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

PDF issue: 2025-08-31

和仏法律学校講義録

梅，謙次郎

(出版者 / Publisher)
和佛法律學校
(巻 / Volume)
1
(号 / Number)
号外の24
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
63
(発行年 / Year)
1902-11-20

和佛法律學校講義錄

第壹部

號外ノ貳拾四

民法原理債權總則（自六〇一至七二〇）

法學博士 梅謙次郎

民法原理ハ次號ヲ以テ完結ス仍テ茲ニ

一言ス

十一月

編輯局

090
1900
1-2-24

ル後正當ノ理由ナクシテ履行ヲ爲サザル場合ニアラザレハ損害賠償ヲ爲スコトヲ要セストノ解釋ヲ生スル恐アルヲ以テ第四百五十七條ヲ設ケテ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シ以テ右ノ如キ疑義ヲ防キタルナリ但第四百四十七條及ヒ第四百五十七條ノ規定ハ其大體ノ趣意ニ於テハ相合致セルモノナリ

次ニ時效中斷ニ付テ一言センニ時效中斷ノ方法ハ(一)請求(二)差押假差押假處分(三)承認是ナリ(第一四七條)而シテ第二ニ列記スルモノハ學理上之ヲ執行爲ト云ヘルモノニシテ第一ノ(請求)トアルハ第四百五十七條ニ所謂(履行ノ請求)ト同一ナリ然レトモ第二及ヒ第三ノ行爲ニ因リテ主タル債務者ニ付キ生シタル效果ヲ保證人ニ及ホスハ一見理論ニ合ハサルカ如シ先ツ請求ニ付テハ前述ノ如ク第四百四十七條ノ趣旨ニ適合シ又之ヲ保證ノ定義ニ照スモ當然ナルノミナラス後訴ノ利益ヲ保證人ニ認メタルコトモ能ク照應セリト雖モ承認差押等ニ至リテハ之ト同シカラサルモノアリ故ニ難スル者或ハ曰ハン承認ナルモノハ債務者カ債權者ニ對シテ自己カ債務ヲ負ヘルコトヲ隨意ニ告白スルモノナ

リ然ルニ其承認カ保證人ニ對シテ效力アリテ恰モ保證人カ自ラ其義務ヲ承認シタルト同一ノ效アリト云フハ何事ソト此批難ハ差押ニ付テモ同一ニシテ債權者カ主タル債務者ノ財產ヲ差押フルトキハ恰モ保證人カ自己ノ財產ヲ差押ヘラレタルト同一ノ效力ヲ生スルトハ何事ソト論スル者アラン然レトモ此規定ハ理論ヨリハ專ロ實際ノ理由ニ基ケルモノナリ蓋シ主タル債務者カ承認ヲ爲ストキハ時效中斷ノ效力ヲ生シ而シテ其效力カ保證人ニ對シテモ及フモノトセサルトキハ前ニ述ヘタル如ク債權者カ猶豫ヲ與フルモ可ナリト思惟シナカラ已ムヲ得ス保證人ニ請求ヲ爲シ又ハ其財產ヲ差押ヘサルヘカラス果シテ然リトセハ保證人ノ爲メニモ甚タ不利益ニシテ必要ナラサル煩雜ヲ來シ費用ト日時トヲ徒費スルニ至ルヘキカ故ニ法律ハ此等ノ弊害ヲ除カンカ爲メニ其效力ヲ保證人ニ及ホスモノト規定シタルナリ要スルニ此規定ハ實際上ノ理由ニ基ケルモノナリ然リト雖モ亦全ク學理上ヨリ說明シ得ラレサルニアラス蓋シ保證人ノ債務ハ專ラ主タル債務ト其運命ヲ共ニセサルヘカラス故ニ主タル債務カ時效ノ中斷ニ因リ消滅セサルトキハ保證債務モ亦消滅セストノ理論ヲ以テ說明スルコトヲ得ヘシ以上ノ理由ヲ以テ主タル債務者ニ對スル履行ノ請求及ヒ時效ノ中斷ハ保證人ニ對シテモ其效力ヲ生スルモノト規定セリ

(二)　相殺

第四百五十七條第二項ニ曰ク

保證人ハ主タル債務者ノ債權ニ依リ相殺ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得

例ヘハ千圓ノ債務ニ付キ保證人アル場合ニ於テ其債權者モ亦主タル債務者ニ對シテ千圓ノ債務ヲ負ヘリトセヨ此場合ニ於テ債權者カ主タル債務者ニ對シテ辨濟ヲ請求セハ主タル債務者ハ自己ノ債權ヲ以テ相殺ヲ對抗スヘシ然ルトキハ自己カ債務ヲ免ルルト同時ニ保證人モ亦其債務ヲ免ルルニ至ルカ故ニ主タル債務者ノ德義上ノ義務トシテモ相殺ヲ以テ對抗セサルヘカラサルナリ然ルニ主タル債務者カ有意又ハ無意ニテ相殺ノ抗辯ヲ爲ササリシカ若クハ債權者カ主タル債務者ニ對シテ請求ヲ爲サスシテ直チニ保證人ニ對シテ請求シタル等ノ場合ニ於テハ原則トシテハ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ請求スヘシト主張スルコト即チ後訴ノ利益ヲ以テ對抗スルコトヲ得ヘシト雖モ是レ必スシ

モ此利益ヲ以テ對抗セサルヘカラサルニアラス況ヤ種種ノ場合ニ於テ保證人ハ此後訴ノ利益ヲ有セサルコトアルニ於テヲヤ此等ノ場合ニ於テ若シ保證人カ主タル債務者ノ債權ヲ以テ直接ニ債權者ニ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ストセハ果シテ如何ナル結果ヲ見ルヘキカ即チ保證人ハ其義務トシテ一旦其債務ノ全額千圓ヲ辨濟シ而シテ後主タル債務者ニ對シテ千圓ノ求償ヲ爲スヘク主タル債務者ハ自己ノ債權ニ據リ債權者ニ對シテ千圓ノ請求ヲ爲スヘシ然ルトキハ債權者ハ一旦保證人ヨリ受取リタル千圓ヲ再ヒ支出セサルヘカラサルニ至リ其間ニ於テ千圓ノ現金カ三度動クコトト爲ル此ノ如キハ經濟上最モ不得策ナルモノニシテ爲メニ時日ヲ空費シ費用ヲ拋チ而モ其效果ハ同一ノ資本ヲ動スニ過キス之ニ反シテ保證人ニ於テ直チニ相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ得ハ三人各〻一厘ノ現金ヲモ動スノ必要ナク保證人カ請求ヲ受ケタルトキニ相殺ヲ對抗セハ其一言ヲ以テ總テノ關係消滅シ費用ヲ要セス時日モ徒費スルニ至ラス相互ノ爲メ大ナル利益アリト謂フヘシ加之若シ右ノ如ク保證人カ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ストセハ請求權カ三人間ニ回轉セル間ニ無資力者ヲ生スルコトアリ若シ主タル債務者カ無資力ト爲ルトキハ保證人ノ損失ト爲リ債權者カ無資力ト爲ルトキハ主タル債務者ノ損失ニ歸スヘシ此等ノ弊ヲ避クル爲メニハ保證人ノ相殺權ヲ認ムルハ大ニ公平ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス此理論ハ既ニ連帶債務(第四三六條第二項)ニ付テモ採用シタル所ナリ殊ニ保證債務ハ主タル債務ノ從タルモノナルカ故ニ主タル債務ノ消滅原因ヲ以テ對抗シ得ヘキコトハ當然ニシテ連帶ノ場合ヨリモ一層其理由アリト謂フヘシ又保證人カ自己ノ有セル債權ニ基キテ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ルハ固ヨリ論ヲ俟タス此場合ニ於テハ主タル債務者モ亦債權者ニ對スル債務ヲ免ル但保證人ハ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有ス何トナレハ主タル債務者カ債權者ニ對シテ債務ヲ免レタル點ヨリ觀レハ保證人カ辨濟ヲ爲シタルト毫モ異ナル所ナケレハナリ之ニ反シテ主タル債務者カ保證人ノ有セル債權ヲ以テ自ラ相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルハ明カナリ蓋シ保證人ハ主タル債務者ノ爲メニ從タル債務ヲ負擔セル者ナリト雖モ主タル債務ハ全ク他人ノ債務ナリ然ルニ債務者カ其保證人ノ債權ヲ以テ相殺ヲ行フコトヲ得ルトセハ是レ俗諺ニ謂フカ如ク他人ノ犢

鼻褌ヲ以テ相撲ヲ取ルモノニシテ其不道理ナルコト言フヲ俟タサルナリ故ニ敢テ明文ヲ設ケサリシナリ

以上ハ主タル債務ニ付テ生シタル事項カ保證債務ニ及ホス影響ナリ其他ノ事項例ヘハ主タル債務カ消滅スレハ從タル保證債務モ消滅シ主タル債務カ取消サレタルトキハ保證債務モ亦取消サルルノミナラス主タル債務カ取消シ得ヘキトキニハ保證人ハ自ラ進ミテ其取消ヲ主張スルコトヲ得ル等ノ說明ハ既ニ總論ニ於テ保證ノ從タル性質ヨリ生スル結果トシテ論シタル所ナルカ故ニ茲ニ再ヒ述ヘサルヘシ唯一ノ特別ナル場合アリ他ナシ連帶保證ノ場合是ナリ第四百五十八條ニ曰ク

主タル債務者カ保證人ト連帶シテ債務ヲ負擔スル場合ニ於テハ第四百三十四條乃至第四百四十條ノ規定ヲ適用ス

本條ハ第四百五十四條ト對照スルニ恰モ債務者ト保證人ト反對ノ地位ニ在リ即チ第四百五十四條ニハ「保證人カ主タル債務者ト連帶シテ云云」トアリ本條ニハ「主タル債務者カ保證人ト連帶シテ云云」トアリ然レトモ是レ別ニ差異アルニ

アラス即チ法律ハ孰レカヲ主トセントスル趣旨ニアラス但立法者カ特ニ二樣ノ書方ヲ爲シタルハ聊カ理由アリ即チ第四百五十四條ハ保證人ノ權利ヲ規定セル場所ナルカ故ニ保證人ヲ先ニシ第四百五十八條ハ主タル債務者ノ權利義務ヲ規定セル場所ナルカ故ニ主タル債務者ヲ先ニシタルノミ

以上說明シタル所ニ依レハ主タル債務者ニ付テ生シタル事項ハ一定ノ範圍內ニ於テ保證人ニ對シテモ亦其效力ヲ生ス新民法ハ舊民法又ハ佛蘭西法等ノ如ク債務者ニ付テ生シタル事項ハ保證人ニ對シテモ亦其效力ヲ生スト云フカ如キ汎博ナル規定ヲ設ケス例ヘハ主タル債務者ノ起シタル訴訟又ハ自白ノ如キハ保證人ニ對シテ毫モ其效力ヲ及ホスモノニアラス故ニ若シ債權者カ保證人ニ對シテ判決ヲ受ケント欲セハ保證人ヲモ訴ヘサルコトヲ得サルナリ要スルニ主タル債務者ニ生シタル事項ハ原則トシテ從タル債務者ニモ其效力ヲ及ホスモノナリ之ニ反シテ保證人ニ付テ生シタル事項ハ原則トシテ主タル債務者ニ影響ヲ及ホサス唯辨濟又ハ相殺ノ如キ債務ノ消滅原因カ保證人ニ付テ生シタル場合ニ於テハ通常主タル債務モ亦消滅ス蓋シ保證人ノ債務ノ目的ハ畢竟

主タル債務ノ履行ニ在ルカ故ニ其履行ヲ完ウシ又ハ之ト同一ノ效力アル行爲ヲ爲セハ則チ主タル債務ハ自ラ消滅スヘキノミ此他ノ事項ハ決シテ主タル債務者ニ影響ヲ及ホサス故ニ例ヘハ保證人ニ相殺ノ原因アルモ主タル債務者ハ之ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得ス又債權者カ保證人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲シ又ハ時效ノ中斷ヲ爲スモ主タル債務者ニハ通常何等ノ影響ヲモ及ホサス保證債務カ取消シ得ヘキ場合ニ於テ保證人ノ請求ニ因リ保證債務カ取消サルルモ主タル債務ハ依然トシテ存在スルモノナリ況ヤ保證人カ其取消原因ヲ主張セサルニ方リ主タル債務者カ代リテ之ヲ主張スルコトヲ得サルハ言フヲ俟タサルナリ然ルニ主タル債務者カ保證人ト連帶シテ債務ヲ負擔セル場合ニ於テハ之ト其趣ヲ異ニス是レ第四百五十八條ノ規定セル所ナリ蓋シ連帶保證人ハ普通謂フ所ノ「連帶債務者」ニハアラサレトモ保證人ナルト同時ニ連帶債務者ナリ故ニ此場合ニ限リ保證人ニ付テ生シタル事項ハ主タル債務者ニ影響ヲ及ホスモノナリ是レ此場合ニ於テハ第四百三十四條乃至第四百四十條ノ規定ヲ適用スル所以ナリ而シテ其適用スヘキ事項ハ既ニ諸君ト共ニ研究シタル所ナリ即チ履行ノ請求更改相殺免除混同時效等ニ關スルモノナリ

茲ニ一ノ注意ヲ請フヘキコトアリ他ナシ第四百三十四條乃至第四百四十條中「其債務者ノ負擔部分ニ付テ云云」ト記載セル條文アルモ此語ハ連帶保證ニハ自ラ適用ナキコト是ナリ蓋シ普通ノ連帶債務者ナレハ原則トシテ各自其負擔分ヲ有シ特約ナキ限リハ各頭數ニ應シ平等ノ割合ヲ以テ負擔スルモノナレトモ保證人ハ元來負擔分ヲ有セサルカ故ニ此「負擔部分云云」ノ語ハ其適用ナキコト知ルヘキナリ即チ第四百三十六條第二項第四百三十七條第四百三十九條ノ場合是ナリ果シテ然ラハ第四百五十八條ニ於テ單ニ第四百三十四條乃至第四百四十條ヲ適用スル旨ヲ規定シタルハ廣キニ過クルカ如シ故ニ此適用ナキ條文ハ之ヲ除クヲ至當ト謂ハサルヘカラサルニ似タリ然レトモ此等ノ規定ヲ逆ニ適用スルトキハ實際其必要アリ即チ保證人ニ付テ生シタル事項ニシテ主タル債務者ニ影響スヘキ事項ニ付テハ其適用ナキモノアルモ主タル債務者ニ付テ生シタル事項ニ付テハ全部其適用ヲ見ルヘシ故ニ其適用ナキ部分ハ之ヲ除キテ規定スルトキハ却テ疑惑ヲ生スヘシ唯之ヲ解釋適用スル者須ク規定ノ性質

ニ稽ヘ適當ニ之ヲ運用スヘキノミ而シテ此事ハ純然タル連帶者間ニ於テモ亦全ク之ナキニアラス即チ債務者間ニ於テ單純ニ連帶債務ヲ負ヒ而モ負擔部分ヲ有セサル者アルコトアリ斯ル場合ニ於テハ其者ハ全ク保證人ト同シク實際上負擔部分ナル規定ノ適用ヲ受ケサルナリ故ニ負擔部分ニ關スル規定ノ適用ヲ受ケサルハ唯リ保證人ニ付テノミナリト謂フコトヲ得ス從來我邦ニ於テハ連帶債務者ニシテ負擔部分ヲ有セサル例寡ロ多キカ如シ學者或ハ負擔部分ノ有無ニ據リ純然タル連帶債務者ト連帶保證人トヲ區別セントスル者アルハ大ナル誤ナリ「ボワ、ソナード」氏ノ如キモ亦此誤ニ陷レル一人ナリ

尙ホ玆ニ附加說明スヘキ事アリ連帶保證人カ主タル債務ニ因リテ影響ヲ受クル點ニ付テハ固ヨリ連帶ノ規定ノ適用ヲ受クルト雖モ此點ハ保證債務トシテ保證ノ規定ヲ適用スル方却テ其效力多キヲ見ルコト是ナリ或ハ連帶ニ於テハ各債務者皆直接ニ債務ヲ負擔スル者ナルカ故ニ單純ナル保證ノ場合ヨリモ其效力大ナルカ如キ觀アレトモ兩者ヲ比較スルトキハ決シテ然ラサルコトヲ知ルコトヲ得ヘシ第一ニ連帶ノ規定タル第四百三十四條ニ於テハ連帶債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ生スルコトヲ認ム此點ハ保證ノ場合ニ於テモ第四百五十七條第一項ニ明文アリ次ニ連帶ノ規定タル第四百三十五條ニ債務者ノ一人ト債權者トノ間ニ更改アリタルトキハ總テノ債務者ノ利益ノ爲メニ債權ハ消滅スルコトヲ定ム此點ハ保證ニ於テハ主タル債務カ更改ニ因リテ消滅スレハ從タル保證人ハ其責ヲ免ルルハ當然ニシテ特ニ規定ヲ設クルノ必要ヲ見ス第四百三十條ニハ連帶債務者ノ一人カ相殺ヲ援用シタルトキハ債權ハ總債務者ノ利益ノ爲メニ消滅スルコトヲ定ム保證ニ付テハ是レ亦當然ニシテ主タル債務者カ相殺ヲ以テ對抗スレハ其債務ハ消滅スヘキヲ以テ保證債務モ亦消滅スヘキナリ尙ホ前ニ說明シタル如ク第四百五十七條第二項ノ規定ニ從ヒ保證人ハ主タル債務者ノ負擔部分即チ全部ニ付キ債務者ノ債權ニ依リ自ラ相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ得次ニ第四百三十七條ニ於テハ連帶債務者ノ一人ニ對シテ爲シタル債務ノ免除ハ其免除ヲ受ケタル債務者ノ負擔部分ニ付キ他ノ債務者ノ利益ノ爲メニ其效力ヲ生セシム故ニ若シ債權者カ主タル債務者ニ對シ負擔部分即チ全部ヲ免除スレハ保證人ハ當然

其債務ヲ免ルルコト亦論ヲ俟タス又第四百三十八條ニ於テハ連帶債務者ノ一人ト債權者トノ間ニ混同アリタルトキハ其債務者ハ辨濟ヲ爲シタルモノト看做セリ保證ノ場合ニ於テ主タル債務者ト債權者トノ間ニ混同アリタルトキハ其權利義務消滅スルカ故ニ保證債務モ亦消滅スルコト明カナリ第四百三十九條ハ連帶債務者ノ一人ノ爲メ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其義務ヲ免ルルコトヲ定ム保證ノ場合ニ於テハ同シク主タル債務者カ時效ニ因リテ債務ヲ免ルルトキハ保證人モ亦其債務ヲ免ルヘシ故ニ此等ノ點ハ連帶債務ト通常ノ保證債務トニ依リテ異ナルコトナシト雖モ若シ連帶保證ナルトキハ保證人カ請求ヲ受ケタル如キ場合ニハ主タル債務者ニ對シ其效力ヲ及ホスヘシ此點ハ通常ノ保證債務ト異ナル所ニシテ第四百五十八條ノ規定アル所以ナリ

連帶保證ト連帶債務ト同一ナル點ハ既ニ說キ來リタル所ニ依リ略ホ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ即チ連帶保證人ハ後訴ノ利益、檢索ノ利益及ヒ分別ノ利益ヲ有セス此點ハ通常ノ連帶債務ト擇フ所ナシ又第四百五十八條ヲ以テ連帶債務者ノ一人ニ付テ生シタル事項カ他ノ債務者ニ影響ヲ及ホスノ規定ヲ適用スルコトトセルニ因リ此點モ通常ノ連帶債務ト同一ナリ然リト雖モ連帶保證債務ト通常ノ連帶債務トハ全ク同一ナリト論スル者ハ未タ連帶保證ノ性質ヲ熟知セサルモノト謂フヘシ但ポツソナード氏其他或學者ノ言フカ如ク保證人ハ負擔部分ヲ有セス隨テ主タル債務者カ辨濟ヲ爲シタル場合ニ連帶保證人ニ對シテ求償スルコトヲ得サルヲ理由トシテ二者ノ區別ト爲スコトヲ得ス何トナレハ曩ニモ一言シタル如ク純然タル連帶債務ニ在テモ或債務者カ負擔部分ヲ有セサル場合ニ於テハ他ノ債務者カ債務ノ全部ヲ辨濟スルモ此負擔分ヲ有セサル債務者ニ對シテハ同シク求償權ヲ有セサレハナリ果シテ然ラハ兩者ノ區別ヲ爲スノ要點如何他ナシ此區別ハ全ク主從ノ關係ノ有無ニ在リテ存ス即チ純然タル連帶債務ナレハ各債務者皆主タル者ナリ隨テ嘗テ說明シタル如ク一人ノ債務カ無效ナルモ敢テ他ノ者ノ債務ニ影響ヲ及ホサス一人ノ債務カ取消サルルモ他ノ者ノ債務ハ存在ス而シテ連帶債務者ハ各、異ナリタル目的又ハ體樣ヲ以テ義務ヲ負フコトヲ得即チ一人ハ條件附、一人ハ期限附ニシテ他ノ者ハ無期限、無

條件ニテ義務ヲ負フモ妨ナク又各債務者各〻異ナリタル條件ヲ以テ債務ヲ負フモ亦可ナリ走レ畢竟各自主タル者トシテ相對立スルコトヲ得ルニ由ル之ニ反シテ保證ノ場合ニ於テハ縱令連帶ヲ爲スモ其保證債務ハ從タルモノナルカ故ニ主タル債務カ無效ナル場合ニハ保證債務ニハ一點ノ瑕疵ナキモ亦無效ナリ又保證債務ハ主タル債務ト其目的ヲ異ニスルコトヲ得ス故ニ主タル債務ノ目的カ金錢ナルトキハ保證債務ノ目的ハ米穀ナルコトヲ得サルナリ尤モ一部保證即チ主タル債務カ千圓ナルニ保證債務ハ五百圓ナルコトヲ得レトモ保證債務カ主タル債務ヨリ重キコトヲ得ス又保證債務ハ主タル債務ヨリ重キ體樣ヲ有スルコトヲ得ス故ニ例ヘハ主タル債務カ條件附ナルニ保證債務カ無條件ナルコト能ハサルナリ但一部ノ保證ヲ許ス結果トシテ主タル債務カ無條件ナルニ保證債務ニハ條件ヲ附シ又ハ主タル債務ノ期限ヨリ短キ期限ヲ以テ保證ヲ爲スコトヲ得ヘシ此等ハ皆保證カ從タル性質ヲ有スル結果ニシテ之ニ據リテ以テ連帶保證カ純然タル連帶債務ト異ナルヲ知ルヘシ

第二　保證人ト主タル債務者トノ關係、

保證人ト主タル債務者トノ關係ハ或ハ委任ニ基キ或ハ委任以外ノ原因ニ出ツ主タル債務者カ保證人ニ依頼シテ保證債務ヲ負ハシメタルトキハ即チ委任ニ基ケルモノナリ舊民法及ヒ佛蘭西民法等ニ於テハ之ヲ以テ純然タル委任ト爲スコトヲ得ス蓋シ此等ノ法典ニ於テハ委任ハ必ス代理ヲ意味スルモノト爲セルニ此場合ニ於テハ代理ヲ生セサレハナリ尤モ保證人ニ於テ辨濟ヲ爲ス場合ハ或ハ代理アリト謂フコトヲ得サルニ非サルモ未タ辨濟ヲ爲サヽル間ハ代理關係アリト謂フコトヲ得サルナリ新民法ニ於テハ委任ノ範圍ヲ廣クセルヲ以テ依頼ニ出テタル保證ハ即チ委任ナリ(第六四三條即チ主タル債務者ハ保證契約ナル法律行爲ヲ爲スコトヲ依頼シ保證人ハ之ヲ承諾シタルモノナルカ故ニ委任ニ外ナラス其他ノ場合ニ於テ保證ヲ爲スハ全ク委任以外ノ行爲ニ出ツルモノナリ而シテ委任以外ノ行爲ニ因ル保證人カ債務ヲ辨濟シタルニ因リ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ行使スルハ理論上不當利得ノ法則ニ依ルモノナリ即チ保證人カ主タル債務者ニ代リテ辨濟ヲ爲ストキハ其結果トシテ主タル債務者ハ辨濟スルコトヲ要セサルニ至ルヘキカ故ニ其債務ハ消滅シ主タル債務

者ハ爲メニ利益ヲ受クルコトト爲リ恰モ民法第七百三條ニ「法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財產又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之カ爲メニ他人ニ損失ヲ及ホシタル者ハ云云」ト云フニ該ル舊民法佛國西民法等ノ解釋トシテハ委託ヲ受ケスシテ他人ノ事務ヲ管理シ其結果本人カ不當利得ヲ爲シタルモノトスルヲ可トスヘキニ似タリ然レトモ或債務ヲ保證シ其結果トシテ辨濟ヲ爲シタレハトテ敢テ主タル債務者ノ事務ヲ管理シタルモノト謂フヘカラス隨テ事務管理ノ法理ニ依ルコトヲ得スシテ不當利得ノ法理ニ依ラサルヘカラス尙ホ不當利得ハ本人ノ委任ナキ場合ニ於テノミ生スルモノナルカ故ニ委任ニ因ル保證ノ場合ニハ不當利得ノ原理ニ據ラス但後ニ承諾ヲ爲スモ委任ト爲ルコトナシ要スルニ主タル債務者ノ委託ヲ受ケス又ハ主タル債務者ノ意思ニ反シテ保證ヲ爲スモ仍ホ全ク保證タルニ妨ナシト雖モ其效果ヲ異ニスルナリ

保證人ト主タル債務者トノ關係ハ大要右ノ如クナルカ故ニ分チテ(一)委任ニ因ル保證ノ場合(二)委任ニ因ラサル保證ノ場合ト爲シ順次說明スヘシ

(一)　委任ニ因ル保證ノ場合

此場合ノ原則ハ第四百五十九條ニ規定セリ曰ク

保證人カ主タル債務者ノ委託ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テ過失ナクシテ債權者ニ辨濟スヘキ裁判言渡ヲ受ケ又ハ主タル債務者ニ代リテ辨濟ヲ爲シ其他自己ノ出捐ヲ以テ債務ヲ消滅セシムヘキ行爲ヲ爲シタルトキハ其保證人ハ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有ス

第四百四十二條第二項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

是レ委任ノ場合ト其趣旨ヲ同シウシ恰モ第六百五十條ニ相當ス唯通常ノ委任ト保證ノ委任トハ全ク同一ノ規定ニ從ハサルハ保證ノ場合ニ特別ナル事項アレハナリ或ハ委任ニ因ル保證ハ連帶ニ於ケルカ如ク債務者カ互ニ他ノ者ノ利益ヲ圖ラサルヲ得サル等ノ關係ヲ有スルニ因リ寧ロ連帶ト同一ノ規定ニ從フヲ可トスル如キモ連帶ニハ委任ナキコト多シ故ニ其原因ヲ異ニスルヲ以テ同一ノ規定ニ從フコトヲ得サルコト多シ唯注意スヘキハ連帶ハ常ニ委任アル場合ト類似ノ關係ヲ生シ債務者ハ互ニ利害ヲ共ニスルモノニシテ受任者ノ爲シタル行爲カ委任者ニ影響ヲ及ホスト類ル類似シタル關係アリ故ニ其規定モ亦

自ラ相類スルモノアリ委任ニ因ル保證ノ場合ニ於テハ純然タル委任關係アリ唯求償權ノ性質ハ略ホ同シキカ故ニ第四百四十二條第二項ノ規定ヲ準用セルノミ

先ツ第四百五十九條第一項ノ說明ヲ試ミンニ此場合ノ求償權ハ連帶ノ場合ニ於ケルカ如ク必スシモ免責行爲ヲ爲シタル後始メテ之ヲ行フコトヲ得ルニアラスシテ債權者ニ辨濟スヘキ裁判言渡ヲ受ケタルトキニ在リテモ亦求償權ハ成立スルナリ是レ保證人ハ主タル債務者ノ委任ヲ受ケテ其委任事項ヲ履行シ之ニ因リテ自己カ辨濟ヲ爲ササルヘカラサル境遇ニ至リタルモノナルカ故ニ直チニ求償權ヲ行フコトヲ得セシムルモノニシテ第六百五十條ノ規定ト其趣旨ヲ同シウス又主タル債務者ニ代ハリテ辨濟ヲ爲シ云云是ハ連帶ノ場合ト同樣ナリ然レトモ其他自己ノ出捐ヲ以テ債務ヲ消滅セシムヘキ行爲トハ相殺、和解等債務消滅ノ原因ト爲リ得ル行爲ニシテ主タル債務者カ之ニ因リ其債務ヲ免ルヘキ場合ヲ指スモノニシテ保證人ハ總テ直チニ求償ヲ爲スコトヲ得ルナリ茲ニ「債務ヲ消滅セシムヘキ行爲」トアルハ連帶ノ處ニ「免責ヲ得タルトキ」トアルニ該ル此區別アル所以ハ委任ニ因ル保證人ハ苟モ保證人タルノ義務ヲ十分ニ盡シ了レハ則チ此ニ求償權ハ成立スルノ意ニシテ縱令主タル債務カ既ニ消滅シタル後ニ於テモ保證人カ過失ナクシテ辨濟、更改、相殺、和解等ヲ爲セハ主タル債務者ニ對スル求償權ヲ生スルナリ畢竟消滅セシムヘキ行爲ナル文字ハ右ノ意義ヲ表明スル爲メニ用ヒタル文字ナリ然ラハ保證人ニ過失アル場合トハ如何是レ第四百六十三條ノ規定セル所ナリ同條ニ曰ク

第四百四十三條ノ規定ハ保證人ニ之ヲ準用ス

保證人カ主タル債務者ノ委託ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テ善意ニテ辨濟其他免責ノ爲メニスル出捐ヲ爲シタルトキハ第四百四十三條ノ規定ハ主タル債務者ニモ亦之ヲ準用ス

第四百四十三條ニ依レハ債權者ヨリ請求ヲ受ケタル債務者カ他ノ債務者ニ通知セスシテ辨濟等ヲ爲シタルニ他ノ債務者カ債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ヲ有シタルトキハ其通知ヲ爲ササリシ債務者ハ求償權ヲ有セス是レ其過失ニ基クモノナリ之ト同シク保證人カ其請求ヲ受ケタルコトヲ主タル債務者

ニ告ケスシテ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ主タル債務者カ債權者ニ對シテ相殺ノ原因ヲ有シ其他和解又ハ更改ヲ爲シタル場合ニ於テハ債務者ハ保證人ノ求償ニ應セサルコトヲ得是レ第四百六十三條第一項ノ規定ノ趣旨ナリトス又主タル債務者カ保證ノ委任ヲ爲シタル場合ニ於テ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルニ之ヲ保證人ニ通知セスシテ辨濟等ヲ爲シタルトキハ主タル債務者ニ過失アルカ故ニ若シ保證人カ之ヲ知ラスシテ辨濟シタルトキハ其辨濟ヲ有效トシテ保證人ノ求償ニ應セサルコトヲ得サルナリ但委任ナキ場合ニ於テハ主タル債務者カ自ラ辨濟ヲ爲スハ當然ナルカ故ニ之ヲ保證人ニ通知スルコトヲ要セス故ニ保證人カ先ツ主タル債務者ニ對シテ辨濟シタルヤ否ヤヲ確メスシテ自ラ辨濟スルハ大ナル過失ト謂ハサルヘカラス然ルニ委任ニ因ル保證ノ場合ニ於ケル主タル債務者ハ其辨濟シタルコトヲ直チニ保證人ニ通知スヘク之ヲ怠リタル場合ニ於テ保證人カ過失ナクシテ債務ヲ消滅セシムヘキ行爲ヲ爲セハ則チ其求償權ニ服セサルヘカラサルナリ尙ホ殆ト言フヲ俟タサル如キモ玆ニ一言スヘキ事アリ他ナシ保證人ハ自己カ何等ノ出捐ヲモ爲ササル場合即チ無償ニテ債務ノ免除ヲ得タル場合ノ如キハ求償權ヲ有セサルコト是ナリ蓋シ保證人ノ求償權ハ自己ノ負擔ニ歸シタルモノヲ債務者ニ對シテ請求スル權利ニシテ結局第六百五十條ノ規定ト同一ノ精神ニ出ツ故ニ若シ保證人カ無償ニテ主タル債務者ニ債務ヲ免レシメタリトスレハ主タル債務者ハ非常ノ幸福ニテ大ニ喜フ所ナルヘキモ保證人ハ事實出捐シタルモノアラサルカ故ニ償還ヲ求ムヘキモノナキナリ

尙ホ保證人カ或給付ヲ爲シテ自己ノ義務ヲ免レントスル場合ヲ說明セン例ヘハ主タル債務ハ依然存在スルモノトシ別ニ若干ノ金錢ヲ給付シテ以テ保證債務ヲ免除センコトヲ請ヘル場合ノ如シ是レ主ニ事實問題ニシテ場合ニ依リ二樣ノ意味ヲ有スヘシ一ハ保證人ノ給付シタルモノハ全ク主タル債務ノ內拂タル場合ニシテ其殘額ニ付キ保證人其義務ヲ免ルル場合是ナリ他ノ一ハ保證人カ其債務ヲ免ルル爲メニノミ若干ノ出捐ヲ爲ス場合ニシテ保證債務ハ之ヲ免ルルモ主タル債務ニハ何等ノ關係ナク債權者ハ主タル債務者ニ對シテハ依然トシテ全部ノ債權ヲ有スル場合是ナリ此等ノ場合ニ付キ外國ノ法律ニ於テハ

法律上ノ推定ヲ設ケタル例尠カラス我舊民法財產編第五百十一條ニ於テハ保證人ト債權者トノ間ニ成立シタル保證ノ免除ハ主タル債務者ヲシテ債務ヲ免レシメストセルカ故ニ暗ニ之カ爲メニ支出シタルモノハ之ヲ內拂ト視サルノ規定ナリト謂ヒテ可ナリ又或外國ニハ全ク右ノ反對ニ出テ特約アルニアラサレハ債務ノ一部トシテ之ヲ計算スルモノトセル立法例アレトモ是レ甚タ不當ナリ要スルニ實際問題ニ臨マハ須ク當事者ノ意思ヲ審ニシテ而シテ後之ヲ決スヘキノミ即チ當事者ノ意思ハ場合ニ依リテ異ナリ或ハ主タル債務額ノ半額ニ當ル金錢ヲ給付シタル者ハ其債務ノ半額ヲ消滅セシムル意思ナルヘシト解釋シ得ヘキモ其給付シタル金額ノ些少ナル場合例ヘハ主タル債務額ノ一割若クハ二割ニ相當スルニ過キサル場合ノ如キハ是レ債務ノ一部ヲ辨濟シタルモノト謂フコトヲ得サルコト多ク全ク自己ノ保證債務ノミヲ免除セシムル趣旨ナリト看ルヲ妥當トスヘキカ如シ故ニ此場合ニ於テハ主タル債務ニハ何等ノ關係ナク唯保證人カ主タル債務ノ內拂ヲ爲スノ意思アリシトキニ限リ其債務ノ一部ヲ消滅セシムヘキノミ故ニ我新民法ハ此場合ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケサリシナリ

以上ハ委任ヲ受ケタル保證人ノ求償權ニ關スル原則ナリ次ニ法律ハ特ニ保證人ヲ保護スル爲メニ未タ保證人カ辨濟ヲ爲サス又辨濟ヲ爲スヘキ裁判言渡ヲモ受ケサル場合即チ果シテ保證人カ支拂フニ至ルヘキカ或ハ全ク主タル債務者カ辨濟スルニ至ルヘキカ未タ分明ナラサルニ方リ保證人ヲシテ主タル債務者ニ對スル求償權ヲ行フコトヲ得セシム是レ一見甚タ奇怪ナルカ如シ即チ如何ニ保證人ヲ保護スルノ必要アリトスルモ未タ毫モ辨濟ヲ爲サス又未タ辨濟ヲ爲スヘキコトノ確定セサルニ早ク已ニ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ行ハシムルハ甚タ謂レナキモノノ如シ然レトモ少シク熟考スレハ大ニ其理由アルヲ見ン第四百六十條ニ曰ク

保證人カ主タル債務者ノ委託ヲ受ケテ保證ヲ爲シタルトキハ其保證人ハ左ノ場合ニ於テ主タル債務者ニ對シテ豫メ求償權ヲ行フコトヲ得

一、主タル債務者カ破產ノ宣告ヲ受ケ且債權者カ其財團ノ配當ニ加入セサルトキ

二、債務カ辨濟期ニ在ルトキ但保證契約ノ後債權者カ主タル債務者ニ許與シタル期限ハ之ヲ以テ保證人ニ對抗スルコトヲ得ス

三、債務ノ辨濟期カ不確定ニシテ且其最長期ヲモ確定スルコト能ハサル場合ニ於テ保證契約ノ後十年ヲ經過シタルトキ

本條ハ委任ニ因ル保證ノ場合ニシテ第六百五十條第二項ノ規定ト其精神ヲ同シウス然レトモ本條ニ於テハ豫メ求償權ヲ行フコトヲ得ル場合ヲ明定シ且第六百五十條第二項ニ規定セルカ如ク保證人ハ主タル債務者ノ爲メニ債務ヲ負擔スルニ相違ナキモ其債務ハ保證契約ヲ爲シタル初ヨリ之ヲ負擔スルモノニシテ而モ其債務ハ條件附ノモノ即チ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルニ方リ始メテ履行ノ責ニ任スルモノナルヲ以テ第六百五十條ノ通則ノミヲ以テハ未タ足レリトセサリシナリ

保證人カ主タル債務者ニ對シテ豫メ求償權ヲ行フ場合ノ第一ハ主タル債務者カ破產ノ宣告ヲ受ケ而モ債權者カ其財團ニ對シテ請求ヲ爲ササル場合是ナリ此場合ハ理論ヨリ言ヘハ破產手續ヲ了ラサレハ果シテ全部ノ辨濟ヲ爲シ得ルヤ否ヤヲ知ルコト能ハス而モ求償權ヲ行ハシムルハ其當ヲ得サルカ如シ但第四百五十二條但書ノ規定ニ據リ債權者カ直チニ保證人ニ請求スルトキハ保證人ハ敢テ辨濟ヲ恒ムコトヲ得ス此場合ニ於テ求償權ヲ行使スルコトヲ得ルハ固ヨリナリ然リト雖モ保證人ハ債務者ノ破產ニ因リ敢テ期限ノ利益ヲ失フモノニアラサルカ故ニ其期限ノ到來前ニ在リテ債務者カ破產ノ宣告ヲ受クルトキハ債務者ハ之ニ對シテハ請求ヲ爲スコトヲ得ルモ本問ノ場合ニハ其請求ヲ爲サス又保證人ニ對シテハ未タ請求ヲ爲スコトヲ得ス故ニ保證人ハ求償權ヲ行フ理由ナキカ如シ然レトモ翻テ保證人ノ利益ヲ考フレハ亦大ニ顧慮セサルヘカラサルモノアリ蓋シ債權者カ破產財團ニ加入シテ分配ヲ受クルノ策ヲ爲セハ可ナルニ敢テ其手續ヲ爲サス又自己ニ對シテ辨濟ヲ請求セント欲セハ成ルヘク速ニ請求スルコトヲ希望スルモ債權者ハ又之ヲ爲サス又保證人カ期限ノ利益ヲ有スル場合ニハ敢テ自ラ期限ノ利益ヲ拋棄シテ速ニ辨濟スルハ固ヨリ其好ム所ニアラス主タル債務者ノ財產ハ單ニ其加入シタル債權者ノミニ分配スルモノナルカ故ニ期限到來ノ後債權者カ保證人ニ對シテ請求ヲ爲シタリ

シトセンニ保證人求償權ヲ行ハント欲スルモ主タル債務者ノ財產ハ最早殆ト全部ノ分配アリタル後ナリトセハ保證人ハ債務者ニ對シテ求償權ヲ行フモ殆ト其效ナキニ了ラン故ニ其迷惑實ニ想フヘシ此ノ如ク保證人ノ爲メニハ不利益ナル結果ヲ來スニ拘ラス債權者ハ確實ナル保證人アルコトヲ恃ミテ債務者ノ破產財團ノ配當ニ加入セストセンニ保證人モ亦債務者ノ破產ヲ傍觀シテ若シ全額ノ損失ヲ招カサルヘカラストセハ酷モ亦極マレリト謂フヘシ故ニ保證人ニ於テ債權者ニ代リテ配當ニ加入スルコトヲ得サルヘカラス然リ而シテ縱令保證人カ代リテ加入スルモ主タル債務者ハ勿論他ノ債權者モ何等ノ異議ヲ挿ムコト能ハス蓋シ後段說明スヘキカ如ク此加入ハ必スシモ保證人カ直チニ配當ヲ受クルモノニアラス故ニ何等ノ危險ナキモノト看サルヘカラス而シテ債權者ハ其債權額ニ付テハ元來其配當ニ加入スヘキモノナルニモ拘ラス加入セサルカ故ニ保證人カ代リテ之ニ加入スルモノナレハ主タル債務者ハ敢テ重複ニ義務ヲ負擔スルモノニ非ス然ラハ毫モ他ノ者ノ利益ヲ損スルコトナクシテ大ニ保證人ヲ保護スルコトト爲リ此規定ハ極メテ穩當ナリト謂フヘキナリ

保證人カ主タル債務者ノ破產財團ニ加入スルハ以上ノ理由ニ基ケルカ故ニ第四百六十條第一號末文ニ於テ「且債權者カ其財團ノ配當ニ加入セサルトキ」トアリ然ラハ債權者カ債務者ノ破產財團ノ配當ニ加入シタルトキハ保證人ニ對シテハ請求ヲ爲スコト能ハサルカ曰ク然ラス或ハ曰ハン債權者ハ一方ニ於テハ債務者ノ破產財團ノ配當ニ加入シ一方ニ於テハ保證人ニ請求スルコトヲ得ルトセハ債權者ハ二重ノ請求ヲ爲ス者ニシテ甚タ不都合ナリト謂フヘシト然レトモ保證人ハ第五百條ノ規定ニ依リ當然債權者ニ代位スル者ナルカ故ニ債權者ノ配當加入ハ結局保證人ノ利益ト爲ルモノニシテ債權者ニ不當ノ利益ヲ爲サシムルモノニアラサルナリ之ニ反シテ債權者カ既ニ配當ニ加入セルニ拘ラス更ニ保證人ヲシテ加入セシムルトキハ破產財團ハ二重ノ請求ヲ受クルニ至ルカ故ニ右ノ條件ヲ設ケタルナリ然ラハ主タル債務者カ破產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ債權者カ直チニ其財團ニ對シテ配當ノ加入ヲ爲ササルニ由リ保證人カ先ニ加入シタルトキハ債權者ハ最早其財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得サルヤ否ヤ蓋シ破產財團ニ對シテ配當ニ加入スルハ一定ノ時期間之ヲ爲スコ

トヲ得ルモノニシテ總テノ債權者ト同時ニ加入ヲ爲ササルヘカラサルニアラス然レトモ若シ之ヲ許ストセハ一ノ債權ニ付テ二重ノ加入ヲ爲スコトト爲ル例ヘハ保證人ハ自己ノ求償權ノ名義ヲ以テ千圓ノ加入ヲ爲シ債權者ハ亦其千圓ノ債權ニ付キ加入スルトセハ單ニ千圓ノ債務ニ對シ二千圓ノ請求ヲ受クルコトト爲ルヘシ此ノ如キハ決シテ許スヘカラサル所ナリ然ラハ其結果如何畢竟保證人ノ配當加入ハ無效ニ歸スルノ外ナシ元來保證人ハ原則トシテハ有償ノ免責行爲ヲ爲スニアラサレハ求償權ヲ有セサルモ本條第一號ノ條件ヲ具備スレハ其以前ニ於テモ加入ヲ爲スコトヲ得ルノミ然ルニ債權者ノ後日ノ加入ニ因リ右ノ條件ヲ缺クニ至リタルカ故ニ保證人ノ加入ヲ無效トセサルコトヲ得サルナリ

第二ノ場合ハ「債務カ辨濟期ニ在ルトキ」是ナリ主タル債務カ辨濟期ニ在レハ保證人直チニ求償權ヲ行フコトヲ得ルモノトスルハ一見大早計ニ失シタル規定ナルカ如キモ此ノ如ク定ムルニアラスンハ保證人ハ往往損失ヲ被ルコトアルヘシ即チ若シ保證人ノ資力十分ナル場合ニ於テハ債權者ハ之ニ安シテ毫モ主タル債務者ヲ顧ミス唯保證人ニ辨濟セシムレハ可ナリト爲シ主タル債務者ニ對シテハ更ニ請求ヲ爲ササルコトアルヘク甚シキニ至リテハ若シ高率ノ利息ヲ得ル場合ノ如キハ寧ロ其辨濟ノ遲カランコトヲ希望スルコトアルヘシ又保證人ニ於テモ自ラ速ニ履行ヲ爲シ隨テ求償權ヲ行フコトヲ得ルト雖モ主タル債務者ニ於テ履行スルヤ否ヤ不分明ナルニ方リ進ミテ辨濟ヲ爲スカ如キハ甚タ不利益ナルカ故ニ姑ク默止スルコト通例ナルヘシ然ルニ主タル債務者ノ資力ハ目下猶ホ辨濟ヲ爲スニ十分ナルモ何時無資力ト爲ルカ測リ難ク而モ債權者ハ敢テ請求ヲ爲ササランカ保證人ハ大ニ損失ヲ被ルコトアルヘシ而シテ主タル債務者ハ結局辨濟ヲ爲ササルヘカラサル者ナルカ故ニ保證人ノ求償權ニ服スルニ債權者ノ請求ナキニ保證人ニ對シテ辨濟ヲ爲スカ如キ姿ト爲リ債務者ノ爲メニハ頗ル不利益ナルカ如シト雖モ保證人ノ利益ノ爲メニハ宜シク此ノ如クナルヘク而シテ債權者ニ於テモ亦異議ヲ唱フヘキ餘地ナキナリ要スルニ此規定モ亦頗ル穩當ナリト謂ハサルヘカラス

右第四百六十條第二號ノ但書ニ付テハ大ニ議論アリ舊民法ノ如キハ斯ル規定

ヲ設ケサリキ「ポツソナード」氏ハ佛蘭西法ニモ存スル我新民法ト同樣ノ規定ヲ以テ甚タ不當ナリトシ債權者カ主タル債務者ニ猶豫期限ヲ與ヘタルトキハ保證人モ亦延期ノ利益ヲ受クルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ特ニ保證人ニ求償權ヲ與フル必要ナシト說ケリ是レ甚タ謬レリ論者ノ說ノ如クンハ本條第二號ノ規定ハ其要ナシト謂ハサルヘカラス何トナレハ債務ノ期限到來セルニ拘ラス債權者カ請求ヲ爲ササルニ於テハ是レ恰モ猶豫期限ヲ默許シタルニ等シク而モ保證人ハ自己ノ責任ヲ免ルルコトヲ得サルカ故ニ不利益ナリトシテ本條第二號ノ規定アリ然ルニ債權者カ明カニ猶豫期限ヲ與ヘタルトキハ保證人ハ求償權ヲ行フコトヲ得ストスルハ是レ前後矛盾ト謂ハサルヘカラサレハナリ畢竟保證人ニ豫メ求償權ヲ與フルハ後日主タル債務者カ無資力ト爲ルコトアルヘキヲ慮リ保證人ニ損害ナカラシメントスルニ外ナラサルカ故ニ一旦右第二號ノ規定ヲ必要トスル以上ハ但書ハ之ニ伴ヒテ必要ナリト謂ハサルヘカラス

此第二號ノ規定ヲ第一號ノ規定ト比較スレハ聊カ疑ヲ生セサルニアラス即チ主タル債務者カ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ期限ノ利益ヲ失ヒテ債務ハ辨濟期ニ至ルモノナリ(第一三七條第一號舊商法第九八八條參照X家資分散ハ破產ニ同シキモ此場合ニ於テハ實際上保證人ハ配當ニ加入スルコトヲ得ス)然ラハ第一號ト第二號トハ重複シ第一號ハ無用ノ規定ニ歸スヘシトノ論アルヤモ知ルヘカラス然レトモ破產ノ場合ハ通常ノ辨濟期ニ在ルトキト異ナリテ債權者カ其財團ノ配當ニ加入セサルコトヲ以テ條件ト爲セリ然ルニ第二號ハ何等ノ條件ナク縱令債權者カ請求ヲ爲スモ仍ホ保證人ハ自己ノ求償權ヲ行フコトヲ得是レ後條ニ規定セル如ク保證人ノ受取ルヘキモノヲ以テ直チニ債權者ニ支拂フコトヲ得ルカ故ニ敢テ制限ヲ加フルノ必要ナケレハナリ而シテ事實上ニ於テモ苟モ債權者カ請求ヲ爲シタル以上ハ通常ハ破產手續ノ如ク長時日ヲ要スルモノニアラサルカ故ニ敢テ衝突ヲ來サス又若シ債權者カ單ニ請求ヲ爲シタル儘放置スルカ如キ場合ニ於テハ殊ニ保證人ノ求償ヲ許ス必要アリ隨テ右二號ノ規定ハ決シテ重複スルモノニアラサルナリ

第三ノ場合即チ「債務ノ辨濟期カ不確定ニシテ且其最長期ヲモ確定スルコト能

ハサル場合ニ於テ保證契約ノ後十年ヲ經過シタルトキニ求償權ヲ付與スルハ頗ル干渉ニ過クルカ如シト雖モ飜テ保證人ノ爲メニ考フレハ實ニ已ムコトヲ得サルモノアリ例ヘハ終身年金權即チ債權者債務者又ハ第三者ノ終身ヲ期シテ年年若干圓ツツ支拂フヘキ債務ノ保證ニ立チタル者又ハ無期年金(是レ日本ニハ多ク其例ヲ聞カサル所ナレトモ西洋ニ於テハ往往存スル所ナリ)即チ子子孫孫ニ至ルマテ一定ノ金額ヲ年年支拂フ債務ヲ保證シタル者條件附債務即チ何時其債務ヲ辨濟スヘキカ其時期不分明ナル場合ニ於ケル債務ヲ保證シタル者禁治產者ノ後見人ノ爲メニ保證人ト爲リタル者禁治產者ハ何時能力ヲ恢復スルカ將タ之ヲ恢復セサルカ測ルヘカラス隨テ禁治產者ノ終身間若クハ後見人ノ終身間後見人ノ任務繼續スルコトアルヘク之ヲ保證シタル者ハ實ニ不確定ナル債務ヲ負擔シタル者ナリ等是ナリ此等ノ者ハ何十年其義務ヲ負フカ分明ナラス而シテ保證債務ハ相續人ニ移ルカ故ニ保證人カ死スルモ主タル債務カ消滅スルカ若クハ特ニ免責ヲ得ルニアラスンハ其債務ハ相續人ニ及フモノナリ人若シ保證人カ斯ル結果ヲ厭ハハ初ヨリ保證ニ立タサルニ如カスト言ハハ吾復何ヲカ言ハン然レトモ本來好ミヲ保證ヲ爲スカ如キコトハ極タテ稀ナルヘク多クノ場合ニ於テハ債務者ノ依賴ヲ受ケテ之ヲ辭スルノ方便ナク已ムコトヲ得ス承諾スルヲ常トシ且保證人ハ多クノ場合ニ於テハ其責任ノ斯ク長ク繼續スルコトアラサルヘシト信シテ之ヲ承諾シタルニ事豫想ニ反シテ大ニ年月ヲ加フルコトアルヘシ加之保證人自身ニ取リテハ恩義アル親族若クハ親友ノ間柄ナルニ由リ之ヲ避クルコトヲ得サリシ關係アリトスルモ其相續人ニ至リテハ敢テ斯ル事情ヲ存セス然ルニ仍ホ數十年ノ間其義務ヲ免レストスルハ頗ル苛酷ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ新民法ニ於テハ原則トシテ總テ全ク人ノ自由ヲ奪フカ如キ契約ハ之ヲ認メス(固ヨリ斯ル原則ハ明文トシテ揭ケサレトモ各種ノ契約ニ付キ各別ニ規定セリ)例ヘハ無期ノ組合契約ニ於テハ何時ニテモ其組合ヲ脫退スルコトヲ許シ(第六七八條)又已ムコトヲ得サル事由アルトキハ解散ヲ請求スルコトヲ得(第六八三條)雇傭契約ニ於テモ或短期ノ豫告期間ヲ以テ解約ヲ爲スヲ許シ(第六二七條)又已ムコトヲ得サル事由アルトキハ直チニ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ許セリ(第六二八條)是レ文明國ノ法律ノ概ネ皆認

ムル所タリ然ルニ前ニ述ヘタル如ク保證人ノ義務ハ性質上永久ニ繼續シ得ルモノナリ蓋シ人ノ自由ヲ無限ニ束縛スルハ公益ニ害アルノミナラス之ヲ經濟上ヨリ考察スルモ不確定ナル債務ヲ永久存續セシムルコトハ甚タ好マシカラス即チ既ニ債務ヲ免レタルヘシト信セシニ意外ニモ其債務未タ消滅セサルコトアルニ於テハ債務者(本問ノ場合ニ在リテハ保證人)ニ取リテハ頗ル迷惑ヲ感スヘク又實際ノ取扱上ニ於テモ不確定ナル權利義務ノ永續スルハ錯雜ナル結果ヲ生スヘキカ故ニ此種ノ債務ヲ速ニ消滅セシメントスルハ立法者ノ希望スル所ナリ殊ニ保證人ハ前ニ述ヘタル如ク好意ヲ以テ他人ノ爲メニ債務ヲ負擔スルヲ通例トシ而シテ保證ハ信用ノ發達ノ爲メ必要ナルモノナルカ故ニ特ニ之ヲ保護セサルヘカラス此等ノ理由ニ據リ保證契約ノ後十年ヲ經過シタルトキハ辨濟期ノ未タ到來セサルニ拘ラス保證人ヲシテ求償權ヲ行フコトヲ得セシムルコトトセシナリ

次ニ一言スヘキハ右ノ場合ニ於ケル期間ノ起算點カ舊民法ト異ナレルコトト是ナリ(舊民法債權擔保編第三四條第三號舊民法ニ於テハ債務ノ日附ヨリ起算スルコトトセルモ保證契約ハ主タル債務ノ發生シタル後ニ於テ締結スルコト頻繁ナルカ故ニ新民法ニ於テハ「保證契約ノ後十年ヲ經過シタルトキ」ト定メタリ)」右第四百六十條第三號ニ「最長期ヲモ確定スルコト能ハサル場合云云」トアリ此文字ノ意味ニ付テハ往往疑ヲ懷ク者アルカ如シ蓋シ債務ノ辨濟期ノ不確定ナル場合ニ種種アリ債務カ何時終了スルカ知ルヘカラサル場合ト一定ノ時期以後ニハ存續セサル場合トアリ此末ノ場合ニ於テハ其最長期マテ義務ヲ負フ覺悟アレハ可ナリ例ヘハ未成年者ノ後見人ノ債務ヲ保證シタル場合ノ如シ(第九三三條參照)即チ後見人カ擔保ヲ供スヘキ場合ニ於テ保證人ヲ立ツルコト頗ル多カルヘシ是レ西洋ニ於テモ其例ニ乏シカラスト聞ク(無能力者ノ爲メニ法律上ノ抵當ヲ認ムル國ニ於テモ)斯ル場合ニ於テ後見人ノ義務ハ後見ノ終了ニ至ルマテハ存在スルカ故ニ何時其辨濟期到來スヘキカ知ルヘカラス而シテ保證債務モ亦之ニ隨伴スヘシ然ルニ後見人ノ義務ハ後見人ノ死亡又ハ被後見人ノ死亡其他ノ原因ニ因リテ消滅スヘキモノニシテ其債務ノ存續期間不確定ナリ隨テ其辨濟期亦全ク不確定ナリト謂ハサルヘラス然レトモ被後見人カ成年ニ

達スルトキハ後見自ラ消滅スヘキカ故ニ其債務ノ最長期ハ常ニ確定セルモノト謂ハサルヘカラス之ニ反シテ禁治産者ノ後見人ニ至リテハ禁治産者カ能力ヲ恢復スルノ時期不明ナルカ故ニ後見人ノ債務モ亦存續期間ヲ知ルコトヲ得ス隨テ其債務ノ辨濟期カ不確定ナル場合ナリ尚ホ不確定債務ニシテ其最長期ノ確定セル例ヲ示セハ或人ノ終身ヲ限トセル債務ヲ保證シ之ニ條件ヲ附シ若シ其者カ二十年以上生存スルトキハ保證債務ハ二十年ヲ以テ終了スルモノト爲シタル場合ノ如シ此場合ニ於テモ最長期ハ確定セルカ故ニ右第三號ノ適用ナキナリ

以上ヲ以テ保證人カ未タ辨濟其他免責行爲ヲ爲ササル場合ニ於テ求償權ヲ行フコトヲ得ル場合ノ說明ヲ了レリ既ニ說明シタル如ク保證人カ債權者ニ辨濟スヘキ裁判言渡ヲ受ケタルニ因リテ債務者ニ對シテ求償權ヲ行フ場合(第四五九條)及ヒ第四百六十條ノ場合ニ於テ保證人ニ求償權ヲ行フコトヲ許シタルハ皆保證人ヲ保護スルノ精神ニ外ナラス然リト雖モ保證人カ其求償權ニ由リ主タル債務者ヨリ豫メ賠償ヲ受ケタルニ拘ラス債權者ニ對シテ辨濟ヲ爲ササラ

ンカ債權者ハ何時ニテモ主タル債務者ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得然ルトキハ主タル債務者ハ保證人ニ對シテ豫メ求償權ニ服シ又更ニ債權者ノ請求ニ應セサルコトヲ得サルヲ以テ結局二重拂ヲ爲ササルヘカラサルニ至リ債務者ニ取リテハ甚タ迷惑ナリト謂ハサルヘカラス之ヲ救濟スルノ方法ハ(第一)保證人ヲシテ擔保ヲ供セシムルニ在リ即チ或ハ確實ナル保證人ヲ立テシメ或ハ抵當權質權ヲ設定セシムルコト是ナリ是レ頗ル迂遠ナルニ似タリト雖モ此方法ニ依ルトキハ保證人カ無資力ト爲リタルニ因リテ債務者カ被ルコトアルヘキ損害ヲ豫防スルコトヲ得ヘシ(第二)主タル債務者カ保證人ニ對シテ自己ニ免責ヲ得セシムヘキ旨ヲ請求スルニ在リ保證人カ債務者ニ免責ヲ得セシムル場合ハ主トシテ更改ナリ即チ從來主タル債務者ト債權者トノ間ニ存立セル債權關係ヲ更改ニ因リテ保證人ト債權者トノ間ノ債權關係ト爲ス場合是ナリ此ノ如クスルトキハ主タル債務者ハ全ク其債務ヲ免ルルカ故ニ二重拂ヲ爲スノ危險ハ毫モ存セサルニ至ル而シテ保證人ノ資力カ十分ナル場合ニ於テハ債權者ハ右ノ更改ヲ承諾スルコトアルヘシ尙ホ主タル債務者ヲシテ其債務ヲ免レシムル

場合ハ或ハ保證人カ債權者ニ對シテ相殺ヲ對抗スル場合ナリ是レ通常ノ場合ニハ起ラスト雖モ債務ノ辨濟期カ既ニ到來セル場合ニ於テ若シ保證人カ債權者ニ對シテ債權ヲ有セルトキハ相殺ヲ對抗シ以テ主タル債務者ヲシテ其債務ヲ免レシムルコトヲ得ヘシ又稀ナル場合ヲ言ヘハ保證人ト債權者トノ間ニ或契約ヲ締結シ其附隨事項トシテ主タル債務者ノ債務ヲ免レシムルコトヲ得ヘシ例ヘハ和解ヲ爲シテ債權者ハ主タル債務者ニ對スル權利ヲ拋棄シ保證人ハ債權者ニ對スル他ノ主張ヲ拋棄スルカ如キ是ナリ(第三)主タル債務者カ保證人ニ對シテ直チニ償還ヲ爲スニ代ヘテ單ニ供託ヲ爲スニ在リ供託ヲ爲シ置ケハ一方ニ於テハ何時債權者ヨリ請求セラルルモ其供託物ヲ以テ辨濟ニ充ツルコトヲ得ヘク他ノ一方ニ於テハ保證人ハ供託物ヲ自由ニ處分スルコト能ハサルカ故ニ主タル債務者ハ保證人カ無資力ト爲レルニ因リテ被ルコトアルヘキ損害ヲ免ルルコトヲ得ヘシ加之保證人モ損失ヲ被ルノ虞ナク而シテ債權者カ供託物ヲ受取ルニ因リテ債務ハ消滅スルカ故ニ實際最モ行ハレ易キ方法ナリト信ス(第四)主タル債務者カ保證人ニ對シテ直チニ償還ヲ爲スニ代ヘテ擔保ヲ供スルニ在リ是レ亦頻繁ニ行ハルル所ナルヘシ蓋シ主タル債務者カ辨濟ヲ爲ササルニ因リ保證人カ代リテ辨濟ヲ爲セハ主タル債務者ハ償還ノ義務ヲ負フコト固ヨリ言フヲ俟タスト雖モ保證人カ未タ辨濟ヲ爲ササルニ方リテ償還ヲ爲ストキハ他日保證人カ無資力ト爲リタルニ因リテ主タル債務者カ損害ヲ被ルコトアルニ由リ之ヲ豫防センカ爲メニ保證人ニ對シテ償還ヲ爲ス代リニ十分ナル擔保ヲ供スルトキハ保證人ハ主タル債務者ノ無資力ニ因リテ損害ヲ被ルノ虞ナク主タル債務者ハ直チニ保證人ニ金錢ヲ拂フ如キ必要ナキニ至リ債務者ノ爲メニ頗ル便利ナリト謂フヘシ例ヘハ十分資力アル保證人ヲ立テ又ハ質權、抵當權ヲ設定スルカ如キ是ナリ(第五)主タル債務者カ保證人ヲシテ免責ヲ得セシムルニ在リ保證人ヲシテ免責ヲ得セシムル場合ハ債務者カ債權者ト談判シ或ハ無償ニテ、或ハ債務ノ一部ヲ辨濟シ、或ハ保證人ニ代ヘテ質若クハ抵當又ハ他ノ保證人ヲ供シ以テ債權者ヲシテ保證債務ヲ免除セシムル場合ノ如キ是ナリ要スルニ債權者ノ承諾ヲ得テ保證人ノ義務ヲ免レシムルニ在リ是レ亦實際行ハレ易キ方法ナリトス以上五種ノ方法中其一ヲ取レハ則チ保證人及ヒ債

務者雙方ノ利益ヲ均一ニ保護シ得テ何人ニモ損害ヲ及ホスコトナキナリ是レ

第四百六十一條ニ規定セル所ナリ同條ニ曰ク

前二條ノ規定ニ依リ主タル債務者カ保證人ニ對シテ賠償ヲ爲ス場合ニ於テ質權者カ全部ノ辨濟ヲ受ケサル間ハ主タル債務者ハ保證人ヲシテ擔保ヲ供セシメ又ハ之ニ對シテ自己ニ免責ヲ得セシムヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得

右ノ場合ニ於テ主タル債務者ハ供託ヲ爲シ擔保ヲ供シ又ハ保證人ニ免責ヲ得セシメテ其賠償ノ義務ヲ免ルルコトヲ得

以上ヲ以テ保證人カ主タル債務者ノ委任ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル場合ノ求償權ノ原則ヲ說キ了レリ

(二)　委任ヲ受ケスシテ保證ヲ爲シタル場合

保證人ハ通常主タル債務者ノ委任ニ因リテ保證人ノ地位ニ立ツモノニシテ委任ニ因ラスシテ保證人ト爲ルコト極メテ少シ然レトモ時トシテハ委任ナクシテ保證人ト爲ルコトナキニアラス此場合ニ於テモ亦保證債務ハ成立スルモノナリ例ヘハ主タル債務者ニ委託セラレタルニアラサルモ主タル債務者カ親戚又ハ親友ナルニ由リ債權者ト協議ノ上保證人ト爲リ債權者ハ其代リニ債務ノ辨濟期限ヲ延長シタル場合ノ如キ又ハ債權者ノ依頼ニ因リテ保證人ニ立チタル場合ノ如シ此後例ノ場合ハ實際極メテ稀ナルヘシト雖モ時トシテハ債權者カ債務者ノ親戚又ハ友人ニ向ヒ「貴下ノ親戚又ハ友人タル某ニ金錢ヲ貸付シタルモ何時無資力ト爲ルカ測リ知ルヘカラサルヲ以テ貴下ニ於テ保證人ニ立タルルナラハ予ニ取リテ甚タ幸ナリ」ト云ヒテ保證人ト爲ルコトヲ依頼スルコトアリ若シ債權者ノ依頼ヲ受ケタル者カ其依頼ニ應スルトキハ保證債務成立スルコト固ヨリナリ又射利的ニ保證人ト爲ルコトナキニアラス例ヘハ債權者カ或人ニ金錢ヲ貸付シタルモ其人ノ實際ノ資力ヲ知ラサルニ由リ其人ヲ知リタル或他ノ人ニ依頼シテ保證ヲ爲サシメ其報酬トシテ利息ノ半額ヲ與フルコトヲ約シタル場合ノ如シ又例ヘハ甲ナル者ニ對シ乙丙ノ二人カ同時ニ金錢ヲ借用センコトヲ申込ミタル場合ニ甲ハ乙ニ向ヒテ丙ノ保證人ト爲ランニハ金錢ヲ貸付スヘキコトヲ言ヒ丙ニ向ヒテハ乙ノ保證人ト爲ランニハ金錢ヲ貸付スヘキコトヲ言ヘル場合ノ如キ是ナリ此ノ如キ事ハ債權者カ常ニ用フル手段ニ

シテ數名ノ債務者ヲ互ニ連帶セシムルコト稀ナリトセス此ノ如キ場合ニ於テ債務者相互ノ間ニ交換的ニ保證人ト爲ラシムルコトナシトセサルナリ此等ハ皆債權者ノ委任ニ因リテ保證人ト爲ル場合ニシテ主タル債務者ノ委任ニ因ル保證ニアラスト雖モ債權者ト保證人トノ關係ハ特約ナケレハ則チ通常ノ保證人ト異ナルコトナキナリ故ニ之ニ付テハ別ニ論スルノ必要ナシ唯主タル債務者ノ委任ヲ受ケスシテ保證ヲ爲シタル者ノ求償權ヲ論スレハ則チ足レリ今此場合ヲ細別スレハ更ニ二ト爲ル(一)主タル債務者ノ意ニ反シテ保證ヲ爲シタル場合(二)主タル債務者ノ委任ヲ受ケサルモ其反對ヲ受ケスシテ保證人ニ立チタル場合即チ委任ヲ受ケス又拒絶モセラレサル場合即チ是ナリ此委任ナキ場合ニ於テ保證人ニ賠償ヲ求ムルコトヲ許スハ不當利得ノ原理ニ基クモノナリ即チ立法者ハ主タル債務者ヲシテ不當利得ヲ爲サシメサルコトヲ希望シテ此求償權ヲ認メタルナリ然レトモ主タル債務者ノ委任ヲ受ケス而モ其意ニ反セスシテ保證ヲ爲シタル場合ニハ稍ヤ事務管理ニ類シタル點アリ尤モ純然タル事務管理ニハアラス蓋シ委任ナクシテ他人ノ爲メニ債務ノ辨濟ヲ爲スコトハ事務管理ナリト雖モ保證人ト爲ルハ敢テ事務管理ト謂フコトヲ得ス何トナレハ保證人ハ主タル債務者ニ代リテ債務ヲ負フモノニアラスシテ主タル債務者ノ債務ノ外ニ新ニ一種ノ債務ヲ負フモノナレハナリ、ポワッソナード氏其他佛國ノ學者ハ此場合ヲ事務管理ナリト云ヘルハ誤ナリ佛國法ハ不完全ナル點アルカ故ニ已ムコトヲ得ス斯ル解釋ヲ生スルニ至リシト雖モ是レ正當ノ見解ト謂フコトヲ得ス然リト雖モ保證人カ辨濟ヲ爲シタルトキハ主タル債務者ニ代リテ辨濟ヲ爲シタルモノニシテ是レ事務管理ナラン曰ク然ラス何トナレハ此場合ニハ保證人ハ主タル債務者ノ名義ヲ以テ辨濟ヲ爲シタルモノ即チ債務者ノ事務ヲ管理シタルモノニアラスシテ自己ノ名義ヲ以テ自己カ新ニ負ヒタル債務ヲ辨濟シタルニ過キサレハナリ唯兩者其趣ヲ同シウスル所アルヲ以テ其規定自ラ相類スル所アルノミ第四百六十二條第一項ニ曰ク

主タル債務者ノ委託ヲ受ケスシテ保證ヲ爲シタル者カ債務ヲ辨濟シ其他自己ノ出捐ヲ以テ主タル債務者ニ其債務ヲ免レシメタルトキハ主タル債務者ハ其當時利益ヲ受ケタル限度ニ於テ賠償ヲ爲スコトヲ要ス

此場合ハ事務管理ニ關スル第七百二條ノ規定ト其精神ヲ同シウス事務管理ノ場合ハ通常ノ不當利得ト異ニシテ(第七〇三條參照)其事務管理ニ因リテ被管理者カ利益ヲ受ケタル當時ノ利得ヲ返還スルコトヲ要スレトモ不當利得ノ場合ニ於テハ償還請求ノ當時現ニ存スル利益ノ限度ニ於テ返還ヲ爲セハ可ナリトス例ヘハ甲カ乙ノ所有物ニ有益ナル費用ヲ施シタルニ因リ其財產カ大ニ價格ヲ增加シタル爲メ甲カ乙ニ對シテ償還ヲ請求シタリトセンニ其財產カ天災ノ爲メニ消滅シテ其形ヲ留メサルニ至リタリトセハ若シ不當利得ノ通例ノ場合ナランニハ一厘モ支拂フコトヲ要セサルモ右ノ增加カ事務管理ニ因ルトキハ乙ハ其工事ノ當時ニ於テ利得シタル價格ヲ返還セサルヘカラス委任ヲ受ケサルモ債務者ノ意思ニ反セスシテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テ保證人カ主タル債務者ニ對シテ有スル求償權モ亦事務管理ノ場合ト同シク保證人カ辨濟其他自己ノ出捐ヲ以テ債務ヲ免レシメタル當時ニ於ケル利益ノ限度ニ於テ求償權ヲ行フコトヲ得ルモノトス故ニ保證人カ辨濟ヲ爲シタルニ付キ何等ノ過失ナキニ拘ラス債務者カ誤リテ更ニ辨濟ヲ爲シタル如キ場合ニ於テハ債務者ハ保證人ノ求償ニ應セサルコトヲ得ス然レトモ辨濟ノ當時ニ於テ主タル債務者ニ利益ヲ與ヘサルトキハ主タル債務者ハ辨濟ヲ爲シタル保證人ノ求償ニ應スルコトヲ要セス例ヘハ保證人カ辨濟ヲ爲シタル當時主タル債務者カ債權者ニ對シテ債權ヲ有シ之ニ依リ相殺ヲ爲スコトヲ得シカ若クハ既ニ一部ノ辨濟ヲ爲シタル如キ場合ニ於テハ債務者ハ單ニ保證人ノ辨濟ニ因リテ利益ヲ得タル限度ニ於テノミ賠償ヲ爲スコトヲ要スルモノトス尙ホ玆ニ一言附加セサルヘカラサルコトアリ他ナシ前ニ述ヘタル如ク委任ニ因ル保證ノ場合ニ於テハ保證人カ過失ナクシテ辨濟ヲ爲スヘキ裁判言渡ヲ受ケタルカ又ハ主タル債務者ノ爲メニ辨濟其他自己ノ出捐ヲ以テ債務ヲ消滅セシムヘキ行爲ヲ爲シタルトキハ縱令其債務カ主タル債務者ノ辨濟等ニ因リテ既ニ消滅シタル場合ニ於テモ保證人ハ仍ホ求償權ヲ有スルト雖モ委任ニ因ラスシテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テハ右ノ例ノ如キニ在リテハ求償權ヲ行フコトヲ得ス唯辨濟等ヲ爲シタル保證人ハ債權者ニ對シ不當利得ノ原則ニ從ヒテ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘキノミ蓋シ右ノ後例ニ於テハ主タル債務者ハ何等ノ利益ヲ受ケサレハナリ

右ハ保證人カ主タル債務者ノ委任ニ因ラスシテ保證ヲ爲シタルモ債務者ノ意ニ反セサル場合ナリ次ニ保證人カ主タル債務者ノ意ニ反シテ保證ヲ爲シタル場合ニ於ケル保證人ノ求償權ニ付テハ第四百六十二條第二項ニ規定セリ曰ク主タル債務者ノ意思ニ反シテ保證ヲ爲シタル者ハ主タル債務者カ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ求償權ヲ有ス但主タル債務者カ求償ノ日以前ニ相殺ノ原因ヲ有セシコトヲ主張スルトキハ保證人ハ債權者ニ對シ其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

此規定ニ依レハ主タル債務者ノ意思ニ反シテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テハ保證人ハ其求償ノ當時ニ於テ主タル債務者カ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ求償權ヲ有シ主タル債務者ハ之カ賠償ノ責ニ任セサルヘカラス故ニ保證人カ辨濟ヲ爲シタル當時ニ於テハ債務ハ成立セルモ求償ノ時ハ主タル債務者カ辨濟ヲ爲シタル後ナルトキハ保證人ハ求償ヲ爲スコトヲ得ス又例ヘハ保證人カ辨濟ヲ爲シタル後主タル債務者カ債權者ニ對シテ相殺ノ原因ヲ有スルニ至リタルトキ亦同シ此等ノ場合ニ於テハ債務者ニ取リテ何等ノ利益モナケレハナリ尤モ主タル債務者カ一部ノミノ辨濟ヲ爲シ若クハ債務ノ一部ノミニ付テ相殺ノ原因ヲ有セルニ止マルトキハ他ノ部分ニ付テハ保證人ノ辨濟ニ因リテ債務ヲ免レタルモノナルカ故ニ此部分ニ付テハ債務者ハ保證人ニ對シテ賠償ノ義務アルモノトス蓋シ主タル債務者ハ右ノ保證人カ保證ニ立ツコトヲ拒絶シタル程ニテ固ヨリ保證人ノ辨濟ヲ希望セシニアラスト雖モ既ニ其辨濟ニ因リテ自己ノ債務ヲ免レ而モ賠償ノ責ナシトセハ是レ不當ニ利得ヲ爲スニ至ルカ故ニ此場合ニ於テハ債務者カ受ケタル利益ノ限度ニ於テ保證人ノ求償ヲ受ケサルヘカラサルモノトス右ノ保證人カ辨濟以外ノ有償行爲ニ由リ主タル債務者ニ其債務ヲ免レシメタル場合亦同シ此ノ如ク主タル債務者ハ保證人カ求償ノ當時現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ賠償ノ義務アルニ過キサルカ故ニ保證人カ爲シタル辨濟等ハ全ク無益ニ歸シ債權者ハ二重拂ヲ受クルコトアルヘシ是レ固ヨリ許スヘカラサル事ニ屬スルヲ以テ保證人ハ債權者ニ對シテ不當利得ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルコト言フヲ俟タサルナリ

保證人カ辨濟等ヲ爲シタル後主タル債務者カ更ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ保證

人ハ債權者ニ對シテ不當利得ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ヘキコト右ニ述フルカ如シト雖モ主タル債務者カ相殺ノ原因ヲ對抗シタルトキハ如何若シ何等ノ明文ナシトセンカ保證人カ爲シタル辨濟等ハ依然其效力ヲ存シ主タル債務者ハ其債權ヲ以テ相殺ヲ爲スノ意思ヲ債權者ニ表示セサルカ故ニ其債權ノ依然存スルコトハ固ヨリ疑ナク而モ主タル債務者ハ此原因ニ據リ保證人ノ求償權ヲ斥ケタルカ故ニ債權者ニ對シテ自己ノ債權ヲ行使スルコトアラサルヘク之アリトスレハ主タル債務者不當利得ヲ爲スヘキカ故ニ保證人ニ對シテ之ヲ償還セサルヘカラス(究竟スルニ債權者ハ既ニ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受ケ而モ其主タル債務者ニ對スル債務ノ履行ヲ免ルル結果ト爲ルヘシ是レ固ヨリ不當ト謂ハサルヘカラス是ニ於テ本條第二項但書ニ規定シテ曰ク「主タル債務者カ求償ノ日以前ニ相殺ノ原因ヲ有セシコトヲ主張スルトキハ保證人ハ債權者ニ對シ其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」ト是レ最モ便宜ナル規定ト謂フヘシ

以上ヲ以テ主タル債務者ノ委任ニ因ラサル保證ノ場合ヲ說キ了レリ次ニ保證人ノ求償權ニ關シ總テノ場合ニ共通ナル規定ヲ說明セン

第一　保證人ニ過失アル場合　保證人カ辨濟其他免責行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ若シ過失アリタルトキハ縱令債務者ノ委任ニ因リテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テモ求償權ヲ行フコトヲ得ス(第四六三條)況ヤ委任ヲ受ケスシテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テヲヤ此事タル既ニ曩ニ述ヘタル所ナルヲ以テ重複ニ渉ル事項ハ之ヲ略シ唯一ノ追加スヘキモノアリ他ナシ連帶債務者間ニ於テハ債權者ヨリ請求ヲ受ケタル場合ニノミ通知ノ義務アルモ保證人ハ原來主タル債務者カ履行ヲ爲ササルトキニノミ履行ヲ爲スヘキ義務アル者ナルカ故ニ先ツ主タル債務者ニ照會スルコトナク妄ニ進ミテ債權者ニ辨濟スルカ如キハ固ヨリ過失タルコト論ナシ故ニ債權者ノ請求ヲ待タス又主タル債務者ニ謀ラスシテ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ主タル債務者カ既ニ辨濟其他ノ免責行爲ヲ爲シ又ハ債權者ニ對抗スヘキ事由ヲ有セシトキハ保證人ニ求償權ナキコト言フヲ待タストシテ特ニ明文ヲ置カサリシナリ

第二　連帶債務又ハ不可分債務ノ保證ヲ爲シタル場合　連帶債務又ハ不可分

債務ノ債務者カ數人アル場合ニ於テ其全員ノ爲メニ其債務ヲ保證シタル者ハ債權者ニ對シ債務者カ履行ヲ爲ササル場合ニ於テ全部履行ノ義務ヲ負フコト固ヨリナリ此場合ニ於テハ保證人ハ如何ナル求償權ヲ有スルカ是レ毫モ疑ナキ所ニシテ各債務者ニ對シテ債務額全部ニ付キ求償權ヲ有ス即チ此場合ニハ債務者ハ保證人ノ求償權ニ對シテモ亦連帶若クハ不可分ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ各債務者ハ皆全部ヲ履行セサルヘカラサルノ義務ヲ有スレハナリ然ラハ右ノ債務者中一人ノミノ爲メニ保證ヲ爲シタル者カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ如何ナル求償權ヲ有スルカ例ヘハ甲乙二人カ連帶債務若クハ不可分債務ヲ負ヘル場合ニ於テ保證人カ甲ノミノ保證ヲ爲シ而シテ全部ノ辨濟ヲ爲シタル場合ノ如シ此場合ニ於テハ保證人ハ甲ニ對シテ全部ノ求償權ヲ有スルコトハ疑ナシト雖モ他ノ債務者即チ乙ニ對シテハ果シテ如何若シ乙ニ對シテモ全部ノ求償權ヲ行ハントセハ乙ハ必ス之ニ答ヘテ曰ハン「予ハ汝ニ向ヒテ保證ニ立タンコトヲ依頼シタルコトナシ汝ハ甲ノ爲メニ保證ヲ爲シタル者ナルカ故ニ汝カ辨濟ヲ爲シタルハ即チ甲ノ爲メニシタルモノニシテ予ノ爲メニ爲シタルニアラサルヘシ隨テ予ハ敢テ汝ノ求償權ニ服スルノ義務ナシ」ト然リ右ノ保證人ハ乙ノ保證人ニアラスシテ甲ノミノ保證人ナリ是ニ於テカ左ノ三說ヲ生セリ

第一說ハ此場合ニハ保證人ニ求償權ナシトスルモノナリ即チ保證人ハ乙ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタルモノニアラスシテ甲ノ爲メニ爲シタルモノナリ故ニ乙ニ對シテ何等ノ求償權ヲモ有セスト云フニ在リ此說ハ誤レリ何トナレハ假ニ保證人カ辨濟ヲ爲サスシテ甲カ辨濟ヲ爲シタリトセハ甲ハ必ス乙ニ對シ其負擔部分ニ付キ求償權ヲ行フコトヲ得ヘシ即チ若シ甲乙ノ間ニ於テ實際半額ツヽヲ負擔セルトキハ乙ハ甲ニ對シ自己ノ負擔分タル半額ヲ償還セサルヘカラス然ルニ今保證人カ甲ニ代リテ辨濟ヲ爲シタリトセハ乙ノ債務ハ甲自ラ辨濟ヲ爲シタル場合ト同シク之ニ因リテ全ク消滅スルニ拘ラス保證人ハ乙ニ對シテ何等ノ訴權ナシト謂フコトヲ得ス尙ホ一歩ヲ進ミテ論スレハ乙ハ保證人ノ辨濟ニ因リテ自己ノ債務ヲ免レタルモノナルカ故ニ債務ノ半額ニ付テハ利益ヲ爲シタルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ若シ保證人カ其償還ヲ求ムルコトヲ

得ストセハ乙ハ不當ニ利得スルノ結果ト爲ル是レ許スヘカラサル事ナリ

第二說ハ第一說ノ正反對ニシテ右ノ場合ニハ乙ニ對シテ全部ノ求償權ヲ有ストスルモノナリ即チ甲乙各全部ニ付テ義務ヲ負フカ故ニ縱令辨濟ヲ爲シタル保證人カ甲ノ爲メニ保證ヲ爲シタル者ナルモ等シク是レ乙ノ債務ヲモ消滅セシメタルモノナルカ故ニ甲乙孰レニ對シテモ全部ノ求償權ヲ有スト謂ハサルヘカラス尙ホ右ノ保證人ハ代位權(第五〇〇條)ヲ有ス而シテ債權者ハ乙ニ對シテ全部ノ請求權ヲ有スルモノナルカ故ニ之ニ代位スル所ノ保證人モ亦全部ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルヘカラスト云フニ在リ此說モ亦誤レリ何トナレハ前ニモ一言シタル如キ理由ニ因リ保證人ハ乙ニ對シテハ保證ニ基ク求償權ヲ有セサレハナリ即チ右ノ保證人ハ甲一人ノ爲メニ保證ヲ爲シタルモノニシテ乙ノ爲メニ保證ヲ爲シタルニアラス蓋シ保證人ノ求償權ナルモノハ保證義務ヲ負フ者カ其行爲ニ因リテ主タル債務ヲ免レシメタル場合ニ於テ其者ヲシテ賠償ヲ求ムルコトヲ得セシメンカ爲メニ與ヘタルモノニシテ代位訴權ナルモノハ予ノ信スル所ニシテ且新民法ノ採用シタル主義ニ據レハ代位スヘキ權利ノ範圍先ツ定マリ其範圍內ニ於テ權利ノ實行ヲ確メンカ爲メニ存スルモノナリ前例ノ場合ニ付テ言ヘハ先ツ一定ノ求償權アルコト確定シ而シテ其範圍內ニ於テ一旦消滅シタル債權者ノ權利ヲ代リ行フコトヲ得ルトノ精神ナリ故ニ先ツ保證人カ乙ニ對シテ自己ノ權利ニ基キタル求償權アルコトヲ證明シ其範圍內ニ於テスルニアラサレハ代位權ヲ主張スルコトヲ得ス故ニ保證人カ乙ニ對シテ請求シ得ル權利ハ保證ニ因ル求償權ニアラスシテ純然タル不當利得ニ基クモノト謂ハサルヘカラス隨テ保證人ノ乙ニ對スル債權額ハ乙カ保證人ノ辨濟ニ因リテ受ケタル利益即チ自己ノ負擔部分タル全債務ノ半額ナリ今乙ニ對シテ代位訴權ヲ行フトスルモ到底乙ノ負擔額以上ノ求償ヲ爲スコト能ハサルモノトス

第三說ハ前例ノ場合ニ於テハ保證人ハ乙ニ對シテ求償權ヲ有スルト雖モ其求償權ハ乙ノ負擔部分ヲ超ユヘカラストスルモノナリ此說ハ其說明ノ方法ニ於テ更ニ甲乙二說ニ岐ル甲說ハ保證人カ自己ノ權利ニ基キテ右ノ求償權ヲ有スルモノナリトスルモノニシテ乙說ハ主タル債務者即チ連帶債務者又ハ不可分

債務者ノ一人タル甲カ乙ニ對シテ有スル求償權ヲ代リ行フコトヲ得サルヘカラスト云フニ在リ此二種ノ說明ノ孰レニ依ルモ結果ニ於テハ異ナル所ナキモ予ハ後說ハ誤レリト信ス即チ此說ニ依レハ保證人ハ甲ニ代位スルモノナリト云フト雖モ是レ甚タ了解ニ苦マサルコトヲ得ス蓋シ保證人カ債權者ニ代位スルト云フモ既ニ奇ナルノ感ナキニ非スト雖モ甲ニ代位スルト云フニ至リテハ何等ノ規定ノ存セサルノミナラス理論上ヨリ言フモ最モ奇ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ甲カ辨濟ヲ爲セハ乙ニ對シテ求償權ヲ有スルコトハ民法ノ規定セル所ナルモ右ノ場合ニ於テハ甲カ辨濟ヲ爲ササルニ因リ保證人ハ已ムコトヲ得ス辨濟ヲ爲シタルナリ此辨濟ニ因リテ甲乙共ニ利益ヲ受クルコト勿論ナリト雖モ此場合ニ於テ甲ハ何ニ由リテ乙ニ對シテ求償權ヲ有スルカ決シテ之ヲ有スルノ理ナシ既ニ甲カ求償權ヲ有セストセハ保證人カ代位スヘキ基礎タル權利ナク隨テ代位ヲ爲サント欲スルモ能ハサル所ナレハナリ畢竟此說ハ世人ノ往往唱フル所ノ「保證人ハ主タル債務者ノ代理人ナリ」トノ觀念ノ適用ヲ誤リタルモノナリ假ニ保證人ハ主タル債務者ノ代理人ナリトノ說ヲ採ルモ是レ唯債權者ニ

タル保證人ハ甲ノ有スヘキ權利ヲ代リ行フコトヲ得サルヘカラスト云フニ在リ此二種ノ說明ノ孰レニ依ルモ結果ニ於テハ異ナル所ナキモ予ハ後說ハ誤レリト信ス即チ此說ニ依レハ保證人ハ甲ニ代位スルモノナリト云フト雖モ是レ甚タ了解ニ苦マサルコトヲ得ス蓋シ保證人カ債權者ニ代位スルト云フモ既ニ奇ナルノ感ナキニ非スト雖モ甲ニ代位スルト云フニ至リテハ何等ノ規定ノ存セサルノミナラス理論上ヨリ言フモ最モ奇ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ甲カ辨濟ヲ爲セハ乙ニ對シテ求償權ヲ有スルコトハ民法ノ規定セル所ナルモ右ノ場合ニ於テハ甲カ辨濟ヲ爲ササルニ因リ保證人ハ已ムコトヲ得ス辨濟ヲ爲シタルナリ此辨濟ニ因リテ甲乙共ニ利益ヲ受クルコト勿論ナリト雖モ此場合ニ於テ甲ハ何ニ由リテ乙ニ對シテ求償權ヲ有スルカ決シテ之ヲ有スルノ理ナシ既ニ甲カ求償權ヲ有セストセハ保證人カ代位スヘキ基礎タル權利ナク隨テ代位ヲ爲サント欲スルモ能ハサル所ナレハナリ畢竟此說ハ世人ノ往往唱フル所ノ「保證人ハ主タル債務者ノ代理人ナリ」トノ觀念ノ適用ヲ誤リタルモノナリ假ニ保證人ハ主タル債務者ノ代理人ナリトノ說ヲ採ルモ是レ唯債權者ニ

對シ主タル債務者ニ代リテ辨濟ヲ爲スヘキ者ナリト曰フニ過キス決シテ保證人ハ其債務者ヲ代位スルモノナリトノ結果ヲ生スルコトナシ即チ此場合ニハ保證人ハ甲ノ債權者ニシテ甲ハ乙ノ債權者タルニ過キス故ニ若シ保證人カ甲ニ代リテ其權利ヲ行ハントト欲セハ第四百二十三條ノ規定即チ所謂間接訴權(Action oblique)ニ依ルヘシト雖モ決シテ代位(Subrogtion)ニ依ルモノニアラサルナリ(裁判上ノ代位 Subrogation judiciaire ハ其性質全ク別異ナルモノナリ、民法第四二三條第二項)蓋シ代位ナルモノハ權利ノ實行ニ付キ法律上他人ノ地位ニ代リ全ク自己ノ權利トシテ之ヲ行フモノニシテ他人ノ名義ヲ以テ其權利ヲ行フモノニアラス且保證人ナルモノハ主タル債務者ノ代理人ニアラスシテ自己カ特別ニ一種ノ債務ヲ負フモノナリ隨テ保證人カ辨濟ヲ爲スハ主タル債務者ノ名ニ於テスルニアラスシテ自己ノ名ニ於テ自己ノ債務ヲ履行スルモノナリ是ヲ以テ觀レハ代位ニ依ルトノ說ハ徹頭徹尾誤レリト謂ハサルヘカラス然ルニ諸君或ハ曰ハン右兩說中孰レヲ採ルモ結果ニ於テ同一ナル以上ハ那ソ斯ク口角沫ヲ飛ハシテ極論スルニ及ハンヤト然レトモ予カ斯ク條理ヲ追ウテ論難スル所以ノモノハ單ニ純理ノ當否ヲ爭フニ止マラス其結果ニ於テ大ニ徑庭アレハナリ即チ若シ保證人ノ求償權ヲ以テ固有ノモノナリトセハ甲乙間ニ如何ナル關係アルモ何等ノ影響ヲ受クルコトナシト雖モ之ニ反シテ甲ニ代位スルモノナリトセハ甲乙間ノ關係ニ因リテ支配セラルルモノナリ例ヘハ乙カ甲ニ對シテ相殺ノ原因ヲ有セル場合ノ如シ即チ此場合ニ於テハ乙ハ保證人ニ對シ乙カ甲ニ對シテ有スル債權ヲ以テ相殺ヲ對抗シ其債權ノ限度ニ於テハ保證人ノ求償ニ應セスト主張スルコトヲ得ヘシ其他乙ハ甲ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ヲ以テ常ニ保證人ニ對抗スヘキノミ之ニ反シテ保證人カ乙ニ對シテ固有ノ權利ヲ有スルモノトセハ常ニ乙ニ對シテ乙ノ受ケタル利益ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス民法第四百六十四條ハ第三說中甲說ヲ採用セルモノナリ同條ニ曰ク

連帶債務者又ハ不可分債務者ノ一人ノ爲メニ保證ヲ爲シタル者ハ他ノ債務者ニ對シテ其負擔部分ノミニ付キ求償權ヲ有ス

此求償權ハ尙ホ代位ニ由リテ保護セラル而シテ其代位ハ債權者ニ代ル所ノ代

位ナリ舊民法ノ如キハ單ニ代位ニ由リテノミ保護セラルルモノトシ且全額ニ付テ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ(舊民法債權擔保編第三七條是レ即チ右ノ第二說ヲ採リタルモノナリ其誤レルコトハ既ニ論述シタル所ニ據リテ明カナリ

以上ハ保證人カ主タル債務者ニ對シテ有スル求償權ノ範圍ニ關スル大體ノ說明ナリ而シテ右ニ一言シタルカ如ク此求償權ハ尙ホ代位ニ由リテ保護セラルルモノナリ第五百條ニ曰ク「辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ當然債權者ニ代位ス」ト蓋シ保證人カ一旦保證債務ヲ負ヘル以上ハ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スルコト固ヨリ言フヲ俟タス故ニ辨濟ヲ爲シタル保證人ハ第五百條ニ依リ當然債權者ニ代位スルモノナリ而シテ其保證人ハ主タル債務者ノ委任ニ因ルト否ト又其意思ニ反シテ保證ヲ爲シタル場合ナルト否トヲ問ハス又自己ノ保證ヲ爲ササリシ他ノ不可分若クハ連帶債務ノ債務者ニ對シテモ仍ホ代位權ヲ有スルモノナリ是レ第五百條ニ據リテ明瞭ナルノミナラス第五百一條第一號及ヒ第五號ニ於テ保證人ノ代位權ヲ規定セルニ據リ益明瞭ナリトス第五百一條ハ皆特別ノ場合ヲ規定シタルモノナリト雖モ又以テ保證人カ代位權ヲ有スルコトヲ知ルニ足ラン尙ホ第五百四條ニ依レハ「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償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」ルモノトセリ故ニ保證人アル場合ニ於テ債權者カ他ニ抵當權ヲ有セシニ拘ラス保證人アルコトヲ恃ミテ抵當權ヲ拋棄シタリトセハ保證人ハ債權者ノ行爲ニ因リテ其抵當權ニ對シ代位ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルカ故ニ其抵當物ノ價格ニ應シ債權者ニ對スル責ヲ免ルルモノトス

第三　保證人間ノ關係

保證人間ニ於テモ亦求償權ヲ生ス即チ保證人カ二人以上アル場合ニ於テ其一人カ全部又ハ自己ノ負擔部分ヲ超過シタル額ヲ辨濟シタルトキハ其保證人ハ特約ナキ限リハ他ノ保證人ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ルモノトス蓋シ保證人カ數人アルトキハ債務ハ各保證人間ニ分別セラルルコト既ニ述ヘタル如ク

ナルカ故ニ各保證人ハ債務ノ全部ハ勿論自己ノ負擔部分以上ノ辨濟ヲ爲スヿトヲ要セサルナリ然ルニ一人ノ保證人カ債務ノ全部又ハ自己ノ負擔部分以上ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ之ニ因リテ他ノ保證人ハ利益ヲ受クヘキカ故ニ之ニ對シテ求償權ヲ有スルコト疑ナキ所ナリ唯其求償權ノ範圍ハ場合ニ依リテ異ナルコトアルノミ而シテ其場合ヲ大別スレハ二ト爲ル第一、保證人ト債權者トノ間ノ契約ニ因リ保證人カ全部ノ辨濟ヲ爲スノ義務ヲ負ヒタルカ爲メ全部ヲ辨濟シタル場合第二、保證人カ別ニ全部ノ辨濟ヲ爲スノ義務ヲ負ヒタルニアラサルモ任意ニ全部ノ辨濟ヲ爲シタル場合(說明ノ便宜ノ爲メ全部辨濟ノ場合ノミニ付テ述ヘン)是ナリ第一ノ場合ニ於テハ保證人カ隨意ニ全部ノ辨濟ヲ爲シタルニアラスシテ辨濟ヲ爲スヘキ義務アリテ之ヲ爲シタルモノナルカ故ニ是レ特ニ保護セサルヘカラス之ニ反シテ第二ノ場合即チ法律上一部分ヲ支拂ハ足ルニ拘ラス全部ヲ支拂ヒタル場合ニ於テハ右ト同一ノ保護ヲ與フルノ理由ナキナリ尙ホ第一ノ場合ヲ細別スレハ少クトモ三ノ場合ト爲ル(一)ハ連帶保證ノ場合即チ保證人間ニ連帶ノ存セル場合ニシテ(主タル債務者ト連帶セルト

否トヲ問ハス)(二)ハ不可分債務ノ場合(三)ハ連帶アルニアラサルモ特約ニ因リテ債權者カ各保證人ニ對シ全部ヲ請求スルコトヲ得ルノ契約アル場合是ナリ而シテ(一)ノ場合ニ付テハ玆ニ特別ノ明文ナシ是レ當然連帶ノ規定(第四四二條乃至第四四四條)カ適用セラルルニ由ル蓋シ保證人間ニ連帶アル場合ニ於テモ保證債務タルニハ相違ナキモ保證人間ニ於テハ是レ亦連帶債務ニ外ナラサレハナリ唯他ノ二箇ノ場合即チ不可分ノ場合及ヒ全額辨濟ノ特約アル場合ニ付テハ果シテ如何此場合ニ於テハ保證人ハ契約ニ因リ全部ノ辨濟ヲ爲スコトヲ要スルモノニシテ連帶ノ場合ト其事情ヲ同シウスルモ當然連帶ノ規定ヲ適用スルコト能ハサルカ故ニ明文ヲ以テ連帶ニ關スル規定ヲ準用スルコトトセリ第四百六十五條第一項ノ規定即チ是ナリ曰ク

數人ノ保證人アル場合ニ於テ主タル債務カ不可分ナル爲メ又ハ各保證人カ全額ヲ辨濟スヘキ特約アル爲メ一人ノ保證人カ全額其他自己ノ負擔部分ヲ超ユル額ヲ辨濟シタルトキハ第四百四十二條乃至第四百四十四條ノ規定ヲ準用ス

次ニ第二ノ場合即チ法律上全額ヲ支拂フ義務ナキニ拘ラス全額ヲ支拂ヒタル場合ニ於テハ其辨濟ヲ爲シタル保證人ハ單ニ不當利得ノ原則ニ從ヒ他ノ保證人ニ對シテ求償權ヲ有スルモノナリ即チ一人ノ保證人カ全額ヲ支拂ヒタルニ因リ他ノ保證人ハ其義務ヲ免レタルモノナルカ故ニ其辨濟者ニ對シテ償還ノ義務ヲ負フヘキナリ是レ恰モ主タル債務者ノ委任ナクシテ保證ヲ爲シ又ハ主タル債務者ノ意ニ反シテ保證ヲ爲シタル保證人ノ求償權ニ於ケルト同一ナルカ故ニ第四百六十五條第二項ヲ以テ第四百六十二條ノ規定ヲ準用スルコトトセシナリ曰ク

前項ノ場合ニ非スシテ互ニ連帶セサル保證人ノ一人カ全額其他自己ノ負擔部分ヲ超ユル額ヲ辨濟シタルトキハ第四百六十二條ノ規定ヲ準用ス

即チ辨濟ヲ爲シタル保證人カ他ノ保證人ノ依頼ヲ受ケス又別ニ其反對ヲ受ケスシテ全部ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ其辨濟ヲ爲シタル當時他ノ保證人カ利益ヲ受ケタル限度ニ於テ他ノ保證人ニ對シテ求償權ヲ有シ若シ辨濟ヲ爲シタル保證人カ他ノ保證人ノ意思ニ反シテ右ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ

求償ノ當時他ノ保證人カ利益ヲ受クル限度ニ於テ求償權ヲ有スルモノトス茲ニ注意ヲ請ハント欲スルモノアリ他ナシ保證人カ二人以上アルトキハ當然分別ノ利益ヲ有スルニ拘ラス其一人カ自己ノ任意ニ因リ債權者ト特約シタルノ結果全額ノ辨濟ヲ爲シタル場合ハ法律上已ムコトヲ得サルニ出テタルニハ相違ナキモ當初其特約ヲ爲シタルハ全ク辨濟者ノ任意ニ出テタルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ第四百六十五條第一項ニ依ルコトヲ得スシテ第二項ノ適用ヲ受クヘキモノナルコトヲ是ナリ蓋シ同條第一項ハ各保證人協議ノ上全額ヲ辨濟スヘキ特約アル場合ヲ規定シタルモノニシテ法文ニモ「各保證人」トアルニ據リテ明瞭ナリトス

以上ハ保證人ノ求償權ノ大體ノ說明ナリ保證人カ求償權ヲ有スル場合ニ於テハ代位訴權ニ由リテ保護セラルルコト既ニ述ヘタルカ如シ然レトモ保證人ハ右ノ求償權ヲ有スルニ拘ラス代位訴權ヲ有セサルコトアリ先ツ前述ノ第一ノ場合即チ第四百六十五條第一項ノ場合ニ於テ代位訴權ヲ有スルコトハ論ヲ俟タス何トナレハ此場合ニ於テハ保證人ハ全部ノ辨濟ヲ爲スコトヲ要セシモノ

ニシテ第五百條ニ所謂「辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者」ナレハナリ又債權者ト各保證人トノ間ニ於テ全部辨濟ノ特約ヲ爲シタル場合ニ限ラス保證人中ノ一人カ債權者ニ對シテ全部辨濟ノ特約ヲ爲シタル場合ニ於テ主タル債務者カ辨濟ヲ爲ササルニ因リ其保證人カ辨濟ヲ爲シタル場合モ亦第五百條ノ適用ヲ受クヘキモノナリ是レ猶ホ保證人カ主タル債務者ノ委任ニ因ラスシテ保證ヲ爲シ主タル債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタル場合ニ代位權ヲ有スルカコトシ之ニ反シテ保證人カ當然分別ノ利益ヲ有スル場合例ヘハ保證人カ二人アルトキハ二分ノ一「三人アルトキハ三分ノ一ヨリ多ク辨濟ヲ爲スコトヲ要セサルニ拘ラス全額ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ自己ノ負擔部分ニ付テハ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スルカ故ニ其部分ニ付キ主タル債務者ニ對シテ代位權ヲ有スルコトハ勿論ナリト雖モ他ノ部分ニ付テハ正當ノ利益ヲ有スルモノト謂フコトヲ得サルカ故ニ他ノ保證人ノ負擔部分ニ付テハ代位權ヲ有セス唯他ノ保證人カ不當利得ヲ爲スコトヲ許ササルヲ以テ辨濟ヲ爲シタル保證人ハ此等ノ者ニ對シ「自己ノ權利ニ基キテ求償權ヲ有スルノミ

第三　保證債務ノ消滅

保證債務ノ消滅原因ニ二アリ一ハ直接消滅ニシテ他ノ一ハ間接消滅是ナリ直接消滅トハ直チニ保證債務ヲ消滅セシムルヲ謂ヒ間接消滅トハ主タル債務ノ消滅ノ結果トシテ保證債務ノ消滅スルヲ謂フ

(一)　直接消滅

保證債務ノ直接消滅原因ハ一般ノ債務消滅ノ原因ト同一ナリ例ヘハ主タル債務者カ辨濟ヲ爲ササルニ因リ保證人カ辨濟ヲ爲シタルトキハ保證債務ノ消滅スルハ勿論其結果主タル債務モ亦消滅スルモノナリ今若シ保證債務ハ一ノ債務ナリヤ否ヤト問ハハ何人モ債務ニアラスト答フル者ナカルヘシ既ニ債務ナリトセハ則チ履行ノ義務アリ而シテ債務ノ履行ハ即チ辨濟ナリ然ルニ「ポツソンナード」氏ハ保證人ノ爲シタル辨濟ハ恒ニ主タル債務ノ辨濟ナリ保證債務ハ主タル債務ノ消滅ニ伴ヒテ消滅スルモノニシテ辨濟ノ場合ハ皆間接消滅ナリト言ヘリ是レ主客ヲ顚倒シタル謬見ナリ何トナレハ保證人カ辨濟ヲ爲スハ即チ

自己ノ債務ヲ履行スルモノニシテ決シテ主タル債務者ノ代理人トシテ主タル債務ヲ履行スルモノニアラサレハナリ次ニ更改ノ場合即チ保證人ト債權者トノ契約ヲ以テ保證人カ新ニ債務ヲ負ヒ因リテ以テ主タル債務ノ免責ヲ得タル場合ニ於テハ債權者ノ交替ニ因ル更改ノ成立スルモノニシテ此場合ニ於テハ主タル債務モ亦消滅スヘシ又同シク更改ノ場合ナルモ保證人タル甲カ債權者乙ト約シ乙ハ甲ニ對スル債權ヲ抛棄シ甲ハ更ニ丙ニ對シテ新ナル債務ヲ負フコトヲ約シタルトキハ債權者カ交替スルト同時ニ債務者ノ交替ヲ惹起スモノナリ即チ之ニ因リテ主タル債務者ハ乙ニ對スル債務ヲ免ルルコトナク唯甲ハ初ノ保證債務ヲ免ルルト同時ニ丙ニ對シテ新ナル債務ヲ負フモノナリ此場合ハ從タル保證債務カ變シテ普通ノ債務ト爲ル場合ナレトモ稀ニハ保證ノ目的タル主タル債務ノ交替ニ因リテ更改ヲ爲スコトアルヘシ是レ亦目的ノ變更ニ因ル更改ナリト雖モ其他ノ目的ノ變更ニ因ル更改稀ナリトセサルヘシ例ヘハ金千圓ノ債務ヲ保證シタル場合ニ於テ其保證人カ債權者ト約束シ主タル債務者カ其義務ヲ盡ササル場合ニ於テハ自己ノ不動產ヲ以テ辨濟ニ充ツルコトト爲シタル場合ノ如シ此場合ニハ保證人ノ負ヘル債務ノ目的カ變更スルト同時ニ債務ノ性質カ變更シテ一種ノ獨立債務ト爲ルモノナリ以上例示シタル如キ場合ニ於テハ前ノ保證債務ハ消滅スルモ通常主タル債務ニ影響ヲ及ホササルモノナリ次ニ免除即チ保證人カ其債務ノ免除ヲ得タルトキハ之ニ因リテ保證債務ヲ免ルルコトハ更ニ說明ヲ要セス次ニ相殺ノ場合例ヘハ保證人カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルニ方リ債權者ニ對シテ債權ヲ有セルトキハ之ヲ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ヘク然ルトキハ保證債務ハ消滅シ之ト同時ニ主タル債務モ亦消滅スルモノトス然ルニ「ポワソナード」氏ノ說明ニ依レハ此場合モ亦辨濟ノ場合ト同シク直接消滅ノ原因ニアラスシテ間接消滅ノ場合ニ屬スト謂ハサルヘカラスト雖モ其誤レルコトハ辨濟ニ付キ說明シタル所ニ據リテ明カナリト信ス次ニ混同ノ場合即チ保證人カ債權者ニ相續シタルカ又ハ債權者カ保證人ニ相續シタル場合ニ於テハ保證債務ハ消滅スルモ主タル債務ハ依然トシテ存續スルモノナリ次ニ履行不能ノ場合ニ付テハ多少疑ナキニアラスト雖モ主タル債務ノ目的カ不能ト爲リタル場合ニ於テハ主タル債務ノ消滅スルコト

ハ勿論保證債務モ亦直接ニ消滅スヘシ又次ノ場合ハ保證債務ニ付テハ其適用極メテ勘カルヘク寧ロ凡上ノ空論ニ近カルヘシト雖モ時トシテハ保證債務ノミニ付キ履行不能ノ原因ヲ生スルコトナシトセス例ヘハ左官職ナル主タル債務者甲カ他人ニ對シ一定ノ仕事ヲ爲スコトヲ約シ他ノ左官職ナル乙カ其保證ニ立チタル場合即チ甲カ其義務ヲ盡ササルトキハ己レ之ヲ爲スヘシト約シタル場合ニ於テ乙カ疾病負傷等ニ因リ其手ヲ働カシムルコト能ハサルニ至リタル場合ノ如キハ疑ナク保證債務ハ直接ニ消滅スヘシ又例ヘハ主タル債務者カ或不特定物ノ債務ヲ負擔シタル場合ニ於テ其目的タル不特定物カ全ク世上ニ存セサルニ至リタル場合ノ如キハ主タル債務ノ消滅スルト共ニ保證債務モ亦直接ニ消滅スルモノナリ例ヘハ天保錢千枚ヲ給付スル契約ニ於テ期限前ニ其通用ヲ廢止セラレ期限ノ到來セルニ方リ通當ノ方法ヲ以テハ之ヲ獲得スルコト能ハサルニ至リタル場合ノ如シ此場合ハ予ノ信スル所ニ據レハ保證債務ノ直接消滅ノ場合ナリト雖モ「ポワソナード」氏ノ說明ニ依ルトキハ間接消滅即チ主タル債務カ消滅スルカ故ニ保證債務モ亦消滅スルモノト謂ハサルヘカラス

此說ノ誤レルコトハ既ニ述ヘタル所ニ據リ諸君ノ了解セラレタル所ナルヘキヲ以テ今再ヒ贅セス次ニ時效ニ付テ述ヘンニ時效モ亦保證債務ノミニ付キ完成スルコトアリ主タル債務者ニ對スル時效ノ中斷ノ效力ハ保證債務ニモ及フト雖モ(第四五七條第一項)時效停止ノ原因ハ保證債務ニ影響ヲ及ホスモノニアラス例ヘハ第百五十九條ノ場合ニ於テ未成年者カ其財產管理者タル父母又ハ後見人ニ對シテ債權ヲ有セル場合ニ於テハ其者カ能力者ト爲リ又ハ後任ノ法定代理人カ就職シタル時ヨリ六箇月內ハ時效完成セサルモノトス然レトモ其效力ハ保證人ニ及ハサルカ故ニ保證人ニ對シテ特ニ時效中斷ノ行爲アルニアラスソハ右ノ六箇月內ニ於テモ時效完成スルコトヲ妨ケサルナリ第百六十條及ヒ第百六十一條ノ場合モ亦同シ尙ホ主タル債務及ヒ保證債務カ時效ニ因リ同時ニ消滅シタルトキト雖モ前屢〻論シタル理由ニ據リ時效ハ保證債務消滅ノ直接原因ヲ成セリト信ス

終ニ直接消滅原因ノ特別ノ場合ヲ言ヘハ彼ノ代位權ノ制裁是ナリ即チ債權者カ保證人ヲシテ全ク代位ノ利益ヲ失ハシメタル場合ニ於テハ保證人ハ全ク其

義務ヲ免ルヘク若シ一部分ニ付キ其利益ヲ失ハシメタル場合ニ於テハ一部分ニ付キ義務ヲ免ルルモノトス

(二)　間接原因

主タル債務カ消滅スレハ其影響トシテ保證債務モ亦消滅ス主タル債務カ消滅シテ保證債務獨リ存スルコトナシ例ヘハ主タル債務者カ弁濟ヲ爲シタル場合ハ勿論主タル債務者ト債權者トノ間ニ更改成立シ、相殺ヲ對抗シ、債權者カ債務ヲ免除シ、債權者債務者間ニ混同ヲ生シ、履行不能ト爲リタル場合債務者ノ主要ノ債務ハ作爲、特定物ノ給付等ヲ目的トシ保證債務ハ其不履行ノ場合ニ於ケル損害賠償ヲ目的トセルトキハ此適用多カルヘシ、等ニ於テハ此等ノ原因カ保證人ニ存セサル場合ニ於テモ保證債務ハ當然消滅スルモノナリ主タル債務カ時效ニ因リテ消滅シタル場合亦同一ナリ故ニ縱令保證人ニ對シテ時效停止ノ原因アリ又保證人ニ對シテ時效中斷ノ方法ヲ取レリトスルモ主タル債務ニシテ消滅スルトキハ保證債務ハ當然消滅ニ歸スヘキノミ

以上ヲ以テ保證債務ニ關スル說明ヲ了レリ

第四節　債權ノ讓渡

本節ヲ分チテ第一款總論、第二款指名債權、第三款指圖債權、第四款無記名債權ノ四款ト爲シ順次說明スヘシ

第一款　總論

本款ハ更ニ分チテ第一債權ハ之ヲ讓渡スコトヲ得ルカ、第二讓渡スコトヲ得サル債權ノ二段ト爲ス

第一　債權ハ之ヲ讓渡スコトヲ得ルヤ否ヤハ古來議論ノ存スル所ニシテ現ニ原則トシテ之ヲ許ササル立法例アリ今其理由ヲ尋ヌルニ曰ク債權ハ一定ノ人ト人トノ關係ニシテ特定シタル債權者及ヒ債務者カ其要素ナリ故ニ若シ其人ヲ變更スレハ即チ債權ノ要素ヲ變更スルモノニシテ所謂更改ナリ隨テ前債務ハ既ニ消滅シタルモノト謂フヘク決シテ同一ノ債權カ甲ヨリ乙ニ移轉シタルモノニ

アラス加之契約ニ因リテ發生シタル債權ノ如キハ債務者ハ甲ニ對シテ債務ヲ負フノ意思コソアリタレ他ノ者ニ對シテハ同一ノ意思アリタルモノト謂フコトヲ得ス例ヘハ甲ハ頗ル寛大ノ人ナルカ故ニ債務者ハ之ニ對シテ債務ヲ負フコトヲ肯シタルモ他ノ者ハ嚴酷ナルヤモ知ルヘカラス故ニ他ノ者ニ對シテハ債務ヲ負フノ意思ナカリシモノト謂ハサルヘカラスト是レ債權ノ讓渡ニ反對スル論者ノ論據トスル所ナルカ如シ而シテ實際ノ立法例ヲ見ルモ羅馬法ニ於テハ債權ノ讓渡ヲ認メス我邦ニ於テモ民法施行前ニハ原則トシテ之ヲ認メサリシモノト謂フモ可ナルカ如シ明治九年七月六日第九十九號布告ニハ「金穀等借用證書ヲ其貸主ヨリ他人ニ讓渡ス時ハ其借主ニ證書ヲ書換ヘシムヘシ若シ之ヲ書換ヘシメサルニ於テハ貸主ノ讓渡證書ハ有之トモ仍ホ讓渡ノ效ナキモノトス此旨布告候事但相續人ヘ讓渡候ハ此限ニアラス」トアルカ故ニ債權ヲ讓渡スニハ債務者ノ承諾ナカルヘカラス隨テ純然タル更改ヲ行フニ等シク原則トシテ債權ノ讓渡ヲ禁セシモノト謂フモ可ナリ然ルニ近世ノ立法例ハ皆債權ノ讓渡ヲ認メサルハナシ予ハ學理上債權讓渡ノ至當ナルコトヲ信スルノミナラス若シ之ヲ認メサルトキハ實際上大ニ不便ナルヘシ先ツ學理上果シテ反對論者ノ言フカ如ク債權者及ヒ債務者ノ何人タルカカ果シテ斯クマテ重キヲ成スモノナルカ同一ノ債權關係ハ同一ノ人ノ間ニ於テスルニ非サレハ成立セサルモノナルカ予ハ甚タ疑ナキコト能ハス若シ反對論者ノ言フカ如クンハ債權ハ之ヲ相續スルコトスラ爲シ能ハス即チ債權者カ死亡スルト同時ニ消滅スルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ各國ノ立法例ニ於テモ將タ學說ニ於テモ斯ル主義ヲ採ルモノアルコトハ曾テ聞カサル所ナリ羅馬法ニ於テハ債權者ノ死亡ニ因リテ消滅スヘキ債權稀ナリトセサリシモ原則ハ債權ヲ以テ相續ニ因リ移轉スヘキモノトセリ既ニ包括的移轉ヲ認ムル以上ハ特定的移轉ヲ否認スルノ理由果シテ何クニカ在ル蓋シ相續人ハ被相續人ノ人格ヲ承繼スルモノナリト云フト雖モ是レ形容ノ詞ニ過キスシテ其實權利及ヒ義務ヲ承繼スルニ外ナラス特定承繼人モ亦或一箇ノ權利又ハ義務ヲ承繼スル點ニ於テハ相續人ノ承繼ト異ナルナク等シク人格ノ承繼ナリト謂フコトヲ得ヘシ是ヲ以テ觀レハ特定的債權讓渡ヲ否認スルノ理由毫モ之ナシト謂ハサルヘカラス尙ホ進ミテ債權

者債務者ノ變更スルト同時ニ債權ハ消滅スヘキモノト爲ス見解ノ誤レルコトヲ論セントスル

凡ソ債權ナルモノハ一定ノ人ヨリ一定ノ人ニ對スルモノナラサルヘカラサルコトハ論ヲ俟タスト雖モ其當事者ハ必スシモ何某ナラサルヘカラサルノ理ナシ尤モ橋本雅邦氏ニ對シテ畫ヲ描クコトヲ依賴シタルトキハ其目的橋本雅邦氏其人ノ畫ニ在ルカ故ニ川端玉章氏ヲシテ代筆セシムルコトヲ得ス然レトモ贋弄品ノ畫ノ如キニ至リテハ其目的一定ノ圖畫ニ在リテ筆者ノ甲タルト乙タルトハ殆ト問フ所ニアラス況ヤ通常ノ債權ニ在リテハ其目的多クハ一定ノ權利ヲ取得スルニ在リテ履行ヲ受クヘキ人ノ誰タルト履行ヲ爲スヘキ人ノ誰タルトハ敢テ擇フ所ナキナリ債權ノ行使又ハ債務ノ履行ニ代理ヲ許スモ亦此理ニ外ナラス果シテ然ラハ債權ハ一定ノ人ト人トノ關係ナリト云フハ必スシモ何某ト特定セサルヘカラサルニアラスシテ唯彼ノ言論ノ自由若クハ物ノ所有權等ノ如ク社會全體ノ人ニ對スルモノニアラスト云フニ止マル更ニ實際ニ就テ觀察スルモ之ヲ許スヲ便利トス例ヘハ甲カ米ノ給付ヲ受クルノ權利ヲ有スルモ目下其必要ナキニ方リ會乙カ米ノ需要ニ迫マラレツツアリトセンカ若シ甲ノ權利ヲ讓受クルコトヲ得ハ甲乙雙方ノ爲メニ便ナルコト言フヲ俟タス又丙者カ一箇年ノ後ニ金錢ノ給付ヲ受クルノ權利ヲ有スルモ目下金錢ノ必要ニ迫マラレツツアルコトアリ此時ニ當リ會丁ニ遊金アリテ向フ一年間使用ノ必要ナシトセハ丙ハ多少ノ割引ヲ爲シテ丁ニ其權利ヲ讓渡シ以テ金錢ノ融通ヲ得ルトキハ亦雙方ノ便利タルコト明カナリ然リ而シテ債權ノ目的カ米百俵ヲ給付スルニ在ルトキハ其目的ハ飽マテ百俵ニシテ讓渡ノ爲メニ債務額ノ增減ヲ來スコトナク又右ノ金錢債務ニ於ケル一箇年ノ期限ハ依然トシテ一箇年ニシテ爲メニ八箇月等ニ短縮スルコトナシ要スルニ債權ノ內容期限等一モ變更スル所ナキヲ以テ債務者ハ依然トシテ從來ノ債務ヲ履行スレハ則チ足リ法律ノ眼ヨリ觀レハ債務者ハ毫厘ノ痛痒ヲ感セスト謂ハサルヘカラス彼ノ讓渡人ト讓受人トノ性格ニ差異アルコトヲ理由トシテ債務者ノ意思ヲ推測シ以テ讓渡ヲ禁スヘシト爲スカ如キハ到底採ルニ足ラサルノ說ノミ若シ債權者ノ性格ノ差異ニ據リテ立論センカ何故ニ相續又ハ代理ヲ許シタルカ被相續人ハ慈悲

深キ人ナリシモ相續人ハ殘忍ナルコトアルベク又本人ハ寛大ナルモ代理人ハ嚴酷ナルコトアルヘシ而モ相續ニ因ル移轉ヲ認メ代理ニ依ル債權ノ行使ヲ認ムルニアラスヤ故ニ如何ナル點ヨリ觀ルモ讓渡ヲ許ササル理由ヲ發見スルコト能ハサルナリ右ノ如キ理由アルヲ以テ現今ニ在リテハ歐洲一般ニ之ヲ認メ我新民法ニ於テモ亦之ヲ認メタリ尤モ新民法施行以前ニ在リテモ債權ノ讓渡ハ實際頻繁ニ行ハレタル所ニシテ前示ノ布告ニ於テハ債權ヲ讓渡スニハ證書ヲ書換フルコトヲ要スルコトトセルカ故ニ更改ヲ意味スルカ如シト雖モ裁判例ニ於テハ必スシモ證書ヲ書換フルコトヲ要セス單ニ債務者ノ承諾アルヲ以テ足ルモノトセリ株式、社債、公債等ノ讓渡ハ特ニ容易ニ行ハレタリ殊ニ株式ノ賣買ノ如キハ商法施行前ヨリ盛ニ行ハレタレトモ敢テ箇箇ノ讓渡ニ付キ承諾ヲ必要トセサリキ是レ蓋シ定款又ハ會社契約ニ於テ概括的ニ之カ承諾ヲ與ヘタルモノト看做シタルニ外ナラサルヘシ新民法第四百六十六條ニ曰ク

債權ハ之ヲ讓渡スコトヲ得但其性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

前項ノ規定ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタル場合ニハ之ヲ適用セス但其意思表示ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

原則トシテ契約ノ自由ヲ認メタル我民法ノ上ニ於テハ他ノ權利ノ讓渡ニ於ケルト同シク敢テ明文ヲ要セサルカ如シ然レトモ(一)債權ノ讓渡ニ付テハ反對ノ學說立法例アルコト前述ノ如クナルノミナラス本邦ノ舊慣モ亦反對ノ主義ヲ採リタルヲ以テ之ヲ明記シテ疑ナカラシムルノ必要アリ(二)凡ソ財產權ハ法律ヲ以テハ其讓渡ヲ禁スルコトヲ得ルモ當事者ノ意思ヲ以テ其讓渡ヲ禁スルコトヲ得サルヲ原則トス例ヘハ所有權、地上權ノ如キハ讓渡ヲ禁スルノ特約ヲ爲スモ法律上無效ナリ是レ歐洲ニ於テハ殆ト絕對ニ之ヲ認メ債權ニ付テモ敢テ例外ヲ認メサルモノ多シト雖モ我邦ニ於テハ從來殆ト反對ノ主義ヲ採リタル程ナルカ故ニ少クトモ特約ヲ認ムルニアラサレハ當事者ハ大ニ迷惑ヲ感スヘシ殊ニ本邦人ハ負債アルコトノ暴露スルコトヲ嫌ヒ隨テ親戚、知己ノ外一面識ナキ人ヲ債權者トスルコトヲ忌ムノ風アリ此ノ如キ風習ハ特ニ之ヲ奬勵スル必要ナシトスルモ法律ヲ以テ强制的ニ之ヲ矯正セサルヘカラサルノ理由ナシ何トナレハ所有權ノ如キハ元來取引ノ目的ト爲ルヘキモノニシテ最モ頻繁ニ

運轉スルニアラサレハ國家ノ富ヲ增進スルコト能ハサルモノナルニ箇人ノ意思ヲ以テ自由ニ之カ融通ヲ妨クルコトハ公益ニ反スルカ故ニ之ヲ許スヘカラスト雖モ債權ハ比較的取引ノ目的ト爲ルコト少ク箇人ノ意思ヲ以テ其讓渡ヲ禁スルコトヲ許スモ甚シク取引ノ妨害ト爲ルコトナシト認メ先ツ原則トシテハ其讓渡ヲ許スモ例外トシテ反對ノ特約ヲ認ムル旨ヲ規定スル爲メ本條第一項ノ規定ヲ設ケタルナリ

第二　讓渡スコトヲ得サル債權

(一)　性質上讓渡スコトヲ得サル債權　是レ第四百六十六條第一項但書ノ規定セル所ニシテ其中ニハ明文ヲ以テ讓渡ヲ禁スルモノアリ又明文ナキモ債務ノ性質上讓渡スルコトヲ得サルモノアリ第五百九十四條第二項第六百十二條第六百二十五條第九百六十三條等ノ如ク法律ノ明文ヲ以テ讓渡ヲ禁スルモノアリ商法第四百二十八條第二項ノ場合ノ如ク一定ノ人ヲ限リテ讓渡スコトヲ許セルモノアリ又甲カ乙ニ對シ乙ノ一生間乙ヲ扶養スル債務ヲ負フトキハ乙ハ其權利ヲ他人ニ讓渡シ甲ヲシテ他人ヲ扶養セシムルコトヲ得サルカ如キハ明文ナキモ性質上讓渡スコトヲ得サルモノニ屬ス

(二)　當事者ノ意思ニ因リテ讓渡スコトヲ得サル債權　是レ第四百六十六條第二項ノ規定セル所ナリ此規定ニ依レハ如何ナル債權ヲ問ハス當事者カ讓渡スコトヲ得サル旨ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ其意思表示ハ法律上有效ナリトス唯之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルノミ何トナレハ其特約ヲ知ラサル第三者ハ讓受クルコトヲ得ルモノト信シテ讓受ケタルニ後日其特約アル旨ヲ對抗セラレ隨テ讓渡行爲カ無效ト爲ルモノトセハ第三者ハ意外ノ損失ヲ被ムルヘケレハナリ尤モ其讓渡カ有效ト看做サルルノ結果當事者ノ一方カ契約違反ノ爲メ他ノ一方ニ損害ヲ及ホシタルトキハ之ニ對シテ賠償ノ責任アルハ論ヲ俟タス當事者トハ契約ノ場合ニ於テハ債權者債務者雙方ニシテ遺言ノ場合ニ於テハ遺言者ノミヲ指ス總テ法文ニ單ニ「當事者」トアルトキハ規定ノ性質上反對ノ意味ヲ表ハスニアラサル限リハ常ニ斯ル意義ニ解スヘシ

第二款　指名債權

指名債權トハ名ヲ指示セル債權ニシテ普通ノ債權ハ皆之ニ屬ス即チ證書ニ氏名ヲ記載セルモノハ普通ニ債權者ノ定マレル債權ナリ本款ハ之ヲ分チテ第一、讓渡ノ要件、第二、讓渡ノ效力トス

第一　讓渡ノ要件

指名債權ノ讓渡ハ當事者間ニ在リテハ他ノ一般ノ權利ノ讓渡ト同シク何等ノ手續ヲモ要セス單ニ意思表示ノミニ因リテ其權利ハ直チニ移轉スルモノトス尤モ契約ヲ以テスルトキハ契約ニ必要ナル條件ヲ具フルヲ要シ遺言ヲ以テスルトキハ遺言ニ必要ナル條件ヲ備フルコトヲ要スルコト勿論ナリ然レトモ第三者ニ對シテハ恰モ不動產上ノ權利ノ變更ハ登記ヲ爲スニアラサレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス又動產上ノ權利ノ移轉ハ引渡ヲ爲スニアラサレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル如ク指名債權ノ讓渡モ亦一定ノ條件ヲ必要トス其條件ニ付テハ學者ノ議論一致セス立法例モ亦異ナル所アリト雖モ我民法ハ多數ノ立法例ニ從ヒ第四百六十七條ノ規定ヲ設ケタリ曰ク

指名債權ノ讓渡ハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

蓋シ當事者間ニ在リテハ契約又ハ遺言ノミヲ以テ其讓渡ハ完全ニ成立スルコト前述ノ如シト雖モ第三者ニ對シテハ未タ以テ足レリトセス然ラハ第三者ト如何ナル者ヲ指スカ先ヲ讓渡行爲ヨリ觀察スレハ債務者モ亦第三者ナリ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ有セル債權ヲ丙ニ讓渡シタリトセハ乙ハ讓渡行爲ノ當事者ニアラスシテ第三者即チ所謂第三債務者ナリ故ニ若シ債務者タル乙カ甲、丙間ノ讓渡行爲ヲ知ラサランカ自己ノ債權者甲ニ對シテ辨濟ヲ爲シ若クハ之ニ相殺ヲ對抗スルコトアルヘシ此時ニ當リ甲若シ善良ノ人ナリセハ其自ラ辨濟ヲ受ケタルモノハ直チニ之ヲ讓受人タル丙ニ引渡スヘク或ハ乙ニ告クルニ讓渡ノ事ヲ以テシ丙ニ對シテ履行ヲ爲サシムヘク又相殺ニ依リテ消滅スヘキ部分ニ付テハ自ラ丙ニ對シテ辨濟ヲ爲スカ又ハ之ヲ債務者ニ辨濟スヘシ又斯ル讓渡人ニ在リテハ債務者ト更改又ハ和解等ヲ爲スコトナカルヘキカ故ニ毫モ

不都合ナキカ如シト雖モ第一ニハ甲ニ過失ナキコトヲ保セス即チ甲カ直チニ丙ニ引渡スノ意思ヲ以テ弁濟ヲ受ケタルニ之ヲ讓渡人ニ引渡スコトヲ遺忘シ終ニ自ラ費消スルカ如キコトナシトセス縱令斯ル不注意ナシトスルモ甲死亡ノ後相續人ハ讓渡ノ事實ヲ知ラスシテ債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スコトナシトセス此場合ニ於テ債務者若シ讓渡ノ事實ヲ知ラサルトキハ安ンシテ弁濟ヲ爲スヘキコト勿論ナリ第二ニハ債權者ニ惡意アルコトアラン即チ債權者カ既ニ權利ヲ讓渡シタルモ債務者カ之ヲ知ラサルヲ奇貨トシ債務者カ爲サントスル履行ヲ受ケ以テ私利ヲ逞シウスルコトナシトセス此場合ニ於テ讓受人カ其讓受ヲ以テ對抗スルコトヲ得ストセハ讓受人ハ損失ヲ被ルヘク之ニ反シテ讓受人カ其權利ヲ對抗スルコトヲ得ルトセハ前ノ履行ハ無效ト爲リ債務者ハ讓受人ニ對シ再ヒ履行ヲ爲ササルヘカラサルノ不幸ニ遭遇スヘシ尤モ甲ハ孰レノ場合ニ於テモ損害賠償ノ責任アリト雖モ若シ甲ニシテ無資力ナランカ乙又ハ丙ノ要償權ハ全ク有名無實ニ歸センノミ故ニ讓渡カ債務者ニ對シテ其效力アリトセハ一定ノ手續ヲ必要トス是ニ於テカ法律ハ其方法トシテ債務者ニ通知ヲ爲シ又ハ債務者カ其讓渡ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ蓋シ債務者カ既ニ讓渡アリタルコトヲ知ラハ讓渡人ニ弁濟ヲ爲シ又ハ相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルコト勿論ナリ況ヤ其債務ニ關シ債權者債務者間ニ新ニ契約ヲ結フカ如キコトハ決シテ之ヲ爲ササルヘキニ於テヲヤ或ハ曰ハン若シ然リトセハ通知ノミヲ以テ足ルニアラスヤ安ソ承諾ヲ要センヤト夫レ然リ然リト雖モ債務者若シ承諾ヲ爲セハ單ニ之ニ通知ヲ爲スヨリモ確實ナルコト固ヨリナリ又時トシテハ債務者カ何等ノ通知ヲ受ケサルモ偶然其事實ヲ知リ進ミテ讓受人ニ對シテ承諾ノ意思ヲ表示スルコトナシトセス(第四六七條ニハ何人ニ對シテ承諾ノ意思表示ヲ爲スヘキカヲ限定セサルカ故ニ讓渡人ニ對シテ之ヲ爲スモ將タ讓受人ニ對シテ之ヲ爲スモ共ニ有效ナリト謂フヘシ)且通知ノ場合ト承諾ノ場合トハ其效力ヲ異ニスルヲ以テ手續ニ於テモ之ヲ區別スルノ必要アリ又讓渡ノ通知ハ讓渡人ヨリ之ヲ爲ササルヘカラス舊民法其他外國ノ立法例ニ於テハ讓受人ヨリ通知スヘキモノトセルモノ頗ル多シ是レ一見至當ナルカ如シ何トナレハ讓受人ハ爾後其債權ニ

付テハ最モ利害ノ關係深キモ讓渡人ハ既ニ其關係ヲ離脱シ之ヲ通知スル事將タ通知セサルモ殆ト痛痒ヲ感スルコトナキカ故ニ普通ノ人情トシテ之ヲ遲滯スルノ虞アレハナリ然レトモ退キテ之ヲ考フルトキハ大ニ其非ナルコトヲ悟ルヘシ即チ若シ讓受人ヨリ通知スルモノトセハ其通知ヲ爲シタル者カ果シテ眞ノ讓受人ナルヤ否ヤハ債務者之ヲ知ルコトヲ得サルカ故ニ詐欺ノ行ハルルコト多カルヘシ最モ極端ナル例ヲ擧クレハ甲カ債權者ニシテ丙ハ債權ヲ讓受ケタルコトナキニ拘ラス僞リテ之ヲ讓受ケタリト稱シ之ヲ債務者乙ニ通知シ因リテ以テ辨濟ヲ受クルコトアルヘシ此ノ如ク極端ナル場合ニアラサルモ甲、丙間ノ法律行爲ハ條件附又ハ期限附ナル場合例ヘハ來ル何日マテニ代價ヲ支拂ヘハ債權ヲ讓渡サント約シタルニ丙ハ其代價ヲ支拂フニ先チテ債務者ニ通知スルコトナシトセス然ルニ丙カ期限ニ至リ代價ヲ支拂ハサルニ因リ甲ハ更ニ其債權ヲ丁ニ讓渡シ丁之ヲ債務者ニ通知セハ債務者ハ果シテ何人カ眞ノ讓受人タルカヲ知ルコトヲ得ス殊ニ丙ニ對シ既ニ辨濟ヲ了リタル後ナルトキハ債務者又ハ丁ハ甚タ迷惑ヲ感スヘシ若シ丙カ有資力者ニシテ不當利得ニ因ル

賠償ヲ爲スコトヲ得ハ結局損害ナキニ至ルヘキモ之ニ反シテ無資力ナルトキハ乙又ハ丁ハ全ク損害ヲ被ラサルコトヲ得ス又或ハ甲、丙間ノ讓渡ノ契約未タ成立セサルニ先チ丙ハ債權者カ他人ニ讓渡サンコトヲ慮リ債務者ニ通知シタルニ其契約ハ竟ニ成立セズシテ却テ後ニ甲、丁間ノ讓渡行爲カ成立スルコトナシトセス此ノ如キ實際上ノ弊害ハ枚擧ニ遑アラス加之理論上ヨリ言フモ讓渡人カ自己ノ權利ヲ處分シタルコトヲ通知セハ信憑スヘキモ單ニ讓受人カ某ノ權利ヲ讓受ケタリト曰フモ債務者ヨリ觀レハ從來何等ノ關係ナカリシ者ノ言ヲ信スルコト能ハス是レ恰モ登記手續ニ於テ讓受人ノミノ申請ニ因リテハ登記ヲ許ササルト同趣旨ナリ尤モ此ノ如クセハ讓渡人カ通知ヲ怠ルノ虞ナシトセスト雖モ若シ之ヲ怠ルトキハ第四百十四條第二項但書ヲ適用シ裁判ヲ以テ其意思表示ニ代フルコトヲ得ヘク民事訴訟法ニ於テモ之ニ關スル規定アルヲ以テ毫モ顧慮スルニ足ラサルナリ(民事訴訟法第七三三條第一項民法施行法第五四條)

債權ノ讓渡ヲ債務者ニ對抗スル爲メニハ右ニ述ヘタル條件ヲ以テ至當ナリト

スルモ債務者以外ノ第三者例ヘハ債權ノ第二ノ讓受人債權ノ質權者又ハ債權ノ差押人ニ對抗スル爲メニハ如何是レ亦債務者ノ承諾アルカ又ハ之ニ通知スルヲ以テ足ル蓋シ債務者ニ對シテハ此條件カ十分ノ效力アルコト明瞭ナルモ其他ノ者ニ對シテ效力アルモノトスルハ一見奇怪ノ感アリ然レトモ凡ソ債權ヲ讓受ケントスル者ハ先ツ債務者ニ就テ債權ノ存否其他ノ事情ヲ審ニスルヲ當然トス若シ然ラスンハ往往不測ノ損失ヲ被ルコトアルヘケレハナリ例ヘハ千圓ノ債權ナリト信シテ之ヲ九百圓ニテ讓受ケタルニ内五百圓ハ既ニ辨濟アリタル後ナリシトキハ四百圓ノ損失ヲ被ルヘシ又既ニ相殺ヲ對抗シタル後ナルトキ(相殺ノ場合ニハ證書ヲ交換スルヲ常トスレトモ未タ其交換ヲ爲ササルニ當リ證書ニ信ヲ置キテ其債權ヲ讓受ケタルトキ)ハ全然損失ヲ被ムルコトナシトセス債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲サントスル場合等亦然リ差押債權者ニ至リテハ其趣ヲ異ニスルト雖モ理論ニ於テハ全ク相同シ元來債權者ハ債務者ノ財產ヲ差押フルコトヲ得ルノミニシテ債務者カ既ニ讓渡シタル債權ハ他人ノ財產ナルカ故ニ之ヲ差押フルコトヲ得ス然レトモ他人ノ財產タルコトヲ知ラ

サル以上ハ之ヲ差押ヘテ以テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシト信シタルニ後日執行手續ノ進ムニ及ヒ始メテ其目的物ハ眞ノ權利者タル讓受人ニ屬スルコトヲ知ルニ至リ其差押無效ニ歸スヘシトセハ其債權者ハ頗ル失望スルナルヘシ是ヲ以テ我民事訴訟法第六百九條ハ債務者(第三債務者)ヲシテ差押債權者ニ對シ債務ニ關シテ一定ノ陳述ヲ爲サシムル手續ヲ規定セリ故ニ債務者ニシテ讓渡ノ事ヲ知ラハ其事實ヲ告クヘキヲ以テ差押債權者ハ其損失ヲ免ルルコトヲ得ヘシ論者或ハ此公示方法ハ甚タ不完全ナリ何トナレハ若シ債務者カ僞リテ未タ讓渡アラサル債權ヲ既ニ讓渡アリタリト曰ヒ既ニ讓渡アリタル債權ヲ未タ讓渡アラスト曰ハハ第三者ハ之カ爲メニ欺カレテ損害ヲ被ルコトアルヘシト論者ノ言固ニ理アリ然レトモ他ニ如何ナル良方法アリヤ彼ノ登記ノ如キハ頗ル完全ノ方法タルコト疑ナキカ如キモ之ヲ債權ノ讓渡ニ應用スルコトハ實際上極メテ困難ナルヘシ假ニ債務者ノ住所ニ於テ登記スヘキモノトスルモ債務者ハ何時其住所ヲ變更スルカ知ルヘカラス之ヲ變更シタル後ニ於テ讓渡ヲ爲シタルトキハ舊住所ノ登記所ニハ登記ナキカ故ニ其登記簿ヲ信シテ取引ヲ爲

シタル者ハ意外ノ損失ヲ招クコトアルヘシ今若シ債務者ノ新住所ニ於テ登記セサレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストセハ可ナルカ如シト雖モ債務者カ住所ヲ轉スルトキハ第三者ハ意外ノ損失ヲ被ムルコトアルヘシ登記ノ制度ニシテ既ニ採ルヘカラストセハ他ニ適當ナル方法ナキヲ以テ右ノ方法ニ甘セサルコトヲ得ス況ヤ債務者ノ惡意ナルコトハ實際甚タ稀ナルヘキニ於テヲヤ是レ佛國其他ノ國ニ於テ此手續ニ由ルコト已ニ久シト雖モ著シキ不都合アルヲ聞カサル所以ナリ

然ラハ右ノ通知又ハ承諾ノ意思表示ハ如何ナル方法ニ依ルヘキカ曰ク債務者ニ對シテハ別ニ方式ヲ定メス故ニ書面ヲ以テスルト口頭ヲ以テスルト擧動ヲ以テスルトヲ問ハス苟モ意思表示ヲ爲セハ則チ足ル是レ蓋シ債務者ハ通知又ハ承諾ニ付テハ當事者ナレハナリ然レトモ債務者以外ノ第三者ニ對シテハ此ノ如ク單純ナルコト能ハス乃チ法律ハ確定日附アル證書ヲ以テセサルヘカラストセリ是レ前ニ述ヘタル如ク往往ニシテ詐欺ノ行ハルルコトアルニ由ル例ヘハ債權者甲カ其債權ヲ丙ニ讓渡シタル後更ニ丁ニ讓渡シ孰レモ之ヲ債務者乙ニ通知セリ然ルニ丁ハ自己ヨリ先ニ丙カ其債權ヲ讓受ケタルコトヲ知リ隨テ自己ノ讓受ノ效ナキコトヲ知ルカ故ニ債務者又ハ讓渡人及ヒ債務者ト通謀シテ讓渡ノ日附ヲ繰上ケ以テ丙ニ對抗スルカ如キコトアルヘキヲ慮リタルモノナリ尙ホ確定日附ニ付テハ民法施行法第五條ヲ參照スヘシ

第二　讓渡ノ效力

一般ニ「讓渡」ト云ヘハ贈與ナルコトアリ賣買又ハ遺贈ナルコトアルヘキニ由リ讓渡ノ效力ハ之ヲ一般ニ論シ去ルコト能ハス即チ贈與ニ在リテハ贈與ニ因ル效力ヲ生スヘク賣買ニ在リテハ賣買ニ因ル效力ヲ生スヘシ殊ニ債權ノ賣買ニ付テハ第五百六十九條ノ特別規定アリ又遺贈ニ在リテハ遺贈ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノトス故ニ本款ニ於テハ單ニ債務者カ讓渡ヲ承諾シタル場合及ヒ之ヲ通知シタルニ止マル場合ニ付キ讓渡ノ效力ノ相異ナル所ヲ說明スヘシ

民法第四百六十八條ニ曰ク

債務者カ異議ヲ留メスシテ前條ノ承諾ヲ爲シタルトキハ讓渡人ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由アルモ之ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ス但債務

者カ其債務ヲ消滅セシムル爲メ讓渡人ニ拂渡シタルモノアルトキハ之ヲ取返シ又讓渡人ニ對シテ負擔シタル債務アルトキハ之ヲ成立セサルモノト看做スコトヲ妨ケス

讓渡人カ讓渡ノ通知ヲ爲シタルニ止マルトキハ債務者ハ其通知ヲ受クルマテニ讓渡人ニ對シテ生シタル事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得

(一) 債務者カ異議ヲ留メスシテ承諾ヲ爲シタル場合　債務者カ異議ヲ留メスシテ債權ノ讓渡ヲ承諾シタルトキハ將來其讓受人ヲ以テ自己ノ債權者ト爲スノ意思ヲ表示シタルモノナリ故ニ讓渡人ニ對抗スヘキ原因アルモ之ヲ以テ其讓受人ニ對抗スルコトヲ許サス若シ前債權者即チ讓渡人ニ對抗スヘキ原因アリタル場合ニ於テ之ヲ讓受人ニ對抗セント欲セハ必ス之ヲ留保セアルヘカラス例ヘハ既ニ一部ノ辨濟ヲ爲シタルトキ又ハ取消ノ原因アリタルトキハ其事ヲ留保スルニアラサレハ讓受人ニ對シ全部ノ辨濟ヲ爲スヘク又ハ取消ヲ爲スコトヲ得サルニ至ル何トナレハ讓受人ハ完全無缺ノ權利ヲ得タリト信シタルニ後日或ハ一部ハ既ニ辨濟セリト曰ハルルカ或ハ取消サント主張セラルルト

キハ讓受人ハ意外ノ損失ヲ被ルコトアルヘケレハナリ況ヤ相殺ノ原因アリシ場合ニ於テヲヤ然リト雖モ此等ノ場合ニ於テハ債務者モ亦損失ヲ被ルコトハ稀ナルヘシ即チ法律ハ不當ノ利得ヲ爲スコトヲ許ササルカ故ニ若シ債務者カ債務ノ辨濟トシテ讓渡人ニ給付シタルモノアルトキハ之ヲ取返スコトヲ得ルハ勿論更改ニ因リテ新債務ヲ負擔シタルトキハ之ヲ成立セサルモノト看做スコトヲ得ヘシ尚ホ相殺ノ場合ニ於テハ債務者ハ讓受人ニ辨濟スルノ義務ヲ負フヘシト雖モ讓渡人ニ對シテハ自己ノ債權ヲ實行スルコトヲ得ルカ故ニ讓渡人ノ無資力ニ因ル危險ハ之アルヘシト雖モ其以外ニ於テハ更ニ損失スルコトナカルヘシ第四百六十八條第一項但書ニ「債務者カ其債務ヲ消滅セシムル爲メ讓渡人ニ拂渡シタルモノアルトキハ之ヲ取返シ又讓渡人ニ對シテ負擔シタル債務アルトキハ之ヲ成立セサルモノト看做スコトヲ妨ケス」トアリテ債務者ハ其既ニ拂渡シタルモノヲ取返シ又ハ新債務ヲ負ヒタル場合ニハ之ヲ履行セサルモ可ナリトセリ或ハ曰ハン讓渡人ハ不當利得ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ當ニ債務者ヲシテ其給付シタルモノヲ取返サシメ又ハ契約ハ當然無效ナリト規

定シテ可ナルニアラスヤト是レ未可ナリ蓋シ十中ノ八九ハ之ヲ取返シ又ハ成立セサルモノト看做スヲ以テ債務者ニ利益アリトスヘキモ稀ニハ却テ不利ナルコトナシトセス例ヘハ債務者ハ其所有ノ不動産ヲ賣拂ハント欲スルノ際債權者カ其不動産ヲ得ンコトヲ望ミ千圓ノ債權ニ對シ更改ノ契約ヲ爲シタル場合ノ如シ斯ル場合ニ於テハ債務者ハ財産ヲ取返スコトヲ欲セス寧ロ單ニ讓渡人ニ對シ不當利得ノ償還ヲ求ムルヲ以テ利アリト爲スヘケレハナリ然ルニ縱令債務者カ留保ヲ爲サスシテ承諾ヲ爲シタルノ過失アルニモセヨ債權者ト債務者トノ間ニ適法ニ成立シタル契約其他ノ法律行爲カ債權者ノ意思ニ因ル讓渡行爲ノ爲メニ當然無效ト爲リ債務者ヲシテ不利益ヲ受ケシムルハ不當ナリト謂ハサルヘカラサルヲ以テ特ニ「之ヲ成立セサルモノト看做スコトヲ得ル」モノトシタルナリ

(二) 通知ヲ爲シタルニ止マル場合　債權者カ其權利ヲ讓渡シタルコトヲ通知シタルニ止マル場合ハ債務者カ其讓渡ヲ承諾シタル場合ト其效力ヲ異ニス固ヨリ債務者ハ債權者ノ讓渡ニ對シテ異議ヲ唱スルコト能ハスト雖モ其以前ニ有シタル利益例ヘハ全部又ハ一部ノ辨濟更改相殺ノ原因等ノ利益ハ之ヲ失フモノニアラサルカ故ニ當然讓受人ニ對抗スルコトヲ得ヘシ何トナレハ債權者ノミノ意思ヲ以テ債務者ノ利益ヲ奪フコト能ハサレハナリ然リ而シテ承諾ヲ爲シタル場合ニ於テハ債務者ハ異議ヲ留メサルトキハ縱令讓渡以前ニ生シタル事項ト雖モ讓受人ニ對抗スルコトヲ得サルコト前ニ述ヘタルカ如シト雖モ通知アリタルニ止マル場合ハ何時ニテモ其事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得是レ債務者カ讓渡ヲ承諾シタルトキト其效力ヲ異ニスル要點ニシテ第四百六十八條第二項ニ「讓渡人カ讓渡ノ通知ヲ爲シタルニ止マルトキハ債務者ハ其通知ヲ受クルマテニ讓渡人ニ對シテ生シタル事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得」ト規定セル所以ナリ故ニ其通知後ニ讓渡人トノ間ニ生シタル事由ハ之ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ス此點ハ承諾ノ場合ト毫モ異ナルコトナシ例ヘハ通知後ニ於テ讓渡人ニ對シ相殺ノ原因ヲ生シタリトスルモ債務者ハ之ヲ對抗スルコトヲ得サルカ如キ是ナリ

第三款　指圖債權

指圖債權トハ證書アル債權ニシテ證書ニ指定シタル債權者若クハ其指圖セル者ニ對シ辨濟ヲ爲スヘキ旨ヲ定メタルモノナリ是レ諸君ノ既ニ知ラルル所ナラン彼ノ手形ノ如キハ法律上當然指圖債權タリ

指圖債權ノ讓渡ニ關スル原則ハ民法第四百六十九條ニ規定セリ曰ク

指圖債權ノ讓渡ハ其證書ニ讓渡ノ裏書ヲ爲シテ之ヲ讓受人ニ交付スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

指圖債權ハ證書ニ受取人ノ氏名ヲ記載セルモノニシテ裏書ニ依リテ讓渡スコトヲ得ルモノナリ即チ性質上裏書ニ依リテ讓渡スコトヲ得ルモノハ指圖債權ナリ商法第四百五十五條ニ「爲替手形ハ其記名式ナルトキト雖モ裏書ニ依リテ之ヲ讓渡スコトヲ得」トアリ而シテ此規定ハ同法第五百二十九條ニ於テ約束手形ニ第五百三十七條ニ於テ小切手ニ準用セリ又同第三百六十四條ニ「預證券及ヒ質入證券ハ其記名式ナルトキト雖モ裏書ニ依リテ之ヲ讓渡シ又ハ質入スル

コトヲ得」トアルカ故ニ倉庫營業者カ發行スル預證券及ヒ質入證券モ亦法律上當然指圖債權タリ尙ホ法律上當然指圖債權ニアラサルモ當事者ノ意思ニ依リテ指圖債權ト爲スコトヲ得ルモノ尠カラス例ヘハ陸上運送ニ於ケル貨物引換證(商法第三三五條)海上運送ニ於ケル船荷證券(同法第六二九條)及ヒ損害保險ニ於ケル保險證券ノ如キ即チ是ナリ其他商事タルト民事タルトヲ問ハス原則トシテハ債權ヲ指圖式ト爲スコトヲ得是レ歐洲ニ於テモ同シキ所ナリ

指圖式ノ方式ニ付テハ法律ニ規定スル所ナシト雖モ通例左ノ如キモノナリ

證

金何圓也

右年月日貴殿又ハ貴殿ノ指圖人ニ支拂可申候也

年月日　何ノ誰

何ノ誰殿

指圖債權ニ付テモ亦讓渡ノ要件及ヒ效力ノ二ニ分チテ之ヲ說明セン

第一　讓渡ノ要件

指圖債權ノ讓渡モ亦指名債權ノ讓渡ト同シク當事者間ニ在リテハ單ニ其意思表示ノミヲ以テ足ル然レトモ之ヲ以テ第三者ニ對抗センカ爲メニハ證書ノ裏書及ヒ交付ヲ必要トス(第四六九條)

(一) 裏書　裏書ノ何物タルコトハ商事ニ關シテハ商法第二百八十二條ニ於テ金錢其他ノ物ノ給付ヲ目的トスル指圖債權ニ手形ニ關スル第四百五十七條ノ規定ヲ準用セリ同條ニ曰ク「裏書ハ爲替手形、其謄本又ハ補箋ニ被裏書人ノ氏名又ハ商號及ヒ裏書ノ年月日ヲ記載シ裏書人署名スルニ依リテ之ヲ爲ス」裏書ハ裏書人ノ署名ノミヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ裏書人ノ署名ノミニ依リテ之ヲ讓渡スコトヲ得「民法ニ於テハ何等ノ規定ヲ設ケスシテ全ク慣習ニ一任セリ隨テ慣習上裏書ト視ルコトヲ得ヘキモノナレハ則チ足レリトス而シテ商法ノ規定ノ趣旨ニ依レハ裏書ノ文言ハ通例左ノ如クニシテ讓渡人之ニ署名スルモノトス

表記ノ金額何某殿又ハ其指圖人ニ御支拂可被成候

茲ニ注意スヘキハ「裏書」トハ大抵證券ノ裏面ニ書クカ故ニ法律上ノ用語トシテ

斯タ云フモノニシテ必スシモ證書ノ裏面ニ記載セサルヘカラサルニアラス附箋ニ書クモ表面ニ書クモ敢テ不可ナキナリ

(二) 交付　指圖債權ノ讓渡ニハ裏書ヲ爲シタル後其證書ヲ讓受人ニ交付スルコトヲ要ス是レ殆ト言フヲ俟タサル所ナリ蓋シ證書ヲ所持スルニアラサレハ縱令其債權ヲ讓受クルト雖モ債務者ハ果シテ其者カ讓受人ナリヤ否ヤヲ知ルコト能ハサレハナリ

指圖債權讓渡ノ要件ニ關シ尙ホ說明スヘキハ白地裏書ノ事ナリ裏書ノ方式ハ前ニ示シタル如ク權利移轉ノ意思ヲ表示シタル文言ト裏書人ノ氏名被裏書人ノ氏名及ヒ年月日ヲ記載スルヲ普通トスレトモ右ノ中被裏書人ノ氏名ヲ記載セスシテ證書ヲ交付スルコトアリ之ヲ「白地裏書」ト謂フ近來更ニ其方式ヲ略シテ裏書人ノ氏名ノミヲ記載スルニ至レリ此ノ如キ裏書ハ有效ナリヤ否ヤ若シ有效ナリトセハ其性質及ヒ效力如何是レ從來學者間ニ頗ル議論アル所ナリ我舊商法ニモ白地裏書ニ關スル規定アリシモ甚タ不完全ナリシヲ以テ新商法ニ於テハ之ヲ改メ其第四百五十七條第二項ニ「裏書ハ裏書人ノ署名ノミヲ以テ

之ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ爾後爲替手形ハ引渡ノミニ依リテ之ヲ讓渡スコトヲ得」ト規定シ更ニ第四百六十一條ニ於テ「裏書人カ其署名ノミヲ以テ裏書ヲ爲シタルトキハ所持人ハ自己ヲ其被裏書人ト爲スコトヲ得」ト規定セルカ故ニ例ヘハ甲カ手形ニ自己ノ署名ノミヲ爲シテ之ヲ乙ニ讓渡ストキハ乙ハ自ラ裏書ノ文言ヲ記載スルコトヲ得ヘシ之ト同シク乙ハ又引渡ノミニ依リテ之ヲ丙ニ讓渡シ而シテ丙ハ自ラ裏書ノ文言ヲ記載スルコトヲ得此ノ如キ方法ノ必要ナル所以ヲ說明センニ元來白地裏書ノ手形ハ唯引渡ノミニ因リテ權利ヲ移轉スルコトヲ得ルカ故ニ殆ト無記名ノ手形ニ均シク流通上極メテ便利ナルコト言フヲ俟タス然レトモ之ニ伴フ弊害ハ危險ノ大ナルニ在リ即チ紛失スレハ直チニ自己ノ權利ヲ喪フヘク且之ヲ盜取シタル者モ直チニ其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘキカ故ニ盜難ノ虞殊ニ多シ若シ普通ノ裏書ノ手形ナランニハ縱令盜難ニ遭フモ之ヲ盜取リタル者ハ僞造ヲ爲スニ非サレハ其手形ヲ行使スルコトヲ得サルカ故ニ盜難ノ虞及ヒ之ニ因リテ生スル損害自ラ尠シ故ニ白地裏書ヲ轉シテ普通ノ裏書ト爲スノ必要ヲ感スルコトアルヘシ尙ホ更ニ特殊ノ例ヲ擧クレハ白地裏書手形ノ所持人丙カ引渡ニ依リテ之ヲ丁ニ讓渡ナントスルニ當リ丁ハ其手形ノ振出人甲及ヒ第一ノ裏書人乙ノ何人タルヲ知ラス又ハ之ヲ知ルモ其人ヲ信用セサルカ故ニ丙カ裏書人トシテ署名シ手形上ノ義務ヲ負擔スルニアラスンハ之ヲ讓受ケスト云フコトアルヘシ此場合ニ於テハ丙ハ自己ヲ被裏書人トシ更ニ自ラ裏書人ト爲リテ裏書ヲ爲スコトアルヘシ但商法第四百六十四條但書ニ「署名ノミヲ以テ爲シタル裏書アルトキハ次ノ裏書人ハ其裏書ニ因リテ爲替手形ヲ取得シタルモノト看做ス」トアルカ故ニ丙ハ此場合ニ於テ必スシモ自己ヲ被裏書人トセサルモ唯裏書ノミヲ爲シ以テ丁ノ目的ヲ遂スルコトヲ得ヘシ蓋シ此規定ハ乙カ白地裏書ニ依リテ手形ヲ丙ニ讓渡シ丙カ裏書人トシテ署名セハ裏書ノ連續ナキモ手形ハ乙ヨリ丙ニ移轉シタルモノト看做スベシ而シテ是レ乙丙間ニ幾人ノ讓受人アリテ皆引渡ノミニ由リテ手形ヲ轉轉スルモ同シキ所ナリ然リト雖モ丁ハ尙ホ普通ノ裏書ニ於ケルカ如ク裏書ノ連續スルコトヲ希望スルコトナシトセス此場合ニ於テハ丙ハ自己ヲ被裏書人トシテ記載スルコトヲ得ヘシ而シテ前記三條ノ規定ハ就レモ爲替手形ニ

關スルモノナリト雖モ之ヲ約束手形、小切手及ヒ金錢其他ノ物ノ給付ヲ目的トスル指圖債權ニ準用セリ(商法二八二、五二九、五三七)故ニ商法上白地裏書ノ性質ハ純然タル讓渡ニシテ其效力ハ上述ノ如シ然ルニ民法ニハ之ニ關スル規定ナシ法典調査會ニ於テハ大ニ議論アリシモ遂ニ明文ヲ要セサルモノトセリ蓋シ白地裏書ヲシテ手形等ノ如ク特別ノ效力ヲ有セシメント欲セハ明文ヲ要スルモ白地裏書其モノノ有效ナルコトハ特ニ規定スルノ必要ナシ而シテ民法上ノ指圖債權ハ其類尠ク其用亦多カラサルヲ以テ敢テ特別ノ效力ヲ有セシムル必要ナキニ由ル請フ之ヲ細論セン

民法ニハ何等ノ明文ナシト雖モ白地裏書ノ有效ナルコトハ予ノ疑ヲ容レサル所ナリ此場合ニ於テハ白地裏書ハ其性質代理裏書ナリ詳言スレハ代理ヲ委任スル裏書ナリ請フ少シク其理由ヲ述ヘン甲カ白地裏書ニ依リテ自己ノ權利ヲ乙ニ讓渡スニ當リ乙ヲ以テ讓受人ト爲スノ意思ナキニアラスト雖モ乙若シ之ヲ丙ニ讓渡スコトヲ欲セハ其意ニ任セントノ意思ヲ以テ爲スモノナリ故ニ乙若シ自ラ讓受人ト爲ラシト欲キハ之ニ自己ノ氏名ヲ記入スヘキノミ若シ然ラスシテ之ヲ丙ニ讓渡シ丙若シ其讓受人ト爲リ名リトセハ甲ハ其權利ヲ直接ニ丙ニ讓渡シタルモノニシテ甲ヨリ乙ニ、乙ヨリ丙ニ移轉シタルモノニアラス乙ハ唯讓受人ヲ選定スルノ權限ヲ付與セラレタル代理人タルニ過キス即チ乙ハ其代理權ニ依リテ丙ヲ指定シ其效力ヲ本人タル甲ニ及ホシタルモノト謂フヘシ之ニ反シテ丙若シ讓受人ト爲ラス更ニ丁ニ讓渡シタリトセハ丙ハ復代理人タリ何トナレハ乙ハ丙ニ代理ヲ委任シ丙自ラ讓受人ト爲ルコトヲ欲セハ自己ノ氏名ヲ讓受人トシテ記入シ丙自ラ讓受人ト爲ルコトヲ欲セサレハ他人ヲ選定シテ讓受人ト爲スヘキモノトシタレハナリ而シテ丙若シ丁ヲ其讓受人トシテ記入セハ是レ丙ハ復代理權ヲ行使シタルモノト看做スヘク丙若シ更ニ白地裏書ノ儘之ヲ丁ニ讓渡シタリトセハ丙ハ更ニ丁ニ代理ヲ委任シタルモノト謂フヘシ果シテ然ラハ白地裏書ノ有效ナル爲メニハ特別ノ明文ヲ必要トセサルナリ或ハ曰ハン凡ソ代理ヲ委任スル場合ハ常ニ本人即チ委任者ノ利益ノ爲メナラサルヘカラス前例ヲ以テスレハ常ニ甲ノ利益ノ爲メナラサルヘカラス然ルニ乙、丙、丁等カ所謂代理ヲ實行スルハ自己ノ爲メノミ甲ニ對シテハ已ニ相當

ノ代價ヲ支拂ヒタルモノナレハ乙カ丙ニ讓渡スハ自己カ對價ヲ得シカ爲メナリ丙丁モ亦然リ然ラハ乙丙丁等カ代理ヲ委任セラレタルモノト謂フコトヲ得サルニアラスヤト是レ非ナリ抑モ委任ナルモノハ必スシモ委任者ノ利益ナラサルヘカラサルニアラス受任者ノ利益ニ於テモ亦之ヲ爲スコトヲ得ヘシ羅馬法ニ於テ自己ノ利益ニ於ケル委任(procuratio in rem suam)ナルモノアリシカ自己ノ利益ニ於ケル委任トハ其委任ノ目的タル法律行爲ハ委任者ノ名ニ於テ之ヲ爲スモ受任者ノ利益ノ爲メニ之ヲ爲スヲ謂フナリ(羅馬ニ於テハ原則トシテ純然タル代理ナカリシコトニ注意セヨ)今一例ヲ擧ケンニ甲カ其友人乙ニ對シ自己ニ金錢ヲ貸與センコトヲ依頼セシニ乙ハ金錢ヲ所持セサルヲ以テ其所持ノ時計ヲ甲ニ引渡シ之ヲ賣却シ其代金ヲ費消スヘキヲ以テセリトセシカ此場合ニ於テハ其甲乙間ノ法律行爲ハ贈與ニアラサルコト明カナリ何トナレハ既ニ「貸借」ト云ヘハ無償ニ財産權ヲ移轉スルモノニアラサレハナリ然ラハ則チ純然タル消費貸借ナルカ否消費貸借ナルモノハ種類、品質、數量ノ同一ナルモノヲ返還スヘキ義務ヲ生スルモノナリ今時計ヲ借リテ而シテ金錢ヲ返却スルハ單純ノ

消費貸借ニアラサルコト明カナリ予ハ是レ時計賣却ノ委任ニ伴フ消費貸借ナリト信ス即チ時計賣却ノ委任ニ因リ乙ノ名義ヲ以テ之ヲ賣却シ其代金ヲ直チニ甲ニ貸與スルニ外ナラス是レ即チ受任者ノ利益ノ爲メニスル委任ニシテ委任者ノ爲メニハ寧ロ損失タルヘシ而モ尚ホ其間委任關係アリト謂ハサルヘカラサルナリ故ニ白地裏書ノ場合ニ於テ代理關係アリト云ヒテ毫モ妨ナシ故ニ明文ナキモ有效ナリ既ニ明文ヲ要セサルモノトセハ商法ハ何故ニ其規定ヲ設ケタルカ是レ他ナシ商法ニ於テハ白地裏書ヲ以テ代理裏書トセス之ニ因リテ直チニ權利移轉スルモノト看做シ且特別ノ效力ヲ有セシメンカ爲メノミ手形其他流通ノ頻繁ナルコトヲ要スルモノニ至リテハ特殊ノ便法ヲ必要トスルハ敢テ多言ヲ要セサルナリ

第二　讓渡ノ效力

指圖債權讓渡ノ效力モ亦原則トシテハ他ノ債權讓渡ノ場合ニ異ナラス即チ讓渡人ノ有セシ權利ヲ其儘讓受人ニ移轉スルニ在リ是レ別ニ喋喋ヲ要セス唯茲ニ說明セント欲スル事項ハ指圖債權ノ債務者カ裏書ニ依ル讓受人ニ對シテ如

何ナル責任アルカニ在リ此點ニ關シテハ聊カ特別ノ規定アリ第四百七十條ニ曰ク

指圖債權ノ債務者ハ其證書ノ所持人及ヒ其署名捺印ノ眞僞ヲ調査スル權利ヲ有スルモ其義務ヲ負フコトナシ但債務者ニ惡意又ハ重大ナル過失アルトキハ其辨濟ハ無效トス

指圖債權ハ裏書ノミニ依リテ權利移轉ノ效果ヲ生ス是レ其特色タリ故ニ唯裏書ノミニ據リテ何人カ權利者タルカヲ知ルコトヲ得ヘク債務者ハ豫メ其讓受人ヲ知ラサルカ故ニ現ニ證書ヲ所持スル者カ自ラ裏書ニ指示シタル最後ノ被裏書人ナリト稱スル場合ニ於テハ之ヲ眞正ノ權利者ナリト認ムルノ外ナシ隨テ之ニ對シテ僞シタル支拂ハ之ヲ有效トセサルヘカラス縱令其者カ眞正ノ權利者タラスト雖モ債務者ヲシテ之カ責任ヲ負ハシムルコトヲ得ス若シ然ラストセハ債務者ハ非常ナル損失ヲ被ルヘク而モ他ニ眞正ノ權利者ヲ知ルノ途ナキカ故ニ此ノ如クンハ勢ヒ指圖債權ノ流通ヲ阻害スルニ至ルヘシ加之裏書ニ因ル讓受人ナリト稱シ現ニ證書ヲ所持スル者ハ第四百七十八條ニ所謂積權ノ

準占有者ナリト謂ハサルヘカラサルカ故ニ其辨濟ヲ有效トシ債務ヲ免レシメサルコトヲ得ス債務者ハ曾ニ權利者ノ眞否ヲ調査スルノ必要ナキノミナラス署名捺印ノ眞僞モ亦之ヲ調査スルノ必要ナシ何トナレハ債務者ハ往往ニシテ眞正ノ權利者ノ誰タルコトヲ知ルモ支拂ノ際受取ノ爲メ爲シタル署名捺印果シテ其者ノ署名捺印ナリヤ否ヤヲ知ルコト能ハサルコトアリ然ルニ後日其僞筆又ハ僞印ナルコト發覺シタル爲メ曩ニ爲シタル辨濟ヲ無效トセラルルニ於テハ意外ノ損失ヲ來スカ故ニ之カ眞僞ヲ判定スル爲メ時日ト費用トヲ要シ其極指圖債權ハ圓滑ニ流通スルコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ玆ニ一言スヘキハ法文ニハ「所持人及ヒ其署名捺印ノ眞僞ヲ調査スル」義務ナキコトヲ言ヘルノミニシテ裏書人及ヒ其署名捺印ニ就テハ何等ノ規定スル所ナシ然レトモ「所持人ノ眞僞」トハ「現ニ證書ヲ所持スル者カ眞ノ權利者ナルヤ否ヤ」謂フモノニシテ其者カ眞ノ權利者ナル爲メニハ中間ノ裏書人カ同シク眞ノ權利者ナラサルヘカラサルカ故ニ自ラ「所持人ノ眞僞」ノ中ニハ裏書人及ヒ其署名捺印ノ眞僞ヲモ包含スルモノト解釋セサルヘカラス其結果甲ヨリ乙ニ、乙ヨリ丙ニ裏書

ヲ爲シ丙カ來リテ辨濟ヲ求メタルトキハ債務者ハ甲、乙、丙間ノ權利移轉ノ眞否及ヒ甲、乙、丙ノ署名、捺印ノ正否ヲ調査スルコトヲ要セス丙若シ詐欺者ニシテ其證書ヲ竊取シ自ラ乙ノ氏名ヲ僞署シ僞印ヲ捺スルコトアルモ債務者カ丙ニ對シテ爲シタル辨濟ハ有效ナリ何トナレハ債務者ハ其證券ノ持參人カ眞正ノ取得者タルコトヲ知ルノ途ナキカ故ニ債務者ヲ責ムルコト能ハサレハナリ

然レトモ此事タルヤ元來債務者保護ノ爲メニ設ケタルモノニシテ所持人ヨリ之ヲ債務者ニ對抗スルコトヲ得ルモノニアラス即チ是レ債務者ノ義務ニアラスシテ其權利ナリトス故ニ債務者ニシテ勞費ヲ厭ハス自己ノ責任ヲ以テ調査ヲ爲サント欲セハ能ク其眞否ヲ判定シテ然ル後辨濟ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ若シ眞正ノ權利者ニ對シ之カ爲メ支拂期限ヲ經過シタルモ徒ラニ時日ヲ遷延セハ不履行ニ因ル損害賠償ノ責任ヲ免レス尙ホ右ノ規定ハ善意ノ債務者ヲ保護スルノ規定ナルヨリ生スル他ノ結果ハ債務者カ惡意ナルカ又ハ重大ナル過失アルトキハ右ノ規定ノ適用ナキコト是ナリ例ヘハ所持人カ眞正ノ權利者ニアラサルコトヲ知リテ而シテ之ニ辨濟ヲ爲シ僞筆僞印タルコトヲ知リテ

而シテ持參人ニ對シ履行ヲ爲スモ是レ全然無效ニシテ債務者ハ其責ヲ免ルルコトヲ得ス又例ヘハ裏書ニ間斷アルコトヲ知ラサリシ場合ノ如キハ重大ナル過失アルモノト謂フヘキヲ以テ亦其責ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス蓋シ裏書ニ依リテ讓渡ヲ爲スコトヲ得ル債權ニ付テハ其裏書ハ必ス連續スルコトヲ要ス然ルニ若シ甲ヨリ乙ニ裏書シタル場合ニ於テ次ノ裏書ニハ丙カ署名セルトキハ丙ノ裏書ハ無效ナルヘキコト明カナリ然ルニ不注意ニモ之ヲ發見セサリシハ是レ重大ナル過失ト謂ハサルヘカラス又例ヘハ外貌ノ極メテ賤シキ者カ巨額ノ金額ノ記載アル證券ヲ持參シテ辨濟ヲ請求シタル場合ノ如キハ常識ニ據リ其眞ノ權利者ナラサルコトヲ想像シ得ヘキカ故ニ果シテ其者カ眞正ノ權利者ナルカ又ハ其代理人ナルカヲ調査セサルヘカラス之ヲ怠リテ濫ニ支拂ヲ爲シタル如キハ重大ナル過失アルコト明カナリ

右ト同一ノ精神ニ基キ法律ハ原債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由ヲ以テ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得サル場合ヲ規定セリ第四百七十二條即チ是ナリ同條ニ曰ク

指圖債權ノ債務者ハ其證書ニ記載シタル事項及ヒ其證書ノ性質ヨリ當然生スル結果ヲ除ク外原債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由ヲ以テ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ス

凡ソ指圖債權ハ裏書及ヒ交付ニ依リテ轉轉スルモノナルカ故ニ利害關係人ハ唯證書及ヒ裏書ノミニ著眼シテ之カ取引ヲ爲シタルモノト看做ササルヘカラス故ニ證書ニ明記シタル事由ハ讓受人ニ於テ甘諾シタルモノト謂フヘク債務者ヨリ其記載事項ノ對抗ヲ受クヘキコトハ豫メ期セサルヘカラサル所ナリト雖モ之ニ記載ナキ事項ハ曾テ知ラサル所ナルヘク辨濟ヲ請求スルニ及ヒ突然其對抗ヲ受ケ之ニ應セサルヘカラストセハ意外ノ損失ヲ被ルコトアルヘシ隨テ指圖債權ノ流通ヲ阻害スルニ至ルヘシ是ヲ以テ法律ハ債務者ノ對抗事由ヲ制限シ證書ニ記載ナキ事項ニ付テハ原則トシテ原債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由ヲ以テ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ例ヘハ甲ハ乙ヲ信シ未タ代價ヲ受取ラサルニ先チ「米百石也右貴殿又ハ貴殿ノ指圖人ニ御渡可申候也」ト記載セル指圖證券ヲ交付セリトセヨ若シ乙カ其證書ヲ持參

シテ米ノ給付ヲ請求セハ甲ハ未タ代價ノ支拂ナキコトヲ對抗シテ其履行ヲ拒ムコトヲ得ヘシ然レトモ乙若シ之ヲ丙ニ裏書讓渡センカ丙ハ代金未拂ノ事ヲ知ラサルカ爲メ乙ニ相當ノ對價ヲ支拂ヒテ之ヲ讓受ケ而シテ甲ニ對シテ其債務ノ履行ヲ請求セリトセハ甲ハ速ニ米百石ヲ引渡スヘク決シテ原債權者乙ニ對スルカ如ク代價ノ支拂ナキコトヲ理由トシテ其履行ヲ拒ムコト能ハサルナリ何トナレハ是レ證書ニ記載ナキ事項ナルヲ以テ讓受人タル丙ニ對抗スルコトヲ得サレハナリ若シ之ヲ對抗セント欲セハ例ヘハ甲ハ豫メ「金千圓ト引換ニ」ト云フカ如キ文字ヲ證書ニ記載セサルヘカラス

次ニ證書ニ記載ナキ事項ト雖モ其證書ノ性質ヨリ當然生スル結果ハ讓受人ニ於テモ之ヲ豫期セサルヘカラス若シ之ヲ豫期セサリシトセハ是レ讓受人ノ過失ナリ而シテ自己ノ過失ハ之ヲ他人ニ嫁スルコトヲ得サルコト勿論ナルカ故ニ證書ノ性質ヨリ當然生スル結果ハ債務者ニ於テ之ヲ對抗スルコトヲ得サルヘカラス例ヘハ倉庫營業者ニ寄託シタル物品ハ倉敷、租稅ノ立換金等ヲ支拂ハサル以上ハ之ヲ取戻スコトヲ得ス是レ法律ニ明文アル所ニシテ倉荷證券ノ性

質ヨリ當然生スル結果ト謂ハサルヘカラス故ニ甲若シ之ヲ乙ニ讓渡シタリトセハ其證券ニ記載ナシト雖モ乙ハ倉敷其他ノ費用ヲ支拂ハサルコトヲ得ス之ヲ支拂ハサルトキハ倉敷營業者ハ其受寄物ヲ留置スルコトヲ得ヘシ然レトモ若シ普通ノ人カ他人ニ預リ證ヲ交付シ之ニ「米十俵也」右貴殿又ハ貴殿ノ指圖人ニ御渡可申候也」ト記載シタルトキハ其讓受人ニ倉敷ヲ支拂ハシムルコトヲ得サルコトハ論ヲ俟タス何トナレハ是レ普通ノ預リ證ノ性質ヨリ當然生スル結果ニアラサレハナリ

右ハ畢竟讓受人ノ利益ヲ保護シテ指圖債權ノ流通ヲ助クルニ在ルヲ以テ其規定ハ惡意ノ讓受人ニ及ハス何トナレハ讓受人カ惡意ナル場合ニ於テハ證書ノミニ著眼シタリト謂フコトヲ得ス隨テ其者カ不利益ナル事項ノ對抗ヲ受クルモ爲メニ意外ノ損失アリト謂フコトヲ得サレハナリ

民法第四百七十條及ヒ第四百七十二條ノ規定ハ商事ノ指圖債權ニモ之ヲ適用スヘキモノトス唯手形ニ付テハ商法第四百三十七條乃至第四百四十一條ニ特別ノ規定アルカ故ニ民法第四百七十二條ノ適用ヲ受ケス然レトモ其內容ニ至リテハ兩法敢テ相矛盾スルモノニアラサルカ故ニ其結果ニ於テハ民法ノ適用ヲ受クルト敢テ大差ナキナリ

第四款　無記名債權

第一　讓渡ノ要件

無記名債權モ亦債權ナリ人或ハ債權ニアラスト云フト雖モ其誤解ナルコト更ニ說明ヲ要セス然レトモ無記名債權ノ價格ハ殆ト證券ニ包含セラレ證券其レ自身ヲ以テ直チニ債權ナリト云フモ不可ナシ何トナレハ其證券ヲ所持スル者ハ其債權ニ相當スル利益ヲ享有スルコトヲ得ヘケレハナリ試ニ例ヲ擧クレハ日本銀行兌換券ハ其券面記載額ニ相當スル金貨ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ヘキ債權ノ證券ナレトモ兌換券其レ自身カ之ニ相當スル價値ヲ有ス鐵道ノ切符物品ノ切手ノ如キ亦然リ而シテ證券ハ動產ナルコト勿論ナルカ故ニ證券ヲ以テ代表セラルル無記名債權其レ自身モ亦之ヲ動產ト看做セリ（第八六條第三項）約言スレハ無記名債權ヲ以テ動產ナリト云フハ全ク法律ノ擬制ニ由ルモノニ

シテ之カ爲メニ債權タル本質ヲ失フモノニアラス然レトモ一旦之ヲ動產ト看做セル以上ハ其讓渡ノ要件ハ一ニ動產ノ規定ニ從ハサルヘカラス故ニ當事者間ハ意思表示ノミニ由リテ權利移轉ノ效果ヲ生スヘク第三者ニ對抗スルニハ證券ノ引渡ヲ要ス

純然タル無記名債權ニ付テハ特ニ說明スルノ要ナシ唯茲ニ其性質ノ最モ疑ハシキモノアリ民法第四百七十一條ニ規定セル債權即チ是ナリ同條ニ曰ク「前條ノ規定ハ證書ニ債權者ヲ指名シタルモ其證書ノ所持人ニ辨濟スヘキ旨ヲ附記シタル場合ニ之ヲ準用ス」

證書ニ債權者ヲ指名シアルモ其證書ノ持參人ニ辨濟スヘキ旨ヲ記載シタルモノハ歐洲ニ於テモ日本ニ於テモ頻繁ナル所ニシテ我政府ニ於テ使用スル支拂命令ノ如キハ之ニ屬ス所謂「送金手形」ノ如キ亦大抵之ニ屬ス其性質ニ付テハ學者ノ意見頗ル區區ニシテ立法例モ亦一樣ナラス日本ニ於テモ二十餘年來行ハルルト雖モ慣習上其性質未タ一定セサルカ如シ以下此種ノ債權ニ付キ朋カ說明スル所アラントス

予ハ明カニ反對ノ慣習ナク又特別ノ規定ナキ以上ハ第四百七十一條ノ證書モ亦全タ記名式即チ普通ノ指名債權カリト解スルヲ穩當ナリト信ス何トナレハ債權者ノ何人タルカカ確定シ居レハナリ唯債務者ハ此證書ノ持參人ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ眞正ノ權利者ナルト否トヲ問ハス其債權ヲ免ルル利益ヲ留保シタルモノナリト謂フヘキノミ現ニ獨逸民法ニ於テハ此主義ヲ採ル我民法モ亦此主義ニ據レリ第四百七十條ノ規定ヲ準用シ債務者ハ所持人及ヒ其署名捺印ヲ調査スル權利アルモ其義務ナキモノトセリ民法施行以前ニ於テモ政府ノ債務ニ付テハ特ニ金庫ヲシテ印鑑ヲ照査セシメ其印鑑ニシテ符合スルトキハ金錢ハ何人ニ渡スモ金庫ニ何等ノ責任ナキモノトセリ然レトモ此印鑑照査ハ別段ノ規則ニ依リテ之ヲ爲スモノニシテ一般ニ之ヲ言ヘハ此種ノ債權ニ付テハ其眞ノ權利者ヲ調査スルヲ得サルヲ以テ之ヲ調査スル義務アルモノトセハ其不便極リナカルヘシ故ニ之ヲ調査スル義務ナキモノトセリ唯茲ニ注意スヘキハ第四百七十條ヲ此種ノ債權ニ準用スルコトハ敢テ强制的ニアラサルカ故ニ當事者ノ欲スル所ニ隨ヒ證書ニ明記スル以上ハ之ニ如何ナル性質ヲ有セシ

ムルモ毫モ妨ナシ佛國ニ於テ一般ニ行ハルル手形ニ此形式ヲ具フルモノ多シ是レ性質上指圖式ノモノナリ即チ「何某ノ指圖人又ハ所持人」トアリ予之ヲ當業者ニ問ク曰ク受取人カ指圖式ヲ便利トスルトキハ下ノ「又ハ所持人」ノ句ヲ抹消シ若シ無記名式ヲ便利トスルトキハ上ノ「何某ノ指圖人又ハ」ノ句ヲ抹消スヘク唯受取人ノ好ム所ニ隨ハシム然ルニ實際上之ヲ流通スルニハ何レヲモ塗抹セサルコト多シ而シテ之ヲ塗抹セサルトキハ慣習上下ノ「又ハ所持人」ノ句ハ抹殺セラレタルモノト看做シ裏書ニ依リテ讓渡スヘキモノナリト此ノ如キ慣習アルトキハ之ニ從フヘキコトハ論ヲ俟タス我商法ノ如ク明カニ白地裏書ヲ認メ引渡ノミニ依リテ轉輾スルコトヲ得ルモノトセル以上ハ特ニ右ニ掲ケタル種類ノ證券ニ付キ法律ノ規定ヲ要セサルカ如シト雖モ白地裏書ニ於テハ兎ニ角受取人ハ裏書ヲ爲ササルヘカラサルカ故ニ又手形上ノ責任ヲ負ハサルヘカラス然ルニ右ニ掲ケタルモノハ曾テ何人モ裏書ヲ爲サス隨テ振出人ノミ責任ヲ負フモノナルヲ以テ其效力全ク同シカラス故ニ第四百七十條ノ必要アルナリ

第二　讓渡ノ效力

讓渡ノ效力ニ付テハ第四百七十三條ニ規定セリ曰ク

前條ノ規定ハ無記名債權ニ之ヲ準用ス

此點ニ付テハ前條即チ第四百七十二條ヲ準用スルモノニシテ指圖債權ニ於ケルト同一ナリ前ニ述ヘタル如ク無記名債權モ亦債權ナルカ故ニ債務者ハ辨濟ノ義務ヲ負フ若シ眞ノ動產ナランニハ之ニ對シ辨濟ノ問題ヲ生スルコトナシ然ルニ無記名債權ハ證券ヲ引渡スノミニ因リ之ヲ移轉スルモノナレハ讓受人ハ證書ノミニ著眼シ其以外ニ債權者ト債務者トノ間ニ如何ナル關係アルカハ曾テ知ラサルヲ常トス故ニ證書ニ記載ナキ事項ハ之ヲ以テ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス例ヘハ經節百斤ノ切手ノ讓渡アリタル場合ニ於テ其債務者カ物品ト引換ニ代價ヲ受取ルヘキ特約ヲ以テ其切手ヲ發行シタリトスルモ苟モ之ヲ證書ニ記載セス單ニ「此切手ト引換ニ御渡可申」トアル以上ハ其特約ヲ知ラサル讓受人ニハ之ヲ對抗スルコトヲ得ス尤モ證書ニ記載ナキモ其證書ノ性質ヨリ當然生スル結果ハ讓受人ニ於テ之ヲ拒ムコトヲ得ス例ヘハ鐵道切符ハ別ニ鐵道ニ關スル法令アルカ故ニ之ニ遵據セサルヘカラス此切符

持參人ハ滿員ノ爲メ規定ノ時刻ニ乘車スルコトヲ得サリシトキハ特ニ乘車ヲ請求スルコトヲ得ス何トナレハ切符ニ何等ノ記載ナキモ鐵道營業法第十五條第二項ニ依リ政府又ハ會社ハ當然其權利ヲ留保セルモノトス之ニ反シテ一箇人カ乘船切符ヲ發行シタルトキノ如キハ若シ別段ノ規則又ハ慣習ナキ以上ハ若シ滿員ノ爲メ切符所持人ヲ搭載スルコト能ハサルトキハ別ニ船ヲ仕立テテ之カ債務ヲ履行セサルヘカラス是レ既ニ述ヘタル如ク指圖債權ノ流通ノ圓滿ヲ圖ルカ爲メニ必要ナリトシテ規定セルモノト同一ナリ然ラハ指圖債權ヨリ一層流通力ノ大ナルヘキ無記名債權ニ於テハ其必要ノ程度モ亦一層大ナリト謂ハサルヘカラス

第五節　債權ノ消滅

本節ニ於テ論スヘキ債權消滅ノ原因總テ五アリ第一弗濟第二相殺第三更改第四免除第五混同是ナリ尤モ債權消滅ノ原因ハ此五者ニ止マラス今其重ナルモノヲ擧クレハ左ノ如シ

(一) 法律行爲ノ取消　取消ハ通常既往ニ遡リテ其效力ヲ生スルカ故ニ初ヨリ債務ナカリシモノト看做スト雖モ事實ニ於テハ現存セル債務ヲ消滅セシムルモノナリ然レトモ一般ノ取消即チ無能力又ハ詐欺强迫ニ因ル取消ハ總則編ニ之ヲ規定セルヲ以テ其部分ノ講義ニ於テ諸君ノ既ニ知ラルル所ナラン而シテ特別ノ取消例ヘハ廢能訴權ニ因ル法律行爲ノ取消贈與ノ取消遺贈ノ取消又ハ夫婦間ノ契約ノ取消ノ如キハ各其條規ノ下ニ於テ講スヘキモノナルカ故ニ本節ニ於テ說明スヘキ限ニ在ラス

(二) 法律行爲ノ解除　解除ニハ解除條件ノ成就ニ因ル解除ト解除權ノ行使ニ因ル解除ノ二アリ就レモ取消ニ類セリト雖モ通常之ト異ナルモノナリ取消ハ既往ニ遡リテ債務ヲ消滅セシムルモノナルカ故ニ此點ヨリ言ヘハ寧ロ消滅ニアラスシテ初ヨリナカリシモノナリ然ルニ解除ハ債務ヲ將來ニ向テ消滅セシム唯解除條件成就ノ效力ハ當事者ノ意思ヲ以テ既往ニ遡ラシムルコトヲ得ルヲ以テ此場合ハ取消ト差異アルヲ見ス即チ事實上一旦生シタル債務ヲ消滅セシムルモノナレトモ法律上ハ曾テ債務ノ發生ナカリシモノト看做スナリ此等

ノ事タル總則編其他契約總則ノ講義ニ於テ研究セル所ナルベキ理由サ是レ亦茲ニ説明セサルベシ

(三)消滅時效　時效ハ實ニ債權消滅ノ主タル原因ノ一ナリ然レトモ一般ノ消滅時效ハ總則編ノ講義ニ於テ既ニ知ラルル所ナルベケレハ茲ニ説明スルコトヲ要セス其他特別ニ定メルモノハ各其條下ニ於テ説明スルヲ便宜トス故ニ本節ニ於テハ之ヲ述ベス

(四)履行不能　履行不能ノ事ニ付テハ舊民法ノ如キハ別ニ一節ヲ設ケ學者亦之ヲ債務ノ消滅原因トシテ別ニ論スル者アリ此ノ如ク履行不能ハ實ニ債權消滅ノ一原因タリ例ヘハ特定物ノ引渡ヲ目的トスル債權ニ於テ其特定物カ滅失シ勞務ヲ目的トスル債權ニ於テ其勞務者カ疾病ニ因リ勞務ニ從フコト能ハサルニ至リタルカ如ク到底之ヲ履行スルコト能ハサルトキハ其債權ハ消滅セサルコトヲ得ス是レ恰モ目的物ノ滅失ニ因リ當然ニ物權ノ消滅ヲ來スト異ナラス蓋シ格言ニモ「法律ハ不能ヲ責メス」ト云ヒテ如何ニ法律ノ力トハ云ヘ到底實行スルヿト能ハサルモノヲ實行セシムルコト能ハサルコトハ當然ニシテ言フ

ヲ俟タス故ニ敢テ明文ヲ設タノ必要ナシ唯其結果トシテ債權者ト債務者トノ關係如何新ニ損害賠償ヲ請求スル權利ヲ發生セシムヘキカ危險ハ何人カ負擔スヘキカ等ノ問題ヲ生スルノミ然リト雖モ賠償問題ハ既ニ債權ノ效力トシテ債務ノ付遲滯ト牽連シ過失ニ因リテ履行不能ト爲リタルトキハ債權者ハ求償權ヲ有スルコトヲ述ヘタレハ本節ニ於テ再ヒ説明スルノ要ナシ又所謂危險問題即チ雙務契約ニ於テ一方ノ債務ノ目的ニシテ履行不能ト爲リタルトキハ他ノ一方ハ仍ホ自己ノ債務ヲ履行セサルヘカラサルヤ否ヤハ契約ノ總則ニ於テ論スルヲ相當トスルカ故ニ是レ亦本節ニ於テ説明スルノ限ニ在ラス

此ノ如ク數種ノ原因アルモ孰レモ此處ニ於テ説明スルノ必要ナシ故ニ前ニ掲ケタル五ノ原因ニ付キ順次説明スヘシ

第一款　辨濟

既ニ屢論シタル如ク辨濟ト曰ヒ履行ト曰フハ其實同シクシテ其名異ナルノミ否同一ノモノヲ右ヨリ觀タルト左ヨリ觀タルノ差異アルコト恰モ一箇ノ關係

ヲ一方ヨリ觀察シテ債務ト謂ヒ他方ヨリ觀察シテ債權ト謂フカ如シ外國ノ立法例ニ於テモ又學說ニ於テモ辨濟ト履行トノ區別ヲ明カニシタル矣ノナタ又之ヲ區別スルコト頗ル困難ナリ然レトモ之ヲ理論上ヨリ言ヘハ其區別明瞭ナルカ如シ即チ履行トハ債權ノ效力ヨリ觀察シタルモノニシテ辨濟トハ債權ノ消滅ヨリ觀察シタルモノナリ隨テ債權カ其發生當時ノ目的ノ如ク實行セラルルトキハ辨濟ト言ハンヨリハ寧ロ履行ト謂フヲ以テ至當ナリトス何人カ履行ヲ爲シ又何人カ履行ヲ受クヘキカト云フカ如キハ之ヲ消滅ノ方面ヨリ言ハスシテ目的ノ方面ヨリ論スルヲ可トス故ニ予ハ前ニ「履行」ト題シ通常ノ學者カ辨濟トシテ說明スルモノノ大部分ヲ說了セリ尤モ予ノ如キ觀察ニ基キタル立法例ナシ或ハ二者相混シテ區別セス或ハ區別スルト雖モ其大部分ヲ辨濟ノ部ニ規定スルヲ常トス我新民法ハ實ニ此後者ニ屬スルモノニシテ僅ニ履行ノ方法等ノ規定ヲ「效力」ノ章中ニ收ムルノミ是レ法典調査會ニ於テモ頗ル議論アリシ所ニシテ當初ハ現行法ノ「辨濟」ノ章中ニ在ル條文ノ二三ヲ「效力」ノ處ニ規定セシモ本來ソ性質上之ヲ別タサルヘカラサル理由アリシニアラス故ニ予ハ全然此

明治三十五年十一月十九日印刷
明治三十五年十一月二十日發行

東京市牛込區牛込北町十番地
編輯兼發行者　荻原敬之

東京市牛込區矢來町三番地
印刷者　小宮山信好

東京市芝區西ノ久保巴町十一番地
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
發行所　司法省指定　和佛法律學校
（電話番町百七十四番）

明治二十二年十二月九日内務省許可