ得ルニ過キス是レ即チ優先權ノ有無ニ因リテ生スル結果ナリトス次ニ追及權トハ右ノ例ニ於テ乙カ一ノ不動産ヲ有シ其價一萬圓以上ナリトセンニ甲ハ之ニ一萬圓ヲ貸與スルモ損害ヲ被ルコトナカルヘシト信シ之ニ一萬圓ヲ貸與シ更ニ質權又ハ抵當權ヲ設定セシメス然ルニ丙ハ等シク一萬圓ヲ貸與シタリト雖

モ之カ擔保トシテ抵當權ヲ得タリ此場合ニ於テ後日乙カ其不動産ヲ丁ニ讓渡シ其不動産ノ所有權ハ丁ニ移轉シタリトセンニ丙ハ抵當權ト稱スル物權即チ物ノ上ノ直接ノ權利ヲ有スルカ故ニ其不動産カ何人ノ手ニ移ルモ丙ノ權利ハ之ニ追隨ス換言スレハ丁ハ其不動産ニ付キ抵當權ヲ除キタル權利ヲ有スルニ過キス隨テ丙ノ抵當權ハ丁カ所有權ヲ取得スルモ尙ホ其不動産ノ上ニ行ハルルコトヲ得ヘシ即チ其物ヲ追及スルカ故ニ之ヲ追及權ト稱ス然ルニ甲ハ單ニ乙ニ對シテ金錢ノ辨濟ヲ要求スル權利ヲ有スルニ過キサルヲ以テ若シ乙カ任意ニ之ヲ辨濟セザルトキハ乙ノ財産ヲ差押ヘテ其辨濟ヲ受タルコトヲ得ルハ勿論ナリト雖モ進テ丁ノ財産タル不動産ニ依リテ其辨濟ヲ受タルコトヲ得ス即チ追及權ヲ有セザルナリ要スルニ物權ト債權トハ此二箇ノ點ニ於テ非常ナル相違アリ即チ債權ハ其力弱ク物權ハ其力強シト云フコトヲ得ヘシ云々右ハ債權ト物權トノ大ニ異ナル所ナリ而シテ此相違ハ如何ナル債權並ニ物權ニ關シテモ同シク存スル所ナリト雖モ就中右ニ述ヘタル如キ普通ノ債權ト抵當權トノ比較ニ於テ最モ顯著ナリトス

債權ハ前述ノ如ク或人ニ對スル權利ナリ而シテ物權ハ物ニ對スル權利ナリ然レトモ物カ權利ヲ有セ義務ヲ負フヘキ謂レナキカ故ニ權利ノ裏面ニハ常ニ之ニ對スル義務アルヘキカ如シト雖モ物權ノ裏面ニハ義務アルコトナシ蓋シ廣義ニ於ケル義務即チ他人ノ權利ヲ侵害スルコトヲ得ストノ義務アリト云フコト得ナルニアラスト雖モ是レ固ヨリ法律上ニ所謂義務ニアラス然ルニ債權ハ對人的ノ權利ナルカ故ニ必ス之ニ對シテ一定ノ地位ニ在ル者アリ即チ債權ヲ有スル者ハ之ヲ債權者ト稱ス權利ヲ有スル側面ヨリ觀察シタル名稱ナリ而シテ其相手方ハ債務者ト稱ス義務ヲ負擔スル側面ヨリ觀察シタル名稱ナリ即チ債權ハ他人ヲシテ或事ヲ爲サシメ又ハ爲サラシムルノ權利ナルカ故ニ常ニ之ニ對スル義務者即チ人ニ關シテ規定スルノ必要アリ例ヘハ物ハ人ノ自由ニ處置スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ法律上物カ如何ナル義務ヲ負フヘキカラ規定スルノ要ナシト雖モ債權ノ問題ヲ論スルニ當リテハ常ニ其裏面タル債務ヲ探究スルノ必要アリ而シテ債權ト云ヒ債務ト云フモ畢竟觀察ノ方面ヲ異ニスルノミニシテ之ヲ表面ヨリ觀察シテ債權ト稱シ又之ヲ裏面ヨリ觀察シテ債

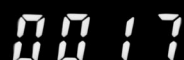
務ト云フニ外ナラス然レトモ從來ニ於テハ必スシモ債權債務ナル文字ヲ用ヒス舊法典ニ於テハ義務ナル廣義ノ文字ヲ使用セリ新民法ニ於テモ時トシテハ義務ナル文字ヲ使用セリト雖モ元來義務ナル文字ハ甚タ廣キ意味ヲ有スル文字ニシテ法律外ニ於テモ義務ナル文字ヲ用フルノ例ニ乏シカラス又假令此ノ如キ場合ニアラストスルモ法律上妻ハ夫ト同居スルノ義務アリト云フカ如キ用例ハ現ニ新民法ニ於テモ存在スル所ナリ而シテ此義務ナル文字ハ法律上ノ用語トシテ必スシモ不當ニアラスト雖モ是レ固ヨリ債務ノミヲ指示スルノ語ニアラサルカ故ニ債權ノ裏面ヲ指示スル名稱トシテハ之ヲ債務ト稱スルノ穩當ナルニ如カス仍テ新法典ニ於テハ力メテ債務ナル文字ヲ用ヒタリト雖モ文章ノ便宜ニ依リ稀ニハ義務ナル文字ヲ使用シタリ西洋ニ於テハ此債務ニ相當スル場合ニ於テ「オブリガシヨ」「オブリガシヨ」等ノ文字ヲ使用セリ是レ羅馬法ニ於テモ亦使用シタル所ニシテ佛蘭西ニ於テモ獨逸ニ於テモ皆多ク之ヲ使用セリ尤モ獨逸ノ新民法ニ於テハ「オブリガチヨ」等羅句語ヨリ轉化セル文字ハ力メテ之ヲ避ケタルカ如シト雖モ從來ノ學者ハ盛ニ之ヲ使用シ又法律ニ

於テモ從來ハ盛ニ之ヲ用ヒタルモノナリ唯近來ニ至リ他國ヨリ轉化シタル文字ハ之ヲ使用セサルノ風潮ヲ生シタルノミ要スルニ義務ナル文字ハ盛ニ使用セラルル所ニシテ實際上亦何等ノ弊害ナク雖ニ人權ナル文字ト債權ナル文字トニ付テ論シタル如ク深ク之ヲ論スルノ必要ナシ

○義務ナル文字ハ前述ノ如ク新法典ノ採用セザリシ所ナリト雖モ時トシテハ之ヲ使用セル所アルノミナラス予モ亦今後屢之ヲ使用スルコトアルヘシ

○舊民法ニ於テハ義務ヲ分テテ法定義務及ヒ自然義務ト爲セリ是レ羅馬法以來存スル所ノ區別ニシテ羅馬法ニ於テハ「オブリガシヨ」ナト「ラリス」即チ自然義務ナルモノヲ盛ニ認メ他ノ諸國ニ於テモ亦之ヲ認メタリ今此二種ノ義務ノ性質ヲ見ルニ法定義務ナルモノハ裁判所ニ訴ヘテ履行ヲ求ムルコトヲ得ヘキモ自然義務ナルモノハ裁判所ニ訴ヘテ履行ヲ求ムルコトヲ得ス唯債務者カ任意ニ履行ヲ爲シタルトハ其履行ハ債務ノ辨濟トシテ有效ナルノミ蓋シ羅馬法ニ於ケル自然義務ノ性質ニ付テハ頗ル不明ノ點多ク隨テ學說モ亦甚タ區區ニ於ルル所ナリト雖モ予ハ之ニ關シ羅馬法ノ解釋トシテ一ノ新説ヲ有セリ然

レトモ今ハ之ヲ述フルノ機會ニアラサルヲ以テ敢テ言ハス要スルニ自然義務ナルモノハ羅馬法以來認メラルル所ニシテ法定義務ト自然義務トノ著シキ差異ハ右ニ述ヘタル一點ニ在リ即チ法定義務ハ裁判所ニ訴フルコトヲ得ルモ自然義務ハ之ヲ裁判所ニ訴フルコトヲ得サルノ相違アルノミ然ラハ何故ニ此ノ如キモノヲ認ムルカ是レ多少説明ヲ要スル所ナリ予カ始メテ法律學ヲ學ヒヤ當時甚タ奇異ノ感ヲ起シシモノ尠カラス而シテ自然義務モ亦其一ニ屬セリ即チ自然義務ハ法律ノ認ムル義務ナルニ拘ラス而モ是レ法定義務ニアラス隨テ法律ノ執行ヲ司レル裁判所ニ訴フルコトヲ得ス然ルニ又一方ヨリ之ヲ見レハ是レ亦一種ノ義務ニ外ナラサルカ故ニ其履行ハ所謂辨濟ニシテ法律上有効ナルモノナリ殊ニ羅馬法ノ如キニ在リテハ少クトモ或場合ニ於テハ間接ニ之ヲ強制スルコトヲ得タリ又舊民法及ヒ佛蘭西法等ニ於テモ例ヘハ自然義務ヲ擔保スル爲メ普通ノ抵當權ヲ設定スルコトヲ得而シテ其抵當權ハ普通ノ手續ニ依リテ實行スルコトヲ得タルカ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ自然義務ハ遂ニ法定義務ニ變シタルト異ナルコトナシ即チ義務ノ履行ヲ裁判所ニ請求スルコト



ヲ得スト雖モ抵當不動産ヲ差押ヘ之ヲ賣却シテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキカ故ニ此點ヨリ見レハ法定義務ト異ナル所ナシ是レ予カ奇異ノ感ヲ起シシ所以ナリ而シテ舊民法ニ於テハ法文ヲ以テ奇妙ナル説明ヲ爲セリ予カ向ニ財産編第二百九十三條第二項ノ末段ノ不穩當ナルコトヲ一言シタルハ即チ此點ニシテ「義務ハ人定法又ハ自然法ノ羈絆ナリ」トアリ而シテ之ト照應スヘキ第二百九十四條第二項ニ於テ「自然ノ義務ニ對シテハ訴權ヲ生セス下規定セリ故ニ此二箇條ヲ對照シテ考フルモ自然義務ハ自然法ノ羈絆ナリトセルコトハ既ニ明ナルノミナラス「ボアソナード」氏ノ説明ヲ一讀スレハ一層明瞭ナリ蓋シ「ボアソナード」氏ハ法定義務ハ人定法ヨリ生シ自然義務ハ自然法ヨリ生スルモノナリト見解ヲ取レルモノニシテ是レ一應至當ナルカ如シト雖モ予ハ之ヲ以テ全然誤リタル見解ナリト信ス何トナレハ自然法ノ存否ニ付テハ學者間議論ノ存スル所ニシテ予ハ自然法ノ存在ヲ認ムル者ナリト雖モ「ボアソナード」氏トハ全ク其見解ヲ異ニセリ即チ予ノ見解ニ依レハ第一自然法ナルモノハ人定法ヨリモ其範圍廣キモノニシテ其自然法中主權者ノ認メタルモノ是レ即チ人定法ニ外

ナラス今舊法典ノ文字ヲ假リテ之ヲ言ヘハ一切ノ事項ハ人定法及ヒ自然法ニ由リテ定マリ唯其或部分ノミ人定法ノ規定ニ係ル而シテ世ノ開明ニ越ツト共ニ人定法ノ範圍ハ次第ニ擴張セラルルト雖モ固ヨリ自然法ノ範圍ヲ脱スルコトナシ故ニ所謂法定義務ト雖モ大抵自然法ヨリ生スルモノニシテ予ノ說ニ從ヘハ總テ自然法ヨリ生スルモノナリ是レ一見奇ナルカ如シト雖モ決シテ然ラス例ヘハ借受ケタル金錢ヲ返還スヘキ義務アルコトハ自然法ノ命スル所ナルト同時ニ亦人定法ノ認ムル所ナリ故ニ法定義務ハ人定法ヨリ生シ自然義務ハ自然法ヨリ生スト云フハ既ニ其根本ニ於テ誤レリ然レトモ此點ニ付テハ舊民法ノ見解ヲ以テ説明スルコトヲ得サルニアラス即チ自然法ハ人定法ノ規定ヲ包含スルコト固ヨリナリト雖モ自然法ト人定法トヲ併稱スル場合ニ於テハ人定法ニ於テ認メサルモノ即チ其殘餘ノ部分ノミ自然法ノ認ムル所ナリト云フコトヲ得ヘシ但シ尙ホ第二ノ缺典アルコトヲ免レンス即チ自然義務ハ自然法ノミニ由リテ生スルモノナリトセルノ點是ナリ何トナレハ自然義務ハ自然法ノミニ由リテ生スルモノニアラサレハナリ今其最モ顯著ナル證據ヲ示セハ現ニ

人定法タル民法ノ中ニ於テ之ヲ規定セルニ非スヤ即チ自然ノ義務ニ對シテハ  
訴權ヲ生セスト云フカ如キハ是レ明ニ人定法タル民法ニ於テ自然義務ヲ定ム  
ルモノナリ加之自然義務ニ關スル規定ハ頗ル詳細ニ涉リ舊民法財産編第五百  
六十二以下十一箇條ノ規定ハ悉ク自然義務ニ關スル規定ニシテ特ニ一章ヲ成  
セリ故ニ自然義務カ人定法ヨリ生スル場合ナシト謂フコトヲ得ス而モ尙ホ之  
ヲ以テ自然法ヨリ出ラタルモノナリト云ハハ民法中ニ規定セル事項ハ總テ自  
然法ヨリ出テタルモノナリト云フモ不可ナキニ至ル豈此ノ如キノ理アラシヤ  
故ニ自然義務ハ人定法ニ由リテ生スルコトナセト云フハ全然誤レル見解ナリ  
ト謂ハサルヘカラス然レトモ是レ單ニ「ボアソナード」民ノ偏見ニ過キスシテ他  
ノ學者悉ク誤レリト謂フコトヲ得ス故ニ「ボアソナード」民ノ說ハ假令誤レリト  
スルモ抑モ自然義務ナルモノハ實際之ヲ認ムルノ必要アリヤ之ヲ認ムルノ理  
由アリヤ否ヤニ付テハ更ニ攻究スルコトヲ要シ而シテ予ハ斷シテ其理由ナキ  
コトヲ信スル者ナリ否羅馬法及ヒ歐洲諸國ニ於ケル現行法ノ規定トシテハ或  
ハ之ヲ必要トスルヤモ未タ知ルヘカラスト雖モ新ニ法律ヲ設タルニ當リ必ス

之ヲ認メサルヘカラサルカニ至リテハ予ハ全ク其必要ヲ認メスト云フヲ憚ラ  
サルナリ今其理由ヲ一言センニ羅馬法ニ於テハ初メ自然義務ヲ認メサリシモ  
羅馬法ナルモノハ元來不完全且ツ幼稚ナル法律ニシテ其基礎ト爲リシモノハ  
彼ノ十二銅表即チ半開ノ時代ニ制定セラレタル十二箇條ノ規定ナリシカ故ニ  
其箇條中ニ規定セサルモノハ原則トシテ法律ニアラストセム此ノ如キハ實  
際上頗ル不便ニ堪ヘサルヲ以テ後日ニ至リ漸次之ヲ補充シタルコト多シ然レ  
トモ十二銅表ノ規則ヲ表面ヨリ破壊スルカ如キハ後世ノ立法者ト雖モ敢テモ  
サリシ所ニシテ唯間接ニ之ヲ破壊セルノミ故ニ十二銅表ニ依レハ明ニ義務ヲ  
認メサル場合ニシテ後世ノ進歩シタル法律ヨリ之ヲ見ルトキハ義務ヲ認メテ  
ルヘカラサル場合頗ル多シト雖モ之ヲ認ムルトキハ十二銅表ニ反對スルニ至  
ルヲ以テ已ムコトヲ得ス自然義務トシテ之ヲ認ムルニ至リシモノナリ加之羅  
馬法ナルモノハ後世ニ至リテモ頗ル形式的ノ法律ニシテ甚シク形式ニ拘泥セ  
其形式ヲ缺クトキハ總テノ行爲ヲ無効トシタリ然ルニ世ノ進歩ニ伴ヒ此ノ如  
キ煩雜ナル手續ハ實際ニ適セサルノミナラス時トシテハ其形式ヲ踐ムコトヲ



得ナルコトアリ即チ時ニ因リ又ハ場所ニ因リテ之ニ依ルコトヲ得ナル場合少カラナリシヲ以テ其形式ヲ缺クモノハ之ヲ法定義務トシテハ其效力ヲ認メテリシモ全然其義務ヲ認メタルニアラスシテ所謂自然義務ヲ生スルモノトシタリ之ヲ要スルニ羅馬法ハ幼稚且ツ不完全ナル法律ナリシヲ以テ實際上ノ必要ニ因リ其不備ヲ補ハンカ爲メニ其效力ノ稍ヤ不完全ナル義務ヲ認メ之ヲ自然義務ト名ケタルモノナリ然リ而シテ後世ノ法律ニ於テハ概チ羅馬法ニ心酔シタル結果自然義務ナルモノヲ認メタルトキハ却テ不完全ナル法律ノ如ク思惟シタルノ傾ナキニアラスト雖モ寧ロ今日歐羅巴諸國ニ行ハルル法律ハ大抵不完全ニシテ佛蘭西法典ハ百年前ニ於テ非常ノ速力ヲ以テ編纂シタル法典ナルカ故ニ不完全タルコト固ヨリ言フア埃タス爾來之ヲ模範トシテ制定シタルモノハ和蘭ノ法典ヲ初メ伊太利ノ法典ノ如キモ今日ヨリ之ヲ見レハ總テ不完全タルヲ免レス故ニ此等ノ法律ニ於テハ普通ノ債務即チ法定義務ノ外ニ尙ホ幾分ノ自然義務ヲ認ムル必要アリト云フコトヲ得ヘシ此他佛蘭西法並ニ我舊民法ニ於テ特ニ自然義務ヲ認ムルノ必要アリシ所以ハ法律行爲ノ要素トシテ

所謂原因ナルモノヲ認メタルカ故ニシテ即チ原因ヲ認ムルトキハ其原因ヲ缺クカ爲メ無効タルヘキ法律行爲ト雖モ實際上其行爲ヲ有效トスルノ必要アルコト少シトセス其一例ヲ示セハ此ニ時効ニ因リテ消滅シタル義務アリトセンニ其義務ハ法律上既ニ消滅シタルモノナリト雖モ未タ實際履行ヲ遂ケタルモノニアラス唯裁判ノ際ニ於テ時効ヲ援用シタル結果既ニ義務ノ消滅シタルコトヲ認メラレタルニ過キサルヲ以テ良心アル者ハ大抵之ヲ屑トセサルヘク隨テ之ヲ返還スヘキコトヲ約シタリトセンニ此場合ニ於ケル法律行爲ニ原因アリヤ否ヤノ問題ヲ生ス而シテ當事者ノ意思ニ於テハ曩ニ存在シタル義務ヲ認ムルモノナルヲ以テ之ヲ追認ト云フコトヲ得ヘキカ如シト雖モ法律上ニ於テハ時効ニ因リテ消滅シタル義務ハ之ヲ追認スルコトヲ得サルカ故ニ其義務ハ原因ナキ義務ニシテ無効ノ義務ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ右ノ如キ法律行爲ヲ無効トスルノ不都合ナルコトハ何人モ認ムル所ナルカ故ニ勢ヒ自然義務ヲ認メ時効ニ因リテ消滅シタル法定義務ト雖モ未タ履行セサル場合ニ於テハ自然義務存スルモノトスルノ必要アリ即チ此ノ如ク原因ニ重キヲ置クト

キハ勢ヒ自然義務ヲ認めサルヘカラスル結果ヲ生スルモ佛蘭西法等ニ所謂原因ナルモノハ全ク之ヲ認ムルノ必要ナキモノニシテ苟モ法律行為ノ自由ヲ以テ原則トスレハ足レリ即チ當事者ノ意思眞實ニシテ法律行為ノ目的一定セル以上ハ直チニ法律行為ノ效力ヲ生スルモノトスルノ主義ヲ採ルヲ以テ穩當ナリト信ス是ヲ以テ新民法ニ於テハ此主義ヲ採リ法律行為ノ要素トシテ原因ノ必要ナルコトヲ認めタル規定絶ニテナシ隨テ右ニ例示セル行為ノ如キモ總テ有效ニシテ當事者ハ如何ナル意思ヲ以テ約束ヲ爲スモ苟モ或義務ヲ履行セシコトヲ約スル以上ハ其義務ハ常ニ有效ナリ即チ當事者ニ於テ往年借用シタル金銭ハ未タ返還セザリシニ時效ヲ援用シタル爲メ其義務消滅シタリト雖モ是レ債權者ニ對シテ忍ヒサル所ナリトシテ更ニ之ヲ返還センコトヲ約スルカ如ク眞ニ義務ヲ負フ意思ヲ有スルトキハ其原因ノ如何ヲ問ハス總テ有效ナリトス

右ノ外向ホ自然義務ヲ認ムルコトヲ必要トセサル理由アリ即チ力メテ方式ニ重キヲ置ク場合ヲ減少スルニ在リ例ヘハ贈與ヲ爲スニハ必ス公正證書ヲ作ラ

ズルヘカラストセハ公正證書ヲ以テセサル贈與ハ無効ト爲リ贈與者ハ其約束シタル義務ヲ履行セシテ可ナリト云フノ結果ニ至ル而シテ是レ單ニ正面ヨリ裁判所ニ訴フルコトヲ得スト云フニ止マラハ必スシモ弊害ナシト雖モ任意ニ之ヲ履行セントスルノ意思ヲ以テ更ニ契約ヲ結ヒタル場合ニ於テ之ヲ新ナル贈與ナリトセハ固ヨリ有效ナルモ當事者ノ意思ニ於テハ前ノ贈與ヲ認ムルノ意思ナルカ故ニ等シク無効ナリトセサルヘカラストセハ頗ル不都合タルヲ免レス殊ニ相續人カ先人ノ約セル贈與ヲ履行セントスル場合ニ於テ新ニ贈與ヲ爲スハ可ナルモ先人ノ贈與ヲ履行スルハ不可ナリトセハ實ニ不便ニ堪ヘサルナリ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ自然義務ヲ認ムル必要アリ蓋シ贈與ニ付キ常ニ自然義務ヲ生スルヤ否ヤハ一ノ問題ナリト雖モ少クトモ贈與ヨリ自然義務ヲ生スル場合ハ必ス存スルモノニシテ苟モ自然義務ヲ認ムル以上ハ此場合ニ於テモ自然義務ヲ認メサルヘカラスト信ス然レニ新法典ニ於テハ贈與ト雖モ自由ノ意思ヲ以テ爲シタルモノハ必スシモ書面ヲ作ルコトヲ要セス唯書面ヲ以テセサル贈與ハ後日之ヲ取消スコトヲ得ルモ其契約ヲ當然無効ナリトセス

即チ右ノ如ク任意ニ履行セントスル場合ニ於テハ固ヨリ妨ケナシ故ニ原因ヲ必要トセス又形式ヲ必要トセザルトキハ自然義務ヲ認ムルノ必要ナシ即チ予ノ素論ニ遡リテ之ヲ言ヘハ自然義務ハ法律不完全ナル場合ニ於テ其不完全ヲ補フ材料ト爲ルカ故ニ之ヲ認ムルノ必要アリトスルニハ法律自體ニ於テ不完全タラサルヘカラス隨テ新法典ニ於テハ一切自然義務ナルモノヲ認メスト雖モ更ニ實際ニ於テ不便ヲ感スルコトナシ即チ舊法典ニ於テ自然義務ヲ認メタル各種ノ場合ニ付テモ支障ヲ生スルコトナシ唯之カ詳細ハ此ニ之ヲ説明スルノ暇ナシ

以上ヲ以テ自然義務ニ關スル説明ヲ了リシヲ以テ次ニ債權發生ノ原因ヲ簡單ニ説明スヘシ

債權發生ノ原因ハ四アリ一法律行為ニ不當利得三不法行為四法律ノ直接規定是ナリ

法律行為ノ何物タルコトハ既ニ諸君カ總則編ノ講義ニ於テ知了シタル所ナリト信ス今其最モ重ナルモノヲ舉クレハ所謂契約ニシテ契約ノ何物タルコトハ

諸君カ不日研究スヘキ所ニシテ他ノ法律行為ノ重要ナルモノハ遺言ナリ而シテ遺言モ亦諸君カ相續編ノ講義ニ於テ研究スヘキモノニ係ル

次ニ不當利得ナルモノハ種種ノ場合ニ存シ或ハ事務管理ノ結果不當利得ノ問題ヲ生シ或ハ債權ナキ場合ニ誤テ債權アリト信シ其想像ノミニ存セシ債務ヲ履行シタルカ如キ場合ニ於テ其債權者ナリトシテ辨濟ヲ受ケタル者カ其儘之ヲ受領スルトキハ即チ不當利得ニ因ル義務ヲ生スルカ故ニ之ヲ返還セザルヘカラス又他人ノ事務ヲ管理セル者カ必要又ハ有益ナル費用ヲ支出シ本人ニ於テ其費用ヲ辨償セザルトキハ是レ亦不當ニ利益ヲ得タルモノナリ此ノ如キ場合ハ實ニ救擧スルニ違フラス而シテ不當利得中事務管理ニ付テハ一般ノ原則ニ依ルヘカラサルヲ以テ特別ノ規則ニ依ルヘキモノトセリ是レ管ニ我法典ノミナラス各國ノ法典皆然ラサルハナシ是ヲ以テ新民法ニ於テハ便宜ノ爲メ不當利得ノ章ト事務管理ノ章トヲ別ニセリ

不法行為トハ從來犯罪準犯罪ト稱シタルモノナリト雖モ新民法ハ其名稱ヲ數カス是レ蓋シ犯罪ナル名稱ハ刑法上ノ犯罪ト混同スルノ虞アルノミナラス西



淨ニ於テハ羅馬法以來ノ沿革上ノ理由ニ因リ此ノ如キ名稱ヲ用フルノ已ムヲ  
 得タルモノアリト雖モ我邦ニ於テハ之ヲ採用セサルヘカラサル理由ナク單ニ  
 不法行為ト云フヲ以テ足レリトスレハナリ而シテ之ヲ債務ノ原因トスルハ故  
 意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ債  
 ハサルヘカラスト云フノ理由ニ基クモノナリ  
 終ニ法律ノ直接ノ規定ハ各種ノ法律ニ散在シ債務ノ原因トシテ特別ノ名稱ヲ  
 附セサルモノヲ謂フ蓋シ契約上ノ權利ノ如キモ等シク法律ノ規定ヨリ生スル  
 權利ニ外ナラスト雖モ是レ契約ナル法律行為ノ成立スルトキハ法律ニ於テ一  
 定ノ權利ヲ生シ一定ノ義務ヲ生スルモノトスル場合ニシテ法律カ特ニ認メタ  
 ル債權發生ノ原因ニ外ナラス是レ不當利得不法行為等皆同シキ所ナリ然ルニ  
 所謂法律ノ直接ノ規定トハ特ニ認メタル原因ニアラスシテ或法律ノ規定ヨリ  
 直接ニ債權ヲ生シ債務ヲ生スル場合ヲ云フ其主タルモノヲ舉クレハ先ニ述ヘ  
 タル扶養ノ義務ノ如キハ民法親族編ノ規定ヨリ直接ニ生スルモノナリ又後見  
 人カ被後見人ニ對シ一定ノ義務ヲ負フカ如キモ是レ亦法律ニ於テ定メタル

モノナリ又多少議論アルモ納税ノ義務ノ如キモ税法ニ於テ直接ニ定メタル債  
 務ナリト信ス即チ納税ノ義務ハ債務ニアラストノ論アルモ予ハ明ニ債務ナリ  
 ト信シテ疑ハサルナリ其詳細ハ講義ノ範圍外ニ涉ルヲ以テ唯決定ノミヲ示ス  
 ニ止ムヘシ

以上ヲ以テ債權發生ノ原因ヲ説明シ了レリ以下法典ノ規定ニ入りテ順次説明  
 ツ爲サントス

第一章總則ヲ分チテ第一節債權ノ目的第二節債權ノ效力第三節多數當事者ノ  
 債權第四節債權ノ讓渡第五節債權ノ消滅トス

## 第一節 債權ノ目的

債權ノ要素ハ緒論ニ於テ説明シタル如ク要スルニ三アリ一、債權者二債務者三  
 目的是ナリ予ハ債權ノ定義ヲ下シテ債權トハ或人カ或他ノ人ニ對シテ一定ノ  
 行為又ハ不行爲ヲ要求スル權利ナリト言ヘリ是レ其權利ヲ有スル者即チ債權  
 者其相手方即チ債務者及ヒ其行為若クハ不行爲即チ目的ヲ以テ債權ノ要素ト

爲ス所以ナリ  
債權ノ要素ト法律行為ノ要素トハ之ヲ混同セサルコトヲ要ス蓋シ債權ハ多ク  
ハ法律行為ヨリ生スルモノナリト雖モ必スシモ然ラス而シテ其法律行為ヨリ  
生スル場合ニ於テモ債權ノ要素ト法律行為ノ要素トハ固ヨリ同シカラサルナ  
リ即チ法律行為ノ要素ハ予ノ取ル所ノ主義ニ據レハ畢竟目的ニ歸著シ而シテ  
其目的ハ場合ニ因リ當事者ノ誰タルコトヲモ包含スルカ故ニ法律行為ノ要素  
タル目的ハ債權ノ要素タル目的ニ比スレハ其範圍廣キモノナリ隨テ法律行為  
ノ要素タル目的ヲ狹義即チ債權ノ要素タル目的ト同一ノ意義ニ解スルトキハ  
法律行為ノ要素ハ目的ノ外時トシテ當事者ヲモ包含スルコトアリト云ハサル  
ヘカラス例ヘハ贈與等ニ在リテハ受贈者即チ債權者ノ誰タルコトハ法律行為  
ノ要素タルカ如シ然レトモ法律行為ノ要素トシテ當事者ノ誰タルコトヲ問ハ  
サル場合寧ロ多キニ居ルカ故ニ例ヘハ法律行為ノ要素ニ錯誤アル場合ノ如キ  
ハ通常其要素中ニ當事者ノ誰タルコトヲ包含セサルモノトス之ニ反シ債權ノ  
要素ハ必ス當事者ヲ包含シ債權者及ヒ債務者ハ目的ト共ニ常ニ其要素ヲ成ス

モノナリ是レ法律ヲ讀ム者ノ最モ注意スヘキ點ニシテ豫メ此區別ヲ明ニスル  
ニアラサレハ法文ノ解釋ヲ爲スニ際リ往往ニシテ誤認ニ陥ルコトヲ免レヌ而  
シテ法律行為ナル文字ハ法律行為ノ章ニ於テ使用シ又債務ノ要素ニ債權ノ要  
素ト云フニ同シナル文字ハ後ニ説明スヘキ更改ノ節ニ於テ使用セリ即チ第五  
百十三條ニ所謂債務ノ要素ナル文字ハ債權者債務者及ヒ目的ノ三者ヲ包含セ  
ルモノナリ

尙ホ純然タル要素ノ外能力ノ問題ハ債權ニ付テ屬シ生スルコトアリ即チ債權ノ  
要素タル債權者又ハ債務者カ果シテ債權者ト爲リ債務者ト爲ル能力ヲ有スル  
ヤ否ヤノ問題はナリ蓋シ廣ク債權ヲ論スルニ方リテハ能力ノ問題ノ如キモ併  
セテ之ヲ論スルノ必要アリト雖モ能力ノ説明ハ總則編ノ講義ニ屬スルカ故ニ  
此ニハ之ヲ論セス

債權ノ目的ニ關スル規定ハ多クノ法典ニ於テ之ヲ一括シテ規定スルコトナシ  
獨逸ノ法典中ニハ稀ニ之ヲ一括シテ規定セルモノアリト雖モ他ニ殆ト其例ヲ  
見ス我舊民法ノ如キモ佛民法ヲ模範トセシカ故ニ之ニ關スル規定ハ辨濟其他

ノ部ニ散在セリ蓋シ後ニ説明スル如ク辨濟ナルモノハ履行ニ因ル債權ノ消滅ニシテ履行ト辨濟トハ其實體ニ於テハ毫モ異ナルコトナク而シテ履行ハ畢竟目的ノ實行ニ外ナラサルカ故ニ債權ノ目的債務ノ履行及ヒ債權ノ辨濟ハ其名ヲ異ニシテ殆ト其實ヲ同シスルモノナリト云フモ不可アルコトナシ隨テ辨濟ノ部ニ債權ノ目的ニ關スル規定ヲ置クモ強テ理論ニ反スルモノト云フコトヲ得スト雖モ新民法ハ便宜上獨逸民法等ヲ參考シテ目的ノ規定履行ノ規定及ヒ辨濟ノ規定ヲ各別ニ掲ケタリ

前述ノ如ク債權ノ目的債務ノ履行及ヒ債權ノ辨濟ハ其實體ニ於テハ向一若クハ殆ト同一ナリト雖モ各其觀察點ヲ異ニス即チ債權ノ目的ハ債權發生ノ當時及ヒ債權カ未タ履行ニ因リテ消滅セス正ニ存在セル狀態ニ於テ觀察シタルモノニシテ此場合ニ於テハ未タ履行アラヌ又辨濟ナシ次ニ債務ヲ履行セントシ又ハ正ニ履行シツツアル場合ハ履行ノ範圍ニ屬シ如何ナル方法ニ依リテ履行スヘキカノ如キハ全ク履行ノ問題ナリ而シテ履行ヲ了リ債權消滅シタル場合ニ於テ其結果如何ノ問題ハ即チ辨濟ナリトス然ルニ新民法カ此嚴格ナル學理

上ノ區別ヲ十分ニ應用セザリシハ予ノ遺憾トスル所ナリ例ヘハ辨濟ノ部ニ存在スル多クノ規定ノ如キハ予ノ見解ニ據レハ寧ロ之ヲ履行ノ部ニ移スヘキモノナリ要スルニ債權ノ發生シタル時ヨリ債權ノ正ニ存在セル間ノ事項ハ債權ノ目的ノ方面ヨリ之ヲ觀察シ債務ヲ履行セントシ乃至其履行ノ尙ホ繼續セル間ノ事項ハ之ヲ履行ノ問題トシ而シテ履行ヲ終リシ後ノ事項ハ之ヲ辨濟ノ問題トスルヲ以テ最モ學理ニ適シタルモノト信ス然レトモ此ノ如キ嚴格ナル學理上ノ區別ヲ應用シタル例ハ或ハ未タ之アラサルヤモ保スヘカラス彼ノ獨逸民法ノ如キハ頗ル之ニ近キモノナリト雖モ予ヲ以テ之ヲ見レハ尙ホ多少ノ誤アルコトヲ免レサルニ似タリ而シテ予ハ法文ノ順序ニ拘ラス專ラ此標準ニ據リテ説明ヲ爲サント欲ス但債權ノ目的ニ付テハ法文ニ掲タル所ト予ノ標準ト相一致セルカ故ニ敢テ變更ヲ加ヘサルヘシ

本節ヲ分テテ三款ト爲シ第一款ニ於テ何ヲ以テ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ルカラ論シ第二款ニ於テ債權ノ目的物ニ關スル問題換言スレハ物ニ關スル債權ニ付テ生スル問題ヲ論シ第三款ニ於テ選擇債務ヲ論セントス

第一款 何ヲ以テ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ルカ

何ヲ以テ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ルカハ古來頗ル議論ノ存スル所ニシテ羅馬法ニ於テハ凡ソ金錢ニ見積ルコトヲ得ルモノニアラザレハ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ストノ格言アリ而シテ此格言ハ今日尙ホ一般ニ歐洲ノ法學界ヲ支配シ歐洲ノ法律家ノ多數ハ之ヲ以テ金科玉條ノ如ク信スルカ如シ然レトモ之カ適用ニ至リテハ大ニ其範圍ヲ異ニシ羅馬法ニ於テハ金錢ニ見積ルコトヲ得サリシモノニシテ今ハ之ヲ金錢ニ見積ルコトヲ得ルモノ少カラサルカ如シ試ニ其最モ著シキ例ヲ示セハ人ノ名譽痛苦ノ如キハ羅馬法ニ於テハ之ヲ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノトセシモ現今ニ於テハ之ヲ金錢ニ見積ルコトヲ得ルモノトシテ疑ハス即チ名譽ヲ害セラレタルトキハ之ヲ金錢ニ見積リテ損害賠償ノ額ヲ定メ又親ノ生命ヲ害セラレタルカ爲メニ子ノ感スル痛苦普通生命ヲ金錢ニ見積ルモノナリト云フモ生命ヲ金錢ニ見積ルニアラス若クハ夫ノ殺サレタルカ爲メニ妻ノ感スル痛苦ヲ金錢ニ見積リテ損害賠償ノ額ヲ定ムルカ如シ

シ此ノ如ク今日ニ於テハ名譽痛苦ノ如キ無形ノモノト雖モ之ヲ金錢ニ見積リテ賠償ヲ爲サシムルカ故ニ天下ノ事物一トシテ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノアルコトナシト雖モ若シ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキモノト云ヘル文字ヲ嚴格ニ解スルトキハ決シテ此ノ如キモノヲ包含スルコトヲ得ス即チ普通ノ意味ヲ以テスレハ名譽痛苦等ハ其性質金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノナリ然リト雖モ名譽ヲ害セラレ痛苦ヲ與ヘラレタル場合ニ於テハ他ニ救済ノ途ナキヲ以テ已ムコトヲ得ス其損害ヲ金錢ニ見積リテ之カ賠償ヲ爲サシメ以テ法律ノ力ノ及ハサル所ヲ補ヘルナリ而シテ既ニ名譽生命等ヲ害シタル者ニ對シテ財産上ノ制裁ヲ加フル以上ハ此等ノ無形ノ價值ヲ有スルモノヲ以テ直チニ債權ノ目的トスルコトヲ認メスハアルヘカラス故ニ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキモノト云ヘル文字ヲ嚴格ニ解スルトキハ債權ノ目的ヲ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキモノニ限ルハ頗ル狭キニ失スルモノト云ハサルヘカラス

抑歐洲ノ學者間ニ於テ動モスレハ議論ノ種子ト爲ルハ教師、醫師、辯護士等ノ勤勞ニシテ之ヲ金錢ニ見積ルコトヲ得ルカ否ヤ若シ金錢ニ見積ルコトヲ得スト

セハ之ヲ債權ト目的ト爲スコトヲ得ルヤ否ヤト云フニ在リ而シテ歐洲ノ學者ハ彼ノ名譽痛苦等ヲ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキモノトセルニ拘ラス右ノ勤勞ヲ以テ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノトセル者多シ蓋シ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキモノト云フコトヲ得サルヘシ即チ教授上ヨリ生スル利益ハ金錢ヲ以テ計算スルコトヲ得ス又醫師カ病ヲ治シ生命ヲ救ヒタル場合モ同一ナリ是ヲ以テ歐洲ニ於ケル從來ノ通説ニ依レハ教師醫師辯護士等ノ勤勞ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノトシ隨テ債權ノ目的ト爲スコトヲ得サルモノトセリ然レトモ是レ實際上頗ル不便ナル所ナリ即チ此説ニ據レハ教師醫師辯護士カ其勤勞ヲ約シナカラ之ヲ實行セサルモ可ナリト謂ハサルコトヲ得ス且其勤勞ヲ目的トシタル契約ヲ無効ナリトスル以上ハ之ニ由リテ報酬ヲ約シタルモ亦無効ナリト謂ハサルヘカラス故ニ例ヘハ教師カ一定ノ報酬ヲ約シテ教授ヲ爲シタル場合ニ於テ相手方カ其報酬ヲ拂ハサルトキハ法律上之ヲ訴フルニ途ナク又醫師ノ如キモ其診察ヲ受ケ治療ヲ受ケタル者カ約セタル謝禮ヲ爲ササル場合ニ於

テ之ヲ訴フルコトヲ得ス辯護士ノ謝金ニ付ラモ亦然リ例ヘハ一定ノ成功謝金ヲ約シタル場合ニ於テ依頼者カ之ヲ支拂ハサルトキハ結局德義上ノ問題タルニ止マリ法律上之ヲ如何トモスルニ由ナシト謂ハサルコトヲ得ス而シテ此等ノ職業ニ従事スル者ハ世人ノ看テ以テ或ハ人ヲ教育シ或ハ仁術ヲ施シ或ハ他人ノ權利ヲ伸張シ若クハ枉屈ヲ救フヲ任トスル者ト爲スモノナルカ故ニ裁判所ニ訴ヘテ其報酬ヲ請求スルカ如キハ寧ロ歎スヘキコトナリト雖モ世上悉ク聖人君子ノミニアラサルヲ以テ教師醫師辯護士等ノ強慾ナル者アルト同時ニ之ヨリモ一層強慾ナル相手方アルコトヲ免レス殊ニ致テ少カラサル利益ヲ得タルニ拘ラス其約シタル報酬ヲ拂ハス又醫師ノ治療ニ因リテ九死ニ一生ヲ得タルニ拘ラス其謝禮ヲ爲サス又辯護士ノ力ニ因リ多額ノ財産ヲ失ハサルコトヲ得タルニ拘ラス其約シタル謝金ヲ拂ハサルカ如キハ縱令教師醫師辯護士等ニ於テ強テ之ヲ訴ヘサルモ法律上之カ相當ノ制裁ヲ認メサルヘカラス故ニ少クトモ之ニ訴權ヲ認ムルノ必要アルコト論ヲ埃タス而シテ日本人ノ思想ニ於テハ醫師カ其謝禮ニ付キ訴訟ヲ爲スハ不徳義ノ如ク感スルモ辯護士



カ謝金ニ付テ訴訟ヲ提起スルハ却テ之ヲ怪シム者ナシ然ルニ歐洲ニ於テハ全ク之ニ反シ辯護士カ此ノ如キ訴訟ヲ爲スハ一般ノ排斥スル所ナリ佛國ニ於テハ辯護士會ノ規則ヲ以テ裁判所ニ對シテ謝金ヲ請求シタル辯護士ヲ除名スルノ例アリ隨テ依頼者ニ於テモ謝金ヲ違約スルカ如キコト殆トナシ之ヲ要スル教師等カ訴訟ヲ爲スハ固ヨリ希望スヘキコトニアラスト雖モ訴權ヲ認ムルニアラサレハ全ク無制裁ニ了ルノ弊アルト同時ニ一方ヨリ之ヲ言ヘハ此等ノ者ノ受クヘキ報酬ニ付テモ訴訟ヲ許シ他ノ權利ト同シク十分ノ保護ヲ與フヘキ理由アルヲ以テ之ニ訴權ヲ認ムルヲ以テ至當トセサルヘカラス

舊民法ノ起草者タル「ボツァンナード」氏ハ佛國ノ通説ヲ採用シ教師醫師辯護士等ノ勤勞ハ債權ノ目的ト爲スコトヲ得サルヲ本則トセシモ又間接ノ方法ヲ以テ之ヲ保護セリ即チ財產取得編第二百六十六條第一項ニ於テ「醫師辯護士及ヒ學藝教師ハ雇傭人ト爲ラス此等ノ者ハ其患者訴訟人又ハ生徒ニ諾約シタル世話ヲ與ヘ又ハ與ヘ始メタル世話ヲ繼續スルコトニ付キ法定ノ義務ナシ又患者、訴訟人又ハ生徒ハ此等ノ者ノ世話ヲ求メテ諾約ヲ得タル後其世話ヲ受クル責

ニ任セス」ト規定セルモ此ノ如キハ實際ノ不便ニ堪ヘサルヲ以テ其第二項以下ニ於テハ然レトモ實際世話ヲ與ヘタルトキハ相互ノ分限ト慣習及ヒ合意トヲ酌量シテ其謝金又ハ報酬ヲ裁判上ニ於テ要求スルコトヲ得」(第二項)ト云ヒ又「此等ノ者ノ世話ヲ受クルコトヲ諾約シタル後正當ノ原因ナクシテ之ヲ受クルコトヲ拒絕シタル者ハ其拒絕ヨリ此等ノ者ニ金錢上ノ損害ヲ生セシメタルトキハ其賠償ノ責ニ任ス」(第三項)之ニ反シテ世話ヲ與フルコトヲ諾約シタル後正當ノ原因ナクシテ之ヲ拒絕シタル者ハ因リテ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」(第四項)ト言ヘリ此ノ如ク相手方カ契約ヲ履行セサル場合ニ於テ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ル以上ハ之ヲ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ルト殆ト異ナル所ナク且此規定ニ由リシ羅馬法ノ原則カ如何ニ勢力ヲ有スルカヲ知ルコトヲ得ルト同時ニ實際ニ於テ此ノ如キモノヲ債權ノ目的ト爲スニアラサレハ不便少カラサルコトヲ知ルニ足レリ

右ノ外第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ノ有效ナルヤ否ヤモ議論アル問題ニシテ舊民法ハ之ヲ無効トセリ而シテ其理由トスル所ハ金錢ニ見積ルコトヲ得

キ利益ナキカ故ニ債權ノ目的ト爲スコトヲ得スト云フニ在リ即チ財産編第三百二十三條第二項ニ於テ「第三者ノ利益ノ爲メニ要約ヲ爲シ且之ニ過意約款ヲ加ヘサルトキハ其要約ハ之ヲ要約者ニ於テ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ利益ヲ有セサルモノト看做ス」ト規定シ其第一項ニハ「要約者カ合意ニ付キ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ正當ノ利益ヲ有セサルトキハ其合意ハ原因ナキ爲メ無効ナリ」ト規定セリ是レ亦羅馬法ノ格言ノ結果ニ外ナラス

尙ホ教師醫師辯護士等ノ勤勞ヲ目的トスル契約ノ性質ニ付テハ雇傭若クハ請負ノ部ニ於テ説明スヘキモノナリト雖モ是レ亦金錢ニ見積ルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ト關係ヲ有スルガ故ニ此ニ一言スヘシ即チ此等ノ勤勞ヲ以テ契約ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノトセハ其契約ノ性質如何換言スレハ其契約ハ雇傭ナルカ將タ請負ナルカ予ノ見解ニ據レハ此種ノ契約ハ場合ニ因リテ其性質ヲ異ニシ一概ニ之ヲ斷定スルコトヲ得ス即チ雇傭トハ一定ノ報酬ニ對シテ使用者ノ命スル勞務ニ服スルヲ謂ヒ法文ニハ「雇傭ハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ勞務ニ服スルコトヲ約シ相手方カ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ

其效力ヲ生ス」(第六二三條)ト定義セリ次ニ請負トハ一定ノ仕事ノ結果ニ對シテ一定ノ報酬ヲ與フル契約ニシテ第六百三十二條ニハ「請負ハ當事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ對シテ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス」ト定義セリ故ニ教師、醫師、辯護士等ノ勤勞ヲ目的トスル契約ハ場合ニ因リ或ハ雇傭タルコトアリ又請負タルコトアリト云ハサルヘカラス例ヘハ教師カ或事項ノ教授ヲ囑託セラレテ之ヲ教授スル場合又醫師カ或病人ノ診察ヲ依頼セラレテ其診察ヲ爲シ又辯護士カ或事件ノ鑑定ヲ依頼セラレテ之カ鑑定ヲ爲スカ如キハ雇傭ナリ又或事件ノ談判ヲ依頼セラレテ之カ談判ヲ爲スカ如キハ畢竟委任ニシテ雇傭又ハ請負ニアラス隨テ此場合ハ右ノ問題外ニ屬ス(但此場合カ委任ナルヤ否ヤニ付キ多少議論ナキニアラスト雖モ予ハ毫モ疑ナシト信ス)ト雖モ例ヘハ辯護士カ訴訟事件ノ鑑定ヲ託セラレ若クハ貸金ノ取立方ヲ一任セララルルカ如キ場合ニ於テハ雇傭ナルコト多シ然ラハ如何ナル場合ニ於テ請負ナルカト云フニ例ヘハ教師カ一年間ニ或英書ノ全部ヲ理會スルヤウ教授センコトヲ約スルカ如キ又二年間ニ佛語ノ

普通ノ會話ヲ爲シ得ルヤウ教授センコトヲ約スルカ如キ場合ハ請負ニ屬シ又醫師カ或病人ヲ全癒セシムルコトヲ約シ若シ全癒セザルトキハ謝禮ヲ受ケスト云フカ如キモ亦請負ナリ即チ病ヲ癒ヤスト云ヘル仕事ノ結果ニ對シテ報酬ヲ拂フモノナリ又辯護士カ或訴訟ノ必勝ヲ確約シ所謂成功謝金ヲ定ムル場合ノ如キハ動モスレハ請負タルコトアリ殊ニ敗訴セハ全ク謝金ヲ受ケスト云フカ如キハ純然タル請負ナリトス故ニ教師醫師辯護士等ノ勤勞ヲ目的トスル契約ハ實際ニ於テハ雇傭ノ場合多カルヘシト雖モ請負タル場合亦少シトセス又辯護士ノ勤勞ヲ目的トスル契約ハ委任ナルコト多シトス  
委任ト雇傭トハ時トシテ頗ル區別シ難キコトアリ辯護士ノ勤勞ヲ目的トスル契約ノ如キモ其適例ニシテ又商人ノ使用スル番頭ノ如キモ之ヲ傭入ルル契約ハ雇傭ナリト雖モ之ニ商業ヲ營マシムルハ即チ委任ナリ要スルニ是等ハ事實問題ニシテ其實ニ依リテ之ヲ判斷スルノ外アラザルナリ  
以上述ヘタル如キ場合ニ於テ勤勞ヲ目的トスル契約ハ果シテ有效ナルヤ否ヤ舊式ノ法律ニ於テハ大抵之ヲ無効トセリ然ルニ獨逸民法等ニ於テハ金錢ニ見

積ルコトヲ得サルモノト雖モ等シク債權ノ目的ト爲スコトヲ得ヘキモノトスル主義ヲ取レリ新民法ニ於テハ此進歩シタル主義ヲ採用シ債權ノ目的ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ルモノニ限ラザルコトヲ明言セリ即チ第三百九十九條ニ曰ク  
債權ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノト雖モ之ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得  
此ノ如ク債權ノ範圍ノ擴張シタル以上ハ苟モ公ノ秩序ヲ害セザル限りハ如何ナルモノト雖モ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ヘシ隨テ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノハ一一之ヲ例示スルコトヲ要セス唯債權ノ目的ト爲スコトヲ得サルモノノミヲ舉クレハ足レリ而シテ公ノ秩序ヲ害スルモノハ債權ノ目的ト爲スコトヲ得サルカ故ニ彼ノ選舉權ノ如キハ固ヨリ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ス又親權若クハ後見ノ如キ親族權ノ類モ亦債權ノ目的ト爲スコトヲ得ス例ヘハ吾ニ金何百圓ヲ與フレハ親權ヲ拋棄セント云ヒ若クハ親權ヲ汝ニ讓ラント云フカ如キ契約ハ無効ナリ是レ他ナシ親權ハ親タル者ノ有スル權利ナリト雖モ



同時ニ其義務ナルカ故ニ之ヲ處分スルコトヲ得サレハナリ後見モ亦然リ例ヘハ自己ハ法律上後見人ノ地位ニ在ルモ之ヲ汝ニ讓ラント約スルカ如キハ法律ノ許ササル所ナリ即チ此ノ如キ契約ハ全然無効ナリ此他風俗ヲ害スルカ如キ事項モ等シク公ノ秩序ヲ害スルカ故ニ之ヲ債權ノ目的トスルコトヲ得ス而シテ法文第九〇條ニ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル云云トアルモ予ハ善良ノ風俗ナル文字ハ全ク蛇足ナリト信ス唯右ノ法文ノ存スル以上ハ之ヲ善良ノ風俗ニ反スル場合ニ包含セシムルノ外ナシト雖モ其公ノ秩序中ニ入ルト善良ノ風俗中ニ入ルトヲ問ハス債權ノ目的ト爲スコトヲ得サルハ一ナリ故ニ一般ニ言ヘハ婦人ノ貞操ノ如キモ之ヲ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ス又日本ノ慣習ニ於テハ多少疑アルカ如キモ其無効ナルコト明カナル契約ハ夫カ病ニ臥シ將ニ絶命セントスルノ際妻ニ向ヒ我カ死後ニ於テ再嫁スヘカラスト曰ヒ妻モ之ヲ諾シテ二夫ニ見エサルコトヲ誓フカ如キハ公ノ秩序ニ反スルモノナルカ故ニ無効ノ契約ナリ隨テ法律ノ定ムル期間ノ經過タル後ハ直チニ再婚ヲ爲シテ可ナリ夫ノ相続人ハ其契約ヲ提出シテ妻ノ再婚ヲ妨ケ又ハ損害賠償ヲ要求

スルコトヲ得ス現ニ歐洲ニ於テハ時時其實例ヲ生スルモ其契約ノ無効ナルコトハ何人モ爭ハサル所ナリ此等ハ債權ノ目的ト爲スコトヲ得サルモノノ稍ヤ著シキ例ナリトス

誓ヲ述ヘタル如ク債權ノ目的ハ從來一般ニ與フル爲ス又ハ爲ササルノ三ノ一ナリト云フト雖モ正確ナル語ヲ以テセハ爲シ又ハ爲ササルノ二ニ歸著ス否事ハ積極又ハ消極ノ行爲ナリト云ハサルヘカラス然ルニ其行爲ハ實際ニ於テハ物ニ關スル場合頗ル多シ即チ債權債務ナルモノハ其中ノ八九ハ金錢ノ支拂ヲ目的トス更ニ法律上ノ語ヲ以テセハ金錢ノ所有權ノ移轉ヲ目的ト爲セリ次ニ金錢ニアラサルモ等シク他ノ物ノ所有權ヲ移轉シ又ハ其物ヲ引渡スコトヲ目的トスル場合最モ多シ例ヘハ米百石ノ所有權ヲ與フルコトヲ目的トシ又ハ所有權ハ既ニ債權者ニ存スルモ之ヲ引渡スコトヲ目的トスルカ如シ彼ノ寄託等ノ場合即チ是ナリ而シテ此等ノ場合ニ於テ種種ナル問題ヲ生ス故ニ特ニ物ニ關スル債權ニ付テ生スル問題極メテ多シ是レ次ニ論セントスル所ナリ



シ或ハ定量物(Quantité, Mænght)ト稱スルヲ常トスレトモ新法典ニ於テハ常ニ之ヲ不特定物ト云ヘリ是レ他ナシ代替物ト云フモ定量物ト云フモ將タ不特定物ト云フモ其歸スル所ハ常ニ當事者ノ意思如何ニ存スルモノニシテ例ヘハ不動産ノ不特定物ハ通常見サル所ナルカ故ニ不動産ノ代替物若クハ定量物モ亦通常存スルコトナシト雖モ當事者ノ意思ニ因リ之ヲ代替物又ハ定量物若クハ不特定物ト爲スコトヲ得ヘシ即チ北海道ノ土地一萬坪ト云フカ如キ場合ニ於テハ其土地ハ代替物タルト同時ニ定量物ニシテ荷モ北海道ノ土地タル以上ハ東部ノ土地タルト西部ノ土地タルト將タ南部ノ土地タルト北部ノ土地タルトヲ問フコトナク西ヲ以テ東ニ代ヘ北ヲ以テ南ニ代フルコトヲ得ヘシ隨テ是レ又不特定物ナリト云フコトヲ得ヘシ此他米又ハ酒ノ類ハ定量物ナルモ之ヲ代替物ナリト云フコトヲ得ヘク又不特定物ナリト云フコトヲ得ヘシ故ニ不特定物ト云フモ代替物ト云フモ將タ定量物ト云フモ歸スル所ハ常ニ同一ニシテ畢竟當事者ノ意思如何ニ存スルモノナリ然ルニ歐洲ノ學者カ判然當事者ノ意思ニ因ルモノナルコトヲ認メサルハ全ク羅馬法ノ誤解ニ出テタルモノニシテ

羅馬法ハ尙ホ幼稚ナリシ爲メ其テクストニ種種ナル場合ヲ舉ケテ規定シタリ然ルニ後世ノ學者ハ其例示的ノ規定ヲ絶對的ノ規定ノ如ク誤解シ遂ニ此ノ如キ區別ヲ認ムルニ至リシモノナリ以下右ノ特定物不特定物ノ區別ニ依リテ説明スヘシ

特定物ノ引渡ニ付キ特ニ説明スヘキ問題ハ保存義務ノ問題ニシテ理論上ヨリ之ヲ言ヘハ過失ノ問題ナリ民法ハ第四百條ニ於テ之ヲ規定セリ曰ク

債權ノ目的カ特定物ノ引渡ナルトキ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スルコトヲ要ス

此ニ所謂保存ノ義務即チ過失ノ問題ハ民法上最モ議論アル問題ノ一ニシテ其保存スヘキ物ノ所有權カ何人ニ屬スルヲ問ハス例ヘハ其物ノ所有權ヲ債權發生ノ時直チニ債權者ニ移スモ又其引渡ノ時ニ之ヲ債權者ニ移スモ常ニ其引渡ヲ了ルマテハ債務者ニ於テ之ヲ保存スル義務アルカ故ニ權利移轉ノ有無ニ拘ラスシテ生スル問題ナリ然レトモ一方ニ於テハ單ニ特定物ニ付テノミ生スル問題ニシテ不特定物ニ付テハ決シテ此問題ヲ生セサルナリ而シテ古來ノ學者

ハ動モスレハ過失ニ三段ノ程度アリトシ第一ヲ重過失第二ヲ輕過失第三ヲ最輕過失トセリ即チ場合ニ因リ或ハ重過失ニ付テモ責任ヲ負ヒ或ハ輕過失ニ付テモ責任ヲ負ヒ或ハ最輕過失ニ付テモ尙ホ責任ヲ負フヘキモノナリト云ヘリ然レトモ是レ全ク羅馬法ノ誤解ヨリ出テタルモノニシテ歐洲ノ中世ハ所謂「スコラスチク」ノ時代ニ屬シ其開化ノ程度羅馬ニ比シテ大ニ劣ル所アリ殊ニ法律制度ノ如キハ到底羅馬ニ比スヘクモアラザリシヲ以テ羅馬法ハ非常ノ勢力ヲ有シ各國ニ行ハルルニ至リシカ當時ノ學者ハ其識見概シテ羅馬ノ法律家ニ及ハザリシカ故ニ羅馬法ノ真意ヲ了解スルコトヲ得ス抽ナル解釋ニ因リテ却テ羅馬法ノ眞價ヲ損シタルコト多シ加之當時ノ學者ハ徒ニ机上ノ空論ヲノミ事トシ種種ナル符號ヲ設ケテ其體裁ノ美ヲ裝ハシコトヲ力メ實際ノ應用上如何ナル支障アルモ更ニ顧ル所ナシ此ノ如クニシテ數百年來因襲シ來リシヲ以テ歐洲ノ法律家ハ近世ニ至ルマテ尙ホ舊套ヲ脱スルコトヲ得ザリシナリ然レトモ近時ノ學說ニ於テハ大抵其誤レルコトヲ認メ羅馬法ノ解釋トシテ既ニ誤レル見解ナルニ拘ラス之ヲ今日ノ法律ニ適用スルハ頗ル理由ナキコトナリ

トセリ故ニ予ハ右ノ區別ヲ説明スルコトヲ省キ他ノ標準ニ依リテ過失ヲ分ダント欲ス然リ而シテ或場合ニ於テハ重大ナル過失ノミニ付テ責任ヲ負フ者アリト雖モ是レ固ヨリ例外ニ屬スルカ故ニ特別ノ規定アル場合ニ限ルモノトス例ヘハ事務管理ニ付キ第六百九十八條ニ「管理者カ本人ノ身體名譽又ハ財產ニ對スル急迫ノ危害ヲ免レシムル爲メニ其事務ノ管理ヲ爲シタルトキハ惡意又ハ重大ナル過失アルニ非サレハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任セス」トアリ此規定ハ一見特定物保存ノ問題ト何等ノ關係ヲ有セサルニ似タリト雖モ財產ニ對スル急迫ノ危害ト云ヘル中ニハ自ら此場合ヲ包含スルヤ論ナシ又商法ニハ重大ナル過失ノミニ付キ一定ノ責任ヲ負フヘキモノトスル規定頗ル多シト雖モ是等ハ皆極メテ特別ノ場合ニ關スル例外規定ナルヲ以テ各其場合ニ於テ説明スヘキモノナリ故ニ重大ナル過失ノミニ付キ責任アル場合ハ姑ク之ヲ措キ他ノ場合ニ付テハ過失ヲ分チテ成形的過失及ヒ抽象的過失ノ二ト爲スコトヲ得ヘシ即チ成形的過失トハ自己ノ財產ニ付テ平生加フル所ノ注意ヲ缺キタル場合ヲ謂ヒ抽象的過失トハ善良ナル管理者カ通常加フル所ノ注意ヲ缺

キタル場合ヲ謂フ今成形的過失ノ責任ニ任スヘキ重ナル場合ヲ舉クレハ無償ニ  
テ寄託ヲ受ケタル者ニ付キ第六百五十九條ニ無報酬ニテ寄託ヲ受ケタル者ハ  
受寄物ノ保管ニ付キ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲ス責任ニ任ス下アリ  
次ニ親權者カ子ノ財産ヲ管理スルニ付テモ亦同一ノ注意ヲ必要トセリ即チ第  
八百八十九條第一項ニ親權ヲ行フ父又ハ母ハ自己ノ爲メニスルト同一ノ注意  
ヲ以テ其管理權ヲ行フコトヲ要ス下アリ又相續人カ相續ノ承認若クハ拋棄ヲ  
爲スマテハ其相續財産ノ管理ニ付キ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲ス  
ヘキモノトセリ即チ第一千二十一條第一項ニ相續人ハ其固有財産ニ於ケルト同  
一ノ注意ヲ以テ相續財産ヲ管理スルコトヲ要ス下アリ又相續人カ限定承認ヲ  
爲シタル場合ニ於テモ第一千二十八條第一項ニ限定承認者ハ其固有財産ニ於ケ  
ルト同一ノ注意ヲ以テ相續財産ノ管理ヲ繼續スルコトヲ要ス下アリ即チ限定  
承認ヲ爲シタル後ニ於テモ尙ホ此注意ヲ必要トスルナリ此他相續ノ拋棄ノ場  
合ニ付テモ第一千四十條第一項ニ相續ノ拋棄ヲ爲シタル者ハ其拋棄ニ因リテ相  
續人ト爲リタル者カ相續財産ノ管理ヲ始ムルコトヲ得ルマテ自己ノ財産ニ於

ケルト同一ノ注意ヲ以テ其財産ノ管理ヲ繼續スルコトヲ要ス下規定シ又財産  
分離ノ場合ニ付テモ第一千四十四條第一項ニ相續人ハ單純承認ヲ爲シタル後ト  
雖モ財産分離ノ請求アリタルトキハ爾後其固有財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ  
以テ相續財産ノ管理ヲ爲スコトヲ要ス下規定セリ是等ハ皆成形的責任即チ成  
形的過失ノ重ナル場合ナリトス  
右ノ如ク重大ナル過失ニ付テノミ責任ヲ負フヘキ例外ノ場合及ヒ成形的過失  
ノ責任ヲ負フヘキ場合ノ外新民法ハ歐洲今日ノ多數ノ例ニ倣ヒ原則トシテ善  
良ナル管理者ノ注意ヲ爲スノ責任換言スレハ抽象的ノ責任アルモノトセリ即  
チ前掲第四百條ハ此原則ヲ明言シタルモノナリ而シテ此原則ハ委任ニ付テモ  
之ヲ適用セリ蓋シ委任ハ時トシテ物ノ引渡ニ關スルコトアルヲ以テ此ノ如キ  
場合ニ於テハ第四百條ト重複スルノ嫌アリト雖モ其他ノ場合常ニ多キニ居ル  
カ故ニ廣ク此原則ヲ委任ニ適用シタルナリ即チ第六百四十四條ニ受任者ハ委  
任ノ本旨ニ從ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ處理スル義務ヲ負フ  
トアリ殊ニ此規定ハ種種ナル場合ニ準用セラルル所ニシテ例ヘハ組合ノ場合



二組合ノ業務ヲ執行スル組合員ニハ第六百四十四條……ノ規定ヲ準用ス(第六百五十三條ニ於テ此規定ヲ準用スヘキモノトセリ此他民法ニモ商法ニモ此類ノ規定枚擧ニ違アラス加之第四百條ノ原則アル以上ハ苟モ物ノ引渡ノ義務ヲ負ヘル場合ニ付テハ常ニ此原則ノ適用アリ故ニ例ヘハ報酬ヲ受ケテ物ヲ保管スル受寄者ノ如キモ等シク此原則ノ適用ヲ受ケ又貸貸借ノ場合ニ於テモ若クハ使用貸借ノ場合ニ於テモ即チ借賃ヲ拂ヒテ物ヲ借用セル場合タルト無賃ニテ物ヲ借用セル場合タルト問ハス借主ハ結局其物ヲ所有者ニ返還セサルヘカラサルヲ以テ其間善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ノ管理ヲ爲ササルヘカラス隨テ第四百條ノ適用ハ極メテ其範圍廣キモノナリ況ヤ此規定ハ更ニ廣汎ナル原則ヲ應用シタルモノナルニ於テヲヤ此規定ノ必要ナルコト多辯ヲ須タサルナリ

以上ヲ以テ特定物ノ引渡ニ關スル説明ヲ了レリ次ニ不特定物ノ給付ニ關スル説明ヲ爲サントス

不特定物ニ付テハ其性質上單ニ引渡ノミヲ問題トスルコトナシ何トナレハ所有權其他ノ物權アリト云フニハ必ス其物ノ一定セルコトヲ要ス然ルニ不特定物ノ場合ニ於テハ其物ハ未タ一定セス例ヘハ債權カ時計ヲ目的トスル場合ニ於テモ甲ノ時計ニ確定スルカ將タ乙ノ時計ニ確定スルカ豫メ之ヲ知ルコトヲ得ス故ニ其上ニ質權ヲ有シ又ハ留置權ヲ有セリト云フコトヲ得サルハ論ヲ埃タサルナリ隨テ不特定物ニ付テハ常ニ給付アルノミニシテ引渡ノ問題ヲ生スルコトナシ換言スレハ所有權移轉ノ問題ヲ生スルノミ唯所有權ノ移轉ト物ノ引渡トハ時ヲ異ニスルコトアリト雖モ此場合ニ於テハ其物ハ既ニ特定物ト爲レルカ故ニ自ラ別問題ナリトス先ツ不特定物ノ給付ニ關スル通則ヲ述ヘ次ニ金錢ニ關スル特別ノ事項ヲ説明スヘシ

不特定物ノ給付ニ關スル原則ニアリ一ハ不特定物カ何レノ時ヨリ特定物ト爲ルカノ問題ニシテ他ノ一ハ不特定物ノ給付ヲ目的トスル債權ノ履行トシテ如何ナル品質ノ物ヲ與フヘキカノ問題はナリ

不特定物カ特定物ト爲ル時期如何ノ問題ヲ決スルニ先チ何故ニ此問題ヲ決ス

ルノ必要アルカ換言スレハ此問題ハ如何ナル場合ニ於テ其實用アルカラ一言セサルヘカラス蓋シ此問題ハ外國ニ於テハ種種ナル場合ニ於テ其實用アルヘシト雖モ我法典ノ適用上ニ於テハ左ノ二點ニ付テ實用アリ即チ第一ハ多クノ場合ニ於テ不特定物カ特定物ト爲リシ時ヨリ其上ニ存スル權利ヲ債權者ニ移轉スルニ在リ而シテ其權利ハ大抵所有權ニ限レリ尤モ強テ他ノ權利ヲ想像スルトキハ不動産カ不特定物ナル場合ニ於テ其上ニ地上權ヲ設定スルカ如キ事實ヲ假想スルコトヲ得サルニアラスト雖モ今日開明ノ社會ニ於テハ實際上此ノ如キ事例ハ殆ト絶無ナリ故ニ其權利ハ殆ト常ニ所有權ナリト云フモ過言ニアラス而シテ其所有權ノ移轉ハ大抵不特定物カ特定物ト爲リシ時ニ於テスルモノナリ即チ當事者カ特約ヲ以テ其以後ニ所有權ヲ移轉スル旨ヲ定ムルトキハ其約定ノ時ニ於テ所有權ノ移轉アルコト勿論ナリト雖モ苟モ此ノ如キ特約ナキ場合ニ於テハ不特定物カ特定物ト爲リシ時ニ於テ移轉スルモノナリ然レトモ是レ單ニ當事者間ノ關係ニ止マリ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ一定ノ條件ヲ必要トス即チ不特定物ハ大抵動産ナルカ故ニ之カ引渡ヲ了ルニアラサ

レハ未タ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス但シ實際ニ於テハ不特定物ハ多クハ引渡ト同時ニ特定物ト爲ルモノトス第二ハ所謂危險問題即チ危險カ何レノ時ヨリ移轉スルカノ問題ニシテ危險ハ其初ニ於テハ必ス債務者ニ在ルモノナリ例ヘハ債務者カ或種類ノ時計一箇ヲ債權者ニ給付スヘキ場合ニ於テ自己ノ有スル時計ノ一ヲ債權者ニ引渡スヘキ豫定ナリシトモ若シ其時計カ火災其他ノ天災ニ因リテ滅失シタルトキハ債務者ハ更ニ他ノ時計ヲ以テ債務ヲ履行セサルヘカラサルカ故ニ其損失ハ固ヨリ債務者ノ負擔タレハナリ然ルニ其時計カ既ニ特定物ト爲リシ後變災ニ因リテ滅失シタルトモ其損失ハ債權者ノ負擔ニ歸スルモノナリ然レトモ純然タル危險問題ナルモノハ雙務契約ノ場合ニ於テノミ生スルモノニシテ第五百三十四條以下ニ之ヲ規定セリ即チ一方ノ債務ノ目的カ天災ニ因リテ履行不能ト爲リシトキハ他ノ一方ノ債務ハ當然消滅スルヤ否ヤノ問題ニシテ其適用ハ世上ニ最モ頻繁ナル賣買ニ於テ最モ多ク之ヲ見ルモノナリ例ヘハ賣買ノ目的タル物カ天災ニ因リテ滅失シタルトキハ買主ハ其代價ヲ支拂フコトヲ要セサルヤ否ヤ又既ニ其代價ヲ支拂ヒタル後ナル

トキハ之ヲ返還セシムルコトヲ得ルヤ否ヤト云フニ在リ隨テ右ニ示セシ時計ノ例ノ如キハ強テ文字ニ拘泥スルトキハ固ヨリ危險問題ナリト云フコトヲ得サルニアラスト雖モ通常之ヲ危險問題トシテ論セザルナリ是レ他ナシ此ノ如キ場合ニ於テハ物ノ滅失ハ單ニ所有權ノ消滅ヲ來スノミニシテ他ニ影響ヲ及ホスコトナケレハナリ即チ其物カ未タ不特定物ナルトキハ債務者ニ於テ其所有權ヲ失フニ止マリ又其物カ既ニ特定物ト爲ルトキハ債權者ニ於テ其所有權規定ヲ設ケス然ルニ純然タル危險問題ノ場合ニ於テハ例ヘハ不特定物ノ買買(買買)場合最モ多キカ故ニ賣買トシテ説明スヘシナルトキハ危險ハ常ニ債務者ニ於テ負擔セザルヘカラス即チ或種類ノ時計一箇ヲ賣買スルコトヲ約束シタル場合ニ於テ物ニ付テノ債務者タル賣主カ過テ其時計ヲ破壊シ若クハ火災ニ因リテ燒失シタルトキハ賣主ハ更ニ他ノ同種ノ時計ヲ求メテ之ヲ買主ニ渡ササルヘカラス隨テ賣主ニ取リテハ二箇ノ時計ヲ失ヒテ單ニ一箇ノ代價ヲ得ルニ過キサルカ故ニ其一箇ハ結局賣主即チ債務者ノ損失ニ歸ス之ニ反シ若ク

其時計カ特定物ト爲リシ後ニ天災ニ因リテ滅失シタルトキハ其損失ハ債權者即チ買主ノ負擔スヘキモノトセリ故ニ買主ハ其時計ヲ受取ラサルニ拘ラス約東シタル代價ヲ拂ハサルヘカラス而シテ是レ畢竟物カ特定物ト爲リシ結果ナリ隨テ不特定物カ特定物ト爲ル時期如何ハ危險問題ニ最モ重要ノ關係ヲ有ス以上説明シタル二箇ノ場合ニ於テ不特定物カ何レノ時ヨリ特定物ト爲ルカハ極メテ大切ナル問題ナリ而シテ其時期如何ニ付テハ外國ノ立法例ニ於テモ又裁判例學說等ニ於テモ頗ル區別ト爲レリ然レトモ此ニ一ノ疑ナキ場合アリ即チ當事者雙方ノ同意ヲ以テ給付スヘキ物ヲ指定スルトキハ其物ハ之ヲ指定シタル時ヨリ特定物ト爲ルコト是ナリ例ヘハ初メ或種類ノ時計一箇ヲ給付スヘキコトヲ約シ未タ引渡ヲ爲ササル前債權者立會ノ上或時計ヲ指定シタルトキハ其時計ハ指定ノ時ヨリ特定物ト爲リ危險モ亦債權者ニ移轉ス唯之ヲ指定スル方法ニ付テハ各國ノ法律多少其規定ヲ異ニセリト雖モ其方法ノ如キハ之ヲ區別スルノ必要ナシ即チ如何ナル方法ニ依ルモ苟モ債權者ト債務者ノ意思一致スレハ可ナリ而シテ最モ多クノ場合ニ於テハ引渡ノ時ニ於テ特定スルモノ



ニシテ債務者カ或物ヲ債務ノ履行トシテ提供シ債權者ニ於テ之ヲ受取リタルトキハ其物ニ付キ債權者ノ默示ノ同意アルモノナルカ故ニ此ニ其物ハ特定シ危險モ亦移轉ス故ニ疑ノ存スルハ唯債權者ノ同意ナキ場合ノミニシテ而モ多少土地ヲ隔ツル場合ニ限レリ何トナレハ債務者カ債權者ノ面前ニ於テ履行ヲ爲ストキハ右ニ述ヘタル如ク引渡ニ因リテ其物ハ特定物ト爲ルカ故ニ復タ問題ヲ生スルコトナク若シ債權者ニ於テ之ヲ受取ラサルトキハ供託ヲ爲スコトヲ得ヘシ故ニ結局疑問ト爲ルハ土地ヲ隔ツル場合ノミニナリトス即チ土地ヲ隔ツル場合ニ於テ其物ヲ發送シタル時ニ既ニ特定物ト爲ルカ將タ到達シタル時ニ特定物ト爲ルカヲ問題トス是レ實際ニ於テ最モ多ク生スル所ナリ而シテ舊民法ハ財產編ニ於テ所有權移轉ノ問題ニ付キ其引渡ノ時ヨリ所有權ノ移轉スル旨ヲ規定セルヲ以テ見レハ其到達ノ時ニ於テ始メテ特定物ト爲ルノ主義ヲ採用シタルモノノ如シ即チ財產編第三百三十二條ニ代替物ヲ授與スル合意ハ諾約者ヲシテ其物ノ所有權ヲ約束シタル性質品格及ヒ分量ヲ以テ要約者ニ移轉スル義務ヲ負ハシム此場合ニ於テ所有權ハ物ノ引渡ニ因リ又ハ當事者立會ニ

テ爲シタル其指定ニ因リテ移轉ス下アリ蓋シ此ノ如キ主義ヲ採用セルモノハ他ニ其例ニ乏シカラスト雖モ新民法ニ於テハ獨逸民法ノ主義ヲ採用シ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シタル時ニ特定物ト爲ルモノトセリ即チ第四百一條第二項ニ曰ク

前項ノ場合ニ於テ債務者カ物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シ又ハ債權者ノ同意ヲ得テ其給付スヘキ物ヲ指定シタルトキハ爾後其物ヲ以テ債權ノ目的物トス

此規定ハ解釋上隔地者間ノ關係ニ於テ發信主義ヲ採リシモノト云フコトヲ得ヘシ即チ物ヲ發送シタルトキハ既ニ債務者カ物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シタルモノニシテ其以後ニ於テ物カ債權者ニ到達スルハ債務者ノ行爲ニ屬セザルナリ人或ハ運送人ハ債務者ノ代理人ナリトノ說ヲ爲スト雖モ是レ適當ノ說ニアラス否或問題ニ付テハ此ノ如ク觀察スルノ必要アルヘシト雖モ第四百一條ノ解釋トシテハ物ヲ發送シタル時ニ於テ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シタルモノトスルヲ以テ最モ正確ヲ得タルモノト信ス何トナレハ履

行ナルモノハ畢竟債務者ノ行爲ナリ否嚴格ニ之ヲ言ヘハ債權ノ目的ハ常ニ債務者ノ行爲ニ外ナラサルナリ既ニ債權ノ目的ハ債務者ノ行爲ナリトセハ債權者ハ債務者ノ行爲以外ノ事ヲ求ムルコトヲ得ス然ルニ前述ノ如ク物ノ發送ハ債務者ノ行爲ニ屬スルモ其債權者ニ到達スルト否トハ固ヨリ債務者ノ行爲ニ關セサルナリ隨テ債務者カ物ノ發送ヲ了リタルトキハ既ニ債權ノ目的ヲ實行シタルモノニシテ其發送ト同時ニ債權ノ目的物ハ確定シタルモノト云ハサルヘカラス例ヘハ債權カ時計一箇ノ給付ヲ目的トスル場合ニ於テ債務者カ一箇ノ時計ヲ荷造シテ運送人ニ付シタルトキハ其時計ハ既ニ債權ノ目的物トシテ確定シタルモノナリ前掲第四百一條第二項ハ畢竟此趣旨ニ據リテ規定シタルモノニシテ獨逸民法ノ如キモ亦同一ノ規定ヲ爲セリ然レトモ此ニ最モ注意スヘキハ隔地者間ノ契約ノ問題ト右ノ問題トヲ混同スヘカラサルコト是ナリ世人動モスレハ此二者ヲ混同スルト雖モ甚シキ謬見ナリト蓋シ此問題ト隔地者間ノ契約ノ問題トハ何等ノ關係ヲ有セサルモノニシテ縱令此問題ニ付キ發信主義ヲ採ルモ契約ノ成立ニ付テハ或ハ發信主義ヲ採ルコトアリ或ハ受信主義

主義ヲ採ルコトアリ而シテ新民法ニ於テハ法律行爲ノ本則トシテハ受信主義ヲ採リ契約ノ成立即チ承諾ト稱スル意思表示ニ付テハ特ニ發信主義ヲ採レリト雖モ獨逸民法ノ如キハ如何ナル場合ニ於テモ受信主義ヲ採レルニ拘ラス前述ノ如ク右ノ問題ニ付テハ發信主義ヲ採レリ故ニ第四百一條第二項ノ規定ハ契約ノ成立ニ關シ發信主義ヲ採用シタルカ爲メニ此ノ如ク規定シタルモノニアラサルナリ殊ニ第四百一條ヲ起草スル際ニ在リテハ契約ニ付キ如何ナル主義ヲ採用スルカ未タ知ルヘカラサリシヲ以テ契約ノ規定如何ニ拘ラス不特定物ノ給付ニ付テハ發信主義ヲ採用スルコトトシタルナリ尙ホ獨逸民法ニ於テモ右ノ問題ハ頗ル議論ヲ生シタルモノニシテ第一草案ニハ引渡主義ヲ採用セシモ終始一貫セサル場合多ク種種ナル例外ヲ認ムルノ止ムヲ得サルモノアリシヲ以テ第二草案ニ至リ之ヲ改メテ發信主義ト爲シ而モ「發送ナル文字ヲ使用セシテ」給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シタルトキハ「ト規定シ遂ニ確定法文ト爲リシモノナリ」ト爲シタルモノナリ

第四百一條第二項ノ適用ニ付テハ實際上必ス困難ナル問題ヲ生スヘシト信ス

他ナシ「給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シ」ト云ヘル文字ハ頗ル廣汎ナル文字ナルカ故ニ之ヲ正當ニ解釋スルトキハ最モ適當ナル用語ナルヘシト雖モ是ト同時ニ稍ヤ漠然タルノ嫌ナキニアラス例ヘハ下ノ如キ場合ニ於テ果シテ給付ニ必要ナル行爲ヲ完了シタルモノナルヤ否ヤハ一箇ノ疑問ニ屬ス即チ麴町區ニ住スル甲ナル者芝區ニ住スル乙ナル者ニ對シ米百俵ヲ給付スヘキ義務ヲ負ヘル場合ニ於テ約束ノ如キ品質ノ米百俵ヲ荷造シ雇人ヲシテ之ヲ運搬セシメタリトセンニ何レノ時ニ於テ給付ニ必要ナル行爲ヲ完了シタルモノト看ルヘキカ予ハ此場合ニ於テハ荷物ヲ運送業者ニ委託シタル場合ト同一視スルコトヲ得スト信ス何トナレハ雇人ハ畢竟甲ニ代リテ之ヲ運搬スルモノニシテ甲自ラ之ヲ運搬スルト異ナラサレハナリ隨テ荷物カ甲ノ家ヲ發シタル時ニ於テ給付ニ必要ナル行爲ヲ完了シタルモノト云フコトヲ得ス其荷物カ債權者ニ到達シタル時ニ於テ必要ナル行爲ヲ完了シタルモノト云ハサルヘカラス然リト雖モ荷モノ一旦債權者ニ到達シタル以上ハ常ニ其行爲ヲ完了シタルモノト云フコトヲ得ルカ若シ債權者ニ於テ之ヲ受取ラサルトキハ如何直チニ供託セハ問題

ヲ生スルコトナシト雖モ再ヒ自家ニ持歸リ倉庫ニ收メタルトキハ如何此場合ニ於テモ尙ホ必要ナル行爲ヲ完了シタルモノト云フコトヲ得ルヤ否ヤ予嘗テ之ヲ大學ノ試験問題トシタルコトアリ然ルニ満足ナル答案ヲ付シタル者極メテ少數ナリシ思フニ此問題ハ多少疑ハシキモノナリト雖モ予ノ信スル所ニ據レハ未タ必要ナル行爲ヲ完了シタルモノト云フコトヲ得サルカ如シ即チ強テ之ヲ債權者ノ家ニ留メ又ハ供託シタルトキハ格別之ヲ自家ニ持歸リタルトキハ未タ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了セサルモノト信ス隨テ第四百一條第二項ノ適用ヲ受ケサルナリ要スルニ右ノ如キ場合ニ於テハ隔地者ノ行爲タルハ勿論ナリト雖モ地ヲ隔テサル場合ト毫モ異ナルコトナシ例ヘハ金錢ノ給付ヲ目的トスル場合ニ於テ債權者自ラ之ヲ債權者ノ許ニ持參シタルニ債權者カ之ヲ受取ラサル爲メ再ヒ自家ニ持歸リタリトセンニ未タ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シタルモノト云フコトヲ得サルト一般ナリ唯反對說トシテハ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲トハ債權者ノ行爲ノミヲ云ヒ債權者カ引渡ヲ受クルト否トハ毫モ之ニ關セサルナリ然ルニ右ノ場合ニ於テハ債權者ハ其盡スヘキ

途ヲ盡シタルニ拘ラス債權者ニ於テ之ヲ受取ラザリシナリ而シテ供託ヲ爲サントスルモ場合ニ因リ之ヲ爲スコト能ハサルコトアリ又物ニ因リテハ直チニ供託ヲ爲スコトヲ得サルコトナシトセス例ヘハ金錢其他有價證券ノ如キハ直チニ供託ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ米穀ノ如キハ裁判所ヲ煩ハササルヘカラルコトアリ而シテ債務者ハ給付ニ必要ナル行爲ヲ完了シタルモ未タ其債務ヲ免レサルカ故ニ之ヲ持歸リ再ヒ倉庫ニ保管スルハ實ニ已ムヲ得サル所ニシテ敢テ過失ナリト云フコトヲ得スト云フカ如キ説明ヲ爲スコトヲ得サルニアラスト雖モ未タ以テ満足ナル説明ナリトスルコトヲ得ス

以上ハ不特定物ノ給付ニ關スル原則ノ第一即チ如何ナル時期ニ於テ不特定物カ特定物ト爲ルカノ問題ナリ次ニ第二ノ原則即チ不特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ニ付テハ如何ナル品質ノ物ヲ給付スヘキカヲ説明スヘシ

不特定物ノ品質ニ付テハ外國ノ立法例裁判例及ヒ學說ノ歧ルル所ニシテ其主義大凡三アリ第一ノ主義ハ我舊民法ノ採用セル主義ニシテ佛蘭西和蘭伊太利等佛法系ニ屬スル諸國ニ於テ普通採用セラルル所ナリ今此主義ニ依レハ債權

者ハ最上等ノ物ヲ請求スルコトヲ得スト雖モ債務者モ亦最下等ノ物ヲ給付スルコトヲ得ストスルニ在リ即チ最上等ノ物タルコトヲ要セサルモ最下等ノ物タルコトヲ得ス其中間ノ物タレハ可ナリト云フニ歸著ス舊民法財産編第四六〇條第三項第二ノ主義ハ瑞西債務法索逋民法等ノ採用セル主義ニシテ中等以上ノ物ヲ給付スルコトヲ要スルモノトセリ而シテ第三ノ主義ハ舊普漏西國法及ヒ獨逸新民法ノ採用セル主義ニシテ必ス中等ノ物ヲ給付スヘキモノトスルニ在リ然レトモ予ノ見解ニ依レハ右ノ三主義ハ何レモ穩當ヲ缺クニ似タリ先ツ第一ノ主義ハ其範圍頗ル廣ク最上等ト最下等トノ中間ニハ尙ホ幾多ノ階級アリ即チ上ノ中ニ位スル物上ノ下ニ位スル物中ノ上ニ位スル物中ノ中中ノ下乃至下ノ上ノ中ト云フカ如ク種種ナル品等ヲ認ムルコトヲ得ヘシ現ニ米ノ如キモ當今ニ於テハ白米ハ一等ヨリ五等マテノ區別アルヲ以テ一等米タルコトヲ要セス但シ五等米タルコトヲ得スト云ヘハ其他ニ於テハ二等三等四等何レヲ選擇スルモ可ナリ而シテ其選擇權ハ債務者ニ在ルモノト信スルカ故ニ最下等ノ米ヲ給付スルコトヲ得サルモ一等ヲ上リ四等米ヲ給付スレハ足レリト

セサルヘカラス又第二ノ主義竝ニ第三ノ主義ハ中等ノ物ト云フト雖モ其中等トハ如何ナル階級ヲ指スカ頗ル不明ナリ即チ前例米ノ如キハ五分ルルカ故ニ三等米ヲ以テ中等ノ米ナリトスルコトヲ得ルモ多クノ商品ハ此ノ如ク判然タル區別アルコトナシ例ヘハ生糸酒醬油ノ類ハ如何ナルモノヲ以テ中等トスヘキカ之ヲ定ムルコト甚タ困難ナリ加之第二ノ主義ハ中等以上ノ物ト云フカ故ニ第一ノ主義ニ付テ論シタル如ク其範圍極メテ不確定ナリ然レトモ之ヲ選擇スルハ債務者ノ權利ナルカ故ニ多クハ中等ノ物ヲ選擇スヘク隨テ實際ノ適用上第三ノ主義ト異ナルコトナカルヘシ

以上論シタル如ク右ノ三主義ハ何レモ實際ニ不便ナルノミナラス純然タル理論上ヨリ言ヘハ全然誤レルモノナリ蓋シ債權ノ目的ナルモノハ畢竟債務者ノ行爲ニシテ例ヘハ米ノ給付ヲ目的トスル場合ニ於テモ其給付ハ債務者ノ行爲ナルカ故ニ特ニ債務者ノ行爲ヲ限定シタルトキハ其限定ノ範圍内ニ於テスヘキコト勿論ナリト雖モ之ヲ限定セサル場合ニ於テハ債務者ノ隨意ニ選擇ヲ爲スコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス而シテ債權ハ多クハ契約ヨリ生スルカ

故ニ契約ヲ以テ其範圍ヲ定ムルコトヲ得ヘシ隨テ當事者ノ意思ニシテ例ヘハ上米ヲ得シト欲シ又上米ヲ與ヘシト欲スルニ在ルトキハ初ヨリ單ニ米何石ト言ハスシテ上米何石ト言ヘバ可ナリ又法律ニ於テ義務ノ定マレル場合ニ於テモ若シ債務者ノ行爲ヲ限定スルノ必要アルトキハ特ニ之ヲ限定シ例ヘハ物ノ品質ヲ限ルノ必要アルトキハ其品質ヲ定メテ義務ヲ命スルカ故ニ荷モ之カ制限ヲ設ケサル場合ニ於テハ債務者ノ行爲ニ一任スルモノニシテ債務者ノ自己ノ欲スル所ニ隨ヒ例ヘハ米ヲ目的トスル場合ニ於テハ米ヲ給付シ酒ヲ目的トスル場合ニ於テハ酒ヲ給付スレハ足レリ而シテ荷モ米又ハ酒トシテ用ヲ爲スモノタル以上ハ縱令最下等ノ物ヲ以テスルモ敢テ不可ナルコトナシ蓋シ此點ニ付テハ舊民法ノ主義ニ依ルモ實際上ニ於テハ殆ト之ニ異ナラス即チ最下等ノ物ニアラサレバ可ナリトスルハ殆ト下等ノ物ニアモ可ナリト云フニ等シク其適用上予ノ論スル所ト大差ナキモノナリ要スルニ予ハ當事者カ豫メ物ノ品質ヲ定メサル場合ニ於テハ債務者ノ選擇ニ一任スヘキモノトスルヲ以テ最も穩當ナリト信ス是レ理論ニ適シ又實際ニモ不便ナケレハナリ然ルニ此說ハ不



幸シテ多數ノ容ルル所ト爲ラス立法上未タ之ヲ採用セル例然ルヲ聞カス新民法ニ於テモ予ハ大ニ此說ヲ主張セシテ結局少數ニシテ敗レ遂ニ獨逸民法ノ主義ヲ採用スルニ至レリ即チ第四百一條第一項ニ曰クハ當事者ノ債權ノ品價權ノ目的物ヲ指示スルニ種類ハミヲ以テシタル場合ニ於テ法律行為ノ性質又ハ當事者ノ意思ニ依リテ其品質ヲ定ムルコト能ハザルトキハ債務者ハ中等ノ品質ヲ有スル物ヲ給付スルコトヲ要ス

唯此ニ注意スヘキハ右ニ論シタル所ハ物ノ品質ニ付キ當事者ノ意思不明ナル場合即チ當事者カ如何ナル品質ノ物ヲ目的トスルカヲ明言セス又他人ノ事情ニ依リ當事者ノ意思ヲ知ルコトヲ得ザル場合ニ關セリ然レトモ實際ニ於テハ多クハ其意思ヲ知ルコトヲ得ヘシ例ヘハ米ノ給付ヲ目的トスル場合ニ於テハ多クハ迂濶ナル者又ハ極メテ惡意ナル者ノ間ニアラザレハ單ニ米何石ト云フカ如キ漠然タル契約ヲ爲スコトカク通常人ノ間ニ於テハ必ス其品質ヲ定メ上米中米若クハ下米タルコトヲ指示スヘシ又縱令其品質ヲ明示セザル場合ニ於テモ法律行為ノ性質ニ依リ自ラ之ヲ知ルコトヲ得ヘキ場合多シ例ヘハ葛麻子油

ト稱スル油ハ或ハ藥劑トシテ用ヒ或ハ印肉ニ用フ而シテ印肉ニ使用スル場合ニ於テハ粗製品ニテモ可ナレト雖モ藥用ニ供スル場合ニ於テハ必ス精製シタルモノナラザルヘカラス若シ粗製品ヲ以テ藥用ニ供スルトキハ胃ヲ刺激シテ身體ヲ害スルコトアリ今藥用ニ供スル目的ヲ以テ葛麻子油ヲ注文シタル場合ニ於テ相手方カ其藥用ニ供スルコトヲ知レルトキハ縱令其品質ヲ明示セザルモ必ス藥用ニ適スルモノヲ給付スルコトヲ要シ印肉ニ使用スルカ如キ粗製品ヲ給付スルコトヲ得ス又建物ニ用フル壁紙若クハ唐紙ヲ注文シタル場合ニ於テ之ヲ用フル家屋カ上等ノ建築ニシテ他ノ構造總テ上品ナルトキハ縱令上等ノ壁紙又ハ唐紙タルコトヲ明言セザルモ其家屋ニ用フルモノタルコトヲ告ケタル場合ニ於テハ下等品ヲ給付スルコトヲ得ス必ス上等品ヲ給付スヘキコトハ法律行為ノ性質上自ラ分明ナリト云ハザルヘカラス故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ縱令予ノ主義ヲ採リ品質ヲ選フハ債務者ノ權内ニ在リトスルモ等シク上等ノ品ヲ給付セザルヘカラスモノナリ隨テ予ノ主義ハ一見債權者ニ對シテ頗ル酷ナルニ似タリト雖モ實際上決シテ酷ナル結果ヲ生セザルナリ

以上ヲ以テ不特定物ノ給付ニ關スル一般ノ原則ヲ説明セリ次ニ金銀ノ給付ヲ目的トスル債權ニ特別ナル原則ヲ説明スヘシトシテ第一其債權ノ性質ニ於テ既ニ述ヘタル如ク債權ノ目的ハ實際ニ於テハ金錢ノ給付ニ在ルコト申中ノ入九ヲ占ムルカ故ニ之ニ關シ特別ナル問題アルト同時ニ其問題カ實際ニ於テ殊ニ必要ナルコトハ言フヲ埃タサル所ナリ而シテ金錢債務ニ特別ナル問題ハ要スルニ貨幣制度ニ關スル問題ニシテ我邦今日ノ制度ハ貨幣法ナルモノアリテ金貨本位制ヲ取レリ故ニ金貨ヲ以テスルトキハ如何ナル額ニ付テモ強制通用力ヲ有シ例ヘハ單ニ金百圓ト定メタル場合ニ於テ金貨百圓ヲ給付スルトキハ何人モ之ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得ス之ニ反シ銀貨銅貨等ハ補助貨幣ニ過キタルカ故ニ銀貨ハ十圓ヲ限トシ白銅貨青銅貨ハ一圓ヲ限トシテ強制通用力ヲ有スルノミ隨テ其制限ヲ超エタル額ニ付テハ之ヲ拒絕スルコトヲ得ル例ヘハ二十圓ノ金額ヲ目的トスル債權ノ履行トシテ債務者カ銀貨又ハ白銅貨青銅貨二十圓ヲ給付セントスルモ債權者ハ之ヲ拒ムコトヲ得ルカ如シ尙ホ之ニ紙幣制度ノ加ハルトキハ一層錯雜ヲ生ス而シテ我邦ノ現今ニ於テハ所謂

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

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

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

無効ナリ但第四百六十五條第二項ノ規定ヲ妨ケス下規定セリ隨テ原則トシテハ必ス金貨ヲ給付スヘシ又ハ必ス銀貨ヲ給付スヘシトノ契約ハ無効ナリ然レドモ第四百六十五條第二項ノ規定ヲ妨ケス下アルカ故ニ全ク右ノ原則ヲ破壞シタルノ觀ナキニ非ス即チ第四百六十五條第二項ニハ金貨又ハ銀貨ヲ以テ負擔ノ金額ヲ辨濟ス可キコトノ要約アリタルトキモ亦同シ下アリ而シテ其第一項ニハ金貨又ハ銀貨ヲ以テ負擔ノ金額ヲ指定シタルトキハ債務者ハ獨リ爲替相場ノ損益ヲ受ケ法律上ノ他ノ貨幣ヲ以テ義務ヲ免カサルコトヲ得下アルカ故ニ金貨又ハ銀貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スヘシト云フ契約ハ全ク無効ナルニ非ス唯必ス或種ノ貨幣ヲ得ントスル契約ハ之ヲ爲スコトヲ得ス例ヘハ佛貨千法ヲ給付スヘシト云フカ如キ契約ヲ爲スモ其相場ニ相當スル日本ノ通貨ヲ給付スレバ足リ金貨千圓ヲ給付スヘシト云フ契約ヲ爲スモ其相場ニ相當スル銀貨ヲ給付スレバ足レリ而シテ此規定ハ既ニ「ボワソナード」氏自ラ外國ニ其例ヲ見サル奇蹟ノ規定ナルコトヲ認ムル所ナリト雖モ氏ハ又外國ニ其例ヲ見サル好規定ナルコトヲ信セリ然レドモ予ヲ以テ之ヲ見レバ此規定ハ一方ニ於テハ賭ニ

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

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

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



ノ結果ヲ生ス故ニ「ボワツンナード」氏ノ所謂複本位制ノ救済策ナルモノハ決シテ實際上其效驗ナキコトハ當時ノ經濟學者ノ一般ニ認メタル所ナリ是ヲ以テ新民法ニ於テハ斷シテ此主義ヲ採ラス歐洲各國ニ於テ普通行ハルルカ如キ自由ナル主義ヲ採用セリ尙ホ舊商法ニ於テハ既ニ手形ニ關シ第七百五十四條ニ等シク自由ナル主義ヲ採レリ蓋シ關係ノ規定ハ多少不明ノ點ナキニアラスト雖モ其自由ナル主義ヲ採用セルコトハ疑ヲ容レス即チ爲替金額ハ爲替手形ニ記載シタル貨幣ヲ以テ支拂フ可シ若シ特ニ貨幣ノ種類ヲ表示セザルトキハ支拂地ニ於テ商人間ニ流通スル貨幣ヲ以テ支拂ヲ爲ス意思ナリト推定ス「トアリ而シテ此點ハ新法典ニ由リテ毫モ改マリタルコトナシト雖モ既ニ民法ニ同一主義ノ規定アルカ故ニ新高法ニハ特ニ此ノ如キ規定ヲ置カザリシノミ第四百二條第一項ニ曰ク

債權ノ目的物カ金錢ナルトキハ債務者ハ其選擇ニ從ヒ各種ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得但特種ノ通貨ノ給付ヲ以テ債權ノ目的ト爲シタルトキハ此限ニ在ラス

即チ金貨ヲ給付スヘキコトヲ約スルトキハ必ス金貨ヲ給付スヘク又銀貨ヲ給付スヘキコトヲ約スルトキハ銀貨ヲ給付スルコトヲ要スルモ特ニ貨幣ノ種類ヲ定メザルトキハ如何ナル種類ノ通貨ヲ以テスルモ可ナリ唯銀貨ハ十圓以内ニ限リ白銅貨青銅貨ハ一圓以内ニ限ルコトヲ要スルノミ是レ新民法ノ採リタル主義ニシテ亦新貨幣法ノ取リシ主義ナリ人或ハ新民法ハ舊貨幣法ノ下ニ於テ編纂セラレタルモノナルカ故ニ第四百二條ノ規定ハ貨幣法ノ變更ニ因リテ改マルヘカリシモノナリ然ルニ之ヲ改メザリシハ編纂者ノ不注意ナリト難スル者アリト雖モ是レ寧ロ謬見ノ甚シキモノニシテ第四百二條ハ該規定ノミニ由リテ其適用ヲ全ウスルコト能ハス貨幣法ノ規定ト相待チテ始メテ其適用ヲ全ウスルモノナリ果シテ然ラハ此ノ如キ批難ハ新貨幣法ノ下ニ於テノミ言フヘキモノニアラスシテ兩本位制ノ下ニ在リテモ此規定ヲ不可ナリトセザルヘカラス即チ兩本位制ノ下ニ於テモ一圓銀ヲ除ク外ノ銀貨白銅貨青銅貨等ヲ無制限ニ支拂フコトヲ得ヘキニアラザレハナリ故ニ貨幣法ノ制限内ニ於テスヘキコトハ言フヲ埃タサルナリ

以上ハ金錢債務ニ關スル原則ナリ此ニ一ノ特段ナル場合アリ即チ特種ノ通貨ヲ以テ債權ノ目的トシタル場合例ヘハ天保錢百圓ヲ給付スヘキコトヲ約シタル場合ニ於テ其期限未タ到來セザルニ當リ政府カ天保錢ノ通用ヲ禁止シタルトキハ如何若シ其禁止カ期限到來ノ後ニ在リトセハ債務者ハ天保錢ヲ給付スレハ可ナリ否給付セザルヘカラザルナリ然レトモ其通用禁止カ辨濟期前ニ在ルトキハ如何純然タル理論ヨリスレハ此場合ニ於テハ債權ノ目的ハ天保錢ト稱スル特種ノ貨幣ニシテ其債權ノ性質ハ或種ノ商品ヲ目的トスル場合ニ異ナラス故ニ債務者ハ其貨幣カ辨濟期ニ於テ通用力ヲ有スルト否トニ拘ラス其種類ノ貨幣ヲ給付スレハ足レリ若シ政府カ既ニ之ヲ引換ヘタル爲メ百圓ヲ得ルコト能ハザルトキハ其得タル額ノミヲ給付シ他ハ履行不能トシテ債務ヲ免ルルコトヲ得ヘシ而シテ其結果ハ時トシテ當事者ノ意思ニ副フコトナシトセス即チ縱令通用力ヲ有セザルモ必ス天保錢ナルコトヲ必要トスル場合アルヘシト雖モ是レ極メテ稀有ノ場合ニシテ當事者ノ意思ハ多クハ然ラス何トナレハ當事者カ天保錢ヲ得ント欲シタルハ畢竟通貨タル性質ヲ有スル天保錢ヲ得ン

ト欲シタルモノニシテ若シ其通用力ヲ失ハンカ之ヲ欲セザルハ寧ロ當事者ノ普通ノ意思ナレハナリ隨テ債務者ニ於テモ天保錢ヲ給付シ其債務ヲ免ルルコトヲ得ス況ヤ引換ノ爲メ履行不能ナリトシテ其債務ヲ免ルルニ於テヲヤ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ天保錢ヲ給付スルコトヲ得ス他ノ貨幣ヲ以テ之ヲ辨濟セザルヘカラス即チ第四百二條第二項ニ曰ク

債權ノ目的タル特種ノ通貨カ辨濟期ニ於テ強制、通用、ノ效力ヲ失ヒタルトキハ債務者ハ他ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ要ス

蓋シ此規定タルヤ多少干渉ニ過キタル嫌アリト雖モ最モ多クノ場合ニ於テハ能ク當事者ノ意思ニ副フモノナリト信ス然リト雖モ敢テ反對ノ契約ヲ許サザルニアラザルヲ以テ之ニ異ナル意思ヲ表示シタルトキハ固ヨリ其意思ニ從フヘキカ故ニ當事者ノ意思カ通用力ノ如何ニ拘ラス天保錢ヲ得ント欲スルニ在ルトキハ特ニ之ヲ明言スレハ可ナリ

以上ヲ以テ純然タル貨幣即チ日本ノ貨幣ニ關スル説明ヲ了レリ尙ホ金錢債務ニ關シ外國ノ貨幣ニ付テ説明スヘキモノアリ

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

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

ス外國ノ貨幣ヲ携ヘサルヘカラス故ニ外國ノ貨幣ト雖モ等シク貨幣トシテ效  
 用ヲ爲セリ是レ第四百二條第三項ノ規定アル所以ナリ曰ク  
 前二項ノ規定ハ外國ノ通貨ノ給付ヲ以テ債權ノ目的ト爲シタル場合ニテ  
 準用ス

故ニ例ヘハ債權ノ目的カ英貨百磅ナルトキハ其百磅ハ如何ナル英貨ヲ給付ス  
 ルモ可ナリ即チ金貨ニハ大小ノ差アルモ何レノ金貨ヲ以テスルモ其隨意ニシ  
 ナ又或制限ノ下ニ於テハ補助貨幣ヲ以テスルコトヲ得ヘシ是レ恰モ日本ノ貨  
 幣ヲ以テ辨濟ヲ爲ス場合ニ金貨ヲ以テスルモ銀貨ヲ以テスルモ將タ白銅貨青  
 銅貨ヲ以テスルモ苟モ貨幣法ノ制限内ニ於テセハ有效ナルト一般ナリ然レト  
 モ若シ特約ヲ以テ必ス「パウンド」通當「磅」ト書ク金貨ニシテ今日ノ相場略ホ我十  
 圓ニ當レリヲ給付スヘキコトヲ約シタルトキハ必ス其種ノ貨幣ヲ給付セサル  
 ヘカラス是レ亦日本ノ貨幣ニ付キ必ス二十圓金貨又ハ十圓金貨ヲ給付スヘキ  
 コトヲ約シタル場合ト異ナルコトナシ唯日本ノ貨幣ト外國ノ貨幣トノ間ニ一  
 ノ相異ナル點アリ是レ極メテ頻繁ナル所ニシテ例ヘハ予カ佛蘭西ニ書籍ヲ注

文スルトキハ佛蘭西ノ書店ハ何千法ト云フカ如ク佛貨ヲ以テ其代價ヲ指定ス  
 ヘシ又外國人カ日本ヨリ書籍ヲ買入ルル場合ニ於テモ日本ノ書店ハ通常何圓  
 トシテ其代價ヲ指定スヘシ此場合ニ於テ其法ト云ヒ「圓」ト云フハ必スシモ佛貨  
 又ハ日本ノ貨幣タルコトヲ要スルノ意ニアラス唯其額ヲ指定スルニ佛貨又ハ  
 日本ノ貨幣ヲ以テシタルノミ蓋シ書店カ書籍ヲ販賣スルニ當リ必ス佛貨又ハ  
 日本ノ貨幣ヲ得ンコトヲ欲シタルモノト云フヘカラサレハナリ故ニ此場合ニ  
 於テ日本人カ支拂ヲ爲スニハ日本ノ貨幣ヲ以テ其相場ニ相當スル金額ヲ支拂  
 ハハ可ナリ即チ第四百三條ニ曰ク

外國ノ通貨ヲ以テ債權額ヲ指定シタルトキハ債務者ハ履行地ニ於ケル爲替  
 相場ニ依リ日本ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得  
 是レ實際ニ於テモ亦一般ニ行ハルル所ナリ例ヘハ佛國ノ書店ヨリ書籍ヲ買入  
 レ其代價ハ佛貨千法ナリトセンニ佛國ノ書店ハ現金ヲ請求スルノ不便ヲ避ケ  
 注文者ヲ支拂人トシテ爲替手形ヲ送致スルコト多シ此場合ニ於テ手形ノ支拂  
 人タル注文者ハ特ニ佛貨ヲ買入レテ其支拂ニ充ツルコトヲ要セス日本ノ貨幣

ヲ以テ之ヲ支拂ヘハ可ナリ唯其支拂地タル東京又ハ横濱ニ於ケル爲替相場ニ依リテ佛貨ヲ日本ノ貨幣ニ換算シ若シ其相場二法五十五參ナリトモシカ之ヲ一圓トシテ日本貨幣ノ額ヲ定メサルヘカラス而シテ其相場ハ日變動スヘシ是レ内國貨幣ト外國貨幣トノ異ナル所ナリトス

以上ハ金錢債務ニ關スル一般ノ説明ニ係レリ終ニ不特定物ノ給付ニ關シ利息ノ事ヲ説明セン

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

利息トシテ米ヲ給付スルモ利息タルニ於テ妨クル所ナシト信ス況ヤ米ヲ借用シ之ニ金錢ノ利息ヲ附スルカ如キハ昔時ニ於テハ頻繁ニ行ハレタル所ニシテ毫モ利息タルヲ妨ケス唯實際上十中ノ八九ハ元本ト同一種類ノ物ヲ以テ利息トスルノミ

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

0053



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

レトモ因襲ノ久シキ利息ヲ不可トスルノ迷想タルコトヲ悟ルコト能ハス隨テ  
 利息ヲ附スルハ債務者ニ對シ酷ナリト云フカ如キ說ヲ爲セルナリ但シ歐洲新  
 式ノ法典ハ多ク利息ヲ自由ニ附スルコトヲ得ルモノトセリ

尙ホ損害賠償ノ性質ヲ有スル利息ニ付テハ後ニ損害賠償ヲ説クニ當リ詳論ス  
 ヘキヲ以テ此ニハ唯債權ニハ利息ヲ附スヘキモノト附スヘカラサルモノトア  
 ルコトヲ一言スレハ足レリ而シテ新民法ニ於テハ當事者ノ特約ナク又債權ノ  
 履行ヲ怠リタルコトナキ場合ニ於テハ利息ヲ附セス故ニ民法ノ規則トシテハ  
 利息ヲ附スルコトヲ妨ケサルモ當事者カ默シテ利息ヲ約セザルトキハ利息ヲ  
 生セザルヲ本則トセリ即チ貸借ニ付テモ特約ナキ限ハ利息ヲ生セス又賣買ニ  
 付キ代價ノ支拂ヲ怠リタル場合ニ於テモ原則トシテハ直チニ利息ヲ附スヘキ  
 モノニアラス尙ホ賣買ニ付テハ之ニ關シ特別ノ規定アリ然レトモ特約ハ默示  
 ヲ以テスルコトアリ又慣習ヨリ生スルコトアリ即チ慣習ニ依リ縱令民事上ノ  
 取引ト雖モ利息ヲ附スルコトアリ是レ平生金錢上貸借關係アル人ノ間ニ於テ  
 多ク見ル所ナリ要スルニ如何ナル場合タルヲ問ハス法律ノ規定又ハ特約アル

トキハ利息ヲ拂フヘキモノトス而シテ其利息カ一割又ハ五分ト云フカ如ク利率ノ定マレルトキハ問題ヲ生スルコトナシト雖モ時トシテハ其利率ノ定マラサルコトアリ法律ニ於テ利息ヲ拂フヘキ旨ヲ規定セル場合ハ大抵然リ即チ利息ヲ拂フコトヲ要スル旨ヲ規定スルモ其額ヲ定メス又當事者間ニ於テモ稀ニハ相當ノ利息ヲ附スル旨ヲ約スルモ其率ヲ定メサルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テ爭アルトキハ法定利率ニ依ルノ外ナキヲ以テ法定利率ナルモノハ必ス之ヲ定メサルヘカラス而シテ民法制定前ニ於テハ之ヲ年六分トセシカ新民法ハ之ヲ五分トセリ即チ第四百四條ニ曰ク

利息ヲ生スヘキ債權ニ付キ別段ノ意思表示ナキトキハ其利息ハ年五分トス法律上當然利息ヲ附スヘキ場合頗ル多シ今民法ニ規定セル場合ヲ擧クレハ第四百四十二條ニ於テ連帶債務ニ關シ連帶債務者ノ一人ヨリ他ノ連帶債務者ニ對シ求償ヲ爲ス場合ニ於テハ其辨濟シタル金額等ニ法定利息ヲ附シテ之ヲ請求スルコトヲ得ルモノトシ次ニ第五百四十五條ニハ契約ヲ解除シタル場合ニ於テ返還スヘキ金錢ニハ其受領ノ時ヨリ利息ヲ附スヘキモノトセリ而シテ法

文ニハ單ニ利息トアルモ年五分ノ利息タルコト論ヲ俟タス次ニ第六百五十條第一項ノ規定ハ諸所ニ準用セララルル規定ニシテ受任者カ委任事務ヲ處理スルニ必要ト認ムヘキ費用ヲ出タシタルトキハ委任者ニ對シテ其費用及ヒ支出ノ日以後ニ於ケル其利息ノ償還ヲ請求スルコトヲ得「トアリ單ニ利息トアルモ是レ亦年五分ノ利息ヲ指スモノナリ次ニ第六百六十九條ハ組合員カ出資ヲ怠リタル場合ニシテ是レ亦年五分ノ利息ヲ拂フヘキモノトス次ニ第六百九十一條第一項ハ終身定期金ノ規定ニシテ定期金債務者カ定期金ノ元本ヲ受ケタル場合ニ於テ其定期金ノ給付ヲ怠リ又ハ其他ノ義務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ元本ノ返還ヲ請求スルコトヲ得但既ニ受取リタル定期金ノ中ヨリ其元本ノ利息ヲ控除シタル殘額ヲ債務者ニ返還スルコトヲ要ストアリ又第七百四條ハ惡意ノ不當利得ヲ爲シタル者ニ對スル制裁ニシテ惡意ノ受益者ハ其受ケタル利益ニ利息ヲ附シテ之ヲ返還スルコトヲ要ス云云トアリ次ニ第九百二十七條第二項ハ後見人カ被後見人ノ爲メニ受取リタル金錢ヲ寄託セサル場合ニ利息ヲ拂ハサルヘカラサル旨ヲ規定シ次ニ第九百四十條ハ後見終了ノ際ニ於ケル計

算ニ關シ後見人カ被後見人ニ返還スヘキ金額及ヒ被後見人カ後見人ニ返還ス  
 (キ金額ニハ後見ノ計算終了ノ時ヨリ利息ヲ附スルコトヲ要ストアリ即チ後  
 見人カ立替ヲ爲スコトアリ又後見人カ返還セザルヘカラサルモノアルコトア  
 リ此等ノモノヲ後見終了ノ時ニ至リ計算シ其計算ノ結果例ヘハ後見人カ被後  
 見人ニ金千圓ヲ返還セザルヘカラストセハ其日ヨリ利息ヲ附セザルヘカラス  
 而シテ其利率ハ共ニ年五分ナリトス  
 要スルニ以上列舉シタル場合ニ於テハ總テ年五分ノ利息ヲ附スヘキモノニシ  
 テ其各條ニ於テ之ヲ明言セザルハ第四百四條ノ規定ニ依リテ明カナレハナリ  
 尤モ商事ニ付テハ之ヲ年六分トセリ商法第二七六條舊商法ニ於テハ之ヲ年七  
 分舊商法第三三四條トセシモ舊商法ハ明治十六年ノ頃起草ニ著手シ二十年  
 頃稿ヲ脱シタルモノニシテ今日ノ經濟界ハ當時ト大ニ其事情ヲ異ニシ利息ハ  
 著シク低落セルカ故ニ新商法ハ之ヲ年六分トセシナリ蓋シ歐洲各國ノ利息ニ  
 比シ甚ク高カラサルカ如シ例ヘハ佛蘭西ノ如キハ之ヲ年五分トセリ  
 法定利息ハ右ノ如ク年五分ナリト雖モ當事者ノ意思ヲ以テ之ヨリモ高ク又低

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

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

子ヲ生ヤストノ觀念ヨリ出テタルモノニシテ縱令債務者カ利息ノ名義ヲ以テ負擔シタル債務ト雖モ一旦債務ト爲ル以上ハ之ヲ履行スヘキ時期ニ於テ其履行ヲ爲ササルトキハ新ニ債權者ヨリ金錢ヲ借用シタルト毫モ異ナルコトナレ而シテ債權者カ嚴酷ナルトキハ直チニ之ヲ請求シ債務者カ之ニ應セサルトキハ強制執行ニ依リテモ尙ホ之ヲ取立ツルヤ必セリ此ノ如キ場合ニ至リ若シ債務者カ金錢ニ窮シテ他ヨリ之ヲ借用センカ之ニ對シテ利息ヲ拂ハサルヘカラルコト固ヨリナリ然ルニ利息ヲ支拂ヲ怠リタル場合ニ於テハ之ニ利息ヲ附スルコトヲ要セスト云フハ頗ル理由ニ乏シキ所ナリ故ニ重利ナルモノハ決シテ之ヲ禁スヘキモノニアラス隨テ歐洲諸國ニ於テモ現今ニ至リテハ全然之ヲ禁スル法律ハ多ク其例ヲ見スト雖モ皆大ニ之ヲ制限セリ而シテ其制限モ亦甚タ不當ニシテ毫モ之ヲ制限スヘキ理由ナク畢竟右ニ述ヘタル金錢ハ子ヲ生ヤストノ認見ヨリ出テタルモノトス先ツ第一ニ古キ主義ノ法律ニ於テハ特約ヲ結ヒテ初ヨリ利息ニ利息ヲ附スルコトヲ許サス即チ債務者カ利息ヲ支拂ヲ怠リ一定ノ期間利息ヲ支拂ハサルトキハ其時ニ至リ之ニ利息ヲ附スルコトハ敢

テ妨ケスト雖モ初ヨリ契約ヲ以テ年利息ニ利息ヲ附スヘキモノトシ又ハ月利息ニ利息ヲ附スヘキモノトスルコトヲ得ス第二ハ縱令一定ノ時期ニ至ルモ特ニ裁判所ニ訴ヘ又ハ債務者ノ承諾ヲ經ルニアラザレハ利息ニ利息ヲ附スルコトヲ得ス即チ裁判所ニ訴ヘ又ハ債務者ノ承諾ヲ經ルマテハ債務者カ何程長日月間利息ノ支拂ヲ怠ルモ利息ニ利息ヲ附スルコトヲ得ストスルモノニシテ舊民法ノ如キモ此主義ヲ採レリ然レトモ是レ頗ル其當ヲ得ス蓋シ利息ハ其支拂時期ニ於テ之ヲ支拂フコトヲ要スルモノナリ故ニ其支拂ヲ怠ルトキハ債權者ハ直チニ之ヲ取立ツルコトヲ得ヘシ然ルニ債權者カ寛大ニシテ之ヲ取立テナリシカ爲メニ損失ヲ蒙ルヘキ謂レナシ隨テ初ヨリ一之ヲ督促スルノ煩ヲ避ケ豫メ之ニ利息ヲ附スルコトヲ約スルモノ何ノ不可カララン然ルニ法律ニ於テ之ヲ許ササルハ寧ロ詰ナリトス蓋シ債權者ハ利息ノミニ付キ強制執行ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ之ニ代ヘテ特ニ利息ヲ附スルコトヲ約スルモ更ニ妨クタル所ナシ而シテ豫メ此ノ如キ約定ヲ爲ストキハ債務者ニ於テモ利息ノ支拂ヲ怠ルハ甚タ不利ナルカ故ニ速ニ之ヲ支拂フニ至リ又一方ニ於テハ多少高率ノ

利息ヲ拂フモ裁判所ニ訴ヘラレサルコトヲ望ムコトアリ且ツ債權者モ之カ爲メニ大ニ便利ヲ得ルカ故ニ多少利息ヲ低減スルコトアリ隨テ當事者カ任意ニ此ノ如キ債權ヲ發生セシメタルトキハ之ヲ禁スルノ理由ナク又縱令之ヲ禁スルモ殆ト其效アルコトナシ何トナレハ表面上一旦之ヲ拂ヒ又新ニ之ヲ借リタルコトトセハ同一ノ結果ヲ得ルカ故ニ其禁制ハ到底實效ヲ奏セス又第二ニ此場合ニ於テ裁判所ニ訴ヘ又ハ債務者ノ同意ヲ必要トスルハ毫モ理由ナキ所ニシテ後ニモ説明スル如ク舊民法等ニ於テハ損害賠償ノ性質ヲ有スル所謂遲延利息ニ付テモ等シク裁判上ノ請求又ハ債務者ノ同意ヲ必要トセルカ故ニ損害賠償ニ付キ此ノ如キ主義ヲ取ルトキハ論理上重利ニ付テモ同一ノ條件ヲ必要トスルハ或ハ理由アルヘシト雖モ此事タルヤ元來甚シキ誤謬ニシテ新民法ニ於テハ其場合ニモ等シク期日ヲ過クレハ直チニ利息ヲ附スルコトトセリ故ニ重利ノ場合ニ於テモ一定ノ時期ヲ過クレハ當然利息ヲ生スルモノトセリ然レトモ一定ノ時期即チ一年ノ期間ヲ過クルコトヲ必要トシタルニ付テハ新民法モ亦多少歐羅巴ノ耶蘇教ノ謬見ヨリ出テタル排利主義ヲ加味シタルニアラテ



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

ナルヲ以テ之ニ重利ヲ附スルモ可ナリトセリ尙ホ附隨ノ理由トシテハ秩序アル人ハ一年ニ一回ハ必ス自己ノ財産ノ決算ヲ爲シ而シテ其決算ヲ爲ストキハ利息ヲ元金ニ組入ルルヲ常トスルカ宜ニ若シ之ニ利息ヲ附スヘキモノナルトキハ其時ヨリ之ヲ附スルカ故ニ一年ノ終リニ利息ヲ拂ハサルトキハ之ニ對シ更ニ利息ヲ附スルコトトセシナリ而シテ此一年ニ付テハ誤解ナキコトヲ要ス例ヘハ一年ニ一度纏メテ利息ヲ拂フ場合ニ於テ十二月三十一日マテニ支拂フヘキ約束ナリシトセンニ翌一月一日ニ至リ仍ホ支拂ハサルトキハ一應催促ノ上利息ヲ附シテ可ナリ即チ第四百五條ニ曰ク

利息ハ一年分以上延滞シタル場合ニ於テ債權者ヨリ催告ヲ爲スモ債務者カ其利息ヲ拂ハサルトキハ債權者ハ之ヲ元本ニ組入ルルコトヲ得

而シテ此催告ヲ必要トシタル理由ハ債務者ハ之ヲ支拂フ意思アルニ拘ラス遂ニ一年ヲ經過スルコトアルヲ以テナリ

以上ヲ以テ利息ニ關スル説明ヲ了リ之ト同時ニ不特定物ノ給付ニ關スル説明ヲ了リ且併セテ物ニ關スル債權ノ説明ヲ了レリ次ニ選擇債務ノ説明ヲ爲サン

### 第三款 選擇債務

先ツ第一ニ選擇債務ノ定義ヨリ説明セン新民法第四百六條ハ此定義ヲ掲ケテ曰ク「債權ノ目的カ數個人ノ給付中ニ依リテ定マルヘキトキハ其選擇權ハ債務者ニ屬ス」

ト是レ選擇債務ノ如何ナルモノナルカラ示シタル規定ナリ而シテ此選擇債務ノ性質ニ付テハ從來學者間ニ議論アリ隨テ其定義ノ如キモ議論ノ一定スルニ至ラハ今一層判然掲ケタルコトヲ得ヘシト雖モ未タ其域ニ達セザルヲ以テ此定義ノ自ラ漠然タル嫌アルハ亦已ムヲ得サルナリ或ハ曰ク選擇債務ノ場合ニハ債務ノ目的二箇以上アルモノニシテ牛又ハ馬ト云フハ即チ牛馬共ニ債務ノ目的タルモノナリト又曰ク選擇債務ハ牛又ハ馬ノ中一ヲ目的トスルモノナレトモ其目的タルヤ初ヨリ確定セルモノニアラス馬若クハ牛ノ二者中其一ヲ目的

トシタル債務ナリト此第一説ニ據ルトキハ二箇ノ目的ヲ有シナカラ一箇ノ目的ハ履行セシテ可ナリト云フコトト爲ルカ故ニ誤レルモノト信ス若シ二箇ノ目的ヲ有スルモノトセハ馬及ヒ牛ト云ハサルヘカラサルニ然ラスシテ馬ヲ給付スルモ履行ト爲リ牛ヲ給付スルモ亦履行ト爲リテ孰レカ一方ヲ給付スレハ債務ハ全ク消滅ス而モ猶ホ此二箇ノ目的トスト云フハ穩當ヲ缺キタルノ説ト謂ハサルヘカラス然レトモ第二説ノ如ク孰レニモ確定セスト云フハ是レ亦債權ノ性質上尙容ヲ得タルモノト謂フヘカラス何トナレハ債權ノ目的ナルモノハ必ス確定シタルモノナラサルヘカラサレハナリ

予ハ此二説共ニ誤リタルモノニシテ更ニ第三説ヲ主張セント欲ス然レトモ未タ他ニ予ト同説ヲ主張スル者アルヲ聞カサルナリ予ノ信スル所ニ據レハ選擇債務ナルモノハ條件附ノ二箇ノ債務カ抱合シタルモノナリ故ニ「牛若クハ馬ヲ給付スル」ト云フ債務ナルトキハ一ノ債務ハ牛ヲ目的トシ一ノ債務ハ馬ヲ目的トセルモノニシテ二箇ノ債務成立スルモノナリ然レトモ條件アリテ一ノ債務ハ若シ選擇權ヲ有スル者カ牛ヲ選擇セハ其牛ヲ給付スルノ債務而シテ當事者



ノ意思ハ此債務ヲ履行スレハ他ノ債務ノ履行ヲ免除スト云フニ在リ又他ノ一ノ債務ハ若シ選擇者カ馬ヲ選擇セハ其馬ヲ給付スルノ債務而シテ此債務ヲ履行スレハ他ノ債務ハ免除スルト云フハ當事者ノ意思ナリ一ノ債務ハ馬ヲ給付スレハ他ノ債務ハ免除スルノ債務ナリト云フト雖モ其條件ハ隨意條件ナルカ故ニ無効ニハアラスヤ選擇權ヲ有スル者カ馬ヲ擇フト牛ヲ擇フトハ全ク其隨意ナルカ故ニ條件ト爲ラスト曰フ者アルヤモ知ルヘカラスト雖モ決シテ然ラス無効ナル隨意條件ナルモノハ單ニ債務者ノ意思ノミニ係ルニシテ「債務者カ欲シタラハ」ト云フコトカ無効タルナリ然ルニ此場合ニ於テハ債務者ハ唯欲シタルトキニ之ヲ爲スト云フコトヲ得ス何トナレハ馬ヲ選擇スレハ之ニ因リテ牛ヲ選擇スルノ自由ヲ失ヒ最早牛ヲ選擇スルコトヲ得ス隨テ牛ヲ選擇スルノ利益アル場合ニハ其利益ヲ失フヘケレハナリ故ニ唯何レニテモ債務者ノ隨意ニ爲シ得ルトハ大ニ異ナレリ且ツ選擇權者ハ必スシモ常ニ債務者ニハアラス債務者ニアラサル者カ選擇權ヲ有スル場合ニ於テハ固ヨリ所謂隨意條件ニハアラス故ニ此條件附債務ハ有效ナルモ其中ノ一ヲ履行スレハ他ノ債務ハ消滅スルト

云フコトハ當事者ノ意思ナリ此說ハ予ノ正確ト信スル所ナリ然レトモ普通ノ說ハ前ニ述ヘタル二者中ノ一ニシテ第一說ヲ採ル者アリ又第二說ヲ採ル者アリ予ノ說ニ對シテ尙ホ一ノ駁論ヲ試ムル者アリ曰ク若シ選擇債務ニシテ條件附債務ナリトセハ一般ノ條件ノ規定ニ依ルヘキニ其規定ト大ニ異ナルモノ如何就中條件ノ效力ハ既往ニ遡ラサルモノナリ然ルニ第四百十一條ハ選擇ノ效力ヲ以テ既往ニ遡ルモノトセリ是ヲ以テ之ヲ觀レハ條件附債務ヲ以テ説明スルコトハ到底不能ナリト然レトモ法律ハ同性質ヲ有スルモノト雖モ特別ノ理由ニ據リ規定ヲ異ニスルコト稀ナリトセス例ヘハ保證人カ債務者ノ委任ヲ受ケテ保證ヲ爲ス場合ニ於テハ固ヨリ純然タル委任契約アリ然ルニ之ニ就テハ保證債務ニ關スル特別ノ規定アリテ一般ノ委任ノ規定ハ適用セラレズ是レ性質ハ委任タリト雖モ特別ノ理由アルニ由リ別ニ規定セラレタルモノナリ選擇債務モ亦然リ一般ノ條件ニ付テノ規定ハ之ヲ選擇債務ニ適用スルコト穩當ナラサルカ故ニ選擇債務ニ付キ特別ノ規定ヲ設クルハ毫モ妨ナキ所ナリ然レトモ條件ノ效力カ既往ニ遡ルト否トハ常ニ當事者ノ意思ニ因リテ定マルモノニ

シテ法律ハ決シテ絕對ノ規定ヲ設ケス故ニ選擇債務カ條件附債務ノ二箇以上  
 包含シタルモノナリトノ論ハ決シテ新民法ノ採用シタル主義ト矛盾スルモ  
 ノニアラスト信ス。茲ニ尙ホ選擇債務ト混同スヘカラサルモノ一アリ隨意債務。是ナリ舊民法ニハ  
 之ヲ任意債務ト譯シタルモ新民法ニ於テハ之ニ就テ規定セス其理由ハ後ニ詳  
 述スヘシ。抑モ隨意債務トハ如何ナルモノナルカト云フニ債務ノ目的ハ正ニ確定セルモ  
 債務者カ其目的以外ノ給付ヲ爲シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得ルモノナリ例ヘ  
 ハ甲ナル者カ乙ナル者ニ對シテ馬ヲ給付スル義務ヲ負ヒ債務ノ目的ハ馬ノ給  
 付ナル場合ニ於テ債務者カ牛ヲ給付スルコトヲ望マハ牛ヲ給付シテ其義務ヲ  
 免ルルコトヲ得ルカ故ニ選擇債務トハ大ニ異ナルモノニシテ選擇債務ニ於テ  
 ハ初ヨリ馬若クハ牛孰レニモ確定シ居ラサルモ要スルニ馬若クハ牛ノ一ヲ給  
 付スレハ可ナリ然ルニ隨意債務ニ於テハ一旦馬ト定マリタルモ牛ヲ給付スル  
 モ可ナリト云フカ故ニ結局馬若クハ牛ヲ給付スレハ可ナリト云フコトト爲リ

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

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

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

第二ニ選擇權ハ何人ニ屬スルカト云フノ問題ヲ決セン選擇債務トハ定義ニモ述ヘタル如ク或人ノ選擇ニ依リテ畢竟給付スヘキモノ定マルカ故ニ必ス選擇者ナカルヘカラス而シテ當事者ハ此選擇者ヲ定ムルニ付キ自由ヲ有スルカ故ニ何人ヲシテ選擇ヲ爲サシムルモ其隨意ナリ即チ其選擇權ヲ有スヘキ者ノ種類ヲ舉クレハ或ハ債務者或ハ債權者或ハ第三者此三者ハ何人ニテモ可ナリナリ而シテ當事者カ明カニ何人ノ選擇ニ依ルヘキカヲ表示シタルトキハ論ナシト雖モ若シ之ヲ明示セザルトキハ如何固ヨリ場合ニ依リテハ當事者カ之ヲ明示セストモ法律行為ノ性質ニ依リテ所謂選擇權ヲ有スル者カ明瞭ナルコトアリト雖モ是レ事實問題ナリ然ルニ實際ニ於テ選擇權ヲ有スル者カ明瞭ナラ

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

第三ニ選擇ノ方法如何ヲ説カン選擇權ヲ有スル者ハ如何ナル方法ニ依リテ權利ヲ行使スヘキカ第四百七條ハ之ヲ規定シテ曰ク

前條ノ選擇權ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ行フ

此法文ハ少シク拙劣ノ感アルヲ免レヌ是レ最後ニ大修正ヲ加ヘタルモノナレ



ハナリ初メ法文ニ於テハ第四百六條カ令少シク長文ナリキ確乎タル文章ハ令  
 記號セラルモ左ノ意味ナリシト信ス  
 債權ノ目的カ數箇ノ給付中選擇ニ依リテ定マルヘキ場合ニ於テ債權ノ性質  
 又ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ選擇權カ何人ニ屬スヘキカヲ定メ難キトキ  
 ハ其選擇權ハ債務者ニ屬ス  
 而シテ前條ノ選擇權ナルモノハ大ニ廣キ意味ナリシカ現今ノモノハ文字上債  
 務者ノ選擇權ト云フカ如ク見ユルモ是レ狭キニ失スルカ故ニ廣ク解釋スヘキ  
 モノト信ス何故ニ斯ル不都合ヲ生ゼシカト云フニ民法ノ原案ハ一旦殆ト皆確  
 定シタルトキニ於テ當事者ノ意思表示ナル文字カ削除セラレタルモ急遽ノ際  
 ナリシヲ以テ後ヨリ修正スヘキ點カ其儘ニ存シタルモノニシテ此ノ如キ例ハ  
 本條ニ限ラスト雖モ本條ハ最モ著シキモノノ一ナリ  
 此選擇權ナルモノハ固ヨリ正當ノ解釋トシテハ債務者カ選擇權ヲ有スル場合  
 ニ於テモ債權者若クハ第三者カ有スル場合ニ於テモ同シカラサルヘカラス尤  
 モ第三者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ相手方ナルモノナク之ニ付テハ後ノ第四

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

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



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

第四ニ選擇權者カ選擇ヲ爲ササルトキハ如何ヲ述ヘン債務者カ選擇權ヲ有スル場合ニ選擇ヲ爲ササルトキハ債務ノ目的確定セサルカ故ニ債務者ハ何時マテモ請求ヲ爲スコトヲ得サルカ債務者カ選擇權ヲ有スル場合ニ選擇ヲ爲ササルトキハ債務者ハ何時マテモ義務ヲ負ハサルヘカラサルカ又第三者カ選擇權ヲ有スル場合ニ選擇ヲ爲ササルトキハ如何ニスルカ

此場合ニ法律ノ規定ナキトキハ債務者ハ何時マテモ義務ヲ負ヒ債務者ハ履行ヲ請求スルコトヲ得スシテ甚タ不都合ナルカ故ニ法律ハ第四百八條ヲ以テ之ヲ規定シタリ

債權カ辨濟期ニ在ル場合ニ於テ相手方ヨリ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲ス

モ選擇權ヲ有スル當事者カ其期間内ニ選擇ヲ爲ササルトキハ其選擇權ハ相手方ニ屬ス

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

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



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

法律ハ多クノ場合ニ於テ當事者ノ意思ハ斯ルモノニアラスト爲シ先ノ例ニ於  
 テ第一號ノ反物若クハ第二號ノ反物孰レカヲ賣ラン買ハントノ意思即チ一樂  
 織ヲ買フカ魚子絹ヲ買フカ孰レカヲ買フノ意思ニシテ丙カ選擇ヲ爲ササレハ  
 誰カヲシテ選擇ヲ爲サシメ之ヲ買ハントノ意思ナリ又後ノ畫幅ノ例ニ於テモ  
 應舉ノ幅カ容齋ノ幅カ孰レカニ爲サント云フニ在ルカ故ニ孰レカヲ買フノ意  
 思又孰レカヲ賣ルノ意思ナリ丙カ偶々選擇ヲ爲ササルモ全然賣買ヲ爲サスト云  
 フノ意思ニアラサルモノト法律ハ見タルナリ然ラハ選擇權ハ何人ニ在ルカト  
 云フニ此場合ニハ本則ニ歸リ債務者ニ在ルモノトセリ先ニ述ヘタル如ク債務  
 者カ選擇權ヲ有スルヲ本則トスルカ故ニ債務者ハ己ノ好ム所ノ一ヲ取ルナリ  
 前ノ二ノ例ニ於テ右ノ如クスルハ最モ當事者ノ意思ニ適スルモノト謂フヘシ  
 何トナレハ孰レカヲ買ハント思フモ丙ニ選擇ヲ爲サシムルヲ便宜ト信スルカ  
 故ニ丙ヲシテ選擇ヲ爲サシムルモノニシテ若シ丙カ選擇ヲ爲シ能ハサルトキ  
 又ハ選擇ヲ謝絶シタルトキハ債務者ハ自己ノ選擇ヲ以テ一樂織若クハ魚子絹  
 又應舉若クハ容齋ノ一ヲ買ハント云フハ當事者ノ意思ニ適シタルモノナリ是

第四百九條第二項ニ掲タル所ナリ。ハ、當事者ノ意思ニ依リテ、  
 第三者カ選擇ヲ爲スコト能ハス又ハ之ヲ欲セザルトキハ、選擇權ハ債務者ニ  
 屬ス。  
 第五ノ點ハ目的ノ一カ不能ナルトキ例ヘニ馬又ハ牛ト云ヘル場合ニ於テ其  
 ナル馬カ債權發生ノ當時既ニ斃死セルコトヲ知ラスシテ契約ヲ締結シ或ハ契  
 約ヲ締結シタル後馬カ斃死シタルトキハ如何純理ヨリ言ヘハ此事項ハ債務ノ  
 運命ニ影響ヲ及ボサス依然選擇者カ孰レカ一方ヲ選フコトヲ得トノ論正シキ  
 ニ似タリ然レトモ斯クスレハ選擇權カ債務者ニ屬スルトキハ常ニ不能ト爲リ  
 タルモノヲ選擇スヘク選擇權カ債權者ニ屬スルトキハ常ニ殘存セルモノヲ選  
 擇スルハ必然ナリ然レトモ是レ當事者ノ意思ニ非ス何トナレハ選擇ナルモノ  
 ハ多クノ場合ニ於テ孰レカ利益ナルカ分明ナラサルトキニ於テ其一ヲ擇フト  
 云フニ在リ然ルニ目的ノ一カ不能ト爲リタレハトテ之ヲ選擇スルトキハ債務  
 者ノ利益債權者ノ損失ト爲ルヘキハ當然ニシテ當事者當初ノ意思ニアラサレ  
 ハナリ故ニ干渉ニ失スルノ嫌アルモ法律ハ此場合ニ於テ債務者ハ殘存セルモ

ノヲ履行シ債權者ハ之ヲ受取ラサルヘカラサルモノトセリ此ノ如クセハ債務  
 者ノ不利益ナルコト勿論タリト雖モ當事者ノ意思ニ適シ且債務ノ目的確定セ  
 ナルニ際シ其目的天災ニ罹リタルトキハ其結果ハ債務者之ヲ負擔スルヲ至當  
 ト爲スカ故ナリ是レ純理ヨリ論スレハ不穩當ノ謗アルヲ免レスト雖モ事實已  
 ムヲ得サルカ故ニ舊民法又ハ外國ノ法典ニ於テモ大抵斯ク規定セリ尤モ舊民  
 法ニハ詳細ナル規定アリテ其中ニハ往往不穩當ナルモノアリト雖モ合一一之  
 ヲ批評スルノ煩ヲ敢テセス  
 或ハ一ノ給付ハ行爲ナルコトヒアリ即チ畫工カ畫ヲ描キ書家カ書ヲ書ク等ノ事  
 ヲ一ノ目的トスルモ手ヲ挫キ又ハ病ニ罹リテ手ノ自由ヲ失ヒタルカ爲メ書若  
 タハ畫ヲ書クコト能ハサルニ至リタル場合ニ於テモ同シク殘存セルモノカ將  
 來債權ノ目的ト爲ルナリ  
 然レトモ當事者ノ中就レカノ過失ニ因リテ給付カ不能ト爲リタルトキハ如何  
 若シ選擇權ヲ有スル當事者ノ過失ニ因リテ給付カ不能ト爲リタルトキハ勿論  
 前述ノ原則ノ適用トシテ即チ殘存セルモノカ將來債權ノ目的ト爲ル何トナレ



ハ選擇權者カ債務者ナラシカ天災ニ因リテ不能ト爲リタル場合ニ於テスラ殘存セルモノカ將來債權ノ目的ト爲ルモノナルカ故ニ選擇權ヲ有スル債務者ノ過失ニ因リテ不能ト爲リタル場合ニ於テ殘存セルモノカ將來債權ノ目的タルヘキハ論ヲ埃タス選擇權者カ債權者ナラシカ債務者ハ之ニ對シテ賠償ヲ求ムル權利ヲ有スルカ故ニ之カ爲メニ殘存セルモノヲ選擇スル權利ヲ奪フノ理アラサレハナリ然リト雖モ若シ選擇權ヲ有セサル當事者即チ債務者カ選擇權ヲ有スル場合ニ債權者ノ過失ニ因リ給付カ不能ト爲リタルトキ詳言スレハ債權者カ馬ヲ殺シ又ハ債務者ノ手ヲ斬リタルカ爲メ給付カ不能ト爲リタルトキ或ハ反對ニ債權者カ選擇權ヲ有スル場合ニ於テ債務者カ馬ヲ殺シ又ハ自己ノ過失ニ因リテ手ニ負傷シタルカ爲メ書又ハ畫ヲ書ク能ハサルニ至リタルトキニ於テ殘存セルモノヲ給付スレハ可ナリト云フコトト爲ラハ選擇權ヲ有スル者ハ損害ヲ被ラサルヘカラス第一例ニ於テハ債務者ハ馬ヲ擇ハント欲シタルニ債權者ニ馬ヲ殺サレタルカ爲メ牛ヲ擇ハサルヘカラス又書若クハ畫ヲ書カント欲シタルニ債權者カ自己ノ手ヲ斬リタルカ爲メ書若クハ畫ヲ書ク能ハサル

ニ至リタルヲ以テ牛ヲ擇ハサルヘカラスト云フニ至ラハ債務者ハ損害ヲ被ラサルヘカラス後ノ例ニ於テハ債權者カ馬ヲ選擇セン又ハ書若クハ畫ヲ書クコトヲ選擇セント欲シタルニ債務者ノ過失ニ因リテ馬ノ給付カ不能ト爲リ書若クハ畫ヲ書クコトノ不能ト爲リタルカ爲メ牛ヲ給付スレハ可ナリト云フコトト爲ラハ債權者ハ損害ヲ被ラサルヘカラス故ニ此場合ニ於テハ選擇權者ハ就レテ選擇スルモ可ナリ即チ不能ト爲リタル馬ヲ選擇シ又ハ書若クハ畫ヲ選擇スルコトヲ得ヘシ其結果如何ト云フニ不能ノ事項ハ到底強フルコトヲ得サルカ故ニ損害ヲ賠償セシムルノ外ナシ即チ債權者カ選擇權ヲ有スル場合ニ於テ不能ト爲リタル馬ノ給付又ハ書若クハ畫ヲ書クコトヲ選擇シタルトキハ其不能ハ債務者ノ過失ニ因リテ生シタルモノナルカ故ニ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ爲ササルヘカラス又債務者カ選擇權ヲ有スル場合ニ於テ不能ト爲リタルモノヲ選擇スルトキハ其不能ハ債權者ノ過失ニ因リテ生シタルモノナルカ故ニ給付ヲ爲サスシテ可ナルノミナラス之ニ因リテ損害ヲ受ケタルトキハ其損害賠償モ債權者ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘシ是レ第四百十條ノ規定スル所ナリ

債權ノ目的タルヘキ給付中始ヨリ不能ナルモノ又ハ後ニ至リテ不能ト爲リタルモノアルトキハ債權ハ其殘存スルモノニ付キ存在スルモノニシテ其對窮困ノ選擇權ヲ有セザル當事者ノ過失ニ因リテ給付不能ト爲リタルトキハ前項ノ規定ヲ適用セス

舊法典ハ此問題ニ就テハ財産編第四百二十九條第四百三十一條乃至第四百三十四條ニ於テ詳細ナル規定ヲ設ケタリ斯ク詳細ニ規定スルハ唯リ煩雜ヲ來スノミナラス其規定中穩當ナラサルモノ多キカ故ニ新法典ニ於テハ右ノ第四百十條ヲ以テ極メテ簡明ニ之ヲ規定シタリ舊法典ニ據ルトキハ場合ニ依リ規定ヲ缺クモノアリト雖モ新法典ニ據ルトキハ如何ナル場合ニ於テモ第四百十條ニ依リ判斷スルコトヲ得シ唯茲ニ一ノ説明ヲ要スヘキハ舊法典ニ於テハ二箇ノ物ノ同時ニ消滅シタル場合ヲ想像シテ規定セリト雖モ是レ極メテ稀ナル例ニシテ大抵ノ場合ニ於テ第四百十條ノ適用ヲ受クヘキモノナリ例ヘハ一ノ物カ不可抗力ニ因リテ消滅シ又他ノ物モ不可抗力ニ因リテ消滅シタル場合ニ於テ其消滅ノ時期カ同時ナリトセハ假ニ就レカ一方カ殘存シタルモノト想像

スルモ雙方共不能ト爲リタルモノナルカ故ニ義務ヲ免ルヘキナリ又一ハ過失ニ因リ一ハ天災ニ因リテ消滅シタル場合ナリトセハ選擇權ヲ有スル者ノ過失ニ因リタルトキハ天災ト同シク問題ハ存セザルモ選擇權ヲ有セザル者ノ過失ニ因リタルトキハ實際必ス過失ニ因リテ滅失シタル物ヲ擇ビ乃チ損害賠償ヲ請求スヘシ選擇權者カ債務者ナルトキハ必ス天災ニ因リテ滅失シタル物ヲ擇ビ乃チ其義務ヲ免ルヘシ而シテ尙ホ債權者ニ對シ損害賠償ノ請求ヲ爲スヘシ何トナレハ第四百十條ヲ適用セント欲スル者ハ一ノ給付カ先ツ不能ト爲リ他ノモノカ殘存セルヲ證明セザルヘカラナレハナリ故ニ別ニ困難ナル問題ヲ生セスト信ス畢竟斯ル問題ヲ論スルハ學者ノ空論ニシテ種種想像スレハ此ノ如キ場合モアラントノ老婆心ヨリ舊民法ニ之ヲ規定シタルモノニシテ事實上同時ニ一ハ天災ニ因リテ消滅シ一ハ過失ニ因リテ消滅スルカ如キ場合ヲ生スルコト殆ト之アラサルヘシ故ニ新法典ニ於テハ此場合ニ就キ規定ヲ設ケザリキ以上ハ目的カ不能ト爲リタル場合ニ就テ論シタルモノナリ



終ニ第六トシテ選擇ノ效力如何ヲ論セント欲ス予ノ信スル所ニ據レハ選擇ハ條件ナリ即チ選擇債務ナルモノハ條件附債務ノ二箇以上抱合シタルモノナリトノ說ナルヲ以テ若シ特別ノ規定ナクシテ此選擇ニハ總則編條件ニ關スル規定ヲ適用セタルヘカラサルモノト信ス即チ第二百二十七條乃至第三百三十四條ノ適用ヲ受クヘキモノナリ就中此處ニ確定シ置カサルヘカラサルハ條件ノ效力ハ既往ニ遡ルヤ否キノ問題ナリトス第二百二十七條ニ據レハ「停止條件附法律行為ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ生ス云云」アルカ故ニ之ヲ選擇債務ニ適用スレハ何人カ選擇ヲ爲シタル時ニ在リテモ其時マテハ未タ債權ナルモノ發生セズ即チ馬若クハ牛ト云ヘル場合ニ馬若クハ牛ヲ目的トスル所ノ債權ナルモノハ發生セズ唯選擇アリタラハ馬ノ給付ヲ受クヘシ牛ノ給付ヲ受クヘシトノ不確定ナル一種ノ債權ヲ生ス(之)ヲ名ケテ「條件附債權」ト謂コレトモ選擇ノ效力ナルモノハ既往ニ遡ラスシテ選擇ノ時ヨリ生スルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ此ノ如キハ多クノ場合ニ於テ當事者ノ意思ニ反ス馬又ハ牛ト云ヘル場合ニ於テ選擇權者カ馬ヲ選擇シタルニ此馬カ選擇債務ノ發生シタル以後ニ兒

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

予ハ條件ノ效力ハ既往ニ遡ラストノ主義ヲ採リタルハ穩當ヲ缺キタルモノト信ス原則トシテハ既往ニ遡ルモノトシ當事者ノ意思ヲ以テ反對ニ定ムルコトヲ得ト爲スヲ以テ實際ニ適シタルモノト信スレトモ選擇ニ付テハ特ニ遡及效ヲ取リタルハ理由ノ存スル所ナリ然レトモ此遡及效ハ第三者ノ權利ニ影響シ

第三者ヲシテ意外ノ損失ヲ被ラシムルノ虞アリ例ヘハ馬又ハ牛ト云フ場合ニ於テ第三者カ其馬ヲ買取り引渡ヲ受ケタル後ニ選擇權ヲ有スル者カ馬ヲ選擇シタルトキ選擇ノ效力既往ニ遡レハ第三者ノ權利ハ消滅セサルヘカラスシテ非常ナル損害ヲ被ルカ故ニ此場合ニ於テ第三者ハ權利ヲ失ハサルモノトシ債務者カ其馬ヲ賣リタルハ契約違反ナルカ故ニ之ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノトセリ又不動産カ選擇スヘキモノノ一ナルトキ例ヘハ何番地ノ地所若クハ金千圓ヲ與ヘント云フ場合ニ於テ其選擇權ヲ有スル者ノ何人ナルヲ問ハス土地ヲ擇ヒタルトキ其選擇以前ニ於テ第三者カ土地ノ地上權又ハ賃借權ヲ得テ之ヲ登記シタリ登記セザレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト假定スレハ選擇ハ既往ニ遡ルカ故ニ此地上權賃借權カ消滅ストセハ

第三者ハ損害ヲ被ルヘキヲ以テ依然其權利ハ消滅セス所有權ハ債權者ニ移轉スルモ地上權又ハ賃借權ノ附著セル儘移轉スルナリ其結果債權者カ損害ヲ被ラハ債權者ニ對シテ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク又地上權賃借權アルカ爲メ土地カ債權者ノ用ヲ爲ナスト云フコトヲ證明スレハ契約ヲ解除シ向ホ之ニ因

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

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

以上ヲ以テ選擇債務ノ事ヲ了リ同時ニ債權ノ目的ノ講義ヲ了レリ是ヨリ第二節債權ノ效力ヲ述ヘン

### 第二節 債權ノ效力

債權ノ效力ハ分テテ三段トス(第一履行(第二賠償(第三第三者ニ對スル債權者ノ權利是ナリ

#### 第一款 履行

履行ナル文字ノ意義如何ト云フニ是レ債權ノ目的ヲ實行スルコトナリ例ヘハ債權ノ目的繪畫ヲ描クニ在レハ其繪畫ヲ描キテ渡シタル時ニ即チ履行アリタルナリ多クノ場合ニ於テハ引渡ナルコトカ履行中ニ包含セラルルカ故ニ引渡ヲ終リタル時ハ即チ履行ノ終リタル時ナリ要スルニ履行ハ債權ノ目的ノ實行ナルヲ以テ履行ノ問題ト債權ノ目的ノ問題トハ離ルヘカラサルモノナリ故ニ獨逸民法ノ如キハ債權ノ目的ニ關スル規定ト同時ニ子カ茲ニ所謂履行ノ問題ヲ決セリ然レトモ債權ノ目的ト履行トハ體ト用トノ關係ナルカ故ニ之ヲ區別スルコト難カラス唯履行ト辨濟トハ之ヲ區別スルコト容易ナラス辨濟ノ何タ



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

爲スカ何時辨濟スルカ如何ナル場所ニ於テ辨濟ヲ爲スカ其費用ハ何人カ負擔スルカ辨濟ハ孰レノ債務ニ充當スルカ辨濟ヲ提供シタルトキニハ如何ナル效力ヲ生スルカ債務ノ目的ヲ供託シタルトキハ如何ト云フカ如キ問題ハ皆辨濟ノ處ニ規定シタリ焉ン知ラン此等ノ問題ハ理論上悉ク履行ノ問題ナルヲ何トナレハ履行ハ債務ヲ消滅セシムルノ目的ニアラサルカ故ニ何人カ履行ヲ爲シテ可ナルカハ決シテ辨濟問題即チ債務消滅ノ問題ニアラスシテ債務消滅ハ其結果ニ過キテレハナリ故ニ何人カ履行ヲ爲セハ法律上履行ト爲ルカ何人カ履行ヲ受クレハ法律上履行ト看ルヘキカ如何ナルモノヲ給付スレハ履行ト爲ルカ如何ナル場所ニ於テ如何ナル時ニ爲セハ真ノ履行ト爲ルカ又履行ノ費用ハ何人カ負擔スヘキカ履行ハ如何ナル債務ノ履行ト看ルヘキカ履行セントスルニ當リ其提供ヲ爲セハ如何ナル效力ヲ生スルカ債務ノ目的物ヲ供託スレハ如何ト云フハ皆是レ履行ノ問題即チ債務カ其本旨ニ從ヒテ行ハルニハ如何ナル條件ヲ要スルカノ問題ナリ故ニ予ハ法文ノ順序ニ拘ラス第一ノ履行ナル款中ニ於テ右ノ問題ニ關スル規定即チ辨濟ノ款ニ掲ケタル規定ノ多數ヲ説明セ

シト欲ス。本款ヲ分テテ九段トシ第一段履行ヲ爲スヘキ人第二段履行ヲ要スヘキ人第三段履行ノ目的第四段履行ノ時期第五段履行ノ場所第六段履行ノ費用第七段履行ノ充當第八段履行ノ提供第九段履行ノ目的物ノ供託トシ順次ニ之ヲ論ゼン

第一 履行ヲ爲スヘキ人

債權ハ人ト人トノ關係ニシテ債權ノ目的ハ債務者ノ行為ニ在リ即チ債權者カ債務者ニ對シテ一定ノ行為ヲ要求スル權利ナリ故ニ債務者自ラ履行ヲ爲スヘキヲ本則トスルト雖モ其事項ノ性質ニ由リ代理人ヲ以テ爲スコトヲ得ヘキモノアリ即チ權利移轉ノ義務ヲ債務者カ負擔スル場合ニハ債權者ニ權利ヲ移轉スレハ足ルモ此事項タルヤ債務者自ラ之ヲ爲ササルモ他人ヲシテ爲サシムルゴトヲ得ヘキモノナリ元來法律行為ニハ代理ヲ許スル原則トス尤モ今日ニテハ當事者間ニ在リテハ意思ノミニ依リテ大抵ノ權利ハ移轉スルカ故ニ代理人ヲ要スル場合少シト雖モ固ヨリ代理人ヲ以テ其意思ヲ表示セシムルコトヲ得

ヘク且ツ第三者ニ對シテハ多ク一定ノ條件ヲ要ス物權ノ移轉ニ關シテハ諸君ハ既ニ前學年ニ於テ不動産ニ付テハ登記動産ニ付テハ引渡ノ必要ナルコトヲ學ヒタルナラン債權ノ讓渡ニ付テモ後ニ説明スヘキカ如ク一定ノ手續ヲ必要トス即チ第三者ニ對シテ讓渡ヲ對抗スルニハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾シタルコトヲ要ス此等ノ行為ハ代理人ヲ以テ之ヲ爲サシムルコトヲ得ヘキハ固ヨリ疑ヲ容レヌ又權利移轉ニアラサルモ前ニ第三者ニ對スル權利移轉ノ條件トシテ述ヘタル引渡行為ハ純然タル法律行為ノミニアラズ即チ物ヲ相手方ニ渡サントノ意思ヲ表示スルトキハ同時ニ實物ノ引渡ヲ必要トス引渡ニハ必ス法律行為カ伴フモ實物ノ引渡ハ法律行為ニアラス而シテ此行為モ亦債務者自ラ爲ササルヘカラサルノ事項ニハアラス例ヘハ金錢ノ支拂ト言ヘハ金錢ヲ持參スレハ可ナリ此持參ナル行為ハ本人自ラ之ヲ爲サス他人ヲシテ之ヲ爲サシムルモ可ナルコトハ是レ亦疑ノ存セサル所ナリ其他ノ行為ニ在リテハ原則トシテ他人ノ代理ヲ許ササルモノアリ例ヘハ畫工カ畫ヲ描ク義務ヲ負ヘル場合ニ門弟ヲシテ之ヲ描カシメ亦教師カ教授ヲ爲ス義務ヲ

負ヘル場合ニ先方ノ承諾ヲ經スシテ代理ノ教師ヲ出ス等ハ爲スヲ得サルモノニシテ此等ノ行爲ハ必ス債務者自ラ之ヲ爲ササルヘカラス然レトモ債權ノ多クハ債務者自ラ之ヲ爲ササルモ他人ヲシテ爲サシムルコトヲ得ルモノ十中ノ八九ニ居ルト云フモ不可ナキナリ

代理人ヲ以テ履行ヲ爲スコトヲ得ル場合ニ於テ債務者カ特ニ他人ニ委任法定代理ノ場合ハ勿論シテ履行即チ權利移轉ノ行爲ヲ爲サシメ又ハ引渡ナル行爲ヲ爲サシムルト云フカ如キ場合ニハ論ナキモ其他ノ場合ニ於テ第三者カ債務者ノ委任ヲ受ケス即チ債務者ノ代理人タラスシテ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルカ即チ其者ノ行爲ハ履行ト云フヘキモノナルカハ問題ナリ前ニ述ヘタル債權ノ目的ハ常ニ債務者ノ行爲ニシテ債權ナルモノハ人ト人トノ關係ナルカ故ニ他人カ履行ヲ爲サント欲スルモ得ヘカラストノ理論ヲ採用セハ第三者ノ履行ナルモノハ履行トシテ效力ナシトノ論正當ナルカ如シ而シテ斯ル學說ヲ唱道スル者モナキニアラスト雖モ前ニ述ヘタル如ク代理即チ法定代理ハ勿論委任ニ因ル代理モ之ヲ許スモノナルカ故ニ委任ナキ場合ニ在リテモ債權者カ債權ノ目

的ノ本旨ニ適シタル利益ヲ得レハ之ヲ履行ト看ルモ不可ナキニアラスヤ最も多クノ場合即チ金錢授受ニ付テ言ヘハ甲カ債務者ナルトキハ甲ハ自ラ持參スルカ若クハ使ヲシテ持參セシムルコトヲ要スルカ或ハ甲ノ友人乙カ甲ノ委任ヲ受ケス甲ニ代リテ履行ヲ爲ス場合ニ於テ債務者ハ契約ヲ爲シタル千圓或ハ二千圓ノ金ヲ受取リナカラ異議ヲ挾ムコトヲ得ヘキカ債權者ハ固ヨリ斯ル異議ヲ唱フルコトヲ得サルヘキナリ蓋シ甲ヨリ受取ルモ乙ヨリ受取ルモ千圓ハ等シク千圓ニシテ二千圓ハ等シク二千圓ナリ而シテ甲即チ債務者ニ在リテハ他人ノ行爲ニ依リテ自己ノ義務ヲ免ルルモノナルカ故ニ異議ヲ唱フヘキ管ナシ固ヨリ甲ハ金錢ヲ支拂ハサルヘカラサルニ他人カ代リテ支拂ヒ與レタルモノナルカ故ニ宜シク謝スヘクシテ決シテ不服ヲ唱フヘキ理由ナキナリ反對論者或ハ曰ハン乙ハ甲ノ爲メニ履行ヲ爲スモ債務者ニ無償ノ利益ヲ與フルノ意思ナケレハ必ス求償ヲ爲サン即チ自己ノ支拂ヒタル金額ヲ債務者ニ對シテ請求スルナラン又請求スルノ權利アリ故ニ甲ハ債權者ニ對シテハ義務ヲ免ルルモ更ニ乙ニ對シテ義務ヲ負フヘキカ故ニ毫モ恩澤ニ浴スルナシ加之債權者ハ

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

ラス何トナレハ相續ヲ許ストキハ如何ナル人カ相續人タルカ知ルヘカラス即チ債權者ハ濃厚篤實ノ人ナリシモ一朝死亡シタル後相續人ハ至リテ苛酷ノ人ナルコトアリ債權者ハ親密ノ人ナリシモ相續人ハ一面識ナキ人ナルコトアリ斯ル場合ニ於テ債權者ノ苛酷一面識ナキヲ口實トシテ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘキモノニアラス故ニ此論ヲ極言スレハ債權ハ一代限ノモノトシテ相續人ニ移ラスト云フコトト爲サザレハ到底論者ノ希望ヲ満足セシムルコト難シ予ノ信スル所ニ據レハ此ノ如キハ人情論ナリ勿論法律行為ニ因リテ債權ヲ發生セシメタル場合ニハ其發生ノ當時ニ當事者カ明カニ意思表示ヲ爲シテ必ス自ラ履行ヲ爲シ決シテ他人ヲシテ代リテ履行セシムルコトヲ認メストノ契約ヲ爲サハ格別斯ル契約ナキ以上ハ法律ノ眼ヨリ見レハ唯債權債務ノ一般ノ效力ヲ生セシムル意思ナリシモノト看做ササルヘカラス法律上ノ債務ハ法律ニ定メタル效力ヲ生スヘキモノト立法者カ認メタルハ明カナルカ故ニ苛酷ナル債權者ナリトテ法律ニ許シタル請求ニ對シ債務者カ一言ノ異議ヲ唱フヘキ理由ナシ然ルニ彼ハ苛酷ナリ一面識ナシト云フハ人情ニ於テハ或ハ斯ル事モアラン然レ

トモ法律ノ眼ヨリ見レハ之ヲ一般ニ認ムルコトヲ得タルナリ殊ニ此論ヲ極言  
スルトキハ債權者カ請求ヲ爲スニモ亦必ス自ラ之ヲ爲ササルヘカラスト云ハ  
サルヘカラス人即チ債權者ノ代理人ハ苛酷ナル人少カラス又一面識ナキ者多  
シ斯ル場合ニ於テ實下ハ代理人ナルモ債權者自ラ來ラサレハ履行ヲ爲サス下  
曰フハ法律ノ許ササル所ニシテ此論ハ理由ノ薄弱ナルモノト信ス故ニ法律ハ  
原則トシテ履行ハ第三者ヨリ之ヲ爲スモ有效ナリトノ說ヲ探ラサルヘカラス  
唯之ニ對シテ多少ノ例外ヲ認ムルヤ否ヤ若シ之ヲ認ムルトモ如何ナル例外  
ヲ認ムルカト云フハ問題ナリ新民法ハ此點ニ於テ舊民法ト大差ナシト雖モ少  
シク異ナリタル所アリ即チ第四百七十四條ハ規定シテ曰ク  
債權ノ辨濟ハ第三者之ヲ爲スコトヲ得但其債務ハ性質カ之ヲ許ササルトキ  
又ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ此限ニ在ラス  
利害ノ關係ヲ有セサル第三者ハ債權者ノ意思ニ反シテ辨濟ヲ爲スコトヲ得  
ス

是レ前述シタル如ク法典ニハ辨濟ノ處ニ規定シタレトモ履行ニ付テ論スルヲ

總當トス何トナレハ唯債務カ消滅スルヤ否ヤノ問題ニアラスシテ債務ノ履行  
ト爲ルヤ否ヤノ問題ナリ即チ辨濟ノ問題ニアラス此原則ニ對シテ新民法ハ三  
ノ例外ヲ認メタリ例外ヲ認ムル程度ハ各國多少其規定ヲ異ニスルモ今一一之  
ヲ比較シテ説明スルノ暇アラヌ而シテ此三例外ヲ舉タレハ先ツ

第一ニ債務ノ性質カ第三者ノ履行ヲ許ササルトキ 是レ如何ナル場合ナルカ  
ト云フニ前ニ述ヘタルカ如ク畫工カ畫ヲ描キ教師カ人ニ事ヲ教ヘ雇人カ一定  
ノ勞務ニ服スルト云フ如キ場合ニシテ是レ一定ノ人ノ行爲ヲ特ニ目的トシタ  
ルモノナルカ故ニ甲カ義務ヲ負フ場合ニハ自ラ之ヲ爲サスシテ乙ヲシテ代リ  
テ之ヲ爲サシムルヲ得ス

第二ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキ 是レ亦前ニ述ヘタル如ク我民  
法ハ法律行爲ノ自由ヲ認メ原則トシテハ如何ナル法律行爲モ爲スコトヲ得ル  
ノ主義ヲ採用シタルカ故ニ當事者カ債權發生ノ當時其他後日ニ於ケル當事者  
間ノ契約ニ依リ特ニ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ固ヨリ契約  
ヨリ生シタル債務ニ付テハ債權發生ノ當時ニ此意思ヲ表示スル場合多カラン

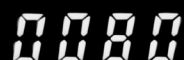


モ敢テ之ヲ必要トスルニ非ス而シテ茲ニ特ニ説明スルマテモナク一方ノ意思ノミニテハ有效ナラス第三者ノ履行ナルコトハ雙方ノ利害ニ關スルカ故ニ一方ノミニノ意思ニテ之ヲ定ムルコトヲ得ス當事者ト廣ク書シタルトキハ原則トシテ總テノ當事者ヲ意味スルモノニシテ契約ニ在リテハ當事者ハ必ス二人以上アルカ故ニ其當事者カ一致シテ反對ノ意思表示即チ第三者ヲシテ履行ヲ爲サシメス第三者ノ履行ヲ受ケストノ契約ヲ爲シタルトキニ限リ其意思ニ從フナリ又一旦債權ノ發生シタル後契約ヲ以テ債權者債務者間ニ反對ノ意思ヲ表示スルコトアリ是レ各種ノ債權ニ付テ皆アリ得ヘキ所ナリ故ニ反對ノ意思ハ必スシモ初ノ契約ヨリ生スルコトヲ要セス債權者ト債務者トノ同意アルトキハ第三者ノ履行ヲ許ササルコトヲ得ヘシ或ハ遺言ノ如キ一方行爲單獨行爲ニ付テモ亦當事者ノ反對意思ナルモノアリ此場合ニ於テハ遺言者ノミニ意思ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ例ヘハ自己ノ死シタル後某ニ何ノ財産ヲ與フル代リニ某ハ某ニ對シテ何ノ義務ヲ負フヘシト曰フコトアリ又ハ自己ノ死シタル後自己ノ財産ノ全部ヲ甲ニ與ヘン但甲ハ乙ニ對シテ年或金額ヲ支拂

ヒ又ハ或行爲ヲ爲セト曰フコトアリ此場合ニ遺言者カ附加シテ但此履行ハ第三者ヲシテ代リテ爲サシムルコトヲ得ス必ス自ラ之ヲ爲ササルヘカラスト曰ヒタルトキハ遺言ハ固ヨリ有效ナリ即チ此ニ當事者ト謂フハ契約ニ於テハ當事者必ス二人以上アルヲ以テ其全員ヲ意味シ單獨行爲ニ於テハ當事者ハ一人ニ止マルカ故ニ其一人ノ當事者ヲ意味スルモノト知ルヘシ  
 第三ハ利害ノ關係ヲ有セサル第三者ニ在リテハ債務者ノ意思ニ反シテ履行ヲ爲スコトヲ得ス  
 第三者ニハ種種アリ例ヘハ連帶債務者ノ一人カ債務ノ全部ヲ履行シタル場合ハ是レ利害ノ關係アル者ナリ尤モ此場合ニハ「第三者ト謂フコトヲ得スト」ノ論或ハ正シカラシ何トナレハ各債務者ハ債權者ニ對シテ恰モ一人ノ債務者ノ如ク義務ヲ負ヘルカ故ニ其全部ヲ支拂ハサルヘカラス即チ債權者ニ對シテ全部ノ履行ナルコトハ必スシモ他人ノ債務マテモ履行シタルニアラスシテ自己ノ債務ヲ履行シタルモノナリト謂フコトヲ得レハナリ然レトモ債務者カ請求ヲ受ケタルニ任置ニ全部ノ履行ヲ爲ス場合ノ如キハ他人ノ債務ヲ併セテ履行シタルモノナリト謂フコトヲ得ヘシ債權者ニ於テモ各債務者

ノ負擔部分ヲ知レルトキハ明カニ其履行ヲ爲ス者カ千圓ノ負擔ナルニ三千圓ヲ辨濟シタルハ二千圓ニ付テ他人ノ債務ヲ辨濟シタルモノナルコトヲ知レルナリ保證債務ニ付テモ之ト同シク保證人カ債務ヲ履行スルハ主タル債務者ヲシテ義務ヲ免レシメシカ爲メニシテ債權者及ヒ債務者ヨリ之ヲ見レハ第三者ニシテ利害ノ關係アル者ナリ即チ履行ヲ爲サザレバ債權者ヨリ請求ヲ受クルノミナラス連延スルトキハ損害賠償又ハ利息ヲ請求セラルヘシ然レトモ此場合ニ於テモ連帶債務ニ關シテ逃ヘタル如ク保證人ハ自己ノ債務ヲ履行シタルモノナリト謂フコトヲ得ヘシ即チ債權者ハ保證人ニ對シテ請求ヲ爲ス權利ヲ有ス保證債務モ一ノ債務ナルカ故ニ之ヲ履行スレバ間接ニハ他人ノ利益ト爲ルヘシト雖モ畢竟保證人ハ自己ノ義務ヲ履行シタルモノナリト謂フヲ以テ一應正シキモノト謂ハサルヘカラス然レトモ債權者ヨリ請求ヲ受ケス債權者カ未タ主タル債務者ニモ請求ヲ爲サザル前ニ保證人カ自ラ進ミテ辨濟ヲ爲シタル場合ニハ是レ保證人ノ普通ノ義務ニアラス保證人ナルモノハ主タル債務者カ履行ヲ爲サザル場合ニ於テ履行ヲ爲スヘキモノニシテ其結果通常債務者ニ

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



行シ得ヘシトノ見込アルトキハ乙ハ先ツ債務者ニ代リテ甲ニ對シ履行ヲ爲ス  
 へシ即チ甲ノ債權カ千圓ナレハ千圓ヲ支拂フ然ルトキハ乙モ亦初メ千圓ノ債  
 權ヲ有シタリシト假定シテ之ニ加フルニ新ニ求債權ノ名義ヲ以テ千圓ノ債權  
 ヲ得一兩年後ニ於テ之ヲ賣却シ倍額ノ代價ヲ得タリトモ自ラ立替ヘタル千  
 圓ノ外ニ初ヨリ有シタル千圓ノ履行ヲ得ルコトヲ得ヘシ斯ル場合ニハ乙ハ代  
 リテ履行ヲ爲スニ付テ利益ヲ有スルカ故ニ利害ノ關係ヲ有スル第三者ナリ又  
 例ヘハ擔保財產抵當ニテモ質ニテモ可ナリテ債務者ノ爲メニ供シタル第三者  
 アル場合即チ債務者カ抵當若クハ質ト爲スヘキ財產ヲ有セサルトキニ於テ友  
 人カ幸ニ不動產ヲ有シ若クハ質物ト爲スヘキ財產ヲ有スルカ故ニ之ヲ擔保ト  
 爲シタル場合ニ於テ債務者カ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其抵當不動產若  
 クハ質物ヲ賣却シテ履行ヲ得シトスルコトアリ然ルニ擔保品ヲ貸與シタル者  
 ハ之ヲ賣却セラレルヲ好マサルカ故ニ自ラ金錢ヲ支出シテ債務ノ履行ヲ爲シ  
 而シテ後債務者ニ對シテハ徐ニ求債權ヲ行ハハ之カ償還ヲ得ルコトアリ縱令  
 之ヲ得ストスルモ尙ホ不動產若クハ質物ヲ失フヨリハ利益ナルコトアリ此等

ノ場合ニ於テハ第三者ハ債務ノ履行ヲ爲スニ付テ利益ヲ有スル者ナリ今又一  
 ノ例ヲ舉グレハ抵當不動產ハ固ヨリ之ヲ賣却スルコトヲ得ルカ故ニ債權者カ  
 抵當權ヲ有スル場合ニ債務者カ其不動產ヲ賣却シタルトキハ買主其所有者ト  
 爲ルナリ然ルニ若シ債務ノ履行ナキトキハ債權者ハ其不動產ヲ賣却シテ履行  
 ヲ受クルコトヲ得ヘキヲ以テ買主ハ不動產ヲ失ハサルヘカラス故ニ買主タル  
 第三者ハ寧ロ債務者ニ代リテ債務ノ履行ヲ爲シ當然支拂フヘキ代價ト求債權  
 トノ相殺ヲ爲シテ其損失ヲ免ルルコトヲ得ヘシ故ニ此場合ニハ買主ハ履行ヲ  
 爲スニ付テ利益ヲ有スル者ナリ此等ハ最モ重ナル利害關係ヲ有スル第三者ニ  
 シテ前ニ述ヘタル債務ノ性質カ許ササル場合成ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示  
 セシタルニノ場合ヲ除キテハ假令債務者カ反對ヲ爲スモ此等ノ第三者ハ債務者  
 ニ代リテ履行ヲ爲スコトヲ得ルナリ  
 然ルニ利害關係ヲ有セサル者即チ毫モ牽線ナキ者カ好意ヲ以テ代リテ履行  
 爲サントスルモ法律上ノ利害關係ヲ有セサルトキ而シテ假令債權者ナルモ普  
 通ノ債權者ハ往住ニシテ利害關係ヲ有セサルコトアリ此等ノ者ハ債務者ノ意

思ニ反シテ履行ヲ爲スコトヲ得ス但債權者ニ付テ注意スヘキハ債權者カ單ニ債權者タルカ故ニ債務者ニ代リ他ノ債權者ニ對シテ履行ヲ爲ス場合ニ於テハ是レ必ス自己ノ債權ノ爲メニ利益ナリト信スルモノニシテ其理由アラハ是レ即チ利害關係ヲ有スル者ナリ之ニ反シテ債權者タルカ故ニ辨濟ヲ爲スニアラナルトキハ假令同一ノ債務者ニ對シテ債權者ナルモ利害關係ヲ有スル第三者ナリト謂フコトヲ得ス此等ノ者ハ法律上履行ヲ爲スニ付キ相當ノ利益ヲ有セタル者ナルカ故ニ債務者ノ意思ニ反シテ履行ヲ爲スコトヲ得ス債權者ハ固ヨリ反對スルコトヲ得ス若シ之ニ反シタルトキハ其履行ハ有效ノ履行タルコトヲ得サルナリ

是レ我民法ニ認メタル所ノ例外ノ場合ニシテ此第三ノ例外ニ就テハ外國ノ法典多クハ債務者ノ意思ニ反スルモ可ナリトセリ然レトモ我國普通ノ觀念ヨリシテ此ノ如ク規定シタルナリ即チ債務者ノ迷惑モ顧ミスシテ利害ノ關係ヲ有セサル者ノ代リテ履行ヲ爲スコトヲ認メスシテ可ナリトセリ又債權者ハ法律ニ依リ相當ノ保護ヲ受クル者ニシテ債務者ノ實力ノ有ラン限リ其履行ヲ

請求スルコトヲ得ルカ故ニ毫モ齟齬ナキ者ノ履行カ如何ニ自己ニ利益ナリトテ債務者ノ反對ヲモ顧ミスシテ之ヲ受クルコトヲ得サルモノトシタルナリ立法論トシテハ固ヨリ議論アラシクモ右ノ理由ニ因リ我國ニテハ此ノ如キ制限ヲ設ケタリ尤モ外國ニテモ舊民法ノ如ク利害關係ヲ有セタル第三者カ履行ヲ爲スニハ債權者若クハ債務者ノ同意ヲ要スト爲スモノアレトモ是レ全ク理由ノ存セサルモノニシテ債權者ハ毫モ之ヲ拒ムノ理由ナキモ債務者ハ上述ノ理由ニ因リ之ヲ拒ムコトヲ得ルモノトスルノ理ナキニ非ス

以上ハ何人ヨリ爲シタル履行カ有效ナルカニ付テノ大體ノ規則ナルカ尙ホ一言スヘキハ此處ニ定メタル規定ニ反シテ履行ヲ爲シタルトキハ其結果如何履行トシタル固ヨリ無効ナリト雖モ債權者ハ不當利得ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ例ヘハ債務ノ性質カ代リテ履行ヲ爲スコトヲ許ササル場合ニ於テモ第三者カ代リテ或事ヲ爲シタル爲メ債權者カ利益ヲ得タルトキハ其者ニ對シテ自己ノ得タル利益ヲ償還セサルヘカラス況ヤ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキ又ハ利害ノ關係ヲ有セタル第三者カ債務者ノ意思ニ反シタル履行ヲ爲シタ

ル場合ニハ債權者カ之ヲ償還セサルヘカラスルハ固ヨリ論ヲ埃タサルナリ而シテ此場合ニ於テハ履行ハ無効ナルカ故ニ債權者ハ其受取リタル物ヲ返還シテ更ニ債務者ニ對シ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘシ然レトモ若シ債務者カ之ヲ知ラス自ラ進ミテ法律上有效ノ履行ヲ爲シタルトキハ前ニ債權者カ第三者ヨリ受取リタル物ハ不當ニ利得シタルモノナルカ故ニ之ヲ返還セサルヘカラス是レ此處ニ規定ナシト雖モ不當利得ニ關スル第七百三條以下ノ規定ヨリ生スル當然ノ結果ナリトス

尙ホ細密ナル場合ヲ想像スルトキハ債權者カ履行トシテハ效ナキ所ノ事實上ノ履行ヲ受ケ其理由ニ因リ特ニ債務者ノ債務ヲ免除シタルトキ即チ履行トシテハ法律上無効ナレトモ予ハ之ニ満足スルカ故ニ汝ノ義務ハ免除スヘシト曰ビタルトキハ債權者ハ決シテ不當ニ利得ヲ爲シタルモノニアラス否寧ロ債務者カ不當利得ヲ爲シタルモノナリ故ニ債務者ハ義務ヲ免レタル程度ニ於テ債務者ヨリ不當利得ノ請求ヲ受クヘシ即チ此規定アルカ爲メ理由ナクシテ利益スル者ハ竟ニ生スルコトナキナリ

履行ヲ爲スヘキ人ニ關シテハ尙ホ一ノ條件ヲ要ス即チ履行ナルモノハ多クハ法律行為ナルカ又ハ法律行為ニ伴フモノナルカ故ニ行為能力ヲ有スル者カ之ヲ爲シタルニアラサレハ取消スコトヲ得ヘシ是レ殆ト言フヲ埃タサル所ナルカ故ニ民法ニハ此ノ如キコトヲ規定セス唯其結果ハ如何勿論債務ノ存在セル場合ヲ想像セサルヘカラス然ラサレハ問題ト爲ラス既ニ債務ノ存在ヲ想像スルトキハ假令無能力者ト雖モ自己ノ負擔セル債務ノ履行ヲ爲スニ妨ナク無能力者ノ行為モ有效トシテ可ナリトノ論アラン然レトモ是レ穩當ノ說ニアラス固ヨリ特定物ヲ目的トセル場合ニ於テハ其物ヲ引渡スヨリ外ニ履行ノ途ナキカ故ニ引渡ヲ爲シタル後假令之ヲ取消スモ亦直チニ引渡ヲ爲ササルヘカラス又金千圓ヲ支拂フヘキ場合ニ於テ既ニ辨濟期ノ到來セルトキ其千圓ヲ支拂ヒタルトキハ假令之ヲ取消スモ亦直チニ請求ヲ受クヘシ故ニ法律ニハ何等ノ規定ナシトスルモ斯ル場合ニハ取消ノ問題ヲ生セサルナリ唯問題ノ起ルハ不特定物ニシテ品質ニ差等アル場合ナリ(金錢ニテモ金貨ト銀貨トハ差等アリト曰フ者アルヤモ知ルヘカラス)モ是レ机上ノ空論ニシテ多クノ場合ニ斯ルコト



ナシ即チ米或ハ麥ノ如キハ大ニ品質ニ差等アルモノナリ固ヨリ法文ニ依ルトキハ中等ノ品質ヲ有スル物ヲ引渡ササルヘカラサルモ實際ニ於テハ嘗テ述ヘタル如ク果シテ中等品ナルヤ否ヤ不分明ナルカ故ニ無能力者カ中等品ナリト信シ若クハ中等品ヲ引渡ササルヘカラサルコトヲ知ラスシテ上等品ヲ引渡シタル場合ニ若シ之ヲ能力者ノ行爲ナリトセハ後ニ至リテ其品質ノ上等ナリシヲ理由トシテ他ノ物ト變換スルコトヲ許サスト雖モ無能力者ニ在リテハ之ヲ取消シテ更ニ中等品ヲ引渡スコトヲ得ヘタ假令争アルモ一旦前ノ引渡ヲ取消シタル後ニ於テ更メテ引渡ヲ爲サント主張スルコトヲ得ヘシ斯ル問題ハ實際ニ起ル所ニシテ理論上ヨリ之ヲ言ヘハ債權者ハ之ヲ取消サルルモ拒ムコトヲ得サルカ故ニ前ニ引渡ヲ受ケタル物ヲ返還セサルヘカラス然レトモ債務者カ更ニ他ノ物ノ引渡ヲ爲サス而モ後日ニ至リ無資力ト爲リタルカ爲メ債權者カ竟ニ引渡ヲ受クルコト能ハストセハ大ナル損害ヲ被ラサルヘカラス故ニ無能力者カ其辨濟ヲ取消シタル場合ニ於テハ更ニ有效ナル辨濟ヲ爲スニアラサレハ一旦引渡シタル物ヲ取戻スコトヲ得スト規定シタリ第四百七十六條即チ是

ナリ

讓渡ノ能力ナキ所有者カ辨濟トシテ物ノ引渡ヲ爲シタル場合ニ於テ其辨濟ヲ取消シタルトキハ其所有者ハ更ニ有效ナル辨濟ヲ爲スニ非サレハ其物ヲ取戻スコトヲ得ス

尙ホ想像スルトキハ請負契約ニ付テモ亦適用アリ即チ請負人カ或仕事ヲ請負ヒ其結果タル物ヲ引渡シタルニ初ノ契約ノ趣旨ヨリ善良ナル物ナリシカ故ニ更ニ劣等ノ物ヲ造リテ前ニ引渡シタル物ト替ヘンコトヲ請求シタル時ニ於テ債務者カ無能力者ナルトキハ債權者ハ固ヨリ之ヲ拒ムコトヲ得サルモ債務者カ後ノ物ヲ引渡スニアラサレハ債權者ハ前ノ物ヲ返還セスシテ可ナリ  
尙ホ此場合ニ於テ一ノ問題ヲ生ス即チ右ニ述ヘタル如ク更ニ他ノ物ヲ引渡ストキハ債權者ハ前ニ引渡ヲ受ケタル物ヲ返還セサルヘカラサルモ其物カ消滅シタルトキハ如何即チ債權者ハ正當ニ履行ヲ受ケタルモノト信シ之ヲ消費シタルトキ即チ米ナレハ之ヲ食ヒ盡シ器具ナレハ他人ニ贈與シ若クハ賣却シタルトキハ如何勿論債權者カ惡意ナルトキハ責任ヲ免ルルコトヲ得サルカ故ニ

返還スルコト能ハサレハ損害賠償ヲ爲ササルヘカラス惡意トハ履行ヲ爲シタル者カ讓渡ノ能力ヲ有セサルコトヲ知リタル場合ナリト雖モ善意即チ充分能力ヲ有セル者カ履行ヲ爲セリト信シテ之ヲ消費シ若クハ讓渡シタルトキハ其履行ヲ有效ナルモノトセリ然ラサレハ善意ノ債權者ハ損害ヲ被ルヘキカ故ニ法律ハ特ニ之ヲ保護センカ爲メニ無能力者ノ行爲ト雖モ取消スコトヲ得スト規定シタリ即チ第四百七十七條是ナリ

前二條ノ場合ニ於テ債權者カ辨濟トシテ受ケタル物ヲ善意ニテ消費シ又ハ讓渡シタルトキハ其辨濟ハ有效トス

而シテ但書ニ於テ但債權者カ第三者ヨリ賠償ノ請求ヲ受ケタルトキハ辨濟者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ妨ケズト規定シ本文ニハ前二條ノ場合ニ於テ了アルカ故ニ第四百七十六條ノ場合ニモ但書ノ適用アルカ如ク見ユルモ實際ニ於テ第四百七十五條ノ場合ニ於テノミ適用アルモノニシテ第四百七十六條ノ場合ニハ之カ適用ナカルヘシト信ス

### 第二 履行ヲ受クヘキ人

是レ亦原則ハ略前ト同シテ債權者カ履行ヲ請求シ又履行ヲ受クヘキモノナリ即チ人ト人トノ關係ニシテ債務者ノ行爲ヲ債權者カ受クルモノナリ尤モ代理人ニテモ可ナリ代理人カ履行ヲ受ケタルトキハ固ヨリ有效ニシテ是レ履行ヲ爲スヘキ人ニ付テ述ヘタルト同一ノ理論ナルカ故ニ再ヒ此處ニ贅セス唯代理人ナレハ可ナリト云フモ如何ナル者カ履行ヲ受クル代理權ヲ有スルカ履行ヲ受クル權限ヲ有スルカハ實際ニ於テ甚タ明カナラス例ヘハ受取證書ヲ持參シテ履行ヲ請求スル者アルトキハ普通ノ場合ニ於テ履行ヲ受クル權限アルモノト認メサルヘカラス即チ債權者ノ署名捺印シタル受取證書ヲ持參シタル人ハ是レ代理ノ權限ヲ有スル者ト看做ササルヘカラス後日ニ於テ假令債權者カ其權限ヲ與ヘナリシコト顯ハルルモ之ヲ債務者ニ對抗スルコトヲ得スト爲スニアラサレハ實際ニ於テ甚タ不便アルヲ免レス是ニ於テカ第四百八十條ノ規定アリ



受取證書ノ持參人ハ、辨濟受領ノ權限アルモノト看做ス、但辨濟者カ其權限ナキコトヲ知ラサルトキハ、過失ニ因リテ之ヲ知ラザリシトキハ、此限ニ在ラズ、

辨濟者ノ惡意即チ履行ヲ爲ス者カ受取證書ヲ持參セル者ノ權限ナキコトヲ知レル場合如何ニシテ其權限ノ有無ヲ知ルカハ事實問題ナリ例ヘハ債權者ヨリ豫メ通知ヲ受ケタルトキ即チ債權者カ何某ニ受取證書ヲ渡シ置キタレトモ彼ノ權限ハ取消シタルカ故ニ彼若シ受取ニ出頭スルモ渡ス勿レトノ通知ヲ爲シタルニ債務者カ之ニ引渡ヲ爲シタルトキハ履行ハ有效ナルモノト看做サス又假令債務者カ之ヲ知ラサルモ過失アルトキハ無効ナリ然ラハ如何ナル場合ニ於テ過失アルカト曰フニ實際ニ於テハ許多ノ場合ヲ生スヘシト雖モ稍ヤ重ナル場合ノ一ニテ舉ケレハ前ノ例ニ於テ債權者カ封書ヲ以テ通知ヲ爲シタルニ債務者ハ之ヲ開封セザリシカ爲メ知ラザリシ如キハ過失ト謂ハサルヘカラス又一萬圓或ハ二萬圓ト云フ如キ大金ヲ小兒カ受取ニ來リタルトキハ慣習上斯ル大金ヲ小兒ニ受取ラシムヘキモノニアラサルカ故ニ若シ債務者カ之ニ引渡

シタルトキハ過失アルモノト看做サルヘシ、

尙ホ此過失ニ因リテ知ラサルト云フコトノ特ニ必要ナルハ權限ナキコトヲ知ラサルト云フ事實ノ證明頗ル困難ナルカ爲メナリ即チ前ノ例ニ於テ通知ノ書狀ヲ送リタルニ其書狀ヲ覽サリシト曰フモ實際ニ於テハ之ヲ覽タルヤモ知ルヘカラス又假令眞ニ之ヲ覽サリシトスルモ過失アルカ故ニ特ニ無効ト爲スナリ是レ履行ヲ受クル權限ニ關スルモノニシテ原則トシテハ債權者若クハ債權者ノ代理人ニ爲シタル履行ニアラサレハ有效ナラス而シテ之ニ對スル例外ニア

其一ハ何ナルカト云フニ債權ノ準占有者ニ爲シタル履行ハ有效ナリ今其重ナルモノヲ舉ケレハ相續權ナキ者カ相續ノ手續ヲ爲シタル場合例ヘハ甲ナル債權者アリテ之カ死去シタル後乙ナル正當ノ相續人アルモ違フニ在ルカ爲メ丙ナル者相續ノ手續ヲ爲シ或ハ戸籍吏ニ届出テ或ハ財産ヲ自ら占有シテ甲ノ相續人ナリト稱スル場合ニ於テハ是レ債權ノ準占有者ニシテ若シ丙カ予ハ甲ノ相續人ナルカ故ニ甲ノ貸與シタル物ヲ返還セヨト請求セハ債權者カ之ヲ相續



人ト信スルハ固ヨリニシテ此者ニ相續權ナシト云フモ局外者ノ知り得ヘキ所ニアラサルカ故ニ此ノ如キ場合ニ善意ヲ以テ爲シタル履行ハ有效ナルモノトセリ債權者ノ財産カ準占有者ノ手ニ在ルトキ即チ債權者ノ財産ヲ横領セル者アル場合例ヘハ債權者カ違方ニ在ルトキ其不在中ニ權利ナキ者カ其財産ヲ横領占有セル場合ニ於テハ債務者ハ其者カ債權者ノ正當ナル相續人ナルカ或ハ相續人ニアラサルモ正當ニ權利ヲ讓受ケタルモノト信スルハ普通ナルカ故ニ其者ヲ正當ノ權利者ナリト信シテ履行ヲ爲シタルトキハ是レ有效ナリ凡ソ此等ノ場合ニ於テハ債務者カ他人間ノ關係ヲ知ルコトハ容易ナラサルカ故ニ善意ヲ以テ債權者ナラサル者ニ對シテ爲シタル履行ヲ過失ト認ムルコトヲ得ヌ又之ヲ無効ト爲ストキハ實際ニ於テ不慮ノ損失ヲ被ル者頻生スルニ至ラン之ニ反シテ自己ノ財産ヲ他人ニ横領セラレタル者即チ相續權アル者カ他人ニ相續ヲ奪ハレタル場合ノ如キハ或ハ事情憫諒スヘキモノアリト雖モ概シテ之ヲ言ヘハ怠慢アルモノナリ即チ注意ヲ怠ラサレハ通常ハ斯ル事ノ生スヘキモノニアラス假令一時他人カ權利ヲ横領スルコトアルモ今日ノ時勢ニ在リ

テハ忽チ之ヲ發見スルコトヲ得ルヲ常トス故ニ過失ナキ債務者ニ不慮ノ損失ヲ被ラシメシヨリハ寧ロ多クノ場合ニ於テ過失アル債權者ニ損失ヲ負擔セシムヘキモノト爲スハ國家ノ法律トシテ穩當ナルモノト謂フヘシ右ノ規定ハ斯ル理由ヨリ生シタルモノニシテ今日ニ於テハ大抵各國ノ認ムル所ナリ

第二ノ例外ハ債權ノ準占有者ニモアラス又何等ノ關係ヲモ有セサル所ノ第三者ニ對シテ履行ヲ爲シタル場合ニシテ若シ債權者カ之ニ因リテ利益ヲ受ケタルトキハ其受ケタル利益ノ限度ニ於テ履行ヲ有效トスルナリ例ヘハ債權者ノ一家カ不在ナル場合ニ債務者カ債權者ノ友人或ハ親族ニ對シテ履行ヲ爲シタルトキハ原則トシテハ無効ナリ然レトモ其友人或ハ親族カ受取リタル金銭ヲ以テ債權者カ他人ニ對シテ負擔セル義務ヲ履行シタルトキ例ヘハ甲ハ乙ニ對シテ千圓ノ義務ヲ負ヒ乙ハ又丙ニ對シテ千圓ノ義務ヲ負ヘル場合ニ於テ乙カ不在ナルカ故ニ甲ハ乙ノ友人若クハ親族ニ對シテ履行ヲ爲シ而シテ其友人若クハ親族ハ其金銭ヲ以テ丙ニ辨濟シ之ニ因リテ乙ノ義務ヲ免レシメタルトキハ乙ナル債權者ハ全部ノ利益ヲ受クヘキカ故ニ此場合ニ於テハ何等ノ關係ナ

キ者ニ對シテ爲シタル履行ナルモ有效ナリ若シ又其親族若クハ友人カ自ラ受  
取リタル金銀ノ半額ヲ横領シテ餘ノ半額ヲ債權者ノ爲メニ使用シタリトセハ  
其半額ニ付テハ辨濟ハ有效ナルモ其者カ横領シタル半額ニ付テハ債務者ハ再  
ヒ之ヲ支拂ハサルヘカラス固ヨリ不當利得ノ原則ヨリシテ特ニ明文ナキモ此  
結果ニ至ルヘシト雖モ唯法律ノ明文ニ依リテ之ヲ履行ト看做スト否トノ差ア  
リ之ヲ履行ト看做ストキハ之ニ附隨スル權利義務ハ共ニ消滅スヘシ而シテ擔  
保權ハ元來不可分ニシテ原則トシテハ一部消滅ナルモノナキカ故ニ殆ト利害  
ノ關係ナキカ如キモ其一部カ履行トシテ有效ナリトセハ擔保スル債權額減少  
スヘキカ故ニ債權者ハ其利益シタル金額ヲ償還シテ債權ノ全額ニ付キ擔保權ヲ  
行フコトヲ得ヌ況ヤ履行カ全部債權者ノ利益ニ歸スルコトアルニ於テラヤ殊  
ニ保證債務其他附隨ノ義務ニ付テハ一部消滅スルコトアリ例ヘハ利息附ノ債  
權ニ付テ其履行ノ一部カ有效ナリトセシニ其時以後ニ於ケル其一部ニ付テハ  
利息ハ支拂ハヌシテ可ナリ之ニ反シテ他人ニ對スル履行ハ履行ト爲ラストモ  
ハ全部ニ對シ契約ニ定メタル利息ヲ支拂ハサルヘカラス其結果債務者ハ利息

ノ金額ヲ損失スルニ至ルヘシ  
第四百七十八條 債權ノ專占有者ニ爲シタル辨濟ハ辨濟者ノ善意ナリシト  
キニ限リ其效力ヲ有ス  
第四百七十九條 前條ノ場合ヲ除ク外辨濟受領ノ權限ヲ有セサル者ニ爲シ  
タル辨濟ハ債權者カ之ニ因リテ利益ヲ受ケタル限度ニ於テハ其效力ヲ  
有ス  
此處ニ此二箇條ノ規定ト代理ノ一般ノ規定トノ關係ヲ説明セサルヘカラス即  
チ權限ナキ者ノ履行ヲ受クルコトヲ得サレハ固ヨリ疑ナキ原則ナリト雖モ代  
理ニ關シテモ一般ニ權限ナキ者ノ行爲ニ多少ノ效力ヲ認メタリ例ヘハ第一百  
條ニハ代理人カ其權限外ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ第三者カ其權限アリト  
信スヘキ正當ノ理由ヲ有セントキハ前條ノ規定ヲ專用スニアリテ即チ本人カ  
責任ヲ負フモノトシ又第一百十二條ニハ代理權ノ消滅ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗  
スルコトヲ得ス但第三者カ過失ニ因リテ其事實ヲ知ラザリシトキハ此限ニ在  
ラスト規定セリ而シテ此等ノ規定ハ履行ノ受領ニ付テモ固ヨリ其適用ヲ受ク



ルモノナリ此場合ニ於テハ履行受領者ハ代理權ヲ有スル者ト同一視スヘキモノニシテ茲ニ規定スル所ノモノトハ其趣ヲ異ニセリ  
尙ホ進ミテ之ヲ論スレハ第百十三條以下ニ於テハ代理權ナキ者ノ行爲ト雖モ法律ノ「フ・ク・シ・ン」ニ依リテ本人カ後日追認ヲ爲シタルトキハ其行爲ハ有效ナリトセリ是レ亦固ヨリ履行ノ受領ニ付テモ適用ヲ受クヘキモノナルカ故ニ權限ナキ者ニ對シテ履行ヲ爲シタルモ相手方即チ債權者カ追認ヲ爲シタルトキハ其履行ハ有效ト爲ルナリ但此ニ注意ヲ要スルハ履行ナルモノハ時トシテハ契約タリ又時トシテ單獨行爲タルコト是ナリ而シテ契約即チ債權者ト債務者トノ意思ヲ要スル場合例ヘハ直接ニ引渡ヲ要スル場合此場合ハ常ニ必ス契約ナリニ於テハ債務者カ承諾シテ受取ルニアラサレハ引渡ナルモノハ成立セズ而シテ之ヲ契約トスルノ結果ハ第百十三條以下ノ規定ノ適用ヲ受ケ其引渡ハ追認ニ因リ常ニ有效ト爲ルナリ又單獨行爲ノ場合ニ在リテハ第百十八條ノ規定ニ依リ訴權ヲ生スヘシ即チ同條ニ於テハ前段ニ單獨行爲ニ付テハ云前五條ノ規定ヲ準用ス」トアリテ契約ノ追認ニ關スル規定ヲ準用シ後段ニ於テハ

〔代理權ヲ有セサル者ニ對シテ其同意ヲ得テ單獨行爲ヲ爲シタルトキ亦同シ〕トアリテ履行ノ單獨行爲ナル場合ニ於テハ後段ニ該當スヘキモノナルカ故ニ履行ヲ受クル權限ナキ者ニ對シテ債務者カ其同意ヲ得テ辨濟ヲ爲シタルトキハ債權者ハ之ヲ追認スルコトヲ得ヘシ論者或ハ曰ハン然ラハ第四百七十八條及七百四十九條ハ全ク無用ノ條文ニアラスヤト然レトモ是レ未ダ深ク究メザルノ論ナリ元來追認ノ如キハ債權者ニ利益アル場合ニ於テ多ク行ハルモノナルニ履行等ニ付テハ必スシモ債權者ノ利益ト爲ルモノト謂フヘカラス且第四百七十九條ノ場合ニ於テ全部債權者ノ利益ト爲リタルトキト雖モ尙ホ追認ヲ爲スヨリハ寧ロ其行爲ヲ無効ト爲シ不當利得ニ關スル請求ヲ受クルハ格別更ニ履行ヲ受クルヲ以テ利益ト爲ス場合多シ蓋シ不當利得ノ債務ナルモノハ其範圍極メテ限定セラレ普通ノ場合ニ於テハ利息ヲ附セスシテ可ナルノミナラス必スシモ受取リタル物ノ全部ヲ返還スルコトヲ要セサルモノナルカ故ニ一部分カ債權者ノ利益ト爲リタル場合ノ如キハ之ヲ履行ト看做サスシテ更ニ正當ナル履行ヲ受クルヲ以テ利益トスルノミナラス全部其利益ト爲リタルト

至ト雖モ若シ其債權カ利息ヲ生スヘキモノナルトキハ追認ヲ爲ササルニ利アリ然レトモ法律ハ履行ニ付テハ代理ノ普通ノ規定ヨリハ特ニ善意ノ債務者ヲ保護スルノ必要アリトシ債權者ノ利益ヲ受ケタル限度ニ於テハ履行トシテ有效ナルモノトセリ是レ債務者ハ履行ヲ受クル者カ果シテ權限ヲ有スルヤ否ヤヲ知ルコト實際困難ナルノミナラス履行ナルモノハ最モ容易ニ且迅速ニ行ハルルヲ以テ利益トシ債務カ永ク存在スルハ甚タ喜フヘキコトニアラサルカ故ニ苟モ債務者ニ過失ナク又債權者カ之カ爲メニ損失ヲ被ルニアラサレハ常ニ履行ヲ有效トセリ即テ理論上ニ於テハ無効タルヘキモノヲ有效ト爲シタルモノニシテ是レ外國ニ於テモ多ク其例ヲ見ル所ナリ

以上ヲ以テ履行ヲ受クヘキ人ハ如何ナル者ナルカノ原則ヲ説キ了レリ尙ホ是ヨリ進ミテ眞ノ債權者或ハ前ノ規定ニ依リテ履行ヲ受クヘキ法律上ノ資格ヲ有スル者ト雖モ尙ホ二條件ヲ具備スルコトヲ要スルコトニ付テ説明セン

第一ハ何ナルカト云フニ辨濟ヲ受クル者カ能力者タラサルヘカラサルコト是ナリ元來辨濟ヲ受クルノ行爲ハ一ノ法律行爲ナルカ故ニ法律行爲ノ一般ノ能

力ヲ有セサルヘカラス之ニ付テハ舊民法ノ如キハ特別ノ明文アリタレトモ新民法ニ於テハ一般能力ノ規定ヲ適用スヘキモノトシテ特ニ之ニ關スル規定ヲ設ケナリキ其結果如何ト云フニ未成年者禁治產者カ履行ヲ受ケタルトキハ之ヲ取消シテ更ニ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘシ例ヘハ金錢債務ナルトキハ一旦金錢ヲ受取リ之ヲ消費シタル後更ニ又金錢ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得ルナリ尙ホ禁治產者妻等ニ於テモ多クノ場合ニ於テハ所謂元本領收テル語ノ中ニ履行ヲ受クルコトヲ包含スルカ故ニ保佐人又ハ夫ノ許可ヲ得シテ之ヲ受領シタルトキハ同シク後日ニ至リ取消スコトヲ得ルカ故ニ辨濟ヲ爲ス者ハ其相手方ノ能力ヲ調査シテ然ル後履行ヲ爲スニアラサレハ非常ナル損失ヲ被ルノ虞アリ

第二ニハ債權者ニ對シテ差押ナキコトヲ必要トス即チ甲カ乙ニ對シテ一定ノ債權ヲ有シ又甲ハ丙ニ對シテ債務ヲ負擔セル場合ニ於テ甲ハ丙ヨリ差押ヲ受ケ其結果乙カ支拂ノ差止ヲ受ケタルトキ即チ汝カ甲ニ支拂フヘキモノハ支拂フコトヲ得ストト裁判所ヨリ命セラレタル場合ニ於テハ假令債權者ナルモ其債

權者ハ履行ヲ請求スルコトヲ得ス又履行ヲ受タル資格ナキカ故ニ其者ニ對シテ履行ヲ爲スモ之ヲ以テ丙即チ差押債權者ニ對抗スルコトヲ得ス勢ヒ二重拂ヲ爲ササルヘカラサルニ至ルヘシ第四百八十一條ハ規定シテ曰ク

支拂ノ差止ヲ受ケタル第三債務者カ自己ノ債權者ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ差押債權者ハ其受ケタル損害ノ限度ニ於テ更ニ辨濟ヲ爲スヘキ旨ヲ第三債務者ニ請求スルコトヲ得

前項ノ規定ハ第三債務者ヨリ其債權者ニ對スル求償權ハ行使ヲ妨グスト茲ニ所謂「受ケタル損害」トハ之ニ因リテ債權者カ完全ナル辨濟ヲ受タルコトヲ得サリシトキニ於テ其不足額ヲ謂ヒ尙ホ徒ニ費用ヲ出タシタルトキハ是レ亦此中ニ包含スルモノナリ此二重拂ヲ爲シタル債務者ハ自己ノ債權者ニ對シテ即チ前ノ例ニ付テ言ヘハ甲ニ對シテ一旦支拂ヒタル物ヲ取返スコトヲ得ヘシ詳言スレハ全部二重拂ヲ爲シタルトキハ全部ヲ取返シ半額二重拂ヲ爲シタルトキハ半額ヲ取返スコトヲ得ルナリ極端ノ例ヲ舉クレハ二倍ノ辨濟ヨリ多額ヲ支拂ハサルヘカラサルコトアリ即チ差押債權者前ノ例ヲ以テ言ヘハ丙ナ

ル者カ甲ノ乙ニ對スル債權ノミニ依リテ辨濟ヲ受ケント欲シ而モ甲ハ他ニ一ノ財産ヲモ有セサル場合ニ於テ乙ハ甲ニ辨濟シ甲ハ之ヲ消費シタルカ爲メ丙ハ毫モ得ル所ナキトキハ丙ハ乙ニ對シテ再ヒ債務ノ全額ヲ支拂ハシムルコトヲ得ルノミナラス尙ホ損害ヲ受ケタルトキハ之ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ故ニ此場合ニ於テハ二倍ヨリ多クテ支拂ハサルヘカラサルニ至ル而シテ乙ハ自己ノ債權者即チ甲ニ對シテ場合ニ依リ債權額又ハ丙ニ支拂ヒタル同額ノ物ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ヘキナリ

### 第三 履行ノ目的

履行ノ目的ハ嚴格ニ之ヲ言ヘハ債權ノ目的ニ外ナラス債權ノ目的ノ實行ハ即チ履行ナルカ故ニ債權ノ目的ト履行ノ目的トノ間ニハ差異ナク唯觀察點ヲ異ニスルノミ債權ノ目的ト云フトキハ重ニ債權發生ノ時ヨリ觀察シ履行ノ目的ト云フトキハ履行スル時即チ之ニ因リテ債權カ將ニ消滅セントスルトキニ觀察スルモノニシテ自ラ論點ヲ異ニス抑履行ノ目的ハ普通ノ場合ニ於テハ特ニ

問題トスルノ價值ナシ履行ヲ爲スヘキ時期ニ於テ債務者カ任意ニ履行ヲ爲シ而シテ其履行カ債權ノ目的タルトキハ履行ハ完全ナルモノニシテ之ニ因リテ債務ハ竟ニ消滅スヘシ故ニ此場合ニ於テハ特ニ論スルノ必要アラサルモ特別ナル場合ニ於テ多少論スヘキ問題四アリ

第一ノ問題ハ債務者カ任意ニ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ之ヲ強制シテ履行ヲ爲サシムルコトヲ得ルヤ否ヤニ在リ之ニ付テハ古來主義ニ種種ノ變遷アリテ羅馬法ノ古ニ於テハ此問題カ如何ニ決セラレシカハ今日尙ホ一ノ疑問ニシテ學者ノ一致セサル所ナリ彼ノガイユスチル羅馬ノ法律家カ此問題ヲ説明セル文字ノ意義ニ付キ議論アリ甲ノ讀ミ方ニ據ルトキハ強制履行ナルモノハ古來之ヲ許ササリシト云ヒ乙ノ讀ミ方ニ據ルトキハ太古ハ之ヲ許シタルモ後ニ至リ之ヲ許ササルニ至レリト云ヘリ然レトモ羅馬法ノ原則ハ概シテ強制履行ヲ許ササリシコトハ少クモ正確ナル法律ノ存在シタル時代ニ於テハ疑ナキ所タリ(即チ羅馬ノ中古ノ法律ニ於テハ正ニ強制履行ヲ許ササリシコト疑ナシ尤モ之ニ對シテハ多少ノ例外ヲ認メタレトモ原則ハ常ニ變更スルコトナカ

リキ其理由ニ曰ク凡ソ人ハ自由ナリ如何ニ法律ノ力ヲ以テスルモ自由ヲ束縛スルコトヲ得ス任意ニ履行セサル者ハ強制シテ履行ヲ爲サシムルコトヲ得サルカ故ニ此場合ニハ唯損害ヲ賠償セシムルニ止メサルヘカラスト此原則ハ歐洲ニ於テハ今日尙ホ學者ノ盛ニ唱道スル所ナリ然レトモ予ノ信スル所又近世ノ學者カ唱道スル所ニ據レハ是レ大ニ誤レルモノナリ蓋シ債務關係存在スル以上ハ債務者ハ決シテ自由ナリト謂フコトヲ得ス債務者ハ必ス債權者ニ對シテ一定ノ事ヲ爲ササルヘカラストノ羈束ヲ受クルモノナリ即チ自由ナラサルカ故ニ任意ニ履行ヲ爲ササルトキハ之ニ對シ損害賠償ヲ請求シ損害賠償ヲ任意ニ履行セサルトキハ財産ヲ差押ヘ之ヲ賣却シテ債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得ルナリ殊ニ羅馬ニ於テハ身體ニ對シテモ亦強制執行ヲ許シ野蠻時代ニハ債務者ヲ奴隸トシ甚シキニ至リテハ身體ヲ切斷シテ之ヲ分取スルニ至レリ然ルニ尙ホ債務ノ強制履行ヲ爲ストハ甚タ了解ニ苦ム所ナリ例ヘハ債權者カ債權者ニ對シテ或權利ヲ移轉スル義務ヲ負ヘル場合ニ於テ羅馬法ノ主義ニ據ルトキハ權利移轉ノ行爲ハ之ヲ強制スルコトヲ得サルカ故ニ任意ニ履行

ヲ爲ササレハ唯損害賠償ニ止メサルヘカラサルヲ原則トセリ然レトモ近世各國ノ法律ハ強制履行ヲ爲シ得ヘキ場合ヲ擴張シ權利移轉ノ義務等ニ付テハ強制履行ヲ許スニ至レリ即チ任意ニ引渡ササルトキハ公力ニ訴ヘテ差押ノ方法ニ依リ引渡ヲ強行スルニ至レリ然レトモ作爲及ヒ不作爲ノ義務ニ付テハ今日ト雖モ尙ホ強制履行ヲ爲スコトヲ得ストノ舊式ノ學說アリ例ヘハ俳優カ甲ノ劇場ノ座元ニ對シテ自己ハ乙ノ劇場或ハ一切他ノ劇場ニ出テテ演藝セストノ契約ヲ爲シタルニ其俳優カ約ヲ破リ他ノ劇場ニ於テ演藝ヲ爲サントスル場合ニ於テ強制履行ヲ爲スヲ得ストノ說ニ據ルトキハ如何トモスル能ハス唯後日損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルノミ然ルニ強制履行ヲ爲スコトヲ得トノ說ニ據ルトキハ公力ニ訴ヘテ其演藝ヲ中止セシメ或ハ其劇場ニ赴クヲ妨クルコトヲ得ヘシ予輩ハ信ス苟モ債務ノ性質カ強制シ得ヘキモノナル以上ハ勿論強制履行ヲ許スヘキモノナリト即チ自由ヲ害スルハ債務ノ性質ニシテ若シ自由ヲ害スルヲ不當ナリトセハ初ヨリ債務ヲ認メサルニ如カス又一方ニ於テ法律ハ進歩スルニ隨ヒ益々其效力ヲ正確ナラシメサルヘカラス即チ法律カ認メタル所

ノ權利義務ハ法律ノ規定ノ如ク行ハルルハ法律ノ進歩ナリ且債務發生ノ原因ノ大多數ハ法律行爲ナルカ故ニ法律行爲ニ依リテ當事者カ希望シタル事項即チ債權ノ目的ノ實行ナルモノハ一旦法律カ之ヲ權利トシ義務トシテ認メタル以上ハ十分之ヲ完カラシメサルヘカラス此ノ如ク自由ヲ束縛スルハ強制履行ヲ許ササルノ理由ト爲ラストセハ債務ノ性質ノ許ス限リ強制履行ヲ爲スコトヲ得セシメサルヘカラス是レ新式ノ學說ナリ舊民法ニ於テハ尙ホ舊套ヲ脱セス原則トシテ強制履行ヲ爲スヲ得サルノ主義ヲ採レリ法文ハ頗ル明瞭ヲ缺ケリト雖モ其精神ハ略ク窺フコトヲ得ヘシ即チ財產編第三百八十二條ニ「義務ノ本旨ニ從ヒテ直接ノ履行ヲ債權者ヨリ請求シ且債務者ノ身體ヲ拘束セスシテ履行セシムルコトヲ得ル場合ニ於テハ裁判所ハ其直接履行ヲ命スルコトヲ要ス」ト云ヘリ是レ舊式ニ在リテハ非常ノ進歩ナルモノ等ノ說ニ據レハ身體ヲ拘束シ自由ヲ束縛スルモ苟モ公力即チ執達吏若クハ巡查ノ力ヲ以テ爲シ能フ限リハ強制ヲ爲シテ可ナリトノ論結ニ至ルヘシ新民法第四百十四條第一項ハ之ヲ規定シテ曰ク



債務者カ任意ニ債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其強制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス  
 上債務ノ性質カ之ヲ許ササルトハ概シテ言ヘハ債務者ノ意思ヲ要スル場合ナリ例ヘハ畫ヲ描ク契約ノ如キハ強制履行ヲ許サス何トナレハ之ヲ督促スルコトヲ得ヘキモ自ラ描カント欲スルノ意思ナキ者ヲ強ヒテ描カシムルコト能ハサレハナリ其他作爲ノ債務ニ付テハ概シテ性質カ強制履行ヲ許ササルモノナルカ故ニ今日ニ於テハ重ニ不作爲ノ債務ニ付テ舊主義ト新主義ノ適用判然別ルルニ至レリ  
 物ノ引渡ヲ目的トスル債務ハ引渡ト同時ニ權利ヲ移轉スル場合ナルト否トヲ問ハス絶對ニ強制スルコトヲ得ヘシ蓋シ引渡ナル行爲ハ必スシモ債務者ノ意思ヲ要セス即チ債務者カ任意ニ引渡ヲ爲ササルトキハ執達吏ヲシテ其物ヲ差押ヘシメ之ヲ債權者ニ引渡スコトヲ得ヘシ是レ舊民法(財産編第三八二條第二項)ニモ認メタル所ニシテ今日ニ於テハ論ナキモ羅馬法ニハ之ヲ認メサリキ  
 又權利移轉ノ行爲引渡ニアラスハ動産ニ付テハ引渡ニ伴フコト多シト雖モ常

ニ必スシモ然リト云フコト能ハス殊ニ不動産ニ付テハ之ニ伴ハサルコト多シ  
 甲カ乙ニ對シテ所有權ヲ移轉スルノ義務ヲ負ヒ又ハ甲カ乙ノ爲メニ地上權永小作權ヲ設定スル義務ヲ負フ場合ニ於テ昔時ハ一定ノ方式ヲ要シ此方式ヲ踐ムコトヲ肯セサル以上ハ如何トモスル能ハサリシカ後世ニ至リ引渡ナルモノカ殆ト唯一ノ方式ト爲リシカ爲メ引渡ノミニ付テハ強制履行ヲ爲シ得ルニ至レリ然レトモ引渡以外ニ權利移轉若クハ權利設定ノ義務ヲ負ヘル場合ニ於テハ強制履行ヲ爲シ能ハサルナリ即チ契約ノ當時ヨリシテ直チニ權利ヲ移轉スルノ意思ナルトキハ引渡ヲ強制スレハ羅馬ノ末若クハ近世ノ歐洲ニ於テハ權利ハ完全ニ移轉シタレトモ當事者カ直チニ權利ヲ移轉スルノ意思ナク一定ノ時期ニ至リ更ニ一定ノ行爲ヲ爲シ以テ權利ヲ移轉セントノ意思ナル場合ニ於テハ唯引渡ノミヲ強制スルコトヲ得ルモ充分ナラス此ノ如キ場合ニ於テハ特ニ新ニ契約ヲ結ハサルヘカラサルコトアリ是レ舊民法ニ於テモ賣買ノ豫約ニ付テ其場合ヲ想像セル所ナリ(舊民法財産取得編第二六條乃至第二八條)  
 其他權利移轉ヲ目的トセサル法律行爲ヲ爲スヘキコトアリ例ヘハ或人カ友人

ノ保證人ト爲ルヘキ契約ヲ爲シ而シテ保證契約ヲ締結セザルトキ或ハ法律行爲ヲ他人ニ代リテ爲スノ委任ヲ受ケ而モ其委任ヲ履行セザルトキ即チ他人ノ爲メニ法律行爲ヲ爲スノ義務ヲ負ヒナカラ其義務ヲ盡ササル場合ノ如キ總テ法律行爲ヲ爲ササルヘカラサル場合ニ於テハ意思ヲ必要トスルカ故ニ正確ニ云ヘハ本人カ其意思ヲ有セザルトキハ如何トモスル能ハス然レトモ是レ間接ニ強制スルコトヲ得ヘキモノナリ何トナレハ法律行爲其モノハ債務者ノ意思ヲ要スルコト固ヨリ爭フヘカラスト雖モ元來法律行爲ヲ爲スノ目的ハ法律行爲其モノヲ欲スルニアラスシテ寧ロ是ヨリ生ズル效力ヲ目的トスルモノナレハナリ故ニ此場合ニ於テハ債務者カ其意思ヲ有セザルニモ拘ラス法律上其意思ヲ有シタルト同一ノ效力ヲ生セシムレハ強制履行ヲ爲シタルニ同シ故ニ法律行爲ヲ目的トスル債務ニ付テハ裁判ヲ以テ債務者ノ意思表示ニ代フルコトヲ得ルモノトセリ是レ先ニ引用シタル賣買ノ豫約ニ付テハ舊法典ニ規定アレトモ一般ノ規定ニ至リテハ舊法典ニ見ル能ハサル所ナリ然レトモ民事訴訟法ハ此點ニ於テハ民法ヨリハ進歩シタルモノニシテ新法典ニ類似ノ規定アリ即

チ民事訴訟法第七百三十六條ニハ債務者カ權利關係ノ成立ヲ認諾スヘキコト又ハ其他ノ意思ノ陳述ヲ爲スヘキコトノ判決ヲ受ケタルトキハ其判決ノ確定ヲ以テ認諾又ハ意思ノ陳述ヲ爲シタルモノト看做スト是レ民法ノ缺點ヲ補ヒタルモノニシテ新民法第四百十四條第二項但書ノ規定ト同シ尙ホ民法第五四條ヲ以テ改メタル民事第七三三條第一項ヲ看ヨ此主義ヲ適用セル例ハ不動産登記法ナリ此事ハ舊登記法以來認ムル所ニシテ同法第十條ハ暗ニ此原則ヲ認メタリ抑モ登記ナルモノハ契約者雙方ヨリ請求スヘキモノナルモ若シ裁判所ノ命令アルトキハ一方ノ請求ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得何トナレハ裁判ハ請求ニ連署セザルモノ即チ請求ヲ共ニ爲ササル當事者ノ意思ニ代ルモノナレハナリ不動産登記法モ亦之ト同シクシテ舊登記法ヨリモ尙ホ一層明瞭ナリ即チ同法第二十六條ニハ登記ハ登記權利者及ヒ登記義務者又ハ其代理人登記所ニ出頭シテ之ヲ申請スルコトヲ要スト云ヘリ是レ本則ニシテ次ノ第二十七條ニハ判決又ハ相續ニ因ル登記ハ登記權利者ノミニテ之ヲ申請スルコトヲ得トアリテ雙方ヨリ請求スルハ本則ナリト雖モ一方カ承諾ヲ爲ササル場合ニ於テハ

已ムヲ得ス判決ヲ以テ承諾ヲ爲サナルモノノ意思ニ代フルモノニシテ其精神ハ不動産登記法全體ヨリ之ヲ觀テ疑ナキ所ナリ即チ第四百十四條第二項但書ノ原則ノ適用ト看ルモ支障ナカラント信ス

今一ノ今日各國ニ於テ行ハルル事項ハ性質上強制履行ヲ爲シ得サルモノ即チ債務者ノ意思ヲ要スルモノニシテ而モ尙ホ他人ヲシテ同一ノ事ヲ爲サシメ其費用ヲ債務者ヨリ償ハシメテ以テ履行ニ代フルコトヲ許スモノ是ナリ是レ新法典第四百十四條第二項ノ本文ニ規定スル所ナリ

債務ノ性質カ強制履行ヲ許ササル場合ニ於テ其債務カ作爲ヲ目的トスルトキハ債權者ハ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之ヲ爲サシムルコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得

ト是レ如何ナル場合ナルカト云フニ畫工等ニ付テハ其適用ヲ見ルコト極メテ稀ナリト雖モ亦必スシモナキニアラス例ヘハ予カ家屋ヲ建築シ其額ニ甲ナル畫工ヲシテ畫ヲ描カシムルノ契約ヲ爲シタルニ甲カ之ヲ描カサル場合ニ於テハ甲ニ對シ損害賠償ヲ請求スルヲ普通ト爲セトモ予ハ伎倆ニ於テ稍ヤ同等ナ

ル乙ナル畫工ヲ備ヒテ之ヲ描カシメタリトセハ予カ乙ヲ備ヒタルカ爲メニ支出シタル費用ハ甲ニ於テ負擔セサルヘカラス固ヨリ甲ニ報酬ヲ與フヘキ場合ニ於テハ其報酬ト費用トヲ相殺スルコトヲ得ヘシ然レトモ是レ甚タ稀ナル例ニシテ今少シク下等ノ作業ニ付テ見ルトキハ其適用甚タ少カラス即チ大工或ハ左官ノ仕事ハ甲ノ爲シタルモノト乙ノ爲シタルモノト普通ノ職人ナル以上ハ同一ナリ故ニ甲ノ費用ヲ以テ乙ニ爲サシムルコトヲ得ヘシ然レトモ是レ亦前ニ述ヘタルカ如ク前者ニ報酬ヲ與フヘキ場合ニ於テハ報酬ト費用トヲ相殺スヘキカ故ニ實際ニ於テ此適用アルハ無報酬ニシテ仕事ヲ爲スヘキ場合或ハ報酬ヲ既ニ支拂ヒタル場合若クハ其報酬額非常ニ低額ナル場合ニ多カラん是レ舊法典ノ業ニ既ニ認ムル所ナリ即チ財產編第三百八十二條第三項ハ規定シテ曰ク作爲ノ義務ニ付テハ裁判所ハ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之ヲ爲サシムルコトヲ債權者ニ許スト此ノ如ク作爲ノ義務ヲ悉ク包含セシムルハ廣キニ失スト雖モ畢竟スルニ強制履行ヲ許ササル場合ニ限ルモノナリ但此等ノ場合ニ於テモ理論上ヨリ之ヲ言ヘハ損害賠償ニ外ナラス蓋シ債務ノ目的ハ飽マテ

モ甲ノ作爲ニシテ甲ノ作爲ニ代フルニ乙ノ作爲ヲ以テスルハ不履行ニ因ル損害ヲ防ク一ノ方法ニ過キス唯其結果カ殆ト強制履行ヲ爲シタルト同一ニ歸スルト云フニ止マルノミ然レトモ此等ノ方法ヲ認ムル以上ハ彼ノ自由ヲ束縛スルハ不當ナリトノ舊式ノ主義ハ殆ト理由ナキニ至ルヘシ

以上ハ重ニ作爲ノ債務ニ付テ述ヘタリシカ不作爲ノ債務ニ付テ今少シク説明スル所アラシ

不作爲ノ債務ハ強制履行ヲ許スモノ多シ否殆ト悉ク之ヲ許スト曰フモ可ナリ例ヘハ營業ヲ爲スヘカラサル場合ニ於テ營業ヲ爲サントスルトキハ執達吏ヲシテ其開店ヲ妨ケシムルコトヲ得ヘシ唯實際ニ於テハ斯ルコトハ非常ナル煩累ヲ醸スコト多キカ故ニ寧ロ損害賠償ニ甘スルヲ常トスヘシト雖モ法律上ニ於テハ之ヲ爲シ得ヘキナリ加之不作爲ノ義務ニ反シテ或行爲ヲ爲シタルトキハ之ヲ取除カシムルコトヲモ得ヘシ例ヘハ或場所ニ家屋ヲ建築セストノ契約ヲ爲シナカラ家屋ヲ建築シタルトキハ執達吏ノ干渉ニ依リテ其家屋ヲ取毀テ之ヲ取拂ハシムルコトヲ得ヘク且將來再ヒ義務不履行ノ行爲ヲ爲ササラシム

ル爲メ適當ナル處分ヲ命セシムルコトヲ得ヘシ例ヘハ俳優力或劇場ニ出演スルコトヲ得サル契約アルニモ拘ラス出演シタルトキハ裁判所ニ請求シテ之ニ對シ將來出演スルコトヲ得ス若シ出演シタルトキハ更ニ判決ヲ求ムルコトナク之ヲ妨ケテ可ナリ或ハ其場合ニハ一日ニ付キ若干ノ過怠金ヲ支拂ハシムルコトト定メシムルヲ得ヘシ此等ハ總テ不作爲ノ義務ヲ履行セサリシトキニ於テ債權者力之ヲ請求スルコトヲ得ヘキナリ其他債務ノ種類ニ依リ種種ノ處分方法アレトモ要スルニ將來ニ於テ不作爲ノ義務ヲ怠ルナカラシムルニ適當ナル處分ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ第四百十四條第三項ニ於テハ左ノ如ク規定セリ

不作爲ノ目的トスル債務ニ付テハ債權者ノ費用ヲ以テ其爲シタルモノヲ除却シ且將來ノ爲メ適當ノ處分ヲ爲スコトヲ請求スルコトヲ得

ト而シテ舊民法財産編第三百八十二條第四項ニハ不作爲ノ義務ニ付テハ其義務ニ背キテ爲シタルモノヲ債務者ノ費用ヲ以テ毀壞セシメ云云下アリテ此毀壞ナル文字ハ狭キニ失スト雖モ其意味ニ於テハ異ナルコトナシ

此第四百十四條第三項ノ場合ニ付テ尙ホ一ノ論スヘキモノアリ即チ第三項ニ於テハ單ニ「請求スルコトヲ得」ト書シ而シテ第一項及ヒ第二項ニ於テハ「裁判所ニ請求セス」ト直接ニ債務者ニ對シテ請求ヲ爲スモ可ナルヤノ問題はナリ而シテ予ハ固ヨリ直接ニ債務者ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘキモノト解釋スルモノナリ蓋シ第一項、第二項ニ於テハ特ニ「裁判所」ナル文字ヲ加ヘ第三項ニ於テハ之ヲ加ヘス而シテ新民法ノ文例ニ據ルトキハ單ニ「請求」ト曰フトキハ方法ノ如何ヲ問ハサルモノナリ況ヤ舊民法ニ於テハ前項ニ「裁判所」……債權者ニ許スト云ヒタル次ニ債權者ニ許ス「テ」ル文字ヲ用ヒテ裁判所カ之ヲ許スコトヲ意味セシメタルニ新民法ハ特ニ之ヲ改メタルモノナルカ故ニ必スシモ裁判所ニ請求スルコトヲ要セサルハ疑ヲ容レス然ラハ何故ニ第三項ノ場合ニ於テハ裁判所ニ請求スルコトヲ必要トセザリシカト云フニ事項ノ性質ニ依リ裁判所ノ干渉ヲ必要トセサルコトアルカ爲メナリ即チ債務者ノ費用ヲ以テ其爲シタル物ヲ除却スルカ如キハ裁判所ノ命令ナシト雖モ之ヲ爲シ得ヘカラサルモノニアラス例ヘハ債務者

カ家屋ヲ建築セストノ契約ヲ締結シナカラ家屋ヲ建築シタル場合(惡意ニテモ不注意ニテモ可ナリ)ニ於テ債權者ハ特ニ裁判所ニ請求セサルモ債務者ニ對シテ其取拂ヲ請求シ債務者モ亦之ニ抵抗スルモ利益ナク且假令之ヲ裁判所ニ訴フルモ敗訴スヘキヲ知ルカ故ニ其請求ニ服シ自己ノ爲シタル物ヲ除却スレハ特ニ裁判所ヲ煩ハサスシテ可ナリ而シテ第一項、第二項ノ場合ニ於テ裁判所ヲ煩ハササルヘカラサル理由ハ第一項ノ場合ニ於テハ任意ニ履行ヲ爲ササルトキハ強制履行ヲ請求スヘキモノナルカ故ニ幾度請求ヲ爲スモ任意ニ履行セサルモノト視ルヘキヲ以テ裁判所ニ請求スルヲ要シ第二項ノ場合ニ於テモ債務者ハ自己カ契約シタル作爲ヲ爲スコトヲ欲セス單ニ之ヲ請求スルモ應セサルモノナルカ故ニ之ニ對シ第三者ヲシテ代リテ爲サシメヨトノ請求ヲ爲スモ依然應セサルモノト看做ササルヘカラスシテ爲スヘカラサルモノヲ爲シタルトキニ之ヲ取除カシムルトハ事理ニ於テ自ラ異ナル所アリ若シ債務者ニ於テ「自ラ契約シタル事ヲ爲ス」ハ欲セサルモ第三者ヲシテ代リテ之ヲ爲サシメヨ予ハ其費用ヲ支辨セント言ヘルトキハ是レ一種ノ代物辨濟ト視ルヘクシテ茲ニ論



スル履行ノ方法ニ非ス故ニ第二項ノ場合ニ於テモ裁判所ニ請求スルトキニアラサレハ此規定ノ必要ナシ即チ任意ニ斯ル事ヲ爲ス場合ニ於テハ履行ノ問題ニ關係ナキモノト視ルヘキナリ況ヤ法律行為ニ代ルヘキモノハ裁判ニシテ債務者ノ不承諾ナルニモ拘ラス承諾シタルモノト認ムル場合ナルニ於テヤ是ヲ以テ之ヲ觀レハ第一項第二項ノ場合ニ於テハ到底裁判ヲ煩ハササルコトヲ得サルモ第三項ノ場合ノミハ必スシモ裁判ヲ要セサルカ故ニ特ニ「裁判所」テ文字ヲ加ヘサリシナリ

以上ニ陳述シタル所ハ純然タル強制履行又ハ之ニ代ルヘキ準強制履行ナルモノノ説明ナリ此強制履行若クハ準強制履行ナルモノハ法律ノ許ス範圍内ニ於テハ常ニ之ヲ爲スコトヲ得ルモ之ニ依リテ必スシモ債務者カ適當ノ時期ニ於テ任意ニ履行ヲ爲シタルト同一ノ結果ヲ得ヘキモノニアラス即チ一定ノ時期ニ履行ヲ爲ササルヘカラサル者カ其時期ニ於テ履行ヲ爲ササルカ爲メ裁判所ニ請求シ若クハ其他ノ方法ヲ以テ強制履行ヲ請求シタルトキハ大ニ時日ヲ遲延シ之カ爲メニ債權者カ損害ヲ被ルコト少カラス且強制履行ヲ請求スルニハ

多クノ費用ヲ要スルモノナルカ故ニ損害賠償トシテ之ヲ請求スルコトヲ得セシメサルヘカラス就中第三者ヲシテ代リテ履行ヲ爲サシメタル場合又ハ不作爲ノ義務ニ背キタル場合ノ如キハ大ナル損害ヲ生スルコトアリ蓋シ第三者ヲシテ代リテ之ヲ爲サシムルモ或ハ時期ニ後レ或ハ全然同伎倆ヲ有スル者ヲ得難キカ爲メ劣等ナル者ヲシテ之ヲ爲サシメタルヲ以テ損害ヲ受クルコトアリ又不作爲ノ義務ニ背キタル場合即チ家屋ヲ建築スヘカラサル場所ニ家屋ヲ建築シタル爲メ債權者ノ所有地ニ日光ノ及ハサル部分ヲ生シ作物其他植物ニ損害ヲ受ケタルトキハ債權者ハ假令強制履行若クハ準強制履行ヲ得ルモ未タ以テ満足スヘカラス尙ホ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得サルヘカラス是レ殆ト言フヲ埃タサル所ナリト雖モ元來損害賠償ナルモノハ不履行ノ場合ニ請求スヘキモノナルカ故ニ特ニ茲ニ規定シタルナリ(第四一四條第四項)

以上ヲ以テ強制履行ノ説明ヲ了レリ是ヨリ第二ノ問題即チ物ノ引渡ニ關シテ特ニ生スル問題ヲ説カシ

第四百八十三條 債權ノ目的、特定物ノ引渡ナルトキハ、辨濟者ハ其引渡、

爲ス、ヘキ、時ノ、現、狀、ニ、テ、其、物、ヲ、引、渡、ス、コ、ト、ヲ、要、ス、

物ノ引渡ニハ特定物ノ引渡ト不特定物ノ引渡トアリ不特定物ノ引渡ノ場合ニ於テハ通常一定ノ性質ヲ有スル物ヲ引渡スヘキヲ以テ物ノ何時ノ狀態ニ於テ引渡ササルヘカラサルカノ問題ヲ生スルノ餘地ナシ例ヘハ武藏ノ上米百石ヲ引渡スヘキ場合ニ於テハ武藏上米百石ヲ引渡セハ可ナリ固ヨリ腐敗セル米ヲ引渡シテ契約ノ時ニハ腐敗セサルモ爾後降雨ノ爲メニ腐敗シタリト稱シテ責ヲ免ルヘカラサルハ勿論ナリ故ニ此問題ハ特定物ニ付テニアラサレハ生シ得ヘカラサルナリ

特定物ニ於テハ物ハ一ナルモ其狀況ハ時ト共ニ變遷スルモノニシテ先ツ債權發生當時ノ狀況其履行ヲ爲スヘキ時期ニ於ケル狀況事實履行ヲ爲シタル時ニ於ケル狀況ノ三時期ヲ觀察スルノ必要アリ而シテ之ニ就テハ三主義ヲ想像シ得ヘシ即チ債權發生當時ノ狀況ニ於テ引渡スヘシトスル主義ト債權履行ノアルヘカリシ時ニ於ケル狀況ニテ引渡スヘシトスル主義ト債權ノ實際履行セラレタル時ノ狀況ニ於テ引渡スヘシトスル主義ト是ナリ而シテ新民法ハ此三主

義中第二ノ主義カ最モ其當ヲ得タルモノト認メタリ固ヨリ此問題ハ法律行為ヨリ生スル債權ニ在リテハ當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ決スルコトヲ得ヘシ法律ヨリ直接ニ生スル債權ニ付テハ法律カ別段ノ規定ヲ爲スコト極メテ稀ナルヘシト信スレトモ當事者ノ意思ニ依リテ債權ノ發生シタル場合ニ於テハ往往此問題ヲ決シ置クコトアルヘシ殊ニ債權發生當時ノ狀況ニテ引渡サン或ハ遅延シタルトキハ其遅延シタル時ノ狀況ニテ引渡サント定ムルコトヲモ得ヘシ然レトモ普通ノ場合ニ於テハ當事者ハ債權發生ノ當時ニ於テ若シ債權發生ノ時期ト履行ノ時期トカ異ナレハ其間ニ特定物ノ狀況ニ變化ヲ來スヤモ知ルヘカラサルコト特ニ履行ノ時期ヲ定メタル場合ニハ其時期ニ於ケル狀況ヲモ想像シタルナラン何年後何月後ニ於テ履行スヘキモノナルニモ拘ラス現今ノ狀況ヲ變セサルモノトハ想像セサルヘシ而モ一旦履行スヘキ時期ヲ定メタル以上ハ遅延シテ履行セラルヘキヲ想像シテ其遅延シタル時ノ狀況ニテ引渡サルモノト信スヘキモノニアラス當事者ハ履行ヲ爲スヘキ時ノ狀況ニテ引渡スノ意思ナルコトハ多クノ場合ニ於テ疑ナキ所ナリ故ニ第二ノ主義ヲ以テ最モ正

確ナルモノナリトシ第四百八十三條ノ如ク規定シタルナリ  
斯ク漠然ト論スルトキハ或ハ何ノ必要アルカヲ疑フ者アラシモノ一ノ例ヲ舉  
タルトキハ其必要ナル所以ヲ悟ルヲ得ヘシ例ヘハ家屋ノ引渡ヲ爲ス義務アル  
場合ニ於テ今日引渡ノ義務生シタリトシ引渡ハ來年一月一日ノ契約ナリト假  
定シテ此間ニ於テ火災ノ爲メ家屋ノ一部カ燒失シタリトセンニ若シ債權發生  
當時ノ狀況ニテ引渡ササルヘカラストノ主義ニ據レハ其燒失シタル部分ノ修  
繕ヲ爲シ債權發生當時ノ狀況ニ復シテ後引渡ササルヘカラス然ルニ債權履行  
ノ時ノ狀況ニテ可ナリトノ主義ニ據ルトキハ燒失シタル部分ノ修繕ヲモ施サ  
スシテ之ヲ引渡スコトヲ得ヘシ又若シ此火災カ履行ヲ爲スヘキ時期後即チ來  
年一月一日若クハ二日或ハ三日ニ於テ起リ引渡ヲ遅延シタリシカ爲メ家屋ノ  
一部燒失シタル場合ニ於テ履行ヲ爲スヘカリシ時ノ狀況ニテ引渡スコトヲ要  
スルノ主義ニ據ルトキハ若シ一日ニ引渡ヲ爲シタランニハ未タ燒失セザリシ  
ヲ以テ燒失セザル時ノ狀況ニ於テ引渡ヲ爲ササルヘカラス即チ其燒失セル部  
分ヲ修繕シテ引渡スカ又ハ修繕スルニ必要ナル費用ヲ債權者ニ支拂ハサルヘ

カラス是レ大ニ差異アル所ニシテ若シ實際履行ヲ爲ストキノ狀況ニテ可ナリ  
トセハ類燒ノ場合ニハ天災ナルカ故ニ其儘ニテ引渡シテ可ナリト云フニ至ル  
ヘシ

凡ソ物ノ引渡ノ場合ニ於テハ契約ノ性質ニ由リ其物カ債權者ノ手ニ引渡サル  
ルモ尙ホ燒失シタルナラントノ證明ヲ爲シ得レハ損害ヲ賠償セスシテ可ナル  
モノナリ其結果前ノ家屋燒失ノ場合ノ如キモ亦債權者ニ引渡シタルモ尙ホ燒  
失シ隨テ損害ヲ受ケタルナラントノ事ヲ證明スルトキハ其損害ヲ賠償セスシ  
テ可ナリト云フヲ得ヘシ然レトモ債權者ニ於テモ亦若シ速ニ引渡ヲ受ケシナ  
ラハ之ヲ他人ニ賣却シテ相當ノ代價ヲ得シナラントノ事ヲ證明スルコトヲ得  
ヘシ殊ニ動産ニ至リテハ多クハ場所ヲ變スルモノナルカ故ニ動産ヲ引渡スヘ  
キ場合ニ於テ其物カ燒失シタルトキハ債權者ノ手ニ在リタルカ爲メ燒失シタ  
ルモノニシテ若シ債權者カ之ヲ受取リシナラハ燒失セザリシナラント言ヒ得  
ヘキカ故ニ此場合ニ於テハ其燒失前ノ狀況ニ於テ引渡ササルヘカラス是レ損  
害賠償及ヒ不履行ノ問題ト牽連セルモノニシテ飽クマテ引渡ヲ爲スヘキ時ノ

現狀ニテ引渡ササルヘカラストスル主義ニ據レルモノナリ然レトモ若シ實際債權者カ損害ヲ受ケサル場合即チ引渡ヲ爲スヘキ時ニ之ヲ引渡スモ今日ニ至リテハ同シク燒失シタルナラントノ事ヲ證明シ得タルトキハ其責ヲ免ルルコトヲ得ヘシ是レ後ニ説明ヘキ規定ヨリ生スル結果ナリ

又物カ前ノ如ク滅シタル場合ニアラスシテ増シタル場合ニハ如何物カ増ストハ動物ノ如キハ發育シ植物ノ如キハ成長シ又花ヲ著ケ實ヲ結フモノナレハ此等ノ場合ニ於テハ如何即チ債權發生當時ニ於テハ一頭ノ動物ナリシモノカ引渡ヲ爲スヘキ時ニ於テハ子ヲ産ミタルカ爲メ二頭ト爲リタル場合ニ於テハ此産兒ハ素ト母體ノ一部タリシモノナルカ故ニ母體ニ對シテ權利ヲ有スル者ハ其産兒ニ對シテモ亦權利ヲ有セサルヘカラス然ルニ若シ債權發生當時ノ狀況ニテ引渡セハ可ナリト云フトキハ産兒ハ其當時ニ於テハ未タ存在セザリシモノナルヲ以テ親ノミヲ引渡セハ可ナリト云フニ至リ甚タ不都合タルヲ免レス故ニ此場合ニ於テハ親ト産兒ト併セテ之ヲ引渡ササルヘカラス是レ固ヨリ當然ノ理ニシテ假令債權發生ノ當時ニ引渡ヲ受ケタリトスルモ債權者ノ許ニ在

リテ出生スヘキモノナリ況ヤ成長スルハ動植物自然ノ結果ナルヲ以テ之ヲ理由トシテ報酬ノ増加ヲ請求シ或ハ債權者ヨリ之ヲ償ハサルヘカラスト云フハ甚タ理由ナキ所ナリ樹木ニ付テ言フモ亦同シ債權發生ノ當時ニ於テハ未タ花ヲ著ケス實ヲ結ハザリシト云フヲ理由トシテ故ラニ花又ハ實ヲ落シテ之ヲ引渡ス如キハ決シテ許スヘキモノニアラス唯茲ニ問題ノ起ルヘキハ若シ此引渡スヘキ時期カ前ノ例ヲ以テ言ヘハ一月一日ナリシニ其時期ニ後レテ引渡シタル場合ニ於テ其間ニ物ノ増加アリタルトキハ如何ト云フニ在リ第四百八十三條ノ法文ヲ機械的ニ解釋スルトキハ或ハ曰ハシ一月一日ニ於テハ一頭ナリシモノカ二日ニ至リテ兒ヲ産ミタルモノナルカ故ニ一頭ヲ引渡セハ可ナルニアラスヤト然レトモ是レ大ニ誤レリ何トナレハ産兒ハ既ニ其當時ニ於テ親ノ胎内ニ存セシモノナルヲ以テ假令債權者ニ引渡スモ債權者ノ許ニ於テ出生スヘキモノナレハナリ故ニ債務者ハ併セテ之ヲ引渡ササルヘカラス焉シ債務者ハ懈怠シタルカ爲メニ利益スルノ理アラシヤ樹木ニ付テ言フモ亦同シ故ニ第四百八十三條ノ引渡ヲ爲スヘキ時ナル文字ハ寧ロ物カ不利益ニ變更シタル場合

ニ於テ特ニ必要アリト謂フヘキナリ又第三ノ特定物ノ引渡ヲ目的トスル場合第三ノ問題ハ他人ノ物ヲ以テスル履行ナリ凡ソ特定物ノ引渡ヲ目的トスル場合或ハ特定物ノ上ニ權利ヲ設定シ若クハ移轉スル場合ニ於テハ他人ノ物ヲ以テスル履行ナル問題ハ生スルコトナシ何トナレハ物カ何人ノ所有ニ屬スルヲ問ハス特定物ヲ引渡スヘキ契約ヲ爲シタルトキハ其物ヲ引渡セハ即チ履行ト爲リ又特定物ノ上ニ權利ヲ設定シ若クハ移轉スヘキ契約ヲ爲シタル場合ニ於テ若シ其物カ他人ノ所有物ナルトキハ契約シタル權利ヲ移轉スルコト能ハサルヤモ知ルヘカラスト雖モ是レ履行ノ不能ナル場合ニシテ所謂他人ノ物ヲ以テスル履行ナルモノニアラス此場合ニ於テハ擔保ノ問題ハ生スルモノニシテ諸子ハ贈與・賣買ノ講義ニ於テ其説明ヲ聽クコトヲ得ヘシ茲ニ論スルハ不特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ニ關スルモノニシテ此場合ニ於テハ他人ノ物ヲ給付スルモ履行ト爲ラサルカ故ニ債務者ハ更ニ自己ノ所有物ヲ給付シテ履行ヲ爲スノ義務アリ是レ疑ナキ所ナルモ唯此場合ニ於テ問題ト爲ルハ第一、一旦給付シタル他人ノ物ヲ取返スコトヲ得ルヤ否ヤ第二、若シ取返スコトヲ得ルモノ

トモハ如何ナル場合ニ於テモ債權者ハ之ヲ拒ムコトヲ得サルカ又第三ニハ債權者ハ自ら進ミテ他人ノ物ヲ返還シ更ニ他物ヲ給付セヨト請求スルコトヲ得ルヤ否ヤノ三ナリ

先ツ第一ニ他人ノ物ヲ以テ履行ヲ爲シタル場合例ヘハ千圓ノ金ヲ支拂ハサルヘカラサルトキニ於テ他人ノ金錢ヲ奪取シテ之ヲ支拂ヒタル場合金錢ニ付テハ實際ノ適用ナキモ理論上ヨリ言フニ於テハ理論上權利ハ相手方ニ移轉セサルヲ以テ履行ト爲ラス故ニ債務者ハ更ニ自己ノ所有ニ屬スル金錢ヲ以テ履行ヲ爲シ而シテ前ニ支拂ヒタル金錢ヲ取返スコトヲ得ルヤ否ヤト云フニ原則トシテハ之ヲ取返スコトヲ得ヘシ即チ債務者ハ自己ノ占有内ニ在ル物ヲ債權者ニ與フルモ債務ノ履行ト爲ラサルトキハ之ヲ取返スコトヲ得サルヘカラスト然レトモ之ニ付テハ反對ノ説ヲ爲ス者アリ曰ク債務者ハ之ヲ取返スコトヲ得サルヘシ何トナレハ此場合ニ於テハ物ハ債務者ノ所有ニ屬セリ然ルニ何ノ權利ニ依リテ之ヲ取返スコトヲ得ヘキカ他人ノ物ヲ奪取シ來リテ之ヲ引渡シタル場合ニ於テ所有者カ之ヲ取返スハ固ヨリ其所ナルモ債務者自ら之ヲ取返スト



曰フハ未タ其理由アルヲ見スト然レトモ予ノ見解ヲ以テスレハ是レ大ニ誤レリ固ヨリ債務者ハ自己ノ所有物ニアラサル物ヲ引渡シタリト雖モ其引渡前ニ於テハ物ノ上ニ占有權ヲ有セシモノナリ(假令盜品ナルモ占有ヲ爲シタルニハ相違ナシ)而シテ占有ナルモノハ諸君ノ知ラルル如ク法律ノ保護ヲ受クヘキモノナルカ故ニ債務者ハ自己カ占有權ヲ有セシモノヲ故ナク債權者ニ引渡シタルヲ以テ之カ返還ヲ請求シ再ヒ占有權ヲ得ントスルハ是レ正當ナル希望ト謂ハサルヘカラス盜品ノ場合ニ於テハ殆トスル事ヲ許スノ必要ナキカ如クナルモ他人ノ所有物ヲ占有シテ之ニ費用ヲ投シタルカ如キ場合ニ於テハ其費用ヲ支拂ヲ受クルマテ之ヲ差押フルコトヲ得ルコトアリテ法律ハ之ヲ保護スルモノナルカ故ニ占有權ノ取還ハ理論上之ヲ許ササルヘカラス(假令盜品ニ於テ又債務者カ他人ノ物ヲ以テ債權者ニ給付ヲ爲シタルトキハ所有者ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラス即チ若シ債權者カ其給付シタル物ヲ消費シタルトキハ債務者ハ所有者ニ對シテ損害ヲ賠償セサルヘカラス(金錢ノ如キハ後ニ説明スル理由ニ依リ實際ニ於テ斯ル問題ヲ生セサルモ他ノ物即チ米或ハ他ノ商品ニ

付テ起リ得ヘシ)似ニ斯ル場合ニ於テハ債務者ハ速ニ債權者ヨリ其物ヲ取還シテ更ニ自己ノ所有物ヲ以テ完全ナル履行ヲ爲サントスルハ正當ナル希望ト謂ハサルヘカラス又債務者カ惡意ナリシトキハ前非ヲ悔ヒ過失ナリシトキハ所有者ニ對スル情誼上之ヲ取還サントスルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テハ固ヨリ之ヲ妨クヘキモノニアラス(假令盜品ニ於テハ其理由ニ依リ之ヲ取還スル以上ニ述ヘタル二ノ理由アルニ由リ他人ノ物ヲ給付シタル債務者ハ之ヲ取還スコトヲ得ヘシ唯之ニ對シテ一ノ例外アリ他ナシ債權者カ善意ニシテ且過失ナク其物ノ占有ヲ得タルトキ即チ履行トシテ之ヲ受クルニ當リ其物ハ債務者ノ所有物ナリト信シ且之ヲ信スルニ付テ過失ナク又前ノ第一ノ場合ニ付テ言ヘハ盜品若クハ遺失物ナラザリシトキ或ハ盜品若クハ遺失物ナルモ既ニ二年ヲ經過シタルトキハ債權者ハ所有權ヲ得ヘシ此ノ如ク法律ノ規定ニ依リ債權者カ既ニ權利ヲ取得シタル場合ニ於テハ債務者ハ最早之ヲ取還スコトヲ得ス何トナレハ債權者ハ法律ノ規定ニ依リテ之ヲ取得シタルモノナルカ故ニ此場合ニ於テ債務者ハ自己カ占有權ヲ有セシラ理由トシテ其物ヲ取還スコトヲ得



キカ如シ即チ「足下」ハ米百石ノ所有權ヲ得セシムルノ義務ヲ負ヒナカテ其義務  
 未タ履行セサルカ故ニ其履行ヲ爲セヨト請求スルコトヲ得ルカ如シ然ルニ  
 之ヲ主張スルノ學者ナク皆少クモ他人ノ物ヲ返還スルニアラザレハ債務者ノ  
 所有物ヲ請求スルコトヲ得スト論セリ予ノ信スル所ニ據レハ此說ハ大ニ誤レ  
 リ何トナレハ債務者カ其物ヲ債權者ニ引渡シタルカ爲メ債權者ハ其所有權ヲ  
 得タルモノニシテ即チ債務者ノ行爲ニ因リテ所有權ヲ得タルモノナルハ明カ  
 ナリ法律ノ力ニ依リテ取得シタリト言フモ若シ債務者カ占有權ヲ與ヘザリセ  
 ハ債權者ハ之ヲ取得スルコトヲ得ザリシナラン故ニ協議ヲ以テスルハ格別債  
 權者カ強制シテ債務者ノ所有物ヲ請求スル權利ナシト信ス  
 以上ハ他人ノ物ヲ以テスル履行ニ關スル三段ノ問題ナリ予ハ是マテ動モスレ  
 ハ金錢ノ例ヲ引キタルモ實際ニ於テ金錢ニ付テハ適用ナシト信ス何トナレハ  
 金錢ニハ目印ナキヲ以テ他人ノ金錢ナルト債務者ノ金錢ナルトヲ區別スルコ  
 ト能ハス故ニ債務者ハ所有者ニ對シテ支拂フヘキ金額ヲ支拂ヘハ足レリ所有  
 者モ亦假令目印ヲ附シ置キタルモ金錢異ナルカ故ニ受取ラスト云フカ如キコ

トナカルヘシ故ニ金錢ニ付テハ此問題ヲ生セスト信ス又他ノ商品ニ付テモ最  
 後ニ述ヘタル理由ニ依リ今日ニ於テハ此規定ノ適用極メテ稀ナラント信ス何  
 トナレハ所謂即時時効ニ依リ米ニテモ反物ニテモ或ハ其他ノ物ニテモ多クノ  
 場合ニ於テ債權者ノ所有ト爲ルカ故ニ債權者ニ於テモ之ヲ返還スルコトヲ欲  
 セス又債務者ニ於テモ返還ヲ受クルコトヲ拒ムコトヲ得ヘシ故ニ債務者ハ物  
 ノ所有者ニ對シテ損害賠償ヲ爲スニ止マリ此間ニ於テ他人ノ物ヲ以テ履行ヲ  
 爲シタリト言フカ如キ關係ノ生スルコト極メテ稀ナルヘシ第四百七十五條ハ  
 規定シテ曰ク  
 債務者カ他人ノ物ヲ引渡シタルトキハ更ニ有效ナル辨濟ヲ爲スニ非ザレ  
 ハ其物ヲ取戻スコトヲ得ス  
 ト是レ三段ノ問題中一問題ヲ掲ケタルモノニシテ他ノ二問題ニ付テハ言フヲ  
 埃タストシテ之カ規定ヲ設ケザリキ  
 以上他人ノ物ヲ以テスル履行ニ關スル一般ノ規定ヲ説明セリ之ニ關スル特別  
 ノ場合ハ次ニ説明セン

右ニ述ヘタル如ク債務者カ他人ノ物ヲ以テ履行ヲ爲シタル場合ニ於テハ自己ノ物ヲ以テ更ニ有效ナル辨濟ヲ爲スマテハ前ニ引渡シタル物ノ取戻ヲ爲スコトヲ得ス故ニ此原則ヲ分析スルトキハ第一ニ他人ノ物ヲ以テスル履行ハ眞ノ履行ニアラサルヲ以テ無効ナリ第二ニ其無効タル履行ノ目的物ハ更ニ有效ナル履行ヲ爲スニアラサレハ之ヲ取戻スコトヲ得スト云フニ歸ス此第一ノ點ニ對シテハ一ノ例外アリ即チ他人ノ物ヲ以テスル履行ト雖モ其履行カ有效ナル場合ニシテ第四百七十七條ノ規定セル所ナリ同條ニ曰ク

前二條ノ場合ニ於テ債權者カ辨濟トシテ受ケタル物ヲ善意ニテ消費シ又ハ讓渡シタルトキハ其辨濟ハ有效トス但債權者カ第三者ヨリ賠償ノ請求ヲ受ケタルトキハ辨濟者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ妨ケス

此事ハ前ニ債務者ノ能力ニ關シテ講述シタル所ノ法理ト同一轍ニ出ツルモノニシテ債權者カ履行トシテ受ケタル他人ノ物ヲ善意即チ他人ノ物タルコトヲ知ラスシテ之ヲ消費シタルトキハ其辨濟ハ有效ト看做サルルモノトス例ヘハ其辨濟シタル物カ食物ナリシ場合ニ之ヲ喫シ盡シ金銀、竹木等ナリシ場合ニ之

ヲ材料トシテ美術品其他ノ工作物ヲ作製シ若クハ他ニ讓渡シタル場合ノ如シ(金錢ノ移轉ハ通常之ヲ消費ト云フト雖モ嚴格ナル理論ヨリ言ヘハ寧ロ讓渡ト云フノ至當ナルヲ信ス)是レ債權者ヲ保護スルノ精神ニ出テタルモノニシテ極メテ至當ノ規定ナリト謂ハサルヲ得ス蓋シ此場合ニ其履行ヲ無効ナリトセハ債權者ハ其消費シタル物ノ價其他之ニ因リテ受ケタル利益ヲ返還セサルヘカラサルニ至リ之カ爲メニ一時自己ノ出捐ヲ免レサルノミナラス其評價ヲ爲ス等頗ル煩雜ナル問題ヲ生スヘク若シ又其物件ヲ讓渡シタル後ナリセハ第三者ニ對シ其物ノ返還ヲ請求スルトキハ竟ニ損害ノ賠償ヲ爲ササルヘカラサル等實ニ容易ナラサル迷惑ヲ被ルノ結果ニ歸著スヘシ又其物自體ヨリ觀察スルモ所謂代替物ナル以上ハ必スシモ其辨濟ニ充テタル物ヲ返還セシムルコトヲ要セス寧ロ其履行ヲ以テ有效ト爲シ唯不注意ニ因リ他人ノ物ヲ以テ履行ノ用ニ供シタル辨濟者ノ過失コソ重大ナレハ其過失者ヲシテ物ノ所有者ニ對スル責任ヲ負擔セシメ累テ債權者ニ及ホサシメサルヲ便利トスルヲ以テ右ノ規定ヲ設ケタルナリ

然レトモ此規定ハ過失ナキ債權者ヲ保護センカ爲メニ設ケラレタルモノナルヲ以テ此規定ヲ設ケタルカ爲メ却テ債權者ニ損害ヲ被ラシムルノ結果ヲ來スヘカラス是ニ於テカ前示第四百七十七條ノ但書ヲ設ケテ其保護ヲ完ウセリ債權者カ損害ヲ受タルノ虞アル場合トハ主トシテ債權者カ辨濟トシテ受ケタル物ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テ其物ノ眞ノ所有者カ其權利ヲ失ハサリシトキ是ナリ凡ソ物ノ所有者ハ時效若クハ所謂瞬間時效ニ因リテ其權利ヲ失フ場合ノ外自己ノ意思ニ基カスシテ其權利ニ變更ヲ生スヘキニアラサルヲ以テ此所有者カ其物ノ現在ノ占有者タル讓受人茲ニ謂フ所ノ第三者ニ對シ物ノ返還ヲ請求スルトキハ第三者ハ之カ返還ヲ爲ササルコトヲ得ス而シテ其返還ヲ爲シタル第三者ハ自己ノ直接ノ讓受人タル債權者ニ對シ求償權ヲ行使スルコトヲ得ヘク殊ニ賣買ノ場合ニ於テハ買主タル讓受人ハ賣主タル債權者ニ對シテ所謂追奪擔保ノ權利ヲ有スルカ故ニ此權利ノ行使ニ由リ債權者ハ之カ賠償ヲ爲ササルヘカラス然レトモ此債權者ノ爲スヘキ損害賠償ハ素ト債務者カ他人ノ物ヲ以テ履行ノ用ニ供シタル過失ニ基クモノナルカ故ニ結局債務者ヲシテ

之ヲ賠償セシメサルヘカラス(和キム成セテ其損害賠償四百六十一條右ノ但書ノ適用ハ前例ノ如キ場合ノミニ限ルニアラス尙ホ極メテ稀ナル場合ヲ想像セハ茲ニ所謂第三者ハ所有者本人ナルコトアリ得ヘシ此場合ニ於テ債權者カ其物ヲ善意ニテ消費シタリトスルモ前ニ述ヘタル如ク債權者ニシテ時效若クハ所謂瞬間時效ニ因リテ其所有權ヲ取得シタル後ニアラサリシ以上ハ理論上其物ノ所有者ヨリ賠償ヲ請求セラルルコトアルヘシ(和キム成セテ其損害賠償四百六十二條)以上ハ他人ノ物ヲ以テ履行ニ供シタル場合ニ關スル説明ナリ次ニ履行ノ目的ニ關スル最後ノ問題トシテ所謂代物辨濟ニ付キ講述スヘシ(和キム成セテ其損害賠償四百六十三條)既ニ屢述ヘタル如ク履行ト云ハ即チ債權ノ目的ノ實行ニ外ナラス故ニ債權ノ目的以外ノ物例ヘハ金千圓ヲ支拂フヘキ義務アル場合ニ米百石ヲ給付スルモ之ニ由リテ其義務ヲ履行シタルモノト謂フコトヲ得ス然レトモ當事者ノ協議ニ因リ右ノ場合ニ於テ金千圓ニ代フルニ米百石ヲ以テシタリトモハ其契約ハ固ヨリ有效ナリ而シテ債務者カ其契約ニ從ヒテ米ヲ引渡シタリトモハ是レ即チ學者ノ所謂代物辨濟ナリ勿論辨濟ノ目的ハ實ニ金錢ト米穀トノミニ限ラ



ス如何ナル種類ノモノニテモ不可ナルコトナシ例ヘハ作為ノ義務ニ代フルモ  
 金錢支拂ノ義務ヲ以テシ或ハ特定物ノ所有權ヲ讓渡ス義務ニ代フルニ作為若  
 クハ金錢支拂ノ義務ヲ以テスルカ如キ是ナリ  
 代物辨濟ノ何タルカハ右ニ述ヘタル所ノ如シ尙ホ之ヲ定義のニ言ヘハ代物辨  
 濟トハ債務ノ目的以外ノ給付ヲ爲シテ之ヲ履行ニ充ツル契約ヲ謂フ代物辨濟  
 ノ性質ハ羅馬法以來學者間ニ頗ル議論アル所ニシテ之ヲ大別スレハ少クトモ  
 三説アリ第一、賣買説第二、辨濟説第三、更改説是ナリ蓋シ羅馬法ニ於テハ行為ニ  
 付スル所ノ名稱ニ從ヒ或ハ法律上ノ效力ヲ有シ或ハ法律上ノ效力ヲ有セザリ  
 キ例ヘハ賣買ハ諾成契約ニシテ辨濟モ通常何等ノ方式ヲ要セザリシモ、<sup>一</sup>グッ  
 オ即チ更改ハ言成契約ナリシカ故ニ代物辨濟ノ如キモ之ヲ以テ賣買若クハ辨  
 濟ナリトスルトキハ法律上ノ效力ヲ有スト雖モ更改ナリトスルトキハ別段ノ  
 方式ヲ要セシヲ以テ代物辨濟ハ之ヲ更改トスルトキハ多クハ其效力ナカリシ  
 ナリ其他契約ノ種類ノ異ナルニ從ヒ其效力ヲ同シウセザリシハ固ヨリナリ我  
 舊民法ノ如キハ其主義極メテ曖昧ナルカ如シト雖モ其財産編第四百六十一條

ニ「雙方一致ニテ物ヲ金錢ニ、金錢ヲ物ニ又ハ或ル物ヲ他ノ物ニ代ヘテ辨濟シ若  
 クハ辨濟スルコトヲ諾約シタルトキハ原義務ヲ更改シタリト看做シ其行為ハ  
 場合ニ因リテ賣買又ハ交換ノ規則ニ從フ」ト規定セルニ據リテ觀レハ規則ハ「賣  
 買又ハ交換ノ規則ニ從フ」モノトシタルモ其性質トシテハ更改説ヲ採リタルカ  
 如シ然レトモ若シ代物辨濟ノ性質ヲ以テ更改ナリトシタルハ單ニ机上ノ空論  
 ニ過キストセハ斯ル規定ヲ爲サザリシナルヘシ若シ然リトセハ此規定ハ前後  
 矛盾セルモノト謂ハサルヘカラス要スルニ此規定ハ頗ル曖昧ニシテ若シ之ヲ  
 適用スルコトアリトセハ頗ル困難ヲ生スルコトヲ免レザリシ所ナリ  
 予ハ右ノ第三説即チ更改説ヲ取ル者ニシテ代物辨濟ハ更改ヲ包含スル一種ノ  
 契約ナリト爲スヲ正確ト信ス今左ニ反對説ノ誤謬ナル點ヲ指摘セント欲ス  
 先ツ賣買説ヨリ論ゼンニ此説ヲ主張スル論者ト雖モ舊民法ニモ言ヘル如ク場  
 合ニ依リテハ交換ノ法理ニ從フモノト爲ス例ヘハ米百石ニ代フルニ或不動産  
 ヲ以テスルカ如キ是ナリ然ルニ其單ニ賣買トシテ主張スル所以ノモノハ昔時  
 羅馬法ニ於テハ交換ハ契約トシテハ法律上ノ效力ヲ有セザリシヲ以テ強ヒテ

賣買ニ附會シタルノ結果タラスンハアラス而シテ賣買者クハ交換ナルモノハ如何ナル目的ニテ行ハルルカト云フニ例ヘハ賣買ハ賣主カ一定ノ金錢ヲ得ルカ爲メニ物品ヲ賣却シテ以テ其權利ヲ買主ニ移轉セントシ買主ハ其權利ヲ得シカ爲メニ特ニ金錢ヲ出捐スルニ由リテ行ハルルモノナリ又交換ハ當事者ノ一方ハ甲ナル物件ヲ欲シ他ノ一方ハ乙ナル物件ヲ欲スル場合ニ一方ハ乙ナル物件ヲ提出シ他ノ一方ハ甲ナル物件ヲ提出シテ物ト物トヲ換フルニ在リテ要スルニ當事者カ互ニ自己ノ欲スル物ヲ得ンカ爲メニ互ニ義務ヲ負擔スル契約ナリ然ルニ代物辨濟ノ場合ニ在リテハ其目的ハ唯一ノ債務ヲ消滅セシムルニ在リ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ金千圓ヲ支拂フノ義務ヲ負擔セルモ之カ辨濟ニ充ツヘキ金錢ナキ場合ニ於テ他ニ米百石又ハ一ノ不動産ヲ所有スルヲ以テ債權者乙ニ向ヒテ千圓ヲ辨濟スル代リトシテ此等ノ物ヲ受納センコトヲ乞ヒ債權者ハ初メ金錢ヲ受クルノ意思ナリシモ金錢ニテハ容易ニ辨濟ヲ受クルノ見込ナキニ由リ已ムヲ得ス甲ノ哀願ヲ容レ米百石若クハ一ノ不動産ヲ以テ金千圓ノ支拂義務ニ代ヘシメタルカ如キハ是レ代物辨濟ノ趣旨トスル所ナリ然ルニ

之ヲ以テ賣買又ハ交換ナリト云フカ如キハ牽強附會ニ近シト謂ハサルヲ得ス果シテ然ラハ代物辨濟ハ辨濟即チ履行ナルカ曰ク然ラス抑モ辨濟トハ前ニモ述ヘタル如ク債務ノ履行ニシテ債權ノ目的ノ實行ナリ即チ債權ノ目的カ金千圓ノ所有權ヲ移轉スルニ在リトセハ其金千圓ノ所有權ヲ移轉セサレハ履行即チ辨濟ニアラサルコト極メテ明カナリ然ルニ金千圓ヲ支拂フ代リニ米百石ヲ與ヘテ以テ履行ヲ爲シタルモノト謂フコト能ハサルハ既ニ述ヘタル所ナリ此ノ如ク代物辨濟ハ辨濟ニアラス又賣買者クハ交換ニアラストセハ其性質更改ナリト云フノ外ナキナリ

更改ニ關スル詳細ナル説明ハ後ニ債務ノ消滅ノ處ニ至リテ論スヘシト雖モ今之カ定義ヲ下セハ更改トハ舊債務ヲ消滅セシメテ之ニ代フルニ新債務ヲ以テスル契約ナリ而シテ其方法種種アリト雖モ目的ヲ變更スル場合モ亦其一種タリ即チ例ヘハ金千圓ノ支拂義務ヲ變更シテ米百石ヲ給付スルノ義務ヲ以テスルカ如キ是ナリ唯普通ノ場合ニ於テハ一旦更改契約成立シテ而シテ後更ニ其契約ノ履行ヲ爲スニ反シテ代物辨濟ノ場合ニ於テハ其履行ヲ即時ニ爲スノ差

アルノミ即チ前例ノ場合ニ就テ言ヘハ債務者カ債權者ニ向ヒ金千圓ヲ支拂フ代リニ米百石ヲ給付セントスル旨ヲ告ケ債權者カ之ヲ承諾スルニ及ヒテ一旦米ニ對スル義務ヲ生セシメ而シテ更ニ其義務ヲ履行スルモノナルヲ以テ其前債務カ消滅シテ米百石ノ新債務ニ變シタルハ即チ更改ニシテ直チニ之ヲ履行スレハ代物辨濟ト爲ルモノト謂ハサルヘカラス前掲舊民法財産編第四百六十一條ニ更改ト看做スト規定シタルハ理論上正鵠ヲ得タルモノト謂フヘシ唯該條ノ末段ニ「買買又ハ交換ノ規則ニ從フ」トノ蛇足ヲ加ヘタルヲ遺憾トスルノミ新民法ニ於テハ其主義法文ヲ表ニ顯然タラスト雖モ予ハ初ヨリ更改說ノ正當ナルヲ信シ新法典編纂ノ當時ニ在リテモ此說ヲ主張シタルニ他ノ委員ニ於テモ敢テ反對セザリシモ斯ル學理問題ヲ法文ヲ以テ明確ナラシムルノ必要ナカルヘシトノ事ニテ竟ニ法文ヲ以テ明カニスルニ至ラザリキ然レドモ舊法典ノ上ニ於テハ勿論新民法ノ議論トシテモ予ハ第三說ヲ正當ト信ス即チ我新民法第四百八十二條ニ曰ク

債務者カ債權者ハ承諾ヲ以テ其負擔シタル給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ爲シタルトキハ其給付ハ辨濟ト同一ノ效力ヲ有ス

此ノ如ク「辨濟ト同一ノ效力ヲ有ス」ト規定シ「辨濟ト看做スト」トカ或ハ又「辨濟ナリ」ト規定セザリシハ益以テ辨濟說ヲ採ラザリシコトヲ知ルコトヲ得ヘシ然ルニ論者或ハ曰ハン代物辨濟ハ其性質辨濟ナルヲ以テ此ノ如ク同一ノ效力ヲ有セシムルニアラスヤト然レドモ法律ハ其效力ノミニ付キ特ニ辨濟ト同一視スルノ規定ヲ設ケタルニ據リテ觀レハ却テ其性質ノ辨濟ニアラサルコトヲ證明スヘシ

尙ホ予ノ說ノ誤ラサルコトハ諸君カ他日賣買並ニ更改ノ規定ヲ研究セララルニ及ヒ益々明瞭ト爲ルヘシト雖モ序次之カ説明ヲ爲サンニ更改トハ第五百十三條ニ規定セルカ如ク「債務ノ要素ヲ變更スル契約ニシテ此債務ノ要素中ニ目的ヲ包含スルコト即チ目的ノ變更ニ因ル更改ヲ認ムルコトハ唯リ我民法ノミナラス諸外國法ノ其軌ヲ一ニスル所ナリ但羅馬法ハ其定義ヲ異ニセルノミナラス目的ノ變更ヲ許サザリキ蓋シ代物辨濟ナルモノハ債務ノ要素ヲ變更スルノ契約ニシテ全ク右更改ノ意義ニ適合スルモノナリ又賣買トハ第五百五十五條

ニ規定セルカ如ク當事者ノ一方カ或財產權ヲ移轉スル代リニ相手方カ之ニ其代金ヲ支拂フノ契約ナレハ當事者ノ一方ハ必スヤ財產權ヲ移轉シ他ノ一方ハ必スヤ其代金ヲ支拂ハサルヘカラス然ルニ代物辨濟ノ場合ニ於テハ債權者ハ金錢支拂ノ義務ヲ負フコトナク唯其債權ヲ拋棄セシニ過キス或ハ債權者カ一旦金錢ヲ受領シテ更ニ債務者ニ引渡シタリト看做スヘシ又ハ相殺ヲ爲シタリト看做スヘシト論スト雖モ是レ假裝ノ論定ニシテ事實ハ全ク之ニ反シ毫モ此ノ如キ意思表示ヲ爲ササルナリ向ホ交換ノ場合モ略ホ同一ニシテ賣買ト異ナル所ハ當事者カ互ニ金錢以外ノ財產權ヲ移轉スルヲ目的トスルニ在ルヲ以テ(第五八六條)互ニ權利ヲ移轉スルコトヲ約セサル代物辨濟ニ適合セサルハ明カナリ即チ代物辨濟ニ在リテハ債權者カ從來債務者ニ對シテ有セル債權ヲ拋棄シテ他ノ物ヲ得タルニ過キス決シテ當初ノ債權ノ目的タル權利ヲ債務者ニ移轉スルニアラサルナリ故ニ此等ノ說ハ新民法ノ解釋トシテハ明カニ誤レルモノト謂ハサルヲ得ヌ第四百八十二條ノ規定ハ理論上前ノ債務ハ消滅シテ其代リニ新ナル債務ヲ發生シ其發生シタル債務ハ直チニ履行セラレテ亦消滅ニ歸

スルモノト說カサルヲ得ス然レトモ此理論ヲ貫徹セントセハ徒ニ煩雜ヲ來スヘキヲ以テ寧ロ第二ノ債務ノ履行ヲ以テ恰モ第一ノ債務ノ履行ヲ爲シタルカ如ク其效力ヲシテ同一ナラシムルヲ便トシタルナリ隨テ逐次説明スヘキ履行若クハ辨濟ニ關スル規定ハ全ク之ニ適用スルコトヲ得ヘシ然リト雖モ之カ爲メニ更改タル本來ノ性質ハ決シテ變更スルコトナク辨濟ノ規定ト更改ノ規定トカ互ニ抵觸セサル範圍ニ於テハ當然更改ノ規定ヲ適用スヘキモノトス之ニ關シテハ幸ヒ實際問題ノ生スルコト稀ナル所ナルモ新ニ第二ノ債務ヲ發生スルモノト論スルト前ノ債務ノ履行ナリト論スルトニ因リ彼ノ追奪擔保ニ關スル規定ノ適用上相違ヲ生スヘシ

追奪擔保ノ何タルカハ諸君ノ既ニ知ラルル所ナラン今代物トシテ給付シタル物カ一ノ不動產ニシテ他人ノ物タリシ場合ニ於テハ如何ナル結果ヲ生スヘキカト云フニ若シ代物辨濟カ賣買ナリトセハ追奪擔保ノ法則ノ適用ヲ受タヘキコト論ヲ埃タス此法則ノ適用ノ結果買主ハ契約ヲ解除シ賣主ヨリ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘク乃チ買主ノ地位ニ立ツ所ノ債權者ハ追奪擔保ノ權利ヲ

行使スルコトヲ得サルヘカラス是ニ於テカ實際上ノ問題ヲ生スヘシ即チ前例ノ場合ニ於テ前契約ヲ消滅セシムルハ賣買ノ條件ト爲リタルモノトセハ代物辨濟カ解除セラレタルニ因リ従前ノ債務ハ發生スヘシト雖モ是レ唯當事者間ニ於ケル狀態ニ過キスシテ第三者ニ對シテハ其效力ヲ及ホスコトナシ尙ホ一步ヲ進ミテ論スレハ代物辨濟ノ場合ニ於テハ寧ロ前債務ヲ絕對ニ消滅セシメテ同時ニ賣買カ成立スルモノト看做ササルヘカラサルカ故ニ縱令賣買カ解除セラルルモ既ニ消滅シタル債務カ復活スルノ理ナシ隨テ單ニ後ノ賣買ノミニ就テ判斷セサルヘカラス尙ホ新民法ハ舊民法又ハ佛國民法等ト異ナリ縱令此場合ニ於ケル賣買カ條件附ナリトノ說ヲ探ルモ解除ノ效力ハ第三者ニ及フコトナシ隨テ解除ノ效力ハ絕對的ニ既往ニ遡ルモノト認ムルコトヲ得ス唯當事者間ニ在リテハ恰モ初ヨリ契約ノ成立セザリシモノノ如キ狀態ニ復セシムルノ義務ヲ生スルニ過キス故ニ例ヘハ前債務ニ抵當權質權又ハ保證人ノ附隨セシトキト雖モ此等ノ權利義務ハ決シテ發生スルコト能ハス次ニ代物辨濟ハ一ノ辨濟ナリトセハ其辨濟カ果シテ有效ナリシヤ否ヤノ問題ヲ生スヘシ舊民法

及ヒ佛國民法ノ如キハ他人ノ物ヲ辨濟シタル場合ニハ辨濟其モノヲ無効トシ從來ノ債務ハ依然トシテ存在スルモノト認ムルカ故ニ總テノ擔保カ消滅セサルコトト爲ルモ新民法ノ規定ニ從ヘハ然ラヌ第四百七十五條ニハ辨濟者カ他人ノ物ヲ引渡シタルトキハ更ニ有效ナル辨濟ヲ爲スニ非サレハ其物ヲ取戻スコトヲ得スト云ヘルヲ以テ同一ノ結果ニ歸著スルカ如キモ前ニ述ヘタルカ如ク第四百七十五條ハ之ヲ特定物ノ引渡ノ場合ニ適用スルコトヲ得ス即チ特定物ノ場合ニハ其物カ他人ノ物ナルモ苟モ其物ヲ給付セハ履行ト爲ルモノニテ其物ノ代リニ他ノ物ヲ以テスルコトヲ得ス或ハ右ノ場合ニ於テハ辨濟ハ當然無効ナリトノ說ヲ爲ス者アルヤモ知ルヘカラスト雖モ此說ハ正鵠ヲ得タルモノニアラス若シ辨濟カ當然無効ナラストセハ結局其契約ヲ解除スルノ外ナカルヘク契約ヲ解除スルトセハ前ニ述ヘタル賣買ノ解除ノ場合ト同一ニ歸著スヘシ

之ニ反シテ更改說ヲ取ルトキハ其結果如何蓋シ新民法ニ於テハ舊民法及ヒ佛國民法等ト異ナリテ賣買ニ關スル規定ハ總テノ有價契約ニ準用スルコトト爲



レルカ故ニ追奪擔保ノ問題ノ如キモ舊民法ニ於テハ賣買及ヒ交換ニ關シテ詳細ノ規定ヲ設ケ其他ハ一般ノ簡單ナル規定ニ依ルヘキモノトシ特ニ明文アル場合例ヘハ會社ノ場合ニノミ賣買ノ規定ヲ適用スルニ過キス隨テ更改ニハ適用スルコトヲ得ス故ニ舊民法ニ於テハ賣買トスルト更改トスルトニ因リテ大ナル差異ヲ生スレトモ新民法ニ於テハ擔保ニ關スル賣買ノ規定ハ更改ニモ準用セラレルヲ以テ甚シキ差異ヲ生スルコトナシ唯多少異ナル點ハ他ニ更改ニ關スル特別ノ規定アリテ其規定ニ從ハサルヲ得サルノミ第五百十七條及ヒ第五百十八條ノ規定即チ是ナリ第五百十七條ノ規定ニ依レハ更改ノ場合ニ於テ後ノ債務カ不法ノ原因ノ爲メニ成立セス又ハ當事者ノ知ラサル他ノ事由ニ因リテ成立セス又ハ取消サレタルトキハ舊債務ハ消滅セサルモノトス舊債務カ消滅セサル以上ハ抵當權、質權、先取特權保證等皆消滅スルコトナシ然ルニ若シ代物辨濟カ更改ニアラストセハ此規定ヲ適用スルコトヲ得ス隨テ實際ノ結果ノ上ニ相違ヲ生スルコトヲ免レヌ次ニ第五百十八條ノ規定ハ事實上代物辨濟ノ場合ニ適用スルコトヲ得ス何トナレハ代物辨濟ノ場合ニハ新債務ノ生スル

ヤ否ヤ直チニ履行スルモノナルヲ以テナリ唯稀ニ債權者カ注意深キ人ニシテ後ノ辨濟カ完全ニ成立シ十分權利ノ鞏固ナルヤ否ヤヲ疑ヒ辨濟者ト協議ノ上前ノ擔保ヲ後ノ債務ニ移スコトアルヘキノミ然ルニ若シ代物辨濟ヲ賣買ナリトセハ此規定ヲ適用スルコトヲ得ス尤モ當事者カ特ニ契約ヲ結ヒテ萬一其物カ他人ノ物ナル場合ヲ慮リ之カ擔保ヲ供セシムルコトヲ得ヘシト雖モ前ノ擔保ハ其儘存在スルコトヲ得サルナリ蓋シ新ニ擔保ヲ設定スルト其儘移ストハ其效力ニ於テ相異ナルコト固ヨリ言フヲ埃タス例ヘハ抵當權ノ順位ノ如キ其著シキモノナリ之ヲ要スルニ所謂代物辨濟ナルモノハ更改ナリト看ルヲ理論竝ニ實際ニ最モ適合スト信ス

#### 第四 履行ノ時期

履行ノ時期ハ債務ノ性質ニ依リテ異ナル先ツ履行ノ時期ニ關シテ之ヲ分テハ

(一)單純債務(二)期限債務(三)條件附債務ノ三種ト爲スコトヲ得

第一 單純債務

單純債務トハ當事者又ハ法律カ明示又ハ默示ニテ其履行ノ時期ヲ定メサル債  
務ニシテ單ニ義務ノ存在ヲ認ムル所ノモノナリ此種ノ債務ハ法律上直チニ履  
行スヘキモノナリ反言スレハ直チニ履行スルニアラサレハ所謂不履行ノ結果  
ヲ生スルモノナリ然レトモ此理論ヲ絕對ニ貫クトキハ殆ト實行スルコト能ハ  
サルノ結果ヲ生スヘシ蓋シ人間ノ當トシテ場合ニ依リテハ債務ノ生シタルユ  
トスラ知ラサルコトアルヘク縱令之ヲ知ルモ其之ヲ知リタルト同時ニ履行ス  
ルニアラサレハ直チニ不履行ト爲リ之ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ爲ササ  
ルヘカラサルニ至リテハ亦酷ト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ單純債務ニ在リテ  
ハ何時之ヲ履行スヘキカ何レノ時ニ債務者ハ運滞ニ在ルモノト爲ルカヲ定ム  
ルノ必要アリ是レ第四百十二條第三項ニ規定スル所ナリ曰ク

債務ハ履行ニ付キ期限ヲ定メザリシトキハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル  
時ヨリ運滞ノ責ニ任ス

然レトモ何時辨濟期ニ在ルカノ問題ニ對シテハ債務ノ生スルト同時ナリト答  
ヘサルコトヲ得ス今其適用上ノ例ヲ擧クテハ辨濟期ニ在ル債務ニアラサレハ  
相殺ヲ爲スコト能ハス又辨濟期ニ在ル債務ヲ有スル者ニアラサレハ留置權ヲ  
行使スルコト能ハサルカ如キ是ナリ故ニ右ノ規定ハ履行ノ時期ヲ定メタルモ  
ノニアラスシテ何時マテニ履行セザレハ其履行ヲ怠リタル者即チ運滞ニ在ル  
者トセラルルカヲ規定シタルモノナリ而シテ此點ニ付テハ債權者ノ履行ノ請  
求アリタル時トセザルヘカラス外國ニ於テハ舊式ノ主義ヲ採リ此請求ヲ爲ス  
ニ付キ一定ノ條件ヲ必要トスルモノアリ例ヘハ裁判所ニ請求スルコトヲ要ス  
トシ或ハ差押ノ方法ニ依リテ請求ヲ爲ササルヘカラスト定メ或ハ執達吏ニ依  
リテ請求ヲ爲ササルヘカラスト爲シ單純ナル書簡又ハ口頭ヲ以テ督促スルノ  
ミニテハ債務者ハ未タ運滞ノ責ニ任セストスルカ如キ是ナリ然レトモ今日ノ  
時世ニ於テハ最早採用スルカヲサルゴト殆ト學者ノ輿論タリ往時ニ在リテハ  
立法上債務者ヲ偏愛スルノ傾向アリシハ全ク謬見ニ出ツルモノナリ何トナレ  
ハ法律ハ債權者債務者ヲ公平ニ保護セザルヘカラサレハナリ又直接ニ債務者  
ヲ保護セントセハ却テ間接ニ債務者ノ不利益ニ歸スヘキヲ以テ新民法ニ於テ  
ハ請求ノ方法ニ制限ヲ置カザリシナリ舊民法ハ財産編第三百三十六條ニ左ノ

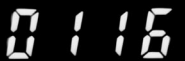
場合ニ於テハ諸約者其他ノ債務者ハ遲滞ニ付セラレタルモノトス第一 期限ノ到來後ニ裁判所ニ請求ヲ爲シ又ハ合式ニ催告書ヲ送達シ若クハ執行文ヲ示シタルトキト規定セリ故ニ裁判所ニ請求スルカ或ハ執達吏ヲシテ催告書ヲ送達セシメ又ハ差押ノ方法ニ依ルニアラサレハ債務者ヲ遲滞ニ付スルコト能ハサルコトト爲レリ是レ新民法ノ採ラサリシ所ナリ

第二期限附債務

期限附債務トハ債務ノ履行ニ期限アル場合ヲ謂フ期限ニハ確定期限ト不確定期限トノ二種アリ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テ不確定期限トハ人ノ死亡又ハ降雨ノ日等ノ如ク其實ノ來ルコトハ明カナルモ其來ル時日ノ確定セザルモノヲ謂フ

(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取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アラス即チ期限ノ到來シタルノミニテハ未タ遲滞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取ル舊民法及ヒ佛國民法其他舊式ノ法典ニ於テハ多クハ第二ノ主義即チ期限ノ到來シタル後更ニ督促ヲ爲スヘキモノト爲シ其方法トシテハ或ハ裁判所ニ請求シ又ハ執達吏ニ依リテ催告ヲ爲ササルヘカラスト爲スノ主義ヲ採レリ是レ前ニ述ヘタル債務者偏愛主義ニ基クモノナリ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現ニ我舊商法ニ於テモ第一ノ主義ヲ採リ外國ニ於テモ新式ノ法律ニ於テハ皆此第一ノ主義ヲ採用セリ英、米、伊、獨等ノ如キ即チ是ナリ我新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ザルモ債務者ハ遲滞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滞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タルカ又ハ執達吏ヲシテ督促セシムルカ如キ複雑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我新民法ニ於テモ亦右ノ理由ニ據リテ新式ノ主義ヲ採リタルモノナ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、運滞ノ責ニ任ス

(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運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其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ザレハ運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運滞ノ責ニ任ス

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アラ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新民法ノ上ニ於テハ極メテ明瞭ナリ即チ條件成就ノ時ニ當事者ノ目的トセル債務カ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爲ノ目的タル債務其モノニアラス而シテ停止條件附債務ハ法律行爲ノ目的タル債務ノ發生スルト同時ニ單純債務タ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運滞ノ責ナルコトニ付キ簡單ニ説明センニ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運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

セサルニ於テ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運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縱令履行ノ時期ハ後レサルモ仍ホ責任ヲ免レサルモノトス之ニ反シテ十分保存ノ義務ヲ盡シタルモ天災ノ爲メニ滅失シタリトセハ是レ已ムコトヲ得サルニ出テタルモノニシテ固ヨリ其責任ヲ負フヘキニアラス例ヘハ家屋ノ類燒ノ際箆筒ヲ持出ス暇ナク爲メニ其中ニ藏メアリタル債務ノ目的物ヲ燒失セシメタル場合ノ如キ又十分戸締セル家屋内ニ盜賊押入り脅迫シテ保存ノ目的物ヲ奪掠シ去リタル場合ノ如キ是ナリ但債務者カ現ニ運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姑ク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運滞後ニ生セハ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荷モ期限ニ履行セハ火災、盜難等ニ罹ルコトナカリシナラント謂フコトヲ得ヘク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縱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責ヲ免ルヘン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權者カ債務者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縱令債權者カ前例ノ如キ災難ニ遭フモ其物ハ滅失セザ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此ノ如キ場合ニ於テハ先ツ債權者カ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



トテ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滯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縱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ケ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

以上遲滯ノ結果ノ説明ヲ了ルト同時ニ履行ノ時期ノ説明ヲ了レリ

### 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而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履行スヘシトスルモノ是ナリ舊民法ノ如キハ佛國民法ニ倣ヒテ債務者ノ住所ニ於テ履行スヘキモノト爲セリ蓋シテ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佛國ニ於テモ時代ニ依リ又地方ニ依リ差異アリ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新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アラスシテ反對ノ慣習アレハ其慣習ニ從フヘキモノトス舊民法及ヒ佛國民法ノ如ク債務者ノ住所ニ於テ履行スヘキモノトスルハ蓋シ債務者偏愛主義ノ結果ニ外ナラサルヘシ然レトモ若シ理論上何レニ定ムルモ不可ナシトセハ寧ロ債權者ノ住所ニ於テ履行スヘキモノトスルヲ以テ我邦ノ慣習ニ適セルモノト謂ハサルヘカラス舊商法ニ於テモ亦多

數ノ立法例ニ倣ヒテ此主義ヲ採レリ然リ而シテ新商法ニ於テハ之ニ對シテ一ノ例外ヲ認メタリ(商法第二七八條第二項)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アラ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ヘキ場合甚ク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ル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ノ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

ニ提供及ヒ供託ノ説明ヲ爲ス際ニ更ニ説明スル所アルヘシ  
以上ヲ以テ履行ノ場所ニ關スル説明ヲ了レリ

## 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ヲ決スルノ必要アリ債務ノ性質上費用ノ負擔者ノ定マル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ヲ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アラスンハ請

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説明スヘシ然ラハ一般ニ履行ノ費用ハ何人カ之ヲ負擔スヘキモノナルカ殊ニ法定義務ニ至リテハ特ニ履行費用ノ負擔者ヲ定ムルコトナキコト前ニ一言シタル所ノ如クナルカ故ニ此場合ニハ何人カ之ヲ負擔スヘキモノナルカヲ決スルノ必要アリ而シテ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為ナリト謂フコトヲ得ルカ故ニ履行ハ即チ債務者ノ行為ナリト謂フモ敢テ過言ニアラス少クトモ主トシテ債務者ノ行為ヲ要スルハ疑ナキ所ナリ果シテ然ラハ特約ナキ限りハ債務者カ自己ノ爲スヘキ事ヲ爲シテ而モ其費用ヲ債權者ニ對シテ請求スルコトヲ得ルノ理ナシ是レ前ニ述ヘタル請負契約ノ場合ノ如キハ契約ノ性質上最モ明瞭ナル所ナリ而シテ是レ其他ノ場合ト雖モ亦同一ナラサルヘカラス蓋シ債務ノ目的ハ債務者ノ行為ナリトスル以上ハ其行為ニ必要ナル費用ハ特約ナキ限り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

辨濟ノ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モ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為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サルコトナリ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ルモノナ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咄易キ所ナリ故ニ若シ債權者ノ行為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

ヲ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ス即チ契約ノ當時ニハ債權者カ債務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ザリシニ偶、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敢テ債權者ノ過失ニ基クモノニアラ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テ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物ヲ提供シタルニ偶、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ザ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ス之ヲ持還リ翌日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

ハ債務者ハ一同ノ運搬ニテ事足り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運搬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埃タス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ス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サ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シ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若シ其提供シタル金額カ三千圓ナレハ敢テ問題ノ起ルコトナキモ三千圓ノ債權ニ對シテ千圓ヲ提供シタルニ止マルヲ以テ此ニ問題ヲ生スルコトヲ免レヌ即チ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簡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ナラサルヘカラス例ヘハ書籍ヲ給付スル契約ニ於テ其種類及ヒ書名ヲ一定シタルトキハ苟モ同種ノ書籍タル以上ハ何レニテモ可ナリト謂フカ如キ場合ニハ充當ノ問題起レトモ普通ノ場合ニハ書籍等ニ付テハ起ラサル問題ナリ果シテ然ラハ履行ノ充當ニ關スル規定ノ適用ヲ見ルハ十中ノ八九ハ金錢債務ニ關スルモノタルコトヲ知ルヘキナリ

履行ノ充當ハ固ヨリ公益ニ關スル問題ニアラサルカ故ニ當事者雙方ノ協議ヲ以テ何レノ債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モ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ヲ要スルハ充當ハ必ス履行ト同時ニ決セサルヘカラサ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ラ定ムルハ即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スコト能ハサルモノ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債務ノ履行ニ充テタルモ雙方ノ爲メニハ事〇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ントス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リ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セ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アラスシテ後ノ契約ト同時ニ後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獨逸ノ「ヴ・キンドシャイド」ノ説ハ稍ヤ之ニ近シ氏ノ説ハ先ツ債務者ヨリ充當ヲ實行セルニ當リ債權者ハ之ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得若シ債權者カ異議ヲ述ヘタルトキハ債務者ノ意思ノミニ依リテハ充當ヲ爲スコトヲ得スト云フニ在リ故ニ此説ニ從ヘハ債權者ノ異議アル場合ニハ各債務ヲ同時ニ履行スルヨリ他ニ方法ナカルヘシ然レトモ一部ノ辨濟ヲ許ササルコトハ論ナシト雖モ獨立セル三箇ノ債務ノ成立セル場合ニ其總テニ付キ同時ニ履行スルニアラザレハ全ク履行スルコト能ハサルモノト爲スノ理由ナシ又或ハ曰ク債務者カ充當ヲ爲サザルトキ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ヲ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アラヌ即チ債務者ノ行爲ト謂フヘカラスナ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個ノ債務ヲ負擔スル場合ニ於テ辨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ザルトキハ辨濟者ハ給付ハ時ニ於テ其辨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個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辨濟者カ其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錢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辨済スルハ債務者ノ爲メニハ頗ル好都合ナルヘン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モノナリ蓋シ利息ハ元金ヲ辨済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辨済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

同條ニ所謂費用ノ事ニ付テ一言説明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アラ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辨済シ利息及ヒ費用アルトキハ第一ニ費用ヲ辨済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ゾ(ドシャイド)ア説ハ或意味ニ於テハ之ニ反對ナリ

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ラ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效ト異ナリテ時效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アラ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アラザルナリ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ルモノトスレハナリ

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此等ノ法典ニ債務者カ異議ナク受取證書ヲ受取リタルトキ等ノ文字アルハ釋當ナラスト雖モ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外ナラス但其充當ハ履行ノ當時ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラス新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何トナレハ債務者ノ行爲ノ性質ヲ債權者カ定ムルコト能ハサルノ理ナレハナリ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ルハ理論上頗ル正鵠ヲ得タルカ如ク見ユルト雖モ法律ノ規定ナルモノハ常ニ拘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ナレトモ實際ノ事實ハ實ニ千差萬別ニシテ一一立法者ノ想像シタル所ニ適合スルモノニアラス故ニ成ルヘク債權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第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モ債權者ハ何レノ債務ノ履行ニ充當スルノ意思ナルカヲ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其充當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ント欲シ之ヲ債權者ニ通知セハ債權者ノ充當ハ行ハレスシテ直チニ第二ノ債務ニ充當セラレルコトト爲ルナリ然ルニ債務者ハ債權者ヨリ第一ノ債務ニ充當スヘシト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ルナリ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

辨濟者カ前項ノ指定ヲ爲ササルトキハ辨濟受領者ハ其受領ノ時ニ於テ其辨濟ノ充當ヲ爲スコトヲ得但辨濟者カ其充當ニ對シテ直チニ異議ヲ述ヘタルトキハ此限ニ在ラス

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今佛蘭西流ノ通例ヨリ言ヘハ單ニ其意思ヲ推測シ得レハ則チ可ナラン然レトモ此場合ニ於テ此主義ニ從フトキハ頗ル不都合ナル結果ヲ生スヘシ即チ縱令事實上債務者カ履行ノ當時充當ニ付キ如何ナル意思ヲ有シタリシカヲ後日ニ至リテ證明スルコトヲ得ルモ尙ホ未可ナリ又債權者以外ノ者ニ向ヒテ充當ノ意思ヲ表示シタル如キ場合ニ於テハ之ヲ證明スルニ難カラスト雖モ此ノ如キハ法律上ノ意思表示ト謂フコトヲ得サルナリ例ヘハ債務者カ債權者ニ金千圓ヲ送付スルニ際リ第三者ニ告ケテ予ハ之ヲ以テ第一ノ債務ヲ免レント下言ヒタルカ如キ場合ニ於テ其言ハ往往ニシテ虛偽ニ出ツルコトアリ而シテ斯ル虛言ヲ吐クモ苟モ第三者ノ權利ヲ害セサル以上ハ法律上ノ制裁ナキヲ以テ斯ル意思表示ニ法律上ノ效力ヲ付スルコトヲ得サルナリ隨テ充當ノ意思ハ必ス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



手方ハ往々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アラスン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  
效トスヘキ理由ナキカ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サルモノ  
ニシテ縱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細微ノ點ニ至リテハ各國殆ト皆異ナ  
レリ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  
如キハ措キテ問ハス例ヘハ第一ノ債務ハ明治三十三年一月三十一日限ニシテ  
第二ノ債務ハ二月二十八日第三ノ債務ハ三月三十一日限ナリト假定セハ必ス  
第一ノ債務即チ一月三十一日限ノ分ニ充當シ他ノ債務ニ付キ如何ナル理由ア  
ルモ之ニ充當スルコトヲ許ササル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ヤ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セルモノト未タ到來セサルモノトアルトキハ期限ノ到來シタルモノヲ先ニ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利息附債務ト無利息ノ債務トノ間ニ在リテハ利息附債務ヲ先ニシ第四ニ最モ古キ債務ヲ先ニシ以上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ス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(舊民法財産編第四七二條)

新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ルノミニテ其他ハ總テ舊民法ト同一ナリ第四百八十九條ニ曰ク

- 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 債務者ノ爲メニ辨濟ノ利益相同シキトキハ辨濟期ノ先ツ至リタルモノヲ先ニス
- 四 前二號ニ揭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



シハ之ヲ充當ス

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言ヘハ履行ニアラ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アラ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サルナリ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亦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

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ケ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是ニ於テカ第一號以下ノ問題ヲ生ス

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縱令利息ハ低キモ其

0131

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も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働クモノ即チ他人ノ利益ヲ害セザ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トアルトキハ先ツ以テ先ニ履行スルヲ利益トスルモノヲ先ニスル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ベキモノヲ先ニスレ亦普通ノ人情ニ基キタルモノニシテ古クナレハ夫レタケ多ク既ニ督促ヲ受ケ又將來ニ於テモ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於テモ亦古キモノハ先ニ履行ヲ受クルコトヲ欲スルコト普通ナレハ隨テ古キモノヨリ督促ヲ爲スラ普通トシ債務者ニ於テハ督促セラレザルヲ

明治三十五年五月十六日印刷  
明治三十五年五月十七日發行

東京市牛込區東橫町十七番地

編輯者

松田久次郎

東京市牛込區矢來町三番地

印刷者

小宮山信好

東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地

印刷所

金子活版所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 和佛法律學校

(電話番町百七十四番)



明治二十二年十二月九日內務省許可

0133