

0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3 4 5

始

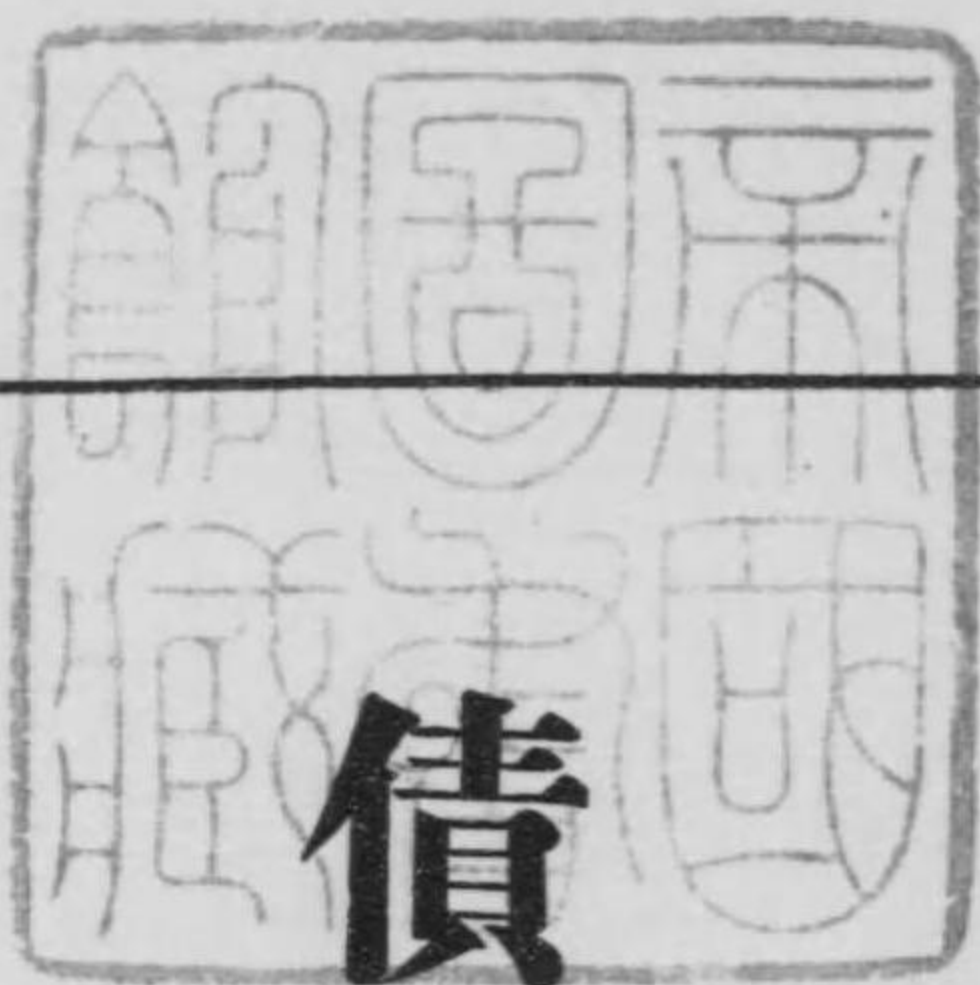


14-75

明治大學教授 大谷美隆著

債權總論 上卷

明治大學出版部發行



明治大學教授 大谷美隆著

債權總論 上卷

明治大學出版部發行

大正
15. 6. 24
內交

自序

本書ハ吾民法債權總則編ノ規定ヲ學理的ニ解釋シ之
カ平易且簡明ナル説明ヲ試ミタルモノナリ、學理ヲ闡明
スルコトヲ主トシタレトモ猶成ル可ク實例ヲ舉ケ表ヲ
掲ケテ了解ヲ容易ナラシメンコトヲ期シタリ。

法律解釋ノ當否ハ一ニ解釋方法ノ正否ニ依リテ定マ
ル、若シ其解釋方法ニシテ當ヲ得サルニ於テハ到底正當
ナル法律解釋ヲ爲スコト能ハサルナリ、然レトモ嚴格ナ
ル獨逸流ノ概念法學ハ法律カ有機的ナル活社會ヲ律ス

ヘキ生ケル社會的規範タルコトヲ忘却シテ徒ニ法文ノ末ニ拘泥スルモノナリトノ譏ヲ免レス、即チ變化的ナル活社會ヲ不變化的ナル法律ヲ以テ拘束セントスルモノナリ、故ニ萬全ノ解釋方法ト云フコトヲ得ズ、然レトモ又極端ナル佛蘭西流ノ自由法學ハ法典ノ存在ヲ無視シ、成文法ノ國ヲシテ不文法ノ國ト擇フ所ナカラシム、斯ノ如クンハ法典ノ存在ハ反ツテ社會ヲ欺キ有害無益ナルモノト成リ終ルヘシ、法律ハ社會生活ノ靜的安全ヲ保障スルト共ニ動的的安全ヲモ保護セサルヘカラス、此動靜兩面ノ安全ヲ保護スヘキ法律ノ使命ハ理想主義ノ法律解釋

ヲ以テノミ初メテ完成シ得ヘキモノト云フヘシ。

余ハ此法律哲學的見解ニ基キ吾現行民法典ヲ解釋スルニ當リ努メテ現代ノ法的理想ニ適合セシメンコトヲ期シタリ、法的理想ハ即チ立法ノ規準タルト共ニ法律解釋ノ規準タルヘキモノナレハナリ、「純理ト理想、此二者ハ余カ常ニ法律解釋ノ基調ト爲スモノナリ。

債權總論ニ關シテハ後日更ニ詳細ナル註釋書ヲ刊行スヘキ希望ヲ有ス、本書ハ其資料ヲ要約シテ簡單ナル教科書ト爲シ以テ嚮ニ公ニシタル民法總論及債權各論ニ關スル著書ト共ニ攻學ノ士ノ參考ニ資セントシタルモ

ノナリ、若シ夫レ此小著ニ依リ幾分ニテモ裨益スル所アラハ著者望外ノ幸福トスル所ナリ。

大正十五年四月二十九日

著者識

参考書

債權總論ニ關スル内外ノ著名ナル参考書左ノ如シ。(本書ニ於テ單ニ著者名ト頁數ノミヲ示シテ引用シタル場合ハ即チ左記ノ参考書ナリ)

第一、日本之部

梅謙次郎著 民法要義 卷之三

岡松參太郎著 民法理由 下卷

石坂音四郎著 日本民法 第三編

横田秀雄著 債權總論

川名兼四郎著 債權法要論

中島玉吉著 民法釋義 卷之三

鳩山秀夫著 日本債權法

三瀧信三著 債權法提要

磯谷幸次郎著 債權法論

嘉山幹一著 債權總論

第二 外國之部

- Standinger-Kuhlenbeck. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7/8 Aufl. 1912.
 Planck. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4 Aufl. 1914.
 Dernburg. Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. 4 Aufl. 1915.
 Gierke. Deutsche Privatrecht. 1917.
 Eudemann. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9 Aufl. 1903.
 Kohler. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1919.
 Cosack. Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts. 6 Aufl. 1913.
 Crome. System des Deutschen bürgerlichen Rechts. 1902.
 Oertmann. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3/4 Aufl. 1910.

- Enneccerus. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 12/14 Aufl. 1920.
 Schollmeyer. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.
 Stammler. Das Recht der Schuldverhältnisse. 1897.
 Landesberg. Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuch. 1904.
 Goldmann-Lilienthal. Das bürgerlichen Gesetzbuch. 2 Aufl. 1902.
 Mathias. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 5 Aufl. 1910.
 Windscheid-Kipp. Lehrbuch des pandektenrechts. 9 Aufl. 1910.
 Dernburg. System des Römischen Rechts. 8 Aufl. 1912.
 Neumann. Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuch. 5 Aufl. 1909.
 Pescione. Die Wahlschuldverhältnisse. 1905.
 Hellwig. Verträge auf Leistung an Dritte. 1839.
 Zacharine-Crome. Handbuch des Französischen Civilrechts. 8 Aufl. 1894.
 Crechmar. Rheinisches Civilrecht. 4 Aufl. 1896.

Ossr.	Kommentar zum Schweizerischen Obligationen Recht.
Schneider-fick.	Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht. 1911.
Haber.	Schweizerischen Privatrecht. 1894.
Ehrenzweig.	System des Osterreichischen allgemeinen Privatrechts. 5 Aufl
Lanhol.	Traité élémentaire de droit Civil. 4 édition 1906.
Laurent.	Principes de droit civil. 1898-1903.
Demolombe.	Cours de Code Napoléon XXIV-XXX.
Anbry et Rau.	Cours de droit Civil français. 5 édition 1902.
Baudry-Lacantinerie.	Précis de droit Civil. 8 édition 1902.
Demante.	Cours analytique de Code Civil.
Frédéric monlon.	Repetitions écrites sur le Code Civil.

債權總論 目次

第一章 債權ノ本質	1
第二章 債權ノ目的	一九
第一節 總說	一九
第二節 特定物債權	三三
第三節 不特定物債權	三五
第四節 金錢債權	三〇
第一項 金錢債權ノ性質	三〇
第二項 金額債權	三三

第三項 金種債權……………三
 第四項 特定金錢債權……………三五
 第五項 外國貨幣債權……………三五

第五節 利息債權……………三六

第一項 利息ノ意義……………三六
 第二項 利息ノ種類……………四
 第三項 利率……………四
 第四項 重利……………四九

第六節 選擇債權……………五三

第一項 選擇債權ノ性質……………五三
 第二項 選擇權……………五五

第三項 給付不能……………六二
 第四項 任意債權……………六七

第三章 債權ノ效力……………六九

第一節 總說……………六九

第二節 債務不履行……………七三

第一款 債務者ノ遲滯(履行遲滯)……………七五
 第一項 履行遲滯ノ意義……………七五
 第二項 履行遲滯ノ要件……………七五
 第三項 履行遲滯ノ效果……………八七
 第四項 履行遲滯ノ消滅……………九三
 第二款 不完全給付……………九七

第一項 不完全給付ノ意義……………九七

第二項 不完全給付ノ要件……………九九

第三項 不完全給付ノ效果……………一〇〇

第三款 給付不能……………一〇一

第一項 給付不能ノ意義……………一〇一

第二項 給付不能ノ要件……………一〇五

第三項 代償請求權……………一一五

第三節 債權者遲滯(受領遲滯)……………一二七

第一項 受領遲滯ノ意義……………一二七

第二項 受領遲滯ノ要件……………一三〇

第三項 受領遲滯ノ效果……………一三六

第四項 受領遲滯ノ消滅……………一三四

第四節 強制執行ノ請求權……………一三五

第一項 強制執行ノ意義……………一三五

第二項 強制執行ノ方法……………一三八

第一目 強制履行……………一四二

第二目 救済執行……………一四四

第三目 損害賠償……………一五一

第五節 損害賠償ノ請求權……………一五二

第一款 損害賠償ノ要件……………一五二

第二款 損害賠償ノ範圍……………一六〇

第一項 法定賠償範圍……………一六一

第一目 賠償額ノ算定……………一六二

第二目 過失相殺……………一七〇

第三目 損害賠償ノ方法……………一七三

第四目 金錢債權ニ關スル特則……………一七五

第二項 豫定賠償範圍……………一八二

第一目 豫定ノ性質……………一八二

第二目 豫定ノ方法……………一八四

第三目 豫定ノ效力……………一八七

第四目 違約金……………一九〇

第三款 債務者ノ代位……………一九三

第六節 債權者代位權……………一九六

第一項 總說……………一九六

第二項 代位權ノ性質及客體……………一九九

第三項 代位權ノ要件……………二〇三

第四項 代位權ノ效力……………二一一

第七節 債權者取消權……………二二五

第一項 取消權ノ性質……………二二四

第二項 取消權ノ客體……………二二六

第三項 取消權ノ要件……………二二八

第四項 取消權ノ行使……………二二六

第五項 取消權ノ效力……………二二九

第六項 取消權ノ消滅……………二三二

債權總論

明治大學教授 大谷美隆著

第一章 債權ノ本質 *Obligatio, Forderungsrecht.*

債權トハ特定人カ特定人ニ對シ特定ノ行爲(作爲不作爲)ヲ要求スルコトヲ得ル權利即チ法律上ノ力ヲ謂フモノトス尙左ニ之ヲ解説セン。

第一 債權ハ特定人カ特定人ニ對スル權利ナリ。

債權ノ主體ヲ債權者ト云ヒ債務ノ主體ヲ債務者ト云フ何レモ特定セル人(自然人又ハ法人)ニ屬スルコトヲ要ス然レトモ其債權者又ハ債務者タル人ハ終始一定スルコトヲ要スルモノニ非ス又一人タルコトヲ要スルモノニモ非ス例ヘハ債權ヲ讓渡シテ債權者ニ變更ヲ生スルコトアリ債務ヲ引受ケテ債務者ニ移動ヲ來スコトアリ債權者債務者タル人ニハ變化ヲ生ス

レトモ、現在或特定ノ當事者ニ屬スルコトハ同一ナリ、故ニ債權トシテ成立ス、又債權者若シハ債務者ハ一人タルコトヲ要セス、數人ナルコトアリ、之ヲ多數當事者ノ債權ト謂フ。〔註一〕

〔註一〕 債權者債務者ハ特定スルコトヲ要スルカ故ニ、何人ニモ屬セサル債權債務、又ハ何人ニ屬スルカ不明ナル債權債務ハ存在スルコトナシ、斯ノ如キ場合ニハ債權債務ハ當然消滅ニ歸スヘシ。

第二、債權ハ特定ノ行為ヲ要求スルコトヲ得ル權利ナリ。

債權ハ債權者カ債務者ニ對シ、特定ノ行為ヲ要求スルコトヲ得ル權利ニシテ、債務者ハ其行為ヲ爲スヘキ義務ヲ負フモノトス。

行為トハ意思ニ基ク任意ナル身體ノ動靜ヲ謂ヒ、積極的ナル作爲アリ(動的行為)、消極的ナル不作爲アリ(靜的行為)、作爲ニハ更ニ單純ナル作爲ト、物ノ供與ヲ含ム作爲トアリ、不作爲ニハ更ニ避止ト、忍容トアリ。

單純作爲トハ、委任、雇傭等ニ於ケル債務ノ如ク、單ニ債務者ノ積極的行為

ノミヲ要求スル作爲ニシテ、物ノ供與ヲ含ム作爲トハ、金錢其他ノ物ノ供與ヲ内容トスル作爲ヲ謂フ。

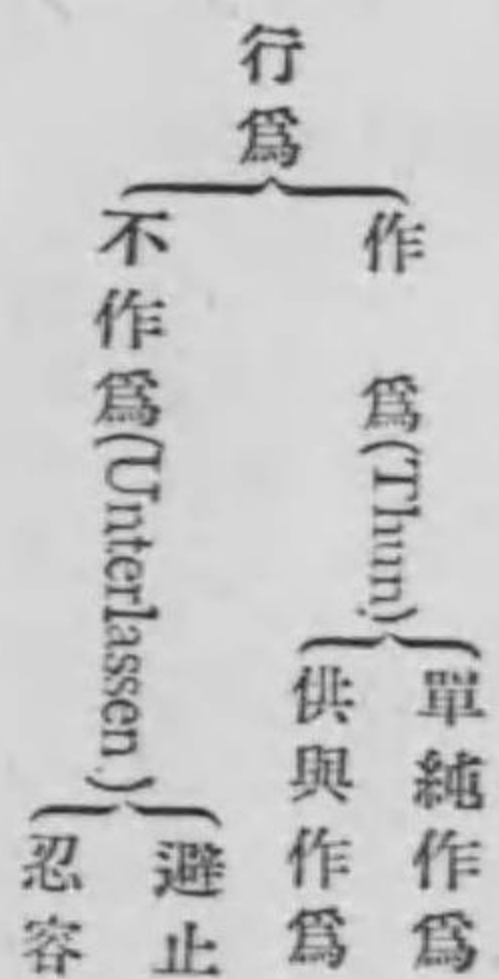
又避止トハ、單ニ債務者カ或積極的行為ヲ爲ササル靜的狀態ヲ要求スル債務ナレトモ、忍容ノ場合ハ更ニ他人カ或行為ヲ爲スコトヲ妨害セラルヘキ消極的義務ヲ負フ場合ナリ。〔註二〕

斯ノ如ク債務者ノ行為ニハ種々アレトモ、總テ債務者ノ爲スヘキ行為ヲ債權ノ目的ト謂ヒ、債務者ノ給付スヘキ物ヲ債權ノ目的物ト謂フ。〔註三〕

〔註二〕 物ノ供與ヲ含ム作爲ノ場合ニ於テハ、其物カ恰モ債權ノ目的ノ如ク看ラレサルニ非スト雖モ、依然債務者ノ行為カ債權ノ目的ニシテ、物ハ債務者ノ行為ノ一内容ヲ爲スニ過キササルモノナリ、例ヘハ金百圓ヲ給付スヘキ債務ニ於テ、債權ノ目的ハ何月幾日何所ニ於テ金百圓ヲ給付スヘシト云フ全體ノ行為ヲ謂フモノニシテ、金百圓ハ其行為ノ一内容ヲ成スニ過キササルモノナルカ如シ。
避止トハ、例ヘハ高層建築ヲ爲サ、ルカ如キ、競業ヲ爲サ、ルカ如キ、單ニ或積極的行為ヲ回避スヘキ義務ヲ負フ場合ニシテ、忍容(Dulden)トハ他人カ自己ノ土地ヲ通

行シ又ハ觀望スルコトヲ妨害セサルカ如キ自己ニ之ヲ禁止スル權利アルニ拘ハ
ラス之ヲ忍容スル義務アル場合ヲ謂フモノナリ。

債務者ハ時ニ作爲不作爲ノ義務ヲ混合シテ負フコトアリ、例ヘハ支配人トシテ主
人ノ業務ニ従事スル債務ヲ負フト共ニ、競業ヲ爲サ、ル義務ヲ負フカ如キ、高層建
築ヲ爲サ、ル義務ヲ負擔シテ、他人ノ土地ノ借主トナルカ如シ。



〔註三〕 債權ハ權利ニシテ權利ノ本質ハ、法律上ノ力ナリ、而シテ其法律上ノ力ノ及フ
範圍ヲ債權ノ目的又ハ内容ト謂フ、債權ハ債務者ノ行爲ヲ要求スル權利ナルカ故
ニ、債務者ノ爲スヘキ行爲ノ全部ヲ債權ノ目的ト稱ス。

債權ノ目的タル行爲ヲ債務者ノ方面ヨリ觀察シテ給付 (Leistung) ト謂フ、故ニ債權
ハ債務者ノ給付ヲ目的トスルモノト云フコトヲ得ヘシ、是レ物權ノ目的カ物ノ支
配ナルト異ル所ナリ。

然レトモ債權ノ目的ト給付トハ全然同一意義ナリト解スヘカラス、其觀察方向ヲ
異ニスレハナリ。債權ノ目的トハ債權ノ内容ト云フ意味ニ過キス、給付トハ或種
ノ行爲ヲ謂フ、故ニ債權ノ目的ハ一個ノ債權ニ一個ノミ存在スルモノナレトモ給
付ハ一個ノ債權ニ數個存在シ、又ハ數個ノ債權ニ一個存在スルコトアリ得ヘシ、第
四九〇條、第四八八條等ヲ參照スヘシ。

物ノ供與ヲ目的トスル債權ニ於テハ、其物ヲ目的物ト謂フ、故ニ物ノ供與ヲ目的ト
セサル債權ニ於テハ、目的物ナルモノ存在セス。

然レトモ債權ノ目的物ハ必スシモ有體物ニ限ルヘキモノニ非ス、無體物タル權利
ノ如キモ目的物ト稱スルコトヲ得ヘシ。

抑モ法律カ單ニ「物」ト規定シタル場合ニ於テハ、第八五條ニ依リ有體物ノミヲ指稱
スルモノト解セサルヘカラサレトモ、「物」ナル文字カ或熟語ノ一部分トシテ使用セ
ラレタル場合ニハ、最早有體物ノミニ限定シテ解釋スルコトヲ要セス、場合ニ從ヒ
廣ク有體物無體物ヲ包含セシメテ可ナリ、例ヘハ特定物、不特定物、代替物、不代替物
訴訟物、代物辨濟、物上代位ト云フカ如シ。

第三、債權ハ財産權ナリ。

債權ハ其性質請求權ノ一種ニシテ、財産權ノ一ニ屬ス、故ニ債權ハ物權其他ノ權利ト共ニ各人ノ資産ヲ構成スルモノナリ。

債權ト請求權トハ其範圍ヲ同ウセス、債權ハ請求權ノ一種ナリ、尤モ之ニ關シテハ種々ノ學說アレトモ、吾人ノ解スル所ヲ以テスレハ請求權ニハ財産權的請求權ト、身分權的請求權トアリ、其財産權的請求權ノミヲ債權ト稱スルモノト解ス、故ニ身分權的請求權例ヘハ認知請求權、同居請求權等ハ債權ニ非サル請求權ナリ。(註四)

〔註四〕 債權ト請求權トノ關係ニ付キテハ種々ナル學說アリ、或ハ請求權ハ債權ヨリ生スルモノト爲シ(石坂氏三〇頁)或ハ債權ハ權利ノ體ニシテ請求權ハ其用ナリトナス(横田氏四頁)然レトモ吾人ハ債權ト請求權トヲ以テ本質的ニ同一ナルモノト解ス、只其範圍ノ差異アルノミ。

尙債權ノ本質ニ關シ論究スヘキ點多々アリ、左ニ其主ナルモノ、一二ニ付キ概説セン。

甲、債權ノ不可侵性

債權ハ第三者ニ依リテ侵害セラルルコトヲ得ルヤ否ヤ、即チ債權ハ不法行為ノ客體トナルコトヲ得ルヤ否ヤ? 此問題ニ付キテハ從來積極消極ノ二説アリタリ。

積極説ハ日本ニ於ケル通説ニシテ、債權ト雖モ權利ナル以上、物權ト同シク第三者ニ依リテ侵害スルコトヲ得ルモノナリト主張ス、大審院モ亦此見解ヲ採ル。(大正四年三月一〇日判決)

消極説ハ日本ニ於テハ少數説ナレトモ、獨逸ニ於テハ寧ロ通説ナリ、曰ク債權ハ相對權ニシテ第三者ニ對シテハ效力ナキカ故ニ第三者ハ之ヲ侵害スルコトヲ得スト。

之ニ關シテ余ハ別個ノ見解ヲ有ス、左ニ其概要ヲ述フヘシ。

抑モ債權侵害ノ可能ナルヤ否ヤハ要スルニ債權ニ外面的效力(第三者ニ對スル效力)ノ存スルヤ否ヤノ問題ナリ、效力ナケレハ侵害スルコトヲ得サ

ルハ理ノ當然ナレハナリ、而シテ外面の効力ノ存スルヤ否ヤハ一ニ吾成法ヲ解釋シテ決定スヘキ事實上ノ問題ナリ。

然レトモ吾現行法ノ解釋トシテハ債權ハ原則トシテ外面の効力ナキモノト解セサルヘカラス、其論據ノ一二ヲ擧ケレハ、第一ニ不動産ノ賃貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後其不動産ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其効力ヲ生スヘキコト、民法第六〇五條ノ規定スル所ナリ、此規定ノ半面ハ若シ登記ナキトキハ第三者ニ對シ効力ナキコトヲ意味スルモノト云ハサルヘカラス、從ツテ賃貸借ナル債權ハ原則トシテ第三者ニ對シ効力ナキモノト解セサルヘカラス。

借家法第一條モ此原則ニ對シ改正ヲ加ヘタルモノト云フヲ得ス、只登記ニ代フルニ其建物ノ引渡アリタルトキハ、爾後其建物ニ付キ物權ヲ取得シタル第三者ニ對シテモ其効力ヲ生スヘキコトヲ規定シタルノミ。

此點ハ民法カ物權ハ原則トシテ第三者ニ對シ對抗シ得ルモ、登記引渡ナ

キトキハ例外トシテ對抗シ得サルモノト規定シタルト正反對ナリ、(第一七七條、一七八條參照)故ニ物權ハ原則トシテ第三者ニ對シ効力ヲ有スレトモ、債權ハ原則トシテ効力ヲ有セサルモノト解セサルヘカラサルナリ。

又債權ノ請求權タル本質ヨリ觀察スルトキハ、債權ニハ必スシモ外面の効力ヲ與フル必要ナキモノト云フヘク、若シ常ニ外面の効力ヲ與フルモノトセハ却ツテ第三者ニ對シ苛酷且危險ナル結果ヲ生スヘシ、故ニ立法政策ヨリ觀ルモ債權ニハ原則トシテ外面の効力ヲ與ヘサルヲ適當トスヘク、吾民法モ此原則ヲ採用シタルモノト解スヘキ理由アリ、故ニ債權ニハ原則トシテ外面の効力ナキモノト解セサルヘカラス。

然レトモ法令ノ幾多ノ條文ヲ見ルトキハ、債權ニ外面の効力アルモノト解スルニ非サレハ説明スルヲ得サル場合多シ、例ヘハ前述登記引渡アル不動産賃貸借ノ場合ノ外、債權ノ讓渡(第四六六條以下)第三者ノ辨濟(第四七四條)債權者ノ代位、又ハ取消(第四二二條)第四二四條)破産、保證、轉貸等ノ場合ニ

於テハ債權カ第三者ニ對シテモ效力アルモノト解スルニ非サレハ説明スルヲ得サルナリ、故ニ債權ハ例外トシテ此等ノ場合ニハ第三者ニ對シ效力ヲ有スルモノト解セサルヘカラス、然ラハ一般的ニ其如何ナル場合ニ效力アリ如何ナル場合ニ效力ナキモノト解スヘキヤ？是レ此問題ノ中心點ナリ、余ハ法律カ第三者ノ覺知又ハ覺知可能ヲ以テ外面の效力附與ノ原因トシタル點ヨリ歸納シテ、債權ノ存在ヲ知リタル第三者ニ對シテハ常ニ外面の效力ヲ生スルモノト解セントス、然レトモ債權ノ存在ヲ知ラサリシ第三者ニ對シテハ原則トシテ外面の效力ナキモノト解セントス、從ツテ債權ノ存在ヲ知リタル第三者ハ故意又ハ過失ヲ以テ債權ヲ侵害スルコトヲ得レトモ、之ヲ知ラサリシ第三者ハ債權ヲ侵害スルコトヲ得サルモノト解ス、故ニ他人ノ使用人ナルコトヲ知リテ之ヲ誘拐シタル第三者ハ、債權侵害トシテ責ヲ負ヘトモ、之ヲ知ラサリシ第三者ハ債權侵害ノ責ヲ負ハス、是レ民法カ原則トシテ善意ノ第三者ヲ保護シ惡意ノ第三者ヲ保護セサル趣旨ト相

一致スルモノナリ。(尙詳細ナル論旨ハ拙著民法論集第七九頁以下參照)

乙 債權ト物權トノ差異

債權ハ請求權ニシテ、物權ハ支配權ナリ、故ニ權利ノ性質ニ於テ兩者根本的ニ相異レリ。

債權ハ債務者ノ特定ノ行爲ヲ要求スルコトヲ得ル權利ニシテ、債權ノ目的ハ債務者ノ行爲ナリ、故ニ物ノ供與ヲ目的トスル債權ノ場合ニ於テモ、債權者ハ直接其目的物ヲ支配スル權利ヲ有セス、只債務者ヲシテ其目的物ヲ供與セシムルコトヲ得ル間接的支配ヲ爲スコトヲ得ルノミナリ。

然ルニ物權ハ直接物ヲ支配スル權利ニシテ、支配ニ付キ他人ノ行爲ヲ要スルコトナシ、又支配權ノ性質上、一物ニ主ヲ容レサルノ原則ヲ生シ自ラ獨占的排他的トナリ、從ツテ優先權、追及權等ノ作用ヲ生スルニ至ルモノトス、故ニ物權者ハ債權者ニ優先シテ其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘク、又其物ニ追及シテ何人ニ對シテモ其返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ、是レ、物權

ト債權トノ性質ノ差異ヨリ生スル當然ノ結果ナリ。〔註五〕

〔註五〕 請求權ハ同一ノ債務者ニ對シ同時ニ數個成立スルコトヲ得ヘシ、是レ請求ナルコト其モノ、性質上何等相妨クルコトナケレハナリ、然レトモ支配權ハ同時ニ數個成立スルコトヲ得ス、是レ支配ナルコト其モノ、性質上一人ノ支配ハ他人ノ支配ヲ妨害シ、相併立スルコトヲ許サ、ルカ故ナリ、從ツテ支配權ハ必然的ニ獨占的且排他的トナラサルヲ得サルナリ。

丙 債務(Schuld)ト責任(Haftung)

債權ニ對スル義務ヲ債務ト謂フ、故ニ債務ト義務トハ範圍ノ差異ニシテ性質ノ差異ニ非ス、債權以外ノ權利ニ對スル義務ハ債務ト稱セス。

義務トハ或行爲、作爲、不作爲ヲ爲スヘキ法律上ノ拘束ヲ謂フ、故ニ其義務者カ其行爲ヲ爲ササルトキハ法律的手段ヲ以テ之ヲ強制スルコトヲ得ヘシ。

債務ト責任トハ其概念ヲ異ニス、債務アル場合必スシモ責任アリト云フコトヲ得ス。

之ニ關シテハ幾多ノ議論存在スル所ナレトモ吾現行法ノ解釋トシテハ此兩者ヲ確然區別スルヲ以テ正當トス。

責任ノ意義ニ付キテハ廣狹二義アリ、廣義ニ於テハ廣ク公私法ニ通スル責任ノ意義ヲ定メタル場合ニシテ、狹義ニ於テハ私法上ニ於ケル責任ノ意義ノミヲ定メタル場合ナリ。

廣義ニ於ケル責任トハ、或場合ニ或法律上ノ不利益ヲ生スヘキ法律的可能性ヲ謂フ、即チ責任ノ本質ハ法律的可能性ナリ、而シテ其可能性ハ或場合(機會)ニ或法律的不利益ヲ發生スヘキ法律的可能性ナリ、單ナル可能性ニシテ現在既ニ或不利益存在スルモノニ非ス、此點ニ於テ義務ト異ル、然レトモ或機會ニ逢會スルトキハ當然直ニ或不利益ヲ發生スヘキ可能性アルカ故ニ、現在ニ於テ既ニ一種ノ不利益ナル法律上ノ状態ト云ハサルヘカラス、而シテ其發生スルコトアルヘキ不利益ニハ種々アリ、新々ナル義務ノ發生、強制執行、處罰、免職、懲戒、敗訴ノ裁判等ノ如シ。

右述ヘタル不利益ノ中、新タナル義務ノ發生及強制執行ノ二場合ノミヲ特ニ私法上ノ責任即チ狹義ノ責任ト云フ。

先ツ廣義ノ責任ノ場合ヨリ例示センカ、十四歳以上ノ者ハ犯罪行為ヲ爲シタル場合刑法上ノ處罰ヲ受クヘキ責任(可能性)ヲ負ヒ、官公吏ハ不法行為又ハ職務懈怠アリタル場合免官辭職又ハ懲戒處分ヲ受クヘキ責任ヲ負ヒ、被用者ハ職務怠慢又ハ不誠實ナル場合解雇セラルヘキ責任ヲ負フ、ト云フカ如キ、總テ廣義ノ責任ノ範疇ニ屬スルモノナリ、天皇カ無責任ナリト云フハ斯ノ如キ法律的不利益ノ絶對ニ生セサルコトヲ意味ス。

次ニ私法上ノ責任ニ付キテハ更ニ二場合ニ分ツコトヲ要ス、強制執行ヲ受クルコトアルヘキ責任(可能性)ノ場合ト新タナル義務ヲ發生スルコトアルヘキ責任ノ場合ト是レナリ。

A、強制執行ノ責任

總テノ債務者ハ此責任ヲ負擔スルヲ原則トス、即チ債務者ハ常ニ履行遲

滯ニ陥リタルトキ、直ニ強制執行ヲ受クヘキ危險ヲ負擔ス、然レトモ此原則ニ對シテハ例外アリ、即チ債務者ニシテ債務ヲ負擔スルニ拘ハラズ強制執行ヲ受クル危險ナキ場合アリ、此場合ニハ債務アレトモ責任ナキコトナル、之ヲ自然義務(Obligatio naturalis)ト云フ、吾現行法上ニ於テハ制限外ノ利息債務(利息制限法第二條)強制和議ノ成立シタル場合ニ於ケル破産者ノ債務(破産法第二九〇條以下)ノ如キヲ其例トスルコトヲ得ヘシ。

之ニ反シ債務ナクシテ責任ノミ存在スル場合モアリ、所謂第三者ノ提供シタル質權抵當權ノ如キハ其例ナリ。

B、義務負擔ノ責任

此場合ハ責任者カ或場合ニ新タナル義務ヲ負擔スヘキ責任ヲ負フ場合ニシテ、更ニ二種ニ分ツコトヲ得、既ニ義務アル者カ更ニ新タナル義務ヲ負擔スヘキ責任ノ場合ト、未タ義務ヲ負擔セサル者カ新タナル義務ヲ負フ責任ノ場合ト是レナリ、例ヘハ債務者カ履行遲滯後ハ不可抗力ニ因ル損害ニ

對シテモ之ヲ賠償スヘキ責任ヲ負フカ如キハ前者ニシテ、法人カ理事其他ノ代理人ノ行爲ニ付キ責任ヲ負フカ如キハ後者ノ例ナリ。

此新タナル義務ヲ生スヘキ責任ノ場合ハ成法上其例極メテ多シ、通常法律カ責任ヲ負フト規定スル場合ハ多ク此場合ナリ、猶其例ヲ述ヘンカ、復代理人ヲ選任シタル代理人ノ責任、(第一〇五條以下)表見代理ノ場合ニ於ケル本人ノ責任、(第一〇九條以下)無權代理人ノ責任、(第一一七條)辨識能力者ノ不法行爲ノ責任、(第七〇九條)使用者ノ責任、(第七一五條)合名會社、合資會社ニ於ケル社員ノ責任、(商第六三條第一〇五條)株式讓渡人ノ責任、(商第一五四條)ノ如シ。

狹義ノ責任ニハ更ニ有限責任ト無限責任トノ二種アリ、強制執行ノ責任ニ於テモ義務負擔ノ責任ニ於テモ存在ス、強制執行ノ責任ニ於ケル有限責任ハ或一定限度以上ノ強制執行ヲ受クルコトナキ制限アル場合ニシテ、義務負擔ノ有限責任ハ發生スヘキ義務其モノニ制限アル場合ナリ。

又此兩者ニ付キ更ニ人的有限責任ト物的有限責任トアリ、人的有限責任トハ或一定額以上ノ強制執行ヲ受クルコトナク、又ハ義務ヲ負フコトナキ有限責任ニシテ、物的有限責任トハ或モノヲ以テノミ強制執行ヲ受ケ又ハ義務ヲ負擔スヘキ有限責任ヲ謂フ。

以上述フルカ如キ有限責任ニ非サル場合ヲ總テ無限責任ト云フ、責任者ハ無限責任ヲ負擔スルヲ原則トス。(註六)

〔註六〕左ニ吾現行法上ニ於ケル有限責任ノ各場合ヲ例證スヘシ。

(一) 強制執行ノ責任

A、人的有限責任、制限外ノ利息債務

B、物的有限責任、強制和議ノ成立シタル場合ニ於ケル破産者ハ破産財團ヲ以テノミ責任ヲ負フ、然レトモ債務ハ消滅セサルカ故ニ全債務ヲ辨濟スルニ非サレハ復權スルコトヲ得ス。(破産法第三六七條)

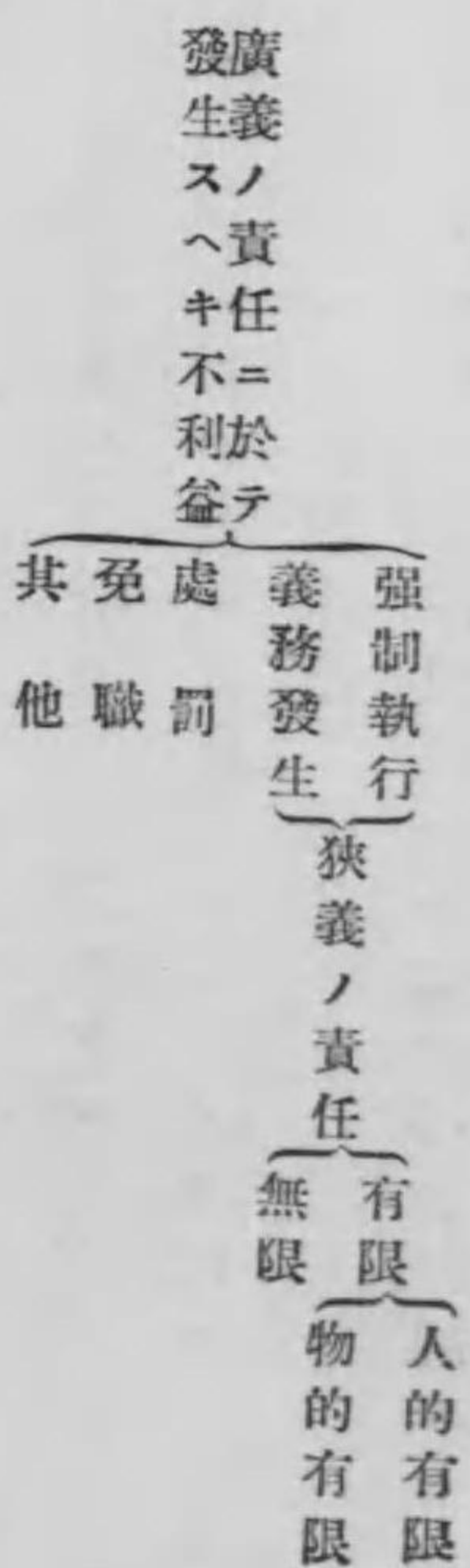
(二) 義務負擔ノ責任

A、人的有限責任、鐵道省ハ小荷物ヨリ生シタル損害ニ付キ百圓ヲ限度トシ

テ賠償ノ義務ヲ負フ。(鐵道運輸規定第四八條)

B、物的有限責任、船舶ヲ委付シタル船主ハ船舶運送貨ヲ以テノミ責任ヲ負フ。(商第五四四條)預證券ノ所持人ハ寄託物ヲ以テノミ責任ヲ負フ。(商第三六七條ノ二)

發生スヘキ義務ノ制限ト、既ニ發生セル義務ノ制限トハ之ヲ區別スルコトヲ要ス、船主ノ責任ノ如キハ委付ヲ爲シタル以上初メヨリ其限度ノ賠償義務ノミ發生シタルモノト解スヘキカ故ニ、發生スヘキ義務ノ制限トナレトモ、限定相續ヲ爲シタル相續人ノ義務ノ如キハ、既ニ發生セル義務ノ制限ニシテ、前述何レノ場合ニモ該當セサルナリ。
尙右ノ關係ヲ左ニ表示スヘシ。



第二章 債權ノ目的

第一節 總說

債權ハ債務者ノ行爲ヲ要求スルコトヲ得ル權利ニシテ、其債務者ノ爲スヘキ行爲ヲ債權ノ目的ト謂フ。

債權ノ目的タル行爲ハ原則トシテ如何ナル行爲ニテモ可ナレトモ、法律カ權利トシテ認ムルカ爲メニハ自ラ一種ノ制限ナカルヘカラス、即チ債權ノ目的タル行爲ハ可能、適法、且確定セルコトヲ要スルモノトス、不法、不能、不確定ナル債權ハ成立スルコトナシ。

此點ニ付キテハ、若シ債權カ法律行爲ヨリ發生スヘキ場合ニ於テハ、同時ニ法律行爲ノ目的カ不法、不能、不確定ナルカ故ニ、法律行爲其モノカ當然無效トナリ、從ツテ債權債務ヲ生スルコトナク、別ニ問題ヲ生セス、又債權カ法

律ノ直接規定ニ因リテ生スル場合ニ於テモ、不法、不能、不確定ナル債權ヲ發生セシムル法意ニ非サルモノト解スヘキカ故ニ、當然制限ヲ受ケ、不法、不能ナル債權ハ發生セサルモノト解スヘク、又不確定ナル債權ハ法律ノ規定ヲ解釋シテ其範圍ヲ確定スヘク、眞ニ不確定ナル債權ハ存在セサルモノト解スヘキナリ、民法第三九九條以下ノ規定ハ即チ債權ノ目的確定ニ關スル規定ナリ。〔註一〕

不法、不能ノ意義ニ付キテハ民法總論ニ於テ論述スヘキモノナルカ故ニ茲ニ之ヲ贅セス、拙著民法總論講義一九四頁以下參照、不確定ニ付キテモ亦然リ、唯注意スヘキハ債權ノ目的ハ初メヨリ確定セサルモ確定シ得ヘキ方法アルニ於テハ、猶債權トシテ成立スルコト是レナリ、即チ當事者ノ意思其他ノ方法ニ依リ確定スル方法存在スル場合ニ於テハ、猶債權ハ初メヨリ成立スルモノトス。

又債權ノ目的タル給付ハ債權者ニ利益ヲ與フルモノタルコトヲ要ス、是

レ總テ權利ハ利益ヲ獲得スルカ爲メノ法律上ノ力ナレハナリ、然レトモ其利益ナル意義ハ廣クシテ、獨リ金錢ニ見積ルコトヲ得ル利益ノミナラス、金錢ニ見積ルコトヲ得サル利益ヲモ包含スルモノトス、(第三九九條)然ラサレハ吾人ノ有スル總テノ利益ヲ完全ニ保護スルコトヲ得サレハナリ。〔註二〕

〔註一〕 法律ノ直接規定ニ因リテ債權ノ發生スル場合ニハ普通金錢債權ナルカ故ニ、不法、不能ノ問題ヲ生セスト雖モ、不當利得、原狀回復、償還義務(第三二條、第一二一條、第一九一條等)ノ債務ニ於テハ物ノ給付ヲ目的トスル場合アルカ故ニ問題ヲ生ス、然レトモ法律ノ直接規定セル債權ニ於テハ之ヲ不法ノ債權ト認メサルモノト解スヘク、絶對ニ不法不能ナル債權ハ成立セサルモノト解スヘキナリ、例ヘハ屍體、春畫、阿片煙等ノ給付義務ノ如キハ普通不法ナル債權ナレトモ、不當利得トシテ返還スヘキ場合ニハ不法ナル債權ト認メサルモノト解スヘキカ如シ。

〔註二〕 利益トハ二物間ニ於ケル好況の關係ヲ謂フモノニシテ、一般的ナルモノト特殊ナルモノトアリ、一般的ナルモノハ何人ニ對シテモ利益ヲ與フル場合ニシテ、從ツテ交換價值ヲ生シ、金錢ニ見積ルコトヲ得ルニ至ルモノナレトモ、特殊ナル場合ニハ或人ニ對シテノミ利益ヲ與フルニ過キサル場合ナルカ故ニ交換價值ヲ

生セス、從ツテ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノトス、例ヘハ系譜過去帳其他ノ記念品ノ如シ、前者ヲ通常價格ト云ヒ、後者ヲ特別價格ト云フ。

斯ノ如キ特殊の利益ト雖モ亦人生々生活上必要ナルコト勿論ナルカ故ニ、法律ハ權利トシテ之ヲ保護スルコト、セリ、然ラサレハ其返還請求ヲモ求ムルコトヲ得サル不都合ヲ生スレハナリ。

然レトモ羅馬法ニ於テハ債務不履行ノ場合ニ金錢賠償ノミヲ認メタル爲メ、金錢ニ見積リ得サル債權ノ成立ヲ認メサリキ、歐洲諸國ノ立法例亦概ネ之ニ倣フ、吾民法ハ此點ニ於テ一新機軸ヲ出シタルモノト云フコトヲ得ヘシ。

第二節 特定物債權

特定物債權トハ特定物ノ給付ヲ目的トスル債權ヲ云ヒ、其目的物カ當事者ノ意思又ハ法律ノ規定ニ因リ、特定セル場合ヲ謂フ、此場合ニハ最早其目的物特定セルヲ以テ其物ニ付キ生スル利害ノ變化ハ總テ債權者ノミ其影響ヲ受クルニ至ルモノナリ、即チ其物カ利益ニ變化スルモ債權者ノミ其利

益ヲ受ケ債務者ハ何等利益ヲ受ケサルト共ニ、不利益ニ變化スルモ債權者ノミ其損害ヲ負擔シ債務者ハ不利益ヲ受ケサルモノナリ、吾民法ハ特定物ニ關スル危險ハ債權者ニ於テ之ヲ負擔スヘキモノト規定シタレハナリ。

〔第五三四條〕〔註一〕

斯ノ如ク特定物ニ關スル危險ハ債權者ニ於テ之ヲ負擔スルカ故ニ、債務者モ亦自己ノ物ニ付キ用フルヨリモ程度高キ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保管セサルヘカラサルモノトセリ、(第四〇〇條)故ニ若シ債務者カ其注意ヲ缺キ目的物ヲ滅失毀損セシメタル場合ニハ其完全ナル損害賠償ヲ爲ササルヘカラサルモノトス。〔註二〕

〔註一〕 特定物ニ關スル危險負擔ノ原則ニ付キテハ、債權者主義債務者主義、所有者主義ノ三主義アリ、吾民法ハ債權者主義ヲ採用セリ、其結果トシテ債務者ニ對シ重キ注意義務ヲ課スル必要ヲ生スルニ至リタルモノナリ、故ニ第五三四條ト第四〇〇條トハ相對應表裏スル規定ナリト解スヘシ。

〔註二〕 注意トハ精神力ヲ傾注スルコトヲ云ヒ、其程度ニハ大體三種アリ、最大注意(又

ハ職務上ノ注意刑二一一條等)善良ナル管理者ノ注意(民第四〇〇條第六四四條第六七一條等)及自己ノ爲メニスル注意(民第六五九條第八〇五條第八八九條等)是レナリ。

最大注意トハ最高度ノ注意ニシテ、一定ノ職務ニ従事スル者ノ職務上要求セララルル注意ナリ、例ヘハ船長、運轉手、技師等ノ職務上用フヘキ注意ノ如シ、善良ナル管理者ノ注意トハ、羅馬法ノ所謂良家父ノ注意(*diligentia diligētis patris familias*)ニシテ、善良ナル管理者(良家父)ナル假定的人物カ用フルナルヘシト想像セラル、注意ヲ謂フ、從ツテ此注意ノ程度ハ抽象的ニ定マルカ故ニ、又抽象的注意ト稱ス。

自己ノ爲メニスル注意トハ、各人カ自己ノ物又ハ自己ノ事務ニ付キ用フル注意ヲ謂ヒ、通常善良ナル管理者ノ注意ヨリ其程度低シ、又法律モ其程度低キコトヲ豫想シテ規定セルヲ以テ、如何ニ注意深キ人ト雖モ善良ナル管理者以上ノ注意ヲ用フル必要ナキモノトス。

斯ノ如ク自己ノ爲メニスル注意ハ各人其程度ヲ異ニスルヲ以テ、一定シテ云フコトヲ得ス、故ニ又之ヲ具體的注意ト謂フ。

注意ノ半面ハ過失ナリ、過失トハ注意ヲ缺クコトヲ謂フ、其著シク缺キタル場合ヲ重過失(*Culpa lata*)ト云ヒ、輕微ニ缺キタル場合ヲ輕過失(*Culpa levis*)ト云フ。

債務者カ不特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ヲ負フ場合ニ於テハ其危險モ亦自ら負擔セサルヘカラサルカ故ニ、自己ノ爲メニスル注意ヲ以テ其物ヲ保管スレハ足ルモノナレトモ、特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ヲ負フ場合ニ於テハ其物ノ危險ヲ負擔セサルカ故ニ、善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ保管セサルヘカラサルモノナリ、然ラサレハ債權者ハ不測ノ損害ヲ被ルコトアレハナリ。

第三節 不特定物債權

不特定物債權トハ、不特定物ノ給付ヲ目的トスル債權ヲ云ヒ、其ノ目的物カ未タ具體的ニ確定セス、只其種類數量ノミ定マレルニ過キサル債權ヲ云フ、即チ所謂種類債權(*Gattungsbilgation*)ナリ、從ツテ此場合ニハ更ニ其給付スヘキ物ヲ確定セサルヘカラス、然ラサレハ其履行ヲ爲スコト能ハサレハナリ。然レトモ其確定スヘキ標準如何ニ付キテハ債權者債務者間ニ反對ノ利害關係ヲ有スルヲ以テ、最モ公平ニ決定セサルヘカラス、仍テ法律ハ若シ其法律行爲ノ性質又ハ當事者ノ意思ニ依リ其品質價值ヲ定ムルコト能ハサ

ル場合ニハ、中等ノ品質ヲ有スル物ヲ給付スヘキモノト規定セリ。(第四〇一條一項)〔註一〕

〔註一〕法律行為ノ性質ニ依リテ品質ノ定マル場合トハ、例ヘハ上品ヲ借り受ケタル消費貸借ノ債務者ハ上品ヲ返還スルコトヲ要スルカ如キヲ謂ヒ(第五八七條参照)當事者ノ意思ニ依リテ定マル場合トハ、特ニ當事者カ上品下等品ト指定シタル場合又ハ其用途ヲ示シテ其品質ヲ暗示シタル場合ノ如キヲ謂フ。法律ハ中等品ヲ給付スヘキコトヲ規定シタルカ故ニ、中等品ニ非サル物ヲ給付スルモ債務ノ履行トナルコトヲ故ニ債權者ハ其受領ヲ拒ムコトヲ得ヘシ、然レトモ若シ債權者カ進ンテ受領シタルトキハ一種ノ代物辨濟トナルヘシ。目的物カ權利又ハ人ナル場合ニハ、中等ノ價值ヲ有スルモノヲ給付スルコトヲ要スルモノト解スヘシ、例ヘハ額面千圓ノ公債證書ヲ給付スヘキ債務ヲ負フ場合ニ於テハ其價格利廻リ等ニ於テ中等程度ノ價值ヲ有スル公債證書ヲ給付スルコトヲ要スルカ如ク、女中、人夫、技術師等ヲ給付スヘキ場合ニ於テハ、中等程度ノ能力ヲ有スル者ヲ給付スルコトヲ要スルカ如シ。

不特定物ノ債務ノ目的物カ、具體的ニ特定スル方法ニ付キテハ大體三種

アリ、即チ左ノ如シ。

第一、當事者ノ合意

當事者双方カ目的物ニ付キ合意ヲ爲シタルトキハ、之ヲ以テ其目的物特定ス、敢テ其物ヲ分離シ又ハ獨立セシムルコトヲ要セス、是レ特定不特定ノ區別ハ當事者ノ意思ヲ以テ決スルヲ通常トスルカ故ナリ。

第二、債務者カ給付ヲ爲スニ付キ必要ナル行為ヲ完了シタルトキ

當事者双方合意セスト雖モ、債務者カ給付ヲ爲スニ付キ必要ナル行為ヲ完了シタルトキハ、之ヲ以テ其ノ目的物特定スルモノトス。(第四〇一條二項)

債務者カ給付ヲ爲スニ付キ必要ナル行為ヲ完了ストハ、若シ債權者ノ受領アルトキハ直チニ債務ノ消滅ヲ來スヘキ程度ニ、債務者ノ爲スヘキ總テノ行為ヲ完了シタル場合ヲ謂フ、例ヘハ債權者ノ住所ニ於テ債務ヲ履行スヘキ持參債務ノ場合ニ、其物ヲ債權者ノ住所ニ持參シ、債權者ニ其受領ヲ求

メタル場合ノ如キ、又債務者ノ住所ニ於テ履行スヘキ取立債務ノ場合ニ於テ、債務者カ履行ノ準備ヲ爲シテ債權者ニ其ノ受領ヲ催告シタル場合ノ如キヲ云フ。

斯ノ如ク、債務者カ給付ニ付キ必要ナル行爲ヲ完了シタルトキハ、債權者カ之ヲ受領セサルトキト雖モ、之ヲ以テ債權ノ目的物特定シ、以後其物ヲ以テ目的トスル特定物ノ債權ニ變化スルモノトス。〔註二〕

〔註二〕 債務者カ爲スヘキ行爲ヲ完了シタルモノト認ムヘキ時期ハ、持參債務取立債務ニ於テ前述ノ如ク若干ノ相違アルモノナリ、從ツテ持參債務ニ於テハ運送中不可抗力ニ因リ滅失シタル場合ニハ債務者ニ於テ其損害ヲ負擔セサルヘカラサレトモ、取立債務ノ場合ニ於テハ却ツテ債權者ニ於テ其損害ヲ負擔セサルヘカラサルモノナリ。

第三、債權者ノ同意ヲ得テ債務者カ其目的物ヲ指定シタルトキ、債權者ノ同意ヲ得テ債務者カ其目的物ヲ指定スル權利ヲ取得シタルトキハ、以後單獨ニ其目的物ヲ特定スルコトヲ得ルモノニシテ、最早其特定ニ

付キ債權者ノ同意ヲ要セサルモノナリ。(第四〇一條二項)

民法ハ債務者カ指定權ヲ取得スル場合ノミヲ特ニ規定スレトモ、當事者双方ノ合意アル以上債權者又ハ第三者ニ指定權ヲ與フルコトモ亦可能ナリト云ハサルヘカラス、從ツテ其場合ニハ債權者又ハ第三者ニ於テ其目的物ヲ指定シ特定スルコトヲ得ルモノナリ。〔註三〕

〔註三〕 債權ノ目的物カ特定スルモ、爲メニ當然其所有權カ債權者ニ移轉スルモノト解スヘカラス、所有權移轉ノ爲メニハ更ニ物權的行爲ナカルヘカラス、目的物ノ特定ハ單ニ債務ノ内容ヲ確定スルノミ。

此點ニ付キテハ債權的行爲ト物權的行爲トノ關係ニ付キ、佛法流ノ有因說ヲ採ルトキハ目的物ノ特定ヲ以テ物權モ亦移轉スルモノト解セサルヘカラサレトモ、吾人ハ絶對無因說ヲ採ルカ故ニ特定ハ單ニ債務ノ内容ヲ確定スルニ過キサルモノト解スルナリ。

目的物カ特定シタル後債務者ハ一方的ニ之ヲ變更スル權利ヲ有スルヤ否ヤ、是レ亦議論ノ存スル所ナレトモ、一旦特定シ危險モ債權者ニ移轉シタル以上隨意ニ

之ヲ變更スルヲ得サルモノト解スルヲ妥當トスヘシ、唯變更ヲ認ムル慣習アル場合ニ於テ當事者カ之ニ依ル意思アルモノト解スヘキ場合ニ於テノミ第九二條ノ適用ヲ見ルヘキノミ。

第四節 金錢債權

第一項 金錢債權ノ性質 *Geldschuld*

金錢トハ、交換ノ具ニ供セラレ、動産ヲ謂フ、即チ、金錢ハ交換ノ媒介ヲ爲シ、貨物ノ轉讓ヲ容易ナラシムルト共ニ、價格ヲ代表シテ、其支拂ノ具ニ供セラル、物ナリ、故ニ、金錢ハ最高度ノ融通性ヲ有シ、一般動産ト異リタル特質ヲ有ス、從ツテ又特別ナル原則ノ適用ヲ受クルモノナリ、是レ民法第四〇二條以下ニ於テ、特ニ金錢債權ニ關スル規定ヲ設ケタル所以ナリ。

金錢ニハ通貨ト自由貨トノ二種アリ、通貨トハ法律ノ定ムル所ニ依リ強制通用ノ效力ヲ有スル貨幣ヲ謂ヒ、現行貨幣法(明治三十年法律第十六號及

兌換銀行券條例(明治十八年布告第十八號等ニ於テ、其規定ヲ爲セリ、(註)自由貨トハ、強制通用ノ效力ヲ有セサレトモ、當事者間ノ合意ニ依リ事實上自由ニ通用スル貨幣ヲ謂フ、吾國ニ於テ外國貨幣カ事實上流通スルカ如キ其例ナリ。

金錢ヲ目的トスル債權ハ大別三種ト爲スコトヲ得、金額債權、金種債權及特定金錢債權是レナリ、前二者ハ一種ノ種類債權タル不特定債權ナレトモ、最後ノ場合ハ特定物ノ給付ヲ目的トスル特定債權ナリ。

〔註一〕吾貨幣法ニ依レハ、金貨、銀貨、白銅貨、青銅貨ヲ以テ通貨ト爲シ、金貨ハ無制限ニ強制通用ノ效力ヲ有スレトモ、其他ノ補助貨ハ一定ノ制限内ニ於テノミ強制通用ノ效力ヲ有スルニ過キサレトモ、即チ銀貨ハ十圓迄、白銅貨、青銅貨ハ壹圓迄ヲ限度トシテ強制通用ノ效力ヲ有スルモノトス、(貨幣法第七條從ツテ)以上ハ當事者間ノ合意ヲ以テ自由貨トシテノミ通用シ得ルニ過キサレトモナリ。

兌換銀行券ハ其性質一種ノ無記名債權ナレトモ、交換ノ具トシテ發行セラレタルモノナルカ故ニ、一種ノ金錢ニシテ且看做サレタル動産ナリ。(民第八六條三項)

金錢ノ有スル價格ハ之ヲ三種ニ區別スルコトヲ得ヘシ、名價(額面價格 Nennwert) 實價(金屬價格 Metallwert) 市價(流通價格 Kurswert) 是レナリ、名價トハ所謂額面價格ノ謂ニシテ、貨幣發行者カ通用セシメント欲シタル價格ヲ謂フ、實價トハ事實上其金錢ニ包含セシメタル地金ノ代價ヲ謂ヒ、市價トハ其金錢ノ市場ニ於ケル取引値段ヲ謂フ。

吾國ハ金貨本位ノ國ナルカ故ニ、金貨ニ於テハ名價ト實價ト相一致スルヲ要スレトモ、補助貨ニ於テハ相一致スルヲ要セス却ツテ、潰シテ防止スル爲メ故意ニ差異ヲ設クルヲ常トス。

名價ト市價トハ相一致スルヲ普通トスレトモ、時ニ差異ヲ生スルコトナキニ非ス、例ヘハ紙幣ノ濫發アリタルトキ金銀貨カ名價以上ノ市價ヲ生スルコトアルカ如シ。

第二項 金額債權 Summenschuld,

一定ノ金額ノ給付ヲ目的トスル債權ニ於テハ、債務者ハ其金額ニ充ツル迄自由ナル選擇ヲ以テ如何ナル通貨ヲ以テモ辨濟スルコトヲ得ルモノトス、債權者ハ之ヲ受領セサルヘカラス若シ受領セサルニ於テハ債權者遲滯

ノ責ニ任セサルヘカラサルモノナリ、是レ金錢ニ強制通用ノ效力ヲ有スル效果ナリ。(第四〇二條一項)

抑モ金額債權ハ一種ノ種類債權ニシテ、物ノ種類、數量ノミヲ示シテ債權ノ目的トナシタル債權ナリ、從ツテ種類債權ニ關スル第四〇一條ノ規定ノ適用ヲ受クヘキモノナレトモ、通貨タルノ特性ニ鑑ミ一種ノ特別ヲ設ケタルモノナリ、即チ通貨ニハ品等ノ區別ナキヲ以テ如何ナル通貨ニテモ給付シ得ヘキコト、及其指定權カ當然債務者ニ存シ、敢テ債權者ノ同意ヲ要セサルコトヲ定メタルモノナリ、サレト其他ノ點ニ於テハ、一般種類債權ニ關スル規定ノ適用ヲ受クルカ故ニ、當事者間ノ合意又ハ債務者ノ爲スヘキ行爲ノ完了等ニ因リテモ亦特定ヲ生スルモノトス。

第三項 金種債權 Geldsortenschuld

當事者カ金錢中或特種ノ通貨ノ給付ヲ以テ其目的ト爲スコトアリ、例ヘハ携帶上ノ便宜ノ爲メニ紙幣ヲ以テ壹千圓給付スルコトヲ約シ、又ハ兩替

ノ目的ヲ以テ銅貨ノミ拾圓給付スルコトヲ約スルカ如シ、斯ノ如キ場合ニハ其特種ノ通貨ニテ一定額ノ給付ヲ爲スコトヲ要シ、他ノ通貨ヲ以テ給付スルコトヲ得サルモノトス。(第四〇二條一項但書)

然レトモ金種債權ニハ二種類存在シ、普通ノ金種債權(所謂相對的金種債權)ハ通貨トシテノ特種ノ金種ノ給付ヲ目的トスルモノナルカ故ニ、若シ其金種ニ強制通用ノ效力ヲ失ヒタルトキハ、他ノ強制通用力アル通貨ヲ以テ給付セサルヘカラサルモノトス、(第四〇二條二項)然レトモ絶對的ニ或特種ノ金種ノ給付ヲ目的トシタル場合ニハ、(所謂絶對的金種債權)其金種ニ強制通用力アリヤ否ヤヲ問ハス常ニ其金種ヲ給付セサルヘカラサルモノトス。

〔註一〕

相對的金種債權ノ場合ニハ、通貨タルコトヲ其前提トスルカ故ニ、通貨タル性質ヲ失フトキハ給付ノ目的タル能ハサルニ至ルモノナレトモ、絶對的金種債權ノ場合ニハ初メヨリ其通貨タリヤ否ヤヲ問ハサル場合ナルカ故ニ、通貨ニ非サルニ至ルモ尙其給付ヲ爲サ、ルヘカラサルモノトス、例ヘハ明治三十年頃壹圓銀貨ヲ

以テ拾圓給付スルコトヲ約シタル場合ニ於テ、其後壹圓銀貨カ強制通用ノ效力ヲ失フモ猶其壹圓銀貨ヲ以テ給付セサルヘカラサルカ如シ。

第四項 特定金種債權

金種モ亦一ノ物ナルヲ以テ、之ヲ特定物トシテ給付ノ目的トナスコトアリ、例ヘハ金種ノ寄託ヲ受ケ、又ハ其運送ヲ爲ス場合ノ如シ、斯ノ如キ場合ニハ純然タル特定物ノ債權トシテ一般原則ノ適用ヲ受クヘキモノナリ、然レトモ此場合ハ金種タル特質ニ基ク債權ニ非サルカ故ニ、法律カ金種債權トシテ特別ナル規定ヲ設ケタル場合ニハ其適用ヲ受ケサルモノトス、例ヘハ第四一九條ノ如シ。

第五項 外國貨幣債權

外國貨幣ハ吾國ニ於テハ通貨トシテノ強制通用力ナキコト勿論ナレトモ、自由貨トシテ事實上取引ノ目的トナルコト尠シトセス、故ニ民法ハ内國通貨ノ給付ニ關スル規定ヲ之ニ準用シ、以テ其便宜ヲ計リタリ、(第四〇二條

三項從ツテ外國貨幣債權ニ於テモ金額債權、金種債權及特定金錢債權ノ三種存在スルモノトス。

當事者カ債權額ヲ外國貨幣ノ一定ノ數量ヲ以テ指定シタルトキハ、辨濟モ亦外國貨幣ヲ以テ爲ス意思ナルヲ通常トスルカ故ニ、債務者ハ其外國貨幣ヲ以テ辨濟セサルヘカラサルモノトス、然レトモ日本ニ於テ辨濟ヲ爲ス場合ニ於テハ、外國貨幣ヲ取得スルコト困難ナルノミナラス、債權者モ結局其債權額ニ相當スル價額ヲ取得スレハ足ルモノナルヲ以テ、民法ハ特ニ規定ヲ設ケ、債務者ハ其履行地ニ於ケル爲替相場ニヨリ、日本ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ、(第四〇三條)即チ債務者ニ一種ノ變更權ヲ與ヘタルモノナリ、然レトモ當事者カ明カニ外國貨幣ヲ以テ履行スヘキコトヲ定メタル場合ニハ其適用ナシ。(註一)(註二)

〔註一〕此場合若シ債務者カ絶對ニ外國貨幣ヲ以テ履行スルコトヲ要スルモノトセハ、債務者ハ先ツ外國貨幣ヲ取得セサルヘカラス、從ツテ其爲メニ若干ノ手数料(爲

替料)ヲ支拂ハサルヘカラス、又債權者カ受領シタル後之ヲ使用セントセハ、更ニ之ヲ日本貨ニ替ヘサルヘカラス、其爲メニ再ヒ若干ノ手数料ヲ支拂ハサルヘカラス、故ニ二重ノ損害ヲ被ルモノト云フヘシ、從ツテ債務者カ日本貨ヲ給付スルコトハ必スシモ債權者ニ對シ損害ナリト云フコトヲ得サルナリ。

此故ニ余ハ第四〇三條ノ規定ハ履行地カ日本内地ナル場合ニ於テノミ適用アルモノト解ス、外國ニ於テ履行スヘキ場合ニハ必ス外國貨幣ヲ以テ給付セサルヘカラス、然ラサレハ債權者ニ對シ甚タ迷惑ナル結果ヲ生スレハナリ。

〔註二〕履行地ニ於テ爲替相場ノ存セサル場合ニハ、履行地ニ最モ近キ地ニ於ケル爲替相場ニ從ヒテ換算スヘキモノト解スヘシ、(商法第四九一條準用)又其標準時期ハ履行期(履行セサルヘカラサル時期)ニ從ヒテ定ムヘク、現ニ履行スル時期(支拂日)ニ從ヒテ定ムヘキモノニ非ス、故ニ一月一日ニ於テ履行スヘキ場合ニハ、相場ノ變動如何ニ拘ハラズ一月一日ノ相場ニ從ヒテ定ムヘク、現ニ履行スル十月一日ノ相場ニ從ヒテ定ムヘキモノニ非サルナリ、是レ債權者ハ履行期ニ於ケル其額ヲ取得スル權利ヲ有シタルモノナレハナリ、但遲延利息ニ付テハ特ニ其履行期ノ定メナキ限り現ニ履行スル時期ノ相場ニ依ルヘキモノナリ。

第五節 利息債權

第一項 利息ノ意義 *Zinsen, interetis*

利息ナル語ハ法令ニ於テ極メテ多ク使用スル所ナレトモ、其意義區々ニシテ到底其全部ヲ網羅スル定義ヲ與フルコト能ハス、故ニ寧ロ其學理的性質ニ基ク定義ヲ與ヘ、以テ其大部分ノ利息ノ意義ヲ闡明スルノ外ナキモトス。

學理的性質ニ基ク定義ニ二種アリ、經濟學的の見地ニ基ク定義ト、法律學的の見地ニ基ク定義ト是レナリ、經濟學的の見地ニ基ク定義ニハ或ハ流動資本ヨリ生スル所得ナリト稱シ(石坂氏二三三頁)或ハ元本使用ノ對價ナリト稱ス、(横田氏一七一頁)然レトモ法律學上ノ利息ノ概念ヲ定ムルニ當リ、經濟學上ノ見地ヲ以テスルハ説明ノ方法ヲ誤ルモノト云ハサルヘカラス、故ニ余ハ法律學上ノ見地ヨリ利息ノ定義ヲ與ヘントス、即チ左ノ如シ。

利息トハ債權者ノ所有物ニ非サル物ヲ給付スル債務(元本債務)ヲ負擔スル者カ、其債權者ニ對シ元本債務ト一定ノ割合ヲ以テ期間ニ應ジ他ノ物ヲ給付スル從タル債務ヲ謂フ、而シテ此債務ニ基キ給付シタル物モ亦利息ト謂フ、尙左ニ之ヲ解説セン。

第一、利息ナル語ニハ二義アリ、從タル債務其モノヲ指ス場合ト、其債務ニ基キ給付シタル金錢其他ノ物ヲ指ス場合ト是レナリ、然レトモ原則トシテ從タル債權ヲ指スモノト解スヘシ、法典モ主トシテ其意義ニ用ヒタレハナリ、利息カ物ヲ指ス場合ハ寧ロ僅少ナル例外ノ場合ニ屬ス。^{〔註一〕}

〔註一〕利息カ債權ヲ指スヤ物ヲ指スヤハ觀念上大ナル差異アリ、然ルニ吾國ノ從來ノ學說ハ利息ヲ以テ物ヲ指スモノト解スルニ一致セリ、(石坂氏二三三頁)横田氏一七一頁、川名氏八二頁、鳩山氏三四頁サレトモ吾法典ノ解釋トシテハ原則トシテ債權ヲ指スモノト解スルヲ正當トス、其論據ノ二三ヲ舉クレハ、

(一)民法第三四六條ニ於テ利息ノ規定ヲ爲シ、其次條ニ於テ前條ニ掲ケタル債權云々ト規定シタルヲ以テ見レハ利息ハ債權ヲ指スモノト解セザルヘカラス。

- (二) 第三七四條ニ利息其ノ他ノ定期金云々ト規定シタルヲ以テ見レハ利息ハ定期金債權ノ一種ナリト解セサルヘカラス。
- (三) 第四〇五條ニ於テ利息ヲ元本ニ組入ル、コトヲ規定ス、是レ利息モ元本モ共ニ債權ナルコトヲ前提トスルモノナリ、物ハ權利ニ組入ル、コトヲ得サレハナリ。
- (四) 第二九七條、第四九一條等ニ於テ利息ニ充當ス「ナル語ヲ使用セリ、是レ利息ヲ以テ債權ト解スルニ非サレハ説明スルヲ得サル所ナリ。
- 以上ノ如ク利息ハ原則トシテ債權ノ意義ニ解スヘキモノナレトモ、第六四七條、第六六九條ノ場合ノ如キハ物ノ意義ニモ解セラレサルニ非ス、故ニ利息ナル語ハ廣ク二義的ニ解スルヲ可トス、又此例ハ獨リ利息ニ限ラス元本、違約金、定期金等ノ意義ニ付キテモ同一ニ説明スルコトヲ得ヘシ。

第二、利息ハ從タル債務ナリ。

利息ハ主タル元本債權ニ從タル債務ニシテ、主タル債權ナケレハ成立スルヲ得サル債務ナリ、又主タル債權ト其運命ヲ共ニスヘキ債務ニシテ、主タル債權ノ處分ハ當然其利息債務ニ及フヲ原則トス。(第八七條準用)(註二)

利息ハ從タル債務タルト共ニ一種ノ定期金債務ナリ、從ツテ一般定期金債權ト同シク基本債權ト支分債權トニ分ツコトヲ得ヘシ、元本ト一定ノ割合ヲ以テ或給付ヲ爲スコトヲ要スル抽象的債務ヲ基本債務ト云ヒ、其債務ニ基キ期間ノ經過ト共ニ生スル個々ノ具體的債務ヲ支分債務ト謂フ、例ヘハ毎年壹割宛ノ利息ヲ支拂フヘキ債務ハ基本債務ニシテ、昨年度分ノ百圓ノ利息ヲ支拂フヘキ債務ノ如キハ支分債務ナルカ如シ。(註三)

〔註二〕 利息ハ從タル債務ナルカ故ニ、元本債權カ發生セス又ハ消滅スルトキハ當然利息債務モ發生セス又ハ消滅スルモノトス、又元本債權カ讓渡相續セラル、トキハ當然之ニ從ツテ讓渡相續セラル、モノナリ、利息ノミ元本債權ト分離シテ處分スルコトヲ得サルモノトス。

然レトモ利息カ從タル性質ヲ有スト云フハ其基本債權ニ付キテノミ云フモノニシテ、支分債權ニ付キテ云フモノニ非ス、故ニ支分債權ハ元本ノ消滅ニ拘ハラス尙存續シ、又元本ト分離シテ處分スルコトヲ得ルモノトス。

〔註三〕 法典ニハ利息ヲ法定果實トシテ規定スル場合多シ、然レトモ利息ト法定果實

トハ全然同一範圍ト云フヲ得ス、即チ法定果實ハ元本使用ノ對價ナルカ故ニ(第八條)地代小作料ノ如キ利息ニ非サル物ヲモ包含シ、又一方ニハ法定利息ノ多クノ場合ノ如ク、法定果實ニ非サル物モ利息ト稱セサルヘカラサレハナリ。

第三、元本債權ハ債權者ノ所有物ニ非サル物ヲ給付スル債務ナルコトヲ要ス。

元本債務ハ債務者カ債權者ノ所有物ニ非サル自己ノ物ヲ給付スル債務ナルコトヲ要ス、若シ債權者ノ所有物ヲ給付スル場合ニハ、其從タル給付ヲ使用料(地代小作料)又ハ(借賃)ト稱シ、利息トハ稱セス、使用料ト利息ト異ル所ハ、一ハ債權者ノ所有物ヲ給付シ、一ハ然ラサル物ヲ給付スル點ニ存スルナリ。(註四)

〔註四〕此原則ニ對シテハ極メテ僅少ナル例外ヲ除キ法典ノ利息ノ意義ト完全ニ合致ス、其極メテ僅少ナル例外トハ第七〇四條ニ於テ惡意ノ占有不當利得者ガ利息ヲ附シテ返還スル場合ナリ、此場合ニハ債權者ノ所有物ヲ返還シテ尙利息ヲ支拂フカ故ニ例外ヲ爲ス、然レトモ其他ノ場合ハ常ニ債權者ノ所有物ニ非サル物ヲ給

付スル場合ナリ。

第四、利息ハ元本債權ト一定ノ割合ヲ以テ期間ニ應シ給付スル債務ナリ。利息債務ハ元本債務ニ對シ一定ノ割合ヲ保ツコトヲ要ス、其割合ヲ利率ト謂フ、又期間ニ應シテ給付スルモノナルコトヲ要ス、故ニ期間長ケレハ多ク、短ケレハ尠シ、是レ一時的給付ノ禮金、違約金、手數料等ト異ル所ナリ。

然レトモ利息ノ目的物ハ金錢ニ限ルコトヲ要セス、又元本債權ト同種ノ物タルコトヲ要セス、異種ノ物ヲ以テ目的ト爲スモ何等妨ケナシ、從ツテ例ヘハ貸金千圓ノ利息トシテ毎年米十俵ヲ給付スルコトヲ約スルモ亦利息ナリ。(註五)

〔註五〕利息債權ハ元本債權ト一定ノ割合ヲ以テ定期的ニ生スルカ故ニ、定期金債權ノ性質ヲ有スルニ至ルモノナリ、若シ一定ノ割合ナクハ一時的給付ト何等異ル所ナキニ至ルヘシ。

利息カ元本債權ト同種ノ物ナルコトヲ要セサル點ハ獨リ經濟的ニ斯ノ如キ制限ヲ附スル必要ナキノミナラス、法典上ニ於テモ之ヲ認メタル場合多シ例ヘハ金錢

以外ノ物ヲ不當利得トシテ給付スル場合ニ於テモ利息ハ金錢ヲ以テ支拂フヲ常トス從ツテ其間ニ差アリ、第六九一條、第四四二條等ノ場合ニ於テモ亦然リ、又米麥、酒醬油等ノ消費貸借ニ於テモ利息ハ普通金錢ヲ以テ支拂フヘシ、故ニ契約上ノ利息ニ於テモ差異ヲ生スルコトアリ得ヘシ。

或ハ曰ハン、利息ト元本ト異種物ナルトキハ利率ヲ定ムルコトヲ得サルヘシト、然リ計算ノ困難ハアリ、然レトモ利息モ元本モ之ヲ金錢ニ換算シテ計算シ得サルニ非サルナリ。

第二項 利息ノ種類

債權アルトキハ當然之ニ對シ利息ヲ生スルモノニ非ス、利息ヲ生スルカ爲メニハ特ニ其原因ナカルヘカラス、而シテ其發生原因ハ一般債權ト同シク法律行爲及法律ノ直接規定ナリ、前者ヲ法律行爲上ノ利息又ハ約定利息ト謂ヒ、後者ヲ法律上ノ利息又ハ法定利息ト稱ス。〔註一〕

約定利息ハ法律行爲ヲ以テ定メラレタル利息ナルカ故ニ、其利率、利息計算ノ方法、又ハ其支拂ノ時期ノ如キモ、亦法律行爲ヲ以テ定メラル、ヲ常ト

ス、又慣習ニ依ル意思アル場合ニハ之ニ從フ、第九二條然レトモ若シ利率ノ定メナキトキハ年五分トシ、〔第四〇四條〕利息ノ種類ニ付キ定メナキトキハ同種ノ物ト解スヘク、支拂時期ニ付キ定メナキトキハ元本返還ト同時ナリト解スヘシ。

法定利息ハ法律ノ直接規定ニ因リ利息ヲ生スル場合ニシテ、民法商法等ニ甚タ多ク散見ス、民法第四四二條、第六四七條、第六五〇條、第六六九條、第七〇四條等ハ其例ナリ。

法定利息ノ場合ハ其利率ハ常ニ年五分トス、〔第四〇四條〕而シテ利息ノ種類ハ特別ノ明文ナキ限り金錢ヲ以テ計算スヘク、其支拂ノ時期ハ元本債務ト同時又ハ支拂ノ請求アリタル時ト解スヘシ。

〔註一〕 約定利息ナル語ヲ契約ヲ以テ定メタル利息ナル意味ニ解スルトキハ不正確ナリ、契約以外ノ一方行爲例ヘバ遺言ヲ以テモ利息ヲ附スルコトヲ得レハナリ、然レトモ事實上殆ト全部契約ヲ以テ定メラル、カ故ニ、一般ノ慣用語トシテ約定利

息ト稱セラル、ニ至レリ。

第三項 利率 Zinssatz

利率トハ利息債權ノ元本債權ニ對スル割合ヲ謂フ、而シテ之ヲ定ムル方法ニモ亦法律行為ニ因ル場合ト法律ノ直接規定ニ因ル場合トアリ、前者ヲ法律行為上ノ利率又ハ約定利率ト謂ヒ、後者ヲ法律上ノ利率又ハ法定利率ト謂フ。

約定利率ハ當事者ノ意思ヲ以テ定メラル、利率ニシテ、需要供給、信用ノ厚薄等ニ因リ同シカラス、然レトモ私人間ノ金錢貸借ノ場合ニ於テ、高利貸カ債務者ノ困窮ニ乘シ、又ハ其無思慮無經驗ヲ奇貨トシテ、過當ノ利息ヲ貪ルカ如キハ許スヘカラサル所ナルカ故ニ、利息制限法(明治十年布告第六六號)ハ百圓未滿ノ貸借ハ年一割五分、百圓以上千圓未滿ハ年壹割貳分、千圓以上ハ年壹割ヲ超ユルコトヲ得サルモノトシ、若シ之ヲ超過スルモ裁判上無効ノモノト規定セリ、(同法第二條)然レトモ其超過部分モ自然義務トシテ債

務アルモノナルカ故ニ、一旦給付シタル後ハ其返還ヲ請求スルヲ得サルモノナリ。(註一)(註二)

法定利率ハ法律ノ規定ヲ以テ定メラレタル利率ニシテ、法定利息ノ場合タルト約定利息ノ場合タルトヲ問ハス、苟クモ利率ノ定メナキ場合ニハ常に適用セラル、利率ナリトス、而シテ其率額ハ原則トシテ年五分ナレトモ、(第四〇四條)商行爲ニ因リテ生シタル債權ニ付キテハ年六分トセリ、(商法第二七六條)是レ商業上ニ於テハ稍々利廻リ良キヲ常トスルカ故ナリ。

〔註一〕利息制限法ハ總テノ約定利率ニ付キ適用アルモノニ非ス、或特殊ノ債權ニ限ルモノナリ、即チ(一)元本債權ハ金錢貸借ニ因ル債權ナルコトヲ要ス、故ニ金錢以外ノ物ノ貸借ノ場合又ハ金錢債權ト雖モ貸借ニ基カサル債權(例ヘハ賣掛代金ニ利息ヲ附スルカ如シ)ニ付キテハ適用ナシ、(二)利息ハ人民相互間ノ契約ヲ以テ定メタルモノナルコトヲ要ス、故ニ國家其他ノ公法人間又ハ公法人ト私人トノ間ノ契約ニ因ル約定利率ニハ適用ナシ。(利息制限法第一條、第二條)

第四〇五條ニ依リ利息ヲ元本ニ組入レタル結果、制限額以上ノ利率トナリタル場

合ニ超過利息トシテ裁判上無効トナルヤ否ヤニ付キテハ議論アリ然レトモ余ハ組入レタル利息ハ貸借上ノ債權ト云フヲ得サルヲ以テ元本債權ノ一部ヲ成スト雖モ元本トシテノ制限ヲ受ケサルモノト解ス。

〔註二〕利息制限法ニ違反シタル利息ト雖モ一旦支拂ヒタルトキハ最早其返還ヲ請求シ得サルコトハ大審院初メ一般ニ認メラル、所ナリ、但反對説ナキニ非ス、只其説明ノ方法ヲ異ニスルノミ。

大審院ハ不法ノ原因ニ基ク給付ナルカ故ニ返還ヲ請求シ得スト判示ス、明治三五年オ二一九號同年一〇月二五判決然レトモ利息制限法ニ違反シタル利息契約ヲ悉ク公序良俗ニ反スル契約ナリト斷定スルハ特別ノ明文ナキ吾民法ニ於テハ不當ナリ、(獨民第一三八條參照)又假リニ不法ノ原因ニ基ク給付トスルモ其不法ノ原因ハ債權者ニノミ存スルモノト解スヘキカ故ニ第七〇八條但書ニ依リ返還ヲ請求シ得ヘキ道理ナリ、故ニ判例ハ其當ヲ得ス。

又一派ノ學者ハ債務ナキコトヲ知リテ給付シタルモノナルカ故ニ返還ヲ請求シ得スト主張ス、(横田氏一八三頁)然ラハ債務ナキコトヲ知ラサリシ債務者ハ返還ヲ請求シ得ルニ至ルヘシ。(第七〇五條)

斯ノ如クナルカ故ニ自然義務ノ觀念ヲ以テスルニ非ザレバ到底此關係ヲ完全ニ

説明スルコトヲ得サルナリ。

第四項 重利(複利) Zinseszins

利息ニ對シテハ當然更ニ利息ヲ生スルコトナシ、故ニ如何ニ利息額カ増加スルモ債權者ハ之ニ對シテ當然利息ヲ請求スルコトヲ得ス、然レトモ當事者カ利息ニ利息ヲ附スヘキコトヲ契約シタルトキハ、更ニ利息ヲ生スヘク、又法律ニ於テ利息ニ利息ヲ生スヘキコトヲ規定シタル場合ニハ、利息ヲ生スヘシ、前者ヲ約定重利ト謂ヒ、後者ヲ法定重利ト謂フ。

約定重利ニハ更ニ二種アリ、一ハ當事者カ豫メ一定額ノ利息ヲ生シタルトキ當然之ニ對シ更ニ利息ヲ附スヘキコトヲ約シタル場合ニシテ、他ハ既ニ生シタル利息ニ付キ更ニ利息ヲ附スヘキコトヲ約スル場合ナリ、何レノ場合ニ於テモ其利息額ヲ通算シタル額カ利息制限法ニ違反セサル限り裁判上ニ於テモ有效ニ請求スルコトヲ得ルモノトス。(註一)

法定重利ノ場合ハ民法第四〇五條其他ニ於テ規定セリ、例ヘハ商法第二

九五條貯蓄銀行條例第一條等第四〇五條ノ規定ニ據レハ、利息カ一年分以上延滞シタル場合ニ於テ債權者カ其支拂ヲ催告スルモ債務者カ之ヲ支拂ハサルトキハ、債權者ハ一方的ニ之ヲ元本ニ組入ルルコトヲ得ヘク、元本ニ組入レタルトキハ以後元本債權ノ一部トシテ更ニ其利息ヲ生スルニ至ルモノトス。〔註一〕〔註二〕

〔註一〕重利ヲ認ムルトキハ速ニ利息額増加スルカ故ニ之ヲ禁スル立法例ナキニ非ズト雖モ、支拂ハサル利息ニ對シ更ニ利息ヲ生スヘキハ一面ニ於テ當然ノ事ト云フヘキカ故ニ吾民法ハ之ヲ認メタリ、然レトモ約定重利ノ場合ニ於テ其利息額カ利息制限法ニ違反スルトキハ當然其制限ヲ受クヘキモノト解スヘシ、然ラサレハ重利ノ名ヲ以テ事實上制限法ニ違反スルコトヲ得ルニ至ルヘケレハナリ、例ヘハ五百圓ノ貸借ニ於テハ年一割二分以上ノ利息ヲ請求スルヲ得サレトモ、從ツテ六十圓以上請求スルヲ得ス之ヲ重利トシ、毎月利息ヲ元本ニ組入ル、トキハ年額六十七圓ノ利息ヲ請求シ得ルコト、ナリ一割二分ヲ超過スルニ至ルカ如シ。

〔註二〕第四〇五條ノ法定重利ヲ生スルカ爲メニハ從ツテ左ノ要件ヲ必要トス。
一、利息カ一年分以上延滞シタルコト。故ニ一年分ニ滿タサル利息カ延滞スル

場合ニハ何十年延滞スルモ組入ル、コトヲ得ス、又其辨濟期カ到來セサル爲メ未タ延滞ト云フヲ得サル場合ニハ之ヲ組入ル、ヲ得ス、然レトモ一年分以上ノ利息延滞スルトキハ一日延滞スルモ直ニ催告シテ組入ル、コトヲ得ヘシ。

二、催告ヲ爲スモ債務者カ之ヲ支拂ハサルコト。債權者ハ一應其利息ノ支拂ヲ債務者ニ催告スルコトヲ要ス、催告スルモ尙相當ノ期間内ニ之ヲ支拂ハサル場合ニ於テノミ初メテ之ヲ元本ニ組入ル、コトヲ得ルモノトス、然ラサレハ債務者ニ對シ甚タ苛酷ナル結果ヲ生スレハナリ。

以上ノ要件ヲ具備スルトキハ債權者ハ利息ヲ元本ニ組入ル、權利ヲ取得ス、此權利ハ一種ノ形成權ナリ、然レトモ之ヲ行使スルヤ否ヤハ債權者ノ隨意ニシテ又之ヲ行使ストスルモ其全部ヲ組入ル、ヤ一部ヲ組入ル、ヤモ債權者ノ隨意ナリ、而シテ之ヲ行使スル場合ニハ更ニ債務者ニ對スル其旨ノ意思表示ヲ以テ之ヲ行使スヘキモノトス。(第一二三條準用)

〔註三〕利息ヲ元本ニ組入ルトハ支分債權タル利息ヲ元本ニ併合スルコトヲ謂フモノニシテ、基本債權タル利息ヲ元本ニ合體スルコトヲ謂フモノニ非ス、却ツテ基本債權タル利息ハ以後併合セラレタル元本債權ニ從トシテ更ニ其支分債權タル利息ヲ發生セシムルモノナリ。

第六節 選擇債權

第一項 選擇債權ノ性質 *Wahlschuld*.

選擇債權トハ債權ノ目的カ數個ノ給付中選擇權者ノ選擇ニ因リテ確定スヘキ一個ノ債權ヲ謂フ、尙左ニ之ヲ解説セシ。

第一、選擇債權ハ一個ノ債權ナリ。

選擇債權ハ一個ノ債權ニシテ、數個ノ債權ニ非ス、只一般債權ト異ル點ハ、其債權ノ目的カ初メヨリ確定セス、數個ノ給付中選擇權者ノ選擇ニ因リ初メテ確定スヘキ不確定債權タル點ニ在リ、即チ債權ノ目的ハ當初未タ具體的ニ確定セスト雖モ、債權ノ目的トシテ選擇セラルヘキ候補者タル給付ハ既ニ確定シ、債權ノ目的ハ其候補者タル給付中ヨリ選擇シテ確定セラルヘキ債權ナリ。

斯ノ如クナルカ故ニ選擇債權ニ於テハ數個ノ給付存在スレトモ是レ債

權ノ目的タルヘキ候補者ニ過キス、未タ債權ノ目的其モノニ非ス、從ツテ給付ノ數ニ應スル數個ノ債權アリト解スヘカラス、其數個ノ給付中ヨリ選擇セラレタル給付ノミカ其債權ノ目的トナルモノナリ。〔註一〕

〔註一〕 選擇債權ヲ以テ給付ノ數ニ應スル數個ノ債權カ條件的ニ存在スルモノナリト論スル學者ナキニ非スト雖モ、梅博士要義二八頁 *Adiikes, Bedingungen, S. 31* 此學說ハ債權ノ目的ト給付トノ關係ヲ混淆スル謬說ナリ、債權ノ目的トハ債權ノ内容ト云フ意味ニ過キス、給付トハ或種ノ行爲ヲ謂フ、債權ノ目的ハ給付ヲ以テ成ルト雖モ、總テノ給付ハ債權ノ目的トナルモノニ非ス、債權ノ目的タラサル給付モ存在スヘシ、例ヘハ第四八二條ニ於テ「負擔シタル給付」ト云フハ債權ノ目的タル給付ヲ謂ヒ、他ノ給付」ト稱スルハ債權ノ目的タラサル給付ヲ謂フカ如シ。

此故ニ選擇債權ニ於テモ數個ノ給付存在スルモ之ヲ以テ直ニ數個ノ債權アリト解スヘカラス、其數個ノ給付中選擇セラレタル給付ノミカ債權ノ目的タル給付トナリ、選擇セラレサル給付ハ債權ノ目的タラサル給付トナルモノナリ、法典ニ於テモ「債權ノ目的カ數個ノ給付中選擇ニヨリテ定マルヘキトキハ」第四〇六條「云々」ト規定シ、數個ノ給付ハ債權ノ目的タルヘキ候補者ニ過キサルコトヲ明示セリ、第四

一〇條ニ於テモ「債權ノ目的タルヘキ給付中」云々ト規定シテ之ヲ表明セリ
選擇債權ニ於テ債權ノ目的カ初メヨリ確定セサル點ハ特定物ノ債權ト異ル所ナ
レトモ債權ノ目的タルヘキ候補者タル給付カ初メヨリ確定セル點ハ、普通ノ不特
定物ノ債權（種類債權）トモ異ル所ナリ。

第二、選擇債權ハ債權ノ目的カ選擇權者ノ選擇ニ因リテ確定スヘキ債權
ナリ。

選擇債權ハ擇一的債權ノ一種ニシテ、債權ノ目的カ數個ノ給付中擇一的
ニ確定スヘキ債權ナリ、只他ノ擇一的債權ト異ル所ハ其確定ノ方法カ選擇
權者ノ選擇ニ因ル點ニ在リ、蓋シ他ノ擇一的債權ニ於テハ選擇權者ノ選擇
ニ因ラス其他ノ事實ニ因リテ債權ノ目的確定スルモノナレハナリ。〔註二〕
選擇債權ハ一般債權ト同シク法律行為又ハ法律ノ直接規定ニ因リテ發
生ス、法律ノ直接規定ニ因リ發生スル場合トハ、例ヘハ民法第一一七條、第五
三五條、第九六一條等ノ如シ。

〔註二〕 選擇債權ハ選擇權ノ行使ニ因リテ確定スル場合ナルカ故ニ必ス選擇權ノ存

在ヲ必要トス、然レトモ其他ノ擇一的債權ニ於テハ選擇權ナルモノナク、或事實ニ
因リテ債權ノ目的確定スルモノナリ、例ヘハ父親カ玩具店ニ至リ人形カ笛カ太鼓
カ何レカ一ヲ小兒ノ欲スル所ニ從ヒ買取ルヘキコトヲ約シタル場合ノ如キ、小兒
ノ好ミニヨリテ賣買ノ目的物確定ス、而モ「小兒ノ好ミ」ハ一ノ事實ニ過キスシテ選
擇權ノ行使ト云フヘカラス、故ニ此場合ハ選擇債權ニ非サル一種ノ擇一的債權ナ
リ。

又明日晴天ナラハ自動車ヲ、雨天ナラハ馬車ヲ「ト注文シタル場合ノ如キハ、晴天ナ
ル事實ノ差異ニ因リテ注文ノ目的物ヲ異ニシ、畫會ニ於テ抽籤ニヨリテ繪畫ヲ分
配スル場合ノ如キハ、抽籤ナル事實ニヨリテ給付ノ目的物定マル、所謂「賣探シ」ノ如
キモ其一種ニ屬ス。

民法ハ選擇債權ニ付キテハ詳細ナル規定ヲ設ケタレトモ、其他ノ擇一的債權ニ付
キテハ何等ノ規定ヲ設ケス、然レトモ選擇債權カ擇一的債權ノ一種トシテ代表的
ニ規定セラレタル立法ノ精神ヨリ其他ノ擇一的債權ニハ選擇債權ノ規定ヲ準用
スヘキモノト解スヘシ。

第二項 選擇權

選擇債權ニ於テハ必ス選擇權者ナカルヘカラス、而シテ選擇權者ハ或ハ當事者ナルコトアリ、或ハ第三者ナルコトアリ、各個ノ法律行為又ハ法律ノ直接規定ニ於テ之ヲ定ムルヲ常トス、然レトモ若シ明確ナル定メナキトキハ債務者ニ於テ選擇權ヲ有スルモノトス(第四〇六條)是レ債務ノ不確定ハ債務者ヲ利ストノ原則ニ據ルモノナリ。

選擇權ヲ行使スルニ當リテハ若シ債權者又ハ債務者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ其相手方ニ對スル意思表示ニ因リテ之ヲ行フヘキモノトス(第四〇七條第一項)若シ當事者數人アル場合ニハ其一致シタル意思ニ因リテ行フヘキモノナリ。

又第三者カ選擇權ヲ有スル場合ニハ其選擇ハ債權者又ハ債務者ニ對スル意思表示ニ因リテ之ヲ行フヘキモノトス(第四〇九條第一項)故ニ債權者ニ對シ表示スルモ債務者ニ對シ表示スルモ將又双方ニ對シ表示スルモ可ナリ、若シ双方ニ對シ表示シタルトキハ其最モ先ニ到達シタル意思表示ニ

因リテ確定スルモノトス。(註一)

一旦行使シタル選擇ノ意思表示ハ最早之ヲ撤回スルヲ得サルモノト云フヘシ、何トナレハ之ニ因リ債權ノ目的確定シ法律行為ノ目的タル效力發生スレハナリ、然レトモ其相手方カ之ヲ承諾スルニ於テハ敢テ禁スヘキ必要ナキヲ以テ例外トシテ撤回スルコトヲ許セリ(第四〇七條二項)サレトモ第三者カ選擇權ヲ行使シタル場合ニハ何等ノ規定ナキヲ以テ原則ニ據リ撤回シ得サルモノト解スヘシ。

第四〇七條二項ニ「取消」ト規定スレトモ、其意義撤回(Widerruf)ニ在ルコト勿論ナリ、故ニ第一二〇條以下ノ取消(Anfechtung)ハ本條ノ規定ニ拘ハラス行フコトヲ得ヘシ。(尙取消ト撤回トノ差異ニ付キテハ拙著民法總論講義二七四頁以下參照)

選擇權者ハ遅クトモ辨濟期迄ニ選擇權ヲ行使スルコトヲ要スルモノトス、然ラサレハ債務者ハ辨濟ヲ爲スコトヲ得ス、債權者ハ履行ヲ請求スルヲ

得サレハナリ、然レトモ選擇權者ハ權利ヲ有スルノミニシテ義務ヲ負フモノニ非サルカ故ニ、之ヲ行使セサルモ強制スルヲ得サルモノト云ハサルヘカラス、此不都合ヲ除去センカ爲メニ民法ハ選擇權ノ移轉ヲ規定セリ、即チ債權カ辨濟期ニ在ル場合ニ於テ選擇權者カ選擇セサルトキハ其相手方ハ相當ノ期間ヲ定メテ其行使ヲ催告スルコトヲ得ヘク、若シ尙其期間内ニ選擇權ヲ行使セサルトキハ當然其選擇權ハ其相手方ニ移轉スルモノトス、第四〇八條從ツテ其相手方ハ自ら選擇權ヲ行使シテ其債權ノ目的ヲ確定スルコトヲ得ルモノナリ。

又若シ第三者カ選擇權ヲ有スル場合ニ於テ選擇ヲ爲スコト能ハス、又ハ選擇ヲ爲スコトヲ欲セサル場合ニ於テハ、其選擇權ハ當然債務者ニ移轉スルモノトス、第四〇九條二項是レ選擇權ハ原則トシテ債務者ニ屬スルモノナレハナリ。〔註二〕

選擇權ヲ行使シタルトキハ之ヲ以テ債權ノ目的確定ス、其確定ハ元來將

來ニ向ツテノミ確定スヘキモノナレトモ、民法ハ遡及效ヲ與ヘ債權發生ノ當時ヨリ確定スルモノトセリ、第四一一條從ツテ初メヨリ其給付ヲ目的トスル債權タリシコトトナルモノトス、然レトモ之ヲ以テ第三者ノ權利ヲ害スルヲ得サルハ勿論ナリ。(同條但書)〔註三〕

〔註一〕 選擇ノ意思表示ハ其明示タルト默示タルト口頭タルト書面タルトハ問フ所ニ非ス、債務者カ或給付ヲ履行シタルニ對シ債權者カ知リテ異議ヲ述ヘサルカ如キモ債權者ノ默示ノ選擇ト解スルコトヲ得ルカ如シ。

第三者カ選擇權ヲ有スル場合ニ於テ、内容ノ異ル二個ノ選擇ノ意思表示ヲ當事者双方ニ對シテ爲シタルトキハ、其最モ先ニ到達シタル意思表示ノ内容ニ從ヒテ確定スルモノトス、第九七條例ヘハ牛又ハ馬ヲ給付スヘキ選擇債務ノ場合ニ於テ、第三者カ債權者ニ對シテハ牛ヲ選擇スヘキコトヲ表示シ、債務者ニ對シテハ馬ヲ選擇スヘキコトヲ表示シタル場合ノ如シ、然レトモ若シ其意思表示カ同時ニ當事者双方ニ到達シタルトキハ選擇ノ效力ナキモノト云ハサルヘカラス、何トナレハ同時ニ矛盾シタル意思表示ヲ爲シタルトキハ法律上之ヲ無視スルノ外ナケレハナリ。

〔註二〕 第三者カ選擇ヲ爲スコト能ハサル場合トハ、疾病不在死亡等ノ不可抗力ニ因

ル場合タルト、數人ノ第三者ノ議一致セサルカ如キ人爲的ナル場合タルトヲ問ハサルナリ。

又第三者カ選擇權ヲ有スル場合ニ於テハ其選擇權ハ一身ニ專屬スルモノト解スルヲ正當トス、是レ其第三者タル個人ヲ信賴シテ選擇權ヲ與フルヲ普通トスルカ故ナリ、從ツテ其選擇權ハ相續スルヲ得ス、又債權者ニ依リ、代位シテ行使スルヲ得サルモノトス、(第九八六條第一〇〇一條、第四二三條)

第三者カ選擇ヲ爲スコトヲ遲滯シタル場合ニ其選擇權カ債務者ニ移轉スルヤ否ヤハ解釋上一ノ疑問ニ屬ス、然レトモ此場合第三者ヲシテ選擇ヲ爲サシムヘク強制スルヲ得サル以上選擇權ノ移轉ヲ認ムルニ非サレハ甚タ不都合ナル結果ヲ生スヘシ、故ニ辨濟期ニ至ルモ尙第三者カ選擇ヲ爲ササルトキハ、選擇ヲ爲スコトヲ欲セサルモノトシテ當然選擇權ハ債務者ニ移轉スルモノト解スヘシ。

〔註三〕選擇ノ效果カ遡及ストスルモ是レ只其給付ヲ以テ初メヨリ債權ノ目的タリシコト、爲スノミニシテ、何等物權の效果ヲ生スルモノニアラサルナリ、例ヘハ甲馬カ乙馬ヲ給付スヘキ選擇債務ヲ負フ場合ニ於テ、甲馬ヲ選擇スルモ只其甲馬ヲ以テ初メヨリ債權ノ目的タリシコトト爲スノミニシテ、爲メニ其馬ノ所有權カ初メヨリ債權者ニ移轉シタリシコトトハナラサルナリ、目的物ノ特定ハ單ニ債權人

内容ヲ確定スルノミ、以テ物權の效果ヲ生スルノ理由トナルモノニ非ス。

尤モ此點ニ付キテハ佛主義ニ依ルカ獨法主義ニ依ルカニ因リテ反對ノ結果ヲ生スルモノナリ、佛主義ニ依レハ目的物ノ特定ヲ以テ物權の效果ヲ生シ、物ノ所有權モ債權者ニ移轉スルモノト解ス、(梅博士要義四〇頁、橫田博士二一七頁、然レトモ是レ債權の行爲ヨリ物權の效力ヲ生スルモノトスル佛民法ノ理論的誤謬ヲ承繼シタル解釋ニシテ、獨民法及或民法ノ如ク債權の行爲ト物權の行爲トヲ截然區別シ、債權の行爲ヨリハ常ニ債權の效力ノミ生スルモノトスル主義ノ下ニ於テハ到底採用スルコトヲ得サル說ナリ、又若シ佛法の解釋ニ從フトスルモ、選擇債權カ法律ノ直接規定ニ因リ生シタル場合ニハ説明スルヲ得サル結果ヲ生スヘシ、何トナレハ此場合ニハ債權の行爲モ無クシテ尙物權の效力ヲ生スルノ結果トナレハナリ。

斯ノ如ク吾民法ノ下ニ於テハ、債權のニノミ遡及スルモノト解セサルヘカラス、然ラハ遡及ノ爲メニ第三者ノ權利ヲ害スルト云フカ如キハ極メテ稀ナル現象ニ屬スルモノトス、然レトモ絶無ニハ非ス、例ヘハ債權者カ選擇セラルヘキ給付ヲ假登記シタル後、其目的物カ第三者ニ讓渡セラレ、第三者カ所有權ヲ取得シタル後、其給付ヲ選擇セラレ、債權者カ其本登記ヲ爲ストキハ、本登記ハ假登記ノ順位ニ依ルカ

故ニ、不動産登記法第七條第三者ハ其所有權ヲ奪ハル、ニ至ルヘシ然レトモ是レ不當ナルカ故ニ本條但書ニ依リ第三者ノ權利ハ害セラル、コトナク債權者ハ只債務者ニ損害賠償ヲ請求スルノ外ナキコト、ナルモノトス。

第三項 給付不能

債權ノ目的タルヘキ給付中初メヨリ不能ナルモノアルトキ、又ハ後ニ至リテ不能トナリタルモノアルトキハ、其不能ノ給付ハ選擇セラルヘキ給付中ヨリ除外セラレ、以後殘存セル可能ノ給付ニ付キテノミ選擇債權存在スルモノトス、(第四一〇條一項蓋シ不能ノ給付ヲ選擇スルモ不能ノ債權トナリ、債權本來ノ目的ヲ達スルコト能ハサレハナリ、之ヲ集中ノ原則(Prinzip der Konzentration)ト謂フ。[註1])

集中ノ原則ニハ二種アリ、第一ハ殘存セル可能ノ給付カ尙二個以上存在スル場合ニシテ、此場合ニハ其二個以上ノ可能ノ給付ニ付キ尙選擇債權存在シ、選擇權者ノ選擇ヲ俟ツテ初メテ其債權ノ目的確定スルモノトス。

第二ノ場合ハ殘存セル可能ノ給付カ唯一個トナリタル場合ニシテ、此場合ニハ本來ヨリ云ヘハ其一個ノ給付ヲ選擇シテ初メテ債權ノ目的確定スヘキモノナレトモ、唯一個ノ給付ヲ選擇スト云フカ如キハ全ク無意義ナルカ故ニ、此場合ニハ選擇權者ノ選擇ヲ俟タスシテ當然其一個ノ給付ヲ目的トスル債權確定スルニ至ルモノトス、(第四一〇條第一項ノ規定ハ此兩者ノ場合ヲ包含スルモノト解スヘキナリ。

給付カ不能トナル原因ニ付キテハ不可抗力ニ因ル場合ト、當事者ノ過失(故意過失)ニ因ル場合トアリ、當事者ノ過失ニ因ル場合ニハ更ニ選擇權ヲ有スル當事者ノ過失ニ因ル場合ト、然ラサル當事者ノ過失ニ因ル場合トアリ、而シテ不可抗力ニ因ル場合及選擇權ヲ有スル當事者ノ過失ニ因ル場合ニ付キテハ例外ナク前述集中ノ原則適用セラルルモノナレトモ、選擇權ヲ有セサル當事者ノ過失ニ因リテ給付不能トナリタル場合ニハ集中ノ原則適用ナキモノトス、(第四一〇條二項是レ選擇權ヲ有セサル當事者ノ過失ノ爲

メニ選擇權者ノ選擇ノ範圍ニ制限ヲ受クルカ如キハ、他人ノ權利ヲ侵害スルモノナレハナリ、故ニ此場合ニハ選擇權者ハ不能トナリタル給付ヲモ選擇スルコトヲ得ルモノトス。〔註二〕

〔註一〕集中ノ原則ハ選擇債權本來ノ趣旨ヨリ出ツルモノナリ、蓋シ當事者カ選擇債權ヲ設定スルハ一ノ給付ノ不能ナル場合他ノ給付ヲ以テ之ヲ補充スルノ意思ナルヲ通常トスレハナリ、從ツテ各給付ハ互ニ擔保ノ意味ヲ有スルモノト云フコトヲ得ヘシ。

〔註二〕給付カ當事者ノ過失ニ因リテ不能トナリタル場合ニハ、極メテ複雑ナル關係ヲ生スルモノトス、左ニ其各場合ヲ分ツテ略述スヘシ。

甲、選擇權者ノ過失ニ因リテ給付不能トナリタルトキ

此場合ニハ集中ノ原則適用セラル更ニ二場合アリ。

A、債權者カ選擇權ヲ有スル場合

債權者カ選擇權ヲ有シ且其債權者ノ過失ニ因リテ給付不能トナリタルトキハ集中ノ原則適用セラレ、可能ノ給付ニ付キテノミ債權存在ス、例ヘハ甲債權者ガ乙債務者ニ對シ牛一頭カ馬一頭ノ給付ヲ爲サシムル債權ヲ有スル場合、

其牛一頭ヲ撲殺シタリトセハ、甲ハ最早其牛一頭ヲ選擇スルヲ得ス、債權ハ馬一頭ノ給付ニ確定シ債權者ハ之ヲ受領スルト共ニ其代金ヲ支拂ヒ且牛一頭ノ損害賠償ヲモ支拂ハサルヘカラサルモノトス。

此點ニ付キテハ學者ノ非難ノ存スル所ニシテ、此規定ハ稍々債權者ニ對シ苛酷ナル結果ヲ生スルコトアルモノトス、何トナレハ若シ此場合其不能ノ給付ヲ選擇スルコトヲ得ルモノトセハ、債權者ハ牛一頭ノ給付ヲ選擇シテ損害賠償ノ義務ヲ免ル、コトヲ得レトモ、集中ノ原則適用セラル、結果双方ノ代價ヲ支拂ハサルヘカラサルコト、ナリ、無資力ナル債權者ニ對シ苛酷ナル負擔ヲ課スルコト、ナレハナリ。

B、債務者カ選擇權ヲ有スル場合

債務者カ選擇權ヲ有シ且其債務者ノ過失ニ因リテ給付不能ナラシメタル場合ニ於テモ集中ノ原則適用セラル例ヘハ前例ニ於テ乙債務者カ自ラ牛一頭ヲ撲殺シタル場合ノ如キ、當然債權ハ馬一頭ノ給付ニ集中シ債務者ハ最早牛一頭ノ給付ヲ選擇スルヲ得サルモノトス、此場合ニ付キテハ何等非難ヲ容ル、餘地ナシ。

乙、非選擇權者ノ過失ニ因リテ給付不能トナリタルトキ

此場合ニハ集中ノ原則適用ナシ更ニ二場合アリ。

A. 債權者ノ過失ニ因リテ不能トナリタル場合

債務者カ選擇權ヲ有シ債權者ノ過失ニ因リテ給付不能トナリタルトキハ債務者ハ何等選擇權ノ行使ニ制限ヲ受クルコトナク債務者ハ其不能トナリタル給付ヲモ選擇スルコトヲ得ルモノナリ從ツテ若シ不能ノ給付ヲ選擇シタルトキハ不能ノ故ヲ以テ債務ヲ免ル、コトヲ得ヘク若シ可能ノ給付ヲ選擇シタルトキハ其可能ノ給付ヲ履行スルト同時ニ不能トナリタル給付ニ付キテノ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス。

B. 債務者ノ過失ニ因リテ不能トナリタル場合

債權者カ選擇權ヲ有シ債務者ノ過失ニ因リテ給付不能トナリタル場合ニ於テモ債權者ハ何等選擇權ノ行使ニ制限ヲ受クルコトナク其不能トナリタル給付ヲモ選擇スルコトヲ得ヘシ從ツテ若シ其不能ノ給付ヲ選擇スルトキハ債務者ハ其不能ノ給付ニ代ル損害賠償ヲ支拂ハサルヘカラサルモノトス。之ヲ例ヘハ前例ニ於テ牛一頭ノ價ヲ千圓馬一頭ノ價ヲ三百圓ト假定シ其牛一頭ヲ債務者カ撲殺シタル場合ニ於テモ債權者ハ尙其牛一頭ノ給付ヲ選擇スルヲ得ヘシ若シ之ヲ選擇シタルトキハ選擇ノ效力ハ遡及スルカ故ニ債務

者ハ債權者ニ給付スヘキ特定物ヲ毀滅シタルコト、ナリ其代價千圓ヲ賠償セサルヘカラサルモノトス若シ此場合集中ノ原則適用セラル、モノトセハ、債權者ハ三百圓ノ馬ヲ受領シテ満足セサルヘカラサルコト、ナルヘシ。

以上ハ數個ノ給付中其一部カ不能トナリタル場合ニ付キテノ原則ナレトモ若シ全給付カ不能トナリタルトキハ如何ナル效果ヲ生スルヤ極メテ複雑ナル問題ヲ生スト雖モ事實其適用ニ乏シキヲ以テ之ヲ省略スヘシ。

第四項 任意債權

選擇債權ニ似テ非ナルモノニ任意債權アリ、任意債權トハ債權者又ハ債務者カ本來ノ給付ニ代ヘ他ノ給付ヲ以テ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ル變更權ヲ有スル債權ヲ謂フ、此變更權ノ存在スル點ハ普通ノ債權ト異ル所ナレトモ、變更セサル限り本來ノ給付ヲ履行セサルヘカラサル點ハ選擇債權ト異ル所ナリ。

斯ノ如ク選擇債權ト任意債權トハ其性質ヲ異ニシ、選擇債權ハ選擇スル迄ハ債權ノ目的確定セサレトモ、任意債權ハ債權ノ目的既ニ確定シ、只之ヲ

變更シ得ルニ過キサルモノナリ、從ツテ選擇債權ニ於テ給付不能ヲ生スルトキハ可能ノ給付ニ集中スルモノナレトモ、任意債權ニ於テ其本來ノ給付カ不能トナルトキハ假令變更シ得ヘキ給付カ可能ナル場合ト雖モ其債權ハ消滅スルニ至ルヲ常トス。

任意債權モ債權一般ノ原則ニ從ヒ當事者間ノ法律行為又ハ法律ノ直接規定ニ因リテ生スルモノトス、第四〇三條第三項、第四六一條第二項ノ如キハ法律ノ直接規定ニ因リテ生スル場合ナリ。〔註一〕

〔註一〕任意債權ニハ債權者ニ變更權ノ存スル場合ト債務者ニ變更權ノ存スル場合トアリ、債權者ニ變更權ノ存スル場合トハ例ヘハ「債務者ハ債權者ニ馬一頭ヲ給付スヘシ、サレト債權者ノ希望ニ依リテハ金一千圓ノ給付ニ代フルコトヲ得」ト云フカ如キ場合ナリ。

法典ノ規定スル例ニ依リテ云ヘハ、第七二三條ノ場合ニ於テ被害者タル債權者ハ損害賠償ニ代ヘ名譽ヲ回復スルニ適當ナル處分ヲ請求スルコトヲ得ルカ如シ。又債務者カ變更權ヲ有スル場合トハ例ヘハ「債務者ハ債權者ニ對シ馬一頭ヲ給付

スヘシ、サレト債務者ノ都合ニ依リテハ牛一頭ノ給付ニ代フルコトヲ得」ト云フカ如キ場合ナリ。

法典ノ規定スル例ニ依リテ云ヘハ、第四〇三條ノ場合ニ於テ債務者ハ外國貨幣ニ代ヘ日本貨ヲ以テ給付スルコトヲ得ト云フカ如シ。

第三章 債權ノ效力

第一節 總說

債權ハ債權者カ債務者ニ對シ特定ノ行為ヲ要求スルコトヲ得ル權利ナルカ故ニ、債權ノ效力トシテ債權者ハ其特定ノ行為ヲ爲サシムルコトヲ得ル法律上ノ力ヲ有スルモノトス、之ヲ債權ノ主タル效力ト謂フ。〔註一〕

債務者ハ從ツテ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔ス、之ヲ給付義務ト謂フ、此給付義務ノ内容ハ更ニ給付行為其モノト、給付ノ時期及給付ノ場所ノ三部分ト爲スコトヲ得、故ニ債務者ハ其給付スヘキ行為ヲ

給付スヘキ時期及場所ニ於テ、爲シタルトキ初メテ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲シタルモノト云フコトヲ得ヘシ。

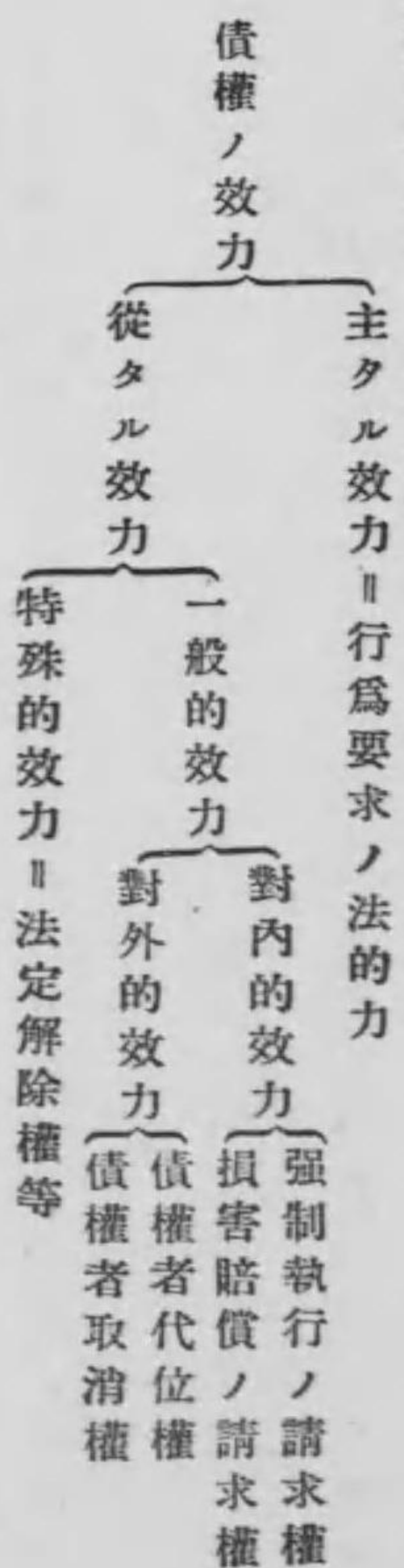
給付ノ内容ハ當事者ノ法律行爲又ハ法律ノ規定ヲ以テ定メラルルヲ常トス、若シ其内容ニ付キ不明ノ廉アル場合ニハ取引ノ通念ヲ顧慮シ信義ノ原則 (bona fides) ニ從ヒテ之ヲ定ムヘキモノトス、信義ノ原則トハ、兩當事者間ノ利益ヲ公平ニ較量スヘキ原則ヲ云フモノニシテ、羅馬法以來債權法ノ根幹ヲ成ス思想ナリ、何トナレハ債權其モノカ既ニ當事者ヲ信賴スルコトノ上ニ基礎ヲ置クモノナレハナリ。(註二)

斯ノ如ク債權ノ主タル效力ハ、債務者ヲ拘束シテ債務ヲ履行セシムルニ在レトモ、若シ債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニハ、債權者ハ種々ナル方法ヲ以テ直接又ハ間接ニ其目的ヲ達成スルコトヲ得ルモノトス、之ヲ債權ノ從タル效力ト謂フ。

債權ノ從タル效力ニハ、一般的ナルモノト特殊ナルモノトアリ、一般的

ナルモノハ債權總則ニ之ヲ規定シ、特殊ナルモノハ債權各論其他ニ於テ各個ノ債權ニ付キ之ヲ規定セリ、而シテ一般的ナル效力トシテハ強制執行ノ請求權(第四一四條)損害賠償ノ請求權(第四一五條以下)代位權(第四二三條)及取消權(第四二四條以下)ヲ規定シ、特殊ナル效力トシテハ、同時履行ノ抗辯權(第五三三條)解除權(第五四〇條以下)等ヲ規定セリ。

〔註一〕 債權ノ本質ハ請求可能ノ法律上ノ力ナリ、此法律上ノ力ヲ一面效力ト云フ、此效力ハ主タルモノト從タルモノトアリ、又對内的ナルモノト對外的ナルモノトアリ、特定ノ行爲ヲ要求スルコトヲ得ル法律上ノ力其モノハ主タル對内的效力ナレトモ、強制執行ノ請求權、損害賠償ノ請求權等ハ從タル對内的效力ナリ、又代位權、取消權等ハ從タル對外的效力ナリ。



〔註二〕信義ノ原則(羅. *Bona fides* 獨. *Treu und glauben* 佛. *bonne foi*)トハ羅馬法學ニ依リ樹立セラレタル債權法上ノ一大原則ニシテ羅馬法ノ寄與シタル大功績ノ一ナリ。抑モ債權ハ相手方ヲ信賴スルカ故ニ之ヲ發生セシム、若シ信賴ナルモノ存在セサルトキハ、債權法ハ其基礎ヲ失フモノナリ、從ツテ信用ノ未タ發達セザリシ原始時代ニ於テハ物權ハ存在シタルモ債權ハ存在セザリキ、現實的ナル物々交換ノミ行ハレテ、債權債務ハ認めラレザリシナリ。此點ニ付キテハ現代ニ於テモ同一ニシテ、信用ナキ當事者間ニ於テハ、現金拂ニ非サレハ賣ラサルヲ常トス、代金後拂ト爲ス場合ハ、既ニ買主ヲ信賴スルカ故ニ行フモノナリ。

斯ノ如ク債權ハ相手方ヲ信賴シテ發生セシムルモノナルカ故ニ、債權的行爲ノ當事者ハ互ニ相手方ノ信賴ヲ裏切ラサル様ナササルヘカラス、此相手方ノ信賴ヲ裏切ラサルコト是レ即チ信義ナリ、此信義ニ從ツテ債權ノ範圍、内容、給付ノ時期、方法等ヲ定メサルヘカラス、例ヘハ物ノ送付義務ヲ負フ者ハ別ニ指圖ヲ受ケサル場合ト雖モ其物ノ性質ニ從ヒ適當ナル包装ヲ爲シ、便宜ナル運輸方法ヲ選ビ、又時ニ書留メ若クハ保險等ノ方法ヲ以テ、其到着ヲ確實ナラシムルコトヲ要スルカ如シ、又給付ノ時期場所ニ付キテモ夜半之ヲ提供シ、又ハ儀式ノ席上ニテ之ヲ給付スルカ

如キハ信義ノ原則ニ反スルモノトス。

第二節 債務不履行

債務者カ完全ニ其債務ヲ履行スルトキハ別ニ何等ノ問題ヲ生セスシテ債權債務消滅ス、然レトモ債務者ハ必スシモ其債務ヲ完全ニ履行スルモノニ非ス、故ニ種々ノ複雑ナル問題ヲ生スルニ至ルモノナリ、而シテ此債務ヲ履行セサル場合ヲ廣ク債務不履行ト云フ。

債務不履行ノ態様ニハ大別三種アリ、履行遲滯、不完全給付及給付不能是レナリ。

一 給付義務ノ内容ハ既ニ述ヘタルカ如ク給付ノ行爲、給付ノ時期、給付ノ場所ノ三部分ト爲スコトヲ得從ツテ債務ノ不履行ニモ此三部分ニ關スル不履行アリ得ヘシ、而シテ給付ノ時期ニ付キ不履行ナル場合ヲ履行遲滯ト云ヒ、給付ノ行爲及給付ノ場所ニ付キ不履行ナル場合ヲ不完全給付ト云フ。

又債務不履行ハ元來給付可能ナルコトヲ前提トスルモノナレトモ、債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付不能トナリタルトキハ、是レ亦債務不履行トナルモノトス、何トナレハ債務者ハ給付義務ヲ負ヒ從ツテ注意義務ヲ負フニ拘ハラス不注意過失ニ因リ給付ヲ不能ナラシメタルカ故ナリ。

斯ノ如ク不履行ニハ三態様アリ、而シテ履行遲滞ハ第四一二條ニ規定シ、不完全給付ハ第四一五條前段ニ規定シ、給付不能ハ同條後段ニ之ヲ規定セリ、更ニ左ニ節ヲ分ツテ其各個ノ場合ニ付キ説明スヘシ。〔註一〕

〔註一〕履行遲滞モ實ハ時期ノ點ニ關スル一種ノ不完全給付ト云フコトヲ得ヘシ、故ニ遲滞シタル後給付シタル場合ニハ第四一五條前段ノ規定ニ從ヒ損害賠償ノ義務アルモノト解スヘシ、第四一二條ハ履行遲滞ノ一要件ヲ規定シタルニ過キス遲滞ノ效果迄規定シタルモノニ非ス、遲滞ノ效果ハ第四一五條ニ於テ併セ規定シタルモノト解スヘシ、故ニ效果ノ點ヨリ觀レバ第四一二條、第四一五條共ニ履行遲滞ヲ規定シカルモノト云フコトヲ得ヘシ。

債務不履行

給付可能 履行遲滞(四一二、四一五、前)
給付不能 不完全給付(四一五、前)
債務者ノ責ニ歸スベキ場合ノ(四一五、後)

第一款 債務者ノ遲滞(履行遲滞) Verzug des Schuldners

第一項 履行遲滞ノ意義

債務者カ何等正當ナル理由ナキニ拘ハラス、過失ニ因リ債務ヲ履行セサルヘカラサル時期(遲滞期)ヲ徒過シタルトキハ、之ヲ債務者ノ履行遲滞ト謂フ、履行遲滞モ債務不履行ノ一種ナルカ故ニ、民法ハ債務者ニ對シ種々ノ義務又ハ責任ヲ課シ、以テ債權者ヲ保護スルコトトセリ、左ニ其ノ要件及效果ヲ項ヲ分ツテ説明スヘシ。

第二項 履行遲滞ノ要件 Leistungsverzug.

債務者カ履行遲滞ノ責ニ任セラルルニハ左ノ要件ヲ必要トス。

第一 給付可能ナル債務ノ存在スルコト

履行遲滯ヲ生スルニハ第一ニ給付可能ナル債務ノ存在スルコトヲ必要トス、債務ノ存在セサル所ニ遲滯ヲ生スヘキ筈ナケレハナリ、然レトモ履行遲滯以後ニ於テ尙給付可能ナルコトヲ要スルヤ否ヤニ付キテハ議論アリ、獨法ノ通説ハ遲滯以後ニ於テモ尙給付可能ナルコトヲ要ス、若シ給付不能トナルトキハ最早債務消滅スルカ故ニ遲滯ヲ生セス、遲滯トハ給付シ得ルニ拘ハラズ給付セサル場合ノミヲ云フト説明ス、(Tizze, Unmöglichkeit der Leistung, S. 41, Lehmann Unterlassungspflicht, S. 263)從ツテ所謂絕對的定期行為又ハ一時的的不作為債務ノ不履行ノ場合ノ如キハ遲滯ヲ生セスシテ給付不能ヲ生スルコトトナルモノナリ。

然レトモ吾民法ノ解釋トシテハ此說ヲ採ルヲ得ス、苟クモ給付セサルヘカラサル時期ニ於テ給付可能ナル限リハ其後給付不能トナルト否トヲ問ハス、之ヲ遲滯ト稱セサルヘカラス、何トナレハ第四一二條ハ遲滯後尙可能ナルコトヲ要スル意味ヲ表スコトナク、又第五四三條ノ外ニ第五四二條ノ

規定ヲ設ケタル趣旨ヨリ觀レハ絕對的定期行為ノ不履行ハ給付不能トナルモ尙遲滯トシテ特別ノ取扱ヲ爲スヘキ法意ナリト解セサルヘカラサレハナリ。(註一)(註二)

〔註一〕履行遲滯トハ債務ヲ履行セサルヘカラサル時期(遲滯期)ニ履行ヲ爲ササルコトヲ云フノミニシテ、其後尙履行シ得ヘキニ拘ハラズ履行セサルコトヲ必要トスルモノニ非ス、故ニ履行遲滯以後ニ於テハ給付不能ナル場合ト給付可能ナル場合トアリ得ヘシ、然レトモ遲滯以前ニ於テハ常ニ可能ナルコトヲ必要トス。

獨民法ニ於テハ吾民法ノ第五四二條ニ該當スル條文ナキカ故ニ、絕對的定期行為ノ不履行ハ常ニ給付不能ヲ生シ、履行遲滯ヲ生セサルモノトノ議論ヲ生スルニ至レリ、然レトモ吾民法ニ於テハ條文ヲ區別スルカ故ニ此議論ニ從フ必要ナキモノナリ。

〔註二〕絕對的定期行為又ハ絕對的定所行為及一時的的不作為債務ノ不履行ノ場合ニハ、以後給付不能ヲ生スルモノト解スルヲ可トス、此點ニ付キテモ議論ノ存スル所ナレトモ、此等ノ行為ハ履行ノ時期又ハ場所カ債權ノ一要素ヲ成シ、一定ノ時期ニ於ケル特定ノ行為又ハ一定ノ場所ニ於ケル特定ノ行為ノミカ履行ト云フコトヲ

得ルモノナレハナリ、例ヘハ某日ニ於ケル株主總會ニ出席スヘキコトヲ約シテ出席セサル場合ノ如キ、又ハ某劇場ニ出演スヘキコトヲ約シテ燒失シタル場合ノ如シ、此等ノ場合ニハ最早給付不能トナルモノトス。

又一時的不作爲債務ニ違反シテ反對的の行爲アリタルトキモ亦給付不能トナルモノト解スヘシ。(例ヘハ甲ノ演說中乙ハ妨害セサルコトヲ約シタルニ大聲ヲ)

第二、債務者カ債務ヲ履行セサルヘカラサル時期ヲ履行セスシテ徒過シタルコト

履行遲滯ハ債務者カ履行セサルヘカラサル時期ヲ履行セスシテ徒過シタルトキ初メテ生スルモノトス、而シテ履行セサルヘカラサル時期ニ付キテハ第四一二條ニ於テ場合ヲ分ツテ規定セリ。

猶茲ニ注意スヘキハ履行セサルヘカラサル時期ト履行期トハ異ルコト、是レナリ、履行期(又ハ辨濟期)トハ期限ノ一種ニシテ法律行爲ノ效力ヲ請求不能ノ状態ヨリ請求可能ノ状態ニ變更セシムル期限ナリ、斯ノ如キ期限ハ法律行爲ニ附セラルルコトアリ、附セラレサルコトアリ、附セラレタル場合

ニハ期限附法律行爲トナリ附セラレサル場合ニハ無期限ノ法律行爲トナルモノトス。

斯ノ如クナルカ故ニ法律行爲ニ因ラサル債權ニハ原則トシテ期限ナルモノ存在セス(特ニ法律又ハ裁判上附セ)何トナレハ期限ハ法律行爲ニノミ附セラルヘキ任意の附款ナレハナリ。(第一三五條以下參照)

然レトモ履行セサルヘカラサル時期ハ總テノ債權ニ存在ス、其法律行爲上ノ債權ナルト法律行爲以外ノ債權ナルトヲ問ハス、故ニ履行セサルヘカラサル時期ハ之ヲ履行期ト區別シテ遲滯期ト稱スルヲ可トス。(註三)

〔註三〕 通説ハ履行期ト遲滯期トヲ區別スルコトナク、遲滯トハ履行期ニ履行ヲ爲ササルコトヲ云フモノナリト説明ス、鳩山氏一一一頁、石坂氏四六一頁、三浦氏一一一頁、又無期限ノ債權ハ發生ト同時ニ履行期ニ在ルモノナリト説明ス、然レトモ是レ甚タ不正確ナル説明ト云ハサルヘカラス、履行期ニ履行ヲ爲ササルカ爲メニ遲滯トナル場合ハ確定期限ノ場合ノミ、其他ノ場合ハ其時期ヲ異ニス、故ニ履行期ノ外ニ遲滯期ヲ認メサルヘカラサルナリ。

又無期限ノ債務ハ期限ナキ債權ナルカ故ニ、履行期モ亦存在スルコトナシ、履行期ハ期限ノ一種ナレハナリ、故ニ無期限ノ債務ハ履行シ得ヘキ時期ハアレトモ履行期ハ存在スルコトナシ。

遲滯期ノ何時ナルカハ、履行期ノ定メアル場合ト然ラサル場合トニ依リテ異ル。

甲、履行期ノ定メアル場合

履行期ノ定メアル場合ト雖モ、其履行期カ確定期限ナルトキト、不確定期限ナルトキトニ依リテ差異アリ。

A、確定期限ナルトキ

債權カ確定期限附キナル場合ニハ、履行期ト遲滯期トハ同一トナリ、債務者ハ履行期ノ到來ト共ニ直ニ遲滯ニ附セラルルモノトス(第四一二條一項)是レ確定期限ナル限り債務者ハ豫メ期限ノ到來ヲ豫知シ得ルヲ以テ、履行期ノ到來ト同時ニ遲滯ニ附セラルルモ何等苛酷

ニ非サルカ故ナリ、法諺ニ「時ハ人ニ代リテ催告ス」(dies interpellat pro homine)ト云フカ如ク、期限ノ到來ハ當然債務者ヲ遲滯ニ附セシムルモノナリ。〔註四〕

〔註四〕此原則ニ對シテハ例外アリ、指圖債權ノ如キ取立債權ニ於テハ、履行期到來スルモ當然債務者ヲ遲滯ニ陥ラシムルモノニ非ス、債權者ニ於テ其證券ヲ呈示シ履行ヲ求メタルトキ初メテ遲滯ニ陥ルモノトス。(商二七九條)

B、不確定期限ナルトキ

履行期カ不確定期限ナル場合ニハ、債務者ハ期限ノ到來ヲ豫測シ得サルヲ以テ、履行期ノ到來ト同時ニ遲滯ニ陥ルモノトセハ、不知ノ間ニ遲滯ニ陥ルカ如キコトトナリ、債務者ニ對シ苛酷ナル結果ヲ生スヘシ、故ニ民法ハ此場合ニハ、債務者カ期限ノ到來ヲ知りタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキモノトセリ(第四一二條二項)從ツテ此場合ニハ履行期ト遲滯期トノ間ニ若干ノ差異ヲ生スルヲ常トス。〔註五〕

〔註五〕 債務者カ期限ノ到來ヲ知リタル理由如何ハ問フ所ニ非ス、故ニ間接ノ方法ヲ以テ知リタル場合ト雖モ、知リタル以上ハ遲滯ニ陥ルモノトス、然レトモ債權者カ直接通知又ハ催告ヲ爲シタルトキハ、債務者カ故意ニ之ヲ開披セサル場合ト雖モ、知リタルモノトシテ遲滯ノ責ニ任スヘキモノト解スヘシ、然ラサレハ不確定期限ノ債務者カ無期限ノ債務者以上ニ保護ヲ受クルノ不權衡ナル結果ヲ生スルニ至レハナリ。

乙、履行期ノ定メナキ場合

履行期ノ定メナキ場合ニハ、其債權カ法律行爲上ノ債權ナルト法律行爲以外ノ債權ナルトヲ問ハス、常ニ債權者ノ履行請求アリタル時ヨリ債務者ハ遲滯ノ責ニ任スルニ至ルモノトス。(第四一二條三項)
 此場合ハ履行期存在セスシテ遲滯期ノミ存在スル場合ナリ、而シテ此債權者ノ履行請求ハ不要式ナル一方的行爲ヲ以テ爲スモノニシテ、口頭タルト書面タルト裁判上タルト裁判外タルトヲ問ハス常ニ到達ヲ以テ遲滯ノ效果ヲ生セシムルモノトス。(註六)

〔註六〕 催告(Mahnung)ハ所謂意思通知(Willensmitteilung)ニシテ、準法律行爲ノ一種ニ屬スルモノナリ、又一方的行爲ナルカ故ニ原則トシテ條件期限ヲ附スルコトヲ許ササルモノト解スヘシ、然レトモ猶豫シ得ル最後限度ノ日時ヲ示スカ如キハ、期限ニ非サルカ故ニ素ヨリ可ナリ、例ヘハ此十日内ニ必ス支拂フヘシト云フカ如シ、故ニ必スシモ即刻支拂フヘシトノ催告タルコトヲ要スルモノニ非ス。

催告ニ條件期限ヲ附スルコトヲ許ササル理由ハ、一方行爲ヲ以テ相手方ノ地位ヲ不確定ナラシムルカ故ナリ、從ツテ條件期限カ何等相手方ノ地位ヲ不確定ナラシムルコトナキ場合ニハ例外トシテ條件期限ヲ附スルコトヲ得ルモノトス。

第三、債務者カ債務ヲ履行セサルコトニ付キ過失(故意過失)アルコト

債務者カ遲滯期ニ履行ヲ爲ササルモ、其履行ヲ爲ササルコトニ付キ何等過失ナキ場合ニハ履行遲滯ヲ生スルコトナシ、過失アル場合ニ於テノミ初メテ遲滯ヲ生スルモノナリ、尤モ此履行遲滯ニ付キ過失ヲ要スルヤ否ヤハ法文上明白ニ規定セサルヲ以テ大ニ議論ノ存スル所ナリト雖モ、吾民法カ履行遲滯ニ過失ヲ豫想セルコトハ疑ナキ所ナリ、故ニ債務者ノ過失ヲ以テ遲滯

ノ一要件ト解セサルヘカラス、其論據ノ主ナルモノヲ舉クレハ左ノ如シ。

一、不確定期限ノ場合ニ知リタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スルモノトシタルハ過失ヲ要スルカ故ナリ、若シ之ヲ要セサルモノトセハ期限ノ到來ヨリ直ニ遲滯ニ附セシメテ可ナリ。

二、吾民法ハ原則トシテ過失責任主義ヲ採用シ、不法行爲(第七〇九條)給付不能(第四一五條)等ニ付キ常ニ過失ヲ必要トセリ、此ト性質ヲ同ウスル履行遲滯ニノミ特ニ過失ヲ要セサルモノト解スヘキ理由ナシ。

三、金錢債權ノ不履行ニ付キ第四一九條二項ニ於テ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得サル旨ヲ規定ス、然ラハ其反面解釋トシテ通常ノ場合ニ於テハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得ヘク、不可抗力ニ非サル場合即チ過失アル場合ノミ責ニ任スルモノト解セサルヘカラス。

四、法令ノ各所ニ規定セル「遲滯ナク」ト云フ法文ハ、獨法ノ *Unverzüglich*(獨民一
二一條)ト云フ原語ニ該當シ、常ニ「過失ニ因リ遅ルルコトナク」ト云フ意

味ニ解セサルヘカラス、從ツテ「直ニ」(sofort)ト規定セル場合カ、過失ノ有無ニ拘ハラス速ニ「ト云フ意味ニ解スヘキト異ル所ナリ、若シ遲滯ニ過失ヲ要セサルモノト解スルトキハ此兩者ノ區別ヲ失フニ至ルヘシ。

〔註七〕

〔註七〕 法文ニ於テ「遲滯ナク」ト規定シタル場合ハ、民法第五二二條、第五七七條、第六四五條等ニシテ「直チニ」ト規定シタル場合ハ第七〇條、第八一條、第六二八條等ナリ。

斯ノ如ク、履行遲滯ニハ過失ヲ要スルモノト解セサルヘカラサルカ故ニ、不可抗力ニ因リ遲滯期ニ履行ヲ爲スコト能ハサル場合ニハ、遲滯ニ陥ルコトナキモノトス、後、履行ヲ爲スコトヲ得ルニ至リタル時ヨリ初メテ遲滯ニ陥ルモノトス、從ツテ天災ノ爲メ交通杜絶シ、又ハ債權者ノ所在不明ニシテ給付ヲ爲スコト能ハサル場合ノ如キハ履行遲滯トナラサルモノナリ。(註八)

〔註八〕 履行遲滯ニ過失ヲ必要トセサルモノト論スル學者ノ論據ハ、第四一一條ニ何等過失ヲ要スル旨ノ規定ナキコトヲ理由トス、然レトモ同條ハ單ニ履行遲滯ノ一

要件ヲ規定シタルニ過キス其全部ニ非ス故ニ論理解釋上他ノ要件ヲ附加スルモ何等不當ニ非サルナリ又第四一二條ニ據レハ期限ノ到來ヲ知リタル時(不確定期限)又ハ催告ヲ受ケタル時(無期限債務)直ニ遲滯ニ陥ルカ如ク規定スレトモ履行ノ爲メニ若干ノ準備ヲ要スル場合ニハ其準備ノ爲メニ必要ナル期間經過スルモ遲滯ニ陥ルコトナキモノト解セサルヘカラス然ラサレハ直ニ準備ニ着手シテ履行ヲ爲スモ尙遲滯ニ陥ルカ如キ不都合ヲ生スレハナリ然レトモ相當ノ期間内ニ履行ヲ爲ササルトキハ遲滯ニ陥ルモ於テ遲滯ニ陥ルモノト解セサルヘカラス。

第四、履行ヲ爲ササルニ付キ正當ノ理由ナキコト

遲滯期到來スルモ債務者カ履行ヲ爲ササルニ付キ正當ノ理由アルトキハ遲滯ニ陥ルコトナキモノトス法律ハ右手ニ與ヘテ左手ニ奪フカ如キ矛盾ヲ敢テスルモノト解スルヲ得サレハナリ。

履行ヲ爲ササルニ付キ正當ノ理由有ストハ債務者カ履行ヲ拒絶スヘキ正當ナル權利ヲ有スル場合ヲ云フモノニシテ履行拒絶ノ抗辯權(例ハ同時履行ノ抗辯權)第五三三條(催告ノ抗辯權)第四五二條)等又ハ留置權ヲ有

スル場合ノ如シ。(註九)

〔註九〕債務者カ履行拒絶ノ權利ヲ有スル場合ニハ積極的ニ之ヲ行使セサル場合ト雖モ遲滯ニ陥ルコトナキモノト解スヘシ例ハ賣主カ自己ノ義務ヲ履行スルコトナクシテ代金ノミノ支拂ヲ買主ニ催告シタル場合ニ買主カ積極的ニ同時履行ノ抗辯權ヲ行使セサル場合ト雖モ遲滯ニ陥ルコトナキモノト解スヘキカ如シ何トナレハ買主カ義務ヲ履行セサルハ此抗辯權ヲ行使スル意思ナリト解セサルヘカラサレハナリ然レトモ其權利ヲ行使セサル意思ヲ明示シタル場合ニハ遲滯ニ陥ルヘシ。

第三項 履行遲滯ノ效果

履行遲滯ノ效果ハ之ヲ概括的ニ云ヘハ債務者カ遲滯期ニ履行シタルト同一ノ利益ヲ債權者ヲシテ得セシムルニ在リ一旦生シタル遲滯ノ事實其モノハ轉タ之ヲ恢復スルニ由ナシト雖モ之ト同一ノ利益ヲ債權者ヲシテ得セシムルニ於テハ之ヲ以テ債權者ノ利益ヲ救済スルコトヲ得ルカ故ナリ其爲メニ民法ハ債務者ニ對シ種々ノ不利益ナル拘束ヲ加ヘ以テ債權者

ヲ保護スルコト、セリ、左ニ履行遲滯ノ效果ヲ列擧スヘシ。

第一、債權者ハ強制執行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得。(第四一四條)

強制執行ノ請求權ハ、國家ニ對スル私權保護ノ請求權ナリ、此請求權ハ債務者カ履行遲滯ニ陥リタルトキハ、債權者ハ裁判所ニ之ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス、其詳細ハ別ニ之ヲ述フヘシ。(一三五頁以下參照)

第二、債權者ハ債務者ニ對シ履行遲滯ニ因リテ生シタル一切ノ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得。(第四一五條前段)

債務者ハ債權者ニ對シ遲滯以後債權者ニ生シタル一切ノ損害ヲ賠償セサルヘカラサルモノトス、然レトモ其額ニ付キテハ金錢債權ノ場合ト、其他ノ場合トニ於テ異レリ、(第四一九條及第四一六條)サレト原則トシテ、所謂補充賠償ニシテ全部賠償ニ非ス、本來ノ給付ハ履行遲滯ト共ニ消滅スルコトナク、只之ニ加ヘテ遲延ニ因ル補充賠償ノミヲ給付セサルヘカラサルモノナリ。

然レトモ此原則ニ對シテハ三個ノ例外アリ、此例外ノ場合ニハ本來ノ給付ニ代ル全部ノ損害賠償ヲ爲ササルヘカラサルニ至ルモノトス、即チ左ノ場合ナリ。

甲、履行遲滯ト共ニ給付不能トナリタルトキ

債務カ絶対的定期行爲ノ場合、又ハ一時的不作爲債務ノ場合ニハ、履行遲滯ト共ニ最早給付不能トナルモノトス、從ツテ此場合ニハ最早本來ノ給付ヲ請求スルヲ得サルカ故ニ、履行ニ代ル全部ノ損害賠償ヲ請求スルノ外ナキモノトス。

乙、強制執行ノ方法ナキトキ

債務カ強制執行ノ方法ナキトキハ、本來ノ給付ヲ請求スルモ無益ニ歸スヘシ、從ツテ全部ノ損害賠償ヲ請求スルノ外ナキコト、ナルヘシ。尤モ此場合ニハ履行遲滯ト共ニ直ニ全部ノ損害賠償ニ變ルモノト解スルヲ得ス、債權者ハ尙本來ノ給付ヲ請求シ得ヘシト雖モ、若シ本來ノ

給付ヲ拋棄シテ全部ノ損害賠償ヲ求メタルトキハ、以後本來ノ給付ハ消滅シテ全部ノ損害賠償ニ變ルモノト解スヘシ。〔註一〇〕

〔註一〇〕 此場合ハ債權者ニ變更權アル一種ノ任意債權ト解スヘシ。例ヘハ畫家カ繪ヲ書ク債務ヲ負フ場合、債權者ハ遲滯後モ尙本來ノ給付ノミヲ求ムルコトヲ得ヘシ。然レトモ何時ニテモ變更シテ全部ノ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルカ如シ。

丙、遲滯シタル履行カ、何等債權者ニ利益ヲ與ヘサル場合

遲滯シタル後爲シタル履行カ、何等債權者ニ利益ヲ與ヘサル場合ニハ、債權者ハ其給付ヲ拒絕シ、履行ニ代ル全部ノ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノト解スヘシ。此點ニ付キテハ吾民法ニ何等特別ナル規定ナキカ故ニ、異論アリト雖モ、條理上斯ノ如ク解セサレハ甚タ不都合ナリ。

〔註一一〕 此點ニ付キ獨民法ニハ特別ノ明文アリ、同法第二八六條二項然レトモ吾民法ニハ特別ノ明文ナキカ故ニ疑アリト雖モ、第四一五條前段ノ規定ハ之ヲ包含スルモノナリト解ス、何トナレハ同條ハ別ニ補充賠償ノミヲ規定スルモノニ非サル

カ故ニ、時ニ全部賠償ヲモ請求シ得ルモノト解スルコトヲ得ルカ故ナリ。例ヘハ注文シタル洋服カ注文ノ期日ニ遅レタル爲メ(絶對的定期行爲ニ非サル場合)他ノ洋服店ニ注文シテ新タニ調達セシメタル場合ノ如キ、期日ニ遅レタル履行ハ何等注文者ヲ利セサルコトアルカ如シ。此場合無益ノ洋服ヲ受領シテ二重ニ代金ヲ支拂ハサルヘカラサルモノトセハ、甚タ不都合ナリト云ハサルヘカラス。大審院モ此說ニ從ツテ判決シタルコトアリ。(大正四年六月十二日判決)
又此場合ニモ債權者ニ變更權アル任意債權ト解スヘク、債權者ハ本來ノ給付ヲ請求スルコトヲ得ルモノ只變更シテ全部賠償ヲ請求シ得ルノミト解スヘシ。

第三、債務者ハ以後不可抗力ニ對シテモ責任ヲ負フ

債務者カ履行遲滯ニ陥リタルトキハ、以後不可抗力ニ因ル損害ニ對シテモ賠償ノ責任ヲ負擔スルニ至ルモノトス。是レ、不履行ナカリセハ生セサルヘキ損害ト解セサルヘカラサレハナリ。例ヘハ八月一日ニ大阪ノ債權者ニ給付スヘキ東京ノ債務者カ、之ヲ給付セスシテ九月一日ノ震災ニ因リ目的物ヲ燒失シタル場合ノ如キ、震災其モノハ不可抗力ナルモ尙賠償義務ヲ負

擔スルカ如シ。

然レトモ此場合、債務者カ正當ノ時期ニ給付ヲ爲スモ尙損害ヲ免ルヘカラサリシモノナルコトヲ證明セハ、再ヒ其賠償義務ヲ免ル、モノトス、何トナレハ其場合ニハ孰レニスルモ損害ヲ免レサリシ場合ナレハ、最早不履行ノミノ損害ト云フヲ得サルニ至レハナリ、例ヘハ右ノ場合ニ於テ大阪ノ債權者ノ倉庫モ亦落雷ノ爲メ燒失シタル場合ノ如シ。

第四、債權カ契約ヨリ發生シタルモノナルトキハ、債權者ハ其契約ヲ解除スルコトヲ得

債務者カ遲滯ニ在ル場合ニ於テ其債權カ債權的契約ヨリ發生シタルモノナルトキハ、債權者ハ債務者ニ對シテ相當ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ爲スコトヲ得ヘク、若シ其期間内ニ尙履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノトス。(第五四一條)

又若シ其履行期カ重要ニシテ所謂絶對的定期行爲ト稱セラル、場合ナ

ルトキハ、此催告ヲ爲スコトナクシテ直ニ其契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノトス。(第五四二條)

第五、違約金ノ特約アル場合ニハ、債權者ハ違約金ヲ請求スルコトヲ得
當事者カ違約金ノ特約ヲ爲シタル場合ニ於テ、債務者カ履行遲滯ニ陥リタルトキハ、即チ違約シタルモノナルカ故ニ、債務者ハ其違約金ヲ支拂ハサルヘカラサルニ至ルモノトス。(第四二〇條)〔註一〇〕

〔註一〇〕 遲滯ノ效果トシテ債務者ノ注意義務ノ加重ヲ來スモノナリヤ否ヤニ付キテハ議論アリト雖モ、余ハ加重ヲ來スモノト解ス、即チ平常自己ノ物ニ對スル注意ヲ以テ足ル場合ト雖モ、遲滯以後ハ善良ナル管理者ノ注意義務ヲ必要トスルモノト解ス、其理由ハ履行遲滯ハ一種ノ債權侵害ナリ、而シテ不法行爲ニ於ケル第三者ノ注意程度カ常ニ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ標準トセサルヘカラサルモノナリ以上、債務者ノ債權侵害履行遲滯ニ於テ、特ニ其程度ヲ輕減スヘキ理由ナケレハナリ。

第四項 履行遲滯ノ消滅

履行遲滯ハ或事由アルトキハ消滅ス、然レトモ其消滅ハ唯將來ニ向ツテ消滅セシムルニ過キスシテ、過去ニ發生シタル遲滯ノ效果ヲ消滅セシムルモノニ非サルヲ原則トス。

履行遲滯ノ消滅原因左ノ如シ。

第一、債權ノ消滅

債權カ辨濟、相殺、更改等ノ理由ニ因リ消滅シタルトキハ、履行遲滯モ亦消滅ス、債務ノ存在セサル所ニ遲滯ノミ存スヘキ筈ナケレハナリ。

第二、履行ノ提供

債務者カ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ヲ爲シタルトキハ、債權者カ之ヲ受領セサル場合ト雖モ履行遲滯ハ消滅ス、民法ハ辨濟ノ提供ヲ以テ不履行行ヨリ生スヘキ一切ノ責任ヲ免レシムルモノトシタレハナリ。(第四九二條〔註一〇〕)

〔註一三〕 辨濟ノ提供アルニ拘ハラズ債權者カ之ヲ受領セサルトキハ、債權者ノ受領

遲滯ヲ生スルモノトス、(第四一三條)債權者ノ受領遲滯ト債務者ノ履行遲滯トハ相容レサル觀念ナルヲ以テ、債權者ノ受領遲滯ヲ生スルトキハ當然債務者ノ履行遲滯ハ消滅スルモノトス、法典カ第四一二條ノ履行遲滯ノ規定ニ次イテ第四一三條ノ受領遲滯ノ規定ヲ設ケタルハ、受領遲滯ノ場合ニハ履行遲滯ヲ除去スル法意ナリト解スルコトヲ得ヘシ。

第三、履行ノ猶豫 *Stundung*

債權者カ新タニ辨濟期ヲ定メテ履行ノ猶豫ヲ爲シタルトキハ、之ニ因リテ履行遲滯ハ消滅ス、遲滯期ニ履行ヲ爲サストノ事實消滅スルニ至ルカ故ナリ。

然レトモ履行遲滯ヲ消滅セシムル履行ノ猶豫ハ、債權者ニ於テ遲滯ノ效果ヲ消滅セシムル意思ヲ以テ爲ス場合ナルコトヲ要シ、單ニ讓歩シ得ル最大限度ノ期間ヲ示シタルニ過キササル場合ニハ履行遲滯ヲ消滅セシムルコトナキモノトス、此場合ニハ寧ロ遲滯ノ效果ヲ留保シツ、履行スヘキ最後限度ノ日時ヲ示シタルニ過キササルモノト解スヘキカ故ナリ。(註一四)

又履行遲滯ヲ消滅セシムル履行猶豫ノ場合ニ於テモ、單ニ將來的ニノミ履行遲滯ヲ消滅セシムルニ過キスシテ、既ニ發生シタル過去ノ遲滯ノ效果ヲ消滅セシムルモノニ非サルモノト解セサルヘカラス、何トナレハ過去ニ發生セル遲滯ノ效果ハ現在ノ遲滯トハ別物ナレハナリ。〔註一五〕

〔註一四〕履行遲滯後證文ヲ書替ヘテ新期限ヲ定メタル場合ノ如キハ、履行ノ猶豫トシテ將來的ニ遲滯ヲ消滅セシムヘシト雖モ、別ニ證文ヲ書替フルコトナク單ニ何月何日迄ニ必ス辨済スヘシト云フカ如キ催告ヲ爲シタル場合ニハ、何等履行遲滯ヲ消滅セシムルコトナク、只讓歩シ得ル最後限度ノ日時ヲ示シタルニ過キサルモノト解スヘシ。

學者ハ通常此點ニ付キ區別シテ説明スル所ナシト雖モ、若シ常ニ履行猶豫トナルモノトセハ、債權者ハ思ハサル損害ヲ受クルコト、ナルノミナラス、所謂相對的定期行爲ノ場合ニハ、第五四一條ニ從ヒ必ス相當ナル期間猶豫セサルヘカラサルコト、ナリ履行期ヲ定メタルコトヲ無意義ナラシムルニ至ルヘシ、然レトモ吾人ノ解釋ニ從ヒ此相當ナル期間ハ履行遲滯ニハ影響ナキモノト解スルトキハ、此不都合ヲ除去スルコトヲ得ヘシ。

〔註一五〕履行遲滯ト履行遲滯ヨリ生ジタル權利義務トハ別個ノモノナリ、故ニ現在存在スル履行遲滯其モノヲ拋棄スルモ、過去ノ履行遲滯ヨリ生ジタル損害賠償ノ請求權等ヲ消滅セシムルモノニ非ス、若シ之ヲモ拋棄セントセハ更ニ其意思表示ヲ必要トス、然レトモ履行ノ猶豫ハ單ニ現在ノ履行遲滯ノミヲ拋棄スル意思表示ナルカ故ニ過去ニ生ジタル遲滯ノ效果ニハ何等ノ影響ヲ與フルコトナキモノト云フヘシ。

第二款 不完全給付

第一項 不完全給付ノ意義

債務者カ給付ヲ爲シタルモ、其給付カ債務ノ本旨ニ從ハサルトキハ、之ヲ廣ク不完全給付ト謂フ、其中特ニ時期ノ點ニ付キ不完全ナル場合ヲ履行遲滯ト謂フ、故ニ茲ニ所謂不完全給付トハ其ノ履行遲滯以外ノ不完全給付ノミヲ指ス。

不完全給付ニハ從ツテ左ノ如キ態様アリ得ヘシ。

第一、給付行爲ノ質ニ關スル不完全給付

給付行為ノ質(Qualität)カ債務ノ本旨ニ從ハサル場合ヲ云フモノニシテ、例
 ヘハ(一)債務者カ演藝ヲ爲シタルモ拙劣ナリシ場合ノ如キ、(二)計算書ヲ出シ
 タルモ誤謬アリシ場合ノ如キ、(三)上等米ヲ給付スヘキニ下等米ヲ給付シタ
 ル場合ノ如キ、(四)洋服靴等ヲ注文シタルニ其寸法ニ合ハサル場合ノ如シ。

第二、給付行為ノ量(Quantität)ニ關スル不完全給付

給付行為ノ量(Quantität)カ債務ノ本旨ニ從ハサル場合ヲ謂フモノニシテ、
 例ヘハ(一)米百俵ヲ給付スヘキニ五十俵ノミ給付シタル場合ノ如キ、(二)一
 間ノ講演ヲ約シタルニ三十分ノミ爲シタル場合ノ如シ。

第三、給付ノ場所ニ關スル不完全給付

給付ヲ爲シタル場所カ債務ノ本旨ニ協ハサル場合ヲ謂フ、例ヘハ大阪ニ
 テ給付スヘキ馬百頭ヲ東京ニテ給付シタル場合ノ如シ。
 右ノ如キ不完全ナル給付ト雖モ之ヲ履行スヘキ時期ニ履行シタルトキ
 ハ履行遲滯ト云フコトヲ得ス、又給付ハ可能ナルカ故ニ給付不能ト云フコ

トヲ得ス、故ニ不完全給付ハ履行遲滯及給付不能以外ノ獨立ナル債務不履
 行ノ態様ト云ハサルヘカラス。〔註一〕

〔註一〕羅馬法以來債務不履行ノ態様ニハ履行遲滯ト給付不能ノミ存在スルモノト
 信セラレタリキ、然ルニ一九〇二年(Zam)カ積極的契約違反(Die positive Vertragsverlet-
 zung)ノ場合アルコトヲ論シテヨリ、漸ク不完全給付カ債務不履行ノ一場合トシ
 テ認めラル、ニ至レリ、然レトモ其範圍態様ニ付キテハ未タ學說區々ニシテ一定
 セス。

第二項 不完全給付ノ要件

不完全給付ノ要件トシテハ履行遲滯ノ要件ヲ其儘準用スルコトヲ得ル
 モノトス、何トナレハ實ハ履行遲滯カ不完全給付ノ一場合ナレハナリ、從ツ
 テ(一)給付可能ナル債務ノ存在スルコト、(二)債務者ノ過失ニ基キ不完全ナル
 給付ヲ爲シタルコト、(三)何等正當ナル理由ナクシテ不完全ナル給付ヲ爲シ
 タルコトヲ必要トス、然レトモ履行セサルヘカラサル時期(遲滯期)ヲ徒過シ
 タル場合ニ非サルコトヲ要ス、其場合ニハ履行遲滯トナレハナリ。

斯ノ如クナルカ故ニ債務者ニ何等過失故意過失ナキ場合ニハ不完全給付トナルコトナシ、此點ニ付キテハ第四一五條前段ニ於テ何等明文ヲ以テ示ス所ナシト雖モ、履行遲滞ノ場合ト同一ノ理由ヲ以テ過失ヲ要スルモノト解セサルヘカラス、從ツテ債務者タル俳優カ病氣ノ爲メ拙劣ナル藝ヲ演シタル場合ノ如キハ、不完全給付トシテ賠償義務ヲ負フコトナシ、又法律上正當ナル理由アリテ不完全ナル給付ヲ爲シタル場合ニ於テモ同一ナリ。

第三項 不完全給付ノ效果

不完全給付ノ效果トシテ、第一問題トナルハ債權者ハ其給付ヲ拒絶スルコトヲ得ルヤ否ヤノ點ナリ、一面ヨリ觀レハ、不完全給付ハ眞ノ履行ニ非サルカ故ニ常ニ拒絶シ得ルカ如クナレトモ、斯ク解スルトキハ債務者ニ對シ苛酷ナル結果ヲ生スルコトアルヲ以テ、其不完全ナル給付カ債權者ノ目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ於テノミ之ヲ拒絶スルコトヲ得ルモノト解スヘシ、民法カ債權者ノ目的ヲ達セサル場合ニ於テノミ解除權其他ノ救濟

權ヲ與ヘタル趣旨ヲ此場合ニ類推スルヲ妥當トスレハナリ、例ヘハ第五六六條、第五七〇條、第六一一條、第六三五條等從ツテ其他ノ場合ニ於テハ債權者ハ補充賠償ト共ニ其不完全給付ヲ受領セサルヘカラサルモノト解スヘシ。

不完全給付ノ受領ヲ拒絶シ得ル場合ニ於テ之ヲ拒絶シタルトキハ、直ニ給付不能トナルコトアリ、例ヘハ染物屋カ提供セラレタル反物ヲ他ノ色ニ染メ、又ハ仕立屋カ寸法ヲ間違ヘテ裁チタル場合ノ如シ、此場合ニハ最早本來ノ給付ハ消滅シ、履行ニ代ル全部ノ損害賠償ヲ請求スルコトトナルモノトス。

然レトモ其他ノ場合ニ於テハ尙給付可能ナルカ故ニ、債務者ハ其不完全ナル點ヲ除去シテ完全ナル給付ヲ爲ササルヘカラサルモノトス、其爲メニハ若干ノ日時ヲ要スヘク、從ツテ履行遲滞トナルコトアルヘシ、其場合ニハ債權者ハ更ニ第五四一條、第五四二條ノ規定ニ從ヒ契約ヲ解除スルコトヲ

得ヘシ、然レモ不完全給付ヲ理由トシテ契約ヲ解除スルヲ得ス但各個ノ債權ニ付キ特別ナル規定アルトキハ之ニ從フヘキコト勿論ナリ。(例ハ賣買ニ付キ第五六三條以下、請負ニ付キ第六三四條以下ノ如シ)〔註二〕

〔註二〕 不完全給付ノ效果ニ付キテハ履行遲滞ト大ナル差異アリ、強制執行責任ノ加重等ハ適用アルコトナシ、唯損害賠償ト、或種ノ違約金契約ノ適用アルノミナリ。

第三款 給付不能

第一項 給付不能ノ意義

債權カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由故意過失ニ因リテ給付不能トナリタルトキハ、債務者ハ其損害賠償ヲ給付セサルヘカラサルモノトス。(第四一五條後段)

由來、不能ノ所ニ債務ナキ *impossibilium nulla est obligatio* ヲ原則トスルカ故ニ、給付不能トナルトキハ債務者ハ其債務ヲ免ルヘキ筈ナレトモ、債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ給付不能トナリタル場合ニハ、債務不履行トシ

テ其損害賠償ヲ爲ササルヘカラサルモノトス、何トナレハ債務者ハ給付義務ヲ負ヒ、從ツテ注意義務ヲ負擔スルニ拘ハラス、故意又ハ過失(不注意)ニ因リ其給付ヲ不能ナラシメタル場合ナルカ故ニ、其債務違反トシテ損害賠償ノ義務ヲ負ハサルヘカラサルナリ。〔註一〕

斯ノ如クナルカ故ニ、債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ給付不能トナリタル場合ニハ、其不可抗力ニ因ル場合タルト、債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ル場合タルトヲ問ハス、債務不履行トナラサルモノトス、從ツテ債權ハ給付不能ト同時ニ直ニ消滅スルモノナリ。

又債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ不能トナリタル場合ト雖モ、本來ノ給付其モノハ不能ニヨリ最早請求スルヲ得ス、只其給付ニ代ル全部ノ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルノミナリ。

斯ノ如ク債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ給付不能トナリタル場合ニハ、不能トナレルニ拘ハラス其全部ノ損害賠償ヲ爲ササルヘカラサルモノ

ナレトモ、其本來ノ給付ト其損害賠償トハ同一債務ノ變化シタルモノニ過キサルヲ以テ、本來ノ債務ニ附從セル從タル權利(擔保權等)又ハ效力(優先權等)ハ當然損害賠償ノ債權ニ移轉スルモノナリ。〔註二〕

〔註一〕 給付義務ヲ負フ者ハ當然注意義務ヲ負フ、實ハ注意義務ハ給付義務ノ一内容ナレハナリ、從ツテ故意又ハ過失ニ因リ給付ヲ不能ナラシメタル場合ニハ、少クトモ注意義務ノ違反トシテ債務不履行トナルモノナリ。

第三者カ故意又ハ過失ヲ以テ債權ヲ侵害シタル場合ニ於テモ、不法行爲トシテ損害賠償ノ義務ヲ負擔ス第七〇九條況ンヤ當ノ債務者カ故意又ハ過失ヲ以テ債權ヲ侵害シタル場合ニ於テヲヤ、蓋シ債務不履行ハ債務者ノ爲ス債權侵害ナレハナリ。

〔註二〕 損害賠償ノ債權ハ本來ノ給付ノ變化シタルモノト解セサルヘカラス、若シ新タナル別個ノ債權ト解スルトキハ本來ノ給付ニ附從セル從タル權利又ハ效力ハ消滅シテ、損害賠償ノ債權ニハ存在セサルモノト云ハサルヘカラス、斯ノ如キハ不當ニ債務者ヲ利スルノミナラス、損害賠償ノ本質ニ反ス、從ツテ本來ノ給付ニ存シタル質權抵當權等ハ、其順位ニ於テ當然損害賠償ノ債權ニ移轉シ、本來ノ給付カ優

先權ヲ有スル場合ニハ、當然損害賠償ノ債權モ優先權ヲ有スルモノトス、其他期限時效訴ノ原因(民法第一九六條等)ニ於テモ同一ト解スヘシ。

第二項 給付不能ノ要件

債務カ給付不能ノ爲メニ損害賠償ノ債務ニ變化スルニハ、從ツテ二個ノ要件ヲ必要トス、一ハ給付不能トナルコト、二ハ其不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキコト是レナリ。

第一 給付不能トナルコト

給付カ不能トナルトハ、其給付カ後發的ニ其債務者ニ對シ法律上不能トナルコトヲ謂フ、即チ(一)法律上(二)後發的(三)其債務者ニ對シ不能トナル三要件ヲ必要トス、更ニ分ツテ説明スヘシ。

A 法律上不能トナルコト

法律上不能トナルトハ、法律觀察上不能ト認メサルヘカラサルニ至ルコトヲ云フモノニシテ、必スシモ物理的、論理的ニ不能トナル場合ノミ

ナラス、社會觀念上不能ト認メサルヘカラサルニ至リタル場合ヲモ包含スルモノトス、從ツテ物理的ニハ反ツテ可能ト認メラルヘキ場合ト雖モ其給付ノ爲メニ過大ナル犠牲ヲ要スル場合ノ如キハ、法律上ハ給付不能ト認メサルヘカラサルモノトス。〔註三〕

〔註三〕 債務ハ信義ノ原則ニ從ツテ定メサルヘカラス、從ツテ物理的ニハ給付可能ナルモ、信義ノ觀念上給付不能ト認メサルヘカラサル場合存、在スルモノトス、例ヘハ債務ノ履行カ過大ナル費用ヲ要シ、又ハ道德上人情上過當ナル犠牲ヲ要スル場合ノ如シ(例ヘハ價額數圓ノ物ヲ給付スル爲メニ數百圓ノ費用ヲ要スルニ至リタル場合ノ如キ、又ハ講演ニ出席スルコトヲ約シタル者ガ重病ニ罹リ、又ハ其父母ノ臨終ニ待セサルヘカラサルニ至リタル場合ノ如シ)然レトモ給付ノ不能ト給付ノ困難トハ之ヲ區別スルコトヲ要ス、給付ノ困難ハ何等債務ノ性質ニ影響ヲ及ホスコトナキヲ以テ、其不履行ノ場合ニハ債權者ハ強制執行ヲ爲スコトヲ得ルモノトス。

B 後發的ニ不能トナリタルコト

不能ノ原因カ債權發生ノ初メヨリ存在スル場合、即チ原始的不能ノ場

合ニ、ハ、債權其モノノ、發生ヲ妨クルカ故ニ素ヨリ給付不能ヲ生スト雖モ茲ニ所謂給付不能ニハ非ス、何トナレハ茲ニ所謂給付不能トハ債務不履行トナルヘキ給付不能ノミヲ云フモノニシテ、債權カ一旦發生スルコトヲ必要トスルモノナレハナリ、從ツテ不能ノ原因カ債權發生後生シタル所謂後發的不能ノ場合ニノミ限ルモノナリ。〔註四〕

〔註四〕 原始不能ト後發不能トヲ區別スヘキ標準時ニ付キテハ議論アレトモ、債權ノ發生スヘキ時ヲ標準トスルヲ可トス、必スシモ法律行爲ノ時ヲ標準トスヘキニ非ス、何トナレハ不能可能ハ法律行爲ノ效力ニ關スルモノニシテ、法律行爲其モノニ關スルモノニ非サレハナリ、從ツテ停止條件附法律行爲ノ場合ニハ、條件ノ成就シタル時ニ於テ不能ノ原因存スルトキハ原始不能ニシテ、其後ニ生シタル場合ニハ後發不能ナリ。

C 債務者ニ對シ不能ナルコト

債務ハ債務者カ負擔スルモノナルカ故ニ、其債務者ニ對シ給付不能ナルトキハ、他人ニ對シ給付可能ナルモ猶給付不能トシテ損害賠償ノ義

務ニ變化スルモノトス、何トナレハ第三者ノ辨濟ハ期待スルコトヲ得サルノミナラス、債務者ニ對シ不能ナル限り不能ヲ要求スルモ無意義ナレハナリ、從ツテ所謂客觀的不能ハ勿論、主觀的不能モ亦不能ナリ。以上三要件ヲ具備スル場合ニ於テノミ給付ハ不能トナリタルモノトス。

第二 債務者ノ責ニ歸スヘキコト

債務者ノ責ニ歸スヘキ事由トハ債務者ノ故意過失ニ因ルコトヲ意味シ、債務者ノ故意過失カ法律上ノ責任トナルカ爲メニハ其前提トシテ意思能力ノ存在スルコトヲ必要トス、即チ意思能力者ノ故意過失ノミカ其責ニ歸スヘキ事由トシテ債務不履行トナルモノナリ。〔註五〕

〔註五〕 法典ニ於テ責ニ歸スヘキ事由(Vom Schuldner Vertretener Unstand)ト規定シタル場合ニハ、常ニ「過失ニ因ル場合」ト云フ意味ナリ、何トナレハ過失ニ因ラサル場合、即チ不可抗力ニ因ル場合ニハ、責ニ歸スヘカラサル事由ニ因ル場合ナレハナリ。(例ヘハ第四一五條、第五三四條、第五三五條、第五三六條等)

又過失ナル語ニハ廣狹二義アリ、廣義ニ於テハ故意過失双方ヲ包含シ、所謂落度又

ハ「非難スヘキ精神狀態」ヲ總稱シ、狹義ニ於テハ故意ニ對スル過失即チ注意ノ欠缺ノミヲ謂フモノトス。

法典ニ於テ過失ト規定スル場合ハ通常狹義ニ用ヒラルレトモ、時ニ廣義ニ用ヒタル場合モアリ、例ヘハ第四一〇條、第四一八條、第六二〇條、第六二八條等ノ如シ。

甲 故意(dolus)

故意トハ給付ヲ不能ナラシムル行爲及其結果ニ對スル認識ヲ謂フ、而シテ其行爲カ債務ニ違反スルモノナルコトノ認識モ必要トス、然レトモ敢テ之ヲ欲スルコトヲ必要トセス、單ニ認識アレハ足ル、又確實ナリトノ認識タルコトヲ要セス、或ハ然ラント云フカ如キ不確定ナル認識ニテモ可ナリ。〔註六〕

〔註六〕 故意ヲ認識ニテ足ルモノトスル主義ヲ觀念主義(Vorstellungstheorie)ト云ヒ、欲スルコトヲ要スルモノトスル主義ヲ意思主義(Willensstheorie)ト云フ、民法ニ於テモ刑法ニ於テモ常ニ問題トナル所ナレトモ、通説ニ從ヒ觀念主義ヲ以テ可ト信ス、然レトモ其行爲カ債務不履行トナルコトノ認識、即チ違法ノ認識ヲ必要トス、是レ刑法ト

異ル所ナリ、何トナレハ刑法上ノ犯罪行為ハソレ自體カ反社會的ナル行為ナルカ故ニ、其行為カ刑法ニ反スルモノナルコトノ認識ハ敢テ必要ニ非スト雖モ、債務不履行ノ場合ニハ其行為自體ハ必スシモ反社會的ナル行為ニ非ス、故ニ特ニ債務違反ナルコトヲ認識シタルトキ初メテ故意アリト云ヒ得ヘシ、例ヘハ不知ノ間ニ樂ヲ奏シタル場合ニハ故意アリト云フヲ得ス、靜肅ニスヘキ債務アルコトヲ知り乍ラ樂ヲ奏シタル場合ニ於テノ初メテ故意アリト云フコトヲ得ルカ如シ。

從ツテ又違法ヲ阻却スヘキ原因例ヘハ正當防衛又ハ緊急避難アリト誤信シタル場合ニ於テモ故意アリト云フヲ得ス。

法典ニ於テハ又惡意ト規定シタル場合アリ(第四七〇條、第八一三條、第八六六條等)惡意ハ故意ノ一種ナリ、然レトモ惡意ハ不善ノ目的ヲ有スル故意ト解スルカ故ニ普通ノ故意ヨリ惡性ヲ帶フルモノト云フコトヲ得ヘシ。

乙 過失(Overpa)

過失トハ不注意ニ因リテ一定ノ結果ヲ生セシメタル者カ、其結果ヲ豫見スルコトヲ得ヘカリシニ拘ハラズ豫見セサリシ精神狀態ヲ謂フモノトス。

故ニ過失アリト云フニハ、先ツ第一ニ一定ノ結果ヲ生セシメタルコトヲ要ス、何等ノ結果ヲ生セザル場合ニハ假リニ注意ヲ缺クモ過失ノ問題ヲ生セス。

次ニ其結果ヲ生セシメタル行為ニ付キ注意ヲ缺キタルコトヲ要シ、且其結果ヲ豫見スルコトニ付キ注意ヲ缺キタルコトヲ要ス、即チ行為ニ付キテノ注意ト豫見ニ付キテノ注意トヲ缺キタル場合ニ於テ、初メテ過失アリト云フコトヲ得ルモノトス。

從ツテ行為ニ付キテノ注意ヲ缺カサルトキハ、豫見ニ付キテノ注意ヲ缺クモ不可抗力ニシテ、過失ト云フヲ得ス、又行為ニ付キテノ注意ヲ缺キ且豫見ニ付キテノ注意ヲ缺カサルトキハ、故意ニシテ過失ニ非ス、其關係左ノ如シ。(註七)

- 一、行為ニ付キテノ注意ヲ缺ク―豫見アリ〳故意
- 二、行為ニ付キテノ注意ヲ缺ク―豫見ナシ〳過失

三、行爲ニ付キテノ注意ヲ缺カス—豫見アリ—不可抗力
四、行爲ニ付キテノ注意ヲ缺カス—豫見ナシ—不可抗力
斯ノ如ク注意ニハ二種アリ、行爲ニ付キテノ注意ト豫見ニ付キテノ注
意ト是レナリ、而シテ行爲ニ付キテノ注意程度ニハ最大注意(業務上ノ
注意)善良ナル管理者ノ注意(抽象的注意)及自己ノ爲メニスル注意(具體
的注意)ノ三種アリ、然レトモ豫見ニ付キテノ注意程度ニ付キテハ別ニ
規定スル所ナキカ故ニ、各人ノ主觀的ニ爲シ得ル最高程度ノ注意ヲ標
準トシテ定ムヘキモノナリ。(尙注意ニ付キテハ第二章第二節註二參
照)

又過失ニハ二種アリ、重過失及輕過失是レナリ、或程度ノ注意ヲ著シク
缺キタル場合ヲ重過失(Culpa lata)ト稱シ、比較的輕度ニ缺キタル場合ヲ
輕過失(Culpa levis)ト云フ、從ツテ右述ヘタル三種ノ注意ニハ悉ク重過失、
輕過失存在スルモノトス、然レトモ債務者ハ通常善良ナル管理者ノ注

意義務ヲ負擔スルモノナルカ故ニ、善良ナル管理者ノ注意義務ヲ標準
トスル重過失、輕過失ニ對シ責任ヲ負フヲ常トス、然レトモ時ニ重過失
ニ對シテノミ責任ヲ負ハシメタル場合モアリ(例ヘハ第六九八條、商第
三四一條等)〔註八〕〔註九〕〔註一〇〕

〔註七〕行爲ニ付キテノ注意ヲ缺キ且結果ノ豫見アル場合ニハ故意ニシテ過失ニ非
ス例ヘハ運轉手カ危険ノ發生ヲ豫知シツ、飲酒シタル場合ノ如シ、又行爲ニ付キ
テノ注意ヲ缺カサルトキハ豫見ノ有無ヲ問ハス不可抗力トナルモノトス、例ヘハ
運轉手カ突如鐵橋ノ破壊セルコトヲ發見シタルモ最早惰勢ニテ停車セシムルコ
ト能ハサリシ場合ノ如シ。

〔註八〕過失トハ注意ヲ缺クコトヲ云フモノナルカ故ニ、過失アリヤ否ヤ及其過失カ
輕過失ナリヤ重過失ナリヤヲ定ムルニハ、先ツ第一ニ標準タル注意ノ程度ヲ定ム
ルコトヲ必要トス、其注意ノ程度ヨリ見テ過失アリヤ否ヤヲ決セサルヘカラサレ
ハナリ。

又法典カ重過失輕過失ト規定セル場合ニハ、其如何ナル注意ニ對スル重過失ナリ
ヤ輕過失ナリヤヲ定メサルヘカラス、例ヘハ第九五條、第四七〇條ノ重過失トハ自

己ノ物ニ對スル注意ヲ標準トスル重過失ト解スヘク第六九八條商第三四一條等ノ重過失トハ善良ナル管理者ノ注意ヲ標準トスル重過失ト解スヘキカ如シ。此點ニ關スル從來ノ學說ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ缺ク場合ヲ抽象的過失ト稱シ自己ノ物ニ對スル注意ヲ缺ク場合ヲ具體的過失ト稱シ更ニ別ニ重過失アルモノト説明セリ(石坂氏四三八頁以下三瀧氏債總一九七頁以下)然レトモ重過失輕過失ハ其如何ナル注意ニモ存在スルモノナルカ故ニ分類妥當ヲ缺クモノト云ハサルヘカラス。

〔註九〕注意ト注意義務トハ之ヲ區別スルコトヲ要ス注意トハ單ニ精神力ヲ傾注スルコトヲ云ヒ注意義務トハ斯ノ如キ注意ヲ爲スヘキ法律上ノ拘束ヲ云フ故ニ注意義務アリテ注意ヲ爲ス場合ト注意義務ナクシテ注意ヲ爲ス場合トアリ。又過失トハ廣ク注意ヲ缺クコトヲ云フモノナルカ故ニ過失ニハ注意義務アル注意ヲ缺ク場合ト注意義務ナキ注意ヲ缺ク場合トアリ得ヘシ。然レトモ債務不履行トナル過失ハ必ス注意義務アル注意ヲ缺キタル場合ナラサルヘカラスサレト第九五條第四一八條第五四八條第七一六條等ノ過失ハ注意義務ナキ注意ヲ缺キタル場合ナリ何人モ自己ノ財産ニ對シ注意義務ヲ負フコトナケレハナリ。

〔註一〇〕以上述ヘタル故意過失ノ原理ハ獨リ給付不能ニ付キテノミ適用アルモノニ非ズ其他ノ債務不履行不法行爲刑法上ノ犯罪行爲等ニモ適用アルベキ共通ノ原理ナリ。

第三項 代償請求權

給付カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ給付不能トナリタルトキハ債務者ハ其債務ヲ免ルルニ至ルモノナルコトハ既ニ述ヘタル所ナリ而シテ此場合若シ債務者カ其給付不能ニ基キテ或利益ヲ得タルトキハ其利益ハ債務者ニ於テ之ヲ領得スルコトヲ得ルモノナリヤ否ヤ若シ之ヲ領得スルコトヲ得ルモノトセハ債務者ハ一方ニ債務ヲ免レテ利益スルニ拘ハラズ更ニ其利益ヲ領得シテ二重ノ利益ヲ受クルコトトナルヘシ斯ノ如キハ法ノ認容スル所ト解スルヲ得ス從ツテ債權者ハ債務者ニ對シ其不能ノ代償タル利益ヲ自己ニ給付セシムヘキ請求權ヲ有スルモノト解セサルヘカラス。

此點ニ付キテハ吾民法ニ於テ何等ノ明文ナシト雖モ、公平ノ要求、不當利得ノ原則、物上代位ノ原理(第三〇四條等)等ヨリ類推シテ之ヲ認メサルヘカラサルナリ、從ツテ例ヘハ給付スヘキ目的物ヲ滅失毀損シタル第三者ニ對スル不法行爲ノ損害賠償、又ハ目的タル土地ノ收用ニ因ル補償金ノ如キハ、債權者ニ於テ之ヲ請求シ得ルモノナリ、然レトモ給付不能ヲ唯一ノ原因トスル代償タルコトヲ要スルモノト解スルカ故ニ保險金、見舞金ノ如キハ請求シ得サルモノト解スヘシ。(註一一)

〔註一一〕吾民法ハ特定物ノ危險負擔ニ關シ債權者主義ヲ採用スルカ故ニ(第五三四條)代償請求權ヲ認メサルトキハ愈々不都合ヲ生スルモノトス、例ヘハ甲其家屋ヲ乙ニ一萬圓ニテ賣却シタル後丙之ヲ燒棄シタリトセンニ、甲ハ自己ノ責ニ歸スヘカラサル事由ナルヲ以テ其債務ヲ免ル、ニ拘ハラズ、乙ニ對シテハ一萬圓ノ代金ヲ請求スルコトヲ得ヘク、更ニ丙ニ對シテ其損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルニ至ルカ如シ若シ、此場合乙ニ代償請求權ヲ與フルトキハ總テ此不公平ヲ除去スルコトヲ得ヘシ。

然レトモ其代償ハ給付不能ヲ唯一ノ原因トシテ生シタルモノナルコトヲ要ス、然ラサレハ其給付ノ代體物(Surrogat)ト云フヲ得サレハナリ、然レトモ保險金、見舞金違約金ノ如キハ他ノ原因モ加リテ生シタルモノナルカ故ニ、代償ト云フヲ得ス、從ツテ債權者ハ之ヲ請求スルヲ得サルモノトス、若シ之ヲ請求シ得ルモノトセハ、却ツテ債權者カ不當ニ利得スル結果トナルヘシ。

尙代償請求權ハ債務カ債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ給付不能トナリタル場合ニ於テノミ生スルモノト解ス、一派ノ論者ノ如ク債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ル場合ニモ生スルモノト解セス、何トナレハ此場合ニハ債權者ニ全部ノ賠償請求權アルカ故ニ何等ノ不公平ヲ生セサレハナリ。

從ツテ又代償請求權ハ本來ノ債權トハ全然別個ノ債權ニシテ本來ノ債權ノ變化シタルモノニ非ス、故ニ從タル權利又ハ效力ハ當然之ニ移轉スルコトナシ。

第三節 債權者遲滯(受領遲滯) *Vorzug des Gläubigers*

第一項 受領遲滯ノ意義 *Annahmeverzug*

債權者ハ權利ヲ有スルノミニシテ義務ヲ負フモノニ非サルカ故ニ、其債

權ヲ行使スルト否トハ其自由ニシテ行使スヘキ義務ヲ負フコトナシ、從ツテ債務者ノ辨濟ヲ受領スルト否トハ共ニ其隨意ニシテ之ヲ受領スヘキ義務アルモノト云フヲ得ス。

然レトモ債權者ノ協力ヲ要スル債權ニ於テハ、債權者カ其辨濟ヲ受領セサル限リ、債務者ハ其義務ヲ免ル、コト能ハス、從ツテ債務者ハ甚タ迷惑ヲ被ルニ至ルコトアルヘシ、斯ノ如キハ債務者ニ對シ甚タ苛酷ナルカ故ニ、民法ハ債權者遲滯ナル制度ヲ認メテ、債務者ノ利益ヲ保護スルコト、セリ。

斯ノ如クナルカ故ニ債權者ノ受領遲滯ハ、債務者ノ履行遲滯ト大ニ其性質ヲ異ニシ、忠實ナル債務者ヲ保護スルコトヲ目的トスルモノニシテ、債權者ニ制裁ヲ加フルコトヲ目的トスルモノニ非ス、從ツテ債權者ニ過失ノ存在スルコトヲ必要トセス、又其保護方法モ消極的ニシテ、單ニ債務者ノ不利益ヲ免レシムルノミニシテ、積極的ニ債權者ニ對シ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノニ非サルナリ。

斯ノ如クナルヲ以テ、債權者ノ受領遲滯ハ、單ニ債權者カ債務者ノ適法ナル辨濟ノ提供ニ對シ協力セサル事實ヲ謂フモノト定義スルヲ以テ足ルモノトス。〔註一〕〔註二〕〔註三〕

〔註一〕 債權者ノ遲滯ハ實ハ債權ノ效力ニ非ス、故ニ獨民法ノ如キハ節ヲ分ツテ第二九三條以下ニ之ヲ規定セリ、佛民法ニハ何等ノ規定ナシ、吾民法ハ債權ノ效力中ニ之ヲ規定セルモ、其趣旨ハ債權ノ效力ナルカ故ニ規定セルニ非スシテ、寧ロ債務者ノ履行遲滯ハ債權者ノ受領遲滯アルトキハ消滅スルノ意味ヲ表ス爲メニ規定セルモノト解スヘシ、故ニ第四一二條ニ履行遲滯ヲ規定シ、次イテ第四一三條ニ受領遲滯ヲ規定セルナリ。

〔註二〕 權利者ハ權利ヲ有スルノミニシテ義務ヲ負フモノニ非サルヲ常トス、若シ權利者カ同時ニ義務ヲ負フ場合ニハ特ニ法律上ノ根據ヲ必要トス、或ハ法律行為ニテ其義務ヲ負擔シ、例ヘハ取拂ヒノ條件ニテ家屋ヲ買取リタル場合ノ如シ、或ハ法律ノ直接規定ニテ其義務ヲ負擔スルカ如シ、第八七九條等、斯ノ如キ場合ニハ權利者カ其權利ヲ行使セサルトキハ、獨リ權利不行使トナルノミナラス、義務違反トナリ從ツテ債務不履行トナルモノトス。

〔註三〕 債務者ノ履行遲滞ハ、一種ノ債權侵害ニシテ、廣義ノ不法行為ノ一ニ屬ス、從ツテ債務者ニ故意過失ヲ要スルト共ニ、其損害賠償ハ一種ノ制裁ノ意味ヲ有スルモノナリ、故ニ積極的ニ債務者ハ其債權者ノ被リタル總テノ損害ヲ賠償セサルヘカラサルモノナリ。

然レトモ債權者ノ受領遲滞ハ單ナル權利ノ不行使ニ過キス、享受シ得ラルヘキ利益ヲ自ラ享受セサルニ過キス、唯其爲メニ債務者ニ對シ損害ヲ被ラシムルハ苛酷ナルカ故ニ其不利益ヲ免レシメ以テ消極的ニ債權者ノ受クヘキ利益ヲ減少セシメタルニ過キサルナリ、恰モ物ノ所有者カ其所有權ヲ行使セサルコトニ因リ損害ヲ受クルト同一ナリ。

第二項 受領遲滞ノ要件

債權者カ受領遲滞ニ附セラル、ニハ左ノ要件ヲ必要トス。

第一、債權者ノ協力ヲ要スル債權ノ存在スルコト

債權ニハ債權者ノ協力ヲ要スル債權ト、協力ヲ要セサル債權トアリ、協力ヲ要スル債權トハ債務ノ履行ニ付キ債權者ノ或行為ヲ要スル債權ニシテ、

債權者ノ行為カ履行行為ノ一部ヲ爲シ、債權者ノ協力ナキ限り履行ヲ爲ス能ハサル種類ノ債權ヲ謂フ、普通ノ債權ハ之ニ屬ス。

然レモ債權者ノ協力ヲ要セサル債權ニ於テハ、債務者ノ行為ノミニ依リテ履行ヲ爲シ得ルカ故ニ、此場合ニハ債權者遲滞ナルモノ發生スルコトナシ。〔註四〕

〔註四〕 普通ノ債權ハ債權者ノ協力ヲ要スルモノトス、或ハ其受領ノ爲メニ協力ヲ要スル場合アリ、或ハ其準備ノ爲メニ協力ヲ要スル場合アリ、賣買、贈與、交換等ハ其受領ノ爲メニ債權者ノ協力ヲ要スル場合ニシテ、債權者カ材料ヲ供シ又ハ指圖ヲ爲スヘキ場合ノ如キハ準備ノ爲メニ債權者ノ協力ヲ要スル場合ナリ。

然レトモ債務者カ不作爲ノ債務ヲ負擔スル場合又ハ單獨的ナル委任事務ヲ處理スル場合(例ヘハ土地ノ測量ヲ爲シ又ハ或會合ニ出席スルカ如シ)ノ如キハ債權者ノ協力ナクシテ履行行為ヲ爲シ得ル場合ナリ。

第二、債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ヲ爲シタルコト

辨濟者カ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ヲ爲シタルコトヲ必要トス、

若シ債務ノ本旨ニ從ハサルトキハ却ツテ債務ノ不履行トナルカ故ニ債權者遲滯ヲ生スルコトナシ。〔註五〕

債務ノ本旨ニ從フ提供トハ完全ナル給付ヲ履行シ得ヘキ時期及場所ニ於テ適法ニ提供シタル場合ヲ謂フモノトス、而シテ其提供ハ現實的ニ之ヲ爲スコトヲ要スルモノニシテ、單ナル言語上ノ提供ニテハ不可ナリ、若シ債權者ノ行爲カ之ニ加ハルニ於テハ直ニ履行行爲カ完成スヘキ程度ニ事實的ナル提供ヲ爲スコトヲ要スルモノトス、(第四九三條)然レトモ例外トシテ左ノ二場合ニハ言語上ノ提供ヲ爲シ得ヘキモノトス。

イ、債權者カ豫メ給付ノ受領ヲ拒ミタルトキ、

ロ、債務ノ履行ニ付キ債權者ノ積極的行爲ヲ要スルトキ、

右二個ノ場合ニ於テハ現實的提供ヲ爲スコトヲ要セス、辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シテ其受領ヲ催告スルヲ以テ足ルモノトス、(第四九三條)但書蓋シスノ如キ場合ニハ現實的提供ヲ爲スモ無益ニ歸スルカ又ハ債務

者自ラ積極的ニ提供ヲ爲スコトヲ要セサル場合ナレハナリ。〔註六〕〔註七〕〔註八〕

〔註五〕受領遲滯ハ債務者カ辨濟ノ提供ヲ爲シタル場合ニ生スルノミナラス、第三者カ辨濟ノ提供ヲ爲シタル場合ニ於テモ生スルモノトス、吾民法ハ原則トシテ第三者ノ辨濟ヲ認ムルカ故ナリ。(第四七四條)

〔註六〕債務ノ履行ニ付キ債權者ノ積極的行爲ヲ要スル場合トハ、先ツ債權者カ或行爲ヲ爲スニ非サレハ履行ヲ爲ス能ハサル場合ヲ謂フ、例ヘハ取立債權ニ於テ先ツ債權者カ債務者ノ住所ニ至リ履行ヲ請求スルコトヲ要スルカ如キ、學校又ハ劇場等ニ於テ先ツ學生又ハ觀客カ出頭スルコトヲ要スルカ如シ。

〔註七〕言語上ノ提供ノ法律的性格ハ觀念ノ通知タルト同時ニ意思ノ通知ナリト解スヘシ、何トナレハ法典ニ於テハ辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シテ其受領ヲ催告スルトアルカ故ニ事實ノ通知タルト同時ニ意思ノ通知ナラサルヘカラサレハナリ。(第四九三條)

〔註八〕確定期限附ナル債權者ノ積極行爲ヲ要スル債權ニ於テモ言語上ノ提供ヲ爲スニ非サレハ受領遲滯ヲ生セサルヤ？民法ハ履行遲滯ニ付キテハ確定期限附債務ニ於テハ催告ヲ俟タスシテ當然遲滯ニ陷ルモノトセリ、(第四一二條)然ルニ受領遲滯ニ於テハ常ニ辨濟ノ提供ヲ要件トセリ、果シテ此場合ニモ言語上ノ提

供ヲ要スルヤ?

例へハ甲ノ求メニ應シ乙ナル技師甲ノ山林ヲ測量スヘク約束ノ日ニ出頭シタルニ甲他ヘ旅行シテ出頭セザリシ場合ノ如キ若シ當然受領遲滞ニ陥ルモノトセハ乙ハ甲ニ對シ出頭費用ノ償還ヲ請求シ得ヘキモ若シ言語上ノ提供ヲ要スルモノトセハ此場合共旨ヲ甲ニ通知セサルヘカラサルモ其不能ナル結果ハ受領遲滞ヲ生セス從ツテ費用償還ノ如キモ能ハサルニ至ルヘシ是レ豈不當ト云ハサルヲ得ンヤ故ニ余ハ時ハ人ニ代リテ催告ス「トノ法諺ヲ債權者ニモ適用シ債權者ハ此場合當然受領遲滞ニ陥ルモノト解セント欲ス(反對石坂氏六二〇頁)獨民法ハ特ニ此點ニ付キ明文ヲ設ケタリ(第二九六條)

然レトモ債務者カ進ンテ履行行爲ヲ爲ササルヘカラサル場合ニハ債權者カ不在其他ノ理由ニ因リ受領スルコト能ハサルコト判明セル場合ト雖モ現實的ナル提供ヲ爲スニ非サレハ債權者遲滞ヲ生セシムルコトヲ得サルモノトス。

第三、債權者カ辨濟ヲ受領セサルコト、

債權者カ提供セラレタル辨濟ヲ受領セサルトキ初メテ受領遲滞トナルモノトス而シテ其受領セサル理由ハ必スシモ受領シ得ルニ拘ハラズ受領

セサル場合タルト受領スルヲ得スシテ受領セサル場合タルトヲ問ハサルモノトス債權者ノ過失ハ遲滞ノ要件ニ非サレハナリ。

債權者カ辨濟ヲ受領セサル方法ニハ從ツテ左ノ二種類存在スルモノトス。(第四一三條)

第一、債權者カ受領ヲ拒ミタルトキ(受領拒絶)

債權者カ辨濟ヲ受領セサル旨ノ意思ヲ表明シタルトキハ其理由如何ヲ問ハズ受領遲滞トナルモノトス或ハ債務ノ本旨ニ協ハサルコトヲ理由トスルコトアルヘク或ハ事實受領スルヲ得サル旨ヲ理由トスルコトアルヘシ。〔註九〕〔註一〇〕

〔註九〕 第四一三條ニ履行ヲ受クルコトヲ拒ミ「トアルハ廣義ニ用ヒタル意味ニシテ必スシモ狹義ノ履行行爲ノミヲ云フモノニ非ス從ツテ履行ノ準備等ニ協力セサル場合ヲモ包含スルモノトス例へハ甲カ乙ノ肖像畫ヲ描クコトヲ約シ又ハ會計監査書ヲ書クコトヲ約シタル場合ニ寫生セシメス書類ヲ示ササルカ如キモ茲ニ所謂履行ヲ受クルコトヲ拒ミタルモノトナルモノトス狹義ニ於テハ作成セラレ

タル肖像畫又ハ報告ヲ受領セサルコトノミヲ云フモノナリ。

〔註一〇〕受領ノ拒絶ハ一種ノ準法律行為タル意思通知ナリト解スヘシ然レトモ其意思通知ニハ所謂表示意思(Erklärungswille)ノ存在スル場合アリ存在セサル場合アルヘシ例ヘハ口頭又ハ書面ヲ以テ受領ヲ拒絶シタル場合ノ如キハ表示意思アル意思通知ナレトモ門戸ヲ閉シ又ハ留守ヲ装ウテ受領セサル場合ノ如キハ表示意思ナキ意思通知トナルヘシ此場合ニハ *manick* ノ所謂 *Willensgehalt* (意思實現行為)ニシテ且準法律行為ニ該當スルモノトナルナリ。(拙著民法總論二〇八頁參照)

第二、債權者カ受領ヲ爲スコト能ハサルトキ(受領不能)

債權者カ受領ヲ爲スコト能ハサル場合トハ必スシモ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ受領ヲ爲スコト能ハサル場合ノミナラス、債權者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ受領スルコト能ハサル場合ヲモ包含スルモノトス例ヘハ債權者カ病氣ニ罹リ又ハ急迫ナル事情アルカ爲メ受領スルコト能ハサル場合ノ如シ。

然レトモ受領不能ト給付不能トハ儼然之ヲ區別スルコトヲ要ス、受領不

能ニ因リ受領遲滯ヲ生スル場合ニハ履行ハ可能ナルコトヲ要ス、若シ履行カ不能ナル場合ニハ最早債權其モノカ存在セサルカ故ニ受領遲滯ヲ生スルコトナシ、例ヘハ醫師ヲ招キタルニ醫師ノ未タ來ラサル前ニ患者死亡シタル場合ノ如キ、又或劇場ニ出演スルコトヲ約シタルニ其出演前ニ其劇場燒失シタル場合ノ如キハ、給付不能トナルカ故ニ受領遲滯ヲ生スルコトナキガ如シ。〔註一一〕

〔註一一〕受領不能ト給付不能トハ全然其效果ヲ異ニス、受領不能ナル場合ニハ債權ハ尙存在シ債務者ハ其給付ヲ爲サルヘカラス、然レトモ履行不能ナル場合ニハ原則トシテ債權ハ消滅スルカ故ニ債務者ハ最早給付義務ヲ負ハス。

然レトモ受領遲滯ヲ生スルカ爲メニハ常ニ其後モ引續キ給付可能ナルコトヲ要ストノ意味ニ非ス、受領遲滯以後ハ給付不能トナルモ可ナリ、例ヘハ某日出帆ノ外國船ニ乗り遅レタル場合ノ如キハ、債權者(乘客)ノ遲滯ノ爲メニ以後給付不能トナル場合ナリ、故ニ債務者ノ履行遲滯ノ場合ト同シク債權者カ受領セサルヘカラサル時期(合法的ナル提供アリタル時)ニ給付カ可能ナル限りハ其後給付不能トナルモ猶受領遲滯ト稱スルコトヲ得ルモノトス。

以上三個ノ要件ヲ具備シタル場合ニハ債權者ハ當然受領遲滯ニ陥ルモノトス、而シテ初メヨリ債權者カ受領遲滯ニ陥リタルトキハ債務者ハ何等ノ責任ヲ負ハサレトモ、一旦履行遲滯トナリタル後更ニ受領遲滯ヲ生シタルトキハ其受領遲滯ヲ生スル迄ハ債務者ハ履行遲滯ノ責任ヲ負ハサルヘカラサルモノトス、何トナレハ受領遲滯ノ效果モ將來的ニノミ生スルモノナレバナリ。

第三項 受領遲滯ノ效果

受領遲滯ノ效果トシテ民法別ニ之ヲ規定スル所ナシト雖モ、遲滯制度ヲ設ケタル立法上ノ精神ヨリ類推シテ左ノ如キ效果アルモノト解セサルヘカラス。

第一、債務者ハ以後不履行ヨリ生スル一切ノ責任ヲ免ル。(第四九二條)

遲滯ノ一要件トシテ辨濟ノ提供ヲ爲スコトヲ要スルカ故ニ、辨濟提供ノ效果トシテ規定スル責任輕減ノ效果モ亦受領遲滯ノ效果ト稱スルコトヲ

得ヘシ。

債務者ハ以後不履行ヨリ生スル一切ノ責任ヲ免ル、モノナレトモ、更ニ之ヲ具體的ニ説明スルトキハ左ノ如キ效果トナルモノトス。

イ、債權者ハ質權抵當權ヲ實行スルヲ得ス。

ロ、債權者ハ強制執行ヲ請求スルコトヲ得ス。

此等ノ權利ハ不履行ヲ前提トシテ行使スヘキ權利ナレハナリ。

ハ、債權者ハ不履行ニ因ル損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ス。

此點ニ付キテハ別ニ明文ナシト雖モ、債權者ノ受領遲滯ハ債務者ノ履行遲滯ヲ或ハ不發生ナラシメ或ハ將來的ニ消滅セシムルモノナルカ故ニ、履行遲滯ヲ以テ原因トスル損害賠償ノ義務ヲ免ルヘキハ當然ト云ハサルヘカラス、然レトモ既ニ發生セル過去ノ請求權ハ消滅スルコトナシ。

〔註一〕

〔註一二〕 受領遲滯以後不履行ニ因ル損害賠償(所謂遲延利息)ヲ支拂フ必要ナキコトハ右述ヘタルカ如シト雖モ、既ニ以前ヨリ支拂ヘル約定利息ヲ支拂フ必要ナキニ

至ルヤ否ヤハ疑問ノ存スル所ナリ、例ヘハ千圓ノ金ヲ年八分ヲ以テ借用シ、若シ期限ニ遅レタル場合ニハ年壹割ヲ支拂フヘキコトヲ約シタル場合ニ於テ、債權者カ受領遲滞トナリタルトキハ年壹割ヲ支拂フ必要ナキハ勿論ナレトモ、年八分ノ利息ヲモ支拂フ必要ナキニ至ルヤ否ヤハ疑問ナリ。

此場合ニハ債務者ハ最早完全ナル利用ヲ爲シ得サルニ至ルヲ以テ利息ノ發生ヲ停止スヘシトノ反對説アレトモ、其利息ハ不履行ニ因ル損害賠償ト云フヲ得サルヲ以テ、其發生ヲ停止スヘキ根據ナシ、從ツテ吾民法ノ解釋トシテハ依然支拂ハサルヘカラサルモノト解スルヲ可トス、然レトモ獨民法ニ於テハ當然利息ノ發生ヲ停止スル旨ノ規定アリ、(同法第三〇一條)

二、債權者ハ違約金ヲ請求スルコトヲ得ス。

違約金ニハ一時約違約金ト繼續的違約金トアリ、而シテ債權者カ初メヨリ受領遲滞トナリタルトキハ債權者ハ其何レノ違約金ヲモ請求スルヲ得サルモノトス、然レトモ一旦履行遲滞トナリタル後更ニ受領遲滞トナリタルトキハ債權者ハ其後ノ繼續的違約金ノミ請求スルヲ得サルニ至

ルモノトス。

ホ、債權者ハ不履行ヲ原因トシテ契約ヲ解除スルコトヲ得ス、即チ第五

四一條以下ノ不履行ニ因ル解除權ヲ行使スルコトヲ得サルモノトス、然レトモ其他ノ原因ニ因ル解除權ハ妨ケナシ、

へ、債務者ハ以後自己ノ物ニ對スル注意ヲ用フルヲ以テ足り、敢テ善良ナル管理者ノ注意ヲ用フルヲ要セス。

此點ニ付キテモ別ニ規定ナキモ、其後ノ債務者ノ立場ハ恰モ無償ノ受寄者ト同一ナルカ故ニ、第六五九條ヲ準用シ、注意義務ノ低減ヲ來スモノト解スルヲ可トス。(註一三)

〔註一三〕何等ノ規定ナキヲ理由トシテ依然善良ナル管理者ノ注意ヲ要スルモノト解スル學者アレトモ、(石坂氏六三四頁、鳩山氏一五四頁)甚タ債務者ニ對シ苛酷ナリト云フヘシ、羅馬法ニ於テハ債務者ニ對シ目的物ヲ拋棄スル權利スラ與ヘタリ、其沿革ヨリ徵スルモ注意義務ノ低減ヲ來スヘキハ當然ト云フヘシ。又獨逸民法ニ據レハ(第三〇〇條)債務者ハ以後故意及重過失ニ對シテノミ責任ヲ

負フモノト規定セリ、然レトモ吾民法ニ於テハ之ト同一ニ解スベキ根據ナシ、サレ
ド以後自己ノ物ニ對スル注意ヲ以テ足ルモノト解スルカ故ニ善良ナル管理者ノ
注意程度ヲ標準トセハ、恰モ重過失ニ相當スル過失ニ對シテノミ責任ヲ負フ結果
トナルニ至ルヘシ。

第二、債務者ハ目的物ヲ供託スルコトヲ得。

債權者カ遲滯ニ附セラル、モ債權ハ尙存在シ債務者ハ債務ヲ免ル、能
ハス、然レトモ債權者カ遲滯ニ在ル限り、債務者ハ何時ニテモ目的物ヲ供託
スルコトヲ得ヘク、目的物ヲ供託シタルトキハ債務者ハ以後債務ヲ免ル、
ニ至ルモノトス、供託ノ方法ニ付キテハ第四九四條以下ヲ參照スヘシ。

**第三、債務者ハ債權者ニ對シ、不受領ノ爲メニ要シタル費用殊ニ保管運搬
等ノ費用ヲ償還セシムルコトヲ得。**

此點ニ付キテモ別ニ規定ナケレトモ、何人モ自己ノ爲メニ他人ニ損失ヲ
生セシメタルトキハ之ヲ賠償スヘキハ當然ノ事ナルカ故ニ、此場合ニモ債

還義務アルモノト解スルヲ適當トス。〔註一四〕

〔註一四〕 第四八五條ニ於テハ債權者ノ行爲ノ爲メニ辨濟費用カ増加シタル場合ニ
ハ其増加額ハ債權者ニ於テ負擔スヘキコトヲ規定セリ、其趣旨ハ此場合ニモ準用
スヘキナリ。

然レトモ償還ヲ請求シ得ヘキ費用ハ無益ニ歸シタル辨濟費用又ハ目的物ノ保管
料、飼養料等ノ如キ實際要シタル費用ノミヲ謂フモノニシテ、積極的ナル損害賠償
ヲモ含ムモノニ非スト解セサルヘカラス、即チ立替金ノ如キ性質ヲ有スルモノ、
ミ償還セシムルコトヲ得ルニ過キスシテ、不受領ニ因ル一切ノ損害賠償ヲ請求ス
ルコトヲ得ルモノニ非ス、例ヘハ目的物タル火藥カ爆發シテ受ケタル損害ノ如キ
ハ賠償ヲ請求スルヲ得ス、何トナレハ此場合無過失損害賠償ヲモ認メタリト解ス
ヘキ根據ナケレハナリ。

**第四、双務契約ノ場合ニ於テハ債務者ハ債權者ニ對シ反對給付ヲ請求シ
得ヘシ。而シテ債權者ハ之ニ對シ同時履行ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得
ス、何トナレハ債務者ハ辨濟ノ提供ヲ爲シタルカ故ニ其要件ヲ缺ケハナ
リ。(第五三三條)**

第五、 債權者ハ以後目的物ノ危険ヲ負擔ス。

履行ノ提供ハ債務ノ目的物ヲ特定セシムルヲ以テ(第四〇一條二項)以後債權者ハ其目的物ニ對スル危険ヲ負擔セサルヘカラサルニ至ルモノトス。(第五三四條)(註一五)

[註一五] 尙受領遲滯ノ效果トシテ債務者ハ其目的物ヲ拋棄スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題アリ、獨民法ニ於テハ不動産ニ付キテノミ之ヲ認ム(第三〇三條)然レトモ吾民法ハ之ヲ許サ、ルモノト解セサルヘカラス、蓋シ供託制度ハ拋棄ヲ認メサル代リトシテ生シタル制度ナレハナリ。

第四項 受領遲滯ノ消滅

債權者ノ受領遲滯ハ左ノ場合ニハ消滅ス。

第一、 債權ノ消滅 債權者カ辨濟ノ提供ヲ受領シ又ハ相殺、更改、免除、混同等ニテ債權カ消滅シタルトキハ受領遲滯モ亦當然消滅ス。

第二、 債權者カ給付ヲ受領スヘキ準備ヲ爲シ其旨ヲ債務者ニ通知シタルトキ 此場合ニ若シ債務者カ履行ヲ爲ササルトキハ却ツテ債務者カ履行遲滯ニ陥ルカ故ニ、債權者ノ遲滯ハ消滅ス、何トナレハ履行遲滯ト受領

遲滯トハ相容レサル觀念ナレハナリ。

第三、 履行期ノ延期 債權者ノ爲メニ履行期ヲ延期シタルトキハ受領遲滯ハ將來的ニ消滅ス、然レトモ既ニ生シタル遲滯ノ效果ハ特ニ表示ナキ限り消滅スルコトナシ、從ツテ其後ニ於テモ費用ノ償還等ヲ爲シ得ヘシ。

第四節 強制執行ノ請求權

第一項 強制執行ノ意義 Zwangsvollstreckung

債務者カ任意ニ其債務ヲ履行セサルトキハ、債權者ハ裁判所ニ對シ其強制執行ヲ請求スルコトヲ得ルモトス、斯シテ其債權ノ内容ヲ強制的ニ實現スルコトヲ得ルモノナリ。(第四一四條)

債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ、債權者ハ如何ニ爲スコトヲ得ルヤノ問題ニ付キテハ幾多ノ變遷ヲ經テ今日ニ及ヘリ、羅馬法ニ於テハ極メテ嚴酷ニシテ、債權者ハ債務者ヲ捕ヘテ之ヲ奴隸トシテ賣却スルコトヲ得ヘ

ク、又ハ之ヲ殺スコトヲ得ルモノトセリ、十二表法第三表第六條ニ據レハ債權者數人アル場合ニハ債務者ノ身體ヲ分割スルコトヲ得ルモノトサヘ規定セリ。

其後ニ至リ此苛酷ナル法律ノ反動トシテ又極メテ寛大ナル制度トナリ、債務者ノ不履行ハ常ニ損害賠償ノ金錢債務ニ變化スルモノトシ、直接的強制執行ヲ許ササルニ至レリ、即チ極端ナル對人的執行ヨリ、極端ナル對物的執行トナリタルモノナリ、佛民法(第一一四二條)及英法ノ如キハ今日モ尙此主義ヲ採用セリ。

然レトモ吾民法ハ原則トシテ強制履行ヲ許スモノトシ、債權者ハ公力ヲ藉リテ債權ノ本旨ニ從フ執行ヲ爲シ得ルモノトセリ、然レトモ財産權タル債權ヲ以テ身分權タル人格權ヲ極度ニ制限スルハ、憲法ノ精神ニモ反スルヲ以テ、直接債務者ノ身體ヲ拘束スルコトハ之ヲ禁シ、其制限ノ範圍内ニ於テノミ可及的債權本來ノ目的ヲ達成セシメンコトヲ期シタリ。(註一)(註二)

〔註一〕 成文憲法ヲ有スル法治國ニ於テハ、身分權ヲ以テ第一位トシ、財産權ヲ以テ第二位トスルヲ原則トス、從ツテ財産權ヲ以テ身分權ヲ害スルヲ得サルヲ常トス、故ニ吾帝國憲法ニ於テモ日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁、審問、處罰ヲ受クルコトナシト規定セリ、(第二三條)從ツテ現行民事訴訟法ニハ別ニ債務者ノ身體ヲ拘束スルヲ得サル旨ノ規定ナシト雖モ、民事訴訟法ナル法律カ特ニ許容セサル限リハ當然憲法ノ規定ニヨリ禁止セラル、モノト解セサルヘカラサルナリ。從ツテ民事訴訟法ノ規定スル範圍内ニ於テノミ各種ノ執行機關ハ強制執行ヲ爲シルニ過キサルモノナリ。

〔註二〕 第四一四條ハ如何ナル事項ヲ規定シタルモノナリヤニ付キテハ議論ノ存スル所ナリ、或ハ債權者ハ裁判所ニ對シ給付ノ判決ヲ請求スルコトヲ得ル旨ヲ規定シタルモノナリト説明ス、然レトモ苟クモ債權者カ債權ヲ有スル以上、給付ノ判決ヲ請求シ得ルハ當然ノ事ニシテ、特ニ條文ヲ置ク必要ナシト云フヘシ、然ルニ大審院ハ此說ヲ採用シ、同條一項但書ノ場合ニハ給付ノ訴ヲ提起シ得サルモノト判示セリ、(明治四〇年六月四日判決)然レトモ有效ナル債權ノ存在スル以上、給付ノ判決ヲ請求シ得サル道理ナシ、確認ノ判決ハ許スモ給付ノ判決ハ許サスト云フカ如キハ矛盾ト云ハサルヘカラサルナリ。

第二説ハ強制執行ノ請求權ノ存スル限度ヲ規定シタルモノナリト説明ス、蓋シ此説ヲ以テ可トス。

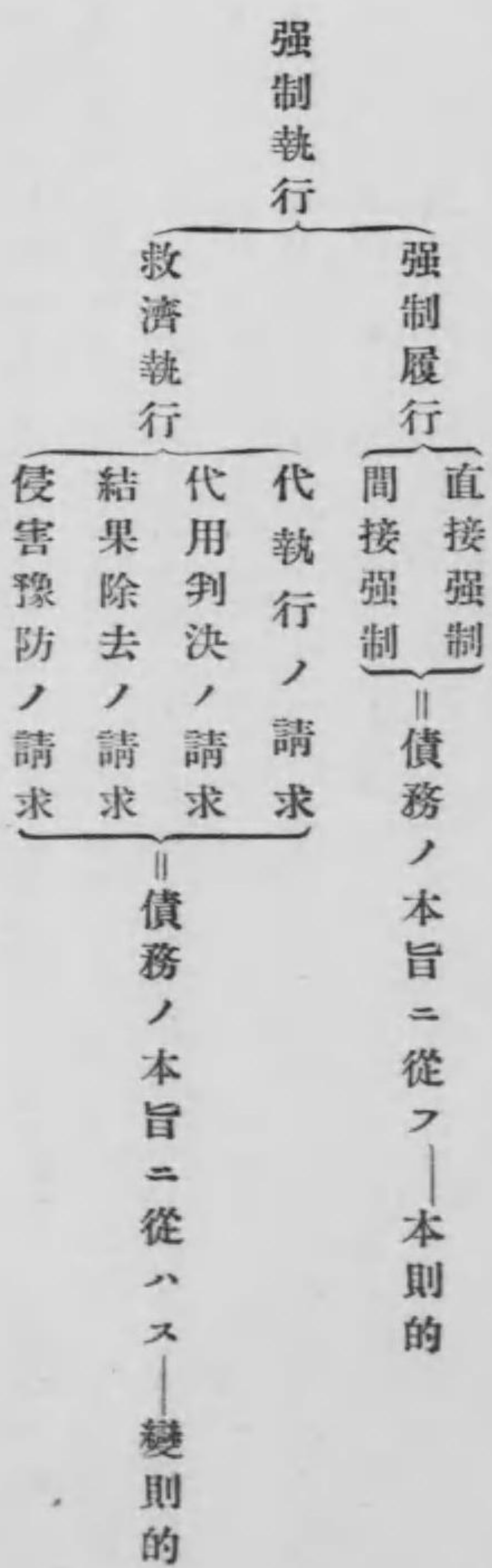
抑モ私權保護ノ請求權ニハ二種アリ、判決請求權ト強制執行ノ請求權ト是レナリ、實體法上權利ヲ有スル者ハ必ス判決請求權ヲ有ス、然レトモ必スシモ強制執行ノ請求權ヲ有スルモノニ非ス、何トナレハ總テノ判決ハ必スシモ強制執行セシメ得ヘキモノニ非サレハナリ、而シテ其如何ナル限度迄強制執行ノ請求ヲ爲シ得ヘキヤノ問題カ第四一四條ノ規定シタル所ナリ。

又或ハ論シテ曰ク強制執行ノ請求權ハ公權ニシテ債權ノ效力ニ非ス、從ツテ民事訴訟法中ニ規定スヘキモノニシテ民法ノ範圍外ナリト、(石坂氏七六頁)然レトモ債權ノ效力(法的力)トシテ更ニ別個ノ權利ヲ發生シ得ヘク、其權利カ公權タルコトアリ私權タルコトアリ得ヘシ、故ニ私權ノ效力トシテ公權ヲ發生スルモ何等矛盾ノ觀念ニ非サルナリ。

第二項 強制執行ノ方法

民法ノ規定スル強制執行ノ方法ニハ二種アリ、強制履行ト救済執行ト是レナリ。

強制履行トハ債權ノ本旨ニ從フ強制執行ヲ云フモノニシテ、更ニ直接強制ト間接強制トアリ、救済執行トハ債務ノ性質カ強制履行ヲ許ササルカ爲メニ、他ノ方法ヲ以テ可及的債權ノ目的ヲ達成セシメントスル強制執行ニシテ、變則的ナル救済手段トシテ行ハルルモノナリ。
救済執行ニハ更ニ代替的作爲ニ對スル代執行ノ請求ト、代用判決ノ請求トアリ、又繼續的不作爲債務ニ對スル結果除去ノ請求ト、侵害豫防ノ請求トアリ、其關係左ノ如シ。(註三)



〔註三〕 法典ノ使用セル強制執行ト強制履行トハ如何ナル意義上ノ差異アリヤノ問題ニ付キテハ極メテ議論多キ所ナリ、或ハ全然同一意義ト解スル者アリ、(石坂氏)或ハ間接強制ノ場合ノミヲ強制履行ト云フモノト解スル者アリ、(仁井田氏)或ハ本來ノ給付ノミヲ強制履行ト解スル者モアリ、(鳩山氏)

斯ノ如キ議論ノ生スル理由ハ第四一四條ノ規定ト民事訴訟法第七三四條ノ規定トカ一見矛盾スルカ如ク感セラレ、カ故ナリ。

然レトモ強制執行ト強制履行トハ意義上嚴格ナル差異アルモノト解スルヲ可トス、而モ吾人ノ如ク區別シテ解スルトキハ民法及民事訴訟法ノ規定ハ何等ノ矛盾ナク解スルコトヲ得ルモノナリ。

抑モ強制履行(Zwangserfüllung)トハ任意履行ニ對スル語ナリ、而シテ履行トハ辨濟ト云フト同一意義ニシテ債務ノ本旨ニ從フ給付ヲ謂フモノナリ、從ツテ強制履行トハ債務ノ本旨ニ從フ辨濟ヲ強制的ニ爲サシムルノ謂ナリト解セサルヘカラス、債務者カ任意ニ履行スル辨濟スルニ於テハ別ニ救濟手段ヲ講スルノ必要ナシト雖モ、任意ニ履行セサルカ故ニ強制的ニ履行セシムルナリ、強制競賣強制管理等ノ強制ト同一意義ナリ、然レトモ強制執行(Zwangsvollstreckung)トハ廣ク或結果ヲ強制的ニ實現セシムルコトヲ謂フ、其債權ノ本旨ニ從フ實現ナリヤ否ヤヲ問ハサルナリ、苟

クモ、公力ヲ以テ強制的ニ執行スルモノナル以上、悉ク之ヲ強制執行ト云フコトヲ得ヘシ、從ツテ強制履行モ強制執行ノ一種ナレトモ、之ヲ以テ盡キス、救濟執行モ亦強制執行ノ一種ト稱スルコトヲ得ルナリ、要スルニ此兩者ハ其本來ノ意義ト範圍ノ點トニ於テ大ナル差異アルモノト云ハサルヘカラス。

又法典ノ語句モ此意義ニ解スルトキハ何等ノ矛盾スル所ナク解スルコトヲ得ヘシ、即チ第四一四條一項但書ニ於テ「債務ノ性質カ之ヲ許サ、ルトキ」ト云フハ、強制履行ノミヲ許サ、ルトコトヲ云フモノニシテ、強制履行以外ノ強制執行ヲモ許サ、ルヤ否ヤヲ規定シタルモノニ非ス、從ツテ第二項カ「債務ノ性質カ強制履行ヲ許サ、ル場合ニ於テ」ト下規定シテ、代執行等ノ強制執行方法ヲ規定シタルハ何等ノ矛盾ナキナリ、若シ之ヲ同一意義ト解スルトキハ第一項ニ許サスト規定スルニ拘ハラズ第二項ニ許サスト規定スル矛盾ヲ生スルニ至ルヘシ、又民事訴訟法第七三四條ノ場合モ強制履行タル間接強制ヲ規定シタルモノト解スルトキハ、何等ノ矛盾存在セサルナリ。

鳩山氏ノ說ハ余ノ說ト大體ニ於テ同一ナレトモ、異ル所ハ鳩山氏ハ債權本來ノ給付ヲ請求スル場合ノミヲ強制履行ナリト主張セラル、カ故ニ、石坂氏カ非難スル如ク變體シタル給付(損害賠償ノ如キ)ハ強制履行ニ非ストノ結論ヲ生スヘシ、(鳩山氏

一〇五頁)然レトモ余ノ説ニ於テハ債權ノ本旨ニ從フ執行ナリヤ否ヤヲ以テ區別スルヲ以テ損害賠償ノ請求モ亦強制履行ト稱スルコトヲ得ヘシ、現在ニ於ケル債權ノ本旨ニ從フ履行ヲ強制スルモノナレハナリ。

第一目 強制履行

強制履行トハ債權ノ本旨ニ從フ履行ヲ強制スル場合ニシテ、本則的ナル強制執行ナリ、更ニ直接強制ト間接強制トノ二種アリ。

甲、直接強制 (Direkter Zwang)

直接強制トハ債務者ノ行爲ヲ俟ツコトナク直接公力ヲ以テ債權ノ目的ヲ達セントスル執行方法ニシテ、更ニ金錢債權ノ場合ト然ラサル債權ノ場合トニ區別スルコトヲ得ヘシ、金錢債權ノ場合ニハ直接債務者ノ財産ヲ差押へ原則トシテ之ヲ競賣シ其賣得金ヲ以テ辨濟ニ充ツヘキモノナリ(民法第五六四條以下)然レトモ金錢以外ノ目的ヲ有スル債權ニ於テハ執達吏カ直接其物ヲ取上ケテ債權者ニ引渡シ(第七三〇

條)又ハ債務者ノ占有ヲ解キテ債權者ニ占有ヲ得セシムヘキモノナリ。

(第七三一條)

乙、間接強制 (indirekter Zwang)

債務者ノ單純ナル作爲不作爲ヲ目的トスル債權ニ於テハ、債務者ヲ拘束シテ直接強制ヲ行フヲ得ス、然レトモ間接ニ強制シテ履行セシムルモ債權ノ目的ヲ達スルコトアリ、斯ノ如キ場合ニハ債權者ハ裁判所ニ請求シテ相當ノ期間ヲ定メシメ債務者カ其期間内ニ履行ヲ爲ササルトキハ一定ノ損害賠償ヲ支拂フヘキコトヲ命シ、以テ債務者ノ履行ヲ間接ニ強制スルコトヲ得ルモノトス。(民法第七三四條)〔註五〕

〔註五〕直接強制ヲ許サ、ルモ間接強制ヲ許ス場合アリ、例ヘハ夫婦ノ同居ノ請求權、普通ノ雇傭契約ニ基ク債權ノ如シ。

然レトモ間接強制モ許サ、ル場合アリ、其場合ニハ結局強制履行ヲ許サ、ル場合トナルモノトス、而シテ其原因ニハ三アリ、(一)性質上強制シ得サル場合、(二)強制シテ

ハ債權ノ目的ヲ達セサル場合(三)強制スルコトカ公序良俗ニ反スル場合はレナリ。性質上強制シ得サル場合トハ圖案設計書ノ作成、計算書ノ作成ノ如キ債務ヲ謂ヒ、強制シテハ目的ヲ達セサル場合トハ債務者カ自發的ニ爲シテノミ初メテ債權ノ目的ヲ達スル場合ニシテ、繪畫、演藝、講演、著作等ノ債務ヲ謂フ、此等ハ債務者ノ特殊の技能ヲ要スル債務ナルカ故ニ、強制シテ嫌々行ハシムルモ其目的ヲ達セサル場合ナリ。

又強制スルコトカ公序良俗ニ反スル場合トハ婚姻又ハ養子縁組ノ豫約債權ノ如キヲ謂フ。

第二目 救済執行

債權カ強制履行ヲ請求シ得サル場合ニ於テモ、變則的ナル救済執行ヲ請求スルコトヲ得ル場合アリ、第四一四條第二項第三項ニ規定スル場合はレナリ、更ニ單純ナル作爲ヲ目的トスル場合ト、不作爲ヲ目的トスル場合トアリ、左ニ之ヲ分ツテ説明スヘシ。

甲、單純作爲ヲ目的トスル場合

債務者ノ單純作爲ヲ目的トスル場合ハ、更ニ債務者ニ非サレハ履行スルコトヲ得サル不代替的作爲ヲ目的トスル債務ト、然ラサル代替的作爲ヲ目的トスル債務トアリ、而シテ不代替的作爲ヲ目的トスル債務ニ於テハ、債務者カ自發的ニ之ヲ履行セサル限り、最早強制スルヲ得ス、從ツテ履行ニ代ル全部ノ損害賠償ヲ請求スルノ外ナキモノトス。

然レトモ代替的作爲ノ場合ニハ、債權者ハ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之ヲ爲サシムヘキコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ルモノトス、而シテ此場合ニハ裁判所ハ民事訴訟法第七三三條ニ從ヒ、決定ヲ以テ債務者ニ費用ノ支拂ヲ命シ、債權者ハ第三者ヲ選定シ、其第三者ヲシテ債務者ノ爲スヘキ作爲ヲ爲サシメ、其費用ヲ債務者ヨリ徵收スルコトヲ得ルモノトス、之ヲ代執行ノ請求ト謂フ。(第四一四條二項、民法第七三三條(註六))

又若シ債務者カ法律行爲ヲ爲スヘキ債務ヲ負フトキハ、第三者ヲシテ

代ラシムル迄モナク、裁判所ノ判決ヲ以テ之ニ代ヘ、其判決ノ確定シタル時其意思表示ヲ爲シタルモノト看做スコト、セリ、之ヲ代用判決ノ請求ト謂フ。(第四一四條二項但書、民訴法第七三六條)〔註七〕〔註八〕

〔註六〕不代替的ナル單純作爲トハ例ヘハ或名優カ出演ヲ約シ、又ハ或大家カ揮毫ヲ約シタル場合ノ如キ、專屬的債務ニシテ他人ヲ以テ代ラシムル能ハサル性質ノ債務ヲ謂フ、然レトモ單ニ家ヲ建テ、井戸ヲ掘リ、物ヲ輸送スル債務ノ如キハ、他人ヲ以テ代ラシメ得ルヲ常トスルヲ以テ、代替的作爲ナリ、從ツテ此場合ノミ代執行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ。

代執行ノ請求ヲ爲スコトキハ同時ニ其費用ヲ概算シ、之ヲ豫メ債務者ニ支拂ハシムル決定ノ宣言アランコトヲ申立ツルコトヲ得ルモノトス、(民訴法七三三條二項)而シテ其後ニ至リ尙不足ナルコト判明シタルトキハ、追加シテ請求スルコトヲ得ヘク、若シ又超過シタルトキハ、其超過額ヲ返還セサルヘカラサルモノトス。

尙學者ハ多ク此場合ヲ代替執行ト稱スルヲ常トスレトモ、用語妥當ナラサルカ故ニ余ハ代執行ト稱セリ。

〔註七〕債務者カ法律行爲ヲ爲スヘキ債務ヲ負フ場合トハ、例ヘハ賣買、貸借等ノ豫約ヲ爲シタル場合ノ如キ、又ハ債權ノ讓渡人カ債務者ニ對スル通知義務ヲ負擔スル場合ノ如キヲ云フ、此場合ニハ裁判所カ債務者ニ對シ法律行爲ヲ爲スヘシトノ判決ヲ言渡シ、其判決カ確定シタルトキ其意思表示ヲ爲シタルモノト看做サル、モノナリ。

民事訴訟法第七三六條ニ據レ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モ、其判決ノ確定ヲ以テ認諾又ハ陳述アリタルモノト看做スヘキ旨ノ規定アリ、從ツテ此場合ニハ法律行爲ニ非サル場合ト雖モ同一ノ效力ヲ生スルモノト解セサルヘカラス。

〔註八〕茲ニ最モ困難ナル問題トナルハ、間接強制ヲ許ス場合ト代執行ヲ許ス場合ト、範圍上如何ナル差異アリヤノ疑問ナリ、民訴法第七三四條ニ據レハ間接強制ヲ爲シ得ル場合ハ強制履行ヲ許ス場合ニシテ、第四一四條二項ニ據レハ代執行ヲ爲シ得ル場合ハ強制履行ヲ許サ、ル場合ナリ、然レトモ事實ニ於テ間接強制ヲ許ス場合ト代執行ヲ許ス場合ト範圍上如何ナル差異アリヤ、之ニ付キ石坂氏等ハ全然同一ナリト論シ、(同氏日本民法九三頁)鳩山氏等ハ幾分ノ差異アリト説明セラル、(同氏債權法一〇九頁)若シ全然同一ト解セハ代執行ノ規定ハ空文トナルヘク、幾分ノ差異ニ過キストセハ其適用極メテ狭少トナルヘシ。

余ノ見ル所ヲ以テスレハ此兩者ハ全然同一ニ非サルノミナラス、間接強制ヲ許ス場合ニ於テモ尙代執行ヲ爲シ得ヘキモノト解セントス、例ヘハ家ヲ建ツヘキ債務ニ於テ債務者ヲ強制シテ嫌々爲サシムルニ於テハ目的ヲ達セサル場合ト雖モ同等以上ノ技術ヲ有スル第三者カ進ンテ之ヲ爲スニ於テハ目的ヲ達スル場合アルヘシ、此場合ニハ間接強制ヲ許サ、ルモ代執行ヲ許ス場合ナリ。

又間接強制ヲ以テ債務者ヲ心理的ニ威迫スルモ、債務者カ遂ニ之ニ應セサル場合ニハ最早強制履行ヲ許サ、ルニ至リタルモノナリ、從ツテ更ニ代執行ヲ請求シ得ルモノト解スヘシ、債務者カ威迫ニ應スル可能性アル間ハ強制履行ヲ許ス場合ナレトモ、債務者カ威迫ニ應セサルコト確定シタル場合ニハ、債務者ヲ拘束スルコトヲ得サル以上、最早強制履行ヲ許サ、ルニ至リタルモノト云ハサルヘカラサルナリ、強制履行ヲ許サヤ否ヤハ債務者ト相對的ニ定ムヘキモノニシテ、給付行爲其モノノ性質ヲ以テ定ムヘキモノニ非サルナリ。

此解釋ヲ採ルトキハ代執行ノ適用ヲ受クヘキ場合ハ極メテ廣汎トナルヘク、又民法第七三四條ノ規定ハ遲延ニ因ル一部賠償ノミヲ規定シタルモノト解セサルヘカラス、全部賠償ヲ請求シテ尙代執行ヲ請求シ得ルモノトセハ不當ナル結果ヲ生スルカ故ナリ。

乙、不作爲ヲ目的トスル場合

不作爲債務ハ常ニ不代替的債務ナルヲ以テ、此場合ニハ代替不代替ノ區別ヲ爲スコトヲ得ス、寧ロ一時的不作爲債務ト繼續的不作爲債務トニ區別スルヲ以テ有要トス。

一時的不作爲債務トハ、例ヘハ余カ演說中妨害セサルヘキコトヲ約シ、又ハ余カ起立スルトキ起立セサルヘキコトヲ約シタル場合ノ如キ、比較的短期間存在スルニ過キサル債務ニシテ、此場合不履行アリタルトキハ最早救済方法ナシ、從ツテ全部ノ損害賠償ヲ請求スルノ外ナキモノトス。

然レトモ債務カ繼續的不作爲ナル場合ニハ、其既ニ不履行トナリタル部分ハ轉タ恢復スルニ由ナシト雖モ、將來ノ債務不履行ヲ防止スル爲メ、結果除去ノ請求又ハ侵害豫防ノ請求ヲ爲シ得ルモノナリ、即チ不履行ノ結果カ殘存スル場合ニ於テハ債務者ノ費用ヲ以テ其結果ヲ除去

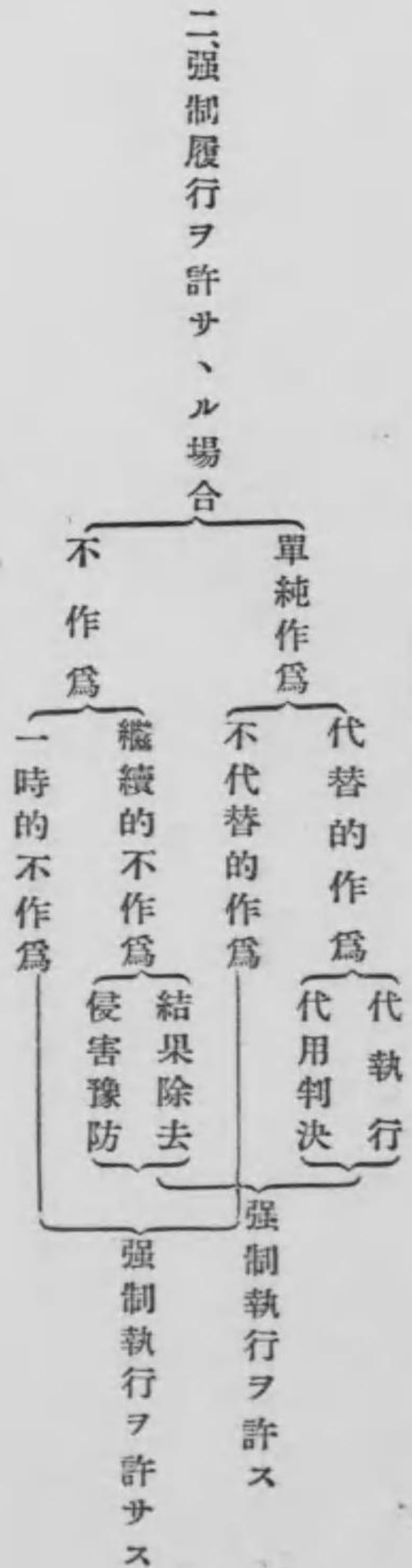
スヘキコトヲ請求スルヲ得ヘク、又將來再ヒ不履行ト爲ラサル爲メ適當ナル處分ヲ命スヘキコトヲ請求スルコトヲ得ルモノトス。(第四一四條三項、民訴法七三三條〔註九〕〔註一〇〕〔註一一〕)

〔註九〕 不作爲債務ノ不履行ハ、其結果カ殘存スル場合ト然ラサル場合トアリ、例ヘハ通行ヲ妨害セサルヘキニ拘ハラス妨害物ヲ設ケタル場合ノ如キ、競業ヲ爲ササルヘキニ同種ノ營業ヲ爲シタル場合ノ如キハ、結果カ殘存スル場合ナリ、然レトモ奏樂禁止、外出禁止ノ場合ノ如キハ、結果カ殘留セサル場合ナリ、而シテ此結果カ殘存スル場合ノミ結果除去ノ請求ヲ爲シ得ヘキモノナリ。
又若シ債務者カ其裁判ニ服シ、自ラ其結果ヲ除去セサル場合ニハ、債權者ハ改メテ代執行ノ方法ニ依リ第三者ヲシテ其結果ヲ除去セシムルコトヲ得ルモノト解スヘシ。

〔註一〇〕 侵害豫防ノ請求ハ將來再ヒ不履行トナルヘキ虞アルトキニ限り、總テノ不作爲債務ニ付キ請求スルコトヲ得ルモノナリ、而シテ其豫防方法ハ單ニ適當ナル處分トアルカ故ニ債權者ハ適宜有效ト認ムル方法ヲ選擇シテ申請スルコトヲ得ルモノナリ、例ヘハ樂器ヲ封印シ、鍛冶道具ヲ押收シ、倉庫ニ錠ヲ下シ、監視人番人ヲ

置キ、又ハ豫メ損害賠償ノ擔保ヲ供セシムルカ如シ、而シテ此等ニ要スル費用ハ固ヨリ債務者ヲシテ負擔セシムルコトヲ得ルモノナリ。(民訴法七三三條二項)

〔註一一〕 以上述ヘタル各場合ヲ表示スレハ左ノ如シ。
一、強制履行ヲ許ス場合
單純行爲
不作爲



第三目 損害賠償

以上述ヘタルカ如ク、債權ハ強制執行ヲ爲シ得ルヲ原則トスレトモ、時ニ強制執行ノ方法ナキ場合アリ、又強制執行ヲ爲シ得ルモ既ニ一部のニ不履

行トナリタル場合アリ、此等ノ場合ニハ債權者ハ或ハ全部ノ損害賠償ヲ請求シ、又ハ一部ノ損害賠償ヲ請求シ得ヘキコト既ニ述ヘタルカ如シ、而シテ此損害賠償ノ請求ト強制執行ノ請求トハ何等相妨クル所ナキカ故ニ、債權者ハ或ハ之ヲ併セ請求スルコトヲ得ヘク、又ハ其一方ノミ請求スルコトヲ得ルモノトス。(第四一四條四項)

第五節 損害賠償ノ請求權

第一款 損害賠償ノ要件

債務者カ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ、債權者ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得、損害賠償トハ、債權者カ債務者ノ不履行ノ爲メニ受ケタル損害ヲ、債務者ヲシテ賠償セシムルコトヲ謂フ、之ヲ以テ事後的ニ債權者ヲシテ不履行ナカリシト同一結果ヲ得セシムル趣旨ナリ。

損害賠償ノ請求權ハ、從ツテ普通ノ債權ト異リタル特質ヲ有スルモノト

ス、第一ニ債務不履行ノ事實アルコトヲ要シ、第二ニ損害ノ發生シタルコトヲ要シ、第三ニ其不履行ト損害トノ間ニ因果關係ノ存在スルコトヲ要スルモノトス、要スルニ不履行ニ因ル損害ヲ賠償セシムルコトヲ目的トスルモノニシテ、請求權ノ額ハ必然的ニ損害額ニ限定セラルルモノナリ、尙左ニ説明スヘシ。

第一 債務不履行ノ事實アルコト

債務不履行ニ因ル損害賠償ニ於テハ、第一ニ債務不履行ノ事實アルコトヲ要ス、然レトモ其不履行ハ、履行遲滯タルト不完全給付タルト給付不能タルトヲ問ハサルナリ、サレト常ニ債務者ニ過失ノ存在スルコトヲ要ス、從ツテ債務者ニ過失ナキ場合ニハ、損害賠償ノ義務ヲ生スルコトナシ。

第二 損害ノ發生スルコト

債務不履行ノ結果、債權者ニ損害ノ發生スルコトヲ要ス、損害トハ廣ク債權者ニ生シタル不利益ヲ總稱ス、其財産的經濟的意味ニ於テ不利益タルト、

非財産的(無形的)不利益タルトヲ問ハサルナリ、非財産的損害トハ生命、身體、自由、名譽等ニ對スル損害ヲ云フモノナリ。

財産的損害ハ、之ヲ金錢ニ見積リ得ルヲ以テ、直接財産ヲ以テ之ヲ賠償スルコトヲ得レトモ、非財産的損害ハ金錢ニ見積リ得サルヲ以テ、直接金錢ヲ以テ賠償スルヲ得ス、然レトモ金錢ニ見積リ得サルヲ理由トシテ賠償スルコトヲ要セサルモノトセハ、債權者ニ對シテ甚タ苛酷ナルノミナラス、救済方法ナキ權利ヲ認メタルコトトナルヘシ(第三九九條參照)不法行爲ニ付キテハ特別ノ明文ヲ設ケタリ(第七一〇條)然レトモ是レ言ヲ俟タサル所ト解スヘキカ故ニ、債務不履行ノ場合ニ於テモ債權者ハ其損害ヲ賠償セサルヘカラサルモノト解スヘシ、只損害其モノヲ直接賠償スルヲ得サルヲ以テ其賠償ノ方法ハ如何ナル額ヲ給付セハ間接ニ其損害ヲ慰癒シ得ラルルヤヲ以テ標準トスヘキモノナリ。(註一)

〔註一〕例ヘハ債務者カ喧噪セサルヘキコトヲ約シタルニ之ニ反シタル爲メ債權者

カ頭痛ヲ起シタル場合ニ於テ、其頭痛其モノヲ賠償スルヲ得スト雖モ、一日郊外ヲ清遊スルノ費用ヲ供スルニ於テハ、間接ニ其損害ヲ慰癒シ得ラルルカ如シ、故ニ精神的損害ノ賠償ハ、通常慰藉料ノ性質ヲ有スルモノトス。

又損害ニハ所謂積極的損害ト消極的損害トヲ包含スルモノトス、積極的損害トハ現存利益ノ喪失ヲ謂ヒ、消極的損害トハ取得シ得ヘカリシ利益ノ不取得ヲ謂フモノトス、例ヘハ債務者カ價額三百圓ノ時計ヲ預リ之ヲ紛失シタルトキハ、其三百圓ハ積極的損害ト云フヘク、又債權者カ其時計ヲ五百圓ニテ他ニ賣却スルコトヲ約シタルトセハ、其差額二百圓ハ消極的損害ト云フヘキカ如シ。

債權者カ債務不履行ノ結果或損害ヲ受クルト同時ニ、或利益ヲ得タルトキハ、其差額カ眞ノ意味ノ損害トナルモノトス、例ヘハ五月一日ニ馬一頭ノ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負フ者カ、遅延シテ十月一日ニ給付シタルトキハ、債權者ハ遅延ニ因ル損害ヲ受クルト同時ニ、四ヶ月間ノ飼養料ヲ節約スルコ

トヲ得タル利益ヲ有スルヲ以テ之ヲ控除シタル額カ眞ノ意味ノ損害トナルカ如シ、學者ハ通常之ヲ損得相殺(Vorteilsausgleichung)ト云フ、然レトモ固ヨリ眞ノ意味ノ相殺ニ非ス、寧ロ其差額ヲ以テ眞ノ損害ト稱スヘキナリ。〔註11〕

〔註12〕 此場合ニ於テモ其不履行ヲ唯一ノ原因トシテ生シタル利益ニ非サレハ控除スルヲ得サルモノトス、他ノ原因モ加リテ生シタル利益ハ嚴格ナル意義ニ於ケル不履行ニ因ル利益ト云フヲ得サレハナリ、例ヘハ不履行ヲ機會トシテ第三者ヨリ得タル保険金、見舞金ノ如シ。

第三 因果關係アルコト

債權者ニ生シタル損害ト債務者ノ不履行トノ間ニ、因果關係ノ存在スルコトヲ要ス、法文ニ「因リテ」トアルハ此因果關係ノ必要ナルコトヲ表示シタルモノナリ。(第四一六條)

然レトモ法律上ノ因果關係ハ必スシモ哲學上ノ因果關係ト同一視スルヲ得サルモノニシテ、廣ク「甲ナカリセハ乙ナカルヘシ」ト云フ、條件的關係アル場合ヲ總稱スルモノトス、從ツテ看護婦カ看護セサリシカ爲メニ病人カ

死亡シタル場合ノ如ク、自然的ニハ因果關係ナキ場合ト雖モ、尙法律上ハ因果關係アルモノトシテ損害賠償ノ義務ヲ負ハサルヘカラサルモノトス。

又因果關係ハ自然界ニ於テ極メテ複雑多様ニ發展スルモノナルヲ以テ、若シ因果關係アル總テノ損害ヲ賠償スルコトヲ要スルモノトセハ、債務者ニ對シ甚タ苛酷ナル結果ヲ生スヘシ、故ニ近代ノ通説ハ、通常ノ成リ行キニ從フ相當ノ結果ニ對シテノミ賠償ノ義務ヲ負フモノトスル主義ヲ採用スルニ至レリ、即チ所謂條件說ヲ排シテ、相當因果關係說ヲ採用スルニ至レリ、斯ノ如ク法律上ノ因果關係ハ一面ニ於テ自然的因果關係ヨリ範圍廣ク、又一面ニ於テ制限セララルモノナリ。〔註13〕〔註14〕

〔註13〕 因果關係ニ關スル議論ハ主トシテ刑法ニ於テ試ミラル、所ナレトモ民法ニ於テモ必要ナリ、而シテ其學說ハ大別條件說、原因說、相當因果關係說ノ三ニ分ツコトヲ得ヘシ。

Ⅰ 條件說 (Bedingungstheorie) 條件說ハ苟クモ因果關係アル以上總テノ結果ニ對シ責任ヲ負ハサルヘカラスト爲ス主義ニシテ、刑法上ニ於テハ相當有力ナル說ナリ (Von Liszt)。

Ⅱ 原因說 (Theorie von Ursachen) 原因說ハ個々ノ場合ニ於テ結果ニ對スル條件ヲ有力ナルモノト然ラサルモノトニ分チ、有力ナル條件ノミヲ原因トシテ因果關係ヲ認メ然ラサル條件ハ因果關係ナシト認ムル主義ナリ、更ニ(一)優勝條件說 (Binding) (二)最後條件說 (Oertmann) (三)最有力條件說 (Dirkanyen) 等アリ。

Ⅲ 相當因果關係說 (adäquate Verursachungstheorie) 相當因果關係說ハ又適當條件說又ハ相當原因說トモ云フ (Kriegel)ノ主唱此說ハ或原因ヨリ或結果ヲ生シタル場合ニ於テ之カ社會一般ノ通念ニ照シ相當ナリト認メラル、トキ、即チ普通ノ成リ行キト認メラル、場合ニ於テ、初メテ因果關係アリト認ムル主義ニシテ、若シ異狀ナル結果、特別ナル成リ行キト認メラル、場合ニハ、因果關係ナシト認ムル主義ナリ。

此相當因果關係說ト原因說ト異ル所ハ、原因說ハ個々具體の場合ニ於テ其原因タル條件ト然ラサル條件トヲ區別セントスルニ反シ、相當因果關係說ハ、抽象的標準ヲ以テ其結果カ相當ナリヤ否ヤヲ決セントスル點ニ在ルモノナリ。

條件說ハ行爲者ノ責任重キニ失スルヲ以テ、刑法ニ於テモ反對者多シ、殊ニ民法ニ於テハ採ルヲ得ス、又原因說ニ對シテハ種々ノ非難アリ、優勝條件說ハ結局條件說ト同一トナルヘク、最後條件說ハ最後ノ微弱ナル條件ニ對シテモ全責任ヲ負ハシムルカ故ニ酷ナリ、最有力條件說ハ多少ノ差異アル共同原因アル場合ニ不公平ヲ生スヘシ、故ニ民法上ニ於テハ原則トシテ相當因果關係說ヲ採ルヲ可トス。

〔註四〕損害賠償ノ請求權ハ獨リ債務不履行ヲ原因トシテ生スルノミナラス、不法行爲其他ノ原因ヨリモ多ク生スルモノトス、然レトモ民法ハ債務不履行及不法行爲ニ付キテノミ詳細ナル規定ヲ設ケ、其他ノ場合ニ付キテハ、殆ト規定スル所ナシ、又債務不履行ト不法行爲トノ間ニ於テモ必スシモ其規定同一ニ非サルナリ、茲ニ於テ幾多ノ疑問ヲ生スルニ至ルモノトス、學者ノ中ニハ民法カ損害賠償ニ共通ノ規定ヲ設ケサリシハ不體裁ナリト痛論スル者モアリ(例ヘハ石坂氏二七四頁)然レトモ解釋論トシテハ、其損害賠償カ債務不履行ニ類似スルカ不法行爲ニ類似スルカニ從ヒ、或ハ第四一五條以下ヲ準用シ、或ハ第七〇九條以下ヲ準用スルノ外ナキモノト信ス、例ヘハ第一一七條第四四二條二項等ノ損害賠償ハ債務不履行ニ類似スルカ故ニ、第四一五條以下ノ規定ヲ準用シ、第一九八條以下第二二〇九條以下第二二二條等ハ不法行爲ニ類似スルカ故ニ第七〇九條以下ヲ準用スルカ如シ。

第二款 損害賠償ノ範圍

損害賠償ノ範圍ニ付キテハ、法定賠償範圍ト豫定賠償範圍トノ二種アリ、法定賠償範圍トハ、法律ノ規定ヲ以テ賠償ノ範圍ヲ定メタル場合ニシテ、第四一六條以下ニ之ヲ規定シ、豫定賠償範圍トハ、契約ヲ以テ賠償範圍ヲ豫定シタル場合ニシテ、第四二〇條以下ニ之ヲ規定ス、吾民法ハ當事者カ特ニ豫定賠償範圍ヲ定メタルトキハ、之ニ依ルコトトシ、若シ其定メナキトキハ、法定賠償範圍ニ依ルコトトセリ、故ニ先ツ法定賠償範圍ヲ説明シ、次ニ豫定賠償範圍ヲ述フヘシ。

第一項 法定賠償範圍

第一目 賠償額ノ算定

賠償スヘキ損害ノ範圍ハ、元來不履行ナカリシ假定的狀態ト、不履行アリタル事實上ノ狀態トノ差額(財産外ノ損害モ含ム)ヲ賠償スヘキモノト云フヘシ、何トナレハ此差額ハ不履行ニ因ル損害ト云ハサルヘカラサレハナリ、

然レトモ不履行ト因果關係アル總テノ損害ヲ賠償セシムルモノトセハ、彼ノ條件說ヲ採用スルコトトナリ、時ニ過大ノ義務ヲ債務者ニ負擔セシムル結果ヲ生スヘシ、茲ニ於テ民法ハ制限ヲ加ヘ、損害賠償ハ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ヲ賠償セシムルヲ以テ目的トスルモノトセリ(第四一六條一項)即チ不履行ノ結果普通ノ成リ行キトシテ生スル損害ノミヲ賠償スレハ足ルモノニシテ、其他ノ損害ハ原則トシテ賠償スルヲ要セサルモノトス然レトモ特別ノ事情ニ因ル損害ト雖モ、債務者カ之ヲ豫見シ(故意)又ハ豫見シ得ヘカリシトキ(過失)ハ、債務者ハ尙其賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス(第四一六條二項)此場合ニ於テノミ例外トシテ特別事情ニ因ル損害ト雖モ賠償セシムルコトヲ得ルモノトセリ。

斯ノ如ク、特別事情ニ因ル損害ト雖モ、尙賠償スルコトヲ要スルモノトシタル理由ハ、債務者ニシテ既ニ之ヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘキニ拘ハラズ不注意ニ因リ豫見セサリシ場合ニ於テハ、債務者ハ其損害ヲ豫期シタルモノ

ト解スヘク、然ラハ之ヲ賠償セシムルモ何等苛酷ニ非サルカ故ナリ、然レトモ債務者カ豫見セス又豫見スルヲ得サリシ特別損害ハ、常ニ賠償ノ義務ナキモノトス。

第四一六條一項二項ハ如何ナル學說ヲ採用シタルモノナリヤ、又特別ノ規定ナキ其他ノ損害賠償ニ於テハ如何ニシテ其賠償額ヲ算定スヘキモノナリヤニ付キテハ、幾多ノ學說存スル所ナリ、左ニ其一ニ述フヘシ。

第一 第四一六條一項二項共ニ適當條件說ヲ採用シタルモノナレトモ、第一項ハ通常生スヘキ損害ノミヲ賠償セシムルヲ目的トスルヲ以テ、此點ニ於テ適當條件說ニ制限ヲ加ヘタルモノナリト(石坂氏三〇〇頁)從ツテ特別ノ規定ナキ其他ノ場合ニハ相當因果關係ニ因ル總テノ損害ヲ賠償スヘキモノナリト。(同氏三一三頁)

第二 第四一六條一項二項ハ舉ケテ相當因果關係說ノ内容ヲ規定シタルモノト解シ、債務不履行ト不法行為トノ間ニ何等ノ差異ナキモノト論スル

者アリ。(鳩山氏六三頁、結果ニ於テ同說横田氏債各、八九九頁)

余ノ解スル所ヲ以テスレハ、第四一六條一項ノミカ相當因果關係說ヲ採用シタルモノニシテ、第二項ハ特別事情ニ因ル損害ナルカ故ニ相當因果關係ナキ場合ナリト解セントス、從ツテ第二項ノ場合ハ豫見シ得ヘカリシコトヲ條件トシテ一般ノ原則ヨリ擴張シタルモノト解ス、然レトモ一般的ニハ相當因果關係說ヲ採用シタルモノト解スルカ故ニ、特別ノ明文ナキ不法行為其他ノ場合ニハ相當因果關係ヲ以テ其賠償範圍ヲ定ムヘキモノト信ス、故ニ石坂氏ノ說トハ正反對ニ、債務不履行ノ場合ハ其他ノ場合ヨリ却ツテ範圍廣キコトトナルモノトス、是レ債務不履行ハ營ニ債權侵害ノ不法行為タルノミナラス、積極的ナル義務違反ナルカ故ニ、單ニ不可侵的無關係ノ地位ニ在ル第三者カ不法行為ヲ爲ス場合ヨリ情狀重シト見タルカ爲メナリト解セントス。(註一)(註二)

〔註一〕抑モ相當ナル因果關係トハ何ヲ云フヤト云ヘハ、既ニ述ヘタルカ如ク、或原因

ヨリ或結果ヲ生スルコトカ極メテ通常ニシテ比率上多ク所謂普通ノ成リ行キト見ラル、場合ヲ云フモノナリ、即チ中七八迄ハ其事實ヲ生スヘキ場合ニ於テ之ヲ相當因果關係アルモノト稱スヘキナリ、然レトモ或原因ヨリ或結果ヲ生スルコトカ寧ロ稀ニシテ通例ニ非サル場合ニハ、相當因果關係アリト云フヲ得ス、例ヘハ米十俵給付スヘキ債務ヲ履行セサル場合ニ、債權者カ其代價ニ相當スル損害ヲ被ルヘキハ、極メテ當然ニシテ、相當ナル損害ナレトモ、債權者カ更ニ之ヲ他ニ轉賣スルコトヲ約シ、其差額ヲ利得スルコトヲ得サリシ損害ハ、特別ナル損害ト云ハサルヘカラス、又喧噪セサルヘキ債務ヲ負フ者カ其不履行ノ場合ニ、債權者カ單ニ不快ヲ感スルカ如キハ通常ノ損害ナレトモ、債權者カ爲メニ發狂縊死シタル場合ノ如キハ、特別ナル損害ト云ハサルヘカラサルカ如シ。

石坂氏ハ適當條件ノ適當(adaptation)ト、通常ノ損害ノ通常(normal)トハ、其意義ヲ異ニスルモノト解シ、特別事情ニ因ル損害モ尙、適當條件ニ因ル損害ナリト説明シ、野獸ヲ射撃シタル散弾カ彈キ返リテ通常達セサルヘキ所ニ達シ、人ヲ傷ケタル場合ノ如キモ、相當因果關係アルモノト論定セラル(同氏三〇〇頁)然レトモ斯ノ如キ場合ハ明カニ特別事情ニ因ル損害タルト同時ニ、相當ノ因果關係ナキ場合ナリ、若シ此場合ヲモ相當因果關係アルモノト解セハ、所謂條件說ト適當條件說トノ區別ヲ滅却

スルニ至ルヘシ。

又鳩山氏ハ特別ノ事情ト雖モ之ヲ知り得ヘカリシトキハ因果關係ノ基礎ト爲スヘキモノナルカ故ニ、第四一六條一項二項共ニ、相當因果關係說ヲ採用シタルモノナリト説明セラル(同氏六六頁)然レトモ問題ハ特別事情ト其損害トノ間ニ相當因果關係アリヤ否ヤニ非スシテ、不履行其モノト損害トノ間ニ相當ノ因果關係アリヤ否ヤノ問題ナリ、不履行ト損害トノ間ニ特別事情カ介入シテ特別ノ損害ヲ生シタル場合ニハ、之ヲ相當ノ因果關係アリト云フヲ得サルナリ、例ヘハ債權者カ第三者ト違約金契約ヲ爲セル場合ニ、其違約金契約ナル特別事情ニ因リ違約金ナル特別損害ヲ生スルコトハ、正ニ相當ナル結果ナリ、然レトモ債務不履行ト違約金ノ損害トノ間ニハ相當ナル因果關係アリト云フヲ得サルナリ、因果關係ハ純客觀的問題ナリ、其客觀的問題ヲ定ムルニ當リ知り得ヘカリシト云フカ如キ主觀的問題ヲ加味セントスルハ、因果關係ノ問題ト責任ノ問題トヲ混淆スルモノト云ハサルヘカラス。

〔註二〕第四一六條二項ニ付キテハ尙注意スヘキ問題存ス、第一ニ豫見シ又ハ豫見スルヲ得ヘカリシ事實ヲ定ムル標準時ハ何時ナリヤ?之ニ付キテハ債權發生當時トノ異說アレトモ(佛民法一一五〇條)此說ニ依ル(通說)ハ債務不履行トナリタル

當時ヲ標準トス、何トナレハ不履行トナリタル當時豫見スルヲ得ヘカリシ損害ニ對シテノミ責任ヲ負ハシムルヲ至當トスレハナリ。
又法文ニハ單ニ「當事者」トアレトモ債權者債務者双方ヲ包含スルモノナリヤ、又ハ一方ノミナリヤ？之ニ付キテモ異說アレトモ(川名氏一九六頁)通說ハ債務者ノミト解ス、何トナレハ債權者カ豫見シ得ヘカリシ損害ヲ、債務者カ賠償スヘキ理由ナケレハナリ。

又第二項ハ第一項ノ例外的擴張規定ナルヲ以テ、特別ノ事情ニ因リ却ツテ通常ノ損害ヨリ少キ損害ヲ生シタル場合ト雖モ、通常ノ損害ヲ賠償セサルヘカラサルモノトス、第二項ハ第一項ヨリ擴張スル限度ニ於テノミ適用アリ、第二項ヲ以テ第一項ヲ制限スルコトヲ得ス。

凡ソ物ノ價格ニハ通常價格ト特別價格ト存在ス、通常價格トハ其物カ總テノ人ニ對シテ有スル價格ヲ云フモノニシテ、所謂市價ハ之ヲ表示スルモノナリ、之ニ反シ特別價格ハ其物カ其權利者ニ對シテ有スル價格ヲ云フモノニシテ、沿革感情等ヨリ特別ノ價格ヲ有スルコトアルモノトス、然レトモ

特別價格ハ必スシモ通常價格ヨリ多キ場合ノミナラス、反ツテ少キ場合モ存スルモノトス、而シテ損害賠償ハ原則トシテ通常價格ニ從ツテ賠償スヘ然モノナリ、何トナレハ通常價格カ通常ノ損害ナレハナリ(第四一六條一項)キレトモ特別價格カ通常價格ヨリ多キ場合ニ於テ、債務者カ之ヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシトキハ、債務者其特別價格ニ從ツテ賠償セサルヘカラサルモノトス、是レ特別事情ニ因ル損害ナレハナリ(第四一六條二項)サレト特別價格カ通常價格ヨリ少キ場合ニ於テモ、債務者ハ通常價格ヲ賠償セサルヘカラサルモノトス、第二項ハ第一項ヲ擴張スル限度ニ於テノミ適用アルモノナレハナリ。(註三)

〔註三〕例ヘハ或不吉ナル沿革ヲ有スルカ爲メニ、特別價格カ反ツテ通常價格ヨリ少キ器物ヲ毀滅シタル受寄者ト雖モ、通常價格ヲ賠償セサルヘカラサルモノトス、少キ特別價格ヲ賠償シテ其責ヲ免ルルヲ得ス、又或種ノ記念品トシテ(系譜過去帳等)特別價格カ通常價格ヨリ多キ目的物ヲ害シタル場合ト雖モ、之ヲ豫見セス又豫見

スルヲ得サリシ場合ニハ特別價格ニ從ツテ賠償スルヲ要セサルモノトス。

賠償額ヲ算定スヘキ標準時ハ、原則トシテ請求ヲ爲シタル時トス。訴ニ依ル場合ニハ第二審ノ口頭辯論ノ終結シタル時トス。其時迄ニ生シタル損害ハ總テ請求スルコトヲ得ルモノナリ、何トナレハ若シ完全ニ履行シタルモノトセハ其時ニ其利益ヲ享有スヘキ筈ナレハナリ、然レトモ其時迄ニ他ノ目的ニ處分セラレタルナルヘシト推定セラルル相當確實ナル根據アル場合ニハ、其目的ニ處分セラレヘカリシ時ニ於ケル其價格ヲ以テ標準ト爲スヘキモノトス。例ヘハ若シ一月一日ニ債權者カ馬一頭ヲ債務者ヨリ受領スルニ於テハ、三月一日ニ之ヲ第三者ニ讓渡シタルナルヘシト想像セラルル場合ニ於テ、五月一日ニ損害賠償ノ請求ヲ爲シタルモノトセハ(馬ノ價額カ一月一日ニ八百圓、三月一日ニ千圓、五月一日ニ六百圓ト假定ス)三月一日ノ價格ヲ標準トシテ定ムヘキカ如シ、然レトモ單ニ價格カ増加シタルノミヲ理由トシテ請求スルヲ得サルモノトス(反對判例四一年三月一八日大審院)

又價格ヲ定ムヘキ場所ハ、特別ノ規定ナキ限り(例ヘハ商法第三四〇條其ノ債務ヲ履行スヘキ地ト解スヘシ、即チ履行地ノ價格ニ從ヒ定ムヘキモノナリ、然レトモ他ノ目的ノ爲メニ處分セラレタルナルヘシト推定セラルル場合ニ於テ、其處分セラレヘキ地カ履行地ト異ル場合ニハ、其地ノ價格ニ從ヒテ定ムヘキモノトス。〔註四〕

〔註四〕損害額算定ノ標準時ヲ定ムルハ、極メテ困難ナル所ナリ、然レトモ原則ハ請求ノ時ト爲サ、ルヘカラス、何トナレハ完全ニ履行ヲ受ケ目的物ヲ保有スルニ於テハ現在其利益ヲ享有スヘキ筈ナレハナリ、又遅延利息ヲ支拂フヘキ場合ニハ其時迄ニ生シタル遅延ノ損害ヲ賠償セシムヘキモノナリ、然レトモ其中間期間ニ於テ他ノ目的ノ爲メニ處分シタルナルヘシト推定セラルル、場合ニハ現在最早存在セサルヘキ筈ナルカ故ニ、其處分セラレヘキ時期ニ從ヒ賠償額ヲ算定スヘキモノトス、其有價の處分タルト無價の處分タルト他人ニ對スル處分(讓渡等)タルト自己ニ於ケル處分(自家用等)タルト問ハサルナリ、又其處分カ絕對確實ナルコトヲ要セス、斯ク推定セラルヘキ相當確實ナル根據理由アレハ足ルモノトス。

又標準トナルヘキ場所ハ原則トシテ履行地トス、債權者カ請求シテ履行ヲ受ケ得ヘキ場所ニ於テ、其利益ヲ享受スヘキ筈ナレハナリ、然レトモ處分セラルヘカリシ地カ履行地以外ナル場合ニハ、其地ニ於ケル價格ニ從ハサレハ不公平ナリ、例ヘハ伯林ニ於テ「ピアノ」一臺ヲ給付スヘキ債務ヲ負フ者カ之ヲ給付セサル場合、若シ債權者カ其給付ヲ受クルナラハ、東京ニ持參シテ之ヲ二千圓ニ賣却スヘカリシ場合ニハ(伯林ニ於テハ價額千圓ト假定シ、運賃二百圓ハ損得相殺ニ因リ控除スルモノト假定ス)東京ニ於ケル價格ニ從ツテ算定セサレハ債權者ノ眞ノ損害ヲ賠償シ得サルカ如シ。

第二目 過失相殺

債務不履行ニ關シ、債權者ニモ過失(廣義)アル場合アリ、即チ債權者債務者双方ノ過失ヲ以テ債務不履行トナリ、又ハ損害ヲ生スル場合アリ、斯ノ如キ場合ニ於テハ、債務者ニ對シテノミ全部ノ賠償責任ヲ負擔セシムルコトヲ得ス、債權者モ亦責任ヲ負ハサルヘカラス、從ツテ斯ノ如キ場合ニハ、裁判所ハ債權者ノ過失ノ大小、深淺ヲ顧慮シテ、先ツ(一)債務者ノ賠償責任ノ有無

ニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ要シ、次ニ(二)債務者ニ賠償責任アリトスルモ其額ヲ算定スルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ要スルモノトス(第四一八條)斯シテ債權者ニモ其損害ノ一部ヲ負擔セシムヘキモノナリ。

斯ノ如ク債權者ノ過失ヲ損害賠償ニ付キ斟酌スルコトヲ過失相殺(Offset Compensation)ト云フ、然レトモ素ヨリ眞ノ意味ノ相殺ニ非ス、債務者ハ何等債權者ニ對シ、反對債權ヲ取得スルコトナケレハナリ。

又茲ニ云フ債權者ノ過失(狹義)トハ注意義務ヲ伴フ過失ヲ云フモノニ非ス、自己ノ權利行使ニ關シ注意義務ヲ負フコトナキハ通例ナレハナリ、單ニ事實上ノ注意ヲ缺キタル場合ヲ謂フモノナリ、從ツテ又其注意程度ハ自己ノ物ニ對スル注意ヲ標準トスヘク、善良ナル管理者ノ注意ヲ標準トスヘキモノニ非サルナリ。

又民法ニハ「債務ノ不履行」ニ關シ債權者ニ過失アリタル場合ト規定スレトモ、債務ノ不履行其モノハ債務者ノ行爲ナルカ故ニ、之ニ付キ債權者ニ過

失アル場合ハ寧ロ稀ナルヘク、多クハ損害ノ發生又ハ其増加ニ付キ債權者ニ過失アルヲ常トスヘシ、故ニ民法カ漠然ト「不履行ニ關シ」ト規定シタル精神ヲ擴張解釋シテ、不履行其モノハ勿論、損害ノ發生又ハ其増加ニ關シ債權者ニ過失アリタル場合ニ於テモ、總テ斟酌スヘキモノト解スヘシ、例ヘハ債權者カ其住所移轉ヲ通告セサリシカ爲メ、債務者カ辨濟期ニ辨濟スルコト能ハサリシ場合ノ如キハ、不履行其モノニ付キ債權者ニ過失アル場合ナレトモ、辨濟期ニ遅レテ債務者カ履行ノ提供ヲ爲シタルニ、債權者カ故意ニ之ヲ受領セサリシ場合ノ如キハ、損害ノ増加ニ付キ債權者ニ過失アル場合ナルカ如シ。〔註I〕〔註II〕

〔註I〕 吾民法ハ「不履行ニ關シ」ト規定スレトモ、外國ノ立法例ハ寧ロ「損害ノ發生ニ付キ」ト規定スル場合多シ、例ヘハ獨民法第二五四條ニ於テハ、「損害ノ發生ニ付キ」(Bei der Entstehung des Schadens)ト規定シ、又第一章案第二二二條ニ於テモ「他人ノ過失ニ基ク損害ノ發生ニ付キ」(Bei der Entstehung des von einem Anderen Verschuldeten Schadens)ト規定セリ、又瑞西債權法第四四條ニ於テモ「被害者ノ責ニ歸スヘキ事由カ損害ノ

發生又ハ増加ニ影響ヲ及ボシ」(auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt)ト規定スルカ如シ、故ニ吾民法モ廣ク「不履行ト關聯シテ生シタル損害ト解スルヲ可トス。

〔註II〕 債權者ノ過失ハ「一ノ法律事實ナルヲ以テ、意思能力ノ存在ヲ必要トス、若シ債權者ニ意思能力ナキ場合ニハ、債權者ノ過失トシテ第四一八條ヲ適用スルヲ得ス、然レトモ法律行為ニ非サルカ故ニ行為能力ハ必要ニ非ス。

第三目 損害賠償ノ方法

損害賠償ノ方法ニハ自然的賠償ノ方法ト金錢的賠償ノ方法トアリ、自然的賠償ノ方法トハ書籍ヲ紛失シタル場合ニ同種ノ書籍ヲ以テ賠償シ、硝子ヲ破損シタル場合ニ入レ替ヘテ賠償スルカ如キ、現實生シタル損害其モノヲ賠償スル方法ヲ謂ヒ、金錢的賠償ノ方法トハ、之ニ反シ損害ヲ常ニ金錢ニ換算シテ賠償スル方法ヲ謂フ。

自然的賠償ノ方法ハ、若シ其損害カ過不及ナク完全ニ回復セララルニ於テハ理想的賠償方法ト云ハサルヘカラス、從ツテ獨民法ノ如キハ原則トシ

テ此主義ヲ採用セリ(同法第二五一條)然レトモ事實ニ於テハ、完全ニ回復スルヲ得サル場合甚タ多シ、第一ニ絶對的ニ自然賠償ヲ許ササル場合アリ、例ヘハ非財産的損害又ハ極メテ稀ナル目的物ヲ毀滅シタル場合ノ如キハ回復方法ナシ、又自然賠償ノ方法カ過不及アル場合アリ、例ヘハ中古ノ器物ヲ破壊シタル場合、新品ヲ以テスレハ過キ、古物ヲ以テスレハ及ハス、適當ナル中古品ハ存在セサル場合ノ如シ。又自然賠償ヲ爲シ得ルモ債權者カ却ツテ之ヲ欲セサル場合アリ、藪醫者カ治療ヲ仕損シタル場合、賠償トシテ再度ノ治療ヲ爲スコトハ、債權者トシテ欲セサル場合アルカ如シ。

斯ノ如ク自然的賠償ノ方法ハ、理論上ハ可ナレトモ、實際上ニ於テハ寧ロ金錢賠償ノ便利且自由ナルニ劣レリ、金錢ハ總テノ價格ヲ代表シ、且伸縮自在ナルヲ以テ、如何ナル場合ニ於テモ適當ニ算定シテ之ヲ賠償スルコトヲ得ルモノナリ、故ニ吾民法ハ金錢賠償ノ方法ヲ以テ寧ロ原則トシ、當事者カ特ニ別段ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テノミ、例外トシテ其賠償方法ニ

從フヘキモノトセリ。(第四一七條)(註一)

〔註一〕 當事者カ定ムル別段ノ意思表示ハ、如何ナル方法ニテモ可ナリ、金錢以外ノ物、例ヘハ米、麥、家屋等ノ給付ヲ以テ賠償ノ方法ヲ定ムルト、單ナル作爲不作爲ヲ以テ賠償ノ方法ヲ定ムルトヲ問ハサルナリ、然レトモ此賠償方法ノ更ニ不履行アリタル場合ニ於テ、之カ強制執行ヲ許サマルカ如キ場合ニ於テハ、更ニ其損害賠償ニ付キ特別ナル賠償ノ方法ヲ豫定セサル限り、再ヒ金錢賠償ノ方法ニ依ラサルヘカラスアルニ至ルモノトス。

第四目 金錢債權ニ關スル特則

金錢ハ一種ノ動産ナレトモ、物ノ價格ヲ代表シ、最高度ノ融通性ヲ有スルモノナルヲ以テ、普通ノ動産ト異リタル取扱ヒヲ爲ス必要アルモノトス、故ニ民法ハ之ニ關シ特ニ特別ナル原則ヲ設ケタリ。(第四一九條)(註二)

〔註二〕 然レトモ第四一九條ノ適用アル場合ハ、金錢債權中金額債權及金種債權ノミニシテ、特定金錢債權ヲ包含セサルモノトス、何トナレハ特定金錢債權ノ場合ハ金錢タル特質ヲ目的トスル債權ニ非サルノミナラス、理論上給付不能トナルコトア

ルヘク、又不可抗力ヲ以テ抗辯トスルコトモ許サ、ルヘカラサレハナリ。
サレト金額債權又ハ金種債權タル以上ハ、内國通貨ニ依ル金種債權タルト外國通
貨ニ依ル金種債權タルト、法律行爲上ノ金種債權タルト、法律行爲以外ノ金種債權
タルトヲ問ハサルナリ、然レトモ、利息債權タル金種債權ニ付キ、第四一九條ノ適用
アリヤ否ヤハ一ノ疑問ナリ、若シ其適用アリトセハ利息ニ對シ更ニ利息ヲ生スル
コト、ナルヘシ、サレト重利ハ原則トシテ許ササル所ナルヲ以テ、第四〇五條ニ依
リ特ニ元本ニ組入レサル限り、之ニ對シ更ニ利息ヲ生スルコトナキモノト解スル
ヲ適當トス

金錢カ普通ノ動産ト異ル特質ハ、大要左ノ如キ諸點ナリ。

第一、金錢ハ極メテ利用自在ナルカ故ニ、容易ニ利殖スルコトヲ得ヘク、從
ツテ金錢ノ占有者ハ、常ニ一定ノ利益ヲ享受スルモノナリト云フコトヲ得
ヘシ。

第二、金錢ハ常ニ社會ニ流通スルモノナルヲ以テ、金錢債權ニハ給付不能
ニ因ル債務不履行ヲ生スルコトナシ、從ツテ又金錢債權ニ於テハ、履行ニ代

ル全部ノ損害賠償ヲ生スルコトナシ。

第三、金錢ハ幾多社會ニ存在スルヲ以テ、相當ノ利息ヲ支拂フニ於テハ、比
較的容易且迅速ニ之ヲ他ヨリ融通スルコトヲ得ヘキモノナリ、自己ノ不信
用其他ノ理由ニ因リ融通シ得ラレサル場合ハ、金錢ノ性質ニ基クニ非スシ
テ、寧ロ自己ニ存スル他ノ原因ニ因ルモノナリ。

以上述フルカ如ク、金錢ハ一種特別ナル性質ヲ有スルモノナルヲ以テ、民
法ハ之ニ關スル特別ヲ設ケタリ、然レトモ第四一九條ノ特別ハ、履行遲滞ニ
因ル不履行ノ場合ニノミ適用アルモノニシテ、不完全給付ノ場合ニハ適用
ナキモノトス、不完全給付ノ場合ニハ反ツテ第四一六條以下ノ一般原則ニ
從ヒ其賠償額ヲ定ムヘキモノナリ。〔註三〕

〔註二〕 金錢債權ノ不履行ニハ給付不能トナル場合ナシト雖モ、履行遲滞ト不完全給
付トハ存在スルモノトス、學者ハ通常金錢債權ノ不履行ニハ履行遲滞アルノミト
説明ス(石坂氏五〇七頁、鳩山氏八四頁)然レトモ不完全給付ノ場合モ存在スヘシ、例