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

PDF issue: 2025-07-14

法政大學講義録

梅, 謙次郎 / 田中, 遜 / 鈴木, 英太郎 / 富井, 政章

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
35
(号 / Number)
1学年の号外の9
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
236
(発行年 / Year)
1906-10-06

（明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可
毎月三回 五日、十五日、二十五日發行）
明治三十九年十月六日發行

（第壹學年號外）

三十九年度

法政大學講義錄

第三十五號

法政大學發行

三十九年度第三十五號目次

民法總則 自第一章至第三章（自六五至一二六）（完）　法學博士 富井政章　法學士 鈴木英太郎
表紙及ヒ目次　六頁

民法債權（自一六五至五六四）（完）　法學博士 梅謙次郎
表紙及ヒ目次　六頁

羅馬法（自一六一至二三七）（完）　ドクトエール、アンドロワー 田中遜
表紙及ヒ目次　一〇頁

雜錄　○大審院判例要旨

◎注意　民法總則　四七、四八ノ二頁ハ改刷セルカ故ニ加除セラレタシ

◎稟告本講義錄號外ハ校外生月謝ヲ徴收セス

スルヤ又ハ初ニ遡リテ失踪ノ宣告ナカリシモノトスヘキヤ此點ニ就テハ解釋一定セス多數説ニ依レハ取消ノ宣告アリタル時ヨリ其效力ヲ失フモノトシ遡及效ヲ認メサルモ是レ謬見タルヲ免レス何トナレハ生存セル者ニ對シ死亡セリトノ宣告ハ既ニ誤謬タリ取消ノ宣告ハ恰モ其誤謬ヲ取消スモノナルカ故ニ失踪者ハ一度死亡シテ又蘇生スル論理アルナシ是レ民法第三二條ノ但書ヲ見ルモ明カナル事ニシテ原則ハ既往ニ遡ルコトヲ認メタルモノトス然レトモ此原則ニ對シ制限ヲ附セサルニ於テハ其弊害亦尠カラス即チ其宣告ニ依リ配偶者ハ再婚シ相續人ハ相續ヲ爲シ由テ財産ヲ自由ニ處分シタルニモ拘ハラス取消カ遡及效ヲ生スルトキハ權利ノ安固ヲ期スヘカラス故ニ取消ノ宣告ハ取消前善意ニテ爲シタル行爲ニ其效果ヲ及ホサストセリ從テ配偶者カ善意ニテ再婚シタルトキ換言スレハ失踪者ノ生存セルコトヲ知ラサリシトキハ其婚姻ヲ有效トス但婚姻ハ雙方行爲ナルカ故ニ雙方トモ善意ナルヲ要ス又相續人ハ此宣告ニ依リ相續ヲ爲シ其結果財産ヲ得タルコトアルヘク而シテ其財産ハ自己ノ物ト信シタルカ故ニ種種ノ處分ヲ爲シタルヤ知ルヘカラス然ルニ後ニ至リ之ヲ返還セサルヘカラストセハ苛酷ニ失スル故ニ法律ハ此場合ニ於テハ唯現存スル利益ヲ返還スルコトニ止メ以テ此等ノ者ヲ保護セリ但現存スル利益ト云フハ現在スル物ヲ謂フニ非ス現狀ヲ變スルモ利益トシテ存スレハ即チ現存スル利益ニシテ返還ヲ必要トスヘキナリ

本講義第二編第二章法人以下ハ編輯上ノ都合ニ因リ鈴木學士ノ講義ヲ掲載スルコトトセリ讀者請フ焉ヲ諒セヨ

編輯局誌

090
1906
1-2

0104

法學士　鈴木英太郎

第二章　法人

第一節　法人ノ觀念

法律歴史ニ徴スルニ公法ハ暫ク措キ私法上古代ノ法律ニ於テハ私權ノ主體タルモノハ獨リ自然人ノミニシテ法人ナル觀念ナカリシカ如シ「ゾーム」氏カ羅馬法ノ歴史トシテ述フル所ヲ見ルニ羅馬ノ古代ニ於テハ私法上法人ノ觀念ナシ即チ羅馬ノ古代ニ於テハ法律上社團（Collegia, societas.）ト言フカ如キ意味ノ語ハ存在シタルモ其所謂社團ナルモノハ今日ニ於ケル如ク一箇ノ獨立ナル權利主體ニ非ス其社團ニ屬スル權利ハ之ヲ組織スル各社員ノ權利ニ過キサリキ又羅馬ノ古代ニ於テハ國家ハ公有物（Respublice）ナルモノヲ所有シタルモ私法的關係ニ於テスルモノニ非ス全ク公法的關係ニ於テ之ヲ所有スルニ過キス故ニ羅馬ノ古代ニ於テ私法上權利ノ主體ナルモノハ唯自然人ノミナリキ國家ハ公法的關係ニ於テ物ヲ所有スルニ過キスシテ自然人ト平等ノ關係ニ於テ物ヲ所有スルニ至ラサリキ漸ク羅馬ノ共和政治ノ末路ニ至リ始メテ國及ヒ其行政區畫カ私法的關係ニ於テ物ヲ所有シ自然人ト同シク私法上權利ノ主體ト爲ルコトヲ得タリ是レ「ゾーム」氏カ羅馬ノ歴史トシテ述フル所ナレトモ他ノ國ニ於テモ亦古代ニ於テハ私法上法人ナル觀念ナカリシカ如シ而シテ近世ノ立法例ニ見ルモ法人ノ規定ハ未タ精密ナラス例ヘハ千八百四年ノ佛民法ノ如キハ法人ニ關スル一般ノ規定ヲ設ケス千七百九十四年ノ普國民法ノ如キモ社團法人ニ付キ規定アルノミニシテ財團法人ニ付テハ一般ノ規定ナシ千八百六十五年ノ索民法ノ如キモ法人ニ關シ五六箇條ノ規定アルニ過キス又明治二十三年ニ發布セラレタル我舊民法ニ於テモ法人ニ關シ僅ニ一二箇條ノ規定ヲ設ケタルノミ然レトモ千八百九十六年ノ獨民法及ヒ我新民法ノ如キ最近ノ立法例ニ於テハ法人ニ關スル規定極メテ精密ナリ故ニ今日ニ於テハ法人ノ觀念ヲ研究スルハ法律上極メテ重要ナル事項ニ屬ス法人ノ觀念ニ關スル學説ハ古來極メテ多ク今日ノ法律學ノ進歩ヲ以テスト雖モ未タ之ニ關シ一定ノ説アルヲ聞カス余輩ハ玆ニ其學説ノ重ナルモノ及ヒ自己ノ信スル所ヲ述ヘントス

（一）擬制説

「サビニー」氏曰ク權利ハ總テ自然人ノ爲メニ存在スルモノナリ故ニ權利ノ主體若クハ人格ノ觀念ハ自然人ノ觀念ト一致セサルヲ得ス即チ權利ノ主體タルヘキモノハ單ニ自然人ニノミ限ルヘキモノトス乍併法ハ或必要ノ爲メ例外トシテ擬制ニ依リ自然人以外ノモノニ人格ヲ付與シ之ヲシテ權利ノ主體タラシムルコトヲ得是レ法ノ目的ノ爲メニ創設セラレタルモノニシテ所謂法人ナリト故ニ「サビニー」氏ノ説ニ依レハ法人トハ自然人ニ非スシテ法律上ノ必要ノ爲メ擬制ニ依リ或範圍内ニ於テ自然人ト同一視セラレ權利ノ主體タルモノヲ言フ世ニ所謂擬制説若クハ假定説（Fictionstheorie）是ナリ

法人擬制説ハ「サビニー」氏ノ始メテ之ヲ主張シタルモノニ非ス既ニ所謂後世羅馬法註釋學者ノ時代ヨリ行ハレタル説ニシテ此説ヲ主張スル學者極メテ多シ獨逸ニ於テハ所謂羅馬法學者ハ殆ト皆此説ヲ採ル而シテ所謂日耳曼法學者ノ中ニモ此説ヲ主張スルモノナキニ非ス例ヘハ「ゲルベル」氏ノ如シ乍併此等擬制説ヲ主張スル學者ト雖モ其説ノ詳細ナル點ニ付テハ皆悉ク同一ナリト言フコトヲ得ス人ニ依リテ多少其意見ヲ異ニス例ヘハ或學者ハ法人ノ場合ニ於テ法律ニ依リ假定セラルルモノハ單ニ現在セサ

ルモノヲ現在スルモノト看做スニ在ルモノト爲スモ他ノ學者ハ更ニ尚ホ意思ノ存在若クハ其他自然人固有ノ性質ヲモ假定セラルルモノト爲スカ如シ

（二）法人否認說

擬制說ニ對スル反對說ニ大別二箇アリ一ハ法人否認說ニシテ他ハ法人實在說ナリ即チ此二說ノ擬制說ヲ正反對ノ方面ヨリ攻擊スルモノナリ余輩ハ先ツ其法人否認說ヲ述ヘ然ル後法人實在說ニ及ハントス予輩カ茲ニ法人否認說ト稱スルハ專ラ「ブリンツ」氏ノ說ヲ指スモノナリ同氏ハ曰ク「サビニー」氏ノ言フ如ク法カ擬制ニ依リ人格ヲ付與シ法人ト爲スト言フカ如キハ誤解ナリ法律上所謂擬制若クハ假定(Fiction)ト言フハ事實存在スルモノヲ存在セスト爲シ又ハ存在セサルモノヲ存在スト言フ故ニ法人ハ擬制ニ依リテ成立スト言ハハ其語ノ內ニハ既ニ法人ナルモノハ事實存在セサルモノ、ナルコトヲ包含ス然ルニ熟々考フルニ總テ世ニ實在セサルモノカ權利ヲ有シ其主體ト爲ルト言フカ如キハ道理ニ於テ考フヘカラス且法ノ擬制ニ依リテ存在シ事實上存在セサルモノハ固ヨリ意思ヲ有スルコトヲ得ス然ルニ權利ノ本質ハ意思ナリ意思能力ナケレハ權利能力ナク權利能力ナケレハ權利ノ主體タルコトヲ得ス所謂法人ノ場合ニ於テハ權利ノ主體ナク唯用途指定ノ財產(Zweckvermogen)アルノミ法人カ自然人ニ對スル關係ハ恰モ烏ヲ逐フ案山子カ人類ニ對スル關係ノ如シ生物學上人體ヲ研究スルニ當リ案山子ヲ研究スル必要ナキ如ク法律學上亦人ヲ論スルニ當リ法人ヲ研究スルノ必要ナシ法人ノ觀念ハ法律上全ク無用ノ觀念ナリト是レ有名ナル「ブリンツ」氏ノ說ニシテ法律上絕對ニ法人ノ存在ヲ認メサル說ナリ「ブリンツ」氏ノ說ハ少クトモ擬制說ヲ反駁スル點ニ付テハ諸學者ノ贊同ヲ得タル學說ナリ然レトモ此說ヲ贊成スルモノハ先ツ無主格ノ權利ノ存在ヲ認メサルヘカラス所謂無主格ノ權利アリヤ否ヤハ學者間ニ甚タ議論ノ存スル所ナレトモ予輩ノ見解ニ依レハ既ニ述ヘタル如ク權利ノ觀念上必スシモ主格ノ存在スルコトヲ要セサルモノト信ス故ニ此點ニ於テハ法理上別ニ「ブリンツ」氏ノ說ニ反對スル必要ナシト雖モ民法カ法文上明カニ法人ナル文字ヲ用ヒ之カ規定ヲ爲スニ拘ハラス法人ナル觀念ハ法律上無用ノモノナリト云フカ如キハ到底我民法ノ正解ト謂フヘカラス加之「ブリンツ」氏カ事實上存在セサルモノハ法ノ擬制ニ依ノ之ヲ存在スルモノトシ又ハ意思能力ヲ有スルモノトスルモ權利ノ主體タルコトヲ得スト云フカ如キハ予輩ノ解セサル所ナリ假令事實上存在セス且意思能力ヲ有セサルモノト雖モ法カ擬制ニ依リテ之ヲ存在シ若クハ意思能力ヲ有スルモノトスル以上ハ事實上ハ暫ク措キ法律上ニ於テハ之ヲ存在シ若クハ意思能力ヲ有スルモノト見ルコトヲ得ヘク隨テ其擬制ノ範圍內ニ於テ權利ノ主體タルコトヲ得サルモノニ非スト信ス

（三）實在說

前ニモ述ヘタル如ク「ブリンツ」氏ノ法人否認說ト同シク擬制說ニ反對スル說ニシテ然モ之ト正反對ナル地位ニ在ルモノハ所謂法人實在說ナリ「ブリンツ」氏ハ法律上法人ナルモノハ存在セスト爲シ所謂無主格ノ權利存在ストノ說ヲ主張スルニ反シ法人實在說ヲ採ル學者ハ法人ハ一箇ノ組織體又ハ有機體(Organisation)ニシテ自然人ト同シク法ノ擬制ヲ俟タス實在スト爲スナリ此法人實在說ハ彼ノ日耳曼法學者「ベーゼレル」「ブルンチュリー」氏等ノ始メテ主張シタル所ニシテ今日ニ於テハ「ギールケー」「デルンブルグ」「チテルマン」「レーゲルスベルゲル」「マッサク」「エリネック」氏等ノ如キ大家モ皆此說ヲ採ル此實在說ノ如キモ猶ホ擬制說ノ場合ノ如ク其說ノ詳細ニ至リテハ人人皆悉ク同一ナリト言フコトヲ得ス然レトモ大體ニ於テ異ナル所ナシト信ス

「エリチック」氏ハ曰ク法人ハ一箇ノ組織體ニシテ法ノ擬制ニ依リテ成立スルモノニ非ス自然人ト同シク實在スルノミナラス意思能力ヲモ有スルモノナリ元來意思ナルモノハ總テ自然人ノ意思ニシテ自然人ヲ離レテ意思アルモノニ非ス故ニ例ヘハ國又ハ其行政區畫ノ如キ法人ニ意思アリト言フハ自然人ノ意思ヲ以テ法人ノ意思ト看做スト云フニ過キスシテ所謂法律ノ擬制ナルカ如シ然レトモ熟〻實際ノ有樣ヲ考フルニ例ヘハ法人ヲ組織スル自然人カ多數決又ハ其他ノ方法ヲ以テ表示シタル所ノ意思ハ之ヲ各自然人ノ意思ト謂フヘカラス之ヲ其自然人ヨリ組織セラレタル團體即チ法人ノ意思ト謂ハサルヲ得スト

「レーゲルスベルゲル」氏ノ説モ亦大體ニ於テ「エリネック」氏ノ説ニ同シキカ如シ即チ「レーゲルスベルゲル」氏ハ法人ハ法ノ擬制ヲ俟タス實在シ意思能力ヲ有スルモノト爲ス而シテ所謂社團法人ノ場合ニ於テハ其團體ノ意思ヲ以テ法人ノ意思ト爲シ又財團法人ノ場合ニ於テハ財團、理事、監事ト言フカ如キモノカ集マリテ一箇ノ組織體ヲ爲シ因テ以テ生スル意思ヲ以テ法人ノ意思ト爲スカ如シ

法人實在説ハ一箇ノ有力ナル説ニシテ之ニ贊同スル學者モ少カラス予輩ハ此實在説ノ當否ヲ判斷スル前ニ先ツ擬制説ト異ナル所ヲ指摘セントス法人ヲ以テ法ノ擬制ニ非ス實在スルモノト爲ス所ハ二者ノ大ニ異ナル所ナリ又擬制説ニ在リテハ法人ノ代表者ハ一箇ノ代理人ナレトモ實在説ニ依レハ（但學者ニ依リ異ナルモノアルヘキモ）其代表者ハ代理人ニ非ス法人ノ意思ヲ表示スル機關ニ過キス擬制説ニ依レハ法人ト其代表者トハ二箇ノ異ナリタル人格者ニシテ其間ニ代理ノ關係存在スルモノナリ實在説ニ從ヘハ法人ノ代表者ハ法人以外ノ人格者ニ非ス法人ヲ組織スル一箇ノ機關ナリ隨テ其代表者ハ固ヨリ特別ノ人格ナリ法人ト代表者トノ間ニ代理關係アルコトナシ擬制説ニ依レハ法人ハ意思無能力者ニシテ自ラ行爲ヲ爲スコトヲ得ス唯代理人ノ爲シタル行爲ノ效力カ本人タル法人ニ及フニ過キス之ニ反シテ實在説ニ依レハ法人ハ意思能力者ニシテ自ラ行爲ヲ爲スコトヲ得代表者ハ單ニ其機關タルニ過キス是レ前二説ノ間ニ於ケル大ナル差異ナリト信ス

予輩案スルニ法人實在説ハ公法上ノ法人ノ解釋トシテ頗ル穩當ナルカ如シ例ヘハ大藏大臣カ國ヲ代表シ市參事會カ市ヲ代表シ町村長カ町村ヲ代表シテ法律行爲又ハ訴訟行爲ヲ爲ス場合ニ於テ我行政法上此等ノ代表者ト國又ハ其行政區畫トノ間ニ代理關係存在スルモノニ非サルカ如シ大藏大臣、市參事會、町村長ト曰フカ如キハ單ニ國又ハ市町村ノ機關ニ過キスシテ之ヲ離レテ一箇獨立ノ人格者ニ非サルカ如シ然レトモ私法上ノ法人ニ付テ考フルニ我民法ニ於テハ法人ト理事トハ二箇ノ獨立ナル人格者ニシテ理事ハ單純ナル法人ノ機關ニ非ス法人ト理事トノ間ニハ代理ノ關係アルカ如シ故ニ實在説ハ公法上ノ法人ノ解釋トシテハ或ハ適當ナルモ知ルヘカラスト雖モ少クトモ私法上ノ法人ノ解釋トシテハ穩當ナラサルカ如シ無論一國ノ立法上公法ト私法トニ依リ其主義ヲ異ニセサルヘカラサルモノニ非サルモ予輩ノ見解ニ依レハ實際上二者ノ間ニ立法ノ主義ヲ異ニスルカ如ク見ユ故ニ法人實在説ハ此點ヨリ見ルモ我民法ノ解釋トシテハ適當ナリト謂フコトヲ得ス

更ニ一歩ヲ進メテ考フルニ我民法上法人ヲ以テ組織體ナリト爲スハ適當ナラスト信ス案スルニ學者法人ハ一箇ノ組織體ナリト云フハ社團法人ニ在リテハ社員總會、理事、監事ト曰フカ如キモノヨリ組織セラレタル一箇ノ團體ト見ルヘク又財團法人ニ在リテハ財團理事、監事等ヨリ組織セラレタル一箇ノ團體ト見ルノ見解ナルヘシ此ノ如ク法人實在説ハ法人ヲ以テ一箇ノ組織體ト爲スモ之ヲ以テ一箇ノ有形的ノモノト爲スニハ非ス此點ニ付キ例ヘハ「レーゲルスベルゲル」氏ハ述ヘテ曰ク法人ハ吾人カ目ヲ以

テ見ルコトヲ得ス手ヲ以テ觸ルルコトヲ得ス然レトモ之カ爲メニ法人ハ法ノ擬制ナリト謂フコトヲ得ス法人ハ屢々其實在スルコトヲ吾人ノ感覺ニ訴フルコトアリ實在トハ有形ノモノノミニ限ラス若シモ實在ハ有形ト同一ナリトセハ法律自身ト雖モ亦實在ヲ失フニ至ラント而シテ此法人ハ一箇ノ組織體ナリトノ説ハ一理アル見解ナルカ如シト雖モ我民法ノ規定ニ付キ考フルニ社團法人及ヒ財團法人ハ一般ノ場合ニ於テハ之ヲ一箇ノ組織體ト見ルコトヲ得サルニ非ス然レトモ少クトモ彼ノ相續人曠缺ノ場合ニ於ケル相續財産（一〇五一條）ノ如キハ固ヨリ社員ナク總會ナク理事ナク監事ナク單ニ財産アルノミニ過キサルヲ以テ之ヲ以テ一箇ノ組織體ナリト謂フコトヲ得ス是ニ於テカ彼ノ「レーゲルスベルゲル」氏ノ如キハ此相續財産ヲ以テ法人ニ非スト爲スニ至レリ然レトモ我民法上右ノ如キ場合ニ於ケル相續財産カ法人ナルコトハ明文上明カナリ故ニ法人實在説ハ此點ヨリ見ルモ亦我民法上ノ正解ト爲スニ足ラサルモノト認ム以上述フルカ如ク法人ノ觀念ニ付テハ擬制説、否認説、實在説ト言フカ如キ種種ナル學説アリ其中ニ就キ擬制説ハ最モ舊説ニシテ他ノ二説ハ比較的新説ナリト雖モ予輩ハ我民法ノ解釋トシテハ其舊説タル擬制説ヲ以テ最モ適當ナルモノト信ス但擬制説ニ付テハ前ニモ述ヘタル如ク學者ニ依リ多少其説ク所異ナル所アルモ予輩ハ法人ノ場合ニ於テ法ニ依リ假定セラルルモノハ單ニ現在セサルモノヲ現在スルモノト看做スニ過キスシテ意思ノ存在其他ノ自然人ニ固有ナル性質ヲモ假定スルモノニ非スト信ス而シテ我民法ノ解釋上法人トハ自然人ニ非スシテ法ノ擬制ニ依リ存在シ權利義務ノ主體タルモノナリト言フコトヲ得ヘシト信ス

右ノ如ク予輩ノ見解ニ依レハ法人ハ實在スルモノニ非ス法ノ擬制ニ依リテ始メテ存在スルモノナリ隨テ法人ハ其性質上其認許セラレタル法ノ行ハルル範圍内ニ非サレハ存在スルコトヲ得ス例ヘハ外國ノ法人ハ我國ニ於テ存在スルコトヲ得ス是レ理論上擬制説ノ當然ノ結果ナリ然レトモ此論理ヲ無制限ニ適用スルトキハ外國トノ交通頻繁ナル今日ニ於テハ多少不便ヲ免レサルヲ以テ或範圍内ニ於テ外國ノ法人ヲ認許スルノ必要アリ我民法ハ外國ノ法人中國、國ノ行政區畫及ヒ商事會社ノ成立ノミヲ認許ス其他ノ外國法人ハ原則トシテ其成立ヲ認許セス故ニ外國法人中右民法ノ認許シタルモノハ我國ニ於テモ尚ホ存在スルモノト謂フコトヲ得ヘキモ其他ノモノハ我國ニ於テ存在スルモノト見ルコトヲ得ス但右民法ニ認メタル以外ノ外國法人ト雖モ他ノ法律又ハ條約ニ依リテ認許セラレタルモノハ亦我國ニ於テ存在スルモノト見ルコトヲ得ヘキヤ無論ナリ（三六條一項）

第二節　法人ノ種類

法人ハ種種ナル標準ニ依リテ之ヲ區別スルコトヲ得ヘシ予輩ハ本節ニ於テ其重ナルモノヲ左ニ擧ケントス

（一）内國法人、外國法人

内國法人外國法人ノ區別ノ標準ニ付テハ學者間ニ種種ナル議論アリ然レトモ其學説中重ナルモノハ所謂住所地主義ト準據法主義ナルヘシ而シテ住所地主義ニ依レハ内國法人外國法人ノ區別ノ標準ハ法人ノ住所所在地ニ依リテ定マルモノニシテ内國ニ住所ヲ有スル法人ハ内國法人ニシテ外國ニ住所ヲ有スル法人ハ外國法人ナリ元來内國法人、外國法人ノ區別ニ關スル見解ハ法人ノ觀念ニ關シ擬制説ヲ採ルカ實在説ヲ採ルカニ依リ異ナル所ナキヲ得サルカ如シ予輩ハ前ニモ述ヘタル如ク法人ノ觀念ニ關シ擬制説ヲ採用スルヲ以テ理論上準據法主義ヲ最モ適當ナルモノト信ス即チ予輩ノ信スル所ニ依レハ内國

法人トハ日本ノ法律ニ依リテ設立シタル法人ヲ言ヒ之ニ反シテ日本ノ法律ニ依リテ設立セラレサル法人ヲ外國法人ト言フヘキモノト信ス但予輩ノ知ル所ニ依レハ外國ノ多クノ學者ハ住所地主義ヲ採用スルモノノ如シ尚ホ此内國法人、外國法人ノ區別ノ標準ニ付テハ諸君カ國際私法ノ講義ニ於テ詳細ニ研究セラレンコトヲ希望ス

(二)公法人、私法人

法人ハ又公法人私法人ニ區別スルコトヲ得ヘシ而シテ公法人私法人トハ果シテ何ヲ言フカ若シモ公法人トハ公法上ノ法人ヲ謂ヒ私法人トハ私法上ノ法人ヲ謂フト言ハハ何人モ左マテ異議ナキ所ナルヘシト雖モ此ノ如ク單ニ形式上ノ點ニ止マラスシテ尚ホ一層進ミテ法人ノ實質上ヨリ公法人ト私法人トノ差異ハ孰レニ在リヤト問ハハ是レ極メテ困難ナル問題ニシテ學者ニ依リ其見解ヲ異ニスルノミナラス二者ノ間明瞭ナル區別ヲ為スコト能ハサルモノニ肖タリ國及ヒ國ノ行政區畫ノ如キハ所謂公法人ニシテ株式會社ノ如キハ私法人ナルコトハ何人モ疑ハサル所ナレトモ其區別ヲ抽象的ニ言顯ハスコト極メテ困難ナリ或ハ法人ノ處理スル事務ノ種類ニ依リ公法人ト私法人トノ區別ヲ為サントスル學者アリ或ハ團體ニ加入スル義務アリヤ否ヤノ差異ヲ以テ公法人ト私法人トノ區別ヲ為サントスル學者アリ然レトモ此等ノ標準ヲ以テ公法人ト私法人トヲ區別スルコトヲ得サルハ明カナリ「ロージン」氏ノ如キハ法人ノ事務ヲ處理スルニ付キ國家ニ對スル義務ノ如何ニ依リテ公法人ト私法人トヲ區別シタリ即チ國家ノ事務ヲ處理スルコトヲ目的トシ國家ニ對シ法律上其事務ヲ處理スル義務アルモノヲ公法人ト言ヒ然ラサルモノヲ私法人ト名ケタリ蓋シ法人ハ其事務ヲ處理スル上ニ於テ國家ニ對シ積極的若クハ消極的ノ義務ナキモノナシト雖モ私法人ニ在リテハ其事務ヲ處理スルコトハ國家ノ事務ニ非ス自己ノ事務ニ關スルモノナルヲ以テ公法人ノ如ク之ヲ行フノ積極的ノ義務アルモノニ非ス唯私法人ハ其事務ヲ行フニ付キ法令ノ規定ニ違反セス公益ヲ害セサル消極的ノ義務ヲ國家ニ對シ有スルニ過キス之ニ反シテ公法人ノ事務ハ法人ノ事務タルト同時ニ又國家ノ事務ナルカ故ニ其事務ヲ行フト否トニ關係スルヲ以テ公法人ハ直接ニ國家ニ對シ其事務ヲ行フニ付キ積極的ノ義務アリ「エンデマン」「レーゲルスベルゲル」氏等ノ説ク所モ大體ニ於テ之ニ同シ而シテ予輩ハ公法人、私法人ノ區別ニ關スル學説中此説ヲ以テ比較的完全ナルモノナラント信ス

我國法上公法人ノ重ナルモノハ國及ヒ國ノ行政區畫ナリ其他産業組合、重要物組合、水利組合ト曰フカ如キハ公法人ナルヘシト信ス而シテ官立學校ノ如キモ公法人トシテ之ヲ設立スルコトヲ得ヘシ然レトモ此等ノ公法人ハ行政法ノ規定スル所ニシテ民法ニ於テ規定スル所ハ專ラ私法人ノミ

(三)社團法人、財團法人

私法人ハ更ニ其組織セラルル所ノ基礎ニ依リ之ヲ社團法人ト財團法人トニ區別スルコトヲ得ヘシ社團法人トハ法律カ自然人ノ集合體ニ人格ヲ付與シタルモノヲ謂ヒ財團法人トハ財産ノ集合體ニ人格ヲ付與シタルモノヲ謂フ商法ニ所謂合名會社、合資會社、株式會社ノ如キ商事會社ハ皆社團法人ナリ而シテ財團法人トハ學校、病院ノ如キモノナリ又寺院ノ如キハ或ハ社團法人タルコトアルヘク或ハ財團法人タルコトアルヘシ即チ均シク寺院ト稱スル名稱ノ下ニ或ハ信者ノ集合體ヲ基礎トシテ法人ヲ組織スルモノアルヘク又ハ財産ノ集合體ヲ基礎トシテ法人ヲ組織スルモノアルヘシ故ニ我國法上寺院ノ名稱ノ下ニ私權ヲ享有スルモノカ果シテ社團法人ナリヤ財團法人ナリヤヲ研究セント欲セハ單ニ其名稱ニ止マラス其法人ヲ組織スル基礎ヲ審査シテ之ヲ判定セサルヘカラス

0109

（四）公益法人、營利法人

私法人ハ又其目的トスル所ノ公益ナルヤ營利ナルヤニ依リテ之ヲ公益法人ト營利法人トニ區別スルコトヲ得ヘシ即チ營利ヲ目的トスル法人ヲ營利法人ト謂ヒ公益ニ關スル社團又ハ財團ニシテ營利ヲ目的トセサル法人ヲ公益法人ト謂フ但茲ニ營利ヲ目的トスルト言フハ財産上ノ利益ヲ得ヘキ事項ヲ目的トスルモノヲ謂ヒ又公益ニ關スル社團又ハ財團トハ祭祀、宗教、慈善、學術、技藝其他公共ノ事業ニ關スルモノヲ謂フ而シテ社團法人ニハ公益法人アリ營利法人アリ之ニ反シテ財團法人ニハ公益法人多ク營利法人ナキカ如シ然レトモ民法第一〇五一條ニ依リ相續財産ヲ法人ト爲ス場合ニ於テ其法人カ財團法人タルコトハ疑ナキモ之ヲ以テ公益法人ト爲スコトハ少シク疑ナキ能ハス相續財産ヲ法人ト爲スハ主トシテ相續人ノ利益ノ爲メニシテ直接ニ公益ノ爲メニ非サルカ如シ然レトモ又之ヲ以テ營利法人ナリト謂フコト能ハス故ニ此種類ノ法人ハ公益法人ニモ非ス營利法人ニモ非ス一種中間ノモノナルヘシト思ハル

第三節　法人ノ設立

廣ク法人ト謂フトキハ啻ニ私法人ノミナラス公法人ヲモ包含スルモノナルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ然レトモ公法人ニ關スル事項ハ專ラ公法ノ規定スル所ナルヲ以テ之ヲ公法ノ研究ニ讓リ以下主トシテ私法人ニ付キ論スル所アラントス

（一）法人ノ設立ニ關スル立法主義

法人ノ設立ニ關スル立法主義ハ之ヲ四箇ニ大別スルコトヲ得ヘシ國長特許主義、法律特許主義、準則主義及ヒ自由設立主義即チ是ナリ

國長特許主義トハ法人ハ國家ノ首長ノ特許ニ依リテ設立スルコトヲ得ト爲スモノナリ又法律特許主義トハ法人ノ設立ハ特ニ其法人ノ爲メニ制定セラレタル法律ニ依ルヘキモノト爲スモノ是ナリ此國長及ヒ法律特許主義ハ孰レモ社會ノ未タ幼稚ニシテ法人ノ設立未タ頻繁ナラサル時代ニ行ハルヘキモノニシテ今日ノ如ク公共心ノ發達及ヒ經濟上ノ進歩ニ伴ヒ盛ニ法人ノ設立ヲ要スル時代ニ於テ採用スルコトヲ得ヘキ主義ニ非ス然レトモ日本銀行、日本勸業銀行、横濱正金銀行ノ如キハ所謂法律特許主義ニ依リテ設立セラレタル法人ナリト信ス

特許主義ト正反對ナルモノハ法人自由設立主義ナリ此主義ニ依レハ法人ハ當事者ノ意思ニ因リ自由ニ之ヲ設立スルコトヲ得ルモノト爲スナリ此主義ハ特許主義ニ比スレハ或點ヨリ之ヲ言ヘハ進歩シタル主義ト言フコトヲ得ヘキモ又一方ヨリ言ヘハ極メテ弊害大ナル主義ニシテ取引ノ安全ヲ害シ公益ヲ損スルコト多シ即チ當事者カ自由意思ニ因リ法人ヲ設立スト言フモ其意思表示ノ事實ハ決シテ外見上明瞭ナルモノニ非ス何時其法人カ設立セラレタルカ極メテ不明瞭ナリ故ニ法人ト取引ヲ爲ス考ニテ法律行爲ヲ爲シタルモノカ其實法人ハ未タ成立セス若クハ既ニ消滅シタル爲メ意外ノ損害ヲ招クコトアルヘシ又法人ヲ當事者ノ自由意思ニ因リテ設立スルコトヲ得ルモノトセハ當事者ハ自由ニ法人ヲ設立シ種種公益ヲ害スル法人ヲ設立スルコトナシト云フヘカラス是レ自由設立主義ノ短所ナリ準則主義ハ自由設立主義ニ比スレハ其弊害少シ準則主義ニ依リテ法人ヲ設立スル場合ハ自由主義ノ場合ノ如ク其設立ノ事實不明瞭ナルモノニ非ス法律ハ登記其他ノ方法ヲ要件トシテ法人設立ノ事實ヲ公示セシム故ニ準則主義ハ自由設立主義ノ如ク取引ノ安全ヲ害スルコトナシ又準則主義ハ特許主義ニ比

シテ法人ヲ設立スル當事者ニ利益アルコト多シ特許主義ノ場合ニ於テハ當該官吏ノ見解ニ依リ法人ノ設立ヲ不當ニ拒絶スルコトアルヘシト雖モ準則主義ノ場合ニハ斯ノ如キ憂ナシ即チ當該官吏ハ單ニ法律ノ規定ニ適合スルヤ否ヤヲ審査スルノミニシテ自己ノ自由ナル見解ニ依リテ法人設立ノ許否ヲ決スルモノニ非ス而シテ此準則主義ノ場合ニ於テハ若シ法人設立ニ關スル行爲ニシテ法律ニ適合セサル廉アルトキハ當事者ハ自由ニ其欠缺ヲ補充シ以テ設立ノ許可ヲ權利トシテ請求スルコトヲ得ヘキナリ又準則主義ハ國家ノ事務ノ難易ノ點ヨリ見ルモ特許主義ニ比シ利益アル點ナキニ非ス特許主義ノ場合ニ於テハ法人ノ設立ヲ許可スルニハ一一法人ノ内部ニ立入リテ之ヲ審査スルノ必要アレトモ準則主義ノ場合ニ於テハ法人ノ實質ニ立入ルコトヲ要セス單ニ法律ニ準據スルヤ否ヤヲ審査スレハ足レリ故ニ其勞輕シ然レトモ此準則主義ハ又自由主義ノ如ク弊害ナキニ非ス即チ準則主義ニ依レハ法人ノ設立カ法則ニ準據スル以上ハ假令公益上不必要若クハ不適當ト認ムルモ明カニ公益ヲ害セサル限ハ之ヲ認許セサルヘカラス商事會社其他ノ營利法人ニ在リテハ其結局ノ目的カ營利ニ在ルヲ以テ法人ノ設立カ公益ヲ害シ公ノ安寧秩序ヲ害スルカ如キ場合極メテ少カルヘシト雖モ營利ヲ目的トセサル所謂公益法人ニ在リテハ法人ノ如何ニ依リテハ公益ニ直接ノ影響アリ政治宗教其他社交的ノ法人ニ在リテハ其法人ノ性質如何ニ依リ直接ニ公益ニ影響アルコト極メテ大ナリ然ルニ法律ハ一般ノ場合ヲ豫想シテ公益ニ弊害ナキコトヲ認メ準則ヲ設クト雖モ或特定ノ場合ニ於テハ立法者ノ豫期セサル結果ヲ生スルコトアルヘシ法人カ明カニ公益ヲ害シ公ノ安寧秩序ヲ害スルモノナルトキハ固ヨリ法定ノ要件ヲ具備セサルモノトシテ其設立ヲ認許セサルコトヲ得ヘシト雖モ斯ノ如ク明カニ公益ヲ害スルト言フコトヲ得スシテ單ニ公益上不必要不適當ト言フカ如キ範圍ニ止マルトキハ止ムヲ得ス其法人ノ設立ヲ認許セサルヘカラス特許主義ノ場合ニ於テハ單ニ法人ノ設立カ法定ノ要件ヲ具備スルヤ否ヤヲ審査スルニ止マラスシテ其實質ヲ講究シ以テ設立ノ許否ヲ決スヘキヲ以テ假令明カニ公益上有害ノモノニ非ストスルモ公益上其設立ヲ望マサル如キ法人ハ其設立ヲ許可セサルコトヲ得ヘシト雖モ準則主義ノ場合ニ於テハ明カニ有害ナラサル以上ハ法人ノ設立ヲ認許セサルヲ得ス其結果斯ノ如ク公益上不必要不適當ノ法人ヲシテ存立セシメサルヲ得ス是レ準則主義ノ短所ナリ

獨逸民法カ制定セラルルニ當リテヤ第一讀會ノ當時ニ在リテハ法人自由設立主義ハ固ヨリ準則主義ヲモ之ヲ排斥シテ特許主義ヲ採用シタリ而シテ其後第二讀會草案ノ時ニ至リテハ此特許主義ノ如キハ特別委員會ニ於テハ甚タ不人望ニシテ一名ノ之ニ賛成スルモノナキニ拘ラス普國ノ政府委員ハ常ニ此特許主義ヲ以テ法人設立ニ關スル最良唯一ノ主義ナリト主張シタルカ如シ是レ獨逸ノ如キ國柄ニ於テハ國内ノ事情社會黨其他ノ團體ノ猥ニ組織セラレ普國ノ覇權ヲ危ウセントスル虞アルニ因ルモノナルヘシ然レトモ獨逸ニ於テハ普國政府委員ノ反對アルニ拘ラス確定議ト爲ルニ際シ法人ノ設立ニ關スル立法主義ハ原則トシテ準則主義ヲ採用スルニ至リタリ

我國ニ於テハ法人ノ設立ニ關スル立法主義ニ付キ二箇ノ場合ヲ區別スルコトヲ要ス即チ一ハ商法上ノ法人所謂商事會社及ヒ民法上ノ法人中營利法人ニシテ他ハ公益法人ナリ我國法上商事會社其他ノ營利法人ニ付テハ準則主義ヲ採用シタルモ公益法人ニ付テハ準則主義ト特許主義ト折衷シタルカ如キ主義ヲ採用シタリ即チ一方ニ於テハ法律ニ於テ法人設立ノ準則ヲ示スニ拘ラス他方ニ於テハ尚ホ主務官廳ノ許可ヲ受クルニ非サレハ法人ヲ設立スルコト能ハサルナリ

（二）法人設立ノ手續

民法上廣ク法人ノ設立ト謂フトキハ無論公益法人、營利法人總テヲ包含ス然レトモ我民法ハ營利法人ノ設立ニ付テハ總テ商事會社ニ關スル規定ヲ準用スルモノト爲シタルヲ以テ此點ニ關スル說明ニ付テハ之ヲ商法ノ講義ニ讓リ此ニハ單ニ私法人中ノ公益法人ノ設立ニ付テノミ研究スル所アラントス（三四條、三五條）

祭祀、宗敎、慈善、學術、技藝其他公益ニ關スル社團又ハ財團ニテ營利ヲ目的トセサル所謂公益法人ノ設立ノ手續ハ大略左ノ如シ

（イ）定款ヲ作リ又ハ寄附行爲ヲ爲スコト　社團法人ヲ設立セントスルモノハ先ツ定款ヲ作ルコトヲ要ス此社團法人ヲ設立スルニハ幾人アルコトヲ要スルカニ付テハ例ヘハ株式會社ノ場合ノ如ク民法ニ於テハ明カニ之ヲ規定セサルヲ以テ二人以上在レハ法人ヲ設立スルコトヲ得ルモノト信ス（商一一九條）而シテ其定款ニハ（一）法人ノ目的（二）名稱（三）事務所（四）資産ニ關スル規定（五）理事ノ任免ニ關スル規定（六）社員タル資格ノ得喪ニ關スル規定ヲ記載スルコトヲ要ス此六箇ノ事項ハ必ス之ヲ定款ニ記載スルコトヲ要ス若シ其一ヲ缺ケハ定款ノ效力ナシ然レトモ之ト反對ニ右六箇以外ノ事項ハ之ヲ定款ニ記載スルコトヲ得スト云フ法意ニ非ス例ヘハ總會ノ決議ノ方法、理事ノ權限、監事ノ設置、總會ノ度數、總會招集ノ方法、解散ノ自由、財産ノ處分、淸算人ノ設置ト言フカ如キ事項ヲ定款ニ記載スヘキ場合アルコトハ民法ノ規定ニ依リ之ヲ推測スルコトヲ得ヘシ（三八條一項、五二條、五三條、五五條、五八條、六一條二項、六二條、六三條、六八條、六九條、七二條、七四條）

右ノ如ク定款ハ社團法人ノ存在及ヒ活働ノ基礎トモ謂フヘキ事項ヲ定ムルモノニシテ社團法人ノ憲法トモ稱スヘキモノナリ然ラハ抑、定款トハ如何ナルモノヲ謂フカ學者ニ依リテ見解一樣ナラス或ハ定款ヲ以テ一箇ノ法律ナリトシ或ハ法律行爲ナリトシ或ハ法律行爲ニ非サル一種ノ私法上ノ行爲ナリト爲ス斯ノ如ク定款ニ關シ見解ノ分ルル所以ハ一ハ法人ノ本質ニ關スル意見異ナルト又一ハ法律行爲ノ定義ニ關シ其說ヲ異ニスルカ爲メナルヘシ予輩考フルニ定款ナルモノハ我民法上國家ノ意思ニ非ス社團法人ヲ設立スル自然人ノ意思ナルコト明カナリ然ルニ法律ハ必ス國家ノ意思ニ基クモノナルヲ以テ若シ定款ヲ以テ一箇ノ法律ナリトノ說ヲ取ラントセハ國家ハ社團法人ヲ設立スル自然人ニ對シ所謂自守權（Autonomie）ヲ付與シ自ラ法律ヲ制定スルノ權力ヲ付與シタルモノト爲サヽルヘカラス然レトモ我民法上斯ノ如キ自守權付與ノ規定ナキヲ以テ定款ハ一箇ノ法律ナリトノ說ハ之ヲ採用スルコトヲ得ス熟、案スルニ定款ナルモノハ社團法人ヲ設立スル自然人ノ法律上ノ效力ヲ生セシメントスル意思ノ合致シタルモノ過キサルヘシト信ス故ニ定款ハ一箇ノ法律行爲ニシテ二人以上ノ意思ノ合致ニ因リテ成立スルヲ以テ所謂契約ナリト信ス然ルニ學者或ハ之ヲ契約又ハ法律行爲ト言ハサルモノハ契約ナルモノハ必ス債權債務ノ發生ヲ目的トスルモノノミヲ言フモノト爲スカ爲メナルヘシ然レトモ我民法上契約ハ必スシモ債權債務ノ發生ヲ目的トスル行爲ニ限ラス物權其他總テ法律上ノ效力ヲ目的トスルコトヲ得ルコト明カナルヲ以テ定款ハ一箇ノ契約ナリト謂フモ毫モ妨ナキモノト信ス

定款ハ之ヲ變更スルコトヲ得ルカ元來定款ハ前ニモ述ヘタル如ク社團法人ノ存在及ヒ活働ノ基礎タル事項ヲ定メタルモノニシテ設立者一致ノ意思ニ因リテ成立シタルモノナルヲ以テ之ヲ變更スルニモ亦總社員ノ一致ヲ必要トスルノミナラス若シ之ヲ變更スルニ於テハ之ニ因リテ前ノ法人ハ消滅シ而シテ更ニ新法人設立スルモノト爲スヲ理論上正當トス然レトモ斯ノ如クスルトキハ實際上不便少カラサルヲ以テ立法上或ハ一定ノ條件ヲ以テ定款ノ變更ヲ許シ之カ爲メニ前法人ヲ消滅セシメサルモノト爲ス

コトヲ必要トス我民法ハ此趣旨ニ基キ二箇ノ條件ヲ以テ定款ノ變更ヲ許スコトヲ定メタリ而シテ其二箇ノ條件トハ總社員ノ四分ノ三以上ノ同意アルコト及ヒ主務官廳ノ許可ヲ受クルコト是ナリ但右總社員ノ四分ノ三以上ト言フ點ニ付テハ定款ニ於テ例ヘハ總社員ノ承認若クハ社員過半數ノ同意ト云フカ如ク之ト異ナル規定ヲ設クルコトヲ得ルモノトス(三八條)

社團法人ノ設立者カ定款ヲ作ル如ク財團法人ノ設立者ハ寄附行爲ヲ爲スコトヲ要ス寄附行爲トハ或目的ノ爲メ自己ノ財産ヲ分割シ其財産ヲ基礎トシテ法人ヲ設立セントスル單獨行爲ヲ謂フ但財團法人ノ設立者ハ必スシモ一人ニ限ラス數人タルコトヲ得ヘシ而シテ寄附行爲ノ財團法人ニ於ケルハ定款ノ社團法人ニ於ケル關係ト同シク法人ノ存在及ヒ活働ノ基礎ヲ定ムルモノナリ故ニ寄附行爲ヲ以テ定ムヘキ事項モ亦定款ヲ以テ定ムヘキ事項ト相同シ即チ財團法人ノ設立者カ寄附行爲ヲ以テ定ムヘキ事項ハ法人ノ目的、名稱、事務所、資産ニ關スル規定及ヒ理事ノ任免ニ關スル規定等ナリ(三九條、三七條)然レトモ寄附行爲ハ定款ノ如ク社員タル資格ノ得喪ニ關スル規定ヲ定ムルコトヲ要セサルハ財團法人ノ性質上當然ナリ但寄附行爲ハ定款ト異ナリ右ニ述ヘタル五箇ノ事項ヲ悉ク定メサルモ全然無效ニ非ス財團法人ノ設立者カ其名稱、事務所又ハ理事任免ノ方法ヲ定メスシテ死亡シタルトキハ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ之ヲ定ムルコトヲ得ルモノトス(四〇條、非訟三四條)是レ斯ノ如キ場合ニ於テ寄附行爲ヲ全然無效トスルトキハ財團法人ヲ設立セントスルモノノ公義心ヲ空シウシ社會上有益ナル事業ノ發達ヲ妨クルノ恐アルヲ以テナリ然レトモ均シク寄附行爲ヲ以テ定ムヘキ事項ニテモ其中ニ就キ法人ノ目的及ヒ資産ニ關スル規定ハ法人設立ノ基礎ヲ定ムルモノナルヲ以テ財團法人ノ設立者カ此二箇ノ事項ヲモ定メスシテ死亡シタルトキハ裁判所ト雖モ自ラ法人ノ設立者ニ非サルヲ以テ之ヲ補充スルコトヲ得ルモノニ非ス

前ニモ述ヘタル如ク寄附行爲トハ或目的ノ爲メ自己ノ財産ヲ分割シ其財産ヲ基礎トシテ法人ヲ設立セントスル單獨行爲ヲ謂フモノナリ故ニ通俗ノ語ニ於テ寄附ト言フコトトハ其意義同一ナラス此通俗ニ寄附ト稱スルハ或既存ノ人格者ニ對シ慈善公益上ノ目的ヲ以テ財産ヲ贈與シ又ハ遺贈ヲ爲スヲ謂フモノナリ然ルニ寄附行爲ノ場合ニ於テハ全ク之ト異ナリ生前處分ヲ以テ之ヲ爲スト遺言ヲ以テ之ヲ爲ストヲ問ハス寄附行爲ヲ爲ス當時ニ於テハ其寄附財産ヲ受クヘキ人格者ハ未タ存在セサルナリ然レトモ或目的ノ爲メニ自己ノ財産ヲ分割シ之ヲ其目的ニ供スル點ニ於テハ稍ヤ類似スル所アルヲ以テ生前處分ヲ以テ寄附行爲ヲ爲ストキハ贈與ニ關スル規定ヲ準用シ遺言ヲ以テ寄附行爲ヲ爲ストキハ遺贈ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトス(四一條)

寄附財産ハ何時法人ニ歸屬スルカ此點ニ付テハ亦寄附行爲ヲ爲スニ付キ生前處分ヲ以テ爲ストキト遺言ヲ以テ爲ストキトヲ區別スルコトヲ要ス但所謂生前處分トハ行爲ノ效力ヲ生スルコトカ寄附行爲者ノ死亡ニ關係セサルモノヲ謂ヒ遺言トハ其死亡ニ因リテ效力ヲ生スルモノヲ謂フ而シテ此生前處分ヲ以テ寄附行爲ヲ爲シタルトキハ寄附財産ハ法人設立ノ許可アリタルトキヨリ法人ノ財産ヲ組成スルモノトス之ニ反シテ遺言ヲ以テ寄附行爲ヲ爲シタルトキハ寄附財産ハ遺言カ效力ヲ生シタル時ヨリ法人ニ歸屬スルモノトス(四二條)斯ノ如ク法律カ二箇ノ場合ヲ區別シタル理由ハ生前處分ノ場合ニ於テハ寄附行爲者ハ通常法人設立許可ノ時ニ生存スルモノナルヲ以テ其許可アリタル時ヨリ寄附財産カ法人ノ財産ヲ組成スルモノトスルモ不可ナシト雖モ遺言ノ場合ニ於テハ寄附行爲者ハ既ニ死亡シタル後ナルヲ以テ寄附財産ハ法人設立ノ許可アリタル時マテハ其財産ハ相續人ニ屬シ其結果相續人ハ其財産ヲ

使用收益スルコトヲ得ルコトト爲リ寄附行爲者ノ素志ニ反スルコトアルヘキヲ以テナリ

(ロ)主務官廳ノ許可　既ニ述ヘタル如ク法人ノ設立ニ關シテハ種種ナル立法主義アリ而シテ我國法上商事會社其他ノ營利法人ニ付テハ準則主義ヲ採用シタルモ公益法人ニ付テハ準則主義ト特許主義トヲ折衷シタル主義ヲ採用シタルカ如シ故ニ我民法上公益法人ヲ設立セントスルモノハ前ニ述ヘタル如ク法律ノ規定ニ從ヒ定款ヲ作リ又ハ寄附行爲ヲ爲ス外ニ尙ホ主務官廳ノ許可ヲ受ケタルコトヲ要ス(三四條)而シテ玆ニ主務官廳トハ其設立セントスル法人ノ目的タル公益事業ヲ主管スル官廳ヲ言フモノトス例ヘハ現行ノ官制ニ依リテ之ヲ言ヘハ學術ヲ目的トスル法人ヲ設立スルニハ文部大臣ノ許可ヲ受クヘク祭祀宗敎ヲ目的トスル法人ヲ設立スルニハ内務大臣ノ許可ヲ受クヘキカ如シ而シテ斯ノ如ク主務官廳ノ許可ヲ得タルトキハ法人ハ玆ニ始メテ成立スルモノトス

(ハ)登記　前ニモ述ヘタル如ク主務官廳ノ許可ヲ得タルトキハ法人ハ之ニ因リテ成立スルモノナルヲ以テ單純ナル理論上ヨリ言ヘハ法人カ主務官廳ノ許可ヲ得タルトキハ他人カ法人ニ對シ其存在ヲ主張シ得ルノミナラス法人モ亦他人ニ對シ其存在ヲ對抗スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヲ得ス然レトモ元來法人ナルモノハ無形ノモノニシテ其設立ヲ公示スルニ非サレハ他人ハ容易ニ其存在ヲ知ルコト能ハサルモノナルヲ以テ我民法ニ於テハ法人カ主務官廳ノ許可ヲ受クルトキハ他人ハ法人ニ對シ其存在ヲ主張スルコトヲ得ルモ法人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其存在ヲ他人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス(四五條二項)

法人ハ其存在及ヒ組織ヲ世人ニ公示セシムル爲メ其設立ノ日ヨリ二週間内ニ各事務所ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スコトヲ要ス又法人設立ノ後新ニ事務所ヲ設ケタルトキハ一週間内ニ登記ヲ爲スコトヲ要ス(四五條一項、三項)而シテ其登記スヘキ事項ハ(一)法人ノ目的(二)名稱(三)事務所(四)設立許可ノ年月日(五)存立時期ヲ定メタルトキハ其時期(六)資産ノ總額(七)出資ノ方法ヲ定メタルトキハ其方法(八)理事ノ氏名住所ノ八箇トス(四六條一項)尙ホ此八箇ノ事項ヲ一旦登記スルモ後日其登記事項中ニ變更ヲ生シタルトキハ一週間内ニ其變更登記ヲ爲スコトヲ要ス而シテ登記前ニ在リテハ其變更ヲ以テ他人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス(四六條二項)但此登記期間ニ付テハ登記スヘキ事項ニシテ官廳ノ許可ヲ要スルモノ例ヘハ定款ノ變更ト云フカ如キモノハ其許可書ノ到達シタル時ヨリ登記ノ期間ヲ起算スルモノトス(四七條)

法人カ其事務所ヲ移轉シタルトキハ舊所在地ニ於テハ一週間内ニ移轉ノ登記ヲ爲シ新所在地ニ於テハ同一期間内ニ於テ前ニ述ヘタル八箇ノ事項ノ登記ヲ爲スコトヲ要スルモノトス又法人カ其事務所ヲ移轉シタルトキト雖モ同一ノ登記所ノ管轄區域内ニ於テ之ヲ爲シタルトキハ其移轉ノミノ登記ヲ爲セハ足ルモノトス(四八條)

右ニ述フル所ハ固ヨリ内國法人ノ登記ニ關スルモノナリ而シテ外國法人ハ前ニモ述ヘタル如ク予輩ノ見解ニ依レハ外國ノ法律ニ依リテ設立セラレタル法人ナルヲ以テ嚴格ニ言ヘハ我國ノ法律ニ依リテ法人ヲ設立スル規定ヲ述フル木節ニ於テ外國法人ニ關スル説明ヲ爲ス必要ナキコト明カナリ然レトモ我民法ニ於テハ外國法人ニ付テモ或場合ニ於テハ登記ヲ必要ト爲シタルヲ以テ便宜ノ爲メ其外國法人ノ登記ニ關スル事項ヲ玆ニ併セテ説明セントス

外國法人モ亦内國法人ノ如ク其設立ヲ我國ニ登記スルニ非サレハ我國ニ於テ其存在ヲ他人ニ對抗スルコトヲ得サルカ既ニ述ヘ來リタル内國法人ニ關スル理論ヨリ之ヲ言ヘハ外國法人ト雖モ登記ヲ爲スニ

0114

非サレハ其存在ヲ他人ニ對抗スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヲ得ス然レトモ實際ノ事情ヲ考フルニ外國法人ニシテ日本ニ事務所ヲ有セサル場合ニ於テハ若シ他人ニ對シ其存在ヲ對抗スルニ付キ登記ヲ要スルモノトセハ孰レノ地ヲ以テ登記ノ管轄區域ト爲スヘキカ之ヲ定ムルコト難キノミナラス實際ノ便宜ヨリ言フモ日本ニ事務所ヲ有セサル外國法人ハ日本ニ於テ取引ヲ爲スコト極メテ稀ナルヘキヲ以テ登記ヲ俟タス法人ノ存在ヲ他人ニ對抗スルコトヲ得ルモノトスルモ格別弊害アルモノニ非ス故ニ我民法上外國法人カ日本ニ事務所ヲ有セサルトキハ登記ヲ要セスシテ他人ニ對シ其存在ヲ對抗スルコトヲ得ルモノトス然レトモ若シ外國法人カ始メテ日本ニ事務所ヲ設ケタルトキハ其事務所ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スマテハ他人ハ其法人ノ成立ヲ否認スルコトヲ得ルモノトス（四九條二項）而シテ其登記ヲ要スル事項等ハ內國法人ニ付キ述ヘタル所ト同シ但外國ニ於テ生シタル事項ニ付テハ其通知ノ到達シタル時ヨリ登記ノ期間ヲ起算スヘキモノトス（四九條一項）

以上法人ノ登記ハ前ニモ述ヘタル如ク法人ノ存在及ヒ組織ヲ世人ニ公示セシムル爲メ法律カ之ヲ必要トスル所ノモノナルヲ以テ法定ノ期間內ニ其登記ヲ爲スコトヲ怠リタルトキハ法人ノ理事ハ過料ニ處セラルヘキモノトス（八四條一號）

尙ホ此登記ノ手續ニ關シテ詳細ナルコトハ非訟事件手續法第一一七條以下ヲ參照スルコトヲ要ス

（三）住所

法人ハ又自然人ト同シク住所ヲ有ス而シテ自然人ハ生活ノ本據ヲ以テ其住所ト爲スモ法人ノ住所ハ其主タル事務所ノ所在地ニ在ルモノトス（五〇條）

（四）財産目錄

財産ハ法人活動ノ基礎タルヲ以テ其財産ヲ保全シ之カ濫用ヲ防ク爲メ先ツ法人設立ノ當時其財産目錄ヲ作リ常ニ之ヲ事務所ニ備ヘ置クコトヲ要ス其他法人ノ財産ノ情況ハ時ニ變更アルヘキヲ以テ毎年初ノ三个月內ニ財産目錄ヲ作ルコトヲ要ス但特ニ事業年度ヲ設クルモノハ其年度ノ終ニ於テ之ヲ作ルヘキモノトス（五一條一項）而シテ此財産目錄ノ調製タルヤ社員、官廳及ヒ世人一般ヲシテ法人ノ財産ノ情況ヲ知ラシムル爲メ法律カ之ヲ命シタルモノナルヲ以テ若シ財産目錄ヲ調製セサルカ又ハ其財産目錄ニ不正ノ記載ヲ爲シタルトキハ法人ノ理事ハ過料ニ處セラルルモノトス（八四條二號）

（五）社員名簿

社員ハ社團法人ノ基礎ナルヲ以テ其移動ヲ明確ナラシムル爲メ社員名簿ヲ備ヘ置キ社員ノ變更アル每ニ之ヲ訂正スルコトヲ要ス（五一條二項）若シ其社員名簿ヲ作ラス又ハ之ニ不正ノ記載ヲ爲シタルトキハ猶ホ財産目錄ノ場合ノ如ク法人ノ理事ハ過料ニ處セラルルモノトス（八四條二號）

第四節　法人ノ權利能力

（一）權利能力ノ始期

既ニ述ヘタル如ク法人ノ觀念ニ付テハ擬制說、否認說及ヒ實在說等ノ學說アリト雖モ其中ニ付キ否認說ハ暫ク措キ他ノ學說ハ孰レモ皆法人ニ權利能力アルコトヲ認ムルモノトス而シテ予輩ハ法人ノ觀念ニ付キ擬制說ヲ採用シタルヲ以テ法人ニ權利能力アルモノト爲スヤ無論ナリ

法人ノ權利能力ハ其成立ノ時ニ始マルモノトス而シテ法人ハ前節ニ於テ論シタル如ク主務官廳ノ許可ヲ得タル時ニ成立スルモノナルヲ以テ其權利能力ハ其許可アリタル時ニ始マルモノト謂ハサルヲ得ス

但民法上ノ法人中營利法人ノ成立時期ニ付テハ商法ノ規定ヲ參照スルコトヲ要ス(商一二三條、一三九條)

右ノ如ク法人ノ權利能力ハ主務官廳ノ許可アリタル時ニ始マルモノトス然ルニ茲ニ一箇ノ問題アリ自然人ハ原則トシテ出生シタル時ヨリ始メテ人格者ト爲ルニ拘ラス例外トシテ其出生前尙ホ胎兒トシテ人格ト認メラルル場合アリ法人ニ關シテモ亦此ノ如キ例外ナキカ如何、前ニモ述ヘタル如ク第四二條第二項ニ依レハ遺言ヲ以テ寄附行爲ヲ爲シタルトキハ寄附財産ハ遺言カ效力ヲ生シタル時ヨリ法人ニ歸屬シタルモノト看做ストアリ此場合ニ於テ遺言カ效力ヲ生シタル時ニ法人カ未タ成立セサルコト無論ナリ然ラハ猶ホ胎兒カ相續其他ノ場合ニ於テ既ニ生レタルモノト看做サルルカ如ク法人ハ遺言ニ依ル寄附行爲ノ場合ニ於テ寄附財産ニ關シ既ニ成立シタルモノト看做サルルモノニ非サルカ是レ即チ一箇ノ問題ナリ寄附行爲者ハ既ニ死亡シタルヲ以テ最早財産ノ主格タルコトヲ得ス然ラハ其相續人カ寄附財産ノ主格タルヘキカ或ハ又所謂無主格ノ權利存在スルモノト爲スヘキカ熟〻案スルニ第四二條第二項ノ規定ハ胎兒ニ關スル規定ト其趣旨ヲ異ニスルカ如シ胎兒ノ場合ニ於テハ未タ生マレサルニ相續其他ノ事項ニ關シテハ法律ノ假定ニ依リ既ニ生マレタルモノト看做シ以テ權利ノ主格タルコトヲ得セシムルモノナリト雖モ第四二條第二項ノ場合ハ之ト異ナルカ如シ即チ同條モ一箇ノ假定ヲ設ケタルモノナレトモ法人カ未タ成立セサルニ法人ヲ既ニ成立シタルモノト假定スルニ非スシテ後日法人カ主務官廳ノ許可ヲ得テ設立セラレタルトキハ法人ハ恰モ遺言カ效力ヲ生シタル時ニ設立セラレタル如ク看做サレ其時ヨリ寄附財産ハ法人ノ有ニ歸シタルモノト看做スト言フ趣旨ナルカ如シ依ニ寄附行爲者ノ死亡後法人成立前ニ在リテハ法人カ其財産ノ主格ナリト謂フコトヲ得ス又所謂無主格ノ權利ハ屢〻述ヘタル如ク予輩ハ理論上必スシモ存在スルコトヲ得サルモノニ非スト信スルモ本問ノ場合ニ於テ無主格ノ權利存在スト爲スハ適當ナラスト信ス然ラハ本問ノ場合ニ於テハ唯寄附行爲者ノ相續人ヲ以テ財産ノ主格ト爲ス一途アルノミ然レトモ後日法人設立セラルルトキハ遺言カ效力ヲ生シタル時ニ寄附財産カ法人ニ歸屬シタルモノト看做サルヘキカ故ニ寄附行爲者ノ相續人カ寄附財産ノ主格タルハ恰モ解除條件附ニテ然ルモノト謂フコトヲ得ヘシ故ニ法人ノ權利能力ハ絶對ニ其成立ノ時ニ始マルモノトス

(二)權利能力ノ範圍

法人ハ予輩ノ信スル所ニ依レハ法律ノ擬制ニ因リ存在シ權利義務ノ主體ト爲ルモノナルヲ以テ自然人ト異ナリ法律ノ規定ニ從ヒ定款又ハ寄附行爲ニ因リテ定マリタル目的ノ範圍內ニ於テノミ權利能力ヲ有スルモノトス(四三條)故ニ例ヘハ公益法人ハ商業ヲ營ムコトヲ得サルモノトス

右ノ如ク法人ハ其定マリタル目的ノ範圍內ニ於テハ權利能力ヲ有スルモノナレトモ其權利能力ハ自然人ノ權利能力ト其範圍全ク同一ナリト謂フコトヲ得ス此點ニ付キ少シク左ニ說明スル所アラントス

(イ)人格權　法人ハ自然人ノ如ク身體ヲ有セサルヲ以テ生命權、身體權、自由權ヲ有セサルコト明カナリ然レトモ彼ノ名譽權ハ法人ト雖モ之ヲ有スルモノト信ス

(ロ)親族權　法人ハ其性質上親權、夫權、戶主權ト云フカ如キ親族權ヲ有スルコトヲ得サルハ明カナリ而シテ學者或ハ法人ト雖モ後見人トシテ親族法上ノ權利ヲ有スルコトヲ得ト主張スルモノナキニ非スト雖モ我民法上法人ハ後見人タルコトヲ得サルモノト信ス

(ハ)財産權　法人ノ權利能力ヲ有スル範圍ハ主トシテ此財産權ノ部分ニ在リ而シテ法人ハ此財産權中啻ニ物權、債權ノミナラス著作權、特許權、意匠權、商標權ノ如キモノモ總テ之ヲ有スルコトヲ得ルモノ

トス

(二)相續權　法人ハ固ヨリ自然人ノ如ク戶主家族ト云フカ如キ地位ニ在ルモノニ非サルヲ以テ家督相續權、遺產相續權ト云フカ如キモノヲ有スルコトヲ得サルハ無論ナルヘシ

右ハ主トシテ內國法人ニ付キ述ヘタリ而シテ外國法人ハ日本ニ成立スル同種ノモノト同一ノ權利能力ヲ有スルモノトス但外國法人カ享有スルコトヲ得サル權利ハ外國法人ト雖モ之ヲ享有スルコトヲ得ス尙ホ法律又ハ條約中ニ特別ノ規定アルモノハ其規定ニ從フコトヲ要ス(三六條二項)

(三)權利能力ノ終期

自然人ノ權利能力カ死亡ニ因リテ終了スル如ク法人ノ權利能力ハ解散ニ因リテ終了スルモノトス但解散後ト雖モ其清算手續完結スルマテハ清算ノ目的ノ範圍內ニ於テノミ法律上尙ホ存續スルモノト看做サルヘキモノトス(七三條)然レトモ法人ハ自然人ト異ナリ失踪ノ宣告ニ因リ權利能力ヲ失フコトナキハ無論ナルヘシ

第五節　法人ノ行爲能力

行爲能力ナル語ハ嘗テ自然人ノ行爲能力ヲ論スルニ當リ述ヘタル如ク種種ナル意義ヲ有ス之ヲ狹義ニ解スルトキハ單ニ法律行爲ノ能力ヲ意味スルモノナレトモ之ヲ廣義ニ解スルトキハ啻ニ法律行爲ノ能力ノミナラス不法行爲其他ノ行爲ノ能力モ亦其內ニ包含ス而シテ予輩ハ本節ニ於テ此廣義ノ意味ニ於テ少シク論スル所アラントス

法人ハ行爲能力ヲ有スルヤ否ヤノ問題ニ付テハ法人ノ本質ニ關シ實在說ヲ採ルト擬制說ヲ採ルトニ依リ其論結ヲ異ニセサルヲ得ス若シモ實在說ノ言フ如ク法人ハ實在スルモノニシテ意思ヲ有シ理事ハ法人ノ單純ナル機關ニ過キサルモノナラハ法人ハ行爲能力ヲ有スルコトハ毫モ疑ナカルヘシ之ニ反シ若シ擬制說ノ言フカ如ク法人ハ實在スルモノニ非ス法律ノ擬制ニ依リテ始メテ存在スルモノニシテ意思ヲ有セス理事ハ法人ノ單純ナル機關ニ非ス法人ト理事トハ二箇ノ異ナリタル人格者ナリト爲サハ法人カ行爲能力ヲ有セサルコト明カナルヘシ嘗テ述ヘタル如ク予輩ハ法人ノ本質ニ關シ擬制說ヲ採ルヲ以テ其結果法人ハ行爲能力ヲ有セサルモノト信ス

右ノ如ク法人ハ行爲能力ヲ有セス故ニ法人ハ啻ニ法律行爲ノミナラス不法行爲モ其他ノ行爲モ亦之ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ法人ハ行爲能力ヲ有セサルモ法律上他人ニ依リテ行爲ヲ爲スノ方法ナキニ非ス我民法上法人ハ理事ニ依リ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ヘシ詳言スレハ理事カ其權限內ニ於テ法人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル法律行爲ハ直接ニ法人ニ對シテ其效力ヲ生スルモノトス(九九條)即チ理事ノ爲シタル法律行爲ハ理事ノ行爲ニシテ法人ノ行爲ニ非スト雖モ其法律行爲ノ效力ハ直接ニ法人ニ及フモノトス尙ホ此理事カ爲シタル法律行爲ノ效力カ直接ニ法人ニ及フ點ニ付テハ後ニ代理ヲ說明スルニ當リ之ヲ詳論スヘシ

法人カ他人ノ代理人タルコトヲ得ルヤ否ヤハ學者間議論ノ存スル所タリ予輩ノ見解ニ依レハ法人ハ固ヨリ自ラ代理行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノニ非ス然レトモ前ニ述フルカ如ク法人ハ理事ニ依リ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノナルヲ以テ此代理行爲モ亦一種ノ法律行爲トシテ理事ニ依リ之ヲ爲スコトヲ得ヘク其結果法人ハ代理人タルコトヲ得ヘシト信ス

然ラハ不法行爲ハ如何猶ホ法律行爲ノ場合ノ如ク理事カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ損害ヲ加ヘタルト

キハ法人ハ其責ニ任スヘキヤ否ヤ換言スレハ理事ハ不法行爲ヲ爲スノ權限アリヤ否ヤ此問題ニ付テモ學者間議論アリ或學者ハ理事ニ不法行爲ヲ爲スノ權限アリト爲スモノノ如シ即チ權限內ノ行爲ニシテ不法行爲アリトノ說ナリ此說ハ啻ニ私法學者ノミナラス公法學者ニモ此ノ如キ說ヲ爲スモノアルカ如シ此說ヲ主張スル學者ハ曰ク例ヘハ收稅官吏ハ租稅ヲ徵收スルノ權限ヲ有ス然レトモ若シ四月ニ徵收スヘキモノヲ一月ニ徵收シタルトキハ是レ即チ權限內ノ行爲ナレトモ不法行爲タルコトヲ免レスト此說ニ依レハ理事カ其職務ヲ行フニ付キ爲シタル不法行爲ハ其權限內ニ於テ爲シタル行爲ナルヲ以テ其本人タル法人ハ當然之ニ對シ損害賠償ノ責ニ任スヘキモノトス然レトモ予輩ハ公法上ノ問題ハ暫ク措キ少クトモ民法ノ問題トシテハ權限ヲ此ノ如ク廣義ニ解釋スヘキモノニ非スト信ス權限ト云ヘハ常ニ適法ノ行爲ヲ爲スノ權限ニシテ不法ノ行爲ヲ爲スノ權限ト云フカ如キハ民法ノ認許セサル所ナルヘシト信ス故ニ理事カ不法行爲ヲ爲シタルトキハ假令其職務ヲ行フニ付キ爲シタルモノト雖モ其行爲ハ權限內ノ行爲ニ非スシテ理事一箇ノ行爲ナリト信ス故ニ法人ハ理論上理事ノ爲シタル不法行爲ニ對シ損害賠償ノ責ニ任スヘキモノニ非ス

法人ハ理事ノ爲シタル不法行爲ニ對シ其責ニ任セストハ羅馬法以來ノ學說ナリ羅馬ノ法學ノ大家「ウルピアン」氏曰ク市町村ハ其官吏ノ不法行爲ニ付キ損害賠償ノ責任ナシ何トナレハ市町村ハ決シテ不法行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノニ非サレハナリト此說ハ既ニ述ヘタル如ク理論ニ於テ正當ナリト信ス然レトモ此ノ如クスルトキハ法人ハ常ニ理事ノ爲シタル不法行爲ノ責任ヲ免ルルコトト爲リ實際上ノ不便少カラサル爲メ學者及ヒ實際家ハ如何ニシテカ法人ニ損害賠償ノ責任アルモノト說明セントスルモノノ如シ而シテ其說明ノ方法トシテ現ハレタルモノハ一ハ法人實在說ノ主張スルニ所ニシテ法人ハ意思ヲ有シ隨テ行爲能力、不法行爲能力ヲ有ストスル說ニシテ尙ホ一ハ權限內ノ不法行爲ナルモノアリトスル說ナリ然レトモ此二說カ少クトモ我民法ノ解釋トシテ採用スルコト能ハサルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ其ノ他其說明ノ方法トシテ現ハレタルモノハ「ウヰンドシャイド」氏ノ所謂正義說(Gerechtigkeit)ナリ「ウキンドシャイド」氏ハ曰ク法人ハ不爲行爲ヲ爲スコトヲ得ルカ換言スレハ理事カ其職務ヲ行フニ付キ爲シタル不法行爲ハ之ヲ法人ノ行爲ト看做シ法人ヲシテ其責ニ任セシムヘキヤ否ヤ若シ其不法行爲ニ對スル責任カ刑罰ナルトキハ全ク消極的ニ答辯セサルヲ得ス何トナレハ行爲者以外ノ人ヲ罰スルハ刑罰ノ本質ニ反スレハナリ然レトモ不法行爲ノ責任カ單ニ損害賠償ニ止マルトキハ反對ニ答辯セサルヲ得ス法人ハ理事ニ依リテ其目的ヲ實行スルコトヲ得ルモノナレハ一方ニ於テ理事ノ行爲ニ因リ利益ヲ享有スルト同時ニ他方ニ於テ其行爲ヨリ生スル損害ヲ負擔スルハ極メテ正義ニ適スルモノナレハナリト

第四四條第一項ニハ「法人ハ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」トアリ故ニ我民法上法人カ理事其他ノ代理人ノ不法行爲ノ責ニ任スヘキハ明瞭ナリ然レトモ此民法ノ規定ハ如何ナル理由ニ基キタルモノナルカ思フニ第四四條第一項ニハ「理事其他ノ代理人カ云云」トアルヲ以テ法人實在說ノ言フ如ク法人自身ノ行爲即チ法人ヲ行爲能力者トシテ損害賠償ノ責ニ任ストノ趣旨ニ非サルコト明カナリ又同條ハ法文ノ排列上ヨリ見ルモ理事ノ代理權ヲ規定シタルモノト認ムルコトヲ得サルヲ以テ理事ノ權限內ノ行爲ニ不法行爲アリトノ理由ニ基キタルモノト見ルコトヲ得ス然ラハ我民法ノ規定ハ「ウヰンドシャイド」氏ノ所謂正義說ニ基キタルモノナルカ或ハ單ニ實際ノ便宜ニ基キタルモノナルカ明瞭ナラサレトモ予輩ハ同條ヲ解釋スルニ當リ特ニ正義ト言フカ如

キ言語ヲ用ヒストモ實際ノ便宜ヲ慮リ之ヲ設ケタル規定ナリト說明シテ足レリト信ス右ノ如ク我民法上法人ハ不法行爲ノ能力ヲ有スルモノニ非ス然レトモ實際ノ便宜上ヨリシテ法人ハ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任スルモノトス然レトモ法人ノ目的ノ範圍內ニ在ラサル行爲ニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ全ク之ト反對ニシテ法人ハ其責ニ任セサルモノトス蓋シ當然ノ事ト謂フヘシ何トナレハ屢〻述ヘタル如ク元來法人ナルモノハ其定マリタル目的ノ範圍內ニ於テノミ權利能力ヲ有スルモノニ過キサルヲ以テ他人モ亦法人ノ理事其他ノ代理人カ其目的ノ範圍內ニ在ラサル行爲ヲ爲ストキハ法人カ行爲ノ其責ニ任スルコトヲ豫期セサルヲ以テ猶ホ前ニ述ヘタル場合ノ如ク法人ヲシテ其責ニ任セシムヘキ實際上ノ必要アラサルヲ以テナリ而シテ此場合ニ於テ其不法行爲ノ責ニ任スヘキモノハ理論上其不法行爲ヲ爲シ若クハ爲スニ至ラシメタルモノナラサルヘカラス民法ノ規定ニ依レハ法人ノ目的ノ範圍內ニ在ラサル行爲ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ其不法行爲ノ責ニ任スヘキハ其事項ノ議決ヲ贊成シタル社員、理事及ヒ之ヲ履行シタル理事其他ノ代理人ナリ而シテ此等ノ人ハ各自連帶シテ其損害ヲ賠償スル義務アルモノトス（四四條二項）

第六節　法人ノ機關

第一款　理事

法人ノ機關ナル語ハ學者ニ依リ種種ナル意義ニ之ヲ用フ例ヘハ嘗テ法人ノ觀念ヲ說明スルニ當リ述ヘタル如ク法人實在說ヲ採ル人ハ法人ノ機關ト謂フ語ノ下ニハ恰モ自然人ノ耳目若クハ鼻口ト謂フカ如ク法人ト離レテ別箇ノモノヲ指スニ非ス之ヲ組織スル一部ヲ謂フモノノ如シ然レトモ予輩カ茲ニ法人ノ機關ト稱スルハ決シテ此ノ如キ意義ニ之ヲ謂フモノニ非ス法人ヲ離レテ別箇ニ存在スルモノナレトモ其目的ヲ達スル爲メ活動スルニ必要ナルモノヲ指スモノナリ法人ハ自然人ノ如ク意思能力ヲ有セス隨テ自ラ行爲ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ其目的ノ範圍內ニ於テ活動スルニハ種種ナル機關アルコトヲ要ス我民法上法人ノ機關ト稱スヘキモノハ理事、監事及ヒ總會ノ三者ナリ予輩ハ本款ニ於テ先ツ其理事ニ付キ研究スル所アラントス

法人ニハ必ス理事ヲ置クコトヲ必要トス然レトモ理事ノ員數ハ民法上之ヲ一定セス法人ノ目的トスル事業ノ性質其他ノ狀況ニ依リ或ハ一人或ハ數人ノ理事ヲ置クコトヲ得ルモノトス而シテ數人ノ理事ヲ置キタル場合ニ於テハ定款又ハ寄附行爲ニ別段ノ定ナキトキハ法人ノ事務ハ理事ノ過半數ヲ以テ之ヲ決スヘキモノトス（五二條）

理事ハ法人ノ代理人ナルカ又ハ單純ナル機關ニ止マルカ學者間ニ爭アル問題ナリ予輩カ代理人ト謂フハ法人ヨリ獨立シタル一箇ノ人格者ニシテ第三者ニ對スル關係ニ於テ法人ト代理ノ關係ニ在ルモノヲ謂フ又予輩カ單純ナル機關ト謂フハ法人ヨリ獨立シタル一箇ノ人格者ヲ謂フニ非スシテ法人ノ一部ヲ組織スル恰モ自然人ニ於ケル耳目若クハ鼻口ト謂フカ如キ法人ノ意思ヲ表示スル機關ニ過キサルモノヲ謂フ若シモ法人ハ實在スルモノニシテ法人ニ意思アリ目的アル利益ヲ有シ自ラ活動スル能力アルモノトスル說ヲ採レハ理事ハ或ハ予輩ノ所謂法人ノ代理人ニ非ス單純ナル機關ナルヘシ之ニ反シテ若シモ法人ハ法ノ假定ニシテ實在スルモノニ非ス意思ナキモノトセハ理事ハ法人ノ代理人ナリト言フヲ以テ適當ナリト信ス而シテ予輩ハ嘗テ述ヘタル如ク少クトモ我民法ノ解釋トシテハ法人ヲ以テ法ノ假定

ニ因リテ成立スルモノト爲ス說ヲ正當ト認ムルカ故ニ理事ハ我民法上法人ノ代理人ナリト信ス民法ニ於テモ其明文上或ハ理事ノ代理權ト謂ヒ或ハ理事其他ノ代理人ト謂ヒ理事ヲ以テ間接ニ法人ノ代理人ト認メタル所ナキニ非ス(五四條、五七條、四四條參照)

右ノ如ク理事ハ法人ノ代理人ナリ然ラハ理事ハ法定代理人ナルカ委任ニ因ル代理人ナルカ此問題ヲ決スルニハ理事ノ選任ニ關スル規定ヲ研究スルコトヲ要ス而シテ我民法ノ規定ニ依レハ理事ノ選任ニ關スル規定ハ定款又ハ寄附行爲ニ依リテ定マルモノトス(三七條五號、三九條)此定款又ハ寄附行爲ニ定ムル所固ヨリ一樣ナラス社團法人ニ在リテハ或ハ總會ニ於テ理事ヲ選任スルモノト爲スモノナキニ非サルヘシ是ニ於テカ學者或ハ特ニ其理事カ總會ニ於テ選任セラルル場合ヲ見テ理事ハ法人ノ法定代理人ニ非ス委任ニ因ル代理人ナリトスルモノアリ若シモ法人カ意思能力ヲ有シ總會ノ意思ヲ法人自身ノ意思ニシテ其意思表示ノ效力トシテ理事カ代理權ヲ得ルモノトセハ之ヲ以テ一箇ノ委任ニ因ル代理人ト爲スハ必スシモ不當ニ非サルヘシト雖モ前ニ述ヘタル如ク我民法上法人ハ法ノ假定ナリ實在スルモノニ非ス法人ハ意思能力ナシ總會ノ意思ハ社員ノ意思ニシテ法人ノ意思ニ非ス故ニ假令總會ノ決議ニ因リ理事ヲ選任スルモノトスルモ理事カ代理權ヲ得ル原因ハ法人ノ意思ニ非ス而シテ理事ノ選任カ總會決議ニ依ラサル場合ハ其代理權ヲ得ル原因カ法人ノ意思ニ非サルコト尙ホ一層明瞭ナリ故ニ我民法上理事ハ法人ノ法定代理人ナリト信ス尙ホ此法定代理ト委任ニ因ル代理トノ區別ニ付テ後ニ代理ヲ研究スルニ當リテ之ヲ詳論スヘシ

理事ノ權限ハ概括的ニシテ極メテ廣シ我民法ノ規定ニ依レハ理事ハ原則トシテ法人ノ目的ノ範圍內ニ於テハ一切ノ行爲ニ付キ代理權ヲ有スルモノトス(五三條)故ニ理事ハ法人ノ代理人トシテ法律行爲タルト訴訟行爲タルトヲ問ハス總テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス而シテ此代理權タルヤ理事數人アル場合ト雖モ各理事カ單獨ニテ之ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス前ニ理事數人アル場合ニ於テハ法人ノ事務ハ理事ノ過半數ヲ以テ之ヲ決スト云ヒタルハ法人ノ內部ノ關係ニシテ外部即チ第三者ニ對シテハ理事ハ各自單獨ニテ法人ヲ代理スルモノトス即チ例ヘハ法人カ他人ト取引ヲ爲サントスルニ當リ法人ノ內部ニ於テ其取引ヲ爲スヘキヤ否ヤハ理事ノ過半數ヲ以テ決スヘキモノナレトモ一旦之ヲ決シ其決議ニ基キ他人ト交涉スル場合ニ於テハ各理事カ單獨ニテ法人ヲ代理シ其取引ヲ締結スルモノトス此ノ如ク理事ハ廣大ナル權限ヲ有スルモノナレトモ定款又ハ寄附行爲ノ趣旨ニ反スルコトヲ得ス又社團法人ニ在リテハ總會ノ決議ニ從フコトヲ要スルモノトス(五三條)此點ニ於テハ理事ハ委任ニ因ル代理人ト甚タ相似タリ是學者或ハ理事ヲ以テ法定代理人ニ非スト云フ所以ナルヘシ然レトモ是レ法人ト理事トノ關係カ單ニ委任契約ニ均シキ效力ヲ生スルト云フニ止マリ全然委任契約ト同一ノ關係存在スルト云フニ非ス前ニモ述ヘタル如ク我民法上法人ハ一箇ノ假定ニシテ意思能力ヲ有セス故ニ定款寄附行爲總會ノ決議ハ固ヨリ法人自身ノ意思ニ非ス隨テ法人ト理事トノ間ニ委任契約ナルモノ成立スヘキ道理ナキナリ

理事ノ代理權ハ之ヲ制限スルコトヲ得ルヤ否ヤ此問題ニ付テハ立法上種種ナル見解アリ或ハ理事ノ代理權ニ加ヘタル制限ハ全然第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト爲スモノアリ或ハ理事ノ代理權ニ加ヘタル制限ハ第三者ノ善意ナル場合ト惡意ナル場合トヲ區別シ其惡意ノ第三者ニハ之ヲ對抗スルコトヲ得ヘキモ惡意ノ第三者ニハ之ヲ對抗スルコトヲ得スト爲スモノアリ我民法ハ此後說ヲ採用ス即チ我民法上例ヘハ定款寄附行爲又ハ總會ノ決議ニ因リ代理權ヲ制限セラレタルニ拘ハラス理事カ其制限外

ノ行爲ヲ爲シ第三者カ善意ニテ之ト取引ヲ爲シタルトキハ其行爲ハ有效ニシテ法人ハ之ニ因リテ當然羈束セラルヘキモノトス(五四條)

代理ニ關スル通則ニ依レハ法定代理人ハ其責任ヲ以テ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ルモノトス(一〇六條)然レトモ民法ニ規定スル所ノ法人ハ公益ヲ目的トスル所ノ法人ニシテ其代理人タル理事ハ其人ヲ信任シテ之ヲ選任スルモノナルヲ以テ民法ハ法人ノ場合ニ於テ右通則ニ對シ一箇ノ例外ヲ設ケタリ即チ法人ノ理事ハ一般ノ法定代理人ト異ナリ定款寄附行爲又ハ總會ノ決議ニ依リテ禁止セラレサルトキニ限リ特定ノ行爲ニ付キ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ルモノトス(五五條)故ニ理事ハ定款寄附行爲又ハ總會ノ決議ニ依リ禁止セラレタルトキハ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ス又其禁止セラレサルトキト雖モ理事ノ爲スヘキ行爲一切ニ付キ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ス單ニ或特定ノ行爲ノミニ限ルモノトス

法人ノ理事カ死亡其他ノ原因ニ因リ缺ケタル場合ニ於テハ更ニ定款又ハ寄附行爲ニ於テ定マリタル方法ニ依リ之ヲ選任スヘキハ無論ナリ然レトモ其選任ノ爲メ多少ノ日時ヲ要シ之カ爲メ損害ヲ生スル虞アルトキハ法人ノ主タル事務所所在地ノ區裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リテ假理事ヲ選任スルモノトス(五六條、非訟三五條、一項)

理事ハ原則トシテ法人ノ目的ノ範圍內ニ於テハ一切ノ行爲ニ付キ代理權ヲ有スルコトハ既ニ述ヘタリ然レトモ法人ト理事トノ利益相反スル事項ニ付テハ例外トシテ代理權ヲ有セス而シテ此場合ニ於テハ法人ノ主タル事務所所在地ノ區裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ特別代理人ヲ選任スヘキモノトス(五七條、非訟三五條一項)

第二款　監事

理事ハ法人ノ代理人トシテ廣濶ナル權限ヲ有シ一切ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノナルコトハ既ニ述ヘタリ然ルニ其本人タル法人ハ單ニ法ノ假定ニ依リ存在スルモノニシテ實在スルモノニ非ス隨テ自然人ノ如ク其代理人ノ行爲ヲ自ラ監督スルコトヲ得ス故ニ多クノ場合ニ於テハ法人ノ爲メ其監督ヲ爲ス機關アルコトヲ要ス而シテ我民法ニ於テ此監督ヲ爲ス機關ヲ稱シテ監事ヲ稱ス

監事ハ理事ト異ナリ民法上必ス之ヲ置クコトヲ要スルモノニ非ス法人ノ目的タル事業其他ノ情況ニ因リ監事ヲ置クコトヲ必要トセサルトキハ固ヨリ之ヲ置クコトヲ要セス唯必要ナル場合ニ於テ定款寄附行爲又ハ總會ノ決議ヲ以テ一人又ハ數人ノ監事ヲ置クコトヲ得ルノミ(五八條)

監事カ法人ノ監督機關トシテ爲スヘキ職務ハ大略左ノ如シ(五九條)

一、法人ノ財產ノ狀況ヲ監査スルコト
二、理事ノ業務執行ノ狀況ヲ監査スルコト
三、財產ノ狀況又ハ業務ノ執行ニ付キ不整ノ廉アルコトヲ發見シタルトキハ之ヲ總會又ハ主務官廳ニ報告スルコト
四、右三ノ報告ヲ爲ス爲メ必要アルトキハ總會ヲ招集スルコト

監事ハ右ノ如キ職務ヲ有スルモノトス然ルニ若シ監事カ財產ノ狀況又ハ業務ノ執行ニ付キ不整ノ廉アルコトヲ發見シタルニ拘ハラス官廳又ハ總會ニ對シ不實ノ申立ヲ爲シ又ハ事實ヲ隱蔽シタルトキハ其制裁トシテ過料ニ處セラルヘキモノトス(八四條四號)

第三款　總會

前二款ニ於テ述ヘタル理事及監事ハ社團法人及財團法人ニ共通ノ機關タリ予輩ハ本款ニ於テ社團法人ニ特有ナル總會ニ付テ研究スル所アラントス

總會ハ何ナリヤノ問題ニ付テハ法人ノ本質ニ關シ實在說ヲ採ルト擬制說ヲ採ルトニ依リ其解答ヲ異ニセサルヲ得ス若シモ實在說ノ言フカ如ク法人ハ實在スルモノニシテ意思ヲ有スルモノナラハ總會ハ法人ノ意思機關ナルヘシ即チ總會ノ決議ハ法人ノ意思ニシテ總會ハ其法人ノ意思ヲ決スルノ機關ナルヘシ之ニ反シテ若シモ擬制說ノ言フカ如ク法人ハ法ノ假定ニシテ實在スルモノニ非ス隨テ意思能力ナキモノト爲サハ總會ハ法人ノ意思機關ナリト謂フコトヲ得サルヘシ予輩ノ見解ニ依レハ總會ハ法人ノ意思機關ニ非スシテ社團法人ヲ組織スル社員ノ集合體ニ過キス隨テ總會ノ決議ハ法人ノ意思ニ非ス社員ノ意思ナリ

總會ニハ通常總會ト臨時總會トノ別アリ通常總會トハ定期ニ開ク總會ニシテ臨時總會トハ臨時必要ノ爲メ之ヲ招集スル總會ヲ謂フ

總會ハ自ラ開會スルコトヲ得ス理事其他ノモノノ招集ニ因リ開會スルコトヲ得ルモノトス通常總會ハ社團法人ノ理事カ少クトモ毎年一回定期ニ之ヲ開クコトヲ要ス(六〇條)之ニ反シテ臨時總會ハ社團法人ノ理事カ必要アリト認ムルトキハ何時ニテモ之ヲ招集スルコトヲ得又臨時總會ハ總社員ノ五分ノ一以上ヨリ會議ノ目的タル事項ヲ示シテ請求ヲ爲シタルトキハ理事ハ之ヲ招集スルコトヲ要ス但此臨時總會ヲ請求スルコトヲ得ル社員ノ定數ハ定款ヲ以テ之ヲ增減スルコトヲ得ヘシ(六一條)其他臨時總會ハ社團法人ノ財產ノ狀況又ハ業務ノ執行ニ付キ不整ノ廉アルコトヲ發見シ其報告ヲ爲ス爲メ必要アルトキハ監事カ之ヲ招集スルコトヲ得ルモノトス(五九條四號)

總會ノ招集ハ少クトモ五日前ニ其會議ノ目的タル事項ヲ示シ定款ニ定メタル方法ニ從ヒテ之ヲ爲スコトヲ要ス(六二條)此ノ如ク民法カ招集ノ通知ヲ少クトモ五日前ニ爲スコトヲ要スルモノトシタルハ一ニハ社員ヲシテ會議ノ目的タル事項ニ付キ豫メ調査スル所アラン爲メ尚ホ一ニハ社員ヲシテ總會當日ニ出席スル爲メ豫メ時間ノ都合ヲ爲サシムル爲メナリ又民法ニ於テ總會ノ招集ハ定款ニ定メタル方法ニ從ヒテ之ヲ爲スコトヲ要スト言フハ例ヘハ定款ノ定ムル所ニ從ヒ或ハ各社員ニ對シ一一郵便ヲ以テ招集ノ通知ヲ爲シ又ハ一般ニ新聞紙上ニ廣告シテ其通知ヲ爲スカ如キヲ謂フ

總會ノ權限ハ法人內部ノ關係ニ於テ法人ノ事務ヲ決議スルニ當リ曾テ述ヘタル如ク理事ハ主トシテ外部ニ對シ法人ノ事務ヲ執行スルノ機關タリ之ニ反シテ總會ハ法人ノ事務ヲ決議スル機關ナリ即チ總會ハ法人ノ事務ヲ決議シ其決議ニ基キ理事ヲシテ之ヲ執行セシムルモ總會自ラ外部ニ對シ法人ノ事務ヲ執行スルコトナシ而シテ總會ハ定款ヲ以テ理事其他ノ役員ニ委任シタルモノヲ除ク外法人ノ總テノ事務ニ付キ決議スルノ權限ヲ有シ法人ノ事務ハ右除外シタル部分ノ外ハ總テ總會ノ決議ニ依リ之ヲ執行スルモノトス(六三條)

總會ノ決議ノ目的タル事項ハ少クトモ五日前ニ之ヲ通知スルコトヲ要スルモノナルコトハ既ニ述ヘタリ而シテ總會ノ決議ハ其豫メ通知ヲ爲シタル事項ニ付テノミ之ヲ爲スヲ原則トス然レトモ時トシテ其事項ノ難易輕重又ハ緩急等ニ依リ豫メ通知ヲ爲ササル事項ニ付キ決議ヲ爲スノ必要ナキニ非ス故ニ民法ニ於テハ原則トシテ豫メ通知シタル事項ニ付テノミ決議ヲ爲スヘキモノトスルモ例外トシテ定款

0122

ニ於テ或場合ニ於テハ豫メ通知セサル事項ト雖モ決議スルコトヲ得ト云フカ如キ別段ノ定アルトキハ其定款ノ規定ニ從フモノトス(六四條)

總會ハ社員ノ集合體ナリ社員ハ各自其會議ニ與カル權利ヲ有ス社員ニシテ總會ノ決議ニ加ハルコトヲ得サルモノナシト信ス然レトモ各社員ノ表決權ハ如何各人同一ナリヤ否ヤ理論上ヨリ言ヘハ種種ナル標準ニ依リ各社員ノ表決權ヲ定ムルコトヲ得ヘシ例ヘハ各社員ノ出資額其他ノ事情ニ依リ其表決權ヲ定ムルカ如シ然レトモ我民法ニ於テハ各社員ノ表決權ハ平等ナルヲ原則トス(六五條一項)是レ商事會社ノ如キ營利法人ニ在リテハ出資額ノ多少等ニ依リ社員ノ表決權ヲ定ムルハ適當ナルヘシト雖モ民法ニ於テ規定スル所ハ專ラ公益法人ニ關スル規定タリ其社員ノ利益ノ爲メニアラス公益ノ爲メニ之ヲ設立シタルモノニシテ出資額ノ多寡ニ依リ公義心ノ厚薄ヲ區別スルコトヲ得サルヲ以テナリ然レトモ各社員ノ表決權カ平等ナリト言フハ原則タルニ止マリ定款ニ於テ例外トシテ出資額其他ノ理由ニ依リ各社員ノ表決權ヲ定ムルコトヲ得サルニ非ス(六五條三項)

各社員ハ總會ニ出席シ其意見ヲ陳述シ以テ自巳ノ表決權ヲ行使スルコトヲ通常トス然レトモ多數ノ社員中ニハ或ハ疾病ノ爲メ或ハ公務其他ノ理由ニ因リ總會ニ出席スルコト能ハサルモノモアルヘシ此場合ニ於テ此總會ニ出席セサル社員ハ書面ヲ以テ表決ヲ爲シ又ハ代理人ヲ出スコトヲ得ルモノナリヤ否ヤ獨逸民法ノ如キ原則トシテ社員カ代理人ニ依リテ其表決權ヲ行使スルコトヲ禁止ス是レ畢竟公益法人ノ場合ニ於テハ表決權ノ行使カ公益ヲ目的トシ其性質上社員一身ニ專屬スルモノニシテ代理人ヲシテ之ヲ行使スルコトヲ得サルモノト爲スカ爲ナルヘシ然レトモ我民法ハ實際上ノ便宜ヲ計リ總會ニ出席セサル社員ヲシテ書面ヲ以テ表決ヲ爲サシメ又ハ代理人ヲシテ其表決權ヲ行使スルコトヲ得セシム(六五條二項)又若シ定款ニ於テ別段ノ規定アルトキハ其規定ニ從フヘキモノトス(六五條三項)既ニ述ヘタルカ如ク社團法人ヲ組織スル社員ハ何人ト雖モ總會ノ會議ニ與カルノ權利ヲ有スルモノトス然レトモ社團法人ト或社員トノ關係ニ付キ議決ヲ爲ス場合ニ於テハ其社員ハ表決權ヲ有セサルモノトス例ヘハ總會ニ於テ法人カ或社員ニ對シ訴訟ヲ提起スヘキヤ否ヤヲ議決スヘキトキハ其社員ハ其會議ニ與カリ表決ヲ爲スコトヲ得サルカ如シ(六六條)

第七節　法人ノ監督

法人ニハ理事、監事及ヒ總會ノ三個ノ機關アリ其中ニ就キ監事ハ法人ノ監督機關ナルコト既ニ之ヲ述ヘタリ此ノ如ク監事ハ法人ノ監督機關ナリト雖モ主トシテ理事ノ業務執行ノ監督機關ニシテ總會其他法人全體ノ監督機關ナリト謂フコトヲ得ス加之監事ト雖モ其監督ヲ十分ニ行ハサルコトモアルヘク或ハ其監督ヲ爲スノ能力ナキモノモアルヘク或ハ甚シキニ至リテハ理事ト通謀シテ不正ノ處置ヲ爲スコトモアルヘシ故ニ監事ノ外尙ホ他ニ法人ニ對シ監督權ヲ行フ者アルコトヲ要ス是レ民法ニ於テ法人ノ監督ニ關スル規定ヲ設クル所以ナリ

法人ノ業務ハ主務官廳ノ監督ニ屬スルモノトス(六七條、一項)而シテ主務官廳カ法人ヲ監督スルハ種種ナル形式ニ於テ行ハル即チ主務官廳ハ法人ノ定款ヲ變更シタル場合ニ於テ正當ト認ムルトキハ之ヲ認可シ不當ト認ムルトキハ之ヲ認可セス(三八條二項)又主務官廳ハ何時ニテモ職權ヲ以テ法人ノ業務及ヒ財產ノ狀況ヲ檢査スルコトヲ得ルモノトス(六七條二項)而シテ理事カ檢査ヲ妨ケ不實ノ申立ヲ爲シ又ハ事實ヲ隱蔽シタルトキハ過料ニ處セラル(八四條三號、四號)其他主務官廳ハ法人カ目的以外ノ事

業ヲ爲シ又ハ設立ノ許可ヲ得タル條件ニ違反シ其他公益ヲ害スヘキ行爲ヲ爲シタルトキハ其許可ヲ取消スコトヲ得ルモノトス(七一條、六八條一項四號)

第八節　法人ノ解散

第一款　解散ノ原因

法人ノ解散トハ法人ニ關スル法律關係カ全部消滅スルヲ謂フ然レトモ法人ハ解散ノ原因生シタルトキハ直チニ消滅スルヤ否ノ問題ニ付テハ後ニ清算ノ事ヲ述フル場合ニ於テ研究セントス法人ハ法定ノ原因生スルトキハ之ニ因リテ解散スルモノトス而シテ我民法上解散ノ原因ト稱スルモノハ左ノ如シ

(一)定款又ハ寄附行爲ヲ以テ定メタル解散事由ノ發生

定款又ハ寄附行爲ニ於テ例ヘハ法人ノ存續期間或ハ其存續條件ヲ定メタル場合ニ於テハ法人ハ其期間ノ滿了又ハ條件ノ成就ニ因リテ解散スルモノトス(六八條一項一號)

(二)法人ノ目的タル事業ノ成功又ハ其成功ノ不能

法人ハ總テ或事業ヲ爲スコトヲ目的トス故ニ其目的タル事業ノ成功スルカ又ハ其成功ノ不能ト爲リタルトキハ法人ハ既ニ設立ノ目的ヲ達シタルカ又ハ之ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルモノナルヲ以テ此場合ニ於テモ法人ハ亦解散スルモノトス(六八條一項二號)

(三)破産

法人カ自己ノ財産ヲ以テ其債務ヲ完濟スルコト能ハサルニ至リタルトキハ裁判所ハ理事若ク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モノトス而シテ此クノ如キ場合ニ於テハ理事ハ直チニ破産宣告ノ請求ヲ爲ス義務アリ(七〇條)若シ此義務ヲ履行セサルトキハ理事ハ過料ニ處セラル(八四條五號)而シテ右請求ニ因ル場合ト職權ニ因ル場合トヲ問ハス裁判所カ一旦破産ノ宣告ヲ爲シタルトキハ法人ハ之ニ因テ解散スルモノトス(六八條、一項三號)

民法ニ於テ破産ト稱スルハ現今ニ於テハ商法ニ於テ破産ト稱スルモノトハ同一ナラス商法ニ所謂破産ナルモノハ商人ニノミ適用セラルヘキモノナリ(商施一三八條、一項、舊商九七八條、一項)之ニ反シテ民法ニ於テ破産ト稱スルハ民事ニ付テハ家資分散ヲ謂フモノニシテ家資分散法ノ規定ニ從フヘキモノトス(民施二條、明治二十三年法律六九號家資分散法參照)民法ハ將來ニ於テ商人非商人ニ共通ナル破産法ノ行ハルルコトヲ想像スルモノノ如シ(八一條參照)

(四)設立許可ノ取消

法人カ其目的以外ノ事業ヲ爲シ又ハ設立許可ヲ得タル條件ニ違反シ其他公益ヲ害スヘキ行爲ヲ爲シタルトキハ主務官廳ハ其許可ヲ取消スコトヲ取ヘク法人ハ之ニ因リテ解散スルモノトス(七一條、六八條、一項四號)但此ニ法人カ右ノ如キ行爲ヲ爲スト言フハ理事若クハ總會カ之ヲ爲ス場合ヲ指スモノニシテ其用語或ハ正確ナラスト謂フコトヲ得ヘシ

(五)總會ノ決議

總會ノ決議ニ因ル解散ニ付テハ種種ナル學說アリ或ハ總會ノ決議ハ解散ノ原因タルコトヲ得スト爲スモノアリ或ハ總會ノ決議ハ解散ノ原因タルコトヲ得ルモ總社員ノ一致ヲ要スト爲スモノアリ然レトモ民法ニ依レハ社團法人ハ總會ノ決議ニ因リ解散スルコトヲ得ルモノトス而シテ其總會ノ決議ニ付テハ

猶ホ定款變更ノ場合ノ如ク總社員ノ四分ノ三以上ノ承諾アレハ足ルモノトス但定款ニ於テ總社員ノ承諾若クハ社員半數ノ承認アルトキハ解散ノ決議ヲ爲スコトヲ得ト言フカ如キ別段ノ規定アルトキハ之ニ從フモノトス（六八條二項一號、六九條）

（六）社員ノ缺亡

社員ノ缺亡カ法人ノ解散原因ナルヤ否ヤノ問題ニ付テモ亦二個ノ學說アリ一ハ社員ノ缺亡ヲ以テ法人ノ解散原因ト爲スニ拘ハラス他ハ之ヲ以テ其解散原因ト爲サス即チ後說ヲ採ル學者ハ曰ク假令社員缺亡スルモ其缺亡カ一時的ノモノナルトキハ法人ハ解散セス永久ニ社員カ缺亡シシルトキニ始メテ法人ハ解散スト我民法ハ前說ヲ採用シ社員ノ缺亡ヲ以テ法人ノ解散原因ト爲ス（六八條、二項二號）而シテ民法ニ所謂社員ノ缺亡トハ社員全體ノ缺亡ヲ謂フモノニシテ一名ニテモ殘存スルトキハ固ヨリ社員ノ缺亡ト謂フコトヲ得ス是レ商法ニ於テ例ヘハ合名會社ノ場合ニ於テハ社員カ一人ト爲リタルトキ又株式會社ノ場合ニ於テハ株主カ七人未滿ニ減シタルトキニ法人カ解散スルモノト爲スト言フト異ナル所ナリ（商七四條、五號、二二一條三號）彼ノ「レーゲルスベルゲル」氏ノ如キハ社員一名ニ減シタルトキハ法人ヲ持續スルコトヲ得スト主張スレトモ是レ我民法ノ主義ニ非スト信ス

社團法人カ社員缺亡ニ因リテ解散スル如ク財團法人カ財產ノ缺亡ニ因リテ解散スルヤ否ヤ理論上或ハ一個ノ問題ナルヘシ然レトモ我民法ノ解釋トシテハ財產ノ缺亡自身ハ直接ニ解散ノ原因ト爲ラス唯其財產ノ缺亡ニ因リ法人ノ目的タル事業ノ成功ノ不能ト爲リタルトキ間接ニ解散ノ原因ト爲ルコトアルニ過キサルノミ（六八條、一項二號）

右列擧ノ原因生スルトキハ法人ハ解散スルモノトス其原因中一乃至四ハ社團法人及ヒ財團法人ニ共通ノモノナレトモ五及ヒ六ハ單ニ社團法人ニノミ特有ノモノナリ

第二款　殘餘財產ノ歸屬者

法人ハ自然人ノ如ク相續人ヲ有セス又法人ハ自然人ノ如ク遺言ヲ爲スノ能力ヲ有セス故ニ解散シタル法人ノ財產ハ何人ニ歸屬スルカノ問題ヲ決セサルヘカラス

解散シタル法人ノ財產ノ處分ニ關スル立法例ヲ案スルニ古ノ立法ハ通常解散シタル法人ノ財產ヲ以テ相續人ナキ財產トナシ當然國庫ニ歸屬スルモノト爲シタルカ如シ然ルニ獨逸ノ普通法ノ時代ニ於テハ此原則ニ對シ漸次一個ノ制限ヲ設クルニ至リタリ即チ解散シタル法人ノ財產ハ國庫ニ歸屬スルハ定款又ハ寄附行爲ニ於テ財產ノ歸屬者ヲ定メサルトキ又社團法人ニ在リテハ解散前總會ノ決議ニ因リ其歸屬者ヲ指定セサルトキニ限ルモノト爲シタリ而シテ近世ノ立法ニ於テハ解散シタル法人ノ財產カ國庫ニ歸屬ストノ原則ニ對シ尙ホ一層ノ制限ヲ加フル傾向ヲ生シタリ即チ解散シタル法人ノ財產カ國庫ニ歸屬スルハ定款寄附行爲又ハ總會ノ決議ニ因リ歸屬者ヲ定メサリシ場合ノミナラス營利ヲ目的トスル法人ニ關セサル場合ニ限ルモノト爲シ營利ヲ目的トスル社團法人ニ在リテハ假定款又ハ總會ノ決議ヲ以テ歸屬者ヲ定メサル場合ニ於テモ法人カ解散シタルトキハ其財產ハ國庫ニ歸屬セス社員ニ歸屬スルモノト爲スニ至レリ

右ニ述ヘタル立法例中解散シタル法人ノ財產ハ相續人ナキ財產トシテ當然國ニ歸屬スト云フ古ノ立法例ハ理論上不當ナリト信ス元來相續人ナキ財產ト謂フハ遺言ヲ爲シ相續人ヲ定ムル能力アル人ノ財產ニシテ相續人ナキ場合ヲ謂フナリ初メヨリ遺言ヲ爲シ相續人ヲ定ムル能力ナキ者ノ財產ニシテ相續人

ナキ財産若クハ遺産ナルモノアラサルナリ然ルニ屢〻述ヘタル如ク法人ハ自然人ト異ナリ實在スルモノニ非ス或範圍內ニ於テ法ノ假定ニ依リ存在スルモノニシテ自然人ト同シク遺言ヲ爲シ相續人ヲ定ムル能力ヲモ付與セラレタルモノニ非ス故ニ解散シタル法人ノ財産ヲ相續人ナキ財産ト爲シ所謂相續人曠缺ノ場合ニ關スル規定ヲ適用シ其財産ヲ當然國庫ニ歸屬スルモノト爲スハ法理上誤解ナリト信ス然ルニ舊民法ノ規定ヲ見ルニ特ニ法人ノ財産ノ處分ニ關スル規定ナキモ財産取得編第三一五條ニハ「相續人アラサル財産ハ當然國ニ屬ス」トアリテ法人ノ場合ニモ此規定ヲ適用セントシタルモノノ如シ果シテ然ラハ我舊民法ハ所謂古ノ立法例ニ依リタルモノト謂フヘシ然レトモ其立法例ノ不可ナルコトハ右ニ述フル所ノ如シ故ニ新民法ハ此點ニ關シ舊民法ト異ナリ所謂近世ノ立法例ヲ採用スルニ至リタリ

新民法ノ規定ニ依レハ解散シタル法人ノ財産ハ定款又ハ寄附行爲ヲ以テ指定シタル人ニ歸屬スルモノトス（七二條一項）然レトモ定款又ハ寄附行爲ヲ以テ歸屬權利者ヲ指定セス又ハ之ヲ指定スル方法ヲ定メサリシトキハ理事ハ主務官廳ノ許可及ヒ社團法人ニ在リテハ總會ノ決議ヲ經テ其法人ノ目的ニ類似セル目的ノ爲メニ其財産ヲ處分スルコトヲ得ルモノトス故ニ解散シタル法人ノ財産ハ理事ノ處分行爲ノ結果權利者ト定マリタル人ニ歸屬スヘシ（七二條二項）尙ホ定款又ハ寄附行爲ニ於テ歸屬權利者ヲ指定セス又ハ理事カ法人ノ財産ヲ處分シテ其權利者ヲ定メサルトキハ解散シタル法人ノ財産ハ國庫ニ歸屬スルモノトス（七二條、三項）而シテ此他營利ヲ目的トスル社團法人ノ解散シタル場合ニ於テ其財産ハ何人ニ歸屬スヘキカ民法ニ規定セスト雖モ商法ノ規定ニ依リ社員ニ歸屬スヘキモノトス故ニ我新民法ノ規定ハ前ニ述ヘタル近世ノ立法例ト略〻同一ナリト事フコトヲ得ヘシ

然ラハ解散シタル法人ノ財産ハ何時歸屬權利者ノ所有ニ歸スヘキカ若シ其財産ノ全部カ其權利タルト義務タルトヲ問ハス歸屬權利者ニ移轉スヘキモノトセハ解散シタル法人ノ財産カ解散ト同時ニ其權利者ノ有ニ歸スヘキハ當然ナリ故ニ前ニ陳ヘタル古ノ立法例ノ如ク解散シタル法人ノ財産ヲ恰モ相續人ナキ財産ト同一視シタル立法例ニ於テハ法人ノ財産ハ其解散ト同時ニ歸屬權利者ニ移轉スヘキナリ乍併我民法上法人ノ權利義務ハ當然ニ歸屬權利者ニ移轉スルモノニ非ス法人解散スルモ後ニ述フルカ如ク依然法人ノ權利義務トシテ存續スルモノトス故ニ法人ノ債權者ハ法人ノ解散後ト雖モ尙ホ法人ニ對シ請求スルコトヲ得ルモノニシテ歸屬權利者ニ請求スルコトヲ得ルモノニ非ス歸屬權利者ハ單ニ殘餘財産ノ引渡ヲ求ムル債權ヲ有スルニ過キス而シテ法人ノ財産カ歸屬權利者ノ所有ニ歸スルハ清算人カ其職務ノ執行トシテ法人ノ債權ヲ取立テ債務ヲ辨濟シ其殘餘財産ヲ歸屬權利者ニ引渡シタル時ニ在リト信ス（八〇條參照）

第三款　清算

（一）解散後ノ法人ノ性質

法人ノ解散ハ法人ニ關スル法律關係カ全部消滅スルヲ謂フ而シテ法人ハ法定ノ原因生シタルトキハ之ニ因リテ解散スルモノナルコトハ既ニ述ヘタリ然ラハ法人ハ其解釋ノ原因生シタルトキハ直チニ消滅スルモノナリヤ否ヤ此問題ニ付テハ種種ナル見解アリ或ハ法人ノ解散原因生シタルトキハ法人ハ直チニ消滅シ主格ナキ權利義務ヲ生スト說クモノアリ或ハ解散原因發生ト同時ニ法人ハ消滅シ法人ノ財産ノ歸屬者カ一種ノ組合體ヲ組織スト說クモノアリ又法人ノ解散原因生スルト同時ニ法人ハ消滅シ新ニ

清算法人ト稱スル一箇ノ法人成立スト說クモノアリ然レトモ此等ノ見解ハ理論トシテハ兎モ角モ孰レモ我民法ノ採ル所ノ主義ニ非ス我民法ハ法人ノ解散原因生スルモ之ニ因リテ法人ハ直チニ消滅スルモノトハ爲サス清算ノ目的ノ範圍內ニ於テ尙ホ存在スルモノト爲スナリ(七三條)

法人ハ法令ノ規定ニ從ヒ定款又ハ寄附行爲ニ因リテ定リタル目的ノ範圍內ニ於テ存在スルモノナルコトハ嘗テ述ヘタル所ナリ故ニ通常其目的異ナルトキハ法人モ亦異ナラサルヲ得ス然ルニ解散ノ原因發生前ノ法人ト其以後ノ法人ト目的ヲ異ニスルコト明カナリ解散原因發生以前ノ法人ハ公益ニ關スルト私益ニ關スルトヲ問ハス或事業ヲ目的トス之ニ反シテ解散原因發生以後ノ法人ハ單ニ清算ヲ目的ト爲ス隨テ前ニ擧ケタル見解中法人ハ解散原因發生ト同時ニ消滅シ清算法人ナル新法人成立スト言フハ一應理由ナキニアラス純粹ナル理論上ヨリ之ヲ言ヘハ頗ル穩當ナル見解ト言フコトヲ得ヘキカ如シ然レトモ我民法ノ解釋トシテハ此ノ如ク見解ヲ採用スルコトヲ得ス第七三條ノ規定ニ依レハ解散シタル法人ハ既ニ其目的ヲ變更シ單ニ清算ノミヲ目的トスルコト明カナルモ解散前ノ法人ト異ナル別箇ノ法人ニ非スシテ解散前ノ法人依然トシテ存續スルコト疑ナキナリ

右ノ如ク解散シタル法人ハ單ニ清算ノ目的ノ範圍內ニ於テノミ存續スルモノトス然ルニ元來法人カ解散シタル場合ニ於テ其財産ヲ處理スル方法二アリ一ハ清算手續ニシテ他ハ破産手續ナリ故ニ清算ト言ヘハ破産ヲ包含セス然ラハ法人カ破産ニ因リテ解散シタル場合ハ猶ホ清算ノ場合ノ如ク破産ノ目的ノ範圍內ニ於テ存續スルモノト謂フコトヲ得ヘキカ民法ニ於テハ直接ノ明文ナシ法典編纂者ハ或ハ民法ニ於テハ單ニ清算ニ關スル場合ノミヲ規定シ破産ノ場合ニ於テ法人カ尙ホ存續スルヤ否ヤノ問題ハ破産法若クハ家資分散法ニ於テ規定スル考ナリシカ如シ(破案五條)然レトモ將來ハ知ラス現今ニ於テハ家資分散法ハ固ヨリ破産法ニ於テモ此ノ如キ規定ナシ故ニ破産ノ場合ニ於テ法人カ尙ホ存續スルヤ否ヤハ一箇ノ問題ナルヘシ然レトモ熟考スルニ均シク法人ノ解散原因ニシテ破産ノ場合ト他ノ場合トヲ區別シ一ノ場合ニハ法人ヲ存續セシメ他ノ場合ニハ全然消滅セシムヘキ立法上ノ理由ナキモノト信ス故ニ所謂類推解釋ニ依リ第七三條ヲ破産ノ場合ニ準用スルヲ正當ナリト信ス故ニ我民法上破産後ノ法人ト雖モ猶ホ清算中ノ法人ノ如ク破産ノ目的ノ範圍內ニ於テ尙ホ存續スルモノト謂フコトヲ得ヘシ

(二)清算ノ開始

前ニ述ヘタル如ク解散シタル法人ノ財産ヲ以テ恰モ相續人ナキ財産ノ如ク看做シ其財産ハ權利タルト義務タルトヲ問ハス全部國庫ニ歸屬スルモノト爲ス古ノ立法例ニ於テハ特ニ清算手續ヲ開始スルノ必要アラサルヘシ獨逸民法ニ於テハ法人ノ財産カ國庫ニ歸屬スル場合ニハ清算手續ヲ開始セス我民法ニ於テハ法人ノ財産カ國庫ニ歸屬スル場合タルト然ラサル場合タルトヲ問ハス常ニ清算手續ヲ開始スルモノトス但我民法ニ於テモ破産ニ因リ法人ノ解散シタル場合ニ於テハ清算手續ニ依ラス破産手續ニ依リテ法人ノ財産ヲ處理スヘキナリ(七四條參照)

(三)清算人ノ選任及ヒ解任

法人カ解散シタルトキハ特ニ選任ヲ待タス理事其清算人ト爲ルヲ原則トス然レトモ定款又ハ寄附行爲ニ於テ理事以外ノモノヲ清算人ト爲スト云フカ如キ別段ノ定アルトキ又ハ社團法人ニ在リテハ總會ニ於テ他人ヲ選任シタルトキハ之ニ從フヘキモノトス(七四條)但破産ニ因リ法人カ解散シタルトキハ既ニ述ヘタル如ク清算手續ヲ開始セサルヲ以テ清算人ヲ選任スルコトナキハ無論ナリ此破産ノ場合ニ於

テ清算人ト類似ノ職ニ在リ破産手續ヲ實行スルモノハ所謂破産管財人ナリ(舊商九八〇條一項二號)

右ノ如ク法人ノ破産シタル場合ニ於テ理事モナク定款又ハ寄附行爲ニ於テモ清算人タルヘキモノヲ指定セス又總會ニ於テモ之ヲ選任セサル爲メ清算人ナキ場合又ハ最初清算人アリタルモ後ニ至リ死亡其他ノ理由ニ因リ缺ケタル場合ニ於テ之カ爲メ損害ヲ生スル虞アルトキハ法人ノ主タル事務所所在地ノ區裁判所ハ利害關係人若クハ檢事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ清算人ヲ選任スルコトヲ得ルモノトス(七五條、非訟三七條、一三六條)又清算人ハ依然トシテ存在スルモ或ハ職務ヲ曠廢シ又ハ職務ノ執行ニ付キ不當又ハ不正ノ行爲アルト云フカ如キ重要ナル事由アルトキハ法人ノ主タル事務所所在地ノ區裁判所ハ利害關係人若クハ檢事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ清算人ヲ解任スルコトヲ得ルモノトス(七六條、非訟三七條、一三六條)

(四)清算ノ登記及ヒ屆出

法人解散シテ清算開始シタルトキハ清算人ハ利害關係人ヲシテ法人ノ解散ノ情況ヲ知ラシムル爲メ解散後一週間内ニ其氏名住所及ヒ解散ノ原因年月日ノ登記ヲ爲シ且之ヲ主務官廳ニ屆出ツルコトヲ要スルモノトス又清算中ニ就職シタル清算人ハ就職後一週間内ニ其氏名住所ノ登記ヲ爲シ且之ヲ主務官廳ニ屆出ツヘキモノトス(七七條)若シ此登記ヲ爲スコトヲ怠リタルトキハ清算人ハ過料ニ處セラル(八四條一號)

(五)清算人ノ職務

清算人ノ職務ハ左ノ如シ(七八條一項)

(イ)現務ノ結了

法人ノ解散前ニ著手シタル事務ハ清算人カ總テ之ヲ結了セシムルコトヲ要ス

(ロ)債權ノ取立及ヒ債務ノ辨濟

法人ノ債權ヲ取立テ及ヒ其債務ヲ辨濟スルハ清算人ノ職務中最モ重要ナル部分ナリ清算人ハ債權者ヲシテ債務ノ辨濟ヲ得セシムル爲メ其就職ノ日ヨリ二个月内ニ少クトモ三回ノ公告ヲ以テ債權者ニ對シ二个月ヲ下ラサル一定ノ期間内ニ其請求ノ申出ヲ爲スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ要ス尙ホ此ノ公告ニハ債權者カ期間内ニ申出ヲ爲ササルトキハ其債權ハ清算ヨリ除斥セラルヘキ旨ヲ附記スルコトヲ要ス(七九條一項、二項)其他住所ノ知レタル債權者ニ對シテハ各別ニ其申出ヲ催告スルコトヲ要スルモノトス(七九條、三項)而シテ清算人カ右公告ヲ爲スコトヲ怠リ又ハ不正ノ公告ヲ爲シタルトキハ過料ニ處セラル(八四條六號)

右ノ如ク清算人カ債權者ニ對シ債權ノ申出催告ヲ爲シ其催告期間ヲ經過シタルトキハ其申出債權者ニ對シ債務ヲ辨濟スルモノトス但其催告期間前ト雖モ株式會社ノ場合ト異ナリ辨濟ヲ爲スコトヲ得サルモノニ非ス(商二六二條一〇號、八一條三項參照)又期間内ニ申出ヲ爲ササル債權者ハ清算ヨリ除斥セラルヘシト雖モ知レタル債權者ハ假令申出ヲ爲ササルモ之ヲ除斥スルコトヲ得サルモノトス(七九條、二項)尙ホ期間後ニ申出タル債權者ト雖モ絶極ニ清算ヨリ除斥セラルルモノニ非ス法人ノ債務完濟後未タ歸屬權利者ニ引渡ササル財産アルトキハ之ニ對シ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(八〇條)

(ハ)殘餘財産ノ引渡

清算人ハ法人ノ債權ヲ取立テ且債務ヲ完濟シテ尙ホ殘餘ノ財産アルトキハ之ヲ歸屬權利者ニ引渡スヘキモノトス而シテ何人カ歸屬權利者タルカハ既ニ述ヘタル所ナリ

(六)清算人ノ權限

清算人ハ理事ト同シク同人ノ法定代理人ナリ而シテ清算人ノ權限ハ極メテ廣シ即チ清算人カ其職務トシテ法人ノ現務ノ結了、債權ノ取立、債務ノ辨濟及ヒ殘餘財產ノ引渡ヲ爲ス爲メニ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲スノ權限ヲ有スルモトノス(七八條、二項)故ニ清算人カ右ノ職務ノ執行トシテ必要ナル場合ニ於テハ例ヘハ法人ノ動產又ハ不動產ヲ賣却シ訴訟行爲ヲ爲シ他人ト取引ヲ開始スルコトヲ得ヘキナリ

(七)裁判所ノ監督

法人ノ業務ハ主務官廳ノ監督ニ屬スルモノナルコトハ前ニ法人ノ監督ニ關スル事項ヲ說明スルニ當リ之ヲ述ヘタリ乍併法人カ一旦解散シタルトキハ其以後法人ノ解散及ヒ清算ハ其主タル事務所所在地ノ區裁判所ノ監督ニ屬スルモノトス(八二條一項、非訟三五條二項)而シテ此場合ニ於テハ裁判所ハ何時ニテモ職權ヲ以テ其監督ニ必要ナル檢査ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(八二條二項、非訟三六條)若シ清算人カ其檢査ヲ妨ケ又ハ不實ノ申立ヲ爲シ若クハ事實ヲ隱蔽シタルトキハ過料ニ處セラルヘキモノトス(八四條三號、四號)

(八)清算ノ終了

清算手續ヲ終ル場合ニ二アリ一ハ清算カ中途ニシテ其手續ヲ止ムル場合ニシテ他ハ清算手續カ全部終了シタル場合ナリ

清算人ハ清算中ニ法人ノ財產カ其債務ヲ完濟スルニ不足ナルコト分明ナルニ至リタルトキハ直チニ破產宣告ノ請求ヲ爲シテ其旨ヲ公告スルコトヲ要ス(八一條一項)清算人カ其破產宣告ノ請求若クハ公告ヲ爲スコトヲ怠リ又ハ不正ノ公告ヲ爲シタルトキハ過料ノ制裁アリ(八四條五號、六號)而シテ此ノ如キ清算人カ破產宣告ノ請求ヲ爲シ其結果破產裁判所ニ於テ破產ノ宣告ヲ爲シタルトキハ清算人ハ破產管財人ニ其事務ヲ引渡シ以テ其任務ヲ終ルモノトス(八一條、二項)此場合ニ於テ既ニ債權者ニ支拂ヒ又ハ歸屬權利者ニ引渡シタルモノアルトキハ破產管財人ハ之ヲ取戾スコトヲ得ルモノトス(八一條三項)右ニ述フル所ハ清算手續カ中途ニ止ミタル場合ニ關スルモノナリ然レトモ是レ清算終了ノ常體ニ非スシテ變則ナリ常體ヨリ言ヘハ清算ハ清算人カ法人ノ現務ヲ結了シ債權ヲ取立テ債務ヲ辨濟シ且殘餘財產ヲ歸屬權利者ニ引渡スニ因リ結了スルモノトス而シテ清算カ此ノ如ク結了ニ至リタルトキハ清算人ハ之ヲ主務官廳ニ屆出ツルコトヲ要スルモノトス(八三條)

第三編　私權ノ客體

第一章　總論

私權ノ客體又ハ私權ノ目的ナル語ハ學者ニ依リ種種ナル意義ニ用ヒラル或ハ私權ヲ對抗セラルルモノヲ以テ私權ノ客體ト謂フモノアリ此意味ニ於テ私權ノ客體タルモノハ常ニ人ナリ何トナレハ私權ハ總テ人ト人トノ間ノ關係ニシテ常ニ人ニ對シテ對抗セラルルモノナレハナリ又或ハ人カ其上ニ私權ヲ實行セントスルモノヲ以テ私權ノ客體ト謂フモノアリ而シテ予輩カ本編ニ於テ私權ノ客體ト稱スルハ專ラ此意義ニ於テス

私權ノ客體タルモノハ種種アリ然レトモ其重ナルモノハ人、物及ヒ行爲ナリ即チ親族權ノ客體ハ多クハ人ナリ例ヘハ親權ノ客體ハ子ニシテ夫權ノ客體ハ妻ナルカ如シ又物權ノ客體ハ物ナルコト多ク債權ノ客體ハ行爲ナリ例ヘハ建物ニ對スル所有權ノ客體ハ其建物ニシテ賣主ノ買主ニ對シテ有スル債權ノ

客體ハ金錢支拂ノ行爲ナルカ如シ然レトモ我民法上私權ノ客體ハ常ニ人、物若クハ行爲ニ限ルモノニ非ス其他ノモノニシテ又私權ノ客體タルモノナキニ非ス例ヘハ或場合ニ於テハ權利自身カ更ニ他ノ權利ト客體ト爲ルコトアルカ如シ（三六二條、三六三條、三六九條、二〇五條參照）然レトモ私權ノ客體トシテ最モ廣ク適用ヲ見ルモノハ物ナリ何トナレハ前ニモ述ヘタル如ク物ハ物權ノ客體ナルノミナラス元來債權ノ客體ハ行爲ナルモ其行爲ハ物ノ給付ヲ目的トスルコト多キヲ以テ多クノ場合ニ於テ物ハ間接ニ又債權ノ客體タルヲ以テナリ故ニ各種ノ權利ニ共通ナル規定ヲ研究スル總則ノ本講義ニ於テハ專ラ此物ニ付テ論スル所アラントス

第二章　物

第一節　物ノ觀念

物°トハ何ヲ謂フカ各國ノ法律上必スシモ同一ノ意義ヲ有セス或ハ物トハ權利ノ客體又ハ權利ノ目的ト云フ意味ニ用ヒタル立法例アリ例ヘハ普國民法ノ如シ故ニ普國民法ノ意味ニ於テ物ト言フハ有體物ノミナラス權利モ行爲モ亦其内ニ包含ス或ハ又物トハ有體物及ヒ權利ヲ併セ稱スルモノアリ例ヘハ舊民法ノ如シ（財六條）我新民法ニ於テ物ト稱スルハ此ノ如キ廣義ノモノヲ謂フニアラス單ニ有體物ノミヲ謂フモノナリ（八五條）

有體物°°°トハ何ヲ謂フカ法文上明カニ定義ヲ下シタルモノナシ民法ニ於テ有體物トハ宇宙間ニ於テ存在シ一害ノ空間ヲ占ムル物體ヲ謂フモノナルヘシト信ス故ニ物ニハ啻ニ所謂固形體ノミナラス流動體モアルヘク又瓦斯體モアルヘシ

電氣、光、熱等ハ物ナリヤ否ヤ一箇ノ問題ナリ特ニ電氣ニ關シテハ屢〻實際問題ヲ生ス例ヘハ或者カ密カニ電線ヲ架設シ他人ノ使用スル電流ノ幾分ヲ奪ヒ不正ニ之ヲ自己ノ用ニ供シタルトキハ之ヲ以テ電氣ヲ竊取シタルモノト云フコトヲ得ヘキカ實際家ハ電氣ヲ以テ一個ノ瓦斯體ノ物體ト爲シ此場合ニ竊盜罪成立スト說クカ如キ傾アリ獨逸ノ大審院ニテハ嘗テ電氣カ物ナリヤ否ヤノ問題生シタル際之ヲ有體物ナリトシテ判決シタル實例アリ又彼ノ刑法ノ大家「リスト」氏及ヒ私法ノ大家「デルンブルグ」氏ノ如キモ亦電氣ヲ以テ一箇ノ有體物ト爲スカ如シ此說ハ實際ノ便家ハ兎モ角モ理論上ヨリ言ヘハ頗ル批難ヲ免レサルモノノ如シ今日ノ物理學ノ說明スル所ニ依レハ電氣ハ物ニ非ス一箇ノ力ナリ猶ホ水素瓦斯ト云フカ如ク一種ノ瓦斯體ノ物體ニハ非サルナリ故ニ電氣ヲ以テ物ナリト言フハ正當ナリト言フコトヲ得ス「エンデマン」「ガライス」「レーゲルスベルゲル」氏等ノ如キハ電氣ヲ以テ有體物ノ一種ト爲サス獨逸ノ大審院ニ於テモ近頃ニ於テハ電氣ハ物ニ非ストノ判決例ヲ生スルニ至リタリ我國ニ於テモ明治三十六年五月二十一日大審院ニ於テ電氣ハ竊盜ノ目的タルコトヲ得ル旨ノ判決アリタルモ電氣ヲ以テ有體物ト爲シタルニ非ス單ニ刑法第三六六條ニ所謂物ノ内ニハ電氣モ包含スルモノト爲スニ止マルカ如シ（大審院明治三十六年（れ）七三八號被告事件ノ判決參照）

羅馬法ニハ所謂聚合物ナルモノアリ此聚合物トハ例ヘハ群畜、書庫ノ書籍、店舖ノ商品ノ如キ增減シ得ヘキ多少類似シタルモノヲ謂フ學者間ニ於テハ議論アルモ羅馬法ニ於テハ此ノ如キ聚合物ハ一箇ノ物トシテ權利ノ目的ト爲ルコトヲ得タルモノノ如シ例ヘハ羅馬ニ於テ或群畜又ハ書庫ノ書籍ニ對シ質權ヲ設定シタルトキハ其質權ハ唯一箇アルノミニシテ畜類又ハ書籍ノ數丈ケ質權ヲ生スルニ非ス其群畜又ハ書庫ノ書籍ハ法律上一箇ノ物トシテ質權ノ目的ト爲ルナリ假令群畜又ハ書籍ノ一部ニ出入アルモ

質權ノ目的ニ變更アリト爲サヽルナリ例ヘハ群畜中數頭ノ畜類又ハ書庫ノ書籍數冊ヲ他ニ持去ルトキハ其物ハ質權ノ目的タルコトヲ免レ其代リニ携ヘ來リタル數頭ノ畜類又ハ書籍ハ質權ノ目的ト爲ルナリ故ニ所謂聚合物ナルモノハ思想上一箇單一ナル權利ノ目的ト見ルニ止マルモノニシテ固ヨリ有體物ニ非ス隨テ其聚合物ナルモノハ我民法ノ物ニ非サルナリ我新民法上所謂聚合物ナルモノヲ認メス故ニ羅馬法ニ於ケルカ如ク一箇ノ群畜若クハ書庫ノ書籍ヲ以テ質權ノ目的ト爲スコトヲ得ス其群畜中ノ各畜類書庫中ノ各書籍カ質權ノ目的タルコトヲ得ルノミ故ニ例ヘハ或書庫ノ書籍ヲ質權ノ目的ト爲ストキハ我民法上一個ノ質權發生スルニ非スシテ其書籍ノ數丈ノ質權ヲ生スルニ至ルナリ

右ノ如ク我民法ハ所謂聚合物ナルモノヲ認メス然レトモ一樽ノ酒、一俵ノ米ト云フカ如キハ所謂聚合物ニアラス或意味ヨリ言ヘハ一俵ノ米ト言フトキハ無數ノ米粒ヨリ成立スル聚合物ナルカ如シト雖モ一粒ノ米ト云フカ如キハ經濟上何等ノ價格ナキナルモノヲ以テ今日ノ取引上ノ觀念ニ於テ一俵ノ米ト云フトキハ無數ノ米ノ聚合物トハ看做サス之ヲ一箇ノ有體物ト看做ス隨テ一樽ノ酒一俵ノ米ト言フカ如キハ一箇ノ有體物ニシテ我新民法ノ所謂物ナリ

我民法上物トハ有體物ヲ謂フモノナルコトハ前ニ陳フル所ノ如シ然レトモ有體物ハ總テ私權ノ目的トナルモノニ非ス有體物ニシテ私權ノ目的タラサルモノアリ即チ或ハ法律ノ規定ニ依リテ私權ノ目的タルコトヲ得サルモノアリ例ヘハ道路ノ如シ或ハ又物自身ノ性質上私權ノ目的タルコトヲ得サルモノアリ例ヘハ空氣、光線、流水、大洋等ノ如シ

人ノ身體ハ宇宙間ニ於テ一定ノ空間ヲ占ムルモノナレトモ物ニ非ス人其者ナリ身體ヲ離レテ人ナルモノナク隨テ身體ハ法律上人ヲ構成スル一部分ナリ然レトモ之カ爲メニ人ノ身體ハ絕對ニ私權ノ客體タルコトヲ得スト謂フ能ハス前ニ總論ニ於テ述ヘタル如ク親族權ノ場合ニ於テ其權利ノ客體タルモノハ人ナリ然レトモ人ノ身體ハ物ト異ナリ財產權ノ客體ト爲スコトヲ得ルモノニ非ス是レ諸學者ノ均シク認ムル所ナリ例ヘハ自己ノ頭髮手足ヲ賣買贈與スルト云フカ如キ契約ハ無效ナリ但人ノ身體ノ一部ニテモ一旦身體ヨリ分離セラレタルトキハ頭髮手足孰レモ皆權利ノ目的タルコトヲ得ルハ無論ナリ尙ホ之ト同シク人ハ其身體ヲ死後或ハ解剖學者ニ賣買贈與スルコトヲ得ルカ此點ニ付テハ學者間議論アリテ一定セス「エンデマン」「デルンブルグ」氏等ハ人ハ自己ノ死體ヲ處分スルコトヲ得ルモノト爲スカ如シ

第二節　物ノ種類

第一款　動產、不動產

物ハ種種ナル標準ニ依リテ之ヲ區別スルコトヲ得ルモノニシテ其種類モ極メテ多シ然レトモ予輩ハ本節ニ於テ其中ニ就キ最モ重要ナルモノノミヲ研究スルコトトシ先ツ本款ニ於テ動產、不動產ノ區別ヲ說明セントス

動產、不動產ハ其用語ノ上ヨリ之ヲ見レハ財產ノ區別ナルカ如キモ我民法ニ所謂動產、不動產ハ財產ノ區別ニ非スシテ物即チ有體物ノ區別ナリ

我民法上不動產トハ土地及ヒ其定著物ヲ謂フモノトス其他ノ有體物ハ總テ動產ナリ(八六條一項、二項)而シテ此定著物ト稱スルハ果シテ何ヲ謂フカ明文ヲ以テ之ヲ規定シタルモノアラサルモ一時ノ用ニ供スル爲メニ非スシテ土地ニ附著シタル物ヲ言フモノナルヘシト信ス故ニ建物又ハ植物ト言フカ如キハ通常土地ノ定著物ト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ均シク植物ト言フモ他ニ移轉セシムル目的ヲ以テ一時

栽植シタルモノノ如キハ之ヲ土地ノ定著物ト謂フコトヲ得ス

動產、不動產ノ區別ノ標準ニ關スル諸國ノ立法例ハ必スシモ一樣ナラス或ハ佛民法ノ如ク列擧ニ依リテ動產、不動產ノ區別ヲ爲スモノアリ或ハ我舊民法ノ如ク所謂例示的列擧主義ニ依リテ動產、不動產ノ區別ヲ爲スモノアリ即チ舊民法ニ於テハ先ツ動產、不動產ノ定義幷ニ其種類ヲ揭ケ次ニ其例ヲ列擧シタリ或ハ普國民法ノ如ク物カ其物質ヲ毀損スルコトナクシテ一ノ場所ヨリ他ノ場所ニ移轉スルコトヲ得ルヤ否ヤニ依リ動產、不動產ノ區別ヲ爲スモノアリ或ハ獨逸民法ノ如ク土地及ヒ其構成部分ノミヲ不動產ト爲シ其他ハ總テ之ヲ動產ト爲スモノアリ我民法ハ既ニ述ヘタル如ク土地及ヒ其定著物ヲ不動產トシ其他ハ總テ之ヲ動產ト爲ス故ニ我民法ノ主義ハ佛國民法、舊民法又ハ普國民法ノ主義ト異ナルハ勿論ナリ加之我民法ノ主義ハ獨逸民法ノ主義トモ同一ナラス何トナレハ例ヘハ獨逸民法ニ於テ建物又ハ植物ノ如キハ一箇ノ物トシテ不動產ナルニ非ス土地ノ一部分トシテ不動產ナルモノナルモ我民法ニ於テハ建物又ハ植物ハ土地ト別箇ノ物トシテ不動產ナレハナリ故ニ嚴格ニ之ヲ言ヘハ獨逸民法ニ於テ不動產ナルモノハ土地ノミ建物又ハ植物ハ其自身ノ性質上不動產ナルニ非ス土地ノ一部分トシテ不動產ナルナリ之ニ反シテ我民法ニ於テ建物又ハ植物ハ土地ト合體シテ一箇ノ物ヲ成スニ非ス各自別箇ノ物ナリト信ス隨テ我民法上不動產ナルモノハ啻ニ土地ノミナラス建物又ハ植物ノ如キモ亦不動產ナリ而シテ此建物又ハ植物ハ獨民法ノ如ク土地ノ一部分トシテ不動產ナルニ非スシテ別箇ノ物トシテ不動產タリ是レ我民法ト獨民法トハ實際歸著スル所ハ相類似スル所アルニ拘ラス理論上大ニ異ナル所ナリ

前ニモ述ヘタル如ク動產、不動產ノ區別ハ我民法上有體物ノ區別ナリ然レトモ例外トシテ有體物ニ非スシテ法律上動產ト同一視セラルルモノアリ所謂無記名債權是ナリ（八六條三項）例ヘハ無記名式爲替手形（商四四九條）無記名式約束手形（商五二九條、四四九條）ノ如シ

動產不動產ノ區別ノ實益ハ法律上之ニ適用スヘキ規定ヲ異ニスルニ在リ元來動產不動產ノ區別ヲ爲シ其種類ニ依リ之ニ適用スル規定ヲ異ニスルハ諸國ノ立法例ノ認ムル所ナルモ其範圍ニ至リテハ各國一樣ナラス例ヘハ羅馬法ハ日耳曼法ニ比シ動產タルト不動產タルトニ依リ其規定ヲ異ニスル所甚タ少ナシ而シテ我民法ニ於テ動產タルト不動產タルトニ依リ適用スヘキ規定ヲ異ニスル場合ヲ擧クレハ大略下ノ如シ（一）物權ノ得喪變更等ニ關スル場合（一七七條、一七八條）（二）占有ノ效力（一九、二條乃至一九五條、一六二條二項、一六三條）（三）先占（二三九條）（四）先取特權（三一一條乃至三二四條、三二五條乃至三二八條）（五）質權（三五二條乃至三六一條）（六）競賣（明治三十一年法律第十五號競賣法三條乃至三五條）

右ノ如ク動產、不動產ノ區別ヲ爲スハ主トシテ民法上ノ必要ニ基クモノナリ然レトモ其動產、不動產ノ區別ハ又民事訴訟法等ニモ必要ナリ即チ民事訴訟法上動產ナルト不動產ナルトニ依リ强制執行ノ手續ヲ異ニス然ルニ民法ニ所謂動產、不動產ト民事訴訟法ニ所謂動產、不動產トハ大體ニ於テ同シキモ或點ニ於テ異ナル所アルヲ注意スヘシ即チ民法ニ於テ有體物ニ非スシテ動產ト看做サルルモノハ所謂無記名債權ノミナレトモ民事訴訟法ニ於テハ其無記名債權ノ外尙ホ其他ノ有價證券ヲモ動產ト看做シ同一ノ手續ニ依リ强制執行ヲ爲ス又有體物ニシテ民法上不動產ニ非スシテ民事訴訟法上不動產ト爲スモノアリ例ヘハ船舶ノ如シ

第二款　主物、從物

學者或ハ一物カ他物ト單ニ附隨ノ關係ニ在ルトキハ其附隨ノ地位ニ在ル物ヲ從物ト謂ヒ他ノ物ヲ主物ト稱ス乍併我民法上主物、從物ト言フハ此ノ如ク廣義ノモノニ非スシテ尙ホ一層狹義ニ用キラルルモノトス即チ物ノ所有者カ其物ノ常用ニ供スル爲メ自己ノ所有ニ屬スル他ノ物ヲ以テ之ニ附屬セシメタルトキハ其附屬セシメタル物ヲ從物ト言ヒ他ノ物ヲ主物ト稱ス（八七條一項）故ニ我民法上從物タルニハ左ノ要素ヲ具備スルコトヲ必要トス

（一）從物トハ主物ト別箇ノ物タルコトヲ要ス

從物ハ一箇ノ物ニシテ物ノ一部分ニ非ス是レ從物ハ所謂物ノ構成部分ト異ナル所ナリ故ニ最初獨立ノ存在ヲ有シタル物モ既ニ他ノ物ノ一部ヲ成スニ至レハ其物タルヤ嚴格ニ言ヘハ物ノ一部分ニシテ物ニ非ス隨テ從物タルコトヲ得ス例ヘハ建物ノ土臺又ハ柱ト謂フカ如キハ最初獨立ノ存在ヲ有シタルモノナルモ一旦建物ニ組入レラレタルトキハ最早建物ノ構成部分ニシテ其從物ニ非ス之ニ反シ疊又ハ建具ノ如キハ假令建物ニ附屬セシムルモ其一部分ト見ルコトヲ得ルモノニ非サルヲ以テ從物ナリ

（二）從物ハ主物ニ附屬セシメラレタル物ナルコトヲ要ス

一物カ他物ニ包含セラレ既ニ其物ノ一部分ヲ成スニ至リタルトキハ所謂構成部分ニシテ從物ニ非サルコトハ右ニ述フル所ノ如シ然レトモ又之ト反對ニ一物カ他ノ物ト多少關係アルモ單ニ一對ノ花瓶又ハ一對ノ掛物ト云フカ如キ關係ニ過キサルトキハ未タ一物カ他ノ物ノ從物ナリト謂フコトヲ得ス一物カ他物ノ從物タルニハ必ス附隨ノ關係ヲ有シ即チ之ニ附屬スル物タルコトヲ必要トス

（三）從物ハ主物ノ常用ニ供セラルルコトヲ要ス

從物ハ主物ノ永遠ノ用ニ供セラルルコトヲ必要トセス其常用ニ供セラルルヲ以テ足ル然レトモ一物カ單ニ一時他ノ物ノ用ニ供スルコトアルモ未タ之ヲ以テ從物ナリト言フコトヲ得ス例ヘハ家屋內ニ一時備付ケタル机椅子等ノ如シ又之ト反對ニ一物カ他物ノ常用ニ供セラルルトキハ一時之ヲ分離スルモ之カ爲メニ從物タルノ性質ヲ失フモノニ非ス例ヘハ修繕其他ノ爲メ障子疊等ヲ取除キタル場合ノ如シ

（四）從物ハ主物ト同一ノ所有者ニ屬スル物タルヲ要ス

一物カ他物ノ常用ニ供スル爲メ之ニ附屬セシメラルルモ互ニ其所有者ヲ異ニスルトキハ我民法上其附屬セシメラレタル物ヲ以テ未タ從物ト爲サス從物ハ必ス主物ト同一ノ所有者ニ屬スルコトヲ必要トス故ニ例ヘハ家屋ノ賃借人カ其家屋ノ常用ニ供スル爲メ疊、建具等ヲ之ニ附屬セシムルモ我民法上其疊建具ハ之ヲ家屋ノ從物ト言フコトヲ得ス然レトモ若シ其家屋ノ所有者自身カ其所有ニ屬スル疊、建具ヲ家屋ノ常用ニ供スル爲メ之ニ附屬セシメタルトキハ則チ從物ナリ

主物從物ノ區別ノ實益ハ法律上從物ハ主物ト共ニ處分セラレタルモノト看做スニ在リ（八七條二項）即チ例ヘハ家屋ノ所有者カ其家屋ヲ他人ニ賣却スルトキハ之ニ附屬スル疊、建具ノ如キ從物モ當然ニ賣却セラレタルモノト看做サルヘキモノトス然レトモ此從物ハ主物ノ處分ニ從フトノ原則ハ所謂强行法ニ非スシテ聽用法ナリ故ニ例ヘハ前ニ述ヘタル例ニ於テ賣買ノ當事者カ其賣買ノ目的物ト爲ササル意思ヲ表示シタルトキハ固ヨリ其從物ト共ニ賣買セラレサルモノトス

第三款　特定物、不特定物

特定物トハ特別ニ指定セラレタル物ヲ謂ヒ不特定物トハ單ニ種類及ヒ數量ノミヲ以テ指示セラレタル物ヲ言フ故ニ例ヘハ當事者カ法律行爲ヲ爲スニ當リ其給付スヘキ物ヲ特ニ何町何番地所在建家一棟ト云フカ如ク指定シタルトキハ其物ハ特定物ナリ之ニ反シ若シ當事者カ給付スヘキ物ヲ金千圓米百石ト云フカ如ク單ニ其種類及ヒ數量ヲ以テ指示シタルトキハ其物ハ不特定物ナリ

特定物不特定物ノ區別ノ實益モ亦之ニ適用スヘキ規定ヲ異ニスルニ在リ而シテ我民法上特定物ナルト不特定物ナルトニ依リ其規定ヲ異ニスル重ナル場合ヲ擧クレハ下ノ如シ(一)物權ノ設定移轉(一七六條)(二)債務者ノ注意(四〇〇條、四〇一條)(三)債務ノ目的ノ引渡(四八三條)(四)辨濟ノ場所(四八四條、商二七八條)(五)危險負擔(五三四條、五三五條)

以上本節第一款乃至第三款ニ述ヘタル所ハ物ノ種類中其重要ナルモノナリ此他尙ホ融通物、不融通物、消費物、不消費物、可分物、不可分物等種種ナル區別アルモ前三種ノモノニ比シ比較的重要ナラサルモノナルヲ以テ此ニ其說明ヲ省ク

第三節　果實

果實ニハ天然果實ト法定果實トノ別アリ物ノ用方ニ從ヒ收取スル產出物ヲ天然果實ト謂ヒ物ノ使用對價トシテ受クヘキ金錢其他ノ物ヲ法定果實ト謂フ(八八條)

天然果實ノ性質ニ付テハ學者間種種ナル議論アリ或學者ハ定期ニ收穫スルコトヲ以テ天然果實ノ要素ト爲スカ如シ元來物ノ產物ヲ收穫スルニハ例ヘハ田畑ニ生スル穀物又ハ樹木ニ生スル菓物ト云フカ如ク一定ノ時期ニ於テスルコトヲ要スル場合多シト雖モ其定期收穫ヲ要セサル場合モ亦少ナカラス例ヘハ彼ノ鑛物石材ノ如シ故ニ此定期收穫ヲ以テ天然果實ノ要素ト爲ス學說ハ正當ナルモノト言フカラス又物ノ元質ヲ耗盡セサルコトヲ以テ果實ノ一要素ト爲ス學說アリ「ウヰンドシヤイド」氏モ此說ヲ主張ス乍併彼ノ鑛物又ハ石材ノ如キハ其採取スルニ因リテ漸次元物ヲ減少セシムルニ拘ハラス通常之ヲ果實ト爲スヲ以テ此學說モ亦適當ナルモノト謂フコトヲ得ス然ルニ獨逸民法ハ物ノ用方ニ從ヒ收取スルノミヲ以テ果實ノ要素ト爲ス(獨民九九條一項)而シテ我民法モ亦此獨逸民法ト同一ノ主義ヲ採用ス

右ノ如ク我民法上天然果實トハ物ノ用方ニ從ヒ收取スル產出物ヲ謂フ故ニ此天然果實ニハ物ノ用方ニ從ヒ收取スルコトト產出物トノ二箇ノ要素アルコトヲ必要トス而シテ物ノ用方ニ從ヒ收取スルトハ物ノ經濟上ノ目的ニ適應スル方法ニ依リ收取スルヲ言フ故ニ例ヘハ山林ヨリ伐採スル材木ハ之ヲ果實ト言フコトヲ得レトモ庭園ニ於ケル樹木ヲ伐採シタルモノハ之ヲ果實ト謂フコトヲ得サルカ如シ又產出物ト言フハ嚴格ニ言ヘハ物ノ有機的作用ニ因リテ產出スル物ノミヲ言フモノナレトモ民法ニ於テ產出物ト言フハ啻ニ此等ノ物ノミナラス鑛物石材ノ如キ人工ニ因リテ產出スル物モ其內ニ包含ス

法定果實トハ我民法上物ノ使用ノ對價トシテ受クヘキ金錢其他ノ物ヲ謂フモノナルコトハ既ニ述ヘタル如シ而シテ此物ノ對價トシテ受クヘキ物ト言フハ物ヲ使用シタル報酬トシテ給付スヘキ物ヲ謂フモノニシテ例ヘハ利息、地代、小作料、賃金ト云フカ如シ而シテ法定果實ハ通常金錢ナレトモ必シモ金錢ニ限ラス米穀ノ如キモノニテモ法定果實タルコトヲ妨ケサルナリ

果實ノ取得ニ關スル規定ハ天然果實ト法定果實トニ依リテ異ナリ天然果實カ未タ元物ヨリ分離セサル間ハ其物ノ一部分ニシテ獨立シタル物ニ非サルヲ以テ其果實モ亦元物ノ所有者ノ所有ニ屬スルコトハ論ヲ俟タス然レトモ果實カ元物ヨリ分離シタル場合ニ於テ果實權利者ニ變更アリタルトキハ其果實ハ

前權利者ニ屬スヘキカ後ノ權利者ニ屬スヘキカノ問題ヲ生ス此點ニ付テハ諸國ノ立法例一樣ナラスト雖モ我民法ノ規定ニ依レハ天然果實ハ其元物ヨリ分離スル時ニ之ヲ收取スル權利ヲ有スルモノニ屬ス故ニ例ヘハ甲カ稻ヲ植付ケタル自己ノ所有田地ヲ收穫李節前ニ乙ニ賣渡シタルトキハ其田地ヨリ產出スル米ハ甲ニ屬セスシテ乙ニ屬スルモノトス（八九條一項）

法定果實ハ天然果實ノ如ク元物ト一體ヲ成スモノニ非ス每時ニ發生スルモノナルヲ以テ之ヲ收取スル權利ノ存續期間日割ヲ以テ之ヲ收得スルモノトス（八九條二項）故ニ例ヘハ甲カ他人ニ賃貸シタル家屋ヲ月ノ半ニ乙ニ賣却シタルトキハ其月分ノ家賃ノ中前半月分ハ甲ニ屬スルモ後半月分ハ乙ニ屬スヘキモノトス而シテ此ノ如ク法定果實ハ權利ノ存續期間日割ヲ以テ定ムヘキモノナルヲ以テ其支拂ノ時期ノ如キハ固ヨリ問フ所ニ非ス故ニ例ヘハ前例ニ於テ家賃カ前月拂又ハ月末拂ナルモ皆前ニ陳ヘタル割合ニ於テ之ヲ取得スヘキナリ

民法總則（自第一章至第三章）終

法學博士　富井政章　講述
法學士　鈴木英太郎　講述

民法總則（自第一章至第三章）

完

法政大學發行

民法總則（自第一章至第三章）目次

緒論……一
第一章　法律ノ概念……二
第二章　法律ノ分類……八
第三章　權利ノ概念……二〇
第四章　民法ノ概念……二三
第五章　民法ト慣習法トノ關係……三二
第六章　民法ノ效力ノ及フ範圍……三三
第七章　民法ノ解釋及ヒ適用……三七
第一編　總則……三九
第二編　權利ノ主體……四四
第一章　人……四五
第一節　權利能力……四六
第一款　權利能力ノ發生及ヒ消滅……四六
第二款　外國人ノ權利能力……四七

第二節　行爲能力……四八
第一款　總論……四八
第二款　未成年者……五〇
第三款　禁治産者……五二
第四款　準禁治産者……五三
第五款　妻……五四
第六款　相手方ノ地位……五六
第三節　住所……五七
第四節　失踪……五九
第一款　汎論……五九
第二款　不在者……六〇
第三款　失踪者……六一
第二章　法人……六六
第一節　法人ノ觀念……六六
第二節　法人ノ種類……七三
第三節　法人ノ設立……七六

第四節　法人ノ權利能力……八七
第五節　法人ノ行爲能力……九〇
第六節　法人ノ機關……九四
第一款　理事……九四
第二款　監事……九九
第三款　總會……一〇〇
第七節　法人ノ監督……一〇三
第八節　法人ノ解散……一〇四
第一款　解散ノ原因……一〇四
第二款　殘餘財産ノ歸屬者……一〇七
第三款　清算……一〇九
第三編　私權ノ客體……一一五
第一章　總論……一一五
第二章　物……一一六
第一節　物ノ觀念……一一六
第二節　物ノ種類……一一九

0137

第一款　動産、不動産……一一九
第二款　主物、從物……一二二
第三款　特定物、不特定物……一二三
第三節　果實……一二四

民法總則（自第一章至第三章）目次　終

拋棄セシニ過キス或ハ債權者カ一旦金錢ヲ受領シテ更ニ債務者ニ引渡シタリト看做スヘシ又ハ相殺ヲ爲シタリト看做スヘシト論スト雖モ是レ假裝ノ論定ニシテ事實ハ全ク之ニ反シ毫モ此ノ如キ意思表示ヲ爲ササルナリ尙ホ交換ノ場合モ略ホ同一ニシテ賣買ト異ナル所ハ當事者カ互ニ金錢以外ノ財產權ヲ移轉スルヲ目的トスルニ在ルヲ以テ（五八六條）互ニ權利ヲ移轉スルコトヲ約セサル代物辨濟ニ適合セサルハ明カナリ即チ代物辨濟ニ在リテハ債權者カ從來債務者ニ對シテ有セル債權ヲ拋棄シテ他ノ物ヲ得タルニ過キス決シテ當初ノ債權ノ目的タル權利ヲ債務者ニ移轉スルニ非サルナリ故ニ此等ノ說ハ新民法ノ解釋トシテハ明カニ誤レルモノト謂ハサルヲ得ス第四八二條ノ規定ハ理論上前ノ債務ハ消滅シテ其代リニ新ナル債務ヲ發生シ其發生シタル債務ハ直チニ履行セラレテ亦消滅ニ歸スルモノト說カサルヲ得ス然レトモ此理論ヲ貫徹セントセハ徒ニ煩雜ヲ來スヘキヲ以ヲ寧ロ第二ノ債務ノ履行ヲ以テ恰モ第一ノ債務ノ履行ヲ爲シタルカ如ク其效力ヲシテ同一ナラシムルヲ便トシタルナリ隨テ逐次說明スヘキ履行若クハ辨濟ニ關スル規定ハ全ク之ニ適用スルコトヲ得ヘシ然リト雖モ之カ爲メニ更改タル本來ノ性質ハ決シテ變更スルコトナク辨濟ノ規定ト更改ノ規定トカ互ニ牴觸セサル範圍ニ於テハ當然更改ノ規定ヲ適用スヘキモノトス之ニ關シテハ幸ヒ實際問題ノ生スルコト稀ナル所ナルモ新ニ第二ノ債務ヲ發生スルモノト論スルト前ノ債務ノ履行ナリト論スルトニ因リ彼ノ追奪擔保ニ關スル規定ノ適用上相違ヲ生スヘシ

追奪擔保ノ何タルカハ諸君ノ既ニ知ラルル所ナラン今代物トシテ給付シタル物カ一ノ不動產ニシテ他人ノ物タリシ場合ニ於テハ如何ナル結果ヲ生スヘキカト云フニ若シ代物辨濟カ賣買ナリトセハ追奪擔保ノ法則ノ適用ヲ受クヘキコト論ヲ俟タス此法則ノ適用ノ結果買主ハ契約ヲ解除シ賣主ヨリ損害ノ賠

償ヲ求ムルコトヲ得ヘク乃チ買主ノ地位ニ立ツ所ノ債權者ハ追奪擔保ノ權利ヲ行使スルコトヲ得サルヘカラス是ニ於テカ實際上ノ問題ヲ生スヘシ即チ前例ノ場合ニ於テ前契約ヲ消滅セシムルハ賣買ノ條件ト爲リタルモノトセハ代物辨濟カ解除セラレタルニ因リ從前ノ債務ハ蘇生スヘシト雖モ是レ唯當事者間ニ於ケル狀態ニ過キスシテ第三者ニ對シテハ其效力ヲ及ホスコトナシ尙ホ一歩ヲ進ミテ論スレハ代物辨濟ノ場合ニ於テハ寧ロ前債務ヲ絕對ニ消滅セシメテ同時ニ賣買カ成立スルモノト看做サルヘカラサルカ故ニ縱令賣買カ解除セラルルモ既ニ消滅シタル債務カ復活スルノ理ナシ隨テ單ニ後ノ賣買ノミニ就テ判斷セサルヘカラス尙ホ新民法ハ舊民法又ハ佛國民法等ト異ナリ縱令此場合ニ於ケル賣買カ條件附ナリトノ說ヲ採ルモ解除ノ效力ハ第三者ニ及フコトナシ隨テ解除ノ效力ハ絕對的ニ既往ニ遡ルモノト認ムルコトヲ得ス唯當事者間ニ在リテハ恰モ初ヨリ契約ノ成立セサリシモノノ如キ狀態ニ復セシムルノ義務ヲ生スルニ過キス故ニ例ヘハ前債務ニ抵當權、質權又ハ保證人ノ附隨セシトキト雖モ此等ノ權利義務ハ決シテ蘇生スルコト能ハス次ニ代物辨濟ハ一ノ辨濟ナリトセハ其辨濟カ果シテ有效ナリシヤ否ヤノ問題ヲ生スヘシ舊民法及ヒ佛國民法ノ如キハ他人ノ物ヲ辨濟シタル場合ニハ辨濟其モノヲ無效トシ從來ノ債務ハ依然トシテ存在スルモノト認ムルカ故ニ總テノ擔保カ消滅セサルコトト爲ルモ新民法ノ規定ニ從ヘハ然ラス第四七五條ニハ「辨濟者カ他人ノ物ヲ引渡シタルトキハ更ニ有效ナル辨濟ヲ爲スニ非サレハ其物ヲ取戾スコトヲ得ス」ト云ヘルヲ以テ同一ノ結果ニ歸著スルカ如キモ前ニ述ヘタルカ如ク第四七五條ハ之ヲ特定物ノ引渡ノ場合ニ適用スルコトヲ得ス即チ特定物ノ場合ニハ其物カ他人ノ物ナルモ苟モ其物ヲ給付セハ履行ト爲ルモノニテ其物ノ代リニ他ノ物ヲ以テスルコトヲ得ス或ハ右ノ場合ニ於テハ辨濟ハ當然無效ナリトノ說ヲ爲ス者アルヤモ知ルヘカラスト雖モ此說ハ正鵠ヲ得タルモノニ非ス若シ辨濟カ當然無效ナラストセハ結局其契約ヲ解除スルノ外ナカルヘク契約ヲ解除スルトセハ前ニ述ヘタル賣買ノ解除ノ場合ト同一ニ歸著スヘシ

之ニ反シテ更改說ヲ取ルトキハ其結果如何蓋シ新民法ニ於テハ舊民法及ヒ佛國民法等ト異ナリテ賣買ニ關スル規定ハ總テノ有償契約ニ準用スルコトト爲レルカ故ニ追奪擔保ノ問題ノ如キモ舊民法ニ於テハ賣買及ヒ交換ニ關シテ詳細ノ規定ヲ設ケ其他ハ一般ノ簡單ナル規定ニ依ルヘキモノトシ特ニ明文アル場合(例ヘハ會社ノ場合)ニノミ賣買ノ規定ヲ適用スルニ過キス隨テ更改ニハ適用スルコトヲ得ス故ニ舊民法ニ於テハ賣買トスルト更改トスルトニ因リテ大ナル差異ヲ生スレトモ新民法ニ於テハ擔保ニ關スル賣買ノ規定ハ更改ニモ準用セラルルヲ以テ甚シキ差異ヲ生スルコトナシ唯多少異ナル點ハ他ニ更改ニ關スル特別ノ規定アリテ其規定ニ從ハサルヲ得サルノミ第五一七條及ヒ第五一八條ノ規定即チ是ナリ第五一七條ノ規定ニ依レハ更改ノ場合ニ於テ後ノ債務カ不法ノ原因ノ爲メニ成立セス又ハ當事者ノ知ラサル他ノ事由ニ因リテ成立セス又ハ取消サレタルトキハ舊債務ハ消滅セサルモノトス舊債務カ消滅セサル以上ハ抵當權、質權、先取特權、保證等皆消滅スルコトナシ然ルニ若シ代物辨濟カ更改ニ非ストセハ此規定ヲ適用スルコトヲ得ス隨テ實際ノ結果ノ上ニ相違ヲ生スルコトヲ免レス次ニ第五一八條ノ規定ハ事實上代物辨濟ノ場合ニ適用スルコトヲ得ス何トナレハ代物辨濟ノ場合ニハ新債務ノ生スルヤ否ヤ直チニ履行スルモノナルヲ以テナリ唯稀ニ債權者カ注意深キ人ニシテ後ノ辨濟カ完全ニ成立シ十分權利ノ鞏固ナルヤ否ヤヲ疑ヒ辨濟者ト協議ノ上前ノ擔保ヲ後ノ債務ニ移スコトアルヘキノミ然ルニ若シ代物辨濟ヲ賣買ナリトセハ此規定ヲ適用スルコトヲ得ス尤モ當事者カ特ニ契約ヲ結ヒテ萬一其物カ他人ノ物ナル場合ヲ慮リ之カ擔保ヲ供セシムルコトヲ得ヘシト雖モ前ノ擔保ハ其儘存在スル

コトヲ得サルナリ蓋シ新ニ擔保ヲ設定スルト其儘移ストハ其效力ニ於テ相異ナルコト固ヨリ言フヲ俟タス例ヘハ抵當權ノ順位ノ如キ其著シキモノナリ之ヲ要スルニ所謂代物辨濟ナルモノハ更改ナリト看ルヲ理論並ニ實際ニ最モ適合スト信ス

第四　履行ノ時期

履行ノ時期ハ債務ノ性質ニ依リテ異ナル先ツ履行ノ時期ニ關シテ之ヲ分テハ(一)單純債務(二)期限附債務(三)條件附債務ノ三種ト爲スコトヲ得

第一　單純債務

單純債務トハ當事者又ハ法律カ明示又ハ默示ニテ其履行ノ時期ヲ定メサル債務ニシテ單ニ義務ノ存在ヲ認ムル所ノモノナリ此種ノ債務ハ法律上直チニ履行スヘキモノナリ反言スレハ直チニ履行スルニ非サレハ所謂不履行ノ結果ヲ生スルモノナリ然レトモ此理論ヲ絕對ニ貫クトキハ殆ト實行スルコト能ハサルノ結果ヲ生スヘシ蓋シ人間ノ常トシテ場合ニ依リテハ債務ノ生シタルコトスラ知ラサルコトアルヘク縱令之ヲ知ルモ其之ヲ知リタルト同時ニ履行スルニ非サレハ直チニ不履行ト爲リ之ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ爲ササルヘカラサルニ至リテハ亦酷ト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ單純債務ニ在リテハ何時之ヲ履行スヘキカ、何レノ時ニ債務者ハ遲滯ニ在ルモノト爲ルカヲ定ムルノ必要アリ是レ第四一二條第三項ニ規定スル所ナリ曰ク

債務ノ履行ニ付キ期限ヲ定メサリシトキハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス

然レトモ何時辨濟期ニ在ルカノ問題ニ對シテハ債務ノ生スルト同時ナリト答ヘサルコトヲ得ス今其適用上ノ例ヲ擧クレハ辨濟期ニ在ル債務ニ非サレハ相殺ヲ爲スコト能ハス又辨濟期ニ在ル債務ヲ有スル者ニ非サレハ留置權ヲ行使スルコト能ハサルカ如キ是ナリ故ニ右ノ規定ハ履行ノ時期ヲ定メタルモノニ非スシテ何時マテニ履行セサレハ其履行ヲ怠リタル者即チ遲滯ニ在ル者トセラルルカヲ規定セルモノナリ而シテ此點ニ付テハ債權者ノ履行ノ請求アリタル時トセサルヘカラス外國ニ於テハ舊式ノ主義ヲ採リ此請求ヲ爲スニ付キ一定ノ條件ヲ必要トスルモノアリ例ヘハ裁判所ニ請求スルコトヲ要ストシ或ハ差押ノ方法ニ依リテ請求ヲ爲ササルヘカラスト定メ或ハ執達吏ニ依リテ請求ヲ爲ササルヘカラスト爲シ單純ナル書簡又ハ口頭ヲ以テ督促スルノミニテハ債務者ハ未タ遲滯ノ責ニ任セストスルカ如キ是ナリ然レトモ今日ノ時世ニ於テハ最早採用スヘカラサルコト殆ト學者ノ輿論タリ往時ニ在リテハ立法上債務者ヲ偏愛スルノ傾向アリシハ全ク謬見ニ出ツ何トナレハ法律ハ債權者債務者ヲ公平ニ保護セサルヘカラサレハナリ又直接ニ債務者ヲ保護セントセハ却テ間接ニ債務者ノ不利益ニ歸スヘキヲ以テ新民法ニ於テハ請求ノ方法ニ制限ヲ置カサリシナリ舊民法ハ財產編第三三六條ニ「左ノ場合ニ於テハ諾約者其他ノ債務者ハ遲滯ニ付セラレタルモノトス」第一　期限ノ到來後ニ裁判所ニ請求ヲ爲シ又ハ合式ニ催告書ヲ送達シ若クハ執行文ヲ示シタルトキ」ト規定セリ故ニ裁判所ニ請求スルカ或ハ執達吏ヲシテ催告書ヲ送達セシメ又ハ差押ノ方法ニ依ルニ非サレハ債務者ヲ遲滯ニ付スルコト能ハサルコトト爲レリ是レ新民法ノ採ラサリシ所ナリ

第二　期限附債務

期限附債務トハ債務ノ履行ニ期限アル場合ヲ謂フ期限ニハ確定期限ト不確定期限トノ二種アリ確定期限トハ例ヘハ來ル何月何日又ハ何年ノ後ト云フカ如ク其來ルヘキ期限カ契約當時ヨリ確定セルモノヲ

謂フ之ニ反シテ不確定期限トハ人ノ死亡又ハ降雨ノ日等ノ如ク其事實ノ來ルコトハ明カナルモ其來ル時日ノ確定セサルモノヲ謂フ

(一) 確定期限　確定期限ノ效果ニ付テハ羅馬法以來議論ノ喧シキ所ニシテ一方ニ於テハ期限ハ人ニ代リテ督促ヲ爲スモノ即チ期限ノ到來ニ因リテ債務者カ債權者ヨリ督促ヲ受ケタルト同一ニ看做スノ主義ヲ採リ之ニ反對スルモノハ期限ハ人ニ代リテ督促スルモノニ非ス即チ期限ノ到來シタルノミニテハ未タ遲滯ニ在ルモノト爲スコトヲ得ス更ニ督促ノ手續ヲ必要トスルノ主義ヲ採ル舊民法及ヒ佛國民法其他舊式ノ法典ニ於テハ多クハ第二ノ主義即チ期限ノ到來シタル後更ニ督促ヲ爲スヘキモノト爲シ其方法トシテハ或ハ裁判所ニ請求シ又ハ執達吏ニ依リテ催告ヲ爲サヽルヘカラスト爲スノ主義ヲ採レリ是レ前ニ述ヘタル債務者偏愛主義ニ基ク蓋シ當事者カ豫メ期限ヲ定メテ其期限ニハ必ス履行スヘキコトヲ約束シナカラ其期限ノ到來シタル曉ニ至リテ債務者カ債權者ノ督促ヲ待ツカ如キハ進歩シタル現今ノ社會ニ於テハ到底採用スヘカラサルモノトス現ニ我舊商法ニ於テモ第一ノ主義ヲ採リ外國ニ於テモ新式ノ法律ニ於テハ皆此第一ノ主義ヲ採用セリ英、米、伊、獨等ノ如キ即チ是ナリ我新民法ハ此第一ノ主義ヲ採リ期限ハ人ニ代リテ督促スルヲ以テ期限カ到來スレハ別ニ督促セサルモ債務者ハ遲滯ノ責ヲ負フモノトセリ蓋シ前段ニ説明シタル單純債務ニ在リテモ苟モ請求タニ爲セハ其方法ノ如何ヲ問ハスシテ直チニ遲滯ノ責ヲ負ハシムルカ如ク債務者ノ責任ヲ嚴ニスルハ新式ノ法典ノ傾向ナリ是レ蓋シ取引ノ頻繁ト爲ルニ從ヒ一一裁判所ニ訴ヘ出ツルカ又ハ執達吏ヲシテ督促セシムルカ如キ複雜ナル手續ニ依ルコト能ハサルニ基因スルモノニシテ商業上ニ於テ殊ニ然リト爲ス尙ホ今日ニ於テハ漸次商業ト他ノ取引トニ因リテ區別ヲ立ツルコトヲ廢スルノ傾向アルハ疑ナキ所ナリ我新民法ニ於テモ亦右ノ理由ニ據リテ新式ノ主義ヲ採レリ第四一二條第一項ニ曰ク
債務ノ履行ニ付キ確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ス

(二) 不確定期限　債務ノ履行ニ付キ不確定期限ノ存スル場合ニ於テハ當事者カ期限ノ到來シタルコトヲ知ラサル場合ナシトセス斯ル場合ニ於テ若シ遲滯ノ責ニ任スルモノトセハ是レ人情ニ適セサルノミナラス甚タ苛酷ナリト謂ハサルヘカラス故ニ法律ハ期限ノ到來シタルコトヲ知リタル時直チニ履行セサレハ遲滯ノ責ニ任スヘキモノト定ム第四一二條第二項ノ規定即チ是ナリ曰ク
債務ノ履行ニ付キ不確定期限アルトキハ債務者ハ其期限ノ到來シタルコトヲ知リタル時ヨリ遲滯ノ
責ニ任ス

第三　條件附債務

條件附債務ニ付テ履行ノ時期ノ問題ノ起ルハ唯リ停止條件附債務ニ關シテノミ解除條件附債務ニ付テハ此問題ナシ停止條件附債務ハ其條件カ成就スルニ非サレハ固ヨリ履行スヘキ義務アルコトナシ此點ニ付テハ新民法ノ上ニ於テハ極メテ明瞭ナリ即チ當事者ノ目的トセル債務ハ條件成就ノ時ニ於テ始メテ生スルモノナリ尤モ條件成就前ニ於テモ既ニ一種ノ債務アリト雖モ是レ法律行爲ノ目的タル債務其モノニ非ス而シテ停止條件附債務ハ法律行爲ノ目的タル債務ノ發生スルト同時ニ單純債務タルコト疑ナキ所ナリ是ヲ以テ法律ハ之ニ關シテ特ニ明文ヲ置カス當然第四一二條第三項ヲ適用スヘキモノトセリ、

茲ニ遲滯ノ責ナルコトニ付キ簡單ニ説明センニ元來此事ハ提供等ノ説明ヲ爲スニ依リテ明瞭ト爲ルヘキモ結局遲滯ノ責トハ不履行ノ過失者ト看ラルルコトナリ故ニ右ニ述ヘタル各種ノ場合ニ於テ債務者

カ履行スヘキ期間内ニ履行セサルトキハ債權者ニ對シテ不履行ニ因ル責任ヲ負ハサルヘカラス即チ債務者カ履行ヲ怠リタル爲メニ債權者カ損害ヲ被リタルトキハ債務者ハ其損害ヲ賠償セサルヘカラス故ニ若シ其債務ノ目的カ金錢ナリシトキハ遲滯シタル日數ニ對スル利息ヲ支拂フヘク又例ヘハ債務者カ履行ヲ爲サヽリシニ因リ債權者カ自己ノ債權者ニ對シテ履行ヲ爲スコトヲ得ス爲メニ違約金ヲ支拂フコトノ已ムヲ得サルニ至リタルトキハ債務者ハ亦之ヲ賠償セサルヘカラス又債務者ノ義務カ特定物ノ引渡ナルトキハ債務者ハ之ヲ保存スル義務アルヲ以テ保存ニ付キ十分注意セサルヘカラス若シ此注意ヲ怠レハ縱令履行ノ時期ハ後レサルモ仍ホ責任ヲ免レサルモノトス之ニ反シテ十分保存ノ義務ヲ盡シタルモ天災ノ爲メニ滅失シタリトセハ是レ已ムコトヲ得サルニ出テタルモノニシテ固ヨリ其責任ヲ負フヘキニ非ス例ヘハ家屋ノ類燒ノ際簞笥ヲ持出ス暇ナク爲メニ其中ニ藏メアリタル債務ノ目的物ヲ燒失セシメタル場合ノ如キ又十分戶締セル家屋内ニ盜賊押入リ脅迫シテ保存ノ目的物ヲ奪掠シ去リタル場合ノ如キ是ナリ但債務者カ現ニ遲滯ノ責ニ在リシ場合ニ斯ル事實ノ生シタルトキハ債務者ハ債權者ニ對シテ賠償ヲ爲サヽルヘカラス又若シ未タ期限到來セサルニ際シ目的物カ天災ニ因リテ毀損シタルトキハ危險問題ハ姑ク措キ債務者ハ其毀損ノ責ニ任セス毀損シタル儘其引渡ヲ爲セハ足レリ之ニ反シテ其滅失毀損カ遲滯後ニ生セハ債務者ハ其責ニ任セサルヘカラス何トナレハ通常ノ場合ニ於テハ苟モ期限ニ履行セハ火災、盜難等ニ罹ルコトナカリシナラント謂フコトヲ得ヘケレハナリ唯稀ナル場合例ヘハ債權者、債務者ハ相隣者ニシテ同時ニ二人ノ家屋カ燒失シ又二人カ同時ニ盜難ニ遭ヒ家屋内ノ總テノ財產ヲ持去ラレタル如キ場合ニ於テハ縱令履行スルモ同一ノ難ニ罹ルヘカリシヲ以テ債務者ハ其責ヲ免ルヘシト雖モ其事實ヲ證明セサルヘカラス而シテ其證明ハ往往困難ナルノミナラス債權者カ債務者ノ履行ト同時ニ其履行ニ係ル物ヲ他ニ讓渡スヘキ場合例ヘハ他人ト契約シテ既ニ其準備ヲ爲シツヽアリシ場合ニ於テハ縱令債權者カ前例ノ如キ災難ニ遭フモ其物ハ滅失セサリシモノト謂フコトヲ得ヘク隨テ債務者ハ其責ヲ負ハサルヘカラサルニ至ル此ノ如キ場合ニ於テハ先ツ債權者カ債務者ニ對シテ債務ノ成立セルコト及ヒ辨濟期ニ在ルコトヲ證明シテ履行ノ請求ヲ爲スヘク債務者ハ天災ニ因リテ履行スルコト能ハサルニ至リタル事ヲ抗辯ノ理由ト爲スヘシト雖モ債權者ニ於テハ債務者カ履行ノ遲滯シタル後ニ天災ノ生シタルコトヲ證明スヘク然ルトキハ債務者ハ其天災ハ同時ニ債權者モ蒙リタル所ナルカ故ニ縱令履行ヲ爲スモ其物ノ消滅スヘカリシ事ヲ證明セサルヘカラス之ニ對シテ債權者ハ履行ヲ受ケシナラハ直チニ他人ノ手ニ引渡スヘカリシ事ヲ證明スヘク若シ此證明ニシテ成立セハ結局ノ責任ハ債務者ニ歸スヘシ

以上遲滯ノ結果ノ說明ヲ了ルト同時ニ履行ノ時期ノ說明ヲ了レリ

第五　履行ノ場所

履行ノ場所ハ原則トシテ當事者ノ意思卽チ債權發生ノ原因ニ依リテ定マル唯當事者ノ意思ノ明瞭ナラサル場合而シテ法律ニ別段ノ規定ナキ場合ニ於テハ如何ニスヘキカ先ツ特定物ノ引渡ニ付テハ債權發生ノ當時物ノ存在セシ場所ニ於テ引渡ヲ爲サヽルヘカラス是レ第四八四條ノ規定セル所ナリ此點ニ付テハ各國ノ立法例皆相一致セリ之ニ反シテ特定物引渡以外ノ目的ヲ有セル債務ノ履行ニ付テハ二主義アリ其一ハ債權者ノ住所ニ於テ履行スヘシトスルモノ他ハ債務者ノ住所ニ於テスヘシトスルモノ是ナリ舊民法ノ如キハ佛國民法ニ倣ヒテ債務者ノ住所ニ於テ履行スヘキモノト爲セリ蓋シ斯ル事項ニ付テ

ハ理論上ヨリ是非ヲ斷定スルコト能ハサルヲ以テ慣習ニ依ルノ外ナシ佛國ニ於テモ時代ニ依リ又地方ニ依リ差異アリ我邦ノ慣習ヲ觀ルニ貸主ハ借主ヨリ一等上ニ在ルモノト看ルハ一般ノ觀念ニシテ借主ハ貸主ニ對シテ感謝ノ意ヲ表スルヲ常トシ借主ハ貸主ノ住所ニ行キテ辨濟スルヲ普通トス是ヲ以テ新民法ニ於テハ本則トシテ第一ノ主義ニ依リテ債權者ノ住所ニ於テ履行スヘキモノトセリ尤モ是レ絕對ニ適用スヘキニ非スシテ反對ノ慣習アレハ其慣習ニ從フヘキモノトス舊民法及ヒ佛國民法ノ如ク債務者ノ住所ニ於テ履行スヘキモノトスルハ蓋シ債務者偏愛主義ノ結果ニ外ナラサルヘシ然レトモ若シ理論上何レニ定ムルモ不可ナシトセハ寧ロ債權者ノ住所ニ於テ履行スヘキモノトスルヲ以テ我邦ノ慣習ニ適セルモノト謂ハサルヘカラス舊商法ニ於テモ亦多數ノ立法例ニ倣ヒテ此主義ヲ採レリ然リ而シテ新商法ニ於テハ之ニ對シテ一ノ例外ヲ認メタリ(商二七八條二項)此例外ハ或ハ民法ニ規定セルヲ可トセシナランカ今商法ノ規定ニ依レハ指圖債權及ヒ無記名債權ニ付テハ債務者ノ許ニ證劵ヲ持參スルニ非サレハ支拂ヲ受クルコトヲ得ス是レ此種ノ債權ハ債務者ニ於テ果シテ何人ニ屬スルカヲ知ルコトヲ得サルカ故ニ勢ヒ此ノ如キ例外規定ヲ設クルノ必要ヲ見ルナリ然ルニ商業以外ノ取引ニ於テハ一方ニ於テハ指圖債權又ハ無記名債權ノ形式ヲ用フルコト少ク又一方ニ於テハ之ヲ用フヘキ場合甚タ廣カルヘク極端ニ言ヘハ木材、石材等ノ引渡ノ如キモ指圖債權無記名債權ニ依ルコトヲ得ヘク隨テ斯ル場合ニ於テモ債務者ノ住所ニ於テ履行スルコトト爲リ一般ノ原則ニ反スルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ然ルニ商法ニ於テハ指圖式又ハ無記名式ノ債權ハ十中ノ八九ハ金錢ノ支拂ニ關スヘク隨テ金錢同樣ノ作用ヲ爲スモノナルカ故ニ債務者ノ住所ニ於テ履行スヘキ例外規定ヲ設ケタルハ實際便利ナルコト疑ヲ容レス尤モ債權者ノ不分明ナル場合ニ於テハ債務者カ履行ヲ爲ササルモ債務者ノ責任ト爲ルコトナシ此事ハ後ニ提供及ヒ供託ノ說明ヲ爲ス際ニ更ニ說明スル所アルヘシ

以上ヲ以テ履行ノ場所ニ關スル說明ヲ了レリ

第六　履行ノ費用

履行ノ費用ニ關スル第一ノ要點ハ履行ノ費用ハ何人カ之ヲ負擔スヘキカニ在リ是レ通常當事者ノ意思ニ因リテ定マルモノナリ蓋シ法律ノ規定ヨリ直接ニ生スル債務ノ如キハ當事者ノ意思ニ依リテ其內容ヲ定ムルコトナク又法律ヲ以テ特ニ之ニ關スル費用ヲ定ムルカ如キコトナキカ故ニ右ニ述ヘタル所ハ主トシテ契約上ノ債務ニ關シテナリ契約上ノ債務ニ付テハ其履行ノ費用ハ契約ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシト雖モ若シ契約上何等ノ定ナク又債務ノ性質上其負擔スヘキ者ノ明カナラサル場合ニ於テハ果シテ何人カ之ヲ負擔スヘキカヲ決スルノ必要アリ債務ノ性質上費用ノ負擔者ノ定マレル場合トハ例ヘハ作爲ノ義務ニ於テ債務者カ其債務ノ目的タル仕事ヲ爲スハ總テ債務ノ履行ニ屬スルカ故ニ請負契約ニ於テ其仕事ニ關スル費用ハ特約アルニ非スンハ請負人ニ於テ之ヲ負擔シ請負人ハ唯之ニ對スル報酬ヲ受クヘキカ如キ是ナリ此等ノ事ハ各種ノ契約ニ就テ研究スヘキモノナレハ茲ニハ唯一般ノ場合ニ付テ說明スヘシ然ラハ一般ニ履行ノ費用ハ何人カ之ヲ負擔スヘキモノナルカ殊ニ法定義務ニ至リテハ特ニ履行費用ノ負擔者ヲ定ムルコトナキコト前ニ一言シタル所ノ如クナルカ故ニ此場合ニハ何人カ之ヲ負擔スヘキモノナルカヲ決スルノ必要アリ而シテ履行ノ費用ハ原則トシテハ債務者ノ負擔スヘキモノトス何トナレハ債務ノ履行ハ時トシテ債權者ノ協力ヲ要スルコトアリト雖モ債權ノ目的ハ常ニ債務者ノ行爲ナリト謂フコトヲ得ルカ故ニ履行ハ即チ債務者ノ行爲ナリト謂フモ敢テ過言ニ非ス少クトモ

主トシテ債務者ノ行爲ヲ要スルハ疑ナキ所ナリ果シテ然ラハ特約ナキ限ハ債務者カ自己ノ爲スヘキ事ヲ爲シテ而モ其費用ヲ債權者ニ對シテ請求スルコトヲ得ルノ理ナシ是レ前ニ述ヘタル請負契約ノ場合ノ如キハ契約ノ性質上最モ明瞭ナル所ナリ而シテ是レ其他ノ場合ト雖モ亦同一ナラサルヘカラス蓋シ債務ノ目的ハ債務者ノ行爲ナリトスル以上ハ其行爲ニ必要ナル費用ハ特約ナキ限ハ債務者カ之ヲ負擔スヘキハ理ノ當然ト謂ハサルヘカラス故ニ民法ハ第四八五條ニ於テ此原則ヲ認メタリ曰ク

辨濟ノ費用ニ付キ別段ノ意思表示ナキトキハ其費用ハ債務者之ヲ負擔ス

各國ノ立法例モ皆此ノ如シ但之ニハ一ノ例外ナキコトヲ得ス蓋シ履行ノ費用ヲ債務者カ負擔スルハ其當然ノ費用ノミニ止マリ債權者ノ行爲ニ因リテ特ニ要シタル費用ニ付テモ仍ホ債務者ヲシテ之ヲ負擔セシムルハ甚タ不公平ト謂ハサルヘカラス換言スレハ債權者ノ意思如何ニ依リテ債務者ノ負擔ヲ増減スルハ條理ニ於テ許スヘカラス債務者ノ負擔ノ分量ハ債權發生ノ當時ニ於テ既ニ確定セリ然ルニ債權者ノ意思ノミヲ以テ債務者ノ負擔ヲ増加スルコトヲ得サルハ是レ理ノ尤モ睹易キ所ナリ故ニ若シ債權者ノ行爲ニ因リテ費用ノ増加ヲ來シタルトキハ其増加シタル部分ハ債權者ニ於テ之ヲ負擔セサルヘカラス例ヘハ債權者ノ住所ニ於テ履行ヲ爲スヘキ場合ニ於テ債權者カ轉居シタルカ爲メニ債務者ニ於テ履行ノ費用ヲ増加シタル場合ノ如シ吾人ハ元來法律上移轉ノ自由ヲ有スルカ故ニ債權者カ轉居ヲ爲シタルハ固ヨリ過失ナリト謂フコトヲ得スト雖モ之カ爲メニ債務者ヲシテ餘分ノ費用ヲ負擔セシムルコトヲ得ス即チ契約ノ當時ニハ債權者ノ近隣ニ住居セシヲ以テ債務者カ其債務ノ目的タル物件ヲ債權者ノ住所ニ運搬スルニ殆ト其費用ヲ要セサリシニ偶〻債權者カ他ニ轉居シタルカ爲メニ其轉居先ノ住所ニ運搬セサルヘカラスシテ莫大ノ費用ヲ要スルニ至リタリトセハ此費用ハ債權發生ノ當時ニ在リテハ決シテ債務ノ内容中ニ包含セサルモノナルカ故ニ此増加シタル部分ハ債權者ニ於テ之ヲ負擔セサルヘカラス是レ敢テ債權者ノ過失ニ基クモノニ非スト雖モ其費用ノ増加シタルハ專ラ債權者ノ行爲ニ因ルヲ以テナリ況ヤ債權者ノ過失ニ因リテ費用ヲ増加シタル場合ニ於テオヤ例ヘハ債務者カ履行スヘキ時期ニ於テ債權者ノ住所ニ就キ其債務ノ目的物ヲ提供シタルニ偶〻債權者カ不在ナルノミナラス其事ヲ豫メ家人ニ告ケ置カサリシニ由リ家人ハ之カ受取ヲ拒ミタルカ若クハ債權者ハ在宅セルモ其誤解ニ由リテ其物ヲ受取ラサルニ由リ債務者ハ已ムコトヲ得ス之ヲ持還リ翌日更ニ之ヲ債權者ノ住所ニ運搬シテ始メテ履行ヲ了リタル場合ノ如キハ若シ債權者ニ過失ナカリセハ債務者ハ一回ノ運搬ニテ事足リシナランニ債權者ノ誤解又ハ不注意ニ因リ再ヒ運搬ノ費用ヲ要スルニ至リタルモノニシテ債務者ニハ些ノ過失又ハ遲滯ノ責ナク全ク債權者ノ過失ニ因ルモノナレハ債權者カ此過失ヨリ生シタル費用ヲ負擔スヘキコト論ヲ俟タス即チ最初ノ運搬費ハ債務者ニ於テ之ヲ負擔スヘキモ其後ノ運搬費ハ債權者ニ於テ之ヲ負擔スヘキモノトス是レ第四八五條ノ但書アル所以ナリ曰ク

但債權者カ住所ノ移轉其他ノ行爲ニ因リテ辨濟ノ費用ヲ増加シタルトキハ其増加額ハ債權者之ヲ負擔ス

第七　履行ノ充當

履行ノ充當ハ普通「辨濟ノ充當」ト稱スルト雖モ予ハ履行ノ充當ト謂フヲ正確ナリト信ス履行ノ充當トハ同種ノ目的ヲ有スル數箇ノ債權カ同一ノ當事者間ニ存在セル場合ニ於テ之ニ對スル債務ノ履行カ各債權全體ヲ消滅セシムルニ足ラサルトキハ孰レノ債權ノ履行ニ充ツヘキカ換言スレハ之ニ由リテ何レ

ノ債務ヲ消滅セシムヘキカヲ決スル所ノ問題ナリ例ヘハ甲カ乙ニ對シ金錢ヲ目的トセル三箇ノ債權ヲ有シ其債權各〻千圓ナリト假定センニ其辨濟期ニ至リ債務者乙カ何レノ債務ヲ消滅セシムルカニ付キ何等ノ意思ヲ表示スルコトナク單ニ辨濟トシテ金千圓ヲ提供シタリトセヨ此場合ニ於テ此千圓ハ第一ノ債務ノ履行ニ充ツヘキカ又第二ノ債務ノ履行ニ充ツヘキカ將タ又第三ノ債務ノ履行ニ充ツヘキモノナルカヲ決スルノ必要ヲ生スヘシ此問題ハ同種ノ目的ヲ有スル債權ト云フヲ以テ特定物ヲ目的トスル債權ニ付テハ起ラサルナリ即チ特定物トハ箇箇特別ノ性質ヲ有スルモノト看做スヘキ物ヲ指スカ故ニ法律上同種ト謂フヘキモノナク又二箇以上ノ同一物アルノ理ナキヲ以テナリ作爲ノ義務ノ如キモ亦大抵特定ノモノナリ例ヘハ何某ノ仕事ト謂フカ如キ是ナリ即チ此場合ニハ其仕事ヲ爲スヘキ人カ特定セルヲ以テ同種ノ作爲ト謂フヘキモノナシ但作爲ノ義務ト雖モ稀ニハ同種ノモノナキニ非ス例ヘハ單ニ左官ノ手間何人前ト謂フカ如キ場合ニ於テハ其作爲ノ義務ハ甲ニテモ乙ニテモ將タ丙ニテモ苟モ普通左官ノ仕事ヲ爲シ得レハ則チ可ナリ隨テ此等ノ作爲ノ義務ハ不特定物ヲ給付スル義務ニ於ケルカ如ク理論上ハ履行充當ノ問題ヲ生スヘシト雖モ本問題ハ主トシテ金何圓、米何石ト謂フカ如ク不特定物ノ給付ニ關スルモノニシテ而モ其種類ノ同シキ場合ナラサルヘカラス例ヘハ書籍ヲ給付スル契約ニ於テ其種類及ヒ書名ヲ一定シタルトキハ苟モ同種ノ書籍タル以上ハ何レニテモ可ナリト謂フカ如キ場合ニハ充當ノ問題ヲ生スルモ普通ノ場合ニハ書籍等ニ付テハ起ラサル問題ナリ果シテ然ラハ履行ノ充當ニ關スル規定ノ適用ヲ見ルハ十中ノ八九ハ金錢債務ニ關スルモノタルコトヲ知ルヘシ

履行ノ充當ハ固ヨリ公益ニ關スルモノニ非サルカ故ニ當事者雙方ノ協議ヲ以テ何レノ債務ニ充當スルモ妨ナシ前例ニ於ケル三箇ノ債務中第一ノ債務ハ其期限既ニ到來シ第二、第三ノ債務ハ期限ノ未タ到來セサル場合ニ於テモ當事者ハ協議ノ上第一ノ債務ハ暫ク其儘ニ擱キテ第二又ハ第三ノ債務ニ充當スルニ妨ナキナリ故ニ此問題ハ當事者間ニ於テ協議ノ調ハサル場合ニ生スルモノナリ而シテ此問題ヲ決スルニ付テ注意スヘキハ充當ハ必ス履行ト同時ニ決セサルヘカラサルコト是ナリ英、米ノ法律ニ於テハ後日ノ充當ヲ認ムルト雖モ是レ甚タ理論ニ適合セサルコトト信ス蓋シ充當ナルモノハ履行ノ意義ヲ明カニスルモノニシテ固ヨリ中性ノ履行ナルモノアルノ理ナク履行ト云ヘハ必ス債務ノ存在ヲ前提トシ債務ノ存在ヲ前提トスル以上ハ其履行ハ必ス何レカノ債務ニ對スルモノナラサルヘカラス而シテ其債務ノ何レナルカヲ定ムルハ即チ充當ノ本旨トスル所ナリ故ニ充當ハ必ス履行ト同時ニ定マルヘキモノナリ即チ前例ノ場合ニ就テ言ヘハ履行ノ當時ニ於テ第一ノ債務ヲ履行スルニ在ルカ又第二ノ債務ヲ履行スルニ在ルカ將タ第三ノ債務ヲ履行スルニ在ルカヲ定ムヘキモノニシテ後日ノ意思ヲ以テ之ヲ動カスコト能ハサルナリ尤モ當事者間ニ於テハ如何ナル契約ヲモ爲スコトヲ得ヘク一旦第一ノ履行ニ充テタルモ雙方ノ爲メニハ寧ロ第二ノ債務ノ履行ト看ルヲ便宜トスルカ如キ場合ニ於テハ契約ヲ以テ自由ニ第二ノ債務ニ充當シタルモノト爲スコトヲ得ヘシト雖モ第三者ニ對シテハ其效力ヲ生スルコトナシ例ヘハ第一ノ債務カ保證、抵當、質等ノ擔保附ナリシ場合ニ之ニ充當ヲ爲セハ其擔保モ亦消滅シ隨テ後日ニ至リ當事者間ノ協議ヲ以テ第二ノ債務ノ履行ニ充當セントスルモ既ニ消滅シタル第一債務ノ擔保ハ復活スルコト能ハサルナリ隨テ後日ニ至リ當事者カ先ノ履行ヲ以テ第二ノ債務ニ充當シタリトノ契約ヲ爲シ以テ第一ノ債務ヲ復活セシメ又其擔保モ初ノ如ク存在スルモノト爲スモ法理上ヨリ觀レハ初ノ債務カ蘇生シ隨テ其附隨ノ擔保モ亦復活シタルモノニ非スシテ後ノ契約ト同時ニ後ニ生シタル債權ニ對シテ更ニ擔保ヲ附隨セシメタルニ外ナラス而シテ保證ノ如ク第三者ノ意思ヲ要スルモノニ在リ

テハ其承諾ヲ要スルコト勿論ナリ然ルニ英、米ノ法律ニ於テハ此場合ニ於テ第一ノ債務カ其儘蘇生スルモノト認ムルハ法理ニ適合セサルモノト信ス

充當ノ問題ニ付テハ學說多岐ニ分ル或ハ曰ク充當ハ債權者、債務者同等ニ之ヲ爲スノ權利ヲ有スト此學說ニ從ヘハ債權者ト債務者トノ意思相合致セサル場合ニハ充當ヲ爲スコト能ハサルニ至ルヘシ何トナレハ當事者カ意見ヲ異ニスルトキハ充當ニ付キ同等ノ權利ヲ有スルヲ以テ結局何レノ債權モ消滅スルノ效力ヲ生セサルヘケレハナリ獨逸ノ「ヴヰンドシャイド」ノ說ハ稍ヤ之ニ近シ氏ノ說ハ先ツ債務者ヨリ充當ヲ實行セルニ當リ債權者ハ之ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得若シ債權者カ異議ヲ述ヘタルトキハ債務者ノ意思ノミニ依リテハ充當ヲ爲スコトヲ得スト云フニ在リ故ニ此說ニ從ヘハ債權者ノ異議アル場合ニハ各債務ヲ同時ニ履行スルヨリ他ニ方法ナカルヘシ然レトモ一部ノ辨濟ヲ許サヽルコトハ論ナシト雖モ獨立セル三箇ノ債務ノ成立セル場合ニ其總テニ付キ同時ニ履行スルニ非サレハ全ク履行スルコト能ハサルモノト爲スノ理由ナシ又或ハ曰ク債務者カ充當ヲ爲サヽレハ債權者ニ於テ充當ヲ爲スコトヲ得ヘキモ此場合ニハ債務者ノ利益ニ從ヒテ充當ヲ爲スコトヲ要スト是レ實ニ奇妙ナル說ト謂ハサルヘカラス此ノ如ク此問題ニ付テハ種種ノ說ヲ爲ス者アレトモ予ノ信スル所ニ據レハ債權ナルモノハ債務者ノ行爲ヲ目的トスルモノナリ隨テ其目的ヲ實行スル所ノ履行モ亦債務者ノ行爲ナルコトヲ眼中ニ置カサルヘカラス然リ而シテ行爲ノ基礎ハ意思ナルカ故ニ行爲ノ性質ハ又此意思ニ依リテ定マルモノナリ

果シテ然ラハ前例ノ場合ニ於テ債務者カ第一ノ債務ヲ履行スル意思ナリシトキハ即チ之ニ因リテ第一ノ債務カ消滅スヘキモ變シテ第二又ハ第三債務ノ履行ト爲ルノ理アルコトナシ若シ此ノ如キ事アリトセハ是レ債務ノ履行ニ非ス即チ債務者ノ行爲ト謂フヘカラサルナリ是ヲ以テ各國ノ法律又ハ學說ニ於テモ大抵第一ノ充當權ハ債務者ニ在ルコトヲ認ム我民法ニ於テモ亦此主義ヲ採用セリ第四八八條第一項ニ曰ク

債務者カ同一ノ債權者ニ對シテ同種ノ目的ヲ有スル數箇ノ債務ヲ負擔スル場合ニ於テ辨濟トシテ提供シタル給付カ總債務ヲ消滅セシムルニ足ラサルトキハ辨濟者ハ給付ノ時ニ於テ其辨濟ヲ充當スヘキ債務ヲ指定スルコトヲ得

此規定ニ對シテ唯一ノ制限アリ第四九一條第一項ノ規定即チ是ナリ曰ク

債務者カ一個又ハ數個ノ債務ニ付キ元本ノ外利息及ヒ費用ヲ拂フヘキ場合ニ於テ辨濟者カ其債務ノ全部ヲ消滅セシムルニ足ラサル給付ヲ爲シタルトキハ之ヲ以テ順次ニ費用、利息及ヒ元本ニ充當スルコトヲ要ス

是レ亦各國ノ立法例竝ニ慣習ノ認ムル所ニシテ我邦ニ於テモ民法施行以前ヨリ既ニ慣習上認メタル所タリ例ヘハ債務者カ利息ヲ支拂ハサル中(元利ヲ完濟スレハ問題ト爲ラス)元金ノミニ相當スル金錢ヲ提供シタリトセヨ此場合ニ於テ債務者カ利息ハ其儘ニ擱キテ元金ノミヲ辨濟スルハ債務者ノ爲メニハ頗ル好都合ナルヘシト雖モ此ノ如キ充當ハ實ニ不當ナル事ナレハ債務者ノ意思ノミニ依リテハ爲スコトヲ得サルナリ蓋シ利息ハ元金ヲ辨濟セサル間ハ之ヲ支拂フヘキモノニシテ利息ヲ支拂ヒタル後ニ於テ元金ヲ辨濟スルヲ至當トスヘク元金ノミヲ支拂ヒテ利息ヲ支拂ハサルコトハ債務者一方ノ意思ノミヲ以テハ爲シ得サル事ナリ

同條ニ所謂費用ニ付テ一言スヘキコトアリ同條ヲ一讀スルトキハ債務ニハ常ニ利息ト費用トノ附隨ス

ルカ如ク見ユルモ必スシモ斯ク解スヘキニ非ス法典編纂ノ當時ニ於テモ此問題ニ付キ多少疑ヲ生シタリシモ若シ費用ナキトキハ第一ニ利息ヲ辨濟シ利息及ヒ費用アルトキハ第一ニ費用ヲ辨濟シ次ニ利息、次ニ元本ニ充當スヘク若シ利息ナキトキハ第一ニ費用ニ充當シ次ニ元本ニ充當スヘキコト蓋シ明白ナリトセリ

以上ヲ以テ充當ニ關スル第一點ノ説明ヲ了レリ次ニ其第二ノ點即チ債務者カ充當權ヲ行ハサルトキハ如何ニスヘキカノ問題ニ付テ説明スヘシ

債務者カ充當ノ意思ヲ表示セサル場合ニ於テハ我民法ハ債權者ノ意思ニ因リテ充當ヲ爲スコトトセリ即チ債權者ノ充當ヲ第二位ニ於テ認メタルナリ之ニ付テ從來行ハルル主義ヲ大別シテ三種ト爲スコトヲ得ヘシ

第一ノ主義ハ獨逸民法ノ採レル所ニシテ全ク債權者ノ充當權ヲ認メサルノ主義ナリ故ニ債務者カ充當ヲ爲サヽレハ直チニ法律ノ規定ニ從ヒテ充當ヲ爲スヘキモノトス「ヴ*ンドシャイド」ノ説ハ或意味ニ於テハ之ニ反對ナリ

第二ノ主義ハ英米法主義ニシテ此主義ハ獨法ト正反對ニ最モ極端ニ債權者ノ充當權ヲ認ムルモノナリ英、米ノ法律ニ依レハ履行ノ完了後ニ於テモ仍ホ債權者ノ隨意ニ充當ヲ爲スコトヲ得ルモノトセルノミナラス甚シキハ出訴期限ノ經過シタル債權ノ履行ニマテモ充當スルコトヲ得ルモノトセリ英、米ノ法律ニ於ケル出訴期限ナルモノハ時效ト異ナリテ時效ノ如ク或一定ノ時ヲ經過スレハ債權ノ消滅ヲ來スト云フ如キ制度ニ非スシテ唯一定ノ期間ヲ經過スレハ訴ヲ提起スルノ權ヲ喪失スルニ止マリ權利其モノノ消滅ヲ來スモノニ非ス是ヲ以テ此期間ヲ經過シタル後ニ於テモ債權者ノ隨意ニ其債務ニ充當スルコトヲ得ルモノト爲シタルナリ此主義ハ甚タ不都合ナル主義ト謂ハサルヘカラス何トナレハ是レ履行ノ性質ニ反シ且一行爲ノ意味ヲ後日ノ意思ニ依リテ左右スルノ不當アルノミナラス債權者ハ履行後充當ノ問題ノ生シタル時ニ於テ自己ノ利益ニ從ヒテ何レノ債務ニ充當スルコトヲモ得ヘク殊ニ出訴期限ノ經過シタル債務ニマテ之ヲ充當スルコトヲ得テ債權者ノ利益ノミヲ保護スル偏頗ノ主義ナレハナリ第三ノ主義ハ最モ廣ク行ハルル所ノ主義ニシテ佛蘭西、伊太利及ヒ我舊民法ノ認メタル所ナリ此等ノ法典ニ「債務者カ異議ナク受取證書ヲ受取リタルトキ」等ノ文字アルハ穩當ナラスト雖モ其趣意ハ債務者カ充當ヲ爲サヽルトキハ債權者カ自由ニ充當ヲ爲スコトヲ得ルト云フニ外ナラス但其充當ハ履行ノ當時ニ於テ之ヲ爲サヽルヘカラス新民法ニ於テモ亦此主義ヲ採レリ予ノ見ル所ヲ以テスレハ此第三主義ハ最モ條理ニ適シ且實際ニ便利ナリト信ス蓋シ履行ノ性質ハ債務者ノ意思ニ因リテ定マルト云フ點ヨリ考フレハ第一ノ主義カ理論上最モ正當ナル主義ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ債務者ノ行爲ノ性質ヲ債權者カ定ムルコト能ハサルノ理ナレハナリ故ニ債務者ノ意思ノ明カナラサル場合ニ於テハ寧ロ法律ヲ以テ其意思ヲ推測シ之ニ從ヒテ充當ヲ爲スコトトスルハ理論上頗ル正鵠ヲ得タルカ如ク見ユルト雖モ法律ノ規定ナルモノハ常ニ杓子定規的ノモノ即チ普通ノ場合ニハ斯クアルヘシト云フコトヲ想像シテ定ムルモノナレトモ實際ノ事實ハ實ニ千差萬別ニシテ一一立法者ノ想像シタル所ニ適合スルモノニ非ス故ニ成ルヘク債務者ヲシテ充當ヲ爲サシムルヲ可トシ若シ債務者カ直接ニ充當ヲ爲サヽルトキハ間接ノ方法ニ依リテモ之ヲシテ充當ヲ爲サシムルヲ至當トス是レ此第三主義ノ骨子トスル所ナリ蓋シ債權者ニ充當權ヲ認ムルハ此主義ノ趣旨ニ反スルカ如シト雖モ債務者ノ爲メニ異議ヲ述フルノ權ヲ認メタルヲ以テ觀レハ法律カ常ニ債務者ノ意思ヲ主眼トスルコトヲ知ルヘシ例ヘハ債務者

カ前例ノ場合ニ於テ何レノ債務ヲ履行スルカニ付キ何等ノ意思ヲ表示スルコトナクシテ金千圓ヲ提供シタリトセヨ債權者ハ何レノ債務ノ履行ニ充當スルノ意思ナルカヲ知ラスト雖モ自ラ擇フ所ニ從ヒテ某ノ債務ニ充當スル旨ヲ債務者ニ通知スルコトヲ得ヘク債務者ハ之ニ對シ直チニ異議ヲ述フルコトヲ得ルモノトセリ故ニ債權者カ先ツ以テ充當ノ通知ヲ爲シ即チ債權者カ第一ノ債務ニ充當スルノ意思確定シ之ヲ債務者ニ通知シタルニ債務者ハ第二ノ債務ニ充當セント欲シ之ヲ債權者ニ通知セハ債權者ノ充當ハ行ハレスシテ直チニ第二ノ債務ニ充當セラルルコトト爲ルナリ然ルニ債務者ハ債權者ヨリ充當ノ通知ヲ受ケ之ニ對シテ異議ヲ述ヘサルトキハ暗默ニ債權者ノ充當ヲ是認シタルモノト看做サル是レ蓋シ債務者ノ意思表示ナキ場合ニハ必ス法律ノ規定ニ依ルヘシトスルヨリモ理論ニ適シ且實際ニ便利ナリト認メテ第三主義ヲ採用スルニ至リタルナリ第四八八條第二項ニ曰ク

辨濟者カ前項ノ指定ヲ爲ササルトキハ辨濟受領者ハ其受領ノ時ニ於テ其辨濟ノ充當ヲ爲スコトヲ得

但辨濟者カ其充當ニ對シテ直チニ異議ヲ述ヘタルトキハ此限ニ在ラス

債務者ヨリ充當ノ意思ヲ表示スル場合及ヒ債權者ヨリ充當ノ意思ヲ表示スル場合ニ通スル一ノ肝要ナル問題アリ他ナシ充當ナル行爲ハ如何ニシテ之ヲ爲スカ即チ是ナリ既ニ說明シタルカ如ク充當ハ債務者又ハ債權者ノ行爲ナリ既ニ行爲ト云フ以上ハ意意ヲ要スルコトハ論ヲ俟タスト雖モ其意思ハ如何ニシテ之ヲ表示スヘキカ今佛蘭西流ノ通例ヨリ言ヘハ單ニ其意思ヲ推測シ得レハ則チ可ナラン然レトモ此場合ニ於テ此主義ニ從フトキハ頗ル不都合ナル結果ヲ生スヘシ即チ縱令事實上債務者カ履行ノ當時充當ニ付キ如何ナル意思ヲ有シタリシカヲ後日ニ至リテ證明スルコトヲ得ルモ尙ホ未可ナリ又債權者以外ノ者ニ向ヒテ充當ノ意思ヲ表示シタル如キ場合ニ於テハ之ヲ證明スルニ難カラスト雖モ此ノ如キハ法律上ノ意思表示ト謂フコトヲ得サルナリ例ヘハ債務者カ債權者ニ金千圓ヲ送付スルニ際リ第三者ニ告ゲテ「予ハ之ヲ以テ第一ノ債務ヲ免レン」ト言ヒタルカ如キ場合ニ於テ其言ハ往往ニシテ虛僞ニ出ツルコトアリ而シテ斯ル虛言ヲ吐クモ苟モ第三者ノ權利ヲ害セサル以上ハ法律上ノ制裁ナキヲ以テ斯ル意思表示ニ法律上ノ效力ヲ付スルコトヲ得サルナリ隨テ充當ノ意思ハ必ス相手方タル債權者ニ對シテ表示セサルヘカラス然ラサレハ相手方ハ往往履行ヲ受クルニ躊躇セサルヘカラス蓋シ履行ナルモノハ前ニモ述ヘタル如ク債務ノ成立ヲ前提トシテ爲スモノナル以上ハ何レノ債務ヲ履行スルカヲ明カニスルニ非スンハ眞ノ履行ト謂フコトヲ得サルヘシ要スルニ債務者ノ意思ハ常ニ債權者ニ對シテ表示セサルヘカラス其表示ノ方法ノ如キハ書面、口頭又ハ手眞似ニテモ可ナリ又債權者カ充當ヲ爲ス場合ニ於テハ殊ニ明カニ債務者ニ對シテ其意思ヲ表示セサルヘカラス是レ此場合ニハ債權者ノ意思ノミニ依リテ充當ヲ完ウスルコト能ハスシテ法律ハ債務者ノ爲メニ異議ヲ述フルノ權ヲ認メタレハナリ債權者カ債務者ニ對シテ其充當セントスル債務ヲ明示シ債務者カ之ニ對シテ異議ヲ述ヘサルトキハ即チ債權者ノ充當ヲ承諾シタルモノト看做スノミ第四八八條第三項ニ曰ク

前二項ノ場合ニ於テ辨濟ノ充當ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス

次ニ債務者カ何レノ債務ニ充當スルカニ付キ何等ノ意思ヲ表示スルコトナクシテ支拂ヲ爲シタルニ債權者モ亦同シク何等ノ意思ヲ表示スルコトナクシテ其給付ヲ受ケタル場合ニハ如何ニスヘキカ此場合ニ於テモ固ヨリ其履行ヲ無效トスヘキ理由ナキカ故ニ玆ニ法律ヲ以テ充當ノ順序ヲ定ムル必要ヲ生ス前ニ說明シタル如ク充當ノ問題ハ必ス履行當時ニ於テ決セサルヘカラサルモノニシテ縱令後日ニ至リ債務者、債權者ノ協議ヲ以テ充當スヘキ債務ヲ指定スルモ第三者ニ對シテハ其效力ナシ況ヤ雙方ノ意

思一致セサル場合ニ於テオヤ是レ第三位ニ於テ法律ノ規定ヲ要スル所以ナリ

履行ノ充當ニ關スル立法例區區ニシテ其微細ノ點ニ至リテハ各國殆ト皆異ナリト謂フモ不可ナシ今其重ナル主義ヲ擧クレハ大凡四アリ

第一ノ主義ハ英法ノ認ムル所ニシテ極メテ簡單ナリ此主義ハ辨濟期限ノ先後ニ依リテ充當スヘキ債務ヲ定ムルモノニシテ其履行セラルヘキ債務ノ種類ノ如キハ措キテ問ハス例ヘハ第一ノ債務ハ明治三十三年一月三十一日限ニシテ第二ノ債務ハ二月二十八日第三ノ債務ハ三月三十一日限ナリト假定セハ必ス第一ノ債務即チ一月三十一日限ノ分ニ充當シ他ノ債務ニ付キ如何ナル理由アルモ之ニ充當スルコトヲ許サヽルナリ第二ノ主義ハ佛法ノ主義ナリ此主義ハ理論上之ヲ評論スルノ遑ナシ唯機械的ニ説明スヘシ此主義ニ於テハ第一ニ債務者ノ利益ヲ見テ其利益アルモノニ充當シ第二ニ期限ノ到來セシヤ否ヤヲ見テ期限ノ至リタルモノニ充當シ第三ニ何レノ債務カ最モ古キカヲ見テ其古キモノヨリ先ニ充當シ此等ノ關係皆同シキトキハ債權額ニ比例シテ各債權ニ付キ平等ノ割合ニ於テ充當スルコトト爲ス第三ノ主義ハ獨逸法ノ主義ニシテ第一ニ期限ノ到來シタルモノヲ先ニシ第二ニ擔保ノ最モ少キモノ例ヘハ抵當附債務ト無抵當ノ債務トアルトキハ先ツ無抵當ノ債務ニ充當シ第三ニ最モ負擔ノ重キモノ例ヘハ無利息ノ債務ヨリモ利息附債務ヲ先ニシ第四ニ最モ古キ債務ヲ先ニシ以上ノ條件皆同シキトキハ各債務ニ付キ平等ノ割合ニ於テ充當ヲ爲スモノトセリ第四ノ主義ハ舊民法ノ主義ニシテ第一ニ獨逸法ノ如ク期限ノ到來セルモノト然ラサルモノトアルトキハ先ツ期限ノ至リタルモノニ充當シ第二ニ費用、利息及ヒ元本アル場合ニハ先ツ費用、利息ニ充當シ第三ニ債務者ニ最モ利益アルモノニ充當シ第四ニ總テノ債務ノ期限カ皆到來セルトキハ期限ノ先ニ到來シタルモノニ充當シ總テノ債務ノ期限皆到來前ナルトキハ期限ノ先ニ至ルヘキモノヲ先ニス以上ノ諸點ニ於テ同格ナルトキハ各債務ノ額ニ應シテ充當ヲ爲スコトトセリ(財四七二條)

新民法ハ大體ニ於テハ右ノ第四ノ主義即チ舊民法ノ主義ヲ採リ唯費用及ヒ利息ノ充當ニ付テハ其順序上別ニ規定スルヲ穩當ト認メ別條ヲ以テ之ヲ規定シタルノミニテ其他ハ總テ舊民法ト同一ナリ第四八九條ニ曰ク

當事者カ辨濟ノ充當ヲ爲サヽルトキハ左ノ規定ニ從ヒ其辨濟ヲ充當ス

一　總債務中辨濟期ニ在ルモノト辨濟期ニ在ラサルモノトアルトキハ辨濟期ニ在ルモノヲ先ニス

二　總債務カ辨濟期ニ在ルトキ又ハ辨濟期ニ在ラサルトキハ債務者ノ爲メニ辨濟ノ利益多キモノヲ先ニス

三　債務者ノ爲メ辨濟ノ利益相同シキトキハ辨濟期ノ先ツ至リタルモノ又ハ先ツ至ルヘキモノヲ先ニス

四　前二號ニ掲ケタル事項ニ付キ相等シキ債務ノ辨濟ハ各債務ノ額ニ應シテ之ヲ充當ス

予ハ此主義ヲ以テ最モ穩當ナリト信ス即チ履行ノ性質ハ債務者ノ意思ニ因リテ定マルモノナリトノ根本ノ觀念ヲ基礎トシテ立論セサルヘカラス故ニ第一ニ總債務中辨濟期ニ在ルモノト辨濟期ニ在ラサルモノト即チ期限ノ既ニ到來セルモノト未タ到來セサルモノトアルトキハ既ニ期限ノ到來シタルモノヲ先ニス蓋シ期限前ノ履行ハ正確ナル理論ヨリ言ヘハ履行ニ非サルヲ以テナリ但當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得サルニ非ス即チ期限ハ通常債務者ノ利益ノ爲メニ設ケラルルモノナレハ債務者カ其利益ヲ拋棄シテ履行ヲ爲スコトヲ得ヘシ隨テ若シ總債務カ辨濟期ニ在ラサル場合ニ於テモ其履行ノ

充當ハ有效ナルコト言フヲ俟タス是レ民法第一三六條ノ規定セル所ナリ又期限カ債權者ノ利益ニ於テ存スル場合ニモ有效ナリ即チ期限ノ利益カ債權者ニ在ルトキハ債權者ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルヲ以テナリ例ヘハ債務カ總テ辨濟期ニ在ラサル場合ニ於テ債務者カ履行ヲ爲サントスルニ際リ債權者カ期限ノ利益ヲ主張スル意思アレハ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘキニ之ヲ拒マサリシ場合ニ於テハ暗ニ其利益ヲ拋棄シタルモノト視サルヘカラス乃チ預金ノ如キハ通常債權者ノ利益ノ爲メニ期限ヲ附スルモノナルニ其期限前預リ主ヨリ其預金ヲ返還セント申込ミ債權者(預ケ主)カ異議ナク之ヲ受取リタル場合ノ如キハ債權者カ自已ニ屬セル期限ノ利益ヲ拋棄シタルモノト看ルヘキナリ是ニ於テカ第一號以下ノ問題ヲ生ス

第二ニ總テノ債務カ辨濟期ニ在ラサルカ又ハ總テ辨濟期ニ在ル場合ニハ債務者ノ爲メニ最モ利益ノ多キモノヲ先ニス例ヘハ抵當附債務ト無抵當債務トノ間ニ在リテハ抵當附ノ債務ヲ先ニ履行スルヲ債務者ノ利益トスルカ如キ是ナリ此點ハ獨逸民法ノ主義ト反對ナリ然レトモ單ニ擔保ノ有無ノミヲ標準トスルコト能ハス例ヘハ等シク擔保附ナルモ利息ノ低キ債務ト又無擔保ナルモ利息ノ高キ債務トアル場合ニ於テハ債務者ハ利息ノ高キモノヲ履行スルヲ以テ利益トスル場合アルヘシ尤モ斯ル場合ニ於テモ絕對ニ利息ノ高キモノヲ履行スルヲ以テ債務者ノ利益ナリト謂フコトヲ得ス例ヘハ不動產質ノ如キハ其不動產ヨリ生スル收益ハ皆債權者ノ取得スル所ナルカ故ニ縱令利息ハ低キモ其債權者ノ所得ヲ計算スルトキハ意外ニ高キ利息ニ該ルコトアルヘシ斯ル場合ニ於テハ其不動產質ノ附著セル債務ヲ第一ニ履行スルヲ債務者ノ利益トスヘシ此ノ如ク債務者ノ利益ヲ主眼トスルハ最モ明瞭ナル理由ニ基クモノニシテ凡ソ普通人ハ利益ヲ目的トシテ働クモノ即チ他人ノ利益ヲ害セサル範圍內ニ於テハ自己ノ利益ヲ先ニスルモノナルヲ以テ數箇ノ債務アリテ先ニ履行スルヲ利益トスルモノト後ニ履行スルヲ利益トスルモノトアルトキハ先ツ先ニ履行スルニ利アルモノヲ先ニスルハ普通人ノ意思ナルヲ以テ債務者ノ意思ニ於テモ亦同一ナリト推定シタルモノナリ

第三ニ債務者ノ爲メニ利益相同シキモノハ辨濟期ノ先ツ至リタルモノ又ハ先ツ至ルヘキモノヲ先ニス是レ亦普通ノ人情ニ基ケルモノニシテ古ケレハ夫レ丈多ク既ニ督促ヲ受ケ又將來ニ於テモ督促ヲ受クヘキカ故ニ古キ債務ハ新シキモノヨリ先ニ履行スルヲ人情トスルノミナラス又當然ノ順序ナリトス債權者ニテモ古キモノヲ先ニ履行ヲ受クルコトヲ欲シ先ツ其督促ヲ爲ス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セリ然リ而シテ期限ノ未タ至ラサルモノハ督促セラル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」ノ意味ニ付テハ二樣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」意義ニ取リタル例多シ是レ多少理由ナキニ非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債務者ハ履行ノ督促ヲ受ク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ケ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强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ヘ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

ルモノヲ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多ク債權者ノ權利ヲ侵害スルコトト爲ルヲ以テ成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ヘ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〻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說キ了レリ次ニ右ノ法定順序ノ變更スル例外ノ場合ヲ說明スヘシ

履行ノ充當ニ關スル法定ノ順序ハ右ニ說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四九一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非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說明シタル如ク一定ノ原因ニ因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將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〻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說明シタ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說明シタル第四八九條ト牽連セルモノニシテ第四九一條第二項ニ規定セリ曰ク

第四百八十九條ノ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〻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四八九條ニ從フヘキモノトス費用又ハ利息ノ全部ヲ辨濟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四八九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說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四九〇條ノ場合是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囘分延滯セル場合ニ於テ債務者カ僅ニ一囘分ノ利息ニ相當スル丈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囘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値ナキカ如シ何トナレハ同一ノ利息、同一ノ年賦金、同一ノ借賃、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囘ニ亘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四九〇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」トハ如何ナルモノナルカハ學説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爲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竝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四九三條ニ曰ク

辨濟ノ提供ハ債務ノ本旨ニ從ヒテ現實ニ之ヲ爲スコトヲ要ス但債權者カ豫メ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

例ヘ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竝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丈ノ行爲ヲ爲シタル場合ノ如キハ皆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サ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、債權者カ豫メ受領ヲ拒ミタルトキ第二、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絶シタルカ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カ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リト看做サルルモノトス

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十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四一三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四一五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

右ハ民法第四九二條ニ規定セル所ナリ同條ニ曰ク

辨濟ノ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

以上ヲ以テ履行ノ提供ニ關スル說明ヲ了レリ

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玆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責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四九四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キ亦同シ

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メ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セ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ソ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遲滯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遲滯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少ナラス而シテ債權者カ履行ヲ受クルコトヲ拒ミタル場合ニ於テ債務者カ全ク其義務ヲ免レント欲セハ供託ヲ爲スノ外ナキナリ

(二) 債權者カ履行ヲ受ク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分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己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ト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非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責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玆ニ論セス

(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　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分明ナルカ爲メ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縱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シ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得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四一三條ニ規定セリ曰ク

債權者カ債務ノ履行ヲ受クルコトヲ拒ミ又ハ之ヲ受ク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」ノ何タルカハ前ニ説明シタル所ニ據リテ了解スヘク尚ホ此第四一三條ニハ第四九四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クルコト能ハサル場合ナルコト勿論ナルカ故ニ第四一三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俟タスト雖モ講義ノ順序トシテ玆ニ一言セサルコトヲ得ス此場合ハ實ニ枚擧ニ遑アラス今試ニ二三ノ例ヲ擧クレハ民法第五七八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三六七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三九四條第二項ニ規定セル如ク抵當權者ハ先ツ抵當不動產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產ニ就キ辨濟ヲ受クルヲ本則トスルト雖モ若シ他ノ財產カ抵當不動產ヨリ前ニ賣却セラレ隨テ抵當不動產ノ代價ニ先チテ他ノ財產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產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寧ロ供託本來ノ性質ナリ尚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爲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尚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四九三條ニ所謂「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ヘシ

第二　供託ノ條件(供託ノ手續)　供託ノ條件ハ第四九五條ニ之ヲ規定セリ同條ニ曰ク

供託ハ債務履行地ノ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

供託者ハ遲滯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サ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是レ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非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サ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非サルカ故ニ裁判所ハ其責任者即チ供託物保管者ヲ定メサ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尚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」ト規定シ又其八二條ニ於テ同法第四〇條ノ「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」トアルヲ準用シ併セテ民法第六五八條以下數條ノ規定ヲ準用セリ而シテ民法第六五九條ヲ準用セル結果供託物保管者ハ常ニ報酬ヲ受ケサ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產取得編第二二條以下ニ於テ保管ニ關スル事ヲ規定シ其末條タル第二二八條ニ「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」ト言ヘルハ主トシテ供託法ヲ指スモノ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ウスルモノニシテ舊民法財產取得編第二二四條ニ「合意上ト裁判上トヲ問ハス保管人ハ報酬ヲ受クルコトヲ得」ト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ク無報酬ニテ保管セサルヘカラストセハ供託ノ實益ハ殆ト之ナキニ至ルヘシ即チ供託ヲ爲シ而シテ自ラ尚ホ之ヲ保管スルモ將タ裁判所ノ命令ニ依リテ保管スルモ實際上何等ノ異ナル所ヲ見ス故ニ現行法ノ儘ニテハ到底不完全タルヲ免レス此事ハ民事訴訟法ト相牽連セルカ故ニ同法ノ改正セラルルト同時ニ多少ノ改正ヲ見ルヘシト信ス

右ハ主トシテ供託所ノ性質及ヒ供託物ノ保管者ニ關スル說明ナリ次ニ供託スヘキ土地即チ如何ナル土地ノ供託所ニ於テ如何ナル供託ノ手續ヲ爲スヘキカヲ說明スヘシ此事タル殆ト言フヲ俟タサル所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嘗テ說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ルヘ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ケリ故ニ其所在地ニ於テハ金庫ニ供託ヲ爲ストキハ適法ノ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ハ其倉庫營業所ノ所在地ニ限ルヘシ例ヘ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シ

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選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コト是ナリ此條件ハ成立條件ニ非ス換言スレハ通知ニ因リテ供託カ始メテ其效力ヲ生スルニ非スシテ通知ハ供託ニ伴フ一條件タルニ外ナラス（四九五條三項）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至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讓リタリ然レトモ此事タル素ト一ノ手續ニ屬スト雖モ債權者債務者ノ權利義務ニ至大ノ關係アルヲ以テ寧ロ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讓レリ

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ノ爲メニハ履行ニ等シキ效力ヲ生ス換言スレハ債務者ハ之ニ因リテ不履行ヨリ生ス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、質、抵當等ノ附隨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ハ未タ債務ノ履行ヲ受ケサレトモ債權者ノ權利ハ最早債務者ニ對シテ存在セス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ノミ何トナレハ此供託ハ債權者ノ爲メニ爲シタルモノナレハナリ是レ第四九四條ニ「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」トアルニ據リテ明カナリ債權者カ供託物ノ引渡ヲ請求スル手續ハ供託法若クハ非訟事件手續法ニ規定スヘキ事件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サヘ證明スレハ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クル必要アリト信ス

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ハ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ハ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非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當事者間ニハ如何ナル效力ヲモ及ホ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擧クレハ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ハ保證人ノ義務ハ全ク消滅シ縱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蘇生スルコトナキ

モノトス質權、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ハ供託モ亦取消スコトヲ得サルモノト爲サヽ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セハ債權者ノ承諾ヲ得テ供託物ヲ取戻ス場合ニハ則チ可ナリト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セハ債權者ハ實ニ迷惑ヲ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セ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質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セハ第三者ノ迷惑尠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非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セハ法律カ特ニ供託ナル事ヲ認メタル利益ノ半ハ減殺セラル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ルニ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ノ知ラサ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セハ債務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コトナク寧ロ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ヽルモノトセ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ク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リ然レトモ是レ彼ノ債務者偏愛主義ヨリ言ヘハ其主義ニ副ヒタルモノナルヘシト雖モ既ニ屢〻述ヘタル如ク文明國ノ法律ハ債務者ノミヲ偏愛スルノ主義ヲ採ルヘキモノニ非スシテ債權者モ債務者ト同シク平等ニ保護セサルヘカラス況ヤ第三者オヤ之ヲ要スルニ予ノ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ムルヲ最モ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予ノ意見ハ採用セラレサ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四九六條ニ曰ク

債權者カ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サル間ハ辨濟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ヽリシモノト看做ス

前項ノ規定ハ供託ニ因リテ質權又ハ抵當權カ消滅シタル場合ニ之ヲ適用セス

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、抵當權ノ附隨セサル場合ニ於テノミ供託物ノ取戻ヲ許スモノトス然レトモ此規定ニ依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歩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四九七條ノ規定アリ曰ク

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ノ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セハ左ノ三種ト爲ル

(一) 供託ニ適セサル物　如何ナル物カ供託ニ適セサルカハ事實問題ニ屬ス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ヘ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疊、建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

(二) 滅失又ハ毀損ノ虞アル物　例ヘ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非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(稍ヤ不適當ノ語ナルモ)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チ其價ヲ減ス是レ亦毀損ニ外ナラス其他魚肉、鳥肉、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非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非サレハ保存スルコトヲ得サルモノアリ例ヘハ動物ノ如キモ逃走ヲ防キ、衰弱、死亡ヲ避ケ得サルニ非ストスルモ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、石炭ノ燒殼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非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非スンハ其債務ヲ免ルルコトヲ得ストセ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ト注意ヲ以テ保存スルノ義務アルノミナレハ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煮等ト爲スコトヲ得ス隨テ看〻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メ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非サレハ債權ノ本

旨ニ適セスト云フ如キ物ハ甚タ稀ナリトス是ニ於テカ此便宜ノ規定ハ獨逸民法、瑞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尚ホ之ニ類似ノ規定ハ商法等ニ於テモ屢〻之ヲ見ル

第五　反對給付アルトキ　是レ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ルヘカラサル場合ニシテ雙務契約ニ於テ多ク見ル所ナリ例ヘハ賣買契約ニ於テ賣主カ賣買ノ目的物ヲ供託セハ多クノ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ヽ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セハ注文者ハ其報酬ヲ支拂フヘク注文者カ報酬ヲ供託セハ請負人ハ其目的物ヲ引渡サヽルヘカラス此等ノ場合ニ於テ若シ同時ニ履行スヘキモ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ヽルヘカラス而シテ相手方ハ反對ノ給付ヲ爲スニ非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四九八條ニ曰ク

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一〇條ノ規定ニ曰ク「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四一五條ニ規定セリ曰ク

債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲サヽルトキハ債權者ハ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得債務者ノ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

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强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ヽルトキハ債權者ハ直チニ强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强制履行ヲ許サヽルコトアリ債務者ノ任意ノ行爲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カ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强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クルコトヲ要セス隨テ寧ロ其履行ヲ受ケス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遲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述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クルトキハ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爲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ヘ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爲ナリトスルハ敢テ當ラサルニ非ス隨テ賠償ハ常ニ不法行爲ニ基クモノナリト謂フコトヲ得ヘシト雖モ我民法ニ「不法行爲」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非スシテ他ノ原因ニ由ル義務ナキ場合ニ或行爲ニ因リ新ニ義務ヲ生スルヲ謂フ故ニ二者ノ間固ヨリ其區別アルモノニシテ不法行爲ニ因ル賠償ノ問題ハ不法行爲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ル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サ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(五四五條三項)而シテ是レ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爲ニ因ル賠償ニ非スシテ債務ノ不履行ニ因ル賠償ナルカ故ニ下ニ說明スル所ハ此場合ニモ適用セラル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テ要償ノ權利ヲ生スルモノトスルノ主義ヲ採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モ起草委員會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仕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ミ敢テ仕事ノ義務カ消滅シテ更ニ賠償ノ義務ヲ生スルニ非ス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揭第四一五條ニ「債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲サルトキ」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說明ヲ要ス例ヘハ債務者カ過失ニ因リテ物ヲ毀損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產ヲ第

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非ス即チ債務者ハ十分ノ注意ヲ爲シタルモ類燒ニ因リテ其物カ燒失シ若クハ强盜ニ遭ヒテ其物ヲ奪取セラレタル場合ノ如シ類燒ニ罹ルハ債務者ノ過失ニ非ス而シテ僅ニ身ヲ以テ免レタル場合ノ如キハ其物ヲ顧ルノ遑アルヘカラス强盜ノ場合モ亦之ニ異ナラス然レトモ類燒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ニ非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シ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燒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シ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雜ナルヲ以テ之カ擧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啻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ハ此ノ如ク決セサルヘカラス

尙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非ス其不履行ニ付キ過失アル場合ニ於テ始メテ其責任ヲ生スルモノ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サ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ヨリ之ニ遭遇シタル人ノ不幸ナルカ故ニ故ナク之ヲ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サ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非ス蓋シ此場合ニ於テハ其債務ハ敢テ履行ノ不能ナルニ非スシテ唯不幸ノ爲メ之ヲ果ササ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ハ賠償ノ責ニ任スルコトアリ即チ債權者カ遲滯ニ付セラルル場合ニシテ嘗テ說明シタル如ク債務者カ債務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務者ハ遲滯ニ付セラルルモノトス而シテ其遲滯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ク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クルノ義務ハ財產上ノ義務ナルコトヲ言フヲ俟タサルカ故ニ是レ亦一種ノ債務ニシテ等シク第四一五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挾ム者ナキヲ保セスト雖モ其精神ハ右ノ如クナルコト爭フヘカラス而シテ債權者カ履行ヲ受クルコト能ハサル場合ニ於テモ債務者ノ不履行ニ付テ述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クルニ付キ絕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ク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舖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カ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サ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タ誤レリ例ヘハ債權者カ債務者ノ履行ヲ受クルトキハ之ヲ第三者ニ引渡スヘキニ債務者カ履行ヲ爲ササル爲メ第三

者ニ對シテ違約ヲ爲シ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絶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絶對ニ採用セリ即チ第七〇九條ニ「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」トアリ然ルニ債務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タリ第四一六條ニ曰ク

損害賠償ノ請求ハ債務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

蓋シ此規定ノ理由トスル所ハ債務者カ債務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謬見ナリ何トナレハ此原則ハ債務カ法律行爲ヨリ生シタル場合ニ非サ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非サ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サ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サルノ意思ナルコト稀ナリトセサ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常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クルハ太タ謂レナク殊ニ豫見セサ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惡人ハ却テ保護ヲ受クルニ至ル換言セハ其損害ハ何人カノ負擔ニ歸ス隨テ債務者ニ賠償ノ責ナシトセハ不法行爲者タル不履行者ハ之ヲ負擔セスシテ毫モ過失ナキ債權者ニ負擔セシムルニ至ル此ノ如キハ實ニ過失ナキ者ニ酷ニシテ過失アル者ヲ憫ム不當ノ法律ナリト謂ハサルヘカラ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非ス加之此主義ハ實ニ經濟ノ理ヲ知ラサル謬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サ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嚴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已ニ當ヲ得サ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ン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ン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サ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四一六條第二項ニ所謂「豫見」トハ債權發生ノ時ニ付テ言フニ非ス

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〻貫徹セシメサルノ嫌ナキニ非ス

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ン

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ノ不履行ナルモノアルハ勿論ナリ然ラサレハ問題ト爲ラス既ニ債務ノ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サ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ニ其處ニ居住セサ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責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非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サ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サ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サリシ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セ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四一八條ノ規定アル所以ナリ同條ニ曰ク債務ノ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識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ケ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セ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依リテ一定ノ推定ヲ下スコト能ハス殊ニ債務ノ性質ニ由リテハ債務者カ其履行ヲ欲セサレハ之ヲ强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務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步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產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サ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遲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遲延シタルカ爲メニ生スル損害如何ト云フニ若シ履行ノ遲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ネ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遲延ニ因リ事實上債權者カ受ケタル損定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虛僞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絕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ヘキモノト推定シタルナリ我民法第四一九條ニ曰ク

> 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
>
> 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錢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ニ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錢ヲ準備シタルナラント雖モ金錢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錢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說明スヘキモ今法律ニ規定アル場合ヲ擧クレハ第四四二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四五九條第二項ニ於テハ第四四二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ク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(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サ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五四五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六四七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六六九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六六五條組合ニ關スル第六七一條ニ於テモ亦委任ニ關スル第六四七條ヲ準用セリ又後見ニ關スル第九四〇條第二項ニ於テモ後見人ハ元來被後見人ノ財產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ハ金錢ハ法定利率丈ノ利息ヲ生スヘキモノト看做スカ故ニ原則トシテハ飽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ク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內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內ニ於テハ之ヲ支拂ハサルヘカラサルコト言フヲ俟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內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値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(四一九條一項但書)

尙ホ「約定」ナル文字ニ付テ或ハ疑ヲ招クヤモ知ルヘカラス何トナレハ「約定」ト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俟タスト雖モ遺言其他契約以外ノ法律行爲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サ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四一九條ノ「約定」ナル文字ハ斯ル狹義ニ解スヘキニ非スト信ス固ヨリ「約」ナル文字ハ「契約」ノ「約」ノ字ニ相違ナキモ遺言其他ノ法律行爲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爲ニ因リテ定マリタル利率ハ皆此「約定利率」ノ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「遲延利息」ナル文字ヲ用ヒタリ遲延利息トハ債務者カ履行スヘキ時期ニ於テ履行ヲ爲ササルニ因リ支拂フヘキ利息ノ謂ニシテ即チ新民法第四一九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產編第三九一條ニ「金錢ヲ目的トスル義務ノ遲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往「遲延利息」ナル文字ヲ使用セリ例ヘハ財產編第三九三條ニ「遲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四七六條第二項ニハ「此提供ハ付遲滯ヲ防止シ又旣ニ付遲滯ノ存セルトキハ將來ニ向ヒテ其效力ヲ止メ且遲延利息ヲ停ム」ト規定セリ而シテ其第三九一條ニ謂フ所ノモノハ遲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「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非ストノ論ヲ生シ殊ニ抵當ニ關スル

第三七四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遲延利息ノ意味ニテ用ヒラレタルハ疑ナシ即チ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」ナル文字ハ遲延利息ノ意味ニ使用セルモノニシテ其顯著ナル例ヲ擧クレハ第六六九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「利息」ナル文字カ損害賠償タル遲延利息ヲ包含スルコト疑ナキモ唯法文ニ此事ヲ明言セサリシヲ以テ竟ニ問題ト爲リタルナリ

右ハ金錢債務ノ不履行ノ制裁タル遲延利息ノ說明ナリ此遲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遲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產編第三九三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在ラサレハ遲滯ノ責ニ任セスト爲セルカ故ニ其時以後ニ在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產編第三三六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在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在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在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非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敎ノ遺物ニシテ既ニ屢〻述ヘタルカ如ク昔時ノ耶蘇敎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簞笥ノ抽斗ニ藏メ置クモ子ヲ產ムモノニ非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敎上ノ嚴罰ニ處シ其甚シキニ至リ

テハ唯宗敎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非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捨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滯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是ナリ此場合ニ付テハ各國ノ法律區區ニ亘リ名稱モ亦各異ナレリ羅馬法ニ於テハ「ペナ」ト云ヘリ之ヲ直譯スルトキハ「罰」ト云フコトニシテ之ヲ意譯スレハ「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」ハ純粹ナル違約金ニハ非ス）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絶對ニ有效ナルヤ否ヤト云フニ在リ或學者ハ場合ニ依リ全ク之ヲ無效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ル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絶對ニ認ムルモノニシテ苟モ不履行ナル事實アル限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サ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サル場合ニ於テオ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玆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效ナルモノニシテ唯、一ノ推定ノ基礎タルニ過キストセ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サルモ債權者

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增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採ルモ債務者ニ於テ實際損害ノ生セサ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セ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增減ヲ許サス而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ク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ハ如何ナル契約ヲモ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ヽルハ決シテ怪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非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シ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曰ク然ラス寧ロ保險ノ性質ヲ有スルモノナリ既ニ屢〻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塡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非サレトモ)裁判官ハ其時ノ狀況ニ依リ債權者カ憫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憫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ヽ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クルハ必然ニシテ而モ證明スルコト甚タ難ク縱令損害ヲ被リタルコトヲ證明シ得ルモ其損害額ノ證明ハ極メテ困難ナリ假ニ之ヲ證明シ得ヘシトスルモ互ニ尠カラサル費用ヲ徒費セサルコトヲ得ス故ニ寧ロ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四二〇條ニ曰ク

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增減スルコトヲ得ス

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四一八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レ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啻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ヘハ畫工カ畫ヲ描クノ契約ヲ爲スト同時ニ或期間內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制限マテニ描クコト能ハサ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說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權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サヽ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俟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產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產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尙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スシテ契約ヲ解除シ不動產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ス）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遲延シタル場合ニ於テハ其遲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因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圓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圓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圓ノ中千圓ハ代價ニシテ賠償額ヲ合セテ二千圓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非ス故ニ此場合ニ於テ買主カ二千圓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**ニ付キ說明セン

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「償金」ナル文字ハ損害賠償ノ意味ナルコト疑ナキモ「罰金」「違約金」若クハ「科料」ナル文字ハ其意義ヨリ觀レハ損害賠償ニ非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三二三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三三二條ニ明文アリ而シテ違約金ニ付テハ特ニ第三三七條以下ニ規定アリテ其規定第三三二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「過怠約款」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サ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（フェルトラグスストラーフェ）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效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サル限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サ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產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效トスルハ今日ノ法律ニ於テ採用スヘキモノニ非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例ヘハ千圓ニテ或物ヲ賣リタル者カ期限マテニ其物ヲ

引渡サヽ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其物ヲ引渡サヽリシトキハ二千圓ノ外尙ホ損害ノ賠償ヲ爲サヽ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非スト爲シタルナリ(四二〇條三項)

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ノ他ノ規定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一一九條ニ明治十年第六六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說明ヲ了リ同時ニ損害賠償ノ範圍ヲ說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四一七條ニ於テ之ヲ規定セリ曰ク

　損害賠償ハ別段ノ意思表示ナキト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非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產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產上ノ損害ニ限ルニ非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チ之ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ而シテ財產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ス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ヽ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

獨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產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ヲ容レス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產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是ナリ而シテ此等ハ皆公益ニ關スル事項ニ非サルカ故ニ新民法ニ於テハ總テ之ヲ有效トセリ乃チ第四一七條ニ「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四二一條ニ於テ左ノ如ク規定セリ曰ク

前條ノ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

即チ第四一七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四二一條ニ至リテ其意思表示ノ效力ヲ規定セリ而シテ玆ニ所謂「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續人ニ一定ノ義務ヲ負ハシメ若シ履行ヲ爲サヽ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四二一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　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說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ヽ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積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タルトキ又ハ履行ヲ爲スヘキ時期ニ於テ爲サス即チ「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トキ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玆ニ論スヘキノ事項ニ非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玆ニ論スヘキノ事項ニ非ス玆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償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ナリ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戾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」（一九二條）ノ規定ノ適用ニ依リ既ニ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一九二條ノ適用ナキモ二年ヲ經過セハ最早囘復スルコトヲ得ス）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非サレハ乙ニ對スル權利ハ消滅セス又丙ヨリ賠償ヲ受クルニ非サレハ丙ニ對スル權利ハ消滅スルモノニ非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（金貸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クルヲ業トスル者アリ之ヲ「アジャン、ダッフェール」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非サルカ故ニ法律ニ特別ノ規定ナキ限ハ若シ丙カ幸ニシテ其資産ヲ囘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戾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囘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啻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非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ノ返還ヲ請求スル

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四二二條ニ於テ左ノ如ク規定セリ曰ク

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務者ハ其物又ハ權利ニ付キ當然債權者ニ代位ス

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ク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資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盗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要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

既ニ屢〻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非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ノ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ホサヽ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」トハ債權者及ヒ債務者ノ謂ニシテ其他ノ者ハ「第三者」ナリ但玆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ヒ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ナルモノハ少クモ財產上ノ一切ノ權利義務ヲ承繼スルモノニシテ財產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(ペルソナ)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產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玆ニ之ヲ詳論セス唯關係アル條文ヲ擧クルニ止メン即チ家督相續ニ付テハ第九八六條ニ、遺產相續ニ付テハ第一〇〇一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ヘ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非ス(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」ノ中ニハ受遺者ナル者アリ例ヘハ被相續人カ遺言ヲ以テ自己ノ財產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「自己ノ全財產」ト云フトキハ勿論「財產ノ

半額」ト云フモ均シク包括的ニシテ權利ノ半額ヲ讓受クルト同時ニ義務モ亦其半額ヲ讓受クルモノナリ又例ヘハ或法人ノ財産ヲ一括シテ讓受ク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八五條ニ「解散ノ場合ニ於ケル會社財産ノ處分方法ハ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ヘ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ツ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ク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コト利益ナルヲ以テ斯ル事實ヲ見ルコト尠カラス）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擧ケタルノミ

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ス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非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ル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之ヲ行フコトヲ許シタルモノアリ例ヘハ第二五四條ニ於テ「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モ之ヲ行フコトヲ得」トアリ

第二八六條末段ニ「其義務ハ承役地ノ所有者ノ特定承繼人モ亦之ヲ負擔ス」トアリ又第五八一條ニ於テハ「賣買契約ト同時ニ買戾ノ特約ヲ登記シタルトキハ買戾ハ第三者ニ對シテモ其效力ヲ生ス」トアル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其他不動産上ノ物權及ヒ買戾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）又賃貸借ニ付テモ第六〇五條ニ於テ「不動産ノ賃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」ト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任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賃貸借ハ登記ヲ爲スニ非サレハ法律上讓受人ニ對抗シ得ヘキモノニ非サルモ讓渡人カ讓受人ト特約ヲ爲シ登記ナキ賃貸借ヲ承認セシメタル場合ノ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是ナリ予ハ或範圍內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說明シタル後ニ在ラサレハ了解シ難キ事ニ屬スルカ故ニ今玆ニ述ヘス

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說明セリト雖モ玆ニハ債權債務ノ關係ノミニ付テ論スヘキヲ以テ此點ヨリ言ヘハ相續人、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リ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ノ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ヤ地代、小作料若クハ借賃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ミ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」ニ付テハ後ニ說明スヘキモ「債務ノ引受」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非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ヲ無效ト認メタルニ非ス之ト同シク我民法ニ於テモ亦債務ノ引受ヲ無效ト爲シタルニ非サルナリ、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擧クレハ前ニ述ヘタル所有權ノ讓受人ハ法律ニ特ニ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非ス（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由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四六七條ニ「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」ト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ク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ヘカラサルコト勿論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四六七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「ボワッソナード」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三四七條ニハ「記名證劵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五〇條第二項ニハ「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」（九四條二項）ニ當ルモノニシテ「ボワッソナード」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非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非スシテ第三者ナ

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
即チ當事者ニ非サル者ハ總テ之ヲ「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
ヘ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
云フ意味ニ文字ヲ使用セリ今一二ノ例ヲ擧クレハ例ヘハ第一四八條ニハ「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」ト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」トノ意味ニ於テ云フモノナリ又第二
〇〇條第二項ニモ承繼人ナル文字ヲ使用セリ即チ「占有回收ノ訴ハ侵奪者ノ特定承繼人ニ對シテ之ヲ
提起スルコトヲ得ス但其承繼人カ侵奪ノ事實ヲ知リタルトキハ此限ニ在ラス」トアリ而シテ其所謂特
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奪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サル稍ヤ重大ナル一問題アリ他ナシ債權者ノ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ニ代ハリ
テ其權利ヲ行ヒ之ニ由リテ直接又ハ間接ニ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スル者ナルカ故ニ債務者カ新ニ財產
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ク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ク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ノ承繼人ト云フノ意味ニ於テ之ヲ使用スルトセハ頗ル不當ナリト
謂ハサ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權務者ノ義務カ直チニ債權者
ノ義務ト爲ルニ非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
承繼スルトノ意ニ非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
財產ニ付テ利益ヲ受ケ債務者ノ負擔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六七五條ニハ「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
ラサ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」トアリ次條即チ第六七六條ニ
ハ「組合員カ組合財產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」ナルモノハ概ネ債權者ナリ民法中斯
ル文例ハ尠カラス第四五條第二項ニモ「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」トアリテ此「他人」トハ多クハ債權者ナリ第四九條第二項
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七〇條第一項ノ如キ是ナリ曰ク

「法人カ其債務ヲ完濟スルコト能ハサルニ至リタルトキハ裁判所ハ理事若クハ債權者ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ破產ノ宣告ヲ爲ス」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」トアリ第七五條、第七六條等ニ於テハ「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非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非サレハナリ

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繼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是ナリ

第一　債權ノ效力カ承繼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繼人ニ移轉セサ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サルモノナリ尙ホ之ニ付テハ贈與ニ關スル規定タル第五五二條ニ「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繼人ニ移轉セサ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非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非ス故ニ此等ノ場合ニ於テハ總テ權利義務ハ承繼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繼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)間接訴權(二)取消訴權(廢罷訴權即チ羅甸語ノ「アクシヨ、パウリヤナ」佛語ノ「アクシヨン、ポーリエンヌ」或ハ獨逸語ノ「パウリヤニッシェ、クラーゲ」)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繼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權ハ債權者カ法律ニ依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說セン

(一)　間接訴權

間接訴權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繼人ナリトセリ然レトモ此權利ハ本來强制執行ノ權利ト其性質ヲ一ニスルモノナリ民法第四二三條ニ曰ク

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サル間ハ裁判上ノ代位ニ依ルニ非サレ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

0180

第一條件　債權者カ自己ノ債權ヲ保全スル爲メニ必要ナルコトヲ要ス　例ヘ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强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レ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强制執行ノ方法ニ依ラスシテ尚ホ右ト同一ノ結果ヲ受クルコトヲ得ヘシ唯强制執行ニ由ルニ非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效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效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尚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筈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渉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」(中略)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甚タ疑ハシ故ニ予ハ登記法中ニ此事ヲ明カニ規定セサ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」ナル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サ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シト雖モ通常債權保全ノ爲メ必要ナリト謂フコトヲ得ス蓋シ委任ノ結果債務者ノ財産增殖スルヤモ知ルヘカラスト雖モ是レ頗ル間接ノ結果ニ屬シ受任者カ委任事項ヲ履行セサルカ爲ニ債權者ノ債權ヲ危クスルモノト謂フコトヲ得サレハナリ

第二條件　債務者ノ一身ニ專屬セサル權利ナルコトヲ要ス　前ニ述ヘタル彼ノ承繼人ニ及ハサル權利トシテ揭ケタルモノハ皆一身ニ專屬スル權利ニシテ債權者カ代リ行フコトヲ得サルモノナリ例ヘハ扶養ノ權利ノ如キ是ナリ蓋シ債務者カ扶養權利者ナル場合ニ於テ債權者カ債務者ニ代リテ其權利ヲ行フコトヲ得ハ自己ノ債權ヲ保全スル上ニ於テ甚タ便利ナルコト固ヨリ言フヲ俟タサルモ若シ此ノ如ク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サルモノトセリ

0181

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ノ期限カ未タ到來セサルトキハ尙ホ一ノ條件ヲ要ス即チ裁判上ノ代位是ナリ(非訟七二條以下參照)蓋シ期限到來前ニ於テハ債權者カ債務者ヲ度外ニ措キ其權利ヲ代リ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非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(非訟七二條)而シテ其認定ハ裁判所ノ自由ノ判斷ニ在リ但保存行爲ナルモノハ性質上速ニ行ハサレハ損失ヲ釀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遲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タス直チニ之ヲ行フコトヲ得ヘシ

以上ヲ以テ間接訴權ヲ說キ了レリ之ヨリ進ミテ廢罷訴權ニ付キ說明セン

(二)　取消訴權(廢罷訴權)

玆ニ「取消訴權」又ハ「廢罷訴權」ト稱スルハ羅馬法ニ「パウリヤナ、アクシヨ」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、アクシヨ」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說明スヘシト雖モ先ツ一例ヲ擧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强制執行ニ遭ハンカ其財產全部ヲ擧ケテ債務ノ辨濟ニ供シ以テ纔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產ヲ所有セリ然ルニ此不動產ハ畢竟債權者ノ爲メニ賣却セラルヘク隨テ予ハ無一物ノ人ト爲ルヘシ如カス今ノ時ニ當リ速ニ之ヲ丙ニ賣却シ其代價ヲ懷ニシテ他ノ財產ハ總テ債權者ノ爲メニ委棄シ以テ破產(若クハ家資分散)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產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權利ヲ有スルハ勿論丙ニ對シテモ亦其不動產ヲ取戾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法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法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產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產ヲ原狀ニ囘復スルコトヲ得ルナリ故ニ債權者ハ其不動產ノ價ニ付テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルニ至ルヘシ是レ廢罷訴權ノ大體ノ精神ニシテ羅馬法ヲ首メ佛蘭西法其他ノ外國法ニ於テモ規定セル所ナリ我舊民法モ亦之ヲ認メタリ(羅馬法、佛蘭西法、我舊民法等ニ於テハ尙ホ他ノ理論ヲ參ヘタリ次ニ論スヘシ)

右ニ述ヘタル所ハ第三者即チ丙カ惡意即チ債權者ヲ害スヘキ行爲ナルコトヲ知リテ爲シタル場合ナリ然ルニ若シ乙丙間ノ法律行爲カ賣買ノ如キ有償行爲ニ非スシテ贈與等ノ無償行爲ナルトキハ如何羅馬法、佛蘭西法、我舊民法等ニ在リテハ此場合ニハ縱令丙カ善意ナルトキト雖モ其取得シタルモノヲ返還

スヘキモノトセリ羅馬法、佛蘭西法及ヒ我舊民法カ此場合ニ於テ取消ヲ許ス理由ハ全ク不當利得ニ由ルモノトセリ即チ此場合ニ於テハ丙ハ惡意ナク又必スシモ過失アリト謂フヘカラス然レトモ丙ハ素ト無償ニテ其財産ヲ得之ニ因リテ他人ノ權利即チ甲ナル債權者ノ權利カ害セラレタルモノナリ而シテ乙ハ現ニ債權者ノ權利ヲ害スルコトヲ知リ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法行爲ニ因ラサル利得ノ場合ニ於テハ取消ヲ許サス飽クマテモ第三者ニ不法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法行爲ノ場合ナリト雖モ普通ノ不法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爲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説モ亦一定セスト雖モ一一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擧ケ他ノ學説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　其法律行爲カ債權者ヲ害スヘキモノナラサルヘカラス　債權者ヲ害スヘキ法律行爲ニ非サレハ廢能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三四〇條ニ於テ「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爲ハ此限ニ在ラス」債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ自己ノ財産ヲ減シ又ハ自己ノ債務ヲ增シタルトキハ之ヲ詐害ノ行爲トス」ト規定シ第一項但書ノ詐害行爲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カ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ自己ノ財産ヲ減シ又ハ債務ヲ增スモノハ次條ニ於テ廢罷訴權ト名ケ之ニ依リテ其行爲ヲ取消スコトヲ得ヘキモノトシタリ此第三四〇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能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非スシテ纔ニ自己ノ債務ヲ辨濟スルノ財産ヲ有スルモ或法律行爲ノ爲メニ其財産ノ全部又ハ一部ヲ失ヒ其結果債權者カ完全ナル辨濟ヲ受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濟ヲ爲スコト能ハサル場合例ヘハ現在一萬圓ノ財産アリ而シテ二萬圓ノ負債アレハ之ヲ各債權者ニ分ツトキハ各〻半額ノ辨濟ヲ得ヘシ然ルニ若シ債務者カ五千圓ノ價格アル財産ヲ失フトキハ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非サレハ受クルコトヲ得サルニ至リ債權者ハ大ニ損害ヲ被ルヘシ而シテ此ノ如キ場合ハ舊民法財産編第三四〇條ニ所謂「自己ノ財産ヲ減シ」ナ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錢ヲ借リタル場合例ヘハ債務者カ貸主ト通謀シテ一萬圓ノ證書ヲ作成シ而シテ實際五千圓ヲ受取リ更ニ高率ノ利息ヲ附シ縱令强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リ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增シタル場合ニ屬スルモノニシテ即チ詐害行爲ナリ此ノ如ク新ニ金錢ヲ借入ルルカ如キ場合ニ於テハ事實上困難ナル問題ヲ生スルコト多ク而シテ通常ノ詐害行爲ノ外ニ純然タル詐欺ノ存スルモノナルカ故ニ其範圍內ニ於テハ法律行爲成立セス即チ前例ノ場合ニ於テ實際一萬圓ヲ借入レサルニ之ヲ借入レタルカ如ク裝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三四〇條第二項ニ包含スルコト疑ナキモ其他ノ場合ニシテ果シテ之ニ包含セラルルヤ否ヤ例ヘハ債務者カ債權者ニ對シ或特定物ノ上ニ或權利ヲ設定スルノ義務ヲ負ヘル場合例ヘハ自己ノ土地ニ地上權ノ設定、賃貸又ハ使用貸等ヲ爲シタル場合ニ於テハ少クトモ債權債務ノ關係成立スルモノナリ而シテ特定物ノ所有者タル債務者カ特ニ其債權者ヲ害スルコトヲ知リ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三四〇條ノ適用ヲ受クヘキモノナルヤ否ヤ動産ニ付キ單ニ債權ヲ生スル場合即チ賃貸借若クハ使用貸借ノ如ク債權ノミヲ生スル場合モ亦同シ此等ノ場合ニ於テ若シ買主カ賣主及ヒ其債權者ノ契約ヲ知リ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「債務ヲ增ス」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錢ヲ得ヘキカ故ニ債務者カ有資力者ナル場合ニ於テハ未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權利ヲ得ルコト能ハサルニ至レハナリ此場合ニ於テモ廢罷訴權ノ適用アルカ曰ク有リ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

舊民法財産編第三四〇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セハ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非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增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クルコトヲ得ルニ反シ金錢ハ債務者ノ手ヲ離レ易キモノナルヲ以テ債權者ヨリ之ヲ觀レハ恰モ財産トシテ存セサルニ等シ隨テ此廢罷訴權ヲ行フコトヲ得サルヘカラス是レ舊民法ノ趣旨ニ於テモ亦認メタル所ナルヘシ

唯玆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

第二條件　債務者ノ惡意ナルコトヲ要ス　債務者カ其法律行爲ニ因リテ債權者ヲ害スルコトヲ知ラスシテ爲シタルトキ即チ自己ノ財産ヲ十分ニ調査セスシテ不動産ヲ賣却シタル場合ノ如キハ廢罷訴權ノ

適用ヲ受クルコトナキモ債務者カ債權者ヲ害スヘキコトヲ知リナカラ之ヲ賣却シタルトキハ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得ヘシ其理由ハ若シ此ノ如ク規定セ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非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　有償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償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說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ニテ取得シタル者ハ相當ノ代價ヲ支出スルモノナルカ故ニ之ヲ返還セシムルコトヲ得サルモ無償ニテ取得シタル場合ニ於テハ債權者ヲシテ之ヲ取戻スコトヲ得セシメサレハ債權者ハ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產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產ニ對シテ乙カ或物ヲ甲ニ與ヘタルヤ

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非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產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非サ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爲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歩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非ス即チ無償ニテ取得シタルト有償ニテ取得シタルトニ因リ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爲ト無償行爲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爲ト無償行爲トノ間ニ區別ヲ設ケサルノ主義ヲ採リ廢能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非サレハ之ヲ取消スコトヲ得ス但此惡意ハ債權者ヨリ之ヲ證明スルコトヲ要セス寧ロ法律ハ其惡意ヲ推定シタルモノナリト云フモ可ナリ（四二四條）故ニ債權者ハ債務者ノ惡意タニ之ヲ證明スレハ訴訟上一應自己ノ責任ヲ了リタルモノナリ是ヲ以テ第三者ハ善意即チ法律行爲カ債權者ヲ害スルコトヲ知ラサリシコトヲ立證スルニ非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ヲモ證明スルニ非サレハ其請求カ成立タストセハ廢罷訴權ヲ與ヘタルノ效用ハ竟ニ見ルコトヲ得サルニ至ルヘシ而シテ實際ニ於テハ廢罷訴權ノ適用アル場合ニハ大抵第三者ハ事實ヲ知レルモノニシテ唯證據ヲ擧ク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非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ヲ要ス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」トハ常ニ法律行爲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ヒ乙ヲシテ丙ニ或財產ヲ與ヘシムル場合ニ於テ丙カ其利益ヲ受ク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說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非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產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非サレハ債權者ノ目的ヲ達スルコト能ハス此點モ各國ノ法律又ハ學說ニ於テ大ニ其主義ヲ異ニセル所ニシテ舊民法ハ財產編第三四二條第二項ニ於テ「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」ト規定シ直接ノ受益者(相手方)カ現ニ取得シタル財產ヲ有スル間ハ有償行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非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非サルニ之ニ對シテ此取消權ヲ行ハシムルハ酷ニ失スルヲ以テ條件ヲ重クセリト云フノ外ナシト信ス然レトモ予ノ見解ヲ以テスレハ縱令財產ノ現所有者ハ何人タルヲ問ハス法律行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ハ恰モ初ノ契約ニ因リテ利益ヲ受クル者カ有償又ハ無償ニテ得タルト同シカラサルヘカラサルモノト信ス舊民法ノ如ク初ノ相手方ニ付テ有償、無償ヲ區別スル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非サレハ條理ヲ貫徹セルモノト謂フコトヲ得ス

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サルニ至ルヘシト雖モ理論上ヨリ之ヲ言ヘハ債權者ノ選擇ニ從ヒ或ハ兩人ヲ相手取リ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）

玆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是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ン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賣買若クハ贈與カ取消サレタル結果債務者ヨリ買受ケ若クハ貰受ケタル物ヲ返還スル義務ハ之ヲ負ハサルヘカラスト雖モ實際其義務ヲ盡スコト能ハサルヲ以テ結局損害賠償ノ責任ヲ負フヘキモノナリ而シテ第一次ノ取得者カ十分ノ資力アルトキハ債權者ハ之カ爲メニ損害ヲ被ルコトナカルヘキモ若シ第一次ノ取得者ニシテ無資力ナランカ復タ如何トモスルコト能ハス固ヨリ一厘ノ賠償ヲモ得サルコトハ極メテ稀ナルヘシト雖モ債權者カ十分ノ滿足ヲ得ルコトハ到底望ムヘカラス次ニ轉得者カ惡意ニシテ初ノ取得者カ善意ナル場合（是レ甚タ稀ナル場合ナレトモ想像シ得サルニ非ス）ハ如何ト云フニ「ボワッソナード」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三四二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非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非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レ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爲即チ債務者ノ第一取得者ニ對スル法律行爲ト第一取得者ノ轉得者ニ對スル法律行爲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爲ニシテ之ヲ取消スニ非スンハ轉得者ノ行爲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爲ニ付テハ何等ノ關係ナク且此行爲ハ詐害行爲ニ非サレハナリ（詐害行爲ナルモノハ債務者ノ爲シタル行爲ナラサルヘカラス）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爲即チ債務者ト第一取得者トノ間ノ法律行爲カ取消サルルカ故ニ第二ノ法律行爲即チ第一取得者ト轉得者トノ間ノ法律行爲ノ效力ヲ生セシムルコトヲ得サルヲ以テ實際ニ於テ第二ノ法律行爲ノ效力ヲモ生セサルニ至ルモ是レ取消シタルニ非スシテ唯第一行爲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非サリシト云フニ歸スルノミ故ニ若シ第一取得者カ善意ナルトキハ債務者ト第一取得者トノ間ノ行爲ハ

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爲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四二四條但書ニ於テ「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サリシ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爲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、詐欺又ハ强迫ニ因ル法律行爲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非サ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爲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爲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爲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非サレハ之ヲ許スヘキモノニ非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タ望マシカラサルコトニ至ルモノナリ蓋シ一旦成立シタル法律行爲ヲ取消シテ初ヨリ全ク成立セサ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爲ニ非サルモノヲ取消スコトアリ又或ハ債權者、債務者及ヒ法律行爲ノ相手方カ通謀シテ法律行爲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非サ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說明シ了レリ終ニ猶ホ一ノ說明ヲ要スルコトアリ蓋シ廢罷訴權ナルモノハ畢竟債權ナル財產權ヲ保護スル爲メノモノナルカ故ニ詐害行爲ハ財產上ノ行爲ナルコトヲ要シ身分上ノ行爲ニ付テハ縱令其結果カ財產上ニ影響スル場合ニ於テモ廢罷訴權ニ依リテ之ヲ取消スコトヲ得サルモノトス歐洲ニ在リテハ斯ルコトハ殆ト見ルヘカラサル所ナリ何トナレハ歐洲ニ於テハ相續ト云ヘハ今日ニ於テハ皆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レトモ是レ婚姻トハ全ク別物ニシテ夫婦財產契約ヲ取消ス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非サレハ廢罷訴權ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得スト規定スルノ必要ナシ然レトモ我邦ニ於テハ大ニ其必要アリ蓋シ我邦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ハ主トシテ財產ヲ讓受クルノ意思ヲ以テ相續ヲ爲スモ法律ノ眼ヨリ之ヲ觀レハ全ク附隨ノ效力タル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ハ戶主權ノ相續即チ戶主ナル身分權ノ相續ニシテ其結果之ニ財產カ伴フモノナルカ故

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ス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ハ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三〇九條第二項ニ於テ「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ハ隱居ト雖モ其目的ハ財產相續ニ在ラスシテ家名相續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ラ相續ヲ爲シタルトキハ歐洲ニ於テハ之カ取消ヲ許セリ又家ニ在ル直系卑屬ニテモ新民法ニ於テハ限定承認ナルモノヲ認メ被相續人ノ資產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非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產多キ相續ヲ拋棄シタルトキ詳言スレハ現在ノ自已ノ地位貧窮ニシテ債權者ニ對シ總テノ負債ヲ辨濟スルコト能ハサル場合ニ於テ若シ相續ヲ爲セハ從來ノ債務ヲ皆濟スルコトヲ得ヘキニ之ヲ拋棄シタルトキハ是レ債權者ヲ害スル行爲即チ所謂「詐害行爲」ナルカ故ニ歐洲ニ於テハ之ヲ詐害行爲トシテ取消ヲ許セリ然レトモ我邦ニ於テハ之ヲ許サス蓋シ家督相續ノ制度ヲ採用セルノ結果ナリ然レトモ親族編及ヒ相續編ニ於テ種種ノ規定ヲ置キ以テ債權者ヲ保護セリ其重ナルモノヲ言ヘハ第七六一條、第九八九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ヲ分離シ被相續人ノ債權者ハ先ツ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ク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ク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四二四條ニ關スル說明ナリ同條ニ曰ク

　債權者ハ債務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サリシトキハ此限ニ在ラス

　前項ノ規定ハ財產權ヲ目的トセサル法律行爲ニハ之ヲ適用セス

以上ヲ以テ廢罷訴權ノ條件ヲ了レリ尚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ヘル如ク通謀ヲ必要トセサルコト是ナリ（財三四二條一項）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

（乙）　廢罷訴權ノ效力

廢罷訴權ノ條件ハ右ニ說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爲ヲ取消スコトヲ得ヘシ此法律行爲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爲ハ取消サレタルモノナルカ故ニ第一二一條ニ規定セル如ク其取消サレタル行爲ハ初ヨリ無效即チ成立セサリシモノト看做サルルナリ尤モ法律行爲ハ常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爲ハ債權者ト第三者トノ關係ニ屬シ債務者自ラ其法律行爲ヲ取消スモノニ非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爲ハ初ヨリ成立セサリシモノト看做スカ故ニ債務者カ賣却シタル財產ハ依然債務者ノ財產トシテ存在セルモノト看做スモノナリ(贈與シタル財產亦同シ)然レトモ債務者ノ眼ヨリ觀レハ其法律行爲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爲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爲カ事實上其效力ヲ失フニ至レハ往往ニシテ債務者ハ第三者ニ對シテ償還ヲ爲サヽルヘカラサ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サ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サ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サ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善意ナラサ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稀ニハ善意ナルモ之ヲ證明スルコト能ハサルコトアリ又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ヽ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產ハ其第三者カ給付シタル財產ニシテ債務者ノ財產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ン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非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

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四二四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(五四五條一項)

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ス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ミ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非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サルヘキモノニ非ス隨テ債權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ヽ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ス故ニ債務者カ第三者ニ給付シタル財產ヲ賣却シテ其代價ニ付キ辨濟ヲ受ク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尚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非スト

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非ス何トナレハ苟モ其法律行爲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サレハ乙債權者之ヲ取消スコトヲ得ヘシ然ルニ偶〻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ク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爲即チ第四二四條ニ依リテ取消サルヘキ法律行爲ノ成立シタル當時ニ於テ既ニ債權者タリシ者ハ皆害ヲ受クルモノナルカ故ニ此等ノ債權者ハ右ノ取消ヨリ生スル利益ヲ受クルコトヲ得サルヘカラス然ルニ單ニ取消權ヲ行使シタル債權者ノミヲシテ其利益ヲ得セシムルハ不當ナリ但取消サルヘキ法律行爲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非スト

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ク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非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非スシテ唯或法律行爲カ債權者ノ害ト爲ルカ故ニ之ヲ取消シ其行爲ナカリシモノト看做スニ過キス既ニ其行爲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クルコトヲ得サルヘカラス然ルニ若シ廢罷訴權ヲ行使シタル債權者ノミ利益ヲ受クルモノトセハ其債權者ハ優先權ヲ得ルノ結果ヲ生スルニ至ラ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サリシモノト看ルカ故ニ賣買前ノ債權者ノミ其財產ニ付テ辨濟ヲ受クルニ非スシテ其後ノ債權者モ亦平等ニ辨濟ヲ受クルノ權利アリ故ニ取消權ヲ行使スル者ハ害ヲ被リタル債權者タラサルヘカラスト雖モ一旦取消權ヲ行使シタル後ハ其結果ハ總テノ債權者ノ利益ト爲ルモノナリト

新民法ハ右ノ第三説ヲ採用シ第四二五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サリシモノト看做シタリ

（丙）廢罷訴權ノ消滅

廢罷訴權ハ一ノ財產權ナルヲ以テ財產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テ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俟タサル所ナルカ故ニ法律ハ之ヲ規定セス唯其取消權カ時效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效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（一六七條二項）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效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效ニ罹ルモノトセリ（一二六條）故ニ廢罷訴權ニ付テモ亦二十年ノ普通時

效ニ罹ラシムルノ理ナキノミナラス廢罷訴權ニ付テハ特ニ短期ノ時效ヲ設クルノ理由アリ抑〻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由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非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惡意ナルトハ之ヲ證明スルコト頗ル困難ナル事ニ屬ス況ヤ十數年ノ後ニ至リ法律行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オ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效ノ規定ヲ設ケタリ新民法モ亦第四二六條ニ於テ二年ノ時效ヲ規定セリ舊民法財產編第三四四條亦然リ唯此時效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サレハ時效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效起算ノ時期ニ於テ普通ノ時效ト異ナレリ即チ普通ノ時效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效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效ノ適用ヲ受クルモノナリ蓋シ最モ多クノ場合ニ於テハ特別時效ハ普通時效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效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效ヲ設クルノ趣旨タルヤ速ニ時效ヲ完成セシメントスルニ在ルカ故ニ若シ普通時效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效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效ニシテ法文ニ明カニ「時效」トアルカ故ニ總則編時效ノ規定即チ時效ノ中斷、停止等ノ規定ハ皆適用セラルルモノナリ

玆ニ一ノ注意スヘキハ第四二四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四二四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特定ノ行爲ニ在リテモ民事訴訟法ニ從ヒ相當ノ手續ヲ踐ムニ非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產編第三四一條第二項ニ之カ規定ヲ設ケ時效ニ關シテモ第三四四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「チエルス、オッホジシヨン」即チ直譯スレハ「第三者ノ故障」(「ボワッソナード」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」ナル文字ヲ使用セスシテ再審ナル文字ヲ使用シタリ民事訴訟法第四八三條ニ曰ク「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ツルトキハ原狀回復ノ訴ニ因レル再審ノ規定ヲ準用ス」此場合ニ於テハ原告及ヒ被

告ヲ共同被告ト爲ス」(此規定ハ改正草案ニハナシ)ト此規定ハ獨逸ノ民事訴訟法ニ見サ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非スト雖モ財産編第三四一條第三項ニハ「右孰レノ場合ニ於テモ債務者ヲ訴訟ニ參加セシムルコトヲ要ス」トアリテ此規定ニ依ルトキハ訴訟ノ相手方即チ被告ハ第三者ニシテ唯之ニ債務者ヲ參加セシムシムルコトトセリ然レトモ再審ノ場合ニ於テハ共同被告ト爲スモノニシテ是レ民事訴訟法第五三條ニ規定セル通常所謂參加ト異ナルコトハ說明ヲ俟タサル所タリ(民事訴訟法第五一條第二項ニ據レハ「第三者カ原告及ヒ被告ノ共謀ニ因リ自己ノ債權ニ損害ヲ生スルコトヲ主張スル」場合ニ於テハ主參加ヲ許セリ、改正草案七四條)啻ニ是ノミナラス財産編第三四四條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四七四條ヲ以テ「訴ハ一个月ノ不變期間內ニ之ヲ起ス可シ」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个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內ニ全ク其事由アルコトヲ確知セサルモ訴ヲ爲スコトヲ得ス而シテ此規定ハ第四八三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四六八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」(民訴四七四條四項)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四七四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牴觸スルモノト謂ハサルヘカラス新民法ハ此ノ如キ牴觸ヲ避クルカ爲メ第四二四條以下ニ於テ廣ク「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而シテ現行民事訴訟法ニハ前ニ述ヘタルカ如キ規定アリテ此取消權ヲ行フニハ必ス再審ノ方法ニ依ラサルヘカラスト爲シ且此場合ニハ債務者及ヒ第三者ヲ共同被告ト爲ササルヘカラストシ第四七四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曉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ヘキコトハ信シテ疑ハサル所ナリ

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

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非スシテ其範圍尙ホ廣汎ナリ例ヘハ保證ノ如キハ必ス二箇ノ法律關係ヨリ成ルモノナリ即チ一ノ主タル債務存立セル上ニ更ニ保證契約ヨリ生スル法律關係成立ス而シテ此主タル債務ハ必ス保證契約ト異ナリタル法律行爲又ハ法律ノ規定ヨリ生スルモノナリ不可分債務又ハ連帶債務ノ場合ニ於テモ各債權者又ハ各債務者ノ權利義務ハ他ノ債權者又ハ債務者ト別異ノ原因ニ因リテ生スルコト

アリ果シテ然ラハ「多數當事者」ト謂フコトヲ得スト論スル者アルヤモ知ルヘカラスト雖モ是レ唯言語上ノ爭ニシテ「當事者」ナル文字ハ「債務者、債權者」ノ意義ニ取レハ可ナリ强ヒテ明確ニ書キ表ハサントセハ「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說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說明スヘシ

第一款　總則

債權者又ハ債務者ノ數人アル場合ニ於テハ其各自ハ債權債務ノ一部ニ付テ權利ヲ有シ義務ヲ負フモノナルカ又ハ債權債務ノ全部ニ付テ權利ヲ有シ義務ヲ負フモノナルカノ問題ニ付テハ各國ノ慣習一定セス我邦ノ從來ノ慣習ハ固ニ不明ニ屬スト雖モ各自共同シテ全部ノ義務ヲ負ヒ又全部ノ債權ヲ有スルモノト爲シタルカ如シ即チ債權者又ハ債務者カ二人アルトキハ一人宛各別ニ權利ヲ有シ義務ヲ負フニ非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二三條及ヒ第二五條、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トセルモ(民訴四八條)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體法ハ舊慣ニ依リタルモ其舊慣ハ裁判例ニ因リテ變更ヲ受ケ債務者カ數人アルトキハ其一人ニ對シ債權者ノ一人ヨリ全部ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルコトト爲レリ即チ一ノ債務ニ付キ數人ノ債務者アルトキハ其債務者間ニ連帶アルモノトセリ蓋シ共同ニテ全部ヲ負擔スルノ主義ニ於テハ債權者數人アルトキハ數人共同シテ訴ヲ起シ債務者數人アルトキハ數人ヲ共同被告トシテ訴ヘサルヘカラス故ニ其不便實ニ言フヘカラスト雖モ亦不公平ノ結果ヲ生スルコト鮮シ然ルニ若シ一人ニ對シテ全部ヲ請求スルコトヲ得ルモノトセハ其者ハ一時之ヲ立替ヘ置カサルヘカラス尤モ後日他ノ債務者ニ對シテ分擔ヲ請求スルコトヲ得ヘシト雖モ他ノ債務者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ン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サリシ所ナルニ特約アルニ非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煩ヲ避クルコトトセリ

但連帶若クハ其他之ニ類スル法律關係ヲ特約スルハ固ヨリ自由ナルヲ以テ必要ナル場合ニ於テハ之ヲ約スルコトヲ得ヘキナリ新民法第四二七條ニ曰ク

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(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(六七五條)又遺産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(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〻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〻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其效力アルモノトセリ例ヘハ債務者間ニ於テ相續若クハ遺言等ニ因リ不均一ニ債務ヲ負擔スルノ原因アルトキハ其原因ハ債權者ニモ對抗シ得ヘク債權者ハ之ヲ知ラスト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サ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四四〇條第一項ニハ「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」トアリテ新法ト毫モ異ナルナキカ如キモ其第二項ニ「前項ノ規定ニ從フヲ得サルトキハ其各自ノ部分ハ平分ニテ之ヲ計算ス但債權ノ利益又ハ債務ノ負擔ニ於テ各自カ其實地ノ部分ニ復スル相互ノ求償權ヲ妨ケス」ト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サ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償權ヲ有スルモノトシ新法トハ主義ヲ異ニスルカ如ク見エ頗ル判然タラス今「ボワッソナード」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產編第四四〇條第一項ニ所謂「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〻受ク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〻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擧ク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サ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四二七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非ス」トノ學說アリ是レ理論上正確ナル說ト謂フヘキカ如シ蓋シ債務ノ目的不可分ナルトキハ分割シテ履行ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ債務其モノカ不可分ト爲ルノ結果ヲ生スルモノナルヲ以テ不可分債務ナル語ヲ用フルト雖モ正確ニ言ヘハ「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非ス」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

債權者又ハ債務者カ各〻一人ナル場合ニ於テハ債務カ可分ナルカ不可分ナルカ債務ノ目的カ可分ナルカ不可分ナルカハ法律上論スルノ必要ナシ蓋シ債權者ハ自已ノ任意ニ依リ債務ノ履行ヲ數回ニ分チテ請求スルコトヲ得ス即チ千圓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强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此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四二七條ノ規定ニ依リ各〻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ヽ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ン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ヽ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ヽ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況ヤ舊民法ニ所謂定量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オヤ其性質上可分タルハ言フヲ俟タサルナリ茲ニ稍ヤ疑アルモノニシテ舊民法カ予ノ所信ト規定ヲ異ニスルモノハ作爲ノ義務ナリ作爲ノ義務ハ多クノ場合ニ於テ不可分ナリト雖モ亦場合ニ依リテ可分ナルコトアリ即チ定量物ノ引渡ノ如キ是ナリ例ヘハ米百石ノ引渡ヲ爲スヘキ場合ニ於テ一石ノ引渡ヲ爲スモ引渡タルヲ失ハス（二分ノ一ノ汲水ヲ爲ストハ異ナレリ）又同様ノ家屋ヲ數棟建築スヘキ場合ニ於テ一棟ヲ建築シタルトキ例ヘハ材料、廣狹等ニ至ルマテ同等ナル家屋三棟ヲ建築スヘキ場合ニ於テ其中ノ一棟ヲ建築スルモ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、左官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ケ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ハ作爲ノ義務ヲ以テ悉ク不可分ナルモノトセリ（財一九條二項）

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」トハ例ヘハ債權カ金錢ノ如キ分割シテ給付スルコトヲ得ヘキ物ヲ目的トスルモ當事者ノ意思ニ因リテ全額ヲ一時ニ支拂ハサルヘカラストスルカ如キ場合（例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ヽ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務者ハ千圓ノ履行ヲ受クルニ非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非スシテ不可分ヲ約スル場合稀ナリトセス例ヘハ靴一萬足ノ請負契約ヲ不可分債務トシテ約シタル場合ノ如シ「ボワソナード」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チ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資力者ヲ生スルコトアリ又履行ノ請求ハ債務者ノ各自ニ對シテ之ヲ爲サヽルヘカラス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資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非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、財産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産編ニモ不可分ナルモノアリテ財産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牴觸セルニモ拘ラス擔保編ニ於テハ財産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産編第四四七條第二項ト擔保編第八九條ノ規定トハ矛盾シテ孰レヲ適用シテ可ナルヤ知ルヘカラサルコト是ナリ新民法ニ於テハ此ノ如キ區別ヲ爲サ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ンモ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非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ネ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レルカ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ク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産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ルルヲ以テ茲ニ債務カ不可分ナルヤ否ヤハ重要ナル問題ト爲ルヘシ歐洲ニ於テハ羅馬法以來不可分債務ヲ認ムト雖モ實際ニ於テハ頻繁ニ行ハルルモノニ非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ク隨テ裁判例モ亦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四二八條及ヒ第四二九條ハ債權者ノ多數ナル場合ニ關シ第四三〇條ハ債務者ノ多數ナル場合ニ關シテ規定セリ然リト雖モ此二箇ノ場合ハ殆ト其理論ヲ一ニスルヲ以テ予ハ便宜上債權者ノ多數ナル場合ニ就テ之カ説明ヲ試ミ債務者ノ多數ナル場合ニハ其理論ヲ推セハ自ラ了解スルコトヲ得ヘキヲ期セント欲ス

不可分債務ノ性質及ヒ效力ニ付テハ學說ノ一定セサルノミナラス各國ノ立法例モ亦區區タリ是レ或ハ理論上ノ見解ヲ異ニスルニ由ルモノアルヘシト雖モ多クハ便宜上ノ問題ナリト信ス抑モ不可分債務ノ目的ハ或ハ其性質ニ依リ或ハ當事者ノ意思ニ依リテ分割スルコト能ハサル所ノモノナリ故ニ其債務ノ履行ト云ヘハ必ス全部ノ履行ヲ意味シ一部ノ履行ヲ為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、別別ノ履行ヲ為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非スンハ履行ノ請求ヲ為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為スニ非スンハ有效ナル履行ヲ為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為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為サシムルコトヲ得ス須ク債權者全員ニ對シテ履行ヲ為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為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為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為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傚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四二八條ニ曰ク

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為メニ履行ヲ請求シ又債務者ハ總債權者ノ為メ各債權者ニ對シテ履行ヲ為スコトヲ得

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非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為スコトヲ得ヘキモ事實履行ヲ為スニ當リテハ債權者全員ニ對シテ為ササルヘカラストノ獨逸主義モ亦理由ナキニ非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為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為スコソ當然ナレ他ノ債權者カ自己ノ權利ノ行使ヲ怠リタルカ為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タ理由ナキモノト謂ハサルヘカラス尤モ一人ノ債權者カ全部ノ債權ヲ有スルニ非サルコト前ニ述ヘタル所ノ如シト雖モ苟モ履行ヲ為サンニハ必ス全部ニ付テ之ヲ為スニ非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非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ン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ス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オ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ヤ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此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險ヲ踐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四二八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（債權ノ目的權利ノ設定ニ在ルトキハ其權利ハ總債權者ノ爲メニ之ヲ設定スヘキコト固ヨリナリ）

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縱令法律ノ規定ナキモ一般ノ法理ニ據リテ判定スルコトヲ得ヘシト雖モ法律ハ特ニ第四二九條ノ規定ヲ設ケ更改及ヒ免除ニ付キ多少ノ便法ヲ設ケタリ同條ニ曰ク

> 不可分債權者ノ一人ト其債務者トノ間ニ更改又ハ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レハ之ニ分與スヘキ利益ヲ債務者ニ償還スルコトヲ要ス
> 此他不可分債權者ノ一人ノ行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ス、

予ノ信スル所ニ據レハ本條第二項ハ縱令明文ナシト雖モ當ニ然ラサルヘカラサ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説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ス畢竟我民法ハ更改及ヒ免除ノミニ付キ特ニ明文ヲ置ケルモノト謂テ可ナリ是レ舊民法ト頗ル其趣ヲ異ニスル所ナリ而シテ更改トハ甲ノ債務ヲ消滅セシメ之ニ代フルニ乙ノ債務ヲ以テスルヲ謂ヒ又免除トハ債權ノ拋棄ヲ謂フ今此場合ニ於テ明文ナカリセハ其結果如何ト云フニ更改及ヒ免除ハ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テ孰レモ等分ノ權利ヲ有スル場合ニ於テ其一人（法文ニ一人ト記載セルモ二人以上ノトキニテモ此規定ヲ適用スルニ差支ナシ）ト債務者トノ間ニ更改又ハ免除アリタルトキハ其一人ノ債權ノミハ消滅シ若シ更改ヲ行ヒタリトセハ舊債權ニ代ハルヘキ新債權ヲ生スヘク又免除ノ場合ニ於テハ更ニ債權ノ生スルコトナシ畢竟其一人ノ債權ハ消滅スルモ他ノ二人ノ債權ハ依然トシテ存在スヘシ此場合ニ於テ債務ノ目的カ分チ得ヘキモノナルトキハ事單純ニシテ別ニ疑ヲ生セス例ヘハ三人ノ債權者カ三千圓ノ債權ヲ有スルトキハ一人ノ部分即チ千圓ニ限リ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ノ履行ハ債權ノ性質又ハ當事者ノ意思ニ依リ之ヲ許ササル所ナリ故ニ甲、乙、丙三人ノ債權者中甲ノミハ其權利ヲ失フモ乙、丙ハ依然トシテ權

利者タリ而シテ債務者カ乙、丙ニ對シテ債務ノ履行ヲ爲スニハ則チ債務全部ノ履行ヲ爲サヽ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部分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啻ニ煩雜ナルノミナラス動モスレハ不公平ノ結果ヲ生スヘシ何トナレハ乙ハ其履行ヲ受ケタル後之ヲ甲ニ分配スル義務アルニ拘ラス之ヲ分配セサル間ニ無資力ト爲リタリトセハ甲ハ其分配ニ與ルコトヲ得ス隨テ甲ノ債權者タル前ノ不可分債務者ハ損失ヲ受クルニ至ルヘク又乙カ甲ニ其利益ヲ分配シタルトキハ甲ハ直チニ之ヲ自己ノ債權者タル前ノ不可分債務者ニ返還セサルヘカラス然ルニ未タ之ヲ返還セサルニ當リテ無資力ト爲リタリトセ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クルカ爲メニ第四二九條第一項ノ規定ヲ設ケ其但書ニ於テ「但其一人ノ債權者カ其權利ヲ失ハサレハ之ニ分與スヘキ利益ヲ債務者ニ償還スルコトヲ要ス」ト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クルコトナカルヘシ

之ヲ要スルニ第四二九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ヘ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生セサル所ナリ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、丙ニ分配セサルヘカラス是レ固ヨリ自明ノ理ナルカ故ニ之ニ付テハ別段ノ明文ヲ要セサ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四四五條第二項ニ規定シテ曰ク「債務者カ其一人ノ債權者ニ對シテ適法ナル相殺ノ原因ヲ有スルモ他ノ債權者ハ尙ホ債務ノ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得然レトモ他ノ債權者ハ此一人ノ債權者カ其權利ヲ失ハサリシナラハ第五百二十一條第三項、第四項ノ規定ニ從ヒ其一人ノ債權者ニ分與ス可キ利益ニ付キ其訴追ヲ受ケタル債務者ニ對シテ計算ヲ爲ス」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ヽルヘカラス然レトモ甲ハ其債務者ニ對シテ恰モ債務者ノ債務ト同額ノ債務ヲ負ヘルニ由リ甲ノ得ヘキ部分ハ乙ヨリ更ニ之ヲ債務者ニ償還セサルヘカラス故ニ此場合ニ於テハ乙ハ全部ノ履行ヲ請求スルト雖モ實際乙及ヒ丙ノ部分ノミニ非サレハ受領スルコトヲ得ス是レ恰モ更改又ハ免除ノ場合ト同シク甲カ其債務

者ニ對シテ負ヘル部分ハ結局之ヲ債務者ニ償還スヘク債務ノ目的カ金錢債務ナルトキハ其金錢ノ一部ハ受領スルコトヲ得サルコトト爲リ舊民法ニ於テハ相殺ニ付テモ更改又ハ免除ト同一ノ規定ヲ爲シタルモノノ如シ然レトモ後ノ第五二一條第四項(財四四五條二項中ノ「第三項」ノ文字ハ衍ナルヘシ)ニハ「債務カ債務者ノ間又ハ債權者ノ間ニ於テ任意不可分ナルトキハ相殺ハ受方又ハ働方ノ連帶ニ於ケルト同一ノ方法ニ從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)ノ場合ニハ連帶ノ規定ニ從ヒ債務者多數ノ場合ニ於テハ一部ノ相殺ヲ認メ債權者多數ノ場合ニハ全部ノ相殺ヲ認ムルカ如シ第二、性質ニ因ル不可分ノ場合ニハ「第四百四十五條ノ規定ニ從フ」ト云ヒ同條ヲ引用セシ箇條ヲ引用セリ然レトモ性質ニ因ル不可分ノ場合ニハ相殺ノ不能ナルコトハ「ボワッソナード」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ハ甲カ債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スニ當リ債務者カ相殺ヲ以テ之ニ對抗スルトキハ恰モ全部辨濟アリタルト同一ノ結果ニ歸スヘシト雖モ若シ乙ヨリ債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲セリトセハ此場合ニ債務者ハ甲ニ對スル債權ヲ以テ相殺ヲ主張スルコトヲ得ス蓋シ履行ノ請求ヲ爲シタル乙ハ債務者ニ對シテ何等ノ債務ヲモ負擔セサ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サルヘカラス而シテ新民法ニ於テハ斯ル明文ヲ置クノ必要ヲ認メサリシナリ抑〻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非スシテ各自全ク別箇ノ債權ヲ有スルモノナリ唯其目的カ不可分ナルヲ以テ一人ニテ請求シ一人ニ對シテ履行ヲ爲スヘキニ過キス故ニ前例ノ場合ニ債務者カ甲ノ債務ニ付テ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ヘキ理ナシトノ趣意ニ出ツ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ノ債權者ノ有スル債權ノ部分マテヲモ對抗スルコトヲ得サルハ疑ナキカ如シ蓋シ不可分債務ノ場合ニ於テハ本來甲カ有スル權利ハ一部分ニ過キスシテ其他ノ部分ハ他ノ債權者タル乙丙ノ有スル所ノモノナリ故ニ甲カ債務者ニ對シテ三千圓ノ債務ヲ負擔スル場合ニ於テ其債務者ヨリ履行ノ請求ヲ受クルニ當リ不可分債權モ亦三千圓ナリト假定セハ自己ノ部分タル千圓ハ姑ク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サ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歩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セン

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クルコトヲ得ル爲メ特ニ其債權ヲ不可分ト爲シタルモノナルニ實際兩債務ノ差額ヲ受クルコトト爲リ是レ即チ民法第五〇五條第一項ニ所謂「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舍テテ相殺ヲ爲サント欲スル者ナルカ故ニ妨ナキカ如キモ債務者カ乙又ハ丙ニ對シテ履行ヲ爲スニ當リテハ必ス全額ヲ拂ハサルヘカラス然ラスンハ乙及ヒ丙ハ甲カ相殺ヲ對抗シタルカ爲メニ不可分ノ利益ヲ失フコトト爲ルヘケレハナリ尙ホ相殺ノ規定ヲ說明スル際ニ詳論スヘシト雖モ要スルニ相殺ニ付キ特別ノ規定ヲ設クルノ必要ナク一般ノ原則トシテ債權者ノ一人ニ關スル事項ハ他ノ債權者ニ何等ノ影響ヲ及ホサスト規定セル第四二九條第二項ヲ適用スヘキナリ

次ニ研究スヘキハ混同ノ場合是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ヲ演スル者ナカルヘク又法律上ニ於テモ斯ル迂ヲ認ムルコトナシ唯問題ト爲ルヘキハ乙若クハ丙カ甲又ハ丁ニ對シテ債務ノ履行ヲ求ムルコトヲ得ヘキヤ否ヤニ在リ夫レ甲ハ從來債權者ナリシニ其債務者丁ハ之カ相續人ト爲レリ又ハ甲カ丁ノ相續人ト爲レリトスルモ乙又ハ丙ハ其者ニ對シテ履行ヲ求ムルコトヲ得ヘキハ勿論ナリ然ラハ全部ニ付テ之ヲ求ムヘキカ又ハ一部ニ付テ之ヲ求ムヘキカト云フニ無論全部ニ付テ履行ヲ求ムルコトヲ得ヘシ然リト雖モ此場合ニ於テハ甲又ハ丁ニ其利益ヲ返還セサ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スンハ乙、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四二九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サリシ所以ノモノハ曩ニ更改及ヒ免除ニ付キ第四二九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ク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

次ニ時效ニ付テ一言スヘシ夫レ不可分債權者間ニ於テハ代理若クハ之ニ類スル關係ノ存スルモノニ非サルコト前ニ述ヘタルカ如シ故ニ其一人ノ爲メニ時效カ完成スルモ他ノ債權者ノ爲メニハ未タ完成セサルコトアリ得ヘキナリ例ヘハ第四二八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效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ト原因即チ執行行爲又ハ承認又時效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此等ノ結果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效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效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效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效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效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四二九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愈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效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非サレハ效力ヲ生セス故ニ前例ノ場合ニ於テモ乙、丙ニ對シテハ時效未タ完成セサルヲ以テ之ニ對シテ時效ヲ援用スヘキ理ナク又甲ニ對シテ援用スルコト能ハス若シ債務者カ乙、丙ニ對シテ甲ノ時效ヲ援用セハ乙、丙ハ之ニ答ヘテ曰ハン「足下ハ甲ニ對シテ時效ノ利益ヲ得タリト言フモ予等ハ甲ノ代理人ニ非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カラス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效ヲ援用シ其部分ヲ返還セシムヘキノミ」ト要スルニ第四二九條第二項ノ適用ニ依リテ債權者ノ一人ニ付テ時效カ完成スルモ他ノ債權者ニ對シ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ナリシニ後日ニ至リテ可分ニ變シタル場合是ナリ今之ヲ想像セ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是ナリ例ヘハ債務者カ不可分債務ノ履行ヲ爲ササルニ因リ債權者ハ已ムコトヲ得ス損害賠償ヲ請求スルコトアリ然ルニ損害賠償ノ性質ハ可分ニシ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〻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非サレハ請求スルコトヲ得サルナリ尙ホ債權者數人アル場合ニ於テ債務者カ期限ニ至リテ未タ履行ヲ爲サヽルニ先チ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ナルカ故ニ其結果前例ニ同シ第四三一條ニ曰ク

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務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說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四三〇條ニ曰ク

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サル所ナリ尙ホ此場合ニ於テハ次款ニ規定セル連帶ノ規定ヲ準用スルノ結果債務者間ノ關係ハ連帶ノ場合ニ於ケルト同一ニシテ第四四二條乃至第四四四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說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四三四條乃至第四四〇條ノ規定ハ之ヲ不可分債務ノ場合ニ準用スルコトヲ得サルコト是ナリ（又民第四三二條ハ此場合ニモ適用アリ）尙ホ第四三三條、第四四一條及ヒ第四四五條ハ此場合ニ準用スルコトヲ得ヘシ以上ヲ以テ不可分債務ノ說明ヲ了レリ

第三款　連帶債務

連帶債務ハ歐洲ニ於テハ沿革ニ富メル事項ニシテ羅馬法以來今日ニ至ルマテ種種ノ變遷ヲ經來レリ其結果歐洲各國ノ立法例區區ニ涉レリ殊ニ英、佛、獨ノ三國ノ法律ハ全ク互ニ其趣ヲ異ニセリ今之ヲ詳述スルハ煩ニ堪ヘサルヲ以テ茲ニハ先ツ各學說及ヒ主義ノ岐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擧クレハ舊民法ノ如キハ絕對ニ代理關係ノ存在ヲ認メ總テノ點ニ於テ代理權アリテ連帶債務者ノ一人ニ付テ生シタル事項ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ及ホスモノト規定シタリ然ルニ獨逸民法ノ如キハ其正反對ニシテ連帶債務者間ニハ毫モ代理關係ニ類スルモノヲ認メス隨テ其結果不可分債務モ連帶債務モ同一ニシテ連帶ニ關スル規定ハ其儘之ヲ不可分債務ニ準用セリ予ノ見ル所ヲ以テセハ理論上連帶債務ハ斯斯ナラサルヘカラスト一定スヘキモノニ非ス各國ノ慣習及ヒ實際ノ便否ニ依リテ其性質ヲ定ムヘキモノニシテ多數ノ場合ニ於テハ慣習ニ依ルモノナリ故ニ羅馬法又ハ佛蘭西法等各其規定ヲ異ニスルト雖モ何國ノ立法例ヲ以テ當ヲ得タルモノトスヘキカハ之ヲ概論スルコト能ハス我新民法ニ於テハ主トシテ實際上ノ便宜ニ基キ右ニ

論シタル兩主義ヲ折衷シテ規定ヲ設ケタリ蓋シ第一主義ニ於ケル如ク連帶債務者間ニ代理關係カ存在スルモノトシ而シテ絶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カ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サ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絶對ニ代理關係アルコトヲ認メスト雖モ亦獨逸民法ニ於ケルカ如ク債務者間全ク無關係ノモノトセス幾分カ其間ニ代理類似ノ關係ヲ生スルモノト認メタリ而シテ其如何ナル程度マテ代理ニ類スル關係ヲ生スヘキカハ順次説明スル所アラントス

玆ニ連帶債務ノ説明ニ入ラントスルニ先チ一言スヘキハ債權者間ニ存スル連帶即チ所謂働方連帶是ナリ舊民法及ヒ外國法ニ於テハ此種ノ連帶ニ付テモ亦規定ヲ設ケタリ然ルニ我新民法ニ於テハ之カ規定ヲ設ケス其理由如何他ナシ外國ニ於テハ債權者ノ連帶ニ關スル規定アリト雖モ是レ單ニ沿革上ノ理由ニ因ルモノニシテ實際ニ於テハ殆ト行ハレス蓋シ連帶ナルモノハ實際便宜ナレハコソ之ヲ認ムルナレ然ルニ債務者ノ連帶ハ便利ナリト雖モ債權者ノ連帶ニ至リテハ其利益甚タ尠シ而シテ彼ノ獨逸法ニ於ケルカ如ク債權者間ノ連帶モ不可分債權ト同一ナリトセハ何等ノ利益モ不便モ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此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强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ノ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サ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サ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、連帶債務ノ消滅ノ三段ニ分チ説明セン

第一　總論

連帶トハ債權者カ各債務者ヲ唯一ノ債務者ノ如ク看做スコトヲ得ル關係ヲ謂フ是レ即チ連帶ノ定義ニシテ其結果ハ連帶ノ效力トシテ顯ハルヘシ舊民法ニ於テハ全部義務ナルモノヲ規定シタリ而シテ連帶

ハ此全部義務ト稍ヤ類似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創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サルヲ以テ其契約ハ固ヨリ有效ナリ然レトモ任意不可分即チ當事者間ノ約束ニ由リテ任意ニ債務ヲ不可分ト爲ストノ特約アレハ其結果ハ舊法典ニ所謂「全部義務」ト同一ニ歸スヘシ故ニ全部義務ヲ約スルコトハ全ク之ナキヲ保セサ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七三條ニ於テ規定セル所ヲ見ルニ「財産編第三百七十八條、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サ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絶對的代理ヲ認メス又既ニ述ヘタル如ク若シ債權者カ一人ノ債務者ニ對シ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得一人ノ債權者カ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ル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サルモ此ノ如キ契約ヲ爲スコトヲ得ヘキハ勿論ナルニ「ボワッソナード」氏カ全部義務ノ必要ヲ認メラレタルハ是レ亦歐洲ニ於ケル沿革ニ基キタルモノナラン蓋シ羅馬法ニ於テハ今日ノ所謂「連帶」ニ最モ近似セル制度ノ外ニ「ボワッソナード」氏カ採用シタル「全部義務」(obligation intégrale)ト稱スルモノアリテ法律ノ現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キ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尚ホ他ニ數箇アリタリ「ボワッソナード」氏ノ所謂「全部義務」トハ此等ノ場合ヲ指セルモノナリ然ルニ歐洲ノ今日ニ於テハ國ニ依リテハ此ノ如キ區別ヲ認メス例ヘハ獨逸ノ如キハ全然此種ノ區別ヲ認メス唯單ニ「ゲザンムトシュルドフェルヘルトニッス」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説二派ニ岐レ第一説ハ佛蘭西民法ハ唯一ノ連帶ヲ認ムルノミ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「ボワッソナード」氏ノ如キモ亦其一人ニシテ遂ニ舊民法ニ於テモ之ヲ認メタリ蓋シ佛蘭西民法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述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非ストシ

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「ボワッソナード」氏ノ所謂「全部義務」ニ類スルモノアリ即チ第七一四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屆ナリシニ因リ未成年者カ不法行爲ヲ爲シ而モ其未成年者ハ其行爲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爲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リ二人共ニ重複シテ賠償ヲ爲スコトヲ要セサルナリ尙ホ第七一五條ニ於テモ亦之ニ類スル規定ヲ置ケリ同條ノ場合ハ例ヘハ商業ノ主人カ數多ノ丁稚ヲ使用セル場合ニ於テ其丁稚カ商業上ノ事ニ關シ第三者ニ對シテ損害ヲ加ヘタルトキハ其主人ニ於テ責任ヲ負擔スト雖モ其丁稚ハ番頭ノ監督ノ下ニ在リ故ニ番頭ノ監督カ不行屆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クルコトヲ得ヘシ又第七一八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俟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ス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於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シト雖モ我新民法ニ於ケルカ如キ其效力ノ稍ヤ强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非ス若シ連帶ノ必要アラハ當事者ハ特ニ之ヲ約セハ可ナリ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

連帯ハ舊民法ニ於テ認メタルカ如ク遺言ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ例ヘハ遺言者カ甲乙二人ニ各自己ノ財産ノ半ヲ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帯シテ之カ負擔ニ任スヘシト是レ遺言ヨリ生スル連帯ナリ尙ホ法律ノ規定ヨリ生スル連帯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四四條第二項、第七一九條第九一三條、第二項等ニシテ商法ニ於テハ第六三條、第一三六條、第一四六條第二項、第二一六條、第二七三條、第二九九條、第三三九條等法律上ノ連帯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帯ト爲ストノ規定是ナリ(商二七三條)商法ニ於テ此ノ如ク連帯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ツ蓋シ多忙ナル商業上ニ於テ數人ノ債權者ニ對シテ箇箇別別ニ請求ヲ爲サシムルカ如キハ實ニ煩勞ニ堪ヘサルヘク且連帯ハ信用ヲ增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帯ト爲シタルハ全ク會社ノ信用ヲ增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ツルモノナリ

右ノ外現行刑法第四七條ニ於テモ「數人共犯ニ係ル裁判費用、贓物ノ還給、損害ノ賠償ハ共犯人ヲシテ之ヲ連帯セシム」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帯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帯ヲ規定セル場合一層多カリシモ新民法ニ於テハ可成的法律ヲ以テ干涉セス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　連帯債務ノ效力

連帯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二アリ其一ハ連帯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ルコト即チ之ヲ反面ヨリ言ヘハ債權者ハ各務者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四三二條ハ此原則ヲ規定セリ曰ク

　數人カ連帯債務ヲ負擔スルトキハ債權者ハ其債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若クハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得

債權者カ各債務者ニ對シテ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帯債務ニ非サルモ妨ナキ所ニシテ連帯債務ノ特色ニ非ス蓋シ連帯債務ノ特色トスル所ハ債務者ノ一人ニ對シ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルニ在リ玆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帯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四三二條乃至第四四五條ニ於テ殆ト毎條ニ「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非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

トヲ要セサルナリ

第四三四條ノ規定ハ右ノ原則ノ結果トシテ之ヲ視ルコトヲ得サルニ非ス曰ク
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（民訴四八條一號二號參照）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サル間ニ債務者中ノ一人甲カ破産ノ宣告ヲ受ケタリトセンニ此場合ニ於テ債權者ハ如何ナル權利ヲ有スルカ曰ク債權者ハ債務者タル破産者甲ニ對シテ全部ノ請求例ヘハ三千圓ノ債權ヲ有セル場合ニ於テハ三千圓ヲ請求シ得ルヲ以テ其三千圓ニ付キ破産財團ノ配當ニ加ハルコトヲ得ルハ疑ナキ點ナリ然ルニ破産ノ場合ニハ全額ノ辨濟ヲ得ルコト稀ナリ若シ全額ノ辨濟ヲ得タリトセハ別ニ問題ヲ生セス故ニ先ツ甲ノ財團ニ於テ全額ノ辨濟ヲ得ス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サルヘカラサルコト論ヲ俟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トスヘシト雖モ諸君ノ理會ニ便ナラシメンカ爲メ茲ニ之ヲ論センニ此求償權ハ債務者間ニ在リテハ各債務者ノ負擔額ニ據リテ定マリ必スシモ同一額ニ付キ權利ヲ有スルモノニ非ス此等ノ事ニ關スル詳細ノ説明ハ之ヲ後段ニ讓リ今假ニ各債務者平等ニ義務ヲ負ヒタル場合ニ付キ論センニ前例ニ於テ各債務者カ負擔スヘキ金額ハ千圓宛ナリ然ルニ甲ハ千五百圓ヲ支拂ヒタルヲ以テ負擔額ニ超過セル五百圓ニ付テハ乙及ヒ丙ノ支拂フヘキ部分ヲ支拂ヒタルモノナリ又其後ニ至リ乙モ破産ノ宣告ヲ受ケタリト假定センニ此場合ニ於テ債務者ハ殘額千五百圓ニ付テ乙ノ破産財團ノ配當ニ加入シ甲モ亦自己ノ負擔額ニ超過シタル五百圓ニ付テ乙ノ破産財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得然ルニ乙ノ財團ヲ以テ債務ノ十分ノ三ヲ支拂フコトヲ得ルト假定センカ債權者ノ請求ニ對シテハ四百五十圓甲ノ請求ニ對シテハ百五十圓合計六百圓ヲ支拂フコトト爲ル又最後ニ丙カ破産ノ宣告ヲ受ケタリトセンニ此場合ニ於テ債權者ノ請求シ得ル債權額ハ甲ノ財團ヨリ得タル千五百圓ト乙ノ財團ヨリ得タル四百五十圓トノ合計千九百五十圓ヲ減シタル殘額即チ千五十圓ニシテ甲ハ自己ノ負擔部分ヲ超過シテ支拂ヒタル五百圓ヨリ乙ノ財團ヨリ得タル百五十圓ヲ減シタル殘額三百五十圓ニ付キ丙ノ破産財團ノ配當ニ加ハルコトヲ得ヘシ蓋シ甲カ五百圓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非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千五十圓ノ二割即チ二百十圓甲ノ請求ニ對シテハ三百五十圓ノ二割即チ七十圓ヲ支拂フコトト爲ルナリ「ボワッソナード」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モ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ヽルモ自己ノ

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共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非サルハ前ニ說明シタル法條ニ據リテ明カナリ即チ債權者ハ其債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若クハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ(四三二條)故ニ第一說ハ今日ノ法律論トシテハ殆ト價値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絕無稀有ノ場合ナリ今强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淸算ヲ爲サシメ同時ニ其淸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說ノ適用ナシ故ニ第二說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是ナリ隨テ各破産手續カ如何ナル順序ニ於テ結了スルカヲ知ルコト必要ナリ例ヘハ甲ノ破産手續カ最先ニ結了スル場合ニ於テハ債權者ハ債權全部ニ付テ先ツ甲ノ財團ニ對シテ配當ノ加入ヲ爲シ甲ノ資産カ總債權額ノ半額ヲ辨濟スルニ足ルトキハ債權者ハ千五百圓ノ支拂ヲ受ク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産カ總債權額ノ三割ヲ辨濟スルニ足ルトキハ債權者ハ四百五十圓ノ支拂ヲ受ケ丙ノ財團ニ付テハ其殘額即チ千五十圓ヲ請求スルコトト爲ルナリ予ハ此說ノ誤レルコトヲ信ス何トナレハ若シ此說ノ如クセハ連帶債務ノ性質ニ反スルノ結果ヲ生スレハナリ蓋シ今日ノ連帶債務ハ前述セル法條ニ規定セルカ如ク總債務者ニ對シテ全部ノ請求ヲ爲シ得ルコトヲ認メタリ故ニ通常ノ場合ニ付テハ毫モ疑ナク甲、乙、丙ノ三人ヲ相手取リテ各全部ニ付テ訴ヲ起スコトヲ得ルコト勿論ナリ果シテ然ラハ破産ノ場合モ亦同一ナラサルヘカラサルノ理ナリ然ルニ若シ破産ノ場合ニ於テハ權利ニ變更ヲ生スルモノトセハ特別ノ明文ヲ要ス此明文ナケレハ各財團ニ對シテ全部ノ請求ヲ爲シ得サルヘカラス而シテ立法論トシテハ必ス斯ノ如ク規定セサルヘ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非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非スト予之ニ答ヘテ曰ハン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一〇四七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滿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クルモノナルニ唯リ此債權者ノミ完全ナル辨濟ヲ受クルハ甚タ理ニ適セストス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クルモノ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ク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二千百六十圓ノ支拂ヲ受クルコトト爲リ普通ノ債權者ヨリ六百六十圓多ク支拂ヲ受ケ乙ノ財團ニ付テハ三割ノ支拂ヲ受クヘキニ此債權者ハ結局二千百六十圓ヲ得丙ノ財團ニ付テハ二割ヲ受クヘキニ此債權者ハ頗ル多額ノ辨濟ヲ受ク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クル場合ニ於テモ其債權者ハ完全ニ辨濟ヲ受ク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ク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クルノ結果ヲ生スヘキヲ思ハサルヘカラス「ボワッソナード」氏ハ玆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結了シタル者ヨリ辨濟ヲ受ケ其殘額ヲ順次他ノ者ヨリ受取ルノ主義ヲ採ルヘシト其結果ハ第二説ト殘額ノ分配方法ニ付キ差異ヲ生ス予ノ正當ナリト信スル説ニ據レハ債權者ハ甲ヨリ五割（千五百圓）、乙ヨリ三割（九百圓）、丙ヨリ二割（六百圓）、合計三千圓ヲ受クルコトヲ得ヘキモ「ボワッソナード」氏ノ説ニ據レハ第二説ニ於ケルカ如ク二千百六十圓ヲ受クルニ止マルヘシ此三説ハ第二説ヲ矯正セリト言フニ拘ラス毫モ之ヲ矯正シタル實ナシ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四四一條ニ規定セル所ナリ曰ク

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

此規定ノ結果如何ト云フニ前例ノ場合ニ於テハ連帶債務ノ債權者ハ債權全部即チ三千圓ノ辨濟ヲ受ク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巳ニ三千圓ノ請求ヲ受ケツツアルニ其上尙ホ甲ヨリ求償ヲ行使セラルルトセハ三千圓ノ債務ニ對シ三千圓ヲ超過シタル金額ノ請求ヲ受クルコトト爲ルヲ以テナリ故ニ後日乙、丙カ資產ヲ囘復シタル曉ニ於テ請求ヲ爲スハ格別破產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ルヘキ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ス蓋シ後ニ說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〻其畢竟ノ負擔額千圓ナルヘキニ各〻千五百圓ヲ出タスコトト爲レルヲ今各〻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一〇三一條ニ規定セリ曰ク「二人以上ノ共同義務者カ破產シタルトキハ其各義務者ノ破產ニ於テ債權ノ全額ヲ屆出ツルコトヲ得」各自ノ破產財團ノ間ニ於ケル償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償還請求權ヲ有スル者ノ財團ニ歸ス」是レ未タ不明タルヲ免レスト雖モ蓋シ右ニ說明セル所ノ如クナラン佛蘭西破產法ノ解釋トシテモ明文ノ存セサルニ拘ラス學者大抵皆此說ヲ採レリ以上ヲ以テ破產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ス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モ唯一ノ債務者ノ如ク看做サルルノ結果トシテ說明セス他ノ方面ヨリ說明セラレサルニ非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

而シテ第四三三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效又ハ取消ノ原因ノ存スル爲メ他ノ債務者ノ債務ハ效力ヲ妨クルコトナシ

故ニ他ノ債務者ノ債務カ成立セス又ハ取消サレタリトスルモ請求ヲ受ケタル債務者ハ之ヲ援用シテ以テ自己ノ義務ノ一部モ亦成立セス又ハ取消サレタルモノト主張スルコト能ハス此點ハ舊民法ト大ニ異ナル所ナリ尙ホ汎ク第四四〇條ニ規定シテ曰ク

前六條ニ揭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效力ヲ生セス

蓋シ債務ノ一部分ハ畢竟他ノ債務者カ負擔スヘキモノナルヲ以テ其債務者ニ付テ生シタル事項ハ他ノ債務者モ亦之ヲ對抗スルコトヲ得ヘキカ如クナルニ其之ヲ許サ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效力ヲ及ホスノ結果ヲ生ス但事項ノ性質上一身ニ限ルモノハ此適用ナカリシモ此一身ニ限ルモノノ解釋ハ亦頗ル困難ナル問題ニ屬シ法文上此種ノ事項モ亦多少他ノ債務者ニ影響ス

ルモノトセル場合ナキニ非ス此等ハ理論上攻擊ヲ受ケ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

連帶ノ第二ノ效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〻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四三四條ニ曰ク

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

此履行ノ請求ノ效力ニ種種アリ其重ナルモノハ付遲滯及ヒ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效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遲滯ノ後債務ノ目的物カ天災ニ因リテ消滅シタルトキハ若シ履行ヲ爲スヘキ時期ニ於テ履行ヲ了リタランニ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四三四條ノ規定ニ依リ一人ニ對スル請求カ他ノ債務者ニ其效力ヲ及ホスモノナリ

次ニ時效中斷ノ效力ニ付テ説明セン請求ハ時效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效中斷ノ方法カ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四五七條第一項ニ曰ク「主タル債務者ニ對スル履行ノ請求其他時效ノ中斷ハ保證人ニ對シテモ其效力ヲ生ス」ト舊民法ニ於テハ連帶債務ニ付テノ規定モ亦此ノ如クナリシニ新民法ニ於テハ時效中斷ノ方法トシテ一人ニ關スル事項カ他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效ヲ中斷スルモ他ノ債務ニ影響ヲ及ホサヽルナリ

(二) 更改。 第四三五條ニ曰ク

連帶債務者ノ一人ト債權者トノ間ニ更改アリタルト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ニ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セ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サルヘカラス尤モ是レ公益規定ニ非サルカ故ニ反對ノ契約ヲ爲スコトハ自由ナリ今其一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而シテ是其債務者ニ對スル債務ノ免除ニ等シ然ルニ後ニ論スヘキ如ク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此他尚ホ條件附更改ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ債權者ニ於テ條件ヲ附シ他ノ債務者モ亦同一ナル新債務ヲ負擔スルコトヲ承諾セハ舊債務ヲ消滅セシムルコトニ同意セント云フカ如キ是ナリ即チ此場合ニハ他ノ債務者カ更改ノ當事者タルコトヲ承諾スルナ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サ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サルヘカラス

（三）相殺　是レ亦後ニ詳述スヘシト雖モ今玆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四三六條ニ規定シテ曰ク

　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サル間ハ其債務者ノ負擔部分ニ付テノミ他ノ債務者ニ於テ相殺ヲ援用スルコトヲ得

本條ノ第一項ハ殆ト明文ヲ要セス唯第二項ヲ喚起スル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孰レモ債權者タルト同時ニ債務者タル場合ニ於テ其債務ノ目的カ金錢若クハ米穀等ニシテ種類ノ同一ナル物ナリトセンニ若シ相殺ノ意思表示ヲ爲ササルトキハ其結果如何ト云フニ甲ハ乙ニ向ヒテ其債務ノ履行ヲ爲シ乙モ亦甲ニ向ヒテ其債務ノ履行ヲ爲スコトヲ要ス是レ互ニ同額ノ金錢其他ノ物ヲ授受スルコトト爲リ實ニ無益ノ勞ヲ重ヌルモノト謂フヘシ而シテ其結果ヲ見レハ恰モ金錢ヲ授受セサルト同一ニ歸シ而シテ經濟上ヨリ言フモ徒ニ貨幣其他ノ物ヲ準備シ二重ニ之ヲ授受スルハ頗ル無益ノ事ニ屬ス寧ロ初ヨリ金錢ノ授受ヲ爲ササルノ愈レルニ如カス是ニ於テカ當事者ヲシテ金錢ノ授受ヲ爲サスシテ其債權債務ヲ消滅セシムルコトヲ得セシム之ヲ「相殺」ト謂フ是レ相殺ノ一利益ナリ尚ホ他ニ相殺ノ利益一アリ他ナシ若シ甲カ先ツ其債務ヲ履行シタルニ拘ラス乙カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テハ甲ハ已ムコトヲ得ス訴訟ヲ提起シ結局强制執行ヲ爲ササルヘカラサルニ至ルコトアルヘシ訴訟ヲ提起シ强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サ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

前示第四三六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コト多カルヘシ）是レ債權者ノ自由ニシテ法律ノ敢テ禁セサル所ナリ此場合ニ於テ乙ハ唯一ノ債務者ト看做サルルカ故ニ全部ノ辨濟ヲ爲サヽルヘカラス而シテ乙ハ甲ニ對シ求償權ヲ有スルヲ以テ甲ハ自己ノ負擔部分千圓ヲ乙ニ支拂ヒ債權者ニ對シテハ三千圓ノ履行ヲ請求セサルヘカラサルノ理ナリ然ルニ若シ其間ニ債權者カ無資力ト爲ランカ甲ハ必ス損失ヲ被ルニ至ルヘシ是ヲ以テ法律ハ當事者ノ普通ノ意思ヲ推測シ且便宜ニ基キテ第四三六條第二項ノ規定ヲ爲スニ至レリ即チ「右ノ債權ヲ有スル債務者カ相殺ヲ援用セサル間ハ其債務者ノ負擔部分ニ付テノミ他ノ債務者ニ於テ相殺ヲ援用スルコトヲ得」ルモノトセリ例ヘハ前例ノ場合ニ於テ乙ハ甲カ債權者ニ對シテ三千圓ノ債權ヲ有スルコトヲ知ラハ債權者ノ請求ニ對シテ甲ノ有セル債權ノ全額即チ三千圓ニ付テハ相殺ヲ援用スルコトヲ得サルモ甲ノ負擔部分千圓ニ付テハ相殺ヲ援用スルコトヲ得ヘシ其結果乙ハ二千圓ヲ支拂ヘハ債權全部消滅シ甲ハ千圓ニ付テノ償還義務ヲ免レ乙ハ唯丙ニ對シヲ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リシトキハ二千圓ヨリ多ク請求スルコトヲ得ルコト勿論ナリ）ニ付テ請求スルコトヲ得ヘシ故ニ債權者ト甲トノ間其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責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四三七條ニ規定セリ曰ク

連帶債務者ノ一人ニ對シテ爲シタル債務ノ免除ハ其債務者ノ負擔部分ニ付テノミ他ノ債務者ノ利益ノ爲メニモ其效力ヲ生ス

是レ恰モ相殺ノ場合ト同一ナリ即チ前例ニ於テ債務者ノ一人甲カ免除ヲ得タルトキハ乙ハ其負擔部分即チ千圓ヲ差引キ二千圓ヲ支拂ヘハ債權全部消滅ス是レ相殺ノ場合ト同シク訴權ノ輪回ヲ避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シタリトスレハ千圓ニ付テハ甲ニ其償還ヲ請求スヘク又甲ハ債權者ニ對シテ之ヲ請求セサルヘカラス即チ初ニ請求ヲ爲シタル者カ請求輾轉ノ結果終ニ請求ヲ受クルコトト爲ル是ヲ訴權ノ輪回ト謂フ此ノ如キハ實ニ煩ハシキ手數ヲ要スルノミナラス其間ニ無資力者ヲ生セハ損失ヲ被ル者ヲ出タシ大ニ不公平ノ結果ヲ生スルヲ以テ右ノ規定ニ依リ此等ノ弊害ヲ避ケシメタリ

（五）混同　混同ハ後ニ詳述スヘキ如ク是レ亦債權消滅ノ原因ナリ唯混同ハ上來述ヘタル所ノモノト少シク其趣ヲ異ニシ債務者カ債權者ノ權利ヲ承繼スルカ又ハ債權者カ債務者ノ義務ヲ承繼スル場合ニ起ルモノニシテ多クハ相續ノ場合ニ生ス前例ノ場合ニ於テ債權者カ甲ニ相續シ又ハ甲カ債權者ニ相續シタリトセハ此ニ混同ヲ生ス此混同ノ結果ハ如何ニ連帶債務ニ影響スルカ是レ第四三八條ノ規定セル所ナリ同條ニ曰ク

連帯債務者ノ一人ト債權者トノ間ニ混同アリタルトキハ其債務者ハ辨濟ヲ爲シタルモノト看做ス

何故ニ混同ハ債務消滅ノ原因タルカト云フニ予ノ見解ニ據レハ一人カ同時ニ債權者タリ債務者タルヲ以テ自ラ辨濟シタルモノト看ルヘキノミ第四三八條ハ此主義ヲ十分ニ言ヒ表ハシタルモノナリト信ス但縱令如何ナル主義ヲ採用スルモ其結果ハ此ノ如ク爲ルモノトスルヲ最モ穩當トス前例ノ場合ニ於テ甲ハ債務者ノ一人タリ又債權者タルヲ以テ此者ハ債權者トシテハ乙、丙ニ對シテ全額ノ請求ヲ爲スノ權利アリ債務者ノ一人トシテハ千圓ノ負擔部分ヲ有ス故ニ他ノ債務者カ全部ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ自己ノ負擔部分ヲ辨濟者ニ償還スルノ義務ヲ負擔スルモノナルヲ以テ甲カ乙ニ對シテ全部ノ請求ヲ爲シタリトセハ甲ハ自己モ其義務ノ一部ヲ負擔シツツ却テ自己ノ義務ノ履行ニ付テマテ他人ヲ責ムルカ如キ不條理ニ陷ルヘシ然レトモ債權者ノ資格ヨリ言ヘハ甲ハ乙、丙ニ對シテ全部ノ請求ヲ爲シ得サルヘカラス是ニ於テカ種種ノ說明ヲ爲ス者ヲ生ス予ノ說ニ依レハ甲自ラ辨濟ヲ爲シタルモノト看做スヲ以テ甲ハ乙及ヒ丙ニ對シテ千圓宛ノ求償權ヲ有スルニ過キスト云フニ歸スルモ羅馬法以來唱ヘ來レル「擔保ノ義務ヲ負フ者ハ自ラ追奪ヲ爲スコトヲ得ス」トノ格言ノ一ノ適用ナリト爲ス者アリ即チ甲ハ若シ乙カ全部ノ辨濟ヲ爲シシナラハ甲ハ乙ニ對シテ千圓ヲ支拂ハサルヘカラス即チ廣キ意味ニ於ケル擔保義務ヲ有ス此義務者カ自ラ乙ニ對シテ其義務ノ原因ト爲ル所ノ全部ノ請求ヲ爲スコト能ハス即チ此等ノ擔保義務ヲ負擔スル者カ他ノ者ニ向ヒテ擔保義務ノ生スル原因ヲ作ルコト能ハサルモノトセリ尚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、丙ニ對シ各、其負擔部分ノミヲ請求スルコトヲ得ルモノトスルニ至レリ故ニ其結果ハ恰モ予カ說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囘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ルルコトト爲ルヲ以テ初ヨリ請求シテ受取ラサルニ如カス第四三八條ハ即チ此訴權ノ輪囘ヲ避ク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說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四三八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

（二八）時效。一人ノ債務者ニ對シテ時效カ完成シタル場合ニ他ノ債務者ニ對シテ效力ヲ及ホスヤ否ヤ是レ第四三九條ノ規定セル所ナリ同條ニ曰ク

連帯債務者ノ一人ノ爲メニ時效カ完成シタルトキハ其債務者ノ負擔部分ニ付テハ他ノ債務者モ亦其義務ヲ免ル

時效ハ相殺、免除、混同等ト同シク債務消滅ノ一原因ナリ時效ニ因リテ連帯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ンカ其結果如何ト云フニ債權者ハ時效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效ハ免除、相殺又ハ更改等ト同一視スルコトヲ得ス即チ相對的ニ或人ノミニ對シテ完成ス

ト云フカ如キコトナシ故ニ一タヒ時效カ完成セハ絕對ニ效力ヲ生シ之ニ因リテ債權ハ全ク消滅スルモノト謂ハサルヘカラス是ニ於テカ左ノ結果ヲ生ス例ヘハ乙カ全部ノ辨濟ヲ為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效ノ完成ヲ援用シテ其支拂ヲ拒ムヘシ其結果乙ハ甲ノ部分ヲモ負擔セサルヘカラサルコトト為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ン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、混同等ニ付キ說明シタル如ク訴權ノ輪囘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為ラハ甲ハ損害ヲ被ルヘシ蓋シ時效ナルモノハ主トシテ權利者ノ怠慢ニ對スル制裁ト謂フヘキモノ即チ權利カ長期間不確實ノ狀態ニ在ルコトハ公益ニ害アリトシ長ク權利ヲ行ハサル怠慢者ハ法律ノ保護ヲ受クルコトヲ得サルモノトシ時效ニ因リテ權利ヲ失ハシムルモノナリ前例ノ場合ニ於テハ債權者ハ甲ニ對シテハ怠慢者ト看做サルルモノナルカ故ニ甲ハ其義務ヲ免レ其結果怠慢者一人ノミ損失ヲ甘スヘキコトハ當然ニシテ乙、丙ニ對シテハ甲ノ負擔部分ヲ減シタル殘額ノ請求ヲ為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為ルヘキカ曰ク然ラス丙ノ資力ノ足ラサル部分ハ元來甲ト乙トカ分擔スヘキモノニシテ此場合ニ於テハ甲ノ負擔部分カ增加シタルモノト謂ハ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效カ完成シタリトセハ他ノ者

ニ對シテ完成セサルコトナシ隨テ一人ニ付テハ債務消滅シ他ノ者ニ付テハ消滅セサルノ理ナシト然レトモ連帶債務ナルモノハ各債務者ニ付キ其原因ノ同一ナルコトヲ要セス隨テ債權ノ性質異ナリ得ルモノナリ稀ナル例ナルモ甲ハ商業ノ為メニ、乙ハ商業以外ノ用ニ充テンカ為メニ、丙モ亦乙ト同樣ノ趣旨ニテ三人ニテ金錢ヲ借リタル場合ニハ特約アラサルモ連帶アリ(商二七三條)然レトモ其各自ノ債務ノ性質ハ同シカラス即チ一人ノ債務ハ商行為ヨリ生シタル債務ニシテ他ノ二人ノ債務ハ然ラサルナリ商行為ヨリ生シタル債務ハ時效期間五年ニシテ他ノ債務ハ十年ナリ故ニ甲ニ對シテハ時效ノ完成期早シ又連帶債務者ノ一人ノ為メニハ期限又ハ條件ノ附隨セ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效ハ早ク完成シ條件又ハ期限附ノ債務ハ後ニ完成スルコトアリ得ルヲ以テ一人ニ對シテハ時效カ完成スルモ他ノ人ニ對シテハ完成セサルコトアリ得ヘシ又時效中斷ノ中ニテ相對的中斷即チ承認、差押等ニ因リテ中斷ノ生スル(請求ニ依ル時效中斷ハ前述セルカ如ク第四三四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效停止ノ原因ハ人ニ就テ存スルモノ多キヲ以テ是レ亦時效完成ノ遲速ヲ生スルコトアリ但停止原因ハ債權者ニ就テ存スルモノハ多キモ債務者ニ就テ存スルモノハ少シ然レトモ其場合ナキニ非ス例ヘハ第一五九條乃至第一六一條等ノ場合ニ於テハ債務者中ノ一人ニ對シテ時效ノ停止アリ他ノ者ニ付テハ其停止アラサルコトアリテ隨テ時效ノ完成期ヲ異ニスルコトアリ此ノ如キ場合ニハ總テ右ノ第四三九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說明シ了リタルヲ以テ次ニ第二、債務者相互間ノ關係ニ付テ說明セントス

第二　債務者相互間ノ關係

「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擧ケテ之ヲ説明スレハ相親メル甲、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全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往債務者中ノ一人タル甲ノミ眞ノ借主ニシテ他ノ二人ハ殆ト保證人タルノ狀態ニ在ルモ單ニ保證人ト爲ルノミニテハ信用薄キニ由リ故ラニ連帶債務者ト爲レルカ如キ場合尠シトセス又甲乙二人各、其半額ヲ費消シ丙ハ全ク好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尚ホ前三例ノ外ニ甲、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四二七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

第一ノ場合即チ甲一人カ債務ノ全額ヲ負擔セル場合ニ於テ甲カ其全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ債務ハ全ク消滅スヘシ即チ啻ニ債權者ニ對シテ消滅スルノミナラス債務者間ニ於テモ亦何等ノ關係ヲモ殘スコトナシ之ニ反シテ乙若クハ丙カ辨濟ヲ爲シタルトキハ其全部ノ辨濟タルト一部ノ辨濟タルトヲ問ハス其辨濟額ヲ甲ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘシ

第二ノ場合即チ甲乙二人ニテ債務額ノ全部ヲ消費シタルトキニ於テモ第一ノ場合ト同シク現ニ消費シタル甲乙二人ニテ各、其半額ヲ辨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ル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非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サリシ者ナリトセン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俟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サル丙ノ如キハ毫モ其義務ヲ負フコトナシ而シテ若シ右ノ場合ニ於テ甲カ其全部ヲ辨濟シタルトキハ自己ノ負擔部分ヲ除キタル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濟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濟セハ復タ何等ノ關係ヲモ殘スコトナシト雖モ若シ其一人カ全部若クハ自己ノ負擔部分ヨリ多クノ金額ヲ辨濟シタルトキ例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

甲ハ千五百圓ヲ辨濟スレハ足ルニモ拘ラス全部ヲ辨濟シタルトキノ如キ其負擔部分ヲ超過セル金額ニ付テハ乙及ヒ丙ニ對シテ請求スルコトヲ得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濟ヲ爲サヽリシコトヲ要ス若シ又乙カ千五百圓ヲ辨濟シタルトキハ畢竟其負擔以外ニ五百圓ヲ辨濟シタルモノナルカ故ニ其負擔以外ノ辨濟額ハ甲、丙孰レニ對シテ之カ請求ヲ爲スモ可ナリ或ハ兩人ニ對シテ一部分宛ノ請求ヲ爲スモ亦可ナリ是レ他ナシ甲ハ千五百圓ノ負擔ヲ有シ丙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濟シタリトセハ自己ノ負擔部分ヲ超過シタル辨濟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

求償權ノ原則ハ第四四二條第一項ニ之ヲ規定セリ曰ク

連帶債務者ノ一人カ債務ヲ辨濟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説明セリ蓋シ辨濟ノ場合ハ最モ普通ニシテ且最モ明瞭ナル場合ニ屬スレハナリ然レトモ縱令辨濟ニ非サルモ自己ノ出捐ヲ以テ免責ヲ得タルトキ例ヘハ第四三五條ノ場合ニ於テ連帶債務者ノ一人カ債權者ト債務ノ全部ニ付キ更改契約ヲ結ヒタルトキハ債務者全體カ舊債務ニ付キ免責ヲ得ルモノトス今更ニ設例セハ三人ノ連帶債務者中甲一人ニテ新債務ヲ負擔シタルトキハ之カ爲メニ他ノ債務者乙、丙モ亦其義務ヲ免ルルカ故ニ辨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四三六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四三八條ニ於ケル混同ノ場合ノ如キモ亦同一理ナリ（此場合ニハ特ニ「辨濟ヲ爲シタルモノト看做ス」ト云ヘルカ故ニ疑ナシ）

又此處ニ明文ナキモ契約自由ノ原理ニ依リ和解ニ因リテ債務ヲ免レタリトセンカ和解ノ當事者タル債務者カ和解ニ因リテ他ノ債務者モ債務ヲ免レタルコトヲ證明セハ此等ノ債務者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ連帶債務ノ成立ニ付キ債權者ト債務者トノ間ニ爭アルニ方リ債務者ノ一人カ和解ヲ爲シタルニ因リ債務者ハ皆辨濟ヲ爲スコトヲ要セサルコトト爲リタル後其債務者カ他ノ債務者ニ對シテ債務ノ成立セシコトヲ證明シタル場合ノ如キ是ナリ其他所謂無名契約即チ特ニ法典ニ規定セサル契約ニ因リテ出捐ヲ爲シ以テ責任ヲ免ルル場合ノ如キモ亦容易ニ想像シ得ル所ナリ斯ル場合ニ於テモ他ノ債務者ノ負擔部分ニ應シテ求償ヲ爲スコトヲ得ヘキコト總テ辨濟ノ場合ニ於ケルト同一ナリ（以下便宜ノ爲メ各債務者カ平等ニ債務ヲ負擔セル場合ノミニ付テ論スヘシ）

然ラハ連帶債務者間ニ於ケル求償權ノ範圍如何是レ第四四二條第二項ニ規定セル所ナリ曰ク

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

無償ニテ義務ヲ免レタル場合ハ求償權ヲ有セス是レ蓋シ其債務者ハ何等ノ出捐ヲモ爲サヽリシヲ以テ

他人ヲシテ償ハシムヘキモノアラサレハナリ而シテ純然タル免除ニ付テハ第四三七條ノ規定アルカ故ニ一人ニ對スル債務ノ免除ハ其者ノ負擔部分ニ付テノミ他ノ者ニ對シテ效力ヲ生ス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ス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非サルモ債權者ヨリ免除ノ意思表示ヲ受ケ尚ホ債權者ヨリ他ノ債務者乙、丙ノ爲メニモ免除スル旨ヲ言傳フルコトヲ託セラレタル場合ニ於テ甲カ之ヲ乙、丙ニ向ヒテ其旨ヲ通シタリトセハ之ト同時ニ免除ノ效力ハ全債務者ニ及フモノトス蓋シ此場合ニ於テハ甲ハ債權者ノ代理人トシテ乙、丙ニ意思表示ヲ爲スモノト謂フコトヲ得ヘケレハナリ其他或ハ債權者カ債務者ノ一人甲ヲ全債務者ノ代理人ト看做シテ之ニ免除ノ意思ヲ表示シタル場合ノ如キ後日乙、丙カ追認ヲ爲シタルトキハ亦同シク全員ニ對シテ免除ノ效力ヲ生ス

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（財五〇六條二項）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ス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スル場合ニ於テハ免除ニ因リテ全債務者カ債務ヲ免ルルコトアルヘキノミ而シテ此等ノ場合ニ於テハ復タ求償權ノ問題ヲ生セス唯免除ヲ受クルニ付キ其局ニ當リタル者カ必要ナル費用ヲ支出シタルトキ例ヘハ其債務ニ關シ談判ヲ爲スニ付キ人力車ヲ雇ヒテ往復シ又ハ債權者カ遠隔ノ地ニ住セルカ爲メ汽車又ハ汽船等ニ乘リ其他旅費ヲ要シタル如キ場合ニ於テハ債務者間ニ於テ各ゝ其一部ヲ負擔スヘキノミ

右ノ外尚ホ出捐ヲ以テ免責ヲ受クル場合尠シトセス而シテ辨濟以外ノ場合ニ於テハ其出捐額ト債務額トノ間ニ差異アルコト稀ナリトセス例ヘハ純然タル更改ヲ爲シタルトキノ如キ若クハ後ニ説明スヘキ代物辨濟ヲ爲シタル場合ノ如キモ辨濟ト同一ノ效力ヲ生スルモノナリ而シテ此等ノ場合ニ於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ク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、丙ニ對シテ各ゝ六百六十六圓餘ヲ請求スルコトヲ得ヘキノミ此他ノ場合ニ於ケルモ皆同一理ナリ之ニ反シテ出捐額カ債務額ヨリ多キ場合例ヘハ債務者ノ一人甲カ三千圓ノ負債ニ對シ實價三千五百圓若クハ四千圓ノ價格ヲ有セル不動產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產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ツルモノニシテ而モ之カ爲メニ他ノ債務者ノ利益ト爲ルモノナルカ故ニ其辨濟等ニ因リテ免責ヲ得タル者ニ損失ヲ歸スヘカラス前例ノ如キ三千圓ノ負債ニ對シ四千圓ノ出捐ヲ爲シタル者カ自ラ千圓ノ損失ヲ被ルハ已ムコトヲ得サル所ナレトモ三千圓ノ負債ニ對シ正當ニ三千圓ノ出捐ヲ爲シタルカ又ハ債務額以內ノ出捐ヲ爲シテ以テ債務ヲ免レタル場合ニ於テハ他ノ債務者ハ其出捐者ヲシテ毫モ損失ヲ受ケシムヘカラス是レ實ニ法律ノ精神ナリ是故ニ法律ハ他ノ債務者ヲシテ辨濟其他免責行爲ヲ爲シタル日以後ノ法定利息ヲ拂ハシムルコトトセリ蓋シ金錢ナルモノハ通常ノ場合ニ於テハ之ヲ他ヨリ借用セハ之ニ對スル利息ヲ拂フヘク又之ヲ他ニ貸與セハ相當ノ利息ヲ取ルコトヲ得ヘキニ之ヲ以テ辨濟ニ充テタリトセハ則チ其利息ヲ損失スルモノト謂ハサルヘカラス是ニ於テカ前例ニ於テ甲ハ乙又ハ丙ニ對シ各千圓ニ相當スル法定利息ヲ請求スルコトヲ得ヘキナリ加之此「法定利息」ナルモノハ通常ノ場合ニ於テハ金錢ノ使用ニ對スル損害ノ賠償ニ代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〻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リ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數料至テ僅少ナルニ拘ハラス仍ホ多少ノ費用ヲ要スルヲ免レス商品ヲ送ルカ如キニ至リテハ通常更ニ多クノ費用ヲ要スルカ故ニ此等ノ費用其他前ニ述ヘタルカ如ク談判ノ結果減額ヲ受クルニ至リタル場合ニ於テ其談判ノ爲メニ支辨シタル費用ノ如キモ亦之ヲ請求スルコトヲ得ヘシ此等ハ概シテ法文ノ所謂「費用」ノ中ニ包含セルモノトス其他「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擧クレハ例ヘハ他ノ債務者乙、丙カ義務ヲ果タササルニ因リ甲カ自己ノ營業資本ニ充テンカ爲メニ準備セル金錢ヲ投シテ以テ全部ノ辨濟ニ充テタル如キ場合ニ於テ之カ爲メニ甲カ商業上ニ損害ヲ被ルニ至リタルトキハ甲ハ乙、丙ヲシテ其損害ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ又甲カ辨濟ニ充ツルカ爲メ金錢ヲ借ラントスルモ容易ニ低廉ナル利息ヲ以テ借入ルルコト能ハサルカ爲メ已ムコトヲ得ス自己所有ノ財產ヲ賣却シテ辨濟ヲ爲シタル場合ノ如キモ遽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何レ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ヘキ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、丙モ亦同一ノ土地ニ住居

セルカ故ニ甲カ辨濟スルニ先チテ乙、丙ニ通知セハ各自其擔部分ヲ支拂フヘカリシニ拘ラス獨斷ヲ以テ高利ノ金錢ヲ借リ若クハ自己ノ財産ヲ廉價ニ賣却シテ辨濟シタルカ如キ場合ニ於テ其損失ヲ賠償セシムルコトヲ得サルコト論ヲ俟タス

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非サル限ハ毫モ之ヲシテ損失ヲ被ラシムヘカラサルナリ

以上ハ求償權ニ關スル原則ノ説明ナリ是ヨリ辨濟ノ場合ニノミ存スル代位ナルモノニ就テ説明セン是レ第五〇〇條ニ規定セル所ニシテ其詳細ニ至リテハ之ヲ後ニ讓リ今其大體ヲ説明センニ債權者カ有セシ所ノ一切ノ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サルトキハ其抵當權若クハ質權ヲ實行シテ之ニ依リテ辨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産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是レ固ヨリ言フヲ俟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四四三條ニ曰ク

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分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ハ相殺ノ場合是ナリ相殺ハ既ニ説明シタルカ如ク新民法ノ主義ニ據レハ對抗ニ由リテ其效力ヲ生スルモノナルカ故ニ對抗ヲ爲スマテハ債務消滅セリト謂フコトヲ得ス例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スシテ之ヲ甲ニ爲シタルニ甲ハ乙カ債權ヲ有セルコトヲ知ラ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ク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四三六條第二項ノ規定ニ據リテ予ノ債權ヲ對抗シテ相殺ヲ行フコトヲ得タリシニ拘ラス何等ノ通知ヲモ爲サスシテ直チ

ニ全部ノ辨濟ヲ爲シタルカ故ニ予ハ爾ノ請求ニ應スルコトヲ得ス」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全部即チ三千圓ノ辨濟ヲ受ケ乙ハ債權者ニ對シテ有セシ千圓ノ債權ヲ以テ自己ノ負擔部分ノ辨濟ニ充テタリトセハ現在ノ狀態ニ於テハ債權者ハ三千圓ノ支拂ヲ受ケ而モ乙ニ對スル千圓ノ債務ヲ辨濟スルコトナクシテ其債權關係消滅シ乙ハ自己ノ負擔部分タル千圓ヲ支拂ハサルモ債權者ニ對シテ有シタル千圓ノ債權ヲ失ヒタルカ故ニ結局何等ノ損益ナシ然ルニ甲ハ本來自ラ千圓ヲ負擔シ他ノ二千圓ハ乙、丙ヨリ之カ償還ヲ受クヘカリシニ唯丙ヨリ千圓ヲ得ルノミニシテ他ノ千圓ハ自ラ之ヲ負擔セサルヘカラサルニ似タリ是ニ於テカ債權者ハ不當ニ千圓ノ利得ヲ受ケ甲ハ縱令過失アリトハ雖モ意外ニ千圓ノ損失ヲ受クルノ結果ヲ生スヘシ是レ決シテ不問ニ付スルコトヲ得ス必スヤ不當利得ヲ爲シタル者ヨリ其利得ヲ償還セシメサルヘカラス即チ此場合ニ於テ甲ハ債權者ニ對シテ千圓ヲ請求スルコトヲ得ルハ第七〇三條ノ原則ニ據リ毫モ疑ナキ所ナリト雖モ今一歩ヲ進ミテ如何ナル名義ノ下ニ請求ヲ爲スヘキカト問ハハ是レ一ノ疑問ニ屬ス若シ初メ辨濟シタル三千圓ノ中千圓ハ過剩ナリシトシテ之カ返還ヲ求メンカ乙カ債權者ニ對シテ有セシ債權ハ之ヲ如何ニスヘキカ乙ハ素ト其債權ヲ有セシカ故ニ甲ニ對シテ支拂ヲ拒ミタルモ債權者ニ對シテハ曾テ相殺ヲ對抗シタルコトナシ然ルニ相殺ナルモノハ後ニ說明スヘキカ如ク當事者ノ一方ヨリ其相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス(五〇六條)モノナルカ故ニ右ノ場合ニ於テ債權者タル乙カ其債權ニ付テハ債務者タル連帶債務ノ債權者ニ對シテ意思表示ヲ爲スニ非スンハ其債權者ニ對シテ相殺ノ行ハレサルコト言フヲ俟タス然ルニ乙ハ曾テ債權者ニ對シテ相殺ノ意思表示ヲ爲

シタルコトナキコト前述ノ如クナルカ故ニ相殺ノ行ハレサルコト明カナリ果シテ然ラハ如何ナル方法ニ依ラハ則チ可ナランカ曰ク純然タル理論上ヨリ觀ルトキハ債權者ハ其千圓ヲ乙ニ返濟シ乙ハ又更ニ之ヲ甲ニ支拂ヘハ可ナルモノノ如シ然リト雖モ若シ此ノ如クスルトキハ畢竟乙ハ未タ義務ヲ免レサリシコトヲ表彰スルモノニシテ是レ法律ニ於テ認メサル所ナリ且此ノ如クセハ啻ニ煩雜ナルノミナラス往往其間ニ無資力者ヲ生シ隨テ損失ヲ被ル者ヲ生シ不公平ノ結果ト爲ルカ故ニ斷シテ右ノ如キ理論ニ拘ルヘカラス是ニ於テカ結局債權者ヨリ直チニ甲ニ返還セシムルノ外ナシ但漠然前ニ受取リタル千圓ヲ返還スルト云フヲ以テ足レリト爲スコトヲ得ス然ラハ甲カ債權者ニ對シテ乙ニ代リテ相殺ノ意思表示ヲ爲スト云フカ如キ途ニ出テサルヘカラサルカ是レ甚タ理論ニ適合セサルノミナラス實際ニ於テモ亦不可ナルモノアルカ如シ何トナレハ甲カ債權者ニ三千圓ノ辨濟ヲ爲シタル當時ニ在リテハ其辨濟ニ何等ノ缺點ナカリシモノナレハナリ蓋シ相殺ナルモノハ對抗セラレタル時ヨリ其效力ヲ生スルモノナルヲ以テ未タ對抗ヲ爲ササル前ニ於テハ三千圓ノ債權ハ全部存在シタルモノナルカ故ニ甲カ之ヲ辨濟シタルハ當然ノ事ニシテ其辨濟ハ全部有效ナリシモノト謂ハサルヘカラス然ルニ其後ニ至リテ相殺ヲ對抗スルハ既ニ機ヲ失シタルモノニシテ債權者ノ債權カ消滅シタル後ニ至リ其債務ヲ捉ヘ來リテ以テ相殺ヲ行ハントスルハ決シテ爲シ得ヘカラサル事ニ屬ス加之實際ニ於テモ債權者ハ辨濟トシテ三千圓ヲ領收シ以テ自己ノ債權ヲ行使シ了リタルモノナリ然ルニ乙カ債權者ニ對シテ有セル債權ニハ往往ニシテ擔保ノ附隨セルコトアリ斯ル場合ニ於テハ此擔保ヲ全ク無效ニ歸セシムルコトハ實際ニ於テモ必要ヲ見サル所ナリ蓋シ債權者カ辨濟ヲ受クルニ方リテハ其負フ所ノ債務ハ別ニ之ヲ履行スルノ意思ナリシナリ然ルニ其債務ハ抵當若クハ質ヲ以テ擔保セルモノナル場合ニ於テハ成ルヘク此擔保ヲ利用ス

ルハ當然ニシテ敢テ之ヲ無效トスルノ必要ヲ見サルナリ或ハ種種ノ假定ヲ爲シテ乙カ甲ニ相殺シタルハ即チ債權者ニ對シテ對抗シタルト同一ナリト論スル者ナキヲ保セスト雖モ是レ頗ル理論ニ適セサルノミナラス又其必要ナキコトト謂ハサルヘカラス即チ甲ニ對スル意思表示ヲ以テ債權者ニ對スル意思表示ト視ルコトハ既ニ其當ヲ得ス況ヤ有效ニ消滅シタル債權ニ對シテ相殺ヲ對抗スルト云フカ如キニ至リテハ不道理モ亦極マレルモノナルニ於テオヤ是レ我民法ノ之ヲ採用セサリシ所以ナリ以上論スル所ニ由リテ觀レハ結局乙カ債權者ニ對シテ有セシ所ノ權利ヲ甲カ代リテ之ヲ行フコトト爲ササルヘカラス是レ我民法ノ採用セル所ニシテ前示第四四三條第一項但書ノ規定即チ是ナリ此規定ニ從フトキハ何人モ異議ヲ挾ムコトヲ得サルヘシ即チ第一ニ乙カ異議ヲ唱フルノ理ナシ何トナレハ乙ハ其意初ヨリ相殺ニ由リテ其義務ヲ免ルルト同時ニ其債權ヲ消滅セシムルニ在レハナリ次ニ債權者ニ於テモ既ニ全部ノ辨濟ヲ受ケタル以上ハ乙ニ對スル債務ハ自ラ別ニ之ヲ辨濟スルノ心算ヲ有シタルモノト謂フヘク已ニ此意思アランカ其債務ノ履行ヲ受クル者カ乙タルト將タ甲タルトヲ問フコトヲ要セサルナリ最後ニ甲ニ在リテモ亦別ニ異議アルノ理ナシ何トナレハ甲ハ既ニ過失アルカ故ニ自ラ其責ヲ負フノ覺悟ナカルヘカラサルニ右ノ規定アルカ爲メニ其損失ヲ免レ唯過失ナカリシナラハ當然乙ニ對シテ千圓ノ請求ヲ爲シ得タル代リニ今ハ債權者ニ對シテ同一金額ノ請求ヲ爲ササルヘカラサルニ過キサレハナリ唯事實上乙ニ對シテ請求スルト債權者ニ對シテ請求スルトニ於テ孰レカ利益ナルカ換言セハ其孰レカ資力ニ富ムカノ問題ヲ殘スノミ故ニ原則トシテハ甲カ損失ヲ被ルモノト謂フコトヲ得ス況ヤ乙カ債權者ニ對シテ有セシ所ノ債權ニハ前述ノ如ク擔保ノ附隨セルコトナシトセサルニ於テオヤ斯ル場合ニ於テハ乙ニ對シテ請求スルヨリモ却テ甲ノ利益ト爲ルコト多カルヘシ故ニ右ノ規定ハ極メテ穩當ナルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ諸君或ハ曰ハン「果シテ然ラハ何故ニ特ニ斯ル規定ヲ設ケタルカ甲ハ乙ニ對シテ求償權ヲ有シ乙ハ更ニ債權者ニ對シテ債權ヲ有スルモノトスルモ歸著スル所ハ同一ニ非スヤ」ト又或ハ曰ハン「辨濟者甲カ他人ノ債權ヲ代リテ行フカ如キコトヲ要セス單ニ甲ヨリ直チニ債權者ニ對シテ前ニ辨濟シタル三千圓ノ中千圓ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノト爲スモ理論ハ姑ク措キ實際上何等ノ支障ナク是レ亦右ノ規定ト同一ノ結果ヲ得ルニ非スヤ」ト是レ兩ナカラ非ナリ請フ之ヲ論セン

右第一ノ批難ノ如クセハ一方ニ於テハ乙ニ求償ノ義務アルコトヲ認メ他ノ一方ニ於テハ債權者ニ對スル債權ノ履行ヲ求ムルコトヲ得ルコトト爲ルカ故ニ乙ハ償還ヲ爲サンカ爲メ先ツ千圓ノ現金ヲ調ヘ之ヲ甲ニ辨償シ而シテ更ニ債權者ニ對シテ千圓ヲ請求セサルヘカラサルニ至リ乙ニ取リテハ甚タ不利益ニシテ且煩ニ堪ヘサル所ナリ加之若シ債權者カ無資力ト爲ルトキハ其結果ハ全ク乙ノ損失ニ歸スルニ至ルヘシ然ルニ元來乙ニハ何等ノ過失ナキヲ以テ乙ヲシテ毫モ損失ヲ被ラシムヘキニ非ス甲コソ實ニ乙ニ通知セスシテ辨濟シタルノ過失アルカ故ニ債權者ノ無資力ニ因ル損失ハ甲之ヲ負擔スルヲ當然トスヘケレ隨テ手數ノ煩累ト權利實行ノ危險トハ甲ノ辭スルコトヲ得サル所ニシテ決シテ之ヲ乙ニ負擔セシムルコトヲ得ス即チ甲ハ乙ニ對シテ先ツ求償權ヲ行ヒタルニ乙之ニ應セスシテ相殺ヲ對抗スルトキハ甲ハ轉シテ債權者ニ對シテ請求スルノ外ナク其間ニ於テ債權者カ無資力ト爲ルコトアラハ已ムコトヲ得ス自ラ其結果ヲ受クヘキノミ是レ素ト甲ノ過失ニ基クモノニシテ自業自得ト謂ハサルヘカラス

第二ノ批難ハ等シク債權者ニ請求スル以上ハ他人ノ債權ノ履行ヲ求メサルモ自己ノ爲シタル過剩部分

ノ返還ヲ求ムルヲ至當トスヘキニ非スヤト云フニ在レトモ前ニモ一言シタル如ク乙ノ債權ノ爲メニ擔保ノ附隨セル場合ノ如キ其他或ハ證書カ公正證書ナルカ爲メ直チニ强制執行ヲ爲スコトヲ得ル等種種ノ利益アリ得ルカ故ニ單ニ不當利得ノ原理ニ基キテ一旦辨濟シタルモノヲ返還セシムルト乙ノ債權ヲ代リ行フトハ甲ノ爲メニ頗ル利害ノ異ナルモノアリ況ヤ既ニ論シタル如ク一旦有效ニ辨濟ヲ爲シタルモノヲ返還セシムルハ理論上頗ル不當ナルニ於テオヤ是ヲ以テ我民法ハ第二ノ批難ニ從ハサリシナリ

辨濟者ノ過失アル第二ノ場合ハ第四四三條第二項ニ之ヲ規定セリ曰ク連帶債務者ノ一人カ辨濟其他自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タルコトヲ他ノ債務者ニ通知スルコトヲ怠リタルニ因リ他ノ債務者カ善意ニテ債權者ニ辨濟ヲ爲シ其他有償ニ免責ヲ得タルトキハ其債務者ハ自己ノ辨濟其他免責ノ行爲ヲ有效ナリシモノト看做スコトヲ得

是レ既ニ述ヘタル同條第一項ノ場合ト反對ニシテ甲カ全部ノ辨濟ヲ爲シ直チニ其旨ヲ乙、丙ニ通知スレハ可ナリシニ其通知ヲ爲ササリシカ爲メ乙又ハ丙ハ之ヲ知ラスシテ債權者ニ辨濟ヲ爲シタル場合ニ付テノ規定ナリ即チ第一項ノ場合ハ辨濟ヲ爲ス以前ニ於ケル通知ノ義務ニ就テ規定シ本項ハ辨濟ヲ爲シタル後通知ノ義務ヲ怠リタル場合ニ於ケル過失ノ責任ヲ規定シタルモノナリ

此說明ヲ爲スニ先チテ第一ノ場合ニ於ケル責任ト第二ノ場合ニ於ケル責任ト相矛盾スルカ如キ觀アルヲ以テ一言之カ說明ヲ爲ササルヘカラス即チ第一ノ場合ハ未タ辨濟ヲ爲ササル前ニ於テ通知ヲ爲ササルヘカラスト爲シ第二ノ場合ハ辨濟ヲ爲シタル後ニ於テモ亦通知ヲ爲ササルヘカラスト爲セリ而シテ第一ノ場合ニ於テ甲カ辨濟以前ニ通知ヲ爲シタランニハ他ノ債務者ハ辨濟ニ付キ最早善意ナリト謂フコトヲ得ス今之ヲ反面ヨリ觀察シテ甲カ辨濟ヲ爲シタル後通知ヲ爲ササリシトスルモ若シ他ノ債務者カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルトキハ同シク辨濟ヲ爲スニ先チテ甲ニ通知ヲ爲ササルヘカラス而シテ若シ甲ニ通知ヲ爲サハ甲ハ必ス曰ハン其債務ハ既ニ辨濟シタルヲ以テ最早辨濟ヲ爲スコトヲ要セスト然ルニ他ノ債務者カ通知ヲ爲サスシテ辨濟ヲ爲シ而モ何等ノ過失ナシトスルハ頗ル奇怪ナルモノノ如ク恰モ第一項ト第二項トハ相矛盾セルカ如シ如何曰ク是レ決シテ然ラサルナリ蓋シ辨濟前ニ通知ヲ爲スノ必要ハ債權者ヨリ請求ヲ受ケタル場合ニ於テ之アリ期限ノ到來シタルニ方リ任意ニ辨濟ヲ爲スニ付キ豫メ通知ヲ爲ササルヘカラサルノ理由ナキヲ以テ直チニ履行ヲ爲スモ何等ノ過失ノ責ムヘキナシ之ニ反シテ債權者ヨリ請求ヲ受クル場合ノ如キハ必ス期限ノ經過後ナルヘシ既ニ期限ヲ經過シテ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルモノトセハ請求ヲ受ケタル者ハ其旨ヲ他ノ債務者ニ通知シ然ル後辨濟ヲ爲スモ未タ晩シト爲ササルナリ是ニ於テ他ノ債務者ハ之ニ辨濟ノ依賴ヲ爲スカ然ラスンハ直チニ自己ノ負擔部分ヲ出スヘキノミ況ヤ他ノ債務者ニ債權者ニ對抗シテ其責ヲ免ルルコトヲ得ヘキ事由ナキヲ保セサルオヤ又訴訟手續ニ於テモ斯ル場合ニハ他ノ債務者ニ告知シテ參加ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(民訴五九條)訴訟ノ告知ハ我民事訴訟法ニ於テハ佛蘭西ノ民事訴訟法ニ於ケルカ如ク訴訟ノ中止ヲ來スコトナシト雖モ訴訟ノ落著前ニ他ノ債務者カ出頭スルトキハ若シ他ノ債務者ニ相殺ノ原因アレハ之ニ據リテ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ヘク又辨濟、更改、免除、時效ノ完成等アリタルトキハ之ニ據リテ其債務ノ全部又ハ一部ヲ免ルルコトヲ得ヘキナリ

第二項ノ場合ハ右ニ說明シタル如ク債權者ノ請求ヲ受ケスシテ辨濟ヲ爲シタル者カ其辨濟ノ後直チニ他ノ債務者ニ通知スル場合多シ即チ其未タ請求ヲ受ケサルニ先チ期限カ到來シタルヲ以テ速ニ履行セサレハ遲延利息ヲ拂ハサルコトヲ得ス加之若シ債權者ニ損害アランカ之ヲモ尙ホ賠償セサルヘカラサ

ルコトアルヲ慮リ直チニ履行ヲ爲シタル場合多シ然レトモ此場合ノミニ限ルニハ非ス債權者ノ請求ヲ受ケテ辨濟ヲ爲シタル場合ニモ其適用アリ勿論此場合ニハ辨濟前ニ通知ヲ爲スコトハ必要ナレトモ通知ヲ爲シタレハトテ必スシモ他ノ債務者カ其事ヲ了知スルモノニ非ス縱令之ヲ知ルモ往往返答ヲ爲スコト能ハサルコトアリ例ヘハ甲カ乙又ハ丙ニ通知ヲ爲シタルニ其通知書カ延著シ又ハ其通知ヲ受クヘキ者カ旅行中ナリシ場合又ハ病氣等ノ場合ノ如シ斯ル場合ニ於テハ其通知ヲ知ラス又ハ返答ヲ爲ササルヲ以テ過失ナリト謂フコトヲ得ス然レトモ甲ハ此等ノ事實ヲ知ラサルヲ以テ利息、損害賠償等ノ增加スルコトヲ恐レ遂ニ債權者ノ請求ニ應シタリトセンカ是レ亦過失アルモノト謂フコトヲ得ス即チ第一項ニ定メタル責任ヲ盡シタルモノナリ唯右ノ如ク乙又ハ丙カ甲ノ爲シタル通知ヲ了知セサルコトアルカ故ニ辨濟ノ後ニ於テモ亦其通知ヲ爲ササルヘカラサルコトトセリ然ラサレハ第二項ノ適用ヲ受クルコトアルヲ免レサルナリ例ヘハ右ノ如キ場合ニ於テ乙又ハ丙カ甲ノ爲シタル第一ノ通知ヲ了知セス且甲カ辨濟ヲ爲シタルコトヲ知ラサル爲メ乙又ハ丙カ辨濟ノ提供ヲ爲シタルニ債權者ハ惡意ヲ以テ之ヲ受領シタリトセハ甲ハ第二項ノ適用ヲ受ケサルモノトス尙ホ稀ナル場合ヲ想像セハ甲カ辨濟ヲ爲シタルコトノ通知ヲ怠リタル場合ニ於テ乙又ハ丙カ債權者ノ請求ヲ受ケ善意ニテ更ニ辨濟ヲ爲スコトアリ例ヘハ甲カ既ニ任意ニ辨濟ヲ爲シタルニ（請求ヲ受ケテ爲シタル場合ニ於テモ同一ナレトモ任意ノ場合多カルヘシ）債權者カ狡黠ノ徒ナルヲ以テ甲カ辨濟ノ通知ヲ爲スコトヲ怠レルニ乘シ乙ニ對シテ請求シ來レルニ由リ乙カ甲ニ對シテ通知ヲ爲シタルモ甲カ旅行中ニテ其通知書ノ到來セルコトヲ知ラス隨テ返答ヲ爲スコト能ハサル間ニ乙カ債權者ノ請求ニ應シテ辨濟ヲ爲シ更ニ甲ニ對シテ求償ヲ爲シタリト假定センカ此場合ニ於テハ甲ニハ過失アルモ乙ニハ何等ノ過失ナキヲ以テ前ノ場合ト同シク甲

ハ第二項ノ適用ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス是ヲ以テ第一項ト第二項トカ矛盾スルモノニ非サルヲ知ルヘシ然ラハ即チ第二項ノ適用ヲ受クヘキ過失アル場合ニハ如何ナル結果ヲ生スルカ曰ク右二例ノ場合ニ於テ後ニ辨濟ヲ爲シタル債務者ハ自己ノ辨濟ヲ有效ナリシモノト看做スコトヲ得ルモノトス前例ノ場合ニ於テ甲ハ既ニ四月ニ於テ辨濟ヲ爲シタルニ因リ債權ハ消滅シタルニ拘ラス五月ニ至リテ乙カ更ニ辨濟ヲ爲シタリトセハ是レ眞ノ辨濟ニ非ス故ニ純然タル理論ヨリ言ヘハ乙ノ行爲ハ全ク無效ナルヲ以テ何等ノ規定タモ存セサルニ於テハ乙ハ素ト辨濟ノ義務ナキニ拘ラス辨濟ヲ爲シタルモノニシテ唯債權者ニ對シ不當利得ノ返還ヲ求ムルノ外ナキナリ然レトモ前述ノ如ク甲ハ通知ヲ怠リタルノ過失アリ此過失ヨリ生シタル損害ヲ乙ニ歸スルハ不當ナリト謂ハサルヘカラス然ルニ右ノ純理ニ從ヘハ乙ハ損害ヲ被ルコトヲ免レス何トナレハ乙ハ債權者ニ對シテ曩ニ辨濟シタル三千圓ノ返還ヲ請求セサルヘカラス之カ爲メニ種種ノ手續ヲ要シ損害ヲ被ルノミナラス未タ其返還ヲ受ケサルニ先チテ債權者カ無資力ト爲リタルトキハ全然乙ノ損失ト爲リ了ルコトナシトセス是レ豈ニ當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ンヤ之ヲ要スルニ甲ハ過失者ニシテ乙ハ善意者ナリ故ニ乙カ損害ヲ被リ甲カ却テ損害ヲ免ルルノ理アラサルナリ是ヲ以テ其損害ハ必スヤ過失者タル甲ニ於テ之ヲ負擔スヘキモノタリ或ハ曰ハン甲ニハ不法行爲ニ因ル賠償ノ責任アルカ故ニ畢竟其責ヲ免ルルコトヲ得サルヘシト然レトモ若シ甲カ無資力ト爲レルトキハ乙ハ損害ヲ被ラサルヘカラサルノミナラス之カ爲メニハ尠カラサル手數ヲ要スヘシ斯ル煩累ト危險トヲ以テ乙ノ負擔トスルハ頗ル其當ヲ得サルモノト謂フヘシ是レ乙ノ爲シタル辨濟ヲ以テ有效トスル所以ナリ

此ノ如ク債權カ消滅シタル後ニ爲シタル辨濟ヲ以テ有效トスルハ頗ル無理ナルカ如キモ其實決シテ然

ラサルナリ蓋シ債權者カ再度ノ辨濟ヲ受クルカ如キハ其惡意ニ因ルカ然ラスンハ大ナル過失ナリト謂ハサルヘカラス故ニ債權者カ最初辨濟ヲ受ケ又ハ之ト類似ノ行爲ヲ爲シ其後又乙ノ辨濟ヲ受ケ又ハ之ト類似ノ行爲ヲ爲シタルトキハ債權者ニ於テ既ニ甲ノ辨濟等ノ行爲ナカリシモノトシテ乙ノ辨濟等ヲ受ケタルモノナリ故ニ本來甲ノ爲シタル辨濟等ハ有效ナリト雖モ假ニ之ヲ曾テナカリシモノト看做シテ以テ乙ノ辨濟等ヲ有效ト爲ササルヘカラス之カ爲メ或ハ債權者ニ於テ損害ヲ受クルコトアルモ是レ已ムコトヲ得サル所ニシテ法律ハ力メテ乙ヲ保護シ之ヲシテ毫釐ノ損失ヲモ受クルコトナカラシム其結果トシテ乙ハ啻ニ甲ニ對シテ償還ヲ爲スノ義務ナキノミナラス却テ甲及ヒ丙ニ對シテ求償權ヲ行フコトヲ得ヘク甲カ債權者ニ對シテ爲シタル辨濟ハ故ナクシテ辨濟シタルモノト爲リ乙ノ行爲カ有效ナル以上ハ不當利得ノ原則ニ依リ甲ハ債權者ニ對シテ之カ返還ヲ請求スルコトヲ得ルノミ而シテ若シ債權者カ無資力ト爲レルトキハ其損失ハ結局甲ノ負擔ニ歸セサルコトヲ得ス但是レ唯辨濟ノ場合ニ付テ言フノミ若シ夫レ更改ノ如キニ至リテハ前ノ債務ハ消滅シテ新ニ債務ヲ負擔スルモノナルカ故ニ前例ニ就テ言ヘハ乙ノ負擔シタル新債務ハ有效ナルモ甲ノ負擔シタル新債務ハ無效ナリ而シテ甲カ未タ更改ノ履行ヲ爲ササルトキハ單ニ其義務ヲ免ルヘキヲ以テ甲モ亦大ナル損害ヲ受クルコトナシ若シ然ラスシテ既ニ履行テ爲シタル曉ニ在リテハ直チニ之カ返還ヲ求ムルコトヲ得ヘシト雖モ之ニ伴フ煩累ト債權者カ無資力ト爲ルノ危險トハ到底過失者タル甲ノ負擔セサルヘカラサル所ナリ以上ハ過失者ノ責任ナリ而シテ特別ノ規定ナキ場合ニ於テハ一般ノ原則ニ依リ不法行爲及ヒ不當利得ヲ適用スルノ外ナキナリ

三　無資力ノ結果

連帶債務者中無資力者アルトキハ其結果如何是レ第四四四條ノ規定セル所ナリ同條ニ曰ク連帶債務者中ニ償還ヲ爲ス資力ナキ者アルトキハ其償還スルコト能ハサル部分ハ求償者及ヒ他ノ資力アル者ノ間ニ其各自ノ負擔部分ニ應シテ之ヲ分割ス但求償者ニ過失アルトキハ他ノ債務者ニ對シテ分擔ヲ請求スルコトヲ得ス

是レ當然ノ事ト謂ハサルヘカラス債務者中ニ於テ無資力者アルトキハ其無資力ノ結果ハ勿論債權者ノ負擔ニ歸スルコトヲ得ス蓋シ債權者カ連帶ヲ要約シタルハ斯ル場合ヲ慮リタルニ由ルモノト謂フコトヲ得ヘケレハナリ例ヘハ甲、乙、丙三人ノ債務者中丙カ全ク無資力ト爲レリトセンカ（無資力ト云フト雖モ全ク一厘タモ辨濟スルコト能ハサルカ如キハ寧ロ稀ニシテ多クハ幾分ヲ負擔スルコトヲ得ヘシト雖モ力メテ例ヲ簡ニセンカ爲メニ一厘タモ出金スルコト能ハサル場合ニ就テ說明ス〔ヘシ〕）丙ノ負擔部分タル千圓ハ結局何人カノ負擔ニ歸セサルヘカラス然ルニ連帶債務ノ債權者ハ常ニ甲又ハ乙ヲ恰モ唯一ノ債務者ノ如ク看做シ之ニ對シテ全部ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ルカ故ニ甲又ハ乙ニシテ辨濟ノ資力アルトキハ債權者ハ毫モ其損失ヲ負擔スルコトナシ今甲カ全部ノ辨濟ヲ爲シタリト假定シ他ノ二人ニ對シテ求償ヲ爲シタルニ乙ハ其負擔部分ヲ支拂ヒタルモ丙ハ之ヲ支拂ハサルカ故ニ進ミテ其財產ノ調査ヲ爲シタルニ丙ハ全ク無資力ナルコトヲ發見シタリトセヨ此場合ニ當リテ甲一人ニテ其損失ヲ負擔スヘキカ將タ乙ト共ニ之ヲ分擔スヘキカノ問題ヲ生ス若シ之ヲ甲一人ニテ負擔スヘキモノトセハ甚タ不公平ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ偶然債權者ノ選擇ニ遭ヒ請求ヲ受ケタル者カ損失ヲ負擔セサルヘカラサルノ理ナケレハナリ即チ債權者ハ或ハ甲ヲ擇ヒ或ハ乙ヲ擇フモ是レ畢竟偶然ノ事ニシテ決シテ初ヨリ定マレルモノニ非ス若シ甲、乙共ニ辨濟ノ資力アルトキハ債權者ハ其意ノ欲スル所ニ從ヒ孰

レニ對シテ請求スルニ至ルカ知ルヘカラス又之ヲ知ルノ必要ナキナリ然ルヲ今偶然甲カ請求ヲ受ケタレハトテ直チニ甲ハ二千圓ヲ負擔セサルヘカラス乙ハ唯千圓ヲ負擔スレハ可ナリト云フカ如キハ全ク理由ナキコトナリ即チ甲乙各〻其當然ノ負擔ニ加フルニ更ニ五百圓ヲ以テシ結局千五百圓宛ヲ負擔スヘキナリ但此場合ニ於テ過失アル者ハ其責任ヲ負ハサルヘカラス例ヘハ甲カ債權者ヨリ請求ヲ受ケ三千圓ヲ辨濟シタル時直チニ求償ヲ爲シタランニハ丙ハ資力アリシヲ以テ甲ハ支拂ヲ受クルコトヲ得タリシニモ拘ラス甲自身ノ怠慢ニテ一年ヲ經過シテ始メテ求償ヲ爲シタリト假定センニ其時乙ハ資力アルモ丙ハ無資力ト爲リタリトセハ是レ畢竟甲ノ怠慢ニ因リテ丙ヨリ支拂ヲ受クルコト能ハサルニ至レルヲ以テ其結果ハ甲一人ニテ負擔スヘク決シテ乙ヲシテ負擔セシムヘカラサルナリ何トナレハ乙ハ己レ若シ全部ノ辨濟ヲ爲シタランニハ直チニ甲、丙ニ對シテ求償ヲ爲シ丙カ無資力ト爲ラサルニ先チ其支拂ヲ受ケシナルヘク隨テ此ノ如キ結果ヲ生スルコトナカリシナラント主張スルコトヲ得ヘケレハナリ

以上ハ無資力ニ關スル一般ノ規定ナルカ玆ニ特別ノ規定アリ連帶債務者ノ一人ニ對シテ債權者カ連帶ヲ免除シタル場合ニ關スルモノ是ナリ第四四五條ニ曰ク

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

連帶債務ノ場合ニ於ケル免除ニ二種アリ即チ債務ノ免除及ヒ連帶ノ免除是ナリ若シ債權者カ債務者ノ一人ニ債務ノ免除ヲ爲シタルトキハ第四三七條ニ依リ其債務者ノ負擔部分ハ他ノ債務者ノ爲メニモ利益ト爲ルモノトス其結果如何ト云フニ前例ノ場合ニ於テ甲ハ全部ノ辨濟ヲ爲シ乙ハ債務ノ免除ヲ受ケ丙ハ無資力者ナリト假定セハ甲ハ債權者ニ對シテ乙カ負擔スヘカリシ所ノ千圓ヲ返還セシムルコトヲ得ヘク若シ又辨濟ノ當時ニ於テ乙カ債務ヲ免除セラレタルコトヲ知レハ其免除額ヲ控除シテ二千圓ヲ辨濟スレハ可ナリ又丙ニ對シテ千圓ノ求償權ヲ行使スルニ及ヒテ丙ハ無資力者ニシテ一厘ノ支拂ヲモ爲スコト能ハサル如キ場合ニ於テハ甲ハ當然五百圓ヲ債權者ニ請求スルコトヲ得ルモノトス何トナレハ第四三七條ニ依ルトキハ免除ヲ得タル債務者ノ負擔部分ニ付テハ他ノ債務者ヲ利スルコトヲ得レハナリ蓋シ各債務者ノ負擔部分ハ通常千圓ナルモ債務者中無資力者アルトキハ第四四四條ニ依リテ他ノ債務者ノ負擔カ增加スルカ故ニ右ノ如キ場合ニ在リテハ乙ノ負擔ハ千五百圓ト爲ルナリ然ルニ甲ハ辨濟ノ當時乙カ免除セラレタルコトヲ知リ其負擔部分タル千圓ハ之ヲ控除シタリトスルモ五百圓カ亦畢竟乙ノ負擔分タルヘキコトハ未タ之ヲ知ラサリシ爲メ之ヲ控除スルコトヲ爲サスシテ辨濟シタリトセハ此五百圓ハ更ニ債權者ニ對シテ其返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ是レ他ナシ若シ此ノ如クセサルトキハ債權者ノ行爲即チ債務者ノ一人ニ對シテ免除ヲ爲シタルニ因リ他ノ債務者カ損害ヲ被ルニ至リ甚タ不當ナル結果ヲ生スルヲ以テナリ

右ハ債權者カ連帶債務者ノ一人ニ對シテ債務ノ免除ヲ爲シタル場合ナリ之ト異ナリテ第四四五條ニ規定セル如ク連帶ノミノ免除ヲ爲シタル場合ニ於テハ果シテ如何ナル結果ヲ生スヘキカ曰ク此場合ニ於テハ免除ヲ得タル債務者ハ千圓ヲ辨濟スレハ則チ其債務ヲ免ルルコトヲ得ルモノニシテ他ノ債務者ノ負擔部分ハ之ヲ辨濟スルコトヲ要セサルナリ是ニ於テカ一ノ問題ヲ生ス他ナシ他ノ債務者カ無資力ト爲リタルトキハ其無資力ノ結果ハ何人カ之ヲ負擔スヘキカ是ナリ

前ニモ例示シタル如ク甲ハ全部ノ辨濟ヲ爲シ乙ハ連帶ノ免除ヲ得丙ハ全ク無資力者ナリト假定センニ甲ハ乙ニ對シテ求償權ヲ行使シ得ヘキハ勿論ナリ何トナレハ乙ハ連帶ノ責任ヲ免ルト雖モ千圓ニ付テハ其債務依然トシテ存在スルカ故ニ之ヲ負擔セサルヘカラサレハナリ次ニ甲ハ丙ニ對シテ求償ヲ爲シタルニ之カ辨濟ヲ受クルコト能ハサルヲ以テ甲ハ竟ニ自ラ其五百圓ヲ負擔セサルヘカラス然レトモ殘額五百圓ハ何人ノ負擔ニ歸スヘキカ予ハ疑モナク債權者カ負擔セサルヘカラサルモノナリト信ス是レ他ナシ乙ハ連帶ノ免除ヲ得タルヲ以テ他ノ債務者ノ負擔部分ニハ何等ノ關係ヲモ有セサルニ至レルカ故ニ乙ヲシテ之ヲ負擔セシムルコト能ハサレハナリ乃チ其五百圓ハ債權者カ負擔スヘキハ當然ノ事ト謂フヘシ畢竟債權者カ乙ノ連帶ヲ免除スル以上ハ斯ル場合ヲ豫期セサルヘカラサルモノト謂フヘシ是レ特ニ第四四五條ニ規定セル所ナルモ予ハ殆ト其必要ヲ見サルナリ然ルニ外國ニ於テハ却テ之ト反對ノ立法例アリ又是レ學説ノ岐ルル所ナリ我舊民法ニ於テハ新民法ト同一ノ主義ヲ採用セリ（擔七一條二項）然レトモ舊民法ニハ主義一貫セサルモノアリ且外國ノ法律中ニハ反對ノ明文アルモノアルニ由リ頗ル疑問ニ屬スル所ナルカ故ニ此等ノ疑ヲ避ケンカ爲メニ特ニ規定ヲ設クルニ至リタルモノナリ但連帶ノ免除モ亦一ノ法律行爲ナリ法律行爲ノ效力ハ當事者ノ意思ニ基クモノナルヲ以テ最初債權者ニ於テ無資力者ノ負擔部分ニ付キ責ヲ負ハサルコトヲ留保シタルトキハ固ヨリ其責任ナキモノトス是レ公益ニ反スル所ナキヲ以テ有效ナルコト論ヲ俟タス唯何等ノ留保ヲモ爲ササルトキハ債權者ノ負擔ニ歸スヘキノミ

第三　連帶ノ消滅

予ハ茲ニ「連帶ノ消滅」ト言ヒテ「連帶債務ノ消滅」トハ言ハス蓋シ「連帶債務ノ消滅」ト言ヘハ一般ノ債務ノ消滅ト異ナルコトナク隨テ是レ後ニ説明スヘキ部分ニ屬スルカ故ニ茲ニハ連帶ノ消滅ニ付テ説明スヘキノミ

第一　拋棄　連帶ノ拋棄ニ二種アリ一部ノ拋棄及ヒ全部ノ拋棄是ナリ一部ノ拋棄トハ債權者カ連帶債務者中ノ一人ノミニ對シテ連帶ヲ免除スルヲ謂フ例ヘハ甲、乙、丙三人ノ連帶債務者アル場合ニ於テ債權者カ甲ノミニ對シテ連帶ヲ免除シタルカ如シ此場合ニ於テハ他ノ債務者タル乙、丙ハ依然連帶債務ヲ負フモノナリ全部ノ拋棄トハ債權者カ總連帶債務者ノ爲メニ連帶ヲ拋棄スルヲ謂フ是レ其例ニ乏シカラサル所ニシテ多クハ連帶債務者中ニ無資力者アル場合ニ於テ有資力者カ確實ナル擔保ヲ供シテ前契約ノ變更即チ總債務者ノ爲メニ連帶ノ消滅ヲ乞ヒタル場合ニ生ス而シテ其一部ノ免除タルト全部ノ免除タルトヲ問ハス其免除シタル部分ニ付キ連帶ノ消滅ヲ來スコト論ヲ俟タス故ニ新民法ニ於テハ特ニ明文ヲ要セストシテ之カ規定ヲ設ケサリシナリ

第二　擔保ノ減殺　是レ頗ル緊要ナル事項ニ屬シ固ヨリ明文ヲ以テ規定スルコトヲ要スルモノナリ今之ヲ説明セントスルニ方リ一例ヲ設ケテ以テ解シ易カラシメント欲ス即チ例ヘハ甲、乙、丙ノ連帶債務者中甲ハ債權者ニ對シテ抵當ヲ供シタルニ債權者カ其甲ニ對スル抵當權ヲ拋棄シタルモノトセヨ此場合ニ於テ乙カ債權者ヨリ請求ヲ受ケ之ニ對シテ全部ノ辨濟ヲ爲シタル後甲ニ對シテ求償權ヲ行使シタルトキハ若シ抵當權ニシテ存在センカ完全ニ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキモ其抵當權カ存在セサルカ爲メ往往辨濟ヲ受クルコト能ハサルコトアリ此ノ如キ結果ハ果シテ何人ノ行爲ニ因リテ生シタルカト云ヘハ即チ債權者ノ行爲ニ因ルモノナリ詳言スレハ債權者ニシテ其抵當權ヲ拋棄セサランカ乙ハ安全ニ

辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘカリシニモ拘ラス之ヲ拋棄シタルカ爲メ乙ヲシテ斯ル不利ニ陷ラシメタルナリ此ノ如キ場合ニ於テハ連帶ハ全部消滅スルニ非サルモ一部ノ消滅ヲ來スモノナリ然ルニ舊民法ノ如キハ全部消滅スルモノト規定シタリ(擔七二條)然レトモ是レ其理由ニ乏シト信ス即チ之ニ從フトキハ絕對ニ連帶ノ消滅原因ト爲リ右ノ如ク債權者カ抵當權ヲ拋棄シタルトキハ債務者ハ直チニ連帶ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得ヘシ新民法ニ於テハ斯ル主義ヲ採用セスト雖モ間接ニハ連帶ノ一部ノ消滅ト爲ルモノトス尤モ全部ノ消滅ト爲ルコト亦敢テ想像シ能ハサルニ非サレトモ通常ハ一部ノ消滅ヲ惹起スモノナリ是レ連帶債務ノ處ニハ規定ナキモ辨濟ノ部ニ於テ規定セリ第五〇四條ニ曰ク「第五百條ノ規定ニ依リテ代位ヲ爲スヘキ者アル場合ニ於テ債權者カ故意又ハ懈怠ニ因リテ其擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ代位ヲ爲スヘキ者ハ其喪失又ハ減少ニ因リ償還ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度ニ於テ其責ヲ免ル」ト此規定ニ依レハ債權者カ故意又ハ懈怠ニ因リ擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ之ニ相當スル損害ハ債權者自ラ之ヲ負ハサルヘカラス換言セハ債務者ハ其擔保ノ喪失又ハ減少シタル限度ニ於テ責ヲ免ルルモノトス例ヘハ連帶債務者ノ一人甲カ無資力ト爲リタル場合ニ於テ甲ノ供シタル十分ノ抵當アルトキハ債權者ハ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘク又辨濟者ハ代位ニ依リ求償全部ノ支拂ヲ受クルコトヲ得ヘシ然ルニ債權者ノ行爲ニ因リテ抵當權ヲ喪失シタル爲メ全ク辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至リタリトセンカ他ノ債務者タル乙及ヒ丙ハ甲ノ負擔部分ニ相當スル債務ハ全ク之ヲ免ルルモノナリ即チ通常ノ場合ニ於テハ千圓ノ債務ヲ免ルルヲ以テ縱令債權者カ乙又ハ丙ニ對シ全額即チ三千圓ノ請求ヲ爲スモ乙、丙ハ二千圓ヨリ多額ノ辨濟ヲ爲サスト主張スルコトヲ得又例ヘハ甲カ千五百圓ノ價格アル不動產ヲ抵當ニ供シ後丙カ無資力ト爲リタリトセハ甲及ヒ乙ハ各、千五百圓ヲ負擔セサルヘカラス然ルニ債權者カ其抵當權ヲ拋棄シタルカ爲メ甲ヨリ一錢ノ支拂ヲモ受クルコト能ハストセハ乙ハ千五百圓ヲ辨濟スレハ則チ足レリトス故ニ若シ乙カ全部ヲ支拂ヒタリトセハ他ノ部分ハ債權者ヲシテ之ヲ返還セシムルコトヲ得ヘシ

此ノ如ク新民法ニ於テハ絕對ニ而モ完全ニ連帶ノ消滅ヲ來スコトハ極メテ稀ナル場合ヲ想像スルニ非スンハ殆ト之アルコトナク常ニ單ニ一部ノ消滅ヲ來スノミナリ然レトモ大體ノ精神ニ至リテハ新舊法相異ナルコトナシ尤モ舊民法ニ於テハ連帶ノ部ニ於テ右ノ規定ヲ設ケタリシニ新民法ニ於テハ辨濟ノ部ニ規定シタルハ抑〻理由ノ存スル所ナリ舊民法ニ於テハ債權擔保編第七二條ニ規定シ而シテ種種ノ場合ニ之ヲ準用セリ即チ財產編第五一二條及ヒ債權擔保編第九一條第二項ノ場合ノ如キ是ナリ(但準用ト言ハンヨリモ適用ト云フカ若クハ同一ノ規定ヲ爲シタリト言フヲ正シトスヘキカ)或ハ又明文ヲ以テ同一ノ規定ヲ爲シタル處アリ債權擔保編第四五條ノ規定是ナリ要スルニ舊民法ニ於テハ保證、連帶、不可分ノ場合及ヒ合意上ノ免除ノ四箇處ニ別チ規定セリ蓋シ此等ノ規定自體ハ極メテ穩當ナリト雖モ所場合ニ付テノミ斯ル規定ヲ設ケ之ト同一ナル他ノ場合ニ付テ規定セサリシハ決シテ當ヲ得タルモノト謂フコト得ス即チ代位權ヲ有スル者カ其代位權ヲ債權者ノ爲メニ妨害セラレタルトキハ其代位者ハ常ニ債權者ニ對シテ免責ヲ得ルモノトセサルヘカラス新民法第五〇四條ノ規定ハ蓋シ此趣旨ニ基ケリ而シテ代位權者ハ主トシテ連帶、保證、不可分等ノ場合ニ存スルト雖モ此他尙ホ代位權ヲ有スル者アリ殊ニ新民法ニ於テハ此範圍ヲ最モ廣クセリ舊民法ニ於テモ代位權ヲ認メタル場合ハ決シテ保證、連帶、不可分ノ場合ノミニ限ラス其他ノ場合ニ於テモ亦代位ヲ認メタリ果シテ然ラハ同一ナル總テノ場合ニ於テ同一規定ニ從ハシムルヲ穩當トス故ニ新民法ニ於テハ連帶債務ノ規定ヨリ分離シテ代位辨

濟ノ處ニ規定セリ其詳細ノ說明殊ニ適用ニ關スル事ノ如キハ代位辨濟ノ處ニ於テ講述スヘク茲ニハ唯連帶ノ消滅ノ結果ヲ來スコトヲ說クニ止ムヘシ

以上ヲ以テ連帶ノ說明ヲ了レリ是ヨリ保證債務ノ說明ヲ爲サント欲ス

第四款　保證債務

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

第一　總論

保證債務ナルモノハ古來何國ニ於テモ存在セサルナシ我邦ニ於テモ亦古來之ヲ認メ來リタルカ如シト雖モ維新前ニ於ケル我邦ノ社會ノ狀態ハ兎角法律的ナラサリシカ故ニ動モスレハ純然タル「保證」ト之ニ類似セルモノトヲ混淆スルノ恐アリタリ即チ契約ニ「保證人」トシテ署名スルモ是レ唯契約成立ノ證人ニ過キサル場合頗ル多カリキ維新後之ニ關シテ特ニ布告ヲ發セラレ證人若クハ請人ナル者ノ義務ヲ明カニスルニ至リシカ其後歐洲ニ於ケル「保證」ト同性質ノモノト爲リ保證人ハ純然タル債務ヲ負フモノナルコトハ慣習及ヒ裁判例ニ依リテ殆ト一定スルニ至レリ

歐洲ニ於ケル保證ノ沿革ヲ繹ヌルニ羅馬ニ於テハ頗ル頻繁ニ行ハレ恰モ我邦在來ノ狀態ニ於ケル如ク他人ヨリ保證ノ依賴ヲ受クルニ方リ之ヲ拒ミ難シトスル慣習アリタリト云フ是ヲ以テ濫ニ保證人ト爲リ後日自他共ニ苦ムコト多カリシヲ以テ遂ニ保證ヲ制限スルノ法律ヲ制定スルニ至レリ而シテ羅馬ニハ保證人ニ種種ノ種類アリキ是レ蓋シ羅馬法カ形式ヲ重スルノ主義ヨリ出テタルモノ多キニ居ル現今ノ法律ハ主トシテ當事者ノ意思ニ重キヲ置キ公益ニ害ナキ限ハ自由ニ契約ヲ爲スコトヲ得ルノ主義ヲ採ルニ至リタルヲ以テ最早羅馬法ニ於ケル如キ區別ヲ認ムルノ必要ナキニ至レリ但實際ニ於テハ羅馬法ニ存シタル區別ノ一部分ハ今日仍ホ存スルナリ即チ普通ノ保證ハ債務發生ノ時ニ於テ保證契約ヲ爲シ主タル債務カ發生スルト同時ニ保證債務モ亦發生スルト雖モ尙ホ其他ニ二箇ノ場合アリ一ハ豫メ保證スルモノニシテ他ノ一ハ後日保證スルモノ是ナリ豫メ保證スルモノニ付テハ羅馬法ニ於テハ特別ノ名稱ヲ有シ「貸金委任」トモ謂フヘキモノニシテ例ヘハ甲カ乙ニ向ヒ「何某ハ確實ナル者ナリ予之カ保證ヲ爲スヘキニ由リ之ニ若干ノ金員ヲ貸與アリタシ」ト言ヒタル場合ノ如シ此場合ニ於テハ主タル債務ノ發生セサルニ先チ保證債務カ條件附ニテ發生スヘシ次ニ後日ノ保證トハ例ヘハ甲カ乙ニ向ヒ「何某カ貴殿ニ對シテ負擔セル債務ハ予之カ保證人タルヘシ即チ若シ本人カ辨濟セサルトキハ予之ヲ辨濟スヘシ」ト言ヒタル場合ノ如シ是レ亦羅馬法ニ於テハ特別ノ名稱ヲ有シ「他人ノ債務ノ辨濟約束」トモ謂フヘキモノナリ此二箇ノ場合ハ今日仍ホ存在スルコト前ニ一言シタルカ如シト雖モ深ク當事者ノ意ヲ探求スルニ非スンハ果シテ保證債務ナルヤ否ヤヲ判別スルコトヲ得ス即チ單ニ「何某ハ確實ナル者ナルカ故ニ之ニ若干ノ金額ヲ貸與セラレヨ」ト言ヒタルノミニテハ未タ以テ「保證」ト謂フヘカラス苟モ保證タルニハ尙ホ之ニ加フルニ自己カ保證ヲ爲スヘキ意思ヲ表示セサルヘカラス其語詞ノ如キハ「保證」ト謂フモ「引受」ト謂フモ敢テ問フ所ニ非サルナリ外國ノ立法例ニハ特ニ此事ヲ明言セルモノアリト雖モ是レ本來言フヲ俟タサルコトタリ第二ノ種類ニ屬スルモノハ時トシテハ保證又ハ更改ト爲リ時トシテハ二者孰レニ屬スルカ分明ナラサルコトアルヘシ故ニ能ク當事者ノ意思ヲ探求シテ判斷スルコトヲ要ス即チ當事者ノ意思ニシテ直チニ債務者ニ代リ其債務ヲ辨濟スルコトヲ約スヘシト云フニ在

ランカ是レ即チ更改ナルヘク之ニ反シテ債務者ノ義務ハ其儘ニ置キ若シ債務者カ辨濟セサルトキ始メテ辨濟ヲ爲スヘシトノ意思ナリセハ是レ保證債務ト謂ハサルヘカラス而シテ右ノ豫メ爲ス保證及ヒ後日ニ爲ス保證ノ二者ハ債務發生ト同時ニ爲ス保證トハ大ニ其趣ヲ異ニス隨テ事實問題ニ當リテハ愼重ニ當事者ノ意思ヲ探求セサレハ竟ニ誤斷ニ陷ルコトヲ免レサルヘシ之ニ反シテ主タル債務發生ト同時ニ負フ所ノ保證債務ニ在リテハ概シテ疑ヲ生スルコトナシ蓋シ保證ハ昔時ニ在リテハ契約成立ノ證人トシテ連署シタルモノ多キニ居ルコト前ニ一言シタル所ノ如シト雖モ今日ハ此ノ如キコトナキヲ一般ノ例トシ苟モ「保證人」トシテ連署スルカ又ハ主タル債務發生ノ當時保證契約書ヲ交付スレハ則チ純然タル保證人タルコト殆ト疑ナキ所ナリ要スルニ當事者ノ意思ニシテ保證債務ヲ生セシムルニ在ルトキハ以下ニ説明スヘキ總テノ規則ヲ適用スヘク羅馬法ニ於ケルカ如ク其間ニ適用スヘキ規定ヲ異ニスルコトナシ

(一)　保證ノ定義

保證ノ定義ハ載セテ第四四六條ニ在リ曰ク

保證人ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ爲ス責ニ任ス

即チ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサルニ方リ之ニ代リテ履行ヲ爲スコトヲ約スルヲ「保證」ト謂フナリ故ニ保證ハ從タル債務ニシテ主タル債務カ存在スルニ非サレハ保證債務獨リ存在スルコト能ハス又主タル債務ト同一ノ目的ヲ有セサレハ保證債務ハ成立セサルナリ此原則ニ對スル例外若クハ適用ノ場合ハ後ニ之ヲ説明スヘシ

(二)　保證債務發生ノ原因

保證債務ニハ法律上ノモノト契約上ノモノトアリ而シテ法律上ノ保證ニ二箇ノ意義アリ第一ハ法律上保證人ヲ立テサルヘカラサル義務アル場合ニシテ舊民法ノ如キハ之ヲ明言セリ債權擔保編第三條ノ規定即チ是ナリ又同編第一部第一章第四節第四七條以下ニハ法律上及ヒ裁判上ノ保證ニ特別ナル規定ヲ設ケタリ所謂「裁判上ノ保證」トハ予ノ見ル所ニ據レハ仍ホ是レ「法律上ノ保證」ト謂フニ均シト信ス何トナレハ裁判上保證ヲ立ツヘキ場合ハ即チ法律ニ依リ裁判所カ保證人ヲ立ツルコトヲ命スルモノナレハナリ要スルニ孰レモ法律ノ規定ニ依リテ保證人ヲ立ツヘキ場合ニシテ其場合ハ枚擧ニ遑アラス而シテ舊民法ニハ保證人ヲ立ツヘキコトヲ明記セル場合甚タ多カリシモ新民法ニ於テハ此等ノ場合ニ「相當ノ擔保ヲ供スヘシ」ト規定スルヲ通例トセリ此「相當ノ擔保」ノ中ニハ質、抵當ハ勿論保證ヲモ包含ス故ニ十分ノ資力アル保證人ヲ立テタルトキハ即チ相當ノ擔保ヲ供シタリト謂フヘク尚ホ之ヲ法律的ニ言ヘハ此場合ニ於テ義務者カ質若クハ抵當ヲ供セスンハ必ス保證人ヲ立ツルノ義務アリト謂フヘキナリ今其場合ノ一二ヲ擧クレハ第二九條、第三〇一條ノ如キ是ナリ而シテ第三〇一條ニ規定セル所ノモノハ裁判所ヨリ命スルニ非スシテ留置權ニ依リテ擔保セラルル債權ニ關シ其債務者カ留置權ヲ消滅セシメント欲セハ必ス自ラ相當ノ擔保ヲ供セサルヘカラサルコトヲ命シタルモノナリ尚ホ此種ノ規定ハ唯リ民法ニ於ケルノミナラス商法、民事訴訟法等ニモ亦數多アリ尤モ民事訴訟法ニ於テハ「保證」ナル文字ヲ用フルモ其意義ニ於テハ寧ロ「擔保」ヲ指セルモノト解スルヲ妥當トス即チ初メ獨逸民事訴訟法ニハ「擔保」(Sicherheit oder Licherheitsleistung)ナル文字ヲ用ヒタリシカ之ヲ「保證」ト譯シタルモノニシテ寧ロ「質」ノ意義ナリ(民訴八七條以下參照)然レトモ裁判所ノ自由ナル意見ニ依リテ擔保ヲ供セシムル場合モ亦數多アリ此場合ニ於テハ裁判所ノ隨意ニテ質若クハ抵當ヲ供セシメサルトキハ必ス保證人

ヲ立テシメサルヘカラス

法律上ノ保證ノ第二ノ意義ハ法律ノ力ヲ以テ直接ニ保證債務ヲ或人ニ負擔セシムル場合ナリ第一ノ場合ニハ保證契約ニ因リテ保證債務カ發生スルモノニシテ若シ保證人タルヘキ者カ保證債務ヲ負擔スルノ承諾ヲ爲サヽルトキハ此種ノ保證契約ハ成立セサルナリ之ニ反シテ第二種ノ保證ハ本人ノ意思ニ拘ラス法律カ直接ニ保證債務ヲ負ハシムル場合ニ生スルモノナリ此ノ如キ保證ハ極メテ稀有ナルコトニ屬スルト雖モ予ハ商法ノ合名會社社員ノ義務ノ如キハ性質上保證債務ナリト信ス即チ商法第六三條ニ「會社財產ヲ以テ會社ノ債務ヲ完濟スルコト能ハサルトキハ各社員連帶シテ其辨濟ノ責ニ任ス」トアルハ能ク保證ノ定義ニ適合スルモノニシテ是レ連帶保證ニ外ナラス蓋シ商法ニ於テハ原則トシテ保證人モ連帶ナルカ故ニ玆ニ連帶ト云ヘルハ當然ナリ要スルニ合名會社カ其債務ヲ完濟スルコト能ハサルトキハ各社員カ其辨濟ノ責ニ任セサルヘカラス是レ畢竟各社員ハ保證人ノ性質ヲ有スルニ由ルモノト謂フヘシ但合名會社ノ社員ノ義務ニ關シテハ商法ニ於テ特ニ詳密ナル規定ヲ設ケタルニ由リ濫ニ民法ノ規定ヲ準用スルコトヲ得スト雖モ其性質ハ保證債務ナルコト予ノ確信スル所ナリ右ノ場合ノ外保證ハ總テ任意即チ契約ニ因リテ成立スルモノニシテ法律ニ由リテ强ヒラルルモノニ非ス尤モ稀ニハ遺言ヲ以テ相續人ニ或義務ヲ負ハシメ之ニ保證人ヲ附スルコトヲ命スルコトナキニ非ス斯ル場合ニハ相續人即チ債務者ハ必ス保證人ヲ立テサルヘカラス然レトモ之ヲ以テ法律上ノ保證ト謂フコトヲ得ス蓋シ此場合ニ於ケル保證ハ法律カ命スルニ非スシテ遺言者カ命スルモノナルカ故ニ廣義ニ於テハ仍ホ之ヲ「任意ノ保證」ト謂フヘキナリ

（三）保證債務ノ性質

保證債務ノ性質ハ保證ノ定義ヨリ當然生スルモノニシテ即チ從タル債務ナリ而シテ其從タル債務タルヨリ生スル結果ハ少クトモ三箇アリ

第一　主タル債務存在セサルヘカラス　故ニ主タル債務カ無效ナルトキハ保證債務獨リ成立スルコト能ハス例ヘハ全ク意思能力ヲ有セサル者カ主タル債務ヲ負擔シ之カ保證ヲ爲シタル者アル場合ニ於テハ是レ全然無效ナリト謂ハサルヘカラス尤モ當事者ノ意思カ保證債務ヲ負フニ在ラスシテ他ノ債務ヲ負擔スルニ在ルコトアラン蓋シ保證ハ從タルモノナルヲ以テ意思能力ヲ有セサル者ノ債務ヲ負擔シタル場合ニ於テ從タル保證債務ノ成立セサルハ當然ナリト雖モ今玆ニ甲者アリ乙者ニ向ヒ「其無能力者カ貴殿ニ對シテ負ヘル債務ヲ辨濟セサルトキハ予之カ履行ニ任スヘシ」ト約シタリトセヨ斯ル契約ハ敢テ無效ニ非スシテ甲ハ實ニ一種ノ條件附債務ヲ負ヒタルモノナリ此場合ニ於テ甲ハ固ヨリ保證人ノ主タル債務者ニ對スル求償權ヲ有セス是レ甲ノ債務ハ保證債務ニ非サルヲ以テナリ唯若シ「主タル債務者」ト稱スル者カ不當ノ利得ヲ爲セル場合ニハ之ヲ返還セシムルコトヲ得ヘシト雖モ保證ノ規定ヲ適用スルコトヲ得サルナリ若シ又主タル債務ノ無效ナルハ法律行爲ノ要素ニ關スル錯誤ノ結果ナリトセハ是レ亦保證ニ關スル規定ヲ適用スルコトヲ得ス蓋シ斯ル場合ニ於テハ保證ニ類スル一種ノ條件附債務ハ成立スルコトヲ得ルモ保證債務ハ成立スルコト能ハサレハナリ故ニ右ノ場合ニ於テ甲カ初ヨリ純然タル保證ヲ爲スノ意思ナリシナラハ其契約ハ無效ナリ況ヤ債務カ全ク無キニ保證債務ノミヲ成立セシメント欲スルハ到底不能ノ事ニ屬ス例ヘハ甲者アリ乙者ニ向ヒ若シ丙者カ貴殿ニ對シテ債務ヲ負フコトアランニハ予之カ爲メニ保證人タラント言フモ之カ爲メニ保證債務ハ成立セス何トナレハ主タル債務ハ未タ全ク存在セサレハナリ但此場合ト條件附ノ保證トヲ混淆スヘカラス尤モ均シク「條件附」

ト云フト雖モ普通ノ條件附債務ナランニハ之ヲ混視スルノ虞ナキモ最モ混淆シ易キハ信用契約ヲ取結ヒ之ニ保證人ヲ立ツル場合ナリ例ヘハ甲者アリ乙者ニ約シテ曰ク「予ニ金錢ノ入用アラハ一萬圓ヲ限トシテ何時ニテモ貸與セラレタシ之ニ對シテハ丙ナル確實ナル保證人ヲ立テ置クヘシ」ト此場合ニ於テハ保證債務ハ完全ニ成立ス是レ蓋シ條件附債務ヲ保證スルモノナレハナリ然ラハ其「條件」トハ何ソト問ハハ前例ニ於テ「甲カ金錢ノ入用ノ爲メ乙ヨリ借用シタルナラハ」ト云フコト是ナリト答フヘク保證人ハ此條件附債務ヲ保證スルモノナリ人或ハ難シテ曰ハン斯ル條件ハ隨意條件ナルカ故ニ無效ナリ隨テ保證モ亦無效タリト是レ非ナリ蓋シ隨意條件ナルモノハ總テ無效ナルニ非スシテ唯債務者ノ意思ノミニ依リテ成就スヘキ條件ヲ附シタル場合ニ於テノミ無效タリ例ヘハ予カ欲スルナラハ金錢ヲ與フヘシト謂フカ如キハ全ク無效ニシテ何等ノ法律行爲モ成立セサルナリ然ルニ前例ノ場合ニ於テハ之ト異ナリテ金錢ヲ借用スルコトハ單ニ債務者ノ意思ノミニ係ルモノト謂フコトヲ得ス蓋シ之ヲ借用スルニハ明示又ハ默示ニテ契約ニ定メタル條件ヲ以テ借用ヲ爲スノ意思ヲ表示シ相手方カ正ニ其金錢ヲ貸與シタル時ニ於テ條件ハ始メテ成就スヘケレハナリ乃チ知ル此場合ニ於テハ單ニ債務者ノ意思ノミニ係ルモノト謂フヘカラサルコトヲ果シテ然ラハ此場合ニハ條件附債務カ成立スルモノト謂フヘク而シテ保證人ハ其債務ヲ保證スルモノナルカ故ニ其保證モ亦有效ナリト謂ハサルヘカラス唯漠然某カ負擔スルコトアルヘキ債務ヲ保證スルト云フカ如キハ無效タルヘキノミ

第二　主タル債務カ取消シ得ヘキモノナルトキハ保證債務モ亦取消シ得ヘシ　取消ノ效力ハ既往ニ遡リテ法律行爲ヲ無效ナリシモノト看做サシムルモノナリ既ニ主タル債務ニシテ無效ナランカ保證債務ノミ獨リ成立スルコト能ハサルハ既ニ述ヘタル所ナリ尙ホ一歩ヲ進ミテ論スレハ縱令主タル債務者カ先ニ取消權ヲ行ハサリシ場合ニ於テモ保證人ハ自ラ進ミテ取消權ヲ行フコトヲ得ヘシ其然ル所以ノモノハ他ナシ若シ保證人カ先ツ辨濟シテ後ニ轉シテ主タル債務者ニ求償スルニ方リ主タル債務者カ取消權ヲ行使セハ保證人ハ求償ヲ爲スコト能ハス尤モ債權者ニ對シテハ不當利得ニ基ク所ノ取戻ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ若シ其間ニ債權者カ無資力ト爲リタリトセハ保證人ハ損失ヲ受ケサルヘカラス蓋シ主タル債務者ハ追認ヲ爲スコトヲ得ス否ナ追認ヲ爲スモ保證人ハ之カ爲メニ其取消權ヲ失フモノニ非ス（一二二條）即チ主タル債務者ハ追認ヲ爲シテ以テ保證人ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス保證人ハ依然トシテ取消權ノ利益ヲ受クヘシ是レ實ニ至當ノコトニシテ凡ソ保證人ヲ立ツル地位ニ在ル債務者ハ通常資力ニ乏シキ者ナリ而シテ自己ノ資力ヲ以テハ到底辨濟スルコト能ハサルコトヲ知リツツ追認ヲ爲シ其結果保證人カ代リテ辨濟セサルヘカラサルニ至リテハ保證人ノ爲メニハ酷モ亦極マレリト謂ハサルヘカラス故ニ主タル債務カ取消シ得ヘキ場合ニハ其債務者カ追認即チ取消權ノ拋棄ヲ爲スモ保證人ハ依然トシテ取消權ヲ有ス然リ而シテ此場合ニ於ケル保證人ノ取消權ハ一般ノ取消ニ關スル規定及ヒ保證債務ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリト爲シ新民法ニ於テハ別ニ規定ヲ設ケス唯之ニ對スル例外トモ謂フヘキモノヲ規定シ以テ暗ニ其本則ヲ示スニ止メタリ是レ他ナシ保證契約ノ當時保證人カ取消ノ原因アルコトヲ知リツツ何等ノ留保ヲ爲サスシテ保證ヲ爲シタルトキハ保證人ハ義務ヲ負ハサルコトヲ得ス何トナレハ保證人ハ初ヨリ取消ノ原因アルコトヲ知レルカ故ニ若シ主タル債務者カ取消權ヲ行ヒタル場合ニ於テ自己モ亦其債務ヲ免レント欲セハ宜シク之ヲ明言スヘキノミ然ルトキハ其保證ハ保證トシテ有效ナルコト勿論ナリト雖モ若シ主タル債務カ取消サルレハ保證人モ亦其義務ヲ免ルヘシ然ルニ其原因アルコトヲ知リツツ右ノ如キ意思ヲ表示セサリシハ即チ縱令主タル債務カ取消サルルモ己

レ之カ辨濟ノ責ニ任スヘシトノ意ナリト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ是レ固ヨリ純然タル保證債務ニ非スシテ一種ノ獨立ナル債務ナリト謂フヘキナリ是レ第四四九條ニ規定セル所ナリ曰ク無能力ニ因リテ取消スコトヲ得ヘキ債務ヲ保證シタル者カ保證契約ノ當時其取消ノ原因ヲ知リタルトキハ主タル債務者ノ不履行又ハ其債務ノ取消ノ場合ニ付キ同一ノ目的ヲ有スル獨立ノ債務ヲ負擔シタルモノト推定ス

上述ノ如ク法律ハ保證債務ノ性質ニ反スル意思表示ノ有效ナルコトヲ認ムルト雖モ其債務ノ性質ニ至リテハ如何舊民法ノ如キハ仍ホ之ヲ保證ト認メタルカ如シ然レトモ是レ固ヨリ保證ノ性質ニ適合セサルヲ以テ之ヲ純然タル保證ト謂フヘカラサルコト論ヲ俟タス予ノ信スル所ニ據レハ是レ一ノ條件附債務ニシテ主タル債務者カ其債務ヲ取消サス而モ履行ヲ為ササル場合又ハ其債務ヲ取消シタル場合ニ於テ保證人カ恰モ主タル債務者カ負ヘル債務ト同一ノ給付ヲ為ス義務ヲ負ヘルモノナリト信ス而シテ此義務カ履行セラレタルトキハ主タル債務者ハ為メニ其義務ヲ免ルヘシ但主タル債務ノ取消ノ場合ニ在リテハ其債務ハ初ヨリ存在セサルモノナルヲ以テ主タル債務者カ為メニ義務ヲ免ルルヤ否ヤノ問題ヲ生セス而シテ保證人ハ一種ノ條件附債務ヲ負フモノナルヲ以テ主タル債務者カ取消ヲ為シタルトキニ於テモ仍ホ履行ノ責ヲ免レサルナリ

以上ハ取消ノ原因カ無能力ニ基ク場合ニ於テハ論ナシト雖モ其他ノ取消原因ニ係ルトキハ本條ニ規定セル所ト同一ナルコト能ハス即チ主タル債務者ノ負ヒタル債務カ詐欺又ハ强迫ニ因リタルモノナル場合ニ於テ保證人カ其事由ヲ知レルニ拘ラス主タル債務者カ期限ニ至リテ履行セサルカ又ハ取消權ヲ行ヒタルトキハ己レ必ス之ヲ履行スヘシト約シタル如キハ是レ恰モ詐欺又ハ强迫ノ目的ヲ達セシムルニ等シ是レ許スヘカラサル事タリ蓋シ之ヲ許サンカ法律カ不法ト認メタル詐欺又ハ强迫ニ因リテ債權者カ取得シタル債權ノ履行ヲ確保スルコトト為ルニ至ルヘケレハナリ此ノ如キ契約ハ目的カ不法ナルヲ以テ成立スルコトヲ得サルナリ是レ第四四九條ニ於テ單ニ無能力ノ場合ノミニ就テ規定セル所以ナリ

第三　保證債務ノ目的ハ主タル債務ノ目的ト同一ナラサルヘカラス　保證債務ハ主タル債務ノ目的ト異ナルモノヲ以テ目的トスルコトヲ得ス蓋シ目的ノ異ナリタル契約ヲ為スモ固ヨリ有效ナリト雖モ之ヲ以テ「保證」ト謂フコトヲ得ス若シ此ノ如キ契約ヲ為シタリトセンカ是レ一種ノ獨立債務ニシテ第四四九條ニ規定セルモノト類似セル條件附ノ債務ナリ而シテ所謂「保證人」カ其債務ヲ履行スルトキハ其結果トシテ債權者ハ所謂「主タル債務者」ニ對シ其債權ヲ失フヘシト云フ點カ保證ニ類スル所ナリト雖モ固ヨリ保證ノ定義ニ適合セサルヤ論ナキナリ舊民法ニハ此事ヲ明言シタリ(擔五條)ト雖モ新民法ニ於テハ特ニ之ヲ明定スルノ必要ナシトシ稍ヤ疑ハシキ場合ノミヲ規定シ之ニ依リテ本則ヲ明カニセリ要スルニ目的ノ同一ナラサルヘカラサルコトハ第四四六條ニ「保證人ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ為ス責ニ任ス」トアルニ由リテ之ヲ觀ルモ疑ナキ所ナリ而シテ其稍ヤ疑ハシキ場合トハ畢竟債務ノ目的ノ數量及ヒ其體樣ニ關スルモノナリ例ヘハ保證人ハ千五百圓ノ債務ヲ負ヒ主タル債務者ハ千圓ノ債務ヲ負フ場合ニ於テハ孰レモ目的ハ金錢ナリト雖モ數量ヲ異ニスルヲ以テ此ノ如キ保證契約ハ其儘ニテハ成立セス蓋シ保證債務ハ從タル債務ナルヲ以テ主タル債務ヨリ大ナルコトヲ得ス然リト雖モ此場合ニ於テハ保證債務トシテ全然成立セサルカ或ハ一部分ハ保證債務トシテ成立スヘキカ但之ヲ以テ保證ニ非サル他ノ契約ヲ為スノ意思ニ出テタルモノトセハ敢テ不可ナシト雖

0236

モ此ノ如キ奇異ナル契約ヲ爲ス者ナカルヘシ故ニ原則トシテハ斯ル特別ノ債務ヲ負フノ意ニ非スシテ保證債務ヲ負フノ意思ナリト認メサルヘカラス然ラハ則チ其主タル債務ニ超過セル一部分ノミヲ無效トシ千圓ニ付テハ保證債務カ成立スルモノトスルヲ妥當トス要スルニ主タル債務ト同數量ノ義務ヲ負擔セシモノト認ムルヲ以テ當事者ノ意思ニ適合スルモノト謂フヘシ是レ本條ニ規定セル所ナリ

次ニ體樣ニ付テ說明センニ例ヘハ主タル債務ハ一年ノ期限附ナルニ保證債務ハ即時ニ辨濟スヘキモノナルトキハ其保證契約ハ成立スルコト能ハス蓋シ保證債務ハ主タル債務者カ履行セサル場合ニ於テ之ニ代リテ履行スルモノナリ然ルニ右ノ場合ニ於テハ一年ヲ經サレハ主タル債務者カ果シテ履行スルヤ否ヤヲ知ルコトヲ得サルモノナルニ拘ラス即時ニ辨濟スヘシト云フカ如キ保證ハアリ得ヘカラサルコトタリ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ大抵錯誤等ニ出ツルモノナルヘシ故ニ其場合ニハ主タル債務者ト同シク保證人モ亦期限ノ利益ヲ受クヘキモノトセリ又債務カ條件附ナル場合ニ於テ其條件カ全然異ナレルトキハ廣義ニ於テハ目的ノ同一ナラサルモノナルヲ以テ若シ保證人ニシテ純然タル保證債務ヲ負フノ意思ニテ斯ル契約ヲ爲セリトセハ其契約ハ成立スルコト能ハス然リト雖モ主タル債務ハ條件附ナルモ保證債務ハ無條件ナル場合ニハ主タル債務ト同一ノ條件ヲ保證債務ニモ附シタルモノト認メサルヘカラス然ラサレハ保證債務ノ性質ニ反スルカ故ニ實際履行ヲ爲スコト能ハス蓋シ保證人ハ主タル債務者カ債務ヲ履行セサルトキ之ニ代リテ其履行ヲ爲スヘキモノナルニ主タル債務者カ履行スヘキヤ否ヤ未タ判然セサルニ當リ保證人カ先ツ履行セサルコトヲ得サルニ至ルヘケレハナリ第四四八條ニ曰ク

保證人ノ負擔カ債務ノ目的又ハ體樣ニ付キ主タル債務ヨリ重キトキハ之ヲ主タル債務ノ限度ニ減縮ス

故ニ保證人ノ負擔カ主タル債務ヨリ輕キトキハ其有效ナルコト疑ナシト雖モ之ニ反シテ保證人ノ負擔カ主タル債務ヨリ重キトキハ主タル債務ノ限度ニ減縮スヘキナリ即チ主タル債務ノ額ハ一萬圓ナルニ保證債務ノ額ハ五千圓ナルトキハ可ナリ或ハ曰ハン此場合モ亦前ノ場合ト同シク目的ヲ異ニスルモノニ非スヤト是レ非ナリ蓋シ此場合ニハ主タル債務ノ半額ノミニ對シテハ保證アリト雖モ他ノ半額ニ付テハ保證ナキナリ之ト同一ノ理由ニ因リ保證債務ハ主タル債務ヨリハ輕キ體樣ニ服スルコトヲ得ヘシ例ヘハ主タル債務者ハ無期限、無條件ノ單純義務ヲ負ヘルニ保證人ハ一年ノ期限附ニテ保證ヲ爲シタリト假定センニ此場合ニ於テハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサルモ契約ノ時ヨリ一年後ニ至ラサレハ保證人ハ之ヲ履行スルコトヲ要セサル趣旨ナリ今之ヲ學理上ヨリ論スレハ是レ亦一部ノ保證ニシテ若シ保證契約ノ時ヨリ直チニ保證債務ヲ負フモノナランニハ其時ヨリ實際履行ノ時ニ至ルマテ繼續シテ義務ヲ負フヘキナリ然ルニ此場合ハ契約ノ時ヨリ一年後ニ至リテ履行ノ義務ヲ負フヘキモノナルニ由リ學理上ハ一年後ノ時期ニ對スル保證即チ一部ノ保證ト視ルヘキカ故ニ毫モ不可ナルコトナシ又同一ノ場合ニ於テ條件附ニテ保證債務ヲ約シタルトキモ其理同シ即チ無條件ノ債務ナランニハ如何ナル場合ニテモ常ニ義務ヲ負フモノナルニ本例ニ於テハ或條件ノ成就シタル場合ニノミ義務ヲ負フモノナレハナリ要スルニ主タル債務ノ期限ハ短クシテ保證ノ期限ハ長キモ又主タル債務ハ無條件ニシテ保證債務ハ條件附ナルモ共ニ保證債務有效ニ成立スルモノトス唯其目的ハ必ス同一ナラサルヘカラス此ノ如ク一部ノ保證ハ法律上有效ナリトセハ特約ナキ場合ニ於テ保證債務ハ幾何ノ範圍ニ於テ存在スヘキカハ實際上問題ト爲ルコトアルヘシ蓋シ保證債務ヲ約スル場合ハ多クハ金錢債務ニ關シ其他ノ債務ニ在リテハ之ヲ保證スルコト頗ル難シ今先ツ債務ノ目的カ特定物ノ給付ナル場合ニ付キ之ヲ考フルニ主

タル債務者カ其特定物ヲ給付セサルトキハ保證人之ニ代リテ之ヲ給付スヘシトノ契約ヲ爲ス場合ハ必スシモ絕無ト謂フコトヲ得サルモ斯ル契約ヲ爲シ得サル場合最モ多カラント信ス即チ其物タル元來保證人ノ所有物ニ非サルヘキヲ以テ保證人ハ其物ノ權利ヲ直チニ債權者ニ移轉スルコトヲ得ス唯其所有權ヲ移轉スルコトニ盡力スヘシト約スルコトヲ得ヘキノミ然レトモ是レ眞ノ保證ニ非スシテ他ノ一種ノ義務ナリ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ當事者ノ意思解釋トシテ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルトキハ損害賠償ノ責任アリ而シテ右ノ保證人ハ其損害賠償ヲ保證シタルモノト解セサルヘカラス若シ然ラスシテ主タル債務ハ特定物ノ給付ヲ目的トシ保證ハ金錢ヲ目的スルモノナリトセハ是レ保證ニ非サルナリ勿論不特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ハ理論及ヒ實際ニ於テ之カ保證ヲ爲スコトヲ得ヘシ即チ主タル債務者カ一定ノ品質ノ米百石ヲ給付スルノ義務アル場合ニ於テ其履行ナキトキハ保證人モ亦同一ノ品質ノ米百石ヲ保證債務ノ履行トシテ給付スヘシト約スルコトヲ得ヘシト雖モ事實上ハ此種ノ契約モ亦爲シ難キコト多カルヘシ例ヘハ米商カ米ヲ給付スヘキ債務ヲ負擔セル場合ニ於テ同業者タル他ノ米商カ之ヲ保證スル場合ニ於テハ可ナルモ米商ニ非サル者カ其保證人ニ立ツ場合ニ於テハ當事者ノ意思ハ通常保證人モ亦米ヲ引渡スノ意思ナリト解スルコトヲ得ス蓋シ損害賠償ヲ爲スノ意思ナリト解セサルヘカラス殊ニ作爲ノ義務ノ如キ場合ニハ大抵皆然リトス左官若クハ大工ノ仕事ノ如キ特別ノ技能ヲ要セサルモノニ係ルトキハ他ノ同職業ノ者カ之ニ代ハリテ履行ヲ爲スモ敢テ不可ナカルヘク隨テ理論上ニ於テハ例ヘハ甲ナル大工カ何人前ノ仕事ヲ爲ス債務ヲ負ヘル場合ニ他ノ大工カ保證ニ立チ若シ甲カ其義務ヲ履行セサルトキハ予代リテ其仕事ヲ爲スヘシト約スルコトナキニ非スト雖モ是レ實際ニ於テハ極メテ稀ナルヘシ況ヤ作爲ノ義務ノ大多數ハ一定ノ人ノ作爲ヲ目的トスルニ於テオヤ彼ノ畫工、

書家ノ爲ス技能ニ至リテハ他人カ之ヲ代行スルコト能ハサルヲ普通トス隨テ之ヲ保證スルコト能ハサルナリ然リト雖モ技能其モノヲ直チニ保證スルニ非スシテ其作爲ノ義務ヲ履行セサル場合ニ生スヘキ損害賠償ノ負擔ヲ保證スルコトヲ得ヘシ蓋シ損害賠償ハ金錢ヲ以テスルヲ普通トスルカ故ニ（四一七條）保證人カ之ヲ辨償スルコトヲ得ヘキハ勿論ナリ之ヲ要スルニ保證債務ノ十中ノ八九ハ金錢ヲ以テ目的ト爲ス而シテ金錢債務ニハ多クハ利息ヲ附スヘク又如何ナル種類ノ債務ニテモ特約ヲ以テ違約金ヲ拂ヘフキコトヲ定ムルコトアリ又利息以外ノ損害ヲ賠償スヘキコトアリ又或ハ主タル債務ノ目的カ果實ヲ生スル場合ニ於テハ其債務ヲ履行スヘキ時ヨリ以後ノ果實ハ債權者ニ屬スル場合多シ此場合ニ於テ主タル債務者カ元本及ヒ果實ヲ給付セサルニ因リ保證人カ代リテ之ヲ履行スル場合ニ於テハ前ニ述ヘタルカ如ク金錢ヲ以テ賠償スヘキコト多シ此場合ニ於テハ啻ニ元本ニ對スル損害賠償ノミナラス果實ニ對スル損害賠償ヲモ併セテ負擔セサルヘカラサルヤ否ヤ此等ノ場合ニ於ケル保證人ノ義務ノ範圍ヲ定メサルヘカラス然ルニ前述ノ如ク保證債務ハ一部ニ付テノミ存スルコトヲ得ヘキニ由リ單ニ元本ノミニ付キ保證ヲ爲シ利息及ヒ損害賠償等ハ之ヲ保證セサルコトヲ得ヘク又特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ニ在リテハ元本ノ價格ニ相當スルモノニ限リ保證スルコトヲモ特約スルコトヲ得ヘシ然レトモ若シ此等ノ特約ナキトキハ法律ハ總テ此等ノモノヲ包含スルモノトセリ第四四七條第一項ニ曰ク

保證債務ハ主タル債務ニ關スル利息、違約金、損害賠償其他總テ其債務ニ從タルモノヲ包含ス

此點ハ保證ト連帶ト異ナル所ナリ既ニ說明シタルカ如ク連帶ノ場合ニハ目的又ハ體樣ヲ異ニスルモ可ナルカ故ニ若シ連帶債務者中ノ或者ノミカ違約金ヲ約シ其他ノ者ハ之ヲ約セサル場合ニ於テハ之ヲ約セサル者ハ其負擔ニ與ラス何トナレハ連帶債務ハ各〻獨立セルモノニシテ各自唯一ノ債務者ノ如ク看做

サレ又實際ニ於テモ其負擔ノ異ナルコトハ毫モ支障ナキ所ナレハナリ然ルニ保證債務ニ在リテハ其性質從タル債務ナルヲ以テ特約ナキ限ハ利息、損害賠償等總テノ點ニ於テ主タル債務ト同一ノ目的ヲ有スヘク唯特約ヲ以テ其負擔ヲ輕減スルコトヲ得ルノミ但保證人カ主タル債務者ノ負擔セサルモノヲ負擔スルコトアリ而シテ是レ必スシモ無效ナリト謂フヘカラス即チ第四四七條第二項ニ規定シテ曰ク

保證人ハ其保證債務ニ付テノミ違約金又ハ損害賠償ノ額ヲ約定スルコトヲ得

抑モ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサルトキニ當リ生スヘキ損害ニ付キ何等ノ特約ナカリシ場合ニ於テ若シ其賠償額ニ付キ爭アルトキハ裁判所ニ於テ其額ヲ定メ之ヲ賠償セシム保證人ノ負擔ニ於ケルモ亦然リ然レトモ保證人ハ自己ノ負擔セル保證債務ノ履行ヲ怠リタル場合ニ付キ違約金ヲ拂ヒ又ハ一定ノ損害賠償ヲ爲スヘキコトヲ約定スルコトヲ得ヘシ是レ一見主タル債務ニ比シ其負擔重キカノ感アリ蓋シ主タル債務ニ付テハ違約金ノ時約モナク又裁判所ニ於テ定ムヘキ損害賠償額ハ保證人カ特約セル賠償額ヨリ寡少ナルカモ未タ知ルヘカラサレハナリ然リト雖モ是レ保證債務カ主タル債務ヨリ重キモノナリト謂フコトヲ得ス其然ル所以ノモノ他ナシ主タル債務者カ其辨濟期限ニ至リテ債務ノ履行ヲ爲ササルニ當リ保證人之ニ代リテ直チニ履行ヲ爲ストキハ復タ違約金ヲ拂ヒ若クハ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要セス然ルニ保證人カ其履行ヲ怠ルトキハ遂ニ之カ損害ヲ賠償シ又ハ違約金ヲ拂フニ至ルヘキモノニシテ是レ畢竟保證人カ其債務ヲ怠ルノ制裁ニ外ナラス隨テ是レ保證債務ノ範圍以外ノ問題ニシテ恰モ主タル債務ニハ質、抵當等ノ擔保ナキニ保證債務ニ此等ノ擔保ヲ附シ又主タル債務ハ普通ノ私署證書ヲ以テ結約セラレ隨テ强制執行ヲ爲ス場合ニ於テハ先ツ確定判決ヲ求メサルヘカラサルニ保證人ハ公正證書ニ依リ其義務ヲ負擔セル爲メ直チニ執行ヲ爲スコトヲ得ルト異ナルコトナシ唯違約金又ハ損害賠償ノ豫定ニ付テハ主タル債務ニ比シテ保證人ノ負擔カ重キカノ嫌アルヲ以テ特ニ第四四七條第二項ノ明文ヲ設ケタルノミ其他ノ場合ニ付テハ舊民法ニハ明文アリタルモ新民法ニ於テハ言フヲ俟タストシテ之ヲ省ケリ

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

保證契約ハ恰モ連帶ノ場合ニ於ケルカ如ク必ス二箇ノ關係ヲ生ス其一ハ債權者ト保證人トノ關係即チ純然タル保證關係ナリ蓋シ保證債務ナルモノハ保證人カ債權者ニ對シテ負擔スル義務ヲ謂フモノニシテ是レ實ニ保證契約ヨリ生スル直接ノ結果ナリトス其二ハ主タル債務者ト保證人トノ關係ニシテ或ハ委任ニ因ルコトアリ或ハ好意ニ出テテ保證ヲ爲スコトアリ而シテ債權者ト俗證人トノ關係ニ在リテハ保證ハ多クハ有償ニシテ債權者ハ債務者ニ金錢ヲ使用セシムル代リニ保證人ニ保證債務ヲ負ハシムルモノナリ之ニ反シテ主タル債務者ト保證人トノ關係ハ多クハ無償ニシテ自己カ保證人ニ立ツヲ理由トシテ報酬ヲ請求スル者ハ稀ナラン要スルニ一ハ有償ナルヲ普通トシ他ノ一ハ無償ナルヲ普通トス是レ此二箇ノ關係ノ別異ナルコトヲ證スルモノト謂フヘシ人或ハ保證契約ハ無償契約ナリト曰フト雖モ是レ大ナル謬見ナリ即チ保證契約ハ元來有償契約ニシテ唯其裏面ニ存スル主タル債務者ト保證人トノ關係カ多クハ無償ナルニ過キサルナリ尙ホ詳細ハ保證ノ效力ヲ講スルニ方リ說述スヘシ

（四）保證人ノ保證人

舊民法ニ於テハ引受人ト稱シテ特ニ之ニ就テ規定セリ然リト雖モ邦語ノ意義ニ於テハ「保證人」ト謂フモ「引受人」ト謂フモ別ニ異ナルコトナキノミナラス保證人ノ保證人ナルカ爲メ其者カ別ニ名稱ヲ異ニ

スル必要ナシ舊民法ニ於テモ之ニ關スル規定別ニ異ナリタルニ非ス唯債權擔保編第七條第二項ニ「保證人ハ亦第三者ヲ引受人トシテ己レヲ保證セシムルコトヲ得此引受人ニ對シテハ保證人ハ主タル債務者ノ地位ヲ有ス」トノ規定アリ又同編第四五條第二項ニ於テ引受人ニ關スル規定アリト雖モ是レ當然ノコトヲ定メタルニ過キス（擔保編第四九條ニ於テモ引受人カ保證人ト同一ノ權利ヲ有スルコトヲ定ムルニ過キス）要スルニ此場合ニ於テハ舊民法ノ規定セル如ク一箇ノ債務タル保證債務ヲ更ニ保證スルモノニシテ詳言スレハ先ツ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサルニ當リテ第一ノ保證人カ義務ヲ負ヘルモ之ヲ履行セサルトキニ第二ノ保證人カ之ヲ履行スルノ義務ヲ負フニ在リ即チ第一ノ保證人ハ第二ノ保證人ニ對シテハ主タル債務者ノ地位ニ在ルモノナリ隨テ第二ノ保證人ニモ保證ニ關スル一般ノ規定ヲ適用スレハ毫モ支障ナシ

（五）保證人ノ資格

債務者カ保證人ヲ立ツヘキ義務アル場合ニ於テハ如何ナル人ヲ保證人ト爲ササルヘカラサルカハ是レ保證人ノ資格ニ關スル問題ニシテ其義務アル場合即チ法律上相當ノ擔保ヲ供スヘキ場合又ハ法律ノ規定ニ依リテ裁判所カ保證人ヲ立ツルコトヲ命スル場合ハ勿論債務者カ債權者ニ對シテ保證人ヲ立ツルコトヲ約シタル場合ニ於テ其保證人ト爲スヘキ人ノ何人タルヲ問ハストセハ保證ノ效用ヲ爲ササルコト多カルヘシ保證人ニシテ保證ノ效用ヲ爲サストセハ寧ロ保證人ヲ立テサルノ愈レルニ如カス故ニ苟モ保證人ヲ立ツル以上ハ先ツ第一ニ其保證人ハ完全ニ義務ヲ負フ者タルコトヲ必要トス何トナレハ一旦保證債務カ發生スルモ直チニ取消サルルカ如キコトアラハ何等ノ用ヲモ爲ササレハナリ第二ニ資力アル者ナラサルヘカラス何トナレハ無資力者ヲ保證人ト爲スモ亦何等ノ效用ヲ爲ササレハナリ第三ニ甚シキ遠隔ノ地ニ住居スル者ナラサルコトヲ要ス何トナレハ甚シキ遠隔ノ地ニ在ル者ヲ保證人ト爲スモ債權者カ保證人ニ對シテ履行ヲ求ムルニ方リ頗ル不便ヲ感スヘケレハナリ故ニ保證人ト爲スヘキ者ハ此等ノ條件ニ於テ缺クル所ナキヲ要ス是レ第四五〇條ニ規定セル所ナリ曰ク

債務者カ保證人ヲ立ツル義務ヲ負フ場合ニ於テハ其保證人ハ左ノ條件ヲ具備スル者タルコトヲ要ス

一　能力者タルコト

二　辨濟ノ資力ヲ有スルコト

三　債務ノ履行地ヲ管轄スル控訴院ノ管轄內ニ住所ヲ有シ又ハ假住所ヲ定メタルコト

保證人カ前項第二號又ハ第三號ノ條件ヲ缺クニ至リタルトキハ債權者ハ前項ノ條件ヲ具備スル者ヲ以テ之ニ代フルコトヲ請求スルコトヲ得

前二項ノ規定ハ債權者カ保證人ヲ指名シタル場合ニハ之ヲ適用セス

右三箇ノ條件ニ付キ簡單ニ說明セン

第一　能力者ナルコト　未成年者、禁治産者、準禁治産者若クハ妻ハ保證人タルコトヲ得ス未成年者及ヒ禁治産者ハ一般ニ無能力者ニシテ準禁治産者及ヒ妻ハ或行爲ニ限リ無能力者ナリ而シテ準禁治産者カ保證ヲ爲スコトニ關シテハ第一二條第一項第二號ニ妻ニ付テハ第一四條第一項第一號ニ規定セリ故ニ此等ノ者ハ保證ヲ爲スニ付テハ皆無能力者タリ但法定代理人カ其權限內ニ於テ保證ヲ爲スハ可ナリ即チ親權ヲ行フ父ハ法律上ノ條件ナク唯自己ノ責任ヲ以テ未成年者ニ代リテ爲セハ可ナリ又親權ヲ行フ母ニ付テハ第八八六條第二號ノ規定アルヲ以テ親族會ノ同意ヲ得テ保證ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ縱令親族會ノ同意ヲ得ルモ保證ヲ爲スニ及ハサル場合ニシテ而モ其結果損失ヲ招ケル場

合ニ於テハ其母カ責任ヲ負ハサルヘカラス又後見人ニ付テハ第九二九條ニ於テ親族會ノ同意ヲ得ルニ非サレハ保證ヲ爲スコトヲ得サルコトヲ規定セリ而シテ保證ヲ爲ス必要ハ實際如何ナル場合ニ存スルカト云フニ例ヘハ主タル債務者ト親族關係アリテ若シ保證ヲ爲サレハ其者ハ非常ニ困難ノ地位ニ陷ルヘキ場合又ハ商業上ノ取引先ニシテ平素相互ニ保證ヲ爲スヲ以テ常例トセル場合ノ如キハ保證ヲ辭スルコト能ハサル場合ナルヘシ尙ホ法定代理人ノ行爲トセスシテ無能力者自身カ法定代理人ノ同意ヲ得ルカ又ハ保佐人若クハ夫ノ同意ヲ得テ保證ヲ爲スコトアリ此場合ハ能力ノ欠缺ヲ補充セルモノナルヲ以テ敢テ不可ナシト雖モ若シ獨斷ヲ以テ保證ヲ爲セハ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ故ニ斯ノ如キ保證ニテハ保證人ヲ立ツル義務ヲ盡シタルモノト謂フコトヲ得ス

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

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

以上三箇ノ條件ハ前ニ說明シタル理由ニ據リテ之ヲ必要トセリ然ルニ其中ニ就テ第二及ヒ第三ノ條件ハ時時變更スヘキモノナリ即チ人ノ資力ハ變化極リナク今日ノ素封家モ忽チ破產ノ厄ニ陷ルコトアリ故ニ保證契約ノ當時ニ資力アルヲ以テ足レリトセス履行ノ時ニ有資力ナラサルヘカラス住所ニ付テモ亦同一理ニシテ保證契約ノ時ニ當リテハ上述ノ條件ヲ具ヘタルモ履行ノ時ニ當リテ己ニ他ノ地ニ在リトセハ其效用ヲ缺クニ至ルヘシ故ニ保證人ノ資力又ハ住所ニ變更アリタル場合ニ於テハ債權者ハ更ニ其條件ヲ具備スル者ヲ以テ之ニ代フルコトヲ請求スルコトヲ得ヘシ但第三ノ條件ニ變更アル場合ニ於テハ實際保證人ヲ替フルコトヲ要セサルコト多カルヘシ何トナレハ縱令本住所ヲ變更スルモ舊住所又ハ舊住所所在地ニ假住所ヲ選定スレハ足レハナリ蓋シ其保證人ハ一旦保證人タルコトヲ承諾シタル者ナレハ債權者ヨリ假住所ノ選定ニ付キ注意ヲ與フルトキハ通例之ヲ承諾スヘク若シ之カ選定ヲ爲サストセハ其者ハ保證ヲ欲セサルニ至リタル者ナルヘシ但保證人ト債務者トノ關係ニ於テハ保證人カ保證ヲ爲スノ義務ヲ負ヘル場合アラン此場合ニ於テハ保證人ヲシテ假住所ヲ選定セシムルコトヲ得ヘシ能力ニ付テハ保證契約ノ當時能力者ナレハ足ル後日ニ至リ無能力ト爲ルモ之ニ代フヘキ保證人ヲ立テシムルコトヲ要セス何トナレハ縱令後日無能力ト爲ルモ爲メニ保證ヲ取消サルルカ如キコトナキヲ以テナリ例ヘハ保證契約ノ時ニ於テハ成年者ニシテ且健全ナル者カ後日ニ至リ精神錯亂シテ禁治產ノ宣

告ヲ受ケタリトスルモ曩ニ結ヒタル契約ハ依然トシテ其效力ヲ有シ其法定代理人之ニ代リテ履行ノ責ニ任スヘキノミ

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

保證人ノ資格ハ以上講述シタル所ノ如シト雖モ其資格ヲ具備セル保證人ヲ得ンコトハ必スシモ期シ得ヘキコトニ非ス或ハ此ノ如キ人ヲ知レルモ其者カ承諾セサルコトアルヘク或ハ旅行先ニ於テ債務ヲ負擔シタル場合ノ如キ保證人ヲ立ツルノ必要アルモ適當ノ者ヲ得ルコト能ハサルコトアルヘク縱令旅行先ニ非サルモ知己ニ乏シキカ爲メ資格アル保證人ヲ得ルコト能ハサルコトアラン而モ保證ヲ立ツル義務アル場合ニ於テ之ヲ立テサルトキハ債務者ヲシテ或權利ヲ喪失セシムルコトアルヘク又訴訟上ノ利益ヲ得ルコト能ハサルニ至ラン是レ洵ニ憫ムヘシト雖モ而モ他人ヲ强制スルコト能ハス斯ル場合ニ於テハ如何ニセハ可ナランカ他ナシ保證人ニ均シキ又ハ一層確實ナル擔保ヲ供スレハ足レリ即チ十分ナル價格ヲ有スル質若クハ抵當ヲ供スレハ保證人ヲ立ツルニ比シ概シテ確實ナルモノナリ故ニ此等ノ擔保ヲ供シテ保證人ヲ立ツルノ義務ヲ免ルルコトヲ得ヘシ第四五一條ニ曰ク

債務者カ前條ノ條件ヲ具備スル保證人ヲ立ツルコト能ハサルトキハ他ノ擔保ヲ供シテ之ニ代フルコトヲ得

第二　保證債務ノ效力

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

第一　債權者ト保證人トノ關係

債權者ト保證人トノ關係ニ於テハ債權者ハ一定ノ場合ニ保證人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキハ固ヨリ言フヲ俟タス即チ保證ノ定義ニ於テ明カナル如ク主タル債務者カ履行ヲ爲サルトキハ保證人ハ之ニ代リテ履行ヲ爲スノ責ニ任スヘキナリ唯債權者カ此權利ヲ行フニ當リ保證人ハ如何ナル權利ヲ有シ又如何ナル範圍ニ於テ義務ヲ負擔スルカハ是ヨリ講述セント欲スル所ナリ

從來歐洲ノ學說及ヒ法典ニ於テハ保證人ハ三種ノ利益ヲ有スルコトヲ認ム其利益ノ第一ハ之ヲ名ケテ檢索ノ利益ト曰フ「檢索ノ利益」トハ保證人カ債權者ニ對シ先ツ債務者ノ財產ニ付キ辨濟ヲ受ケ尙ホ不足アル場合ニ限リ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スヘシト主張スルコトヲ得ルノ權利ナリ是レ蓋シ債權者カ主タル債務者ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘクンハ敢テ保證人ヲシテ履行セシムルコトヲ要セサルヲ以テ先ツ主タル債務者ノ財產ヲ調査セシメンカ爲メナリ第二ハ分別ノ利益ト稱シ保證人カ二人以上アル場合ニ於テ債權者カ若シ其一人ニ對シテ債務全額ノ請求ヲ爲シタルトキハ其請求ヲ受ケタル保證人ハ他ノ保證人ト等分シテ其一部分ニ限リ自ラ辨濟シ殘餘ハ他ノ保證人ニ對シテ請求スヘシトノ抗辯ヲ爲

0242

スコトヲ得ルノ權利ヲ謂フ第三ハ讓權ノ利益ト稱シ保證人ハ債權者ニ對シ辨濟ヲ爲ス代リニ保證人カ主タル債務者ニ對シ求償ヲ爲スニ當リ必要アルヲ以テ債權者カ主タル債務者其他ノ者ニ對シテ有スル權利ヲ自己ニ讓與スルコトヲ求メ若シ債權者カ其要求ヲ容レサルトキハ辨濟ヲ爲ササルコトヲ得ルノ權利ナリ此第三ノ利益ニ付テハ新民法ニ於テハ唯リ保證ノ場合ニ於テノミナラス汎ク辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者カ辨濟ヲ爲シタルトキハ法律ノ力ヲ以テ當然代位スルモノト定ムルカ故ニ結局債權者ノ權利ハ辨濟者ニ移ルト同一ノ結果ト爲ル隨テ此讓權ノ利益ナルモノハ我新民法上ニ於テハ全ク不要ナルヲ以テ別ニ之カ規定ヲ設ケス尙ホ此讓權ノ利益ニ相當スル代位竝ニ之ニ關スル制裁ニ付テハ辨濟ノ說明ヲ爲スニ方リテ詳說スヘシ(五〇〇條五〇四條)而シテ新法ニ於テハ前述ノ外尙ホ一箇ノ利益ヲ認メタリ予ハ之ヲ後訴ノ利益ト稱ス請フ是ヨリ後訴ノ利益、檢索ノ利益、分別ノ利益ノ三者ニ付キ順次ニ說明セント欲ス

(一)　後訴ノ利益

第四五二條ニ曰ク
債權者カ保證人ニ債務ノ履行ヲ請求シタルトキハ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得但主タル債務者カ破產ノ宣告ヲ受ケ又ハ其行方カ知レサルトキハ此限ニ在ラス

後訴ノ利益ニ付テハ各國ノ法制區區ニ亘リ學說亦未タ一定スルニ至ラス今外國ノ立法例若クハ學說ヲ大別スレハ三主義ト爲ル第一ハ我舊法ノ採リタル主義ニシテ即チ明治八年六月八日第一〇二號布告金穀貸借請人證人辨償規則第一條及ヒ第二條ニ淵源シ又外國ニ於テハ之ト同主義ヲ採レル著明ナルモノヲ獨逸民法、瑞西債務法等トス此主義ニ依レハ債權者ハ先ツ主タル債務者ニ對シテ强制執行ヲ爲シ尙ホ不足ナル部分ニ限リ之ヲ保證人ニ請求スルコトヲ得ルニ在リ明治八年布告ノ大要ヲ摘示セハ主タル債務者カ身代限ヲ爲シ又ハ逃亡シ若クハ跡相續人ナキ場合ニ限リ保證人ニ辨償ノ義務アリト定メタリ身代限トハ諸君ノ知ラルル如ク債務者ノ總財產ヲ差押ヘ以テ各債權者ニ辨濟ヲ得セシメ不足ノ部分ハ債權者ノ損失ニ歸スルト雖モ素ト是レ一時ノコトニシテ爲メニ其權利カ消滅スルモノニ非サルヲ以テ若シ保證人アルトキハ其不足ノ部分ヲ保證人ニ請求スルコトヲ得タルモノナリ但逃亡等ノ場合ハ例外トス(此例外ハ民法ニ於テモ認ムル所ナリ)是レ固ヨリ理由アル主義ナリ元來保證人ハ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルニ方リ始メテ履行ヲ爲スノ義務アルモノナリ故ニ若シ主タル債務者カ任意ノ履行ヲ爲ササルニ方リ强制執行ヲ爲シ之ニ因リテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ハ敢テ保證人ヲ煩スノ必要ナシ隨テ此場合ニハ保證人ニハ履行ノ義務ナシト云フニ在リテ學理上十分ニ說明ヲ爲シ得ヘシト雖モ此主義ノ短所ハ實際上保證カ甚タ薄弱ナル擔保タルニ過キサルニ在リ蓋シ主タル債務者カ任意ニ履行ヲ爲ササルトキハ極メテ煩雜ナル手續ニ依リテ差押其他ノ强制執行方法ヲ行ヒ尙ホ不足ナルトキニ始メテ其不足額ヲ保證人ニ請求スルコトヲ得ヘキモノトセルヲ以テ爲メニ多クノ日子ヲ費シ尠カラサル費用ヲ擲タサルコトヲ得ス例ヘハ辯護士ヲ雇ヒタルニ因リ要シタル費用ノ如キハ之ヲ訴訟費用トシテ請求スルコトヲ得サルヲ以テ結局債權者ノ損害ニ歸スヘシ果シテ然ラハ縱令保證人アルモ爲メニ强力ナル擔保ト爲スニ足ラス況ヤ其間ニ保證人カ破產ヲ爲シ若クハ財產ヲ隱匿スル等ノ虞アルニ於テオヤ是ヲ以テ舊法時代ニ在リテハ普通ノ保證ハ極メテ尠カリキ即チ實際保證人タルコトハ債務者モ債權者モ又保證人自身モ共ニ認ムル所ナルニ拘ラス名義ハ「保證人」ト稱セスシテ「連帶債務者」ト稱シタルモノ多ク又縱令連帶債務ト爲サスシテ保證人ト爲スモ其保證人ハ主タル債務者ト連帶シテ義務ヲ負フトノ特約ヲ爲

スコト行ハレタリ是レ蓋シ主タル債務者カ身代限ヲ爲スニ非サレハ保證人ヲシテ履行ノ責ニ任セシムルコトヲ得ストセハ其保證タルヤ甚タ薄弱ナルヲ以テ特ニ連帶ヲ約スルヲ必要トシタルナリ是ヲ以テ觀ルモ第一ノ主義ハ理論上ハ十分説明シ得ルモ實際ニ於テ不便ナリト謂ハサルヘカラス第二ノ主義ハ佛蘭西、伊太利、西班牙等ノ諸國ノ民法ニ於テ認ムル所ニシテ第一ノ主義ト正反對ナリ佛蘭西ニ於テハ大ニ議論ノ存スル所ナリト雖モ予ノ信スル所ニ據レハ佛法ノ主義ハ主タル債務者ニ對シテ未タ請求ヲ爲サルモ直チニ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトセルカ如シ即チ苟モ債務ノ期限カ到來シ所謂「債務カ辨濟期ニ在ル」ニ拘ラス主タル債務者カ任意ニ履行ヲ爲サルトキハ其者ニ對シ請求ヲ爲スノ必要ナク直チニ保證人ニ對シテ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノトセリ蓋シ不履行ナルモノハ任意ニ履行セサルノ義ナリ故ニ辨濟期カ到來セルニ拘ラス主タル債務者カ履行セサルトキハ之ヲ以テ「不履行」ト稱スルモ必スシモ不可ナルコトナキヲ以テ此主義モ説明シ得ラレサルニ非ス然リト雖モ是レ亦極端ニ走リタルモノニシテ主タル債務者カ履行ヲ爲サルトキニノミ履行ノ義務ヲ負フヘキ保證人ニ對シテ酷ナルノミナラス實際ニ於テモ煩雜ナル結果ヲ生スヘシ即チ保證人ヲ附シアリト雖モ主タル債務者ハ自ラ履行ヲ爲スヲ常トス而シテ履行ナクシテ辨濟期ヲ經過シタル場合ト雖モ主タル債務者ニ資力ナク又任意ノ履行ヲ欲セサルモノナリト斷言スヘカラス寧ロ多數ノ場合ニ於テハ主タル債務者ハ辨濟ノ意思アリ又資力ヲ有スヘシ故ニ若シ先ニ主タル債務者ニ對シテ請求スルトキハ其者カ履行ヲ爲スヘク隨テ債權者モ滿足シ又保證人モ義務ヲ免ルヘキニ然セスシテ先ツ保證人ニ對シテ履行ヲ請求スルコトヲ得ルモノトセンカ保證人ハ後ニ説明セントスル所ノ檢索ノ利益ヲ有スルヲ以テ債權者ニ於テモ必スシモ保證人ニ請求スルヲ利益ナリト謂フコトヲ得ス而シテ保證人カ債權者ニ對シ檢索ノ利益ヲ對抗シタルトキハ債權者ハ更ニ主タル債務者ニ對シテ履行ヲ求メサルヘカラス此時ニ方リ幸ニ債務者ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルトセハ最初保證人ニ對シテ請求ヲ爲シタルハ全ク無益ノ手續ニ歸スヘシ然ルニ若シ債權者カ先ニ主タル債務者ニ請求セハ主タル債務者カ辨濟スヘク隨テ義務全ク消滅スヘキノミ若シ又債權者カ先ニ保證人ニ對シテ請求ヲ爲シタルニ由リ保證人ハ辨濟ヲ爲シ更ニ主タル債務者ニ求償スヘキノミ之ヲ要スルニ先ニ保證人ニ請求スルコトヲ得ルモノトスルモ債權者ノ爲メニモ又債務者ノ爲メニモ敢テ勞ヲ省クノ效ナク而モ保證人ハ徒ニ他人ノ債務ヲ辨濟スルノ結果ト爲リ少クトモ手續及ヒ費用ヲ無益ニ費スノミナラス保證人カ主タル債務者ニ對シテ求償スルニ當リ債務者カ無資力ト爲レリトセハ保證人ハ損失ヲ被ラサルヘカラサルニ至ルヘシ故ニ此主義モ亦當ヲ得サルモノナリ是ニ於テカ第三説トシテ折衷説ヲ生スルニ至レリ舊民法及ヒ墺太利民法等ハ實ニ此主義ヲ採レリ此主義ニ於テハ債權者ハ先ツ主タル債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲サルヘカラス即チ之ニ依リテ任意ノ履行ヲ促シ幸ニ債務者カ履行ヲ爲シタルトキハ何人モ迷惑ヲ被ル者ナクシテ事濟ムヘシト雖モ若シ主タル債務者カ任意ノ履行ヲ爲サルトキハ敢テ强制執行ヲ爲スコトヲ要セス保證人ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘシ而モ此場合ニハ後段ニ於テ説明スヘキ檢索ノ利益ヲ認ムルヲ以テ保證人ハ過酷ナル境遇ニ陷ルノ憂ナク又債權者ニ於テモ明カニ辨濟ノ資力ナキ主タル債務者ニ對シテ强制執行ヲ爲シタル後其不足額ヲ更ニ保證人ニ對シテ請求スルノ迂ヲ演スルコトヲ要セス要スルニ此主義ニ依レハ主タル債務者ニ對シ一應ノ請求ヲ爲スモ辨濟ヲ得サルトキハ直チニ保證人ニ對シテ履行ヲ求ムルニ在リテ第二ノ主義ニ於ケルカ如ク突然保證人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スモノニ非ス主タル債務者カ任意履行ヲ爲セハ敢テ保證人ニ對シ之ヲ請求セスシテ事足リ依リテ以テ各自ノ利益ハ正當ニ保護セラレタリト謂フ

ヘキナリ詳言スレハ債務者ハ到底辨濟ノ責ヲ免ルヘカラサル者ニシテ且債權者ニ在リテハ何人ヨリスルモ辨濟ヲ得レハ滿足スヘク保證人ハ他人ノ債務ナルヲ以テ自ラ辨濟セサルコトヲ冀フヘク又國家ノ眼ヨリ觀ルモ畢竟求償ノ手續ヲ省カシムルノ便アリト謂フヘキナリ此ノ如キ理由アルヲ以テ新民法ニ於テモ此主義ヲ採用セリ即チ債權者ハ先ツ主タル債務者ニ履行ノ請求ヲ爲ササルヘカラス若シ然ラスシテ保證人ニ對シテ先ニ請求シタルトキハ保證人ハ其請求ニ應スルモ不可ナシト雖モ保證人ハ債權者ニ對シ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得ヘシ之ヲ「後訴ノ利益」ト謂ヒ之ニ三箇ノ例外アリ左ノ如シ

第一ノ例外　主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合

此場合ニ於テハ債權者カ主タル債務者ニ對シテ請求ヲ爲スモ直チニ辨濟ヲ得ルコト能ハサルコト明カナルカ故ニ直チニ保證人ニ對シ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトシタルナリ

第二ノ例外　主タル債務者ノ行方カ知レサル場合

此場合ハ舊法ノ所謂逃亡ニ該當シ催告ヲ爲スヘキ相手方ノ居所不明ナルヲ以テ民事訴訟法ニ於ケル送達ノ一方法ノ如ク公告ヲ爲シテ催告ニ代フルコトヲ得サルニ非スト雖モ債務者カ之ヲ見テ始メテ辨濟ヲ爲スヘクンハ故ラニ踪跡ヲ晦マスカ如キコトナカルヘシ故ニ此ノ如キ者ニ對シテ催告ヲ爲スモ全ク無益ノコトナルヲ以テ此場合ニ於テハ直チニ保證人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトセリ尚ホ舊法ニ於テハ「死去跡相續人ナキ場合」ナルモノヲ掲ケタリト雖モ是レ所謂「相續人ノ曠缺」セル場合ニシテ此場合ニ於テ」ハ財産管理人」ナル者アリテ死者ノ債務ヲ辨濟スヘキモノナルカ故ニ之ヲ以テ例外トスルノ必要ナキナリ

第三ノ例外　保證人ト主タル債務者ト連帶セル場合

第四五四條ニ曰ク

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

抑ヽ連帶債務ナルモノハ各債務者カ唯一ノ債務者ノ如ク看做サルルモノナリ故ニ主タル債務者ト保證人ト連帶スルトキハ主タル債務者モ保證人モ各自唯一ノ債務者ノ如ク看做サルルヲ以テ保證人カ債權者ヨリ履行ノ請求ヲ受ケタルニ方リ先ツ債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコト能ハス若シ之ヲ請求スレハ債權者ハ答ヘテ曰ハン「貴殿ハ連帶債務者ニシテ即チ唯一ノ債務者ニ外ナラス其他ニ債務者アルコトハ予之ヲ認ムルヲ欲セス」ト果シテ然ラハ先ツ保證人ニ履行ヲ請求スルモ其保證人ハ直チニ辨濟ヲ爲ササルヘカラス之ヲ連帶保證人ト謂フ連帶保證ニ付テハ往往誤解ヲ生スルヲ以テ玆ニ一言辯セサルコトヲ得ス抑ヽ前述ノ場合ハ保證人ト主タル債務者ト連帶シタル場合ニ係ルト雖モ連帶保證中ニハ之ト異ナルモノアリ即チ保證人二人以上アリテ其間ニ連帶ノ存在スル場合是ナリ此種ノモノモ亦連帶保證ナリト雖モ此場合ニ於テハ主タル債務者ト保證人トノ關係ハ普通ノ場合ト毫モ異ナルコトナシ即チ債權者ノ眼ヨリ之ヲ觀レハ主タル債務者及ヒ保證人ヲ各自唯一ノ債務者ト看ルコトヲ得ス何トナレハ是レ保證人ノ性質ハ毫モ變更セスシテ唯保證人間ニ於テ連帶ノ關係アルニ過キサレハナリ故ニ債權者ハ保證人ノ一人ニ對シテハ其者ノミヲ保證人ト認ムヘシト言フコトヲ得ヘシト雖モ其者ヲ以テ唯一ノ債務者ナリト認ムルコトヲ得ス而シテ此第二ノ種類ニ屬スル連帶保證ハ右ノ例外ノ場合ニ適合セス故ニ二人以上ノ保證人間ニ連帶ノ存セル場合ニ於テ債權者カ先ツ主タル債務者ニ債務履行ノ請求ヲ爲サスシテ直チニ保證人ニ請求シタルトキハ其保證人ハ先ツ主タル債務者ニ對シテ催告スヘキ旨ヲ

請求スルコトヲ得ルモノトス

以上ノ三例外ノ場合ノ外保證人ハ常ニ後訴ノ利益ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ而シテ此利益ニ對スル制裁トシテハ第四五五條ノ規定アリ曰ク

第四百五十二條及ヒ第四百五十三條ノ規定ニ依リ保證人ノ請求アリタルニ拘ハラス債權者カ催告又ハ執行ヲ爲スコトヲ怠リ其後主タル債務者ヨリ全部ノ辨濟ヲ得サルトキハ保證人ハ債權者カ直チニ催告又ハ執行ヲ爲セハ辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ其義務ヲ免ル

此規定ハ後訴ノ利益ヲ認メタル以上ハ殆ト當然ノ結果ナリト謂フモ可ナリ詳言スレハ債權者ニ對シテ先ツ主タル債務者ニ履行ノ請求ヲ爲スヘキコトヲ求ムル權利ハ即チ是レ法律ノ保護スル權利ナリ既ニ此權利ヲ認メタル以上ハ債權者カ其裏面ナル義務ヲ履行セサルトキハ之ニ對シ相當ノ制裁ナカルヘカラス若シ何等ノ明文存セストスルモ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ責任ハ必ス生セサルヘカラスト信ス然レトモ法律ハ此ノ如キ漠然タルコトニ放任セスシテ特ニ第四五五條ヲ以テ此制裁ヲ定メタリ即チ債權者カ直チニ催告ヲ爲セハ主タル債務者ヨリ辨濟ヲ受クヘカリシコトヲ證明シタルトキハ債權者カ催告ヲ怠レル間ニ主タル債務者カ無資力ト爲リ完全ナル辨濟ヲ爲スコトヲ得サルニ至リタリトスルモ其資力ノ減少シタル部分ニ付テハ債權者ノ過失ノ結果ナルヲ以テ保證人ハ全ク義務ヲ免ルヘキナリ第四五五條ニハ「……直チニ催告又ハ執行ヲ爲セハ辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ其義務ヲ免ル」トアリテ主タル債務者ニ完全ノ辨濟ヲ爲スノ資力アリタルトキト雖モ仍ホ保證人ハ本條ノ適用ニ依リテ一部ノ義務ヲ免ルルニ過キサルカ如ク見ユ一例ヲ設ケテ之ヲ說明センカ保證人カ債權者ヨリ債務履行ノ請求ヲ受ケ直チニ後訴ノ利益ヲ對抗シタルニ當日ニ於ケル債務者ノ資力ハ債務全部ノ辨濟ヲ爲スニ十分ナリキ然ルニ債權者カ直チニ請求ヲ爲サスシテ一二箇月ヲ經タル後ニ於テ主タル債務者ニ請求ヲ爲シタルニ其間ニ債務者カ商業等ニテ損失ヲ招キ債務ノ半額ヲ辨濟シ得ルニ過キサル狀態ニ陷リタリトセハ殘餘ノ半額ニ付キ保證人ニ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキカ否之ヲ請求スルコトヲ得ス即チ保證人ハ全部ノ義務ヲ免ルヘシ何トナレハ右ノ場合ニ於テハ債權者ハ全部ノ辨濟ヲ得ヘカリシヲ以テナリ果シテ然ラハ法文ニ所謂「辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ」トハ如何ナル場合ヲ指スカ他ナシ保證人カ請求ヲ受ケタル當時ニ於テ主タル債務者ニ十分ノ資力ナク僅ニ一部ノ辨濟ヲ爲シ得ルニ過キサル場合是ナリ之ニ對シテ疑ヲ抱ク者ナシトセス曰ク若シ果シテ一部辨濟ヲ爲シ得ルニ過キサル資力アルノミナリトセハ縱令債權者カ請求ヲ爲スモ一部ノ即チ分割辨濟ヲ受クルコトヲ得ルニ過キサルヘシ而シテ債權者ハ一部ノ辨濟ヲ受クルノ義務ナキカ故ニ全部ノ辨濟ヲ受クルノ資力アル場合ニ非サレハ主タル債務者ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ要セス直チニ保證人ニ對シ全部ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス隨テ「辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ義務ヲ免ル」ルノ理由ヲ了解スルコトヲ得スト是レ皮相ノ見解ナリト謂ハサルヘカラス固ヨリ論者ノ言フカ如ク債權者ハ一部ノ辨濟ヲ受クルノ義務ナシト雖モ今保證人カ債權者ヨリ請求ヲ受ケ後訴ノ利益ヲ對抗シタルニ債權者カ直チニ主タル債務者ニ請求ヲ爲シタリト假定セヨ主タル債務者カ半額ノ辨濟ヲ爲スヘシト答ヘタルカ又ハ當時ノ事情ニ據レハ實際半額丈ヲ辨濟スルノ資力アルニ過キサリシ場合ニ於テ債權者ハ其半額ノ辨濟ヲ受クルヲ欲セサルカ故ニ保證人ニ對シテ全額ノ辨濟ヲ請求シ保證人之ニ應シテ全額ノ辨濟ヲ爲シタリトセハ保證人ハ主タル債務者ニ對シテ直チニ求償ヲ爲スコトヲ得ヘシ若シ債權者ト保證人トノ間ニ訴訟起レリトセハ保證人ハ主タル債務者ニ告知シテ參加セシメ且直チニ求償ヲ爲スコトヲモ得ヘシ然スルトキハ主タル債務者ハ半額丈ハ保證人ニ辨

償スルコトヲ得タルナリ即チ債權者ハ保證人ヨリ後訴ノ抗辨ヲ受ケタルニ際シ直チニ主タル債務者ニ催告ヲ爲サハ主タル債務者ハ債務ノ半額ノ辨濟ヲ爲スコトヲ得ヘカリシニ其催告ヲ爲サヽリシカ爲メニ主タル債務者ハ竟ニ一錢ノ辨濟ヲモ爲スコト能ハサルニ至レリトセハ是レ債權者ノ過失ナルヲ以テ半額丈ニ付テハ保證人ハ義務ヲ免ルヘキナリ法文ニ於テ「辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ云云」ト記載セルハ此義ニ外ナラサルナリ

(二)　檢索ノ利益

「檢索ノ利益」ノ意義ハ既ニ説明シタルヲ以テ再ヒ詳説セサルヘシ蓋シ檢索ノ利益ハ後訴ノ利益ト竝ヒ行ハルルモノナリ即チ保證人カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルニ方リテ先ツ後訴ノ利益ヲ對抗シタルニ因リ債權者ハ直チニ催告ヲ爲シタリト雖モ主タル債務者カ相當ノ期間内ニ任意ノ履行ヲ爲サヽルトキハ債權者ハ更ニ保證人ニ對シテ債務ノ履行ヲ請求スヘシ此時ニ當リテモ尚ホ保證人ハ檢索ノ利益ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ又保證人ハ初ヨリ後訴ノ利益ヲ對抗セスシテ直チニ檢索ノ利益ヲ對抗スルコトモ爲シ得ヘシ殊ニ債權者カ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲シタリト雖モ債務者カ之ニ應セサルニ因リ轉シテ保證人ニ請求ヲ爲シタル場合ニ於テハ保證人ハ後訴ノ利益ハ之ヲ有セスト雖モ檢索ノ利益ヲ以テ對抗スルコトヲ得ヘシ「檢索ノ利益」トハ一言以テ之ヲ蔽ヘハ主タル債務者ノ財産ヲ調査センコトヲ請求スルノ權利ナリ然リ而シテ其條件ニ付テハ各國ノ法制大ニ趣ヲ異ニス例ヘハ前述ノ第一ノ主義即チ我舊法、獨逸民法、瑞西債務法等ノ主義ノ如ク强制執行ヲ爲シ尚ホ主タル債務者カ完全ナル履行ヲ爲スコトヲ得サル場合ニ限リテ保證人ニ對シ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトセルハ啻ニ後訴ノ利益ヲ認ムルノミナラス尚ホ檢索ノ利益ノ條件ニ付キ保證人ノ爲メニ最モ利益ナル規定ヲ爲シタルモノト謂フヘシ然リト雖モ既ニ此主義ヲ採用セサル以上ハ檢索ノ利益ニ付テモ必スヤ保證人ニ對シテ之ヨリモ不利益ナル條件ヲ認メサルコトヲ得サルナリ前述ノ第二及ヒ第三ノ主義ヲ採レル諸國ノ法制皆然リ唯其條件ハ如何ニ之ヲ定ムヘキカノ一事ニ至リテハ學理上一定ノ標準ナシ畢竟債權者ニ成ルヘク損害ヲ加ヘス而モ保證人ヲ保護スヘシト云フニ在ルヲ以テ到底絶對ノ標準ヲ立ツルコトヲ得ス單ニ立法者カ相當ト認ムル程度ニ於テ保證人ヲ保護スルト同時ニ債權者ノ利益ヲ害セサルコトヲ要スト云フノ外ナシ而シテ佛蘭西民法及ヒ舊民法等ニ於テハ頗ル細密ナル條件ヲ定ムルト雖モ新民法ニ於テハ此ノ如キ細密ナル規定ヲ設ケスシテ唯大體ノ精神ヲ明カニスルニ止メ其餘ハ事實問題ニ讓レリ今其精神ノ大要ヲ述フレハ立法ノ趣旨ハ主トシテ債權者ニ損害ヲ加ヘサルニ在ルヲ以テ其第一ノ條件トシテ保證人ハ主タル債務者カ辨濟ノ資力ヲ有スルコトヲ證明セサルヘカラス第二ノ條件トシテ之ニ對スル執行ノ容易ナルコトヲ證明セサルヘカラス此二條件ヲ具備セサルトキハ債權者ニ損害ヲ加フヘキヲ以テ之ヲ許サス是レ或ハ債權者ノ爲メニ煩ハシキ嫌ナキニ非スト雖モ亦爲メニ損害ヲ生スルコトナカルヘシト認メタルナリ請フ是ヨリ此二條件ニ付キ説明セン

第一ノ條件　主タル債務者ニ辨濟ノ資力アルコト　舊民法債權擔保編第二一條ニ依レハ原則トシテハ債務者カ不動産ヲ所有セサルヘカラストセリ佛蘭西民法ニ於テハ然ラス新民法ニ於テモ亦之ヲ改メ其不動産タルト動産タルト將タ又債權タルトヲ問ハス苟モ十分ナル價格アレハ可ナリトセリ近世歐米各國ニ於テハ各人ノ財産ニシテ不動産若クハ動産ヨリ成立スルモノニ比較スレハ却テ債權ヨリ成立スルモノ多シ例ヘハ公債、株式等ノ多額ヲ有スル者カ所謂金滿家タルナリ蓋シ現金ヲ徒ニ庫中ニ藏スルハ文明國人ノ爲サヽル所ニシテ之ヲ銀行等ニ預ケ置キテ其利殖ヲ圖ルヲ常トス而シテ銀行ニ預ケ置ケハ

則チ銀行ニ對シテ債權ヲ有スルナリ殊ニ大金滿家ニ至リテハ預金スラ之ヲ爲スコト少ク大部分ハ株式等ニ替ヘ置クコトヲ多シトス故ニ今日ニ於テハ不動產以外ノ財產寧ロ多數ヲ占ム然ルニ「財產」ト云ヘハ直チニ不動產ヲ指スカ如キ信用ノ發達セサル時代ニ適合スル法律ハ現今ノ時勢ト相容レス故ニ舊民法ノ如ク不動產ヲ所有セサルヘカラストノ條件ハ啻ニ法律カ細目ニ亘レルノ嫌アルノミナラス全ク時勢ニ伴ハサルモノト謂ハサルヘカラス但茲ニ注意スヘキ一事ハ法文ニ資力ト稱スルハ一部分ノ資力ヲ意味スルニ非ス苟モ「辨濟」ト云ハハ勿論全部ノ辨濟ヲ謂フナリ故ニ千圓ノ債務ニ付テハ債務者カ千圓ノ財產ヲ有スルコトヲ證明セサルヘカラス

第二ノ條件　執行ノ容易ナルコト　債務者カ財產ヲ有スルト雖モ其財產カ臺灣ニ在リテ內地ニ存セス若クハ外國ニ在リテ日本ニ存セサレハ執行上不便タルコト言フヲ俟タス（債權者カ東京ニ在ル場合ト假定ス）又財產ノ種類ニ依リ差押ノ容易ナラサルモノアリ簞笥ノ抽斗若クハ瓶中ニ古金ヲ藏シ又ハ無記名公債ヲ有スルモ未可ナリ又公債若クハ株式ヲ有スルト雖モ記名ナルカ若クハ無記名ナランニハ他ニ保管セシムル等ノ場合ニ係ルモノニ非サレハ此條件ニ適セス又不動產ナランニハ其所在地カ近キ場合ニハ概シテ可ナリトスヘシ倘ホ財產カ係爭中ノモノナルトキハ不可ナリ舊民法ノ如ク特ニ此場合ヲ法文ニ揭クルハ妥當ナラスト雖モ是レ亦執行ノ容易ナラサルモノト謂フコトヲ得ヘシ蓋シ係爭中ノ財產ニ付テ執行ヲ爲スニハ第三者ノ主張ヲ斥ケサルヘカラス然ルニ之ヲ斥クルハ當事者間ニ於テスラ時トシテ頗ル困難ナルコトアリ況ヤ債權者ハ此事件ニ付テハ局外者ノ地位ニ在ル者ナルニ於テオヤ故ニ概シテ執行ノ容易ナラサルモノト謂フヘシ但縱令係爭中ノモノナルモ疑ナキ事件ナルコトヲ明白ニ立證スルコトヲ得ヘクンハ格別ナリ其他財產中他人ノ質權ノ目的タルモノハ概シテ執行ノ容易ナラサルモノナリ蓋シ質權者ハ留置權ヲ有スルヲ以テ債權者カ差押ヲ爲スモ質權者ハ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受ケサル間ハ質物ヲ留置スヘキヲ以テナリ乙ニ反シテ債權者自身カ質權又ハ抵當權等ノ擔保ヲ有スルトキハ保證人ハ之ヲ指示シテ檢索ノ利益ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ此等ノ事ハ事情ニ依リテ大ニ其趣ヲ異ニスルモノアルニ由リ法文ヲ以テ杓子定木的ニ定ムルコトヲ得ストノ理由ニ依リ新民法ニ於テハ舊民法ニ於ケル如ク細目ニ亘リテ規定セス單ニ右ノ二條件ヲ必要トセリ第四百五十三條ニ曰ク

債權者カ前條ノ規定ニ從ヒ主タル債務者ニ催告ヲ爲シタル後ト雖モ保證人カ主タル債務者ニ辨濟ノ資力アリテ且執行ノ容易ナルコトヲ證明シタルトキハ債權者ハ先ツ主タル債務者ノ財產ニ付キ執行ヲ爲スコトヲ要ス

右ノ條件ヲ具備セルトキハ保證人ハ檢索ノ利益ヲ主張スルコトヲ得ルヲ原則トスルト雖モ之ニハ例外アリ連帶保證ノ場合即チ主タル債務者ト保證人トカ連帶ヲ爲セル場合是ナリ此場合ニ於テハ保證人ハ債權者ヨリ唯一ノ債務者ノ如ク看做サルルカ故ニ檢索ノ利益ヲ有セサルナリ（四五四條）保證人カ檢索ノ利益ヲ對抗シタル場合ニ於テ債權者カ執行ヲ怠リタルトキノ制裁ハ後訴ノ利益ニ於ケルト同一ナリ（四五五條）蓋シ法律カ一旦右ノ利益ヲ認メタル以上ハ之ニ對スル制裁アルハ當然ナリト謂フヘシ即チ保證人カ前述ノ二條件ヲ證明シテ檢索ノ利益ヲ對抗シタル時ニ於テ債權者カ直チニ執行ヲ爲セハ全部ノ辨濟ヲ得ヘカリシニ債權者カ之ヲ怠レル間ニ主タル債務者カ意外ノ損失ヲ被リ爲メニ無資力ト爲リ纔ニ債務ノ半額ヲ辨濟シ得タルニ過キストセン若シ殘餘ノ半額ヲ保證人ニ對シ請求セハ保證人ハ自己カ檢索ノ利益ヲ對抗シタル時ニ方リ執行ヲ爲シタランニハ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘカリシニ之ヲ怠リ空シク時日ヲ經過シタルニ因リ全部ノ辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至リタルモノ

ナリト主張シテ債權者ノ請求ヲ排斥スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テモ後訴ノ利益ノ場合ニ於ケルト同一ノ疑問ヲ生スヘシ即チ第四五五條ニ「……執行ヲ爲セハ辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ其義務ヲ免ル」トアリ然ルニ右ノ場合ニ於テハ主タル債務者ニ全部ヲ辨濟スルノ資力アリタルヲ以テ直チニ執行スレハ全部ノ辨濟ヲ得ヘカリシニ拘ラス後日ニ至リテ半額ノ辨濟ヲ受ケタルニ過キサル場合ナリト雖モ若シ債權者カ直チニ執行スレハ全部ノ辨濟ヲ得ヘカリシ場合ナルヲ以テ保證人ハ全部ニ付キ其義務ヲ免ルヘシ殊ニ催告ノ場合ト異ナリテ檢索ノ利益ヲ行フ場合ナルヲ以テ一層明瞭ナリ然ルニ法律カ右ノ如キ迂遠ナル語詞ヲ使用セルモノ如何蓋シ右ノ文字ハ催告ノ場合ニ付テハ前ニ説明シタル所ニ依リテ十分了解シ得ヘシト雖モ檢索ノ利益ヲ對抗シタル場合ニ於テハ殆ト之ヲ了解スルニ苦ムカ如シ然レトモ予ハ稀ニハ保證人カ一部分ノ義務ヲ免ルル場合アルヘシト信ス蓋シ法文ニ於テ「直チニ」ナル文字ヲ使用セル場合ハ必スシモ「即刻」ト云フ意義ニ非スシテ「遲滯ナク」ト云フト殆ト同義ナリ唯本條ニ於テハ文勢上「直チニ」ナル語ヲ使用スルヲ可ナリト認メタルニ過キスシテ其意ハ執行ヲ爲スニ必要ナル時期ヲ超ユヘカラスト云フニ外ナラス例ヘハ債權者カ保證人ニ對シ履行ノ請求ヲ爲シタルニ保證人ハ直チニ檢索ノ利益ヲ對抗シテ主タル債務者ニ十分ノ資力アルコトヲ證明シタリト假定セヨ此場合ニ於テ債權者カ即刻主タル債務者ノ許ニ到リ執行シタランニハ必ス全部ノ辨濟ヲ得ヘク而シテ此場合ハ「直チニ」ナル文字ニ極メテ能ク適合スヘシト雖モ必スシモ此ノ如ク急速ニセサルモ「直チニ」ノ語ニ反スルコトナシ即チ債權者カ保證人ヨリ檢索ノ利益ノ對抗ヲ受ケタル時ハ夕刻ナリシヲ以テ債務者ニ對スル執行ヲ翌日ニ延シタリトスルモ敢テ「直チニ」ノ文字ノ意義ニ反スルモノニ非サルナリ況ヤ主タル債務者カ遠隔ノ地ニ住居セル場合ニ於テハ即刻執行セント欲スルモ事實上爲シ能ハサルニ於テオヤ即チ斯ル場合ニ於テハ必スヤ自身又ハ其代理人カ其地ニ行カサルヘカラス然リ而シテ債權者自身其地ニ行クモ代理人ニ委任シテ行カシムルモ種種ノ用意ヲ整ヘサルヘカラス今假ニ主タル債務者ハ大阪ニ住居シ債權者ハ東京ニ住居セリトシ而シテ保證人ハ東京ニ於テ檢索ノ利益ヲ對抗シ主タル債務者ハ現ニ資力ヲ有シ而モ日本銀行ノ株主ニシテ其株式ノ所在及ヒ其株式カ他ノ債權ノ擔保ト爲レルモノニ非サルコトヲ證明シタリトセヨ此場合ニ於テハ債權者ハ自身大阪ニ行クヘキカ又代理人ヲ遣スヘキカヲ決シ尙ホ用意萬端ヲ整ヘテ兩三日中ニ出發セハ未タ遲レタリト爲スヘカラス而シテ出發後殆ト二十時間ニシテ大阪ニ著シ辯護士ヲ雇フ爲メニ又一日ヲ費シタリトセンカ是レ實ニ必要ナル時間ト謂フヘシ然ルニ其執行ニ著手スルニ方リ債務者ハ既ニ右ノ株式ヲ賣却シタルカ若クハ他ニ擔保ニ供シタルカ爲メ最早全部ノ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタリトスルモ此場合ニ於テハ保證人ニモ又債權者ニモ過失アルコトナシ故ニ是レ債權者カ直チニ執行ヲ爲シタルモ全部ノ辨濟ヲ得ルコト能ハサル場合ナリ若シ右ノ場合ニ於テ債權者カ執行ヲ爲シタランニハ半額丈ハ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘカリシニ債權者カ其執行ヲ怠リタルニ因リ全ク辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至リタルナリ例ヘハ債權者カ右ニ述ヘタルカ如ク迅速ニ執行ヲ爲シタランニハ大阪ニ著シタル當時ニ在リテ債務者ハ猶ホ半額丈ノ辨濟ヲ爲スノ資力ヲ有シタルニ債權者カ執行ヲ怠リ一二箇月ヲ經テ漸ク之ヲ爲シタリトセン此時ハ既ニ一錢タモ辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至ルコトナシトセス此場合ニ於テハ債權者ハ更ニ保證人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲サンカ保證人ハ之ニ答フルニ直チニ執行ヲ爲シタランニハ半額ノ辨濟ヲ得ヘカリシニ荏苒今日ニ至リ執行シタルヲ以テ一錢タモ得ルコト能ハサルニ至レルコトヲ以テシ半額ニ付テハ義務アルモ他ノ半額ニ付テハ義務ナシトシテ債權者ノ請求ノ半ヲ斥クルコトヲ得ヘシ此一例ニ依リテ以テ檢索ノ利益ニ付キ保

證人カ一部分ノ義務ヲ免ルル場合アルコトヲ知ルニ足ラン

(三) 分別ノ利益

「分別ノ利益」ノ意義如何ハ既ニ一言シタル所ノ如シ此分別ノ利益ニ付キ我新民法ニ於ケルカ如キ主義ヲ採用セル立法例ハ寧ロ少數ナラント信ス即チ外國ノ立法例ニ於テハ縱令保證人ニ分別ノ利益ヲ認ムルモ絶對的ニ非スシテ制限的ナルヲ常トス例ヘハ三人ノ保證人アリ而シテ其中ノ一人カ無資力ト爲リタルトキハ他ノ有資力ノ保證人二人間ニ分別シテ債務ノ半額宛ヲ負擔スヘキモノトセリ此趣旨ヲ推セハ保證人二人アル場合ニ於テ其一人カ無資力ト爲リタルトキハ他ノ一人カ全部ニ付キ義務ヲ負フコトニ歸シ又三人ノ保證人アリトスルモ不幸ニシテ二人共ニ無資力ト爲リタルトキハ他ノ一人ニテ債務ノ全部ヲ負擔セサルヘカラサルコトト爲ルヘシ此立法例ノ趣旨トスル所ハ他ナシ保證人ハ原則トシテ債務ノ全部ヲ辨濟スヘキモノナリ唯他ノ保證人ニモ資力アル場合ニ於テハ其者ヲシテ債務ヲ分擔セシムルモ債權者ハ爲メニ何等ノ不利益ヲ感スルコトナカルヘキヲ以テ特ニ分別ノ利益ヲ認ムルニ過キストス云フニ在リ然リト雖モ一旦分別ノ利益ヲ認メタル以上ハ此ノ如キ折衷主義トモ稱スヘキモノヲ執ルハ謬レリト謂ハサルヘカラス若シ羅馬法ニ於ケルカ如ク原則トシテ全ク分別ノ利益ヲ認メサルノ制度ナルニ於テハ是レ亦一箇ノ主義トシテ認ムルコトヲ得ヘシト雖モ苟モ分別ノ利益ヲ認ムル以上ハ何レノ場合ニ於テモ此主義ヲ一貫セサルヘカラス蓋シ分別ノ利益ナルモノハ債務者カ數人アル場合ニ於テハ其義務ハ債務者間ニ平等ニ分タルルト云フ第四二七條ノ原則ノ適用ニ外ナラス元來保證人間ニ在リテハ特約ナキ限ハ常ニ債務ニ付キ其利害ヲ同シウスルモノナルカ故ニ保證人二人ナルトキハ即チ第四二七條ノ適用ニ依リ各〻債務ノ二分ノ一ヲ負擔シ若シ三人ナルトキハ各〻三分ノ一ヲ負擔スヘキナリ果シテ然ラハ保證人ノ義務ハ初ヨリ分別セルモノニシテ之ヲ「利益」ト言ハンヨリハ寧ロ「權利」ト謂フヘキモノナルヲ以テ債權者カ一人ニ對シテ債務全額ノ請求ヲ爲スハ不當ナリ即チ各保證人ニ對シテ一部分宛ニ非サレハ請求スルコトヲ得サルナリ若シ然ラストセハ何故ニ保證人ニ分別ノ利益ヲ認メタルカ其理由ヲ發見スルコト能ハサルヘシ蓋シ債務者カ數人アル場合ニ於テ其間ニ連帶ナキ限ハ債務ハ原則トシテ等分セラルヘキニ保證人ニ付テノミ分別セラレサル條理ナシ是レ何レノ著書ニモ論述スル所ニシテ佛蘭西民法制定ノ際ニ於ケル政府委員ノ説明モ亦然ルニ非スヤ果シテ然ラハ前ニ述ヘタル如キ折衷的規定ハ論理ノ一貫ヲ缺クモノト謂ハサルヘカラス故ニ一旦分別ノ利益ヲ認ムル以上ハ保證人ハ初ヨリ債務ノ一部分宛ニ非サレハ負擔セストセサルヘカラス即チ債權者ハ原則トシテ各保證人ヨリ平等ニ分別シテ辨濟ヲ受クヘキナリ若シ斯ル分別的辨濟ヲ受クルコトヲ欲セサルトキハ初ヨリ連帶其他保證人ニ依リテ負擔ヲ異ニスルコトヲ特約スルモ可ナリ是レ契約ノ自由ニシテ毫モ妨ナキ所ナリ然ルニ此ノ如キ特約ヲ爲サスシテ數人ノ保證人ヲ立テシメ其各自ニ對シ全額ヲ請求スルハ理由ナキコトト謂ハサルヘカラス此點ニ關シテハ舊民法ハ佛蘭西民法ヨリ進歩セル所アレトモ其細目ニ至リテハ仍ホ妥當ヲ缺クモノアリ

上述ノ如ク保證人カ分別ノ利益ヲ有スルコトハ第四二七條ノ適用上當然ノ結果ニシテ分別ノ利益ヲ有スルト云フカ如キハ寧ロ其當ヲ得スト謂フコトヲ得ヘシ唯一ノ疑ハシキ場合ハ數人ノ保證人カ各別ニ保證ヲ爲シタル場合ニ於テハ果シテ分別ノ利益アリヤ否ヤノ點是ナリ羅馬法ニ於テハ純然タル保證ハ主タル債務者ト同時ニ債權者ノ前ニ列席シテ契約ヲ爲スコトヲ必要トシタルモ後世ニ至リテハ斯ル形式ヲ用ヒス箇箇、別別ノ行爲ニ因リテ義務ヲ負擔スルモ差支ナキコトト爲レリ例ヘハ甲ハ昨日保證人

ト爲リ乙ハ今日、丙ハ明日保證人ト爲ルモ毫モ不可ナルコトナク又其一人ハ條件附ニテ豫メ保證人ニ立ツモ可ナリ此等ノ場合ニ於テ保證人ハ果シテ第四二七條ノ適用ヲ受クヘキモノナルヤ否ヤ是レ稍ヤ疑フヘシト爲ス蓋シ各人箇箇、別別ニ義務ヲ負フトキハ各自一人カ保證人ナリト信スルヲ一般トシ債權者モ債務者モ斯ク信スルコト少カラサルヘシ故ニ此等ノ保證人ハ各自全部ノ義務ヲ負擔スルモノト謂フヘク最初ノ保證人ハ自己以外ニ後ノ保證人アルコトヲ知ラス隨テ後日ニ至リテ更ニ保證義務者ノ生シタルカ爲メニ自己ノ最初ノ義務ノ一部分カ消滅スルノ理ナシト謂フヘキカ如シ然レトモ新民法ハ舊民法ト均シク特約ナキ限ハ分別ノ利益ヲ有スト定メタリ是レ一旦採リタル主義ヨリ來ルモノニシテ保證人ノ幾人アルト其各保證人カ各箇ノ行爲ニ因リテ保證ヲ爲ジタルト將タ又之ヲ爲ス場所カ異ナルトヲ問ハス債務ハ本來唯一ナリ是レ一タヒ全部ノ債務ヲ履行スレハ債務全ク消滅スヘキニ由リテ明カナリ勿論學理上ニ於テハ各箇單獨ニ之ヲ觀察スルコトヲ得ヘシ即チ主タル債務者ハ債權者ニ對シテ一定ノ債務ヲ負ヒ保證人ノ一人甲モ亦債權者ニ對シテ一定ノ債務ヲ負ヒ乙、丙亦然リ然ラハ則チ四箇ノ債務關係アルコト疑ナシト雖モ債務ノ目的ハ則チ一ニシテ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサルトキハ之ニ代リテ履行スヘシトノ唯一ノ目的ヲ有スル義務ヲ負ヘル者三人アリト云フニ外ナラス果シテ然ラハ此場合ハ一箇ノ債務ニ關シテ債務者カ數人アル場合ナリ縱令保證人カ同時ニ保證ヲ爲シタルトキト雖モ債務關係ハ四箇成立スルカ故ニ數多ノ債務關係アルヲ以テ第四二七條ノ適用ナシト謂フコトヲ得ス是レ保證債務ノ場合ニ止マラス普通ノ債務ノ債務者カ數人アリテ而モ同時ニ同一體樣ノ債務ヲ負ヒタル場合ト雖モ仍ホ債務者ノ頭數ニ應シタル債務關係アリ而シテ第四二七條ノ適用ヲ受クヘキナリ普通ノ債務ニシテ既ニ然リトセハ保證ノ場合ニ於テモ亦同シカラサルヘカラス是レ各保證人カ各別ノ

行爲ヲ以テ保證ヲ爲シタル場合ニ於テモ仍ホ第四二七條ノ適用トシテ分別ノ利益アリト規定シタル所以ナリ第四五六條ニ曰ク

數人ノ保證人アル場合ニ於テハ其保證人カ各別ノ行爲ヲ以テ債務ヲ負擔シタルトキト雖モ第四百二十七條ノ規定ヲ適用ス

此規定ニ依レハ別段ノ意思表示ナキトキハ債務者ハ各自平等ニ義務ヲ負擔スヘキナリ然リト雖モ實際ニハ別段ノ意思表示アルコト頻繁ナラント思惟ス即チ既ニ保證人ノ存セルニ拘ラス尙ホ他ノ保證人ヲ附加スル場合ニ於テ債權者ハ特約ヲ以テ第一保證人タル甲カ全部ノ義務ヲ負フモ若シ甲カ其債務ヲ履行セサルトキハ他ノ保證人タル乙、丙モ亦各、全部ノ義務ヲ負フヘシト定ムルモ敢テ妨ナキナリ而シテ此ノ加キ特約ヲ爲セハ則チ甲ノ債務ハ毫モ變更ヲ受ケサルヘシ然レトモ若シ此ノ如キ特約ナクンハ自ラ債務ノ各保證人間ニ分タルルコトヲ債權者カ承諾シタルモノト看ルヘキノミ但前ニ一言シタル如ク保證人カ數人アル場合ニ於テハ初ヨリ其負擔部分ヲ定メ置クコト亦頻繁ナルヘシ

分別ノ利益ニ對シテハ特約ヲ爲スコトヲ得ルコト右ニ述ヘタルカ如シ而シテ其特約ノ一ト看ルヘキモノヲ連帶保證トス蓋シ連帶ハ各債務者ヲ唯一ノモノト看做スモノナルカ故ニ保證人間ニ連帶ヲ約シタルトキハ各保證人ハ唯一ノ保證人ノ如ク看做サレ隨テ分別ノ利益ヲ有セサルナリ數人ノ保證人カ主タル債務者ト連帶セル場合亦然リ此等ノ場合ニ於テハ主タル債務者カ債務ヲ履行セサルトキハ保證人ハ一人ニテモ債務全額ヲ辨濟セサルヘカラス各保證人カ箇箇、別別ニ主タル債務者ト連帶シテ保證ヲ爲セリトスルモ亦同シ即チ此場合ニハ保證人各自カ主タル債務者ヲ通シテ連帶スルコトト爲ルナリ詳言スレハ甲者先ツ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負フトキハ債權者ハ之ヲ唯一ノ債務者ト看做スヘク次

ニ乙者カ同一債務ニ付キ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負ヘリトセハ是レ亦債權者ヨリ唯一ノ債務者ノ如ク看做サルヘク次ニ丙者カ同一義務ヲ負フモ亦然リ然ラハ債權者ヨリ之ヲ觀レハ主タル債務者及ヒ甲、乙、丙ノ四人ハ各、唯一ノ債務者ノ如クニシテ能ク連帶ノ定義ニ適合ス此場合ニ於テ甲、乙、丙三人ノ間ニハ何等ノ契約ナシト雖モ主タル債務者ト共ニ連帶債務ヲ負ヘルモノニシテ何レモ分別ノ利益ヲ有セス但其保證人中ノ一人ノミカ主タル債務者ト連帶セルニ過キサルトキハ他ノ保證人ハ分別ノ利益ヲ有スヘシ故ニ甲者ノミカ連帶シタル場合ニ於テハ債權者ハ甲者ニ對シテハ債務全部ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ヘシト雖モ乙、丙ニ對シテハ各、三分ノ一ヲ請求スルコトヲ得ルノミ

以上ヲ以テ分別ノ利益ヲ説キ了リタルト同時ニ保證人ノ有スル三利益ノ説明ヲ了レリ請フ是ヨリ主タル債務ト保證債務トノ間ニ於テ相互ニ及ホス影響ヲ説カン

第四　主タル債務ト保證債務トノ間ノ關係

（一）　請求其他時效ノ中斷

第四五七條第一項ニ曰ク

主タル債務者ニ對スル履行ノ請求其他時效ノ中斷ハ保證人ニ對シテモ其效力ヲ生ス

保證人ハ所謂從タル債務者ニシテ其債務ハ主タル債務ノ運命ニ伴フモノナリ而シテ他ノ一方ニ於テハ債權者ハ主タル債務者ニ對シ請求ヲ爲シタル後ニ非サレハ保證人ニ對シテ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ス故ニ第四五七條ノ規定ナクンハ債權者ニ於テハ甚タ迷惑ヲ感スヘシ蓋シ債權者ハ法律ノ規定ニ從ヒ先ツ主タル債務者ニ對シテ請求ヲ爲シタルニ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルヲ以テ更ニ保證人ニ對シテ請求ヲ爲シタリトセンカ此場合ニ於テハ少クトモ一兩日ヲ要スルコト多カルヘシ而モ債權者ニハ毫末ノ怠慢ナシ故ニ主タル債務者ニ對スル履行ノ請求ハ保證人ニ對シテモ效力ヲ生スルモノト定ムルニ非サレハ債權者ノ爲メニ不公平ナリ加之若シ此規定ナカリセハ保證人ノ爲メニモ却テ不利益ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ債權者カ主タル債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲シタルモ債務者カ履行ヲ爲ササルトキハ直チニ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ場合ニ依リテハ多少ノ猶豫ヲ與フレハ債務者自ラ履行ヲ爲スコトヲ得ルコトアリ此場合ニ於テ若シ主タル債務者ニ對スル請求カ保證人ニ對シテモ效アリトセハ債權者ハ其猶豫ヲ與フヘケレハナリ是レ啻ニ主タル債務者及ヒ保證人ノ爲メニ利益ナルノミナラス國家ノ經濟上ニ於テモ利益ナリト謂フヘシ即チ此ノ如クセハ其間ニ於テ徒ニ金錢ヲ授受スルノ煩ヲ避ケ日時及ヒ費用ヲ空費スルノ結果ヲ避クルコトヲ得ルノミナラス保證人カ損失ヲ被ルコト尠キニ利アレハナリ蓋シ債權者モ多クノ場合ニ於テハ猶豫ヲ與フルコトヲ欲セサルニ非スト雖モ若シ債權者カ主タル債務者ニ對シテ爲シタル請求カ保證人ニ對シテ效力ナシトセハ債權者ハ自己ノ利益ノ爲メニ已ムヲ得ス直チニ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スニ至ルヘシ是レ却テ保證人ノ爲メニ不利益ナル所ナリ故ニ寧ロ主タル債務者ニ對スル請求ハ保證人ニ對シテモ效力アリトスルヲ以テ總テノ人ノ利益ト謂ハサルヘカラス

時效ノ中斷ニ付テモ亦然リ主タル債務者ニ對スル時效ノ中斷カ保證人ニ對シテ效力ヲ生セストセハ縱令主タル債務者ニ對シテ時效ノ中斷ヲ爲シタリトスルモ尚ホ進ミテ保證人ニ對シテ時效ヲ中斷スルニ非スンハ保證人ハ其義務ヲ免ルルコトアラン例ヘハ十年ノ時效ニ因リテ消滅スヘキ債權ニ付キ九年十一箇月二十九日ヲ經過シ餘ス所僅ニ一日ニ過キサル場合ニ於テ債權者ハ主タル債務者ニ對シ時效中斷ノ方法ヲ行ヘルモ保證人ニ對シテ其效力ナシトセハ債權者ノ迷惑タル想フヘシ即チ僅ニ一日ヲ經過セ

ハ保證人ノ爲メニハ完成シ保證人ハ其義務ヲ免ルヘク之カ中斷ヲ爲サント欲スルモ既ニ遲キヲ奈何セン今假ニ一日中ニ主タル債務者及ヒ保證人ニ對シテ時效中斷ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ヘシトスルモ保證人ノ財産ヲ差押フルカ如キコトアルヘシ是ヲ以テ主タル債務者ニ對スル時效中斷ハ保證人ニ對シテモ其效力アルモノトセリ

抑ゝ履行ノ請求ハ如何ナル效力ヲ生スルカト云フニ其著シキ效力二アリ其一ハ期限ノ定ナキ債務即チ所謂「單純債務」ニ付テハ履行ノ請求ノ時ヨリ債務者カ遲滯ノ責ニ任スルニ在リ即チ金錢債務ナランニハ其時ヨリ法定利息ヲ附スヘキモノト爲リ即チ損害賠償ノ責任ヲ生スヘシ又債務ノ目的タル特定物カ履行ノ請求アリタル後天災ニ因リテ滅失シタランニハ原則トシテ債務者ハ損害賠償ノ責ニ任スヘシ其二ハ時效ノ中斷アルコト是ナリ此ノ如ク債權者カ主タル債務者ニ對シテ請求ヲ爲シタルトキハ右二種ノ效力ハ保證人ニ對シテモ亦生スヘシト雖モ之ニ付キ少シク疑アルハ第四四七條第一項ニ依レハ「保證債務ハ主タル債務ニ關スル利息、違約金、損害賠償其他總テ其債務ニ從タルモノヲ包含ス」トアリ而シテ此「利息」中ニハ約定利息ヲモ含ムヲ以テ此事ハ姑ク措キ「違約金、損害賠償」即チ不履行ノ場合ニ支拂フヘキモノハ遲滯ノ責ニ任スヘキ債務者ニ限リ負擔スヘキモノナリ故ニ單純債務ニ於テハ履行ノ請求ヲ爲シタルモ債務者カ之ニ應セサルトキハ違約金又ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ然ラハ則チ履行ノ請求カ保證人ニ對シテモ效アルコトハ既ニ第四四七條第一項ノ規定ニ因リテ明カナルニ非スヤ蓋シ第四四七條ハ主タル債務者カ支拂フヘキ違約金、損害賠償ヲ保證人ニ於テ負擔スル義務アルコトヲ定メタルモノナリ而シテ保證人カ自己ノ債務ノ履行ヲ怠リタル爲メニ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務ヲ負フコトハ固ヨリ當然ノ事ニシテ第四四七條ハ之ヲ言ハント欲セシモノニ非ス唯主タル債務者カ違約金、損害賠償ノ義務ヲ負ヘルニ拘ラス之ヲ履行セサル場合ニ保證人カ其責ニ任スヘキコトヲ規定セルモノナルコト前ニ述ヘタルカ如シ果シテ然ラハ第四五七條ノ規定中履行ノ請求ニ關スル點ハ不要ニ非サルカト云フノ一點ナリ此疑問タルヤ一見理アルカ如シト雖モ其實決シテ然ラス若シ明文ナカランカ强ヒテ斯ル解釋ヲ爲スノ必要アルヘシト雖モ若シ此明文ヲ缺ケハ法典トシテ完全ナルモノト謂フコトヲ得ス蓋シ第四四七條ハ極メテ廣汎ナル規定ニシテ期限附債務ニ付キ債務者カ期限ヲ經過スルモ履行ヲ爲ササル場合モ亦同條ニ包含スヘキヲ以テ假ニ主タル債務者ニ對スル履行ノ請求ハ其效力ヲ保證人ニ及ホサストスルモ第四四七條第一項ノ規定ヲ設クルノ必要アリ若シ夫レ本條ノ規定ナカランカ或ハ下ノ如キ解釋ヲ爲スコトヲ得ヘシ即チ原則トシテハ保證人ハ主タル債務者ノ負擔スヘキ違約金、損害賠償ヲ支拂ハサルヘカラス是レ期限附債務ノ場合ニ在リテハ常ニ然ルヘキモ若シ單純債務ナルトキハ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ要ス即チ債權者ハ主タル債務者及ヒ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スニ非サレハ保證人ヲシテ違約金、損害賠償等ノ債務ヲ負ハシムルコトヲ得ス若シ然ラスシテ通常ノ順序ニ依リ先ツ主タル債務者ニ請求シ債務者カ履行ヲ爲ササル場合ニ於テ始メテ保證人ニ請求ヲ爲スモノトセハ保證人ハ自己カ請求ヲ受ケタル後正當ノ理由ナクシテ履行ヲ爲ササル場合ニ非サレハ損害賠償ヲ爲スコトヲ要セストノ解釋ヲ生スル恐アルヲ以テ第四五七條ヲ設ケテ主タル債務者ニ對スル履行ノ請求ハ保證人ニ對シテモ效力ヲ生スルモノトシ以テ右ノ如キ疑義ヲ防キタルナリ但第四四七條及ヒ第四五七條ノ規定ハ其大體ノ趣意ニ於テハ相合致セルモノナリ

次ニ時效中斷ニ付テ一言センニ時效中斷ノ方法ハ(一)請求(二)差押、假差押、假處分、(三)承認是ナリ(一四七條)而シテ第(二)ニ列記スルモノハ學理上之ヲ執行行爲ト云ヘルモノニシテ第一ノ「請求」トアル

ハ第四五七條ニ所謂「履行ノ請求」ト同一ナリ然レトモ第二及ヒ第三ノ行爲ニ因リテ主タル債務者ニ付キ生シタル效果ヲ保證人ニ及ホスハ一見理論ニ合ハサルカ如シ先ツ請求ニ付テハ前述ノ如ク第四四七條ノ趣旨ニ適合シ又之ヲ保證ノ定義ニ照スモ當然ナルノミナラス後訴ノ利益ヲ保證人ニ認メタルコトモ能ク照應セリト雖モ承認、差押等ニ至リテハ之ト同シカラサルモノアリ故ニ難スル者或ハ曰ハン承認ナルモノハ債務者カ債權者ニ對シテ自己カ債務ヲ負ヘルコトヲ隨意ニ告白スルモノナリ然ルニ其承認カ保證人ニ對シテ效力アリテ恰モ保證人カ自ラ其義務ヲ承認シタルト同一ノ效アリト云フハ何事ソト此批難ハ差押ニ付テモ同一ニシテ債權者カ主タル債務者ノ財産ヲ差押フルトキハ恰モ保證人カ自己ノ財産ヲ差押ヘラレタルト同一ノ效力ヲ生スルトハ何事ソト論スル者アラン然レトモ此規定ハ理論ヨリハ寧ロ實際ノ理由ニ基ケルモノナリ蓋シ主タル債務者カ承認ヲ爲ストキハ時效中斷ノ效力ヲ生シ而シテ其效力カ保證人ニ對シテモ及フモノトセサルトキハ前ニ述ヘタル如ク債權者カ猶豫ヲ與フルモ可ナリト思惟シナカラ已ムヲ得ス保證人ニ請求ヲ爲シ又ハ其財産ヲ差押ヘサルヘカラス果シテ然リトセハ保證人ノ爲メニモ甚タ不利益ニシテ必要ナラサル煩雜ヲ來シ費用ト日時トヲ徒費スルニ至ルヘキカ故ニ法律ハ此等ノ弊害ヲ除カンカ爲メニ其效力ヲ保證人ニ及ホスモノト規定シタルナリ要スルニ此規定ハ實際上ノ理由ニ基ケルモノナリ然リト雖モ亦全ク學理上ヨリ説明シ得ラレサルニ非ス蓋シ保證人ノ債務ハ專ラ主タル債務ト其運命ヲ共ニセサルヘカラス故ニ主タル債務カ時效ノ中斷ニ因リ消滅セサルトキハ保證債務モ亦消滅セストノ理論ヲ以テ説明スルコトヲ得ヘシ以上ノ理由ヲ以テ主タル債務者ニ對スル履行ノ請求及ヒ時效ノ中斷ハ保證人ニ對シテモ其效力ヲ生スルモノト規定セリ

（二）相殺。

第四五七條第二項ニ曰ク

保證人ハ主タル債務者ノ債權ニ依リ相殺ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得

例ヘハ千圓ノ債務ニ付キ保證人アル場合ニ於テ其債權者モ亦主タル債務者ニ對シテ千圓ノ債務ヲ負ヘリトセヨ此場合ニ於テ債權者カ主タル債務者ニ對シテ辨濟ヲ請求セハ主タル債務者ハ自己ノ債權ヲ以テ相殺ヲ對抗スヘシ然ルトキハ自己カ債務ヲ免ルルト同時ニ保證人モ亦其債務ヲ免ルルニ至ルカ故ニ主タル債務者ノ德義上ノ義務トシテモ相殺ヲ以テ對抗セサルヘカラサルナリ然ルニ主タル債務者カ有意又ハ無意ニテ相殺ノ抗辯ヲ爲ササリシカ若クハ債權者カ主タル債務者ニ對シテ請求ヲ爲サスシテ直チニ保證人ニ對シテ請求シタル等ノ場合ニ於テハ原則トシテハ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ請求スヘシト主張スルコト即チ後訴ノ利益ヲ以テ對抗スルコトヲ得ヘシト雖モ是レ必スシモ此利益ヲ以テ對抗セサルヘカラサルニ非ス況ヤ種種ノ場合ニ於テ保證人ハ此後訴ノ利益ヲ有セサルコトアルニ於テオヤ此等ノ場合ニ於テ若シ保證人カ主タル債務者ノ債權ヲ以テ直接ニ債權者ニ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ストセハ果シテ如何ナル結果ヲ見ルヘキカ即チ保證人ハ其義務トシテ一旦其債務ノ全額千圓ヲ辨濟シ而シテ後主タル債務者ニ對シテ千圓ノ求償ヲ爲スヘク主タル債務者ハ自己ノ債權ニ據リ債權者ニ對シテ千圓ノ請求ヲ爲スヘシ然ルトキハ債權者ハ一旦保證人ヨリ受取リタル千圓ヲ再ヒ支出セサルヘカラサルニ至リ其間ニ於テ千圓ノ現金カ三度動クコトト爲ル此ノ如キハ經濟上最モ不得策ナルモノニシテ爲メニ時日ヲ空費シ費用ヲ抛チ而モ其效果ハ同一ノ資本ヲ動スニ過キス之ニ反シテ保證人ニ於テ直チニ相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ得ハ三人各、一厘ノ現金ヲモ動スノ必要ナク保證人カ請求ヲ受ケタルトキニ相殺ヲ對抗セハ其一言ヲ以テ總テノ關係消滅シ費用ヲ要セス時日モ徒費スルニ至ラス相互ノ爲メ大

ナル利益アリト謂フヘシ加之若シ右ノ如ク保證人カ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ストセハ請求權カ三人間ニ回轉セル間ニ無資力者ヲ生スルコトアリ若シ主タル債務者カ無資力ト爲ルトキハ保證人ノ損失ト爲リ債權者カ無資力ト爲ルトキハ主タル債務者ノ損失ニ歸スヘシ此等ノ弊ヲ避クル爲メニハ保證人ノ相殺權ヲ認ムルハ大ニ公平ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス此理論ハ既ニ連帶債務(四三六條二項)ニ付テモ採用シタル所ナリ殊ニ保證債務ハ主タル債務ノ從タルモノナルカ故ニ主タル債務ノ消滅原因ヲ以テ對抗シ得ヘキコトハ當然ニシテ連帶ノ場合ヨリモ一層其理由アリト謂フヘシ又保證人カ自己ノ有セル債權ニ基キテ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ルハ固ヨリ論ヲ俟タス此場合ニ於テハ主タル債務者ニ對スル債務ヲ免ル但保證人ハ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有ス何トナレハ主タル債務者カ債權者ニ對シテ債務ヲ免レタル點ヨリ觀レハ保證人カ辨濟ヲ爲シタルト毫モ異ナル所ナケレハナリ之ニ反シテ主タル債務者カ保證人ノ有セル債權ヲ以テ自ラ相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルハ明カナリ蓋シ保證人ハ主タル債務者ノ爲メニ從タル債務ヲ負擔セル者ナリト雖モ主タル債務ハ全ク他人ノ債務ナリ然ルニ債務者カ其保證人ノ債權ヲ以テ相殺ヲ行フコトヲ得ルトセハ是レ俗諺ニ謂フカ如ク他人ノ犢鼻褌ヲ以テ相撲ヲ取ルモノニシテ其不道理ナルコト言フヲ俟タサルナリ故ニ敢テ明文ヲ設ケサリシナリ

以上ハ主タル債務ニ付テ生シタル事項カ保證債務ニ及ホス影響ナリ其他ノ事項例ヘハ主タル債務カ消滅スレハ從タル保證債務モ消滅シ主タル債務カ取消サレタルトキハ保證債務モ亦取消サルルノミナラス主タル債務カ取消シ得ヘキトキニハ保證人ハ自ラ進ミテ其取消ヲ主張スルコトヲ得ル等ノ説明ハ既ニ總論ニ於テ保證ノ從タル性質ヨリ生スル結果トシテ論シタル所ナルカ故ニ茲ニ再ヒ述ヘサルヘシ唯一ノ特別ナル場合アリ他ナシ連帶保證ノ場合是ナリ第四五八條ニ曰ク

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

本條ハ第四五四條ト對照スルニ恰モ債務者ト保證人ト反對ノ地位ニ在リ即チ第四五四條ニハ「保證人カ主タル債務者ト連帶シテ云云」トアリ本條ニハ「主タル債務者カ保證人ト連帶シテ云云」トアリ然レトモ是レ別ニ差異アルニ非ス即チ法律ハ孰レカヲ主トセントスル趣旨ニ非ス但立法者カ特ニ二樣ノ書方ヲ爲シタルハ聊カ理由アリ即チ第四五四條ハ保證人ノ權利ヲ規定セル場所ナルカ故ニ保證人ヲ先ニシ第四五八條ハ主タル債務者ノ權利義務ヲ規定セル場所ナルカ故ニ主タル債務者ヲ先ニシタルノミ

以上説明シタル所ニ依レハ主タル債務者ニ付テ生シタル事項ハ一定ノ範圍内ニ於テ保證人ニ對シテモ亦其效力ヲ生ス新民法ハ舊民法又ハ佛蘭西法等ノ如ク債務者ニ付テ生シタル事項ハ保證人ニ對シテモ亦其效力ヲ生スト云フカ如キ汎博ナル規定ヲ設ケス例ヘハ主タル債務者ノ起シタル訴訟又ハ自白ノ如キハ保證人ニ對シテ毫モ其效力ヲ及ホスモノニ非ス故ニ若シ債權者カ保證人ニ對シテ判決ヲ受ケントト欲セハ保證人ヲモ訴ヘサルコトヲ得サルナリ要スルニ主タル債務者ニ生シタル事項ハ原則トシテ從タル債務者ニモ其效力ヲ及ホスモノナリ之ニ反シテ保證人ニ付テ生シタル事項ハ原則トシテ主タル債務者ニ影響ヲ及ホサス唯辨濟又ハ相殺ノ如キ債務ノ消滅原因カ保證人ニ付テ生シタル場合ニ於テハ通常主タル債務モ亦消滅ス蓋シ保證人ノ債務ノ目的ハ畢竟主タル債務ノ履行ニ在ルカ故ニ其履行ヲ完ウシ又ハ之ト同一ノ效力アル行爲ヲ爲セハ則チ主タル債務ハ自ラ消滅スヘキノミ此他ノ事項ハ決シテ主タル債務者ニ影響ヲ及ホサス故ニ例ヘハ保證人ニ相殺ノ原因アルモ主タル債務者ハ之ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得ス又債權者カ保證人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲シ又ハ時效ノ中斷ヲ爲スモ主タル債務者

ニハ通常何等ノ影響ヲモ及ホサス保證債務カ取消シ得ヘキ場合ニ於テ保證人ノ請求ニ因リ保證債務カ取消サルルモ主タル債務ハ依然トシテ存在スルモノナリ況ヤ保證人カ其取消原因ヲ主張セサルニ方リ主タル債務者カ代リテ之ヲ主張スルコトヲ得サルハ言フヲ俟タサルナリ然ルニ主タル債務者カ保證人ト連帶シテ債務ヲ負擔セル場合ニ於テハ之ト其趣ヲ異ニス是レ第四五八條ノ規定セル所ナリ蓋シ連帶保證人ハ普通謂フ所ノ「連帶債務者」ニハ非サレトモ保證人ナルト同時ニ連帶債務者ナリ故ニ此場合ニ限リ保證人ニ付テ生シタル事項ハ主タル債務者ニ影響ヲ及ホスモノナリ是レ此場合ニ於テハ第四三四條乃至第四四〇條ノ規定ヲ適用スル所以ナリ而シテ其適用スヘキ事項ハ既ニ諸君ト共ニ研究シタル所ナリ即チ履行ノ請求、更改、相殺、免除、混同、時效等ニ關スルモノナリ

茲ニ一ノ注意ヲ請フヘキコトアリ他ナシ第四三四條乃至第四四〇條中「其債務者ノ負擔部分ニ付テ云云」ト記載セル條文アルモ此語ハ連帶保證ニハ自ラ適用ナキコト是ナリ蓋シ普通ノ連帶債務者ナレハ原則トシテ各自其負擔分ヲ有シ特約ナキ限ハ各頭數ニ應シ平等ノ割合ヲ以テ負擔スルモノナレトモ保證人ハ元來負擔分ヲ有セサルカ故ニ此「負擔部分云云」ノ語ハ其適用ナキコト知ルヘキナリ即チ第四三六條第二項、第四三七條、第四三九條ノ場合是ナリ果シテ然ラハ第四五八條ニ於テ單ニ第四三四條乃至第四四〇條ヲ適用スル旨ヲ規定シタルハ廣キニ過グルカ如シ故ニ此適用ナキ條文ハ之ヲ除クヲ至當ト謂ハサルヘカラサルニ似タリ然レトモ此等規定ヲ逆ニ適用スルトキハ實際其必要アリ即チ保證人ニ付テ生シタル事項ニシテ主タル債務者ニ影響スヘキ事項ニ付テハ其適用ナキモノアルモ主タル債務者ニ付テ生シタル事項ニ付テハ全部其適用ヲ見ルヘシ故ニ其適用ナキ部分ハ之ヲ除キテ規定スルトキハ却テ疑惑ヲ生スヘシ唯之ヲ解釋、適用スル者須ク規定ノ性質ニ稽ヘ適當ニ之ヲ運用スヘキノミ而シテ此事ハ純然タル連帶者間ニ於テモ亦全ク之ナキニ非ス即チ債務者間ニ於テ單純ニ連帶債務ヲ負ヒ而モ負擔部分ヲ有セサル者アルコトアリ斯ル場合ニ於テハ其者ハ全ク保證人ト同シク實際上負擔部分ナル規定ノ適用ヲ受ケサルナリ故ニ負擔部分ニ關スル規定ノ適用ヲ受ケサルハ唯リ保證人ニ付テノミナリト謂フコトヲ得ス從來我邦ニ於テハ連帶債務者ニシテ負擔部分ヲ有セサル例寧ロ多キカ如シ學者或ハ負擔部分ノ有無ニ據リ純然タル連帶債務者ト連帶保證人トヲ區別セントスル者アルハ大ナル誤ナリ「ボワッソナード氏」ノ如キモ亦此誤ニ陷レル一人ナリ

尙ホ茲ニ附加、說明スヘキ事アリ連帶保證人カ主タル債務ニ因リテ影響ヲ受クル點ニ付テハ固ヨリ連帶ノ規定ノ適用ヲ受クルト雖モ此點ハ保證債務トシテ保證ノ規定ヲ適用スル方却テ其效力多キヲ見ルコト是ナリ或ハ連帶ニ於テハ各債務者皆直接ニ債務ヲ負擔スル者ナルカ故ニ單純ナル保證ノ場合ヨリモ其效力大ナルカ如キ觀アレトモ兩者ヲ比較セハ決シテ其然ラサルヲ知ルヘシ第一ニ連帶ノ規定タル第四三四條ニ於テハ連帶債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ生スルコトヲ認ム是レ保證ノ場合ニ於テモ第四五七條第一項ニ明文アリ次ニ連帶ノ規定タル第四三五條ニ債務者ノ一人ト債權者トノ間ニ更改アリタルトキハ總テノ債務者ノ利益ノ爲メニ債權ハ消滅スルコトヲ定ム此點ハ保證ニ於テハ主タル債務カ更改ニ因リテ消滅スレハ從タル保證人ハ其責ヲ免ルルハ當然ニシテ特ニ規定ヲ設クルノ必要ヲ見ス第四三六條ニハ連帶債務者ノ一人カ相殺ヲ援用シタルトキハ債權ハ總債務者ノ利益ノ爲メニ消滅スルコトヲ定ム保證ニ付テハ是レ亦當然ニシテ主タル債務者カ相殺ヲ以テ對抗スレハ其債務ハ消滅スヘキヲ以テ保證債務モ亦消滅スヘキナリ尙ホ前ニ說明シタルカ如ク第四五七條第二項ノ規定ニ從ヒ保證人ハ主タル債務者ノ負擔部分即チ全部ニ付キ債權ニ依リ自ラ相

殺ヲ以テ對抗スルコトヲ得次ニ第四三七條ニ於テハ連帶債務者ノ一人ニ對シテ爲シタル債務ノ免除ハ其免除ヲ受ケタル債務者ノ負擔部分ニ付キ他ノ債務者ノ利益ノ爲メニ其效力ヲ生セシム故ニ若シ債權者カ主タル債務者ニ對シ負擔部分即チ全部ヲ免除スレハ保證人ハ當然其債務ヲ免ルルコト亦論ヲ俟タス又第四三八條ニ於テハ連帶債務者ノ一人ト債權者トノ間ニ混同アリタルトキハ其債務者ハ辨濟ヲ爲シタルモノト看做セリ保證ノ場合ニ於テ主タル債務者ト債權者トノ間ニ混同アリタルトキハ其權利義務消滅スルカ故ニ保證債務モ亦消滅スルコト明カナリ第四三九條ハ連帶債務者ノ一人ノ爲メニ時效カ完成シタルトキハ其債務者ノ負擔部分ニ付テハ他ノ債務者其義務ヲ免ルルコトヲ定ム保證ノ場合ニ於テハ同シク主タル債務者カ時效ニ因リテ債務ヲ免ルルトキハ保證人モ亦其債務ヲ免ルヘシ故ニ此等ノ點ハ連帶債務ト通常ノ保證債務トニ依リテ異ナルコトナシト雖モ若シ連帶保證ナルトキハ保證人カ請求ヲ受ケタル如キ場合ニハ主タル債務者ニ對シ其效力ヲ及ホスヘシ此點ハ通常ノ保證債務ト異ナル所ニシテ第四五八條ノ規定アル所以ナリ

連帶保證ト連帶債務ト同一ナル點ハ既ニ說キ來リタル所ニ依リ略ホ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ即チ連帶保證人ハ後訴ノ利益、檢索ノ利益及ヒ分別ノ利益ヲ有ス此點ハ通常ノ連帶債務ト擇フ所ナシ又第四五八條ヲ以テ連帶債務者ノ一人ニ付テ生シタル事項カ他ノ債務者ニ影響ヲ及ホス丿規定ヲ適用スルコトトセルニ因リ此點モ通常ノ連帶債務ト同一ナリ然リト雖モ連帶保證債務ト通常ノ連帶債務トハ全ク同一ナリト論スル者ハ未タ連帶保證ノ性質ヲ熟知セサルモノト謂フヘシ但「ボワッソナード」氏其他或學者ノ言フカ如ク保證人ハ負擔部分ヲ有セス隨テ主タル債務者カ辨濟ヲ爲シタル場合ニ連帶保證人ニ對シテ求償スルコトヲ得サルヲ理由トシテ二者ノ區別ト爲スコトヲ得ス何トナレハ曩ニモ一言シタル如ク純然タル連帶債務ニ在リテモ或債務者カ負擔部分ヲ有セサル場合ニ於テハ他ノ債務者カ債務ノ全部ヲ辨濟スルモ此負擔分ヲ有セサル債務者ニ對シテハ同シク求償權ヲ有セサレハナリ果シテ然ラハ兩者ノ區別ヲ爲スノ要點如何他ナシ此區別ハ全ク主從ノ關係ノ有無ニ在リテ存ス即チ純然タル連帶債務ナレハ各債務者皆主タル者ナリ隨テ嘗テ說明シタル如ク一人ノ債務カ無效ナルモ敢テ他ノ者ノ債務ニ影響ヲ及ホサス一人ノ債務カ取消サルルモ他ノ者ノ債務ハ存在ス而シテ連帶債務者ハ各、異ナリタル目的又ハ體樣ヲ以テ義務ヲ負フコトヲ得即チ一人ハ條件附、一人ハ期限附ニシテ他ノ者ハ無期限、無條件ニテ義務ヲ負フモ妨ナク又各債務者各、異ナリタル條件ヲ以テ債務ヲ負フモ亦可ナリ是レ畢竟各自主タル者トシテ相對立スルコトヲ得ルニ由ル之ニ反シテ保證ノ場合ニ於テハ縱令連帶ヲ爲スモ其保證債務ハ從タルモノナルカ故ニ主タル債務カ無效ナル場合ニハ保證債務ニハ一點ノ瑕疵ナキモ亦無效ナリ又保證債務ハ主タル債務ト其目的ヲ異ニスルコトヲ得ス故ニ主タル債務ノ目的カ金錢ナルトキハ保證債務ノ目的ハ米穀ナルコトヲ得サルナリ尤モ一部保證即チ主タル債務カ千圓ナルニ保證債務ハ五百圓ナルコトヲ得レトモ保證債務カ主タル債務ヨリ重キコトヲ得ス又保證債務ハ主タル債務ヨリ重キ體樣ヲ有スルコトヲ得故ニ例ヘハ主タル債務カ條件附ナルニ保證債務カ無條件ナルコト能ハサルナリ但一部ノ保證ヲ許ス結果トシテ主タル債務カ無條件ナルニ保證債務ニハ條件ヲ附シ又ハ主タル債務ノ期限ヨリ短キ期限ヲ以テ保證ヲ爲スコトヲ得ヘシ此等ハ皆保證カ從タル性質ヲ有スル結果ニシテ之ニ據リテ以テ連帶保證カ純然タル連帶債務ト異ナルヲ知ルヘシ

第二　保證人ト主タル債務者トノ關係

保證人ト主タル債務者トノ關係ハ或ハ委任ニ基キ或ハ委任以外ノ原因ニ出ツ主タル債務者カ保證人ニ

依頼シテ保證債務ヲ負ハシメタルトキハ即チ委任ニ基ケルモノナリ舊民法及ヒ佛蘭西民法等ニ於テハ之ヲ以テ純然タル委任ト爲スコトヲ得ス蓋シ此等ノ法典ニ於テハ委任ハ必ス代理ヲ意味スルモノト爲セルニ此場合ニ於テハ代理ヲ生セサレハナリ尤モ保證人ニ於テ辨濟ヲ爲ス場合ハ或ハ代理アリト謂フコトヲ得サルニ非サルモ未タ辨濟ヲ爲ササル間ハ代理關係アリト謂フコトヲ得サルナリ新民法ニ於テハ委任ノ範圍ヲ廣クセルヲ以テ依頼ニ出テタル保證ハ即チ委任ナリ（六四三條）即チ主タル債務者ハ「保證契約ニナル法律行爲ヲ爲スコトヲ依頼シ保證人ハ之ヲ承諾シタルモノナルカ故ニ委任ニ外ナラス其他ノ場合ニ於テ保證ヲ爲スハ全ク委任以外ノ行爲ニ出ツルモノナリ而シテ委任以外ノ行爲ニ因ル保證人カ債務ヲ辨濟シタルニ因リ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ行使スルハ理論上不當利得ノ法則ニ依ルモノナリ即チ保證人カ主タル債務者ニ代リテ辨濟ヲ爲ストキハ其結果トシテ主タル債務者ハ辨濟スルコトヲ要セサルニ至ルヘキカ故ニ其債務ハ消滅シ主タル債務者ハ爲メニ利益ヲ受クルコト爲リ恰モ民法第七〇三條ニ「法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之カ爲メニ他人ニ損失ヲ及ホシタル者ハ云云」ト云フニ該ル舊民法、佛蘭西民法等ノ解釋トシテハ委託ヲ受ケスシテ他人ノ事務ヲ管理シ其結果本人カ不當利得ヲ爲シタルモノトスルヲ可トスヘキニ似タリ然レトモ或債務ヲ保證シ其結果トシテ辨濟ヲ爲シタレハトテ敢テ主タル債務者ノ事務ヲ管理シタルモノト謂フヘカラス隨テ事務管理ノ法理ニ依ルコトヲ得スシテ不當利得ノ法理ニ依ラサルヘカラス尙ホ不當利得ハ本人ノ委任ナキ場合ニ於テノミ生スルモノナルカ故ニ委任ニ因ル保證ノ場合ニハ不當利得ノ原理ニ據ラス但後ニ承諾ヲ爲スモ委任ト爲ルコトナシ要スルニ主タル債務者ノ委託ヲ受ケス又ハ主タル債務者ノ意思ニ反シテ保證ヲ爲スモ仍ホ全ク保證タルニ妨ナシト雖モ其效果ヲ異ニスルナリ

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

（一）委任ニ因ル保證ノ場合

此場合ノ原則ハ第四五九條ニ規定セリ曰ク

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

第四百四十二條第二項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

是レ委任ノ場合ト其趣旨ヲ同シウシ恰モ第六五〇條ニ相當ス唯通常ノ委任ト保證ノ委任トハ全ク同一ノ規定ニ從ハサルハ保證ノ場合ニ特別ナル事項アレハナリ或ハ委任ニ因ル保證ハ連帶ニ於ケルカ如ク債務者カ互ニ他ノ者ノ利益ヲ圖ラサルヲ得サル等ノ關係ヲ有スルニ因リ寧ロ連帶ト同一ノ規定ニ從フコトヲ得ヲ可トスル如キモ連帶ニハ委任ナキコト多シ故ニ其原因ヲ異ニスルヲ以テ同一ノ規定ニ從フコトヲ得サルコト多シ唯注意スヘキハ連帶ハ常ニ委任アル場合ト類似ノ關係ヲ生シ債務者ハ互ニ利害ヲ共ニスルモノニシテ受任者ノ爲シタル行爲カ委任者ニ影響ヲ及ホスト頗ル類似シタル關係アリ故ニ其規定モ亦自ラ相類スルモノアリ委任ニ因ル保證ノ場合ニ於テハ純然タル委任關係アリ唯求償權ノ性質ハ略ホ同シキカ故ニ第四四二條第二項ノ規定ヲ準用セルノミ

先ツ第四五九條第一項ノ說明ヲ試ミンニ此場合ノ求償權ハ連帶ノ場合ニ於ケルカ如ク必スシモ免責行爲ヲ爲シタル後始メテ之ヲ行フコトヲ得ルニ非スシテ債權者ニ辨濟スヘキ裁判言渡ヲ受ケタルトキニ

在リテモ亦求償權ハ成立スルナリ是レ保證人ハ主タル債務者ノ委任ヲ受ケテ其委任事項ヲ履行シ之ニ因リテ自己カ辨濟ヲ爲サヽルヘカラサル境遇ニ至リタルモノナルカ故ニ直チニ求償權ヲ行フコトヲ得セシムルモノニシテ第六五〇條ノ規定ト其趣旨ヲ同シウス又「主タル債務者ニ代ハリテ辨濟ヲ爲シ云云」是ハ連帶ノ場合ト同樣ナリ然レトモ「其他自己ノ出捐ヲ以テ債務ヲ消滅セシムヘキ行爲」トハ相殺、和解等債務消滅ノ原因ト爲リ得ル行爲ニシテ主タル債務者カ之ニ因リ其債務ヲ免ルヘキ場合ヲ指スモノニシテ保證人ハ總テ直チニ求償ヲ爲スコトヲ得ルナリ玆ニ「債務ヲ消滅セシムヘキ行爲」トアルハ連帶ノ處ニ「免責ヲ得タルトキ」トアルニ該ル此區別アル所以ハ委任ニ因ル保證人ハ苟モ保證人タルノ義務ヲ十分ニ盡シ了レハ則チ此ニ求償權ハ成立スルノ意ニシテ縱令主タル債務カ既ニ消滅シタル後ニ於テモ保證人カ過失ナクシテ辨濟、更改、相殺、和解等ヲ爲セハ主タル債務者ニ對スル求償權ヲ生スルナリ畢竟「消滅セシムヘキ行爲」ナル文字ハ右ノ意義ヲ表明スル爲メニ用ヒタル文字ナリ然ラハ保證人ニ過失アル場合トハ如何是レ第四六三條ノ規定セル所ナリ同條ニ曰ク

第四百四十三條ノ規定ハ保證人ニ之ヲ準用ス

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

第四四三條ニ依レハ債權者ヨリ請求ヲ受ケタル債務者カ他ノ債務者ニ通知セスシテ辨濟等ヲ爲シタルニ他ノ債務者カ債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ヲ有シタルトキハ其通知ヲ爲サヽリシ債務者ハ求償權ヲ有セス是レ其過失ニ基クモノナリ之ト同シク保證人カ其請求ヲ受ケタルコトヲ主タル債務者ニ告ケスシテ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ主タル債務者カ債權者ニ對シテ相殺ノ原因ヲ有シ其他和解又ハ更改ヲ爲シタル場合ニ於テハ債務者ハ保證人ノ求償ニ應セサルコトヲ得是レ第四六三條第一項ノ規定ノ趣旨ナリトス又主タル債務者カ保證ノ委任ヲ爲シタル場合ニ於テ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルニ之ヲ保證人ニ通知セスシテ辨濟等ヲ爲シタルトキハ主タル債務者ニ過失アルカ故ニ若シ保證人カ之ヲ知ラスシテ辨濟シタルトキハ其辨濟ヲ有效トシテ保證人ノ求償ニ應セサルコトヲ得サルナリ但委任ナキ場合ニ於テハ主タル債務者カ自ラ辨濟ヲ爲スハ當然ナルカ故ニ之ヲ保證人ニ通知スルコトヲ要セス故ニ保證人カ先ツ主タル債務者ニ對シテ辨濟シタルヤ否ヤヲ確メスシテ自ラ辨濟スルハ大ナル過失ト謂ハサルヘカラス然ルニ委任ニ因ル保證ノ場合ニ於ケル主タル債務者ハ其辨濟シタルコトヲ直チニ保證人ニ通知スヘク之ヲ怠リタル場合ニ於テ保證人カ過失ナクシテ債務ヲ消滅セシムヘキ行爲ヲ爲セハ則チ其求償權ニ服セサルヘカラサルナリ尚ホ殆ト言フヲ俟タサル如キモ玆ニ一言スヘキ事ナリ他ナシ保證人ハ自己カ何等ノ出捐ヲモ爲サヽル場合即チ無償ニテ債務ノ免除ヲ得タル場合ノ如キハ求償權ヲ有セサルコト是ナリ蓋シ保證人ノ求償權ハ自己ノ負擔ニ歸シタルモノヲ債務者ニ對シテ請求スル權利ニシテ結局第六五〇條ノ規定ト同一ノ精神ニ出ツ故ニ若シ保證人カ無償ニテ主タル債務者ニ債務ヲ免レシメタリトスレハ主タル債務者ハ非常ノ幸福ニテ大ニ喜フ所ナルヘキモ保證人ハ事實出捐シタシルモノアラサルカ故ニ償還ヲ求ムヘキモノナキナリ

尙ホ保證人カ或給付ヲ爲シテ自己ノ義務ヲ免レントスル場合ヲ說明セン例ヘハ主タル債務ハ依然存在スルモノトシ別ニ若干ノ金錢ヲ給付シテ以テ保證債務ヲ免除センコトヲ請ヘル場合ノ如シ是レ主ニ事實問題ニシテ場合ニ依リ二樣ノ意味ヲ有スヘシ一ハ保證人ノ給付シタルモノハ全ク主タル債務ノ內拂タル場合ニシテ其殘額ニ付キ保證人其義務ヲ免ルル場合是ナリ他ノ一ハ保證人カ其債務ヲ免ルル爲メ

ニノミ若干ノ出捐ヲ爲ス場合ニシテ保證債務ハ之ヲ免ルルモ主タル債務ニハ何等ノ關係ナク債權者ハ主タル債務者ニ對シテハ依然トシテ全部ノ債權ヲ有スル場合是ナリ此等ノ場合ニ付キ外國ノ法律ニ於テハ法律上ノ推定ヲ設ケタル例尠カラス我舊民法財産編第五一一條ニ於テハ保證人ト債權者トノ間ニ成立シタル保證ノ免除ハ主タル債務者ヲシテ債務ヲ免レシメストセルカ故ニ暗ニ之カ爲メニ支出シタルモノハ之ヲ内拂ト視サルノ規定ナリト謂ヒテ可ナリ又或外國ニハ全ク右ノ反對ニ出テ特約アルニ非サレハ債務ノ一部トシテ之ヲ計算スルモノトセル立法例アレトモ是レ甚タ不當ナリ要スルニ實際問題ニ臨マハ須ク當事者ノ意思ヲ審ニシテ而シテ後之ヲ決スヘキノミ即チ當事者ノ意思ハ場合ニ依リテ異ナリ或ハ主タル債務額ノ半額ニ當ル金錢ヲ給付シタル者ハ其債務ノ半額ヲ消滅セシムル意思ナルヘシト解釋シ得ヘキモ其給付シタル金額ノ些少ナル場合例ヘハ主タル債務額ノ一割若クハ二割ニ相當スルニ過キサル場合ノ如キハ是レ債務ノ一部ヲ辨濟シタルモノト謂フコトヲ得サルコト多ク全ク自己ノ保證債務ノミヲ免除セシムル趣旨ナリト看ルヲ妥當トスヘキカ如シ故ニ此場合ニ於テハ主タル債務ニハ何等ノ關係ナク唯保證人カ主タル債務ノ内拂ヲ爲スノ意思アリシトキニ限リ其債務ノ一部ヲ消滅セシムヘキノミ故ニ我新民法ハ此場合ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケサリシナリ

以上ハ委任ヲ受ケタル保證人ノ求償權ニ關スル原則ナリ次ニ法律ハ特ニ保證人ヲ保護スル爲メニ未タ保證人カ辨濟ヲ爲サス又辨濟ヲ爲スヘキ裁判言渡ヲモ受ケサル場合即チ果シテ保證人カ支拂フニ至ルヘキカ或ハ全ク主タル債務者カ辨濟スルニ至ルヘキカ未タ分明ナラサルニ方リ保證人ヲシテ主タル債務者ニ對スル求償權ヲ行フコトヲ得セシム是レ一見甚タ奇怪ナルカ如シ即チ如何ニ保證人ヲ保護スルノ必要アリトスルモ未タ毫モ辨濟ヲ爲サス又未タ辨濟ヲ爲スヘキコトノ確定セサルニ早ク已ニ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ行ハシムルハ甚タ謂レナキモノノ如シ然レトモ少シク熟考スレハ大ニ其理由アルヲ見ン第四六〇條ニ曰ク

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

一　主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケ且債權者カ其財團ノ配當ニ加入セサルトキ

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

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

本條ハ委任ニ因ル保證ノ場合ニシテ第六五〇條第二項ノ規定ト其精神ヲ同シウス然レトモ本條ニ於テハ豫メ求償權ヲ行フコトヲ得ル場合ヲ明定シ且第六五〇條第二項ニ規定セルカ如ク保證人ハ主タル債務者ノ爲メニ債務ヲ負擔スルニ相違ナキモ其債務ハ保證契約ヲ爲シタル初ヨリ之ヲ負擔スルモノニシテ而モ其債務ハ條件附ノモノ即チ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルニ方リ始メテ履行ノ責ニ任スルモノナルヲ以テ第六五〇條ノ通則ノミヲ以テハ未タ足レリトセサリシナリ

保證人カ主タル債務者ニ對シテ豫メ求償權ヲ行フ場合ノ第一ハ主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケ而モ債權者カ其財團ニ對シテ請求ヲ爲ササル場合是ナリ此場合ハ理論ヨリ言ヘハ破産手續ヲ了ラサレハ果シテ全部ノ辨濟ヲ爲シ得ルヤ否ヤヲ知ルコト能ハス而モ求償權ヲ行ハシムルハ其當ヲ得サルカ如シ但第四五二條但書ノ規定ニ據リ債權者カ直チニ保證人ニ請求スルトキハ保證人ハ敢テ辨濟ヲ拒ムコトヲ

得ス此場合ニ於テ求償權ヲ行使スルコトヲ得ルハ固ヨリナリ然リト雖モ保證人ハ債務者ノ破産ニ因リ敢テ期限ノ利益ヲ失フモノニ非サルカ故ニ其期限ノ到來前ニ在リテ債務者カ破産ノ宣告ヲ受クルトキハ債權者ハ之ニ對シテハ請求ヲ爲スコトヲ得ルモ本問ノ場合ニハ其請求ヲ爲サス又保證人ニ對シテハ未タ請求ヲ爲スコトヲ得ス故ニ保證人ハ求償權ヲ行フ理由ナキカ如シ然レトモ飜テ保證人ノ利益ヲ考フレハ亦大ニ顧慮セサルヘカラサルモノアリ蓋シ債權者カ破産財團ニ加入シテ分配ヲ受クルノ策ヲ爲セハ可ナルニ敢テ其手續ヲ爲サス又自己ニ對シテ辨濟ヲ請求セント欲セハ成ルヘク速ニ請求スルコトヲ希望スルモ債權者ハ又之ヲ爲サス又保證人カ期限ノ利益ヲ有スル場合ニハ敢テ自ラ期限ノ利益ヲ抛棄シテ速ニ辨濟スルハ固ヨリ其好ム所ニ非ス主タル債務者ノ財産ハ單ニ其加入シタル債權者ノミニ分配スルモノナルカ故ニ期限到來ノ後債權者カ保證人ニ對シテ請求ヲ爲シタリシトセンニ保證人求償權ヲ行ハント欲スルモ主タル債務者ノ財産ハ最早殆ト全部ノ分配アリタル後ナリトセハ保證人ハ債務者ニ對シテ求償權ヲ行フモ殆ト其效ナキニ了ラン故ニ其迷惑實ニ想フヘシ此ノ如ク保證人ノ爲メニハ不利益ナル結果ヲ來スニ拘ラス債權者ハ確實ナル保證人アルコトヲ恃ミテ債務者ノ破産財團ノ配當ニ加入セストセンニ保證人モ亦債務者ノ破産ヲ傍觀シテ看ゝ全額ノ損失ヲ招カサルヘカラストセハ酷モ亦極マレリト謂フヘシ故ニ保證人ニ於テ債權者ニ代リテ配當ニ加入スルコトヲ得サルヘカラス然リ而シテ縱令保證人カ代リテ加入スルモ主タル債務者ハ勿論他ノ債權者モ何等ノ異議ヲ挿ムコト能ハス蓋シ後段說明スヘキカ如ク此加入ハ必スシモ保證人カ直チニ配當ヲ受クルモノニ非ス故ニ何等ノ危險ナキモノト看サルヘカラス而シテ債權者ハ其債權額ニ付テハ元來其配當ニ加入スヘキモノナルニモ拘ラス加入セサルカ故ニ保證人カ代リテ之ニ加入スルモノナレハ主タル債務者ハ敢テ重複ニ義務ヲ負擔スルモノニ非ス然ラハ毫モ他ノ者ノ利益ヲ損スルコトナクシテ大ニ保證人ヲ保護スルコトト爲リ此規定ハ極メテ穩當ナリト謂フヘキナリ

保證人カ主タル債務者ノ破産財團ニ加入スルハ以上ノ理由ニ基ケルカ故ニ第四六〇條第一號末文ニ於テ「且債權者カ其財團ノ配當ニ加入セサルトキ」トアリ然ラハ債權者カ債務者ノ破産財團ノ配當ニ加入シタルトキハ保證人ニ對シテハ請求ヲ爲スコト能ハサルカ曰ク然ラス或ハ曰ハン債權者ハ一方ニ於テハ債務者ノ破産財團ノ配當ニ加入シ一方ニ於テハ保證人ニ請求スルコトヲ得ルトセハ債權者ハ二重ノ請求ヲ爲ス者ニシテ甚タ不都合ナリト謂フヘシト然レトモ保證人ハ第五〇〇條ノ規定ニ依リ當然債權者ニ代位スル者ナルカ故ニ債權者ノ配當加入ハ結局保證人ノ利益ト爲ルモノニシテ債權者ニ不當ノ利益ヲ爲サシムルモノニ非サルナリ之ニ反シテ債權者カ既ニ配當ニ加入セルニ拘ラス更ニ保證人ヲシテ加入セシムルトキハ破産財團ハ二重ノ請求ヲ受クルニ至ルカ故ニ右ノ條件ヲ設ケタルナリ然ラハ主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ債權者カ直チニ其財團ニ對シテ配當ノ加入ヲ爲ササルニ由リ保證人カ先ニ加入シタルトキハ債權者ハ最早其財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得サルヤ否ヤ蓋シ破産財團ニ對シテ配當ニ加入スルハ一定ノ時期間之ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ總テノ債權者ト同時ニ加入ヲ爲ササルヘカラサルニ非ス然レトモ若シ之ヲ許ストセハ一ノ債權ニ付テ二重ノ加入ヲ爲スコトト爲ル例ヘハ保證人ハ自己ノ求償權ノ名義ヲ以テ千圓ノ加入ヲ爲シ債權者ハ亦其千圓ノ債權ニ付キ加入スルトセハ單ニ千圓ノ債務ニ對シ二千圓ノ請求ヲ受クルコトト爲ルヘシ此ノ如キハ決シテ許スヘカラサル所ナリ然ラハ其結果如何畢竟保證人ノ配當加入ハ無效ニ歸スルノ外ナシ元來保證人ハ原則トシテハ有償ノ免責行爲ヲ爲スニ非サレハ求償權ヲ有セサルモ本條第一號ノ條件ヲ具備スレハ其以前ニ於

テモ加入ヲ為スコトヲ得ルノミ然ルニ債權者ノ後日ノ加入ニ因リ右ノ條件ヲ缺クニ至リタルカ故ニ保證人ノ加入ヲ無效トセサルコトヲ得サルナリ

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

右第四六〇條第二號ノ但書ニ付テハ大ニ議論アリ舊民法ノ如キハ斯ル規定ヲ設ケサリキ「ボワッソナード」氏ハ佛蘭西法ニモ存スル我新民法ト同樣ノ規定ヲ以テ甚タ不當ナリトシ債權者カ主タル債務者ニ猶豫期限ヲ與ヘタルトキハ保證人モ亦延期ノ利益ヲ受クルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ特ニ保證人ニ求償權ヲ與フル必要ナシト説ケリ是レ甚タ謬レリ論者ノ説ノ如クンハ本條第二號ノ規定ハ其要ナシト謂ハサルヘカラス何トナレハ債務ノ期限到來セルニ拘ラス債權者カ請求ヲ為サヽルニ於テハ是レ恰モ猶豫期限ヲ默許シタルニ等シク而モ保證人ハ自己ノ責任ヲ免ルヽコトヲ得サルカ故ニ不利益ナリトシテ本條第二號ノ規定アリ然ルニ債權者カ明カニ猶豫期限ヲ與ヘタルトキハ保證人ハ求償權ヲ行フコトヲ得ストスルハ是レ前後矛盾ト謂ハサルヘカラサレハナリ畢竟保證人ニ豫メ求償權ヲ與フルハ後日主タル債務者カ無資力ト為ルコトアルヘキヲ慮リ保證人ニ損害ナカラシメントスルニ外ナラサルカ故ニ一旦右第二號ノ規定ヲ必要トスル以上ハ但書ハ之ニ伴ヒテ必要ナリト謂ハサルヘカラス

此第二號ノ規定ヲ第一號ノ規定ト比較スレハ聊カ疑ヲ生セサルニ非ス即チ主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ期限ノ利益ヲ失ヒテ債務ハ辨濟期ニ至ルモノナリ(一三七條一號、舊商九八八條參照)(家資分散ハ破産ニ同シキモ此場合ニ於テハ實際上保證人ニ配當ハ加入スルコトヲ得ス)然ラハ第一號ト第二號トハ重複シ第一號ハ無用ノ規定ニ歸スヘシトノ論アルヤモ知ルヘカラス然レトモ破産ノ場合ハ通常ノ辨濟期ニ在ルトキト異ナリテ債權者カ其財團ノ配當ニ加入セサルコトヲ以テ條件ト為セリ然ルニ第二號ハ何等ノ條件ナク縱令債權者カ請求ヲ為スモ仍ホ保證人ハ自己ノ求償權ヲ行フコトヲ得是レ後條ニ規定セル如ク保證人ノ受取ルヘキモノヲ以テ直チニ債權者ニ支拂フコトヲ得ルカ故ニ敢テ制限ヲ加フルノ必要ナケレハナリ而シテ事實上ニ於テモ苟モ債權者カ請求ヲ為シタル以上ハ通常ハ破産手續ノ如ク長時日ヲ要スルモノニ非サルカ故ニ敢テ衝突ヲ來サス又若シ債權者カ單ニ請求ヲ為シタル儘放置スルカ如キ場合ニ於テハ殊ニ保證人ノ求償ヲ許ス必要アリ隨テ右二號ノ規定ハ決シテ重複スルモノニ非サルナリ

第三ノ場合即チ「債務ノ辨濟期カ不確定ニシテ且其最長期ヲモ確定スルコト能ハサル場合ニ於テ保證契約ノ後十年ヲ經過シタルトキ」ニ求償權ヲ付與スルハ頗ル干渉ニ過クルカ如シト雖モ飜テ保證人ノ爲メニ考フレハ實ニ已ムコトヲ得サルモノアリ例ヘハ終身年金權即チ債權者、債務者又ハ第三者ノ終身ヲ期シテ年年若干圓ツツ支拂フヘキ債務ノ保證ニ立チタル者條件附債務即チ何時其債務ヲ辨濟スヘキカ其時期不分明ナル場合ニ於ケル債務ヲ保證シタル者、禁治產者ノ後見人ノ爲メニ保證人ト爲リタル者(禁治產者ハ何時能力ヲ恢復スルカ將タ之ヲ恢復セサルカ測ルヘカラス隨テ禁治產者ノ終身間若クハ後見人ノ終身間後見人ノ任務繼續スルコトアルヘク之ヲ保證シタル者ハ實ニ不確定ナル債務ヲ負擔シタル者ナリ)等是ナリ此等ノ者ハ何十年其義務ヲ負フカ分明ナラス而シテ保證債務ハ相續人ニ移ルカ故ニ保證人カ死スルモ主タル債務カ消滅スルカ若クハ特ニ免責ヲ得ルニ非スンハ其債務ハ相續人ニ及フモノナリ人若シ保證人カ斯ル結果ヲ厭ハハ初ヨリ保證ニ立タサルニ如カスト言ハハ吾復タ何ヲカ言ハン然レトモ本來好ミテ保證ヲ爲スカ如キコトハ極メテ稀ナルヘク多クノ場合ニ於テハ債務者ノ依賴ヲ受ケテ之ヲ辭スルノ方便ナク已ムコトヲ得ス承諾スルヲ常トシ且保證人ハ多クノ場合ニ於テハ其責任ノ斯ク長ク繼續スルコトアラサルヘシト信シテ之ヲ承諾シタルニ事豫想ニ反シテ大ニ年月ヲ加フルコトアルヘシ加之保證人自身ニ取リテハ恩義アル親族若クハ親友ノ間柄ナルニ由リ之ヲ避クルコトヲ得サリシ關係アリトスルモ其相續人ニ至リテハ敢テ斯ル事情ヲ存セス然ルニ仍ホ數十年ノ間其義務ヲ免レストスルハ頗ル苛酷ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ新民法ニ於テハ原則トシテ總テ全ク人ノ自由ヲ奪フカ如キ契約ハ之ヲ認メス(固ヨリ斯ル原則ハ明文トシテ揭ケサレトモ各種ノ契約ニ付キ各別ニ規定セリ)例ヘハ無期ノ組合契約ニ於テハ何時ニテモ其組合ヲ脫退スルコトヲ許シ(六七八條)又已ムコトヲ得サル事由アルトキハ解散ヲ請求スルコトヲ得(六八三條)雇傭契約ニ於テモ或短期ノ豫告期間ヲ以テ解約ヲ爲スヲ許シ(六二七條)又已ムコトヲ得サル事由アルトキハ直チニ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ許セリ(六二八條)是レ文明國ノ法律ノ概ネ皆認ムル所タリ然ルニ前ニ述ヘタル如ク保證人ノ義務ハ性質上永久ニ繼續シ得ルモノナリ蓋シ人ノ自由ヲ無限ニ束縛スルハ公益ニ害アルノミナラス之ヲ經濟上ヨリ考察スルモ不確定ナル債務ヲ永ク存續セシムルコトハ甚タ好マシカラス即チ既ニ債務ヲ免レタルヘシト信セシニ意外ニモ其債務未タ消滅セサルコトアルニ於テハ債務者(本問ノ場合ニ在リテハ保證人)ニ取リテハ頗ル迷惑ヲ感スヘク又實際ノ取扱上ニ於テモ不確定ナル權利義務ノ永續スルハ錯雜ナル結果ヲ生スヘキカ故ニ此種ノ債務ヲ速ニ消滅セシメントスルハ立法者ノ希望スル所ナリ殊ニ保證人ハ前ニ述ヘタル如ク好意ヲ以テ他人ノ爲メニ債務ヲ負擔スルヲ通例トシ而シテ保證ハ信用ノ發達ノ爲メ必要ナルモノナルカ故ニ特ニ之ヲ保護セサルヘカラス此等ノ理由ニ據リ保證契約ノ後十年ヲ經過シタルトキハ辨濟期ノ未タ到來セサルニ拘ラス保證人ヲシテ求償權ヲ行フコトヲ得セシムルコトトセリ

次ニ一言スヘキハ右ノ場合ニ於ケル期間ノ起算點カ舊民法ト異ナルコト是ナリ(擔三四條三號)舊民法ニ於テハ債務ノ日附ヨリ起算スルコトトセルモ保證契約ハ主タル債務ノ發生シタル後ニ於テ締結スルコト頻繁ナルカ故ニ新民法ニ於テハ「保證契約ノ後十年ヲ經過シタルトキ」ト定メタリ

右第四六〇條第三號ニ「最長期ヲモ確定スルコト能ハサル場合云云」トアリ此ノ文字ノ意味ニ付テハ往往疑ヲ懷ク者アルカ如シ蓋シ債務ノ辨濟期ノ不確定ナル場合ニ種種アリ債務カ何時終了スルカ知ルヘカラサル場合ト一定ノ時期以後ニハ存續セサル場合トアリ此末ノ場合ニ於テハ其最長期マテ義務ヲ負

0263

フ覺悟アレハ可ナリ例ヘハ未成年者ノ後見人ノ債務ヲ保證シタル場合ノ如シ(九三三條參照)即チ後見人カ擔保ヲ供スヘキ場合ニ於テ保證人ヲ立ツルコト頗ル多カルヘシ是レ西洋ニ於テモ其例ニ乏シカラスト聞ク(無能力者ノ爲メニ法律上ノ抵當ヲ認ムル國ニ於テモ)斯ル場合ニ於テ後見人ノ義務ハ後見ノ終了ニ至ルマテハ存在スルカ故ニ何時其辨償期到來スヘキカ知ルヘカラス而シテ保證債務モ亦之ニ隨伴スヘシ然ルニ後見人ノ義務ハ後見人ノ死亡又ハ被後見人ノ死亡其他ノ原因ニ因リテ消滅スヘキモノニシテ其債務ノ存續期間不確定ナリ隨テ其辨濟期亦全ク不確定ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ被後見人カ成年ニ達スルトキハ後見自ラ消滅スヘキカ故ニ其債務ノ最長期ハ常ニ確定セルモノト謂ハサルヘカラス之ニ反シテ禁治產者ノ後見人ニ至リテハ禁治產者カ能力ヲ恢復スルノ時期不明ナルカ故ニ後見人ノ債務モ亦存續期間ヲ知ルコトヲ得ス隨テ其債務ノ辨濟期カ不確定ナル場合ナリ尙ホ不確定債務ニシテ其最長期ノ確定セル例ヲ示セハ或人ノ終身ヲ限トセル債務ヲ保證シ之ニ條件ヲ附シ若シ其者カ二十年以上生存スルトキハ保證債務ハ二十年ヲ以テ終了スルモノト爲シタル場合ノ如シ此場合ニ於テモ最長期ハ確定セルカ故ニ右第三號ノ適用ナキナリ

以上ヲ以テ保證人カ未タ辨濟其他免責行爲ヲ爲ササル場合ニ於テ求償權ヲ行フコトヲ得ル場合ノ說明ヲ了レリ既ニ說明シタル如ク保證人カ債權者ニ辨濟スヘキ裁判言渡ヲ受ケタルニ因リテ債務者ニ對シテ求償權ヲ行フ場合(四五九條)及ヒ第四六〇條ノ場合ニ於テ保證人ニ求償權ヲ行フコトヲ許シタルハ皆保證人ヲ保護スルノ精神ニ外ナラス然リト雖モ保證人カ求償權ニ由リ主タル債務者ヨリ豫メ賠償ヲ受ケタルニ拘ラス債權者ニ對シテ辨濟ヲ爲ササランカ債權者ハ何時ニテモ主タル債務者ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得然ルトキハ主タル債務者ハ保證人ニ對シテ豫メ求償權ニ服シ又更ニ債權者ノ請求ニ應セサルコトヲ得サルヲ以テ結局二重拂ヲ爲ササルヘカラサルニ至リ債務者ニ取リテハ甚タ迷惑ナリト謂ハサルヘカラス之ヲ救濟スルノ方法ハ(第一)保證人ヲシテ擔保ヲ供セシムルニ在リ即チ或ハ確實ナル保證人ヲ立テシメ或ハ抵當權、質權ヲ設定セシムルコト是ナリ是レ頗ル迂遠ナルニ似タリト雖モ此方法ニ依ルトキハ保證人カ無資力ト爲リタルニ因リテ債務者カ被ルコトアルヘキ損害ヲ豫防スルコトヲ得ヘシ(第二)主タル債務者カ保證人ニ對シテ自己ニ免責ヲ得セシムヘキ旨ヲ請求スルニ在リ保證人カ債務者ニ免責ヲ得セシムル場合ハ主トシテ更改ナリ即チ從來主タル債務者ト債權者トノ間ニ存立セル債權關係ヲ更改ニ因リテ保證人ト債權者トノ間ノ債權關係ト爲ス場合是ナリ此ノ如クスルトキハ主タル債務者ハ全ク其債務ヲ免ルルカ故ニ二重拂ヲ爲スノ危險ハ毫モ存セサルニ至ル而シテ保證人ノ資力カ十分ナル場合ニ於テハ債權者ハ右ノ更改ヲ承諾スルコトアルヘシ尙ホ主タル債務者ヲシテ其債務ヲ免レシムル場合ハ或ハ保證人カ債權者ニ對シテ相殺ヲ對抗スル場合ナリ是レ通常ノ場合ニハ起ラスト雖モ債務ノ辨濟期カ既ニ到來セル場合ニ於テ若シ保證人カ債權者ニ對シテ債權ヲ有セルトキハ相殺ヲ對抗シ以テ主タル債務者ヲシテ其債務ヲ免レシムルコトヲ得ヘシ又稀ナル場合ヲ言ヘハ保證人ト債權者トノ間ニ或契約ヲ締結シ其附隨事項トシテ主タル債務者ノ債務ヲ免レシムルコトヲ得ヘシ例ヘハ和解ヲ爲シテ債權者ハ主タル債務者ニ對スル權利ヲ拋棄シ保證人ハ債權者ニ對スル他ノ主張ヲ拋棄スルカ如キ是ナリ(第三)主タル債務者カ保證人ニ對シテ直チニ償還ヲ爲スニ代ヘテ單ニ供託ヲ爲スニ在リ供託ヲ爲シ置ケハ一方ニ於テハ何時債權者ヨリ請求セラルルモ其供託物ヲ以テ辨濟ニ充ツルコトヲ得ヘク他ノ一方ニ於テハ保證人ハ供託物ヲ自由ニ處分スルコト能ハサルカ故ニ主タル債務者ハ保證人カ無資力ト爲レルニ因リテ被ルコトアルヘキ損害ヲ免ルルコトヲ得ヘシ加之保證人モ損失ヲ被ルノ虞

ナク而シテ債權者カ供託物ヲ受取ルニ因リテ債務ハ消滅スルカ故ニ實際最モ行ハレ易キ方法ナリト信ス(第四)主タル債務者カ保證人ニ對シテ直チニ償還ヲ爲スニ代ヘテ擔保ヲ供スルニ在リ是レ亦頻繁ニ行ハルル所ナルヘシ蓋シ主タル債務者カ辨濟ヲ爲サルニ因リ保證人カ代リテ辨濟ヲ爲セハ主タル債務者ハ償還ノ義務ヲ負フコト固ヨリ言フヲ俟タスト雖モ保證人カ未タ辨濟ヲ爲サルニ方リテ償還ヲ爲ストキハ他日保證人カ無資力ト爲リタルニ因リテ主タル債務者カ損害ヲ被ルコトアルニ由リ之ヲ豫防センカ爲メニ保證人ニ對シテ償還ヲ爲ス代リニ十分ナル擔保ヲ供スルトキハ保證人ハ主タル債務者ノ無資力ニ因リテ損害ヲ被ルノ虞ナク主タル債務者ハ直チニ保證人ニ金錢ヲ拂フ如キ必要ナキニ至リ債務者ノ爲メニ頗ル便利ナリト謂フヘシ例ヘハ十分資力アル保證人ヲ立テ又ハ質權、抵當權ヲ設定スルカ如キ是ナリ(第五)主タル債務者カ保證人ヲシテ免責ヲ得セシムルニ在リ保證人ヲシテ免責ヲ得セシムル場合ハ債務者カ債權者ト談判シ或ハ無償ニテ、或ハ債務ノ一部ヲ辨濟シ、或ハ保證人ニ代ヘテ質若クハ抵當又ハ他ノ保證人ヲ供シ以テ債權者ヲシテ保證債務ヲ免除セシムル場合ノ如キ是ナリ要スルニ債權者ノ承諾ヲ得テ保證人ノ義務ヲ免レシムルニ在リ是レ亦實際行ハレ易キ方法ナリトス以上五種ノ方法中其一ヲ取レハ則チ保證人及ヒ債務者雙方ノ利益ヲ均一ニ保護シ得テ何人ニモ損害ヲ及ホスコトナシ是レ第四六一條ニ規定セル所ナリ同條ニ曰ク

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

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

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

(二)委任ヲ受ケスシテ保證ヲ爲シタル場合

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

0265

ルナリ此等ハ皆債權者ノ委任ニ因リテ保證人ト爲ル場合ニシテ主タル債務者ノ委任ニ因ル保證ニ非スト雖モ債權者ト保證人トノ關係ハ特約ナケレハ則チ通常ノ保證人ト異ナルコトナキナリ故ニ之ニ付テハ別ニ論スルノ必要ナシ唯主タル債務者ノ委任ヲ受ケスシテ保證ヲ爲シタル者ノ求償權ヲ論スレハ則チ足レリ今此場合ヲ細別スレハ更ニ二ト爲ル(一)主タル債務者ノ意ニ反シテ保證ヲ爲シタル場合(二)主タル債務者ノ委任ヲ受ケサルモ其反對ヲ受ケスシテ保證人ニ立チタル場合即チ委任ヲ受ケス又拒絶セラレサル場合即チ是ナリ此委任ナキ場合ニ於テ保證人ニ賠償ヲ求ムルコトヲ許スハ不當利得ノ原理ニ基ケリ即チ立法者ハ主タル債務者ヲシテ不當利得ヲ爲サシメサルコトヲ希望シテ此求償權ヲ認メタルナリ然レトモ主タル債務者ノ委任ヲ受ケス而モ其意ニ反セスシテ保證ヲ爲シタル場合ニハ稍ヤ事務管理ニ類シタル點アリ尤モ純然タル事務管理ニ非ス蓋シ委任ナクシテ他人ノ爲メニ債務ノ辨濟ヲ爲スコトハ事務管理ナリト雖モ保證人ト爲ルハ敢テ事務管理ト謂フコトヲ得ス何トナレハ保證人ハ主タル債務者ニ代リテ債務ヲ負フモノニ非スシテ主タル債務者ノ債務ノ外ニ新ニ一種ノ債務ヲ負フモノナレハナリ「ボワッソナード」氏其他佛國ノ學者カ此場合ヲ事務管理ナリト云ヘルハ誤ナリ佛國法ハ不完全ナル點アルカ故ニ已ムコトヲ得ス斯ル解釋ヲ生スルニ至リシト雖モ是レ正當ノ見解ト謂フコトヲ得ス然リト雖モ保證人カ辨濟ヲ爲シタルトキハ主タル債務者ニ代リテ辨濟ヲ爲シタルモノニシテ是レ事務管理ナラン曰ク然ラス何トナレハ此場合ニハ保證人ハ主タル債務者ノ名義ヲ以テ辨濟ヲ爲シタルモノ即チ債務者ノ事務ヲ管理シタルモノニ非スシテ自己ノ名義ヲ以テ自己カ新ニ負ヒタル債務ヲ辨濟シタルニ過キサレハナリ唯兩者其趣ヲ同シウスル所アルヲ以テ其規定自ラ相類スル所アルノミ第四六二條第一項ニ曰ク

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

此場合ハ事務管理ニ關スル第七〇二條ノ規定ト其精神ヲ同シウス事務管理ノ場合ハ通常ノ不當利得ト異ニシテ(七〇三條參照)其事務管理ニ因リテ被管理者カ利益ヲ受ケタル當時ノ利得ヲ返還スルコトヲ要スレトモ不當利得ノ場合ニ於テハ償還請求ノ當時現ニ存スル利益ノ限度ニ於テ返還ヲ爲セハ可ナリトス例ヘハ甲カ乙ノ所有物ニ有益ナル費用ヲ施シタルニ因リ其財產カ大ニ價格ヲ增加シタル爲メ甲カ乙ニ對シテ償還ヲ請求シタリトセンニ其財產カ天災ノ爲メニ消滅シテ其形ヲ留メサルニ至リタリトセハ若シ不當利得ノ通例ノ場合ナランニハ一厘モ支拂フコトヲ要セサルモ右ノ增加カ事務管理ニ因ルトキハ乙ハ其工事ノ當時ニ於テ利得シタル價格ヲ返還セサルヘカラス委任ヲ受ケサルモ債務者ノ意思ニ反セスシテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テ保證人カ主タル債務者ニ對シテ有スル求償權モ亦事務管理ノ場合ト同シク保證人カ辨濟其他自己ノ出捐ヲ以テ債務ヲ免レシメタル當時ニ於ケル利益ノ限度ニ於テ求償權ヲ行フコトヲ得ルモノトス故ニ保證人カ辨濟ヲ爲シタルニ付キ何等ノ過失ナキニ拘ラス債務者カ誤リテ更ニ辨濟ヲ爲シタル如キ場合ニ於テハ債務者ハ保證人ノ求償ニ應セサルコトヲ得ス然レトモ辨濟ノ當時ニ於テ主タル債務者ニ利益ヲ與ヘサルトキハ主タル債務者ハ辨濟ヲ爲シタル保證人ノ求償ニ應スルコトヲ要セス例ヘハ保證人カ辨濟ヲ爲シタル當時主タル債務者カ債權者ニ對シテ債權ヲ有シ之ニ依リ相殺ヲ爲スコトヲ得シカ若クハ既ニ一部ノ辨濟ヲ爲シタル如キ場合ニ於テハ債務者ハ單ニ保證人ノ辨濟ニ因リテ利益ヲ得タル限度ニ於テノミ賠償ヲ爲スコトヲ要スルモノトス倘ホ茲ニ一言附加セ

サルヘカラサルコトアリ他ナシ前ニ述ヘタル如ク委任ニ因ル保證ノ場合ニ於テハ保證人カ過失ナクシテ辨濟ヲ爲スヘキ裁判言渡ヲ受ケタルカ又ハ主タル債務者ノ爲メニ辨濟其他自己ノ出捐ヲ以テ債務ヲ消滅セシムヘキ行爲ヲ爲シタルトキハ縱令其債務カ主タル債務者ノ辨濟等ニ因リテ既ニ消滅シタル場合ニ於テモ保證人ハ仍ホ求償權ヲ有スト雖モ委任ニ因ラスシテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テハ前例ノ如キニ在リテハ求償權ヲ行フコトヲ得ス唯辨濟等ヲ爲シタル保證人ハ債權者ニ對シ不當利得ノ原則ニ從ヒテ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘキノミ蓋シ右ノ後例ニ於テハ主タル債務者ハ何等ノ利益ヲ受ケサレハナリ

右ハ保證人カ主タル債務者ノ委任ニ因ラスシテ保證ヲ爲シタルモ債務者ノ意ニ反セサル場合ナリ次ニ保證人カ主タル債務者ノ意ニ反シテ保證ヲ爲シタル場合ニ於ケル保證人ノ求償權ニ付テハ第四六二條第二項ニ規定セリ曰ク

主タル債務者ノ意思ニ反シテ保證ヲ爲シタル者ハ主タル債務者カ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ求償權ヲ有ス但主タル債務者カ求償ノ日以前ニ相殺ノ原因ヲ有セシコトヲ主張スルトキハ保證人ハ債權者ニ對シ其相殺ニ因リテ消滅スヘカリシ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得

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

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

ニ規定シテ曰ク「主タル債務者カ求償ノ日以前ニ相殺ノ原因ヲ有セシコトヲ主張スルトキハ保證人ハ債權者ニ對シ其相殺ニ因リテ消滅スヘカリシ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得」ト是レ最モ便宜ナル規定ト謂フヘシ

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

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

第二　連帶債務又ハ不可分債務ノ保證ヲ爲シタル場合　連帶債務又ハ不可分債務ノ債務者カ數人アル場合ニ於テ其全員ノ爲メニ其債務ヲ保證シタル者ハ債權者ニ對シ債務者カ履行ヲ爲ササル場合ニ於テ全部履行ノ義務ヲ負フコト固ヨリナリ此場合ニ於テハ保證人ハ如何ナル求償權ヲ有スルカ是レ毫モ疑ナキ所ニシテ各債務者ニ對シテ債務額全部ニ付キ求償權ヲ有ス即チ此場合ニハ債務者ハ保證人ノ求償權ニ對シテモ亦連帶若クハ不可分ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ各債務者ハ皆全部ヲ履行セサルヘカラサルノ義務ヲ有スレハナリ然ラハ右ノ債務者中一人ノミノ爲メニ保證ヲ爲シタル者カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ如何ナル求償權ヲ有スルカ例ヘハ甲乙二人カ連帶債務若クハ不可分債務ヲ負ヘル場合ニ於テ保證人カ甲ノミノ保證ヲ爲シ而シテ全部ノ辨濟ヲ爲シタル場合ノ如シ此場合ニ於テハ保證人ハ甲ニ對シテ全部ノ求償權ヲ有スルコトハ疑ナシト雖モ他ノ債務者即チ乙ニ對シテハ果シテ如何若シ乙ニ對シテモ全部ノ求償權ヲ行ハントセハ乙ハ必ス之ニ答ヘテ曰ハン「予ハ汝ニ向ヒテ保證ニ立タンコトヲ依頼シタルコトナシ汝ハ甲ノ爲メニ保證ヲ爲シタル者ナルカ故ニ汝カ辨濟ヲ爲シタルハ即チ甲ノ爲メニシタルモノニシテ予ノ爲メニ爲シタルニ非サルヘシ隨テ予ハ敢テ汝ノ求償權ニ服スルノ義務ナシ」ト然リ右ノ保證人ハ乙ノ保證人ニ非スシテ甲ノミノ保證人ナリ是ニ於テカ左ノ三説ヲ生セリ

第一説ハ此場合ニハ保證人ニ求償權ナシト爲ス即チ保證人ハ乙ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタルモノニ非スシテ甲ノ爲メニ爲シタルモノナリ故ニ乙ニ對シテ何等ノ求償權ヲモ有セスト云フニ在リ此説ハ誤レリ何トナレハ假ニ保證人カ辨濟ヲ爲サスシテ甲カ辨濟ヲ爲シタリトセハ甲ハ必ス乙ニ對シ其負擔部分ニ付キ求償權ヲ行フコトヲ得ヘシ即チ若シ甲乙ノ間ニ於テ實際半額ツツヲ負擔セルトキハ乙ハ甲ニ對シ自己ノ負擔分タル半額ヲ償還セサルヘカラス然ルニ今保證人カ甲ニ代リテ辨濟ヲ爲シタリトセハ乙ノ債務ハ甲自ラ辨濟ヲ爲シタル場合ト同シク之ニ因リテ全ク消滅スルニ拘ラス保證人ハ乙ニ對シテ何等ノ訴權ナシト謂フコトヲ得ス倘ホ一歩ヲ進ミテ論スレハ乙ハ保證人ノ辨濟ニ因リテ自己ノ債務ヲ免レタルモノナルカ故ニ債務ノ半額ニ付テハ利益ヲ爲シタルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ若シ保證人カ其

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

第三說ハ前例ノ場合ニ於テハ保證人ハ乙ニ對シテ求償權ヲ有スト雖モ其求償權ハ乙ノ負擔部分ヲ超ユヘカラスト爲ス此說ハ其說明ノ方法ニ於テ更ニ岐レテ二說ト爲ル甲說ハ保證人カ自己ノ權利ニ基キテ右ノ求償權ヲ有スルモノナリトスルモノニシテ乙說ハ主タル債務者即チ連帶債務者又ハ不可分債務者ノ一人タル甲カ乙ニ對シテ有スル求償權ヲ代リ行フモノナリト說ク尤モ兩說孰レニ依ルモ求償額ニ相違ヲ生スルコトナシト雖モ他ノ事項ニ付キ其結果ヲ異ニス今此兩說ノ論旨ヲ述ヘンニ先ツ甲說即チ保證人ノ固有ノ權利ニシテ主タル債務者ニ代ルモノニ非ストノ說ハ前ニ述ヘタルカ如ク其基礎ヲ不當利得ノ法理ニ置クモノニシテ要スルニ前例ニ於ケル乙カ若シ保證人ニ對シテ償還ヲ爲スコトヲ要セストセハ是レ乙ハ不當ニ利得スルモノト謂ハサルヘカラス即チ乙ハ保證人ニ損失ヲ加ヘ自己ハ債務ノ半額ノ利益ヲ受クルモノナリ故ニ此部分ニ付テハ保證人ニ對シ返還ノ義務ヲ負フモノナリト云フニ在リ次ニ保證人カ求償權ヲ有スルハ主タル債務者ニ代リテ主タル債務者ノ有スル權利ヲ行フモノナリトスル說ハ元來保證人ハ自己ノ權利トシテハ乙ニ對シテ何等ノ求償權ヲ有スルモノニ非ス何トナレハ乙ト保證人トノ間ニ於テハ初ヨリ何等ノ關係ナカリシヲ以テナリ然リト雖モ若シ主タル債務者タル甲カ全部ノ辨濟ヲ爲シタリトセハ甲ハ乙ニ對シテ必ス債務ノ半額分ノ求償ヲ爲スコトヲ得ルモノナレハ此甲ニ代リテ辨濟ヲ爲シタル保證人ハ甲ノ有スヘキ權利ヲ代リ行フコトヲ得サルヘカラスト云フニ在リ此二種ノ說明ノ孰レニ依ルモ結果ニ於テハ異ナル所ナキカ如キモ予ハ後說ハ誤レリト信ス即チ此說ニ依レハ保證人ハ甲ニ代位スルモノナリト云フト雖モ是レ甚タ了解ニ苦シマサルコトヲ得ス蓋シ何等ノ規定ノ存セサルノミナラス理論上ヨリ言フモ最モ奇ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ甲カ辨濟ヲ爲セハ乙ニ對シテ求償權ヲ有スルコトハ民法ノ規定セル所ナルモ右ノ場合ニ於テハ甲カ辨濟ヲ爲ササルニ因

リ保證人ハ已ムコトヲ得ス辨濟ヲ爲シタルナリ此辨濟ニ因リテ甲乙共ニ利益ヲ受クルコト勿論ナリト雖モ此場合ニ於テ甲ハ何ニ因リテ乙ニ對シテ求償權ヲ有スルカ決シテ之ヲ有スルノ理ナシ既ニ甲カ求償權ヲ有セストセハ保證人カ代位スヘキ基礎タル權利ナク隨テ代位ヲ爲サント欲スルモ能ハサル所ナレハナリ畢竟此説ハ世人ノ往往唱フル所ノ「保證人ハ主タル債務者ノ代理人ナリ」トノ觀念ノ適用ヲ誤リタルモノナリ假ニ保證人ハ主タル債務者ノ代理人ナリトノ説ヲ採ルモ是レ唯債權者ニ對シ主タル債務者ニ代リテ辨濟ヲ爲スヘキ者ナリト曰フニ過キス決シテ保證人ハ其債務者ヲ代位スルモノナリトノ結果ヲ生スルコトナシ即チ此場合ニハ保證人ハ甲ノ債權者ニシテ甲ハ乙ノ債權者タルニ過キス故ニ若シ保證人カ甲ニ代リテ其權利ヲ行ハント欲セハ第四二三條ノ規定即チ所謂間接訴權(Action oblique)ニ依ルヘシト雖モ決シテ代位(Sudrogtion)ニ依ルモノニ非サルナリ(裁判上ノ代位 Subrogation judiciaire ハ其性質全ク別異ナルモノナリ、四二三條二項)蓋シ代位ナル[illegible]權利ノ實行ニ付キ法律上他人ノ地位ニ代リ全ク自己ノ權利トシテ之ヲ行フモノニシテ他人ノ名義ヲ以テ其權利ヲ行フモノニ非ス且保證人ナルモノハ主タル債務者ノ代理人ニ非スシテ自己カ特別ニ一种ノ債務ヲ負フモノナリ隨テ保證人カ辨濟ヲ爲スハ主タル債務者ノ名ニ於テスルニ非スシテ自己ノ名ニ於テ自己ノ債務ヲ履行スルモノナリ是ヲ以テ觀レハ代位ニ依ルトノ説ハ徹頭徹尾誤レリト謂ハサルヘカラス然ルニ諸君或ハ曰ハン右兩説中孰レヲ採ルモ結果ニ於テ同一ナル以上ハ那ソ斯ク口角沫ヲ飛ハシテ極論スルニ及ハンヤト然レトモ予カ斯ク條理ヲ追ウテ論難スル所以ノモノハ單ニ純理ノ當否ヲ爭フニ止マラス其結果ニ於テ大ニ徑庭アレハナリ即チ若シ保證人ノ求償權ヲ以テ固有ノモノナリトセハ甲乙間ニ如何ナル關係アルモ何等ノ影響ヲ受クルコトナシト雖モ之ニ反シテ甲ニ代位スルモノナリトセハ甲乙間ノ關係ニ因リテ支配セラルルモノナリ例ヘハ乙カ甲ニ對シテ相殺ノ原因ヲ有セル場合ノ如シ即チ此場合ニ於テハ乙ハ保證人ニ對シ乙カ甲ニ對シテ有スル債權ヲ以テ相殺ヲ對抗シ其債權ノ限度ニ於テハ保證人ノ求償ニ應セスト主張スルコトヲ得ヘシ其他乙ハ甲ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ヲ以テ常ニ保證人ニ對抗スヘキノミ之ニ反シテ保證人カ乙ニ對シテ固有ノ權利ヲ有スルモノトセハ常ニ乙ニ對シテ乙ノ受ケタル利益ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス民法第四六四條ハ第三説中甲説ヲ採用セルモノナリ同條ニ曰ク

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

此求償權ハ尙ホ代位ニ由リテ保護セラル而シテ其代位ハ債權者ニ代ル所ノ代位ナリ舊民法ノ如キハ單ニ代位ニ由リテノミ保護セラルルモノトシ且全額ニ付テ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ(擔三七條)是レ即チ右ノ第二説ヲ採リタルモノナリ其誤レルコトハ既ニ論述シタル所ニ由リテ明カナリ

以上ハ保證人カ主タル債務者ニ對シテ有スル求償權ノ範圍ニ關スル大體ノ説明ナリ而シテ右ニ一言シタルカ如ク此求償權ハ尙ホ代位ニ由リテ保護セラルルモノナリ第五〇〇條ニ曰ク「辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ當然債權者ニ代位ス」ト蓋シ保證人カ一旦保證債務ヲ負ヘル以上ハ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スルコト固ヨリ言フヲ俟タス故ニ辨濟ヲ爲シタル保證人ハ第五〇〇條ニ依リ當然債權者ニ代位スルモノナリ而シテ其保證人ハ主タル債務者ノ委任ニ因ルト否ト又其意思ニ反シテ保證ヲ爲シタル場合ナルト否トヲ問ハス又自己ノ保證ヲ爲ササリシ他ノ不可分若クハ連帶債務ノ債務者ニ對シテモ仍ホ代位權ヲ有スルモノナリ是レ第五〇〇條ニ據リテ明瞭ナルノミナラス第五〇一條第一號及ヒ第五號ニ於テ保證人ノ代位權ヲ規定セルニ據リ益、明瞭ナリトス第五〇一條ハ

皆特別ノ場合ヲ規定シタルモノナリト雖モ又以テ保證人カ代位權ヲ有スルコトヲ知ルニ足ラン尙ホ第五〇四條ニ依レハ「第五百條ノ規定ニ依リテ代位ヲ爲スヘキ者アル場合ニ於テ債權者カ故意又ハ懈怠ニ因リテ其擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ代位ヲ爲スヘキ者ハ其喪失又ハ減少ニ因リ償還ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度ニ於テ其責ヲ免ル」ルモノトセリ故ニ保證人アル場合ニ於テ債權者カ他ニ抵當權ヲ有セシニ拘ラス保證人アルコトヲ恃ミテ抵當權ヲ拋棄シタリトセハ保證人ハ債權者ノ行爲ニ因リテ其抵當權ニ對シ代位ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルカ故ニ其抵當物ノ價格ニ應シ債權者ニ對スル責ヲ免ルルモノトス

第三　保證人間ノ關係

保證人間ニ於テモ亦求償權ヲ生ス即チ保證人カ二人以上アル場合ニ於テ其一人カ全部又ハ自己ノ負擔部分ヲ超過シタル額ヲ辨濟シタルトキハ其保證人ハ特約ナキ限ハ他ノ保證人ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ルモノトス蓋シ保證人カ數人アルトキハ債務ハ各保證人間ニ分別セラルルコト旣ニ述ヘタル如クナルカ故ニ各保證人ハ債務ノ全部ハ勿論自己ノ負擔部分以上ノ辨濟ヲ爲スコトヲ要セサルナリ然ルニ一人ノ保證人カ債務ノ全部又ハ自己ノ負擔部分以上ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ之ニ因リテ他ノ保證人ハ利益ヲ受クヘキカ故ニ之ニ對シテ求償權ヲ有スルコト疑ナキ所ナリ唯其求償權ノ範圍ハ場合ニ依リテ異ナルコトアルノミ而シテ其場合ヲ大別スレハ二ト爲ル第一、保證人ト債權者トノ間ノ契約ニ因リ保證人カ全部ノ辨濟ヲ爲スノ義務ヲ負ヒタルカ爲メ全部ヲ辨濟シタル場合第二、保證人カ別ニ全部ノ辨濟ヲ爲スノ義務ヲ負ヒタルニ非サルモ任意ニ全部ノ辨濟ヲ爲シタル場合（説明ノ便宜ノ爲メ全部辨濟ノ場合ノミニ付テ述ヘン）是ナリ第一ノ場合ニ於テハ保證人カ隨意ニ全部ノ辨濟ヲ爲シタルニ非スシテ辨濟ヲ爲スヘキ義務アリテ之ヲ爲シタルモノナルカ故ニ是レ特ニ保護セサルヘカラス之ニ反シテ第二ノ場合即チ法律上一部分ヲ支拂ヘハ足ルニモ拘ラス全部ヲ支拂ヒタル場合ニ於テハ右ト同一ノ保護ヲ與フルノ理由ナキナリ尙ホ第一ノ場合ヲ細別スレハ少クトモ三ノ場合ト爲ル（一）ハ連帶保證ノ場合即チ保證人間ニ連帶ノ存セル場合ニシテ（主タル債務者ト連帶セルト否トヲ問ハス）（二）ハ不可分債務ノ場合（三）ハ連帶アルニ非サルモ特約ニ因リテ債權者カ各保證人ニ對シ全部ヲ請求スルコトヲ得ルノ契約アル場合是ナリ而シテ（一）ノ場合ニ付テハ玆ニ特別ノ明文ナシ是レ當然連帶ノ規定（四四二條乃至四四四條）カ適用セラルルニ由ル蓋シ保證人間ニ連帶アル場合ニ於テモ保證債務タルニハ相違ナキモ保證人間ニ於テハ是レ亦連帶債務ニ外ナラサレハナリ唯他ノ二箇ノ場合即チ不可分ノ場合及ヒ全額辨濟ノ特約アル場合ニ付テハ果シテ如何此場合ニ於テハ保證人ハ契約ニ因リ全部ノ辨濟ヲ爲スコトヲ要スルモノニシテ連帶ノ場合ト其事情ヲ同シウスルモ當然連帶ノ規定ヲ適用スルコト能ハサルカ故ニ明文ヲ以テ連帶ニ關スル規定ヲ準用スルコトトセリ第四六五條第一項ノ規定即チ是ナリ曰ク數人ノ保證人アル場合ニ於テ主タル債務カ不可分ナル爲メ又ハ各保證人カ全額ヲ辨濟スヘキ特約アル爲メ一人ノ保證人カ全額其他自己ノ負擔部分ヲ超ユル額ヲ辨濟シタルトキハ第四百四十二條乃至第四百四十四條ノ規定ヲ準用ス

次ニ第二ノ場合即チ法律上全額ヲ支拂フ義務ナキニ拘ラス全額ヲ支拂ヒタル場合ニ於テハ其辨濟ヲ爲シタル保證人ハ單ニ不當利得ノ原則ニ從ヒ他ノ保證人ニ對シテ求償權ヲ有スルモノナリ即チ一人ノ保證人カ全額ヲ支拂ヒタルニ因リ他ノ保證人ハ其義務ヲ免レタルモノナルカ故ニ其辨濟者ニ對シテ償還ノ義務ヲ負フヘキナリ是レ恰モ主タル債務者ノ委任ナクシテ保證ヲ爲シ又ハ主タル債務者ノ意ニ反シ

0271

ヲ保證ヲ爲シタル保證人ノ求償權ニ於ケルト同一ナルカ故ニ第四六五條第二項ヲ以テ第四六二條ノ規定ヲ準用スルコトトセシナリ曰ク

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

即チ辨濟ヲ爲シタル保證人カ他ノ保證人ノ依賴ヲ受ケス又別ハ其反對ヲ受ケスシテ全部ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ其辨濟ヲ爲シタル當時他ノ保證人カ利益ヲ受ケタル限度ニ於テ他ノ保證人ニ對シテ求償權ヲ有シ若シ辨濟ヲ爲シタル保證人カ他ノ保證人ノ意思ニ反シテ右ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ求償ノ當時他ノ保證人カ利益ヲ受クル限度ニ於テ求償權ヲ有スルモノトス茲ニ注意ヲ請ハント欲スルモノアリ他ナシ保證人カ二人以上アルトキハ當然分別ノ利益ヲ有スルニ拘ラス其一人カ自己ノ任意ニ因リ債權者ト特約シタルノ結果全額ノ辨濟ヲ爲シタル場合ハ法律上已ムコトヲ得サルニ出テタルニハ相違ナキモ當初其特約ヲ爲シタルハ全ク辨濟者ノ任意ニ出テタルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ第四六五條第一項ニ依ルコトヲ得スシテ第二項ノ適用ヲ受クヘキコト是ナリ蓋シ同條第一項ハ各保證人協議ノ上全額ヲ辨濟スヘキ特約アル場合ヲ規定シタルモノニシテ法文ニモ「各保證人」トアルニ據リテ明瞭ナリトス

以上ハ保證人ノ求償權ノ大體ノ說明ナリ保證人カ求償權ヲ有スル場合ニ於テハ代位訴權ニ由リテ保護セラルルコト既ニ述ヘタルカ如シ然レトモ保證人ハ右ノ求償權ヲ有スルニ拘ラス代位訴權ヲ有セサルコトアリ先ツ前述ノ第一ノ場合即チ第四六五條第一項ノ場合ニ於テ代位訴權ヲ有スルコトハ論ヲ俟タス何トナレハ此場合ニ於テハ保證人ハ全部ノ辨濟ヲ爲スコトヲ要セシモノニシテ第五〇〇條ニ所謂「辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者」ナレハナリ又債權者ト各保證人トノ間ニ於テ全部辨濟ノ特約ヲ爲シタル場合ニ限ラス保證人中ノ一人カ債權者ニ對シテ全部辨濟ノ特約ヲ爲シタル場合ニ於テ主タル債務者カ辨濟ヲ爲サヽルニ因リ其保證人カ辨濟ヲ爲シタル場合モ亦第五〇〇條ノ適用ヲ受クヘキモノナリ是レ猶ホ保證人カ主タル債務者ノ委任ニ因ラスシテ保證ヲ爲シ主タル債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタル場合ニ代位權ヲ有スルカ如シ之ニ反シテ保證人カ當然分別ノ利益ヲ有スル場合例ヘハ保證人カ二人アルトキハ二分ノ一、三人アルトキハ三分ノ一ヨリ多ク辨濟ヲ爲スコトヲ要セサルニ拘ラス全額ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ自己ノ負擔部分ニ付テハ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スルカ故ニ其部分ニ付キ主タル債務者ニ對シテ代位權ヲ有スルコトハ勿論ナリト雖モ他ノ部分ニ付テハ正當ノ利益ヲ有スルモノト謂フコトヲ得サルカ故ニ他ノ保證人ノ負擔部分ニ付テハ代位權ヲ有セス唯他ノ保證人カ不當利得ヲ爲スコトヲ許サヽルヲ以テ辨濟ヲ爲シタル保證人ハ此等ノ者ニ對シ自己ノ權利ニ基キテ求償權ヲ有スルノミ

第三　保證債務ノ消滅

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

（一）　直接消滅

保證債務ノ直接消滅原因ハ一般ノ債務消滅ノ原因ト同一ナリ例ヘハ主タル債務者カ辨濟ヲ爲サヽルニ因リ保證人カ辨濟ヲ爲シタルトキハ保證債務ノ消滅スルハ勿論其結果主タル債務モ亦消滅ス今若シ保

證債務ハ一ノ債務ナリヤ否ヤト問ハハ何人モ債務ニ非スト答フル者ナカルヘシ既ニ債務ナリトセハ則チ履行ノ義務アリ而シテ債務ノ履行ハ即チ辨濟ナリ然ルニ「ボワッソナード」氏ハ保證人ノ爲シタル辨濟ハ恒ニ主タル債務ノ辨濟ナリ保證債務ハ主タル債務ノ消滅ニ伴ヒテ消滅スルモノニシテ辨濟ノ場合ハ皆間接消滅ナリト言ヘリ是レ主客ヲ顚倒シタル謬見ナリ何トナレハ保證人カ辨濟ヲ爲スハ即チ自己ノ債務ヲ履行スルモノニシテ決シテ主タル債務者ノ代理人トシテ主タル債務ヲ履行スルモノニ非サレハナリ次ニ更改ノ場合即チ保證人ト債權者トノ契約ヲ以テ保證人カ新ニ債務ヲ負ヒ因リテ以テ主タル債務ノ免責ヲ得タル場合ニ於テハ債務者及ヒ目的ノ交替ニ因ル更改ノ成立スルモノニシテ此場合ニ於テハ主タル債務モ亦消滅スヘシ又同シク更改ノ場合ナルモ保證人タル甲カ債權者乙ト約シ乙ハ甲ニ對スル債權ヲ拋棄シ甲ハ更ニ丙ニ對シテ新ナル債務ヲ負フコトヲ約シタルトキハ債權者カ交替スルト同時ニ目的ノ交替ヲ惹起スモノナリ即チ之ニ因リテ主タル債務者ハ乙ニ對スル債務ヲ免ルルコトナク唯甲ハ初ノ保證債務ヲ免ルルト同時ニ丙ニ對シテ新ナル債務ヲ負フモノナリ此場合ハ從タル保證債務カ變シテ普通ノ債務ト爲ル場合ナレトモ稀ニハ保證ノ目的タル主タル債務ノ交替ニ因リテ更改ヲ爲スコトアルヘシ是レ亦目的ノ變更ニ因ル更改ナリト雖モ其他ノ目的ノ變更ニ因ル更改稀ナリトセサルヘシ例ヘハ金千圓ノ債務ヲ保證シタル場合ニ於テ其保證人カ債權者ト約束シ主タル債務者カ其義務ヲ盡サヽル場合ニ於テハ自己ノ不動産ヲ以テ辨濟ニ充ツルコトト爲シタル場合ノ如シ此場合ニハ保證人ノ負ヘル債務ノ目的カ變更スルト同時ニ債務ノ性質カ變更シテ一種ノ獨立債務ト爲ルヘシ以上例示シタル如キ場合ニ於テハ前ノ保證債務ハ消滅スルモ通常主タル債務ニ影響ヲ及ホササルナリ次ニ免除即チ保證人カ其債務ノ免除ヲ得タルトキハ之ニ因リテ保證債務ヲ免ルルコトハ更ニ説明ヲ要セス次ニ相殺ノ場合例ヘハ保證人カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルニ方リ債權者ニ對シテ債權ヲ有セルトキハ之ヲ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ヘク然ルトキハ保證債務ハ消滅シ之ト同時ニ主タル債務モ亦消滅スルモノトス然ルニ「ボワッソナード」氏ノ説明ニ依レハ此場合モ亦辨濟ノ場合ト同シク直接消滅ノ原因ニ非スシテ間接消滅ノ場合ニ屬スト謂ハサルヘカラスト雖モ其誤レルコトハ辨濟ニ付キ説明シタル所ニ據リテ明カナリト信ス次ニ混同ノ場合即チ保證人カ債權者ニ相續シタルカ又ハ債權者カ保證人ニ相續シタル場合ニ於テハ保證債務ハ消滅スルモ主タル債務ハ依然トシテ存續スルモノナリ次ニ履行不能ノ場合ニ付テハ多少疑ナキニ非スト雖モ主タル債務ノ目的カ不能ト爲リタル場合ニ於テハ主タル債務ノ消滅スルコトハ勿論保證債務モ亦直接ニ消滅スヘシ又次ノ場合ハ保證債務ニ付テハ其適用極メテ尠カルヘク寧ロ机上ノ空論ニ近カルヘシト雖モ時トシテハ保證債務ノミニ付キ履行不能ノ原因ヲ生スルコトナシトセス例ヘハ左官職ナル主タル債務者甲カ他人ニ對シ一定ノ仕事ヲ爲スコトヲ約シ他ノ左官職ナル乙カ其保證ニ立チタル場合即チ甲カ其義務ヲ盡ササルトキハ己レ之ヲ爲スヘシト約シタル場合ニ於テ乙カ疾病、負傷等ニ因リ其手ヲ働カシムルコト能ハサルニ至リタル場合ノ如キハ疑ナク保證債務ハ直接ニ消滅スヘシ又例ヘハ主タル債務者カ或不特定物ノ債務ヲ負擔シタル場合ニ於テ其目的タル不特定物カ全ク世上ニ存セサルニ至リタル場合ノ如キハ主タル債務ノ消滅スルト共ニ保證債務モ亦直接ニ消滅スルモノナリ例ヘハ天保錢千枚ヲ給付スル契約ニ於テ期限前ニ其通用ヲ廢止セラレ期限ノ到來セルニ方リ通常ノ方法ヲ以テハ之ヲ獲得スルコト能ハサルニ至リタル場合ノ如シ此場合ハ予ノ信スル所ニ據レハ保證債務ノ直接消滅ノ場合ナリト雖モ「ボワッソナード氏」ノ説明ニ依ルトキハ間接消滅即チ主タル債務カ消滅スルカ故ニ保證債務モ亦消滅スルモノト謂ハサルヘカラス此説ノ誤レルコトハ既ニ述ヘタル所ニ

0273

據リ諸君ノ了解セラレタル所ナルヘキヲ以テ今再ヒ贅セス次ニ時效ニ付テ述ヘンニ時效モ亦保證債務ノミニ付キ完成スルコトアリ主タル債務者ニ對スル時效ノ中斷ノ效力ハ保證債務ニモ及フト雖モ（四五七條一項）時效停止ノ原因ハ保證債務ニ影響ヲ及ホスモノニ非ス例ヘハ第一五九條ノ場合ニ於テ未成年者カ其財產管理者タル父、母又ハ後見人ニ對シテ債權ヲ有セル場合ニ於テハ其者カ能力者ト爲リ又ハ後任ノ法定代理人カ就職シタル時ヨリ六箇月內ハ時效完成セサルモノトス然レトモ其效力ハ保證人ニ及ハサルカ故ニ保證人ニ對シテ特ニ時效中斷ノ行爲アルニ非スンハ右ノ六箇月內ニ於テモ時效完成スルコトヲ妨ケサルナリ第一六〇條及ヒ第一六一條ノ場合モ亦同シ尙ホ主タル債務及ヒ保證債務カ時效ニ因リ同時ニ消滅シタルトキト雖モ前屢〻論シタル理由ニ據リ時效ハ保證債務消滅ノ直接原因ヲ成セリト信ス

總ニ直接消滅原因ノ特別ノ場合ヲ言ヘハ彼ノ代位權ノ制裁是ナリ即チ債權者カ保證人ヲシテ全ク代位ノ利益ヲ失ハシメタル場合ニ於テハ保證人ハ全ク其義務ヲ免ルヘク若シ一部分ニ付キ其利益ヲ失ハシメタル場合ニ於テハ一部分ニ付キ義務ヲ免ルルモノトス

（二）　間接原因

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

以上ヲ以テ保證債務ニ關スル說明ヲ了レリ

第四節　債權ノ讓渡

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

第一款　總論

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

第一　債權ハ之ヲ讓渡スコトヲ得ルカ

債權ハ之ヲ讓渡スコトヲ得ルヤ否ハ古來議論ノ存スル所ニシテ現ニ原則トシテ之ヲ許ササル立法例アリ今其理由ヲ尋ヌルニ曰ク債權ハ一定ノ人ト人トノ關係ニシテ特定シタル債權者及ヒ債務者カ其要素ナリ故ニ若シ其人ヲ變更スレハ即チ債權ノ要素ヲ變更スルモノニシテ所謂更改ナリ隨テ前債務ハ既ニ消滅シタルモノト謂フヘク決シテ同一ノ債權カ甲ヨリ乙ニ移轉シタルモノニ非ス加之契約ニ因リテ發生シタル債權ノ如キハ債務者ハ甲ニ對シテ債務ヲ負フノ意思コソアリタレ他ノ者ニ對シテハ同一ノ意思アリタルモノト謂フコトヲ得ス例ヘハ甲ハ頗ル寬大ノ人ナルカ故ニ債務者ハ之ニ對シテ債務ヲ負フ

コトヲ肯シタルモ他ノ者ハ嚴酷ナルヤモ知ルヘカラス故ニ他ノ者ニ對シテハ債務ヲ負フノ意思ナカリシモノト謂ハサルヘカラスト是レ債權ノ讓渡ニ反對スル論者ノ論據トスル所ナルカ如シ而シテ實際ノ立法例ヲ見ルモ羅馬法ニ於テハ債權ノ讓渡ヲ認メス我邦ニ於テモ民法施行前ニハ原則トシテ之ヲ認メサリシモノト謂フモ可ナルカ如シ明治九年七月六日第九九號布告ニハ「金穀等借用證書ヲ其貸主ヨリ他人ニ讓渡ス時ハ其借主ニ證書ヲ書換ヘシムヘシ若シ之ヲ書換ヘシメサルニ於テハ貸主ノ讓渡證書ハ有之トモ仍ホ讓渡ノ效ナキモノトス此旨布告候事但相續人ヘ讓渡候ハ此限ニアラス」トアルカ故ニ債權ヲ讓渡スニハ債務者ノ承諾ナカルヘカラス隨テ純然タル更改ヲ行フニ等シク原則トシテ債權ノ讓渡ヲ禁セシモノト謂フモ可ナリ然ルニ近世ノ立法例ハ皆債權ノ讓渡ヲ認メサルハナシ予ハ學理上債權讓渡ノ至當ナルコトヲ信スルノミナラス若シ之ヲ認メサルトキハ實際上大ニ不便ナルヘシ先ツ學理上果シテ反對論者ノ言フカ如ク債權者及ヒ債務者ノ何人タルカカ果シテ斯クマテ重キヲ成スモノナルカ同一ノ債權關係ハ同一ノ人ノ間ニ於テスルニ非サレハ成立セサルモノナルカ予ハ甚タ疑ナキコト能ハス若シ反對論者ノ言フカ如クンハ債權ハ之ヲ相續スルコトスラ爲シ能ハス即チ債權者カ死亡スルト同時ニ消滅スルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ各國ノ立法例ニ於テモ將タ學說ニ於テモ斯ル主義ヲ採ルモノアルコトハ曾テ聞カサル所ナリ（羅馬法ニ於テハ債權者ノ死亡ニ因リテ消滅スヘキ債權稀ナリトセサリシモ原則ハ債權ヲ以テ相續ニ因リ移轉スヘキモノトセリ）既ニ包括的移轉ヲ認ムル以上ハ特定的移轉ヲ否認スルノ理由果シテ何クニカ在ル蓋シ相續人ハ被相續人ノ人格ヲ承繼スルモノナリト云フト雖モ是レ形容ノ詞ニ過キスシテ其實權利及ヒ義務ヲ承繼スルニ外ナラス特定承繼人モ亦或一箇ノ權利又ハ義務ヲ承繼スル點ニ於テハ相續人ノ承繼ト異ナルナク等シク人格ノ承繼ナリト謂フコトヲ得ヘシ

是ヲ以テ觀レハ特定的債權讓渡ヲ否認スルノ理由毫モ之ナシト謂ハサルヘカラス尙ホ進ミテ債權者、債務者ノ變更スルト同時ニ債權ハ消滅スヘキモノト爲ス見解ノ誤レルコトヲ論セント欲ス

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

債務者ハ依然トシテ從來ノ債務ヲ履行スレハ則チ足リ法律ノ眼ヨリ觀レハ債務者ハ毫厘ノ痛痒ヲ感セスト謂ハサルヘカラス彼ノ讓渡人ト讓受人トノ性格ニ差異アルコトヲ理由トシテ債務者ノ意思ヲ推測シ以テ讓渡ヲ禁スヘシト爲スカ如キハ到底採ルニ足ラサルノ說ノミ若シ債權者ノ性格ノ差異ニ據リテ立論センカ何故ニ相續又ハ代理ヲ許シタルカ被相續人ハ慈悲深キ人ナリシモ相續人ハ殘忍ナルコトアルヘク又本人ハ寛大ナルモ代理人ハ嚴酷ナルコトアルヘシ而モ相續ニ因ル移轉ヲ認メ代理ニ依ル債權ノ行使ヲ認ムルニ非スヤ故ニ如何ナル點ヨリ觀ルモ讓渡ヲ許ササルノ理由ヲ發見スルコト能ハサルナリ右ノ如キ理由アルヲ以テ現今ニ在リテハ歐洲一般ニ之ヲ認メ我新民法ニ於テモ亦之ヲ認メタリ尤モ新民法施行以前ニ在リテモ債權ノ讓渡ハ實際頻繁ニ行ハレタル所ニシテ前示ノ布告ニ於テハ債權ヲ讓渡スニハ證書ヲ書換フルコトヲ要スルコトトセルカ故ニ更改ヲ意味スルカ如シト雖モ裁判例ニ於テハ必スシモ證書ヲ書換フルコトヲ要セス單ニ債務者ノ承諾アルヲ以テ足ルモノトセリ株式、社債、公債等ノ讓渡ハ特ニ容易ニ行ハレタリ殊ニ株式ノ賣買ノ如キハ商法施行前ヨリ盛ニ行ハレタレトモ敢テ箇箇ノ讓渡ニ付キ承諾ヲ必要トセサリキ是レ蓋シ定款又ハ會社契約ニ於テ概括的ニ之カ承諾ヲ與ヘタルモノト看做シタルニ外ナラサルヘシ新民法第四六六條ニ曰ク

債權ハ之ヲ讓渡スコトヲ得但其性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

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

原則トシテ契約ノ自由ヲ認メタル我民法ノ上ニ於テハ他ノ權利ノ讓渡ニ於ケルト同シク敢テ明文ヲ要セサルカ如シ然レトモ(一)債權ノ讓渡ニ付テハ反對ノ學說、立法例アルコト前述ノ如クナルノミナラス本邦ノ舊慣モ亦反對ノ主義ヲ採リタルヲ以テ之ヲ明記シテ疑ナカラシムルノ必要アリ(二)凡ソ財産權ハ法律ヲ以テハ其讓渡ヲ禁スルコトヲ得ルモ當事者ノ意思ヲ以テ其讓渡ヲ禁スルコトヲ得サルヲ原則トス例ヘハ所有權、地上權ノ如キハ讓渡ヲ禁スルノ特約ヲ爲スモ法律上無效ナリ是レ歐洲ニ於テハ殆ト絕對ニ之ヲ認メ債權ニ付テモ敢テ例外ヲ認メサルモノ多シト雖モ我邦ニ於テハ從來殆ト反對ノ主義ヲ採リタル程ナルカ故ニ少クトモ特約ヲ認ムルニ非サレハ當事者ハ大ニ迷惑ヲ感スヘシ殊ニ本邦人ハ負債アルコトノ暴露スルコトヲ嫌ヒ隨テ親戚、知己ノ外一面識ナキ人ヲ債權者トスルコトヲ忌ムノ風アリ此ノ如キ風習ハ特ニ之ヲ奬勵スル必要ナシトスルモ法律ヲ以テ强制的ニ之ヲ矯正セサルヘカラサルノ理由ナシ何トナレハ所有權ノ如キハ元來取引ノ目的ト爲ルヘキモノニシテ最モ頻繁ニ運轉スルニ非サレハ國家ノ富ヲ增進スルコト能ハサルモノナルニ箇人ノ意思ヲ以テ自由ニ之カ融通ヲ妨クルコトハ公益ニ反スルカ故ニ之ヲ許スヘカラスト雖モ債權ハ比較的取引ノ目的ト爲ルコト少ク箇人ノ意思ヲ以テ其讓渡ヲ禁スルコトヲ許スモ甚シク取引ノ妨害ト爲ルコトナシト認メ先ツ原則トシテハ其讓渡ヲ許スモ例外トシテ反對ノ特約ヲ認ムル旨ヲ規定スル爲メ本條第一項ノ規定ヲ設ケタルナリ

第二　讓渡スコトヲ得サル債權

(一)　性質上讓渡スコトヲ得サル債權　是レ第四六六條第一項但書ノ規定セル所ニシテ其中ニハ明文ヲ以テ讓渡ヲ禁スルモノアリ又明文ナキモ債務ノ性質上讓渡スルコトヲ得サルモノアリ第五九四條第二項、第六一二條、第六二五條、第九六三條等ノ如ク法律ノ明文ヲ以テ讓渡ヲ禁スルモノアリ商法第四二八條第二項ノ場合ノ如ク一定ノ人ヲ限リテ讓渡スコトヲ許セルモノアリ又甲カ乙ニ對シ乙ノ一生間乙ヲ扶養スル債務ヲ負フトキハ乙ハ其權利ヲ他人ニ讓渡シ甲ヲシテ他人ヲ扶養セシムルコトヲ得サル

カ如キハ明文ナキモ性質上讓渡スコトヲ得サルモノニ屬ス

(二) 當事者ノ意思ニ因リテ讓渡スコトヲ得サル債權　是レ第四六六條第二項ノ規定セル所ナリ此規定ニ依レハ如何ナル債權ヲ問ハス當事者カ讓渡スコトヲ得サル旨ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ其意思表示ハ法律上有效ナリトス唯之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルノミ何トナレハ其特約ヲ知ラサル第三者ハ讓受クルコトヲ得ルモノト信シテ讓受ケタルニ後日其特約アル旨ヲ對抗セラレ隨テ讓渡行爲カ無效ト爲ルモノトセハ第三者ハ意外ノ損失ヲ被ムルヘケレハナリ尤モ其讓渡カ有效ト看做サルルノ結果當事者ノ一方カ契約違反ノ爲メ他ノ一方ニ損害ヲ及ホシタルトキハ之ニ對シテ賠償ノ責任アルハ論ヲ俟タス當事者トハ契約ノ場合ニ於テハ債權者、債務者雙方ニシテ遺言ノ場合ニ於テハ遺言者ノミヲ指ス總テ法文ニ單ニ「當事者」トアルトキハ規定ノ性質上反對ノ意味ヲ表ハスニ非サル限ハ常ニ斯ル意義ニ解スヘシ

第二款　指名債權

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

第一　讓渡ノ要件

指名債權ノ讓渡ハ當事者間ニ在リテハ他ノ一般ノ權利ノ讓渡ト同シク何等ノ手續ヲモ要セス單ニ意思表示ノミニ因リテ其權利ハ直チニ移轉スルモノトス尤モ契約ヲ以テスルトキハ契約ニ必要ナル條件ヲ具フルヲ要シ遺言ヲ以テスルトキハ遺言ニ必要ナル條件ヲ備フルコトヲ要スルコト勿論ナリ然レトモ第三者ニ對シテハ恰モ不動産上ノ權利ノ變更ハ登記ヲ爲スニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス又動産上ノ權利ノ移轉ハ引渡ヲ爲スニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルカ如ク指名債權ノ讓渡モ亦一定ノ條件ヲ必要トス其條件ニ付テハ學者ノ議論一致セス立法例モ亦異ナル所アリト雖モ我民法ハ多數ノ立法例ニ從ヒ第四六七條ノ規定ヲ設ケタリ曰ク

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

前項ノ通知又ハ承諾ハ確定日附アル證書ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

蓋シ當事者間ニ在リテハ契約又ハ遺言ノミヲ以テ其讓渡ハ完全ニ成立スルコト前述ノ如シト雖モ第三者ニ對シテハ未タ以テ足レリトセス然ラハ第三者トハ如何ナル者ヲ指スカ先ツ讓渡行爲ヨリ觀察スレハ債務者モ亦第三者ナリ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ有セル債權ヲ丙ニ讓渡シタリトセハ乙ハ讓渡行爲ノ當事者ニ非スシテ第三者即チ所謂第三者債務者ナリ故ニ若シ債務者タル乙カ甲、丙間ノ讓渡行爲ヲ知ラサランカ自己ノ債權者甲ニ對シテ辨濟ヲ爲シ若クハ之ニ相殺ヲ對抗スルコトアルヘシ此時ニ當リ甲若シ善良ノ人ナリセハ其自ラ辨濟ヲ受ケタルモノハ直チニ之ヲ讓受人タル丙ニ引渡スヘク或ハ乙ニ告クルニ讓渡ノ事ヲ以テシ丙ニ對シテ履行ヲ爲サシムヘク又相殺ニ依リテ消滅スヘキ部分ニ付テハ自ラ丙ニ對シテ辨濟ヲ爲スカ又ハ之ヲ債務者ニ辨濟スヘシ又斯ル讓渡人ニ在リテハ債務者ト更改又ハ和解等ヲ爲スコトナカルヘキカ故ニ毫モ不都合ナキカ如シト雖モ第一ニハ甲ニ過失ナキコトヲ保セス即チ甲カ直チニ丙ニ引渡スノ意思ヲ以テ辨濟ヲ受ケタルニ之ヲ讓受人ニ引渡スコトヲ遺忘シ終ニ自ラ費消ス

ルカ如キコトナシトセス縱令斯ル不注意ナシトスルモ甲死亡ノ後相續人ハ讓渡ノ事實ヲ知ラスシテ債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ為スコトナシトセス此場合ニ於テ債務者若シ讓渡ノ事實ヲ知ラサルトキハ安ンシテ辨濟ヲ為スヘキコト勿論ナリ第二ニハ債權者ニ惡意アルコトアラン即チ債權者カ既ニ權利ヲ讓渡シタルモ債務者カ之ヲ知ラサルヲ奇貨トシ債務者カ為サントスル履行ヲ受ケ以テ私利ヲ逞シウスルコトナシトセス此場合ニ於テ讓受人カ其讓受ヲ以テ對抗スルコトヲ得ストセハ讓受人ハ損失ヲ被ルヘク之ニ反シテ讓受人カ其權利ヲ對抗スルコトヲ得ルトセハ前ノ履行ハ無效ト為リ債務者ハ讓受人ニ對シ再ヒ履行ヲ為ササルヘカラサルノ不幸ニ遭遇スヘシ尤モ甲ハ孰レノ場合ニ於テモ損害賠償ノ責任アリト雖モ若シ甲ニシテ無資力ナランカ乙又ハ丙ノ要償權ハ全ク有名無實ニ歸センノミ故ニ讓渡カ債務者ニ對シテ其效力アリトセハ一定ノ手續ヲ必要トス是ニ於テカ法律ハ其方法トシテ債務者ニ通知ヲ為シ又ハ債務者カ其讓渡ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ蓋シ債務者カ既ニ讓渡アリタルコトヲ知ラハ讓渡人ニ辨濟ヲ為シ又ハ相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルコト勿論ナリ況ヤ其債務ニ關シ債權者、債務者間ニ新ニ契約ヲ結フカ如キコトハ決シテ之ヲ為ササルヘキニ於テオヤ或ハ曰ハン若シ然リトセハ通知ノミヲ以テ足ルニ非スヤ安ソ承諾ヲ要センヤト夫レ然リ然リト雖モ債務者若シ承諾ヲ為セハ單ニ之ニ通知ヲ為スヨリモ確實ナルコト固ヨリナリ又特トシテハ債務者カ何等ノ通知ヲ受ケサルモ偶然其事實ヲ知リ進ミテ讓受人ニ對シテ承諾ノ意思ヲ表示スルコトナシトセス（第四六七條ニハ何人ニ對シテ承諾ノ意思表示ヲ為スヘキカヲ限定セサルカ故ニ讓渡人ニ對シテ之ヲ為スモ將タ讓受人ニ對シテ之ヲ為スモ共ニ有效ナリト謂フヘシ）且通知ノ場合ト承諾ノ場合トハ其效力ヲ異ニスルヲ以テ手續ニ於テモ之ヲ區別スルノ必要アリ又讓渡ノ通知ハ讓渡人ヨリ之ヲ為ササルヘカラス舊民法其他外國ノ立法例ニ於テハ讓受人ヨリ通知スヘキモノトセルモノ頗ル多シ是レ一見至當ナルカ如シ何トナレハ讓受人ハ爾後其債權ニ付テハ最モ利害ノ關係深キモ讓渡人ハ既ニ其關係ヲ離脱シ之ヲ通知スルモ將タ通知セサルモ殆ト痛痒ヲ感スルコトナキカ故ニ普通ノ人情トシテ之ヲ遲滯スルノ虞アレハナリ然レトモ退キテ之ヲ考フルトキハ大ニ其非ナルコトヲ悟ルヘシ即チ若シ讓受人ヨリ通知スルモノトセハ其通知ヲ為シタル者カ果シテ眞ノ讓受人ナルヤ否ヤハ債權者之ヲ知ルコトヲ得サルカ故ニ詐欺ノ行ハルルコト多カルヘシ最モ極端ナル例ヲ擧クレハ甲カ債權者ニシテ丙ハ債權ヲ讓受ケタルコトナキニ拘ラス僞リテ之ヲ讓受ケタリト稱シ之ヲ債務者乙ニ通知シ因リテ以テ辨濟ヲ受クルコトアルヘシ此ノ如ク極端ナル場合ニ非サルモ甲、丙間ノ法律行為ハ條件附又ハ期限附ナル場合例ヘハ來ル何日マテニ代價ヲ支拂ヘハ債權ヲ讓渡サント約シタルニ丙ハ其代價ヲ支拂フニ先チテ債務者ニ通知スルコトナシトセス然ルニ丙カ期限ニ至リ代價ヲ支拂ハサルニ因リ甲ハ更ニ其債權ヲ丁ニ讓渡シ丁之ヲ債務者ニ通知セハ債務者ハ果シテ何人カ眞ノ讓受人タルカヲ知ルコトヲ得ス殊ニ丙ニ對シ既ニ辨濟ヲ了リタル後ナルトキハ債務者又ハ丁ハ甚タ迷惑ヲ感スヘシ若シ丙カ有資力者ニシテ不當利得ニ因ル賠償ヲ為スコトヲ得ハ結局損害ナキニ至ルヘキモ之ニ反シテ無資力ナルトキハ乙又ハ丁ハ全ク損害ヲ被ラサルコトヲ得ス又或ハ甲、丙間ノ讓渡ノ契約未タ成立セサルニ先チ丙ハ債權者カ他人ニ讓渡サンコトヲ慮リ債務者ニ通知シタルニ其契約ハ竟ニ成立セスシテ却テ後ニ甲、丁間ノ讓渡行為カ成立スルコトナシトセス此ノ如キ實際上ノ弊害ハ枚擧ニ遑アラス加之理論上ヨリ言フモ讓渡人カ自己ノ權利ヲ處分シタルコトヲ通知セハ信憑スヘキモ單ニ讓受人カ某ノ權利ヲ讓受ケタリト曰フモ債務者ヨリ觀レハ從來何等ノ關係ナカリシ者ノ言ヲ信スルコト能ハス是レ恰モ登記手續ニ於テ讓受人ノミ

ノ申請ニ因リテハ登記ヲ許ササルト同趣旨ナリ尤モ此ノ如クセハ讓渡人カ通知ヲ怠ルノ虞ナシトセスト雖モ若シ之ヲ怠ルトキハ第四一四條第二項但書ヲ適用シ裁判ヲ以テ其意思表示ニ代フルコトヲ得ヘク民事訴訟法ニ於テモ之ニ關スル規定アルヲ以テ毫モ顧慮スルニ足ラサルナリ（民訴七三三條一項民施五四條）

債權ノ讓渡ヲ債務者ニ對抗スル爲メニハ右ニ述ヘタル條件ヲ以テ至當ナリトスルモ債務者以外ノ第三者例ヘハ債權ノ第二ノ讓受人、債權ノ質權者又ハ債權ノ差押人ニ對抗スル爲メニハ如何是レ亦債務者ノ承諾アルカ又ハ之ニ通知スルヲ以テ足ル蓋シ債務者ニ對シテハ此條件カ十分ノ效力アルコト明瞭ナルモ其他ノ者ニ對シテ效力アルモノトスルハ一見奇怪ノ感アリ然レトモ凡ソ債權ヲ讓受ケントスル者ハ先ツ債務者ニ就テ債權ノ存否其他ノ事情ヲ審ニスルヲ當然トス若シ然ラスンハ往往不測ノ損失ヲ被ルコトアルヘケレハナリ例ヘハ千圓ノ債權ナリト信シテ之ヲ九百圓ニテ讓受ケタルニ內五百圓ハ既ニ辨濟アリタル後ナリシトキハ四百圓ノ損失ヲ被ルヘシ又既ニ相殺ヲ對抗シタル後ナルトキ（相殺ノ場合ニハ證書ヲ交換スルヲ常トスレトモ未タ其交換ヲ爲ササルニ當リ證書ニ信ヲ置キテ其債權ヲ讓受ケタルトキ）ハ全然損失ヲ被ムルコトナシトセス債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲サントスル場合等亦然リ差押債權者ニ至リテハ其趣ヲ異ニスルト雖モ理論ニ於テハ全ク相同シ元來債權者ハ債務者ノ財產ヲ差押フルコトヲ得ルノミニシテ債務者カ既ニ讓渡シタル債權ハ他人ノ財產ナルカ故ニ之ヲ差押フルコトヲ得ス然レトモ他人ノ財產タルコトヲ知ラサル以上ハ之ヲ差押ヘテ以テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシト信シタルニ後日執行手續ノ進ムニ及ヒ始メテ其目的物ハ眞ノ權利者タル讓受人ニ屬スルコトヲ知ルニ至リ其差押無效ニ歸スヘシトセハ其債權者ハ頗ル失望スルナルヘシ是ヲ以テ我民事訴訟法第六〇九條ハ債務者（第三債務者）ヲシテ差押債權者ニ對シ債務ニ關シテ一定ノ陳述ヲ爲サシムル手續ヲ規定セリ故ニ債務者ニシテ讓渡ノ事ヲ知ラハ其事實ヲ告クヘキヲ以テ差押債權者ハ其損失ヲ免ルルコトヲ得ヘシ

論者或ハ此公示方法ハ甚タ不完全ナリ何トナレハ若シ債務者カ僞リテ未タ讓渡アラサル債權ヲ既ニ讓渡アリタリト曰ヒ既ニ讓渡アリタル債權ヲ未タ讓渡アラスト曰ハハ第三者ハ之カ爲メニ欺カレテ損害ヲ被ルコトアルヘシト論者ノ言固ニ理アリ然レトモ他ニ如何ナル良方法アリヤ彼ノ登記ノ如キハ頗ル完全ノ方法タルコト疑ナキカ如キモ之ヲ債權ノ讓渡ニ應用スルコトハ實際上極メテ困難ナルヘシ假ニ債務者ノ住所ニ於テ登記スヘキモノトスルモ債務者ハ何時其住所ヲ變更スルカ知ルヘカラス之ヲ變更シタル後ニ於テ讓渡ヲ爲シタルトキハ舊住所ノ登記所ニハ登記ナキカ故ニ其登記簿ヲ信シテ取引ヲ爲シタル者ハ意外ノ損失ヲ招クコトアルヘシ今若シ債務者ノ新住所ニ於テ登記セサレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストセハ可ナルカ如シト雖モ債務者カ住所ヲ轉スルトキハ第三者ハ意外ノ損失ヲ被ムルコトアルヘシ登記ノ制度ニシテ既ニ採ルヘカラストセハ他ニ適當ナル方法ナキヲ以テ右ノ方法ニ甘ンセサルコトヲ得ス況ヤ債務者若シ第三者ヲ欺クトキハ損害賠償ノ責ヲ負フヘキカ故ニ之ヲ欺クカ如キコトハ實際甚タ稀ナルヘキニ於テオヤ是レ佛國其他ノ國ニ於テ此手續ニ由ルコト已ニ久シト雖モ著シキ不都合アルヲ聞カサル所以ナリ

然ラハ右ノ通知又ハ承諾ノ意思表示ハ如何ナル方法ニ依ルヘキカ曰ク債務者ニ對シテハ別ニ方式ヲ定メス故ニ書面ヲ以テスルト口頭ヲ以テスルト擧動ヲ以テスルトヲ問ハス苟モ意思表示ヲ爲セハ則チ足ル是レ蓋シ債務者ハ通知又ハ承諾ニ付テハ當事者ナレハナリ然レトモ債務者以外ノ第三者ニ對シテハ此ノ如ク單純ナルコト能ハス乃チ法律ハ確定日附アル證書ヲ以テセサルヘカラストセリ是レ前ニ述ヘ

タル如ク往往ニシテ詐欺ノ行ハルルコトアルニ由ル例ヘハ債權者甲カ其債權ヲ丙ニ讓渡シタル後更ニ丁ニ讓渡シ孰レモ之ヲ債務者乙ニ通知セリ然ルニ丁ハ自己ヨリ先ニ丙カ其債權ヲ讓受ケタルコトヲ知リ隨テ自己ノ讓受ノ效ナキコトヲ知ルカ故ニ債務者又ハ讓渡人及ヒ債務者ト通謀シテ讓渡ノ日附ヲ繰上ケ以テ丙ニ對抗スルカ如キコトアルヘキヲ慮リタルモノナリ尙ホ確定日附ニ付テハ民法施行法第五條ヲ參照スヘシ

第二　讓渡ノ效力

一般ニ「讓渡」ト云ヘハ贈與ナルコトアリ賣買又ハ遺贈ナルコトアルヘキニ由リ讓渡ノ效力ハ之ヲ一般ニ論シ去ルコト能ハス即チ贈與ニ在リテハ贈與ニ因ル效力ヲ生スヘク賣買ニ在リテハ賣買ニ因ル效力ヲ生スヘシ殊ニ債權ノ賣買ニ付テハ第五六九條ノ特別規定アリ又遺贈ニ在リテハ遺贈ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノトス故ニ本款ニ於テハ單ニ債務者カ讓渡ヲ承諾シタル場合及ヒ之ヲ通知シタルニ止マル場合ニ付キ讓渡ノ效力ノ相異ナル所ヲ説明スヘシ民法第四六八條ニ曰ク

債務者カ異議ヲ留メスシテ前條ノ承諾ヲ爲シタルトキハ讓渡人ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由アルモ之ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ス但債務者カ其債務ヲ消滅セシムル爲メ讓渡人ニ拂渡シタルモノアルトキハ之ヲ取返シ又讓渡人ニ對シテ負擔シタル債務アルトキハ之ヲ成立セサルモノト看做スコトヲ妨ケス

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

(一)債務者カ異議ヲ留メスシテ承諾ヲ爲シタル場合　債務者カ異議ヲ留メスシテ債權ノ讓渡ヲ承諾シタルトキハ將來其讓受人ヲ以テ自己ノ債權者ト爲スノ意思ヲ表示シタルモノナリ故ニ讓渡人ニ對抗スヘキ原因アルモ之ヲ以テ其讓受人ニ對抗スルコトヲ許サス若シ前債權者即チ讓渡人ニ對抗スヘキ原因アリタル場合ニ於テ之ヲ讓受人ニ對抗セント欲セハ必ス之ヲ留保セサルヘカラス例ヘハ既ニ一部ノ辨濟ヲ爲シタルトキ又ハ取消ノ原因アリタルトキハ其事ヲ留保スルニ非サレハ讓受人ニ對シ全部ノ辨濟ヲ爲スヘク又ハ取消ヲ爲スコトヲ得サルニ至ル何トナレハ讓受人ハ完全無缺ノ權利ヲ得タリト信シタルニ後日或ハ一部ハ既ニ辨濟セリト曰ハルルカ或ハ取消サント主張セラルルトキハ讓受人ハ意外ノ損失ヲ被ルコトアルヘケレハナリ況ヤ相殺ノ原因アリシ場合ニ於テオヤ然リト雖モ此等ノ場合ニ於テハ債務者モ亦損失ヲ被ルコトハ稀ナルヘシ即チ法律ハ不當ノ利得ヲ爲スコトヲ許ササルカ故ニ若シ債務者カ債務ノ辨濟トシテ讓渡人ニ給付シタルモノアルトキハ之ヲ取返スコトヲ得ルハ勿論更改ニ因リテ新債務ヲ負擔シタルトキハ之ヲ成立セサルモノト看做スコトヲ得ヘシ尙ホ相殺ノ場合ニ於テハ債務者ハ讓受人ニ辨濟スルノ義務ヲ負フヘシト雖モ讓渡人ニ對シテハ自己ノ債權ヲ實行スルコトヲ得ルカ故ニ讓渡人ノ無資力ニ因ル危險ハ之アルヘシト雖モ其以外ニ於テハ更ニ損失スルコトナカルヘシ第四六八條第一項但書ニ「債務者カ其債務ヲ消滅セシムル爲メ讓渡人ニ拂渡シタルモノアルトキハ之ヲ取返シ又讓渡人ニ對シテ負擔シタル債務アルトキハ之ヲ成立セサルモノト看做スコトヲ妨ケス」トアリテ債務者ハ其既ニ拂渡シタルモノヲ取返シ又ハ新債務ヲ負ヒタル場合ニハ之ヲ履行セサルモ可ナリトセリ或ハ曰ハン讓渡人ハ不當利得ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ常ニ債務者ヲシテ其給付シタルモノヲ取返サシメ又ハ契約ハ當然無效ナリト規定シテ可ナルニ非スヤト是レ未可ナリ蓋シ十中ノ八九ハ之ヲ取返シ又ハ成立セサルモノト看做スヲ以テ債務者ニ利益アリトスヘキモ稀ニハ却テ不利ナルコトナシト

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

（二）通知ヲ爲シタルニ止マル場合　債權者カ其權利ヲ讓渡シタルコトヲ通知シタルニ止マル場合ハ債務者カ其讓渡ヲ承諾シタル場合ト其效力ヲ異ニス固ヨリ債務者ハ債權者ノ讓渡ニ對シテ異議ヲ唱フルコト能ハスト雖モ其以前ニ有シタル利益例ヘハ全部又ハ一部ノ辨濟、更改、相殺ノ原因等ノ利益ハ之ヲ失フモノニ非サルカ故ニ當然讓受人ニ對抗スルコトヲ得ヘシ何トナレハ債權者ノミノ意思ヲ以テ債務者ノ利益ヲ奪フコト能ハサレハナリ然リ而シテ承諾ヲ爲シタル場合ニ於テハ債務者ハ異議ヲ留メサルトキハ縱令讓渡以前ニ生シタル事項ト雖モ讓受人ニ對抗スルコトヲ得サルコト前ニ述ヘタルカ如シト雖モ通知アリタルニ止マル場合ハ何時ニテモ其事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得是レ債務者カ讓渡ヲ承諾シタルトキト其效力ヲ異ニスル要點ニシテ第四六八條第二項ニ「讓渡人カ讓渡ノ通知ヲ爲シタルニ止マルトキハ債務者ハ其通知ヲ受クルマテニ讓渡人ニ對シテ生シタル事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得」ト規定セル所以ナリ故ニ其通知後ニ讓渡人トノ間ニ生シタル事由ハ之ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ス此點ハ承諾ノ場合ト毫モ異ナルコトナシ例ヘハ通知後ニ於テ讓渡人ニ對シ相殺ノ原因ヲ生シタリトスルモ債務者ハ之ヲ對抗スルコトヲ得サルカ如キ是ナリ

第三款　指圖債權

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

指圖債權ノ讓渡ニ關スル原則ハ民法第四六九條ニ規定セリ曰ク指圖債權ノ讓渡ハ其證書ニ讓渡ノ裏書ヲ爲シテ之ヲ讓受人ニ交付スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

指圖債權ハ證書ニ受取人ノ氏名ヲ記載セルモノニシテ裏書ニ依リテ讓渡スコトヲ得ルモノナリ即チ性質上裏書ニ依リテ讓渡スコトヲ得ルモノハ指圖債權ナリ商法第四五五條ニ「爲替手形ハ其記名式ナルトキト雖モ裏書ニ依リテ之ヲ讓渡スコトヲ得」トアリ而シテ此規定ハ同法第五二九條ニ於テ約束手形ニ、第五三七條ニ於テ小切手ニ準用セリ又同第三六四條ニ「預證券及ヒ質入證券ハ其記名式ナルトキト雖モ裏書ニ依リテ之ヲ讓渡シ又ハ質入スルコトヲ得」トアルカ故ニ倉庫營業者カ發行スル預證券及ヒ質入證券モ亦法律上當然指圖債權タリ尙ホ法律上當然指圖債權ニ非サルモ當事者ノ意思ニ依リテ指圖債權ト爲スコトヲ得ルモノ尠カラス例ヘハ陸上運送ニ於ケル貨物引換證（商三三五條）海上運送ニ於ケル船荷證券（商六一九條）及ヒ損害保險ニ於ケル保險證券ノ如キ即チ是ナリ其他商事タルト民事タルトヲ問ハス原則トシテハ債權ヲ指圖式ト爲スコトヲ得是レ歐洲ニ於テモ同シキ所ナリ指圖式ノ方式ニ付テハ法律ニ規定スル所ナシト雖モ通例左ノ如キモノナリ

證

金何圓也

右年月日貴殿又ハ貴殿ノ指圖人ニ支拂可申候也

年月日　何ノ誰

何ノ誰殿

指圖債權ニ付テモ亦讓渡ノ要件及ヒ效力ノ二ニ分チテ之ヲ說明セン

第一　讓渡ノ要件

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

（一）裏書　裏書ノ何物タルコトハ商事ニ關シテハ商法第二八二條ニ於テ金錢其他ノ物ノ給付ヲ目的トスル指圖債權ニ手形ニ關スル第四五七條ノ規定ヲ準用セリ同條ニ曰ク「裏書ハ爲替手形、其謄本又ハ補箋ニ被裏書人ノ氏名又ハ商號及ヒ裏書ノ年月日ヲ記載シ裏書人署名スルニ依リテ之ヲ爲ス」裏書ハ裏書人ノ署名ノミヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ爾後爲替手形ハ引渡ノミニ依リテ之ヲ讓渡スコトヲ得」ト民法ニ於テハ何等ノ規定ヲ設ケスシテ全ク慣習ニ一任セリ隨テ慣習上裏書ト視ルコトヲ得ヘキモノナレハ則チ足レリトス而シテ商法ノ規定ノ趣旨ニ依レハ裏書ノ文言ハ通例左ノ如クニシテ讓渡人之ニ署名スルモノトス

表記ノ金額何某殿又ハ其指圖人ニ御支拂可被成候

玆ニ注意スヘキハ「裏書」トハ大抵證劵ノ裏面ニ書クカ故ニ法律上ノ用語トシテ斯ク云フモノニシテ必スシモ證書ノ裏面ニ記載セサルヘカラサルニ非ス附箋ニ書クモ表面ニ書クモ敢テ不可ナキナリ

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

指圖債權讓渡ノ要件ニ關シ尙ホ說明スヘキハ白地裏書ノ事ナリ裏書ノ方式ハ前ニ示シタル如ク權利移轉ノ意思ヲ表示シタル文言ト裏書人ノ氏名、被裏書人ノ氏名及ヒ年月日ヲ記載スルヲ普通トスレトモ右ノ中被裏書人ノ氏名ヲ記載セスシテ證書ヲ交付スルコトアリ之ヲ「白地裏書」ト謂フ近來更ニ其方式ヲ略シテ裏書人ノ氏名ノミヲ記載スルニ至レリ此ノ如キ裏書ハ有效ナリヤ否若シ有效ナリトセハ其性質及ヒ效力如何是レ從來學者間ニ頗ル議論アル所ナリ

我舊商法ニモ白地裏書ニ關スル規定アリシモ甚タ不完全ナリシヲ以テ新商法ニ於テハ之ヲ改メ其第四五七條第二項ニ「裏書ハ裏書人ノ署名ノミヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ爾後爲替手形ハ引渡ノミニ依リテ之ヲ讓渡スコトヲ得」ト規定シ更ニ第四六一條ニ於テ「裏書人カ其署名ノミヲ以テ裏書ヲ爲シタルトキハ所持人ハ自己ヲ其被裏書人ト爲スコトヲ得」ト規定セルカ故ニ例ヘハ甲カ手形ニ自己ノ署名ノミヲ爲シテ之ヲ乙ニ讓渡ストキハ乙ハ自ラ裏書ノ文言ヲ記載スルコトヲ得ヘシ之ト同シク乙ハ又引渡ノミニ依リテ之ヲ丙ニ讓渡シ而シテ丙ハ自ラ裏書ノ文言ヲ記載スルコトヲ得此ノ如キ方法ノ必要ナル所以ヲ說明センニ元來白地裏書ノ手形ハ唯引渡ノミニ因リテ權利ヲ移轉スルコトヲ得ルカ故ニ殆ト無記名ノ手形ニ均シク流通上極メテ便利ナルコト言フヲ俟タス然レトモ之ニ伴フ弊害ハ危險ノ大ナルニ在リ即チ紛失スレハ直チニ自己ノ權利ヲ喪フヘク且之ヲ盜取シタル者モ直チニ其權利ヲ

行使スルコトヲ得ヘキカ故ニ盗難ノ虞殊ニ多シ若シ普通ノ裏書ノ手形ナランニハ縱令盗難ニ遭フモ之ヲ盗取リタル者ハ僞造ヲ爲スニ非サレハ其手形ヲ行使スルコトヲ得サルカ故ニ盗難ノ虞及ヒ之ニ因リテ生スル損害自ラ尠シ故ニ白地裏書ヲ轉シテ普通ノ裏書ト爲スノ必要ヲ感スルコトアルヘシ尚ホ更ニ特殊ノ例ヲ擧クレハ白地裏書手形ノ所持人丙カ引渡ニ依リテ之ヲ丁ニ讓渡サントスルニ當リ丁ハ其手形ノ振出人甲及ヒ第一ノ裏書人乙ノ何人タルヲ知ラス又ハ之ヲ知ルモ其人ヲ信用セサルカ故ニ丙カ裏書人トシテ署名シ手形上ノ義務ヲ負擔スルニ非スンハ之ヲ讓受ケスト云フコトアルヘシ此場合ニ於テハ丙ハ自己ヲ被裏書人トシ更ニ自ラ裏書人ト爲リテ裏書ヲ爲スコトアルヘシ但商法第四六四條但書ニ「署名ノミヲ以テ爲シタル裏書アルトキハ次ノ裏書人ハ其裏書ニ因リテ爲替手形ヲ取得シタルモノト看做ス」トアルカ故ニ丙ハ此場合ニ於テ必スシモ自己ヲ被裏書人トセサルモ唯裏書ノミヲ爲シ以テ丁ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ蓋シ此規定ハ乙カ白地裏書ニ依リテ手形ヲ丙ニ讓渡シ丙カ裏書人トシテ署名セハ裏書ノ連續ナキモ手形ハ乙ヨリ丙ニ移轉シタルモノト看做スヘシ而シテ是レ乙丙間ニ幾人ノ讓受人アリテ皆引渡ノミニ由リテ手形ヲ轉輾スルモ同シキ所ナリ然リト雖モ丁ハ尚ホ普通ノ裏書ニ於ケルカ如ク裏書ノ連續スルコトヲ希望スルコトナシトセス此場合ニ於テハ丙ハ自己ヲ被裏書人トシテ記載スルコトヲ得ヘシ而シテ前記三條ノ規定ハ孰レモ爲替手形ニ關スルモノナリト雖モ之ヲ約束手形、小切手及ヒ金錢其他ノ物ノ給付ヲ目的トスル指圖債權ニ準用セリ(商二八二條、五二九條、五三七條)故ニ商法上白地裏書ノ性質ハ純然タル讓渡ニシテ其效力ハ上述ノ如シ然ルニ民法ニハ之ニ關スル規定ナシ法典調査會ニ於テハ大ニ議論アリシモ遂ニ明文ヲ要セサルモノトセリ蓋シ白地裏書ヲシテ手形等ノ如ク特別ノ效力ヲ有セシメント欲セハ明文ヲ要スルモ白地裏書其モノノ有效ナルコトハ特ニ規定スルノ必要ナシ而シテ民法上ノ指圖債權ハ其類尠ク其用亦多カラサルヲ以テ敢テ特別ノ效力ヲ有セシムル必要ナキニ由ル請フ之ヲ細論セン

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

然リ然ラハ乙、丙、丁等カ代理ヲ委任セラレタルモノト謂フコトヲ得サルニ非スヤト是レ非ナリ抑〻委任ナルモノハ必スシモ委任者ノ利益ナラサルヘカラサルニ非ス受任者ノ利益ニ於テモ亦之ヲ爲スコトヲ得ヘシ羅馬法ニ於テ自己ノ利益ニ於ケル委任（procuratio in rem suam）ナルモノアリシカ自己ノ利益ニ於ケル委任トハ其委任ノ目的タル法律行爲ハ委任者ノ名ニ於テ之ヲ爲スモ受任者ノ利益ノ爲メニ之ヲ爲スヲ謂フナリ（羅馬ニ於テハ原則トシテ純然タル代理ナカリシコトニ注意セヨ）今一例ヲ擧ケンニ甲カ其友人乙ニ對シ自己ニ金錢ヲ貸與センコトヲ依賴セシニ乙ハ金錢ヲ所持セサルヲ以テ其所持ノ時計ヲ甲ニ引渡シ之ヲ賣却シ其代金ヲ費消スヘキヲ以テセリトセンカ此場合ニ於テハ其甲乙間ノ法律行爲ハ贈與ニ非サルコト明カナリ何トナレハ既ニ「貸借」ト云ヘハ無償ニテ財産ヲ與フルモノニ非サレハナリ然ラハ則チ純然タル消費貸借ナルカ否、消費貸借ナルモノハ種類、品質、數量ノ同一ナルモノヲ返還スヘキ義務ヲ生スルモノナリ今時計ヲ借リテ而シテ金錢ヲ返却スルハ單純ノ消費貸借ニ非サルコト明カナリ予ハ是レ時計賣却ノ委任ニ伴フ消費貸借ナリト信ス即チ時計賣却ノ委任ニ因リ乙ノ名義ヲ以テ之ヲ賣却シ其代金ヲ直チニ甲ニ貸與スルニ外ナラス是レ即チ受任者ノ利益ノ爲メニスル委任ニシテ委任者ノ爲メニハ寧ロ損失タルヘシ而モ尙ホ其間委任關係アリト謂ハサルヘカラサルナリ故ニ白地裏書ノ場合ニ於テ代理關係アリト謂ヒテ毫モ妨ナク隨テ明文ナキモ有效ナリ既ニ明文ヲ要セサルモノトセハ商法ハ何故ニ其規定ヲ設ケタルカ是レ他ナシ商法ニ於テハ白地裏書ヲ以テ代理裏書トセス之ニ因リテ直チニ權利移轉スルモノト看做シ且特別ノ效力ヲ有セシメンカ爲メノミ手形其他流通ノ頻繁ナルコトヲ要スルモノニ至リテハ特殊ノ便法ヲ必要トスルハ敢テ多言ヲ要セサルナリ

第二　讓渡ノ效力

指圖債權讓渡ノ效力モ亦原則トシテハ他ノ債權讓渡ノ場合ニ異ナラス即チ讓渡人ノ有セシ權利ヲ其儘讓受人ニ移轉スルニ在リ是レ別ニ喋喋ヲ要セス唯茲ニ說明セント欲スル事項ハ指圖債權ノ債務者カ裏書ニ依ル讓受人ニ對シテ如何ナル責任アルカニ在リ此點ニ關シテハ聊カ特別ノ規定アリ第四七〇條ニ曰ク

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

指圖債權ハ裏書ノミニ依リテ權利移轉ノ效果ヲ生ス是レ其特色タリ故ニ唯裏書ノミニ據リテ何人カ權利者タルカヲ知ルコトヲ得ヘク債務者ハ豫メ其讓受人ヲ知ラサルカ故ニ現ニ證書ヲ所持スル者カ自ラ裏書ニ指示シタル最後ノ被裏書人ナリト稱スル場合ニ於テハ之ヲ眞正ノ權利者ナリト認ムルノ外ナシ隨テ之ニ對シテ爲シタル支拂ハ之ヲ有效トセサルヘカラス縱令其者カ眞正ノ權利者タラスト雖モ債務者ヲシテ之カ責任ヲ負ハシムルコトヲ得ス若シ然ラストセハ債務者ハ非常ナル損失ヲ被ルヘク而モ他ニ眞正ノ權利者ヲ知ルノ途ナキカ故ニ此ノ如クンハ勢ヒ指圖債權ノ流通ヲ阻害スルニ至ルヘシ故ニ其辨濟ヲ有效トシ債務ヲ免レシメサルコトヲ得ス債務者ハ啻ニ權利者ノ眞否ヲ調查スルノ必要ナキノミナラス署名、捺印ノ眞僞モ亦之ヲ調查スルノ必要ナシ何トナレハ債務者ハ往往ニシテ眞正ノ權利者ノ誰タルコトヲ知ルモ支拂ノ際受取ノ爲メ爲シタル署名、捺印カ果シテ其者ノ署名、捺印ナリヤ否ヲ知ルコト能ハサルコトアリ然ルニ後日其僞筆又ハ僞印ナルコト發覺シタル爲メ曩ニ爲シタル辨濟ヲ無效トセラルルニ於テハ意外ノ損失ヲ來スカ故ニ之カ眞僞ヲ判定スル爲メ時日ト費用トヲ要シ其極指圖債權ハ圓滿ニ流通スルコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ茲ニ一言スヘキハ法文ニハ「所持人及ヒ其署名、捺印

印ノ眞僞ヲ調査スル」義務ナキコトヲ言ヘルノミニシテ裏書人及ヒ其署名、捺印ニ就テハ何等ノ規定スル所ナシ然レトモ「所持人ノ眞僞」トハ「現ニ證書ヲ所持スル者カ眞ノ權利者ナルヤ否」ヲ謂フモノニシテ其者カ眞ノ權利者ナル爲メニハ中間ノ裏書人カ同シク眞ノ權利者ナラサルヘカラサルカ故ニ自ラ「所持人ノ眞僞」ノ中ニハ裏書人及ヒ其署名、捺印ノ眞僞ヲモ包含スルモノト解釋セサルヘカラス其結果甲ヨリ乙ニ、乙ヨリ丙ニ裏書ヲ爲シ丙カ來リテ辨濟ヲ求メタルトキハ債務者ハ甲、乙、丙間ノ權利移轉ノ眞否及ヒ甲、乙、丙ノ署名、捺印ノ正否ヲ調査スルコトヲ要セス丙若シ詐欺者ニシテ其證書ヲ竊取シ自ラ乙ノ氏名ヲ僞署シ僞印ヲ捺スルコトアルモ債務者カ丙ニ對シテ爲シタル辨濟ハ有效ナリ何トナレハ債務者ハ其證券ノ持參人カ眞正ノ取得者タルコトヲ知ルノ途ナキカ故ニ債務者ヲ責ムルコト能ハサレハナリ

然レトモ此事タルヤ元來債務者保護ノ爲メニ設ケタルモノニシテ所持人ヨリ之ヲ債務者ニ對抗スルコトヲ得ルモノニ非ス即チ是レ債務者ノ義務ニ非スシテ其權利ナリトス故ニ債務者ニシテ勞費ヲ厭ハス自己ノ責任ヲ以テ調査ヲ爲サント欲セハ能ク其眞否ヲ判定シテ然ル後辨濟ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ若シ眞正ノ權利者ニ對シ之カ爲メ支拂期限ヲ經過シタルモ徒ラニ時日ヲ遷延セハ不履行ニ因ル損害賠償ノ責任ヲ免レス尙ホ右ノ規定ハ善意ノ債務者ヲ保護スルノ規定ナルヨリ生スル他ノ結果ハ債務者カ惡意ナルカ又ハ重大ナル過失アルトキハ右ノ規定ノ適用ナキコト是ナリ例ヘハ所持人カ眞正ノ權利者ニ非サルコトヲ知リテ而シテ之ニ辨濟ヲ爲シ、僞筆、僞印タルコトヲ知リテ而シテ持參人ニ對シ履行ヲ爲スモ是レ全然無效ニシテ債務者ハ其責ヲ免ルルコトヲ得ス又例ヘハ裏書ニ間斷アルコトヲ知ラサリシ場合ノ如キハ重大ナル過失アルモノト謂フヘキヲ以テ亦其責ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス蓋シ裏書ニ依リテ讓渡ヲ爲スコトヲ得ル債權ニ付テハ其裏書ハ必ス連續スルコトヲ要ス然ルニ若シ甲ヨリ乙ニ裏書シタル場合ニ於テ次ノ裏書ニハ丙カ署名セルトキハ丙ノ裏書ハ無效ナルヘキコト明カナリ然ルニ不注意ニモ之ヲ發見セサリシハ是レ重大ナル過失ト謂ハサルヘカラス又例ヘハ外貌ノ極メテ賤シキ者カ巨額ノ金額ノ記載アル證券ヲ持參シテ辨濟ヲ請求シタル場合ノ如キハ常識ニ據リ其眞ノ權利者ナラサルコトヲ想像シ得ヘキカ故ニ果シテ其者カ眞正ノ權利者ナルカ又ハ其代理人ナルカヲ調査セサルヘカラス之ヲ怠リテ濫ニ支拂ヲ爲シタル如キハ重大ナル過失アルコト明カナリ

右ト同一ノ精神ニ基キ法律ハ原債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由ヲ以テ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得サル場合ヲ規定セリ第四七二條即チ是ナリ同條ニ曰ク指圖債權ノ債務者ハ其證書ニ記載シタル事項及ヒ其證書ノ性質ヨリ當然生スル結果ヲ除ク外原債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由ヲ以テ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ス

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

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

次ニ證書ニ記載ナキ事項ト雖モ其證書ノ性質ヨリ當然生スル結果ハ讓受人ニ於テモ之ヲ豫期セサルヘカラス若シ之ヲ豫期セサリシトセハ是レ讓受人ノ過失ナリ而シテ自己ノ過失ハ之ヲ他人ニ嫁スルコトヲ得サルコト勿論ナルカ故ニ證書ノ性質ヨリ當然生スル結果ハ債務者ニ於テ之ヲ對抗スルコトヲ得サルヘカラス例ヘハ倉庫營業者ニ寄託シタル物品ハ倉敷、租稅ノ立換金等ヲ支拂ハサル以上ハ之ヲ取戻スコトヲ得ス是レ法律ニ明文アル所ニシテ倉荷證券ノ性質ヨリ當然生スル結果ト謂ハサルヘカラス故ニ甲若シ之ヲ乙ニ讓渡シタリトセハ其證券ニ記載ナシト雖モ乙ハ倉敷其他ノ費用ヲ支拂ハサルコトヲ得ス之ヲ支拂ハサルトキハ倉敷營業者ハ其受寄物ヲ留置スルコトヲ得ヘシ然レトモ若シ普通ノ人カ他人ニ預リ證ヲ交付シ之ニ「米十俵也」右貴殿又ハ貴殿ノ指圖人ニ御渡可申候也」ト記載シタルトキハ其讓受人ニ倉敷ヲ支拂ハシムルコトヲ得サルコトハ論ヲ俟タス何トナレハ是レ普通ノ預リ證ノ性質ヨリ當然生スル結果ニ非サレハナリ

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

民法第四七〇條及ヒ第四七二條ノ規定ハ商事ノ指圖債權ニモ之ヲ適用スヘキモノトス唯手形ニ付テハ商法第四三七條乃至第四四一條ニ特別ノ規定アルカ故ニ民法第四七二條ノ適用ヲ受ケス然レトモ其内容ニ至リテハ兩法敢テ相矛盾スルモノニ非サルカ故ニ其結果ニ於テハ民法ノ適用ヲ受クルト敢テ大差ナキナリ

第四款　無記名債權

第一　讓渡ノ要件

無記名債權モ亦債權ナリ人或ハ債權ニ非スト云フト雖モ其誤解ナルコト更ニ説明ヲ要セス然レトモ無記名債權ノ價格ハ殆ト證券ニ包含セラレ證券其レ自身ヲ以テ直チニ債權ナリト云フモ不可ナシ何トナレハ其證券ヲ所持スル者ハ其債權ニ相當スル利益ヲ享有スルコトヲ得ヘケレハナリ試ニ例ヲ擧クレハ日本銀行兌換券ハ其券面記載額ニ相當スル金貨ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ヘキ債權ノ證券ナレトモ兌換券其レ自身カ之ニ相當スル價値ヲ有ス鐵道ノ切符、物品ノ切手ノ如キ亦然リ而シテ證券ハ動産ナルコト勿論ナルカ故ニ證券ヲ以テ代表セラルル無記名債權其レ自身モ亦之ヲ動産ト看做セリ（八六條三項）約言スレハ無記名債權ヲ以テ動産ナリト云フハ全ク法律ノ擬制ニ由ルモノニシテ之カ爲メニ債權タル本質ヲ失フモノニ非ス然レトモ一旦之ヲ動産ト看做セル以上ハ其讓渡ノ要件ハ一ニ動産ノ規定ニ從ハサルヘカラス故ニ當事者間ハ意思表示ノミニ由リテ權利移轉ノ效果ヲ生スヘク第三者ニ對抗スル

ニハ證券ノ引渡ヲ要ス

純然タル無記名債權ニ付テハ特ニ説明スルノ要ナシ唯茲ニ其性質ノ最モ疑ハシキモノアリ民法第四七一條ニ規定セル債權即チ是ナリ同條ニ曰ク

前條ノ規定ハ證書ニ債權者ヲ指名シタルモ其證書ノ所持人ニ辨濟スヘキ旨ヲ附記シタル場合ニ之ヲ準用ス

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

予ハ明カニ反對ノ慣習ナク又特別ノ規定ナキ以上ハ第四七一條ノ證書モ亦全ク記名式即チ普通ノ指名債權ナリト解スルヲ穩當ナリト信ス何トナレハ債權者ノ何人タルカ確定シ居レハナリ唯債務者ハ此證書ノ持參人ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ眞正ノ權利者ナルト否トヲ問ハス其債權ヲ免ルル利益ヲ留保シタルモノナリト謂フヘキノミ現ニ獨逸民法ニ於テハ此主義ヲ採ル我民法モ亦此主義ニ據リ第四七〇條ノ規定ヲ準用シ債務者ハ所持人及ヒ其署名、捺印ヲ調査スル權利アルモ其義務ナキモノトセリ民法施行以前ニ於テモ政府ノ債務ニ付テハ特ニ金庫ヲシテ印鑑ヲ照査セシメ其印鑑ニシテ符合スルトキハ金錢ハ何人ニ渡スモ金庫ニ何等ノ責任ナキモノトセリ然レトモ此印鑑照査ハ別段ノ規則ニ依リテ之ヲ爲スモノニシテ一般ニ之ヲ言ヘハ此種ノ債權ニ付テハ其眞ノ權利者ヲ調査スルヲ得サルヲ以テ之ヲ調査スル義務アルモノトセハ其不便極リナカルヘシ故ニ之ヲ調査スル義務ナキモノトセリ唯茲ニ注意スヘキハ第四七〇條ヲ此種ノ債權ニ準用スルコトハ敢テ强制的ニ非サルカ故ニ當事者ノ欲スル所ニ隨ヒ證書ニ明記スル以上ハ之ニ如何ナル性質ヲ有セシムルモ毫モ妨ナシ佛國ニ於テ一般ニ行ハルル手形ニ此形式ヲ具フルモノ多シ是レ性質上指圖式ノモノナリ即チ「何某ノ指圖人又ハ所持人」トアリ予之ヲ當業者ニ聞ク曰ク受取人カ指圖式ヲ便利トスルトキハ下ノ「又ハ所持人」ノ句ヲ抹消シ若シ無記名式ヲ便利トスルトキハ上ノ「何某ノ指圖人又ハ」ノ句ヲ抹消スヘク唯受取人ノ好ム所ニ從ハシム然ルニ實際上之ヲ流通スルニハ何レヲモ塗抹セサルコト多シ而シテ之ヲ塗抹セサルトキハ慣習上下ノ「又ハ所持人」ノ句ハ抹殺セラレタルモノト看做シ裏書ニ依リテ讓渡スヘキモノナリト此ノ如キ慣習アルトキハ之ニ從フヘキコトハ論ヲ俟タス我商法ノ如ク明カニ白地裏書ヲ認メ引渡ノミニ依リテ輾轉スルコトヲ得ルモノトセル以上ハ特ニ右ニ掲ケタル種類ノ證券ニ付キ法律ノ規定ヲ要セサルカ如シト雖モ白地裏書ニ於テハ兎ニ角受取人ハ裏書ヲ爲サヽルヘカラサルカ故ニ又手形上ノ責任ヲ負ハサルヘカラス然ルニ右ニ掲ケタルモノハ曾テ何人モ裏書ヲ爲サス隨テ振出人ノミ責任ヲ負フモノナルヲ以テ其效力全ク同シカラス故ニ第四七〇條ノ必要アルナリ

第二　讓渡ノ效力

讓渡ノ效力ニ付テハ第四七三條ニ規定セリ曰ク

前條ノ規定ハ無記名債權ニ之ヲ準用ス

此點ニ付テハ前條即チ第四七二條ヲ準用スルモノニシテ指圖債權ニ於ケルト同一ナリ前ニ述ヘタル如ク無記名債權モ亦債權ナルカ故ニ債務者ハ辨濟ノ義務ヲ負フ若シ眞ノ動産ナランニハ之ニ對シ辨濟ノ問題ヲ生スルコトナシ然ルニ無記名債權ハ證券ヲ引渡スノミニ因リ之ヲ移轉スルモノナレハ讓受人ハ

證書ノミニ著眼シ其以外ニ債權者ト債務者トノ間ニ如何ナル關係アルカハ曾テ知ラサルヲ常トス故ニ證書ニ記載ナキ事項ハ之ヲ以テ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス例ヘハ鰹節百斤ノ切手ノ讓渡アリタル場合ニ於テ其債務者カ物品ト引換ニ代價ヲ受取ルヘキ特約ヲ以テ其切手ヲ發行シタリトスルモ苟モ之ヲ證書ニ記載セス單ニ「此切手ト引換ニ御渡可申」トアル以上ハ其特約ヲ知ラサル讓受人ニハ之ヲ對抗スルコトヲ得ス尤モ證書ニ記載ナキモ其證書ノ性質ヨリ當然生スル結果ハ讓受人ニ於テ之ヲ拒ムコトヲ得ス例ヘハ鐵道切符ハ別ニ鐵道ニ關スル法令アルカ故ニ之ニ遵據セサルヘカラス此切符持參人ハ滿員ノ爲メ規定ノ時刻ニ乘車スルコトヲ得サリシトキハ特ニ乘車ヲ請求スルコトヲ得ス何トナレハ切符ニ何等ノ記載ナキモ鐵道營業法第一五條第二項ニ依リ政府又ハ會社ハ當然其權利ヲ留保セルモノトス之ニ反シテ一個人カ乘船切符ヲ發行シタルトキノ如キハ若シ別段ノ規則又ハ慣習ナキ以上ハ若シ滿員ノ爲メ切符所持人ヲ搭載スルコト能ハサルトキハ別ニ船ヲ仕立テテ之カ債務ヲ履行セサルヘカラス是レ既ニ述ヘタル如ク指圖債權ノ流通ノ圓滿ヲ圖ルカ爲メニ必要ナリトシテ規定セルモノト同一ナリ然ラハ指圖債權ヨリ一層流通力ノ大ナルヘキ無記名債權ニ於テハ其必要ノ程度モ亦一層大ナリト謂ハサルヘカラス

第五節　債權ノ消滅

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

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

(二)法律行爲ノ解除　解除ニハ解除條件ノ成就ニ因ル解除ト解除權ノ行使ニ因ル解除ノ二アリ孰レモ取消ニ類セリト雖モ通常之ト異ナルモノナリ取消ハ既往ニ遡リテ債務ヲ消滅セシムルモノナルカ故ニ此點ヨリ言ヘハ寧ロ消滅ニ非スシテ初ヨリナカリシナリ然ルニ解除ハ債務ヲ將來ニ向テ消滅セシム唯解除條件成就ノ效力ハ當事者ノ意思ヲ以テ既往ニ遡ラシムルコトヲ得ルヲ以テ此場合ハ取消ト差異アルヲ見ス即チ事實上一旦生シタル債務ヲ消滅セシムルモノナレトモ法律上ハ曾テ債務ノ發生ナカリシモノト看做スナリ此等ノ事タル總則編其他契約總則ノ講義ニ於テ研究セル所ナルカ故ニ是レ亦茲ニ說明セサルヘシ

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

(四)履行不能　履行不能ノ事ニ付テハ舊民法ノ如キハ別ニ一節ヲ設ケ學者亦之ヲ債務ノ消滅原因トシテ別ニ論スル者アリ此ノ如ク履行不能ハ實ニ債權消滅ノ一原因タリ例ヘハ特定物ノ引渡ヲ目的トスル債權ニ於テ其特定物カ滅失シ、勞務ヲ目的トスル債權ニ於テ其勞務者カ疾病ニ因リ勞務ニ從フコト能ハサルニ至リタルカ如ク到底之ヲ履行スルコト能ハサルトキハ其債權ハ消滅セサルコトヲ得ス是レ

恰モ目的物ノ滅失ニ因リ當然ニ物權ノ消滅ヲ來スト異ナラス蓋シ格言ニモ「法律ハ不能ヲ責メス」ト云ヒテ如何ニ法律ノ力トハ云ヘ到底實行スルコト能ハサルモノヲ實行セシムルコト能ハサルコトハ當然ニシテ言フヲ俟タス故ニ敢テ明文ヲ置クノ必要ナシ唯其結果トシテ債權者ト債務者トノ關係如何新ニ損害賠償ヲ請求スル權利ヲ發生セシムヘキカ、危險ハ何人カ負擔スヘキカ等ノ問題ヲ生スルノミ然リト雖モ賠償問題ハ既ニ債權ノ效力トシテ債務ノ付遲滯ト牽連シ過失ニ因リテ履行不能ト爲リタルトキハ債權者ハ求償權ヲ有スルコトヲ述ヘタレハ本節ニ於テ再ヒ說明スルノ要ナシ又所謂危險問題即チ雙務契約ニ於テ一方ノ債務ノ目的ニシテ履行不能ト爲リタルトキハ他ノ一方ハ仍ホ自己ノ債務ヲ履行セサルヘカラサルヤ否ヤハ契約ノ總則ニ於テ論スルヲ相當トスルカ故ニ是レ亦本節ニ於テ說明スルノ限ニ在ラス

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

第一款　辨濟

既ニ屢〻論シタル如ク辨濟ト曰ヒ履行ト曰フハ其實同シクシテ其名異ナルノミ否同一ノモノヲ右ヨリ觀タルト左ヨリ觀タルノ差異アルコト恰モ一箇ノ關係ヲ一方ヨリ觀察シテ債務ト謂ヒ他方ヨリ觀察シテ債權ト謂フカ如シ外國ノ立法例ニ於テモ又學說ニ於テモ辨濟ト履行トノ區別ヲ明カニシタルモノナク又之ヲ區別スルコト頗ル困難ナリ然レトモ之ヲ理論上ヨリ言ヘハ其區別明瞭ナルカ如シ即チ履行トハ債權ノ效力ヨリ觀察シ辨濟トハ債權ノ消滅ヨリ觀察セルモノナリ隨テ債權カ其發生當時ノ目的ノ如ク實行セラルルトキハ辨濟ト言ハンヨリハ寧ロ履行ト謂フヲ以テ至當ナリトス何人カ履行ヲ爲シ又何人カ履行ヲ受クヘキカト云フカ如キハ之ヲ消滅ノ方面ヨリ言ハスシテ目的ノ方面ヨリ論スルヲ可トス故ニ予ハ前ニ「履行」ト題シ通常ノ學者カ辨濟トシテ說明スルモノノ大部分ヲ說了セリ尤モ予ノ如キ觀察ニ基キタル立法例ナク或ハ二者相混シテ區別セス或ハ區別スルト雖モ其大部分ヲ辨濟ノ部ニ規定スルヲ常トス我新民法ハ實ニ此後者ニ屬スルモノニシテ僅ニ履行ノ方法等ノ規定ヲ「效力」ノ章中ニ收ムルノミ是レ法典調査會ニ於テモ頗ル議論アリシ所ニシテ當初ハ現行法ノ「辨濟」ノ章中ニ在ル條文ノ二三ヲ「效力」ノ處ニ規定セシモ本來ノ性質上之ヲ別タサルヘカラサル理由アリシニ非ス故ニ予ハ全然此區別ヲ廢シテ二者合一ニスルノ主義ヲ賛スル者ナレトモ若シ之ヲ區別セサルヘカラサルモノトセハ「辨濟」ノ章中ニハ唯消滅原因トシテノ履行即チ「辨濟」ニ特別ナル事項ノミヲ集ムルヲ以テ適當ト爲ス事ヲ主張セシモ不幸ニシテ予ノ意見ハ採用セラレス却テ履行ニ關スル規定ノ大部ヲ「辨濟」ノ章ニ移スコトト爲レリ是レ從來履行モ辨濟モ同一ノ意義ニ使用セルカ故ニ實際上敢テ差支ナシト言ハンノミ但履行ノ方法ハ任意ニ履行ヲ爲サヽリシ場合ニハ如何スヘキカノ問題ヲ生スルヲ以テ之ニ關スル規定ノ如キハ「辨濟」ノ章ニ入ルルコトヲ得ストシテ「債權ノ效力」中ニ之ヲ掲ケタリ

予カ本款ニ於テ論セントスルモノハ履行ノ結果タル債權ノ消滅ニ伴フ事項即チ辨濟ヲ受クル者ハ辨濟者ニ對シ如何ナル義務アルカ約言スレハ辨濟受領者ノ義務及ヒ辨濟ヲ爲シタル後辨濟者カ債權者ニ代リテ其權利ヲ行フコトアルヘキコト即チ代位ニ關スル事項是ナリ

第一　辨濟受領者ノ義務

債務ノ辨濟ヲ受ケタル者ハ辨濟者ノ請求ニ應シテ受取證書ヲ交付シ且證書ヲ返還セサルヘカラス是レ

民法第四八六條及ヒ第四八七條ニ規定セル所ナリ

(一) 受取證書ノ交付　辨濟ヲ受ケタル者カ受取證書ヲ交付スルノ義務ヲ負フコトハ第四八六條ニ之ヲ規定セリ同條ニ曰ク辨濟者ハ辨濟受領者ニ對シテ受取證書ノ交付ヲ請求スルコトヲ得辨濟者ニシテ一タヒ債務ノ辨濟ヲ了レハ債務ノ消滅スヘキコト論ヲ俟タス然レトモ後日爭ノ生シタル場合ニ於テ債權者ニシテ債權發生ノ事實ヲ證明セハ債務者ハ辨濟ノ事實ヲ證明セサルヘカラス若シ之ヲ證明スルコト能ハサランカ結局再ヒ辨濟ヲ爲ササルヘカラサルニ至ルヘシ故ニ辨濟ノ當時其證據トシテ受取證書ノ交付ヲ請求スルコトヲ得セシメサルヘカラス或ハ曰ハン債務者保護ノ方法トシテ辨濟ノ證據ヲ請求スルコトヲ得セシムルハ可ナリト雖モ若シ債權者ヲシテ證書返還ノ義務ヲ負ハシムルトキハ復タ受取證書交付ノ義務ヲ負ハシムルノ必要ナシ何トナレハ證書ニシテ債權者ノ手ニ存セサランカ債權發生ノ事實ヲ證明スルニ由ナク隨テ債務者ハ辨濟ノ事實ヲ證明スル必要ナケレハナリト是レ非ナリ夫レ債權ハ契約ノミニ因リテ發生スルモノニ非ス而シテ契約以外ノ原因ニ因リテ發生シタル債權ハ證書ナキヲ常トス縱令契約ニ因リテ生シタルモノト雖モ必スシモ證書アルニ限ラス商業上取引等ニ於テハ寧ロ證書ナキモノ多シ此ノ如キ場合ニ於テハ受取證書交付ノ義務ヲ負ハシムルニ非サレハ辨濟者ヲ保護スルコト難カルヘシ又縱令債權ノ證書ヲ調製シタリトスルモ之ヲ紛失スルコトナシトセス若シ之ヲ紛失センカ其之ヲ返還スルコト能ハサルヤ言フヲ俟タス加之債務者カ單ニ債權證書ノミヲ占有スルトキハ一應債權者ヨリ返還ヲ得タルモノナリトノ推測ヲ下シ得ヘキモ占有ノ一事ヲ以テ直チニ辨濟アリタルモノト謂フコトヲ得ス何トナレハ偶然債務者ノ手裡ニ存スルコトナシトセサレハナリ是ヲ以テ證書返還ノ義務ノ外尚ホ受取證書交付ノ義務アルモノトスルノ必要アリ但受取證書ニ付テハ別段ノ方式ヲ要スルモノトセサルカ故ニ債權證書ノ裏面ニ受領ノ旨ヲ書スルモ可ナリ

受取證書ノ交付ニ付キ一問題アリ曰ク辨濟者ハ辨濟ヲ了リタル後ニ在ラサレハ之カ交付ヲ請求スルコトヲ得サルカ是ナリ獨逸民法ノ如キハ明カニ規定セルヲ以テ疑ヲ生セスト雖モ我民法ニ於テハ如何予ハ我民法第四八六條ノ規定モ其意義明瞭ナリト信ス即チ同條ニ「辨濟者ハ辨濟受領者ニ對シテ云云」トアルカ故ニ辨濟ヲ爲シタル後ニ在ラスシテ辨濟ノ際「辨濟スル者」カ「辨濟ヲ受領スル者」ニ對シテ之ヲ請求シ得ヘキモノナルコト疑ヲ容レス即チ證書ト引換ニ非サレハ辨濟ヲ爲サストキ張スルコトヲ得ヘキナリ實際ニ付テ之ヲ觀ルモ亦此ノ如クナルニ非サレハ殆ト其效ナシ即チ債權者カ既ニ辨濟ヲ受ケタルニ拘ラス惡意ヲ以テ受取證書ノ請求ニ應セス且「予ハ未タ曾テ汝ヨリ辨濟ヲ受ケタルコトナシ汝果シテ辨濟ヲ了ヘタル證據ヲ有スルカ」ト曰ハハ辨濟ヲ爲シタル者ハ復タ如何トモスルコト能ハス隨テ受取證書ノ交付ヲ請求スルノ權利アリト云フト雖モ畢竟有名無實ニ歸センノミ故ニ受取證書ハ辨濟ト同時ニ之ヲ請求シ得ルモノトセサルコトヲ得ス然レトモ是レ辨濟者ノ權利ナルカ故ニ自ラ危險ヲ甘ンスル以上ハ辨濟ト同時ニ請求セサルヘカラサルニ非ス辨濟ヲ爲シタル後ト雖モ之ヲ請求シ得ヘキハ論ヲ俟タス

(二) 證書ノ返還　證書返還ノ義務モ亦受取證書交付ノ義務ト其趣旨ヲ同シウス即チ若シ債務者カ債務ヲ辨濟シタルニ拘ラス債權者カ其證書ヲ返還セサルトキハ債務者ハ後日其證書ヲ以テ再ヒ辨濟ヲ請求セラルルノ虞アリ縱令債權者ハ此ノ如キ行爲ヲ爲スコトナシトスルモ其證書カ不幸ニモ惡漢ノ手ニ歸スルコトアランカ債務者ニ取リテハ危險極マレリト謂ハサルヘカラス故ニ債務者カ其證書ノ返還ヲ

望ムハ洵ニ當然ノ事ニシテ債權ニシテ既ニ消滅シタル以上ハ債權ノ證書ハ債權者ニ取リテハ何等ノ用ヲモ爲サルモノナルカ故ニ之カ返還ノ義務ヲ認メタルハ極メテ其當ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス或ハ曰ハン若シ受取證書交付ノ義務ヲ認メサルトキハ債權證書ノ返還ハ洵ニ其必要アリト雖モ既ニ受取證書交付ノ義務ヲ認メタル以上ハ債權證書ノ返還ハ債務者ニ取リテ何等ノ必要ナシ若シ後日再ヒ辨濟ノ請求ニ遇ハハ何時タリトモ受取證書ヲ提出シテ既ニ辨濟ヲ了リタルコトヲ證明シ得ヘシ不用ノ證書ハ之ヲ返還スルヲ當然ナリトスルト雖モ敢テ法律上ノ義務トスルノ必要ナシト是レ亦非ナリ何トナレハ受取證書ハ往往ニシテ紛失スルコトアリ若シ不幸ニシテ紛失シタリトセハ債權者カ債權證書ノ自己ノ手ニ存スルコトヲ奇貨トシテ再ヒ辨濟ヲ請求センカ債務者ハ辨濟ノ事實ヲ證明スルコト能ハサルコトアルヘク又債權者自身ハ斯ル不正ノ行爲ヲ爲スコトナシトスルモ其死亡ノ後相續人カ善意ヲ以テ請求ヲ爲スコトナシトセス又善意ニテ債權ヲ讓受ケタル第三者カ其證書ニ依リテ請求ヲ爲スコトアラン凡テ此等ノ場合ニ於テハ債務者ハ結局二重拂ヲ爲サヽルヲ得サルノ不幸ヲ見ルコトナキヲ保セス是レ債權者ニ債權證書返還ノ義務ヲ負ハシメタル所以ナリ蓋シ債權證書モ亦紛失ノ虞ナキニ非スト雖モ通常恰モ金錢ト同シク鄭重ニ保存スルモノナリ之ニ反シテ受取證書ニ至リテハ一時ハ之ヲ保存スルモ少シク年月ヲ經過スレハ深ク之ニ注意セサルヲ常トスルカ故ニ債權ノ證書ヲ以テ受取證書ニ比スレハ紛失ノ虞迥ニ少シト謂ハサルヲ得ス加之受取證書ハ一部辨濟ノ場合ト雖モ之ヲ請求シ得ヘク證書ノ返還ハ全部辨濟ノ場合ニ在ラサレハ之ヲ請求スルコトヲ得サルモノニシテ彼此其趣ヲ異ニスルカ故ニ證書返還ノ義務ヲ認ムルハ受取證書交付ノ義務ヲ認ムルト共ニ必要ノ規定ナルコト明カナリ第四八七條ニ曰ク

債權ノ證書アル場合ニ於テ辨濟者カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ其證書ノ返還ヲ請求スルコトヲ得

證書返還ニ付テモ亦辨濟ト引換ニ之ヲ請求シ得ルカ將タ又辨濟ヲ了リタル後之カ請求ヲ爲サヽルヘカラサルカノ問題ヲ生ス獨逸民法ノ如キハ明カニ前段ノ義務ノ如ク辨濟ト同時ニ返還ヲ命スルノ規定アリ立法論トシテハ遽ニ其可否ヲ斷スルコト能ハスト雖モ民法第四八七條ハ「……辨濟ヲ爲シタルトキハ……」ト云ヘルカ故ニ解釋上ハ全部ノ辨濟ヲ了リタル後ニ於テ始メテ證書ノ返還ヲ請求シ得ヘキモノト謂ハサルコトヲ得ス即チ受取證書交付ノ義務ト反對ナリ或ハ其前後一貫セサルヲ難シ證書ト引換ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルモノトスルニ非サレハ債務者保護ノ途全キヲ得スト曰フト雖モ我民法カ前後相異ナレル主義ヲ採リタルモノ理由ナキニ非ス蓋シ受取證書ハ紛失ノ虞アルコト前述ノ如シト雖モ少シク注意シテ保存セハ之ヲ失フコトナカルヘキカ故ニ債權證書ト引換ニ辨濟ヲ爲サヽルモ債務者ハ受取證書ヲ以テ證明ノ材料トシ優ニ債權者ノ不當ナル主張ヲ斥クルコトヲ得ヘク債權證書ノ殘存ハ敢テ恐ルルニ足ラス受取證書ニ至リテハ辨濟ト引換ニ之ヲ交付セシムルニ非サレハ後日辨濟ヲ證明シテ其交付ノ請求ヲ爲スコトヲ得サレトモ既ニ受取證書ヲ有スル以上ハ債權者カ若シ證書返還ノ請求ニ應セスンハ辨濟者ハ訴ヲ起シテ之カ目的ヲ達スルコトヲ得ヘキカ故ニ債權者モ之ニ應セサルコト稀ナルヘシ且受取證書ハ何時ニテモ之ヲ調製シ得ヘキモノナレトモ債權證書ハ時トシテ其所在ヲ失ヒ事實上辨濟ト引換ニ返還スルコト能ハサル場合ナシトセス是レ債權者ノ不注意ニ因ルト雖モ苟モ受取證書ヲ交付スル以上ハ辨濟ヲ受クルコトヲ得サルモノトスルコトヲ得ス若シ之ニ反シテ債務ノ期限ハ既ニ至ルモ證書ヲ發見スルマテハ其權利ヲ行使スルコトヲ得サルモノトセンカ是レ酷ニ失スト謂ハサルヘカラス又債權證書ハ之ヲ自宅ニ所藏スルモ辨濟ヲ受クル場所ニ持參セサリシ場合ノ如キモ亦之カ爲メニ辨

0291

濟ヲ受クルコトヲ得サルノ結果ヲ來スヘシ我邦從來ノ慣習ニ於テモ大抵此ノ如キ場合ニ於テハ受取證書ノ交付ノミヲ爲シテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトセリ況ヤ證書ハ往往ニシテ竊取セラレ其他水、火災等ニ罹リ到底返還スルコト能ハサルコトアルニ於テオヤ故ニ若シ證書ト引換ニ辨濟ヲ爲スヘキモノトセハ勢ヒ例外ヲ設ケサルコトヲ得ス假ニ右ノ如キ場合ニ付キ例外ノ規定ヲ設ケタリトセンカ滅失ノ場合ニハ之カ證明ヲ爲サシメサルヘカラス債權者カ水、火、盜難ニ罹リタル事實ハ或ハ之ヲ證明シ得ヘシトスルモ其當時證書モ亦罹災シタルコトハ之ヲ證明スルコト難ク結局債權者ハ辨濟ヲ受クルコトヲ得サルニ至ルコトアルヘキヲ以テ又更ニ例外ヲ設クル必要ヲ生スヘシ然リト雖モ此ノ如クスルトキハ事頗ル煩雜ニ渉リ不便モ亦太甚シ是レ我民法ニ於テハ獨逸民法ノ例ニ倣ハス受取證書ノ交付ト其主義ヲ異ニシテ辨濟ヲ爲シタル後ニ於テ證書返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトシタル所以ナリ

第二　代位

代位又ハ代位辨濟ナルモノハ佛蘭西其他佛法系ノ立法例ニ於テ一般ニ認ムル制度ナリ我舊民法ニ於テモ之ヲ認メタリ羅馬法ニ於テハ辨濟者カ債權者ニ對シ權利ノ讓渡ヲ請求スルコトヲ得ル場合ヲ認ムルノミニシテ敢テ代位ナルモノヲ認メス蓋シ羅馬法ニ於テハ原則トシテ債權ノ讓渡ヲ認メサリシモ事實上ハ之ヲ認メタリ即チ「エクセプシヨ」又ハ「ベネフヰシユム、セデンダルム、アクシヨヌム」（譯シテ讓權ノ利益又ハ讓權ノ抗辯ト謂フヘキカ）ナルモノアリ例ヘハ保證人カ債權者ニ對シテ辨濟ヲ爲スニ當リ債權者ノ有セル權利ノ讓渡ヲ條件トシ若シ之ヲ諾セサレハ辨濟ヲ拒ムコトヲ得ルモノトセリ此ノ如ク眞ノ債務者以外ノ者ヨリ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ辨濟者ヲ保護シテ債權讓渡ヲ認ムルノ必要アルコトアリトセハ寧ロ代位ヲ認ムルヲ以テ便利ニ且理論ニ合フモノナリト謂ハサルヲ得ス蓋シ一タヒ辨濟ヲ了リタルトキハ之ニ因リテ債權ハ消滅スルカ故ニ債權者ハ最早讓渡スヘキ權利ヲ有セス是ヲ以テ羅馬法ノ如ク讓渡主義ヲ採ランカ必ス一ノ假定（フイクシヨン）ヲ認メサルコトヲ得ス即チ或ハ眞ノ債務者以外ノ者ノ爲シタル辨濟ハ法律上眞ノ辨濟ニ非スシテ債權者ノ權利ヲ讓受クル報償ニ過キサルモノト看做スカ或ハ其辨濟ハ有效ニシテ債權及ヒ其從タル權利ハ事實上消滅スルモ法律上消滅セサルモノト看做スカ二者其一ニ居ラサルヘカラス此ノ如キ假定ヲ認ムルトキハ理論上讓渡スコトヲ得ルモノナリト云フモ妨ナシト雖モ既ニ「讓渡」ト云フ以上ハ讓受人ノ權利ハ同一ノ內容ヲ有セサルヘカラス然ルニ辨濟者ハ常ニ債權者ノ有シタル權利ヲ其儘讓受クルモノトスルトキハ大ナル不都合ヲ生スルコトアリ例ヘハ保證人ハ千圓ノ債務ヲ辨濟スルニ當リ三百圓丈ノ免除ヲ受ケテ債權ノ讓渡ヲ爲シタル場合ニ主タル債務者ニ對シ千圓ノ辨濟ヲ請求シ得ルモノトセハ三百圓ノ利得ヲ爲スヘク此ノ如キハ不當モ亦太甚シキモノニシテ到底之ヲ許スヘキニ非サルカ故ニ之カ效力ヲ制限シ實際出捐シタル額即チ七百圓丈ノ權利ヲ讓受ケタルモノトセサルコトヲ得ス果シテ然ラハ「讓渡」ト稱スルモ純然タル讓渡ニ非ス寧ロ他ノ文字ヲ用フルヲ以テ穩當ナリトス是レ「代位」（Subrogation）ナル文字カ一タヒ佛蘭西法ニ使用セラレシヨリ他國ノ法律ニモ採用セラルルニ至リタル所以ナリ

代位ノ效力如何ハ後ニ詳述スヘシト雖モ今之ヲ概言センニ辨濟ニ因リテ債權ハ消滅シ債權者ハ其權利ヲ失フト雖モ辨濟者カ他人ニ對シ求償權ヲ有スル場合ニ於テ其求償權ヲ確保スル爲メニ法律ノ假定ニ依リ債權者ノ有セシ權利ハ尙ホ未タ消滅セサルモノノ如ク看做シ辨濟者ヲシテ自己固有ノ權利ノ範圍內ニ於テ債權者ニ代リテ之ヲ行ハシムルニ在リ是レ嘗テ一言シタル所ニシテ佛法ニ於テ之ヲ認メ我新民法ニ於テモ採用セル所ナリ蓋シ之ヲ「讓渡」ナリトスルモ又ハ「代位」ナリトスルモ辨濟者ヲシテ債權

者ノ有セシ權利ヲ代リ行ハシムルノ利益アルコトニ至リテハ敢テ疑ヲ容レス債權者ハ既ニ辨濟ヲ受ケタルヲ以テ固ヨリ其權利ヲ保持スル必要ナシ然ルニ債務者ハ未タ債務ヲ履行セサルカ故ニ若シ他ノ者カ代リテ履行スルコトナカリセハ債權者ノ請求ヲ受ケサルコトヲ得ス然ラハ債務者ハ債權者ヨリ請求ヲ受クルト同一狀態ニ於テ他ノ者ヨリ請求ヲ受クルモ毫モ異議ヲ唱フヘキ理ナシ是ヲ以テ觀レハ代位ナルモノハ債權者ニ取リテモ又債務者ニ取リテモ爲メニ何等ノ痛痒ヲ感スルモノニ非サルナリ否債務者ノ爲メニハ他人ノ辨濟ハ之ヲ有效トシ而シテ代位ナルモノヲ認ムルコトナカリセハ一層便利ナルヘシト雖モ之アルモ債務者ハ毫モ苦情ヲ唱フルノ權利ナシ然リ而シテ代リテ辨濟ヲ爲ス者ニ取リテハ代位ハ實ニ至大ノ關係ヲ有スルモノナリ即チ他人カ代リテ辨濟ヲ爲ス場合ニ於テハ主タル債務者カ無資力ナル場合多シ無資力ナル債務者ニ對シテ單ニ固有ノ權利ノミヲ有スルニ過キストセハ辨濟者ハ往往ニシテ一部又ハ全部ヲ損失セサルコトヲ得ス然ルニ債權者カ債權ノ擔保トシテ質權又ハ抵當權ヲ有スル場合ニ於テ辨濟者カ之ニ代リテ其權利ヲ行フコトヲ得ハ之ニ依リテ損失ヲ免ルルコトヲ得ヘキナリ而シテ債務者ハ債權者カ此權利ヲ行フハ可ナレトモ辨濟者カ之ヲ行使スルハ不利益ナリト主張スルコトヲ得ス隨テ他ノ利害關係人ト雖モ敢テ不服ヲ唱フヘキ餘地ナキナリ況ヤ之ヲ許ストキハ代リテ辨濟ヲ爲スモ損害ヲ被ルノ危險尠キカ故ニ代リテ辨濟ヲ爲ス者自ラ多カルヘキニ於テオヤ

(二)代位ノ種類　代位ニ二種アリ約定代位、法定代位是ナリ先ツ約定代位ヲ説明シ然ル後法定代位ニ及ハン

(イ)約定代位　我舊民法及ヒ外國多數ノ立法例ニ於テハ約定代位ヲ分チテ債權者ノ意思ニ因ルモノト債務者ノ意思ニ因ルモノトノ二ト爲ス即チ債權者ノ承諾ニ因リテ其權利ヲ辨濟者カ代リ行フモノト辨濟者ト債務者トノ約束ニ因リテ辨濟者カ債權者ニ代リテ其權利ヲ行フモノトノ二種ヲ認ムルト雖モ我新民法ニ於テハ唯前者ノミヲ認メテ後者ヲ認メス蓋シ理論上ヨリ言ヘハ債權者自身カ自己ノ有スル權利ノ代位ヲ許容スルハ則チ可ナリト雖モ債務者カ他人ノ權利ノ處分ヲ爲スハ毫モ理由ナキノミナラス之ヲ實際上ヨリ觀察スルモ債務者ノ意思ニ因ル代位ハ其弊殊ニ大ナリ例ヘハ甲ヲ債權者トシ乙ヲ債務者トセン丙カ其債務ヲ辨濟セハ結局丙ハ乙ニ對シ債務ノ目的タルモノヲ貸與シ乙ハ由リテ以テ辨濟ヲ爲シタルニ同シ現ニ舊民法財產編第四八一條第一項ニハ「債務者ハ其債務ノ辨濟ニ必要ナル金額又ハ有價物ヲ己レニ貸與シタル第三者ヲシテ債權者ノ承諾ナク其權利ニ代位セシムルコトヲ得」ト云ヒ佛國民法モ亦明カニ同一ノ趣旨ヲ認メタリ然ルニ代位ノ必要アル場合ニ於テハ大抵乙ニハ既ニ他ノ債權者丁、戊等アルヘク丙ハ之ニ後レテ債權者ト爲リタルモノナリ故ニ丙若シ其權利ヲ確保セント欲セハ質權又ハ抵當權ヲ新ニ設定セシムルコトヲ得ルハ論ヲ俟タスト雖モ若シ丁、戊等カ同一ノ財產ニ付キ既ニ質權又ハ抵當權ヲ有スルトセハ丙ハ順位ニ於テ其後位ニ居ラサルヘカラス然ルニ若シ丙カ甲ニ代位センカ甲ノ順位ニ於テ其權利ヲ行使スルコトヲ得ルカ故ニ丁、戊等ヲ凌クコトアルヘシ殊ニ甲カ先取特權ヲ有スル場合ノ如キハ其權利ハ質權、抵當權ヨリ强力ナルヲ常トス然ルニ丙ハ代位ニ由ルニ非サレハ之ヲ取得スルコトヲ得サルヘシ然レトモ乙カ其借用シタル金錢等ノ使用ノ途明瞭ナレハ猶ホ可ナリ然ルニ實際ニ於テハ果シテ丙ヨリ借用シタル金錢等ヲ甲ノ債權ノ辨濟ニ充テタルヤ否ヤ判然セサルコト多カルヘシ舊民法財產編第四八一條第二項ニハ「……借用證書ニハ其金額又ハ有價物ノ用方ヲ記載シ受取證書ニハ其出所ヲ記載ス」ト規定セリト雖モ之ノミニテハ當事者間ニ作成スルモノナルカ故ニ以テ確實ナリト謂フコトヲ得ス是ニ於テ同條第三項ニハ「公正證書又ハ私署證書ニ非サレハ第

三者ニ對シテ右ノ行爲ノ證據トスルコトヲ許サス」ト規定セリ然レトモ是レ亦容易ニ信ヲ置クニ足ラス何トナレハ一旦辨濟ヲ爲シタル後詐欺ニ由リ代位ヲ爲スコトナキヲ保セサレハナリ蓋シ公證人ハ唯當事者ノ供述ヲ聽キテ之ヲ記錄スルノミニシテ私署證書ハ當事者ノ作成スルモノナルカ故ニ其果シテ詐欺ナキコトヲ證明スルニ足ラス殊ニ舊法ノ下ニ於テハ確定日附ノ制ナカリシカ故ニ證書調製ノ時日ヲ僞リテ既往ニ遡ラシムルノ虞アリ是ニ於テ新民法ハ債務者ノ意思ニ因ル代位ヲ認メス單ニ債權者ノ意思ニ因ル代位ノミヲ認メタリ然リト雖モ債權者ノ意思ニ因ル代位モ亦弊害ナキニ非ス即チ代位アルコトヲ知ラサル第三者ハ往往ニシテ不慮ノ損失ヲ被ルコトアルヘシ新民法ハ此弊害ヲ矯メンカ爲メ第四九九條ニ於テ辨濟者ヲシテ辨濟ト同時ニ代位ヲ爲サシメ且之ニ債權讓渡ノ規定ヲ準用スルコトトセリ同條ニ曰ク

債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタル者ハ其辨濟ト同時ニ債權者ノ承諾ヲ得テ之ニ代位スルコトヲ得

第四百六十七條ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

（ロ）法定代位　羅馬法ニハ代位ナルモノナク單ニ權利ノ讓渡ヲ請求スルコトヲ得ルノ主義ヲ採レルコト前ニ述ヘタルカ如シ我舊民法及ヒ佛國民法ニハ法定代位ヲ認メ而シテ列擧主義ニ依レルモ新民法ニ於テハ概括主義ヲ採レリ第五〇〇條ニ曰ク

辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ當然債權者ニ代位ス

故ニ唯「正當ノ利益ヲ有スル」コトノ一條件ヲ具備スルヲ要スルノミニシテ殆ト總テノ場合ヲ網羅スヘシ「正當ノ利益ヲ有スル者」ハ第五〇一條即チ代位ノ效力ヲ說明スルトキハ其重ナル適用ハ自ラ明カナルヘキモ同條ニ規定ナキ場合尠カラサルヘシ保證人ハ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スルモノナルコト固ヨリ論ヲ俟タス數人ノ保證人アル場合ニ於テモ連帶債務ナルカ不可分債務ナルカ又ハ特約ニ因リ一人カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ各保證人ハ其全額ヲ辨濟スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ナルカ故ニ債權者ニ代位スヘキハ當然ナリ唯以上ノ場合ニ該ラスシテ一人カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ其負擔部分以外ニ付テハ債權者ニ代位スヘキニ非ス物上保證人モ亦保證人ト同シク辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有ス何トナレハ辨濟ヲ爲ササレハ自己ノ財產ヲ失フヘケレハナリ又稍ヤ稀ナル例ヲ擧クレハ同一不動產ニ付キ甲乙二人ノ債權者共ニ抵當權ヲ有シ甲ヲ以テ第一順位ナリトセンニ甲ハ今日之ヲ賣却スルモ一萬圓ヲ得ヘシ故ニ自己ノ債權額一萬圓ノ辨濟ヲ受クルニ足レリトシテ其抵當權ヲ實行セントス此時ニ當リ乙以爲ラク若シ今後一兩年ヲ猶豫セハ一萬圓ヲ超ユル代價ヲ以テ之ヲ賣却スルコトヲ得テ甲ノ債權額ヲ控除スルモ尙ホ自己カ辨濟トシテ受クル金額ヲ得ヘシト思考スルトキハ即チ乙ハ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ニシテ甲ニ代位スルコトヲ得ヘシ又甲ハ抵當權者ニシテ乙ハ抵當權ヲ有セサル場合ニ於テモ亦同一ノ利益アルヘシ何トナレハ債務者ノ財產ハ債權者ノ共同擔保ニシテ其上ニ特別擔保ヲ有スル債權者アルモ其者ノ辨濟ニ充テテ剩餘ヲ生スルトキハ固ヨリ普通ノ債權者ノ辨濟ニ充ツヘキモノナレハナリ此ノ如ク總テノ場合ヲ網羅スルカ故ニ毫モ不權衡ノ事ナカルヘシ今試ニ新舊二法ヲ對照スルトキハ其間大ニ差異アリ舊民法（財四八二條三號）ニ於テハ「自己ノ財產ヲ以テ相續ノ債務ノ全部又ハ一分ヲ辨濟シタル善意ナル表見ノ相續人」モ亦代位權アルモノトセリト雖モ新民法ノ規定ヨリ言フトキハ正當ノ利益ナキカ故ニ代位權ナシ蓋シ自己ハ眞正ナル相續人ニ非サルニ誤リテ相續人ナリト信シタルハ全ク其過失ニ外ナラス例ヘハ被相續人ニ甲乙二人ノ男子アリ長男甲ハ幼年ノ折他出シ現ニ生死不分明ナリ而モ死亡シタルコト明確ト爲ルカ若クハ失踪ノ宣告ナキ間ハ

弟タル乙ハ相續スルヲ得ス然ルニ單ニ生死不分明ナリトテ乙ハ相續財産ヲ占領シ自己ノ財産ヲ以テ相續債務ヲ辨濟シタル後會〻甲歸リ來リタリトスルモ乙ニ代位權ヲ認ムル必要ナシ若シ此場合ニモ其必要アリトセハ啻ニ相續人ノミニ限ルヘキ理由ナク善意ニテ誤リテ辨濟ヲ爲シタル者ハ亦皆代位權ヲ有スルモノトセサルヘカラス又乙カ甲ノ失踪ノ宣告ニ依リテ相續セリトスルモ若シ甲カ生存セル爲メ失踪ノ宣告ノ取消アリタリトセハ乙ハ現ニ存スルモノノミヲ甲ニ返還スレハ可ナルモノニシテ此場合ニハ毫モ代位ノ必要ナシ更ニ反對ノ側面ヨリ觀察スレハ同條ノ各部ニ該當セスシテ而モ代位權ヲ認ムルノ必要ナル場合尠カラス其最モ著シキハ物上保證人ナリ舊民法ノ起草者「ボワッソナード」氏ハ之ヲ同條第一號ニ包含セシムル意見ナリシナルヘシ然レトモ解釋上到底之ヲ包含スルモノト謂フコトヲ得ス即チ物上保證人ノ如キハ他人ト共ニ又ハ他人ノ爲メニ義務ヲ負擔スル者ニ非ス又抵當權ヲ負擔スル財産ノ第三所持者ニモ非スシテ抵當權ニ就テハ當事者ナリ先取特權ハ法律ニ因リテ生スルモノハ固ヨリ此場合ニ適用ナキモ舊民法ニ於テハ質權ニ因リテ先取特權生スルモノトセシト雖モ是ニ就テモ物上保證人ハ當事者ナリ故ニ到底第一號中ニ包含セルモノト謂フコトヲ得ス列擧主義ハ此ノ如キ弊アルヲ以テ新民法ニ於テハ議論ノ末概括主義ヲ採用セリ

茲ニ一言注意スヘキハ舊民法ニ於テハ原則トシテ辨濟ノ場合ニ代位ヲ認メ辨濟ノ條下ニ之カ規定ヲ設ケ而シテ連帶、保證等ノ規定ニ於テハ辨濟以外ノ有償行爲ノ場合ニモ若シ連帶債務者又ハ保證人カ他ノ連帶債務者若クハ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルトキハ猶ホ代位權ヲ認メタリ舊民法債權擔保編第三六條第一項ノ規定即チ是ナリ（連帶ニ就テハ擔六四條一項ニ單ニ辨濟ト云フモ解釋上ハ他ノ有償行爲ヲモ包含スルモノトスヘカリシト信ス）然ルニ新民法ニ於テハ一切之ヲ認メスシテ單ニ辨濟

ノ場合ノミニ限レリ蓋シ代位ナルモノハ債權消滅セシニ拘ラス之ヲ消滅セサルモノノ如ク看做シ辨濟者ヲシテ其求償權ノ範圍內ニ於テ債權ヲ行ハシムルモノニシテ實ニ萬已ムヲ得サル法律ノ假定（フヰクション）ナレハ債務ノ本旨ニ適スル最モ普通ノ消滅方法タル辨濟ノ場合ニノミ此假定ヲ認メ其他ノ方法即チ相殺、更改、免除等ノ如キ場合ニハ敢テ代位權ヲ與ヘテ此等ノ者ヲ保護スルノ必要ナキモノトシタルヲ以テナリ但予ハ立法論トシテ多少ノ意見ナキニ非ス蓋シ辨濟ハ債務ノ普通ノ消滅方法ナリト雖モ他ノ方法ト雖モ消滅方法タル以上ハ同一ニ之ヲ保護スヘキ理由ナシト謂フコトヲ得サレハナリ

（二）　代位ノ效力　代位ノ效力ハ大ニ議論アル所ナリ今之ヲ大別シテ讓渡說及ヒ非讓渡說ノ二說ト爲ス甲說ヲ主張スル者ハ曰ク辨濟ニ因リテ債權ノ消滅スル以上ハ他人カ代リテ之ヲ行フコトハ到底想像タモ及ハサル所ナリ故ニ債權者カ未タ其權利ヲ失ハサル間即チ之ヲ失ハントスル瞬間ニ自己ノ有セル權利ヲ辨濟者ニ讓渡シ而シテ後辨濟ヲ受クルモノナリト謂ハサルヲ得スト乙說ヲ唱フル者ハ之ヲ駁シテ曰ク論者ハ果シテ辨濟アリシコトヲ認ムルカ若シ之ヲ認ムルトセハ債權ハ既ニ消滅シタルコトヲ認メサルコトヲ得ス然ルニ猶ホ之ヲ讓渡スコトヲ得ヘシトスルハ畢竟法律ノ假定ニ由リ主タル債務者ニ對シテハ未タ消滅セサルモノト看做スニ外ナラス果シテ然ラハ讓渡ト視ルヨリハ法律ノ力ヲ以テ辨濟者カ主タル債務者ニ對シテ有スル權利ヲ擔保スル爲メ之ヲシテ債權者カ有セシ權利ヲ代リ行ハシムルモノトスルヲ愈レリトス且之ヲ讓渡トスルヨリ生スル不都合ハ主タル債務者ニ對シ求償權ヲ有セサルトキト雖モ仍ホ之ヲ有シ又或ハ求償金額ノ少額ナル場合ニ於テモ仍ホ多額ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノトスルニ非サレハ論理ヲ貫カサルコトト爲ルニ在リ是レ讓渡說ヲ採用スルコト能ハサル所以ナリト「ボワッソナード」氏ハ甲說ヲ採リシモ予ハ乙說ヲ可トス新民法モ亦後說ヲ採用セリ此說ニ從フトキハ

前ニモ屢〻述ヘタル如ク債權ハ辨濟ニ因リテ消滅シタルモ債務者ニ對シテハ辨濟者カ有スル固有訴權ノ範圍內ニ於テ其擔保トシテ舊債權ヲ現存スルモノノ如ク看做スナリ但或ハ舊債權ハ全ク消滅シ擔保權ノミ移轉スルモノト看做スノ主義アリト雖モ新民法ハ之ヲ認メス明カニ「債權ノ效力及ヒ擔保」ト規定シ擔保ノミ移ルモノトセス唯讓渡ト認メサル結果固有ノ求償權ノ擔保ニ必要ナラサル範圍ニ於テハ舊債權ハ消滅スヘキノミ第五〇一條本文ニ曰ク

前二條ノ規定ニ依リテ債權者ニ代位シタル者ハ自己ノ權利ニ基キ求償ヲ爲スコトヲ得ヘキ範圍內ニ於テ債權ノ效力及ヒ擔保トシテ其債權者カ有セシ一切ノ權利ヲ行フコトヲ得云云

例ヘハ舊債權ノ時效ハ未タ完成セサルニ固有訴權ノ時效ハ既ニ完成セルトキハ復代位アラス尤モ新民法ニ於テハ此ノ如キ場合ハ殆ト絕無ナリト雖モ第一五九條ノ場合ニ於テハ或ハ問題ト爲ルコトアルヘシ債權者ハ無能力者ニシテ其父母又ハ後見人カ債務者ナルトキ他人カ代リテ辨濟ヲ爲セハ其固有ノ求償權ハ辨濟ノ當時ヨリ進行スヘキモ舊債權ニ付テハ未タ時效進行セサルコトアルヘシ然レトモ無能力ノ如キ身上ニ關スルコトハ前ノ債權者ノ一身ニ就テ觀察ズルヨリハ寧ロ現債權者ノ一身ニ就テ觀察スルヲ穩當トスルカ故ニ縱令讓渡說ヲ採ルモ亦同一ノ結果ヲ得ヘシ

以上論スル所ニ據レハ辨濟者ハ代位權ト固有權トノ二ヲ有スルカ故ニ其利益ニ從ヒテ孰レヲ行使スルモ自由ナリ固有權ノ利益多キ場合ノ一二ヲ擧クレハ保證人ハ辨濟ヲ爲シタル時ヨリ法定利息ヲ請求シ得ルハ勿論辨濟ノ爲メニ損害ヲ受ケタルトキハ其損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ルコトアリ委任ニ因ル保證人ハ則チ然リ（第四五九條第二項、同條ニハ連帶ニ關スル第四四二條第二項ヲ準用セリ）連帶債務者モ亦同一ノ權利ヲ有セリ（四四二條二項）然ルニ代位權ニ依リテハ通常損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ス法定利息モ往往ニシテ之ヲ請求スルコトヲ得サルコトアラン何トナレハ債權者カ主タル債務者ニ對シテ請求ヲ爲サスシテ保證人ニ對シテノミ請求ヲ爲シタルトキハ保證人ハ遲滯ニ在リト雖モ主タル債務者ハ遲滯ニ付セラレタルモノニ非サレハナリ又保證人ハ主タル債務者ニ對シ連帶債務者ノ一人ハ他ノ連帶債務者ニ對シテ特別ノ擔保ヲ有スルコトアリ例ヘハ債權者甲ハ債務者乙ノ不動產ヲ抵當トスルコトヲ好マスシテ却テ丙ノ保證人タルコトヲ望ムコトアリ是ヲ以テ乙ハ其不動產ヲ丙ニ抵當トシテ保證人タルコトヲ諾セシメタルトキノ如キハ代位權ニ依ルヨリ固有訴權ヲ行使スルヲ以テ確固ナリトス又例ヘハ債權者カ主タル債務者ニ請求セスシテ直チニ保證人ニ請求シ保證人ハ之ニ對シ辨濟ヲ爲シタルトキハ主タル債務ハ時效ヲ中斷セラレス而シテ保證人ノ求償權ハ辨濟ヲ爲シタル時ヨリ起算ズルカ故ニ同一期間ノ時效ト雖モ債權者ノ權利ヨリハ後ニ其時效完成スルコト多シ斯ル場合ニ於テハ辨濟者タル保證人ハ自己ノ固有權ヲ行フヲ利益トス連帶債務ニ在リテハ其一人ニ對スル請求ハ他ノ者ニモ效力ヲ及ホスカ故ニ此問題ヲ生セスト雖モ其請求前ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ債權者ノ他ノ者ニ對スル債權ハ時效ノ中斷ナシ然ルニ求償權ノ時效ハ辨濟ノ時ヨリ起算スルコト全ク保證人ノ場合ニ同シキカ故ニ原債權ハ既ニ時效ニ罹リテ而シテ固有訴權ハ未タ時效ニ罹ラサルコトアリ尙ホ時效ニハ五年、二年、一年等ノ短期ノモノアリ殊ニ手形上ノ債權ハ六箇月ヲ經過シタルニ因リテ時效ニ罹ルコトアリ故ニ若シ代位權ニ依ラント欲セハ其債權ハ既ニ消滅シテ復何等ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルコトアルヘシ總テ此等ノ場合ニ於テハ寧ロ固有訴權ヲ行フヲ利益トス更ニ轉シテ代位權ニ依ルヲ利益トスル場合ノ例ヲ擧ケンニ債權ニ質權、抵當權、先取特權又ハ留置權等附隨シ固有ノ訴權ニ何等ノ擔保ナキ場合ニ於テ代位權ノ利益アルコトハ勿論債權證書カ公正證書ナルトキ若クハ債權カ既ニ確定判決ヲ經タルトキノ

如キハ直チニ强制執行ヲ爲スノ便宜アリ之ヲ要スルニ固有訴權ト代位訴權トハ各、其利益アルカ故ニ孰レヲ選フモ辨濟者ノ自由ナリ又併セテ之ヲ行使スルコトヲモ得ヘシ例ヘハ固有訴權ニ依リテ請求シ得ル額カ代位權ニ依ルモノヨリモ多キトキハ先ツ代位權ニ依リテ請求シ其不足額ヲ固有訴權ニ依リテ請求スルコトヲ得ヘシ故ニ代位權ヲ認ムルハ法律カ辨濟者ヲ特別ニ保護シタルモノト謂ハサルヘカラス而モ敢テ債權者ヲ害セス又債務者ヲモ害セサルカ故ニ毫モ批難スヘキニ非サルナリ

上來陳述シタル代位ノ效力ハ約定代位、法定代位ノ孰レニモ適用スヘキモノナリ新民法第五〇一條ハ主トシテ法定代位ニ關シテ規定セルカ如シト雖モ其然ラサルコトヲ明カニスルカ爲メ特ニ「前二條ニ依リテ」ト規定セリ又同條ニ「一切ノ權利」トアリ是レ概ネ前ニ說明シタル所ナレトモ尙ホ解除權ノ如キモノヲモ包含ス契約ヨリ生スル債權例ヘハ賣買ノ代價ノ辨濟者ハ買主カ其債務ヲ履行セサルトキハ解除權ヲ行使スルコトヲ得ヘキカ如キ是ナリ（五〇二條二項）

以上ハ代位ノ一般ノ效力ナリ次ニ特別ノ場合ニ付キ說明セントス而シテ此特別ノ場合ニ付テハ第五〇一條但書以下ニ規定セリ曰ク

但左ノ規定ニ従フコトヲ要ス

一　保證人ハ豫メ先取特權、不動產質權又ハ抵當權ノ登記ニ其代位ヲ附記シタルニ非サレハ其先取特權、不動產質權又ハ抵當權ノ目的タル不動產ノ第三取得者ニ對シテ債權者ニ代位セス

二　第三取得者ハ保證人ニ對シテ債權者ニ代位セス

三　第三取得者ノ一人ハ各不動產ノ價格ニ應スルニ非サレハ他ノ第三取得者ニ對シテ債權者ニ代位セス

四　前號ノ規定ハ自己ノ財產ヲ以テ他人ノ債務ノ擔保ニ供シタル者ノ間ニ之ヲ準用ス

五　保證人ト自己ノ財產ヲ以テ他人ノ債務ノ擔保ニ供シタル者トノ間ニ於テハ其頭數ニ應スルニ非サレハ債權者ニ代位セス但自己ノ財產ヲ以テ他人ノ債務ノ擔保ニ供シタル者數人アリタルトキハ保證人ノ負擔部分ヲ除キ其殘額ニ付キ各財產ノ價格ニ應スルニ非サレハ之ニ對シテ代位ヲ爲スコトヲ得ス

右ノ場合ニ於テ其財產カ不動產ナルトキハ第一號ノ規定ヲ準用ス

第一　保證人ト不動產ノ第三取得者トノ關係　保證人ト第三取得者トノ間ニ於テ若シ保證人カ辨濟ヲ爲シタルトキハ保證人ハ第三取得者ニ對シテ債權者ニ代位スルコトヲ得ルカ又第三取得者カ先ニ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ保證人ニ對シテ代位スルコトヲ得ルカ此問題ニ付キ若シ特別ノ規定ナキトキハ之ヲ解決スルコト頗ル困難ナルヘク偶、先ニ債權者ノ權利ノ行使ニ遭ヒタルカ爲メニ利益ヲ受クルカ如キ不公平ノ結果ヲ生セシムルノ外ナカルヘシ即チ保證人カ先ニ辨濟ヲ爲セハ第三取得者ニ對シテ代位シ若シ第三取得者カ先ニ辨濟ヲ爲セハ保證人ニ對シテ代位スルモノトスルノ外ナカラン果シテ然ラハ其不當ナルコト言フヲ俟タサルナリ

是ニ於テカ種種ノ學說ヲ生セリ殊ニ佛國法典ニ於テハ此點ニ關スル明文ナキヲ以テ大ニ議論ヲ惹起シ「ボワッソナード」氏ノ如キモ舊民法理由書ニ於テ二說アルコトヲ示セリ（一）保證人ヲ保護スヘシトスルノ說ニ曰ク第三取得者カ他人ノ財產ヲ讓受クルニ當リテハ該財產カ如何ナル權利ノ目的ト爲レルカヲ十分ニ調査シタル上ニ於テスヘキコトニシテ自己ノ注意ノ足ラサルカ爲メ他ノ權利ノ目的ト爲レルコトヲ知ラスシテ却テ自由ナル財產ナリト信シ其代金ヲ支拂ヒタル場合ニ於テハ第三取得者ニ於テ十

0297

分調査セサル過失アルヲ以テ自己ノ不利益ニ歸セサルヘカラス即チ債權者カ質權、抵當權等ヲ有スルトキハ質權、抵當權ハ物權ナルカ故ニ第三取得者カ此等ノ權利ノ行使ニ遭フヘキハ初ヨリ明カナル所ナリ之ニ反シテ保證人ハ他人ノ爲メニ而モ多クハ好意ヲ以テ保證ヲ爲スモノナリ而シテ此保證アルカ爲メニ債權者ニ於テモ債務者ヲ信シテ或契約ヲ締結スルコト多キカ故ニ保證ハ甚タ有益ナルモノト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ法律ハ十分保證人ヲ保護セサルヘカラス然ラサレハ他人ノ爲メニ保證ヲ爲スコトヲ肯スル者少カラン故ニ若シ保證人ニシテ辨濟ヲ爲シタルトキハ第三取得者ニ對シテハ代位ヲ爲スコトヲ得ルモノトシ之ニ反シテ第三取得者ニ於テ辨濟ヲ爲シタルトキハ保證人ニ對シテ代位ヲ爲スコトヲ得サルモノトスヘシト(二)第三取得者ヲ保護スヘシトノ說モ亦一理ナキニ非ス蓋シ第三取得者カ其取得シタル不動産カ質權若クハ抵當權ノ目的ト爲レルコトヲ知ラスシテ讓受ケタル場合ニ於テハ其第三取得者ハ實際憐ムヘキ地位ニ在ル者ナリ即チ其者ハ元來何等ノ負擔ナキ不動産ナリト信シ相當ナル代價ヲ拂ヒテ以テ之ヲ買取リ自己ノ所有ニ屬シタリト信セルニ突然質權又ハ抵當權ノ行使ニ遭ヒ二重ニ代價ヲ拂ハサルヘカラサルニ至リタルトキハ其迷惑實ニ想フヘキナリ又假ニ第三取得者カ質權抵當權等ノ存在ヲ知リツツ買取リタリトスルモ元來質權又ハ抵當權等ハ債務ヲ辨濟セサルトキニ於テ始メテ其實行ヲ見ルモノニシテ質權、抵當權等ノ存スル場合ニ於テモ債務者ハ期限ニ至リ辨濟ヲ爲ス場合多シトスルカ故ニ必スシモ質權又ハ抵當權ノ實行ニ遭フニ限ラス隨テ第三者カ質權又ハ抵當權等ノ目的タル不動産ヲ讓受クルニ當リテモ債務者ハ必ス辨濟ヲ爲スナラント信シテ讓受ケタル場合ニ於テ不幸ニシテ其豫期ニ反シ期限ニ至リテ債務者カ或ハ資力ヲ失ヒタルカ若クハ其他ノ事由ニ因リテ辨濟ヲ爲ササル爲メ終ニ抵當權、質權ノ實行ニ遭ヒ其不動産ヲ競賣セラルルカ如キ場合ニ於テハ第三取得者ハ惡意ナク又必スシモ過失アルモノト謂フコトヲ得ス之ニ反シテ保證人ハ縱令從タル債務ニモセヨ初ヨリ義務ヲ負擔シ主タル債務者カ履行ヲ爲ササル場合ニ於テ債務者ニ代リテ辨濟スルコトヲ約束シタル者ナレハ其約旨ニ從ヒ履行ヲ爲スコトハ當然ナルヘシ蓋シ保證人タルニハ多クハ親族、故舊若クハ其他ノ關係ニ由リ特別ニ主タル債務者ノ利益ヲ計ルノ理由アルモノナルヲ以テ主タル債務者ノ不履行ノ場合ニ於テ之ニ代リテ履行ヲ爲スヘキコトハ初ヨリ豫期セルモノト謂ハサルヘカラス故ニ寧ロ第三取得者ヲ保護シ第三取得者ニシテ代リテ辨濟ヲ爲シタルトキハ保證人ニ對シテ代位ヲ爲シ若シ保證人カ辨濟ヲ爲シタルトキハ第三取得者ニ對シテ代位ヲ爲スコトヲ得サルモノトセサルヘカラスト此說ハ未タ登記法ノ完備セサル時代ニ在リテハ固ヨリ一理ナキニ非ス否斯ル場合ニ於テハ予ハ寧ロ此說ニ贊成スルヤモ知ルヘカラス蓋シ登記法ノ備ハラサル時代ニ在リテハ不動産上ニ質權ノ存スル場合ニ於テハ質權者ハ其不動産ヲ占有スルヲ以テ第三者ハ其質權ノ存スルコトヲ知ルコトヲ得ルモ抵當權ニ至リテハ之ヲ知ルコト頗ル困難ナリ登記法ノ存在セサル時代ニ在リテハ現ニ抵當權ノ目的ニ供セラレタル不動産タルニ拘ラス全ク自由ナル不動産ナリト信シテ之ヲ買受ケ而モ代價ヲ支拂ヒタル後ニ於テ突然抵當權ヲ行使セラレタルノ事實ハ屢〻生セシ所ナリ斯ル場合ニ於ケル第三取得者ハ啻ニ憫ムヘキ者タルノミナラス法律ハ十分ニ之ヲ保護スルニ非サレハ不動産ノ取引ハ殆ト行ハレサルニ至ラン然ルニ今日ノ如ク登記法ノ完備セル時代ニ在リテハ予ハ第一說即チ保證人カ第三取得者ニ對シテ代位スルノ說ヲ以テ穩當ナリト信ス何トナレハ第三取得者ニシテ其不動産ヲ取得スルニ當リ登記簿ヲ一見セハ直チニ其不動産カ質權又ハ抵當權ノ目的ト爲レルコトヲ知ルコトヲ得ヘシ既ニ他ノ權利ノ目的ト爲レルコトヲ知レル以上ハ迂濶ニ代價ノ支拂ヲ爲スヘカラサルコトハ常識ヲ有スル者ノ直チニ知ルコトヲ

得ル所ナリ固ヨリ質權、抵當權等ノ實行セラルルコトハ時代ニ依リ國ニ依リテ同シカラサルモ此等ノ權利ノ實行セラルルコトハ十中ノ二三ニシテ實行セラレサルモノ其七八ヲ占ムト雖モ其不動產ヲ取得シタル者カ直チニ代價ヲ支拂フカ如キハ頗ル危險ナル業ニシテ何時質權、抵當權ノ實行ニ遭フカ知ルヘカラサルヲ以テ注意深キ人ハ決シテ之ヲ爲ササルヘシ今日ノ慣習ニ於テモ通常斯ルコトヲ爲ス者ナシ我邦ノ慣習ニ於テモ抵當權ノ附著セル不動產ヲ買ハントスル者ハ債權額ハ自己ニ於テ之ヲ辨濟スルモノトシ其債權額ト不動產ノ價額ノ差ノミヲ支拂ヒテ取引スルヲ常トシ若シ期限ニ至リ債務者自ラ辨濟ヲ爲シタルトキハ債務者ハ始メテ其殘額ヲ請求スルコトヲ得ヘシ然ルニ取得者カ未タ債權ノ期限ノ到來セサル前其他債權ノ未タ消滅セサル以前ニ於テ迂濶ニモ代金ノ全部ヲ賣主ニ支拂フカ如キコトハ極メテ稀ナルヘシ若シ之アリトセンカ此ノ如キハ第三取得者ノ注意ノ足ラサルニ基クモノナルヲ以テ特ニ之ヲ保護スル理由ナシ之ニ反シテ保證人ハ初ヨリ主タル債務ノ履行セラレサルトキニ於テ代リテ履行スルノ義務ヲ負ヒタル者ナルコト疑ナシト雖モ恰モ質權、抵當權等ノ存在スル場合ニ於テモ其質權、抵當權等ノ實行ヲ見ルコト少キト同シク保證人ノ存スル場合ニ於テモ保證人ニ於テ代リテ其債務ヲ履行スルカ如キ場合ハ甚タ多カラサルナリ蓋シ保證人ハ主タル債務者カ相當ノ財產ヲ有スルカ故ニ期限ニ至ラハ必ス履行ヲ爲スヘシト信シテ保證ヲ爲シタルニ不幸ニシテ主タル債務者カ俄ニ資產ヲ蕩盡シ辨濟ヲ爲スコト能ハサルニ至レルカ若クハ其他ノ事由ニ因リテ辨濟ヲ爲ササル場合ニ於テ已ムコトヲ得ス之ニ代リテ辨濟スルカ如キ事多ク此保證人コソ實ニ憫ムヘキ者ト謂フヘケレ然ルニ第三取得者ハ先ツ登記簿ヲ閲覽シテ其不動產ニ負擔アルヤ否ヤヲ知ルコトヲ得隨テ負擔ノ存スル場合ニ於テハ代價ノ支拂ヲ見合セ縱令其不動產ニシテ質權又ハ抵當權等ノ實行ニ遭フモ毫モ損失ヲ被ラサルコトニ注意スルコトヲ得ルヲ以テ之ヲ知リテ讓受ケタル第三者ト保證人トヲ比較スルトキハ保證人ヲ以テ憐ムヘキモノトセサルヘカラス即チ主タル債務者ノ履行セサル場合ニ於テ保證人カ代リテ辨濟ヲ爲シタルトキハ主タル債務者ニ對シテ求償スルコトヲ得ルニ拘ラス債務者カ無資力ナルカ爲メニ結局自己ノ損失ニ歸スルヤモ知ルヘカラス而モ其損失ヲ豫防スルコト頗ル難事ニシテ主タル債務者ノ爲メニ保證ヲ爲シ其代リニ質又ハ抵當ヲ取リ置クカ如キハ通常行ハレ難キ所ナルノミナラス保證人ニ對シテ物上擔保ヲ供スルコトヲ得ハ之ヲ以テ直接ニ其債務ノ擔保ニ供シ敢テ保證人ヲ煩スコトヲ要セサルコト多カルヘシ而シテ保證ノ實際上頗ル必要ナルコトハ殆ト言フヲ俟タス就中迅速ヲ尙フ所ノ商事ニ於テハ一一物上擔保タル質又ハ抵當ヲ供與スルカ如キハ甚タ不便ナルヲ以テ寧ロ保證ニ依ルコト尠シトセス現今ニ於テハ商事上ノ債權ニ付キ普通ノ保證ヲ爲サシムル場合大ニ減少シ手形ノ方法ニ依リテ一種ノ保證ヲ爲サシムル場合多シト雖モ而モ純然タル保證モ亦頻繁ニ行ハルル所ナリ其頻繁ニシテ必要ナル保證ヲ獎勵セント欲セハ適當ノ範圍內ニ於テ保證人ヲ保護セサルヘカラス即チ其債權カ保證以外ニ於テ質權若クハ抵當權等ニ由リテ擔保セラルル場合ニ於テハ此權利ヲ債權者ニ代リテ行フコトヲ保證人ニ許スヲ至當トス而シテ是レ質權、抵當權等ノ目的タル不動產カ債務者ノ財產中ニ存スル場合ノミナラス第三取得者ノ之ヲ取得シタル後ニ於テモ尙ホ代位者ニ於テ此等ノ權利ヲ行フコトヲ得セシメサルヘカラス然ラサレハ保證人ハ大ナル損失ヲ被ルノ虞アルヲ免レス第三取得者ノ保護ニ至リテハ若シ其者カ普通ノ注意ヲ爲シ即チ第一ニ登記簿ヲ閲覽シテ其財產ニ負擔アルヤ否ヤヲ知リ第二ニ其債權ノ消滅セサル間ハ代價ノ全部ヲ支拂フコトヲ爲ササルニ於テハ毫モ損失ヲ被ルコトナシ又交換等ノ場合ニ於テハ質權、抵當權ノ消滅スルマテハ自己ノ債務ノ目的物ヲ引渡サス若シ此等ノ權利ノ實行ニ遭ヒタ

ルトキハ其契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ又給付スヘキ財産ヲ給付セスシテ自己ノ手中ニ留置クトキハ質權、抵當權ノ實行ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ニ付キ留置權ヲ行フコトヲモ得ヘシ尤モ時トシテハ第三取得者ノ爲メニ甚タ氣ノ毒ナル場合ナキニ非ス即チ自ラ登記簿ヲ見ルコトナクシテ謄本若クハ抄本ヲ求メタル場合ニ於テ實際抵當權ノ存在スルニモ拘ラス登記官吏ノ過失ニ因リ之ヲ脱漏シテ謄寫シタルモノヲ見テ全ク自由ナル不動産ナリト信シ代價ノ支拂ヲ爲シタルニ後日ニ至リ其不動産ハ抵當權ノ目的ト爲リシモノナルコトヲ發見シタルカ如キ場合ヲ想像シ得ラレサルニ非サルモ此ノ如キハ通常登記官吏ノ重大ナル過失ニ因ルコトナルカ故ニ其官吏ニ對シテ求償スルコトヲ得(登一三條)ヘキノミナラス是レ甚タ稀有ノ事實ナリトス就中新登記法施行以來登記簿モ大ニ整頓セルヲ以テ斯ル錯誤ハ容易ニ起ルヘキ事實ニ非サルナリ是ヲ以テ苟モ第三取得者ニシテ過失ナキ限ハ質權、抵當權等ノ存在ニ因リテ損失ヲ被ルカ如キハ殆ト之ナカルヘキヲ信ス是レ予カ今日ニ於テハ寧ロ保證人ヲ保護シ保證人ニ於テ辨濟ヲ爲シタルトキハ第三取得者ニ對シテ債權者ニ代位セシメサルヲ至當ナリト信スル所以ナリ「ボワッソナード」氏ノ舊民法草案ニハ第三取得者ハ保證人ニ對シテ債權者ニ代位スルコトヲ認メタリシモ後全ク之ヲ顚倒シテ保證人ハ第三取得者ニ對シテ代位權ヲ行フコトヲ得ルコトトセリ之ニ關スル「ボワッソナード」氏ノ草案ノ説明ヲ見ルニ當時日本人ニテ組織セル法律取調委員會ナルモノアリテ此委員會ノ意見ニ依リ右ノ如ク改メタルモノノ如シ蓋シ修正セラレタル規定ノ至當ナルト同時ニ氏カ其説ヲ改メラレタルコトヲ稱セサルヲ得ス新民法モ亦舊民法ト同説ヲ採リ保證人ハ第三取得者ニ對シテ代位スルモ第三取得者ハ保證人ニ對シテ代位セサルモノトセリ是レ第五百一條第一號、第二號ニ於テ明カニ認ムル所ナリ

保證人ハ第三取得者ニ對シテ代位スルコトヲ得ルコト右ニ述フルカ如シト雖モ此權利ヲ行ハントスルニハ一ノ條件アリ他ナシ保證人ハ豫メ先取特權不動産質權又ハ抵當權ノ登記ニ其代位ヲ附記スルコトヲ要スルコト是ナリ蓋シ保證人ハ條件附ノ債權ヲ有スルモノナレハ其債權ノ擔保トシテ此附記ヲ爲スナリ是レ實ニ適當ナル注意ナリト謂ハサルヘカラス第三取得者ハ既ニ債權ハ履行セラレテ債務ノ消滅シタルヲ知レハ抵當權質權若クハ先取特權ハ最早消滅シタルモノト信シ或ハ代價ノ辨濟ヲ爲スコトナシトセス尤モ注意深キ者ナランニハ先ツ此等ノ權利ノ登記ヲ抹消シ而シテ後代價ノ支拂ヲ爲スナラン此ノ如キハ注意ノ周到ナルニ相違ナキモ普通人ニ在リテハ其債務ノ辨濟アリタルコトヲ聞カハ其登記ハ未タ抹消セラレスト雖モ代價ヲ支拂フコトナシトセス然レトモ是レ必スシモ過失ナリト謂フコトヲ得ス故ニ保證人ニシテ附記ヲ爲ササルニ於テハ第三取得者ハ保證人ノ存スルコトヲ知ルコトヲ得ス況ヤ代位ニ因リテ抵當權ヲ行フコトアルヘキコトオヤ然ルニ其附記ノ存スルトキハ縱令債務ノ履行セラレタル場合ニ於テモ先ツ何人カ履行ヲ爲シタルカヲ確ムヘキコト勿論ナリ若シ主タル債務者ニ於テ之ヲ爲シタルトキハ敢テ躕躇スル所ナク代價ヲ支拂フモ可ナリト雖モ若シ保證人カ代リテ履行ヲ爲シタルトキハ債權者ニ代位スルヲ以テ第三取得者ハ迂濶ニ代價ノ支拂ヲ爲スヘカラサルコトヲ知ルヘキカ故ニ損失ヲ被ルカ如キ虞ナカルヘシ而シテ代位ノ附記ノ必要ナルコトハ保證人カ全額ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ勿論縱令一部ノ辨濟ヲ爲シタルトキニ於テモ亦其必要アリ即チ此場合ニ於テモ債權ノ一部ハ消滅シタルモノナリ其消滅シタル部分ハ何人ノ辨濟ニ因リテ消滅シタルカハ第三取得者ニ於テ之ヲ知ラサルコトアリ縱令債權者ニ就テ辨濟ノ有無ヲ問フモ債權者ハ之ニ答フルニ單ニ其一部ノ辨濟アリタルコトヲ以テスルトキハ第三取得者ハ債權ノ殘額ヲ支拂ヒ以テ完全ニ不動産上ノ權利ヲ取得シタルモ

ノト信シ安心セルニ際リ突然保證人ヨリ債務ノ一部ハ自己ニ於テ履行シタルモノナレハ其部分ニ付テ債權者ニ代位シ抵當權ヲ行使セントスルカ如キコトアラハ第三取得者ハ不慮ノ損失ヲ被ルコトアラン而シテ此附記カ保證人ノ爲メニ唯煩累ヲ釀スニ過キスシテ何等ノ利益ナキニ於テハ或ハ之ヲ命スルハ酷ニ失スル嫌ナキニ非サルモ保證人ニ取リテモ亦頗ル利益ト爲ルコトアリ他ナシ第三取得者カ滌除權ヲ行フ場合是ナリ滌除トハ第三取得者ヨリ一定ノ金額ヲ提供シ以テ不動産ヲシテ抵當權ノ負擔ヲ免レシムルノ方法ナリ而シテ其提供ハ登記シタル總テノ債權者ニ對シテ之ヲ爲ササルヘカラス（三八三條）此規定ハ先取特權及ヒ質權ニ準用セラル（三四一條、三六一條）此場合ニ於テ若シ保證人カ豫メ代位ノ登記ヲ爲サス又登記ノ抹消ヲ爲サストセハ第三取得者ハ唯登記簿面ニ基キ其登記セラレタル債權者ニ對シテ提供ヲ爲スノ外ナシ然ルニ其債權者ハ既ニ保證人ヨリ辨濟ヲ受ケタルヲ以テ敢テ第三取得者ヨリ辨濟ヲ受クルノ要ナシ而シテ其債權者ニシテ不深切ナル者ナランニハ敢テ之ヲ保證人ニ通知スルコトナカルヘシ或ハ又債權者ハ既ニ辨濟ヲ受ケタルニ第三取得者カ之ニ提供ヲ爲シタルハ何等カノ錯誤ニ出テタルモノナラント信シ之ヲ等閑ニ付スル場合ナキニ非ス斯ル場合ニ於テハ保證人ハ其滌除ノ事實ヲ知ルコトヲ得ス隨テ何等ノ異議ヲ唱フルコトナク空シク期間ヲ經過シ復タ如何トモスルコト能ハス而モ第三取得者カ提供シタル金額ハ極メテ少額ニ止マルコトアルヘシ例ヘハ債權額一萬圓ニシテ擔保不動産ハ時價一萬圓ナル場合ニ於テ第三取得者カ七千圓ヲ提供セリトセハ保證人ハ期間ヲ徒過シタルカ爲メ面リ三千圓ノ損失ヲ被ラサルヘカサルノ結果ニ至ラン尤モ場合ニ依リテハ不法行爲ノ原則ニ從ヒ債權者ヲシテ損害賠償ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシト雖モ然レトモ常ニ債權者ニ過失アリト謂フコトヲ得サルノミナラス其損害額モ必スシモ證明シ得ラルヘキモノニ非サルナリ

或ハ債權者ハ保證人ヨリ既ニ債權ノ半額例ヘハ一萬圓ノ債權中五千圓ヲ受領シタリ而シテ殘額五千圓ニ對シテ第三取得者ハ七千圓ヲ提供シテ滌除ヲ爲サントシタルニ債權者ハ直チニ之ヲ承諾セリトセハ債權者ハ全額一萬圓ヲ得テ尚ホ二千圓ヲ餘スコトト爲ル若シ保證人ハ此二千圓ヲ受クルコトヲ得ルニ止マルモノトセハ終ニ三千圓ノ損失ヲ被ラサルヘカラス尤モ後ニ說明スルカ如ク我民法ニ於テハ一部辨濟ノ場合ニハ原則トシテ一部代位ヲ認ムルヲ以テ前例ノ場合ニ於テハ債權者ハ五千圓ノ全部ヲ收受スルコトヲ得スシテ三千五百圓ヲ取得スルニ止マルヘク結局千五百圓ヲ損失セサルヘカラサルコトト爲ルヘシ然レトモ債權者ハ一萬圓中ノ千五百圓ニ過キサルヲ以テ競賣等ノ繁雜ナル手數ヲ勞センヨリハ之ヲ債務者ニ請求スルモ或ハ辨濟ヲ得ヘキ望ナキニ非サルヲ以テ之ニ甘ンスルヤモ知ルヘカラス然ルニ保證人ニ於テハ縱令千五百圓ニモセヨ他人ノ爲メニ損失ヲ被ルカ如キハ固ヨリ堪ヘ難キ所ナルヘク況ヤ我新民法ニ於テハ一部代位ヲ認ムルコト前述ノ如クナリト雖モ外國ニ於テハ一部代位ヲ許ササルノ例尠カラス我邦ニ於テモ特別ノ契約ヲ以テ之ヲ許ササル場合亦尠カラサルヘキニ於テオヤ蓋シ債權者ニシテ保證人ニ請求ヲ爲ストキハ保證人ハ必ス全部ノ支拂ヲ爲ササルコトヲ得ス然レトモ保證人ハ元來已ムコトヲ得スシテ支拂フモノナレハ債權者ニ於テモ主タル債務者ニシテ一部辨濟ノ資力アル場合ニ於テハ保證人ニ對シ一部ノ辨濟ヲ承諾スルコトナキニ非ス然レトモ債權者ニシテ若シ注意周到ナランニハ殘額ノ辨濟ヲ得タル後ニ在ラサレハ代位ヲ爲サシメサルコトヲ留保スルヤモ知ルヘカラサルナリ斯ル場合ニ於テハ前例ニ依レハ債權者ハ五千圓ヲ取得シ保證人ハ僅ニ殘餘ノ二千圓ニ付テ權利ヲ行フコトヲ得ルニ過キサルナリ且如何ナル場合ニ於テモ債權者ハ自ラ承諾シテ自ラ損失ヲ被ルニ於テハ固ヨリ其自由ナルヘキモ全ク之ヲ知ラサル保證人ヲシテ不慮ニ損失ヲ被ラシムルカ如キコトハ避

ケサルヘカラサル事ニ屬ス故ニ保證人ニ於テ其登記ニ附記スルトキハ第三取得者ハ之ニ對シテモ亦提供ヲ爲ササルヘカラス隨テ債權者ニ於テハ承諾ヲ爲スモ保證人ハ之ヲ肯セスシテ增價競賣ヲ求ムルコトヲ得ヘシ是レ保證人ニ取リテ利益ナル所ニシテ隨テ此條件ノ至當ナルコト復タ多言ヲ要セサルナリ』

第二　第三取得者間ノ關係　是レ亦特別ノ明文ナキニ於テハ頗ル疑アルヘキ所ナリ例ヘハ債權者カ二箇ノ不動產ノ上ニ抵當權ヲ有シ而シテ其中ノ甲不動產ニ付テ抵當權ヲ行ハントスル場合ニ於テ第三取得者カ此不動產ヲ惜ミ競賣ヲ免レンカ爲メニ辨濟ヲ爲シタリトセンニ此場合ニ於テハ其第三取得者ハ代位權ヲ有スルト雖モ他ノ乙ナル不動產ノ第三取得者ニ對シテ代位權ヲ行フコトヲ得ルヤ否ヤ是レ實ニ疑ハシキ問題ナリ是レ羅馬法ニ於テモ既ニ疑問ト爲レル所ナリ其然ル所以ノモノ他ナシ第三取得者間ニ於テハ連帶若クハ保證等ノ場合ト異ナリ何等ノ關係モ存セサルカ故ニ互ニ固有訴權ナキハ勿論ニシテ唯代位ニ付テノミ問題ヲ生スルナリ即チ此場合ニ於テハ或第三取得者ハ債權者ニ代位スルニ非サレハ他ノ第三取得者ニ對シテ何等ノ權利ヲモ行フコトヲ得ス蓋シ第三取得者ハ債務者ニ對シテ求償スルコトヲ得ヘク其求償權ノ擔保トシテ他ノ第三取得者ニ對シ擔保權ヲ行フコトヲ得ルモノニシテ擔保財產ノ第三取得者トシテハ其間ニ何等ノ關係モナキナリ故ニ若シ特別ノ明文ナキトキハ前ニ保證人ト第三取得者トノ關係ニ付キ述ヘタルカ如キ不條理ノ結果ヲ生セン即チ若シ甲不動產ノ取得者ニシテ先ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ乙不動產ニ對シ債權者カ有セシ全部ノ權利ヲ得ルヲ以テ乙不動產ニ對シテ既ニ支拂ヒタル總額ヲ請求スルコトヲ得此場合ニ於テ若シ乙不動產ノ第三取得者カ辨濟ヲ爲ササルトキハ其不動產ヲ競賣シ代價ニ付テ滿足ヲ得ルノ權利アルヘシ之ニ反シテ乙不動產ノ第三取得者ニシテ先ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ逆マニ甲不動產ノ第三取得者ニ對シテ債權者ノ權利ヲ行フコトヲ得ルニ至ラシ若シ此ノ如クナルトキハ常ニ先ニ辨濟ヲ爲シタル者ハ利益ヲ得テ他ノ者ハ其取得シタル不動產ヲ取上ケラルルニ非サレハ二重ニ代價ヲ支拂ハサルヘカラサルノ結果ニ至ルコトアラン而シテ辨濟ノ前後カ單ニ辨濟者ノ隨意ニ在ルモノナランニハ未タ其害ノ太甚シキヲ見サルコトアラント雖モ大抵債權者ノ請求ニ應シテ辨濟ヲ爲スヘキカ故ニ債權者ハ特ニ甲ニ厚クスル爲メ之ニ對シテ先ニ請求ヲ爲スカ如キコトナシトセス故ニ第三取得者ニシテ二人以上アルトキハ其間ニ於テ權利ノ效力ニ優劣ヲ付スルコトヲ得ス取得ノ前後ノ如キモ亦以テ優先的效力ヲ與フルノ標準ト爲スコトヲ得サルヲ以テ結局不動產ノ價格ノ割合ニ應シテ代位ヲ行フコトヲ得セシムルヲ以テ最モ正當ナリト信ス是レ我新民法第五〇一條第三號ノ認ムル所ナリ此ノ如クスルトキハ辨濟ノ前後若クハ取得ノ遲速ニ因リテ不慮ノ損失ヲ被ルカ如キ憂アルコトナシ

第三　物上保證人（Cautionsréelles）間ノ關係　物上保證人即チ自己ノ財產ヲ以テ他人ノ債務ノ擔保ニ供シタル者ノ間例ヘハ甲ハ子ナル不動產ノ上ニ抵當權ヲ設定シ以テ或債務ノ擔保ニ供シ乙ハ丑ナル不動產ヲ出シ同一債務ノ擔保ノ爲メ之ニ質權ヲ設定シタルトキハ其甲乙間ニ於ケル代位ニ付テモ辨濟ノ前後ヲ以テ代位權ノ有無ヲ決スルコト能ハス此場合ニ於テモ其狀態頗ル第三取得者間ノ狀態ニ類スルヲ以テ同シク財產ノ價格ノ割合ニ應シテ代位ヲ爲サシムルヲ以テ最モ適當ノ處置ナリト信ス是レ第五〇一條第四號ニ於テ第三取得者ニ關スル規定ヲ準用スル所以ナリ而シテ此等ノ者ノ債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルコトハ第三五一條及ヒ第三七二條ニ規定セル所ナリ然レトモ此等ノ物上保證人間ニ於テハ固有ノ求償權ナルモノアルコトナク唯債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルカ故ニ其擔保トシテ他ノ物上保證人ニ對スル權利ヲ生スルコト恰モ第三取得者間ニ於ケルト異ナルコトナシ是レ其準用アル所以ナ

リ

第四　保證人ト物上保證人トノ關係　保證人ト物上保證人トノ間ニ在リテモ互ニ固有ノ求償權ヲ有スルモノニ非スシテ各自主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルニ過キス舊民法ニハ此事ニ關スル規定ナク外國ノ法律ニモ未タ之アルコトヲ聞カサルモ我新民法ハ特ニ之ヲ規定セリ舊民法ノ如キハ物上保證人間ノ關係ニ付テモ規定ヲ設ケサリキ然ルニ此等ノ問題ニ付キ明文ナキトキハ頗ル解決ニ苦シマサルコトヲ得ス本項ノ關係ニ於テ殊ニ然リトス即チ一方ハ單ニ對人的ノ擔保ヲ爲セル者ニシテ若シ此等ノ者ノ間ニ何等ノ特約ナキニ於テハ各〻其頭數ニ應シテ債務ノ一部ヲ負擔スヘキモノトセルヲ以テ其中ノ一人カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ他ノ者ニ對シ求償權ヲ有ス是レ保證ニ關スル規定ヲ說明スルニ當リテ既ニ述ヘタル所ナリ之ニ反シテ所謂「物上保證人」ニ在リテハ斯ル求償權ヲ有セス而シテ代位ノ效力トシテハ前述ノ如ク互ニ擔保財産ノ價格ニ應シテ代位スルモノトセルニ過キサルヲ以テ此兩者ノ間ニ於テハ保證人カ物上保證人ニ對シテ代位スルモノト爲スヘキカ將タ物上保證人カ保證人ニ對シテ代位スルモノト爲スヘキカ孰レニスルモ木ニ竹ヲ繼クカ如ク頗ル其斷定ニ惑フ所ナクンハアラス蓋シ物上保證人ハ彼ノ第三取得者ニ比スヘキモノニ非スシテ之ト全ク其趣ヲ異ニス即チ第三取得者ハ擔保附ノ財産ヲ讓受ケタル者ナルモ物上保證人ニ於テハ他人ノ利益ノ爲メニ自己ノ財産カ擔保ニ供シタル者ナリ此點ヨリ觀ルトキハ物上保證人ハ第三取得者ト同一視スルコトヲ得サルヲ以テ保證人ハ第三取得者ニ對スル場合ト同シク之ニ對シテ代位ヲ爲スコトヲ得ルモ物上保證人ハ保證人ニ對シテ代位ヲ爲スコトヲ得スト謂フヘカラス故ニ保證人ト物上保證人トハ法律上同等ニ待遇スルヲ以テ穩當ナリト信スト雖モ其性質上全ク此ノ如クスルコト能ハス何トナレハ物上保證人間ニ在リテハ擔保財産ノ額ニ應シテ代位權ヲ行フモ保證人間ニ在リテハ平等ノ割合ヲ以テ求償權ヲ行フヲ原則トスレハナリ是ヲ以テ新民法ニ於テハ便法トシテ第五〇一條第五號ノ規定ヲ設ケタリ今此規定ヲ說明セントスルニ方リ例ヲ設ケテ諸君ノ了解ニ便ナラシメント欲ス例ヘハ保證人及ヒ物上保證人各〻二人ツヽアリトシ而シテ保證人ヲ甲乙、物上保證人ヲ丙、丁ト假定シ其負擔スヘキ債務ノ額ヲ假ニ一萬圓トセンニ先ツ假ニ右ノ四人ニ平分スルノ規定ナルヲ以テ各〻二千五百圓ヲ負擔セサルヘカラサルカ如シ而シテ若シ甲一人ニテ辨濟ヲ爲シタリトセハ乙ニ對シテ二千五百圓ヲ請求シ丙丁ノ財産ニ就キ合計五千圓ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ丙丁ノ供シタル擔保財産ノ價格カ同一ナラサルトキ例ヘハ丙ノ供シタル財産ノ價格ハ五千圓ニシテ丁ノ供シタル財産ノ價格ハ二千五百圓ナルトキハ甲及ヒ乙ハ各〻二千五百圓ツヽヲ負擔シ丙丁二人ノ負擔額即チ五千圓ハ擔保ニ供シタル財産ノ價格ニ比例シテ負擔スヘキモノトセルカ故ニ其割合二ト一トノ如シ即チ五千圓ニ對スル擔保財産ノ價格ハ七千五百圓ナルヲ以テ丙ハ其三分ノ二即チ三千三百三十三圓餘ヲ負擔シ丁ハ三分ノ一即チ千六百六十六圓餘ヲ負擔スルコトト爲ル蓋シ保證人ト物上保證人トノ關係ニ於テハ假ニ孰レモ皆保證人タルカ如ク看做スト雖モ物上保證人間ニ在リテハ其擔保ニ供シタル財産ノ價格ニ應シテ代位ヲ爲スヘキモノトス是レ最モ便利ニシテ又比較的ニ理論ニ合フモノナリト信ス但此場合ニ於テ保證人カ物上保證人ニ對シテ代位ヲ爲スノ狀態ハ第三取得者ニ對シテ代位ヲ爲ス場合ニ類似ス即チ第三取得者カ保證人ノ存在スルコトヲ知ルニハ一ニ登記ニ依ルヘキヲ以テ保證人若シ其代位ヲ登記セサレハ第三取得者ニ對シテ代位スルコトヲ得サルト同シク物上保證人ニ於テモ他ニ保證人ノ存在スルコトヲ知ルコトヲ得サルヲ以テ保證人ニ於テ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦之ヲ知ルニ由ナカルヘシ而シテ動産ニ付テハ如何トモスルコト能ハスト雖モ不動産ニ付テ

ハ幸ニ登記制度ノ存スルアルヲ以テ恰モ第三取得者ニ對スルト同シク抵當權等ノ登記ニ保證人ノ代位ヲ附記セサルニ於テハ不動產ニ關スル物上保證人卽チ不動產質若クハ抵當ヲ供シタル第三者ニ對シ代位ヲ對抗スルコト能ハサルナリ

以上ヲ以テ代位者ノ種類ニ依リ特別ナル規定ノ存スル場合ヲ說キ了レリ請フ是ヨリ一部辨濟ノ規定ニ付キ說明セン保證人カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ債權者ノ有セル全部ノ權利ニ付キ代位ヲ爲スコトヲ得ルハ固ヨリ明カナルモ一部辨濟ノ場合ニ於テハ古來「何人ト雖モ自己ニ反對シテ代位セシメタルモノト看做サス」トノ格言ニ基キ債權者ノ權利ヲ害シテ代位スルコトヲ得ストセリ換言スレハ債權者ノ有セル權利ハ一部辨濟ノ場合ニ於テハ先ツ其殘部ニ付キ債權者自ラ之ヲ行ヒ然ル後ニ在ラサレハ一部辨濟者ハ代位スルコトヲ得サルモノトセリ卽チ例ヘハ一萬圓ノ債權ニ付キ保證人ヨリ五千圓ノ辨濟ヲ爲シタリ而シテ擔保財產ノ價格ハ七千圓ナリトセハ債權者ハ其不動產ニ對シ殘額五千圓ニ付キ擔保權ヲ實行スルコトヲ得ヘク保證人ハ其餘剩價額二千圓ニ付キ代位スルコトヲ得ルノミトセリ歐洲ニ於テハ此主義ヲ採用セル例頗ル多シ佛國民法ノ如キモ亦然リ然ルニ「ボワッソナード」氏ハ幸ニ此說ヲ採用セサリシニ拘ラス古來ノ原則ヲ棄ツルコトヲ敢テセサリシハ遺憾ナリキ卽チ舊民法財產編第四八五條第一項ニ「代位ハ原債權者ヲ害セサルコトヲ要ス」ト規定シ其結果トシテ同條第二項ニ「數箇ノ債權ヲ有スル者ハ其一箇ニ係ル代位辨濟カ他ノ債權ノ擔保ヲ減スルトキハ之ヲ拒ムコトヲ得」ト規定セリ此第二項ノ規定ハ一見甚タ其意義ヲ知ルニ苦シム所ナリト雖モ今草案理由書ニ依ルトキハ其適用アル場合ヲ知ルコト能ハサルニ非ス然レトモ予ハ此規定ノ穩當ナラサルコトヲ信スル者ナリ尤モ斯ル規定ハ新民法ノ採用セサル所ナルヲ以テ今茲ニ詳論スルノ必要ヲ見ス蓋シ法律上ノ代位ナルモノヲ認メスシテ單ニ彼ノ「讓權ノ利益」ヲ認ムルトキハ或ハ此ノ如キ規定ヲ了解シ得サルニ非ス蓋シ是レ債權者カ特ニ其權利ヲ讓渡スモノニシテ依テ以テ代位若クハ之ニ類スル事實ノ成立スルモノナレハ若シ債權者ニシテ自己ニ不利益ナランカ其讓受ヲ承諾セスト曰フモ其理由ナキニ非ス而シテ債權者カ一部辨濟ヲ受ケテ一部ノ讓權ヲ爲ストキハ之カ爲メニ自己ニ不利益ヲ來スヘキ場合ニ於テハ其讓權ヲ拒ムコトヲ得ヘク斯ル場合ニ於テハ法律ト雖モ決シテ其讓渡ヲ强フルコト能ハスト云フ理由ヨリ遂ニ舊民法ニ揭ケタルカ如キ原則ヲ認ムルヲ必要トセシナリ然リト雖モ既ニ法律上ノ代位ヲ認ムル以上ハ斯ル原則ヲ認ムルノ理由ナキナリ卽チ債權者カ自己ノ權利ヲ讓渡スルニ非スシテ法律カ代位ノ必要ヲ認メ辨濟者ヲシテ債權者ノ權利ヲ行ハシムルモノナルヲ以テ敢テ債權者ノ意思ヲ問フコトヲ要セサルナリ但之カ爲メニ債權者ニ不當ノ損害ヲ加フルコトアランカ固ヨリ之ヲ採用スヘカラサルナリ元來代位ナルモノハ債權者ヲ害スルコトナクシテ辨濟者ニ利益ヲ與フルモノナルヲ以テ之ヲ認メタルカ故ニ若シ債權者ニ不當ノ損害ヲ加フルカ如キ虞アルトキハ却テ羅馬法、佛國民法ノ如ク規定スルヲ以テ可ナリトスヘシト雖モ我新民法ノ規定ニ依ルモ債權者ニ對シテ不當ニ損害ヲ加フルカ如キ虞アルコトナシ蓋シ債權者ハ原則トシテハ一部辨濟ヲ受タルノ義務アルモノニ非サルヲ以テ一部代位ヲ爲サシムルコトヲ欲セサルトキハ唯之ヲ拒絕スヘキノミ然ルニ甘ンシテ一部辨濟ヲ受ケタルニ拘ラス一部代位ヲ許サスト云フカ如キハ是レ債權者ノ專橫ナリト謂ハサルヘカラス尤モ或場合ニ於テハ法律上一部辨濟ヲ受クヘキコトナキニ非ス例ヘハ保證人二人以上アル場合ニ於テハ特約アルニ非サレハ其債務ハ各保證人間ニ平等ニ分配セラルルモノナルヲ以テ自己ノ負擔部分ヲ辨濟シテ以テ其責ヲ免ルルコトヲ得此場合ニ於テハ縱令債權者ニ於テ損害ヲ被ルコトアルモ仍ホ一部辨濟ヲ受ケサルヘカラス然リト雖モ若シ債權者ニ

0304

シテ此損害ヲ被ルノ虞ヲ避ケント欲セハ當初保證契約ヲ爲ス場合ニ於テ數人ノ保證人ヲ立テシメサルカ若クハ之ヲ連帶セシムルコトヲ得ヘシ然ルニ漫ニ數人ノ保證人ヲ立テシメタルニ於テハ一部辨濟ノ不利益ヲ受クヘキコトハ初ヨリ覺悟セルモノト謂フモ敢テ過言ニ非サルナリ故ニ此場合ニ於テハ豫メ一部辨濟ヲ甘諾シタルモノト謂フヘシ隨テ法律上一部代位ヲ認ムルモ決シテ債權者ヲ害スルモノト謂フコトヲ得ス加之一旦代位ノ必要ヲ認ムル以上ハ一部代位モ亦之ヲ許スニ非サレハ其趣意ヲ貫徹スルコト能ハサルヲ以テ法律上一部辨濟ノ權利ヲ認ムル場合ハ勿論債權者ノ承諾ヲ得テ正當ニ一部辨債ヲ爲シタルトキニ於テモ亦一部代位ヲ爲スコトヲ許セリ但一部辨濟ヲ承諾スルト否トハ債權者ノ自由ナル場合ニ於テ若シ債權者カ一部代位ヲ許スコトヲ欲セサル場合ニ於テハ殘餘ノ債權ノ辨濟アリタル後ニ在ラサレハ代位ヲ爲サシメサルコトヲ留保スルコトヲ得ヘシ即チ此場合ニ於テハ一部辨濟ハ債權者ノ承諾アルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ債權者カ條件ヲ附シテ之ヲ承諾スルカ如キハ決シテ不可ナキ所ナルト同時ニ代位ナルモノハ素ト公益規定ニ非サルヲ以テ辨濟者ハ特約ヲ以テ代位權ヲ拋棄スルコトヲ得ヘシ故ニ何等ノ留保ヲ爲スコトナクシテ一部辨濟ヲ受ケタル債權者ハ一部代位ヲ承諾シタルモノト謂フモ敢テ不當ニ非スト信ス尙ホ法律上一部辨濟ヲ爲ス權利アル者ニ對シテ一部代位ヲ認メサルトキハ其者ノ爲メニ甚タ苛酷ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ此等ノ一部辨濟ヲ爲スコトヲ得ル者カ自己ノ負擔セル義務ヲ安全ニ履行シタルニ拘ラス他ノ部分ヲ辨濟スヘキ者カ未タ其義務ヲ盡ササルカ爲メニ代位ヲ爲スコトヲ得ストセハ一般ニ代位ヲ認メタルノ趣旨ニ背反スルモノト謂ハサルヘカラス是レ一部代位ヲ認ムル所以ナリ第五〇二條第一項ニ曰ク

債權ノ一部ニ付キ代位辨濟アリタルトキハ代位者ハ其辨濟シタル價額ニ應シテ債權者ト共ニ其權利

ヲ行フ

例ヘハ前例ノ場合即チ一萬圓ノ債權ニ對シテ七千圓ノ價格ヲ有スル不動産ヲ抵當ト爲セル場合ニ於テ若シ保證人カ代リテ五千圓ヲ支拂ヒタルトキハ債權者ハ殘餘ノ五千圓ニ付キ抵當權ヲ行ヒ保證人モ亦五千圓ニ付キ之ニ代位スルコトヲ得ルカ故ニ各、其抵當不動産ノ價格ノ半額即チ三千五百圓ヲ得各、千五百圓ノ損失ヲ被ルノ結果ト爲ル唯注意スヘキハ性質上分割スルコト能ハサル權利即チ割合ニ應シテ行フコトヲ得サル權利即チ解除權ニ付テハ一部代位ヲ許ササルコト是ナリ蓋シ契約ノ解除ハ全部ニ對スルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得サルコトハ契約ノ講義ニ於テ知ラルル所ナラン蓋シ一部ノ解除ハ契約ヲ變更スル結果ヲ生ス故ニ若シ保證人カ一部辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ解除權ニ付テモ亦一部代位ヲ許サンカ債權者ハ解除ヲ行ハント欲スルモ保證人ニ於テ之ヲ欲セサルトキ若クハ其反對ニ保證人ニ於テ之ヲ欲スルモ債權者ニ於テ之ヲ欲セサルトキハ果シテ如何其相手方ノ爲メニ迷惑タルヤ言フヲ俟タス何トナレハ若シ一部ノ解除ヲ認ムルニ於テハ相手方ハ其契約ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヘケレハナリ例ヘハ相手方カ一ノ不動産ヲ得ンコトヲ欲シテ契約ヲ締結シタルニ若シ其半ヲ解除セラルルモノトセハ一ノ共有ヲ生シテ相手方ハ其目的ヲ全ウスルコト能ハサルナリ故ニ結局債權者又ハ代位者ノ中其一人カ解除權ヲ行フコトヲ得ルモノトセサルヘカラス然ラハ其權利ハ之ヲ債權者ニ留保スヘキカ將タ全ク辨濟者ニ與フヘキカ曰ク寧ロ初ヨリ解除權ヲ有セル債權者ヲシテ獨リ之ヲ行フコトヲ得セシムルヲ以テ穩當ナリトス但債權者ニシテ全部ノ解除ヲ爲シタルトキハ曩ニ代位者ヨリ受領シタル辨濟額ハ不當ニ利得スルニ至ルヲ以テ之カ返還ヲ爲ササルヘカラサルコト多言ヲ要セサルナリ是レ第五〇二條第二項ノ規定アル所以ナリ

前項ノ場合ニ於テ債務ノ不履行ニ因ル契約ノ解除ハ債權者ノミ之ヲ請求スルコトヲ得但代位者ニ其辨濟シタル價額及ヒ其利息ヲ償還スルコトヲ要ス

以上ヲ以テ一部辨濟ニ關スル場合ヲ講了セリ以下代位ノ效力トシテ債權ニ關スル證書又ハ擔保物ハ如何ニ之ヲ處置スヘキカヲ説明セント欲ス即チ第五〇三條ニ曰ク

代位辨濟ニ因リテ全部ノ辨濟ヲ受ケタル債權者ハ債權ニ關スル證書及ヒ其占有ニ在ル擔保物ヲ代位者ニ交付スルコトヲ要ス

債權ノ一部ニ付キ代位辨濟アリタル場合ニ於テハ債權者ハ債權證書ニ其代位ヲ記入シ且代位者ヲシテ其占有ニ在ル擔保物ノ保存ヲ監督セシムルコトヲ要ス

全部代位ノ場合ニ於テハ債權者ハ自己ノ受クヘキモノノ全部ヲ受ケタルヲ以テ證書若クハ擔保物ハ全ク不用ニ屬スヘク之ニ反シテ代位者ニ於テハ其必要ヲ感スヘク若シ之ナケレハ多クハ代位權ヲ行フコト能ハサルヘシ故ニ此等ノモノハ代位者ヲシテ債權者ニ對シテ其交付ヲ求ムルコトヲ得セシムヘキハ毫モ疑ヲ容レス然レトモ一部辨濟ノ場合ニ於テハ債權者ハ尙ホ殘額ニ付キ權利ヲ行ハサルヘカラス隨テ證書若クハ擔保物件ハ之ヲ一部辨濟者ニ引渡スコトヲ得サルヲ以テ此場合ニ於テハ其證書ニ代位ヲ記入スルコトトシ例ヘハ保證人カ債務ノ半額ヲ辨濟シタルトキハ債權者ハ其債權ノ半額ニ付キ保證人カ代位權ヲ有スルコトヲ記入スヘキモノトシ且其擔保物件ニ付テハ保證人モ亦一部ノ權利者ナルヲ以テ之ヲシテ其擔保物件ノ保存ヲ監督セシムルコトヲ要スルモノトセリ即チ債權者ニシテ不注意ナル者ナランカ一部辨濟者ハ特別ノ保管者ヲ選任シテ之ヲシテ擔保物ノ保管ヲ爲サシムルコトヲ得ヘク又ハ一定ノ場所ニ寄託セシムルコトヲ得ヘシ又或ハ擔保物件ニ破損ノ箇處ヲ生シ若シ此儘等閑ニ付スルト益〻此破損ヲ增大スル虞アル場合ニ於テ債權者ノ不注意ニシテ之ヲ等閑ニ付スルカ如キ場合ニ於テハ之ヲ修繕セシムルコトヲ得ヘキナリ

以上ヲ以テ證書若クハ擔保物件ノ交付ニ關スル説明ヲ了レリ終ニ債權者ノ故意又ハ過失ニ因リテ代位ヲ不能ナラシメタル場合ニ於テ其責任如何ヲ述ヘン

債權者カ故意又ハ過失ニ因リテ辨濟者ノ代位ノ全部又ハ一部ヲ不能ナラシメタル場合ニ於テハ果シテ如何ナル制裁アルカ既ニ代位ヲ以テ法律上ノ權利ト爲シタル以上ハ必ス之カ制裁ナカルヘカラス或ハ特別ノ明文ナキモ不法行爲ニ因ル責任アリト謂フコトヲ得サルニ非サルヘシト雖モ仍ホ疑ヲ生セサルコト能ハス何トナレハ若シ實際ニ辨濟ヲ爲セハ則チ代位權ナルモノ生スレトモ未タ保證人其他ノ者カ辨濟ヲ爲スヤ否ヤ不分明ナル間ニ於テ抵當權ヲ拋棄シ或ハ質權ノ目的タル財產ヲ過失ニ因リテ毀損シタル如キ場合ニ於テハ是レ單ニ債權者カ自己ニ不利益ナル行爲ヲ爲シタル過キス必スシモ將來代位スルコトアリヤ否即チ保證人等カ辨濟ヲ爲スヤ否ハ未タ之ヲ知ルヘカラサルカ故ニ敢テ代位者其者ノ權利ヲ害シタルト謂フコトヲ得スト曰フ者ナキニ非サルヘケレハナリ而シテ我民法ノ如ク概括的ニ代位權ヲ認メサル國ニ於テハ(而シテ此例最モ多シ)原則トシテ右ノ議論ヲ容レサルコトヲ得ス而シテ我舊民法ニ於テハ保證ノ場合及ヒ連帶ノ場合ニ付テノミ右ノ制裁ヲ規定シ外國ニ於テハ保證ノ場合ニハ規定アルモ連帶ノ場合ニハ此規定ナキ例アリ然レトモ我輩ノ見ル所ヲ以テスレハ一旦法定代位ナルモノヲ認ムル以上ハ其代位者カ保證人ナルト連帶債務者ナルト將タ第三取得者ナルトニ由リテ區別ヲ設クルノ理由ナク皆是レ法律カ代位ニ因リテ保護ヲ與フルコトヲ約束シタルモノト謂フヘシ而シテ債權者カ故意又ハ過失ニ因リテ擔保ヲ喪失シ又ハ減少スルコトハ債權者自身ニ取リテモ不利益ナルコトナ

ルカ故ニ之ヲ其自由ニ委セサルモ爲メニ債權者ヲ害スルモノト謂フヘカラス蓋シ債權者ハ自己ノ利益ヲ考フルモ通常擔保ヲ喪失シ又ハ減少スヘカラス唯時トシテハ一片ノ義俠心又ハ親戚、友人等ニ對スル愛情ニ因リ質權又ハ抵當權等ヲ抛棄スルノ希望ヲ有スルコトアルヤモ知ルヘカラスト雖モ所謂「代位者」ニ在リテハ若シ辨濟ヲ爲サハ自己ノ損失ニ歸スルコトナキヲ保セサル所ノ地位ニ立ツ者ナルヲ以テ法律ハ之ヲ保護スルカ爲メニ代位權ヲ與ヘタルモノナルニ債權者ノ義俠心若クハ愛情ノ爲メニ代位者ノ權利ヲ害シテ抵當權ヲ抛棄シ質權ヲ消滅セシムルモ可ナリト爲スハ甚タ謂レナキコトナリ若シ債權者ニシテ自己ノ希望ヲ滿タサント欲セハ宜シク先ツ保證人ノ義務ヲ免除シ又ハ連帶債務者ニ對シテ連帶ヲ免除シ又ハ第三取得者ニ對シテ抵當權等ヲ抛棄シ而シテ後他ノ者ニ對シ質權又ハ抵當權ノ抛棄ヲ爲シテ可ナリ然ルニ保證人、連帶債務者又ハ抵當不動產ノ第三取得者等ニ對スル權利ハ之ヲ留保シ主タル債務者カ辨濟ヲ爲ササリシトキハ此等ノ者ニ對シテ辨濟ヲ求メントスル以上ハ其前ニ質權又ハ抵當權ヲ抛棄シテ叨ニ恩惠ヲ施スコトハ法律上許スヘカラサルモノト謂ハサルヘカラス且之ヲ許ストキハ往往弊害アルヲ免レス例ヘハ茲ニ確實ナル保證人又ハ連帶債務者アリテ之ニ對シテ請求スレハ必ス全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ル場合ナリトセン此場合ニ於テハ債權者ハ質又ハ抵當ヲ存スルノ必要ヲ感セサルカ故ニ債務者ト通謀シテ此等ノ擔保ヲ抛棄スルコトアルヘシ縱令故意ニ此等ノ權利ヲ抛棄セサルモ自ラ怠慢ニ流ルルノ弊ナシトセス然ルニ保證人、連帶債務者等ノ爲メニ此抵當、質等ノ必要ナルコトアルヘシ此等ノ點ヨリ考フルモ相當ノ制裁ナカルヘカラサルナリ是レ第五〇四條ノ規定アル所以ナリ同條ニ曰ク

第五百條ノ規定ニ依リテ代位ヲ爲スヘキ者アル場合ニ於テ債權者カ故意又ハ懈怠ニ因リテ其擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ代位ヲ爲スヘキ者ハ其喪失又ハ減少ニ因リ償還ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度ニ於テ其責ヲ免ル

以上ヲ以テ代位ニ關スル事項ヲ說キ了リタルト同時ニ辨濟ニ關スル說明ヲ了レリ

第二款　相殺

相殺トハ互ニ債權者タリ債務者タル者カ其各自ノ債權ヲ以テ債務ノ辨濟ニ充テ以テ雙方ノ債權債務ヲ消滅セシムルヲ謂フ相殺ニ法律上ノ相殺、契約上ノ相殺及ヒ裁判上ノ相殺アリ契約上ノ相殺ハ當事者カ自由ニ爲スコトヲ得ルモノニシテ例ヘハ甲ハ乙ニ對シテ債權ヲ有シ乙亦甲ニ對シテ債權ヲ有スル場合ニ於テ其債權ノ種類ノ如何ヲ問ハス雙方熟議ノ上其間ニ相殺ヲ行フコトヲ得ヘシ之ニ關シ舊民法ニ於テハ特ニ規定ヲ設ケタリシモ新民法ニ於テハ別ニ規定ヲ設ケス但新民法ニ於テモ契約上ノ相殺ヲ禁スルノ趣旨ニ非サルコト勿論ナルカ故ニ一般ノ契約ニ關スル規定ニ依リテ支配セラルヘキナリ尙ホ敢テ言フヲ俟タサルコトナレトモ此ニ一言シ置クヘキハ相殺ノ契約ノ爲メニ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得サルコト是ナリ例ヘハ甲ナル者其乙ナル者ニ對スル債權ヲ丙ナル者ニ質入シ而シテ其債權ト乙ニ對スル債務トノ相殺ヲ爲スノ契約ヲ結フモ之ヲ以テ丙ニ對抗スルコトヲ得サルナリ換言スレハ質權者タル丙ハ甲乙間ノ契約ヲ效力ナキモノト看ルコトヲ得ルモノトス此他ノ場合即チ第三者ノ權利ヲ害セサル範圍內ニ於テハ如何ナル契約ヲモ自由ニ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ予ハ或人ニ對シテ或學科ヲ敎フルノ義務ヲ負ヒ其相手方ハ予ニ對シテ金千圓ノ債務ヲ負ヘリト假定セン此間ニ於テ相互ノ債務ヲ相殺シテ予ハ敎授ヲ爲スコトヲ罷ムル代リニ相手方ニ對シテ千圓ノ債權ヲ抛棄スルノ契約ヲ爲スモ敢テ

妨ナキナリ次ニ裁判上ノ相殺トハ反訴ノ方法ヲ以テ行フ相殺ナリ而シテ民事訴訟法中「相殺」ナル文字ノ明カニ掲ケラレタルハ第二〇一條第二項是ナリ曰ク「然レトモ答辯書差出ノ期間内ニ差出シタル書面ヲ以テ起サザル反訴ハ被告ノ請求ノ全部又ハ一分ト相殺ヲ為スヘキ場合ニ於テ同時ニ被告カ自己ノ過失ニ因ラスシテ其以前反訴ヲ起スヲ得サリシコトヲ疏明スルトキニ限リ之ヲ為スコトヲ許ス」ト次ニ舊民法ノ如キハ法律上ノ相殺トシテ當然ノ相殺ナルモノヲ認メタリ即チ或條件カ具備スルトキハ當然相殺カ行ハルルヲ謂フモノニシテ當事者カ何等ノ意思ヲ表示セサルモ又條件具備ノ後反對ノ意思ヲ表示スルモ敢テ此相殺ヲ妨クルコト能ハサルモノトシ唯初ヨリ或債權ニ付キ相殺セスト契約シタルトキハ其契約ハ有效ナリトセリ故ニ此ノ如キ特約ナキ場合ニ於テ一旦法律上相殺カ行ハレタル以上ハ當事者カ互ニ相殺ヲ欲セサリシ場合ニ於テモ復タ如何トモスルコト能ハサルナリ新民法ニ於テハ法律上當然相殺ノ行ハルルコトヲ認メスト雖モ一方ノ意思表示ニ依リテ行ハルルモノトセリ是レ亦廣キ意味ニ於テハ法律上ノ相殺ナリ何トナレハ法律上ノ條件ヲ具備シタルトキハ一方ノ意思表示ノミヲ以テ相殺ヲ行フコトヲ得セシムレハナリ此點ニ付テハ古來國ニ依リ時代ニ依リテ大ニ異ナル所ノモノアリ羅馬ニテモ極メテ古キ頃ハ相殺ナルモノヲ認メサリシモ何時シカ之ヲ認ムルニ至リ其後ニ於テモ種種ノ沿革ヲ經來レリ今日ノ歐羅巴諸國ニ於テモ種種ノ主義アリ之ヲ大別シテ三主義ト為スコトヲ得第一ハ羅馬法ノ主義ニシテ裁判所ニ訴フルヲ要スルモノ即チ裁判上ノ相殺ニシテ一方ヨリ訴ヘ出テタルトキ之ニ對シ相殺ヲ以テ對抗スルニ因リテ行ハルルモノナリ第二ハ當事者ノ一方ノ意思表示ニ因リテ相殺ヲ為スノ主義ニシテ獨逸法等ノ採用セル所ナリ第三ハ佛蘭西法ノ主義ニシテ相殺ハ法律上當然行ハルルト為スモノ即チ法律ノ定メタル條件具備スレハ當事者ノ不知ノ間ニ於テモ行ハルルトスルノ主義ナリ此等ノ主義ニ付キ其利害、得失ハ後ニ述フル所アルヘシト雖モ我舊民法ハ佛蘭西法ノ主義ヲ採用シタルモノニシテ新民法ハ獨逸法ノ主義ニ則リタルモノナリ尚ホ舊民法ハ法律上ノ相殺ノ外ニ裁判上ノ相殺ヲ認メタリ即チ法律上當然相殺ノ行ハレサル場合ニ於テモ時トシテハ裁判上ノ相殺ノ行ハルルモノトセリト雖モ新民法ハ之ヲ認メス即チ當事者カ相殺ノ意思表示ヲ為スニハ裁判上ニ於テ為スモ又裁判外ニ於テ為スモ可ナリトシ唯一定ノ條件ヲ要スルモノトセリ以下第一ニ相殺ノ條件ヲ述ヘ第二ニ相殺ノ效力ヲ論セント欲ス

第一　相殺ノ條件

相殺ノ條件ニハ二種アリ實質上ノ條件及ヒ形式上ノ條件是ナリ

(一)　實質上ノ條件

民法ノ規定セル所ニ依レハ相殺ニ關スル實質上ノ條件五アリ即チ左ノ如シ

第一條件　同種ノ目的ヲ有スル債權ナルコトヲ要ス　第五〇五條第一項本文ニ曰ク二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ニ於テ雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルトキハ各債務者ハ其對當額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得

右ノ條文ノ上段ニ「二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ニ於テ」トアルハ即チ第一ノ條件ヲ示シタルモノナリ所謂同種ナル語ハ聊カ不明ノ嫌アリ法典調査會ニ於テモ頗ル議論アリシ所ナリ通常ハ代替物ナルコトヲ要スト為シ或ハ「代替シ得ヘキモノ」ナルコトヲ要スト曰ヘリ舊民法ノ如キハ即チ然リ然レトモ是レ亦不明タルヲ免レス蓋シ「代替物」ナル語ハ我輩ノ解スル所ニ據レハ畢竟當事者ノ意思ニ依リ或ハ甲ノ物ヲ與ヘ或ハ乙ノ物ヲ與ヘテ債務ノ履行ニ充ツルコトヲ得ルモノヲ謂フ例ヘハ

金百圓ヲ支拂フヘキ義務ヲ負フ者ハ十圓札十枚ヲ拂フモ十圓金貨十箇ヲ拂フモ又五圓札若クハ二十圓金貨ヲ以テスルモ敢テ不可ナキナリ是レ代替シ得ヘキモノナレハナリ又例ヘハ債務カ武藏ノ上米ヲ給付スルニ在ルトキハ苟モ武藏ノ上米タル以上ハ現在甲ノ倉庫中ニ存スル米タルト乙ノ倉庫中ニ存スル米タルトヲ問ハサルナリ然ルニ此等ノ物ト雖モ當事者ノ意思代替スルコトヲ許ササルニ在ル場合ニ於テハ代替物ト謂フコトヲ得ス例ヘハ封金ハ特定シタル物ニシテ之ヲ預リタル者ハ之ヲ開封シテ使用スルコトヲ得ス即チ最初受取リタル儘ニテ返還セサルヘカラサルナリ特定シタル米ヲ預リタル場合ニ於テモ亦然リ又不動産ト雖モ當事者ノ意思ニ因リテハ代替物ト爲ルコトアリ例ヘハ北海道ノ某地方ニ於ケル土地何町歩ト云フトキハ甲村ノ土地ヲ以テスルモ乙村ノ土地ヲ以テスルモ其約束シタル區域ニ於テ約束シタル坪數ヲ與フレハ則チ可ナリ故ニ此場合ニ於テハ不動産モ亦代替物ナリト謂ハサルヘカラス若シ斯ル意味ニ於テ「代替物」ナル文字ヲ使用セハ相殺ニ付テモ「代替」ノ語ヲ用フルモ可ナルヘシト雖モ凡ソ代替物ト謂フトキハ甲ノ債權ノ目的ト乙ノ債權ノ目的トヲ代替シ得ヘキ意味ヲ以テ慣用セル語ニ非ス唯或債務ヲ履行スルニ當リ若シ金錢債務ナランニハ法律ノ制限内ニ於テハ何レノ金錢ヲ以テスルモ可ナリ又其目的カ米若クハ土地ナルトキハ何レノ米、何レノ土地ヲ以テスルモ可ナリト云フノ意味ニ於テ「代替」ナル語ヲ用フルモノナルカ故ニ相殺ノ場合ニ於テ此語ヲ用フルハ穩當ヲ缺クモノト謂ハサルヘカラス

然ラハ「代替物」トハ當事者ノ意思ニ拘ハラス物ノ性質ニ據ルモノナリトセンカ是レ羅馬ノ「テキスト」ニハ此趣旨ヲ以テ記載シ今日ニ於テモ獨逸ノ學者ノ如キハ仍ホ此意ヲ以テ説明セリ即チ「代替物」トハ若例ヘハ金錢又ハ米穀等ノ如キハ性質上代替物ニシテ土地、家屋等ノ如キハ性質上非代替物ナリト曰ヘリ若シ此意味ニ於テ代替物ト謂フトキハ到底相殺ノ場合ニ適合セス何トナレハ相殺ノ場合ニ於テハ苟モ當事者ノ意思ニ於テ同種類ノモノト爲シタル以上ハ如何ナル性質ノモノト雖モ互ニ相殺スルヲ妨ケサルニ「代替物」ナル語ヲ右ノ如キ意義ニ於テ此場合ニ使用セハ到底立法者ノ希望シタル所ニ適合セサルハナリ例ヘハ前ニモ述ヘタル如ク當事者雙方ノ債務カ共ニ不動産ヲ目的トセルモ敢テ特定シタル不動ニ至ルヘケレ産ヲ指スニ在ラスシテ甲ハ乙ニ對シ或條件ヲ備フル不動産ヲ百町歩與フル義務ヲ負ヒ乙モ亦甲ニ對シ同一ノ條件ヲ備フル不動産百町歩ヲ與フル義務ヲ負ヘル場合ニハ一方ノ意思表示ニ依リテ直チニ相殺ハ行ハルヘキニ拘ラス獨逸等ニ於ケル學説ノ如キ意義ニテ「代替物」ナル文字ヲ使用スルトセハ本例ノ場合ニ於テハ相殺ハ行ハレサルニ至ルヘシ勞務ノ如キハ有體物ニ非サルモ亦同シク相殺ノ目的ト爲スコトヲ得例ヘハ甲ハ乙ニ對シ人ヲ特定セスシテ一定ノ仕事例ヘハ園丁ノ手間十人ノ義務ヲ負ヘル場合ニ於テ乙モ亦甲ニ對シテ同シク園丁ノ手間十人ヲ供給スルノ義務ヲ負ヘリトセンカ此場合ニ於テハ一方カ意思表示ヲ爲セハ相殺ハ直チニ行ハルヘキナリ然ルニ「代替物」又ハ「互ニ代替シ得ヘキ物」ト云フ如キ文字ヲ使用スルトセハ聊カ當ラサルモノアルノミナラス之カ爲メニ誤ヲ生シ易シ尤モ前ニ一言シタル如ク「同種」ナル文字モ漠然タルヲ免レスト雖モ此場合ニ於テハ寧ロ此文字ノ方却テ誤ヲ生スルコト尠カルヘシト信ス何トナレハ常識ヲ以テ解釋セハ其範圍自ラ判然タルヘク當事者カ同種ノ目的ヲ有スル義務ナリ、同シキ物ヲ目的トスルモノナリト視タルトキハ則チ相殺ニ適スルモノト看ルコトヲ得ヘケレハナリ獨逸ニテモ頗ル議論アリタルニ拘ラス同國民法ニ於テモ亦竟ニ「同種」ト譯スヘキ文字ヲ用ヒタリ

第二條件　雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルコトヲ要ス　前顯第五〇五條ニ「雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルト

キハ云云」トアルハ即チ第二ノ條件ヲ示シタルモノニシテ理ノ當然ナリトス即チ甲ノ債權ハ既ニ辨濟期ニ在リ乙ノ債權ハ未タ辨濟期ニ至ラサル場合ニ於テ相殺ヲ行フトキハ果シテ如何ナル結果ヲ見ルヘキカ凡ソ期限ノ利益ハ債務者ノ爲メニ存スルヲ原則トス然ルニ右ノ場合ニ於テハ甲ハ乙ニ對シテ期限ノ利益ヲ有スルニ拘ラス乙ヨリ甲ニ對シテ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ヘシトセハ結局甲ハ期限ノ利益ヲ奪ハルルニ至ル之ニ反シ例外トシテ期限ノ利益カ債權者ノ爲メニ存スル場合ニ於テ甲ヨリ相殺ヲ對抗セハ却テ乙ノ利益ヲ害スルコトト爲ル故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ總テ相殺ヲ許スヘカラサルナリ即チ期限ノ利益ハ權利者カ之ヲ拋棄スルカ若クハ協議上之ヲ除去スルニ非スシテ單ニ相手方ノ意思ヲ以テ之ヲ奪フコトヲ得サルナリ是レ雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルヲ必要トスル所以ナリ尚ホ一言スヘキハ條件附債務ヲ以テ無條件債務ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得サルコト是ナリ何トナレハ條件ノ成就セサル間ハ條件附行爲ノ目的タル債務ハ未タ發生セサレハナリ例ヘハ金千圓ヲ支拂フ債務カ條件ニ繫レル場合ニ於テ其條件カ未タ成就セサル間ハ其千圓ヲ支拂フヘキ債務ハ未タ發生セス隨テ相殺ヲ爲スコト能ハサルハ固ヨリ言フヲ俟タサル所ニシテ「辨濟期ニ在ラス」ト言ハンヨリハ寧ロ雙方ノ間ニ同種ノ目的ヲ有スル債權債務ナシト謂フヲ相當トス

第三條件　債權ノ性質カ相殺ヲ許スモノナルコトヲ要ス　相殺ノ行ハルルニハ總テ同種ノ目的ヲ有スル債權タルコトヲ要ス同種ノ目的ヲ有スル債權ニシテ而モ性質上相殺ヲ許ササル場合ハ其例甚タ多カラス例ヘハ甲ナル農夫ト乙ナル農夫ト各〻互ニ耕作ノ爲メ數日間ノ勞力ヲ供スルコトヲ約束シタリトセンカ是レ甲乙互ニ其土地ヲ耕作スルニ自己及ヒ其家族ノミノ勞力ニテハ手不足ナルカ故ニ相助合ハントスルニ在リテ例ヘハ甲ノ方ニ於テハ早稻ヲ作ルカ爲メニ其多忙ナル時ニ於テ乙ヨリ十人前ノ勞力ヲ借ラントシ乙ハ又稻晩ヲ作ルカ爲メニ乙ノ多忙ナルトキハ甲ハ稍ヤ閑ナルカ故ニ甲ヨリ十人前ノ勞力ヲ借ランコトヲ約束シタルカ如キ是ナリ斯ル場合ニ於テハ互ニ自ラ往キテ働クモ可ナルヘク又他人ヲシテ代ラシムルモ可ナラン（其期間カ十日未滿ナルトキハ必ス他人ノ勞力ヲ供セサルコトヲ得ス）要ハ各〻之ニ因リテ一定ノ期間多人數ノ勞力ヲ得ント欲スルニ在リ然ルニ若シ此義務ヲ相殺スルトキハ雙方ノ土地ハ耕作スルコト能ハサルカ若クハ甚タ難澁ニ陷ルヘシ故ニ斯ル場合ニ於テハ相殺ヲ許ササルモノトス又兩替ノ契約ノ如キハ相殺ヲ許ササル一例ナリ即チ例ヘハ兩替屋ニ對シ百圓ノ債務ヲ負擔セル者カ其兩替屋ニ至リ百圓札ヲ出シテ十圓札ニ兩替センコトヲ求メタルニ兩替屋ハ之ヲ受取リタル上其者ニ對シ百圓ノ債權アルコトヲ理由トシテ彼此相殺スヘシト主張スルコトヲ得サルカ如キ是ナリ

第五〇五條第一項但書ハ此條件ヲ明言セリ曰ク

　但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

第四條件　當事者ノ反對意思ナキコトヲ要ス　第五〇五條第二項ニ曰ク

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

相殺ハ概シテ利益多キカ故ニ之ヲ許スモノナリト雖モ敢テ當事者ノ特約ヲ以テ之ヲ禁スルコトヲ許ササル所ノ公益規定ニ非ス即チ或ハ當事者一方ノ意思表示ニ因リテ相殺行ハルルモノトシ或ハ法律上當然行ハルルモノト爲スハ畢竟之ヲ以テ當事者ノ爲メニ便利ナリト認ムルカ爲メニ外ナラス然ルニ當事者ハ往往ニシテ其約束シタル目的物ハ必ス互ニ之ヲ授受スルヲ以テ便利トスルコトアルヘク隨テ相殺ヲ爲ササルコトヲ特約スルコトアルヘシ是レ敢テ妨ナキ所ナリ例ヘハ甲ハ一定ノ期限ニ於テ一定ノ金

額ヲ得ンコトヲ欲シ乙ニ對シテテ其期限ニ於テ其金額ヲ支拂ハシムルノ債權ヲ有セリ然ルニ此甲乙間ニハ他ニ種種ノ取引關係アリ乙亦甲ニ對シテ同種ノ債權ヲ有スルニ至リタリトセヨ此場合ニ於テ若シ當事者間ニ特約アルニ非スンハ乙ハ甲ニ對シ其債權ヲ以テ甲ノ債權ト相殺センコトヲ主張スヘシ果シテ然ラハ甲ハ其豫期ニ反シ大ナル齟齬ヲ惹起スコトアラン是ニ於テカ特約ヲ結ヒテ甲ノ有スル債權ニ限リ相殺ノ目的ト爲スコトヲ得サルモノト爲スコトヲ得セシム此反對ノ意思表示ノ著シキ一例ハ交互計算ニ於テ之ヲ見ル交互計算ハ全ク相殺ヲ禁スル契約ニ非スト雖モ相殺ニ大ナル制限ヲ加フルモノナリ商法第二九一條ニ曰ク「交互計算ハ商人間又ハ商人ト商人ニ非サル者トノ間ニ平常取引ヲ爲ス場合ニ於テ一定ノ期間内ノ取引ヨリ生スル債權債務ノ總額ニ付キ相殺ヲ爲シ其殘額ノ支拂ヲ爲スヘキコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス」ト本條ニ據リテ之ヲ觀レハ交互計算ニ在リテハ法律上ノ條件具備スル毎ニ相殺ハ直チニ行ハルルモノトセスシテ一年間又ハ六箇月ノ債權債務ヲ合セテ一時ニ相殺ヲ爲スモノナリ換言スレハ交互計算ノ特約ニ因リテ一年又ハ六箇月ノ期間ノ經過セサル間ハ縱令相殺ノ條件具備スルモ相殺セサルコトト爲ルナリ是レ亦當事者ノ反對ノ意思表示アル場合ノ一適例ト

茲ニ當事者ナル語ノ意義ニ付キ一言スル必要アリ凡ソ民法ニテ當事者ト云ヘルハ無論當事者ノ一方ノ意味ニ非ス當事者ノ一方ヲ指ス場合ニハ明カニ「當事者ノ一方」又ハ「各當事者」ト記セルカ或ハ規定ノ性質上明瞭ナル場合ニ限ル其他ノ場合ニ於テハ常ニ當事者全部ヲ含ムモノトス唯遺言ノ如キ一方行爲ノ場合ニ於テ當事者ハ遺言者ノミナリ蓋シ遺言者カ遺言ニ依リテ或人ニ或債權ヲ與ヘ此債權ハ相殺ノ目的ト爲スヲ得スト定ムルコトハ固ヨリ妨ナキ所ニシテ斯ル實例ハ往往見ル所ナルヘシ例ヘハ遺言者カ自己ノ親族或ハ故舊ニ對シ自己ノ死後相續人ヨリ年年若干金ヲ與フルコトヲ遺言シ而シテ此債權即チ相續人ニ對スル請求權ハ之ヲ相殺ノ目的ト爲スコトヲ禁スル旨ヲ遺言スルコトヲ得ルナリ（此場合ニ於テハ相殺ハ民第五一〇條、民訴第六一八條第二號ニ依リテモ制限セラル）是レ一方ノミニテ反對意思ヲ表示スルノ一例ニシテ固ヨリ多クノ場合ハ契約ヨリ生スヘク隨テ此場合ニ於ケル反對意思ノ表示ハ當事者雙方ノ特約ヲ要スヘキモノトス

以上ノ特約若クハ特別ノ意思表示ハ當事者間ニ於テ有效ナルハ右ニ述ヘタルカ如シト雖モ若シ第三者ニ對シテモ仍ホ有效ナリトセハ第三者ハ迷惑ヲ感スルコトナシトセス即チ例ヘハ第三者カ或債權カ相殺ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノト信シ之ヲ讓受ケ又ハ質權ノ目的ト爲シタリトセハ其債權カ相殺ノ目的ト爲スコトヲ得ルト否トハ利害ノ關係スル所頗ル大ナルハ多言ヲ要セス然ルニ此惡意ノ第三者ニ對シ特約若クハ反對ノ意思表示アルコトヲ主張スルコトヲ得ルトセハ第三者ハ意外ノ損失ヲ招クコトト爲ルカ故ニ之ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ而シテ善意ノ第三者ナルコトヲ要スルカ故ニ第三者ト雖モ其意思表示ヲ知レル者ニハ之ヲ對抗スルコトヲ妨ケサルナリ

第五條件　法律カ相殺ヲ禁セサルコトヲ要ス　例ヘハ民法第五〇九條及ヒ第五一〇條ノ如キ反對規定ナキコトヲ要スルモノトス第五〇九條ニ曰ク

債務カ不法行爲ニ因リテ生シタルトキハ其債務者ハ相殺ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得ス

此規定ハ不法行爲ニ因リテ債務ヲ負フ者ハ何事ヲ措キテモ先ツ以テ其債務ヲ履行セサルヘカラスト云フノ趣旨ニ基クモノナリ抑〻不法行爲者ハ即チ法律ノ許ササル事ヲ爲シ之ニ因リテ債務ヲ負フモノナレハ其者ノ責任ハ特ニ之ヲ明カニセサルヘカラス然ルニ己レ不法行爲ヲ爲シタルニ因リ債務者ヨリ賠

債ノ請求ヲ受ケナカラ嘗テ其債權者ニ對シ貸金又ハ或物ノ代金ノ受取ルヘキモノアルコトヲ理由トシテ相殺ヲ對抗シ以テ其義務ヲ免ルルコトヲ得ルトセハ不法行爲ニ對スル制裁ハ殆ト其目的ヲ達セサルノ感アリ故ニ此場合ニ於テハ相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ許ササルモノトセリ但玆ニ一ノ注意ヲ要スヘキハ舊民法ノ如ク法律上當然相殺ノ行ハルル主義ヲ採用スルトキハ斯ル場合ニ於テハ相殺ハ絶對ニ行ハレサルヘキモ新民法ノ如ク一方ノ意思表示ニ依リテ相殺ヲ行フノ主義ヲ採ル以上ハ不法行爲者ヨリハ相殺ヲ對抗スルコトヲ得スト雖モ其相手方ヨリハ之ヲ以テ對抗スルコトヲ得サルヘカラス尙ホ一歩ヲ進ミテ法律上當然相殺ノ行ハルル主義ヲ採ル法律ノ下ニ於テモ仍ホ相手方ハ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ルモノトスルヲ至當トスヘキカ如シ（後ニ論スル如ク舊民財第五三一條ハ略、之ヲ採用セリ）新民法ニ於テ不法行爲ノ相手方ニ相殺ノ對抗權ヲ奪ヘタルハ理ノ留然ナリト謂フヘシ例ヘハ甲ハ乙ニ對シテ不法行爲ヲ爲セリ而シテ甲ハ其不法行爲ニ因ル債務ヲ履行セスシテ嘗テ乙ニ對スル貸金又ハ或物ノ代金ノ延滯セルモノアルヲ理由トシテ相殺ヲ對抗セント欲スルモ得ヘカラスト雖モ此場合ニ於テ不法行爲ノ被害者タル乙カ自己ノ利益ノ爲メニ不法行爲ニ因ル債權ヲ對抗シテ自己ノ債務ト相殺ヲ爲スコトヲ得サルモノトセハ不法行爲ノ被害者ハ却テ普通ノ債權者ヨリモ其保護ノ薄キ結果ヲ生スヘキカ故ニ不法行爲ノ被害者ヨリ之ヲ對抗スルコトハ敢テ妨ナキナリ是レ第五〇九條ニ「債務者ハ」云云トアルニ據リテ明カナリ舊民法ニ於テハ財產編第五二六條第一號ニ於テ此場合ニハ相殺ノ行ハレサルコトヲ規定シ其第五三一條ニ於テ法律上ノ相殺ノ行ハルル場合ニ於テモ任意上ノ相殺ハ行ハルルコトト爲セルカ故ニ敢テ大ナル差異ナキモ唯其效力ニ於テ異ナル所アリ即チ舊民法ニ依レハ任意上ノ相殺ハ既往ニ遡リテ效力ヲ生セストセリト雖モ新民法ニ於テハ常ニ相殺ヲ爲スニ適シタル始ニ遡リテ其效力ヲ生スルモノトセリ

相殺ヲ禁シタル規定ノ第二ハ第五一〇條是ナリ同條ニ曰ク

　債權カ差押ヲ禁シタルモノナルトキハ其債務者ハ相殺ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得ス

差押フルコトヲ禁シタル債權ハ民事訴訟法第六一八條ニ之ヲ列記セリ其中法律上ノ養料、官吏ノ俸給職工ノ報酬等ハ一年間ニ三百圓ヲ超過スルトキハ超過額ノ半額ヲ差押フルコトヲ得ルノミニテ其他ハ總テ差押フルコトヲ得サルモノトス此等ノ債權ノ差押ヲ禁シタル理由ハ畢竟債務者ハ之ナケレハ生活ヲ爲スコト能ハサル性質ノモノナルヲ以テナリ既ニ差押タニ許ササルモノニ對シ相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ許サハ差押ニ依リテハ人ノ生活ヲ害スルコト能ハサルモ相殺ニ依リテハ人ヲ餓死セシムルモ可ナリト云フ結果ト爲ル是レ法律ノ欲セサル所ナリ例ヘハ予カ法律上ノ養料ヲ受ケテ纔ニ生活シツツアルニ方リ嘗テ其養料義務者ヨリ金錢ヲ借用シ未タ辨濟セサルニ因リ之ヲ以テ相殺ヲ對抗セラルルニ於テハ予ノ生命ハ將ニ旦ニシテ夕ヲ測ラレサラントス又慈惠ニ因リテ受クル收入ハ其恩人其レ自身カ自ラ之ヲ支出スルモノトハ限ラス前ニ述ヘタル如ク遺言者カ相續人ヲシテ右ノ如キ義務ヲ負ハシムルコトアリ又契約ニ在リテモ第三者ノ利益ノ爲メニ締結スルコトアリ此等ノ場合ニ於テ相殺ノ原因ノ生スルコトハ往往之アルヘシ蓋シ恩人カ恩惠ヲ施スノ意思ヲ以テ負擔シタル債務ニ依リ自ラ相殺ヲ對抗スルカ如キハ普通之ナカルヘキモ相續人其他第三者ニ支拂ヲ爲サシムルトキハ此等ノ者ニシテ恩惠ヲ受クル所ノ予ニ對シ債權ヲ有スルコトアランカ忽チ相殺ヲ以テ對抗セントスルハ或ハ人情ノ常ナラン然レトモ予ノ恩人ハ予ノ生活ニ向テ特ニ恩惠ヲ施スニ在リ又予ハ之ニ依リテ餓死ヲ免ルルモノナルカ故ニ恰モ差押ヲ禁シタルト同一ノ理由ニ據リ相殺ヲ禁セリ而シテ此等ノ場合即チ養料等ヲ供スル債務者

ヨリハ相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルモ養料ヲ受クル債權者ヨリハ相殺ヲ對抗スルコトヲ妨ケス例ヘハ予ニ對スル債權者カ頻ニ辨濟ヲ促スニ拘ハラス予ニシテ强制執行ヲ受クルコトヲ甘ンセハ之ヲ放擲シ置クモ可ナリ而シテ養料ハ差押フルコトヲ得サルカ故ニ債權者ノ養料義務ハ依然トシテ存スヘキノミ然レトモ此場合ニ於テ予若シ養料ヲ受ケサルモ敢テ生活ニ若シマサルトキハ養料ノ債權ヲ以テ相殺ヲ爲サント欲スルコトアルヘシ是ニ於テカ法律ハ養料ノ債權者ヨリハ其債權ヲ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ルモノトセリ但法律上ノ養料ニ付テハ特別ノ明文アルカ故ニ養料ヲ受クル者ト雖モ之ニ因リ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ス其明文トハ第九六三條ノ規定即チ是ナリ同條ニハ「處分」トアルカ故ニ法律上當然相殺カ行ハルル主義ヲ採用シタランニハ之ヲ相殺ニ適用スルコト能ハサルコト勿論ナリト雖モ新民法ニ於テハ相殺ハ意思表示ニ依リテノミ行ハルルモノトセルカ故ニ所謂「處分」トハ其意思表示ニ因ル處分ヲモ包含スルモノト謂ハサルヘカラス其理由他ナシ凡ソ契約等ニ因リテ養料ヲ受クル場合ニ於テハ其養料ヲ失フモ尚ホ扶養義務者ニ對シテ扶養ヲ求ムルコトヲ得ヘシ故ニ契約上ノ養料ヲ以テ相殺ノ目的ト爲スモ或ハ餓死スルカ如キ不幸ヲ免ルルコトヲ得ヘシト雖モ法律上ノ養料ノ義務即チ扶養ノ義務ハ法律上其範圍一定シ此範圍內ニ於テノミ行ハルルモノナリ故ニ一旦此權利ヲ失ハンカ復タ他ニ扶養ヲ受クルノ途ナク動モスレハ餓死スル者ヲ生スヘシ是レ公益上看過スヘカラサル所ナルヲ以テ契約上ノ養料ハ權利者ヨリ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ルニ反シテ法律上ノ養料ハ之ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ許ササルナリ

以上五ノモノハ新民法ニ於テ相殺ノ實質上ノ條件トシテ定ムル所ノモノナリ舊民法ニ於テハ尚ホ二ノ條件ヲ必要トシタリ第一ハ各〻主タルモノナラサルヘカラストセリ(財五二〇條)例ヘハ債權者カ保證人ニ對シテ負フ所ノ債務ニ付キ保證人ヨリ辨濟ノ請求ヲ受ケタル場合ニ於テ債權者ノ債務ヲ以テ保證人ノ保證債務ト相殺ヲ爲スコト能ハサルカ如キヲ意味ス蓋シ保證人ハ保證債務ヲ負フコト勿論ナリト雖モ嘗テ述ヘタル如ク後訴ノ利益及ヒ檢索ノ利益ヲ有スル者ナルニ保證人カ債權者ニ對シテ有セル債權ノ履行ヲ請求シタル場合ニ於テ債權者カ自己ノ債務ヲ以テ保證債務ト相殺ヲ行フコトヲ許ストセンカ是レ保證人ノ利益ヲ奪フモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ債權者ハ先ツ主タル債務者ニ請求ヲ爲シタルニ拘ラス辨濟ヲ得ルコト能ハサル場合ニ於テ始メテ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ且保證人ハ主タル債務者ノ財産ヲ指定シ之ニ就キテ辨濟ヲ受クルコトヲ請求スルコトヲ得ヘキニ拘ラス直チニ相殺ヲ以テ對抗スルニ於テハ保證人ハ此等ノ權利ヲ失フニ至ルヘケレハナリ故ニ此ノ如キ相殺ハ許スヘカラスト云フニ在リ然レトモ文字上ヨリ言ヘハ甚タ不正確ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ債權者カ保證人ノ請求ヲ受ケタル場合ニ通常相殺ヲ行フコト能ハスト云フハ或ハ同一種ノ債權ニアラサルニ由ルカ又ハ辨濟期ニ在ラサルニ由ルヘシ蓋シ保證人ノ義務ナルモノハ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルニ當リ始メテ履行ヲ爲スヘキ義務ニシテ畢竟一ノ條件附債務即チ主タル債務者ニ請求シタルモ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルトキハ辨濟ヲ爲スヘシトノ債務ナリ故ニ期限到來スルモ主タル債務者カ履行ヲ爲ササル場合ニ於テノミ保證人債務ヲ負フモノニシテ其時マテハ其債務ハ條件附ナリ故ニ此場合ニハ初ヨリ問題ト爲ラサルナリ畢竟問題ト爲ルハ主タル債務ノ期限到來シ而シテ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルトキニ在リ何トナレハ此場合ニハ保證債務ノ繫ル所ノ條件ハ成就シタレハナリ尤モ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ請求ヲ爲スヘキコトヲ求ムル權利ヲ有シ且檢索ノ利益ヲ有スルカ故ニ此點ヨリ言ヘハ全ク債權者ノ債務ト同種ノ債務ト謂フコトヲ得サルヘク或ハ未タ辨濟期ノ到ラ

0313

サルモノト謂フコトヲ得ヘシ故ニ債權者カ之ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得サルハ明カナリ然ルニ舊民法ノ如ク單ニ主タルモノナルヲ要スルト言ハハ反對ニ保證人ノ方ヨリ自己ノ債權ヲ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲモ得サル如キ感ナキコトヲ得ス蓋シ保證人カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタル場合ニ其債權者ニ對シテ自己ノ有スル所ノ債權ヲ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ルハ勿論ナルノミナラス主タル債務者カ債權者ニ對シテ有スル相殺ノ原因モ亦之ヲ對抗スルコトヲ得ヘキナリ然ルニ互ニ主タルモノナルコトヲ要スルモノトセハ右ノ場合ニ於テ保證人ハ全ク相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルカノ疑ヲ生スヘシ尙ホ一歩ヲ進ミテ論スレハ時トシテハ債權者ヨリ相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ得ル場否アルヘシ即チ保證人カ連帶保證人ナルカ又ハ保證人カ後訴ノ利益及ヒ檢索ノ利益ヲ拋棄シタル場合ニ於テ其保證人カ自己ノ債權ニ基キ債權者ニ對シテ請求ヲ爲サハ債權者ハ相殺ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ヘシ何トナレハ此場合ニ於テハ債權者ハ直チニ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スノ權利ヲ有スレハナリ果シテ然ラハ主タルモノナルコトヲ要スルトノ條件ハ正ニ誤レルモノト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ新民法ハ斯ル條件ヲ必要トセサルナリ

第二ニ舊民法ハ明確ナルコトヲ以ヲ要件トセリ(財五二〇條)所謂「明確」トハ果シテ如何ナル意味ナルカ其文字自身カ甚タ不明確ナリ此文字ハ佛蘭西法ノ「リキード」(Liquide)ナル語ヲ譯シタルモノナレトモ未タ以テ的譯ト爲スコト能ハス「リキード」トハ之ヲ直譯スレハ潔白、鮮明ナルノ意ナリ之ヲ意譯シテ「明確」ト云フ如キ文字ヲ用フルハ敢テ故ナキニ非ス此文字ノ解釋ハ從來頗ル議論アル所ニシテ極端說ト他ノ端極說トノ間ニハ實ニ甚シキ相違ヲ生ス即チ第一說ハ「明確」トハ爭ナキノ意ナリ即チ確ニ成立シテ而シテ其額一定シ毫モ疑ナシト云フ極メテ狹キ意味ヲ採リ此正反對ノ說ハ縱令爭アルモ裁判官ノ眼ヨリ之ヲ觀レハ權利其レ自身ハ明カニシテ又其額モ一定シタルモノナレハ可ナリト爲ス此ノ如ク極端ニ解スルトキハ明確ナルコトヲ要スト規定スルカ如キハ實ニ謂レナキ事ト謂フヘシ何トナレハ若シ第一說ノ趣旨ニテ相殺ヲ許サストセハ互ニ債權者タリ債務者タル者ノ間ニ於テ相殺ヲ希望セサルトキハ毎ニ爭ヲ起スニ至ルヘク又第二說ノ趣旨ニテ相殺ヲ許サストセハ當事者間ニ於テハ實際大ニ爭アルニ拘ラス裁判官ノ眼ヨリ觀テ以テ其成立明確ニシテ且其額モ明カニ定ムルコトヲ得ハ可ナリトスヘキカ故ニ是レ特別ナル條件ニ非ス凡ソ不確定ナル事項ニ關係シタル債權ナルトキハ其債權ノ成立カ不確定ナルト其額ノ不確定ナルトヲ問ハス以テ相殺ヲ爲スコトヲ得サルハ他ノ條件ニ由リテ明カナリ例ヘハ或人カ終身年年若干ノ金錢ヲ與ヘント言ヒシ場合ニ於テハ其債務ハ過去ニ屬セル時期ニ付テハ確定セルモノナルモ其將來ニ屬セルモノニ付テハ未タ確定セサルモノニシテ之ニ就テ相殺ヲ行フコト能ハサルコト勿論ナリト雖モ是レ即チ辨濟期ニ在ラスト云フ點ヨリシテ相殺ヲ爲スコトヲ得サルナリ債權額ニ付テモ亦之ト同一ニシテ當事者カ如何ニ之ヲ爭フモ裁判所ニ訴ヘ出ツレハ苟モ權利ノ存スル以上ハ其額モ亦必ス明確ト爲ルモノナリ故ニ結局明確ナルコトヲ以テ相殺ノ一條件トスルニ足ラスト謂ハサルコトヲ得サルニ至ルヘシ是ニ於テカ「明確」ナル文字ノ解釋ニ付キ折衷說ヲ採ルコトノ已ムヲ得サルニ至ルヘキモ此折衷說モ亦甚タ解シ難シ例ヘハ舊民法財產編第五二三條ニハ「債務ノ成立、其目的物ノ性質及ヒ分量カ確實ナルトキハ其債務ハ善意ニテ爭ハルルトキト雖モ之ヲ明確ナリトス」トアリ此「確實」ト云フハ果シテ如何ナル意味ナルカ文字其モノヨリ觀レハ右ノ第二說ヲ採リタルモノノ如シ即チ如何ニ爭アルニモセヨ苟モ債務ノ成立及ヒ目的ノ性質、分量ニシテ定マレル以上ハ確實ナリト看タルモノノ如シ而シテ予モ亦原則トシテ斯ク解セシ者ナリ然レトモ彼ノ損害賠償ノ如キハ此中ニ含

マスト謂ハサルヘカラス蓋シ損害賠償ナルモノハ損害ノ有無カ最モ不明確ナルモノニシテ殊ニ其額ニ至リテハ全ク裁判官ノ裁量ニ出ツルモノナレハ結局確實ナルモノニ非スト謂ハサルヘカラス此點ハ曾テ疑ナキ所ナリ然レトモ佛蘭西法等ニ於テハ「明確」(Liquide)ナル文字ハ尙ホ少シク廣義ニ使用セラレ若シ爭アルトキハ其爭ニシテ多少理由アル爭ナル以上ハ仍ホ不明確ナリトセリ畢竟此「明確」ナル文字ハ頗ル不明ニシテ孰レノ說ヲ採ルモ其根據甚タ薄弱ナリ前ニモ述ヘタル如ク縱令當事者間ニ爭アル場合ニ於テモ法廷ニ出ツレハ其爭ノ決セラレサルモノナシ之ヲ決シタル後其以前ニ遡リテ觀察スルトキハ果シテ相殺ノ原因アリタルヤ否ヤハ直チニ判明スヘシ損害賠償ニ於テモ亦然ラサルコトヲ得ス即チ之ヲ理論上ヨリ言ヘハ損害要償權ノ有無ハ初ヨリ一定シ又其額モ一定セリト謂フヘク唯當事者カ其債權ノ成立及ヒ金額ニ付キ爭ヘルニ過キス或ハ裁判官ノ知識不完全ナルカ爲メ正確ナルコトヲ知リ得サル場合アルヘキモ裁判ハ神聖ナルモノト看做サルヘキモノナルカ故ニ斯ル過失アリトスルモ復タ如何トモスヘカラス但裁判ノ結果ヨリ觀レハ損害ノ有無竝ニ損害額ノ幾何ナルカハ判明スルカ故ニ理論上ニ於テハ爭アル他ノ權利ト毫モ異ナル所アラサルナリ此ノ如ク「明確」ナル條件ハ畢竟謂レナキ條件ナルカ故ニ佛蘭西法竝ニ我舊民法ノ採用セル條件ナルニ拘ラス予ハ之ヲ採ラス新民法亦之ヲ採ラサリシナリ

終ニ臨ミテ注意スヘキ點二アリ第一ハ以上五箇ノ條件ヲ備フル以上ハ債務ノ履行地カ同一ナラサルモ妨ナキコト是ナリ例ヘハ甲ハ大阪ニ於テ履行シ乙ハ東京ニ於テ履行スヘキ場合ニテモ其間ニ相殺ヲ行フコトヲ得ルナリ第五〇七條ニ曰ク

相殺ハ雙方ノ債務ノ履行地カ異ナルトキト雖モ之ヲ爲スコトヲ得但相殺ヲ爲ス當事者ハ其相手方ニ對シ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スルコトヲ要ス

此規定ハ理論上ヨリ言ヘハ奇異ノ感ナキヲ得ス即チ苟モ履行地ノ異ナル以上ハ敢テ同種ノ目的ナリト謂フコトヲ得サルカ如シ故ニ此等ノ債權、債務ニ付テハ相殺ヲ許スヘカラサルニ肯タリ然レトモ相殺ハ後ニ說明スル如ク頗ル便利ナルモノナルカ故ニ立法者ハ縱令履行地カ異ナルヨリ生スル不便アリトスルモ寧ロ相殺ヲ爲サシムルヲ以テ利益ナリト看做セリ然リト雖モ如何ニ相殺ヲ以テ利益アリト爲セハトテ當事者ノ一方ニ損害ヲ被ラシムルコトノ明カナルニ拘ラス仍ホ之ヲ顧ミサルモ可ナリトスルコト能ハス故ニ但書ニ於テ「其手方ニ對シ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スルコトヲ要ス」ト定メタリ例ヘハ甲乙二人互ニ權利者タリ義務者タル場合ニ於テ甲ハ東京ニ於テ、乙ハ大阪ニ於テ各、金千圓ヲ受クルノ權利ヲ有セリトセンカ此間ニ於テ若シ甲ヨリ相殺ヲ對抗セリトセハ甲ハ相殺スルヲ利益トスルカ爲メニ外ナラス然ルニ其對抗ヲ受ケタル相手方乙ハ大阪ニ於テ受取ルノ必要アルカ故ニ大阪ニ於テ受取ラントシタルニ相殺ノ結果恰モ東京ニ於テ受取リタルニ等シキコトト爲ル然ルニ乙ハ東京ニ於テ甲ニ辨濟スヘキ金千圓ヲ準備シタリシヤモ知ルヘカラス而シテ大阪ニ於テ千圓ノ入用アルカ故ニ之ヲ大阪ニ送ラサルヘカラサルコトアルヘシ若シ之カ爲メニ乙カ損害ヲ被リタルトキハ甲ヲシテ賠償ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ例ヘハ目的物ヲ送付スルニ付テノ手數料、爲替相場ニ因ル損金、商品ノ運賃、荷造料(此二者ハ通常金錢ニハナシ)ヲ失フコトアルヘシ殊ニ外國ニ送ラサルヘカラサル場合ノ如キハ尙ホ種種ノ費用ヲ要スルコトアリ又物價ノ變動ニ因リテ莫大ノ損失ヲ招クコトナシトセス此他乙ハ大阪ニ於テ受取ルヘキモノヲ以テ他ニ給付スヘキ約アリ是ニ付キ違約金ノ約束アルニ因リ之テ支拂ハサルヘカラサルニ至ルコトアリ斯ル結果ニ至ルハ畢竟皆甲カ相殺ヲ對抗シタルニ因ルモノナレハ其損害ハ甲

之ヲ賠償セサルヘカラサルモノトス故ニ履行地ノ異ナル場合ニ於テハ迂濶ニ相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルナリ

第二ニ注意スヘキハ債權カ差押ヘラレタル後ハ其被差押者（即チ自己ノ債權者）ニ對シテ債權ヲ取得スルコトアルモ之ニ對シテ相殺ヲ對抗スルコト能ハサルコト是ナリ第五一一條ニ曰ク支拂ノ差止ヲ受ケタル第三債務者ハ其後ニ取得シタル債權ニ依リ相殺ヲ以テ差押債權者ニ對抗スルコトヲ得ス

例ヘハ甲ハ乙ニ對シ金千圓ノ債權ヲ有シ乙ハ甲ニ對シテ同シク金千圓ノ債權ヲ有スルトセハ此間ニ於テ相殺ハ行ハルヘキ筈ナリ然ルニ甲ハ自己ノ債權者例ヘハ丙ヨリ其乙ニ對スル債權ヲ差押ヘラレタリ而シテ乙ハ其差押後ニ甲ノ債權者ト爲リタル場合ニハ甲ニ對シテ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ス例ヘハ今日甲ハ乙ニ對シテ金千圓ノ債權ヲ有セルニ丙ヨリ之ヲ差押ヘラレタリトセヨ明日乙ハ甲ニ對シ千圓ノ債權ヲ取得スルモ最早相殺ヲ爲スコトヲ得サルナリ是レ債權者保護ノ爲メ然ラサルコトヲ得サルモノニシテ丙ハ甲ノ財産ヲ差押ヘ之ニ依リテ辨濟ヲ受ケントスルノ手續ヲ履ミタルニ其後ニ至リ其債權ノ債務者即チ乙カ甲ニ對シテ同種ノ債權ヲ取得シタレハトテ相殺ニ因リ差押ヲ無效トセラルルニ於テハ丙ハ甚シキ損害ヲ被ルニ至ルヘシ尙ホ之ヲ理論上ヨリ言ヘハ差押ハ其目的物ヲ債務者ノ一般ノ財産中ヨリ除斥スル效力ヲ有スルモノナリ即チ債務者タル甲カ乙ニ對シテ有スル所ノ債權ハ丙カ差押ヲ爲シタル時以後ハ法律上殆ト甲ノ財産ニ非スト看做スナリ故ニ其以後ニ於テ乙カ甲ニ對シテ債權ヲ取得スルモ結局自己ノ債務者ニ非サル者ニ對シテ債權ヲ取得スルト擇フ所ナク恰モ是レ甲カ其債權ヲ他人ニ讓渡シタル後ニ之ヲ取得シタルト同一ナリ即チ自己ニ對スル債權カ讓渡サレタル後ニ於テ讓渡人タル舊債權者ニ對シテ債權ヲ取得スルモ最早相殺ヲ爲スコトヲ得サルコト明カナリ之ニ反シテ縱令差押アルモ差押前ニ取得シタル債權ナルニ於テハ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ是レ亦然ラサルヘカラサルナリ例ヘハ差押前ニ既ニ相殺ノ條件悉ク具備シタル場合ハ勿論後ニ至リテ條件ノ具備シタル場合即チ未タ期限ニ至ラサルモノカ差押ノ後期限到來スルニ至ルモ相殺ヲ對抗スルコトヲ得但之ニ付テハ民事訴訟法ノ手續ト對照シテ考察セサルヘカラス今民事訟訴法第六〇九條ニ依レハ債權カ差押ヘラレタルトキハ第三債務者ハ七日內ニ支拂ヲ爲スノ意思アリヤ否ヤヲ陳述セサルヘカラス故ニ相殺ノ原因アルトキハ相殺ヲ行フヘキ旨ヲ陳述スレハ則チ足リ隨テ支拂ヲ爲スコトヲ要セサルコト爲ル然ルニ若シ此陳述ヲ爲サヽルトキハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償セサルヘカラス換言スレハ相殺ハ債權ノ存スル間之ヲ對抗スルコトヲ得レトモ之ニ依リ債權者ニ加ヘタル損害ヲ賠償セサルヘカラストセハ相殺ヲ行ハサルト同一ノ結果ト爲ルヘシ故ニ若シ七日內ニ相殺ノ意思ヲ表示セサリシトキハ相殺ヲ爲セハ却テ損失ヲ招クコトアルハキカ故ニ敢テ相殺ヲ爲サヽルコト多カルヘシ

（二）　形式上ノ條件

形式上ノ條件ニ付テハ曩ニ既ニ一言シタルモ尙ホ進ミテ詳論セサルヘカラス蓋シ相殺ヲ以テ法律上當然行ハルルモノトセハ全ク形式的條件ヲ必要トセス之ニ反シテ裁判所ニ訴フルコトヲ要スルモノトセハ形式的條件ハ極メテ鄭重ナルモノト謂フヘク當事者一方ノ意思表示ニ依リテ行ハルルモノトスルモ亦形式上ノ條件アリ是レ利害ノ關スル所頗ル大ナル問題ナリ此點ニ付キ學說、立法例未タ一定スルニ至ラス法律上當然行ハルルトセル佛國法及ヒ我舊民法ノ主義ハ大ニ根據アリ蓋シ相殺ニハ二ノ利益アリ第一ニハ煩勞ヲ省ク例ヘハ甲ハ乙ニ金千圓ヲ拂ヒ乙亦甲ニ金千圓ヲ拂フトセハ玆ニ二千圓ノ金ヲ準

備セサルヘカラサルコト多カルヘク少クモ千圓ハ必ス之ヲ準備セサルヘカラス且互ニ時間ヲ費シ費用ヲ要シテ二度ノ辨濟ヲ爲サヽルヘカラス金錢ニシテ猶ホ且然リ若シ商品ナランカ益〻煩雜ヲ來スヘシ然ルニ相殺ヲ行フトキハ全ク此等ノ不便ヲ避クルコトヲ得ヘシ第二ニハ極メテ公平ナル結果ヲ得例ヘハ甲乙互ニ千圓ノ債務ヲ負ヘリトセンニ甲ハ先ツ其債務ヲ辨濟セリ然ルニ乙ハ更ニ之ヲ支拂ハストセハ是レ實ニ不公平ナリト謂ハサルヘカラス若シ此場合ニ相殺ヲ以テ雙方ノ債務ヲ一時ニ消滅セシメハ甲、乙互ニ嚴重ニ辨濟ヲ爲シタルト異ナラサルカ故ニ其公平ナル結果ヲ見ルヤ疑ナキナリ相殺ハ此等ノ利益アルヲ以テ既ニ遠ク羅馬法ニ於テモ亦行ハレタル所ナリ是ヲ以テ觀レハ相殺ハ簡易ニ行ハルルヲ以テ可ナリトスヘク苟モ實質上ノ條件具備スル以上ハ直チニ行ハルルモノトセハ則チ二重ノ辨濟ヲ爲スノ必要ナク不公平ノ結果モ亦之ヲ避クルコトヲ得テ大ニ便利ナリト謂フヘク形式上ノ條件ノ如キハ寧ロ之ナキニ如カサルナリ若シ形式上ノ條件ヲ要ストセンカ狡猾ナル者ハ利得ヲ爲シ寛大ナル者ハ損失ヲ爲スコトアラン蓋シ相殺ニ因リテ雙方必ス同一ノ利益ヲ受クルニ限ラス例ヘハ一方ノ債權ハ利息附ニシテ一方ノ債權ハ無利息ナルカ又ハ一方ノ利息ハ高ク一方ハ低キコトアリ此場合ニ於テ法律上相殺當然行ハレス必ス一定ノ形式ヲ要スルモノトセハ其方式ヲ履マサレハ相殺ハ行ハレサルカ故ニ狡猾ナル者ハ自己ノ利益ニ從ヒ或ハ直チニ相殺ヲ行ヒ或ハ永ク之ヲ行ハサルヘシ例ヘハ自己ノ債務ハ無利息ニシテ自己ノ債權ハ利息附ナル場合ニ於テ自己ノ債權ノ期限カ既ニ到來セルニ拘ラス相殺ヲ對抗セラルルコトヲ恐レテ敢テ請求ヲ爲サス依然利息ヲ收得シ自己ノ債務ノ請求ヲ受ケタルトキ始メテ相殺ヲ對抗スル如キ策ヲ執ルコトアリ又債權ハ期限ノ早ク到來スルモノト遲ク到來スルモノトアリテ同時ニ時效ニ罹ル如キコト極メテ稀ナルモノナリ又債權ノ種類ニ依リ短期時效ニ罹ルモノアリ若シ短期時效ニ因リテ消滅スヘキ債務ヲ負ヘル者カ相手方ニ對シ其債權ノ行使ヲ爲サス全ク自己ノ債務消滅スルニ至リテ始メテ請求ヲ爲スカ如キ策ヲ執ルコトアラン此場合ニ於テハ相手方ハ相殺ヲ對抗セントスルモ已ニ晚キカ如キ結果ヲ生スヘシ此ノ如クンハ素ト公平ナランカ爲メニ設ケタル制度カ却テ不公平ナルニ至ル假ニ法律ノ規定ヲ以テ右ノ如キ不正ノ手段ニ出ツル行爲ノ效力ヲ認メサル法規ヲ設クルトスルモ實際上ニ於テハ當事者ハ悉ク法律家ニ非サルカ故ニ一方ハ法律ヲ知リ一方ハ法律ヲ知ラサルトキハ法律ヲ知レル者ハ自己ノ便宜ニ因リ相殺ヲ對抗セント欲スレハ對抗シ對抗セサラント欲スレハ敢テ對抗セサルノ選擇ヲ爲スヘク又同シク法律ヲ知レル者ノ間ニ於テモ一方カ狡猾者ナランニハ動モスレハ自己ノ利益ヲ壟斷スルコトナシトセス故ニ悉ク此等ノ弊ヲ矯メンカ爲メニハ佛蘭西法竝ニ我舊民法ノ主義ハ最モ適當ナリト謂ハサルヘカラス若シ夫レ確實ナルノ點ニ至リテハ羅馬法主義即チ裁判所ニ於テスルニ非サレハ相殺ハ行ハレストスルヲ第一トセサルコトヲ得ス何トナレハ相殺ニ必要ナル條件ノ具備シタルヤ否ハ裁判所ニ於テ之ヲ判斷セシムルヲ以テ最モ確實ナリトセサルヘカラス當事者自身ノ判斷ヲ以テ條件ハ充チタリト信シテ相殺ヲ對抗シタルニ未タ備ハラサル場合ニ於テハ却テ煩雜ヲ生スヘケレハナリ且相殺ノ制度ハ當事者ノ利益ヲ慮リテ設ケタルモノナリト雖モ當事者雙方カ未タ之ヲ希望セサルニ法律上之ヲ强フルノ必要ナカルヘク相殺ノ意思ハ爭ノ起リタルトキ始メテ之ヲ表示スルヲ許スニ如カス若シ訴訟ニ至ラサル如キ場合ニハ當事者ノ協議ヲ以テ相當ノ處置ヲ爲サシメテ可ナリト謂フコトヲ得ヘシ然リト雖モ若シ此主義ヲ採ルトキハ亦不公平ナル結果ヲ生スルコト尠カラス例ヘハ訴訟ヲ起サルトキハ一方ハ利益ヲ得テ一方ハ損失ヲ被ルノ不幸ヲ免レサルカ如キ是ナリ是ニ於テ折衷主義即チ獨逸法及ヒ我新民法ノ採レル如キ意思表示ニ依リテ相殺ヲ行フコトヲ得セシムルヲ以

テ最モ可ナリトスヘキカ我民法第五〇六條ニ曰ク

相殺ハ當事者ノ一方ヨリ其相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス但其意思表示ニハ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得ス

前項ノ意思表示ハ雙方ノ債務カ互ニ相殺ヲ爲スニ適シタル始ニ遡リテ其效力ヲ生ス

此主義ニ依レハ裁判所ニ訴フルニ比スレハ其方式簡易ナルカ故ニ相殺ヲ行フコト極メテ容易ナリ隨テ弊害モ亦尠カルヘシ然リト雖モ之ヲ法律上ノ相殺ニ比スレハ尚ホ幾分ノ弊害アルコトヲ免レス尤モ他ノ一方ニ於テハ法律上ノ相殺ニ於ケル如キ缺點ヲ除クコトヲ得即チ法律上ノ相殺ハ當事者ノ知ラサル間ニ於テモ仍ホ行ハルルカ故ニ當事者カ相殺ヲ欲セサルトキト雖モ條件ノ具備スルト同時ニ當然行ハレ復タ救フヘカラサルニ至ルモ一方ノ意思表示ニ因ルモノトセハ斯ル憂ハナカルヘシ是レ新民法カ折衷說ヲ採ルニ至レル所以ナリ然レトモ予ハ立法論トシテハ當然相殺主義ヲ可ナリト信スル者ナリ反對說ヲ採ル者ハ當然相殺主義ヲ採ルトキハ當事者ノ意思ニ反シテ相殺ノ行ハルルコトアルヲ不可ト爲セトモ予ハ敢テ妨ナシト信ス何トナレハ當事者カ相殺ヲ欲セサル場合ニ於テハ法律上ノ條件ノ具備セサル間ハ何時ニテモ反對ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得ヘキカ故ニ(債權發生ノ後ハ當事者雙方ノ協議ヲ要スルコト勿論ナリ)敢テ其意ニ反シテ相殺ノ行ハルルカ如キコトアラサルヘク若シ此反對ノ意思表示ヲ爲ササランカ復タ相殺ヲ欲セサル者ト看ルコトヲ得サレハナリ加之相殺ニ因リテ雙方ノ債務カ一旦消滅スルモ新ニ同一ノ債務關係ヲ生セシメント欲スレハ當事者ノ協議ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ此他ノ場合ニ於テハ寧ロ法律上ノ相殺ニ依ラシムルヲ以テ便宜ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ相殺ハ同種ノ債務ヲ互ニ履行スルノ不便且無益ノ手數ヲ省キ當事者間ニ公平ヲ保タンカ爲メニ設ケタルモノナルニ因リ舊民法及ヒ蘭佛西法ノ主義ヲ以テ最モ正當ナリト信セサルコトヲ得ス然レトモ此說ハ法典調査會ニ於テハ少數ナリシカ爲メ成立セサリキ但新民法ハ相殺ノ效力ハ既往ニ遡ルモノトセルカ故ニ一方ノ意思表示ニ依リテ相殺ノ行ハルルヨリ生スル弊害ノ大半ハ之ヲ免ルルコトヲ得ヘシ而シテ此相殺ノ意思表示ニ付キ其表示ヲ爲スノ方法ハ之ヲ限定セサルカ故ニ極端ニ言ヘハ手眞似ヲ以テ爲スモ可ナリ況ヤ口頭又ハ書面ニテ之ヲ爲スヲ得ルハ勿論ナリ唯其意思表示ハ必ス相手方ニ對シテ之ヲ爲ササルヘカラサルノミ尚ホ第五〇六條第一項但書ニ於テ「意思表示ニハ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得ス」トセリ是レ當然ノ事ト謂フヘシ何トナレハ相殺ノ目的ハ雙方ノ債權、債務ヲ消滅セシメントスルニ在ルモノナルニ條件又ハ期限ヲ附スルカ如キハ全ク其目的ニ反スルモノト謂ハサルヘカラサレハナリ

第二　相殺ノ效力

相殺ノ效力ハ原則トシテ雙方カ辨濟ヲ爲シタルニ等シ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ債權ヲ有シ乙又甲ニ對シテ債權ヲ有スル場合ニ於テ之カ相殺ヲ行フトキハ恰モ甲モ辨濟ヲ爲シ、乙モ辨濟ヲ爲シタルト同一ノ效力ヲ有ス學者往往相殺ハ二辨濟ノ略ナリト謂フハ其效力ノ上ヨリ言ヘハ正當ナリ但債權ノ額ハ必スシモ常ニ同一ナラサルヲ以テ若シ債權額ノ相異ナル場合ニ於テハ相殺ハ對當額ヲ以テ限度ト爲ササルヘカラス「對當額ノ相殺」トハ雙方ノ債權ヲ比較シ其最少額ヲ限度トシテ雙方ノ債權ヲ消滅セシムルノ意ナリ前例ニ於テ甲ノ乙ニ對スル債權額ハ一千圓ニシテ乙ノ甲ニ對スル債權額ハ五百圓ナルトキハ五百圓ノ限度ニ於テ相殺行ハルルナリ即チ甲ニ於テハ全部ノ辨濟ヲ爲シタルモ乙ニ於テハ半額ノ辨濟ヲ爲シタルニ等シキナリ是レ第五〇五條第一項ニ「各債務者ハ其對當額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得」トアル所以ナリ

0318

相殺ノ效力ハ二辨濟ニ等シト云フノ結果茲ニ充當ノ問題ヲ生ス例ヘハ甲カ乙ニ對シ二箇以上ノ債權ヲ有シ又ハ乙カ甲ニ對シ二箇以上ノ債權ヲ有シ其目的同一ニシテ同シク金錢ナルカ若クハ同性質ノ商品等ナル場合ニ於テハ先ツ孰レノ債權ト孰レノ債權トヲ相殺スヘキカハ是レ即チ充當ノ問題ナリ之ニ付テハ第五一二條ニ明文アリ曰ク

第四百八十八條乃至第四百九十一條ノ規定ハ相殺ニ之ヲ準用ス

唯辨濟ニ關スル規定ヲ準用スルニ止マリ全然之ヲ適用スルコト能ハス隨テ多少疑ハシキ問題ヲ生スルコトアリ

第一ニ第四八八條第一項ニ依ルトキハ第一ノ充當權カ債務者ニ存スルト雖モ相殺ニ付テハ元來同一人カ同時ニ債務者ニシテ且債權者ナルカ故ニ充當ノ規定ヲ其儘適用スルコトヲ得ス充當ニ關シ「辨濟」又ハ「履行」ノ文字中孰レヲ正シトスルカハ別問題トシ法文ニハ「辨濟」トアリ而シテ先ツ債務者ノ意思ヲ取レリ蓋シ辨濟ナル行爲ハ債務者ノ行爲ナリ而シテ行爲ノ性質ハ行爲者其者ノ意思ニ依リテ定マルヲ原則トスルニ由ルナリ之ト同一ノ理由ニ據リ相殺ニ付テモ亦其意思表示ヲ爲シタル者ノ意思ヲ以テ基礎トセサルヘカラス例ヘハ（一）先ニ其意思表示ヲ爲シタル者ヲ甲ナリトセハ甲ハ同時ニ債權者ニシテ且債務者ナリト雖モ此場合ニハ甲ヲ辨濟者ト看做シ以テ第四八八條ノ規定ヲ適用セサルヘカラス蓋シ相殺ノ意思ハ甲ニ於テ表示シタルヲ以テナリ此理由ニ基キ甲ハ乙ニ對シテ子、丑二箇ノ債權ヲ有シ乙ハ甲ニ對シテ一箇ノ債權ヲ有スルモノトセハ充當問題ハ一方ニ於テ生スルニ過キス即チ此場合ニ於テハ甲ハ子、丑孰レノ債權ヲ以テモ乙ノ債權ノ相殺ニ充ツルコトヲ得ルモ乙ハ甲ニ對シテ其充當ノ選擇ヲ爲スコトヲ得サルナリ（二）前例ヲ轉倒シ乙ハ甲ニ對シテ二箇ノ債權ヲ有シ甲ハ乙ニ對シテ唯一箇ノ債權ヲ有スル場合ニ於テモ仍ホ其選擇權ハ甲ニ存ス即チ甲カ相殺ヲ對抗スルニ當リ乙ノ二箇ノ債權例ヘハ寅、卯中寅ニ對シテ相殺ヲ爲スモ卯ニ對シテ之ヲ爲スモ固ヨリ甲ノ隨意タリ更ニ又例ヲ變シテ（三）甲ハ乙ニ對シテ二箇以上ノ債權ヲ有シ乙亦甲ニ對シテ二箇以上ノ債權ヲ有スル場合ニ於テ假ニ甲ノ債權ヲ子、丑トシ乙ノ債權ヲ寅卯トセンニ甲ハ自己ノ債權ノ子ヲ以テ相殺ヲ行フモ丑ヲ以テ行フモ其隨意ニシテ之ヲ乙ノ債權ノ方面ヨリ言ヘハ寅ニ充當セントスルモ卯ニ充當セントスルモ總テ相殺ノ意思表示ヲ爲シタル甲ノ意思如何ニ依ルモノトス

第二ニ第四八八條第二項ノ「辨濟者」ナル文字ヲ「相殺ノ意思ヲ表示シタル者」ト解スルトキハ其相手方ハ即チ辨濟受領者ニ該當ス故ニ前例甲カ相殺ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テ其充當スヘキ債權ヲ指定セサルトキハ甲ハ選擇權ヲ失フモノトス隨テ乙ハ甲ノ債權タル子、丑孰レヲ選擇シテ相殺ヲ對抗スルモ可ナリ第二例ノ場合ニ於テモ亦乙ハ自己ノ債權タル寅又ハ卯孰レヲ以テ甲ノ債權ト相殺スルコトヲモ得ヘシ又第三例ノ場合ニ於テハ乙ハ自己ノ債權中寅卯ノ孰レヲ以テスルモ甲ノ債權子、丑中其一ヲ選擇シテ之ヲ相殺スルコトヲ得ヘク又乙ハ其二債權ヲ以テ甲ノ二債權ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲモ得ヘシ尙ホ此場合ニ於ケル乙ノ充當權ニ對シテハ甲ハ異議權ヲ有スルカ故ニ甲カ乙ノ充當ニ對シ直チニ異議ヲ述ヘタルトキハ充當ハ甲ノ意思ニ依ルヘキナリ（四八八條二項但書）充當ノ方法ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スコト相殺ノ場合ニ於テモ異ナルコトナシ（四八八條三項）

第三ニ法定充當ノ規定即チ第四八九條ノ規定ヲ相殺ノ場合ニ準用セリ此規定ノ詳細ハ既ニ履行ノ説明ヲ爲ス際ニ述ヘタルヲ以テ更ニ講說スルノ必要ナシ以下ノ規定モ亦同シ唯此等ノ規定ヲ準用スルニ方リ「辨濟者」ナル文字ニ代フルニ「相殺ノ意思表示ヲ爲シタル者」ナル文字ヲ以テシ「辨濟受領者」ニ代フ

ルニ「相殺ノ相手方」ナル文字ヲ以テシ以テ法文ヲ讀下スルトキハ其適用ヲ誤ルコトナカルヘシ

以上ハ相殺ノ效力ニ關スル原則ナリ而シテ其效力ハ當事者一方ノ意思表示ニ依リテ效力ヲ生スルモノナルカ故ニ其效力モ亦意思表示ヲ爲シタル時ヨリ發生スルモノナリ然レトモ雙方ノ債權、債務ハ相殺ノ效力發生ノ時ヨリ消滅スルモノナルカ將タ相殺ノ條件ノ具備シタル時ニ遡リテ其效力ヲ生スルモノナルカノ問題ヲ生ス法定相殺主義即チ舊民法及ヒ佛蘭西民法等ノ主義ニ依レハ相殺ハ常ニ法律上當然行ハルルモノナルカ故ニ其條件ノ具備シタル時ヨリ直チニ行ハルルモノニシテ大抵辨濟期ノ到來ヲ以テ相殺ノ效力發生ノ時期ト爲ス然レトモ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モノトセルカ故ニ理論上ヨリ言フトキハ相殺ノ效力ハ將來ニ於テノミ生スルモノトセサルヘカラス然レトモ若シ此ノ如クスルトキハ甚タ不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ即チ前ニ述ヘタル如ク當事者ハ必スシモ同等ナル法律上ノ知識ヲ有スルモノニ非ス又同等ニ怜悧ナリト謂フコト能ハス而モ又同等ニ貪慾ナルモノニモ非サルヘキヲ以テ法律上ノ知識ヲ有スル狡黠ナル慾張者ハ自己ノ債權ノ存在シ且相手方ノ債權モ亦存在スルコトヲ以テ利益ト爲ス場合ニハ成ルヘク遲ク相殺ヲ對抗スルヲ以テ利益ト爲スカ故ニ相殺ヲ遷延スヘク若シ反對ニ相手方ニシテ敏捷ニ狡黠ニ慾張ニシテ且法律ヲ知レル者ナルトキハ期限ノ到來ヲ待チテ直チニ相殺ヲ對抗スヘシ之ヲ要スルニ法律上ノ知識アル狡黠ナル貪慾者ノ爲メニ利益ヲ壟斷セラレ折角公平ヲ旨トシテ設ケタル相殺ノ規定カ却テ不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ是ニ於テカ彼ノ獨逸法ノ如キハ兎角法律上ノ假定（フヰクシヨン）ヲ忌ミ或法律行爲ノ效力ヲシテ既往ニ遡ラシムルカ如キハ概シテ禁物トスル所ニシテ例ヘハ條件ノ成就、契約解除ノ效力等ニ於ケルカ如キ皆之ヲ認メサルニ拘ハラス唯リ相殺ノ場合ニ於テハ其意思表示アリタル時ヨリ效力ヲ生スルニ止マルモノトセハ前述ノ如キ不公平ナル結果ヲ來スヲ以テ立法ノ際種種討議ノ末結局其效力ハ既往ニ遡リ相殺要件ノ具備シタル時ヨリ雙方ノ債權消滅シタルモノト看做スト云フ規定ヲ置クニ至レリ故ニ縱令雙方ノ債權ニ付キ利息ノ率ヲ異ニスルモ辨濟期以後ニ於テハ雙方ノ債權カ消滅スルカ故ニ互ニ利息ヲ受クルコトヲ得ス若シ之ヲ受取リタルトキハ之ヲ返還セサルヘカラス（五〇六條二項）而シテ雙方ノ辨濟期カ同時ニ到來スルカ如キコトハ甚タ稀ナルヘク多クハ最後ニ期限ノ到來シタル時ヲ以テ相殺ノ效力ヲ生スル時期ト爲ス例ヘハ甲ノ乙ニ對スル債權ハ明治三十二年十二月三十一日ヲ以テ滿期ト爲リ乙ノ甲ニ對スル債權ハ明治三十三年六月三十日ヲ以テ滿期ト爲ルカ如キ場合ニ於テハ六月三十日午後十二時ハ則チ相殺條件ノ具備シタル時ニシテ翌七月　日以後ハ雙方ノ債權、債務ハ既ニ消滅シタルモノト看做セリ換言セハ相殺ノ成立センカ爲メニハ前ニ屢〻述ヘタルカ如ク意思表示ヲ要シ意思表示ヲ爲サヽレハ相殺ハ行ハルルコトナシ然レトモ縱令期限後日月ヲ經テ一方ヨリ相殺ノ意思表示ヲ爲スモ其效力ハ明治三十三年七月一日ヨリ發生シタルモノト看做スカ故ニ速ニ之ヲ對抗シタル者ハ利益シ後レテ之ヲ對抗シタル者ハ損害ヲ被ルカ如キコト　殆ト之ナカルヘシ是ニ由テ之ヲ觀レハ意思表示主義ハ必スシモ不公平ナル結果ヲ生スルモノニ非スシテ實際ニ於テハ法定相殺主義ト甚シキ差異アルモノニ非サルナリ

尚ホ此結果ノ結果トモ謂フヘキモノニシテ而モ普通ノ法理ニ適合セサルモノヲ認メタリ他ナシ時效ニ因リテ消滅シタル債權ヲ以テ相殺ヲ對抗シ得ルコト是ナリ例ヘハ甲ノ債權ハ既ニ明治三十二年十二月三十一日ヲ以テ時效ニ罹リタルモ乙ノ債權ハ未タ時效期間ヲ經過セサル場合ニ於テ乙ヨリ甲ニ對シテ其債權ノ履行ヲ求ムルトキハ普通ノ法理ニ據レハ甲ノ債權ハ既ニ消滅セルカ故ニ相殺ヲ對抗スルコトヲ得スシテ必ス自己ノ債務ヲ履行セサルヘカラス然レトモ此ノ如キハ甚タ不公平ナルコト殆ト說明ヲ

要セス例ヘハ甲ノ債權ハ三十一年十二月三十一日ニ期限到來シ乙ノ債權モ亦同時ニ期限到來シタリト假定シ唯甲ノ債權ハ特別ノ債權ニシテ一年ノ時效ニ罹リテ消滅シタルモ乙ノ債權ハ普通ノ債權ニシテ十年間ハ時效ニ罹ルコトナキ場合ニ於テハ素ト甲ニ於テモ乙ニ於テモ互ニ辨濟ヲ怠リタルモノニシテ三十二年一月一日ヨリ十二月三十一日ニ至ルマテノ間ニ於テ甲乙孰レカ一方カ相殺ヲ對抗スルトキハ相互ノ債權、債務ハ消滅スヘカリシナリ然ルニ此相殺ニ因リテ最モ利益ヲ受クヘカリシ甲ハ其性頗ル寛大ナルカ若クハ法律知識ニ乏シキカ為メ乙ヨリ何等ノ催促ヲ受ケサルヲ以テ己モ亦急キテ催促スルノ必要ナシトシ荏苒一年餘ヲ經過シタル後乙ハ甲ニ對シ其債務ノ履行ヲ求メタルニ付キ甲ハ相殺ヲ以テ之ニ對抗シタリトセンニ乙ハ其債務ノ最早時效ニ因リテ消滅シタルモノナルコトヲ以テ甲ニ對抗シ得ヘシトセハ甚タ不公平ナル結果ニ至ルヘシ是ニ於テカ斯ル場合ニ於テハ遡及效アラシムヘキヤ否ヤニ付キ大ニ議論アリ蓋シ相殺ハ意思表示ニ因リテ成立スルモノナリトセハ其意思表示ノ當時相殺ノ要素タル相互ノ債權債務ノ關係ナカルヘカラス然ルニ甲ノ債權ハ昨年末既ニ時效ニ罹リテ消滅シタリトセハ理論上相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルコト前ニ一言シタルカ如シ是レ單ニ有效ニ為シタル相殺ノ意思表示ニ遡及效アルヤ否ノ問題ニ非スシテ既ニ消滅シタル債權ヲ以テ對抗スルカ如キ法律上殆ト不能ノ事ト謂フヘシ然レトモ前述ノ如ク之ヲ結果ヨリ觀ルトキハ頗ル不公平ナルヲ以テ玆ニ議論ヲ生スルナリ獨逸ノ第一草案ニハ反對ノ規定ヲ為シタルモ終ニ時效ニ罹リタル債權ト雖モ相殺ノ目的ト為スコトヲ得ルコトト為セリ而シテ其理由トスル所ハ主トシテ公平ヲ保ツニ在リ然レトモ予ノ見ル所ヲ以テセハ此ノ如ク種種ノ假定ヲ設クルヨリハ寧ロ佛國民法又ハ我舊民法ノ如ク法定相殺ヲ認ムルニ如カサルナリ獨逸民法ニ於テ法定相殺ヲ認メサリシハ蓋シ獨逸ニハ從來ノ沿革上法定相殺ナルモノナカリシカ為メナリ即チ羅馬法ニ於テハ法定相殺ナカリシカ獨逸ニ於テハ新民法施行前ニハ普通法トシテ羅馬法行ハレタリシカ為メナリ然レトモ實際ノ便利ヨリ言ヘハ獨逸民法ヨリハ佛國民法ヲ優レリト信スルト同時ニ獨逸ノ如キ沿革ナキ我邦ニ於テハ寧ロ法定相殺ヲ認ムルヲ便宜ナリシト信ス然レトモ前述ノ如キ規定アルヲ以テ實際ニ於テハ敢テ不公平ナルコトナケン第五〇八條ニ曰ク

時效ニ因リテ消滅シタル債權カ其消滅以前ニ相殺ニ適シタル場合ニ於テハ其債權者ハ相殺ヲ為スコトヲ得

獨逸ニ於テハ短期時效ト長期時效トヲ區別セントスル議論アリシモ此説ハ竟ニ成立セサリキ我法典調査會ニ於テモ此等ノ規定アルカ為メ遂ニ意思表示説ヲ採用スルニ至リシナリ

第三款　更改

「更改」トハ舊債權ヲ消滅セシメ之ニ代フルニ新債權ヲ以テスルノ契約ナリ更改ノ定義ヲ此ノ如ク下ストキハ殆ト各國ノ法律ニ規定セル更改ニ適應スヘシ唯條件若クハ效力ニ於テ多少ノ差異アルニ過キサルナリ今各國ノ法律ヲ見ルニ「新ニスル」又ハ「改ムル」ト云ヘル意味ノ文字ヲ使用セリ蓋シ更改ハ債權ノ讓渡（Uebertragung der Forderung）及ヒ債務ノ引受（Schuldübernahme）ニ似ル所アルモ全然同一ナルニ非ス債權ノ讓渡及ヒ債務ノ引受ニ在リテハ從來ノ權利ヲ其儘讓渡シ若クハ引受クルモノニシテ更改ノ如ク前ノ權利ヲ消滅セシメテ他ニ新ナル權利ヲ發生セシムルモノトハ當事者ノ意思ニ於テ大ニ異ナレリ而シテ我民法ニ於テハ更改及ヒ債權ノ讓渡ノ二者ヲ認メテ債務ノ引受ナルモノヲ認メス蓋シ債務ノ引受ナルモノハ其實質ニ於テ更改ト異ナラサルコト多カルヘク其他契約ノ自由ニ據リ殆ト之ト同

一ノ效力ヲ生スヘキ契約ヲ締結スルコトヲ得ヘキヲ以テ別ニ債務ノ引受ナルモノヲ規定スルノ必要ナキナリ

尙ホ我民法上債權ノ讓渡ト更改トノ最モ著シキ差異ヲ擧クレハ債權ノ讓渡ニ在リテハ第一ニ債權者ト讓受人トノ間ノ契約ニ因リテ直チニ成立ス（契約以外ノ行爲ニ因リテモ讓渡スコトヲ得）ルモ更改ニ在リテハ新舊債權者ト債務者トノ三者間ノ契約ニ因リテ成立ス即チ二者其成立ニ關シテ差異アリト謂フヘシ第二ニ二者其效力ヲ異ニス即チ讓渡ニ在リテハ總テノ權利ヲ其儘ニ移轉スルカ故ニ若シ其債權ニシテ保證人其他留置權、抵當權等ニ由リテ擔保セラルル場合ニ於テハ其主タル債權ト共ニ悉ク讓受人ニ移轉スルモ更改ノ場合ニ於テハ舊債權ノ消滅スルト同時ニ新ナル債權關係ヲ生スルモノナレハ舊債權及ヒ之ニ屬セル總テノ擔保ハ全ク消滅スヘキモノトス唯當事者間ニ於テ特約ヲ以テスルトキハ質權、抵當權ノミ之ヲ新債權ニ移スコトヲ得ルニ過キス以上ノ二點ハ債權ノ讓渡ト更改トノ差異ノ最モ著シキモノナリ約言スレハ債權ノ讓渡ノ場合ニ於テハ同一ノ債權ヲ移轉スルモノナルカ故ニ特約ナケレハ擔保權ヲモ併セテ讓受人ニ移轉スルモノナルモ之ニ反シテ更改ニ在リテハ前債務ヲ消滅セシムルト同時ニ更ニ新ナル債權關係ヲ生スルモノナルヲ以テ後ノ債權關係ハ前ノ債權トハ全ク別物ナリ

次ニ債務ノ引受ナルモノヲ特ニ認ムルトセハ債權ノ讓渡ト同シク前債務ヲ其現狀ノ儘ニテ引受クルコトト爲ルヘシ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ或債權ヲ有スル場合ニ於テ丙カ乙ノ債務ヲ引受クルトキハ其債務ヲ其儘引受クルモノナレトモ更改ニ於テハ之ニ異ナリ舊債務ハ消滅シテ更ニ新ナル債務ヲ生スルモノナルヲ以テ當事者ノ意思大ニ異ナルモノナリ而シテ更改ノ場合ニ於テハ舊債權ニ附隨セル他ノ權利ハ特約アル場合ノ外決シテ移轉スルコトナキモ債務ノ引受ニ在リテハ之ト異ナラサルコトヲ得ス尤モ債務ノ引受ハ債權ノ讓渡ト同一視スルコトヲ得サルモノアリ他ナシ債權ハ債務者ノ行爲ヲ目的トスルモノナルヲ以テ債務者ハ殆ト權利ノ目的タルカ如キ觀アルコト是ナリ蓋シ債務ノ履行ハ多クノ場合ニ於テハ他人ヲシテ代リテ之ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノナリト雖モ其債務ヲ負擔スル者ハ債務者其人ナルコト勿論ナリ而シテ債務者ノ資力又ハ伎倆等ハ通常著眼スヘキ所ナリ故ニ從來債權ノ所在ヲ論スルトキハ債務者ノ住所ニ在リトスルヲ常トス我民事訴訟法第一七條ハ則チ此主義ヲ採レリ同條ニ據レハ「債權ニ付テハ債務者ノ住所ヲ以テ財產ノ所在地」トセリ又我法例第一二條モ亦同一ノ主義ニ據レルモノト謂テ可ナリ（法例一〇條參照）故ニ債權ノ目的ハ債務者ニ存スルモノト謂フヘシ債權ノ讓渡ハ債務者ヲ變更セサルカ故ニ之カ爲メ毫モ債權ノ性質ヲ變更スルモノニ非ス是レ恰モ此「コップ」ノ所有權ト云ヘハ所有者ハ甲ナルモ乙ナルモ敢テ異ナルコトナシト雖モ「コップ」ノ所有權ニ代フルニ急須ノ所有權ヲ以テシ以テ同一ノ權利ナリト謂フコト能ハサルカ如シ換言セハ此「コップ」ノ所有權カ急須ノ上ニ移轉スルト云フカ如キハ決シテ想像スルコト能ハサルト同シク債務者ヲ變更シ甲ノ代リニ乙ヲシテ其債務ヲ負擔セシメ而シテ同一ノ債務ナリト謂フコト能ハス唯相續ノ場合ニ於テ相續人ハ法律上被相續人ト同一人ト看做スカ故ニ又被相續人ト同一ノ債務ヲ負擔スルモノト視ルモ是レ已ムコトヲ得サル所ナリ故ニ當事者間ニ於テハ債務者ヲ變更シ而モ同一ノ債務存續スルモノノ如ク看做スコトヲ得ヘキモ以テ第三者ノ權利ヲ左右スルコトヲ得サルナリ

尙ホ更改ト債務ノ讓渡及ヒ債務ノ引受ト異ナル點ヲ言ヘハ更改ノ下ニハ目的ノ變更ニ因ルモノアリ例ヘハ此茶碗ヲ與フヘキ債務ニ代フルニ土瓶ヲ與フヘキ債務ヲ以テスルカ如キ是ナリ斯ル行爲ハ債權ノ讓渡ニ非ス又債務ノ引受ニモ非ス同一當事者間ニ於テ唯債務ノ目的物ヲ變更シタルノミ而モ此ノ如キ

行爲ハ時トシテ必要ナルコトアリ如何ニ獨逸法ニ於テ更改ヲ認メサルモ此行爲ヲ認メサルコトヲ得サリキ但代物辨濟ニ關シテ之ヲ規定シ敢テ更改トシテ之ヲ規定セス故ニ結果ニ於テハ更改ヲ許シタルト大差ナシト雖モ寧ロ更改ヲ認ムルノ愈レルニ如カサルナリ

第一　更改ノ條件

更改ノ條件ハ予ノ見ル所ヲ以テスレハ一般ノ條件トシテ二アリ一ハ契約ヲ以テスルコトニシテ一ハ債務ノ要素ヲ變更スルニ在リ第一ニ更改カ契約ナルコトハ第五一三條第一項ノ示ス所ナリ曰ク

當事者カ債務ノ要素ヲ變更スル契約ヲ爲シタルトキハ其債務ハ更改ニ因リテ消滅ス

此條文ニ所謂「契約ヲ爲シタルトキハ」トアルハ即チ更改カ契約ニ依レルモノナルコトヲ明カニセルモノナリ外國ノ法律ニハ往往法文ニ更改契約ト明記スルモノアリ而シテ更改ハ契約ニ依ルヘキモノトセルコトハ一般ニ採用セル所ナリ此「更改契約」ナル語ハ索遜ニ於テ千八百九十九年十二月三十一日マテ行ハレタリシ民法ニ之ヲ用ヒタリ又羅馬法ニ於テハ更改ハ口頭契約即チ一定ノ言詞ヲ以テ契約ヲ締結スル形式ニ依リテ行ハレタリ今日ハ何等ノ形式ヲ要セサルモ仍ホ契約ニ依ルヘキモノトセリ

次ニ第二ノ條件ハ債務ノ要素ノ變更ニシテ是レ亦第五一三條第一項ニ明示セル所ナリ即チ同條ニ「債務ノ要素ヲ變更スル契約」トアルハ第二ノ條件ヲ言表ハシタルモノナリ蓋シ債務ノ要素ハ目的、債權者、債務者ノ三ナルコトハ殆ト異論ナキ所ナリ蓋シ債權ハ即チ要求權ナルカ故ニ其目的ニシテ豫メ確定セルニ非スンハ復タ要求スヘキモノナク隨テ債權ハ成立スルコト能ハス債權者ナケレハ要求スル人ナキヲ以テ債務ハ復タ誰ニ向テカ存セン又債務者ナケレハ要求ヲ受クヘキ人ナキヲ以テ亦債權成立スルコト能ハサルナリ故ニ此三者ヲ以テ債權ノ要素トスヘキコトハ予ノ疑ハサル所ナリ唯茲ニ一ノ疑問ト爲スハ債務ハ多クノ場合ニ於テハ法律行爲ヨリ生ス然ラハ「債務ノ要素」ト「法律行爲ノ要素」トハ同一ナリヤ否ヤニ在リ然レトモ如何ナル學説ニ據ルモ法律行爲ノ要素ト其法律行爲ニ因リテ生スル債務ノ要素トハ之ヲ同一視スルコトナカルヘシ即チ先ツ其目的ニ付テ稽フルモ債務ノ目的ト法律行爲ノ目的トハ自ラ異ナリ債務ノ目的ハ債權者ヨリ求ムル所ノ債務者ノ給付即チ金錢若クハ其他ノ物ノ所有權ノ移轉若クハ或一定ノ勞務ヲ爲スノ行爲ナリ之ニ反シテ法律行爲ノ目的ハ我輩ノ信スル所ニ據レハ債務ノ目的ニ比シ其範圍汎博ナリ法律行爲ノ當事者ハ果シテ如何ナル事ヲ生セシメント欲シタルカ、如何ナル事ヲ爲サント欲シタルカ是レ法律行爲ノ目的ナリ然ラハ則チ法律行爲ノ目的ハ債務ノ目的ノミナラス場合ニ依リテハ當事者ノ何人タルコトヲモ包含セリ例ヘハ贈與ノ如キニ在リテハ其受贈者即チ何某ナル者ヲモ法律行爲ノ要素中ニ包含スルモノナリト信ス尤モ作業ヲ目的トスル法律行爲ニ在リテハ債務ノ目的ハ予ノ見ル所ヲ以テスレハ一定ノ人ノ行爲タルコト多シ此場合ニ於テハ法律行爲ノ目的ト債務ノ目的トハ必スシモ異ナレリト謂フコトヲ得ス例ヘハ橋本雅邦ノ畫ト川端玉章ノ畫トハ全ク別異ノモノナルコト固ヨリ言フヲ俟タス而シテ其履行スヘキ人カ雅邦ナルト玉章ナルトノ差異ノミニ止マラサルナリ唯債務ノ要素ヲ論スルニ方リテハ斯ル區別ヲ認ムルノ必要ナカルヘシ何トナレハ此人格ハ債務ノ目的中ニ包含セシメサルモ他ノ要素中ニ包含セラルルモノナレハナリ但理論トシテハ此區別ヲ認ムルノ必要ナキニ非ス即チ雅邦カ或畫ヲ描クコトヲ約束セルニ更改ノ結果玉章カ描クコトト爲リ雅邦ハ義務ヲ免レタリトセヨ此場合ニ於テハ債務者ノ交替ニ因ル更改ナルコトハ何人モ疑ヲ容レスト雖モ同時ニ其目的ノ變更アリヤ否ヤノ問題ヲ生ス予ハ目的ノ變更アリト信スル者ナリ然レトモ此ノ如キハ單ニ理論上ノ問題タルニ止マリ殆ト其實益ナシ之ニ反シテ法律行爲ノ側ヨリ論スルトキハ啻ニ理論

0323

上ノ問題タルニ止マラス實際上ニ於テモ頗ル重要ナル問題ニ屬ス例ヘハ前述ノ如キ事實ニ付キ若シ錯誤ノ存スルアランカ法律行爲ノ無效ヲ來スコトアリ即チ單ニ當事者ニ付キ錯誤アルモ敢テ法律行爲ノ無效ノ原因ト爲ラサルコト多シト雖モ右ノ場合ノ如ク爲メニ目的ノ錯誤ヲ來ストキハ明カニ法律行爲ノ無效ヲ來スモノナリ其他法律行爲ノ目的ニ付テハ嘗テ述ヘタル如クニシテ條件ノ如キモ亦法律行爲ノ目的ノ一部ヲ成スモノナリ此等ノ事項ハ總則編中「法律行爲」ノ章ニ於テ論スヘキ事ニ屬シ今茲ニ詳論セサルヘシ要スルニ茲ニ謂フ所ノ「目的」ハ狹義ノモノニシテ債務ノ目的即チ債權者ヨリ債務者ニ對シテ要求スル事柄其レ自身ヲ指稱スルモノトス但我民法ニ於テハ更改ノ規定中「債務ノ目的」ナル文字ハ僅ニ第五一八條ノ一箇條ニ於テノミ之ヲ見ル而モ必スシモ目的ノ變更ニ因ル更改ニノミ關スルモノニ非ス故ニ法文ノ解釋トシテ「目的」ナル文字カ如何ナル意味ヲ有スルカハ多少疑問タルヲ免レスト雖モ法文ニ「債務ノ要素」ト曰ヘルハ明カニ目的ヲモ包含スルモノト解セサルヘカラス

次ニ債權者及ヒ債務者ハ通常法律行爲ノ要素ト爲ルモノニ非ス即チ債權者又ハ債務者ハ何人タルモ可ナルヲ原則トス蓋シ法律行爲ノ成立センカ爲メニハ何人カ其行爲ヲ爲スコトヲ要シ又相手方アルコトヲ要スル場合多シト雖モ法律行爲ヲ抽象的ニ觀察スルトキハ結局廣義ニ於ケル目的ノ存スル以上ハ敢テ何某ニ由リテ成レル法律行爲タルコトヲ要セス苟モ目的ニシテ存在セハ法律行爲タルニ妨ナキナリ故ニ當事者ノ何人タルカハ通常法律行爲ノ要素タラサルナリ隨テ當事者ニ付テ錯誤アルモ無效若クハ取消ノ原因ト爲ルモノニ非ス唯前ニ例示シタル贈與ノ場合若クハ當事者カ或特定ノ作業ノ義務ヲ負擔スル場合ニ於テハ其當事者カ法律行爲ノ要素ト爲ルコトアリ蓋シ此ノ如キ場合ニ於テハ其相手方タル受贈者若クハ或勞務ヲ爲ス特定人ハ目的中ニ包含セラルルモノニシテ隨テ當事者ヲ以テ法律行爲ノ一要素ト爲スモノナリ然レトモ是レ例外ノ場合ニシテ普通ノ法律行爲ニハナキ所ナリ之ニ反シテ債務其モノヨリ言ヘハ債權者ナキ債權ナク債務者ナキ債務アルコトナシ故ニ此場合ニ於テハ當事者ハ要素ナルコト勿論ニシテ其一方ノ變更ハ即チ要素ノ變更ナルヤ明カナリ此ノ如ク論スルトキハ法律行爲ノ要素ト債務ノ要素トハ之ヲ同一視スルコトヲ得サルコトヲ知リ得ヘシ「ボワッソナード」氏ハ此點ニ付キ或ハ誤解セシニ非サリシカヲ疑フ何トナレハ原因ノ變更ヲ以テ更改ノ一場合トセルヲ以テナリ（財四八九條二號參觀）氏ハ甚ク淡泊ニ之ヲ說明シテ曰ク債務ノ要素ハ四アリ一、目的、二、原因、三、債權者、四、債務者是ナリ故ニ其一ヲ變更スルトキハ即チ債務ノ變更アリ隨テ更改アルヘシト然レトモ是レ法律行爲ノ要素ト債務ノ要素トヲ混シタルモノニ非サルナキカ若シ然リトセハ原因ノ變更ナルモノハ頗ル奇妙ナルモノナリ夫レ法律行爲ノ原因即チ舊民法ノ規定ニ依リ契約ノ原因トハ債務者カ契約ニ因リテ或義務ヲ負擔スルコトニ決意シタル法律上ノ理由ナリ例ヘハ賣買ニ在リテハ賣主ハ買主ノ代價支拂ノ義務ヲ以テ其原因トシ買主ハ賣主ノ或權利ヲ移轉スルノ義務ヲ以テ原因トシ贈與ニ在リテハ或一定ノ人ニ恩惠ヲ施ス意思即チ原因ナリ而シテ舊民法ニ於テハ是レ契約ノ一要素ナリ故ニ此要素ヲ變更スルハ更改ナランカ然レトモ我輩ヲ以テ之ヲ觀レハ契約ノ原因ヲ變更スルコトハ全ク不能ナルカ如シ蓋シ契約ノ原因ハ寧ロ契約上ノ義務ノ原因ト云フヲ正確トスルカ故ニ義務ノ原因ヲ變更スルト云ヘハ或ハ契約ノ原因ヲ變更スルモノナルカノ疑ヲ生スヘシト雖モ抑〻契約上ノ義務ノ原因ト其義務發生ノ原因トハ其名ハ相類スルモ其實ハ大ニ同シカラサルモノアリ而シテ「ボワッソナード」氏ノ說明ニ依ルモ更改ニ關シ義務ノ原因ノ變更ト云ヘルハ義務發生ノ原因ノ變更ヲ指シテ言ヘルカ如シ若シ然リトセハ義務發生ノ原因ハ曰ク賣買ナリ曰ク贈與ナリ曰ク貸借ナリ曰ク遺言ナリ曰ク法律ノ規定ナリ此原因ヲ變更ス

0324

ルハ實ニ難事タリ例ヘハ貸借ニ因リテ發生シタル義務ヲ其發生ノ後ニ於テ發生當時ニ遡リ其原因ヲ變更シテ賣買若クハ贈與ヨリ生シタルモノト爲サントスルカ如キ又ハ遺言ヨリ生シタルモノト爲サントスルカ如キハ果シテ爲シ得ヘキノ業ナルヤ又例ヘハ遺言ヨリ生シタル債權ヲシテ贈與ヨリ生シタルモノタラシメンコトハ到底不能ノ事ニ非スヤ故ニ「ボワッソナード」氏ト雖モ主トシテ賣買又ハ賃貸借ヨリ生シタル義務ヲ消費貸借ノ名義ニ變更スル場合ノ一例ニ就テノミ之ヲ説明セリ然リ氏ノ例示セル場合ノ如キハ法律カ特ニ許セル場合ニシテ賣買、贈與其他何等ノ原因ヲ問ハス之ニ因リテ負擔セル債務ヲ變更シテ將來消費貸借ノ名義ヲ以テ之ヲ負擔スルコトヲ約スルコトヲ得ヘシ然レトモ是レ決シテ要素ノ變更ニ因リ更改ヲ爲シタルニハ非サルナリ新民法ニ於テモ此種ノ契約ヲ認ムルト雖モ是レ唯法律上ノ一ノ假定ニ過キス而シテ是レ不特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ニ付テ生スル問題ナリ例ヘハ賣主カ買主ニ對シテ代價ノ請求權ヲ有スル場合ニ於テ買主ハ直チニ支拂ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ貸借證書ヲ認メテ之ヲ賣主ニ交付スルカ如キハ能ク人情ニ適シ時ノ古今、國ノ東西ヲ論セス皆其效力ヲ認メタリ蓋シ當事者ノ意思ニ於テハ賣買ノ如キハ其關係スル所廣ク其效力永ク存續スルトキハ之ニ伴ヒテ解除權若クハ擔保權等ノ如キ種種ノ關係永ク殘存スヘキヲ以テ此關係ヲ絕チ更ニ單純ナル貸借關係ト爲サント欲スルコトアルヘシ而シテ法律上ノ説明トシテハ買主ハ賣主ニ對シテ金錢ヲ借入ルルコトヲ約シ賣主ハ買主ニ對シテ金錢ヲ貸渡スコトヲ約スルモノナリ之ヲ普通ノ消費貸借トセンカ一旦買主ヨリ代金ヲ支拂ヒ更ニ賣主ヨリ之ヲ借入ルルコト爲ルヘシ然レトモ是レ無用ノ煩ナルカ故ニ之ヲ省キ法律ノ假定ヲ以テ買主カ一旦支拂ヒタルモノヲ更ニ借受ケタルト同一ニ看做シテ賣買關係ヲ消滅セシメ更ニ貸借關係ヲ生セシムルコトヲ得ルモノトセリ（五八八條）是レ稍ヤ更改ニ似タル所アルモ所謂「更改」ニハ非サルナリ而シテ買主カ代金ヲ支拂ヒ更ニ貸借關係ヲ生スルモノト看做スコトハ得ヘキモ若シ之ヲ顚倒シテ消費貸借ニ因リテ借受ケタルモノヲ賣掛代金ト爲スカ如キハ全ク詐欺ノ行爲ナリ賣掛代金ニハ先取特權アリ然レトモ先取特權ニハ目的物ナカルヘカラス故ニ之ヲ主張センニハ必ス事實ヲ虛構セサルヘカラス法律豈ニ斯ノ如キ詐欺ヲ認ムルモノナランヤ「ボワッソナード」氏ト雖モ斯ル行爲ハ之ヲ爲スコトヲ得スト云ヘリ蓋シ契約ニ關スル規定ト雖モ悉ク任意規定ニ非スシテ公益規定モ亦尠カラス況ヤ義務ノ原因ハ契約ノミニ非スシテ他ニ數多ノ原因アルニ於テオヤ「ボワッソナード」氏ノ所説ノ如キハ各國ノ法律ニ於テモ其例ニ乏シキ所ニシテ新民法ニ於テハ之ヲ採用セサリシナリ

更改ノ條件ニ關シテハ尙ホ外國ニ於テモ立法例區區ニシテ又學説ノ未タ一定セサル二箇ノ疑問アリ其一ハ條件附債務ヲ無條件債務ト爲シ、無條件債務ヲ條件附債務ト爲シ又ハ條件ヲ變更スル場合ニシテ舊民法ニ於テハ之ヲ更改ニ非スト明言セルモ（財四九〇條一項）舊民法ニ於テハ更改ノ成立スル場合ヲ前述ノ四箇ノ場合ニ限定シ且「目的」ノ文字ヲ狹義ニ用ヒタルヲ以テ其條件ヲ包含セサルコト明カナリ蓋シ「目的」ナル文字ヲ廣義ニ解スルトキハ條件モ亦此中ニ包含スヘシ即チ債權者カ債務者ニ對シテ要求スルモノハ例ヘハ金錢ノ債權ニ在リテハ其所有權ノ移轉ヲ求ムルヲ以テ普通ナリトスルモ若シ明日雨降ラハ金千圓ノ所有權ヲ移轉セント云ハハ其條件ヲモ一括シテ債務ノ目的ナリト謂フコト能ハサルニ非ス唯從來ノ用語トシテ「目的」ナル文字ハ斯ル廣義ニ用ヒサルヲ例トス蓋シ法律行爲ノ目的トシテハ必要上ニ於テモ理論上ニ於テモ目的中ニ條件ヲ包含セシムルヲ至當ナリトスルモ債務ノ目的トシテハ同一ノ意義ニ解スルコト能ハサルニ非サルモ通常目的中ニハ條件ヲ包含セサルモノトセリ故ニ舊民法ニ於テハ財產編第四九〇條ノ如キ明文ナキモ條件ノ加除、變更ハ更改ヲ成サスト謂ハサルヘカラサ

0325

リシナラン佛國法ニ於テモ亦然リ羅馬法ハ之ニ反シテ此場合ニハ更改アリトセリ而シテ却テ目的ノ變更ニ因ル更改ヲ認メサリキ唯羅馬法ニ於テハ條件ノミナラス期限ノ變更若クハ加除モ之ヲ更改ト爲シタルモ是レ大ニ近世ノ法律思想ニ反スルモノナリ期限ノ變更若クハ加除ヲ以テ更改ナリトスルカ如キハ到底本邦人ノ頭腦ニ浮ハサル所ニシテ歐洲ニ於テモ近世ニ於テハ斯ル學説ヲ唱フル者アルコトヲ聞カサルナリ故ニ期限ニ付テ言ヘハ有期ノモノヲ無期、無期ノモノヲ有期ト爲シ若クハ其期限ヲ伸縮スルカ如キハ更改ト謂フコト能ハス然レトモ條件ニ至リテハ期限ト同一視スルコトヲ得ス蓋シ條件ハ成就セサレハ其目的タル債務ハ成立スルモノニ非サレハ從來無條件ナル債務ニ附スルニ條件ヲ以テシ若クハ條件附債務ヲ變シテ無條件債務ト爲シ或ハ「明日雨降ラハ」ト云ヘル條件ヲ變更シテ「明日雷鳴セハ」ト云ヘル條件ト爲スカ如キハ之ヲ同一債務ト謂フコトヲ得ス故ニ此等ノ場合ニハ必ス更改アルモノトセサルヘカラス是レ債務ノ目的タル金時計ヲ變シテ銀時計ト爲シ若クハ銀時計ヲ白銅ノ時計ニ變スルヨリモ甚シキ變更ニシテ此場合ニハ事契約ノ成立如何ノ問題ニ關ス故ニ之ヲ更改ト看ルヲ穩當ト信ス之ヲ要スルニ條件附債務ニ在リテハ通常ノ債務ニ於ケル三要素ノ外條件ヲ以テ一要素ト爲スカ故ニ條件ノ變更ハ即チ要素ノ變更ト爲ルヘシ隨テ新民法ハ條件ノ變更ヲ以テ更改ヲ成スモノトセリ第五一三條第二項ニ曰ク

條件附債務ヲ無條件債務トシ無條件債務ニ條件ヲ附シ又ハ條件ヲ變更スルハ債務ノ要素ヲ變更スルモノト看做ス債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スル亦同シ

其二ハ手形發行ノ場合ニシテ是レ亦歐洲ニ於テ議論アル問題タリ從來貸借若クハ賣買等ニ因リテ通常ノ債務ヲ負擔スル者カ債務ノ履行ニ代ヘテ手形ヲ發行シタルトキハ之ヲ更改ト謂フコトヲ得ルヤ否ヤ即チ手形ヲ發行スルトキハ普通ノ貸借若クハ賣買等ノ關係ト異ナリ更ニ新ナル手形上ノ債務ヲ發生スルヲ以テ之ヲ更改ト爲スヘキカ如シ如何更ニ約言スレハ從來ノ債務ハ之カ爲メニ消滅スルヤ否ヤ是ナリ是レ頗ル困難ナル問題ナリ元來手形債務ナルモノハ一種特別ノ性質ヲ有スルモノナルヲ以テ此問題ニ對シテハ明カニ更改ナリト斷言スルコト難ク又更改ニ非スト斷言シ難キモノアリ抑、手形ニ三種アリ爲替手形、約束手形及ヒ小切手是ナリ先ツ爲替手形ニ付テ言ハンカ所謂「手形ノ發行」トハ果シテ如何ナルモノソ手形法ハ各國各同シカラサル所アルモ我邦ノ現行手形法ニ就テ云フトキハ振出人ハ主タル債務者ニ非ス即チ爲替手形ノ振出當時ニ在リテハ主タル債務者ナク支拂人ニ於テ引受ヲ爲シ此ニ始メテ主タル債務者ヲ生スルモノニテ支拂人ニ於テ引受ヲ爲サヽル間ハ主タル債務者ナク皆從タル債務ヲ負フニ過キス即チ振出人ハ若シ支拂人ニ於テ支拂ヲ爲サヽルトキハ自己ニ於テ支拂ヲ爲スヘシト云ヘル債務ヲ負擔スル者ニシテ其債務ハ頗ル保證債務ニ類スルモノアリ又裏書人ニ於テモ略、振出人ニ同シキ債務ヲ負擔シ而シテ其主要ナル支拂人ハ若シ引受ヲ爲サヽレハ全ク債務者ニ非ス故ニ其引受ヲ爲スマテハ第三者ナリ故ニ未タ債務者ノ變更アラス隨テ確ニ更改アリト斷言シ得サルナリ蓋シ振出人ハ縱令主タル債務者ニ非ストスルモ其債務者タルコト疑ナキヲ以テ若シ手形法ヲ離レテ觀察スルトキハ同一債權者ト同一債務者トノ間ニ於テ債務關係依然トシテ存スルモノト看サルヘカラス隨テ更改アリト謂フヘカラサルニ似タリ約束手形ニ在リテハ爲替手形トハ大ニ其趣ヲ異ニシ其振出人ハ手形債務者ナルカ故ニ賣買、貸借等ニ因リテ債務ヲ負擔スル者カ約束手形ヲ發行スルトキハ債務者ノ同一人ナルコト疑ナシ唯手形關係ハ普通ノ債務關係ト異ナル所アルヲ以テ更改アリトノ説ヲ生スルナリ又小切手ハ其性質ヨリ言フトキハ大ニ爲替手形ニ類似スル所アリ即チ振出當時ニ於テハ支拂人ニ於テ何等ノ

義務ヲ負フモノニ非ス又振出人ニ於テモ支佛人カ支拂ヲ爲サヽル場合ニ於テハ自ラ支拂フヘシトノ義務ヲ負擔スルニ過キス隨テ性質上爲替手形ト同一ナルカ如クナルモ實際ニ於テハ小切手ハ支拂ノ方法ニシテ英國等ニ於テハ支拂金額ノ稍ヤ多額ナルトキハ勿論人ニ依リテハ一二磅ノ少額ト雖モ大抵小切手ヲ以テ支拂ヲ爲スヲ例トス此點ヨリ之ヲ觀レハ是レ更改ニシテ前債務消滅シテ更ニ新ナル債務ヲ生スト云フカ如キ觀念ハ起ラサルモ性質ヨリ論スルトキハ爲替手形ト異ナルコトナシ故ニ明文ナキトキハ疑ヲ生スルコトハ決シテ無理ナラサルコトナリ故ニ新民法ニ於テハ此疑問ニ對シテ明答ヲ與ヘ爲替手形ノ發行ハ更改ヲ成スト雖モ約束手形若クハ小切手ノ振出ハ更改ヲ成サストセリ新民法カ斯ル主義ヲ採リタルハ固ヨリ理由アルコトナリ抑〻爲替手形ヲ振出シタルトキハ支拂人ハ直チニ債務者ト爲ルモノニ非サルモ多クノ場合ニ在リテハ濫ニ手形ヲ振出スモノニ非ス（尤モ商人カ破産ヲ爲ス前等ニ在リテハ時トシテ濫ニ之ヲ振出スノ弊アルモ）蓋シ自己ノ振出シタル手形ニシテ不渡ト爲ルトキハ忽チ其信用ヲ失墜スヘキヲ以テ濫ニ手形ヲ振出スカ如キコトハ通常爲サヽル所ニシテ必ス支拂人ノ許ニ支拂ニ充ツヘキ資金アルヲ常トス故ニ支拂人ハ手形法上ニ於テハ引受ナキ以上ハ債務者ニアラサルモ若シ手形ヲ離レテ觀察スルトキハ此場合ニ於ケル支拂人ハ支拂ヲ爲ス義務アルモノトス佛國裁判例ノ如キハ此場合ニ於テ支拂人ヲ手形上ノ債務者トセルカ如キモ是レ手形法上ノ見地ト裏面ノ實相トヲ混淆シタルモノナルカ故ニ我立法者ハ之ヲ採ラサリシナリ蓋シ支拂人ニ於テ支拂ヲ爲サヽルトキハ結局振出人ニ於テ支拂ヲ爲サヽルヘカラサルコトハ言フヲ俟タスト雖モ今此場合ニ於ケル手形振出當時ノ當事者ノ意思ヲ觀察スルニ振出人ハ自己カ支拂人ニ對シテ有スル債權ヲ手形ノ受取人ニ移轉セントスルニ在ルカ如シ是レ固ヨリ債權者ノ變更ヲ來スヘキ純然タル債權ノ讓渡ニハ非サルモ頗ル之ニ類スルモノアリ換言スレハ債權者ノ變更ト同時ニ債務者ノ變更アル債權者及ヒ債務者ノ交替ニ因ル更改ト實際ノ趣ヲ同シウスルモノアリ是レ爲替手形ヲ發行シテ債務ノ履行ニ代ヘタルトキハ更改アルモノトセル所以ナリ

次ニ約束手形ハ如何曰ク舊債務ニ代フルニ約束手形ヲ以テシタル場合ニ於テハ債務者ハ從來普通ノ借用證書等ニ依リテ證明セラレタル債務ニ對シテ約束手形ナル實際ニ便利ナル債權證書ヲ與ヘタルモノニシテ實際ニ於テハ證書ヲ書替ヘタルニ異ナルコトナク當事者ニハ何等ノ變更アルコトナシ債權者ハ後日其權利ヲ讓渡スコトアルモ手形發行ノ當時ニ於テハ債權者ヲ受取人トシテ之ヲ發行スルカ故ニ債權者ニ變更ナク又目的ニモ變更ナシ即チ毫モ債務ノ要素ニ變更ヲ生セス尤モ手形ニハ普通ノ債務ニ存セサル種種ノ效力アルモ此ノ如キ事實ハ手形ノ場合ニ限ラス例ヘハ從來擔保ノ債權ニ對シ抵當權ヲ設定セシメタリトセハ從來ノ債權者ハ普通ノ債權者ニ非スシテ物上擔保ヲ有スル抵當權者ト爲リ其權利ハ從來ノモノニ比スルトキハ頗ル强大ナル效力ヲ有スルモノト爲ルヘシ手形ノ場合ニ於テモ亦之ト同シク手形債權者ハ普通ノ債權ヨリ有力ニシテ便利ナル權利ヲ有スト云フニ過キス故ニ之ヲ以テ更改ト謂フコトヲ得サルナリ

又小切手ニ至リテハ前ニ述ヘタル如ク其性質ニ於テハ爲替手形ト異ナラサルカ故ニ爲替手形ノ發行ヲ以テ更改ナリトセハ小切手ノ振出モ亦更改ナリトセサルヘカラサルニ非サルカノ感アルモ其當事者ノ意思ニ於テハ小切手ハ唯支拂ノ方法トスルニ過キス例ヘハ予カ現金ヲ有セハ之ヲ銀行ニ預ケ置キ後日他ニ支拂ヲ爲スノ必要ヲ生シタル場合ニ於テ小切手ヲ認メテ之ヲ債權者ニ渡シ其銀行ニ就テ支拂ヲ求メシムルノ方法ニシテ當事者ノ意思ハ決シテ予ハ全然義務ヲ免レ其債務關係ヨリ離脫シテ銀行ヲシテ

代リテ債務者タラシメントスルモノニ非ス故ニ此場合ハ唯辨濟ノ方法トシテ小切手ヲ使用スルモノニシテ恰モ予カ支拂ヲ爲ササルヘカラサル場合ニ於テ支拂人ヲシテ代リテ支拂ヲ爲サシムルニ異ナラス換言スレハ予ノ債務消滅シテ支拂人ノ債務發生スヘキ更改ノ場合トハ大ニ同シカラサルモノアリ是ヲ以テ小切手ハ爲替手形ト其性質ノ相似タルニ拘ラス其趣ヲ異ニスル所アリ故ニ小切手振出ノ場合ニ於テハ更改ナキモノトセリ

終ニ臨ミテ尚ホ一ノ問題ノ論究スヘキモノアリ他ナシ裏書ノ場合是ナリ法文ニハ單ニ「債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スル亦同シ」トアリテ裏書ノ場合ヲ規定セス然レトモ予ノ信スル所ニ據レハ裏書ハ明カニ債務者ノ變更ニ因ル更改ナリ例ヘハ予カ甲ナル者ニ對シテ義務ヲ負ヘル場合ニ於テ其債務ノ履行トシテ金錢ノ所有權ヲ移轉スル代リニ豫テ丙ヨリ受取リタル手形ヲ以テ之ニ裏書シテ辨濟ニ充テ其義務ヲ免レタル場合ニ於テハ確ニ債務者ヲ變更スルノ意思アリタルモノト謂ハサルヘカラス即チ爲替手形ニ在リテハ支拂人カ引受ヲ爲ササル間ハ主タル債務者ナシト雖モ裏書人ヨリ之ヲ觀レハ振出人ハ一ノ債務者ナリ而シテ其債務ノ性質ハ若シ支拂人カ支拂ヲ爲ササルトキハ所持人ハ振出人ニ對シテ支拂ヲ求ムルコトヲ得ルト云フニ在リ故ニ裏書人ハ被裏書人ヲシテ振出人ニ對シ自己ニ代リテ權利ヲ行ハシメントスルノ意思ナリシト看做ササルヘカラス尤モ裏書人ニモ一種ノ連帶ニ類スル責任アルヲ以テ償還請求ヲ受クルコトアルモ當事者ノ意思ニ於テハ之ヲ目的トセルモノト謂フコトヲ得ス殊ニ約束手形ノ場合ニ至リテハ其振出人ハ初ヨリ主タル債務者ナルカ故ニ其手形ヲ以テ予ノ受取人ニ對スル債務ノ支拂ニ充ツルハ予カ振出人ニ對スル債權ヲ以テ予カ受取人ニ對スル債務ニ代フルモノ即チ債務者ト債權者トヲ同時ニ變更スル更改ナリト謂ハサルヘカラス小切手ニ於テモ曩ニ爲替手形ノ裏書ノ事ヲ論シタル際ニ述ヘタルト同一理ニシテ即チ予カ銀行ノ預金ヲ引出ス爲メニ小切手ヲ出スモノト異ナリテ銀行ニ於テ支拂ヲ爲ササルトキハ振出人ニ於テ支拂フヘキ其振出人ノ債務ヲ以テ自己ノ債務ニ代フルモノナルヲ以テ要素ノ變更アルコト明カナリ是レ敢テ明文ヲ俟タサル所ナリ唯發行ニ付テハ明文ナキトキハ疑問ヲ生スルノ虞アルヲ以テ特ニ之ヲ規定シタルノミ

更改ノ條件ヲ説キ了ラントスルニ臨ミ舊民法ニ於ケル更改ノ條件ニ付キ聊カ批評ヲ試ミント欲ス（原因ノ變更ニ付テハ再ヒ贅セス）

舊民法財產編第四九〇條ニ曰ク「當事者カ期限、條件又ハ擔保ノ加減ニ因リ又ハ履行ノ場所若クハ負擔物ノ數量品質ノ變更ニ因リテ單ニ義務ノ體樣ヲ變スルトキハ之ヲ更改ト爲サス」商證券ヲ以テスル債務ノ辨濟ハ其證券ニ債務ノ原因ヲ指示シタルトキハ更改ヲ成サス從來ノ債務ノ追認ハ其證書ニ執行文アルトキト雖モ亦同シ」ト期限、條件、擔保等ニ付テハ既ニ說明セリ履行ノ場所ノ變更ハ固ヨリ目的ノ變更ト謂フコトヲ得ス又固ヨリ債權者ノ變更ニモ非ス隨テ問題ト爲スニ足ラサルナリ手形ニ關シテハ既ニ説明シタル所ニ據リテ新舊民法其主義ヲ異ニスルコト明瞭ナリト信ス唯舊民法ノ主義ノ如何ニ其現由ニ乏シキカヲ一言セントス即チ同法ニ依レハ商證券ニ債務ノ原因ヲ指示シタルトキハ之ヲ以テ辨濟ヲ爲スモ更改ト爲ラサルモノトセリ蓋シ舊式ノ手形法ニハ往往ニシテ債務ノ原因ヲ記載スヘキモノトセルモノアレトモ是レ全ク不必要ナルコトナルカ故ニ佛蘭西等ニ於テハ斯ル規定ノ存スルニ拘ラス殆ト有名無實ニ歸セリ蓋シ手形ヲ發行スルニ方リ何物ヲモ受取ラスシテ發行スル者殆ト之ナカルヘク隨テ之ヲ發行スルノミニ依リテ原因ノ存セルコトヲ表明スルモノト謂フモ可ナリ然ルニ原因ノ記載ヲ爲シタル手形ニ依ル辨濟ハ「ボワッソナード」氏ノ說ニ依レハ更改ト爲ラス而シテ我商法手形編ノ規定

ニ依レハ手形ニ債權ノ原因ヲ記載スルコトヲ要セス若シ斯ル記載ヲ爲サハ是レ不必要ナル記載ヲ爲シタルモノナリ然ルニ之ヲ記載スレハ更改ト爲ラス之ヲ記載セサレハ更改ト爲ルト云フハ豈ニ奇ナル結果ニ非スヤ

抑ゝ舊式ノ法典ニ於テハ何故ニ債務ノ原因ヲ必要ト爲スカ他ナシ法律行爲ニハ原因ヲ必要トストノ思想ニ基ク然リト雖モ素ト此思想ノ誤レルノミナラス假ニ此主義ヲ採ルトスルモ必スシモ手形ニ原因ヲ記載セシメサルヘカラサルノ理ナシ故ニ今日ニ於テハ斯ル條件ハ大多數ノ立法例ノ採ラサル所ナリ然ルニ此極メテ些末ナル事項ニ極メテ重大ナル效力ヲ付シ其有無ノ結果甚シキ差異ヲ生スヘキモノトスルカ如キハ實ニ謂レナキ事ナリ蓋シ其有無ニ依リテ更改ノ有無ヲ決スルモノトセハ其結果ノ甚タ大ナルコトハ言フヲ俟タス若シ更改アリト爲セハ前ノ債務ハ全ク消滅スヘク更改ナシトセハ前ノ債務ハ依然存在スヘシ而シテ債務消滅セハ之ニ附隨セル擔保ハ自ラ消滅スヘシ要スルニ斯ル不必要ナル文字ニ斯ル重大ナル效力ヲ付スルハ毫モ理由ナキ所ナリ

尙ホ特ニ財産編第四九〇條ノ誤レル點ヲ述ヘンニ同條ニハ「負擔物ノ數量、品質ノ變更ニ因リテ單ニ義務ノ體樣ヲ變スルトキハ之ヲ更改ト爲サス」トアリ所謂「負擔物ノ數量、品質」ナルモノカ「義務ノ體樣」ナリトハ眞ニ奇怪ナル言ナリ吾レ嘗テ之ヲ聞ク期限ハ體樣ナリ條件ハ體樣ナリト而モ數量及ヒ品質モ亦體樣ナリトハ此法文ニ依リテ始メテ聞ク所ナリ文字ノ誤用ハ猶ホ恕スヘシトスルモ此文字ノ誤ヨリ竟ニ實質ノ誤ヲ來セリト信ス即チ體樣ノ變更ハ佛蘭西法式ノ法律ニ於テハ更改ト爲ラスト雖モ數量、品質ノ變更ハ正ニ目的ノ變更ナリ例ヘハ金千圓ノ債務ヲ變更シテ二千圓ト爲シ武藏ノ上米ナリシヲ下總ノ下米ト爲セハ是レ目的ノ變更ニシテ明カニ更改ヲ成スヘク正シク法律行爲ノ要素カ更改セラレタルモノト謂フヘシ但數量ノ變更ハ理論上ヨリ言ヘハ全ク同一ナリト雖モ唯此場合ニ於テハ實際上大ニ當事者ノ意思ヲ探究セサルヘカラサルモノアリ即チ當事者ハ果シテ更改ヲ爲スノ意思ナリシカ或ハ從來ノ債務ニ加フルニ新ナル債務ヲ以テシ又ハ從來ノ債務ノ一部ヲ消滅セシムルノ意思ナルカヲ明カニセサルヘカラス例ヘハ茲ニ金千圓ノ債務ヲ負ヘル者カ之ヲ二千圓ニ改メタリトセンカ之ヲ改ムルト言ヘハ恰モ更改ナルカ如シト雖モ當事者ハ悉ク法律家ニ非サルカ故ニ其本意ハ從來ノ千圓ノ債務ニ加フルニ尙ホ新ナル千圓ヲ以テスルノ意味ナルコトモアリ得ル事實ナリ又其反對ニ從來ノ二千圓ノ債務ヲ改メテ千圓ト爲ス場合ノ如キモ語辭ノ上ヨリ之ヲ觀レハ恰モ更改ナルカ如シト雖モ事當者ノ意思ニ於テハ單ニ千圓ヲ免除スルニ在ルコト亦往往ニシテアリ得ル事實ナリ然レトモ理論上ニ於テハ數量ノ變更ハ即チ目的ノ變更ニシテ隨テ更改ヲ成スコトハ蓋シ疑ヲ容レサル所ナリ

以上ハ更改ノ一般ノ條件ナリ是ヨリ債務者ノ交替ニ因ル更改ノ特別條件ト債權者ノ交替ニ因ル更改ノ特別條件トヲ說明セン

(二)　債務者ノ交替ニ因ル更改ノ場合　債務者ノ交替ニ因ル更改ノ特別條件ハ第五一四條ニ之ヲ規定セリ曰ク

債務者ノ交替ニ因ル更改ハ債權者ト新債務者トノ契約ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得但舊債務者ノ意思ニ反シテ之ヲ爲スコトヲ得ス

更改ナルモノハ一ノ契約ナルコトハ既ニ之ヲ述ヘタリ而シテ其契約ハ新舊二箇ノ債權ノ當事者皆其當事者ト爲リテ之ヲ結フヲ以テ本則トスヘク即チ債權者ノ更替ニ因ル更改ニ於テハ契約カ新債權者ト舊債權者ト債務者トノ三人ノ間ニ結ハルルモノナリ又目的ノ變更ニ因ル更改ニ在リテハ債權者及ヒ債務

者ハ變更セサルカ故ニ此兩人ノ間ニ於テ其契約ヲ結ハサルヘカラス此等ハ疑ナキ所ナルヲ以テ敢テ明文ヲ設ケサリキ債務者ノ交替ニ因ル更改モ亦之ニ同シク債權者ト新債務者ト舊債務者トノ三人間ノ契約ニ由リテ成立スルヲ本則トス然レトモ常ニ之ヲ必要トスルニ非スシテ單ニ債權者ト新債務者トノ間ノ契約ニ因リテモ亦之ヲ爲スコトヲ得セシム第五一四條ハ即チ此事ヲ規定セルモノナリ此規定ノ理由ハ蓋シ債務者ノ交替ニ因ル更改ノ場合ニ於テハ畢竟前債務者ノ義務ヲ免除シテ新ナル債務者ヲ作ルモノナリ而シテ債務ハ原則トシテ第三者代リテ其履行ヲ爲スコトヲ得ルモノトス既ニ債務ノ履行ニ付キ第三者ノ債務者ニ代ルコトヲ許ス以上ハ即時ニ履行セスシテ後日代リテ履行スルコトノ約束ヲ爲スコトモ亦之ヲ許ササルヘカラス例ヘハ甲ハ乙ニ對シテ債務ヲ負ヘリ予ハ甲ノ友人ナルヲ以テ甲ヲシテ其債務ヲ免レシメント欲スレトモ即時ニ之ヲ辨濟スルコト能ハサルヲ以テ予代リテ其債務ヲ負フニ由リ甲ノ債務ヲ免除センコトヲ要請シ乙之ヲ承諾シタリトセハ是レ即チ債務者ノ交替ニ因ル更改ナリ若シ此場合ニ於テ予カ直チニ之ヲ支拂ヘハ第三者カ爲ス辨濟ト爲ル而シテ苟モ第三者ノ辨濟ヲ有效トスル以上ハ右ノ如キ更改モ亦之ヲ許ササルノ理由アラサルナリ是レ右ノ規定ヲ設ケタル所以ナリ此規定ノ趣旨此ノ如シトセハ隨テ但書ノ必要ヲ生スヘシ即チ舊債務者ノ意思ニ反シテ更改ヲ爲スコトヲ得ス是レ第三者ノ辨濟ノ場合ニ關スル第四七四條第二項ノ規定ト其趣旨ヲ同シウス

(二)　債權者ノ交替ニ因ル更改ノ場合　債權者ノ交替ニ因ル更改ノ特別條件ハ第五一五條ニ之ヲ規定セリ同條ニ曰ク

債權者ノ交替ニ因ル更改ハ確定日附アル證書ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

債權者ノ交替ニ因ル更改ハ新舊ノ債權者ト債務者トノ同意アレハ當事者間ニ於テ絶對ニ成立スルト雖モ第三者ニ對シテハ未タ十分ナリトスルコトヲ得ス蓋シ債權者ノ交替ニ因ル更改ハ債權ノ讓渡ニ酷似スルヲ以テ獨逸民法ノ如キハ債權ノ讓渡ハ之ヲ認ムルモ更改ハ全ク之ヲ認メスト雖モ我民法ニ於テハ此更改ヲ以テ純然タル債權ノ讓渡ト爲スヘカラサルコト勿論ナリ唯債權者ノ變更スル點ハ二者頗ル相類スルヲ以テ債權讓渡ノ場合ニ於テ第三者ニ對シ確定日附アル證書ヲ必要トスル以上ハ此更改ノ場合ニ於テモ亦其必要アリト謂ハサルコトヲ得ス然ラハ則チ何カ故ニ第三者ニ對シテ確定日附アル證書ヲ必要ト爲スカ曰ク是レ當事者間ノ通謀ニ因リ虛僞ノ證書ヲ作成スルノ虞アレハナリ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ一定ノ債權ヲ有シ之ヲ丙ニ讓レリ此讓渡ハ乙ニ對シ通知ヲ爲スカ又ハ承諾ヲ經テ有效ニ成立シタリ然ルニ其後舊債權者甲及ヒ債務者乙ハ丁ナル者ト通謀シテ更改契約ヲ結ヒ其日附ヲ前ノ債權讓渡行爲以前ニ遡ラシメタリトセハ即チ丙ニ對スル債權讓渡ノ日ニ於テハ甲ノ債權ハ既ニ更改ニ因リテ消滅セシコトト爲リ隨テ甲カ丙ニ對スル讓渡ハ其效力ヲ生セサル結果ヲ見ルニ至ルヘシ斯ル場合ニ於テ確定日附アル證書ヲ要スルモノトセハ後日ニ至リ虛僞ノ證書ヲ作成スルコト能ハス即チ一旦讓渡ヲ爲シタル以上ハ後ニ更改ヲ爲サントスルモ之ヲ爲スコト能ハサルナリ是レ更改ノ場合ニ於テモ確定日附アル證書ヲ必要ト爲シタル所以ナリ

第二　更改ノ效力

更改ノ效力ハ一言以テ之ヲ蔽ヘハ舊債權消滅シテ新債權發生スルニ在リ之ニ付テハ種種ノ場合アリテ舊民法ニハ詳細ナル規定アリタレトモ予ノ見ル所ニ據レハ是レ皆不必要ナリ唯條件附債務ノ場合ニ付キ一言スヘキモノアリ蓋シ條件附ノ債務ニ代フルニ無條件債務ヲ以テシタル場合ニ於テハ是レ目的タ

ル債務ノ發生スルヤ否ヤ不分明ナルモノヲ必ス履行スルコトヲ要スル完全ナル債務ト爲スモノニシテ此場合ニ於テハ更改其效力ヲ生スヘキコト疑ナシ然ルニ此反對ノ場合即チ前ノ債務ハ無條件ナリシニ後ノ債務ハ條件附ナルトキハ如何條件ノ效力カ既往ニ遡ル主義ノ法律ニ於テハ更改其效力ヲ生スヘキコト明白ナリ即チ此場合ニ於テハ更改ノ效力トシテ無條件ノ債務カ消滅シ條件附ノ新ナル債務カ發生セルモノナリト謂フコトヲ得ヘシ然ルニ新民法ノ如ク條件ノ效力ハ既往ニ遡ラストスルノ主義ヲ採ルトキハ聊カ疑ヲ生ス何トナレハ此場合ニ於テハ舊債務ノ消滅シタル代リニ新ナル債務カ發生スルヤ否ヤ不明ニ屬スレハナリ然ラハ是レ全ク更改ニ非サルカ抑、又更改ノ效力ハ舊債務ヲ消滅セシメテ新債務ヲ發生セシムルト云フハ誤ナルカ曰ク然ラス諸君ノ知ラルル如ク條件附法律行爲ノ效力ハ條件成就前ニ在リテハ其法律行爲ノ目的タル債務ヲ發生セシメスト雖モ法律行爲其モノヨリ一種ノ債權債務ノ關係發生シ債務者ハ其條件ノ成就ヲ妨クルコトヲ得ス又條件ノ成就ニ因リ生スヘキ債務ノ效力ヲ妨クルコトヲ得サル消極的ノ義務ヲ負フ既ニ一種ノ債務ノ生スル以上ハ更改ノ成立スルカ爲メニハ缺クル所ナシト謂ハサルヘカラス唯此等ノ場合ニ於テ舊民法ニ據レハ舊債務カ條件附ナルトキハ特約ナキ限ハ新債務モ亦同一ノ條件ニ從フモノトシ又新債務カ條件附ナルトキハ其條件ノ成就スルマテハ舊債務ハ消滅セサルモノトセリ此種ノ推定ヲ爲シタル立法例ハ唯リ舊民法ノミニ止マラス他ニ尚ホ同樣ノモノアリト雖モ予ハ之ヲ採ラス其理由ハ第一ニ法律カ濫ニ當事者ノ意思ヲ推測シテ所謂「推定的規定」ヲ設クルコトハ甚タ愼ムヘキコトニシテ必要已ムコトヲ得サル場合ノ外當ニ忌ムヘキ所ナリ殊ニ舊民法ノ如キ推測ハ果シテ事實ニ適スルヤ否ヤ頗ル疑ナキコト能ハス尤モ時トシテハ舊債務カ條件附ナルトキハ新債務モ亦同一ノ條件ニ繫ルモノトスルノ事例ナキニ非サルヘキモ之ヲ明言セサル場合ニ於テハ是レ當事者ノ普通ノ意思ナリト謂フコトヲ得ス又舊債務ハ無條件ナリシニ新債務ニ條件ヲ附シタル場合ニ於テ其條件カ成就セサルニ於テハ舊債務ヲ消滅セシメサルノ意思ナリト推測スルカ如キハ予ノ解セサル所ナリ尚ホ此推定問題ハ勿論彼ノ條件附債務ヲ無條件トシ、無條件債務ヲ條件附ト爲ス場合ニ在スシテ更改ニ因リテ全ク其目的ヲ變更シ或ハ債權者若クハ債務者ヲ變更シタル場合ニ起ルヘキ所ナリ

右ニ述ヘタル如ク更改ノ效力ニ關スル原則ハ飽クマテ舊債務消滅シテ新債務發生スルニ在リ此原則ノ結果トモ謂フヘキ規定第五一七條ニ在リ曰ク

更改ニ因リテ生シタル債務カ不法ノ原因ノ爲メ又ハ當事者ノ知ラサル事由ニ因リテ成立セス又ハ取消サレタルトキハ舊債務ハ消滅セス

更改全部カ無效ナルコトノ明カナル場合ニ於テハ新債務發生セス隨テ舊債務ハ消滅セサルコト言フヲ俟タス何トナレハ更改ハ一ノ法律行爲ニシテ舊債務ノ消滅ト新債務ノ發生トハ互ニ相離ルヘカラサル關係ヲ有スレハナリ唯實際ニ於テハ新債務ノ成立ノミカ問題ト爲ルコトアルヘシ第五一七條ハ此場合ニ付テ規定シタルモノナリ先ツ本條ノ字義ヲ說明センニ同條ニ所謂「不法ノ原因ノ爲メ成立セス」トハ例ヘハ甲ハ乙ニ對シ金千圓ヲ支拂フヘキ債務ヲ負ヘリ然ルニ甲ハ乙ト約シ乙ノ仇敵タル丙ヲ殺スヘキ義務ヲ負ヒ爲メニ千圓ノ債務ヲ免レタリトセンカ此場合ニ於テ丙ヲ殺スノ契約ハ不法ナルモ千圓ノ債務ヲ消滅セシムルコトハ敢テ不法ニ非サルカ故ニ千圓ノ債務ハ爲メニ消滅シ而シテ丙ヲ殺スノ義務ハ發生セサルコトヲ得ヘシ然レトモ此ノ如クンハ更改ナル法律行爲ノ性質ニ悖ルコトト爲ルカ故ニ此場合ニ於テハ人ヲ殺ス義務ノ發生セサルコトハ勿論金錢支拂ノ義務モ亦消滅セサルモノトスヘキノミ乃

チ新債務ハ不法ノ目的ヲ有スルカ爲メ成立セサルモノニシテ是レ即チ新債務ハ不法ノ原因ノ爲メ成立セサル場合ナリ又「當事者ノ知ラサル事由ニ因リテ成立セス」トハ例ヘハ當事者カ不能ノ事項ヲ不能ニ非スト信シテ更改ヲ爲シタル場合ノ如シ即チ甲ハ乙ニ對シテ金千圓ヲ支拂フ債務ヲ負ヘリ然ルニ此債務ヲ更改シテ風船ニ乘リテ太陽ニ到ルノ義務ニ變更セリトセヨ果シテ風船ニ乘リテ太陽ニ到ルコトノ不能ナルヤ否ヤハ吾人之ヲ知ルコト能ハスト雖モ現今ニ在リテハ到底不能ナリト謂ハサルヘカラス然ルニ當事者ハ或迷信ヨリ太陽ニ到ルコトヲ得ヘシト信シテ更改ヲ爲シタリト假定センカ是レ當事者ノ知ラサル事由ニ因リ新債務成立セス而モ舊債務ハ消滅シタリト謂フヘキカノ疑アリ然レトモ新債務ノ目的不能ニシテ其債務ノ發生セサルコト明瞭ナル以上ハ單ニ舊債務ヲ消滅セシムルハ更改ナル法律行爲ノ性質ニ反スルモノト謂フヘシ即チ更改ニ在リテハ新債務ノ發生ト舊債務ノ消滅トカ相牽連シテ離ルヘカラサルモノナルカ故ニ新債務ノ發生セサル以上ハ舊債務ノミ獨リ消滅スヘキニ非ス又例ヘハ新債務ニ付キ目的ノ錯誤アリタル場合ノ如キ當事者ノ一方ハ必ス善意ナルカ故ニ亦同一ノ結果ヲ生スヘシ之ニ反シテ當事者雙方カ新債務ノ不成立ヲ知レルニ拘ハラス更改ヲ爲ス場合ハ蓋シ稀ナルヘシト雖モ例ヘハ當事者雙方略、目的ノ不能ナルコトヲ知レルモ萬一ニモ其可能ナランコトヲ僥倖シテ更改ヲ爲ス場合ノ如キハ新債務成立セサルコトアルニ拘ハラス舊債務消滅スヘシ終ニ「當事者ノ知ラサル事由ニ因リテ取消サレタルトキ」トハ例ヘハ當事者ノ一人カ無能力ナル場合ニ於テ當事者ノ全員又ハ其一人カ之ヲ知ラサルカ如シ即チ舊債務ノ當事者カ皆能力者ニシテ甲ヲ債務者、乙ヲ債權者トシ丙ナル無能力者甲ニ代リテ債務ヲ負ヘリトセハ是レ即チ債務者ノ交替ニ因ル更改ニシテ丙ハ自己ノ無能力ニ據リテ其債務ヲ取消スコトヲ得ヘシ而シテ當事者ノ全員又ハ一人此無能力ヲ知ラサリシトセン此場合ニ於テハ甲ト乙トハ能力者ナルカ故ニ其間ニ成立シタル契約ニ因リ前債務ハ全ク消滅シ單ニ新債務ノミ取消サルルコトト爲ルヘキカノ疑アリ然レトモ是レ亦更改ナル法律行爲ノ性質上更改全部ヲ取消ササルヘカラス之ニ反シテ若シ當事者ノ全員カ取消ノ原因ヲ知レルトキハ完全ナル舊債務ヲ以テ取消シ得ヘキ新債務ニ代ヘタルモノト觀ルヘキカ故ニ舊債務ハ確定ニ消滅スヘシ以上ハ殆ト當然ニシテ言フヲ俟タサルカ如シト雖モ更改ハ二箇ノ目的ヲ有スルカ故ニ右ノ條文ナケレハ或ハ疑問ヲ生スルコトナキヲ保セサルノミナラス當事者ノ全員カ無效又ハ取消ノ原因ヲ知レル場合ニ於テハ單ニ舊債務ノ消滅ヲ來スカ如キハ明文ナケレハ頗ル疑ヲ招クヘキ所ナルヲ以テ特ニ此規定ヲ設ケタルナリ

以上ハ更改ノ效力ノ原則及ヒ其結果ナリ之ニ二ノ例外アリ第一ノ例外ハ第五一八條ニ之ヲ規定セリ曰ク

　更改ノ當事者ハ舊債務ノ目的ノ限度ニ於テ其債務ノ擔保ニ供シタル質權又ハ抵當權ヲ新債務ニ移スコトヲ得但第三者カ之ヲ供シタル場合ニ於テハ其承諾ヲ得ルコトヲ要ス

更改ノ結果ハ舊債務カ消滅シテ新債務カ發生スルモノナレハ舊債務ニ附隨シタル一切ノ權利ハ共ニ消滅セサルヘカラス即チ保證アレハ其保證人ハ責任ヲ免レ留置權又ハ先取特權アレハ亦共ニ消滅ス舊債務カ公正證書ニ依リ又ハ既ニ確定判決ヲ經テ直チニ執行ヲ爲シ得ヘキモノナル場合ニ於テモ其利益ハ消滅ス質權、抵當權モ理論上共ニ消滅スヘキコト明カナリ唯茲ニ例外トシテ特約アル場合ニ於テハ質權及ヒ抵當權ニ限リ舊債務ヨリ新債務ニ移スコトヲ得ルモノトセリ尤モ理論上ニ於テハ之ヲ許スヘキニ非スト雖モ元來質權ト抵當權トハ當事者ノ意思ニ因リテ設定セラレタル權利ナレハ留置權、先取特權等トハ自ラ異ナル所アリ又第三者ノ意思ニ因リテ成立シタル保證トモ同シカラス故ニ質權、抵當權

ニ付テハ他ノ場合ニ於テモ甲ノ債權ヨリ乙ノ債權ニ移スコトヲ認メタルモノアリ例ヘハ第三四八條轉質ノ場合ノ如キ又抵當權ニ付テハ第三七五條ノ如キ是ナリ故ニ更改ニ於テモ當事者ノ特約アル場合ニ限リ之ヲ舊債務ヨリ新債務ニ移スコトヲ得セシムルヲ便利ト認メ之ヲ許セリ外國ノ立法例ヲ見ルモ大抵之ヲ認メタリ或ハ曰ハン質權、抵當權ハ當事者ノ契約ニ因リテ設定スルモノナレハ更改ノ場合ニ於テモ特ニ舊債務ヨリ新債務ニ移スコトヲ爲サスルモ一旦消滅シタル質權、抵當權ト同一ノ權利ヲ新債務ノ爲メ新ニ設定スレハ可ナラスヤト是レ其一ヲ知リテ未タ其二ヲ知ラサル者ノ言ノミ質權、抵當權ニハ順位ノ在ルアリ故ニ若シ消滅シタルモノカ一番質又ハ一番抵當ナリシニ新ニ之ヲ設定スル場合ニハ二番、三番、四番ト爲ルコトアリ隨テ大ニ其效果ヲ異ニスルコトアリ然ルニ若シ當事者カ更改契約ヲ結ハサレハ前債權ハ依然トシテ存在シ隨テ一番質ハ依然一番質、二番質ハ依然二番質ナルヘキニ偶〻更改契約アリタルカ爲メ第三者カ意外ノ利益ヲ受ケサレハトテ敢テ不平ヲ唱フルノ權利ナシ故ニ法律カ舊債務ノ擔保タル質權又ハ抵當權ヲ以テ新債務ニ移スコトヲ得セシムルモ敢テ妨ナキナリ或ハ問ハン然ラハ留置權、先取特權及ヒ保證等ハ何故ニ消滅スルモノト爲シタルカト然レトモ是レ亦理由ノ存スル所ナリ而シテ保證ト他ノ場合トハ自ラ趣ヲ異ニスルモノアルヲ以テ區別シテ之ヲ論セサルヘカラス先ツ留置權及ヒ先取特權ハ債權ノ性質上法律カ特ニ之ヲ保護センカ爲メニ與ヘタル權利ナルカ故ニ其債權ノ性質カ變更スレハ則チ此等ノ權利ヲ與フルノ理由自ラ消滅ス又甲ノ債權ハ公正證書ニ依リテ證明セラルルモ其債權カ消滅シ之ニ代リテ乙ノ債權カ發生シタルトキハ最早前ノ公正證書ハ新ナル債權ヲ證明スル效力ヲ有セス之ト同一理ニシテ前債權ニ付キ判決ヲ得タルモ更改ニ因リテ新サル債權ニ變シタル以上ハ之ニ付テハ亦新ナル判決ニ由ラスシテ前判決ヲ以テ後ノ債權ノ執行ヲ爲スコトヲ得ス即チ判決ノ目的ヲ異ニシ且當事者ノ異ナルトキハ甲ノ債務名義ニ依リ乙自身ノ爲メニ執行ヲ爲スコトハ許ササル所ナリ此等ハ勿論言フヲ俟タサル所ナレトモ留置權、先取特權ノ如キモ亦之ヲ舊債ヨリ新債ニ移スコトヲ許サス佛蘭西法ニ於テハ先取特權ノ附隨セル債權ヲ更改スル場合ニ於テハ特約ヲ以テ其先取特權ヲ新債務ニ移スコトヲ許セリ是レ甚タ理由ニ乏シキ所ナリト雖モ佛蘭西法ニ於テハ質權ハ亦先取特權ノ一トセルカ故ニ先取特權中ニテモ質權ハ特約ヲ以テ之ヲ新債ニ移スコトヲ得ルモノトスルノ理由アリシナリ保證人ニ至リテハ素ト甲ノ債務ノ保證ヲ爲スコトヲ承諾シタルモノニシテ乙ノ債務ヲ保證スルコトヲ承諾シタルニ非ス故ニ甲債務ニシテ消滅シタル以上ハ保證債務モ亦消滅セサルコトヲ得ス若シ債權者カ同一人ノ保證ヲ望マハ之ヲ以テ更改ノ條件ト爲スモ可ナリ又保證人ヲシテ特ニ保證ヲ約セシメ又ハ保證人ヲ更改ノ當事者中ニ加フルモ可ナリ蓋シ保證債務ハ概シテ發生ノ前後ヲ問フノ必要ナキカ故ニ新ニ保證ヲ約スルモ舊債務ノ保證ヲ新債務ニ移スモ其效力ニ差異ナキヲ常トス又縱令多少ノ差異アリトスルモ債權者ト債務者トノ間ノ約束ヲ以テ保證人ノ責任ヲ左右スルコト能ハサルナリ之ヲ要スルニ保證ハ之ヲ移スコトヲ得ス之ト同一ノ理由ニ據リ第五一八條但書ニ「第三者カ之ヲ供シタル場合ニ於テハ其承諾ヲ得ルコトヲ要ス」ト規定セリ即チ質權、抵當權ノ場合ト雖モ第三者カ之ヲ供シタルトキハ其第三者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ新債務ニ移ラス是レ第三者ハ甲ナル債權ヲ擔保スル意思ナリシニ其不知ノ間ニ乙債權ノ擔保ニ移サルルカ如キハ其豫期セサル所ナルヲ以テ法律ハ其意思ヲ顧ミスシテ自由ニ之ヲ移スコトヲ許スヘキニ非ス唯第三者カ承諾スルニ於テハ其質權、抵當權ハ先ノ順位ヲ以テ新債務ニ移リ擔保ノ效力ヲ完ウスルコトヲ得ヘキノミ又或ハ曰ハン債權者カ轉質ヲ爲シ抵當權者カ抵當權ノ處分ヲ爲スコトハ其自由ニ委セルニ拘ラス更改ノ場合ニ限リ第三者ノ承諾ヲ

要スルト爲スハ如何ナル理由ナルカ甚タ權衡ヲ得サルニ非スヤト然レトモ是レ亦其理由アリテ存スルナリ轉質ノ場合、抵當權ノ處分ノ場合ハ前債權ノ存スル間ノミ有效ナリ即チ債權者カ縱令轉質又ハ抵當權ノ處分ヲ爲スモ質權又ハ抵當權ノ設定者ヨリ之ヲ觀レハ其質權、抵當權ハ一定ノ範圍ノ債權ノ擔保タルコトヲ承諾シタルモノニシテ其利益ハ甲之ヲ受クルモ乙之ヲ受クルモ何等ノ痛痒ヲ感セス即チ此等ノ場合ニ於テハ轉質及ヒ抵當權ノ處分ハ前債權ノ範圍内ニ於テノミ效力アルナリ之ニ反シテ更改ノ場合ニ於テハ前ノ債權ハ消滅シテ新ナル債權ノ生シタルモノナレハ前ノ債權ノ存スル間同一ノ範圍内ニ於テ他ノ債權ヲ擔保スルモノト同日ノ論ニ非ス故ニ第三者ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ決シテ之ヲ新債權ニ移スコト能ハサルナリ殊ニ新債權ハ往往ニシテ範圍ヲ異ニシ、目的ヲ異ニスルコトアリ又更改ナカリセハ前債權ハ自ラ早ク消滅シタルヤモ測ラレサルニ當事者ノ意思ヲ以テ一旦之ヲ消滅セシメ而シテ更ニ新ナル債權ヲ生セシムルモノナレハ必ス質權又ハ抵當權ノ設定者ノ承諾ヲ要スルモノトスルコト當然ニシテ轉質及ヒ抵當權ノ處分ノ場合ト同一ニ論スヘカラサルナリ

第二ノ例外ハ第五一六條ニ之ヲ規定セリ曰ク

第四百六十八條第一項ノ規定ハ債權者ノ交替ニ因ル更改ニ之ヲ準用ス

第四六八條第一項ハ債權ノ讓渡ノ效力ニ關スル規定ニシテ曰ク「債權者カ異議ヲ留メスシテ前條ノ承諾ヲ爲シタルトキハ讓渡人ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由アルモ之ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ス但債務者カ其債務ヲ消滅セシムル爲メ讓渡人ニ拂渡シタルモノアルトキハ之ヲ取返シ又讓渡人ニ對シテ負擔シタル債務アルトキハ之ヲ成立セサルモノト看做スコトヲ妨ケス」ト此規定ノ趣旨ハ嘗テ說明シタル如ク大要ハ債權ノ讓渡ノ場合ニ債務者カ異議ヲ留メスシテ其讓渡ヲ承諾セハ即チ新ナル債權者ニ對シテ自己カ債務ヲ負フコトヲ認メタルモノトセルナリ之ト同シク債權者ノ交替ニ因ル更改ノ場合例ヘハ甲カ乙ニ對シ債務ヲ負ヒシニ丙カ乙ニ代リテ債權者ト爲ルヘキ約束ニテ三人ノ間ニ更改契約ヲ結ヒタル場合ニ於テ甲カ異議ヲ留メスシテ其契約ニ同意シタリトセハ恰モ債權讓渡ノ場合ニ異議ヲ留メスシテ承諾ヲ爲シタル債務者ト異ナルコトナク後日ニ至リテ其債務ノ取消シ得ヘキモノナリシコト又ハ相殺ノ原因アリタルコト等ヲ新債權者ニ對抗スルコトヲ得サルナリ是レ第四六八條第一項ヲ更改ノ場合ニ準用シタル所以ナリ唯或ハ第四六八條第二項ノ規定ハ何故ニ之ヲ準用セサルカヲ疑フ者アラン然レトモ債權ノ讓渡ニ付テハ債務者ノ承諾ハ必スシモ之ヲ要セス單ニ之ニ通知ヲ爲セハ可ナリ故ニ此場合ニ於テハ債務者ハ異議ヲ留ムル機會ヲ有セス而シテ通知ヲ受ケタル後縱令取消ノ原因ヲ有シ又ハ相殺ノ原因ヲ有スルモ之ヲ通知スルノ義務ナシ故ニ通知ヲ受クルマテニ生シタル原因ハ之ヲ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ルナリ然ルニ債權者ノ交替ニ因ル更改ノ場合ニ於テハ單ニ通知ノミニ止マルカ如キコトナキヲ以テ右ノ規定ヲ準用スルコト能ハサルナリ

第四款　免除

免除トハ債權ノ拋棄ニ外ナラス凡ソ權利ノ拋棄ハ權利者ノ自由意思ニ依リ之ヲ爲スコトヲ妨ケス即チ所有權ノ拋棄ハ所有者ノ意思ノミニテ之ヲ爲シ、他役權ノ拋棄ハ地役權者（即チ要役地ノ所有者）ノ意思ノミニテ之ヲ爲シ、地上權、永小作權ノ拋棄ハ地上權者、永小作人ノ意思ノミニ因リテ之ヲ爲スコトヲ得質權、抵當權亦然リ蓋シ權利ハ一ノ利益ナリ利益ハ之ヲ拋業スルコトヲ得ルコトハ少クトモ財產權ニ付テハ疑ヲ容レス而シテ權利者ノ拋棄ニ因リテ其權利ノ消滅スルコト言フヲ俟タス故ニ民法ニハ

0334

抛棄ニ關スル原則的規定ヲ置カス唯期限ノ利益ニ付キ規定アルノミ（一三六條二項）此規定モ亦本來其必要ナシト雖モ附隨ノ規定アルヲ以テ特ニ明文ヲ置キタルニ過キス而シテ物權ニ付テハ曾テ疑ノ起リタルコトヲ聞カサレトモ唯債權ノ抛棄ニ付テハ債務者ノ同意ヲ要スルコト爲スヲ以テ各國ノ例トセリ予ハ從來甚タ之ヲ怪シメリ何トナレハ既ニ物權ニ付テハ權利者一方ノ意思ヲ以テ之ヲ抛棄スルコトヲ得又債權ニ在リテモ之ニ附隨セル利益ハ皆一方ノ意思ノミヲ以テ之ヲ抛棄スルコトヲ得例ヘハ期限ノ利益ハ其期限ノ利益ヲ有スル者ヨリ之ヲ抛棄スルコトヲ得而シテ期限ノ利益カ債權者ノ爲メニ存スルトキハ是レ債權ヨリ生スル利益ノ一ナリ彼ノ寄託ノ場合ニ於ケル期限ノ利益ハ債權者ノ爲メニ存スルヲ以テ寄託者ハ何時ニテモ寄託物ヲ取戻スコトヲ得是レ利益ヲ抛棄スルモノニシテ權利者ノ一方ノミニテ之ヲ爲スコトヲ得ル一例ナリ又連帶ノ抛棄モ債權者ノ一方ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ルハ疑ナキ所ナリ然ルニ債權其モノノ抛棄ハ債務者ノ同意ヲ要スルハ果シテ如何ナル理由ニ基クカ歐羅巴一般ノ學說及ヒ立法例ニ於テ此主義ヲ採用セルニハ唯一ノ理由アルニ過キサルヘシ曰ク他ノ權利例ヘハ所有權ヲ抛棄スル場合ニ於テハ其利益ヲ享クル者ノ何人タルカヲ知ルコトヲ得ス例ヘハ予カ予ノ所有ノ書籍ヲ投棄スレハ予ノ所有權ハ投棄ノ時ヨリ消滅スレトモ何人カ之ヲ拾得シ何人カ其所有權ヲ得ルカ分明ナラサルカ故ニ單ニ予ノ意思ノミニテ之ヲ抛棄スルコトヲ妨ケス之ニ反シテ債權ヲ抛棄スル場合ニ於テハ其債務者ノ利益ニ歸スルコトハ初ヨリ分明ナリ然ルニ債權者ハ債務者ニ對シ其利益ヲ強フル權利ヲ有セス例ヘハ金錢ヲ借リタル者カ之ヲ辨濟セント欲スル場合ニ於テ債權者ト雖モ之ヲ拒ムコトヲ得スト夫レ然リ日本人ノ性質ヨリ言ヘハ利益ヲ享クル者ニ於テ承諾ヲ爲サヽルニ之ヲ押附ケラルルハ屑トセサル所ナルカ如シ然レトモ是レ甚タ論理ヲ貫カサルモノト謂ハサルヘカラス若シ之ヲ許サスト

セハ他ノ權利ノ抛棄ニ付テモ亦相手方アル場合ニ於テハ其承諾ヲ必要トセサルヘカラス所有權ノ如キハ一定ノ相手方ナキヲ以テ自由ニ之ヲ抛棄スルコトヲ得ヘシトスルモ他ノ物權ハ概シテ相手方ヲ有ス例ヘハ地上權ヲ抛棄スレハ其利益ヲ享クル者ハ所有者ナリ永小作權ノ抛棄モ亦所有者カ其利益ヲ享ケ地役權ノ抛棄モ亦承役地ノ所有者ヲ利シ留置權ノ抛棄ハ留置物ノ所有者其利益ヲ享ケ先取特權、質權、抵當權等皆然ラサルハナシ此等ノ場合ハ相手方ノ意思如何ニ拘ラス當然抛棄ノ結果ヲ生スルニ非スヤ期限、連帶ノ抛棄等皆然リ然ルニ債權其モノニ限リ相手方ノ承諾ヲ必要トスルハ甚シキ矛盾ト謂ハサルヘカラス凡ソ法律上ノ問題ト道德上ノ問題トハ必スシモ同一ナラス故ニ債權者ノ抛棄ニ因リテ利益ヲ受クルコトヲ欲セサル者ハ別ニ之ヲ處分スルノ途アルヘシ以上ノ理由ヲ以テ新民法ニ於テハ債權モ亦債權者ノ意思表示ノミニ因リテ之ヲ抛棄スルコトヲ得ルモノトセリ第五一九條ニ曰ク

債權者カ債務者ニ對シテ債務ヲ免除スル意思ヲ表示シタルトキハ其債權ハ消滅ス

第五款　混同

○混同トハ如何ナルモノナルカハ既ニ諸君ノ知ラルル所ナリ即チ本講義ニ於テハ連帶債務ニ付テモ不可分債務ニ付テモ概略說明シタル所ナルノミナラス物權編ノ講義ニ於テモ亦諸君ハ此問題ニ遭遇セラレタルナラン要スルニ廣キ意味ニ於ケル混同トハ兼ヌルコトヲ得サル二ノ資格カ同一人ニ歸シタルコトヲ謂フナリ之ヲ物權ニ付テ言ヘハ所有者ハ通常地上權、永小作權ヲ併有スヘキモノニ非サルカ如ク又債權ニ付テ言ヘハ債權者タル資格ト債務者タル資格トハ相兼ヌルコト能ハサルヲ以テ此二者一人ニ歸スルトキハ混同アリト云フナリ而シテ債權ト債務トカ同一人ニ歸スレハ其債權、債務ハ消滅スルモノ

トセリ是レ羅馬法以來一般ニ認メラルル所ニシテ復タ疑ヲ容レサル所ナルカ如シ然リト雖モ純然タル學理上ヨリ之ヲ論スレハ混同ハ當然權利消滅ノ原因ト爲ルヘキモノニ非スト信ス西洋ノ學者往往ニシテ曰ク混同ハ權利消滅ノ原因ニ非スシテ其痲痺ノ原因ナリト其意ハ蓋シ債權者カ同時ニ債務者ナルトキハ自己ニ對シテ債權ノ履行ヲ求メ自己ニ對シテ債務ノ履行ヲ爲スコトハ必要ナキカ故ニ之ヲ爲サザルモノニシテ是レ債權カ痲痺スルモノナリ然レトモ一朝第三者ノ利害カ伴ヒ來ルトキハ忽チ其關係ハ分離スヘシト云フニ在リ

混同ノ原因種種アリト雖モ相續ノ場合ニ生スルヲ最モ多シト爲ス即チ債權者カ債務者ニ相續シ或ハ債務者カ債權者ニ相續シタルトキ是ナリ例ヘハ甲ハ乙ノ債權者ナリシニ甲死亡シタルカ爲メ乙之ニ相續シタリトセンカ若シ第三者ノ利害ニ關スルモノナキニ於テハ乙ハ即チ債務者ニシテ同時ニ債權者ナリト爲スコトハ何等ノ必要ナキナリ然ルニ此債權カ第三者ノ質權ノ目的ト爲レル場合例ヘハ其債權ニ付キ丙ナル質權者アル場合ニ於テ若シ甲死亡シテ乙カ相續ヲ爲シタルニ因リ混同ヲ生スルト同時ニ丙ノ有セル質權モ亦之カ爲メニ消滅スルモノト爲サハ丙ハ意外ノ損害ヲ被ルニ至ルヘシ但此場合ニ於テ甲カ丙ノ債務者ニシテ其債權ニ何等ノ擔保モナカリセハ丙ノ質權カ乙ニ對シテ猶ホ存在スルト謂フモ何等ノ實益ナシ何トナレハ丙カ甲ニ對シテ有セシ債權ハ爾後乙ニ對シテ之ヲ行フヘク又質權者トシテモ同シク乙ニ對シテ請求ヲ爲スヘキニ過キサレハナリ然ルニ丙カ甲ニ對シテ有シタル債權ニハ何等ノ擔保ナキ場合ニ於テモ甲カ乙ニ對シテ有シタル債權ニハ擔保ノ附隨セシ場合即チ抵當、質等ノ附隨セルカ又ハ保證人アル場合ニ於テハ此等ノ擔保ハ消滅セサルモノトスルヲ以テ丙ノ利益トスルコト勿論ナリ然ルニ此場合ニ於テモ混同ニ因リテ甲ノ乙ニ對スル債權カ消滅スルモノトセハ丙ハ乙ニ對シテ甲ノ有セシ擔保權ヲ行使スルコト能ハサルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ又質權ハ第三者ヨリ之ヲ供スルコトアリ例ヘハ甲カ乙ニ對スル債權ヲ丁カ丙ニ對シテ負ヘル債務ノ擔保ニ供セリトセンニ若シ甲ノ死亡ニ因リ混同ヲ生シ隨テ丙ノ質權モ亦消滅スルモノトセハ丙ハ大ナル損害ヲ被ルニ至ルヘシ故ニ斯ル場合ニ於テハ混同ヲ生スルモノト爲スヘカラス即チ乙ハ甲ニ相續シタル結果債務者タル資格ニ債權者タル資格ヲ併セタルニ拘ラス前ニ甲ニ對シテ負ヘル債務カ質ノ目的ト爲レルカ故ニ其質權ヲ消滅セシムル爲メニハ甲ニ對シテ負擔セシ債務ヲ辨濟セサルヘカラサルナリ尙ホ一例ヲ擧ケンニ西洋ニ於テハ頻繁ニ行ハレ又我邦ニモ其例ナキニ非サルカ如キ彼ノ相續財産全部ヲ讓渡ス場合ニ於テ混同ニ因リテ權利ノ消滅ヲ來スモノトセハ相續財産全部ヲ讓渡シタリト云フト雖モ其財産ノ額ハ相續ニ因リテ得タル財産ノ額ト相違スルニ至ルヘシ前例ノ如ク債權者甲死亡シテ債務者乙之ニ相續シタリト假定シ甲ハ其死亡ノ際一萬圓ノ財産ヲ有セルニ其中乙ニ對スル一千圓ノ債權額カ甲ノ死亡ト同時ニ混同ニ因リテ消滅スルモノトセハ乙カ相續財産ノ全部ヲ丙ニ移轉セリトスルモ其實九千圓ノ財産ヲ讓渡シタルニ過キサルコトト爲ルヘシ又此反對ニ乙カ甲ニ對シテ千圓ノ債權ヲ有セリトセハ甲カ死亡ノ際現ニ一萬圓ノ財産ヲ有セリトスルモ乙ニ對スル千圓ノ債務アルカ故ニ差引九千圓ノ財産ヲ有スルニ過キス然ルニ甲死シテ乙相續シ混同ニ因リテ此千圓ノ債務消滅スルモノトセハ相續財産ハ實際一萬圓ノ價額ヲ有スルコトト爲リ隨テ其相續財産ノ全部ヲ讓渡ストキハ眞ノ相續財産ニ一千圓ヲ加ヘテ之ヲ讓渡スノ結果ヲ來スヘシ故ニ斯ル場合ニ於テハ寧ロ混同ヲ生セサルモノトスルノ愈レルニ如カサルカ如キ感アリ要スルニ債權、債務カ一人ニ歸シタル場合ニ於テモ仍ホ同一人カ同時ニ債權者タリ債務者タルノ資格ヲ有スルモノト看ルノ必要ナキニ非ス且理論上ヨリ言ヘハ混同ハ權利消滅ノ原因ニ非ス彼ノ權利痲痺ノ原因

0336

ナリトノ言ハ譬喩トシテ極メテ適切ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ之ヲ實際ニ應用スルトキハ亦大ナル不都合ヲ生スルコトアルヘシ例ヘハ債權者甲死亡シテ債務者タル乙カ相續シタル場合ニ於テ乙ハ自己カ自己ニ辨濟スルカ如キコトアリ得ヘカラサルカ故ニ其儘ニ放置スヘク然ルトキハ時效ニ罹ルマテハ甲ノ有セシ債權ハ存續スヘシ此場合ニ於テ若シ第三者ノ利害ニ關係セサルニ於テハ何等ノ不都合ヲ生セサルヘシト雖モ往往第三者ノ利害ノ伴フ場合アリ例ヘハ相續後五年又ハ六年ヲ經テ相續人カ其債權ノミヲ分離シテ他ニ賣却シタリトセハ其買主ハ債權者ト爲リ而シテ其債權ニハ質、抵當又ハ保證ノ附隨シタルモノナランニハ保證人等ハ其擔保シタル債權ハ債務者タル乙ニ歸シタルヲ以テ復請求ヲ受クルコトナカルヘシト信シタルニ五六年ノ後ニ至リ突然他人ノ請求ニ遭フニ於テハ意外ノ迷惑ヲ感スヘシ然ルニ理論ニ拘泥スルトキハ此意外ナル結果ヲ生スヘシ是ニ於テカ民法ハ便宜ヲ計リ混同アルトキハ債權者、債務者カ同一人ニ歸スルカ故ニ或ハ直チニ辨濟ヲ爲スカ或ハ債權ヲ拋棄スルモノナリト看做シ隨テ混同ヲ以テ債務ノ消滅原因トセリ而シテ我立法者カ混同ニ付キ此見解ヲ採リタル證據トシテ稱スヘキハ連帶ニ關スル第四三八條ノ規定是ナリ即チ連帶ノ場合ニ於テハ第三者ノ利害ニ關スルモノアルカ故ニ單ニ債務ハ混同ニ因リテ消滅スルモノト規定スルヲ以テ足レリトセス特ニ辨濟ヲ爲シタルモノト看做セリ第五二〇條ニハ曰ク債權及ヒ債務カ同一人ニ歸シタルトキハ其債權ハ消滅ス但其債權カ第三者ノ權利ノ目的タルトキハ此限ニ在ラス(此但書ハ前ニ例示セル、債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタル場合ニハ其適用アルヘシ)尚ホ之ニ對スル例外ノ一ハ相續編ニ之ヲ規定セリ第一〇二七條ニ曰ク「相續人カ限定承認ヲ爲シタルトキハ其被相續人ニ對シテ有セシ權利義務ハ消滅セサリシモノト看做ス」ト相續ノ限定承認トハ相續人カ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ相續財産ノ限度ニ於テ負擔スル條件ヲ以テ相續ヲ承認スルヲ謂フ故ニ被相續人ノ財産ト相續人固有ノ財産トハ假ニ之ヲ分離スルモノニシテ隨テ痲痺シタル債權、債務カ復舊シテ依然相續人ノ債權、債務トシテ存在スルコトト爲ル若シ此場合ニ於テモ仍ホ相續人カ被相續人ニ對シテ有セシ債權消滅スルモノトセハ相續人ハ其債權額ヲ損失スルニ至ルヘク其債務消滅スルモノトセハ相續人ハ其債務額ヲ利得スルニ至ルヘク相續財産ノ範圍内ニ於テ債務及ヒ遺贈ヲ負擔スルト云フ限定承認ノ趣旨ニ反スルニ至ルヘシ是レ第一〇二七條ノ規定アル所以ナリ此等ノ規定ニ據リテ觀ルモ混同ノ性質ハ本來債務ノ消滅原因タルヘキモノニ非スト雖モ便宜上之ヲ消滅原因トスルニ過キサルヲ知ルヘシ而シテ其之ヲ消滅原因ト爲シタル理由ハ恰モ自ラ辨濟シタルカ又ハ權利ヲ拋棄シタルモノト看做スニ在ルコト既ニ論シタルカ如シ尚ホ前ニ引例シタル相續財産ノ讓渡ノ場合ニ付テハ我民法ハ何等ノ明文ヲモ設ケス其理由他ナシ相續財産ノ讓渡ハ我邦ニ於テハ歐羅巴ノ如ク頻繁ニ行ハレス我邦ノ相續ハ多クハ家督相續ナルカ故ニ家督相續ヲ爲シタル者カ相續財産ノ全部ヲ賣却スルカ如キコトハ通常之アラサルナリ故ニ外國ノ如ク特ニ此場合ニ關スル規定ヲ設クルノ必要ヲ感セサレハナリ若シ此場合ニ關スル規定ヲ置クノ必要アリトセハ尚ホ他ニ相續財産ノ讓渡ニ關スル種種ノ問題ニ付キ規定ヲ設クル必要アルヘシト雖モ我民法ハ一切此等ノ規定ヲ設ケサリキ其結果トシテ當事者ノ意思ニ從ヒ相續財産ノ全部ヲ讓渡シタル場合ニ於テハ混同ニ因リテ消滅シタル債權ハ相續人ニ於テ之ヲ償還スヘク其消滅シタル債務ハ之ヲ差引キタルモノヲ交付シテ可ナリトスヘキコト多カルヘシ若シ然ラストセハ契約ニ因リテ移轉スヘキ財産ハ相續財産ヨリ大ナルカ又ハ小ナルニ至ルヘケレハナリ尤モ當事者カ特約ヲ以テ混同ニ因リテ消滅シタルモノヲ除キ其殘餘ノ財産ノミヲ移轉スヘキモノト定メタルトキハ混

0337

同ハ其效力ヲ生スヘシ要スルニ此等ハ總テ當事者ノ意思ニ一任セルモノナリ
以上ヲ以テ混同ヲ説了シ併セテ債務ノ消滅ニ關スル説明ヲ了リ同時ニ予カ本學年ニ於テ擔任シタル講義ヲ完結セリ

民法債權（第一章）終