0014019000

0014019-000

６３７－１７

債権法総則

平沼騏一郎・著

日本大学出版部

再版
昭和７

ACE

法學博士 平沼騏一郎著

債權法總則

日本大學出版部

昭和七年一月 帝國圖書館

637-17

序

頃者日本大學出版部余の舊稿『債權法總則』の再版を乞ひて曰はく『近時經濟界の亂調は債權の基礎を動搖せしめんとするあり、債權原理の闡明を要する火よりも急に、本書を索むる人亦甚だ多し、然れども多くは回祿に遭ひて之を街頭に探るに由なく、再版を望むの聲亦荐に至る』と、著者私に謂へらく、本書は元民法施行の當初にありて、債權の意義及び債權法編纂の趣意を明にせんがため、都下諸大學に於て講義せる筆記を公にせるもの、爾來歲を

經ること既に久しく世情亦大に異るあり、今にして之を觀れば意に滿たざる處なきにあらず、著者固より改訂を思惟せざるにあらざれども、公私多忙之を果すに時なし、是に於て只全般に亘り聊訂正を加へて之を世の學徒に似し、其の完備を後の機會に讓ると云爾

昭和七年七月

債權法總則目次

緒論

第一章　債權の意義……一

第二章　債權法の編成……九

上編　債權の內容……一三

第一章　當事者……一四

第二章　債權の目的……一七

第一節　總論……一七

第一款　意義……一七

第二款　要件……二〇

第三款　目的の單一及複數……二四

第四款　目的の可分、不可分……三七
第五款　目的の確定、不確定……四〇
第二節　各論……四四
第一款　特定物の引渡を目的とする債權……四八
第二款　不特定物の給付を目的とする債權……五三
第三款　金錢債務……五八
第四款　利息……六三
第五款　選擇債務……七〇
第三章　債權の效力……八七
總論……八七
第一節　履行の時期……九二
第二節　遲滯……一〇〇
第一款　債務者の遲滯……一〇一

第二款　債權者の遲滯……一〇四
第三節　强制履行……一〇九
第四節　損害賠償……一一七
第一款　損害賠償の意義……一一七
第二款　損害賠償の原因……一一九
第三款　損害賠償の範圍……一二三
第四款　債權者に過失ある場合に於ける賠償の責任及賠償額の算定……一二八
第五款　金錢債務に於ける賠償額の算定……一三一
第六款　賠償額の豫定……一三四
第七款　債務者の代位……一三八
第五節　履行の確保……一四〇
第一款　債務者に關する權利の行使(間接訴權)……一四二
第二款　詐害行爲の取消(廢罷訴權)……一四六

第四章　多數當事者の債權……一五二
第一節　總則……一五三
第二節　連帶債務……一五五
第一款　連帶債務の性質……一五五
第二款　連帶債務の效力……一六二
第三節　不可分債務……一九一
第一款　不可分債務の性質……一九一
第二款　不可分債務の效力……一九三
第四節　保證債務……二〇五
第一款　保證債務の性質……二〇五
第二款　保證の原因……二一八
第三款　保證債務の效力……二二六
下編　債權の發生移轉及消滅……二七六

緒論……二七六
第一章　債權の發生……二七九
第二章　債權の移轉……二八三
第一節　債權移轉の觀念……二八三
第二節　債權の讓渡……二八四
第一款　債權讓渡の意義……二八四
第二款　讓渡し得へき債權及讓渡し得へからさる債權……二八七
第三款　債權讓渡の完成及效力……二九一
第三章　債權の消滅……三一一
緒論……三一一
第一節　辨濟……三一五
緒論……三一五
第一款　辨濟者……三一八

目次

第二款　辨濟受領者……三二七
第三款　辨濟の目的……三三一
第四款　辨濟の時及場所……三三七
第五款　辨濟の費用……三三八
第六款　辨濟受領の效力……三四〇
第七款　辨濟の充當……三四一
第八款　辨濟の提供……三四七
第九款　辨濟の目的物の供託……三五〇
第十款　代位辨濟……三五五
第二節　相殺……三六七
第三節　更改……三七九
第四節　免除……三九〇
第五節　混同……三九一

終

債權法總則

法學博士　平沼騏一郎著

緒論

第一章　債權の意義

凡權利には主體あり、目的あり。權利の目的は權利の主體をして或利益を享受せしむ。法律を以て權利を保護するは此利益を完ふせしむるに在り。私法の保護に依り完ふすることを得へき利益は人格と離るへからさるものなり。是れ人格を得ると共に必す享有すへきものにして人格を失ふに非されは滅せす。予は法律の保護に依り之を享受せしむへき權利を人格權と稱す。凡そ人格は各人の處分することを得さるものなり。而して人格權に依り吾人の享受すへき利益

は、前に述ふるか如く人格と終始すへきものなれは、法律上之か處分を許さゝるや明白なり。私法の保護に依り吾人の享有すへき利益にして人格と終始せさるものあり。斯の如き利益は人格を失はすして之を滅することを得るものにして各人の自由に之を處分することを許す。

右の如く各人の處分し得へき利益にして、法律の保護を受くるものは人の資産を組成し、之を享受せしむへき目的を有する權利を稱して財産權といふ。

以上述ふる所に依り考ふるに、私法上の關係に於て吾人の享有すへき權利は人格權及財産權に外ならす。而して財産權を他の權利と分別するの標準は、權利の目的か主體をして處分し得へき利益を享受せしむると否とに在り。財産權を享有するは素より法律に依り人格を與へられたるに由る。然れとも孰れの場合に於ても其目的か主體をして享有せしむへき利益は、人格と離るへからさるものに非さるを以て、常に各人の處分するを得へきものたり。財産權の人格權と異なるは實に茲に存す。

主體と目的との關係に依り權利を財産權と財産以外の權利とに分別することは前段に辨明するか如し。今一轉して主體か他人に對して有する關係より之を觀察せん。

大凡私法は一私人と一私人との關係を規定するものなり。故に私法に依り吾人の享有する權利の觀念中には必す此關係を包含す。此關係に二あり、權利の主體か世界一般の人に對して有する關係及權利の主體と特定の人との關係是なり。總ての權利は世界一般の人に對して享有すへきものなり。權利を享有する者は法律の保護に依り他人の爲に之を犯さゝるの責任を有す。又他人は法律の强制に依り總て之を犯されさるの利益を有す。即ち權利存立せは必す之に對する消極的義務發生す。此點より觀察を下すときは權利の觀念中に、其主體と之に對して消極的義務を有する世界一般の人との關係を含蓄するや明なり。特定の人に對する關係は之を含蓄せさる場合とあり。權利の目的か他人の行爲なるときは必す權利の主體と其行爲を爲すへき特定の人との關係存立

す。權利を享有する者は其行爲の强制を求むることを得るものにして其行爲を爲すへき特定の人は之を履行するの責任を有す。通常義務と稱するは此關係より生する責任を指す。若し權利の目的か他人の行爲以外のものなるときは義務を履行すへき特定の人なし。故に主體と特定の人との關係を生することなく、單に世界一般の人に消極的の責任を負はしむるに止る。

前段に說明するか如く或權利は特定の人に對する關係を包含し、他の權利は之を包含せす。或學者は此區別を顯はすに「ユスインレム」「ユスインペルソナム」の語を以てす。「ユスインレム」とは特定の人に對する關係を包含せすして單に世界一般の人に對して有する權利をいひ、「ユスインペルソナム」とは特定の人に對する關係を包含するものをいふ。本邦には未た此區別を顯はすへき適當の術語を見す。或は「ユスインレム」「ユスインペルソナム」を對世權、對人權と譯する人あれとも、此譯語は誤解を生するの恐あり。前に說明するか如く總ての權利は世界一般の人に對するものなり。對世なると對世ならさるとか此區別の基礎に非す。特

定の人に對する關係を包含するや否やか其基本を成すものなり。「ユスインペルソナム」と雖も世界一般の人に之を尊重して妄に之を犯さゝるの消極的義務を負はしむるは「ユスインレム」と毫も異なる所なし。此義を了解せは右譯語の穩當ならさるを覺るへし。

右に述へたる區別は財產權中にも財產權以外の權利中にも存す。財產權以外の權利にして「ユスインレム」に屬するものは權利者自體の上に存するものあり。身體の安寧を維持するの權利、精神の安寧を維持するの權利、身體の自由を保つの權利の如き是なり。他人の上に有するものあり妻子を誘拐せられさるの權利の如く親族の關係より生するものを其適例と爲す。財產權以外の權利にして「ユスインペルソナム」に屬するものは親族の關係より生する權利なり。夫か妻に對して有する權利親か子に對して有する權利の如き是なり。

右に述へたる財產權以外の權利にして直接に民法中に規定せらるゝものは親族權即ち親族の關係より生する「ユスインレム」及「ユスインペルソナム」なり。其他

は不法行爲に關する條項に於て間接の保護を受くるのみ。

財產權中にも「ユスインレム」及「ユスインペルソナム」の區別あり。「ユスインレム」に屬する財產權は之を分て二と爲す。有體物即ち民法に所謂物を目的とする權利並に其以外の權利是なり。物の上に有する權利を稱して物權といふ。所有權、占有權、地上權、質權等の如き是なり。物權以外のものを稱して智能權といふ。版權、特許權、意匠權、商標權等是なり。財產權中「ユスインペルソナム」に屬するもの即ち特定の人の行爲を目的とし、權利の主體と其特定の人との關係を包含するものを債權といふ。

民法は財產權の全部に付き規定を設けず。版權、特許權、意匠權、商標權等は總て特別法に讓り、唯物を目的とせる物權及特定の人の行爲を目的とせる債權に付き法則を定む。即ち民法中財產權に關する規定は之を物權、債權に大別し物權は之を第二篇に規定し債權は之を第三篇に規定す。

以上說明する所に依り所謂債權なるものの性質明白なり。即ち其定義は左の如く下すことを得へし。

債權は特定の人の行爲を目的とする財產權なり。

行爲に積極のものあり、消極のものあり。故に同一の意義を以て左の定義を與ふることを得。

債權は財產權の一にして、或特定の人をして、或事を爲さしめ又は爲さゝらしむるの權利なり。

舊民法には人權の文字あり、債權と同一の意義を有す。然るに此文字は時として天賦の權利を指し時として憲法上各人の享有する自由を指し意義一定せず混同を招くの恐あり。故に現行法典に於ては此文字を避け他の意義を有せさる債權の字を用ゐ混同の恐なからしむ。

債權の觀念中には其目的たる行爲を爲すの責任を包含し法律上之に附するに債務の名稱を以てす。又義務なる文字を狹く解し之と同一の意義を有せしむ。債權といひ債務といふは結局同一の法律關係を指示するものにして、唯觀察の側

面を異にするか爲名稱に差異を存するのみ。債權の目的たる行爲を請求し得へき人は卽ち債權を享有する者にして法律上之を稱して債權者といふ。債權の目的たる行爲を履行すへき人は卽ち債務を負擔する者にして法律上之を稱して債務者といふ。債權者及債務者は債權の當事者にして目的と相俟て債權を完成す、債權は當事者及目的の存するに依て成立す。而して法律を以て債權を保護するは其目的卽ち當事者の一方たる債務者の行爲に依り、他の當事者卽ち債權者の享有すへき利益を完ふするにあり。凡そ債權債務の關係に於て債權者をして現實の利益を享受せしむるは其目的たる行爲を實行するを以てなり。故に法律は債務者に對して履行を強要し且不履行に依り債權者に生すへき利益の喪失を賠償するの方法を定む。是れ卽ち債權の成立に伴ひ當然當事者間に生すへき效力にして、法律を以て債權を保護する所以のものは實に茲に存す。

當事者間に生する關係は債權の當然の效力なり。然れとも債權は當事者間にのみ效力を生するものと誤解する勿れ。債權は一の權利なり。權利は他人の侵

害を許さす。債務者以外の人卽ち第三者か債權を害するときは、他人か物權を犯したる場合と均しく一の不法行爲を成す。是れ債權の觀念中に他の權利と均しく世界一般の人の負擔する消極的義務存するを以てなり。

第二章　債權法の編成

凡そ債權は發生原因の異なるに依り之に適用すへき規定同一ならす。特に契約に適用すへき規定あり。特に事務管理に適用すへき規定あり、特に不法行爲に適用すへき規定あり。又斯の如く特別に適用すへき法則の外に之に通して適用することを得る法則あり。卽ち債權篇に於て規定する法則は各種の債權に特別なるものと總ての債權に共通なるものとあり。凡そ總ての債權に共通すへき原則を示すを債權總論といひ各種の債權に特別なる原則を示すを債權各論といふ、民法の債權篇は此區別に從ひ先つ第一章總則に於て總ての債權に共通する原則を規定し、第二章以下に於て各種の債權を分つて之に關する特別の法則を掲く。

即ち第一章は債權の總論にして第二章以下は其各論なり。

債權の總論に於て論すへき事項は之を大別して二と爲すことを得。第一は債權の內容に關する事項第二は債權の發生、移轉及消滅に關する事項なり。凡そ權利には靜狀あり動勢あり。權利の靜狀とは活動せすして其享有者に屬する狀態をいふ。權利の內容を究むるは其靜狀を明にするに在り。權利の動勢とは其活動する狀態をいふ。權利の發生、移轉及消滅を究むるは其動勢を明にするに在り。債權にも亦靜狀と動勢とあり。債權の本質を明にするには其靜狀即ち其內容及共動勢即ち其發生、消滅、移轉に關する法則を審にせさるへからす。債權の內容を組成すへきものは當事者、目的及效力なり。故に債權總則に於て此三者に付て一般に共通する原則を示さゝるへからす。債權の動勢即ち其發生、移轉、消滅に付ても一般に通する原則あり。是れ內容以外に於て總論中に說明を要する事項なり。

今債權篇を案するに第一章は前に述ふるか如く總則と題し債權の總論として債權の靜狀及動勢に付き共通の法則を揭く。先つ其靜狀即ち內容に關しては第

一節を以て債權の目的に付て一般の原則を示し第二節を以て其效力に付て一般の原則を示し第三節を置きて債務者又は債權者の多數なる場合に適用すへき法則を示せり。次に債權の動靜に關する規定を案するに發生の原因に關しては第二章以下の各論に於て各種の債權に固有するものを示して一般の原則を總則中には規定せす。其一般の原則は總ての權利の發生原因に關する規定殊に法律行爲に關する法則を債權に適用すれは自ら明瞭にして債權篇中に其原則を揭くるの必要なきを以てなり。債權の移轉即ち繼承に付ては其原因に種々あり。例へは法律行爲に基くものあり、其他の事實に基くものあり、生存者間に效力を生するものあり、死亡に因て效力を生するものあり。本篇に於ては唯古來學者の間に議論ありし債權の讓渡に關して特に法則を設けて之を總則の第四節に示し其他の債權繼承に關する規定は他の法則に讓り本章に之を示さす。例へは當事者の死亡に因りて生する債權の繼承を相續篇中に示し、強制執行の結果として生する債權の移轉を民事訴訟法に規定するか如し。債權の消滅に關する規定も其重要な

るものを其第五節に規定せり。他の法則よりして當然推究することを得へき原則は之を總則中に掲けす。之を要するに債權篇の第一章總則は之を五節に分ちて債權の靜狀と動勢とに關して各種の債權に共通すへき原則を掲く。而して其次第は第一節を目的とし第二節を效力とし第三節を多數當事者の債權とし第四節を債權の讓渡とし第五節を債權の消滅とす。

債權各論即ち各種の債權に關する條項は前に述ふるか如く第二章以下に之を掲く。凡そ債權の發生原因異なるときは其の效力に差異を生す。故に債權を類別するに當つては其發生原因の異同を以て基礎と爲す。債權篇の第二章以下各論中に發生原因の異同に依り類別して特に規定せらるるものは契約、事務管理、不當利得、不法行爲なり。其他に債權の種類に屬すへき幾多の權利あるも大抵は主たる權利關係存在して之に附隨して生し居るか、又は他の法律上の效力を規定する法則と密接の關係を有するものなり。故に之を債權篇內に掲けすして他の法律關係を規定する法則中に示せり。例へは遺言より生する債務關係を相續篇に於て規定し、扶養の義務を親族篇に於て規定するか如し。此等は債權篇の內に規定せられさるも決して債權の性質を有せさるものに非す。故に債權篇總則の適用を受くへきは勿論なりとす。

本書に於ては債權篇中の總則を講述す。全篇を分つて上下二篇とし上篇に於ては債權の靜狀に關する事項即ち債權の內容を講し、下篇に於ては債權の動勢即ち債權の發生、消滅、移轉に關する事項を述ふ。

上編　債權の內容

債權の內容を組成すへきものは當事者、目的及效力なり。本篇に於ては先つ當事者目的及效力に付きて共通の原則を示し次に多數當事者の債權に付て特例を示さんとす。即ち第一章を當事者とし、第二章を目的、第三章を效力とし、第四章を多數當事者の債權とす。

第一章　當事者

凡そ權利には必す主體あり。即ち權利の存在には或特定の人か之を享有することを要件とす。債權も其存立の爲には之を享有すへき特定人の存することを必要と爲す。而して此特定の人を稱して債權者といふ。

緒論に於て論述せし如く「ユスインレム」の觀念中には權利の主體と之に對して消極的の義務を有する世界一般の人あるに止まれり。故に「ユスインレム」に於ては主體の外に當事者なし。之に反して債權は他人の行爲を目的とするものなるか故に主體の外に行爲を爲すへき特定人あることを要す。即ち債權を享有すへき特定の人の外に債務を負擔すへき特定の人あり。此特定の人を稱して債務者といふ。

債權は何人と雖も之を享有することを得,債務は何人と雖も之を負擔することを得。唯特種の關係の存するか爲に法律か或人の間に債務關係の成立を禁する

場合あるのみ。行爲能力に關する總則の規定は債權者並に債務者にも之を適用す。即ち債權債務は何人も之を享有し又は負擔することを得るも之を行使するには總則の制限に從はさるへからす。這は民法の總則中に規定すへき事項なるを以て茲に之を論せす。

一の債權には特定の當事者を要するも其人の始終同一たることを要せす。權利には必す之を享有すへき特定の人あるも其特定の人の何某たることは權利の要素にあらす。即ち主體の變更は必すしも一の權利を消滅せしめて新に他の權利を發生せしむるものに非す。例へは或土地の所有權か甲を離れて乙に移るも同一の所有權か甲より乙に移るに過きす,敢て甲の所有權か消滅して乙の所有權か發生したるに非す。債權も亦然り。主體か變更するも債權其ものの同一なることは妨けす。甲なる債權者か其地位を退き乙之を繼承すれは乙は甲の有する債權を其儘取得するに過きすして甲の債權か消滅して新に乙の債權か發生するものに非す。債務者に付ても亦同し。債務者は終始同一人なることを必要とせ

す。丙なる債務者か債務者の地位を脱して丁之に代るも債務其ものは舊の儘存在す。右の理由なるか故に債權債務は他の權利と同しく法律の規定若は當事者の意思表示に因りて移轉することを許す。債權債務か相續の目的となり、强制執行の目的となり又近世の法律に於て債權の讓渡を許すは皆此理由に基く。此原則には例外あり。當事者の意思か債權者又は債務者の變更に因て舊債權を消滅して新債權を創設するに在るときは所謂債權の更改なるものを生し、其繼承を生せす。又時としては一定の人か行爲を爲すこと又は一定の人に對して行爲を爲すことを以て債權の要素と爲すことあり。換言すれは債權者又は債務者の人に着眼して之を創設することあり。此場合に於ては當事者の變更は全く債權の目的を變更す、故に債權者又は債務者の變更は債權債務の繼承とならすして舊債務を消滅して新に一の債務を發生するの結果を生す。

債權者並に債務者は各一人なることあり、又數人なることあり。債權者債務者共に一人なるときは當事者間の關係に付て特に問題を生することなし。若し二

人以上の債權者又は債務者あるときは各自の享有し又は負擔する權利義務の限界其他當事者間に生する關係に付きて特別に規定を要する事項あり。是れ總則中特に多數當事者の債權と題する一節を設くる所以なり。

第二章　債權の目的

第一節　總論

第一款　意義

[7] 債權の目的は積極又は消極の行爲なり。之を稱して給付と云ふ。物を引渡すこと、家屋を建築すること、一定の勞務に服する等の如きは總て積極の行爲にして債權の目的となるものなり。債權者と又は債權者と同一の場所に於て或種類の營業を爲さゝることの如きは消極の行爲にして債權の目的となるものなり。

右に述ふるところは目的と云ふ文字の正確なる意義なり。然るに目的なる文字は屢々他の意義に用ひられ大に混雜を生するの恐あり。其最も誤解を招き易きは債權か物に關する場合なり。債權か物に關する場合に於ても正確にいふときは其目的は行爲なり。例へは地所の賣主は其所有權を買主に移轉するの義務を有し、物品の賃借主は其物品を賃貸主に返還するの義務を有す。此場合に於て地所の所有權を移轉し又は物品を返還するは一の行爲なり。其行爲か債權の目的となるへきものにして移轉すへき地所又は返却すへき物品は行爲の目的と稱し得るも直接に債權の目的となるものに非す。然るに此場合に行爲の目的たる物を指して債權の目的と稱する人あり。是れ債權の直接の目的と行爲の目的とを混同したるものにして過を招くの恐あり。或學者は行爲を債權の直接の目的と爲し物を其間接の目的と稱す、物は行爲の目的なるを以て債權に取つては目的の目的即ち間接の目的たり。故に間接直接の文字を以て二者を區別するは敢て不當に非す。乍併民法に於ては別に目的物と云ふ名稱あり之を以て明に債權の目的と區別し得るを以て特に間接直接といふ語を用ゐるの要を見す。

債權の目的は物の給付なることあり、其他の行爲なることあり。物の給付か目的たるときは債權者は他人より其物を受くるの權利を有するに止まり直接に其物の上に權利を行ふこと能はす。物の給付を目的とする債權か物權と效力を異にする點茲に存す。今其區別の大體を左に說明す。

第一　物權は優先權を生するも債權は之を生せす

優先權は通常の債權者より先に其權利を行ふことを得るの權利なり。單に債權を有する者は債務者の財產の上に直接の權利を有せす。故に他の債權者と平等の權利を有するに止まり他の權利者に先つて辨濟を受くる能はす。之に反して物權を享有するものは其財產の上に直接に權利を行ふことを得、其結果として他の債權者の有せさる優先權を享有す。例へは物權上擔保を有する債權者は其債權者たるの理由よりしては他の債權者と平等の權利を有するに止まるも其物權を享有するの理由よりして他の債權者に先んして辨濟を享くることを得へし。

第二　物權は追及權を生するも債權は之を生せず

追及權とは他人の取得したる權利の爲に妨けらるゝことなきを云ふ。物權は其目的たる物の上に直接に存するものなるか故に他人か其上に如何なる權利を取得するも其物權は自若として存立す。例へは甲なる者乙の所有物の上に質權又は先取特權を有するとせん、乙か其所有物を丙に賣却するも甲の有する質權又は先取特權は其物に追及し甲は所有主の變更に因り權利を害せらるゝことなし。之に反し單に其物品に關して債權を有するものは直接に其物品の上に權利を行ふこと能はす、故に其物か債務者を離れて他人に移轉するときは其讓受人に對して權利を實行することを得す。

第二款　要件

凡そ債權の目的は行爲なり。而して其行爲は左の條件を具備することを要す。

一　可能なる事

二　公の秩序及善良の風俗に違反せさる事

三　確定し得へき事

四　債權者に處分し得へき利益を享有せしむへき事

右の要件中一、二及三は總て權利の目的と爲るへき行爲の要件なり。然れとも法律行爲以外の原因に因り權利を發生する場合には常に法律を以て直接に其限界を規定するか故に是等の條件を具備するや否やに付て問題を生するの餘地なし。此問題を生するは法律行爲か債權の原因と爲るときに屬す。抑も法律行爲か債權を發生する場合に於ては當事者に於て自由に其限界を定め得へきを原則とす。然れとも此原則は全く無制限に非す。或は條理より考へ到底拘束力を生し得へからさる場合あり。或は公益の點より觀察して拘束力を與ふへからさる場合あり。例へは到底爲し能はさることを債權の目的とするも拘束力を生せす又道義を亂すか如き事項を債權の目的とするも公益上拘束力を與ふることを得す。斯る場合に於ては當事者か表面上債權發生の意思を表示するも當然無效な

り。此觀察點よりして債權を發生すへき法律行爲の效力に付き問題を生するときは債權の目的と爲したる行爲か右に揭けたる一、二、三の要件を具備するや否やを判斷して之を決せさるへからす。第四に揭けたる原素は法律行爲に基く場合なると他の原因に基く場合なるとを問はす或權利か債權なるや否やを判斷するの標準となるものなり。即ち第四の要件を具へさるものは他の權利と爲ることあるは格別なりと雖も決して之を稱して債權と爲すことを得す。

以下右の要件に付き順次說明する所あらんとす。

第一　可能なる事

債權の目的と爲るへき行爲は可能なることを要す。不能の行爲を目的とする法律行爲は無效にして決して債權を發生することなし。

行爲の不能に絕對的のものと相對的のものとあり。絕對的不能とは性質上到底人の爲し得へからさるものをいふ。例へは天に昇るといふか如き又は太平洋を徒跣するといふか如し。相對的不能とは到底人の爲し得へからさる行爲には

非さるも或事情の爲に爲し得へからさる狀態に在るものをいふ。例へは或特定の品物を引渡すか如きは絕對的不能に非るも若し其物にして當時滅盡せるときは引渡すことを得さるへし。

不能は客觀的のものと主觀的のものとあり。客觀的不能とは行爲自體を考へて何人も爲し得さる場合なり。主觀的不能とは行爲自體には關係なく債務者其人に基因する不能なり。例へは既に燒失せる品物を引渡すといふか如きは行爲自體より觀察して何人も爲し能はさるものなり。之に反し英語を敎授するといふか如きは何人も爲し能はさるものに非す英語を解せさる人にして始めて不能なるものなり。即ち前例は客觀的不能に屬し後例は主觀的不能に屬す。

客觀的不能の行爲は債權の目的と爲すを得さること明白なり。即ち客觀的不能の行爲を約するも全く拘束力を生することなし主觀的不能の場合に於ては債務を成立せしむるや否やに付き議論あり。或は曰く此場合には完全に債權を成立するも唯履行不能なるか故に本來の目的に換へて其對價を支拂ふの義務を生

ずるものなりと。或は曰く主觀的不能の行爲を目的としたる債權は成立せず唯斯る行爲を約したる債務者に故意又は過失あるときに損害賠償の責任を生するに過ぎすと。其孰れか是孰れか非なるやは讀者の研究に任せん。

債務者に屬する主觀的不能は履行の困難と混同すへからす。例へは極めて貧窮なる人か數十萬圓の金錢を支拂はんと約するも其履行は到底望むへからす。然れとも之を法律上より論すれは決して不能の行爲なりといふを得す。斯の如きは所謂履行の困難にして主觀的不能に非す。

凡そ債權の成立に關して行爲の可能、不能を判斷するは債權を發生すへき時を以てすへきものなり。若し債權の發生すへき時に於て既に不能の有樣にあるときは之を成立せしむることを得す。若し其發生すへき時に可能なりと判斷し得る以上は假令後に至りて不能の狀態に陷ることあるも其成立に影響を及ほすへきものに非す。

發生の時に可能なる行爲か後に至て不能となる場合に若し其不能の原因にして債務者の責に歸すへき事由に出るときは債務を消滅せしめすして損害賠償の責任を生すへし。若し不能の原因か債務者の責に歸すへからさる事由に在るときは單に債權を消滅せしむるに止まるへし。

前に述ふるか如く不能の行爲を目的としたる當事者の意思表示は債權發生の效力を有せす。然れとも債務者は行爲の不能なることを知り又は之を知り得へき場合に之を目的として債權を發生するの意思を表示したるときは故意又は過失の責に任せさるへからす。故に若し之か爲に相手方に損害を蒙らしむるときは之を賠償するの責任を生す。是れ不法行爲の原則より生する當然の結果なり。

客觀的不能の場合に於ては債務者に故意又は過失の存することを推測するを得す。然れとも主觀的不能の場合に於ては債務者に故意又は過失あることを普通なりとす。故に主觀的不能の場合に或學者の唱ふるか如く債權を不成立とするも大概の場合に於ては不法行爲を原因として別に債務關係を發生するものなり。

第二　公の秩序又は善良の風俗に反せさる事

總則第九十條の規定に依れは公の秩序又は善良なる風俗に反する事項を目的とする法律行爲は無效なり。債權の目的となるへき行爲は即ち之を發生すへき法律行爲に於て目的とする事項なり。故に若し其行爲か公の秩序又は善良の風俗に反するものなるときは其法律行爲を無效とせさるへからす。換言せは公の秩序又は善良の風俗に反する行爲は債權の目的と爲すを得さるものとす。

第三　確定し得へき事

債權の目的たる行爲は必す履行すへきものなり。履行するには其確定なることを要し、不確定の事項は履行し能はさること明白なり。

成立の時に既に確定せるものは直に履行し得へき有樣にあるを以て之を目的と爲し得ること明なり。成立の時に確定せさるも後に至りて之を確定するときは之を履行するを得へし。故に債權の目的は必しも確定せることを要せす要は履行の時までに確定し得るを以て足れりとす。確定し得へきとは如何なる意そ。曰く債權發生の時に其目的か未た確定ならさるも其當時既に之を確定すへき原

因の指定せられたるをいふ。確定の原因として指定すへきものは或事實なり。即ち當事者か豫め或事實を指定し其到來に由り不確定の目的を確定すへきものと爲すときは其目的を稱して確定し得へきものといふ。

確定の原因たる事實は債權者又は債務者の意思表示なることあり其他の事實なることあり。孰れの場合に於ても明白に目的を履行し得へき限度まて確定し得へきことを要す。

確定の原因は發生の原因と混同すへからす。債權は當事者の意思表示に由り發生するものなり。確定の原因は其意思表示に缺くる所ありて未た履行し得へき狀態に在らさるか爲に之を補充して履行し得へきものと爲すに過ぎさるなり。即ち確定の原因は債權發生の原因に非すして一の補充原因なり。

確定の原因は其到來に因て當然當事者を拘束し當事者の承諾を得て效力を生するものに非す。當事者の承諾を得て確定し得へき場合は承諾以前には拘束力なき場合なり。換言すれは承諾以前には債權成立せすして承諾を經て始めて之を

生する場合なり。即ち斯の如きは債權發生の原因と爲るへきも既に發生したる債權を補充する原因なりといふ能はす。例へは甲か乙に對して單に金錢の支拂を約し其額は追て合意を以て定めんといふか如きは債務關係を生せす。追て爲すへき合意は或は債權を創成することあるへきも前の合意は決して拘束力を生するものに非す。換言せは追て爲すへき合意は債權の發生原因にして確定の原因には非す。

第四　債權者に處分し得へき利益を享有せしむへき事

前記の三要件を具備するものは總て債權の目的たることを得るか。吾人の時々刻々目擊する行爲にして右の條件を具備するもの擧て數ふへからす。是等の行爲を以て總て債權の目的とするを得るか。某の公園に散步せんと約し又は某の神社に參詣せんと約するに依り債權を生せさることは何人も了解する所なり。

而して一定したるの金額を支拂ひ或特定したる物品を引渡すと云ふか如き約束に依り常に債權を生し得へきは亦人の疑はさる所なり。兩者等しく公の秩序

善良の風俗に反せす且其目的は可能にして確定なり。然るに一は債權を成立せしめ一は否らす何に依て然るか。何人も答へて云はん債權者に利益を與ふへきものは債權の目的と爲すことを得、否らさるものは債權目的たるを得す換言せは債權の目的たる行爲は履行の結果債權者に或利益を及ほさゝるへからす法律を以て債權を保護するは債權者の利益を保護するに過きす全く利益なきものは保護するの要なし、利益を以て目的の一の要素とする事明白なりと。實に然り利益の要素たる事は何人も爭はさる所なり。然れとも單に利益といふは漠然たるの觀なき能はす。利益には幾多の種類あり債權の目的となるへき利益は如何なる種類に屬するも可なるか。此點に付き古來羅馬法系の學者の唱道する所を案するに孰れも其利益を以て金錢に見積ることを要するものと爲す即ち金錢に見積り得へき價格を有せさるものは債權の目的と爲すを得すと論斷せり。然るに我民法に於ては此主義に反對して債權は金錢に見積ることを得さるものと雖も之を以て債權の目的と爲すことを得と規定せり（第三百九十九條）。此明文は羅馬法

系の學者か今日に至るまて唱道せし主義を打破したるものなり。凡そ人か社會に於て享有すへき利益は必しも有形的のものに限らす身體又は精神に及すへき無形の利益も亦人生に缺くへからさるものなり。故に斯る利益も法律を以て保護せさるへからす。然り而して有形の利益は總て金錢に見積ることを得るも無形の利益は然らす。故に債權の目的を金錢に見積り得へきものに限るとするは不當にして法律の保護すへき範圍を狹隘ならしむるものといふへし。我民法に第三百九十九條を設けたる所以のもの實に茲に存す。

凡そ債權の目的と爲るへき利益は必しも金錢に見積ることを要せすとは之を享有する狀態に付ていふなり。換言せは之を害せられさる狀態に於て其價格を定むるに金錢を以てすへからさるものあるをいふ。若し此利益を害せらるゝときは債權者に損失を生す此損失は常に賠償の原因となるへく此賠償は常に金錢を以て爲し得へきものなれは損失は常に金錢にて見積ることを得へきものなりといはさるへからす。此點より觀察するときは總ての利益は間接に金錢に見積り得へきものなり。民法第三百九十九條を解釋するに當ては深く此に留意せさるへからす。

次に生すへき問題は如何なる利益と雖も總て債權の目的となり得るや否や換言せは權利者に利益を生すへき行爲を目的とする權利は總て之を債權と稱することを得るや否やにあり。何人と雖も親族間の權利例へは夫か妻をして同居せしむるの權利の如きものを以て債權と稱することなかるへし。而も此權利は亦權利者に或利益を享受せしむるに非すや。而して尙之を債權に非すと云ふ所以のものは何そや。即ち同しく行爲を目的とし等しく權利者に利益を與ふるものなるに一は債權に屬すといひ一は否らすといふ抑も此區別は何に依て然るか。是れ最も學者の說明に苦しむ所なり。通常財產權と其以外のものとを區別するに金錢上の價格を有すると否とを以てす。若し此標準を正確なりとせは民法に所謂債權なるものは財產權の範圍を脫するものなりと云はさるへからす。或學者は此說を主張して曰く債權は財產權及財產權以外の權を包含し親族權を除く

の外總て行爲を目的とする權利は債權の範圍內に入るへきものなりと。

予の信する所に依れは債權は一の財產權なり財產權以外の權を包含すといふは誤謬なり。債權の範圍に付ては予は右學者と敢て說を異にするものに非す。唯財產權の範圍に付て說を異にするか故に債權をして財產權の範圍を離脫せしむるや否やに付ての結論を同ふする能はさるなり。既に緒論に述へたるか如く金錢上の價格を以て財產權の要素とするは正當の見解に非す。財產權を他の權利と區別するの標準は他に在り。即ち財產權は人の資產を組成するの權利にして處分し得へき利益を享受せしむるときは金錢上の價格を有すると否とを問はす其權利を財產權と稱せさるへからす。債權は一の財產權なり是を以て其目的たる行爲に依り權利者をして享受せしむへき利益は其處分を許すものならさるへからす。即ち債權を他の行爲を目的とする權利と區別するの標準は債權者をして處分し得へき利益を享受せしむへきや否やに依らさるへからす。行爲を目的とする權利は多く債權

中に包含せらる。何となれは他人の行爲に因て生すへき利益は大概處分を許すへきものなれはなり。唯此範圍に入るへからさるものは親族の關係に基く權利義務あるのみ。彼の夫婦、親子といふか如き關係より生する權利の中に夫又は親の行爲を目的として婦又は子に利益を及す者あり。婦又は子の行爲を目的として夫又は親に利益を及ほすものあり。此利益は大概親たり夫たり又子たるの身分を失はさる以上は存立すへきものにして所謂身分と離るへからさるものにして之を處分することを許さす。即ち此等の權利は單に身分を組成し資產を組成するものに非さるか故に債權の範圍內に入るへきものに非す。然りと雖も親族の關係に基く權利は悉く債權以外のものなりといふを得す。親族の關係に基くものゝ中身分を組成せすして資產を組成し隨て財產權の一種として債權の範圍に入るへきものあり。例へは養料を受くる權利の如き權利自體は身分に基きて發生するものなるも之より生する利益は身分と離れて處分し得へきものなれは人の資產を組成し正當に債權と稱すへきものなり。

以上述ふる所を以て見れは親族權以外に於て行爲を目的とする權利は總て債權に屬するものにして前に述へたる學者の說に依るも亦予の說に依るも債權の範圍に付ては廣狹の區別なく唯財產權の範圍に付て說を異にするよりして債權の全部を財產權中に包含せしむへきや否やに付て結論に差異を生するのみ。

第三款　目的の單一及複數

目的は一箇なることあり又數個の目的か結合することあり。目的か一箇なるときは通常一個の債務を成立せしむ。唯多數の當事者か同一の目的に付き獨立して權利を有し又は義務を負擔する場合に當事者の數に對當せる多數の債權を成立せしむることあるのみ。即ち連帶債權、連帶債務及全部義務の如きは目的は一箇なるも當事者其目的に付き獨立して權利を有し義務を負ふか故に數多の債權を成立せしむ。又予の信する所に依れは同一の當事者か異別の原因に因り同一の目的に付き債務を負擔する場合あり。此場合に於て當事者は各々の原因に因り一箇の債務を負ひ其結果として原因の數に對當する數多の債務を成立せしむ。此二箇の場合の外單一の目的は總て單一の債務を成立せしむるものなり。數箇の目的結合したるときは、表面上一箇の債務か成立せる如くなるも其實各々の目的か一箇の債務を成し從て數箇の債務を成立せしむるものなり。

一箇の目的か一箇の債務を成立せしむるときは之を單獨債務と稱し數箇の目的か結合して數多の債務を成立せしむるときは之を結合債務といふ。

目的か一箇なりや又は數個の目的か結合したるものなるやの問題は各場合に付て之を決せさるへからす。之を決するに付ては甚た困難なる場合あり其顯著なる例は同一の債務者より同一の權利者に數箇の物を給付すへき場合に在り。例へは或人か一の馬と一の牛及一の羊を買受たるとき、馬の賣買、牛の賣買、羊の賣買は各々一箇の目的となるか又馬、牛、羊の賣買か一箇の目的となるかに付き疑を生す。抑も此問題は當事者の意思を探究して決すへきものなり。當事者か意思を明示したるときは議論を生するの餘地なし。若し當事者の意思明白ならさる

ときは成立當時の事情に從て之を推測せさるへからす。一二の例を擧けて說明せんに同時に同一の證書を以て數箇の目的物を引渡すへきことを約したるときは一應單一の行爲を約し隨て單獨の債務を成立せしめたるものと見て可なり。又數箇の目的物の賣買に於て總ての目的物の代價を示し各箇の目的物に付ての代價を示さゝるときは一應單一の行爲を約したるものと推測して可なるへし。然れとも之等の場合に於ても其同一の證書に認め或は全部の目的物の代價を示したるは唯便宜の爲、爲したるものにして各箇の目的物を別々に取引するの意思なることか推定し得らるゝときは數箇の目的を結合したるものと論斷せさるへからす。數箇の目的を給付すへき場合に債權の目的か單一なるときは債務者は全部の目的物を提供するに非されは其義務を免るゝこと能はさるものにして其目的物の一を提供するも債權者は其受領を拒むことを得へし。之に反して若し數箇の目的物の給付か各一の債務の目的となり隨て數箇の債務を成立せしむる場合に於ては債務者は其一箇を提供して一箇の債務を免るゝことを得、債權者は

他の目的物の提供なきを理由として其受領を拒むことを得す。

第四款　目的の可分、不可分

目的は可分なることあり不可分なることあり。目的か可分なるときは可分債務を成し目的か不可分なるとき不可分債務を成す。

可分とは目的を分割して履行するを許さゝるをいふ。

目的は性質上可分又は不可分なることあり、當事者の意思に依りて可分又は不可分なることあり。

左の場合に於ては目的は性質上不可分なり。

一　目的の分割か債權の要素を變更するとき

二　目的の分割か債權者の期望したる利益を害するとき

目的の分割か債務の要素を變更することなく又債權者の期望したる利益を害

することなくして爲し得へきときは性質上可分なり。

債權の目的か物の給付に在るときは性質上分割し得へき場合と否らさる場合とあり。物の或分量か目的物たるときは之を分割して履行するも債權の要素を變更することなく又債權者の期望したる利益を害することなし。例へは金千圓又は米百石を給付する場合の如し。土地は通常分割して給付し得へきものなり、然れとも分割に因りて其使用に不便を來し收益の減少を致すか爲に債權者の期望したる利益を害することあるときは分割履行を許すへきものに非す。一箇の動產の給付は常に分割を許さす。例へは一の馬一の書籍を分割するときは全く債權の目的を變更す、家屋か債權の目的物たるときに於ても亦分割を許すへきものに非す。

物に關する勞務は右と同一の標準に從ひ分割するを得る場合と否らさる場合とあり。例へは家屋の建築、衣服の裁縫等は分割するを得さるも百株の苗を植付くるか如きは性質上分割して履行し得へきものなり。

物に關せさる勞務並に消極的の行爲は一般に分割し得さるものなり。

性質上可分なる債務は當事者の意思を以て不可分と爲すを得るものなり。債權者債務者各一人なるときは反對の意思表示なき限りは目的の分割を許さすして債權者は一部の受領を拒むことを得へし。債務者若は債權者數人なるときは通常分割して履行すへきものなり。然れとも特に分割を許さゝるの意思を表示するときは之を不可分と爲すを得へく隨て各債務者は全部の履行を爲すの責任を負擔するに至るへし。

目的の可分、不可分即ち債務の可分、不可分は履行の有形上の分割に付ていふへきものにして債權又は債務の理想上の分割に付ていふへきものに非す。目的の不可分なることは敢て債權又は債務の理想上の分割を妨けす。即ち目的は不可分なるも債權者又は債務者數人あるときは債權者に各自の有する部分あるを妨けす又債務者に各自の負擔部分の存することを妨くるものに非す。例へは一の家屋一の馬の如きは有形的に分割するを得すと雖も其給付を受くる權利は數名

の債權者間に分たるゝことを得へく給付を爲すの義務は數人の債務者間に分たるゝことを得へし。

債權者並に債務者各一人なるときは目的の可分又は不可分に依て問題を生すへき場合なし。目的か性質上可分なるも別段の意思表示なけれは常に當事者の意思に因て債務の目的は不可分なり。之に反して債權者又は債務者數人あるときは目的の可分なると不可分なるとに依り債權者の請求並に債務者の履行其他當事者間に生する法律關係に重要なる區別を生す。其說明は多數當事者の債權に關する講義に讓る。

第五款　目的の確定、不確定

前に說明したるか如く債務の目的は其成立當時にて既に確定せること又確定し得へきものなることを要す。債權成立の當時其目的確定せるときは其債務を確定債務と稱し、債權成立の當時其目的不確定にして單に確定し得へきものなるときは其債務を不確定債務と稱す。前者は初めより履行し得へき有樣にあるものにして後者は或事實の到來を俟つて後始めて履行し得へきものとなる。

確定債務の最も顯著なる例は其目的特定物の給付に在る場合なりとす。此場合に於ては債務成立の當時より之を給付すへき目的物一定せり。故に別に補充することを要せすして履行し得へき有樣に在るものなり。

不確定債務は成立當時其目的の限界定らさるか爲不確定なるあり、成立の時に於て目的の限界定れるも其一定せさるか爲若は特定せさるか爲に不確定なる場合あり。

成立の當時目的の限界定らさるものは後に至りて之を定むるの方法なかるからす。其方法は即ち確定の原因にして成立の原因に非す。目的の限界を確定するの方法は成立當時よりせは孰れも未來の事實なり。當事者の豫め之を明示せる場合あり、當事者の意思を解釋して之れを決すへき場合あり、債權の原因たる法律行爲の性質上よりして當然推定すへき場合あり。例へは賣買成立の當時に

於て其價額を定めすして之を支拂ふへき時の相場を以て之を定むると云ふか如き場合に於ては未來に於ける相場か目的を確定するの原因となるものなり。又或製造業に用ゆへき石炭を給付すへき約束を爲し而して其當時之か分量を定めさりしときは未來に於ける其製造高並に製造の方法に依りて其額を定めさるへからす。他の顯著なる例を擧くれは物品の賣買契約成立の當時に於て目的の確定を鑑定人に委任する場合即ち物品の代價を當事者間に於て定めすして鑑定人の相當と認むる代價を支拂ふへき約束を爲せるか如き場合に於ては未來に於ける鑑定人の意思表示か目的の限界を確定するの原因となるへきものなり。

確定の原因は成立の時より當事者を拘束すへきものなるを要す。故に未來に於ける當事者の合意を以て不確定の限界を確定することを約するも之を以て目的を確定するの方法と稱するを得す。此場合に於ける未來の合意なるものは新に債權を發生するものにして決して既に發生せる債權の目的を確定するものに非す。當事者の一方をして隨意に目的の限界を定めしむることは確定の原因と

爲すへきものに非す。此場合は全く債務者を拘束せさるか又は全く債權者を拘束せすして無限に債務者を拘束し得るの結果を生す。斯の如きことは債權の性質と牴觸し之を確定の方法と爲すは事理變す。乍併一定の範圍を定め其範圍內に於て當事者一方の選定に一任するか如きは其意思に制限あり故に之を有效なる確定方法と爲すことを得へし。

目的の限界の不確定は其不明と混同すへからす。不明の場合は當事者の意思に疑ある場合にして其不定なる場合に非す。故に此場合に於ては意思を補充するの問題生せすして之を解釋するの問題を生す。而して此解釋問題は一般の場合と同く成立當時の狀況に依りて答ふへきものにして前段に述ふるか如く未來の事實に依りて決すへきものに非す。

以上目的の限界確定せさる場合を述へたるか此の以外に於て目的の不確定の原因を成すものは目的の一定せさるときと其特定せさるときとなり。目的の一定せさるとは數多の目的の內其一を履行すへき場合なり。即ち成立の當時數多

の目的ありて未來の事實に依り之を一に確定すへき場合をいふ。此場合に於て未來の事實到來迄履行すへき目的確定せさるを以て其債務は不確定なり。此種の債務に屬する適例は選擇債務なり。其說明は後に讓る。目的の特定ならさるとは殊別的に之を指定せすして種類に依り之を指定せらるゝを以て債務者は其種類に相當すへきものを選定し之を履行せは足れり。然れとも選定せらるゝ迄は其履行すへきもの定まらさるか故に目的の不確定たるを免れす。其適例は不特定物に關する給付を目的とする債務なり。是に關することは後段に詳述す。

第二節　各論

債權の目的たる行爲は千差萬別にして其內容は各場合に於て異れり。權利の移轉か債權の目的たることあり。單純の勞務か其目的たることあり。積極の行爲か其目的となることあり。消極の行爲か其目的となることあり。苟も前節に述へたる要件を具備する以上は如何なる行爲と雖も債權の目的たることを得。

羅馬法に於ては目的の內容に從ひ債權を三種に區別せり。「ダレ」「フハセレ」「プレステレ」是なり。「ダレ」とは有體物を給付し又は有體物の上に物權を設定するをいひ「フハセレ」とは有體物に關する其他の行爲をいひ「プレステレ」とは有體物に關せさる一切の行爲を包含す。「フハセレ」と「プレステレ」とは其間正確なる區別を爲すを能はす。故に後世に至りては「フハセレ」なる文字は「ダレ」以外の總ての行爲を含蓄するに至れり。意譯せは「ダレ」は與ふるの意義を有し「フハセレ」は爲すの意義を有す。乍併與ふるは爲すの一部なるを以て之を譯して直ちに與へ又は爲す義務と區別するは失當なり。

內容に基き債權の目的を包括的に區分するときは之を積極の行爲及消極の行爲の二者と爲すことを得。換言せは作爲不作爲の二者と爲すことを得。積極の行爲即ち作爲を目的とする債權は爲すの義務を負はしむるものなり、消極の行爲即ち不作爲を目的とする債權は爲さゝるの義務を負擔せしむるものなり。

作爲は物の給付なることあり其以外の行爲なることあり。物の給付は夫れ自身物權の移轉を成すことあり又權利移轉の結果なることあり或は其他の事由に基くことあり。其最も重要なるものを所有權の移轉の場合とす。其他使用權を與ふる爲に物を給付する場合あり、單に物の返還に止まる場合あり孰れも債權の目的中重要の部分を成すものなり。物の給付以外に於て債權の目的となるべき積極の行爲は物の上に施すへき勞務なることあり、物に關せさる單純の勞務なることあり其種類甚多し。例へは雇傭契約に於て勞務者の義務に歸すへき行爲及委任契約に於て受任者の爲すへき行爲の如し。

前に述ふるか如く債權の目的は確定なる場合あり不確定なる場合あり。物の給付を目的とする場合に於て其物か特定物なるときは確定債務を成し其物か不特定物なるときは不確定債務を成す。物は金錢なることあり其以外の物なることあり。其目的金錢なるときは其債務を金錢債務といひ金錢以外の物なるときは其債務を物品債務と云ふ。

債權の目的か物の給付なる場合と他の行爲なる場合とを問はす其一定ならさる場合に於て當事者又は第三者の選擇に依り之を確定すへき場合に其債務を選擇債務といふ。

民法は債權の目的に關する節に於て物の給付を目的とする債權と選擇債務とに付きて法條を設く。此等は債權の目的に付て最も重要なる問題を生するものなるを以て豫め之に關して一般の場合に共通すへき原則を示すの必要あるを以てなり。物の給付を目的とする債權中、特定物を給付すへき場合と不特定物を給付すへき場合とを分ち、又金錢を目的とする場合と他の物を目的とする場合とを區別す。是れ目的の異なるに依り適用すへき原則に差異を生するを以て各自に之を規定するの必要あるを以てなり。今法典の順序に從ひ各種の目的に付て一般に共通すへき原則を示すへし。即ち第一款に於て特定物の引渡を目的とする債權、第二款に於て不特定物の給付を目的とする債權、第三款に於て金錢債務、第四款に於て利息、第五款に於て選擇債務を說明す。

第一款　特定物の引渡を目的とする債權

特定物とは當事者間に於て殊別的に指定せられたる物にして單に種類のみを以て指定せられたる物に非す。特定物の引渡か債權の目的たるときは其指定せられたる物を引渡すの責任を生し他の物を以て之に代ゆることを許さす。債務の履行は同一物の引渡のみを以て之を爲し得へくして假令同種類の他の物を引渡すと雖も之を以て債務の履行を爲したるといふを得す。即ち他の物を以て之に代ゆるは代物辨濟にして眞の辨濟に非す。

債權成立と同時に物の引渡を終るときは別に問題を生すへき餘地なしと雖も債權の成立と其履行との間に於て多少の時間ある場合に於ては特定物の引渡を目的とする債權に關して重要なる問題を生す。其第一に生するは危險の負擔に關する問題なり。

民法は危險の負擔は債權者に在りとの主義を採用せり。即ち特定物か債務者の責に歸すへからさる事由に依りて消滅又は毀損するときは債權者に於て其損失を負擔せさるへからす。債權の目的物滅失せんか債務者は全く其債務を免れ其毀損するときは現狀の有樣に於て之を引渡すを以て足れりと爲す。而して其滅失又は毀損は債權者の爲すへき反對給付に何等の影響を及ほさゝるなり。然れとも其物の滅失又は毀損か債務者の責に歸すへきものならんか之を債權者の損失に歸せしむることを得す。故に此場合に於ては債權者は債務者に對して契約の解除又は損害の賠償を請求することを得るものとす。

債務者の責に歸すへき事由とは債務者の故意又は過失なり。而して故意とは結果を豫想して或行爲を爲せる場合なり。即ち今引渡すへき物の滅失又は毀損したる場合に於て其滅失又は毀損することを豫想して或行爲を爲すときは故意を存す。過失とは當然加ふへき注意の欠缺なり。過失の有無は各場合に於て當事者の施すへき注意の程度に從ひ之を判斷せさるへからす。民法は第四百條に於て此場合に關する原則を示せり。其條文に曰く

債權の目的か特定物の引渡なるときは債務者は其引渡を爲す迄善良なる管理者の注意を以て其物を保存することを要すと。

此條文は債務者に於て如何なる程度の注意を爲すへきやを示すものなり隨て如何なる注意の程度を怠れは債務者の過失となり之に責を負はしむるやを明かにするものなり。法文には善良なる管理者と云へり。善良なる管理者の注意とは通常人をいふ。善良なる管理者とは平生事を等閑に附せさる通常人をいふ。凡そ注意には具體的のものあり抽象的のものあり。具體的注意とは當事者自身か各自の事務を管理するに當り加ふへき注意をいふ。即ち當事者の平生を標準として其有無を定むるなり。抽象的注意とは當事者と同様の地位にある通常人を標準として其有無を定むるなり。抽象的を定むるに通常人を以て標準と爲す。

具體的の注意を怠れは具體的過失となり、抽象的の注意を怠れは抽象的過失となる。近世の法律に於ては具體的注意の程度を標準として過失の有無を判斷するは例外に屬し、原則としては抽象的注意を標準として過失の有無を決するに非すして通常人を標準として之を決するを以て原則とす。民法第四百條の規定は特定物の引渡を目的とする債權に於ては債務者の過失の有無を抽象的に定むへきことを明かにせり。過失の程度に付て羅馬法以來法學者の唱ふる有名なる區別あり。此區別に依れは過失を分ちて重過失、輕過失、最輕過失の三段と爲す。重過失とは最も輕き注意をも加へさるの謂にして之を故意と同一視す。輕過失とは通常の注意を怠るの謂にして中間に位す。最輕過失とは非常の注意即ち最も注意深き人の加ふへき注意を缺けるをいふ。

羅馬法に於ては所謂輕過失を具體的輕過失、抽象的輕過失の二種とせり。是れ羅馬法に於て注意の程度を二段に區別せる結果なり。二段の區別とは良家父の加ふへき注意と、當事者か自己の物に付き平生加ふる注意との二種に區分するをいふ。所謂良家父の注意を怠るときは抽象的過失となり、自己の物に付き平生加

ふる注意を怠るときは具體的過失となる。羅馬法に於ては抽象的過失に依り責を負ふ場合と具體的過失に依り責を負ふ場合とを區別せり。先つ其大要を述ふれは有償にて義務を負擔する者は抽象的過失に依りて責を負ひ無償にて義務を負擔する者は具體的過失に付き責を負ふものとせり。此區別は前に述ふる抽象的過失と具體的過失とに該當す。然れとも之より生する責任問題に至りては今日の法律とは全く主義を異にせり。

第二款　不特定物の給付を目的とする債權

不特定物とは當事者間に殊別的に指示せられすして單に種類のみを以て指定せられたる物をいふ。而して不特定物の給付を債權の目的と爲すときは債務者に於て殊別的に限定せられたる物を給付する義務なくして單に其種類に屬すへき物を給付して其責を免るることを得。不特定物の給付を目的とする債權は成立の時に當りては不確定たり。故に履行の時に當り之を確定せさるへからす。

而して確定は債務者の選定に依るものとす。即ち債務者は指示されたる種類に屬すへき物の內如何なる物を選定して之を給付するも可なり。

不特定物なる語は特定物に對していへる語なり。特定物、不特定物の區別は代換物、不代換物の區別と混同すへからす。代換物、不代換物といへる文字は正確にいへは法律上殆と效用なき區別なり。強ひて其性質を示せは代換物とは其性質上特定せすして取引せらるゝを普通と爲す物をいふ。例へは金錢米穀の如し。不代換物とは其性質上特定して取引するを普通と爲す物をいふ。土地家屋の如き是れなり。斯の如く代換物、不代換物の區別は物の性質に基くものにして通常特定して取引せらるゝや否やに依りて定まる。然れとも當事者の意思に依り代換物に屬すへき物を殊別的に指定して取引することを得、不代換物も亦當事者の意思に依り單に種類に依り指示して取引することを得へし。畢竟するに代換物不代換物なる區別は法律上殆と意義なき語にして之を特定物不特定物の區別と同一視するか如きは大なる誤なり。

同一の種類に屬すへき物の內其品質に差等ある場合あり。上等の物あり中等の物あり下等の物あり。此品質か債權を生すへき法律行爲の性質若は當事者の意思表示に依り之を定め得る場合は別に問題を生することなし。然れとも法律行爲の性質上より論するも當事者の意思を探究するも其如何なる品質の物か債權の目的となれるや明かならさるときは如何なる品質の物を給付すへきやの問題を生す。此問題は民法第四百一條第一項を以て之を決定す。其明文に依れは法律行爲の性質又は當事者の意思表示に依り品質を定め得さるときは債務者は中等の品質を有する物を給付するを要す。舊民法に於ては佛國法律に倣ひて債權者は最上等の物を請求するを得す債務者も亦最下等の給付を爲すを得すとせり。現行民法は此主義に從はすして必す中等の物を給付すへしと定めたり。單に論理を貫けは別に品質を定めすして不特定物の給付を約すときは其目的物の種類中に最上等の物より最下等の物に至る迄總て之を含むものといふを得へし。故に債務者は最上等より最下等に至る迄の內孰れを選定して之を給付するも自由なりといふを至當なりと信す。民法に於て之を中等の物品に限れるは其如何なる理由に依れるや研究を要す。

不特定物の給付を目的とする債權は前に述ふるか如く不確定なるものなり。換言せは成立の當時よりして直に履行し得へき狀態に在るものに非す。即ち之を履行するには必す之を確定せさるへからす。而して之を確定するは前に述ふるか如く當事者か同一の種類の內に付て或物を選定するに在り。當事者之を選定するときは不特定物は特定物に變す隨て不特定物の給付を目的とする債權か特定物を目的とする債權に變更せらるゝものとす。此效果の生すると同時に其債務は確定し直ちに履行し得へきものとなる。然らは如何なる時期に於て此效果を生するものなるか。債務者は履行するに至る迄之を特定するの義務を有せす。故に通常は引渡と同時に特定物となるなり。斯の如く履行と同時に不特定物か特定物となるは通常なり。然れとも或場合に於ては履行前に在て不特定物か特定物に變更せらるゝことあり。此場合は民法第四百一條第二項に之を明示

せり。其場合二あり。第一の場合は債務者か物の給付を爲すに必要なる行爲を完了せるときなり。必要なる行爲を完了するとは即ち債務者か履行を爲すに付て其權力內にあることを悉く爲し終りたることをいふ。此場合に於ては債務者は未た履行せさるも履行に付ての必要なる行爲を終了したるものにして債務者か選定せる物を給付するの意思は旣に確定して動かすへからさるものなり。即ち引渡は終了せさるも履行すへき物は旣に債務者の意思に依り定まれりといはさるへからす。第二の場合は債務者か債權者の同意を得て其給付すへき物を指定せるときなり。此場合には當事者間の合意に依りて不特定物を特定物に變するものにして最早債務者に於て其意思を翻へして元の程度に復するを得さるなり。履行前に於て不特定物か變して特定物となるは右に示したる二の場合にして此外には決して不特定物の特定物となるへき場合なし。例へは債務者か或特定物を選んて之を給付すへきことを通知するも債權者にして同意せさる間は何等の效果をも生せす。故に債務者は其意思を變して他の物を給付するの自由を

失はさるなり。不特定物か特定物に變するときは前に述ふるか如く債務は最早不特定物を目的とするものに非すして特定物を目的とする債務に變するものなり。故に其以後は特定物に關する法則の適用を受けさるへからす。例へは不特定物を賣買すへき契約を爲さんか即ち其意思表示の當時よりして其物の所有權は債務者に移轉す。不特定物の賣買を目的として債務關係を創設したるときは通常引渡以前に所有權の移轉を生せさるも若し前段に述ふるか如く引渡前に於て物か特定せらるゝときは此時よりして所有權は債權者に移轉するものなり。他の例を擧れは不特定物は天災に因りて滅失せんか其損失は常に債權者に歸す。故に最初は不特定物の給付を目的とする債務なるも前に述へたる二の場合に於ては其不特定物は履行前に特定物に變するものなれは其時よりして危險は債權者之を負擔すへきなり。

第三款　金錢債務

金錢は評價の標準にして國家の權力を以て通用を強制せらるゝものなり。此特性を有せさるものは金錢に非す。金錢か此特性に依りて債務の目的となりたるとき其債務を稱して金錢債務といふ。貨幣か債務の目的となるも此特性に依る場合に非されは其債務を稱して金錢債務と爲すことを得す。例へは拾圓の貨幣を債務の目的とせるも單に之を商品として取引するときは金錢債務を成立せしむる能はす。又一歩銀の如き往昔は金錢なりしと雖も今時に於ては通用を强制せらるゝものに非す故に之を以て債務目的となすも金錢債務を成立せしむること能はす。以上述ふるか如く金錢債務は通貨たるの性質に依りて金錢の給付を目的と爲したるものなり。若し當事者間に反對の意思即ち物品として特種の貨幣を目的物とするの意思を表示せさるときは常に通貨として之を取引するものと推定す。金錢債權に付ては二の場合を區別せさるへからす。第一の場合は

通貨の種類を指示せさるとき、第二の場合は特種の貨幣を定めたるときなり。此二つの場合に付ての規定は第四百二條第一項第二項に之を示せり。左に之を說明す。

第一　通貨の種類を指定せさる場合

當事者か通貨の種類を指示せさるときは各種の通貨を以て之を辨濟することを得。即ち貨幣法に依り通用を强制せらるゝものは其如何なる種類たるを問はす金錢債務を辨濟する爲に之を使用し得るものとす。强制通用の制は貨幣制度の異なるに依り同一なるを得す。我國に於ては金貨を本位とせり而して其種類は五圓十圓二十圓の三種とし其外舊來鑄造せる金貨をも通用せしむ。此等の金貨は各法定價格を有するものにして其法定價格を計算して債務の額に充つるときは之を有效の辨濟とす。補助貨幣に付ては强制通用に一定の制限あり。故に其制限內に於ては何れの貨幣を以て辨濟するも債務者の任意なりとす。然れとも法律に定めたる支拂額を超ゆるときは最早其通用を强制するを得さるを以て

債權者は其受領を拒むことを得へし。

第二　特種の貨幣を指示したる場合

此場合に於ては單に金錢の額を定むるに止まらす一定の種類の貨幣を給付すへきことを債權の目的とせるものなり。此場合に於て債務者は其指定せられたる種類の貨幣を債權者に給付するの義務を負ふものとす。舊民法は斯の如き意思表示に效力を與へす即ち給付すへき貨幣の種類を限定するも尙債務者は各種の貨幣を以て辨濟するの自由を失はす。舊民法の規定は不條理なり。當事者の意思表示は自由なるを以て原則とす換言せは法律は當事者の意思表示に效力を與ふるを以て原則とし其效力を與へさるは秩序風俗を害する場合に限るへきものなり。當事者間に貨幣の種類を限定するか如きは公の秩序を亂し善良の風俗を害すへき行爲に非す。故に舊民法の如き規定を設くるは不當に意思の自由を束縛するものといふへきなり。

特種の通貨を債權の目的とすることは之を商品として取引する場合と混同すへからす。特種の貨幣を債權の目的とするも決して貨幣たるの性質を失はしめて其給付を爲すの意思に非す。何處迄も通貨たる特性を有する貨幣の取引なるや明かなり。故に單に商品として之を取引せるときと其效果を異にす。若し或貨幣を單に商品として取引せは假令其貨幣か後日に至り强制通用の性質を失ふも尙其貨幣を辨濟せさるへからす。然れとも今述ふる場合は通貨として取引するものにして商品として取引するものに非す。換言せは當事者は何處迄も强制通用の效力を有する貨幣を給付するの意思を有せしなり隨て辨濟期に至り其特種の貨幣か其强制通用の效力を失ふも矢張其貨幣を取引すとの意思を有せす。故に辨濟期に至り特種の貨幣か通用力を失ふときは他の貨幣を以て辨濟するの義務を生するものとす。例へは貨幣制度の變更せさる前に於て一圓の銀貨にて支拂ふへき約束を爲せりとするも辨濟期に至りて其銀貨か通用の效力を失ひ居りしとせは今日通用する貨幣を以て之を支拂ふへきものなり。以上述へたるところは民法第四百二條第一項第二項に之を規定す。

右に示したる規定は外國貨幣の給付を以て債權の目的とせる場合にも之を準用す。抑も貨幣なるものは一國の法律に依り强制通用の效力を有するものなれは其國の法律を以て支配すへき境域内に於てのみ通用を强制せらるへきものなり。故に外國貨幣は其本國に於ては通貨なりと雖も日本に於ては之を金錢と爲すを得す。然れとも實際に於ては外國の貨幣は内國の通貨と同一の效用を爲し法律上より論すれは强制通用の效力を有せさるも實用に於ては通貨と異なることなし。故に外國貨幣を以て債權の目的とし通貨と同しく之を授受することは屢々生すへきことなり。故に外國貨幣の給付は内國貨幣の給付と同しく民法第四百二條第一項、第二項の規定に從はしむ。

金錢債務は通常内國の通貨を以て其額を指示す。然れとも當事者は外國の通貨を以て其額を定むることを得。例へは外國に於て取引を爲し又は契約を結ふときは通常外國貨幣を以て債權額を定む。外國に商品を注文する場合亦然り。斯の如き場合に於て債權の額は外國貨幣に依り定めあるも當事者の意思は外國貨幣を以て辨濟するの特約を爲せるものと見る能はす。故に履行地か日本國内なるときは日本貨幣を以て之を辨濟するも可なり。其額か外國貨幣を以て定められたるの故を以て金錢債務たるの性質を失ふへきものに非す。外國の通貨に依り表示したる金錢債務を内國通貨を以て支拂はんとする場合に於ては如何なる方法に依り其額を定むるやといふに履行地に於ける爲替相場に依りて之を換算すへきものなり。例へは英國にて百磅の債務を負へる者か横濱に於て之を辨濟せんとするとき横濱に於ける爲替相場に依り英國の一磅か日本の貨幣十圓に相當すると假定せは其相場に依り換算し千圓を支拂ふへきものとす。

第四款　利息

利息とは債務者か金錢其他の不特定物を給付すへき義務を負ふ場合に於て其物の使用の對價として其使用の時に應し其物の額に對する一定の比例を以て債權者に支拂ふへき物をいふ。今利息の性質を分析せんに

一　利息は必す元本に伴ふへきなり

元本とは債務者の給付すへき金錢其他の不特定物をいふ。即ち利息を生すへき債務は金錢其他の不特定物の給付を目的とするものならさるへからす。故に債務者か債權者の物を使用して同種類の物を以て之を返還すへき義務を有する場合には利息を生するも若し使用すへき物か特定物なるとき即ち債務者か同一のものを返還すへき義務を有する場合には其使用の對價として支拂ふへきものは賃金にして利息に非す。此故に消費貸借は利息を生するも賃貸借は利息を生せす。

二　利息として給付すへき物も亦不特定物ならさるへからす

特定物として給付する物は利息に非す。例へは金錢使用の對價として或家屋を給付することを約したるとき其家屋を利息と稱するを得す。通常利息として給付すへき物は金錢なり。然れとも金錢のみか利息たることを得るものと爲すは誤謬なり。

三　利息は使用の時に應して元本の額に對する一定の比例を以て支拂ふへきものなり

通常は元本に對する百分又は十分の比例を以て之を定む元本の一割或は五分といふか如し。他の比例を以て之を定むる場合は十圓に付き二十五錢又は二十五圓に付き二十五錢といふか如し。利息の額を定むる基礎となるへき使用の時は通常年を以て之を示す。例へは年何分又は何割といふか如し。然れとも必す年を以て示すへしといふに非す月、日又は時其他の期間を以て指示するも可なり。一定の期間を基礎として定めたる元本に對する利息の比例を利率といふ例へは年何割と云ふか如し。

債權は利息を生せさるを以て原則とす。利息を生するには法律の規定若は當事者の意思表示に依ることを要す。故に法律の規定又は當事者の意思表示なき場合には債權を無利息なりと推定す。法律の規定に依り利息を生するは或事實の生したるときに法律か當然利息を生すへきものと定めたる場合なり。例へは

民法第四百四十二條第二項及第五百四十五條第二項の如き場合をいふ。當事者の意思表示に依る場合は當事者か利息を生すへきことを明言したるとき又は利息を生すへき意思か推測し得らるゝときなり。法律の規定に依り利息を生する場合並に特約に依り利息を生する場合に於て別に其額を定めさるときは其利率を年五分とし之を法定利率と稱す是れ民法第四百四條の明定するところなり。此規定を設けたるは通常の利用方法に依り金錢を運用するときは年五分の利益を生するものと推定せる結果なり。民法施行以前に在ては利息制限法に依り法定利率を六分とせり。利率は時と場所とに依り變化あるものなり。現今は利息制限法公布のとき即ち明治十年頃と社會の狀態を異にするを以て利率も亦同一なるを得す。尙後世社會の狀態に變化を來すことあらは法定利率に關する現行法の規定も亦之を改正するの必要を生するや計るへからす。

以上說明するか如く法定利率は當事者か其額を定めさるときに生するものなり。若し當事者自ら利息の額を定むるときは其意思に從ふへきや勿論なり。而

して民法は當事者の定むる額に付て別に制限を加ふる明文を存せす。乍併明治十年に制定せられたる利息制限法は尙特別法として共效力を有するを以て此法律の制限は今日と雖も之を受けさるへからす。利息制限法即ち明治十年九月十一日布告第六十六號に依れは百圓未滿の元本に對しては年二割百圓以上千圓未滿の元本に對しては年一割五分千圓以上の元本に對しては年一割二分を超過するを得す。即ち此額を超過せる部分に付ては利息の約束に效力を與へさるものとす。此制限は法律上正當に利息といふへきものゝみに適用すへきものに非す。利息の名稱を避くる爲に他の手段を以て收受する使用の對價は總て之を利息と同一視して此法律の支配を受けしむ。例へは金錢を貸與するに當て債權者の受くる禮金、手數料の如きは之を利息と同一に看做して之を給付するの約束は右の制限を超過する部分に限り法律上無效たり。

古來孰れの國に於ても利息制限法の行はれさることなかりし。而して利息制限法の旨意は孰れの國に於ても當事者の特約を以て定むへき利率に制限を加へ一

定の範圍を超ゆるときは其超過したる部分を無效とす。此目的は明白なり債務者か必要に迫られ不相當の重利を約する場合を慮り之を保護する精神に出たるものなり。我國の利息制限法も亦此趣旨に依り定められたるものなり。此利息を制限するの利害得失に付ては古來人々の論議せるところにして又後來も屢々起るへき問題なるへし。立法論として研究を要す。

重利も亦古來立法者の之を禁止せる例多し。重利とは利息に利息を付するの謂にして漸時元本を增加し從て利息を高くすると同一の結果を生す。故に之を禁止するは則ち利息制限法と同一の趣旨に出つ。既に重利を禁するときは當事者間に於て延滯利子を元本に編入し之に利息を附する特約を結ふも法律上其效力を認むることを得す。然るに民法は重利を禁するの明文を揭けす。從て其明文上當事者間に於て延滯利子に利息を附する約束を爲すも有效なりと云はさるへからす。

右の如く民法は重利の約束を無效とせす。然れとも重利は決して之を推測すへきものに非す。之を生する場合は法律に明文あるとき又は當事者間に特約ある場合に限る。當事者間に特約ある場合に之に效力を與ふるは一般原則なるか、當事者間に特約なく即ち債權者と債務者との合意なくして重利を生するは法律の規定に俟たさるへからす。此場合は民法第四百五條に規定す。同條に依れは利息か一年分以上延滯したる場合に於て債權者より催告を爲すも債務者か其利息を拂はさるときは債權者に於て之を元本に編入するを許す。此規定は公平を維持する上に於て必要なりと信す。若し利息の延滯せるに拘らす之を何時迄も元本に編入するを得すとせは債權者は其收受すへき權利ある金額を利用するの道を失ひ若し此不利益を免かれんとせは一々訴を提起して之を取立さるへからす。斯の如きは則ち債權者をして不相當に不利益の地位に陷らしむるものなるを以て本條の規定を設て之を救濟す。唯債務者の不知の間に利息を生せしむることは債務者に取りて酷なりといふへし。故に法律は債權者の催告並に債務者の之に應せさることを以て重利を生するの前提と爲す。

第五款　選擇債務

第一　選擇債務の性質

債權の目的か數個の給付中選擇に依りて定まるへきものを選擇債務といふ。是れ則ち債權發生の當時に在りて二個以上の目的を有し孰れを履行すへきや確定せさるものなるを以て法律上不確定債務と稱すへきものなり。既に不確定なり、故に履行すへき時期に於て其目的を定めさるへからす而して之を定むるの方法は選擇なり。選擇債務の性質に付ては學者の説一定せす。或有力なる學者は選擇債務は數個の條件付債務より成るものにして其各債務は若し選擇すへきものか他の債務を履行すへきものとせさるときはとの停止條件にかゝるものなりといへり。然れとも民法に所謂停止條件なるものは法律行爲の效力を停止すへきものにして其條件の到來と共に法律行爲の目的たる權利を生するものなり。故に停止條件は單に履行原因を成すに止らすして實に權利發生の原因となるへきものなり。予の見る所を以てすれは選擇債務に在りては當事者の權利義務は法律行爲の成立當時に於て發生し選擇は既に發生せる權利の目的を確定するに過きさるなり。即ち選擇は權利發生の原因に非すして目的を定むる原因なり。從て選擇債務は數個の停止條件付債務より成立すといはんより數個の給付中一に定まるへき目的を有する一個の債務なりといふを以て穩當とす。

選擇債務は之を舊民法に所謂任意義務と混同すへからす。任意義務とは目的の確定せさるものをいふに非すして債務者をして一定せる目的に代へて他の給付を爲し其義務を免るゝことを許したるものをいふ。即ち任意債務の場合に於ては其債權の目的は債權發生當時より一定せり。唯最初よりして其定りたる目的に代へて他の物を給付することを得るものなり。換言せは任意義務は豫め代物辨濟を許したる債務にして選擇債務と全く其性質を異にす。

第二　選擇を爲すへき人

選擇は當事者即ち債務者又は債權者に於て之を爲すへき場合あり、第三者に於

て之を爲すへき場合あり。例へは牛一頭と馬一頭とを債權の目的と爲し債務者の欲する處に從ひ其孰れを給付するも可なりと云はんか選擇權は債務者に在りといふへし。若し之に反し債權者か其好むところに從て其孰れを請求するも可なりとせんか選擇權は債權者にありといふへし。又物品を求むるに當り當事者以外の人の鑑識に從て之を定むるか如きは第三者の選擇を爲すへき場合の適例なり。

右に述ふるか如く選擇權か債權者又は債務者に存することあり又第三者か選擇を爲すへきことあり。當事者に屬する選擇權は債權債務に伴ふ一の權利にして債權者又は債務者の地位に當然附隨すへきものなり。故に債權又は債務を繼承する者は當然此選擇權を併せて取得し債權者或は債務者に代りて權利を行使し又は義務を履行する者は當然選擇權を行使するを得るものたり。例へは選擇權ある債權者死亡したるときは其相續人は其債權と共に選擇權を取得し選擇權を有する債權者無能力者となりたるときは其法定代理人は當然之に代りて之を

行ふことを得。第三者の選擇は決して債權債務に附隨すへき權利の行使に非す。而して其選擇は第三者其人に限るものにして他人代りて之を行ふことを許さす。例へは甲某なる第三者選擇を爲すに定まれるとき其第三者か選擇を爲さすして死亡するときは其相續人たる者之に代りて選擇を爲すを得す又其第三者無能力者となるも其法定代理人代りて之を行ふことを許さす。

若し當事者間に選擇を爲すへき人を表示せさるときは選擇權は常に債務者に存す。是れ民法第四百六條の規定するところなり。例へは單に牛又は馬を給付するの約束を爲すときは債務者の選ふ處に從ふて二中其一を給付して可なり。別段の意思表示なきとき履行すへき人か履行すへき目的を定むるは當然なるを以て斯の如く規定せるなり。

第三　選擇を爲すへき方法

選擇を爲すの方法は孰れの場合たるを問はす選擇を爲すへき人の意思表示に依る。此意思表示は何人に對して爲すへきものなるや。當事者か選擇權を有す

る場合と第三者か選擇を爲すへき場合とに依り區別あり。

當事者の一方か選擇權を行ふ場合は相手方に對して意思を表示すへきものなり。即ち債權者なれは債務者に、債務者なれは債權者に對して意思を表示すへきなり。若し相手方數人ある時は其各自に對して意思表示を爲さゝるへからす。相手方以外の人に對して意思表示を爲すも法律上何等の效力をも生することなし。此意思表示の方法は法律上別に制限なきか故に口頭にて爲すも可なり、書面にて爲すも可なり、暗默に爲すも亦可なり。而して選擇權を有する者一旦相手方に對して選擇の意思表示を爲したるときは債務の目的確定す。債務の目的既に確定せる以上は當事者の合意あるに非されは之を變更するを得さるなり。故に債權者又は債務者か有效に選擇の意思表示を爲すときは相手方の承諾なくして之を取消し原狀に復せしむることを得す。以上述ふる所は民法第四百七條第一項第二項に之を規定す。第三者か爲すへき選擇は何人に對して意思を表示すへきものなるやといふに民法は當事者双方に對して之を爲すを要せすして唯其一方に對

して爲すを以て足れりとせり。而して其一方は債權者とも債務者とも限定せさるなり。故に其孰れに對して意思を表示するもひとしく選擇の效力を生す。即ち當事者の一方に對し選擇の意思を表示するときは其時に於て債務の目的確定し後に至り之を變更することを得す。故に第三者か一方に選擇の意を通知し債務の目的二中其一に定まりたるときは其後他の相手方に對し反對の意思表示を爲すも何等の效力をも生せす。即ち先に爲したる意思表示に依り債權の目的確定し再ひ之を動すを得さるものとす(民法第四百九條第一項)。

第四　選擇を爲すへき人選擇を爲さゝる場合に付ての規定

前に述ふるか如く選擇は當事者即ち債權者又は債務者か爲すへき場合と第三者か爲すへき場合とあり。若し此等の人か選擇を爲さゝりしときは如何なる結果を生すへきや。若し選擇を爲すへき人か選擇を爲さゝるとき他に共目的を確定するの方法なくんは債權は永久不確定に終らさるへからす。債權の目的か永久不確定に終るか如きは債權債務を創成せる目的に反す。故に法律は斯の如き

場合に應すへき規定を設く。其規定は當事者か選擇權を有する場合と第三者か之を有する場合とに依り差異あり。

當事者か選擇權を有する場合に付ては民法第四百八條に其規定を示せり。其明文に曰く「債權か辨濟期にある場合に於て相手方より相當の期間を定め催告をなすも選擇權を有する當事者か其期間內に選擇を爲さゝるときは其選擇權は相手方に屬す」と。即ち債權の辨濟期到來後にも尙選擇權を有する者か選擇を爲さゝるときは相手方に於て相當の期間を定め其期間內に選擇の意思を表示すへきことを催告することを得而して若し選擇權を有する者か此の催告に應して其期間內に選擇の意思を表示せさるときは選擇權は相手方に移轉するものとす。今債務者か選擇權を有する場合に付て考ふるに此場合に於て債務の目的を確定すへきものは債務者の選擇なり。債務者選擇を爲さゝれは債務の目的確定せす。債務の目的確定せさるときは之を履行せしむる能はす。即ち債權者は債務者に對して履行を强要する能はさるなり。若し債務者選擇權を行はさる場合に之に

代りて選擇すへきものなからんか債務の目的は永久不確定にして履行を强制するの時期なきに至るへし。是れ即ち債權債務を創成せる本旨に反するものといはさるへからす。是に於てか法律は選擇權を有する債務者か選擇を爲さゝる場合に於ては其相手方即ち債權者をして代つて選擇を爲し以て債權の目的を確定することを得せしむ。右の如く債務者選擇を爲さゝりしときに於ては債權者代つて之を爲すことを得。然らは債權者か代つて選擇を爲し得るの時期如何と云ふに、法律は辨濟期にあるときと規定せり。凡そ債務は辨濟期に至る迄は之か履行を强制するを得さるものなり。故に辨濟期に至る迄は決して債務の目的を確定するの必要を見す。選擇債務に於て辨濟期の到來迄目的の不確定なることは當事者の豫期せさるへからさる所なり。隨て辨濟期以前に在りては債務者か選擇を爲さゝるを理由として選擇權を債權者に移すを得さるなり。然れとも辨濟期の到來せる後に於ては債權者既に履行を强要し得へき地位にあり。隨て債務者に對して履行すへき目的の確定を求むるの權利を有す。故に債務者か辨濟期

に至りたるに拘らず尙選擇を爲さゝる場合に於ては選擇權を債權者に移轉し其好む所に從ひ債權の目的を確定することを得せしむ。

右の如く債權者か債務者に代りて選擇を爲し得るの時期は辨濟期到來の後なり、果して然らは債權者は辨濟期の到來と共に直に選擇權を得るものなりやといふに法律は此場合に於て債務者を保護する爲に一の前提を必要とせり。即ち債權者は相當の期間を定め其期間內に選擇を爲すことを債務者に催告せさるへからす。若し催告を爲したるに拘らす債務者之に應して選擇を爲さゝるとき初めて債務者に於て選擇權を拋棄したるものと看做し選擇權を債權者に移轉す。催告の手續を蹈ますして直ちに選擇權を相手方に移轉するときは債務者をして不知の間に權利を喪失せしむるの結果を生す。故に右の前提は債務者を保護し當事者間に公平を維持する爲必要なり。

債權者か選擇權を有する場合に付て考ふるに債權者か選擇を爲さゝる間は債務の目的確定せさるを以て債務者に於て數個の目的中何れを履行すへきや之を

知る能はさるなり。而して債務者は目的の確定せさるか爲に敢て義務を免るゝものに非す。履行の義務を有しなから履行すへき目的の定らさるは甚た不利益なり。故に前に述ふる所と同一の理由に因り債權者か選擇を爲さゝるときは債務者をして之に代つて選擇を爲すことを得せしむ。而して此場合に於ても辨濟期以前にありて目的の不確定なる狀態に在ることは當事者の豫期せさるへからさる所なれは辨濟期以前に選擇權を移轉するを得す。乍併辨濟期の到來後は何時履行を强制せらるゝや計るへからさるなり。故に債務者は速に履行すへき目的を確定すへきことを求むるを得へきこと當然なり。是を以て辨濟期到來後は債務者に於て相當の期間を定めて債權者に催告を爲し債權者其催告に應せさる場合に於ては自ら選擇を爲し債務の目的を確定することを得るものと爲す。

以上述ふる所は當事者か選擇權を有する場合に於ての規定なり第三者か選擇を爲すへき場合に付ては民法第四百九條第二項之を規定す。同條の規定に依れは第三者か選擇を爲す能はす又は之を欲せさるときは選擇權は債務者に屬す。

蓋し第三者の選擇は必す爲し得へきものに限らさるなり。第三者は選擇を爲すことを欲せさる場合あり。而して第三者か選擇を爲すを欲せさるとき當事者之を强制すること能はさるは明白なり。又第三者の選擇は不能に至ることあり。例へは第三者の死亡し若は無能力者となりたる場合の如し。前に述ふるか如く債權者又は債務者か選擇權を有する場合に於ては其相續人に於て之を繼承することを得或は法定代理人之を行ふを得。故に當事者の死亡又は能力の喪失に因り選擇の不能を來す場合なし。然れとも第三者の場合に於ては前に述ふるか如く相續人其地位を繼承する能はす又法定代理人之に代つて選擇を爲すを得さるなり。故に第三者か死亡又は能力を喪失せるときは選擇は不能となるなり。右の如く第三者か選擇を欲せす又は之を爲す能はさるに至りしときは初めに定めたるか如く債務の目的を確定する能はす。若し此場合に於て之に代るへき確定方法なくんは債務の目的は確定に至らすして已むことゝなるなり。債務の目的を確定するを得さらんか債務は成立せさるに同し。目的の必す確定すへきことは債務成立の一要件なり。第三者の選擇に因り債務の目的を定むへき場合に於て之に代つて確定し得へき方法定まらさるときは債權の目的は必す確定し得へきものと云ふを得すして確定するや否やは其事實の發生する迄は不分明なりといふへし。斯の如きは債權成立の要件を具備せるものにして債權發生の效力は第三者の選擇を爲すに至る迄停止せられたるものといはさるへからす。斯の如きことは通常當事者の意思に反す。是に於て法律は第四百九條第二項の規定を設けて第三者か選擇を爲すを欲せす又は之を爲す能はさるときは債務者をして代つて選擇を爲すことを得せしむ。第三者か選擇を爲さゝるとき其選擇權を債權者に與へすして債務者に與へたる理由は民法第四百六條を說明するに當て述ふる所と同一の理由に據る。

第五　選擇債務の目的たる數個の給付中初めより不能なるものあり又は後に至りて不能となりたるものある場合に付ての規定

目的の可能は債權發生の要件なり故に發生の當時に於て不能の給付を目的と

する債權は成立せさるなり。隨て若しも數個の給付中初めより不能なるものある場合に於て其不能の給付を選擇するときは初めより債權を成立せしめさると同一の結果を生す。債權者か選擇權を有するとき斯の如き選擇を爲すは甚た稀有のことにして通常一般の意思を推測せは必すや可能のものを選ふものとせさるへからす。又債務者或は第三者か選擇を爲すへき場合に於て不能のものを選擇するを得るとせは履行し得へき目的あるに拘らす故らに債權を不成立と爲すものにして當事者間に債權債務の關係を創成せる意思に反するものといふへし。當事者間に債權債務の關係を創成せるは必す之を履行するの意思なりしや明なり。故に不能のものを選擇して債權を不成立と爲すは當事者の意思と牴觸す。故に法律は不能のものを選ふへからさるものと爲し殘存するものに付て債權を存在せしむるものと規定せり。

後に至りて債權の目的たる行爲か不能となりたる場合に於て其不能の原因か天災又は債權者の過失に因るときは一般に債務關係を消滅せしめ債務者をして

全く義務を免れしむ。若し其原因か債務者の過失に因るときは債權を消滅せしめすして其目的の履行に代へて其對價を支拂ふへき責任を生す。故に選擇債權の場合に於て其數個の目的中に天災又は債權者の過失に因りて不能となりたるものあるとき其不能となりたるものを選擇せは債務者をして當初の目的に代へて其對價を支拂ふへき責任を生す。故に選擇債權有する場合に於て天災又は自己の過失に因り不能となりたる目的を選擇せんか債權者は債權より生する利益を全く拋棄することゝなるなり。隨て債權者か斯の如きことを爲すは甚た稀有にして通常斯の如き意思を有せさるものと推定せさるへからす。故に法律は債權者に於て通常斯の如き意思を有せさるものと推定し殘存せるものに付て債權を存在せしむるものと規定す。債務者の過失に因り或目的か不能となりたるときは債務者に於て他の目的の直接履行を求むるよりは寧ろ債務者の過失に因りて不能となりたる目的の對價を請求するを好むやも計る

へからさるなり。仍て此場合には債權者の選擇權に變更を生せさるを至當とす。次に債務者に選擇權ある場合に數個の目的中天災の爲に不能となりたる目的を選擇するを得るとせは他に可能の目的あるに拘らす債權を消滅せしむるの效果を生す。斯の如きは當事者間に法律關係を生せしめたる意思と牴觸す。故に債務者は天災に因り不能となりたる目的を選擇するを得さるものと爲し殘存せる目的に付て債權を存在せしむるものと定む。債權者の過失に因りて或給付か不能となりたる場合に於て之を選擇せは前者と同しく債權を消滅せしむるの結果を生すと雖も尙之を選擇し得るなり。債務の目的か一に定まらすして債權者の自由に之を定むるを得さることは債務者の享有する一の利益なり而して債權者の過失の爲に此利益を害するを得さるや明なり。故に債權者の過失に因りて或目的か不能となりたる爲に債務者として之を選ふ能はさるものと爲すは不當なり。是に於て法律は其選擇權に變更を生せさるものと定む。債務者の過失に因り不能となりたる目的は債務者自ら之を選擇するを得さるなり。其理由明白な

り。抑も初に定めたる目的を其儘履行すへきは債務者の當然負擔する所の義務なり。即ち債務の本旨に從ひたる履行を爲すへきは債務者に存する責任なり。此本旨に從ひたる履行に代へて其對價を支拂ふて之か義務を免れしむるか如きは債務關係を創成せる本旨に反す。即ち債務者自身か目的の或ものを不能に至らしめ其對價を拂ふて責を免るゝか如きは當事者の意思と背馳す。故に此場合に於ては債務者をして不能となりたるものを選擇するを得さらしめ殘存するものに付き債權を存在せしむるものと定む。第三者か選擇を爲すへき場合に於ては天災に因り不能となりたるものを選ふことを得さるも債權者又は債務者の過失に因り不能となりたるものを選ふことを得。其理由は前に說明する所に依り考ふれは明白なり。

以上述へたる所に依り左の結論を生す。

債權の目的たる給付中初めより不能なるものあるときは債權は殘存するものに付き存在す。債權の目的たる給付か天災又は選擇權を有する者の過失に因

りて不能となるときは債權は殘存するものに付き存在す。債權の目的たる給付か選擇權を有せさる者の過失に因り不能となりたるときは選擇に變更を生せす。

以上の原則は民法第四百十條第一項、第二項に規定せり。

第六　選擇の效力

凡そ法律上の效力を生すへき事實は將來に向ふてのみ共效力を生するを以て原則とす。選擇は此原則に對する一の例外なり。選擇は債權發生の當時に遡りて其效力を生す。故に選擇ある迄は債務の目的不確定なりと雖も既に選擇ありたる以上は債權は初めよりして選擇せられたる目的に付て生したるものと看做す。例へは二の特定物中當事者の選擇に依りて其一を給付すへき契約を取結ひたりとせん選擇を爲さゝる迄は二中其孰れを給付すへきや不確定なり。故に其特定物の所有權は未た移轉せさるなり。然れとも若し選擇に依り其一に確定するときは初めより其一に付て給付の契約を爲したると同一の結果を生す。即ち

契約取結ひの當時より其一に付て所有權移轉せるものと看做す。

效力の遡ることは單に當事者間にのみ行はるゝものにして之を以て第三者に對抗することを許さす。故に第三者か正當に得たる權利は之か爲に害せらるゝことなし。即ち前例に於て契約成立の後選擇を爲す前に在て第三者か選擇せられたる物の所有權を得たりとせんか假令其後に至り爲したる選擇の結果に依り其物の所有權は當事者間に於ては契約の當時より移轉したるものと爲すも之か爲に第三者の取得したる所有權に害を及ほすことを得す。此選擇の效力に關することは民法第四百十一條に之を規定せり。

第三章　債權の效力

總論

債權の效力は之を分て二と爲す當事者即ち債權者及債務者間に生すへき效力及債權の主體と第三者との間に生すへき效力是なり。債權の主體と第三者との

間に生すべき效力は總ての權利の觀念に共通なるものなり。當事者間の效力は行爲を目的とする權利に特別なるものなり。

債權は一の權利なり。債權か一の權利たる以上は世界一般の人に於て之を尊重すべきものなり。世界一般の人は債務を負擔せさるも債權を侵害せさるの義務を有す。此消極的の義務は物權其他の權利に對して存するか如く必す債權に伴ふへきものなり。若し他人か故意又は過失に因り物權を害するときは一の不法行爲を成す。債權に付ても亦然り。若し第三者か消極的の義務を怠り故意又は過失に因り債權者か債權に依り當然享有すへき利益を害したるときは一の不法行爲を成し債權者は之を原由として損害賠償又は其他の救濟を求むることを得へし。蓋し債權債務の關係は通常物權の如く公示せられさるを以て第三者か其存在を知り得へき場合多からす。故に債權者か第三者の故意若は過失を原由として救濟を求め得へき場合は物權者か他人の不法行爲に基き訴求し得へき場合に比すれは甚た稀なるへし。然れとも之か爲に法理上權利の主體と第三者の

間に存する關係に付き物權と債權との間に區別あるものと爲すは失當なり。第三者に對する效力にして總ての權利に共通なるものは權利總論に於て說明すへきものなるを以て本節に於て之を述へす。

當事者間に生する債權の效力は債權の目的たる利益を完ふする爲又其利益の喪失を償ふ爲必要なる當事者間の關係を包含す。

債務の履行は債權者をして其目的としたる利益を享受せしむるものなり。其不履行は債權者をして其目的としたる利益を失はしむるものなり。若し債務者か債務の本旨に從ひ履行を爲すときは完全に債權を消滅せしめ債務者の責に歸すへからさる事由に因り履行か不能となるときは之を完全に履行したる場合と同しく債務者をして共義務を免れしむるを以て原則と爲す。債務者か履行を爲さゝる間は債權存立し法律の規定若は當事者の意思表示を以て特に定めたる場合の外之を消滅せしむることなし。又履行か債務者の責に歸すへき事由に因り不能となる場合に於ては債務者に賠償の義務を生し此義務を履行するまて債務

は繼續す。又債務者に於て履行を爲すも法律の規定若は當事者の意思表示を以て定めたる方法に從はさりし爲債權者に損害を生したるときは之を賠償するまて完全に債務關係を消滅せしむることと能はす。

今債務の履行に付き先つ生すへき問題は其場所及時期如何にあり。場所に關する法則は辨濟の款に詳なり。故に本章に於て先つ說明すへき事項は履行の時期なり。履行の時期に伴ふて生すへき問題は債權者及債務者の遲滯なり。是れ亦本節に於て說明すへき重要の問題なりとす。

債務者か任意に債務の本旨に依れる履行を爲し又は其責に歸すへからさる事由に因り履行か不能となるときは當然債務を消滅せしむるを以て別に問題を生せす。若し債務者か任意に履行を爲さす又は其故意又は過失に因り履行か不能となるときは債權者をして當然得へき利益を享受せしむる能はす。茲に於て之を救濟するの問題を生す。之を救濟するは則ち債權の目的たる利益を完ふせしめ又其利益の喪失を償はしむるに在り。民法に於ては總ての債權は一樣に法律の保護を受け救濟の方法を具備せさるものなし。

法律に依り債權に伴はしむへき救濟の方法は之を分別して三と爲す之を左に列記す。

一　強制履行　債務者か任意に履行を爲さゝる場合に於て債權者か其利益を完ふする爲裁判所の保護に依り債務者を强制して之を履行せしむるをいふ。

二　損害賠償　債務者か債權の本旨に從ひ履行を爲さす又は其責に歸すへき事由に因り履行を不能に至らしめたるとき債務者をして其損害を償はしむるをいふ。

三　履行の確保　豫め履行を確保するに非されは强制履行又は損害賠償訴權の目的を達する能はさることあり。故に完全に債務者の利益を保護する爲債權の效力として履行の確保に關する規定を設く。

舊民法に於ては自然義務なるものを認む是れ訴權を伴はさる一種の債務關係なり。現行民法に於ては前述の如く總ての債權に對して一樣に法律の保護を

與へ斯の如き不完全なる法律關係の存在を許さず。

債權の效力に關して本章に示すへき事項は以上述ふる所に外ならす。今條文の順序に從ひ之を左に類別す。

一　履行の時期
二　遲滯
三　强制履行
四　損害賠償
五　履行の確保

（右一乃至五中に包含せらるへき事項は各債權に共通して當然生すへき效力なり。其內民事訴訟法並に破產法に於て規定すへき事項あり。此等は民法の範圍を脫するを以て之を述へす。）

第一節　履行の時期

履行の時期は當事者の意思表示に依り之を定むることとあり。又法律の規定に依り之を定むることとあり。孰れの場合たるを問はす履行の時期到來したるときは債務を辨濟期にあるものといふ。

履行の時期より見て債務を分別し之を期限附債務及單純債務の二種と爲す。

期限付債務は法律の規定若は當事者の意思表示に依り之を履行すへき未來の時期を指定したるものをいふ。此時期は債權成立の時指定することあり其成立後に指定することあり又後に至りて變更せらるゝことあり。履行の時期即ち期限は債權の要素に非さるを以て後に至り新に之を附し又は旣に附せられたるものを變更するも敢て別異の債權を成立せしむるものに非す。

債務に附すへき期限に二種あり第一を確定期限と稱し第二を不確得期限と稱す。確定期限とは之を指定したるとき其到來すへき時の明白なるものをいふ。日時を以て之を指定する場合並に必す或一定の時に起るへき事實の到來を以て其期限と爲したる場合是なり。確定期限は當事者の豫め確知するを得へきもの

なり故に債務者は之を知らさりしことを理由として責を免かるゝことを得す。不確定期限は其必す到來すへきこと明白なるも其到來すへき時の明白ならさるものをいふ。例へは人の死亡を以て履行の時期と爲したる場合の如し。不確定期限は當事者に於て豫め確知するを得さるのみならす或場合に於ては其到來したる後と雖も猶ほ確知するを得さることあり。故に實際其期限の到來したる後猶ほ債務を履行せさるときと雖も債務者か之を了知せす且其之を了知せさるへからさる事情存せさる場合には之に過失の責を負はしむることを得す。

單純債務とは體樣を存せさる債務をいふ。單純債務には之に附したる條件なく、又法律の規定に依り若は當事者の意思を以て指定したる履行の時期なし。此場合に於ては債務の發生と共に履行の時期到來す。換言せは債務は發生の當時より辨濟期に在るものなり。

期限附債務及單純債務以外に條件附債務と稱するものあり。抑も條件なるものは債務の成立に關するものにして其履行に關するものに非す。停止條件到

來せは其時より債務成立し其時期の至らさる間は法律行爲の目的たる債務を生せす。即ち正確に論するときは停止條件は債務自身の發生を停止するものにして單に其履行を停止するものに非す。停止條件附債務にして別に履行の期限を定めさるものは條件成就の時より單純債務となり、其履行に關しては單純債務に關する規定を適用す。若し條件の外別に履行の期限を附するときは債務は條件成就の時より期限附債務となり其履行に關しては期限附債務の法則に從ふ。

以上述ふる所に依り考ふるに債務は其履行の期限に關して左の三種に區別することを得へし。

一　確定期限を附する債務
二　不確定期限に附する債務
三　全く期限を附せさる債務

期限に關して說明を要する事項は債權者か履行を請求することを得へき時期。

債務者か履行することを得へき時期並に債務者に履行すへき責任を生する時期なり。

第一　債權者か履行を請求することを得へき時期

凡そ期限は債務者の利益の爲に定めらるゝ場合あり。債權者の利益の爲に定めらるゝ場合あり。然れとも債權者のみの利益の爲に定めらるへきことなきを以て如何なる場合を問はす期限以前に履行すへき義務を債務者に負はしむることとなし。故に債權者は期限以前に在て履行の請求を爲すことを得す。之に反して期限到來するときは債權者は債權の目的たる利益を享受するを得へき地位にあり。故に期限後は何時たりとも債務者に對して履行を請求することを得へし。是れ期限の性質上より當然推究するを得へき結果にして疑を容れす。此法則は確定期限を附したる場合と不確定期限を附したる場合と單純債務の場合とに付き區別なし。即ち確定なると不確定なるとを問はす債務者は期限の到來まて履行の請求を爲すや否や直に其請求を爲すことを得。又單純債務の場合に於ては債務の成立以後何時にても履行を求むることを得へし。

第二　債務者か履行すへき時期

債務者か辨濟期以後に於て履行することを得へきは事理明白にして別に說明を要せす。辨濟期以前に在ては如何。若し辨濟期以前に債務者か辨濟を爲し債權者に於て之を受領せは有效の辨濟となるを以て別に議論の餘地を存せす。問題は債權者か辨濟期以前に提供したる辨濟の受領を拒むことを得るや否やに在り。凡そ期限は原則として債務者のみの利益の爲に設けらるゝものなり。即ち反對の意思を推測すへき事情なきときは債務者の利益の爲に期限を附したるものと看做す。故に一般の場合に於ては債務者か期限前に履行するも債權者の利益を害すへきものに非すと推定す。果して然らは原則として期限は債權者か其以前に請求することを妨くるに止まり債務者の其以前に履行することを禁するものに非すと斷定せさるへからす。此理由より推究せは債務者か辨濟期以前何時にても履行することを得。債權者に於て期限の到來せさるを理由として辨濟

の受領を拒むことを得さるや明なり。是れ則ち一般の場合に適用すへき法則なり。此法則には例外あり。即ち當事者の意思表示又は成立當時の事情に依り期限か債權者の利益の爲に定められたること明白なる場合あり。此場合には債權者に於て期限前の辨濟を拒絕することを得るものとす。

第三　債務者に履行すへき責任を生する時期

期限以前に履行の責任を生すへき理由なきは期限の性質上より考ふれは明白なり。辨濟期の到來以後債務者は直に履行すへき責任を負ふや。必すしも然らす。或前提の具はるを俟つて始めて此責任を生する場合あり。又辨濟期の到るや否や直に此責任を生する場合あり。此區別は如何なる點に於て存するや。此問題に答へんとせは前に述へたる三種の債務に論及し差異の存する所を明にせさるへからす。

一　確定期限を附したる場合

前に述ふるか如く確定期限は當事者に於て豫め確知することを得へきものなり。故に債權者の請求なきも期限の到來するや否や債務者に於て履行すへきか當然なり。期限の到來したるに猶ほ之を履行せさるは履行すへき時の至りたるを知りつゝ之を經過するものにして不履行の責を免るゝ能はす。

二　不確定期限を附したる場合

不確定期限は當事者の豫め確知するを得さるものなり。又其到來したる後と雖も之を知ることを得さる場合あり。故に期限の到來と共に直に履行の責任を生すとするは債務者を責むること酷に失するものといはさるへからす。故に其の到來を知りたるときより履行の責任を生するものと定む。債務者か不確定期限の到來を知り得へき場合種々あり。債務者か自ら實見することあり。第三者より聞知することとあり。債權者の通知に依り之を了知することあり。債權者の請求に依り之を確知することとあり。方法の如何を問はす債務者か之を確知したるときは其時より直に履行の責任を生するものとす。

第三　單純債務の場合

單純債務は期限を定めさる債務にして成立と共に辨濟期に在るものなり。此場合に於て債權者か債權の成立後何時にても請求を爲し得るは前に述ふるか如し。而して債務者は債務の成立と共に其の辨濟期に在るを確知するものなり。故に單純に論理を貫くときは成立と同時に履行の責任を生するものと斷定することを得へし。然れとも成立するや否や直に履行せさるを以て怠慢と爲すは不相當に債務者を不利益の地位に陷らしむるものにして甚た穩當ならす。故に法律は債權者の請求あるまて履行するに及はさるものとし請求を俟つて始めて履行の責任を生すへきものと定む。

以上述ふる所は一般の場合に適用すへき原則にして當事者の意思を推測して定めたるものなり。若し當事者か之に反する意思を表示したるときは素より其意思に從はさるへからす。

第二節　遲滯

遲滯は債務者に存することあり債權者に存することとあり。本節に於ては先つ債務者の遲滯に付き說明し次に債權者の遲滯に關する法則を示す。

第一款　債務者の遲滯

債務者か履行すへき時期の到來したるに拘らす履行せすして其時期を經過したるときは之を稱して遲滯にあるものと云ふ。

履行すへき時期とは前款に說明したる債務者に履行の責任を生する時期をいふ。債務者の履行すへき時期か確定期限附の債務に於ては其期限の到來したる時なること又不確定期限附の債務に在ては債務者に於て其期限の到來したることを知りたる時なること又期限を定めさる債務に於ては債權者の請求を爲したる時なることは前に述ふる處に依り明なり。若し債務者か履行せすして此等の時期を經過したるときは其時期の到來したる時より遲滯の責に任す（第四百十二條第一、第二、第三項）。

債務者の遲滯は如何なる效力を生するや遲滯は履行の責任を生したるに拘らず履行せさるものなれは債務者をして不履行の責を負はしむ。不履行は不法に債權者をして當然享受すへき利益を完ふするを得さらしめ又は全く之を喪失せしむるものなり。法律を以て債權を保護する所以のものは此利益を完ふする爲又此喪失を償ふ爲必要なる制裁を設くるにあり。舊法に於ては自然義務なるものを認め此制裁を具有せさる權利の存在を示したれとも現行民法は前に述ふるか如く此觀念を打破し總ての債權をして一樣に法律の保護を受けしめ此制裁の伴はさる債權の存在を許さす。債務者の不履行より生する第一の制裁は債權者をして裁判所に强制履行を求むることを得せしむるにあり。第二の制裁は債務者をして不履行より生する損害の賠償を爲さしむるにあり。損害賠償に牽聯して特に遲滯の效力として注意を要する重要の點は債務者か履行を遲滯したる後其履行か天災により不能となりたる場合にあり。此等は皆後の款に於て講究すへき事項なるを以て爰に說明を與へす。

債務者の遲滯に關する條規は大に舊民法其他諸國の法典と趣を異にせり。舊民法第三百三十六條は債務者の遲滯に附せらるゝ場合を規定し、債務の辨濟期に在るときと雖も債權者に於て裁判所に請求を爲し又は合式に催告書を發する等一定の手續を盡したる後に非れは一般に債務者をして不履行の責に任せしむるを得さるものと爲す。此規定に從へは確定期限の到來したる場合若は債務者か不確定期限の到來を確知したる場合に於ても其一事を以て遲滯の責を生せしむる能はす。斯の如き規定は取引の頻繁ならさる時代にては人情に適するものと稱するを得へきも今日の如く進步したる社會に於ては迂遠の誹を免れす。又條理より考ふるも債務に期限を附するの旨趣は單に債權者を拘束して其期限前に請求を爲すことを禁するか爲のみに非す。債務者も亦之を重し其到來を知るときは直に債務を履行するか當然なり。然るを舊法の如く債務者か期限の到來を確知したるに拘らす猶ほ之を遲滯に附する爲督促其他の手續を要すへきものとなすは期限を定めたるの旨趣を輕んし大に債權の效力を減するものといはさる

へからす。現行民法か遲滯に關する舊法の觀念を打破したるは此理由に出つるものと信す。

第二款　債權者の遲滯

債權者の遲滯に關する法則は之を第四百十條に示す其明文に曰く

債權者か債務の履行を受くることを拒み又は之を受くること能はさるときは其債權者は履行の提供ありたるときより遲滯の責に任す

今此條文に基き先つ債權者の遲滯は如何なる要件を具備すへきものなるやを說明し次に其效力如何を探究すへし。

第一　要件

債權者の遲滯には左の要件あり。

一　債務者の爲すへき履行の提供

二　債權者か履行を受くることを拒みたること又は之を受くる能はさりしこと

一　債務者の爲すへき履行の提供

債務者の爲すへき提供は債務の本旨に適せさるものは眞の提供に非す。眞の提供せさるへからす。債務の本旨に適したるものなるを要す。債務の目的以外のものを提供するも履行の提供を爲したるものといふを得す。

甲　債務の目的となりたるものを提供することを要す。

乙　正當の場所に於て提供することを要す。一般にいへは債權の成立以後より其消滅以前なれは何時にても之を爲すことを得へし。但債權者及債務者の利益の爲に期限を定めたる場合に於ては辨濟期以前に於て正當に提供を爲すことを得す。故に債權者に於て之を拒むも遲滯の責に任することなし。

丙　正當の時期に於て提供することを要す。

提供に關する詳細の說明は辨濟に關する講義に讓る。

二　債權者か履行を受くることを拒み又は之を受くる能はさりしこと

債權者は正當に提供せられたる履行を拒むことを得さるものなり。若し之を拒むことを得さる場合に之を拒みたるときは遲滯の責に任せさるへからす。此原則の適用は債權者に過失ある場合と過失なき場合とに依り區別を生するものに非す。即ち債權者か提供せられたる履行を正當なりと信しつゝ之を拒み又は之を不當なりと信すへき正當の理由なくして之を拒むときは勿論債權者か不當なりと信すへき正當の理由ありて拒むときと雖も拒絶の結果として遲滯の責を免るゝことを得す。唯例外は債務者の故意又は過失に因り債權者に錯誤を生したる場合に在り。此場合には債權者を遲滯の責に任せしめて債務者を保護すへき理由なし隨て前に示したる原則を之に適用することを得す。

債權者か正當に提供せられたる履行を受くる能はさる場合に於ても之に遲滯の責を生す。此場合に於ても債權者の過失に因り不能となりたると共過失なくして不能となりたるとを問ふへきものに非す。唯債務者の故意又は過失か不能の原因を成したるときは債務者を保護すへき理由存せさるを以て債權者をして

遲滯の責に任せしむるを得す。

第二　效力

債權者の遲滯より生する效力は之を區別して二と爲すことを得へし。債務者をして不履行の責を免れしむること及債權者に賠償の責任を生すること是れなり。

一　債務者をして不履行の責を免れしむること

債務者か履行の提供を爲すも債權者に於て之を受領せさる間は未た辨濟を完了したるものといふを得す。故に債務者は債務自體を免るゝものに非す。唯債務者は必要なる行爲を完了したるに拘らす履行を遂くる能はさるものなるを以て之を不履行者と爲すを得す。隨つて之をして通常不履行より生する責任を負はしむることなし。前に述ふるか如く通常不履行に伴ふへき制裁は强制履行及損害賠償なり。此制裁は履行を遲滯したる債務者の受くへきものにして正當に提供を爲したる債務者の受くへきものに非す。故に遲滯の責に任する債權者は

債務者に對して強制履行を求め又は之に對し不履行を原由として損害の賠償を請求することを得す。

二　債權者に生すへき賠償の責任

債務者は履行に依り債務を消滅せしむるを得るものなり。若し履行の提供か受領せられさるときは債務を消滅せしむるを得す。而して斯の如く債務の消滅せさるは債權者の行爲に起因するものなれは之か爲債務者に生すへき損失は當然債權者に於て賠償せさるへからす。是れ遲滯の責任に任すへき債權者か債務者に對して負擔すへき積極的の義務なり。一、二の例を擧けて之を說明せんに、特定物の引渡を爲すへき債務者か之を提供したるに債權者に於て之を受領することを拒み又は之を受領すること能はさりしとせんか債務消滅せさるを以て債務者は之を保存せさるへからす。而して之を保存するに付ては費用を要す。此費用は若し提供せられたるとき直に受領せられは債務者に於て支出するに及はさりしものたるや明なり。故に債務者は其費用額を損害賠償として債權者に求むることを得へし。同一の場合に於て若し提供せられたる物か受領せられさりし爲債務者か再ひ之を自己の倉庫に運搬するの已むを得さるに至りたるときは其勞力に對する對價其他之か爲に要したる費用は當然債權者に於て償却するの義務を有す。

第三節　強制履行

債務者か履行を遲滯したる場合に於て債權者か強制履行及損害賠償を求むることを得へきことは前に說明せり。本節に於ては強制履行の本質を明にし次の節に於て損害賠償に付き講述すへし。

強制履行及損害賠償以外に於て強制履行と同一の效果を生すへき賠償方法あり、是れ正確に強制履行と稱すへきものに非すと雖も之と同一の效用を爲すを以て便宜の爲本節に於て之を說明す。

強制履行とは公力に依り強ひて債務の履行を爲さしむるを云ふ。此公力を行

使するの機關は裁判所なり。裁判所は公益に基き特に定めたる場合の外自ら進て一私人と一私人との間に生したる事項は干渉すべきものに非す。債務の履行を強制するか如きは素より私人間の事なり。故に債權者か其保護を求めたるとき始めて之に關與し公力を行使して其權利を完からしむ。

債權者か強制履行を裁判所に求むるには債務者の遲滯にあることを要す。即ち債務者か履行すへき時期に履行せすして之を經過したることを要す。執れの場合に於ても此時期の到來するまては債務者に於て履行せさるも其義務を怠りたるものといふへからす。故に此時期以前に於て裁判所の關與を求むるの權利を生せす。

強制履行は債務の目的たる行爲自體を完了せしむるにありて其對價の給付を強要するものに非す。凡そ對價の給付は常に強制するを得へきものなり。然れとも債務の目的自體を強制するは性質上之を爲し得へきものと性質上之を爲し得さるものとあり。民法は性質上強制履行を爲し得へき場合には總て之を求むることを得へきものと定む。是れ第四百四十一條第一項の明に規定する所なり。本條の前文に從へは債務は強制履行を求め得へきを以て本則と爲し性質上強制履行を爲し得さる場合に於て之を許さゝるのみ。此原則は古來法律家の胸裡に存したる一大誤謬を打破したるものなり。古來の法則を案するに多くは債務者の不履行に伴ふへき制裁を損害賠償に止め強制履行を許さゝるを以て本則とせり。是れ債務者を拘束して履行を強制するは其自由を奪ふを以て條理に於て許すへからさるものと爲したるに起因するものたり。夫れ人の自由は絶對に剝奪を許すへからさるものなりといふを得す。元來債務なるものは法律の規定に依り生すると當事者の意思表示に依り生するとを問はす人の自由の一部を奪ふものなり。若し人の自由か絶對に剝奪すへからさるものとせは債務の成立も亦條理に反するものとして之を禁せさるへからす。既に債務の成立を許す以上は法律上自由を剝奪することを承認するものたり。豈其成立を許して其履行の强制を許さゝるの理あらんや。且夫れ債權債務の關係を創成したる場合に於て當事

者の目的とする利益は其直接の目的の上に存し其對價の上に存せず。故に强制履行を許さゝるは當事者の目的としたる利益を與ふることを拒むと同一にして完全に債權を保護するものといふへからず。民法の定むる所は法律上吾人の享有すへき利益を完からしむるものにして古來西洋の學者か迷信するか如く不當に人の自由を剝奪するものに非す。

以上說明する如く民法に於ては强制履行を請求し得へきを以て原則と爲し唯債務の性質か之を許さゝる場合に於て之を適用せさるのみ。債務の性質か之を許さゝるときは之を求むるも到底其目的を達する能はさるを以て勢ひ他の方法を以て債權者に救濟を與へさるへからす。通常の救濟方法は債務者をして其對價を給付せしむるにあり。然れとも對價を給付せしむるは債權者をして其目的としたる利益を得せしむるものにあらす。故に債權成立の當時に在て目的としたる結果を收めしむへき方法あれは之に依るを相當とす。是れ第四百十四條第二項、第三項の規定を設くる所以なり。

第四百十四條第二項及第三項に規定する所は强制履行に非さるも强制履行と同一の效果を生せしむへき賠償方法なり。此賠償方法は債權の目的か作爲なると不作爲とに依り區別あり。

債權の目的か作爲なる場合に付ての規定は第二項に規定す。其明文に曰く債務の性質か强制履行を許さゝる場合に於て其債務か作爲を目的とするときは債權者は債務者の費用を以て第三者に之を爲さしむることを裁判所に請求することを得、但法律行爲を目的とする債務に付ては裁判を以て債務者の意思表示に代ふることを得

債務は一般は債務者の人に着眼せさるものなり。即ち一般の場合に於ては債務者をして履行せしむるも第三者をして同一の行爲を爲さしむるも其結果に差異を生すへきものに非す。此場合には必すしも債務者をして履行せしめさるも債權者に於て第三者をして同一の行爲を爲さしめたる上債務者をして其費用を負擔せしむるときは債務者をして履行せしめたる同一の利益を收むるこ

とを得へし。是れ債務者をして其負擔する作爲を完了せしむるものに非さるを以て法律上强制履行と稱すへきものに非すして一の賠償方法たり。然れとも其結果たるや强制履行と同しく當初目的としたる利益を債權者に與ふるものにして通常の損害賠償と同一視することを得す。

右述ふる所は一般の場合なり。債權の目的たる作爲は時として債務者自身に於て之を爲すことを要し他人か代りて之を爲すも到底其目的としたる結果を生する能はさることあり。此種類に屬する債務にして强制履行を許さゝるものは損害賠償に依り之を保護するを得るに止まり前項の救濟方法に依ることを得す。例へは畫工をして畫を描かしむるか如き俳優をして演藝せしむるか如き場合是なり。

債權の目的たる作爲か法律行爲なることあり。此場合に於ては債務者に於て其法律行爲の要素たる意思表示を爲すを以て其履行とす。例へは賣買の豫約に於て債務者か賣買契約を締結するの義務を有するとき債務者は賣買を爲すの意思を表示して之を履行すへきものにして之を表示せさる間は未た債務の履行を爲したるものといふへからす。此場合に於て債務者か其意思を表示することを肯せさるとき强ひて之を爲さしむるは不能なり。故に斯の如き債務は性質上强制履行を許さゝるものなり。此場合に若し債權者に許すに普通の損害賠償のみを以てし他に救濟の方法を設けさるときは債權を創成したる目的を貫く能はすして實に不當の結果を生するに至るへし。是れ第四百十四條第二項末段の規定を存する所以なり。此規定に從へは裁判を以て債務者の意思表示に代ふることを得。即ち債權者は裁判所に請求を爲し債務者に其法律行爲を爲すの義務ある旨の判決を得其裁判に依り債務者か意思を表示したると同一の效果を生せしむることを得るものなり。前に示したる例に於て債務者か賣買契約を締結することを肯せさるときは債權者に於て裁判所に訴訟を提起し債務者に賣買契約締結の義務ある旨の判決を受くるときは債務者か意思を表示したと異なることなく完全に賣買契約を成立せしむ。

以上債權の目的か作爲なるときに付き說明せり。債權の目的か不作爲なる場合に付ての規定は第四百十四條第三項に示す。

債權の目的か不作爲なる場合とは債務者か或ことを爲さゝるの義務を負擔するときを指して云ふ。此場合にても强制履行を爲し得へきときは第四百十四條第一項の規定に從ふ。即ち債務者か爲すへからさることを爲さんとするに當り公力に訴へて之を妨ることを得へし。然れとも不作爲か債權の目的たる場合に於ては債務者か何事も爲さゝる間は不履行とならすして或ことを爲すことに着手するや否や不履行となるものなれは債權者か裁判所に救濟を求むるは事後に屬し强制履行の餘地を存せさること多し。此場合に債權者は第四百十四條第三項に從ひ債務者の費用を以て既に爲したるものを除却し且將來の爲に適當の處分を爲さんことを裁判所に求むることを得へし。既に爲したるものを除却するとは債務者か未た爲さゝるときと同一の狀態に復するをいふ。例へは債務者か一定の場所に樹木を植付けさることを約束しなから之を植付けたるとき債權者

に於て債務者の費用を以て之を取り除かしむるか如し。將來の爲に爲すへき適當の處分は裁判所か債權者の利益を保護する爲相當と認むる所のものにして法律を以て之を一定するを得す。債務者か未來に於て其義務を破りたるときの制裁を定むるか如きは其最適切なるものなり。

次節に說明する如く凡そ債務者か任意に債務の本旨に從へる履行を爲さゝりしときは債權者に於て常に之か爲現に生したる損害の賠償を請求することを得。本節に說明したる强制履行其他の强制方法は素より此損害賠償を包含するものに非す。故に本款に示したる救濟權と併せて損害賠償の請求權を實行するを得へきや論を俟たす。是れ第四百十四條末項の明示する所なり。

第四節　損害賠償

第一款　損害賠償の意義

損害とは法律の保護に依り人の當然享有すへき利益を喪失するをいふ。此利

益は金錢に評價し得へきものなるを要せす。無形の利益と雖も之を喪失するときは法律上損害を成す。此利益は財產上のものに限らす。財產權以外の權利に依り吾人は享有すへき利益の喪失も亦損害と稱すへきものなり。例へは所有權を侵害せらるゝは金錢に見積るを得へき財產上の利益を毀損せらるゝものなり。自由を奪はれ身體を害せられ名譽を毀損せらるゝか如きは金錢に見積るへからさる財產以外の利益を失ふものたり。此等の場合に於て喪失したる利益の種類異なるも其喪失は同しく損害と稱すへきものたり。

法律に依り保護せられたる利益を失ふときは之を賠償するの問題を生す。其賠償を稱して損害賠償といふ。損害賠償は損害の原因を成したる人か損害を受けたる人に對して爲すへきものなり。損害賠償は通常金錢を以て之を爲す。然れとも法律の規定若は當事者の意思表示に從ひ他の方法を以て之を爲すことを得。損害賠償の訴權を生する原因は損害を釀成したる人の積極又は消極の行爲なり。廣義に用ゐられたる不法行爲是なり。此原因を大別して二と爲す。第一は民法に所謂不法行爲にして第二は債務の不履行なり。民法に所謂不法行爲は債務の不履行以外に於て人の權利を侵害する行爲をいふ。此場合には侵害を受けたる者と侵害したる者との間に新に一の債務關係を生す。故に不法行爲は特種の債權を發生すへきものとして債權各論中に規定せらる。債務の不履行も亦債權者の當然享有すへき利益を喪失せしむるものにして損害賠償の一原因たり。此場合に於て賠償を求むるの權利及之を爲すの義務は始より債權の內容を組成するものにして不履行の爲に新に獨立したる債權を發生するものに非す。故に債權の效力として總則中に規定せらる。

第二款　損害賠償の原因

債權の效力として生すへき損害賠償の原因は債務者の不履行なり。

不履行に二あり。債務者か履行し得へきに履行せさるとき並に債務者の責に歸すへき事由に因り履行か不能となりたるとき是なり。

債務者か履行し得へきに履行せさる場合に於ては債權者か債務者の遲滯を理由として强制履行を裁判所に請求することを得るを以て原則と爲す。或場合に於て强制履行を爲すも猶ほ任意に履行を受けたるときと同一の利益を收むるを得さることあり。債務者の遲滯に依り債權者に損害を生したるとき是なり。斯の如き場合に於ては强制履行のみに依り債權者の利益を完ふすることを得す。故に債權者に於て强制履行に加へ損害賠償を求むるの權利を有す。又或場合に於ては强制履行を求むるも到底目的としたる利益を完ふするを得さることあり。此場合に於ては强制履行を求めすして損害賠償のみを求むることを得。

債務者の責に歸すへき事由に因り履行か不能となりたる場合に於ても履行を遲滯したる場合と同しく損害賠償を請求することを得。凡そ履行の不能か債權を發生すへき當時に於て既に存したるときは其債權を成立せしめさるや明なり。此場合に於て債務者の故意又は過失に因り不能の行爲を債權の目的と定むるに至りたるときは損害賠償の問題を生す。是れ不法行爲の結果として生すへきも

のにして債權の效力として生すへきものに非す。故に本節に之を規定せす。債權發生の後其目的たる行爲か天災又は債權者の責に歸すへき事由即ち債務者の責に歸すへからさる事由に因り不能となるときは共債權を消滅し何等の義務も殘存せしむることなし。之に反し若し履行の不能か債務者の故意又は過失に起因するときは債務を消滅せしむることなし。此場合に債權は到底履行する能はさる有樣に陷りたるものなるを以て强制履行を爲す能はさるや明なり。然れとも履行の不能を釀成したる債務者は之か爲債權者に生したる損失を賠償させるへからす。

損害賠償の原因となるへき履行不能は直接に債務者の責に歸すへき事由より生することを要せす。履行不能の直接原因は天災なるも若し間接の原因か債務者の責に歸すへき事由なるときは債務者に於て賠償の責任を免るゝ能はす。前示の法則を說明する爲最も適切なる例は履行を不能に至らしめたる天災か債務者の遲滯以後に發生したる場合にあり。此場合に於て天災に因り不能となりた

るの事實か債務者の遲滯に起因することあり。此場合に履行を不能に至らしめたる直接の原因は天災なるも其間接の原因は債務者の遲滯なり。故に一般の原則に從ひ債務者をして賠償の責任を負擔せしむ。屢々法則を應用すべきは債務者か債權者に對し特定物を引渡すへき義務を有する場合なり。特定物か天災に因り滅失し又は毀損したるときは債權者をして其損失を負擔せしむるを原則とす。然れとも若し其滅失又は毀損か債務者の遲滯以後に在るときは此原則を絕對に適用するを得す。若し正當の時期に引渡を了りたれは其天災に罹ることなかりしとせんか其滅失又は毀損は間接に債務者の遲滯より生するものなり。故に其損失は債務者の負擔に歸し之に賠償の責任を生す。之に反し若し正當の時期に引渡を了るも尙其天災を免るゝこと能はさりしこと明確なれは其滅失又は毀損は債務者の遲滯に起因するものといふを得す。故に債務者か滅失又は毀損より生する損失を賠償するの理由なし。以上述ふる所は損害賠償に關して特に注意を要する事柄にして通常遲滯の效力として說明せらる。

以上債權の效力として生する損害賠償の原因に付き說明する所は民法第四百十五條に之を規定す。

第三款　損害賠償の範圍

前に述ふるか如く債權の效力として生すへき損害賠償の原因は債務者の不履行なり。即ち賠償の責任を生するには不履行か損害の原因にして損害か不履行の結果なることを要す。茲に生すへき問題は不履行と損害との間に原因結果の關係あれは常に賠償の訴權を生すへきや否やにあり。此問題は民法第四百十六條に於て解說す。其明文に曰く

損害賠償の請求は債務の不履行に因りて通常生すへき損害賠償を爲さしむるを以て其目的とす

特別の事情に因りて生したる損害と雖も當事者か其事情を豫見し又は豫見することを得へかりしときは債權者は其賠償を請求することを得

即ち民法は不履行より生する總ての損害に付き責任を生するものと爲さす。第一項の規定に從へは通常生すへき損害のみを賠償せしむるを原則と爲す。通常生すへき損害とは普通の狀態に於て生すへきものをいふ。普通の狀態に於て生すへきとは普通の智能を具ふる人か豫見し得へき場合に外ならす。普通の知能を具ふる人か豫見するを得へきものは如何なる場合と雖も之を賠償せさるへからす。故に通常生すへき損害は假令債務者自身に於て之を豫見せす又豫見する能はさるときと雖も猶ほ賠償の責に任すへきものとす。如何なるものか通常生すへきものなりやは各場合に付き研究すへき問題にして事實論なり。故に原則として其標準を示す能はす。普通の狀態に於て生せさる損害は前項の規定に依り賠償の責を負はしめさるを通則とす。普通の狀態に於て生せさる損害とは特別の事情の存するか爲に生するものをいふ。此場合には債務者に損害賠償の責任を負擔せしめさるを原則とすれとも若し當事者か其事情を豫見したるときは又は豫見することを得へかりしときは猶ほ之か賠償の責に任せさるへからす。

特別の事情あることを豫見したる場合に於ては債務者に於て損害の生することを知りつゝ債務を履行せさるものにして之に賠償の責を負はしむへきや明白なり。豫見し得へき場合は假令債務者豫見せさるも豫見し得へき地位にあるものなれは其豫見せさりしは不注意に外ならす。故に豫見したる場合と同しく賠償の責任を負擔せしむ。

凡そ豫見したること若は豫見し得へかりしことか賠償責任の要件となる場合に於ては其豫見し得へかりしことか賠償責任の原因たる行爲の當時に於て存することを要す。賠償責任の原因たる債務の不履行は責任を生したるときより現實の履行を爲すまて即ち債務者の遲滯に在る間繼續す。故に豫見したること若は豫見し得へきことか此時期の間に存したる場合に非されは賠償の責任を生せす。

前に述ふるか如く第四百六十條第一項は普通の智能を有する人か常に損害の生することを豫見するを得へき場合なり。又第二項前段は當事者か損害の生す

へき特別の事情あることを豫見したるときなり。又其後段は之を豫見することを得へき地位にありたるときなり。此後段の場合に於ても普通の知能を有すへき人を標準と爲すへきは當然なり。故に同一の地位に於て普通人か豫見し得へき場合なれは假令債務者に於て實際豫見すること能はさりしときと雖も賠償の責に任せさるへからす。故に第四百六十四條第一項第二項の規定を概括して左の結論を爲すことを得へし。

債務者と同一の地位に在て普通豫見し得へき損害又は債務者の實際豫見したるものは總て賠償の責任を生す。是れ即ち不履行か損害の近因なるときなり。其以外の場合に總て不履行か損害の遠因を成すものにして賠償の責任を生せす。

我民法の損害賠償は懲罰の意義を包含せす。故に他國の法制に於て實見するか如く損害の實額を超過し懲罰の意義を以て賠償の責任を負はしむることなし。又賠償の目的は常に現實の損害を償はしむるに在りて單に權利を認むるの目的を以て之を科する場合なし。故に或國の法制に於けるか如く所謂名義賠償なるものゝ存在を許さす。之を要するに我民法の損害賠償は實額賠償にして實際生したる損害を償はしむるを以て原則とす。故に一般の場合に於て裁判所は損害の實額を調査し之に相當する賠償を言渡すへきものにして之を增減するを許さす。

不履行より生する損害として賠償すへきものゝ中に債務者の履行すへき目的の對價あり。又債務者の不履行より生する損失あり。債務者か强制履行を求めたるとき若は債務關係を解除したる場合の外賠償として目的の對價を求め得へきは論を俟たす。又債務者の遲滯より生する損失にして第四百十六條の要件に該當するものは孰れの場合を問はす之を請求するを得へし。

賠償額を積算するには何を以てすへきや。原則としては金錢を以て其額を定む。金錢は一般に價格を定むるの標準となるものなれは賠償額に付ても金錢を以てすへきは素より當然なり。此原則は當事者間に別段の意思表示あるときは

之を適用せす。即ち當事者は豫め金錢以外のものを以て賠償を約することを得斯の如き約定あるときは其意思に從ひ金錢を以て之を算定せす(第四百十七條)。

前段述ふるか如く賠償は債務者の不履行に因りて生したる損害の實額に依り其範圍を定むへきを以て原則と爲すも此原則を適用すへからさる場合あり。之を左に揭く

一　債權者に過失あるとき

二　金錢を以て債務の目的と爲したるとき

三　當事者間に於て賠償額を豫定したるとき

第四款以下に於て右三個の場合に付き順次說明を與ふ。

第四款　債權者に過失ある場合に於ける賠償の責任及賠償額の算定

凡そ債務者の責に歸すへき事由に因り生したる損害は債務者をして之を負擔せしめ債權者の責に歸すへき事由に因り生したる損害は債權者をして自ら之を負擔せしむるを以て通則と爲す。債權者若は債務者のみの過失か損害の原因を成すときは過失ある者をして全部を負擔せしむへきを以て別に疑を生せす。唯疑を生するは債權者及債務者共に過失ある場合にあり此場合に於ては雙方の過失か損害の原因を成すものなれは其一人をして全部を負擔せしめす過失の程度に應し之を分擔せしむるを以て原則と爲す。此原則は損害賠償の問題に付き一般に適用せらるゝものにして債務不履行の場合も亦其適用を受く。

債務者の責に歸すへき事由に因り損害の生したる場合に於て債權者の過失か與て其原因を成すときは其過失の程度に依り賠償額に差異を生す。若し債權者の過失か極めて些少なるときは全く過失なき場合と同一視し全部の賠償か債權者の負擔に歸し債務者をして其餘を賠償せしむることあり。若し雙方の過失か相半はするときは各自をして其半額を負擔せしむるを得。債務者の過失を重しとすると

きは之に半額以上の賠償を命し其餘を債權者の損失に歸し債權者の過失を重しとするときは之をして半額以上を負擔せしめ債務者をして其餘を賠償せしむることを得へし。若し損害か主として債權者の過失に起因し債務者の過失か極めて些少なるときは債權者をして其大部分を負擔せしめ極めて小部分の賠償を債務者に命する場合あり。又時としては債權者のみの過失に因り損害を生したるときと同一視し債權者をして其全部を負擔せしめ債務者をして全く賠償の責任を免れしむることあり。

以上述ふるか如く債權者の過失の程度は賠償額の範圍を決し或場合には賠償責任の有無を定む。此過失の程度は法律上一定の標準を以て之を示すことを得さるものにして各場合に於て裁判所の認むる所に依り決すへきものたり。過失の程度に依り生すへき結果の差異に付ても法律を以て其標準を一定するを得す。是れ亦各場合に付き裁判所の職權を以て決すへき事柄に屬す。

前段に說明する所は民法第四百十八條に之を規定す。

第五款　金錢債務に於ける賠償額の算定

民法第四百十九條は金錢債務の不履行より生する損害の賠償に關し特別の規則を明示す。本條第一項の規定する所に依れは金錢債務の不履行に起因する損害賠償は一般に其法定利率に依り其額を定む。即ち給付すへき義務ある金額に對する年五分の利息を以て其賠償額と爲すを以て本則とす。當事者間に約定の利率なきときは常に右の原則を適用す。當事者間に約定の利率あるときと雖も若し其利率か法定利率以下なるときは猶ほ右原則の支配を受けしむ。此原則を適用せさる場合は約定利率か法定利率を超過するときなり。此場合に於ては其約定利率に依り賠償額を算定す。

凡そ債務者か金錢債務の履行を遲滯したるときは債權者に於て其遲滯の繼續する間其利用を妨けらる而して其利用より生する利益は通常之を他人に貸付して得へき利息なり。故に債務者の不履行より生する損害は其利息額にあるを通

常とす。而して利息は法定利率に依り定むるを以て通常と爲すを以て一般に法定の利息に相當すへき額を以て債權者の蒙りたる損害と看做し債權者をして其賠償を爲さしむ。然れとも若し當事者に於て法定の利息より高き利息を約定したるときは寧ろ雙方間に於て約定の利息に相當せるものを以て金錢の利用より生する利益と爲したるものと推定するを得へし。故に此場合に於ては約定の利率に依り賠償額を定むるを允當と爲す。

以上述ふる所は一般の場合に適用すへき推測なり。此推測は事實に反する場合なきに非す。稀には債權者の損害額は之より少きことあり。又時としては大に之を超過することあるへし。然れとも金銀の用途を一々追究して實際の損害額を定むるは頗る煩雜なるを以て法律は特に明文ある場合の外右の推測を應用すへきものと定む。

損害額か第四百十九條第一項に定めたる額より少きは最も稀有の場合なり。故に法律は此方面に於て例外を認めす如何なる場合に於ても此額に相當するた

けの損害を生すへきものと推定するを以て債權者は常に其證明を爲さすして之を請求することを得(第四百十九條第二項)。

損害實額の右に定めたる額を超過すへき場合は實際に於て屢々生し得へきも法律は特に明文ある場合の外之を請求することを許さす。故に法律を以て利息額以外の損害を賠償すへきことを規定したる場合に該當せさるときは債權者に於て之に超過したる損害ありしことを證明するも無益なり。

不可抗力に因り履行不能となりたるとき又は之か爲履行を遲滯したるときは債務者に賠償の責任を負擔せしめさるを以て原則とす。故に一般の場合に於て債務者は不可抗力を以て債權者の請求に對する抗辯と爲すことを得。然るに金錢なるものは孰れの所に於ても流通すへきものにして相當の利息を支拂ふときは常に調達するを得へきものなり。故に履行の困難は生し得へきも不可抗力に因り不能となるへき場合なし。故に金錢債務の不履行を原由として賠償の請求を受くるときは不可抗力を以て之に對する抗辯と爲すを得す(第四百十九條第二

項後段)。

第六款　賠償額の豫定

當事者間に約定なき場合に於て債務者の不履行より生する損害に對する賠償額は前三款に於て說明したる法則に依り之を定む。此等の法則は素より公益に基き定められたるものに非す。故に當事者か別段の意思を表示するときは其意思に從ふへきや論を俟たす。即ち當事者か豫め合意して不履行より生する損害に對する賠償額を定めたるときは其額に從ひ前に述へたる法則を適用せす。賠償額の豫定は債權の發生と同時に之を爲すことあり。又以後に於て之を爲すことあり。孰れの場合に於ても一の契約として完全に當事者を拘束す。故に債務者に不履行の責あるときは如何なる事情あるに拘らす其額を給付せさるへからす。又裁判所か約束の效力を變更するを得さるは明白なるを以て如何なる狀況あるを問はす當事者の豫定したる額を增減することを得す(第四百二十條)。

賠償額の豫定は舊民法の所謂過怠約款なるものに該當す。過怠約款に付ては從來種々の立法例あり。或は損害の實額の多少に依り其增減を許すものあり。或は其額の著しく不當なるとき增減を許すものあり。或は實際損害の生せさるときは之を履行するを要せすとするものあり。凡そ契約の自由は近世法律の大原則なり。苟も公益を害せす風俗を紊さゝる以上は如何なる事項と雖も契約の目的と爲すことを得へし。損害の賠償は實額に依るへしとは敢て公益に基く規定に非す豈當事者の意思に反して之を適用するの理あらんや。右に揭くる立法例の如く裁判所に於て當事者の約定したる事項を變更することを許すは故なく契約の效力を減し意思の自由を剝奪するものといふへし。此故に現行法は過怠約款に關しても當事者の意思に依ることゝし從來行はれたる觀念を打破したり。

抑も損害額の豫定は債務の不履行を前提として一定の給付を爲すの約束なり。故に其基本たる債務にして無效なるときは此約束も亦無效なり。又其基本たる

債務か取消さるゝときは此約束も當然其效力を失ふ。又其基本たる債務か債務者の責に歸すへからさる事由に因り不能となるときは債務は當然消滅し不履行の問題を生せさるを以て賠償額を定めたる約束も隨つて其效力を失ふ。基本たる債務の效力を失ふに拘らす猶ほ給付を爲すへき約束は賠償額の約定に非すして獨立したる契約なり。例へは天災に因り履行か不能となりたるとき之に代ふるに金錢の支拂を以てすへきことを約するは賠償額の豫定に非すして履行の不能を條件としたる一の獨立契約なり。

賠償額の豫定は之に定めたる給付を以て債務の履行に代ふるものと解釋すへき場合あり。當事者か斯の如き意思を表示したるときは勿論之を明言せさるも當時の事情に依り明に斯の如き意思ありしことを推定し得へきときは斯く判斷せさるへからす。例へは豫定したる賠償額か債務の目的の價格を超過する場合の如きは其內に債務の目的の對價と遲滯より生する損害とを包含せしめたるものと解し得へきを以て賠償額の支拂は債務の履行に代はるものと斷定すること

を得へし。斯の如き場合に於ては債權者は强制履行を求むることを得す。又不履行を理由として債務關係を解除することを得す。然れとも當事者か前上の如き意思を以て賠償額を豫定したるものと認むへからさるときは之を以て債務の履行に代へたるものと推定せす。故に債權者は常に賠償と併せて强制履行又は解除を請求することを得へし(第四百二十條第二項)。

賠償額の豫定に牽聯して違約金に關する問題を生す。違約金を給付するの約束は賠償額の豫定なることあり。又不履行を原因として一定の金額を給付すへき獨立の契約なることあり。後の場合に於て不履行に對する一の懲罰にして目的の對價又は損害の賠償として之を支拂ふへきものに非す。故に債權者は强制履行並に損害の賠償と併せて之を請求することを得へし。斯の如き意思を以て違約金を約するは履行を確保するの目的に出つるものにして屢々生し得へき事柄なり。或は之を無效なりと唱ふるものあれとも屢々說明するか如く故なく契約の自由を制限するは近世の法律意思と牴觸す故に當事者か斯の如き意思を表

示するときは之に效力を與へさるへからす。斯の如く獨立の契約に依り懲罰の意味を以て違約金を定むるは素より有效なり。然れとも決して之を推測すへきものに非す。即ち當事者か斯の如き意思なりしこと明ならさる以上は違約金を以て獨立の約束と爲さすして賠償額の豫定と推測す。故に一般の場合に於て違約金以外に損害の賠償を求むるの權利を生することなし(第四百二十條第二項)。

以上賠償額の豫定に付き規定する所は金錢を以て其額を定めたるときと金錢以外のものを以て之を定めたる場合とに依り差異を生するものに非す。當事者は一般に金錢を以て賠償額を定むるものなれとも時として金錢以外の物品を以て賠償することを約することあり。又物の給付以外の行爲を爲して賠償すへきことを定むることあり。孰れの場合に於ても前段に說明したる法則に從はしむ(第四百二十一條)。

第七款　債務者の代位

債權者か損害賠償として債務の目的の對價の全部を得たるときは更に其履行を求むるを得す。故に債權者か債務者より二重の利得を受くへき場合なきや明なり。然れとも債務者に對する權利の消滅したるの故を以て債權者か債權の目的物に對して有する權利も共に消滅するものに非す。故に別段の規定なけれは債權者に於て債務者より全部の賠償を受けたるに拘らす此權利を行使することを得るものと爲し唯債權者か實物と對價とを併せて收得するの結果を生するを以て不當利得の原則に基き更に其對價を債務者に償還するの責任を生するに止まるものと爲さゝるへからす。然るに法律は單純に不當利得の原則に依り債務者を保護するを以て足れりとせす債權の目的たる物又は權利の價格の全部を賠償したる債務者は其物又は權利に付き當然債權者に代位するものと定む。即ち全部の賠償を受けたる債權者をして自ら其物を回復し又は其權利を行使することを得せしめす債務者をして全部の賠償を爲すと共に其物又は權利に付き債權者の地位に代らしむ。故に其物か第三者の手にあるときは債務者に於て之を自

已に取戻すことを得。又其權利に依り他人に請求し得へきことあれは債務者に於て之を實行することを得。例へは債務者の過失の爲に債權者の所有物品か第三者の橫領する所となり債務者か損害賠償として其物品の全部の價格を債權者に支拂ひたりとせは債權者は其物品を橫領者より取戻すの權利を債務者に拋棄したるものと爲し債務者をして債權者の有したる所有權に基き橫領せられたる物品の取戻を請求することを得せしむ。又債權者か第三者に對して百圓の請求權を有したる場合に債務者の過失の爲に之を實行するの時期を失し之を收受する能はさりしより債務者をして全額の賠償を爲さしめたりとせんか債務者は債權者の有したる權利に基き右金額の支拂を第三者に請求するを得るも債權者自ら斯の如き請求を爲すを得す(第四百二十二條)。

第五節　履行の確保

債務か履行せられさる場合に於て債權者か强制履行若は損害賠償を求むるの權利を有することは前第二節に說明するか如し。債權の債權たる所以は實に此等の訴權存するか爲なり。然れとも此訴權のみにては未た債權の效力を全からしむることを得す。此等の訴權は之を實行すへき當時に於て滿足するを得へからさる狀態にあることあり。即ち時としては履行か全く不能の有樣にあることあり。此場合には强制履行を爲さんと欲するも能はす。時としては債務者の資力なき爲履行か事實上困難なることあり。此場合に於て强制履行又は損害賠償の訴權を行ふも其實益を收むる能はす。故に單に訴權を與へて履行を確保するの途を與へさるときは債權を有名無實と爲すの恐あり。履行を確保するは則ち債權を保全する所以にして債權の效力として之を法律に規定す。

履行の確保は當事者間の契約に基くものあり。法律の規定に基くものあり。法律の規定に基くものあり。一般の場合に共通すへきものあり。本款に述ふる所は法律の規定に依り一般の場合に共通すへきものに限る。

法律の規定に依り一般の場合に共通すへき履行の確保左の如し。

一　債權者をして債務者に屬する權利を行使することを得せしむ

二　債權者をして債務者の爲したる詐害行爲を取消すことを得せしむ

右に示したる履行の確保に付き順次說明を與ふ。

第一款　債務者に關する權利の行使(間接訴權)

債務者の享有する權利は或程度に於て債務の履行を確保すへきものなり。債務者か自己に屬する權利を行使せさるか爲に直に履行を不能に至らしむることあり。又之を不確實ならしむることあり。例へは權利を行使せさる爲に債權の目的物を喪失せは履行を不能ならしめ又之か爲或程度を超えて其財產を減少するときは履行を不確實ならしめ强制履行若は損害賠償訴權の目的を達する能はさるに至るへし。

一般の場合に於て自己の權利を行使せさるは自己の損失を招くに止まるを以

て之に放任して可なり否之に放任せさるへからす。然れとも之か爲に其債務の履行を不能に至らしめ又は之を不確實ならしむるときは間接に損失を債權者に及ほす。故に債權者をして自己の權利を防衞する爲債務者に屬する權利を行使し債務者の懈怠の爲債權の履行を不能又は不確實に至らしむるを妨くることを得せしむ。例へは債務者か第三者より買受けたる不動產を債權者に讓渡すことを約したるとき若し債務者か自己と第三者間との賣買を登記することを怠るに於ては第三者より他人に之を讓渡し債務者をして其不動產を喪失せしめ以て債務の履行を不能ならしむるの虞あり。故に債權者は債務者に屬する權利の行使として其登記を請求することを得へし。又債務者か第三者に對して金錢上の債權を有する場合に其履行の請求を怠る爲に其債權を時效に罹らしめ全く之を喪失するか又は或事由に因り之より生する現實の利益を收むる能はさるに至り遂に自己の財產を減少し其債務の履行を不確實ならしむることあり。斯の如き場合に於て債權者は債務者に代り第三者に對して請求を爲し自己の債權を保全す

ることを得へし。

債權者か自己の債權を保全する爲債務者の權利の行使として第三者に對し請求を爲す場合に於て其請求を受くへき第三者を第三債務者といふ。債權者か自己の債權を保全する爲債務者に屬する權利の行使として第三者に對して訴求することを稱して間接の訴といひ其訴權を稱して間接訴權といふ。

債權者か自己の債權を保全する爲債務者に屬する權利を行使し得ることは一般の原則なり。此原則には一つの例外あり。其權利か債務者の一身に專屬する權利とは債務者其人の有することを要件とする場合是なり。債務者の一身に專屬する權利は債權者か其地位に代ることを許さざるものなり。斯の如き權利は債權者か其債權を保全する目的を以てする場合に於ても債務者に代つて之を行使することを得す。

債權者か自己の債權を保全する爲債務者の權利を行使するには如何なる手續を要するや。之に關する規定は債務の辨濟期にある場合と否とに依りて區別あり。

債務か既に辨濟期にあるときは債權者は直に請求を爲して履行を受くるの權利を有す。既に履行を受くることを得るの地位に在れは之と共に履行を確保する爲法律に定めたる適當なる手段を行ふことを得るものと爲さゝるへからす。故に此場合に於ては別に裁判所をして其當否を審査せしむるの手續を要せすして債權者をして債權保全の爲債務者に屬する權利の行使を爲すことを得せしむ。債務の辨濟期か未た到來せさるときは債權者に於て直に履行を請求するの權利を有せす。未た履行を請求するを得へき地位に在らさる者は正當に債權を保全するの必要を認めたる後に非されは他人の權利に干涉するを許さす。故に此場合に於ては債權者か裁判所に請求して其許可を受けたる後始めて債務者に屬する權利を行ふことを得るものと定む。裁判上の代位に關する手續は非訟事件の手續法に詳なり。

右の規定は一般の權利の行使に適用すへき原則なり。此原則は保存行爲に適

用すへきものに非す。保存行爲は事體急速を要する場合多きか故に裁判所に請求して其許可を受けしむることを要するときは其目的を達する能はさるの恐あり。又事體簡單にして之か爲に債務者に害を及ほすの恐なし。故に此場合には裁判上の代位に依るを要せさるものと定む。

第二款　詐害行爲の取消(廢罷訴權)

債務者か債權者を害することを知りて法律行爲を爲したるときは債權者に於て其取消を裁判所に請求することを得。

債務者か債權者を害することを知りて爲したる法律行爲を稱して詐害行爲といひ其取消を稱して詐害行爲の廢罷といひ債權者か其取消を裁判所へ求むるの權利を稱して廢罷訴權といふ。

第一　廢罷訴權の要件

廢罷訴權を行ふには左の前提を必要とす。

一　取消すへき法律行爲の成立か債權者を害すること

二　債務者の故意

三　法律行爲の相手方若は轉得者の故意

四　取消すへき法律行爲の財產權に關するものなること

今列記の要件を左に說明す。

一　取消すへき法律行爲の成立か債權者を害すること

詐害行爲は其成立に依り債務の履行を不能に至らしめ又は之を不確實ならしむるものたるを要す。例へは債務者か賣渡を約したる家屋若は地所を其賣買登記を爲す以前に他人に贈與し其贈與の登記を爲すときは債權の履行を不能ならしむ。又債務者か自己の財產を減少すへき契約を取結ひ其全債務を辨濟するの資力を失ふときは履行を不確實ならしむ。斯の如く履行を不能に至らしめ又は之を不確實ならしむるものは共有償たると無償たるとを問はす詐害行爲たることを得へきものなり。斯の如き結果を生せさるものは債權者を害することなきを

以て廢罷訴權の原因となることを得さるや明なり。

二　債務者の故意

債務者は法律行爲を成立せしむるの結果債務の履行を不能に至らしめ又は之を不確實ならしむることを知りて爲すことを要す。債務者の故意は法律行爲を爲すの一事を以て當然推測すへきものに非す。是れ即ち法律行爲の性質と之を爲す當時に於ける事情より推定すへきものにして取消を求むる者に於て之を明確ならしむるを要す。例へは債務者か其動產を拋棄し又は無償にて其不動產を他人に讓與し債務者を辨濟するに足るへき資產を殘留せさることを明にせは債務者に於て其結果債權者を害することを知りたるものと認めて可なるも若し之か爲債務者をして辨濟の資力を失ふに至らしむへき狀況の存することを明にする能はさるときは法律行爲か無償なりとして直に債務者に故意ありしものと推定するを得す。

三　相手方若は轉得者の故意

法律行爲に依り直接又は間接に利益を得たるものなきときは其取消の結果を債務者以外の人に及ほすことなし。故に債務者に故意あれは直に其法律行爲を取消すことを得へし。然れとも其法律行爲に依り直接又は間接に利益を得たるものあるときは之に對しても取消の結果を及ほさゝれは債權を保全するの效を生せす。法律行爲に依り直接に利益を受くへきものは其相手方なり。法文に所謂法律行爲に依り利益を受けたる者是なり。間接に利益を受くる者は相手方より法律行爲の目的物を移轉せられたる者なり。法文に所謂轉得者是なり。法律行爲に相手方ある場合に債務者のみに對して取消の效力を及ほし相手方に對して之を及ほさゝるときは相手方は其收受したる目的物を失はす又轉得者ある場合に債務者のみに對し又は債務者及其相手方のみに對して取消を爲すも轉得者は目的物に對して得たる權利を剝奪せらるゝことなし。故に孰れの場合に於ても債權者の取消に依り債權保全の效用を全からしむるを得す。若し之を全からしめんと欲せは相手方若は轉得者に對しても取消の效力を及ほさゝるへからす。

相手方若は轉得者に對して取消の效力を及ほすには其相手方若は轉得者に故意あることを要す。即ち相手方は法律行爲の當時に於て債權を害するの結果を生すべきことを知りたること又轉得者は其轉得の當時に其事を知りたることを必要と爲す。

相手方か債權者を害すへきことを知りたるとき之に對して法律行爲の取消を爲すを得へきことは論を俟たす。又相手方及轉得者か共に之を知りたるとき轉得者に對して取消を爲し得へきことも明白なり。若し相手方か之を知らすして轉得者か轉得の當時之を知りたる時如何なる結果を生すへきや。此場合に相手方は廢罷訴權に遭遇することなきは當然なり。轉得者は如何、法文には相手方又は轉得者か云々とあり相手方は知らさるも轉得者に惡意あるときは之に對して取消の結果を及ほすを得へきは法文の解釋上明白なり。

四　取消すへき法律行爲か財產權に關するものなること

此取消權は總ての法律行爲に適用するを得るものに非す。財產權以外の事項を目的とする法律行爲にして債權者を詐害すへきものあり。親族に關する法律行爲是なり。例へは養子緣組、隱居の承認、家督相續の承認等に依り債權の履行を不確實ならしむることあり。此等の場合に於ては本款の規定に依り廢罷訴權を行ふことを得す。債權保全の目的を以て親族關係に變更を及ほすこと不當なればなり。此等の場合に於て債權者を保護するの規定は親族編及相續編中に掲く。

第二　廢罷の效力

廢罷は總則の取消と同しく初めより其法律行爲を無效ならしむるの效力を生す。此效力は廢罷訴權を實行したる債權者のみの利益の爲に生するものに非すして總ての債權者は平等に利益を受く。例へは一の不動產讓渡を取消せは其不動產は原狀に復せられて債務者の財產となり總ての債權者は各自の有する債權の額に應し其不動產の賣得金よりして辨濟を受くることを得るものにして取消を爲したる債權者のみに此利益を享受せしむるものに非す。

第三　取消の方法

總則の取消は相手方に對する意思表示に依り其效力を生するも廢罷は然らず裁判所に請求して裁判を受くるに非されは其效力を生せず。

第四　時效

廢罷訴權も他の權利と同しく時效に依り消滅す。即ち一定の期間債權者か之を行はさるときは之を時效に罹らしむ。其期間は二年にして債權者か取消の原因を覺知したる時を起算點とす。又行爲の時より起算して二十年を經過したるときは債權者取消の原因を覺知せさるときと雖も時效に依り之を消滅せしむ。換言せは原因覺知の時より起算して二年と行爲の時より起算して二十年とを比較し早きに從はしむ。

第四章　多數當事者の債權

當事者か多數なるときは單純に前章の原則を適用して其間の關係を定むることを得す。債權者債務者間の關係に付き規定を要する事項あり。又債權者相互の關係並に債務者相互の關係に付き規定を要する事項あり。仍て總則中多數當事者の債權に關する一節を設け此等の事項に付き一般の例規を示す。

本章に於ては先つ多數當事者の債權に適用すへき一般の原則を示し次に法律の規定債權の性質又は當事者の意思表示に依り定まるへき各種の特例を示す。

第一節　總則

債權者又は債務者二人以上なるときは各自の門に債權債務を分割するを以て原則と爲す。即ち各債權者は他の債權者と獨立して債權の一部を享有し各債務者は他の債務者と獨立して債務の一部を負擔す。

債權者の權利並に債務者の義務を分割するは債權者相互の間の關係並に債務者相互の間の關係に付てのみいふへきものに非す。債權債務の分割は債權者と債務者との關係に於ても多數當事者の債權を支配すへき原則たり。故に原則としては各債權者は其持分のみを債務者に對して請求することを得,各債務者は其

負擔部分のみを履行するを以て足る。即ち各債權者と各債務者との關係は相互に獨立したるものにして表面上一個の債務あるか如くなるも實は債權者及債務者の數に相當する數多の債權債務を成立せしむるものなり。

各債權者並に各債務者は如何なる割合を以て權利を有し又義務を負ふやは當事者の意思表示を以て隨意に之を定むることを得へし。然れとも當事者か意思表示に依り之を定めさるときは平等に之を分割すへきものと爲す(第四百二十七條)。

舊民法に於ては右の如く各債權者か自己の部分以外に請求することを得す又各債務者か自己の負擔部分以外に履行するを要せさる債務關係を稱して連合義務と稱す。

債權債務を平等に分割するの原則は債權者間の關係並に債務者間の關係に於ては一切の債權に適用すへきものなり。故に不可分債務に於ても連帶債務に於ても別段の意思表示なき以上は多數の當事者か有すへき持分並に負擔部分は平

等なり。然れとも債權者と債務者との關係に於ては債務の性質上一般の原則に依るへからさる場合あり。法律の規定若は當事者の意思表示に依り一般の原則を適用すへからさる特種の關係を創成することあり。其最重要なるものは債權の目的か不可分なる場合數人か連帶して義務を負ふ場合及主たる債務者の傍に從たる債務を負擔する保證人ある場合なり。次節以下は此の三種の債務に付き規定を設く此れ以外に當事者の意思表示を以て如何なる關係を創成するも隨意なり。然れとも實際に行はるゝこと甚た稀なるを以て一々之を想像して說明を與ふるの必要を見す。唯私法の原則として明に斯の如き意思ありしことを認め得へき場合には常に之に效力を與ふへきものなることを忘れされは可なり。

第二節　連帶債務

第一款　連帶債務の性質

廣義に連帶の文字を解するときは多數の債權者又は債務者ある場合に於て各債權者か債務者に對する自己の權利に依り全部の履行を請求することを得、各債務者か債權者に對する自己の義務として全部の履行を爲すへきを云ふ。

右述ふる所に依り連帶に二種あることを知るへし。債權者に存する連帶及債務者に存する連帶是なり。前者は之を働方連帶と稱し後者は之を受方連帶と稱す。我民法は受方連帶即ち連帶債務のみに付き法文を設け働方連帶即ち連帶債權に關しては規定を示さす。蓋し當事者の意思表示を以て働方連帶を約することは素より隨意なれとも我國の習慣に於て實際之を約することは極めて稀なるを以て特に之に關する法則を設くるの要を見されはなり。

從來の學說に依れは廣義の連帶を分ちて完全の連帶及不完全の連帶と爲す。完全の連帶債務とは債務者間に代理の關係あるものをいひ、不完全の連帶債務とは斯の如き關係の存せさるものをいふ。舊民法に於ては完全の連帶債務を連帶債務と稱し不完全の連帶債務を全部義務と稱す。現行民法に於ける連帶債務は全部義務に非す。然れとも舊民法の連帶債務とも異なれり。現行法の連帶債務は舊法の如く債務者間の代理關係の存することを要素と爲さす。或程度に於て債務者の一人に對して生したる效力を他の債務者に及ほすことを以て其本質と爲すもそは當事者間に存する代理關係の結果に非すして債權者並に債務者間に公平を保つ爲特に連帶債務の效力として規定したる結果又は債權の性質より當然生する結果に外ならす。

現行法は舊法に所謂全部義務なるものに付ては別に規定を設けす。然れとも敢て法律上其存在を認めさるの謂に非す。法律上數人か別に連帶の關係を生せすして各債務の全部を負擔すへき場合なり。此等は舊法の全部義務に該當すへきものにして連帶債務に存する總ての效力を與ふることなきも或點に於て連帶債務と共通の性質を有するを以て之より生する效力は連帶の場合と同しく當然之に附隨すへきものたり。

連帶債務に於て債務を履行すへき當事者は各獨立して債權者に對す。然れと

も履行すへき目的は同一なり。故に多數の當事者に對して唯一の目的あり決して當事者の數に相當する債務の目的ありといふへからす。凡そ原因か唯一にして債權者及債務者も各唯一なるときは唯一の目的に依り唯一の債務を成す。然れとも原因か二個以上あるか債務者又は債權者か二人以上あるときは目的の唯一なるの故を以て債務も亦唯一なりと斷定すへからす。予の說に依れは一人の債務者か二個以上の原因に依り同一の目的に付き債務を負ふ場合あり。此場合には目的は唯一なるも債務は二個以上なり。又二人以上の債權者か同一又は異別の原因に依り獨立して同一の目的に付き債權を有することあり。此場合にも目的は唯一なるも債權は二個以上なり。之と同しく二人以上の債權者か獨立して同一の目的に付き債務を負ふときは目的唯一なるも債務は二個以上なりといはさるへからす。此等の場合に於て當事者又は原因の數に相當するたけの債務の數を生せしむるは通常の場合に於て目的の數に相當する債務の數を生すると異なることなし。唯相異なるの點は目的の數多なるか爲に數多の債務あるときは總て債務の全部を履行せさるへからす。即ち二個の債務あれは二個共其全部の履行あり一個の債務の履行に依り二個の債務を消滅せしむるを得す。之に反し目的か一個にして原因又は當事者の多數なるか爲に數多の債務を生するときは唯一なる目的の全部か一度履行せらるれは足る。故に總ての債務の全部を履行するに及はす一個の債務を全部履行すれは當然他の債務を消滅せしむへきものなり。又各債務の一部宛を履行して全部の目的に達すれは各債務の全部を消滅せしむへきものなり。一度履行したる目的を再ひ履行すへからさるは明白なり。目的の唯一なるとき一の債務の履行に依り他の債務を消滅せしめ又一部宛の履行に依り全部を消滅せしむるは是より生する當然の結果にして債務の唯一なると數多なるとの問題には全く關係を有せす。連帶債務は各債務者か債權者に對して各獨立して債務を負ふものなり。故に目的は唯一なるも債務者の數に應して多數の債務を成立せしむるものと斷定せさるへからす。

連帶債務に於て各債務者か全部の債務を負擔するとは債權者に對する關係に

於ていふへきことあり。債務者相互の關係より云へは各自の間に負擔部分あり一人か全部を負擔することあり。數人か之を分つことあり。其負擔部分は各場合に付き同一なるを得さるも反對を推測し得さるときは總則に從ひ平等に分擔すへきものと爲す。

連帶債務に於て各債務者の債務は他の債務の擔保となるものなり。此相互の擔保は連帶債務の性質より當然生すへき結果なり。

右述ふるか如く連帶債務は數人か各獨立して同一の目的に付き義務を負ひ數個の獨立したる債務を成立せしむるものなり。各自の債務か獨立なるより當然左の效果を生す。

一　發生原因たる法律行爲か債務者の一人に對して無效なるも他の債務の有效なるを妨けす。

二　一の債務に存する取消の原因は他の債務に影響を及ほさす。

三　各自の債務は同一の原因を有することを要せす。即ち多數の債務者か異

別の原因に依り義務を負擔するも其間に連帶の存することを妨けす。

四　各自の債務の體樣は同一なることを要せす。即ち一人は條件附にて債務を約し一人は無條件にて之を約し一人は期限附にて之を約し一人は期限を附せすして之を約するも其間に連帶あることを妨けす。

五　各債務は同一の時若は場所に於て之を創設することを要せす。

連帶は原則に對する一の例外なり故に之を推測することを得す。即ち當事者か連帶を約するの意思を明示せさるに連帶債務を創設したるものと推定するは不當なり。又連帶債務を生すへきことを定めたる一の法條より類推して之に適合せさる場合に債務を連帶なりと解することを許さす。

連帶債務の發生原因は法律行爲なることあり他の事實なることあり。連帶債務の發生すへき法律行爲は大部分契約なり遺言に依り之を生することは極めて稀なり。法律行爲以外の事實に因り連帶債務を發生すへき場合は法文に之を規定す數人か不法行爲を爲したるより生する債務の如き皆然り。其他民法商法中

に示したる場合頗る多し宜しく其法文に就て之を研究すへし。

連帶債務に於ける數多の獨立したる債務は各對立する場合あり又一の債務か他に附隨する場合あり。前の場合に於ては總ての債務は各主たる債務にして相互に擔保となる。後の場合に於ては一の債務か他の債務の擔保となり共間に主從の關係を生す。本節に於ては前者に付てのみ說明を與へ後者に付ては保證債務に關する節に於て之か法則を示す。

第二款　連帶債務の效力

連帶債務の效力は債權者と債務者の間に生するものあり。債務者相互の間に生するものあり。

第一　債權者と債務者の間に生する效力

一　債權者の請求及債務者の履行

各債務者は獨立して全部の義務を負擔す故に債權者は其一人に對して全部又は一部の請求を爲すことを得。而して一人に對する請求は敢て他の債務者の義務を消滅するものに非す。故に一人に對して一度請求したる部分と雖も履行を受けさる間は之を他の債務者に對して請求することを得。又連帶債務者は各自同一の目的に付き義務を負ふものなれは同時に總債務者に對して全部又は一部の履行を請求し得へきは勿論なり。而して此場合に於ても各連帶債務者に對して別々に全部又は一部の請求を爲したると同一の效力を生すへきものなり(第四百三十二條)。

二　債務者の一人に付き生したる事項か他の債務者に對して效力を及ほすへき程度

前に述ふるか如く連帶債務は數多の債務より成り各債務者か債權者に對して有する關係は獨立なり。故に連帶債務者の一人に付き生したる事項は他の債務者に對して效力を及ほさゝるを以て一般の例規と爲す。然れとも此原則には債務の性質並に法律の規定より生する制限あり。之を左に說明す。

甲　成立以後消滅以前に於ける事項

成立に關する事項に付ては前款に於て示したる如く一の債務に關する事項は他の債務に影響を及ぼさず。成立以後消滅以前に在ても債務者の一人に付き生したる事項は他の債務者に對して效力を及ぼさゝるを以て原則と爲す。例へは一人に對して期限を變更するも他の債務者は何等の影響をも蒙らす。一人に對して辨濟を猶豫するも他の債務者は其利益を受けす。又一人の承認に因り時效か中斷せらるゝも他の債務者に對して時效の進行を妨けす。

右の原則に對する例外は債權者か債務者の一人に對して履行の請求を爲したる場合なり。即ち債務者の一人に對して爲したる請求は全員に對して之を爲したると同一の效力を有す。

請求の第一の效力は前章に於て說明したるか如く期限を附せさる債務に在ては之を爲したる時より債務者に遲滯の責を生するに在り。若し連帶債務者の一人か請求を受けたるに因り遲滯者となるときは他の連帶債務者も當然遲滯の責

に任せさるへからす。

請求より生する第二の效力は時效の中斷なり。即ち債權者か債務者の一人に對して請求を爲すときは其一人に對してのみならす總債務者に對して時效の完成を妨くるの效力を有す。

右の規定に從へは債務者は往々にして不知の間に遲滯の責に任し又時效を中斷せらるゝの恐あり。是れ連帶債務を約するものゝ豫期せさるへからさることなり。保證債務に付ても同一の規定あり第四節に於て之を說明す。

乙　消滅に關する事項

各債權は獨立して成立することを得ると共に獨立して消滅することを得。例へは數多の債務か異別の解除條件に繫るときは各獨立して條件の到來を待て其效力を失ふ。又各債務に付き共發生原因たる法律行爲の終期か相異なるときは各自の終期か到來したるとき獨立して消滅す。決して一の債務に附したる解除條件又は終期の到來に因り他の債務をも消滅せしむるものに非す。

右の原則には例外あり連帶債務の性質上一の債務に付き生したる消滅原因か當然他の債務を消滅せしむることあり。公平及便宜上の理由に因り一人の債務者に付き生したる消滅原因か他の債務者に對しても效力を生するものと定むることあり。今連帶債務の性質並に法律の規定に基き一の債務に付き生したる消滅原因か他の債務に對して效力を及ほすへき場合を左に掲く。

イ　一の債務の履行は當然他の債務を消滅す

是れ連帶債務の性質より生する效果たり。債務は數多ありと雖も履行すへき目的は同一なり。同一の目的に付き再度の履行あるへき謂れなし。故に債務者の一人か全部又は一部を履行せは其部分に付ては他の債務者に對して履行を求むることを得す。故に連帶債務者の一人の履行は當然他の債務者の義務を消滅せしむるの效力を有す。

右の法則は連帶債務にのみ適用せらるゝものに非す。債務か數個ありて目的か同一なるときは如何なる場合に於ても一の債務の履行に因り他の總ての債務

を消滅せしむ全部義務に於ても然り。予の所謂一人か同一の目的に付き數多の債務を負擔する場合に於ても然り。此結果を以て債務の唯一なるの證と爲すは誤れるの甚しきものなり。

ロ　一人の債務者と債權者との間に爲したる更改は當然他の債務者の債務を消滅せしむ

更改は新なる債務を負ふに因り舊債務を消滅せしむるものなり。單に各債務の獨立別個なるの點より論すれは債務者の一人と債權者との間に爲したる更改は其債務者の債務のみを消滅せしめ他の債務者の債務に影響を及ほさゝるものといはさるへからす。然れとも連帶債務の場合に於て通常債權者か債務者の一人と更改を爲すに當て有する意思は他の債務者を免責して更改を爲したる債務者のみを新債務に依り拘束せんとするに在り。故に法律は一般の場合に於ける當事者の意思に重きを置き前項の如く規定す(第四百三十五條)。

右の場合に於ける更改は素より債權者と債務者の一人との間の約束なり。故

に更改に因り生したる新債務か他の債務者に對して效力を有せさるや明なり。

ハ　連帶債務者の一人か債權者に對して相殺の原因を有する場合に付ての規定

相殺とは債務者か債權者に對して有する債權を以て其債權者に對して負擔する債務の辨濟に充て雙方の債權債務を同時に消滅せしむるを云ふ。後に說明するか如く相殺は法律に限定せられたる場合に當事者か之を援用するに因り始めて效力を生するものなり。今連帶債務者の一人か債權者に對して自己の債務と相殺すへき債權を有するとせん。若し其債務者か之を援用せは當然自己の債務を消滅せしむへきや明なり。他の債務者に對しては如何なる效力を生するや。法律は總債務者の利益の爲に債務を消滅せしむるものと規定す。即ち一人の債務者か相殺を援用したるに因り他の債務者も當然其債務を免るゝものとす。

凡そ相殺は二人互に同種の目的を有する債務を負ふとき雙方の間に行はるゝものにして二人の債務を互に辨濟する代りに同時に之を消滅せしむるものにして其結果は雙方の債權を滿足せしむるの點に於て其正當に履行せられたるときと異なることなし。故に一の債務の履行に因り總債務を消滅せしむると同一の理由に依り一人か相殺を援用するに因り總債務者の債務を消滅せしむるの效力を生す。

原則としては相殺は相殺の原因となるへき債權を有する債務者に非されは之を援用するを得す。然れとも法律は便宜と公平に則り或場合に於ては此原則に例外を認め債務の消滅に利益を有する他の當事者をして之を援用することを得せしむ。連帶債務の場合に於ても此例外の規定を適用し若し債權者に對して相殺の原因となるへき債權を有する債務者か之を援用せさるときは其債務者の負擔部分に付き他の債務者をして之を援用することを得せしむ。其理由は明白なり。連帶債務に於ける各債務者は債權者に對して全部を履行するの義務を負擔するも相互の間に於ては各自の負擔部分を履行するを以て足る。即ち各自の負擔部分以外を履行するは債權者に對しては自己の義務を履行するに外ならさる

も他の債務者に對する關係よりいへは他人の債務を履行することゝなる。今一人の債務者か債權者に對して援用し得へき相殺の原因あるに拘らす之を援用せさるか又は之を援用するを得さる地位に在るときは他の債務者の出捐に依らすして其債務を消滅するの方法あるに拘らす之をして代つて辨濟するの已むを得さるに至らしめ其結果として他の債務者の利益を害し且請求權の重複を招くの恐あり。故に法律は公平と便宜とを保つ爲他の債務者をして相殺の原因を有する債務者の負擔部分に付き共同の免責を得る爲自ら進んて之を援用することを得せしむ。

二　連帶債務者の一人に對して爲したる免除の效力

單に各債務の獨立なる點より論すれは連帶債務者の一人に對して爲したる免除は他の債務者に對して效力を有せさるものと斷定せさるへからす。然れとも法律は斯の如く規定せす。一の債務者に對して爲したる免除は其債務者の負擔部分に付き他の債務者の債務を免除するものとなす。

此法則は便宜と公平に基くものなり。今法律に別段の規定を設けす單に各債務の獨立なることを基礎として斷案を下すときは債權者は免除を受けさる債務者に對して全部の請求を爲し得へく免除を受けたる債務者は其結果として免除を受けたる債務者の負擔部分を辨濟するの已むを得さるに至り之か辨濟を爲すの結果免除を受けたる債務者に對して求償權を行ふことゝなり免除を受けたる債務者は債權者に對して求償權の重複を招くに至るへし。是れ無用に請求權の重複を致すものにして頗る不當なり。今前項に示すか如く總債務者をして免除を受けたる債務者の負擔部分に付き債務を免れしむるものと定むるときは總ての債權者をして免除を受けたる債務者に代つて辨濟するの不利益を免れしめ隨て免除を受けたる債務者と他の債務者との間に債務關係を殘留することを避け同時に債權者と免除を受けたる債務者との間に新なる關係を生することを防止す。是れ一も當事者に損失を釀すことなく一舉して請求權の重複を避くるものにして公平と便宜を保持する爲缺くへからさるの法則たり。

ホ　連帶債務者の一人と債權者との間に生したる混同の效力

債權者と債務者との混同は一般に債務を消滅せしむ。今連帶債務者の一人か債權者を相續したるか如き事實に依り其債務者と債權者との間に混同ありたるときは其債務者の債務は當然消滅す。他の連帶債務者の債務は如何。法律は混同を以て混同したる債務者の辨濟を同一視し債權者に對する關係に於て他の連帶債務者の債務を消滅せしむ。故に混同したる債務者は舊債權者たるの資格に於ては他の連帶債務者に對して債權を有する能はす。唯舊債務者たるの資格に於て之に對して求償權を有するのみ。

蓋し連帶債務者の債務か各獨立別個なりとの原則より單純に論理を貫けは混同したる債務者は混同に因り其債務を消滅せしむると同時に他の連帶債務者に對して債權者の地位を襲ふものと論することを得へし。然れとも斯の如くするときは訴權の輪回を生し立法上宜しきを得す。前段に示したる如く混同を辨濟と同一視するは忌むへき訴權の輪回を防き以て便宜と公平を保たんか爲なり。

今單純に論理を貫き債務者の一人か混同に因り他の連帶債務者に對して債權者の地位を得るものとせんか其債務者は他の連帶債務者に對して債權の全部を請求することを得へし。若し他の連帶債務者か其請求に應して全部を辨濟したりとせは如何。今の債權者か連帶債務者の一人なりしとき負擔部分を有せしとせは辨濟を爲したる債務者は之に對して求償權を行ふを得ることゝせさるへからす。是れ一旦辨濟したるものゝ一部を更に請求するものにして訴權の輪回なり。其他の連帶債務者中に無資力者ありとせんか辨濟を爲したる債務者は其負擔部分に付き求償權を完ふすることを得す。而して其賠償を受けさる部分は後に說明するか如く他の有資力者と分擔すへきものなり。故に當然の結果として元の連帶債務者の一人たりし今の債權者に對して其々分擔すへき部分の賠償を求むることを得へし。是れ亦一旦辨濟したるものゝ返還を求むるに外ならすして再ひ訴權の輪回となる。夫れ訴權の輪回は無用の煩勞を生するは勿論往々不公平の結果を生す。一旦辨濟を受けたるものか辨濟者より取戻を請求せらるゝ

に當り無資力となることあり。此場合には辨濟者は無用の手續を爲したる上不當に損失を被らさるへからす。是れ甚たしく當事者の一方を不利益の地位に陷るゝものにして不公平たるを免れす。

今訴權の輪回を防き公平と便宜を失はさらしむるは混同を以て辨濟と同一の效果を有せしむるにあり。混同を辨濟と爲すときは混同債務者は債權者として他の連帶債務者に對して請求するを得すして單に舊債務者の地位に於て之に對して求償權を行ふことを得るに止まる。故に自己の負擔部分は當然之を請求するを得すして唯他の連帶債務者の負擔部分に付き賠償を受くるに止まる。若し他の連帶債務者中に無資力者あれは有資力の者と負擔部分に應して損失を分つへきものなれは他の有資力の連帶者に對して各自の分擔すへき部分の賠償を求むることを得へし。斯の如くするときは前記の如く請求を輪回せしめて始めて達し得へき結果を簡明に收むるを得ると同時に訴權の輪回に伴ふへき不公平の結果を免るゝことを得へきなり。

へ　連帶債務者の一人に對して時效か完成したる場合

連帶債務に於ける數多の債務は前に說明するか如く必しも同時に發生せす又其辨濟期にも異同あり。故に時效は必すしも各債務に付き同時に完成するものに非す。發生の時も辨濟期も同一なりとするも時效の中斷は債權者の請求に依るものゝ外必すしも全員に對して效力を有せさるを以て一人に對して時效か完成するも他の人に對して完成せさることあり。

今一人に對してのみ時效か完成したるとき他の債務には何等の影響を及ほさゝるや。單に論理を貫けは時效の完成したる債務のみを消滅せしめ他の債務は全部繼續するものといはさるへからす。然れとも法律は斯の如き不條理なる規定を設けす。第四百三十九條に依れは連帶債務者の一人の爲に時效か完成するときは其債務者の負擔部分に付ては他の債務者も其義務を免るゝことと定む。

今右の規定を設けすして單に論理に拘泥し一人のみに對して時效か完成するも他の債務者に對して影響を及ほさゝるものとせんか債權者は時效に因り免責

を得たる債務者に對して請求することを得さるも他の債務者に對しては全部の請求を爲すを得へし。故に他の債務者は時效に因り責任を免れたる債務者の負擔部分をも辨濟せさるへからす。然るに其債務者は既に時效に因り免責を得たるものなれは辨濟を爲したる債務者に對しても賠償の義務を有せす故に辨濟したる債務者は他人の負擔部分を辨濟して求償するの途を有せさるに至るへし。然るに時效を完成せしめたるものは債權者にして辨濟したる債務者に非す。故に債權者に存する怠慢の結果として怠慢なき債務者に損失を蒙らしむることゝなる。是れ不條理の甚たしきものたり。此に於て法律は時效を完成せしめたる債權者をして其損失を負擔せしめ初めより免責を得たる債務者の負擔部分に付き全く請求權を失はしむ。

三　連帶債務者の破產より生する效力

債務者の一人か破產したるときは債權者は現に有する債權の全部に付き其財團の配當に加入することを得へきは當然なり。未た全部辨濟を受けさるときは全額に付き加入することを得。破產者たると他の債務者たるとを問はす既に一部の辨濟を爲したるときは其部分を控除し殘餘の全額に付き之に加入することを得。他の債務者に對して請求を爲すも未た辨濟を受けさる間は尙全額に付き加入することを得。一人に對する請求は他の人に對する請求を妨けさると同しく其破產財團に加入することも妨けす。同一の理由に依り破產の精算ありたる後全額に相當する比例に依り其財團より辨濟を受けたる後と雖も他の債務者より殘額の辨濟を受くることを得。又破產精算後他の債務者に對し破產か開始したるときは殘額に付き其財團に加入することを得へし。

債務者の全員又は二人以上か破產の宣告を受けたるときは同一の理由に依り未た辨濟を受けさる全額に付き各財團に加入することを得。故に各財團より全額に相當する比例を以て辨濟を受くることを得。例へは債務の額を千圓とし未た一厘も辨濟を受けさりしと假定し甲乙丙の連帶債務者か同時に破產を爲し又は順次に破產を爲すも未た各破產の精算か了らさる間は債權者に於て千圓に付

き各財團に加入し千圓の比例を以て各財團より辨濟を受くることを得。即ち甲の破產財團か精算の末四分の一を償ふことを得は之より二百五十圓を受け乙の財團か半額を償ふを得は之より五百圓を受け丙の財團か十分の一を償ふを得は之より百圓を受くるか如し。

各債務者の義務は債權者に取りては他の債務に對して擔保たるの效用を有するは連帶債務の性質より當然生すへき結果なり。此效力は債務者か破產したるときと雖も消滅すへき理由なし。各財團は全部の債務に付き義務を負ふ故に各財團に對して全部に付き加入し擔保の效用を全からしむるは連帶債務の性質上より當然生すへき結果なり。債權者は債務の全額に付き各財團に加入するを得るも精算の結果金額を超過すへき辨濟を受くるを得さるは明なり。例へは前例に於て甲乙丙の財團か各半額を償ふを得るとせんか債權者の受くへき額は總計千五百圓となり債權額に超ゆること五百圓なり。若し破產管財人に於て此事實を發見せは素より超過額を控除して辨濟すへく若し之を支

拂終りたるとき債權者に於て之を財團に返還せさるへからす。

第二　債務者相互の間に生する效力

一　負擔部分

各連帶債務者は債權者に對して債務の全部に付き義務を負ふ。然れとも債務者各自の間に於て債務の負擔を分つを常とす。即ち債權者に對する關係より論すれは各自全部の義務を負へとも相互の關係より云へは各自の間に負擔部分あり。

此負擔部分は債務者間の特約に依り定まることあり。又債務の成立當時に於ける事情に依り定まることあり。或は一人にて全部を負擔し他に負擔部分なき場合もあるへく或は數人か全部を分擔し他は全く負擔を分たさることあるへく或は各自に負擔部分あるも均一ならさることあるへし。然れとも斯の如く特別の約束又は事情か存せさるときは常に總則に從ひ各平等の割合を以て負擔を分つへきものと爲す。

右の如く負擔部分の存するを以て債務者相互の關係より見れは各自に於ては自己の擔當すへき部分に付き共同の免責を得るの責任あるも他の部分に付き免責を得るの義務なし。若し債權者に對する義務の履行として他の負擔部分に付き免責を得るは他人の債務を消滅せしむるものなり。

二　求償權

凡そ自己の行爲に因り他人に利益を與へ之か爲損失を蒙りたるものは其利益を受けたる他人より賠償を求め得へきことは一般の原則として認めらる。今他人の債務を消滅せしむるは一般に其債務を負擔する者の利益となる。故に他人の債務を消滅せしむるに因り損失を蒙りたる者は其債務を負擔する者に對して求償權を有するを以て原則と爲す。故に連帶債務者の一人か他人の負擔部分を消滅せしむるに因り損失を蒙りたるときは其負擔部分に付き求償を爲し得へきや明なり。

右の法則は第四百四十二條第一項に掲く其明文には連帶債務者の一人か債務を辨濟し其他自己の出捐を以て共同の免責を得たるときは他の債務者に對し各自の負擔部分に付き求償權を有すとあり。所謂共同の免責を得るとは債務者に對して自己か他の債務者と共に債務を免るゝを云ふ。辨濟其他自己の出捐に依りてとは有償に債務を消滅せしむるの謂なり。辨濟以外に有償に債務を消滅せしむるの方法は更改、相殺、和解等なり。今辨濟其他の方法に依り共同免責を得たる範圍か自己の負擔部分を超過せは自己の損失に因り他の債務者を利す。故に自己の負擔部分を超過したる部分に付き他の債務者に對して求償權を得せしむ。而して他の債務者は債務者間の關係より云へは其負擔部分に付き免責を受けたる限度に於て利益を受たるものなれは其範圍に於て賠償を爲すへきものとす。

三　求償の範圍

他人の利益の爲に或行爲を爲し損失を蒙りたる者は其利益を受けたるものに對して求償權を有するは前上の如し。他人の利益の爲に行爲を爲すものは任意に之を爲す場合あり他人の委託を受けて之を爲す場合あり。前の場合に於ては

事務管理の原則に從ひ他人の受けたる利益の點より觀察して求償權の範圍を定むへきものなり。故に賠償は行爲者の損失の全部に及はさることあり。後の場合には行爲者の損失の點より觀察して求償權の範圍を定むへきものなり。故に行爲者か其行爲を爲すに當り過失なくして受けたる損失は委任者の利益とならさるも尙賠償することを要す。

連帶債務者か他人の負擔部分に對して辨濟其他自己の出捐を以て免責を得るは其利益を受くへき人と相互に共同して負擔する義務に基き爲すものにして任意に他人の爲に行爲を爲すものに非す。故に法律は事務管理の原則に依り求償權の範圍を定めす委任の場合と同しく其蒙りたる損失を標準として其範圍を決す。

今通常他人の負擔部分に付き辨濟其他自己の出捐を以て免責を得たる債務者の損失となるへきものを擧くれは左の如し。

一　辨濟其他出捐の元本

二　辨濟其他の方法に依り免責を得たる日よりの法定利息

三　免責に付き要したる費用

四　其他の損害

辨濟其他出捐の元本か損失の主たる部分たることは明白なり。其法定利息は嘗て債務の效力に於て論したるか如く金錢債務の不履行より當然生すへき損害と推定せらるゝを以て常に損失に基き範圍を定むへき求償權の內に包含すへきは當然なり。費用は避くへからさるものと必しも支出するに及はさるものとあり。前者は損失を償ふ點より觀察すれは之を求償の範圍內に置くへきは當然なり。後者を支出するは他人の爲に行爲を爲すものゝ過失なり。故に之を求償の範圍內に入るゝことを得す。例へは遠隔の地にありて支拂ふへき金錢を送付する爲に支出したる爲換料之に辨濟の目的たる物品を送る爲に要したる運送賃の如きは避くへからさる費用なり。之に反して數百里を隔てたる債權者に金錢を辨濟する爲其所在地に旅行を爲したる費用の如きは不必要の費用にして賠償の

目的とならす。其他の損害とは右に列記した以外に免責を得る債務者か過失なくして受けたる損害にして債權の效力に於て說明したる要件を具備するものをいふ。

四　求償者の過失か求償權に及ほす影響

求償權を有する者に過失なきときは假令他の債務者に利益なきも尙前上の範圍に於て之を行ふことを得へし。然れとも其過失の爲他の債務者か現に全部又は一部の利益を受くる能はさりしときは其受くる能はさりし程度に於て求償の範圍を減縮するを以て法則と爲す。其場合二あり(第四百四十三條)。

甲　連帶債務者の一人か債權者より請求を受けたることを他の債務者に通知せすして辨濟を爲し其他自己の出捐を以て共同の免責を得たるとき

連帶債務者の一人か債權者より請求を受けたるときは他の連帶債務者に其事を通知して對抗の事由を申述する機會を與へさるへからす。

若し之か通知を爲さす隨て他の債務者に對抗の事由ありや否やを確めすして

辨濟其他自己の出捐を以て共同の免責を得たるに當り他の債務者か債權者に對して對抗の事由を有せしとせは如何。此場合に債權者に對して對抗の事由を有せしものは免責を得たる債務者の怠慢の爲に之を申述する能はさりし所なり。尙之に對して全部の求償を爲し得へきものとせは怠慢なき者の損失に依り怠慢者の損失を償ふと同一なり。故に此場合に於て法律は債權者に對して有したる對抗の事由は求償者に對しても效力を有するものと爲す。即ち請求を受けたることを通知せすして免責を得たる債務者か他の債務者に對して求償を行はんとするに當り求償を求められたる者は債權者に對して履行を拒むことを得へき範圍內に於て其負擔部分に付き賠償の履行を拒むことを得へし。

對抗の事由は種々あり。孰れの場合に於ても辨濟其他の方法に依り免責を得たる債務者は其範圍內に於て不當利得を理由として債權者に對して求償を爲し得へきや論を俟たす。

相殺か對抗の事由なりし場合に付ては法律に特別の規定あり。免責を得たる