

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)

1-11

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

128

(発行年 / Year)

1902-09-24



明治三十五年九月二十四日發行

(第壹部)



第三十四年度乙種講習科用

和佛法律學校講義錄

第拾壹號

民法原理 債權(自二五〇至五〇〇) 法學博士 梅謙次郎

○稟告

三十四年度講義錄中第一部ハ未タ完結ニ至ラス
諸君ノ豫望ニ背クコト尠カラズ存候實ハ本號所
載民法原理(債權總則)ノ起草、校訂等ニ非常ニ日時
ヲ要シタルニ由ルコトニ御座候ヘハ御諒察被下、
度候尙ホ殘部ハ追テ發行致シ日ナラス完了可致
候此段稟告致候也

三十五年九月

和佛法律學校編輯局

090
1901
1-11

欲スルヲ普通ノ人情ト爲スカ故ニ古キモノヨリ辨濟ヲ爲スコトト爲シタルナ
リ然リ而シテ期限ノ未タ至ラサルモノハ督促セラレルコトナキモ若シ期限ニ
至レハ必ス督促ヲ受クヘキカ故ニ履行ヲ爲スニハ期限ノ先ツ到來スヘキモノ
ヲ先ニ履行スルヲ利益ナリトス尙ホ所謂古キ債務ノ意味ニ付テハ二様ニ看ル
コトヲ得ヘシ外國ノ立法ニテハ「古キ債務」トハ「債權發生ノ時ノ古キ義務」ニ取リ
タル例多シ是レ多少理由ナキニアラス蓋シ債權發生ノ時ノ古キモノハ之ニ關
スル證據等早ク湮滅スルノ虞アリ隨テ古キモノヨリ先ニ履行セント欲スルコ
トハ普通ノ人情ナリ債務者ニ於テハ成ルヘク證據ノ湮滅スル分ヲ後ニシテ證
據ノ確實ナルモノヨリ履行セント欲スルハ是レ亦普通ノ人情ナルモ證據ノ湮
滅スル虞アルモノハ債權者ニ於テハ履行ノ督促ヲ嚴ニスヘク履行ノ督促ヲ受
タルコトヲ欲セサルハ亦人情ノ常ナルカ故ニ結局債務者ハ其分ヨリ先ニ履行
セントスルハ普通ノ人情ナリトノ理由ニ基クモノナリ然レトモ予ノ信スル所
ニ據レハ此理由ヨリモ前ニ述ヘタル理由ヲ強力ナリトス何トナレハ縱令債權
ハ如何ニ古クヨリ發生シタレハトテ未タ期限ノ到來セサルモノヲ督促スルノ

理ナク又例ハ昨日期限ニ到リタルモノヲ嚴ニ督促シテ一年前既ニ期限ノ到
來シタルモノハ督促セサルカ如キコトハ極メテ稀ナルヘク又期限ノ至リタル
モノヲ長ク履行セサルハ夫レ丈ケ多ク債權者ノ權利ヲ侵害スルコトト爲ルヲ
以テ或ルヘク他人ノ權利ヲ害セサルコトヲ希望スルハ債務者ノ眞意ト看ルヘ
キニ因リ辨濟期ノ先ニ到來セルモノヨリ順次ニ充當スヘキモノトセリ
第四ニ數箇ノ債務カ如何ナル點ニ於テモ同一ナルトキハ各債務ノ額ニ應シテ
各債務ノ一部分ヲ履行シタルモノト爲ス例ハ金千圓ノ債務三箇アリト假定
シ債務者カ金千圓ノミヲ履行シタルトキハ各債務ニ三百三十三圓三十三錢三
厘ヲ充當シテ各債務ハ各殘額六百六十六圓六十六錢餘ト爲ルカ如キ是ナリ
以上ヲ以テ履行ノ充當ニ關スル法定順序ノ原則ヲ説キ了レリ次ニ右ノ法定順
序ノ變更スル例外ノ場合ヲ説明スヘシ
履行ノ充當ニ關スル法定順序ハ右ニ説明シタル所ノ如シ尙ホ元本ト利息ト
ノ關係ニ付テハ外國ノ立法例頗ル區區タリ我舊民法ノ如キハ此關係ヲ法定順
序ノ中ニ加ヘタレトモ新民法ニ於テハ之ヲ加ヘスシテ別ニ第四百九十一條ニ

於テ之カ規定ヲ設ケタリ是レ蓋シ錯雜ヲ避ケント欲スルノ趣意ニ外ナラス尙
ホ同條ハ法律上ノ充當ノ場合ニノミ適用セラルルモノニアラスシテ債務者カ
充當ヲ爲ス場合ニ於テモ亦之ニ從ハサルヘカラス換言スレハ法律ハ一般ニ債
務者ノ充當ノ自由ヲ認メタルニ拘ラス此例外規定ヲ設ケタルヲ以テ債務者ハ
此規定ニ從ヒテ充當ヲ爲スコトヲ要スルノミナラス法定順序トシテモ亦此規
定ニ從ハサルヘカラス蓋シ前ニモ大略説明シタル如ク一定ノ原因ニ由リテ債
務ヲ負フ者カ其元本ノ外ニ費用及ヒ利息ヲ支拂フヘキ場合ニ於テハ其債權ハ
一箇ナルカ果タ數箇ナルカノ問題ヲ生スヘク之ニ付テハ數說アリト雖モ予ノ
信スル所ニ據レハ其債權ハ各別箇ノモノナリ果シテ別箇ノ債權ナリトセハ若
シ其全額ニ充タサルモノヲ給付シタルトキハ孰レノ債權ニ充當ヲ爲スヘキカ
ノ問題ヲ生スヘシ此問題ニ對シテハ亦既ニ説明シタル所ナルヲ以テ再ヒ詳論
セサルヘシ即チ第一ニ費用次ニ利息其次ニ元本ニ充當スヘキモノトス唯數箇
ノ債務カ皆費用又ハ利息ノ伴ヘルモノナル場合ニ於テ其費用若クハ利息ノ全
額ヲ辨濟スルニ足ラサル給付ヲ爲シタルトキハ如何是レ前ニ説明シタル第四

百八十九條ト牽連セルモノニシテ第四百九十一條第二項ニ規定セリ曰ク
 第四百八十九條ハ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス
 例ヘハ茲ニ二箇ノ債權アリテ各利息及ヒ費用ノ伴フ場合ト假定シ債務者カ若
 シ其債務ノ全部ヲ履行スルニ足ラサル所ノ給付ヲ爲シタリトセハ先ツ費用ニ
 充當シ次ニ利息ヲ拂ヒ其餘ヲ以テ元本ニ充當スヘク其元本ヲ充當スルニ付テ
 ハ即チ第四百八十九條ニ從フヘキモノトス費用又ハ利息ノ全部ヲ辨済スルニ
 足ラサル給付ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦之ト同シク第四百八十九條ノ順序ニ
 從ヒ充當ヲ爲スヘキナリ

以上ハ元本利息及ヒ費用ノ充當ニ關スル説明ナリ終ニ尙ホ充當ニ關シテ稍ヤ
 適用ノ稀ナル例アリ即チ第四百九十條ノ場合はナリ例ヘハ利息ノ如キモノハ
 月月又ハ年年ト云フ如ク定期ニ支拂フヲ常トス而シテ此定期ニ支拂フヘキ利
 息カ數回分延滞セル場合ニ於テ債務者カ僅ニ一回分ノ利息ニ相當スル丈ケノ
 金錢ヲ給付シタルトキハ何レノ利息ニ充當スヘキカ家賃年賦金又ハ或商品ヲ
 數回ニ給付スルノ義務ニ付テモ亦同シ是レ通常ノ場合ニ於テハ殆ト論定スル

ノ價值ナキカ如シ何トナレハ同一ノ利息同一ノ年賦金同一ノ借貸同一ノ賣買
 ニ因ル給付ナルカ故ニ何レノ部分ニ充當ヲ爲スモ利害ノ關係ナキカ如ク見ユ
 レハナリ然レトモ稀ニハ此等ノ場合ニ關スル規定ヲ設クルノ必要ナシトセス
 例ヘハ特約ニ因リテ重利即チ利息ニ利息ヲ附スル場合ノ如シ其他數回ニ亙リ
 テ給付スルコトヲ約シタル商品等ニ付キ其各給付ノ不履行ニ對シ特約ヲ以テ
 各別ニ制裁ヲ附スルコトアリ又約束上ノ利息カ法定ノ利息ト異ナル場合ニ於
 テハ何レノ利息ニ充當スルカノ問題ヲ生スヘシ是レ第四百九十條ノ必要アル
 所以ナリ外國ニ於テハ瑞西債務法ニ同一ノ規定アルヲ見ル

第八 履行ノ提供

第一 提供ノ條件

「履行ノ提供」下ハ如何ナルモノナルカハ學說ノ岐ルル所ナレトモ予ノ信スル所
 ニ據レハ債務者カ履行ニ必要ナル條件ヲ具備シテ自己ノ行為ニ屬スル事項ヲ
 十分ニ爲シ盡シタルコトヲ謂フ我民法モ亦斯ル意味ニ於テ規定セルモノト信

ス舊民法並ニ數多ノ外國法ニ於テハ提供ニ關スル規定頗ル多シト雖モ我新民法ノ條文ハ極メテ簡單ナリ第四百九十三條ニ曰ク自己ハ債權ノ履行ニ爲シテ其受領ヲ拒ミ又ハ債務ノ履行ニ付キ債權者ノ行爲ヲ要スルトキハ辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シテ其受領ヲ催告スルヲ以テ足ル

例ハ金錢債務ノ場合ニ於テ債務者カ其辨濟ヲ爲スニ十分ナル金錢ヲ携ヘテ債權者ノ住所ニ至リ履行ノ爲メ之ヲ債權者ノ面前ニ並列シタル場合ノ如キ或ハ商品供給ノ義務ニ於テ債務者カ其商品ヲ債權者ノ店頭ニ持參シ債權者ヲシテ直チニ受取ルコトヲ得セシムルニ足ル式ケノ行爲ヲ爲シタル場合ノ如キハ若是レ履行ノ提供ナリ此ノ如ク履行ノ提供ハ原則トシテ現實ニ之ヲ爲サザルヘカラス是レ提供ニ關スル條件ナリトス此原則ニ對シテハ二箇ノ例外アリ第一ノ例外ハ債權者カ豫メ受領ヲ拒ミタルトキニシテ第二ノ例外ハ履行ニ付キ債權者ノ行爲ヲ要スルトキ是ナリ第一ノ場合ハ例ヘハ不特定物ヲ目的トセル契約ニ於テ債務者カ債權者ニ向ヒ或品質ノ物ヲ以テ履行ヲ爲サント欲スル旨

ヲ明言シタルニ債權者カ之ヲ承諾セスシテ其受領ヲ拒絕シタル如キ場合ニシテ第二ノ場合ハ例ヘハ債權者カ債務者ノ住所ニ來リテ債務ノ目的物ヲ受領スルコトヲ要スル場合ノ如キ是ナリ此等ノ場合ニ於テハ債務者カ辨濟ノ準備ヲ爲シタル旨ヲ通知シテ其受領ヲ催告スレハ之ニ依リテ履行ノ提供アリタルモノト看做サルモノトス

第二 提供ノ效力

債權者カ前述ノ條件ヲ具備セル所ノ提供ヲ爲シタル場合ニ於テモ債權者カ未タ其履行ヲ受ケサル限リハ之ヲ以テ履行ヲ爲シタルト同一ナリト謂フコトヲ得ス然リト雖モ債務ノ履行ヲ爲スニ當リ其中ノ八九ハ債權者ノ行爲ヲ必要トスルモノナリ然ルニ債權者カ爲スヘキ行爲ヲ爲ササルカ爲メニ債務者カ債務ノ履行ヲ了ルコト能ハサルニ拘ラス債務者ヲシテ不履行ヨリ生スル責任ヲ負擔セシムルコトノ不當ナルコトハ殆ト言フヲ俟タサル所ナリ是ニ於テカ第四百十三條ノ規定ヲ設ケテ履行ノ提供アリタル時ヨリ債權者ニ遲滯ノ責ヲ負ハシメ債務者ヲシテ第四百十五條ニ依ル損害賠償其他債務ノ目的物ノ滅失毀

損ニ關スル危險等一切ノ責任ヲ免レシムルノミナラス債務者カ之ニ因リテ損害ヲ被リタルトキハ債權者ニ對シ其賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ例ヘハ債權者カ債務者ノ店頭ニ來リテ或商品ノ引渡ヲ受クヘキ場合ニ於テ債務者ヨリ履行ノ提供ヲ爲シタルニ拘ラス債權者カ其商品ヲ引取ラサルカ爲メニ債務者ノ商業上ニ妨害ヲ爲シタル場合ノ如キ是ナリ

右ハ民法第四百九十二條ニ規定セル所ナリ同條ニ曰ク

債權者ハ提供ハ其提供ノ時ヨリ不履行ニ因リテ生スヘキ一切ノ責任ヲ免レシムルニ妨グ

以上ヲ以テ履行ノ提供ニ關スル説明ヲ了レリ

第九 履行ノ目的物ノ供託

第一 供託ヲ許スヘキ場合 供託ノ效力ニ付テハ後ニ之ヲ詳論スヘシト雖モ今茲ニ其意義ヲ約言スレハ債務者カ履行ヲ爲ス代リニ履行ノ目的物ヲ寄託シテ其實ヲ免ルルヲ謂フ然ラハ此供託ハ如何ナル場合ニ之ヲ許スヘキカ是レ第

四百九十四條ノ規定セル所ナリ同條ニ曰ク

債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミ又ハ之ヲ受領スルコト能ハサルトキハ辨濟者ハ債權者ノ爲メニ辨濟ノ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得辨濟者ノ過失ナクシテ債權者ヲ確知スルコト能ハサルト亦同シ

此規定ニ依レハ辨濟者カ供託ヲ爲スコトヲ得ル場合四アリ

(一) 債權者カ履行ヲ受クルコトヲ拒ム場合 債權者カ履行ヲ受クルコトヲ拒ムハ債務者ハ履行ヲ了ルコトヲ得ス履行ヲ了ルコトヲ得サレハ債務者ハ其債務ヲ免ルルコトヲ得ス夫レ債務者ハ其盡スヘキノ途ヲ盡シテ速ニ債務ヲ免レントスルニ當リ不幸ニシテ債權者ノ拒絕ニ遇ヒ爲メニ其債務ヲ免ルルコトヲ得ストモハ此ニ債務者ヲ保護スルノ方法ナカルヘカラス是レ法律カ此場合ニ供託ヲ許シ以テ債務者ヲ保護スル所以ナリ或ハ曰ハン既ニ提供ノ方法アリ復タ何ノ供託ヲ許スノ必要アランヤト是レ非ナリ提供ノ效力ハ唯債權者ヲシテ運滞ノ責ヲ負ハシムルノミ未タ以テ債務者ヲシテ其債務ヲ免レシムルコト能ハス例ヘハ特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ニ在リテハ縱令運滞ノ責ヲ免ルル

ト雖モ尙ホ其物ヲ保存スルノ義務ヲ負フカ如キ是ナリ其他債務ヲ免ルルト單ニ債權者ヲ遲滯ニ在ラシムルニ止マルトニ因リテ利害ノ關係スル所尠シナラズ而シテ債權者カ履行ヲ受タルコトヲ拒ミタル場合ニ於テ債務者カ盡ク其義務ヲ免レント欲セハ供託ヲ爲スノ外ナキナリ

(二) 債權者カ履行ヲ受タルコト能ハサル場合 債權者ノ誰タルカハ明カナルモ其居所カ不明ナルコトアリ居所ハ分明ナルモ無能力者ニシテ而モ法定代理人ノ欠缺セルコトアリ總テ斯ル場合ニ於テハ有效ニ履行ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ已ムコトヲ得ス供託ヲ爲スコトヲ許ササルヘカラス尙ホ履行スルコト能ハサル場合ノ例ヲ舉タレハ例ヘハ彼ノ履行ノ目的物ニ關シ第三者カ所有權ヲ主張シテ其引渡ヲ請求スルトキハ其爭ノ終結ヲ待ツニアラスンハ其目的物ヲ債權者ニ引渡スコトヲ得ス此場合ニ於テモ債務者ハ供託ヲ爲シテ其實ヲ免ルルコトヲ得ヘシ之ニ關シテハ訴訟上ノ手續アルモ茲ニ論セス

(三) 債務者ノ過失ナクシテ債權者ノ誰タルコトヲ知ルコト能ハサル場合ノ例ヘハ債權者カ死亡シ何人カ相續ヲ爲スカヲ知ルコト能ハサル場合ノ如シ例ヲ

以テ言ヘハ相續ノ順位ニ在ル者カ生死不明ナルカ爲テ其者カ果シテ相續人タルヘキカ將タ他ノ者カ相續スヘキカ明瞭ナラサルコトアルヘク又例ヘハ親族其他ノ者ハ相續人ノ誰タルコトヲ知ルモ局外者タル債務者カ之ヲ知ラサルコトアリ又死亡シタル債權者ニ子アルヤ否ヤヲ知ラサルコトアルヘク經令子アルコトヲ知ルモ其子ハ相續權ヲ有スルヤ否ヤヲ知ラサルコトアルヘク殊ニ子ナキ場合ニ於テハ父母又ハ親族會ニ於テ相續人ヲ選定セサルヘカラス然ルニ債務者ハ果シテ其選定アリタルヤ否ヤヲ知ラサルコトアリ此等ノ場合ハ要スルニ債務者ノ過失ナクシテ債權者ヲ確知スルコト能ハサル場合ナルヲ以テ供託ニ依リテ其債務ヲ免ルルコトヲ許ササルヘカラサルナリ

以上ノ場合ニ於テハ債務者ハ供託ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス若シ供託前ニ履行ノ提供ヲ爲シタルトキハ債權者ハ其時ヨリ遲滯ノ責ニ任スルモノトス是レ第四百十三條ニ規定セリ曰ク

債權者カ債務ハ履行ヲ受タルコトヲ拒ミ又ハ之ヲ受タルコト能ハサルトキハ其債權者ハ履行ノ提供アリタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス

〔遲滯ノ責〕何タルカハ前ニ説明シタル所ニ據リテ了解スヘク尙ホ此第四百三條ニハ第四百九十四條ニ於ケルカ如ク債權者ヲ確知スルコト能ハサル場合ヲ掲ケスト雖モ債權者ヲ確知スルコト能ハサル場合ハ即チ債權者カ履行ヲ受タルコト能ハサル場合ナルコト勿論ナルカ故ニ第四百十三條ニハ自ラ此場合ヲ包含セルモノト謂フコトヲ得ヘシ但是レ或ハ法文ノ缺點ナランカ

(四) 法律ニ明文アル場合 此場合ハ固ヨリ言フヲ埃タスト雖モ講義ノ順序トシテ茲ニ一言セサルコトヲ得ス此場合ハ實ニ枚舉ニ違アラス今試ニ二三ノ例ヲ舉クレハ民法第五百七十八條ニハ賣主ハ買主ヲシテ代金ノ供託ヲ爲サシムルコトヲ得ヘキコトヲ規定シ又其第三百六十七條ニ於テ債權質權者ハ其債權ノ辨濟期前ニ質權ノ目的タル債權ノ辨濟期カ到來シタル場合ニ於テハ第三債務者ヲシテ供託ヲ爲サシムルコトヲ得ル旨ヲ規定シ又第三百九十四條第二項ニ規定セル如ク抵當權者ハ先ツ抵當不動産ノ代價ヲ以テ辨濟ヲ受ケ然ル後其不足部分ニ對シ他ノ財産ニ就キ辨濟ヲ受タルヲ本則トスルト雖モ若シ他ノ財産カ抵當不動産ヨリ前ニ賣却セラレ隨テ抵當不動産ノ代價ニ先チテ他ノ財産

ノ代價ヲ配當スヘキ場合ニ於テハ他ノ各債權者ハ抵當權者ニ配當スヘキ金額ヲ暫ク供託セシメ後日抵當不動産ヲ賣却シタル上ニテ抵當附債權ヲ消滅セシムルニ足ラサル部分ニ對シ始メテ右ノ供託金ヲ以テ抵當權者ニ配當ヲ爲スコトヲ得ルモノトス是レ亦法律上供託ヲ爲スヘキ場合ノ一例タリ

右ハ僅ニ二三ノ例ヲ示シタルニ過キス其他民法以外ノ法律就中商法等ニ多ク其例ヲ見ル所ナレトモ今一一之ヲ述ヘス要スルニ右四箇ノ場合ニ於テハ債務者カ速ニ其債務ヲ免レント欲スルニ付キ正當ノ理由アリ而モ其債務ヲ免レント欲スルモ之ヲ履行スルコトヲ得ス是ニ於テカ債務者ハ已ムコトヲ得ス供託ヲ爲シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得債權者ハ未タ履行ヲ受ケサルニ拘ラス(尤モ普通ノ場合ト法律上特ニ供託ヲ爲スヘキモノト定メタル場合トハ多少其趣ヲ異ニスルモノアルモ是レ此制度ヲ設ケタル主タル目的事口供託本來ノ性質ナリ尙ホ一言スヘキハ舊民法ニ於テハ提供ヲ以テ供託ノ豫備行為ト爲シ提供ヲ爲シタル後ニアラサレハ供託ヲ許ササルコトト爲セルモ新法ニ於テハ此主義ヲ取ラス提供ハ唯遲滯ノ責任ヲ免ルルノ方法ニシテ供託ハ全然其債務ヲ免ル

ルノ方法ナリ隨テ二者自ラ其目的ヲ異ニスルカ故ニ提供ヲ以テ供託ノ前提條件ト爲ササルヘカラサルノ理由ナク右ニ列記シタル場合ニ於テハ供託ヲ爲ス前ニ提供ヲ爲シタルト否トニ拘ラス常ニ供託ヲ爲スコトヲ得ヘシ殊ニ債權者ヲ確知スルコト能ハサルトキ若クハ債權者カ履行ヲ受クルコトヲ拒ム場合ノ如キハ提供ヲ爲スコト能ハス又ハ之ヲ爲スモ全ク無益ナルコトアリ故ニ直チニ供託ノ手續ヲ爲シテ可ナリ尙ホ供託ノ結果ハ同時ニ提供ヲ爲シタルト殆ト同一ナリ即チ債務者ハ其供託ヲ爲シタルコトヲ債權者ニ通知スヘキヲ以テ第四百九十三條ニ所謂辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シタルト同一ニ歸著ス

第二 供託ノ條件(供託ノ手續) 供託ノ條件ハ第四百九十五條ニ之ヲ規定セリ同條ニ曰ク

供託ハ、債務履行地ハ、供託所ニ之ヲ爲スコトヲ要ス、
 供託所ニ付キ、法令ニ別段ノ定ナキ場合ニ於テハ、裁判所ハ、辨濟者ノ請求ニ因リ、供託所ノ指定及ヒ、供託物保管者ノ選任ヲ爲スコトヲ要ス、

供託者ハ、遲滞ナク、債權者ニ、供託ノ通知ヲ爲スコトヲ要ス、
 供託所即チ供託ノ場所ハ、供託ニ關スル條件ノ一ナリ供託ノ場所ハ物ニ依リテハ法律ヲ以テ限定セルモノアリ即チ金錢有價證券ノ如キハ供託法第一條ニ於テ金庫ニ保管スルモノトセリ又倉庫營業者カ保管スル所ノ物品ハ司法大臣ノ指定シタル倉庫營業者ニ寄託セザルヘカラス而シテ其寄託スヘキ場所ハ大抵倉庫ナリトス此事ハ供託法第五條以下ニ規定セル所ナリ

金錢有價證券及ヒ倉庫營業者ニ寄託スヘキ物以外ノ物品ニ付テハ法律ニ於テ一定ノ供託所ヲ定メス例ヘハ材木ノ如キハ通常倉庫營業者カ之ヲ保管スルモノニアラサルヘシ果シテ然ラハ之ヲ供託スヘキ場合ヲ生シタルトキハ裁判所ハ辨濟者ノ請求ニ因リ相當ノ供託所ヲ指定セザルヘカラス前例ニ於ケル材木ノ如キハ頗ル供託ニ困難ナルヘキニ由リ場合ニ依リテハ其現在ノ場所ヲ以テ供託所ト指定スルコトヲ得ヘシ此ノ如ク裁判所ニ於テ特ニ供託所ヲ指定スル場合ニハ金庫又ハ倉庫營業者ト云フカ如ク當然責任者ノ定マレルニアラサルカ故ニ裁判所ハ其責任者即チ供託物保管者ヲ定メザルヘカラス此選定モ亦裁

判所ノ自由ナルニ由リ辨濟者ヲ以テ保管者ニ選任スルモ毫モ不可ナルコトナシ即チ一方ニ於テハ辨濟者カ確實ナル人ニシテ一方ニ於テハ材木ノ如キ運搬ニ不便ナル物ニ係ルトキハ現在ノ場所即チ辨濟者所有ノ建物ヲ供託所ト爲シ辨濟者自身ヲシテ之ヲ保管セシムルコトヲ得ヘシ此供託物保管者ニ付テハ或ハ尙ホ詳細ナル規定ヲ要スヘシト雖モ現行法トシテハ其規定甚タ多カラス非訟事件手續法第八十一條ニ民法第四百九十五條第二項ノ供託所ノ指定及ヒ供託物保管者ノ選任ハ債務履行地ノ區裁判所ノ管轄トス裁判所ハ裁判ヲ爲ス前債權者及ヒ辨濟者ヲ訊問スヘシト規定シ又其第八十二條ニ於テ同法第四十條ノ裁判所ハ何時ニテモ其選任シタル管理人ヲ改任スルコトヲ得下アルヲ準用シ併セテ民法第六百五十八條以下數條ノ規定ヲ準用セリ而シテ民法第六百五十九條ヲ準用セル結果供託物保管者ハ常ニ報酬ヲ受ケタルモノノ如シ此點ハ蓋シ缺點ト謂ハサルヘカラス舊民法ハ財産取得編第二百二十二條以下ニ於テ保管ニ關スル事ヲ規定シ其末條タル第二百二十八條ニ差押物ニ於ケル裁判上ノ保管及ヒ債務者カ辨濟ニ提供シテ債權者ノ受取ルコトヲ拒ミタル金錢若ク

ハ有價物ノ供託ハ特別法ヲ以テ之ヲ規定ス下言ヘルハ主トシテ供託法ヲ指スルコトナリ故ニ舊民法ニ所謂保管ハ新民法ノ供託ト大體ニ於テ其性質ヲ同シラスルモノニシテ舊民法財産取得編第二百二十四條ニ合意上ト裁判上下ノ間ハ保管人ハ報酬ヲ受ケルコトヲ得下言ヘルハ實ニ至當ノ規定ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ裁判所ハ往往ニシテ當事者ト何等ノ緣故ナキ者ニ保管ヲ命スルコトアルヘク隨テ保管ヲ命セラレタル者コソ實ニ迷惑ヲ感スヘシ然ルニ之ニ對シテ一厘ノ報酬タモ與ヘサルハ實ニ酷ナリト謂フヘシ縱令債務者ヲ指定シテ保管ヲ爲サシムル場合ト雖モ債務者トシテ保管スルノ義務ハ既ニ之ヲ免レタル者ナルカ故ニ此場合ニ於テハ更ニ供託物保管者ノ名義ヲ以テ保管スルモノナリ然ルニ從來ノ目的物ヲ同シテ無報酬ニテ保管セザルヘカラスナルモノナルニ於テハ供託ノ實益ハ殆ト之ナキニ至ルヘシ即チ供託ヲ爲シテ而シテ自ラ尙ホ之ヲ保管スルニ將タ裁判所ノ命令ニ依リテ保管スルニ實際上海等ノ異ナル所ヲ見ユ故ニ現行法ノ儘ニシテ到底不完全タルヲ免レシ此事ハ民事訴訟法ト相牽連セルカ故ニ同法ノ改正セララルト同時ニ多少改正セララルヘシ

右の主トシテ供託所ノ性質及ヒ供託物ノ保管者ニ關スル説明ナリ次ニ供託者
 へキ土地即チ如何ナル土地ノ供託所ニ供託スヘキカ如何ナル土地ニ於テ供託
 ノ手續ヲ爲スヘキカヲ説明スヘシ此事タル殆ト言フヲ埃タサルコトニシテ債
 務履行地ノ供託所ニ供託スヘキモノトス蓋シ債務履行ノ場所ハ管テ説明シタ
 ル如ク契約ニ定ナキトキハ民法ノ規定ニ從フヘキモノトス然ルニ履行ニ代
 へキ供託ハ何レノ地ニ於テ之ヲ爲スモ可ナリトセハ供託ノ目的ニ適合セス即
 チ履行ニ代ルヘキ供託ト謂フコトヲ得サルヘシ故ニ供託ノ場所ハ必ス債務履
 行地タラサルヘカラス而シテ供託法ニ定ムル所ノ供託所即チ金庫若クハ倉庫
 營業者ハ自ラ定マレリ即チ金庫ハ本金庫ヲ東京ニ置キ支金庫ヲ各地ニ置カ
 故ニ其所在地ニ於テハ金庫ニ供託ヲ爲ストキハ適法ヲ供託トシテ法律上ノ效
 果ヲ生ス司法大臣ノ指定シタル倉庫營業者アル地ニ在リテハ其倉庫營業者ニ
 供託スレハ適法ナリトス而シテ此倉庫營業者ニ供託スル場合ニ其倉庫營業所
 ノ所在地ニ限ルヘシ例ハ東京ニ營業所ヲ有スル倉庫營業者ヲ指定シタルト

キハ東京ニ於テ供託ヲ爲スヘキ場合ニハ其者ニ供託スヘキカ如何キハ判明
 尙ホ裁判所ニ於テ特ニ供託所ヲ指定スル場合ニハ必ス債務履行地ニ於テ之ヲ
 決定セサルヘカラス即チ東京カ履行地ナルトキハ東京ノ中ニテ之カ指定ヲ爲
 スヘク縱令其債務ノ履行地カ品川ニ近キ場合ニ於テモ品川ニ於テ選定スルコ
 トヲ得サルナリ
 供託ノ條件中尙ホ一ノ手續アリ他ナシ債權者ニ對シテ供託ノ通知ヲ爲スニト
 是ナリ此條件ハ成立條件ニアラス換言スレハ通知ニ由リテ供託カ始メテ其效
 カヲ生スルニアラスシテ通知ハ供託ニ伴フ一條件タルニ外ナラス第四九五條
 第三項蓋シ債務者ハ供託ニ因リテ債務ヲ免レ債權者ハ何時ニテモ債務ノ目的
 物ヲ受領スルコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ供託ヲ爲シタルコト及ヒ其場所ヲ
 債權者ニ知ラシムルノ必要アリ此事ハ尙ホ後ニ垂リテ詳論スヘシ舊民法ハ此
 通知ニ關スル規定ヲ置カスシテ之ヲ供託法ニ譲リタリ然レトモ此事タル素ト
 一ノ手續ニ屬スルト雖モ債權者債務者ノ權利義務ニ至大ニ關係アルヲ以テ舊
 民法ニ規定スルヲ穩當トス是レ新民法カ此規定ヲ設ケタル所以ニシテ其他

ノ手續ニ至リテハ總テ之ヲ供託法又ハ非訟事件手續法ニ譲リテ之ニ依リ其
 第三 供託ノ效力 供託ノ效力ハ曩ニ一言シタル如ク債務者ヲ爲メニ履行
 ニ等シキ效力ヲ生ス換言スレバ債務者ハ之ニ因リテ不履行ヨリ生ズル一切ノ
 責任ヲ免ルルノミナラス目的物ノ保管義務ヲモ亦之ヲ免ルルモノナリ故ニ若
 シ債務ニ保證買抵當等ノ附随セル場合ニ於テハ此等ノ擔保モ亦自ラ消滅スル
 コト恰モ完全ニ履行ヲ爲シタル場合ト同一ナリ尤モ債權者ヨリ之ヲ觀レバ未
 タ債務ノ履行ヲ受ケテレトモ債權者ノ權利ハ最早債務者ニ對シテ存在セズ唯
 新ニ供託所即チ供託物保管者ニ對シテ供託物ノ引渡ヲ請求スルノ權利ヲ有ス
 ルヲミ何トナレバ此供託ハ債權者ノ爲メニ爲シタルモノナレバナリ是レ第四
 百九十四條ニ「非訟事件手續法ニ規定スヘキ事項ニ屬シ供託法及ヒ供託物取扱
 規程ニハ其規定アレトモ非訟事件手續法ニハ何等ノ明文ナキカ故ニ債權者ハ
 單ニ其債權者タルコトヲ證明スレバ何等ノ手續ヲ要セスシテ直チニ供託物

ヲ受取ルコトヲ得ヘシ予ハ此點ニ付テモ尙ホ詳細ノ規定ヲ設ケル必要アリト
 信ス

前ニ述ヘタル如ク供託ハ履行ニ等シキ效力ヲ生スルモノトセバ之ヲ取消スコ
 トヲ得サルコト恰モ債務者カ一旦其債務ヲ履行シタル後ニ於テ其履行ノ取消
 ヲ爲スコト能ハサルカ如シ蓋シ債務ノ履行ヲ了レバ其債務ハ直チニ消滅シ復
 タ如何トモスルコト能ハサルモノナリ今假ニ當事者間ノ契約ニ因リテ履行ノ
 取消ヲ爲シタリトスルモ是レ決シテ履行ノ取消ニアラスシテ當事者間ニ新ナ
 ル契約ノ成立シ其契約ニ因リテ債權者ヨリ債務者ニ新ナル給付ヲ爲シタルモ
 ノトセサルヘカラス此契約ニ因リテ當事者間ニハ如何ナル效力ヲモ及ボスコト
 ヲ得ヘシト雖モ第三者ニ對シテハ履行ノ取消ヲ以テ對抗スルコトヲ得サルナ
 リ今其最モ顯著ナル例ヲ舉ケレバ右ノ債務ニ保證アリシ場合ニ於テ一旦債務
 ノ履行ヲ了レバ保證人ノ義務ハ全ク消滅シ總令當事者間ニ於テ履行取消ノ契
 約ヲ結フモ爲メニ保證債務ハ發生スルコトナキモノトス買權抵當權ノ設定ア
 リシ場合ニ於テモ亦同シ此理論ヨリ言ヘバ供託モ亦取消スコトヲ得サルモノ

ト爲ササルヘカラスト信ス蓋シ供託ノ取消ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストモハ債權者ノ承諾ヲ得テ供託物ヲ取戻ス場合ニ於テ則チ可ナリ其雖モ其承諾ナキ場合ニ於テ而モ其效力ヲ債權者ニ及ホスモノトモハ債權者ノ實モ逃以テ感スヘシ然レトモ若シ其取消ノ效力ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトモハ一タヒ供託ニ因リテ債務者ノ義務ハ消滅シ其附隨ノ義務タル保證附隨ノ權利タル質抵當等カ消滅シタルヲ以テ其實權又ハ抵當權ノ目的物タリシ物ノ所有權其他ノ物權ヲ取得シタル第三者又ハ第二順位以下ノ擔保權ヲ有セシ第三者ハ爾後完全ナル所有權其他ノ物權ヲ取得シ擔保權ニ付テハ先順位ノ利益ヲ得タリト信セシニ後日ニ至リテ供託カ取消サレ爲メニ擔保權ノ附著セル所有權其他物權ト爲リ又ハ第二順位以下ニ復スルモノトモハ第三者ノ逃滅ヲカラサルヘシ故ニ一旦供託ニ因リテ債務カ消滅スルノ主義ヲ採リタル以上ハ決シテ斯ル結果ヲ惹起スコトヲ認ムヘキニアラス若シ此ノ如ク取消ヲ許シ且其效力ヲ第三者ニ及ホスモノトモハ法律カ特ニ供託ナル事ヲ認メタル利益ノ半ハ滅殺セララルニ至ルヘシ即チ供託ナルモノハ永ク債務關係存續シ隨テ

之ニ附隨セル保證質抵當等カ存續スルコトヲ避ケンカ爲メニ之ヲ許シタルモノナラズ後日ニ至リテ債務者カ其意思ヲ變シテ供託ヲ取消シ債權者モ知ラズルヲ奇貨トシテ供託物ヲ取戻シ而モ保證質抵當等カ消滅セサルモノトモハ債權者カ其債務ノ目的物ヲ銀行其他ノ者ニ寄託スルト異ナルモノトナク事口供託ハ債權消滅ノ效力ヲ生セサルモノトスルノ愈レルニ如カス之ニ反シテ其取消ノ效果ヲ第三者ニ及ホササルモノトモハ別ニ取消ヲ許スノ理由ナキニ至ルヘシ要スルニ供託ヲ以テ履行ト同一ノ效果ヲ生スルモノトシナカラ之カ取消ヲ許スハ甚タ理論ニ合ハサルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ舊民法其他多數ノ立法例ニ於テ供託ノ取戻ヲ許ス所以ノモノハ果シテ如何ナル理由ニ基タカ殆ト了解ニ苦マサルヲ得ス蓋シ供託ハ本來債務者ノ利益ノ爲メニ履行ニ等シキ效力ヲ生スルモノトセリト雖モ債權者カ未タ之ヲ受取ラサル以上ハ之カ取戻ヲ許スモ不可ナカルヘシトノ人情論ヨリ來レルモノナラヘント雖モ既ニ屢述ヘタル務者偏愛主義ヨリ言ヘバ其主義ニ副ヒタルモノナラヘント雖モ既ニ屢述ヘタル如ク文明國ノ法律ハ債務者ヲモテ偏愛スルノ主義ヲ採ルヘキモノニアラス

シテ債權者ニ債務者ト同シク平等ニ保護セラルヘカク況ヤ第三者ヲヤ之ヲ要スルニ子ヲ見ル所ヲ以テスレハ供託物ハ之ヲ取戻スコトヲ得スト定ルルヲ最も適當ト信スレトモ外國ニハ殆ト其例ナク法典調査會ニ於テモ子ノ意見ヲ採用セラレナリキ但新民法ニ於テハ右ノ取戻ニ付キ頗ル制限ヲ加ヘタリ第四百九十六條ニ曰ク

債權者ハ供託ヲ受諾セス又ハ供託ヲ有效ト宣告シタル判決カ確定セタル間ハ供託者ハ供託物ヲ取戻スコトヲ得此場合ニ於テハ供託ヲ爲サザリシモハ下看做ス

前項ノ規定ハ供託ニ因リテ質權又ハ抵當權ヲ消滅シタル場合ニハ之ヲ適用セズ

是レ瑞西債務法ト殆ト同一ノ規定ニシテ之ニ依リテ甚シキ弊害ヲ矯正セントシタルモノナリ即チ質權抵當權ノ附著セル債權ニ對シ供託ヲ爲セハ其債權ハ全ク消滅シテ最早供託物ヲ取戻スコトヲ得ス唯質權抵當權ノ附隨セラル場合ニ於テノミ供託物ノ取戻ヲ許スモノトス然レドモ此規定ニ由リテ供託ノ取消

ヨリ生スル弊害ヲ全ク防止シ得ルモノト謂フコトヲ得ス何トナレハ保證人其他ノ第三者ハ供託ノ取消ニ因リテ損害ヲ被ルコトアルヘケレハナリ但之ヲ舊民法等ニ比スレハ一步ヲ進メタルモノト謂ハサルヘカラス

第四 供託シ難キ物件 債務ノ目的物ニハ往往ニシテ事實上供託シ難キ物アリ此ノ如キ物件ハ如何スヘキカ若シ此等ノ物ニ付キ供託ニ等シキ方法ヲ認メストセハ債務者ヲ保護スルノ途ヲ盡シタルモノト謂フコトヲ得ス然リト雖モ法律ハ不能ノ事ヲ命シ又ハ許スコトナシ是ニ於テカ第四百九十七條ノ規定アリトク

辨濟ノ目的物カ供託ニ適セス又ハ其物ニ付キ滅失若クハ毀損ノ虞アルトキハ辨濟者ハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ競賣シ其代價ヲ供託スルコトヲ得其物ハ保存ニ付キ過分ノ費用ヲ要スルトキ亦同シ

廣義ニ於テ供託シ難キ物ト云フト雖モ之ヲ細別スルトキハ左ノ三種ト爲ル

(一) 供託ニ適セザル物 如何ナル物カ供託ニ適セザルカハ事實問題ニ屬スルト雖モ前ニ擧ケタル材木ノ如キハ場合ニ依リテハ此種ノ中ニ入ルコトアルヘ

シ例へハ人家ノ稀少ナル村落ニ於テ家屋ノ建築ヲ爲サントスルニ當リ其材木ヲ注文シタルモ或事情ノ爲メ債權者カ之ヲ受取ラサルヲ以テ債務者カ供託ヲ爲サントスル場合ニ之ヲ入ルルニ適當ナル建物ノ存セサル場合ノ如シ又農具ノ如キモ其數量ノ夥多ナル場合ニハ多クノ地ニ於テハ供託スルコト能ハサルヘシト信ス又舟ノ如キモ地方ニ依リテハ供託シ難キ物ト看ルヘキ物ナルヘシ要スルニ物ノ容積ノ大ナル物ハ此種ニ屬スルモノナリ

(二) 滅失又ハ毀損ノ虞アル物 例へハ動物ノ如キハ動モスレハ逃走ス殊ニ野生ノ動物中猛獸ノ如キハ頗ル堅固ナル檻等ニ入レ置クニアラサレハ夜間ニ逸シ去ル如キコトアリテ滅失ノ虞アリト謂フヘシ又動物モ毀損稍ヤ不適當ノ餌ナルモノ虞アルモノアリ即チ飼養ノ困難ナル場合ノ如シ植物ノ如キモ亦其培養ノ方法ヲ誤レハ凋衰ヲ免レス殊ニ盆栽ノ如キハ少シク放置セハ乍テ其價ヲ減ス是レ亦毀損ニ外ナラス其他魚肉鳥獸肉ノ如キハ腐敗シ易ク野菜ノ如キハ甚タ枯レ易ク又ハ長ク貯ヘ置ケハ腐敗スルコトヲ免レス其他菓子ノ如キハ頗ル上等ノ品ニアラサレハ長ク保存スルコトヲ得ス又氷ノ如キハ最モ滅失ノ

虞アルモノナリ

(三) 保存ニ付キ過分ノ費用ヲ要スル物 過分ノ費用ヲ投スルニアラサレハ保存スルコトヲ得サルモノアリ例へハ動物ノ如キモ逃走ヲ防キ衰弱死亡ヲ避ケ得サルニアラストスルモノ之ヲ飼養スルニ多額ノ費用ヲ要シ動物自體ノ價格ニ比シテ甚タ權衡ヲ得サルコトアリ又糠灰石炭ノ燒殻等ノ如キ廉價ナル物ハ保存スルニ容易ナリト雖モ容積大ナルニ由リ多額ノ倉敷ヲ要スルモノナリ即チ此等ノ場合ニ於テハ物ノ價ニ比シテ過分ノ費用ヲ要スルヲ以テ亦供託シ難キモノト謂ハサルヘカラス

右三種ノ物ハ絕對ニ供託スルコト能ハサルニハアラスト雖モ供託シ難キ物ナリ然ルニ若シ此等ノ物ヲ引渡スヘキ債務者カ之ヲ供託スルニアラセンハ其債務ヲ免ルルコトヲ得ストモハ供託シ難キ物ナルニ拘ラス供託ヲ命スルコトト爲リ甚タ實際ニ適セサルノ結果ヲ見ルニ至ルヘシ是ニ於テカ多少干渉ニ過クルカ如シト雖モ法律ハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ競賣シ其代價ヲ供託シテ以テ債務ヲ免ルルコトヲ許セリ是レ多數ノ場合ニ於テハ債權者ニ取リテモ利益ナ

リトス何トナレハ債務者ハ一タヒ提供ヲ爲セハ其後ハ普通人ノ爲スヘキ程度ノ注意ヲ以テ保存スルノ義務アルノミナリ例ヘハ極メテ飼養ニ困難ナル鳥類カ債務ノ目的物タル場合ニ於テ一旦提供ヲ爲シタル後ハ之カ飼養ニ付キ通常人ノ爲スヘキ注意ヲタニ爲セハ縱令其鳥カ死亡又ハ衰弱スルモ債務者ハ毫モ其責任ナク其損失ハ債權者ニ歸スヘキノミ又鮮魚ノ如キハ如何ニ注意シテ保存スルモ一定ノ時日ヲ經過スレハ腐敗シテ用ニ堪ヘサルモノナルニ債務者ハ隨意ニ之ヲ變シテ佃養等ト爲スコトヲ得ス隨テ看其腐敗ヲ待タサルヘカラサルニ至ルヘシ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ速ニ之ヲ賣却シ其代金ヲ供託セシムルコトトスルハ債權者ノ爲ノニモ利益ナリト謂ハサルヘカラス而シテ斯ル處置ヲ爲スコトヲ得ル物ノ中ニハ或特定ノ物ニアラサレハ債權ノ本旨ニ適セスト云フ如キ物ハ甚タ稀ナリト是ニ於テカ此便宜ノ規定ハ編逸民法瑞典西債務法ノ既ニ執レル所ニシテ我新民法ノ採用シタル所ナリ尙ホ之ニ類似ノ規定ハ商法等ニ於テモ屢之ヲ見ル

第五 反對給付アルトキ 此場合ハ債務者カ債務ヲ履行スルニ當リテ債權者

モ亦或給付ヲ爲ササルヘカラス場合ナリ是レ雙務契約ニ於テ多ク見ル所ナリ例ヘハ買賣契約ニ於テ賣主カ賣買ノ目的物ヲ供託セハ多ク場合ニハ買主ハ之カ代價ヲ支拂ハサルヘカラス之ト同シク買主カ代價ヲ供託セハ賣主ハ之カ目的物ヲ引渡ササルヘカラス又請負契約ニ於テ請負人カ請負ノ目的物ヲ供託モハ注文者ハ其報酬ヲ支拂フヘク注文者カ報酬ヲ供託セム請負人ハ其目的物ヲ引渡ササルヘカラス此等ノ場合ニ於テ若シ同時ニ履行スヘキノトセハ一方カ債務ノ目的物ノ提供ヲ爲シタルニ他ノ一方カ之ヲ受取ラサルトキハ已ムコトヲ得ス供託ヲ爲ササルヘカラス此場合ニ於テハ相手方ハ反對ノ給付ヲ爲スニアラサレハ此供託物ヲ受取ルコトヲ得ス是レ當然ノ事ニシテ獨逸民法ノ如キハ之カ明文ヲ置ケルニ我舊民法ニハ其規定ナカリシハ寧ロ怪シマサルコトヲ得ス新民法第四百九十八條ニ曰ク

債務者カ債權者ノ給付ニ對シテ辨濟ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ債權者ハ其給付ヲ爲スニ非サレハ供託物ヲ受取ルコトヲ得ス

而シテ其手續ニ付テハ供託法ニ規定スルモノノ外法律ニ何等ノ規定ナシ是レ

或ハ法律ノ缺點ナラント信ス但反對給付ヲ爲シタル事實アレハ則チ足レリト
 ス之ニ關スル供託法第十條ノ規定ニ曰ク供託物ヲ受取ルヘキ者カ反對給付ヲ
 爲スヘキ場合ニ於テハ供託所ニ其給付ヲ爲シ又ハ供託者ノ書面若クハ裁判ニ
 依リ其給付アリタルコトヲ證明スルニ非サレハ供託物ヲ受取ルコトヲ得スト
 而シテ其細目ハ省令ヲ以テ之ヲ定メタリ
 以上ヲ以テ供託ニ關スル事項ノ説明ヲ了レリ次ニ債權ノ效力ノ第二款トシテ
 損害賠償ノ事ヲ説明スヘシ

第二款 賠償

賠償ニ關シテハ四箇ノ問題ヲ決セサルヘカラス第一賠償ハ如何ナル場合ニ之
 ヲ爲スヘキカ第二賠償ノ範圍第三賠償ノ方法第四賠償ノ效力是ナリ
 第一 賠償ヲ爲スヘキ場合

如何ナル場合ニ於テ賠償ヲ爲スヘキカニ付テハ第四百十五條ニ債務者カ其債
 務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スル
 賠償ニ關シテハ四箇ノ問題ヲ決セサルヘカラス第一賠償ハ如何ナル場合ニ之
 ヲ爲スヘキカ第二賠償ノ範圍第三賠償ノ方法第四賠償ノ效力是ナリ
 第一 賠償ヲ爲スヘキ場合
 コトヲ得債務者ハ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リ
 タルトキ亦同シトアリ前款ニ於テ説明シタル如ク我民法ニ於テハ總テ債務ハ
 原則トシテ其強制履行ヲ求ムルコトヲ得ルモノトセリ故ニ債務者カ任意ニ履
 行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ直チニ強制履行ヲ請求シ依テ以テ其權利ヲ全ウ
 スルコトヲ得ヘク敢テ損害ヲ受クルコトナキニ似タリト雖モ常ニ必スシモ然
 リト謂フコトヲ得ス或ハ債務ノ性質カ強制履行ヲ許ササルコトアリ債務者ノ
 任意ノ行為ヲ必要トスル場合ニ於テ殊ニ然ルヲ見ルナリ此ノ如キ場合ニ於テ
 ハ債務者カ履行ヲ爲スコトヲ肯セサルトキハ債權者ハ如何ナル權利ヲ有スル
 也畢竟不履行ニ因リテ生スル損害ヲ賠償セシムルノ一法アルノミ又強制履行
 ヲ許ス場合ニ於テモ債務ノ性質ニ由リ一定ノ時期ヲ經過スルトキハ其目的ヲ
 達スルコトヲ得サル場合アリ此ノ如キ場合ニ於テハ時期ヲ過キテ後其履行ヲ
 請求スルモ殆ト何等ノ益アルコトナシ故ニ已ムヲ得ス損害ノ賠償ヲ請求スル
 ノ外ナキナリ又或ハ普通ノ債務ニ在リテモ其本旨ニ從ハサル履行ハ完全ナル
 履行ナリト謂フコトヲ得ス即チ廣義ニ於ケル不履行ナルカ故ニ債權者ハ此ノ

如キ履行ヲ受タルコトヲ要セス隨テ寧ロ其履行ヲ受ケヌシテ損害ノ賠償ヲ求ムルコトアリ或ハ又時期ヲ過キテ後其履行ヲ爲スモ債務者ハ其義務ヲ十分ニ盡シタルモノト謂フコトヲ得ス即チ是レ亦廣義ニ於ケル不履行ナルカ故ニ債權者ハ其運延ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ上逃ノ如ク債權者ハ總テ不履行ノ場合ニ若シ之ニ因リテ損害ヲ受タルトキバ債務者ヲシテ之ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ是レ即チ此ニ論セントスル賠償ノ問題ナリトス

賠償ハ債務ノ不履行ニ因ルモノノ外不法行為ニ因ルモノアリ然レトモ是レ稍ヤ其趣ヲ異ニシ法律ノ規定モ亦全ク同シカラス蓋シ賠償ノ理論上ノ性質ニ於テハ彼此異ナルナク債務ヲ負フ者カ其債務ヲ履行セサルモ亦廣義ニ於ケル不法行為ナリトスルハ敢テ當ラサルニアラス隨テ賠償ハ常ニ不法行為ニ基クモノナリト謂フコトヲ得ヘシト雖モ我民法ニ不法行為ト稱スルハ債務ノ不履行ノ場合ノ如ク一旦他ノ原因ニ由リテ生シタル債務ヲ履行セサルニ因リ債權者ノ權利ヲ害シ因リテ以テ損害ヲ生セシムル場合ヲ謂フニアラスシテ他ノ原因

ニ由ル義務ナキ場合ニ或行為ニ因リ新ニ義務ヲ生スルヲ謂フナリ故ニ二者ノ間固ヨリ其區別アルモノニシテ不法行為ニ因ル賠償ノ問題ハ不法行為ノ章ニ屬シ茲ニ論スルノ限ニ在ラス債務ノ不履行ノ場合ニ於テ債務カ全ク消滅シ然ル後賠償ノ義務ヲ生スルコトアリ例ヘハ債務カ契約ヨリ生シタル場合ニ於テ其契約カ不履行ノ爲メニ解除セララルトキハ解除ニ由リテ債務ハ消滅スルモ素ト不履行ノ爲メニ解除ヲ爲スノ已ムヲ得タルニ至リシモノナルヲ以テ之カ爲メニ損害ヲ生スルトキハ不履行者ハ之カ賠償ノ責ニ任セサルヘカラス第五四五條第三項而シテ此事タル契約ノ章ニ於テ研究スヘキ問題ナリト雖モ此場合モ亦彼ノ不法行為ニ因ル賠償ニアラスシテ債務ノ不履行ニ因ル賠償ナルカ故ニ下ニ説明スル所ハ此場合ニモ適用セララルモノナリ尙ホ英法等ニ在リテハ此他一般ノ不履行ノ場合ニ於テモ損害ノ賠償ヲ求ムル權利ト債務ノ履行ヲ求ムル權利トハ別箇ノ權利ナリトシ例ヘハ債務者カ或仕事ヲ爲ス義務ヲ負ヘル場合ニ其仕事ヲ求ムル權利ト仕事ヲ爲ササルニ因リテ生スル損害ノ賠償ヲ求ムル權利トハ全ク異ナル權利ニシテ仕事ヲ爲ス債務ハ一旦消滅シ之ニ代リ

ヲ要價ノ權利ヲ生スルモノトスルノ主義ヲ取レリ蓋シ立論ノ方法如何ハ深ク之ヲ問フノ必要ナキモ予ハ全然此ノ如キ主義ヲ採ラス又我民法ニ於テ起草委員會議ニ於テハ頗ル議論アリシカ結局此ノ如キ主義ヲ採ラサルコトトセリ即チ予ノ信スル所ニ據レハ右ノ場合ニハ其任事ヲ爲ス義務ハ消滅スルコトナク依然トシテ存スルモ債務者カ其義務ヲ完全ニ履行セサルカ爲メ相手方タル債權者ノ權利ヲ害シ損害ヲ生セシメタルヲ以テ之ヲ賠償セシムルノ責ニ於テ任事ノ義務カ消滅シテ更ニ賠償ノ義務ヲ生スルニハアラサルナリ

之ヲ要スルニ我民法ニ於テハ債務者カ全ク債務ヲ履行セサルトキハ勿論縱令履行ヲ爲スモ其履行カ時期ニ後レ又ハ其給付ヲ約束ノ場所ニ於テセス其他不完全ナル履行ヲ爲シタル場合ニ於テハ常ニ損害賠償ノ責任ヲ生スルモノニシテ前掲第四百十五條ニ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササルトキトアルハ此等ノ場合ヲ總テ包含スルノ法意ナリ又同條ニ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキトアルニ付テハ少シク説明ヲ要ス例ヘハ債務者カ過失ニ因リテ物ヲ毀滅シタル場合ノ如キ是ナリ即チ特定物ノ

引渡ヲ爲スヘキ場合ニ在リテハ債務者ハ其引渡ヲ爲スマテ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保存セサルヘカラス然ルニ自己又ハ雇人ノ不注意ニ因リ其物カ毀滅シタルトキハ所謂債務者ノ責ニ歸スヘキ事由アルモノニシテ殊ニ債務者ノ故意ノ場合ニハ有形ノ事由ニ因ルモノト無形ノ事由ニ因ルモノトアリ例ヘハ其物ヲ毀壞滅盡スルカ如キハ有形ノ事由ニシテ動産ヲ第三者ニ賣却シ之カ引渡ヲ爲スカ如キハ無形ノ事由ナリ之ニ反シ物カ天災ニ因リテ滅失シタル場合ハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニアラス即チ債務者ハ十分ノ注意ヲ爲シタルモ類焼ニ因リテ其物カ燒失シ若クハ強盜ニ遭ヒテ其物ヲ奪取セラレタル場合ノ如シ類焼ニ罹ルハ債務者ノ過失ニアラス而シテ僅ニ身ヲ以テ免レタル場合ノ如キハ其物ヲ願ルノ違アルヘカラス強盜ノ場合モ亦之ニ異ナラス然レトモ類焼ノ場合ニ於テ自己ノ物ノミヲ救ヒ債務ノ目的物ヲ燒失セシメタルトキハ是レ大抵善良ナル管理者ノ注意ヲ爲シタルモノニアラサルヲ以テ固ヨリ債務者ニ責任アルモノナリ尙ホ或場合ニ於テハ縱令其物ノ滅失カ天災ニ因ルモ原則トシテ債務者ニ責任アルコトアリ例ヘハ債務者カ履行ヲ怠レル間ニ其

物カ天災ニ因リテ滅失シタル場合ノ如シ蓋シ此場合ニ於テハ其履行ヲ怠リシ爲メ其滅失ヲ見ルニ至リシモノナレハナリ然レトモ此場合ニ於テハ常ニ必スレモ責任アリト謂フコトヲ得ス即チ其物カ債權者ノ手ニ在ルモ尙ホ滅失ヲ免レサルトキ例ヘハ債權者カ債務者ト軒ヲ竝ヘテ住居シ債權者モ債務者モ共ニ類觸ニ罹リタル場合ノ如シ但此場合ニ於テモ債權者カ之ヲ受取リタルトキハ直チニ第三者ニ引渡スヘカリシトキハ縱令其物カ滅失スルモ第三者ノ損失ニ歸シ債權者ノ爲メニ損害ヲ生セサルヲ以テ債務者ハ其責ニ任セサルヘカラス以上ハ物ノ給付殊ニ特定物ノ引渡ニ付テ多ク其例ヲ見ル所ナリト雖モ稀ニハ作爲ノ義務ニ付テモ其適用ヲ見ルコトアリ例ヘハ債務者カ病ニ罹リ又ハ負傷シタル爲メ約束ノ仕事ヲ爲スコトヲ得サルニ至リレ場合ノ如キハ畢竟天災ナルカ故ニ債務者ニ責ナキヲ通常トスルモ若シ債務ノ履行ヲ怠レル間ニ病ヲ起シ又ハ負傷シタルトキハ其履行ヲ怠リシ爲メ疾病又ハ負傷ニ遭遇シ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リシモノナルヲ以テ債務者ハ其責ヲ負ハサルヘカラス他ハ類推シテ之ヲ知ルヘシ

前述ノ如ク賠償ノ責任ハ其事項自體ニ於テ既ニ複雑ナルヲ以テ之カ舉證ノ責任ニ付テモ亦困難ナル問題ヲ生ス即チ其過失ノ有無ヲ證明スル責任カ債務者ニ在ルカ將タ債權者ニ在ルカハ頗ル困難ナル問題ニシテ而モ之ヲ定ムルコトハ實際ニ於テ最モ必要トスル所ナリ而シテ此點ニ付テハ學說區區ニ岐ルルカ如シト雖モ予ノ信スル所ニ依レハ其責任ハ原則トシテ債務者ニ在ルモノナリ何トナレハ債務者ハ其債務ヲ履行スヘキ地位ニ在ルニ拘ラス其履行ヲ免レント主張スルモノナルカ故ニ其履行ヲ爲スコトヲ要セサル原因ヲ證明スヘキハ當然ナレハナリ即チ天災ニ因リテ履行不能ニ至リタルトキハ其天災ヲ證明セサルヘカラス加之履行ヲ怠レル爲メ天災ニ因リテ履行不能ト爲リシ場合ニ於テハ管ニ天災ヲ證明スルヲ以テ足レリトセス更ニ其物カ縱令債權者ノ手ニ在ルモ天災ヲ免レサリシコトヲ證明セサルヘカラス然レトモ債權者カ之ヲ受取リタルトキハ第三者ニ引渡シ以テ其損失ヲ免レタラント主張スル場合ニ於テハ其特別ノ事情ハ債權者ニ於テ之ヲ證明セサルヘカラス而シテ此事タル畢竟證據ノ問題ニシテ事實上ノ問題ナルカ故ニ民法ハ特ニ規定ヲ設ケスト雖モ苟

モ反對ノ明文ナキ限リハ此ノ如ク決セザルハカラスニ賦課ノ當否ハ其ノ限リテ直チニ
 向ホ賠償ノ責任ニ付キ或學說ニ依レハ債務者ハ債務ノ不履行ニ因リテ直チニ
 賠償ノ責ヲ負フモノニアラス其不履行ニ付キ過失アル場合ニ於テ始メテ其實
 任ヲ生スルモノナリトセリ例ヘハ金錢債務ニ付キ本年三月一日ヲ期限ト定メ
 タル場合ニ於テ其期日又ハ期日ノ前日ニ至リ債務者カ重症ニ罹リ人事不省ト
 爲リシ爲メ其履行ヲ爲サザリシトセンニ債務者ニ毫モ尤ムヘキ過失ナキヲ以
 テ賠償ノ責ニ任スルコトヲ要セスト云フニ在リ然レトモ予ハ此說ヲ取ラス此
 場合ニ於テモ尙ホ債務者ニ賠償ノ責アリト信ス何トナレハ不幸ハ何人モ遭遇
 スルコトアルモノニシテ是レ固コリ之ニ遭遇シタル人ノ不幸ナルカ故ニ其不
 幸ヲ故ナク他人ニ嫁スルコトヲ得ス而シテ債務者ハ一定ノ時期ニ一定ノ事ヲ
 爲スヘキ義務ヲ負フモノニシテ債權者ハ之ヲ爲サシムルノ權利ヲ有ス然ルニ
 偶債務者カ疾病ニ罹リ之ヲ果サザル爲メ債權者カ損害ヲ被リタルニ拘ラス債
 務者カ之ヲ賠償スルコトヲ要セストセハ是レ自己ノ不幸ヲ他人ニ嫁スルモノ
 ニシテ法律上認ムヘキコトニアラス蓋シ此場合ニ於テハ其債務ハ敢テ履行ノ

不能ナルニアラスシテ唯不幸ノ爲メ之ヲ果サザリシニ過キス其不履行タルニ
 於テハ一ナレハナリ故ニ普通ノ場合ニ於テハ不履行ノ責ハ債務者ノ過失ニ出
 ツルモノナリト雖モ常ニ過失カ賠償ノ要件ナリト云フハ其當ヲ得ス唯履行不
 能ノ場合ニハ其不能カ天災ニ出テタルトキハ法律ハ不能ヲ責ムルコトヲ得サ
 ルカ故ニ債權ハ消滅ニ歸シ債務者ハ不履行ニ因ル賠償ノ責ヲ負ハサルナリ
 右ハ債務者カ賠償ヲ爲ス場合ニ關セリト雖モ債權者モ亦時トシテ賠償ノ責ニ
 任スルコトアリ即チ債權者カ運滞ニ付セラルル場合ニシテ嘗テ説明シタル如
 ク債務者カ債權ノ本旨ニ從ヒテ履行ヲ爲サントスルニ當リ債權者カ之ヲ受ク
 ルコトヲ拒ミ又ハ之ヲ受クルコトヲ得サルトキハ債權者ハ運滞ニ付セラルル
 モノトス而シテ其運滞ノ責タルヤ畢竟之ニ因リテ債務者ニ生セシメタル損害
 ヲ賠償スルニ在リ是レ恰モ債務者カ不履行ニ因リテ債權者ニ被ラシメタル損
 害ヲ賠償スルト同一ニシテ法律ハ債權者ニ履行ヲ受タル義務アルモノト認ム
 ルカ故ニ此點ヨリ觀察スレハ債權者ハ却テ債務者ノ地位ニ在ルモノナリ隨テ
 其債務ヲ履行セサルニ因リ相手方ニ損害ヲ生セシメタルトキハ之ヲ賠償スヘ

キコト固ヨリ理ノ當然ナリ而シテ履行ヲ受タルノ義務ハ財産上ノ義務ナルコト言フヲ埃タサルカ故ニ一種ノ債務ニシテ等シテ第四百十五條ノ適用ヲ受クヘキモノト信ス唯同條ノ規定ハ一見此ノ如キ場合ニモ適用セラルルヤ否ヤニ付キ不明ナルコトヲ免レサルヲ以テ疑ヲ袂ム者ナキヲ保セスト雖モ其精神ハ右ノ如クナルコト争フヘカラス而シテ債權者カ履行ヲ受タルコト能ハサル場合ニ於テモ債務者ノ不履行ニ付テ速ヘタル如ク自己ノ不幸ヲ他人ニ嫁スルコトヲ得サルヲ以テ債權者ハ常ニ其責ニ任セサルヘカラス殊ニ債權者ニ付テハ其履行ヲ受タルニ付キ絶對不能ノ場合アルコトナキヲ以テ全然例外ヲ見ルコトナキナリ例ヘハ債務者カ履行ヲ爲サントスルニ當リ債權者不在ノ爲メ若クハ事實上債權者ノ何人ナルカヲ知ルコトヲ得サル爲メ債權者カ履行ヲ受タルコト能ハサル場合ニ於テモ之カ爲メニ債務者ニ損害ヲ生シタルトキハ賠償ノ責ヲ免ルルコトヲ得ス又其目的物ノ容積巨大ニシテ債權者カ直チニ受取ルコト能ハサル爲メ債務者ノ店舗又ハ倉庫ヲ塞キタル場合モ亦同一ナリ此ノ如キノ事例ハ類ヲ推シテ之ヲ想像スルニ難カラス

第二 賠償ノ範圍

賠償ノ範圍ハ要スルニ債務ノ不履行ニ因リテ生シタル損害ヲ償フニ在リ故ニ不履行ト損害トノ間ニ原因結果ノ關係アル以上ハ其損害ノ全部ヲ賠償スヘキヲ原則トシ唯原因結果ノ關係ヲ證明スルコト能ハサルトキハ賠償ヲ求ムルコトヲ得サルノミ例ヘハ債務者ヨリ債權者ニ給付スヘキ物カ債權者ノ營業ニ必要ニシテ債權者カ其物ヲ期日ニ受取リタルトキハ一定ノ利益ヲ得ルコト明ナル場合ニ債務者カ履行ヲ爲ササル爲メ損害ヲ受ケタリトセンニ其損害ト不履行トハ原因結果ノ關係アルコト疑ヲ容レスト雖モ之ニ反シ債權者カ重症ニ罹レル場合ニ於テ債務者カ其債務ヲ履行セザリシ爲メ大ニ心痛ヲ爲シ病勢頓ニ昂進シテ遂ニ死去シタル場合ノ如キハ之ヲ以テ直チニ原因結果ノ關係アリト謂フコトヲ得ス債務ノ不履行ノ外他ノ事情ノ加ハリタルモノナリ然ルニ此等ノ場合ニ關シ世ノ學者ハ動モスレハ間接ノ損害ハ賠償ヲ爲スコトヲ要セス直接ノ損害ノミヲ賠償スレハ足レリトスルモ是レ太々誤レリ例ヘハ債權者カ債務ノ履行ヲ受タルトキハ之ヲ第三者ニ引渡スヘキニ債務者カ履行ヲ爲カズ

ル爲メ第三者ニ對シテ違約ヲ爲シテ違約金ヲ拂ヒタリトセンニ其損害ハ全ク間接ノ損害ナリト雖モ畢竟債務者ノ不履行ニ因リテ生シタル損害ナルカ故ニ債務者ハ之ヲ賠償スルヲ當然トス之ヲ要スルニ苟モ原因結果ノ關係アル以上ハ總テノ損害ヲ賠償スヘク其直接ノ損害ナルト間接ノ損害ナルトヲ問フヘキニ非ス而シテ予ハ此原則ヲ絕對ニ適用シテ毫モ妨ナク斷シテ例外ヲ認ムルノ要ナシト信ス現ニ民法ニ於テモ不法行爲ニ付テハ此原則ヲ絕對ニ採用セリ即チ第七百九條ニ故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス下アリ然ルニ債務者ノ不履行ノ制裁トシテ法律ノ認ムル賠償ニハ例外ヲ認メ第四百十六條ニ損害賠償ノ請求ハ債務者ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ以テ其目的トス特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ト雖モ當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ債權者ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得下アリ蓋シ此規定ノ理由トスル所ハ債務者カ債權ヲ負擔スルニ當リテハ其目的ノミニ著眼シ他ノ事情ヲ想像セサルヲ常トスルカ故ニ其不履行ニ因リ債權者カ被ルヘキ損害ヲ豫

想セス隨テ不履行ニ因リテ當然生スヘキ損害即チ通常生スヘキ損害ヲ賠償セシムルハ至當ナルモ特別ノ事情ニ因リテ生スル損害ハ特ニ之ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシ場合ノ外之ヲ賠償セシムルハ債務者ニ對シテ酷ナリト云フニ在リ然レトモ是レ固ヨリ豫見ナリ何トナレハ此原則ハ債務者カ法律行爲ヨリ生シタル場合ニアラザレハ適用スルコトヲ得ス法律行爲以外ノ原因ニ由リテ生スル債務ニ付テハ當事者カ其範圍ヲ豫見スルコトヲ得ヘキニアラザルヲ以テ其適用アルコトナシ是レ賠償ノ原則トシテ既ニ其當ヲ得ザル所ナリ況ヤ法律行爲ニ在リテモ法律上債務者ハ初ヨリ不履行ヲ豫期シテ其債務ヲ負ヒタルモノナリト看ルコトヲ得ス實際ニ於テハ債務者ハ初ヨリ之ヲ履行セザルノ意思ナルコト稀ナリトセザルモ法律ハ常ニ履行ノ意思ヲ以テ債務ヲ負ヒタルモノト看サルヘカラス故ニ法律カ當事者ニ於テ不履行ノ場合ヲ豫見シタルモノトシテ規定ヲ設タルハ太タ謂レナク殊ニ豫見セザルカ爲メニ賠償ノ責ヲ免ルルモノトセハ結局良民ハ常ニ不慮ノ損失ヲ被リ悪人ハ却テ保護ヲ受ケルニ至ル換言スレハ其損害ハ何人カノ負擔ニ歸スルモノナリ隨テ債務者ニ賠

債ノ責ナシトセハ不法行為者タル不履行者ハ之ヲ負擔セシテ毫毛過失ナキ債權者ニ負擔セシムルニ至ル此ノ如キノ法律ハ實ニ過失ナキ者ニ對シテ過失アル者ヲ憫ム不當ノ法律ナリトス蓋シ歐洲ニ於テハ債務者偏愛ノ弊風ヲ存シ右ノ主義モ亦其遺物ナリト雖モ若シ貧困者ヲ保護スルノ必要アリトセハ他ノ法令ヲ以テ適當ノ規定ヲ爲セハ可ナリ私權ヲ保護スル民法ニ於テ此ノ如キ規定ヲ設クヘキニアラス加之此主義ハ實ニ經濟ノ理ヲ知ラサル露見ヨリ出テタルモノニシテ債務者ヲ保護セントスル規定ハ却テ債務者ノ不利ヲ招キ其目的ヲ達スルコトヲ得タルナリ即チ此ノ如キ規定ノ存スル結果債權者ハ債務者ニ對シ苛酷ノ處置ヲ爲シ法律ノ許ス範圍ニ於テ其權利ヲ履行スルカ故ニ債務者ハ大ニ不便ヲ感スヘシ上述ノ如ク理論上既ニ當ヲ得タル規定ニシテ而モ實際ニ於テハ殊ニ其適用ニ困難アリ何トナレハ通常ト特別トハ如何ニ之ヲ區別スルカ例ヘハ米價ニ付テ之ヲ見シニ凶作ノ爲メ米價頓ニ騰貴シタルトキハ是レ果シテ通常ノ事情ナルカ特別ノ事情ナルカ甲ハ之ヲ通常ナリトシ乙ハ之ヲ特別ナリトセシ又凶作ト戰爭トノ爲メ米價騰貴シタルトキハ凶作カ通常ノ事

情ニシテ戰爭カ特別ノ事情ナリトスルトキハ其幾許ノ騰貴カ凶作ニ原因シ幾許ノ騰貴カ戰爭ニ原因スルカヲ識別スルコトヲ得ス而モ裁判官ハ之ヲ決セザルヘカラス要スルニ通常ト特別トハ之ヲ區別スルコト頗ル困難ナリ以テ其規定ノ不可ナルヲ知ルニ足ルヘシ尙ホ第四百十六條第二項ニ所謂豫見トハ債權發生ノ時ニ付テ言フニアラスシテ債務者カ不履行者ト爲ル際ニ付テ言ヘルモノナリ故ニ舊法典ニ比シ優レル所アリト雖モ却テ立法ノ趣旨ヲシテ益貫徹セシメサルノ嫌ナキニアラス

以上ハ損害賠償ニ關スル一般ノ原則ノ説明ナリ以下此原則ニ對シテ稍ヤ特別ナル場合ニ付キ講述セシ

第一 債權者ニ過失アリタル場合 債權者ニ過失アリタル場合ニ於テ損害賠償ノ範圍ハ如何ニ之ヲ定ムヘキカ此場合ニ於テハ固ヨリ債務者不履行ナルコトアルハ勿論ナリ然ラサレハ問題ト爲ラス既ニ債務者不履行アルカ故ニ其方面ヨリ觀察スレハ債務者ニ責任アルカ如ク見ユルモ其不履行カ(一)債權者ノ過失ノミヨリ生シタル場合例ヘハ債權者カ其居所ヲ轉シタルニ之ヲ通知セザル

ヲ以テ債務者ハ債務履行ノ提供ノ爲メ從前ノ住所ニ往キタルモ債權者ハ既に其處ニ居住セザリシヲ以テ如何ニ履行ヲ爲サント欲スルモ之ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テハ債務ノ不履行アルニ相違ナキモ是レ全ク債權者ノ過失ヨリ生シタルモノナルカ故ニ債務者ハ其不履行ニ因ル責任ヲ負擔スヘキ理由ナク寧ロ債權者ニ責任アリト謂ハサルヘカラス(二)假ニ債權者ノ過失ノミニ因リテ不履行ヲ來シタリト謂フコトヲ得サルモ主トシテ債權者ノ過失ヨリ生シタルトキ即チ債權者ニ過失ナカリセハ不履行ナル事實ハ生セサルヘカリシ場合ニ於テハ縱令不履行ナル事實アルモ亦同シク債權者ハ其實ヲ負フヘク債務者ニ其責任ナシ(三)雙方ニ過失アル場合即チ債務者ニモ多少ノ過失アリ而シテ債權者ノ過失モ之ニ伴ヒタル場合ニ於テハ債務者ニ責任アルト同時ニ債權者モ亦其責任ヲ分タサルヘカラス隨テ損害賠償額ニ付キ其損害ノ一部分ハ債權者自ラ負擔セサルヘカラサルカ故ニ債務者ノ負擔スヘキ金額ヲ減シ債務者ハ實際ノ損害ヨリモ少額ノ賠償ヲ爲スヲ以テ足レリトス例ヘハ債權者カ住所ヲ轉シタルニ債務者ハ之ヲ知ラスシテ債權者ノ舊住所ニ物ヲ持參シタルニ債權者ノ

所在不明ナリシヲ以テ之ヲ持歸リ更ニ履行ヲ爲スノ手續ヲモ爲ササル場合ニ於テハ債務者ニ多少ノ過失アリト謂フコトヲ得サルニアラサルモ是レ主トシテ債權者ニ過失アルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ債務者ニ損害賠償ノ責任ヲ負擔セシムルコトヲ得サルヘシ之ニ反シテ債權者カ轉居ヲ爲シタルモ舊住所ト極メテ近接セルヲ以テ若シ債務者カ少シク注意ヲ爲サハ現住所ヲ知ルニ難カラサルカ故ニ債權者ハ別ニ通知ヲ爲サザリシニ債務者ハ債權者ノ轉居シタルヲ聞キ初ヨリ之ヲ持參セザリシカ如キ場合ニ於テハ雙方ニ過失アリ即チ債權者ニハ通知ヲ爲ササルノ過失アリ債務者ニハ債權者轉居ノ事ヲ聞キテ全ク債務ノ目的物ヲ持參セザリシノ過失アルカ故ニ斯ル場合ニ於テハ損害賠償ハ債務者カ其一部分ヲ負擔シ債權者モ亦其一部分ヲ負擔セサルヘカラス其他實例ヲ想像スルトキハ種種ノ場合アルヘシト雖モ要スルニ債務者ノ不履行カ債權者ノ過失ヨリ生シタリト謂フコトヲ得ル場合ニ於テハ債務者ニハ損害賠償ノ責任ナシ若シ債務者ノ不履行ニ付キ債權者ノ過失モ亦其一原因タル場合ニハ其不履行ニ因リテ生シタル損害ノ一部分ハ債權者自ラ之ヲ負擔スヘク債

務者ハ其他ノ一部分ノミヲ負擔スレハ可ナリ是レ第四百十八條ノ規定アル所
 以ナリ同條ニ曰ク
 債務ハ不履行ニ關シ債權者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ責任
 及ヒ其金額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス
 第二 金錢債務ノ場合 債務カ金錢ノ支拂ヲ目的トセル場合ニ於テ債務者カ
 其支拂ヲ怠リ履行ヲ爲スヘキ時ニ履行ヲ爲ササルトキハ損害賠償ノ責アルハ
 固ヨリ言フヲ俟タサルモ單ニ一般ノ規定ヲ適用シ原則トシテ其不履行ヨリ生
 スル損害ヲ見積リ之ヲ賠償セシムルコトトセハ頗ル困難ナル問題ヲ惹起スヘ
 シ蓋シ金錢ナルモノハ別ニ目標トスヘキモノナキハ一般ニ認ムル所ナルヲ以
 テ或特定ノ金錢ヲ指定シ此金錢ヲ以テ支拂ヲ爲シ又ハ支拂ヲ受ケントスルモ
 本人ニ於テハ或ハ之ヲ讓別スルコトヲ得ヘシト雖モ他人ニ對シテ之ヲ證明ス
 ルコト能ハサルカ故ニ縱令債權者債務者間ニハ一定ノ時期ニ於テ一定ノ金額
 ヲ授受スルノ權利義務アリトスルモ債權者カ其金錢ヲ受取レハ之ヲ如何ナル
 途ニ使用スヘカリシカ又債務者ハ其金錢ヲ支拂ハスシテ之ヲ如何ナル途ニ使

用シタルカ之ヲ知ルコト能ハサルヘシ他ノ一方ニ於テハ金錢ナルモノハ其用
 途甚タ廣ク之ヲ利用スルコト極メテ容易ナリ若シ必要ナキトキハ銀行ニ預ケ
 置クハ相當ノ利息ヲ收ムルコトヲ得ルモノナリ之ヲ反面ヨリ言ヘハ吾人カ金
 錢ノ必要アルトキハ相當ノ利息ヲ支拂ヘハ他ヨリ借用スルコト容易ナルヲ常
 トス故ニ金錢ハ他ノ物品トハ自ラ其趣ヲ異ニスルモノナリ即チ他ノ物品ナル
 トキハ債務ノ履行カ一日遲延シタルカ爲メニ債權者カ如何ナル損害ヲ被リタ
 ルカハ時ト場合トニ依リテ異ナリ法律ニ由リテ一定ノ推定ヲ下スコト能ハス
 殊ニ債務ノ性質ニ依リテハ債務者カ其履行ヲ欲セザレハ之ヲ強フルコト能ハ
 サルモノニシテ此等ノ場合ニ在リテハ其不履行ヨリ生スル損害ハ畢竟其債務
 ノ履行ニ因リテ債權者カ得ヘカリシ利益若クハ其履行ヲ受ケサルニ因リテ失
 ヒタル直接ノ利益ニ外ナラス然ルニ金錢ニ付テハ前ニ述ヘタル如ク一日遲延
 スレハ一日ノ日歩ヲ損失スルコトハ殆ト明カナル所ナリ又金錢債務ハ全ク履
 行ヲ爲スコト能サルニ至ルカ如キコトハ殆ト稀ナル所ニシテ極端ノ場合ト雖
 モ債權者ハ債務者ノ總テノ財産ヲ賣却シ其代價ヲ以テ履行ヲ受クルコトヲ得

ヘキナリ又時期ニ付テ觀ルモ金錢ナルモノハ他ノ物品ト異ニシテ何時之ヲ受
 取ルモ相當ノ用途アリ例ヘハ或祭日ニ用フヘキ物品ヲ注文シ置キタルトキハ
 其契約ノ時期ニ於テ之ヲ調達セザル場合ニ於テハ最早其用ヲ爲ササルヲ常ト
 ス之ニ反シテ金錢ナルトキハ債務者カ履行ヲ遅延スルモ全ク用ヲ失フカ如キ
 コトナシ即チ縱令債權者カ之カ爲メニ其欲シタル所ノ用ヲ辨スルコト能ハサ
 ルモ他ニ之ヲ使用スルコトヲ得ヘシ而シテ債務者カ履行ヲ遅延シタルカ爲メ
 ニ生スル損害如何ト云フニ若シ其履行ノ遅延ナカリシ場合ニ於テ債權者カ其
 金錢ノ必要ナカリセハ之ヲ銀行ニ預ケテ利息ヲ得ヘク若シ又其必要アリタル
 ニ拘ラス債務者カ履行ヲ怠リタルニ因リ已ムコトヲ得ス他ヨリ金錢ヲ借入レ
 タリトセハ之ニ對スル利息ヲ支拂ハサルヘカラス要スルニ其結果ハ利息ノ問
 題ニ歸スルカ故ニ金錢債務ニ付テハ債權者ノ損害額ハ概テ之ヲ推測スルコト
 ヲ得ヘシ是レ他ノ債務ト大ニ其趣ヲ異ニセル所ナリ又他ノ一方ニ於テハ金錢
 債務ノ遅延ニ因リ事實上債權者カ受ケタル損害ヲ算定スルコト他ノ目的ヲ有
 スル債權ヨリモ尙ホ一層困難ナリ何トナレハ金錢ナルモノハ其用途極メテ廣

キヲ以テ若シ之ヲ受取リシナラハ如何ニ之ヲ使用セルカ又如何ナル利益ヲ得
 シカハ普通ノ場合ニ於テハ之ヲ證明スルコトヲ得サルカ故ニ狡猾ナル債權者
 ハ時トシテハ虚偽ノ事實ヲ設ケ裁判官ノ心證ヲ得テ實際受ケタル損害ヨリモ
 多額ノ賠償ヲ要求スルコトアルヘク又反對ニ債權者カ實際受ケタル損害ヲ直
 接ニ證明スルコト能ハサルカ爲メ其賠償ヲ受クルコト能ハサルコト多カルヘ
 シ故ニ各國ノ法律ニ於テ大抵金錢債務ニ付テハ原則トシテ一ノ推定ヲ下セリ
 而シテ此推定ハ絶對的ニシテ所謂反證ヲ許サス即チ債務ノ不履行ニ因リテ債
 權者ノ受クル損害ハ常ニ法定利息ニ當ルモノニシテ法定利息ヲ受クレハ債權
 者ハ常ニ損害ヲ被ラス之ヲ受ケサレハ必ス損害ヲ被ルヘキモノト推定シタル
 ナリ我民法第四百十九條ニ曰ク

金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付テハ其損害賠償ノ額ハ法定利率ニ依リ
 テ之ヲ定ム但約定利率カ法定利率ニ超ユルトキハ約定利率ニ依ルニ曰ク若
 前項ノ損害賠償ニ付テハ債權者ハ損害ノ證明ヲ爲スコトヲ要セス又債務者
 ハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得ス

此不可抗力ナルモノハ例ヘハ債務者カ債權者ニ支拂フヘキ金銭ヲ準備セシニ圖ラス洪水ニ遭ヒテ之ヲ債權者ニ致スコトヲ得ス爲メ履行ヲ怠ルノ已ムコトヲ得サルニ至リタル場合ノ如シ此場合ニ於テ法律ハ債務者ニ命シテ曰ク汝ハ或ハ金銭ヲ準備シタルナラント雖モ金銭ハ之ヲ銀行ニ預クルモ相當ノ利息ヲ得ルコト難カラス故ニ此利息ヲ債權者ニ拂フハ固ヨリ當然ニシテ之カ爲メニ汝カ損失ヲ被ルモノト謂フヘカラスト

右ニ述ヘタル所ハ金銭債務ノ不履行ヨリ生スル損害賠償ノ原則ニ屬スルモノニシテ之ニ對シ例外アリ蓋シ法定利息ハ債權者カ債務者ニ對シ何等ノ證明ヲ要セスシテ請求スルコトヲ得ルコト前述ノ如シト雖モ若シ實際上法定利息ヨリ多クノ損害ヲ被リタル場合ニ於テ之ヲ證明スルコトヲ得ハ其損害賠償モ亦之ヲ請求スルコトヲ得ヘキコトアリ但此場合ハ法律ニ明文アルカ若クハ當事者間ニ特約アル場合ニ限ルモノナリ而シテ其特約ニ付テハ後ニ説明スヘキモ今法律ニ規定アル場合ヲ舉クレハ例ヘハ第四百四十二條第二項ノ如キ是ナリ即チ連帶債務ノ場合ニ於テ債務者ノ一人カ履行ヲ爲シタルトキハ其一部ハ他

ノ債務者ニ代リテ履行ヲ爲シタルモノニシテ他ノ債務者ハ恰モ不履行者ト同一ノ地位ニ在ル者ナリ此場合ニ於テハ履行ヲ爲ササル者ハ履行ヲ爲シタル者ニ對シテ法定利息ノ外ニ尙ホ損害ノ賠償ヲ爲ササルヘカラス又保證ニ關スル第四百五十九條第二項ニ於テハ第四百四十二條第二項ノ規定ヲ準用セルヲ以テ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルトキハ保證人ニ對シテモ殆ト不履行ノ狀態ニ在ル者ナリ此場合ニ於テ保證人カ代リテ履行ヲ爲シタルトキハ法定利息ヲ受タルノ外尙ホ損害アレハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ又不履行ニ因ル解除ノ場合(第五四五條)ニ於テハ解除其モノト不履行トハ同一物ナリト謂フヲ得ナルモ解除ハ不履行ノ結果ナルカ故ニ損害賠償ノ義務ハ不履行ニ因ルモノト謂フコトヲ得ヘシ而シテ第五百四十五條第二項ニハ利息ヲ支拂フヘキコトヲ定メ第三項ニ於テハ尙ホ損害賠償ノ請求ヲモ許シタリ又委任ニ關スル第六百四十七條モ不履行ノ場合ニシテ受任者ナルモノハ委任者ノ利益ノ爲メニ或事ヲ爲スノ義務ヲ負擔セルモノナルニ委任者ニ引渡スヘキ金額又ハ其利益ノ爲メニ用フヘキ金額ヲ自己ノ爲メニ消費シタルトキハ其消費シタル日以後ノ利

息ヲ支拂フノ外尙ホ損害アルトキハ之ヲ賠償セサルヘカラス又組合ニ關スル第六百六十九條ノ規定ニ於テモ利息ノ外損害ヲ賠償セシメ寄託ニ關スル第六百六十五條組合ニ關スル第六百七十一條ニ於テモ亦委任ニ關スル第六百四十七條ヲ準用セリ又後見ニ關スル第九百四十條第二項ニ於テモ後見人ハ元來被後見人ノ財産ニ付キ其利益ヲ圖ルヘキ義務アルニモ拘ラス自己ノ爲メニ被後見人ノ金錢ヲ消費セハ是レ即チ後見義務ノ不履行ニシテ法律ハ此場合ニ於テハ後見人ヲシテ其消費ノ時ヨリ之ニ利息ヲ附セシムルノ外尙ホ損害アリタルトキハ之ヲ賠償スヘキコトヲ命セリ此等ノ場合ニ於テハ特別ノ理由アルヲ以テ債務者ノ不履行ニ因リ加ヘタル損害ハ悉ク償還セシメ債權者ヲシテ毫モ損失ヲ受ケサラシムルノ主義ヨリシテ此ノ如ク規定シタルモノナリ然レトモ是レ特別ノ理由ニ因ル例外規定ニシテ原則ハ前ニ述ヘタル如ク利息ヲ拂フトキハ其他ニ損害ヲ賠償セスシテ可ナリ

右ノ法定利率ニ依ルノ損害賠償ヲ爲セハ可ナリトノ原則ニ對シテ一ノ例外アリ即チ金錢債務ニ約定利息ヲ附シタル場合ニ於テ其利率カ法定利率ニ超ユル

トキハ其約定利率ニ從ヒテ利息ヲ支拂ハサルヘカラサルコト是ナリ之ニ反シテ債權カ無利息ナルカ若クハ約定利息カ法定利率ヨリモ低キ場合ニ於テハ原則ニ歸リテ不履行ノ日ヨリ法定利息ヲ支拂ハサルヘカラス蓋シ法律ノ眼ヨリ之ヲ觀レハ法定利息ナルモノハ嘗テ論シタルカ如ク金錢カ普通ニ生セシムヘキ利益ナルヲ以テ特別ノ事情アラサル限りハ金錢ハ法定利率尪ノ利息ヲ生スヘキモノト看做スカ故ニ原則トシテハ他クマテ法定利率ニ依リテ損害賠償ヲ定ムヘキモノナリ債務カ無利息又ハ低利ナル場合ニ在リテモ是レ債務者カ契約上特ニ受クル所ノ利益ニシテ其利益ハ契約ニ定メタル期限マテハ之ヲ享有スルコトヲ得ヘキモ期限ヲ經過スレハ最早其利益ヲ受クヘキ權利ハ消滅スルカ故ニ期限到來ノ後辨濟ヲ爲ササルトキハ其時期後ニ於テハ法定利息ヲ支拂フハ當然ナリ唯約定利率カ法定利率ヨリモ高キトキ例ヘハ法定利率ハ民法ニ於テハ五分商法ニ於テハ六分ナルニ約定利率カ一割ナリト假定セハ債務者ハ期限後ニ於テハ何レノ利率ニ從ヒテ支拂ヲ爲スヘキカ蓋シ期限内ニ於テハ約定利率ニ從ヒ一割ニテモ二割ニテモ苟モ法律ノ許ス範圍内ニ於テハ之ヲ支拂

ハサルヘカラサルコト言フヲ埃タスト雖モ期限經過後ノ利息ハ損害賠償ナルカ故ニ法律カ金錢ノ損害賠償ヲ法定利率ニ均シキモノト定メタル以上ハ此場合ニ於テモ亦法定利率ニ依リ民事ニ在リテハ五分商事ニ在リテハ六分ヲ支拂ヘハ可ナルニ似タリ然レトモ之ヲ常識ヨリ考フルモ期限内ハ一割ノ利息ヲ支拂フヲ要シ履行ヲ怠リタルトキハ五分民事ノ場合即チ半額ノ利息ヲ支拂ヘハ可ナリトセハ債務者ハ不履行ニ因リテ却テ利益ヲ得債權者ハ意外ノ損失ヲ被ルニ至ルヘシ故ニ法律ハ此場合ニ於テ當事者間ニ在リテハ金錢ノ價值普通ノ場合ヨリモ貴キモノト看做シ期限後ニ於テモ約定利息即チ一割ヲ支拂ハサルヘカラストセリ是レ各國皆同シキ所ナルモ法文ノ上ニ於テハ疑ノ存スル所ナルヲ以テ新民法ハ明文ヲ以テ之ヲ規定シタリ(第四一九條第一項但書)尙ホ(約定)ナル文字ニ付キ或ハ疑ヲ招クヤモ知ルヘカラスト何トナレハ(約定)云ヘハ恰モ契約ニ依リテ定マリタルモノノ如ク見ユレハナリ蓋シ契約ヲ以テ定メタル利息ハ法定利息ヨリ高キ場合ト雖モ之ヲ支拂ハサルヘカラサルコト言フヲ埃タスト雖モ遺言其他契約以外ノ法律行為ヨリ生シタル債務ニ利息ヲ附

シタル場合ニ於テ其債務ヲ履行スヘキ時期ニ於テ履行ヲ爲サザルトキハ其利息ヨリ低額ナル法定利息ヲ支拂ヘハ可ナリト云ハハ甚タ不都合ナル結果ヲ生スヘシ是ヲ以テ第四百十九條(約定)ナル文字ハ斯ル狹義ニ解スヘキモノニアラスト信ス固ヨリ(約)ナル文字ハ(契約)ノ字ニ相違ナキモ遺言其他ノ法律行為ヲ以テ定メタルトキト雖モ之ヲ約シタリト謂フコトヲ得ヘシ故ニ茲ニ所謂(約定)ナル文字ハ最モ廣義ニ解シ凡ソ法律行為ニ因リテ定マリタル利率ハ皆此(約定利率)中ニ包含セラルルモノト信ス

此金錢債務ノ損害賠償即チ法定利息ニ付テハ尙ホ一ノ問題ヲ惹起スヘシ他ナシ此損害賠償ハ利息ナルヤ否ヤノ問題ナリ舊民法ニ於テハ往往ニシテ遅延利息ナル文字ヲ用ヒタリ遅延利息トハ債務者カ履行スヘキ時期ニ於テ履行ヲ爲サザルニ因リ支拂フヘキ利息ノ謂ニシテ即チ新民法第四百十九條ニ規定セル損害賠償ト其義ヲ同シウス是レ舊民法ノ文字ヲ見レハ一點ノ疑ナキ所ニシテ其損害賠償ノ通則中即チ財産編第三百九十一條ニ金錢ヲ目的トスル義務ノ遅延ノ損害賠償ニ付テハ裁判所ハ法律上ノ利息ノ割合ト異ナル額ニ之ヲ定ムル

コトヲ得ス但法律ノ特例アル場合ハ此限ニ在ラスト規定シ裁判所カ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ方リ法定利率ト異ナリタル額ニ定ムルコトヲ得ストセリ是レ
 新民法ノ規定ト同一精神ナリ唯舊民法ニ於テハ他ニ往延利息ナル文字ヲ
 使用セリ例ヘハ財産編第三百九十三條ニ延延利息ヲ生セシムル爲メ云云ト言
 ヒ辨濟ノ提供ニ關スル第四百七十六條第二項ニハ此提供ハ付運滯ヲ防止シ又
 既ニ付運滯ノ存セルトキハ將來ニ向ヒテ其效力ヲ止メ且延延利息ヲ停ムト規
 定セリ而シテ其第三百九十一條ニ謂フ所ノモノハ延延利息ニ關スル規定タル
 コト疑ヲ容レス抑モ利息ナル文字ハ羅馬法以來各國ノ法律ニ於テ皆契約上ノ
 利息ト不履行ノ場合ニ於ケル損害賠償ノ性質ヲ有スル利息トヲ包含スルモノ
 ニシテ歐洲ニ於テハ此點ニ付キ疑ヲ生シタルコトヲ聞カサル所ナリ然ルニ新
 民法ニ於テ之カ疑ト爲リタル理由ハ要スルニ損害賠償ニ關スル規定中ニ於テ
 金錢債務ノ不履行ノ場合ニモ亦損害賠償ナル文字ヲ使用シタルヲ以テ所謂利
 率ニ依ル損害賠償ナルモノハ利息ニアラストノ論ヲ生シ殊ニ抵當ニ關スル第
 三百七十四條ノ規定ニ付テ議論ヲ生シタリ然レトモ新民法ニ於ケル「利息」ナル

文字カ損害賠償タル延延利息ノ意味ニテ用ヒラレタルハ疑ナキ點ニシテ新民
 法ニ於テ利息ノ外ニ尙ホ損害アルトキハ之ヲ賠償セシムルコトヲ得ト規定セ
 ル場合ニハ其利息ナル文字ハ延延利息ノ意味ニ使用セルモノニシテ其顯著ナ
 ル例ヲ舉クレハ第六百六十九條ノ如キ是ナリ同條ニ曰ク「出資ヲ爲スコトヲ怠
 リタルトキハ其利息ヲ拂フ外尙ホ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要ス」ト故ニ民法ノ
 用語トシテハ「利息」ナル文字カ損害賠償タル延延利息ヲ包含スルコト疑ナキモ
 唯法文ニ此事ヲ明言セザリシヲ以テ竟ニ問題ト爲リタルナリ其後之ニ於テ
 右ハ金錢債務ノ不履行ノ制裁タル延延利息ノ説明ナリ此延延利息ヲ生セシム
 ルコトニ付テハ新民法ハ別段ノ手續ヲ必要トセス損害賠償ノ責任ヲ生スル時
 期ニ付テハ他ノ債務ニ於ケルト毫モ異ナル所ナク確定期限アル場合ニ於テハ
 期限到來ノ時又期限ナキ場合ニ於テハ債務者カ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ
 此利息支拂ノ義務ヲ生スルモノトス而シテ義務履行ノ請求ニ付テハ何等ノ方
 式ヲ要セス然ルニ此ノ如キ不要式ノ主義ハ歐洲ニ於テハ今日未タ一般ニ行ハ
 レス即チ金錢債務ニ付テ延延利息ヲ生セシムル爲メニハ別段ノ手續ヲ要スル

モノ多シ舊民法ニ於テモ此例ニ倣ヒ現ニ財産編第三百九十三條ノ規定ヲ置キ原則トシテ裁判所ニ請求スルカ若クハ債務者ノ特別ノ追認ヲ得タル後ニアラサレハ縱令期限カ到來スルモ利息ヲ附セストセリ故ニ債權者カ口頭若クハ書狀ヲ以テ請求ヲ爲スモ又執達吏ヲ以テ請求ヲ爲スモ遲延利息ヲ生スルコトナキナリ

此問題ニ付キ參考ノ爲メ一言シ置カサルヘカラサルコトアリ他ナシ前ニ述ヘタルカ如ク舊民法ハ義務ノ一般ノ規定トシテ期限アル場合ニ於テモ尙ホ催告ヲ受ケタル後ニアラサレハ遲滯ノ責ニ任セスト爲セルカ故ニ其時以後ニアラサレハ損害賠償ノ責モ亦之ヲ負ハサルナリ然リ而シテ其付遲滯ノ方法ニ付テモ各國多少ノ差異アリテ舊民法ニ於テハ財産編第三百三十六條ニ於テ其方法ヲ規定シ裁判所ニ訴フルカ若クハ執達吏ヲシテ催告ヲ爲サシメタル後ニアラサレハ債務者ハ遲滯ノ責ニ任セサルモノトセリ是レ普通債務ノ場合ニ關スルモノニシテ此場合ニ於テハ執達吏ヲシテ催告セシメタル時ヨリ賠償ノ義務ヲ生スルモ金錢債務ニ付テハ前ニ述ヘタル如ク裁判所ニ訴ヘタル時以後ニアラ

サレハ利息ヲ生セス是レ一ノ差異ナリ又普通債務ノ場合ニ在リテハ特約ヲ以テ期限到來ノ時ヨリ直チニ賠償ノ責ニ任スルモノトシ或ハ催告ノ形式ニ付キ必スシモ執達吏ニ依ルコトヲ要セスシテ如何ナル方法ヲ以テ請求スルモ其時ヨリ直チニ遲滯ノ責ニ任スヘキコトヲ約スルモ總テ有效ナリト雖モ金錢債務ニ在リテハ法律カ特ニ之ヲ許シタル場合ニアラサレハ當然ニ又ハ催告ノミニ由リテハ遲延利息ヲ生セス常ニ裁判所ニ其利息ヲ請求スルカ若クハ債務者カ利息ヲ支拂フコトヲ認ムルコト即チ例ヘハ不履行ノ場合ニ於テ債務者カ債權者ヨリ請求ヲ受ケ然ラハ今日ヨリ利息ヲ支拂フヘシト言ヒタル時以後ニアラサレハ利息ヲ附セサルコトトセリ而シテ債務者カ利息支拂ノ義務ヲ認メタルトキハ契約ハ此ニ成立シ利息ハ全ク此新ナル契約ヨリ生スルモノナルヲ以テ別ニ問題ト爲ラス即チ損害賠償ニアラサルカ故ニ之ヲ規定スルノ必要ナシ然ルニ舊民法カ特ニ之ヲ規定シタルハ蛇足タルヲ免レス而シテ其他ノ場合ニ於テハ必ス裁判所ニ訴ヘサルヘカラサルモノトセリ是レ甚タ妥當ヲ失シタル規定ナリト信ス蓋シ歐洲諸國ニ於テ此ノ如キ規定ノ存スルハ疑モナク耶蘇敦ノ

遺物ニシテ既ニ屢ニ述ヘタルカ如ク昔時ノ耶蘇教徒ハ經濟ノ理ニ暗カリシカ故ニ金錢ヲ貸與シテ利息ヲ得ルヲ以テ非常ナル罪惡ト思考セリ其理由トスル所ハ凡ソ金錢ナルモノハ之ヲ箆筒ノ抽斗ニ藏メ置クモ子ヲ産ムモノニアラス然ルニ之ヲ貸與シテ利息ヲ收ムルハ盜賊ニ均シト云フニ在リ此理由ニ依リ若シ利息ヲ取ル者アルトキハ之ヲ宗教上ノ嚴罰ニ處シタリ其甚シキニ至リテハ唯宗教上ノミナラス國法上ニ於テモ亦之ヲ罰シタル國アリ近世ノ文明國ニ於テハ固ヨリ利息ヲ禁スルノ規定存セサルモ仍ホ之ヲ嫌惡スルノ結果裁判所ニ訴ヘラルルモ尙ホ履行ヲ爲ササルカ如キ債務者ニ限リ利息ヲ支拂ハシメ其他ノ場合ニ於テハ如何ナル怠慢アリト雖モ利息ヲ支拂ハシムルコトヲ得ストセリ蓋シ此思想ノ誤レルコトハ今日ニ於テハ別ニ説明ヲ要セスシテ明カナリト信ス殊ニ此規定ハ素ト債務者保護ノ目的ニ出テタルモノナルニ其實一モ債務者ヲ保護スルニ足ラサルノミナラス却テ濫訴ノ弊ヲ生スルニ至ルヘシ何トナレハ債權者カ債務者ニ對シテ暫時ノ猶豫ヲ與フレハ之ヲ支拂フヘキ見込アル場合ニ於テモ裁判所ニ訴フルニアラサレハ利息ヲ得ルコト能ハサルヲ以テ自ラ

訴ヲ起スヘケレハナリ現ニ歐洲ニ於テ此ノ如キ法律ノ存スル國ニ於テハ債務者ハ利息ノ支拂ヲ免ルルコトヲ得ルカト云フニ決シテ然ラス却テ債權者ハ訴ヘスシテ可ナルモノヲ此ノ如キ規定アルカ爲メニ訴フルニ至ルカ故ニ債務者ハ寧ロ害ヲ被ルノ結果ヲ來セリ故ニ新民法ハ此ノ如キ陳腐ノ主義ヲ合テ金錢債務ニ付テモ他ノ債務ト同一ノ主義ヲ採レリ即チ金錢債務以外ノ債務ニ付テハ期限ナキ場合ニハ催告ヲ爲シタル時ヨリ期限ノ定アル場合ニ於テハ期限到來ノ時ヨリ遲滞ニ付スルノ主義ヲ採リタルコト前ニ述ヘタル所ナリ金錢債務ニ付テモ亦之ト同シク債務ノ履行一日ヲ遲延セハ一日ノ利息ヲ支拂ハシムルコトトセリ

第三 當事者カ特約ヲ爲シタル場合 原則トシテハ嘗テ説明シタル如ク損害賠償ナルモノハ不履行ニ因リテ生シタル損害ノ全額ヲ賠償セシムルモノナリ之ニ對シテ第一ノ例外ハ特別ノ事情ヨリ生シタル損害ニ付テハ當事者カ其損害ヲ豫想シ得ヘキ場合ニ限リ債務者ヲシテ義務ヲ負ハシムルモノニシテ第二ノ例外ハ當事者カ特ニ賠償額ヲ定メタル場合はナリ此場合ニ付テハ各國ノ法

律區區ニ亙リ名稱モ亦各異ナレリ羅馬法ニ於テ「ペナ」ト云ヘリ之ヲ直譯スル
トキハ「罰」ト云フコトニシテ契約上ヨリ言ヘハ賠償額ノ豫定ナリ我邦ニテハ之
ヲ「違約金」ト譯スルヲ穩當トスルヤモ知ルヘカラスト雖モ「ペナ」ハ純粹ナル違約
金ナラサルコトアリ之ニ付キ第一ニ起ルヘキ問題ハ當事者カ賠償額ノ豫定ヲ
爲シタル場合ニ此契約ハ絕對ニ有效ナルヤ否ヤト云フニ在リ或學者ハ全ク之
ヲ無効ナリト論スレトモ此論ハ後ニ述フル違約金ノ性質ヲ有スルモノニ限ル
カ故ニ違約金ヲ説明スルトキニ讓リ其他ノ場合ニ付テハ數多ノ主義アリ今其
重ナルモノヲ擧ケンニ

第一ノ主義ハ此契約ノ效力ヲ絕對ニ認ムルモノニシテ尙モ不履行ナル事實
ル限リハ約定ノ金額ハ必ス支拂ハサルヘカラス換言スレハ債務者ヨリ債權者
カ如何ナル損害ヲモ被ラザリシコトヲ證明シ得タリトスルモ尙ホ約定ノ賠償
額ヲ支拂ハサルヘカラス況ヤ實際ノ損害カ約定額ヨリ少額ナリト云フニ過キ
ナル場合ニ於テヤ又之ト反對ニ債權者ヨリ實際ノ損害カ約定額ヨリ多額ナ
ルコトヲ證明シ得タリトスルモ之カ爲メニ豫定賠償額以上ノ賠償ヲ爲スコト

ヲ要セス尙ホ約定ノ損害賠償ヲ爲セハ足レリト云フニ在リ

第二ノ主義モ原則ハ第一ノ主義ト同一ナリト雖モ若シ債務者カ一部履行ヲ爲
シタルトキハ其履行シタル部分丈ノ減額ヲ爲スヘシト云フニ在リ尤モ第一ノ
主義ニ據ルモ當事者ノ意思カ茲ニ在リシコトヲ證明シ得タルトキハ同一ノ結
果ニ至ルモ第二ノ主義ニ於テハ當事者ノ意思明カナラサルトキト雖モ一部分
ノ履行アリタルトキハ豫定賠償額ヲ減スルモノナリ

第三ノ主義ハ第一ノ主義ト正反對ニシテ豫定賠償額ナルモノハ殆ト無効ナル
モノニシテ唯一ノ推定ノ基礎タルニ過キスト爲スモノナリ故ニ反對ノ證明ア
ルマテハ豫定ノ賠償額ヲ支拂ハサルヘカラスルモ債權者カ實際ノ損害額カ豫
定賠償額ヨリモ多キコトヲ證明シ得タルトキハ之ヲ支拂ハサルヘカラス又債
務者カ實際ノ損害額カ豫定賠償額ヨリ少キコトヲ證明シ得タルトキハ之カ減
額ヲ請求スルコトヲ得ヘシト云フニ在リ

第四ノ主義ハ原則トシテハ第一ノ主義ヲ採用スレトモ豫定額カ實際ノ損害ニ
對シテ著シク不當ナル場合ニ限リテ裁判官ハ之ヲ増減スルコトヲ得ルノ主義

ナリ。第五ノ主義モ原則トシテハ第一ノ主義ヲ探ルモ債務者ニ於テ實際損害ノ生セザリシコトヲ證明シ得ルトキハ之ヲ支拂ハスシテ可ナリトスルモノナリ即チ豫定賠償額ナルモノハ唯損害アリタルトキニ於テ賠償スヘキ額ニシテ損害ナキ場合ニ於テハ之ヲ支拂ハスシテ可ナリトスルモノナリ。以上ノ五主義中新民法ハ第一主義ヲ採用シ一切増減ヲ許サス面シテ予輩モ亦此主義ヲ以テ最モ當ヲ得タルモノト信ス蓋シ損害賠償ノ性質ヨリ之ヲ論スレハ種種ノ議論ヲ生スヘタ第二以下ノ主義ノ起ルモ亦已ムヲ得サレトモ元來當事者ハ公益ヲ害セサル限リハ如何ナル契約ヲ締結スルコトヲ得ヘキカ故ニ不履行ノ場合ニ於ケル賠償額ヲ豫定スルモ裁判官ノ干渉ヲ許ササルハ決シテ怪シムニ足ラス尤モ當事者カ一旦賠償額ヲ豫定シタルモ實際損害ナキ場合ニ於テハ之ヲ支拂ハスシテ可ナリトノ意思ナリシコトヲ證明スルカ又ハ豫定額ヨリ實際多クノ損害ヲ生スレハ其損害ヲ支拂フノ意思ナリシコトヲ證明シ得タルトキハ論ナキモ第二以下ノ主義ハ決シテ斯ル意思アリシコトノ證明ヲ必

要トスルニアラスシテ當事者カ豫メ此ノ如キ意思ヲ有セシヤ否ヤ明カナラサルニ拘ラス實際ニ就テ損害額ヲ定ムヘントスルモノナリ然ルニ元來吾人ハ贈與サヘ之ヲ爲スコトヲ得贈與ハ新民法ニ於テハ外國多數ノ法律ノ如ク束縛ヲ爲サス自由ニ之ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ縱令豫定賠償額カ如何ニ不當ナルモ又ハ損害ナキ場合ニ於テ之ヲ支拂フコトヲ約スルモ毫モ支障ナシ又反對ノ側ヨリ之ヲ觀察スルモ債權者カ損害賠償ヲ求ムル權利ハ一ノ財産權ニシテ自由ニ拋棄スルコトヲ得ルカ故ニ實際ノ損害カ一萬圓アル場合ニ百圓ヲ受取ルノ契約ヲ爲スモ決シテ不法ナリト謂フコトヲ得ス然ラハ此賠償額ヲ豫定シタル場合ハ當事者ノ利益上之ヲ純然タル贈與若クハ純然タル拋棄ニ比スヘキカト云フニ決シテ然ラスシテ寧ロ保險ノ性質ヲ有スルモノナリ既ニ屢述ヘタル如ク損害賠償ナルモノハ權利者カ權利ヲ害セラレタル場合ニ於テ之カ恢復ヲ圖ルニ方リ他ニ方法ナキヲ以テ之ニ依リテ權利者ノ損害ヲ填補スルニ適當ナリト看做スニ過キスシテ決シテ之ニ依リテ眞ニ損害ヲ償ヒ得ルモノト謂フコトヲ得ス畢竟法律ノ擬制ニ外ナラス由來損害アリヤ否ヤト云フノ問題ハ實際甚

タ不明ナルモノニシテ多クノ場合ニ於テハ實際損害ヲ被ルモ其證明ヲ爲スコトヲ得サルカ爲メニ賠償ヲ求ムルコトヲ得サルコト尠シトセス又往往實際ニ於テ損害ナキモ權利者ノ辯明巧ナルカ爲メ裁判官カ之ニ瞞著セラレテ損害アリト認ムルコトアリ而シテ其額ヲ定ムルニ當リテモ多クノ場合ニ於テ債權者カ幾何ノ損害ヲ受ケタルカハ賢明ナル裁判官ト雖モ之ヲ知ルコト甚タ難キカ故ニ(極メテ稀ナル場合ニハ)之ヲ定ムル標準ナキニシモアラサレドモ裁判官ハ其時ノ狀況ニ依リ債權者カ惘ムヘキ地位ニ在ルトキハ知ラス識ラス其賠償額ヲ多クシ債務者カ惘ムヘキ地位ニ在ルトキハ賠償額ヲ減スルニ至ルコトヲ免レス損害賠償ナルモノハ此ノ如ク不確實ナルモノナルカ故ニ當事者ハ契約ヲ締結スルニ當リ以爲ク契約ヲ締結スル以上ハ固ヨリ互ニ履行ヲ爲ササルヘカラス若シ一方カ履行ヲ怠リタル場合ニハ相手方カ損害ヲ受ケルハ必然ニシテ而モ之ヲ證明スルコト甚タ難ク縱令損害ヲ被リタルコトヲ證明スルコトヲ得ルモ其損害額ヲ證明スルコトハ極メテ困難ナリ假ニ之ヲ證明シ得ヘシトスルモ互ニ抄カラサル費用ヲ徒費セサルコトヲ得ス故ニ事口初ヨリ賠償額ヲ豫定

シテ實際ニ生スル損害ノ有無多少ヲ問ハス債權者ハ其豫定額ヨリ多額ノ請求ヲ爲サス債務者ハ縱令如何ナル事情アルモ豫定額丈ハ支拂フコトトスルヲ便利トスト仍テ損害ノ豫定額ヲ特約シタルモノト謂フヘシ是レ畢竟保險ト其性質ヲ同シウスルモノナリ故ニ予ハ新民法ノ採用セル主義ハ極メテ穩當ニシテ文明國ノ法律ハ此ノ如クナラサルヘカラスト信ス第四百二十條ニ曰ク
當事者ハ債務ノ不履行ニ付キ損害賠償ノ額ヲ豫定スルコトヲ得此場合ニ於テハ裁判所ハ其額ヲ増減スルコトヲ得ス
賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケス
違約金ハ之ヲ賠償額ノ豫定ト推定ス

此原則ノ結果トシテ第四百十八條ノ適用ニ因リ債權者ノ過失ヲ理由トシテ豫定賠償額ヲ減スルコトヲ得ス但債權者ノ過失ニ因リテ債務者カ損失ヲ被リタルコトヲ證明シ得ハ別ニ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ名義ヲ以テ之ヲ請求スルコトヲ得ヘシ唯茲ニ注意スヘキハ不履行カ全ク債權者ノ過失ヨリ生シタル場合ニ於テハ債務者ヨリ之ヲ觀レハ不可抗力ニ等シキモノナルカ故ニ豫定賠償

額ヲ支拂フコトヲ要セス管ニ之ヲ支拂フコトヲ要セサルノミナラス債務者カ損害ヲ受ケタルトキハ債權者ニ對シテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ例ハハ盡工カ盡ヲ描クノ契約ヲ爲スト同時ニ或期間内ニ之ヲ竣成セサルトキハ五百圓ノ賠償ヲ爲サント豫定シタル場合ニ於テ若シ債權者カ自己ノ過失ニ因リテ債務者ノ手ヲ挫キタル爲メニ期限マテニ描クコト能ハナリシトキハ債務者ハ豫定賠償ヲ支拂ハスシテ可ナルノミナラス債權者ニ對シテ負傷ヨリ生シタル損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

以上ヲ以テ特約アル場合ニ於ケル損害賠償ノ一般ノ法則ヲ説明セリ之ニ付キ尙ホ研究シ置カサルヘカラサルハ最モ困難ナル問題ニシテ當事者カ賠償額ヲ豫定シタル場合ニ於テハ其豫定シタル賠償額ト共ニ履行若クハ解除ヲ求ムルコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ例ヘハ甲乙契約ヲ結フニ當リ若シ甲カ契約ヲ履行セサルトキハ一萬圓ノ賠償ヲ支拂ハント約シタルニ期限ニ至リテ甲カ履行ヲ爲ナナリシ場合ニ於テ乙カ豫定賠償額ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルハ論ヲ埃タサルモ之ト同時ニ履行ヲ請求シ又ハ契約ヲ解除シテ自己モ亦其義務ヲ免ルルコト

ヲ得ルカ例ヲ賣買ニ取リテ言ハンカ乙カ甲ヨリ或不動産ヲ買取ルニ當リ若シ代價ヲ一定ノ時期マテニ支拂ハサレハ損害賠償トシテ一萬圓ヲ支拂ハント約シタル場合ニ於テ乙カ其期限ニ至ルモ之ヲ支拂ハサリシトキハ甲ハ一萬圓ヲ請求スルコトヲ得ルハ勿論ナルモ之ト同時ニ約定ノ代價ヲ支拂フヘキコトヲ請求スルコトヲ得ルカ或ハ契約ヲ解除シテ不動産ヲ引渡ササルコトヲ得ルカ是レ頗ル困難ナル問題ニシテ畢竟當事者ノ意思解釋ニ歸スヘシ當事者ノ意思明カナル場合即チ豫定賠償額ノ外ニ履行ヲ求メ得ヘキコトヲ明カニ留保シ或ハ豫定賠償額ノ外ニ契約ノ解除ヲ爲シ得ヘキコトヲ明カニ留保シタルトキハ其契約ノ有效ナルコト勿論ニシテ別ニ問題ヲ惹起セサルモ斯ル特約ナキ場合ニ於テハ當事者カ如何ナル意思ヲ有セシカヲ推測シテ此問題ヲ決セサルヘカラス而シテ事實上其意思ヲ推測シ得ヘキトキハ問題ヲ生セサルモ然ラサル場合ニ於テハ甚タ困難ナル問題ヲ惹起スヘシ是ニ於テカ羅馬法以來學者間ニ種種ノ議論アリテ各國ノ法律モ亦同シカラス新民法ニ於テハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示セサル以上ハ賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケスト規定シ

タルカ故ニ前ノ例ニ於テ反對ノ意思カ顯ハレサル以上ハ賣主ハ豫定賠償額ノ請求ヲ爲スノ外向ホ代價ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得ヘク或ハ代價ヲ受取ラヌシテ契約ヲ解除シ不動産ヲ引渡ササルコトヲ得ヘシ但契約ヲ解除スルニハ特約ナキトキハ不履行ニ因ル解除ノ條件ヲ充タササルヘカラサルカ故ニ催告ヲ爲シタル後ニアラサレハ之ヲ解除スルコトヲ得ヌ要スルニ此規定タルヤ當事者ノ普通ノ意思ヲ推測シタルモノニシテ甚タ穩當ナルモノト信ス蓋シ損害賠償ハ債務者カ單ニ履行ヲ遅延シタル場合ニ於テハ其遅延ニ對シ又契約ヲ解除シタル場合ニ於テハ既ニ生シタル損害ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノニシテ豫定賠償ハ即チ損害賠償ナルカ故ニ單ニ賠償額ヲ豫定シタリトテ直チニ其支拂ニ依リテ履行ノ責ヲ免レ若クハ相手方ヲシテ解除權ヲ失ハシムルモノトスルハ甚タ理由ナキカ故ニ新民法ニ於テハ賠償額ノ豫定ハ原則トシテ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケサルモノトセリ尤モ此原則ノ適用ニ付キ注意ヲ要スルハ當事者ノ意思ナルモノハ必スシモ明示ナルコトヲ要セス默示ニテモ可ナルコト是ナリ而シテ其默示ノ意思ナルモノハ實際ノ事情ヨリ生スルモノニ

シテ例ヘハ茲ニ一千元ノ價値アル物品ヲ賣買スルニ際リ其契約書ニ買主ハ來ル何月何日マテニ代價ヲ支拂フヘシ若シ其期限ニ至ルモ代價ヲ支拂ハサルトキハ損害賠償トシテ二千元ヲ支拂フヘシトアル場合ニ於テハ普通ノ事情ヨリ之ヲ觀レハ當事者ノ意思ハ二千元ノ中千圓ハ代價ニシテ賠償額ヲ合セテ二千元即チ代價ノ倍額ヲ支拂フノ意思ナリシモノト解スヘク徒ニ當事者ノ用ヒタル文字ノミニ拘泥スヘキニアラス故ニ此場合ニ於テ買主カ二千元ヲ支拂ヒタルトキハ賣主ハ其賣却シタル物ノ引渡ヲ拒ムコトヲ得ス此ノ如キハ畢竟事實問題ニ屬シ當事者ノ意思ヲ探リテ之カ判斷ヲ爲ササルヘカラス

最後ニ違約金ニ付キ説明セシ

抑モ違約金ナル文字ハ利息制限法第五條ニ使用セル所ニシテ同條ニ所謂「價金」ナル文字ハ損害賠償ノ意味ナルコト疑ナキモ罰金ニ違約金著クハ科料ナル文字ハ其意義ヨリ觀レハ損害賠償ニアラサルカ如シ又舊商法ハ明カニ損害賠償ト違約金トヲ區別シ損害賠償ニ付テハ第三百二十三條以下ニ詳細ナル規定ヲ設ケ尙ホ約定損害賠償即チ新民法ニ所謂賠償額豫定ニ付テハ第三百三十二條ニ

明文アリ而シテ違約金ニ付テハ特ニ第三百三十七條以下ニ規定アリテ其規定第三百三十二條ト異ナレリ是レ批難スヘキ事ニ屬スト雖モ既ニ死シタル法律ナルヲ以テ茲ニ論セス舊民法ノ不當ナル點ハ過意約款ナル文字ヲ損害賠償ノ豫定ノ意味ニ用ヒ而シテ純然タル違約金ナル罰ノ性質ヲ有スルモノヲ認メザリシコト是ナリ然ルニ新民法ニ於テハ賠償額ノ豫定ト違約金ナルモノトヲ區別セリ既ニ之ヲ區別スル以上ハ違約金ナルモノハ罰ノ性質ヲ有スルモノニシテ當事者カ定メタル一ノ制裁ナリ而シテ此契約上ノ罰(ペナルティ)トラグストラ一(一)即チ違約金ナルモノハ果シテ有效ナルヤ否ヤト云フニ學者中或ハ之ヲ以テ無効ナリト主張スル者アリ其說ニ曰ク罰ナルモノハ國家ノ法律ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ルモ當事者間ニ於テ之ヲ定ムルコトヲ得スト予ノ信スル所ニ據レハ是レ大ニ誤レリ蓋シ罰ナル名義ヲ以テスルト將タ其他ノ名義ヲ以テスルトヲ問ハス苟モ當事者自ラ締結シタル契約ハ公益ヲ害セザル限りハ悉ク其效力ヲ認メサルヲ得ス即チ罰ト云フモ其意義ニ於テハ甲乙間ニ締結シタル契約ヲ一方カ履行セザルトキハ若干ノ金錢ヲ支拂フヘシト云フニ在リテ要スル

ニ契約ノ履行ヲ確保スル一ノ方法ニ外ナラス尤モ人ノ身體上ニ及ホス罰ノ如キハ是レ公益ニ關スルモノナルカ故ニ當事者カ自由ニ之ヲ契約スルモ其效力ナキハ勿論ナリト雖モ財産上ノ契約ニ在リテハ何等ノ名義ヲ付スルモ其目的タニ不法ナラサル以上ハ有效ナルモノト爲ササルヘカラス而シテ違約金ハ契約ノ履行ヲ確保スルヲ以テ目的トスルモノニシテ毫モ不法ナラサルカ故ニ之ヲ無効トスルハ今日ノ法律ニ於テ採用スヘキモノニアラスト信ス既ニ違約金ヲ以テ有效ナルモノトスレハ更ニ第二ノ問題ヲ生ス即チ當事者カ違約金ノ契約ヲ爲シタル場合ニ於テ違約金ノ外ニ尙ホ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ルヤ否ヤト云フニ在リ前例ニ就テ言ヘハ千圓ニテ或物ヲ買ヒタル場合ニ於テ買主カ期限マテニ代價ヲ支拂ハサルトキハ違約金トシテ二千圓ヲ支拂ハント約シタルニ期限ニ至ルモ代價ヲ支拂ハサリシトキハ二千圓ノ外尙ホ損害ノ賠償ヲ爲ササルヘカラサルカ又金錢債務ナルトキハ違約金ノ外ニ法定利息ヲ支拂ハサルヘカラサルカ或ハ畫工カ來ル何月何日マテニ畫ヲ描カント契約シ若シ期限マテニ之ヲ描カサルトキハ五百圓ノ違約金ヲ支拂フヘキコトヲ約シタルトキ

ハ五百圓ヲ支拂ヒタル外畫ヲ描カサリシ爲メニ債權者カ受ケタル損害ヲ賠償セサルヘカラサルカ新民法ハ當事者ノ普通ノ意思ヲ推測シテ違約金ヲ支拂ヘハ損害ノ賠償ヲ爲サスシテ可ナリトセリ是レ畢竟一般ノ事例ニ付テノ推測ニシテ違約金ナルモノハ普通其額多キモノナルヲ以テ之ヲ支拂ヒタル上ニ尙ホ實際ノ損害ヲ賠償スルハ特約アル場合ノ外當事者ノ意思ニアラスト爲シタルナリ(第四二〇條第三項)

右ノ如ク違約金ヲ支拂ヘハ損害ノ賠償ヲ爲サスシテ可ナリト云フトキハ其結果違約金ヲ以テ損害賠償ニ代フルモノナルヲ以テ總テ損害賠償ノ豫定ニ關スル規定ヲ適用スヘシ是レ多クノ場合ニ於テ當事者ノ意思ニ副フモノナリ然レトモ是レ一ノ推定ニ過キササルヲ以テ反對ノ意思ヲ有セシコトヲ證明スルヲ得ヘシ尤モ民法ニ於テハ此原則ヲ認メタルモ利息制限法第五條ニハ多少ノ制限ヲ加ヘタリ而シテ此規定タルヤ固ヨリ金錢ノ貸借ニ關スルモノニシテ金錢ノ貸借ニ關シテハ縱令違約金トシテ契約ヲ爲スモ(裁判官ニ於テ該債主ノ事實受ケタル損害ノ補償ニ不當ナリト思量スルトキハ之レニ相當ノ減少ヲ爲スコト

ヲ得トアリ是レ利息制限法ノ目的ヨリ言ヘハ大ニ理由アルコトニシテ同法カ普通ノ利息トシテハ如何ナル場合ニ於テモ百分ノ二十ヨリ高利ヲ支拂ハシムルコトヲ得スト爲スニ拘ラス若シ違約金トシテ其レヨリ高額ナル利率ニ於テ支拂フ事ノ契約ヲ有效トスルトキハ貧困ナル債務者ニ對シテハ殆ト利息制限法ヲ設ケタルノ效用ナキニ至ルカ故ニ此ノ如キ規定アルモ敢テ怪シムニ足ラス然レトモ此規定ハ利息制限法ト共ニ速ニ廢止セサルヘカラサルモノト信ス此規定ハ民法上ニ於テハ尙ホ其效力ヲ存スルモ商事上ニ於テハ商法施行法第百十九條ニ明治十年第六十六號布告利息制限法第五條ノ規定ハ商事ニハ之ヲ適用セストアリテ其適用ナキニ至レリ尤モ舊商法施行條例ニモ亦同一ノ規定アリシカ故ニ實際三十一年七月一日ヨリ商事ニハ其適用ナカリシナリ以上ヲ以テ當事者カ損害賠償ノ額ヲ豫定シタル場合及ヒ違約金ヲ定メタル場合ニ於ケル損害賠償ノ範圍ノ説明ヲ了リ同時ニ損害賠償ノ範圍ノ問題ヲ説了セリ次ニ賠償ノ方法ヲ述ヘン

第三 賠償ノ方法

賠償ノ方法ニ關スル原則ハ第四百十七條ニ於テ之ヲ規定セリ曰ク
損害賠償ハ別段ノ意思表示ヲ示シキハ金錢ヲ以テ其額ヲ定ム
即チ賠償ノ原則ハ金錢ヲ以テ損害ノ額ヲ見積リ債務者ヲシテ債權者ニ支拂ハ
シムルモノトス而シテ其損害ノ性質如何ハ問フ所ニアラス蓋シ債務不履行ノ
場合ニ於ケル損害賠償ニ在リテハ財産以外ノ損害ヲ生スルコトハ極メテ稀ナ
ルモ原則トシテハ必スシモ財産上ノ損害ニ限ルニアラス債務不履行ノ結果名
譽ヲ傷クルニ至リタルカ若クハ生命ニ關係ヲ及ホシタルコトヲ證明シ得ハ則
テ之ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ而シテ財産上ノ損害ト云フモ直チニ金錢上
ノ損害アリト謂フコトヲ得サル場合尠カラズト雖モ新民法ニ於テハ總テ之ヲ
金錢ニ見積ルコトト爲セリ外國ニ於テハ或ハ原狀回復ト稱シ原則トシテハ債
權者カ受ケタル損害ヲ消滅セシムルコトヲ認ムルノ例アルモ是レ理論上ニ於
テハ甚タ正當ナルカ如クニシテ實際ニ於テハ却テ不便タルヲ免レス殊ニ原狀
回復ナルモノハ多クハ債務者ノ行爲ヲ必要トスルヲ以テ若シ債務者カ任意ニ
之ヲ爲ササル場合ニ於テハ金錢ヲ以テ賠償セシムルノ外其途ナキカ故ニ偶逸

民法等ニ於テ原狀回復ノ主義ヲ採用セルニモ拘ラス新民法ハ舊民法佛蘭西民
法其他歐洲多數ノ立法例ニ倣ヒ金錢ニテ之ヲ見積ルヲ以テ本則トセリ蓋シ金
錢ナルモノハ最モ便利ナル商品ニシテ大抵ノ財産ハ皆之ヲ以テ購フコトヲ得
ヘク又無形ノ損害例ヘハ悲哀ノ感情モ金錢ヲ消費スルニ因リテ其度ヲ減スル
コトヲ得ヘシ是レ此主義ヲ採用シタル所以ナリ右ノ原則ニ對シテハ二箇ノ例
外アリ第一ハ債務者ニ賠償ノ義務アルコト確定シタル後ニ於テ債權者ト債務
者トノ協議ヲ以テ特ニ金錢以外ノ方法ニ依リ賠償ヲ爲スコトヲ約シタル場合
是ナリ是レ固ヨリ契約ノ自由ニ依リテ有效ナルコト疑フ容レズ第二ハ契約其
他ノ法律行爲ヲ以テ債權ヲ發生セシムルニ當リ若シ當事者ノ一方カ其義務ヲ
履行セサルカ爲メ損害ヲ生シタルトキハ其賠償トシテ金錢外ノ或財産ヲ相手
方ニ與ヘ若クハ一定ノ行爲新聞ニ廣告シ若クハ或勞務ニ服スルカ如キヲ爲ス
ヘキコトヲ定メタル場合はナリ而シテ此等ハ皆公益ニ關スル事項ニアラサル
カ故ニ新民法ニ於テハ總テ之ヲ有效トセリ乃チ第四百十七條ニ別段ノ意思表
示ナキトキハ云云トノ留保アルト同時ニ第四百二十一條ニ於テ左ノ如ク規定

セリ曰ク「前條ハ規定ハ當事者カ金錢ニ非サルモノヲ以テ損害ノ賠償ニ充ツヘキ旨ヲ豫定シタル場合ニ之ヲ準用ス」即チ第四百十七條ニ於テ既ニ損害賠償ハ金錢ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ本則トシ尙ホ反對ノ意思表示ノ有效ナルコトヲ規定シ第四百二十一條ニ至リテ其意思表示ノ效力ヲ規定セリ而シテ茲ニ所謂「意思表示」ハ前ニ述ヘタル二種ノ意思表示ヲ包含スルモノニシテ賠償ノ義務ノ發生シタル後當事者間ノ契約ヲ以テスルモノアリ債權發生ノ當時ヨリシテ豫メ之ヲ定ムルモノアリ其最モ頻繁ナル例ハ蓋シ第二ノ場合ナルヘシ尙ホ此意思表示ハ遺言ヲ以テ爲スコトアリ例ヘハ遺言ヲ以テ相続人ニ一定ノ義務ヲ負ハシメ若シ履行ヲ爲ササルトキハ賠償トシテ或行爲ヲ爲スヘシト定ムルカ如シ而シテ第四百二十一條ニ於テハ其賠償ノ方法カ實際ノ損害ヨリモ重ク或ハ輕キトキ若クハ不履行アリタルモ實際損害ノ生セサル場合ニ於テモ苟モ不履行アラハ必ス豫定ニ從ヒ或事ヲ爲シ或物ヲ給付セサルヘカラサルコトヲ規定セリ

第四〇〇。賠償ノ效果

賠償ノ效果ハ既ニ賠償ノ範圍等ヲ論スルニ當リテ豫メ其大體ヲ説明セリ即チ債務ノ履行カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能ト爲リタル場合ニ於テハ履行不能ニ因リ其債務ハ消滅シ單ニ不履行カ債務者ノ行爲ヨリ生シタルノ理由ニ因リ賠償ノ責ノミ殘存スルモノニシテ其賠償ヲ爲セハ最早債權債務ノ關係ハ消滅シテ何等ノ關係モ一切殘存セス又債權者カ賠償ヲ請求スルニ止マリ更ニ履行ヲ請求セサル場合換言スレハ債務者カ履行ヲ爲スヘキ時期ニ於テ之ヲ爲ササルニ由リ債權者ハ其履行ヲ求ムルニ代ヘテ履行ニ由リテ得ヘカリシ利益其他種極ノ損害アラハ其損害ノ度ヲ見積リテ賠償ヲ得タル場合ニ於テモ債權債務ノ關係ハ消滅シテ當事者ハ無關係ノ人ト爲リ復タ何等ノ權利義務ヲ殘存セス唯債務ノ一部ノ履行不能カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生シタル場合ニ於テ之ニ對スル損害賠償ヲ請求シ又ハ履行ヲ爲スヘキ時期ニ於テ爲ササルトキハ即チ「遲延」ナル事實ヨリ損害ヲ生シタルニ因リ之ニ對スル賠償ヲ請求シタル場合ニ於テハ賠償問題ノ外他ノ一部ノ履行又ハ遲延セル債務

ノ履行ヲ求ムルノ請求權殘存スヘシ然レトモ是レ賠償トハ全然關係ナキヲ以テ茲ニ論スヘキノ事項ニアラス況ヤ不履行ニ因ル契約ノ解除ノ場合ノ如キハ損害賠償ノ問題ノ外ニ契約ノ解除ナル問題存シ其結果一方カ他ノ一方ヨリ受取リタル物ヲ返還シ且利息ヲ支拂ハサルヘカラサル等ノ問題ヲ生スルト雖モ是レ損害賠償トハ自ラ別問題ニ屬スルカ故ニ亦茲ニ論スヘキノ事項ニアラス茲ニ賠償ノ效果トシテ特ニ論セント欲スルモノハ債權者カ債務者ノ義務不履行ニ因リテ自己ノ所有物ヲ失ヒ若クハ自己ノ權利ヲ行使スルコトヲ得サルニ至リタル場合ニ於テ債權者カ之ニ因リ生シタル損害ノ賠償ヲ請求シ債務者カ之ヲ賠償シタルトキハ前ノ失ヒタル物若クハ行使スルコト能ハサリシ權利ノ運命如何是ナリ例ヘハ甲カ乙ニ其所有物ヲ寄託シ置キタルニ保管中乙ノ不注意ニ因リ其物カ紛失シタル場合ニ於テハ債權者即チ寄託者ハ受寄者タル債務者即チ乙ニ對シテ其物ノ代價ヲ請求シ尙ホ他ニ損害アラハ之カ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ然ルニ其物カ紛失シタルニ止マル場合ニ於テハ何人カノ手ニ存スルモノナルヲ以テ法律ニ特別ノ明文ナキトキハ普通ノ理論ヲ以テ此問題

ヲ決セサルヘカラス而シテ此問題ニ答フルハ甚タ容易ノ事ニ屬ス即チ此場合ニ於テ物ハ依然トシテ甲ノ所有ニ屬スルカ故ニ何時ニテモ其物ヲ發見シタルトキハ甲ハ占有者ニ對シテ其取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘキナリ但其間ニ於テ純然タル時效若クハ所謂即時時效(第一九二條ノ規定)ニ依リ既ニ善意ノ第三者ノ所有ニ歸シタルトキハ(盜品及ヒ遺失物ニ在リテハ二年間ハ第九十二條ノ適用ナキモ二年ヲ經過セハ最早回復スルコトヲ得ス爲メニ甲ノ所有權ハ消滅スヘキモ盜賊其他紛失ノ原因ヲ成シタル者ニ對スル損害賠償ノ請求權ハ甲ニ殘存スヘシ而シテ此損害賠償ニ付テハ頗ル議論アリ或論者ハ曰ク損害賠償ナルモノハ損害アリタルトキ之ヲ賠償セシムルモノナルニ此場合ニ於テハ甲ハ既ニ乙ヨリ損害ノ賠償ヲ得タルモノナルカ故ニ最早損害アリト謂フコトヲ得ス隨テ賠償ヲ請求スルノ權利ナシト是レ佛蘭西法等ノ採用セル主義ナリ又或論者ハ曰ク債權債務ノ關係ナルモノハ對人的ニシテ甲カ乙ニ對シテ有スル損害要償權ト丙ニ對シテ有スル損害要償權トハ獨立シタルモノナルカ故ニ甲ハ乙ヨリ賠償ヲ受クルニアラサレハ乙ニ對スル權利ハ消滅セス又丙ヨリ

賠償ヲ受タルニアラサレハ丙ニ對スル權利ハ消滅スルモノニアラスト獨逸法ハ此主義ヲ採用シタルカ如シ右第一ノ主義ハ便利主義ニシテ理論上ヨリ言ヘハ第二ノ主義ヲ正トス又例ヘハ甲カ乙ニ自己ノ債權ノ取立ヲ委任シタル場合(金貨營業者カ番頭ニ債權ノ取立ヲ委託シタルカ如キ場合ニシテ歐洲ニ於テハ債權取立ノ委託ヲ受タルヲ業トスル者アリ之ヲ「アジェンダフ」ト稱ス我邦ノ周旋屋ノ如キ者ナリ)ニ於テ委任ヲ受ケタル者カ債務者ニ對シテ速ニ請求ヲ爲セハ全部ノ辨濟ヲ得ヘカリシニ其怠慢ニ因リテ請求ヲ爲ササル間ニ債務者タル丙カ無資力ト爲リ爲メニ辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至リタルトキハ乙ハ委任契約ニ因ル義務ノ履行ヲ怠リタル過失アルカ故ニ債權者ニ對シテ之カ賠償ヲ爲ササルヘカラス而シテ其賠償額ハ債務者カ無資力ト爲リタルカ爲メニ支拂フコトヲ得サル金額其他尙ホ損害アレハ其損害額是ナリ此場合ニ於テ丙ハ之ニ因リテ當然其義務ヲ免ルルモノニアラサルカ故ニ法律ニ特別ノ規定ナキ限りハ若シ丙カ幸ニシテ其資産ヲ回復セハ甲ハ丙ニ對シ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘシ是レ普通ノ原則ノ結果ナリ然レトモ前ノ二例ニ於テ債權

者ハ既ニ損害賠償ノ名義ヲ以テ物ノ價額ノ全部若クハ債權額ノ全部ヲ得タルモノナルカ故ニ依然物ノ所有權ヲ有シ又ハ債權ノ全部ヲ保有セルモノトセハ其結果債權者ハ不當ノ利得ヲ爲スニ至ルヘキヲ以テ縱令法律ニ特別ノ明文ナキモ債權者ハ所有物ヲ取戻スコトヲ得タルトキハ前ニ受取リタル價額ヲ返還セサルヘカラス又丙カ資力ヲ回復シテ債務ノ全部ヲ履行シタルトキハ一旦乙ヨリ受取リタル金額ハ之ヲ返還セサルヘカラス然レトモ此ノ如クセハ多クノ場合ニ於テ無用ノ手數ヲ要スヘシ管ニ無用ノ手數ヲ要スルノミナラス其間ニ於テ甲カ無資力ト爲リタルトキハ乙ハ損害ヲ被ルニ至ルヘシ固ヨリ乙ハ不履行ナル過失アリタルニ相違ナキモ甲カ損害ヲ被ラサルニ之ヲ賠償セサルヘカラサルノ理ナシ且結果ヨリ之ヲ觀レハ甲ハ損害ヲ被リタルモノニアラス即チ一時損害ヲ被リタルカ如クナリシモ後日其損害ハ消滅シタルモノナルカ故ニ乙ハ其給付シタルモノヲ返還ヲ請求スルコトヲ得ルハ當然ナリ然ルニ甲カ無資力ナルトキハ乙ニ對シテ返還スルコト能ハサルカ故ニ乙ハ獨リ損害ヲ被ラサルヘカラスシテ甚タ不當ナル結果ニ至ルヲ以テ新民法ハ獨逸民法ニ倣ヒ第

四百二十二條ニ於テ左ノ如ク規定セリ曰ク、以テ得與者ハ債權者ノ債權者、債權者カ損害賠償トシテ其債權ノ目的タル物又ハ權利ノ價額ノ全部ヲ受ケタルトキハ債權者ハ其物又ハ權利ニ付キ當然債權者ニ代位ス、然レモ甲乙丙即チ第一例ノ場合ニ於テ若シ紛失シタル物ヲ發見シタルトキハ乙カ先ニ債權者ニ對シ其代價ヲ支拂ヒ置キタルヲ以テ其物ヲ丙ヨリ取戻シテ自己ノ所有ト爲スコトヲ得ヘタ第二例ノ場合ニ於テハ乙ハ丙ニ代リテ債務ノ辨濟ヲ爲シタルト同一ナルヲ以テ丙カ實力ヲ回復シタルトキハ之ニ對シ直接ニ其履行ヲ請求スルコトヲ得ヘシ是レ畢竟手數ヲ省キ且其結果ヲシテ公平ナラシムルノ精神ニ出テタルモノナリ此規定アルカ故ニ前ニ述ヘタル丙カ乙ノ保管内ニ在リシ物ヲ盜取シテ他ニ賣却シ若クハ典物ト爲シタル場合ニ於テモ丙ニ對スル損害賠償ノ權利ハ乙カ甲ニ代リテ之ヲ行フコトヲ得ヘシ而シテ前ニ論シタル第一第二ノ主義ノ爭モ亦此規定ニ依リテ其必要ヲ失ヒタルモノト謂フヘキナリ

第三款 第三者ニ對スル債權者ノ權利

既に屢述ヘタル如ク債權ナルモノハ人ト人トノ關係ニシテ一定ノ人ヨリ一定ノ人ニ對スルモノナルカ故ニ他人ニ對シテハ效力ヲ有スルモノニアラス例ヘハ子カ他人ヨリ金錢ヲ借リタル場合ニ於テ貸主ハ借主ノ父ニ對シテ其返還ヲ請求スルコトヲ得ス又甲カ乙ニ或土地ヲ賣却シ未タ其代價ヲ支拂アラサル前ニ於テ乙カ更ニ其土地ヲ丙ニ賣却シタル場合ニ於テ甲ハ丙ニ對シ代價ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得ス尤モ或場合ニハ先取特權ノ存スルコトアルモ此ノ如ク債權ナルモノハ人ト人トノ關係ニシテ他人ニ對シテハ效力ヲ及ボササルモノナルヲ以テ當事者ト第三者トヲ區別スルノ必要アリ即チ當事者トハ債權者及ビ債務者ノ謂ニシテ其他ノ者ハ第三者ナリ但茲ニ一ノ注意ヲ要スルハ當事者中ニハ自ラ承繼人ヲ包含スルコト是ナリ故ニ純然タル當事者ト第三者トノ區別ハ多クノ場合ニ於テ明瞭ナルモ承繼人ト第三者トノ區別ニ至リテハ頗ル困難ナル場合アリ承繼人ノ最モ著シキ者ハ所謂包括承繼人即チ權利及ビ義務ヲ併セテ承繼スル者ニシテ相續人ノ如キ是ナリ此相續人アルモノハ少クモ財産上ノ一切ノ權利義務ヲ承繼スルモノニシテ財産權上ニ付テハ當事者ト承繼

人即チ相續人トハ同一人ト看做スモノナリ唯稀ニ相續人カ相續人ノ資格ヲ以テセス自己ノ名義ヲ以テ或權利ヲ主張スル場合ニ於テハ承繼人タラサルコトアルノミ羅馬ノ法律家曰ク相續人ハ當事者ノ人格[○]ベルンナ[○]ノ繼續者ナリト尤モ此譬喩ヲ餘リニ廣ク解スルトキハ非常ナル誤謬ヲ惹起シ之カ爲メニ歐洲ノ學者ハ往往ニシテ誤解ニ陷ル者アレトモ財産上ノ權利義務ニ付テハ適切ナル譬喩ト謂フヘシ然レトモ是レ相續ノ效力ニ關スル問題ナルヲ以テ今茲ニ之ヲ詳論セス唯關係アル條文ヲ舉ケルニ止メン即チ家督相續ニ付テハ第九百八十六條ニ遺產相續ニ付テハ第一千一條ニ規定アリ而シテ相續人カ自己ノ名義ヲ以テ行使スルコトヲ得ル權利例[○]ハ占有ニ付キ相續人カ自己ノ占有ノミヲ主張スルトキハ是レ即チ自己ノ名義ニシテ相續人タルノ名義ニアラス(第一八七條)又相續人カ限定承認ヲ爲ス場合ニ於テハ多少自己ノ名義ヲ以テ行フ所ノ權利アリ其他ノ場合ニ於テハ相續人ハ即チ承繼人ナリ又所謂包括承繼人[○]中ニハ受遺者ナル者アリ例[○]ハ被相續人カ遺言ヲ以テ自己ノ財産ノ全部又ハ一部ヲ他人ニ讓ルノ意思ヲ表示シテ死シタル場合ニ於テハ遺贈ナルモノ成立ス而シ

テ是レ亦包括名義タルコトアリ即チ自己ノ全財産ト云フトキハ勿論(財産ノ半額ト云フモ均シク包括[○]ニシテ權利ノ半額ヲ讓受タルト同時ニ義務モ亦其半額ヲ讓受タルモノナリ)又例[○]ハ或法人ノ財産ヲ一括シテ讓受タルコトアリ現ニ合名會社合資會社等ニ付テハ法律ニ明文アリ即チ商法第八十五條ニ解散ノ場合ニ於ケル會社財産ノ處分方法[○]定款又ハ總社員ノ同意ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得[○]トアリテ此處分方法ハ種種アルヘク會社ノ權利義務ヲ一括シテ讓渡スコトモ亦其一方法タリ例[○]ハ會社カ解散スル場合ニ於テハ普通清算人アリテ清算ヲ爲シ會社ノ取立ヲヘキモノハ之ヲ取立テ支拂フヘキモノハ之ヲ支拂ヒテ殘餘財産ヲ各社員間ニ分配スルヲ常トスルモ是レ大ニ時日ヲ費シ煩雜ナル手數ヲ要スルカ故ニ其煩累ヲ避ケルカ爲メ會社ノ全財産即チ債權債務及ヒ其他ノ財産ヲ包括シテ之ヲ賣買スルコトアリ(信用アル會社ニ在リテハ之ヲ引繼キテ營業ヲ爲ス)ト利益ナルヲ以テ斯ル事實ヲ見ルコト尠カラズ而シテ是レ一箇人ニ在リテモ亦同シキ所ニシテ即チ包括的ノ承繼ナリ其他種種ノ場合アルモ往往ニシテ議論ヲ惹起スルノ虞アルヲ以テ爭ナキ顯著ナル例ヲ舉ケタ

ルノミテ對シテハ其義務ヲ遺棄スルハ其マキニ依テ之ヲ開示スルモノトシテ
 包括承繼人ノ外ニ特定承繼人ナル者アリ例ヘハ不動産ノ所有權ヲ讓受ケタル
 場合ニ於テ其讓受人ハ絕對ノ承繼人ナリト謂フコトヲ得ヌ即チ讓渡人ノ負擔
 セル義務ハ原則トシテ讓受人ニ移轉スルモノニアラス然レトモ法律上當然讓
 受人ニ移轉スヘキ負擔アリ即チ不動産上ニ設定セル物權ノ如キ是ナリ例ヘハ
 其不動産上ニ存セル地上權永小作權地役權留置權先取特權質權抵當權等皆然
 リ此等ノ權利ハ之ヲ登記セハ其不動産所有權ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得
 モノナリ尙ホ法律ノ規定ニ依リ純然タル債權ニシテ亦讓受人ニ對シテ之ヲ行
 コトヲ許シタルモノアリ例ヘハ第二百五十四條ニ於テ共有者ノ一人カ共有物
 ニ付キ他ノ共有者ニ對シテ有スル債權ハ其特定承繼人ニ對シテ之ヲ行フコ
 トヲ得下アリ第二百八十六條末段ニ其義務ハ承役地ノ所有者ノ特定承繼人モ
 亦之ヲ負擔ス下アリ又第五百八十一條ニ於テハ買賣契約ト同時ニ買戻ノ特約
 ヲ登記シタルトキハ買戻ハ第三者ニ對シテモ其效力ヲ生ス下アリカ如ク縱令
 債權ト雖モ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ルモノアリ而シテ右ノ中地役權及ヒ買

戻ニ付テハ登記セサレハ特定承繼人ニ對抗スルコトヲ得サルモ共有ノ場合ニ
 於テハ登記ヲ爲ササルモ特定承繼人ニ對抗スルコトヲ得ヘシ予ハ立法論トシ
 テハ此主義ヲ取ラサルモ現行登記法ニ於テハ疑ヲ容ルヘキ餘地ナシ又貸貸借
 ニ付テモ第六百五條ニ於テ「不動産ノ貸貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後其不
 動産ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生ス下アリテ其權利取得
 者ハ特定承繼人ナリ又或ハ特約ニ依リテ特定承繼人ト爲ルコトアリ即チ讓渡
 契約ニ在リテ讓渡人カ負擔セル普通ノ債務ハ敢テ讓受人ニ移轉セサルヲ原則
 トス然ルニ特約ヲ以テ讓渡人カ其讓渡ノ目的物ニ關シテ負擔セル義務ヲ讓受
 人ニ負ハシメタル場合ニ於テハ其讓受人ハ此義務ニ付テモ特定承繼人タリ例
 ヘハ貸貸借ハ登記ヲ爲スニアラサレハ法律上讓受人ニ對抗シ得ヘキモノニア
 ラサルモ讓渡人カ讓受人ト特約ヲ爲シ登記ナキ貸貸借ヲ承認セシメタル場合
 如シ此場合ニ在リテハ讓受人ハ契約上債務ノ承繼人ニシテ即チ特定承繼人
 ナリ又特定承繼人ニ付キ稍ヤ議論アルハ連帶債務者又ハ保證人ノ場合はナリ
 予ハ或範圍内ニ於テ其特定承繼人タルコトヲ信スレトモ是レ連帶及ヒ保證ノ

性質ヲ説明シタル後ニアラサレハ可解シ難キ事ニ屬スルカ故ニ今茲ニ述ベス以上特定承繼人包括承繼人當事者第三者ニ付キ予ハ常ニ廣キ意味ニ於テ説明セリト雖モ茲ニハ債權債務ノ關係ノミニ付テ論スルキヲ以テ此點ヨリ言ハル相續人受遺者等カ被相續人ノ債權債務ヲ承繼スルモノナルコトヲ記憶スルヲ以テ足り特定承繼人ニ付テモ亦其前者ノ債權債務ヲ承繼スルコトノミヲ記憶セハ可ナリ今特定承繼人カ債權ヲ承繼スル場合ヲ言ヘハ例ヘハ地上權永小作權賃借權ヲ設定セル土地所有權ノ讓受人ハ此等ノ權利ヲ認メサルヘカラスト雖モ此等ノ權利タルハ地代小作料若クハ借貸ヲ支拂フヘキ義務ト密著ナル關係ヲ有スルモノニシテ讓受人ノ權利ヨリ之ヲ觀レハ債權ノ隨伴セルモノナルカ故ニ此債權ニ付テハ讓受人ハ特定承繼人ナリ又純然タル債權又ハ債務ノ承繼人ナル者アリ債權ノ讓受人又ハ債務ノ引受人即チ是ナリ而シテ債權ノ讓渡ニ付テハ後ニ説明スヘキモ債務ノ引受人ニ付テハ法律ニ特別ノ規定ナシ然レトモ之ヲ禁シタルニアラスシテ別ニ規定スルノ要ナシト爲シタルニ由ルノミ獨逸民法ノ如キハ債務ノ引受ヲ規定シテ更改ナルモノヲ規定セスト雖モ更

改テ無効ト認メタルニアラス之ト同シク我民法ニ於テモ亦債務ノ引受ヲ無効ト爲シタルニアラサルナリ即チ甲カ乙ニ對シ一定ノ債權ヲ有シタルニ丙ナル者カ乙ノ債務ヲ引受ケテ自ラ履行ノ責ニ任センコトヲ申込ミタル場合ニ於テ甲カ承諾ヲ爲セハ是レ固ヨリ有效ナリ唯法律カ更改ナルモノヲ認メタルヲ以テ實際其必要ナキノミ斯ク論シ來レハ承繼人ト第三者トノ區別判然タリト雖モ時トシテハ同一人ニシテ承繼人タリ又第三者タルコトアリ相續人ニ付テスラ猶ホ且此二種ノ資格ヲ有スルコトアルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ然レトモ是レ極メテ稀ナル場合ニシテ別ニ困難ナル問題ヲ生スルコトナキモ特定承繼人ニ在リテハ一面ヨリ之ヲ觀レハ皆第三者ナリ唯觀察ノ點ヲ異ニスルニ依リテ或ハ特定承繼人ト爲リ或ハ第三者ト爲ルノミ今一例ヲ舉ケレハ前ニ述ヘタル所有權ノ讓受人ハ法律ニ特定メタル權利ニシテ登記シアルモノニ付テハ特定承繼人ナルモ若シ同一ノ權利カ登記シアラサルトキハ此讓受人ハ第三者ニシテ特定承繼人ニアラス(第一七七條)即チ後ノ場合ニハ所謂第三者中ニ讓受人ヲ包含セリ此一事ニ依リテ之ヲ觀ルモ第三者ト承繼人トノ區別ノ困難ナル

コトハ略ホ推知スルコトヲ得ヘキナリ債權ノ讓渡ニ付テモ亦同シ債權讓渡ニ付テハ第四百六十七條ニ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其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス下アリ即チ甲カ乙ニ債權ヲ讓渡シタル場合ニ於テ甲カ右ノ手續ヲ爲シタルトキハ乙ハ其權利ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルノ結果丙カ更ニ甲ヨリ之ヲ讓受タルモ丙ハ乙ノ權利ヲ認メサルヘカラサルヲ以テ此點ヨリ之ヲ觀レハ丙ハ承繼人ナリ換言スレハ甲ハ乙ノ權利ヲ認メサルコトヲ得ス然ルニニシテ甲ヨリ債權ヲ讓受ケタル丙モ亦乙ノ權利ヲ認メサルコトヲ得ス然ルニ若シ乙ノ權利カ第四百六十七條ノ手續ヲ缺キタルモノナルトキハ丙ハ即チ第三者ニシテ乙ノ權利ヲ認メサルコトヲ得ヘシ是レ甚タ區別ノ困難ナル所以ナリ「ボリツナード」氏ノ如キハ之ヲ區別スルノ主義ヲ採ラスシテ斯ル場合ニ於テハ概シテ「特定承繼人」ナル文字ヲ使用セリ例ヘハ舊民法財産編第三百四十七條ニハ「記名證券ノ讓受人ハ債務者ニ其讓受ヲ合式ニ告知シ又債務者カ公正證書若クハ私署證書ヲ以テ之ヲ承諾シタルニ非サレハ自己ノ權利ヲ以テ讓渡人ノ

承繼人及ヒ債務者ニ對抗スルコトヲ得ストアリ而シテ此承繼人ナルモノハ新民法ニ所謂「第三者」ニ當レリ又證據編第五十條第二項ニハ然レトモ當事者ノ債權者及ヒ特定承繼人カ當事者ト約定スルニ當リ反對證書アルヲ知リタルコトヲ證スルニ於テハ之ヲ以テ其債權者及ヒ承繼人ニ對抗スルコトヲ得トアリ此「特定承繼人」ナルモノモ亦新民法ニ所謂「第三者」(第九四條第二項)ニ當ルモノニシテ「ボリツナード」氏ノ意ハ或點ニ於テ「特定承繼人」ト謂ヒ得ルモノハ法律上悉ク「特定承繼人」トスル主義ナルモ予ハ是レ甚タ穩當ナラスト信ス蓋シ他人ノ權利ノ承繼人ト謂フトキハ必ス法律上同一人ト看做スヘキ場合ニ限ルモノニシテ前者ノ權利ヲ承繼シタルニアラスシテ獨立ノ權利ヲ有シ前者カ負擔セル義務モ之ヲ負擔セス前者カ認ムヘキ權利モ之ヲ認メサルコトヲ得ル者ハ承繼人ニアラスシテ第三者ナリ故ニ新民法ニ於テハ舊民法ト正反對ノ主義ヲ採レリ是レ歐洲ノ立法例ニ於テモ亦普通トスル所ナリ即チ當事者ニアラサル者ハ總テ之ヲ「第三者」ト稱スルヲ本則トシ其者カ承繼人ノ地位ニ立ツトキノミ之ヲ承繼人ト稱セリ契約ニ付テ言ヘハ茲ニ一ノ契約アリ之ニ關係ナキ者ハ皆第三者

ナルモ或問題ニ付テ其效力カ承繼人ニ對シテモ行ハルヘキ場合ニハ承繼人ト曰ヒ又或場合ニ於テ或者カ權利ヲ承繼シタルコトヲ言フノ必要アルトキハ特ニ承繼人ト曰ヘリ是レ法文ヲ咀嚼スルトキハ自ラ會得スル所アルベシ即チ第三者ト謂フトキハ當事者以外ノ者ヲ指シ承繼人ト稱スルトキハ或權利ヲ承繼キタル人ト云フ意味ニ此文字ヲ使用セリ今二三ノ例ヲ擧タレハ例ヘハ第二百二十條ニハ「取消シ得ヘキ行為ハ無能力者若クハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者其代理人又ハ承繼人ニ限リ之ヲ取消スコトヲ得」アリテ此承繼人ノ中ニハ固ヨリ特定承繼人ヲ包含シ而シテ保證人モ亦此點ニ付テハ特定承繼人ナルカ故ニ此中ニ包含セラルルモ通常ノ場合ニ在リテハ保證人ハ第三者ナリ又第四百十八條ニハ「前條ノ時效中斷ハ當事者及ヒ其承繼人ノ間ニ於テノミ其效力ヲ有ス」アリテ此承繼人中ニハ特定承繼人ヲ包含シ而シテ其特定承繼人ナル者ノ中ニハ債權ノ讓受人ヲ包含ス是レ「權利ヲ承繼ク」下ノ意味ニ於テ云フモノナリ又第二百條第二項ニモ承繼人ナル文字ヲ使用セリ即チ「占有回收ノ訴ハ侵害者ノ特定承繼人ニ對シテ之ヲ提起スルコトヲ得」但シ其承繼人カ侵害ノ事實ヲ知

リタルトキハ此限ニ在ラス」トアリ而シテ此場合ニ於テハ所謂特定承繼人ハ恰モ第三者ノ如ク見ユルモ是レ亦特定承繼人ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ訴ノ方面ヨリ之ヲ言ヘハ第三者ナルモ畢竟侵害者ノ權利ヲ承繼シタル者ナレハナリ此ノ如ク特ニ必要アルトキノ外ハ「承繼人」ナル文字ヲ使用セスシテ「第三者」ナル文字ヲ使用セリ

尙ホ之ニ付テ決定セサルヘカラザル稍ヤ重大ナル一問題アリ他ナシ債權者何タルコト是ナリ佛蘭西法ニ於テハ債權者ヲ以テ包括承繼人ト爲シ我舊民法モ亦之ニ倣ヘリ其理由ハ債權者ハ債務者カ新ニ財產權ヲ取得スレハ之カ爲メニ利益ヲ受クヘク之ニ反シテ債務者カ新ニ義務ヲ負擔スレハ債權者ノ損失ト爲ルモノナリ例ヘハ債務者カ新ニ或財產ヲ取得シタルトキハ債權者ハ其代價ニ依リ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキカ故ニ此點ヨリ觀レハ利益ヲ受タルモノナリ又債務者カ新ニ負債ヲ起シタルトキハ債權者ハ從來一人ニテ債務者ノ財產ヨリ辨濟ヲ受タルコトヲ得ヘカリシニ更ニ債權者ヲ生シタルカ爲メ新債權者ト共ニ債務者ノ財產ヲ分タサルヘカラスシテ前ノ債權者ハ損失ヲ被ルニ至ル

カ故ニ債權者ハ債務者ノ承繼人ナリト云フニ在リ固ヨリ利益ヲ承繼スルノ意味ニ於テ之ヲ承繼人ト云ヘハ決シテ不當ナルコトナカラント信スレトモ權利其モノヲ承繼人ト云フノ意味ニ於テ之ヲ使用スルトモハ如ル不當ナリト謂ハナルヘカラス何トナレハ債務者ノ權利カ直チニ債權者ノ權利ト爲リ債務者ノ義務カ直チニ債權者ノ義務ト爲ルニアラスシテ他ノ承繼人トハ自ラ其趣ヲ異ニスレハナリ即チ他ノ承繼人ニ在リテハ利害ヲ承繼スルトノ意ニアラスシテ權利義務ヲ承繼スルモノナリ故ニ自ラ其性質ヲ異ニシ唯債權者ハ債務者ノ財産ニ付テ利益ヲ受ケ債務者ノ負債ニ付テ損失ヲ受クルニ止マルカ故ニ新民法ハ之ヲ承繼人ト看做サスシテ第三者中ニ包含セシメ而シテ法律ノ規定中債權者ニ適用スヘキモノハ特ニ債權者ト明言セリ例ヘハ組合ノ規定中第六百七十五條ニハ「組合ノ債權者ハ其債權發生ノ當時組合員ノ損失分擔ノ割合ヲ知ラザリシトキハ各組合員ニ對シ均一部分ニ付キ其權利ヲ行フコトヲ得トアリテ次條即チ第六百七十六條ニハ「組合員カ組合財産ニ付キ其持分ヲ處分シタルトキハ其處分ハ之ヲ以テ組合及ヒ組合ト取引ヲ爲シタル第三者ニ對抗スルコトヲ

得ス」トアリ而シテ其所謂第三者ナルモノハ概チ債權者ナリ民法中新ル文例ハ勢カラス第四十五條第二項ニモ「法人ノ設立ハ其主タル事務所ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ他人ニ對抗スルコトヲ得ス」トアリテ他人」トハ多クハ債權者ナリ第四十九條第二項亦然リ而シテ債權者ノミニ必要アルカ爲メ特ニ債權者ト明言セルハ第七十條第一項ノ如キ是ナリ曰ク「法人カ其債務ヲ完済スルコト能ハサルニ至リタルトキハ裁判所ハ理事者タハ債權者ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ破産ノ宣告ヲ爲ス」ト此ノ如ク債權者ノミニ關スル規定ニハ明カニ「債權者」ト曰ヒ他ノ者ト共ニ債權者ヲ含ム規定ニハ多クハ「利害關係人」若クハ「第三者」トアリ第七十五條第七十六條等ニ於テハ「利害關係人」トアリ而シテ主トシテ債權者ヲ包含セリ商法ニ於テモ其例甚タ多シ要スルニ新民法ニ於テハ債權者ハ第三者ニシテ承繼人ニアラス是レ債權者ハ利害ヲ承繼スルモ權利義務ヲ承繼スル者ニアラサレハナリ

以上ハ債權ノ效力ニ關スル原則ナリ之ヲ約言スレハ債權ハ當事者及ヒ承繼人ノ間ニ於テハ效力アルモ第三者ニ對シテハ效力ナシ而シテ之ニ對シテハ二種

ノ例外アリ即チ一ハ其效力カ承継人ニ及ハサル場合ニシテ他ノ一ハ其效力カ
 第三者ニ及フ場合はナリ
 第一 債權ノ效力カ承継人ニ及ハサル場合ハ所謂債權者又ハ債務者ノ一身ニ
 專屬スル所ノ權利義務是ナリ例ヘハ債權者カ終身他人ヨリ扶養セラルル權利
 ヲ有スルトキハ是レ債權者ノ一身ニ專屬スル權利ニシテ相續人其他ノ承継人
 ニ移轉セザルモノナリ又債務者カ或人ヲ終身扶養スルノ義務ヲ負ヘルトキハ
 是レ債務者ノ一身ニ專屬スルモノニシテ相續人ニ移轉セザルモノナリ尙ホ之
 ニ付テハ贈與ニ關スル規定タル第五百五十二條ニ定期ノ給付ヲ目的トスル贈
 與ハ贈與者又ハ受贈者ノ死亡ニ因リテ其效力ヲ失フトアリテ定期ノ給付ヲ目
 的トスル贈與ハ相續人其他ノ承継人ニ移轉セザルモノトシ又雇傭契約ニ在リ
 テモ勞務者ハ使用者カ死亡シタル場合ニ於テ仍ホ其相續人ニ對シテ勞務ニ服
 スヘキコトヲ約シタルモノニアラス又勞務者カ死亡スルトキハ其相續人カ代
 リテ勞務ニ服センコトヲ約シタルモノニアラス故ニ此等ノ場合ニ於テハ總テ
 權利義務ハ承継人ニ移轉セス其他契約ニ因リテ特ニ一身ニ屬スル權利トシ義

務トシテ定メタルモノハ承継人ニ移轉セス固ヨリ多少ノ疑問ヲ生スルコトア
 ルヘシト雖モ是レ事實問題ニシテ原則トシテハ右ニ述ヘタルカ如シ
 第二 債權ノ效力カ第三者ニ及フ場合即チ(一)間接訴訟權(二)取消訴訟權廢除訴訟權即
 チ羅句語ノ「アクシヨ、パウリヤ、ナ」佛語ノ「アクシヨ、ン、ボー、リ、エ、ン、ス」或ハ獨逸語ノ
 「パウリヤ、ニコシ、ミ、ク、ラ、ー、グ」是ナリ蓋シ債權ノ效力カ第三者ニ及フ場合ハ其第
 三者ハ通常特定承継人ナリ然ルニ今茲ニ論セント欲スル所ハ之ト異ニシテ債
 權ノ效力カ純然タル第三者ニ及フ場合ナリトス然リ而シテ第一ノ間接訴訟權ハ
 債權者カ債務者ニ代リテ其權利ヲ第三者ニ對シテ行使スルモノニシテ間接ニ
 債權ノ效力カ第三者ニ及ヒ第二ノ取消訴訟權ハ債權者カ法律ニ由リテ與ヘラレ
 タル自己ノ權利トシテ第三者ニ對シテ行使スルモノナリ請フ左ニ之ヲ分説セ
 ン
 (一) 間接訴訟權
 間接訴訟ナルモノハ前ニ一言シタル如ク債權者カ債務者ノ權利ヲ代リ行フ權
 利ナリ舊民法佛蘭西法等ニ於テハ債權者カ此權利ヲ有スルコトヲ理由トシテ

債權者ハ債務者ノ承継人ナリトセリ然レトモ此權利ハ本來強制執行ノ權利ト
 其性質ヲ一ニスルモノナリ民法第四百二十三條ニ曰ク「債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ其債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得
 但債務者ノ一身ニ專屬スル權利ハ此限ニ在ラス」
 債權者ハ其債權ノ期限カ到來セザル間ハ裁判上ノ地位ニ依ルニ非テハ前
 項ノ權利ヲ行フコトヲ得ス但保存行爲ハ此限ニ在ラス
 此權利ヲ行フニハ二箇ノ條件ヲ必要トス
 第一條件 債權者カ自己ノ債權ヲ保全スル爲メ必要ナルコトヲ要ス
 ハ債務者カ第三者ニ對シテ債權ヲ有スル場合ニ於テ其第三者カ債務ノ履行ヲ
 爲セハ債權者ハ之ニ依リテ辨濟ヲ受クルノ便利アリ故ニ強制執行ノ方法トシ
 テハ所謂差押又ハ支拂差止ナルモノヲ許セリ即チ債權者ハ裁判所ノ命令ヲ以
 テ其第三者ニ對シテ債務者タル其債權者ニ支拂ヲ爲スコトヲ禁セシメ己ノ自
 ラ其辨濟ヲ受クルノ權利アリ然ルニ間接訴權ニ在リテハ強制執行ノ方法ニ依
 ラスシテ尙ホ右ト同一ノ結果ヲ受クルコトヲ得ヘシ唯強制執行ニ由ルニアラ

サレハ第三債務者ニ對シ支拂ノ差止ヲ爲スコトヲ得ス此點ハ二者相異ナル所
 ナレトモ大體ノ原則ハ同一ニシテ債權ノ目的カ金錢其他ノ財産ナル以上ハ債
 權者ハ此間接訴權ニ依リテ自己ノ辨濟ヲ受クルノ便利ヲ得ルモノトス次ニ債
 務者ノ權利カ時効ニ因リテ將ニ消滅セントスル場合ニ於テ若シ之ヲ放擲シ置
 ケハ債務者ノ財産ヲ減シ隨テ債權者カ損失ヲ被ル虞アルカ故ニ時効中斷ノ方
 法即チ債務者ニ代リテ催告ヲ爲シ其權利ノ消滅ヲ防クコトヲ得尙ホ理論上ヨ
 リ言ヘハ債務者ノ權利カ登記スヘキモノナルニモ拘ラス未タ登記ヲ經サル爲
 メ何時第三者カ權利ヲ取得シテ之ヲ登記シ債務者ノ權利ヲ水泡ニ歸セシムル
 カ知ルヘカラサル虞アル場合ニ於テハ債務者ニ代リテ登記ヲ爲スコトヲ得ヘ
 キ管ナリ是レ蓋シ債務者ノ財産ヲ保存スルノ方法ニシテ債權者カ自己ノ債權
 ノ辨濟ヲ受クルコトヲ確保シ即チ自己ノ權利ヲ保全スル爲メニ必要ナル事項
 ニ屬ス唯此場合ニ於テハ登記法ニ定メタル手續ヲ踐マサルヘカラサルヲ以テ
 事頗ル煩雜ニ涉ルト同時ニ實際ノ疑問ヲ惹起スルヤモ知ルヘカラスト雖モ登
 記法第三十五條ニ「登記ヲ申請スルニハ左ノ書面ヲ提出スルコトヲ要ス」(中略)

五 代理人ニ依リテ登記ヲ申請スルトキハ其權限ヲ證スル書面云云トアリ登記ノ申請ナルモノハ權利者義務者雙方ヨリ之ヲ爲シ而シテ各自本人ヨリ申請スルヲ以テ本則トスルモ代理人ヲ以テモ亦之ヲ申請スルコトヲ得(ヘシ)又第三十六條ニ申請書ニハ左ノ事項ヲ記載シ申請人之ニ署名捺印スルコトヲ要ス(申略四) 代理人ニ依リテ登記ヲ申請スルトキハ其氏名住所云云トアリ故ニ予ハ右ノ場合ニ於テハ債權者カ債權者タルコトヲ證シ得ル證書多クハ債權證書ヲ添ヘ債權者自ラ申請書ニ署名シ債務者ノ代理人タルコトヲ附記セハ可ナラント信スレトモ債權者タルコトノ證明ニ付テハ實際多少ノ疑問ヲ生スヘク加之登記官吏カ民法ト登記法トノ關係ヲ明カニ了得シテ予ノ説ヲ採用スルヤ否ヤハ問題ナリ故ニ予ハ登記法中ニ此事ヲ明カニ規定セザリシヲ最モ遺憾トスル者ナリ

此自己ノ債權ヲ保全スル爲メテ爾條件ノ具備セサル一ノ例ヲ言ヘハ債務者カ第三者ニ對シテ或法律行爲ノ委任ヲ爲シタルニ第三者カ委任事項ヲ履行セザル場合ニ於テ債權者ハ債務者ニ代リテ其委任事項ヲ履行スヘキコトヲ受任者

ニ對シテ請求スルカ如キハ極メテ稀ナル場合ニ於テハ所謂債權保全ノ爲メナルコトアルヘント雖モ通常債權保全ノ爲メ必要ナリト謂フコトヲ得ス蓋シ委任ノ結果債務者ノ財産増殖スルヤモ知ルヘカラスト雖モ是レ頗ル間接ノ結果ニ屬シ受任者カ委任事項ヲ履行セザルカ爲メニ債權者ノ債權ヲ危クスルモノト謂フコトヲ得タレハナリ

第二條件 債○者○一○身○專○屬○セ○ザ○ル○權○利○ナ○ル○コ○ト○ヲ○要○ス○ 前ニ述ヘタル彼ノ承繼人ニ及ハサル權利トシテ掲ケタルモノハ皆一身ニ專屬スル權利ニシテ債權者カ代リ行フコトヲ得ザルモノナリ例ヘハ扶養ノ權利ノ如キ是ナリ蓋シ債務者カ扶養權利者ナル場合ニ於テ債權者カ債務者ニ代リテ其權利ヲ行フコトヲ得ハ自己ノ債權ヲ保全スル上ニ於テ甚タ便利ナルコト固ヨリ言フヲ俟タルモ若シ此ノ如クセハ債務者ハ之カ爲メニ餓死スルニ至ルヤモ知ルヘカラスト故ニ縱令債權ヲ保全スルニ付キ有益ナルモ債權者ハ此等ノ權利ヲ代リ行フコトヲ得ザルモノトセリ

間接訴權ヲ行フニ付テハ通常右二箇ノ條件ヲ具備スレハ可ナルモ若シ債權者

期限未到来モザルトキハ尙ホ一ノ條件ヲ要ス即チ裁判上ノ代位是ナリ非
 訟事件手續法第七二條以下参照蓋シ期限到来以前ニ於テハ債權者ハ債務者ヲ
 度外ニ措キ其權利ヲ代行フハ甚タ大早計ト謂フヘク債權者ヲシテ自由ニ之
 ヲ行ハシムヘキニアラス唯裁判所ニ於テ調査ヲ爲シタル上特ニ必要アリト認
 メタルトキニ於テ之ヲ許スヘキノミ非訟事件手續法第七二條而シテ其認定ハ
 裁判所ノ自由ノ判斷ニ在ルモノトス但保存行爲ナルモノハ性質上速ニ行ハサ
 レハ損失ヲ屢スヘク隨テ債權保全ノ爲メニ必要ナルコト明カナリ即チ前ニ述
 ヘタル時效中斷若クハ登記ノ如キ是ナリ此ノ如キ行爲ハ一日遅延スレハ忽チ
 其權利ヲ失フニ至ルヤモ測ルヘカラサルモノナルカ故ニ裁判上ノ代位ヲ俟テ
 ス直チニ之ヲ行フコトヲ得ヘシ又保存行爲ハ修繕等ヲ含ムモノト信ス
 以上ヲ以テ間接訴權ヲ説キ了レリ之ヨリ進ミテ廢罷訴權ニ付キ説明センヤ
 (二) 取消訴權廢罷訴權
 茲ニ取消訴權又ハ廢罷訴權ト稱スルハ羅馬法ニ「パウリヤナ、アタクシ」ト稱スル
 モノニシテ羅馬法ニ於テハ不法行爲ノ一場合ニ屬シ夙ニ此訴權ヲ認メタリ蓋

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

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

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

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

(甲) 廢罷訴權ノ條件

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

シタル義務拋棄又ハ讓渡ニ付キ其損害ヲ受ク但債權者ノ權利ヲ詐害スル行為ハ此限ニ在ラス債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知りテ自己ノ財産ヲ減シ又ハ自己ノ債務ヲ増シタルトキハ之ヲ詐害ノ行為トス。規定シ第一項但書ノ詐害行為ノ場合ノミハ債權者ヲ害セサルコトト定メ而シテ債務者ヲ害スルコトヲ知りテ自己ノ財産ヲ減シ又ハ債務ヲ増スモノハ次條ニ於テ廢罷訴權ト名ケ之ニ依リテ其行為ヲ取消スコトヲ得ヘキモノトシタリ此第三百四十條ノ解釋ニ付テハ多少不明ナル點アルモ之ヲ一讀セハ廢罷訴權ノ極メテ普通ナル場合ヲ想像シタルモノノ如シ而シテ(普通ノ場合)トハ債務者カ現在ハ無資力ニアラスシテ纔ニ自己ノ債務ヲ辨済スルノ財産ヲ有スルモ或法律行為ノ爲メニ其財産ノ全部又ハ一部ヲ失ヒ其結果債權者カ完全ナル辨済ヲ受クルコトヲ得サルニ至リタルトキ即チ債務者カ無資力ト爲リタル場合又ハ債務者カ既ニ無資力ニシテ到底各債權者ニ對シテ完全ナル辨済ヲ爲スコト能ハサル場合例ヘハ現在一萬圓ノ財産アリ而シテ二萬圓ノ負債アレハ之ヲ各債權者ニ分ツトキハ各半額ノ辨済ヲ得ヘシ然ルニ若シ債務者カ五千圓ノ價格アル財産ヲ失フトキハ

殘額五千圓ト爲ルヘキカ故ニ各債權者ハ僅ニ四分ノ一ノ辨濟ニアラサレハ受クルコトヲ得サルニ至リ債權者ハ大ニ損害ヲ被ルヘシ面シテ此ノ如キ場合ハ舊民法財産編第三百四十條ニ所謂自己ノ財産ヲ減シタル文字中ニ包含スヘシ又債務者カ自己ノ財産ヲ以テシテハ到底完全ナル辨濟ヲ爲シ能ハサルコトヲ知リナカラ他人ヨリ金銭ヲ借リタル場合例ヘハ債務者カ貸主ト通謀シテ一萬圓ノ證書ヲ作成シ面シテ實際五千圓ヲ受取り更ニ高率ノ利息ヲ附シ縱令強制執行ニ遭フモ右證書面ノ金額即チ一萬圓ニ對シテ辨濟ヲ受ケシメ隨テ全額ノ辨濟ヲ得レハ五千圓ノ利益ヲ得セシメ或ハ債務者ノ財産カ債務總額ノ十分ノ七ヲ辨濟シ得ル場合ニ於テ一萬圓ノ證書ニ對シテ五千圓ヲ受取りナカラ七千圓ヲ得セシメ二千圓ノ利益ヲ貸主ニ與フルカ如キ場合ハ同條ニ所謂自己ノ債務ヲ増シタル場合ニ屬スルモノニシテ即チ詐害行爲ナリ此ノ如ク新ニ金銭ヲ借入ルルカ如キ場合ニ於テハ事實上困難ナル問題ヲ生スルコト多ク而シテ通常ノ詐害行爲ノ外ニ純然タル詐欺ノ存スルモノナルカ故ニ其範圍内ニ於テハ法律行爲成立セズ即チ前例ノ場合ニ於テ實際一萬圓ヲ借入レタルニ之ヲ借入

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

有資力者ナル場合ニ於テハ未タ其財産ヲ減シタリト謂フコトヲ得ス然レトモ其債權者ヲ害スル點ニ至リテハ疑ナキ所ナリ何トナレハ債權者カ得ント欲シタル債權ヲ得ルコト能ハサルニ至レハナリ此場合ニ於テモ廢罷訴權ヲ適用スルカ曰ク之ヲ區別セザルヘカラス不動産上ノ物權又ハ貸借權ノ設立ノ場合ニ於テ初ノ債權者カ登記ヲ爲スマテハ其債權ヲ第三者ニ對抗スルコト能ハサルカ故ニ廢罷訴權ナシト雖モ其他ノ場合ニ於テハ廢罷訴權アリト謂ハサルベラス新民法ハ廣キ文字ヲ用ヒタルヲ以テ予ハ此ノ如キ行爲ヲ含ムモノト信ス尙ホ此點ハ次ニ論スヘシ

舊民法財産編第三百四十條ハ尙ホ他ノ點ニ於テ缺點アリ同條ニハ「債務者カ自己ノ財産ヲ減シタルトキ」トアレトモ相當ノ代價ヲ以テ不動産ヲ賣却シタル場合ニハ不動産ヲ金錢ニ換ヘタルマテニテ財産ヲ減シタルモノト謂フコトヲ得ス然ルニ此場合ニ於テ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得ストモ此制度ノ效能ハ殆ト其過半ヲ減スルニ至ルヘシ廢罷訴權ニ付テハ實際其目的物カ不動産ナル場合ニアラサレハ殆ト問題ト爲ラス又其最モ頻繁ニ起ルハ賣買及ヒ贈與ニ因ル場

合ナリトス蓋シ不動産ヲ賣却シタル場合ニ於テハ其代價ハ一旦債務者ノ財産ト爲ルヲ以テ財産ノ總額ヨリ之ヲ言ヘハ敢テ増減ナキモ不動産ニテ存スレハ債權者ハ之ヲ差押ヘ之ニ依リテ辨濟ヲ受タルコトヲ得ルニ反シ金錢ハ債務者ノ手ヲ離レ易キモノナルヲ以テ債權者ヨリ之ヲ觀レハ恰モ財産トシテ存セザルニ等シ隨テ此廢罷訴權ヲ行フコトヲ得サルヘカラス是レ舊民法ノ趣旨ニ於テモ亦認メタル所ナルヘシ

唯茲ニ注意スヘキハ不動産ヲ賣却シテ未タ其代價ノ支拂ヲ受ケス而シテ其賣買カ相當代價ヲ以テシタルモノナル場合ニ於テハ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得サルコト是ナリ蓋シ債權者ハ買主ニ對シテ債務者ノ債權ヲ差押ヘ其代價ヲ自己ニ支拂ハシムルトキハ損害ヲ被ラサルヲ以テ債權者ヲ害スルト謂フコトヲ得サレハナリ故ニ廢罷訴權ノ目的タルヘキ賣買ハ既ニ現金ヲ支拂ヒタルトキ若クハ不相當ノ廉價ヲ以テ之ヲ賣却シタルトキニ限ルモノト知ルヘシ

尙ホ一ノ注意スヘキハ予ノ解釋ニ據レハ新民法ノ規定ハ最モ廣クシテ苟モ債權者ヲ害スルモノナレハ第一ノ條件ヲ充タスモノト爲リ其結果特定物ニ關ス

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

又ハ自己ノ債務ヲ増シタルトキヲ最モ多シトス

第二條件 債務者ノ惡意ナルコトヲ要ス 債務者カ其法律行爲ニ因リテ債權者ヲ害スルコトヲ知ラスシテ爲シタルトキ即チ自己ノ財産ヲ十分ニ調査セシメシテ不動産ヲ賣却シタル場合ノ如キハ廢罷訴權ノ適用ヲ受タルコトナキモ債務者カ債權者ヲ害スヘキコトヲ知リナカラ之ヲ賣却シタルトキハ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得ヘシ其理由ハ若シ此ノ如ク規定セサレハ法律行爲ハ安全ニ行ハルルコトヲ得ス即チ債務者ハ常ニ先ツ自己ノ財産目錄ヲ調製シタル後ニアラサレハ法律行爲ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルヘケレハナリ此條件ハ各國ノ法律皆必要トセル所ニシテ新民法ニ於テハ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタルト言ヘルカ故ニ取消權ヲ行ハントスル者ハ債務者ノ惡意ナリシコトヲ證明セサルヘカラス是レ實際困難ナル事ニ屬スト雖モ復タ已ムヲ得サルナリ

第三條件 其法律行爲ノ相手方又ハ轉得者ノ惡意ナルコト即チ其行爲カ債權者ヲ害スヘキコトヲ知レルコトヲ要ス、有債行爲ニ付テハ惡意ヲ必要トスルコト古來認メラレタル所ナルカ故ニ疑ナキモ無債行爲ニ付テハ羅馬法及ヒ佛

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

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

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

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

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

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

新民法ニ於テハ既ニ第一次ノ取得者ニ付テ有償無償ノ區別ヲ爲ササルカ故ニ轉得者ニ付テモ亦之カ區別ヲ設ケス此點ハ條理ヲ貫徹シタルモノト謂ハサルヘカラス即チ初ノ買主若クハ受贈者カ惡意ニシテ又其者ヨリ買受ケ若クハ貰受ケタル轉得者モ惡意ナルトキハ債權者ハ此兩者ニ對シテ取消權ヲ行フコトヲ得ヘシ唯實際ニ於テハ初ノ買主又ハ受贈者ハ現ニ財產ヲ有セサルヲ以テ之ニ對シテ訴ヲ起スモ直接ノ效果ヲ得ルコト能ハサルカ故ニ轉得者ヲ相手方トシテ訴ヘサルヘカラス至ルヘシト雖モ理論上ヨリ之ヲ言ヘハ債權者ノ選擇ニ從ヒ或ハ兩人ヲ相手取り或ハ其中一人ヲ相手取ルコトヲ得ヘシ(實際ハ兩人ヲ相手取ルコト多カルヘシ)

茲ニ疑ノ生スヘキモノアリ他ナシ初ノ取得者ト轉得者ト善意惡意ヲ異ニスル場合はナリ先ツ初ノ取得者カ惡意ニシテ轉得者カ善意ナル場合ヲ想像セシニ此場合ニ於テハ其惡意ナル第一次ノ取得者ニ對シテ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得ヘシ然レトモ財產ヲ取戻スコトヲ得ス何トナレハ既ニ轉得者カ善意ヲ以テ取得シタルモノナルカ故ニ之ヲ侵スコトヲ得サレハナリ故ニ第一次ノ取得者ハ

初ノ買買若クハ贈與カ取消サレタル結果債務者ヨリ買受ケ若クハ貰受ケタル物ヲ返還スル義務ハ之ヲ負ハサルヘカラスト雖モ實際其義務ヲ盡スコト能ハサルヲ以テ結局損害賠償ノ責任ヲ負フヘキモノナリ而シテ第一次ノ取得者カ十分ノ實力アルトキハ債權者ハ之カ爲メニ損害ヲ被ルコトナカルヘキモ若シ第一次ノ取得者ニシテ無實力ナラシカ復タ如何トモスルコト能ハス固ヨリ一厘ノ賠償ヲモ得サルコトハ極メテ稀ナルヘシト雖モ債權者カ十分ノ満足ヲ得ルコトハ到底望ムヘカラス次ニ轉得者カ惡意ニシテ初ノ取得者カ善意ナル場合はレ甚タ稀ナル場合ナレトモ想像シ得サルニアラスハ如何ト云フニ「ボツッソナード」氏ハ其民法草案註釋ニ於テ此場合ニ於テハ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得スト曰ヘリ是レ蓋シ舊民法財產編第三百四十二條第一項ニ於テハ無償行爲ニ付テハ相手方ノ善意惡意ヲ問ハサルモ有償行爲ニ付テハ相手方カ惡意ナルトキニアラサレハ廢罷訴權ノ行ハレサルコトヲ規定シ第二項ニ於テ轉得者アル場合ニ於テハ轉得者カ惡意ナラサルヘカラストセルカ故ニ解釋上右ノ論結ヲ生スルニ至ルヘシ即チ初ノ取得者カ善意ナルトキハ縱令轉得者カ惡意ニテ取

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

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

ヘキ事實ヲ知ラザリントキハ此限ニ在ラスト規定セリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ第一取得者又ハ轉得者ノ孰レカ一方カ善意ナルトキハ法律行為ハ取消スコトヲ得サルモノノ如シ故ニ此點ニ於テハ他ノ例ト異ナルコトナシ世ニ往往反對說ナキニ非ス予モ一時反對說ヲ採リタルモ其謬レルヲ悟レリ

第四條件 裁判所ニ請求スルコトヲ要ス

新民法ニ於テハ通常ノ取消權ノ行使ハ意思表示ニ依リテ之ヲ爲スヲ本則トシ無能力者ノ取消權詐欺又ハ強迫ニ因ル法律行為ノ取消權等皆然リ然ルニ廢罷訴權ノ場合ニ於テハ裁判所ニ請求スルニアラザレハ取消スコトヲ得ス是レ羅馬法以來認ムル所ニシテ大ニ理由アリ元來他人ノ法律行為ヲ取消スハ頗ル變則ナルコトニ屬ス固ヨリ當事者ノ一方カ無能力者ナルカ又ハ當事者ノ一方ノ意思表示ニ瑕疵アルカ爲メ其無能力者若クハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者ヨリ法律行為ヲ取消スハ決シテ怪シムニ足ラサルモ甲乙間ニ成立シタル法律行為ヲ丙カ之ヲ取消スハ非常ナル變則ナルカ故ニ法律ニ定メタル特別ノ條件ヲ充タスニアラザレハ之ヲ許スヘキモノニアラス抑モ取消ナルモノハ直接間接ニ第三者ニ影響ヲ及ホスモノニ

シテ時トシテハ其結果甚ダ望マシカラサルコトニ至ルモノナリ蓋シ一旦成立シタル法律行為ヲ取消シテ初ヨリ全ク成立セザリシモノト看做スモノナルカ故ニ果シテ法律上ノ條件ヲ充タセルヤ否ヤ裁判所ヲシテ之ヲ調査セシムル必要アリ然ラスンハ通謀ニ由リテ取消權ヲ濫用若クハ害用スルコトナシト謂フヘカラス例ヘハ債權者債務者通謀シテ純然タル詐害行為ニアラサルモノヲ取消スコトアリ又或ハ債權者債務者及ヒ法律行為ノ相手方カ通謀シテ法律行為ヲ取消シ相手方ノ債權者ヲ害スルコトアリ斯ルコトハ往往ニシテ生スヘキモノナルヲ以テ裁判所ニ於テ之ヲ調査スルニアラザレハ其詐欺ナルカ又ハ法律上ノ條件ヲ具備セルカヲ正確ニ知ルコト能ハス故ニ裁判所ニ請求シテ取消スコトヲ要スト爲シタルナリ

以上ヲ以テ廢罷訴權ノ條件ヲ説明シ了レリ終ニ尙ホ一ノ説明ヲ要スルコトアリ蓋シ廢罷訴權ナルモノハ畢竟債權ナル財産權ヲ保護スル爲メモノナルカ故ニ詐害行為ハ財産上ノ行為ナルコトヲ要シ身分上ノ行為ニ付テハ縱令其結果カ財産上ニ影響スル場合ニ於テモ廢罷訴權ニ依リテ之ヲ取消スコトヲ得テ

ルモノトス。歐洲ニ在リテハ、斯ルゴトヲ見ルハ、カラサル所ナリ何トナラズ。歐洲ニ於テハ相續ト云ヘバ、今日ニ於テハ、管財產相續ニシテ我邦ノ如ク、家名相續或ハ家督相續ト云フ如キモノナク、又婚姻ニ付テモ、夫婦財產契約ナルモノアリ。レドモ是レ婚姻トハ全ク別物ニシテ、夫婦財產契約ヲ取消スモ、其結果婚姻ノ效力ニ及ハス。唯普通ノ財產制ト爲ルノミ故ニ、歐洲ニ於テハ、財產權ニ關スル法律行爲ニアラナレバ廢罷訴權ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得スト。規定スルテ必要ナシ然レドモ我邦ニ於テハ、大ニ其必要アリ蓋シ我邦ノ相續ハ家督相續ヲ本則トスルモノニシテ、相續ノ結果財產ヲ移轉スルモノナリ固ヨリ今日ノ實際ニ於テハ、富豪家ノ相續ノ如キハ動モスレバ主トシテ財產ヲ讓受タルノ意思ヲ以テ相續ヲ爲スモ、法律ノ眼ヨリ之ヲ觀レバ全ク附隨ノ效力ヲ失フニ過キス。即チ家督相續ナルモノハ家名ヲ相續スルモノニシテ、今一層法律的ニ言ヘバ、戸主權ノ相續即チ戸主ナル身分權ノ相續ニシテ、其結果之ニ財產カ件ヲモノナルカ故ニ、其附隨ノ財產ヲ目的トシテ、家督相續ナル身分權ノ相續ヲ取消スコト能ハス。左レハトテ之ヲ分離シテ、家名ノミヲ相續シ、財產ハ相續セズト云ハハ家名ヲ維持スル

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

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

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

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

前項ノ規定ハ財產權ヲ目的トセサルハ法律行爲ニハ之ヲ適用セズ以上ヲ以テ廢罷訴權ノ説明ヲ了レリ尙ホ最後ニ一言注意スヘキハ新民法ニ依レハ債務者ト法律行爲ノ受益者ト共ニ惡意ナラサルヘカラサルモ舊民法ニ云

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

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

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

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

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

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

第三説ヲ主張スル者ハ曰ク此場合ニ於テハ總テノ債權者皆利益ヲ受タルコトヲ得サルヘカラス何トナレハ廢罷訴權ナルモノハ或債權者ニ利益ヲ與フル爲

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

新民法ハ右ノ第三說ヲ採用シ第四百二十五條ニ於テ規定シテ曰ク
 前條ノ規定ニ依リテ爲シタル取消ハ總債權者ノ利益ノ爲メニ其效力ヲ生ス
 即チ其取消サレタル法律行爲ハ債權者全體ノ爲メニ初ヨリ成立セザリシモ
 ト看做シタリ
 (丙) 廢罷訴權ノ消滅

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

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

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

テ完成スルモノトセリ而シテ是レ前ニ述ヘタル無能力者若クハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者ノ取消權ト同シキ所ナリ以上ハ廢罷訴權ノ時効ニシテ法文ニ明カニ時効トアルカ故ニ總則編時効ノ規定即チ時効ノ中斷停止等ノ規定ハ皆適用セラルルモノナリ茲ニ一ノ注意スヘキハ第四百二十四條ノ取消權即チ廢罷訴權ナルモノハ理論上訴訟行爲ヲモ包含スルコト是ナリ新民法ノ採用セル主義ニ據レハ訴訟行爲モ亦法律行爲ナルカ故ニ第四百二十四條ノ規定ノ適用ヲ受ケ廢罷訴權ニ依リテ之ヲ取消スコトヲ得ヘキ理ナリ然レトモ一旦判決アリタル以上ハ普通ノ法律行爲ノ如ク之ヲ取消スハ手續ノ上ニ於テ許ササル所タリ又單獨行爲ニ在リテモ民事訴訟法ニ從ヒ相當ノ手續ヲ踐ムニアラサレハ之ヲ取消スコトヲ得ス隨テ原則トシテハ殆ト同一ナルモ其適用ニ至リテハ大ナル差異アリ舊民法ニ於テハ財産編第三百四十一條第二項ニ之カ規定ヲ設ケ時効ニ關シテモ第三百四十四條第二項ニ之ヲ規定シタリ佛蘭西ノ法律ハ大抵此ノ如ク規定シ而シテ其訴訟法ニ於テハ「チニス、オホジシヨ」即チ直譯スレバ「第三者ノ故障」(「ボソ、

ソナード氏ノ民法草案ニハ第三者ノ再審ナル文字ヲ使用セリナルモノアリテ之ニ關スル手續ハ總テ民事訴訟法ニ規定セリ然ルニ日本現行ノ民事訴訟法ハ重ニ獨逸ノ民事訴訟法ヲ模範トシテ制定シタルヲ以テ佛蘭西ノ民事訴訟法ト異ナリ同法ノ如ク「第三者ノ故障」ナル文字ヲ使用セシテ再審ナル文字ヲ使用シタリ民事訴訟法第四百八十三條ニ曰ク「第三者カ原告及ヒ被告ノ共謀ニ因リ第三者ノ債權ヲ詐害スル目的ヲ以テ判決ヲ爲サシメタリト主張シ其判決ニ對シ不服ヲ申立タルトキハ原狀回復ノ訴ニ因レル再審ノ規定ヲ專用ス」此場合ニ於テハ原告及ヒ被告ヲ共同被告ト爲ス下此規定ハ獨逸ノ民事訴訟法ニ見ザル所ナルモ我民事訴訟法ニ於テハ全ク民法トノ衝突ヲ避ケンカ爲メ之ヲ規定シタルモノノ如シ此規定タルヤ一理ナキニアラスト雖モ財產編第三百四十一條第三項ニハ「石執」ノ場合ニ於テモ債務者ヲ訴訟ニ參加セシムルコトヲ要ス下アリテ此規定ニ依ルトキハ訴訟ノ相手方即チ被告ハ第三者ニシテ唯之ニ債務者ヲ參加セシムルコトト爲レリ然レトモ是レ民事訴訟法第五十三條ニ規定セル通常所謂參加ト異ナルコトハ説明ヲ俟タル所タリ當ニ是ノミナラス財產

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

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

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

第三節 多數當事者ノ債權

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

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

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

第一款 總則

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

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

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

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

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

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

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

此ノ如ク法律ノ規定若クハ特別ノ意思表示ニ依リテ定マル場合ヲ除キテハ平等即チ債權者又ハ債務者カ二人アルトキハ二分ノ一、三人アルトキハ三分ノ一ノ權利ヲ有シ義務ヲ負フヘキナリ即チ債權者若クハ債務者數人アル場合ニ於テ其部分カ定マラサルトキハ平等ナルモノト推定スルハ外國ニ於テモ皆同シキ所ニシテ唯別段ノ意思表示アルトキハ其意思ニ從フヘキモノトス新民法ハ債權者間債務者間ノ關係ニ於テ權利又ハ義務ノ分量ニ差等アルヘキヲ認メ若シ債權者又ハ債務者ノ間ニ差等ノ原因アルトキハ相手方ニ對シテモ其效力アルモノトセリ例ヘハ債務者間ニ於テ相續若クハ遺言等ニ因リ不均ニ債務ヲ負擔スルノ原因アルトキハ其原因ハ債權者ニモ對抗シ得ヘク債權者ハ之ヲ知ラスト抗辯スルコトヲ得ス然レトモ或ハ債權發生ノ當時ニ於テ債權者ニ對シ其關係ヲ明示セザリシトキハ債權者ヨリ之ヲ觀レハ常ニ平等ナリトセル主義ヲ採ルコトヲモ得ヘシ舊民法ノ主義或ハ然ランカ即チ財産編第四百四十條第一項ニハ連合ノ義務ニ於テハ債權者ノ各自カ履行ヲ求メ又ハ債務者ノ各自カ訴追ヲ受クヘキ實地ノ部分ハ合意又ハ事情ニ從ヒテ之ヲ定ムトアリテ新法トモ異ナルナキカ如キモ其第二項ニ前項ノ規定ニ從フヲ得ザルトキハ其各自ノ部分ハ平分ニテ之ヲ計算ス但債權ノ利益又ハ債務ノ負擔ニ於テ各自カ其實

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

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

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

第二款 不可分債務

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

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

ノ問題ヲ生ス。先ツ債務ノ目的ノ可分不可分ニ付キ一言セサルヘカラス是レ或ハ諸君カ既ニ總則編物ノ説明ノ處ニ於テ聽カレタル所ナラン然レトモ茲ニ簡單ニ之ヲ説明セシニ物ニハ天然ノ性質上不可分ナルモノト當事者ノ意思ニ因リテ不可分ナルモノトノ二種アリ性質上不可分ナルモノトハ物ノ引渡例ヘハ一箇ノ時計ノ引渡又ハ一棟ノ家屋ノ建築ノ如キモノニシテ家屋ノ半ハ建築スルモ之ヲ以テ一ノ家屋ナリト謂フコト能ハス一箇ノ物ノ引渡ニ於テモ引渡ノ半途ニシテ中止スレハ引渡ト謂フコトヲ得ス是レ其不可分ナル所以ナリ地役權例ヘハ汲水權ノ如キモ亦不可分ニシテ汲水ヲ爲スカ爲ササルカノ一アルノミ二分ノ一ノ汲水權ト云フカ如キハ何ノ用ヲモ爲ササルモノナリ通行權ノ如キモ亦然リ故ニ地役權ハ不可分ニシテ隨テ之ヲ目的トスル債權モ亦不可分ナリ之ニ反シテ所有權ノ移轉ヲ目的トスル場合ノ如キハ可分ナリ蓋シ物ハ一ナルモ所有權ハ可分ナリ即チ二人以上カ之ヲ共有スルコトヲ得ヘキモノナリ泥ヤ舊民法ニ所謂定置物即チ金錢或ハ米穀ノ如キ有形上分割スルコトヲ得ヘキモノノ所有權

ニ於テヲヤ其性質上可分タルハ言フヲ埃タサルナリ茲ニ稍ヤ疑アルモノニシテ舊民法カ予ノ所信ト規定ヲ異ニスルモノハ作爲ノ義務ナリ作爲ノ義務ハ多クノ場合ニ於テ不可分ナリト雖モ亦場合ニ依リテ可分ナルコトアリ即チ定量物ノ引渡ノ如キ是ナリ例ヘハ米百石ノ引渡ヲ爲スヘキ場合ニ於テ一石ノ引渡ヲ爲スモ引渡タルヲ失ハス二分ノ一ノ汲水ヲ爲ストハ異ナレリ又同様に家屋ヲ數棟建築スヘキ場合ニ於テ一棟ヲ建築シタルトキ例ヘハ材料廣狹等ニ至ルマテ同等ナル家屋三棟ヲ建築スヘキ場合ニ於テ其中ノ一棟ヲ建築スルモノ一部ノ履行タルヲ妨ケサルカ故ニ債務者三人アルトキハ各自一棟宛ヲ建築スルコトヲ得ヘシ又大工ノ類ハ一日ノ賃金ヲ若干ト定メテ勞役ヲ供スルモノナルカ故ニ此等ノ者カ十日間働クヘキ場合ニ於テ五日間働クハ是レ二分ノ一ノ履行ト爲ルモノナリ故ニ作爲ノ義務ハ悉ク不可分ナリト云フハ誤レリト信ス然ルニ舊民法ニ於テ作爲ノ義務ヲ以テ悉ク不可分ナルモノトセリ舊民法財產編第一九條第二項(一)ノ規定ニ依リテ一棟ノ家屋ヲ建築スルモノトセリ舊民法財產以上ハ性質上ノ可分不可分ノ説明ナリ次ニ當事者ノ意思ニ因ル不可分トハ例

ハ債權カ金錢ノ如キ分割シテ給付スルコトヲ得ヘキ物ヲ目的トスルモ當事者ノ意思ニ因リテ金額ヲ一時ニ支拂ハサルヘカラストスルカ如キ場合例ヘハ一定ノ期日ニ之ヲ手形ノ支拂ニ充ツル爲メ是ナリ例ヘハ三人カ千圓ノ債務ヲ負ヒ而モ當事者ノ意思カ初ヨリ分割シテ履行スルコトヲ許ササルニ在ルコト明カナル場合ニ於テハ債務者三人アルノ故ヲ以テ各自千圓ノ中三百三十三圓餘ノ履行ヲ爲シタルノミニテハ其債務ヲ免ルルコト能ハス何トナレハ此場合ニ於テハ債權者ハ千圓ノ履行ヲ受クルニアラサレハ債權ノ目的ヲ達スルコト能ハサレハナリ又金錢ニアラスシテ不可分ヲ約スル場合種ナリトセヌ例ヘハ純一萬足ノ請負契約ヲ不可分債務トシテ約シタル場合ノ如シ「ボツ」ンナード氏ハ擔保ノ目的ヲ以テスル不可分ナルモノヲ認メタリ是レ果シテ實際ノ適用アルヤ否ヤヲ知ラスト雖モ舊民法ニハ之ヲ規定シタリ蓋シ數回ニ分テテ履行ヲ爲シ或ハ數人ヨリ各別ニ履行スルモノトセハ數人中時トシテハ無實力者ヲ生スルコトアリ又履行ノ請求ハ債務者ノ各自ニ對シテ之ヲ爲テサルヘカラスト然ルニ其中ニハ時トシテハ遠隔ノ地ニ在ル者モアルヘキカ故ニ中ニ就キ最モ實

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

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

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

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

ニ於テモ裁判例極メテ尠シト云フ現ニ歐洲ノ學者ハ講義又ハ著述ニ於テ不可分債務ニ關シテ深ク論セサルヲ常トスルニ據リテ推知スヘキナリ
我新民法ニ於テモ不可分債務ニ關シテハ極メテ簡單ナル規定ヲ置キ債權者ノ數人アル場合ト債務者ノ數人アル場合トヲ別條ニ定メタリ即チ第四百二十八條及ヒ第四百二十九條ハ債權者ノ多數ナル場合ニ關シ第四百三十條ハ債務者ノ多數ナル場合ニ關シテ規定セリ然リト雖モ此二箇ノ場合ハ殆ト其理論ヲ一ニスルヲ以テ予ハ便宜上債權者ノ多數ナル場合ニ就テ之ヲ説明ヲ試ミ債務者ノ多數ナル場合ニハ其理論ヲ推セハ自ラ了解スルコトヲ得ヘキヲ期セント欲ス

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

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

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

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

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

ノ如シ故ニ各債權者ハ決シテ他人ヲ代表スルニアラスト雖モ其者自身カ履行ヲ求ムル以上ハ他ノ債權者ノ部分ヲモ同時ニ履行スルコトヲ求メサルヘカラス然ルニ論者ノ言フカ如クシテハ怠慢アル債權者ノ爲メニ怠慢ナキ債權者モ適法ニ履行ノ請求ヲ爲シタルニ拘ハラズ履行ヲ受クルコト能ハサルノ結果ト爲ルヘシ故ニ此獨逸主義ハ甚タ其當ヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス況ヤ實際ニ於テ第三ノ主義ノ便利ナルコトハ疑ヲ容レサルニ於テヤ論者或ハ曰ハン一人ノ債權者カ履行ヲ請求シテ其履行ヲ受ケ直チニ之ヲ消費シ盡ストキハ他ノ債權者ノ迷惑ヲ思フヘシト其レ或ハ然ラン然リト雖モ各債權者何レモ怠慢ナク履行ノ請求ヲ爲シテ之カ履行ヲ受クレハ斯ノ如キ弊アルコト少カルヘク怠慢アル債權者カ其怠慢ノ爲メニ多少ノ危険ヲ識ムヘキハ實ニ已ムコトヲ得サル所ナリ右ノ理由ニ據リ我民法ハ第四百二十八條ノ規定ヲ設ケ各債權者カ全部ノ履行ヲ求メ且之ヲ受クルコトヲ得ヘキモノトセリ

以上ハ不可分債務ノ性質上當然ノ結果ナリト謂フモ不可ナシト信ス其他ノ事項ニ付テハ總令法律ノ規定ナキモ一般ノ法理ニ據リテ判定スルコトヲ得ヘシ

ト雖モ法律ハ特ニ第四百二十九條ノ規定ヲ設ケ更改及ヒ免除ニ付キ多少ノ便宜ヲ設ケタリ同條ニ曰ク

不可分債權者ハ一人ト其債務者トハ間ニ更改及ヒ免除アリタル場合ニ於テモ他ノ債權者ハ債務ノ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得但其一人ノ債權者カ其權利ヲ失ハサルハ之ニ分與スヘキ利益ヲ債務者ニ償還スルコトヲ要ス

此他不可分債權者ハ一人ノ行爲又ハ其一人ニ付キ生シタル事項ハ他ノ債權者ニ對シテ其效力ヲ生セズ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

第三 債務者カ甲ニ對シ其債權ノ履行ヲ請求シタル場合ニ於テ甲カ不可分債

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

同シ第四百三十一條ニ曰ク

不可分債務カ可分債務ニ變シタルトキハ各債權者ハ自己ノ部分ニ付テノミ履行ヲ請求スルコトヲ得又各債權者ハ其負擔部分ニ付テノミ履行ノ責ニ任ス

以上ハ債權者ノ多數ナル場合ニ付テノ説明ナルモ債務者ノ多數ナル場合ニ於テモ其大體ニ於テハ異ナル所ナシ第四百三十條ニ曰ク

數人カ不可分債務ヲ負擔スル場合ニ於テハ前條ノ規定及ヒ連帶債務ニ關スル規定ヲ準用ス但第四百三十四條乃至第四百四十條ノ規定ハ此限ニ在ラス故ニ不可分債務者カ數人アルトキハ債權者ハ債務者ノ一人ニ對シテ全部ノ履行ヲ求ムルコトヲ得ヘシ是レ目的カ不可分ナルヲ以テ復タ已ムコトヲ得ザル所ナリ尙ホ此場合ニ於テハ次款ニ規定セル連帶ノ規定ヲ準用スルノ結果債務者間ノ關係ハ連帶ノ場合ニ於ケルト同一ニシテ第四百四十二條乃至第四百四十四條ノ規定ニ從ヒ履行ヲ爲シタル債務者ヨリ他ノ債務者ニ對シテ求償スルコトヲ得ヘシ唯連帶債務ト異ナル點ハ不可分債務ニ在リテハ既ニ説明シタル

所ノ債權者カ數人ニシテ債務者カ一人ナル場合ト同シク債權者カ數人ノ債務者中一人ノ爲メニ更改又ハ免除ヲ爲スモ他ノ債務者ヨリ全部ノ履行ヲ受クルコトヲ得ルコト尤モ債權者ハ免除ヲ得タル者又ハ更改ヲ爲シタル債務者カ負擔スヘキ部分ヲ履行ヲ爲ス債務者ニ償還セサルヘカラス)及ヒ其他連帶債務ニ關スル第四百三十四條乃至第四百四十條ノ規定ハ之ヲ不可分債務ノ場合ニ準用スルコトヲ得ナルコト是ナリ(又民法第四三一條ハ此場合ニ準用スルコトヲ四百三十三條第四百四十一條及ヒ第四百四十五條ハ此場合ニ準用スルコトヲ得ヘシ以上ヲ以テ不可分債務ノ説明ヲ了レリ)

第三款 連帶債務

連帶債務ハ歐洲ニ於テハ沿革ニ富メル事項ニシテ羅馬法以來今日ニ至ルマテ種種ノ變遷ヲ經來レリ其結果歐洲各國ノ立法例區區ニ涉レリ殊ニ英佛獨ヲ三國ノ法律ハ全ク互ニ其趣ヲ異ニセリ今之ヲ詳述スルハ頗ル堪ヘサルヲ以テ茲ニハ先ツ各學說及ヒ主義ノ歧カルル所ヲ述ヘ而シテ後予ノ信スル觀念ニ據リ

テ一ノ須要ナル元素トモ謂フヘキ點ヲ指示スヘシ而シテ學說及ヒ立法例ニ於テ其軌ヲ一ニセサル點ハ連帶債務者間ニ代理權ノ存在ヲ認ムヘキヤ否ヤ若シ之ヲ認ムルトセハ如何ナル程度ニ於テ之ヲ認ムヘキカト云フニ在リ此點ハ諸說紛紛タル所ニシテ極端ナル例ヲ舉タレハ舊民法ノ如キハ絕對ニ代理關係ノ存在ヲ認メ總テノ點ニ於テ代理權アリテ連帶債務者ノ一人ニ付テ生シタル事項ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ及ホスモノト規定シタルニ獨逸民法ノ如キハ其正反對ニシテ連帶債務者間ニハ毫モ代理關係ニ類スルモノヲ認メス隨テ其結果不可分債務モ連帶債務モ同一ニシテ連帶ニ關スル規定ハ其儘之ヲ不可分債務ニ準用セリ予ノ見ル所ヲ以テセハ理論上連帶債務ハ斯ナラザルヘカラスト一定スヘキモノニ非ス各國ノ慣習及ヒ實際ノ便否ニ依リテ其性質ヲ定ムヘキモノニシテ多數ノ場合ニ於テハ慣習ニ依ルモノナリ故ニ羅馬法又ハ佛蘭西法等各其規定ヲ異ニスルト雖モ何國ノ立法例ヲ以テ當テ得タルモノトスヘキカハ之ヲ概論スルコト能ハス我新民法ニ於テハ主トシテ實際上ノ便宜ニ基キ右ニ論シタル兩主義ヲ折衷シテ規定ヲ設ケタリ蓋シ第一主義ニ於

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

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

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

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

連帶債務ヲ講スルニ方リ第一總論第二連帶債務ノ效力第三連帶債務ノ消滅ヲ三段ニ分チ説明セン

第一 總論

連帶ハ債權者カ各債務者ヲ唯一ノ債務者ノ如ク看做スコトヲ得ル關係ヲ謂フ是レ即チ連帶ノ定義ニシテ其結果ハ連帶ノ效力トシテ顯ハルヘシ舊民法ニ於テハ全部義務ナルモノヲ規定シタリ而シテ連帶ハ此全部義務ト稍ヤ類似セル所アリ新民法ニ於テハ全部義務ニ付テハ別ニ規定ヲ設ケス蓋シ當事者ノ意思ニ由リテ全部義務ヲ制定スルコトハ事實ニ於テ稀ナルヘク若シ當事者カ之ヲ欲スルトキハ別段法律ニ於テ之ヲ禁セザルヲ以テ其契約ハ固ヨリ有效ナリ然レトモ任意不可分即チ當事者間ノ約束ニ由リテ任意ニ債務ヲ不可分ト爲ストノ特約アレハ其結果ハ舊法典ニ所謂「全部義務」下一ニ歸スヘシ故ニ全部義務ヲ約スルコトハ全ク之ナキヲ保セザルモ是レ至テ稀ナル場合ニ屬スルコト疑ナシ而シテ法律ニ於テ特ニ全部義務ヲ負擔セシムル場合ニ付テハ其規定ニ依リ意義自ラ明瞭ナルヘク隨テ一般ニ全部義務ナルモノヲ規定スルノ必要ナシ然ルニ舊民法債權擔保編第七十三條ニ於テ規定セル所ヲ見ルニ「財產編第三

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

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

ニ歧レ第一説ハ佛蘭西民法ハ唯一ノ連帶ヲ認ムルノモト説キ第二説ハ完全ナル連帶ト不完全ナル連帶トノ二種ヲ認ムト説ク予ノ信スル所ニ據レハ佛蘭西ニ於テモ今日ハ純然タル連帶ノミヲ認ムルカ如シ然ルニ或一派ノ學者ハ今日仍ホ第二説ヲ主張ス、ボワソナード氏ノ如キモ亦其一人ニシテ蓋ニ舊民法ニ於テモ之ヲ認メタリ蓋シ佛蘭西民法ノ法文カ不完全ナルニ因リ右第二説ノ如キ解釋ヲ生スルニ至リタルニ外ナラス現ニ佛蘭西ノ學者ニシテ解釋上不完全ノ連帶ヲ認ムルニ拘ラス立法論トシテハ其必要ナシト説ク者アリ
 上達ノ如キ沿革及ヒ理由ニ據リテ舊民法ニ於テハ全部義務ナルモノヲ認メタリト雖モ左程重要ナルモノトハ認メサリシカ如シ新民法ニ於テハ敢テ之ヲ禁止セスト雖モ亦頻繁ニ行ハルヘキモノニアラストシテ特ニ規定ヲ設ケス又法律ノ條文ノ結果トシテモ全部義務ト云フ如キモノナシ然レトモ性質上必ス此ノ如キモノハアリ得ルナリ先ツ我邦ニ於テハ後見人カ數人アル場合ナキヲ以テ後見ニ付テハ其適用ナシト雖モ受寄者ノ數人アル場合ハ之ヲ想像スルコトヲ得ヘク又契約關係以外ニ於テモボワソナード氏ノ所謂全部義務ニ類スルモ

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

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

之カ賠償ヲ受クレハ復タ他ヨリ之ヲ受クルコトヲ得サルヤ論ヲ竣タス是レ新民法ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケサル所以ナリ
連帶ノ原因ハ契約ニ基クコト最モ多キコト疑ヲ容レズ獨逸法ノ如キハ契約上ノ債務ハ常ニ連帶アルモノト推定スルコトヲ規定セリ此點ニ付テモ我民法編纂ノ際大ニ議論ヲ生シ契約上ノ債務ニ付テハ連帶ヲ推定スルヲ以テ便利トスト論スル者アリタリト雖モ予ノ信スル所ニ據レハ蓋シ獨逸法ニ於ケルカ如キ效力ノ薄弱ナル連帶ナリセハ此ノ如キ推定ヲ下スモ或ハ可ナルヘント雖モ我新民法ニ於ケルカ如キ其效力ノ稍ヤ強大ナル連帶ナルニ於テハ當事者カ特ニ之ヲ約セサルニ拘ラス法律ヲ以テ之カ推定ヲ爲スハ當ヲ得タルモノニアラス若シ連帶ノ必要アラハ當事者ハ特ニ之ヲ約セハ可ナルコトニテ故ラニ法律ノ推定ヲ要セサルナリ尤モ商業上ノ取引ニ於テハ一一契約ヲ以テ之ヲ明カニスルコト能ハサルノミナラス特ニ債務ノ履行及ヒ其請求ヲ簡便ニスル必要アルヲ以テ商事ニ付テハ連帶ヲ推定セリ是レ各國ノ法律ニ於テ大抵皆同シキ所ナリ然レトモ一般ノ規定トシテハ契約上ノ債務ハ總テ連帶ナリト推定スルノ必

要ナキコト前述ノ如シ唯契約ヲ以テ特ニ連帶ヲ約スルコトヲ得ルノミハハ
 連帶ハ舊民法ニ於テ認メタルカ如ク遺言ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ例ヘ
 ハ遺言者カ甲乙二人ニ各自自己ノ財産ノ半ヲ讓リタル後更ニ丙ニ對シテ一ノ遺
 言ヲ爲シテ曰ク其者ノ生涯中之ニ年年金百圓ヲ與フヘシ而シテ甲乙ノ兩人ハ
 連帶シテ之カ負擔ニ任スヘシト是レ遺言ヨリ生スル連帶ナリ尙ホ法律ノ規定
 ヨリ生スル連帶ノ場合モ亦頗ル多シ此場合ハ畢竟債務者カ二人以上アル場合
 ニ於テ法律カ特ニ債權者ヲ保護スルカ爲メニ規定セルモノニシテ民法ニ於テ
 ハ第四十四條第二項第七百十九條第九百十三條第二項等ニシテ商法ニ於テハ
 第六十三條第三百三十六條第四百六條第二項第二百十六條第二百七十三條第
 二百九十九條第三百三十九條等法律上ノ連帶ノ場合殊ニ多シト爲ス就中最モ
 廣汎ナル規定ハ商行爲ヨリ生スル債務ハ常ニ連帶ト爲ストノ規定是ナリ(商法
 第二七三條商法ニ於テ此ノ如ク連帶ノ場合多數ナル理由ハ債權者ヲ保護スル
 外實際ノ便利ヲ圖ルノ趣意ニ出テタルモノナリ蓋シ多忙ナル商業上ニ於テ數
 人ノ債務者ニ對シテ簡便別別ニ請求ヲ爲サシムルカ如キハ實ニ煩勞ニ堪ヘテ

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

第二 連帶債務ノ效力

連帶債務ノ效力ヲ分チテ二トス第一債權者ト債務者トノ關係第二債務者相互

間ノ關係是ナリ。第一 債權者ト債務者トノ關係

此關係ニ於ケル效力ニアリ其一ハ連帶ノ性質ヨリ自然ニ生スル結果ニシテ各債務者カ唯一ノ債務者ノ如ク看做サルコト即チ之ヲ反面ヨリ言ヘハ債權者ハ各債務者ヲ唯一ノ債務者ノ如ク看做スコトヲ得ルコト是ナリ此效力ノ第一結果トシテ債權者ハ各債務者ニ對シテ債務ノ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス第四百三十二條ハ此原則ヲ規定セリ曰ク「主債務者ハ其債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時數人カ連帶債務ヲ負擔スルトキハ債權者ハ其債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若クハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得又債權者カ各債務者ニ對シ順次ニ一部ノ履行ヲ請求シ又ハ總債務者ニ對シテ同時ニ全部ノ履行ヲ請求スルカ如キハ連帶債務ニアラサルモ妨ナキ所ニシテ連帶債務ノ特色ニアラス蓋シ連帶債務ノ特色トスル所ハ債務者ノ一人ニ對シテ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルニ在リ茲ニ一人ト言ヘルモ二人以上ノ者ニ對シテ請求スルモ可ナリ例ヘハ連帶債務者カ五人アル場合ニ於テ其中ノ二人又

ハ三人ニ對シテ請求ヲ爲スモ可ナルコトハ猶ホ曩ニ不可分債務ニ付テ一言シタルカ如シ此第四百三十二條乃至第四百四十五條ニ於テ始ト毎條ニ一人トアルヲ見テ二人以上ノ場合ニハ適用ナキモノト爲スハ大ナル誤ナリ即チ若シ債務者中二人以上ニ對シテ此等ノ法條ヲ適用スルニ方リ其一人宛ニ適用シ行カハ幾人ニ適用スルモ同一理ナリ故ニ一人トアル場合ハ唯總員ニアラサルノ意ナルコトヲ知ルヘシ是レ疑ナキ點ニシテ深ク論スルコトヲ要セザルナリヨ

第四百三十四條ノ規定ハ右ノ原則ノ結果トシテ之ヲ視ルコトヲ得ナルニ非ス曰ク「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」然レトモ是レ寧ロ連帶債務ノ第二ノ效力ノ結果トシテ論スルヲ妥當トス民事訴訟法第四八條第一號第二號參照)連帶ノ第一ノ效力ノ第二ノ結果ハ破産ノ場合ニ關セリ蓋シ破産ノ場合ニ於テハ種種ノ事實ヲ想像スルコトヲ得ルモ先ツ疑ナキ點ヨリ論セント欲ス

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

一額ニ付キ權利ヲ有スルモノニアラス此等ノ事ニ關スル詳細ノ說明ハ之ヲ後段ニ譲リ今假ニ各債務者平等ニ義務ヲ負ヒタル場合ニ付キ論ゼンニ前例ニ於テ各債務者カ負擔スヘキ金額ハ千圓宛ナリ然ルニ甲ハ千五百圓ヲ支拂ヒタルヲ以テ負擔額ニ超過セル五百圓ニ付テハ乙及ヒ丙ノ支拂フヘキ部分ヲ支拂ヒタルモノナリ又其後ニ至リ乙モ亦破産ノ宣告ヲ受ケタリト假定センニ此場合ニ於テ債權者ハ殘額千五百圓ニ付テ乙ノ破産財團ノ配當ニ加入シ甲モ亦自己ノ負擔額ニ超過シタル五百圓ニ付テ乙ノ破産財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得然ルニ乙ノ財團ヲ以テ債務ノ十分ノ三ヲ支拂フコトヲ得ルト假定センカ債權者ノ請求ニ對シテハ四百五十圓甲ノ請求ニ對シテハ五百五十圓合計六百圓ヲ支拂フコトト爲ル又最後ニ丙カ破産ノ宣告ヲ受ケタリトセンニ此場合ニ於テ債權者ノ請求シ得ル債權額ハ甲ノ財團ヨリ得タル千五百圓ト乙ノ財團ヨリ得タル四百五十圓トノ合計千九百五十圓ヲ減シタル殘額即チ千五十圓ニシテ甲ハ自己ノ負擔部分ヲ超過シテ支拂ヒタル五百圓ヨリ乙ノ財團ヨリ得タル百五十圓ヲ減シタル殘額三百五十圓ニ付キ丙ノ破産財團ノ配當ニ加ハルコトヲ得ヘ

シ蓋シ甲カ五百圓ノ超過支拂ヲ爲シタルハ特ニ乙又ハ丙ノ負擔部分ニ對スルモノト限レルニアラサルカ故ニ乙ノ財團ヨリ辨濟ヲ受ケタル部分ヲ減シタル金額ニ付テハ丙ノ財團ニ對シテモ亦請求スルコトヲ得サルヘカラス然ルニ丙ニ債務額ノ十分ノ二ヲ支拂フノ資力アルニ過キスト假定セハ債權者ノ請求ニ對シテハ千五百圓ノ二割即チ二百五十圓甲ノ請求ニ對シテハ三百五十圓ノ二割即チ七十圓ヲ支拂フコトト爲ルナリボフツナード氏ハ丙ノ破産財團ニ對シテ乙モ亦請求權ヲ有スルカノ如ク論シタレトモ是レ全ク誤解ナリ乙ハ二口合計六百圓ヲ支拂ヒタルノミニシテ自己ノ負擔部分ヲ未タ支拂ヒ終ラサル者ナレハ丙ノ財團ニ加入スルノ權ナキハ勿論ナリトス

第二、前例ノ債權者及ヒ債務者間ニ於テ甲先ツ請求ヲ受ケ任意ニ千五百圓ヲ支拂ヒタル後乙カ破産ノ宣告ヲ受ケタリトセハ債權者ハ乙ノ破産財團ニ對シ千五百圓ヲ請求シ又甲ハ破産ヲ爲ササルモ自己ノ負擔部分ヲ超過シテ支拂ヒタル五百圓ヲ請求シ得ルコト前例ノ場合ト異ナルコトナシ

第三、前例ノ債務者三人カ同時ニ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合又ハ破産ノ宣告ハ

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

爲スモノナリ蓋シ破産ノ宣告ハ三アルモ孰レカ先ニ孰レカ後ニ其手續ヲ完了スルヲ常トス唯理論上ハ三破産皆同時ニ其手續ヲ完了スルコトナキヲ保セスト雖モ是レ固ヨリ絶無稀有ノ場合ナリ今強ヒテ其場合ヲ想像スレハ例ヘハ債務者カ互ニ巨額ノ連帶債務ヲ負擔セル場合等ニ於テハ同一ノ破産管財人ヲシテ清算ヲ爲サシメ同時ニ其清算ヲ結了スルコトナシトセスト雖モ斯ル場合ニ於テハ第二説ノ適用ナシ故ニ第二説ノ適用アルヘキ場合ハ各破産手續カ異ナリタル時ニ於テ終了セル場合はナリ隨テ各破産手續カ如何ナル順序ニ於テ結了スルカラ知ルコト必要ナリ例ヘハ甲ノ破産手續カ最先ニ結了スル場合ニ於テハ債權者ハ債權全部ニ付テ先ツ甲ノ財團ニ對シテ配當ノ加入ヲ爲シ甲ノ資產カ總債權額ノ半額ヲ辨済スルニ足ルトキハ債權者ハ千五百圓ノ支拂ヲ受ケヘク次ニ乙ノ破産手續カ終了スルモノトセハ債權者ハ乙ノ破産財團ニ對シ甲ノ財團ヨリ受ケタル部分ヲ控除シ其殘額即チ千五百圓ニ付テ配當ニ加入シ乙ノ資產カ總債權額ノ三割ヲ辨済スルニ足ルトキハ債權者ハ四百五十圓ノ支拂ヲ受ケ丙ノ財團ニ付テハ其殘額即チ千五百圓ヲ請求スルコトト爲ルナリ予ハ

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

ニアラスト予之ニ答ヘテ曰ハシ債權者ハ縱令九千圓ニ對シテ請求ヲ爲スモ結局三千圓ヨリ多ク受取ルコト能ハサルモノナリ反對論者ハ畢竟三千圓ヨリ多クノ金額ヲ受取ルコトト爲ルノ不都合ヲ生スヘシト云ヘリ之ヲ説明スルニハ少シク例ヲ更フルヲ便トス即チ甲及ヒ乙ハ各五割丙ハ二割ヲ支拂フコトヲ得ルトセハ甲千五百圓乙千五百圓丙六百圓ト爲リ六百圓ノ過剩ヲ生スト論スルモノニシテ一應理アルカ如ク聞ユ然レトモ此論大ニ誤レリ勿論請求ノ結果各財團ハ皆三千圓ヲ支拂フトスレハ九千圓ト爲ルニ相違ナシ然レトモ事實上決シテ九千圓ヲ受取ルコトヲ得サルヘキナリ若シ甲乙丙順次ニ破産手續ヲ結了スル場合ニ於テ先ツ甲ヨリ千五百圓ヲ支拂ヒ次ニ乙カ千五百圓ヲ支拂ヒタリトセハ債權ハ消滅ス故ニ其以前既ニ丙ニ對シテ三千圓ヲ請求シ置キタルニ由リ丙ノ財團ヨリ支拂ヲ爲サントスルモ債權ハ既ニ他人ノ行爲ニ因リテ消滅シタルヲ以テ債權者ハ最早一厘モ受取ルコトヲ得ス而シテ破産ノ場合ニハ法律上ノ知識アル管財人アルヲ以テ消滅シタル債權ニ對シテ辨濟ヲ爲スカ如キ愚ヲ爲ササルヘシ殊ニ破産ニ關スル舊商法第四十七條ニ據レハ管財人ハ債權

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

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

リ是ニ至リテ終ニ第四説ヲ採用セサルコトヲ得ス歐羅巴ニテモ大概此第四説
 ヲ採用セリ舊民法ハ第三説ヲ採用セルモ舊商法ハ第四説ヲ採用シ(而シテ是レ
 破産ニ關スルカ故ニ現行法ナリ新民法モ亦此説ヲ採用セリ即チ第四百四十
 條ニ規定セル所ナリ曰ク

連帶債務者ハ全員又ハ其中ノ數人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ債權者ハ
 其債權ハ全額ニ付キ各財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得

此規定ノ結果如何ト云フニ前例ノ場合ニ於テハ連帶債務ノ債權者ハ債權全部
 即チ三千圓ノ辨濟ヲ受ケルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テハ其債權者ハ債權全部
 ニ付キ乙及ヒ丙ニ對シテ請求セルカ故ニ甲ハ自己ノ負擔部分ヨリ多ク支拂ヲ
 爲シタルニ拘ラス乙丙ニ對シテ更ニ求償權ヲ行フコトヲ得ス其理由ハ同一ノ
 債權ニ付テ二重ノ請求ヲ爲スコト能ハサルノ原則ニ基クモノナリ蓋シ乙ハ已
 ニ三千圓ノ請求ヲ受ケツツアルニ其尙ホ甲ヨリ求償權ヲ行使セラレルトセ
 ハ三千圓ノ債務ニ對シ三千圓ヲ超過シタル金額ノ請求ヲ受ケルコトト爲ルヲ
 以テナリ故ニ後日乙丙カ資産ヲ回復シタル際ニ於テ請求ヲ爲スハ格別破産手

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

ニ歸ス下是レ未タ不明タルヲ免レスト雖モ蓋シ右ニ説明セル所ノ如クナラン佛蘭西破産法ノ解釋トシテ明文ノ存セサルニ拘ラス學者大抵皆此說ヲ採レリ以上ヲ以テ破産ノ場合ニ關スル講說ヲ了レリ
連帶債務者ハ各唯一ノ債務者ト看做サル第三ノ結果トシテ論スヘキコトハ一人ノ債務者ニ付テ生シタル事項ハ他ノ債務者ニ影響ヲ及ホサズ即チ各債務者ハ他ノ債務者ニ付テ生シタル事項ヲ援用スルコトヲ得サルコト是ナリ此點ハ各債務者カ唯一ノ債務者ノ如ク看做サルノ結果トシテ説明セス他ノ方面ヨリ説明セラレサルニアラスト雖モ是レ亦唯一ノ債務者ノ如ク看做サルルニ基クモノト謂フヲ可トス而シテ第四百三十三條ニ其著シキ一例ヲ示セリ曰ク連帶債務者ノ一人ニ付キ法律行爲ノ無効又ハ取消ノ原因ノ存スル爲メ他ノ債務者ノ債務ノ效力ヲ妨グルコトナシ
故ニ他ノ債務者ノ債務カ成立セス又ハ取消セラレタリトスルモ請求ヲ受ケタル債務者ハ之ヲ援用シテ以テ自己ノ義務ノ一部モ亦成立セス又ハ取消セラレタルモノト主張スルコト能ハス此點ハ舊民法ト大ニ異ナル所ナリ尙ホ況ク第四百

四十條ニ規定シテ曰ク、
 前六條ニ掲ケタル事項ヲ除ク、外連帶債務者ノ一人ニ付キ生シタル事項ハ他
 ノ債務者ニ對シテ其効力ヲ生セズ、
 蓋シ債務ノ一部分ハ畢竟他ノ債務者カ負擔スルキモノナルヲ以テ其債務者ニ
 付テ生シタル事項ハ他ノ債務者モ亦之ヲ對抗スルコトヲ得ヘキカ如クナルニ
 其之ヲ許ササルハ即チ唯一ノ債務者ノ如ク看做サルルカ爲メナリ舊民法ハ連
 帶債務ノ場合ニハ總テ代理關係ヲ認ムルノ說ヲ採用セルヲ以テ一人ニ付テ生
 シタル事項カ他人ニ効力ヲ及ホスノ結果ヲ生ス但事項ノ性質上一身ニ限ルモ
 ノハ此適用ナカリシモ此一身ニ限ルモノノ解釋ハ亦頗ル困難ナル問題ニ屬シ
 法文上此種ノ事項モ亦多少他ノ債務者ニ影響スルモノトセル場合ナキニ非ス
 此等ハ理論上攻撃ヲ受クサルヘカラサル所ナリキ
 以上ヲ以テ債權者ト債務者トノ關係ノ第一點即チ債權者ハ各債務者ヲ唯一ノ
 債務者ノ如ク看做スコトヲ得ヘキコトヲ説明セリ
 連帶ノ第二ノ効力即チ債務者間ニ代理ニ類スル關係アルコトヲ説明セン

此關係ノ範圍ニ付テハ既ニ述ヘタルカ如ク各國ノ法律各其規定ヲ異ニス我新
 民法ノ採用セル範圍ハ左ノ六點ニ歸ス
 (一) 請求 連帶債務者ノ一人ニ對シテ爲シタル履行ノ請求ハ恰モ全員ニ對シ
 テ爲シタル如ク看做サル第四百三十四條ニ曰ク
 連帶債務者ノ一人ニ對シテ爲シタル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シテモ其効力ヲ生
 ス
 此履行ノ請求ノ効力ニ種種アリ其重ナルモノハ付遲滯及ビ時效中斷是ナリ即
 チ期限ノ定ナキ債務ニ付テハ債務者ハ履行ノ請求アリタル時ヨリ遲滯ノ責ニ
 任セサルヘカラス而シテ是レ單純債務ナルト條件附債務ノ條件成就シタルモ
 ノナルトヲ問ハス又不確定期限附債務ノ場合ニ於テハ債務者ハ其期限ノ到來
 ヲ知リタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任スヘキカ故ニ之ヲ知ラシムル爲メニ履行ノ請
 求ヲ爲スコトアリ此場合ニ於テハ請求ノ時ヨリ付遲滯ノ効力ヲ生ス其著シキ
 結果ヲ言ヘハ金錢債務ノ場合ニハ其履行ノ請求アリタル日ヨリ利息ヲ生スル
 コト是ナリ現ニ利息附債務ナルモ其利息カ法定利息ヨリ低率ナルトキハ其時

ヨリ法定利率ニ從フヘキナリ其他付通滞ノ後債務ノ目的物カ天災ニ因リ消滅シタルトキハ若シ履行ヲ爲スヘキ時期ニ於テ履行ヲ了リタルハ其物ハ消滅セサルヘカリシ場合ナラハ債務者ハ其責任ヲ負ハサルヘカラス此等ノ效果ニ付テハ前示第四百三十四條ノ規定ニ依リ一人ニ對スル請求カ他人ノ債務者ニ其效力ヲ及ホスモノナリ

次ニ時効中斷ノ效力ニ付テ說明センニ請求ハ時効中斷ノ方法ナルモ之ニハ連帶債務ト保證債務トノ間ニ大差アリ保證債務ノ場合ニハ履行ノ請求ノミナラス總テノ時効中斷ノ方法ガ主タル債務者ニ付テ生スレハ保證人ニ對シテモ亦其效力ヲ生スルモノナリ第四百五十七條第一項ニ曰ク主タル債務者ニ對スル履行ノ請求其他時効ノ中斷ハ保證人ニ對シテモ其效力ヲ生ス下舊民法ニ於テハ連帶債務ニ付テノ規定モ亦此ノ如クナリシニ新民法ニ於テハ時効中斷ノ方法トシテ一人ニ關スル事項カ他人ノ債務者ニ其效力ヲ及ホスハ履行ノ請求ニ限レリ故ニ一人ニ對シ承認又ハ差押等ノ方法ヲ以テ時効ヲ中斷スルモ他ノ債務者ニ影響ヲ及ホササルナリ

(二) 更改

第四百三十五條ニ曰ク連帶債務者ノ一人ト債權者トノ間ニ更改アリタルキハ債權ハ總債務者ノ利益ノ爲メニ消滅ス

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

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

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

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

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

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

本條ノ第一項ハ殆ト明文ヲ要セス唯第二項ヲ喚起スカ爲メノ規定ナリト謂テ可ナリ蓋シ相殺ノ結果ハ當事者雙方カ各自辨濟ヲ爲シタルト同一ナリ即チ此債權者モ亦債務者ニ對シテ債務ヲ負擔シ執レモ債權者タルト同時ニ債務者タル場合ニ於テ其債務ノ目的カ金錢若クハ米穀等ニシテ種類ノ同一ナル物ナリトセンニ若シ相殺ノ意思表示ヲ爲ササルトキハ其結果如何ト云フニ甲ハ乙ニ向ヒテ其債務ノ履行ヲ爲シ乙モ亦甲ニ向ヒテ其債務ノ履行ヲ爲スコトヲ要ス是レ互ニ同額ノ金錢其他ノ物ヲ授受スルコトト爲リ實ニ無益ノ勞ヲ重スルモノト謂フヘシ而シテ其結果ヲ見レハ恰モ金錢ヲ授受セザルト同一ニ歸シ而シテ經濟上ヨリ言フモ徒ニ貨幣其他ノ物ヲ準備シ二重ニ之ヲ授受スルハ頗ル無益ノ事ニ屬ス事ロ初ヨリ金錢ノ授受ヲ爲ササルノ意レルニ如カス是ニ於テカ當事者ヲシテ金錢ノ授受ヲ爲サスレテ其債權債務ヲ消滅セシムルコトヲ得セシム之ヲ「相殺」ト謂フ是レ相殺ノ一利益ナリ尙ホ他ニ相殺ノ利益一アリ他ナシ若シ甲カ先ツ其債務ヲ履行シタルニ拘ラス乙カ其債務ヲ履行セザル場合ニ於テハ甲ハ已ムコトヲ行ス訴訟ヲ提起シ結局強制執行ヲ爲サザルヘカラサルニ

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

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

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

(四) 免除 (免除トハ換言スレハ債權ノ拋棄ニシテ之ニ因リテ債務者ヲシテ其實ヲ免レシムル行爲ナリ故ニ連帶債務者ノ一人ニ對シテ債權者カ債務ヲ免除セハ其結果如何ニ付キ第四百三十七條ニ規定セリ曰ク

連帶債務者ノ一人ニ對シテ爲シタル債權ノ免除ハ其債務者ノ負擔部分ニ付テハ、他ハ債務者ノ利益ノ爲メニモ其效力ヲ生ス
是レ恰モ相殺ノ場合ト同一ナリ即チ前例ニ於テ債務者ノ一人甲カ免除ヲ得タルトキハ乙ハ其負擔部分即チ千圓ヲ差引キ二千圓ヲ支拂ヘハ債權全部消滅ス是レ相殺ノ場合ト同シテ訴權ノ輪回ヲ避クル利益アリ即チ甲ハ免除ヲ受ケ債權者ニ對シテ責ヲ免ルモ乙ハ免除ヲ得サルヲ以テ債權者ハ乙ニ對シテ全部ノ請求ヲ爲シ乙其請求ニ應ジタリトスレハ千圓ニ付テハ甲ニ其償還ヲ請求ス

ラ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若シテ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資力ナル場合ニハ丙ノ負擔部分ハ甲ト乙トカ半額宛之ヲ分擔セサルヘカラサルヲ以テ終ニ甲ハ乙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」ト規定セハ此說ニモ予ノ說ニモ適合スル結果ニ歸スヘキナリ第三ノ說明ハ前ニ述ヘ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ラレルトト爲ルヲ以テ初ヨリ請求シテ受取リタルモノ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フヨリハ初ヨリ二千圓ヲ受取ルノ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

タ自己ノ負擔部分ヲ支拂ハサル間ニ無資力トナラハ乙ハ損失ヲ被ルニ至ルヘシ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效力ヲ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シキ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ヌ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カ完成セハ絕對ニ效力ヲ生シ之ニ因リテ債權ハ全ク消滅スルモノト謂ハサルヘカラス是ニ於テカ左ノ結果ヲ生ス例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ノ完成ヲ援用シテ其支拂ヲ拒ムヘシ其結果乙ハ甲ノ部分ヲモ負擔セサルヘカラスコトト爲リ甚タ不公平ナル結果ヲ生スヘシ然ラハ乙ハ丙ト共ニ甲ノ負擔部分ヲ分擔スヘキカ是レ亦不公平タルコトヲ免レスト雖モ已ムナクシハ此ノ如クセサルヘカラス然レトモ元來債權者ハ債務者ノ一人ニ對シテハ既ニ其權利ヲ失ヒタルニモ拘ラス他ノ債務者ヨリハ全部ノ辨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說同等ニ付キ説明シタル如ク訴權ノ輪回ヲ生ス而シテ若シ甲カ債權者ニ對シテ請求スル間ニ債權者カ無資力ト爲ラハ甲ハ損害ヲ被ルヘシ蓋シ時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カ長期間

不確實ノ狀態ニ在ルコトハ公益ニ害アリトシ長ク權利ヲ行ハサル怠慢者ハ法律ノ保護ヲ受クルコトヲ得サルモノトシ時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ス丙ノ資力ノ足ラサル部分ハ元來甲ト乙トカ分擔スヘキモノニシテ此場合ニ於テハ甲ノ負擔部分カ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カ完成シタリトセハ他ノ者ニ對シテ完成セサルコトナシ隨テ一人ニ付テハ債務消滅シ他ノ者ニ付テハ消滅セサルノ理ナシト然レトモ連帶債務ナルモノハ各債務者ニ付キ其原因ノ同一ナルコトヲ要セス隨テ債權ノ性質異ナリ得ルモノナ

ヲ稱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メニ丙モ亦乙ト同様ノ趣旨ニテ三人ニテ金錢ヲ借リタル場合ニハ特約アラザルモ連帶アリ(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ア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力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人ニ就テ存スルモノ多キヲ以テ是レ亦時効完成ノ遲延ヲ生スルコトアリ但停止原因ハ債權者ニ就テ存スルモノハ多キモ債務者ニ就テ存スルモノハ少

シ然レトモ其場合ナキニ非ス例ヘ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アラザ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

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に第二債務者相互間ノ關係ニ付テ説明セントス

第二 債權者相互間ノ關係

「連帶」ト云ヘハ單ニ債權者ト債務者トノ關係ヲ表ハスニ過キス即チ二人以上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ノ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ハ相觀メル甲、乙、丙三人連帶ニテ金錢ヲ借リタル場合ニ於テ債權者ハ其各自ヲ唯一ノ債務者ノ如ク

看做シ一人ニ對シテ金額ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク其他債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來債務者中ノ一人タル甲ノミ其ノ借主ニシテ他ノ二人ハ殆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簿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額ヲ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全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サルトキハ第四百二十七條ノ規定ニ從ヒ各自平等ノ割合ヲ以テ權利ヲ有シ又ハ義務ヲ負フヘキカ故ニ結局本則トシテハ各自平等ニ債務ヲ負擔スヘキモノトス今以

上ノ四例ニ就キ簡單ニ債務者間ノ關係ヲ論スヘシ且シテ丙ノ請求ノ時第一ノ場合即チ甲一人カ債務ノ全額ヲ負擔ス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ル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モ一部ノ辨濟タルトモ問ハズ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ク然レトキハ亦前ノ場合ト同シク何等ノ關係ヲモ殘スコトナシ然ルニ若シ右ノ如キ方法ニ依リテ履行ヲ爲スニアラスンハ竟ニ債務者間ニ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竣タス蓋シ債務者間ニ在リテハ互ニ連帶責任ヲ以テ償還ノ義務ヲ負フノ理ナキカ故ニ各自其負擔部分ニ應シテ義務ヲ負フヘキモノトス故ニ全ク負擔部分ヲ有セザル丙ノ如キハ蓋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ヲ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就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セハ自己ノ負擔部分ヲ超過シタル辨済額ハ他ノ二人ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘシ

以上述ヘタル如キ債務者間ノ關係ヲ名ケ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

一 求償權ノ原則

求償權ノ原則ハ第四百四十二條第一項ニ之ヲ規定セリ曰ク連帶債務者ノ一人連帶債務者ノ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。茲ニ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。然レトモ縱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中甲一人ニテ新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理ナリ。此場合ニハ特ニ辨濟ヲ爲シタルモノト看做ス。ト云ルカ故ニ疑ナシニ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モ

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テ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。又其意思ハ其意思ニ依リテ之カ爲メ之カ爲メト云フ。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「第四百三十三條ノ規定ニ依リテ其債務者ノ一人ニテ其債務ノ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避クルコトヲ得サリシ費用其他ノ損害ノ賠償ヲ包含スルモノト爲ス。其對遺言ハ前項ノ規定ニ依リテ之カ爲メ之カ爲メト云フ。其對遺言ハ前項ノ規定ニ依リテ之カ爲メ之カ爲メト云フ。」

無償ニテ義務ヲ免レタル場合ハ求償權ヲ有セズ是レ蓋シ其債務者ハ何等ノ出
 指ヲモ爲サナリシヲ以テ他人ヲシテ債ハシムヘキモノアラザルモヤリ而シテ
 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向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ルトモハ之ト同時ニ免除ノ效力ハ全債務者ニ及フモノ
 トス蓋シ此場合ニ於テハ甲ハ債權者ノ代理人トシテ乙丙ニ意思表示ヲ爲スモ
 ノト謂フコトヲ得ヘケレハナリ其他或ハ債權者カ債務者ノ一人甲ヲ全債務者

ノ代理人ト看做セラ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ルニ
 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ヘハ原則トシテ一人
 ニ對スル免除ニ因リ他ノ債務者モ亦其義務ヲ免ル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ズ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セルカ爲メ驪車又ハ
 流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
 右ノ外尙ホ出指ヲ以テ免責ヲ受タル場合擧シトセズ而シテ辨濟以外ノ場合ニ
 於テハ其出指額ト債務額トノ間ニ差異アルコト珍シトセズ例ヘハ純然タル更

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ケル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タ其孰レカ多額ナルカヲ觀察セサ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セ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談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セハ單ニ二千圓ニ付キ他ノ者ノ負擔部分ニ對シテ求償權ヲ行フコトヲ得ルノミ故ニ前例ニ於テハ甲ハ乙丙ニ對シテ各六百六十六圓餘ヲ請求スルコトヲ得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テ

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ハ甲ハ元來隨意ニ三千五百圓若クハ四千圓ニ相當スル不動産ヲ引渡シタルモノ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皆法律上已ムコトヲ得サルニ出タ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ら千圓ノ損失ヲ被ルハ已ムコトヲ得サル所ナレトモ三千圓ノ負債ニ對シ正當ニ三千圓ノ出捐ヲ爲シタルカ又ハ債務額以内ノ出捐ヲ爲シテ以テ債務ヲ免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セリ蓋シ金錢ナルモノハ通常ノ場合ニ於テハ之ヲ他ヨリ借用セハ之ニ對スル利息ヲ拂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バ則チ其利息ヲ損失スルモノト謂ハサルヘカラス是ニ於テカ前例ニ於テ甲ハ乙又ハ丙ニ對シ各千圓ニ相當スル法定利息ヲ請求スルコトヲ得ヘキナリ加之此法定利息ナルモノハ通常ノ場合ニ於テハ金錢ノ使用ニ對スル損害ノ賠償ニ代フルモノト爲セリト雖モ實際ニ於テハ往往是ヨリ多クノ損害ヲ生スルコトアリ抑モ法定利息ハ目下ノ狀況ヨリ言ヘハ頗ル低廉ナルノ感アリ即チ民法ニ於テハ五分商法ニ於テハ六分ト規定セリ然ルニ經濟界ノ實際ニ就テ觀ルトキハ嘗テ金融緩漫ナリシ時ニ當リテハ信用アル者ハ五分若クハ六分ノ利息ニテ借財ヲ爲スコトヲ得タルモ現今ニ於テハ信用アル人ト雖モ尙ホ一割若クハ一割以上ノ利息ヲ拂ハサルヘカラス此ノ如キ狀態ナルカ故ニ若シ事情已ムコトヲ得ス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ノ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該判ノ結果該額ヲ受クルニ至リタル場合ニ於テ其該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クルハ例ヘハ他ノ債務者乙丙カ義務ヲ果タ
 ナサ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乙丙ヲシテ其損害ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ又甲カ
 辨濟ニ充ツルカ爲メ金錢ヲ借ラント欲スルモ容易ニ低廉ナル利息ヲ以テ借入
 ルルコト能ハサルカ爲メ已ムコトヲ得ス自己所有ノ財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
 サ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
 得ヘシ但右例ノ場合ニ於テモ避ク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クルコトヲ得
 サ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同一ノ土地ニ住居セルカ故ニ下カ辨
 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り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テ埃タス
 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地位ナ
 ルモノニ就テ説明セン是レ第五百條ニ規定セル所ニシテ其詳細ニ至リテハ之
 ヲ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ヲ請求シ若シ乙丙共ニ全ク辨濟セサ
 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

リテ辨濟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
 縱令一人カ辨濟ヲ爲スモ他ノ一人カ辨濟ヲ爲ササルトキハ抵當權又ハ質權ハ
 全部ノ辨濟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償權ヲ保護スルカヲ知ルニ足ルヘシ
 以上ハ第一段求償權ノ原則ナリ
 二 過失者ノ責任

既ニ述ヘタル場合ニ於テモ往往ニシテ辨濟者ニ過失ノ存スルコトアルコトヲ
 言ヘリ而シテ是レ唯リ辨濟ノ場合ニ限ラスト雖モ便宜ノ爲メ以下主トシテ辨
 濟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濟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產ヲ廉價ニ賣却シテ以テ辨濟ヲ爲シタ
 ルトキハ其之ニ因リテ生シタル損失ハ辨濟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

償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
 スシテ辨濟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之ヲ
 説明スルノ必要ナキカ故ニ主要ナル一ニ場合ヲ説明スルニ止ムヘシ其他ハ
 以テ類推スヘシ
 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
 ヲモ爲サスシテ辨濟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
 若シ乙カ予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タ辨済ヲ爲ササルニ當リテ予ニ通知セハ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ント主張セハ甲ハ乙ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得サルヘシ果シテ然ラハ當初乙ノ負擔スヘキモノト假定セラレタル千圓ハ何人ノ負擔ニ歸スヘキカ是レ場合ニ依リテ必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増加スルニ至レリ)是レ第四百三十三條ノ規定ト相待テチ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ヲ語ラ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ナ

ルヘカラス殊ニ甲及ビ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ハ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ザ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ザ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ザルヘカラス故ニ若シ甲丙カ一旦全額ヲ辨済シタル後ナレバ千圓ヲ債權者ヨリ返還セシムルコトヲ得ヘク若シ又辨済前ナルトキハ相殺ヲ爲スコトヲ得ヘシ即チ甲又ハ丙ハ元來三千圓ノ義務ヲ負擔セ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二千圓ヲ辨済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務者カ取消權ヲ有スルヤ否ヤヲ知ル間接ノ必要ナリ何トナレバ第四百四十三條ハ此場合ニモ適用セラレベクテシナリ

右ノ外向ホ一ノ場合ヲ想像スレハ相殺ノ場合は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
 ヲ爲スマチハ債務消滅セリト謂フコトヲ得ス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ンニ債權者カ乙ニ對シテ請求ヲ爲サシテ之
 ヲ甲ニ爲シタルニ甲ハ乙カ債權ヲ有セルコトヲ知ラスシテ債權者ノ請求ニ應
 シ全部ノ辨濟ヲ爲シ而シテ後乙ニ對シテ求償ヲ爲シタリトセンカ乙ハ素ト債
 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ス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
 コトヲ得ス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
 ルコト法文上毫モ疑ヲ容レサル所ナリ是レ他ナシ甲ハ乙ニ對シテ自己ノ過失
 ニ對スル責任ヲ負擔セサルヘカラサレハナリ然ラハ其結果如何蓋シ債權者ハ



明治三十五年九月二十三日印刷
明治三十五年九月二十四日發行

東京市葛橋區青蓮庵町二十七番地

編輯者 松田久次郎

東京市牛込區先來町三番地

印刷者 小宮山信好

東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地

印刷所 金子活版所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 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內務省許可