

## 法政大學講義録

梅, 謙次郎 / 秋山, 雅之介 / 二上, 兵治

---

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

34

(号 / Number)

1学年の12

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

247

(発行年 / Year)

1908-09-19

明治四十一年九月十日發行

第壹學年ノ十二

四十一年度

法政大學講義錄

第三十四號

法政大學發行



四十一年度第三十四號目次

民法債權第一章(自三六一)至(至六〇九)(完)

表紙及ロ目次

六頁

法學博士 梅 謙 次 郎

民法總則(自三四七)至(至四七七)(完)

表紙及ロ目次

八頁

法學士 二 上 兵 治

國際公法(戰時)(自二〇五)至(至二九九)(完)

表紙及ロ目次

八頁

法學博士 秋 山 雅 之 介

雜 錄

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説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来シタルヲ以テ連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ヲランカ之ヲモ尙ホ賠償セサルヘカラサルコトアルラ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ル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緩合之ヲ知ルモ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場合ニ於テハ其通知ヲ知ラス又ハ返答ヲ爲ササルヲ以テ過失ナリト謂フコトヲ得ス然レトモ甲ハ此等ノ事實ヲ知ラサルヲ以テ利息、損害賠償等ノ増加スルコトヲ恐レ遂ニ債權者ノ請求ニ應ジ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

民法債權

第三項 多數當事者ノ債權

三六一

090  
1908  
1-1-12

0409

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ジ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ノトス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則チ第二項ノ適用ヲ受ケ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權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ハラヌ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効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ハラヌ辨濟ヲ爲シタルモノニシラ唯債權者ニ對シテ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異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ラ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ケタルカ如キハ其惡意ニ因ルカ然ラズンハ大ナル過失ナリト謂ハサルヘカラス故ニ債權者カ最初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ヲ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ルヘカラス之カ爲メ或ハ債權者ニ於テ損害ヲ受ケタルコトアルモ是レ己ムコトヲ得サル所ニシテ法律ハ力メテ乙ヲ保護シ之

ラ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當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云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云ヘバ乙ノ負擔シタル新債務ハ有效ナルモ甲ノ負擔シタル新債務ハ無効ナリ而シテ甲カ未タ更改ノ履行ヲ爲ササルトキハ單ニ其義務ヲ免ルヘキヲ以テ甲モ亦大ナル損害ヲ受タルコトナシ若シ然ラズシテ既ニ履行ヲ爲シタル時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四百四十四條ノ規定セル所ナリ同條ニ曰ク連帶債務者中ニ償還ヲ爲ス資力ナキ者アルトキハ其償還スルコト能ハサル部分ハ求償者及ヒ他ノ資力アル者ノ間ニ各自ノ負擔部分ニ應ジ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シカ(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説明スヘシ)丙ノ負擔部分タル千圓ハ結局何人カノ負擔ニ歸セサルヘカラス然ルニ連帶債務ノ債權者ハ常ニ甲又ハ乙ヲ恰モ唯一ノ債務者ノ如ク看做シ之ニ對シテ全部ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ルカ故ニ甲又ハ乙ニ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産ノ調査ヲ爲シタルニ丙ハ全ク無資力ナルコトヲ發見シタリトセヨ此場合ニ當リテ甲一人ニテ其損失ヲ負擔スヘキカ將タ乙ト共ニ之ヲ分擔スヘキカノ問題ヲ生ス若シ之ヲ甲一人ニテ負擔スヘキモノトセハ甚ダ不公平ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ偶然債權者ノ選擇ニ遭ヒ請求ヲ受ケタル者カ損失ヲ負擔セサルヘカラ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  
ヲ受ケタレハト直チニ甲ハ二千圓ヲ負擔セサルヘカラス乙ハ唯千圓ヲ負擔スレハ可ナリト云  
フカ如キハ全ク理由ナキコトナリ即チ甲乙各、其當然ノ負擔ニ加フルニ更ニ五百圓ヲ以テシ結  
局千五百圓宛ヲ負擔スヘキナリ但此場合ニ於テ過失アル者ハ其責任ヲ負ハサルヘカラス例ハ  
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ハラズ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ンナルヘク隨テ此  
ノ如キ結果ヲ生スルコトナカリシナラント主張スルコトヲ得ヘケレハナリ

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

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





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ヌ故ニ民法ニ於テハ特ニ明文ヲ要セストシア之カ規定ヲ設ケザリシナリ

第二 擔保ノ消滅 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ザ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則チ債權者ノ行爲ニ因ルモノナリ詳言スレバ債權者ニシテ其抵當權ヲ拋棄セザラシカ乙ハ安全ニ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘカリシニモ拘ハラズ之ヲ拋棄シタルカ爲メ乙ヲシテ斯ル不利ニ陥ラシメタルナリ此ノ如キ場合ニ於テハ連帶ハ全部消滅スルニ非サルモノ一部ノ消滅ヲ來スモノナリ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

於テ規定セリ第五百四條ニ曰ク「第五百條ノ規定ニ依リテ代位ヲ爲スヘキ者アル場合ニ於テ債權者カ故意又ハ懈怠ニ因リテ其擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ代位ヲ爲スヘキ者ハ其喪失又ハ減少ニ因リ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」ト此規定ニ依レバ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バ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モノ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産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バ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以上ヲ以テ連帶ノ説明ヲ了レリ是ヨリ保證債務ノ説明ヲ爲サント欲ス



### 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)保證債權ノ消滅ノ三段トス

#### 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ザ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

#### (一) 保證ノ定義

保證ノ定義ハ載セラ第四百四十六條ニ在リ曰ク  
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タ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實力アル保證人ヲ立テタルトキハ即チ相當ノ擔保ヲ供シタリト謂フヘク尙ホ之ヲ法律的ニ云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二十九條、第三百一條ノ如キ是ナリ而シテ第三百一條ニ規定セル所ノモノハ裁判所ヨリ命スルニ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ら相當ノ擔保ヲ供セサルヘカラサルコトヲ命シタルモノナリ尙ホ此種ノ規定ハ唯リ民法ニ於ケルノミナラス商法、民事訴訟法等ニ亦數多アリ

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サ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ハラズ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ト雖モ予ハ商法ノ合名會社社員ノ義務ノ如キハ性質上保證債務ナリト信ス即チ商法第六十三條ニ「會社財產ヲ以テ會社ノ債務ヲ完済スルコト能ハ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茲ニ連帶ト云ヘルハ當然ナリ要スルニ合名會社カ其債務ヲ完済スルコト能ハ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強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テ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効ナルトキハ保證債務獨リ成立スルコト能ハス例ヘハ全ク意思能力ヲ有セ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効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茲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効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ント雖モ保證ノ規定ヲ適用スルコトヲ得サルナリ若シ又主タル債務ノ無効ナルハ法律行為ノ要素ニ關スル錯誤ノ結果ナリトセハ是レ亦保證ニ關スル規定ヲ適用スルコトヲ得ス蓋シ斯ル場合ニ於テハ保證ニ類スル一種ノ條件附債務ハ成立スルコトヲ得ルモ保證債務ハ成立スルコト能ハサレハナリ故ニ右ノ場合ニ於テ甲カ初ヨリ純然タル保證ヲ

爲スノ意思ナリシナラハ其契約ハ無効ナリ況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云フモ之カ爲メニ保證債務ハ成立セス何トナレハ  
主タル債務ハ未ダ全ク存在セザレハナリ但此場合ト條件附ノ保證トヲ混淆スヘカラス最モ混淆  
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  
ハ難シテ曰ハ「ハンスル條件ハ隨意條件ナルカ故ニ無効ナリ隨テ保證モ亦無効タリト是レ非ナリ蓋  
シ隨意條件ナルモノハ總テ無効ナルニ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効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  
無効ニシテ何等ノ法律行為モ成立セザルナリ然ルニ前例ノ場合ニ於テハ之ト異ナリテ金錢ヲ借  
用スルコトハ單ニ債務者ノ意思ノミニ係ルモノト謂フコトヲ得ス蓋シ之ヲ借用スルニハ明示又  
ハ默示ニテ契約ニ定メタル條件ヲ以テ借用ヲ爲スノ意思ヲ表示シ相手方カ正ニ其金錢ヲ貸與シ  
タル時ニ於テ條件ハ始メテ成就スヘケレハナリ乃チ知ル此場合ニ於テハ單ニ債務者ノ意思ノミ

ニ係ルモノト謂フヘカラサルコトヲ果シテ然ラハ此場合ニハ條件附債務カ成立スルモノト謂フ  
ヘク而シテ保證人ハ其債務ヲ保證スルモノナルカ故ニ其保證モ亦有效ナリト謂ハサルヘカラス  
唯漠然某カ負擔スルコトアルヘキ債務ヲ保證スルト云フカ如キハ無効タルヘキノミ  
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  
往ニ遡リテ法律行為ヲ無効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効ナラ  
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步ヲ進ミテ論スレハ  
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ら進ミテ取消權ヲ行フコ  
トヲ得ヘシ其然ル所以ノモノハ他ナシ若シ保證人カ先ツ辨濟シテ後ニ轉シテ主タル債務者ニ求  
償スルニ方リ主タル債務者カ取消權ヲ行使セ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實力ト爲リタ  
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モ保證人ハ之カ爲メ  
ニ其取消權ヲ失フモノニ非ス(百二十二條)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實力ニ乏シキ者ナリ而シテ自己ノ實力ヲ以テハ到底  
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ス  
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者カ取消サレハ保證人モ亦其義務ヲ免ルヘシ然ルニ其原因アルコトヲ知リツツ右ノ如キ意思ヲ表示セザリシハ則チ縱令主タル債務者カ取消サルモ自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四百四十

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ト雖モ其債務ノ性質

ニ至リテハ如何是レ固ヨリ保證ノ性質ニ適合セザルヲ以テ之ヲ純然タル保證ト謂フヘカラザルコト論ヲ俟タズ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面モ履行ヲ爲ササル場合又ハ其債務ヲ取消シタル場合ニ於テ保證人カ恰モ主タル債務者カ負ヘル債務ト同一ノ給付ヲ爲ス義務ヲ負ヘルモノナリト信ス而シテ此義務カ履行セラレタルトキハ主タル債務者ハ爲メニ其義務ヲ免ルヘシ但主タル債務者ノ取消ノ場合ニ在リテハ其義務ハ初ヨリ存在セザルモノナルヲ以テ主タル債務者カ爲メニ義務ヲ免ルルヤ否ヤノ問題ヲ生セス而シテ保證人ハ一種ノ條件附債務ヲ負フモノナルヲ以テ主タル債務者カ取消ヲ爲シタルトキニ於テモ仍ホ履行ノ責ヲ免レサルナリ

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スル所ト同一ナルコト能ハス即チ主タル債務者ノ負ヒタル債務カ詐欺又ハ強迫ニ因リタルモノナル場合ニ於テ保證人カ其事由ヲ知レルニ拘ハラズ主タル債務者カ期限ニ至リテ履行セザルカ又ハ取消權ヲ行ヒタルトキハ已レ必ス之ヲ履行スヘシト約シタル如キハ是レ恰モ詐欺又ハ強迫ノ目的ヲ達セシムルニ等シ是レ許スヘカラザル事タリ蓋シ之ヲ許サンカ法律カ不法ト認メタル詐欺又ハ強迫ニ因リテ債權者カ取得シタル債權ノ履行ヲ確保スルコトト爲ルニ至ルヘケレハナリ此ノ如キ契約ハ目的カ不法ナルヲ以テ成立スルコトヲ得サルナリ是レ第四百四十九條ニ於テ單ニ無能力ノ場合ニミ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爲スモ固ヨリ有效ナリト雖モ之ヲ以テ「保證」ト謂フコトヲ得ス若シ此ノ如キ契約ヲ爲シタリトセンカ是レ一種ノ獨立債務ニシテ第四百四十九條ニ規定セルモノト類似セル條件附ノ債務ナリ而シテ所謂「保證人」カ其債務ヲ履行スルトキハ其結果トシテ債權者ハ所謂「主タル債務者」ニ對シ其債權ヲ失フヘシト云フ點カ保證ニ類スル所ナリト雖モ固ヨリ保證ノ定義ニ適合セサルヤ論ナキナリ民法ハ特ニ之ヲ明定スルノ必要ナシトシ稍、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四百四十六條ニ「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爲ス責任ス」トアルニ由リテ之ヲ觀ルモ疑ナキ所ナリ而シテ其稍、疑ハシキ場合トハ畢竟債務ノ目的ノ數量及ヒ其體様ニ關スルモノナリ例ヘハ保證人ハ千五百圓ノ債務ヲ負ヒ主タル債務者ハ千圓ノ債務ヲ負フ場合ニ於テハ孰レモ目的ハ金錢ナリト雖モ數量ヲ異ニスルヲ以テ此ノ如キ保證契約ハ其儘ニテハ成立セス蓋シ保證債務ハ從タル債務ナルヲ以テ主タル債務ヨリ大ナルコトヲ得ス然リト雖モ此場合ニ於テハ保證債務トシテ全然成立セザルカ或ハ一部分ハ保證債務トシテ成立スヘキカ但之ヲ以テ保證ニ非サル他ノ契約ヲ爲スノ意思ニ出テタルモノトセハ敢テ不可ナシト雖モ此ノ如キ奇異ナル契約ヲ爲ス者ナカルヘシ故ニ原則トシテハ斯ル特別ノ債務ヲ負フノ意ニ非シテ保證債務ヲ負フノ意思ナリト認メナ

ルヘカラス然ラハ則チ其主タル債務ニ超過セル一部分ノミヲ無効トシ千圓ニ付テハ保證債務カ成立スルモノトスルヲ妥當トス要スルニ主タル債務ト同數量ノ義務ヲ負擔セシモノト認ムルヲ以テ當事者ノ意思ニ適合スルモノト謂フヘシ次ニ體様ニ付テ説明セン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ザルモノナルニ拘ハラズ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ナリ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ大抵錯誤等ニ出ツルモノナルヘシ故ニ其場合ニハ主タル債務者ト同シク保證人モ亦期限ノ利益ヲ受クヘキモノトセリ又債務カ條件附ナル場合ニ於テ其條件カ全然異ナルレ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ザルトキ之ニ代リテ其履行ヲ爲スヘキモノナルニ主タル債務者カ履行スヘキヤ否ヤ未タ判然セザルニ當リ保證人カ先ツ履行セザルコトヲ得ザルニ至ルヘケレハナリ第四百四十八條ニ曰ク

保證人ノ負擔、カ債務ノ目的、又ハ體機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タ目的ヲ異ニスルモノニ非サ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機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シ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ザル趣旨ナリ今之ヲ學理上ヨリ論スレ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ナルコトアルヘシ蓋シ保證債務ヲ約スル場合ハ多クハ金錢債務ニ關シ其他ノ債務ニ在リテハ之ヲ保證スルコト頗ル難シ今先ツ債務ノ目的カ特定物ノ給付ナル場合ニ付キ之ヲ考フルニ主タル債務者カ其特定物ヲ給付セザルトキハ保證人之ニ代リテ之ヲ給付スヘシトノ契約ヲ爲ス場合ハ必スシモ絶無ト謂フコトヲ得ザルモ斯ル契約ヲ爲シ得ザル場合最モ多カラント信ス即チ其物タル元來保證人ノ所有物ニ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ノ給付ヲ目的トシ保證ハ金錢ヲ目的トスルモノナリトセハ是レ保證ニ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業者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書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從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(四百十七條)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フヘキコトヲ定ムルコトアリ又利息以外ノ損害ヲ賠償スヘキコトアリ又或ハ主タル債務ノ目的カ果實ヲ生スル場合ニ於テハ其義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如ク金錢ヲ以テ賠償スヘキコト多シ此場合ニ於テハ管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

擔セサルヘカラスナルヤ否キ此等ノ場合ニ於ケル保證人ノ義務ノ範圍ヲ定メサルヘカラス然ルニ前述ノ如ク保證債務ハ一部ニ付テノミ存スルコトヲ得ヘキニ由リ單ニ元本ノミニ付キ保證ヲ爲シ利息及ヒ損害賠償等ハ之ヲ保證セサルコトヲ得ヘク又特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ニ在リテハ元本ノ價格ニ相當スルモノニ限り保證スルコトヲモ特約スルコトヲ得ヘシ然レトモ若シ此等ノ特約ナキトキハ法律ハ總テ此等ノモノヲ包含スルモノトセリ第四百四十七條第一項ニ曰ク「保證債務ハ主タル債務ニ關スル利息、違約金、損害賠償其他總テ其債務ニ從タルモノヲ包含ス」此點ハ保證ト連帶ト異ナル所ナリ既ニ説明シタル如ク連帶ノ場合ニハ目的又ハ體様ヲ異ニスルモノナルカ故ニ若シ連帶債務者中ノ或者ノミカ違約金ヲ約シ其他ノ者ハ之ヲ約セサル場合ニ於テハ之ヲ約セサル者ハ其負擔ニ與ラス何トナレハ連帶債務ハ各、獨立セルモノニシテ各自唯一ノ債務者ノ如ク看做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四百四十七條第二項ニ規定シテ曰ク

保證人ハ其保證債務ニ付テノミ違約金又ハ損害賠償ノ額ヲ約定スルコトヲ得

抑、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

民法債權 總則 多數當事者ノ債權

合ニ於テ若シ其賠償額ニ付キ争アルトキハ裁判所ニ於テ其額ヲ定メ之ヲ賠償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シ是レ一見主タル債務ニ比シ其負擔重キカノ感アリ蓋シ主タル債務ニ付テハ違約金ノ特約モナク又裁判所ニ於テ定ムヘキ損害賠償額ハ保證人カ特約セル賠償額ヨリ寡少ナルカモ未ダ知ルヘカラサレハナリ然リト雖モ是レ保證債務カ主タル債務ヨリ重キモノナリト謂フコトヲ得ス其然ル所以ノモノ他ナシ主タル債務者カ其辨濟期限ニ至リテ債務ノ履行ヲ爲ササルニ當リ保證人之ニ代リテ直チニ履行ヲ爲ストキハ復タ違約金ヲ拂ヒ若クハ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要セス然ルニ保證人カ其履行ヲ怠ルトキハ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強制執行ヲ爲ス場合ニ於テハ先ツ確定判決ヲ求メサルヘカラサルニ保證人ハ公正證書ニ依リ其義務ヲ負擔セル爲メ直チニ執行ヲ爲スコトヲ得ルト異ナルコトナシ唯違約金又ハ損害賠償ノ豫定ニ付テハ主タル債務ニ比シテ保證人ノ負擔カ重キカノ嫌アルヲ以テ特ニ第四百四十七條第二項ノ明文ヲ設ケタルノミ其他ノ場合ニ付テハ舊民法ニハ明文アリタルモ新民法ニ於テハ言フヲ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説キ了レリ以下保證契約ノ關係ト保證人ト主タル債務者トノ關係ヲ混スヘカラサルコトニ付キ説明スル所アラント欲ス

保證契約ハ恰モ連帶ノ場合ニ於ケルカ如ク必ス二箇ノ關係ヲ生ス其一ハ債權者ト保證人トノ關係即チ純然タル保證關係ナリ蓋シ保證債務ナルモノハ保證人カ債權者ニ對シテ負擔スル義務ヲ謂フモノニシテ是レ實ニ保證契約ヨリ生スル直接ノ結果ナリトス其二ハ主タル債務者ト保證人トノ關係ニシテ或ハ委任ニ因ルコトアリ或ハ好意ニ出テテ保證ヲ爲スコトアリ而シテ債權者ト保證人トノ關係ニ在リテハ保證ハ多クハ有債ニシテ債權者ハ債務者ニ金錢ヲ使用セシムル代リ債ニシテ自己カ保證人ニ立ツテ理由トシテ報酬ヲ請求スル者ハ稀ナラン要スルニ一ニ有債ナルヲ普通トシ他ノ一ハ無債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債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債契約ニシテ唯其裏面ニ存スル主タル債務者ノ保證人トノ關係カ多クハ無債ナルニ過キササルナリ尙ホ詳細ハ保證ノ效力ヲ講スルニ方リ説述スヘシ

(四) 保證人ノ保證人

舊民法ニ於テハ引受人ト稱シテ特ニ之ニ就テ規定セリ然リト雖モ邦語ノ意義ニ於テハ「保證人」

ト謂フモ「引受人」ト謂フモ別ニ異ナルコトナキノミナラス保證人ノ保證人ナルカ爲メ其者カ別ニ名稱ヲ異ニスル必要ナシ舊民法ニ於テモ之ニ關スル規定別ニ異ナリタルニ非ス唯債權擔保編第七條第二項ニ「保證人ハ亦第三者ヲ引受人トシテ己レヲ保證セシムルコトヲ得此引受人ニ對シテハ保證人ハ主タル債務者ノ地位ヲ有ス」トノ規定アリ又同編第四十五條第二項ニ於テ引受人ニ關スル規定アリト雖モ是レ當然ノコトヲ定メタルニ過キス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ザルニ當リテ第一ノ保證人カ義務ヲ負ヘルモ之ヲ履行セザ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ザルヘカサルカハ是レ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ザルコト多カルヘシ保證人ニシテ保證ノ效用ヲ爲サストセハ寧ろ保證人ヲ立テタルノ愈レルニ如カス故ニ苟モ保證人ヲ立ツル以上ハ先ツ第一ニ其保證人ハ完全ニ義務ヲ負フ者タルコトヲ必要トス何トナレハ一旦保證債務カ發生スルモ直チニ取消サルル如キコトアラハ何等ノ用ヲモ爲サザ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ザ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四百五十條ニ規定セル所ナリ曰ク

- 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内ニ住所ヲ有シ又ハ假住所ヲ定メタルコト
- 保證人カ前項第二號又ハ第三號ノ條件ヲ缺クニ至リタルトキハ債權者ハ前項ノ條件ヲ具備スル者ヲ以テ之ニ代フルコトヲ請求スルコトヲ得
- 前二項ノ規定ハ債權者カ保證人ヲ指名シタル場合ニハ之ヲ適用セス
- 右三箇ノ條件ニ付キ簡單ニ説明セン

0423

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ヌ未  
成年者及ヒ禁治産者ハ一般ニ無能力者ニシテ準禁治産者及ヒ妻ハ或行爲ニ限り無能力者ナリ  
而シテ準禁治産者カ保證ヲ爲スコトニ關シテハ第十二條第一項第二號ニ妻ニ付テハ第十四條  
第一項第一號ニ規定セリ故ニ此等ノ者ハ保證ヲ爲スニ付テハ皆無能力者タリ但法定代理人カ  
其權限内ニ於テ保證ヲ爲スハ可ナリ即チ親權ヲ行フ父ハ法律上ノ條件ナク唯自己ノ責任ヲ以  
テ未成年者ニ代リテ爲セハ可ナリ又親權ヲ行フ母ニ付テハ第八百八十六條第二號ノ規定アル  
ヲ以テ親族會ノ同意ヲ得テ保證ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ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九百二十九條ニ於テ親族會ノ同意ヲ得ルニ非サレハ保證ヲ爲スコト  
ヲ得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レカト云フニ例ヘ  
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陥ルヘキ  
場合又ハ商業上ノ取引先ニシテ平素相見ニ保證ヲ爲スヲ以テ常例トセル場合ノ如キハ保證ヲ  
辭スルコト能ハサル場合ナルヘシ尙ホ法定代理人ノ行爲トセシテ無能力者自身カ法定代理  
人ノ同意ヲ得ルカ又ハ保佐人若クハ夫ノ同意ヲ得テ保證ヲ爲スコトアリ此場合ハ能力ノ欠缺  
ヲ補充セルモノナルヲ以テ取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  
ヲ得ヘシ故ニ此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ヌ

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ケルモノアリト雖モ  
我民法ニ於テハ其必要ヲ認メサリシナリ要スルニ動産不動産若クハ債權等其種類ノ何タルヲ  
問ハス苟モ十分ノ財産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内ニ住所ヲ有シ又ハ假住所ヲ定メタルコト 此條  
件ハ少シク杓子定木のニ出ツルカ如シト雖モ遠近ト云フカ如キハ全ク比較的ノ語タルニ過キ  
ス然ルニ法律ノ用語トシテハ成ルヘク精確ナルコトヲ要スルカ故ニ「控訴院ノ管轄内」ト定  
メタルナリ是レ畢竟主タル債務者カ其債務ヲ履行セヌ又保證人モ任意履行ヲ爲ササルトキハ  
必ス裁判所ニ訴ヘサルヘカラス此場合ニ於テ甚シク遠隔セル裁判所ニ出訴スルハ極メテ不便  
ナリ故ニ同一ノ控訴院管轄内トセハ第一審ハ地方裁判所又ハ區裁判所ノ孰レノ管轄タリトスル  
モ甚シキ距離アルニ非ス而シテ控訴ノ場合ニ於テハ同一控訴院管轄内ナレハ頗ル便宜ナリトシ  
趣旨ニ出ツ但其管轄内ニ本住所ヲ有セサルモ或法律行爲ノ爲メ特定メタル假住所ヲ有スレ  
ハ足レリ(二十四條參照)詳言スレハ保證契約ヲ以テ假住所ヲ定ムルトキハ其履行ニ付テハ  
該假住所ヲ以テ本住所ト看做シ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ヘシ

以上三箇ノ條件ハ前ニ説明シタル理由ニ據リテ之ヲ必要トセリ然ルニ其中ニ就テ第二及ヒ第三  
ノ條件ハ時時變更スヘキモノナリ即チ人ノ資力ハ變化極リナク今日ノ素封家モ忽チ破産ノ厄ニ

陥ルコトアリ故ニ保證契約ノ當時ニ資力アルヲ以テ足レリトセス履行ノ時ニ有資力ナラサルヘカラス住所ニ付テモ亦同一理ニシテ保證契約ノ時ニ當リテハ上述ノ條件ヲ具ヘタルモ履行ノ時ニ當リテ已ニ他ノ地ニ在リトセハ其效用ヲ缺クニ至ルヘシ故ニ保證人ノ資力又ハ住所ニ變更アリタル場合ニ於テハ債權者ハ更ニ其條件ヲ具備スル者ヲ以テ之ニ代フルコトヲ請求スルコトヲ得ヘシ但第三ノ條件ニ變更アル場合ニ於テハ實際保證人ヲ替フルコトヲ要セサルコト多カルヘシ何トナレハ縱令本住所ヲ變更スルモ舊住所又ハ舊住所所在地ニ假住所ヲ選定スレハ足レハナリ蓋シ其保證人ハ一旦保證人タルコトヲ承諾シタル者ナレハ債權者ヨリ假住所ノ選定ニ付キ注意ヲ與フルトキハ通例之ヲ承諾スヘク若シ之カ選定ヲ爲サストセハ其者ハ保證ヲ欲セサルニ至リタル者ナルヘシ但保證人ト債務者トノ關係ニ於テハ保證人カ保證ヲ爲スノ義務ヲ負ヘル場合アラシキ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産ノ宣告ヲ受ケタリトスルモ曩ニ結ヒタル契約ハ依然トシテ其效力ヲ有シ其法定代理人之ニ代リテ履行ノ責ニ任スヘキノミ

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ジ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又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シキ面モ保證ヲ立ツル義務アル場合ニ於テ之ヲ立テサルトキハ債務者ヲシテ或權利ヲ喪失セシムルコトアルヘク又訴訟上ノ利益ヲ得ルコト能ハサルニ至ラン是レ洵ニ憫ムヘシト雖モ而モ他人ヲ強制スルコト能ハスス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一層確實ナル擔保ヲ供スレハ足レリ即チ十分ナル價格ヲ有スル質若クハ抵當ヲ供スレハ保證人ヲ立ツルニ比シ概シテ確實ナルモノナリ故ニ此等ノ擔保ヲ供シテ保證人ヲ立ツルノ義務ヲ免ル

ルコトヲ得ヘシ第四百五十一條ニ曰ク  
債務者カ前條ノ條件ヲ具備スル保護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、債權者ト保護人トノ關係、第二、保護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 債權者ト保護人トノ關係

債權者ト保護人トノ關係ニ於テハ債權者ハ一定ノ場合ニ保護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俟タヌ即チ保證ノ定義ニ於テ明カナル如ク主タル債務者カ履行ヲ爲サザ  
ルトキハ保護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護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云フ「檢索ノ利益」トハ保護人カ債權者ニ對シ先ツ債務者ノ財産ニ付キ辨  
濟ヲ受ケ尙ホ不足アル場合ニ限り保護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ケルコトヲ得ヘケンハ敢テ保護人ヲシテ履行  
セシムルコトヲ要セサルヲ以テ先ツ主タル債務者ノ財産ヲ調査セシメンカ爲メナリ第二ハ分別  
ノ利益ト稱シ保護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護人ハ他ノ保護人ト等分シテ其一部ニ限り自ら辨濟シ殘餘  
ハ他ノ保護人ニ對シテ請求スヘシトノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルノ權利ヲ謂フ第三ハ讓權ノ利益ト  
稱シ保護人ハ債權者ニ對シ辨濟ヲ爲ス代リニ保護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  
テハ我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民法上ニ於テハ全ク不要  
ナルヲ以テ別ニ之カ規定ヲ設ケス尙ホ此讓權ノ利益ニ相當スル代位並ニ之ニ關スル制裁ニ付テ  
ハ辨濟ノ説明ヲ爲スニ方リテ詳説スヘシ(五百條、五百四條)而シテ民法ニ於テハ前述ノ外尙ホ  
一箇ノ利益ヲ認メタリ予ハ之ヲ後訴ノ利益ト稱ス請フ是ヨリ後訴ノ利益、檢索ノ利益、分別ノ  
利益ノ三者ニ付キ順次ニ説明セント欲ス

#### (一) 後訴ノ利益

0428

第四百五十二條ニ曰ク

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

後訴ノ利益ニ付テハ各國ノ法制區區ニ亘リ學說亦未タ一定スルニ至ラス今外國ノ立法例若クハ學說ヲ大別スレハ三主義ト爲ル第一ハ我舊法ノ採リタル主義ニシテ即チ明治八年六月八日第百二號布告金穀貸借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強制執行ヲ爲シ尙ホ不足ナル部分ニ限りテ保證人ニ請求スルコトヲ得ルニ在リ明治八年布告ノ大要ヲ摘示セハ主タル債務者カ身代限ヲ爲シ又ハ逃亡シ若クハ跡相續人ナキ場合ニ限り保證人ニ辨償ノ義務アリト定メタリ是レ固ヨリ理由アル主義ナリ元來保證人ハ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルニ方リ始メテ履行ヲ爲スノ義務アルモノナリ故ニ若シ主タル債務者カ任意ノ履行ヲ爲ササルニ方リ強制執行ヲ爲シ之ニ因リテ辨償ヲ受タルコトヲ得ハ敢テ保證人ヲ煩スノ必要ナシ隨テ此場合ニ於テ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ハ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強制執行方法

ヲ行ヒ尙ホ不足ナルトキニ始メテ其不足額ヲ保證人ニ請求スルコトヲ得ヘキモノトセルヲ以テ爲メニ多クノ日子ヲ費シ尠カラサル費用ヲ擲タサルコトヲ得ス例ヘハ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強力ナル擔保ト爲スニ足ラス況ヤ其間ニ保證人カ破産ヲ爲シ若クハ財産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ハララス名義ハ「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故ニ第一ノ主義ハ理論上ハ十分說明シ得ルモ實際ニ於テ不便ナリト謂ハサルヘカラス第二ノ主義ハ佛蘭西、伊太利、西班牙等ノ諸國ノ民法ニ於テ認ムル所ニシテ第一ノ主義ト正反對ナリ佛蘭西ニ於テハ大ニ議論ノ存スル所ナリト雖モ予ノ信スル所ニ據レハ佛法ノ主義ハ主タル債務者ニ對シテ未ダ請求ヲ爲ササルモ直チニ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトセルカ如シ即チ苟モ債務ノ期限カ到來シ所謂「債務カ辨償期ニ在ル」ニ拘ハララス主タル債務者カ任意ニ履行ヲ爲ササルトキハ其者ニ對シテ請求ヲ爲スノ必要ナク直チニ保證人ニ對シテ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘ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償期カ到來セルニ拘ハラ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

0429

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ら履行ヲ爲スヲ常トス而シテ履行ナクシテ辨濟期ヲ經過シタル場合ト雖モ主タル債務者ニ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満足シ又保證人モ義務ヲ免ルヘシニ然ラ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テ檢索ノ利益ヲ對抗シタルトキハ債權者ハ更ニ主タル債務者ニ對シテ履行ヲ求メサルヘカラス此時ニ方リ幸ニ債務者ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルトセハ最初保證人ニ對シテ請求ヲ爲シタルハ全ク無益ノ手續ニ歸スヘシ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ルコトトナル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ノニモ又債務者ノ爲ノ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スナルニ至ルヘシ故ニ此主義モ亦當リ得サルモ

ノナリ是ニ於テカ第三說トシテ折衷說ヲ生スルニ至レリ我民法及ヒ舊民法並ニ奧太民法等ハ實ニ此主義ヲ探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ヲ請求ヲ爲ササルヘカラス即チ之ニ依リテ任意ノ履行ヲ促シ幸ニ債務者カ履行ヲ爲シタルトキハ何人モ迷惑ヲ被ル者ナクシテ事済ムヘシト雖モ若シ主タル債務者カ任意ノ履行ヲ爲ササルトキハ敢テ強制執行ヲ爲スコトヲ要セズ保證人ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘシ而モ此場合ニハ後段ニ於テ説明スヘキ檢索ノ利益ヲ認ムルヲ以テ保證人ハ過酷ナル境遇ニ陥ルノ憂ナク又債權者ニ於テモ明カニ辨濟ノ資力ナキ主タル債務者ニ對シテ強制執行ヲ爲シタル後其不足額ヲ更ニ保證人ニ對シテ請求スルノ迂ヲ演スルコトヲ要セズ要スルニ此主義ニ據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テ之ヲ請求セズシテ事足り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ス者ニシテ且債權者ニ在リテハ何人ヨリ又國モ辨濟ヲ得レハ満足スヘク保證人ハ他人ノ債務ナルヲ以テ自ら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テ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シハ故ラニ踪跡ヲ晦マスカ如キコトナカルヘシ故ニ此ノ如キ者ニ對シテ催告ヲ爲スモ全ク無益ノコトナルヲ以テ此場合ニ於テハ直チニ保證人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトセリ尙ホ舊法ニ於テハ「死去跡相續人ナキ場合」ナルモノヲ掲ケタリト雖モ是レ所謂「相續人ノ曠缺」セル場合ニシテ此場合ニ於テハ「財産管理人」ナル者アリテ死者ノ債務ヲ辨濟スルモノナルカ故ニ之ヲ以テ例外トスルノ必要ナキナリ

第三ノ例外 保證人ト主タル債務者ト連帯セル場合

第四百五十四條ニ曰ク  
保證人カ主タル債務者ト連帯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、連帯債務ナルモノハ各債務者カ唯一ノ債務者ノ如ク看做サルモノナリ故ニ主タル債務者

ト保證人ト連帯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モノ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シ「貴殿ハ連帯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帯保證人ト謂フ連帯保證ニ付テハ往往誤解ヲ生スルヲ以テ茲ニ一言辯セサルコトヲ得ス抑、前述ノ場合ハ保證人ト主タル債務者ト連帯シタル場合ニ係ルト雖モ連帯保證中ニハ之ト異ナルモノアリ即チ保證人二人以上アリテ其間ニ連帯ノ存在スル場合はナリ此種ノモノモ亦連帯保證ナリト雖モ此場合ニ於テハ主タル債務者ト保證人トノ關係ハ普通ノ場合ト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帯ノ關係アルニ過キサレハナリ故ニ債權者ハ保證人ノ一人ニ對シテハ其者ノミヲ保證人ト認ムヘシト云フコトヲ得ヘシト雖モ其者ヲ以テ唯一ノ債務者ナリト認ムルコトヲ得ス而シテ此第二ノ種類ニ屬スル連帯保證ハ右ノ例外ノ場合ニ適合セス故ニ二人以上ノ保證人間ニ連帯ノ存セル場合ニ於テ債權者カ先ツ主タル債務者ニ債務履行ノ請求ヲ爲サス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面シテ此利益ニ對スル制裁トシテハ第四百五十四條ノ規定アリトク

第四百五十二條及ヒ第四百五十三條ノ規定ニ依リ保證人ノ請求アリタルニ拘ハラズ債權者カ催告又ハ執行ヲ爲スコトヲ怠リ其後主タル債務者ヨリ全部ノ辨濟ヲ得サルトキハ保證人ハ債權者カ直チニ催告又ハ執行ヲ爲セハ辨濟ヲ得ヘカリシ限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則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テ相當ノ制裁ナカルヘカラス若シ何等ノ明文存セストスルモ不法行為ニ因ル損害賠償ノ責任ハ必ス生セサルヘカラスト信ス然レトモ法律ハ此ノ如キ漠然タルコトニ放任セスシテ特ニ第四百五十五條ヲ以テ此制裁ヲ定メタリ即チ債權者カ直チニ催告ヲ爲セハ主タル債務者ヨリ辨濟ヲ受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

第四百五十五條ニハ「直チニ催告又ハ執行ヲ爲セハ辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ其義務ヲ免ルコ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説明セシ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リ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状態ニ陥リタリトセハ殘餘ノ半額ニ付キ保證人ニ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキカ否ヤ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一部ノ義務ヲ免ルルニ過キサル場合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はナリ之ニ對シテ疑ヲ抱ク者ナシトセズ曰ク若シ果シテ一部ノ辨濟ヲ爲シ得ルニ過キサル資力アルノミナリトセハ縱令債權者カ請求ヲ爲スモ一部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テ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令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

0432

爲シタリト假定セヨ主タル債務者カ半額ノ辨濟ヲ爲スヘシト答ヘタルカ又ハ當時ノ事情ニ據レハ實際半額丈ヲ辨濟スルノ資力アルニ過キナリシ場合ニ於テ債權者ハ其半額ノ辨濟ヲ受ケタ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ジ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辯ヲ受ケタルニ際シ直チニ主タル債務者ニ催告ヲ爲サハ主タル債務者ハ債務ノ半額ノ辨濟ヲ爲スコトヲ得ヘカリシニ其催告ヲ爲サナ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ハ「辨濟ヲ得ヘカリシ限ニ於テ云云」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並ヒ行ハルモノナリ即チ保證人カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルニ方リテ先ツ後訴ノ利益ヲ對抗シタルニ因リ債權者ハ直チニ催告ヲ爲シタリト雖モ主タル債務者カ相當ノ期間内ニ任意ノ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ更ニ保證人ニ對シテ債務ノ履行ヲ請求スヘシ此時ニ當リテモ尙ホ

保證人ハ檢索ノ利益ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ又保證人ハ初ヨリ後訴ノ利益ヲ對抗セシ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民法、獨逸民法、瑞西債務法等ノ主義ノ如ク強制執行ヲ爲シ尙ホ主タル債務者カ完全ナル履行ヲ爲スコトヲ得サル場合ニ限テ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトセルハ管ニ後訴ノ利益ヲ認ムルノミナラス尙ホ檢索ノ利益ノ條件ニ付キ保證人ノ爲メニ最モ利益ナル規定ヲ爲シタルモノト謂フヘシ然リト雖モ既ニ此主義ヲ採用セサル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ニ定メ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絕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務者ノ爲メニ煩ハシキ嫌ナキニ非スト雖モ亦爲メニ損害ヲ生スルコトナカルヘシト認メタルナリ請フ是ヨリ此二條件ニ付キ說明セン

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二十一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満家タルナリ蓋シ現金ヲ徒ニ庫中ニ藏スルハ文明國人ノ爲ササ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満家ニ至リテハ預金スラ之ヲ爲スコト少ク大部分ハ株式等ニ替ヘ置クコトヲ多シトス故ニ今日ニ於テハ不動産以外ノ財産寧ロ多數ヲ占ム然ルニ「財産」ト云ヘハ直チニ不動産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ズ故ニ舊民法ノ如ク不動産ヲ所有セサルヘカラストノ條件ハ管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

ナルヘカラス但茲ニ注意スヘキ一事ハ法文ニ實力ト稱スルハ一部分ノ資力ヲ意味スルニ非ス尙モ「辨濟」ト云ハハ勿論全部ノ辨濟ヲ謂フ故ニ千圓ノ債務ニ付テハ債務者カ千圓ノ財産ヲ有スルコトヲ證明セサルヘカラス

第二ノ條件 執行ノ容易ナルコト 債務者カ財産ヲ有スルト雖モ其財産カ臺灣ニ在リテ内地ニ存セス若クハ外國ニ在リテ日本ニ存セサレハ執行上不便タルコト言フ俟タス（債權者カ東京ニ在ル場合ト假定ス）又財産ノ種類ニ依リ差押ノ容易ナラサルモアリ竈竈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産ナランニハ其所在地カ近キ場合ニハ概シテ可ナリトスヘシ尙ホ財産カ係争中ノモノナルトキハ不可ナリ舊民法ノ如ク特ニ此場合ヲ法文ニ掲グルハ妥當ナラスト雖モ是レ亦執行ノ容易ナラサルモノト謂フコトヲ得ヘシ蓋シ係争中ノ財産ニ付テ執行ヲ爲スニハ第三者ノ主張ヲ斥ケサルヘカラス然ルニ之ヲ斥クルハ當事者間ニ於テスラ時トシテ頗ル困難ナルコトアリ況ヤ債權者ハ此事件ニ付テハ局外者ノ地位ニ在ル者ナルニ於テ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争中ノモノナルモ疑ナキ事件ナルコトヲ明白ニ立證スルコトヲ得ヘケンハ格別ナリ其他財産中他人ノ質權ノ目的タルモノハ概シテ執行ノ容易ナラサルモノナリ蓋シ質權者ハ留置權ヲ有スルヲ以テ債權者カ差押ヲ爲スモ質權者ハ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受ケサル間ハ質物ヲ留

0434

置スヘキヲ以テナリ之ニ反シテ債權者自身カ質權又ハ抵當權等ノ擔保ヲ有スルトキハ保證人ハ之ヲ指示シテ檢索ノ利益ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ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概括的ニ右ノ二條件ヲ必要トスルニ止マル第四百五十二條ニ曰ク

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ヅ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害ヲ主張スルコトヲ得ルヲ原則トスト雖モ之ニハ例外アリ連帶保證ノ場合即チ主タル債務者ト保證人トカ連帶ヲ爲セル場合はナリ此場合ニ於テハ保證人カ債權者ヨリ唯一ノ債務者ノ如ク看做サルルヲ故ニ檢索ノ利益ヲ有セサルナリ(四百五十四條)

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(四百五十五條)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條ノ二條件ヲ證明シテ檢索ノ利益ヲ對抗シタル時ニ於テ債權者カ直チニ執行ヲ爲セハ全部ノ辨濟ヲ得ヘカリシニ債權者カ之ヲ怠レル間ニ主タル債務者カ意外ノ損失ヲ被リ爲メニ無資力ト爲リ幾ニ債務ノ半額ヲ辨濟シ得タルニ過キストセン若

シ殘餘ノ半額ヲ保證人ニ對シテ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ル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四百五十五條ニ「……執行ヲ爲セハ辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ其義務ヲ免ル」トアリ然ルニ右ノ場合ニ於テハ主タル債務者ニ全部ヲ辨濟スルノ資力アリタルヲ以テ直チニ執行スレハ全部ノ辨濟ヲ得ヘカリシニ拘ハ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」ト云フ意義ニ非シテ「遲滞ナク」ト云フト殆ト同義ナリ唯本條ニ於テハ文勢上「直チニ」ナル語ヲ使用スルヲ可ナリト認メタルニ過キスシテ其意ハ執行ヲ爲スニ必要ナル時期ヲ超ユヘカラスト云フニ外ナラス例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ザルモ「直チニ」ノ語ニ反スルコトナシ即チ債權者カ保證人ヨ  
 リ檢索ノ利益ノ對抗ヲ受ケタル時ハ夕刻ナリシヲ以テ債務者ニ對スル執行ヲ翌日ニ延シタリト  
 スルモ敢テ「直チニ」ノ文字ノ意義ニ反スルモノニ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  
 ヲ遣スヘキカラ決シ尙ホ用意萬端ヲ整ヘテ兩三日中ニ出發セハ未タ遅レタリト爲スヘカラス而  
 シテ出發後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在再今日ニ至  
 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ろ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ス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實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認レリト謂ハサルヘカラス若シ羅馬法ニ於ケルカ如ク原則トシテ全ク分別ノ利益ヲ認メサルノ制度ナルニ於テハ是レ亦一箇ノ主義トシテ認ムルコトヲ得ヘシト雖モ苟モ分別ノ利益ヲ認ムル以上ハ何レノ場合ニ於テモ此主義ヲ一貫セサルヘカラス蓋シ分別ノ利益ナルモノハ債務者カ數人アル場合ニ於テハ其義務ハ債務者間ニ平等ニ分タルト云フ第四百二十七條ノ原則ノ適用ニ外ナラス元來保證人間ニ在リテハ特約ナキ限ハ常ニ債務ニ付キ其利害ヲ同シウスルモノナルカ故ニ保證人二人ナルトキハ即チ第四百二十七條ノ適用ニ依リ各々債務ノ二分ノ一ヲ負擔シ若シ三人ナルトキハ各々三分ノ一ヲ負フ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」ト云ハンヨリハ寧ロ「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モ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ノ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の規定ハ論理ノ一貫ヲ缺クモノト謂ハサルヘカラス故ニ一旦分別ノ利益ヲ認ムル以上ハ保證人ハ初ヨリ債務ノ一部分宛ニ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の辨濟ヲ受クルコトヲ欲セザ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

上述ノ如ク保證人カ分別ノ利益ヲ有スルコトハ第四百二十七條ノ適用上當然ノ結果ニシテ分別ノ利益ヲ有スルト云フカ如キハ寧ロ其當ヲ得スト謂フコトヲ得ヘ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簡簡、別別ノ行爲ニ因リテ義務ヲ負擔スルモ差支ナキコトト爲レリ例ヘハ甲ハ昨日保證人ト爲リ乙ハ今日、丙ハ明日保證人ト爲ルモ毫モ不可ナルコトナク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

0437

百二十七條ノ適用ヲ受クヘキモノナルヤ否ヤ是レ稍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ナルヘシ故ニ此等ノ保證人ハ各自全部ノ義務ヲ負擔スルモノト謂フヘク最初ノ保證人ハ自己以外ニ後ノ保證人アルコトヲ知ラス隨テ後日ニ至リテ更ニ保證義務者ノ生シタルカ爲メ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我民法ハ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シタルト將タ又之ヲ爲ス場所カ異ナルトヲ問ハス債務ハ本來唯一ナリ是レ一タヒ全部ノ債務ヲ履行スレハ債務全ク消滅スヘキニ由リテ明カナリ勿論學理上ニ於テハ各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、丙亦各其債務ヲ負ヒ四箇ノ債務關係アルコト疑ナシト雖モ債務ノ目的ハ則チ一ニシテ主タル債務者カ其債務ヲ履行セザルトキハ之ニ代リテ履行スヘシトノ唯一ノ目的ヲ有スル義務ヲ負ヘル者三人アリト云フニ外ナラス果シテ然ラハ此場合ハ一箇ノ債務ニ關シテ債務者カ數人アル場合ナリ縱合保證人カ同時ニ保證ヲ爲シタルトキト雖モ債務關係ハ四箇成立スルカ故ニ數多ノ債務關係アルヲ以テ第四百二十七條ノ適用ナシト謂フコトヲ得是レ保證債務ノ場合ニ止マラス普通ノ債務ノ債權者カ數人アリテ而モ同時ニ同一體權ノ債務ヲ負ヒタル場合ト雖モ仍ホ債務者ノ頭數ニ應シタル債務關係

アリ而シテ第四百二十七條ノ適用ヲ受クヘキナリ普通ノ債務ニシテ既ニ然リトセハ保證ノ場合ニ於テモ亦同シカラサルヘカラス是レ各保證人カ各別ノ行爲ヲ以テ保證ヲ爲シタル場合ニ於テモ仍ホ第四百二十七條ノ適用トシテ分別ノ利益アリト規定シタル所以ナリ第四百五十六條ニ曰ク  
數人ノ保證人アル場合ニ於テハ其保證人カ各別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ハラズ尙ホ他ノ保證人ヲ附加スル場合ニ於テ債權者ハ特約ヲ以テ第一保證人タル甲カ全部ノ義務ヲ負フモ若シ甲カ其債務ヲ履行セザルトキハ他ノ保證人タル乙、丙モ亦各、全部ノ義務ヲ負フヘシト定ムルモ敢テ妨ナキナリ而シテ此ノ如キ特約ヲ爲セハ則チ甲ノ債務ハ毫モ變更ヲ受ケサルヘシ然レトモ若シ此ノ如キ特約ナクハ自ラ債務ノ各保證人間ニ分タルコトヲ債權者カ承諾シタルモノト看ルヘキノミ但前ニ一言シタル如ク保證人カ數人アル場合ニ於テハ初ヨリ其負擔部分ヲ定メ置クコト亦頻繁ナルヘシ

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見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ノ別別ニ  
 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債務  
 者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シ  
 第二 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  
 第四百五十七條第一項ニ曰ク

主タル債務者ニ對スル履行ノ請求其他ノ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テ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四百五十七條ノ規定ナクハ債權者ニ於テハ甚ダ迷惑ヲ感スヘシ蓋  
 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ニ此場合ニ於テハ少クモ一兩日ヲ  
 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ら履行ヲ爲ス  
 コトヲ得ルニ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力アリト  
 セハ債權者ハ其猶豫ヲ與フヘケレハナリ是レ管ニ主タル債務者及ヒ保證人ノ爲メニ利益ナルノ  
 ミナラ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・避クルコトヲ得レハナリ  
 ○時効ノ中斷ニ付テモ亦然リ主タル債務者ニ對スル時効ノ中斷カ保證人ニ對シテ效力ヲ生セスト  
 セハ縱令主タル債務者ニ對シテ時効ノ中斷ヲ爲シタリトスルモ尙ホ進ミテ保證人ニ對シテ時効  
 ヲ中斷スルニ非スシハ保證人ハ其義務ヲ免ルルコトアラン例ヘハ十年ノ時効ニ因リテ消滅スヘ  
 キ債權ニ付キ九年十一箇月二十九日ヲ經過シ餘ス所僅ニ一日ニ過キサル場合ニ於テ債權者ハ主  
 タル債務者ニ對シテ時効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債權者ハ時効ノ中斷ヲ爲スタメ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効中斷ハ保證人ニ對シテモ其效力ア  
 ルモノトスルコト保證人ニ對シテモ亦利益ナリト謂ハサルヘカラス

抑、履行ノ請求ハ如何ナル效力ヲ生スルカト云フニ其著シキ效力ニアリ其一ハ期限ノ定ナキ債  
 務即チ所謂「單純債務」ニ付テハ履行ノ請求ノ時ヨリ債務者カ遲滞ノ責ニ任スルニ在リ即チ金錢  
 債務ナランニハ其時ヨリ法定利息ヲ附スヘキモノト爲セ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効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  
 タ疑アルハ第四百四十七條第一項ニ依レハ「保證債務ハ主タル債務ニ關スル利息、違約金、損害  
 賠償其他總テ其債務ニ從タルモノヲ包含ス」トアリ而シテ此「利息」中ニハ約定利息ヲモ含ムヲ  
 以テ其事ハ姑ク措キ「違約金、損害賠償即チ不履行ノ場合ニ支拂フヘキモノ」ハ遲滞ノ責ニ任スヘ  
 キ債務者ニ限り負擔スヘキモノナリ故ニ單純債務ニ於テハ履行ノ請求ヲ爲シタルモ債務者カ之  
 ニ應ゼサルトキハ違約金又ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ然ラハ則チ履行ノ請求カ保證人  
 ニ對シテモ效アルコトハ既ニ第四百四十七條第一項ノ規定ニ因リテ明カナルニ非スマ蓋シ第四  
 百四十七條ハ主タル債務者カ支拂フヘキ違約金、損害賠償ヲ保證人ニ於テ負擔スル義務アルコ  
 トヲ定メタルモノナリ而シテ保證人カ自己ノ債務ノ履行ヲ怠リタル爲メニ生シタル損害ヲ賠償  
 スルノ義務ヲ負フコトハ固ヨリ當然ノ事ニシテ第四百四十七條ハ之ヲ云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ヒタルニ拘ハラズ之ヲ履行セサル場合ニ保證  
 人カ其實ニ任スヘキコトヲ規定セルモノナルコト前ニ述ヘタルカ如シ果シテ然ラハ第四百五十  
 七條ノ規定中履行ノ請求ニ關スル點ハ不要ニ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シカ強ヒテ斯ル解釋ヲ爲スノ必要アルヘシト  
 雖モ若シ此明文ヲ缺ケハ法典トシテ完全ナルモノト謂フコトヲ得ス蓋シ第四百四十七條ハ極メ  
 テ廣汎ナル規定ニシテ期限附債務ニ付キ債務者カ期限到來後モ履行ヲ爲ササル場合モ亦同條ニ

包含スヘキヲ以テ假ニ主タル債務者ニ對スル履行ノ請求ハ其效力ヲ保證人ニ及ホサストスルモ第四百四十七條第一項ノ規定ヲ設クルノ必要アリ若シ夫レ本條ノ規定ナカラシカ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四百五十七條ヲ設ケテ主タル債務者ニ對スル履行ノ請求ハ保證人ニ對シテモ效力ヲ生スルモノトシ以テ右ノ如キ疑義ヲ防キタルナリ但第四百四十七條及ヒ第四百五十七條ノ規定ハ其大體ノ趣意ニ於テハ相合致セルモノナリ

次ニ時効中斷ニ付テ一言センニ時効中斷ノ方法ハ(一)請求(二)差押、假差押、假處分、(三)承認是ナリ(百四十七條)而シテ第二ニ列記スルモノハ學理上之ヲ執行爲ト云ヘルモノニシテ第一ノ「請求」トアルハ第四百五十七條ニ所謂「履行ノ請求」ト同一ナリ然レトモ第二及ヒ第三ノ行為ニ因リテ主タル債務者ニ付キ生シタル效果ヲ保證人ニ及ホスハ一見理論ニ合ハサルカ如シ先

ツ請求ニ付テハ前述ノ如ク第四百四十七條ノ趣旨ニ適合シ又之ヲ保證ノ定義ニ照スモ當然ナルノミナラス後訴ノ利益ヲ保證人ニ認メタルコトモ能ク照應セリト雖モ承認、差押等ニ至リテハ之ト同シカラサルモノアリ故ニ難スル者或ハ曰ハン承認ナルモノハ債務者カ債權者ニ對シテ自己カ債務ヲ負ヘルコトヲ隨意ニ告白スルモノナリ然ルニ其承認カ保證人ニ對シテ效力アリテ恰モ保證人カ自ラ其義務ヲ承認シタルト同一ノ效アリト云フハ何事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効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ザ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己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専ラ主タル債務ト其運命ヲ共ニセザルヘカラス故ニ主タル債務カ時効ノ中斷ニ因リ消滅セザ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効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

(一) 相殺

第四百五十七條第二項ニ曰ク

保證人ハ主タル債務者ノ債權ニ依リ相殺ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得

例ヘハ千圓ノ債務ニ付キ保證人アル場合ニ於テ其債權者モ亦主タル債務者ニ對シテ千圓ノ債務ヲ負ヘリトセヨ此場合ニ於テ債權者カ主タル債務者ニ對シテ辨濟ヲ請求セハ主タル債務者ハ自己ノ債權ヲ以テ相殺ヲ對抗スヘシ然ルトキハ自己カ債務ヲ免ルルト同時ニ保證人モ亦其債務ヲ免ルルニ至ルカ故ニ主タル債務者ノ德義上ノ義務トシテモ相殺ヲ以テ對抗セサルヘカラサルナリ然ルニ主タル債務者カ有意又ハ無意ニテ相殺ノ抗辯ヲ爲サザリシカ若クハ債權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テ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(四百三十六條二項)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モ亦債權者ニ對スル債務ヲ免ル但保證人ハ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有ス何トナレハ主タル債務者カ債權者ニ對シテ債務ヲ免レタル點ヨリ觀レハ保證人カ辨濟ヲ爲シタルト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ら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債權ヲ以テ相撲ヲ取ルモノニシテ其不道理ナルコト言フ俟タサルナリ故ニ敢テ明文ヲ設ケザルナリ

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ら進ミテ其取消ヲ主張スルコトヲ得ル等ノ説明ハ既ニ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ベ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はナリ第四百五十八條ニ曰ク

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

本條ハ第四百五十四條ト對照スルニ恰モ債務者ト保證人ト反對ノ地位ニ在リ即チ第四百五十四條ニハ「保證人カ主タル債務者ト連帶シテ云云」トアリ本條ニハ「主タル債務者カ保證人ト連帶シテ云云」トアリ然レトモ是レ別ニ差異アルニ非ス即チ法律ハ孰レカラ主トセントスル趣旨ニ非ス但立法者カ特ニ二様ノ書方ヲ爲シタルハ聊カ理由アリ即チ第四百五十四條ハ保證人ノ權利ヲ規定セル場所ナルカ故ニ保證人ヲ先ニシ第四百五十八條ハ主タル債務者ノ權利義務ヲ規定セル場所ナルカ故ニ主タル債務者ヲ先ニシタルノミ

以上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ら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効ノ中断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ザ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レ第四百五十八條ノ規定セル所ナリ

蓋シ連帶保證人ハ普通謂フ所ノ「連帶債務者」ニハ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り保證人ニ付テ生シタル事項ハ主タル債務者ニ影響ヲ及ホスモノナリ是レ此場合ニ於テハ第四百三十四條乃至第四百四十條ノ規定ヲ適用スル所以ナリ而シテ其適用スヘキ事項ハ既ニ諸君ト共ニ研究シタル所ナリ即チ履行ノ請求、更改、相殺、免除、混同、時効等ニ關スルモノナリ

茲ニ一ノ注意ヲ請フヘキコトアリ他ナシ第四百三十四條乃至第四百四十條中「其債務者ノ負擔部分ニ付テ云云」ト記載セル條文アルモ此語ハ連帶保證ニハ自ラ適用ナキコト是ナリ蓋シ普通ノ連帶債務者ナレハ原則トシテ各自其負擔部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四百三十六條第二項、第四百三十七條、第四百三十九條ノ場合是ナリ果シテ然ラハ第四百五十八條ニ於テ單ニ第四百三十四條乃至第四百四十條ヲ適用スル旨ヲ規定シタルハ廣キニ過クルカ如シ故ニ此適用ナキ條文ハ之ヲ除クテ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期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事口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

尙ホ茲ニ附加、説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四百三十四條ニ於テハ連帶債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ生スルコトヲ認ム是レ保證ノ場合ニ於テモ第四百五十七條第一項ニ明文アリ次ニ連帶ノ規定タル第四百三十五條ニ債務者ノ一人ト債權者トノ間ニ更改アリタルトキハ總テノ債務者ノ利益ノ爲メニ債權ハ消滅スルコトヲ定ム此點ハ保證ニ於テハ主タル債務カ更改ニ因リテ消滅スレハ從タル保證人ハ其責ヲ免ルルハ當然ニシテ特ニ規定ヲ設クルノ必要ヲ見テ第四百三十六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

0444

ノ爲メニ消滅スルコトヲ定ム保證ニ付テハ是レ亦當然ニシテ主タル債務者カ相殺ヲ以テ對抗スレハ其債務ハ消滅スヘキヲ以テ保證債務モ亦消滅スヘキナリ尙ホ前ニ說明シタル如ク第四百五十七條第二項ノ規定ニ從ヒ保證人ハ主タル債務者ノ負擔部分即チ全部ニ付キ債務者ノ債權ニ依リ自ラ相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ得次ニ第四百三十七條ニ於テハ連帶債務者ノ一人ニ對シテ爲シタル債務ノ免除ハ其免除ヲ受ケタル債務者ノ負擔部分ニ付キ他ノ債務者ノ利益ノ爲メニ其效力ヲ生セシム故ニ若シ債權者カ主タル債務者ニ對シ負擔部分即チ全部ヲ免除スレハ保證人ハ當然其債務ヲ免ルコト亦論ヲ俟タヌ又第四百三十八條ニ於テハ連帶債務者ノ一人ト債權者トノ間ニ混同アリタルトキハ其債務者ハ辨濟ヲ爲シタルモノト看做セリ保證ノ場合ニ於テ主タル債務者ト債權者トノ間ニ混同アリタルトキハ其權利義務消滅スルカ故ニ保證債務モ亦消滅スルト明カナリ第四百三十九條ハ連帶債務者ノ一人ノ爲メニ時効カ完成シタルトキハ其債務者ノ負擔部分ニ付テハ他ノ債務者其義務ヲ免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効ニ因リテ債務ヲ免ルコトキハ保證人モ亦其義務ヲ免ルヘシ故ニ此等ノ點ハ連帶債務ト通常ノ保證債務トニ依リテ異ナルコトナシト雖モ若シ連帶保證ナルトキハ保證人カ請求ヲ受ケタル如キ場合ニハ主タル債務者ニ對シ其效力ヲ及ホスヘシ此點ハ通常ノ保證債務ト異ナル所ニシテ第四百五十八條ノ規定アル所以ナリ

連帶保證人ハ後訴ノ利益、檢索ノ利益及ヒ分別ノ利益ヲ有セス此點ハ通常ノ連帶債務ト擇フ所ナシ又第四百五十八條ヲ以テ連帶債務者ノ一人ニ付テ生シタル事項カ他ノ債務者ニ影響ヲ及ホスノ規定ヲ適用スルコトトセルニ因リ此點モ通常ノ連帶債務ト同一ナリ然リト雖モ連帶保證債務ト通常ノ連帶債務トハ全ク同一ナリト論スルコトヲ得ス但「ボワツソナード」氏其他或學者ノ云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疑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ザレハナリ果シテ然ラハ兩者ノ區別ヲ爲スノ要點如何他テ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効ナルモ敢テ他ノ者ノ債務ニ影響ヲ及ホサヌ一人ノ債務カ取消サルモ他ノ者ノ債務ハ存在ス面シテ連帶債務者ハ各、異ナリタル目的又ハ體様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義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効ナル場合ニハ保證債務ニハ一點ノ瑕疵ナキモ亦無効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積ヲ有スルコトヲ得ス故ニ例ヘハ主タル債務カ條件附ナルニ保證債務カ無條件ナルコト能ハサルナリ但一部ノ保證ヲ許ス結果トシテ主タル債務カ無條件ナルニ保證債務ニハ條件ヲ附シ又ハ主タル債務ノ期限ヨリ短キ期限ヲ以テ保證ヲ爲スコトヲ得ヘシ此等ハ皆保證カ從タル性質ヲ有スル結果ニシテ之ニ據リテ以テ連帶保證カ純然タル連帶債務ト異ナルヲ知ルヘシ

第三 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則チ委任ニ基ケルモノナリ(六百四十三條)即チ主タル債務者ハ「保證契約」ナル法律行為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為ニ出ツルモノナリ而シテ委任以外ノ行為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ヲ爲リ民法第七百三條ニ「法律上ノ原因ナク

シテ他人ノ財產又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之カ爲メニ他人ニ損失ヲ及ホシタル者ハ云云」ト云フニ該ル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説明スヘシ

(一) 委任ニ因ル保證ノ場合

此場合ノ原則ハ第四百五十九條ニ規定セリ曰ク

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

第四百四十二條第二項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

是レ委任ノ場合ト其趣旨ヲ同シウシ恰モ第六百五十條ニ相當ス唯通常ノ委任ト保證ノ委任トハ全ク同一ノ規定ニ從ハサルハ保證ノ場合ニ特別ナル事項アレハナリ或ハ委任ニ因ル保證ハ連帶ニ於ケルカ如ク債務者カ互ニ他ノ者ノ利益ヲ圖ラサルヲ得サル等ノ關係ヲ有スルニ因リ專ラ連

帶ト同一ノ規定ニ從フヲ可トスル如キモ連帶ニハ委任ナキコト多シ故ニ其原因ヲ異ニスルヲ以テ同一ノ規定ニ從フコトヲ得サルコト多シ唯注意スヘキハ連帶ハ常ニ委任アル場合ト類似ノ關係ヲ生シ債務者ハ互ニ利害ヲ共ニスルモノニシテ受任者ノ爲シタル行為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債權ノ性質ハ略ホ同シキカ故ニ第四百四十二條第二項ノ規定ヲ準用セルノミ

先ツ第四百五十九條第一項ノ説明ヲ試ミンニ此場合ノ求債權ハ連帶ノ場合ニ於ケルカ如ク必スシモ免責行為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債權ハ成立スルナリ是レ保證人ハ主タル債務者ノ委任ヲ受ケテ其委任事項ヲ履行シ之ニ因リテ自己カ辨濟ヲ爲ササルヘカラサル境遇ニ至リタルモノナルカ故ニ直チニ求債權ヲ行フコトヲ得セシムルモノニシテ第六百五十條ノ規定ト其趣旨ヲ同シウス又「主タル債務者ニ代ハリテ辨濟ヲ爲シ云云」是ハ連帶ノ場合ト同様ナリ然レトモ「其他自己ノ出捐ヲ以テ債務ヲ消滅セシムヘキ行為」トハ相殺、和解等債務消滅ノ原因ト爲リ得ル行為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債ヲ爲スコトヲ得ルナリ茲ニ「債務ヲ消滅セシムヘキ行為」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

則チ此ニ求債權ハ成立スルノ意ニシテ縱令主タル債務者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債權ヲ生スルナリ畢竟「消滅セシムヘキ行為」ナル文字ハ右ノ意義ヲ表明スル爲メニ用ヒタル文字ナリ然ラハ保證人ニ過失アル場合トハ如何是レ第四百六十三條ノ規定セル所ナリ同條ニ曰ク

第四百四十三條ノ規定ハ保證人ニ之ヲ準用ス

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

第四百四十三條ニ依レハ債權者ヨリ請求ヲ受ケタル債務者カ他ノ債務者ニ通知セスシテ辨濟等ヲ爲シタルニ他ノ債務者カ債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ヲ有シタルトキハ其通知ヲ爲サナリシ債務者ハ求債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グク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債ニ應ゼサルコトヲ得是レ第四百六十三條第一項ノ規定ノ趣旨ナリトス又主タル債務者カ保證ノ委任ヲ爲シタル場合ニ於テ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルニ之ヲ保證人ニ通知セスシテ辨濟等ヲ爲シタルトキハ主タル債務者ニ過失アルカ故ニ若シ保證人カ之ヲ知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債ニ應ゼ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尙ホ始ト言フヲ俟タル如キモ茲ニ一言スヘキ事アリ他ナシ保證人ハ自己カ何等ノ出捐ヲモ爲ササル場合即チ無償ニテ債務ノ免除ヲ得タル場合ノ如キハ求償權ヲ有セサルコト是ナリ蓋シ保證人ノ求償權ハ自己ノ負擔ニ歸シタルモノヲ債務者ニ對シテ請求スル權利ニシテ結局第六百五十條ノ規定ト同一ノ精神ニ出ツ故ニ若シ保證人カ無償ニテ主タル債務者ニ債務ヲ免レシメタリトスレハ主タル債務者ハ非常ノ幸福ニシテ大ニ喜フ所ナルヘキモ保證人ハ事實出捐シタルモノアラサルカ故ニ償還ヲ求ムヘキモノナキナリ

尙ホ保證人カ或給付ヲ爲シテ自己ノ義務ヲ免レントスル場合ヲ説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様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内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は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は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ズ我舊民法財産編第五百十一條ニ於テハ保證人ト債權者トノ間ニ成立シタル保證ノ免除ハ主タル債務者ヲシテ

債務ヲ免レシメストセルカ故ニ暗ニ之カ爲メニ支出シタルモノハ之ヲ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り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

シ然トモ少シク熟考スレハ大ニ其理由アルヲ見ノ第四百六十條ニ曰ク

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

- 一 主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケ且債權者カ其財團ノ配當ニ加入セザルトキ
- 二 債務カ辨濟期ニ在ルトキ但保證契約ノ後債權者カ主タル債務者ニ許與シタル期限ハ之ヲ以テ保證人ニ對抗スルコトヲ得ス

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

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

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テ而モ債權者カ其財團ニ對シテ請求ヲ爲ササル場合は是ナリ此場合ハ理論ヨリ云ハ破産手續ヲ

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四百五十二條但書ノ規定ニ據リ債權者カ直チニ保證人ニ請求スルトキハ保證人ハ敢テ辨濟ヲ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レト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驪テ保證人ノ利益ヲ考フレハ亦大ニ顧慮セザ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拋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始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ナル結果ヲ來スニ拘ハラズ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、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ト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説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タ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ト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ハラズ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四百六十條第一號末文ニ於テ「且債權者カ其財團ノ配當ニ加入セサルトキ」トアリ然ラハ債權者カ債務者ノ財團ノ配當ニ加入シタルトキハ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スコト能ハサルコト曰ク然ラス或ハ曰ハシテ「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五百條ノ規定ニ依リ當然債權者ニ代位スル者ナルカ故ニ債權者ノ配當加入ハ結局保證人ノ利益ト爲ルモノニシテ債權者ニ不當ノ利益ヲ爲サシムルモノニ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ハラズ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タル

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方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債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權ニ對シ二千圓ノ請求ヲ受タ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効ニ歸スルノ外ナシ元來保證人ハ原則トシテハ有價ノ免責行爲ヲ爲スニ非サレハ求債權ヲ有セサルモ本條第一號ノ條件ヲ具備スレハ其以前ニ於テモ加入ヲ爲スコトヲ得ルノミ然ルニ債權者ノ後日ノ加入ニ固リ右ノ條件ヲ缺クニ至リタルカ故ニ保證人ノ加入ヲ無効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債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ハ保證人ハ往往損失ヲ被ルコトアルヘシ即チ若シ保證人ノ資力十分ナル場合ニ於テハ債權者ハ之ニ安シテ毫モ主タル債務者ヲ顧ミス唯保證人ニ辨濟セシムレハ可ナリト爲得ル場合債務者ニ對シテ更ニ請求ヲ爲ササルコトアルヘク甚シキニ至リテハ若シ高率ノ利息ヲ得ル場合

ノ如キ事ロ其辨濟ノ遅カラシムコトヲ希望スルコトアルヘシ又保證人ニ於テモ自ら速ニ履行ヲ爲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爲スカ如キハ甚タ不利益ナルカ故ニ姑ク默止スルコト通例ナルヘシ然ルニ主タル債務者ノ資力ハ目下猶ホ辨濟ヲ爲スニ十分ナルモ何時無資力ト爲ルカ測リ難ク而モ債權者ハ敢テ請求ヲ爲ササルンカ保證人ハ大ニ損失ヲ被ルコトアルヘシ而シテ主タル債務者ハ結局辨濟ヲ爲ササルヘカ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爲スカ如キ姿ト爲リ債務者ノ爲メニハ頗ル不利益ナルカ如シト雖モ保證人ノ利益ノ爲メニハ宜シク此ノ如クナルヘク而シテ債權者ニ於テモ亦異議ヲ唱フヘキ餘地ナキナリ要スルニ此規定モ亦頗ル穩當ナリト謂ハサルヘカラス

右第四百六十條第二號ノ但書ニ付テハ大ニ議論アリ舊民法ノ如キハ斯ル規定ヲ設ケザリキ「ボワツソナード」氏ハ佛蘭西法ニモ存スル我新民法ト同様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ハラズ債權者カ請求ヲ爲ササルニ於テハ是レ恰モ猶豫期限ヲ默許シタルニ等シク而モ保證人ハ自己ノ責任ヲ免ルルコトヲ得サルカ故ニ不利益ナリトシテ本條第二號ノ規定アリ然ルニ債權者カ明カ

ニ猶豫期限ヲ與ヘタルトキハ保證人ハ求償權ヲ行フコトヲ得ストスルハ是レ前後矛盾ト謂ハサルヘカラスレハナリ畢竟保證人ニ豫メ求償權ヲ與フルハ後日主タル債務者カ無資力ト爲ルコトアルヘキヲ慮リ保證人ニ損害ナカラシメントスルニ外ナラサルカ故ニ一旦右第二號ノ規定ヲ必要トスル以上ハ但書ハ之ニ伴ヒテ必要ナリト謂ハサルヘカラス

此第二號ノ規定ヲ第一號ノ規定ト比較スレバ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(百三十七條一號)舊商九百八十八條參照)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ハ配當ニ加入スルコトヲ得ス)然ラハ第一號ト第二號トハ重複シ第一號ハ無用ノ規定ニ歸スヘシト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爲セリ然ルニ第二號ハ何等ノ條件ナク縱令債權者カ請求ヲ爲スモ仍ホ保證人ハ自己ノ求償權ヲ行フコトヲ得是レ後條ニ規定セル如ク保證人ノ受取ルヘキモノヲ以テ直チニ債權者ニ支拂フコトヲ得ルカ故ニ敢テ制限ヲ加フルノ必要ナケレハナリ而シテ事實上ニ於テモ尚モ債權者カ請求ヲ爲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爲シタル儘放置スルカ如キ場合ニ於テハ殊ニ保證人ノ求償ヲ許ス必要アリ隨テ右二號ノ規定ハ決シテ重複スルモノニ非サルナリ」

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  
 彌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若干圓ツツ支拂フヘキ債務ノ保證ニ立テタル者條件附債務  
 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、禁治産者  
 ノ後見人ノ爲メニ保證人ト爲リタル者（禁治産者ハ何時能力ヲ恢復スルカ將タ之ヲ恢復セザル  
 カ測ルヘカラス隨テ禁治産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テサルニ如カスト云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頼ヲ受ケテ之ヲ辭  
 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  
 トヲ得ザ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掲ケザレトモ各種  
 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脱退スルコ  
 トヲ許シ（六百七十八條）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（六百八  
 十三條）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（六百二十七條）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（六百二十八條）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ダ消滅セサルコトアルニ於テハ債務者（本間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ザルニ拘ハラズ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（據三十四條三

號) 舊民法ニ於テハ債務ノ日附ヨリ起算スルコトセルモ保證契約ハ主タル債務ノ發生シタル後ニ於テ締結スルコト頻繁ナルカ故ニ新民法ニ於テハ「保證契約ノ後十年ヲ經過シタルトキ」ト定メタリ

右第四百六十條第三號ニ「最長期ヲモ確定スルコト能ハサル場合云云」トアリ此ノ文字ノ意味ニ付テハ往疑ヲ懷ク者アルカ如シ蓋シ債務ノ辨濟期ノ不確定ナル場合ニ種種アリ債務カ何時終了スルカ知ルヘカラサル場合ト一定ノ時期以後ニハ存續セサル場合トアリ此末ノ場合ニ於テハ其最長期マテ義務ヲ負フ覺悟アレハ可ナリ例ヘハ未成年者ノ後見人ノ債務ヲ保證シタル場合ノ如シ(九百三十三條參照) 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斯ル場合ニ於テ後見人ノ義務ハ後見ノ終了ニ至ルマテハ存在スルカ故ニ何時其辨濟期到來スヘキカ知ルヘカラス而シテ保證債務モ亦之ニ隨伴スヘシ然ルニ後見人ノ義務ハ後見人ノ死亡又ハ被後見人ノ死亡其他ノ原因ニ因リテ消滅スヘキモノニシテ其債務ノ存續期間不確定ナリ隨テ其辨濟期亦全ク不確定ナリト謂ハサルヘ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ダ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説明ヲ了レリ既ニ説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權者ニ對シテ求償權ヲ行フ場合(四百五十九條)及ヒ第四百六十條ノ場合ニ於テ保證人ニ求償權ヲ行フコトヲ許シタルハ皆保證人ヲ保護スルノ精神ニ外ナラス然リト雖モ保證人カ求償權ニ由リ主タル債權者ヨリ豫メ賠償ヲ受ケタルニ拘ハラズ債權者ニ對シテ辨濟ヲ爲サザランカ債權者ハ何時ニテモ主タル債權者ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得然ルトキハ主タル債權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ザ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權者ニ取リテハ甚タ迷惑ナリト謂ハサルヘカラス之ヲ救済スルノ方法ハ(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ヲ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權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) 主タル債權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權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權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は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ザルニ至ル而シテ保證人ノ實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ズ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云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ヲ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ザ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俟タズト雖モ保證人カ未ダ辨濟ヲ爲サザ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テ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ニ保護シ得テ何人ニモ損害ヲ及ホスコトナシ是レ第四百六十一條ニ規定セル所ナリ同條ニ曰ク

前二條ノ規定ニ依リ主タル債務者カ保證人ニ對シテ賠償ヲ爲ス場合ニ於テ債權者カ全部ノ辨濟ヲ受ケザ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説キテ

レリ  
(一) 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ト協議ニ因リテ保證人ニ立テ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銭ヲ貸付シタルモ何時無資力ト爲ルカ測リ知ルヘカラサルヲ以テ貴下ニ於テ保證人ニ立タルルナラハ予ニ取リテ甚タ幸ナリ」ト云ヒテ保證人ト爲ルコトヲ依頼スルコトアリ若シ債權者ノ依頼ヲ受ケタル者カ其依頼ニ應スルトキハ保證債務成立スルコト固ヨリナリ又射利的ニ保證人ト爲ルコトナキニ非ス例ヘハ債權者カ或人ニ金銭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りタル或他ノ人ニ依頼シテ保證ヲ爲サシメ其報酬トシテ利息ノ半額ヲ與フルコトヲ約シタル場合ノ如シ又例ヘハ甲ナル者ニ對シ乙、丙ノ二人カ同

時ニ金銭ヲ借用セシ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銭ヲ貸付スヘキコトヲ云ヒ丙ニ向ヒテハ乙ノ保證人ト爲ランニハ金銭ヲ貸付スヘキコトヲ云ヘル場合ノ如キ是ナリ此ノ如キ事ハ債權者カ常ニ用フル手段ニシテ數名ノ債務者ヲ互ニ連帶セシムルコト稀ナリトセス此ノ如キ場合ニ於テ債務者相互ノ間ニ交換的ニ保證人ト爲ラシムルコトナシトセサルナリ此等ハ皆債權者ノ委任ニ因リテ保證人ト爲ル場合ニシテ主タル債務者ノ委任ニ因ル保證ニ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ン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テタル場合即チ委任ヲ受ケス又拒絕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、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而シテ保

證人カ辨濟ヲ爲シタル場合ト雖モ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四百六十二條第一項ニ曰ク

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

此場合ハ事務管理ニ關スル第七百二條ノ規定ト其精神ヲ同シウス事務管理ノ場合ハ通常ノ不當利得ト異ニシテ(七百三條參照)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増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増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ハラズ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ンカ若クハ既ニ一部ノ辨濟ヲ爲シタル如キ場合ニ於テハ債務者ハ單ニ保證人ノ辨濟ニ因リテ利益ヲ得タル限度ニ於テノミ賠償ヲ爲スコトヲ要スルモノトス尙ホ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即チ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

第四百六十二條第二項ニ規定セリ曰ク

主タル債務者ノ意思ニ反シテ保證ヲ爲シタル者ハ主タル債務者カ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ求償權ヲ有ス但主タル債務者カ求償ノ日以前ニ相殺ノ原因ヲ有セシコトヲ主張スルトキハ保證人ハ債權者ニ對シテ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賠償ヲ爲シタル當時ニ於テハ債務ハ成立セルモ求償ノ時主タル債務者カ賠償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賠償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賠償ヲ爲シ若クハ債務ノ一部ノミニ付テ相殺ノ原因ヲ有セサルニ止マルトキハ他ノ部分ニ付テハ保證人ノ賠償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絕セルモノナレハ固ヨリ保證人ノ賠償ヲ希望セシニ非スト雖モ既ニ其賠償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スナルモノトス右ノ保證人カ賠償以外ノ有償行為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賠償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スルコト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俟タサルナリ

保證人カ賠償等ヲ爲シタル後主タル債務者カ更ニ賠償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賠償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ザ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賠償ヲ受ケ而モ其主タル其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「主タル債務者カ賠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テ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

總テノ場合ニ共通ナル規定ヲ說明セン

第一 保證人ニ過失アル場合 保證人カ辨濟其他免責行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ若シ過失アリタルトキハ總合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 (四百六十三條) 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巽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ベ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シテ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ヌ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ヲ俟タス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保證人ノ求償權ニ對シテモ亦連帶者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者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說ヲ生セリ 第一說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說ハ誤レリ何トナレハ假ニ保證人カ辨濟ヲ爲サスシテ甲カ辨濟ヲ爲シタル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半額ヲ償還セサルヘカラス然ルニ今保證人カ甲乙二人テ辨濟ヲ爲シタル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ハラス保證人ハ乙ニ對シテ何等ノ訴權ナシト謂フコトヲ得ス尙ホ一步ヲ進ミテ論スレ

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得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レ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(五百條)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テ求償權ヲ有セザ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訟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内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云ヘハ先ツ一定ノ求償權アルコト確定シテシテ其範圍内ニ於テ一旦消滅シタル債權者ノ權利ヲ代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内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訟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説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タル甲カ乙ニ對シテ有スル求償權ヲ代行フモノナリト説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モ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テ返還ノ義務ヲ負フモノナリト云フニ在リ次ニ乙說即チ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テ行フコトヲ得サルヘカラスト云フニ在リ此二種ノ説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説ハ誤レリト信ス即チ此説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ダ了解ニ苦シマサルコトヲ得ス蓋シ何等ノ規定ノ存セザルノミナラヌ理論上ヨリ云フモ最モ奇ナリト謂ハサルヘカラスト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ハ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云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蓋シ代位ナルモノハ權利ノ實行ニ付キ法律上他人ノ地位ニ代リテ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種ノ債務ヲ負フモノナリ隨テ保證人カ辨濟ヲ爲スハ主タル債務者ノ名ニ於テスルニ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ト然レ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之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之間ノ關係ニ因リテ支配セラるルモノナリ例ヘバ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有スル債權ヲ以テ相殺ヲ對抗シ其債權ノ限度ニ於テハ保證人ノ求償ニ應セスト主張スルコトヲ得ヘシ其他乙ハ甲ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ヲ以テ常ニ保證人ニ對抗スヘキノミ之ニ反シテ保證人カ乙ニ對シテ固有ノ權利ヲ有スルモノトセハ常ニ乙ニ對シテ乙ノ受ケタル利益ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス民法第四百六十四條ハ第三說中甲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ハ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

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モノナリ第五百條ニ曰ク「辨濟ヲ  
 爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ當然債務者ニ代位ス」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俟タス故ニ辨濟ヲ  
 爲シタル保證人ハ第五百條ニ依リ當然債務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  
 ヲ爲サザリシ他ノ不可分若クハ連帶債務ノ債務者ニ對シテモ仍ホ代位權ヲ有スルモノナリ是レ  
 第五百條ニ據リテ明瞭ナルノミナラス第五百一條第一號及ヒ第五號ニ於テ保證人ノ代位權ヲ規  
 定セルニ據リ益益明瞭ナリトス第五百一條ハ皆特別ノ場合ヲ規定シタルモノナリト雖モ又以テ  
 保證人カ代位權ヲ有スルコトヲ知ルニ足ラン尙ホ第五百四條ニ依レバ「第五百條ノ規定ニ依リ  
 テ代位ヲ爲スヘキ者アル場合ニ於テ債權者カ故意又ハ懈怠ニ因リテ其擔保ヲ喪失又ハ減少シタ  
 ルトキハ代位ヲ爲スヘキ者ハ其喪失又ハ減少ニ因リ債權ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度  
 ニ於テ其責ヲ免ル」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  
 ハラス保證人アルコトヲ特ニ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  
 當權ニ對シテ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ジ債權者ニ對スル責  
 ヲ免ルモノトス

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コト  
 既ニ述ヘタル如クナルカ故ニ各保證人ハ債務ノ全部ハ勿論自己ノ負擔部分以上ノ辨濟ヲ爲スコ  
 トヲ要セザ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ナラス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  
 モ任意ニ全部ヲ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ザ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ハラズ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(二)ハ連帯アルニ非サルモ特約ニ因リテ債權者カ各保證人ニ對シテ全部ヲ請求スルコトヲ得ルノ契約アル場合はナリ而シテ(一)ノ場合ニ付テハ、殊ニ特別ノ明文ナシ是レ當然連帯ノ規定(四百四十二條乃至四百四十四條)カ適用セラルルニ由ル蓋シ保證人間ニ連帯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帯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ノ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帯ノ場合ト其事情ヲ同シウスルモ當然連帯ノ規定ヲ適用スルコト能ハサルカ故ニ明文ヲ以テ連帯ニ關スル規定ヲ準用スルコトトセリ第四百六十五條第一項ノ規定即チ是ナリ曰ク

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

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

前項ノ場合ニ非スシテ五、連帯セサル保證人ノ一人カ全額其他自己ノ負擔部分ヲ超ユル額ヲ辨濟シタルトキハ第四百六十二條ノ規定ヲ準用ス

即チ辨濟ヲ爲シタル保證人カ他ノ保證人ノ依頼ヲ受ケス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ケ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ハラヌ其一人カ自己ノ任意ニ因リ債權者ト特約シタルノ結果全額ノ辨濟ヲ爲シタル場合ハ法律上已ムコトヲ得サルニ出テタルニハ相違ナキモ當初其特約ヲ爲シタルハ全ク辨濟者ノ任意ニ出テタルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ第四百六十五條第一項ニ依ルコトヲ得スシテ第二項ノ適用ヲ受クヘキ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説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ハラヌ代位訴權ヲ有セザルコトアリ先ツ前述ノ第一ノ場合即チ第四百六十五條第一項ノ場合ニ於テ代位訴

權ヲ有スルコトハ論ヲ俟タス何トナレハ此場合ニ於テハ保證人ハ全部ノ辨濟ヲ爲スコトヲ要セシモノニシテ第五百條ニ所謂「辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者」ナレハナリ又債權者ト各保證人トノ間ニ於テ全部辨濟ノ特約ヲ爲シタル場合ニ限ラス保證人中ノ一人カ債權者ニ對シテ全部辨濟ノ特約ヲ爲シタル場合ニ於テ主タル債權者カ辨濟ヲ爲ササルニ因リ其保證人カ辨濟ヲ爲シタル場合モ亦第五百條ノ適用ヲ受クヘキモノナリ是レ猶ホ保證人カ主タル債權者ノ委任ニ因ラスシテ保證ヲ爲シ主タル債權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ハラズ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權者ニ對シテ代位權ヲ有スルコトハ勿論ナリト雖モ他ノ部分ニ付テハ正當ノ利益ヲ有スルモノト謂フコトヲ得サルカ故ニ他ノ保證人ノ負擔部分ニ付テハ代位權ヲ有セス唯他ノ保證人カ不當利得ヲ爲スコトヲ許ササルヲ以テ辨濟ヲ爲シタル保證人ハ此等ノ者ニ對シテ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ニアリ一ハ直接消滅ニシテ他ノ一ハ間接消滅ニ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カ辨濟ヲ爲ササルニ因リ保證人カ辨濟ヲ爲シタルトキハ保證債務ノ消滅スルハ勿論其結果主タル債務モ亦消滅ス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即チ履行ノ義務アリ而シテ債務ノ履行ハ即チ辨濟ナリトス次ニ更改ノ場合即チ保證人ト債權者トノ契約ヲ以テ保證人カ新ニ債務ヲ負ヒ因リテ以テ主タル債務ノ免責ヲ得タル場合ニ於テハ債權者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同時ニ目的ノ交替ヲ惹起スルモノナリ即チ之ニ因リテ主タル債務者ハ乙ニ對スル債務ヲ免ルルコトナク唯甲ハ初ノ保證債務ヲ免ルルト同時ニ丙ニ對シテ新ナル債務ヲ負フモノナリ此場合ハ從タル保證債務カ變シテ普通ノ債務ト爲ル場合ナレトモ稀ニハ保證ノ目的タル主タル債務ノ交替ニ因リテ更改ヲ爲スコトアルヘシ是レ亦目的ノ變更ニ因ル更改ナリト雖モ其他ノ目的ノ變更ニ因ル更改稀ナリトセサルヘシ例ヘハ金千圓ノ債務ヲ保證シタル場合ニ於テ其保證人カ債權者

ト約束シ主タル債務者カ其義務ヲ盡ササル場合ニ於テハ自己ノ不動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ボ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渺カルヘク寧ろ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已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次ニ時効ニ付テ述ヘンニ時効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効ノ中斷ノ效力ハ保證債務ニモ及フト雖モ(四百五十七條一項)時効停止ノ原因ハ保證債務ニ影響ヲ及ボスモノニ非ス例ヘハ第五百十九條ノ場合ニ於テ未成年者カ其財產管理者タル父、母又ハ後見人ニ對シテ債權ヲ有セル場合ニ於テハ其者カ能力者ト爲リ又ハ後任ノ法定代理人カ就職シタル時ヨリ六箇月内ハ時効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効中斷ノ行為アルニ非スハ右ノ六箇月内ニ於テモ時効完成スルコトヲ妨クサルナリ第六十條及ヒ第六十一條ノ場合モ亦同シ尙ホ主タル債務及ヒ保證債務カ時効ニ因リ同時ニ消滅シタルトキト雖モ前廢、論シタル理由ニ據リ時効ハ保證債務消滅ノ直接原因ヲ成セリト信ス

終ニ直接消滅原因ノ特別ノ場合ヲ云ヘハ彼ノ地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シ若シ一部分ニ付キ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弊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効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効停止ノ原因アリ又保證人ニ對シテ時効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

#### 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説明スヘシ

#### 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ヤハ古來議論ノ存スル所ニシテ現ニ原則トシテ之ヲ許ササル立法例アリ今其理由ヲ尋ヌルニ曰ク債權ハ一定ノ人ト人トノ關係ニシテ特定シタル債權者及ヒ債務者カ其要素ナリ故ニ若シ其人ヲ變更スレハ則テ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寛大ノ人ナルカ故ニ債務者ハ之ニ對シテ債務ヲ負フコトヲ肯シタルモ他ノ者ハ嚴酷ナルカモ知ルヘカラス故ニ他ノ者ニ對シテハ債務ヲ負フノ意思ナカリシモノト謂ハサルヘカラスト是レ債權ノ讓渡ニ反對スル論者ノ論據トスル所ナルカ如シ而シテ實際ノ立法例ヲ見ルモ羅馬法ニ於テハ債權ノ讓渡ヲ認メス我邦ニ於テモ民法施行前ニハ原則トシテ之ヲ認メサリシモノト謂フモ可ナルカ如シ明治九年七月六日第九十九號布告ニハ「金穀等借用證書ヲ其貸主ヨリ他人ニ讓渡ス時ハ其借主ニ證書ヲ書換ヘシムヘシ若シ之ヲ書換ヘシメサルニ於テハ貸主ノ讓渡證書ハ有之トモ仍ホ讓渡ノ效ナキモノトス此旨布告候事但相續人へ讓渡候ハ此限ニアラス」トアルカ故ニ債權ノ讓渡ハ債權者ノ承諾ナ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ト  
 信ス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因果シテ斯クマテ  
 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ザルモノナ  
 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  
 ニ於テモ將テ學說ニ於テモ斯ル主義ヲ採ルモノアルコトハ會テ聞カサル所ナリ(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ザ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の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  
 特定の債權讓渡ヲ否認スルノ理由尠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スア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スア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書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疵非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ナルト履行ヲ爲スヘキ人ノ誰ナルトハ敢テ探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スア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ノ之ヲ  
 許スヲ便利トス例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シ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  
 ナルコト云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他マテ百俵ニシテ  
 讓渡ノ爲メニ債務額ノ増減ヲ來スコトナク又右ノ金錢債務ニ於ケル一箇年ノ期限ハ依然トシテ  
 一箇年ニシテ爲メニ八箇月等ニ短縮スルコトナシ要スルニ債權ノ内容、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  
 毫厘モ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探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民法第四百六十六條ニ曰ク

債權ハ之ヲ讓渡スコトヲ得但其性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

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

原則トシテ契約ノ自由ヲ認メタル我民法ノ上ニ於テハ他ノ權利ノ讓渡ニ於ケルト同シク敢テ明

文ヲ要セザルカ如シ然レトモ(一)債權讓渡ニ付テハ反對ノ學說、立法例アルコト前述ノ如クナルノミナラス本邦ノ舊慣モ亦反對ノ主義ヲ採リタルヲ以テ之ヲ明記シテ疑ナカラシムルノ必要アリ(二)凡ソ財產權ハ法律ヲ以テハ其讓渡ヲ禁スルコトヲ得ルモ當事者ノ意思ヲ以テ其讓渡ヲ禁スルコトヲ得サルヲ原則トス例ヘハ所有權、地上權ノ如キハ讓渡ヲ禁スルノ特約ヲ爲スモ法律上無効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獎勵スル必要ナシトスルモ法律ヲ以テ強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増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

性質上讓渡スコトヲ得サル債權 是レ第四百六十六條第一項但書ノ規定セル所ニシテ其

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

(二) 當事者ノ意思ニ因リテ讓渡スコトヲ得サル債權 是レ第四百六十六條第二項ノ規定セル所ナリ此規定ニ依レハ如何ナル債權ヲ問ハス當事者カ讓渡スコトヲ得サル旨ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ其意思表示ハ法律上有效ナリトス唯之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルノミ何トナレハ其特約ヲ知ラサル第三者ハ讓受タ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為カ無効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サル如ク指名債權ノ讓渡モ亦一定ノ條件ヲ必要トス其條件ニ付テハ學者ノ議論一致セス立法例モ亦異ナル所アリト雖モ我民法ハ多數ノ立法例ニ從ヒ第四百六十七條ノ規定ヲ設ケタリ曰ク

指名債權ノ讓渡ハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者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ズ然ラハ第三者トハ如何ナル者ヲ指スカ先ツ讓渡行為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為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、丙間ノ讓渡行為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ズ縱令斯ル不注意ナシトスルモ甲死亡ノ後相續人ハ讓渡ノ事實ヲ知ラスシテ債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スコトナシトセズ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シテ履行ノヲ爲スヘキコト勿論ナリ第二ニハ債權者ニ惡意アルコトアラン即チ債權者カ既ニ權利ヲ讓渡シ

タルモ債務者カ之ヲ知ラサルヲ奇貨トシ債務者カ爲サントスル履行ヲ受ケ以テ私利ヲ逞シウスルコトナシトセズ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効ト爲リ債務者ハ讓受人ニ對シ再ヒ履行ヲ爲ササルヘカラサルノ不幸ニ遭遇スヘシ尤モ甲ハ孰レノ場合ニ於テモ損害賠償ノ責任アリト雖モ若シ甲ニシテ無實力ナランカ乙又ハ丙ノ要債權ハ全ク有名無實ニ歸センノミ故ニ讓渡カ債務者ニ對シテ其效力アリトセハ一定ノ手續ヲ必要トス是ニ於テカ法律ハ其方法トシテ債務者ニ通知ヲ爲シ又ハ債務者カ其讓渡ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ蓋シ債務者カ既ニ讓渡アリタルコトヲ知ラハ讓渡人ニ辨濟ヲ爲シ又ハ相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルコト勿論ナリ況ヤ其債務ニ關シ債權者、債務者間ニ新ニ契約ヲ結ブカ如キコトハ決シテ之ヲ爲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ト雖モ債務者若シ承諾ヲ爲セハ單ニ之ニ通知ヲ爲スヨリモ確實ナルコト固ヨリナリ又時トシテハ債務者カ何等ノ通知ヲ受ケサルモ偶然其事實ヲ知り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ズ(第四百六十七條ニハ何人ニ對シテ承諾ノ意思表示ヲ爲スヘキカヲ限定セサルカ故ニ讓渡人ニ對シテ之ヲ爲スモ將タ讓受人ニ對シテ之ヲ爲スモ其ニ有效ナリト謂フヘシ)且通知ノ場合ト承諾ノ場合トハ其效力ヲ異ニスルヲ以テ手續ニ於テモ之ヲ區別スルノ必要アリ又讓渡ノ通知ハ讓渡人ヨリ之

ヲ爲ササルヘカラス舊民法其他外國ノ立法例ニ於テハ讓受人ヨリ通知スヘキモノトセルモノ頗ル多シ是レ一見至當ナルカ如シ何トナレハ讓受人ハ爾後其債權ニ付テハ最モ利害ノ關係深キモ讓渡人ハ既ニ其關係ヲ離脱シ之ヲ通知スル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滞スルノ虞アレハナリ然レトモ退キテ之ヲ考フルトキハ大ニ其非ナルコトヲ悟ルヘシ即チ若シ讓受人ヨリ通知スルモノトセハ其通知ヲ爲シタル者カ果シテ眞ノ讓受人ナルヤ否ヤハ債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ケ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ハラズ僞リテ之ヲ讓受ケタリト稱シ之ヲ債權者乙ニ通知シ因リテ以テ辨濟ヲ受ケタルコトアルヘシ此ノ如ク極端ナル場合ニ非サルモ甲、丙間ノ法律行爲ハ條件附又ハ期限附ナル場合例ヘハ來ル何日マテニ代價ヲ支拂ヘハ債權ヲ讓渡サント約シタルニ丙ハ其代價ヲ支拂フニ先チテ債權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新債權ヲ丁ニ讓渡シ丁之ヲ債權者ニ通知セハ債權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權者又丁ハ甚タ迷惑ヲ感スヘシ若シ丙カ有資力ナルトキハ乙又ハ丁ハ全ク賠償ヲ爲スコトヲ得ハ結局損害ナキニ至ルヘキモ之ニ反シテ無資力ナルトキハ乙又ハ丁ハ全ク損害ヲ被ラサルコトヲ得ヌ又或ハ甲、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權者ニ通知シタルニ其契約ハ竟ニ成立セシテ却テ後ニ甲、丁間

ノ讓渡行爲カ成立スルコトナシトセス此ノ如ク實際上ノ弊害ハ枚舉ニ遑アラズ加之理論上ヨリ云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權者ヨリ觀レハ從來何等ノ關係ナカリシ者ノ言フ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處ナシトセスト雖モ若シ之ヲ怠ルトキハ第四百十四條第一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(民訴七百三十三條一項民施五十四條)

債權ノ讓渡ヲ債權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權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權者ノ承諾アルカ又ハ之ニ通知スルヲ以テ足ル蓋シ債權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チ債權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ズンハ往往不測ノ損失ヲ被ルコトアルヘケレハナリ例ヘハ千圓ノ債權ナリト信シテ之ヲ九百圓ニテ讓受ケタルニ内五百圓ハ既ニ辨濟アリタル後ナリシトキハ四百圓ノ損失ヲ被ルヘシ又既ニ相殺ヲ對抗シタル後ナルトキ(相殺ノ場合ニハ證書ヲ交換スルヲ常トスト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)ハ全然損失ヲ被ルルコトナシ

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産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産ナルカ故ニ之ヲ差押フルコトヲ得ズ然レトモ他人ノ  
 財産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真ノ權利者タル讓受人ニ屬スルコトヲ知ルニ至リ其差  
 押無効ニ歸スヘシトセハ其債權者ハ頗ル失望スルナルヘシ是ヲ以テ我民事訴訟法第六百九條ハ  
 債務者(第三債務者)ヲシテ差押債權者ニ對シ債務ニ關シテ一定ノ陳述ヲ爲サシムル手續ヲ規定  
 セリ故ニ債務者ニシテ讓渡ノ事ヲ知ラハ其事實ヲ告クヘキヲ以テ差押債權者ハ其損失ヲ免ルル  
 コトヲ得ヘシ論者或ハ此公示方法ハ甚タ不完全ナリ何トナレハ若シ債務者カ偽リテ未ダ讓渡ア  
 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ダ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ヨリ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任所ニ於テ登記セザレバ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ルコトアルヘシ登記ノ制度ニ  
 シテ既ニ探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んゼサルコトヲ得ス況  
 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舉動ヲ以テスルトヲ問ハス苟モ意思表示ヲ  
 爲セハ即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ザルヘ  
 カラストセリ是レ前ニ述ヘタル如ク往々ニシテ詐欺ノ行ハルコトアルニ由ル例ハハ債權者甲  
 カ其債權ヲ丙ニ讓渡シタル後更ニ丁ニ讓渡シ就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効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テ以テ丙ニ對抗スルカ如キコトアルヘキヲ慮  
 リタルモノナリ尙ホ確定日附ニ付テハ民法施行法第五條ヲ參照スヘシ

第二 讓渡ノ效力

一般ニ「讓渡」ト云ヘハ贈與ナルコトアリ賣買又ハ遺贈ナルコトアルヘキニ由リ讓渡ノ效力ハ之

ヲ一般ニ論シ去ルコト能ハス即チ贈與ニ在リテハ贈與ニ因ル效力ヲ生スヘク賣買ニ在リテハ賣買ニ因ル效力ヲ生スヘシ殊ニ債權ノ賣買ニ付テハ第五百六十九條ノ特別規定アリ又遺贈ニ在リテハ遺贈ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノトス故ニ本款ニ於テハ單ニ債務者カ讓渡ヲ承諾シタル場合及ヒ之ヲ通知シタルニ止マル場合ニ付キ讓渡ノ效力ノ相異ナル所ヲ説明スヘシ民法第四百六十八條ニ曰ク

債務者カ異議ヲ留メスシテ前條ノ承諾ヲ爲シタルトキハ讓渡人ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由アルモ之ヲ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ズ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テ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受人ニ對シテハ自己ノ債權ヲ實行スルコトヲ得ルカ故ニ讓渡人ノ無資力ニ因ル危險ハ之アルヘシト雖モ其以外ニ於テハ更ニ損失スルコトナカルヘシ第四百六十八條第一項但書ニ「債務者カ其債務ヲ消滅セシムル爲メ讓渡人ニ拂渡シタルモノアルトキハ之ヲ取返シ又讓渡人ニ對シテ負擔シタル債務アルトキハ之ヲ成立セサルモノト看做スコトヲ妨ケス」トアリテ債務者ハ其既ニ拂渡シタルモノヲ取返シ又ハ新債務ヲ負ヒタル場合ニハ之ヲ履行セサルモ可ナリトセリ或ハ曰ハシテ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効ナリト規定シテ可ナルニ非サヤト是レ未可ナリ蓋シ十中八九ハ之ヲ取返シ又ハ成立セサルモノト看做スコト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

0472

ノ際債權者カ其不動産ヲ得シコトヲ望ミ干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ろ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為カ債權者ノ意思ニ因ル讓渡行為ノ爲メニ當然無効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四百六十八條第二項ニ「讓渡人カ讓渡ノ通知ヲ爲シタルニ止マルトキハ債務者ハ其通知ヲ受クマ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彼ノ手形ノ如キハ法律上當然指圖債權タリ

指圖債權ノ讓渡ニ關スル原則ハ民法第四百六十九條ニ規定セリ曰ク

指圖債權ノ讓渡ハ其證書ニ讓渡ノ裏書ヲ爲シテ之ヲ讓受人ニ交付スルニ非サレハ之ヲ以テ債權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ルコトヲ得ルモノナリ即チ性質上裏書ニ依リテ讓渡スルコトヲ得ルモノハ指圖債權ナリ商法第四百五十五條ニ「爲替手形ハ其記名式ナルトキト雖モ裏書ニ依リテ之ヲ讓渡スコトヲ得」トアリ而シテ此規定ハ同法第五百二十九條ニ於テ約束手形ニ、第五百三十七條ニ於テ小切手ニ準用セリ又同第三百六十四條ニ「預證券及ヒ質入證券ハ其記名式ナルトキト雖モ裏書ニ依リテ之ヲ讓渡シ又ハ質入スルコトヲ得」トアルカ故ニ倉庫營業者カ發行スル預證券及ヒ質入證券モ亦法律上當然指圖債權タ

リ尙ホ法律上當然指圖債權ニ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ノ鈔カラス例ヘハ陸上運送ニ於ケル貨物引換證(商三百三十五條)海上運送ニ於ケル船荷證券(商六百二十九條)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之間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證明セシ

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(四百六十九條)

(一) 裏書 裏書ノ何物タルコトハ商事ニ關シテハ商法第二百八十二條ニ於テ金錢其他ノ物ノ

給付ヲ目的トスル指圖債權ニ手形ニ關スル第四百五十七條ノ規定ヲ準用セリ同條ニ曰ク「裏書ハ爲替手形、其原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ル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

茲ニ注意スヘキハ「裏書」トハ大抵證券ノ裏面ニ書クカ故ニ法律上ノ用語トシテ斯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云フヲ俟タ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タルト雖モ債務者ハ果シテ其者カ讓受人ナリヤ否ヤヲ知ルコト能ハサレハナリ

指圖債權讓渡ノ要件ニ關シテ尙ホ説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書ト裏書人ノ氏名、被裏書人ノ氏名及ヒ年月日ヲ記載スルヲ普通トスレトモ右ノ中被裏書人ノ氏名ヲ記載セスシテ證書ヲ交付スルコトアリ之ヲ「白地裏書」

ト謂フ近來更ニ其方式ヲ略シテ裏書人ノ氏名ノミヲ記載スルニ至レリ此ノ如キ裏書ハ有效ナリ  
 ヤ否ヤ若シ有效ナリトセハ其性質及ヒ效力如何是レ從來學者間ニ頗ル議論アル所ナリ  
 我舊商法ニモ白地裏書ニ關スル規定アリシモ甚タ不完全ナリシヲ以テ新商法ニ於テハ之ヲ改メ  
 其第四百五十七條第二項ニ「裏書ハ裏書人ノ署名ノミヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ  
 爾後爲替手形ハ引渡ノミニ依リテ之ヲ讓渡スコトヲ得」ト規定シ更ニ第四百六十一條ニ於テ「裏  
 書人カ其署名ノミヲ以テ裏書ヲ爲シタルトキハ所持人ハ自己ヲ其被裏書人ト爲スコトヲ得」ト  
 規定セルカ故ニ例ヘハ甲カ手形ニ自己ノ署名ノミヲ爲シテ之ヲ乙ニ讓渡ストキハ乙ハ自ら裏書  
 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  
 自ら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説明センニ元來白地裏書ノ  
 手形ハ唯引渡ノミニ依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云フヲ俟タス然レトモ之ニ伴フ弊害ハ危險ノ大ナルニ在リ即チ紛失スレハ  
 直チニ自己ノ權利ヲ喪フヘク且之ヲ盜取シタル者モ直チニ其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘキカ故  
 ニ盜難ノ虞殊ニ多シ若シ普通ノ裏書ノ手形ナランニハ縱令盜難ニ遭フモ之ヲ盜取リタル者ハ偽  
 造ヲ爲スニ非サレハ其手形ヲ行使スルコトヲ得サルカ故ニ盜難ノ虞及ヒ之ニ依リテ生スル損害  
 造ヲ爲シ故ニ白地裏書ヲ轉シテ普通ノ裏書ト爲スノ必要ヲ感スルコトアルヘシ尙ホ更ニ特殊ノ  
 例ヲ舉タ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

形ノ振出人甲又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ザルカ故ニ  
 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ル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ら裏書人ト爲リテ裏書ヲ爲スコトアルヘシ但商  
 法第四百六十四條但書ニ「署名ノミヲ以テ爲シタル裏書アルトキハ次ノ裏書人ハ其裏書ニ因リ  
 テ爲替手形ヲ取得シタルモノト看做ス」トアルカ故ニ丙ハ此場合ニ於テ必スシモ自己ヲ被裏書  
 人トセザ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  
 讓スルモノトシキ所ナリ然リト雖モ丁ハ尙ホ普通ノ裏書ニ於ケルカ如ク裏書ノ連續スルコトヲ希  
 望スルコトナシトセス此場合ニ於テハ丙ハ自己ヲ被裏書人トシテ記載スルコトヲ得ヘシ而シテ  
 前記三條ノ規定ハ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(商二百八十二條、五百二十九條、五百三十七條)  
 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ザ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鈔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シ  
 民法ニハ何等ノ明文ナシト雖モ白地裏書ノ有效ナルコトハ予ノ疑ヲ容レザ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渡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  
 乙若シ自ラ讓渡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ズシテ之ヲ丙ニ  
 讓渡シ丙若シ其讓受人ト爲ラント欲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渡人ト爲ラス更ニ丁ニ讓渡シタリトセ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テハナリ而シテ丙若  
 シ丁ヲ其讓受人トシテ記入セハ是レ丙ハ復代理人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ザルナリ或ハ曰ハシテ代理ヲ委任ス  
 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ザルニ非スヤト是  
 レ非ナリ抑々委任ナルモノハ必スシモ委任者ノ利益ナラサルヘカラス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今一例ヲ舉ケンニ甲カ其友人乙ニ對シ自己ニ金錢ヲ貸與センコ  
 トヲ依頼セシニ乙ハ金錢ヲ所持セザ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為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產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スナリ  
 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  
 ヲ要セザ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ムルカ爲

メノミ手形其他流池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  
言ヲ要セザルナリ

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説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丙ニ關シテハ聊カ特別ノ規  
定アリ第四百七十條ニ曰ク

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

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  
スル者カ自ら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ハハ勢也指圖  
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

ハ實ニ權利者ノ眞否ヲ調査スルノ必要ナキノミナラス署名、捺印ノ眞偽モ亦之ヲ調査スルノ必  
要ナシ何トナレハ債務者ハ往往ニシテ眞正ノ權利者ノ誰タルコトヲ知ルモ支拂ノ際受取ノ爲メ  
爲シタル署名、捺印カ果シテ其者ノ署名、捺印ナリヤ否ヤヲ知ルコト能ハサルコトアリ然レニ  
後日其偽筆又ハ偽印ナルコト發覺シタル爲メ義ニ爲シタル辨濟ヲ無効トセラルルニ於テハ意外  
ノ損失ヲ來スカ故ニ之カ眞偽ヲ判定スル爲メ日時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、捺印ノ眞  
偽ヲ調査スル」義務ナキコトヲ云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「所持人ノ眞偽」トハ「現ニ證書ヲ所持スル者カ眞ノ權利者ナルヤ否ヤ」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「所持人ノ眞偽」ノ中ニハ裏書人及ヒ其署名、捺印ノ眞偽ヲモ包含スルモノ  
ト解釋セザ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偽署シ偽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真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真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二日時ヲ  
 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真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、偽筆、  
 偽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効ニシテ債務者ハ其實ヲ免  
 ルルコトヲ得ス又例ヘハ裏書ニ間斷アルコトヲ知ラザ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實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効ナルヘキコト明カナリ然ルモ不注意ニモ之ヲ  
 發見セザ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ザ  
 ルコトヲ想像シ得ヘキカ故ニ果シテ其者カ真正ノ權利者ナルカ又ハ其代理人ナルカヲ調査セザ  
 ルヘカラス之ヲ怠リテ濫ニ支拂ヲ爲シタル如キハ重大ナル過失アルコト明カナリ  
 右ト同一ノ精神ニ基キ法律ハ原債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由ヲ以テ善意ノ讓受人ニ

對抗スルコトヲ得サル場合ヲ規定セリ第四百七十二條即チ是ナリ同條ニ曰ク

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

凡ソ指圖債權ハ裏書及ヒ交付ニ依リテ轉讓スルモノナルカ故ニ利害關係人ハ唯證書及ヒ裏書ノ  
 ミニ着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ザ  
 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  
 テ米ヲ給付ヲ請求セハ甲ハ未タ代價ヲ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支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ヲ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人ヲ豫期セ  
サルヘカラス若シ之ヲ豫期セザ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、租税ノ立換金等ヲ  
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シルモ爲メニ意外ノ損失アリト謂フコトヲ得サレハナリ

民法第四百七十條及第四百七十二條ノ規定ハ商事ノ指圖債權ニモ之ヲ適用スヘキモノトス唯  
手形ニ付テハ商法第四百三十七條乃至第四百四十一條ニ特別ノ規定アルカ故ニ民法第四百七十  
二條ノ適用ヲ受ク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收テ大差ナキナリ

### 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始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  
リ試ニ例ヲ舉クレハ日本銀行兌換券ハ其券面記載額ニ相當スル金貨ヲ引渡ヲ請求スルコトヲ得  
ヘキ債權ノ證券ナレトモ兌換其レ自身カ之ニ相當スル價值ヲ有ヘ鐵道ノ切符、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(八十六條三項)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  
第四百七十一條ニ規定セル債權即チ是ナリ同條ニ曰ク

前條ノ規定ハ證券、債權者ヲ指名シタルモ其證券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

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

予ハ明カニ反對ノ慣習ナク又特別ノ規定ナキ以上ハ第四百七十一條ノ證券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カ確定シ居レハ  
ナリ唯債權者ハ此證券ノ持參人ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ真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四百七十條ノ規定ヲ準用シ債權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

蓋ヲ照査セシメ其印鑑ニシテ符合スルトキハ金銀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云ヘハ此種ノ債  
權ニ付テハ其眞ノ權利者ヲ調査スルヲ得サルヲ以テ之ヲ調査スル義務アルモノトセハ其不便極  
リナカルヘシ故ニ之ヲ調査スル義務ナキモノトセリ唯茲ニ注意スヘキハ第四百七十條ヲ此種ノ  
債權ニ準用スルコトハ敢テ強制的ニ非サルカ故ニ當事者ノ欲スル所ニ隨ヒ證券ニ明記スル以上  
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營業者ニ  
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  
ノミニ依リテ轉讓スルコトヲ得ルモノトセル以上ハ特ニ右ニ掲ケタル種類ノ證券ニ付キ法律ノ  
規定ヲ要セサルカ如シト雖モ白地裏書ニ於テハ兎ニ角受取人ハ裏書ヲ爲ササルヘカサルカ故  
ニ又手形上ノ責任ヲ負ハサルヘカラス然ルニ右ニ掲ケタルモノハ曾テ何人モ裏書ヲ爲サス隨テ  
振出人ノミ責任ヲ負フモノナルヲ以テ其效力全ク同シカラス故ニ第四百七十條ノ必要アルナリ

第二 讓渡ノ效力

讓渡ノ效力ニ付テハ第四百七十三條ニ規定セリトク

前條ノ規定ハ無記名債權ニ之ヲ準用ス

此點ニ付テハ前條即チ第四百七十二條ヲ準用スルモノニシテ指圖債權ニ於ケルト同一ナリ前ニ述ヘタル如ク無記名債權モ亦債權ナルカ故ニ債務者ハ辨濟ノ義務ヲ負フ若シ眞ノ動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券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會テ知ラサルヲ常トス故ニ證券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輕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券ニ記載セズ單ニ「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券ニ記載ナキモ其證券ノ性質ヨリ當然生スル結果ハ讓受人ニ於テ之ヲ拒ムコトヲ得ス例ヘハ鐵道切符ハ別ニ鐵道ニ關スル法令アルカ故ニ之ニ遵據セサルヘカラス此切符持參人ハ滿員ノ爲メ規定ノ時刻ニ乘車スルコトヲ得サリシトキハ特ニ乘車ヲ請求スルコトヲ得ス何トナレハ切符ニ何等ノ記載ナキモ鐵道營業法第十五條第二項ニ依リ政府又ハ會社ハ當然其權利ヲ留保セルモノトス之ニ反シテ一箇人カ乘船切符ヲ發行シタルトキノ如キハ若シ別段ノ規則又ハ慣習ナキ以上ハ

若シ滿員ノ爲メ切符所持人ヲ搭載スルコト能ハザルトキハ別ニ船ヲ仕立ラ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舉クレハ左ノ如シ

(一) 法律行為ノ取消 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為ノ取消、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説明スヘキ限ニ在ラス

(二) 法律行為ノ解除 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トニア

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云ハ「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説明セサルヘシ

(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説明スルコトヲ要セス其他特別ニ定ムルモノハ各、其條下ニ於テ説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運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債權ヲ有スルコトヲ述ヘタレハ本節ニ於テ再ヒ説明スルノ要ナシ又所謂危險問題即チ雙務契約ニ於テ一方ノ債務ノ目的ニシテ履行不能ト爲リタルトキハ他ノ一方ハ仍ホ自己ノ債務ヲ履行セサルヘカラサルヤ否ヤハ契約ノ總則ニ於テ論スルヲ相當トスルカ故ニ是レ亦本節ニ於テ説明スルノ限ニ在ラス此ノ如ク數種ノ原因アルモ孰レモ此處ニ於テ説明スルノ必要ナシ故ニ前ニ掲ケタル五ノ原因ニ付キ順次説明スヘシ

### 第一款 辨濟

既ニ屢、論シタル如ク辨濟ト曰ヒ履行ト曰フハ其實同シクシテ其名異ナルノミ否同一ノモノヲ右ヨリ觀タルト左ヨリ觀タルノ差異アルコト恰モ一箇ノ關係ヲ一方ヨリ觀察シテ債務ト謂ヒ他方ヨリ觀察シテ債權ト謂フカ如シ外國ノ立法例ニ於テモ又學說ニ於テモ辨濟ト履行トノ區別ヲ明カニシタル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云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ラルトキハ辨濟ト云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云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説明スルモノノ大部分ヲ説テ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贊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云ハンノミ但履行ノ方法ハ任意ニ履行ヲ爲ササ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ケタ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ジ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四百八十六條及ヒ第四百八十七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四百八十六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ラ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レハ可ナリト雖モ若シ債務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ラレ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複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俟タヌ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向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四百八十六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ズ即チ證書ト引換ニ非サレハ辨濟ヲ爲サスト主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ハラヌ惡意ヲ以テ受取證書ノ請求ニ應セス且「予ハ未ダ會テ汝ヨリ辨濟ヲ受ケタルコトナシ汝果シテ辨濟ヲ了レタル證據ヲ有スル

カ」ト曰ハハ辨濟ヲ爲シタル者ハ假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ニ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

(一) 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ハラヌ債權者カ其證書ヲ返還セザ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為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シ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タル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明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為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ナキ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サ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四百八十七條ニ曰ク

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サルヘカヲナ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蓋シ其可否ヲ斷スルコト能ハスト雖モ民法第四百八十七條ハ「……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探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サ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シ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ザリシ場合

ノ如キモ亦之カ爲メニ辨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ケ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涉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

其權利ヲ失フト雖モ辨濟者カ他人ニ對シテ債權ヲ有スル場合ニ於テ其求債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ザ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内ニ於テ債權者ニ代リテ之ヲ行ハシムルニ在リ蓋シ辨濟者ヲシテ債權者ノ有セシ權利ヲ代行ハシムルノ利益アルコトニ至リテハ取テ疑ヲ容レズ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ザ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状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ザ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険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

0486

(一) 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テ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ヌ蓋シ理論上ヨリ云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無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ニ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産編第四百八十一條第一項ニハ「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」ト云ヒ德國民法モ亦明カ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、戊等カ同一ノ財産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

位セシ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、抵當權ヨリ強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額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額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産編第四百八十一條第二項ニハ「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テ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ヌ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四百九十九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 我舊民法及ヒ佛國民民法ノ法定代位ハ列舉主義ニ依レルモ新民法ニ於テハ概括

主義ヲ採レリ第五百條ニ曰ク

辨濟ヲ爲スニ付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而シテ其適用ハ殆ト總テノ場合ヲ網羅スヘシ先ツ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ズ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ルコトナレハ辨濟ヲ爲サザレハ自己ノ財産ヲ失フヘケレハナリ又稍ハ稀ナル例ヲ擧クテハ同一不動産ニ付キ甲乙二人ノ債權者其ニ抵當權ヲ有シ甲ヲ以テ第一順位ナリトセシ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者ニ有セザ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産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實際上毫モ不權衡ノ事ナカルヘシ

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價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債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三十六條第一項ノ規定即チ是ナリ(連帶ニ就テハ擔六十四條一項ニ單ニ辨濟ト云フモ解釋上ハ他ノ有價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ハラヌ之ヲ消滅セザルモノノ如ク看做シ辨濟者ヲシテ其求債權ノ範圍内ニ於テ債權ヲ行ハシムルモノニシテ實ニ萬已ムヲ得ザル法律ノ假定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説及ヒ非讓渡説ノ二説ト爲ス甲説ヲ主張スル者ハ曰ク辨濟ニ因リテ債權ヲ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説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トセハ債權ハ既ニ消滅シタルコトヲ認メサルコトヲ得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テ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説ヲ採用スルコト能ハサル所以ナリト予ハ乙説ヲ可トス新民法モ亦後説ヲ採用セリ此説ニ從フトキハ前ニモ屢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内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タ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五百一條本文ニ曰ク

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内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

例ヘハ舊債權ノ時効ハ未タ完成セサルニ固有訴權ノ時効ハ既ニ完成セルトキハ代位ナシ尤モ新民法ニ於テハ此ノ如キ場合ハ殆ト絶無ナリト雖モ第五百十九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効進行セザルコトアルヘシ

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ニテ擧クテ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(第四百五十九條第二項、同條ニハ連帶ニ關スル第四百

四十二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(四百四十二條三項) 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住ニシテ之ヲ請求スルコト  
 ヲ得サルコトアラシ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テ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産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産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シテ直チニ保證人ニ請求シ保證人ハ之ニ對シテ辨濟ヲ爲シ  
 タルトキハ主タル債務ハ時効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  
 算スルカ故ニ同一期間ノ時効ト雖モ債權者ノ權利ヨリハ後ニ其時効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効ノ中斷ナシ然ルニ求償權ノ時効ハ辨濟ノ時ヨリ起算スル  
 コト至ク保證人ノ場合ニ同シキカ故ニ原債權ハ既ニ時効ニ罹リテ而シテ固有權ハ未タ時効ニ罹  
 ラサルコトアリ尙ホ時効ニハ五年、三年、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効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ろ固有權ヲ行フ  
 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強制執行ヲ  
 爲スノ便宜アリ之ヲ要スルニ固有權ト代位權トハ各、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民法第五百一  
 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」トアリ是レ概テ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(五百一條二項)  
 以上ノ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

第五百一條但書以下ニ規定セリ曰ク

但左ノ規定ニ從フコトヲ要ス

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

二 第三取得者ハ保證人ニ對シテ債權者ニ代位セズ

三 第三取得者ノ一人ハ各不動産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ズ

四 前號ノ規定ハ自己ノ財産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 保證人ト自己ノ財産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ズ但自己ノ財産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産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産力不動産ナルトキハ第一號ノ規定ヲ準用ス

第一 保證人ト不動産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々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レ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「ボワツナード」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産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ラ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首スル者少カラン故



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僞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り自己ノ所有ニ屬シタリト信セシ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り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ハ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讓渡ヲ爲ササル爲メ遂ニ抵當權、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者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

約束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位ヲ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ダ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賛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ハラズ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々生セシ所ナリ斯ル場合ニ於ケル第三取得者ハ當ニ惘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バ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償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テ同シカサルモ此等ノ權利ノ實行セラルルコトハ十中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産ヲ取得シタル者カ直チニ代償ヲ支拂フカ如キハ頗ル危険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スルコトヲ爲ス者ナシ我邦ノ慣習ニ於テモ抵當權ノ附着セル不動産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産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ト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産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假ニ資産ヲ盡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然ルニ第三取得者ハ先ツ登記簿ヲ閲覽シテ其不動産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償ノ支拂ヲ見合セ縱令其不動産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ザルヘカラス即チ主タル債務者ノ履行セザ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ハラズ債務者カ無資力ナルカ爲メニ終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取テ保證人ヲ煩スコトヲ要セザルコト多カルヘシ而シテ保證ノ實際ニ上頗ル必要ナルコトハ殆ト言フ俟タズ就中迅速ヲ尙フ所ノ商事ニ於テハ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勸シテセシ現令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モハ適當ノ範圍内ニ於テ保證人ヲ保護セザルヘカラス即チ其債權カ保證以外

0493

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産カ債務者ノ財産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閱覽シテ其財産ニ負擔アルヤ否ヤヲ知り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ら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ハラズ登記官吏ノ過失ニ因リテ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(登十三條)ヘキノミナラス是レ甚タ稀有ノ事實ナリトス就中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遺失ナキ限ハ質權、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シテホ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民法ハ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ラ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モ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ダ抹消セラレスト雖モ代價ヲ支拂フコトナシトモ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躊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者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產上ノ權利ヲ取得シタルモノト信シ安心セルニ際シ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シク此附記カ保證人ノ爲メニ唯煩累ヲ醸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ナルコトアリ他ナシ第三取得者カ濫除權ヲ行フ場合はナリ濫除トハ第三取得者ヨリ一定ノ金額ヲ提供シ以テ不動產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額ノ債權者ニ對シテ之ヲ爲ササルヘカラス(三百八十三條)此規定ハ先取特權及ヒ質權

ニ準用セラル(三百四十一條、三百六十一條)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務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ル場合ニ於テハ保證人ハ其濫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產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ニ三千圓ノ損失ヲ被ラサルヘカラサルノ結果ニ至ラン尤モ場合ニ依リテハ不法行為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濫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尙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モハ終ニ三千圓ノ損失ヲ被ラサルヘカラス尤モ後ニ説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シテ三千五百圓ヲ取得スルニ止マルヘク結局千五百圓ノ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ズ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實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サルナリ且如何ナル場合ニ於テモ債權者ハ自ら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シテ増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産ノ上ニ抵當權ヲ有シ而シテ其中ノ甲不動産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産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産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ヲ擔保トシテ也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産ノ取得者ニシテ先ニ辨濟ヲ爲シタルト

キハ乙不動産ニ對シ債權者カ有セシ全部ノ權利ヲ得ルヲ以テ乙不動産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産ノ第三取得者カ辨濟ヲ爲ササルトキハ其不動産ヲ競賣シ代價ニ付テ満足ヲ得ルノ權利アルヘシ之ニ反シテ乙不動産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産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ン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産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ノ效力ヲ與フルノ標準ト爲スコトヲ得タルヲ以テ結局不動産ノ價格ノ割合ニ應シテ代價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民法第五百一條第三號ニ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應ノ損失ヲ被ルカ如キ憂アルコトナシ

第三 物上保證人間ノ關係 物上保證人即チ自己ノ財産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産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産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之間ニ於ケル代價ニ付テモ辨濟

ノ前後ヲ以テ代價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産ノ價格ノ割合ニ應シテ代價ヲ爲サシムルヲ以テ最モ適當ノ處置ナリト信ス是レ第五百一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三百五十一條及ヒ第三百七十二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ザ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、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テ求償權ヲ有ス是レ保證ニ關スル規定ヲ説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價ノ效力トシテハ前述ノ如ク互ニ擔保財產ノ

價格ニ應シテ代位スルモノトセルニ過キナ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  
 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シテ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產ヲ讓  
 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產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二取得者ト同一視スルコトヲ得サルヲ以テ保證人ニ對シテ代  
 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  
 ハ擔保財產ノ類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民法ニ於テハ便法トシテ第五百一條第五號ノ規定ヲ設ケタリ今此規  
 定ヲ説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、二人ツツ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、二千五百圓  
 ヲ負擔セザ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產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

財產ノ價格カ同一ナラサルヘキ例ヘハ丙ノ供シタル財產ノ價格ハ五千圓ニシテ丁ノ供シタル財  
 產ノ價格ハ二千五百圓ナルトキハ甲及ヒ乙ハ各、二千五百圓ツツ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產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產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  
 テハ其擔保ニ供シタル財產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ザ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ハ通常知ルコトヲ得サル  
 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產ニ付テ  
 ハ如何トモスルコト能ハスト雖モ不動產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ザルニ於テハ不動產ニ關スル物  
 上保證人即チ不動產質若クハ抵當ヲ供シタル第三者ニ對シテ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説キテレリ請フ是ヨリ一部辨濟ノ

規定ニ付キ説明セシ保護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即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剩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舊民法モ其財產編第四百八十五條第一項ニ「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因テ以テ代位若クハ之ニ類スル事實ヲ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請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強フルコト能ハスト云フ理由ヨリ遂ニ舊民法ニ掲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即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ノ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ク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之ヲ唯拒絕スヘキノミ然ルニ甘シテ一部辨濟ヲ受ケタルニ拘ハラヌ一部代位ヲ許サスト云フカ如キハ是レ債權者ノ專横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ラ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實ヲ免ルコトヲ得此

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ヌ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旨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スルト否トカ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ザ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ザ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モハ其者ノ爲メニ甚タ苛酷ナリト謂ハサルヘカラス阿トナレハ此等ノ

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ハラズ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五百二條第一項ニ曰ク

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債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ハ其抵當不動産ノ價格ノ半額即チ三千五百圓ヲ得各ハ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ア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ザ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ザルトキハ果シテ如何其相手方ノ爲メニ迷惑タルヤ言ヲ俟タヌ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  
 不動産ヲ得シ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  
 除權者ニ與フヘキカ曰ク事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  
 リ是レ第五百二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シ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ラ説明セント欲ス即チ第五百三條ニ曰ク

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  
 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ケ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クレハ多クハ代  
 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ズ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件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處等閑ニ付スルトキハ益々此破損ヲ増大スル  
 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為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ラ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産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利益ナル行為ヲ爲シタルニ過キス必スシモ將來代位スルコトアリヤ否ヤ即チ保證人等カ辨濟ヲ爲スヤ否ヤハ未タ之ヲ知ルヘカラス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拋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拋棄シ質權ヲ消滅セシムルモ可ナリト爲スハ甚ダ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拋棄シ而シテ後他ノ者ニ對シ質權又ハ抵當權ノ拋棄ヲ爲シテ可ナリ然ルニ保證人、連帶債務者又抵當不動産ノ第三取得者ニ對スル權利ハ之ヲ留保シ主タル債務者カ辨濟ヲ爲サザ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拋棄シテ明ニ恩惠ヲ施スコトハ法律上許ス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拋棄スルコトアルヘシ縱令故意ニ此等ノ權利ヲ拋棄セサルモ自ら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スナリ是レ第五百四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債還ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度ニ於テ其實ヲ免ル

以上ヲ以テ代位ニ關スル事項ヲ説キ了リタルト同時ニ辨濟ニ關スル説明ヲ了レリ

### 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ヲ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ズ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タルヲ換言スレバ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内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教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ニ此間ニ於テ相互ノ債務ヲ相殺シテ予ハ數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拋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二百一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サル反訴ハ被告ノ請求ノ全部又ハ一分ト相殺ヲ爲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ザリシコトヲ疏明スルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ許ス」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ザ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爲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  
 リテ相殺ヲ爲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爲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輩  
 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  
 殺ノ意思表示ヲ爲スニハ裁判上ニ於テ爲スモ又裁判外ニ於テ爲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モノト爲ス 第五百五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」トアルハ則チ第  
 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爲シ或ハ「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則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荷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

動産ノ雖モ當事者ノ意思ニ因リテ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「ラキスト」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ル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ニ至ルヘケレハナリ例ヘハ前ニ述ベ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ハラス獨逸等ニ於ケル學說ノ如キ意義ニテ「代替物」ナル文字ヲ使用ス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ハ一方カ意思表示ヲ爲セハ相殺ハ直チ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「互ニ代替シ得ヘ物」トキ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ラ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ズ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ナ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ハ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 第五百五條ニ「雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルトキハ云云」トアルハ則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



既に辨濟期ニ在リ乙ノ債務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ハラズ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尙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ニ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、互ニ耕作ノ爲メ數日間ノ勞力ヲ供ス

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晚稻ヲ作ルカ爲メニ乙ノ多忙ナルトキハ甲ハ稍、閑ナルカ故ニ甲ヨリ十人前ノ勞力ヲ借ラントシ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（其期限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、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陥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り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五百五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 第五百五條第二項ニ曰ク

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ザレ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モノトシ或ハ法律上當然行ハ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テ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の特約ヲ結ヒテ甲ノ有スル債權ニ限り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二百九十一條ニ曰ク「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モノトセシメ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ザル間ハ縱令相殺ノ條件具備スルモ相殺セザ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ス

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トラ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五百十條、民訴六百十八條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ヲ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ズ即チ例ヘハ第三者

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願ル大ナルハ多言ヲ要セス  
然ルニ此善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 例ハ民法第五百九條及ヒ第五百十條ノ如キ反  
對規定ナキコトヲ要スルモノトス第五百九條ニ曰ク

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、不法行爲者ハ則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償ノ請求ヲ受ケナカラ管テ其債權者ニ對シ貸金又ハ或物ノ代金ヲ受取ルヘ  
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民法ニ於テ不法行爲ノ相手方ニ相殺ノ對抗權ヲ與ヘタルハ理ノ  
當然ナリト謂フヘシ例ヘハ甲カ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  
ヲ履行セスシテ管テ乙ニ對スル貸金又ハ或物ノ代金ノ延滞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五百九條ニ「債務者ハ云云」トアルニ據リテ明カナ  
リ

相殺ヲ禁シタル規定ノ第二ハ第五百十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六百十八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ノ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子

カ法律上ノ養料ヲ受ケテ纒ニ生活シツアルニ方リ嘗テ其養料ヲ義務者ヨリ金錢ヲ借用シ未ダ  
 辨濟セザルニ因リ之ヲ以テ相殺ヲ對抗セラルルニ於テ予ノ生命ハ將ニ且ニシテ夕ヲ測ラレサ  
 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ヌ前ニ述  
 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ヌ予ニシテ強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ア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苦シマ  
 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九百六十  
 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  
 失フモ尙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内ニ於テノミ行ハルルモノナリ故ニ一旦此權利ヲ失ハシカ又  
 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尙ホ  
 二ノ條件ヲ必要トシタリ第一ハ各々主タルモノナラサルヘカラストセリ(財五百二十條)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ヅ主タル債務者ニ請求ヲ爲シタルニ拘ハラズ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產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ハラズ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ハ始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際ル所ノ條件ハ成就シタルハナリ尤モ保證人ハ先ヅ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タ或ハ未タ辨濟期ノ到ラ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步ヲ進メ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合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テ要件トセリ(財五百二十條)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ノ「リキード」(Liquide)ナル語ヲ譯シタルモノナレトモ未タ以テ適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説ト他ノ極端説トノ間ニハ實ニ甚シキ相違ヲ生ス即チ或説ハ「明確」トハ争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狭キ意味ヲ採リ此正反對ノ説ハ縱令争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説ノ趣旨ニテ相殺ヲ許ナ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ザルトキハ毎ニ争ヲ起スニ至ルヘク又第二説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争アルニ拘ハラズ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ザ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争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ナ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説ヲ採ルコトノ已ムヲ得サルニ至ルヘキモ此折衷説モ亦甚タ解シ難シ例ヘハ舊民法財産編第五百二十三條ニハ「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争ハ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説ヲ採リタルモノノ如シ即チ如何ニ争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ま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バ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「リキード」ナル文字ハ尙ホ少シク廣義ニ使用セラレ若シ争アルトキハ其争ニシテ多少理由アル争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説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争アル場合ニ於テモ法廷ニ出ツレハ其争ノ決セラレザ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債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争ハルニ過キス或ハ裁

判官ノ知識不完全ナルカ爲メ正確ナルコトヲ知り得サル場合アルヘキモ裁判ノ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並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並ニ我舊民法ノ採用セル條件ナルニ拘ハラス予ハ之ヲ探ラス新民法亦之ヲ探ラザ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五百七條ニ曰ク

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肖タリ然レトモ相殺ハ後ニ説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ハ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」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、金千圓ヲ受タ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数料、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ヲ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五百十一條ニ曰ク

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ルハトテ相殺ニ因リ差押ヲ無効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始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定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訴訟法第六百九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内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り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サ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内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ヘキカ故ニ敢テ相殺ヲ爲ササルコト多カルヘシ

(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モノトスルモ亦形式上ノ條件アリ是レ利害ノ關スル所願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茲ニ二千圓ノ金ヲ準備セサルヘカ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サルヘカラス金錢ニシテ猶ホ且然リ若シ商品ナランカ益ハ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ハラズ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取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遅ク到來スルモノトアリテ同時ニ時効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効ニ罹ルモノアリ若シ短期時効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己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り一方ハ法律ヲ知ら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ザ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若シランニハ動モスレハ自己ノ利益ヲ齟齬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並ニ我舊民法ノ主義ハ最モ適當ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ若シ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ヤ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テタリト信シテ

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強フルノ必要ナカルヘク相殺ノ意思ハ争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ズ例ヘハ訴訟ヲ起サ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編過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五百六條ニ曰ク

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得テ

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尙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又數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

要ハナカルヘシ是レ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ハ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ルカ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但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ザルカ故ニ極端ニ言ヘハ手真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尙ホ第五百六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ルナリ

第二 相殺ノ效力  
民法債權 總則 債權ノ消滅

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ハ甲ニ對シテ債權ヲ有スル場合ニ於テ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一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五百五條第一項ニ一各債務者ハ其對當額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルコトヲ得トアル所以ナリ

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額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五百十二條ニ明文アリ曰ク

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

第一ニ第四百八十八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四百八十八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故意ニシテ之ヲ乙ノ債權ノ方面ヨリ言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

第二ニ第四百八十八條第二項ノ「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則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ザ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(四百八十八條二項但書)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(四百八十八條三項)

第三ニ法定充當ノ規定即チ第四百八十九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説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カ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過リテ其效力ヲ生スルモノナルカノ問題ヲ生ヌ法定相殺主義ニ依レハ相殺ハ常に法律上當然行ハ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我民法ニ於テハ相殺ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ行ハ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ザ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伶俐ナリト謂フコト能ハス而モ又同等ニ貪慾ナルモノニ非ザルヘキヲ以テ法律上ノ知識ヲ有スル狡黠ナル貪慾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遅ク相殺ヲ對抗スルヲ以テ利益ト爲スカ故ニ相殺ヲ遲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



兎角法律上ノ假定ヲ忌ミ或法律行為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如キカ皆之ヲ認メサルニ拘ハラズ唯リ相殺ノ場合ニ於テハ其意思ノ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(五百六條二項)而シテ雙方ノ辨濟期カ同時ニ到來スル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

尙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効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時効ニ罹リタルモ乙ノ債權ハ未タ時効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説明ヲ要セス是ニ於テカラス場合ニ於テハ遡及効果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

係ナルカヘカラス然レニ甲ノ債權ハ昨年未既ニ時効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爲シタル相殺ノ意思表示ニ遡及効果アルヤ否ヤ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茲ニ議論ヲ生スルナリ獨逸ノ第一草案ニハ反對ノ規定ヲ爲シタルモ終ニ時効ニ罹リタル債權ト雖モ相殺ノ目的ト爲スコトヲ得ルコトト爲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ザ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爲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其新民法施行前ニハ普通法トシテ羅馬法行ハレタリシカ爲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且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五百八條ニ曰ク

時効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爲スコトヲ得

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及ヒ債務ノ引受ニ似タ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タ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キ差異ヲ舉ケ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(契約以外ノ行為ニ因リテモ讓渡スコトヲ得)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ラ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タ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タルトキハ其債務ヲ其儘引受タ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權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為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  
 使領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十七條ハ則チ此主義ヲ探レリ同條ニ據レハ「債權ニ付テハ債務者ノ住  
 所ヲ以テ財産ノ所在地トセリ又我法例第十二條亦同一ノ主義ニ據レルモノト謂テ可ナリ(法  
 例十二條參照)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  
 サルカ故モ之カ爲メ毫モ債權ノ性質ヲ變更スルモノニ非ス然レトモ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サルナリ唯相續ノ場合ニ於  
 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  
 行爲ハ債務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五百十三條第一項ノ示ヲ所ナ  
 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」トアルハ則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」ナル語ハ素通ニ於テ千八百九十  
 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

次に第二ノ條件ハ債務ノ要素ノ變更ニシテ是レ亦第五百十三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始ト異論ナキ所ナリ蓋シ債權ハ則チ要求權ナルカ故  
 ニ其目的ニシテ豫メ確定セルニ非ス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場合ニ於テハ法律行為ヨリ生ス然ラハ「債務ノ要素」ト「法律行為ノ要素」ト同一ナリヤ否ヤニ在リ然レトモ如何ナル學說ニ據ルモ法律行為ノ要素ト其法律行為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積フルモ債務ノ目的ト法律行為ノ目的トハ自ら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為ナリ之ニ反シテ法律行為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闊博ナリ法律行為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為ノ目的ナリ然ラハ則チ法律行為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為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為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為タルコト多シ此場合ニ於テハ法律行為ノ目的ト債務ノ目的ト必スシモ異ナレリト謂フコトヲ得ス例ヘハ橋本雅邦ノ書ト川端玉章ノ書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書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フ容レズ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為ノ側ヨリ論スルトキハ管ニ理論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ソカ法律行為ノ無効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為ノ無効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為ノ無効ヲ來スモノナリ其他法律行為ノ目的ニ付テハ管テ述ヘタル如クニシテ條件ノ如キモ亦法律行為ノ目的ノ一部ヲ成スモノナリ此等ノ事項ハ總則編中「法律行為」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」ナル文字ハ僅ニ第五百十八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ノミニ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ズ雖モ法文ニ「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為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為ノ成立センカ爲メニハ何人カ其行為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為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法律行為タルコトヲ要セス苟モ目的ニシテ存在セハ法律行為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為ノ要素タラサルナリ隨テ當事者ニ付テ錯誤アルモ無効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為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レルモノニシテ隨テ當事者ヲ以テ法律行為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為ニハナキ所ナリ之ニ反シテ債務其モノヨリ言ヘバ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為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り得ヘシ

更改ノ條件ニ關シテハ尙キ外國ニ於テモ立法例區區ニシテ又學說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リ(財四百九十條一項)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尙キ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說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ザ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著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則チ要素ノ變更ト爲ルヘシ隨テ民法ハ條件ノ變更ヲ以テ更改ヲ成ストモノトセリ第五百十三條第二項ニ曰ク

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シカ所謂「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シテ支拂人ニ於テ引受ヲ爲ササ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サ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ホ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サ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ダ債務者ノ變更アラヌ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スナ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拂人カ支拂ヲ爲ササ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、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モ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、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サ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ザリシナリ蓋シ支拂人ニ於テ支拂ヲ爲ササルトキハ結局振出人ニ於テ支拂ヲ爲ササ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即チ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信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定モ債務ノ要素ニ變更ラズ

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無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強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者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脱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ハ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

終ニ臨ミテ尙ホ一ノ問題ノ論究スヘキモノアリ他ナシ裏書ノ場合はナリ法文ニハ單ニ「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子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銀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債還請求ヲ受タ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教テ明文ヲ俟サル所ナリ唯發

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  
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シム

(一) 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五百十四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交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五百十四條ハ則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シメ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四百七十四條第二項ノ規定ト其趣旨ヲ同シウ

ス  
 (一) 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五百十五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ナ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ダ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類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か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偽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レ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廻ラシメタリトセハ則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偽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カ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カ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條件附法律行為ノ效力ハ條件成就前ニ在リテハ其法律行為ノ目的タル債務ヲ發生セシメスト雖モ法律行為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尙ホ同様

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」の規定一ヲ設クルコトハ甚タ慎ムヘキコトニシテ必要已ムコトヲ得ザ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尙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ラスシテ更改ニ因リテ全ク其目的ヲ變更改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ハ第五百十七條ニ在リ曰ク  
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  
更改全部カ無効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為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

第五百十七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説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シハ更改ナル法律行爲ノ性質ニ依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ザ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レ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シ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ノ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ザ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ン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ザ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五百十八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三百四十八條轉質ノ場合ノ如キ又抵當權ニ付テハ第三百七十五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サ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、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等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ナ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權ヨリ新債權ニ移スコトヲ許サス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ム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ニ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モ保證ハ之ヲ移スコトヲ得ス之ト同一ノ理由ニ據リ第五百十八條但書ニ「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順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日ハ債權者カ轉

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ハラズ更改ノ場合ニ限り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ノ乙之ヲ受クルモノ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ら早く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

第二ノ例外ハ第五百十六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

第四百六十八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説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シテ其讓渡ヲ承諾セハ則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ラ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四百六十八條第一項ヲ更改ノ場合ニ準用シタル所以ナリ唯或ハ第四百六十八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ケタ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地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棄スルコトヲ得ルハ少クトモ財產權ニ付テハ疑ヲ容レズ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ダス故ニ民法ニハ拋棄ニ關スル原則の規定ヲ置カス唯期限ノ利益ニ付キ規定アルノミ（百三十六條二項）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拋棄ニ付テハ債務者ノ同意ヲ要スルコトト爲スヲ以テ各國ノ例トセリ予ハ從來甚タ之ヲ怪シメテ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拋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拋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拋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拋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拋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拋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サルヘシ曰ク他ノ權利例ヘハ所有權ヲ拋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ヌ例ヘハ子カ子ノ所有ノ書籍ヲ投棄スレハ子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子ノ意思ノミニテ之ヲ拋棄スルコトヲ妨ケス之ニ反シテ債權ヲ拋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サ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拋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拋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拋棄スレハ其利益ヲ享クル者ハ所有者ナリ永小作權ノ拋棄亦所有者カ其利益ヲ享ケ地役權ノ拋棄モ亦承役地ノ所有者ヲ利シ留置權ノ拋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ハラズ當然拋棄ノ結果ヲ生スルニ非スヤ

期限、連帶ノ拋棄等皆然リ然ルニ債權其モノニ限り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拋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拋棄スルコトヲ得ルモノトセリ第五百十九條ニ曰ク

第五款 混同

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

混同ノ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説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スルコトヲ得サルニ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ス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

0532

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シテ其  
 癩痺ノ原因ナリト其意ハ蓋シ其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サルモノニシテ是レ其權利消  
 滅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則チ債務者ニシ  
 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  
 損害ヲ被ム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タ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ノ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ハ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產全  
 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產全部ヲ讓渡シタリト  
 云フト雖モ其財產ノ額ハ相續ニ因リテ得タル財產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產ヲ有セルニ其中乙ニ  
 對スル一十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產ノ全  
 部ヲ丙ニ移轉セリトスルモ其實九千圓ノ財產ヲ讓渡シタルニ過キサルコトト爲ルヘシ又此反對  
 ニ乙カ甲ニ對シテ十圓ノ債權ヲ有セリトセハ甲カ死亡ノ際現ニ一萬圓ノ財產ヲ有セリトスルモ  
 乙ニ對スル十圓ノ債務アルカ故ニ差引九千圓ノ財產ヲ有スルニ過キス然ルニ甲死シテ乙相續シ

0533

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ろ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  
 ノ權利廢棄ノ原因ナリトノ言ハ譬喻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タ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放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稱  
 スヘキハ連帶ニ關スル第四百三十八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五百二十條ニ曰ク

債權及ビ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  
 トキハ此限ハ在ラス

(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)

尙ホ之ニ對スル例外ノ一ハ相續種ニ之ヲ規定セリ第一千二百七條ニ曰ク「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ザリシモノト看做ス」ト相續ノ限定  
 承認トハ相續人カ被相續人ノ債務及ビ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產ト相續人固有ノ財產トハ假ニ之ヲ分離スルモノニシテ隨テ  
 廢棄シタル債權、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ハ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ビ遺贈ヲ負擔スルコト云フ限定承認ノ趣旨ニ反スルニ至ルヘシ是レ第千  
 二百七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

へ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放棄シタルモノト看做スニ在ルコト既ニ論シタルカ如シ尙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尙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シ併セテ債務ノ消滅ニ關スル説明ヲ了リ同時ニ子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

法學博士 梅 謙次郎 講述

# 民法債權

(第一章)

法政大學發行

民法債權目次

緒論

第一章 總則

第一節 債權ノ要素	三一
第一款 債權ノ目的ト爲シ得ルモノ	三二
第二款 物ニ關スル債權	三六
第三款 選擇債務	四四
第二節 債權ノ效力	九五
第一款 履行	一六
第一 履行ヲ爲スヘキ人	一八
第二 履行ヲ受クヘキ人	三一
第三 履行ノ目的	三九
第四 履行ノ時期	六七
第五 履行ノ場所	七二
第六 履行ノ費用	七四

第七 履行ノ充當……………一七七

第八 履行ノ提供……………一九二

第九 履行ノ目的物ノ供託……………一九五

第二款 賠償……………二〇九

第三款 第三者ニ對スル債權者ノ權利……………二四七

第三節 多數當事者ノ債權……………二八六

第一款 總則……………二八七

第二款 不可分債務……………二九〇

第三款 連帶債務……………三〇九

第一款 總論……………三一一

第二款 連帶債務ノ效力……………三一九

第三款 連帶ノ消滅……………三六九

第四款 保證債務……………三七二

第一款 總論……………三七二

第二款 保證債務ノ效力……………三九四

第三款 保證債務消滅……………四六四

第四節 債權ノ讓渡……………四六八

第一款 總論……………四六八

第二款 指名債權……………四七五

第三款 指圖債權……………四八五

第四款 無記名債權……………四九七

第五節 債權ノ消滅……………五〇一

第一款 辨濟……………五〇三

第二款 相殺……………五四四

第三款 更改……………五七六

第四款 免除……………六〇一

第五款 混同……………六〇三

民法債權目次 終





の喪失ト繼受の取得トヲ包含ス而シテ之ニハ權利ノ性質ニ變更ヲ生スルモノト否トノ別アルコトハ前述ノ如シ前者ハ創設の承繼ト云ヒ後者ハ移轉の承繼ト名ク又權利義務ノ承繼ハ之ヲ分チテ特定承繼ト包括承繼トナスコトヲ得特定承繼トハ特定ノ權利義務ノ承繼ニシテ包括承繼トハ特定ノ人ノ權利義務ノ全部又ハ不特定ノ幾部ヲ承繼スルコトヲ指ス相續人カ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スルカ如キハ後者ノ最モ重ナル場合ナリ

何人ト雖モ自己ノ有スルヨリモ多クノ權利ヲ他人ニ移轉スルコトヲ得ス (Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet) 從テ承繼人ハ前主以上ノ權利ヲ有スルコトヲ得ス

内容ノ變更トハ權利ノ分量又ハ性質ノ變更ナリ例ヘハ所有物ノ成長、債務ノ一部辨濟ハ分量變更ノ原因ニシテ債務ノ履行ノ場所又ハ期限ヲ變更スルハ性質ノ變更ナリ然レトモ債務ニ條件ヲ附加シ若クハ其條件ヲ變更スルハ消滅竝ニ發生ノ原因ニシテ(五一三條) 債務ノ不履行ニ因ル損害賠償請求權ハ原債權ノ變體ニアラス新ニ發生シタル獨立ノ權利ナリ(民法原論一卷三〇四頁三四六頁四四七頁參照)

### 第二款 權利ノ行使

權利ノ行使 (Ausübung) ハ他人ニ損害ヲ及ホスモ之カ爲メニ必然的ニ不法ニハアラサルナリ蓋シ權利ハ法ノ許與スル自由ノ範圍ニシテ此範圍内ノ行動ハ法ノ認許スル所ナレハナリ然レトモ

單ニ他人ヲ害スル目的ヲ以テ權利ヲ行使スルハ又不法ノ行為タルヲ免レヌ蓋シ法ハ他人ニ損害ヲ加フルコトヲ唯一ノ目的トスル行動ヲ認許スルノ理由ナケレハナリ故ニ此ノ如キ行動ハ權利ノ行使ト稱スルモ實ハ權利ノ行使ニアラサルナリ總テノ權利ハ此點ニ於テ其範圍ニ一般の制限ヲ受クルモノナリト斷定セサルヘカラス獨逸民法第二二六條ハ權利ノ行使ハ單ニ他人ニ損害ヲ加フル目的ヲ有スル場合ニハ之ヲ許サスト規定スレトモ此ノ如キ明文ナキ我現行法ノ下ニ於テモ亦同一ノ斷定ヲ下スヘキハ自明ノ法理ナリ(法學協會雜誌二三卷拙論故意的加害參照)

### 第三款 權利ノ侵害

權利ノ侵害 (violation of right) ハ他方ヨリ觀察スレハ即チ義務ノ違反 (breach of duty) ナリ然ルニ學者往往此二者ノ間ニ實質上ノ差異アリト説明ス「ウィンドシャイド」氏ハ法ノ禁止ニ違反スル行為 (Verbotenes Verhalten) 必スシテ權利侵害 (Rechtsverletzung) ニアラスト明言シ (Pandekten § 101 Bdt. I s. 446) 「テラー」氏亦同說ナリ (Common Law § 250) (法學新報一六卷一二號八七頁) 此ノ如キ學說ハ權利ト之ニ對應スル義務トハ同一ノ法律關係ヲ見地ヲ異ニシテ觀察シタル觀念ナリトナス近世ノ法律思想ト一致セズ權利ノ侵害ハ其權利ト對應スル義務ノ違反ニシテ義務ノ違反ハ其義務ト對應スル權利ノ侵害ナリ

權利侵害即チ義務違反ハ法ノ禁止ヲ犯スコトニ外ナラス詳言スレハ法ノ許ササル行為 (unlawful act)

權利義務ノ發生、存在及消滅 總說 法律事實  
 (Verletzung) ヲ爲スコトヲ意味ス廣義ニ於テ所謂民事不法行爲 (Zivilverstoß) トハ即チ是ナリ  
 債權其他對人權ノ侵害ヲル物權、人格權其他對世權ノ侵害タルヲ論セス然レトモ我民法ニ  
 於テハ債權ノ侵害ニ關シテ特別ノ規定 (四一四條乃至四二二條) アルカ故ニ不法行爲即チ權利  
 侵害ノ規定 (七〇九條乃至七二四條) ハ債權以外ノ一切ノ權利ニ適用セラル

### 第三節 法律事實

權利義務ノ發生、變更若クハ消滅ハ必ス法定ノ事實ニ原因ス蓋シ法カ一定ノ事實アレハ一定ノ  
 法律上ノ效果アリト規定スル場合ニ於テ其事實アレハ其效果アルモノナレハナリ此ノ如ク權利  
 義務ノ得喪變更ノ原因タル事實ハ之ヲ稱シテ法律事實 (juristische Thatfachen, faits juridiques,  
 dispositive facts) ト云フ (Windscheid § 67, Capitant p. 238, Terry § 273)

法律事實ハ之ヲ分類シテ (一) 人ノ行爲 (二) 其他ノ事實トナスコトヲ得  
 (一) 人ノ行爲

人ノ行爲ハ必スシモ悉ク法律事實ニアラス法律事實タル人ノ行爲ハ之ヲ法律的行爲 (Rechts-  
 handlung) ト名クテ法律的行爲ニハ作爲モアリ又不作爲 (例ハ積極義務ノ不履行) モア  
 リ  
 法律的行爲ノ最モ重ナルモノハ不法行爲及ヒ法律行爲トス不法行爲ハ權利侵害行爲ヲ意味シ

少ナクトモ損害賠償義務ノ原因タリ法律行爲ハ私法上ノ效果ノ發生ヲ目的トスル意思表示ノ  
 一種ニシテ其目的ニ依リ如何ナル法律上ノ效果ヲモ發生セシメ得ルヲ原則トナス

人ノ行爲ハ不法行爲ニアラサレハ必ス適法行爲ナルコトハ異說ナキ所ナリ然レトモ學者多ク  
 ハ適法行爲ヲ分類シテ權利行爲ト放任行爲トナス蓋シ不法行爲ハ法ノ禁止スル行爲タリ權利  
 行爲ハ法ノ保護スル行爲ニシテ放任行爲トハ法ノ保護セス又禁止セサル行爲ナリト云フナリ  
 然リト雖モ權利ハ法ノ定ムル各人ノ自由ノ範圍ナリ法ノ禁止セサル所ハ即チ各人ノ自由行動  
 ノ範圍ニ屬ス法ノ認許スル行動ニシテ且特別ノ保護ヲ與フルモノニアラサレハ權利行爲ニア  
 ラスト云フ學說ハ其所謂法ノ保護アル要素ヲ明示セス子輩ハ適法行爲ハ即チ權利行爲ナリト  
 解釋シテ敢テ近世ノ法律感思ニ背馳セスト信ス (法學新報一六卷三號自由權一三號名稱權參  
 照)

而シテ適法行爲ハ悉ク法律行爲ニアラス又悉ク法律事實ニモアラス然レトモ法律行爲ニアラ  
 サル適法行爲ニシテ法律事實タルモノハ固ヨリ少ナカラサルナリ (次章參照)

又不法行爲ト法律行爲トハ互ニ排他的觀念ニアラサルコトヲ注意セサルヘカラス適法行爲即  
 チ權利行爲ニシテ不法行爲タルモノアラサレトモ法律行爲ニハ適法行爲ト不法行爲トノ二種  
 アルコトハ尙モ法律行爲ノ觀念ニ關シテ詳説スヘシ

#### (二) 其他ノ事實

民法總則 權利義務ノ發生、存在及消滅 總說 法律事實

權利義務ノ發生、變更又ハ消滅ノ原因タル事實ハ人ノ行為以外尙ホ甚タ多シ死亡、添附(何レモ人爲ニ出ツルモノヲ除ク)時ノ經過等ノ如シ

## 第二章 法律行為

### 第一節 法律行為ノ本質

凡ソ觀念ハ具體的ノモノヨリ抽象的ノモノニ進ミ特別的ノモノヨリ一般のモノニ化ス古代諸國ニ於テ諸種ノ法律行為例ヘハ賣買、贈與、遺言等ノ如キ觀念ハ存在シタレトモ法律行為ト稱スル一般的概念ハ蓋シ獨逸近世法理ノ發明ニ出ツ羅馬法ハ勿論英佛ノ近世法理ニ於テモ此觀念ハ未タ充分ニ發達セザリキ

法律行為 (juristischer, act juridique, Rechtsgeschäft) ノ本質ニ關シテハ未タ學說ノ一致セルモアルヲ知ラス「ウインドシャイド」氏ハ之ヲ定義シテ (§89) 法律上ノ效果ノ發生ヲ目的トスル私的意思表示 eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillens erklärung) ナリトナセトモ獨逸民法第一草案理由書ハ更ニ之ヲ補充シ法律上ノ效果ノ發生ヲ目的トスル私的表示ニシテ其效果カ之ヲ欲シタルカ爲メニ發生スルモノナリトナセリ是レ或ハ獨逸法系ニ於ケル法律行為ノ概念ニ近キモノナラン予ハ法律上ノ效果ハ之ヲ私法的ノモノニ限定スルヲ以テ一層正確ナルモノト信シ左ノ如ク定義セント欲ス

法律行為トハ私法上ノ效果ノ發生ヲ目的トスル私法上ノ意思表示ニシテ此意思カ其效果ノ發生ノ要件タルモノヲ謂フ

(一) 法律行為ハ意思表示ナリ 意思トハ一定ノ事項ノ發生ヲ欲スル心的作用ヲ謂ヒ其事項ハ之ヲ其意思ノ目的ト稱ス意思ノ表示トハ意思ヲ外部ニ發表スルコトヲ謂ヒ其方法ノ言語、文章タルト形容タルトヲ問ハス又其明示のナルト默示のナルトヲ論セサルナリ

人ノ活動スルヤ概ネ意思ヲ表示スルナリ然レトモ是等ノ意思表示ハ常ニ法律行為ナルニハアラス蓋シ意思表示ハ法律行為ノ一要素ノミ尙ホ左記各項ノ要素ヲ必要トスレハナリ 意思表示力成立セサルトキ(無効ナルトキ)ハ法律行為ハ成立スルコトヲ得ス意思表示ノ取消サレタル場合ニ於テモ法律行為ハ取消ノ效力發生ノ時點ヨリ其存立ヲ失フヘシ

(二) 其意思ハ私法上ノ效果ノ發生ヲ目的トスルコトヲ要ス 私法上ノ效果トハ私法上ノ權利義務ノ發生、變更又ハ消滅ヲ意味ス獨逸ノ學說ニハ前記ノ如ク法律上ノ效果即チ一般ニ權利義務ノ生滅、變更ヲ目的トスル意思表示ハ法律行為ナリト説明スルモノアレトモ法律行為ヲフ觀念ハ尙ホ私法上ノ觀念タルニ止リ公法上ノ權利義務ノ生滅、變更ヲ目的トスルモノハ未タ之ヲ法律行為ト稱セサルナリ

私法上ノ效果ハ之ヲ以テ意思ノ目的トナスヲ以テ足ル其效果ノ直チニ發生スルト否ト又遂ニ發生セサルト否トヲ論セサルナリ蓋シ停止條件附行為モ亦法律行為ナレハナリ然レトモ一ノ

法律行為ノ成立スルヤ常ニ直チニ一種ノ法律上ノ效果ヲ發生ス唯其效果ハ意思ノ目的タル效果其モノナルコトアリ又他種ノモノタルコトアリ

(三) 其意思表示ハ私法上ノモノナラサルヘカラス 國家ノ權力ヲ以テスル意思表示ハ私法上ノ效果ノ發生ヲ目的トスルモ法律行為ニアラサルナリ例ヘハ公用徵收、裁判所ノ裁判、執達吏ノ差押ノ如シ非權力的意思表示ナルコトカ法律行為ノ一要素ナリ

(四) 目的タル私法上ノ效果ノ發生カ之ヲ目的トスル意思表示ナリト若シ此ノ如クンハ法律行為ノ觀念ハ餘ニ廣汎ニ過キ近世ノ法律思想ニ於テ決シテ法律行為ト認メサル諸種ノ行為ヲモ法律行為ナリト斷定セサルヘカラサルニ至ルヘシ例ヘハ飲食物ノ所有權ヲ身體權ニ變セント欲シテ之ヲ飲食シ一個ノ所有權ヲ二箇ニ分割セント欲シテ一枚ノ紙ヲ裂キ他人ノ權利ヲ消滅若クハ變更セシメント欲シ又ハ損害賠償ノ義務ヲ負擔セント欲シテ不法行為ヲ犯シ權利ノ變更ヲ欲シテ添附ヲ爲シ又ハ費用償還請求權ヲ取得セント欲シテ事務管理(事實行為タルモノ)ヲ爲スカ如シ之ヲ要スルニ此學說ハ重要ナル要素ヲ看過スルモノニシテ本項ノ要件ハ即チ是ナリ

法律行為ハ私法上ノ效果ノ發生ヲ目的トスル意思表示ニシテ其目的タル私法上ノ效果カ之ヲ目的トスル意思ノ存在スル場合ニ限リテ發生スルモノヲ謂フ買賣、貸借、婚姻等ノ契約、遺言、承

認、催告等ノ如キ意思表示ニ於テハ其目的タル私法上ノ效果即チ財產權、身分權等ノ發生、變更、消滅ハ此ノ如キ效果ノ發生ヲ欲スル(目的トスル)意思アルカ爲メニ生ス若シ此ノ如キ意思ナケレバ此ノ如キ效果ハ生セサルナリ從テ此ノ如キ行為ハ即チ法律行為ナリ

法律行為ハ必スシモ其目的タル私法上ノ效果ヲ發生セシムルモノニアラス況ヤ其效果ヲ即時ニ發生セシムルコトヲ必スヘカラス然レトモ苟モ其效果ノ發生スルトキハ必ス之ヲ目的トスル意思ナカルヘカラサルナリ

法律行為ノ本質ニ關シテ特ニ注意ヲ要スルハ法律行為ト不法行為トノ關係ナリ學者或ハ此二種ノ行為ハ互ニ排他的ノ概念ナルカ如ク説明スレトモ少ナクトモ我現行法ノ下ニ於テハ此ノ如ク斷定スルコトヲ得サルヘシ蓋シ法律行為ニシテ同時ニ不法行為タルモノアレハナリ例ヘハ欺罔取財及ヒ恐喝取財ハ不法行為タルヤ論ナシ然レトモ詐欺及ヒ強迫ハ必スシモ法律行為ノ成立ヲ妨クルモノニアラサルナリ尙ホ後節ニ於テ詳説セシ

### 第二節 法律行為ノ分類

(一) 主タル行為、從タル行為

主タル行為トハ其成立ニ他ノ法律行為ノ成立(一説ニハ他ノ法律關係ノ存在)ヲ要件トセサルモノニシテ即チ獨立ノ行為ナリ贈與、賣買、貸借等はナリ從タル行為トハ其成立ニ他ノ法

法律行為ノ成立(一) 說ニハ他ノ法律關係ノ存在)ヲ要件トスルモノニシテ即チ附隨ノ行為ナリ例ヘハ買賣、貸借等ニ因リテ生シタル債務ヲ擔保スル契約ノ如シ

(二) 生前行為、死後行為

死後行為トハ行為者ノ死亡ニ因リテ效力ヲ生スル行為ヲ謂フ例ヘハ遺言、死因贈與ノ如シ其他ノ行為ハ其效力ノ發生カ行為者ノ死亡ノ前ナルト後ナルトヲ問ハズ總テ生前行為ト稱ス財產ノ處分ヲ目的トスル行為ハ此標準ニ依リテ之ヲ生前處分ト死後處分トニ分ツ

(三) 要式行為、無式行為

要式行為トハ一定ノ形式ヲ以テ意思表示ヲ爲スル要件トスル行為ニシテ無式行為トハ如何ナル形式ヲ以テ意思表示ヲ爲スモ成立スルコトヲ得ル行為ナリ婚姻、養子縁組、遺言等ノ如ク法律カ一定ノ形式ヲ規定シタルモノハ要式行為ニシテ法律カ特ニ一定ノ形式ヲ規定セサルトキハ行為ハ總テ無式行為ナリト斷定セサルヘカラス  
贈與ノ如ク一定ノ形式ニ依ルト否トハ其效力ニ差異ヲ生スレトモ其成立ニ影響ヲ及ボサルモノハ(五五〇條)尙ホ無式行為タリ

(四) 一方行為(單獨行為) 雙方行為(契約) 共同行為

(甲) 單獨行為トハ一人ノ意思表示ニ因リテ成立スル法律行為ナリ遺言、寄附行為、財產權ノ拋棄、通知、承認、催告ノ如キハ普通單獨行為タリ而シテ單獨行為ハ往來數額競合スル

コトアリ即チ數人カ共同シテ數箇ノ單獨行為ヲ爲スコトアリ例ヘハ數人ノ債權者カ同一ノ書面ヲ以テ同一ノ債務者ニ對シテ免除又ハ催告ヲ爲スコトアリ然レトモ數箇ノ單獨行為ハ之カ爲メニ契約又ハ共同行為ヲ成スモノニアラサルナリ

單獨行為ニハ相手方アルモノト相手方ナキモノトノ別アリ遺言、寄附行為、物權ノ拋棄、相續ノ承認又ハ拋棄ノ如キハ相手方ナク債務ノ免除、通知、催告ノ如キハ相手方アリ相手方アル行為ハ其者ニ對シテ爲スニアラサレハ成立セス相手方ナキ行為ハ何人ニ對スルモ又何人ニモ對セサルモ成立ニ妨ナシ

(乙) 契約トハ二人以上ノ人ノ合致セル意思表示ニ因リテ成立シ當事者相互間ノ法律關係ニ

效果ヲ及ボスコトヲ目的トスル法律行為ナリ

1 表意者二人以上アルヲ要ス

2 數箇ノ意思表示ハ合致セルモノナルコトヲ要ス 意思ト表示ト合致セサルヘカラサルハ法律行為一般ノ要素ナリ此要素ヲ具備スル數箇ノ意思表示ハ相互ニ合致スルニアラサレハ契約ハ成立セス詳言スレハ(a)各意思表示カ其目的ヲ同シクスルコト(b)其等ノ意思表示ハ其契約ヲ爲スノ申込ト之カ承諾ナルコトヲ要スルナリ

3 其意思表示ハ當事者相互間ニ私法上ノ效果ヲ發生セシムルコトヲ目的トスルコトヲ要ス 前記ニ要素ハ契約ト共同行為トニ共通ナルモノナレトモ此要素ハ契約ニ固有ナルモ

ノニシテ即チ契約ト共同行為トノ差異アル所ナリ

契約ノ目的タル法律關係ハ其當事者ニ付テ此ノ如キ制限アレトモ其種類ニ付テハ何等ノ要件ナシ權利義務ノ發生タルト變更タルト消滅タルト問ハス又其權利ハ債權タルト物權タルト其他ノ財産權タルトヲ論セサルナリ唯英法系及ヒ佛法系ニ於テハ此意義ニ於ケル契約ハ之ヲ合意 (agreement, convention) ト稱シ合意ノ中債權ノ發生 (又ハ債權ノ發生、變更、消滅) ヲ目的トスルモノノミヲ契約 (contract, contrat) ト稱ス之ニ反シテ獨逸民法ニ於テハ契約 (Vertrag) ヲ狹義ニ解シ之ニ關スル一般ノ規定ヲ總則編 (獨逸一四五條乃至一五七條) ニ掲ケタリ我民法ハ契約ノ規定ヲ債權編ニ入レタルヲ以テ或ハ狹義ノ契約ナリト主張スル者アレトモ若シ此ノ如クハ物權等ノ發生、變更若クハ消滅ヲ目的トスル合意ニハ我民法ノ契約ニ關スル規定 (例ヘハ一一三條乃至一一七條七九二條) ヲ適用スルコトヲ得サルニ至ルノ不條理ヲ來スヘシ我現行民法ハ舊民法ノ合意、契約ノ區別ヲ廢シテ契約ナル語ノミヲ採用シタルハ寧ロ之ヲ廣義ニ解セシメント欲スルモノト云ハサルヘカラス或ハ債權以外ノ權利ノ發生、變更、消滅ヲ目的トスル合意ト雖モ亦常ニ直接ニハ債權ノ發生ヲ目的トスルモノナリ即チ斯ノ如キ效果ヲ生セシムル債權ノ發生ヲ目的トスルモノナリ唯此債務カ即時ニ履行セラルルカ故ニ債務發生ノ餘地ナキカ如キ觀テ成スノミト然レトモ合意ノ目的ハ自由ナリ當事者カ債權ノ發生ヲ目的トスルニアラザレハ債權ハ發生セス (舊民法二九

六條)

又契約ニハ原因 (cause) ナル特別要素ヲ要ストナスコト佛法系ノ學說ナリ原因トハ當事者カ契約ニ因リテ義務ヲ負擔シ又ハ權利ヲ喪失スル法律上ノ理由ナリ然レトモ當事者雙方カ出捐ヲ爲ス場合ハ一方ノ出捐ノ原因ハ他方ノ出捐ニシテ所謂原因ハ契約ノ目的タル私法上ノ效果ノ一部ニ外ナラス唯當事者ノ一方ノミカ出捐ヲ爲ス場合ニ於テハ慈惠心カ其原因ナリト説明スルカ故ニ原因ハ此場合ニ於テ始テ獨立ノ一要素ト認ムルコトヲ得ン然リト雖モ若シ此ノ如クハ時効ニ罹リタル債務ヲ任意ニ辨濟スルハ慈惠心ニ基カサルカ故ニ無効ナリ (債權者ノ不當利得ナリ) ト斷言セサルヘカラスルニ至ルヘシ此缺點ヲ補ハンカ爲メニ佛法系ニ於テハ時効ニ罹リタル債務ハ法定義務タルノ性質ヲ喪失シテ自然義務トナリタルモノニシテ尙ホ義務トシテ存在ヲ失ハサルカ故ニ之カ辨濟ハ有效ナリト説明ス若シ慈惠心ヲ以テ無償契約ノ一要素トナサザリシナランニハ此ノ如キ曲解ヲ須キザリシナルヘシ我現行法ニ於テハ無償契約ニ此ノ如キ要素ヲ必要トナサザルナリ

英米法ニ於テモ契約ハ證書 (deed) ヲ以テセザルトキハ常ニ約因 (consideration) ヲ要素トナス證書トハ義務者カ署名シテ相手方ニ交付シタル書面ナリ約因トハ當事者カ契約ニ因リテ義務ヲ負擔スルニ至リタル所以ノモノニシテ相手方ノ義務負擔又ハ權利喪失ナリ此ノ如ク英米法ニ於テモ約因ヲ契約ノ要素トナスカ爲メ時効ニ罹リタル債務ハ不完全債務 (impe

Real thing) トシテ存在スト認ムルナリ

契約ハ又種種ノ標準ニ依リテ之ヲ分類スルコトヲ得(舊民財二九七條乃至三〇三條)(1)債權ヲ生スルト否トニ依リ債權的契約ト物權的契約トニ分チ(2)當事者雙方ニ債務ヲ生スルト一方ノミニ債務ヲ生スルトニ依リ債權的契約ヲ債務契約ト片務契約トニ分チ(3)當事者雙方カ出捐ヲ爲スト一方ノミカ出捐ヲ爲ストニ依リテ有償契約ト無償契約トニ分チ(4)法律ニ特別ノ名稱ト特別ノ規定アルト否トニ依リテ有名契約ト無名契約トニ分チ(5)將來契約ヲ爲スコトヲ目的トスル契約ヲ豫約ト稱シ之ニ對シテ將來ノ契約ヲ本約ト名ケ(6)意思表示ノミニ因リテ成立スルト物ノ占有ノ授受ヲモ要素トスルトニ依リテ諾成契約ト要物契約トニ分ツ

(丙) 共同行為 (Gesamthalt) トハ二人以上ノ人ノ意思表示ニ因リテ成立スル法律行為ニシテ當事者相互間以外ニ私法上ノ效果ヲ發生セシムルコトヲ目的トスルモノナリ例ヘハ共同寄附行為、共有者ノ共同シテ爲ス所有權ノ拋棄、債權者ノ共同シテ爲ス不可分債權ノ拋棄、契約ノ共同解除、共同ノ申込若クハ承諾ノ如シ

共同行為ノ成立スルヤ其成立前又ハ少ナクトモ之ト同時ニ共同行為者間ニ於テ其共同行為ヲ爲スコトヲ目的トスル契約ノ成立スルコトヲ要ス共同行為ハ此契約ノ履行トシテ成立スルナリ

共同行為ニモ相手方ノアルモノトナキモノトアリ前掲諸例中第一及ヒ第二ノモノハ相手方

ナク第三以下ノモノニハ相手方アリ

### 第三節 法律行為ノ成立

#### 第一款 法律行為ノ成分

法律行為ノ成立ニ缺クヘカラサル成分ニハ一般成分ト特別成分トノ二種アリ一般成分トハ一切ノ法律行為ノ成立要件タルモノニシテ特別成分トハ特種ノ法律行為ノミノ成立要件タルモノナリ特別成分ハ各種ノ法律行為ノ説明ニ於テ論スヘシ茲ニハ唯一般成分ニ付テ研究セントス

#### 第一 當事者

意思表示ト云フトキハ當然人ノ意思表示ナリト解セラルルナラハ意思ト其表示ノ外ニ特ニ此成分ヲ掲グル必要ナシ然レトモ人以外ノ者ノ意思表示ハ決シテ法律行為タルコトヲ得サルヲ明カニセンカ爲メ特ニ之ヲ掲ク當事者トハ人ヲ意味ス意思能力ト表示能力ヲ有スルニアラザレハ法律行為ヲ爲シ得サルハ勿論ナレトモ完全ナル行為能力ハ法律行為ノ完成要件タルニ止マリ之カ欠缺ハ敢テ其成立ヲ妨グルモノニアラス

#### 第二 意思

私法上ノ效果ノ發生ヲ目的トスル意思カ法律行為ノ一般成分タルハ前掲ノ定義ヨリ必然ニ生

スル結論ナリ意思ハ一定ノ事項ヲ欲スル心ノ作用ニシテ其事項ヲ意思ノ目的又ハ内容ト稱ス而シテ此目ハ即チ法律行為ノ目的ナリ意思ニハ必ス一定ノ目的アリ然レトモ目的ニハ其種類ニ際涯ナシ法律行為ハ唯私法上ノ效果ノ發生ヲ目的トスル意思ヲ以テ成立スルコトヲ得私法上ノ效果ノ發生トハ私法上ノ權利義務ノ發生、變更又ハ消滅ヲ意味ス而シテ其目的タル事項ハ全部可能ニシテ且適法ナルコトヲ必要トスルナリ

甲 可能 銀ヲ金ト爲スカ如キ事實上不能ナル事項又ハ既ニ消滅セル特定物ノ所有權ノ移轉ノ如キ法律上不能ナル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効ナリ蓋シ當事者カ不能ヲ知りテ其法律行為ヲ爲シタルトキハ他ノ法律行為ヲ爲スノ意思アルモ其法律行為ヲ爲スノ意思ナカリシモノナリト云ハサルヘカラス又縱令當事者ニ不能ヲ知ラサリシ者アリトナスモ法ハ不能ヲ責メス不能ノ事項ニ對シテ人ノ責任ヲ問ハサルヘシ然レトモ行為ノ成立後ニ至リテ目的タル事項カ不能トナルモ行為ハ之カ爲メニ當然無効トナラス(四一五條參照)

不能ニハ絕對の不能ト相對の不能トノ別アリ前者ハ時ト處ト人トニ關係ナキ不能ヲ謂ヒ後者ハ一定ノ時、處又ハ人ノミニ付テノ不能ナリ女ヲ變シテ男トナシ銀ヲ化シテ金トナスカ如キハ如何ナル時代、土地及ヒ人ニモ不能ニシテ即チ絶對不能ナレトモ數百里ヲ隔テテ談話ヲ爲スハ電話ナキ時代又ハ土地ニ於ケル不能又ハ巨額ノ金銭ヲ支拂フハ貧者ノミノ不能ニ過キスシテ即チ相對不能ナリ故ニ所謂不能ハ絕對の不能ヲ意味ス

乙 違法 不法ナル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効ナリ詳言スレハ法律行為ハ不法ナル事項ヲ目的トシテ成立スルコトヲ得ズ不法ナル事項ハ之ヲ分チテ二トナス

(第一) 強行法ニ違反スル事項 法ニ強行法ト任意法トノ別アルハ既ニ説明セシ所ナリ任意法ニ違反スル事項ヲ目的トスルモ法律行為ハ爲メニ無効トナラス例ヘハ賣買ノ費用ハ賣主ノ負擔ナリト約シ(五五八條)債務ノ辨濟ハ債務者ノ住所ニ於テ爲ス(四八四條)ト約スルモ皆有效ナリ蓋シ任意法ハ當事者別段ノ意思表示ヲ爲ササル場合ニ適用スヘキ規定トシテ立法者ノ設ケタルモノナレハナリ第九一條ニ所謂法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定トハ即チ任意法ニシテ之ニ異ナル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フト云フハ即チ任意法ニ違反スル意思表示ハ無効ニアラサルコトヲ意味ス

之ニ反シテ強行法ニ違反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ常ニ無効ナリ其命スル行為ヲ爲サス(納稅ヲ爲サス)ト約シ其禁スル行為ヲ爲ス(人ヲ殺ス)ト約シ又ハ其生スト定メタル效果ヲ生セシメス(無能力者ノ爲シタル行為ト雖モ取消スコトヲ得ス)ト約スルカ如キ皆無効ナリ蓋シ強行法ハ強制シテ施行シ當事者ノ反對意思ヲ許ササルモノトシテ立法者ノ設ケシモノナレハナリ強行法ニ違反スル事項ヲ目的トスル行為ノ無効ナルコトハ第九一條ノ規定ヨリ推斷スルコトヲ得ヘク又第九〇條ノ所謂公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項トハ強行法ニ反スル事項ヲ包含スト解スルヲ得

(第二) 其他公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項トハ社會ノ生存發達ヲ害スル事項ヲ總稱ス強行法ニ反スル事項ハ勿論之ニ該當スレトモ強行法ニ反セサル事項ニシテ尙ホ社會ノ生存發達ヲ害スルモノ甚タ多シ此ノ如キ事項ヲ目的トスル行為ハ常ニ無効ナリ(九〇條) 例ヘハ終身婚姻ヲ爲ササル契約、淫事ヲ爲ス契約、婚姻若クハ養子縁組ノ豫約ノ如シ

公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル (Contraire aux bonnes moeurs ou o l'ordre public) トハ古來ノ成語ニテ其意義前説ノ如シ公ノ秩序ト善良ノ風俗トノ間ニ固ヨリ明確ノ區別アルニアラサルナリ從テ諸國ノ立法例及ヒ學說ニ於テ或ハ善良ノ風俗又ハ公ノ秩序ニ反スル(九〇條佛民一三三條)ト云ヒ或ハ單ニ善良ノ風俗ニ反ス (contra bonam fidem) (獨民一三八條)ト記シ又ハ單ニ公ノ秩序(九一條九二條)ト書ス是等相互ノ間其意義ニ於テ何等ノ差異アルノ理由ナシ

法律行為ノ目的即チ内容ハ可能ニシテ且適法ナラサルヘカラサルコトハ前述ノ如シト雖モ法律行為ノ成立ニ關シ其緣由 (Motive) ハ問フ所ニアラサルナリ法律行為ノ緣由トハ當事者カ其行為ヲ爲スニ至レル理由ナリ事業ヲ起サント欲シテ借金ヲ爲ストキハ其企業カ其消費貸借ニ於ケル借主ノ緣由ナリ食用ニ供セント欲シテ米ヲ買フトキハ食用ニ供スルコトカ其買買ニ於ケル買主ノ方面ノ緣由ナリ法律行為ノ緣由カ不能(例ヘハ銀ヲ金ニ變セント欲シテ藥ヲ買フ)又ハ不法(例ヘハ人ヲ殺傷セント欲シテ兇器ヲ買フ)ナルモ行為ノ成立ヲ妨ケ要スルニ緣由ニ關シテ法律行為ノ成立要件ナシ然レトモ緣由ヲ以テ法律行為ノ目的ノ一部ト爲シタル場合ニ於テハ其緣由ノ不能(藥品ヲ賣リテ銀ヲ金ニ變シ得ルコトヲ擔保ス)又ハ不法(兇器ヲ讓受ケテ人ヲ殺傷スルコトヲ約ス)ハ行為ノ成立ヲ阻却スルコトハ勿論ナリ

第三 表示

意思アルモノ之ヲ表示セサルトキハ法律行為ハ成立セズ表示トハ意思ヲ外部ニ表彰スルコトヲ謂フ表示ニハ言語、文章、繪畫、形容等種種ノ形式アリ要式行為ハ其特別成分タル形式ヲ以テ表示ヲ爲スニアラサレハ成立セズ無式行為ハ表示ノ形式ヲ問ハサルナリ學者表示ニハ明示ト默示トノ別アリトナセトモ兩者ノ間到底明確ナル區別ノ標準アルニアラス畢竟程度ノ差別ニ過キサルナリ

法律行為ノ成立ニハ意思ト其表示トヲ必要トスルカ故ニ意思アリテ表示ナク又ハ表示アリテ意思ナケレハ法律行為ハ成立セズ又意思ト表示トアルモ此兩者ノ間ニ一致アルニアラサレハ法律行為ハ成立セズ是レ法律行為ノ本質ヨリ必然ニ生スル結論ナリ此學說ハ表示ヲ過重セス表示アルモ意思ナケレハ法律行為ハ成立セズトナスモノナルカ故ニ此點ヨリ此學說ヲ名ケテ意思主義ト稱ス然レトモ此說ハ善意ノ第三者ヲ害シテ大ニ取引ノ安全ヲ妨グルモノナルカ故ニ此不便ヲ避ケンカ爲メニ途ニ表示アレハ意思如何ヲ問ハスシテ法律行為ハ成立ストナス學

説ヲ生ゼリ之ヲ表示主義ト稱ス然リト雖モ此説ハ法律行為ニ關スル近世ノ基礎觀念ニ背馳スルノミナラス善意ノ表意者ヲ害スルコト多大ナルカ故ニ寧ロ法律行為ノ本質ヨリ立論シ意思ト其表示トアルニアラサレハ行為ハ成立セサルヲ原則トナシ唯取引ノ安全ヲ保護センカ爲メニ表示主義ヲ加味シ例外トシテ意思如何ヲ問ハサル場合ヲ認ムルヲ可トス近世諸國民法ノ採用スル所概ネ此折衷主義ナリ我民法亦然リ其例外ノ場合ハ即チ次款ニ於テ詳説スヘシ

唯茲ニ説明スヘキ一例外ハ第九二條ノ規定スル所タリ同條ニ依レハ任意法ニ反スル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有スルトキハ其意思ハ表示セストモ法律行為ノ内容ノ一部ト看做ス蓋シ表示アルニアラサレハ本條ノ適用ナシトナストキハ第九〇條アル以上更ニ本條ヲ設クルノ必要ナケレハナリ

## 第二款 法律行為ノ不成立及ヒ瑕疵

### 第一項 法律行為ノ不成立

法律行為ノ成立要件ニ欠缺アルトキハ法律行為ハ成立セズ特別要件具ハラサレハ特種ノ行為ハ成立セサルヘク一般要件備ハラサレハ何等ノ行為モ成立セズ例ヘハ當事者存在セズ又ハ意思ノ目的カ不能若クハ不法ナルトキハ法律行為ハ成立セズ然レトモ本項ニ於テ特ニ研究セントスルハ意思ト表示トノ一致ノ欠缺ニ因ル不成立ナリ斯ル欠缺アルトキハ行為ノ成立セサルコトハ法律行為ノ本質ニ基テ原則ニシテ本項ニ於ケル研究ノ對象ハ事〇此原則ノ例外ナリ

意思ト表示トノ一致セサル場合ハ表意者カ不一致ヲ知リテ意思表示ヲ爲シタル場合ト表意者カ不一致ヲ知ラスシテ意思表示ヲ爲シタル場合トノ二ニ分ツコトヲ得ヘシ

### 第一目 不一致ヲ知リタル場合

此場合ハ又之ヲ分チテ心裡留保ノ場合ト虚偽表示ノ場合トノ二トナス

#### 第一 心裡留保

表意者カ故意ニ其眞意ニアラサル意思表示ヲ爲スコトヲ心裡留保ト稱ス例ヘハ贈與ヲ爲ス意思ナクシテ贈與ヲ爲サント云ヒ賣買ノ意思ナクシテ賣買セント云フカ如シ此場合ニ於テハ表示ハアレトモ之ニ對應スル意思ナキカ故ニ原則ニ依レハ其意思表示ニ因リ法律行為ノ成立セサルハ勿論ナリ然レトモ若シ此ノ如クシテ善意無過失ノ相手方ヲ害スルノ虞アリ取引ノ安全ヲ妨クルコト甚シ蓋シ是等ノ者ハ其意思表示ニ信賴シテ種種ノ行為ヲ爲スモノナルカ故ニ其意思表示カ無効ナリトセハ不應ノ損失ヲ受クルコトアレハナリ故ニ法律ハ此意思表示ハ意思ノ欠缺ノ爲メニ無効ナリトナス(九三條)是レ意思ト表示トノ一致ヲ必要トナス原則ニ對シテ一大例外ヲ規定スルモノナリト云ハサルヘカラス

此規定ハ一切ノ意思表示ニ適用セラル財産上ノ行為タルト身分上ノ行為(第七七八條及ヒ第

八五一條ハ第九三條ノ例外ニアラスシテ後者カ却テ前者ノ例外ナリタルトヲ問ハス又相手方ノアルモノタルトナキモノタルトヲ論ゼサルナリ

然レトモ此規定ハ(1)相手方カ意思表示ノ時ニ於テ其表意者ノ真意ニアラサルコトヲ知ル場合(表意者ノ真意ヲ知ルト否トヲ問ハス)及ヒ(2)意思表示ノ時ニ於テ相手方ハ其真意ニアラサルコトヲ知ラザレトモ其知ラサルコトカ過失ニ因ル場合ニハ之ヲ適用セス即チ意思表示ノ原則ニ依リテ無効トス(九三條但書)蓋シ此規定ハ善意無過失ノ相手方ヲ保護スルヲ目的トスルモノナルカ故ニ此二場合ニ於テハ之ヲ適用スル立法上ノ理由ナケレハナリ此制限ハ相手方ナキ意思表示ニ適用ナキハ勿論トス

而シテ此場合ニ於テ其無効ハ第九四條第二項ノ如キ規定ナキ限ハ善意ノ第三者ニモ對抗スルコトヲ得ヘク相手方ニ篤クシテ第三者ニハ餘ニ冷淡ニハアラサルカ立法論トシテハ少ナクトモ善意無過失ノ第三者ハ相手方ト同等ノ保護ヲ受クヘキモノト謂ハサルヘカラス

心裡留保ノ場合ニ於テ表意者ハ他ニ法律行為ヲ爲スノ意思ヲ有スルモ特ニ之ヲ明示的又ハ默示的ニ表示スルニアラザレハ法律行為ハ成立セス相手方カ其意思ヲ知り又ハ知り得ヘカリシト否トヲ問ハサルナリ

第二 虛偽表示

虛偽表示トハ表意者カ相手方ト通謀シテ其真意ニアラザナル意思表示ヲ爲スコトヲ謂フ表意者

カ意思ト表示トノ不一致ヲ知ルハ心裡留保ト同シケレトモ(1)相手方アル意思表示ニ(2)相手方ト通謀シテ意思ニ一致セザル表示ヲ爲スハ其特質ナリ例ヘハ選舉權ヲ得ンカ爲メニ他人ノ土地ヲ表面上讓受ケ差押ヲ免レンカ爲メニ財産ヲ名義上他人ニ讓渡シ將來高價ニ賣ルノ便宜ヲ與ヘンカ爲メニ實價以上ノ代價ヲ證書ニ記載シ税金ヲ減センカ爲メニ實價以下ノ代價ヲ記載スルカ如シ其緣由ハ必スシモ不法ナルコトヲ必要トセス

虛偽表示ノ無効ナルハ一般原則ノ當然ノ決論ナリ而モ當事者ノ間ニ於テハ心裡留保ノ場合ト異ナリテ此原則ニ制限ヲ加フルノ必要毫無ナシ唯第三者ニ對シテモ此無効ヲ主張スルコトヲ得ルモノナリトセハ善意ノ第三者ハ不慮ノ損失ヲ被ルコトアルヘク延テ取引ノ安全ヲ害スルコト少ナカラス從テ法律ハ第三者ニ對スル關係ニ於テ此原則ヲ制限シ此無効ハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト規定セリ(九四條二項)例ヘハ虛偽表示ニ因リ表面上財産ヲ讓受ケタル者ヨリ其財産ヲ轉得シタル善意ノ第三者ハ虛偽ノ讓渡人ヨリ其財産ノ返還ヲ請求セザルルコトナシ

然レトモ第三者ハ善意ナルト惡意ナルトヲ論セス自ラ其無効ヲ主張シ得ルハ勿論ナリ虛偽讓渡人ノ債權者カ虛偽讓受人ノ名義上取得シタル財産ヲ差押ヘ得ルカ如シ然レトモ第三者ト雖モ他ノ善意ノ第三者ニ對シテ斯ル主張ヲ爲シ得サルハ勿論ナリ

虛偽行為ノ當事者ハ往往虛偽行為ノ下ニ隱匿シテ真ノ法律行為ヲ爲スコトアリ例ヘハ差押ヲ

免レシカ爲メニ賣買ノ名義ノ下ニ於テ貸借若クハ寄託ヲ爲シ脱稅ノ爲メニ少額ノ名義ノ下ニ多額ノ賣買ヲ爲スカ如シ此ノ如キ場合ニ於テ眞ノ行爲ハ之ヲ隱匿行爲ト稱ス然レトモ是レ亦法律行為ノ成立要件ヲ具備スルニアラサレハ無効タルヲ免レス從テ少ナクトモ意思ノ表示ナルヘカラス

## 第二目 不一致ヲ知ラサル場合(錯誤)

錯誤トハ觀念ト對象トノ齟齬ナリ意思表示ニ關スル表意者ノ錯誤トハ意思表示ニ關シテ表意者ノ觀念ト對象トノ一致セサルコトヲ總稱ス從テ之ニハ意思表示ノ緣由ニ關スル錯誤ト意思表示其モノニ關スル錯誤トノ二種アリ

意思表示ノ緣由ニ關スル錯誤トハ表意者カ其意思表示ヲ爲スニ至レル理由ノ錯誤ナリ例ヘハ米價ノ騰貴ニ因リテ利益ヲ得ント欲シテ米ヲ買入レタルニ米價ハ騰貴セザリシ場合ノ如シ此ノ如ク緣由ノ錯誤ハ意思表示ノ外部ニ於ケル現象ニシテ意思ト表示トハ之カ爲メニ不一致ヲ來スモノニアラサルナリ前記ノ例ニ於テモ米ヲ賣買スルノ意思ト之カ表示トハ完全ニ一致スレハナリ緣由ノ錯誤カ意思表示ヲ無効又ハ取消シ得ヘキモノトナスノ效果アリトスルトキハ取引ハ甚ダ危険ナルモノトナルヘシ從テ我民法ハ諸國ノ民法ト同シク緣由ノ錯誤ハ原則トシテ何等ノ效果ヲ意思表示ノ效力ニ及サストナシ唯其錯誤カ詐欺ニ因ルモノナル場合ニハ意思表示ハ取消シ得

ヘキモノトスルコト次項ニ於テ説明スルカ如シ緣由ヲ特ニ法律行為ノ内容ノ一部トナセル場合ニ於テハ緣由ノ錯誤ハ同時ニ意思表示其モノノ錯誤ナルカ故ニ後者トシテノ效果ヲ有スルハ勿論トス

意思表示其モノニ關スル錯誤ハ意思表示(即チ法律行為)ノ内容 (Inhalt der Willenserklärung)

(獨民一九一條)ノ錯誤トモ稱ス意思表示ノ内部ニ於ケル錯誤ニテ即チ意思ト表示トノ不一致(意思ノ欠缺)ヲ來スモノタリ此錯誤ハ又之ヲ分チテ表示ノ錯誤ト意思ノ錯誤トノ二トナス

表示ノ錯誤トハ表示行為ヲ誤ルコトヲ意味ス實際ノ表示ト之カ觀念トノ齟齬ナリ例ヘハ甲ノ家屋ヲ賣ルト云ハント欲シテ誤ラ乙ノ家屋ヲ賣ルト云ヒ票百貫ヲ注文セント欲シテ誤テ票百貫ノ注文書ヲ發送スルカ如シ

意思ノ錯誤トハ表示其モノハ表意者ノ爲サント欲セシモノナレトモ表意者カ表示ノ意義ヲ誤解セル場合ヲ謂フ例ヘハ貸借ノ申込ナリト信シテ承諾ヲ爲シタルニ其申込ハ賣買ノ申込ナリシトキ二棟ノ建物中第一號トハ東方ノモノナリト信シテ第一號ヲ買ハント云ヒタルニ第一號ハ西方ノモノナリシトキ地上權トハ貸借權ノ別名ナリト信シテ地上權ヲ設定シ又ハ連帶債務トハ保證債務ノコトナリト信シテ連帶債務ヲ負擔スルノ意思ヲ表示シタル場合等ノ如シ

意思表示ノ内容ニ錯誤アルトキハ意思ト表示トハ即チ不一致セサルモノニシテ純理ニ於テハ法律行為ハ成立セス然レトモ若シ此理論ヲ以テ一貫シ輕微ナル錯誤ノ場合ニ於テモ法律行為ハ無効

ナリトナストキハ相手方及ヒ第三者ハ往往不測ノ損失ヲ受クルニ至ルヘク取引ノ安全を得テ望ムヘカラス然リト雖モ此場合ハ心裡留保ノ場合ト異ナリテ表意者ハ不一致ヲ知ラス而モ之ヲ知ラサルコトカ何等過失ニ因ラサルコト往往ナルヲ以テ取引ノ安全ノ爲メニ原則ノ適用ヲ絕對ニ排斥スヘキニアラサルナリ從テ諸國ノ民法概キ法律行為ノ内容ニ關スル錯誤ヲ分テテ重大ナル錯誤ト輕小ナル錯誤トノ二トナシ重大ナル錯誤ハ意思表示ノ效力ニ影響ヲ及セトモ輕小ナル錯誤ハ何等效果ヲ有セストナス

而シテ錯誤ノ輕重ヲ區別スル標準ニ至リテハ諸國其授ヲ一ニセス今其主義ヲ大別スレハ列記主義ト原則主義トノ二トナスコトヲ得列記主義トハ法律行為ノ效力ニ效果ヲ及ホス錯誤ノ種類ヲ列舉スルモノニシテ瑞西債務法(同法一八條一九條二八條)我舊民法(財三〇九條乃至三一一條)等ノ如シ原則主義ハ錯誤ノ輕重ヲ區別スル一般抽象的ノ原則ノミヲ掲クルモノニシテ獨國民法(同法一九條)我現行民法(九五條)ノ如シ

我民法ハ意思表示ノ内容ノ錯誤ヲ分テテ法律行為ノ要素ノ錯誤ト其他ノモノトナシ法律行為ノ要素ノ錯誤ハ行為ヲ無効ニスルノ效果ヲ有スレトモ其他ノモノハ何等ノ效果ヲ有セスト規定セリ(九五條)然レトモ法律行為ノ要素ノ意義ニ至リテハ學說尙ホ甚タ區區ニシテ未タ歸一スル所ナシ

本條ニ所謂要素トハ法律行為ノ成立要件ヲ意味スルニアラサルコトハ異說ナキ所ナリ學者往往

法律行為ノ成立ヲ分類シテ要素、常素、偶素ノ三トナス本條ニ所謂要素ハ此要素ト其名稱ヲ同シウシテ其觀念ヲ同シウスルモノニアラス若シ然ラズンハ法律行為ノ當事者ハ其成立要件ナルカ故ニ當事者ニ關スル錯誤ハ常ニ其行為ヲ無効ナラシムルニ至ルヘシ豈ニ此ノ如キ理アラシヤ又本條ニ要素ト云フハ法律行為ノ内容ノ全部ヲ指スモノニアラサルコトモ異論ナキ所ナリ若シ然ラズンハ當事者ノ錯誤ハ常ニ要素ノ錯誤ナリト云ハサルヘカラサルニ至ルヘケレハナリ蓋シ當事者ハ常ニ法律行為ノ内容事項ノ一ナレハナリ要スルニ法律行為ノ要素ト云フハ法律行為ノ内容ヲ構成スル事項中重要ナルモノヲ指スニ過キサルナリ然ラハ法律行為ノ内容タル事項ヲ重要ナルモノト然ラサルモノトニ分ツハ如何ナル標準ニ依ルヘキカ(1)内容事項ノ重要ナリヤ否ヤハ全ク表意者ノ意思ニ依リテ定マル即チ表意者カ其錯誤ヲ爲ササリシナランニハ其法律行為ヲ爲ササリシ場合ニ於テ其錯誤ハ法律行為ノ内容事項ノ重要ナルモノ即チ要素ニ關スル錯誤ナリトナスモノアリ(主觀說)(2)内容事項ノ輕重ハ其事項ノ性質ニ依リテ定マリ表意者ノ意思ニ依リテ左右セラルルモノニハアラス即チ日常ノ取引ニ於テ一般ニ重要ナリトナス事項ハ即チ要素ナリトナスモノアリ(客觀說)(3)然レトモ予ハ表意者カ其錯誤ヲ爲ササリシナランニハ其法律行為ヲ爲ササリシナルヘク而モ之ヲ爲ササルコトカ合理的ナル場合ニ於テ始テ其錯誤ハ要素ノ錯誤ナリトナス折衷說ニ贊成セント欲ス故ニ表意者カ法律行為ノ内容事項ニ付キ錯誤ヲ爲シタル場合ニ於テ若シ其錯誤ナカリシトスルモ表意者ハ尙ホ其行為ヲ爲スヘカリシトキハ其錯誤ハ

如何ナル事項ニ關スル錯誤ナルモ決シテ要素ノ錯誤トハナラス（行為ノ種類又ハ目的物ノ種類若クハ同一ニ關スル錯誤ト雖モ尙ホ然リ）之ニ反シテ若シ其錯誤ナカリシトキハ表意者其行為ヲ爲ササルヘキ場合ニ於テ始テ其錯誤ハ要素ノ錯誤タルコトヲ得然レトモ此ノ如キ場合ニ於テモ其錯誤ハ常ニ要素ノ錯誤タルニアラス即チ其錯誤ナカリシナランニハ表意者其行為ヲ爲ササルコトカ合理的（reasonable）措置ナルコトト非合理的措置ナルコトトアリ合理的ノ措置トハ常識ノ正當ト認ムル措置ヲ謂ヒ非合理的ノ措置トハ常識ノ正當ト認メサル措置ヲ謂フ即チ常識ヲ具備スル人カ表意者ノ地位ニ在リタランニハ同シク其行為ヲ爲ササリシナラント認ムヘキトキハ表意者ノ措置ハ合理的ナリ例ヘハ賣主ハ買主ヲ甲者ナリト信シテ賣買ヲ爲セリ然ルニ買主ハ乙者ナリキ此場合ニ於テ若シ賣主カ買主ノ甲者ニアラサルコトヲ知リタランニハ賣買ヲ爲ササリシナリ而シテ賣主ノ此措置ハ事情ニ依リ或ハ合理的ナルコトトアリ或ハ非合理的ナルコトトアリ若シ其賣買カ信用賣買ニシテ甲ハ充分ニ賣力アルモノナルカ故ニ之ヲ爲シタルモノニシテ乙ハ此ノ如キ賣力ヲ有セストセハ此措置ハ合理的ナリ之ニ反シテ其賣買ハ現金賣買ナリトセハ此ノ如ク買主ニ過重ニ著眼スルハ非合理的ナリト云ハサルヘカラス

法律行為ノ内容事項ヲ要素ト然ラサルモノトニ區別スル標準右ノ如シトセハ法律行為ノ種類ノ錯誤（貸借ヲ賣買ト誤リ使用貸借ヲ贈與ト誤ルカ如シ）目的物ノ種類又ハ同一ノ錯誤（粟ヲ粟ト誤リ甲ノ家屋ト乙ノ家屋トヲ誤ルカ如シ）ト雖モ必スシモ要素ノ錯誤ニアラス目的物ノ品質、作者、年代等ニ關スル錯誤ト雖モ是等ノ事項カ法律行為ノ内容ノ一部タル以上ハ要素ノ錯誤タルコトハ勿論トス

錯誤カ法律行為ノ効力ニ及ホス效果ニ付テモ亦諸國ノ法制其授ク一ニセス或ハ之ヲ以テ無効ノ原因トナシ或ハ之ヲ以テ取消ノ原因トナシ又或ハ種類ニ依リテ無効及ヒ取消ノ原因トナス我民法ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アルトキハ法律行為ハ無効ナリト規定シテ法律行為ノ本質ヨリ生スル必然ノ決論ニ服從セリ法律行為ノ本質ヨリ自明ノ事理ヲ特ニ明文ヲ以テ規定セルハ（一）法律行為ノ内容事項中要素ニアラサルモノニ關スル錯誤ハ意思ト其表示トノ不一致ヲ來スコト要素ノ錯誤ト異ナル所ナケレトモ要素ニアラサル内容事項ノ錯誤ハ行為ノ成立ヲ妨クルモノニアラスト云フ一大例外規定ヲ暗示スルカ爲メナリ（二）本條但書ノ前提トシテ記載セラレタルコト第九四條第一項ハ第二項ノ前提トシテ規定セラレタルニ等シ

表意者ノ錯誤ハ意思表示ヲ無効ニスルモノナリトセハ相手方及ヒ第三者ハ往往不測ノ損失ヲ被ルコトアリト云ハサルヘカラス蓋シ相手方及ヒ第三者ハ其錯誤ヲ知ラス意思表示ヲ有效ナリト信シテ種種ノ措置ヲ爲スコトアルヘケレハナリ尤モ表意者カ過失ニ因リテ其錯誤ヲ爲シタル場合ニハ相手方及ヒ第三者ハ不法行為ノ一般原則ニ依リ表意者ニ對シ行為ノ無効ニ因リテ受ケタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキハ勿論トス但相手方又ハ第三者カ錯誤ヲ知リ行為ノ無効ヲ知ルニ拘ハラス行為ヲ有效ナリト前提スル措置ニ因リテ損害ヲ受ケタリトナスモ其損害ノ賠償

債ヲ請求スルコトヲ得ヌ又過失ニ因リテ行為ノ無効ヲ知ラザリシカ爲メニ損害ヲ受ケタル場合ニハ其賠償額ヲ定ムルニ付キ其過失ヲ斟酌ス(七二條二項)

然リト雖モ損害賠償ナルモノハ充分ナル救済ニアラサルコトハ屢々、前述セシカ如クナルヲ以テ我民法(九五條但書)ハ若シ表意者カ重大ナル過失ニ因リテ錯誤ヲ爲シタル場合ニハ表意者ハ自ラ其行為ノ無効ヲ主張スルコトヲ得スト規定シテ相手方及ヒ第三者ヲ保護セリ是レ損害賠償ニ代ル一層充分ナル救済トシテ法律ノ規定スル所ナルカ故ニ損害賠償請求權ノ發生スヘカラサル場合即チ相手方又ハ第三者ノ錯誤ヲ知レル場合ニハ其惡意者ニ對シテ此規定ヲ適用セス即チ其者ニ對シテハ表意者ハ行為ノ無効ヲ主張スルコトヲ得相手方又ハ第三者カ錯誤ヲ知ラサル場合ニハ其不知カ過失ニ因ルトキト雖モ尙ホ此規定ヲ適用ス蓋シ此場合ニ於テモ行為ヲ無効ナリトセハ損害賠償請求權ハ發生スヘケレハナリ

表意者自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得スト云フハ法律行為ノ本質ヨリ生スル必然ノ決論ニ一大例外ヲ認ムルモノナリ然レトモ表意者自ラ善意者ニ對シテ其無効ヲ主張シ得サルノミニシテ他人ヨリ表意者ニ對シ又ハ他人相互ノ間ニ於テ其無効ヲ主張シ得ルハ勿論ニシテ表意者ト雖モ惡意者ニ對シ之ヲ主張シ得ルハ既ニ述ハタル所ナリ

錯誤ハ之ヲ分チテ事實ノ錯誤ト法律ノ錯誤トナスコトヲ得法律ノ錯誤トハ法律ヲ誤解スルコトニシテ事實ノ錯誤トハ其他ノ錯誤ノ總稱ナリ此區別ハ刑法上ニ於テ犯罪ノ成立ニ關シテ重大ナル效果ヲ有スルモノナレトモ民法上ニ於テ法律行為ノ效力ニ及ス效果ニ於テハ何等ノ差異ヲ生スルモノニアラサルナリ例ヘハ保證債務ヲ負擔スルノ意思ヲ以テ誤リテ連帶債務ヲ負擔スト書キ又ハ貸借權ヲ與フル意思ヲ以テ地上權ヲ與ヘント云フカ如キハ要素ノ錯誤ニシテ而モ事實ノ錯誤ナリ連帶債務トハ保證債務ト同一ノ效力ヲ有スルモノナリト信シテ連帶債務ヲ負擔スト約シ地上權トハ貸借權ノ別名ナリト信シテ地上權ヲ設定スルカ如キハ要素ノ錯誤ニシテ而モ法律ノ錯誤ナリ然レトモ要素ノ錯誤ハ事實ノ錯誤ナルト法律ノ錯誤ナルトヲ同ハス行為ヲ無効ニスルハ同一ナリ要素ニアラサル内容事項ノ錯誤又ハ緣由ノ錯誤ハ事實ノ錯誤タルト法律ノ錯誤タルトヲ論セス行為ノ效力ニ影響ヲ及サス

### 第二項 法律行為ノ瑕疵

法律行為ノ成立要件具備スルトキハ法律行為ハ成立スレトモ其行為ハ往々缺點(瑕疵)アリテ其效力完全ナラサルコトアリ例ヘハ行為者カ限定能力者ナリシ場合ニ於テハ其行為ハ法律行為トシテハ成立スレトモ尙ホ取消シ得ヘキモノナルカ如シト同シク行為者カ他人ノ不正ノ干渉ニ因リテ其行為ヲ爲シタル場合ニハ其行為ハ完全ナル效力ヲ有セサルコトアリ不正ノ干渉トハ詐欺又ハ強迫ナリ



ルモノナルトキハ其行為ハ表意者ヨリ之ヲ取消シ得ヘキモノトス(九六條一項、一二〇條)  
 意思表示ニハ相手方アルモノトナキモノトアリ相手方ナキ場合ニハ何人ノ詐欺ニ因ルトキト雖  
 モ例外ナシニ取消スコトヲ得相手方アル場合ニハ(一)其相手方ノ詐欺ニ因リタルトキハ常ニ取  
 消スコトヲ得(二)第三者ノ詐欺ニ因リタルトキハ相手方カ行為ノトキニ於テ其實ヲ知リタル  
 場合ニ限リ其行為ヲ取消シ得ルモノトス相手方カ行為ノトキニ於テ其實ヲ知ラサルトキハ其  
 不知カ過失ニ因ルト否トヲ問ハス其行為ハ之ヲ取消スコトヲ得ス(九六條一項)蓋シ相手方カ  
 善意ノ場合ニ於テモ亦其行為ヲ取消シ得トナストキハ相手方ハ不測ノ損失ヲ被ルコトアルヘク  
 延テ取引ノ安全ヲ危ウスルモノナリト云ハサルヘカラス然ルニ他方ニ於テ表意者ノ詐欺ニ罹ル  
 ハ多クハ自ら多少ノ過失アルニ因ル縱令過失ナキ場合ト雖モ其詐欺ハ表意者ノ天災ナルカ故ニ  
 自己ノ天災ノ結果ハ又自己ニ於テ負擔セサルヘカラス由テ寧ロ善意ノ相手方ヲ保護シ取引ノ安  
 全ヲ保障シテ此場合ニハ其行為ハ之ヲ取消スコトヲ得ストナシタルナリ  
 刑法ニ規定セル欺罔取財ハ當事者ノ一方ノ意思表示カ他方ノ詐欺ニ因ル契約ナリ此契約ハ當事  
 者ノ一方ノ犯罪ナレトモ法律行為トシテハ取消シ得ヘキモノニ過キスシテ無効ナルモノニアラ  
 ス學者或ハ騙取者ノ行為ハ不法ノ目的ヲ有スルモノナルカ故ニ第九〇條ニ依リテ無効ナリト主  
 張スレトモ第九〇條ハ行為ノ目的即チ内容カ不法ナル場合ニ其行為ノ無効ナルコトヲ規定スル  
 ノミ行為自體カ不法ナルモ行為ハ無効ニハアラス不法行為ニシテ同時ニ法律行為タリ得ルモノ

アルハ既ニ説明セシ所ナリ  
 詐欺ハ第三者ノ容易ニ認識シ得ヘキモノニアラサルカ故ニ第三者ハ詐欺ニ因ル意思表示ヲ完全  
 ナル效力ヲ有スルモノト前提シテ種種ノ措置ヲ爲スヘシ然ルニ詐欺ニ因ル意思表示カ取消サル  
 ルトキハ一般ノ原則ニ依レハ其行為ハ初ヨリ絶對ニ無効ナリシモノト看做サルヘキカ故ニ(一)  
 二一條)此原則ニ依レハ第三者ハ往往不慮ノ損失ヲ被ルコトアルヘク延テ取引ハ非常ニ危險ナ  
 ルモノトナルヘシ然ルニ他方ニ於テ表意者ノ詐欺ニ罹リタルハ概ネ自ら多少ノ過失アリタルニ  
 因ルヘク又縱令過失ナキ場合ニ於テモ其詐欺ハ自己ノ天災ニシテ自己ノ天災ノ結果ハ自己ニ於  
 テ負擔セサルヘカラサルモノト云ハサルヘカラス故ニ寧ロ善意ノ第三者ヲ保護シ我民法ハ詐欺  
 ニ因ル意思表示ノ取消ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト規定シ(九六條三項)以  
 テ取引ノ安全ヲ擔保セリ善意ノ第三者トハ詐欺ヲ知ラスシテ新ナル法律關係ニ入りタル者ヲ總  
 稱シ其不知カ過失ニ因リタルト否トヲ區別セズ善意ノ第三者ニ對シテハ何人ト雖モ取消サレタ  
 ル行為ノ無効ヲ主張スルコトヲ得サレトモ善意ノ第三者ハ自ら其無効ヲ何人ニ對シテ主張スル  
 モ其自由ナリ

### 第二目 強迫

強迫トハ一定ノ行為ヲ爲ササレハ危害ノ來ルヘキコトヲ不法ニ且故意ニ表示シ由リテ他人ヲ恐

怖セシムルコトナリ今一定ノ意思表示ヲ爲ササレハ危害ノ來ルヘキコトヲ不法且故意ニ表示シテ他人ヲ恐怖セシメタル場合ニ於テ其人カ其恐怖ニ因リテ意思表示ヲ爲スニ至ルトキハ其意思表示ハ強迫ニ因ル意思表示ナリト稱ス故ニ強迫ニ因ル意思表示ニハ左ノ要件アリ

(一) 危害ノ表示 一定ノ意思表示ヲ爲ササレハ危害ノ至ルヘキコトヲ表示スルコトヲ要ス單純ニ危害ノ來ルヘキコトヲ表示スルモ強迫トナラス然レトモ表示ニ明示タルト默示タルトヲ論セス又危害ハ將來ノ危害ナルト現在ノ危害ナルト人爲的ナルト天然的ナルトヲ問ハス危害ノ向フヘキ利益モ生命、身體、自由、名譽、財産其他其種類ニ制限ナシ特ニ意思表示ハ一定セルモノタルヲ要スレトモ危害ハ一定セルコトヲ必要トセス又危害ヲ受クヘキ人ハ意思表示ヲ爲スヘキ人ト同一ナルコトヲ要セサレトモ危害ノ表示ヲ受クル人ハ意思表示ヲ爲スヘキ人タルヲ要ス

(二) 危害ノ表示ハ不法ニシテ且故意的ナルコト 不法ナルコトカ強迫ノ一要件ナリ危害ノ表示カ適法ナルトキハ決シテ強迫トナルコトナシ例ヘハ債權者カ債務者ニ對シ債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ強制執行ヲ爲スヘシト表示スルカ如シ而シテ危害表示ノ不法ナル場合ニ二アリ第一ハ危害其モノカ不法ナル場合ニシテ此場合ニハ目的タル意思表示ヲ爲サシムルコトハ適法ナルト不法ナルトヲ問ハス其危害ノ表示ハ不法ナリ例ヘハ汝我ニ對スル債務ヲ履行セサレハ我汝ヲ殺傷スヘシト脅迫スルカ如シ第二ハ危害其モノハ適法ナルトモ之ヲ表示シテ意思表示

示ヲ爲サシムルコトカ不法ナル場合ニシテ例ヘハ汝我ニ金錢ヲ贈與セサレハ汝ノ犯罪ヲ告發スヘシト恐喝スルカ如シ

危害ノ表示ハ故意ヲ以テ爲スコト強迫ノ一要件ナリ一定ノ意思表示ヲ爲スニアラサレハ危害ノ至ルコトヲ表示セント欲シテ之ヲ表示スルコトヲ要ス然レトモ其危害ノ真ニ來ルコトノ觀念又ハ相手方カ之カ爲メニ其意思表示ヲ爲スニ至ルコトノ觀念(又ハ希望)アルコトヲ要セス

(三) 相手方ノ恐怖 危害ノ表示アルモ相手方カ之ニ因リテ恐怖ヲ爲スニアラサレハ強迫ハ成立セス故ニ同一ノ危害表示モ相手方如何ニ依リ或ハ強迫トナリ或ハ強迫トナラス其恐怖ハ合理的タルト非合理的タルトヲ問ハス又病的ナルト否トヲ論セス

(四) 恐怖ト意思表示トノ間ニ因果關係アルコト 危害表示ニ因リ相手方ニ恐怖ヲ生シタル場合ニ於テ相手方カ其恐怖ニ因リテ意思表示ヲ爲シタルトキ其意思表示ハ強迫ニ因ル意思表示ナリト云フ故ニ(一) 恐怖ニ基ク意思表示ハ必スシモ強迫ニ因ル意思表示ニアラス恐怖ハ危害表示ニ因ラスシテ生スルコトアリ此ノ如キ恐怖ヲ起シ自己ヲ救助スル者ニ一定ノ金錢ヲ贈ラス例ヘハ危難ニ遭遇スル者ハ之ニ因リテ恐怖心ヲ起シ自己ヲ救助スル者ニ一定ノ金錢ヲ贈與スル意思ヲ表示スルモ其意思表示ハ強迫ニ因ルモノニアラザルナリ而シテ強迫ニ因ル意思表示ハ取消スコトヲ得ルモ恐怖ニ因ル意思表示ヲハ必スシモ取消スコトヲ得ルニアラス(二) 恐怖ノ度高クシテ恐怖者カ之カ爲メ意思決定ノ自由ヲ喪失スルニ至レル場合ニ於テハ意思表示

示ハ成立セズ故ニ恐怖ノ程度尙ホ恐怖者ニ意思決定ノ餘地ヲ有セシムル場合ニ於テ始メテ強迫ニ因ル意思表示ハ成立スルコトヲ得刑法上ニ於テハ脅迫ト恐喝トノ別アリ予ハ脅迫トハ被害者ノ意思ニ反抗ノ餘地ナキ場合ヲ云ヒ恐喝トハ被害者ノ意思ニ反抗ノ餘地アル場合ヲ云フト解スルカ故ニ強迫ナル觀念ハ此兩者ヲ包含スレトモ強迫ニ因ル意思表示ハ恐喝ニ因ル場合ニ限ルコトトナル

強迫ニ因ル意思表示ハ被強迫者ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得(九六條一項、一二〇條)而シテ詐欺ノ場合ト異ナリテ(一)相手方アル意思表示ニ付キ第三者カ強迫ヲ行ヒタル場合ニ於テ相手方カ其實ヲ知ラサルトキト雖モ其意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得(二)強迫ニ因ル意思表示ノ取消ハ善意ノ第三者ニモ對抗スルコトヲ得要スルニ強迫ニ因ル意思表示ハ如何ナル場合ニモ之ヲ取消スコトヲ得ヘク又其取消ハ何人ニモ之ヲ對抗スルコトヲ得  
詐欺ト強迫トノ間ニ此ノ如キ差異ヲ設ケタル立法上ノ理由ハ普通ノ説明ニ依レハ詐欺ハ注意ヲ用キレハ避タルコトヲ得ルモノナレトモ強迫ハ避タルコトヲ得サルモノナルカ故ニ強迫ノ被害者ハ詐欺ノ被害者ヨリモ一層充分ニ保護スルノ必要アリ又他方ニ於テ詐欺ハ容易ニ外部ヨリ認識シ得サルモノナレトモ強迫ハ被害者ノ相手方又ハ第三者ノ容易ニ認識シ得ルモノナルカ故ニ強迫ノ場合ハ詐欺ノ場合ノ如ク相手方及ヒ第三者ヲ保護スル必要ナシトナスナリ

### 第三款 法律行為ノ成立時期

#### 第一 相手方ナキ意思表示

相手方ナキ意思表示ハ意思ヲ外部ニ表彰スルニ依リテ成立ス其表彰ハ他人ニ向テ爲サレタルト何人ニモ對セサル獨語ナルトヲ區別セズ況ヤ其表示カ他人ニ到達シ又ハ他人ノ之ヲ了知スルコトハ其成立要件ニアラサルナリ而モ其表示ハ原則トシテ其形式ヲ論セス唯遺言、相續ノ限定、承認若クハ拋棄、定款、私生子ノ認知ノ如キ要式行為ハ各法定ノ形式ヲ具備スルヲ要ス

#### 第二 相手方アル意思表示

相手方アル意思表示ハ隔地者ニ對スルモノト對話者ニ對スルモノトニ分ツ隔地者トハ文字通ニ解スルトキハ土地ヲ隔テテ存在スル者ナレトモ若シ此ノ如クシハ他人ハ常ニ隔地者トナリ法律カ特ニ隔地者ニ付テ規定スル所以ヲ了解シ得サルニ至ルヘシ法律ハ隔地者ナル語ニ對シテ對話者ナル語ヲ用キルカ故ニ(商二六九條)隔地者トハ對話者ヲ除ク一切ノ人ヲ意味スト解セサルヘカラス對話者トハ言語其他ノ方法ヲ以テ直接ニ對談シ得ル地位ニ在ル者ヲ云フ從テ電話ニ依ル意思表示モ亦對話者ニ對スルモノナリ電信ノ同一回線ニ依リ相互ニ通信スル二人ノ技手モ亦對話者ナリト云ハサルヘカラス

甲 隔地者ニ對スル意思表示 隔地者ニ對スル意思表示ノ成立時期ニ關シテハ學說立法例未

タ一致セス重ナルモノハ左ノ四主義トス

- 1 表白主義 意思表示ハ意思ヲ外部ニ表白スルニ依リテ成立ストナス主義ニシテ之ニ依レハ其表示ハ之ヲ相手方ニ向テ發送スルコトヲ必要トセス況ヤ其相手方ニ到達シ又ハ相手方ノ之ヲ了知スルコトヲ例ヘハ郵便又ハ電信ニ依ル場合ニ於テハ意思表示ハ信書又ハ電文ヲ認ムルニ依リテ成立ス投函又ハ賴信ヲ俟タストナスナリ
- 2 發信主義 意思表示ハ相手方ニ向テ之ヲ發送スルニ依リテ成立ストナス主義ナリ之ニ依レハ意思表示ハ表白ノミニ依リテハ未タ成立セサレトモ表意者カ其相手方ニ到達スルニ必要ナル自己ノ行為即チ發送行為ヲ完了スルニ依リテ成立ス其相手方ニ到達シ又ハ相手方ノ之ヲ了知スルヤ否ヤハ問フ處ニアラサルナリ前例ニ於テ意思表示ハ投函又ハ賴信ニ依リテ成立ス
- 3 受信主義 意思表示ハ相手方ニ到達スルニ依リテ成立ストナス主義ナリ之ニ依レハ意思表示ハ表意者ノ發信行為ノミニテハ成立セス然レトモ又相手方ノ之ヲ了知スルヤ否ヤヲ論セサルナリ前例ニ於テ意思表示ハ信書又ハ電報ノ配達ニ依リテ成立ス
- 4 了知主義 意思表示ハ相手方ノ之ヲ了知スルニ依リテ成立ストナス主義ナリ之ニ依レハ意思表示ハ相手方ニ到達スルノミニテハ未タ成立セス相手方ノ之ヲ認識スルニ至リテ

始メテ成立ス前例ニ於テ意思表示ハ受信人カ信書又ハ電報ヲ閱讀スルニ依リテ成立ス

相手方アル意思表示ハ相手方ニ對シテ之ヲ爲スアラサレハ其成立ヲ見ルコトナシ而シテ單ニ意思ヲ外部ニ表白スルノミニシテ未タ之カ相手方ニ到達スルニ必要ナル手段ヲ探ラサルトキハ相手方ニ對シテ之ヲ爲シタリト云フコトヲ得ス故ニ表白主義ハ相手方アル意思表示ノ特別ナル要件ヲ忘却セルモノニシテ探ルニ足ラサルコト多言ヲ要セス

發信主義ハ相手方アル意思表示ニ特別ノ要件アルコトヲ認識セルハ一 大進歩ナレトモ表意者カ意思表示ノ相手方ニ到達スルニ必要ナル自己ノ行為ヲ完了スルヲ以テ足レリトナシ意思表示カ相手方ニ到達スルヤ否ヤヲ問ハサルハ未タ此種ノ意思表示ノ特質ヲ觀破セザルモノナリト云フヘシ此種ノ意思表示ハ相手方ノ權利喪失若クハ義務負擔ノ原因ナルコトモアルヘシ(例ヘハ解約、取消、催告總會招集ノ通知) 然ルニ其意思表示ハ相手方ニ於テ未タ之ヲ了知セス又ハ少クトモ之ヲ了知スルノ機會ヲ有セザルニ先チテ成立ストナストキハ相手方ハ往々不慮ノ損失ヲ被ルヘク各人ハ頗ル不安ノ地位ニ在ルモノナリト斷セザルヘカラス尤モ表意者ハ意思表示ノ成立ヲ俟テ種種ノ計畫措置ヲ爲スモノナルカ故ニ相手方カ意思表示ヲ了知シ又ハ少ナクトモ之ヲ了知スルノ機會ヲ有スルニ至レルコトヲ確知シタル後ニアラサレハ安シテ其措置ヲ爲スコトヲ得ストセハ經濟上ノ活働ヲ溢滞セシムルノ不便ハ固ヨリ是アリ然レトモ此不便ハ前記ノ不安ニ比シテ甚タ輕少ナリ寧ロ些少ノ便利ヲ犧牲ニシ

テ重大ノ危險ヲ排除スルニ若カサルナリ是レ我民法ニ於テ原則トシテ發信主義ヲ採用セザリシ所以ナリ

然レトモ此ノ如キ不安ナキ場合(例ハ契約ノ承諾(五二六條)第一九條ノ確答)又ハ經濟上ノ活動ヲ敏活ナラシムルノ必要重大ナル場合例ハ株主總會ノ招集(商一五六條)手形ノ償還請求(商四八七條)ハ我現行法ニ於テモ例外トシテ發信主義ヲ採用セリ

了知主義ハ前述ノ不安ヲ除去スルニハ最モ確實ナル主義ナリ然レトモ此主義ニ依レハ(一)意思表示ノ成立ハ全ク相手方ノ意思ニ繫レリ蓋シ之ヲ了知スルト否ト又何時之ヲ了知スルモ相手方ノ自由ナレハナリ(二)意思表示ノ成否又ハ成立時期ハ往往不明ナリ蓋シ了知ハ心的作用ニシテ外部ノ現象ニアラサレハナリ由テ此主義モ亦我民法ノ贊同セザル所ナリ

受信主義即チ到達主義ハ前記ノ危險ニ對シテ了知主義ノ如ク確實ナル擔保ヲ與フルモノニアラサレトモ亦充分ナル擔保ヲ與フルモノナリ蓋シ意思表示カ相手方ニ到達シタルトキハ相手方ハ之ヲ了知スルニ充分ナル機會ヲ有スルモノナルカ故ニ即時ニ之ヲ了知セザルハ其過失ニ因ルニアラサレハ其天災ナレハナリ而モ此主義ニハ了知主義ノ如キハ二ノ缺點ナシ是レ世界立法ノ大勢カ此主義ニ傾キツツアル所以ナリ我民法亦原則トシテ之ヲ採用ス(九七條一項)

隔地者ニ對スル意思表示ハ其通知ノ相手方ニ到達シタル時ヨリ其效力ヲ生スト云フハ其形

成ニ於テ意思表示ノ效力發生ノ時期ニ關スル規定ナリ然レトモ意思表示ハ其成立ト同時ニ其效力ヲ發生スルコトヲ原則トナスモノナルカ故ニ此規定ハ即チ隔地者ニ對スル意思表示ノ成立時期ノ規定ナリ

通知到達ノ要件ニ付テモ學說ハ一致セス(一)相手方又ハ其代理人ニ於テ通知ヲ受領スルヲ必要トスルカ(二)普通ノ事情ノ下ニ於テ相手方カ之ヲ了知シ得ヘキ狀態ニ之ヲ置クヲ以テ足ルカ信書又ハ電信ニ依ル場合ハ信書又ハ電報ノ配達ハ其到達ナリ然レトモ配達ハ郵便又ハ電報ヲ受信人又ハ其代理人ニ引渡スニ因リテ成立スル契約ナリ唯宛所ニ現在スル者ハ代理權ナシト認ムヘキ事情アルニアラサレハ代理人ト看做スノ慣習アルノミ其他ノ方法ニ依ル場合ト雖モ亦第一說ヲ可トス

隔地者ニ對スル意思表示ハ其通知カ相手方ニ到達シタル時ニ成立ストナストキハ表意者カ其通知ノ到達前ニ死亡シ又ハ意思若クハ行為能力ヲ失フ場合ニハ其意思表示ハ到達スルモ無効又ハ取消シ得ヘキモノタラサルヘカラサルノ理ナリ然レトモ此必然ノ結論ニ從フトキハ相手方ハ往往不測ノ損失ヲ被ルコトアルヘキカ故ニ我民法ハ特ニ其死亡又ハ能力喪失ハ意思表示ノ效力ニ影響ナキコトヲ明定セリ(九七條二項)然リト雖モ若シ相手方カ到達ノ時ニ於テ死亡若クハ能力喪失ノ事實ヲ知ル場合ニハ一般ニ此例外ヲ適用スルノ必要ナカル

(シ我民法ハ唯契約ノ申込ニ付テノミ例外ノ適用ヲ除外セリ(五二五條))



乙 對話者ニ對スル意思表示 對話者間ニ於ケル意思表示ノ成立時期ニ關シテハ我民法ハ何等ノ明文ヲ設ケス實際問題ノ起ルハ稀ナリトスルモ之ヲ決定スルノ必要ハ隔地者ニ對スル意思表示ノ場合ト異ナラス或ハ曰ク相手方アル意思表示ハ特別ノ規定ナキ限り相手方ニ於テ之ヲ了知スルニ依リテ成立スルヲ其本質トス隔地者ニ對スル意思表示ハ到達ニ依テ成立スト云フハ即チ一ノ例外規定ナリ對話者間ノ意思表示ニ付テ特ニ規定ナキハ即チ此本則ニ從フノ趣旨ナリトハ推理正確ナレトモ前提ハ獨斷ナリ我民法カ隔地者ニ對スル意思表示ニ關シ到達主義ヲ採用シタル表白主義、發信主義、了知主義等ノ諸主義ヲ比較シ是等他主義ニハ夫夫缺點アレハナリ敢テ了知主義ナル不動ノ原則アリテ之ニ例外ヲ設ケタルニアラサルナリ而シテ他主義ノ缺點ハ對話者間ノ意思表示ニ付テモ敢テ異ナラサルカ故ニ民法ノ精神ヲ類推スルトキハ對話者間ニ於テモ同シク到達主義ニ依ルヘキモノナリト斷定セサルヘカラス到達トハ相手方ノ受領ナリ了知スルト否トヲ論セス

丙 無能力者ニ對スル意思表示 意思能力ナキ者ハ意思表示ヲ受領スル能力ナキカ故ニ其隔地者ナルト對話者ナルトヲ問ハス之ニ對スル意思表示ハ其代理人ニ對スルニアラサレハ成立セス一時ノ意思無能力ノ場合ニ於テモ尙ホ然リ限定能力者ニ對スル意思表示ハ未成年者若クハ禁治産者ニ對スルモノト準禁治産者若クハ妻ニ對スルモノヲ區別セサルヘカラス未成年者若クハ禁治産者ニ對スルモノハ之ヲ以テ其無能力者ニ對抗スルコトヲ得ス尤モ意思表示ハ無効ナルニアラス到達ノ時ニ於テ成立シ無能力者以外ノ者ニ對シテハ何人ヨリモ之ヲ援用スルコトヲ得又未成年者若クハ禁治産者ノ法定代理人カ其意思表示ヲ了知シタルトキハ如何ナル方法ヲ以テ之ヲ了知シタルヲ問ハス其後ハ之ヲ以テ其無能力者ニ對抗スルコトヲ得然レトモ其意思表示ハ了知ノ時ニ於テ之ヲ爲シタルモノトシテ對抗シ得ルニ過キス

之ニ反シテ準禁治産者若クハ妻ニ對スル意思表示ハ之カ爲メニ其效力ニ何等ノ影響ナシ蓋シ未成年者及ヒ禁治産者ハ一般ニ法律行為ヲ爲スノ能力ヲ有セサルモノニシテ自己ニ對スル意思表示ノ效果ヲ判斷スルノ智能ヲ有セサルモノナレトモ準禁治産者及ヒ妻ハ特定ノ行為ヲ爲スノ能力ヲ有セサルノミ之ニ對スル意思表示ノ效力ヲ制限スルノ必要ナシト認メタルナリ(參照妻ノ債務免除、一四條二號)

二上學士海外遊中執筆セラレサルニ付キ以下鈴木學士ノ講義ヲ以テ之ニ代ヘ民法總則編ノ講義ヲ完結

スルコトトセテ讀者等ニ之ヲ諒セヨ

編者 識

第四節 代理(他人ニ依ル意思表示)

第一款 代理ノ觀念

代理トハ一人ノ意思表示又ハ一人ニ對シテ爲シタル意思表示カ直接ニ他人ニ對シテ其效力ヲ生スル法律關係ヲ謂フ(九九條)予輩ハ此點ニ付キ少シク公析的ニ説明スル所アラントス

(一) 代理ハ一個ノ法律關係ナルコト

法律關係トハ人ト人又ハ人ト物トノ關係ニシテ法律上ノ效力アルモノヲ謂フ而シテ一人カ意思表示ヲ爲シ又ハ一人ニ對シテ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テ法律上直接ニ他人ニ對シテ其效力ヲ生スル關係ヲ稱シテ代理ト稱スルヲ以テ代理モ亦一個ノ法律關係ナリト謂フコトヲ得ヘシ

(二) 代理ハ意思表示ニ關スルモノナルコト

代理ハ總テ意思表示ニ關スルモノニシテ行爲全部ニ關スルモノニ非スト信ス故ニ我民法上所謂不法行爲ニ付キ代理ナキハ勿論所謂其他ノ行爲ニ付テモ直接ニ此代理ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ス尙ホ訴訟行爲ニ付テモ代理ナルモノアルモ是レ訴訟法ノ規定ニ屬スルモノナルヲ以テ訴訟行爲ノ代理ハ固ヨリ民法ノ規定スル所ニ非サルナリ

(三) 代理ノ場合ニ於ケル意思表示ハ代理人自ラ之ヲ爲シ若クハ代理人自身ニ對シテ之ヲ爲スモノナルコト

代理ノ場合ニ於テ其意思表示ハ何人ノ意思表示ナルカ代理人ノ意思表示ナルカ又ハ本人ノ意思表示ナルカ此點ニ付テハ種種ナル學說アリ予輩ハ其重ナルモノヲ左ニ説明セントス

(イ) 本人ノ行爲說

此說ニ依レハ代理ノ場合ニ於ケル意思表示ハ本人ノ意思表示ニシテ代理人ノ意思表示ニ非ス代理人ハ本人ノ機械ニ過キサルモノト爲スナリ

(ロ) 代理人行爲說

此說ニ依レハ代理ノ場合ニ於テモ意思表示ハ本人ノ意思表示ニ非ス代理人ノ意思表示ト爲スナリ學者或ハ此說ヲ稱シテ代表主義トモ謂フ

(ハ) 共同行爲說

此說ニ依レハ代理ノ場合ニ於ケル意思表示ハ單純ニ本人ノ意思表示ニモ非ス代理人ノ意思表示ニモ非ス本人及ヒ代理人ノ共同ノ意思表示ナリト爲ス

右三個ノ學說中孰レカ果シテ正當ナルカ一個ノ大問題ナリ併ナカラ我民法ノ解釋上トシテハ代理人行爲說カ最モ適當ナルカ如シ

右ノ如ク我民法上代理人ハ自己ノ意思ヲ表示スルモノニシテ本人ノ意思ヲ傳達スルモノニ非ス故ニ此代理人ハ明カニ所謂使者ト區別スルコトヲ要ス使者ハ本人ノ單純ナル機關ニ過キス書面又ハ口頭ヲ以テ本人ノ意思ヲ傳達スル機關ナリ毫モ自己ノ意思ヲ表示スルモノニ非ス

以上述べタルカ如ク予輩ノ見解ニ依レハ代理ノ場合ニ於ケル意思表示ハ代理人自ラ之ヲ爲シ若クハ代理人自身ニ對シテ之ヲ爲スモノニシテ唯其效力カ本人ニ及フニ過キサルノミ故ニ意思表示ヲ爲ス行爲自身ニ關スルコトハ代理人ニ付キ之ヲ定ムヘキ之ニ反シ其效力ニ關スルコトハ本人ニ付キ之ヲ定ムヘキモノトス從テ左ノ如キ結果ヲ生ス

(イ) 意思表示ノ效力カ意思ノ缺點其他ニ因リテ影響ヲ受クヘキ場合ニ於テハ其事實ノ有無ハ代理人ニ付キ之ヲ定ム

代理人ニ依リテ意思表示ヲ爲ス場合ニモ其意思表示ノ效力カ意思ノ欠缺詐欺強迫又ハ或事情ヲ知リタルコト若クハ之ヲ知ラザル過失アリタルコトニ因リテ影響ヲ受クヘキ場合ナキニ非ス此場合ニ於テハ其意思表示カ既ニ述ヘタル如ク本人ノ意思表示ニ非ス代理人ノ意思表示ナルヲ以テ其事實ノ有無ハ代理人ノ身ニ付キ之ヲ定ムヘキモノトス但此點ニ付テハ一個ノ例外アリ即チ本人カ代理人ニ對シテ特定ノ法律行為ヲ爲スコトヲ委任シタル場合ニ於テ代理人カ本人ノ指圖ニ從ヒ其行為ヲ爲シタルトキハ本人ハ自ラ知り若クハ其過失ニ因リテ知ラザリシ事情ニ付キ代理人ノ知若クハ不知ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス是レ或ハ共同行為說ノ生スル所以ナリ(一〇一條)

(ロ) 代理人ハ能力者タルコトヲ要セス

既ニ述ヘタル如ク代理ノ場合ニ於テハ意思表示ハ代理人ノ意思表示ナレトモ其效力ハ代理人ニ對シ何等ノ關係ナク直接ニ本人ニ對シ發生スルモノトス故ニ無能力者ト雖モ有效ニ代理行為ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(一〇二條)

(四) 代理ノ場合ニ於ケル意思表示ハ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生スルモノナルコト既ニ述ヘタル如ク代理ノ場合ニ於ケル意思表示ナルモノハ代理人ノ意思表示ナルカ若クハ代理人ニ對シテ之ヲ爲スモノナリ然レトモ其意思表示ノ效力ハ代理人ニ付キ生スルモノニ非スシテ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生スルモノナリ故ニ學者ノ所謂間接代理ナルモノハ我民法ノ認ムル所ニ非ス間接代理トハ代理人カ自己ノ名ニ於テ他人ノ計算ノ爲メニ意思表示ヲ爲ス場合ヲ謂フモノナリ此間接代理ノ場合ニ於テハ意思表示ノ效力ハ直接ニ本人ニ及フモノニ非ス其意思表示ニ因リテ直接ニ權利ヲ得義務ヲ負擔スルモノハ代理人ナリ唯代理人ハ其一旦取得シタル權利ヲ本人ニ移轉スルノ義務ヲ負擔シ又本人ヲシテ其負擔シタル義務ヲ履行セシムル權利ヲ有スルニ過キサルナリ

右ノ如ク我民法上代理ノ場合ニ於テハ意思表示カ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生スルモノトス併ナカラ此ノ如ク意思表示ノ效力カ直接ニ本人ニ及フニハ左ノ二個ノ要素ヲ具備スルコトヲ必要トス

(イ) 代理人ノ權限内ニ於ケル意思表示ナルコト

代理ノ場合ニ於ケル意思表示カ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生スルニハ代理人カ其權限内ニ於

テ意思表示ヲ爲シ若クハ其權限内ノ行爲ニ付キ意思表示ヲ受クルコトヲ必要トス(九九條)故ニ代理人カ其權限外ノ行爲ヲ爲シタルトキハ本人ニ對シ其效力ヲ生セザルモノトス但我民法ハ取引ノ安全ヲ保護スル爲メ代理人カ其權限外ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ第三者カ其權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有セシトキハ本人カ其行爲ニ付キ其責ニ任スヘキ旨ヲ規定セリ(一一〇條一〇九條)併ナカラ此場合ニ於テハ意思表示カ本人ニ對シ直接ニ其效力ヲ生スルニ非ス本人ハ其意思表示ニ付キ法律ノ規定ニ依リ其責ニ任スルニ過キスト信ス

(ロ) 本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル意思表示ナルコト

代理ノ場合ニ於ケル意思表示カ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ及ホスニハ管ニ其意思表示カ代理ノ權限内ノモノタルノミナラス本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ之ヲ爲シタルモノナルコトヲ必要トス(九九條)但我商法ニ於テハ代理人カ意思表示ヲ爲スニ付キ特ニ本人ノ爲メニスル意思ヲ表示スルコトヲ要セザルモノノ如シ(二六六條)故ニ此點ニ付テハ民法ノ規定ト商法ノ規定ト異ナル所アルヲ注意スヘシ

右ノ如ク我民法上代理人カ意思表示ヲ爲スニハ必ズ本人ノ爲メニスル意思ヲ表示スルコトヲ要ス然ルニ若シ代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ示サスシテ意思表示ヲ爲シタルトキハ如何單純ナル理論ヨリ之ヲ謂ヘハ此場合ニ於ケル意思表示ハ之ヲ無効ナルモノト謂ハサルヲ得ス併ナカラ此ノ如ク代理人カ本人ノ爲メニスル意思ヲ表示セシテ爲シタル意思表示ハ何等ノ效力ヲ

附セザルモノトスルトキハ實際上之カ爲メ第三者ハ不測ノ損害ヲ生スルコトアルヘキヲ以テ我民法ハ取引ノ安全ヲ保護スル爲メ所謂折衷主義ニ依リ其意思表示ニ一定ノ效力ヲ附與ス即チ代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ示サスシテ爲シタル意思表示ハ自己ノ爲メニ之ヲ爲シタルモノト看做ス併ナカラ代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ示サスシテ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テ相手方カ其本人ノ爲メニスルコトヲ知り又ハ之ヲ知り得ヘカリシトキハ其意思表示ノ效力ハ直接ニ本人ニ及フヘキモノトス(一一〇條)

## 第二款 代理權ノ發生

代理權トハ一人カ爲シ又ハ一人カ受ケタル意思表示ノ效力ヲシテ直接ニ他人ニ及ハシムル權利ヲ謂フ

代理權ハ如何ナル原因ニ因リテ發生スルカ學者間議論ノ存スル所タリ或ハ代理權發生ノ原因ヲ法律ノ規定ト本人ノ意思トノ二個ニ區別シ其法律ノ規定ニ因リテ代理權ヲ生スル場合ヲ法定代理人ト謂ヒ本人ノ意思ニ因リテ代理權ヲ生スル場合ヲ任意代理ト謂フモノアリ併ナカラ熟、案スルニ法定代理ノ場合ニ於テモ代理權カ直接ニ法律ノ規定ニ因リテ發生スル場合ナキニ非ス然レトモ不在者ノ財産管理人法人ノ理事及ヒ清算人又ハ相續財産ノ管理人ノ如キ裁判所ノ裁判ニ因リテ其資格ヲ有スル場合アリ此等ノ場合ニ於テ管理人事事又ハ清算人ノ代理權ノ如キハ裁判

所ノ裁判ニ因リテ發生シタルモノナルヘシト信ス其他總會ニ於テ選任セラレタル理事又ハ清算人親族會ニ於テ選任セラレタル後見人遺言ニ依リテ指定セラレタル後見人ノ代理權ノ如キハ總會ノ決議親族會ノ決議又ハ遺言ニ因リテ發生シタルモノト謂フコトヲ得ヘシト信ス(七四條、九〇四條、九〇一條)故ニ法定代理ノ場合ニ於テ代理權ハ總テ法律ノ規定ニ因リテ發生スト謂フハ正當ナラナルカ如シ

任意代理ノ場合ニ於テ代理權ハ本人ノ意思ニ因リテ發生スト謂フハ何人モ異議ナキ所ナルヘシ然レトモ其本人ノ意思ト謂フハ所謂授權行為ト稱スル一種ノ單獨行為ナルカ或ハ又委任契約ナルカ此點ニ付テハ學說及ヒ立法例ニ於テ議論ノ存スル所タリ予輩少シク諸國ノ立法例ヲ見ルニ任意代理ノ場合ニ於テ委任契約ニ因リテ代理權發生スルモノト爲スモノ多シ然ルニ近來獨逸學者ノ說ニ依レハ所謂授權行為ナルモノハ一個ノ單獨行為ニシテ委任契約ト同一物ニモ非ス又其一要素ニモ非ス授權行為ナルモノハ委任契約ノ伴フ場合多シト雖モ授權行為ナクシテ委任契約存在スル場合モ亦少カラス例ヘハ組合契約雇傭契約ノ如キ場合ニ於テモ代理權發生スルカ如シ又授權行為カ委任契約ト伴フ場合ニ於テモ其授權行為ト委任契約カ互ニ相合シテ一個ノ行為ヲ組織スルニハ非ス授權行為ト委任契約トノ關係ハ恰モ目的ト手段トノ關係ノ如シ從テ此場合ニ於テ代理權發生スルハ委任契約ニ因ルニ在ラスシテ授權行為ニ因ルモノナリ故ニ代理權ハ決シテ委任契約ニ因リテ發生スルモノニ非ス授權行為ナル單獨行為ニ因リテ發生スルモノト爲ス

ナリ而シテ此主義ニ依リ授權行為ト委任契約トヲ全然區別シ代理權ハ所謂授權行為ナル單獨行為ニ因リテ發生スル旨ノ規定ヲ設ケタル立法例モナキニ非ス

右ノ學說及ヒ立法例中孰レカ果シテ正當ナルカハ一個ノ大問題ナルヘシ併ナカラ予輩ハ法理上ヨリ之ヲ謂ヘハ任意代理ノ場合ニ於テハ授權行為ナル單獨行為ニ因リ代理權發生スルモノト爲スヲ正當ナリト信ス然レモ我民法ノ解釋トシテ予輩ハ之ト反對ニシテ我民法上任意代理ノ場合ニ於テ代理權ハ委任契約ニ因リテ發生スルモノト爲スヲ穩當ナリト信ス然ルニ我民法ノ解釋トシテモ學者或ハ任意代理ノ場合ニ於テハ授權行為ナル單獨行為ニ因リテ代理權發生スト爲スモナリ此種類ノ學者ノ主トシテ論據トスル所ハ民法第一〇九條ノ規定ナリ併ナカラ予輩案スルニ民法第一〇九條ニハ他人ニ代理權ヲ與ヘタル旨ヲ第三者ニ表示シタル者ハ其他人ノ行為ニ付キ單ニ其責ニ任スル旨ノ規定アルニ過キス即チ此ニ其責ニ任スト謂フハ單ニ義務ヲ負擔セシムル旨ヲ規定シタルニ過キス權利ヲ有セシムルノ趣旨ニ非サルヲ以テ他人ノ爲シタル意思表示ノ效力カ全部直接ニ本人ニ及ホスモノト謂フコトヲ得ス從テ民法第一〇九條ノ規定ハ代理權ノ授與ニ關スル規定ニ非ス取引ノ安全ヲ保護スル爲メ第三者保護ニ關スル規定ナリト解スルヲ相當トス(一一一條、一〇四條、一〇六條)

以上述フルカ如ク予輩ノ見解ニ依レハ我民法上代理權發生ノ原因ハ種種アリ故ニ或學者ノ如ク代理權發生ノ原因ヲ法律ノ規定ト本人ノ意思トノ二個ニ區別スルハ正當ナラス併ナカラ其種種

ナル代理權發生ノ原因ヲ本人ノ意思以外ノモノトノ二種ニ大別スルコトヲ得ヘシ  
而シテ其中ニ就キ本人ノ意思ニ因ラスシテ代理權發生スル場合ヲ法定代理ト稱シ本人ノ意思ニ  
因リテ代理權發生スル場合ヲ任意代理ト謂フコトヲ得ヘシ但既ニ述ヘタル如ク我民法上任意代  
理ノ場合ニ於テハ委任契約ニ因リテ代理權發生スルモノナルヲ以テ此任意代理ハ之ヲ委任ニ因  
ル代理ト謂フコトヲ得ヘシ

### 第三款 代理權ノ範圍

代理權ノ範圍若クハ代理人ノ權限ナルモノハ所謂法定代理ノ場合ニ於テハ法律ノ規定ニ依リテ  
定マリ委任ニ因ル代理ノ場合ニ於テハ其委任契約ニ依リテ定マルヲ通例トス併ナカラ代理權ノ  
範圍カ法律ノ規定ニ依リテ定マル場合ハ皆所謂法定代理ト謂フコトヲ得ス委任ニ因ル代理ノ場  
合ニ於テモ亦時トシテ其代理權ノ範圍カ法律ノ規定ニ依リテ定マル場合アリ

右ノ如ク代理權ノ範圍ハ通常法律ノ規定又ハ委任契約ニ依リテ定マルモノナリ併ナカラ或場合  
ニ於テハ其法律ノ規定若クハ委任契約ニ於テ代理權ノ範圍ヲ定メサル爲メ之ニ依リテ其範圍ヲ  
知ルコト能ハサル場合アリ此場合ニ於テ我民法上代理權ノ範圍ハ第一〇三條ノ規定ニ依リテ定  
マル即チ左ノ如シ

(イ) 代理人ハ保存行為ヲ爲スコトヲ得

保存行為トハ物又ハ權利ノ消滅ヲ豫防スル行為ヲ謂フモノニシテ例ヘハ消滅時效ニ罹ラントス  
ル場合ニ於テ請求其他ノ行為ニ依リテ其時效ヲ中斷シ又權利ヲシテ他人ニ對抗スルコトヲ得セ  
シムル爲メ登記ヲ爲シ又ハ腐敗シ易キ物ヲ賣却スルカ如キ行為ヲ謂フ

(ロ) 代理人ハ代理ノ目的タル物又ハ權利ノ性質ヲ變セサル範圍ニ於テ其利用又ハ改良ヲ目的  
トスル行為ヲ爲スコトヲ得

物又ハ權利ノ利用ヲ目的トスル行為トハ物又ハ權利ヲ有利ノ方法ニテ使用スル行為ヲ謂フモノ  
ニシテ例ヘハ金錢ヲ銀行ニ預ケ以テ利殖ヲ謀リ家屋ヲ他人ニ貸貸シ或ハ賃借人カ賃借物ヲ轉貸  
スルカ如キヲ謂ヒ物又ハ權利ノ改良ヲ目的トスル行為トハ土地ニ肥料ヲ施シ以テ其價格ヲ増サ  
シムル爲メ其肥料ヲ買入レ抵當權附ノ所有權ヲ完全ナル所有權トシ或ハ期限附ノ權利ヲ無期限  
ト爲スカ如キ行為ヲ謂フ但此利用又ハ改良ハ代理ノ目的タル物又ハ權利ノ性質ヲ變更セサル範  
圍内ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス

右ニ掲ケタル保存行為物又ハ權利ノ利用又ハ改良ヲ目的トスル行為トハ總テ法律行為ニ屬スル  
モノヲ謂フモノニシテ代理ノ性質上單純ナル事實上ノ行為ヲ謂フモノニ非ス故ニ例ヘハ家屋ノ  
修繕ヲ爲スカ如キ又ハ田畑ヲ耕作スルカ如キ單純ナル事實上ノ行為ニ過キササルヲ以テ之ヲ所  
謂保存行為又ハ物ノ利用ヲ目的トスル行為ト云フコトヲ得ス然レトモ其家屋ノ修繕又ハ田畑ノ  
耕作ノ爲メ之ニ關シ代理人カ法律行為ヲ爲シタルトハ其行為ハ之ヲ保存行為又ハ物ノ利用ヲ目

的トスル行為ト云フコトヲ得ヘシ

茲ニ一個ノ問題アリ代理人ハ右ニ述ヘタル如キ權限内ノ行為ナルトキハ同一ノ法律行為ニ付キ相手方ノ代理人ト爲リ又ハ當事者雙方ノ代理人ト爲リ意思表示ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題即チ是ナリ此問題ニ付テハ我民法ニ於テハ何人ト雖モ同一ノ法律行為ニ付キ相手方ノ代理人ト爲リ又ハ當事者雙方ノ代理人ト爲ルコトヲ得サルヲ原則トス唯債務ノ履行ニ付テハ例外トシテ相手方又ハ當事者雙方ノ代理人タルコトヲ得ルモノトス(一〇八條)而シテ其立法ノ趣旨ヲ案スルニ元來代理人ナルモノハ其性質上専ラ本人ノ利益ヲ計ルヘキモノナリ然ルニ若シ相手方ノ代理人ト爲ルコトヲ得ルモノトスルトキハ本人ノ利益ヲ計ラント欲セハ自己ノ利益ヲ計ルコトヲ得ス自己ノ利益ヲ計ラント欲セハ本人ノ利益ヲ計ルコトヲ得ス又當事者雙方ノ代理人ト爲ル場合モ之ト同シク一方ノ利益ヲ計ラント欲セハ他方ノ利益ヲ計ルコト能ハサルニ至ル爲メニ代理人タル義務ヲ完全ニ履行スルコト能ハサル恐アルヲ以テ相手方ハ當事者雙方ノ代理人タルコトヲ許ササルモノナルヘシ唯債務ノ履行ノ如キハ債權者モ債務者モ其履行行為ニ付キ利益ヲ有シ右ニ述フルカ如キ利益ノ衝突ナキヲ以テ此場合ニ於テハ例外トシテ相手方又ハ當事者雙方ノ代理人タルコトヲ許シタルモノナルヘシト信ス

#### 第四款 代理權ノ消滅

代理權消滅ノ原因ハ種種アリ左ノ如シ(一一一條)

(イ) 本人ノ死亡

本人死亡スルトキハ所謂法定代理ノ場合タルト委任ニ因ル代理ノ場合タルトヲ問ハス其代理權ハ消滅スルモノトス何トナレハ法定代理ノ場合ニ於テハ本人一身ノ爲メ代理ヲ設クルノ必要アルモノナルヲ以テ其本人ニシテ死亡シタルトキハ最早依然トシテ其代理人ヲオクノ必要ナキモノト謂ハサルヲ得ヌ又委任ニ因ル代理ノ場合ニ於テハ其代理權ナルモノト本人ト代理人トノ信用ニ基クモノナリ然ルニ本人死亡シタルトキハ其相續人ト代理人トノ信用關係カ本人ト代理人トノ間ニ於ケルト同一ナリト謂フコトヲ得サレハナリ

(ロ) 代理人ノ死亡、禁治產又ハ破產

法定代理ノ場合ニ於テハ代理人タルニハ通常一定ノ資格ヲ要スルモノナリ然ルニ代理人カ死亡シ禁治產又ハ破產ノ宣告ヲ受クルトキハ通常其資格消滅スルモノナルヲ以テ代理權ハ之ニ因リテ消滅セサルヲ得ヌ又委任ニ因ル代理ノ場合ニ於テハ前ニモ述ヘタル如ク其代理權ハ本人ト代理人トノ信用關係ニ基クモノナリ然ルニ代理人カ死亡シタルトキハ其相續人ニ於テ本人トノ信用關係ヲ維持スルコトヲ得ヌ其他代理人ハ死亡セサルモ禁治產若クハ破產ノ宣告ヲ受クルニ至リタルトキハ本人ト代理人間ノ信用關係ハ依然トシテ存續スルモノト謂フコトヲ得ヌ故ニ委任ニ因ル代理權モ亦代理人ノ死亡禁治產又ハ破產ニ因リテ消滅スルモノトス

右ニ述フル所ハ所謂法定代理ニモ委任ニ因ル代理ニモ共通ナル代理權消滅ノ原因ナリ併ナカラ  
 此他尙委任ニ因ル代理ニ特別ナル消滅原因アリ即チ委任ニ因ル代理權ハ其委任契約ノ終了ニ  
 因リテ消滅スルモノトス(一一一條二項)而シテ委任契約カ何時終了スルカハ民法第六五一條  
 及ヒ第六五三條等ノ規定ニ依リテ明カナリ  
 終リニ臨ミ尙ホ代理權消滅ノ效力ニ付テ一言セントス代理權ハ右ニ述フルカ如キ諸種ノ原因ニ  
 因リテ消滅スト雖モ第三者ハ其消滅ヲ知ラスシテ代理人タリシ人ト法律行為ヲ爲スコトアルヘ  
 シ此ノ如キ場合ニ於テ本人ハ其法律行為ニ付キ其責ニ任セサルモノト爲サハ第三者ハ之カ爲メ  
 ニ不測ノ損害ヲ蒙ムルコトナキヲ保セス故ニ我民法ニ於テハ代理權ノ消滅ハ之ヲ以テ善意ノ第  
 三者ニ對抗スルコトヲ得サル旨ヲ規定セリ但第三者カ過失ニ因リテ其實質ヲ知ラザリシトキハ  
 特ニ之ヲ保護スルノ必要ナキヲ以テ本人ハ之ニ對シ代理權ノ消滅ヲ對抗スルコトヲ得ルモノト  
 ス(一一一條)

### 第五款 復代理

#### (一) 復代理ノ觀念

復代理人トハ代理人カ其權限内ノ行為ノ全部又ハ一部ヲ爲スニ付キ選任シタル本人ノ代理人ナ  
 リ故ニ復代理人タルニハ左ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス

(イ) 復代理人ハ本人ノ代理人ナルコト  
 復代理人ハ本人ノ代理人ニシテ代理人ノ代理人ニアラス

(ロ) 代理人カ選任スルコト

復代理人ハ代理人ニ於テ選任スルコトヲ要ス若シ之ニ反シ本人カ代理人ヲ選任シタルトキハ復  
 代理人ニ非スシテ單純ナル代理人ナリ予輩カ此ニ本人カ選任スルト謂フハ本人カ自ら選任スル  
 場合ノミナラス本人カ代理人ニ代理人選任ノ權限ヲ附與シテ之ヲ選任スル場合ヲモ指スモノナ  
 リ

(ハ) 代理人ノ權限内ノ行為ノ全部又ハ一部ヲ爲スニ付キ選任スルコト

復代理人ハ代理人ノ權限内ノ行為ノ全部又ハ一部ヲ爲スニ付キ選任シタルモノナルコトヲ要ス  
 故ニ例ヘハ代理人ノ權限内ノ行為ト全ク別種類ノ行為ヲ爲スニ付キ選任シタル代理人ハ復代理  
 人ニ非ス又例ヘハ代理人ノ權限ヨリモ大ナル權限ヲ有スル代理人ヲ選任シタルトキハ是亦復代  
 理人ニ非サルナリ

#### (二) 復代理人ノ選任

(イ) 委任ニ因ル代理ノ場合

民法ニ於テ委任ニ因ル代理人ハ復代理人ヲ選任スルコトヲ得サルヲ原則トス(一〇四條)予輩其  
 立法ノ趣旨ヲ案スルニ蓋シ委任者ハ代理人自身ヲ信シテ之ヲ適任者トシテ之ニ委任シタルモノ



ル理論上ヨリ之ヲ謂ヘハ二者ノ間ニハ何等ノ權利義務ナキモノト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ我民法ハ實際ノ便宜ヲ計リ復代理人ト本人トノ間ニハ代理人ト本人トノ間ニ於ケルト同一ノ權利義務ヲ生スル旨ヲ規定セリ(一〇七條二項)故ニ例ヘハ代理人カ委任ニ因ル代理人ナル場合ニ於テハ復代理人ハ本人ニ對シ委任契約ヨリ生スル權利ヲ主張スルコトヲ得ヘク又本人ハ復代理人ニ對シ委任契約ヨリ生スル義務履行ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

### 第六款 代理權ヲ有セサル者ノ行為

代理權ヲ有セサル者ノ行為ト謂フハ全ク代理權ヲ有セス又ハ代理權ノ範圍ヲ超ヘテ爲シタル法律行為ヲ總稱ス而シテ學者此代理權ヲ有セサル者ヲ稱シテ或ハ又自稱代理人トモ謂フ我民法上代理權ヲ有セサル者ノ行為ノ效力ヲ研究スルニハ之ヲ契約ノ場合ト單獨行為ノ場合トノ二個ニ區別スルコトヲ要ス

#### (一) 契約

代理權ヲ有セサル者カ他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタルトキハ其契約ハ我民法上有效ニモ非ス然レトモ又全ク無効ニモ非ス一種ノ效力ヲ有スルモノトス即チ其契約ハ本人カ追認ヲ爲スニ非サレハ之ニ對シテ其效力ヲ生セサルモノトス(一〇三條一項)故ニ本人ハ代理權ヲ有セサル者ノ爲シタル行為ニ因リテ單ニ之ヲ追認シテ自己ニ對シ其效力ヲ生セシメ又ハ其追認ヲ拒絕シ

テ全ク之ヲ無効ノ行為ト爲スコトヲ得ルモノニシテ未ダ何等ノ拘束ヲ受ケザルモノトス之ニ反シ相手方ハ其行為ニ依リ既ニ拘束セラレ自己ニ對シ本人ノ追認ノ效力ヲ及ホサシメザルヲ得サルナリ

右ノ如ク自稱代理人カ爲シタル契約ハ本人カ其追認ヲ爲シタルトキハ之ニ因リテ有效ト爲リ又其追認ヲ拒絕シタルトキハ之ニ因リテ全ク無効ト爲ルモノトス此ニ追認トハ本人ニ於テ自稱代理人カ自己ノ代理人トシテ爲シタル行為ノ直接ニ自己ニ對シテ效力ヲ生スルコトニ同意スル一方的ノ意思表示ヲ謂フモノナリ而シテ此追認又ハ拒絕ハ相手方ニ對シテ之ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ其相手方ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス但本人カ相手方ニ對シ追認又ハ拒絕ヲ爲サスト雖モ相手方カ其實事ヲ知リタルトキハ之ニ對シ其效力ヲ對抗スルコトヲ得ヘキナリ(一一三條二項)

自稱代理人カ爲シタル契約ヲ本人カ追認シタルトキハ何時其效力ヲ發生スヘキカ理論上一個ノ問題ナルヘシ我民法ニ於テハ本人ノ爲シタル追認ノ效力ハ別段ノ意思表示ナキトキハ契約ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生スルモノトス(一一六條)但之カ爲メ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス(一一六條)

既ニ述ヘタル如ク本人カ自稱代理人ノ爲シタル契約ニ因リ單ニ其契約ヲ追認スルノ權利ヲ得タルノミニシテ之カ爲メ毫モ拘束セラルル所ナキニ拘ハラス相手方ハ之ニ因リテ既ニ拘束セラル

ルモノトス故ニ本人ハ甚タ利益ナル地位ニ立ツニ拘ハラス相手方ハ之ニ比シ稍、不利益ナル地位ニ在ルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ我民法ニ於テハ相手方ヲシテ自稱代理人ト爲シタル契約ヨリ生スル拘束ヲ免ルルコトヲ得ル方法ヲ定メタリ而シテ其方法ニ二個アリ

(イ) 追認ノ催告

自稱代理人カ契約ヲ爲シタル場合ニ於テ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メ其期間内ニ於テ追認ヲ爲スヘキヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得而シテ若シ本人カ其期間内ニ確答ヲ爲ササルトキハ拒絶シタルモノト看做スヘキモノトス

(ロ) 契約ノ取消

自稱代理人ノ爲シタル契約ハ本人ノ追認ナキ間ハ相手方ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ併ナカラ相手方ノ取消ヲ爲スコトヲ得ルハ本人ノ追認ヲ爲ササル間ニ限ル而シテ相手方カ此取消權ヲ有スルハ契約ノ當時代理權ナキコトヲ知ラザリシ場合ニ限ルモノトス(一一五條)

相手方カ契約ヲ取消スニハ何人ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スヘキカ一個ノ問題ナルヘシ併ナカラ子輩ハ我民法ノ解釋上相手方ハ自稱代理人ニ對スル意思表示ニ依リテ其取消ヲ爲スヘキモノト信スルナリ(一二三條參照)

以上述べル所ハ自稱代理人カ爲シタル契約ノ本人及ヒ相手方ニ對スル效力ノ説明ナリ子輩ハ是ヨリ進テ其自稱代理人ノ責任ニ付キ少シク述テ所アラントス

自稱代理人ノ爲シタル契約ヲ本人カ追認セス又ハ自稱代理人ニ於テモ其代理權アリタルコトヲ證明スルコト能ハサルトキハ自稱代理人ハ相手方ニ對シ如何ナル責任ヲ負擔スヘキカ此問題ニ付テハ學說及ヒ立法例ニ於テ種種ナル見解アリ我民法ハ實際ノ便宜ヲ慮リ又諸國ノ立法例ニ倣ヒ自稱代理人ハ相手方ニ對シ其選擇ニ從ヒ契約ノ履行又ハ損害賠償ノ責任ニ任スヘキモノトス(一一七條一項)但此自稱代理人ノ責任ハ或ハ契約ノ履行ト謂ヒ或ハ損害賠償ト謂フモ前ニモ述べタル如ク決シテ契約上ノ義務ニ非ス相手方保護ノ爲メニ規定シタル一種ノ法律上ノ義務ニ過キス

右ノ如ク自稱代理人ニ對スル契約履行又ハ損害賠償ノ請求權ハ相手方ヲ保護スル爲メニ附與シタルモノナルヲ以テ若シ相手方カ代理權ナキコトヲ知り若クハ過失ニ因リテ之ヲ知ラザリシトキハ其權利ヲ有セザルモノトス尙ホ我民法ニ依レハ代理人トシテ契約ヲ爲シタルモノカ其能力ヲ有セザリシトキハ相手方ハ又履行及ヒ損害賠償ノ請求權ヲ有セザルモノトス是レ我民法ハ相手方ニ比シ自稱代理人タル無能力者ヲ保護スルヲ相當ト認メタルカ爲メナルヘシ(一一七條二項)

(二) 單獨行為

單獨行為ノ場合ニ於テモ契約ノ場合ト同一ノ原則ヲ以テ其效力ヲ判斷スルコトヲ得ヘキカ民法ニ於テハ自稱代理人カ單獨行為ヲ爲シタルトキハ無効ナルヲ原則トス然レトモ單獨行為ト雖モ

0571

其行為ノ當時相手方カ自稱代理人ノ代理權ナクシテ之ヲ爲スコトニ同意シ又ハ其代理權ヲ爭ハサリシトキハ其單獨行為ハ前ニ付テ述ヘタルト同一ノ原則ニ依リテ其效力ヲ判斷スルコトヲ得ヘシ尙ホ相手方カ自稱代理人ニ對シ其同意ヲ得テ單獨行為ヲ爲シタルトキモ亦同一ナリ(一一八條)

### 第五節 法律行為ノ效力

#### 第一款 總論

既ニ述ヘタル如ク法律行為カ有效ニ成立スルニハ一定ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス此ノ如ク有效條件ヲ具備シタルトキハ法律行為ハ有效ニ成立スルモノトス而シテ有效ナル法律行為トハ其目的タル效力カ完全ニ發生スル場合ヲ謂フ併ナカラ此有效ナル法律行為ニ於テハ特ニ總則ノ講義ニ於テ研究ヲ要スヘキモノナキヲ以テ予輩ハ專ラ其有效條件ヲ具備セサル法律行為ニ付キ述フル所アラントス

法律行為カ有效條件ヲ具備セサルトキハ有效ニ成立スルコトヲ得サルヤ無論ナリ然レトモ其有效ナラサル法律行為ハ我民法上皆悉ク同一ナルモノニ非ス或ハ無効タリ或ハ取消シ得ヘキモノタリ其他未成年者若クハ禁治産者ニ對シテ爲シタル法律行為又ハ代理權ヲ有セサル者カ他人ノ代理人トシテ爲シタル法律行為ノ如キハ無効ニモ非ス取消シ得ヘキモノニモ非ス一種特有ノ效力ヲ生スルモノトス併ナカラ此最後ノ場合ニ關スル法律行為ノ效力ニ付テハ既ニ前節ニ於テ詳論シタルヲ以テ茲ニハ單ニ法律行為ノ無効及ヒ取消ニ付テノミ研究セントス

#### 第二款 無効

無効ナル法律行為トハソノ目的タル效力ニ關シテハ法律上全ク存在セサルモノト看做サルヘキ行為ヲ謂フ

法律行為ノ無効ノ原因ハ種種アリ一之ヲ列擧スルコトヲ得ス然レトモ既ニ述ヘタル所ニ依リ其一例ヲ擧クレハ法律行為ノ目的ノ不能又ハ不法當事者ノ意思能力ノ欠缺意思ト表示トノ不一致ト謂フカ如シ

法律行為カ無効ナル場合ニ於テハ通常絕對ニ無効ナリ即チ管ニ法律行為ノ當事者ノミナラス利害關係ヲ有スル者ハ何人ト雖モ其法律行為ノ無効ヲ主張スルコトヲ得ヘシ然ルニ或場合ニ於テハ法律行為カ或人ニ對シテ無効ナルモ他人ノ人ニ對シテハ有效ナル場合アリ而シテ學者前ノ何人ニ對シテモ無効ナル場合ヲ絕對的無効ト謂ヒ之ニ反シ後ノ或人ニ對シテノミ無効ナル場合ヲ相對的無効ト謂フ

無効ナル法律行為ハ之ヲ追認スルコトヲ得ルヤ否ヤ詳言スレハ無効ナル法律行為ト雖モ當事者ニ於テ追認シタルトキハ之ヲ有效ト爲スコトヲ得ルヤ否ヤ學者間多少議論ノ存スル問題タリ民

0572

法ニ於テハ無効ナル行為ハ追認ニ因リテ其效力ヲ生セサル旨ヲ規定ス（民一一九條前段）併ナカラ當事者ハ更ニ無効ナル法律行為ト同一ノ内容ヲ有スル法律行為ヲ爲スコトヲ得ルヤ論ヲ俟タス而シテ此ノ如ク當事者カ更ニ無効ナル法律行為ト同一ノ行為ヲ爲ス場合ニ於テハ外形上特ニ新ニ行為ヲ爲サス往々ニシテ無効ナル行為ヲ追認スト謂フカ如キコトナキニ非ス故ニ我民法ニ於テハ當事者カ法律行為ノ無効ナルコトヲ知ルニ拘ハラズ之ヲ追認シタルトキハ新ナル行為ヲ爲シタルモノト看做ス旨ヲ規定ス（一一九條後段）即チ此場合ニ於テモ無効ナル行為カ有效ト爲ルニハ非ス當事者カ更ニ新ナル行為ヲ爲シタルモノト爲スナリ

### 第三款 取消

(一) 取消シ得ヘキ法律行為ノ觀念

我民法ニ於テ取消シ得ヘキ法律行為トハ無効ナル法律行為ト異ナリ法律上其目的タル效力ヲ生スレトモ法律行為ノ有效條件ニ缺クル所アルカ爲メ取消サルルコトアルヘキ行為ヲ謂フモノナリ（一二三條參照）

(二) 取消ノ原因

法律行為ノ取消ノ原因ハ種種アリ一一之ヲ列擧スルコトヲ得スト雖モ其重ナル一二ノ例ヲ擧グレハ無能力（四條、九條、一二條、一四條、七八〇條、八五三條）詐欺又ハ強迫（九六條、七五九條、七八五條、八五九條）ト謂フカ如シ

(三) 取消權者

何人カ取消權ヲ有スルヤノ問題ニ付テハ各場合ニ依リ異ナル所アリ併ナカラ子輩ハ此總則ノ講義ニ於テ單ニ一般ノ取消シ得ヘキ行為ニ共通ナルモノノミヲ述ヘントス而シテ此場合ニ於ケル取消權者ハ我民法ノ規定ニ依レハ左ノ如シ

(イ) 無能力者

無能力者トハ未成年者、禁治產者、準禁治產者及ヒ妻ヲ謂フ

(ロ) 瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者

瑕疵アル意思表示ヲ爲シタルモノトハ詐欺又ハ強迫ニ因リテ意思表示ヲ爲シタル者ヲ謂フ

(ハ) 代理人

此ニ代理人トハ無能力者又ハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者ノ代理人ナリ又民法ニ於テ廣ク代理人ト稱スルハ法定代理人及ヒ委託ニ因ル代理人ヲ總稱スル趣旨ナリ但予輩ノ信スル所ニ依レハ代理人ハ自己固有ノ權利トシテ取消權ヲ有スルモノニ非ス又本人ノ爲メニ本人ノ名ニ於テ法律行為ヲ取消スノ權限ヲ有スルニ過キサルナリ

(ニ) 承繼人

承繼人トハ無能力者又ハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者ノ權利義務ノ承繼人ヲ謂フ而シテ茲ニ

所謂承繼人中ニハ包括承繼人モ特定承繼人モ包含ス併ナカラ總テノ承繼人ハ皆悉ク取消權ヲ有スルモノニ非ス取消權ヲ有スルモノハ主トシテ取消シ得ヘキ行為ニ因リテ取消シタル權利義務ノ承繼人ナリ然レトモ取消權ヲ有スル承繼人ハ單ニ此種類ノモノノミニ非ス取消シ得ヘキ行為ノ目的タル權利ノ承繼人ノ如キモ亦取消權ヲ有スルモノト信ス尙ホ彼ノ保證人カ主タル債務者ノ承繼人ナリヤ否ヤニ付キ議論アリ併ナカラ予輩ハ保證人ハ承繼人ニ非スト信ス(民四四九條參照)

(ホ) 夫

妻ノ爲シタル法律行為ヲ取消シ得ヘキモノト爲スハ夫權ヲ保護スル爲メニ設ケタル規定ナルコト會テ述ヘタルカ如シ故ニ妻カ爲シタル行為ニ付テハ夫モ亦取消權ヲ有スルモノトス

(四) 取消ノ方法

(イ) 取消シ得ヘキ行為ノ相手方カ確定セル場合

此場合ニ於テ法律行為ノ取消ハ原則トシテ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スモノトス(二三條)其他何等ノ手續ヲモ要セザルナリ併ナカラ或特別ノ場合ニ於テハ法律行為ヲ取消スニ當リ例外トシテ特ニ訴ノ方式ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ要スルモノアリ

(ロ) 取消シ得ヘキ行為ノ相手方カ確定セル場合

此場合ニ於テハ前ノ場合ト異ナリ訴ハ固ヨリ特別ノ人ニ對スル意思表示ヲ爲スコトヲ要セス原則トシテハ取消權ヲ有スルモノカ如何ナル方法ニテモ法律行為ヲ取消ス旨ノ意思ヲ確然表示スレハ足ルモノトス

(五) 取消ノ效力

取消シ得ヘキ法律行為ヲ取消ストハ其行為ヲ廢棄シテ之ヲ無効ナリシモノノ如クスルヲ謂フ故ニ取消ノ效力ハ今マテ存在シタル法律行為ヲ無効ナリシモノト爲スニ在リ併ナカラ其無効ナリシモノト爲ス效力ヲ生スルハ何時ヨリカ取消ノ意思ヲ表示シタル時ヨリカ或ハ法律行為當時ヨリカ我民法ノ規定ニ依レハ法律行為取消ノ效力ハ既往ニ遡ルヲ原則トス即チ取消權者カ法律行為ヲ取消ス旨ノ意思ヲ表示シタルトキハ原則トシテ其取消シタル行為ヲ初ヨリ無効ナリシモノト看做サルヘキモノトス(一一一條)併ナカラ此原則ニ對シテモ亦例外ナキニアラス  
取消シ得ヘキ行為ノ取消ノ效力ニ關シ尙ホ一個説明ヲ要スルモノアリ他ニ非ス即チ其取消ハ所謂債權のナルカ物權のナルカノ問題ナリ所謂債權のトハ單ニ當事者間ニ於テノミ無効ニシテ第三者ハ之カ爲メ何等影響ヲ受ケザル場合ヲ謂フナリ之ニ反シ所謂物權のトハ當ニ當事者ノミナラス何人ニ對シテモ無効ナル場合ヲ謂フナリ而シテ此點ニ付キ我民法ノ規定ヲ見ルニ取消ノ效力ハ所謂物權のナルモノトス故ニ一旦取消サレタル行為ハ何人ニ對シテモ無効ナリ併ナカラ之ニ對シテモ亦例外ナキニ非ス而シテ其中ニ付キ民法總則編ニ規定セル一般ナルモノヲ舉クレハ二個アリ即チ其一ハ無能力者ハ行為ニ因リテ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ償還ノ義務ヲ負

フ場合ニシテ(一一)一條但書)他ハ詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗  
スルコトヲ得サル場合はナリ(九六條三項)

(六) 取消權ノ消滅

取消シ得ヘキ行為ノ取消權ハ種種ナル原因ニ因リテ消滅ス然レトモ其消滅原因中一般ナルモノ  
ハ追認ト時効トノ二ナリ

(イ) 追認

取消シ得ヘキ行為ノ追認トハ取消シ得ヘキ行為ヲ取消ス權利ヲ有スルモノカ其取消權ヲ拋棄ス  
ル旨ノ一方的ノ意思表示ヲ謂フモノナリ其追認ヲ爲スコトヲ得ルモノハ取消權者ナラサルヘカ  
ラス即チ追認ハ無能力者瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者其代理人承繼人及ヒ夫ニ限り之ヲ爲ス  
コトヲ得ヘシ(一一〇條)

取消權者カ取消シ得ヘキ行為ヲ追認シタルトキハ其行為ハ初ヨリ有效ナリシモノト看做サルヘ  
キモノトス然レトモ之カ爲メニ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス(一一二條)即チ例ヘハ未成年  
者カ獨斷ニ甲ニ對シ或物ヲ賣渡シ其取消權ヲ有スルモ未ダ追認ヲ爲ササル前其賣渡シタル物ヲ  
更ニ法定代理人ノ同意ヲ得テ乙ニ賣却シタルトキハ後ニ未成年者カ其取消權ヲ拋棄シ甲ニ對ス  
ル賣買ヲ追認スルモ之カ爲メ乙ノ權利ヲ害スルコトヲ得サルカ如此場合ニ於テハ乙ハ未成年  
者ノ特定承繼人トシテ取消權ヲ行使シ前ノ甲ニ對スル賣買ヲ取消スコトヲ得ヘシ但甲ニ對スル  
賣買ノ追認ハ當事者間ニ於テハ有效ナルヲ以テ未成年者ハ甲ニ對シ賣買契約上ノ責任ヲ負擔ス  
ヘキハ當然ナリ

追認ノ方法ハ前ニ取消ノ方法ニ付キ述ヘタル所ト全ク同一ナリ  
追認ハ何時ヨリ之ヲ爲スコトヲ得ルカ我民法ノ規定ニ依レハ追認ハ取消ノ原因タル情況ノ止ミ  
タル時ヨリ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(一一四條一項)是レ取消ノ原因タル情況カ尙ホ存在  
スル間ハ設令追認ヲ爲スモ其追認モ亦同一ノ瑕疵アルコトヲ免レサルニ至ルヘキヲ以テナリ但  
禁治産ニ付テハ既ニ其能力ヲ回復シタルノミナラス取消シ得ヘキ行為ヲ了知シタル時ヨリニ非  
サレハ追認ヲ爲スコトヲ得サルモノトス(一一四條二項)是レ禁治産者ハ通常喪心ノ常態ニ在ル  
モノナルヲ以テ其禁治産中ニ爲シタル行為ヲ知ラサル場合多キヲ以テナリ

右ノ如ク追認ハ取消ノ原因タル情況ノ止ミタル後又禁治産者ニ付テハ能力ヲ回復シ其行為ヲ了  
知シタル後ニ非サレハ事ヲ爲スコトヲ得サルモノトス而シテ若シ其時期以前ニ於テ之ヲ爲シタ  
ルトキハ其追認ハ全然無効ナリ(一一四條一項二項)

右ニ述フル所ハ専ラ無能力者又ハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者カ追認ヲ爲ス時期ニ關スルモ  
ノナリ併ナカラ夫又ハ法定代理人ハ追認ヲ爲ス場合ニ於テハ固ヨリ之ト異ナリ取消ノ原因タル  
情況カ尙ホ存スル場合ト雖モ有效ニ追認ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

追認ハ又一般ノ法律行為ノ如ク必シモ明示ニテ之ヲ爲スコトヲ要セス默示ニテ之ヲ爲スモ可ナ

0575

ルモノトス而シテ我民法ノ規定ニ依レハ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヨリ後取消シ得ヘキ行為ニ付  
キ左ノ事實アリタル法律ノ假定ニ依リ追認ヲ爲シタルモノト看做サルモノトス(一一二五條)

一 全部又ハ一部ノ履行

二 履行ノ請求

三 更改

四 擔保ノ供與

五 取消シ得ヘキ行為ニ因リテ取消シタル權利ノ全部又ハ一部ノ讓渡

六 強制執行

右六個ノ行為ノ如キハ取消權者カ追認ヲ爲ス意思ニ非サレハ通常之ヲ爲スモノニ非サルヲ以テ  
法律ハ其行為アリタルトキハ追認ヲ爲シタルモノト看做スモノトス然レトモ是レ法律上ノ推定  
ニシテ而モ其推定タルヤ所謂完全ナル推定ナルヲ以テ反證ヲ許スヘキモノニ非ス併ナカラ取消  
權者カ豫メ取消權ヲ拋棄スルニ非サル旨ノ意思ヲ表示シテ異論ヲ留メタルトキハ法律ハ前ニ述  
ヘタルカ如キ追認ノ推定ヲ爲ササルモノトス(一一二五條)

(ロ) 時効

取消權ハ取消權者ニ探ラテハ極メテ便利ナルヘシト雖モ相手方ハ甚タ不利益ナル地位ニアルモ  
ノト謂ハサルヘカラス當ニ相手方ノミナラス取消ノ效力ハ取消シ得ヘキ行為ヲ初ヨリ無効ナリ

シモノト爲スモノニシテ所謂物權的效力ヲ有シ第三者ニ對シテモ其效力ヲ生スルモノナルヲ以  
テ第三者ノ利害モ亦少ナカラス故ニ此取消權ヲ永久無制限ニ存在セシムルハ相手方及ヒ第三者  
ノ爲メ迷惑ト謂ハサルヲ得ス我民法ニ於テハ取消權ハ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヨリ五年又行為  
ノ時ヨリ二十年間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅スルモノトス(民一一二六條)

### 第六節 法律行為ノ附款

#### 第一款 總論

法律行為ノ附款トハ法律行為ノ要素ニ非サルモ其一部トシテ當事者カ之ニ附加セシメタル成分  
ヲ謂フモノトス故ニ法律行為ノ附款ハ所謂從タル法律行為ト同シカラス從タル行為ハ通常主タ  
ル行為ニ伴フモノニシテ之ニ附屬スルモノトス然レトモ從タル法律行為ナルモノハ主タル行  
爲ト離レテ一個ノ行為トシテ存在スルモノトス其結果主タル行為無効ナルトキハ從タル行為ハ  
其性質上無効ナルヘシト雖モ從タル行為ノ無効ハ必ス主タル行為ヲシテ無効ダラシムルモ  
ノニ非ス之ニ反シ法律行為ノ附款ハ法律行為ノ一部ナルヲ以テ法律行為ト運命ヲ共ニスヘキモ  
ノトス是レ二者ノ間大ニ異ナル所ナリ

法律行為ノ附款中其重ナルモノハ所謂條件及ヒ期限ナリ法律行為ノ附款ハ必スシモ之ニ限ルニ  
非ス然レトモ各種ノ法律行為ニ共通ナルモノハ此二個ノミ故ニ予輩ハ本節ニ於テ其條件及ヒ期

限ニ付テノミ研究セントス

### 第二款 條件

#### 第一項 條件ノ觀念

條件トハ法律行為ノ目的タル效力ノ發生又ハ消滅ヲ未來且不确定ナル事實ノ有無ニ繫ラシメテトスル法律行為ノ附款ナリ故ニ條件ニハ左ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス

(一) 條件ハ法律行為ノ附款ナルコト

法律行為ノ附款トハ從タル行為ヲ謂フニ非ス法律行為ノ一部ヲ謂フモノナルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ故ニ條件附法律行為ナルモノハ主タル行為ト條件ナル從タル行為トヨリ成立スルモノニ非ス條件附法律行為ト稱スル一個ノ行為ナリ

(二) 條件ハ法律行為ノ目的タル效力ノ發生又ハ消滅ニ關スルモノナルコト

條件附法律行為ノ場合ニ於テ條件ニ繫ルモノハ何ナリヤノ問題ニ付テハ學者間種種ナル議論アリ或ハ條件ハ當事者ノ意思ノ存在ニ關スルモノト爲スモノアリ又或學者ハ曰ク條件附法律行為ノ場合ニ於テ其行為ヲ爲スノ意思アリシヤ否ヤハ未來ニ於テ定マル即チ若シ條件カ後ニ成就シタルトキハ意思ヲ表示シタル當時ニ於テ意思アリシモノト見ルヘク之ニ反シ若シ條件カ成就セザルトキハ初ヨリ其意思ナカリシモノト謂フヘシト併ナカラ此等ノ說ハ正當ナラスト信ス予輩

ノ信スル所ニ依レハ條件附法律行為ノ場合ニ於テハ當事者ノ意思表示ハ法律上完全ニ成立シタルモノナリ從テ條件附法律行為ナルモノハ法律上種種ナル效力ヲ生スルモノナリ(一)二八條乃至一三〇條)唯條件附法律行為ノ場合ニ於テハ普通ノ法律行為ト異ナリ停止條件ノ場合ニ於テハ條件成就ノ時マテ其目的タル效力ヲ發生セザルコトアルニ過キササルノミ故ニ予輩ハ條件ハ法律行為ノ目的タル效力ノ發生又ハ消滅ニ關スルモノト信ス

(三) 條件ハ法律行為ノ目的タル效力ノ發生又ハ消滅ヲ未來且不确定ノ事實ノ有無ニ繫ラシムルモノナルコト

條件ナル語ハ學者ニ依リ其意味ヲ異ニス予輩ハ條件ヲ以テ法律行為ノ附款ト爲スモ學者或ハ法律行為ノ目的タル效力ノ發生又ハ消滅ヲ繫ラシムル不確定ノ事實其自身ヲ以テ條件ト謂フモノアリ併ナカラ是レ決シテ條件ノ性質ニ關シ意見異ナルト謂フニアラス唯其用語ヲ異ニスルニ過キササルノミ少シク諸君ノ注意ヲ煩ハス

條件ノ場合ニ於ケル事實カ不確定ノモノタルコトヲ要スルハ何人モ爭ハサル所ナリ然レトモ其不確定ト謂フハ所謂客觀的不確定タルコトヲ要スルカ或ハ又主觀的不確定ナレハ可ナルカニ付テハ學說及ヒ立法例ニ於テ頗ル議論ノ存スル所タリ而シテ我民法ハ右二個ノ學說中孰レヲ採用シタルカ明カナラス多クノ解釋者ハ第一三一條ノ規定ニ依リ後說ヲ採用シタルモノト爲ス然レトモ予輩ハ我民法ハ前說ヲ採用シタルモノトスルヲ正當ナリト信ス

0577

學者或ハ曰ク客觀的不確定ト謂ヘハ必ス未來ノ事實ニ限ル故ニ條件ノ場合ニ於ケル事實ハ客觀的不確定ト謂ヘハ足ル特ニ未來且不确定ト謂フノ必要ナシト非ナリ今日ノ學術ノ程度ニ於テハ未來ノ事實ニ非スシテ客觀的不確定ナルモノアリ例ヘハ胎内子カ男性ナルカ女性ナルカ今日ノ醫學上之ヲ知ルコト能ハサルカ如シ是レ予輩ハ條件ノ場合ニ於ケル事實カ單ニ客觀的不確定タルコトヲ要スト謂ハス未來且不确定タルコトヲ要スト謂フ所以ナリ

### 第二項 條件ノ種類

(一) 停止條件 解除條件  
停止條件トハ條件ノ成就ニ因リ法律行為ノ目的タル效力ヲ發生セシムル場合ヲ言フ例ヘハ甲カ乙ニ對シ予カ本年ノ試験ニ及第七ハ予ハ汝ニ金千圓ヲ與フヘシト約スル場合ノ如シ此場合ニ於テ條件附法律行為ノ目的タル債權債務ノ關係ハ條件成就ノ時マテ其發生ヲ停止セララルモノナリ解除條件トハ法律行為ノ目的タル效力ハ法律行為ヲ爲スト同時ニ發生スルモ條件成就ニ因リテ其發生シタル效力カ消滅スル場合ヲ言フ例ヘハ甲カ旅行スルニ當リ乙ニ對シ家屋ヲ貸渡シ若シ甲カ歸宅セハ其家屋ヲ返還スヘシト約シタルカ如キ場合ノ如シ

(二) 未必條件 既定條件  
未必條件トハ條件附法律行為ヲ爲ス當時ニ於テ條件ノ事實カ發生シ又ハ發生セザルコトカ未タ確定セザル場合ヲ言フ例ヘハ明日雨降ラハ予ハ宴會ニ出席スルコトヲ見合ハスヘシト言フカ如シ又既定條件トハ法律行為ノ事實カ發生シ又ハ發生セザルコトカ既ニ確定スルモ當事者カ未タ之ヲ知ラサル場合ヲ言フ例ヘハ日本海ノ戰爭ニ於テ若シ日本カ勝チシナラハ予ハ汝ニ金千圓ヲ與フヘシト言フカ如シ(一一二條)

(三) 適法條件 不法條件  
不法條件トハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項若クハ強行法ノ規定ニ背キタル事項ヲ條件ノ事件ト爲シタル場合ヲ言フ例ヘハ汝人ヲ殺サハ予ハ汝ニ金千圓ヲ與フヘシト言フカ如シ(一三二條)而シテ此不法條件ニ非サズモノハ皆悉ク適法條件ナリ

(四) 可能條件 不能條件  
不能條件トハ到底成就スルコト能ハサル條件ヲ言フ例ヘハ汝若シ富士山ヲ挾ミテ日本海ヲ起ヘタラハ予ハ汝ニ金千圓ヲ與フヘシト言フ場合ノ如シ(一三三條)而シテ此不能條件ニ非サルモノハ皆悉ク可能條件ナリ

不能條件ノ場合ニ於ケル不能タルヤ所謂關係の不能ヲ言フモノニ非スシテ絕對の不能ヲ言フモノナリ

又此不能ハ法律行為當時ニ不能タルコトヲ要ス其他此不能ナルモノハ自然ノ理由ニ基クト法律上ノ理由ニ基クト問ハサルナリ

(五) 隨意條件 偶成條件

隨意條件トハ條件ノ成就又ハ不成就カ全ク當事者ノ隨意ナルモノヲ言フ而シテ此隨意條件ノ内ニハ單ニ當事者ノ意思ノミニ依リテ成就スルコトヲ得ルモノト當事者ノ意思ノ外ニ尙ホ他ノ事實カ加ハルニ非サレハ成就スルコト能ハサルモノトアリ例ヘハ汝若シ欲スルナラハ金千圓ヲ與フヘシト言フトキハ條件ハ當事者ノ意思ノミニ依リテ成就スルコトヲ得ルニ反シ汝若シ洋行セハ金千圓ヲ與フヘシト言フトキハ當事者ノ意思ノミニテハ成就スルコトヲ得サルカ如シ又偶成條件トハ之ト反對ニ條件ノ成就又ハ不成就カ當事者ノ意思ニ全ク關係ナキ場合ヲ言フ例ヘハ明日雨降ラハ予ハ宴會ニ出席ヲ見合ハスヘシト言フカ如シ而シテ條件ノ内ニハ右二種孰レモニ屬セサルモノアリ即チ條件ノ成就カ一部ハ當事者ノ意思ニ因リ一部ハ其他ノ事實ニ因ル場合アリ例ヘハ汝某女ト婚姻セハ予ハ汝ニ金千圓ヲ與フヘシト言フカ如シ此場合ヲ稱シテ學者或ハ混合條件ト言フ

(六) 積極條件 消極條件

積極條件トハ或事實ノ發生ヲ條件ノ事實ト爲シタル場合ヲ言フ例ヘハ汝若シ洋行セハ予ハ汝ニ金千圓ヲ與フヘシト言フカ如シ又消極條件トハ或事實ノ發生セサルコトヲ條件ノ事實ト爲シタル場合ヲ言フ例ヘハ汝若シ洋行セサレハ予ハ汝ニ金千圓ヲ與フヘシト言フカ如シ而シテ此積極條件消極條件ヲ學者或ハ稱シテ有的條件無的條件トモ言フ

第三項 條件ノ效力

法律行為ハ如何ナル種類ノモノト雖モ一般ニ條件ヲ附スルコトヲ得ルヲ原則トス然レトモ例外トシテ條件ヲ附スルコトヲ得サル法律行為ナキニ非ス例ヘハ婚姻養子縁組私生子ノ認知等ノ如シ  
法律行為ニ條件ヲ附シタルトキハ其效力ニ付キ二個ノ情態ヲ區別スルコトヲ得ヘシ條件ノ成否未定中ノ情態ト條件成否未定中ノ情態ト即チ是ナリ

(一) 條件ノ成否未定中ノ情態

(甲) 停止條件ノ場合  
既ニ述ヘタル如ク停止條件ノ場合ニ於テハ法律行為ノ目的タル效力ノ發生ハ條件成否ノ時マテ停止セラルルモノトス然レトモ其停止條件附法律行為ナルモノハ法律上何等ノ效力ナキモノニ非ス一種ノ效力ヲ生スルモノトス此停止條件附法律行為ノ條件ノ成否未定中ニ有スル效力ヲ稱シテ或ハ條件附權利義務ト言フ尙ホ民法ノ規定ニ依リ此條件附權利義務ヲ説明スレハ左ノ如シ

(イ) 條件附法律行為ノ各當事者ハ條件ノ成否未定ノ間ニ於テ條件ノ成就ニ因リ其行為ヨリ生スヘキ相手方ノ利益ヲ害スルコトヲ得ス(一一八條)

(ロ) 條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル當事者ノ權利義務ハ一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ處分相續保存又ハ擔保スルコトヲ得(一一九條)

(ハ) 條件ノ成就ニ因リテ不利益ヲ受クヘキ當事者カ故意ニ其條件ノ成就ヲ妨ケタルトキハ相手方ハ其條件ヲ成就シタルモノト看做スコトヲ得(一二〇條)

(乙) 解除條件ノ場合

解除條件附法律行為ノ場合ニ於テハ法律行為ノ目的タル效力ノ發生ヲ停止スルモノニ非サルヲ以テ其效力ハ法律行為ヲ爲スト同時ニ發生ス故ニ此點ヨリ見ルトキハ停止條件ノ場合ト異ナルコト明カナリ併ナカラ解除條件ナルモノハ法律行為ノ目的タル效力ノ消滅ヲ停止スルモノナリ而シテ其效力ノ消滅ニ因リ權利ヲ得義務ヲ負擔スルモノハ停止條件附ニテ權利ヲ得義務ヲ負擔スルト其情態同一ナリ故ニ此點ヨリ見ルトキハ解除條件ノ場合ニ於ケル情態ハ停止條件ノ場合ニ於ケルト異ナル所ナシ從テ前ニ停止條件ノ場合ニ於テ述ヘタル所謂條件附權利義務ノ理論ハ全然之ヲ解除條件ノ場合ニ應用スルコトヲ得ルモノトス(一二八條乃至一二三〇條)

(二) 條件成就後ノ情態

既ニ述ヘタル如ク停止條件カ成就スルトキハ法律行為ノ目的タル效力發生シ解除條件カ成就スルトキハ法律行為ノ目的タル效力消滅スルモノトス然レトモ其法律行為ノ目的タル效力ノ發生又ハ消滅ハ何時ヨリカ法律行為當時ヨリカ或ハ又條件成就ノ時ヨリカ換言スレハ條件成就ノ效カハ所謂遲及效ヲ有スルヤ否ヤ此ニ一ノ研究スヘキ問題ナリ條件カ成就シタルトキハ所謂遲及效ヲ存スルヤ否ヤハ學說及ヒ立法例ニ於テ大ニ議論ノ存スル所タリ我舊民法ノ如キハ條件成就ニ對シ遲及效ヲ認メタルモノノ如シ(財四〇九條又彼ノ「デルンブルグ」氏ノ如キモ條件成就ノ效力ハ其性質上既往ニ遡ルモノト爲スカ如シ之ニ反シ「キンドシャイド」氏ハ條件成就ノ效力カ既往ニ遡ルヤ否ヤノ問題ハ當事者ノ意思ニ依リテ定マルモノト爲スモノノ如シ即チ當事者カ條件成就ニ對シ遲及效ヲ希望シタルトキハ條件ノ成就ハ遲及效ヲ有スルニ至ルヘク反對ノ場合ニ於テハ其效力ヲ有セサルモノト爲ス右二個ノ學說中孰レカ正當ナルカハ一個ノ問題ナルヘシ併ナカラ予ハ後説ヲ可ナリト信ス

我新民法ニ於テハ條件成就ノ效力ハ原則トシテ遲及效ヲ有セズ即チ停止條件附法律行為ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ生シ解除條件附法律行為ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ失フモノトス但當事者カ條件ノ成就ノ效力ニ對シ明示又ハ默示ノ方法ニ依リ遲及效ヲ附スル意思ヲ表示シタルトキハ例外トシテ其意思ニ從フモノトス(一二七條)故ニ我新民法ハ大體ニ於テ前ニ述ヘタル「キンドシャイド」氏ノ説ヲ採用シタルモノト言フコトヲ得ヘシ

第四項 特種ノ條件

(一) 既定條件

既定條件トハ前ニモ述ヘタル如ク法律行為ノ當時條件ノ事實力發生シ又ハ發生セザルコト既に確定セル場合ヲ言フモノトス而シテ此既定條件ノ場合ニ於テモ當事者カ條件ノ成就又ハ不成就ヲ知ラサル間ハ普通ノ未必條件ト同一ノ效力ヲ生スルモノトス(一一一條三項一二八條一二九條)併ナカラ若シ當事者カ法律行為ノ當時既に其條件ノ成就又ハ不成就ヲ知リタルトキハ此ノ如キ效力ヲ生スルモノニ非ス而シテ我民法ノ規定ニ依レハ條件カ法律行為ノ當時既に成就シ且當事者モ其事實ヲ知リタル場合ニ於テハ其條件カ停止條件ナルトキハ其法律行為ハ無條件トシ解除條件ナルトキハ無効トス(一一一條一項)又條件ノ不成就カ法律行為ノ當時既に確定シ且當事者モ其事實ヲ知リタル場合ニ於テハ其條件カ停止條件ナルトキハ其法律行為ハ無効トシ解除條件ナルトキハ無條件トス(一一一條二項)

(二) 不法條件

法律行為ニ不法ノ條件ヲ附シタル場合ニ於テハ法律行為其者カ不法ナルモノト言フコトヲ得ヘク從テ法律行為全部無効タルモノトス而シテ不法行為ヲ爲ササルヲ以テ條件ト爲シタル場合モ一個ノ不法條件ト言フヘキモノニシテ此場合ニ於テモ亦法律行為ハ全部無効タルモノトス(一一二條)

(三) 不能條件

法律行為ニ不能條件ヲ附シタルトキハ其法律行為カ無効ナルヤ否ヤハ一個ノ問題ナルヘシ併ナカラ我民法ニ於テハ停止條件ト解除條件トヲ區別シ不能ノ停止條件ヲ附シタル法律行為ハ之ヲ無効ト爲スモ不能ノ解除條件ヲ附シタル法律行為ハ之ヲ無條件トセリ(一一三條)

(四) 隨意條件

隨意條件ニハ當事者ノ意思ノミニ係ルモノト其意思以外ノ事實ニ係ルモノトノ別アリ又當事者ノ意思ノミニ係ル場合ニ於テモ債權者ノ意思ノミニ係ル場合ト債務者ノ意思ノミニ係ル場合トノ別アリ而シテ條件カ債務者ノ意思ノミニ係ル場合ニ於テ其條件附法律行為カ有效ナリヤ否ヤニ付キ種種ノ見解アリ我民法ハ二個ノ場合ヲ區別シ停止條件附法律行為ハ之ヲ無効トシ解除條件附法律行為ハ之ヲ有效ト爲ス(一一四條)而シテ其停止條件附法律行為ヲ無効ト爲スハ債務者ハ其行為ニ因リ何等ノ拘束ヲ受ケサルカ爲メナルヘシ併ナカラ「キンドシヤイド」氏ト異ナリ解除條件附法律行為ヲ無効トシタルハ此場合ニ於テハ法律行為ノ目的タル效力ハ既に發生シタルモノナルヲ以テ之ヲ特ニ無効トスル必要ナシト爲シタルカ爲メナルヘシト信ス

第三款 期限

第一項 期限ノ觀念

期限トハ法律行為ノ目的タル效力ノ實行又ハ消滅ヲ確實ナル將來ノ事實ノ發生ニ繋ラシメントスル法律行為ノ附款ヲ言フ故ニ期限ハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

(一) 期限ハ法律行為ノ附款ナルコト

期限ハ猶ホ條件ノ如ク法律行為ノ附款ナリ然レトモ一個ノ從タル行為ニ非ス期限附法律行為ト稱スル單一ナル法律行為ノ一部ヲ組織スル元素タルニ過キサルナリ

(二) 期限ハ法律行為ノ目的タル効力ノ實行又ハ消滅ニ關スルモノナルコト

期限ナルモノハ法律行為ノ効力ノ發生ヲ停止スルモノニ非ス唯其効力ノ實行ヲ停止スルニ過キサルノミ是レ條件ト大ニ異ナル所ナリ即チ停止條件附法律行為ノ場合ニ於テハ條件カ成就スルマテハ其法律行為ノ目的タル効力ノ發生ヲ停止スルモノナリ之ニ反シ期限附法律行為ノ場合ニ於テハ期限ノ到來前既ニ其法律行為ノ目的タル効力ヲ生スルモノニシテ唯其實行ヲ停止セラルルニ過キス

(三) 期限ハ法律行為ノ目的タル効力ノ實行又ハ消滅ヲ確實ナル未來ノ事實ニ繫カラシムルモノナルコト

條件ノ場合ニ於ケル事實ハ未來且不确定ナルコトヲ要スルハ既ニ述ヘタルカ如シ然ルニ期限ノ場合ニ於ケル事實ハ必ス確實ナル未來ノモノタルコトヲ要ス是レ二者ノ間ニ於ケル大ナル差異ナリ

曩ニ條件ノ場合ニ於テ述ヘタル如ク期限ノ場合ニ於テモ亦此期限ナル語ノ用例ヲ異ニスルモノアリ即チ予費ハ期限ヲ以テ法律行為ノ附款トナスニ拘ハラズ或學者ハ又右ニ述フル未來且確定スシテ專口其用語ヲ異ニスルニ過キサルナリ

### 第二項 期限ノ種類

(一) 始期 終期

始期トハ其到來ニ因リテ法律行為ノ目的タル効力ヲ實行スルコトヲ得ルモノヲ言フ(一三五條一項)例ヘハ甲カ乙ヨリ金員ヲ借受ケ其返済期限ヲ今年十月一日ト定メタル場合ノ如シ又終期トハ其到來ニ因リテ法律行為ノ目的タル効力ノ消滅スルモノヲ言フ例ヘハ甲カ乙ニ對シ乙ノ死亡スルマテ年金千圓ヲ與フヘシト約スルカ如シ(一三五條二項)

(二) 確定期限 不確定期限

確定期限トハ管ニ其到來ノミナラス其到來スヘキ時カ豫メ確定スルモノヲ言フ例ヘハ債務ノ辨濟期限ヲ今年十月一日ト定メタル場合ノ如シ(四一二條一項)又不確定期限トハ其到來スヘキコトハ確定スルモ其到來スヘキ時カ不確定ナルモノヲ言フ例ヘハ甲カ乙ニ對シ丙ノ死亡ノ時ニ債務ヲ履行スルコトヲ約シタル如シ(四一二條二項)

### 第三項 期限ノ効力

前ニモ述ヘタル如ク期限ハ法律行為ニ附加セラルルモノトス而シテ法律行為ハ如何ナル種類ノモノト雖モ一般ニ期限ヲ附スルコトヲ得ルヲ原則トス然レトモ例外トシテ期限ヲ附スルコトヲ得サル法律行為ナキニ非ス例ヘハ婚姻養子縁組ト言フカ如キ前ニ條件ヲ附スルコトヲ得サル行為トシテ舉ケタルモノハ又期限ヲ附スルコトヲ得サルナリ

法律行為ニ期限ヲ附シタルトキハ其效力ハ如何此問題ニ付テハ始期附ノ場合ト終期附ノ場合トニ依リ異ナリ始期附法律行為ノ場合ニ於テハ停止條件附法律行為ト異ナリ其目的タル效力ハ期限到來前ト雖モ既ニ發生スルモノナリ唯單純ナル法律行為ノ場合ト異ナリ其履行ヲ請求スルコトヲ得サルノミ而シテ期限到來シタルトキハ始メテ其履行ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス(一三五條一項)又終期附法律行為ノ場合ニ於テモ亦法律行為ノ目的タル效力ハ其行為ト同時ニ發生スルモノナリ而シテ期限到來シタルトキハ其效力消滅スルモノトス(一三五條二項)此終期附法律行為ハ解除條件附法律行為ト其效力相似タル所アリ然レトモ二者ノ間ニ異ナル所ハ解除條件ノ場合ニ於テハ法律行為ノ目的タル效力ノ消滅カ不確定ナルニ拘ハラズ終期ノ場合ニ於テハ其效力ノ消滅カ確定セサルニ在ルナリ

期限ハ債務者ノ利益ノ爲メニ定ムル場合アリ債權者ノ利益ノ爲メニ定ムル場合アリ而シテ或特  
定ノ場合ニ於テ期限ノ何人ノ爲メニ定メタルカハ當事者ノ意思表示又ハ法律行為ノ性質其他ノ事情ニ依リテ決スルコトヲ得ヘシ然レトモ時トシテ期限カ何人ノ利益ノ爲メニ定メタルカ明

カナララル場合アリ此ノ如キ場合ニ於テ法律ハ債務者ノ利益ノ爲メニ定メタルモノト推定スルモノトス(一三六條一項)

期限ハ何人ノ利益ノ爲メニ之ヲ定メタル場合ナルヲ問ハス受益者ハ期限ノ利益ヲ拋棄スルコトヲ得ルモノトス例ヘハ債務者カ期限ノ到來前ニ其債務ノ履行ヲ爲ス場合ノ如シ併ナカラ期限ノ利益ヲ拋棄スルカ爲メ相手方ノ利益ヲ害スルコトヲ得ス故ニ例ヘハ甲カ乙ヨリ利息附ニテ金員ヲ借受ケタル場合ニ於テ債務者ノ利益ノ爲メ返済期ヲ定メタルトキハ債務者ハ其期限前何時ニテモ返金スルコトヲ得ヘシト雖モ之カ爲メニ債權者ノ利益ヲ害スルコトヲ得ス即チ債權者カ利息ヲ得ル目的ヲ以テ貸借ヲ爲シタル場合ニ於テハ債務者ハ債權者ニ對シ期限到來マテノ利息ヲ支拂ハサルヘカラサルナリ(一三六條二項)

右ノ如ク期限ノ利益ハ債權者タルト債務者タルトヲ問ハス各受益者ニ於テ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルモノトス而シテ我民法上債務者ニ付テハ尙ホ其他自己ノ意思ニ反シテ期限ノ利益ヲ喪失スル場合アリ(一三七條)

- (イ) 債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキ
- (ロ) 債務者カ擔保ヲ毀滅シ又ハ之ヲ減少シタルトキ
- (ハ) 債務者カ擔保ヲ供スル義務ヲ負フ場合ニ於テ之ヲ供セザルトキ



### 第三章 期間

期間ハ年、月、週、日、時等ヲ以テ定ムルコトヲ得而シテ之ヲ定ムル方法ニ二種アリ即チハ特定ノ日時ヲ指示シテ期間ヲ定ムルコトヲ得ヘク或ハ一定ノ起算點ヨリ期間經過滿了ノ爲メ要スル所ノ時間ヲ指示シテ其期間ヲ定ムルコトヲ得ヘシ例ヘハ明治四十年一月一日ヨリ同年五月二十日マテニ債務ヲ履行スルコトヲ要スト言フカ如ク或ハ人ノ出生後滿二十年經過スルトキハ成年ニ達スト言フ如シ

期間ヲ計算スルニ付キ法令裁判上ノ命令又ハ法律行為ニ於テ特ニ規定スル場合ニ於テハ其特別ノ規定ニ依リテ期間ヲ計算スヘキモノトス併ナカラ若シ此ノ如キ別段ノ定メナキトキハ期間ノ計算法ニ付キ種種ナル問題ヲ生ス民法ハ此場合ニ關シ適用スヘキ期間計算法ヲ定メタリ(二三八條)

期間ヲ計算スルニ二個ノ方法アリ一ヲ曆法の計算法 (computatio calends) ト言ヒ他ヲ自然的計算法 (Computatio naturalis) ト言フ曆法の計算法トハ曆日一日ヲ單位トシテ曆ニ從ヒ期間ヲ計算スル方法ヲ言ヒ自然的計算法トハ期間ヲ計算スルニ當リ曆日一日ヲ尙ホ細分シ即時ヨリ之ヲ起算スル方法ヲ言フ故ニ曆法の計算法ニ於テ一日ト稱スルハ常ニ午前零時ヨリ午後十二時マテヲ言ヒ自然的計算法ニ於テ一日ト稱スルハ即時ヨリ起算シテ二十四時間ヲ一日ト言フ

曆法の計算法ト自然的計算法トハ各利害得失アリ我民法ノ規定ニ依レハ原則トシテ曆法の計算法ニ依リテ期間ヲ計算スヘキモノトス即チ我民法上期間ヲ定ムルニ日、週、月、又ハ年ヲ以テシタルトキハ常ニ曆法の計算法ニ依リテ期間ヲ計算スヘキモノナリ只例外トシテ期間ヲ定ムルニ時ヲ以テシタル場合ハ自然的計算法ニ依ルヘキモノトス(二三九條)

既ニ述ヘタル如ク曆法の計算法ハ曆日一日ヲ單位トシ自然的計算法ノ如ク更ニ之ヲ細別スルモノニ非ス故ニ若シ其期間カ期間ノ中間例ヘハ午前八時若クハ午後四時ト言フカ如キ時ヨリ始マルモノトシタルトキハ其初日ヲ算入スヘキヤ否ヤノ問題ヲ生ス即チ期間ノ初日ハ二十四時間ニ充タサルニ拘ハラズ之ヲ一日トシテ計算スヘキカ或ハ其初日ヲ算入セス翌日ヨリ之ヲ計算スヘキカ立法上一個ノ問題タルヘシ併ナカラ我民法ニ於テハ期間ヲ定ムルニ日、週、月、又ハ年ヲ以テシタルトキハ其初日ノ初日ヲ算入セサルヲ以テ原則トス只其期間カ午前零時ヨリ始マルトキハ例外トシテ其初日ヲ算入スルモノトス(一四〇條)

期間ノ起算點ト反對ニ其滿了スル時ハ如何期間ノ末日ノ始ナルカ終ナルカ我民法ハ明カニ期間ヲ定ムルニ日、週、月、又ハ年ヲ以テ定メタルトキハ期間ノ末日ノ終了ヲ以テ期間ノ滿了トスル旨ヲ規定シタリ(一四一條)

期間ノ滿期日ニ付キ尙ホ一個説明ヲ要スルコトアリ即チ期間ノ末日カ大祭日、日曜日、其他ノ休日ニ當タリ其日ニ取引ヲ爲ササル慣習アル場合はナリ我民法ニ於テハ此ノ如キ場合ニ於テハ期間

0584

ハ末日ノ翌日ノ終予ヲ以テ滿了スル旨ヲ規定シタリ(一四二條)  
 終ニ臨ミ曆法の計算法ノ場合ニ於ケル期間ノ計算法ニ付キ一言スル所アラントス期間ヲ定ムル  
 ニ週月又ハ年ヲ以テシタルトキハ如何ニ之ヲ計算スヘキカ例ヘハ或週ノ水曜日ニ以テ一週内  
 ニ債務ヲ履行スルコトヲ約束シタルトキハ其期間ハ次週ノ土曜日ヲ以テ滿了スルモノナリヤ否  
 ヤノ疑アリ又期間ヲ定ムルニ月又ハ年ヲ以テシタルトキハ其期間ハ三十日又ハ三百六十五日ヲ  
 以テ滿了スヘキモノナリヤ否ヤノ疑アリ併ナカラ我民法ニ於テハ期間ヲ定ムルニ週月又ハ年ヲ  
 以テシタルトキハ常ニ曆ニ從ヒ之ヲ計算スヘキモノトス(一四三條一項)而シテ此曆ニ從テ計算  
 スル場合ニ於テ期間カ週月又ハ年ノ初ヨリ計算スヘキモノナルトキハ其計算ハ極メテ容易ナリ  
 併ナカラ之ト反對ニ期間カ週月又ハ年ノ中途ヨリ始マル場合ニ於テ曆ニ從ヒ計算スルニハ如何  
 ニスヘキカノ疑ヲ生ス故ニ此點ニ付テハ我民法ハ特別ノ明文ヲ設ケタリ即チ週月又ハ年ノ始ヨ  
 リ期間ヲ起算セサルトキハ其期間ハ最後ノ週月又ハ年ニ於テ其起算日ニ應當スル日ノ前日ヲ以  
 テ滿了スルモノトス(一四三條二項)但月ニハ三十日ナルモノアリ三十一日ナルモノアリ或ハ又  
 メタル場合ニ於テハ其起算日ニ應當スヘキ日カ存在セサル場合アリ斯ク如キ場合ニ於テハ最後  
 ノ月ノ末日ヲ以テ滿期日ト爲スモノトス(一四三條二項)

第四章 時效

第一節 總論

第一款 時效ノ觀念及ヒ種類

我民法ニ於テ時效ト稱スルハ時ノ經過ニ因ル私權ノ取得又ハ消滅ノ方法ヲ言フモノトス我舊民  
 法ニ於テハ時效ヲ以テ法律上ノ推定ト爲シタルモ此ノ如キハ新民法ノ採ル所ニ非サルナリ  
 民法ニ於テ時效ノ制度ヲ設ケ時ノ經過ニ因リ或ハ權利ヲ取得シ或ハ之ヲ喪失セシムルハ公益ノ  
 理由ニ基クモノナリ然ルニ學者或ハ時效ノ制度ヲ必要ナラスト爲スモノアレトモ予輩ハ此制度  
 タルヤ正當ノ理由アルモノト信ス元來或事實上ノ狀態カ何事ノ障害ナクシテ永ク繼續スルトキ  
 ハ其狀態ハ通常適法ナルモノトス即チ例ヘハ或人カ何等ノ障害ナクシテ權利ヲ行使スルトキ  
 キハ事實其人カ權利者ニシテ其權利ヲ行使セサルトキハ權利者ニ非サルヲ適例トス何トナレハ  
 若シ其權利ヲ行使スル者ニシテ事實權利者ニ非サルトキハ眞ノ權利者ハ其權利行使ニ對シ早晚  
 故障ヲ申立ツヘク又事實權利ヲ有スルモノカ永ク繼續シテ權利ヲ行使スルモノアラハ之  
 常有り得ヘカラサルコトナレハナリ故ニ何等ノ障害ナク永續シテ權利ヲ行使スルモノアラハ之  
 ヲ權利者ニ非スト爲サハ通常ノ場合ニ於テハ眞ノ事實ト符合スルモノトス加之時ノ永ク經過  
 シタル後ニ於テ眞正ノ法律關係ヲ確定セントスルハ容易ノ業ニ非ス權利ノ得喪ニ關スル證據ハ

時ノ經過ト其ニ消滅スルモノトス故ニ若シ時ノ永ク經過シタル後或人カ權利者ナリヤ否ヤヲ確定セント欲セハ或ハ眞ノ權利者ナルニ拘ハラス既ニ其證據ヲ紛失セシメタル爲メカ立證ヲ爲スコトヲ得サル場合アルヘク或ハ眞ノ權利者ニ非サルニ拘ハラス古證文其他ノ證據ノ偶然自己レノ手中ニ存在スルヲ奇貨トシ相手方カ既ニ證據ヲ失ヒタルニ乘シ自ラ權利者ナリト主張シ遂ニ勝ヲ制スルカ如キ場合ナシトセス以上ノ如キ有様ナルヲ以テ法律ニ於テ一定ノ時間何等ノ故障ナクシテ權利ヲ行使スルモノハ其曾テ其權利者ナリヤ否ヤヲ問ハス之ヲ權利者トシ之ニ反シ權利ヲ行使セサルトキハ之ヲ權利者ニ非ストスルハ正當ノ理由アルモノト謂ハサルヲ得ヌ無論此ノ如ク一般ニ時ノ經過ニ因リ或ハ權利ヲ取得シ或ハ權利消滅スルモノト爲サハ或特別ノ場合ニ於テハ眞ノ權利者ニ非サルモノカ權利ヲ得又眞ノ權利者タルモノカ其權利ヲ喪失スル場合アルヘシ併ナカラ其權利者ニ非サル者カ權利ヲ取得スル場合ハ暫クオキ權利者タルモノカ權利ヲ失フ場合ト雖モ其權利者ニ對シ酷ニ失スルモノト謂フコトヲ得ヌ何トナレハ權利者ニシテ時効ニ因リ權利ノ消滅スルコトヲ防カント欲セハ權利ノ行使ニ因リ其時効ヲ中斷スル方法アルニ拘ハラス之ヲ爲ササルハ其怠慢ノ結果權利ヲ喪失スルニ至リタルモノト謂フコトヲ得ヘケレハナリ

時効ハ所謂豫定期間(Prelative Befristung)ト區別スルコトヲ要ス時効ノ場合ニ於テハ時ノ經過ニ因リ權利ヲ取得シ又ハ消滅スルモノナリ之ニ反シ豫定期間ノ場合ニ於テハ一定ノ期間經過シタル時ニ權利消滅スルモ其消滅タルキ時ノ經過ニ因ルモノニ非ス法律ニ於テ其權利ノ消滅スヘキ時期ヲ豫定シタルモノニ過キスシテ例ヘハ代理權ヲ有セサルモノカ他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタル場合ニ於テ相手方カ本人ニ對シ一定ノ期間ヲ定メ其期間内ニ追認ヲ爲スヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ催告シタルトキハ本人カ其期間ヲ經過シタルトキハ契約ヲ追認スル權利ヲ喪失スルカ如シ

時効ハ之ヲ取得時効ト消滅時効トノ二種ニ區別スルコトヲ得而シテ取得時効トハ時ノ經過ニ因ル權利取得ノ方法ヲ言フモノニシテ消滅時効トハ時ノ經過ニ因ル權利消滅ノ方法ヲ言フモノナリ此他學者或ハ又時効ヲ長期時効短期時効ノ二種ニ區別スルモノアリ此區別ハ其經過スル時ノ長短ニ基クモノナリ

## 第二款 時効ノ制度ノ沿革

羅馬ニ於テハ時効ニ關スル一般ノ規定ナク取得時効ト消滅時効トニ付キ各別ノ規定存在シタルカ如シ加之羅馬ニ於テハ全ク其制度ノ性質ヲ異ニスルモノト爲シタルニアルカ如シ其後日耳曼法學者(Geneuchshale Doctoren)ハ右二個ノ制度ヲ時効ト稱スル一個ノ觀念ノ下ニ併合シ取得時効ト消滅時効トハ其時効中ノ一種類ニ過キサルモノト爲スニ至リタリ日耳曼法學ノ行ハルル時代ニ制定セラレタル法律ニハ其學說ノ影響ヲ受ケ時効ニ關スル一般ノ規定ヲ設ケタルモノ

アリ例ハ普國民法(千七百九十四年)伊國民法(千八百四年)及埃國民法(千八百十一年)等ノ如シ此等ノ法律ニ於テハ取得時効ト消滅時効トハ羅馬法ノ如ク之ヲ別個ノモノトシテ規定セシメテ時効ナル一個ノ制度ノ下ニ之ヲ規定セリ

近來獨逸ニ於テハ所謂日耳曼法學者ノ說ニ反對ナル學說ヲ生スルニ至リタリ是ニ於テカ獨逸新民法ノ如キハ此學說ニ倣ヒ取得時効ト消滅時効トヲ各別ニ規定スルニ至リタリ即チ消滅時効(Verjährung)ハ之ヲ總則編ニ規定シ取得時効(Erwerbung)ハ之ヲ物權編ニ規定シタリ

我國ニ於ケル時効制度ニ關スル立法ノ沿革ヲ見ルニ明治六年第三六二號布告出訴期間規則ナルモノアリ此規則タルヤ所謂消滅時効ニ關スル法律ト見ルコトヲ得ヘシ故ニ當時我國ニ於テハ消滅ニ關スル規定ノミアリテ取得時効ニ關スル規定ナカリシカ如シ後舊民法ノ制定セラルルニ當リテヤ佛民法等ノ例ニ倣ヒ證據編ニ於テ取得時効ト消滅時効トヲ併合シ之ヲ時効ナル一個ノ制度ノ下ニ規定シタリ我新民法ニ於テモ亦總則編ニ於テ時効ニ關スル一般ノ規定ヲ設ケ取得時効ト消滅時効トハ其時効ノ一種類トシテ之ヲ規定シタリ

### 第三款 時効ノ效力

既ニ述ヘタル如ク我民法ニ於テハ時効ニ關スル規定ヲ總則編ニ設ケタリ併ナカラ之ヲ以テ各種ノ私權ハ皆一様ニ時効ニ關スル規定ノ適用ヲ受クルトノ趣旨ニ非ス民法ノ規定ニ依リテ之ヲ推

測スルニ時効ノ適用ヲ受クヘキ權利ハ私權中原則トシテ財產權ニ限ルモノト爲スカ如シ親權編又ハ相続編ニ規定スル所ノ權利ニシテ時効ノ適用ヲ受クヘキモノナキニアラス(七五九條三項、九六六條、一〇二二條二項)

時効ノ效力ハ曩ニ其觀念ヲ說明スルニ當タリ述ヘタル所ニ依リ之ヲ推測スルコトヲ得ヘシ即チ新民法上時効ノ效力ハ權利ノ取得又ハ消滅ニ在ルモノトス詳言スレハ取得時効ノ效力ハ權利取得ニ在リ又消滅時効ノ效力ハ權利消滅ニ在ルヘシ

我新民法上時効ノ效力ハ何時ヨリ發生スルモノナルカ元來我民法ニ於テハ時効ヲ以テ時ノ經過ニ因ル權利ノ取得又ハ其消滅ノ方法ト爲ヌヲ以テ時効ノ效力ハ其時ノ經過シタル時ヨリ發生スルモノト爲スヘキハ理論上當然ナルヘシ併ナカラ立法上ヨリ之ヲ考フルニ時効ノ期間ノ經過後ニ權利ヲ取得シ又ハ權利消滅スルモノトスルトキハ其期間滿了前ニ於テハ時効ニ因リテ利益ヲ受クヘキ者カ權利者ニ非ス又ハ義務者ト爲ルヘキヲ以テ時効ノ起算日ヨリ其完成ノ時ニ至ルマテノ期間ニ生シタル種種ナル問題ヲ決定セサルヘカラス此ノ如クナレハ時効ノ效用ハ大ニ減少スルモノト謂ハサルヲ得ヌ故ニ我民法ハ此等ノ點ヲ考ヘ時効ノ效力ハ其起算日ニ遡ル旨ヲ規定セリ(一四四條)故ニ例ヘハ十年ノ消滅時効ニ因リ債務ヲ免レタルモノハ其十年間ニ生シタル利息ヲ前債權者ニ支拂フコトヲ要セサルカ如シ

### 第四款 時效ノ援用

既ニ述ヘタル如ク時效ハ我民法上權利ヲ取得シ又ハ權利ヲ消滅セシムルノ效力ヲ生スルモノトス故ニ訴訟ノ結果裁判所ニ於テ時效完成シタルコトヲ發見シタルトキハ當事者ノ意思如何ニ拘ハラズ取得時效ノ場合ニ於テハ權利ヲ取得シタルモノトシ又消滅時效ノ場合ニ於テハ權利消滅シタルモノニシテ裁判ヲ爲スヘキモノナルカ如シ然ルニ我民法ニ於テハ時效ハ當事者カ之ヲ援用スルニ非サレハ裁判所之ニ依リテ裁判ヲ爲スコトヲ得サル旨ヲ規定セリ(四五條)其立法ノ趣旨ハ一方ニ於テ立法者ハ公益ノ爲メ一定ノ期間行使シ又ハ行使セサル權利ヲ取得シ又ハ消滅セシムル必要ヲ認ムルト同時ニ他方ニ於テ當事者カ時效ノ利益ヲ受クルコトヲ欲セザルニ強制ニ時效ノ利益ヲ享受セシムル必要ナシトスルカ爲メナルヘシ

### 第五款 時效ノ拋棄

時效ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルヤ熟ク考フルニ既ニ述ヘタル如ク時效ノ制度ナルモノハ當事者ノ利益ノ爲メニノミ設ケタルモノニ非ス公益ノ必要上設クル所ノ制度タリ從テ時效ノ利益ハ單ニ當事者ノ利益ノ爲メノミニ之ヲ與ヘタルモノニ非ス公益ノ爲メニ之ヲ與ヘタルモノナリ故ニ時效ノ利益ハ時效ノ完成前豫メ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス(四八條)併ナカラ時效ノ利益ハ既ニ時效完成ノ後ニ其利益ヲ拋棄スルト否トハ公益ニ何等ノ關係ナキヲ以テ猶ホ普通ノ利益ノ如ク自由ニ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルモノトス而シテ時效ノ利益ヲ拋棄シタルトキハ時效ハ初メヨリ進行セザルト同一ノ結果ヲ生ス

時效ノ進行中既ニ經過シタル時期ノ利益ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルモノトス然レトモ我民法ニ於テハ之ヲ時效ノ利益ノ拋棄ト言ハスシテ承認ニ因リ時效ノ中斷ト稱ス

### 第六款 時效ノ中斷

時效ノ中斷トハ時效ノ進行中既ニ經過シタル期間ノ利益ヲ消滅セシムルコトヲ言フ例ヘハ或債權ニ對スル十年ノ消滅時效カ既ニ其進行ヲ始メ三年ヲ經過シタル後時效中斷ノ原因生シタルトキハ其既ニ經過シタル三年ノ期間ノ利益ハ消滅シ時效ハ未タ毫モ進行セザルト同一ナル結果ヲ生スルカ如シ

時效ノ中斷ハ學者ニ依リ之ヲ二種ニ區別シ一ヲ自然ノ中斷ト言ヒ他ヲ法定ノ中斷ト言フ(舊民法編一〇五條)自然ノ中斷トハ占有ノ中斷ニ因リテ生スル場合ヲ言ヒ法定ノ中斷トハ民法第一四七條ニ於テ定メタル如ク權利者又ハ義務者カ相手方ニ對シ一定ノ行爲ヲ爲スニ因リテ生スル場合ヲ言フ法定ノ中斷ハ取得時效ト消滅時效トニ共通ナルモノニシテ自然ノ中斷ハ單ニ取得時效ニ關シテノミ生スルモノトス(一四七條、一六四條、一六五條)

第一 法定ノ中斷ノ原因

法定ノ中斷ノ原因ハ大別三アリ(一四七條)左ノ如シ

(一) 請求

此ニ請求ト言フハ或人カ他人ニ對シ或事ヲ要求スル行爲ヲ總稱スルモノニシテ裁判上ノモノタルト裁判外ノモノタルトヲ問ハス又口頭ヲ以テスルト書面ヲ以テスルトヲ問ハサルナリ然レトモ其請求ヲ爲ヌ方法ノ如何ニ依リ其效力ニ於テ多少異ナル所アリ仍テ各請求ニ付キ各別ニ少シク説明スル所アラントス

(イ) 裁判上ノ請求

民法第一四九條ニ所謂裁判上ノ請求トハ所謂訴ノ方法ニ依ル請求ヲ言フモノトス而シテ其訴ナルモノハ通常ノ場合ニ於テハ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲スモノトス(民訴一九〇條一項而シテ訴ニ依ル時効中斷ノ效力ヲ生スルハ訴狀提出ノ時ニアリト信ス

訴カ提起モラルルモ或ハ其手續ニ於テ不適式ナル爲メ却下セラルル場合アリ或ハ其手續ハ不適式ニアラサルモ裁判所ニ於テ其請求ノ理由ナシト認メタル爲メ却下セラルル場合アリ此等ノ場合ニ於テハ時効中斷ノ效力ヲ生セサルモノトス尙ホ訴ハ却下セラレタルニ非サルモ當事者ニ於テ其訴ヲ取ダケタルトキハ訴ノ却下ノ場合ト同シク時効中斷ノ效力ヲ生セサル者トス(一四九條)民訴一九八條一項)

(ロ) 支拂命令

一定ノ金額ノ支拂其他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ付テハ債權者ハ所謂督促手續ニ依リ債務者ニ對シ條件附ノ支拂命令ヲ發センコトヲ申請スルコトヲ得ルモノトス而シテ此申請ニ基キ發スル命令ヲ稱シテ支拂命令ト言フ此支拂命令ナルモノハ區裁判所ノ發スルモノニシテ職權ヲ以テ債務者ニ送達スルモノトス(民訴三八二條一項、三八三條、三八七條)

支拂命令ノ場合ニ於ケル時効中斷ノ效力ハ支拂命令ノ申請ヲ爲シタル時ニ生スルカ又ハ支拂命令ヲ送達シタル時ニ生スルカ一個ノ問題タルヘシ予輩ハ支拂命令ノ場合ニ於テ時効中斷ノ效力ヲ生スルハ訴ノ場合ト異ナリ支拂命令申請ノ時ニ非スシテ其送達ノ時ニアリト信スルナリ

右ノ如ク支拂命令ヲ送達スルトキハ之ニ因リテ時効中斷ノ效力ヲ生スルモノトス併ナカラ支拂命令カ一旦送達セララルモ權利拘束ヲ失フニ至リタルトキハ時効中斷ノ效力ヲ生セサルモノトス(一五〇條)而シテ如何ナル場合ニ權利拘束ノ效力ヲ失フカハ民事訴訟法ノ定ムル所ナリ(民訴三八九條三九一條)

(ハ) 和解ノ爲メニスル呼出又ハ任意出頭

訴ヲ起サントスル者ハ和解ノ爲メ請求ノ目的物ヲ開示シテ相手方ヲ裁判所ニ呼出スヘキコトヲ申立ツルコトヲ得ルモノトス(民訴三八一條一項)此場合ニ於テハ裁判所ハ期日ヲ定メ呼出狀ヲ

相手方ニ送達セシム(民訴一六條)而シテ此和解ノ爲メニスル呼出ノ場合ニ於テモ時效中斷ノ效力ヲ生スルハ呼出狀送達ノ當時ニアリト信ス然レトモ相手方カ呼出狀ノ送達ヲ受ケタルニハ非ス出頭セサルカ又ハ和解ノ調ハサルニ拘ハラス一ヶ月内ニ訴ヲ提起セサルトキハ時效中斷ノ效力ヲ生セサル者トス(一五一條)任意出頭ノ場合ニ於テモ和解ノ調ハサルニ拘ハラス一ヶ月内ニ訴ヲ提起セサルトキハ時效中斷ノ效力ヲ生セサルモノトス(一五一條)

(二) 破産手續ノ参加

裁判所カ破産決定ヲ爲シタルトキハ破産主任官ニ對シ債權届出ヲ爲スモノトス(舊商一〇二三條一項)此債權届出ヲ稱シテ破産手續ノ参加ト稱ス而シテ此破産手續ニ依リ時效ヲ中斷スル場合ニハ債權ノ届出ヲ爲シタル時ニ中斷ノ效力ヲ生スルモノト信ス

破産債權者カ一旦債權ノ届出ヲ爲スモ後日ニ至リ其債權届出ヲ取消シタルトキハ時效中斷ノ效力ヲ生セサルモノトス(一五二條)又債權者ニ於テ債權ノ届出ヲ取消シタルニアラサルモ破産裁判所ニ於テ其請求ヲ却下セラレタルトキハ亦時效中斷ノ效力ヲ生セサルモノトス(舊商一〇二六條、一〇二七條、民一五二條)

(ホ) 催告

催告ハ裁判外ノ請求ニシテ最モ普通ナル請求方法アリ此催告ニ依リ時效ヲ中斷スル場合ニ於テハ相手方ニ對シ催告ヲ爲シタル時ニ中斷ノ效力ヲ生スルハ毫モ疑ナカルヘシ併ナカラ我民法ノ

規定ニ依レハ假令當事者カ相手方ニ對シ催告ヲ爲スモ其後六ヶ月内ニ裁判上ノ請求和解ノ爲ニスル呼出若クハ任意出頭破産手續ノ参加差押假差押又ハ假處分ヲ爲スニアラサレハ時效中斷ノ效力ヲ生セサルモノトス(一五三條)

(二) 差押假差押又ハ假處分

差押假差押又ハ假處分ニ依リ時效ヲ中斷スル場合ニ於テモ其中斷ノ效力ヲ生スルハ差押假差押又ハ假處分ヲ爲シタル時ニ在リト信ス但既ニ差押假差押又ハ假處分ヲ爲スト雖モ權利者ノ請求ニ因リ又ハ執行異議等ノ爲メ法律ノ規定ニ從ハサルモノトシテ取消サレタルトキハ時效中斷ノ效力ヲ生セサルモノトス(一五四條)

差押假差押假處分ハ時效ノ利益ヲ受クル者即チ時效ノ完成ニ因リ權利ヲ取得シ又ハ義務ヲ免ルル者ニ對シテ之ヲ爲スヲ通例トス然レトモ或場合ニ於テハ直接ニ其時效ノ利益ヲ受クル者ニ對シテ之ヲ爲ササルコトナキニ非ス例ヘハ第三者ノ占有中ニ在ル物ヲ差押フル場合ノ如シ而シテ此ノ如キ場合ニ於テハ普通ノ場合ト異ナリ時效ノ利益ヲ受クル者ニ對シ其實質ヲ通知シタル後ニ非サレハ時效中斷ノ效力ヲ生セサルモノトス(一五五條)

(三) 承認

承認トハ時效ノ利益ヲ受クヘキ者カ時效ノ進行中其完成前相手方ノ權利ヲ認ムル單獨行為ヲ言フ故ニ承認ハ一方ヨリ之ヲ言ヘハ既ニ經過シタル時期ノ利益ノ放棄ト言フコトヲ得ヘシ

承認ハ時期ノ利益ノ拋棄ニシテ權利ノ拋棄ニ非ス其承認ヲ爲スニハ處分ノ能力アルコトヲ要セス又代理人ニ依リテ之ヲ爲ス場合ニ於テモ其代理人ニ處分ノ權限アルコトヲ要セス(五六條)併ナカラ此ニ處分ノ能力又ハ權限アルコトヲ要セスト言フモ如何ナル無能力者モ如何ナル代理人モ承認ヲ爲スコトヲ得ト言フノ趣旨ニハ非ス例ヘハ未成年者ノ如キ無能力者ハ承認ヲ爲スコトヲ得ス少クトモ準禁治產者又ハ後見人ノ如ク管理行爲ヲ爲スノ能力又ハ權限アルコトヲ要スルモノトス

第二 自然ノ中斷ノ原因

(一) 占有ノ中止

所有權ヲ時効ニ因リテ取得スルニハ時効ノ利益ヲ受クヘキモノカ所有ノ意思ヲ以テ物ヲ占有スルコトヲ要スルモノトス(一六二條)故ニ時効ノ利益ヲ受クヘキ者カ任意ニ其占有ヲ中止シタルトキハ時効ハ之カ爲メニ中斷セラルモノトス(一六四條)

右ニ違フル所ハ專ラ所有權ノ取得時効ニ付キ述(タルモノナレトモ所有權以外ノ財產權ノ取得時効ニモ同様ノ法理ヲ言フコトヲ得シ(一六五條、二〇五條)

(二) 占有ノ侵奪

所有權ノ取得時効ノ場合ニ於テ時効ノ利益ヲ受クヘキ者カ他人ノ爲メニ物ノ占有ヲ奪ハレタルトキハ一年內ニ其物ヲ取戻スカ又ハ占有回復ノ訴ヲ提起セザルトキハ占有ヲ失フ者ナルヲ以テ之ニ因リ時効ハ中斷セラルヘキ者トス(二〇一條三項、二〇三條、一六四條)此理論ハ又所有權以外ノ財產權ノ取得時効ニモ準用スルコトヲ得ヘシ(一六五條、二〇五條)

時効中斷ノ效力ハ既ニ經過シタル期間ノ利益ヲ消滅セシムルニ在リ故ニ時効ノ進行中中斷ノ原因生シタルトキハ未ダ曾テ時効ノ進行セザルト同一ノ結果ヲ生ス是レ法定ノ中斷タルト自然ノ中斷タルトニ依リ異ナル所ナキナリ併ナカラ中斷ノ效力ノ他人ニ及ホス點ニ至リテハ法定ノ中斷ト自然ノ中斷トニ依リテ異ナル所アリ即チ自然ノ中斷ノ場合ニ於テハ其效力ハ絕對的ニシテ何人ニ對シテモ時効中斷ノ效力ヲ生ス之ニ反シ法定ノ中斷ノ場合ニ於テハ單ニ相對的ニシテ中斷ノ原因タルヘキ行爲ヲ爲シタル當事者及ヒ其承繼人ノ間ニ於テノミ其效力ヲ生シ他人ニ對シテハ其效力ヲ及ホサス(一四八條)

時効ノ中斷ハ法定ノ中斷タルト自然ノ中斷タルトヲ問ハス其中斷ノ事由ノ終了スルマテ繼續ス而シテ其事由終了スルトキハ中斷シタル時効ハ新ニ其進行ヲ始ムル者トス(一五七條一項)既ニ經過シタル期間ハ中斷ノ爲メ消滅シ再ヒ時効ノ期間ニ算入スルコトヲ得ス是レ時効ノ中斷ノ時効ノ停止ト異ナル所ナリ而シテ何時中斷ノ事由ノ終了シタルモノト認ムヘキヤハ各場合ニ依リ決スヘキ事實問題ナリト雖モ例ヘハ裁判上請求ノ場合ニ於テ裁判ノ確定シタル時ヲ以テ中斷ノ事由終了ノ時ト見ルヘク(一五七條二項)破産手續參加ノ場合ニ於テハ破産手續終了ノ時ヲ以テ又差押ノ場合ニ於テハ差押完結ノ時ヲ以テ中斷ノ事由終了ノ時ト見ルヘキナリ

### 第七款 時效ノ停止

時效ノ停止トハ時效ノ中斷ノ如ク既ニ經過シタル期間ノ利益ヲ消滅セシムルモノニ非ス法定ノ原因ノ存スル間一時時效ノ完成ヲ妨害スルニ過キサルモノヲ言フ故ニ時效ノ中斷ノ場合ニ於テハ其中斷ノ事由ノ終了シタル時ヨリ新ニ時效ノ進行ヲ始ムルニ拘ハラス時效ノ停止ノ場合ニ於テハ既ニ經過シタル期間ハ停止ノ原因發生ノ爲メ消滅スルモノニ非サルヲ以テ其原因ノ去リタル後其進行ヲ繼續シ遂ニ時效完成ニ至ルモノトス

時效停止ノ制度ヲ設クル立法上ノ理由ハ主トシテ時效ノ爲メ不利益ヲ受クヘキ者カ事實權利ヲ行使スルコト能ハサル状態ニ至ルニ拘ハラス時效ヲ完成セシムルヲ不當トシ其權利行使ニ付キ障害アル間ハ時效ヲ進行セシメサルヲ至當ト爲スニ在ルモノトス而シテ我民法ノ規定ニ依レハ時效停止ノ場合四アリ即チ左ノ如シ

#### (一) 無能力者ニ對スル時效ノ停止

時效ノ期間滿了前六ヶ月内ニ於テ未成年者又ハ禁治產者カ法定代理人ヲ有セザリシトキハ其者カ能力者ト爲リ又ハ法定代理人カ就職シタル時ヨリ六ヶ月内ニ之ニ對シテ時效完成セサルモノトス(一五八條)

(二) 身分上ノ關係ヨリ在スル時效ノ停止

無能力者カ其財産ヲ管理スル父母又ハ後見人ニ對シテ有スル權利ニ付キ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ヶ月内ハ時效完成セサル旨ヲ規定セリ尙ホ我民法ノ規定ニ依レハ妻カ夫ニ對シテ有スル權利ニ付テハ婚姻解消ノ時ヨリ六ヶ月内ハ時效完成セサルモノトス(一五九條)

#### (三) 相續財産ニ關スル時效ノ停止

相續開始スルトキハ相續人直チニ確定スル場合アルモ多少ノ日數ヲ要スル場合アリ管理人ヲ選任シテ相續財産ヲ管理セシムル場合アリ(一〇五二條)又ハ相續財産ヲ以テ被相續人ノ債務ヲ完済スル能ハサル爲メ破産ノ宣告ヲ受クルニ至ルコトモアルヘシ此等ノ場合ニ於テハ一方ニ於テハ相續財産ノ爲メニ權利ヲ行使シ時效ヲ中斷スルモノナリ又他方ニ於テハ被相續人ニ對シ權利ヲ有シタルモノモ相手方確定セサル爲メ之ニ對シ權利ヲ行使シ以テ時效ヲ中斷スルコトヲ得サルヘシ故ニ我民法ハ相續財産ニ關シテハ相續人確定シ管理人ノ選任セラレ又ハ破産ノ宣告アリタル時ヨリ六ヶ月内ハ時效完成セサル旨ヲ規定セリ(一六〇條)

#### (四) 事變ヨリ生スル時效ノ停止

時效ノ期間滿了ノ時ニ當タリ天災其他避クヘカラサル事變ノ爲メ權利者ハ時效ノ中斷ヲ爲スコト能ハサルコトアルヘシ此場合ニ於テハ其妨碍ノ止ミタル時ヨリ二週間内ハ時效完成セサルモノトス(一六一條)

### 第二節 取得時效

#### 第一 所有權ノ取得時效

我民法上動產又ハ不動産ニ對スル所有權ヲ時效ニ因リテ取得スルニハ左ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス(一一六二條一項)

(一) 動產又ハ不動産ノ占有

占有トハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ動產又ハ不動産ヲ所持スルヲ言フ(一一八〇條)尙ホ此所有權ノ取得時效ノ場合ニ於ケル占有ニハ左ノ條件ヲ必要トス

(イ) 所有ノ意思ヲ以テ占有スルコト

自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スル場合ト雖モ必シモ常ニ所有ノ意思ヲ以テ之ヲ爲スモノニ非ス例ヘハ債權者抵當權者カ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ其質物又ハ抵當物ヲ所持スルカ如シ併ナカラ所有權ノ取得時效ノ場合ニ於ケル占有ハ必ス所有ノ意思ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス即チ所有權ヲ行使スルノ意思ヲ以テ物ヲ所持セサルヘカラサルナリ

(ロ) 占有ノ平穩ナルコト

平穩トハ強暴ノ反對ヲ言フモノニシテ所有權ノ取得時效ノ場合ニ於ケル占有ハ強暴ニ依リ其占有ヲ始メ又ハ強暴ニ依リ其占有ヲ繼續スルモノニ非サルコトヲ要ス

(ハ) 占有ノ公然ナルコト

公然トハ隱秘ノ反對ニシテ所有權ノ取得時效ノ場合ニ於ケル占有ハ他人ニ隱秘シテ其占有ヲ知ラシメサルモノニ非サルコトヲ要ス

(ニ) 二十年ノ期間ノ經過

他人ノ物ノ所有權ヲ時效ニ因リテ取得スルニハ右ニ述ヘタル條件ノ外尙ホ二十年ノ期間經過スルコトヲ必要トス而シテ其期間ハ時效ノ利益ヲ受クヘキ者カ物ノ占有ヲ始メタル時ヨリ起算スヘキモノナルコトハ明カナルヘシ

以上述フル所ハ動產及ヒ不動産ノ所有權ニ共通ナル取得時效ナリ然ルニ此他尙ホ不動産ノ所有權ニノミ特有ナル時效アリ即チ前ニ述ヘタル如ク所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ不動産ヲ占有スル外其占有ノ始ニ於テ善意ニシテ且過失ナカリシトキハ單二十年ノ期間經過ニ因リテ其不動産ノ所有權ヲ取得スルモノトス(一一六二條二項)

右ノ如ク十年ノ短期時效ハ單ニ不動産ノ所有權ニノミ適用セラルヘキモノトス而シテ動產ノ所有權ニ關シ二十年ノ長期時效ノ外此ノ如キ短期時效ノ規定ナキ所以ノモノハ動產ノ場合ニ於テハ所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ動產ノ占有ヲ始メタル者カ善意ニシテ且過失ナキトキハ占有ノ效力トシテ即時ニ所有權ヲ取得スルモノナルヲ以テ特ニ短期時效ヲ設クル必要ナキカ爲メナリ(一一九二條)

第二 所有權以外ノ財産權ノ取得時效

所有權以外ノ財産權トハ例ヘハ地上權永小作權地役權ト言フカ如キ物權又ハ債權ノ如キモノヲ言フ而シテ前ニ所有權ノ取得時效ニ付キ述ヘタル規定ハ之ヲ此所有權以外ノ財産權ノ取得時效ニ準用スルコトヲ得ルモノトス

第三節 消滅時效

我民法ニ於テ消滅時效完成スルニハ權利ヲ行使セサルコトト法定ノ期間經過スルコトトノ二個ノ要素ヲ具備スルコトヲ必要トス仍テ左ニ説明スル所アラントス

(一) 權利ノ不行使

消滅時效ノ場合ニ於テハ時效ノ不利益ヲ受クヘキモノカ其權利ヲ行使セサルコトヲ要ス

(二) 法定期間經過

時ハ時效ノ要素ナリ故ニ消滅時效ノ場合ニ於テモ右ニ述ヘタル權利不行使ノ情態ニテ一定ノ期間經過スルコトヲ要ス而シテ其消滅時效ノ期間ハ權利ヲ行使スルコトヲ得ル時ヨリ進行スルモノトス(一六六條一項)併ナカラ始期附又ハ停止條件附權利ノ目的ヲ第三者カ占有スルトキハ其第三者ノ爲メ占有ノ時ヨリ取得時效ノ進行スルコトヲ得ルハ無論ナリ然レトモ此ノ如クスルトキハ消滅時效完成セサルニ取得時效ハ既ニ完成シ始期附又ハ停止條件附權利ハ爲メニ消滅スル

コトアルヘシ例ヘハ甲カ乙ニ對シ其所有ニ係ル不動産ニ對シ停止條件ニテ抵當權ヲ設定シタル場合ニ於テ丙カ其目的物ヲ占有シタルトキハ丙ノ取得時效ハ其占有ノ時ヨリ進行ヲ始ムヘキモ乙ノ有スル權利ノ消滅時效ハ其條件成就ノ時ヨリ進行スルモノナルヲ以テ乙ノ權利カ未タ消滅時效ニ罹ラサル前丙ハ既ニ其目的物ノ所有權ヲ得之カ爲メ乙ハ其權利ヲ失フコトアルヘシ(三九七條)故ニ我民法ハ此始期附又ハ停止條件附權利ヲ有スル者ニ與フルニ占有者ヲシテ自己ノ權利ヲ承認セシムルコトヲ得ヘキ權利ヲ以テシ之ニ因リテ其取得時效ヲ中斷シ自己ノ權利ヲ保存スルコトヲ得セシメタリ(一六六條二項)

右ノ如ク消滅時效ハ權利ヲ行使スルコトヲ得ル時ヨリ進行ヲ始メ一定ノ期間ノ經過スルコトヲ要スルモノトス而シテ我民法ノ規定ニ依レハ其期間ノ長短一様ナラス權利ノ性質ニ依リ異ナル所アリ即チ左ノ如シ

(イ) 十年又ハ二十年ノ消滅時效

我民法ノ規定ニ依レハ消滅時效ノ最長期間ヲ債權ノ場合ニ於テハ十年債權又ハ所有權ニ非サル財産權ノ場合ニ於テハ二十年トス(一六七條)此ノ如ク債權ノ消滅時效ノ期間ヲ他ノ財産權ノ場合ニ於ケルモノト比較シ之ヲ短クシタル所以ノモノハ元來債權ハ他ノ財産權ニ比シ之ヲ行使スルコト極メテ容易ナルコト多ク且普通ノ取引上頻繁ニ生スルモノナルカ爲メナルヘシ又所有權ニ付テハ我民法上取得時效ノミアリテ消滅時效ナルモノナシ

右ノ如ク普通ノ債權ハ十年ノ消滅時效ニ罹ルモノナレトモ所謂定期金ノ債權ハ少シク之ト異ナル所アリ第一回ノ辨濟期ヨリ二十年間又ハ最後ノ辨濟期ヨリ十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅スルモノトス(一六八條一項)而シテココニ定期金ノ債權トハ毎年又ハ每半年ト言フカ如ク定期辨濟スヘキ債權ヲ言フ又特ニ定期金ト言フモ單ニ金錢ノ給付ヲ目的トスル債權トノミ解スヘカラス金錢以外ノ米穀ト言フカ如キ物ノ給付ヲ目的トスル債權モ亦其内ニ包含スルモノトス

定期金ノ債權ニ付キ尙ホ一個注意ヲ要スヘキモノアリ即チ定期金ノ債權ノ場合ニ於テハ定期金ヲ受クヘキ基本タル一個ノ債權ト各辨濟期ノ定期金ニ關スル數個ノ債權トノ二種アルコト是ナリ例ヘハ甲カ乙ニ對シ乙ノ終身間毎年金千圓宛ヲ與フヘシト約束シタル場合ニ於テハ其毎年金千圓宛ヲ受クヘキ一個ノ基本タル債權ト毎年ノ辨濟期ニ於テ支拂ヲ受クヘキ千圓ノ數個ノ債權トノ二種アルカ如シ而シテ此ニ定期金ノ債權ト稱スルハ其定期金ヲ受クヘキ基本タル一個ノ債權ノミヲ言フモノニシテ每辨濟期ニ於テ發生スル各個ノ債權ハ所謂定期金ノ債權ニ非ス從テ其債權ハ原則トシテ十年ノ消滅時效ノ適用ヲ受クヘク(民一六七條一項)又其中ニ就キ所謂年又ハ之ヨリ短キ期間ヲ以テ定メタル金錢其他ノ物ノ給付ヲ目的トスル債權ト認メラルヘキモノハ後ニ説明スル如ク五年ノ消滅時效ニ罹ルヘキモノニシテ此ニ所謂定期金ノ債權ノ時效ニ罹ルヘキモノニアラス(一六九條)尙ホ年又ハ之ヨリ短キ時期ヲ以テ定メタル金錢其他ノ物ノ給付ヲ目的トスル債權トハ何ヲ言フカニ付テハ後ニ説明スル所アラントス

定期金ノ債權ハ第一回ノ辨濟期ヨリ其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘキヲ以テ前ニ述ヘタル債權ニ關スル消滅時效ノ通則ヨリ言ヘハ其辨濟期ヨリ起算シテ十年ヲ經過シタルトキハ消滅スルモノト謂ハサルヲ得ス是レ頗ル短期ニ失スルノ譏ヲ免レス故ニ我民法ニ於テハ定期金ノ債權ハ第一回ノ辨濟期ヨリ二十年ヲ經過スルニ非サレハ時效ニ因リテ消滅セザルモノトセリ但此ニ第一回ノ辨濟期ト言フハ債權發生後第一回目ノ辨濟期ト解スヘカラス延滞シタル最初ノ辨濟期ト解釋スルヲ相當トス故ニ例ヘハ甲カ乙ニ對シ三十年間毎年金千圓宛ヲ與フル旨ヲ約束シタル場合ニ於テ甲カ最初ノ五年間其債務ヲ履行シ其後辨濟ヲ爲ササルトキハ其定期金ノ債權ノ消滅時效ハ其債權發生後第一回目ノ辨濟期ヨリ進行スルモノニ非スシテ第六回目即チ延滞シタル最初ノ辨濟期ヨリ進行スルカ如シ

右ノ如ク定期金ノ債權ハ第一回ノ辨濟期ヨリ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅スルモノトス併ナカラ定期金ノ債權ト雖モ十年未滿ノモノモアリ又十年以上ノモノト雖モ延滞シタル辨濟期ヨリ起算スルトキハ最早十年ニ滿タサルモノモアリ然ルニ若シ此ノ如キ場合ニ於テモ尙ホ右ノ規定ニ從フモノトスルトキハ最後ノ辨濟期ヨリ十年ヲ經過スルモ消滅時效未タ完成セザル結果ト爲リ他ノ債權ノ消滅時效ト比較シ權衡ヲ失スルノ恐ナキヲ得ス故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ定期金ノ債權ハ最後ノ辨濟期ヨリ十年間之ヲ行ハサルトキハ之ニ因リテ消滅スルモノトセリ例ヘハ甲カ乙ニ對シ七年間毎年金千圓宛ヲ與フル旨ノ約束ヲ爲シタル場合ニ於テ甲カ一回モ辨



濟ヲ爲ササルトキハ其第一回目ノ辨濟期ヨリ二十年ヲ經過シテ時效完成スルニ非ス第七回目ノ辨濟期ヨリ十年ヲ經過シテ時效完成スルカ如シ

各辨濟期ニ於ケル定期金ノ支拂ハ之ヲ定期金ノ暗黙ノ承認ト認ムルコトヲ得ヘク之ニ因リテ時效中斷セラルヘキハ勿論ナリ故ニ定期金支拂ノ證據方法ヲ得ルハ定期金ノ債權者ニ採リテハ極メテ重要ナルコトト謂ハサルヲ得然レニ取引ノ實際ヲ考フルニ債權者カ債務者ニ定期金ノ受取證書ヲ交付スルコトアルモ債務者ヨリ債權者ニ對シ定期金ノ支拂ニ付キ何等ノ證書ヲ交付スルコトナシ故ニ我民法ハ定期金ノ債權者ヲシテ時效中斷ノ證ヲ得セシムル爲メ其債務者ニ對シ何時ニテモ承認書ヲ求ムルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ(一六八條二項)

(ロ) 五年ノ消滅時效

既ニ述ヘタル如ク我民法ニ於テハ消滅時效ノ最長期ヲ十年又ハ二十年トス然レトモ此長期時效ニ對シ債權者モ速ニ請求シ長ク放擲スルコトナク又債務者ニ於テモ長ク其辨濟ヲ怠ルコトナク或ハ日常頻繁ニ生スル債權債務ニシテ之カ證據方法モ長ク保存スルコトナキ性質ノ權利ニ付テハ五年三年二年一年ト言フカ如キ種種ノ短期時效ヲ認メタリ

民法ノ規定ニ依レハ年又ハ之ヨリ短キ時效ヲ以テ定メタル金錢其他ノ物ノ給付ヲ目的トスル債權ハ五年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅スルモノトス(二九九條)而シテ所謂年又ハ之ヨリ短キ時效ヲ以テ定メタル債權ト言フハ一年以内ノ期限附ノ債權ト解釋スヘカラス例(ハ甲カ乙ニ對シ

金員ヲ貸與シ其返濟期限ヲ六ヶ月後ト定メタリトスルモ其債權ハ五年ノ時效ノ適用ヲ受クヘキモノニ非スシテ一般ノ債權ノ如ク十年ノ時效ノ適用ヲ受クヘキモノナリ此二年又ハ之ヨリ短キ時期ヲ以テ定メタル金錢其他ノ物ノ給付ヲ目的トスル債權ト言フハ一年毎ニ幾何ノ金員又ハ每半年又ハ毎月幾何ノ米穀ヲ與フト言フカ如キ所謂定期金ニ關スル債權ヲ言フモノトス即チ彼ノ利息家賃又ハ地代ノ債權ノ如キ之ニ相當ス而シテ前ニモ述ヘタル如ク所謂定期金ノ債權ノ場合ニ於テハ定期金ヲ受クヘキ基本タル權利ト各辨濟期ニ於テ定期金ノ支拂ヲ受クル權利トアリ其中ニ就キ定期金ヲ受クヘキ基本タル權利ハ所謂定期金ノ債權ノ消滅時效ノ適用ヲ受クヘキモノニシテ各辨濟期ニ於テ定期金ノ支拂ヲ受クル權利中一年以内ノ時期ヲ以テ定メタルモノハ此五年ノ短期時效ニ關ルモノトス只隔年ニ幾何又ハ每三年ニ幾何ノ金員ヲ支拂フト言フカ如キ一年以上ノ時期ヲ以テ定メタル場合ハ一般ノ債權ト同シク十年ノ消滅時效ノ適用ヲ受クヘキナリ

(ハ) 三年ノ消滅時效

我民法上三年ノ時效ニ因リテ消滅スヘキ權利ハ左ノ如シ(一七〇條、一七一條)

- 一 醫師產婆及ヒ藥劑師ノ治術勤勞及ヒ調劑ニ關スル債權
- 二 技師棟梁及ヒ請負人ノ工事ニ關スル債權

三 辯護士、公證人及ヒ執達吏ニ對シ其職務ニ關シテ交付シタル書類ノ返還ヲ請求スル權利  
右ノ中第二號ノ時效ハ工事全部終了ノ時ヨリ起算スルモノニ非ス技師棟梁又ハ請負人カ各自其

負擔シタル工事終了ノ時ヨリ之ヲ起算スヘキモノトス又第三號ノ時效ハ辯護士ノ場合ニ於テハ判決和解又ハ取下ト言フカ如キ事件終了ノ時ヨリ公證人及ヒ執達吏ノ場合ニ於テハ證書ノ作成又ハ強制執行ノ終了ト言フカ如キ其職務執行ノ時ヨリ之ヲ起算スヘキモノトス

(二) 二年ノ消滅時效

二年ノ時效ニ因リテ消滅スヘキ權利ハ左ノ如シ(一七二條一七三條)

一 辯護士、公證人及ヒ執達吏ノ職務ニ關スル債權

二 生産者、卸賣商人及ヒ小賣商人カ賣却シタル產物及ヒ商品ノ代價

三 居職人及ヒ製造人ノ仕事ニ關スル債權

四 生徒及ヒ習業者ノ教育衣食及ヒ止宿ノ代料ニ關スル校主、塾主、教師及ヒ師匠ノ債權

右ノ中第一號ノ時效ハ辯護士公證人又ハ執達吏ノ職務ニ關スル債權ノ原因タル事件終了ノ時ヨリ起算スヘキモノトス併ナカラ或場合ニ於テハ其事件久シキニ涉リテ終了セサルコトアリ然ルニ其ニ拘ハラス依然右ノ規定ニ依ルヘキモノトスルトキハ特ニ短期時效ヲ設ケタル趣旨ヲ貫徹スルコト能ハサルヘシ故ニ我民法ハ此ノ如キ場合ニ關シ例外ノ規定ヲ設ケ其事件中ノ各事項終了ノ時ヨリ五年ヲ經過シタルトキハ右ノ期間内ト雖モ其事項ニ關スル債權ハ消滅スルモノトセリ例ヘハ辯護士カ訴訟ノ委任ヲ受ケ訴訟提起ノ當時印紙代ヲ立替シタルニ其訴訟事件カ五年ニ終了シタルトキハ其印紙代ノ立替金請求權ハ事件終了ノ時ヨリ二年ヲ經過セサルニ拘ハラス訴

狀提起ノ時ヨリ五年ヲ經過シタルトキハ之ニ因リテ消滅スルカ如シ

(ホ) 一年ノ消滅時效

一年ノ時效ニ因リテ消滅スヘキ權利ハ左ノ如シ(一七四條)

一 月又ハ之ヨリ短キ時期ヲ以テ定メタル雇人ノ給料

二 勞力者及ヒ藝人ノ賃金並ニ其供給シタル物ノ代金

三 運送賃

四 旅店、料理店、貸席及ヒ娯遊場ノ宿泊料、飲食料、席料、木戸錢、消費物代價並ニ立替

金

五 動産ノ損料

右ノ中第一號ノ時效ハ前ニ述ヘタル五年ノ時效ノ例外ト見ルコトヲ得ヘシ故ニ雇人ノ給付ト雖モ毎二月又ハ每半年ト言フカ如ク一月以上ノ時期ヲ以テ定メタルトキハ此一年ノ時效ノ適用ヲ受ケスシテ五年ノ消滅時效ニ懼ルモノトス

### 民法總則 終

民法總則

吳志雄 撰

法學士

民法總則之研究，其目的在使吾人對於民法之原理，能有正確之認識，而為其後之研究，奠定基礎。本書之編纂，即以此為目的。全書共分五章，第一章為總論，第二章至第四章，分別論及人、物、法律行為，第五章則論及法律上之權利義務。全書之編纂，力求簡明扼要，且注重於原理之闡明，以期使讀者能於最短時間內，獲得民法總則之真髓。全書之編纂，亦參考了國內外之最新研究，以期使本書能與時俱進，為民法研究者之必備參考書。

法學士二上兵治講述

民法總則

法政大學發行

民法總則目次

緒論	一
第一章 民法ノ實體	一
第二章 民法ノ形體	一六
第三章 民法ノ效力	二六
第一節 空間ニ關スル民法ノ效力	二六
第二節 時間ニ關スル民法ノ效力	三一
第四章 私法上ノ權利義務	三五
第一節 私法上ノ權利(私權)	三五
第二節 私法上ノ義務	五一
本論	六五
第一編 權利義務ノ主體	六五
第一章 汎論	六五
第二章 自然人	六七
第一節 權利能力	六八

第一款 權利能力ノ發生……………七八

第二款 權利能力ノ消滅……………七七

第三款 外國人ノ權利能力……………一二

第二節 行為能力……………一二

第三節 住所……………一六五

第三章 法人……………一七一

第一節 總說……………一七一

第二節 法人ノ成立……………一八六

第三節 法人ノ登記及ヒ公告……………一九八

第一款 登記……………一九九

第二款 公告……………二〇八

第四節 法人ノ住所……………二〇九

第五節 法人ノ帳簿……………二〇九

第六節 法人ノ能力……………二一一

第七節 法人ノ機關……………二二四

第八節 法人ノ消滅……………二五四

第二編 權利義務ノ客體……………二七八

第一章 總說……………二七八

第一節 客體ノ意義……………二七八

第二節 權利ノ目的タリ得ル物……………二八一

第三節 權利ノ存在……………三四一

第一款 權利ノ變更……………三四一

第二款 權利ノ行使……………三四二

第三款 權利ノ侵害……………三四三

第三節 法律事實……………三四四

第二章 法律行為……………三四六

第一節 法律行為ノ本質……………三四六

第二節 法律行為ノ分類……………三四九

第三節 法律行為ノ成立……………三五五

第一款 法律行為ノ成分……………三五五

第二款 法律行為ノ不成立及ヒ瑕疵……………三六〇

第一項 法律行為ノ不成立……………三六〇



四

第一目 不一致ヲ知リタル場合……………三六一

第二目 不一致ヲ知ラサル場合(錯誤)……………三六四

第二項 法律行為ノ瑕疵……………三七一

第一目 詐欺……………三七二

第二目 強迫……………三七五

第三款 法律行為ノ成立時期……………三七九

第四節 代理(他人ニ依ル意思表示)……………三八六

第一款 代理ノ觀念……………三八六

第二款 代理權ノ發生……………三九一

第三款 代理權ノ範圍……………三九四

第四款 代理權ノ消滅……………三九六

第五款 復代理……………三九八

第六款 代理權ヲ有スル者ノ行為……………四〇二

第五節 法律行為ノ效力……………四〇六

第一款 總論……………四〇六

第二款 無效……………四〇七

第三款 取消……………四〇八

第六節 法律行為ノ附款……………四一五

第一款 總論……………四一五

第二款 條件……………四一六

第一項 條件ノ觀念……………四一六

第二項 條件ノ種類……………四一八

第三項 條件ノ效力……………四二一

第四項 種類ノ條件……………四二二

第三款 期限……………四二五

第一項 期限ノ觀念……………四二五

第二項 期限ノ種類……………四二七

第三項 期限ノ效力……………四二七

第三章 期間……………四三〇

第四章 時效……………四三三

第一節 總論……………四三三

第一款 時效ノ觀念及ヒ種類……………四三三

五

第二款 時効ノ制度ノ沿革……………四三三

第三款 時効ノ效力……………四三八

第四款 時効ノ援用……………四三八

第五款 時効ノ拋棄……………四三九

第六款 時効ノ中斷……………四四六

第七款 時ノ停止……………四四八

第二節 取得時効……………四五〇

第三節 消滅時効……………四五〇

民法總則目次

中禁止シタル商業ヲ營ミ得ルノ免許ヲ爲スコトアリ或中其免許ハ場所若クハ物品ノ種類ニ特定ノ制限ヲ以テ一般ニ與フルコトアリ又ハ個人的ニ之ヲ與フルコトアリテ其免許狀中ニ明示スル方法ニ依リテ商業ニ從事スルコトヲ許可スルモノトスル免許ニ基キ其免許アルニ非サレハ營ムヘカラサル商業ニ從事スル者ニ對シテハ其免許ヲ與ヘタル交戰者ハ之ニ敵意ノ行爲ヲ爲スヘカラスシテ其免許ニ係ル商業ニ關シテハ交戰國人民間ニ於テモ契約ヲ結ビ得ヘキハ勿論戰爭中ト雖モ其訴訟ヲ法廷ニ提起スルコトヲ得ルモノトス然レトモ免許ノ效力ハ之ヲ與ヘタル國ヲ拘束スルニ過キスシテ對手國ニ向ヒテ何等ノ效力ナキニ因リ其商業ニ從事スル船舶及ヒ其商業ニ關係アル物品ハ敵國ノ爲メニ捕獲セラルルノ危險ヲ免ルルコト能ハサルハ言フ俟タス

凡テ戰爭中敵國トノ商業ヲ免許スルト否トハ各交戰國ノ任意ニ屬シ一般ニ其免許ヲ與フルハ戰爭ニ關シ交戰國カ交通通商ヲ遮斷スル原則ニ基ク權利ノ拋棄又ハ中止ニ外ナラサルカ故ニ斯ル免許ハ交戰國主權者ノミニ於テ之ヲ與ヘ得ヘク普通勅令又ハ軍隊一般ニ對スル訓令ニ依リテ之ヲ與ヘ特種ノ商業又ハ特定ノ人ヲ限リテ免許ヲ爲ス場合ニ於テモ其個人ヲ指定セス又交戰國ノ版圖及ヒ占領地ニ付キ一定ノ場所ヲ限定セサルモノハ主權者ニ於テ之ヲ許可スヘキモノトス然レトモ一定ノ場所ヲ限リ特別ノ事情ニ因リテハ海陸軍司令官又ハ地方長官ニ於テ軍隊ノ必要若クハ占領地等自己ノ支配ノ下ニ在ル地方ノ必要ニ應シスル免許ヲ與フルコトアリ此場合ニ於テハ其免許ハ之ヲ與ヘタル者ノ支配以外ノ場所ニ對シテハ效力ナキモノトス例ヘハ米墨戰爭中

國際公法(戰時)

交戰關係ノ法則 戰國方法ニ關スル法則 非敵意ノ交還

「カリフォニヤ」州ニ於テ食物缺乏ヲ告ケ又當時其地方ニ米國商船ノ少カリシニ由リ米國太平洋艦隊司令官ハ敵國人ニ商品輸入ノ免許ヲ爲シタルカ如シ凡テ商業ノ免許ハ政府ヨリ出シタルト軍隊司令官又ハ地方長官ヨリ爲シタルヲ問ハス其免許ヲ與ヘタル趣旨ニ基キ物品ノ種類、分量又ハ品質並ニ運搬ノ船舶、方法、場所、時間等ノ規定アルトキハ嚴正ニ之ヲ遵守スヘク特定ノ人ヲ指定シテ付與シタルトキハ其指定者又ハ代人ノミ之ニ從事シ得ヘク運搬ノ時間ニ關シテモ天災又ハ敵國ノ妨害ニ出テタル場合ノ外之ヲ誤ルトキハ其免許ノ效力ナキモノトス

## 第六章 戰爭ノ終了

### 第一節 總則

交戰國間ニ戰爭ヲ終了シテ平和關係ヲ回復スルハ媾和條約ニ依ルコト近世文明國間ニ行ハルル普通ノ方法ナリト雖モ條約ニ依ラスシテ戰爭ノ終了スルコトナキニ非ス即チ交戰國カ互ニ戰鬪行爲ヲ全然廢止スルカ又ハ其一方カ敵國ニ征服セラルル場合トス就中征服ニ依テ交戰國一方ノ全滅スルトキハ戰爭ノ終了スルコト固ヨリ論ナク又交戰國間ニ戰鬪行爲ヲ單純ニ廢止シ全ク之ヲ行ハサルニ至ルトキハ之ト同時ニ關係ヲ回復スルモノニシテ媾和條約ノ關印アルルヤ否ヤ戰爭ニ附屬スル行爲ハ一切繼續スルコト能ハス隨テ交戰國ハ條約圖印ト同時ニ廢スヘキノ

ミナラス占領軍ハ其地方ニ對シ徵收取立金ヲ徵收スルコト能ハス又其未納ニ係ルモノニ付テモ之ヲ取立ツルノ權利ナク俘虜モ亦平和克復ト共ニ其資格ノ當然解除ト爲ルコトハ前述ノ如シ但便宜上俘虜ノ歸國ニ付テハ兩國ニ於テ其引渡ニ關スル協議ノ纏マルマテ抑留國ニ於テ之ヲ保管シ置クハ一般ニ行ハルル所ニシテ妨ナシ又平和回復ト共ニ戰爭中ニ於テ中止セラレタル兩國人民間ノ私權ノ行使ハ悉ク回復シ戰爭前ニ於ケル契約ハ法廷ノ保護ニ依リ履行セラルヘシト雖モ戰爭ノ爲メニ事實上履行スヘカラサルニ至リタルモノハ其履行ヲ要求スルコト能ハスシテ戰爭ハ天災即チ不可抗力ト同一ニ看做サルヘク同一法理ニ基キ一定ノ時間ヲ契約履行ニ付キ約定シタルモノハ戰爭繼續間ノ日時ハ其期限ニ算入セサルモノトス

茲ニ注意ヲ要スルハ媾和ヲ爲ス場合ニ於テ交戰國カ媾和條約中ニ反對ノ規定ヲ設ケ置カサル以上ハ其當時交戰國雙方ノ管轄スル土地並ニ之ニ屬スル物件ハ互ニ自國ノ所有ト爲スノ法則ニシテ例ヘハ占領地ノ處分ヲ媾和條約中ニ特ニ規定セサル場合ニ於テハ悉ク占領國ノ領有ト爲リ動産ニシテ占領軍ニ沒收セラレタル物件ハ固ヨリ其所有ニ歸シ未ダ沒收ノ完了セサル物件ハ原所有者ニ回復スルモノトス此法則ヲ名クテ現有法ト云フ此法則タル理論上ニ於テハ批難スヘキ點アルヘシト雖モ實際ノ便宜ハ最も多クシテ媾和條約ニ記載セサルカ又ハ交戰國ニ於テ讓與ヲ明言スルコトヲ欲セサル物件ノ所有權ヲ定ムルニ最も便宜ナル法則ナリ然レトモ交戰國雙方ノ意思ニ因リテハ必スシモ此法則ニ依ルコトヲ要セスシテ復原法ニ依リテ平和ノ回復ト共ニ戰爭前

ノ状態ニ其物件ヲ回復スルコトト爲スヲ得ヘシ然レトモ各兩國ノ意思ニ其キ明文ヲ以テ復原法ヲ用ヒタル場合ニ於テハ條約中ニ明言セサル占領ノ土地並ニ其附屬ノ物件ヲ原所有國ニ返還スルノ意義ニシテ戰爭ノ法則ニ依リテ行ヒタル徵收又ハ損害ヲ本國ニ賠償スルノ意義ニ非ス換言セハ平和回復ノ當時占領地ニ於ケル狀況ニ變更ヲ加フルコトナクシテ舊國ニ返還スルニ止マルモノトス

### 第二節 媾和條約

#### 第一款 媾和ノ開始

媾和條約ハ「ヴァッデル」云ヘル如ク交戦國雙方ノ讓歩ニ因リテ戰爭ヲ終了スルモノニシテ若シ雙方ニ於テ嚴正ニ其權利ヲ主張スルニ於テハ決シテ戰爭ヲ終了スル能ハサルモノトス而シテ媾和條約ニ依リテ戰爭ヲ終ルトキハ戰爭ノ原因ト爲リタル問題ヲ之ニ依リテ決定スルノミナラス戰爭中ニ於ケル雙方ノ行為並ニ戰爭ノ費用及ヒ損害ニ付テモ悉ク條約規定ヲ以テ確定スルモノニテ條約ヲ締結スルハ交戦國雙方ニ於テ全權委員ヲ選定シ以テ其條約ヲ締結スルモノニテ其條約ハ他ノ條約ト均シク兩國主權者ノ批准ヲ要シ批准ニ依リテ始メテ有效ト爲ルモノトス然レトモ條約中ニ戰爭行為ノ終了ノ日時ヲ特ニ記載セサルトキハ條約調印ト共ニ其行為ヲ廢棄スヘキ效力ヲ有シ日清戰爭及ヒ日露戰爭ノ終了ニ於ケルカ如ク戰ノ休戦ノ約定アリタルトキハ論ナシト

雖モ特ニ休戦ノ約定ナキトモ於テモ其條約調印ト共ニ當然休戦ト爲ルヘキモノトタリ何トナレハ若シ條約ノ批准アルトキハ其效力ハ調印ノ當時ニ遡ルニ由リ調印後戰爭ヲ繼續セハ當ニ戰闘地方ニ不必要ナル損害ヲ與ヘ兵士ヲ無益ニ傷フノミナラス之カ爲メニ條約締結當時ノ事情ヲ變更シ其條約ノ批准ヲ困難ナラシムヘキニ至ルヲ以テナリ又戰爭ノ行ハルル場所ノ廣クシテ軍隊又ハ軍艦在留ノ場所ニ由リテハ交通不便ノ爲メ迅速ニ媾和ヲ通知スルコト能ハサルコトアリ斯ル場合ニハ豫メ各場所ニ由リテハ交通不便ノ爲メ迅速ニ媾和ヲ通知スルコト能ハサルコトアリ軍隊又ハ軍艦ハ其約定ノ日時マテハ平和回復ノ事實ヲ知ラスシテ戰爭ヲ繼續スルモ妨ナシト雖モ若シ其期日前ニ於テ平和回復ノ事實ヲ公ニ通知セラレタルトキハ其約定ノ期日ヲ待タス同通知ヲ受領シタルト同時ニ戰爭ヲ廢止スヘキモノトス玆ニ公ナル通知ト云フハ本國政府ヨリ公然ニ軍隊又ハ艦隊司令官等ニ與フル通告ヲ意味シ軍隊ハ自國政府以外ノ關係國ヨリシテ平和回復ノ通知アルモノニ依リテ行動スルノ義務ヲ有セス又濫ニ斯ル通知ニ信賴シテ行動スルハ危險ナルモノトス此適例トシテ千八百一年英佛戰爭ハ「アミアン」條約ニ依リテ終了シ印度洋ニ於テハ五箇月間ニ戰爭行為ヲ終ルヘキコトト爲シタルニ其期限滿了前英船「スワインハド」號ハ印度洋ニ於テ佛國ノ爲メ拿捕セラレタリ此場合ニ於テ其拿捕者ハ英國及ヒ葡萄牙國ヨリシテ戰爭ノ既ニ終了シタル通知ヲ得タルニ拘ハラズ拿捕ヲ行ヒタルモノナリシカ佛國捕獲審檢所ハ其捕獲ヲ正當トセリ是レ全ク佛國政府ノ公報ナキニ因リタルニ外ナラス

國際公法(戰時)

交戦關係ノ法則 戰爭ノ終了 媾和條約

### 第二款 媾和條約ノ效果

媾和條約ニ於テハ之ニ依リ交戰國間ニ於テ戰爭發生ノ原因ト爲リタル係争ノ問題ヲ悉ク決定スルヲ普通トスト雖モ時トシテハ其問題ノ多岐ニ涉リテ一時ニ之ヲ處理スルコトノ困難ナル所ヨリシテ其詳細ノ決定ヲ後日ニ譲リナカラ漫然交戰國間ニ平和ノ回復ニ付テノミ先ツ條約ヲ締結スルコトナキニ非ス千八百十四年英米兩國間ノ「ゲント」媾和條約ニ於テハ戰爭ノ原因ト爲リタル問題ヲ解決スルコトナクシテ單ニ其戰爭ヲ終了スヘキコトヲ規定シタルハ其一例ナリ然レトモ此ノ如キ實例ハ最モ稀ニシテ普通係争問題ヲ一定シ之ト同時ニ戰爭ノ結果ニ伴フ新狀態ニ附隨スル必要ナル種種ノ約定ヲ爲シ其人民ノ私權ヲ保證シ通商其他國際上ノ關係ヲモ規定スルモノニシテ例ヘハ馬關條約ニ於テ戰爭ノ原因タリシ朝鮮ノ獨立ヲ確定シ臺灣ノ割讓及ヒ償金等ヲ定メ加フルニ兩國間ニ於テ新ニ通商條約ヲ締結スルニ關シテ其基礎ト爲ルヘキ標準ヲ規定シ日露戰役終了ニ當リ「ポーツマス」條約ヲ以テ露國ハ日本國カ韓國ニ對スル保護監督ノ權利ヲ認メ滿洲ノ撤退ヲ約定シ關東州ノ租借地ヲ清國政府ノ承諾ヲ以テ我國ニ讓リ東清鐵道ニ付テハ長春以南ノ線路及ヒ同鐵道附屬地並ニ該鐵道ノ爲メ經營ニ係ル工場、建物及ヒ炭礦等ヲ我國ハ讓受ケタルト共ニ樺太島ハ北緯五十度以南ノ割讓ヲ爲シ航海及ヒ沿海洲ノ漁業權ヲ我國ニ讓リ兩國間ニ新通商航海條約ノ締結等ヲ約定シタルカ如シ今簡單ニ媾和條約ノ效果ヲ列舉セハ左ノ

如シ

(甲) 戰爭前ノ事項ニ關シテハ

- 第一 交戰國間ニ於テ戰爭ヲ惹起スルニ至リタル問題ヲ絶對的ニ終了シ同一問題ニ付キ兩國ノ爭議ヲ全ク消滅スルモノニシテ媾和條約ニ於テハ其條文中ニ締盟國ハ永久ノ平和アルヘキコトヲ明言スルヲ普通トス此永久ノ平和トハ將來如何ナル原因ニ付ラモ決シテ戰爭ヲ爲サスト約定シタルニ非スシテ戰爭ヲ開始シタル問題ニ付キ兩國ハ再ヒ戰爭ヲ爲ス能ハスト云フニ過キス就中媾和條約ノ效果ハ其戰爭ヲ惹起スルニ至リタル特定ノ問題ニ限ルヲ以テ締盟國ハ同一種類ノ事件ニ付キ權利ノ侵害又ハ損害ヲ重ネテ受ケタルトキハ其事件タル假令戰爭ト爲リタル問題ト其性質ヲ同シクスルコトアルモ是レ固ヨリ別箇ノ問題ナルヲ以テ更ニ開戰ノ理由ト爲シ得ヘキモノトス又戰爭前ノ損害其他國家間ノ問題ニシテ戰爭ノ理由ト爲ラザリシモノハ媾和條約ニ關係ナキヲ以テ戰爭終了ニ依リ消滅セサルヤ明カナリ
- 第二 兩國間ニ存在セシ條約其他ノ約定ニシテ其實行カ交戰國ノ一方又ハ雙方ノ戰爭ニ關與シタル爲メ中止ト爲リタルモノハ悉ク回復ス
- 第三 兩國人民間ノ私權ヲ回復シ戰爭ニ因リテ物質的ニ其實行ヲ爲ス能ハサルニ至ラサルカ又ハ無效ト爲ラサル契約其他權利義務一切ノ關係ハ兩國ノ法廷ニ於テ各各之ヲ保護スルモノトス

(乙) 戰爭中ノ行為ニ關シテハ

媾和條約ハ戰爭ニ關スル事項ニ付キ最終ノ決定ト看做スカ故ニ交戰國一方ノ命令ノ下ニ於テ或ハ戰爭ノ權利ヲ超過シ又ハ其權利ニ關係ナクシテ爲シタル行為ニ付キ媾和條約調印後ニ於テ對手國ハ其政府又ハ人民ノ爲メ斯ル行為ヲ批難シ若クハ之ニ關スル要求ヲ提出スルコト能ハス又時トシテハ戰爭中交戰國政府ノ命令ニ出テスシテ人民ノ濫ニ戰爭行為ヲ爲シタル者又ハ其他ノ不正ノ行為ヲ爲シタル者アルコトナレトモ斯ル場合ニ於テ媾和條約ハ總テ兩國間ニ戰爭ノアリタル感情ヲ抹消シ其惡感情ヲ一掃スルト同時ニ戰爭ノ熱情ニ伴ヒタル不正ノ行為ヲハ罰セサルモノニシテ媾和條約調印ト共ニ此等戰爭中ノ行為ハ其不正ナルモノト雖モ免除ト爲ルモノニシテ斯ル免除ヲ名クテ赦免ト稱ス赦免ハ媾和條約ノ締結ニ伴フヘキ結果ナレトモ其條約中ニ之ヲ明定スルコトアリ馬關條約第九條第二項ニ於テ日本臣民ニシテ軍事上ノ間諜又ハ犯罪者ト認メラレタル者ハ清國ニ於テ直チニ解放スヘキコトヲ約シ清國ハ又交戰中日本軍隊ト種種ノ關係ヲ有シタル清國臣民ニ對シ如何ナル處刑ヲモ爲サス又之ヲ爲サシメサルコトヲ約スト規定セルハ其一例ナリ

(丙) 條約締結後ノ行為ニ關シテハ

締盟國ハ條約締結ト共ニ其平和ヲ回復シ批准アリタルトキハ其ノ效力ハ調印ノ當時ニ遡ルモノトスルシテ兩國人民カ其條約ノ締結後ニ於テ平和ノ事實ヲ知ラスシテ戰爭行為ヲ爲シタル

トキハ固ヨリ犯意ナキカ爲メ處刑セラルルコトナシト雖モ國家ハ之ニ對シテ損害賠償ノ責任ヲ免ルル能ハス換言セバ加害國ハ其被害國ニ對シ可成之ヲ原狀ニ回復スヘク損害アルトキハ悉ク賠償セサルヘカラス

第三節 戰爭行為ノ廢止及ヒ征服

交戰國ニ於テ戰爭行為ヲ單純ニ廢止シテ戰爭ノ終了スルコトハ古來其例甚タ少ク千七百十六年瑞西國及ヒ波蘭國間ノ戰爭及ヒ前世紀ニ於テ中央亞米利加及ヒ南亞米利加ニ於テ獨立シタル殖民地ト西班牙國トノ戰爭ハ其實例タリ即チ亞米利加洲ニ於テ西班牙國ニ叛亂シ獨立ヲ企テタル殖民地ニ對シ同國ハ千八百二十五年以來戰爭行為ヲ廢止シ中立國及ヒ其人民ニ對シテモ中立義務ヲ強制シタルコトナシ然レトモ西班牙國ハ千八百四十年ニ至ルマテハ墨國ヲ除クノ外中央及ヒ南亞米利加諸國ト平和ノ交通ヲ爲シタルコトナク同年ニ於テ勅令ヲ以テ「エタワドル」共和國ノ船舶ニシテ西班牙國版圖内ニ入ルコトヲ許可シ又千八百四十四年智利國ノ獨立ヲ承認セリ尤モ智利國ノ船舶ニ對シテハ其三年以前ヨリシテ交通ヲ許シ「ヴェネジュエラ」國ノ如キハ千八百五十四年ニ於テ其獨立ヲ承認セリ

斯ク戰爭行為ノ廢止ニ因リ戰爭ノ終了スルトキハ其終了ノ時期ヲ確知スルコト能ハスシテ永ク交戰國及ヒ其人民ハ互ニ對手國ニ於テ戰爭ノ關係ヲ繼續スルヤ否ヤノ疑ヲ有シ中立國及ヒ其人

民モ局外中立ノ法則ニ準據シテ交戰國タリシ國家ニ對シ交通關係ヲ爲スヘキヤ否ヤノ疑ヲ免レ  
スシテ其不便少カラサルハ明カナリ然レトモ日時經過ノ後ニ於テハ交戰國カ早晚事實上平和ノ  
狀態ヲ回復スルニ至リ其結果タル媾和條約ニ依リテ戰爭ヲ終了シタルト其效果ヲ一ニスルモノ  
トス但戰爭行爲ノ廢止ニ因リ戰爭ヲ終了スル場合ニ於テハ確ニ平和關係ノ成立スルニ至ルマテ  
ハ兩國間ニ戰爭ト爲リタル問題ノ終了シタルモノト爲スヘカラサルニ由リ同一ノ問題ニ付キ何  
時ニテモ戰爭ヲ新ニシ得ヘキモノナルカ如シ

征服ニ依リテ戰爭ノ終了スルコトアリト云フハ交戰國一方ノ亡滅ニシテ其領土ハ戰勝國ノ爲メ  
ニ奪ハレ其人民モ戰勝國主權ノ下ニ立テテ其國ノ一部ト爲ルモノトス斯ル場合ニ於テ戰勝國ハ  
其土地ニ對シテ之ヲ自國ノ版圖ト爲スノ意思ト實力トヲ以テ事實上ノ領有ヲ繼續スル狀態ノ存  
スルヲ必要トス而シテ其國ノ版圖ト爲スノ意思ハ之ヲ合併スルノ宣言等ニ依リテ發表セラレ事  
實上ノ領有ハ其地方ニ對シテ警備ノ行爲ニ依リテ明白ト爲ルモノニシテ千八百六十年伊國ノ  
「シシリア、モデナ」ヲ始メ同半島ノ諸國ヲ征服シ、千八百三十年佛國カ「アルゼリヤ」ヲ征服  
シタルハ其實例ナリ征服ニ付キ有名ナル問題ハ千八百六十年「ナポレオン」ノ「ヘッスカッセル」  
ノ國ヲ征服シテ其土地ヲ「ウエストフアリヤ」王國ニ屬セシメタルニ「ナポレオン」敗北後  
ニ於テ「ヘッスカッセル」王ハ再ヒ其領土ヲ回復シタリシカ新政府ハ舊政府ヲ繼續シタルモノ  
ナリヤ否ヤニ付キ問題ヲ生シ途ニ「プレスロー」大學ニ其審判ヲ求メタルニ同大學ハ判決シテ

曰ク「ナポレオン」ノ征服ニ因リ舊國ハ亡滅シテ千八百六十年乃至十三年ノ間其土地ハ「ウエス  
トフアリヤ」王國ト爲リ其間ニ於テ廢王ハ佛國ニ對シ戰爭ヲ繼續シタルモノニ非サルニ因リ新  
政府ハ舊國ノ相續者ト看做スヘカラスト此點ニ付テハ學者ノ異論ナキ所トス

### 第三編 局外中立ノ法則

#### 第一章 中立ノ意義

局外中立トハ國家カ交戰國間ノ戰爭ニ付キ就レノ一方ニモ加擔スルコトナク戰爭中雙方ニ對シ  
テ平和ノ國交ヲ繼續スル狀態ヲ謂フ隨テ局外中立ノ法則ニ付テハ交戰者ノ一方ニ對シ積極的又  
ハ消極的ニ他ノ一方ヲ取リテ交戰上ノ利益ト爲ルヘキ行爲ヲ爲スコトナク雙方ニ對シ戰爭前ヨ  
リ保持シ來リタル國交ヲ爲スヲ原則トス然レトモ局外中立ノ地位ハ戰國ニ於テノミ存在スルモ  
ノナルヲ以テ自ラ平時國際法ノ法則ヲ全然之ニ適用シ得ヘキモノニ非ス換言セハ交戰國ト中立  
國トノ權利義務ニ付テハ交戰者カ戰爭ヲ遂行スルニ必要缺クヘカラサル權利ト中立國カ中立ヲ  
維持スルニ必要ナル諸種ノ法則アルノミナラス平時關係ニ於テハ國家ハ獨立權ノ作用ニ依リ特  
定ノ國ニ對シ他國ヨリ一層親密ノ交際ヲ爲シ之ニ特別ノ待遇ヲ與ヘ得ヘキモノナレトモ戰時ニ  
於テハ交戰國雙方ニ對シ嚴格ニ偏重ナキ態度ヲ取リテ其國交ヲ爲スヘキモノトス

ニ於ケル戰爭中ハ局外中立タルヘキ權利ヲ有シ又其義務アルモノニ屬シ反對ノ宣言ヲ爲スニ非  
 ナレハ第三國ハ自ラ局外中立タルコトヲ推測スヘキモノトス故ニ日清戰爭ニ際シテハ英、米、  
 伊、丁、葡及ヒ瑞典ノ諸國ハ中立ノ宣言ヲ爲シタルトモ佛、獨、露等ハ其宣言ヲ爲サス日露戰爭  
 ニ於テハ丁、扶、和蘭、獨逸、佛國、暹羅國、西班牙、北米合衆國、英國、伊國、伯刺西爾、葡  
 萄牙、瑞西、瑞典諸國、墨西哥、埃匈國、亞爾然丁及ヒ清國ハ中立ノ宣言又ハ通告ヲ爲シタル  
 ニ拘ハラズ其他ノ諸國ハ何等ノ宣言又ハ通告ヲ爲ササレトモ戰爭ニ當リ第三國ハ中立ノ宣言ハ  
 之ヲ爲スト否トニ拘ハラズ當然局外中立タルモノトス又局外中立ト永久的中立トハ之ヲ區別セ  
 サルヘカラスシテ局外中立ニテハ國家カ他國間ニ戰爭アルニ際シ自國ノ獨立權ニ由リ其戰爭ニ  
 干與スルノ自由ヲ有スルニ拘ハラズ自ラ第三ノ地位ニ立ツコトヲ意味スルモノナレトモ永久的  
 中立トハ國家又ハ一定ノ領土若クハ特定ノ物件又ハ人員ニ付キ列國條約ニ依リテ交戰者カ之ヲ  
 侵スヘカラスト定メタルコトヲ意味スルモノニシテ歐洲中瑞西、白耳義「ルクセンブルヒ」ノ  
 三國及ヒ亞弗利加「コンゴ」國ノ如キハ列國條約ニ依リ永世中立國トシテ他國カ其領土ヲ侵  
 ササルト同時ニ此等諸國ハ戰時中時ヲ間ハス自國ノ安全ヲ防禦スル場合ヲ除キ他國ト戰爭ノ行  
 爲又ハ戰爭ト爲ルヘキ行爲ニ干與スヘカラサルコトト爲リ居ルモノナリ要スルニ永世中立國ハ  
 列國條約ニ依リ獨立權ノ行使ヲ制限シタルモノニ屬シ國際法上ノ主權國ノ特例ト見ルヘキモノ  
 トス

又戰爭中獨立國ノ局外中立ニ付キ昔時ノ學者ハ完全中立ノ外ニ不完全者クハ制限的中立ナルモノ  
 ノヲ認メ戰爭前ヨリシテ國家カ一定ノ兵士又ハ作戰ノ資料ヲ交戰國一方ニ貸與若クハ給與シ又  
 ハ交戰國上特種ノ利益ヲ其一方ニ限リテ與フルコトヲ條約ヲ以テ約定シタルトキハ開戰後ニ於  
 テ其規定ニ基キ交戰者一方ヲ補助シ得ヘキニ拘ハラズ其他ノ關係ニ於テハ全ク局外中立ノ地位  
 ニ在リ得ヘキモノト爲シタルモノトス然レトモ今日ニ於テハ斯ル不完全又ハ制限的中立ナル國  
 家ノ地位ヲ認メスシテ假令條約ニ依ルモ戰爭中交戰國一方ノ戰爭行爲ヲ助勢スルハ中立ノ違反  
 ニシテ其責任ヲ負ハサルヘカラス

一定ノ場所又ハ物件若クハ人員ニ對シテ戰爭行爲ヲ及ホササルコトヲ列國條約ニ依リ規定シタ  
 ルモノニ付テモ時トシテ中立ナル文字之ニ襲用セラレ斯ル場合ニモ亦均シク永久的中立ニ屬ス  
 ルモノトス即チ條約ニ基ケル中立ノ場所トハ佛領「サヴォイオ」州、希臘領「アイオニヤン」  
 島中ノ「コルフ、ユー」及ヒ「バキン」ノ兩島ノ如キモノニシテ「サヴォイオ」州ハ千八百十  
 五年「ピヤナ」及ヒ巴里條約ニ於テ瑞西國中立ノ一部ト定メラレ「サルジニヤ」國ノ領土ナリ  
 シカ戰爭アルトキハ同國兵士ハ其境ニ退キ瑞西ノ兵士ヲ以テ之ヲ護衛スルコトト爲シタリシニ  
 千八百六十年同州ハ伊國ヨリ佛國ニ割讓セラレタリ而シテ千八百八十三年佛國政府ハ「サヴォ  
 イス」州「ジエネツァ」府ヨリ近距離ニ於テ砲臺ヲ築カントシタルニ中立地タルノ故ヲ以テ瑞  
 西國ヨリ抗議シ佛國モ其建築ヲ廢止セリ又「コルフ、ユー」及ヒ「バキン」兩島ハ千八百六十

四年歐洲大國ノ之ヲ希臘國ニ與ヘタルニ際シ中立地方ト爲シ希臘國モ之ヲ承認セルニ由ルモノ  
タリ

然レトモ此等中立地方ト稱スルモノニ付キ其中立ノ範圍ハ今日甚タ明確ナラスシテ政府ハ其地  
ニ於テ兵士ヲ募集シ軍用品ヲ徵發シ得ヘキニ由リ敵國ハ戰爭ノ必要上敵意ノ行爲ヲ之ニ及ホシ  
能ハサルノ理ナキカ如シ之ニ反シ例ヘハ巴里條約ニテ「ダニユール」河ヲ中立トシ千八百八十  
八年蘇士運河ヲ中立トシタルカ如キハ其性質全ク前述セル中立地ト異ナリ其水上ニ於テ戰爭ノ  
資料ヲ得又ハ之ヲ自國作戦ノ用ニ供スル能ハサルヲ以テ斯ル列國條約ノ規定ハ犯スヘカラサル  
義務アルコト明カナリ更ニ又列國條約ニ基カスシテ戰爭中交戦國一方ヨリ諸國ニ對シ敵國領土  
中一定ノ場所ヲ中立トシテ之ニ戰爭準備ヲ爲ササルコトアリ日清戰爭中我國ハ上海ヲ以テ中  
立地トシ清國ニ於テ之ニ戰爭準備ヲ爲ササルコトヲ條件トシテ其中立ヲ認メタルハ其一例ナリ  
然レトモ斯ク列國條約ニ基カス又之ヲ永久的ノ中立ト爲ササルモノハ國際公法ノ法則上之ヲ中  
立ト認ムル能ハスシテ單ニ交戦國ノ他國ニ對スル保證ニ過キス

一定ノ物件又ハ人員ニ付キ中立ノ文字ヲ用ヒタルハ舊赤十字條約ニ依リ戰地假病院、陸軍病院  
並ニ其附屬員等ヲ意味スルモノニシテ其詳細ハ既ニ述ヘタル所ナレトモ此中立ナル語ハ其意義  
明確ナラサルノミナラス誤解ノ恐アルカ故ニ第一平和會議ノ締結ニ係ル赤十字條約ノ原則ヲ海  
戰ニ應用スル條約ニテハ不可侵ナル語ヲ用ヒ中立ナル文字ニ代ヘタリ然レモ不可侵ナル用語モ  
亦誤解ヲ生スルノ虞アルノ理由ヲ以テ改正赤十字條約及ヒ第二平和會議ノ赤十字條約ノ原則ヲ  
海戰ニ應用スル條約ニテハ此等ノ用語ニ代フルニ尊重保護ナル文字ヲ以テセリ要スルニ中立ナル  
ル文字ノ使用ハ諸種ノ場合ニ供用セラルルコトアレトモ本編ニ所謂局外中立ナルモノハ永久的  
中立其他ノ中立ヲ意味スルニ非スシテ獨立國カ戰爭中交戦國ヲ助勢スルノ能力アルニ拘ハラズ  
其戰爭ニ干與スルコトナク雙方ニ對シテ平和ノ國交ヲ爲スノ地位ニ在ルモノナルコトヲ明カニ  
區別スルコトヲ要ス

交戦國間ニ於テ戰時ノ權利義務關係ノ開始スルハ既ニ論シタル如ク兩國間ニ開戦ノ意思ヲ以テ  
實際敵意ノ行爲アルニ於テラスルコトアレトモ中立國カ交戦國ニ對スル中立關係ノ義務開始ニ付  
テハ然ラスシテ交戦國ハ友誼國ニ對スル義務トシテ開戦アルヤ否ヤ第三國ニ其開戦ノ事實ヲ通  
告スヘキモノナルト同時ニ第三國ハ戰爭成立ノ事實ヲ知ルニ非サレハ局外中立ノ義務ヲ負フモ  
ノニ非ス隨テ交戦國ハ開戦ヲ宣言其他ノ方法ヲ以テ諸國ニ知ラシムヘキモノニシテ開戦ノ事實  
ヲ不明瞭ニ爲シ置クハ中立國ニ取リ不便ト損失ヲ生スルコト疑カラサルニ由リ宣言其他ノ通告  
ヲ爲スハ當ニ德義上ノ義務ナルノミナラス國際公法上ノ義務ト看做ササルニ至レリ然レトモ若  
シ中立國政府又ハ人民ニシテ戰爭ノ起ラントスルニ際シ交戦國一方ノ爲メニ海陸ノ戰爭行爲ニ  
關スル準備又ハ補助ヲ爲スカ如キコトアラハ假令其意思ハ戰爭ノ起ラントスルコトヲ知リタル  
ト否トヲ問ハス交戦國ハ未タ戰爭ヲ公ニセサルノ故ヲ以テ既ニ敵國ト爲ラントスルモノトノ關

係上斯ル中立國ノ行爲ニ因リ大ナル損害ヲ被ラントスルニ拘ハラス之ニ對シ敵意ノ行爲ヲ爲スヘカラサルノ理由ナキニ由リ斯ル行爲ヲ爲ス中立國若クハ其人民ハ速ニ開戦ト爲リタルカ爲メ之ニ伴フノ損害ヲ被リタル場合ニ於ケル其賠償ヲ加害國ニ對シテ求ムルコト能ハス

### 第二章 局外中立ノ發達

局外中立ナル文字カ國際公法上一定シタルハ千七百五十八年「ヴァテル」ノ著書ニ於テ始マリタルモノニテ斯法上中立ニ關スル事項ハ第十八世紀ノ半頃マテハ其文字ノ確定セザリシヲ以テ觀ルモ其法則ノ發達セザリシヲ知ルニ足ルヘシ然レトモ戰爭ニ於テ交戰國ハ戰爭ヲ爲スノ必要上他國民ノ商業ニ妨碍ヲ加ヘ得ヘキ權利ノ如キハ希臘羅馬ノ海上法ニ於テモ其跡ヲ留メ中世ニ於テモ實行サレタル慣例ニシテ古代ニ於テハ此權利ハ絕對的ニ行ハレタリシカ商業發達ト共ニ中立國ノ權利ヲ擴張スルニ至リタルモノニ屬シ第十七世紀ニ於テハ「グロシュース」ノ著書ニ戰爭ニ於テ中立ノ地位ヲ保ツコト最モ難ク且危險ナルコトヲ説キ第三國ハ交戰者ノ正當ト否トヲ明カニシ不正ノ交戰者ヲ強ムルノ行爲又ハ正當ノ交戰者ノ行動ヲ妨クルノ行爲ヲ爲スヘカラス單ニ其正否ニ疑アル場合ニ於テノミ雙方ニ對シ同一ノ待遇ヲ爲スヘキコトヲ説キ今日ニ於テハ交戰者雙方ニ絕對的平等ノ待遇ヲ爲スヘキ義務ト爲スニ反シ「グロシュース」ハ不平等ヲ義務ト爲シタルモノトス隨テ第十七世紀ノ中頃ニ於テハ特ニ條約ヲ以テ中立國ノ關係ヲ定ムルニ

非ナル以上ハ交戰國一方カ中立國領土内ニ於テ兵士ノ募集其他戰國準備ヲ爲スコトヲ許シ時トシテハ中立國ヨリ交戰國一方ニ戰爭ノ材料ヲ與ヘタルコト尠カラス然ルニ其後ニ至リ中立國政府ヨリ濫リニ交戰國一方ニ戰爭ノ補助ヲ爲ス慣例止ムニ至リタレトモ戰爭前ヨリ條約ニ係ルモノハ其規定ヲ履行スルヲ得ヘク「ヴァテル」モ亦第三者ヨリ防禦同盟條約ノ故ヲ以テ交戰國一方ニ助勢スルハ其中立國タルニ妨ナクシテ依然交戰國雙方ニ對シ平和ノ關係ニ在ルモノトシ條約規定ニ依ルトキハ海軍又ハ軍隊ニ助勢ヲ與フルモ正當ト爲セリ隨テ當時交戰國ノ中立國領内ニ於テ兵士ヲ募リ軍艦ヲ買入レ又ハ艦裝若クハ武裝スルカ如キ行爲ハ固ヨリ不法ト看做サレザリシハ言フヲ俟タスシテ時トシテハ其國ノ許可ナクシテ交戰國ハ此等行爲ヲ爲シ得ヘキモノトセリ然ルニ第十八世紀ノ末ニ於テ「マルテンス」ヲ始メ多クノ學者ハ中立國ヨリ兵士等ヲ送リテ交戰國ヲ補助スルハ中立ト爲スカラスト論シ千七百八十八年露國ト瑞典國ノ戰爭ニ於テ丁抹國ヨリ兵士ヲ送リテ露國ニ助勢シタルハ條約ニ基キタレトモ之カ爲メ瑞典國ヨリ激烈ナル抗議ヲ來シ同戰爭ニシテ永ク繼續セハ丁抹國ハ露國ト共ニ瑞典國ニ對シテ敵國ノ地位ニ立ツノ已ムヘカラサルニ至ラントシタリ

第十九世紀ニ至ルマテハ中立國ノ領内ヲ交戰國ノ戰爭ニ使用スルハ尤ムヘカラサルモノト看做サレ其實例尠カラス「グロシュース」ハ第三國ニ於テ之ヲ避ケントセハ交戰國雙方ト條約ヲ結ビ其好意ニ因リ自國領内ニ於テ開戦行爲ヲ爲スヘカラサルコトヲ約定スルニ如カストシ「ピン



ケルシ「トク」モ亦交戰國軍艦カ敵國船ヲ追迫シテ中立國領海ニ入ルトキハ其水面ニ於テ之ヲ拿捕シ得ヘキコトヲ説キタレトモ此道理ハ今日ニ於テハ之ヲ認ムヘカラサルニ至レリ又交戰國ト中立國ノ國家間ニ於テモ局外中立ノ關係生シタルトキニ於テ中立國人民ノ戰開行為ニ從事シ中立國領土ヲ戰爭準備ニ使用スルハ咎ムヘカラサルコトヲ看做サレタリシカ千七百九十三年英佛戰爭ニ於テ華盛頓政府ハ中立義務ヲ嚴正ニ實行スルコトヲ努メ佛國カ米國港内ニ於テ拿捕用私船ヲ艦裝シ又領事ヲシテ拿捕品ヲ審判セシメタルニ對シ米國政府ハ之ニ抗議シテ佛國公使ノ召還ヲ請求シ佛國モ之ニ從フニ至リ同年ヨリ千八百十八年ニ至ルマテ米國ハ外國軍隊入籍法ヲ發布シ主トシテ第十八世紀ノ公法學者ノ意見ニ基キ自國民ノ他國間ニ於ケル戰爭行為ニ干與スヘカラサル法令ヲ發布シタルヨリ局外中立ノ法則ニ付キ大ナル進歩ヲ促シ同戰爭中米國ノ取リタル態度ハ正當ト看做サレ諸國モ之ニ倣フニ至レリ

之ヲ要スルニ局外中立ニ關スル法則ノ發達ハ當初中立國ハ交戰國間ノ爭議ニ付キ正當ト否トヲ區別シ以テ其助勢ノ義務ヲ異ニシテ交戰國ハ戰爭中第三國ヲシテ戰爭ニ干與セシメサルコトヲ認メタルハ「グロシトス」ノ意見ニテ第十七世紀ニ於テ行ハレ第十八世紀ニ於テハ條約ニ非サレハ中立國ヨリ交戰國一方ニ助勢スルヲ不正ト認メ又交戰國ハ戰爭上大ナル必要アルニ非サレハ中立國主權ヲ侵スヘカラストシ第十九世紀ニ於テハ戰爭前ヨリ條約ノ有無ヲ問ハス如何ナル場合ニ於テモ中立國ハ交戰者ニ加勢スル能ハス又其領土内ノ人民ヲシテ交戰者一方ノ不利益ト爲ルヘキ助勢ヲ他ノ一方ニ爲スコトヲ禁スヘク之ト同時ニ交戰國ニ於テ嚴正ニ中立國ノ主權ヲ尊重スヘキコトト爲レリ

### 第三章 局外中立國ノ權利義務

#### 第一節 總則

中立國ノ權利義務ニ付キ國際公法ニ於テ論スル所ハ中立國ノ交戰國ニ對スル權利義務アリ又中立國人民ノ交戰國ニ對スル義務アリテ學者中ニテ混同スル者アルハ大ナル誤謬ニ屬ス何トナレハ前者ハ國家間ノ權利義務ニシテ後者ハ中立國人民ノ交戰國雙方ニ對シ其普通ノ商業、封鎖、戰時禁制品及ヒ中立違反ノ事項ニ關シテ有スル個人的關係ニシテ假令之ニ違反スル者アルモ中立國政府ハ責任ヲ有スルニ非ス單ニ交戰國ハ自ら違反者ヲ逮捕シ捕獲審檢所ニ依リテ之ヲ罰シ得ヘキニ過キス之ニ反シテ本章ニ所謂中立國ノ權利義務ニ關スル法則ハ國家行為ヲ規定スルヲ以テ其違反ハ自ら國家ノ責任ニ屬シ交戰國ト中立國ノ政府間ニ於テ互ニ其救濟賠償ヲ爲スヘキモノトス今其法則ヲ説クニ當リ第一、交戰國ノ中立國ニ對スル義務第二、中立國ノ交戰國ニ對スル義務トシテ之ヲ左ニ説明セン

#### 第二節 中立國ニ對スル交戰國ノ義務

中立國ニ於テ局外中立ノ義務ヲ犯ササル以上ハ交戰國ハ戰爭行為ノ爲メ其國ノ主權ヲ侵スヘカ  
ラサル嚴正ノ義務アルモノニシテ今中立國ノ權利ニシテ交戰國ノ義務ヲ類別スレハ

- 一 中立國ノ版圖内ニ於テ戰鬪行為ヲ爲スヘカラス
  - 二 戰爭行為ノ準備ヲ中立國版圖内ニ於テ爲ス能ハス
  - 三 局外中立ヲ維持スル爲メ中立國ノ發布セル相當ノ規定ハ交戰國ノ遵奉スヘキコト
  - 四 中立國ノ權利ヲ侵シタルトキハ其救済賠償ヲ爲スヘキコト
- ノ四種ト爲スコトヲ得ヘシ

### 第一款 中立國版圖ノ不可侵

中立國ノ領土領海ニ於テ戰鬪ヲ爲スヘカラサルノ道理ハ國際法上夙キ時代ニ於テ認メラレタレ  
トモ其實行ハ近世ニ在ルコト前述ノ如ク今日ニ於テハ此點ニ付キ一懸ナシ隨テ交戰國ノ軍  
隊又ハ軍艦ハ中立國ノ版圖内ニ於テハ互ニ戰鬪ヲ爲スヘカラサルノミナラス更ニ戰爭ニ關スル  
一切ノ行為ヲ爲ス能ハスシテ例ヘハ交戰國一方ノ軍艦カ公海ニ於テ敵船ヲ追迫シ中立國領海ニ  
入ルトキハ拿捕スルコト能ハス又交戰國軍隊ハ中立國ノ許可ナクシテ其領内ヲ通行若クハ之ニ  
侵入スル能ハス中立國ニ於テモ戰時ニ於テ交戰國ノ軍隊ニ對シ其版圖内ノ通行ヲ許可スルハ中  
立義務ノ違反トス然レトモ平時國際公法ニ於テ說明セラルル如ク國家自衛權ノ行使ニ依リ中立

國版圖ノ不可侵ヲ破ルハ尤ムヘカラスシテ千八百三十七年「コロリン」號事件ハ其逸例トス即  
チ自國ノ防衛上危險ノ切迫シテ他ノ手段ヲ擇フノ迫ナク又之ヲ避クル手段ニ付キ熟考ノ時間ナ  
キニ於テシ且其行為ヲ爲スニ際シ被害國ニ對シテ故意ノ存スルコトナク又自國ノ防衛ニ必要ノ  
範圍内ニ於テ之ヲ行ヒタル場合ナラサルヘカラス

中立國版圖内ニハ水上ト陸上トヲ問ハス交戰國ハ敵國攻撃ノ準備ヲ爲スヘカラサルコトハ千八  
百七十一年英米兩國間ノ華盛頓條約第六條ニ於ケル三法則中ニモ明言スル所ニシテ國際公法ノ  
原則タリ隨テ其版圖内ニ於テ交戰國ハ兵備ヲ爲シ陸軍又ハ海軍ノ兵士ヲ募集スルコト並ニ兵  
器、彈藥、其他直接ニ戰鬪ノ用ニ供スル物品ヲ取得スルコト能ハス然レトモ戰鬪用ニ直接ナラ  
サル物品ニ關シテハ之ヲ禁スルニ非スシテ例ヘハ航海ニ必要ナル石炭、糧食及ヒ器具等ハ交戰  
國船艦ニ於テ之ヲ購求スルコトヲ得ヘク又船體ヲ修復ヲ爲スモ妨ナシ但其修復タル船艦ヲシテ  
航海ノ用ニ堪ヘシムルノ範圍内ニ限リ其構造ヲ變シ敵國船ノ攻撃又ハ防禦ニ關スル戰鬪力ヲ増  
加スル修復ハ許ス所ニ非ス又中立國ノ任意ニ因リ交戰國軍艦ニ對シ航海用ノ物品ヲ支給スルニ  
付キ分量ヲ制限スルハ妨ナシ例ヘハ軍艦ニ賣渡スヘキ石炭ノ分量ニ制限ヲ爲スカ如キハ交戰國  
雙方ニ對シ之ヲ同一ニスルニ於テハ決シテ妨ナキ所ナリ要スルニ中立國版圖内ニ於テ交戰國ハ  
戰爭準備ヲ爲スヘカラスト云フハ其版圖内ヲ戰鬪行為ノ根據地ト爲スヘカラサルコト及ヒ其版  
圖内ヨリ敵國ニ對スル遠征ヲ爲サシムルコト能ハサルコトヲ意味スルモノナリ

戰闘行為ノ根據地ト云フハ例ヘハ陸軍ニ於テハ中立國版圖内ニ戰闘用ノ資材ヲ仰キ又ハ其地ニ於テ兵士ヲ募リ若クハ其場所ヨリシテ敵國ヲ侵襲シ必要ノ場合ニハ之ニ引退スル場所トスルカ如キ使用ヲ引續キ其地ニ於テ爲スト否トニ因リ戰闘行為ノ根據地ト爲シタルルヤ否ヤヲ決スヘク交戰國ノ陸軍又ハ海軍カ中立國領内ニ於テ糧食其他ノ需用品ヲ臨時ニ取得シタリトテ根據地ト爲シタルモノト看做スヘカラサルニ反シ引續キ其地ニ之ヲ仰キテ戰爭行為ニ從事スルハ假令其支給ノ物品ハ性質上日常品ト雖モ中立國權利ノ侵犯ニシテ國際法上禁スル所ナリ又敵國遠征ノ場所ト爲スヘカラスト云フハ交戰國軍隊又ハ軍艦ノ其地ニ於テ組織シ又ハ機裝シ以テ戰爭ニ向フヲ意味スルモノニシテ千八百二十八年葡國內亂ニ於テ「マリヤ」王ニ屬スル兵士ノ一隊ハ葡國ヨリ追撃セラレ服裝ヲ變シテ英國ニ入りテ隱匿シ兵器ヲ携帶セザリシカ士官ノ指揮ノ下ニ在ル團體トシテ滞在シ居タルニ千八百二十九年四艘ノ商船ニ乗組ミ「ブラジル」國ニ行クト稱シテ出發シ葡國領「テルセイラ」島ニ上陸セントシタルニ因リ英國ハ同島ニ軍艦ヲ派遣シ置キテ其上陸ヲ禁シ兵器ハ別ニ商品トシテ送リタルモノナルニ拘ハラス其團體ヲ葡國ニ對スル遠征ト看做シテ之ヲ差押ヘタリ此事件ニ於テ英國軍艦カ葡國領海内ニ於テ其差押ヲ爲シタルハ不法ナレトモ中立國タル英國ヨリ戰爭ノ遠征ヲ爲サントスルヲ差止メタルハ正當トス之ニ反シ千八百七十年普佛戰爭ノ初ニ於テ米國在留ノ佛國人及ヒ獨逸人ハ本國ニ對スル兵役義務ヲ盡スカ爲メ歸國スルニ際シ各個別別又ハ小團體ニテ出發シタルハ問題ト爲ラザリシカ千二百名ノ佛國人ハ紐育港ヨリ二艘ノ佛國汽船ニ乗組ミ九萬六千挺ノ小銃及ヒ千百萬個ノ彈丸ヲ積荷トシテ歸國セントシタルヲ以テ米國政府ハ之ヲ差止メタルニ法廷ハ獨逸ニ對スル遠征ニ非ストシ佛人ハ武器携帶ノ者ニ非ス又士官ノ監督ノ下ニ在ラサルニ因リ本國ニ上陸スルルヤ否ヤ軍隊ニ入ルコト明カナレトモ直チニ之ヲ戰爭上ノ遠征トシテ出發スルモノト看做ス能ハス而シテ小銃彈丸ハ其物自體ハ正當ノ商品ナリトノ理由ヲ以テ之ヲ無罪トセリ之ヲ要スルニ敵國ニ對スル遠征ヲ爲スヘカラストハ其團體ニシテ陸軍又ハ海軍ノ指揮ノ下ニ在ルヘカスシテ戰闘ニ直接ニ從事スル爲メ中立國內ヨリ出發スルヲ禁止スルニ過キス

第二款 中立ノ規定及ヒ其違反

交戰國カ中立國ニ對スル義務ノ履行ヲ怠リ又ハ其義務ニ違反シタルトキハ中立國ハ其救濟賠償ヲ求メ得ヘキノミナラス必要ノ場合ニハ兵力ヲ以テ自國ノ有スル權利ノ侵犯ヲ防キ若クハ侵犯者ヲ逮捕シ其物品ヲ差押ヘ得ヘシ加之中立國ハ他國ノ戰爭中自ラ其中立ヲ嚴正ニ維持スルノ必要ヨリシテ交戰國戰闘者ノ其版圖内ニ於テ遵守スヘキ法律規則ヲ實行シ得ヘシ然レトモ其中立ニ關スル規定ハ主トシテ領海内ニ於テ交戰國軍艦ニ對スルモノニ屬シ軍隊ハ中立國ノ版圖内ニ入ルコト能ハサレトモ海軍ニ付テハ中立國ニ於テ其入港ヲ禁スルニ非サレハ自由ニ其領海及ヒ港灣ニ入り得ヘキモノニシテ此特權ノ由リテ來ル所ハ中立國ノ默許ニ在ルヲ原則トス隨テ中立

國ハ其領内ニ交戰國軍艦ノ入ルヲ許スニ付キ自國ノ中立ヲ維持スルニ必要ナル條件ヲ附シ得ヘキモノニシテ交戰國ハ之ニ服従スルノ義務ヲ有シ單ニ其規定ノ不法ニシテ相當ナル制裁ヲ超過スヘカラサルコトヲ要求シ交戰國一方ニ偏重ナル待遇ヲ受クヘカラサルコトヲ要求シ得ルニ過キス但天災ニ因リ又ハ航海ニ不適當ナル状態ニ陥ルトキハ交戰國ノ船艦ハ中立國ノ規定如何ニ拘ハラス其版圖内ナル如何ナル港ニ於テモ難ヲ避ケ得ヘシ

現今中立國版圖内ニ於ケル交戰國軍艦ニ對スル慣行トシテ諸國一般ニ行ハルル規定ニ依レハ二十四時間ノ法則アリテ交戰國一方ノ軍艦ニシテ中立國ノ港ニ在ルトキハ其敵國軍艦若クハ商船ノ其港内ニ在ルニ際シ一方ノ船舶其港ヲ立去リタル後少クモ二十四時間ヲ經過セザレハ對手國ノ軍艦、商船ヲ出港セシメサルヲ普通トシ其目的トスル所ハ自國領海又ハ領海附近ニ於テ戰爭行為ヲ爲スヲ防キ以テ同港ニ出入スル船舶又ハ自國領土ニ危險ヲ與フルヲ防クニ在リ然レトモ時トシテハ軍艦司令官ニ於テ斯ル行為ヲ領海又ハ其近傍ニ於テ行ハサルコトノ發言ニ依リ出港ヲ許スコトナキニ非ス此法則ノ始メテ行ハルルニ至リタルハ千八百六十一年乃至千八百六十四年米國ノ南軍ノ軍艦「ナッシュビル」號カ英國「サウサンプトン」港ニ於テ修覆中ニ當リ北軍ノ軍艦「タスカローラ」號カ同港ニ入港シ「ナッシュビル」號ノ出港ヲ待テ擊破セントシタルヲ以テ英國軍艦ハ「タスカローラ」號ヲ二十四時間港内ニ留メ置キ「ナッシュビル」號ヲ公海ニ護送セリ此事件ヨリシテ英國ハ千八百六十二年一月三十一日前達二十四時間ノ法則ヲ規定シ且交戰國

軍艦ハ其修覆ノ場合ヲ除キ少クモ入港後二十四時間内ニ於テ出港スヘキコトトシ其修覆ノ場合ニハ政府ノ特許ヲ受クヘク之ヲ終リタル後ハ二十四時間内ニ立去ルヘキコトヲ規定セリ此規定ハ我國ヲ始メ文明諸國ノ襲套スル所トナリ交戰國雙方ノ艦船カ中立國ノ港内ニ在ルトキハ一方ノ艦船ノ出發後少クモ二十四時間ノ間隔ヲ置キテ他ノ一方ノ艦船ヲ出發セシムルコトハ佛國モ之ヲ用ヒタルニ拘バラス同國ハ千八百九十八年ノ米西戰爭及ヒ日露戰爭中ニ發布シタル中立規定ニ於テハ交戰國艦船ノ入港後二十四時間内ニ出發スヘキ規定ハ同國古來ノ慣行ニ依リ之ヲ採用セテ隨テ第二平和會議ノ締結シタル海戰ノ場合ニ於ケル中立國ノ權利義務ニ關スル條約ニ於テモ中立國ハ此點ニ付キ例外ヲ設ケ第一二條ニ中立國ノ立法上特別ナル反對ノ規定ナキトキハ交戰國軍艦ハ同中立國ノ港灣、海岸又ハ領水ニ於テ本條約ニ規定ノ場合ノ外二十四時間以上滞在スルコトヲ禁スト規定セリ又交戰國軍艦ハ航海用ノ糧食其他ノ需用品ヲ其港内ニ於テ購求シ得ヘシト雖モ石炭ノ如キハ現今軍艦ノ爲メニハ殆ト兵器ト需用ノ程度ヲ同シクシ其多少ニ因リ戰鬪力ニ大差アルヲ以テ英國ノ法規ニ於テハ其實渡ノ分量ニ制限ヲ設ケ本國最近港マテノ航海ニ必要ナル分量以外ヲ一時ニ搭載スルヲ許サス又三箇月間ニ一度以上同一軍艦ニ其搭載ヲ禁セリ此規定ノ全部又ハ一部ハ其後ノ戰爭ニ於テ諸國ノ適用スル所ト爲リ千八百七十年普佛戰爭ニ於テ米國モ英國ト同一ノ規定ヲ設ケ方今ニ於テハ國際法上ノ規定ト看做サルルニ至ラントシ千八百九十八年米西戰爭ニ當リ我國ノ中立ニ關シテモ大體ニ於テハ英國ノ法規ト同一ノ法令發布

セラレタリ然レトモ此二十四時間ノ法則及ヒ石炭ノ搭載ニ關スル制限ハ未タ國際公法ノ法則ト確定シタルモノニ非サルカ故ニ列國條約ヲ以テ之ヲ詳細ニ規定シ今後條約上ノ義務トシテ之ヲ文明國ニ於テ實行スルノ必要アルニ因リ第二平和會議ニ於テハ諸種ノ新問題ト共ニ必要ノ規定ヲ設ケントセリ

交戰國軍艦ノ拿捕物ヲ率キテ中立國港内ニ入ルハ國際公法上禁スル所ニ非ス然レトモ第十九世紀ノ半頃ヨリシテ中立國ハ交戰國軍艦ノ拿捕物ヲ率キテ入港スルハ難破ヲ避クル場合ノ外ハ多數ノ列國之ヲ禁スルニ至リテ今後國際公法上ノ慣例ト爲ラントスルノ傾向アリ然レトモ現今ニ於テハ未タ其禁止ヲ以テ中立國ノ義務トスル能ハス又陸戰ニ於テ交戰國軍隊ハ中立國領土内ニ入ル能ハサレトモ敵軍ノ追撃ニ因リ已ムヲ得ス入り來ルコトナキニ非ス此場合ニ於テハ中立國ハ之ヲ逐ヒ出スヘキ義務ナキト同時ニ其兵士ヲ本國ニ返シ若クハ再ヒ戰爭ニ赴カシムルコト能ハサルカ故ニ其軍隊ノ自國領内ニ入ルヤ否ヤ其兵器ヲ取去リ戰爭終了ニ至ルマテ自國ニ留置スヘク其留置ノ費用ハ本國政府ヨリ拂戻スヘキ義務ヲ有ス千八百七十一年佛國兵士八萬五千人ハ獨逸軍ノ爲メニ追撃セラレ瑞西國ニ入りタルニ同國ハ其兵器ヲ取去リ政府ヨリ衣食ヲ給シテ之ヲ留置キ戰爭後佛國政府ハ其費用ヲ返還シタルハ之カ一例ニシテ「ブルツセル」宣言第五三條ニ於テモ詳ニ之ヲ規定シ交戰國軍隊ニ屬スル兵士ヲ領内ニ入ルルトキハ兵器ヲ取去リ成ルヘク戰地ヨリ隔リタル場所ニ置クヘク兵營、城堡若クハ一定ノ場所ヲ限定シテ留置シ得ヘク其士官

ハ中立政府ノ許可ナクシテ國境ヲ越エサルヘキ宣言ニ因リ居住ヲ自由ニシ得ヘク之ヲ爲スト否トハ中立國ノ任意ニアルコトヲ定メ第五四條ニ於テハ中立國ハ兵士、糧食、衣服及ヒ總テ人情上支給スヘキモノハ之ヲ給與シ其自國ニ兵士ヲ留置シタルニ付キ要シタル一切ノ費用ハ婦和ノ時ニ於テ本國ヨリ支拂フヘキコトヲ規定ス平和會議ノ締結ニ係ル陸戰ノ法規慣例ニ關スル條約附屬規則第五七條及ヒ第五八條ニ於テモ同一ノ規定アリ

交戰國ノ義務ヲ盡サスシテ中立國主權ヲ侵犯シタル場合ニ於テハ固ヨリ其救済賠償ヲ爲スヘキ責任ヲ有ス然レトモ其救済賠償ノ方法ハ國際公法上一定シタルモノナシ但中立國版圖内ニ於テ交戰國ノ海上捕獲ヲ行ヒタルトキハ其船舶並ニ積荷ヲ悉ク中立國ニ引渡スヘキコトハ既ニ一定シ中立國ハ之ヲ自國ノ法令ニ依リ又ハ行政處分ヲ以テ其原所有者ニ引渡スヘキモノタリ而シテ斯ル違反ノ行爲ニ對シ交戰國ノ中立國ニ爲スヘキ謝罪償金其他名譽ニ對スル救済ノ形式等ニ付テハ一定シタル法則ナク又一定シ得ヘキモノニ非スシテ各侵犯ノ場合ニ付キ事態ノ輕重ニ因リ當事者間ノ談判ニテ定ムヘキモノトス千八百六十四年十月「ブラジル」國「パヒヤ」港ニ於テ米國北軍軍艦カ南軍軍艦「フロリダ」號ヲ拿捕シタルニ對シ「ブラジル」國ノ抗議ニ因リ米國政府ハ拿捕ヲ爲シタル「ワテユセツ」號ノ艦長ヲ軍法會議ニテ罰シ「パヒヤ」港在留米國領事ハ拿捕教唆ノ故ヲ以テ免職セシメ拿捕ヲ行ヒタル場所ニ於テ「ブラジル」國旗ニ對シ禮砲ヲ爲シ「フロリダ」號ハ航海中沈没シタル爲メ「ブラジル」國ニ引渡スコト能ハサリシカ其海員

ハ總テ解放シタルハ其一例ナリ

然レトモ交戰國ハ戰爭ノ避クヘカラサル必要ニ迫リ戰地ニ於テ中立國ノ權利ヲ侵犯スルハ咎ムヘカスシテ戰地ニ於ケル中立國ノ物件ヲ戰鬪ノ進行上破損スルハ咎ムヘカラサルコト一般ノ原則上疑ナキ所ナレトモ船舶其他ノ財産ニシテ其地ヲ通過スルカ如キ戰地ニ固著セサル中立國ノ物件ニハ故意ニ戰鬪行為ヲ及ホス能ハサルヲ原則トシ陸戰ノ法規慣例ニ關スル條約附屬規則第五四條ニ於テモ中立國ヨリ來レル鐵道材料ハ該國ノ國有タルト會社又ハ個人ノ所有タルトヲ問ハス成ルヘク速ニ之ヲ還送スヘシト規定シ第二平和會議ノ條約ニ於テモ斯ル物件ハ交戰者ニ於テ非常ノ必要アルニ非サレハ徵發及ヒ使用スルヲ得ス中立國モ必要ノ場合ニハ交戰國ヨリ來レル材料ヲ其程度ニ於テ使用シ得ルコトトシ其相互國ハ使用ノ材料及ヒ使用ノ期間ニ應ジテ相當ノ賠償ヲ爲スコトトシタルトモ交戰者ノ必要ニ迫リテハ斯ル物件ヲ使用スルノミナラス之ヲ破損スルコトアリ千八百七十年獨逸軍ハ佛國砲艦ノ「セイーン」河ニ上リ來ルニ際シ「ジュクレヤ」ニ於テ六艘ノ英國商船ヲ沈メテ之ヲ防キ又同戰中「アルサス」州ニ於テ六百乃至七百輪ノ列車ニシテ瑞西國鐵道會社ニ屬スル物ヲ軍用ニ供シ埃國ノ列車ヲモ戰争用ニ充テタルハ其實例ニテ斯ル場合ニ於テハ中立國ニ對シテ固ヨリ賠償スヘキノミナラス法理上ヨリ論スルトキハ斯ル行為ハ決シテ正當ト爲スコト能ハスシテ「フヘリモール」ハ曰ク例ヘハ個人ノ生命ヲ防禦スル爲メ隣人ノ馬又ハ武器ヲ收用スルカ如キ切迫シタル事情アルニ非サレハ決シテ之ヲ許スヘカラストシ「ダナ」ハ之ヲ交戰者ノ權利ト爲サスシテ必要ニ迫リタルトキニ於テ斯ル行為ニ出ヅルモノハ其謝罪ト賠償ヲ爲スヘク之ヲ拒ムニ於テハ戰爭ノ危險ノ件ヲヘキノト説キタルトモ近世ノ實例ニ於テ之ト同一ノ行為アルヲ以テ觀レハ慣例上之ヲ不法ト言フコト能ハス斯ク必要ニ迫リ戰地ニ固著セサル中立ノ物件ヲ使用者クハ破損シテ咎ムヘカラサル例外ノ法則ヲ名ケテ非常徴用權ト稱ス

### 第三節 交戰國ニ對スル中立國ノ義務

戰爭中中立國ノ有スヘキ義務ノ範圍ニ付テハ方今國際公法ニ於テ最モ不明瞭ヲ極メ學說尙ニ實例ノ一定セサルモノ多シ既ニ其全體ノ法則ニ於テ一定セサルカ爲メ其適用上益範圍ノ明瞭ヲ缺キ居ルコトナレトモ其義務ノ大體ヲ總括シテ言ヘハ直接又ハ間接ニ交戰國間ノ戰鬪行為ニ干與シ又ハ戰爭行為ヲ妨碍シ能ハサルト同時ニ交戰國ノ政府又ハ個人ヲシテ自國領土内ヲ戰爭行為ニ使用スルヲ禁シ又其領土内ニ於テ戰爭準備ニ從事セシメサルニ在リ今其義務ヲ類別スレハ

- 一 交戰國ノ雙方又ハ一方ニ對シテ兵力ノ助勢ヲ與ヘス又一方ニ與ヘタル如何ナル權利ヲモ他方ニ對シテモ拒ムコト能ハス
- 二 交戰國ニ兵器、金錢等荷モ戰鬪力ヲ助クル物件ヲ支給スヘカラス
- 三 交戰國軍隊ニ對シ其領土内ヲ通行セシメス又領土内ニ於テ兵士ノ募集ヲ禁遏スルコト

四 交戰國ノ代表者若クハ其人民ヲシテ中立國領内ニ於テ戰爭ノ準備ヲ爲サシメサルコト又  
其軍艦其他戰爭ニ從事スル船舶ノ戰鬥力ヲ増加スルコトヲ許サス

五 局外中立ノ義務違反ヨリ生ズル直接ノ損害ハ被害國タル交戰國ニ對シ賠償スヘキコト  
以上五種ト爲ス

### 第一款 戰爭行爲ニ干與又ハ助力スヘカラサルノ義務

局外中立ノ性質上中立國ハ軍艦又ハ軍隊ヲ以テ交戰國一方ニ助勢スヘカラサルハ疑ナク戰爭前  
ヨリ其一方ニ對シ特別ノ利益ヲ與フヘキ條約ノ存在スル場合ニ於テモ戰爭ニ際シテハ之ヲ實行  
スルコト能ハス又戰爭中斯ル條約ヲ締結シ交戰國一方ニ戰鬥力ヲ給與スルハ中立義務ノ違反ト  
ス隨テ千七百八十八年露國ト瑞典トノ戰爭ニ於テ丁抹國ハ露國トノ條約ニ基キ戰爭中露國ニ一  
定ノ兵士ヲ貸與シ之カ爲メ瑞典國ノ強硬ナル抗議ヲ招キ丁抹國ニ對シテ開戦ニ至ラントシタル  
ヨリ以來列國間ニ於テ戰爭中ハ勿論平時ニ於テモ對手國カ他國ト戰爭ノ場合ニ一定ノ兵士ヲ之  
ニ貸與スヘキ條約ヲ爲スモノナク千七百七十八年米佛條約ニ於テ米國ハ他國ノ軍艦其他ノ船舶  
ニ對シテハ戰爭中拿捕物ヲ率キテ自國港内ニ入り若クハ其港内ニ於テ斯ル船舶ヲ艦裝シ或ハ拿  
捕物ヲ賣却スルヲ許サス其航海ノ需用品ハ本國最近港ニ至ルニ必要ナル物ノ外ハ買入ルルコト  
ヲ禁スルニ拘ハラズ佛國船舶ニ對シテノミ之ヲ許スヘキコトヲ規定シタルヲ千七百九十三年

英佛戰爭中ニ於テ米國政府ハ此條約ノ實行ニ付キ限額ヲ極メ英國政府ハ嚴シク之ヲ抗議シタル  
ヲ以テ千八百十年米佛條約ニテハ前條約ヲ改正シル偏重ナル規定ヲ削除シ今日ニ於テハ交戰國  
一方ニ對シ待遇ヲ異ニスル條約ヲ締結スルモノナキニ至リ戰鬥用ノ船舶、兵器、彈藥其他戰鬥  
ニ用アル物件又ハ金錢ヲ交戰國ニ給與スルハ中立義務ノ違反ニシテ之ヲ貸與スルコトヲモ爲ス  
能ハス加之戰鬥用ノ物件ノ賣却スラモ國際公法上禁スル所タリ然レトモ茲ニ注意ヲ要スルハ兵  
器其他戰鬥用ノ物件並ニ金錢等ヲ交戰國ニ支給スル能ハサルハ中立國政府ノ義務ニシテ政府ニ  
於テノミ之ヲ爲スヘカラサルニ止マリ中立國領内ニ在ル人民カ個人的ニ斯ル物件ノ賣却ヲ爲ス  
ハ妨ナク中立國ハ其行爲ニ付キ何タル責任ヲ負フモノニ非ス加之國家カ他國ノ戰爭中自國ノ兵  
器、船舶等ヲ政府ノ都合ニ因リ公賣セントスルニ當リテ交戰國ノ代人ニシテ之ヲ買入ルルノ恐  
アルトキハ其買入ヲ爲スヘカラサルヤ否ヤニ付テハ問題ノ存スル所ナリ

千八百二十五年瑞典政府ハ海軍ヲ縮少スル爲メ六艘ノ軍艦ヲ西班牙政府ニ賣却ヲ申込ミタリシ  
カ之ニ應セザリシヲ以テ其三艘ヲ英國商人ニ賣渡シ同商人ハ之ヲ墨西哥國ニ賣ラントセリ然ル  
ニ當時墨西哥國ハ西班牙國ニ對シテ叛亂ヲ爲シ居タルヲ以テ西班牙政府ノ抗議ニ因リ瑞典國ハ  
元ト墨西哥國ニ軍艦ヲ轉賣セラルヘキ事實ヲ知ラスシテ英國商人ニ賣リタルニ拘ハラズ其賣却  
ヲ取消シ又千八百六十三年英國政府ハ老朽ノ砲艦「ピクトル」號ヲ商會ニ賣却シタルニ其砲艦  
カ米國南軍ノ手ニ入リタル事實アリタルヨリシテ英國政府ハ南北戰爭中他ノ軍艦ノ公賣ヲ中止

セリ之ニ反シ千八百六十八年米國政府ハ舊式ノ兵器及ヒ彈藥ヲ公賣スルコトヲ決定シタルカ故ニ千八百七十年其公賣ヲ開始シタルニ當時普佛戰爭ノ爲メ之ヲ中止スル理由ナシトシ佛國政府ノ代人ハ米國ニ於テ大砲五十五門小銃三十七萬八千挺ヲ買入レ其代金ハ在紐育佛國領事ヨリ米國政府ニ納メタリ此事件ニ關シ米國政府ノ理由トスル所ハ公賣ノ當時ニ於テ入札人ノ佛國政府ノ代人ナルコトヲ知ラス若シ又之ヲ知リタリト假定スルモ米國政府ニ於テ兵器ヲ公賣ニ付スルコトト爲シタル普佛戰爭以前ノ行爲ニシテ偶々千八百七十年ニ賣却ヲ始メタルハ其行爲ノ繼續ナルニ因リ之ヲ中止スヘキ義務ナキモノトセリ蓋シ此米國ノ行爲ニ付テハ學者ノ批難アリテ此點ニ關シテハ未タ一定ノ法則ナシト雖モ中立國ノ義務トシテハ其公賣ノ爲メ交戰國一方ノ戰鬥力ヲ増加スルノ事實ヲ知リタルトキハ英國及ヒ瑞典國ノ如ク之ヲ中止スヘキモノノ如シ中立國政府ハ交戰國ノ一方ニ對シテ金錢ヲ貸與スヘカラサルノミナラス千七百九十八年米佛戰爭中ニ於テ巴里駐劄米國公使ノ佛國ノ公債募集ニ關シテ其保證ヲ與フヘキ要求ヲ拒絕シタルハ學者ノ一般ニ正當ト認ムル所ナリ然レトモ近世學者中ニ於テスラ中立國ノ義務ト中立國人民ノ義務トヲ混同シ中立國人民ヨリシテ交戰國ニ金錢ヲ貸與シ又ハ其公債募集ニ應スルコトニ異論ヲ唱フル者アレトモ中立國人民ノ金錢ヲ支給シ公債募集ニ應スルカ如キハ決シテ咎ムル所ニ非ス何トナレハ金錢ハ商業上物品ノ代用ニシテ總テ中立國人民ハ之ヲ使用シテ戰爭中ト雖モ交戰國雙方ト商業ヲ繼續スルモノナルニ因リ苟モ商業ヲ中止セザル以上ハ公債ノ流出流入スルハ中

立國ト交戰國トノ間ニ免ルルコト能ハサル所ナリ又交戰國公債ノ一度市場ニ現ハルルトキハ之ヲ賣買スルハ諸國民ノ自由ニシテ假令中立國政府ニ於テ其人民カ交戰國公債ノ賣買ヲ禁セントスルモ決シテ爲シ能ハサル所ナルニ因リ中立國ハ斯ル人民ノ行爲ニ付キ何タル義務ヲ有スルモノニ非ス單ニ戰爭ノ費用ヲ補助スル爲メ中立國人民ヨリ交戰國ニ金錢ヲ輸入スル如キハ之ヲ戰時禁制品トシテ對敵國ノ爲メ海上ニ於テ捕獲セララルノ危險自ラ伴ヒ居ルニ過キス此道理ハ單ニ金錢ニ限ラス兵器彈藥其他軍用品ノ賣買ニ付テモ同一ニシテ中立國政府ハ其賣買讓渡ニ關スル公ノ手續ヲ爲スヘカラサルニ止マリ千八百八十五年阿片戰爭ニ於テ米國政府ハ上海ノ自國領事ニ訓令シテ佛國ニ對スル戰鬥ニ使用スル爲メ清國ニ向ヒ米國商船ノ讓渡ヲ公認スヘカラスト爲シタルニ止マリ米國人民ノ賣買ヲ禁セザリシヲ以テ觀ルモ之ヲ證スルニ足ルヘシ

第二款 中立國版圖内ヲ戰爭行爲ノ用ニ

供セシメサルノ義務

「グロッシュ」スハ交戰國ノ軍隊カ中立國ヲ通過スルハ其權利ト認メ中立國ニ於テ正當ノ理由ニ因リテ之ヲ拒ム場合ニ非サレハ強迫のニ通過スルヲ得ルモノト爲シ「ヴァタル」モ中立國版圖内ニ於テ交戰國ハ兵士ヲ募集シ得ヘク其兵士ハ軍隊ノ主要ナル部分ヲ占メタル以上ハ中立國ニ於テ之ヲ許可シタルカ爲メ何タル義務ヲ負フコトナク軍隊ノ通過ニ付テモ其許可ヲ交戰國雙方

ニ對シテ爲ストキハ中立タルニ妨ナシト論シ近世學者中ニ於テモ「ホイートン」ノ如キハ軍隊通過ノ權利ヲ認メ之ヲ不完全ナル權利ト名ケ中立國ノ意思ニ反シ強行スヘカラスト爲シタルニ過キヌ又「マンニング」、「フヒリモ」モ中立國ハ同一ノ許可ヲ交戰國雙方ニ與フルトキハ中立タルニ妨ナシト説ケリ

然レトモ之ニ反對ノ學說ハ却テ有力ニシテ「ヘッタル」、「ブルンチェリー」、「カルヴェー」、「ホール」等學者ノ多數ヲ占メ交戰國ハ中立國領内ニ於テ兵士ヲ募集スル能ハス中立國モ之ヲ禁止スヘキ義務アルコト第十八世紀中ヨリシテ諸國ノ認ムル所ト爲リ今日ニ至リテハ動カスヘカラル法則ト爲レリ凡ソ中立國領内ヲ交戰國軍隊ノ通過ニ關シテハ中立國ニ於テ交戰國間ニ於ケル戰爭ノ進行上利害關係ノ同一ナル事情ノ下ニ交戰國雙方ノ軍隊ヲ通行セシムル能ハサルノミナラス戰爭ノ勝敗ニ大關係ヲ有スル瞬間ニ於テ交戰國一方ニ軍隊ノ通過ヲ爲サシムルハ戰闘ヲ助勢スルモノナラサルヲ得ヌ加之其軍隊ノ通行ヲ許ス行爲自體ハ其性質上戰爭ノ進行ヲ助ケルモノナルヲ以テ中立ノ性質ニ反スルモノトス隨テ千八百十五年ニ塊國軍隊カ瑞西國ヲ通過シテ佛國領土ヲ攻撃シタルコトアレトモ千八百七十年ニ於テハ「アルサス」州ノ兵士ニシテ佛國陸軍本隊ニ合併スル爲メ瑞西國ノ領内ヲ通行ヲ求メタルニ同國ハ斷然之ヲ拒絕シ苟モ兵器ヲ携帶シ軍服ヲ著スル者ハ其通行ヲ拒ミ又自其義國モ「セダン」戰争後獨逸軍隊カ負傷者多數ヲ有シ困難シタルニ拘ハラヌ自國鐵道ヲ其負傷者ノ運搬ニ用フルコトスラ之ヲ拒ミ佛國ハ當時若シ白

耳義國ニ於テ其通過ヲ許サハ中立違反タルコトヲ公言セリ但中立國ハ交戰國ノ傷病者ニ對シテ其通過ヲ許シ得ヘキヤ否ヤニ付テハ其後學者間ニ議論ヲ生シ途ニ「ブルセル」宣言第五條ニ於テ中立國ハ交戰國軍隊ニ屬スル病者、負傷者ヲシテ版圖内ヲ通過スルヲ許スヲ得ヘシト雖モ其運搬ノ列車中ニ戰闘ニ關係アル人又ハ物ヲ積込マサル場合ニ限ルヘク又病者、負傷者ノ通過ヲ許スニ付テハ中立國ハ其運搬ノ安全及ヒ之カ監督ニ必要ナル手段ヲ講スルノ義務アリト規定シ平和會議ノ陸戰ノ法規慣例ニ關スル條約附屬規則第五九條ニ於テモ之ト同一ノ規定アリ但同第五九條ニハ交戰國ノ病傷者ヲシテ中立國版圖内ヲ通過ヲ許シ得ヘキハ其交戰國附屬ノ病傷者タルコトヲ要シ甲交戰國カ乙交戰國即チ對敵國ノ病傷者ヲ中立國ニ伴ヒ來ルトキハ中立國ハ之ヲ監守シ戰爭ノ終局マテ之ヲ留置スヘク甲交戰國ヨリシテ同國又ハ對敵國ノ病傷者ノ依頼ヲ受ケタルトキモ同シク之ヲ監守シテ均シク治療ヲ加ヘ戰爭中作戰動作ニ與ルコト能ハサラシムルノ義務アリテ其留置及ヒ治療ノ費用ハ病傷者ノ所屬國ヨリ之ヲ償還スヘキモノトセリ

以上ノ理由ニ依リ現今ニ於テハ交戰國軍隊ノ中立國ヲ通過スルハ病者、負傷者ノ外ハ總テ不法ト看做サレ千八百七十七年墨西哥軍隊ノ反亂者ヲ追撃シテ「テキサス」州ニ入りタルニ當リテモ米國政府ヨリ激烈ノ抗議ヲ來セリ之ニ反シ同年露土戰爭ノ初ニ於テ露國ハ「ルーマニヤ」國トノ條約ニ因リ土國ヲ攻撃ノ爲メ同國領内ヲ通過シテ露國軍隊ノ其道路、鐵道、電信等ヲ自由ニ使用スヘキコトヲ約定シ五十萬ノ兵士ハ「ルーマニヤ」ヲ通過シテ「ブルカリヤ」國ニ侵入シタ

ルノ事實アリト雖モ是レ全ク歐洲東方ニ於ケル國際公法上ノ例外ナルノミナラス「ルーマニヤ」國ハ當時土國ノ屬國ニシテ獨立セントシタルモノナルニ因リ露國兵士ノ之ヲ通過シタルハ名義上ヨリ言ヘハ敵國領土ニ入りタルモノト同シク又「ルーマニヤ」國モ其獨立ヲ爲サントスルニ付キ露國ヲ助ケ先ツ軍隊ノ通過ヲ許可シテ直チニ自國兵士ヲ以テ露國ニ同盟シタルモノナルニ由リ猶ホ日清戰爭及ヒ日露戰爭ニ於テ我國ハ韓國ト同盟條約ヲ締結シ我軍隊カ韓國ヲ通過シタルト異ナルコトナク此例外ヲ觀テ直チニ之ヲ中立國ニ關スル法則ト論定スルコト能ハス

交戰國一方ノ軍隊ニシテ敵軍ノ爲メニ追擊セラレ中立國ニ入りタルトキハ戰爭ノ終マテ其兵士ヲ留メ置クヘキ義務アルコト既ニ述ヘタルカ如ク此場合ニ於テハ陸戰ノ法規價例ニ關スル條約附屬規則第五七條ニ規定セルカ如ク中立國ハ成ルヘク其將士ヲ戰場ヨリ遠隔シタル地ニ留置スヘク戰爭ノ終局ニ至ルマテ之ヲ安全ニ留置スルノ義務アルカ爲メ其將士ヲ陣營内ニ監守シ又ハ城塞若クハ特ニ之カ爲メニ設備シタル場所ニ幽閉スルヲ得ヘキコト猶ホ交戰國カ俘虜ヲ抑留スル場合ト異ナル所ナク將校ニ對シテハ中立國外ニ出テサルヘキ旨ノ宣誓ヲ以テ留置中自由ヲ與ヘ得ヘシト雖モ日露戰爭中膠洲灣ニ入りタル露國軍艦ノ將士ヲ宣誓セシメシテ解放シタルハ條約ノ違反ニ外ナラス又中立國ニ入りタル交戰國ノ軍隊ハ俘虜ヲ攜帶スルコトヲ許サスシテ俘虜ヲ有スルトキハ中立國版圖内ニ入ルヤ否ヤ自由ノ身體ト爲ルヘキモノトス但第二平和會議ニ於テハ此點ニ例外ヲ設ケ其俘虜ヲモ中立國ニ於テ留置スヘキコトト爲シタルノ嫌アルハ學理

上其當ヲ得サルモノノ如シ然レトモ軍艦ニシテ俘虜ヲ搭載シテ中立國港内ニ入ルトキハ其艦内ニ在ル間ハ中立國ノ干渉スルヲ許サス若シ俘虜ニシテ艦外ニ出ツルトキハ交戰者ハ中立國版圖内ニ於テ捕フルコト能ハス中立國モ亦之ヲ捕ヘテ軍艦ニ引渡スハ中立義務ノ違反トス又中立國版圖内ニ於テ交戰國カ兵士ヲ募集スル權利ナキコトニ付テハ第十八世紀ニ於テ其議論岐レ露西國ハ常ニ隣國トノ條約上兵士ヲ交戰國ニ給シ來リシカ千八百五十九年以來ハ英國其他歐洲大陸ノ之ニ干渉シ同國ヲシテ其人民ニ對シ外國軍隊ニ入ルコトヲ禁スルノ法律ヲ發布セシメタルト同時ニ他國ニ於テモ其戰爭ニ瑞西ノ兵士ヲ使用スルヲ禁スルニ至リ今日ニ於テハ中立國ニ於テモ兵士ノ募集ヲ禁スヘキ義務明カナルニ至レリ

交戰國ハ中立國ノ領土、領海ヨリシテ武裝ノ遠征ヲ爲スヘカラサル義務ヲ有スルト同時ニ中立國モ亦其版圖内ニ於テ武裝ノ遠征ヲ爲ス者ヲ禁止スヘク又其版圖内ニ於テ交戰國軍艦其他戰艦用ノ船舶若クハ軍隊ノ戰艦方ヲ増加セシムヘカラサル義務ヲ有シ交戰國一方ニ對シ戰爭ノ爲メ人民團體ノ組織シタル海陸軍兵士ノ出發スルヲ防クヘキモノニシテ其版圖内ノ人民ヲシテ嚴正ニ中立ヲ維持セシムヘキモノトス隨テ交戰國軍艦等ノ其領土内ニ於テ兵器ヲ増加スル如キハ之ヲ禁止スルノ義務アリテ其水兵ヲ募集スルカ如キ行為ヲ爲サシメサルニ付キ相當ノ方法ヲ講セサルヘカラス而シテ中立國モ常ニ此點ニ付テハ自國ノ權利ヲ侵害セラルルヲ防クノ手段ヲ取ルコトヲ努ムヘク米國ニ於テハ千八百十八年法律ヲ以テ其版圖内ノ人民カ交戰國艦船ノ港内ニ在

ルモノニ對シ戰鬪力ヲ增加スルノ行爲ヲ禁シ軍艦本國ノ人民ヲ除キ其他ノ人民ハ水兵ト爲ルコトヲ禁シ千八百十九年英國法律ニテモ同一ノ規定ヲ設ケタルト同時ニ水兵ト爲ルコトニ付キ米國法律ノ如キ例外ヲ設ケサリシハ最モ適當ナル規定ニシテ交戰國軍艦ハ中立國ニ於テ其戰鬪力ヲ補充增加スルコト能ハス中立國ニ之ヲ爲サシメサルノ義務アル以上ハ其版圖内ニ於テハ假令軍艦本國ノ人民ト雖モ其軍艦ノ能力等ニ應シ水兵ト爲ルコトヲ許ササルヲ以テ至當トシ今日ニ於テ中立國義務ニ關スル法則ト認メラルルコト疑ナシ凡テ戰争アル場合ニ當リ中立國ハ國法ヲ以テ其中立ノ權利及ヒ義務ヲ履行スルニ必要ナル法令ヲ任意ニ規定シ得ヘク國際公法上其規定ノ同一ナルヲ要セスト雖モ其內國法ノ規定如何ニ拘ハラス諸國ハ國際公法上ノ義務ヲ免ルル能ハスシテ若シ內國法ノ規定ニシテ國際公法ヨリ嚴ナル場合ニ於テモ交戰國ハ其規定ヲ利用シテ中立國ノ行爲ヲ責ムル能ハサルト同時ニ中立國ニシテ內國法ノ寬大ニ失スル所ヨリ國際公法上中立ノ義務ヲ盡ササルトキハ內國法ヲ以テ其義務不履行ノ抗辯トスルコト能ハス

中立國ハ其人民ヲシテ交戰國一方ヨリ海上拿捕ノ免狀ヲ受クルヲ許ササルノ義務ヲ有ス何トナレハ之ヲ受クル者ハ中立國人民タル資格ヲ有シナカラ戰争行爲ニ從事セントスルモノナルヲ以テナリ又其人民ノ版圖内ヨリシテ交戰國ノ海陸軍ニ入り若クハ之ニ加ハルノ目的ヲ以テ出發スルヲ禁スヘキモノトス但國家ハ其人民ノ個個ニ付キ其動作ヲ一監督スルコト能ハサルニ因リ人民ノ個個別別ニ領内ヲ出テ交戰國ニ至リテ戰鬪ニ加ハル者ヲ防止スルコトハ不可能ナルコト

トニ屬シ交戰國モ各任意ニ其軍隊ニ加ハラントスル中立國人ハ之ヲ使用シ得ヘク又之カ爲メ大ナル影響ヲ戰鬪上ニ及ボサルルノミナラス個人ハ交戰國ノ戰鬪者ト爲ルカ故ニ中立國人タル特權ヲ失フヘキモノナルニ因リ斯ク個人的ニ交戰國ニ赴キ戰争ニ從事スル者ヲ防止スヘキ責任ハ中立國ノ有セサルモノトス然レトモ中立國版圖内ニ於テ軍隊ヲ組織シテ交戰國ノ戰争ニ加ハル爲メ出發スルカ又ハ交戰軍隊ニ加入ノ目的ヲ以テ多數人民ノ續續交戰國ニ赴ク場合ニ於テハ政府ニ於テモ容易ニ之ヲ知り得ヘク又禁止シ得ヘキモノナルニ因リ斯ル場合ニ於テ其出發ヲ防止スヘキ義務アルモノトス隨テ千八百七十六年露國ノ數千名ノ人民カ團體ヲ成シテ土國ト「セルヴィヤ」國トノ戰争ニ於テ「セルヴィヤ」軍隊ニ加ハルノ目的ヲ以テ露國南部ノ國境ニ向ヒ出發シタルニ際シ露國政府カ之ヲ禁セサリシハ中立ノ義務ヲ盡ササリシトコロトシテ一般ノ批難アル所トス蓋シ中立國民カ交戰國一方ニ同情ヲ表スルニ當リテハ其意向ヲ制止スルコト政府ニ取リテ最モ困難ナル業ニ屬シ千七百九十三年英佛戰争ニ於テ米國人民ノ佛國ニ同情ヲ表シ千八百三十八年加奈太内亂ニ於テハ米國人民カ其内亂者ニ加擔シ南北戰争ニ於テハ英國人民カ南軍ニ同情ヲ表シタル際ニ於ケルカ如ク國民ノ熱情ニ對シ其行爲ヲ禁遏シテ以テ嚴正ノ中立ヲ維持スルハ何レノ國ノ政府ニ於テモ困難ナリト雖モ其困難ナルカ爲メ中立國ハ義務ヲ免ルル能ハス又交戰國一方ヨリ中立國人民ノ拿捕ヲ行フ免許狀ヲ受クルハ中世以來行ハレタル所ナリシカ千八百五十六年巴里宣言ニ依リ私船ヲ以テ拿捕ノ用ニ供スルヲ禁シタルカ爲メ今日ニ於テハ

其免許狀ヲ受クル者ナク諸盟國ハ之ヲ出タス能ハサルニ因リ免許狀ヲ受クルノ禁止ハ論ナキニ至レリ

### 第三款 中立義務ノ不履行ヨリ直接ニ結果スル損害

中立國ノ義務ヲ履行セサルヨリ交戰國一方ニ生スル損害ニ付テハ交戰國ハ其賠償ヲ中立國ニ求ムルノ權利アリトスルニ反對スル學者ナキニ非ス其理由トスル所ハ交戰國カ中立國版圖内ニ於テ戰鬪ヲ爲シ又ハ海上捕獲ヲ爲スカ如キハ中立國ノ主權ヲ侵害スルモノナリト同時ニ中立國ニ於テ之ヲ防止スヘキ義務ヲ盡ササルニ因リタルモノナルヲ以テ交戰國間ニ於テハ兵力アルノミニシテ中立國ノ義務ヲ履行セサルノ結果ハ其一方ノ兵力ヲ強メタリトテ對手國タル敵國ノ戰爭ニ關スル權利上ニ何タル直接ノ侵害ヲ爲シタルモノニ非ストスルニ在リ然レトモ此議論ノ誤ナルコトハ「ヘフタル」、「ブルンチュエリ」、「カルヴォー」等ニ依リテ證明サレタル所ニシテ國際公法上國家ノ權利義務ヲ定メタル以上ハ其國際關係上一概ノ義務ヲ履行セサルハ即チ他國ノ權利ヲ侵害シタルモノナラサルヲ得ス而シテ斯ル權利ノ侵害ノ爲メ結果スル損害ヲ賠償スルノ責任ナシトセハ國際公法ノ基礎ヲ攻撃スルモノナラサルヲ得ス隨テ中立國ノ義務ヲ怠リ又ハ履行セサルヨリ生スル交戰國ノ戰爭ノ損害ニ付テハ中立國ニ對シテ其賠償ヲ要請シ得ヘク千八百六十二年米國戰爭中「アラバマ」事件ニ付キ千八百七十二年「ジェネヴァ」仲裁裁判ノ判決ニ依

リ「アラバマ」ジョウジャ、「フロリダ」等南軍ニ屬スル戰爭用ノ船舶ヲ英國ニ於テ製造武裝シタルノ故ヲ以テ千五百五十萬弗ヲ英國政府ヨリ米國政府ニ賠償シタル如キハ其實例ナリ  
今有名ナル「アラバマ」事件ノ概略ヲ説明センニ千八百六十二年「アラバマ」號ハ英國「リヴァプール」港ニ於テ「レヤード」商會ノ爲メニ製造セラレ同年三月十五日進水式ヲ行ヒタルニ同國駐在米國領事ハ同船舶カ南軍ノ巡洋艦トセララルノ目的ヲ以テ製造中ナルコトヲ探知シ之ヲ倫敦駐劄米國公使「アダムス」氏ニ報告シタルニ因リ六月二十三日同公使ハ英國外務大臣ニ迫リ該船舶ハ戰爭行為ヲ爲スヘキ明カナル目的ニテ製造セラレ南軍代表者ノ爲メニ指揮セラレントシ既ニ代表者ハ英國ニ渡來シ居リ又船舶ノ製造ヲ注文シタル者ハ南軍ノ代理者及ヒ土官タルコトハ「リヴァプール」港ニ於テ隠レナキ所タルヲ以テ英國政府ニ於テ同船舶ノ出港ヲ差留メラレンコトヲ請求シタルニ因リ英國政府ハ「リヴァプール」ノ稅關長ヲシテ其事情ヲ探究セシメ七月一日稅關長並ニ大藏大臣ノ意見ニ於テハ「アラバマ」號カ戰爭用ノ爲メ製造中ナルコト明カナレトモ大砲、彈藥等ヲ搭載セサルヲ以テ英國法律ニ依リ差押ヲ爲スニ足ルヘキ證據不十分ナルモノトシ米國領事ニ於テ南軍カ同船舶ヲ巡洋艦ト爲サントスル證據ヲ蒐集スヘキコトヲ回答シ同領事ハ七月二十二日其證據書類ヲ米國公使ニ提出シ二十四日公使ハ證據書類ト辯護士ノ意見書ヲ外務大臣ニ提出シ重ネテ差押ヲ請求シタルニ因リ英國政府ハ之ヲ政府法律顧問ノ委員會ニシテ研究附セシメタルニ二十八日ニ至リ同委員會ヨリ外務大臣ニ復牒シテ該船舶ハ其出港ヲ

差留ムヘキモノトセリ然ルニ「アラバマ」號ハ同二十八日早朝航海試驗ノ姿ヲ裝ヒテ出帆シ英國ノ版圖内ナル「アングレシー」ノ小灣ニ到リ「リヴァプール」ヨリ別船ニテ送り來リタル四十名ノ水夫ヲ乗込マシメタリ但「リヴァプール」税關ニ於テハ四十名ノ水夫ノ商船ニ乗込マシメ出帆シタルハ「アラバマ」號ニ乗込マントスルニアルコトヲ知レルニ拘ラス之ヲ差止メサリシ事實アリ而シテ三十一日「アラバマ」號ハ亞弗利加「アゾール」島ニ於ケル「テルセイラ」港ニ入り倫敦及ヒ「リヴァプール」兩港ヨリ二艘ノ船舶ニテ送り來レル武器、彈藥ヲ搭載シ其他船舶ノ艦裝ヲ整ヘ更ニ水夫ヲモ乗込マシメ以來南軍ノ巡洋艦トシテ海上捕獲ニ從事シ戰爭中北軍ノ商船七十艘ヲ捕獲シ其後英國ノ港灣ニハ南軍ノ軍艦トシテ屢々入港シタルモノニシテ「フロリダ」、「シエナンドバ」等ノ船舶モ相類似シタル事情ノ下ニ英國ニテ製造セラレ兵器ト船舶ト別別ニ製造シテ英國領海外ニ於テ其武裝ヲ整ヘテ軍艦トシ以テ南北戰爭中海上捕獲ニ從事シタルモノトス隨テ「アラバマ」以下ノ事件ヲ觀ルトキハ其艦體ト兵器トハ別別ニ英國ノ製造所ニ注文セラレシモノニシテ之ヲ箇箇ノ注文ニ付テ觀察スルトキハ固ヨリ咎ムヘカラサル賣買ニ過キスト雖モ其注文ヲ綜合シテ觀ルトキハ中立國ニ於テ交戰國ニ對スル戰爭上ノ遠征ヲ許シタルモノトス隨テ此事件ハ戰爭後英米兩國間ノ問題ト爲リ千八百七十一年華盛頓條約ニ依リテ英米兩國ノ各代表者及ヒ伊、瑞西並ニ「ブラジル」三國ノ代表者ヨリ成立セル仲裁裁判ニ附スルコトトシ千八百七十二年九月十四日「ジュネヴ」府ニ開會セル仲裁裁判ニ依リ前進ノ如キ判決

ヲ下セリ而シテ英米兩國ハ此問題ヲ仲裁法廷ニ出タスニ先チ華盛頓條約ヲ以テ此事件審判ノ基礎ト爲スヘキ法則トシテ同條約第六條ニ於テ左ノ法則ヲ定メタリ

中立國政府ハ(第一)其版圖内ニ於テ平和ノ關係ニ在ル國家ニ對シ巡洋又ハ戰爭行為ヲ爲スノ目的ヲ有スト認ムルニ足ルヘキ船舶ノ製造、艦裝、武裝ヲ防遏スル爲メ相當ノ注意ヲ爲スヘク又巡洋若クハ戰爭行為ヲ爲ス目的タル船舶即チ其船舶ノ全體若クハ一部ハ殊ニ戰爭ノ用ニ適シタルモノナルカ其版圖内ヨリ出發スルヲ防止スヘキ相當ノ注意ヲ爲スヘキコト(第二)其港灣又ハ領海ヲ交戰國一方ノ他方ニ對シテ海軍使用ノ根據地トシ又ハ軍事上ノ需用品若クハ兵器ノ改新又ハ増加或ハ兵士募集ノ目的ニ使用スルノ許可若クハ其使用ヲ爲サシメサルコト(第三)港灣又ハ領海ニ關シ並ニ版圖内ニ於ケル總テノ人民ニ關シテ前記ノ義務ヲ破ル者アルヲ防止スルニ付キ相當ノ注意ヲ爲スヘキ義務アルコト

此法則タル英米兩國ノ華盛頓條約締結ノ當時ニ於テ國際公法ノ法則タリシモノニ非ス隨テ英國政府モ同條約中ニ於テ「アラバマ」以下ノ事件ニ付キ米國政府ヨリシテ損害賠償ノ要求アリタル當時ニ於ケル國際公法ノ原則トシテ之ヲ認ムル能ハス單ニ兩國ノ交誼ヲ厚クシ且ツ將來ニ於ケル完全ナル法則ヲ設クルカ爲メ兩國間ノ此問題ヲ決スルニ當リ同規定ニ依ルコトヲ仲裁裁判者ニ於テ了知セラルヘク又將來兩締盟國ハ此規定ヲ遵奉スヘク且他ノ海上諸國ノ之ニ同意センコトヲ勸誘スヘキヲ約定スト明定セリ而シテ「ジュネヴ」仲裁法廷ノ裁判官ハ英國代表者ヲ

除キ多數ヲ以テ英國ハ前述ノ規則中ニ於ケル相當ノ注意ヲ缺キタルモノトシ米國ノ勝訴トモリ然レトモ此判決ノ當否並ニ華盛頓條約ノ三法則ニ關シテ其後議論百出シ「カルヴヱー」其他大陸ノ公法學者ハ之ヲ以テ現行國際公法ノ明瞭ナル規定ト看做ス者多ク英米兩國其他ノ學者中ニ於テハ若シ此法則ヲ實行スルトキハ從來國際公法ト爲リ居ラサル壓制且實行スヘカラサル義務ヲ中立國ニ負ハシムルモノトスル者尠カラス千八百七十三年三月英國宰相「グラットストン」モ議會ニ於テ公言シテ英國政府カ此法則ニ付キ諸國ノ同意ヲ求ムル場合ニ於テハ「ジエネヴヱ」仲裁裁判所ノ判決ハ假令其一部タリトモ其法則ニ附隨スル法規ト國際公法上看做スコト能ハサルモノト言明シ千八百七十一年乃至七十四年ニ於テ英米兩國政府ハ華盛頓條約ノ規定ニ基キ第六條ノ法則ヲ諸國ニ通知シ其同意ヲ求メントスルニ當リ其通知書ニ付キ意見ヲ異ニシ七十六年以後ハ之ニ諸國ノ同意ヲ得ントスルノ企モ廢止ト爲レリ又之ニ先タチ埃國及ヒ獨逸政府ハ此法則ニ全然承諾ヲ拒絕スヘキコトヲ公ニシ如何ナル國モ未タ之ヲ實行セントノ意思ヲ表明シタルコトナク三法則ノ如キハ英米兩國間ニ於テスラ效力アルヤ否ヤハ疑ハシキニ至レリ

要スルニ華盛頓條約ノ三法則ヲ「ジエネヴヱ」仲裁法廷ニ於テ解釋適用スルニ當リ英國政府ハ果シテ其所謂相當ノ注意ヲ爲シタルヤ否ヤノ論點ニ歸著スト雖モ前述ノ如ク「アラバマ」號出帆當時ノ事情ヲ審ニシ英國ハ其相當ノ注意ヲ缺キタルモノトスヘキヤ否ヤハ別問題トシテ茲ニ論スルノ必要ナシ然レトモ總テ中立國ノ義務履行ニ關シ其相當ノ注意ヲ怠リタルト否トニ依リ其

損害ニ對スル救済賠償ノ責任ヲ有スルト否トノ般ルコトナルカ故ニ其義務ノ履行ニ付キ相當ノ注意トハ果シテ如何ナル程度ノモノナルヤヲ審ニスルノ必要アリ此點ニ付キ「アラバマ」仲裁事件ニ於テ「ジエネヴヱ」仲裁裁判所ニ提出セシ米國政府ノ議論ニ依リハ中立國ノ義務履行上相當ノ注意ヲ爲シタルト否トハ其危急ノ程度ニ因ルヘク換言スレハ其義務ヲ怠リタルヨリ結果スル交戰國ノ損害ノ大小ニ因リ之ヲ酌量シテ定ムヘキコトトシ之ニ反シ英國政府ハ國際慣例上又ハ條約ニ於テ國家カ各場合ニ臨ミテ盡スヘキ義務ノ程度ニ因リ果シテ中立國ハ一定ノ事件ニ付キ其義務ヲ盡スニ當リ相當ノ注意ヲ爲シタルヤ否ヤヲ決スヘク其慣例若クハ條約ニ於テ程度ノ明カナラサルトキハ正義平等等國際公法ノ基礎ト爲レル道理ニ依リ之ヲ判定スル外ナシト論セリ然レトモ此英國ノ議論ハ中立國ノ義務果シテ如何ノ問題ニ於テ其義務ヲ盡スノ程度ハ國際公法ノ義務自體ニ依リテ判定スヘシトスルモノニシテ其要領ヲ得テ即チ所謂循環論タルヲ免レヌ又米國政府ノ議論ニ於テモ亦中立國ノ義務ヲ知ラントスルニ於テ其義務ヲ盡ササルヨリ生スル未必定ノ結果ヨリ之ヲ判定スヘシトスルモノナルヲ以テ若シ其結果ニシテ幸ニ損害ノ小ナルトキハ中立國ノ責任モ小ニシテ同一種ノ事件ニテ其義務ヲ怠リタル結果ニ不幸ニシテ大ナルトキハ事前ニ遡リテ之ヲ防止スヘキ注意ノ程度モ大ナルヘキモノトスルニ在リテ畢竟實行セラレ能ハサルモノト言ハサルヲ得ヌ因テ「ジエネヴヱ」仲裁裁判者ハ更ニ説テ立テ相當ノ注意トハ中立國ノ義務ヲ履行セサルヨリシテ結果スルコトアルヘキ危險ニ比例スヘキコトト爲セリ此論

0624

タル稍、正當ナルヤノ觀アリト雖モ實際ニ於テハ愈々不條理ノ解釋ニシテ中立ノ義務ヲ益々不明ナラシムルノ説タルヲ免レヌ何トナレハ若シ之ヲ正當トスルニ於テハ一戰爭中ニ於テモ中立國ノ地位其他ノ事情ニ因リ其義務ヲ盡ササルヨリシテ交戰國ニ來タスコトアルヘキ危險ノ程度ヲ異ニシ更ニ同一國ニ於テモ一戰爭中ニ於テ交戰國間ノ戰鬪進行ノ模様ニ因リ其義務ヲ盡ササルヨリシテ生スルコトアルヘキ危險ノ程度ハ時時刻刻變化セサルヲ得ス然ルニ中立國ハ交戰國雙方ニ平和ノ關係ヲ保護シ戰爭ニ關シテ何タル干與ヲモ爲サス其進行ニ付テモ無關係ナルニ拘ハラス義務ヲ盡スヘキ注意ノ程度ハ國家ノ位置其他ニ付キ常ニ變化スヘシトスルキハ國際公法上中立國ノ義務如何ヲ一定スルコト能ハサルニ至ルヘキヲ以テナリ

中立國版圖内ニ於テ交戰國一方ノ船舶カ敵國艦船ノ爲メ攻撃サレタル場合ニ其船舶ヨリシテ先ツ對敵行爲ヲ爲ストキハ中立國ノ保護ヲ爲ササリシテ理由トシテ其被ムリタル損害ニ付キ中立國ニ對シテ賠償ヲ求ムル能ハサルコト方今稍、一定シタル所ナリ千八百十四年英米戰爭中米國ノ拿捕用私船「アームストロング」號ハ葡萄牙港内ニ於テ英國軍艦ノ爲メ破壊セラレタルニ米國政府ハ葡國ニ對シ之ニ保護ヲ與ヘサリシテ理由トシテ損害賠償ヲ請求シ千八百五十二年佛國大統領「ルイ、ナポレオン」ニ其仲裁裁判ヲ依頼シタルニ仲裁裁判者ハ米國ノ請求ヲ不當トセリ其理由タル「アームストロング」號ハ葡國政府ノ保護ニ依頼セス英國軍艦ヨリ短艇ヲ以テ之ニ近ツキタルモノニ發砲シ自ラ葡國ノ中立ヲ侵シタルニ因リ同國ニ於テ之ヲ保護スヘキ義務ヲ

免シタルモノナリト云フニ在リ此判決ノ理由ハ英國法學者ハ正當トシ米國ニ於テハ之ニ反對者クハ制限ヲ爲サントスルノ傾向アリ而シテ米國國會ハ「アームストロング」號所有者ニ對シテ國庫ヨリ賠償スルコトヲ決議セリ要スルニ此場合ニ於テハ英米兩國ノ艦船共ニ葡國ノ中立ヲ侵害シタルモノニシテ其不正ノ行爲ニ基ケル損害ニ對シ中立國ヨリ賠償ヲ求ムル能ハスト爲シタルニ外ナラス

然レトモ此事件ヲ審ニ研究スルトキハ其判決ハ正當ナレトモ理由ハ完全ナルモノト言フコト能ハス何トナレハ此事件タル英國軍艦ノ意思如何ナリシヤニ拘ハラズ兵力爭鬪ハ米國艦ニ因リテ開始サレタルコト疑ナキヲ以テ英米兩國艦船共ニ葡國ノ中立權ヲ侵害シタルモノトス而シテ其不法行爲ノ結果タル損害ヲ葡國ニ對シ賠償ヲ求ムル能ハサルハ論ナキ所ナリ然ルニ判決ノ理由ニ云ヘル如ク單ニ敵國ヲ攻撃シタル事實アルノミニテハ必スシモ中立國ハ之ニ保護ヲ爲スヘキ義務ヲ免ルル能ハスシテ若シ交戰國一方ノ船舶ニシテ中立國領海ニ於テ敵國軍艦ノ攻撃ヲ受ケタルトキ自衛上之ニ抵抗スルハ決シテ中立國ノ主權ヲ侵犯スルノ犯意ナキニ因リ之ヲ不法ト爲ス能ハサルモノナルヲ以テナリ故ニ交戰國艦船ハ中立國版圖内ニ於テ敵國ノ攻撃ヲ受タルトキハ固ヨリ中立國政府ニ其保護ヲ依頼スヘク而シテ中立國ノ之ニ應スルノ意思ナキカ若クハ其保護ヲ與フルノ力ナキニ於テハ自衛上行動ヲ爲シ得ヘキモノトス

交戰國一方ニ對スル戰爭行爲ヲ爲スノ準備ヲ中立國版圖内ニ於テ防止スヘキ義務ニ付テハ中立

國ハ戰爭ニ使用ノ目的ヲ有スル艦船其他ノ物件ヲ其版圖内ニ於テ製造シ其物件ヲ自國ヨリ搬出スルコトヲ絶對ニ禁止スヘキ義務アリト云フニ非ス固ヨリ此等ノ物件ハ戰時禁制品ナルヲ以テ交戦國ハ其敵國ニ入ラントスルトキ之ヲ捕獲沒收シ得ヘキモノナレトモ中立國ハ其出港ニ關シ何タル義務ヲ有セザルモノトス然レトモ軍艦其他ノ船舶ニシテ現ニ行ハレツツアル戰爭ニ使用サルノ目的ナルトキニハ其出港ヲ防止スヘク中立國ノ意慢又ハ不公平ヨリシテ其出帆ヲ爲スニ至リタルトキハ其結果ニ付キ責任ヲ免ルルコト能ハス然レトモ此道理ヲ實際ニ適用スルニ當リテハ最モ困難ヲ極メ千八百六十三年英國法廷ハ「アレキサンドラ」事件ニ於テ判決シタル所ニ依リテ觀ルモ第十九世紀ノ半頃マテハ同國ノ意見トシテ戰爭國ニ屬シタル船舶カ中立國領海ヲ出ツルヤ否ヤ戰鬪行爲ヲ爲シ得ヘキ状態ニテ出帆スルニ非サレハ中立國ハ之ヲ防止スヘキ義務ナキコトト爲シタルニ既ニ說明シタルカ如ク「アラバマ」事件ニ由リ此意見ハ中立國ノ義務如何ヲ區別スルニ當リ不完全ナルコト明カナルニ至リ又米國ニ於テハ船舶ノ戰爭行爲ニ用ヒラルヘキモノト(證據ニ依リ)認メ得ヘキトキハ中立國ハ其出帆ヲ防止スヘキモノトシ此點ニ關シテ「アラバマ」事件判決并ニ華盛頓條約ニ就キ議論ノ絶エサル所ニシテ此問題ハ國際公法上未定ノ地位ニ在ルモノトス隨テ各國ハ今日此點ニ付テハ任意ニ之ヲ定ム米國法廷ノ意見ニ依ルトキハ軍艦、兵器ヲ賣買スルノ意思ニテ中立國ヲ出帆スルハ禁セザル所トシ戰鬪行爲ヲ爲スノ意思ヲ以テノ出港ハ中立國ニ於テ禁止スヘキモノトセリ即チ同國法學者「ダナ」ハ之ヲ審ニ

說明シテ曰ク中立國版圖内ニ於テ戰時禁制品ヲ製造シ捕獲ノ危險ヲ冒シテ之ヲ交戦國ノ市場ニ出タスハ不法ニ非スシテ交戦國ノ之ヲ捕獲シ得ヘキ權利アルニ過キス然レトモ交戦國一方ニ戰爭上直接ノ妨害ヲ爲ス爲メ又ハ妨害ヲ爲サントスル結果ノ目的ヲ以テ出帆スルハ中立國ニ於テ禁止スヘキ義務ヲ有ストセリ此米國ノ意見ニ依ルトキハ同一物件ノ出港ニ際シ其意思如何ヲ識別スルノ困難アリ加フルニ其物件ヲ賣却スルノ意思ト戰鬪ニ使用スル意思ト混同シ居ルコト尠カラス此點ニ付テハ千八百三十二年「クインシー」事件ニ於テ米國法廷ハ事實上戰爭行爲ヲ爲スヘキ確定シタル意思ト未確定又ハ條件附ノ意思トヲ區別シ「クインシー」氏ノ所有船「ボリバー」號カ米國ニ於テ製造セラレ西印度島ニ航海シ同島ニ於テ「ブラジル」王ノ爲メ戰爭行爲ヲ爲スノ材料ヲ得ントシ米國ヲ出帆セントシタルハ其船舶ノ戰爭行爲ヲ爲スニ關シテハ條件附ノモノナリトノ理由ヲ以テ法廷ハ無罪ノ判決ヲ下セリ但米國ノ如ク賣買ノ意思ト戰爭ノ意思トヲ區別シテ以テ中立國ノ義務ヲ判定スルハ最モ困難ニシテ實際行フヘカラサルコトアルニ因リ「ホール」ハ自己ノ意見トシテ船舶ノ構造上主トシテ戰鬪ノ用ヲ爲スモノハ其出帆ヲ禁シ之ニ反シ主トシテ商業用ニ適スルモノハ戰爭中交戦國ニ引渡ヲ爲スモ妨ナシトスルヲ以テ國際公法ノ法則ト爲サンコトヲ希望セリ然レトモ此說タル意思如何ヲ區別スルノ困難ナキト同時ニ商船トシテ引渡シタル船舶ノ軍艦其他ニ轉用セラルヘキ弊害ヲ免レス要スルニ此點ニ付テハ確定シタル法則ナク「ホール」ノ說モ一箇ノ私見トシテ見ルヘキナリ

### 第四章 交戰國ノ中立國民ニ關スル權利

#### 第一節 總則

國際公法ノ果シテ法律ナリヤ否ヤニ付テハ議論ノ存スル所ニシテ其法則ニ違反スル者アル場合ニ於テ制裁力ノ存セサルコトハ斯法ヲ目シテ法律ニ非ストル主ナル論據ト爲ルモノトス然レトモ國際公法ノ法則中ニ付キ此論據ノ例外ト爲リ其法則違反ノ場合ニ制裁ノ現存スルモノアリ即チ本章ニ論セントスル凡テ戰爭ニ於テ中立國民ノ行爲ヲ拘束スヘキ交戰國ノ權利ニシテ海上ニ於テ中立國個人カ交戰國間ニ於ケル戰爭ノ遂行上不利益ナル行動ヲ爲ストキハ交戰國ハ之ヲ逮捕シテ處罰シ得ヘク中立國モ之ニ對シテ故障ヲ唱フルコト能ハサルモノトス而シテ交戰國カ斯ル行爲ヲ處罰スルニ付テハ國際公法ノ法則ニ依リ捕獲審檢所ノ裁判ヲ以テシ中立國ト交戰國トノ間ニ於テハ之カ爲メ直接ニ外交上ノ問題ヲ惹起スコトナク單ニ交戰國ニ於テ其裁判上不當ナル場合ニ於テノミ當該中立國ハ其人民ノ爲メ救済及ヒ賠償ヲ請求シ得ヘキニ過キス元來國際公法ハ國家ト國家トノ權利義務ノ關係ヲ定メタル法則ニシテ國家ト個人トノ權利義務ヲ論スルニ非サルヲ通則トシ國際公法上ノ主體ハ管ニ國家又ハ交戰團體ナルニ拘ハラヌ何故ニ本章ニ於ケル交戰國ノ中立國個人ニ關スル法則ハ國際公法中ニ於テ論スルヤト云ハハ戰時禁制品、封鎖等ニ關シテ交戰國ノ中立國個人ニ對スル行爲ハ是レ全ク戰爭ナル國家間ノ關係ニ附隨スル權利ニシテ古來列國ノ承認ニ出テ列國ハ明示又ハ默示ノ承認ヲ以テ國際公法上ノ法則ト認メタル利ニシテ古來列國ノ承認ニ出テ列國ハ明示又ハ默示ノ承認ヲ以テ國際公法上ノ法則ト認メタルニ基ツクモノニシテ元來公海ニ於テハ船舶并ニ其船舶内ナル人民ノ行爲ハ其本國ニ於テ審理裁判スヘキモノナルニ拘ハラヌ列國ノ承認ニ係ル法上ノ法則ニ因リ戰爭ニ關スル一定ノ行爲ハ之ヲ各自國ニ於テ審理裁判セシメテ交戰國ノ審理裁判ニ一任シタルニ依ルモノトス

#### 第一節 中立國民ノ普通商業

##### 第一款 中立國民ノ財產

交戰國領土内ニ於ケル中立國民ノ財產ハ敵國人民ノ財產ト同シク一般ノ原則ニ依リ支配セラレヘキモノナレトモ海上ニ於ケル中立國民ノ商業ニ付テハ中立國民ノ財產カ敵國船舶ニ在ルコトアリ敵國財産カ中立國船舶ニ在ルコトアリテ交戰國ノ利害關係ト中立國ノ利害關係トハ斯カル船舶并ニ搭載品ノ取扱ニ付キ最モ錯雜ヲ極メ往往其利害ノ牴觸シ居ルヲ以テ中立國ノ利益ヲ侵害スルコトナクシテ敵國人及ヒ其財產ヲ攻撃スルコト最モ困難トス茲ニ中立國民ノ普通商業ト云フハ中立國私人ノ船舶及ヒ其搭載品等ニシテ其船舶カ戰時國際公法ノ法則上禁制品ヲ用テ供セラルレ居ラサルトキ又其貨物ハ之ヲ搭載スル船舶カ戰爭行爲ニ何等ノ關係ヲ有セス又船舶若クハ貨物ノ到達地カ戰時國際公法上禁制品ヲ居ラサル商業ヲ意味スルモノニシテ中古以來「コンソラト」、ゲル、マール」法典ノ規定ニ於テハ交戰國ハ凡テ海上ニ於ケル物品

0627

ヲ所有者ノ敵人ト否トニ因リテ捕獲スヘキモノト否トヲ定メタルモノニシテ敵國船舶ハ捕獲シ中立國船舶ハ捕獲セズ敵國ノ物品ハ中立國船舶ニ搭載スルトキト雖モ之ヲ捕獲シ其船舶ヲシテ敵物ヲ自國ニ取り安全ナル場所ニ運搬セシメテ之ヲ取得シ船長ハ其運搬ニ付キ物品所有者ト約定シタル運賃ヲ受取リ之ニ反シ中立國ノ物品ハ敵國船舶内ニ在ルトキモ捕獲セララルコトナク單ニ物品所有者ニ於テ其船舶ヲ賠償シテ航海ヲ繼續スルヲ得ヘク若シ其船舶ノ賠償ヲ爲ササルトキハ捕獲者ハ其船舶ヲ自國ニ送致シテ之ヲ取得シ貨物所有者ハ其船舶所有者ニ拂フヘキ運賃ヲ捕獲者ニ拂フヘキモノトセリ而シテ若シ此場合ニ於テ貨物所有者ハ船舶賠償ニ付テ捕獲者ニ對シ満足スヘキ協商ヲ爲サントスルモ拿捕者ニシテ之ヲ拒ムトキハ貨物所有者ハ捕獲者ニ對シ損害ノ賠償ヲ求メ得ヘク又貨物ノ運賃ヲ捕獲者ニ支拂フノ義務ナシトセリ此法則ハ宗教改革ノ頃ヨリシテ歐洲一般ニ行ハレ文明ノ進歩ト共ニ商業ノ隆盛ニ赴キタルニ從ヒ拿捕シタル船舶其他財産ヲ交戰國ハ裁判シテ其捕獲スヘキモノト否トヲ審理スル爲メ捕獲審檢所ヲ設クルノ義務ヲ諸國一般ニ認メ敵物ノ中立國船舶内ニ在ルトキハ船舶ヲ解放シテ敵物ノミヲ沒收シ其船舶所有者ハ其物品ノ運賃ヲ受ケ之ニ反シ敵船ヲ捕獲シタルトキハ之ニ搭載ノ中立國財産ヲ解放スルノ法制ハ「グロシュース」、「ビンケルシューク」及ヒ「ヅァテル」ヲ始メ第十八世紀ノ中頃ニ至ルマテノ學者ハ之ヲ唱道シ英國ノ如キモ千八百五十六年ニ至ルマテ此法則ニ準據セリ斯ク物品所有者ノ敵人ト否トノミニ依リテ捕獲ト否トヲ決スルノ法則ハ商業ノ發達スルニ從ヒ

中立國ノ商業ニ對シ戰爭妨害ヲ減スルノ主旨ヨリシテ幾例ヲ生シ單ニ船舶所有者ノ敵人ト否トニ依リテ其搭載品ノ敵物ト否トニ拘ハラス之カ捕獲ト否トヲ定ムヘキ所謂自由船自由物敵船敵物ノ法則ハ第十七世紀中和蘭國ニ於テ主唱セシ所ナリ此法則タル固ヨリ當時國際公法ト爲スヘカラサリシヨ以テ列國ノ其利益ヲ得ントセハ條約ヲ以テ之ヲ約定スヘキコトト看做サレ千六百五十一年乃至千八百一年ノ間ニ於テ諸國ハ此規定ヲ條約ヲ以テ定メタルモノ多ク又此新法則ト「コンソラト」、デル、マール」ノ原則ヲ合併シ混合シテ大陸學者中ニ於テハ敵船内ニ於ケル中立國ノ貨物ヲ自由トシ中立國船舶内ニ於ケル敵物ヲ自由ナリト主張シタル者アリ之ニ正反對ニテ佛國ノ如キハ第十六世紀及ヒ第十七世紀ニ於テ時トシテハ敵船内ニ於ケル中立國ノ財産並ニ中立國船舶内ニ於ケル敵物ヲモ捕獲沒取シ甚シキニ至リテハ佛國「ルイ」十四世ヲ初トシ佛國ハ千六百八十年以後、西班牙ハ千七百四年以後千七百四十四年ニ至ルマテ敵物搭載ノ中立國船舶ヲモ其敵物搭載ノ故ヲ以テ沒收シタルコト少カラス斯ク海上捕獲ニ關シテ國際公法上一定ノ法則確定シ居ラサリシカ爲メ其後諸國ハ各任意ニ之ヲ處置シ其捕獲沒取ヲ國ニ依リテ異ニシ來リタルコトナルカ千八百五十四年英佛兩國ハ露國ニ對スル「クリミヤ」戰爭中ニ於テ中立國ノ船舶ニ搭載ノ物並ニ敵國船舶ニ在ル中立國物品ヲ沒取セサルコトト爲シ此時ヨリシテ海上捕獲ニ關シテ中世ノ法則ト當時諸國ノ實例トノ間ニ折衷ヲ見ルニ至リ自由船自由物ノ原則ヲ適用スルト同時ニ敵船敵物ノ道理ヲ援用セシテ敵船内ノ物品ニ關シテハ「コンソラト」、デル、マ

ール」ノ古法則ヲ適用シ其結果トシテ中立國ノ商業ニ最モ大ナル原則ヲ巴里宣言ニ依リテ設定スルニ至レリ

然レトモ此現行法則タル「クリミア」戰爭ニ於テ發明シタルニ非スシテ千七百五十二年「シレシヤ」負債事件ニ於テ普國ハ英國ニ對シテ其道理ヲ國際公法ノ法則ト主張シタレトモ普國ハ英國政府ノ議論ニ壓セラレ又捕獲ニ關シテ巴里宣言ノ主義ヲ千七百八十二年所謂第一武裝中立及ヒ千八百年第二武裝中立ノ同盟國ノ主張シタル所ナリシカ露國「カザリン」二世ノ唱道ニ係ル第一武裝中立ノ宣言ハ千七百八十三年英米兩國ノ媾和條約ニ於テ其實效ナキニ至リ第二武裝中立ニ於ケル同一ノ宣言ハ其主唱者タル露帝「ボール」一世ノ崩御ト共ニ其勢力ヲ失ヒ之ト同時ニ此主義ニ反對セル英國政府ニ於テ中世ノ法則ヲ墨守シ嚴正ナル態度ヲ採リタルカ爲メ數箇月ノ後ニ實行ナキニ至リ其後海上捕獲ニ關シテ諸國ノ態度一定シタル所ナカリシカ「クリミア」戰爭ニ於テ英佛兩國ハ此點ニ付キ一致ノ態度ヲ取り同戰爭終了後千八百五十六年四月十六日英、佛、普、埃、露、サルジニヤ」及ヒ土耳其ノ七國ハ巴里宣言ヲ以テ前ニ述ヘタル四箇條ノ約定ヲ爲シ其第二條ニ於テ局外中立國ノ旗章ヲ掲クル船舶ニ搭載スル敵國ノ貨物ハ戰時禁制品ヲ除クノ外之ヲ拿獲スヘカラサルコト又第三條ニ於テ敵國ノ旗章ヲ掲クル船舶ニ搭載スル局外中立國ノ貨物ハ戰時禁制品ヲ除クノ外ハ之ヲ拿獲スヘカラサルコトトシ北米合衆國、西班牙、墨西哥、メキシコ、ラ」及ヒ清國等ヲ除クノ外ハ悉ク此宣言ニ加盟スルニ至レリ而シテ米國ノ之

ニ加盟セサル理由並ニ方今ニ於テハ假令巴里宣言ニ加盟セサル國家ニ於テモ其加盟ナキヲ理由トシテ此原則ノ實行ヲ拒ミ能ハサルニ至リタルノ事由アルコトハ前ニ詳述シタルカ如ク又實例ニ於テモ千八百五十六年以後ノ戰爭ニ於テ此法則ニ反對ノ行爲ヲ爲シタル實例ナシ

茲ニ問題ト爲ルハ第二條ニ於ケル中立國船舶内ニ在ル敵國ノ載貨ヲ拿獲セサルハ巴里宣言ニ依リ中立國ニ與ヘタル特典ナレトモ此點ニ付キ二箇ノ疑問ヲ生シ來ラサルヲ得ス即チ第一ハ同宣言ニ加盟セサル中立國ニ對シテ同宣言ニ加盟セル交戰國ハ此特典ヲ與フヘキモノナルヤ否ヤニシテ勿論中立國ノ同宣言ニ加盟セサルモノハ此特典ヲ其權利トシテ要求スルコト能ハス何トナレハ凡ソ條約ハ諸盟國相互間ニ於テノミ拘束力ヲ有スルノミナラス既ニ宣言ノ末條ニ於テ同條約ハ諸盟國又ハ加盟ノ國家間ヲ除クノ外ハ拘束力ナキコトヲ明定セルヲ以テナリ然レトモ巴里宣言ニ加盟セサル國カ戰爭ヲナスニ當リ現今ニ於テハ中立國旗ノ下ニアル搭載品ヲ保護セサルヲ得サルノ事情ニ立至リ又之ヲ保護スルノ道理ニ依リ行動スルニ拘ハラス宣言ニ加盟セル國家カ戰爭ヲ爲スニ際シテ斯ル中立國ニ對シテハ宣言ニ加盟セサルノ故ヲ以テ宣言ノ明文上中立國ニ與ヘタル利益ヲ與ヘス又之ヲ受クル能ハストキハ其中立國ニ於テ自ら好感情ヲ有スルコト能ハサルヘキニ依リ列國ノ實例ニ於テモ千八百七十年普佛戰爭中兩國ハ巴里宣言ニ加盟セサル米國及ヒ西班牙國ノ船舶ニ關シテモ同シク此宣言ノ規定ニ依リテ行動セリ更ニ又第二ノ疑問タルヘキハ交戰國ノ一方ハ同宣言ニ加盟シ他ノ一方ハ之ニ加盟セサルトキハ加盟國ハ敵國ニ

對シテ巴里宣言ノ規定ヲ實行スルノ義務アリヤ否ヤノ問題ヲ生スルヲ免レス此點ニ付テモ議論ノ存スル所ナレトモ前述ノ理由ニ依リ實例ニ於テハ千八百六十年阿片戰爭ニ於テ英佛兩國ハ清國ニ對シ千八百八十五年智利「ベリユ」兩國ハ西班牙國ニ對シ、千八百九十四年日清戰爭中我國ハ清國ニ對シテ敵國ハ巴里宣言ニ加盟セサルニ拘ハラス同宣言ノ規定ヲ實行シ、清國及ヒ西班牙國モ亦中立國船舶内ニ於テ敵國ノ物品又ハ敵國船舶内ニ於ケル中立國ノ物品ヲ捕獲セント企テタルコトナシ

## 第二款 臨檢及ヒ搜索

戰爭中交戰國軍艦ハ敵國ノ軍艦ニ對シテ戰鬪ヲ爲シ得ヘキハ勿論敵國ノ私有船舶ハ之ヲ拿捕シ得ヘキハ既ニ述ヘタル所ナリ而シテ海上ニ於ケル私有船舶ニシテ果シテ自國ニ屬スルヤ敵國ノ所有ナルヤ將タ中立國ニ屬スルヤ判然ナラサルコトアルノミナラス其國籍又ハ國旗ヲ偽ルコトアリ加之中立國ノ船舶ナルコト疑ナキ場合ニ於テモ其到達港ハ封鎖ヲ破ルノ目的ナリヤ否ヤ戰時禁制品ヲ搭載スルヤ否ヤ又中立違反ノ使用ニ供セラレ居ルヤ否ヤニ付テハ交戰國軍艦ニ於テ一般ノ商船ニ對シ臨檢搜索ヲ爲スヘキ權利ナシトセハ交戰者ハ海上捕獲ノ權利ヲ有スルモ全然無用ニ屬スルノ結果ヲ來スヘク交戰國中立案國民ニ對スル權利ヲ論スルモ實用ナキニ至ルヘシ故ニ交戰國軍艦ハ海上ニ於テ自國船舶、敵國船舶ニ付テハ固ヨリ臨檢、搜索ノ權ヲ有スルノ

ミナラス中立國ノ領海以外ニ於テハ第三國ノ私有船舶ニ對シテ亦其進行ヲ停止スルコトヲ命令シ之ニ臨檢及ヒ搜索ヲ行ヒ其船舶并ニ搭載品カ果シテ捕獲スヘキモノナリヤ否ヤヲ検査スルノ權利ヲ有スルハ古來ノ慣法ニシテ學者モ之ニ異論アルコトナク諸國一般ニ承認スル所ノ法則ニ屬シ此權利ハ單ニ戰爭中ニ限り交戰國カ有スヘキモノニシテ平時ニ於テ國家ハ自國領海以外ノ海上ニ於テ他國ノ船舶ニ對シテ斯ル權利ヲ有スルコトナク又戰爭中此權利ヲ行フモノハ交戰國ノ軍艦ニ限り又其臨檢、搜索ヲ受クヘキモノモ亦第三國ノ船舶ニ付テハ其私有船舶ニ限り官船ニ及ホスコト能ハスシテ中立國ノ軍艦其他ノ官船ニ對シテ之ヲ行ハントスルハ中立國ノ主權ニ對スル大ナル侮辱ニシテ其國權ノ侵害トス

交戰國軍艦カ臨檢、搜索ノ權ヲ行フニ付テハ中立國ノ船舶モ之ニ服従スヘク若シ抵抗スルニ於テハ敵國ニ屬スルモノト同一視セラレ沒收ヲ受クヘキモノトス之ニ反シテ敵國商船其他ノ私有船舶ニ臨檢、搜索ヲ行ハントスル場合ニ於テハ其船舶ハ之ニ抵抗スルノ權利ナキニ非スシテ其抵抗ハ爲シ得ヘキモ其力足ラサルニ於テハ之カ爲メ苛酷ナル處罰ヲ受クヘキ危險ハ自ラ伴ハナルヲ得ス凡テ捕獲ニ關シ我國海軍捕獲規程第三條ニ於テモ拿捕スヘキ嫌疑アリト認ムヘキ一切ノ私船ニ對シテハ其何レノ國籍ニ屬スルヲ問ハス臨檢搜索ヲ行フコトヲ得トアリテ交戰國軍艦ハ海上ニ於テ私船ニ遭ヒタルトキハ信號旗又ハ汽笛若クハ空砲ヲ發シテ其進行ヲ停止ヲ命令シ若シ停止ヲ肯セヌ又ハ逃亡セントスルトキ或ハ抵抗シタルトキ若クハ敵國船舶ナルトキハ

之ヲ拿捕シ得ヘク又中立國ノ商船ハ其中立國ニ屬スルコト並ニ其航海ノ目的ヲ證明スヘキ證書ヲ船内ニ有スヘキヲ以テ海上ニ於テ交戰國軍艦ノ爲メ其進行ヲ停止セラレタルトキハ軍艦ヨリ派遣スル士官ニ其船舶ノ國籍、航海ノ目的及ヒ荷物ノ性質ヲ書類ニ據リ其尋問ニ對シテ證明セサルヘカラス斯ク交戰國軍艦ニシテ私有船舶ノ航海ノ進行ヲ停止シテ其船舶ヲ調査スルヲ臨檢ト云ヒ斯ル場合ニ當リ尙ホ交戰者ニ於テ疑ヲ懷クトキハ其船内ヲ検査スルヲ得之ヲ名ケテ搜索權ト云フ

交戰國軍艦カ臨檢搜索ヲ行フカ爲メ船舶ニ接近スルニ當リテハ特ニ軍艦ノ國旗ヲ僞ハリ又ハ國旗ヲ掲揚セサルモ妨ナシト雖モ臨檢搜索權ヲ實行スルニ際シテハ其軍艦ノ本國ノ國旗ヲ掲揚セサルヘカラス又私船ニ停止ヲ命シタル場合ニ於テ之ヲ背ンセザルトキハ空砲ヲ發シ又ハ實彈ヲ其船體ニ近ク發射シテ其命令ヲ遵奉セシメ得ヘク其他私船ノ進行ヲ停止セシムルニハ如何ナル信號ヲモ用ヒ得ヘキモノタリ而シテ其命令ニ從ハザルトキハ兵力ヲ用ヒ得ヘキモノトス然レトモ臨檢搜索ヲ行フニ當リテハ相當ノ禮儀ヲ守リ成ルヘク其船舶ノ航海并ニ内部事務ニ妨害ヲ加フルコトハ避ケサルヘカラス若シ臨檢、搜索ノ結果ニシテ其船舶又ハ積荷ニ嫌疑アルトキハ之ヲ最近ノ本國捕獲審檢所ニ引致シ審檢スルコトトスヘク其審判ニ依リ處罰セララルヘキモノハ沒收セラレ之ニ反シ十分ノ疑アリタルモ捕獲ト爲ルヘキ證據不十分ナルトキハ放免セラレ船舶ノ抑留及ヒ航路延延ニ伴フノ費用ハ船主ノ負擔ニ屬シ其拘留引致ニシテ軍艦ノ專横ニ出テ拿捕ノ

理由ノ存セザルトキハ軍艦本國ハ其損失ヲ負擔セザルヘカラス要スルニ中立國ノ私有船舶ニシテ拿捕セララルヘキ場合ハ第一、交戰國軍艦ノ臨檢搜索ニ反抗スルカ第二、其臨檢、搜索ニ依リ船舶ノ不正ノ行爲ニ使用セラレ居ルカ又ハ其搭載品ニシテ捕獲セララルヘキモノナルコト明カナルカ又ハ正當ニ其疑アルトキ、第三、船舶ノ書類ニ於テ船舶真正ノ性質ニ不明ナル所アル場合トス

前述ノ法則ニ依リ交戰國ハ安全ニ戰時ノ權利ヲ實行シ得ヘク中立國ノ船舶モ亦不當ナル拘留引致ヲ免ルヘキコトナレトモ近來中立國船舶ヲ保護セントノ熱心ヨリシテ一層嚴ナル制裁ヲ臨檢、搜索ノ實行ニ加ヘント主張スル學者ナキニ非ス「ホートフキユ」ノ如キハ臨檢士官ハ船舶ノ記錄書類以外ヲ臨檢スヘカラストシ「オートーラン」ハ其書類ニ詐僞ノ疑アルトキニ限り其以上ノ處分ヲ爲シ得ヘシト説キタレトモ此等ノ說ハ現行國際公法ノ法則ト見ルヘカラスシテ列國條約ニ於テスルニ非サレハ之ヲ實行スルノ義務ナシ又學理上ニ於テモ苟モ交戰國ニ於テ敵國ノ私有財產又ハ戰時禁制品等ヲ捕獲シ得ヘキ權利ノ存在スル間ハ交戰國軍艦ヲシテ臨檢、搜索ノ權ヲ十分ニ行ハシメサルニ於テハ捕獲ノ法則ハ自ラ實用ヲ見ルコト能ハサルニ至ルヤ明カナリ故ニ我國海軍捕獲規程第七章ニ於テ臨檢搜索ノ手續ヲ詳細ニ規定シ艦長ハ船舶ヲ拿捕スヘキ疑アル場合ニ於テ臨檢士官ヲ指令シ臨檢ヲ行フモノトシ其船舶ノ進行ヲ中止ヲ命シ臨檢士官ハ先ツ船舶ノ書類ヲ検査シ書類其他ノ點ニ於テ疑ナシト認ムルトキハ艦長ノ命ヲ承ケ直チニ放免シ

之ニ反シ疑アリト思考スルトキハ船内ヲ搜索シ閉鎖シタル場所及ヒ器具ハ船長若クハ其代理者ヲシテ開カシメ拒ムトキハ臨機ノ處置ヲ爲スヘシ云ト規定シ第六五條ニ於テハ臨檢及ヒ搜索ニ依リ艦長若シ該船ニ嫌疑アリト思考シタルトキハ船長ヲシテ説明ヲ與フルノ便ヲ得セシメ船長説明ノ後猶ホ拿捕スヘキ證據アリト信スルトキハ該船舶ヲ拿捕スヘキモノトス第六六條ニ拿捕スヘキヤ否ヤヲ判決スルニハ第一、船ノ性質、艦裝及ヒ載貨、第二、該船ノ書類、第三、船長、乘組員及ヒ其證言等ニ依ルヘシト規定セリ

茲ニ問題ノ存スルハ中立國船舶ノ船長ニシテ臨檢、搜索ニ反抗スル場合ニ於テハ其船舶ノ搭載品ヲモ捕獲シ得ヘキヤ否ヤノ疑問ナリ勿論船長カ臨檢、搜索ニ反抗スルトキハ其船舶ノ沒收サルヘキコトハ交戰國ノ權利ニ屬シ第三國ノ領海以外ノ海上ニ於テハ總テノ船舶ヲ正當ニ臨檢、搜索シ得ヘキ權利ハ絕對ナルヲ以テ之ヲ妨害スルノ點ヨリシテ自ラ其違反ノ處罰アルヘキハ論ナシト雖モ之カ爲メ其船舶内ノ搭載品ヲ沒收サルヘキヤ否ヤニ付テハ議論アルヲ免レス此點ニ關シテハ英、米兩國ノ法廷ニ於テハ其處分ニ付キ論究シタルノ實例アリテ兩國共ニ斯ル場合ニ於テハ其搭載品ハ船舶ノ運命ニ伴フモノトシ船舶ノ違反ニ依リ沒收セラレルトキハ搭載品ヲ沒收スルコト爲シ船員ノ國際公法ニ對スル罪行ハ其保管ノ下ニ在ル財產ハ全然處罰スヘキモノトセリ然レトモ敵國船舶内ニ在ル中立國ノ搭載品ニ付テハ其趣ヲ異ニシテ若シ其船舶ノ臨檢、搜索ニ反抗スル場合ニ於テハ英、米兩國ハ互ニ其意見ノ一致ヲ見ル能ハスシテ英國ハ其搭

載品ハ船舶ノ反抗ノ爲メニ何タル影響ヲ被フルヘキモノニ非ストシ敵國船長ハ其保管ノ下ニ在ル財產ヲ敵國ヨリ取戻スルノ權利ヲ有スルト同時ニ中立國ノ物品所有者ハ其船長ノ敵國軍艦ニ反抗ヲ豫想セサル所ナリトシ之ニ反シ中立國人民ニシテ其物品ヲ敵國ノ軍艦其他武裝ノ商船内ニ搭載スルトキハ其搭載品ハ敵國ノ爲メ保護セラルヘキコトハ容易ニ豫想シ得ヘキニ依リ固ヨリ敵物トシテ沒收セララルヘキモノトセリ然ルニ米國ニ於テハ中立國人民ノ目ノハ單ニ其物品ヲ運搬スルニ在リテ之ヲ運搬スル船舶ノ武裝スルト否トハ物品所有者ノ關係セザル所ナルカ故ニ其武裝スルト否トニ依リテ捕獲スル能ハストスルニ在リ然レトモ此點ニ付テハ英國ノ意見ハ正當ニシテ武裝ノ敵船内ニ在ル搭載品ハ捕獲セララルヘキモノナルカ如シ

臨檢、搜索ニ付キ議論ノ存スルハ中立國船舶カ其國軍艦ノ護送ニ係ルモノニ對シ交戰國軍艦ハ臨檢、搜索ヲ行フコトヲ得ルヤ否ヤノ點ニシテ千六百五十三年英國ト「バルチック」聯合國トノ戰爭中瑞典女王「クリスタアナ」ハ布告ヲ出シテ自國商船ハ軍艦ノ護送ヲ以テ航海スルヲ得ヘタ斯ル場合ニハ護送艦ハ其保護ノ下ニ在ル船舶ノ臨檢搜索ヲ拒絶スヘキコトヲ訓令シ第十八世紀ノ中頃ヨリシテ此點ニ付キ列國間ノ問題ヲ惹起シタルコト少カラス千七百八十年和蘭國ハ其軍艦ニ命令ヲ下シ中立國軍艦ノ同國船舶ヲ護送シテ航海スルトキハ其軍艦ニ於テ護送スル船舶ニ罪狀ナキコトヲ言明スルトキニ限り之ニ臨檢、搜索ヲ行フヘカラストシ千七百八十一年瑞典商船六艘カ同國軍艦ノ護送ニ係ルモノニ對シテ英國軍艦カ臨檢ヲ試ミタルカ爲メ兩國ノ問題

ト爲リ瑞典國ハ之ヲ露國ニ訴ヘ露帝、カザリンニ世ノ主唱ニテ第一武裝中立ノ同盟起レリ其武裝中立ノ宣言中ニ於テ軍艦護送ノ下ニ在ル中立國船舶ニ對シテハ交戰國ハ臨檢、搜索ノ權利ナキコトヲ規定シ諸國ハ條約ヲ以テ之ト同一ノ規定ヲ爲スモノ多ク米國モ千七百八十二年乃至千八百十年ニ於テ斯カル條約ヲ六箇國ト締結シ大陸ノ學者ハ此臨檢ヲ免除スヘキコトヲ主張スルノミナラス之ヲ國際公法上ノ法則ト論シ英、米學者ハ之ニ反對シ米國學者ノ說ニ依レハ條約ヲ以テ同一ノ規定ヲ爲スニ非サレハ交戰國ハ決シテ中立國軍艦護送ノ爲メ、臨檢搜索ノ權ヲ失ハサルモノトシ殊ニ英國政府ハ當初ヨリ臨檢、搜索ヲ免除スヘキ條約ヲ他國ト締結シタルコトナク千七百九十八年「マリヤ」號事件ニ於テハ英國艦隊カ英吉利海峡ニ於テ商船ヲ本國軍艦ノ護送中ナルニ拘ハラス之ニ臨檢ヲ試ミタルニ際シ瑞典軍艦ノ之ヲ拒ミタルヲ以テ其商船「マリヤ」號ヲ拿捕シ單ニ臨檢ヲ拒ミタルノ故ヲ以テ之ヲ沒收セリ尋テ第二ノ武裝中立同盟ハ露國ノ首唱ニテ惹起サレ其宣言中軍艦護送ノ下ニ商船ノ航海スルトキ其士官ニ於テ商船ノ航海ニ付キ罪狀ナキコトヲ言明スルトキハ之ニ臨檢スルコト能ハストセリ然ルニ千八百十三年及ヒ十四年ニ於テ英國ハ武裝中立ノ同盟國タリシ露國、瑞典及ヒ丁抹トノ條約ヲ以テ此等諸國ハ臨檢ノ免除ヲ主張シ得ルト同時ニ英國ハ之ヲ拒絕シ得ヘキモノト規定シタルカ爲メ此點ニ付キ締盟國各自ノ任意ト爲リ其後今日ニ至ルマテ列國ノ慣例一定セス隨テ列國ハ各其政略上任意ニ之ヲ處理スルモノ如ク英國ハ斷然臨檢、搜索ノ權ヲ主張實行シ他國ヲ始メ、獨、奧、西、伊及ヒ「バルチック」諸國ハ法律ヲ以テ護送軍艦ノ言明ニ根據シ船舶ノ臨檢、搜索ヲ行フヘカラストシ米國ハ中間ニ立テ法理論トシテハ英國主義ニシテ實行ハ大陸主義ヲ採リ護送軍艦ハ其護送ニ係ル船舶並ニ搭載物及ヒ到達港等ノ目錄ヲ備ヘテ之ヲ交戰國軍艦ニ證明スルコトト爲シ我捕獲規程第三三條ニハ米國主義ヲ採リ中立國船舶ニシテ其本國ノ軍艦ニ護送セラルルモノニ對シテハ護送軍艦ノ指揮官カ其船舶内ニ戰時禁制品、戰時禁制品ナキコト、船舶書類ノ完備スルコト並ニ其國籍、發航地及ヒ到達地ヲ明記シテ署名シタル宣言書ヲ差出シタルトキハ臨檢搜索ヲ行フコトヲ得ス但重大ナル嫌疑アル場合ニハ此限ニ在ラストセリ要スルニ中立國商船ヲ軍艦ノ護送スル場合ニ於テ交戰國軍艦ノ之ニ臨檢、搜索ヲ爲スヘカラストスルハ未タ國際法ノ法則ト爲スコト能ハス又理論上並ニ中立國及ヒ交戰國間ノ利益上ヨリスルモ長日月ノ間ニハ却テ不利益ナルモノト言ハサルヲ得ス然レトモ臨檢免除ニ付キ諸國一般ニ異論ナキ一點ハ中立國軍艦ニ於テ交戰國ノ船舶ヲ護送スルハ別ニ答ムヘカラサレトモ此場合ニ於テ其船舶ノ爲メ臨檢、搜索ヲ免レシムルノ理由ナキカ如ク又中立國船舶カ交戰國軍艦ニ護送セラルルハ中立ノ違反ナルニヨリ假令其航海並ニ搭載品ニ罪狀ナク單獨ニテ航海スルトキハ拿捕セラルヘカサルモノモ敵國軍艦ノ護送ノ下ニ在ルノ理由ニ依リ捕獲セラルルノ危險之ニ伴フヘキノトタリ

### 第三節 封鎖

## 第一款 封鎖ノ性質

封鎖ハ戰時國際法中特ニ海上ニ於テノミ交戦國ノ行ヒ得ヘキ權利ニシテ之カ爲メ中立國ノ商業ニ大ナル影響ヲ有スルヲ以テ最も重要ナルモノトス凡ソ陸戰ニ於テ軍隊ノ屯在地ヲ許可ナクシテ通行スルハ犯罪トシテ罰セラレ特ニ敵ノ城堡ヲ包圍スルトキハ城中ト其以外ノ交通ヲ遮斷スルモノナレトモ海上ニ於テハ軍艦屯在ノ場所ヲ商船ノ通行スルハ決シテ禁スル所ニ非スシテ中立國船舶ハ戰爭中交戦國ニ交通通商ノ權利ヲ有ス然レトモ交戦國ハ戰爭ノ權利トシテ軍艦ヲ敵國ノ港灣ニ近ツケ置キテ其港内其他一定ノ場所ニ對シ諸國船舶ノ出入ヲ一切禁止スルヲ得ヘク之ヲ名ケテ封鎖ト云ヒ其目的トスル所ハ軍略上其封鎖シタル地方ヲ降服セシムルニ在ルコトアリ又商業政略上敵國ヲシテ外國トノ商業ヲ遮斷シ之カ爲メ敵國ノ財源ヲ涸竭シ其戰鬥力ヲ減殺スルニ在ルコトアリ而シテ其封鎖ノ爲メニ損害ヲ被ルヘキモノハ當ニ敵國ニ止マラスシテ中立國船舶モ其港灣ニ對シテ商業ニ從事スル能ハサルヨリシテ結果スル損害少カラサルモ是レ交戦國ノ戰爭ニ關シテ有スル國際公法上ノ權利ニシテ中立國竝ニ其人民モ之ニ對シテ故障ヲ爲スコト能ハサルノミナラス其封鎖ヲ爲シタル理由ノ當否ニ付テモ容喙スルノ權ナシ然レトモ交戦者ト中立國トハ自ラ封鎖ニ付キ利害關係ヲ異ニスルヲ以テ古來交戦者ハ時トシテ敵國ニ於ケル一定ノ港灣ヲ封鎖スル宣言ノミヲ爲シ又ハ其封鎖ヲ維持スルニ不十分ナル兵力ヲ

費置シテ封鎖ノ結果ヲ收メントシ中立國ハ其利益上斯カル宣言的又ハ不完全ナル封鎖ノ爲メニ其商業ヲ妨害セラレサラント欲シ第十八世紀ノ中頃以來此點ニ付テハ屢、國際問題ヲ惹起シ千七百八十年「バルチック」沿海諸國ノ第一武裝中立ニ於テハ封鎖ハ交戦國艦隊ノ近ツキ來ル爲メ中立國船舶ノ其港ニ入ルニ付キ明カナル危險アル場合ニ非サレハ成立シタルモノト爲サス又封鎖ヲ爲ス軍艦カ其港口ニ碇泊スルニ非サレハ封鎖ト爲ラサルモノトシ又千八百零九年露國ヲ始メ「バルチック」諸國ハ第二武裝中立ノ條約ヲ結ビ封鎖ノ條件トシテ第一武裝中立ト同一ノ宣言ヲ爲シ加フルニ中立船舶ハ總テ封鎖ヲ行ヒ居ル交戦軍艦ノ司令官ニ依リ其封鎖ノ事實ヲ通告セラレ然ル後更ニ其港ニ入ラント企テタル場合ニ非サレハ拿捕セラルヘカラストセリ此第二武裝中立ハ露國皇帝「ボール」第一世ノ崩去ト共ニ消滅シタルゴトナレトモ其宣言ハ中立國ノ利益ヲ保護スルノ適當ニ失スルモノト言ハサルヲ得ス之ニ反シ千八百零六年及ヒ七年英國政府ハ樞密院令ニテ英國商船ノ入港ヲ拒ミ居ル大陸諸港灣ヲ悉ク封鎖スト宣言シ之ニ對シテ「ナポレオン」第一世ノ伯林及ヒ「ミラン」ニ於ケル宣言ニテハ實際佛國艦隊ハ優勢ナル英國海軍ノ爲メニ攻撃セララルコトヲ恐レテ公海ニ出ツル能ハサリシニ拘ハラヌ英國全島ヲ封鎖スト宣言セシカ如キハ其封鎖ノ不法ニシテ中立諸國ハ之カ爲メ非常ノ損害ヲ受ク北米合衆國ハ特ニ通商上ノ利益ヲ害セラレタルニ依リ英國ニ對シテ斯ル無法ノ封鎖ニ抗議シ遂ニ千八百一十二年英、米戰爭ト爲レリ然ルニ千八百一十五年「ナポレオン」第一世ノ敗北以後ハ其問題ニ付キ諸國モ虛心平氣ニ思

考スルニ至リ千八百五十四年「クリミア」戰爭ニ於テハ英佛兩國ハ封鎖ニ於テ充分ノ兵力ヲ要スヘキ說ヲ採リ遂ニ千八百五十六年巴黎宣言ニテ同問題ヲ決定シ同宣言第四條ニ於テ封鎖ヲ有效ナラシムルニハ實力ヲ用ヒサルヘカラス即チ敵國ノ海岸ニ接近スルヲ實際防止スルニ足ルヘキ充分ノ兵備ヲ要スルコトノ規定ヲ爲セリ隨テ其封鎖ノ場合ニ依リテハ小ナル軍艦ト雖モ時トシテ封鎖ヲ爲スニ付キ大ナル艦隊ト均シク其目的ヲ達スヘキ場合ナキニ非ス畢竟スルニ巴黎宣言ニ調印シタル諸國ノ代表者ノ辯明ニ由リテ觀ルモ封鎖ニ實力ヲ要スルト云フハ其封鎖ノ場所ヲ通過セント試ムルニハ實際ニ危險ナル兵力アルヲ要スルモノトス

茲ニ注意スヘキハ此宣言ノ規定ハ今日國際公法ノ法則ト爲リ居ルコトナレトモ大陸學者中之ニ附會ノ說ヲ爲シテ封鎖ノ場所ニ對スル敵國ノ版圖權ヲ交戰國ノ取去ルニ過キサルカ故ニ敵國領海以外ニ其權利ヲ及ホスコト能ハスト云フ者アリ然レトモ古來ノ實際上並ニ法理上ニ於テ封鎖ナルモノハ交戰國カ行ヒ得ヘキ戰爭行為ノ一ニシテ之ニ關スル交戰者ノ權利ハ領海以内ニ限ルヘキ理由ノ存スルコト能ハスト海戰ハ屢ニ公海ニ於テ實行セラルルコト多ク之カ爲メ中立國ノ船舶ノ其戰場ニ近ツクモノニハ危險ヲ與フルハ勿論ナレトモ領海以外ニ於テ中立國船舶ノ航海ニ妨害ヲ與フルノ理由ヲ以テ之ヲ禁シタルモノナク又之ヲ禁スヘキ理由ナキニ依リ獨リ封鎖ノ權利ニ限リテ敵國領海以外ニ及ホスヘカサルノ道理存スルコト能ハスト斯レ學說ニ依リ總テ今日ノ國際公法上認ムル所ニ非ス現今ノ國際法ニテハ前述ノ如ク巴黎宣言ノ文字以外ニ出ツ

ルモノニ非サルカ如シ隨テ封鎖ニハ軍艦ノ其港口ニ碇泊アルヘキコトヲ要ストスル者アルカ如キモ是レ學者ノ好奇心ヨリ出テタル一家ノ私言ニシテ國際公法ノ法則ト爲スニ足ラス

## 第二款 封鎖ノ效力

紙上ノ封鎖ハ現今認ムル所ニ非ス隨テ有效ナル封鎖ノ種類ヲ其目的ニ由リテ分類セハ軍略上ノ封鎖ト稱シテ其地方ヲ降服セシムルヲ主旨トスルモノト商業上ノ封鎖ト謂ヒテ其地方ニ於ケル敵國ノ商業ヲ妨ケテ其財源ヲ涸ラシムルモノノ二種ト爲スヲ得ヘシ就中敵國ノ商業ヲ妨害スルカ爲メノモノ封鎖ニ付テハ近世之ニ反對ノ學說ヲ唱フル者アリテ斯ル封鎖ニ於テハ交戰國力之ニ依リ利益ヲ得ルヨリモ寧ロ之カ爲メ中立國ニ加害スルコト一層大ナルニ依リ之ヲ是認スヘカラストセリ近世ノ交通通商上ヨリ觀ルトキハ固ヨリ中立國ノ商業交通ヲ妨クルコト大ナルハ事實ナルモ古來諸國ノ實際上商業上ノ封鎖ハ常ニ行ハレ來リタル所ニシテ國際公法上之ヲ正當ニ行ヒ得ヘキコトハ疑ナシ又封鎖ヲ其通告ノ有無ニ由リテ分類セハ單ニ實力上ノ封鎖ト他國ニ通告シタル實力上ノ封鎖ノ二種ニ區別シ得ヘシ總テ封鎖ハ其地ニ中立國ノ商船ハ勿論軍艦ト雖モ出入ヲ禁スルモノナルヲ以テ之ヲ行フハ交戰國主權ノ行使ニシテ政府ノ命令ニ依ルカ又ハ明示若クハ默示ニテ之ヲ行フノ權力ヲ委任サレタル者ニ於テノミ實行シ得ヘク陸軍將帥ハ敵國ノ都市ニ對シ其職權上交通ヲ絶テ得ルト同シク海軍將帥モ亦其職權内ニ於テ敵國ノ港灣ヲ封鎖スル

ノ權利ヲ有ス然レトモ本國ヲ去ルコト遠カラシテ其政府ヨリ特別ノ訓令ヲ受ケ得ヘキ場合ニ於テハ其行爲ヲ追認スヘキモノトス而シテ如何ナル場合ヲ問ハス封鎖ヲシテ有效ナラシムルニハ之ヲ實行スルニ兵力ヲ以テスルヲ必要ト爲スカ故ニ兵力ノ不充分ナルニ於テハ中立國ハ其封鎖ヲ認メスシテ自國船舶ノ捕獲沒收ニ對シ賠償ヲ請求シ得ヘキモノトス然ラハ如何ナル程度ノ兵力カ封鎖ニ必要ナリヤ至ク事實論ニテ國際公法ニテハ其港内ニ出入セントスルニ付キ明カニ且直接ノ危險アル程度ノ兵力ヲ要スト云フニ過キス

天候ノ爲メ又ハ敵艦ヲ追撃スル等ノ爲メ一時封鎖ヲ行ヒ居ル艦隊ノ兵力カ不充分ト爲ルカ如キハ之カ爲メニ封鎖ノ效力ヲ中絶スルモノニ非ス加之艦隊ハ必スシモ其港口ニ屯在スルヲ要セスシテ其海岸及ヒ潮流ノ事情又ハ近傍領土ノ敵地ト否トノ狀況等ニ依リテハ其艦隊ノ所在モ自ラ變更シ得ヘキカ故ニ「クリミア」戰爭中露國「リガ」港ノ封鎖ハ英國軍艦一艘ニテ同港ヨリ百二十哩モ隔リタル幅員三哩ナル「ライセルラルト」海峡ニ屯在スルノミナリシカ是レ全ク同港ニ出入セントスル船舶ハ必ス其海峡ヲ通過スヘキモノナリシヲ以テナリ然レトモ斯ル海峡ヲ通過スル船舶ニシテ敵國ノ港灣並ニ他ノ中立國ノ港灣ニ出入ヲ爲シ得ヘキ場合ナルトキハ固ヨリ其海峡ニ艦隊ヲ置キテ以テ敵國港灣ヲ封鎖スルコト能ハス米國南北戰爭中北軍政府カ南軍ニ屬スル港灣ヲ封鎖スルニ際シテ「クラ、グランド」河口ハ米國ト墨西哥國ノ境界ニ横ハリ其河口

ヲ通過シテハ墨西哥國ノ「マタモラス」港ニモ船舶ノ出入スヘカリシ故ニ其河口ヲ封鎖シ能ハサリシハ其實例タリ又封鎖ノ效力ハ艦隊ノ兵力ヲ以テ之ヲ實行スル範圍外ニ及ボスコト能ハサルモノトス隨テ封鎖ヲ破リタル地方ニ對シ若シ内地運河ノ便ニ依リテ船舶カ出入シ其運河ノ口ハ封鎖サレ居ラザルトキハ斯ル船舶ヲ罰スルコト能ハス其他封鎖ハ單ニ艦隊ノミヲ以テスルニ限ラスシテ軍艦ノ行爲ヲ補助スル爲メ其港口ニ砂石、船舶、木材、水雷其他ヲ沈ムルモ妨害ナシ千八百六十一年米國北軍カ南軍ニ屬スル「チャールストン」及ヒ「サバンナ」港ヲ封鎖スル際シ港口ニ船舶ヲ沈メタリシカ英國政府ハ之カ爲メ永ク其港ニ對シテ中立國ノ商業ヲ妨害スルニ至ルヘキノ故ヲ以テ之ニ抗議シタルニ米國政府ハ斯ク船舶ヲ沈メテ港口ヲ塞キタルハ單ニ一時ノモノニシテ戰爭終了ト同時ニ之ヲ去ルヘキコトヲ答ヘタリ此事件ハ一時戰爭中ニ限リ港口ヲ塞キタルニ依リ固ヨリ論ナシト雖モ斯ル方法ノ爲メニ永久ノ中立國ノ商業ニ取リテ妨害ヲ生スルニ至ルヘキ場合ニ付テハ反對ノ說ヲ懷ク者アリ然レトモ交戰國ハ既ニ敵國ノ港灣、都市ヲ軍路上ニ依リテハ破壊シ得ヘキ權利ヲ有スルカ故ニ獨リ封鎖ニ付キ永ク中立國ノ商業ヲ妨害スルニ至ルヘキ理由ヲ以テ斯ル行爲ヲ爲シ能ハストスヘキ道理ナク現今ノ國際公法上同一ノ行爲ハ之ヲ行ヒ得ヘキハ交戰國ノ權利上疑ナキ所タリ

凡ソ封鎖ハ敵地ニ對シテノミ之ヲ行ヒ得ヘク自國領土又ハ自國主權ノ行ハルル土地ニ對シテハ封鎖ノ手段ニ依リテ其地ノ海上交通ヲ遮斷スヘキモノニ非ス斯ル場合ニ於テ若シ内外船舶ニ向

ヒテ其交通ヲ斷タントセハ内國法ニ依ルヘキモノトス之ニ反シ自國領土ト雖モ之ニ對シテ主權ノ行ハレサルニ至ル場合ニハ其地ノ海上交通ヲ遮斷スルハ内國法ニテ行フコト能ハスシテ封鎖ノ手段ニ依ラサルヘカラス隨テ千八百六十一年「ニューガラナダ」國及ヒ米國ノ内亂ニ際シ英國ハ此道理ヲ主張シ米國政府カ南軍ニ屬スル諸港ニ對シ又「ニューガラナダ」國ハ反亂者ニ屬スル港灣ニ對シ法律ヲ以テ他國船舶ノ出入ヲ遮斷セント企テタリシカ英國政府ハ斷然之ニ反對シ國家ノ其主權ノ行ハルル場所ニ對シテハ其國ノ法律命令ニ依リ内外船舶ノ出入ヲ遮斷スレハ自由ナレトモ反亂者ノ權力ノ下ニ在ルカ又ハ敵軍占領ノ下ニ在ル土地ニ付テハ封鎖ニ依リテノ海上交通ヲ遮斷スヘキモノナルコトヲ唱ヘ此理論ハ今日ニ於テ復タ疑ナキニ至レリ之ト同一理由ニ依リテ凡テ封鎖ハ戰爭ノ終局シ又ハ其封鎖ノ場所ヲ軍隊占領地ト爲ストキハ直チニ其效力ヲ失フヘキモノニシテ戰爭終了後ニ於テハ最早敵地タル性質ヲ失ヒ軍隊占領地ト爲ルトキハ自國ノ主權之ニ行ハルルニ至ルヲ以テ此場合ニ於テ尙ホ其地ノ海上交通ヲ遮斷セントセハ政府ノ宣言其他法律又ハ命令ヲ以テ之ヲ行フヘキモノナルヲ以テナリ其外封鎖ハ之ヲ行ヒ居ル政府カ其艦隊ヲ引揚ケ又ハ其艦隊ノ敵國ノ爲メニ破ラレ若クハ追放サレタルカ如キ其封鎖ノ實力ナキニ至ルト同時ニ終了スヘキモノトス

第二款 封鎖ニ對スル犯罪

國際公法上封鎖ニ對スル犯罪ヲ組成スルニハ第一、其封鎖ノ實力ニ出テタルコト第二、其封鎖ノ事實ヲ船舶ノ知了シタルコト第三、其封鎖ヲ破リ又ハ破ラントスルノ行爲アルコトノ三要素ヲ必要トス凡テ封鎖ハ戰爭ニ伴フヘキ必要ノ結果ニ非シテ交戰國ノ任意ニ之ヲ行ヒ得ヘキモノナルカ故ニ特ニ之ヲ破ラントスル犯罪ヲ構成スルニハ其船舶ニ於テ封鎖ト爲リ居ルノ事實ヲ知リタルコトヲ要スル所以ナリ而シテ其港内ニ在ル船舶人民ハ其封鎖ノ事實ヲ知了スルモノト看做サレ之カ反證ヲ許ササルモ港外ニ在リテ之ニ入ラントスルモノニ付テハ英、米兩國ノ慣習ニテハ其封鎖セラレ居ル事實ヲ船舶ニ於テ知了シ居ルコトヲ必要トスルニ付キ事實上ノ知了ト推測上ノ知了トヲ區別シ事實上ノ知了ト云フハ船舶カ封鎖ニ係ル港灣ニ近ツキ艦隊ヨリ封鎖ノ事實ヲ通告セラレ之ヲ破ルヘカラスルコトヲ航海書類ニ記入ラ受ケタル後其船舶ニシテ同封鎖ヲ破ラント企テタルモノヲ犯罪トシテ處斷スルモノタリ之ニ反シ推測上ノ知了ト云フハ封鎖ノ事實顯著ニシテ商業及ヒ航海者社會ニ知レ渡リタル場合又ハ交戰國ヨリシテ封鎖ノ事實ヲ外交上ノ手段ヲ以テ中立國政府ニ通告シタル場合ニ於テハ其國民一般ハ其通告ニ依リ封鎖ヲ知了シタルモノト看做スモノニシテ英國ニ於テハ「チブチユナス」事件ニ於テ「ストーウエル」判事カ明カニ之ヲ明言シ米國法廷モ南北戰爭中此主義ヲ採リタレトモ華盛頓政府ハ此點ニ付キ其主義一定セシテ諸國トノ條約ニ於テハ封鎖ヲ破ラントスルモノハ海上ニ於テ其到達港ノ封鎖サレタルコトヲ通告サレタルニ非サレハ罰セラルルコトナシト規定シタルモノ多ク千八百七

0637

十一年伊國トノ條約ニ於テモ之ヲ規定セリ然レトモ千八百六十一年四月十九日北軍政府ノ大統  
 領「リンコロン」ハ南軍ニ對スル封鎖ニ於テ之ヲ監督スル軍艦ノ艦長ニ依リ通告ヲ受ケ船舶ノ  
 記録ニ記入シテ後其封鎖ヲ破ラントスルモノニ非サレハ處罰スヘカラスト布告セルニ拘ハラズ  
 同戰爭中法廷ハ之ニ解釋ヲ下シ此布告ハ單ニ封鎖ノ事實ヲ知了セザリシモノニ適用シ前以テ知  
 了シタルモノハ其知了ハ如何ナル原因ニ依ルト雖モ其船舶ヲ處罰シ之ニ對シテ他國ニ於テモ抗  
 議ヲ爲シタルコトナシ

然ルニ佛國ハ事實上ノ知了ノミヲ認メテ推測上ノ知了ヲ認メヌ西班牙國モ佛國ト同一ノ主義ヲ  
 採リ普國、丁抹等ハ英米主義ヲ採レリ佛國主義ニ依レハ凡テ封鎖ハ諸種ノ原因ニ依リ何時ニテ  
 モ解除ト爲ルヲ以テ各場合ニ於テ中立國船舶ハ其港ニ近ツクニ當リテハ封鎖ノ現存スルコトニ  
 付キ艦長ヨリ封鎖ノ通告ヲ受ケ其事實ヲ船舶ノ記録ニ記入セラレ其通告ノ場所並ニ日附ヲモ記  
 シ置キテ後其港ニ入ラントスルモノヲ處罰スルニ過キヌ交戰國政府ヨリシテ中立國政府ニ封鎖  
 ノ通告ヲ爲スコトアルモ寧ロ之ヲ好誼上ノモノト看做シ其違背ノ爲メ其港ニ入ラントスル船  
 舶ニ於テ犯罪ノ有無ニ何タル法律上ノ效果ヲ及ホササルモノトスルニ在リ此英國主義ト佛國主  
 義トノ間ニハ其當否ニ付キ自ラ議論ノ存スヘキコトナレトモ國際公法ニ必要トスル所ハ單ニ封  
 鎖ノ對スル犯罪ヲ組成スルニハ其船舶ニ於テ封鎖ヲ知了シ居リタルコトヲ要スルノ一點ニ在リ  
 テ如何ニシテ之ヲ知得シタルトハ論スベシ所ニ非ス隨テ佛國主義ハ其實行上ニ於テハ最も簡單ナ

ルニ反シ英國主義ハ複雜ヲ極ムト雖モ今日交通通信ノ迅速ニシテ頻繁且容易ト爲リタル社會ニ  
 於テハ封鎖ノ事實ハ必スシモ封鎖ノ任ニ當ル軍艦ヨリシテ度毎ニ通告ヲ受ケストモ其成立ハ容  
 易ニ機敏ナル商業航海社會ニ於テ知得サルヘキモノナルカ故ニ理論上ニ於テハ英國主義ヲ優レ  
 リトスヘキカ如シ而シテ英國主義ヲ詳ニ論スルトキハ若シ交戰國ヨリ封鎖ヲ中立國ニ通告シタ  
 ルトキハ其事實ヲ知ラザリシ證據ハ船舶ニ於テ提供セザルヘカラス又其通告ナキ場合若クハ其  
 通告以前ニ出帆シタル場合ニ於テハ船舶ノ犯罪ニ付キ其事實ヲ知了スルモノナルコトハ捕獲者  
 ニ於テ捕獲審檢所ニ舉證スヘキモノトスルニ在リテ假令通告ナキ場合ニ於テモ封鎖ノ事實カ商  
 業航海社會ニ知レ渡リ居ル場合ニハ之ヲ知ラザリシトノ舉證ノ責ハ船舶ニ於テ負フヘキモノト  
 爲スニ過キヌ

英國主義ニ依ラハ中立國ニ對シ封鎖ノ通告ノ有無ニ付キ大ナル法律上ノ影響ヲ來スヘク即チ中  
 立國ニ對シ封鎖ノ通告アリタルトキハ其人民ハ一般ニ之ヲ知了スルノ推測ヲ爲スカ故ニ其船舶  
 ノ封鎖サレタル港ニ向ヒ積荷ヲ爲シテ出發スルヤ否ヤ犯罪ノ成立シタルモノニシテ交戰國ハ必  
 スシモ其船舶カ封鎖ノ場所ニ近ツキ來リテ始メテ拿捕シ得ヘキニ非ス而シテ交戰國ヨリシテ其  
 封鎖ヲ解除シタル通告ナキ間ハ封鎖ノ繼續スルモノト推測ヲ下スヘキモノトス米國南北戰爭中  
 「チャレンストン」港ノ封鎖ニ於テ北軍艦隊ハ海上ニ於テ戰時禁制品ヲ捕獲スル爲メ五日間其港口  
 ヲ去リ居タルニ米國法廷ハ其間ニ於テモ封鎖ノ繼續シタルモノトシテ船舶ヲ罰セリ之ニ反シ封

鎖ノ通告ナキ場合ニ於テハ假令封鎖ノ有無ニ付キ疑念ヲ懷キテ出港スルモ其港ニ向ヒタル船舶ハ出帆スルヤ否ヤ犯罪ト爲ルニ非スシテ其港口ニ近ツキ封鎖ノ事實ヲ知りテ立退クモ罰セラルルコトナシ要スルニ凡テ封鎖ニ對スル犯罪ハ其封鎖ヲ知得シ之ヲ破ラントスルニ於テ始メテ成立スルモノナルカ故ニ若シ其實事ヲ知りタルトキハ必スシモ其港口ニ近ツキタル場合ニ於テ拿捕スルコトヲ要セスシテ本國ヨリ之ヲ破ラントノ目的ヲ以テ出發スルヤ否ヤ捕獲サルヘキモノニ屬シ又封鎖中ハ其港ヨリ船舶ノ出發スルモ犯罪ナレトモ封鎖ヲ爲スニ當リテハ一定ノ時間ヲ限リ其港内ヨリ中立國ノ船舶ノ立退ヲ許スノ慣習近世ニ於テ行ハレテ抹國ハ千八百四十八年及ヒ六十四年ニ於テ、英佛兩國ハ「タリミア」戰爭中、米國ハ南北戰爭又佛國ハ千八百七十年戰爭中ニ於テ皆十五日間ノ立退ヲ與ヘ同時日内ニ自由ニ立退ヲ許シ又其港ノ事情ニ依リテ之ヲ十五日以上ト爲スコトナキニ非ス其他船舶ノ修繕ヲ爲シ居ル等ニテ其猶豫時日内ニ立退クコト能ハサルモノハ特ニ其時間ヲ延長スルコトアリ然レトモ出港スル船舶ニシテ封鎖以前ニ搭載シタルモノハ之ヲ以テ出港スルヲ得ヘキモ封鎖以後ニ搭載シタルモノハ之ヲ以テ出港スルコト能ハスシテ其違反ハ沒收サルヘキモノナリ

封鎖ヲ破ルノ犯罪ハ之ヲ破ラント企テタル時ニ成立シ同一航海中ハ繼續スルカ故ニ船舶ノ一旦封鎖ヲ破リタルトキハ歸航ノ途ニ於テモ罰セラルヘシ然レトモ歸航中ニ於テ封鎖ノ解除ト爲ルヤ否ヤ忽チ犯罪ハ消滅スルノミナラス若シ封鎖ヲ破ルノ目的ニテ出帆シタルモノト雖モ航海中

本國軍艦其他艇ヲヘカラサルモノヨリシテ其封鎖ノ解除ト爲リタルノ通告ヲ得タルトキハ其通告ヲ得タルト同時ニ封鎖ヲ破ルノ犯罪ハ解除ト爲ルモノニシテ其航海ハ無罪ナルモノト看做サレ實際ニ於テ通告ノ誤譯ナルトキト雖モ之カ爲メ罰セラルルコトナシ其外天災ノ爲メ難破ヲ避ケントシ又ハ食糧缺乏ノ爲メ其港内ニ入りタルトキハ其積荷ニ變更ヲ來ササル以上ハ無事ニ出港シ得ヘシト雖モ其積荷ノ變更ヲ爲ストキハ處罰セラルヘク又中立國ノ軍艦ノ其港ニ出入スルハ今日交戰國ノ禁セサル所ナルモ是レ全ク好誼上ニ出テタルニ止マリ權利ニ非ス其外近來ノ戰爭ニ於テハ郵便船ハ其港内ニ於テ商業ニ從事セサルノ保證ヲ以テ封鎖内ニ出入スルヲ許スヲ常トス

封鎖ヲ破ルノ犯罪ニ對シテハ昔時ハ其海員ヲ獄ニ投シ又ハ死刑ニ處シタルコトアリシカ第十八世紀ニ於テ其慣例一變シ現今ニ於テハ船舶及ヒ搭載品ノミヲ沒收スルニ過キス然レトモ其處罰ハ第一ニ船舶ニ關シ船長ハ船舶所有者ノミノ代人ト看做サレテニ荷主ノ之ヲ命シタルモノニ非サル限リハ荷主ノ代人ト看做サレサルニ依リ若シ荷主ト船舶所有者ト同一人ニ非スシテ其船舶到達地ノ封鎖中ナルコトヲ荷主ノ知ラサルカ若クハ船長カ航路ヲ中途ニ於テ變更シテ封鎖ノ場所ニ向ヒタルトキハ單ニ船舶ノミヲ沒收セラレ搭載品ハ解放サルヘキモノトス之ニ反シテ船舶所有者ト物品所有者ト同一人ナルトキハ其搭載品ヲ沒收サルヘク又船舶所有者ト物品所有者ト異ナリタル場合ニ於テモ其船舶到達地ノ封鎖アリタルコトハ出帆前ニ知レタルトキハ假令船長ノ

航海中ニ航海ヲ變シテ之ニ向ヒタルトキト雖モ其行爲ハ積荷ノ爲メニ爲シタルモノトシ物品所有者モ其責ニ任セサルベカラズ而シテ其物品所有者ニ於テ封鎖ヲ知ラザリシ舉證ノ責ハ荷主ノ負フヘキモノナリ

終ニ臨ミ注意スヘキハ連續航海ノ法則ナリ此法則ノ生スルニ至リタルハ佛國革命戰爭中佛國ハ平時ニ於テ南米殖民地ト本國間ノ貿易ヲ他國民ニ禁シタルニ拘ハラズ戰爭中ニ於テ中立國民ニ許可シタルヲ以テ千七百五十六年英國軍艦ハ中立國商船ニシテ佛國殖民地貿易ニ從事シタルモノヲ捕獲シ捕獲審檢所ニ於テ敵國固有ノ商業ニ從事シタルノ故ヲ以テ不法トシテ沒收シ此法則ヲ名ケテ「千七百五十六年戰爭ノ法則」ト謂フ今此法則ノ當否ニ付テハ論スルノ必要ナシ何トナレハ近年歐洲諸國ハ其殖民地貿易ハ平時ニ於テモ他國船船ニ一般ニ許可スルニ至リ加フルニ千八百五十六年巴里宣言ニ由リ中立國船船内ニ於テハ戰時禁制品ヲ除クノ外敵國ノ商品ヲ搭載スルヲ得ルニ至リタルヲ以テナリ而シテ千七百九十九年「エマニユエル」事件ニ於テハ英國ハ和蘭商船ニシテ西班牙國ノ沿海貿易ニ從事シタルモノヲ罰シ「千七百五十六年戰爭ノ法則」ニ依リ沿海貿易ハ各國ニ於テ其國民固有ノ商業ナルヲ以テ商船ニ於テ其沿海貿易ハ諸國民一般ニ行フコトヲ得ヘキ普通ノ商業ナルヘキ證據ノ立タサル以上ハ處罰スヘキモノトセリ然ルニ「タリミヤ」戰爭ニ於テハ英國ハ千八百五十四年四月十五日ノ樞密院命令ヲ以テ中立國ノ人民及ヒ船船ハ其戰爭中封鎖セサル諸港其他ノ場所ハ如何ナル地ニ在ルヲ問ハス自由ノ商業ニ從事スルヲ

得ヘシトセルヲ以テ此沿海貿易ニ關シテモ「千七百五十六年ノ法則」ハ行ハレサルコト爲リタルモノト見ルヲ得ヘシ

「千七百五十六年ノ法則」ハ千七百九十三年英佛戰爭ニ於テ問題ヲ生シ米國商船カ佛國本國ト佛國殖民地ノ商業ヲ爲スニ當リ直接ニ其航海ヲ爲ストキハ敵國ノ商業ニ從事スルノ故ヲ以テ英國軍艦ノ爲メ捕獲沒收サルヘキニ依リ同戰爭中ニカ爲メ大ナル損害ヲ被ルヘキヲ以テ米國商船ハ佛國ト其殖民地トノ間ヲ直接ニ航海セシテ殖民地ノ物品ヲ佛國ニ運搬セントスルニ當リ先ツ米國ノ港ニ寄航シ之ニ港稅ヲ拂ヒ又ハ其積荷ノ一部分ヲ陸揚シテ佛國ニ向ヒ或ハ佛國本國ヨリシテ米國ニ寄港ノ上ニテ殖民地ニ向フカ如キ名義上其航海ヲ交戰國ト中立國トノ間及ヒ中立國ト交戰國殖民地トノ二航海ト爲シ以テ英國ノ捕獲ヲ免レントセルモノニシテ英國法廷ニ於テハ之ヲ連續航海ノ理由ニ依リテ罰シスル航海ハ交戰國ト第三國ノ間并ニ第三國ト交戰國殖民地トノ間ノ二航海ト看做サスシテ其航海ノ目的ヨリ打算シ本國ト殖民地トノ間ニ於ケル商業ニシテ其航間ノ二航海ト看做サスシテ其航海ノ目的ヨリ打算シ本國ト殖民地トノ間ニ於ケル商業ニシテ其航海ハ第三國ニ寄航スルモ終始繼續シタル一航海ト爲シ以テ其船船ヲ捕獲沒收セリ今日ニ於テハ前述ノ如ク中立國船船ハ自由ニ敵國ノ荷物ヲ搭載シ得ヘキコト巴里宣言第二條ニ依リ確定セラレ又歐洲大陸ハ漸ク其殖民地貿易ヲ自國人民ノモノ專有ト爲ササルコトヲ其國法ヲ以テ定ムルニ至レルヲ以テ連續航海ノ法則モ其發生シタル事由ヲ失ヒタルトモ尙ホ封鎖ニ對スル犯罪並ニ戰時禁制品ノ犯罪ノ場合ニ於テハ其適用ヲ見ルヘキモノニシテ戰時禁制品ヲ交戰國ニ輸入セン

トスル場合ニ當リ第三國ニ寄航シテ然ル後ニ敵國ニ向フトキハ其第三國ヨリシテ敵國ニ赴クノ航海中ニ於テノミ之ヲ拿捕スルヲ要セスシテ第三國ニ航行スル途中ニ於テモ連續航海ノ道理ニ依リ之ヲ捕獲シ得ヘク又封鎖ヲ破ラントスル船舶ニシテ第三國又ハ交戰國ノ封鎖ナキ港灣ニ寄航シテ以テ捕獲ノ危險ヲ少クシ然ル後ニ封鎖ノ地ニ向フトキハ其船舶ノ到達地即チ目的トスル所ハ封鎖ヲ破ラントスルニ在ルヲ以テ連續航海ノ理由ニ依リ必スシモ其寄航地ヨリ封鎖ノ地ニ向フ航海中ニ限リテノミ捕獲ヲ行ヒ得ヘキニ限ラス其初ヨリ出帆スルヤ否ヤ捕獲ヲ行ヒ得ヘキモノトス

連續航海ニ付キ議論ノ存スル點アリ米國內亂中北軍政府ハ英國商船カ南軍支配ノ下ニ在ル土地ニ近キ英國領「プロビデンス」島ノ港其他ニ航海中ニ在リシモノヲ拿捕シ就中千八百六十三年「スプリング、ボック」事件ニ於テハ英船カ「リバープール」港ヨリ英領「ナッソ」港ニ航海中捕獲セラレ其積荷ヲ運搬セントシタル真正ノ到達地ハ「ナッソ」港ニ非スシテ同港ヨリシテ他ノ船舶ニ積込ミ南軍ノ封鎖ヲ破ラントスルモノナリトノ理由ニ依リ米國地方裁判所ニ於テハ同英船及ヒ積荷ハ連續航海ヲ以テ沒收シタリシカ高等裁判所ニ於テハ船舶ノミハ其到達地ノ中立地ニシテ其航海證書ニ偽ナカリシヲ以テ解放シタリト雖モ其積荷ニ付テハ所有者ニ於テ之ヲ「ナッソ」港ヨリ他ノ船舶ニテ封鎖ノ場所ニ輸送セントノ意思アリタルノ理由ニテ沒收セリ此判決ニ對シテハ異論アル所ニシテ英國ニ於テハ斯ル嚴酷ナル米國ノ行爲ヲ認メス積荷ヲ單

ニ不定ノ船舶ニ依リ不定ノ場所ニ不法ニ輸送ナルヘキ漫然タル疑ヲ以テ之ヲ罰スルコト能ハサルモノトシ千八百八十二年萬國國際法協會ノ委員モ全體ノ一致ヲ以テ「スプリング、ボック」ノ判決ヲ不法ト議決セリト雖モ戰時禁制品ニ付テハ假令之ヲ中立國ノ港ニ送り同港ヨリ陸上ニ依リ又ハ海上ニ於テ他ノ船舶ニ積込ミ敵地ニ向フモノナルトキハ米國主義ハ適法ナリトセサルヘカラス

#### 第四節 戰時禁制品

##### 第一款 戰時禁制品ノ性質

交戰國ハ中立國ノ版圖以外ニ於テ戰闘ノ使用ニ直接ニ供セラレ得ヘキ物品即チ戰時禁制品ヲ敵國ニ輸入スルヲ止メ之ヲ捕獲シ得ヘキ權利ヲ有ス然レトモ中立國ノ人民ハ戰爭中ト雖モ平時ニ於ケルカ如ク交戰國雙方ニ對シテ兵器彈藥其他戰闘ニ使用スヘキ物品ノ商業ニ從來スヘカラサルニ非スシテ中立國政府モ其人民ノ此等物品ヲ交戰國ニ實際輸入スルヲ禁止スヘキ責任ヲ有スルモノニ非ス然レトモ之ト同時ニ其人民ノ爲メ交戰國ニ輸入スルニ際シ其敵國ノ爲メ捕獲サルルニ當リテハ中立國ハ其人民ノ爲メ交戰國ニ向ヒ其捕獲沒收ノ故障ヲ爲スコト能ハサルモノトス要スルニ中立國政府ノ義務ハ其版圖ヨリシテ武裝ノ遠征ノ出發ヲ禁止シ又ハ其港内ニ於テ交戰國船舶ノ戰闘力ヲ増加スルヲ禦クニ在リテ決シテ其人民ノ兵器其他ノ商業ヲ禁止ス

ヘキニ非ス隨テ千七百九十三年英佛戰爭中米國ニ於テ米國商人ハ佛國政府ノ代理人ニ兵器ヲ賣却セルニ對シ英國政府ノ抗議アリタレトモ米國政府ハ之ニ答ヘテ米國人民ハ常ニ兵器ヲ製造、販賣及ヒ輸出スルノ自由ヲ有シ之ヲ以テ日常其人民ノ生計ヲ營ム唯一ノ職業ト爲ス者アリ然ルニ自國ニ無關係ナル戰爭カ遠隔セル他國間ニ行ハルルノ故ヲ以テ米國政府ハ其人民ノ職業ヲ停止シ其生計ノ途ヲ遮絶スルハ道理上並ニ實行上ニ於テ爲シ能ハサル所ナルコトヲ以テセリ然ルニ千八百七十二年「ジエネヅ」仲裁裁判所ニ於テハ英國政府モ亦此道理ヲ以テ「アラバ」事件其他ノ賠償問題ニ抗議シ仲裁者モ之ヲ認メ南軍政府ノ代人ヲ以テ英國ニ於ケル兵器ノ購求即チ英國人民ノ南軍政府代理人ニ賣却セル武器ニ付テハ何タル賠償ヲモ英國ヨリシテ米國ニ拂ハシメサルコトセリ凡テ商業國ハ他國間ノ戰爭ニ從事スルニ際シテハ他國人民ノ戰時禁制品ヲ輸入スルノ自由ヲ主張スルニ拘ハラズ自國ノ戰爭ニ從事スルニ際シテハ他國人民ノ戰時禁制品ヲ敵國ニ輸入スルヲ其政府ニ於テ禁セサルコトヲ抗議シタルコト屢ニシテ「クリミア」戰爭中普國ハ東方ノ國境ヨリシテ其人民カ戰時禁制品ヲ露國ニ賣却輸入スルヲ不問ニ措キ英國政府ノ抗議ヲ反駁シタルニ拘ハラズ千八百七十年戰爭中英國ノ其人民カ兵器其他ヲ佛國ニ賣却輸入スルヲ禁セサルコトヲ甚タシク攻撃シタルハ其一例ナリ更ニ又交戰國モ自ラ中立國人民ノ戰時禁制品ヲ賣却シ得ヘキ權利ヲ利用シテ開戰ノ際兵器、彈藥ヲ買入ルルニ拘ハラズ敵國ニ於テ中立國ヨリ之ヲ買入ルルニ當リテハ中立國政府ニ抗議ヲ爲スコトナキニ非ス米國內亂ノ當初ニ

箇年間ハ北軍政府ハ英國ニ代人ヲ送リテ諸種ノ戰時禁制品ヲ購求セシメタルニ拘ハラズ「アラバ」事件ニ於テハ南軍ニ對スル英國ノ同一行爲ヲ爲シタルヲ攻撃シ佛國ハ千七百九十五年ノ戰爭中英國軍艦カ佛國窮民ニ對シテ食糧ヲ運搬スル中立國船舶ヲ拿捕シタルヲ抗議シタルニ拘ハラズ千八百八十五年佛清事件ニ於テ清國ノ港ニ向ヒ同國人ノ食料ト爲ルヘキ米穀ヲ運搬スル中立國船舶ヲ拿捕スル權利アルコトヲ主張セリ斯ク實例上時ニ隨ヒ諸國ノ意向一致セサルニ拘ハラズ要スルニ中立國ハ其人民ノ交戰國政府ノ代人ニ兵器其他戰爭用ノ物品ヲ賣却スルコトヲ禁遏スルノ義務ナク又交戰國ニ於テハ斯ル物品ヲ交戰國ノ一方ニ輸入セントスルニ際シテ對敵國由ナキモノニシテ國際公法ニ於テハ斯ル物品ヲ交戰國ノ一方ニ輸入セントスルニ際シテ對敵國ハ其物品ノ敵國ニ屬スルト中立國ニ屬スルトヲ問ハズ設令中立國ノ船舶内ニ在ルモ戰時禁制品トシテ捕獲シ得ヘク中立國モ之ニ故障ヲ爲スコト能ハサル所ニシテ若シ斯ル物品ノ賣買輸送ニ關シ強ヒテ中立國政府ニ於テ何等カノ方法ヲ講スヘキ責任アリト假定セハ單ニ其國民ノ利益上其實却輸入ハ交戰國ノ對手者ヨリ海上ニ於テ捕獲セララルヘキ危險アルコトヲ自國人民ニ知ラシムヘキニ過キササルモノト云ハサルヲ得ス學者中「ズルンチー」等ハ中立國ハ其人民カ戰時禁制品ヲ交戰國ニ賣却輸送スルニ付キ其分量ノ大ナラサルトキハ之ヲ平時ヨリノ商業繼續ト見ルヘキモ多量ニ戰爭中運送スルハ特ニ戰爭ノ爲メ其實買ヲ爲スモノト見ルヘキカ故ニ中立國政府モ之ヲ禁止スヘキ手段ヲ取り得ヘク又之ヲ義務ト爲サント論シタレトモ其分量ニ付キ果シテ

平時商業ノ繼續スヘキヤ否ヤヲ區別スルコト能ハス又平時ノ商業ト雖モ會社並ニ物品ノ種類ニ依リテハ未ダ必スシモ小ナル分量ノミトスルコト能ハサルモノアリ更ニ又中立國ハ其版圖内ヨリシテ戰時禁制品ノ交戰國ニ向ヒ運送ヲ禁止スヘキモノト説ク者アルカ如キハ是レ皆決シテ現行國際公法上中立國ノ義務ニ非ス

### 第二款 戰時禁制品ノ種類

戰爭ノ法則上交戰國ハ海上ニ於テ戰時禁制品ヲ中立國私人ニ屬スルモノト雖モ捕獲沒收スルノ權利アルカ故ニ果シテ如何ナル物品カ戰時禁制品ナリヤヲ確ニ區別スルコト最モ必要トス然ルニ此問題ニ付テハ學說并ニ實例上ニ於テ互ニ一致セサル所多ク兵器彈藥カ戰時禁制品タルコトノミハ一般ニ認メラレ疑ナキ所ナリト雖モ其以外ノ物品ニ付テハ議論アルヲ免レス火藥、爆裂藥其他破壞的使用ノ物品ヲ作ルノ材料ハ兵器彈藥ノ名稱中ニ包含サレテ戰時禁制品タルヘキヤ否ヤニ付テスラ既ニ議論アル所トス然レトモ斯ル物品ハ一般ノ學說并ニ實例ニ於テ之ヲ兵器彈藥ノ名稱中ニ包含スヘキモノト爲シ得ヘント雖モ其他ノ物品ニ關シテハ少クモ一物品ト雖モ戰時禁制品ト爲スヘキヤ否ヤニ付テキ學說並ニ實例互ニ岐ルル所ニシテ「グロシユース」ハ凡ソ商品ヲ三種ニ分類シテ第一、兵器ノ如ク其性質上直接ニ戰闘ノ用ニミ使用サルヘキ物品第二、書籍美術品ノ如ク平時ノ用ニノミ供スヘキ戰闘ニ不用ナル物品第三、糧食ノ如ク戰闘用途ニ非

和的使用ニ共ニ必要ナル物品ト爲シ戰争中第一種ハ如何ナル場合ニ於テモ戰時禁制品ニシテ第二種ハ決シテ戰時禁制品ト爲ルコト能ハス第三種ニ關シテハ其使用ニ依リテ戰時禁制品ト爲ルト否トアリテ戰闘ニ使用セザル狀況如何ニ依テ決スヘキモノトセリ

此分類ハ大體ニ於テ異論ナキ所ナレトモ各物品自體ニ付キ之ヲ觀察スルトキハ此分類ノ何レニ入ルヘキヤ判然セザルモノ多ク隨テ其各物品ニ付キ學者ニ依リテ其戰時禁制品ト爲スヘキヤ否ヤノ議論岐レ又國ニ依リテ其見解ヲ異ニスル所以ナリ加之同一ノ國ニ於テモ時ト場合ニ依リテ其見解ヲ異ニシテ一定セザルモノ多ク英米兩國ノ實例ニ付テ之ヲ證スルトキハ航海用具ニ關シテモ千七百九十四年英米條約ニテハ之ヲ禁制品トシ其翌年ニ於テハ米國ハ西班牙國トノ條約ニテ戰時禁制品ノ目次中ヨリ之ヲ削ルコトヲ明言シ米國ハ之ニ先チ千七百七十八年佛國トノ條約、千七百八十二年和蘭國トノ條約、千七百八十三年瑞典トノ條約ニテモ航海用具ヲ戰時禁制品ト爲サス又馬匹ニ付テモ千七百九十四年英米條約ニテハ之ヲ禁制品トセス然ルニ千七百八十二年英蘭兩國條約ニテハ英國ハ之ヲ禁制品ト規定シテ却テ同條約第二十四條ニ於テ航海用具ヲ禁制品ニ非スト嚴格ニ明言シ千七百七十八年米佛條約ニテハ馬匹ヲモ禁制品トシテ千八百零年兩國條約ニテハ之ヲ禁制品ニ非ストシ米國ハ千七百八十三年瑞典條約及千七百九十五年西班牙條約ニテモ之ヲ禁制品トシタルニ拘ハラス千七百八十五年及千七百九十九年普國トノ條約ニテハ禁制品ニ非スト爲シタルカ如ク同一ノ國ニ於テモ其見解一定セザルコトヲ見ルヘキナリ米

國ノミニ關シテハ第十九世紀ノ條約中ニ於テ馬匹ヲ戰時禁制品トシテ航海用具ヲ禁制品ニ非ス  
ト爲スノ傾向ヲ有シ英國ハ此點ニ關シテ殊更ニ一定ノ方針ヲ探ルコトヲ避ケ居ルモノノ如シ其  
他歐洲諸國間ニ於テモ禁制品ノ目次中ニ付キ此等物品ニ關シ英米兩國ト同シク一定シタル所ナ  
ク學說ニモ亦甚タ抵觸アルヲ見ル然レトモ一般ニ云ハハ戰時禁制品ニ關シテ二派ノ學說實例ア  
リ一ハ英國派ト稱シテ英國ニ於テハ同國政治家並ニ學者ハ古來戰時禁制品ノ種類ヲ多クシテ其  
捕獲ヲ嚴ニシテ佛、獨、伊三國ノ學者ハ其數ヲ減シテ疑ハシキ場合ニハ寬大ノ處置ヲ爲スヘキ  
コトトシ而シテ之ヲ名ケテ大陸派ト云ヘリ米國ハ其中間ニ立チ條約其他ニ於テハ大陸主義ニシ  
テ特ニ佛國ノ例ニ依リ禁制品ノ數ヲ成ルヘク少クシ法廷及ヒ學說ニ於テハ英國主義ヲ採レリ今  
英國主義ヲ明カニセントセハ千八百八十八年同國海軍省ノ爲メニ「ヘルランド」氏ノ編集セル  
同國海軍捕獲審檢法ニ依リテ之ヲ審ニシ得ヘク同氏ハ戰時禁制品ヲ絕對的戰時禁制品ト條件附  
戰時禁制品トノ二種トシ第一種ニハ一切ノ兵器並ニ兵器製造ノ器械、彈丸、彈藥及ヒ其原料並  
ニ爆發物、兵士ノ衣服ヲモ包含スルノミナラス陸海軍用具モ亦絕對的禁制品ニシテ航海用ノ機  
關ハ其一部タリトモ之ニ包含シ斯ル禁制品ハ敵國ニ向フトキハ一見シテ戰時禁制品トシテ常ニ  
沒收ヲ免ルルコトナク又條件附戰時禁制品トハ其性質上一見シテ以テ戰時禁制品トスル能ハサ  
ルモノニシテ糧食、金錢、石炭、馬匹並ニ鐵道、電信用ノ材料等ノ如ク敵國ニ於テ之ヲ戰關ニ  
使用ノ爲メ輸入スルコト明カナル場合ニ限リ戰時禁制品トシテ捕獲サルヘキモノトナセリ隨テ

此等ノ條件附戰時禁制品ハ其到達スル處カ敵國軍港ナルカ又ハ陸軍屯營地ノ一部ナルトキハ同  
シク捕獲沒收サルヘキコト明カナリ

此英國主義ニ對シテハ反對ノ說ヲ爲ス學者多ク就中絕對的ノ反對ヲ唱ヘタル最近ノ學者ノ一人  
ハ「リチャード、クリイン」ニシテ同氏ハ千八百九十三年戰時禁制品ノ論說中ニ於テ戰關ニ直  
接ニ使用サルヘキ物品ノ外ハ戰時禁制品ト爲スコト能ハスト主張シ物品ノ全部又ハ其一部ニシ  
テ變更ヲ加フルコトナク戰關ニ直チニ使用サルヘキモノトシテ敵國ニ運送サルモノノニ非サレ  
ハ禁制品ト爲スヘカラスト論セリ然レトモ大陸ノ學者中ニ於テモ斯ル極端ノ說ヲ採ル者殆ト稀  
ニシテ「ブルンチュリー」ハ蒸汽機、馬匹、石炭ノ如キハ戰關ニ使用ノ爲メニ輸入サルモノ  
ト明カナルトキハ戰時禁制品タルモノトシ「ヘフテル」モ同說ニシテ「ラルトラン」モ普通  
ノ物品ト雖モ戰關ニ使用サルノ目的ナルトキハ特別ノ場合ニ於テ戰時禁制品ト爲リ得ヘキ說  
ヲ採レリ但同氏ハ糧食其他ノ日常生活ニ缺クヘカラサル物品ハ戰時禁制品タル能ハサルモノト  
シ「クリューセル」モ戰時禁制品タルヤ否ヤ疑ハシキ場合ニハ之ニ伴フ事情ニ依リテ判決スヘ  
キモノトシ此等ノ學說タル理論上ニ於テハ英國主義ナル條件附戰時禁制品ナルモノヲ絕對的ニ  
批難スルニ非ス單ニ今日ニ於テハ事實上其戰時禁制品タルヤ否ヤ決スルノ事情ニ付キ學說並  
ニ諸國ノ實例及ヒ意向ノ差アルニ遇キス然レトモ英國主義ニ依ルトキハ物品ノ性質上其使用ノ  
目的如何ニ依リテ戰時禁制品ト否トヲ決スヘキ物品ヲ其絕對的禁制品ノ目次中ニ包含スルモノ

多ク航海用具ハ其一例ニシテ其物品タル軍艦ニ於テ使用サルヘキト同時ニ商船ニ於テモ必要ナルニ拘ハラス英國海軍法令中ニ於テハ兵器、彈藥ト同シク其敵國ニ入ルモノヲ沒收スルコトセルハ大陸主義カ之ヲ非認スルハ勿論ナリ

戰時禁制品ニ付キ現今ノ如ク不定ノ狀態ニ在ル間ハ大戰争アルニ當リ中立國ト交戰國トノ間ニ於テ其商業品ニ付キ争議ノ生スルコトヲ免レス中立國モ之カ爲メ戰端ヲ生スルニ至ルヘク隨テ戰時禁制品ノ種類ニ付テハ列國會議ヲ以テ速カニ一定スルニ至ラシムヘキコトハ國際公法上今日ノ急務トス然レトモ其種類ハ固ヨリ列國間ニ永久ニ確定スル能ハスシテ學術ノ進歩ト共ニ前世紀ニ於テ戰争ニ必要トセルモノモ現今不用ト爲ルモノアリ又今日戰争ニ缺クヘカラサルモノモ將來不用ト爲ルコトアルヘキヲ以テ戰時禁制品ノ種類ヲ列國條約ヲ以テ一定シテ其物品ノ目次ハ世ノ進ムニ從ヒ隨時ニ修正ヲ要スヘク例ヘハ石炭ノ如キハ「クリミヤ」戰争ニ於テ始メテ海上ノ戰争ニ關シ軍艦ニ使用サレタルヲ以テ其以來之ヲ戰時禁制品トスヘキヤ否ヤノ問題ヲ生シ英國ハ之ヲ戰國ニ使用ノ目的ヲ以テ輸入サル場合ニ禁制品トスヘキ條件附戰時禁制品ト看做シ米國ニ於テモ同一ノ意見ヲ有シ佛國ハ普佛戰争中ニ於テ之ヲ戰時禁制品ニ非ストシタルニ拘ハラス獨逸國ハ同戰争中戰時禁制品トシテ佛國ニ輸入ヲ禁シ露國ニ於テハ千八百八十四年亞弗利加西部問題ニ關スル「ブルセル」府ト列國會議ニ於テモ「コンゴ」河ノ自由航海ニ付キ石炭ヲ絕對ノ禁制品ト爲サザリシニ拘ハラス日露戰争ニ於テハ之ヲ禁制品ト規定シ我國ハ

日清戰争及ヒ日露戰争中英國ト同一ノ見解ヲ採リ石炭ヲ條件附戰時禁制品トセリ

要スルニ諸國ノ實例一定セスト雖モ現行國際公法ノ法則ト爲スヘキ道理ニシテ列國ノ實際並ニ學說ノ全體ノ傾向ニ依リ論スルトキハ「グロシユス」ノ說ケル物品ノ種類ニ由リ其性質上直接ニ戰國用ニノミ供スヘキモノハ戰時禁制品タルコト疑ナク其物品ニシテ敵國又ハ敵軍ニ向テ運送スルコトヲ航海中ニ於テ交戰國カ認メ拿捕シタルトキハ沒收シ得ヘク而シテ其物品ノ種類ハ兵器又ハ其一部並ニ彈丸、彈藥及ヒ其材料ト爲シ得ヘク其外ノ物品ハ之ヲ戰國ノ爲メ又ハ其戰國ノ使用ニ輸入スルト否トニ由リテ對手國ハ戰時禁制品トシテ捕獲スヘキヤ否ヤヲ決スヘキ外ナク馬匹、石炭、航海用ノ器具ノ如キハ其使用ノ目的ニ依リ戰國ノ使用ニ供セントセハ戰時禁制品タルヘク糧食、衣服、貨幣ノ如キモ亦同一ニシテ其輸入ノ目的ニシテ平和ナル人民ノ需用ヲ充タスニ非スシテ軍用ニ供スルコト明白ナルニ於テハ捕獲沒收サルモノトス隨テ我國捕獲規程第十三條ニ於テモ兵器、彈藥及ヒ其材料其他軍ニ戰争ノ用ニ供スヘキ一切ノ物品ハ敵地ニ到達スヘキ場合又ハ敵ノ陸海軍ニ到達スヘキ場合ニ於テ戰時禁制品ト規定シ此種ノ物品ハ敵國ニ輸入若クハ敵國ノ陸軍又ハ海上ニ於ケル軍艦等ニ輸送スルニ由リテ戰時禁制品ト爲ルモノトシ第十四條ニ糧食及ヒ飲用品、被服及ヒ其材料、馬匹、馬具、馬糧、車輛、石炭及ヒ其他ノ燃料、木材、通貨、金銀塊並ニ電信、電話及ヒ鐵道建設ノ材料ハ敵ノ陸海軍ニ到達スヘキ場合又ハ敵國ノ地ニ到達スルモノニシテ其到達地如何ニ依リ敵ノ陸海軍ニ供スルモノト認ム

ヘキ場合ニ限リ戰時禁制品トスト規定シ此等物品ハ單ニ敵國ニ輸入スルノミニテハ戰時禁制品ト爲ラスシテ其到達ノ目的カ敵國陸海軍ナルコトヲ要セテ隨テ戰闘ノ使用ニ供セラルルコト明カナルカ又ハ供セラルルモノト認ムヘキ場合ニ限リ戰時禁制品トシテ捕獲スヘキモノトセリ

### 第三款 戰時禁制品ニ對スル制裁

中立國船舶ハ自國若クハ他ノ中立國領海以外ニ於テ交戰國軍艦ノ爲メ臨檢搜索セラルヘキコトハ前述ノ如ク其臨檢搜索ニ依リテ船舶内ニ戰時禁制品ヲ敵國若クハ敵軍ニ輸送セントスルモノヲ發見サレタルトキハ其物品所有者ハ中立國人タルト自國人タルト敵國人タルトヲ問ハス軍艦ノ爲メニ拿捕セラレ捕獲審檢所ノ裁判ニ由リ沒收サルヘキモノナリ隨テ中立國船舶内ニ在ル敵國ノ物品並ニ敵國ノ船舶内ニ在ル中立國ノ物品ハ巴里宣言第二條及ヒ第三條ニ由リ共ニ交戰國軍艦ノ爲メ捕獲ヲ免ルルモノナレトモ此兩條ニ於テモ戰時禁制品ヲ取除トシ苟モ戰時禁制品タル以上ハ之ヲ搭載スル船舶並ニ其物品所有者ノ如何ニ拘ハラヌ古來戰爭ノ法則ニ依リ拿捕セラレヘク巴里宣言中ニハ殊更ニ規定セザレトモ戰時禁制品ナル以上ハ中立國ノ所有者ニシテ中立國船舶内ニ在ル場合ニ於テモ捕獲サルヘキモノトス

戰時禁制品ノ犯則ニ付テ注意ヲ要スヘキハ第一、中立國人民ハ其版圖内ニ於テハ設令交戰國政府ノ代ニ對シテモ戰時禁制品ヲ賣却引渡ヲ爲スコト自由ニシテ單ニ中立國版圖ヨリシテ之ヲ

運送スルヲ以テ前テ犯則ト爲ルニ過キス換言セハ之ヲ賣却スルハ不可ナシト雖モ積極的ニ之ヲ運搬スルモノヲ對手國タル敵國ノ沒收シ得ヘキモノトス但戰時禁制品ト雖モ中立國船舶ノ之ヲ搭載スルハ海賊防禦ノ爲メ其他船舶自用ノ必要ニ出ツルトキハ之ヲ沒收スル能ハス我捕獲規程第十八條ニ於テモ戰時禁制品中其分量並ニ性質ニ依リテ該船舶ノ自用ニ供スルコト明カナルトキハ戰時禁制品ト爲スノ限ニ在ラズト規定セリ第二、其物品ノ敵國又ハ敵軍ニ入ルコト必要ニシテ千七百九十八年「イミナ」號事件ニ於テハ英國兩國戰爭中同船舶ハ木材ヲ搭載シテ「アムステルダム」ニ向ヒシカ航海中同港ノ封鎖ヲ知り航路ヲ變シテ「エンブデン」港ニ向ヒタルニ「エンブデン」港ハ中立國ニ屬スルカ爲メ英國軍艦ノ之ヲ拿捕シタルモノヲ「ストロウエ」判事ハ中立港タル同港ニ對シテハ如何ナル商業ヲモ爲シ得ヘキニ依リ之ヲ解放セリ然レトモ此事件ハ到達地ノ中立港ニシテ其物品ノ中立國市場ニ入ラントスルモノナリシヲ以テ解放セラルニ過キス若シ中立國ニ入ルト雖モ敵國軍艦ノ使用ニ搭載品ヲ給スル目的ナルトキハ戰時禁制品ト爲ルヘキモノトス此適例ハ千八百十四年「コムメルサン」號事件ニシテ英米戰爭中同船舶ハ中立國タル瑞典國ノ船舶ニシテ愛蘭ヨリ穀物ヲ搭載シテ西班牙國「ビルボア」港ニ向ヒタルニ當時西班牙國港内ニ在ル英國海軍ニ之ヲ引渡スノ目的ナリシヲ以テ米國船舶ノ爲メニ拿捕セラレ「ストロウエ」判事ハ之ヲ沒收ノ判決ヲ下セリ要スルニ敵國又ハ敵軍ノ手ニ入ルコト必要ニシテ公海ニ於ケル軍艦ニ糧ヲ食支給スルモ亦戰時禁制品ノ處罰ヲ受クヘク又封鎖ノ章ニ於テ述

ヘタル連續航海ノ道理ハ戰時禁制品ニモ亦適用スヘク而シテ其物品所有者ノ意思如何ニ付テハ「ブルンチユリー、クリン」等ハ戰時禁制品トシテ沒收スヘキヤ否ヤヲ決スルノ大ナル要素ト説キタルニ拘ハラズ現今國際法上之ヲ區別スルノ必要ナク單ニ物品ノ敵軍ノ手ニ入ルヘキ事實ヲアハ沒收サルヘキモノトス第三ニハ戰時禁制品ニ關スル犯罪ハ其物品ヲ搭載シテ敵國又ハ敵軍ニ向ケ出帆スルヤ否ヤ成立スルモノニテ其到達地ニ船舶ノ到リテ積荷ヲ引渡スト同時ニ終了スルモノトス故ニ斯ル船舶ハ其歸航中ニ於テ拿捕サルルコトナシ而シテ其物品ヲ搭載シテ航海中到達地カ自由港ト變シタルトキ又ハ其到達地カ降服又ハ割讓ニ依リテ中立地ト爲リタルトキハ其犯罪モ之ト屆時ニ消滅スヘキモノトス何トナレハ元來交戰國ニ戰時禁制品ヲ輸入スルハ其敵國タル對手者ニ於テ之ヲ禁遏シ其物品ヲ沒收スルノ權利アルニ止リ中立國民ハ其捕獲ノ危險ヲ冒シテ其物品ヲ賣却スルコトヲ爲スヘカラサルニ非サルヲ以テナリ

戰時禁制品ニ對スル處罰ハ其物品ヲ沒收スルニ在リテ千七百八十五年米露條約ニテハ單ニ之ヲ拘留スト規定セシカ諸國ノ容易ニ之ニ倣ハス此條約ハ其後廢棄ト爲レリ又中世ニ於テハ之ヲ搭載スル中立國船舶ハ其商業ノ不法タルノ故ヲ以テ沒收セルコトアリシカ第十七世紀以來商業ノ發達ト共ニ其法則モ寬大ト爲リ今日ニ於テハ船舶ハ沒收セサルコトト爲レリ然レトモ戰時禁制品ノ所有者ト船舶所有者ト同一人ナルトキハ船舶モ亦沒收サルヘク物品所有者ニ於テ船舶ノ一部ヲ所有スルトキハ其部分及ヒ搭載品ヲ沒收サルヘシ其理由トスル所ハ若シ一個人ニシテ不法

ノ取引ニ從事スルトキハ其取引ニ關係ラ有スル財產全體ヲ沒收サルヘキノ故ヲ以テナリ隨テ船舶所有者ハ他人ノ戰時禁制品ヲ搭載セハ船舶ハ解放セラレ單ニ運貨ヲ失フニ止マリ自己ノ戰時禁制品ヲ搭載セハ物品並ニ船舶共ニ沒收セラレ若シ其所有者カ戰時禁制品ノ一部ヲ所有スルトキニ於テモ其船舶モ亦沒收サルヘキモノトス又千七百七十八年佛國ハ船舶積荷ノ價格四分ノ三カ戰時禁制品ナルトキハ其船舶ハ全體ニ於テ犯罪ノ性質ヲ帶ヒ船舶並ニ戰時禁制品ニ非サル殘餘ノ積荷ヲモ沒收シタリシカ此道理ハ佛國學者モ亦認メサル所ニシテ國際法ノ法則トスルコト能ハス然レトモ中立國船舶ニシテ臨檢搜索ヲ免ルル爲メ詐欺ヲ用フルトキハ戰時禁制品ノ外ニ船舶ヲモ沒收セラレ又其船舶本國ト交戰國ノ一方トノ條約ニ由リ戰時禁制品トシテ敵國ニ輸入ヲ禁シタル物品ヲ輸入セントセハ條約違反ノ故ヲ以テ其船舶モ亦沒收サルヘキハ一般ニ異論ナキ所ナリ

茲ニ注意スヘキハ千八百八十年米佛條約ニテ中立國船舶内ニ戰時禁制品ヲ搭載シタル場合ニ其物品ノ容量大ナラスシテ船長ノ之ヲ交戰國軍艦ニ引渡ラ拒マサルトキハ軍艦ハ船舶ヲ拿捕スルコトナク單ニ物品ノミヲ軍艦中ニ積込ムヘキヲ規定シスル規定ハ米國ト南米及ヒ中央亞米利加諸國トノ條約中ニ記載シタルモノ多シ此方法タル中立國ノ船舶ニ對シテ航海ノ不便ヲ與フルコトヲ除キ國際法協會モ亦之ニ贊成ヲ表セルニ拘ラス實際捕獲審檢所ニ於テ裁判ヲ爲スニ當リ之カ爲メ其審判ヲ非常ニ困難ナラシメ其證據ヲ得ルコト不充ナル爲メ裁判ノ杜撰ヲ來スノ弊アルニ

依り未だ同一ノ條約規定ヲ爲スコト一般ニ行ハレサルノミナラス國際公法ノ法理上之ヲ賞揚スヘキモノニ非ス其外中世以來強買ト稱フル慣例アリテ交戰國ハ敵國ニ運搬スル普通物品ヲ自國ニ入用ナルノ故ヲ以テ中立國船舶ヨリ強制的ニ買取スルコト行ハレ其代價ニ付テハ諸國ノ實例ヲ異ニシ英國ニテハ其物品ノ輸出當時ノ元價ニ加フルニ其運搬ノ費用並ニ其到達港ニ於テ有スヘキ利益ヲ所有者ニ支拂ヒ其價額ハ元價ノ一割トセリ然レトモ強買ニ對シテハ學者ノ批難ヲ爲ス者多ク「フルトラン」ヲ始メ近世ノ學者ハ之ヲ交戰國ノ權利トセスシテ寧ロ暴行ト爲セトモ現今國際公法ニ於テハ交戰國ノ中立國船舶ヨリ戰時禁制品タルヘキモノヲ捕獲スル代ハリニ強買ヲ行ヒ得ヘキコトニ付テハ異論ノ存セサル所トス又交戰國ト中立國ノ間ニ於テ一定ノ物品ヲ戰時禁制品ト看做スヘキヤ否ヤニ付キ見解ヲ異ニシ條約ヲ以テ其爭論ヲ避ケタル爲メ斯ル物品ハ之ヲ強買シ得ヘキハ均シク議論ヲ試ムルノ餘地ナシト雖モ中立國民ノ商業ニシテ苟モ戰時禁制品ニ非サル以上ハ交戰國ノ封鎖シ居ラサル地方ニ之ヲ運搬スルハ決シテ妨害ヲ加フヘカラサルモノニシテ之ヲ強買スルハ不法ト爲ササルヲ得ス

### 第五節 非中立ノ船舶使用

交戰國ノ一方ニ對シテ中立國船舶ヲ戰闘ヲ助勢スルノ使用ニ供スル場合ニ於テハ對手國タル敵國ハ之ヲ捕獲沒收シ得ヘク斯ル非中立ノ船舶使用ヲ戰時禁制品ニ説明シ又ハ戰時禁制品ノ類

似トシテ論スル學者多シ然レトモ戰時禁制品ニ對スル規則トハ全ク其性質ヲ異ニシ中立國船舶カ非中立ノ事業ヲ爲ストキハ其到達地ノ敵國又ハ敵軍ト否トニ拘ハラス其船舶ハ沒收セラレ之ヲ搭載スル物品モ其所有者ニシテ非中立ノ使用ヲ知リ又ハ其使用ニ關係ヲ有スルトキハ沒收ナルヘキモノトス即チ非中立ノ船舶使用トハ第一、交戰者ノ爲メニ一定ノ信號又ハ使者ヲ運搬スルコト第二、交戰者ノ爲メニ一定ノ信書ヲ傳達スルコト第三、戰爭用ニ供スル一定ノ人ヲ運搬スルコトニシテ我國捕獲規程第十二條第一項ニ於テモ戰時禁制品トハ敵國政府ノ官吏其公務上往復スル一切ノ公文書類ヲ謂フトシ第二項ニ敵國政府ト中立國ニ駐在スル敵國外交官及ヒ領事官トノ間並ニ敵國政府ト中立國政府トノ間ニ往復スル公文書類ハ戰時禁制品ト爲ス限ニ在ラスト規定シ第十一條ニハ戰時禁制品トハ敵兵其他ノ者ニシテ敵國ノ軍事ニ從フ爲メ輸送セラルル者ヲ謂フト規定セリ茲ニ戰時禁制品又ハ戰時禁制品ト謂フハ其書類又ハ人員ノ戰時禁制品タルニ非スシテ其運搬ヲ中立國船舶カ行フ行爲ヲ禁制スルモノニ外ナラス換言セハ中立違反ノ使用ニ其船舶ヲ供スルヲ嚴罰スルモノトス而シテ外交官又ハ領事官ト本國政府トノ間ニ往復スル公文書類ヲ取除キタル所以ハ戰爭中ト雖モ中立國ハ交戰國ト平和ノ國際ヲ維持スルモノナルカ故ニ其國際上必要ノ結果トシテ本國政府ヨリ外交官領事官ニ公文書ヲ送付スルハ必スシモ對手國タル敵國ニ有害タルヘキモノト爲スヘカラサルヲ以テナリ加之近世ノ慣習ニテ郵便物ヲ運搬スルハ決シテ之ヲ差押ヘラレサルノミナラス其校閲ヲ免ルルモノトス又戰時禁制品ト謂フモ交戰國

陸海軍ノ軍人ニシテ普通郵船ニ船客トシテ運搬スルハ決シテ咎ムヘカラサルモノナレトモ其軍人ノ資格ヲ以テ交戰國ノ費用ニテ中立國船舶カ之ヲ運搬スルトキハ捕獲沒收サレ得ヘキニ過キス其他非中立ノ船舶使用ハ當ニ此二種ニ止マラス例ヘハ交戰國軍艦ト陸軍トノ間ニ信號ヲ爲シ又ハ使者ヲ運搬シ交戰國ノ爲メ戰爭用ノ海底電信ヲ布設スルカ如キモ非中立ノ使用ニシテ苟モ戰爭中ニ於テ中立國船舶カ交戰國一方ニ戰鬪行爲ヲ便ナラシムル爲メ其政府ノ使用ヲ爲スノ行爲ヲ一切包含シ其犯則ハ同行爲ニ從事スルノ間ハ繼續シ戰時禁制書又ハ戰時禁制人ヲ運搬シ終ルトキハ其運搬ノ故ヲ以テ罰セラルルモノニ非ス

要スルニ非中立ノ船舶使用ト戰時禁制品トヲ區別スヘキ點ハ禁制品ニ於テハ普通ノ商品賣買ニテ其犯則ハ敵國又ハ敵軍ニ入ルノ必要アリ之ニ反シ非中立ノ船舶使用ハ交戰國一方ニ戰鬪ノ助力ヲ爲スニ在リテ一ハ航海自體ハ無罪ニテ一ハ航海其モノヲ處罰スルモノトス隨テ到達港ノ如何ハ非中立ノ使用ニテハ論スル所ニ非ス又戰時禁制品ニテハ其物品ヲ沒收シ特別ノ場合ノ外ハ船舶ヲ罰セサルニ拘ハラズ非中立ノ使用ニテハ先ツ船舶ヲ沒收シ其積荷ノ所有者カ船舶所有者ナルトキハ詐欺若クハ隱匿ヲ爲シタル場合ニ限リテノミ物品ヲ沒收サルモノトス千八百六十年十一月米國軍艦ハ英國郵船「トレント」號ヲ「ハバナ」及ヒ「ナッソー」ナル兩中立港間ノ普通航海中ニ於テ停止シ南軍政府ヨリ英、佛、兩國ニ特派セル兩使節ヲ捕ヘ郵船ノ航海ハ繼續セシメ使節兩名及ヒ之ニ伴ヒタル書記官兩名ヲ俘虜トシテ「ボストン」府ニ拘留シタルヲ以テ

テ英國政府ハ同月二十日米國政府ニ對シテ其解放ヲ要請シ兵士ヲ加奈太ニ出シテ兩國ノ手講ヲ生シ遂ニ米國ハ兩使節ハ「トレント」號ヨリシテ直チニ捕ヘ去ルヘキモノニ非スシテ同船舶ト共ニ相當ニ組織シタル捕獲審檢所ノ裁判ニ引致サルヘキモノナリシトノ理由ヲ以テ俘虜ヲ解放スルコトニ同意シ再ヒ「ナッソー」港ニ送致セラルル爲メ兩使節ヲ英國軍艦ニ引渡セリ此事件ハ有名ナルト同時ニ議論ノ存スル所ニシテ英米兩政府ノ議論ノ歧レタル所ハ其到達地ノ中立ト否トニ依リテ犯則ト否トヲ決スヘキコトト爲シタリシカ遂ニ兩國ノ讓歩ニ依リテ無事ニ終局スルニ至レリ然レトモ素ト「トレント」號ハ南軍政府ノ使節ヲ歐洲ニ運送スルモノナルヲ以テ其使節ノ運送ハ果シテ非中立ノ船舶使用ナリヤ否ヤハ決シテ問題ト爲スヘキ性質ニ非ス又設令ナリヤ否ヤヲ決定スヘク到達地ノ中立地ナルヤ否ヤハ決シテ問題ト爲スヘキ性質ニ非ス又設令南軍政府ヲ假ニ國家ト看做シ其使節ヲ外交官ト看做スモ中立國船舶カ交戰國一方ノ費用ヲ以テ非中立ノ使用ニ供セラレタルニ非ス單ニ郵船ニ於テ船客トシテ其外交官ヲ搭載シタルニ過キサリシカ故ニ決シテ犯則ニ非ス若シ又南軍ハ未タ國家ノ承認ナキカ故ニ使節ハ外交官ニ非ストセハ則チ北軍政府ハ南軍ノ一私人ヲ中立國船舶カ搭載シタルモノナルヲ以テ「トレント」號ヲ處分スヘキモノニ非サルヤ固ヨリ議論ノ餘地ナキモノトス

國際公法(戰時)終

法學博士 秋山雅之介 講述

# 國際公法

(戰時)

法政大學發行

0650

國際公法(戰時)目次

第一編 緒論	一
第一章 戰時國際公法ノ性質	一
第二章 戰爭ノ定義	一三
第三章 戰時法ノ主體	一八
第四章 戰時國際公法ノ沿革	二六
第二編 交戰關係ノ法則	四五
第一章 戰爭ノ開始	四五
第一節 總論	四五
第二節 開戰ノ方式	五二
第三節 開戰ノ時期	五六
第四節 開戰ノ直接效果	六〇
第一款 條約ニ對スル效果	六三
第二款 交通、通商ニ對スル效果	六八
第三款 内地ニ於ケル敵國人民及ヒ財產ニ關スル效果	七三

第二章 戰地ニ於ケル敵國人民ニ關スル權利

第一節 總則..... 八〇

第二節 戰鬥員及ヒ非戰鬥員..... 八二

第一款 戰鬥員ノ資格..... 八三

第二款 非戰鬥員..... 八九

第三節 俘虜..... 九一

第一款 俘虜ノ性質..... 九一

第二款 俘虜ノ待遇..... 九六

第三款 俘虜資格ノ解除..... 一〇七

第四節 病者、傷者及ヒ死者..... 一一五

第一款 病者、傷者ノ地位..... 一一五

第二款 病者、傷者及ヒ死亡者ノ待遇..... 一一七

第三章 陸戰ニ於ケル敵國財産ニ關スル權利

第一節 總則..... 一二三

第二款 戰利品..... 一二三

第三款 軍隊占領..... 一二四

第一款 軍隊占領ノ性質..... 一二九

第二款 軍隊占領ノ範圍..... 一三三

第三款 占領者ノ權利義務..... 一三四

第四章 海戰ニ於ケル敵國財産ニ關スル權利

第一節 總則..... 一四一

第二節 戰鬥及ヒ巡洋ノ艦船..... 一四二

第一款 拿捕用私船..... 一四四

第二款 義勇艦隊..... 一五一

第三節 海上捕獲..... 一五四

第一款 捕獲免除ノ船舶..... 一五七

第二款 私有船舶及ヒ載貨..... 一六二

第一款 拿捕ノ方法及ヒ船舶載貨ノ國性..... 一六五

第二項 拿捕物ノ處分並ニ共同拿捕及ヒ再拿捕..... 一七〇

第四節 捕獲審檢所..... 一七七

第五章 戰鬥方法ニ關スル法則..... 一八一

第一節 總則..... 一八一

第二節 敵人ニ對スル加害ノ程度……………一八二

第三節 非敵意ノ交通……………一九六

第一款 休戰及ヒ停戰……………一九六

第二款 降伏其他軍隊間ノ約定……………二〇〇

第三款 軍使旗、通行券及ヒ警護……………二〇一

第四款 商業ノ免許……………二〇四

第六章 戰爭ノ終了……………二〇六

第一節 總則……………二〇六

第二節 媾和條約……………二〇八

第一款 媾和ノ開始……………二〇八

第二款 媾和條約ノ效果……………二一〇

第三節 戰爭行爲ノ廢止及ヒ征服……………二一三

第三編 局外中立ノ法則……………二一五

第一章 中立ノ意義……………二一五

第二章 局外中立ノ發達……………二二〇

第三章 局外中立國ノ權利義務……………二二三

第一節 總則……………二二三

第二節 中立國ニ對スル交戰國ノ義務……………二二三

第一款 中立國版圖ノ不可侵……………二二四

第二款 中立ノ規定及ヒ其違反……………二二七

第三節 交戰國ニ對スル中立國ノ義務……………二三三

第一款 戰爭行爲ニ干與又ハ助力スヘカラサルノ義務……………二三四

第二款 中立國版圖内ヲ戰爭行爲ノ用ニ供セシメサルノ義務……………二三七

第三款 中立義務ノ不履行ヨリ直接ニ結果スル損害……………二四四

第四章 交戰國ノ中立國人民ニ關スル權利……………二五四

第一節 總則……………二五四

第二節 中立國人民ノ普通商業……………二五五

第一款 中立國人民ノ財産……………二五五

第二款 臨檢及ヒ搜索……………二六〇

第三節 封鎖……………二六七

第一款 封鎖ノ性質……………二六八

第二款 封鎖ノ效力……………二七一

第三款 封鎖ニ對スル犯罪……………二七四

第四節 戰時禁制品……………二八三

第一款 戰時禁制品ノ性質……………二八四

第二款 戰時禁制品ノ種類……………二八六

第三款 戰時禁制品ニ對スル制裁……………二九二

第五節 非中立ノ船舶使用……………二九六

雜 錄

○四十一年度第一學年講義録ハ本號ヲ以テ完結ス而シテ四十二年度講義録ハ更ニ内容外觀ヲ改良シ來ル十月十日其第一號ヲ發刊セントス詳細ハ載セラ「法政大學一覽」ニ在リ就テ見ラル

○藝ニ公務ヲ帶ヒ韓國ニ在リシ本大學總理梅博士ハ去ル八月二十九日無事歸京サレタリ

○本年施行ノ判檢事登用第一回及ヒ辯護士試驗志願者數ハ總計千六百四十三人ニシテ内判檢事千六百六十七人辯護士四百七十六人ナリト云フ而シテ去ル九月十五日司法省構内ニ於テ豫備試驗ヲ施行サン受驗者ハ左ノ三問題ノ中ニ就キ一問題ヲ選擇論述スヘキモノトス

- 一 常識ヲ論ス
- 二 我欣喜スル人物
- 三 新涼ノ感

# 法學志林

第十卷 每月一回廿日發行  
第八號 定價一冊金拾貳錢  
八月二十日 郵稅金壹錢  
發行 十冊前金郵稅共  
金壹圓貳拾錢 (第百八號)

## ◎志林

地役權不可分ノ原則ト消滅時效  
準血族ノ範圍  
所謂責任能力ノ觀念ニ就テ  
俘虜將校ニ對スル給料ノ支給ヲ論ス

法學博士 橫田秀雄  
法學士 牧野菊之助  
法學士 牧野英一  
法學博士 秋山雅之介

## ◎法質疑錄典

民法二題(牧野法學士、西脇法學士)  
商法二題(和仁法學士)  
刑法二題(牧野法學士)  
民訴二題(板倉法學士)  
刑訴二題(板倉法學士)  
行政二題(島村法學士)

## ◎判例

大審院判決例五十二件

## ◎雜報

○清韓兩國ニ關スル日米新條約ニ關島防衛令ノ廢止  
○萬國海法會議ノ主要提案  
○臺灣ノ三審制度  
○司法官ノ俸俸  
○關東州裁判令  
○法典ノ改正  
○警察制令制定ノ議  
○特赦復權ニ關スル勅令  
○貴族院令改正問題  
○府縣制  
○改正  
○町村制改正ノ論點  
○保險業法ノ改正  
○保險金受取問題  
○新法學博士  
○町村組合ノ發達  
○選舉法違犯ノ統計  
○列檢事及辯護士試驗志願者數

## ◎記

○四十二年度講義錄  
○再試驗  
○學年試驗問題  
○十日會  
○三四會例會  
○校友異動  
○寄贈書目

## 發行所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

## 法政大學

四十二年 法政大學講義錄

四十二年度講義錄ハ來ル九月ヲ以テ全部完結スヘキニ付更ニ十月ヨリ一大願新ヲ加ヘテ四十二年度講義錄ヲ發行セントス其概略左ノ如シ

○講義 ハ法律科各學年ノ講義ノ筆記又ハ速記ニシテ講師ノ校閱ヲ經タルモノヲ輯録ス

○擔任講師 ハ梅博士、宮井博士ヲ始トシ其他新進ノ博士學士數十名各專攻學科ヲ擔任セラル

○紙數 ハ每號二百五十頁内外トス

○發行日及完結時期 ハ毎月三回ノ日發行ニシテ滿一ケ年ヲ以テ必ス完結ス

○月謝 ハ左表ノ如クニシテ校友及ヒ校友ノ紹介アル者ハ下段(特)ノ通り減額ス

各學年	全年	全年	(特)全年
一ケ月分	四拾錢	壹圓	壹拾錢
六ケ月分	貳圓拾錢	五圓五拾錢	壹圓七拾錢
一ケ年分	四圓五拾錢	拾壹圓	參圓貳拾錢

九圓五拾錢  
 ◎其他詳細ハ揚クテ法政大學講義錄一覽ニ在リ入用ノ向ハ申込次第送呈ス

◎注意

振替貯金ヲ以テ月謝ヲ納付セラルルトキハ其都度振替貯金規則ニ依ル登記料金二錢ヲ要スルノ外失費ナク安全ニシテ便利ナリ

振替貯金口座『三一九四番』

明治四十一年九月十八日印刷  
明治四十一年九月十九日發行

(定價金壹圓)

編輯兼 萩原敬之  
發行者 萩原敬之

東京市牛込區牛込北町十番地  
印刷者 重利俊夫

東京市赤坂區新町五丁目四十二番地  
印刷所 金子活版所  
(電話新橋四九五番)

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

發行所 私立法政大學

(電話番町一七四番)