

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

和佛法律學校

講義錄

第一卷

號外之貳拾參

民法原理
總論

編者
(自四七五)
法學博士梅

謙次郎



090
1900
1-2-23

債權者タリ債務者タルヲ以テ自ラ辨濟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縱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權者タルヲ以テ此者ハ債權者トシテハ乙丙ニ對シテ金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濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ自己ノ負擔部分ヲ辨濟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權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予ノ說ニ依レハ甲自ラ辨濟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過キスト云フニ歸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ニ得ストト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濟ヲ爲シシナ

民法原理 債權編 多數債務者ノ擔保

ヲハ甲ハ乙ニ對シテ千圓ヲ支拂ハサルヘカラス即チ廣キ意味ニ於ケル擔保義務ヲ有ス此義務者カ自ラ乙ニ對シテ其義務ノ原因ト爲ル所ノ全部ノ請求ヲ爲スコト能ハス即チ此等ノ擔保義務ヲ負擔スル者カ他ノ者ニ向ヒテ擔保義務ノ生スル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於テ丙ノ負擔部分ハ甲ト乙トカ半額宛之ヲ分擔セザルヘカラスア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「辨濟ヲ爲シタルモノト看做ス」規定モハ此說ニモ予カ説明シタル結果ニ歸スヘキナリ第三ノ說明ハ前ニ述ベタル訴權ノ輪回ノ點ヨリスルモノナリ即チ甲カ債權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リタルモノノ一部分ヲ乙ヨリ請求セザルモノトト爲ルヲ以テ初ヨリ請求シテ受取ラサルニ如カス第四百三十八條ハ即チ此訴權ノ輪回ヲ避ケタルカ爲メニ設ケタルモノニシテ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ヌヨリハ初ヨリ二千圓ヲ受取ルハ便利ナルニ如カス第二ニ不公平ノ結果ヲ除ク即チ甲カ全部ノ辨濟ヲ受ケ而モ未

ク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此等ノ弊害ヲ除クカ爲メ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說ト同一結果ニ歸著スルモノナリ唯予ハ第一ノ說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說ヲ附加スルハ妨ナキ所ナリ

(六) 時効 一人ノ債務者ニ對シテ時効カ完成シタル場合ニ他ノ債務者ニ對シテ時効力及ホ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「連帶債務者ノ一人ノ爲メニ時効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」

時効ハ相殺、免除混同等ト同シテ債務消滅ノ一原因ナリ時効ニ因リテ連帶債務者ノ一人カ債務ヲ免レタル場合ニ於テ右ノ明文ナカラスカ其結果如何ト云フニ債權者ハ時効ノ利益ヲ援用スル債務者ニ對シテ履行ヲ求ムル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權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請

求ヲ爲スコトヲ得ヘシ然ルニ時効ハ免除相殺又ハ更改等ト同一視スル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効ヲ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ヘハ乙カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルヲ以テ甲ニ對シテ求償權ヲ行ヒタリトセンニ甲ハ時効ヲ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ダ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ハ此ノ如クモサレ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濟ヲ受クルコトヲ得ヘシトハ頗ル條理ニ合ハサ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同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効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力長期間

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効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ズ丙ノ實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増加シタルモノト謂ハサ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償權ヲ有スルナリ諸君或ハ曰ハン一人ニ付テ既ニ時効ヲ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シカ爲タモ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爲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爲ヨリ生シタル債務ハ時効期間五年ニシテ他ノ債務ハ十年ナリ故ニ甲ニ對シテハ時効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ラルリテ他ノ連帶債務者ハ單純債務ヲ負フコトアリ隨テ單純債務ニ付テハ時効ハ早ク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効カ完成スルモ他ノ人ニ對シテハ完成セザルコトアリ得ルナリ又時効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(請求ニ依ル時効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ヘキ者ト然ラサル者トヲ生ス又時効停止ノ原因ハ八ニ就テ存スルモノ多キヲ以テ是レ亦時効完成ノ遲速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ハ第五百五十九條乃至第六十一條等ノ場合ニ於テハ債務者中ノ一人ニ對シテ時効ノ停止アリ他ノ者ニ付テハ其停止スラズナルコトアリテ隨テ時効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又連帶債務者中ノ一人ノ債務者以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ル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蓋シテ連帶債務者相互間ノ關係ハ第一債務者ト債務者トノ關係ヲ表ハスニ過キス即チ二人以上ノ債務者カ連帶ナリト云フトキ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ルノ謂ニシテ是レ則チ連帶ノ性質ナリト謂フヘシ而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ノ全部ヲ負擔スルコトアリ或ハ三人ノ債務者中二人ノミヲ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ヘシ今簡單ナル例ヲ舉ケテ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ノ唯一ノ債務者ノ如ク

看做一人ニ對シテ金額ヲ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク其他債權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ヘ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眞ノ借主ニシテ他ノ二人ハ種ト保證人タルノ状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尠シトセス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ヘハ債務ノ金額ヲ三千圓ト假定セ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權者ニ對シテハ何レノ場合ニ於テモ甲乙丙各唯一ノ債務者ト看做サルカ故ニ債權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ホ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ザ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又丙ノ債務者ト債務者ト第一ノ場合即チ甲一人カ債務ノ金額ヲ負擔セル場合ニ於テ甲カ其全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ債務ハ全ク消滅スヘシ即チ當ニ債權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クハ丙カ辨濟ヲ爲シタルトキハ其全部ノ辨濟タルト一部ノ辨濟タルトヲ問ハス其辨濟額ヲ甲ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘシ然レトモ第一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濟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又甲乙二人ノ間ニ於テ消費シタル金額ニ差等アラハ各其消費シタル額ヲ辨濟スヘシ然レトモ亦前ノ場合ト同シク何等ノ關係ヲモ殘スコトナシ然レニ若シ右ノ如キ方法ニ依リテ履行ヲ爲スニアラスンハ竟ニ債務者間モ一種ノ關係ヲ殘スニ至ルヘシ例ヘハ全部又ハ一部ノ辨濟ヲ爲シタル者カ丙ニシテ元來一厘タリトモ消費セザリシ者ナリトセシカ當然其辨濟額ヲ甲又ハ乙ニ對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缺タズ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ジテ義務ヲ負フヘキモノトス故ニ全ク負擔部分ヲ有セザ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済シタルトキハ自己ノ負擔部分ヲ除キタル殘額ニ付キ乙ニ請求スルコト得ヘ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済ヲ爲シタル場合ニ於テモ其理亦同シ

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済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済シタルトキ例ヘ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済スレハ足ルニモ拘ラス全部ヲ辨済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ヘシ但其請求額ハ各自ノ負擔部分ニ付テノミ爲シ得ルコト前述ノ如ク且乙及ヒ丙ハ未タ辨済ヲ

爲テナリシコトヲ要ス若シ又乙カ千五百圓ヲ辨済シタルト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モ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ルトキ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

以上述べタル如キ債務者間ノ關係ヲ名クテ**求償權ノ關係**ト謂フ予ハ先ツ此求償權ノ原則ヲ論シ次ニ特別ノ關係ニ及ハント欲ス

連帶債務者中甲一人ニミテ**求償權ノ原則**ニ對シテハ其自己ノ負擔部分ニ付キ求償權ヲ有ス

連帶債務者ハ一人カ債務ヲ辨済シ其他自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ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

今ハ單ニ辨濟ノ例ノミニ就テ說明セリ蓋シ辨濟ノ場合ハ最モ普通ニシテ且最モ明瞭ナル場合ニ屬スレバナリ然レトモ總令辨濟ニアラサルモ自己ノ出捐ヲ以テ免責ヲ得タルトキ例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ビ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濟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濟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濟ナラサルモ亦辨濟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是合ニハ特ニ辨濟ヲ爲シタルモ之ト看做スト云ヘ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レタリトセ

シ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ハ連帶債務ノ成立ニ付キ債權者ト債務者トノ間ニ爭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濟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サ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濟ノ場合ニ於ケ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シ

然ラハ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「連帶債務者中一人ニ付テハ其負擔部分ノ一ノ部ヲ履行シ、前項ノ求償ハ、辨濟、其他免責アリタル日以後、ノ法定利息及ヒ遅延ノコトヲ得、ナリ、シ、費用、其他ノ損害、賠償ヲ包含ス、其ノ餘、其負擔部分ノ一ノ部ヲ履行シ、

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サザリシヲ以テ他人ヲシテ償ハシムヘキモノアラザ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ズ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ヘ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ズルコト明カナリ又債務者ノ一人甲カ代理ヲ委任セラレタルニアラサ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モ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ノ效力ハ全債務者ニ及ブ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ズルモノトス蓋シ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産編第五〇六條第二項故ニ舊民法ニ從ハ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ルノ結果ヲ生ズルモノトセリ新民法ハ此ノ如キ推定ヲ爲サスト雖モ前例ニ於ケル如キ代理關係ヲ生ズ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ス唯免除ヲ受タ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モルカ爲メ驛車又ハ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

右ノ外尙ホ出捐ヲ以テ免責ヲ受タル場合紛シトセス而シテ辨濟以外ノ場合ニ於テハ其出捐額ト債務額トノ間ニ差異アルコト珍シトセス例ヘハ純然タル更

改ヲ爲シタルトキノ如キ若クハ後ニ説明スヘキ代物辨濟ヲ爲シタル場合ノ如キモ辨濟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價額ヲ指スモノニシテ其價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觀察セタ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ルルコトヲ得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モハ出捐者ハ不當利得ヲ爲スコトト爲ルヘシ辨濟ノ場合ニ於テモ亦之ト同一ニシテ其辨濟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ヘハ債權者ト裁判ノ結果三千圓中千圓ノ免除ヲ得二千圓ヲ辨濟シタリトモ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ヘキ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ヘハ債務者ノ一人甲カ三千圓ノ負債ニ對シ實

價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バ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ニ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宛ニ付キ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濟ヲ爲シ若クハ辨濟ニ代ヘテ他ノ行爲ヲ爲シタルカ如キハ畢竟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メニ他ノ債務者ノ利益ト爲ルモノナルカ故ニ其辨濟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內ノ出捐ヲ爲シテ以テ債務ヲ免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カラス是レ

實ニ法律ノ精神ナリ是故ニ法律ハ他ノ債務者ヲシテ辨濟其他免責行爲ヲ爲シタル日以後ノ法定利息ヲ拂ハシムルコトトモ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ク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濟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ア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高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慢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狀態ナルカ故ニ若シ事情已ムコトヲ得シテ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

額ニ對スル求償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濟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濟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償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サルヘカラス然ルトキハ自ラ其費用ヲ要スヘク假令金錢ヲ送付ト雖モ其手数料至テ僅少ナルニ拘ハラズ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リテ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タ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ス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タレハ例ヘハ他ノ債務者乙丙カ義務ヲ果タ
 ナナルニ因リ甲カ自己ノ營業資本ニ充テシカ爲メニ準備セル金錢ヲ投シテ以
 テ全部ノ辨濟ニ充テ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
 辨濟ニ充テ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産ヲ賣却シテ以テ辨濟
 ヲ爲シタル場合ノ如キモ違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モ亦之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
 ニ前掲ノ方法ヲ取リ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
 タ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

斷ヲ以テ高利ノ金錢ヲ借リ若クハ自己ノ財産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竣タス
 之ヲ要スルニ全部ノ辨濟ヲ爲シタル債務者ハ一部分ニ付テハ他ノ債務者ノ利
 益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りハ
 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ノミ存スル代位ナ
 ルモノニ就テ説明セシムル第五百條ニ規定セル所ニシテ其詳細ニ至リテハ之
 ヲ後ニ譲リ今其大體ヲ説明センニ債權者カ有セシ所ノ一切ノ權利ヲ辨濟者カ
 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ヘハ
 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
 定センニ甲ハ乙及ヒ丙ニ對シテ各千圓宛テ請求シ若シ乙丙共ニ全ク辨濟セテ
 ルカ或ハ其中一人カ辨濟セタルトキハ其抵當權若クハ質權ヲ實行シテ之ニ依

リテ辨済ヲ受ク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
 縱令一人カ辨済ヲ爲スモ他ノ一人カ辨済ヲ爲ササルトキハ抵當權又ハ質權ハ
 全部ノ辨済ヲ受ク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債權ヲ保護スルカヲ知ルニ足ルヘシ
 以上ハ第一段求債權ノ原則ナリ
 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ニ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ヘハ茲ニ三千圓ノ債務ヲ履行セントスルニ當リ
 テ四千圓ノ出捐ヲ爲シタルトキハ千圓ハ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埃タサル所ナリ今茲ニ論セント欲スル所ノモノハ特ニ求

債權ノ行使ニ付テ直接ノ關係ヲ有スル過失ニシテ全ク特別ノ場合ナリトス即
 チ第四百四十三條ニ規定セルモノ是ナリ同條ニ曰ク
 連帶債務者ノ一人カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルコトヲ他ノ債務者ニ通知セ
 スシテ辨済ヲ爲シ其他自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タル場合ニ於テ他
 ノ債務者カ債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ヲ有セシトキハ其負擔部
 ニ付キ之ヲ以テ其債務者ニ對抗スルコトヲ得但相殺ヲ以テ之ニ對抗シタル
 トキハ過失アル債務者ハ債權者ニ對シ相殺ニ因リテ消滅スヘカリシ債務ノ
 履行ヲ請求スルコトヲ得
 是レ同條第一項ノミノ規定ナレトモ此中ニ包含セル場合頗ル多シ今一一之ヲ
 説明スルノ必要ナキカ故ニ主要ナル一二ノ場合ヲ説明スルニ止ムヘシ其他ハ
 以テ顯推スヘシ
 第一ノ場合ハ例ヘハ甲カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルニ當リ乙丙ニ何等ノ通知
 ヲモ爲サスシテ辨済ヲ爲シ而シテ更ニ乙丙ニ對シテ求償ヲ爲シタリトセンカ
 若シ乙丙ノ債務ハ無能力ノ間ニ取結ヒタル契約ヨリ生シタルモノナルカ故

ニ素ト取消スコトヲ得ヘキモノナリ若シ爾カ未ダ辨濟ヲ爲ササルニ當リテ予ニ通知セシ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バ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ラハ當初乙ノ負擔スヘキモノト假定セラレタル千圓何人ノ負擔ニ歸スヘキカ是レ場合ニ依リテ必スシモ同シカラサ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ザ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增加スルニ至レリ)是レ第四百三十三條ノ規定ト相待テ解釋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スシモ右ノ如クナルコトヲ得ス例ヘハ債權者カ乙ノ無能力ナルヲ知ルモ之ヲ甲丙ニ告タルトキハ連帶ヲ爲ササルヘキヲ慮リ默シテ之ヲ告ケザリシカ故ニ甲丙ハ全ク乙ノ無能力ナルコトヲ知ラスレテ連帶ヲ約シタルカ如キ場合ニ於テハ債權者ハ惡意ヲ有スルモノ即チ若シ過失下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

ルヘカラス殊ニ甲及ヒ丙カ乙ノ能力ヲ疑ヒ之ヲ債權者ニ實シタルモ債權者カ故ラニ之ヲ蔽ヒタルニ由リ爲メ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ヨリ債權者ニ於テ負擔セサルヘ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ノ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爲ニ因ル責任トシテ其過失又ハ詐欺ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償セサルヘ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サルヘカラス故ニ若シ甲丙カ一且全額ヲ辨濟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濟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ルモ債權者ノ過失若クハ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ルヲ以テ之ヲ相殺シテ千圓ヲ辨濟シ以テ債務ヲ消滅セシムルコトヲ得ヘシ故ニ第四百三十三條ノ規定アルニ拘ラス他ノ債權者カ取消權ヲ有スルヤ否ヤヲ知ル間接ノ必要アリ何トナレハ第四百四十三條ハ此場合ニモ適用セラレベクナリ

右ノ外尚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ヌ例ヘハ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シニ債權者カ乙ニ對シテ請求ヲ爲サシメ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ズシテ債權者ノ請求ニ應ジ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セ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ヲ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圓ノ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ニ拘ラス何等ノ通知ヲモ爲サスシテ直チニ全部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ヌト主張スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テ乙カ責任ヲ免ルルコトヲ得ルコト法文上毫無疑ヲ容レサル所ナリ是レ他カ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乙ハ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ハ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タヘカリ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ノ利得ヲ受ケ甲ハ綜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問ニ付スルコトヲ得ヌ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無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一ノ疑問ニ屬ス若シ初メ辨濟シタル三千圓ヲ中千圓ハ過剩ナリシトシテ之カ返還ヲ求メ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

乙ハ素ト其債權ヲ有セシカ故ニ甲ニ對シテ支拂ヲ拒ミタルモ債權者ニ對シテハ會テ相殺ヲ對抗シタルコトナシ然ルニ相殺ナル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カ故ニ右ノ場合ニ於テ債權者タル乙カ其債權ニ付テハ債務者タル連帶債務ノ債權者ニ對シテ意思表示ヲ爲スニアラスンハ其債權者ニ對シテ相殺ノ行ハレザルコト言フヲ埃タス然ルニ乙ハ會テ債權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ザル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ルトキハ債權者ハ其干圓ヲ乙ニ返濟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レタリシコトヲ表彰スルモノニシテ是レ法律ニ於テ認メザル所ナリ且此ノ如クセハ會ニ煩雜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ク理論ニ拘ルヘカラス是ニ於テカ結果債權者ヨリ直チニ甲ニ返還セシムルノ外ナシ但漢然前ニ受取リタル千

圓ヲ返還スルト云フヲ以テ足レリト爲スストヲ得ス然ラハ甲カ債權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ザルヘカラザ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カ如シ何トナレハ甲カ債權者ニ三千圓ノ辨濟ヲ爲シタル當時ニ在リテハ其辨濟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タ對抗ヲ爲サザル前ニ於テハ三千圓ノ債權ハ全部存在シタルモノナルカ故ニ甲カ之ヲ辨濟シタルハ當然ノ事ニシテ其辨濟ハ全部有效ナリシモノト謂ハザ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權者ノ債權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ザル事ニ屬ス加之實際ニ於テモ債權者ハ辨濟トシテ三千圓ヲ領收シ以テ自己ノ債權ヲ行使シ了リタルモノナリ然ルニ乙カ債權者ニ對シテ有セル債權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ク無効ニ歸セシムルコトハ實際ニ於テモ必要ヲ見ザル所ナリ蓋シ債權者カ辨濟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ハ抵當若クハ質ヲ以テ擔保セルモノナル場合ニ於テハ成ルヘク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權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ザ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權者ニ對スル意思表示ト視ルコトハ既ニ其當ヲ得ス況キ有效ニ消滅シタル債權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於テヲヤ是レ我民法ノ之ヲ採用セザリシ所以ナリ以上論スル所ニ由リテ觀レハ結局乙カ債權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ササルヘ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サ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權ヲ消滅セシムルニ在レハナリ次ニ債權者ニ於テモ既ニ全部ノ辨濟

ヲ受ケタル以上ハ乙ニ對スル債務ハ自ラ別ニ之ヲ辨濟スルノ心算ヲ有シタルモノト謂スヘク已ニ此意思アラシカ其債務ハ履行ヲ受ケタル者カ乙タルト將タ甲タルトヲ問フコトヲ要セザルナリ最後ニ甲ニ在リテモ亦別ニ異議アルノ理ナシ何トナ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スナルニ右ノ規定アルカ爲メニ其損失ヲ免レ唯過失ナカリシナラハ當然乙ニ對シテ千圓ノ請求ヲ爲シ得タル代ハリニ今ハ債權者ニ對シテ同一金額ノ請求ヲ爲ササルヘカラスナルニ過キナレハナリ唯事實上乙ニ對シテ請求スルト債權者ニ對シテ請求スルトニ於テ孰レカ利益ナルカ換言セバ其孰レカ資力ニ富ムカノ問題ヲ殘スノミ故ニ原則トシテハ甲カ損失ヲ被ルモノト謂フコトヲ得ス況ヤ乙カ債權者ニ對シテ有セシ所ノ債權ニハ前述ノ如ク擔保ノ附隨セルコトナシトセザルニ於テヲヤ斯ル場合ニ於テハ乙ニ對シテ請求スルヨリモ却チ甲ノ利益ト爲ルコト多カルヘシ故ニ右ノ規定ハ極メテ穩當ナル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債權ヲ有シ乙ハ更ニ債權者ニ對シテ債權ヲ有スルモノトス

ルモ歸著スル所ハ同一ニ非スヤト又或ハ曰ハシテ「辨濟者甲カ他人ノ債權ヲ代リ
 ナ行フカ如キコトヲ要セス單ニ甲ヨリ直チニ債權者ニ對シテ前ニ辨濟シタル
 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姑ク措キ實
 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スヤ」ト是レ兩ナ
 カラ非ナリ論フ之ヲ論セン

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
 方ニ於テハ債權者ニ對スル債權ノ履行ヲ求ムルコトヲ得ルコトヲ爲ルカ故ニ
 乙ハ償還ヲ爲サンカ爲メ先ツ千圓ノ現金ヲ調ヘ之ヲ甲ニ辨償シ而シテ更ニ債
 權者ニ對シテ千圓ヲ請求セザ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權者カ無資力ト爲ルトキハ其結果ハ全
 ク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
 シテ毫モ損失ヲ被ラシムヘキニアラス甲コト實ニ乙ニ通知セスシテ辨濟シタ
 ルノ過失アルカ故ニ債權者ノ無資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ノ危險トハ甲ノ辭スルコトヲ得ザル所ニシ

テ決シテ之ヲ乙ニ負擔セシムルコトヲ得ヌ即チ甲ハ乙ニ對シテ先ツ求償權ヲ
 行ヒタルニ乙之ニ應セスシテ相殺ヲ對抗スルトキハ甲ハ轉シテ債權者ニ對シ
 テ請求スルノ外ナク其間ニ於テ債權者カ無資力ト爲ルコトアラハ已ムコトヲ
 得ヌ自ラ其結果ヲ受タヘキノミ是レ素ト甲ノ過失ニ基クモノニシテ自業自得
 ト謂ハサルヘカラス

第二ノ批難ハ等シク債權者ニ請求スル以上ハ他人ノ債權ノ履行ヲ求メザルモ
 自己ノ爲シタル過剩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
 在レトモ前ニモ一言シタル如ク乙ノ債權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濟シタルモノヲ返
 還セシムルト乙ノ債權ヲ代リ行フトハ甲ノ爲メニ頗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濟ヲ爲シタルモノヲ返還セシムルハ理論
 上頗ル不當ナルニ於テヲヤ是ヲ以テ我民法ハ第二ノ批難ニ從ハズリシナリ若
 辨濟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曰ク

連帶債務者ノ一人カ辨濟其他自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タルコトヲ
 其他ノ債務者ニ通知スルコトヲ怠リタルニ因リ他ノ債務者カ善意ニテ債權者
 ニ辨濟ヲ爲シ其他有價ニ免責ヲ得タルトキハ其債務者ハ自己ノ辨濟其他免
 責ノ行為ヲ有效ナリシモノト看做スコトヲ得
 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ハ可ナリシニ其通知ヲ爲サザリシカ爲メ乙又ハ丙ハ
 之ヲ知ラズ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
 此説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ヲ以テ一言之カ説明ヲ爲サザルヘカラス即チ第一ノ
 場合ハ未タ辨濟ヲ爲サザル前ニ於テ通知ヲ爲サザ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ザ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シタル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
 ル後通知ヲ爲サザリシトスルモ若シ他ノ債務者カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタル
 トキハ同シテ辨濟ヲ爲スニ先チテ甲ニ通知ヲ爲サザルヘカラス而シテ若シ甲
 ニ通知ヲ爲サハ甲ハ必ス曰ハシ其債務ハ既ニ辨濟シタルヲ以テ最早辨濟ヲ爲
 スコトヲ要セスト然ルニ他ノ債務者カ通知ヲ爲サズ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ザ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之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ザルヘカラスナルノ理由ナキヲ以テ直チニ
 履行ヲ爲スモ何等ノ過失ノ責ムヘキナシ之ニ反シテ債權者ヨリ請求ヲ受ケタル
 場合ノ如キハ必ス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ザルナリ是ニ於テ他ノ債務者ハ之ニ辨濟ノ依頼ヲ
 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キ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ルコトヲ得ヘシ(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ケルカ如ク訴訟ノ中止ヲ來スコトナシト雖モ訴訟ノ審判前ニ他ノ債務者カ出頭スルトキハ若シ他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ク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權者ノ請求ヲ受ケスシテ辨辨ヲ爲シタル者カ其辨濟ノ後直チニ他ノ債務者ニ通知スル場合多シ即チ其未タ請求ヲ受ケサルニ先チ期限カ到來シタルヲ以テ速ニ履行セザレハ遲延利息ヲ拂ハサルコトヲ得ス加之若シ債權者ニ損害アランカ之ヲモ尙ホ賠償セサルヘカラサルコトアルヲ慮リ直チニ履行ヲ爲シタル場合多シ然レトモ此場合ノミニ限ルニハアラス債權者ノ請求ヲ受ケテ辨濟ヲ爲シタル場合ニモ其適用アリ勿論此場合ニハ辨濟前ニ通知ヲ爲スコトハ必要ナレトモ通知ヲ爲シタルハトテ必スシ

モ他ノ債務者カ其事ヲ了知スルモノニアラス縱令之ヲ知ルモ往往返答ヲ爲スコト能ハサルコトアリ例ヘ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ケ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サルヲ以テ過失ナリト謂フコトヲ得ス然レトモ甲ハ此等ノ事實ヲ知ラサルヲ以テ利息損害賠償等ノ増加スルコトヲ恐レ遠ニ債權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濟ノ後ニ於テモ亦其通知ヲ爲ササルヘカラサルコトトセリ然ラサレハ第二項ノ適用ヲ受ケルコトアルヲ免レサルナリ例ヘ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濟ヲ爲シタルコトヲ知ラサル爲メ乙又ハ丙カ辨濟ノ提供ヲ爲シタルニ債權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濟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權者ノ請求ヲ受ケ善意ニテ更ニ辨濟

ヲ爲スコトアリ例ハ甲カ既ニ任意ニ辨濟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權者カ狡黠ノ徒ナルヲ以テ甲カ辨濟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權者ノ請求ニ應シテ辨濟ヲ爲シ更ニ甲ニ對シテ求償ヲ爲シタリ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ハ則チ第二項ノ適用ヲ受タ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濟ヲ爲シタル債務者ハ自己ノ辨濟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濟ヲ爲シタルニ因リ債權ハ消滅シタルニ拘ラス五月ニ至リテ乙カ更ニ辨濟ヲ爲シタリトセハ是レ真ノ辨濟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効ナルヲ以テ何等ノ規定タモ存セザ

ルニ於テハ乙ハ素ト辨濟ノ義務ナキニ拘ラス辨濟ヲ爲シタルモノニシテ唯債權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權者ニ對シテ甚ニ辨濟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權者カ無資力ト爲リタルトキハ全然乙ノ損失ト爲リ了ルコトナシトセス是レ豈ニ當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ン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ルノ理アラサ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ノタリ或ハ曰ハシ甲ニハ不法行爲ニ因ル賠償ノ責任アルカ故ニ畢竟其責ヲ免ルル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ラサルヘカラスサルノミナラス之カ爲メニハ尠カラサル手數ヲ要スヘシ斯ル煩累ト危險トヲ以テ乙ノ負擔トスルハ頗ル其當ヲ得サルモノト謂フヘシ是レ乙ノ爲

シタル辨濟ヲ以テ有效トスル所以ナリ
 此ノ如ク債權カ消滅シタル後ニ爲シタル辨濟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權者カ再度ノ辨濟ヲ受タルカ如キ
 ハ其惡意ニ因ルカ然ラズンハ大ナル過失ナリト謂ハサルヘカラス故ニ債權者
 カ最初甲ノ辨濟ヲ受ケ又ハ之ト類似ノ行爲ヲ爲シ其後又乙ノ辨濟ヲ受ケ又ハ
 之ト類似ノ行爲ヲ爲シタルトキハ債權者ニ於テ既ニ甲ノ辨濟等ノ行爲ナカ
 シモノトシテ乙ノ辨濟等ヲ受ケタルモノナリ故ニ本來甲ノ爲シタル辨濟等ハ
 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濟等ヲ有
 ト爲ササルヘカラス之カ爲メ或ハ債權者ニ於テ損害ヲ受クルコトアルモ是レ
 已ムコトヲ得サル所ニシテ法律ハ力メテ乙ヲ保護シ之ヲシテ毫釐ノ損失ヲモ
 受クルコトナカラシム其結果トシテ乙ハ曾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ヘク甲カ債權者ニ
 對シテ爲シタル辨濟ハ故ナクシテ辨濟シタルモノト爲リ乙ノ行爲カ有效ナル
 以上ハ不當利得ノ原則ニ依リ甲ハ債權者ニ對シテ之カ返還ヲ請求スルコトヲ

得ルノミ而シテ若シ債權者カ無資力ト爲レル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濟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クルコトナシ若シ然ラズシテ既ニ履行ヲ爲シタル曉ニ
 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權者
 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ス所ナリ
 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

連帶債務者中ニ償還ヲ爲ス資力ナキ者アルトキハ其償還スルコト能ハサル

部分ハ求償者及ヒ他ノ資力アル者ハ間ニ其各自ハ負擔部分ニ應シテ之ヲ分
割ス但求償者ニ過久アルトキハ他ノ債務者ニ對シテ分擔ヲ請求スルコトヲ
得ス然レモ其ノ中ニ其ノ負擔部分ニ過久アル者ハ其ノ負擔部分ニ對シテ
是レ當然ノ事ト謂ハサルヘカラス債務者中ニ於テ無資力者アルトキハ其無資
力ノ結果ハ勿論債權者ノ負擔ニ歸スルコトヲ得ス蓋シ債權者カ連帶ヲ要約シ
タルハ斯ル場合ヲ慮リタルニ由ルモノト謂フコトヲ得ヘ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モ乙及無資力ト云フト雖モ全
ク一厘タモ辨濟スルコト能ハサルカ如キハ事口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ン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權者ハ常ニ甲又ハ乙ヲ恰モ唯一ノ債務者
ノ如ク看做シ之ニ對シテ全部ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ルカ故ニ甲又ハ乙ニ
對シテ辨濟ノ實力アルトキハ債權者ハ毫モ其損失ヲ負擔スルコトナシ今甲カ全
部ノ辨濟ヲ爲シタリ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ハ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モ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モハ甚ダ不公平ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ偶
然債權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スノ理
ナケレハナリ即チ債權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濟ノ實力アルトキハ
債權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ヲ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ルニ更ニ五百圓ヲ以
テ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權者ヨリ請求ヲ受ケ三千圓ヲ辨濟シタル時直
チニ求償ヲ爲シタランニハ丙ハ資力アリシヲ以テ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
 假定セン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クルコト能ハサルニ至レルヲ以テ其結果ハ甲一人
 ニテ負擔スヘク決シテ乙ヲシテ負擔セシムヘカラザルナリ何トナレハ乙ハ己
 レ若シ全部ノ辨濟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
 人ニ對シテ債權者カ連帶ヲ免除シタル場合ニ關スルモノ是ナリ第四百四五
 條ニ曰ク

連帶債務者ノ一人カ連帶ノ免除ヲ得タル場合ニ於テ他ノ債務者中ニ辨濟ハ
 資力ナキ者アルトキハ債權者ハ其無資力者カ辨濟スルコト能ハザル部分ニ
 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

リ若シ債權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濟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權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濟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濟スレハ可ナリ又丙ニ
 對シテ千圓ノ求償權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
 爲スコト能ハサル如キ場合ニ於テハ甲ハ當然五百圓ヲ債權者ニ請求スルコト
 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増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濟ノ當時乙カ免除セラレタルコトヲ知り其負
 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

キ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ズシテ辨濟シタリトセハ此五百圓ハ更ニ債權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權者ノ行爲即チ債務者ノ一人ニ對シテ免除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ル結果ヲ生スルヲ以テナリ

右ハ債權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濟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濟スルコトヲ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濟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甲ハ乙ニ對シテ求償權ヲ行使シ得ヘキハ勿論ナリ何

トナレハ乙ハ連帶ノ責任ヲ免ルルト雖モ千圓ニ付テ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償ヲ爲シタルニ之カ辨濟ヲ受クルコト能ハサルヲ以テ甲ハ竟ニ自ラ其五百圓ヲ負擔セサルヘカラス然レトモ殘額五百圓ハ何人ノ負擔ニ歸スヘキカ予ハ疑モナク債權者カ負擔セサルヘカラサ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ヲモ有セサルニ至レルカ故ニ乙ヲシテ之ヲ負擔セシムルコト能ハサルハナリ乃チ其五百圓ハ債權者カ負擔スヘキハ當然ノ事ト謂フヘシ畢竟債權者カ乙ノ連帶ヲ免除スル以上ハ斯ル場合ヲ豫期セタルヘカラサ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對ノ立法例アリ又是レ學說ノ歧ルル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(舊民法債權擔保編第七一條第二項然レトモ舊民法ニハ主義一貫モナルモノアリ且外國ノ法律中ニハ反對ノ明文アルモノアリ由リ頗ル疑問ニ屬スル所ナルカ故ニ此等ノ疑ヲ避ケンカ爲メニ特ニ規定ヲ設タルニ至リタ

ルモノナリ但連帯ノ免除モ亦一ノ法律行為ナリ法律行為ノ效力ハ當事者ノ意思ニ基クモノナルヲ以テ最初債權者ニ於テ無資力者ノ負擔部分ニ付キ責ヲ負ハサレ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ザルトキハ債權者ノ負擔ニ歸スヘキノミ

第三 連帯ノ消滅

予ハ茲ニ連帯ノ消滅ト言ヒテ連帯債務ノ消滅トハ言ハス蓋シ連帯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帯ノ消滅ニ付テ説明スヘキノミ
第一 拋棄 連帯ノ拋棄ニ二種アリ一部ノ拋棄及ヒ全部ノ拋棄是ナリ一部ノ拋棄トハ債權者カ連帯債務中ノ一人ノミニ對シテ連帯ノ免除スルヲ謂フ例ヘハ甲乙丙三人ノ連帯債務者アル場合ニ於テ債權者カ甲ノミニ對シテ連帯ノ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帯債務ヲ負フモ

ノナリ全部ノ拋棄トハ債權者カ總連帯債務者ノ爲メニ連帯ヲ拋棄スルヲ謂フ是レ其例ニ乏シカラサル所ニシテ多クハ連帯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帯ノ消滅ヲ乞ヒタル場合ニ生ス而シテ其一部ノ免除タル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帯ノ消滅ヲ奏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ザリシナリ
第二 擔保ノ滅殺 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帯債務者中甲ハ債權者ニ對シテ擔保ヲ供シタルニ債權者カ其甲ニ對スル擔保權ヲ拋棄シタルモノトセヨ此場合ニ於テ乙カ債權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擔保權ニシテ存在センカ完全ニ辨濟ヲ受ケルコトヲ得ヘキモ其擔保權カ存在セザルカ爲メ往往辨濟ヲ受ケ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為ニ因リテ生シタルカト云ヘハ即

チ債權者ノ行為ニ因ルモノナリ詳言スレハ債權者ニシテ其抵當權ヲ拋棄セザ
 ランカ乙ハ安全ニ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘカリシニモ拘ラス之ヲ拋棄シタル
 カ爲メ乙ヲシテ斯ル不利ニ陥ラシメタルナリ此ノ如キ場合ニ於テハ連帶ハ全
 部消滅スルニアラザルモノ一部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權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絕對ニ連帶ノ消滅原因ト爲リ右ノ如ク債權
 者カ抵當權ヲ拋棄シタルトキハ債務者ハ直チ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ス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サルニアラザレ
 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
 濟ノ部ニ於テ規定セリ第五百四條ニ曰ク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權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ヘキ者ハ其喪失又ハ減少ニ因リ債權ヲ受クルコト能
 ハサルニ至リタル限度ニ於テ其實ヲ免ルト此規定ニ依レハ債權者カ故意又ハ

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權者自ラ
 之ヲ負ハサルヘカラス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實力ト爲リタル場合
 ニ於テ甲ノ供シタル十分ノ抵當アルトキハ債權者ハ全部ノ辨濟ヲ受クルコト
 ヲ得ヘク又辨濟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モ
 債權者ノ行為ニ因リテ抵當權ヲ喪失シタル爲メ全ク辨濟ヲ受タルコト能ハサ
 ルニ至リタリトセン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千圓ノ債務ヲ免ルルヲ
 以テ總令債權者カ乙又ハ丙ニ對シ全額即チ三千圓ノ請求ヲ爲スモ乙丙ハ二千
 圓ヨリ多額ノ辨濟ヲ爲サスト主張スルコトヲ得又例ヘハ甲カ千五百圓ノ價格
 アル不動産ヲ抵當ニ供シ後丙カ無實力ト爲リタリトセハ甲及ヒ乙ハ各千五百
 圓ヲ負擔セザルヘカラス然ルニ債權者カ其抵當權ヲ拋棄シタルカ爲メ甲ヨリ
 一錢ノ支拂ヲモ受タルコト能ハストセハ乙ハ千五百圓ヲ辨濟スレハ則チ足レ
 タ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權者ヲシテ之ヲ返

還セシムルコトヲ得ヘシトシテ、此ノ如ク新民法ニ於テハ絕對ニ而モ完全ニ連帶ノ消滅ヲ奏スルトハ極メテ稀ナル場合ヲ想像スルニアラスンハ殆ト之アルコトナク常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濟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權擔保編第七十二條ニ規定シテ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權擔保編第九十一條第二項ノ場合ノ如キ是ナリ(但準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リ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權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ヲ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ザリシハ決シテ當ラ得タルモノト謂フコトヲ得ス即チ代位權ヲ有スル者カ其代位權ヲ債權者ノ爲メニ妨害セ

ラレタルトキハ其代位者ハ常ニ債權者ニ對シテ免責ヲ得ルモノトセザルヘカラス新民法第五百四條ノ規定ハ蓋シ此趣旨ニ基キタルモノナリ而シテ代位權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尙ホ代位權ヲ有スル者アリ殊ニ新民法ニ於テハ此範圍ヲ最モ廣クセリ舊民法ニ於テモ代位權ヲ認メ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モ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ノ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濟ノ處ニ規定セリ其詳細ノ說明殊ニ適用ニ關スル事ノ如キハ代位辨濟ノ處ニ於テ講述スヘク茲ニハ唯連帶ノ消滅ノ結果ヲ來スコトヲ説クニ止ムヘシトス以上ヲ以テ連帶ノ說明ヲ了レリ是ヨリ保證債務ノ說明ヲ爲サント欲ス

第四款 保證債務

本款ヲ分チテ(第一總論)(第二保證債務ノ效力)(第三保證債務ノ消滅ノ三段ト爲ス

第一 總論

保○債○務○ナ○ル○モ○ハ○古○來○何○國○ニ○於○ラ○モ○存○在○セ○ザ○ル○ナ○シ○我○邦○ニ○於○テ○モ○亦○古○來○之
 ナ○ラ○タ○リ○シ○カ○故○ニ○動○モ○ス○レ○ハ○純○然○タ○ル○保○證○下○之○ニ○類○似○セ○ル○モ○ト○テ○混○滑○ス○ル
 ノ○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○テ○保○證○人○ト○シ○テ○署○名○ス○ル○モ○是○レ○唯○契○約○成○立○ノ○證○人○ニ○過
 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○ノ○同○性○質○ノ○モ
 ノ○ト○為○リ○保○證○人○ハ○純○然○タ○ル○債○務○ヲ○負○フ○モ○ノ○ナ○ル○コ○ト○ハ○慣○習○及○ビ○裁○判○例○ニ○依○リ
 テ○殆○ト○一○定○ス○ル○ニ○至○レ○リ○其○中○保○證○人○ト○シ○テ○署○名○ス○ル○モ○亦○同○性○質○ノ○モ
 歐○洲○ニ○於○ケ○ル○保○證○ノ○沿○革○ヲ○釋○ス○ル○ニ○羅○馬○法○ニ○於○テ○ハ○頗○ル○煩○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○ケ○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○為○リ○後○日○自○他○共○ニ○苦○ム○コ○ト○多
 ク○シ○テ○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○法○ニ○ハ

保○證○人○ニ○種○種○ノ○種○類○ア○リ○キ○是○レ○蓋○シ○羅○馬○法○カ○形○式○ヲ○重○ス○ル○ノ○主○義○ヨ○リ○出○テ○タ
 ル○モ○ノ○多○キ○ニ○居○ル○現○今○ノ○法○律○ハ○主○ト○シ○テ○當○事○者○ノ○意○思○ニ○重○キ○ヲ○置○キ○公○益○ニ○害
 ナ○キ○限○リ○ハ○自○由○ニ○契○約○ヲ○為○ス○コ○ト○ヲ○得○ル○ノ○主○義○ヲ○採○ル○ニ○至○リ○タ○ル○ヲ○以○テ○最○早
 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○ホ○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○為○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○メ○保○證○ス○ル○モ○ニ○シ○テ○他○ノ○一○ハ○後
 日○保○證○ス○ル○モ○是○ナリ○豫○メ○保○證○ス○ル○モ○ノ○ニ○付○テ○ハ○羅○馬○法○ニ○於○テ○ハ○特○別○ノ○名○稱
 ヲ○有○シ○貸○金○依○頼○ト○モ○謂○フ○ヘ○キ○モ○ノ○ニ○レ○テ○例○ハ○甲○カ○乙○ニ○向○ヒ○何○某○ハ○確○實○ナ○ル
 者○ナリ○予○之○カ○保○證○ヲ○為○ス○ヘ○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○ザ○ル○ニ○先○テ○保○證○債○務○カ○條○件
 附○ニ○テ○發○生○ス○ヘ○シ○次○ニ○後○日○ノ○保○證○ト○ハ○例○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○ザ○ル○ト○キ○ハ○予
 之○ヲ○辨○濟○ス○ヘ○シ○ト○言○ヒ○タ○ル○場○合○ノ○如○シ○是○レ○亦○羅○馬○法○ニ○於○テ○ハ○特○別○ノ○名○稱○ヲ○有

他人ノ債務ノ辨濟約束トモ謂フヘキモノナリ此ニ例ノ場合ハ今日仍ホ存在スルモノ前ニ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ズシハ果シテ保證債務ナルヤ否ヤヲ判別スルコトヲ得ズ即チ單ニ何某ハ確實ナル者ナルカ故ニ之ニ若干ノ金額ヲ貸與セラレトト言ヒタルノミニテハ未タ以テ「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ザルヘカラス其語詞ノ如キハ「保證」ト謂フモ「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埃タサ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斷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濟スルコトヲ約スヘシト云フニ在ランカ是レ即チ更改ナルヘ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濟キタルトキ始メテ辨濟ヲ爲スヘシトノ意思ナリセハ是レ保證債務ト謂ハサルヘカラス而シテ右ノ數ヲ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ザレハ竟ニ誤斷ニ陥ルコトヲ免レサルヘ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ヲ生スルコ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バ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テ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「保證」ト謂フモ「引受」ト謂フモ敢テ問フ所ニアラズ

(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ザル場合ニ於テ其履行ヲ爲ス責ニ任スルモノハ糾紛對案ニ於テハ自己ノ前ハ主タル債務者ト同一ノ目前ニ即チ主タル債務者カ其債務ヲ履行セザルニ方其之ニ代リテ履行ヲ爲スコトヲ

約スルヲ「保證」ト謂フナリ故ニ保證ハ從タル債務ニシテ主タル債務カ存在スルニアラザ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ザレハ保證債務ハ成立セザ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四百四十六條ニテハ

(二) 保證債務ノ發生ノ原因

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ザルヘカラサ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ル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レ「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就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枚舉ニ逸アラズ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ス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ケレハ第二十九條、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シト欲セバ必ス自ら相當ノ擔保ヲ供セザ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ルモ其意義ニ於テハ專ロ「擔保」ヲ指セルモノト解スルヲ妥當トス即チ初メ「獨逸文」ノ草案ニハ「擔保」(Sicherheit)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

ナルトキハ必ス保證人ヲ立テシメザルヘカラスニテ、法律上ノ保證ノ第二ノ意義ハ法律ノ力ヲ以テ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ヲ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ザルトキハ此種ノ保證契約ハ成立セザルナリ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ハ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屬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チ商法第六十三條ニ會社財產ヲ以テ會社ノ債務ヲ完済スルコト能ハザルトキハ各社員連帶シテ其辨濟ノ責ニ任スルアルハ能ク保證ノ定義ニ適合スルモノニシテ是レ連帶保證ニ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ナリ要スルニ合名會社カ其債務ヲ完済スルコト能ハザルトキハ各社員カ其辨濟ノ責ニ任セサルヘカラス是レ畢竟各社員ハ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ナル規定ヲ設ケタル

ニ由リ證ニ民法ノ規定ヲ準用スルコトヲ得スト雖モ其性質ハ保證債務ナルコト予ノ確信スル所ナリ、右ノ場合ノ外保證ハ總テ任意即チ契約ニ因リテ成立スルモノニシテ法律ニ由リテ強ヒラル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カ命スルモノニ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ホ之ヲ任意ノ保證ト謂フヘキナリ

(三) 保證債務ノ性質ニ一、保證債務者ノ責任ニ關シテハ、保證債務者ノ責任ハ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ナリ而シテ其從タル債務タルヨリ生スル結果ハ少クトモ三箇アリ、第一、主タル債務存在セザルヘカラス、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ス例ヘハ全ク意思能力ヲ有セザル者カ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ハ

ナルヘカラス尤モ當事者ノ意思カ保證債務ヲ負フニアラシメ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タ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ザ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ザルトキハ予之カ履行ニ任スヘシ」ト下約シタリトセヨ斯ル契約ハ敢テ無効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債權ヲ有セズ是レ甲ノ債務ハ保證債務ニアラサルヲ以テナリ唯若シ主タル債務者下稱スル者カ不當ノ利得ヲ爲セル場合ニハ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為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ズ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ナ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キ債務カ全ク無キニ保證債務

ノミヲ成立セシメント欲スル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ハ予之カ爲メニ保證人トラント言フモ之カ爲メニ保證債務ハ成立セス何トナレハ主タル債務ハ未ダ全ク存在セザ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虞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タル場合ナリ例ヘハ甲者アリ乙者ニ約シテ曰ク「予ニ金錢ノ入用アラハ一萬圓ヲ限トシテ何時ニテモ貸與セラレタシ之ニ對シテハ丙ナル確實ナル保證人ヲ立テ置クヘシ」ト此場合ニ於テハ保證債務ハ完全ニ成立ス是レ蓋シ條件附債務ヲ保證スルモノナレバナリ然ラハ其條件トハ何ソト問ハハ前例ニ於テ「甲カ金錢ノ入用ノ爲メ乙ヨリ借用シタルナラハ」ト云フコト是ナリト答フ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「斯ル條件ハ隨意條件ナルカ故ニ無効ナリ隨テ保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ノミニ依リテ成就スヘキ條件ヲ附シタル場合ニ於テノミ

無効タルナリ例ヘバ予カ欲スルナラハ金錢ヲ與フヘシト謂スカ如キハ全ク無効ニシテ何等ノ法律行為モ成立セザ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コトハ單ニ債務者ノ意思ノミニ係ルモノト謂フコトヲ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ヘケレハナリ乃チ知ル此場合ニ於テハ單ニ債務者ノ意思ノミニ係ルモノト謂フヘカラサルコトヲ果シテ然ラハ此場合ニハ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ノナルカ故ニ其保證モ亦有效ナリト謂ハサルヘ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効タルヘキナリ

第二主タル債務カ取消シ得ヘキモノナルトキハ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為ヲ無効ナリシモノト看做サシユルモノナリ既ニ主タル債務ニシテ無効ナラシカ保證債務ノミ獨リ成立スルニ能ハサルハ既ニ述ヘタル所ナリ尙ホ一歩ヲ進ミテ論スレバ縱令主タル債務者カ先

ニ取消權ヲ行ハサリシ場合ニ於テモ保證人ハ自ら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ツ辨濟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バ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バ保證人ハ損失ヲ受ケサ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ヘキ者即チ特定承繼人ナリ故ニ保證人ハ第百二十條ノ規定ニ依リテ自ら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(第一二二條)即チ主タル債務者ハ追認ヲ爲シテ以テ保證人ノ權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濟スルコト能ハサルコトヲ知リテ追認ヲ爲シ其結果保證人カ代リテ辨濟セサルヘカラサルニ至リテハ保證人ノ爲メニハ斷モ亦極マレリ

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放棄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取消權ハ一般ノ取消ニ關スル規定及ヒ保證債務ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリト爲シ新民法ニ於テハ別ニ規定ヲ設ケス唯之ニ對スル例外トモ謂フヘキモノヲ規定シ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ツ何等ノ留保ヲ爲サス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者カ取消ナルレハ保證人モ亦其義務ヲ免ルヘ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ザリシハ即チ綜合主タル債務者カ取消ナルモ己レ之カ辨濟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ヘ

キナリ是レ第四百四十九條ニ規定セル所ナリ曰ク「保證人ハ其債務者ノ債務ノ履行ニ無能カニ因リテ取消スコトヲ得ヘキ債務ヲ保證シタル者カ保證契約ノ當時其取消ノ原因ヲ知リ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ル」上述ノ如ク法律ハ保證債務ノ性質ニ反スル意思表示ノ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ザルヲ以テ之ヲ純然タル保證ト謂フヘカラサルコト論ヲ竣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ハ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ホ履行ノ責ヲ免レザル
 ナリ
 以上ハ取消ノ原因カ無能力ニ基ク場合ニ於テハ論ナシト雖モ其他ノ取消原因
 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ザ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是レ許スヘカラザル事タリ蓋シ之ヲ許サシカ法律
 カ不法ト認メタル詐欺又ハ強迫ニ因リテ債權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
 成立スルコトヲ得ナ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
 ニ就テ規定セル所以ナリ
 第三 保證債務ノ目的ハ主タル債務ノ目的ト同一ナラザルヘカラス保證債
 務ハ主タル債務ノ目的ト異ナル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」ト謂フコトヲ得
 ス若シ此ノ如キ契約ヲ爲シタルトセシカ是レ一種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權者ハ所謂主タル債務者ニ對シ其債權ヲ
 失フヘシ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ザ
 ルヤ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ラザルヘカラザルコ
 トハ第四百四十六條ニ保證人ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セザル場合ニ於
 テ其履行ヲ爲ス責ニ任ス下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裁ニ關スルモノナリ例ヘ
 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フ場合ニ於
 テハ孰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
 其儘ニテハ成立セス蓋シ保證債務ハ從タル債務ナ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ザルカ
 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ザル他ノ契約
 ヲ爲スノ意思ニ出テ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
 約ヲ爲ス者ナカルヘシ故ニ原則トシテハ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圓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ヘシ是レ本條ニ規定セル所ナリ
 次ニ體様ニ付テ説明センニ例ヘ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ザル場合ニ於テ之ニ代リテ履行スルモノナリ
 然ルニ右ノ場合ニ於テハ一年ヲ經サレハ主タル債務者カ果シテ履行スルヤ否
 ヤヲ知ルコトヲ得ザ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履行セザ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ザルニ當リ保證人カ先
 ツ履行セザルコトヲ得ザルニ至ルヘケレハナリ第四百四十八條ニ曰クハ「
 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之ヲ
 主タル債務ノ限度ニ減縮ス」云々ハ主タル債務ノ體様ニ付キ主タル債務
 故ニ保證人ノ負擔カ主タル債務ヨリ輕キトキハ其有效ナルコト疑ナシト雖モ
 之ニ反シテ保證人ノ負擔カ主タル債務ヨリ重キトキハ主タル債務ノ限度ニ減

縮スヘキナリ即チ主タル債務ノ額ハ一萬圓ナルニ保證債務ノ額ハ五千圓ナルトキハ可ナリ或ハ曰ハシ此場合モ亦前ノ場合ト同シタ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義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ンニ此場合ニ於テハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セラルモ契約ノ時ヨリ一年後ニ至ラナレハ保證人ハ之ヲ履行スルコトヲ要セサ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契約ノ時ヨリ直チニ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義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義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觀ルヘキカ故ニ毫モ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效ニ成立スルモノトス唯其目的ハ必ス同一ナラサルヘカラス此ノ如ク一部ノ保證ハ法律上有效ナリトセハ特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ツ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ザ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必スシモ絶無ト謂フコトヲ得ザルモ斯ル契約ヲ爲シ得ザ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サ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シテ他ノ一種ノ義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サルトキハ損害賠償ノ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ズ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ヘ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サ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

ヘ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シト約スルコトナキニ非スト雖モ是レ實際ニ於テハ極メテ稀ナルヘシ泥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ヲ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隨テ之ヲ保證スルコト能ハサルナリ然リト雖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辨償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違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サルヤ否ヤ此等ノ場合ニ於ケル保證人ノ義務ノ範圍ヲ定メサルヘカラス然ルニ前述ノ如ク保證債務ハ一部ニ付テノミ存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ク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ル利息違約金損害賠償其他總テ其債務ニ從タルモノハヲ包含ス

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ヌ何

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サ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ヘ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ハ、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爭アルトキハ裁判所ニ於テ其額ヲ定メ之ヲ賠償セ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ルカモ未ダ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辨濟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違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圍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結約セラレ隨テ強制執行ヲ爲ス場合ニ於テハ先ツ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コ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缺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サ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二箇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ル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テ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償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償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償ナルヲ普通トシ他ノ一ハ無償ナ

ルヲ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感ハ保證契約ハ無償契約ナリト曰フト雖モ是レ大ナル謬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サルナリ尙ホ詳細ハ保證ノ效力ヲ講スルニ方リ說述スヘシ

(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」ト謂フモ「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己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」ト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四十九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ツ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサルニ當リテ第一ノ保證人カ義務ヲ負ヘルモ之ヲ履行セサルトキニ第二ノ保證人カ之ヲ履行スルノ義務ヲ負フ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テ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令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ハストセハ保證ノ效用ヲ爲ササルコト多カルヘシ保證人ニシテ保證ノ效用ヲ爲サストセハ寧ろ保證人ヲ立テタルノ愈レルニ如カス故ニ苟モ保證人ヲ立ツル以上ハ先ツ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ハ一旦保

債務カ發生スルモ直チニ取消ナルル如キコトアラハ何等ノ用ヲモ爲サナレ
 ハナリ第二ニ賣力アル者ナラサルヘカラス何トナレハ無賣力者ヲ保證人ト爲
 コモ亦何等ノ效用ヲ爲サナレハナリ第三ニ甚シキ遠隔ノ地ニ住居スル者ナラ
 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スモ債權者
 カ保證人ニ對シテ履行ヲ求ムルニ方リ即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 辨濟ノ賣力ヲ有スルコト
 - 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
- 保證人カ前項第二號又ハ第三號ノ條件ヲ缺クニ至リタルトキハ債權者ハ前

項ノ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

前二項ノ規定ハ債權者カ保證人ヲ指名シタル場合ニハ之ヲ適用セス

右三箇ノ條件ニ付キ簡單ニ説明セシ

第一 能力者ナルコト 未成年者禁治産者準禁治産者若クハ妻ハ保證人タル
 コトヲ得ス未成年者及ヒ禁治産者ハ一般ニ無能力者ニシテ準禁治産者及ヒ
 妻ハ或行爲ニ限り無能力者ナリ而シテ準禁治産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
 得ヘシト雖モ繼令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ヘカラス又後
 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サレハ保證ヲ

爲スコトヲ得タ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ヘハ主タル債務者ト親族關係アリテ若シ保證ヲ爲サレハ其者ハ非常ニ困難ノ地位ニ陷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モス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ツル義務ヲ盡シタルモノト謂フコトヲ得ス

第二 辨濟ノ實力ヲ有スルコト 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ザリシナリ要スルニ動産不動産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實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ト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のニ出ツ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主タル債務者カ其債務ヲ履行セス又保證人モ任意履行ヲ爲ササ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云下規定シタルナリ但其管轄内ニ本住所ヲ有セサルモ或法律行爲ノ爲メ特ニ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爲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モ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常
 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テ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テハ
 實際保證人ヲ替フルコトヲ要セサルコト多カルヘシ何トナレハ縱令本住所ヲ
 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蓋シ其
 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サストセハ
 其者ハ保證ヲ欲セサ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シ此場合ニ於テハ保證人ヲ
 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縱令後日
 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ヘハ保
 證契約ノ時ニ於テ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
 治産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力ヲ有シ
 其法定代理人之ニ代リテ履行ノ責ニ任スヘキノモ
 債權者カ保證人ヲ指名シタル場合ニ於テ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テ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テ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ル場合ニハ能力又
 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
 シコトハ必スシモ期シ得ヘキコトニアラス或ハ斯ノ如キ人ヲ知レルモ其者カ
 承諾セサ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サルコトアルヘク總令旅行
 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サルコト
 アラン而モ保證ヲ立ツル義務アル場合ニ於テ之ヲ立テサルトキハ債務者ヲシ
 テ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サルニ
 至ラン是レ洵ニ憫ム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カ他ナシ保證人ニ均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
 ツ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
 ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ヘシ第四百五十一條ニ曰ク
 債務者カ前條ノ條件ヲ具備スル保證人ヲ立ツルコト能ハサルトキハ他ノ擔

保ヲ供シテ之ニ代フルコトヲ得

第二 保證債務ノ效力

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テ竣タヌ即チ保證ノ定義ニ於テ明カ
 ナ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圍ニ於テ義務ヲ負擔スルカハ是ヨリ講述セント欲スル所
 ナリ

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濟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權利ナリ是レ蓋シ債權者カ主タル債務者ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘクシ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濟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權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濟ヲ爲ス代リニ保證人カ主タル債務者ニ對シテ請求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タルトキハ辨濟ヲ爲ササルコトヲ得ルノ權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濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者カ辨濟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濟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濟ノ說明ヲ爲スニ方リテ詳説スヘシ第五〇條第五〇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檢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

第四百五十二條ニ曰ク

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レ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互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バ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發貸借請人證人辨償規則第一

條及ハ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權者ハ先ツ主タル債務者ニ對シテ強制執行ヲ爲シ尙ホ不足ナル部分ニ限り之ヲ保證人ニ請求スルコトヲ得ルニ在リ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り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ル如ク債務者ノ總財產ヲ差押ヘ以テ各債權者ニ辨償ヲ得セシメ不足ノ部分ハ債權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償ヲ受タルコ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過キサルニ在リ蓋シ主タル債務者カ任意ノ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サルコトヲ得ス例ヘハ辨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サルヲ以テ結局債權者ノ損害ニ歸スヘシ果シテ然ラハ縱令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スシテ連帶債務者ト稱シタルモノ多ク又縱令連帶債務ト爲サス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ハ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ダ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置債務カ辨濟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テ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濟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履行ノ義務ヲ負フヘキ保證人ニ對シテ酌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

自ら履行ヲ爲スヲ常トス而シテ履行ナクシテ辨濟期ヲ經過シタル場合ト雖モ主タル債務者ニ責力ナク又任意ノ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濟ノ意思アリ又責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スレバ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シ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テ檢索ノ利益ヲ對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濟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濟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濟ヲ爲シ更ニ主タル債務者ニ求償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

ノトスルモ債權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濟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
 主義モ亦當ヲ得サルモノナリ是ニ於テカ第三說トシテ折衷說ヲ生スルニ至レ
 リ舊民法及ヒ奧太利民法等ハ實ニ此主義ヲ採レリ此主義ニ於テハ債權者ハ先
 ツ主タル債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲サ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
 テ事濟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權者ニ於テモ明カニ辨濟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ヲ演ス
 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

スモ辨濟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テ之ヲ請求セスシテ事足り依
 テ以テ各自ノ利益ハ正當ニ保護セラレタリト謂フヘキナリ詳言スレハ債務者
 ハ到底辨濟ノ責ヲ免ルヘカラサル者ニシテ且債權者ニ在リテハ何人ヨリスル
 モ辨濟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濟セサルコ
 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
 債權者ハ先ツ主タル債務者ニ履行ノ請求ヲ爲サ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ノモ不可ナシト
 雖モ保證人ハ債權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サレハ果シ

ヲ辨濟ヲ得ヘキヤ否ヤ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濟ヲ受タルコト能ハストモ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 主タル債務者ノ行方カ知レサル場合ニ於テハ債權者ハ該債務者ノ行方ヲ知ルニ努力セシメ得ルモノトシタル所以ナリ

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濟ヲ爲スヘクン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コ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ナ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濟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ツ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ン貴殿ハ連帶債務者ニシテ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ハ先ツ保證人ニ履行ヲ請求スルモ其保證人ハ直チニ辨濟ヲ爲ササ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帯シタル場合ニ保ルト雖モ連帯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帯ノ存在スル場合はナリ此種ノモノモ亦連帯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權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ズシテ唯保證人間ニ於テ連帯ノ關係アルニ過キサレハナリ故ニ債權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帯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帯ノ存セル場合ニ於テ債權者カ先ツ主タル債務者ニ債務履行ノ請求ヲ爲サスレ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ノ規定ニ依リ保證人ノ請求アリタルニ拘ハラズ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權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ル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權者カ其裏面ナル義務ヲ履行セザ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スシテ特ニ第四百五十五條ヲ以テ此制裁ヲ定メタリ即チ債權者カ直チニ催告ヲ爲セハ主タル債務者ヨリ辨濟ヲ受タヘカリシコトヲ證明シタルトキハ債權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濟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權者ノ過失ノ結果ナ
 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」トアリテ主タル債權者ニ完全ノ辨濟ヲ爲スル資力アリタル
 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ルニ過キサル
 カ如ク見ユ一例ヲ設ケテ之ヲ説明センカ保證人カ債權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權者ノ資力ハ債務全
 部ノ辨濟ヲ爲スニ十分ナリキ然ルニ債權者カ直チニ請求ヲ爲サシテ一二箇
 月ヲ經タル後ニ於テ主タル債權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サル状態ニ陥リタリトセハ殘
 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權者ハ
 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

ニ於テ主タル債權者ニ十分ノ資力ナク僅ニ一部ノ辨濟ヲ爲シ得ルニ過キサル
 場合はナリ之ニ對シテ疑ヲ抱ク者ナシトセス曰ク若シ果シテ一部ノ辨濟ヲ爲
 シ得ルニ過キサル資力アルノミナリトセハ縱令債權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サルヘシ而シテ債權者ハ一部ノ辨濟ヲ
 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
 タル債權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權者ハ一部ノ辨濟ヲ受クルノ義務ナシト雖モ今保證人
 カ債權者ヨリ請求ヲ受ケ後訴ノ利益ヲ對抗シタルニ債權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權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
 リシ場合ニ於テ債權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權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得ヘシ然スルトキハ主タル債務者ハ半額次ハ保證人ニ辨償スルコトヲ得タルナリ即チ債權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償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償ヲモ爲スコト能ハサルニ至レリトセハ是レ債權者ノ過失ナルヲ以テ半額次ニ付テハ保證人ハ義務ヲ免ルヘキナリ法文ニ於テ辨償ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ云云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ザルヘシ蓋シ檢索ノ利益ハ後訴ノ利益ト並ヒ行ハルルモノナリ即チ保證人カ債權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權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ホ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メ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權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産ヲ調査セ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趣ヲ異ニス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サル場合ニ限リテ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトセルハ實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利益ナル條件ヲ認メサルコトヲ得サルナリ前述ノ第二及ヒ第三ノ主義ヲ採レ

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リテハ學理上一定ノ標準ナシ畢竟債權者ニ成ルヘク損害ヲ加ヘス面モ保證人ヲ保護スヘシト云フニ在ルヲ以テ到底絕對ノ標準ヲ立ツルコトヲ得ズ單ニ立法者カ相當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ザ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ズ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讓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ヘサルニ在ルヲ以テ其第一ノ條件トシテ保證人ハ主タル債務者カ辨濟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ルコトヲ證明セザルヘカラス此二條件ヲ具備セザルトキハ債權者ニ損害ヲ加フヘキヲ以テ之ヲ許サズ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フ是ヨリ此二條件ニ付キ說明セシテ其後ハ債權者ノ第一ノ條件 主タル債務者ニ辨濟ノ資力アルコト 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産ヲ所有セザルヘカラス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産タルト動産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産ニシテ不動産若クハ動産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ヘ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ザル所ニシテ之ヲ銀行等ニ預ケ置キテ其利殖ヲ圖ルヲ常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ヘ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産以外ノ財産寧ロ多數ヲ占ム然ルニ「財産」下云ヘバ直チニ不動産ヲ指スカ如キ信用ノ發達セザル時代ニ適合スル法律ハ現今ノ時勢ト相容レズ故ニ舊民法ヲ如ク不動産ヲ所有セザルヘカラストノ條件ニ當テ法律カ細自ニ直レルヲ嫌アルヲ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濟ト云ハハ

勿論全部ノ辨濟ヲ謂フナリ故ニ千圓ノ債務ニ付テハ債務者カ千圓ノ財産ヲ有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ザレハ執行上不便タルコト言フヲ埃タス債權者カ東京ニ在ル場合ト假定ス又財産ノ種類ニ依リ差押ノ容易ナラサルモノアリ箆筒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サレハ此條件ニ適セス又不動産ナランニハ所在地カ近キ場合ニハ概シテ可ナリトスヘシ尙ホ財産カ係争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ク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争中ノ財産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之ヲ斥クルハ當事者間ニ於テス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ヤ故ニ概シテ執

行ノ容易ナラサルモノト謂フヘシ但縱令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クシハ格別ナリ其他財産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濟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求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杓子定木ノ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ヲ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(第四五四條第四五三條)

保證人カ檢索ノ利益ヲ對抗シタル場合ニ於テ債權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檢索ノ利益ヲ對抗シタル時ニ於テ債權者カ直チニ執行ヲ爲セハ全部ノ辨濟ヲ得ヘカリシニ債權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幾ニ債務ノ半額ヲ辨濟シ得タルニ過キストモ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檢索ノ利益ヲ對抗シタル時ニ方リ執行ヲ爲シタラシニハ全部ノ辨濟ヲ受ケ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濟ヲ受ケルコト能ハサルニ至リタルモノナリト主張シテ債權者ノ請求ヲ非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ノ疑問ヲ生スヘシ即チ第四百五十五條ニ「……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」トアリ然ルニ右ノ場合ニ於テハ主タル債務者ニ全部ヲ辨濟スルノ資力アリタルヲ以テ直チニ執行スレハ全部ノ辨濟ヲ得ヘカリシニ拘ラヌ後日ニ至リテ半額ノ

辨濟ヲ受ケタルニ過キタル場合ナリト雖モ若シ債權者カ直チニ執行スレハ全部ノ辨濟ヲ得ヘカリシ場合ナルヲ以テ保證人ハ全部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ヲ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檢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スシモ「即刻」ト云フ意義ニアラスシテ「遲滞ナク」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スシテ其意ハ執行ヲ爲スニ必要ナル時期ヲ起ユヘカラスト云フニ外ナラス例ヘハ債權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檢索ノ利益ヲ對抗シテ主タル債務者ニ十分ノ資力アルコトヲ證明シタリト假定セヨ此場合ニ於テ債權者カ即刻主タル債務者ノ許ニ到リ執行シタラシニハ必ス全部ノ辨濟ヲ得ヘク而シテ此場合ニ「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ザルモ直チニノ語ニ反スルコトナシ即チ債權者カ保證人ヨリ檢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ザ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サルニ於テア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サルヘカラス然リ而シテ債權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ヘカラス今假ニ主タル債務者ハ大阪ニ住居シ債權者ハ東京ニ住居セリト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權ノ擔保ト爲レルモノニアラザルコトヲ證明シタリトセヨ此場合ニ於テハ債權者ハ自身大阪ニ行クヘキカ又代理人ヲ遣スヘキカヲ決シ尙ホ用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始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著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サルニ至リタリトスルモ此場合ニ於テハ保證人ニモ又債權者ニモ過失アルコトナシ故ニ是レ債權者カ直チニ執行ヲ爲シタルモ全部ノ辨濟ヲ得ルコト能ハサル場合ナリ若シ右ノ場合ニ於テ債權者カ執行ヲ爲シタランニハ半額丈ハ辨濟ヲ受タルコトヲ得ヘカリシニ債權者カ其執行ヲ怠リタルニ因リ全ク辨濟ヲ受タルコト能ハサルニ至リタルナリ例ヘハ債權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濟ヲ爲スノ資力ヲ有シタルニ債權者カ執行ヲ怠リ一二箇月ヲ經テ漸ク之ヲ爲シタリトセン此時ハ既ニ一錢タモ辨濟ヲ受タルコト能ハサルニ至ルコトナシトセス此場合ニ於テハ債權者ハ更ニ保證人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲サ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濟ヲ得ヘカリシナランニ在リ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權者ノ請

求ノ半ヲ斥タルコトヲ得ヘシ此一例ニ依リテ以テ檢索ノ利益ニ付キ保證人亦一部分ノ義務ヲ免ル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」ノ意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綜合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サルヘカラサ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濟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權者ハ爲メニ何等ノ不利

益ヲ成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就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サ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シ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常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債務ノ二分ノ一ヲ負擔シ若シ三人ナルトキハ各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」ト言ハンヨリハ寧ロ「權利」ト謂フヘキモノナルヲ以テ債權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分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リ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ン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の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權者ハ原則トシテ各保證人ヨリ平等ニ分別シテ辨濟ヲ受クヘキナリ若シ斯ル分別の辨濟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サズ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レトモ其細目ニ至リテハ仍ホ至當ヲ缺クモノアリ

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シ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權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箇箇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今日丙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ント爲ス蓋シ各人箇箇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權者モ債務者モ斯ク信スルコト少カラサ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メ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リハ

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為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箇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ザ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ハ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總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是レ保證債務ノ場合ニ止マラス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

用ヲ受タ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為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ノ行為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ザル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取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ラ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コト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類案ナルヘシ
 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ザ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
 セザルトキハ保證人ハ一人ニテモ債務全額ヲ辨濟セザ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ト爲ルナリ詳言スレハ
 甲者先ツ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
 者ト看做スヘク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ク次ニ兩者カ同
 一義務ヲ負フモ亦然リ然ラハ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、唯一ノ債務者ノ如クニシテ能ク連帶ノ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モ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ザ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濟
 ヲ請求スルコトヲ得ヘシト雖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

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
 了レリ請フ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
 説カン

第四 主タル債務ト保證債務トノ間ノ關係

(一) 請求其他時効ノ中斷
 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効ノ中斷ハ保證人ニ對シテモ其效
 力カヲ生ス

保證人ハ所謂從タル債權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權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
 條ノ規定ナクシテハ債權者ニ於テハ甚タ迷惑ヲ感スヘシ蓋シ債權者ハ法律ノ規
 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
 爲ササ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權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
 ムルニアラサレハ債權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權者カ主タル
 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サルトキハ直チ
 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効アリトセハ債權者ハ其猶豫ヲ與

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
 ズ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尠キニ利アレハナリ蓋シ債權者モ多
 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權者カ主
 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權者ハ
 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ラ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人ノ利益ト謂ハサルヘカ
 ラス

時効ノ中斷ニ付テモ亦然リ主タル債務者ニ對スル時効ノ中斷カ保證人ニ對シ
 テ效力ヲ生セストセハ縱令主タル債務者ニ對シテ時効ノ中斷ヲ爲シタリトス
 ルモ尚ホ進ミテ保證人ニ對シテ時効ヲ中斷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ハ十年ノ時効ニ因リテ消滅スヘキ債權ニ付キ九年十

一箇月二十九日ヲ經過シ餘ス所僅ニ一日ニ過キタ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ハ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ク之カ中斷ヲ爲サント欲スルモ既ニ遅キヲ奈何セン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爲スコトヲ得ヘシトスルモ保證人ノ財産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ノ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ト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レ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始テ措キ「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リ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ザ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ナ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ザル場合ニ保證人カ其實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ナカラシテ強ヒテ斯ル解釋ヲ爲スノ
 必要アルヘシト雖モ若シ此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サストスルモ第
 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シ
 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サ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
 ヲ要ス即チ債權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

毎月一回十五日發行○定價一冊金十錢郵稅一錢
 校友、生徒、校外生ニ限り特價一冊金八錢郵稅一錢
 十冊前金七十錢郵稅十錢

第三十五號

九月二十日發行

志林

- 電報ノ偽造ヲ論ス.....法學士 豊 島 直 通
- 最近判例批評.....法學博士 梅 謙 次 郎
- 商號ニ就テ.....法學博士 富 谷 銜 太郎

纂論

- 取引所.....海 山 瀬 夫

解疑

- 留置權ノ發生ト占有トノ關係.....法學博士 富 井 政 章
- 罪名ヲ異ニセル附帶控訴.....法學士 鶴 見 守 義
- 條約成立ノ時期.....法學士 秋 山 雅 之
- 竹木ノ生存間ヲ限トシタル地上權ノ效力.....法學士 岡 山 成 太郎
- 公用物ノ意義.....法學士 岡 實 實
- 巡查ノ拔劍及ヒ憲兵ノ兵器使用ノ性質.....法學士 岡 實 實

發行所

司法部指定
 文部省認定

和佛法律學校



明治二十二年十二月九日內務省許可

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

編輯者
東京市葛飾區南船場町二十七番地
松田久次郎

印刷者
東京市牛込區矢來町三番地
小宮山信好

印刷所
東京市芝區西ノ久保開舟町十一番地
金子活版所

發行所
東京市麴町區富士見町六丁目十六番地
和佛法律學校
（電話番町百七十四番）