

和仏法律学校講義録

梅, 謙次郎

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

1

(号 / Number)

号外の22

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

63

(発行年 / Year)

1902-09-23

和佛法律學校
講義錄

第 壹 部

號外之貳拾貳

民法原理
總論

則權 (自三五至
四七四) 法學博士梅

謙次郎



○稟告

三十三年度講義錄中第一部ハ未タ完結ニ至ラス
諸君ノ豫望ニ背クコト尠カラズ存候實ハ本號所
載民法原理(債權總則)ノ起草、校訂等ニ非常ニ日時
ヲ要シタルニ由ルコトニ御座候ヘハ御諒察被下
度候尙ホ殘部ハ追テ發行致シ日ナラス完了可致
候此段稟告致候也

三十五年九月

和佛法律學校編輯局

090
1900
1-2-22

ニ對シテ請求スルカ如キハ極メテ稀ナル場合ニ於テハ所謂債權保全ノ爲メナ
ルコトアルヘシト雖モ通常債權保全ノ爲メ必要ナリト謂フコトヲ得ス蓋シ委
任ノ結果債務者ノ財産増殖スルヤモ知ルヘカラスト雖モ是レ頗ル間接ノ結果
ニ屬シ受任者カ委任事項ヲ履行セサルカ爲メニ債權者ノ債權ヲ危クスルモノ
ト謂フコトヲ得サレムナリ
第二條件 債務者ノ一身ニ專屬セサル權利ナルコトヲ要ス
ノ承繼人ニ及ハサル權利トシテ掲ケタルモノハ皆一身ニ專屬スル權利ニシテ
債權者カ代リ行フコトヲ得サルモノナリ例ヘハ扶養ノ權利ノ如キ是ナリ蓋シ
債務者カ扶養權利者ナル場合ニ於テ債權者カ債務者ニ代リテ其權利ヲ行フコ
トヲ得ハ自己ノ債權ヲ保全スル上ニ於テ甚タ便利ナルコト固ヨリ言フヲ俟タ
サルモ若シ此ノ如クモハ債務者ハ之カ爲メニ餓死スルニ至ルヤモ知ルヘカラ
ス故ニ總令債權ヲ保全スルニ付キ有益ナルモ債權者ハ此等ノ權利ヲ代リ行フ
コトヲ得サルモノトセリ
間接訴權ヲ行フニ付テハ通常右二箇ノ條件ヲ具備スレバ可ナルモ若シ債權者

期限未定に於て債權ノ行使ハ其ノ條件ヲ要ス即チ裁判上ノ地位是才也非
 訟事件手續法第七二條以下參照蓋シ期限到來以前ニ於テハ債權者ハ債務者ヲ
 度外ニ措キ其權利ヲ代行フハ甚ク大早計ト謂フヘク債權者ヲシテ自由ニ之
 ヲ行ハシムルキニアラス唯裁判所ニ於テ調査ヲ爲シタル上特ニ必要アリト認
 メタルトキニ於テ之ヲ許スヘキノミ非訟事件手續法第七二條而シテ其認定ハ
 裁判所ノ自由ノ判斷ニ在ルモノトス但保存行為ナルモノハ性質上速ニ行ハセ
 レハ損失ヲ醸スヘク隨テ債權保全ノ爲メニ必要ナルコト明カナリ即チ前ニ述
 ヘタル時効中斷若クハ登記ノ如キ是ナリ此ノ如キ行為ハ一日遅延スルハ忽チ
 其權利ヲ失フニ至ルキモ測ルヘカラサルモノナルカ故ニ裁判上ノ地位ヲ埃チ
 ス直チニ之ヲ行フコトヲ得ヘシ又保存行為ハ修繕等ヲモ含ムモノト信ス
 以上ヲ以テ間接訴權ヲ説キ了レリ之ヨリ進ミテ廢罷訴權ニ付キ説明セシム
 (二) 取消訴權廢罷訴權
 茲ニ取消訴權又ハ廢罷訴權ト稱スルハ羅馬法ニ「ボウリヤナ」アクシヨト稱スル
 モリニシテ羅馬法ニ於テハ不法行為ノ一場合ニ屬シ夙ニ此訴權ヲ認メタリ蓋

シ此訴權ノ生スル場合ハ固ヨリ不法行為ノ場合ニ相違ナキモ此不法行為タル
 ヤ債權者ノ權利ヲ害スル點ニ於テ不法行為ト爲ルモノナルヲ以テ彼ノ犯罪者
 クハ準犯罪ト稱スル所ノ不法行為トハ自ラ其趣ヲ異ニシ今日ヨリ之ヲ觀レバ
 寧ロ債權ノ效力ノ一ナリト爲スラ穩當トス蓋シ債權ナルモノハ原則トシテ債
 權者ト債務者トノ間ニ於テハ其效力ヲ生スルモノナルモ此ボウリヤナア
 シ即チ廢罷訴權ノ場合ニ於テハ其效力第三者ニマテ及フモノナリ此ノ如キ
 訴權ヲ認メタル趣旨ハ我邦ノ民法ニ於テハ不法行為ニ因リテ他人ニ損害ヲ加
 フヘカラストノ原則ノミヨリ流出セルモノナリ其條件效力等ニ至リテハ順次
 下ニ之ヲ説明スヘシト雖モ先ツ一例ヲ舉ケンニ甲カ乙ニ金錢ヲ貸與シタリ然
 ルニ乙ハ資力ニ乏シク一朝強制執行ニ遭ハンカ其財產全部ヲ舉ケテ債務ノ辨
 濟ニ供シ以テ總ニ其債務ヲ免ルルニ足ルト假定セシニ此場合ニ於テ乙以爲テ
 予ハ今若干ノ不動産ヲ所有セリ然ルニ此不動産ハ畢竟債權者ノ爲メニ賣却セ
 ラルヘク隨テ予ハ無一物ノ人ト爲ルヘシ如カ夫今ノ時ニ當リ速ニ之ヲ丙ニ賣
 却シ其代價ヲ懐ニシテ他ノ財產ハ總テ債權者ノ爲メニ委棄シ以テ破産者トハ

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

右ニ述ヘタル所ハ第三者即チ丙カ惡意即チ債權者ヲ害スヘキ行爲ナルコトヲ知リテ爲シタル場合ナリ然ルニ若シ乙丙間ノ法律行爲カ賣買ノ如キ有償行爲ニアラスシテ贈與等ノ無償行爲ナルトキハ如何羅馬法佛蘭西法我舊民法等ニ在リテハ此場合ニハ縱令丙カ善意ナルトキト雖モ其取得シタルモノヲ返還スヘキモノトセリ羅馬法佛蘭西法及ヒ我舊民法カ此場合ニ於テ取消ヲ許ス理由ハ全ク不當利得ニ由ルモノトセリ即チ此場合ニ於テハ丙ハ惡意ナク又必スシモ過失アリト謂フヘカラス然レトモ丙ハ素ト無償ニテ其財産ヲ得之ニ因リテ他人ノ權利即チ甲ナル債權者ノ權利カ害セラレタルモノナリ而シテ乙ハ現ニ債權者ノ權利ヲ害スルノ意思ヲ以テ之ヲ爲シ丙ハ之ニ因リテ利得ヲ爲スハ是レ即チ他人ヲ害シテ自己ヲ利スルモノナルカ故ニ不當利得ナリト云フニ在リ我新民法ニ於テハ不行爲ニ因ラサル利得ノ場合ニ於テハ取消ヲ許ナス他クマテモ第三者ニ不行爲アル場合ニ限リテ取消ヲ許スノ主義ヲ採レリ其理由ハ後ニ至リテ詳説スヘシ之ヲ要スルニ此場合ハ不行爲ノ場合ナリト雖モ普通ノ不行爲トハ其趣ヲ異ニシ債權ノ效力カ第三者ニ及フノ結果法律行爲カ

取消ナルモノナルカ故ニ唯リ原因ニ於テ異ナルノミナラス結果ニ於テモ亦其制裁ヲ異ニセリ隨テ普通ノ不法行為ヲ以テ論スベカラサルナリ此取消權ニ付テハ種種ノ沿革アリテ各國ノ立法例區區ニ宜リ學說モ亦一定モスト雖モ一茲ニ之ヲ説明スルノ暇ナキカ故ニ主トシテ新民法ノ規定ニ就キ其重大ナル問題ヲ舉ケ他ノ學說ノ批評ヲ加ヘテ之ヲ説明セント欲ス今此取消權ヲ三段ニ分チ(甲)廢罷訴權ノ條件(乙)廢罷訴權ノ效力(丙)廢罷訴權ノ消滅ト爲シテ説明セシム

(甲) 廢罷訴權ノ條件

廢罷訴權ニ付テハ新民法ハ四箇ノ條件ヲ必要トセリ其中三箇ハ實質上ノ條件ニシテ他ノ一箇ハ形式上ノ條件ナリ第一條件ハ債權者ヲ害スヘキモノナラサルヘカラス 債權者ヲ害スヘキ法律行為ニアラザレハ廢罷訴權ノ目的タルコト能ハス然ラハ債權者ヲ害スルトハ如何之ニ付テハ舊民法ノ如キハ特ニ場合ヲ限定シタルカ如シ即チ財産編第三百四十條ニ於テ右ニ反シ債權者ハ其債務者カ第三者ニ對シ承諾

シタル義務拋棄又ハ讓渡ニ付キ其損害ヲ受ク但債權者ノ權利ヲ詐害スル行為ハ此限ニ在ラス債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ自己ノ財産ヲ減シ又ハ自己ノ債務ヲ増シタルトキハ之ヲ詐害ノ行為トス下規定シ第一項但書ノ詐害行為ノ場合ノミハ債權者ヲ害セサルコトト定メ而シテ債務者ヲ害スルコトヲ知リテ自己ノ財産ヲ減シ又ハ債務ヲ増スモノハ次條ニ於テ廢罷訴權ト名ケ之ニ依リテ其行為ヲ取消スコトヲ得ヘキモノトシタリ此第三百四十條ノ解釋ニ付テハ多少不明ナル點アルモ之ヲ一覽セハ廢罷訴權ノ極メテ普通ナル場合ヲ想像シタルモノノ如シ而シテ普通ノ場合トハ債務者カ現在ハ無實力ニアラスシテ總ニ自己ノ債務ヲ辨濟スルノ財産ヲ有スルモ或法律行為ノ爲メニ其財産ノ全部又ハ一部ヲ失ヒ其結果債權者カ完全ナル辨濟ヲ受タルコトヲ得サルニ至リタルトキ即チ債務者カ無實力ト爲リタル場合又ハ債務者カ既ニ無實力ニシテ到底各債權者ニ對シテ完全ナル辨濟ヲ爲スコト能ハサル場合例ヘハ現在一萬圓ノ財産アリ而シテ二萬圓ノ負債アレハ之ヲ各債權者ニ分ツトキハ各半額ノ辨濟ヲ得ヘシ然ルニ若シ債務者カ五千圓ノ價格アル財産ヲ失フトキハ

幾額五千圓ト爲ルヘキカ故ニ各債權者ハ僅ニ四分ノ一ヲ辨濟ニアラサレハ受
 クルコトヲ得サルニ至リ債權者ハ大ニ損害ヲ被ルヘシ而シテ此ノ如キ場合ハ
 舊民法財産編第三百四十條ニ所謂自己ノ財産ヲ減シテル文字中ニ包含スヘシ
 又債務者カ自己ノ財産ヲ以テシテ到底完全ナル辨濟ヲ爲シ能ハサルコトヲ
 知リナカラ他人ヨリ金錢ヲ借リタル場合例ヘハ債務者カ貸主ト通謀シテ一萬
 圓ノ證書ヲ作成シ而シテ實際五千圓ヲ受取り更ニ高率ノ利息ヲ附シ縱令強制
 執行ニ遭フモ右證書面ノ金額即チ一萬圓ニ對シテ辨濟ヲ受クシテ隨テ金額ヲ
 辨濟ヲ得レハ五千圓ノ利益ヲ得セシメ或ハ債務者ノ財産カ債務總額ノ十分ヲ
 七ヲ辨濟シ得ル場合ニ於テ一萬圓ノ證書ニ對シテ五千圓ヲ受取りナカラ七分
 圓ヲ得セシメ二千圓ノ利益ヲ貸主ニ與フルカ如キ場合ハ同條ニ所謂自己ノ債
 務ヲ増シタル場合ニ屬スルモノニシテ即チ詐害行爲ナリ此ノ如ク新ニ金錢ヲ
 借入ルルカ如キ場合ニ於テハ事實上困難ナル問題ヲ生スルコト多ク而シテ通
 常ノ詐害行爲ノ外ニ純然タル詐欺ヲ存スルモノナルカ故ニ其範圍内ニ於テハ
 法律行爲成立セズ即チ前例ノ場合ニ於テ實際一萬圓ヲ借入レタルニ之ヲ借入

レタルカ如ク駭フモノナルヲ以テ其事實ヲ證明スルコトヲ得レハ債務ハ存在
 セサルコトト爲ルヘシト雖モ之ヲ證明スルハ實際甚タ困難ナル問題ニ屬ス
 右ノ如キ場合ハ舊民法財産編第三百四十條第二項ニ包含スルコト疑ナキモ其
 他ノ場合ニシテ果シテ之ニ包含セラルルヤ否ヤ例ヘハ債務者カ債權者ニ對シ
 或特定物ノ上ニ或權利ヲ設定スルノ義務ヲ負ヘル場合例ヘハ自己ノ土地ニ地
 上權ノ設定、賃貸又ハ使用貸等ヲ爲シタル場合ニ於テハ少クトモ債權債務ノ關
 係成立スルモノナリ而シテ特定物ノ所有者タル債務者カ特ニ其債權者ヲ害ス
 ルコトヲ知り若クハ害スル意思ヲ以テ其契約ノ履行前ニ他ニ賣却シタル場合
 ノ如キハ右第三百四十條ノ適用ヲ受クヘキモノナルヤ否ヤ動産ニ付キ單ニ債
 權ヲ生スル場合即チ賃貸借若クハ使用貸借ノ如ク債權ノミヲ生スル場合モ亦
 同シ此等ノ場合ニ於テ若シ買主カ賣主及ヒ其債權者ノ契約ヲ知りテ之ヲ買ヒ
 タル場合ハ如何ト云フニ場合ニ依リテハ「財産ヲ減シ又ハ「債務ヲ増ス」ナル文字
 ニハ包含セサルヘシ固ヨリ特定物ノ所有權ヲ失フハ財産ヲ減スルニ似タリト
 雖モ之ヲ相當ノ代價ヲ以テ賣却セキ之ニ對スル金錢ヲ得ヘキカ故ニ債務者カ

有資力者ナル場合ニ於テハ未ダ其財産ヲ減シタリト謂フコトヲ得ス然レモ其債權者ヲ害スル點ニ至リテハ雖ナキ所ナリ何トナレハ債權者ヲ得ルコト欲シタル權利ヲ得ルコト能ハサルニ至レハナリ此場合ニ於テモ廢罷訴權ヲ適用スルカ曰ク之ヲ區別セザルヘカラス不動産上ノ物權又ハ貸借權ヲ設立ス場合ニ於テ初ノ債權者カ登記ヲ爲スマテハ其權利ヲ第三者ニ對抗スルコト能ハサルカ故ニ廢罷訴權ナシト雖モ其他ノ場合ニ於テハ廢罷訴權アリト謂フナルヘカラス新民法ハ廣キ文字ヲ用ヒタルヲ以テ予以此ノ如キ行爲ヲ含ムモノト信ス尙ホ此點ハ次ニ論スベシトモ尙ホ他ノ點ニ於テ缺點アリ同條ニハ債務者カ自己ノ財産ヲ減シタルトキトアレトモ相當ノ代價ヲ以テ不動産ヲ買却シタル場合ニハ不動産ヲ金錢ニ換ヘタルマテニテ財産ヲ減シタルモノト謂フコトヲ得ス然ルニ此場合ニ於テ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得ストモ此制度ノ效能ハ殆ト其過半ヲ減スルニ至ルヘシ廢罷訴權ニ付テハ實際其目的物カ不動産ナレ場合ニアラサレハ殆ト問題ト爲ラス又其最モ頻繁ニ起ルハ賣買及ヒ贈與ニ因ル場

合ナリトス蓋シ不動産ヲ買却シタル場合ニ於テハ其代價ハ一旦債務者ノ財産ト爲ルヲ以テ財産ノ總額ヨリ之ヲ言ヘハ敢テ増減ナキモ不動産ニ寄存スレハ債權者ハ之ヲ差押ヘ之ニ依リテ辨濟ヲ受タルコトヲ得ルニ反シ金錢ハ債務者ノ手ヲ離レ易キモノナルヲ以テ債權者ヨリ之ヲ觀レハ恰モ財産トシテ存セサルニ等シ隨テ此廢罷訴權ヲ行フコトヲ得サルヘカラス是レ舊民法ノ趣旨ニ於テモ亦認メタル所ナルヘシトモ唯茲ニ注意スヘキハ不動産ヲ賣却シテ未ダ其代價ノ支拂ヲ受ケス面シテ其買價カ相當代價ヲ以テシタルモノナル場合ニ於テハ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得サルコト是ナリ蓋シ債權者ハ買主ニ對シテ債務者ノ債權ヲ差押ヘ其代價ヲ自己ニ支拂ハシムルトキハ損害ヲ被ラサルヲ以テ債權者ヲ害スルト謂フコトヲ得サレハナリ故ニ廢罷訴權ノ目的タルヘキ賣買ハ既ニ現金ヲ支拂ヒタルトモ若クハ不相當ノ廉價ヲ以テ之ヲ賣却シタルトキニ限ルモノト知ルヘシトモ尙ホ一ノ注意スヘキハ予ノ解釋ニ據レハ新民法ノ規定ハ最モ廣クシテ尙モ債權者ヲ害スルモノナレハ第一ノ條件ヲ充タヌモノト爲リ其結果特定物ニ關ス

債權ニ付テハ債務者カ十分實力ヲ有スルモ仍ホ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得ヘキコト是ナリ唯物權ニ關シテハ登記又ハ引渡ナルモノカ法律上ノ條件ナルヲ故ニ經令債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル行爲ナルモ廢罷訴權ニ依リテ之ヲ取消スコトヲ得サル場合多キニ第一七七條第一七八條凡ソ物權ノ得喪又ハ變更ニ付テハ不動産ニ關シテハ登記動産ニ關シテハ引渡アルマテハ第三者ヨリ之ヲ觀レハ未タ成立セサルモノナルカ故ニ法律行爲ノ性質カ直チニ權利ヲ生セシメ又ハ權利ヲ移轉セシムル如キモノナルトキハ登記又ハ引渡アルマテハ第三者ハ未タ之ヲ成立セサルモノト看ルコトヲ得ヘシ故ニ例ヘハ乙カ甲ニ自己所有ノ不動産ヲ賣却シ其登記ヲ經サル前ニ乙ハ甲ヲ害スヘキコトヲ知リテ更ニ之ヲ丙ニ賣却シ丙ハ直チニ登記ヲ爲シタル場合ニ於テ丙カ惡意ナルトキ即チ其不動産ハ既ニ甲ニ賣却セラレタルモノナルコトヲ知ルトキニ於テモ其賣買ハ丙ノ眼ヨリ觀レハ未タ成立セサルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ廢罷訴權ノ適用ヲ受クヘキモノニアラス隨テ實際此訴權ノ適用ヲ受クヘキ場合ハ舊民法ノ規定セル如ク債務者カ或法律行爲ニ因リテ自己ノ財産ヲ減シ

又ハ自己ノ債務ヲ増シタルトキヲ最モ多シトス申す可キ也
 第二條件 債務者ノ惡意ナルコトヲ要ス 債務者カ其法律行爲ニ因リテ債權者ヲ害スルコトヲ知ラスシテ爲シタルトキ即チ自己ノ財産ヲ十分ニ調査セスシテ不動産ヲ賣却シタル場合ノ如キハ廢罷訴權ノ適用ヲ受クルコトナキモ債務者カ債權者ヲ害スヘキコトヲ知リナカラ之ヲ賣却シタルトキハ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得ヘシ其理由ハ若シ此ノ如ク規定セザレハ法律行爲ハ安全ニ行ハルルコトヲ得ス即チ債務者ハ常ニ先ツ自己ノ財産目錄ヲ調製シタル後ニアラサレハ法律行爲ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルヘケレハナリ此條件ハ各國ノ法律皆必要トセル所ニシテ新民法ニ於テハ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタルトキ言ヘルカ故ニ取消權ヲ行ハントスル者ハ債務者ノ惡意ナリシコトヲ證明セサルヘカラス是レ實際困難ナル事ニ屬スト雖モ復タ已ムヲ得サルナリ
 第三條件 其法律行爲ノ相手方又ハ轉得者ノ惡意ナルコト即チ其行爲カ債權者ヲ害スヘキコトヲ知レルコトヲ要ス 有債行爲ニ付テハ惡意ヲ必要トスルコト古來認メラレタル所ナルカ故ニ疑ナキモ無債行爲ニ付テハ羅馬法及ヒ佛

蘭西法系ノ諸國ニ於テハ惡意ヲ必要トセサル例多シ其理由ハ前ニ述ヘタル如ク不當利得ノ原則ヲ以テ説明スルモノニシテ一見理アルニ似タリ即チ其理由トスル所ハ有償行為ノ場合ニ於テハ善意ニテ取得シタル者ハ相當ノ代價ヲ支出スルモノナルカ故ニ之ヲ返還セシムルコトヲ得サルモ無償ニテ取得シタル場合ニ於テハ債權者ヲシテ之ヲ取戻スコトヲ得セシメサレハ債權者ハ非常ニ損害ヲ被ルヘシ債權者ニ損害ヲ被ラシムルト第三者ヲシテ無償ニテ受ケタル物ヲ返還セシムルト孰レヲ取ルヘキカト云ヘハ損害ヲ被ルヘキ者ヲ保護シテ利益ヲ得ントスル者ヲ舍クハ是レ公平ヲ得タルモノナリト云フニ在リ然レトモ予ハ法律上有償行為ト無償行為トノ間ニ此ノ如キ差別アルモノト認ムルコトヲ得ス夫レ賣買又ハ交換ニ因リテ甲カ乙ニ或不動産ヲ與ヘ乙カ甲ニ對シテ金錢ヲ支拂ヒ若クハ或物ヲ與ヘタルトキハ固ヨリ明カニ有償ナルモ乙カ甲ニ或物ヲ贈與シタルニ甲ハ其謝禮トシテ乙ニ或物ヲ贈與シタリト假定センニ前ノ例ニ於ケル甲カ乙ニ與ヘタル不動産ニ對シテ乙カ或物ヲ甲ニ與ヘタルトモモ擇フ所ナシ蓋シ新民法ニ於テハ一ノ法律行為中當事者ノ一方ノミカ利益ヲ

受ケ他ノ一方ハ毫モ利益ヲ受ケサルトキハ是レ即チ無償行為ナリ然ルニ當事者ノ意思ニ在リテハ全ク贈與ヲ爲スニアラスシテ交換若クハ賣買等ヲ爲スノ意思ナリシトセンニ若シ其法律行為ヲ二段トシ二通ノ契約證書ヲ作成シ一通ニハ甲カ乙ニ或不動産ノ所有權ヲ移轉スルコトヲ記シ他ノ一通ニハ乙カ甲ニ金錢若クハ或物ヲ與フルコトヲ記シアリトセハ法律上獨立セル二箇ノ無償行為ノ成立セルモノト看サルヘカラス然レトモ當事者ノ意思ヨリ之ヲ言ヘハ固ヨリ賣買若クハ交換ノ場合ト異ナルコトナシ此等ノ點ニ依リテ之ヲ觀レハ有償行為ナルトキハ之ヲ取消サハ取得者カ損害ヲ被リ無償行為ナルトキハ之ヲ取消スモ損害ヲ生セスト謂フコトヲ得サルヘシ有償行為ノ場合ニ於テモ對價カ相當ナルトキコソ此議論モ多少理由アルニ似タリト雖モ若シ取得者カ廉價ニ買入レタル場合即チ一萬圓ノ價格アル物ヲ五千圓ニテ買入レ若クハ五千圓ノ物ヲ與ヘテ之ト交換シタル場合ニ於テハ現ニ五千圓ノ利益ヲ得タルモノナリ然ルニ此場合ニ於テモ有償行為ナルカ故ニ其取得者ニ惡意アルニアラザレバ取消スコトヲ得サルモノトシ之ニ反シテ單ニ五千圓ノ價格アル物ヲ贈與シ

タル場合ニハ無償行為ナルカ故ニ取得者ノ善意惡意ヲ問ハス之ヲ取消スコトヲ得ト云フハ豈ニ不公平ノ至ナラスヤ一步ヲ進ミテ之ヲ論スレハ取得ノ原因ノ無償ナルト有償ナルトヲ問ハス苟モ法律ヲ認メタル方法ニ依リテ取得シタル以上ハ決シテ其得タル權利ニ差異アルヘキモノニアラス即チ無償ニテ取得シタル所有權モ有償ニテ取得シタル所有權モ所有權ノ保護ノ上ニ差異アルヘキ理ナシ唯原因ノ適法ナルコトヲ要スルノミ故ニ有償行為ト無償行為トニ因リテ其效力ヲ異ニスルモナトスルノ誤ナルコトハ近世ノ學者ノ漸ク認ムルニ至リタル所ニシテ我新民法ニ於テモ概シテ有償行為ト無償行為トノ間ニ區別ヲ設ケサルノ主義ヲ採リ廢罷訴權ニ付テモ亦之ヲ認メタリ隨テ贈與ナルモ賣買ナルモ將タ交換ナルモ同シク相手方カ惡意ナルトキニアラサレハ之ヲ取消スコトヲ得ス但此惡意ハ債權者ヨリ之ヲ證明スルコトヲ要セス寧ロ法律ハ其惡意ヲ推定シタルモノナリト云フモ可ナリ第四二四條故ニ債權者ハ債務者ノ惡意タニ之ヲ證明スレハ訴訟上一應自己ノ責任ヲ了リタルモノナリ是ヲ以テ第三者ハ善意即チ法律行為カ債權者ヲ害スルコトヲ知ラザリシコトヲ立證ス

ルニアラサレハ廢罷訴權ヲ斥クルコトヲ得サルモノトス是レ畢竟實際ノ狀態ヲ斟酌シテ規定シタルモノニシテ惡意ヲ證明スルハ事實ニ於テ甚タ困難ナルヲ以テナリ固ヨリ債務者ニ付テノ惡意ノ證明モ困難ノ點ニ異ナル所ナシト雖モ之ヲモ證明ヲ要セスト云ハハ債權者ハ濫ニ廢罷訴權ヲ提起スルニ至ルヲ以テ債務者ノ惡意ノミハ之ヲ證明スルコトヲ要スト爲シタルモ第三者ノ惡意マタヲモ證明スルニアラサレハ其請求カ成立タストセハ廢罷訴權ヲ與ヘタルノ效用ハ竟ニ見ルコトヲ得サルニ至ルヘシ而シテ實際ニ於テハ廢罷訴權ノ適用アル場合ニハ大抵第三者ハ事實ヲ知レルモノニシテ唯證據ヲ舉タルコトヲ難シトスルノミ故ニ法律ハ此場合ニ於テ債權者ヲ保護スル目的ヲ以テ第三者ノ惡意ハ證明スルニ及ハサルモ第三者ハ却テ善意ヲ證明ヲ爲ササルヘカラストセリ是レ純然タル理論ヨリ出テタルモノニアラスシテ實際ノ便利問題ナリ但主義トシテハ第三者ノ惡意タルコトヲ認メタルモノト謂ハサルヘカラス茲ニ第三者ト云ヒテ勉メテ沉博ナル語ヲ使用シタリ所謂第三者トハ常ニ法律行為ノ相手方ナリヤト云クニ必スシモ然ラス固ヨリ通常ノ場合ニ於テハ法律

行為ノ相手方ナリト謂スコトヲ得ヘシ例ハ買賣或ハ贈與ニ於テハ太抵此法律行為ニ因リテ利益ヲ受クル者ハ相手方ナリ然レトモ時トシテハ第三者ノ利益ヲ爲メニスル契約ナルモノアリ例ヘハ甲カ乙ト有償又ハ無償ノ契約ヲ結ビ乙ヲシテ丙ニ或財產ヲ與ヘシムル場合ニ於テ丙カ其利益ヲ受ク然レトモ上ヲ承諾シタルトキハ權利ハ直チニ丙ニ生スヘシ是レ契約ノ總則ニ講義ニ於テ說明アルヘキ所ナリ此場合ニ於テハ法律行為ノ相手方ハ甲ナルモ惡意ノ問題ハ甲ニ存セスシテ丙ニ在リ即チ丙カ惡意ナルニアラサレハ其法律行為ハ取消ス可クヲ得ス又轉得者ナル者アルコトアリ所謂轉得者トハ即チ債務者タル甲ト相手方タル乙トノ間ニ於ケル契約其他ノ法律行為ニ因リ乙カ一旦所有權ヲ得タルモ更ニ丙ナル者ニ之ヲ讓渡シタル場合ニ於テ債務者ノ財產タリシモノニ債權現ニ利益ヲ受クル者ハ丙ナリ此場合ニ於テ轉得者ニ對シテ法律行為ヲ取消スニアラサレハ債權者ノ目的ヲ達スルコト能ハス此點モ各國ノ法律又ハ學說ニ於テ大ニ其主義ヲ異ニセル所ニシテ舊民法ハ財產編第三百四十二條第二項ニ於テ讓渡ニ對スル廢罷訴權ハ有償又ハ無償ノ轉得者カ最初ノ取得者ト約束

スルニ當リ債權者ニ加ヘタル詐害ヲ知リタルトキニ非サレハ其轉得者ニ對シテ之ヲ行フコトヲ得ス下規定シ直接ノ受益者相手方カ現ニ取得シタル財產ヲ有スル間ハ有償行為ニ因リテ得タルト無償行為ニ因リテ得タルトヲ區別シテ無償行為ニ因リテ取得シタルトキハ善意ナル場合ニ於テモ取消スコトヲ得ルモノトシ轉得者ニ對シテハ縱令無償ニテ取得シタルトキト雖モ惡意アルニアラサレハ取消スコトヲ得セリ而シテ其理由ハ轉得者ハ直接ニ取得シタル者ニアラサルニ之ニ對シテ此取消權ヲ行ハシムルハ酷ニ失スルヲ以テ條件ヲ重クセリト云フノ外ナシト信ス然レトモ予ノ見解ヲ以テスレハ縱令財產ノ現所有者ハ何人タルヲ問ハス法律行為ノ取消ニ付テハ條件ヲ同シクセサルヘカラス即チ現所有者カ有償又ハ無償ニテ得タルハ恰モ初ノ契約ニ因リテ利益ヲ受クル者カ有償又ハ無償ニテ得タルト同シカラサルヘカラサルモノト信ス舊民法ノ如ク初ノ相手方ニ付テ有償無償ヲ區別スルニ要アリトセハ轉得者ニ付テモ亦同シク之ヲ區別スルニアラサレハ依理ヲ貫徹セルモノト謂フコトヲ得

新民法ニ於テハ既ニ第一次ノ取得者ニ付テ有償無償ノ區別ヲ爲ササルカ故ニ
 轉得者ニ付テモ亦之カ區別ヲ設ケス此點ハ條理ヲ貫徹シタルモノト謂ハサル
 ヘカラス即チ初ノ買主若クハ受贈者カ惡意ニシテ又其者ヨリ買受ケ若クハ貰
 受ケタル轉得者モ惡意ナルトキハ債權者ハ此兩者ニ對シテ取消權ヲ行フコト
 ヲ得ヘシ唯實際ニ於テハ初ノ買主又ハ受贈者ハ現ニ財產ヲ有セザルヲ以テ之
 ニ對シテ訴ヲ起スモ直接ノ效果ヲ得ルコト能ハサルカ故ニ轉得者ヲ相手方ト
 シテ訴ヘサルヘカラサルニ至ルヘシト雖モ理論上ヨリ之ヲ言ヘハ債權者ノ選
 擇ニ從ヒ或ハ兩人ヲ相手取り或ハ其中一人ヲ相手取ルコトヲ得ヘシ(實際ハ兩
 人ヲ相手取ルコト多カルヘシ)
 茲ニ疑ノ生スヘキモノアリ他ナシ初ノ取得者ト轉得者ト善意惡意ヲ異ニスル
 場合はナリ先ツ初ノ取得者カ惡意ニシテ轉得者カ善意ナル場合ヲ想像セシニ
 此場合ニ於テハ其惡意ナル第一次ノ取得者ニ對シテ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得
 ヘシ然レトモ財產ヲ取戻スコトヲ得ス何トナレハ既ニ轉得者カ善意ヲ以テ取
 得シタルモノナルカ故ニ之ヲ侵スコトヲ得サレハナリ故ニ第一次ノ取得者ハ

初ノ買買若クハ贈與カ取消サレタル結果債務者ヨリ買受ケ若クハ貰受ケタル
 物ヲ返還スル義務ハ之ヲ負ハサルヘカラスト雖モ實際其義務ヲ盡スコト能ハ
 サルヲ以テ結局損害賠償ノ責任ヲ負フヘキモノナリ而シテ第一次ノ取得者カ
 十分ノ資力アルトキハ債權者ハ之カ爲メニ損害ヲ被ルコトナカルヘキモ若シ
 第一次ノ取得者ニシテ無資力ナランカ復タ如何トモスルコト能ハス固ヨリ一
 厘ノ賠償ヲモ得サルコトハ極メテ稀ナルヘシト雖モ債權者カ十分ノ満足ヲ得
 ルコトハ到底望ムヘカラス次ニ轉得者カ惡意ニシテ初ノ取得者カ善意ナル場
 合是レ甚タ稀ナル場合ナレトモ想像シ得サルニアラズ如何ト云フニ「ボツッ
 ソナード」氏ハ其民法草案註釋ニ於テ此場合ニ於テハ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得
 スト曰ヘリ是レ蓋シ舊民法財産編第三百四十二條第一項ニ於テハ無償行為ニ
 付テハ相手方ノ善意惡意ヲ問ハサルモ有償行為ニ付テハ相手方カ惡意ナルト
 キニアラサレハ廢罷訴權ノ行ハレサルコトヲ規定シ第二項ニ於テ轉得者アル
 場合ニ於テハ轉得者カ惡意ナラサルヘカラストセルカ故ニ解釋上右ノ論結ヲ
 生スルニ至ルヘシ即チ初ノ取得者カ善意ナルトキハ縱令轉得者カ惡意ニテ取

得シタルトキト雖モ廢罷訴權ハ行ハレサルナリ是レ他ナシ先ツ實際ノ結果ヨリ論スレハ轉得者カ有債ニテ取得シタル場合ニ於テ轉得者ニ對シテ廢罷訴權ヲ行ヘハ轉得者ハ更ニ初ノ取得者即チ轉得者ニ對スル讓渡人ニ對シテ擔保ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘシ然ルトキハ第一取得者ハ善意ナルヲ以テ廢罷訴權ノ結果ヲ受クヘキモノニアラサルニモ拘ラス間接ニ其結果ヲ受クルニ至ルヘシ即チ自己カ所有スレハ廢罷訴權ハ行ハレサルニ之ヲ轉得者ニ讓渡シタルカ爲メニ轉得者カ一旦取得シタル物ヲ取返サルルニ至リ其結果轉得者ニ對シテ賠償ノ責ニ任セサルヘカラサルニ至リ恰モ自己ニ對シテ廢罷訴權ヲ行ハレタルト同一ノ結果ヲ受クヘク又理論上ノ理由トシテハ第一ノ法律行為即チ債務者ノ第一取得者ニ對スル法律行為ト第一取得者ノ轉得者ニ對スル法律行為トハ二箇ノ獨立シタルモノナルカ故ニ債權者カ取消スヘキモノハ第一ノ法律行為ニシテ之ヲ取消スニアラスンハ轉得者ノ行為ニ影響ヲ及ホスノ理ナシ何トナレハ債權者ハ第二ノ法律行為ニ付テハ何等ノ關係ナク且此行為ハ詐害行為ニアラサレハナリ(詐害行為ナルモノハ債務者ノ爲シタル行為ナラサルヘカラス)

然ルニ第一取得者モ第二取得者モ共ニ惡意ナル場合ニ於テハ第一ノ法律行為即チ債務者ト第一取得者トノ間ノ法律行為カ取消ナルカ故ニ第二ノ法律行為即チ第一取得者ト轉得者トノ間ノ法律行為ノ效力ヲ生セシムルコトヲ得タルヲ以テ實際ニ於テ第二ノ法律行為ヲモ效力ヲ生セサルニ至ルモ是レ取消シタルニアラスシテ唯第一行為ヲ取消シタルノ結果轉得者カ一旦取得シタリト思惟シタル權利ハ完全ニ取得シタルモノニアラサリシト云フニ歸スルノミ故ニ若シ第一取得者カ善意ナルトキハ債務者ト第一取得者トノ間ノ行為ハ之ヲ取消スコトヲ得ス既ニ之ヲ取消スコトヲ得サル以上ハ正當ニ取得シタルモノト謂ハサルヘカラス所有權ノ例ヲ以テ言ヘハ所有權ハ完全ニ第一取得者ニ移轉シタルモノニシテ更ニ之ヲ轉得者ニ讓渡シタルモノナルカ故ニ第二ノ行為ニハ瑕疵ナク縱令轉得者カ其事情ヲ知リタルモ固ヨリ妨ナシト謂フヘケレハナリ舊民法ハ實際上及ヒ理論上ノ理由ニ據リテ前述ノ如ク規定シタルモノナリ羅馬法佛蘭西法等亦同シ新民法ニ於テハ第四百二十四條但書ニ於テ其行為ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者カ其行為又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害ス

第一取得者又ハ轉得者ノ孰レカ一方カ善意ナルトキハ法律行為ハ取消スコトヲ得サルモノノ如シ故ニ此點ニ於テハ他ノ例ト異ナルコトナシ世ニ往往反對説ナキニ非ス予モ一時反對説ヲ採リタルモ其謬レルヲ悟レリ
 第四條件 裁判所ニ請求スルコトヲ要ス 新民法ニ於テハ通常ノ取消權ノ行使ハ意思表示ニ依リテ之ヲ爲スラ本則トシ無能力者ノ取消權詐欺又ハ強迫ニ因ル法律行為ノ取消權等皆然リ然ルニ廢罷訴權ノ場合ニ於テハ裁判所ニ請求スルニアラザレハ取消スコトヲ得ス是レ羅馬法以來認ムル所ニシテ大ニ理由アリ元來他人ノ法律行為ヲ取消スハ頗ル變則ナルコトニ屬ス固ヨリ當事者ノ一方カ無能力者ナルカ又ハ當事者ノ一方ノ意思表示ニ瑕疵アルカ爲メ其無能力者若クハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者ヨリ法律行為ヲ取消スハ決シテ怪シムニ足ラサルモ甲乙間ニ成立シタル法律行為ヲ丙カ之ヲ取消スハ非常ナル變則ナルカ故ニ法律ニ定メタル特別ノ條件ヲ充タスニアラザレハ之ヲ許スヘキモノニアラス抑モ取消ナルモノニ直接間接ニ第三者ニ影響ヲ及ボスモノニ

シテ時トシテハ其結果甚タ望マシカラサルコトニ至ルモノナリ蓋シ一旦成立シタル法律行為ヲ取消シテ初ヨリ全ク成立セザリシモノト看做スモノナルカ故ニ果シテ法律上ノ條件ヲ充タセルヤ否ヤ裁判所ヲシテ之ヲ調査セシムル必要アリ然ラスンハ通謀ニ由リテ取消權ヲ濫用若クハ害用スルコトナシト謂フヘカラス例ヘハ債權者債務者通謀シテ純然タル詐害行為ニアラザルモノヲ取消スコトアリ又或ハ債權者債務者及ヒ法律行為ノ相手方カ通謀シテ法律行為ヲ取消シ相手方ノ債權者ヲ害スルコトアリ斯ルコトハ往往モ生スヘキモノナルヲ以テ裁判所ニ於テ之ヲ調査スルニアラザレハ其詐欺ナルカ又ハ法律上ノ條件ヲ具備セルカヲ正確ニ知ルコト能ハス故ニ裁判所ニ請求シテ取消スコトヲ要スト爲シタルナリ
 以上ヲ以テ廢罷訴權ノ條件ヲ説明シ了レリ終ニ尙ホ一ノ説明ヲ要スルコトアリ蓋シ廢罷訴權ナルモノハ畢竟債權ナル財產權ヲ保護スル爲メシモノナルカ故ニ詐害行為ハ財產上ノ行為ナルコトヲ要シ身分上ノ行為ニ付テハ縱令其結果カ財產上ニ影響スル場合ニ於テモ廢罷訴權ニ依リテ之ヲ取消スコトヲ得テ

ルモノトス歐洲ニ在リテハスルルコト極難見ルカ又アル所ナリ何トナレバ
 歐洲ニ於テハ相續ト云ヘバ今日ニ於テハ皆財產相續ニシテ我邦人如ク家名相
 續或ハ家督相續ト云フ如キモノカ多ク又婚姻ニ付テモ夫婦財產契約オレモ人
 レトモ是レ婚姻トハ全ク別物ニシテ夫婦財產契約ヲ取消スル其結果婚姻ノ放
 力ニ及ハス唯普通ノ財產制ト爲ルノミ故ニ歐洲ニ於テハ財產權ニ關スル法律
 行爲ニアラザレバ廢罷訴權ヲ以テ之ヲ取消スルコトヲ得ズ規定スルニ必要ナ
 シ然レトモ我邦ニ於テハ大ニ其必要アリ蓋シ我邦人相續ハ家督相續ヲ本則ト
 スルモノニシテ相續ノ結果財產ヲ移轉スルモノナリ固ヨリ今日ノ實際ニ於テ
 ハ富家ノ相續ノ如キハ動モスレバ主トシテ財產ヲ讓受スルノ意思ヲ以テ相
 續ヲ爲スモ法律ノ眼ヨリ之ヲ觀レバ全ク附隨ノ效力ヲ失ヒ過キス即チ家督相
 續ナルモノハ家名ヲ相續スルモノニシテ今日ノ法律ノ旨ニハ戶主權ノ相續
 即チ戶主ナル身分權ノ相續ニシテ其結果之ニ財產文件ヲモテテ力故ニ其附
 隨ノ財產ヲ目的トシテ家督相續ナル身分權ヲ相續スル取消スル能ハス左レハ
 トテ之ヲ分離シテ家名ヲ相續シ財產ハ相續セズト云ヘバ家名ヲ維持スル

コト能ハサルヲ以テ是レ亦爲シ得ヘカラスナルノ事ニ屬ス然ルニ實際ニ於テハ
 相續ニ因リテ債權者ヲ害スルコト尠カラス就中隱居等ニ付テハ動モスレバ債
 權者ヲ害スルノ目的ヲ以テ之ヲ爲スコトアリ得ヘキカ故ニ舊民法ヲ如ク以テ財
 產取得編第三百九條第二項ニ於テ「隱居者カ債權者ヲ詐害スルノ意思ヲ以テ隱
 居ヲ爲サントスルニキハ債權者ハ故障ヲ申立ツルコトヲ得」ト規定シ以テ故障
 ノ結果隱居ヲ爲スコトヲ得サルニ至ラシメタリ而シテ財產ノミヲ眼中ニ置キ
 タ之ヲ觀ルトキハ此ノ如キ規定ハ最モ必要ナルカ如シト雖モ前ニ述ヘタル如
 ク法律ノ眼ヨリ之ヲ觀レバ隱居ト雖モ財產相續カ目的ニアラスシテ家名相續
 ナルモノカ目的ナリ而シテ是レ身分權ニ關係スルモノナルカ故ニ債權者カ如
 何ナル損害ヲ被ルモ之カ取消ヲ許スコト能ハス其他家督相續ノ承認又ハ拋棄
 ニ付テモ亦同シ家督相續ハ家ニ在ル直系卑屬ノミハ其承認ヲ爲ササルヘカラ
 サルモ其他ノ者ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得然ルニ其相續カ不利益ナル相續即チ資
 産ヨリ負債額多キ場合ニ於テ相續人カ單純ノ承認ヲ爲シタルトキハ其負債ノ
 全額ヲ負擔セサルヘカラス然ルトキハ相續人ノ債權者ハ之ニ因リテ害ヲ受テ

ヘキカ故ニ若シ相續人カ之ヲ知リナカラ相續ヲ爲シタルトキハ歐洲ニ於テハ之カ取消ヲ許セリ又家ニ在ル直系卑屬ニテモ新民法ニ於テハ限定承認カモノヲ認メ被相續人ノ資産ノ限度ニ於テ其債務ヲ負擔スルヲ目的トスル承認ヲ爲スコトヲ得ルニモ拘ラス單純承認ヲ爲シタルトキハ相續人ノ債權者ニ害ヲ及ホスニ至ルヲ以テ相續人ノ債權者ハ之ヲ取消サント欲スルハ理由ナキニテラス或ハ相續人カ債權者ヲ害スル意思ヲ以テ大ニ利益アル相續即チ負債少クシテ資産多キ相續ヲ拋棄シタルトキ(家ニ在ル直系卑屬ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得タルモ其他ノ者ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得詳言スレハ現在ノ自己ノ地位貧窮ニシテ債權者ニ對シ總テノ負債ヲ辨濟スルコト能ハサル場合ニ於テ若シ相續ヲ爲セハ從來ノ債務ヲ皆濟スルコトヲ得ヘキニ之ヲ拋棄シタルトキハ是レ債權者ヲ害スル行爲即チ所謂詐害行爲ナルカ故ニ歐洲ニ於テハ之ヲ詐害行爲トシテ取消ヲ許セリ然レトモ我邦ニ於テハ之ヲ許サス蓋シ家督相續ノ制度ヲ採用セルノ結果ナリ然レトモ親族編及ヒ相續編ニ於テ種種ノ規定ヲ置キ以テ債權者ヲ保護セリ其重ナルモノヲ言ヘハ第七百六十一條第九百八十九條等ナリ又舊

民法ニハ規定ナカリシモ新民法ニ於テハ財産ノ分離ナルモノヲ認メテ債權者ヨリ相續人ノ財産ト被相續人ノ財産トヲ分離シ被相續人ノ債權者ハ先ツ被相續人ノ財産ヨリ辨濟ヲ受ケ相續人ノ債權者ハ先ツ相續人ノ財産ヨリ辨濟ヲ受タルコトヲ請求スルコトヲ得セシムルカ故ニ相續ニ因リテ大ナル損害ヲ受タルノ憂ナシ要スルニ身分權ニ關スル事項ヲ財產權ノ制裁トシテ取消スコトヲ許スハ其當ヲ得タルカ故ニ之ヲ許サス

右ニ述ヘタル所ハ民法第四百二十四條ニ關スル説明ナリ同條ニ曰ク賦與シテ債權者ハ債權者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但其行爲ニ因リテ利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者カ其行爲又ハ轉得ノ當時債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラザリシトキハ此限ニ在ラス

前項ノ規定ハ財產權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セズ

以上ヲ以テ廢罷訴權ノ説明ヲ了レリ尙ホ最後ニ一言注意スヘキハ新民法ニ依レハ債權者ト法律行爲ノ受益者ト共ニ惡意ナラサルヘカラサルモ舊民法ニ云

ハル如ク通謀ヲ必要トセザルコト是ナリ舊民法財産編第三四二條第一項故ニ
 單ニ惡意即チ債權者ヲ害スルコトヲ知レバ可ナリ此點ハ新舊法ノ大ナル差異
 ナリトス
 (乙) 廢罷訴權ノ效力

廢罷訴權ノ條件ハ右ニ説明シタル所ノ如シ而シテ其條件ノ具備セル場合ニ於
 テハ債權者ハ廢罷訴權ニ依リ債務者ト第三者トノ間ニ成立シタル法律行為ヲ
 取消スコトヲ得ヘシ此法律行為ノ取消ハ如何ナル效力ヲ生スルカ先ツ其大體
 ヲ述ヘンニ法律行為ハ取消サレタルモノナルカ故ニ第百二十一條ニ規定セル
 如ク其取消サレタル行為ハ初ヨリ無効即チ成立セザリシモノト看做サルナ
 リ尤モ法律行為ハ當事者間ニ於テノミ效力ヲ有スルヲ本則トスルモノナリ而
 シテ此取消行為ハ債權者ト第三者トノ關係ニ屬シ債務者自ラ其法律行為ヲ取
 消スモノニアラサルカ故ニ債權者ノ利益ト爲ラサルハ疑ナキ所ナリ唯債權者
 ノ眼ヨリ觀レバ取消サレタル法律行為ハ初ヨリ成立セザリシモノト看做スカ
 故ニ債務者カ賣却シタル財産ハ依然債務者ノ財産トシテ存在セルモノト看做

スモノナリ(贈與シタル財産亦同シ)然レトモ債務者ノ眼ヨリ觀レバ其法律行為
 ハ依然トシテ成立セルモノナルカ故ニ其結果トシテ若シ債權者ヨリ法律行為
 ヲ取消サレ爲スニ債務者ト第三者トノ間ニ一旦成立シタル行為カ事實上其效
 力ヲ失フニ至レハ往ニシテ債務者ハ第三者ニ對シテ償還ヲ爲ササルヘカラ
 ナルコトアリ例ヘハ債務者カ物ヲ賣却シタルトキハ買主ニ對シテ賣主タルノ義
 務ヲ負擔スルモノナリ然ルニ若シ債務者カ債權者ニ對シテ債務ヲ履行セザル
 結果其賣買カ取消サレタルトキハ第三者ハ買主タル利益ヲ受タルコト能ハナ
 ルカ故ニ他ノ場合ニ於テ賣主カ買主ニ對シテ其義務ヲ履行セザルト同一ノ結
 果ト爲ルヘシ唯新民法ニ於テハ常ニ第三者ノ惡意ナルコトヲ條件トセルカ故
 ニ多クの場合ニ於テハ第三者カ債務者ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルコト能ハ
 ナルヘシト雖モ契約ノ明文ニ依リ縱令第三者カ惡意ナルトキニ於テモ債務者
 ニ對シテ損害賠償ヲ爲ササルヘカラサルコトアルヘシ殊ニ第三者カ債務者ニ
 對シテ對價ヲ與ヘタル場合即チ賣買ニ在リテハ金錢交換ニ在リテハ物負擔附
 贈與ニ在リテハ其負擔ヲ承メノヲ給付シタルトモハ其契約ヲ解除シテ給付シ

タル物又ハ對價ノ返還ヲ請求スルノ權利アリ而シテ此返還ヲ請求スルノ權利ニ付テハ第三者ハ通常ノ債權者トシテ財團ニ加入スルコトヲ得ヘシ但之ニ因リテ債權者ヲ害スルコトヲ得タルカ故ニ債務者カ無資力ナル場合ニ於テハ現在ノ債權者カ配當ヲ受クヘキ財産ハ其第三者カ給付シタル財産ニシテ債務者ノ財産中ニ現存スルモノヲ除外其第三者ヨリ之ヲ自己ノ辨濟ニ充テントトテ請求スルコトヲ得ス然レトモ債務者ニ對スル債權ハ之カ爲メニ消滅スルモノニアラサルカ故ニ後日債務者ノ爲メニ生シタル財團ニ對シテハ通常ノ債權者トシテ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ蓋シテ買主ノ利益ニ受テハ自己ノ利益ニ向ホ右ニ述ヘタルカ如ク第三者カ債務者ニ與ヘタル物カ現存セルトキハ其契約ヲ解除シテ其物ノ返還ヲ受タルコトヲ得ヘキハ固ヨリナリ例ヘハ交換ニ因リテ債務者カ高價ナル物ヲ與ヘ第三者ヨリ廉價ナル物ヲ受取リタル場合ニ於テ之カ爲メニ債權者ヲ害スヘキトキハ第四百二十四條ノ適用ヲ受クヘキモ若シ第三者ヨリ債務者ニ與ヘタル物カ現存セルトキハ之ヲ返還セサルヘカラス但債權者カ既ニ其物ヲ差押ヘタルトキハ其第三者ハ其物ノ價格ノ限度トシテ

配當ニ加入スルコトヲ得ルニ止マルヘシ第五四五條第一項ニ詳述スルニ依ル右ハ普通ノ原則ヨリ當然生スル所ノ結果ニ過キサルヲ以テ法律ハ特ニ之ヲ規定セズ唯茲ニ疑問ト爲ルヘキハ右ノ取消權ヲ行ヒタル後ニ於テ其取消ハ取消權ヲ行ヒタル債權者ニヨリ利益ヲ與フルモノナルカ將タ他ノ債權者ニモ利益ヲ與フルモノナルカノ問題是ナリ之ニ付テハ左ノ三說アリ
 第一說ニ曰ク此場合ニ於テハ取消權ヲ行ヒタル者ノミノ利益ト爲ルモノナリ何トナレハ取消權ナルモノハ法律カ或債權者ノミニ與ヘタル特權ナルカ故ニ其債權者カ之ヲ行フニアラサレハ取消ナルモノナシ而シテ其法律行爲ハ債務者ノ爲メニ取消ナルヘキモノニアラス隨テ債務者カ取消權ヲ行ハサルトキハ其法律行爲ハ依然トシテ效力ヲ有スルモノト看做ササルハカラス唯取消權ヲ行ヒタル債權者ノ眼ヨリ觀ルトキハ其行爲カ成立セザルニ過キス故ニ債務者カ第三者ニ給付シタル財産ヲ賣却シテ其代價ニ付キ辨濟ヲ受タルコトヲ得ル者ハ唯リ取消權ヲ行ヒタル債權者アルニモ若シ尙ハ剩餘アルトキハ之ヲ第三者ニ返還スヘク決シテ他ノ債權者ノ辨濟ニ充テヘキモノニアラスト決シテモ

第二説ヲ主張スル者ハ曰ク此場合ニ於テハ取消シタル者ノミカ之ニ依リテ辨
 濟ヲ受クヘキモノニアラス何トホレハ苟モ其法律行為ニ因リテ害ヲ被リ得ル
 債權者ハ取消ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノナリ即チ甲債權者カ取消ヲ請求セ
 タレハ乙債權者之ヲ取消スルコトヲ得ルニ然ルニ偶甲債權者カ取消權ヲ行使
 タレハトテ甲債權者ノミ獨リ其利益ニ浴スヘキヲ理ナシ同シテ取消權ヲ有セ
 シ債權者ハ皆其利益ニ與ルコトヲ得テ然レハカラス詳言スレハ取消シ得ヘキ法
 律行為即チ第四百二十四條ニ依リテ取消ナルヘキ法律行為ノ成立シタル當時
 ニ於テ既ニ債權者タリシ者ハ皆害ヲ受クルモノナルカ故ニ此等ノ債權者ハ右
 ノ取消ヨリ生スル利益ヲ受クルコトヲ得サルヘカラス然ルニ單ニ取消權ヲ行
 使シタル債權者ノミヲシテ其利益ヲ得セシムルハ不當ナリ但取消ナルヘキ法
 律行為以後ニ生シタル債權者即チ取消權ヲ有セサル債權者ハ右ノ取消ニ因
 テ利益ヲ受クヘキモノニアラストテ其利益ヲ得セシムルハ不當ナリ但取消ナルヘキ法
 律行為以後ニ生シタル債權者即チ取消權ヲ有セサル債權者ハ右ノ取消ニ因
 テ利益ヲ受クヘキモノニアラス何トホレハ廣罷訴權ナルモノニ或債權者ニ利益ヲ與フル爲

メニ認メタル權利ニアラスシテ總テハ債權者ヲ保護セシムル爲メニ與ヘタル權
 利ナリ即チ之ニ依リテ先取特權其他之ト類似ノ權利ヲ債權者ニ與ヘタルニア
 ラスシテ唯或法律行為カ債權者ノ害ト爲ルカ故ニ之ヲ取消シ其行為ナカリシ
 モノト看做スニ過キス既ニ其行為ナカリシモノト看做ス以上ハ前ニ債權者ヲ取
 得シタル者モ後ニ債權者ヲ取得シタル者モ皆同等ノ權利ヲ有シ平等ノ辨濟ヲ受
 タルコトヲ得サルヘカラス然ルニ若シ廢罷訴權ヲ行使シタル債權者ノミ利益
 ヲ受クルモノトセハ其債權者ハ優先權ヲ得ルノ結果ヲ生スルニ至ラシ取消權
 ヲ有セシ債權者ノ全員ノミ此利益ヲ受クヘキモノトスルモ亦同シ是レ法律ノ
 認メサル所ナリ即チ法律ハ後ノ債權者ヨリ前ノ債權者ヲ重ク保護スヘキ理由
 ナキナリ例ヘハ債務者カ爲シタル賣買ヲ取消シタル場合ニ就テ觀ルニ其賣買
 ハ初ヨリ成立セザリシモノト看ルカ故ニ賣買前ノ債權者ノミ其財産ニ付テ辨
 濟ヲ受クルニアラスシテ其後ノ債權者モ亦平等ニ辨濟ヲ受クルノ權利アリ故
 ニ取消權ヲ行使スル者ハ害ヲ被リタル債權者タラサルヘカラスト雖モ一旦取
 消權ヲ行使シタル後ハ其結果ハ總テノ債權者ノ利益ト爲ルモノナリト

新民法ハ右ノ第三説ヲ採用シ第四百二十五條ニ於テ規定シテ曰ク「前條ノ規定ニ依リテ爲シタル取消ハ總債權者ノ利益ノ爲メニ其效力ヲ生ズ即チ其取消サレタル法律行為ハ債權者全體ノ爲メニ初ヨリ成立セザリシモノト看做シタリ」

(丙) 廢罷訴權ノ消滅

廢罷訴權ハ一ノ財産權ナルヲ以テ財産權普通ノ消滅原因ハ皆此場合ニ適用セラルルモノナリ而シテ其最モ著シキモノハ拋棄ナリ即チ若シ債權者カ取消權ヲ拋棄シタルトキハ復タ取消權ヲ行フコトヲ得ズ是レ固ヨリ言フヲ埃タサレ所ナルカ故ニ法律ハ之ヲ規定セズ唯其取消權カ時効ニ因リテ消滅スル場合ニ付キ特別ノ規定アリ即チ一般ノ時効ノ規定ヲ適用スルトキハ二十年ヲ以テ完成スヘキモノナルモ第一六七條第二項廢罷訴權ヲシテ二十年間存立セシムルハ甚タ不便タルヲ免レス蓋シ廢罷訴權ニ依リテ取消サレタル行為ハ少クモ債權者ニ對シテハ初ヨリ無効ナリシモノト看做スカ故ニ利害關係人ニ損害ヲ被ラシムルコト甚タ大ナリ彼ノ無能力者若クハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者

ノ取消權ニ付テモ特別ノ規定アリテ五年ノ短期時効ニ罹ルモノトセリ(第一二六條)故ニ廢罷訴權ニ付テモ亦二十年ノ普通時効ニ罹ラシムルノ理ナキモノトスラス廢罷訴權ニ付テハ特ニ短期ノ時効ヲ設クルノ理由アリ抑モ廢罷訴權カルモノハ當事者間ニ於テハ瑕疵ナキ法律行為即チ取消原因ノ存セサル法律行為ナルニ第三者タル債權者カ之ヲ取消スモノナリ元來自己ノ行為ハ一定ノ原因ニ據リ之ヲ取消スハ法理上毫モ怪ムニ足ルモノナシト雖モ他人ノ法律行為ヲ取消スハ非常ナル例外ニシテ普通ノ法理ニ適セサルモ公益上ノ必要ニ基キ法律カ特ニ規定シタルモノナルカ故ニ斯ル權利ハ永ク存續セシムヘキモノトスラス殊ニ廢罷訴權ハ債務者及ヒ其法律行為ノ相手方カ共ニ惡意ナル場合ニ限リ之ヲ許シタルモ其善意ナルト惡意ナルトハ之ヲ證明スルコト頗ル困難ナル事ニ屬ス況ヤ十數年ノ後ニ至リ法律行為ノ當時ニ在リテ債務者及ヒ其相手方カ善意ナリシカ惡意ナリシカヲ證明セントスルニ於テヤ此ノ如ク廢罷訴權ハ必要ナル證據ノ選滅シ易ク其原因ヲ證明シ難キモノナルカ故ニ速ニ其權利ヲ行使セシメ早ク著ク告ケシムルノ必要アリ而シテ或短期間ニ此權利ヲ行

使セタル者ハ其權利ヲ拋棄シタルモノト看做スモ妨ナキナリ故ニ各國ノ法律ニ於テモ大抵此權利ニ對シテハ特別ノ短期時効ノ規定ヲ設ケタリ新民法モ亦第四百二十六條ニ於テ二年ノ時効ヲ規定セリ舊民法財産編第三百四十四條亦然リ唯此時効ハ短期ノモノニシテ通常ノ場合ニ於テハ二十年ヲ經過セザレバ時効ニ罹ラサルニ拘ラス僅ニ二年ニシテ消滅セシムルモノナルカ故ニ時効起算ノ時期ニ於テ普通ノ時効ト異ナレリ即チ普通ノ時効ハ事實ノ發生シタル時ヨリ之ヲ起算スルモ廢罷訴權ノ時効ハ債權者カ取消ノ原因ヲ覺知シタル時ヨリ之ヲ起算ス但行爲ノ時ヨリ起算シテ二十年ヨリ長キコト能ハス即チ此場合ニ於テハ普通時効ノ適用ヲ受クルモノナリ蓋シ最モ多クノ場合ニ於テハ特別時効ハ普通時効ヨリモ速ニ完成スヘキモ其起算ノ時ヲ異ニスルニ由リ若シ何等ノ規定ヲモ設ケザルトキハ時トシテハ普通時効ヨリモ長期間ヲ經過シテ尙ホ完成セザルコトアリ得ヘシ然ルニ短期時効ヲ設ケルノ趣旨タルキ速ニ時効ヲ完成セシメントスルニ在ルカ故ニ若シ普通時効ヨリ長時間ヲ要スルニ至ラハ法律ノ精神ニ反スルヲ以テ此場合ニ於テハ普通ノ時効期間即チ二十年ヲ以

テ完成スルモノトセリ而シテ是レ前ニ述ヘタル無能力者若シハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者ノ取消權ト同シキ所ナリ以上ハ廢罷訴權ノ時効ニシテ法文ニ明カニ時効トアルカ故ニ總則編時効ノ規定即チ時効ノ中断停止等ノ規定ハ皆適用セラルルモノナリ

茲ニ一ノ注意スヘキハ第四百二十四條ノ取消權即チ廢罷訴權ナルモノハ理論上訴訟行爲ヲモ包含スルコト是ナリ新民法ノ採用セル主義ニ據レバ訴訟行爲モ亦法律行爲ナルカ故ニ第四百二十四條ノ規定ノ適用ヲ受ケ廢罷訴權ニ依リテ之ヲ取消スコトヲ得ヘキ理ナリ然レトモ一旦判決アリタル以上ハ普通ノ法律行爲ノ如ク之ヲ取消スル手續ノ上ニ於テ許ササル所タリ又單獨行爲ニ在リテモ民事訴訟法ニ從ヒ相當ノ手續ヲ踐ムニアラザレバ之ヲ取消スコトヲ得ス隨テ原則トシテハ殆ト同一ナルモ其適用ニ至リテハ大ナル差異アリ舊民法ニ於テハ財産編第三百四十一條第二項ニ之カ規定ヲ設ケ時効ニ關シテモ第三百四十四條第二項ニ之ヲ規定シタリ佛蘭西ノ法律ハ大抵此ノ如ク規定シ而シテ其訴訟法ニ於テハ「テニス、オホシシヨ」即チ直譯スレバ「第三者ノ故障」ボソ、

ソナード氏ノ民法草案ニハ第三者ノ再審ナル文字ヲ使用セリナルモアリテ之ニ關スル手續ハ總テ民事訴訟法ニ規定セリ然ルニ日本現行ノ民事訴訟法ハ重ニ獨逸ノ民事訴訟法ヲ模範トシテ制定シタルヲ以テ佛蘭西ノ民事訴訟法ト異ナリ同法ノ如ク(第三者ノ故墮)ナル文字ヲ使用セシテ再審ナル文字ヲ使用シタリ民事訴訟法第四百八十三條ニ曰ク(第三者カ原告及ヒ被告ノ共謀ニ因リ第三者ノ債權ヲ詐害スル目的ヲ以テ判決ヲ爲サシメタリト主張シ其判決ニ對シ不服ヲ申立タルトキハ原狀回復ノ訴ニ因レル再審ノ規定ヲ準用ス此場合ニ於テハ原告及ヒ被告ヲ共同被告ト爲ス)此規定ハ獨逸ノ民事訴訟法ニ見アル所ナルモ我民事訴訟法ニ於テハ全ク民法トノ衝突ヲ避ケンカ爲メ之ヲ規定シタルモノノ如シ此規定タリキ一理ナキニアラスト雖モ財產編第三百四十一條第三項ニハ「右就レノ場合ニ於テモ債務者ヲ訴訟ニ參加セシムルコトヲ要ス」トアリテ此規定ニ依ルトキハ訴訟ノ相手方即チ被告ハ第三者ニシテ唯之ニ債務者ヲ參加セシムルコトト爲レリ然レトモ是レ民事訴訟法第五十三條ニ規定セラル通常所謂參加ト異ナルコトハ説明ヲ俟タサル所タリ當ニ是ノミナラス財產

編第三百四十四條第二項ニ依ルトキハ二年又ハ三十年ノ時效ハ再審ノ訴ニモ適用セララルカ如シ然ルニ民事訴訟法ハ再審ニ付キ第四百七十四條ヲ以テ「訴ハ一个月ノ不變期間内ニ之ヲ起ス可シ此期間ハ原告若クハ被告カ不服ノ理由ヲ知リタル日ヲ以テ始マル若シ原告若クハ被告カ判決ノ確定前ニ不服ノ理由ヲ知リタルトキハ判決ノ確定ヲ以テ始マル」判決確定ノ日ヨリ起算シテ五ヶ年ノ滿了後ハ訴ヲ爲スコトヲ得ズ」ト規定セリ而シテ此五箇年ノ期間ハ絕對ノモノナルカ故ニ同年限内ニ全ク其事由アルコトヲ確知セサルモ訴ヲ爲スコトヲ得ス而シテ此規定ハ第四百八十三條ノ場合ニ於テモ適用セララルモノノ如シ蓋シ其適用ナキ唯一ノ場合ハ第四百六十八條第四號ノ場合ナリトスレハナリ「前二項ノ規定ハ第四百六十八條第四號ノ場合ニ之ヲ適用セス此場合ニ於テ其訴ノ提起ノ期間ハ原告若クハ被告又ハ其法律上代理人カ遂達ニ因リ判決アリタルコトヲ知リタル日ヲ以テ始マル」(民事訴訟法第四七四條第四項)トアリテ特ニ此場合ノミヲ除キ他ノ場合ニ於テハ必ス第四百七十四條ノ適用アルヘキモノトセルカ如シ果シテ然リトセハ是レ民法ト全然抵觸スルモノト謂ハサ

ヘカラス新民法ハ此ノ如キ抵觸ヲ避ケルカ爲メ第四百二十四條以下并於テ廣ク法律行爲ナル文字ヲ使用セルモ訴訟行爲ヲ取消ス場合ニ付テハ別ニ之カ規定ヲ爲ササルヲ以テ其結果若シ民事訴訟法ニ何等ノ規定ナカリセハ訴訟行爲モ亦本條ノ適用ヲ受ケルニ至ルヘシト雖モ果シテ然ラハ其手續如何ヲ知ルコト能ハサルヘキカ故ニ結局民事訴訟法ヲ以テ之カ規定ヲ爲ササルヘカラス而シテ現行民事訴訟法ニハ前ニ述ヘタルカ如キ規定アリテ此取消權ヲ行フニハ必ス再審ノ方法ニ依ラサルヘカラスト爲シ且此場合ニハ債務者及ヒ第三者ヲ共同被告ト爲ササルヘカラストシ第四百七十四條ヲ以テ此期間ハ五年ヲ以テ消滅スルモノトセリ今後民事訴訟法改正ノ際ニハ如何ナル規定ヲ設ケラルルニ至ルカ今ヨリ之ヲ知ルコト能ハスト雖モ此場合ニ關スル規定ヲ設ケラルルキコトハ信シテ疑ハサル所ナリ

以上ヲ以テ廢罷訴權ヲ説キ了リタルト同時ニ債權編第一章第二節債權ノ效力ノ説明ヲ了レリ

第三節 多數當事者ノ債權

多○數○當○事○者○ノ○債○權○ナル語ハ從來學者ノ往往用フル所ニシテ外國ノ法典殊ニ獨逸法等ニ於テモ亦類似ノ例ヲ見ル所ナリ而シテ是レ畢竟債權者債務者ノ數人アル場合ノ謂ナリ「多數當事者」ト謂フトキハ一箇ノ法律行爲ノ一方若クハ雙方カ多數ナル場合ヲ稱スルカ如クナルモ我民法ニ於テハ斯ル場合ノミヲ觀察シタルモノニアラスシテ其範圍尙ホ廣汎ナリ例ヘハ保證ノ如キハ必ス二箇ノ法律關係ヨリ成ルモノナリ即チ一ノ主タル債務存立セル上ニ更ニ保證契約ヨリ生スル法律關係成立ス而シテ此主タル債務ハ必ス保證契約ト異ナリタル法律行爲又ハ法律ノ規定ヨリ生スルモノナリ不可分債務又ハ連帶債務ノ場合ニ於テモ各債權者又ハ各債務者ノ權利義務ハ他ノ債權者又ハ債務者ト別異ノ原因ニ因リテ生スルコトアリ果シテ然ラハ「多數當事者」ト謂フコトヲ得スト論スル者アルヤモ知ルヘカラスト雖モ是レ唯言語上ノ爭ニシテ「當事者」ナル文字ハ「債務者債權者」ノ意義ニ取レハ可ナリ強ヒテ明確ニ書キ表ハサント欲セハ「債權者

又ハ債務者ノ多數ナル場合ト書タヲ可トスヘキカ如シト雖モ成ルヘタ文字ノ簡略ヲ欲シ法文ノ如ク多數當事者ノ債權ヲル語ヲ用フルモ敢テ不可ナルコトナカルヘシ

此節ニ於テハ第一款總則トシテ債權者又ハ債務者ノ數人アル場合ニ於テ其效力如何ニ付テノ一般ノ原則ヲ説キ尙ホ第二款不可分債務第三款連帶債務第四款保證債務ニ分チテ説明スヘシ

第一款 總則

債權者又ハ債務者ノ數人アル場合ニ於テハ其各自ハ債權債務ノ一部ニ付テ權利ヲ有シ義務ヲ負フモノナルカ又ハ債權債務ノ全部ニ付テ權利ヲ有シ義務ヲ負フモノナルカノ問題ニ付テハ各國ノ慣習一定セス我邦ノ從來ノ慣習ハ固ニ不明ニ屬スト雖モ各自共同シテ全部ノ義務ヲ負ヒ又全部ノ債權ヲ有スルモノト爲シタルカ如シ即チ債權者又ハ債務者カ二人アルトキハ一人宛各別ニ權利ヲ有シ義務ヲ負フニアラスシテ二人共同シテ一ノ權利ヲ有シ義務ヲ負フモノ

ト爲シタルカ如シ而シテ維新後ノ當路者亦此思想ヲ有シタルノ形蹟アリ即チ明治六年七月十七日布告第二十三條及ヒ第二十五條明治八年四月二十日ノ布告等ヲ觀ルモ右ノ思想ヨリ出テタルモノノ如シ又外國ニ於テハ英法ハ細目ニ至リテハ異ナル所アルモ大體ニ於テハ我邦ノ慣習ニ類シタル慣習存在スルカ如シ然レトモ歐洲ニ於テハ英法ヲ除クノ外羅馬法以來全ク分擔主義若クハ分割主義ヲ採用セリ我民事訴訟法ニ於テハ數人カ訴訟物ニ付キ權利若クハ義務ノ共通ノ地位ニ立ツトキハ其數人カ共同訴訟人トシテ共ニ訴ヲ爲シ又ハ訴ヲ受タルコトヲ得ルコトセルモ民事訴訟法第四八條是レ唯共同訴訟ト爲スコトヲ得ル旨ヲ定メタルニ過キス舊法ノ如ク必ス共同訴訟ト爲スヘキヲ本則トセルニハ非ス蓋シ我民事訴訟法ハ獨逸ノ民事訴訟法ヲ模範トシテ制定シタルモノニシテ原則トシテハ分割主義ニ據リタルモノナラン而シテ民事訴訟法ハ舊民法ト同時ニ施行セララルル管ナリシニ同民法ノ實施カ延期セラレタルカ爲メ分割主義ヲ採リタル同民法ノ規定ニ從フコト能ハスシテ已ムコトヲ得ス實體法ハ舊慣ニ依リタルモ其舊慣ハ裁判例ニ因リテ變更ヲ受ケ債務者カ數人ア

ルトキハ其一人ニ對シ債權者ノ一人ヨリ全部ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルコトト爲レリ即チ一ノ債務ニ付キ數人ノ債務者アルトキハ其債務者間ニ連帶アルモノトセリ蓋シ共同ニテ全部ヲ負擔スルノ主義ニ於テハ債權者數人アルトキハ數人共同シテ訴ヲ起シ債務者數人アルトキハ數人ヲ共同被告トシテ訴ヘサルヘカラス故ニ其不便實ニ言フヘカラスト雖モ亦不公平ノ結果ヲ生スルコト鮮シ然ルニ若シ一人ニ對シテ全部ヲ請求スルコトヲ得ルモノトセハ其者ハ一時之ヲ立替ヘ置カサルヘカラス尤モ後日他ノ債務者ニ對シテ分擔ヲ請求スルコトヲ得ヘシト雖モ他ノ債務者因果シテ之ヲ辨償スルヤ否ヤ測リ知ルヘカラサルヲ以テ甚タ不公平ノ結果ヲ來スコトアルヘシ此等ノ事項タルヤ固ヨリ慣習ヲ重セサルヘカラサルモ從來ノ慣習ハ經驗上尠カラサル不便ヲ感シタル所ナリ殊ニ連帶ノ特約ナキニモ拘ラス連帶アルモノト看ルハ不當ナル裁判例ト謂ハサルヘカラス加之今日歐洲殊ニ佛蘭西法ニ所謂連帶ノ如キモノハ曾テ我邦ニ存在セリシ所ナルニ特約アルニアラスシテ佛蘭西ノ連帶ノ如キ嚴重ナル關係アルモノト認ムルハ頗ル苛酷ナリト謂ハサルヘカラス民事訴訟法ノ施行ニ

因リテ訴答文例廢セラレ從テ自ラ分割主義ニ變シタルヤ否ヤハ一ノ疑問ナリシ是ヲ以テ舊民法ハ歐羅巴大陸主義即チ羅馬法主義ヲ採用シ新民法ニ於テモ亦之ヲ採用シタリ即チ原則ハ分擔主義ニシテ債務者數人アルトキハ各自其一部ヲ分擔シ債權者數人アルトキハ各自一部ヲ分擔シテ後日ニ至リ互ニ請求ヲ爲スノ類ヲ避クルコトトセリ但連帶若クハ其他之ニ類スル法律關係ヲ特約スルハ固ヨリ自由ナルヲ以テ必要ナル場合ニ於テハ之ヲ約スルコトヲ得ヘキナリ新民法第四百二十七條ニ曰ク

數人ノ債權者又ハ債務者アル場合ニ於テ別段ノ意思表示ナキトキハ各債權者又ハ各債務者ハ平等ノ割合ヲ以テ權利ヲ有シ又ハ義務ヲ負フ

以上分擔主義ノ何タルカヲ説明セリ今其分割ノ方法如何ニ付キ説明センニ是レ債權發生ノ原因ニ由リテ異ナルモノニシテ決シテ一樣ナルコト能ハス組合ノ場合ノ如キハ特別ノ規定アリテ各組員ノ權利義務ハ出資ノ割合ニ應ズルモノトセルモ第六七四條債權者カ其割合ヲ知ラサルトキハ各組員ニ對シ均一部分ニ付キ其權利ヲ行フコトヲ得ルモノトセリ第六七五條又遺產相續ノ場

合ニ於テモ嫡出子ト庶子又ハ私生子トハ相續分異ナリ庶子及ヒ私生子ハ嫡出子ノ相續分ノ二分ノ一ヲ受テヘキモノトセリ第一〇〇四條例ヘハ嫡出子一人庶子二人アリトスレハ嫡出子ハ二分ノ一ノ權利義務ヲ相續シ庶子ハ各自四分ノ一ノ權利義務ヲ相續スルナリ即チ相續財産中ニ債權アリテ其額千圓ナルトキハ五百圓ハ嫡出子ノ相續分ニシテ庶子ハ各二百五十圓ノ相續分ヲ有ス若シ相續財産中ニ債務アリテ其額一千圓ナルトキモ前ト同一ノ計算ニ依リ嫡出子ハ一人ニシテ庶子二人ノ負擔スヘキ債務ト同額ノ債務ヲ負擔セサルヘカラス其他遺産相續ノ場合ニ於テモ又家督相續ノ場合ニ於テモ遺言ヲ以テ其財産ヲ處分シ其割合ヲ定ムルコトヲ得ヘシ即チ家督相續人ハ財産ノ二分ノ一ヲ相續シ他ノ二分ノ一ヲ何某ニ與ヘント遺言シタルトキハ平等ト爲ルヘシト雖モ若シ他ノ二分ノ一ヲ甲乙二人ニ與ヘント遺言シタルトキハ受遺者タル甲乙ハ各四分ノ一ノ債權ヲ得債務ヲ負擔スルモノトセリ

此ノ如ク法律ノ規定若クハ特別ノ意思表示ニ依リテ定マル場合ヲ除キテハ平等即チ債權者又ハ債務者カ二人アルトキハ二分ノ一三人アルトキハ三分ノ一

ノ權利ヲ有シ義務ヲ負フヘキナリ即チ債權者若クハ債務者數人アル場合ニ於テ其部分カ定マラサルトキハ平等ナルモノト推定スルハ外國ニ於テモ皆同シキ所ニシテ唯別段ノ意思表示アルトキハ其意思ニ從フヘキモノトス新民法ハ債權者間債務者間ノ關係ニ於テ權利又ハ義務ノ分量ニ差等アルヘキヲ認メ若シ債權者又ハ債務者ノ間ニ差等ノ原因アルトキハ相手方ニ對シテモ其效力アルモノトセリ例ヘハ債務者間ニ於テ相續若クハ遺言等ニ因リ不均一ニ債務ヲ負擔スルノ原因アルトキハ其原因ハ債權者ニモ對抗シ得ヘク債權者ハ之ヲ知ラスト抗辯スルコトヲ得ス然レトモ或ハ債權發生ノ當時ニ於テ債權者ニ對シ其關係ヲ明示セザリシトキハ債權者ヨリ之ヲ觀ルハ常ニ平等ナリトセル主義ヲ採ルコトヲモ得ヘシ舊民法ノ主義或ハ然ランカ即チ財産編第四百四十條第一項ニ「連合ノ義務ニ於テハ債權者ノ各自カ履行ヲ求メ又ハ債務者ノ各自カ訴訟ヲ受テヘキ實地ノ部分ハ合意又ハ事情ニ從ヒテ之ヲ定ム」トアリテ新法ト毫モ異ナルナキカ如キモ其第二項ニ「前項ノ規定ニ從フヲ得サルトキハ其各自ノ部分ハ平分ニテ之ヲ計算ス但債權ノ利益又ハ債務ノ負擔ニ於テ各自カ其實

地ノ部分ニ復スル相互ノ求償權ヲ妨ケスニアルニ由リ債權者カ債權者間ノ負擔部分ヲ知ルコトヲ得ス又債權者カ債權者間ノ利益ノ部分ヲ知ルコトヲ得ルトキハ其間ニ於テハ平等ナリトシ債務ノ履行アリタル後債權者間若クハ債務者間ニ於テ部分ヲ異ニスルトキハ其割合ニ應ジテ求償權ヲ有スルモノトシ新法トハ主義ヲ異ニスルカ如ク見エ頗ル判然タラス今ボフツンナイド氏ノ説明ヲ覽ルニ第二ノ解釋ニ依レリ即チ相手方カ共同當事者間ノ關係ヲ知ラザルトキハ債權者ニ就テ言ヘハ債權者ニ對シテハ債務者間ノ負擔ヲ平分ト看做シ而シテ債務者間ニ於テハ實際ノ負擔部分ニ應ジテ責任ヲ分チ又債權者ノ方面ヨリ言ヘハ其各自ノ權利ハ債務者ニ對シテハ平等ナリト看做シ而シテ若シ債權者間ニ於テ實際ノ利益部分異ナルトキハ後ニ至リテ其受ケタル利益ヲ分配スヘキモノトセリ即チ舊民法財産編第四百四十條第一項ニ所謂合意又ハ事情ニ從ヒテハ債權者ト債務者トノ間ノ合意又ハ事情ヲ指スモノニシテ債務者間若クハ債權者間ノ合意又ハ事情ヲ包含スルモノニ非スト解セザルヘカラザルカ如シ此ノ如ク解スルトキハ新民法トハ主義ヲ異ニスルコトト爲ル而シテ是レ

亦一主義ニシテ或ハ却テ便利ナルモ知ルヘカラスト雖モ新民法ニ於テハ此主義ヲ採用セス原則トシテ實際ノ部分即チ債權者カ債權發生ノ原因ニ依リテ各受ケヘキ利益ノ割合又ハ債務者カ其債務發生ノ原因ニ依リテ各負擔スヘキ部分ハ相手方ニモ之ヲ對抗シ得ヘキモノトセリ予ハ信ス既ニ分擔主義ヲ採用セル限ハ是レ最モ適當ナルモノナリト蓋シ債務者數人アル場合ニ於テハ債權者ハ債務者中何人カ幾何ノ債務ヲ負擔スルカヲ知ラザルヘカラス又債權者數人アル場合ニ於テハ其數人カ如何ナル割合ニ於テ權利ヲ有スルカハ債務者ニ於テ之ヲ知ラザルヘカラス若シ特別ノ理由ニ因リテ之ヲ知ルコトヲ得ザル場合ニ於テハ債權者ハ相手方カ反對ノ證據ヲ舉タルマテハ平等ノ割合ヲ以テ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク債權者ハ供託ヲ爲スコトヲ得ヘキカ故ニ毫モ支障ナキナリ唯前ニ述ヘタル組合ノ規定ハ特ニ組合ニ對スル債權者ノ保護ノ爲メニ設ケタルモノニシテ實際ノ部分ヲ知ラザリシトキハ均一ノモノト看做スコトヲ得ト爲シタリ蓋シ組合ノ如キハ頻繁ナル契約ニシテ且第三者カ組合間ノ關係ヲ知ルコト困難ナルカ故ニ特ニ設ケタルモノナリ然レトモ既ニ組合ニ付テ此

ノ如キ規定アル以上ハ他ノ場合ニ付キ一般ノ原則トシテ新民法第四百二十七條ノ如ク規定スルヲ至當ナリト信ス

第一款 不可分債務

不可分債務ニ付テハ或ハ「債務其モノハ不可分ニアラス」トノ學說アリ是レ理論上正確ナル說ト謂フヘキカ如シ蓋シ債務ノ目的不可分ナルトキハ分割シテ履行ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ債務其モノカ不可分ト爲ルノ結果ヲ生スルモノナルヲ以テ不可分債務ナル語ヲ用フルト雖モ正確ニ言ヘ「目的ノ不可分ナル債務」ト謂ハサルヘカラス而シテ「目的カ不可分ニシテ債務其モノカ不可分ニアラス」トノ論ハ不可分債務ノ效力ヲ論スルニ付キ頗ル便利ナルノミナラス其觀念ヲ以テ論スルヲ最モ穩當ナリト信ス

ノ債權ヲ有セル場合ニ於テ債權者ハ目下千圓ノ用途ナキヲ以テ其中ノ百圓ヲ受取リ九百圓ハ後日受取ラント云フカ如キハ許ササル所ナリ固ヨリ特別ノ協議ヲ以テスルカ若クハ初ヨリ特約アル場合預金ノ如キハ論ナキモ普通ノ債權ニ於テハ唯一ノ債權者カ唯一ノ債務者ニ對シテ履行ヲ請求スルニハ必ず全部ナラサルヘカラス債務者ニ於テモ先ツ一部分ヲ履行シ餘リ他日ニ讓ルト云フカ如キハ許ササル所ナリ隨テ目的カ可分ナルモ不可分ナルモ法律上異ナル所ナシ唯債務ノ目的カ可分ナルトキハ一部ノ履行ヲ請求シ又ハ一部ノ履行ヲ強フルコトヲ特約スルコトヲ得ルニ反シテ債務ノ目的ノ性質不可分ナルトキハ此ノ如キ特約ヲ爲スコトヲ得サルノ差異アリ然レトモ斯ノ如キ特約ハ法律上之ヲ論スルノ必要ナシ故ニ債務ノ目的ノ不可分ヲ論スルノ必要ハ債權者又ハ債務者ノ數人アル場合ニ在リ即チ此場合ニ於テハ原則トシテ第四百二十七條ノ規定ニ依リ各一部ノ履行ヲ爲シ又ハ一部ノ履行ヲ求ムヘキ理ナルニ目的カ不可分ナルトキハ一部ノ履行ヲ爲スコト能ハサルノ結果全部ノ履行ヲ爲スカ然ラザレハ全部ノ履行ヲ爲ササルノ外ナシ是ニ於テカ不可分債務ノ關係如何

ノ問題ヲ生ス。先ツ債務ノ目的ノ可分不可分ニ付キ一言セザルヘカラス。是レ或ハ諸君カ既ニ總則編物ノ説明ノ處ニ於テ聽カレタル所ナラン。然レトモ茲ニ簡單ニ之ヲ説明セシニ物ニハ天然ノ性質上不可分ナルモノト當事者ノ意思ニ因リテ不可分ナルモノトノ二種アリ。性質上不可分ナルモノトハ物ノ引渡例ヘハ一箇ノ時計ノ引渡又ハ一棟ノ家屋ノ建築ノ如キモノニシテ家屋ノ半ハ建築スルモ之ヲ以テ一ノ家屋ナリト謂フコト能ハス。一箇ノ物ノ引渡ニ於テモ引渡ノ半途ニシテ中止スレバ引渡ト謂フコトヲ得ス。是レ其不可分ナル所以ナリ。地役權例ヘハ汲水權ノ如キモ亦不可分ニシテ汲水ヲ爲スカ爲ササルカノ一アルノミ。二分ノ一ノ汲水權ト云フカ如キハ何ノ用ヲモ爲ササルモノナリ。通行權ノ如キモ亦然。是レ故ニ地役權ハ不可分ニシテ隨テ之ヲ目的トスル債權モ亦不可分ナリ。之ニ反シテ所有權ノ移轉ヲ目的トスル場合ノ如キハ可分ナリ。蓋シ物ハ一ナルモ所有權ハ可分ナリ。即チ二人以上カ之ヲ共有スルコトヲ得ヘキモノナリ。泥ヤ舊民法ニ所謂定置物即チ金錢或ハ米穀ノ如キ有形上分割スルコトヲ得ヘキモノノ所有權

ニ於テヲヤキ性質上可分タルハ言フヲ埃タサルナリ。茲ニ稍ヤ疑アルモノニシテ舊民法カ予ノ所信ト規定ヲ異ニスルモノハ作爲ノ義務ナリ。作爲ノ義務ハ多クノ場合ニ於テ不可分ナリト雖モ亦場合ニ依リテ可分ナルコトアリ。即チ定量物ノ引渡ノ如キ是ナリ。例ヘハ米百石ノ引渡ヲ爲スヘキ場合ニ於テ一石ノ引渡ヲ爲スモ引渡タルヲ失ハス。二分ノ一ノ汲水ヲ爲ストハ異ナレリ。又同様ノ家屋ヲ數棟建築スヘキ場合ニ於テ一棟ヲ建築シタルトキ例ヘハ材料廣狹等ニ至ルマテ同等ナル家屋三棟ヲ建築スヘキ場合ニ於テ其中ノ一棟ヲ建築スルモノ一部ノ履行タルヲ妨ケサルカ故ニ債務者三人アルトキハ各自一棟宛ヲ建築スルコトヲ得ヘシ。又大工ノ類ハ一日ノ賃金ヲ若干ト定メテ勞役ヲ供スルモノナルカ故ニ此等ノ者カ十日間働タヘキ場合ニ於テ五日間働タハ是レ二分ノ一ノ履行ト爲ルモノナリ。故ニ作爲ノ義務ハ悉ク不可分ナリト云フハ誤レリト信ス。然ルニ舊民法ニ於テ作爲ノ義務ヲ以テ悉ク不可分ナルモノトセリ。舊民法財產編第一九條第二項(三)ノ規定ハ「債權者ハ其ノ債權ノ全部ヲ履行セシムルニ必要ナルモノト爲ルモノトモ不可分ナルモノトモ認ムルコトヲ得」トシテ、

ハ債權カ金錢ノ如キ分割シテ給付スルコトヲ得ヘキ物ヲ目的トスルモ當事者ノ意思ニ因リテ全額ヲ一時ニ支拂ハサルヘカラストスルカ如キ場合例ハ一定ノ期日ニ之ヲ手形ノ支拂ニ充ツル爲メ是ナリ例ヘハ三人カ千圓ノ債務ヲ負ヒ而モ當事者ノ意思カ初ヨリ分割シテ履行スルコトヲ許ササルニ在ルコト明カナル場合ニ於テハ債務者三人アルノ故ヲ以テ各自千圓ノ中三百三十三圓餘ノ履行ヲ爲シタルノミニテハ其債務ヲ免ルルコト能ハス何トナレハ此場合ニ於テハ債權者ハ千圓ノ履行ヲ受クルニアラサレハ債權ノ目的ヲ達スルコト能ハサレハナリ又金錢ニアラスシテ不可分ヲ約スル場合種ナリトセス例ヘハ靴一萬足ノ請負契約ヲ不可分債務トシテ約シタル場合ノ如シ「ボリ」ンナード氏ハ擔保ノ目的ヲ以テスル不可分ナルモノヲ認メタリ是レ果シテ實際ノ適用アルヤ否キヲ知ラスト雖モ舊民法ニハ之ヲ規定シタリ蓋シ數回ニ分テ履行ヲ爲シ或ハ數人ヨリ各別ニ履行スルモノトセハ數人中時トシテハ無實力者ヲ生スルコトアリ又履行ノ請求ハ債務者ノ各自ニ對シテ之ヲ爲ササルヘカラスト然ルニ其中ニハ時トシテハ遠隔ノ地ニ在ル者モアルヘキカ故ニ中ニ就キ最モ實

力ヲ有スル者若クハ最近ノ地ニ住スル者ヨリ全部ノ履行ヲ受クルコトヲ欲スルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テ特ニ約シタル不可分ハ任意ノ不可分ナリトセリ是レ想像シ能ハサル所ニアラスト雖モ予ハ此ノ如キ場合ニ於テハ連帶ノ契約ヲ爲スヲ以テ足レリト信ス尤モ右ノ如キ不可分ト雖モ法律ヲ以テ之ヲ禁スルニハ及ハスト雖モ特ニ之ヲ規定スルノ必要ナキノミナラス擔保ノ目的ヲ以テスル場合ナルト又前ニ述ヘタル手形ノ支拂ノ爲メニスル場合ナルト將タ請負ノ場合ナルト其他如何ナル場合ナルヲ問ハズ目的カ性質上可分ナルニ拘ラス當事者ノ意思ニ因リテ全部ヲ一時ニ履行セサルヘカラストモノハ皆任意ノ不可分タリ故ニ舊民法ニ於ケルカ如ク債權擔保編ノ規定ニ依ル不可分財產編ノ規定ニ依ル不可分ト云フカ如キ區別ヲ爲スノ必要ナシ然ルニ舊民法ニ於テハ債權擔保編ニモ財產編ニモ不可分ナルモノアリテ財產編ニハ當事者ノ意思ニ因ル不可分ヲ認メ其規定ト擔保編ノ規定ト抵觸セルニモ拘ラス擔保編ニ於テハ財產編ノ規定ヲ適用セルカ如キ支離滅裂ノ規定アリ其尤モ甚シキモノヲ言ヘハ財產編第四百四十七條第二項ト擔保編第八十九條ノ規定トハ矛盾シテ

孰レヲ適用シテ可ナルヤ知ルヘカラサルコト是ナリ新民法ニ於テハ此ハ如キ區別ヲ爲ナス不可分ナルモノヲ一括シテ規定セリ故ニ性質上ノ不可分ノ當事者ノ意思ニ因ル不可分ノ實際ニ於テハ多少ノ相違アラシモ法律ノ規定ハ總テ此二種ノ不可分ニ適用セラレキモノナリ故ニ今ヨリ論セントスル所ノ不可分債務ナルモノハ此二種ヲ包含スルモノト知ルヘシ

不可分債務カ他ノ債務ト異ナル結果ヲ惹起スル場合ハ主トシテ相續ノ場合ナリ固ヨリ相續以外ニ於テ二人以上ノ債權者若クハ債務者アル場合ナキニアラスト雖モ此種ノ場合ハ極メ稀ナリノミナラス多クハ當事者間ノ契約等ニ因リ其關係モ略モ明カナルヘキヲ以テ問題ノ生スルコトハ鮮少ナリ之ニ反シテ相續ノ場合ニ於テハ初ハ債權者若クハ債務者カ一人ナリシニ偶然二人以上ノ債權者若クハ債務者ヲ生スルニ至ルヲ以テ此等ノ者ノ間及ヒ此等ノ者ト相手方トノ間ニ於テ如何ナル關係ヲ生スヘキカノ問題ヲ生スヘシ外國ニ於テハ現今概テ分割相續ノ制度ヲ採リ隨テ相續ト云ヘハ殆ト常ニ債權者又ハ債務者ノ數人アルコトヲ聯想セシム之ニ反シテ我邦ニ於テハ必スシモ然ラス諸君

レル如ク家督相續ハ必ス一人ニ限ルモノナルヲ以テ相續ノ開始アレハトテ原則トシテハ必スシモ債權者又ハ債務者カ二人以上アリトハ謂フコトヲ得ス唯被相續人カ其財産ノ二分ノ一又ハ三分ノ一ト云ヘルカ如キ其幾分ヲ相續人以外ノ者ニ分與スル場合ニ於テハ是レ所謂包括的處分ニシテ權利義務ヲ合シタルモノノ二分ノ一又ハ三分ノ一ヲ讓與スルモノナルヲ以テ此等ノ場合ニハ家督相續人カ財産即チ權利及ヒ義務ノ二分ノ一又ハ三分ノ二ヲ讓受ケ其他ノ部分ヲ受遺者カ引受タルコトニ歸著スヘシ故ニ此場合ニハ債權者又ハ債務者カ二人以上ト爲リ得ヘシ又遺產相續ノ場合ニ於テハ分割主義ニ依レルヲ以テ例ヘハ二人以上ノ子アリトセハ必ス其相續人ハ二人以上アルヘテ隨テ其間ニ債權及ヒ債務カ分割セラルルヲ以テ茲ニ債務カ不可分ナルヤ否ヤハ重要ナル問題ト爲ルヘシ歐洲ニ於テハ羅馬法以來不可分債務ヲ認ムト雖モ實際ニ於テハ頻繁ニ行ハルルモノニアラスト聞ク其レ或ハ然ラン蓋シ目的ノ性質上不可分ナルモノハ甚タ稀ナルコト前述ノ如ク又當事者ノ意思ニ因リテ不可分ト爲スコトモ實際ニ於テ頻繁ナラナルヲ以テ其實際問題ト爲ルコト少ナク隨テ歐洲

ニ於テモ裁判例極メテ尠シト云フ現ニ歐洲ノ學者ハ講義又ハ著述ニ於テ不可分債務ニ關シテ深ク論セサルヲ常トスルニ據リテ推知スヘキナリ

我新民法ニ於テモ不可分債務ニ關シテハ極メテ簡單ナル規定ヲ置キ債權者ノ數人アル場合ト債務者ノ數人アル場合トヲ別條ニ定メタリ即チ第四百二十八條及ヒ第四百二十九條ハ債權者ノ多數ナル場合ニ關シ第四百三十條ハ債務者ノ多數ナル場合ニ關シテ規定セリ然リト雖モ此二箇ノ場合ハ殆ト其理論ヲ一ニスルヲ以テ予ハ便宜上債權者ノ多數ナル場合ニ就テ之カ説明ヲ試ミ債務者ノ多數ナル場合ニハ其理論ヲ推セハ自ラ了解スルコトヲ得ヘキヲ期セント欲ス

不可分債務ノ性質及ヒ效力ニ付テハ學說ノ一定セサルノミナラス各國ノ立法例モ亦區區タリ是レ或ハ理論上ノ見解ヲ異ニスルニ由ルモノアルヘシト雖モ多クハ便宜上ノ問題ナリト信ス抑モ不可分債務ノ目的ハ或ハ其性質ニ依リ或ハ當事者ノ意思ニ依リテ分割スルコト能ハサル所ノモノナリ故ニ其債務ノ履行ト云ヘハ必ス全部ノ履行ヲ意味シ一部ノ履行ヲ爲スモ之ヲ以テ履行ナリト

謂フコトヲ得ス蓋シ義務ノ性質上一部ノ履行ヲ想像スルコトヲ得サレハナリ故ニ縱令債權者ハ多數ナルモ其各自ニ對シ簡簡別別ノ履行ヲ爲スコトヲ得サルハ毫モ疑ヲ容ルヘカラサル點ナリトス唯茲ニ疑アルハ各債權者カ別箇ニ全部ノ履行ヲ求ムルコトヲ得ヘキカ將タ又全債權者カ合同一致シテ履行ヲ求メサルヘカラサルカ又縱令各債權者カ一人ニテ全部ノ履行ヲ求ムルコトヲ得ヘントスルモ自己ノミニ對シテ履行スヘキコトヲ請求シ得ヘキカ將タ又全債權者ニ對シテ履行スヘキコトヲ請求スヘキモノナルカニ在リ此問題ニ付テハ三主義アリ第一ノ主義ハ債權者全員カ合同スルニアラスンハ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス又債務者ニ於テモ債權者一同ニ對シテ履行ヲ爲スニアラスンハ有效ナル履行ヲ爲シタリト謂フコトヲ得ス要スルニ本人又ハ代理人ヲ以テ債權者ノ全員カ合同セサレハ履行スルコトヲ得スト云フニ在リ第二ノ主義ハ履行ノ請求ヲ爲スコトハ一人ニテモ可ナリト雖モ自己ノミニ對シテ履行ヲ爲サシムルコトヲ得ス須ク債權者全員ニ對シテ履行ヲ爲スヘキコトヲ請求スヘシ之ト同一理ニ據リ若シ債務者ヨリ履行ヲ爲サントスルトキハ必ス債權者全員ニ

對シテ履行セサルヘカラスト云フニ在リ是レ實ニ獨逸法ノ採用セル主義ナリ
 第三ノ主義ハ各債權者カ自己ニ對シテ全部ノ履行ヲ爲スヘキコトヲ請求シ得
 ヘシ即チ自己カ總債權者ヲ代表シテ總債權者ノ爲メニ履行ヲ請求スルコトヲ
 得ヘシト云フニ在リ此主義ハ佛蘭西伊太利瑞西等ノ諸國ニ於テ認ムル所ニシ
 テ外國多數ノ例ニ倣ヒ我舊民法ハ此主義ヲ採用セシカ新民法モ亦之ヲ取レリ
 即チ第四百二十八條ニ曰ク

債權ノ目的カ其性質上又ハ當事者ノ意思表示ニ因リテ不可分ナル場合ニ於
 テ數人ノ債權者アルトキハ各債權者ハ總債權者ノ爲メニ履行ヲ請求シ又債
 務者ハ總債權者ノ爲メ各債權者ニ對シテ履行ヲ爲スコトヲ得
 予ハ此第三ノ主義即チ我民法ノ採用セル主義ハ理論上最モ穩當ニシテ且實際
 ニモ便宜ナリト信ス固ヨリ各債權者カ債權全部ニ付テ債權者ナルニアラスシ
 テ債權者全員カ合同シテ全部ノ債權ヲ有スルモノナルヲ以テ債權者全員カ合
 同シテ之カ履行ヲ求メ又ハ之ヲ受ケサルヘカラストノ第一ノ主義モ一應ノ理
 アルニ似タリ又履行ノ請求ハ一人ニテ爲スコトヲ得ヘキモ事實履行ヲ爲スニ

當リテハ債權者全員ニ對シテ爲ササルヘカラストノ獨逸主義モ亦理由オキモ
 アラス然リト雖モ予ノ信スル所ニ據レハ畢竟各債權者カ債權者トシテ履行ヲ
 求ムルノ權利ヲ有スルコト疑ナク既ニ債權者ナルニモ拘ラス履行ヲ請求シ又
 ハ之ヲ受ケタルコトヲ得サルノ理ヲ發見スルコト能ハス果シテ然ラハ各債權者
 カ他ノ債權者ト協同スルコトヲ埃タス一人ニテ之カ履行ヲ請求スルコトヲ得
 スンハ債權者ノ保護ハ不完全ナリト謂ハサルヘカラス故ニ各債權者ヨリ請求
 スルコトヲ得ヘキ旨ヲ認メサルヘカラス而シテ一人ノ債權者ヨリ請求スルコ
 トヲ認ムル以上ハ履行ヲ請求セサル債權者ニ對シテモ履行ヲ爲スヘシト云フ
 ハ理論ノ矛盾セルモノト謂フヘク履行ヲ請求シタル債權者ニ對シテ履行ヲ爲
 スコト當然ナレ他ノ債權者カ自己ノ權利ノ行使ヲ怠リタルカ爲メニ之ヲ怠ラ
 サル債權者ニ於テモ直ニ履行ヲ受ケルコトヲ得スト云フニ至リテハ甚タ理
 由ナキモノト謂ハサルヘカラス尤モ一人ノ債權者カ全部ノ債權ヲ有スルニア
 ラサルコト前ニ述ヘタル所ノ如シト雖モ苟モ履行ヲ爲サンニハ必ス全部ニ付
 テ之ヲ爲スニアラサレハ眞ノ履行ト謂フコトヲ得サルコト亦前ニ述ヘタル所

ノ如シ故ニ各債權者ハ決シテ他人ヲ代表スルニアラスト雖モ其者自身カ履行ヲ求ムル以上ハ他ノ債權者ノ部分ヲモ同時ニ履行スルコトヲ求メサルヘカラス然ルニ論者ノ言フカ如クシテハ怠慢アル債權者ノ爲メニ怠慢ナキ債權者モ適法ニ履行ノ請求ヲ爲シタルニ拘ハラヌ履行ヲ受タルコト能ハサルノ結果ト爲ルヘシ故ニ此獨逸主義ハ甚タ其當ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス況ヤ實際ニ於テ第三ノ主義ノ便利ナルコトハ疑ヲ容レサルニ於テヤ論者或ハ曰ハン一人ノ債權者カ履行ヲ請求シテ其履行ヲ受ケ直チニ之ヲ消費シ盡ストキハ他ノ債權者ノ迷惑ヲ思フヘント其レ或ハ然ラン然リト雖モ各債權者何レモ怠慢ナク履行ノ請求ヲ爲シテ之カ履行ヲ受ケレハ斯ノ如キ弊アルコト少カルヘタ意慢アル債權者カ其怠慢ノ爲メニ多少ノ危険ヲ課ムヘキハ實ニ已ムコトヲ得サル所ナリ右ノ理由ニ據リ我民法ハ第四百二十八條ノ規定ヲ設ケ各債權者カ全部ノ履行ヲ求メ且之ヲ受タルコトヲ得ヘキモノトセリ又履行ノ請求ハ以上ハ不可分債務ノ性質上當然ノ結果ナリト謂フモ不可ナシト信ス其他ノ事項ニ付テハ縱令法律ノ規定ナキモ一般ノ法理ニ據リテ判定スルコトヲ得ヘシ

ト雖モ法律ハ特ニ第四百二十九條ノ規定ヲ設ケ更改及ヒ免除ニ付キ多少ノ便宜ヲ設ケタリ同條ニ曰ク「債權者ノ一人ハ其債權者ノ一人ノ債權者ノ一人ノ債權者ノ一人ト其債務者トハ間ニ更改及ヒ免除アリタル場合ニ於テ不可分債權者ノ一人ト其債務者トハ間ニ更改及ヒ免除アリタル場合ニ於テモ他ノ債權者ハ債務ノ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得但シ其一人ノ債權者カ其權利ヲ失ハサルハ之ニ分與スヘキ利益ヲ債務者ニ償還スルコトヲ要ス」此他不可分債權者ノ一人ノ行為又ハ其一人ニ付キ生シタル事項ハ他ノ債權者ニ對シテ其效力ヲ生セズ

予ノ信スル所ニ據レハ本條第二項ハ縱令明文ナシト雖モ當ニ然ラサルヘカラスアルモノニシテ債務ノ目的カ不可分ナルカ爲メ債權者間ニ於テ互ニ代理者トハ之ニ類シタル關係ヲ生スヘキ理ナク法律カ便宜上多少ノ代理關係ヲ生セシムルモノトスレハ格別然ラサル以上ハ其間ニ何等ノ關係モナカルヘキナリ然リト雖モ此點ニ付テハ各國ノ立法例及ヒ學說未タ其軌ヲ一ニセサルヲ以テ疑ヲ避クルカ爲メ明文ヲ設ケタルニ過キヌ畢竟我民法ハ更改及ヒ免除ノモノニ付キ特ニ明文ヲ置ケルモノト謂テ可ナリ是レ舊民法ト頗ル其趣ヲ異ニスル所ナリ

而シテ更改トハ甲ノ債務ヲ消滅モシメ之ニ代フルニ乙ノ債務ヲ以テスルヲ謂
 ヒ又免除トハ債權ノ放棄ヲ謂フ今此場合ニ於テ明文ナカリセハ其結果如何ト
 云フニ更改及ヒ免除ハ其ニ債權消滅ノ原因ナリ故ニ不可分債務ノ場合ニ於テ
 モ債權全部ニ付キ更改又ハ免除アルトキハ其債權全部ヲ消滅スルハ勿論ナリ
 然ルニ茲ニ債權者三人アリテ孰レモ等分ノ權利ヲ有スル場合ニ於テ其一人法
 文ニ一人ト記載セルモ二人以上ノトキニテモ此規定ヲ適用スルニ差支ナシト
 債務者トノ間ニ更改又ハ免除アリタルトキハ其一人ノ債權ノミハ消滅シ若シ
 更改ヲ行ヒタリトセハ舊債權ニ代ハルヘキ新債權ヲ生スヘク又免除ノ場合ニ
 於テハ更ニ債權ノ生スルコトナシ畢竟其一人ノ債權ハ消滅スルモ他ノ二人ノ
 債權ハ依然トシテ存在スヘシ此場合ニ於テ債務ノ目的カ分チ得ヘキモノナル
 トキハ事單純ニシテ別ニ疑ヲ生セス例ヘハ三人ノ債權者カ三千圓ノ債權ヲ有
 スルトキハ一人ノ部分即チ千圓ニ限り消滅スヘク其他ノ二人ハ千圓宛テ請求
 スルコトヲ得ヘシ然ルニ債權ノ目的カ不可分ナルトキハ一人ノ債權カ消滅ス
 ルモ其消滅シタル部分ヲ除キ其餘ノ債權ノミノ履行ハ債權ノ性質又ハ當事者

ノ意思ニ依リ之ヲ許ササル所ナリ故ニ甲乙丙三人ノ債權者中甲イミハ其權利
 ヲ失フモ乙丙ハ依然トシテ權利者タリ而シテ債務者カ乙丙ニ對シテ債務ノ履
 行ヲ爲スニハ則チ債務全部ノ履行ヲ爲ササルヘカラス然ルニ若シ更改又ハ免
 除ナク債權カ全部存在セハ履行ヲ受ケタル者ハ他ノ債權者ニ其利益ヲ分配セ
 ナルヘカラス例ヘハ乙カ全部ノ履行ヲ受ケタリトセハ其受取リタル利益ヲ甲
 及ヒ丙ニ分配セサルヘカラス而シテ其分配方法ハ債權發生當時ノ契約其他ノ
 事情ニ依ルヘキノミ然ルニ甲カ更改又ハ免除ヲ爲シタル場合ニ於テハ丙ハ其
 分配ヲ受タルコトヲ得ルモ甲ハ其分配ヲ受タルコトヲ得ス然ルニ甲ノ配當分
 部ヲ乙カ取得セハ是レ不當利得ヲ爲スモノナリ然ラハ如何ニセハ可ナランカ
 予ハ信ス若シ明文ナカリセハ乙ハ仍ホ甲ニ分配スヘク而シテ甲ハ更ニ之ヲ債
 務者ニ返還セサルヘカラスト然レトモ此ノ如キハ管ニ煩雜ナルノミナラス勤
 モスレハ不公平ノ結果ヲ生スヘシ何トナレハ乙ハ其履行ヲ受ケタル後之ヲ甲
 ニ分配スル義務アルニ拘ラス之ヲ分配セサル間ニ無資力ト爲リタリトセハ甲
 ハ其分配ニ與ルコトヲ得ス隨テ甲ノ債權者タル前ノ不可分債務者ハ損失ヲ受

クルニ至ルヘク又乙カ甲ニ其利益ヲ分配シタルトキハ甲ハ直チニ之ヲ自己ノ債權者タル前ノ不可分債務者ニ返還セサルヘカラス然ルニ未タ之ヲ返還セザルニ當リテ無實力ト爲リタリトモ其不可分債務者ハ同シク損失ヲ被ルニ至ルヘケレハナリ之ヲ要スルニ其煩雜ト不公平トヲ避クルカ爲メニ第四百二十九條第一項ノ規定ヲ設ケ其但書ニ於テ但一人ノ債權者カ其權利ヲ失ハサルハ之ニ分與スヘキ利益ヲ債務者ニ償還スルコトヲ要スル規定シタル所以ナリ故ニ右ノ場合ニ於テ債務ノ目的カ特定物ナルトキハ債務者ハ其物ノ上ニ留置權ヲ行フコトヲ得ヘク隨テ多クノ場合ニ於テハ損失ヲ受タルコトナカルヘシレトモ此規定ヲ舊民法ニ比スレハ極メテ簡單ナルヲ以テ多少ノ問題ヲ生スルシ例ヘハ相殺ノ場合ノ如キ是ナリ即チ債權者ノ一人ト債務者トノ間ニ相殺ノ原因存スルトキハ如何此問題ハ債權ノ目的カ性質上不可分ナルトキハ問題ヲ生セスト雖モ當事者ノ意思ニ因ル不可分ノ場合ニ於テハ往往疑問タルコトアリ例ヘハ金錢債務ハ性質上可分ナリト雖モ若シ當事者ノ意思ニ因リテ全部ヲ

一時ニ支拂フヘキ場合ノ如シ此場合ニ於テ他ノ一方ニ對シテ同シク金錢債務ノ存在スルトキハ之ト相殺ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ甲乙丙三人ノ債權者アリテ其中甲ハ其債務者ニ對シテ恰モ同額ノ債務ヲ負ヘリトモ此場合ニ於テ若シ甲カ不可分債務ノ履行ヲ請求セバ債務者ハ同額ノ自己ノ債權ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ヘシ隨テ其結果恰モ甲ハ全部ノ履行ヲ受ケタルト同一ノ利益ヲ得ヘキヲ以テ其利益ノ一部ハ之ヲ乙丙ニ分配セサルヘカラス是レ固ヨリ自明ノ理ナルカ故ニ之ニ付テハ別段ノ明文ヲ要セザルナリ但甲ノ債務ノ額カ不可分債權ノ額ヨリ寡キトキハ相殺ヲ爲スコトヲ得サルコトハ後ニ論スヘシ也右ハ甲カ履行ノ請求ヲ爲シタル場合ナレトモ若シ乙カ債務ノ履行ヲ求めタルトキニハ如何之ニ付キ舊民法ハ其財産編第四百四十五條第二項ニ規定シテ曰ク債務者カ其一人ノ債權者ニ對シテ適法ナル相殺ノ原因ヲ有スルモ他ノ債權者ハ尙ホ債務ノ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得然レトモ他ノ債權者ハ此一人ノ債權者カ其權利ヲ失ハサリシナラハ第五百二十一條第三項第四項ノ規定ニ從ヒ其一人ノ債權者ニ分與ス可キ利益ニ付キ其訴追ヲ受ケタル債務者ニ對シ

ヲ計算ヲ爲ス。ト此規定ニ依レハ前例ノ場合即チ乙カ債務者ニ對シ全部ノ履行ヲ請求シタルトキハ原則トシテ債務者ハ全部ノ履行ヲ爲ササルヘカラス然レトモ甲ハ其債務者ニ對シテ恰モ債務者ノ債務ト同額ノ債務ヲ負ヘルニ由リ甲ノ得ヘキ部分ハ乙ヨリ更ニ之ヲ債務者ニ償還セサルヘカラス故ニ此場合ニ於テハ乙ハ全部ノ履行ヲ請求スルト雖モ實際乙及ヒ丙ノ部分ノミニアラサレハ受領スルコトヲ得ス是レ恰モ更改又ハ免除ノ場合ト同シク甲カ其債務者ニ對シテ負ヘル部分ハ結局之ヲ債務者ニ償還スヘク債務ノ目的カ金錢債務ナルトキハ其金錢ノ一部ハ受領スルコトヲ得サルコトト爲リ舊民法ニ於テハ相殺ニ付テモ更改又ハ免除ト同一ノ規定ヲ爲シタルモノノ如シ然レトモ後ノ第五百二十一條第四項財四四五二項中ノ第三項ノ文字ハ衍ナルヘシニハ「債務カ債務者ノ間又ハ債權者ノ間ニ於テ任意不可分ナルトキハ相殺ハ受方又ハ働方ノ連帶ニ於ケルト同一ノ方法ニ從テ又性質ニ因ル不可分ノ債務ナルトキハ第四百四十五條ノ規定ニ從テ」ト規定セリ故ニ第一任意ノ不可分擔保ノ爲メニスルモノノミナラス當事者ノ意思ニ因ル一切ノ不可分ヲ包含スルモノト解スヘシノ

場合ニハ連帶ノ規定ニ從ヒ債務者多數ノ場合ニ於テハ一部ノ相殺ヲ認メ債權者多數ノ場合ニハ全部ノ相殺ヲ認ムルカ如シ第二性質ニ因ル不可分ノ場合ニハ第四百四十五條ノ規定ニ從テ」ト云ヒ同條ヲ引用セシ箇條ヲ引用セリ然レトモ性質ニ因ル不可分ノ場合ニハ相殺ノ不能ナルコトハ「ポワソナード氏モ第二草案ニ於テ之ヲ自認セリ故ニ結局右ノ兩條ハ相矛盾セリ而シテ新民法カ相殺ニ付テ何等ノ規定スル所ナキ所以ノモノハ是レ主トシテ相殺ニ關スル主義カ新舊法相異ナレルニ由レリ即チ舊民法ニ於テハ相殺ハ法律上當然行ハルルモノ即チ二人間ニ於テ互ニ債權者タリ又債務者タル場合ニ於テハ其最少額ヲ限度トシ(若シ同額ナルトキハ全部ニ付テ)償債債務ノ關係カ當然消滅スルモノトセリ然ルニ新民法ニ於テハ相殺ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ行ハルルノ主義ヲ採リ當事者ノ一方ヨリ相殺ヲ援用シテ始メテ債務カ消滅スルコトトセリ故ニ不可分債務ノ場合ニ於テ相殺ノ原因ヲ有スル者即チ前例ニ就テ之ヲ言ヘバ甲カ債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スニ當リ債務者カ相殺ヲ以テ之ニ對抗スルトキハ恰モ全部辨濟アリタルト同一ノ結果ニ歸スヘシト雖モ若シ乙ヨリ債

務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲セリトセハ此場合ニ債務者ハ甲ニ對スル債權ヲ以テ相殺ヲ主張スルコトヲ得ス蓋シ履行ノ請求ヲ爲シタル乙ハ債務者ニ對シテ何等ノ債務ヲモ負擔セザルヲ以テナリ若シ此場合ニ於テモ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ヘキモノトセハ特別ノ明文ヲ設ケザルヘカラス而シテ新民法ニ於テハ斯ル明文ヲ置クノ必要ヲ認メザリシナリ抑モ不可分債務ノ場合ニ於テハ債權者間ニ於テ代理若クハ之ニ類スル關係アルニアラスシテ各自全ク別箇ノ債權ヲ有スルモノナリ唯其目的カ不可分ナルヲ以テ一人ニテ請求シ一人ニ對シテ履行ヲ爲スヘキニ過キス故ニ前例ノ場合ニ債務者カ甲ノ債務ニ付テ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ヘキ理ナシトノ趣意ニ出ツルモノナリ此點ハ新舊法ノ趣異ニスル所ナリ

又債務者カ債權者ノ一人即チ前例ノ甲ニ對シテ有スル債權ノ履行ヲ請求スル場合ニ於テ甲ハ不可分債權ノ全部ヲ以テ相殺ヲ主張スルコトヲ得ルヤ否ヤト云フニ假ニ甲ノ有スル債權ノ部分ノミニ付テハ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ヘキモノトスルモ他ノ債權者ノ有スル債權ノ部分マテヲモ對抗スルコトヲ得ザル

ハ疑ナキカ如シ蓋シ不可分債務ノ場合ニ於テハ本來甲カ有スル權利ハ一部分ニ過キスシテ其他ノ部分ハ他ノ債權者タル乙丙ノ有スル所ノモノナリ故ニ甲カ債務者ニ對シテ三千圓ノ債務ヲ負擔スル場合ニ於テ其債務者ヨリ履行ノ請求ヲ受クルニ當リ不可分債權モ亦三千圓ナリト假定セハ自己ノ部分タル千圓ハ姑ク合キ他ノ二千圓ヲモ相殺トシテ對抗シ以テ自己ノ全債務ヲ消滅セシムルコト能ハス是レ理論上ニ於テハ當ニ然ルヘキ所ナリ但實際上ハ甲カ同時ニ不可分債權ノ履行ヲ請求スルトキハ債務者ニ於テ相殺ヲ對抗セザレハ其債務ノ履行ヲ爲ササルヘカラサルコトト爲ルカ故ニ必ス之ヲ對抗スヘク從テ同一ノ結果ニ歸スヘシ

以上ハ假ニ舊法典ノ如ク任意ノ不可分ノ場合ニ於テハ相殺ノ結果其履行ヲ分割スルモ妨ナキモノトシテ猶ホ新舊法典ノ異ナルヘキ所ヲ論シタリト雖モ予ハ更ニ一步ヲ進ミ不可分債務ノ場合ニ於テハ履行ノ分割ヲ來スヘキ相殺ハ一切之ヲ許サザルモノナルコトヲ斷言セント欲ス請フ左ニ場合ヲ分チテ之ヲ論

第一 債權者ノ一人甲カ債務者ニ對シ不可分債務ノ履行ヲ請求シタル場合ニ於テ債務者カ之ニ對シテ不可分債務ヨリ少額ナル債權ヲ有スルトキハ之ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ヌ何トナレハ債權者カ必ス全額ヲ一括シテ受タルコトヲ得ル爲メ特ニ其債權ヲ不可分ト爲シタルモノナルニ實際兩債務ノ差額ヲ受クルコトト爲リ是レ即チ民法第五百五條第一項ニ所謂債權ノ性質カ相殺ヲ許ササル場合ナレハナリ

第二 乙カ債務者ニ對シ不可分債務ノ履行ヲ請求シタル場合ニ於テ債務者カ甲ニ對シテ同種ノ目的ヲ有スル債權ヲ有スルトキハ少クモ立法論トシテハ或ハ甲ノ利益ニ歸スヘキ不可分債務ノ部分ニ付キ債務者ヨリ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ルモノトスルヲ以テ實際ニ便ナリトスヘキカ如キモ是レ亦分割履行ヲ許ス結果ト爲ルヲ以テ到底採用スルコトヲ得ヌ何トナレハ債務者ハ不可分債務ノ目的ヨリ甲ノ部分ヲ控除シタルモノヲ給付シテ其義務ヲ免レントスルモノナレハナリ

第三 債務者カ甲ニ對シ其債權ノ履行ヲ請求シタル場合ニ於テ甲カ不可分債

務中自己ノ部分ニ屬スルモノヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ハ或ハ便利ナルカ如キモ是レ亦同一ノ理由ニ因リテ採用スルコト能ハサルナリ何トナレハ甲ハ自ラ不可分ノ利益ヲ含テテ相殺ヲ爲サント欲スル者ナルカ故ニ妨ナキカ如キモ債務者カ乙又ハ丙ニ對シテ履行ヲ爲スニ當リテハ必ス全額ヲ拂ハサルヘカラス然ラスンハ乙及ヒ丙ハ甲カ相殺ヲ對抗シタルカ爲メニ不可分ノ利益ヲ失フコトト爲ルヘケレハナリ

尙ホ相殺ノ規定ヲ説明スル際ニ詳論スヘシト雖モ要スルニ相殺ニ付キ特別ノ規定ヲ設クルノ必要ナク一般ノ原則トシテ債權者ノ一人ニ關スル事項ハ他ノ債權者ニ何等ノ影響ヲ及ホサスト規定セル第四百二十九條第二項ヲ適用スヘキナリ

次に研究スヘキハ混同ノ場合はナリ是レ亦後ニ至リテ詳論スヘシト雖モ今茲ニ簡單ニ言ヘハ混同トハ或原因ニ依リテ債權者カ債務者ノ資格ヲ承繼シ又ハ債務者カ債權者ノ資格ヲ承繼スルヲ謂フモノニシテ多クハ相續ニ因リテ斯ル場合ヲ生スヘシ例ヘハ丁ナル債務者ニ對シテ甲乙丙三人ノ債權者アリトセシ

ニ丁カ死亡シ甲カ其相續人ト爲レルカ或ハ又甲カ死亡シ而シテ其相續人ハ丁ナルトキノ如キ畢竟同一人カ同時ニ債權者及ヒ債務者ト爲リタル場合ニ於テハ之ニ因リテ債權債務ハ消滅スルモノナリ然ルニ債權ノ目的カ不可分ナルトキハ如何ニセハ可ナランカ前例ニ於テ甲カ相續人ト爲レル場合タルト丁カ相續人ト爲レル場合タルト問ハス自己カ自己ニ對シテ履行ヲ請求シ又ハ履行ヲ爲スカ如キ愚ヲ演スル者ナカルヘク又法律上ニ於テモ斯ル迂ヲ認ムルコトナシ唯問題ト爲ルヘキハ乙若クハ丙カ甲又ハ丁ニ對シテ債務ノ履行ヲ求ムルコトヲ得ヘキヤ否ヤニ在リ夫レ甲ハ從來債權者ナリシニ其債務者丁ハ之カ相續人ト爲レリ又ハ甲カ丁ノ相續人ト爲レリトスルモ乙又ハ丙ハ其者ニ對シテ履行ヲ求ムルコトヲ得ヘキハ勿論ナリ然ラハ全部ニ付テ之ヲ求ムヘキカ又ハ一部ニ付テ之ヲ求ムヘキカト云フニ無論全部ニ付テ履行ヲ求ムルコトヲ得ヘシ然リト雖モ此場合ニ於テハ甲又ハ丁ニ其利益ヲ返還セザルヘカラス而シテ甲又ハ丁ハ通常三分ノ一ニ付テ債權者タルノ資格ヲ有スルニ因リ須ク其三分ノ一ヲ之ニ分與スヘキナリ若シ然ラシハ乙丙ハ不當ノ利得ヲ爲スモノト謂

ハザルヘカラス然リ而シテ此場合ニ付テハ或ハ第四百二十九條ニ於ケル更改又ハ免除ト同一ニ規定スルヲ以テ立法上宜キヲ得タルモノトスヘキカ如キモ敢テ爾カセザリシ所以ノモノハ曩ニ更改及ヒ免除ニ付キ第四百二十九條第一項ノ規定ナクモ其結果ハ同一ニ歸スヘシト雖モ煩雜ト不公平トヲ避タルノ趣意ヲ以テ特ニ右ノ規定ヲ設ケタルモノナルコトヲ述ヘタリ然ルニ混同ノ場合ニ於テハ前例ノ甲ト丁トハ其二資格カ同一人ニ歸シタルヲ以テ二人ノ手ヲ經ルノ煩雜ナク又之ニ因リテ生スヘキ危險若クハ不公平ノ虞ナシ故ニ明文ナキモ畢竟同一結果ト爲ルモノナリ

次ニ時効ニ付テ一言スヘシ夫レ不可分債權者間ニ於テハ代理若クハ之ニ類スル關係ノ存スルモノニアラザルコト前ニ述ヘタルカ如シ故ニ其一人ノ爲メニ時効カ完成スルモ他ノ債權者ノ爲メニハ未タ完成セザルコトアリ得ヘキナリ例ヘハ第四百二十八條ニ依レハ履行ノ請求ノミハ各債權者カ總債權者ノ爲メニ之ヲ爲スコトヲ得ヘキヲ以テ其結果トシテ履行ノ請求ハ時効中斷ノ效力ヲ他ノ債權者ニ及ホスヘシ此點ハ代理ニ類シタル關係ヲ生スト謂フヘシ然リト

雖モ其他ノ方法ニ依ル時効中斷ノ原因即チ執行爲又ハ承認ニ付テハ甲ニ對シテ之ヲ爲スモ乙丙等ノ他ノ債權者ニ對シテハ何等ノ效力ヲモ生セス又時効停止ノ原因ニ付テモ甲ニ對シテ其原因アルモ他ノ者ニ對シテハ其原因ナキ場合多カルヘシ此等ノ結果トシテ或債權者ハ時効ニ因リテ債權ヲ失ヒ或他ノ債權者ハ仍ホ之ヲ有スル場合ヲ生スヘシ此點ニ付テハ或ハ明文ヲ設タルヲ可ナリトシタルヤモ知ルヘカラスト雖モ新民法ニハ其明文ナシ故ニ時効ノ結果ヲ受ケサル債權者ハ仍ホ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘシ然リト雖モ前例ニ就テ言ヘハ甲ハ時効ニ因リテ其權利ヲ失ヒタルモ乙丙ハ猶ホ其權利ヲ有スルヲ以テ債權者ニ對シテ全部ノ履行ヲ求ムル場合ニ於テ乙丙二人ニテ全部利益ヲ取得スルハ不當ナルヲ以テ甲カ受クヘカリシ部分ハ須ク之ヲ甲ニ分與スヘシ然ルニ甲ハ時効ニ依リテ既ニ其權利ヲ失ヒタルカ故ニ債權者ハ甲ニ對シテ時効ヲ援用シ其部分ノ償還ヲ求ムルコトヲ得ヘキ結果ト爲ルナリ是ヲ以テ或ハ此場合ニ於テハ第四百二十九條第一項ノ場合ト權衡ヲ得ス如カス直チニ債權者ニ對シテ其利益ヲ返還セシムルノ意レルニハト謂フコトヲ得ヘシ蓋シ新

民法カ此ノ如ク規定セザリシ理由ハ他ナシ時効ハ債務消滅ノ原因ナリト雖モ其利益ヲ受クヘキ者カ之ヲ援用スルニアラサレハ效力ヲ生セサルモノナリ故ニ前例ノ場合ニ於テモ乙丙ニ對シテハ時効未タ完成セザルヲ以テ之ニ對シテ時効ヲ援用スヘキ理ナク又甲ニ對シテ援用スヘキ時効ヲ乙丙ニ對シテ援用スルコト能ハス若シ債權者カ乙丙ニ對シテ甲ノ時効ヲ援用セハ乙丙ハ之ニ答ヘテ曰ハン足下ハ甲ニ對シテ時効ノ利益ヲ得タリト言フモ子等ハ甲ノ代理人ニアラス隨テ子等ニ對シテ之ヲ援用スルモ子等ハ之ヲ如何トモスヘキ様ナシ子等ハ徹頭徹尾全部ノ履行ヲ求ムルニ由リ足下ハ宜シク甲ニ對シテ時効ヲ援用シ其部分ヲ返還セシムヘキノミト要スルニ第四百二十九條第二項ノ適用ニ依リテ債權者ノ一人ニ付テ時効カ完成スルモ是レ他ノ債權者ニ對シ何等ノ影響ヲ及ホササルナリ

以上ノ說明ヲ以テ債權者ノ數人アル場合ニ於ケル不可分債務ノ效力ヲ説キ了レリ唯茲ニ附言スヘキコトハ債務ノ目的カ初ハ不可分ノモノナリシニ後日ニ至リテ可分ニ變シタル場合はナリ今其場合ヲ想像シタランニハ種種アルヘシ

ト雖モ主トシテ其債務カ損害賠償ニ變シタル場合はナリ例ヘハ債務者カ不可分債務ノ履行ヲ爲ササルニ因リ債權者ハ已ムコトヲ得ス損害賠償ヲ請求スルコトアリ然ルニ損害賠償ノ性質ハ可分ニシラ且之ニ付テハ初ヨリ不可分ノ特約アルヘキ筈ナキナリ但契約ノ際ニ於テ不履行ノ場合ヲ恐レ損害賠償ノ豫定額ヲ定ムル場合ニ於テ債務者ニ對シ債權者カ不可分ヲ特約セシメタルトキハ是レ亦不可分ナリト雖モ其他ノ場合ニ於テハ常ニ可分ノモノナリ此場合ニ於テハ各債權者ノ權利ハ全ク普通ノ債權者ノ權利ニ變スヘシ蓋シ屢講説シタル如ク不可分債務ハ債務自體カ不可分ナリト言ハンヨリハ寧ロ其目的カ不可分ナリト謂フヲ適當トス故ニ各債權者ノ權利ハ各別ニ存在シ唯目的カ不可分ナルヲ以テ已ムコトヲ得ス全部ノ履行ヲ求ムルニ過キス然ルニ此債務カ他日可分ニ變シタルトキハ各債權者ハ自己ノ部分ノミニアラサレハ請求スルコトヲ得サルナリ尙ホ債權者數人アル場合ニ於テ債務者カ期限ニ至リテ未タ履行ヲ爲ササルニ先テ目的物カ天災ニ因リテ滅失シタルトキモ債權者ハ其損害賠償ヲ求ムルヲ得ヘク而シテ其損害賠償ハ亦可分ノモノナルカ故ニ其結果前例ニ

同シ第四百三十一條ニ曰ク債權者ハ其債權ノ一部ヲ履行スルニ對シテ他ノ債權者ハ其債權ノ全部ヲ履行スルニ對シテ其債權者ノ履行ノ全部ヲ得ルコトヲ得ヘシ是レ目的カ不可分ナルヲ以テ復タ已ムコトヲ得サル所ナリ尙ホ此場合ニ於テハ次款ニ規定セル連帶ノ規定ヲ準用スルノ結果債務者間ノ關係ハ連帶ノ場合ニ於ケルト同一ニシテ第四百四十二條乃至第四百四十四條ノ規定ニ從ヒ履行ヲ爲シタル債務者ヨリ他ノ債務者ニ對シテ求償スルコトヲ得ヘシ唯連帶債務ト異ナル點ハ不可分債務ニ在リテハ既ニ説明シタル

以上ハ債權者ノ多數ナル場合ニ付テノ説明ナルモ債務者ノ多數ナル場合ニ於テモ其大體ニ於テハ異ナル所ナシ第四百三十條ニ曰ク債權者ハ其債權ノ一部ヲ履行スルニ對シテ他ノ債權者ハ其債權ノ全部ヲ履行スルニ對シテ其債權者ノ履行ノ全部ヲ得ルコトヲ得ヘシ是レ目的カ不可分ナルヲ以テ復タ已ムコトヲ得サル所ナリ尙ホ此場合ニ於テハ次款ニ規定セル連帶ノ規定ヲ準用スルノ結果債務者間ノ關係ハ連帶ノ場合ニ於ケルト同一ニシテ第四百四十二條乃至第四百四十四條ノ規定ニ從ヒ履行ヲ爲シタル債務者ヨリ他ノ債務者ニ對シテ求償スルコトヲ得ヘシ唯連帶債務ト異ナル點ハ不可分債務ニ在リテハ既ニ説明シタル

所ノ債權者カ數人ニシテ債權者カ一人ナル場合ト同シク債權者カ數人ノ債權者中一人ノ爲メニ更改又ハ免除ヲ爲スモ他ノ債權者ノ全部ノ履行ヲ受タルコトヲ得ルコト(尤モ債權者ハ免除ヲ得タル者又ハ更改ヲ爲シタル債權者カ負擔スベキ部分ヲ履行ヲ爲ス債權者ニ償還セザルヘカラス及ヒ其他連帶債務ニ關スル第四百三十四條乃至第四百四十條ノ規定ハ之ヲ不可分債務ノ場合ニ準用スルコトヲ得タルコト是ナリ)又民第四三一條ハ此場合ニモ適用アリ)尙ホ第四百三十三條第四百四十一條及ヒ第四百四十五條ハ此場合ニ準用スルコトヲ得ヘシ以上ヲ以テ不可分債務ノ說明ヲ了レリ

第三款 連帶債務

連帶債務ハ歐洲ニ於テハ沿革ニ富メル事項ニシテ羅馬法以來今日ニ至ルマテ種種ノ變遷ヲ經來レリ其結果歐洲各國ノ立法例區區ニ涉レリ殊ニ英佛獨ノ三國ノ法律ハ全ク互ニ其趣ヲ異ニセリ今之ヲ詳述スルハ頗ル煩瑣ナルヲ以テ茲ニハ先ツ各學說及ヒ主義ノ岐カルル所ヲ述ヘ而シテ後予ノ信スル觀念ニ據リ

チ一ノ須要ナル元素トモ謂フヘキ點ヲ指示スヘシ而シテ學說及ヒ立法例ニ於テ其軌ヲ一ニセザル點ハ連帶債務者間ニ代理權ノ存在ヲ認ムヘキヤ否ヤ若シ之ヲ認ムルトセハ如何ナル程度ニ於テ之ヲ認ムヘキカト云フニ在リ此點ハ諸說紛紜タル所ニシテ極端ナル例ヲ舉クレハ舊民法ノ如キハ絕對ニ代理關係ノ存在ヲ認メ總テノ點ニ於テ代理權アリテ連帶債務者ノ一人ニ付テ生シタル事項ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ及ホスモノト規定シタリ然ルニ獨逸民法ノ如キハ其正反對ニシテ連帶債務者間ニハ毫モ代理關係ニ類スルモノヲ認メス隨テ其結果不可分債務モ連帶債務モ同一ニシテ連帶ニ關スル規定ハ其儘之ヲ不可分債務ニ準用セリ予ノ見ル所ヲ以テセハ理論上連帶債務ハ斯クナラザルヘカラスト一定スヘキモノニ非ス各國ノ慣習及ヒ實際ノ便否ニ依リテ其性質ヲ定ムヘキモノニシテ多數ノ場合ニ於テハ慣習ニ依ルモノナリ故ニ羅馬法又ハ佛蘭西法等各其規定ヲ異ニスルト雖モ何國ノ立法例ヲ以テ當ヲ得タルモノトスヘキカハ之ヲ概論スルコト能ハス我新民法ニ於テハ主トシテ實際上ノ便宜ニ基キ右ニ論シタル兩主義ヲ折衷シテ規定ヲ設ケタリ蓋シ第一主義ニ於

ケル如ク連帶債務者間ニ代理關係カ存在スルモノトシテ而シテ絕對ニ其關係ヲ認ムルコトニ付テハ債務者間ニ於テ事實其意思ヲ有スルコト稀ナルヘシ例ハ債務者ノ一人カ訴訟ヲ爲スニ不熟練ナルニ由リ自己ニ不利益ナル自白ヲ爲シタル如キ場合ニ於テモ仍ホ他ノ債務者ハ其者カ已等ヲ代表シタルモノト認ムルノ意思ヲ有スルコトハ蓋シ稀ナルヘシ然レハトテ獨逸民法ニ於ケルカ如ク連帶債務ハ不可分債務ト同シク一人ニテ全部ヲ履行ヲ爲ササルヘカラスト云フニ止マリ其他ニ於テ何等ノ效力ヲモ生セザルモノトスルハ實際上ノ不便ヲ免レザルナリ故ニ我新民法ヲ制定スルニ際リ議論喧シカリシモ結局右兩主義ヲ折衷シ連帶ノ場合ニ舊民法ニ於ケルカ如ク絕對ニ代理關係アルコトヲ認メスト雖モ亦獨逸民法ニ於ケルカ如ク債務者間全ク無關係ノモノトセス幾分カ其間ニ代理類似ノ關係ヲ生スルモノト認メタリ而シテ其如何ナル程度マテ代理ニ類スル關係ヲ生スヘキカハ順次説明スル所アラントス

茲ニ連帶債務ノ説明ニ入ラントスルニ先チ一言スヘキコトハ債權者間ニ存スル連帶即チ所謂^〇方連^〇帶^〇ノ事是ナリ舊民法及ヒ外國法ニ於テハ此種ノ連帶ニ

付テモ亦規定ヲ設ケタリ然ルニ我新民法ニ於テハ之カ規定ヲ設ケス其理由如何他ナシ外國ニ於テハ債權者ノ連帶ニ關スル規定アリト雖モ是レ單ニ沿革上ノ理由ニ因ルモノニシテ實際ニ於テハ殆ト行ハレス蓋シ連帶ナルモノハ實際便宜ナレハコソ之ヲ認ムルナレ然ルニ債務者ノ連帶ハ便利ナリト雖モ債權者ノ連帶ニ至リテハ其利益甚タ尠シ而シテ彼ノ獨逸法ニ於ケルカ如ク債權者間ノ連帶モ不可分債權ト同一ナリトセハ何等ノ利益モ不便モカク隨テ之ヲ認ムルモ認メタルモ殆ト利害ノ關係ナシ唯新民法ニ於テハ當事者ノ意思ニ因ル不可分債權ヲ認ムルヲ以テ特ニ斯ノ如キ債權者間ノ連帶ヲ認ムル必要ナシ然レト雖モ舊民法ニ於ケルカ如ク債權者間ノ連帶ハ概シテ相互間ニ代理關係ヲ生スルモノトスルトキハ却テ債權者ノ爲メニ不利益ナル結果ヲ生スヘシ殊ニ債權者ノ一人ノ行爲カ他ノ債權者ヲ羈束スルカ如キハ債權者ノ爲メニ不利ナルコト多カルヘシ故ニ債務者ニ於テハ債權者間ニ連帶アルヲ以テ利益トスルコトアルヘシト雖モ凡ソ債權ヲ發生セシムル場合ニ於テハ概シテ債權者ノ利益ノ爲メニ其條件ヲ定ムルモノニシテ若シ強ヒテ債務者ノ利益ヲ關ラント欲ス

レハ當事者ノ意思ヲ以テ其債務ヲ不可分ト爲スコトヲ得ヘク其他各債權者ヲ以テ他ノ債權者ノ代理人ト看做スコトヲ得ヘキ旨ヲ特約スルコトヲ得ヘシ故ニ債務者ノ利益ノ爲メニ特ニ此種ノ連帶ヲ認ムルノ必要ナシ歐洲ニ於テハ此種ノ連帶ノ存スルコトハ羅馬法以來沿革ニ基クモノニシテ羅馬法ニ於テハ其必要存ヘシナリ何トナレハ羅馬法ニ於テハ代理ヲ許サザリシカ故ニ連帶ニ由リ實際債權者間ニ代理アルト同一ノ結果ヲ得ント欲シタレハナリ隨テ羅馬ニ於テハ債權者ノ連帶ハ意外ニ頻繁ニ行ハレタルモノナレトモ今日ニ至リテハ代理ノ自由ヲ認ムルヲ以テ連帶債權ヲ約スルモ債權者ハ特殊ノ利益ヲ感セザルニ至レリ要スルニ我邦ハ歐洲ニ於ケルカ如キ沿革ヲ有セス而シテ新ニ之ヲ認ムルノ必要ナキカ故ニ新民法ニ於テハ債權者間ノ連帶ヲ認メス單ニ債務者間ノ連帶ノミニ付キ規定ヲ設ケタリ

第一總論第二連帶債權ノ效力第三連帶債務ノ消滅第三段ニ分チ説明セシム

第一 總論

連帶トハ債權者カ各債務者ヲ唯一ノ債務者ノ如ク看做スコトヲ得ル關係ヲ謂フ是レ即チ連帶ノ定義ニシテ其結果ハ連帶ノ效力トシテ顯ハルヘシ舊民法ニ於テハ全部義務ナルモノヲ規定シタリ而シテ連帶ハ此全部義務ト稍ヤ類似キル所アリ新民法ニ於テハ全部義務ニ付テハ別ニ規定ヲ設ケス蓋シ當事者ノ意思ニ由リテ全部義務ヲ制定スルコトハ事實ニ於テ稀ナルヘク若シ當事者カ之ヲ欲スルトキハ別段法律ニ於テ之ヲ禁セザルヲ以テ其契約ハ固ヨリ有效ナリ然レトモ任意不可分即チ當事者間ノ約束ニ由リテ任意ニ債務ヲ不可分ト爲ストノ特約アレハ其結果ハ舊法典ニ所謂全部義務ト同一ニ歸スヘシ故ニ全部義務ヲ約スルコトハ全ク之ナキヲ保セザルモ是レ至テ稀ナル場合ニ屬スルコト疑ナシ而シテ法律ニ於テ特ニ全部義務ヲ負擔セシムル場合ニ付テハ其規定ニ依リ意義自ラ明瞭ナルヘク隨テ一般ニ全部義務ナルモノヲ規定スルノ必要ナシ然ルニ舊民法債權擔保編第七十三條ニ於テ規定セル所ヲ見ルニ財產編第三

百七十八條第四百九十七條第二項及その他法律多數人ノ債務者ノ義務ヲ其各自ニ對シ全部ヲ爲フト定メタル場合ニ於テハ相互代理ニ付シタル連帶ノ效力ヲ適用スルコトヲ得ス但其總債務者又ハ其中ノ一人カ債務ノ全部ヲ辨濟スル言渡ヲ受ケタルトキモ亦同シ然レトモ一人ノ債務者ノ爲シタル辨濟ハ債權者ニ對シ他ノ債務者ヲ免カレシム又辨濟シタル者ト事務管理ノ訴權ニ依リ又ハ債權者ニ代位シテ得タル訴權ニ依リテ他ノ債務者ニ對シ其部分ニ付キ求償權ヲ有スレトアリ而シテ其連帶ト異ナル點ハ第一債務者間ニ代理關係ノ存在セタルコトニシテ是レ實ニ全部義務ノ性質ナリ然ルニ新民法ニ於テハ連帶ノ場合ニ於テスラ舊民法ノ如クニ絕對的代理ヲ認メス又既ニ述ヘタル如ク若シ債權者カ一人ノ債務者ニ對シ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得一人ノ債權者カ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルニ結果ヲ欲スルニ過キサランニハ之ヲ不可分債務ト爲ス無可ナルヲモナラス何等ノ名稱ヲ用ヒサルモ此ノ如キ契約ヲ爲スコトヲ得ヘキハ勿論ナリ然ルニモ拘ラヌボワソナード氏カ全部義務ノ必要ヲ認メラレタルハ是レ亦歐洲ニ於ケル沿革ニ基キタルモノナラン蓋シ羅馬法ニ於

テハ今日ノ所謂連帶ニ最モ近似セル制度ノ外ニボワソナード氏カ採用シタル〔全部義務〕(obligation integrale)ト稱スルモノアリテ法律ノ規定ニ依リ數人ノ債務者カ各自獨立シテ債務ヲ負擔スト雖モ其中ノ一人カ履行ヲ爲ストキハ之ニ因リテ他ノ者カ自ラ義務ヲ免ルルコトヲ得ヘキ場合アリシ例ヘハ後見人カ二人以上アル場合ニ於テ其後見人ノ怠慢其他ノ事由ニ因リテ未成年者カ損害ヲ被レル場合ニ若シ總テノ後見人ニ過失アルトキハ其損害タルキ總テノ後見人ノ過失ニ出ツルモノナルヲ以テ其中ノ孰レニ對シテモ損害賠償全額ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルカ如キ又ハ數人カ或人ヨリ寄託ヲ受ケタル場合ニ於テ受寄者全員ノ過失ニ因リテ寄託物カ消滅セリトセハ其過失者ノ孰レニ對シテモ全部ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルカ如キ是ナリ斯ル例ハ尙ホ他ニ數箇アリタリボワソナード氏ノ所謂全部義務トハ此等ノ場合ヲ指セルモノナリ然ルニ歐洲ノ今日ニ於テハ固ニ依リテハ此ノ如キ區別ヲ認メス例ヘハ獨逸ノ如キハ全然此種ノ區別ヲ認メス唯單ニ「ダザムトシム」トシムル「ヘルヘルト」ト云フリ是レ「全部義務」ト譯スルモ可カト雖モ連帶ニモ近キカヲ尤モ佛蘭西ニ於テモ學說ニ派

三該ノ第二說ハ佛蘭西民法ハ唯二種ヲ認ムルノミト認キ第二說ハ完全ナル連帶ト不完全ナル連帶トノ二種ヲ認キト説ク予ノ信スル所ニ據レバ佛蘭西ニ於テモ今日ハ純然タル連帶ヲ認ムルカ如ク然ルモ或一派ノ學者ハ今日仍ホ第二說ヲ主張スルヲシテトド民人如キモ亦其一人ニシテ遂ニ舊民法ニ於テモ之ヲ認メタリ蓋シ佛蘭西民法ハ法文カ不完全ナルモ因リ右第二說ノ如キ解釋ヲ生スルニ至ルモ外ナラス現ニ佛蘭西ハ學者ニシテ解釋上不完全ノ連帶ヲ認ムルニ拘ラズ立法論トシテハ其必要ナシト説ク者不尠ニ其説ハ全上述べ如キ沿革及ヒ理由ニ據リテ舊民法ニ於テハ全部義務ナルモノヲ認メテト雖モ左程重要ナルモノトハ認メテアリシカ如ク新民法ニ於テハ敢テ之ヲ禁正モスト雖モ亦頻繁ニ行ハルヘキモノニアラストシテ特ニ規定ヲ設ケ又法律ノ條文ノ結果トシテモ全部義務ト云フ如キモノハ依然トモ性質上必ス此ノ如キモノトシテ得ル大ニ先ツ我邦ニ於テハ後見人カ數人ナル場合ナキヲ以テ後見人ノ任ヲ其適用ナシト雖モ受寄者ノ數人ナル場合ハ之ヲ想像スルモノト得ヘク又契約關係以外ニ於テモボリテトド民人所謂全部義務ニ類スルモノ

ノアリ即チ第七百十四條ノ場合ノ如キ是ナリ同條ニ曰ク前二條ノ規定ニ依リ無能力者ニ責任ナキ場合ニ於テ之ヲ監督スベキ法定ノ義務アル者ハ其無能力者カ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責任ニ任ス但監督義務者カ其義務ヲ怠ラナリシトキハ此限ニ在ラス監督義務者ニ代リテ無能力者ヲ監督スル者モ亦前項ノ責任ニ任スト故ニ法定ノ監督義務アル者及ヒ之ニ代リテ無能力者ヲ監督スル者即チ後見人及ヒ學校長ノ如キ者カ自己ノ監督カ不行届ナリシニ因リ未成年者カ不法行為ヲ爲シ而モ其未成年者ハ其行為ノ責任ヲ辨識スルニ足ルヘキ智能ヲ具ヘサル者ナル場合ニ於テハ後見人及ヒ學校長ハ其行為ニ付キ責任ヲ負フヘシ然レトモ孰レカ一人カ損害ノ全部ノ賠償ヲ爲セハ足ルモノニシテ二人共ニ重複シテ賠償ヲ爲スコトヲ要セサルナリ尙ホ第七百十五條ニ於テモ亦之ニ類スル規定ヲ置ケリ同條ノ場合ハ例ヘハ商業ノ主人カ數多ノ丁稚ヲ使用セル場合ニ於テ其丁稚カ商業上ノ事ニ關シ第三者ニ對シテ損害ヲ加ヘタルトキハ其主人ニ於テ責任ヲ負擔スルト雖モ其丁稚ハ番頭ノ監督ノ下ニ在ルモノナリ故ニ番頭ノ監督カ不行届ナルトキハ番頭モ亦主人ト同一ノ責任ヲ負フモ

ノナリ此場合ニ於テモ孰レカ一人カ損害ノ全部ニ付キ賠償ヲ爲キハ被害者ニ對スル他ノ者ノ義務ハ自ラ消滅ス而シテ義務者間即チ後見人ト學校長トノ關係主人ト番頭トノ關係等ハ自ラ別箇ノ關係ニ屬ス故ニ後見人又ハ主人カ先ツ賠償ノ義務ヲ盡シタルトキハ更ニ校長又ハ番頭ヨリ賠償ヲ受タルコトヲ得ヘシ又第七百十八條ニ規定セル場合即チ例ヘハ大カ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ主人ハ平素其車夫ニ命シテ之ヲ監督セシメ置ケリトセンニ車夫カ保管ノ義務ヲ忘リタルニ因リ其損害ヲ生シタリトセハ被害者ハ車夫又ハ主人ニ對シテ損害ノ賠償ヲ求メ而シテ孰レカ一人カ其義務ノ全部ヲ履行シタルトキハ其義務ハ消滅スヘシ此他尙ホ此類ノ場合アラン右ノ場合ニ於ケル關係ハ實ニ自明ノ理ニ屬ス蓋シ二人以上ノ不法行爲ニ原因シテ一箇ノ損害ヲ生シタルモノニシテ被害者ハ責任者ノ孰レニ對シテモ義務ノ全部ニ付キ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ何トナレハ二人以上ノ過失ニ因リテ生シタル損害ニシテ其各自ノ過失カ損害ノ原因ナルヲ以テ其各自ニ對シテ全部ノ履行ヲ求ムルノ外カシ然レトモ既ニ損害ナキニ至レハ最早賠償ヲ求ムルコトヲ得ス故ニ既ニ一人ヨリ

之カ賠償ヲ受ケレハ復タ他ヨリ之ヲ受ケルコトヲ得ザルヤ論ヲ竣ス最レ新民法ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケサル所以ナリ
連帶ノ原因ハ契約ニ基クコト最モ多キコト疑ヲ容レズ獨逸法ノ如キハ契約上ノ債務ハ常ニ連帶アルモノト推定スルコトヲ規定セリ此點ニ付テモ我民法編纂ノ際大ニ議論ヲ生シ契約上ノ債務ニ付テハ連帶ヲ推定スルヲ以テ便利トス下論スル者アリタリト雖モ予ノ信スル所ニ據レハ蓋シ獨逸法ニ於ケルカ如キ效力ノ薄弱ナル連帶ナリセハ此ノ如キ推定ヲ下スモ或ハ可ナルヘシト雖モ我新民法ニ於ケルカ如キ其效力ノ稍ヤ強大ナル連帶ナルニ於テハ當事者カ特ニ之ヲ約セサルニ拘ラス法律ヲ以テ之カ推定ヲ爲スハ當ヲ得タルモノニアラス若シ連帶ノ必要アラハ當事者ハ特ニ之ヲ約セハ可ナルコトニテ故ラモ法律ノ推定ヲ要セサルナリ尤モ商業上ノ取引ニ於テハ一契約ヲ以テ之ヲ明カニスルコト能ハサルノミナラス特ニ債務ノ履行及ヒ其請求ヲ簡便ニスル必要アリヲ以テ商事ニ付テハ連帶ヲ推定セリ是レ各國ノ法律ニ於テ大抵皆同シキ所ナリ然レトモ一般ノ規定トシテハ契約上ノ債務ハ總テ連帶ナリト推定スルノ必

要ナキコト前述ノ如シ唯契約ヲ以テ特ニ連帶ヲ約スルコトヲ得ルゾモハ、連帶ハ舊民法ニ於テ認メタルカ如ク遺言ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ例ヘハ遺言者カ甲乙二人ニ各自己ノ財産ノ半ヲ譲リタル後更ニ丙ニ對シテ一ノ遺言ヲ爲シテ曰ク其者ノ生涯中之ニ年金百圓ヲ與フヘシ而シテ甲乙二人ハ連帶シテ之カ負擔ニ任スヘシト是レ遺言ヨリ生スル連帶ナリ尙ホ法律ヲ規定ヨリ生スル連帶ノ場合モ亦頗ル多シ此場合ハ畢竟債務者カ二人以上アル場合ニ於テ法律カ特ニ債權者ヲ保護スルカ爲メニ規定セルモノニシテ民法ニ於テハ第四十四條第二項第七百十九條第九百十三條第二項等ニシテ商法ニ於テハ第六十三條第三百三十六條第四百十六條第二百二十六條第二百七十三條第二百零九十九條第三百二十九條等法律上ノ連帶ノ場合殊ニ多シト爲ヌ就中最モ廣汎ナル規定ハ商行為ヨリ生スル債務ハ常ニ連帶ト爲ヌトノ規定是ナリ(商法第二七三條商法ニ於テ此ノ如ク連帶ノ場合多數ナル理由ハ債權者ヲ保護スル外實際ノ便利ヲ圖ルノ趣意ニ出テタルモノナリ蓋シ多忙ナル商業上ニ於テ數人ノ債務者ニ對シテ簡便別ニ請求ヲ爲サシムルカ如キハ實ニ煩勞ニ堪ヘテ

レハナリ且連帶ハ信用ヲ増スヲ以テ特ニ此責任ヲ負ルルナリ彼ノ合名會社社員ノ負擔スル義務ヲ連帶ト爲シタルハ全ク會社ノ信用ヲ増進スルカ爲メナリ之ヲ要スルニ債權者ヲ保護シ間接ニ債務者ト爲ル者ノ便利ヲ圖ルニ趣意ニ出テタルモノナリ然レモ連帶ノ規定ハ實ニ煩勞ニ堪ヘテ右ノ外現行刑法第四十七條ニ於テモ數人共犯ニ係ル裁判費用贖物ノ還給損害ノ賠償ハ其犯人ヲシテ之ヲ連帶セシムト規定セリト雖モ此規定タルヤ殆ト民法ノ不行爲ノ場合ニ於ケル規定ト重複スルモノト謂フヘシ尙ホ其他ニモ連帶ヲ規定セル場合アルヘキモ以上摘示セル場合ヲ以テ主要ナルモノトス舊民法ニ於テハ法律上ノ連帶ヲ規定セル場合一層多カリシモ新民法ニ於テハ可成的法律ヲ以テ干涉セズ自由ノ契約ニ依ラシムルノ主義ヲ取レルヲ以テ舊民法ニ比シテ其場合遙ニ少シキ事蓋シハハロイロニ見ルニ可キ事也

第二 連帶債務ノ效力

連帶債務ノ效力ヲ分チテ二トス第一債權者ト債務者トノ關係第二債務者相互

間ノ關係是ナリ、債權者トノ關係
 第一 債權者ト債權者トノ關係
 此關係ニ於ケル效力ニアリ其一ハ連帶ノ性質ヨリ自然ニ生スル結果ニシテ各
 債務者ヲ唯一ノ債務者ノ如ク看做ナルコト即チ之ヲ反面ヨリ言ヘハ債權者
 ハ各債務者ヲ唯一ノ債務者ノ如ク看做スコトヲ得ルコト是ナリ此效力ヲ第一
 結果トシテ債權者ハ各債務者ニ對シテ債務ヲ全部履行ヲ請求スルコトヲ得
 ルモノトス第四百三十二條ハ此原則ヲ規定セリ曰ク「主債務者ハ一人ニ對シ又ハ同時
 多數人カ連帶債務ヲ負擔スルトキハ債權者ハ其債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時
 若クハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得
 債權者カ各債務者ニ對シ順次ニ一部ノ履行ヲ請求シ又ハ總債務者ニ對シテ同
 時ニ全部ノ履行ヲ請求スルカ如キハ連帶債務ニアラザルモ妨ナキ所ニシテ連
 帶債務ノ特色ニアラス蓋シ連帶債務ノ特色トスル所ハ債務者ノ一人ニ對シ全
 部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルニ在リ茲ニ一人ト言ヘルモ二人以上ノ者ニ對
 シテ請求スルモ可ナリ例ヘハ連帶債務者カ五人ノ場合ニ於テ其中ノ二人又

ハ三人ニ對シテ請求ヲ爲スモ可ナルコトハ猶ホ疊ニ不可分債務ニ付テ一言シ
 タルカ如シ此第四百三十二條乃至第四百四十五條ニ於テ殆ト毎條「一人」トア
 ルヲ見テ二人以上ノ場合ニハ適用ナキモノト爲スハ大ナル誤ナリ即チ若シ債
 務者中二人以上ニ對シテ此等ノ法條ヲ適用スルニ方リ其一人宛ニ適用シ行カ
 ハ幾人ニ適用スルモ同一理ナリ故ニ「一人」トアル場合ハ唯總員ニアラザルノ意
 ナルコトヲ知ルヘシ是レ疑ナキ點ニシテ深ク論スルコトヲ要セザルナリ
 第四百三十四條ノ規定ハ右ノ原則ノ結果トシテ之ヲ視ルコトヲ得タルニ非ス
 曰ク「連帶債務者ノ一人ニ對シ履行ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ生
 連帶債務者ノ一人ニ對シ履行ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ生
 然レトモ是レ寧ロ連帶債務ノ第二ノ效力ノ結果トシテ論スルヲ妥當トス(民事
 訴訟法第四八條第一號第二號參照)請求權ハ三年間ノ期間ヲ算スルニ依リ
 連帶ノ第一ノ效力ノ第二ノ結果ハ破産ノ場合ニ關セリ蓋シ破産ノ場合ニ於テ
 ハ種種ノ事實ヲ想像スルコトヲ得ルモ先ツ疑ナキ點ヨリ論ヒシト欲ス宜得

第一債權者カ未タ何等ノ辨濟ヲ得サル間ニ債務者中ノ一人甲カ破産ノ宣告ヲ受ケタリトセンニ此場合ニ於テ債權者ハ如何ナル權利ヲ有スルカ曰ク債權者ハ債務者タル破産者甲ニ對シテ全部ノ請求例ヘハ三千圓ノ債權ヲ有セル場合ニ於テハ三千圓ヲ請求シ得ルヲ以テ其三千圓ニ付キ破産財團ノ配當ニ加ハルコトヲ得ルハ疑ナキ點ナリ然ルニ破産ノ場合ニハ全部ノ辨濟ヲ得ルコト稀ナリ若シ全部ノ辨濟ヲ得タリトセハ別ニ問題ヲ生セス故ニ先ツ甲ノ財團ニ於テ全部ノ辨濟ヲ得シテ半額ヲ得タルニ過キスト假定センニ殘額千五百圓ニ付テハ更ニ他ノ連帶債務者乙丙ニ對シテ請求スルコトヲ得而シテ此場合ニ於テハ債權者カ甲ノ破産財團ヨリ得タル金額千五百圓ヲ減シタル殘額ヲ請求セザルニカラサルコト論ヲ埃タヌ即チ乙又ハ丙ニ對シテハ千五百圓ノミヲ請求スルコトヲ得ルコトモ亦疑ナキ點ナリ而シテ此場合ニ於テハ後ニ詳論スルカ如ク債務者間ニ求償權ヲ生ス此求償權ニ付テハ別ニ論スルヲ以テ學理上ノ順序ヲ得タルモノナリト雖モ諸君ハ理會ニ便ナラシメシガ爲メ茲ニ之ヲ論センニ此求償權ハ債務者間ニ在リテハ各債務者ノ負擔額ニ據リ決定マリスルモ同

一額ニ付キ權利ヲ有スルモノニアラス此等ノ事ニ關スル詳細ノ説明ハ之ヲ後段ニ譲リ今假ニ各債務者平等ニ義務ヲ負ヒタル場合ニ付キ論センニ前例ニ於テ各債務者カ負擔スヘキ金額ハ千圓宛ナリ然ルニ甲ハ千五百圓ヲ支拂ヒタルヲ以テ負擔額ニ超過セル五百圓ニ付テハ乙及ヒ丙ノ支拂フヘキ部分ヲ支拂ヒタルモノナリ又其後ニ至リ乙モ亦破産ノ宣告ヲ受ケタリト假定センニ此場合ニ於テ債權者ハ殘額千五百圓ニ付テ乙ノ破産財團ノ配當ニ加入シ甲モ亦自己ノ負擔額ニ超過シタル五百圓ニ付テ乙ノ破産財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得然ルニ乙ノ財團ヲ以テ債務ノ十分ノ三ヲ支拂フコトヲ得ルト假定センカ債權者ノ請求ニ對シテハ四百五十圓甲ノ請求ニ對シテハ百五十圓合計六百圓ヲ支拂フコトト爲ル又最後ニ丙カ破産ノ宣告ヲ受ケタリトセンニ此場合ニ於テ債權者ノ請求シ得ル債權額ハ甲ノ財團ヨリ得タル千五百圓ト乙ノ財團ヨリ得タル四百五十圓トノ合計千九百五十圓ヲ減シタル殘額即チ千五十圓ニシテ甲ハ自己ノ負擔部分ヲ超過シテ支拂ヒタル五百圓ヨリ乙ノ財團ヨリ得タル百五十圓ヲ減シタル殘額三百五十圓ニ付キ丙ノ破産財團ノ配當ニ加ハルコトヲ得ヘ

シ蓋シ甲カ五百圓ノ超過支拂ヲ爲シタルハ特ニ乙又ハ丙ノ負擔部分ニ對スルモノト限レルニアラサルカ故ニ乙ノ財團ヨリ辨濟ヲ受ケタル部分ヲ減シタル金額ニ付テハ丙ノ財團ニ對シテモ亦請求スルコトヲ得ザルヘカラス然ルモ丙ニ債務額ノ十分ノ二ヲ支拂フノ資力アルニ過キスト假定セハ債權者ノ請求ニ對シテハ千五百圓ノ二割即チ二百五十圓甲ノ請求ニ對シテハ三百五十圓ノ二割即チ七十圓ヲ支拂フコトト爲ルナリ「ボワランナード」氏ハ丙ノ破産財團ニ對シテ乙モ亦請求權ヲ有スルカノ如ク論シタレトモ是レ全ク誤解ナリ乙ハ二口合計六百圓ヲ支拂ヒタルノミニシテ自己ノ負擔部分ヲ未タ支拂ヒ終ラサル者ナレハ丙ノ財團ニ加入スルノ權ナキハ勿論ナリトス、
 第二前例ノ債權者及ヒ債移者間ニ於テ甲先ツ請求ヲ受ケ任意ニ千五百圓ヲ支拂ヒタル後乙カ破産ノ宣告ヲ受ケタリトセハ債權者ハ乙ノ破産財團ニ對シテ千五百圓ヲ請求シ又甲ハ破産ヲ爲ササルモ自己ノ負擔部分ヲ超過シテ支拂ヒタル五百圓ヲ請求シ得ルコト前例ノ場合ト異ナルコトナシ、
 第三前例ノ債務者三人カ同時ニ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合又ハ破産ノ宣告ハ

全ク同時ナラサルモ三人ノ破産カ同時ニ成立セル場合ニ於テハ頗ル錯雜セル問題ヲ生ス例ヘハ甲先ツ破産ノ宣告ヲ受ケ其手續ノ繼續中乙モ亦破産ノ宣告ヲ受ケ此兩者ノ破産ノ手續未タ終了セサル間ニ丙モ亦破産ノ宣告ヲ受ケタリト假定セハ債權者ハ如何ニ請求ヲ爲スヘキカ之ニ關スル學說三アリ第一說ニ曰ク此場合ニ於テハ債權者ハ三者中一ノ財團ヲ選ヒテ請求スルノ外ナシ故モ甲ニ對シテ全額ニ付テ財團ノ配當ニ加入セハ乙丙ノ破産財團ニ對シテ加入スルコトヲ得ス又乙ニ對シテ加入セハ甲丙ニ對シテ加入スルコトヲ得スト是レ羅馬法ノ採リタル主義ナレトモ今日ニ於テハ歌羅巴多數ノ法律殊ニ我邦ニ於テハ新舊民法ノ共ニ取ラザル所ナリ蓋シ債權者ノ權利ハ債務者ノ一人ニ對シテ行ヒタルカ爲メニ決シテ消滅スルモノニアラザルコトハ前ニ説明シタル法條ニ據リテ明カナリ即チ債權者ハ其債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若クハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ(第四三二條故ニ第一說ハ今日ノ法律論トシテハ殆ト價值ナシ第二說ハ外國ニ於テハ多少努力アル說ニシテ第一例及ヒ第二例ニ於ケル計算ト同一ノ方法ニ依ラザルヘカラスト

爲スモノナリ蓋シ破産ノ宣告ハ三アルモ孰カ先ニ孰レカ後ニ其手續ヲ完了スルヲ常トス唯理論上ハ三破産皆同時ニ其手續ヲ完了スルコトナキヲ保セスト雖モ是レ固ヨリ絶無稀有ノ場合ナリ今強ヒテ其場合ヲ想像スレハ例ヘハ債務者カ互ニ巨額ノ連帶債務ヲ負擔セル場合等ニ於テハ同一ノ破産管財人ヲシテ清算ヲ爲サシメ同時ニ其清算ヲ結了スルコトナシト雖モ斯ル場合ニ於テハ第二説ノ適用ナシ故ニ第二説ノ適用アルヘキ場合ハ各破産手續カ異ナリタル時ニ於テ終了セル場合はナリ隨テ各破産手續カ如何ナル順序ニ於テ結了スルカヲ知ルコト必要ナリ例ヘハ甲ノ破産手續カ最先ニ結了スル場合ニ於テハ債權者ハ債權全部ニ付テ先ツ甲ノ財團ニ對シテ配當ノ加入ヲ爲シ甲ノ實産カ總債權額ノ半額ヲ辨済スルニ足ルトキハ債權者ハ乙ノ破産財團ニ對シテヘク次ニ乙ノ破産手續カ終了スルモノトセハ債權者ハ乙ノ破産財團ニ對シテ甲ノ財團ヨリ受ケタル部分ヲ控除シ其殘額即チ千五百圓ニ付テ配當ニ加入シ乙ノ實産カ總債權額ノ三割ヲ辨済スルニ足ルトキハ債權者ハ四百五十圓ノ支拂ヲ受ケ丙ノ財團ニ付テハ其殘額即チ千五十圓ヲ請求スルコトト爲ルナリ予ハ

此説ノ誤レルコトヲ信ス何トナレハ若シ此説ノ如クセハ連帶債務ノ性質ニ反スルノ結果ヲ生スレハナリ蓋シ今日ノ連帶債務ハ前述セル法條ニ規定セルカ如ク總債務者ニ對シテ全部ノ請求ヲ爲シ得ルコトヲ認メタリ故ニ通常ノ場合ニ付テハ毫モ疑ナク甲乙丙ノ三人ヲ相手取リテ各全部ニ付テ訴ヲ起スコトヲ得ルコト勿論ナリ果シテ然ラハ破産ノ場合モ亦同一ナラサルヘカラサルノ理ナリ然ルニ若シ破産ノ場合ニ於テハ權利ニ變更ヲ生スルモノトセハ特別ノ明文ヲ要ス此明文ナケレハ各財團ニ對シテ全部ノ請求ヲ爲シ得サルヘカラス而シテ立法論トシテハ必ス斯ノ如ク規定セサルヘカラス而シテ其根據ハ即チ各債務者ヲ唯一ノ債務者ノ如ク看做ス所ノ連帶債務ノ本性ニ基クモノトス即チ甲乙丙ヲ唯一ノ債務者トセハ勢ヒ甲乙丙各全部ノ請求ヲ受ケサルヘカラス故ニ甲乙丙孰レニ對シテモ三千圓宛請求スルコトヲ得ルナリ之ニ對シテハ二箇ノ反對論アリ其一ハ此場合ニ於テ債權者ハ其債權額タル三千圓ノ請求ヲ爲スニアラスシテ九千圓ヲ請求スルコトト爲ル單ニ三千圓ノミナレハ甲乙丙孰レニ對シテ請求スルモ差支ナシト雖モ同時ニ九千圓ヲ請求スルコトハ許スヘキ

ニアラスト予之ニ答ヘテ曰ハシ債權者ハ總合九千圓ニ對シテ請求ヲ爲スモ結局三千圓ヨリ多ク受取ルコト能ハサルモノナリ反對論者ハ畢竟三千圓ヨリ多クノ金額ヲ受取ルコト爲ルノ不都合ヲ生スヘシト云ヘリ之ヲ説明スルニハ少シク例ヲ更フルヲ便トス即チ甲及ビ乙ハ各五割丙ハ二割ヲ支拂フコトヲ得ルトセハ甲千五百圓乙千五百圓丙六百圓ト爲リ六百圓ノ過剩ヲ生スト論スルモノニシテ一應理アルカ如ク聞ユ然レトモ此論大ニ誤レリ勿論請求ノ結果各財團ハ皆三千圓ヲ支拂フトスレハ九千圓ト爲ルニ相違ナシ然レトモ事實上決シテ九千圓ヲ受取ルコトヲ得ザルヘキナリ若シ甲乙丙順次ニ破産手續ヲ結了スル場合ニ於テ先チ甲ヨリ千五百圓ヲ支拂ヒ次ニ乙カ千五百圓ヲ支拂ヒタリトセハ債權ハ消滅ス故ニ其以前既ニ丙ニ對シテ三千圓ヲ請求シ置キタルニ由リ丙ノ財團ヨリ支拂ヲ爲サントスルモ債權ハ既ニ他人ノ行爲ニ因リテ消滅シタルヲ以テ債權者ハ最早ニ厘モ受取ルコトヲ得ス而シテ破産ノ場合ニハ法律上ノ知照アル管財人アルヲ以テ消滅シタル債權ニ對シテ辨濟ヲ爲スカ如キ愚ヲ爲ササルヘシ殊ニ破産ニ關スル舊商法第四十七條ニ據レハ管財人ハ債權

者ヲシテ債務證書ヲ提出セシメ之ニ支拂額ヲ記入シ然ル後支拂ヲ爲スヲ本則トシ債權者カ債務證書ヲ提出スルコト能ハサルトキハ破産主任官ノ許可ヲ待テ支拂ヲ爲スヘキカ故ニ萬錯誤ノ患ナシト其二ニ曰ク問題ノ場合ハ破産カ各債權者ニ全部ノ満足ヲ與ヘサル場合ナリ尤モ特別ノ擔保ヲ有セル質權者抵當權者等ハ格別ナルモ他ノ債權者ハ皆不十分ノ辨濟ヲ受タルモノナルニ唯リ此債權者ノミ完全ナル辨濟ヲ受タルハ甚タ理ニ適セズト是レ亦大ニ誤レリ何トナレハ若シ此論ヲ採ルトキハ羅馬法ノ昔時ニ遡リテ甲乙丙ノ孰レカ一ノ財團ニノミ加入スヘキモノト謂ハサルヘカラス初ノ例ニ就テ順次ニ辨濟ヲ受タルトセシニ甲ノ破産財團ニ付テハ他ノ債權者ハ皆半額支拂ヲ受タルニ連帶債務ノ債權者ハ甲ノ財團ヨリ千五百圓乙及ビ丙ノ財團ヨリ六百六十圓合計二千六百六十圓ノ支拂ヲ受タルコトト爲リ普通ノ債權者ヨリ六百六十圓多ク支拂ヲ受ケ乙ノ財團ニ付テハ三割ノ支拂ヲ受タヘキニ此債權者ハ結局二千六百六十圓ヲ得丙ノ財團ニ付テハ二割ヲ受タヘキニ此債權者ハ頗ル多額ノ辨濟ヲ受タルコトト爲ルヲ以テ不平等ノ結果ヲ生スト論セサルヘカラスナレハナリ蓋シ此

場合ニ於ケル債權者ノ權利ハ普通ノ債權者ノ權利ト異ナルコトヲ認メタルハ
 カラス夫レ連帶債務ナルモノハ他ノ債權者カ不完全ナル支拂ヲ受ケル場合ニ
 於テモ其債權者ハ完全ニ辨濟ヲ受ケルコトヲ得ヘキヲ以テ貴シトス故ニ破産
 ノ場合ニ於テモ他ノ通常ノ債權者カ完全ナル辨濟ヲ受ケタル場合ニ於テ此債
 權者ハ完全ナル辨濟ヲ受ケルモ敢テ怪ムニ足ラス尙ホ立法論トシテハ若シ此
 第二説ヲ採用セハ成ルヘク緩慢ニ破産手續ヲ爲ス者利益ヲ受ケルノ結果ヲ生
 スヘキヲ思ハサルヘカラス「ボワンナー」氏ハ茲ニ第三説ヲ提出シテ曰ク甲、乙、
 丙三人ニ對シテ三千圓宛請求シ置キ計算ノ場合ニ於テ最早タ手續ヲ結了シ
 タル者ヨリ辨濟ヲ受ケ其殘額ヲ順次他ノ者ヨリ受取ルノ主義ヲ採ルヘシト其
 結果ハ第二説ト殘額ノ分配方法ニ付キ差異ヲ生ス予ノ正當ナリト信スル説ニ
 據レハ債權者ハ甲ヨリ五割千五百圓、乙ヨリ三割九百圓、丙ヨリ二割六百圓、合
 計三千圓ヲ受ケルコトヲ得ヘキモ「ボワンナー」氏ノ説ニ據レハ第二説ニ於ケル
 カ如ク二千六百十圓ヲ受ケルニ止マルヘシ此第三説ハ第二説ヲ矯正セリト言
 フニ拘ラズ毫モ之ヲ矯正シタル實ナシ依然破産手續ヲ緩慢ニスルニ利アルナ

リ是ニ至リテ終ニ第四説ヲ採用セタルコトヲ得ス歐羅巴ニテモ大概此第四説
 ヲ採用セリ舊民法ハ第三説ヲ採用セルモ舊商法ハ第四説ヲ採用シ而シテ是レ
 破産ニ關スルカ故ニ現行法ナリ新民法モ亦此説ヲ採用セリ即チ第四百四十一
 條ニ規定セル所ナリ曰ク「連帶債務者ノ全員又ハ其中ノ數人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ債權者ハ
 連帶債務者ノ全員又ハ其中ノ數人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ債權者ハ
 其債權ノ全額ニ付キ各財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得」此規定ノ結果如何ト云フニ前例ノ場合ニ於テハ連帶債務ノ債權者ハ債權全部
 即チ三千圓ノ辨濟ヲ受ケルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テハ其債權者ハ債權全部
 ニ付キ乙及ヒ丙ニ對シテ請求セルカ故ニ甲ハ自己ノ負擔部分ヨリ多ク支拂ヲ
 爲シタルニ拘ラス乙、丙ニ對シテ更ニ求償權ヲ行フコトヲ得ス其理由ハ同一ノ
 債權ニ付テ二重ノ請求ヲ爲スコト能ハサルノ原則ニ基クモノナリ蓋シ乙ハ已
 ニ三千圓ノ請求ヲ受ケツツアルニ其上尙ホ甲ヨリ求償權ヲ行使セラルルトセ
 ハ三千圓ノ債務ニ對シ三千圓ヲ超過シタル金額ノ請求ヲ受ケルコトト爲ルヲ
 以テナリ故ニ後日乙、丙カ資産ヲ回復シタル時ニ於テ請求ヲ爲スハ格別破産手

續トシテハ甲ハ其負擔ニ甘セサルハカラナルナリ但債權者カ受取リタル額カ債權額ニ超過セル場合ハ其超過部分ハ之ヲ返還セサルハカラナルナリ蓋シ後ニ説明スルカ如ク債務者中無資力者ヲ生シタルニ因リテ辨濟ヲ爲スコト能ハサル部分ハ他ノ有資力者ニ於テ之ヲ分擔スヘキモノナリ右ノ場合ニ於テ甲及乙ハ此債權ニ付テハ兎ニ角有資力者ト謂ハサルハカラス故ニ丙ノ無資力ノ結果ヲ甲ト乙トニ於テ平等ニ負擔セサルヘカラス故ニ過剩ヲ生シタル額ヲ等分シテ之ヲ控除スヘク而シテ甲乙各其畢竟ノ負擔額千圓ナルヘキニ各千五百圓ヲ出タスコトト爲レルヲ今各其三百圓ヲ控除スルコトヲ得タルヲ以テ終ニ各千二百圓ヲ支拂フコトト爲リ結局二百圓宛ノ損失ト爲ル此事ニ付テハ舊商法第三十一條ニ規定セリ曰ク二人以上ノ共同義務者カ破産シタルトキハ其各義務者ノ破産ニ於テ債權ノ全額ヲ届出ツルコトヲ得各自ノ破産財團ノ間ニ於ケル債權請求權ハ之ヲ主張スルコトヲ得然レトモ債權者カ受取ル割前ノ額カ主タルモノ及ヒ從タルモノヲ合セタル債權ノ總額ヲ超過スルトキハ其超過額ハ共同義務者中他ノ共同義務者ニ對シテ債權請求權ヲ有スル者ノ財團

ニ歸ス下ト是レ未タ不明タルヲ免レスト雖モ蓋シ右ニ説明セル所ク如クナラン佛蘭西破産法ノ解釋トシテモ明文ノ存セサルニ拘ラス學者大抵皆此說ヲ採レリ以上ヲ以テ破産ノ場合ニ關スル講說ヲ了レリ

連帶債務者ハ各唯一ノ債務者ト看做サル第三ノ結果トシテ論スヘキコトハ一人ノ債務者ニ付テ生シタル事項ハ他ノ債務者ニ影響ヲ及ホサズ即チ各債務者ハ他ノ債務者ニ付テ生シタル事項ヲ援用スルコトヲ得サルコト是ナリ此點ハ各債務者カ唯一ノ債務者ノ如ク看做サルノ結果トシテ説明セス他ノ方面ヨリ説明セラレサルニアラスト雖モ是レ亦唯一ノ債務者ノ如ク看做サルニ基クモノト謂フヲ可トス而シテ第四百三十三條ニ其著シキ一例ヲ示セリ曰ク連帶債務者ノ一人ニ付キ法律ノ無効又ハ取消ノ原因ノ存スル爲メ他ノ債務者ノ債務ノ效力ヲ妨クルコトナシ

故ニ他ノ債務者ノ債務カ成立セズ又ハ取消サレタリトスルモ請求ヲ受ケタル債務者ハ之ヲ援用シテ以テ自己ノ義務ノ一部モ亦成立セズ又ハ取消サレタルモノト主張スルコト能ハス此點ハ舊民法ト大ニ異ナル所ナリ尙ホ況ク第四百

四十條ニ規定シテ曰クハ、連帶債務者ノ一人ニ付テ生シタル事項ハ他ノ債務者ニ對シテ其效力ヲ生セズ、但シテ其債務者ノ一部分ハ畢竟他ノ債務者カ負擔スヘキモノナルヲ以テ其債務者ニ付テ生シタル事項ハ他ノ債務者モ亦之ヲ對抗スルコトヲ得ヘキカ如クナルニ其之ヲ許ササルハ即チ唯一ノ債務者カ如ク看做サルカ爲メナリ舊民法ハ連帶債務ノ場合ニハ總テ代理關係ヲ認ムルノ說ヲ採用セルヲ以テ一人ニ付テ生シタル事項カ他人ニ效力ヲ及ホスノ結果ヲ生ス但事項ノ性質上一身ニ限ルモノハ此適用ナカリシモ此一身ニ限ルモノノ解釋ハ亦頗ル困難ナル問題ニ屬シ法文上此種ノ事項モ亦多少他ノ債務者ニ影響スルモノトセル場合ナキニ非ス此等ハ理論上攻撃ヲ受ケサルヘカラサル所ナリキ、然レモ此等ノ事項モ亦非ス以上ヲ以テ債權者ト債務者トノ關係ノ第一點即チ債權者ハ各債務者ヲ唯一ノ債務者ノ如ク看做スコトヲ得ヘキコトヲ說明セリ、又多數當事者ノ債權ニ連帶ノ第二ノ效力即チ債務者關ニ代理ニ類スル關係ヲ認ムルコトヲ說明セン

此關係ノ範圍ニ付テハ既述ヘタルカ如ク各國ノ法律各其規定ヲ異ニス我新民法ヲ採用セル範圍ハ左ノ六點ニ歸ス、(一)請求一連帶債務者ノ一人ニ對シテ爲シタル履行ノ請求ハ恰モ全員ニ對シテ爲シタル如ク看做サル、第四百三十四條ニ曰ク、債權者ハ債務者ノ一人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲シタルハ、他ノ債務者ニ對シテ其效力ヲ生シ、連帶債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シテ其效力ヲ生シ、又、債權者ハ債務者ノ一人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲シタルハ、他ノ債務者ニ對シテ其效力ヲ生シ、但シテ其債務者ノ一部分ハ畢竟他ノ債務者カ負擔スヘキモノナルヲ以テ其債務者ニ付テ生シタル事項ハ他ノ債務者モ亦之ヲ對抗スルコトヲ得ヘキカ如クナルニ其之ヲ許ササルハ即チ唯一ノ債務者カ如ク看做サルカ爲メナリ舊民法ハ連帶債務ノ場合ニハ總テ代理關係ヲ認ムルノ說ヲ採用セルヲ以テ一人ニ付テ生シタル事項カ他人ニ效力ヲ及ホスノ結果ヲ生ス但事項ノ性質上一身ニ限ルモノハ此適用ナカリシモ此一身ニ限ルモノノ解釋ハ亦頗ル困難ナル問題ニ屬シ法文上此種ノ事項モ亦多少他ノ債務者ニ影響スルモノトセル場合ナキニ非ス此等ハ理論上攻撃ヲ受ケサルヘカラサル所ナリキ、然レモ此等ノ事項モ亦非ス以上ヲ以テ債權者ト債務者トノ關係ノ第一點即チ債權者ハ各債務者ヲ唯一ノ債務者ノ如ク看做スコトヲ得ヘキコトヲ說明セリ、又多數當事者ノ債權ニ連帶ノ第二ノ效力即チ債務者關ニ代理ニ類スル關係ヲ認ムルコトヲ說明セン

ヨリ法定利率ニ從フヘキナリ其他付遲滯ノ後債務ノ目的物カ天災ニ因リテ消滅シタルトキハ若シ履行ヲ爲スヘキ時期ニ於テ履行ヲ了リタルニハ其物ハ消滅セザルヘカリシ場合ナラハ債務者ハ其責任ヲ負擔スルベキニ此等ノ效果ニ付テハ前示第四百三十四條ノ規定ニ依リ一人ニ對スル請求カ他ノ債務者ニ其效力ヲ及ホスモノナリ債權個體ノ組合ニ從テハ消滅ノ其種類ノ種類ニ依リ時効中斷ノ效力ニ付テ説明セシニ請求ハ時効中斷ノ方法ナラモ之ニハ連帶債務ト保證債務トノ間ニ大差ナラズ保證債務ノ場合ニハ履行ノ請求ヲミナラズ總テノ時効中斷ノ方法カ主タル債務者ニ付テ生スレバ保證人ト對シテモ亦其效力ヲ生スルモノナリ第四百五十七條第一項ニ曰ク主タル債務者ニ對スル履行ノ請求其他時効ノ中斷ハ保證人ニ對シテモ其效力ヲ生スルト舊民法ニ於テハ連帶債務ニ付テノ規定モ亦此ノ如クナリシニ新民法ニ於テハ時効中斷ノ方法トシテ一人ニ關スル事項カ他人ノ債務者ニ其效力ヲ及ホスル履行ノ請求ニ限リテ故ハ一人ニ對シ承認又ハ差押等ノ方法ヲ以テ時効ヲ中斷スルモ他ノ債務者ニ影響ヲ及ホサザルナリ

(二) 更改。第四百二十五條ニ曰ク「債權者ハ其債權ノ一部ヲ消滅スルニシテ其債權者ノ一人ト債權者トノ間ニ更改アリタルトキハ債權ハ總債務者ハ利益ノ爲メニ消滅スルヲ得」

更改ニ付テハ後ニ詳述スヘシト雖モ要スルニ舊債務ニ代フルニ新債務ヲ以テスル契約ナリ然ルニ連帶債務者ノ一人カ債權者ト契約シテ舊債務ヲ消滅セシメ其代リニ新ニ債務ヲ負擔セリトセハ其新ナル債務ハ更改契約ノ當事者タル債務者ノミカ負擔スルコト勿論ニシテ一人ノ債務者カ任意ニ負擔シタル義務カ他ノ債務者ニ影響スルコトアラサルヘキモ舊債務ヲ消滅セシメタル效力ハ總テノ債務者ノ利益ノ爲メニ生スルモノナリ即チ債權者ハ舊債務ヲ拋棄セシメ因リテ新債務ヲ得タルモ此權利ハ更改契約ノ當事者ニ對スルノミナラズ前述ノ如シト雖モ舊債務ハ全部消滅スルモノナリ其然ル所以ニモノハ他ナラズ若シ債權者カ更改ニ因リ其當事者タル債務者ニ對シテノミ舊債務ヲ失フモノトスルトキハ他ノ債務者ニ對シテ少クモ更改ヲ爲シタル債務者ノ負擔分ヲ除キタルモノヲ請求シ更ニ更改ヲ爲シタル債務者ニ對シ其更改ニ因リテ生シタル

債務ノ履行ヲ求ムルコトヲ得ヘシ然ルニ其者カ負擔シタル新債務ハ舊債務ノ全部ニ相當スヘキカ故ニ畢竟債權者ハ不當利得ヲ爲スヘキハナリ是レ舊債權者ノ意思ニ於テモ亦同シキ所ナリト推定セラルヘカラス尤モ是レ公益規定ニアラザルカ故ニ反對ノ契約ヲ爲スコトハ自由ナリ今其ノ方法トシテ連帶債務者ノ一人カ或少價額ノ新義務ヲ負ヒ之ニ對シ債權者カ其債務者ノ負擔部分ニ相當スル舊債權ヲ拋棄シタリトセハ是レ固ヨリ有效ナリ唯法律ノ眼ヨリ觀レハ其債務者ニ對スル債務ノ免除ト看ルヘキニ尤モ當事者間ニ於テ新債務ト舊債務トノ間ニ關係ヲ有スルモ法律上ヨリ觀レハ全ク無關係ノモノナリ然ルニ後ニ免除ニ付テ論スヘキ如ク此免除ハ之ヲ受ケタル債務者ノ負擔部分ニ付キ他ノ債務者ニ對シテモ效力ヲ生スルモノナリ而シテ新債務者カ其債權者ト契約ヲ爲シタル債務者ノ負擔ト爲ルヲ以テ畢竟當事者ノ希望ヲ滿タストト爲ルヘシ此他尙ホ條件附更改ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ債權者ニ於テ條件ヲ附シ他ノ債務者モ亦同一ナル新債務ヲ負擔スルコトヲ承諾セハ舊債務ヲ消滅セシムルコトニ同意セント云フカ如キ是ナリ即チ此場合ニハ他ノ債務者

カ更改ノ當事者タルコトヲ承諾スルナリト云フコトヲ條件トシテ更改ヲ爲スモノナリ此契約ノ效力ハ他ノ債務者ニモ及フヘシト雖モ是レ條件附ナルカ故ニ他ノ債務者カ其更改ニ同意シ新債務ヲ負擔スルコトヲ承諾スルニ非サレハ其效力ハ生セザルナリ此ノ如キ方法アルニ拘ラス債權者カ債務者ノ一人ト單純ナル更改ヲ爲シタルトキハ舊債務ハ消滅シ新債務ハ更改ノ當事者タル債務者ノミカ之ヲ負擔スルコトスルハ當然ト謂ハサルヘカラス

○相殺 是レ亦後ニ詳述スヘシト雖モ今茲ニ一言センニ舊民法ニ於テハ相殺ハ法律上當然行ハルモノト爲シタリ之ニ反シテ新民法ニ於テハ相殺ハ相手方ニ對シテ意思表示ヲ爲スニ因リテ始メテ其效力ヲ生スルモノト規定セリ其結果トシテ連帶債務ニ付キ第四百三十六條ニ規定シテ曰ク

連帶債務者ノ一人カ債權者ニ對シテ債權ヲ有スル場合ニ於テ其債務者カ相殺ヲ援用シタルトキハ債權ハ總債務者ノ利益ノ爲メニ消滅ス

右ノ債權ヲ有スル債務者カ相殺ヲ援用セザル間ハ其債務者ノ負擔部分ニ付テノ他ノ債務者ニ於テ相殺ヲ援用スルコトヲ得

本條ノ第一項ハ殆ト明文ヲ要セス唯第二項ヲ喚起スカカメノ規定ナリト謂フ可ナリ蓋シ相殺ノ結果ハ當事者雙方カ各自辨濟ヲ爲シタルト同一ナリ即チ此債權者モ亦債務者ニ對シテ債務ヲ負擔シ孰レモ債權者タルト同時ニ債務者タル場合ニ於テ其債務ノ目的カ金錢若クハ米穀等ニシテ種類ノ同一ナル物ナリトセンニ若シ相殺ノ意思表示ヲ爲ササルトキハ其結果如何ト云フニ甲ハ乙ニ向ヒテ其債務ノ履行ヲ爲シ乙モ亦甲ニ向ヒテ其債務ノ履行ヲ爲スコトヲ要ス是レ互ニ同額ノ金錢其他ノ物ヲ授受スルコトト爲リ實ニ無益ノ勞ヲ重スルモノト謂フヘシ而シテ其結果ヲ見レハ恰モ金錢ヲ授受セサルト同一ニ歸シ而シテ經濟上ヨリ言フモ徒ニ貨幣其他ノ物ヲ準備シ二重ニ之ヲ授受スルハ頗ル無益ノ事ニ屬ス寧ロ初ヨリ金錢ノ授受ヲ爲ササルノ愈レルニ如カス是ニ於テカ當事者ヲシテ金錢ノ授受ヲ爲サスシテ其債權債務ヲ消滅セシムルコトヲ得セシム之ヲ相殺ト謂フ是レ相殺ノ利益ナリ尙ホ他ニ相殺ノ利益一アリ他ナシ若シ甲カ先ツ其債務ヲ履行シタルニ拘ラス乙カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テハ甲ハ已ムコトヲ得ス訴訟ヲ提起シ結局強制執行ヲ爲ササルヘカラサルニ

至ルコトアルヘシ訴訟ヲ提起シ強制執行ヲ爲スノ煩累ハ猶ホ忍ブヘシトスルモ若シ乙ニシテ無資力ト爲リ全部ノ支拂ヲ爲スコト能ハザランカ甲ハ正直ニ支拂ヲ爲シテ却テ損失ヲ被ルニ至ルヘシ又以テ相殺ノ必要ナル制度タルコトヲ知ルニ足ラン此相殺ノ利益カ連帶債務者ノ一人ニ付テ存スル場合例ヘハ甲、乙、丙三人ノ連帶債務者アリテ三千圓ノ債務ヲ負擔シ甲ハ債權者ニ對シテ三千圓ノ債權ヲ有セル場合ニ於テ債權者カ甲ニ對シテ債務ノ履行ヲ請求シタルニ甲カ相殺ヲ對抗シタリトセンカ恰モ是レ甲カ辨濟ヲ爲シタルト同一ノ效力アリ即チ甲先ツ辨濟ヲ受ケ其金錢ヲ以テ直チニ債權者ニ辨濟シタルト同一ナルヲ以テ其債權債務ハ全部消滅ス前示第四百三十六條第一項ハ即チ此場合ヲ規定セルモノナリ次ニ債權者カ甲ヨリ履行ノ請求ヲ受ケタルトキハ如何ト云フニ前述セル如ク甲ハ唯一ノ債務者ト看做サルノ結果債權者ハ其債權ノ全部ヲ以テ相殺ヲ爲シ得ルモノニシテ此場合ニ於テモ亦債權債務ノ全部カ消滅スルコトハ何人モ疑フ容レサル所ナリ次ニ債權者カ乙ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲シタリトセン(自己カ甲ニ對シテ債務ヲ負擔セルヲ以テ故ラニ甲ヲ避ケルニ

ト多カルヘシ是レ債權者ノ自由ニシテ法律ノ敢テ禁ヒサル所ナリ此場合ニ於テ乙ハ唯一ノ債務者ト看做サルカ故ニ全部ノ辨濟ヲ爲ササルヘカラス而シテ乙ハ甲ニ對シテ求償權ヲ有スルヲ以テ甲ハ自己ノ負擔部分千圓ヲ乙ニ支拂ヒ債權者ニ對シテハ三千圓ノ履行ヲ請求セサルヘカラサルノ理ナリ然ルニ若シ其間ニ債權者カ無資力ト爲ランカ甲ハ必ス損失ヲ被ルニ至ルヘシ是ヲ以テ法律ハ當事者ノ普通ノ意思ヲ推測シ且便宜ニ基キテ第四百三十六條第二項ノ規定ヲ爲スニ至レリ即チ右ノ債權ヲ有スル債務者カ相殺ヲ援用セサル間ハ其債務者ノ負擔部分ニ付テノミ他ノ債務者ニ於テ相殺ヲ援用スルコトヲ得ルモノトセリ例ヘハ前例ノ場合ニ於テ乙ハ甲カ債權者ニ對シテ三千圓ノ債權ヲ有スルコトヲ知ラハ債權者ノ請求ニ對シテ甲ノ有セル債權ノ全額即チ三千圓ニ付テハ相殺ヲ援用スルコトヲ得サルモ甲ノ負擔部分千圓ニ付テハ相殺ヲ援用スルコトヲ得ヘシ其結果乙ハ二千圓ヲ支拂ヘハ債權全部消滅シ甲ハ千圓ニ付テハ償還義務ヲ免レ乙ハ唯丙ニ對シテ千圓ニ付テ求償權ヲ行ウヘキノミ而シテ甲ハ債權者ニ對シテ其債權ノ殘額二千圓甲ノ負擔額カ三千圓ヲ超ユルモノナ

リシトキハ二千圓ヨリ多ク請求スルコトヲ得ルコト勿論ナリニ付テ請求スルコトヲ得ヘシ故ニ債權者ト甲トノ間ニ於テモ毫モ不公平ナル結果ヲ生スル處ナシ若シ甲カ債權者ニ對シテ有セル債權額カ千圓ナリトセハ全部ニ付テ相殺ヲ行ハルルカ故ニ極メテ便利且公平ノ規定ト謂ハサルヘカラサルナリ

(四) 免除
 免除トハ換言スレハ債權ノ拋棄ニシテ之ニ因リテ債務者ヲシテ其實ヲ免レシムル行爲ナリ故ニ連帶債務者ノ一人ニ對シテ債權者カ債務ヲ免除セハ其結果如何ニ付テ第四百三十七條ニ規定セリ曰ク「連帶債務者ノ一人ニ對シテ爲シタル債務ハ免除ハ其債務者ノ負擔部分ニ付テ免ラレシムル他ハ債務者ノ利益ノ爲メニモ其效力ヲ生ス」是レ恰モ相殺ノ場合ト同一ナリ即チ前例ニ於テ債務者ノ一人甲カ免除ヲ得タルトキハ乙ハ其負擔部分即チ千圓ヲ差引キ二千圓ヲ支拂ヘハ債權全部消滅ス是レ相殺ノ場合ト同シク訴權ノ輪回ヲ避ケル利益アリ即チ甲ハ免除ヲ受ケ債權者ニ對シテ責ヲ免ルルモ乙ハ免除ヲ得サルヲ以テ債權者ハ乙ニ對シテ全部ノ請求ヲ爲シ乙其請求ニ應ジタリトスレハ千圓ニ付テハ甲ニ其償還ヲ請求ス

ヘク又甲ハ債權者ニ對シテ之ヲ請求セサルベカラズ即チ初ニ請求ヲ爲シタル者カ請求轉ノ結果終ニ請求ヲ受クルコトト爲ル是ヲ**併權**ノ輪同ト謂フ此如キハ實ニ煩ハシキ手數ヲ要スルノミナラス其間ニ無資力者ヲ生セハ損失ヲ被ル者ヲ出タシ大ニ不公平ノ結果ヲ生スルヲ以テ右ノ規定ニ依リ此等ノ弊害ヲ避ケシメタリ

(五) **混同** 混同ハ後ニ詳述スヘキ如ク是レ亦債權消滅ノ原因ナリ唯混同ハ上条述ヘタル所ノモノト少シク其趣ヲ異ニシ債權者カ債權者ノ權利ヲ承継スルカ又ハ債權者カ債務者ノ義務ヲ承継スル場合ニ起ルモノニシテ多クハ相續ノ場合ニ生ス前例ノ場合ニ於テ債權者カ甲ニ相續シ又ハ甲カ債權者ニ相續シタリトセハ此ニ混同ヲ生ス此混同ノ結果ハ如何ニ連帶債務ニ影響スルカ是レ第四百三十八條ノ規定セル所ナリ同條ニ曰ク

連帶債務者ノ一人ト債權者トノ間ニ混同アリタルトキハ其債務者ハ**併濟**ヲ爲シタルモハト看做ス

甲ノ債權者カ乙ノ債務者ニ承継スルハ其債務者ハ併濟ヲ爲シタルモハト看做ス

何故ニ混同ハ債務消滅ノ原因タルカト云フニ予ノ見解ニ據レハ一人カ同時ニ

明治三十五年九月二十二日印刷
明治三十五年九月二十三日發行

編輯者

松田久次郎

東京市京橋區南船場町二十七番地

印刷者

小宮山信好

東京市牛込區矢來町三番地

印刷所

金子活版所

東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地



明治二十二年十二月九日內務省許可

發行所

司法省
指定

和佛法律學校

(電話番町百七十四番)

東京市總町區富士見町六丁目十六番地