

## 和仏法律学校講義録

|     |   |
|-----|---|
| 著者  | 梅 謙次郎, 松岡 義正  |
| 出版者 | 和佛法律學校  |
| 巻   | 1   |
| 号   | 号外の19   |
| ページ | 1-53  |
| 発行年 | 1902-02-13  |
| URL | <a href="http://hdl.handle.net/10114/4740">http://hdl.handle.net/10114/4740</a> |

# 和佛法律學校

## 講義錄

第一卷

第九拾之號

民法原理 總論 (自六九至一五〇) 法學博士 梅謙次郎

人事訴訟手續法 (自六一至七七) 法學士 松岡義正  
表紙及目次 四頁



090  
1900  
1-2-19

ヲ生スルコトナシト雖モ再ヒ自家ニ持歸リ倉庫ニ收メタルトキハ如何此場合ニ於テモ尙ホ必要ナル行爲ヲ完了シタルモノト云フコトヲ得ルヤ否ヤ予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ザルモノト信ス隨テ第四百一條第二項ノ適用ヲ受ケサルナリ要スルニ右ノ如キ場合ニ於テハ隔地者ノ行爲タルハ勿論ナリト雖モ地ヲ隔テサル場合ト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ザルナリ然ルニ右ノ場合ニ於テハ債權者ハ其盡スヘキ

民法原理 債權規則 債權ノ目的

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モ例ヘハ金銀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頼ハササルヘカラサルコトアリ而シテ債務者ニ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取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滿足ナル説明ナク下スルコトヲ得ス

以上ハ不特定物ノ給付ニ關スル原則ノ第一即チ如何ナル時期ニ於テ不特定物カ特定物ト爲ルカノ問題ナリ次ニ第二ノ原則即チ不特定物ノ給付ヲ目的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ザ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遜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瀋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ノ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

セタルヘカラス又第二ノ主義並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等ニ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ザ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ナルヘカラス而シテ債權ハ多クハ契約ヨリ生ズルカ

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ント欲シ又上米ヲ與ヘント欲スルニ在ルトキハ初ヨリ單ニ米何石ト言ハスシテ上米何石ト言ヘハ可ナリ又法律ニ於テ義務ノ定マレル場合ニ於テモ若シ債務者ノ行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ズルカ故ニ荷モ之カ制限ヲ設ケザ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ハ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ハ可ナリトスルハ殆ト下等ノ物ニテモ可ナリト云フニ等シク其適用上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ザル場合ニ於テハ債務者ノ選擇ニ一任スヘキモノトスルヲ以テ最モ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

幸ニ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アルヲ聞カス新民法ニ於テモ予ハ大ニ此說ヲ主張セシカ結局少數ニシテ敗レ遂ニ獨逸民法ノ主義ヲ採用スルニ至レリ即チ第四百一條第一項ニ曰クハ債權者ハ債權ノ目的物ヲ指示スルニ種類ノミヲ以テシタル場合ニ於テ法律行爲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サルトキハ債務者ハ中等ノ品質ヲ有スル物ヲ給付スルコトヲ要ス

唯此ニ注意スヘキハ右ニ論シタル所ハ物ノ品質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ノ事情ニ依リ當事者ノ意思ヲ知ルコトヲ得サ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迴ナル者又ハ極メテ惡意ナル者ノ間ニアラサレハ單ニ米何石ト云フカ如キ漠然タル契約ヲ爲スコトナク通常人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サル場合ニ於テモ法律行爲ノ性質ニ依リ自ラ之ヲ知ルコトヲ得ヘキ場合多シ例ヘハ苧麻子油

ト稱スル油ハ或ハ藥劑トシテ用ヒ或ハ印肉ニ用フ面シテ印肉ニ使用スル場合ニ於テハ粗製品ニテモ可ナリト雖モ藥用ニ供スル場合ニ於テハ必ス精製シタルモノナラサル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苧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サルモ必ス藥用ニ適スルモノヲ給付スルコトヲ要シ印肉ニ使用スルカ如キ粗製品ヲ給付スルコトヲ得ヌ又建物ニ用ス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サルモ其家屋ニ用フルモノタルコトヲ告ケタル場合ニ於テハ下等品ヲ給付スルコトヲ得ヌ必ス上等品ヲ給付スヘキコトハ法律行爲ノ性質上自ラ分明ナリト云ハサ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モサルヘカラスアルモノナリ隨テ予ノ主義ハ一見債權者ニ對シテ如ル附ナルニ似タリト雖モ實際ニ決シテ附ナル結果ヲ生セサルナリ

以上ヲ以テ不特定物ノ給付ニ關スル一般ノ原則ヲ說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ヤト云フハ一貫ノ原則ニ據リテ既ニ述ベタル如ク債權ノ目的ハ實際ニ於テハ金銀ノ給付ニ在ルコト十中ノ八九ヲ占ムルカ故ニ之ニ關シ特別ナル問題アルト同時ニ其問題カ實際ニ於テ殊ニ必要ナルコトハ言フヲ埃タサル所ナリ而シテ金銀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絶スルコトヲ得ヘシ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ク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兌

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テ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銀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ベ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ク同一ナルカ故ニ金貨百圓ヲ借用シタル者ハ銀貨百圓ヲ返還スレ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複本位ヲ是トスルカ又單本位ヲ是トスルトキハ金本

位ヲ可トスルカ銀本位ヲ可トスルカノ問題ノ如キモ畢竟金銀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複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ガラザ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ケルト雖モ大體於テハ敢テ異ナルモノ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銀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銀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「ボツツンナード」氏ハ恰モ日本カ複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複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ハ「金銀ヲ目的トセル債務ニ於テハ債務者ハ其選擇ヲ以テ金若クハ銀ノ國貨又ハ強制通用ノ紙幣ヲ與ヘテ其義務ヲ免カル」ト規定シ以テ金銀兩本位ナルコトヲ明カニシ其第二項ニ「債務者ハ法律ニ依リ貨幣ノ名價又ハ其純分ノ割合ニ變更ヲ生スルモ諸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ト規定セリ雖チ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トモ第四百六十五條第二項ノ規定ヲ妨ケスト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トアリ而シテ其第一項ニハ金貨又ハ銀貨ヲ以テ負擔ノ金額ヲ指定シタルトキハ債務者ハ獨リ爲替相場ノ損益ヲ受ケ法律上ノ他ノ貨幣ヲ以テ義務ヲ免カルルコトヲ得トアルカ故ニ金貨又ハ銀貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スヘシト云フ契約ハ全ク無効ナラニ非ス唯必ス或種ノ貨幣ヲ得ントスル契約ハ之ヲ爲スコトヲ得ス例ヘハ佛貨千法ヲ給付スヘシト云フカ如キ契約ヲ爲スモ其相場ニ相當スル日本ノ通貨ヲ給付スレハ足レリ金貨千圓ヲ給付スヘシト云フ契約ヲ爲スモ其相場ニ相當スル銀貨ヲ給付スレハ足レリ而シテ此規定ハ既ニ「ボワソナー」氏自ラ外國ニ其例ヲ見サレ「苛酷」ノ規定ナルコトヲ認ムル所ナリト雖モ氏ハ又外國ニ其例ヲ見サル好規定ナルコトヲ信セリ然レトモ予ヲ以テ之ヲ見レハ此規定ハ一方ニ於テハ附ニ

失シ他ノ一方ニ於テハ實際ニ適セザルモノナリト信ス何トナレハ「ボワソナー」氏ト雖モ全ク兩替ヲ認メザ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タ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ザル所ナリ然ルニ普通ノ兩替店ハ即時ニ多額ノ兩替ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ直チニ兩替ヲ爲サスシテ或時間ニ或貨幣ヲ得ントスル契約ヲ爲スコトアリ例ヘハ予カ今月末ニ至リ或人ヨリ受取ルヘキ金銀アリ仍テ其金額ヲ必ス金貨ニテ得ントヲ約セリトセンニ其契約ハ無効ナリ換替スレハ兩替ヲ爲スハ有效ナルモ兩替ヲ爲ス勞ヲ避ケ一定ノ時期ニ或貨幣ヲ給付セシムル契約ハ無効ナリト云フニ歸著ス是レ實ニ理論ヲ一貫セザルモノニシテ實際上頗ル不便ナル所ナリ然レトモ「ボワソナー」氏ノ信スル如ク之ヲ以テ

複本位制ノ弊ヲ矯メ而シテ單本位制ノ短所ヲ補フコトヲ得ハ固ヨリ妨クスト  
 雖モ予ハ斷シテ此ノ如キ效ナキコトヲ保證ス何トナルハ既ニボワツナード氏  
 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複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複本位制  
 ノ弊ヲ矯ムルコトヲ得サルナリ蓋シ當事者カ法律上兩貨ノ間ニ一切其差ヲ認  
 メサルニ拘ラス金貨ヲ交付スヘシト云フハ多クノ場合ニ於テ金貨ノ價格銀貨  
 コ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ノ銀貨千圓ニ相  
 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複  
 本位制ノ弊ヲ矯ムルコトヲ得ヘシト云フハ實ニ其理由ヲ解スルコトヲ得サル  
 ナリ又第四百六十五條第一項モ同一ノ精神ニ出テタルモノニシテ金額ヲ指定  
 スルニ金貨又ハ銀貨ヲ以テシタル場合ナリト雖モ是レ唯想像ニ止マリ實際  
 上此ノ如キ場合ハ殆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ク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踴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

「結果ヲ生ス故ニ、ボツァ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」云々。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ヌ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フ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テリタルコトナシト雖モ既ニ民法ニ同一主義ノ規定アルカ故ニ新商法ニハ特ニ此ノ如キ規定ヲ置カザリシヲ第四百二條第一項ニ曰ク「債權ノ目的ト爲シタルモノハ其種類ノ別ニ依テ其價額ノ目的物カ金錢ナルトキハ債權者ハ其選擇ニ從ヒ各種ノ通貨ヲ以テ辨別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」云々。此點ハ舊商法ノ規定ニ異ナルモノナリトモ云フ可キ。

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ヲ變更ニ因リテ改マルヘカリシモシテ然ルニ之ヲ改メザリシハ編纂者ノ不注意ナリト雖モル者アリト雖モ是レ寧ロ隱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外シ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ムナリ故ニ貨幣法ノ制限内ニ於テスキコトハ言フテ埃タサルナリ云々。此點ハ舊商法ノ規定ニ異ナルモノナリトモ云フ可キ。

以上ノ金銭債務ニ關スル原則ナリ此ニ一ノ特段ナル場合アリ即チ特種ノ通貨ヲ以テ債權ノ目的トシタル場合例ヘテ天保錢百圓ヲ給付スル契約ト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モハ債權者ハ天保錢ヲ給付スルハ可ナリ否給付セザルヘカラスアルナリ然レトモ其通用禁止カ辦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辦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ルヘ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サルトキハ其得タル額ノミヲ給付シ他ハ履行不能トシテ債務ヲ免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カ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

ト欲シタルモラニシテ若シ其通用力ヲ失ハシカ之ヲ欲セザルニ當リ當事者ハ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ハ貨幣ヲ以テ之ヲ辦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辦濟期ニ於テ強制通用ハ效力ヲ失ハタルトキハ債務者ハ他ノ通貨ヲ以テ辦濟ヲ爲スコトヲ要ス」其旨ハ前ノ外則ニ照蓋シ此規定タルヤ多少干渉ニ適キタル嫌アリト雖モ最モ多クハ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サ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

二圖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リ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總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ニアルモノハ一國內ニ於テノミ效力ヲ有シ日本ノ法律ハ佛蘭西ニ於テ行ハルコトヲ得サルト同時ニ佛蘭西ノ法律ハ日本ニ於テ行ハルコトヲ得ス唯國際私

法ハ日本ノ法律ヲ佛蘭西人ニ適用シ又佛蘭西ノ法律ヲ日本人ニ適用スル場合アリト雖モ是レ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ニ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メザ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ノ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實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「（一）携ヘサルハ  
 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之ヲ  
 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  
 テ又或制限ノ下ニ於テハ補助貨幣ヲ以テスルコトヲ得ベシ是レ恰モ日本ノ貨  
 幣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「（二）通當磅下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ザル  
 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煩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干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圖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ヲ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ザ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  
 ヘハ可ナリ即チ第四百三條ニ曰ク「（一）不辨貨幣ニ對シテ債權ノ目的ト爲シタル  
 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蘭西ノ書店ヨリ書籍ヲ買入  
 レ其代價ハ佛貨干法ナリトセンニ佛蘭西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ズ日本ノ貨幣

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タルヘカラス而シテ其相場ハ日レ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シム

利息トハ如何ナルモノヲ謂フカ蓋シ利息ハ不特定物ヲ費消シ之ニ因リテ得タル利益ノ對價トシテ給付スヘキモノニシテ其給付ノ方法ハ元本ト同種類ノモノヲ以テスルヲ普通トス例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借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タル所ナシト信ス況キ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塞モ利息タルヲ妨ケヌ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シ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

ナルコトトセリ即チ或貸金ニ利息ヲ附スルニハ必ス之ヲ明約スルコトヲ要シ  
 或ハ金錢債務其他ノ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タルヘカラス即チ期  
 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  
 タ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  
 メ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  
 ラ筐底ニ藏スルモ將タ之ヲ瓶中ニ貯フルモ古來未ダ曾テ予ヲ生ミタルコトア  
 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テ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説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然レモ其ノ中ニ  
 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受クニ當リ詳論ス  
 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買買ニ  
 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  
 モノニアラス尙ホ買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



同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ザ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ザ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ザルヘカラス而シテ民法制定前ニ於テハ之ヲ年六分トセシカ新民法ハ之ヲ五分トセリ即チ第四百四條ニ曰ク「利息ハ年五分トス」  
 利息ヲ生スヘキ債權ニ付キ別段ノ意思表示ナキトキ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舉ケ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埃タヌ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ザ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ザル場合ニ利息ヲ拂ハザルヘカラザ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ニトテ要ス〕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ザルモノアルコトア  
 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  
 比シ若ク高カラザ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缺タザ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ノ之ヲ  
 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  
 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一時限リノモノニシテ長ク存スヘキモノニアラザ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モハ之ニ應スル規定ナカハヘカラスト雖モ一トシテ此ノ如キ規定ヲ存セス  
 利息ニ付キ最後ニ一ノ研究スヘキ問題アリ佛語<sup>△</sup>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サヘアリシヲ以テ利息ニ利息ヲ附スルカ如キハ實ニ不徳ノ極ナリトシアナトシスムナル文字ハ人ニ不快ノ感ヲ與フル文字ナリト雖モ是レ畢竟金錢ハ何程長日月ヲ經ルモ

子ヲ生マストノ觀念ヨリ出テタルモノニシテ總合債務者カ利息ノ名義ヲ以テ負擔シタル債務ト雖モ一旦債務主爲ル以上ハ之ヲ履行スヘキ時期ニ於テ其履行ヲ爲サザルトキハ新ニ債權者ヨリ金錢ヲ借用シタルトモ異ナルコトナシ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ゼザ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ザルコト固ヨリナリ然ルニ利息ノ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マストノ露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ビテ初ヨリ利息ニ利息ヲ附スルコトヲ許サズ即チ債務者カ利息ノ支拂ヲ怠リ一定ノ期間利息ヲ支拂ハザルトキハ其時ニ至リ之ヲ利息ヲ附スルコトハ數

ヲ妨ケスト雖モ初ヨリ契約ヲ以テ年々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バ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デ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モ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ツ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ザレバ然ルニ法律ニ於テ之ヲ許ササルハ寧ロ酷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ノ更ニ妨ク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ザルコトヲ望ムコトアリ且モ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蓋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タ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タ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タルコトヲ必要トシタルニ付テハ新民法ニ亦多少歐羅巴ノ耶蘇教ノ謬見ヨリ出タル排利主義ヲ加味シタルニアラナ

ルガ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苟モ利息ノ支拂ヲ怠ル以上ハ既ニ怠慢アル者ニシテ必スシモ一年ヲ待ツコトヲ要セス隨テ債權者カ嚴詰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ザ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尠カラヌ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ニ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モ思フ一年間ハ利息ノ支拂ヲ爲サザ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モ尙ホ附隨ノ理由トシテハ秩序アルル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故ニ若シ之ニ利息ヲ附スヘキモノナルトキハ其時ヨリ之ヲ附スルカ故ニ一年ノ終リニ利息ヲ拂ハ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東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

利息カ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

トス

### 第二款 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

債權ノ目的カ數個ノ給付中選擇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ヲ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ニ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モノ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共有シナカラ一箇ノ目的ニ履行セシテ可ナリト云フニ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ガサレニ然ラズ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ト説ト聞ハサルヘカラス然レトモ第二説ス如ク孰レニモ確定セスト云フハ是レ亦債權ノ性質上肯察ヲ得タルモノト謂フヘカラス何トナレバ債權ノ目的ナルモノハ必ズ確定シタルモノナラサルヘカラスナリト云フニ然レトモ子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バ選擇債務ナルモノハ條件附ノ二箇ノ債務カ抱合シタルモ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二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馬ヲ選擇スルノ目的或ハ選擇債務ハ條件附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條件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大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向ホ一ノ駁論ヲ試ス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ハ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セラレタルモノナリ選擇債權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テ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ズ其理由ハ後ニ詳  
 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ノ牛ヲ給付スル  
 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ス

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子ノ  
 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  
 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半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

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第三者ハ何人ニテモ可ナリナリ而シテ當事者カ明カニ何人ノ選擇ニ依ルヘキカヲ表示シタルトキハ論ナシト雖モ若シ之ヲ明示セ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ハ第四百六條ノ規定ニシテ此規定ハ大抵各國ノ法律皆同シキ所ナリ而シテ其然ル所以ノモト他ナシ既ニ屬シタルカ如ク債務ノ履行ナルモノハ債務者ノ行為ニシテ債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ス是レ最後ニ大修正ヲ加ヘタルモノナレ

「ナリ初ノ法文ニ於テハ第四百六條カ今少シク長文ナリキ雖平タル文章ハ今  
記號セザ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」テモ「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狹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セシカト云フニ民法ノ原案ハ一旦殆ト皆確  
定シタルトキニ於テ「當事者ノ意思表示」ナル文字カ削除セラレタルモ急遽ノ際  
ナリシヲ以テ後ヨリ修正スヘキ點カ其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ヲ尤  
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ハ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クハ取消スコトヲ得ス  
（第四〇七條第二項）夫レ苟モ意思表示ニ依リテ選擇權ヲ行使シタル以上ハ選擇  
ハ既ニ終了シタルモノナルカ故ニ後日之ヲ取消スニハ特ニ法律カ許シタルコ  
トヲ要ス何故ニ第四百七條第二項ノ如キ規定ヲ設ケタルカト云フニ之ニ反對  
ノ例アリテ疑ヲ生スルノ恐アルヲ以テ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ザレハ確定セス其レマテハ裁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  
ルニアラザ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

項ノ當然ノ結果ナリトス  
 第三者ノ選擇權ヲ有スル場合ニハ相手方ト云フヘキ者アラサルカ故ニ第四百七條ヲ適用スルコトヲ得サルヲ以テ第四百九條第一項ニ於テ特ニ之ヲ規定シタリ曰ク  
 第三、者、カ、選擇、ヲ、爲、ス、ヘ、キ、場、合、ニ、於、テ、ハ、其、選、擇、ハ、債、權、者、又、ハ、債、務、者、ニ、對、ス、ル、意、思、表、示、ニ、依、リ、テ、之、ヲ、爲、ス、  
 此場合ニハ三ノ主義ヲ想像シ得ヘシ第一ハ債權者及ヒ債務者ニ對シテ意思表示ヲ爲ササルヘカラスト云フ主義ト第二ハ必ス債權者ニ對シテ意思表示セサルヘカラスト云フ主義ト第三ハ必ス債務者ニ對シテ意思表示セサルヘカラスト云フ主義ト是ナリ然レトモ此等ノ三主義ハ第四百九條ノ採用シタル所ノモノニアラスシテ同條ノ探ル所ハ債權者又ハ債務者ト云フ第四ノ主義ナリ是レ全ク便宜ヨリ出テタルモノニシテ其理由ハ第三者カ選擇ノ意思表示ヲ爲ス場合ニハ相手方ナキカ故ニ一般ノ原則ヨリ言ヘハ誰ニ向ヒテ意思表示ヲ爲スモ可ナルカ如ク見ユレトモ債權者及ヒ債務者ハ利害關係人ナルカ故ニ其利

害關係人ニ對シテ爲ササルニカテ然ルニ雙方ニ對シテ意思表示ヲ爲ササルヘカラスト云フハ頗ル煩雜ナルノミナラス若シ其一カ缺ケタル爲メ無効ト爲ルカ如キハ當事者ノ意思ニ反ス而シテ債權者モ債務者モ原則トシテハ債務ニ付キ同一ノ利益ヲ有スベキモノナルカ故ニ時ヲ與ヘタル方利益ナルヤ半ヲ受取ル方利益ナルヤ其利害ノ點ニ於テハ債權者債務者相讓ル所ナシト謂ハサルヘカテサルヲ以テ法律ガ何レカ其一方ニ定ムルハ適當ナラサルカ故ニ何方ニ爲スモ可ナリト爲シタルナリ  
 第三者カ選擇權ヲ有スルトハ如何ナル場合ナルカ固ヨリ法律ハ之ヲ制限セズト雖モ實際如何ナル場合ニ於テ其適例ヲ見ルカト云フニ例ヘハ甲カ乙ナル與服店ニ至リ丙ノ衣服ト爲スヘキ反物ヲ買ハントスルニ甲ノ見ル所ニテハ第一號ノ反物ト第二號ノ反物ハ孰レモ可ナレトモ假ニ反物ヲ第一號第二號トス甲ハ其衣服ノ所有者タルヘキ丙ヲシテ選擇ヲ爲サシムルコトトシ代價ヲ支拂フカ又ハ後ニ支拂フヘキ契約ヲ爲シタル場合ニ於テハ乙カ甲ニ給付スヘキ反物ハ第一號又ハ第二號ナルカ故ニ是レ即チ選擇債務ナリ或ハ又甲ナル者カ古道

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ルモ鑑識ノ眼ナキカ故ニ友人丙ノ鑑定家ナルヲ幸トシ之ニ選擇セシメント欲シ代價ヲ定メタル場合若クハ代價ヲ定メサルモ第一號ノ幅若クハ第二號ノ幅孰レカラ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煩雜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權者ハ何時マテモ請求ヲ爲スコトヲ得ナルカ債權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權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メテ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權者カ選擇ヲ怠リタルトキハ債務者ヨリ催告ヲ爲シ尙ホ選擇ヲ爲サ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サレハ途ニ底止スル所ヲ知ラサラン

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

モ丙カ選擇ヲ爲ササルトキ若クハ爲シ能ハサルトキ例ハ違方ニ在リ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メ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ル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予ノ說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レトキハ論ナキモ

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就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就レカヲ買フノ意思ニシテ丙カ選擇ヲ爲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就レカニ爲サント云フニ在ルカ故ニ就レカヲ買フノ意思又就レカヲ賣ルノ意思ナリ丙カ偶ニ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カ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就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  
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ハ馬又ハ牛ト云ヘル場合ニ於テ其一  
ナル馬カ債權發生ノ當時既ニ斃死セルコトヲ知ラスシテ契約ヲ締結シ或ハ契  
約ヲ締結シタル後馬カ斃死シタルトキハ如何純理ヨリ言ヘハ此事項ハ債務ノ  
運命ニ影響ヲ及ホナス依然選擇者カ孰レカ一方ヲ選フコトヲ得トノ論正シキ  
ニ似タリ然レトモ斯クスレハ選擇權カ債務者ニ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ナ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  
タ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  
ムラ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令一一之  
ヲ批評スルノ煩ヲ敢テセス

或ハ一ノ給付ハ行爲ナルコトアリ即チ畫工カ畫ヲ描キ書家カ書ヲ書ク等ノ事  
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  
クハ畫ヲ書クコト能ハサルニ至リタル場合ニ於テモ同シク殘存セルモノカ將  
來債權ノ目的ト爲ルナリ

然レトモ當事者ノ中孰レカノ過失ニ因リテ給付カ不能ト爲リタルトキハ如何  
若シ選擇權ヲ有スル當事者ノ過失ニ因リテ給付カ不能ト爲リタルトキハ勿論  
前述ノ原則ノ適用トシテ即チ殘存セルモノカ將來債權ノ目的ト爲ル何トナレ

ハ選擇權者カ債務者ナランカ夫英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換タズ選擇權者カ債權者ナランカ債務者ハ之ニ對シテ賠償ヲ求ムル權利ヲ有スルガ故ニ之ガ爲メニ殘存セルモノヲ選擇スル權利ヲ奪フノ趣アラサル場合ニ債權者ノ過失ニ因リテ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書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バ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ナルヘカラス第一例ニ於テハ債務者ハ馬ヲ擇ハント欲シタルニ債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書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書ヲ書ク能ハサル

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書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書ヲ書クコトノ不能ト爲リタルカ爲メ牛ヲ給付スレバ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既レバ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書ヲ選擇スルコトヲ得ヘシ其結果如何ト云フニ不能ノ事項ハ到底強フルコトヲ得ナルカ故ニ損害ヲ賠償セシムルノ外ナシ即チ債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書ヲ書クコトヲ選擇シタルトキハ其不能ハ債務者ノ過失ニ因リテ生シタルモノナルカ故ニ債務者ハ其損害ノ賠償ヲ爲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

債權ノ目的タルハ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對シテ其義務者ニ選擇權ヲ有セサル當事者ノ過失ニ因リテ給付力不能ト爲リタルトキハ前項ノ規定ヲ適用セズ

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程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ハシ唯茲ニ一ヲ説明ヲ要スベ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バ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孰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モ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サルモ選擇權ヲ有セサ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ヒ乃チ損害賠償ヲ請求スナルトキハ實際必ス過失ニ因リテ滅失シタル物ヲ擇ヒ乃チ損害賠償ヲ請求スヘシ選擇權者カ債務者ナルトキハ必ス天災ニ因リテ滅失シタル物ヲ擇ヒ乃チ其義務ヲ免ルヘシ而シテ尙ホ債權者ニ對シ損害賠償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力先ツ不能ト爲リ他ノモノカ殘存セルヲ證明セサルヘカラサレハナリ故ニ別ニ困難ナル問題ヲ生セスト信ス畢竟斯ル問題ヲ論スルハ學者ノ空論ニシテ種種想像スレハ此ノ如キ場合モアラントノ老婆心ヨリ舊民法ニ之ヲ規定シタルモノニシテ事實上同時ニ一ハ天災ニ因リテ消滅シ一ハ過失ニ因リテ消滅スルカ如キ場合ヲ生スルコト殆ト之アラナルヘシ故ニ新法典ニ於テハ此場合ニ就キ規定ヲ設ケナ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



第六トシテ選擇ノ效力如何ヲ論ゼ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包含シタルモノナラトノ説ナルヲ以テ若シ特別ノ規定ナクシテハ此選擇ニハ總則編條件ニ關スル規定ヲ適用セザルヘカラサルモノト信ス即チ第百二十七條乃至第百三十四條ノ適用ヲ受クヘキモノナリ就中此處ニ確定シ置カサルヘカラサルハ條件ノ效力ハ既往ニ適ルヤ否ヤノ問題ナリトス第百二十七條ニ據レハ停止條件附法律行為ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ生ス云云トアルカ故ニ之ヲ選擇債務ニ適用スレバ何人カ選擇ヲ爲シタル時ニ在リテモ其時マデ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」ト謂フ)レトモ選擇ノ效力ナルモノハ既往ニ適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適ラス選擇ノ效力ハ既往ニ適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ラ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下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合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產ヨリ果實ヲ收取スル場合ニ於テモ同シ故ニ第四百十一條ニ於テ條件ノ一般ノ規定ニ對スル一ノ例外ヲ設ケタリ、選擇ハ債權發生ノ時ニ適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適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適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レタルモノト信スレトモ選擇ニ付テハ特ニ適及效ヲ取リタルハ理由ノ存スル所ナリ然レトモ此適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下云フ場合ニ於テ第三者カ其馬ヲ買取リ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町何番地ノ地所若クハ金千圓ヲ與ヘシ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ル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着セル儘移轉スルナリ其結果債權者カ損害ヲ被ラハ債務者ニ對シテ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク又地上權賃借權アルカ爲メ土地カ債權者ノ用ヲ爲サスト云フコトヲ證明スレハ契約ヲ解除シ向ホ之ニ因

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説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ナリ第百二十九條ニ據レハ條件ハ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ナルモノハ登記等ヲ意味シタルモノニシテ尙ホ不動産登記法ニモ此場合ニハ假登記ヲ爲スヘキコト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説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説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ヲ以テ該當スルモノナリト解釋スルコトヲ得ザルニ非ス予ノ說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チ債務者カ地上權ヲ設定シ土地ヲ貸貸シテ之ヲ登記スルモ後日選擇權者カ土地ヲ選擇シタルトキハ此地上權賃借權ハ無効ニ歸シ地上權者若クハ賃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ザルヲ本則トス

以上ヲ以テ選擇債務ノ事ヲ了リ同時ニ債權ノ目的ノ歸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

### 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バ債權ノ目的繪畫ヲ描クニ在レバ其繪畫ヲ描キテ渡シタル時ニ即チ履行アリタルナリ多少ノ場合ニ於テハ引渡ナルコトカ履行中ニ包含セララルカ故ニ引渡ヲ終リタル時ニ即チ履行ヲ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ヲ如キハ債權ノ目的ニ關スル規定ト同時ニ予カ茲ニ所謂履行ノ問題ヲ決セザラレドモ債權ノ目的ノ履行トハ體ト用ト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ズ辨濟ノ何カ

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ルハ債務ハ自ら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クテ辨濟ト開ク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千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ヲ消滅シタル場合ニ於テ其結果ハ債權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點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此主義ヲ主張シシモ不幸ニシテ容レラレズ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タ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就レノ債務ニ充當スルカ辨濟ヲ提供シタルトキニ如何ナル效力ヲ生スルカ債務ノ目的ヲ供託シタルトキニ如何ト云フ如キ問題ニ若辨濟ノ處ニ規定シタリ焉ン知ラシ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ズシテ債務消滅ハ其結果ニ過キナレハナリ故ニ何人カ履行ヲ爲セバ法律上履行ト爲ルカ何人カ履行ヲ受タ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其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

本款ヲ分チテ九段トシ第一段履行ヲ爲スヘキ人第二段履行ヲ受ク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コ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

ヘク且フ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ビ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違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ザ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ラテ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テ亦教師カ教授ヲ爲ス義務ヲ

負ハル場合ニ先方ノ承諾ヲ經スシテ代理ノ教師ヲ出共等ハ爲メテ得ルモノ  
 ニシテ此等ノ行爲ハ必ず債務者自己之ヲ爲ササルニカ及ス然レトモ債權者多  
 クハ債務者自己之ヲ爲ササルモ他人ヲシテ爲サシムルモノトテ得ルモノ中ノ  
 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カ代理人カラシメ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ベ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テ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カ場合ニ在リテ債權者カ債權ノ目

的ノ本旨ニ適シタル利益ヲ得ル之ヲ履行ト看ル可キモノナク最モ  
 多クノ場合即チ金錢授受ニ任テ言ハハ甲カ債務者ナルカハ甲自ラ持參ス  
 ルカ若クハ使ヲシテ持參セシムルモノトテ要スルカ或ハ甲ハ友人乙カ甲ノ委任  
 ヲ受ケス甲ニ使ヲシ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カカ債權者ハ固ヨリ斯ル異  
 議ヲ唱フルコトヲ得ズルヘキナリ蓋シ甲ヨリ受取ルモノ乙ヨリ受取ルモノ千圓  
 等シク千圓ニシテ二千圓ハ等シク二千圓ナリ而シテ甲取テ債務者ニ在リテハ  
 他人ノ行爲ニ依リテ自己ノ義務ヲ免ルルモノナルカ故ニ異議ヲ唱フヘキ筈ナ  
 シ固ヨリ甲ハ金錢ヲ支拂ハサルヘカラスナルニ他人カ代リテ支拂ヒ與ヒタルモ  
 ノナルカ故ニ宜シク謝スベクシテ決シテ不服ヲ唱フヘキ理山ナキナリ反對論  
 者或ハ曰ハン乙ハ甲ノ爲メニ履行ヲ爲スモ債務者ニ無價ノ利益ヲ與フルノ意  
 思ナケレハ必ズ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  
 求スル大ラシ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  
 可更ニ乙ニ對シテ義務ヲ償フヘキカ故ニ毫モ恩澤ニ浴スル大ニ加之債權者

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債權ヲ行フニ方リ苛酷ナルヤモ知ルベカラズ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ザル間ニ乙カ債權者ト爲リタリトスレバ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ザルヤモ知ルベカラズ故ニ他人ノ辨濟ハ許サザ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ヌ何トナレハ此論理ヲ實カント欲セハ債權ノ讓渡ヲ禁セザ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採レテ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實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ベカラズ又讓渡人ハ債務者ノ友人或ハ親戚ナリシモ親受人ハ一面識ナキ人ナルヤモ知ルベカラズ既ニ讓渡ヲ許ス以上ハ第三者カ代リテ履行ヲ爲スヲ許サザ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ザルヘカ

ラス何トナレハ相續ヲ許ス下キ如何ナル人カ相續人タルカ知ルベカラズ即チ債權者ハ濃厚實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口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拘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之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下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バ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ザルヘカラス法律上ノ債務ハ法律ニ定メタル效力ヲ生スル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由ニ言フ異議ヲ唱フヘキ理由ナシ然ルニ彼ハ苛酷ナリ而識ナシト去テ入情ニ於テ殊或ハ斯ル事モナラシム

トモ法律ノ眼ヨリ見レハ之ヲ一般ニ認ムルコトヲ得ア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ナルヘカラス人即チ債權者ノ代理人ハ責歸ナル人少カラス又一面誰ナキ者多シ斯ル場合ニ於テ貴下ハ代理人ナルモ債權者自ラ來ラサルハ履行ヲ爲サズト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説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多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「債權者ハ債權ノ辨濟ハ第三者之ヲ爲スコトヲ得但其債務ノ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ズ」此限ニ在ラズハ債務ノ關係ヲ有セタル第三者ハ債務者ノ意思ニ反シテ辨濟ヲ爲スコトヲ得是レ前述シタル如ク法典ニハ辨濟ノ處ニ規定シタルトモ履行ニ付テ論スルハ

種當トス何トナレハ唯債務カ消滅スルヤ否ヤノ問題ニアラスシテ債務ノ履行ト爲ルヤ否ヤノ問題ナリ即チ辨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ス而シテ此三例外ヲ舉ク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定ノ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シ



モ取テ之ヲ必要トスルニ非ニ而シテ茲ニ特ニ說明スルヲモ大ク一方ノ意思ノミニテハ有效ナラス第三者ハ履行ナルモノハ雙方ノ利害ニ關スルハ故ニ雙方ノ意思ニテ之ヲ定ムルコトヲ得ニ當事者ト廣ク書シタルモノハ原則シテ總テノ當事者ヲ意味スルモノニシテ契約ニ在リテハ當事者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且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ズ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何ノ財産ヲ與フル代リニ某ハ某ニ對シテ何何ノ義務ヲ負フヘシト曰フコトアリ又ハ自己ノ死シタル後自己ノ財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タ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ン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ト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デモ履行シタルニアラズ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意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

ア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ン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ハ債權者ヨリ請求ヲ受クルノミナラス遲延スルトキハ損害賠償又ハ利息ヲ請求セラルヘシ然レトモ此場合ニ於テモ連帶債務ニ關シテ述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ハ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サ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サル場合ニ於テ履行ヲ爲スヘキモノニシテ其結果通常債務者ニ

請求シタル後保證人ニ請求スヘキモノ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説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テ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ハ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ハ高價ナルコトヲ得ヘク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ヘク二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先ツ債務者ニ代リテ甲ニ對シ履行ヲ爲スヘシ即チ甲ノ債權カ千圓アル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ハ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ヲ履行ヲ爲スニ付テ利益ヲ有スルカ故ニ利害ノ關係ヲ有スル第三者ナリ又例ヘハ擔保財產抵當キテモ置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ザルトキニ於テ友人カ幸ニ不動產ヲ有シ若クハ質物ト爲スヘキ動產ヲ有スルカ故ニ之ヲ擔保ト爲シタル場合ニ於テ債務者カ履行ヲ爲サザルトキハ債權者ハ其抵當不動產若クハ質物ヲ賣却シテ履行ヲ得ントスルコトアリ然ルニ擔保品ヲ貸與シタル者ハ之ヲ賣却セラ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レ而シテ後債務者ニ對シテハ餘ニ求債權ヲ行ハハ之カ權限ヲ得ルコトアリ經令之ヲ得ストスルモ尙ホ不動產若クハ質物ヲ失フコトヲ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ケ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タ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專ニ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も重ナル利害關係ヲ有スル第三者ニシテ前ニ述ヘタル債務ノ性質カ許ササル場合或ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタルニノ場合ヲ除キテハ假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ザル者即チ毫モ齟齬ナキ者カ好意ヲ以テ代リテ履行ヲ爲サントスルモ法律上ノ利害關係ヲ有セザルトキ而シテ假令債權者ナルモ普通ノ債權者ニ往々ニシテ利害關係ヲ有セザ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タルナリ

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タル者ノ代リテ履行ヲ爲スコトヲモ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資力ノ有ラン限リ其履行ヲ

ルヲ以テ抗告ヲ爲スコトヲ得タルヤ疑ヲ容レヌ又禁治産ヲ取消シタル決定ハ職權ヲ以テ之ヲ申立人檢事及ヒ禁治産者ニ送達ス申立人ニ送達スルハ民事訴訟法第二百四十五條ノ準用ニシテ檢事ニ送達スルハ即時抗告ヲ爲スノ機會ヲ得セシムルカ爲メニシテ又禁治産者ニ送達スルハ爾後禁治産者ニアラサルコトヲ確知セシムルカ爲メナリ(第六五條第二項)檢事ハ經令禁治産ノ取消ヲ申請シタル場合ト雖モ禁治産ヲ取消シタル決定カ不當ナリト認メタルトキハ之ニ對シ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立アルコトヲ得此抗告ハ執行停止ノ效力ヲ有ス(第六五條第二項)民事訴訟法第四六〇條第二項(抗告裁判所カ抗告ヲ理由アリト認メ決定ヲ以テ禁治産ノ取消ヲ廢棄シ申請ヲ却下シタルトキハ唯人事訴訟手續法第六十六條ノ訴ニ依ルノミ)其他禁治産ノ取消決定ハ確定シタルトキ即チ即時抗告期間ノ徒過又ハ抗告ニ關スル確定裁判ノアリタルコトニ因リ其效力ヲ生シ(第五二條)参照又管轄裁判所第六三條カ之ヲ公告ス(第六五條第二項)第六二條第二項蓋シ禁治産ノ取消ハ唯將來ニ於テ禁治産ノ宣告決定若クハ之ヲ認可シタル確定判決ノ效力ヲ除去スルノミニシテ又禁治産者タリシ者ノ利益ノ

爲メニ之ヲ公告スルノ必要アリハナリ(第六九條)明治三十一年七月司法省令第九號禁治産ノ宣告ノ取消アリタル場合ニ於テハ該申請ニ關スル手續ノ費用ハ禁治産者ノ負擔トス蓋シ此申請ハ禁治産者ノ利益ノ爲メニ爲サレタルモノナレハナリ其他ノ場合ニ於テハ申請人ノ負擔トス是レ民事訴訟法第七十二條ノ準用ニ外ナラス第六四條(訴訟能力申請裁判所職權當事者職權裁判)

(四) 禁治産ノ取消ノ申立却下ノ決定ニ對スル不服ノ訴 禁治産者本人配偶等四親等内ノ親族戸主後見人保佐人又ハ檢事ハ禁治産ノ取消ノ申立却下ノ決定ニ對シ不服ノ訴ヲ提起スルコトヲ得第六六條第一項是レ人事訴訟手續法第十五條ニ規定シタル訴ノ提起ト同一法理ニ基キテ而シテ該訴ハ唯禁治産ノ取消ノ申立却下セラレタルコトヲ前提要件ト爲スノミ故ニ特定ノ起訴期間ナク又禁治産ノ取消ノ申立ノ原因ヲ以テ訴ノ原因ト爲スコトヲ要セス(禁治産ノ取消ノ申立却下ノ決定ニ對スル不服ノ訴ニ於テ爲スヘキ裁判ハ禁治産ノ宣告ヲ申立却下ノ決定ニ對スル不服ノ訴ニ於テ爲ス裁判ト同シク遑及力ナクレハナリ)又該訴ニ關スル管轄裁判所檢事ノ共助等ニ付テハ人事訴訟手續法第五十

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

### 第七章 準禁治産ニ關スル手續

心神耗弱者雖者暗者盲者及ヒ浪費者等ハ本人配偶者四親等内ノ親族戸主後見人保佐人又ハ檢事ノ請求ニ因リ準禁治産ノ宣告ヲ受ケ又ハ之ヲ取消サルルコトアリ(民法第一一條第一三條第七條第一〇條)而シテ其手續ハ禁治産ニ關スル手續ト同シク無能力者民法第一二條タル旨ヲ裁判上表示スルコトヲ目的トスルヲ以テ彼此相類似スルヲ當然トス是ヲ以テ法律ハ詳細ニ規定スルコトヲ避ケ準禁治産ニ關スル手續ニ禁治産ニ關スル手續ニ付テテノ規定ヲ準用スヘキ旨ヲ明示スルニ止メタリ(第六七條)然レトモ(1)浪費カ準禁治産ノ原因タル場合ニ於テハ其性質上人事訴訟手續法第四十三條第四十七條及ヒ第四十八條ノ適用ナキハ當然ニシテ第六七條第二項又準禁治産者ハ禁治産者ト其無能力ノ程度ヲ異ニスルヲ以テ人事訴訟手續法第三條第二項乃至第四項ノ規定ハ準禁治産

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

### 第八章 失踪ニ關スル手續

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

由書ニ依リテ明白ナリ然レトモ民事訴訟法ニ規定セル公示催告手續ハ通則トシテ種種ノ場合ニ適用セラルヘキモノナルヲ以テ失踪ニ關スル手續ノ爲メニ特別ヲ設ケルコトヲ要スルハ當然ナリ(第七〇條)而シテ失踪ノ宣告及ヒ其取消ハ人ノ生死ニ關スル重大ノ事項ナルヲ以テ法律ハ失踪ニ關スル手續ニ於テ職權訴訟進行主義ヲ認メ裁判所ヲシテ適當ノ調査ヲ爲サシメ又檢察ヲシテ共助ヲ爲サシメタリ(第七二條) 失踪ニ關スル手續ニ於テハ日本法律ニ依リテ(二) 失踪ノ宣告 失踪ノ宣告ノ申立ハ不在者ノ住所地ノ區裁判所ノ管轄ニ專屬ス區裁判所カ事物ノ管轄權ヲ有スルハ民事訴訟法第七百六十四條第二項ト同一ノ法意ニ出テ又不在者ノ住所地ノ管轄裁判所カ土地ノ管轄權ヲ有スルハ管轄ニ付キ屬地主義ヲ認メタルカ爲メ又審判ノ便宜アルカ爲メナリ但シ日本ニ住所ナキトキハ民事訴訟手續法第一條第二項及ヒ第三項ノ準用ニ依リテ管轄裁判所ヲ定ムルモノトス(第七一條)管轄裁判所ニ附置シタル檢事局ノ檢事ハ公益上事件ニ付キ共助ヲ爲ス(第七四條)第四五條第二項(管轄裁判所及ヒ檢事ノ共助)利害關係人即チ不在者ノ死亡ニ因リテ發生スル權利ヲ有スル者債權者其

他管理人ノ如キ失職ノ宣告ニ付キ利害關係ヲ有スル各人ハ失職ノ宣告ヲ申立  
 ヲルコトヲ得民法第三〇條該申立モ亦一ノ訴訟行爲ナラフ以テ申立人ニ民事  
 訴訟法ニ規定シタル訴訟能力ナルコトヲ要シ又該申立ハ之ニ其原因タル事實  
 及ヒ證據方法ヲ表示シテ書面又ハ口頭ヲ以テ爲スコトヲ得第七四條第二項第  
 四二條第二項第七〇條民事訴訟法第七六五條其他各利害關係人ハ共同ノ申立  
 人トシテ手續ニ加ハリ又ハ申立人ニ代リテ手續ヲ履行スルコトヲ得是レ申立  
 人カ死亡其他ノ原因ニ因リ手續ヲ履行セザル場合ニ更ニ同一手續ヲ再施スル  
 ノ不經濟ナル結果ヲ避クルノ目的ニ外ナラス第七五條檢事ハ失職ノ宣告ヲ申  
 立ツルノ職權ナシ蓋シ檢事ハ失職ニ關スル手續ニ於テ不在者ノ利益ヲ保護ス  
 ルカ爲メニ干與スルニ止マルヲ以テ(佛蘭西民法第一一四條參考不在者ニ對シ  
 テ不利益ナル失職ノ宣告ヲ申立ラルコトヲ得セシムルノ必要ナケレハナリ(訴  
 訟能力及ヒ申立失職ノ宣告ノ手續ニハ申立人ノ相手方ナク又失職ノ宣告ハ第  
 三者ニ對シテ效力ヲ生スルヲ以テ職權上必要ナル調査ヲ爲シテ裁判ヲ爲スヲ  
 正當トス故ニ裁判所ハ失職ノ宣告ノ申立ニ表示シタル事實及ヒ證據方法ヲ斟酌

酌シ職權ヲ以テ事情ニ關スル探知及ヒ必要ト認ムル證據調査ヲ爲ス職務ヲ負フ  
 (第七四條第二項第四六條申立人ハ其申立ヲ自由ニ取下クルコトヲ得ヘシ此處  
 合ニ於テ他ノ利害關係人カ人事訴訟手續法第七五條ニ從ヒテ手續ヲ履行ス  
 ルコトヲ得ルヤ當然ナリ(裁判所ハ職權及ヒ申立人ノ權能管轄裁判所カ其調査  
 ノ結果不當ナリト認メタルトキハ決定ヲ以テ申立ヲ却下スヘキ旨ノ裁判ヲ爲  
 ス決定ノ形式ヲ以テ裁判スルハ申立ニ付テノ裁判カ義務的口頭辯論ヲ前提要  
 件ト爲サナル法意ヨリシテ疑ヲ容レズ(第七〇條民事訴訟法第七六四條(民事訴  
 訟法第二百四十五條第三項)適用ニ依リ送達スヘキハ勿論ナリ)又該決定ニ對  
 シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ(民事訴訟法第四五五條之ニ反シテ申立ヲ正當  
 ナリト認メタルトキハ公示催告ヲ爲ス而シテ此公示催告ハ申立人ニ當渡ヲ爲サ  
 裁判ヲ當然包含スルモノナルヲ以テ決定ノ形式ニ於テ申立人ニ當渡ヲ爲サ  
 ルトキハ職權ヲ以テ送達ヲ爲サザルヘカラス民事訴訟法第二四五條公示催告  
 ニ表示スヘキ事項ハ第一ニ申立人ノ表示ニシテ通常申立人ノ氏名住所身分及  
 ビ職業ヲ表示シテ之ヲ爲ス第二ニ不在者ハ公示催告期日ヲシテ其生存ノ届出

ヲ爲スヘク其届出ヲ爲ササルトキハ失蹤ノ宣告ヲ受クヘキコトモシテ第三、不在者ノ生死ヲ知ル者ハ公示催告期日マテニ其届出ヲ爲スヘキコトモシテ其實ナル事情ヲ探知スルノ注意ニ出ツ第四ニ公示催告期日ノ推定ニシテ道ハ届出期間ノ終了期ト爲リ民事訴訟法第七六八條……看做ス引用除權判決ノ申立(民事訴訟法第七六九條及七該期日又ハ其以前ニ爲シタル届出ニ關スル辯論期日ト爲ル第七二條第七〇條)民事訴訟法第七六五條又公示催告期間ハ六箇月以上ナレドトテ要ス(第七二條第二項)是レ民事訴訟法第七百六十七條ニ規定シタル期間ニテハ短ニ失スレハナリ公示催告ハ民事訴訟法第七百六十六條ノ規定ニ從ヒテ之ヲ公示ス然レトモ不在者ノ出生後百年以上ヲ經過シタル場合ニ於テハ該公告ハ裁判所ノ掲示板ニ揭示スルヲ以テ足り又公示催告期間ハ其公告ノ日ヨリ二箇月以上ナルヲ以テ足りトス(第七三條蓋シ此場合ニ於テハ不在者ノ死亡ヲ推測スルコトヲ得レバナリ失蹤宣告ノ判決言渡前ニ於テ不在者其生存ノ届出ヲ爲シタル場合ニ於テ申立人オ其事實ヲ認メザルトキハ不在者申立人ニ對シ訴ヲ提起シ受訴裁判所ノ判決ヲ受ケザルヘカラス故ニ公示催

告手續ハ該判決ノ確定ニ至ルマテ之ヲ中止スルヲ當然トス是レ民事訴訟手續法第七十六條ノ規定アル所以ナリ失蹤ニ關スル手續ニ於テハ特定ノ相手方ナク又其宣告ハ第三者ニ對シ效力ヲ及ホスヲ以テ管轄裁判所ハ失蹤ノ宣告ヲ正當ト爲ス事實ノ存在ニ付キ證明アルニアラスンハ判決ヲ爲スコトヲ得ス(疏明ニテハ不十分ナリ)(民法第三二條)民事訴訟手續法第七四條第四六條失蹤ノ宣告ニ關スル手續ノ費用ハ失蹤ノ宣告アリタル場合ニ於テハ條理上相續財産ノ負擔トシ其他ノ場合ニ於テハ申立人ノ負擔トス(第七七條)民事訴訟法第七二條失蹤宣告ノ取消ニ關スル手續ノ費用ニ關シテハ民事訴訟法第七十二條以下ノ規定ニ依ル(裁判)

(三) 失蹤ノ宣告ノ取消 失蹤ノ宣告ノ取消ノ申立即チ失蹤ノ宣告ノ判決ニ對スル不服ノ申立ハ失蹤宣告ノ申立ト同シク不在者ノ住所地ノ區裁判所ノ管轄(ニ專屬ス第七一條)一見失蹤ノ宣告ト其取消トハ事物ノ關聯アルヲ以テ管轄ノ便宜上兩者ノ申立ヲ不在者ノ住所地ノ區裁判所ノ管轄ニ專屬セシメザルニ外ウラサルヘシト雖モ立法上ノ見解トシテハ民事訴訟法第七百七十四條第二項



又專用シ該區裁判所ノ所在地ヲ管轄スル地方裁判所ノ管轄ヲ專屬セシムルヲ正當ト信ス又管轄裁判所ニ附置シタル検事局ノ検事ハ公益上事件ニ付キ其助ヲ爲ス第七四條第四五條第二項管轄裁判所及ヒ檢事ノ共助失踪宣告ノ取消ハ訴ノ形式ヲ以テ民事訴訟法第七百七十四條第二項第一號乃至第六號ニ規定シタル事項若クハ失踪者ノ生存スルコト又ハ民法第三十條及ヒ第三十一條ニ定メタル時ト異ナリタル時ニ死亡シタルコトヲ原因トシテ申立ツルモノニシテ(第七八條第七〇條第八〇條)民事訴訟法第七七四條前者ノ原因ニ基ク訴ハ利害關係人ヨリ(第七八條)後者ノ原因ニ基ク訴ハ本人又ハ利害關係人ヨリ民法第三二條失踪者本人ハ後者ノ原因ニ基ク訴ニ依リ容易ニ其目的ヲ達スルコトヲ得ルヲ以テ特ニ前者ノ原因ニ基ク訴ヲ提起スルコトヲ得セシムルノ必要ナシ英除宣告ノ申立人ニ對シ第七〇條民事訴訟法第七七四條第二項申立人ニ對スル訴ヲ之ヲ提起ス該申立人カ死亡シタル後ハ檢事ヲ以テ相手方トシ檢事カ當事者ト爲リタル後原告カ死亡シタルトキハ民事訴訟手續法第二條第四項及ヒ第五項ノ規定ノ專用ニ依リ當事者ヲ定ム(第七八條第二項)本條ニ於テ(前項)ノ訴

(ニ付テハ)明文アルヲ以テ反對推理上第八十條ニ規定シタル訴ニ付テハ失踪宣告ノ申立人カ死亡シタル後ハ檢事ヲ以テ相手方ト爲スコトヲ得ナルニ似タリ然レトモ斯ル論結ハ申立人カ死亡シ且ツ其相續人ナキ場合ニ相手方ナキ結果トシテ第八十條ニ規定セル訴ヲ提起スルコトヲ得ナルニ至ルヲ以テ論理解釋上前示リ如ク論結シタリ獨逸民事訴訟法第九百七十四條第二項ニ於テハ申立人カ死亡シ若クハ其居所不分明ナルカ又ハ外國ニ在ルトキハ檢事ニ對シテ不服ノ訴ヲ提起スヘキ旨ヲ規定シ前段ノ論結ノ如キ區別ヲ設ケテアリシ此等ノ申立權利者カ自ラ申立ヲ爲スニハ民事訴訟法ニ規定シタル訴訟能力ヲ有スルコトヲ要ス蓋シ失踪ノ宣告ノ取消ハ一ノ訴訟行為タルヲ以テナリ檢事ハ失踪ノ宣告ノ取消ヲ申立ツル職權ヲ有セス蓋シ失踪ノ宣告ノ取消ハ主トシテ失踪者及ヒ利害關係人ノ利害ニ關スルニ止マルヲ以テ檢事ヲシテ失踪ノ宣告ノ取消ヲ申立クシムルノ必要ナケンハナリ該不服ノ申立ノ訴ヲ提起期間ハ民事訴訟法第七百七十五條ノ規定ニ依リ第七〇條但シ失踪者ノ生存スルコト及理由(下)スル場合ニ於テハ此限ニ在ラズ何トナレハ新ル期間ノ經過ニ依リ實際上生

存セル者ヲ死亡シタル者ト看做ス時ト得テハハ第百八〇條但書審議能力及ヒ申立失除ノ宣告ヲ取消ハ重大ナル事項ナルヲ以テ裁判所ハ職權ヲ以テ適當ナル調査ヲ爲ササルヘカラス(第七四條第二項第四六條)數箇ノ不服申立ヲ訴アルトキハ裁判所ハ之ヲ併合スヘシ是レ辯論及ヒ裁判ヲ同時ニ爲スヲ目的ニ出ツ而シテ併合シタル場合ニ於テハ民事訴訟法第五十條ノ規定ヲ適用ス是レ當事者間ニ權利關係ヲ合ニシ確定セシメシトシテ注意ニ外ララス(第七九條本條ノ位置ヨリシテ本條ハ第七十八條ニ規定セル訴訟付テラニ適用アリトシ見解ハ正當ニアラサルヘシ)原告ハ其訴ヲ自由ニ取下タル時ト得ルヤ官ヲ換テス(裁判所ノ職權及ヒ申立人ノ權能)管轄裁判所ハ調査ノ結果失除ヲ宣告シ判決ニ對スル不服申立ノ訴ヲ理由ナシト認テタテトキハ棄却シ判決ヲ言渡シ反對申場合ニハ失除宣告ヲ取消ス旨ノ判決ヲ言渡シ該判決ハ其性質上總テ人ノ爲メニ又ハ之ニ對シテ效力ヲ有ス而シテ其效力ノ内容ハ民法第三十二條ノ規定ル所タリ訴訟費用ハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ裁判所ニ納メテス(第四〇條)附言ハ人事訴訟手續法第八十一條ハ人事訴訟手續法ノ施行期ヲ定メタルモ

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

### 人事訴訟手續法 終

# 人事訴訟手続法

人事訴訟手続法は、人事訴訟の進行を規律し、その公正なる解決を期するものなり。本法は、人事訴訟の第一審及び第二審の訴訟手続を定むるものなり。本法は、人事訴訟の進行を規律し、その公正なる解決を期するものなり。本法は、人事訴訟の第一審及び第二審の訴訟手続を定むるものなり。

人事訴訟とは、人事訴訟法に規定する事項を争ひ、人事訴訟法に規定する手続に従って訴訟を提起し、人事訴訟法に規定する裁判を受けることを目的とする訴訟をいふ。

人事訴訟の提起は、人事訴訟法に規定する事項を争ひ、人事訴訟法に規定する手続に従って訴訟を提起し、人事訴訟法に規定する裁判を受けることを目的とする訴訟をいふ。

人事訴訟の進行は、人事訴訟法に規定する事項を争ひ、人事訴訟法に規定する手続に従って訴訟を提起し、人事訴訟法に規定する裁判を受けることを目的とする訴訟をいふ。

人事訴訟の公正なる解決を期するものは、人事訴訟法に規定する事項を争ひ、人事訴訟法に規定する手続に従って訴訟を提起し、人事訴訟法に規定する裁判を受けることを目的とする訴訟をいふ。

人事訴訟手続法目次

(三十三年改訂義録)

松岡義正 講述 法學士

# 人事訴訟手続法

和佛法律學校發行

法律學叢書

# 人事訴訟手續法

公田 五編 法律學士

三十三號

## 人事訴訟手續法目次

緒言.....一

第一章 婚姻事件ニ關スル手續.....二

第二章 養子縁組事件ニ關スル手續.....二四

第三章 親子關係事件ニ關スル手續.....二六

第四章 相續人廢除事件ニ關スル手續.....三二

第五章 隱居事件ニ關スル手續.....三四

第六章 禁治産ニ關スル手續.....三六

第七章 準禁治産ニ關スル手續.....六七

第八章 失踪ニ關スル手續.....六八

## 人事訴訟手續法目次終

人事訴訟手續法目次





明治二十二年十二月九日內務省許可

明治三十五年二月十二日印刷  
明治三十五年二月十三日發行

東京市牛込區早稲田南町三十九番地

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

東京市芝區西ノ久保明光町十一番地

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)