

法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-07-17

和仏法律学校講義録

梅, 謙次郎

(出版者 / Publisher)

和仏法律學校

(巻 / Volume)

1

(号 / Number)

号外の23

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

66

(発行年 / Year)

1902-09-30

和佛律學校講義錄

第壹部

號外之貳拾參

民法原理儀

則權(白四七五)法學博士梅

謙次郎



090
1900
1-2-23

債権者タリ債務者タルヲ以テ自ラ辨済シタルモノト看ルヘキノミ第四百三十
八條ハ此主義ヲ十分ニ言ヒ表ハシタルモノナリト信ス但縦令如何ナル主義ヲ
採用スルモ其結果ハ此ノ如ク爲ルモノトスルヲ最モ穩當トス前例ノ場合ニ於
テ甲ハ債務者ノ一人タリ又債権者タルヲ以テ此者ハ債権者トシテハ乙丙ニ對
シテ全額ノ請求ヲ爲スノ權利アリ債務者ノ一人トシテハ千圓ノ負擔部分ヲ有
ス故ニ他ノ債務者カ全部ノ辨済ヲ爲シタル場合ニ於テハ自己ノ負擔部分ヲ辨
済者ニ償還スルノ義務ヲ負擔スルモノナルヲ以テ甲カ乙ニ對シテ全部ノ請求
ヲ爲シタリトセハ甲ハ自己モ其義務ノ一部ヲ負擔シツツ却テ自己ノ義務ノ履行ニ付テマテ他人ヲ責ムルカ如キ不條理ニ陷ルヘシ然レトモ債権者ノ資格ヨ
リ言ヘハ甲ハ乙丙ニ對シテ全部ノ請求ヲ爲シ得サルヘカラス是ニ於テカ種種
ノ説明ヲ爲ス者ヲ生ス子ノ説ニ依レハ甲自ラ辨済ヲ爲シタルモノト看做スヲ
以テ甲ハ乙及ヒ丙ニ對シテ千圓宛ノ求償權ヲ有スルニ遇キスト云フニ跡スル
モ羅馬法以來唱ヘ來レル「擔保ノ義務ヲ負フ者ハ自ラ追奪ヲ爲スコトヲ得ス」
ノ格言ノ一ノ適用ナリト爲ス者アリ即チ甲ハ若シ乙カ全部ノ辨済ヲ爲シシナ

ラハ甲ハ乙ニ對シテ千圓ヲ支拂ハサルヘカラス即ち廣キ意味ニ於ケル擔保義務ノ有ス此義務者カ自ラ乙ニ對シテ其義務ノ原因ト爲ル所人全部ノ請求ヲ爲スコト能ヘス即テ此等ノ擔保義務ヲ負担スル者カ他ノ者ニ向ヒテ擔保義務人ス川原因ヲ作ルコト能ハサルモノトセリ尙ホ丙カ無實力ナル場合ニ丙人負擔部分ハ甲ト乙トカ半額宛之ヲ分擔セサルヘカラサルヲ以テ終ニ甲ハ乙丙ニ對シ各其負擔部分ノミヲ請求スルコトヲ得ルモノトスルニ至レリ故ニ其結果ハ恰モ予カ説明シタル所ニ同シ而シテ「辨済又爲シタルモノト看做ス」ト規定セハ此説ニモ子ノ説ニモ適合スル結果ニ歸スベキナリ第三ノ説明ハ前ニ述べタル訴権ノ輪回ノ點ヨリスルモノナリ即チ甲カ債権者トシテ乙ニ對シテ三千圓ヲ請求シ自己ノ請求シテ受取りタルモノノ一部份ヲ乙ヨリ請求セラルコトト爲ルヲ以テ初ヨリ請求シテ受取ラサルニ如カヌ第四百三十八條ハ明ナ此訴権ノ輪回ヲ避タルカ爲ミニ設ケタルモノニシカ第一ニ手數ヲ省クコトヲ得即チ三千圓ヲ受取リ而シテ後千圓ヲ支拂フヨリハ初ヨリ二千圓ヲ受取ルノ便利才ニ如カス第二ニ不公平ノ結果ヲ除ク即チ甲カ全部ノ辨済ヲ受ク而モ未

タ自己ノ負擔部分ヲ支拂ハサル間ニ無實力トナラハ乙ハ損失ヲ被ルニ至ルハシ等ノ弊害ヲ除クカ爲ミニ設ケラレタル規定ナリト説明スルモノナリ是レ亦結局予ノ説ト同一結果ニ歸著スルモノナリ唯予ハ第一ノ説明ハ混同ノ性質ニ適シ且第四百三十八條ノ明文上最モ正當ナリト信ス但立法論トシテ最後ノ説ヲ附加スルハ妨ナキ所ナリ

(六) 時效 一人ノ債務者ニ對シテ時效カ完成シタル場合ニ他ノ債務者ニ對シテ效力ヲ及ボスヤ否ヤ是レ第四百三十九條ノ規定セル所ナリ同條ニ曰クル速帶債務者ソ一人ノ爲ミニ時效カ完成シタルトキハ其債務者ノ負擔部分ニ付テハ他ノ債務者モ亦其義務ヲ免ル

時效ハ相殺免除混同等ト同シク債務消滅ノ一原因ナリ時效ニ因リテ速帶債務者ノ一人力債務ヲ免レタル場合ニ於テ右ノ明文カカシシカ其結果如何ト云フニ債権者ハ時效ノ利益ヲ援用スル債務者ニ對シテ履行ヲ求ムコト能ハサルハ勿論ナルモ乙及ヒ丙ニ對シテハ請求權依然トシテ存在ス而シテ債務者ハ各債務者ヲ唯一ノ債務者ト看做スコトヲ得ルノ結果乙又ハ丙ニ對シテ全部ノ債

求ヲ爲スコトヲ得ヘシ然ルニ時效ハ免除相殺又ハ更改等ト同一視スコトヲ
得ス即チ相對的ニ或人ノミニ對シテ完成スト云フカ如キコトナシ故ニ一タヒ
時效カ完成セハ絕對ニ效力ヲ生シ之ニ因リテ債權ハ全ク消滅スルモノト謂ハ
サルヘカラス是ニ於テカ左ノ結果ヲ生ス例へバ乙カ全部ノ辨済ヲ爲シタルヲ
以テ甲ニ對シテ求債權ヲ行ヒタリトセンニ甲ハ時效ノ完成ヲ援用シテ其支拂
ヲ拒ムヘシ其結果乙ハ甲ノ部分ヲモ負擔セサルヘカラサルコトト爲リ甚タ不
公平ナル結果ヲ生スヘシ然ラハ乙ハ丙ト共ニ甲ノ負擔部分ヲ分擔スヘキカ是
レ亦不公平タルコトヲ免レスト雖モ已ムナクシハ此ノ如クセサルヘカラス然
レトモ元來債權者ハ債務者ノ一人ニ對シテハ既ニ其權利ヲ失ヒタルニモ拘ラ
ス他ノ債務者ヨリハ全部ノ辨済ヲ受クルコトヲ得ヘシトハ頗ル條理ニ合ハツ
ル所ナラスヤ若シ又右ノ場合ニ於テ甲ハ乙ニ對シテ償還スヘキモノトセハ免
除混同等ニ付キ説明シタル如ク訴權ノ輪回ヲ生ス而シテ若シ甲カ債權者ニ對
シテ請求スル間ニ債權者カ無資力ト爲ラハ甲ハ損害ヲ被ルヘシ蓋シ時效ナル
モノハ主トシテ權利者ノ怠慢ニ對スル制裁ト謂フヘキモノ即チ權利カ長期間

不確實ノ狀態ニ在ルコトハ公益ニ害アリトシ長ク權利ヲ行ハサル怠慢者ハ法
律ノ保護ヲ受クルコトヲ得サルモノトシ時效ニ因リテ權利ヲ失ハシムルモノ
ナリ前例ノ場合ニ於テハ債權者ハ甲ニ對シテハ怠慢者ト看做サルルモノナルカ
故ニ甲ハ其義務ヲ免レ其結果怠慢者一人ノミ損失ヲ甘スヘキコトハ當然ニシ
テ乙丙ニ對シテハ甲ノ負擔部分ヲ減シタル殘額ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルニ止
マラサルヘカラス而シテ若シ乙カ其債務ヲ履行シタルニ丙カ無資力ナルトキ
ハ債務ハ畢竟乙一人ノ負擔ト爲ルヘキカ曰ク然ラス丙ノ資力ノ足ラサル部分
ハ元來甲ト乙トカ分擔スヘキモノニシテ此場合ニ於テハ甲ノ負擔部分カ增加
シタルモノト謂ハナルヘカラス然ルニ乙カ既ニ三分ノ二ヲ支拂ヒタリトセハ
其一部分ハ支拂フコトヲ要セサルモノヲ支拂ヒタルナリ故ニ其部分ニ付テハ
債權者ニ對シテ求債權ヲ有スルナリ諸君或ハ曰ハン一人ニ付テ既ニ時效カ完
成シタリトセハ他ノ者ニ對シテ完成セサルコトナシ隨テ一人ニ付テハ債務消
滅シ他ノ者ニ付テハ消滅セサルノ理ナシト然レトモ連帶債務ナルモノハ各債
務者ニ付キ其原因ノ同一ナルコトヲ要セス隨テ債權ノ性質異ナリ得ルモノナ

リ稀ナル例ナルモ甲ハ商業ノ爲メニ乙ハ商業以外ノ用ニ充テンカ爲メニ丙モ亦乙ト同様ノ趣旨ニテ三人ニテ金錢ヲ借リタル場合ニハ特約アラサルモ連帶アリ(商法第二七三條)然レトモ其各自ノ債務ノ性質ハ同シカラス即チ一人ノ債務ハ商行為ヨリ生シタル債務ニシテ他ノ二人ノ債務ハ然ラサルナリ商行為ヨリ生シタル債務ハ時效期間五年ニシテ他ノ債務ハ十年ナリ故ニ甲ニ對シテア時效ノ完成期早キナリ又連帶債務者ノ一人ノ爲メニハ期限又ハ條件ノ附隨セバアリテ他ノ連帶債務者ハ單純債務ヲ負フコトアリ随テ單純債務ニ付テハ時效ハ早く完成シ條件附又ハ期限附ノ債務ハ後ニ完成スルコトアリ得ルヲ以テ一人ニ對シテハ時效カ完成スルモ他ノ人ニ對シテハ完成セサルコトアリ得ルナリ又時效中斷ノ中ニテ相對的中斷即チ承認差押等ニ因リテ中斷ノ生スル請求ニ依ル時效中斷ハ前述セルカ如ク第四百三十四條ノ規定アルヲ以テ同シカラス場合ニ於テハ其效力ヲ受クベキ者ト然ラサル者ト生ス又時效停止ノ原因ハ人ニ就テ存スルモノ多キテ以テ是レ亦時效完成ノ遲延ヲ生スルコトアリ但停止原因ハ債權者ニ就テ存スルモノハ多キモ債務者ニ就テ存スルモノハ少

シ然レトモ其場合ナキニ非ス例ヘシ第百五十九條乃至第六十一條等ノ場合ニ於テガ債務者中ノ一人ニ對シテ時效ノ停止アリ他ノ者ニ付テハ其停止不えオルコトアリテ隨テ時效ノ完成期ヲ異ニスルコトアリ此ノ如キ場合ニハ總テ右ノ第四百三十九條ノ適用ヲ見ルヘキナリ取次人ノ場合は之の取次人を管轄する上ヲ以テ連帶債務ノ效力中第一債權者ト債務者トノ關係ヲ説明シ了リタムヲ以テ次ニ第二債務者相互間ノ關係ニ付テ説明セントス等亦不論也茲ハ次第二債務者相互間ノ關係ノ問題而當此處に於テ前項ノ規定を適用せん者當帶ト云ヘ單ニ債權者ト債務者トノ關係ヲ表ハスニ過キス即チ二人以上有債務者カ連帶ナリト云ハ債權者カ債務者ノ各自ヲ唯一ノ債務者ノ如ク看做スコトヲ得バノ謂ニシテ是レ則チ連帶ノ性質ナリト謂フ「シテシテ債務者相互間ノ關係ニ在リテハ或ハ其一人ノミカ債務ハ全部ヲ負擔スルコトアリ或ハ三人ノ債務者中二人ノミカ負擔タルコトアリ又各自不同ノ割合ヲ以テ負擔スルコトアルベシ簡簡單ナル例ヲ舉ケタ之ヲ説明スレバ相親スル甲乙丙三人連帶ニテ金錢ヲ借リタル場合ニ於テ債權者ハ其各自ヲ唯一ノ債務者ノ如ク

看做シ一人ニ對シテ金額ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク其他債権者ト債務者トノ關係ニ付テ説明シタル總テノ效力カ其間ニ生スベシ然ルニ斯ル場合ニ於テ事實上往往債務者中ノ一人タル甲ノミ真ノ借主ニシテ他ノ二人ハ専ト保證人タルノ狀態ニ在ルモ單ニ保證人ト爲ルノミニテハ信用薄キニ由リ故ラニ連帶債務者ト爲レルカ如キ場合少シトセヌ又甲乙二人各其半額ヲ費消シ丙ハ全ク厚意上連帶債務者ノ地位ニ立ツカ如キコトアルヘク或ハ甲乙丙各其消費額ヲ異ニスルコトアルヘシ例へハ債務ノ全額ヲ三千圓ト假定ゼンニ其中甲ハ千五百圓ヲ消費シ乙ハ千圓丙ハ五百圓ヲ消費シタル場合ノ如シ然レトモ前述ノ如ク債権者ニ對シテハ何レノ場合ニ於テモ甲乙丙各唯ノ債務者ト看做サルルカ故ニ債権者ト債務者トノ關係ト債務者間ノ關係トハ大ニ異ナルモノアリ尙ボ前三例ノ外ニ甲乙丙三人カ平等ニ債務ヲ負擔スル場合アルヘシ而シテ若シ各自ノ負擔部分カ債務發生ノ原因又ハ發生當時ノ事情ニ據リ明カナラナルトキハ第四百二十七條ノ規定ニ從ヒ各自平等ノ割合ヲ以テ權利ヲ有シ又ハ義務ヲ負フヘキカ故ニ結局本則トシテハ各自平等ニ債務ヲ負擔スヘキモノトス今以

上ノ四例ニ就キ簡單ニ債務者間ノ關係ヲ論スヘシ且^シ是ニ古來未だ無有矣
第一ノ場合即チ甲一人カ債務ノ全額ヲ負擔セル場合ニ於テ甲カ其全部ノ辨済ヲ爲シタルトキハ債務ハ全ク消滅ス^シ即ち當ニ債権者ニ對シテ消滅スルノミナラス債務者間ニ於テモ亦何等ノ關係ヲモ殘スコトナシ之ニ反シテ乙若タハ丙カ辨済ヲ爲シタルトキハ其全部ノ辨済タルト一部ノ辨済タルトヲ問ハス其辨済額ヲ甲ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘシ^{シテ}イオナリ^{シテ}是モ第一ノ第二ノ場合即チ甲乙二人ニテ債務額ノ全部ヲ消費シタルトキニ於テモ第一ノ場合ト同シク現ニ消費シタル甲乙二人ニテ各其半額ヲ辨済シタルトキハ債務者間ニ何等ノ關係ヲモ殘スコトナシ若シ右ノ如キ方法ニ依リテ履行ト爲スニアラス^シハ竟ニ債務者間ニ一種ノ關係ヲ残スニ至ルヘシ例ヘテ全部又ハ一部ノ辨済ヲ爲シタル者カ丙ニシテ元來一厘タリトキハ亦前ノ場合ト同シク何等ノ關係ヲモ殘スコトナシ然ルニ若シ右ノ如キ方法ニ依リテ履行ト爲スニアラス^シハ竟ニ債務者間ニ一種ノ關係ヲ残スニ至ルヘシ例ヘテ全部又ハ一部ノ辨済ヲ爲シタル者カ丙ニシテ元來一厘タリトキハ亦前ノ場合ト同シカ當然其辨済額ヲ甲又ハ乙ニシテ請求スルコトヲ得ヘシ然レトモ此場合

ニ於テハ甲乙各自ノ負擔部分ニ付テノミ請求シ得ヘキハ論ヲ候タス蓋シ債務者間ニ在リテハ互ニ連帶責任ヲ以テ償還ノ義務ヲ負フノ理ナキカ故ニ各自其負擔部分ニ應シテ義務ヲ負フヘキモノトス故ニ全タ負擔部分ヲ有セサル丙ノ如キハ毫モ其義務ヲ負フコトナシ而シテ若シ右ノ場合ニ於テ甲カ其全部ヲ辨濟シタルトキハ自己ノ負擔部分ヲ除キタル残額ニ付キ乙ニ請求スルコトヲ得ベキモ負擔部分ナキ丙ニ對シテハ請求スルコトヲ得ス其他乙カ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テモ其理亦同シ甲ハ甲ニ付キ其半額ヲ辨濟シタル事ニナム

第三ノ場合即チ甲、乙、丙三人カ各、異ナリタル金額ヲ消費シタル場合ニ於テモ各自其負擔部分ヲ辨濟セハ復タ何等ノ關係ヲモ殘スコトナシト雖モ若シ其一人カ全部若クハ自己ノ負擔部分ヨリ多クノ金額ヲ辨濟シタルトキ例へハ三千圓ノ債務中甲ハ千五百圓乙ハ千圓丙ハ五百圓ヲ負擔セル場合ニ於テハ甲ハ千五百圓ヲ辨濟スレハ足ルニモ拘ラ全額ヲ辨濟シタルトキノ如キ其負擔部分ヲ超過セル金額ニ付テハ乙及ヒ丙ニ對シテ請求スルコトヲ得ベシ但其請求額ハ各自ノ負擔部分ニ付テノミ爲シ得ルヨト前述ノ如ク且乙及ヒ丙ハ未タ辨濟ヲ

爲ナナリシコトヲ要ス若シ又乙カ千五百圓ヲ辨済シタル時キハ畢竟其負擔以外ニ五百圓ヲ辨済シタルモノナルカ故ニ其負擔以外ノ辨済額ハ甲丙孰レニ對シテ之カ請求ヲ爲スモ可ナリ或ハ兩人ニ對シテ一部分宛ノ請求ヲ爲スモ亦可ナリ是レ他ナシ甲ハ千五百圓ノ負擔ヲ有シ丙エ亦實ニ五百圓ノ義務ヲ負擔シ居レハナリ
第四ノ場合即チ三人カ平等ニ一千圓宛負擔セル場合ニ於テ一人カ全部若クハ二千圓ヲ辨済シタリトセハ自己ノ負擔部分ヲ超過シタル辨済額ハ他ノ二人ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘシ
以上述ヘタル如キ債務者間ノ關係ヲ名ケラボ
債權ノ原則ヲ論シ次ニ特別ノ關係ニ及ハント欲ス
一、求債權ノ原則
連帶債務者ハ一人カ債権ヲ辨済シ其他自己ハ出捐ヲ以テ共同ノ免責不得タルトキハ他ノ債務者ニ對シ其各自ノ負擔部分ニ付キ求償權ヲ有スモ且

今ハ單ニ辨済ノ例ノミニ就テ説明セリ蓋シ辨済ノ場合ハ最モ普通ニシテ且モ明瞭ナル場合ニ屬スレハナリ然レトモ総令辨済ニアラサルモ自己ノ出捐ヲ以テ免責ヲ得タルトキ例へハ第四百三十五條ノ場合ニ於テ連帶債務者ノ一人カ債權者ト債務ノ全部ニ付キ更改契約ヲ結ヒタルトキハ債務者全體カ舊債務ニ付キ免責ヲ得ルモノトス今更ニ設例セハ三人ノ連帶債務者中甲一人ニテ新債務ヲ負擔シタルトキハ之カ爲メニ他ノ債務者乙丙モ亦其義務ヲ免ルルカ故ニ辨済ニ付キ例示シタル如ク苟モ乙丙カ負擔部分ヲ有セル場合ナルニ於テハ亦辨済ノ場合ニ同シク甲ハ他ノ債務者乙丙ニ對シテ償還ヲ求ムルコトヲ得ヘシ又第四百三十六條第一項ノ場合ニ於ケルカ如ク債務者ノ一人カ債權者ニ對シテ相殺ヲ對抗シタルトキハ之カ爲メ債務者ハ悉ク義務ヲ免ルルニ至ルヲ以テ是レ辨済ナラサルモ亦辨済ノ場合ニ於ケルト同シク他ノ債務者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ヘシ其他第四百三十八條ニ於ケル混同ノ場合ノ如キモ亦同一理ナリ(此場合ニハ特ニ辨済ヲ爲シタルモノト看做スト云ハルカ故ニ疑ナシ)又此處ニ明文ナキモ契約自由ノ原理ニ依リ和解ニ因リテ債務ヲ免シタリトセ

ンカ和解ノ當事者タル債務者カ和解ニ因リテ他ノ債務者モ債務ヲ免レタルコトヲ證明セハ此等ノ債務者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ヘシ例へハ連帶債務ノ成立ニ付キ債權者ト債務者トノ間ニ争アルニ方リ債務者ノ一人カ和解ヲ爲シタルニ因リ債務者ハ皆辨済ヲ爲スコトヲ要セサルコトト爲リタル後其債務者カ他ノ債務者ニ對シテ債務ノ成立セシコトヲ證明シタル場合ノ如キ是ナリ其他所謂無名契約即チ特ニ法典ニ規定セナル契約ニ因リテ出捐ヲ爲シ以テ責任ヲ免ルル場合ノ如キモ亦容易ニ想像シ得ル所ナリ斯ル場合ニ於テモ他ノ債務者ノ負擔部分ニ應シテ求償ヲ爲スコトヲ得ヘキコト總テ辨済ノ場合ニ於タルト同一ナリ(以下便宜ノ爲メ各債務者カ平等ニ債務ヲ負擔セル場合ノミニ付テ論スヘン)然ル本節ノ論述は主として其意を專めテ連帶債務者間ニ於ケル求償權ノ範圍如何是レ第四百四十二條第二項ニ規定セル所ナリ曰ク「若風日三十日計、其家代或其端ニ一人ニ賃及ム則莫ヘ前項ノ求償ハ辨済、其他免責アリタル日以後ノ法定利息及ヒ遅タルコトヲ得サリシ費用其他ノ損害ノ賠償ヲ包含ス」其意を簡潔に説明する所也

無償ニテ義務ヲ免レタル場合ハ求償權ヲ有セス是レ蓋シ其債務者ハ何等ノ出捐ヲモ爲ナサリシヲ以テ他人ヲシテ償ヘシムヘキモノアラサレハナリ而シテ純然タル免除ニ付テハ第四百三十七條ノ規定アルカ故ニ一人ニ對スル債務ノ免除ハ其者ノ負擔部分ニ付テノミ他ノ者ニ對シテ效力ヲ生スルノミ故ニ全部ニ付テ免除スル場合ニハ必ス特ニ其意思ノ表示ヲ爲ササルヘカラス而シテ其意思表示ハ連帶債務者ノ各自ニ對スルカ又ハ其代理人ニ對シテ爲ササルヘカラス例へハ甲カ乙丙ヨリ代理ノ委任ヲ受ケ其債務ニ付キ談判ヲ爲シタル際債權者ヨリ無償ノ免除ヲ得タルトキハ代理關係ノ結果トシテ其效力カ全債務者ノ爲メニ生スルコト明カナリ又債務者ノ一人甲カ代理人ヲ委任セラレタルニアラナルモ債權者ヨリ免除ノ意思表示ヲ受ケ尙ホ債權者ヨリ他ノ債務者乙丙ノ爲メニセ免除スル旨ヲ言傳フルコトヲ託セラレタル場合ニ於テ甲カ之ヲ乙丙ニ向ヒテ其旨ヲ通シタリトセハ之ト同時ニ免除ヲ效力ハ全債務者ニ及フモノトス蓋シ此場合ニ於テハ甲ハ債權者ノ代理人トシテ乙丙ニ意思表示ヲ爲スモノト謂フコトヲ得ヘケレハナリ其他或ハ債權者カ債務者ノ一人甲ヲ全債務者

ノ代理人ト看做シテ之ニ免除ノ意思ヲ表示シタル場合ノ如キ後日乙丙カ追認ヲ爲シタルトキハ亦同シク全員ニ對シテ免除ノ效力ヲ生ス但モニ及ニ見ゆ
舊民法ニ於テハ免除ノアリタル場合ニ於テ當然債務者全體ニ效力ヲ及ホスモノトセリ舊民法財產編第五〇六條第二項故ニ舊民法ニ從ヘハ原則トシテ一人ニ對スル免除ニ因リ他ノ債務者モ亦其義務ヲ免ルノ結果ヲ生スルモノトセリ新民法ハ此ノ如キ推定ヲ爲ナスト雖モ前例ニ於ケル如キ代理關係ヲ生スル場合ニ於テハ免除ニ因リテ全債務者カ債務ヲ免ルルコトアルヘキノミ而シテ此等ノ場合ニ於テハ復タ求償權ノ問題ヲ生セヌ唯免除ヲ受クルニ付キ其局ニ當リタル者カ必要ナル費用ヲ支出シタルトキ例ヘハ其債務ニ關シ談判ヲ爲スニ付キ人力車ヲ雇ヒテ往復シ又ハ債權者カ遠隔ノ地ニ住セルカ爲メ轍車又バ汽船等ニ乘リ其他旅費ヲ要シタル如キ場合ニ於テハ債務者間ニ於テ各其一部ヲ負擔スヘキノミ此種ノ問題ニ於テニモニ其對應ニ極ム也本題ニセ
右ノ外尙ホ出捐ヲ以テ免責ヲ受タル場合揚シトセス而シテ辨済以外ノ場合ニ於テハ其出捐額ト債務額トヲ問ニ差異アルコト珍シトセス例ヘハ純然タル更

改フ爲シタルトキノ如キ若タハ後ニ説明スヘキ代物辨済ヲ爲シタル場合ノ如キモ辨済ト同一ノ效力ヲ生スルモノナリ而シテ此等ノ場合ニ於テ出捐トハ前ノ債務ニ代ルヘキ債務ノ債額ヲ指スモノニシテ其債額ハ必スシモ同一ナリト謂フコトヲ得ス故ニ若シ出捐ノ額ト債務ノ額ト異ナル場合ニ於テハ須ク其孰レカ多額ナルカラ観察セナルヘカラス若シ出捐額カ債務額ヨリ少額ナル場合ニ於テモ他ノ債務者ハ全ク債務ヲ免除ルト雖モ出捐者ハ他ノ債務者ニ對シテ自己ノ出捐額以上ヲ請求スルコトヲ得ス若シ之ヲ請求シ得ルトセハ出捐者ハ不當利得ヲ爲スコトト爲ルヘシ辨済ノ場合ニ於テモ亦之ト同一ニシテ其辨済ヲ爲スニ際リ一部免除ヲ受ケタルトキハ其部分ニ付テハ求償ヲ爲スコトヲ得サルナリ例へハ債権者ト裁判ノ結果三千圓中千圓ノ免除ヲ得二千圓ヲ辨済シタリトセハ單ニ二千圓ニ付キ他ノ者ノ負擔部分ニ對シテ求償權ヲ行フコトヲ得ルノミ故ニ前例ニ於テハ甲ハ乙丙ニ對シテ各、六百六十六圓餘ヲ請求スルコトヲ得「モノミ此他ノ場合ニ於ケルモ皆同一理ナリ之ニ反シテ出捐額カ債務額ヨリ多キ場合例へハ債務者ノ一人甲カ三千圓ノ負債ニ對シ實

債三千五百圓若クハ四千圓ノ價格ヲ有セル不動産ヲ引渡シタルカ如キ場合ニ於テ甲ハ其三千五百圓若クハ四千圓ニ付テ求償ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ甲ハ元來隨意ニ三千五百圓若クハ四千圓ニ相當スル不動産ヲ引渡シタルモノシテ三千圓ハ他ノ債務者ノ利益ト爲ルモ他ノ五百圓若クハ千圓ハ結局何等ノ利益ヲモ與ヘサレハナリ故ニ唯三千圓ノ三分ノ一即チ千圓完ニ付ギ乙丙ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ルノミ

以上ハ求償額ノ元本ニ付テノミ説明シタリト雖モ凡ソ連帶ノ場合ニ於テ其一人ニテ全部ノ辨済ヲ爲シ若クハ辨済ニ代ヘテ他ノ行為ヲ爲シタルカ如キハ畢竟皆法律上已ムコトヲ得サルニ出ツルモノニシテ而モ之カ爲ミニ他ノ債務者ノ利益ト爲ルモノナルカ故ニ其辨済等ニ因リテ免責ヲ得タル者ニ損失ヲ歸スヘカラス前例ノ如キ三千圓ノ負債ニ對シ四千圓ノ出捐ヲ爲シタル者カ自ラ三千圓ノ損失ヲ被ルハ已ムコトヲ得サル所ナレトモ三千圓ノ負債ニ對シ正當ニ三千圓ノ出捐ヲ爲シタルカ又ハ債務額以内ノ出捐ヲ爲シテ以テ債務ヲ免除レタル場合ニ於テハ他ノ債務者ハ其出捐者ヲシテ毫モ損失ヲ受ケシムヘガヌ是レ

實ニ法律ノ精神ナリ是故ニ法律ハ他ノ債務者ヲシテ辨済其他免責行爲ヲ爲シタル日以後ノ法定利息ヲ拂ヘシムルコトセリ蓋シ金錢ナルモノハ通常ノ場合ニ於テハ之ヲ他ヨリ借用セハ之ニ對スル利息ヲ拂フヘタ又之ヲ他ニ貸與セハ相當ノ利息ヲ取ルコトヲ得ヘキニ之ヲ以テ辨済ニ充テタリトセハ則チ其利息ヲ損失スルモノト謂ハサルヘカラス是ニ於テカ前例ニ於テ甲ハ乙又ハ丙ニ對シ各千圓ニ相當スル法定利息ヲ請求スルコトヲ得ヘキナリ加之此法定利息ナルモノハ通常ノ場合ニ於テハ金錢ノ使用ニ對スル損害ノ賠償ニ代フルモノト爲セリト雖モ實際ニ於テハ往往是ヨリ多クノ損害ヲ生スルコトアリ抑モ法定利息ハ目下ノ狀況ヨリ言ヘハ頗ル低廉ナルノ感アリ即チ民法ニ於テハ五分商法ニ於テハ六分ト規定セリ然ルニ經濟界ノ實際ニ就テ觀ルトキハ嘗テ金融緩漫ナリシ時ニ當リテハ信用アル者ハ五分若クハ六分ノ利息ニテ借財ヲ爲スコトヲ得タルモ現今ニ於テハ信用アル人ト雖モ尙ホ一割若クハ一割以上ノ利息ヲ拂ハサルヘカラス此ノ如キ状態ナルカ故ニ若シ事情已ムコトヲ得シノ法定利息ヨリ高キ利息ヲ以テ金錢ヲ借入レタル如キ場合ニ於テハ其利息ノ金

額ニ對スル求債權ヲ有セサルヘカラス尤モ當時ノ經濟界ノ狀態トシテ一割ニテ借り得ヘキニ辨済者カ特ニ一割五分ニテ借入レタル如キ場合ニ於テハ他ノ債務者ハ其五分ニ對スル賠償ノ義務ヲ負ハサルコト勿論ナリト雖モ其高利ヲ拂フコトノ必要アリシコトヲ辨済者ニ於テ證明シタルトキハ法定利息ノ外其差額ニ付テモ亦求債權ヲ有スルモノトス尙ホ其他ノ損害賠償トシテ例ヘハ債務者カ履行ヲ爲スニハ債權者ノ居所ニ於テセサルヘカラサルカ如キ場合ニ於テ債權ノ目的ノ如何ニ依リテハ債務者自身其目的物ヲ持參スルカ又ハ雇人等ヲ以テ之ヲ債權者ニ引渡ササルヘカラス若シ其居所カ遠隔ノ地ナルトキハ之ヲ運送店ニ託セナルヘカラス然ルトキハ自ラ其費用ヲ要スヘク假令金錢ノ交付ト雖モ其手數料至テ僅少ナルニ拘ハラス仍ホ多少ノ費用ヲ要スルヲ免レス商品ヲ送ルカ如キニ至ラハ通常更ニ多クノ費用ヲ要スルカ故ニ此等ノ費用其他前ニ述ヘタルカ如ク談判ノ結果減額ヲ受クルニ至リタル場合ニ於テ其談判ノ爲メニ支辨シタル費用ノ如キモ亦之ヲ請求スルコトヲ得ヘシ此等ハ概シテ法文ノ所謂費用ノ中ニ包含セルモノト斯其他費用ト稱スヘカラサルモノニ

シテ損害ノ中ニ包含セルモノヲ舉クレハ例ヘハ他ノ債務者乙丙カ義務ヲ果タサアルニ因リ甲カ自己ノ營業實本ニ充テシカ爲メニ準備セル金錢ヲ投シテ以テ全部ノ辨濟ニ充クタル如キ場合ニ於テ之カ爲メニ甲カ商業上ニ損害ヲ被ルニ至リタルトキハ甲ハ乙丙ヲシテ其損害ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ又甲カ辨濟ニ充ツルカ爲メ金錢ヲ借ラント欲スルモ容易ニ低廉ナル利息ヲ以テ借入ルルコト能ハサルカ爲メ已ムコトヲ得ス自己所有ノ財產ヲ賣却シテ以テ辨濟ヲ爲シタル場合ノ如キモ逮ニ物ノ賣却ヲ爲ストキハ多少廉價ヲ以テ之ヲ賣ラナルヘカラサルカ故ニ之カ爲メニ被リタル損害ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ但右何レノ場合ニ於テモ避タルコトヲ得サル事情ノ存在スルコトヲ必要トス故ニ他ニ損害ヲ生セサル方法ヲ以テ辨濟ヲ爲シ得シニ拘ラス甲カ任意ニ前掲ノ方法ヲ取りタルカ爲メニ被リタル損害ノ如キハ所謂避タルコトヲ得ナリシモノト謂フコトヲ得サルカ故ニ之ヲ賠償セシムルコトヲ得ス況ヤ甲カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタル當時乙丙モ亦同一ノ土地ニ住居セルカ故ニ甲カ辨濟スルニ先チテ乙丙ニ通知セハ各自其負擔部分ヲ支拂フヘカリシニ拘ラス獨

斯ラ以テ高利ノ金錢ヲ借り若クハ自己ノ財產ヲ廉價ニ賣却シテ辨濟シタルカ如キ場合ニ於テ其損失ヲ賠償セシムルコトヲ得サルコト論ヲ俟タス。以上ハ求償權ニ關スル原則ノ説明ナリ是ヨリ辨濟ノ場合ニミ存スル代位ナルモノニ就テ説明セん是レ第五百條ニ規定セル所ニシテ其詳細ニ至リテハ之ヲ計リタルモノナルカ故ニ其過失ニ因リテ生シタル損害ニアラサル限リハ毫モ之ヲシテ損失ヲ被ラシムヘカラサルナリ。

以上ハ求償權ニ關スル原則ノ説明ナリ是ヨリ辨濟ノ場合ニシテ其詳細ニ至リテハ之ヲ計リタルモノナルカ故ニ其過失ニ因リテ生シタル損害ニアラサル限リハ毫モ之ヲシテ損失ヲ被ラシムヘカラサルナリ。

後ニ讓リ今其大體ヲ説明センニ債權者カ有セシ所ノ一切ノ権利ヲ辨濟者カ代リテ行フコト是ナリ即チ債權者カ抵當權、質權等ヲ有セル場合ニ於テ辨濟ヲ爲シタル債務者ハ其抵當權、質權等ヲ行使スルコトヲ得ヘシ前例ニ就テ言へハ甲一人ニテ三千圓ノ辨濟ヲ爲シタルニ其三千圓ノ債權カ質又ハ抵當ニ由リテ擔保セラレタル場合ニシテ且其質又ハ抵當ハ乙又ハ丙ヨリ供シタルモノト假定セんニ甲ハ乙及ヒ丙ニ對シテ各千圓宛ヲ請求シ若シ乙丙共ニ全ク辨濟セナルカ或ハ其中一人カ辨濟セサルトキハ其抵當權若クハ質權ヲ實行シテ之ニ依

リテ辨済ヲ受タルコトヲ得ヘシ蓋シ抵當及ヒ質ハ皆其性質不可分ナルカ故ニ
離合一人カ辨済ヲ爲スモ他ノ一人カ辨済ヲ爲ナサルトキハ抵當權又ハ質權ハ
全部ノ辨済ヲ受タルマテ消滅スルコトナシ是レ代位ノ利益トスル所ナリ是ニ
由リテ觀ルモ如何ニ法律カ求償權ヲ保護スルカヲ知ルニ足ルヘシ
以上ハ第一段求償權ノ原則ナリ
二 過失者ノ責任

既ニ述ヘタル場合ニ於テモ往往ニシテ辨済者ニ過失ノ存スルコトアルコトヲ
言ヘリ而シテ是レ唯リ辨済ノ場合ニ限ラスト雖モ便宜ノ爲メ以下主トシテ辨
済ノ場合ニ付テ説明スヘシ例へハ茲ニ三千圓ノ債務ヲ履行セントスルニ當リ
ヲ四千圓ノ出捐ヲ爲シタルトキハ千圓ヘ過失ノ出捐ナルカ故ニ其出捐ヲ爲シ
タル者自ラ之ヲ負擔セサルヘカラス又假令三千圓ノ辨済ヲ爲スモ若シ必要ナ
キニ高利ノ借財ヲ爲シ若クハ自己ノ財産ヲ廉價ニ賣却シテ以テ辨済ヲ爲シタ
ルトキハ其之ニ因リテ生シタル損失ハ辨済者自ラ負擔セサルヘカラス此等ノ
事タルヤ實ニ言フヲ族タル所ナリ今茲ニ論セント欲スル所ノモノハ特ニ求

ニ素ト取消スコトヲ得ヘキモノナリ若シ爾カ未だ辨済ヲ爲サツルニ當リテ予ニ通知セフ予ハ必ス取消權ヲ行使シテ以テ其義務ヲ免レタリシナラメト主張セハ甲ハ乙ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得サルヘシ果シテ然テハ當初乙ノ負擔スヘキモノト假定セラレタル千圓ハ何人ノ負擔ニ歸スヘキカ是レ場合ニ依リテ必シモ同シカラツルモ若シ特ニ債權者ニ於テ何等ノ過失ナク甲丙モ亦乙ノ無能力ナルコトヲ知ラサリシ場合ノ如キハ已ムヲ得ス甲丙兩人各其半額ヲ負擔スルノ外ナキナリ(即チ各千圓ヲ負擔セハ可ナリシニ更ニ五百圓ノ負擔ヲ増加スルニ至レリ是レ第四百三十三條ノ規定ト相待テ解説スルトキハ疑ヲ容レサル所ナリ之ニ反シテ若シ債權者ニシテ過失若クハ詐欺ノ所爲アリタルトキハ必シモ右ノ如クナルコトヲ得ス例へハ債權者カ乙ノ無能力ナルヲ知ルモ之ヲ甲丙ニ告クルトキハ連帶ヲ爲サツルヘキヲ慮リ駁シテ之ヲ告ケサリシカ故ニ甲丙ハ全ク乙ノ無能力ナルコトヲ知ラスシテ連帶ヲ約シタルカ如キ場合ニ於テハ債權者ハ畢竟ヲ有スルモノ即チ若シ「過失ナル語ヲ廣義ニ解釋スルトキハ此等ノ場合ハ大過失ト謂フヘク債權者ハ當然其過失ノ責任ヲ負ハサ

ルベカラス殊ニ甲及ヒ丙カ乙ノ能力ヲ疑ヒ之ヲ債權者ニ質シタルモ債權者力故ラニ之ヲ蔽ヒタルニ由リ爲ミニ欺カレテ乙ト連帶ヲ爲シタルトキノ如キハ債權者ニ詐欺アルモノト謂フヘク其結果ハ固リテ債權者ニ於テ負擔セツルベカラス故ニ此等ノ場合ニ於テ債權者ハ連帶債務ノ效力トシテハ甲又ハ丙ニ對シテ全額人請求ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ自己ノ過失又ハ詐欺即チ不法行為ニ因ル責任トシテ其過失又ハ詐欺ニ因リテ生ジタル損害ヲ賠償セツルベカラス即チ乙ノ負擔スヘキ部分ハ畢竟債權者自身ノ損失ニ歸セツルベカラス故ニ若シ甲丙カ一旦全額ヲ辨済シタル後ナレハ千圓ヲ債權者ヨリ返還セシムルコトヲ得ヘク若シ又辨済前ナルトキハ相殺ヲ爲スコトヲ得ヘシ即チ甲又ハ丙ハ元來三千圓ノ義務ヲ負擔セツルモ債權者ノ過失若クヘ詐欺ニ因リテ千圓ノ損害ヲ被リタルトキハ債權者ハ之ヲ負擔スヘキモノナガル以テ之ヲ相殺シテ二千圓ヲ辨済シ以テ債務ヲ消滅シムルコトヲ得ヘシ故ニ第四百三十三條ノ規定アリニ拘らず他ノ債權者カ取消權ヲ有スルか否ヤヲ知ル間接ノ必要アリ何時ナレハ第四百四十三條ハ此場合ニモ適用セツルヘケレバナリニ猶御心哉

右ノ外尙ホ一ノ場合ヲ想像スレハ相殺ノ場合是ナリ相殺ハ既ニ説明シタルカ如ク新民法ノ主義ニ據レハ對抗ニ由リテ其效力ヲ生スルモノナルカ故ニ對抗ヲ爲スマテハ債務消滅セリト謂フコトヲ得ス例へ前例ニ於テ乙カ債權者ニ對シテ千圓ノ債權ヲ有セリトセニ債權者カ乙ニ對シテ請求ヲ爲スシテ之ヲ甲ニ爲シタルニ甲ハ乙カ債權ヲ有セルコトヲ知ラヌミテ債權者ノ請求ニ應シ全部ノ辨濟ヲ爲シ而シテ後乙ニ對シテ求償ヲ爲シタリトゼンカ乙ハ素ト債權者ニ對シテ千圓ノ債權ヲ有セルヲ以テ甲ニ向ヒ爾若シ債權者ヨリ請求又受ケタルコトヲ予ニ通知シタランニハ爾ニ告タルニ債權者ニ對シテ千個人債權ヲ有スルコトヲ以テシタルナラン然ルトキハ爾ハ第四百三十六條第二項ノ規定ニ據リテ予ノ債權ヲ對抗シテ相殺ヲ行フコトヲ得タリシ拘ラス何等ノ通知ヲモ爲サヌシテ直チニ全般ノ辨濟ヲ爲シタルカ故ニ予ハ爾ノ請求ニ應スルコトヲ得スト主張スルコトヲ得ハシ此場合ニ於テ乙カ責任ヲ免ルノコトヲ得ルコト法文上毫モ疑フ容レサル所ナリ是レ他ナシ甲ハ乙ニ對シテ自己ノ過失ニ對スル責任ヲ負擔セサルヘカラサレハナリ然ラハ其結果如何蓋シ債權者ハ

全部即チ三千圓ノ辨濟ヲ受ケアベ債權者ニ對シテ有セシ千圓ノ債權ヲ以テ自己ノ負擔部分ノ辨濟ニ充テタリトセハ現在ノ狀態ニ於テム債權者ハ三千圓ノ支拂ヲ受ケ而モ乙ニ對スル千圓ノ債務ヲ辨濟スルコトナクシテ其債權關係消滅シ乙ハ自己ノ負擔部分タル千圓ヲ支拂ハサルモ債權者ニ對シテ有シタル千圓ノ債權ヲ失ヒタルカ故ニ結局何等ノ損益ナシ然ルニ甲ハ本來自ラ千圓ヲ負擔シ他ノ二千圓ハ乙丙ヨリ之カ償還ヲ受クヘカラシニ唯丙ヨリ千圓ヲ得ルノミニシテ他ノ千圓ハ自ラ之ヲ負擔セサルヘカラサルニ似タリ是ニ於テカ債權者ハ不當ニ千圓ヲ利得ヲ受ケ甲ハ縱合過失アリトハ雖モ意外ニ千圓ノ損失ヲ受タルノ結果ヲ生スヘシ是レ決シテ不間ニ付スルコトヲ得ス必スヤ不當利得ヲ爲シタル者ヨリ其利得ヲ償還セシメサルヘカラス即チ此場合ニ於テ甲ハ債權者ニ對シテ千圓ヲ請求スルコトヲ得ルハ第七百三條ノ原則ニ據リ毫モ疑ナキ所ナリト雖モ今一步ヲ進ミテ如何ナル名義ノ下ニ請求ヲ爲スヘキカト問ハハ是レーノ疑問ニ屬ス若シ初メ辨濟シタル三千圓ヲ中千圓ハ過剰ナリシトシテ之カ返還ヲ求ムシカ乙カ債權者ニ對シテ有セシ債權ハ之ヲ如何ニスヘキカ

乙ハ素ト其債権ヲ有セシカ故ニ甲ニ對シテ支拂フ拒ミタルモ債権者ニ對シテハ曾テ相殺ヲ對抗シタルコトナシ然ルニ相殺ナシモノハ後ニ説明スヘキカ如ク當事者ノ一方ヨリ其相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス第五〇六條モノナル故ニ右ノ場合ニ於テ債権者タル乙カ其債権ニ付テハ債務者タル連帶債務ノ債権者ニ對シテ意思表示ヲ爲スニアラスンハ其債権者ニ對シテ相殺ノ行ハレナルコト言フヲ俟タス然ルニ乙ハ曾テ債権者ニ對シテ相殺ノ意思表示ヲ爲シタルコトナキコト前述ノ如クナルカ故ニ相殺ノ行ハレサゾコト明カナリ果シテ然ラハ如何ナル方法ニ依ラハ則チ可ナランカ曰ク純然タル理論上ヨリ觀バトキハ債権者ハ其千圓ヲ乙ニ返済シ乙ハ又更ニ之ヲ甲ニ支拂ヘハ可ナルモノノ如シ然リト雖モ若シ此ノ如クスルトキハ畢竟乙ハ未タ義務ヲ免メアリシコトヲ表彰スルモノニシテ是レ法律ニ於テ認メアル所ナリ且此ノ如クセハ實ニ煩難ナルノミナラス往往其間ニ無實力者ヲ生シ隨テ損失ヲ被ル者ヲ生シ不公平ノ結果ト爲ルカ故ニ斷シテ右ノ如き理論ニ拘ルヘカラス是干於テカ結尾債権者ヨリ直チニ甲ニ返還キシムルノ外ナシ但漠然前ニ受取リタル千

圓ヲ返還スルト云フヲ以テ足ビリト爲スコトヲ得ス然ラハ甲カ債権者ニ對シテ乙ニ代リテ相殺ノ意思表示ヲ爲スト云フカ如キ途ニ出テナルヘカラナルカ是レ甚タ理論ニ適合セザルノミナラス實際ニ於テモ亦不可ナルモノアル物如シ何トナレハ甲カ債権者ニ三千圓ノ辨済ヲ爲シタル當時ニ在リテハ其辨済ニ何等ノ缺點ナカリシモノナレハナリ蓋シ相殺ナルモノハ對抗セラレタル時ヨリ其效力ヲ生スルモノナルヲ以テ未対抗ヲ爲サツル前ニ於テハ三千圓ノ債権ハ全部存在シタルモノナルカ故ニ甲カ之ヲ辨済シタルハ當然ノ事ニシテ其辨済ハ全部有效ナリシモノト謂ハサルヘカラス然ルニ其後ニ至リテ相殺ヲ對抗スルハ既ニ機ヲ失シタルモノニシテ債権者ノ債権カ消滅シタル後ニ至リ其債務ヲ捉ヘ來リテ以テ相殺ヲ行ハントスルハ決シテ爲シ得ヘカラナル事ニ屬ス加之實際ニ於テモ債権者ハ辨済トシテ三千圓ヲ領收シ以テ自己ノ債権ヲ行使シ丁リタルモノナリ然ルニ乙カ債権者ニ對シテ有セル債権ニハ往往ニシテ擔保ノ附隨セルコトアリ斯ル場合ニ於テハ此擔保ヲ全タ無効ニ歸セシムルコトハ實際ニ於テモ必要フ見ナル所ナリ蓋シ債権者カ辨済ヲ受クルニ方リテハ

其負フ所ノ債務ハ別ニ之ヲ履行スルノ意思ナリシナリ然ルニ其債務や抵當若クハ質ヲ以テ擔保セルモノナル場合ニ於テ成ルヘタ此擔保ヲ利用スルハ當然ニシテ敢テ之ヲ無効トスルノ必要ヲ見タルナリ或ハ種種ノ假定ヲ爲シテ乙カ甲ニ相殺シタルハ即チ債権者ニ對シテ對抗シタルト同一ナリト論スル者ナキヲ保セスト雖モ是レ頗ル理論ニ適セサルノミナラス又其必要ナキコトト謂ハサルヘカラス即チ甲ニ對スル意思表示ヲ以テ債権者ニ對スル意思表示ト視ルコトハ既ニ其當ヲ得ス況ヤ有效ニ消滅シタル債権ニ對シテ相殺ヲ對抗スルト云フカ如キニ至リテハ不道理モ亦極マレルモノナルニテラヤ是レ我民法ノ之ヲ採用セサリシ所以ナリ以上論スル所ニ由リテ觀レハ結局乙カ債権者ニ對シテ有セシ所ノ權利ヲ甲カ代リテ之ヲ行フコトト爲ナサハカラス是レ我民法ノ採用セル所ニシテ前示第四百四十三條第一項但書ノ規定即チ是ナリ此規定ニ從フトキハ何人モ異議ヲ挾ムコトヲ得ナヘルヘシ即チ第一ニ乙カ異議ヲ唱フルノ理ナシ何トナレハ乙ハ其意初ヨリ相殺ニ由リテ其義務ヲ免ルルト同時ニ其債権ヲ消滅セシムルニ在レハナリ次ニ債権者ニ於テモ既ニ全部ノ辨済

ヲ受ケタル以上ハ乙ニ對スル債務ハ自ラ別ニ之ヲ辨済スルノ心算ヲ有シタルモノト謂フベク已ニ此意思アランガ其債務を履行未受タル者か乙タルト將タ甲タルトヲ問フコトヲ要セサルナリ最後ニ甲ニ在リテモ亦別ニ異議アル人理由ナシ何ト九レハ甲ハ既ニ過失アルカ故ニ自ラ其責ヲ負フノ覺悟ナカルヘカラナルニ右ノ規定アルカ爲メニ其損失ヲ免レ唯過失カリシカラハ當然乙ニ對シテ千回ノ請求ヲ爲シ得タル代ハリニ今ハ債権者ニ對シテ同一金額ノ請求ヲ爲ナサルヘカラサルニ過キサレハナリ唯事實上乙ニ對シテ請求スルトモ債権者ニ對シテ請求スルトニ於テ孰レカ利益ナシカ換言セバ其孰レカ資力ニ富ムカノ問題ヲ残スノミ故ニ原則トンテハ甲カ損失ヲ被ルモノト謂フコトヲ得ス況ヤ乙カ債権者ニ對シテ有セシ所ノ債権ニハ前述ノ如ク擔保ノ附隨セルコトナシトセサルニ於テラヨスル場合ニ於テハ乙ニ對シテ請求スルヨリモ却テ甲ノ利益ト爲ルヨリ多カルヘシ故ニ右ノ規定ハ極メテ穩當ナムモノト謂ハサルヘカラス然ルニ諸君或ハ曰ハシ果シテ然ラハ何故ニ特ニ斯ル規定ヲ設ケタルカ甲ハ乙ニ對シテ求償權ヲ有シ乙ハ更ニ債権者ニ對シテ債権ヲ有スルモノトス

ルモ歸著スル所ハ同一ニ非セヤト又或ハ曰ハシ「辨済者甲カ他人ノ債権ヲ代リテ行フカ如キコトヲ要セス單ニ甲ヨリ直チニ債権者ニ對シテ前ニ辨済シタル三千圓ノ中千圓ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノト爲スモ理論ハ始ク措キ實際上何等ノ支障ナク是レ亦右ノ規定ト同一ノ結果ヲ得ルニ非セヤト是レ兩大カラ非ナリ請フ之ヲ論セシム」判例解説ノ文書類、逐々舉着の判例並に成セリ

右第一ノ批難ノ如クセハ一方ニ於テハ乙ニ求償ノ義務アルコトヲ認メ他人ニ
方ニ於テハ債権者ニ對スル債権ノ履行ヲ求ムルコトヲ得ルコトト爲ルが故ニ
乙ハ償還ヲ爲サンカ爲メ先フ千圓ノ現金ヲ調ヘ之ヲ甲ニ辨償シ而シテ更ニ債
権者ニ對シテ千圓ヲ請求セサルヘカラサルニ至リ乙ニ取リテハ甚タ不利益ニ
シテ且煩ニ堪ヘタル所ナリ加之若シ債権者カ無資力ト爲ルトキハ其結果ハ全
く乙ノ損失ニ歸スルニ至ルヘシ然ルニ元來乙ニハ何等ノ過失ナキヲ以テ乙ヲ
シテ毫モ損失ヲ被フシムヘキニアラス甲ヨリ實ニ乙ニ通知セスシテ辨済シタ
ルノ過失アルカ故ニ債権者ノ無實力ニ因ル損失ハ甲之ヲ負擔スルヲ當然トス
ヘケレ隨テ手數ノ煩累ト權利實行人危険トハ甲ノ體スルコトヲ得サル所ニシ

テ決シテ之ヲ乙ニ負擔セシムルコトヲ得ス即夫甲ハ乙ニ對シテ先づ求償權ヲ
行ヒタルニ乙之ニ應セシテ相殺ヲ對抗スルトキハ甲ハ轉シテ債権者ニ對シ
テ請求スルノ外ナク其間ニ於テ債権者カ無實力ト爲ルコトアラハ已ムコトヲ
得ス自ラ其結果ヲ受クヘキノミ是レ素ト甲ノ過失ニ基クモハニシテ自業自得
ト謂ハサルヘカラスモ第一へ應否ニ就キニ當ニ二、聯合ニ就キニ當ニ
第二ノ批難ハ等シテ債権者ニ請求スル以上ハ他人ノ債権ノ履行ヲ求メサルモ
自己ノ爲シタル過剰部分ノ返還ヲ求ムルヲ至當トスヘキニアラスヤト云フニ
在レドモ前ニモ一言シタル如ク乙ノ債権ノ爲メニ擔保ノ附隨セル場合ノ如キ
其他或ハ證書カ公正證書ナルカ爲メ直チニ強制執行ヲ爲スコトヲ得ル等種種
ノ利益アリ得ルカ故ニ單ニ不當利得ノ原理ニ基キテ一旦辨済シタルモノヲ返
還セシムルト乙ノ債権ヲ代リ行ストハ甲ノ爲メニ煩ル利害ノ異ナルモノアリ
況ヤ既ニ論シタル如ク一旦有效ニ辨済ヲ爲シタルモノヲ返還セシムルヘ理論
上頗ル不當ナルニ於テヲ以テ我民法ハ第二ノ批難ニ從ハサリシガリ
辨済者ノ過失アル第二ノ場合ハ第四百四十三條第二項ニ之ヲ規定セリ日ク

特、連、帶、債務者、ノ、一、人、カ、辨、濟、其、他、自、己、ノ、出、捐、ヲ、以、テ、其、同、ノ、免、責、ヲ、得、タル、ト、ラ
五、他、ノ、債務者、ニ、通、知、ス、ル、コ、ト、ラ、怠、リ、タル、ニ、因、リ、他、ノ、債務者、カ、善、意、ニ、債、權、者
五、ニ、辨、濟、ヲ、爲、シ、其、他、有、債、ニ、免、責、ヲ、得、タル、ト、キ、ハ、其、債、務、者、ハ、自、己、ハ、辨、濟、其、他、免
直、責、ハ、行、爲、ヲ、有、效、ナ、リ、シ、モ、ノ、ト、看、做、ス、コ、ト、ラ、得、テ、取、扱、書、ハ、此、を、用、い、可、能、也
是、レ、既、ニ、述、ヘ、タル、同、條、第、一、項、ノ、場、合、ト、反、對、ニ、シ、テ、甲、カ、全、部、ノ、辨、濟、ヲ、爲、シ、直、チ
ニ、其、旨、ヲ、乙、丙、ニ、通、知、ス、レ、バ、可、ナ、リ、シ、ニ、其、通、知、ヲ、爲、サ、ツ、リ、シ、カ、爲、メ、乙、又、ハ、丙、ハ
之、ヲ、知、ラ、ス、シ、テ、債、權、者、ニ、辨、濟、ヲ、爲、シ、タ、ル、場、合、ニ、付、テ、ノ、規、定、ナ、リ、即、チ、第、一、項、ノ
場、合、ハ、辨、濟、ヲ、爲、ス、以、前、ニ、於、ケ、ル、通、知、ノ、義、務、ニ、就、テ、規、定、シ、本、項、ハ、辨、濟、ヲ、爲、シ、タ
ル、後、通、知、ノ、義、務、ヲ、怠、リ、タ、ル、場、合、ニ、於、ケ、ル、過、失、ノ、責、任、ヲ、規、定、シ、タ、ル、モノ、ナ、リ
此、說、明、ヲ、爲、ス、ニ、先、チ、テ、第、一、ノ、場、合、ニ、於、ケ、ル、責、任、ト、第、二、ノ、場、合、ニ、於、ケ、ル、責、任、ト
相、矛、盾、ス、ル、カ、如、キ、觀、アル、テ、以、テ、一、言、之、カ、說、明、ヲ、爲、サ、ツ、ル、ヘ、カ、ラ、ス、即、チ、第、一、ノ
場、合、ハ、未、タ、辨、濟、ヲ、爲、サ、ツ、ル、前、ニ、於、テ、通、知、ヲ、爲、サ、ツ、ル、ヘ、カ、ラ、ス、ト、爲、シ、第、二、ノ、場
合、ハ、辨、濟、ヲ、爲、シ、タ、ル、後、ニ、於、テ、モ、亦、通、知、ヲ、爲、サ、ツ、ル、ヘ、カ、ラ、ス、ト、爲、セ、リ、而、シ、テ、第
一、ノ、場、合、ニ、於、テ、甲、カ、辨、濟、以、前、ニ、通、知、ヲ、爲、ジ、タ、ラ、ン、ニ、ハ、他、ノ、債、務、者、ハ、辨、濟、ニ、付

キ、最、早、善、意、ナ、リ、ト、謂、フ、コ、ト、ヲ、得、ス、今、之、ヲ、反、面、ヨ、リ、觀、察、シ、テ、甲、カ、辨、濟、ヲ、爲、シ、タ
ル、後、通、知、ヲ、爲、サ、ツ、リ、シ、ト、ス、ル、モ、若、シ、他、ノ、債、務、者、カ、債、權、者、ヨ、リ、請、求、ヲ、受、ク、タ、ル
ト、キ、ハ、同、シ、タ、辨、濟、ヲ、爲、ス、ニ、先、チ、テ、甲、ニ、通、知、ヲ、爲、サ、ツ、ル、ヘ、カ、ラ、ス、而、シ、テ、若、シ、甲
ニ、通、知、ヲ、爲、サ、ハ、甲、ハ、必、斯、曰、ハ、ン、其、債、務、ハ、既、ニ、辨、濟、シ、タ、ル、ヲ、以、テ、最、早、辨、濟、ヲ、爲
ス、エ、ト、ヲ、要、セ、ス、ト、然、ル、ニ、他、ノ、債、務、者、カ、通、知、ヲ、爲、サ、ス、シ、テ、辨、濟、ヲ、爲、シ、而、モ、何、等
ノ、過、失、ナ、シ、ト、ス、ル、ハ、頗、ル、奇、怪、ナ、ル、モ、ノ、ノ、如、ク、恰、モ、第、一、項、ト、第、二、項、ト、ハ、相、矛、盾、
セ、ル、カ、如、シ、如、何、曰、ク、是、レ、決、シ、テ、然、ラ、サ、ル、ナ、リ、蓋、シ、辨、濟、前、ニ、通、知、ヲ、爲、ス、ノ、必、要
ハ、債、權、者、ヨ、リ、請、求、ヲ、受、ケ、タ、ル、場、合、ニ、於、テ、ア、リ、期、限、ノ、到、來、シ、タ、ル、ニ、方、リ、任、意
ニ、辨、濟、ヲ、爲、ス、ニ、付、キ、豫、メ、通、知、ヲ、爲、サ、ツ、ル、ヘ、カ、ラ、タ、ル、ノ、理、由、カ、キ、ヲ、以、テ、直、チ、ニ
履、行、ヲ、爲、ス、モ、何、等、ノ、過、失、ノ、責、ト、キ、ナ、シ、之、ニ、反、シ、テ、債、權、者、ヨ、リ、請、求、ヲ、受、ク、
場、合、ノ、如、キ、ハ、必、斯、期、限、ノ、經、過、後、ナ、ル、ヘ、シ、既、ニ、期、限、ヲ、經、過、シ、テ、債、權、者、ヨ、リ、請、求
ヲ、受、ケ、タ、ル、モ、ノ、ト、セ、ハ、請、求、ヲ、受、ケ、タ、ル、者、ハ、其、旨、ヲ、他、ノ、債、務、者、ニ、通、知、シ、然、ル、後、
辨、濟、ヲ、爲、ス、モ、未、タ、晚、シ、ト、爲、サ、ツ、ル、ナ、リ、是、ニ、於、テ、他、ノ、債、務、者、ハ、之、ニ、辨、濟、ノ、依、頼、ス
爲、ス、カ、然、ラ、ス、ン、ハ、直、チ、ニ、自、己、ノ、負、擔、部、分、ヲ、出、ス、ヘ、キ、ノ、ミ、況、ヤ、他、ノ、債、務、者、ニ、債

權者ニ對抗シテ其責ヲ免ルルコトヲ得ヘキ事由ナキヲ保セサルヲヤ又訴訟手續ニ於テモ斯ル場合ニハ他ノ債務者ニ告知シテ參加ヲ求ムドコトヲ得ヘシ民事訴訟法第五九條訴訟ノ告知ハ我民事訴訟法ニ於テハ佛蘭西ノ民事訴訟法ニ於タルカ如ク訴訟ノ中止ヲ來スコトナシト雖モ訴訟ノ落著前三他ノ債務者カ出頭スルトキハ若シ他人ノ債務者ニ相殺ノ原因アレハ之ニ據リテ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ヘタ又取消ノ原因アレハ之ニ據リテ其債務ヲ取消スコトヲ得ヘキナリ

第二項ノ場合ハ右ニ説明シタル如ク債権者ノ請求ヲ受ケヌシテ辨済ヲ爲シタル者カ其辨済ノ後直チニ他ノ債務者ニ通知スル場合多シ即ち其未タ請求未受ケナルニ先チ期限到来シタルヲ以テ速ニ履行セサレハ遲延利息ヲ拂ハサルコトヲ得ス加之若シ債権者ニ損害アランカ之ヲモ尙ホ賠償セサルヘカラナルコトアルヲ慮リ直チニ履行ヲ爲シタル場合多シ然レヒトモ此場合ノミニ限ルニハアラス債権者ノ請求ヲ受ケテ辨済ヲ爲シタル場合ニモ其適用アリ勿論此場合ニハ辨済前ニ通知ヲ爲スコトハ必要ナレトモ通知ヲ爲シタレバトテ必スシ

その他ノ債務者カ其事ヲ了知スルモノニアラス縦合之ヲ知ルモ往往返答ヲ爲スコト能ハサルコトアリ例へハ甲カ乙又ハ丙ニ通知ヲ爲シタルニ其通知書カ延著シ又ハ其通知ヲ受クヘキ者カ旅行中ナリシ場合又ハ病氣等ノ場合ノ如シ斯ル場合ニ於テハ其通知ヲ知ラス又ハ返答ヲ爲サナルヲ以テ過失ナリト謂フコト得ス然レトモ甲ハ此等ノ事實ヲ知ラナルヲ以テ利息、損害賠償等ノ増加スルコトヲ恐レ遂ニ債権者ノ請求ニ應シタルトセンカ是レ亦過失アルモノト謂フコトヲ得ス即チ第一項ニ定メタル責任ヲ盡シタルモノナリ唯右ノ如ク乙又ハ丙カ甲ノ爲シタル通知ヲ了知セサルコトアルカ故ニ辨済ノ後ニ於テモ亦其通知ヲ爲サナルヘカラサルコトセリ然ラサレハ第二項ノ適用ヲ受ダルコトアルヲ免レサルナリ例へハ右ノ如キ場合ニ於テ乙又ハ丙カ甲ノ爲シタル第一ノ通知ヲ了知セス且甲カ辨済ヲ爲シタルコトヲ知ラナル爲メ乙又ハ丙カ辨済ノ提供ヲ爲シタルニ債権者ハ惡意ヲ以テ之ヲ受領シタリトセハ甲ハ第二項ノ適用ヲ受ケサルモノトス尙ホ稀ナル場合ヲ想像セハ甲カ辨済ヲ爲シタルコトノ通知ヲ怠リタル場合ニ於テ乙又ハ丙カ債権者ノ請求ヲ受ケ善意ニテ更ニ辨済

ヲ爲スコトアリ例ヘハ甲カ既ニ任意ニ辨済ヲ爲シタルニ(請求ヲ受ケテ爲シタル場合ニ於テモ同一ナレトモ任意ノ場合多カルヘシ)債権者カ狡黠ノ徒ナルヲ以テ甲カ辨済ノ通知ヲ爲スコトヲ怠レルニ乘シ乙ニ對シテ請求シ來レルニ由リ乙カ甲ニ對シテ通知ヲ爲シタルモ甲カ旅行中ニテ其通知書ノ到來セルコトヲ知ラス隨テ返答ヲ爲スコト能ハサル間ニ乙カ債権者ノ請求ニ應シテ辨済ヲ爲シ更ニ甲ニ對シテ求償ヲ爲シタルト假定センカ此場合ニ於テハ甲ニハ過失アルモ乙ニハ何等ノ過失ナキヲ以テ前ノ場合ト同シク甲ハ第二項ノ適用ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス是ヲ以テ第一項ト第二項トカ矛盾スルモノニアラサルコトヲ知ルコトヲ得ヘシ然ラヘ則チ第二項ノ適用ヲ受クヘキ過失アル場合ニハ如何ナル結果ヲ生スルカ曰ク右二例ノ場合ニ於テ後ニ辨済ヲ爲シタル債務者ハ自己ノ辨済ヲ有效ナリシモノト看做スコトヲ得ルモノトス前例ノ場合ニ於テ甲ハ既ニ四月ニ於テ辨済ヲ爲シタルニ因リ債権ハ消滅シタルニ拘ラス五月ニ至リテ乙カ更ニ辨済ヲ爲シタルトセハ是レ眞ノ辨済ニアラス故ニ純然タル理論ヨリ言ヘハ乙ノ行爲ハ全ク無效ナルヲ以テ何等ノ規定タモ存セサ

ハニ於テハ乙ハ素ト辨済ノ義務ナキニ拘ラス辨済ヲ爲シタルモノニシナ唯債権者ニ對シ不當利得ノ返還ヲ求ムルノ外ナキナリ然レトモ前述ノ如ク甲ハ通知ヲ怠リタルノ過失アリ此過失ヨリ生シタル損害ヲ乙ニ歸スルハ不當ナリト謂ハサルヘカラス然ルニ右ノ純理ニ從ヘハ乙ハ損害ヲ被ルコトヲ免レス何トナレハ乙ハ債権者ニ對シテ甚シ辨済シタル三千圓ノ返還ヲ請求セサルヘカラス之カ爲メニ種種ノ手續ヲ要シ損害ヲ被ルノミナラス未タ其返還ヲ受ケサルニ先チテ債権者カ無資力ト爲リタルトキハ全然乙ノ損失ト爲リ丁コトナシトセス是レ豈ニ當ラ得タルモノト謂フコトヲ得シヤ之ヲ要スルニ甲ハ過失者ニシテ乙ハ善意者ナリ故ニ乙カ損害ヲ被リ甲カ却テ損害ヲ免ルノ理アラズルナリ是ヲ以テ其損害ハ必スヤ過失者タル甲ニ於テ之ヲ負擔スヘキモナタリ或ハ曰ハニ甲ニハ不法行爲ニ因ル賠償ノ責任アルカ故ニ畢竟其實ヲ免ルノコトヲ得サルヘシト然レトモ若シ甲カ無資力ト爲レルトキハ乙ハ損害ヲ被スヘカラサルノミナラス之カ爲メニハ尠カヌサル手數ヲ要スベシ斯ム煩累ト危險トヲ以テ乙ノ負擔トスル頗ル其當ラ得サルモノト謂フヘシ是レ乙ノ爲

シタル辨済ヲ以テ有效トスル所以ナリ。此ノ如ク債権カ消滅シタル後ニ爲シタル辨済ヲ以テ有效トスルハ頗ル無理ナ。ルカ如キモ其實決シテ然ラサルナリ蓋シ債権者カ再度ノ辨済ヲ受タルカ如キハ其惡意ニ因ルカ然ラスンハ大ナル過失ナリト謂ハサルヘカラス故ニ債権者カ最初甲ノ辨済ヲ受ケ又ハ之ト類似ノ行爲ヲ爲シ其後又乙ノ辨済ヲ受ケ又ハ之ト類似ノ行爲ヲ爲シタルトキハ債権者ニ於テ既ニ甲ノ辨済等ノ行爲ナカリシモノトシテ乙ノ辨済等ヲ受ケタルモノナリ故ニ本來甲ノ爲シタル辨済等ハ有效ナリト雖モ假ニ之ヲ曾テナカリシモノト看做シテ以テ乙ノ辨済等ヲ有效ト爲ササルヘカラス之カ爲メ或ハ債権者ニ於テ損害ヲ受タルコトアルモ是レ已ムコトヲ得サル所ニシテ法律ハ力メテ乙ノ保護シ之ヲシテ毫釐ノ損失ヲモ受タルコトナガラシム其結果トシテ乙ハ實ニ甲ニ對シテ償還ヲ爲スノ義務ナキノミナラス却テ甲及ヒ丙ニ對シテ求償權ヲ行フコトヲ得ベク甲カ債権者ニ對シテ爲シタル辨済ハ故ナクシテ辨済シタルモノト爲リ乙ノ行爲カ有效ナリ。以上ハ不當利得ノ原則ニ依リ甲ハ債権者ニ對シテ之カ返還ヲ請求スルコトアリ。

得ルノモ而シテ若シ債権者カ無資力ト爲レバトキハ其損失ハ結局甲ノ負擔ニ歸セサルコトヲ得ス但是レ唯辨済ノ場合ニ付テ言フノミ若シ夫レ更改ノ如キニ至リテハ前ノ債務ハ消滅シテ新ニ債務ヲ負擔スルモノナルカ故ニ前例ニ就テ言ヘハ乙ノ負擔シタル新債務ハ有效ナルモ甲ノ負擔シタル新債務ハ無効ナリ而シテ甲カ未タ更改ノ履行ヲ爲ササルトキハ單ニ其義務ヲ免ルヘキヲ以テ甲モ亦大ナル損害ヲ受タルコトナシ若シ然ラスシテ既ニ履行ヲ爲シタル晚ニ在リテハ直チニ之カ返還ヲ求ムルコトヲ得ヘシト雖モ之ニ伴フ煩累ト債権者カ無資力ト爲ルノ危險トハ到底過失者タル甲ノ負擔セサルヘカラサル所ナリ。以上ハ過失者ノ責任ナリ而シテ特別ノ規定ナキ場合ニ於テハ一般ノ原則ニ依リ不法行爲及ヒ不當利得ヲ適用スルノ外ナキナリ。

三。無資力ノ結果

連帶債務者中無資力者アルトキハ其結果如何是レ第四百四十四條ノ規定セル所ナリ同條ニ曰ク「連帶債務者中ニ、債権ヲ、貰賣力ナキ者アルトキハ、其債権スルコト能ハサバ」

部分ハ求償者及ヒ他ハ資力アル者ハ間ニ其各自ハ負擔部分ニ應シテ之ヲ分割ス但求償者ニ過失アルトキハ他ノ債務者ニ對シテ分擔ヲ請求スルコトヲ得ス。蓋シ債務者ノ負擔ニ歸スルコトヲ得ス蓋シ債権者カ連帶ヲ要約シタルハ斯ル場合ヲ慮リタルニ由ルモノト謂フコトヲ得ケレハナリ例ヘハ甲乙丙三人ノ債務者中丙カ全ク無資力ト爲レリトゼンカ(無資力ト云フト雖モ全タ一厘タモ辨済スルコト能ハサルカ如キガ寧ロ稀ニシテ多クハ幾分ヲ負擔スルコトヲ得ヘシト雖モ力メテ例ヲ簡ニセんカ爲メニ一厘タモ出金スルコト能ハサル場合ニ就テ説明スヘシ丙ノ負擔部分タル千圓ハ結局何人カノ負擔ニ歸セサルヘカラス然ルニ連帶債務ノ債権者ハ常ニ甲又ハ乙ヲ恰モ唯一人ノ債務者ノ如ク看做シ之ニ對シテ全部ハ辨済ヲ請求スルコトヲ得ルカ故ニ甲又ハ乙ニシテ辨済ノ資力アルトキハ債権者ハ毫モ其損失ヲ負擔スルコトナシ今甲カ全額ノ辨済ヲ爲シタルト假定シ他ノ二人ニ對シテ求償ヲ爲シタルニ乙ハ其負擔

部分ヲ支拂ヒタルモ丙ヘ之ヲ支拂ハサルカ故ニ進ミテ其財産ノ調査ヲ爲シタルニ丙ハ全ク無資力ナルコトヲ發見シタリトセヨ此場合ニ當リテ甲一人ニテ其損失ヲ負擔スヘキカ將タ乙ト共ニ之ヲ分擔スヘキカノ問題ヲ生ス若シ之ヲ甲一人ニテ負擔スヘキモノトセハ甚タ不公平ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ偶然債権者ノ選擇ニ遭ヒ請求ヲ受ケタル者カ損失ヲ負擔セサルヘカラサルノ理ナケレハナリ即チ債権者ハ或ハ甲ヲ擇ヒ或ハ乙ヲ擇フモ是レ畢竟偶然ノ事ニシテ決シテ初ヨリ定マレルモノニアラス若シ甲乙共ニ辨済ノ資力アルトキハ債権者ハ其意ノ欲スル所ニ從ヒ孰レニ對シテ請求スルニ至ルカ知ルヘカラス又之ヲ知ルノ必要ナキナリ然ルト今偶然甲カ請求ヲ受ケタレハトテ直チニ甲ハ二千圓ヲ負擔セサルヘカラス乙ハ唯千圓ヲ負擔スレハ可ナリト云フカ如キハ全ク理由ナキコトナリ即チ甲乙各其當然ノ負擔ニ加フルニ更ニ五百圓ヲ以テシ結局千五百圓宛ヲ負擔スヘキナリ但此場合ニ於テ過失アル者ハ其責任ヲ負ハサルヘカラス例ヘハ甲カ債権者ヨリ請求ヲ受ケ三千圓ヲ辨済シタル時直ニ求償ヲ爲シタランニハ丙ハ資力アリシヲ以フ甲ハ支拂ヲ受タルコトヲ得

タリシニモ拘ラス甲自身ノ怠慢ニテ一年ヲ經過シテ始メテ求償ヲ爲シタリト假定セシニ其時乙ハ資力アルモ丙ハ無資力ト爲リタリトセハ是レ畢竟甲ノ怠慢ニ因リテ丙ヨリ支拂ヲ受タルコト能ハナルニ至レルヲ以フ其結果ハ甲一人ニテ負擔スヘタ決シテ乙ヲシテ負擔セシムヘカラナルナリ何トナレバ乙ハ己レ若シ全部ノ辨済ヲ爲シタランニハ直チニ甲丙ニ對シテ求償ヲ爲シ丙カ無資力ト爲ラサルニ先チ其支拂ヲ受ケシナルヘク隨テ此ノ如キ結果ヲ生スルコトナカカリシナラント主張スルコトヲ得ヘケレハナリ

以上ハ無資力ニ關スル一般ノ規定ナルカ茲ニ特別ノ規定アリ連帶債務者ノ一人ニ對シテ債権者カ連帶ヲ免除シタル場合ニ關スルモノ是ナリ第四百四十五條ニ曰ク

連帶債務者ノ一人カ連帶ハ免除ヲ得タル場合ニ於テ他ノ債務者中ニ辨済ノ資力ナキ者アルトキハ債権者ハ其無資力者カ辨済スルコト能ハサル部分ニ付キ連帶ノ免除ヲ得タル者カ負擔スヘキ部分ヲ負擔ス

連帶債務ノ場合ニ於ケル免除ニ二種アリ即チ債務ノ免除及ヒ連帶ノ免除是ナ

「若シ債権者カ債務者ノ一人ニ債務ノ免除ヲ爲シタルトキハ第四百三十七條ニ依リ其債務者ノ負擔部分ハ他ノ債務者ノ爲メニモ利益ト爲ルモノトス其結果如何ト云フニ前例ノ場合ニ於テ甲ハ全部ノ辨済ヲ爲シ乙ハ債務ノ免除ヲ受ケ丙ハ無資力者ナリト假定セハ甲ハ債権者ニ對シテ乙カ負擔スヘカリシ所ノ千圓ヲ返還セシムルコトヲ得ヘク若シ又辨済ノ當時ニ於テ乙カ債務ヲ免除セラレタルコトヲ知レハ其免除額ヲ控除シテ二千圓ヲ辨済スレハ可ナリ又丙ニ對シテ千圓ノ求償権ヲ行使スルニ及ヒテ丙ハ無資力者ニシテ一厘ノ支拂ヲモ爲スコト能ハナル如キ場合ニ於テハ甲ハ當然五百圓ヲ債権者ニ請求スルコトヲ得ルモノトス何トナレハ第四百三十七條ニ依ルトキハ免除ヲ得タル債務者ノ負擔部分ニ付テハ他ノ債務者ヲ利スルコトヲ得レハナリ蓋シ各債務者ノ負擔部分ハ通常千圓ナルモ債務者中無資力者アルトキハ第四百四十四條ニ依リテ他ノ債務者ノ負擔カ增加スルカ故ニ右ノ如キ場合ニ在リテハ乙ノ負擔ハ千五百圓ト爲ルナリ然ルニ甲ハ辨済ノ當時乙カ免除セラレタルコトヲ知リ其負擔部分タル千圓ハ之ヲ控除シタリトスルモ五百圓カ亦畢竟乙ノ負擔分タルヘ

ギコトハ未タ之ヲ知ラナリシ爲メ之ヲ控除スルコトヲ爲サヌシヲ辨済シタリトセハ此五百圓ハ更ニ債権者ニ對シテ其返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ是レ他ナシ若シ此ノ如クセサルトキハ債権者ノ行爲即チ債務者ノ一人ニ對シテ債務者ノ一人ニ對シテ債務ノ免除ヲ爲シタル場合ナリ之ヲ爲シタルニ因リ他ノ債務者カ損害ヲ被ルニ至リ甚タ不當ナム結果ヲ生スルヲ以テナリ
右ハ債権者カ連帶債務者ノ一人ニ對シテ債務ノ免除ヲ爲シタル場合ナリ之ト異ナリテ第四百四十五條ニ規定セル如ク連帶ノミノ免除ヲ爲シタル場合ニ於テハ果シテ如何ナル結果ヲ生スヘキカ曰ク此場合ニ於テハ免除ヲ得タル債務者ハ千圓ヲ辨済スレハ則チ其債務ヲ免ルルコトヲ得ルモノニシテ他ノ債務者ノ負擔部分ハ之ヲ辨済スルヲトテ要セサルナリ是ニ於テカ一ノ問題ヲ生ス他ナシ他ノ債務者カ無資力ト爲リタルトキハ其無資力ノ結果ハ何人カ之ヲ負擔スヘキカ是ナリ
前ニモ例示シタル如ク甲ハ全部ノ辨済ヲ爲シ乙ハ連帶ノ免除ヲ得丙ハ全ク無資力者ナリト假定セシニ甲ハ乙ニ對シテ求債權ヲ行使シ得ヘキハ勿論ナリ何

トナレハ乙ハ連帶ハ責任ヲ免ルト雖モ千圓ニ付カハ其債務依然トシテ存在スルカ故ニ之ヲ負擔セサルヘカラサレハナリ次ニ甲ハ丙ニ對シテ求債權ヲ爲シタルニ之カ辨済ヲ受タルコト能ハナルヲ以テ甲ハ竟ニ自ラ其五百圓ヲ負擔セオルヘカラス然レトモ残額五百圓ハ何人ノ負擔ニ歸スヘキカ予ハ疑モナク債権者カ負擔セサルヘカラナルモノナリト信ス是レ他ナシ乙ハ連帶ノ免除ヲ得タルヲ以テ他ノ債務者ノ負擔部分ニハ何等ノ關係アモ有セサルニ至レルカ故ニ乙フシテ之ヲ負擔セシムルコト能ハサレハナリ乃チ其五百圓ハ債権者カ負擔スヘキハ當然ノ事ト謂フヘシ畢竟債権者カ乙ノ連帶ヲ免除スル以上ハ斯ル場合ヲ豫期セサルヘカラナルモノト謂フヘシ是レ特ニ第四百四十五條ニ規定セル所ナルモ予ハ殆ト其必要ヲ見サルナリ然ルニ外國ニ於テハ却テ之ト反対ノ立法例アリ又はレ學說ノ歧ルノ所ナリ我舊民法ニ於テハ新民法ト同一ノ主義ヲ採用セリ舊民法債權編第七一條第二項然レトモ舊民法ニハ主義一貫セサルモノアリ且外國ノ法律中ニハ反對ノ明文アリモノアルニ由リ頗ル疑問ニ屬スル所ナルカ故ニ此等ノ疑ヲ避ケンガ爲ミニ特ニ規定ヲ設タルニ至リタ

ル事メ大異但連帶ノ免除モ亦一ノ法律行爲なり法律行爲ノ效力ハ當事者ノ意
思ニ基クモノナルヲ以テ最初債権者ニ於テ無資力者ノ負擔部分ニ付キ責ヲ負
ハサルコトヲ留保シタルトキハ固ヨリ其責任ナキモノトス是レ公益ニ反スル
所ナキヲ以テ有效ナルコト論ラ埃タス唯何等ノ留保ヲモ爲ササルトキハ債権
者ノ負擔ニ歸スヘキノミ必提セキ事並ニ於テ是レ公益ニ反スル事例
甚矣アリ此場合ニ於テハ甲ノミニ對シテ連帶債務者アル事例也

第三 連帶ノ消滅

予べ茲ニ「連帶ノ消滅」ト言ヒテ「連帶債務ノ消滅」トハ言ハズ蓋シ連帶債務ノ消滅
ト言ヘハ一般ノ債務ノ消滅ト異ナルコトナク隨テ是レ後ニ説明スヘキ部分ニ
屬スルカ故ニ茲ニハ連帶ノ消滅ニ付テ説明スヘキノミテハ連帶債務者アル事例也

第一 連帶ノ拋棄ニ二種アリ一部ノ拋棄及ヒ全部ノ拋棄はナリ一部ノ
拋棄トハ債権者カ連帶債務中ノ一人ノミニ對シテ連帶ヲ免除スルヲ謂フ例ヘ
ハ甲、乙、丙三人ノ連帶債務者アル場合ニ於テ債権者カ甲ノミニ對シテ連帶ヲ免
除シタルカ如シ此場合ニ於テハ他ノ債務者タル乙、丙ハ依然連帶債務ヲ負フモ

メナリ全部ノ拋棄トハ債権者カ總連帶債務者ノ爲メニ連帶ヲ拋棄スルヲ謂フ
是レ其例ニ乏シカラズ爾所ニシテ多クハ連帶債務者中ニ無資力者アル場合ニ
於テ有資力者カ確實ナル擔保ヲ供シテ前契約ノ變更即チ總債務者ノ爲メニ連
帶ノ消滅ヲ乞ヒタル場合ニ生ス而シテ其一部ノ免除ヲハト全部ノ免除シタル
トヲ問ハス其免除シタル部分ニ付キ連帶ノ消滅ヲ來スコト論ラ埃タス故ニ新
民法ニ於テハ特ニ明文ヲ要セストシテ之カ規定ヲ設ケサリシナリニシテ連帶
第二 連帶ノ減殺 是レ頗ル緊要ナル事項ニ屬シ固ヨリ明文ヲ以テ規定スル
コトヲ要スルモノナリ今之ヲ説明セントスルニ方リ一例ヲ設ケテ以テ解シ易
カラシメント欲ス即チ例ヘハ甲、乙、丙ノ連帶債務者中甲ハ債権者ニ對シテ抵當
ヲ供シタルニ債権者カ其甲ニ對スル抵當權ヲ拋棄シタルモノトセヨ此場合ニ
於テ乙カ債権者ヨリ請求ヲ受ケ之ニ對シテ全部ノ辨濟ヲ爲シタル後甲ニ對シ
テ求償權ヲ行使シタルトキハ若シ抵當權ニシテ存在ゼンカ完全ニ辨濟外受ク
ルコトヲ得ヘキモ其抵當權カ存在セサルカ爲メ往往辨濟ヲ受クルコト能ハサ
ルコトアリ此ノ如キ結果ハ果シテ何人ノ行爲ニ因リテ生シタルカト云ヘハ即

チ債権者ノ行爲ニ因ルモノナリ詳言スレハ債権者ニシテ其抵當權ヲ拋棄セラ
ランカ乙ハ安全ニ辨済ヲ受クルコトヲ得ヘカリシニモ拘ラス之ヲ拋棄シタル
カ爲メ乙ヲシテスル不利ニ陷ラシメタルナリ此ノ如キ場合ニ於テハ連帶ハ全
部消滅スルニアラサルモ一都ノ消滅ヲ來スモノナリ然ルニ舊民法ノ如キハ全
部消滅スルモノト規定シタリ舊民法債権擔保編第七二條然レトモ是レ其理由
ニ乏シト信ス即チ之ニ從フトキハ絶對ニ連帶ノ消滅原因ト爲リ右ノ如ク債権
者カ抵當權ヲ拋棄シタルトキハ債務者ハ直ニニ連帶ノ消滅ヲ請求スルコトヲ
得ヘシ新民法ニ於テハ斯ル主義ヲ採用セヌト雖モ間接ニハ連帶ノ一部ノ消滅
ト爲ルモノトス尤モ全部ノ消滅ト爲ルコト亦敢テ想像シ能ハナルニアラサレ
トモ通常ハ一部ノ消滅ヲ惹起スモノナリ是レ連帶債務ノ處ニハ規定ナキモ辨
済ノ部ニ於テ規定セリ第五百四條ニ曰「第五百條ノ規定ニ依リテ代位ヲ爲ス
ヘキ者アル場合ニ於テ債権者カ故意又ハ懈怠ニ因リテ其擔保ヲ喪失又ハ減少
シタルトキハ代位ヲ爲スベキ者ヘ其喪失又ハ減少ニ因リ債還ヲ受クルコト能
ハサルニ至リタル限度ニ於テ其責ヲ免ル」ト此規定ニ依レハ債権者カ故意又ハ

懈怠ニ因リ擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ之ニ相當スル損害ハ債権者自ラ
之ヲ負ハサルヘカラズ換言セハ債務者ハ其擔保ノ喪失又ハ減少シタル限度ニ
於テ責ヲ免ルルモノトス例ヘハ連帶債務者ノ一人甲カ無資力ト爲リタル場合
ニ於テ甲ノ供シタル十分ノ抵當アルトキハ債権者ハ全部ノ辨済ヲ受クルコト
ヲ得ヘク又辨済者ハ代位ニ依リ求償全部ノ支拂ヲ受クルコトヲ得ヘシ然ルニ
債権者ノ行爲ニ因リテ抵當權ヲ喪失シタル爲メ全ク辨済ヲ受クルコト能ハナ
ルニ至リタリトセシカ他ノ債務者タル乙及ヒ丙ハ甲ノ負擔部分ニ相當スル債
務ハ全ク之ヲ免ルルモノナリ即チ通常ノ場合ニ於テハ一千圓ノ債務ヲ免ルルヲ
以テ総合債権者カ乙又ハ丙ニ對シ全額即テ三千圓ノ請求ヲ爲スモ乙丙ハ二千
圓ヨリ多額ノ辨済ヲ爲ナスト主張スルコトヲ得又例へハ甲カ一千五百圓ノ價格
アル不動產ヲ抵當ニ供シ後丙カ無資力ト爲リタリトセハ甲及ヒ乙ハ各一千五百
圓ヲ負擔セサルヘカラス然ルニ債権者カ其抵當權ヲ拋棄シタルカ爲メ甲ヨリ
一錢ノ支拂ヲモ受クルコト能ハストセハ乙ハ一千五百圓ヲ辨済スレハ則チ足レ
ラトス故ニ若シ乙カ全部ヲ支拂ヒタリトセハ他ノ部分ハ債権者ヲシテ之ヲ返

透セシムルコトヲ得ヘシ。又新民法ニ於テハ絕對ニ而モ完全ニ連帶ノ消滅ヲ來ズ。トハ極メテ稀アル場合ヲ想像スルニアラス。ソハ殆ト之アルコトナク常ニ單ニ一部ノ消滅ヲ來ス。ノミナリ。然レトモ大體ノ精神ニ至リテハ新舊法相異ナルコトナシ尤モ舊民法ニ於テハ連帶ノ部ニ於テ右ノ規定ヲ設ケタリシニ新民法ニ於テハ辨済ノ部ニ規定シタルハ抑モ理由ノ存スル所ナリ。舊民法ニ於テハ債権擔保編第七十二條ニ規定シ而シテ種種ノ場合ニ之ヲ準用セリ。即チ財產編第五百十二條及ヒ債権擔保編第九十一條第二項ノ場合ノ如キ是ナリ。但而用ト言ハシヨリモ適用ト云フカ。若クハ同一ノ規定ヲ爲シタルト言フヲ正シトスヘキカ或ハ又明文ヲ以テ同一ノ規定ヲ爲シタル處アリ。債権擔保編第四十五條ノ規定是ナリ。要スルニ舊民法ニ於テハ保證連帶不可分ノ場合及ヒ合意上ノ免除ノ四箇處ニ別チ規定セリ。蓋シ此等ノ規定自體ハ極メテ穩當ナリト雖モ或場合ニ付テノミ斯ル規定ヲ設ケ之ト同一ナル他ノ場合ニ付テ規定セガリシハ決シテ當ヲ得タルモノ。所謂フコトヲ得ス。顯チ代位権ヲ有スル者カ其代位権ヲ債権者ノ爲メニ妨害セ

ラレタルトキハ其代位者ハ常ニ債権者ニ對シテ免責ヲ得ルモノトセ矣。ハカラス。新民法第五百四條ノ規定ニ蓋シ此趣旨ニ基キタルモノナリ。而シテ代位権者ハ主トシテ連帶保證不可分等ノ場合ニ存スルト雖モ此他尚ホ代位権ヲ有スル者アリ。殊ニ新民法ニ於テハ此範囲ヲ最底廣タセリ。舊民法ニ於テモ代位権ヲ認タル場合ハ決シテ保證連帶不可分ノ場合ノミニ限ラス。其他ノ場合ニ於テセ亦代位ヲ認メタリ。果シテ然ラハ同一ナル總テノ場合ニ於テ同一規定ニ從ハシムルヲ穩當トス。故ニ新民法ニ於テハ連帶債務ノ規定ヨリ分離シテ代位辨済ノ處ニ規定セリ。其詳細ノ説明ニ適用ニ關スル事ノ如キハ代位辨済ノ處ニ於テ講述スヘタ茲ニハ唯連帶ノ消滅ノ結果ヲ來スコトヲ説ク。止ムヘシ。九ニ以上ヲ以テ連帶ノ説明ヲ了レタ。是ヨリ保證債務ノ説明ヲ爲サント欲ス。然ヘハ御時未だ有ス。當時ノ法律は保證債務の額を本務額と算入するに依る。

第四款 保證債務

第一
總論

ヲ體メ來リタルカ如シト雖モ維新前ニ於ケル我邦ノ社會ノ狀態ハ兎角法律的
ナラサリシカ故ニ動モスレハ純然タル「保證ド之ニ類似セシモノトヨ混淆スル
ヲ恐アリタリ即チ契約ニ「保證人」トシテ署名スルモ是レ唯契約成立ノ證人ニ過
キサル場合頗ル多カリキ維新後之ニ關シテ特ニ布告ヲ發セラレ謹人若クハ謂
人ナル者ノ義務ヲ明カニスルニ至リシカ其後歐洲ニ於ケル「保證ト同性質ノモ
ノト爲リ保證人ハ純然タル債務ヲ負フモノナルヨトハ慣習及ヒ裁判例ニ依リ
テ殆ド一定スルニ至レリ。」
歐洲ニ於ケル保證ノ沿革ヲ繹ヌルニ羅馬ニ於テハ頗ル頻繁ニ行ハレ恰モ我邦
在來ノ狀態ニ於ケル如ク他人ヨリ保證ノ依頼ヲ受タルニ方リ之ヲ拒ミ難シト
スル慣習アリタリト云フ是ヲ以テ濫ニ保證人ト爲リ後日自他共ニ苦ムコト多
カリシフ以テ遂ニ保證ヲ制限スルノ法律ヲ制定スルニ至レリ而シテ羅馬ニハ

羅馬法ニ於ケル如キ區別ヲ認ムルノ必要ナキニ至レリ但實際ニ於テハ羅馬法ニ存シタル區別ノ一部分ハ今日仍乎存スルナリ即チ普通ノ保證ハ債務發生ノ時ニ於テ保證契約ヲ爲シ主タル債務カ發生スルト同時ニ保證債務モ亦發生スルト雖モ尙ホ其他ニ二箇ノ場合アリ一ハ豫め保證スルモノニシタ他ノ一ハ後日保證スルモノはナリ豫め保證スルモノニ付スハ羅馬法ニ於テハ特別ノ名稱ヲ有シ「貸金依頼」トモ謂フベキモノニシテ例へハ甲カ乙ニ向ヒ何某ハ確實ナル者ナリ予之カ保證ヲ爲スベキニ由リ之ニ若干ノ金員ヲ貸與アリタシト言ヒタル場合ノ如シ此場合ニ於テハ主タル債務ノ發生セサルニ先チ保證債務カ條件附ニテ發生スベシ次ニ後日ノ保證とハ例へハ甲カ乙ニ向ヒ何某カ貴殿ニ對シテ負擔セル債務ハ予之カ保證人タルヘシ即チ若シ本人カ辨濟セサルトキハ予ニシテ辨濟スベシト言ヒタル場合ノ如シ是レ亦羅馬法乎於テハ特別ノ名稱ヲ有

シ「他人ノ債務ノ辨済約束」トモ謂フ「キサノ次第此二箇ノ場合シ今日仍ニ存在スルヨナ前ヨリ一言シタルカ如シト雖モ深ク當事者ノ意ヲ探究スルニアラスシベ果シテ保證債務ナルセ否ヤラ判別スルコトヲ得ス即チ單ニ「何某ノ確實ナル者ナルカ故ニ之ニ若干ノ金額ヲ貸與セラレヨ」ト言ヒタルヌミニテハ未タ以テ「保證」ト謂フヘカラス苟モ保證タルニハ尙ホ之ニ加フルニ自己カ保證ヲ爲スヘキ意思ヲ表示セナルヘカラス其語調ノ如キ「保證」下謂フモ「引受」ト謂フモ敢テ問フ所ニアラサルナリ外國ノ立法例ニハ特ニ此事ヲ明言セルモノアリト雖モ是レ本來言フヲ姑タルコトタリ第二ノ種類ニ屬スルモノハ時トシテハ保證又ハ更改ト爲リ時トシテハ二者孰レニ屬スルカ分明ナラサルコトアルヘシ故ニ能ク當事者ノ意思ヲ探求シテ判断スルコトヲ要ス即チ當事者ノ意思ニシテ直チニ債務者ニ代リ其債務ヲ辨済スルヨトヲ約スヘシト云フニ在ランカ是レ即チ更改ナルベク之ニ反シテ債務者ノ義務ハ其儘ニ置キ若シ債務者カ辨済セサルトキ始メテ辨済ヲ爲スヘシトノ意思ナリセハ是レ保證債務ト謂ハセムヘカラス而シテ右ノ豫メ爲ス保證及ヒ後日ニ爲ス保證ノ二者ハ債務發生ト同時

ニ爲ス保證トハ大ニ其趣ヲ異ニス隨テ事實問題ニ當リテハ慎重ニ當事者ノ意思ヲ探求セサレハ竟ニ誤断ニ陷ルコトヲ免ヒナルベシ之ニ反シテ主タル債務發生ト同時ニ負フ所ノ保證債務ニ在リテハ概シテ疑ツ生スルヨトナシ蓋シ保證ハ昔時ニ在リテハ契約成立ノ證人トシテ連署シタルモノ多キニ居ルコト前ニ一言シタル所ノ如シト雖モ今日ハ此ノ如キコトナキヲ一般ノ例トシ苟モ保證人トシテ連署スルカ又ハ主タル債務發生ノ當時保證契約書ヲ交付スレハ則チ純然タル保證人タルコト殆ト疑ナキ所ナリ要スルニ當事者ノ意思ニシテ保證債務ヲ生セシムルニ在ルトキハ以下ニ説明スヘキ總アノ規則ヲ適用スヘク羅馬法ニ於ケルカ如ク其間ニ適用スヘキ規定ヲ異ニスルコトナシ蓋シニ前(一)保證ノ定義
保證ノ定義ハ載セテ第四百四十六條ニアリ曰ク
「保證人ハ、主タル債務者カ其債務ヲ履行セガル場合ニ於テ其履行ヲ爲ス責ニ
任ス、すくハ、其債務者に代り主張の請求權を有する者也」
即チ主タル債務者カ其債務ヲ履行セテルニ方美之ニ代夫テ履行ヲ爲ス者トア

約スルヲ「保證」ト謂フナリ哉ニ保證ヲ從タル債務ニシテ主タル債務カ存在スルニアラサレハ保證債務獨リ存在スルコト能ハス又主タル債務ト同一ノ目的ヲ有セラレハ保證債務ハ成立セサルナリ此原則ニ對スル例外若クハ適用ノ場合ハ後ニ之ヲ説明スヘシ(百四十六頁ニマツリ)

(二) 保證債務發生ノ原因

保證債務ニハ法律上ノモノト契約上ノモノトアリ而シテ法律上ノ保證ニ二箇ノ意義アリ第一ハ法律上保證人ヲ立テタルヘカラナル義務アル場合ニシテ舊民法ノ如キハ之ヲ明言セリ債權擔保編第三條ノ規定即チ是ナリ又同編第一部第一章第四節第四十七條以下ニハ法律上及ヒ裁判上ノ保證ニ特別ナム規定ヲ設ケタリ所謂「裁判上ノ保證」トハ予ノ見ル所ニ據レハ仍ホ是ヒ「法律上ノ保證」ト謂フニ均シト信ス何トナレハ裁判上保證ヲ立ツヘキ場合ハ即チ法律ニ依リ裁判所カ保證人ヲ立ツルコトヲ命スルモノナレハナリ要スルニ孰レモ法律ノ規定ニ依リテ保證人ヲ立ツヘキ場合ニシテ其場合ハ被舉ニ違アラス而シテ舊民法ニハ保證人ヲ立ツヘキコトヲ明記セル場合甚タ多カリシモ新民法ニ於テハ

此等ノ場合ニ「相當ノ擔保ヲ供スヘシ」ト規定スルヲ通例トセリ此相當ノ擔保ノ中ニハ質、抵當ハ勿論保證ヲモ包含ス故ニ十分ノ資力アル保證人ヲ立テタルトキハ即チ相當ノ擔保ヲ供シタリト謂フヘク尙ホ之ヲ法律的ニ言ヘハ此場合ニ於テ義務者カ質若クハ抵當ヲ供セズンハ必ス保證人ヲ立ツルノ義務アリト謂フヘキナリ今其場合ノ一二ヲ舉クレハ第二十九條第三百一條ノ如キ是ナリ而シテ第三百一條ニ規定セル所ノモノハ裁判所ヨリ命スルニアラスシテ留置權ニ依リテ擔保セラルル債權ニ關シ其債務者カ留置權ヲ消滅セシメント欲セシ必ス自ラ相當ノ擔保ヲ供セサルヘカラサルコトヲ命シタルモノナリ尙ホ此種ノ規定ハ唯リ民法ニ於ケルノミナラス商法、民事訴訟法等ニモ亦數多アリ尤モ民事訴訟法ニ於テハ保證ナル文字ヲ用フモ其意義ニ於テハ專ロ「擔保」ヲ指セムモノト解スルヲ妥當トス即チ初メ獨逸文ノ草案ニ云「擔保」(Gehalt)ナル文字ヲ用ヒタリシカ之ヲ「保證」ト譯シタルモノニシテ專ロ「質」ノ意義ナリ(民事訴訟法第八七條以下參照然レトモ裁判所ノ自由ナル意見ニ依リテ擔保ヲ供セシムル場合モ亦數多アリ此場合ニ於テハ裁判所ノ隨意ニテ質若クハ抵當ヲ供セシメ

サルトキハ必ス保證人ヲ立テシメサルトキアラスニモ貴族等の連帶や持主等の法律上ノ保證ノ第二ノ意義ハ法律人力量又は直接ニ保證債務ヲ或人ニ負擔セシムル場合ナリ第一ノ場合ニハ保證契約ニ因リテ保證債務カ發生スルモノニシテ若シ保證人タルヘキ者カ保證債務ヲ負擔スルノ承諾ヲ爲サルトキハ此種ノ保證契約ハ成立セナル大抵之ニ反シテ第二種ノ保證ハ本人ノ意思ニ拘ラス法律カ直接ニ保證債務ヲ負カシムル場合ニ生スルモノナリ此ノ如キ保證ハ極メテ稀有ナルコトニ属スルト雖モ予ハ商法ノ合名會社社員ノ義務ノ如キハ性質上保證債務ナリト信ス即テ商法第六十三條〔會社財產ヲ以テ會社ノ債務ヲ完済スルコト能ハサルトキハ各社員連帶シテ其辨済ノ責ニ任ス〕トアルハ能ク保證ノ定義ニ適合スルモノニシテ是ニ連帶保證キ外ナラス蓋シ商法ニ於テハ原則トシテ保證人モ連帶ナルカ故ニ茲ニ連帶ト云ヘルハ當然力リ要スルニ合名會社カ其債務ヲ完済スルコト能ハサルトキハ各社員カ其辨済ノ責ニ任セサルヘカラス是レ畢竟各社員カ保證人ノ性質ヲ有スルニ由ルモノト謂フヘシ但合名會社ノ社員ノ義務ニ關シテハ商法ニ於テ特ニ詳密カル規定ヲ設ケタル

ニ由リ溢ニ民法ノ規定ヲ準用來ルコトヲ得スレ雖モ其性質ハ保證債務カアルニト予ノ確信スル所ナリハヤも當ニ既ニ連帶保證ニ付キ甲子條目既無然ニ連帶保證右ノ場合ノ外保證ハ總ニ任意即チ契約ヲ因リテ成立スルモノニシテ法律上ノ保證トリテ強ヒラルモノニアラス尤モ稀ニハ遺言ヲ以テ相續人ニ或義務ヲ負ハシメ之ニ保證人ヲ附スルコトヲ命スルコトナキニアラス斯ル場合ニハ相續人即チ債務者ハ必ス保證人ヲ立テサルヘカラス然レトモ之ヲ以テ法律上ノ保證ト謂フコトヲ得ス蓋シ此場合ニ於ケル保證ハ法律方命スルキアラスシテ遺言者カ命スルモノナルカ故ニ廣義ニ於テハ仍キ之ヲ任意ノ保證ト謂フヘキナリ
 (三) 保證債務ノ性質ニ一語、動植物等を資する事ハセリ此即テ保證合併契約
 保證債務ノ性質ハ保證ノ定義ヨリ當然生スルモノニシテ即チ從タル債務カ又而シテ其從タル債務タルヨリ生スル結果ハ少タドモ三箇アリ貞ヘテ賄物を賄
 第一 主タル債務存在セサルヘカラスニ故ニ主タル債務カ無効ナルトキハ保證債務獨リ成立スルコト能ハズ例へハ全ク意思能力又有セサル者ガ主タル債務ヲ負擔シ之カ保證ヲ爲シタル者アル場合ニ於テハ是レ全然無効ナリト謂フ

サルベカラス尤モ當事者ノ意思カ保證債務ヲ負フニアラスシテ他ノ債務ヲ負擔スルニ在ルコトアラン蓋シ保證ハ從タルモノナルヲ以テ意思能力ヲ有セアル者ノ債務ヲ負擔シタル場合ニ於テ從タル保證債務ノ成立セサルハ當然ナリト雖モ今茲ニ甲者アリ乙者ニ向ヒ某無能力者カ貴殿ニ對シテ負ヘル債務ヲ辨濟セサルトキハ予之カ履行ニ任スヘシト約シタリトセヨ斯ル契約ハ敢テ無效ニアラスシテ甲ハ實ニ一種ノ條件附債務ヲ負ヒタルモノナリ此場合ニ於テ甲ハ固ヨリ保證人ノ主タル債務者ニ對スル求償權ヲ有セス是レ甲ノ債務ハ保證債務ニアラサルヲ以テナリ唯若シ王タル債務者下稱スル者カ不當ノ利得ヲ爲セル場合ニム之ヲ返還セシムルコトヲ得ヘシト雖モ保證ノ規定ヲ適用スルコトヲ得サルナリ若シ又主タル債務ノ無効ナルハ法律行爲ノ要素ニ關スル錯誤ノ結果ナリトセハ是レ亦保證ニ關スル規定ヲ適用スルコトヲ得ス蓋シ斯ル場合ニ於テハ保證ニ類スル一種ノ條件附債務ハ成立スルコトヲ得ルモ保證債務ハ成立スルコト能ハサレハナリ故ニ右ノ場合ニ於テ甲カ初ヨリ純然タル保證ヲ爲スノ意思ナリシナラハ其契約ハ無効ナリ況々債務カ全ク無キニ保證債務

ノミヲ成立セシメント欲ス所ハ到底不能ノ事ニ屬ス例ヘハ甲者アリ乙者ニ向ヒ若シ丙者カ貴殿ニ對シテ債務ヲ負フコトアランニベシ之カ爲メニ保證人タラント言フモ之カ爲ニ保證債務ハ成立セス何トナレハ主タル債務ハ未タ全ク存在セサレバナリ但此場合ト條件附ノ保證トヲ混淆スヘカラス尤モ均シク「條件附」ト云フト雖モ普通ノ條件附債務ナランニハ之ヲ混視スルノ廣ナキモ最モ混淆シ易キハ信用契約ヲ取結ヒ之ニ保證人ヲ立フル場合ナリ例ヘハ甲者アリ乙者ニ約シテ曰ク「子ニ金錢ノ入用アラハ一萬圓ヲ限トシテ何時ニオモ貸與シタルナラハ」ト云フコト是ナリト答スヘク保證人ハ此條件附債務ヲ保證スルモノナリ人或ハ難シテ曰ハシスル條件ハ隨意條件ナルカ故ニ無効ナリニアラス證モ亦無効タリト是レ非ナリ蓋シ隨意條件ナルモノハ總テ無効ナルニアラスシテ唯債務者ノ意思ヌミニ依リテ成就スベキ條件ヲ附シタル場合ニ於テノミ

無效ナルナリ例、モノ子カ欲スルナラニ金錢ヲ與フヘシト謂フカ如キ無
效ニシテ何等ノ法律行爲モ成立セサルナリ然ルニ前例ノ場合ニ於テハ之ト異
ナリテ金錢ヲ借用スルヨトハ單ニ債務者ノ意思ナミニ係ルモノト謂フヨト又
得ス蓋シ之ヲ借用スルニハ明示又ハ默示ニテ契約ニ定メタル條件ヲ以テ借用
ヲ爲スノ意思ヲ表示シ相手方カ正ニ其金錢ヲ貸與シタル時ニ於テ條件ハ始メ
テ成就スベケレハナリ乃テ知ル此場合ニ於テハ單ニ債務者ノ意思ノミニ保ル
モノト謂フハカラサルコトヲ舉シテ然ラハ此場合ニシテ條件附債務カ成立スル
モノト謂フヘク而シテ保證人ハ其債務ヲ保證スルモナルカ故ニ其保證モ亦
有效ナリト謂ハナルベカラス唯漠然某カ負擔スルコトアルヘキ債務ヲ保證ス
ルト云フカ如キハ無效タルヘキノミ既大ニハ之ニハ當據ヘキノミ既
第二主タル債務カ取消シ得ヘキモノナルトキヘ保證債務モ亦取消シ得ヘシ
取消ノ效力ハ既往ニ遡リテ法律行爲ノ無效ナリシモノト看做ナシムルモノ
ナリ既ニ主タル債務ニシテ無効ナランカ保證債務ノミ獨ア成立スル事能ハ
ナルハ既ニ述ヘタル所ナリ尙ホ一歩ヲ進ミテ論スレハ縱合主タル債務者カ先

ニ取消權ヲ行ハナリシ場合ニ於テモ保證人ハ自ラ進ミテ取消權ヲ行フコトヲ
得ヘシ其然ル所以ノモノハ他ナシ若シ保證人カ先フ辨済シテ後ニ轉シテ主タ
ル債務者ニ求償スルニ方リ主タル債務者カ取消權ヲ行使セハ保證人ハ求償ヲ
爲スコト能ハス尤モ債權者ニ對シテハ不當利得ニ基ク所ノ取戻ヲ爲スコトヲ
得ヘシト雖モ若シ其間ニ債權者カ無資力ト爲リタリトセハ保證人ハ損失ヲ受
ケタルヘカラス蓋シ保證債務ハ從タルモノニシテ保證人ハ主タル債務者ノ權
利義務ヲ承繼スベキ者即チ特定承繼人ナリ故ニ保證人ハ第一百二十條ノ規定ニ
依リテ自ラ取消權ヲ行フコトヲ得ヘク主タル債務者ハ追認ヲ爲スコトヲ得ス
否ナ追認ヲ爲スモ保證人ハ之カ爲メニ其取消權ヲ失フモノニアラス(第一一二二
條即チ主タル債務者ハ追認ヲ爲シテ以テ保證人ノ権利ヲ害スルコトヲ得ス保
證人ハ依然トシテ取消權ノ利益ヲ受クヘシ是レ實ニ至當ノコトニシテ凡ソ保
證人ヲ立ツル地位ニ在ル債務者ハ通常資力ニ乏シキ者ナリ而シテ自己ノ資力
ヲ以テハ到底辨済スルコト能ハナルコトヲ知リツツ追認ヲ爲シ其結果保證人
カ代リテ辨済セサルベカラサルニ至リテハ保證人ノ爲メニハ聽モ亦極マレリ

ト謂ハサルヘカラス故ニ主タル債務カ取消シ得ヘキ場合ニハ其債務者カ追認即チ取消權ノ抛弃ヲ爲スモ保證人ハ依然トシテ取消權ヲ有ス然リ而シテ此場合ニ於ケル保證人ノ結果ナリト爲シ新民法ニ於テハ別ニ規定ヲ設ケヌ唯之ニ對リ生スル當然人結果ナリト爲シ新民法ニ於テハ別ニ規定ヲ設ケヌ唯之ニ對スル例外トモ謂オヘキモノヲ規定シ以テ暗ニ其本則ヲ示スニ止メタリ是レ他ナシ保證契約ノ當時保證人カ取消ノ原因アルコトヲ知リツフ何等ノ留保ヲ爲サシテ保證ヲ爲シタルトキハ保證人ハ義務ヲ負ハサルコトヲ得ス何トナレハ保證人ハ初ヨリ取消ノ原因アルコトヲ知レルカ故ニ若シ主タル債務者カ取消權ヲ行ヒタル場合ニ於テ自己モ亦其債務ヲ免レント欲セハ宜シク之ヲ明言スヘキノミ然ルトキハ其保證ハ保證トシテ有效ナルコト勿論ナリト雖モ若シ主タル債務カ取消サルレハ保證人モ亦其義務ヲ免ルベシ然ルニ其原因アルコトヲ知リツツ右ノ如キ意思ヲ表示セサリシハ即チ縦合主タル債務カ取消ナルムモ己レ之カ辨済ノ責ニ任スヘシトノ意ナリト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ是レ固ヨリ純然タル保證債務ニアラスシテ一種ノ獨立ナル債務ナリト謂フベ

キナリ是レ第四百四十九條ニ規定セル所ナリ曰クニテ主債務者自體ハ無能力ニ因リテ取消、ストラ、得ヘキ債務ヲ保證シタル者カ保證契約ハ當時其取消ノ原因ヲ知ハタルトキハ主タル債務者ノ不履行又ハ其債務ノ取消ノ場合ニ付キ同一ノ目的ヲ有スル、獨立ノ債務ヲ負擔シタルモノト推定ス。上述ノ如ク法律ハ保證債務ノ性質ニ反スル意思表示人有效ナルコトヲ認ムルト雖モ其債務ノ性質ニ至リテハ如何舊民法ノ如キハ仍ホ之ヲ保證ト認メタルカ如シ然レトモ是レ固ヨリ保證ノ性質ニ適合セサルヲ以テ之ヲ純然タル保證ト謂フヘカラサルコト論ニ俟タス予ノ信スル所ニ據レハ是レ一ノ條件附債務ニシテ主タル債務者カ其債務ヲ取消サス而モ履行ヲ爲ササル場合又ハ其債務ヲ取消シタル場合ニ於テ保證人カ恰モ主タル債務者カ負ヘル債務ト同一ノ給付ヲ爲ス義務ヲ負ヘルモノナリト信ス而シテ此義務カ履行セラレタルトキハ主タル債務者ハ爲メニ其義務ヲ免ルヘシ但主タル債務ノ取消ノ場合ニ在リテ其債務ハ初ヨリ存在セサルモノナルヲ以テ主タル債務者カ爲メニ義務ヲ免ルルヤ否ヤノ問題ヲ生セス而シテ保證人ハ一種ノ條件附債務ヲ負フモノナル

ヲ以テ主タル債務者カ取消ヲ爲シタルトキニ於テモ仍本履行ノ責ヲ免レサルナリ。但シ本條ニ規定セル所ト同一ナルコト能ハス即チ主タル債務者ノ負ニ係ルトキハ本條ニ規定セル所ト同一ナルコト能ハス即チ主タル債務者ノ負ヒタル債務カ詐欺又ハ強迫ニ因リタルモノナル場合ニ於テ保證人カ其事由ヲ知レルニ拘ラス主タル債務者カ期限ニ至リテ履行セサルカ又ハ取消權ヲ行ヒタルトキハ己レ必ス之ヲ履行スヘシト約シタル如キハ是レ恰モ詐欺又ハ強迫ノ目的ヲ達セシムルニ等シはレ許スヘカラサル事タリ蓋シ之ヲ許ナシカ法律カ不法ト認メタル詐欺又ハ強迫ニ因リテ債権者カ取得シタル債權ノ履行ヲ確保スルコトト爲ルニ至ルヘケレハナリ此ノ如キ契約ハ目的カ不法ナルヲ以テ成立スルコトヲ得サルナリ是レ第四百四十九條ニ於テ單ニ無能力ノ場合ノミニ就ク規定セル所以ナリ。但シ本條ニ規定セル所ト同一ナルコト能ハス即チ主タル債務者ノ目的ト同一ナルサルヘカラス。但シ保證債務ハ主タル債務ノ目的ト異ナシモノヲ以テ目的トスルコトヲ得ス蓋シ目的ノ

異ナリタル契約ヲ爲スモ固ヨリ有效ナリト雖モ之ヲ以テ「保證」下謂アコドヲ得ス若シ此ノ如キ契約ヲ爲シタルトセシカはレ一神ノ獨立債務ニシテ第四百四十九條ニ規定セルモノト類似セル條件附ノ債務ナリ而シテ所謂「保證人」カ其債務ヲ履行スルトキハ其結果トシテ債権者ハ所謂「主タル債務者」ニ對シ其債權ヲ失フヘント云フ點カ保證ニ類スル所ナリト雖モ固ヨリ保證ノ定義ニ適合セラバ論ナキナリ舊民法ニハ此事ヲ明言シタリ(舊民法債權擔保編第五條)ト雖モ新民法ニ於テハ特ニ之ヲ明定スルノ必要ナシトシ稍ヤ疑ハシキ場合ノミヲ規定シ之ニ依リテ本則ヲ明カニセリ要スルニ目的ノ同一ナルサルヘカラサルコトハ第四百四十六條三保證人ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ爲ス責任任ストアルニ由リテ之ヲ觀ルモ疑ナキ所ナリ而シテ其稍ヤ疑ハシキ場合トハ畢竟債務ノ目的ノ數量及ヒ其體様ニ關スルモノナリ例へハ保證人ハ千五百圓ノ債務ヲ負ヒ主タル債務者ハ千圓ノ債務ヲ負不場合ニ於テハ號レモ目的ハ金錢ナリト雖モ數量ヲ異ニスルヲ以テ此ノ如キ保證契約ハ其値ニテハ成立セス蓋シ保證債務ハ從タル債務カルヲ以テ主タル債務ヨリ大

ナルコトヲ得ス然リト雖モ此場合ニ於テハ保證債務トシテ全然成立セサルカ
或ハ一部分ハ保證債務トシテ成立スヘキカ但之ヲ以テ保證ニ非ナル他ノ契約
ヲ爲スノ意思ニ出タルモノトセハ敢テ不可ナシト雖モ此ノ如キ奇異ナル契
約ヲ爲ス者ナルヘシ故ニ原則トシテハ斯ル特別ノ債務ヲ負フノ意ニアラス
シテ保證債務ヲ負フノ意思ナリト認メサルヘカラス然ラハ則チ其主タル債務
ニ超過セル一部分ノミヲ無効トシ千間ニ付テハ保證債務カ成立スルモノトス
ルヲ妥當トス要スルニ主タル債務ト同數量ノ義務ヲ負擔セシモノト認ムルヲ
以テ當事者ノ意思ニ適合スルモノト謂フベシ是レ本條ニ規定セル所ナリ
次ニ體様ニ付テ説明セんニ例へハ主タル債務ハ一年ノ期限附ナルニ保證債務
ハ即時ニ辨済スヘキモノナルトキハ其保證契約ハ成立スルコト能ハス蓋シ保
證債務ハ主タル債務者カ履行セサル場合ニ於テ之代りテ履行スルモノナリ
然ルニ右ノ場合ニ於テハ一年ヲ経サレハ主タル債務者カ果シテ履行スルヤ否
ヤヲ知ルコトヲ得サルモノナルニ拘ラス即時ニ辨済スヘシト云フカ如キ保證
ハアリ得ヘカラサルコトタリ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ大抵錯誤等ニ出ツル

モノナルヘシ故ニ其場合ニハ主タル債務者ト同シク保證人モ亦期限ノ利益ヲ
受クヘキモノトセリ又債務カ條件附ナル場合ニ於テ其條件カ全然異ナレルト
キハ廣義ニ於テハ目的ノ同一ナラサルモノナルヲ以テ若シ保證人ニシテ純然
タル保證債務ヲ負フノ意思ニテ斯ル契約ヲ爲セリトセハ其契約ハ成立スルコ
ト能ハス然リト雖モ主タル債務ハ條件附ナルモ保證債務ハ無條件ナル場合ニ
ハ主タル債務ト同一ノ條件ヲ保證債務ニモ附シタルモノト認メサルヘカラス
然ラサレハ保證債務ノ性質ニ反スルカ故ニ實際履行ヲ爲スコト能ハス蓋シ保
證人ハ主タル債務者カ債務ヲ履行セサルトキ之ニ代リテ其履行ヲ爲スヘキモ
ノナルニ主タル債務者カ履行スヘキヤ否ヤ未タ判然セルニ當リ保證人カ先
づ履行セサルコトヲ得サルニ至ルヘケレハナリ第四百四十八條ニ曰クハ無限
保證人ノ負擔カ債務ノ目的又ハ體様ニ付キ主タル債務ヨリ重キトキハ主タル
主タル債務ノ限度ニ減縮ス

縮スヘキナリ即チ主タル債務ノ額一萬圓オルニ保證債務ノ額五千圓ナルトキハ可ナリ或ヘ曰ハシ此場合モ亦前ノ場合ト同シク目的ヲ異ニスルモノニアラスヤト是レ非ナリ蓋シ此場合ニハ主タル債務ノ半額ノミニ對シテハ保證アリト雖モ他ノ半額ニ付テハ保證ナキナリ之ト同一ノ理由ニ因リ保證債務ハ主タル債務ヨリハ輕キ體様ニ服スルコトヲ得ヘシ例ヘハ主タル債務者ハ無期限無條件ノ單純債務ヲ負ヘルニ保證人ハ一年ノ期限附ニテ保證ヲ爲シタリト假定セシニ此場合ニ於テハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セツルモ契約ノ時ヨリ一年後ニ至ラシレハ保證人ハ之ヲ履行スルコトヲ要セツル趣旨ナリ今之ヲ學理上ヨリ論スレハ是レ亦一部ノ保證ニシテ若シ保證債務ヲ負フモノナランニハ其時ヨリ實際履行ノ時ニ至ルマテ繼續シテ債務ヲ負フヘキナリ然ルニ此場合ハ契約ノ時ヨリ一年後ニ至リテ履行ノ債務ヲ負フヘキモノナルニ由リ學理上ハ一年後ノ時期ニ對スル保證即チ一部ノ保證ト視ルヘキカ故ニ毫セ不可ナルコトナシ又同一ノ場合ニ於テ條件附ニテ保證債務ヲ約シタルトキモ其理同シ即チ無條件ノ債務ナランニハ如何ナル場合ニテ

モ常ニ義務ヲ負フモノナルニ本例ニ於テハ或條件ノ成就シタル場合ニノミ義務ヲ負フモノナレハナリ要スルニ主タル債務ノ期限ハ長クシテ保證ノ期限ハ短キモ又主タル債務ハ無條件ニシテ保證債務ハ條件附ナルモ共ニ保證債務有効ニ成立スルモノトス唯其目的ハ必ス同一ナラナルヘカラス此ノ如ク一部ノ保證ハ法律上有効ナリトセハ此約ナキ場合ニ於テ保證債務ハ幾何ノ範圍ニ於テ存在スヘキカハ實際上問題ト爲ルコトアルヘシ蓋シ保證債務ヲ約スル場合ハ多クハ金錢債務ニ關シ其他ノ債務ニ在リテハ之ヲ保證スルコト頗ル難シ今先フ債務ノ目的カ特定物ノ給付ナル場合ニ付キ之ヲ考フルニ主タル債務者カ其特定物ヲ給付セサルトキハ保證人之ニ代リテ之ヲ給付スヘシトノ契約ヲ爲ス場合ハ心スシモ絶無ト謂コトヲ得ナルモ斯ル契約ヲ爲シ得ナル場合最モ多カラント信ス即チ其物タル元來保證人ノ所有物ニアラナルヘキヲ以テ保證人ハ其物ノ權利ヲ直チニ債權者ニ移轉スルコトヲ得ス唯其所有權ヲ移轉スルコトニ盡力スヘシト約スルコトヲ得ヘキノミ然レトモ是レ眞ノ保證ニアラスジテ他ノ一種ノ債務ナリ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ當事者ノ意思解釋トシテ

主タル債務者カ履行ヲ爲サナルトキハ損害賠償人責任アリ而シテ右ノ保證人ハ其損害賠償ヲ保證シタルモノト解セサルヘカラス若シ然ラスシテ主タル債務ハ特定物ノ給付ヲ目的トシ保證ハ金錢ヲ目的トスルモノナリトセハ是レ保證ニアラサルナリ勿論不特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ハ理論及ヒ實際ニ於テ之カ保證ヲ爲スコトヲ得ヘシ即チ主タル債務者カ一定ノ品質ノ米百石ヲ給付スルノ義務アル場合ニ於テ其履行ナキトキハ保證人モ亦同一ノ品質ノ米百石ヲ保證債務ノ履行トシテ給付スヘシト約スルコトヲ得ヘシト雖モ事實上ハ此種ノ契約モ亦爲シ難キコト多カルヘシ例へハ米商カ米ヲ給付スヘキ債務ヲ負擔セル場合ニ於テ同業者タル他ノ米商カ之ヲ保證スル場合ニ於テハ可ナルモ米商ニアラナル者カ其保證人ニ立ツ場合ニ於テハ當事者ノ意思ハ通常保證人モ亦米ヲ引渡スノ意思ナリト解スルコトヲ得ス蓋シ損害賠償ヲ爲スノ意思ナリト解セサルヘカラス殊ニ作爲ノ義務ノ如キ場合ニハ大抵皆然リトス左官若クハ大工ノ仕事ノ如キ特別ノ技能ヲ要セサルモノニ係ルトキハ他ノ同職業ノ者カ之ニ代ハリテ履行ヲ爲スモ敢テ不可ナカルヘク隨テ理論上ニ於テハ例

「ハ甲ナル大工カ何人前ノ仕事ヲ爲ス債務ヲ負ヘル場合ニ他ノ大工カ保證ニ立テ若シ甲カ其義務ヲ履行セサルトキハ予代リテ其仕事ヲ爲スヘント約スルコトナキニ非スト體モ是レ實際ニ於テハ極メテ稀ナルヘシ況ヤ作爲ノ義務ノ大多數ハ一定ノ人ノ作爲ヲ目的トスルニ於テフヤ彼ノ畫工書家ノ爲ス技能ニ至リテハ他人カ之ヲ代行スルコト能ハサルヲ普通トス體テ之ヲ保證スルコト能ハサルナリ然リト羅モ技能其モノヲ直チニ保證スルニアラスシテ其作爲ノ義務ヲ履行セサル場合ニ生スヘキ損害賠償ノ負擔ヲ保證スルコトヲ得ヘシ蓋シ損害賠償ハ金錢ヲ以テスルヲ普通トスルカ故ニ(第四一七條)保證人カ之ヲ保證スルコトヲ得ヘキハ勿論ナリ之ヲ要スルニ保證債務ノ十中ノ八九ハ金錢ヲ以テ目的トスルモノナリ而シテ金錢債務ニハ多クハ利息ヲ附スヘク又如何ナル種類ノ債務ニテモ特約ヲ以テ達約金ヲ拂フヘキコトヲ定ムルコトアリ又利息以外ノ損害ヲ賠償スヘキコトアリ又或ハ主タル債務ノ目的カ果實ヲ生スル場合ニ於テハ其債務ヲ履行スヘキ時ヨリ以後ノ果實ハ債權者ニ屬スル場合多シ此場合ニ於テ主タル債務者カ元本及ヒ果實ヲ給付セサルニ因リ保證人カ代

リテ之ヲ履行スル場合ニ於テハ前ニ述ヘタルカ如ク金錢ヲ以テ賠償スヘキコト多シ此場合ニ於テハ當ニ元本ニ對スル損害賠償ノミナラス果實ニ對スル損害賠償ヲモ併セテ負擔セサルヘカラズ然ルニ前述ノ如ク保證債務ハ一部ニ付テノミ義務ノ範圍ヲ定メサルヘカラツルヤ否ヤ此等ノ場合ニ於ケル保證人ノ存在スルコトヲ得ヘキニ由リ單ニ元本ノミニ付キ保證ヲ爲シ利息及ヒ損害賠償等ハ之ヲ保證セサルコトヲ得ヘタ又特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ニ在リテハ元本ノ價格ニ相當スルモノニ限り保證スルコトヲモ特約スルコトヲ得ヘシ然レトモ若シ此等ノ特約ナキトキハ法律ハ總テ此等ノモノヲ包含スルモノトセリ第四百四十七條第一項ニ曰ク

保證債務ハ主タル債務ニ關スバ利息違約金損害賠償其他總テ其債務ニ從タハモハモ包含ス

此點ハ保證ト連帶ト異ナル所ナリ既ニ説明シタル如ク連帶ノ場合ニハ目的又ハ體様ヲ異ニスルモ可ナルカ故ニ若シ連帶債務者中ノ或者ノミカ違約金ヲ約シ其他ノ者ハ之ヲ約セサル場合ニ於テハ之ヲ約セサル者ハ其負擔ニ與ラス何

トナレハ連帶債務ハ各獨立セルモノニシテ各自唯一ノ債務者ノ如ク看做ナレ又實際ニ於テモ其負擔ノ異ナルコトハ毫モ支障ナキ所ナレハナリ然ルニ保證債務ニ在リテハ其性質從タル債務ナルヲ以テ特約ナキ限りハ利息損害賠償等總テノ點ニ於テ主タル債務ト同一ノ目的ヲ有スベハク唯特約ヲ以テ其負擔ヲ輕減スルコトヲ得ルノミ但保證人カ主タル債務者ノ負擔セサルモノヲ負擔スルコトアリ而シテ是レ必スシモ無効ナリト謂フヘカラス即チ第四百四十七條第二項ニ規定シテ曰ク

保證人ハ其保證債務ニ付テノミ違約金又ハ損害賠償ノ額ヲ約定スルコトヲ得

抑モ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサルトキニ當リ生スヘキ損害ニ付キ何等ノ特約ナカリシ場合ニ於テ若シ其賠償額ニ付キ争アルトキハ裁判所ニ於テ其額ヲ定メ之ヲ賠償シム保證人ノ負擔ニ於ケルモ亦然リ然レトモ保證人ハ自己ノ負擔セル保證債務ノ履行ヲ怠リタル場合ニ付キ違約金ヲ拂ヒ又ハ一定ノ損害賠償ヲ爲スヘキコトヲ約定スルコトヲ得ヘシ是レ一見主タル債務ニ比シ

其負擔重キカノ感アリ蓋シ主タル債務ニ付テハ違約金ノ特約モナク又裁判所ニ於テ定ムヘキ損害賠償額ハ保證人カ特約セル賠償額ヨリ寡少ナルカモ未タ知ルヘカラサレハナリ然リト雖モ是レ保證債務カ主タル債務ヨリ重キモノナリト謂フコトヲ得ス其然ル所以ノモノ他ナシ主タル債務者カ其辦済期限ニ至リテ債務ノ履行ヲ爲ササルニ當リ保證人之ニ代リテ直チニ履行ヲ爲ストキハ復タ違約金ヲ拂ヒ若クハ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要セス然ルニ保證人カ其履行ヲ怠ルトキハ遂ニ之カ損害ヲ賠償シ又ハ違約金ヲ拂フニ至ルヘキモノニシテ是レ畢竟保證人カ其債務ヲ怠ルノ制裁ニ外ナラス隨テ是レ保證債務ノ範囲以外ノ問題ニシテ恰モ主タル債務ニハ質抵當等ノ擔保ナキニ保證債務ニ此等ノ擔保ヲ附シ又主タル債務ハ普通ノ私署證書ヲ以テ約セラレ隨テ強制執行ヲ爲ス場合ニ於テハ先づ確定判決ヲ求メサルヘカラサルニ保證人ハ公正證書ニ依リ其義務ヲ負擔セル爲メ直チニ執行ヲ爲ストヲ得ルト異ナルコトナシ唯違約金又ハ損害賠償ノ豫定ニ付テハ主タル債務ニ比シテ保證人ノ負擔カ重キカノ嫌アルヲ以テ特ニ第四百四十七條第二項ノ明文ヲ設ケタルノミ其他ノ

場合ニ付テハ舊民法ニハ明文アリタルモ新民法ニ於テハ言フヲ候タストシテ之ヲ省ケリ

以上保證債務ハ從タルモノナルコト及ヒ其從タル性質ヨリ生スル結果ヲ説キ了レリ以下保證契約ノ關係ト保證人ト主タル債務者トノ關係ヲ混スヘカラナルコトニ付キ説明スル所アラント欲ス

保證契約ハ恰モ連帶ノ場合ニ於ケルカ如ク必スニ篤ノ關係ヲ生ス其一ハ債權者ト保證人トノ關係即チ純然タル保證關係ナリ蓋シ保證債務ナルモノハ保證人カ債權者ニ對シテ負擔スル義務ヲ謂フモノニシテ是レ實ニ保證契約ヨリ生ス直接ノ結果ナリトス其二ハ主タル債務者ト保證人トノ關係ニシテ或ハ委任ニ因ルコトアリ或ハ好意ニ出テアリ保證ヲ爲スコトアリ而シテ債權者ト保證人トノ關係ニ在リテハ保證ハ多クハ有債ニシテ債權者ハ債務者ニ金錢ヲ使用セシムル代リニ保證人ニ保證債務ヲ負ハシムルモノナリ之ニ反シテ主タル債務者ト保證人トノ關係ハ多クハ無債ニシテ自己カ保證人ニ立ツテ理由トシテ報酬ヲ請求スル者ハ稀ナラン要スルニ一ハ有債ナルヲ普通トシ他ノ一ハ無債ナ

アラ普通トス是レ此二箇ノ關係ノ別異ナルコトヲ證スルモノト謂フヘシ人或ハ保證契約ハ無償契約ナリト曰フト雖モ是レ大ナル認見ナリ即チ保證契約ハ元來有償契約ニシテ唯其裏面ニ存スル主タル債務者ト保證人トノ關係カ多クハ無償ナルニ過キサルナリ尙ホ詳細ハ保證ノ效力ヲ講スルニ方リ説述スヘシ

(四) 保證人ノ保證人

舊民法ニ於テハ引受人ト稱シテ特ニ之ニ就テ規定セリ然リト雖モ邦語ノ意義ニ於テハ保證人下謂フモ引受人ト謂フモ別ニ異ナルコトナキノミナラス保證人ノ保證人ナルカ爲メ其者カ別ニ名稱ヲ異ニスル必要ナシ舊民法ニ於テモ之ニ關スル規定別ニ異ナリタルニ非ス唯債權擔保編第七條第二項ニ保證人ハ亦第三者ヲ引受人トシテ已レヲ保證セシムルコトヲ得此引受人ニ對シテハ保證人ハ主タル債務者ノ地位ヲ有スドノ規定アリ又同編第四十五條第二項ニ於テ引受人ニ關スル規定アリト雖モ是レ當然ノコトヲ定メタルニ過キス(擔保編第49條ニ於テモ引受人カ保證人ト同一ノ權利ヲ有スルコトヲ定ムルニ過キス要スルニ此場合ニ於テハ舊民法ノ規定セル如ク一箇ノ債務タル保證債務ヲ

更ニ保證スルモノニシテ詳言スレハ先フ主タル債務者カ其債務ヲ履行セナルニ當リテ第一ノ保證人カ義務ヲ負ヘルモ之ヲ履行セナルトキニ第二ノ保證人カ之ヲ履行スルノ義務ヲ負ニ在リ即チ第一ノ保證人ハ第二ノ保證人ニ對シテハ主タル債務者ノ地位ニ在ルモノナリ隨テ第二ノ保證人ニモ保證ニ關スル一般ノ規定ヲ適用スレハ毫モ支障ナシ

(五) 保證人ノ資格

債務者カ保證人ヲ立ツヘキ義務アル場合ニ於テハ如何ナル人ヲ保證人ト爲ナナルヘカラサルカハ是レ保證人ノ資格ニ關スル問題ニシテ其義務アル場合即チ法律上相當ノ擔保ヲ供スヘキ場合又ハ法律ノ規定ニ依リテ裁判所カ保證人ヲ立ツルコトヲ命スル場合ハ勿論債務者カ債權者ニ對シテ保證人ヲ立ツルコトヲ約シタル場合ニ於テ其保證人ト爲スヘキ人ノ何人タルヲ問ヘストセハ保證ノ效用ヲ爲ナサルコト多カルヘシ保證人ニシテ保證ノ效用ヲ爲ナストセハ事ロ保證人ヲ立ツナルノ愈レバニ如カス故ニ苟モ保證人ヲ立ツル以上ハ先づ第一ニ其保證人ハ完全ニ義務ヲ負フ者タルコトヲ必要トス何トナレバ一旦保

證債務カ發生スルモ直チニ取消ナル如キコトアラハ何等ノ用ヲモ爲ナサレハナリ第二ニ資力アル者ナラナルベカラズ何トナレハ無資力者ヲ保證人ト爲シモ亦何等ノ效用ヲ爲ナサレハナリ第三ニ甚シキ遠隔ノ地ニ在ル者ヲ保證人ト爲ナルコトヲ要ス何トナレハ甚シキ遠隔ノ地ニ在ル者ヲ保證人ト爲ヌモ債権者カ保證人ニ對シテ履行ヲ求ムルニ方リ頗ル不便ヲ感スヘケレハナリ故ニ保證人ト爲スヘキ者ハ此等ノ條件ニ於テ缺クル所ナキヲ要ス是レ第四百五十條ニ規定セル所ナリ曰ク、
債務者カ保證人ヲ立ツル義務ヲ負フ場合ニ於テハ其保證人ハ左ノ條件ヲ具備スル者タルコトヲ要ス

一 能力者タルコト

二 辨識ノ資力ヲ有スルコト
三 債務ノ履行地ヲ管轄スル控訴院ハ管轄内ニ住所ヲ有シ又ハ假住所ヲ一定タルコトヲ要ス
保證人ガ前項第一號又ハ第三號ノ條件ヲ缺クニ至リタルトキハ債権者ハ前右三箇ノ條件ニ付キ簡單ニ説明セん

第一 能力者タルコト 未成年者禁治產者準禁治產者若クハ妻ハ保證人タルコトヲ得ス未成年者及ヒ禁治產者ハ一般ニ無能力者ニシテ準禁治產者及ヒ妻ハ或行為ニ限り無能力者ナリ而シテ準禁治產者カ保證ヲ爲スコトニ關シテハ第十二條第一項第二號ニ妻ニ付テハ第十四條第一項第一號ニ規定セリ故ニ此等ノ者ハ保證ヲ爲スニ付テハ皆無能力者タリ但法定代理人人カ其權限内ニ於テ保證ヲ爲スハ可ナリ即チ親權ヲ行フ父ハ法律上ノ條件ナク唯自己ノ責任ヲ以テ未成年者ニ代リテ爲セハ可ナリ又親權ヲ行フ母ニ付テハ第八百八十六條第二號ノ規定アルヲ以テ親族會ノ同意ヲ得テ保證ヲ爲スコトヲ得ヘシト准エ縦合親族會ノ同意ヲ得ルモ保證ヲ爲スニ及ハサル場合ニシテ而モ其結果損失ヲ招ケル場合ニ於テハ其母カ責任ヲ負ハサルベカラズ又後見人ニ付テハ第九百二十九條ニ於テ親族會ノ同意ヲ得ルニ非ナレハ保證ヲ

爲スコトヲ得サルコトヲ規定セリ而シテ保證ヲ爲ス必要ハ實際如何ナル場合ニ存スルカト云フニ例へ主タル債務者ト親族關係アリテ若シ保證ヲ爲ナザレハ其者ハ非常ニ困難ノ地位ニ陥ルヘキ場合又ハ商業上ノ取引先ニシテ平素相互ニ保證ヲ爲スヲ以テ常例トセル場合ノ如キハ保證ヲ辭スルコト能ハサル場合ナルヘシ尙ホ法定代理人ノ行爲トセシテ無能力者自身カ法定代理人ノ同意ヲ得ルカ又ハ保佐人若クハ夫ノ同意ヲ得テ保證ヲ爲スコトアリ此場合ハ能力ノ欠缺ヲ補充セルモノナルヲ以テ敢テ不可ナシト雖モ若シ獨斷ヲ以テ保證ヲ爲セハ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ故ニ斯ノ如キ保證ニテハ保證人ヲ立フル義務ヲ盡シタルモノト謂フコトヲ得ス

第二 満清ノ賣力ヲ有スルコト。外國ノ立法例ニハ一層嚴密ナル規定ヲ設クルモノアリト雖モ我新民法ニ於テハ其必要ヲ認メナリシナリ要スルニ動產不動產若クハ債權等其種類ノ何タルヲ問ハス苟モ十分ノ財產權ヲ有シ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサルニ當リ之ニ代リテ履行ヲ爲スニ足ルノ賣力アル者ナレハ可ナリトセリ

第三 債務ノ履行地ヲ管轄スル控訴院ノ管轄内ニ住所ヲ有シ又ハ假住所ヲ定メタルコト。此條件ハ少シク拘子定木的ニ出フルカ如シト雖モ遠近ト云フカ如キハ全ク比較的ノ語タルニ過キス然ルニ法律ノ用語トシテハ成ルヘク精確ナルコトヲ要スルカ故ニ控訴院ノ管轄内ト定メタルナリ是レ畢竟竟主タル債務者カ其債務ヲ履行セス又保證人ニ任意履行ヲ爲サナルトキハ必ス裁判所ニ訴ヘサルヘカラス此場合ニ於テ甚シク遠隔セル裁判所ニ出訴スルハ極メテ不便ナリ故ニ同一ノ控訴院管内トセハ第一審ハ地方裁判所又ハ區裁判所ノ孰レノ管轄タリトスルモ甚シキ距離アルニアラス而シテ控訴ノ場合ニ於テハ同一控訴院管内ナレハ頗ル便宜ナリトノ趣旨ニテ債務ノ履行地ヲ管轄スル控訴院ノ管轄内云ニト規定シタルナリ但其管轄内ニ本住所ヲ有セタルモ或法律行爲ノ爲メ特定メタル假住所ヲ有スレハ足レリ第二四條參照詳言スレハ保證契約ヲ以テ假住所ヲ定ムルトキハ其履行ニ付テハ該假住所ヲ以テ本住所ト看做シ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ヘシ

以上三箇ノ條件ハ前ニ説明シタル理由ニ據リテ之ヲ必要トセリ然ルニ其中ニ

就テ第二及ヒ第三ノ條件ハ時時變更スヘキモノナリ即チ人ノ資力ハ變化極リナク今日ノ素封家モ忽チ破産ノ厄ニ陥ルコトアリ故ニ保證契約ノ當時ニ資力アルヲ以テ足レリトセス履行ノ時ニ有資力ナラサルヘカラス住所ニ付テモ亦同一理ニシテ保證契約ノ時ニ當リテハ上述ノ條件ヲ具ヘタルモ履行ノ時ニ當リテ已ニ他ノ地ニ在リトセハ其效用ヲ缺クニ至ルヘシ故ニ保證人ノ資力又ハ住所ニ變更アリタル場合ニ於チハ債權者ハ更ニ其條件ヲ具備スル者ヲ以テ之ニ代フルコトヲ請求スルコトヲ得ヘシ但第三ノ條件ニ變更アル場合ニ於チハ實際保證人ヲ替フルコトヲ要セナルコト多カルヘシ何トナレハ縱合本住所ヲ變更スルモ舊住所又ハ舊住所所在地ニ假住所ヲ選定スレハ足レハナリ舊シ其保證人ハ一旦保證人タルコトヲ承諾シタル者ナレハ債權者ヨリ假住所ノ選定ニ付キ注意ヲ與フルトキハ通例之ヲ承諾スヘク若シ之カ選定ヲ爲ナストセハ其者ハ保證ヲ欲セナルニ至リタル者ナルヘシ但保證人ト債務者トノ關係ニ於テハ保證人カ保證ヲ爲スノ義務ヲ負ヘル場合アラン此場合ニ於チハ保證人ヲシテ假住所ヲ選定セシムルコトヲ得ヘシ

能力ニ付テハ保證契約ノ當時能力者ナレハ足ルモノニシテ後日ニ至リ無能力ト爲ルモ之ニ代フヘキ保證人ヲ立テシムルコトヲ要セス何トナレハ經合後日無能力ト爲ルモ爲メニ保證ヲ取消サルカ如キコトナキヲ以テナリ例へハ保證契約ノ時ニ於チハ成年者ニシテ且健全ナル者カ後日ニ至リ精神錯亂シテ禁治產ノ宣告ヲ受ケタリトスルモ曩ニ結ヒタル契約ハ依然トシテ其效効ヲ有シ其法定代理人之ニ代リテ履行ノ責ニ任スヘキノミ

債權者カ保證人ヲ指名シタル場合ニ於チハ右ニ論シタル保證人ノ資格ニ關スル規定ヲ適用セス債權者カ保證人ヲ指名スル場合トハ保證人ヲ立ツルコトカ單ニ債權者ノ希望ニ出ツル場合ハ勿論裁判所ニ於チ命シタル場合又ハ法律ノ規定ニ從ヒテ保證人ヲ立ツヘキ場合ニ於チモ債權者カ指名スルコトアルヘシ其孰レノ場合ニ於ケルヲ問ハス保證人カ債權者ノ指名ニ係シ場合ニハ能力又ハ資力ノ有無若クハ住所ノ遠近等ヲ問フコトヲ要セス況ヤ保證契約後ニ至リテ資力ヲ失ヒ又ハ住所ヲ變更スルコトアリトスルモ債務者ハ之ニ代ルヘキ保證人ヲ立ツルノ義務ナク若シ之ニ因リテ債權者カ損害ヲ被ルモ是レ自ラ保證

人ノ選擇ヲ誤リタルニ由ルモノト謂フノ外ナキナリ
保證人ノ資格ハ以上講述シタル所ノ如シト雖モ其資格ヲ具備セル保證人ヲ得
ンコトハ必スシモ期シ得ヘキコトニアラス或ハスノ如キ人ヲ知レルモ其者カ
承諾セナルコトアルヘク或ハ旅行先ニ於テ債務ヲ負擔シタル場合ノ如キ保證
人ヲ立ツルノ必要アルモ適當ノ者ヲ得ルコト能ハナルコトアルヘク縦合旅行
先ニアラサルモ知己ニ乏シキカ爲メ資格アル保證人ヲ得ルコト能ハナルコト
アラン而モ保證ヲ立ツル義務アル場合ニ於テ之ヲ立テナルトキハ債務者ラシ
ヲ或權利ヲ喪失セシムルコトアルヘク又訴訟上ノ利益ヲ得ルコト能ハナルニ
至ラン是レ洵ニ憮悞ヘシト雖モ而モ他人ヲ強制スルコト能ハス斯ル場合ニ於
テハ如何ニセハ可ナランシカ他ナシ保證人ニ拘シキ又ハ一層確實ナル擔保ヲ供
スレハ足レリ即チ十分ナル價格ヲ有スル質若クハ抵當ヲ供スレハ保證人ヲ立
タルニ比シ概シテ確實ナルモノナリ故ニ此等ノ擔保ヲ供シテ保證人ヲ立ツル
債務者ヲ免ルルコトヲ得ヘシ第四百五十一條ニ曰ク

代フルコトヲ得

本段ヲ分チテ第一。債權者ト保證人トノ關係。第二。保證人ト主タル債務者トノ關係。第三。保證人間ノ關係トス。

第一 債權者ト保證人トノ關係

債權者ト保證人トノ關係ニ於テハ債權者ハ一定ノ場合ニ保證人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキハ固ヨリ言フヲ俟タス即ち保證ノ定義ニ於テ明カル如ク主タル債務者カ履行ヲ爲ササルトキハ保證人ハ之ニ代リテ履行ヲ爲スノ責ニ任スヘキナリ唯債權者カ此權利ヲ行フニ當リ保證人ハ如何ナル權利ヲ有シ又如何ナル範囲ニ於テ義務ヲ負擔スルカハ是ヨリ講述セント欲スル所從來歐洲ノ學說及ヒ法典ニ於テハ保證人ハ三種ノ利益ヲ有スルコトヲ認ム其利益ノ第一ハ之ヲ名ケテ檢索ノ利益ト曰フ「檢索ノ利益」トハ保證人カ債權者ニ

對シ先ツ債務者ノ財産ニ付キ辨済ヲ受ケ尙ホ不足アル場合ニ限り保證人ニ對シテ請求ヲ爲スヘシト主張スルコトヲ得ルノ権利ナリ是レ蓋シ債権者カ主タル債務者ヨリ辨済ヲ受クルコトヲ得ヘクンハ敢テ保證人ヲシテ履行セシムルコトヲ要セサルヲ以テ先ツ主タル債務者ノ財産ヲ調査セシメンカ爲メニ出テタルモノナリ第二ハ分別ノ利益ト稱シ保證人カ二人以上アル場合ニ於テ債權者カ若シ其一人ニ對シテ債務全額ノ請求ヲ爲シタルトキハ其請求ヲ受ケタル保證人ハ他ノ保證人ト等分シテ其一部分ニ限り自ラ辨済シ殘餘ハ他ノ保證人ニ對シテ請求スヘシトノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルノ権利ヲ謂フ第三ハ讓權ノ利益ト稱シ保證人ハ債權者ニ對シ辨済ヲ爲ス代リニ保證人カ主タル債務者ニ對シ求償ヲ爲スニ當リ必要アルヲ以テ債權者カ主タル債務者其他ノ者ニ對シテ有スル權利ヲ自己ニ讓與スルコトヲ求メ若シ債權者カ其要求ヲ容レサルトキハ辨済ヲ爲ササルコトヲ得ルノ権利ナリ此第三ノ利益ニ付テハ新民法ニ於テハ唯リ保證ノ場合ニ於テノミナラス汎ク辨済ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者カ辨済ヲ爲シタルトキハ法律ノ力ヲ以テ當然代位スルモノト定ムルカ故

ニ結局債權者ノ權利ハ辨済者ニ移ルト同一ノ結果ト爲ル隨テ此讓權ノ利益ナルモノハ我新民法上ニ於テハ全ク不要ナルヲ以テ別ニ之カ規定ヲ設ケス尙ホ此讓權ノ利益ニ相當スル代位並ニ之ニ關スル制裁ニ付テハ辨済ノ説明ヲ爲スニ方リテ詳説スヘシ第五〇〇條第五〇四條而シテ新法ニ於テハ前述ノ外尙ホ一箇ノ利益ヲ認メタリ予ハ之ヲ後訴ノ利益ト稱ス請フ是ヨリ後訴ノ利益検索ノ利益分別ノ利益ノ三者ニ付キ順次ニ説明セント欲ス

(一) 後訴ノ利益

第四百五十二条ニ曰ク

債權者カ保證人ニ債務ノ履行ヲ請求シタルトキハ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得但主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケ又ハ其行方カ知ルサルトキハ此限ニ在ラス

後訴ノ利益ニ付テハ各國ノ法制區區ニ亘リ學說亦未タ一定スルニ至ラス今外國ノ立法例若クハ學說ヲ大別スレハ三主義ト爲ル第一ハ我舊法ノ採リタル主義ニシテ即チ明治八年六月八日第百二號布告金穀貸借諸人證人辨償規則第一

條及ヒ第二條ニ淵源シ又外國ニ於テハ之下同主義ヲ採レル著明ナルモノヲ獨逸民法瑞西債務法等トス此主義ニ依レハ債権者ハ先ツ主タル債務者ニ對シヲ強制執行ヲ爲シ尙ホ不足ナル部分ニ限リ之ヲ保證人ニ請求スルコトヲ得ルニ在サ明治八年布告ノ大要ヲ摘示セハ主タル債務者カ身代限ヲ爲シ又ハ逃亡シ若クハ跡相續人ナキ場合ニ限リ保證人ニ辨償ノ義務アリト定メタリ○身代限トハ諸君ノ知ラル如ク債務者ノ總財産ヲ差押ヘ以テ各債権者ニ辨濟ヲ得セシメ不足ノ部分ハ債権者ノ損失ニ歸スルト雖モ素ト是レ一時ノコトニシテ爲メニ其權利カ消滅スルモノニアラサルヲ以テ若シ保證人アルトキハ其不足ノ部分ヲ保證人ニ請求スルコトヲ得タルモノナリ但逃亡等ノ場合ハ例外トス此例外ハ民法ニ於テモ認ムル所ナリ是レ固ヨリ理由アル主義ナリ元來保證人ハ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルニ方リ始メテ履行ヲ爲スノ義務アルモノナリ故ニ若シ主タル債務者カ任意ノ履行ヲ爲ササルニ方リ強制執行ヲ爲シ之ニ因リテ辨濟ヲ受クルトヲ得ハ敢テ保證人ヲ煩スノ必要ナシ隨テ此場合ニハ保證人ニハ履行ノ義務ナシト云フニ在リテ學理上十分ニ説明ヲ爲シ得ヘシト雖モ

此主義ノ短所ハ實際上保證カ甚タ薄弱ナル擔保タルニ遇キナルニ在リ蓋シ主タル債務者カ任意ニ履行ヲ爲ササルトキハ極メテ煩雜ナル手續ニ依リテ差押其他ノ強制執行方法ヲ行ヒ尙ホ不足ナルトキニ始メテ其不足額ヲ保證人ニ請求スルコトヲ得ヘキモノトセルヲ以テ爲メニ多クノ日子ヲ費シ尠カラサル費用ヲ擲タルコトヲ得ス例ヘハ辯護士ヲ雇ヒタルニ因リ要シタル費用ノ如キハ之ヲ訴訟費用トシテ請求スルコトヲ得ナルヲ以テ結局債務者ノ損害ニ歸スヘシ果シテ然ラハ総合保證人アルモ爲メニ強力ナル擔保ト爲スニ足ラス況ヤ其間ニ保證人カ破産ヲ爲シ若クハ財產ヲ隱匿スル等ノ虞アルニ於テヲヤ是ヲ以テ舊法時代ニ在リテハ普通ノ保證ハ極メテ尠カリキ即チ實際保證人タルコトハ債務者モ債權者モ又保證人自身モ其ニ認ムル所ナルニ拘ラス名義ハ保證人ト稱セヌシヲ連帶債務者ト稱シタルモノ多ク又繼令連帶債務ト爲サヌシテ保證人ト爲スモ其保證人ハ主タル債務者ト連帶シテ義務ヲ負フトノ特約ヲ爲スコト行ヘレタリ是レ蓋シ主タル債務者カ身代限ヲ爲スニアラサレハ保證人ヲシテ履行ノ責ニ任セシムルコトヲ得ストセハ其保證タルヤ甚タ薄弱ナルヲ

以テ特ニ連帶ヲ約スルヲ必要トシタルナリ是ヲ以テ觀ルモ第一ノ主義ハ理論上ハ十分説明シ得ルモ實際ニ於テ不便ナリト謂ハサルヘカラス第二ノ主義ハ佛蘭西伊太利西班牙等ノ諸國ノ民法ニ於テ認ムル所ニシテ第一ノ主義ト正反對ナリ佛蘭西ニ於テハ大ニ議論ノ存スル所ナリト雖モ予ノ信スル所ニ據レハ佛法ノ主義ハ主タル債務者ニ對シテ未タ請求ヲ爲ササルモ直チニ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトセルカ如シ即チ苟モ債務ノ期限カ到來シ所謂債務カ辨済期ニ在ルニ拘ラス主タル債務者カ任意ニ履行ヲ爲ササルトキハ其者ニ對シ請求ヲ爲スノ必要ナク直チニ保證人ニ對シテ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノトセリ蓋シ不履行ナルモノハ任意ニ履行セサルノ義ナリ故ニ辨済期カ到來セルニ拘ラス主タル債務者カ履行セサルトキハ之ヲ以テ「不履行」ト稱スルモ必スシモ不可ナルコトナキヲ以テ此主義モ説明シ得ラレサルニアラス然リト雖モ是レ亦極端ニ走リタルモノニシテ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルトキニノミ履行ノ義務ヲ負フヘキ保證人ニ對シテ酷ナルノミナラス實際ニ於テモ煩雜ナル結果ヲ生スヘシ即チ保證人ヲ附シアリト雖モ主タル債務者ハ

自ラ履行ヲ爲スヲ常トス而シテ履行ナシシテ辨済期ヲ經過シタル場合ト雖モ主タル債務者ニ賣力ナク又任意ニ履行ヲ欲セサルモノナリト斷言スヘカラス寧ロ多數ノ場合ニ於テハ主タル債務者ハ辨済ノ意思アリ又賣力ヲ有スヘシ故ニ若シ先ニ主タル債務者ニ對シテ請求スルトキハ其者カ履行ヲ爲スヘク隨テ債權者モ満足シ又保證人モ義務ヲ免ルヘキニ然セシム先ツ保證人ニ對シテ履行ヲ請求スルコトヲ得ルモノトセンカ保證人ハ後ニ説明セントスル所ノ檢索ノ利益ヲ有スルヲ以テ債權者ニ於テモ必スシモ保證人ニ請求スルヲ利益ナリト謂フコトヲ得ス而シテ保證人カ債權者ニ對シ検索ノ利益ヲ对抗シタルトキハ債權者ハ更ニ主タル債務者ニ對シテ履行ヲ求メサルヘカラス此時ニ方リ幸ニ債務者ヨリ辨済ヲ受クルコトヲ得ルトセハ最初保證人ニ對シテ請求ヲ爲シタルハ全ク無益ノ手續ニ歸スヘシ然ルニ若シ債權者カ先ニ主タル債務者ニ請求セハ主タル債務者カ辨済スヘク隨テ義務全ク消滅スヘキノミ若シ又債權者カ先ニ保證人ニ對シテ請求ヲ爲シタルニ由リ保證人ハ辨済ヲ爲シ更ニ主タル債務者ニ求債スヘキノミ之ヲ要スルニ先ニ保證人ニ請求スルコトヲ得ルモ

ノトスルモ債権者ノ爲メニモ又債務者ノ爲メニモ敢テ勞ヲ省クノ效ナク而モ
保證人ハ徒ニ他人ノ債務ヲ辨済スルノ結果ト爲リ少クトモ手續及ヒ費用ヲ無
益ニ費スノミナラス保證人カ主タル債務者ニ對シテ求償スルニ當リ債務者カ
無資力ト爲レリトセハ保證人ハ損失ヲ被ラサルヘカラサルニ至ルヘシ故ニ此
主義モ亦當ヲ得ナルモノナリ是ニ於テカ第三説トシテ折衷説ヲ生スルニ至レ
リ舊民法及ヒ澳太利民法等ハ實ニ此主義ヲ採レリ此主義ニ於テハ債権者ハ先
ツ主タル債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲ナサルヘカラス即チ之ニ依リテ任意
ノ履行ヲ促シ幸ニ債務者カ履行ヲ爲シタルトキハ何人モ迷惑ヲ被ル者ナクシ
テ事済ムヘシト雖モ若シ主タル債務者カ任意ノ履行ヲ爲ササルトキハ敢テ強
制執行ヲ爲スコトヲ要セス保證人ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘシ而モ此場合
ニハ後段ニ於テ説明スヘキ檢索ノ利益ヲ認ムルヲ以テ保證人ハ過酷ナル境遇
ニ陥ルノ憂ナク又債権者ニ於テモ明カニ辨済ノ資力ナキ主タル債務者ニ對シ
テ強制執行ヲ爲シタル後其不足額ヲ更ニ保證人ニ對シテ請求スルノ迂フ演ス
ルコトヲ要セス要スルニ此主義ニ依レハ主タル債務者ニ對シ一應ノ請求ヲ爲

スモ辨済ヲ得サルトキハ直チニ保證人ニ對シテ履行ヲ求ムルニ在リテ第二ノ
主義ニ於ケルカ如ク突然保證人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スモノニアラス主タ
ル債務者カ任意履行ヲ爲セハ敢テ保證人ニ對シ之ヲ請求セシシテ事足リ依リ
テ以テ各自ノ利益ハ正當ニ保證セラレタリト謂フヘキナリ詳言スレハ債務者
ハ到底辨済ノ責ヲ免ルヘカラナル者ニシテ且債権者ニ在リテハ何人ヨリスル
モ辨済ヲ得レハ満足スヘク保證人ハ他人ノ債務ナルヲ以テ自ラ辨済セサルコ
トヲ冀フヘタ又國家ノ眼ヨリ觀ルモ畢竟求償ノ手續ヲ省カシムルノ便アリト
謂フヘキナリ此ノ如キ理由アルヲ以テ新民法ニ於テモ此主義ヲ採用セリ即チ
債権者ハ先ツ主タル債務者ニ履行ノ請求ヲ爲ナサルヘカラス若シ然ラスシテ
保證人ニ對シテ先ニ請求シタルトキハ保證人ハ其請求ニ應スルモ不可ナシト
雖モ保證人ハ債権者ニ對シ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スル
コトヲ得ヘシ之ヲ後訴ノ利益ト謂ヒ之ニ三箇ノ例外アリ左ノ如シ
第一ノ例外　主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合
此場合ニ於テハ理論上ヨリ言ヘハ破産手續カ終結シタル後ニアラナレハ果ジ

テ辨済ヲ得ヘキキ否ヲ分明ナラサルカ如シト雖モ破産ノ場合ニ於テハ破産財團ヲ以テ總テノ債務ヲ履行シ得サルヲ以テ普通トス加之破産手續ナルモノハ頗ル繁雜ナルモノニシテ短キモ數月ヲ要シ長キハ數年ニ亘ルコトアリ而モ其手續カ終了スルニアラサレハ到底全部ノ辨済ヲ受クルコト能ヘストセハ債權者ハ甚タ迷惑セサルコトヲ得ス是レ此場合ニ於テハ直チニ保證人ニ對シ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトシタル所以ナリ。

第二ノ例外・主タル債務者ノ方カ知レサル場合。

此場合ハ舊法ノ所謂逃亡ニ該當シ催告ヲ爲スヘキ相手方ノ居所不明ナルヲ以テ民事訴訟法ニ於ケル送達ノ一方法ノ如ク公告ヲ爲シテ催告ニ代フルコトヲ得サルニアラスト雖モ債務者カ之ヲ見テ始メテ辨済ヲ爲スヘタシハ故ラニ踪跡ヲ晦マスカ如キコトナカルヘシ故ニ此ノ如キ者ニ對シテ催告ヲ爲スモ全ク無益ノヨトナルヲ以テ此場合ニ於テハ直チニ保證人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトセリ尙ホ舊法ニ於テハ「死去跡相續人ナキ場合」アルモノヲ掲ケタリト雖モ是レ所謂「相續人ノ曠缺」セル場合ニシテ此場合ニ於テハ財產

管理人アル者アリテ死者ノ債務ヲ辨済スルモノナルカ故ニ之ヲ以テ例外トスルノ必要ナキナリ

第三ノ例外・保證人ト主タル債務者ト連帶セサル場合。

第四百五十四條ニ曰ク
保證人カ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔シタルトキハ前二條ニ定メタル權利ヲ有セス

抑モ連帶債務ナルモノハ各債務者カ唯一ノ債務者ノ如ク看做サルモノナリ故ニ主タル債務者ト保證人ト連帶スルトキハ主タル債務者モ保證人モ各自唯一ノ債務者ノ如ク看做サルヲ以テ保證人カ債權者ヨリ履行ノ請求ヲ受ケタルニ方リ先フ債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコト能ハス若シ之ヲ請求スレハ債權者ハ答ヘテ曰ハシ「貴殿ハ連帶債務者ニシテ即チ唯一ノ債務者ニ外ナラス其他ニ債務者アルコトハ予之ヲ認ムルヲ欲セス」ト果シテ然ラバ先ツ保證人ニ履行ヲ請求スルモ其保證人ハ直チニ辨済ヲ爲サナルヘカラス之ヲ連帶保證人ト謂フ連帶保證ニ付テハ往往誤解ヲ生スルヲ以テ茲ニ一言辯セサルコ

トヲ得ス抑モ前述ノ場合ハ保證人ト主タル債務者ト連帶シタル場合ニ係ルト雖モ連帶保證中ニハ之ト異ナルモノアリ即チ保證人二人以上アリテ其間ニ連帶ノ存在スル場合はナリ此種ノモノモ亦連帶保證ナリト雖モ此場合ニ於テハ主タル債務者ト保證人トノ關係ハ普通ノ場合ト毫モ異ナルコトナシ即チ債権者ノ眼ヨリ之ヲ觀レハ主タル債務者及ヒ保證人ヲ各自唯一ノ債務者ト看ルコトヲ得ス何トナレハ是レ保證人ノ性質ハ毫モ變更セシム唯保證人間ニ於テ連帶ノ關係アルニ過キサレハナリ故ニ債権者ハ保證人ノ一人ニ對シテハ其者ノミヲ保證人ト認ムヘシト言フコトヲ得ヘシト雖モ其者ヲ以テ唯一ノ債務者ナリト認ムルコトヲ得ス而シテ此第二ノ種類ニ屬スル連帶保證ハ右ノ例外ノ場合ニ適合セス故ニ二人以上ノ保證人間ニ連帶ノ存セル場合ニ於テ債権者カ先ツ主タル債務者ニ債務履行ノ請求ヲ爲サヌシテ直チニ保證人ニ請求シタルトキハ其保證人ハ先ツ主タル債務者ニ對シテ催告スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス

以上ノ三例外ノ場合ノ外保證人ハ常ニ後訴ノ利益ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ而

シテ此利益ニ對スル制裁トシテハ第四百五十五條ノ規定アリ曰ク
「第、四、百、五、十、二、條、及、ヒ、第、四、百、五、十、三、條、ハ、規、定、ニ、依、リ、保、證、人、ノ、請、求、ア、リ、タ、ル、ニ、拘、ハ、ラ、ス、債、權、者、カ、催、告、又、ハ、執、行、ヲ、爲、ス、コ、ト、ヲ、怠、リ、其、後、主、タ、ル、債、務、者、ヨ、リ、全、部、ノ、辨、濟、ヲ、得、サ、ル、ト、キ、ハ、保、證、人、ハ、債、權、者、カ、直、チ、ニ、催、告、又、ハ、執、行、ヲ、爲、セ、ハ、辨、濟、ヲ、得、ヘ、カ、リ、シ、限、度、ニ、於、テ、其、義、務、ヲ、免、ル、」
此規定ハ後訴ノ利益ヲ認メタル以上ハ殆ト當然ノ結果ナリト謂フモ可ナリ詳言スレハ債権者ニ對シテ先ツ主タル債務者ニ履行ノ請求ヲ爲スヘキコトヲ求ム爾權利ハ即チ是レ法律ノ保護スル權利ナリ既ニ此權利ヲ認メタル以上ハ債権者カ其裏面ナル義務ヲ履行セサルトキハ之ニ對シ相當ノ制裁ナカルヘカラス若シ何等ノ明文存セストスルモ不法行為ニ因ル損害賠償ノ責任ハ必ス生セサルヘカラスト信ス然レトモ法律ハ此ノ如キ漠然タルコトニ放任セシムシテニ第四百五十五條ヲ以テ此制ヲ定メタリ即チ債権者カ直チニ催告ヲ爲セハ主タル債務者ヨリ辨済ヲ受クヘカリシコトヲ證明シタルトキハ債権者カ催告ヲ怠レル間ニ主タル債務者カ無資力ト爲リ完全ナル辨済ヲ爲スコトヲ得サル

ニ至リタリトスルモ其資力ノ減少シタル部分ニ付テハ債権者ノ過失ノ結果ナ
ルヲ以テ保證人ハ全ク義務ヲ免ルヘキナリ
第四百五十五條ニハ「直チニ催告又ハ執行ヲ爲セハ辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ
於テ其義務ヲ免ルトアリテ主タル債務者ニ完全ノ辨濟ヲ爲スノ資力アリタル
トキト雖モ仍ホ保證人ハ本條ノ適用ニ依リテ一部ノ義務ヲ免ルニ過キナル
カ如ク見ユ一例ヲ設ケテ之ヲ説明センカ保證人カ債権者ヨリ債務履行ノ請求
ヲ受ケ直チニ後訴ノ利益ヲ對抗シタルニ當日ニ於ケル債務者ノ資力ハ債務全
部ノ辨濟ヲ爲スニ十分ナリキ然ルニ債権者カ直チニ請求ヲ爲サシシテ一二箇
月ヲ経タル後ニ於テ主タル債務者ニ請求ヲ爲シタルニ其間ニ債務者カ商業等
ニテ損失ヲ招キ債務ノ半額ヲ辨濟シ得ルニ過キナル狀態ニ陷リタリトセハ殘
餘ノ半額ニ付キ保證人ニ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキカ否之ヲ請求スルコトヲ得
ス即チ保證人ハ全部ノ義務ヲ免ルヘシ何トナレハ右ノ場合ニ於テハ債権者ハ
全部ノ辨濟ヲ得ヘカリシヲ以テナリ果シテ然ラハ法文ニ所謂辨濟ヲ得ヘカリ
シ限度ニ於テトハ如何ナル場合ヲ指スカ他ナシ保證人カ請求ヲ受ケタル當時

ニ於テ主タル債務者ニ十分ノ資力ナク僅ニ一部ノ辨濟ヲ爲シ得ルニ過キナル
場合はナリ之ニ對シテ疑フ抱ク者ナシトセス曰ク若シ果シテ一部ノ辨濟ヲ爲
シ得ルニ過キナル資力アルノミナリトセハ縱合債権者カ請求ヲ爲スモ一部即
チ分割辨濟ヲ受クルコトヲ得ルニ過キナルヘシ而シテ債権者ハ一部ノ辨濟ヲ
受クルノ義務ナキカ故ニ全部ノ辨濟ヲ受クルノ資力アル場合ニアラサレハ主
タル債務者ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ要セス直チニ保證人ニ對シ全部ノ請求
ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス隨テ辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ義務ヲ免ル」
ノ理由ヲ了解スルコトヲ得スト是レ皮相ノ見解ナリト謂ハサルヘカラス固ヨ
リ論者ノ言フカ如ク債権者ハ一部ノ辨濟ヲ受クルノ義務ナシト雖モ今保證人
カ債権者ヨリ請求ヲ受ケ後訴ノ利益ヲ對抗シタルニ債権者カ直チニ主タル債
務者ニ請求ヲ爲シタリト假定セヨ主タル債務者カ半額ノ辨濟ヲ爲スヘシト答
ヘタルカ又ハ當時ノ事情ニ據レハ實際半額丈ヲ辨濟スルノ資力アルニ過キナ
リシ場合ニ於テ債権者ハ其半額ノ辨濟ヲ受クルヲ欲セサルカ故ニ保證人ニ對
シテ全額ノ辨濟ヲ請求シ保證人之ニ應シテ全額ノ辨濟ヲ爲シタリトセハ保證

人ハ主タル債務者ニ對シテ直チニ求償ヲ爲スコトヲ得ヘシ若シ債権者ト保證人トノ間ニ訴訟起レリトセハ保證人ハ主タル債務者ニ告知シテ參加セシメ且直チニ求償ヲ爲スコトヲモ得ヘシ然スルトキハ主タル債務者ハ半額丈ハ保證人ニ辨償スルコトヲ得タルナリ即チ債権者ハ保證人ヨリ後訴ノ抗辯ヲ受ケタルニ際シ直チニ主タル債務者ニ催告ヲ爲サハ主タル債務者ハ債務ノ半額ノ辨濟ヲ爲スコトヲ得ヘカリシニ其催告ヲ爲ササリシカ爲メニ主タル債務者ハ竟ニ一錢ノ辨濟ヲ爲スコト能ハサルニ至レリトセハ是レ債権者ノ過失ナルヲ以テ半額丈ニ付テハ保證人ハ義務ヲ免ルヘキナリ法文ニ於テ「辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ云々」ト記載セルハ此義ニ外ナラサルナリ

(二) 檢索ノ利益

「檢索ノ利益」ノ意義ハ既ニ説明シタルヲ以テ再ヒ詳説セサルヘシ蓋シ檢索ノ利益ハ後訴ノ利益ト並ヒ行ハルモノナリ即チ保證人カ債権者ヨリ請求ヲ受ケタルニ方リテ先ツ後訴ノ利益ヲ對抗シタルニ因リ債権者ハ直チニ催告ヲ爲シタリト雖モ主タル債務者カ相當ノ期間内ニ任意ノ履行ヲ爲ササルトキハ債權

者ハ更ニ保證人ニ對シテ債務ノ履行ヲ請求スヘシ此時ニ當リテモ尙キ保證人ハ檢索ノ利益ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ又保證人ハ初ヨリ後訴ノ利益ヲ對抗セシテ直チニ檢索ノ利益ヲ對抗スルコトモ爲シ得ヘシ殊ニ債権者カ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲シタリト雖モ債務者カ之ニ應セサルニ因リ轉シテ保證人ニ請求ヲ爲シタル場合ニ於テハ保證人ハ後訴ノ利益ハ之ヲ有セスト雖モ檢索ノ利益ヲ以テ對抗スルコトヲ得ヘシ「檢索ノ利益」トハ一言以テ之ヲ蔽ヘハ主タル債務者ノ財產ヲ調查ゼンコトヲ請求スルノ權利ナリ然リ而シテ其條件ニ付テハ各國ノ法制大ニ異ニシテ例ヘハ前述ノ第一ノ主義即チ我舊法獨逸民法瑞西債務法等ノ主義ノ如ク強制執行ヲ爲シ尙ホ主タル債務者カ完全ナル履行ヲ爲スコトヲ得ナル場合ニ限リテ保證人ニ對シ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトセルハ當ニ後訴ノ利益ヲ認ムルノミナラス尙ホ檢索ノ利益ノ條件ニ付キ保證人ノ爲メニ最モ利益ナル規定ヲ爲シタルモノト謂フヘシ然リト雖モ既ニ此主義ヲ採用セサル以上ハ檢索ノ利益ニ付テモ必スヤ保證人ニ對シテ之ヨリモ不利益ナル條件ヲ認メタルコトヲ得サルナリ前述ノ第二及セ第三ノ主義ヲ採用

ル諸國ノ法制皆然リ唯其條件ハ如何ニ之ヲ定ムヘキカノ一事ニ至ラズハ學理上一定ノ標準ナシ畢竟債權者ニ成ルトタ損害ヲ加ベス而モ保證人之保護スシト認ムル程度ニ於テ保證人ヲ保護スルト同時ニ債權者ノ利益ヲ害セサルコトヲ要スト云フノ外ナシ而シテ佛蘭西民法及ヒ舊民法等ニ於テハ頗ル細密ナル條件ヲ定ムルト雖モ新民法ニ於テハ此ノ如キ細密ナル規定ヲ設ケシテ唯大體ノ精神ヲ明カニスルニ止メ其餘ハ事實問題ニ譲レリ今其精神ノ大要ヲ述ブレハ立法ノ趣旨ハ主トシテ債權者ニ損害ヲ加ベサルニ在ルヲ以テ其第廿ノ條件トシテ保證人ハ主タル債務者カ辨済ノ資力ヲ有スルコトヲ證明セザルヘカラス第二ノ條件トシテ之ニ對スル執行ノ容易ナリコトヲ證明セナルヘカラス此二條件ヲ具備セサルトキハ債權者ニ損害ヲ加フヘキヲ以テ之ヲ許サヌ是レ或ハ債權者ノ爲メニ煩ハシキ嫌ナキニ非スト雖モ亦爲メニ損害ヲ生スルコトナカルヘシト認メタルナリ請ワフ是ヨリ此二條件ニ付キ説明セシル事ニ據耳

第一ノ條件　主タル債務者ニ辨済ノ資力アルコト既舊民法債權擔保編第二十

一條ニ依レハ原則トシテハ債務者カ不動產ヲ所有セザルヘカラズトセリ佛蘭西民法ニ於テハ然ラス新民法ニ於テモ亦之ヲ改メ其不動產タルト動產タルト將タ又債權タルトヲ問ハス苟モ十分ナル價格アレハ可ナリトセリ近世歐米各國ニ於テハ各人ノ財產ニシテ不動產若クハ動產ヨリ成立スルモノニ比較スレハ却テ債權ヨリ成立スルモノ多シ例へハ公債株式等ノ多額ヲ有スル者カ所謂金満家タルナリ蓋シ現金ヲ徒ニ庫中ニ藏スルハ文明國人ノ爲サヅル所ニシテ之ヲ銀行等ニ預ケ置キテ其利殖ヲ圖ルヲ當トス而シテ銀行ニ預ケ置ケハ則チ銀行ニ對シテ債權ヲ有スルナリ殊ニ大金満家ニ至リテハ預金スラ之ヲ爲スコト少ク大部分ハ株式等ニ替ヘ置クコトヲ多シトス故ニ今日ニ於テハ不動產以外ノ財產寧ロ多數ヲ占ム然ルト財產ト云ヘハ直チニ不動產ヲ指スカ如キ信用ノ發達セナル時代ニ適合スル法律ハ現今ノ時勢ト相容レス故ニ舊民法ヲ如ク不動產ヲ所有セザルヘカラズトノ條件ハ昔ニ法律カ細目ニ宣レルナシアラムミナラス全ク時勢ニ伴ハサルモノト謂ハサルヘカラス但茲ニ注意スヘキ一事ハ法文ニ資力ト稱スルハ一部分ノ資力ヲ意味スルニアラス苟モ辨済ト云ハハ

スルコトヲ證明セサルヘカラス
第二ノ條件 執行ノ容易ナルコト
債務者カ財産ヲ有スルト雖モ其財産カ臺
灣ニ在リテ内地ニ存セス若クハ外國ニ在リテ日本ニ存セサレハ執行上不便タ
ルコト言フヲ俟タス債權者カ東京ニ在ル場合ト假定ス又財產ノ種類ニ依リ差
押ノ容易ナラサルモノアリ算筈ノ抽斗若クハ瓶中ニ古金ヲ藏シ又ハ無記名公
債ヲ有スルモ未可ナリ又公債若クハ株式ヲ有スルト雖モ記名ナルカ若クハ無
記名ナランニハ他ニ保管セシムル等ノ場合ニ係ルモノニアラナレハ此條件ニ
適セヌ又不動產ナランニハ其所在地カ近キ場合ニハ概シテ可ナリトスヘシ尙
ホ財產カ係爭中ノモノナルトキハ不可ナリ舊民法ノ如ク特ニ此場合ヲ法文ニ
掲タルハ妥當ナラスト雖モ是レ亦執行ノ容易ナラサルモノト謂フコトヲ得ヘ
シ蓋シ係爭中ノ財產ニ付テ執行ヲ爲スニハ第三者ノ主張ヲ斥ケサルヘカラス
然ルニベラ斥タルハ當事者間ニ於テヌラ時トシテ頗ル困難ナルコトアリ況ヤ
債權者ハ此事件ニ付テハ局外者ノ地位ニ在ル者ナルニ於テヲラヤ故ニ概シテ執

行ノ容易ナラサルモノト謂フヘシ但縱合係争中ノモノナルモ疑ナキ事件ナルコトヲ明白ニ立證スルコトヲ得ヘタシハ格別ナリ其他財產中他人ノ質權ノ目的タルモノハ概シテ執行ノ容易ナラサルモノナリ蓋シ質權者ハ留置權ヲ有スルヲ以テ債權者カ差押ヲ爲スモ質權者ハ自己ノ債權ノ辨済ヲ受ケサル間ハ質物ヲ留置スヘキヲ以テナリ之ニ反シテ債權者自身カ質權又ハ抵當權等ノ擔保ヲ有スルトキハ保證人ハ之ヲ指示シテ檢索ノ利益ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ然リト雖モ斯ル場合ニ於テハ多クハ債權者ヨリ保證人ニ對シテ債務ノ履行ヲ請スルコトナカルヘシ此等ノ事ハ事情ニ依リテ大ニ其趣ヲ異ニスルモノアルニ由リ法文ヲ以テ約子定木のニ定ムルコトヲ得ストノ理由ニ依リ新民法ニ於テハ舊民法ニ於ケル如ク細目ニ亘リテ規定セス單ニ右ノ二條件ヲ必要トセリ右ノ條件ヲ具備セルトキハ保證人ハ檢索ノ利益ヲ主張スルコトヲ得ルノ原則トスルト雖モ之ニハ例外アリ連帶保證ノ場合即チ主タル債務者ト保證人トカ連帶ヲ爲セル場合はナリ此場合ニ於テハ保證人ハ債權者ヨリ唯一ノ債務者ノ如ク看做サルルカ故ニ檢索ノ利益ヲ有セサルナリ(第四五四條、四五三條)

保證人カ検索ノ利益ヲ對抗シタル場合ニ於テ債権者カ執行ヲ怠リタルトキノ制裁ハ後訴ノ利益ニ於ケルト同一ナリ(第四五五條蓋シ法律カ一旦右ノ利益ヲ認メタル以上ハ之ニ對スル制裁アルハ當然ナリト謂フヘシ即チ保證人カ前述ノ二條件ヲ證明シテ検索ノ利益ヲ對抗シタル時ニ於テ債権者カ直チニ執行ヲ爲セハ全部ノ辨済ヲ得ヘカリシニ債権者カ之ヲ怠レル間ニ主タル債務者カ意外ノ損失ヲ被リ爲メニ無資力ト爲リニ債務ヲ半額ヲ辨済シ得タルニ過キストセン若シ殘餘ノ半額ヲ保證人ニ對シ請求セハ保證人ハ自己カ検索ノ利益ヲ對抗シタル時ニ方リ執行ヲ爲シタランニハ全部ノ辨済ヲ受タルコトヲ得ヘカリシニ之ヲ怠リ空シク時日ヲ經過シタルニ因リ全部ノ辨済ヲ受タルコト能ハナルニ至リタルモノナリト主張シテ債権者ノ請求ヲ排斥スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テモ後訴ノ利益ノ場合ニ於ケルト同一ラ疑問ヲ生スヘシ即チ第四百五十五條ニ「……執行ヲ爲セハ辨済ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ其義務ヲ免ルトアリ然ルニ右ノ場合ニ於テハ主タル債務者ニ全部ヲ辨済スルノ責力ナリタルヲ以テ直チニ執行スレハ全部ノ辨済ヲ得ヘカリシニ拘ラス後日ニ至リテ半額ノ以テ直チニ執行スレハ全部ノ辨済ヲ得ヘカリシニ拘ラス後日ニ至リテ半額ノ

辨済ヲ受ケタルニ過キタル場合ナリト雖モ若シ債権者カ直チニ執行スルハ全部ノ辨済ヲ得ヘカリシ場合ナルニ以テ保證人ハ全額ニ付キ其義務ヲ免ルヘシ殊ニ催告ノ場合ト異ナリテ執行ヲ爲ス場合ナルニ以テ一層明瞭ナリ然ルニ法律カ右ノ如キ迂遠ナル語詞ヲ使用セルモノ如何蓋シ右ノ文字ハ催告ノ場合ニ付テハ前ニ説明シタル所ニ依リテ十分了解シ得ヘシト雖モ検索ノ利益ヲ對抗シタル場合ニ於テハ殆ト之ヲ了解スルニ苦シムカ如シ然レトモ予ハ稀ニハ保證人カ一部分ノ義務ヲ免ルル場合アルヘシト信ス蓋シ法文ニ於テ「直チニナル文字ヲ使用セル場合ハ必シモ即刻ト云フ意義ニアラシシテ「遲滯ナク」ト云フト殆ト同義ナリ唯本條ニ於テハ文勢上直チニナル語ヲ使用スルヲ可ナリト認メタルニ過キシテ其意ハ執行ヲ爲スニ必要ナル時期ヲ超ユヘカラスト云フニ外ナラス例ヘハ債権者カ保證人ニ對シ履行ノ請求ヲ爲シタルニ保證人ハ直チニ検索ノ利益ヲ對抗シテ主タル債務者ニ十分ノ責力アルコトヲ證明シタリト假定セヨ此場合ニ於テ債権者カ即刻主タル債務者ノ許ニ到リ執行シタランニハ必ス全部ノ辨済ヲ得ヘタ而シテ此場合ハ「直チニナル文字ニ極メテ能ク適

合スヘシト雖モ必スシモ此ノ如ク急速ニセツルモ直チニノ語ニ反スルコトナシ即チ債権者カ保證人ヨリ検索ノ利益ノ對抗ヲ受ケタル時ハ夕刻ナリシヲ以テ債務者ニ對スル執行ヲ翌日ニ延シタリトスルモ敢テ直チニノ文字ノ意義ニ反スルモノニアラナルナリ況ヤ主タル債務者カ遠隔ノ地ニ住居セル場合ニ於テハ即刻執行セント欲スルモ事實上爲シ能ハナルニ於テヲヤ即チ斯ル場合ニ於テハ必スヤ自身又ハ其代理人カ其地ニ行カナルベカラス然リ而シテ債権者自身其地ニ行クモ代理人ニ委任シテ行カシムルモ種種ノ用意ヲ整ヘサルベカラス今假ニ主タル債務者ハ大阪ニ住居シ債権者ハ東京ニ住居セリシ而シテ保證人ハ東京ニ於テ檢索ノ利益ヲ對抗シ主タル債務者ハ現ニ資力ヲ有シ而モ日本銀行ノ株主ニシテ其株式ノ所在及ヒ其株式カ他ノ債権ノ擔保ト爲レルモノニアラナルコトヲ證明シタリトセヨ此場合ニ於テハ債権者ハ自身大阪ニ行クヘキカ又代理人ヲ遣スヘキカラス而シテ出發意萬端ヲ整ヘテ兩三日中ニ出發セハ未タ遅レタリト爲スヘカラス而シテ出發後殆ト二十時間ニシテ大阪ニ著シ辯護士ヲ雇フ爲メニ又一日ヲ費シタリトセンカ是レ實ニ必要ナル時間ト謂

フヘシ然ルニ其執行ニ着手スルニ方リ債務者ハ既ニ右ノ株式ヲ賣却シタルカ若クハ他ニ擔保ニ供シタルカ爲メ最早全部ノ履行ヲ爲スコト能ハナルニ至リタリトスルモ此場合ニ於テハ保證人ニモ又債権者ニモ過失アルコトナシ故ニ是レ債権者カ直チニ執行ヲ爲シタルモ全部ノ辨済ヲ得ルコト能ハナル場合ナリ若シ右ノ場合ニ於テ債権者カ執行ヲ爲シタランニハ半額丈ハ辨済ヲ受クルコトヲ得ヘカリシニ債権者カ其執行ヲ怠リタルニ因リ全ク辨済ヲ受クルコト能ハサルニ至リタルナリ例へハ債権者カ右ニ述ヘタルカ如ク迅速ニ執行ヲ爲シタランニハ大阪ニ著シタラン當時ニ在リテ債務者ハ猶ホ半額丈ノ辨済ヲ爲スノ責力ヲ有シタルニ債権者カ執行ヲ怠リ一二箇月ヲ經テ漸ク之ヲ爲シタリトセん此時ハ既ニ一錢タモ辨済ヲ受クルコト能ハサルニ至ルコトナシトセ此場合ニ於テハ債権者ハ更ニ保證人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲ナンカ保證人ハ之ニ答フルニ直チニ執行ヲ爲シタランニハ半額ノ辨済ヲ得ヘカリシナランニ茲甚今日ニ至リ執行シタルヲ以テ一錢タモ得ルコト能ハサルニ至レルコトヲ以テシ半額ニ付テハ義務アルモ他ノ半額ニ付テハ義務ナシトシテ債権者ノ諸

求ノ半ヲ斥ケルコトヲ得ヘシ此一例ニ依リテ以テ検索ノ利益ニ付キ保證人丸一部分人義務ヲ免メル場合アルコトヲ知ルニ足ラン

(三) 分別ノ利益。

「分別ノ利益」之義如何ハ既ニ一言シタル所ノ如シ此分別ノ利益ニ付キ我新民法ニ於ケルカ如キ主義ヲ採用セル立法例ハ寧ロ少數ナラント信ス即チ外國ノ立法例ニ於テハ繼令保證人ニ分別ノ利益ヲ認ムルモ絕對的ニアラスシテ制限的ナルヲ常トス例へハ三人ノ保證人アリ而シテ其中ノ一人カ無資力ト爲リタルトキハ他ノ有資力ノ保證人二人間ニ分別シテ債務ノ半額宛ヲ負擔スヘキモノトセリ此趣旨ヲ推セハ保證人二人アル場合ニ於テ其一人カ無資力ト爲リタルトキハ他ノ一人カ全部ニ付キ義務ヲ負フコトニ歸シ又三人ノ保證人アリトスルモ不幸ニシテ二人共ニ無資力ト爲リタルトキハ他ノ一人ニテ債務ノ全部ヲ負擔セナルヘカラスアルコトト爲ルヘシ此立法例ノ趣旨トスル所ハ他ナシ保證人ハ原則トシテ債務ノ全部ヲ辨済スヘキモノナリ唯他ノ保證人ニモ資力アル場合ニ於テハ其者ヲシテ債務ヲ分擔セシムルモ債権者ハ爲メニ何等ノ不利

益ヲ感スルコトナカルヘキヲ以テ特ニ分別ノ利益ヲ認ムルニ過キスト云フニ在リ然リト雖モ一旦分別ノ利益ヲ認メタル以上ハ此ノ如キ折衷主義トモ稱スヘキモノヲ孰ルハ認レリト謂ハサルヘカラス若シ羅馬法ニ於ケルカ如ク原則トシテ全ク分別ノ利益ヲ認メナルノ制度ナルニ於テハ是レ亦一箇ノ主義トシテ認ムルコトヲ得ヘント雖モ苟モ分別ノ利益ヲ認ムル以上ハ何レノ場合ニ於テモ此主義ヲ一貫セサルヘカラス蓋シ分別ノ利益ナルモノハ債務者カ數人アル場合ニ於テハ其義務ハ債務者間ニ平等ニ分タルルヤト云フ第四百二十七條ノ原則ノ適用ニ外ナラス元來保證人間ニ在リテハ特約ナキ限りハ當ニ債務ニ付キ其利害ヲ同シウスルモノナルカ故ニ保證人二人ナルトキハ即チ第四百二十七條ノ適用ニ依リ各々債務ノ二分ノ一ヲ負擔シ若シ三人ナルトキハ各々三分ノ一ヲ負擔スヘキナリ果シテ然ラハ保證人ノ義務ハ初ヨリ分別セルモノニシテ之ヲ「利益」ト言ハシムヨリハ寧ロ「權利」ト謂フヘキモノナルヲ以テ債権者カ一人ニ對シテ債務全額ノ請求ヲ爲スハ不當ナリ即チ各保證人ニ對シテ一部份宛ニアラサレハ請求スルコトヲ得サルナリ若シ然ラストセハ何故ニ保證人ニ分

別ノ利益ヲ認メタルカ其理由ヲ發見スルコト能ハサルヘシ蓋シ債務者カ數人アル場合ニ於テ其間ニ連帶ナキ限りハ債務ハ原則トシテ等分セラルヘキニ保證人ニ付テノミ分別セラレサル條理ナシ是レ何レノ著書ニモ論述スル所ニシテ佛蘭西民法制定ノ際ニ於ケル政府委員ノ説明モ亦然ルニ非スヤ果シテ然ラハ前ニ述ヘタル如キ折衷的規定ハ論理ノ一貫ヲ缺クモノト謂ハサルヘカラス故ニ一旦分別ノ利益ヲ認ムル以上ハ保證人ハ初ヨリ債務ノ一部分宛ニアラサレハ負擔セストセサルヘカラス即チ債権者ハ原則トシテ各保證人ヨリ平等ニ分別シテ辨済ヲ受クヘキナリ若シスル分別的辨済ヲ受クルコトヲ欲セサルトキハ初ヨリ連帶其他保證人ニ依リテ負擔ヲ異ニスルコトヲ特約スルモ可ナリ是レ契約ノ自由ニシテ毫モ妨ナキ所ナリ然ルニ此ノ如キ特約ヲ爲ナスシテ數人ノ保證人ヲ立テシメ其各自ニ對シ全額ヲ請求スルハ理由ナキコトト謂ハサルヘカラス此點ニ關シテハ舊民法ハ佛蘭西民法ヨリ進歩セル所アントモ其細目ニ至リテハ仍ホ至當ヲ缺クモノアリス

上述ノ如ク保證人カ分別ノ利益ヲ有スルコトハ第四百二十七條ノ適用上當然

ノ結果ニシテ分別ノ利益ヲ有スルト云フカ如キハ寧ロ其當ヲ得スト謂フコトヲ得ヘン唯一ノ疑ハシキ場合ハ數人ノ保證人カ各別ニ保證ヲ爲シタル場合ニ於テハ果シテ分別ノ利益アリヤ否ヤノ點是ナリ羅馬法ニ於テハ純然タル保證ハ主タル債務者ト同時ニ債権者ノ前ニ列席シテ契約ヲ爲スコトヲ必要トシタルモ後世ニ至リテハ斯ル形式ヲ用ヒス簡簡別別ノ行爲ニ因リテ義務ヲ負擔スルモ差支ナキコトト爲レリ例ヘハ甲ハ昨日保證人ト爲リ乙ハ明日保證人ト爲ルモ毫モ不可ナルコトナク又其一人ハ條件附ニテ豫メ保證人ニ立ツモ可ナリ此等ノ場合ニ於テ保證人ハ果シテ第四百二十七條ノ適用ヲ受クヘキモノナルヤ否ヤ是レ稍ヤ疑フヘシト爲ス蓋シ各人簡簡別別ニ義務ヲ負フトキハ各自一人カ保證人ナリト信スルヲ一般トシ債権者モ債務者モ斯ク信スルコト少カラナルヘシ故ニ此等ノ保證人ハ各自全部ノ義務ヲ負擔スルモノト謂フヘク最初ノ保證人ハ自己以外ニ後ノ保證人アルコトヲ知ラス隨テ後日ニ至リテ更ニ保證義務者ノ生シタルカ爲ミニ自己ノ最初ノ義務ノ一部分カ消滅スルノ理ナシト謂フヘキカ如シ然レトモ新民法ハ舊民法ト均シク特約ナキ限りハ

分別ノ利益ヲ有スト定メタリ是レ一旦採リタル主義ヨリ來ルモノニシテ保證人ノ幾人アルト其各保證人カ各箇ノ行爲ニ因リテ保證ヲ爲シタルト將タ又之ヲ爲ス場所カ異ナルトヲ問ハス債務ハ本來唯一ナリ是レ一タヒ全部ノ債務ヲ履行スレハ債務全ク消滅スヘキニ由リテ明カナリ勿論學理上ニ於テハ各簡單獨ニ之ヲ觀察スルコトヲ得ヘシ即チ主タル債務者ハ債權者ニ對シテ一定ノ債務ヲ負ヒ保證人ノ一人甲モ亦債權者ニ對シテ一定ノ債務ヲ負ヒ乙丙亦然リ然ラハ則チ四箇ノ債務關係アルコト疑ナシト雖モ債務ノ目的ハ則チ一ニシテ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサルトキハ之ニ代リテ履行スヘシトノ唯一ノ目的ヲ有スル義務ヲ負ヘル者三人アリト云フニ外ナラス果シテ然ラヤ此場合ハ一箇ノ債務ニ關シテ債務者カ數人アル場合ナリ縱令保證人カ同時ニ保證ヲ爲シタルトキト雖モ債務關係ハ四箇成立スルカ故ニ數多ノ債務關係アルヲ以テ第四百二十七條ノ適用ナシト謂フコトヲ得スはレ保證債務ノ場合ニ止マネ普通ノ債務ノ債務者カ數人アリテ而モ同時ニ同一體様ノ債務ヲ負ヒタル場合ト雖モ仍ホ債務者ノ頭數ニ應シタル債務關係アリ而シテ第四百二十七條ノ適

用ヲ受クヘキナリ普通ノ債務ニシテ既ニ然リトセハ保證ノ場合ニ於テモ亦同シカラサルヘカラス是レ各保證人カ各別ノ行爲ヲ以テ保證ヲ爲シタル場合ニ於テモ仍ホ第四百二十七條ノ適用トシテ分別ノ利益アリト規定シタル所以ナリ第四百五十六條ニ曰ク
「數人ノ保證人アル場合ニ於テハ其保證人カ各別ハ行爲ヲ以テ債務ヲ負擔シタルトキト雖モ第四百二十七條ノ規定ヲ適用ス。」
此規定ニ依レハ別段ノ意思表示ナキトキハ債務者ハ各自平等ニ義務ヲ負擔スヘキナリ然リト雖モ實際ニハ別段ノ意思表示アルコト頻繁ナラント思惟ス即チ既ニ保證人ノ存セルニ拘ラス尙ホ他ノ保證人ヲ附加スル場合ニ於テ債權者ハ特約ヲ以テ第一保證人タル甲カ全部ノ義務ヲ負フモ若シ甲カ其債務ヲ履行セナバトキハ他ノ保證人タル乙丙モ亦各全部ノ義務ヲ負フヘシト定ムルモ敢テ妨ナキナリ而シテ此ノ如キ特約ヲ爲セハ則チ甲ノ債務ハ毫モ變更ヲ受ケナルヘシ然レトモ若シ此ノ如キ特約ナクシハ自ラ債務ノ各保證人間ニ分タルルコドヲ債權者カ承諾シタルモノト看ルヘキノミ但前ニ一言シタル如ク保證人

カ數人アル場合ニ於テハ初ヨリ其負擔部分ヲ定メ置クコト亦頻繁ナルヘシ
分別ノ利益ニ對シテハ特約ヲ爲スコトヲ得ルコト右ニ述ヘタルカ如シ而シテ
其特約ノ一ト看ルヘキモノヲ連帶保證トス蓋シ連帶ハ各債務者ヲ唯一ノモノ
ト看做スモノナルカ故ニ保證人間ニ連帶ヲ約シタルトキハ各保證人ハ唯一ノ
保證人ノ如ク看做サレ隨テ分別ノ利益ヲ有セサルナリ數人ノ保證人カ主タル
債務者ト連帶セル場合亦然リ此等ノ場合ニ於テハ主タル債務者カ債務ヲ履行
セナルトキハ保證人ハ一人ニテモ債務全額ヲ辨済セサルヘカラス各保證人カ
箇箇別別ニ主タル債務者ト連帶シテ保證ヲ爲セリトスルモ亦同シ即チ此場合
ニハ保證人各自カ主タル債務者ヲ通シテ連帶スルコト爲ルナリ詳言スレハ
甲者先づ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負フトキハ債權者ハ之ヲ唯一ノ債務
者ト看做スヘタ次ニ乙者カ同一債務ニ付キ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負
ヘリトセハ是レ亦債權者ヨリ唯一ノ債務者ノ如ク看做サルヘタ次ニ兩者カ同
一義務ヲ負フモ亦然リ然ラバ債權者ヨリ之ヲ觀レハ主タル債務者及ヒ甲乙丙
ノ四人ハ各々唯一ノ債務者ノ如クニシテ能ク連帶ヲ定義ニ適合ス此場合ニ於テ

甲乙丙三人ノ間ニハ何等ノ契約ナシト雖モ主タル債務者ト共ニ連帶債務ヲ負
ヘルモノニシテ何レニ分別ノ利益ヲ有セス但其保證人中ノ一人ノミカ主タル
債務者ト連帶セルニ過キサルトキハ他ノ保證人ハ分別ノ利益ヲ有スヘシ故ニ
甲者ノミカ連帶シタル場合ニ於テハ債權者ハ甲者ニ對シテハ債務全部ノ辨済
ヲ請求スルコトヲ得ヘシト羅モ乙丙ニ對シテハ各三分ノ一ヲ請求スルコトヲ
得ルノミカ連帶シタル場合ニ於テハ保證人中ノ一人ノミカ主タル債務者ト共ニ
以上ヲ以テ分別ノ利益ヲ説キ了リタルト同時ニ保證人ノ有スル三利益ノ説明
ヲ了レリ諸ブ是ヨリ主タル債務ト保證債務トノ間ニ於テ相互ニ及ホス影響ヲ
説カシム
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、其他時效ノ中斷、ハ保證人ニ對シテモ其效
力カフ、生ス。」
（一）請求其他時效ノ中斷、
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、其他時效ノ中斷、ハ保證人ニ對シテモ其效
力カフ、生ス。」

保證人ハ所謂從タル債務者ニシテ其債務ハ主タル債務ノ運命ニ伴フモノナリ而シテ他ノ一方ニ於テハ債権者ハ主タル債務者ニ對シ請求ヲ爲シタル後ニアラサレハ保證人ニ對シテ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ス故ニ第四百五十七條ノ規定ナクンハ債権者ニ於テハ甚タ迷惑ヲ感スヘシ蓋シ債権者ハ法律ノ規定ニ從ヒ先ツ主タル債務者ニ對シテ請求ヲ爲シタルニ主タル債務者カ履行ヲ爲サナルヲ以テ更ニ保證人ニ對シテ請求ヲ爲シタリトセンカ此場合ニ於テハ少クトモ一兩日ヲ要スルコト多カルヘシ而モ債権者ニハ毫末ノ怠慢ナシ故ニ主タル債務者ニ對スル履行ノ請求ハ保證人ニ對シテモ效力ヲ生スルモノト定ムニアラサレハ債務者ノ爲メニ不公平ナリ加之若シ此規定ナカリセハ保證人ノ爲メニモ却テ不利益ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ債権者カ主タル債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲シタルモ債務者カ履行ヲ爲サナルトキハ直チニ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ場合ニ依リテハ多少ノ猶豫ヲ與フレハ債務者自ラ履行ヲ爲スコトヲ得ルコトアリ此場合ニ於テ若シ主タル債務者ニ對スル請求カ保證人ニ對シテモ效アリトセハ債権者ハ其猶豫ヲ與

フヘケレハナリ是レ管ニ主タル債務者及ヒ保證人ノ爲メニ利益ナルノミナラ
ニ國家ノ經濟上ニ於テモ利益ナリト謂フヘシ即チ此ノ如クセハ其間ニ於テ徒ニ金錢ヲ授受スルノ煩ヲ避ケ日時及ヒ費用ヲ空費スルノ結果ヲ避クルコトヲ得ルノミナラス保證人カ損失ヲ被ルコト勘キニ利アレハナリ蓋シ債権者モ多クノ場合ニ於テハ猶豫ヲ與フルコトヲ欲セサルニ非スト雖モ若シ債権者カ主タル債務者ニ對シテ爲シタル請求カ保證人ニ對シテ效力ナシトセハ債権者ハ自己ノ利益ノ爲メニ已ムヲ得ス直チニ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スニ至ルヘシ是レ却テ保證人ノ爲メニ不利益ナル所ナリ故ニ專ロ主タル債務者ニ對スル請求ハ保證人ニ對シテモ效力アリトスルヲ以テ總テノ人ノ利益ト謂ハサルヘカラス
時效ノ中斷ニ付テモ亦然リ主タル債務者ニ對スル時效ノ中斷カ保證人ニ對シテ效力ヲ生セストセハ縦合主タル債務者ニ對シテ時效ノ中斷ヲ爲シタリトスルモ尙ホ進ミテ保證人ニ對シテ時效ヲ中断スルニアラスンハ保證人ハ其義務ヲ免ルルコトアラン例ヘ十年ノ時效ニ因リテ消滅スヘキ債権ニ付キ九年十

一箇月二十九日ヲ經過シ餘斯所僅ニ一日ニ過キサル場合ニ於テ債權者ハ主タル債務者ニ對シ時效中斷ノ方法ヲ行ヘルモ保證人ニ對シテ其效力ナシトセバ債權者ノ迷惑タル想フヘシ即チ僅ニ一日ヲ經過セハ保證人ノ爲メニハ完成シ保證人ハ其義務ヲ免ルヘタ之カ中斷ヲ爲シント欲スルモ既ニ遲キヲ奈何セん今假ニ一日中ニ主タル債務者及ヒ保證人ニ對シテ時效中斷ノ行爲ヲ以スコトヲ得ヘシトスルモ保證人ノ財產ヲ差押フルカ如キコトアルヘシ是ヲ以テ主タル債務者ニ對スル時效中斷ハ保證人ニ對シテモ其效力アルモソトセリ

抑モ履行ノ請求ハ如何ナル效力ヲ生スルカト云フニ其著シキ效力ニアリ其一ハ期限ノ定ナキ債務即チ所謂單純債務ニ付テハ履行ノ請求ノ時ヨリ債務者カ遲滞ノ責ニ任スルニ在リ即チ金錢債務ナランニハ其時ヨリ法定利息ヲ附スヘキモノト爲リ即チ損害賠償ノ責任ヲ生スヘシ又債務ノ目的タル特定物カ履行ノ請求アリタル後天災ニ因リテ滅失シタラシニハ原則シテ債務者ハ損害賠償ノ責ニ任スヘシ其二ハ時效ノ中斷アルコト是ナリ此ノ如ク債權者カ主タル債務者ニ對シテ請求ヲ爲シタルトキハ右二種ノ效力ハ保證人ニ對シテモ亦生

スヘシト雖モ之ニ付キ少シク疑アルハ第四百四十七條第一項ニ依レハ保證債務ハ主タル債務ニ關スル利息、違約金、損害賠償其他總テ其債務ニ從タルモノヲ包含ストアリ而シテ此利息中ニハ約定利息ヲモ含ムヲ以テ此事ハ姑ク措キ違約金損害賠償即チ不履行ノ場合ニ支拂フヘキモノハ遲滞ノ責ニ任スヘキ債務者ニ限り負擔スヘキモノナリ故ニ單純債務ニ於テハ履行ノ請求ヲ爲シタルモ債務者カ之ニ應セサルトキハ違約金又ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ然ラハ則チ履行ノ請求カ保證人ニ對シテモ效アルコトハ既ニ第四百四十七條第一項ノ規定ニ因リテ明カルニ非スヤ蓋シ第四百四十七條ハ主タル債務者カ支拂フヘキ違約金損害賠償ヲ保證人ニ於テ負擔スル義務アルコトヲ定メタルモノナリ而シテ保證人カ自己ノ債務ノ履行ヲ怠リタル爲メニ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務ヲ負フコトハ固ヨリ當然ノ事ニシテ第四百四十七條ハ之ヲ言ハント欲セシモノニアラス唯主タル債務者カ違約金損害賠償ノ義務ヲ負ヘルニ拘ラス之ヲ履行セサル場合ニ保證人カ其責ニ任スヘキコトヲ規定セルモノナルコト前ニ述ヘタルカ如シ果シテ然ラハ第四百五十七條ノ規定中履行ノ請

求ニ關スル點ハ不要ニアラサルカト云フノ一點ナリ此疑問タルヤ一見理アル
カ如シト雖モ其實決シテ然ラス若シ明文ヲ缺ケハ法典トシテ完全ナルモノト謂フコト
ヲ得ス蓋シ第四百四十七條ハ極メテ廣汎ナル規定ニシテ期限附債務ニ付キ債
務者カ期限ヲ經過スルモ履行ヲ爲ササル場合モ亦同條ニ包含スヘキヲ以テ假
ニ主タル債務者ニ對スル履行ノ請求ハ其效力ヲ保證人ニ及ホナストスルモ第
四百四十七條第一項ノ規定ヲ設クルノ必要アリ若シ夫レ本條ノ規定ナカラ
カ或ハ下ノ如キ解釋ヲ爲スコトヲ得ヘシ即チ原則トシテハ保證人ハ主タル債
務者ノ負擔スヘキ違約金損害賠償ヲ支拂ハナルヘカラス是レ期限附債務ノ場
合ニ在リテハ常ニ然ルヘキモ若シ單純債務ナルトキハ履行ノ請求ヲ爲スコト
ヲ要ス即チ債権者ハ主タル債務者及ヒ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スニアラサレ
ハ保證人ヲシテ違約金損害賠償等ノ債務ヲ負ハシムルコトヲ得ス若シ然ラス
シテ通常ノ順序ニ依リ先ツ主タル債務者ニ請求シ債務者カ履行ヲ爲ササル場
合ニ於テ始メテ保證人ニ請求ヲ爲スモノトセハ保證人ハ自己カ請求ヲ受ケタ

法學志林

第三十五號 九月二十日發行

志 林

毎月一回十五日發行○定價一冊金十錢郵稅一錢

校友、生徒、校外生ニ限リ特價一冊金八錢郵稅一錢

十冊前金七十錢郵稅十錢

- 電報ノ偽造ヲ論ス
- 最近判例批評
- 商號ニ就テ

纂 論

○取引所

解 疑

- 留置權ノ發生ト占有トノ關係
- 罪名ヲ異ニセラレ帶控訴
- 條約成立ノ時期
- 竹木ノ生存間ヲ限トシタル地上權ノ效力
- 公用物ノ意義
- 巡查ノ抜剣及ヒ憲兵ノ兵器使用ノ性質
- 其他判例、雜報、記事數十件

發 行 所

司法省指定

和佛法律學校

文部省認定

法學博士 豊 島 直 通
法學博士 梅 謙 次
法學博士 富 谷 鮎 太 郎
法學士 中 山 山 猶 夫
法學士 岡 成 雅 太 之
法學士 岡 實 邱 介 義 章

明治三十五年九月廿九日印刷

明治三十五年九月三十日發行

東京市葛飾區南船橋町二十七番地

發行者

松田久次郎

東京市牛込區矢來町三番地

印刷者

小宮山信好

東京市芝四ノ久保明舟町十一番地

印刷所

金子活版所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

司法省
指定

和佛法律學校

(電話番號百七十四番)

明治二十二年十二月九日內務省許可

