

(5) 債權者ガ履行ヲ受領セザルコトヲ要ス。債務ヲ履行スルガ爲メニ債權者ノ受領ヲ要スル場合ニ於テ債權者ガ其受領ヲ拒絶シ(受領)又ハ其受領ヲ爲スコト能ハザルトキハ(不能)債權者ノ遲滯ヲ生ズ。受領拒絶又ハ受領不能ニ付テ法律ハ其如何ナル理由ニ基ケルカヲ問ハザルヲ以テ債權者ノ不在、疾病、反對給付ヲ得ザルコト、債權ナキモノト誤信シタルコト、本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ニアラズト誤認シタルコト其他如何ナル理由ニ基キタルカヲ問ハズ、又之等ノ事由ニ付キ債權者ニ過失アリヤ否ヤヲ問ハズ(註四)。

受領不能ト履行不能トハ明ニ之ヲ區別スルヲ要ス。履行不能ナルトキハ履行提供ナルモノアルベカラザルガ故ニ受領遲滯ヲ生ズルノ理ナシ。然レドモ實際上ニ於テハ履行不能ト受領不能トヲ區別スルコト容易ナラズ、社會觀念上給付行爲ノ基本要素ヲ缺クニ至レルモノト認ムベキトキハ履行不能ニシテ、債權者ガ主觀的ニ協力ヲ爲スコト能ハザルモノト認ムベキトキハ受領不能タルモノト解ス。例ヘバ家屋ヲ修繕セシムル債權ニ付キ其家屋ガ燒失シタルトキハ履行不能ニシテ債權者ガ既ニ修繕ヲ了シタルトキハ受領

不能ナリ。

(註四) 受領遲滯ニ過失ヲ要セズト解スルコト通説ナリ、法典上過失ヲ要件トスベキ根據ナク又受領遲滯ハ損害賠償責任ヲ生ズルモノニアラザレバ過失ナクバ責任ナシトイフ原則ノ適用ヲ受ケズ。獨逸民法(二九九條)モ亦過失ヲ要件トセズ。然レドモ立法論トシテ過失アル場合ト然ラザル場合トヲ分チ、過失アル場合ノミニ付キ損害賠償義務ヲ認ムルヲ適當トスベシ、過失ハ必ラズシモ義務ノ存在ヲ前提トセザルヲ以テ受領義務ナキコトハ過失ヲ認ムルノ妨トナラズ。

三 效果。民法第四百十三條ハ單ニ履行ノ提供アリタル時ヨリ遲滯ノ責任ズト規定スルニ止マル。此規定ニ依リテ遲滯ノ效果ヲ生ズルノ時期ハ明瞭ナレド其效果ノ内容ハ明ナリト言フコト能ハズ。民法ノ他ノ規定ト一般ノ理論殊ニ信義ノ原則ニ依リテ補充セザルベカラズ、次ノ如シ。

(1) 債務者ハ債務ノ不履行ニ因リテ生ズベキ一切ノ責任ヲ免ル(四九)。(二條) 受領遲滯ハ必ラズ履行ノ提供即チ辨濟ノ提供ヲ前提トスルモノナレバナリ。隨ツテ受領遲滯ノ存スル期間、債權者ハ質權、抵當權ヲ實行スルコトヲ得ズ、又違約金、遲延利息其他不履行ニ因ル損害賠償ヲ請求スルヲ得ズ。

(2)債務者ハ供託ヲ爲シ得ベキ債務ノ目的物ニ付テハ供託ヲ爲シテ債務ヲ免ル、コトヲ得(四九)。供託ニハ必ラズシモ受領遲滞ヲ要セザルモ受領遲滞アルトキハ供託ノ要件ヲ具備スルコト明ナリ。

(3)債務者ハ増加費用ノ請求權ヲ有ス。獨逸民法ハ明文ヲ以テ之ヲ規定スルモ(三〇)我民法ニハ規定ナキガ故ニ解釋上議論アリ。然レドモ受領遲滞ノ爲メニ増加シタル保管費用、辨濟費用ヲ債務者ヲシテ負擔セシムルハ信義則ニ反スルノミナラズ債務者ハ遲滞ノ責ニ任ズトイフ規定ハ遲延ノ爲メニ生ジタル不利益ヲ債權者ノ負擔ニ歸スルノ趣旨ト解スベキガ故ニ増加費用ノ請求權ヲ認メザルベカラズ。辨濟費用ニ付テハ第四百八十五條ヲ此解釋ノ根據トナスコトヲ得ベシ。

増加費用ノ外債務者ガ受領遲滞ノ爲メニ損害ヲ蒙リタルトキハ之ヲ賠償セシムルコトヲ得ベキカ。受領義務ヲ認ムル學者ハ此損害賠償義務ヲ認ムルモ、受領義務ヲ認ムベカラザルコト上述ノ如ク且受領遲滞ハ過失ヲ要件トスルモノニアラザルガ故ニ損害賠償義務ヲ認ムルノ根據ナシ。例ヘバ債務

者ガ提供シタル金錢ヲ歸途窃取セラレタルトスルモ債權者ヲシテ其損害ヲ賠償セシムルヲ得ザルベシ(註五)。

(註五)梅氏(前掲)ハ受領遲滞ヲ以テ債務不履行トナスニヨリ損害賠償義務ヲ認ム、石坂氏(前掲)ハ絕對ニ損害賠償義務ナシトシ、増加費用ノ請求權モナシトス。本文ト結果同意旨、横田氏「債權者ノ遲滞ヲ論ス」新報三二卷六號四九頁以下、三浦氏、一七一頁、磯谷氏、三三六頁、中島氏、四一一頁。

(4)雙務契約ニ付テハ危險債權者ニ移ル(獨民三〇條)。不特定物ヲ目的トスル雙務契約ニ於テハ第五百三十四條第二項ニ依リテ危險債權者ニ移ルコト明ナリ。特定物ヲ目的トスル雙務契約ニ於テハ通常始ヨリ危險債權者ニ在ルガ故ニ問題ヲ生ゼザルモ、特約ニ依リテ危險債權者ニ在ル旨ヲ定メタル場合ニ付キ問題ヲ生ズ、此場合ニ於テモ受領遲滞後ハ危險債權者ニ在リ、隨ツテ不可抗力ニ因リテ目的物が滅失毀損スルモ反對給付ノ請求權ヲ失ハザルモノト解セザルベカラズ(註六)。

(註六)同意旨、横田氏論文前掲、三浦氏、一七〇頁等。

(5)受領遲滞ハ債務者ノ責任ヲ輕減スルカ。獨逸民法ハ受領遲滞中債務者ガ

故意及び重過失ノミニ付キ責ニ任ズベキ旨ヲ定ム(三〇條)。我民法ニハ明文ナキガ故ニ全然同一ニ解スルコトヲ得ザルモ、受領遲滯後尙善良ナル管理者ノ注意ヲ要スルモノト解スルハ信義則上不當ナルノミナラズ債務者ハ爾後ノ保管ニ因リ何等報酬ヲ得ルモノニアラザルガ故ニ、第六百五十九條ヲ類推適用シ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スヲ以テ足ルモノト解スヲ正當トス(註七)。

(註七) 同趣旨、拙稿「債權法ニ於ケル信義誠實ノ原則」法協、四二卷八〇二頁(此論文ニ於テ從來ノ所説ヲ改メタリ)、横田氏前掲、中島氏(四〇二頁)ハ故意又ハ重過失ニ付テノミ責任アリトス。反對、四〇〇條ニ依リ善管注意ヲ要ストスルモノ、石坂氏、前掲、三浦氏一七〇頁、余ノ舊説。

(6) 受領遲滯ハ約定利息ノ發生ヲ停ム。獨逸民法(三〇條)ハ此點ニ付テ明文ノ規定ヲ設クルモ、我民法ハ規定ヲ置カザルガ故ニ解釋上一ノ疑問タルヲ免レズ、然レドモ當事者ガ受領遲滯後ニ於テモ現ニ履行ヲ爲ス迄利息ヲ拂フベキ旨ノ特約ヲ爲シタル場合ヲ除キ原則トシテハ受領遲滯後ニ於テハ債務者ハ利息支拂ノ義務ナキモノト解スルヲ正當トス、蓋シ受領遲滯後尙債務者ヲシテ

利息支拂ノ義務ヲ負擔セシムルハ信義則ニ反スルノミナラズ、法典解釋上ヨリ言フモ受領遲滯ニ於ケル利息ハ債務不履行ノ效果ニ屬スベキモノニシテ債務不履行ニ因ル責任ハ受領遲滯後生ズベカラザルモノナレバナリ(註八)。

(註八) 拙稿「債權法ニ於ケル信義誠實ノ原則」法協、四二卷八〇六頁以下、同趣旨横田氏、新報三二卷六號六二頁、中島氏、四〇五頁、三浦氏一六八頁、大正五年四月二六日大判、民錄二二輯八〇五頁。反對、石坂氏六三六頁。

(7) 受領遲滯ニ在ル雙務契約ノ當事者ハ同時履行ノ抗辯權ヲ有スルカ。判例ハ積極說ヲ採ルモ相手方ガ既ニ履行ノ提供ヲ爲セルモノナルガ故ニ假令履行提供ノ繼續ナキモ同時履行ノ抗辯權ナキモノト解スルヲ正當トス(註九)。

(註九) 拙著、日本債權法各編、增訂版一一九頁以下及ビ同處引用ノ判例學說、拙稿前掲八一五頁。

(8) 受領遲滯以後當事者ノ責ニ歸スベカラザル事由ニ因ル履行不能ハ第五百三十六條第二項ニ謂フ所ノ債權者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因ル履行不能ニ該當スルモノト解スルヲ正當トス(註十)。

(註十) 拙著、日本債權法各編、增訂版一三五頁、拙稿前掲八一五頁。

受領遲滯
ノ終了

(9) 受領遲滯ハ契約解除權ヲ生ゼズ。受領遲滯ハ債務不履行ニアラザルガ故ニ契約解除權ヲ生ゼズ、相手方ハ反對給付ノ履行ヲ請求シ其不履行ヲ理由トシテ解除ヲ爲スベキナリ。

四 終了。受領遲滯ガ何時ニ終了スルカニ付テハ法律ニ規定ナキモ理論上次ノ如ク解スベシ。

(1) 債權ガ消滅シタルトキ。辨濟履行不能免除等ニ因リテ債權ガ消滅シタルトキハ爾後受領遲滯ノ繼續スベキ理由ナシ。

(2) 當事者ガ更ニ其法律關係ヲ定ムベキ契約ヲ爲シタルトキ。當事者ハ新ニ履行期ヲ定メ其他受領遲滯後ノ法律關係ヲ整理スベキ契約ヲ爲スコトアルベシ。債務者ガ單ニ受領遲滯ノ效果ヲ免除スルニ止マルトキハ債權ノ免除(九五條一)トノ關係上債務者ノ一方行爲ヲ以テ足ルモノト解スルヲ正當トスベシ。

(3) 債權者ガ受領準備ヲ爲シテ履行ヲ受領スベキ旨ヲ債務者ニ通知シタルトキ。債權者ガ此行爲ヲ爲シタルトキハ履行ノ障礙ハ除去セラル、ガ故ニ受

領遲滯ハ終了ス、之ヲ或ハ遲滯ノ消除ト謂フ。此消除ニハ債權者ガ受領遲滯ノ效果ヲ承認シタルコトヲ要件トスルモノト解スベシ。

第五章 債權ノ對外的效力

第一節 總 說

一 債權ハ債務者ニ對シテ一定ノ給付ヲ請求スル權利ナルガ故ニ第三者ガ不法ニ此請求權ヲ侵害セル場合ヲ除キテハ債權ノ效力ハ第三者ニ及ブコトナキヲ原則トス。此原則ニ對シテ法律ハ例外ヲ設ケ敢テ第三者ガ不法行爲ヲ爲セルニ非ザルニ拘ハラズ債權ノ效力ガ第三者ニ及ブコトアルヲ認メタリ。之ヲ債權ノ對外的效力ト稱セントス。

二 債權ノ對外的效力ハ債權者代位權(四二條二)ト債權者取消權(四二條一)トノ二ナリ前者ハ債務者ガ自ラ其財産ニ屬スル權利ヲ行使セザル場合ニ於テ債權者代リテ之ヲ行フノ權利ナリ。後者ハ債務者ガ其財産ヲ減少スベキ法律行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ其法律行爲ヲ取消シ財産ヲ債務者ノ手ニ復歸セシムル

債權者ノ權利ナリ。共ニ債務者ノ財産ヲ維持スルコトヲ以テ其目的トス。蓋シ債權ハ畢竟債務者ノ財産ヨリ満足ヲ受クルコトヲ其主要ナル目的トスルモノナレバ、債務者ノ財産ガ特ニ擔保權ノ設定ニヨリテ特定ノ債權ノ擔保トナレルニ非ザルトキハ、總債權者共同ノ擔保(所謂共同擔保 Eage commun, Eage general)タルノ用ヲ爲スモノナルニヨリ法律ハ債權者ニ此共同擔保ヲ維持スル權利ヲ與ヘタルナリ。

第二節 債權者代位權

債權者代位權ノ性質

一 性質。債權者代位權(action subrogatoire)ハ又間接訴權(action indirecte)ト言フ。債權者ガ債權保全ノ爲ニ債務者ニ代リテ其權利ヲ行使スル權利ナリ。
(1)實體法上ノ權利ナリ。代位權ハ或ハ訴權トイフ名稱ヲ有スレドモ訴訟法上ノ權利ニハ非ズシテ實體法上ノ權利ナリ。
(2)實體法上如何ナル權利ナリヤトイフニ、請求權ニアラザレバ債權其モノノ内容ニハ非ズ、債權ニ從タル特別ノ權利ナリ。而シテ之ヲ權利分類ノ上ヨリ

論ズレバ自己ノ行爲ニ依リテ一種ノ法律上ノ效果ヲ發生セシムルコトヲ得ル權利ナレバ之ヲ廣義ニ於ケル形成權ニ數フルヲ得ベシ。一方的意思表示ノミニ依リテ法律上ノ效果ヲ形成スルコトヲ得ルモノニアラザレバ狹義ニ於ケル形成權トハ異レリ。或ハ之ヲ能權(Kannrecht, Recht des Könnens)ノ一ニ數フ。

代位權ハ債權者自己ノ名ニ於テ行使スベキ權利ナリ。故ニ代理權ト異レリ。然レドモ債務者ノ權利ヲ行使スルモノナルガ故ニ其權利行使ノ效果ハ當然債務者ニ付テ生ズ、例ヘバ債務者ノ有スル取消權ヲ代位行使スルトキハ取消ノ效果ハ債務者ニ付テ生ズルガ如シ、但債權者ガ爲シタル訴訟ニ於ケル判決ノ既判力ハ債務者自身ニ及バザルコト後ニ述ブルガ如シ(註一)。

(註一) 參照、大正一一年八月三〇日大判、集一卷五〇七頁、其評釋(鳩山)判例民法(十一年度)三二二頁(此判決ハ代位訴權ハ代理權ニアラズトシ隨ツテ判決ノ效果ハ債務者ニ及バズトス、余ハ既判力ガ及バザルノミト解ス)。學說上爭アリ、代理權說、川名氏、二五〇頁、自己ノ爲メニスル代理說(Mandatum in rem suam)岡松氏、新報一四卷一號一頁、固有ノ權利ナリトス(本文ト同說)石坂氏六四七頁、横田氏四一頁、雄本氏、判批、論叢四卷二號一一七頁以下。代理權ナリトセバ判決ノ既判力モ債務者

ニ及ブコト、ナリ結果不當ナリ。代位權ハ債權ノ第三者ニ對スル効力ニハ非ズト論ズル學者アリ(石坂氏六四二頁)固ヨリ第三者ヲシテ債務ヲ負擔セシムルノ意義ニ於テ第三者ニ對スル權利ニハ非ズ、然レドモ此ノ權利アルノ結果債權者ガ第三者ニ對スル關係ニ於テ一ノ法律上ノ地位ヲ取得スルハ爭ヒ難シ、之ヲ債權ノ對外的効力ト稱スルモ敢テ支障ナカルベシ。同說、横田氏三八四頁。

要件

二 要件、代位權行使ノ要件次ノ如シ(四二)。

(1) 債權保全ノ必要アルコト。自己ノ債權ヲ保全スル爲メト謂フハ、債務者ノ其權利ヲ行使スルコトガ債權ノ満足ヲ得ルガ爲メニ必要ナルコトヲ謂フ。此必要ナクシテハ債權者ノ干涉ヲ許スベキニアラズ。

債權ヲ保全スルガ爲メ即チ債權ノ満足ヲ得ルガ爲メニ必要ナリト謂フハ如何ナル意義ヲ有スルカ解釋上疑問ナキニアラズ。債務者無資力ナルガ爲メニ一般債權ノ保全ノ爲メニ當該ノ權利ヲ行使スルノ必要アルコトヲ謂フカ或ハ特定債權保全ノ爲メニ其必要アルヲ以テ足ルノ意味ナルカ。例ハバ乙ナル富豪ガ甲ヨリ買入レテ未ダ引渡ヲ受ケザル骨董品ヲ丙ニ賣渡シタル場合ニ乙ハ甲ニ對シテ其引渡請求權ヲ行使セズトセバ、丙ハ乙ニ代位シテ之

ヲ行使シ得ベキカ。判例ハ不動産ノ移轉登記請求權ニ付テ必ずシモ債務者ノ無資力ヲ必要トセズ、當該ノ債權ノ保全ニ必要ナルヲ以テ足レルモノトシ即チ債務者ノ無資力ヲ必要トセザルモノトス(大正九年一月三日大判、民一五月二九日大審院決定、民一二月一四日法曹會決議、法曹二五二號等)。沿革ヨリ言フトキハフランス法ニ於ケル間接訴權ハ共同擔保ノ維持ノミヲ目的トシ、從ツテ債務者ノ辨濟資力不十分ナルヲ條件トセルモノナルモ、我民法ニハ特ニ之ヲ條件トスルノ法文ナク、而シテ此場合ニハ第四百二十四條ノ場合ノ如ク無資力ヲ條件トセザルモ敢テ累ヲ第三者ニ及ボスモノニアラズ、債權ノ性質ニ反スルコトナキヲ以テ判例ノ如ク解スルヲ正當トスベシ。

(2) 債權者ノ債權ガ履行期ニ在ルコトヲ要スルヲ原則トス。履行期ニ在ルヲ要スルヲ以テ停止條件附債權ヲ有スル者ハ代位權ヲ有セズ。履行期ニ在ルヲ以テ足ルヲ以テ敢テ債務者ガ遲滯ニ在ルコトヲ要セズ。

此原則ニ對シテ二個ノ例外アリ。

(イ) 裁判上ノ代位ニ依ル場合。債權者ガ履行期前ニ債務者ノ權利ヲ行使スル

ニ非ザレバ其債權ヲ保全スルコト能ハザル場合又ハ其困難ヲ生ズル虞アル
場合ニ於テハ債權者ハ裁判所ニ裁判上ノ代位ヲ申請シ其許可アリタルトキ
ハ債務者ノ權利ヲ行フコトヲ得(四二三條二項非訟事件手)。代位ノ必要アリ
ヤ否ヤヲ裁判所ヲシテ決定セシムルナリ。

(ロ) 保存行爲ナルトキ。債務者ノ權利ニ付テ保存行爲ヲ爲スガ爲メニハ債權
者ノ債權ハ履行期ニ在ルヲ要セズ又裁判上ノ代位ノ手續ニ依ルヲ要セズ。
之レ保存行爲(sales con- servatives)ハ嚴格ニ財産ノ現狀ヲ維持スル行爲ニ限ルモノニシ
テ即チ權利ノ消滅及ビ變更ヲ防止スル行爲ニ外ナラザルガ故ニ債務者ニ利
益アルコト明ナルガ故ナリ(參照一〇三條)。例ヘバ債務者ノ權利ガ消滅時効ニ罹ル
ベキ場合ニ之ヲ中斷シ債務者ノ抵當權ガ未登記ナル場合ニ登記スルガ如シ。

(3) 債務者ガ自ラ其權利ヲ行使セザルコト。此要件ハ法律ノ明ニ掲グル所ニ
非ズ。然レドモ代位權ノ性質上之レヲ必要トスルハ當然ナリ(同說川名氏二
六五六頁、維)。隨ツテ例ヘバ債務者ガ既ニ訴ヲ起セル場合ハ債權者ハ更ニ第
二ノ訴ヲ起スコトヲ得ズ。問題アリ債務者ノ權利行使ガ不適當ナル場合ハ

如何(註二)。

代位權行使ノ要件ハ以上ニ盡ク。故ニ(イ)債權ノ種類ニハ制限ナク契約上
ノ債權タルト其他ノ原因ニ基ケル債權タルトヲ問ハズ又其債權ガ代位ニ依
リテ行使スベキ權利ヨリ以前ニ成立セルモノナルコトヲ必要トセズ(註三)(ロ)
債權者ガ債務名義ヲ有セルコトヲ必要トセズ(註四)(ハ)固ヨリ債務者ノ同意ヲ
必要トセズ債務者ニ通知スルコトモ亦必要ニアラズ唯裁判上ノ代位ニ依ル
場合ニハ代位ヲ許可シタル裁判ハ職權ヲ以テ債務者ニ告知スベク(非訟七
六條)又
裁判所ノ代位ニ於テモ代位ノ通知ヲ爲サレバ債務者ノ處分權ヲ制限シ得
ベカラザルコト後述ノ如キヲ以テ代位ノ完全ナル效力ヲ生ズルガ爲メニハ
常ニ代位ノ通知ヲ要スルモノトス。

(註二) 石坂博士ハ債務者ガ權利ヲ行使スルモ其行使ノ方法不適當ナル場合ニハ
債權者ハ尙其權利ヲ行使スルコトヲ得ルモノトス(日本民法六五七頁)。然レド
モ余ハ代位權ニヨリ代位ノ當時債務者ノ有スル權利ヲ行使シ得ルニ止マルモ
ノト考フルガ故ニ不適當ナル行使ニヨリテ債務者ガ既ニ其權利ヲ喪ヒ(例ヘバ
不利益ナル代物辨濟ヲ承諾シタルトキ)又ハ不適當ナル行使ニヨリテ債務者ノ

權利ガ既ニ不利益ナル状態ニアルトキハ(例ヘバ不適當大ル訴訟方法ニヨリテ判決ヲ受ケタルトキ)之ヲ變更スルコトヲ得ザルモノト信ズ。若シ然ラザルトキハ第三者ハ債權者ノ介入スルニヨリテ不當ナル損害ヲ蒙ルニ至ルベシ。同趣旨、大正七年四月一六日大判、民錄二四輯六九四頁、明治四一年二月二七日大判、民錄一四輯一五〇頁。

(註三) 債權ニハ法典上何等ノ制限ナキモ代位權行使ニヨリテ保全セラル、ニ適スル債權ナルコトヲ要スルハ債權保全ヲ要件トスル當然ノ結果ナリ、故ニ不作爲債權ノ如キハ損害賠償請求權ニ變ズルマテハ代位權ヲ成立セシムルコトナシ(同說、川名氏前掲、横田氏三八八頁)。

(註四) 債務名義トハ強制執行ノ要件タル確定判決、假執行ノ宣言ヲ附シタル終局判決等ヲイフ(民訴法四九七條五五九條五六〇條)。之ヲ必要トセザルノ點ニ於テ強制執行手續以外ニ代位權ヲ認ムル效用アリ。

代位權ノ物體

三 物體。代位權ノ物體即チ代位ニヨリテ行使シ得ベキ債務者ノ權利ニ付テ、民法ハ其債務者ノ一身ニ專屬セザルコトヲ以テ要件トナセリ(四二三條)。(1) 一身專屬權(Hochst persönlisches Recht, Droits)トイフ觀念ヲ民法ハ二個ノ場合ニ用フ。一ハ相續ノ場合ニシテ(九〇八條一)一ハ代位權ノ場合ナリ。而シテ其意

義ハ必ラズシモ同ジカラズ、相續ノ場合ニハ權利ノ歸屬ガ一身のナルモノヲ謂ヒ代位權ノ場合ニハ權利ノ行使ガ一身のナルモノヲ謂フ(拙稿、志林一七)即チコ、ニイフ一身專屬ノ權利トハ特定ノ權利者其人ガ其意思ニヨリテ之ヲ行使スルヤ否ヤヲ決定スルコトヲ權利ノ性質上必要トスルモノヲ謂フ(趣旨、大正七年六月一九日大判、民錄二四輯一六〇頁)故ニ(イ)純然タル非財產的ノ權利ハ總テ皆一身專屬權ナリ。例ヘバ婚姻取消權、離婚請求權、親權、戶主權等、親族法上ノ權利ノ如シ。(ロ)財產的ノ權利ニテモ主トシテ無形的利益ノ爲メニ存シ、從ツテ之ヲ行使スルヤ否ヤハ特定ノ權利者ノ意思ニ依リテ決定スベキモノハ又一身專屬ナリ。例ヘバ夫婦間ノ契約取消權、身體、健康、名譽、自由ノ侵害ニ因ル損害賠償請求權(七一)ノ如シ(註五)。(ハ)差押ヲ許サル權利ハ債權者ノ共同擔保タルノ用ヲ爲スベキモノニ非ザルガ故ニ又代位權ノ物體トナラズ(民訴法一八條、官)。

(註五) 此權利ガ相續性及ビ讓渡性ヲ有スルヤ否ヤニ付テハ議論アリ、拙稿前掲參照。

以上述べタル一身專屬權ニアラザル權利ハ皆代位權ノ物體タルコトヲ得、
 即チ(イ)純然タル財産的權利。例ヘバ債務不履行ニ基ク損害賠償請求權、保險
 金請求權、財産權侵害ニ基ク損害賠償請求權、買代金請求權、貸金請求權、報酬
 請求權、契約解除權、買戻權等。(ロ)主トシテ財産的利益ノ爲メニ認めラレタル
 權利。例ヘバ詐欺、強迫又ハ無能力ニ因ル取消權、詐害行爲ノ取消權(四二)等。
 (2)代位權ノ物體ハ債務者ノ權利ナルコトヲ要ス。其債務者ノ權利ハ債權者
 ノ權利以前ニ成立シタルト以後ニ成立シタルトヲ問ハザルモ、單純ナル法律
 上ノ可能ニアラズシテ權利ナルコトヲ要ス、承諾適格(Annahme)ヲ以テ法律上ノ
 可能ニ過ギザルモノト解スレバ、債務者ガ第三者ヨリ受ケタル贈與其他有利
 ナル契約ノ申込ヲ債權者ガ債務者ニ代位シテ承諾スルコトヲ得ザルハ此理
 由ニ依リテ説明スルコトヲ得ベシ(註六)。

(註六)承諾適格ヲ以テ形成權ナリトセバ之ヲ以テ行使專屬ノ一身專屬權ト解ス
 ベシ。

代位權ノ
 行使

四 行使

(1)行使ノ
 範圍

(1)代位權行使ノ範圍ニ付テハ法律ニ明文ナシ。其保存行爲ニ限ラザルハ第
 四百二十三條第二項ニ依リテ明ナリ。權利ノ保存及ビ實行ヲ目的トスル行
 爲ハ裁判上タルト裁判外タルトヲ問ハズ總テ債權者ニ於テ代位行使シ得ベ
 キコト疑ヲ容レズ(註七)。多少疑問トナルハ處分行爲ナリ、債務ノ免除、權利ノ
 拋棄等債務者ノ財産ヲ減少スベキ處分行爲ヲ許ササルハ勿論ナルモ、相殺、更
 改、讓渡ノ如キ利益ノ交換ヲ生ズベキ處分ハ其債務者ニ利益ヲ生ズベキ場合
 ニ限リ債權者ニ於テ之ヲ爲シ得ルモノト解スルヲ正當トスベシ(註八)。
 代位權行使ノ範圍ガ債權保全ニ必要ナル限度ニ限ラルベキハ代位權ノ性
 質上言ヲ俟タズ。然レドモ此必要アルトキハ一個ノ權利ニ限ラズ債務者ニ
 屬スル數個ノ權利ヲ同時又ハ順次ニ行使スルコトヲ妨ゲズ(註九)。

(註七)金錢其他ノ物品ノ給付ヲ目的トスル債權ノ行使ニ付テ債權者ガ債務者ニ
 代リテ給付ヲ受領スル權利ヲ有スルカ將タ債務者自身ニ引渡スベキコトヲ請
 求シ得ルニ過ギザルカ議論アリ、後ノ見解ヲ採ル判決アルモ(明治三十九年三月二
 三日大判、民錄一二輯四四一頁、大正二年二月二六日東控判、新聞八六八號)此見解
 ハ代位權行使ノ效果ガ債務者ニ歸屬シ直接ニ債權者ニ歸セザルコトト、代位權

行使ノ方法トシテ債權者ガ如何ナル行爲ヲナシ得ルカノ問題トフ混同スルモノナリ、債權ニ付テハ給付ノ請求ヲ爲スコトノ外給付ノ受領ヲ爲スコトモ債權利實行行爲タルコト明ナルガ故ニ、債權者ハ其一方ヲ代位スルコトモ雙方ヲ代位スルコトモ爲シ得ベキナリ、實際上ニ於テモ論者ノ説ヲ採ラバ債權者ガ受領ヲ肯ンセザル場合ニ極メテ不當ナル結果ヲ生セン、但シ第三債務者ハ債務者ニ給付ヲ爲スコトニ依リテモ債務ヲ免ル、コトヲ得ベシ、前段ニ付キ同趣旨、横田氏四一〇頁。

(註八) 參照、大正八年三月七日大判、民錄二五輯四四九頁、其判批、雄本氏、論叢四卷二五五頁。

(註九) 前註ニ掲ゲタル判決及ビ其批評參照。

(2)行使ノ效力

(2) 代位權行使ノ效力ニ付テハ債務者ニ對スル效力ト第三者ニ對スル效力トヲ區別シテ考ヘザルベカラズ。

(イ) 債權者ガ代位權ノ行使ニ著手シタル後ニ於テ債務者ハ自ラ其權利ヲ處分スル權利ヲ失フ。(a) 裁判上ノ代位ノ場合ニ付テハ非訟事件手續法(七六條)ガ明ニ之ヲ規定スルニ依リテ明瞭ナリ。(b) 其他ノ代位ノ場合ニ付テハ明文ナキガ故ニ疑問ナレド、此場合ハ債權者ノ債權ノ履行期到來後ナルニ拘ハラズ、

其到來前ナル(a)ノ場合ニ比シテ代位ノ效力薄弱ナルヲ得ザルガ故ニ亦同一ニ解ス(註十)。

(註十) 同說、横田氏前掲三九六頁以下、石坂氏六八〇頁。之ヲ正シトセバ債務者ニ對スル此效力ハ何時ニ生ズルカノ問題ヲ生ズ。余ハ非訟事件手續法第七十六條ノ準用ヨリ考フルモ、債務者保護ノ點ヨリ考フルモ此效力ヲ生ズルガ爲メニハ代位ノ通知ヲ要スルモノト解ス。尙債權者ガ保存行爲ノミヲ爲セル場合ニハ債務者ハ處分權ヲ失フコトナシ。例ヘバ債權者ガ時效中斷ニヨリテ消滅ヲ防ギタル權利ヲ債務者ガ拋棄スルガ如シ。但シ第四百二十四條ニヨリテ其拋棄行爲ノ取消サル、コトアルハ自ラ別問題ナリ。

(ロ) 第三者ハ債務者自ラ其權利ヲ行使スル場合ニ比シテ不利益ナル地位ニ立ツベカラズ。故ニ第三者ガ其權利ニ付キ債務者ニ對シテ有スル一切ノ抗辯權ハ之ヲ債權者ニ對シテ行使シ得ザルベカラズ。例ヘバ相殺ノ抗辯權、同時履行ノ抗辯權ノ如シ(註十一)。但シ代位權行使後債務者ノ處分行爲ニ因リテ第三者ノ取得シタル抗辯權ハ上述ノ理由ニヨリテ之ヲ援用スルコトヲ得ザルモノトス。

(註十一) 同趣旨、明治四三年七月六日大判、民錄一六輯五三七頁、大正六年五月四日

名控判、判例二卷民一〇八八頁、大正七年一〇月一八日東地判、新聞一四七三號。

效果

五 效果、債權者ガ債務者ノ權利ヲ行使シタル效果ニ付テハ法律ニ何等ノ規定ナシ。然レドモ代位權ノ性質上次ノ如クナラザルベカラズ。

(1) 債權行使ノ效果ハ債務者ニ歸屬ス。蓋シ代位ハ債務者ノ權利ヲ行使スルニ過ギザル移轉スルモノニハ非ズシテ唯債權者ガ債務者ノ權利ヲ行使スルニ過ギザルモノナレバナリ。故ニ權利行使ノ效果ハ當然總債權者ノ利益ニ歸スベク、若シ特定ノ債權者ガ自己ノ債權ノ満足ヲ得ント欲セバ更ニ強制執行等一般ノ方法ニ依ラザルベカラズ。

(2) 債權者ガ第三者ニ對シテ訴ヲ提起シ債務者ノ之ニ參加セザル場合ニ於テ其判決ノ效果ガ債務者ニ及ブヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナリ。代理人說ヲ採ル者ハ積極說ヲ採リ、從ツテ若シ債權者ガ敗訴シタルトキハ債務者モ亦其效果ヲ受ケ、更ニ自ラ訴ヲ提起スルヲ得ザルモノトス(川名氏)。余ハ多數說ニ從ヒ判決ノ效果ハ債務者ニ及バザルモノト解ス。蓋シ判決ノ既判力ハ訴訟當事者ノミニ限局セラルベキモノナレバナリ(註十二)。

(註十二) 同趣旨、石坂氏前掲、横田氏四一三頁。大正一一年八月三〇日大判、集一卷

五〇七頁ハ債權者勝訴ノ判決ノ效力ガ債務者ニ及バザルモノトシ、隨ツテ債權者ガ所有權移轉登記請求ノ訴ニ於テ勝訴スルモ、債務者自身ハ之ニ基キテ移轉登記ノ申請ヲナシ得ザルモノトス、余ハ登記法二七條ニ謂フ判決ハ此種ノ判決ヲモ包含スルモノトシ、即チ債務者自身申請ヲナシ得ルモノトス、此判決ノ評釋(鳩山)判例民法十一年度三二二頁。加藤博士、法協、四一卷一八九九頁ハ債權者勝訴ノ判決ノ效力ノミハ債務者ニ及ブモノトシ、山田博士、論叢、一〇卷二四四頁ハ判決ノ效力ハ常ニ債務者ニ及ブモノトス。

社會的效用

六 代位權ノ效用、債權者代位權ノ制度ハ羅馬法及ビ獨逸法ニハ無ク、我民法ノ規定ハ佛蘭西法(一六條)ニ則リタルモノナリ。而シテ佛蘭西ニ於テハ強制執行ノ手續不完全ナルガ故ニ債權者代位權ノ制度ハ其效用少カラズ。我國ニ於テハ強制執行ノ手續佛蘭西法ニ比シ比較的完備セルヲ以テ代位權ノ效用ハ顯著ナラザルモ、其手續強制執行手續ニ比シテ簡易ナルガ故ニ迅速ヲ尙ブ保存行爲等ニ付テハ尙侮リ難キ實益アリ、殊ニ事毎ニ裁判上ノ手續ヲ必要トスルハ我國情ニ適セザルヲ慮リ民法ハ此制度ヲ設ケタルナリ。

第三節 債權者取消權

債權者取消權ノ性質

一 性質、「債務者ガ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲」ハ債權者ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得(四條)。此權利ヲ債權者取消權(Gläubigeran-ト云ヒ又ハ詐害行爲ノ廢罷訴權(action re-ト云フ。羅馬法以來「Pauliana, action Paulienne」ト稱セラル、モノニシテ債權ノ共同擔保ヲ保存スルコトヲ目的トス。其性質次ノ如シ。

(イ) 實體法上ノ權利ナリ。訴ノ方法ニ依リテ行使スルコトヲ要シ且往々訴權ノ名ヲ以テ呼バル、モ、訴訟法上ノ權利ニハアラスシテ實體法上ノ權利ナルコト民法ガ之ヲ認ムルニ依リテ明ナリ。

(ロ) 實體法上如何ナル性質ヲ有スル權利ナルカニ付テハ議論アリ、債權說形成權說及ビ折衷說ト爲スコトヲ得ベシ。

(a) 債權說ハ此取消權ヲ以テ債務者ノ行爲ニ依リテ第三者(受益者又ハ轉得者)ニ歸シタル財産ノ返還ヲ請求スル債權ナリトス(註一)。然レドモ第三者ハ債

務者ノ法律行爲ニ因リテ財産上ノ利得ヲ得タルモノナルガ故ニ此法律行爲ガ有效ナル間ニ返還義務ヲ負擔スル理由ナカルベク、法律ハ此法律行爲ノ效力ヲ奪フベキ權利ヲ債權者ニ與フルノ意味ニ於テ取消トイフ文字ヲ使用シタルモノナルガ故ニ直接ニ財産ノ返還ヲ請求スル權利ナリト解スル見解ハ誤レリ。

(註一) 維本氏「債權者取消ノ性質」志林一七卷三號五六頁以下、獨逸普通法ニ於ケル多數說。加藤氏「廢罷訴權論」富井先生選層祝賀論文集一〇九五頁以下、破産法研究四卷一三七頁以下ハ債權的相對無效說ヲ採リ、單ニ債權者ニ對スル關係ニ於テノミ債務者ノ行爲ノ效力ヲ否認シ財産ノ返還ヲ請求スル權利ナリトス、相對的ニ效力ヲ消滅セシムル否認ナル觀念ヲ用フベキ法典上ノ根據ニ乏シ。

(b) 形成權說ハ此取消權ヲ以テ無能力詐欺又ハ強迫ヲ理由トスル取消權ト同シク法律行爲ノ效力ヲ遡及的ニ消滅セシムベキ形成權ナリトス(註二)。此見解ハ法典ノ字句ニ適シ且財産返還請求權ヲ生ズル法律上ノ理由ヲ説明スルニ適スルノミナラズ、詐害行爲ガ債務ノ免除又ハ債務負擔行爲タル場合ノ如ク其法律行爲ノ效力ヲ消滅セシムルコトノミニ依リテ取消權ノ目的ヲ達シ

得ル場合ニ於テハ此見解ニ依ルニアラザレバ取消權ノ性質ヲ説明スルコトヲ得ザルベシ。故ニ債權者取消權ガ常ニ此形成權タル性質ヲ具備スルハ疑ナキモ、取消權ノ内容ガ常ニ此形成的内容ノミニ止マルヤ否ヤニ付テハ多少ノ疑アリ、此ニ於テ次ニ述ブル折衷說ヲ生ズ。

(註 11) 石坂氏、七三九頁、同氏「債權者取消權論」研究二卷一〇二頁、同氏「雄本博士ノ債權者取消ノ訴ノ性質ヲ評ス」志林、一八卷六號一頁以下、仁井田氏「債權者ノ取消權ヲ論ス」法協、三一卷二〇三八頁、中島氏、六八一頁、川名氏二七六頁。獨逸ニ於テハ Hellwig (Verträge auf Leistung an Dritte) § 58 S. 379, Lehrb. des Z. P. R. I. S. 224 等) 之ヲ主唱シ物權說ト稱ス。

(c) 折衷說ハ此取消權ヲ以テ法律行為ヲ取消シ且債務者ノ財産上ノ地位ヲ其行為ヲ爲セシ以前ノ原狀ニ復スル權利ナリトス、我大審院判例ノ採用スル所ナリ(註 13)。法文ハ取消ノミヲ此取消權ノ内容トスルガ故ニ余ハ從來形成權說ヲ採リタルモ、詐害行為ノ内容ニ依リテハ取消ノミニ依リテ財産復舊ノ目的ヲ達シ得ザルコト尠カラズ、債權者ガ此目的ヲ達スルガ爲メニハ更ニ債權者代位權ニ依リテ債務者ノ財産返還請求權ヲ代位行使スル必要ヲ生ズルガ

故ニ形成權說ハ實際ニ於テ不便ナルヲ免レズ、故ニ此取消權ヲ認メタル法律ノ目的ニ依リテ法文ノ字句ヲ補充シ、取消ノミニ依リテ財産狀態復舊ノ目的ヲ達シ得ル場合ニハ債權者ハ取消ノミヲ訴求シ、然ラザル場合ニ此取消ニ併セテ財産權ノ返還其他財産狀態ノ復舊ヲモ訴求シ得ルモノト解スルヲ正當トスベシ。

(註 12) 明治四四年三月二四日大判(聯合部)民錄、一七輯一一七頁、大正四年十二月一日大判、民錄、二一輯二〇三九頁、大正五年三月三〇日大判、民錄二二輯六七頁、大正六年三月三一日大判、民錄二三輯五九七頁、大正八年四月一日大判、民錄二五輯八〇八頁、大正九年三月六日大判、民錄二六輯二四一頁、同年六月三日大判、民錄二八〇九頁、大正一〇年六月一八日大判、民錄二七輯一一六八頁、判例民法十年度三一六頁(東氏評釋)横田氏四五頁、梅氏、要義。判例ハ詐害行為取消ノ裁判ガ相對的無効即チ訴訟當事者タル債權者ト受益者又ハ轉得者トノ間ニ於テノミニ無効ヲ生ズルモノトシ、債務者自身ハ取消ノ裁判ニ基キ財産ノ返還ヲ請求シ得ザルモノトス、余ハ此點ニ付テハ反對ナリ、債務者ニ付テ取消ノ效果ヲ生ズルモノトセズ、不當ナル結果ヲ生ズベシ、債務者ノ爲シタル債務免除ヲ取消シタル場合、詐害行為ニ反對給付アリタル場合(反對給付アルモ其不相當ナルトキハ詐

害行為トナルノ如シ。此點ハ取消ノ訴ノ被告ニ影響アリ。

(ハ)債權者取消權ハ性質上債務者ノ不法行為ヲ原因トスル賠償請求權ナリトスル學說アリ(村上恭一氏論文、新報、一九卷六號四)。然レドモ法律ガ債權者保護ノ爲ニ特ニ認メタル債權ノ效力ニシテ不法行為上ノ賠償請求權ニ非ズトイフヲ正シトス(川名氏石、坂氏前掲)。蓋シ債務者ハ自己ニ屬スル財産ヲ處分シタルニ止マルモノニシテ理論上之ヲ違法行為ナリトスル理由ナキノミナラズ、法律ノ規定モ亦債權者ニ賠償請求權ヲ與ヘタルモノトハ解シ難ケレバナリ(註四)。

(註四)判例モ同說ナリ、明治三十九年七月九日、大判、民錄、一二輯一一〇六頁。債務者ハ自己ノ權利ヲ處分スルニ止マルモノナレバ公序良俗ニ反スル場合ノ外不法ニアラズ、又若シ債權者ヲ害スル意思ニ出テタルが故ニ公序良俗ニ反スル行為ナリトセバ其效果ハ民法九〇條ニ依リテ當然無効ナルベク取消シ得ベキモノナルベカラズ、殊ニ法律ハ損害賠償ノ義務ヲ認メザルナリ。又第三者即チ受益者ノ行為モ不法行為ニアラズ、債權者ヲ害スル意思ヲ要件トスルモ債權者ノ債權其モノニ對シテ侵害ヲ爲スニアラズ唯債權ノ執行ノ目的物タリ得ベキ債務者ノ財産ヲ減少スルモノニ止マルヲ以テ、假令第三者ニ因ル債權侵害ヲ認ムル學說ヲ探ルモ此ノ如キ行為ハ不法行為ト爲スベキニアラズ。

債權者取消權ノ要件

(ニ)債權者取消權ハ破産法上債權者ガ有スル否認權(破七下)ト略同一ノ目的ヲ有シ其權利ノ性質モ同一ナリ。唯否認權ハ破産宣告アリタルコトヲ條件トシ、民法上ノ取消權ニ比シテ債務者ノ財産状態ノ更ニ不良ナルコトヲ前提トスルヲ以テ否認セラルベキ行為ノ範圍ハ取消權ノ範圍ニ比シテ廣シ。此兩者ハ沿革上相伴ヒテ發達シタル制度ニシテ從來多數ノ立法ニ於テハ之ヲ別個ノ法律ニ規定スレド或ハ同一ノ法律ニ規定セルモノモ亦無キニ非ズ。我民法ノ規定ハ主トシテ佛蘭西ノ民法ニ則リタルモノナリ(註五)。

(註五)獨逸ニ於テハ破産外ノ取消權ハ特別法(Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens)ニ之ヲ規定シ民法中ニ之ヲ規定セズ、又英法ニテハ破産上ノ取消權ト破産外ノ取消權トヲ一ノ單行法律ニ規定ス(C13, Eliz. c. 6)。

ニ 要件。債務者ガ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ法律行為ヲ爲シタルニ依リテ債權者ヲ害シ、且受益者又ハ轉得者ガ債權者ヲ害スルコトヲ知レルコトヲ要ス。今便宜上客觀的要件ト主觀的要件トニ區別シテ之レヲ攻究セントス。

(1)客觀的要件トシテハ債權者ヲ害スル法律行為ノ存スルコトヲ要ス。之ヲ或ハ詐害行為ト言フ。

(イ)債權者ガ法律行為ヲ爲シタルコトヲ要ス。之レ第四百二十四條ニ明ニ掲グル所ナリ。其結果トシテ次ニ述ブル行為ハ之ヲ取消スコトヲ得ズ。(a)不作爲。例ヘバ時効ヲ中斷セズ又ハ贈與ノ申込ヲ承諾セザルコトノ如シ。(b)事實的行為。例ヘバ物ヲ破壊スルガ如シ。(c)訴訟行為(仁井田氏前掲論)然レドモ訴訟行為ガ同時ニ法律行為タル場合ニハ之ヲ取消スコトヲ得ベシ例ヘバ債權者訴訟ニ於テ不利益ナル相殺又ハ和解ヲ爲セル場合ノ如シ。(d)法律上當然無効ナル行為ハ更ニ之ヲ取消スコトヲ得ベキニ非ズ。此理由ニヨリテ虛偽ノ意思表示ニ依ル財産隱匿行為ハ取消權ノ物體ナラズ。サレド他ノ理由ニヨリテ取消シ得ベキ行為ナルコトヲ妨ゲザルハ勿論ナリ。

債務者ガ事實上法律行為ヲ爲シタルニ非ザルモ法律上法律行為ヲ爲シタルモノト看做サル、場合ニ於テハ、又第四百二十四條ノ適用アリ(同說、川名氏前上氏)。蓋シ民法ガ「看做ス」ト謂フハ法律上ノ效果ニ付テハ全然同一ニ取扱

フノ意味ニシテ、且取消權ノ物體トナルヤ否ヤハ法律上ノ效果ニ外ナラザレバナリ。例ヘバ取消ヲ爲サルコト(一九)追認ヲ爲サルコト(四一)ガ追認又ハ追認拒絕ノ意思表示ト看做サル、場合ノ如シ(反對、石坂氏)。法律行為ノ種類ニ付テハ特殊ノ制限ナシ(財產上ノ行為ナルベ)。故ニ契約ナルト單獨行為ナルトヲ問ハズ。又債權的行為タルト物權的行為タルト準物權的行為(債權讓渡等)タルトヲ分タズ。

債務者ノ行為ナルコトヲ要ス。債務者ノ代理人ノ行為ハ債務者ノ行為ト同一ノ法律上ノ效果ヲ生ズルモノナレバ又取消權ノ物體トナル。サレド相手方ノ債務者ニ對スル單獨行為ハ取消權ノ物體トナルヲ得ズ。

(ロ)債權者ニ損害ヲ生ジタルコトヲ要ス。此要件ハ法律ニ明ニ規定セラレタリトハ言ヒ難キモ、取消權ノ性質上疑ナキ所ニシテ判例、學說ノ均シク認ムル所ナリ。蓋シ債權ノ満足ヲ受クルニ付キ債權者ニ危險ヲ生ズルニ非ザレバ特ニ取消權ヲ與ヘテ債權者ヲ保護スルノ理由ナケレバナリ。

(a)債權ノ満足ヲ受クルニ付テ危險ヲ生ズト謂フコトハ二ツノ意味ニ解セラ

ル、コトヲ得。特定債權ノ直接履行ヲ不能又ハ困難ナラシムルト謂フ意味ニ解シ得ベク、又債務者ノ財産ヲ減少シテ一般債權ノ完済ヲ不能又ハ困難ナラシムルノ意味(所謂無資力ノ意味)ニ解スルヲ得ベシ。取消權成立ノ要件トシテ其孰レヲ要スルヤニ付テハ法文上明瞭ナラザルモ、債權者取消權ヲ認メタル目的ガ共同擔保ノ維持ニ在ルコト、取消ガ總債權者ノ利益ノ爲ニ其效力ヲ生ズルコト(四)及ビ債權ノ一般の效力(殊ニ第一七七條一)ニ付テ考フレバ第二ノ意味ニ於テ債權ノ満足ヲ危険ナラシムルコトヲ要スルモノト解セザルベカラズ、随ツテ例ヘバ甲ニ對シテ特定物ノ引渡ヲ爲スベキ債務ヲ有スル乙ガ之ヲ惡意ナル丙ニ讓渡シ先ヅ丙ニ引渡ヲ爲シ、甲ニ對スル債務ノ履行ヲ不能ナラシムルモノ之レノミニ依リテハ甲ハ乙丙間ノ行爲ヲ取消シ得ザルモノトス(註六)。然レドモ特定物ノ引渡ヲ目的トスル債權ヲ有スル者ガ常ニ取消權ヲ有セザルモノト解スルハ正當ナラザルモノト信ズ、若シ債務者ノ法律行爲ノ爲メニ債務者ノ無資力ヲ生ジ他ノ一般ノ債權者モ亦取消ヲ爲シ得ベキ場合ニ於テハ此債權者ノミヲ取消權者ヨリ除外スベキ理由ヲ見ズ(註七)。

(註六) 同趣旨、明治三十九年三月一四日大判、民錄、一二輯三五頁、大正七年五月二〇日大判、民錄、二四輯九九六頁、大正七年一〇月二六日大判、民錄、二四輯二〇三六頁、加藤氏前掲三一頁、梅氏要義等多數說、反對、村上氏前掲。沿革上モ共同擔保ノ維持ノミニ爲メニ認メラレタルコト疑ナシ。

(註七) 參照、拙稿質疑解答、特定物ノ引渡ヲ目的トスル債權ト廢罷訴權(志林一八卷三號五三頁、反對、石坂氏七一九頁、大正七年一〇月二六日大判、前掲(金錢ノ給付ヲ目的トスル債權ニ限ル)、判例モ此種ノ債權ガ損害賠償請求權ニ變ジタル後ニ於テハ取消權ヲ認ム、大正一一年一月一三日大判、集一卷六四九頁、判例民法十一年度四一八頁(鳩山評釋)、損害賠償請求權ト原債權トハ同一債權ナレバ判例ノ言フガ如キ區別ヲ認ムル理由ナカルベシ。石坂氏ハ一七七條一七八條トノ關係上特定物ノ引渡ヲ目的トスル債權ニ付テハ常ニ本條ノ適用ナシトス。然レドモ首肯シ難シ。其理由(イ)本條ニ何等制限ヲ設ケザルニ何ガ故ニ此債權ノミヲ除外スルカ(ロ)第一七七條一七八條ト矛盾スルハ一般の無資力ヲ條件トセザルトキニ限レリ、若シ債務者ノ無資力ヲ要件トセザルトキハ本文中ノ設例ニ於テ甲ノ權利ハ第一七七、八條ニ依レバ丙ニ對抗シ得ザルモノナルニ拘ハラズ、第四二四條ニ依レバ甲ハ乙丙間ノ法律行爲ヲ取消シ、丙ヨリ其目的物ヲ返還セシメ得ルコト、ナリテ矛盾ヲ生ズベシ。サレド本文ニイフガ如ク無資力ノ狀態ヲ生ジタル場合ニ限ルトキハ此不都合ナシ、何トナレバ無資力トイフ一ノ法

律事實が增加シタルヲ以テ法律效果ニ差異ヲ生ズルモ矛盾トハナラザレバナリ。矛盾トハ同一ノ法律要件ニ對シテ法律が相排斥スル法律效果ヲ定メタルコトヲ言フナリ。今假ニ甲ガ乙ニ對シテ金千圓ノ債權ヲ有スル場合ニ乙ガ或ル特定物ヲ丙ニ讓渡シタリトス、甲ガ乙ニ對スル此債權ヲ以テ丙ニ對抗シ得ザルハ言フ俟タズ、然レドモ乙丙間ノ行為ニヨリテ乙ガ無資力トナラバ甲ハ其行為ヲ取消シ得ルナリ、果シテ然ラバ甲ノ有スル債權が恰モ其目的物ヲ請求スル債權ナルガ爲メニ全ク關係ナキ金額債權ヨリ、ヨリ薄弱ナル效力ヲ有スルニ止マルベキカ。

(b) 債務者無資力ノ意義ニ付テハ破産法ニ於ケルガ如キ規定ナキヲ以テ解釋上多少疑問アリ、加藤博士ハ破産原因ト同ジク支拂不能 (Zahlungs-^{加藤氏前掲、破産}unfähigkeit) ヲ要スルモノトス(法研究一六〇頁)。然レドモ詐害行為當時ニ於テ債務者ノ資産ガ其債務ヲ辨済スルニ足ラザルトキハ其行為ハ債權者ヲ害シタルモノト言フベク、唯爾後取消權行使ノ時ニ至リ債務者ノ信用其他ノ事情ニ因リ債務者ノ資力ヲ回復シタルトキハ其理由ニ因リテ取消權ノ要件ヲ缺クニ至リタルモノト解スルヲ正當トスベシ(註八)。

(註八) 同趣旨、大正七年七月二十九日大判、列例四卷一號三頁、大正五年五月一日大判、

民錄二二輯八二九頁、梅氏要義。民法ハ支拂不能又ハ支拂停止ヲ必要トセザルノミナラズ、債權者取消權ノ效果ハ破産ノ效果ト異ルガ故ニ同一ノ原因ヲ要スルモノト解スルノ理由ナシ。

(c) 債務者ノ辨済資力ヲ減少スルノ方法ハ現存セル積極財産ノ減少タルト消極財産(債務)ノ増加タルトヲ問ハザルモ、詐害行為當時債務者ノ財産ヲ減少シ無資力ノ状態ヲ生ジタルコトヲ要シ且取消權行使當時尙一般債權者ヲ害スルノ事實(即チ共同擔保ヲ減少スルノ事實)アルコトヲ要ス。随ツテ例ヘバ相當ノ價格ヲ以テ不動産ヲ賣却セルトキハ爾後其不動産ノ價格騰貴スルコトアルモ、行為當時辨済資力ヲ減少セザルガ故ニ詐害行為トナラザルモノト解スベク(註九)。又不相當ノ廉價ヲ以テ不動産ヲ賣却スルモ取消ノ判決當時ニ於テ其不動産ノ價格ガ更ニ低下シ所謂詐害行為ガ債權者ヲ害セザルノ結果ニ了リタルトキハ取消ノ請求ヲ爲シ得ザルモノトス(註十)。

債務者ガ既存債務ヲ辨済スルハ積極財産ヲ減少スルト同時ニ其相當價格ニ於テ消極財産ヲ減少シ、随ツテ債務者ノ辨済資力ヲ減少スルモノニアラザ

ルノミナラズ、所謂強制的平等分配ハ破産ノ場合ニ於テノミ法律ノ之ヲ認ムルモノナルガ故ニ詐害行為トナラザルモノト解セザルベカラズ、判例亦然リ(註十二)。之ニ反シ代物辨濟又ハ更改ハ債務額ニ比シテ更ニ大ナル出捐ヲ爲サシムルコトアルガ故ニ詐害行為トナルコトアルベク、又時ニ一債權者ノ爲ニ擔保物權ヲ設定スルハ當該財産ニ付テ擔保責任ヲ生ズルノ範圍ニ於テ債務者ノ資力ヲ減少スルモノナルガ故ニ詐害行為トナルベキモノトス(註十三)。

(註九) 判例ハ不動産ヲ賣却シテ消費シ易キ金錢ニ代ユルハ假令相當價格ヲ以テスル場合ニ於テモ擔保タル價值ヲ減少スルモノナルガ故ニ他ニ辨濟資力ナキ場合ニハ詐害行為トナルモノトシ(大正七年九月二六日大判、民錄二四輯一七三〇頁等)唯其ノ賣却ガ債務ヲ辨濟スル目的ニ出テタルモノナルトキハ原則トシテ詐害ノ意思ナキモノトシ詐害行為トナラザルモノトス、大正一三年四月二五日大判、集三卷一五七頁、其評釋(鳩山)法協、四三卷六八〇頁參照、同處引用判決、余ハ意思ニ關係ナク相當價格ヲ以テ賣却スルハ詐害行為トナラザルモノトス。
(註十) 同趣旨、大正一二年五月二八日大判、集二卷三三八頁、其評釋(鳩山)法協、四二卷一五〇六頁。
(註十一) 同趣旨、大正八年七月一日大判、民錄、二五輯一三〇五頁、同年四月一六日

大判、民錄、六九〇頁等多數ノ判決、仁井田氏前掲。反對、石坂氏七三一頁、同氏研究、二卷一四一頁、同三卷五二〇頁、加藤氏前掲、破産法研究三二四頁。

(註十二) 同趣旨、大正八年七月一日大判、民錄、二五輯一三〇五頁(代物辨濟ニ關ス) 大正八年五月五日大判、民錄、二五輯八三八頁(抵當權設定ニ關ス)。

(d) 債務者無資力ノ状態ヲ生ズト謂フハ當該ノ債務者ニ付テ無資力ノ状態ヲ生ズルコトヲ謂フ、假令他ノ共同債務者例ヘバ連帶債務者中資力ヲ有スル者アルモ取消權ノ行使ヲ妨グルコトナシ(註十三)。

(註十三) 同趣旨、大正九年五月二七日大判、民錄、二六輯七六八頁。

(ハ) 債務者ノ行為ハ財産權ヲ目的トスルコトヲ要ス(四二項四)。直接ニ財産權ノ得喪ヲ目的トセザル法律行為ニシテ財産上ノ效果ヲ伴フモノナキニ非ズ、例ヘバ婚姻、養子縁組、離婚、離縁、私生子認知、家督相續ノ承認、拋棄ノ如キハ又財産上ノ利益ナル效果ヲ隨伴スルコト無キニ非ズ。然レドモ之等ノ行為ニ對シテ債權者ノ干涉ヲ認許スルハ不當ナルガ故ニ取消權ノ目的タルベキ行為ハ財産權ヲ目的トスルモノニ限ル。債務者ノ勞務ヲ爲スベキ雇傭契約モ亦財産權ヲ目的トスルモノト言フコトヲ得ズ。債務者ガ債務ノ辨濟ヲ免レント

シテ財産ヲ出資シ、合名會社、合資會社ヲ設立シタルトキハ此設立行為ハ詐害行為トナルヤ、解釋上議論アリ。設立行為ソノモノガ詐害行為トナルトイフ見解ト、出資ノ約束及ビ行為ノミガ詐害行為トナルトイフ見解トアリ、會社設立行為ハ財産權ノミヲ目的トスル行為ニアラザルモ、財産權ヲ目的トスル行為ヲ其ノ必要の分子トシ且之ト離ルベカラザル關係ニ在ルガ故ニ設立行為ソノモノヲ取消シ得ルモノト解スルヲ正當トスベシ(註十四)。財團法人設立行為ニ付テモ同一ノ問題ヲ生ズ。

(註十四) 同趣旨、大正七年一〇月二八日大判、民錄、二四輯、一九五頁(受益者ノ惡意ニ付テハ設立者ノ意思ヲ標準トスベキモノトス)、松本氏、新報、三五卷三號一一〇頁、松波氏、新聞九八六號。反對、維本氏、新聞九八六號、竹田氏、論叢二卷四一六頁。余ハ從來出資約束ノミヲ取消シ得ルモノト解シタルモ(本書前版)出資約束取消ノ結果ハ設立行為ノ無効ヲ來スベク、而シテ出資約束ノ獨立存在ヲ認ムベキ根據ニ乏シキヲ以テ設立行為自體ヲ取消シ得ルモノトスルヲ正當トスベシ。

②主觀的
要件

(2)主觀的、要件。主觀的の要件ニ付テハ有償行為ト無償行為トヲ區別シ後者ニ付テハ所謂詐害ノ意思ヲ必要トセザル立法例多クレドモ我民法ハ此區別ヲ

債務者ノ
惡意

設ケズ常ニ詐害ノ認識ヲ必要トス。此意味ニ於テ我民法ハ主觀主義ヲ採リタルモノト稱スルヲ得ベシ。

(イ)債務者ノ惡意。債務者ハ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ法律行為ヲ爲セルコトヲ要ス。法文上明ニ「知リテ」ト言ヘルガ故ニ敢テ之ヲ「欲」シタルコトヲ必要トセズ。故ニ例ヘバ破産ノ申立ヲ爲サントスル一債權者ノ爲メニ擔保權ヲ設定スルハ破産宣告ヲ免ル、コト、ナリ、畢竟他ノ債權者ニモ利益トナルモノト考フルモ、苟クモ現在ニ於テハ他ノ債權者ニ辨濟スベキ十分ナル財産ナキコトヲ知レルニ於テハ詐害行為トナルヲ免レズ。羅馬法ニ於テハ之ニ異リ詐害ノ意思(*fraudandi causa*, *animus fraudandi*)ヲ必要トシタリシガ(Windscheid, Pand. II, § 463, Anm. 9 ff.)近世ノ法律ニ於テモ之ニ從フモノ多シ(獨取消法)。

債務者ノ惡意ハ特ニ取消權ヲ行使セントスル債權者ニ對シテ存シタルコトヲ必要トセズ。例ヘバ詐害行為ノ當時債務者ガ偶々其債權ノ存スルコトヲ忘却シタリトスルモ、苟クモ債權者(他ノ債權者)ヲ害スルコトヲ知レルニ於テハ取消權ノ行使ヲ妨ゲズ。法律ハ單ニ「債權者」トイフヲ以テ之ヲ狹義ニ解スベ

受益者ノ
惡意

キ理由ナク又此取消權ヲ認メタル法律ノ目的ヨリ言フモ一般債權者ヲ害スルコトニ付テノ認識ヲ以テ足ルモノト解スルヲ正當トス(岡趣旨、石坂氏前掲)。

(ロ) 受益者ノ惡意。受益者ハ詐害行為ノ當時其行為ガ債權者ヲ害スル事實ヲ知レルコトヲ要ス。法律ガ此要件ヲ必要トシタルハ取消權ヲ與ヘテ債權者ヲ保護スルガ爲メニ善意ノ第三者ニ不測ノ損害ヲ及ボサランガ爲ナリ。

受益者ト謂フハ詐害行為ニ因リテ利益ヲ受ケタル者ヲ謂フ。債務者ノ行為ノ相手方タルコトヲ普通トスルモ、必ラズシモ之ヲ必要トスルニ非ズ。第三者ノ爲ニスル契約ニ於テハ第三者モ亦惡意ナルコトヲ要ス。

受益者ノ惡意アルコトヲ要スルモ、自ラ行為ヲ爲スコトヲ要スルニハアラズ。例ヘバ債務者ガ受益者ニ對シテ有スル債權ヲ拋棄シタルトキハ受益者ハ敢テ自ラ行為ヲ爲シタルニアラザルモ、其ノ惡意ナルトキハ免除ノ詐害行為トナルベキハ勿論ナリ。此點ニ付テ見ルモ此取消權ヲ以テ第三者ノ債權侵害行為ヲ理由トスルモノト爲スベカラザルハ明ナリ。

轉得者ノ
惡意

(ハ) 轉得者ノ惡意。轉得者ハ轉得ノ當時、詐害行為ガ債權者ヲ害スル事實ヲ知

レルコトヲ要ス。轉得者トハ受益者ヨリ更ニ法律行為ノ目的タル權利ヲ讓受ケタル者ヲ謂フ。即チ所有權、債權等ヲ讓受ケタル者及ビ質權、抵當權、地上權等ノ設定ヲ受ケタル者ヲ指稱ス。民法ガ承繼人ト言フ文字ヲ使用セズシテ特ニ轉得者ト言フ文字ヲ使用シタルハ、相續人ノ如キ包括承繼人ヲ包含セザルコトヲ示サンガ爲ナリ。其結果トシテ取消權ヲ以テ受益者ノ相續人ニ對抗センガ爲メニハ受益者ノ惡意ナリシコトヲ以テ足ル。

受益者ノ惡意ト轉得者ノ惡意トハ關係ニ付テハ我民法ノ解釋上議論アリ。法文ニハ但利益ヲ受ケタル者又ハ轉得者ガ知ラザリシトキハ此限ニ在ラズト規定セリ。兩者共ニ惡意ナルコトヲ要ストイフ說アリ(川名氏前掲、二七〇頁)。其何レカ一方ガ惡意ナラバ其惡意ナル者ニ對シテ取消權ヲ行使シ得ルモノト解スル說アリ(梅義氏)。又受益者ニ對シテ取消權ヲ行使スルニハ其惡意ナルヲ以テ足り、轉得者ニ對シテ取消權ヲ行使スルニ付テハ更ニ轉得者ノ惡意ナルコトヲ要スト解スル說アリ(石坂氏前掲)。余ハ大體ニ於テ第三說ヲ採ル。蓋シ此法文ハ何レニモ解釋シ得ベク、而シテ理論上及ビ實際上第三說最モ妥當ナレ

バナリ。即チ惡意ナル受益者が其法律行為ノ目的物ヲ善意ノ第三者ニ讓渡シタルトキハ第一說ニ依レバ債權者ハ最早取消ヲ爲スコトヲ得ザルベシ。然レドモ若シ然リトセバ惡意ナル受益者ハ概ネ皆目的物ヲ轉賣シテ責任ヲ免ル、ニ至ルベク、取消權ノ制度ヲ設ケタル趣旨ハ之ヲ達シ難カルベシ。此場合ニハ受益者ヲシテ目的物ニ代ルベキ利益ヲ返還セシムルヲ妥當トス。元來轉得者ノ惡意ナルコトヲ要スルハ轉得者ヲ保護スルガ爲ナレバ之ニヨリテ受益者ヲ保護スルノ結果トナスベキニ非ズ(註十五)。又受益者善意ニシテ轉得者惡意ナル場合ニ第二說ニ從ヒ轉得者ノミニ對シテ取消權ヲ行使スルハ一見不都合ナキガ如シト雖モ、元來取消權ノ物體ハ債務者ノ法律行為ニシテ、受益者ハ其法律行為ニ因リテ直接ニ利益ヲ受ケタルモノナレバ其取消ニヨリテ當然不利益ヲ被ラザルヲ得ザルノ地位ニ在リ、隨ツテ其惡意ハ常ニ之ヲ必要トスルモノト言ハザルベカラズ(註十六)。要スルニ受益者ノ惡意ハ常ニ之ヲ要シ、轉得者ノ惡意ハ轉得者ニ對シテモ取消ノ效果ヲ及ボスベキ場合ニ之ヲ必要トスルモノトス。

(註十五) 同趣旨、明治四四年三月二四日大判(聯合部)民錄、一七輯一一七頁、大正七年七月二九日大判、判例四卷一號二頁、大正九年五月二九日大判、民錄、二六輯七七六頁(但之等ノ判決ガ取消ノ效果ガ相對的ナルコトヲ述ブル點ニ於テ余ノ見解ト異ル)。取消ノ效果ガ受益者ニ止マルカ轉得者マテ及ブカハ取消サルベキ法律行為ガ債權行為ナルカ物權行為ナルカニヨリテ異ル、債權行為ナル場合ニハ轉得者ニ及バズ。

(註十六) 反對論者ハ轉得者ニ對スル取消ニ因リテ受益者ニ損害ヲ及ボサザルモノトス(梅氏)。之レ取消權ニ關スル見解ノ差異ニ因ルモノナリ。

取消權成立ノ要件ハ以上ニ盡ク。故ニ(イ)債權者ガ債務名義ヲ有セルコトヲ要セズ、(ロ)債務者ガ支拂ヲ停止シタルコトヲ要セズ、(ハ)固ヨリ債務者ノ同意ヲ要セズ。

三 要件ニ關スル舉證ノ責任。取消權ハ裁判上ノ手續ニ依リテ之ヲ行使スルコトヲ要スルヲ以テ、其行使ニ際シテ債權者ハ原則トシテ總テ取消權ノ成立要件ヲ證明セザルベカラズ。此原則ニ對シテ法律ハ次ノ例外ヲ設ケタリ。即チ主觀的要件ノ内、受益者及ビ轉得者ノ惡意ハ債權者ニ於テ之ヲ證明スルコトヲ要セズ、若シ受益者又ハ轉得者ニ於テ善意ナリシコトヲ理由トシテ取

要件ニ關
スル舉證
ノ責任

消權ノ行使ヲ免レント欲セバ自ラ之ヲ證明スルヲ要スルモノトス。之レ法律ガ受益者等ノ善意ナル場合ヲ但書ノ形式ニ於テ規定シタルニヨリテ解釋上明ナリ(註十七)。

(註十七) 同趣旨、大正七年一〇月二八日大判、民錄、二四輯二一九五頁、同年九月二六日大判、民錄一七三〇頁等、石坂氏七一三頁、川名氏一九八頁、梅氏要義。反對、横田氏四三〇頁、磯谷氏五九〇頁。反對說ハ受益者又ハ轉得者ニ善意ノ舉證責任アリトスルハ「惡意ハ推定セズ」トイフ通則ニ反シ且社會ノ實情ニ適セザルモノトス、然レドモ此所謂通則モ絕對ニ原則ニハアラズ法律ニ於テ例外ヲ定メ得ルコト勿論ナリ、又社會ノ實情ニ適スルヤ否ヤハ相當ノ對價ヲ以テスル賣買モ亦詐害行為トナルヤ否ヤニ依リテ異ル、若シ此ノ如キ賣買モ詐害行為トナルモノトセバ受益者ニ舉證責任アリトスルハ不當ナル結果ヲ生ズベシ、然レドモ余ハ無價行為及ビ對價ノ相當ナラザル有價行為ノミヲ詐害行為ト解スルガ故ニ舉證責任受益者ニアリトスルモ不當ナル結果ヲ生ゼズ、此ノ如キ行為ニ付テ債務者ノ惡意ヲ立證シ得ベキ事情アルトキハ相手方ノ惡意モ一應推定シテ可ナリ。

取消權ノ主體

四 主體。取消權ノ主體ハ債務者ナリ。其債權ニ付テ法律上制限ナキヲ以テ債權發生ノ原因ハ契約ナルト、不法行為ナルト其他ノ法律要件ナルトヲ問

ハズ又履行期ノ到來セルコトヲ必要トセザルモ、取消權ノ性質上詐害行為ニ因リテ害セラルベキ債權即チ共同擔保ノ減少ニ因リテ害セラルベキ債權ナルコトヲ要ス。此點ニ付テ問題トナルベキ諸點次ノ如シ。

(イ) 不作爲ノ債權、雇傭契約上ノ使用者ノ債權ノ如ク債權者ノ財産狀態ト關係ナキモノハ之ヲ包含セズ。

(ロ) 詐害行為當時既ニ成立セル債權ニ限ルカ或ハ詐害行為後ニ債權ヲ取得シタル者モ取消權ヲ有スルカ解釋上議論アルモ前ノ見解ヲ正當トス、蓋シ詐害行為當時未ダ存在セザル債權ハ其行為ノ爲メニ害セラル、コトナケレバナリ(註十八)。

(註十八) 同趣旨、大正八年五月二〇日大判、民錄、二五輯七八八頁、其判批(鳩山)法協、三七卷一六四九頁、民事判例研究一三九頁、大正六年一月二二日大判、民錄、二三輯八頁、仁井田氏、川名氏、横田氏前掲、磯谷氏、五七四頁。反對、石坂氏前掲、加藤氏前掲、論文、破産法研究三二〇頁。反對論者ハ種々ノ理由ヲ擧ケ、(1) 其債權ナクモ他ニ債權アラバ詐害ノ意思ハアリ得ベシト、然レドモ詐害ノ意思ノ外其債權ヲ害シタル事實ヲ要ス、意思ハ抽象的ナルヲ以テ是ルモ事實ハ具體的ナルヲ要ス。

(2) 取消權行使ノ效果ハ總債權者ニ及ビ問題トナレル債權者ノ如キモ利益ニ均霑ス、然ルニ其者ガ自ラ進ミテ取消權ヲ行使シ得ズトスルハ理論一貫セズト、然レドモ權利行使ノ效果ヲ受クルモノト權利ヲ行使シ得ルモノトガ異ルコトアルハ現今ノ法制上怪シムニ足ラズ(其例、前掲、拙稿判批)。要スルニ取消權ヲ設ケタル趣旨ニ考フルトキハ詐害行為以後ニ成立シタル債權ハ此取消權ニ依リテ保護スルノ要ナシ、尙詐害行為當時既ニ成立セル債權ヲ其ノ後ニ至リ讓受ケタル者ガ取消權ヲ有スルハ債權讓渡ノ性質上明ナリ、同趣旨、大正一二年七月一日大判、集二卷五三七頁、法協、四二卷二〇七七頁(平井氏評釋)。

(ハ) 特別擔保(質權、抵當權)ニ依リテ充分ニ擔保セラル、債權ヲ有スル者ハ取消權ヲ有セズ、然レドモ擔保品ノ價格ガ被擔保債權ノ額ニ達セザルトキハ債務者ノ爾餘ノ財産ニ付キ殘額債權ノ辨濟ヲ受クルノ外ナキヲ以テ此ノ如キ債權ヲ有スル者モ亦取消權ヲ有スルモノトス。或ハ之ニ異リ特別擔保モ滅失スルコトアルガ故ニ擔保權ヲ有スル債權者モ擔保品ノ價格ノ多少ニ拘ハラズ常ニ取消權ヲ有スルモノトス(石坂氏七一五頁、加藤氏破。)サレド若シ特別擔保ハ消滅スルコトアリ得ベキヲ以テ此ノ如キ債權者モ亦常ニ取消權ヲ行使スル利益ヲ有スト言ハ、債務者ノ他ノ財産ニ付テモ常ニ此ノ如キ危險アリ、從

取消權ノ行使

ツテ債務者ガ債務ノ完済ニ充分ナル財産ヲ有スル場合ニモ亦常ニ取消權ノ成立ヲ認ムルコト、ナリ、從ツテ債務者ノ無資力トイヘル要件ハ之ヲ必要トセザルコト、ナルベシ。

五 行使。民法ハ「取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」ト規定セリ。故ニ此取消權ハ裁判外ノ意思表示ニ依リテハ之ヲ行使スルコトヲ得ズ、常ニ取消ノ訴ヲ必要トスルコト明ナリ。之レ此取消權ノ一特色ニシテ取消ノ事實ヲ他ノ債權者ニ公示シ債權者間ノ公平ヲ期スルモノナリ。

取消ノ訴ノ性質

(1) 取消ノ訴ノ性質ハ取消權ノ性質ニ關スル見解ニ依リテ定マル。此取消權ヲ財産ノ返還ヲ請求スル債權ナリトスル學者ハ取消ノ訴ヲ以テ給付ノ訴(Leistungs-Klage)タル性質ヲ有スルモノトシ(雄本氏)又此取消權ヲ法律行為ノ取消ヲ目的トスル形成權ナリトスル學者ハ取消ノ訴ヲ以テ形成ノ訴(Gestaltungs-Klage)或ハ創設ノ訴(Konstitutive-Klage)タル性質ヲ有スルモノトス(石坂氏、川名氏、仁、)余ハ此取消權ヲ以テ法律行為ノ取消ノミヲ目的トスルコトアリ又法律行為ノ取消ニ併セテ財産ノ返還ヲモ目的トスルコトアルモノト解スルヲ以テ、前者ノミヲ目的

トスルトキハ形成ノ訴タル性質ヲ有シ、後者ヲ目的トスルトキハ形成ノ訴ト
給付ノ訴トノ性質ヲ兼ネ有スルモノトス。

此訴ノ原
告

(2) 取消ノ訴ノ原告ハ債權者ナリ。債權者ハ自己ノ名ニ於テ訴權ヲ有シ、自己
ノ名ニ於テ取消ノ訴ヲ爲スモノニシテ債務者ノ代理人タルニ非ズ。此點ニ
就テハ疑ナシ。

(3) 取消ハ訴ハ被告ハ何人ナルカ。債權者ハ何人ニ對シテ此訴ヲ提起スベキ
カ之レ最モ疑問ノ存スル問題ナリ。四說アリ。

(イ) 債務者受益者及ビ轉得者ヲ共同被告トスベシトスル說。之レ嘗テ大審院
ノ採用シタル學說ナリ(明治四四年三月二四日)。學說上取消ノ訴ヲ以テ法律
行爲ヲ取消シ且財産ヲ返還セシムルコトヲ目的トスルモノト爲ス者ハ此說
ヲ採ル(梅氏、横田氏、前掲)。

(ロ) 債務者ノ法律行爲ノ當事者ヲ以テ被告トスベシトスル說(石坂氏)。即チ單獨
行爲ニ付テハ債務者一人、契約ニ付テハ債務者ト其相手方ト是レナリ。而シ
テ何レノ場合ニ於テモ轉得者ハ當事者トナラズ。

(ハ) 受益者又ハ轉得者ヲ被告トスベシトスル說。其理由一ナラズ。判例(前掲)

以後ノ判例、前掲、註三參照ハ此取消ハ法律行爲ノ取消ノミ或ハ取消ト財産ノ返還請求ト
ヲ目的トスルモノナレドモ、其取消ハ絶對的ノ取消ニアラズシテ相對的取消
タルニ止マリ、即チ受益者又ハ轉得者ニ對スル關係ニ於テノミ取消ノ效果ヲ
生ズルモノナリトイフヲ理由トシ、雉本博士ハ此取消權ガ形成權ニ非ズシテ
財産返還請求權ナリトイフヲ理由トシ(前掲論文)、又仁井田博士ハ形成權ナレド訴
訟ノ被告タル者ハ原告ト反對利益ヲ有スル者タルベシトイフヲ理由トス

(前掲
論文)

(ニ) 受益者一人ヲ被告トスベシトスル說(川名氏)。法律行爲ノ取消ニシテ、其取消
ノ相手方ニ付テ別段ノ規定ナケレバ民法總則(三條)ノ規定ニ從ヒ相手方ニ對
シテ之ヲ爲スベキモノトス(七九頁)。

惟フニ取消ノ訴ガ法律行爲ノ取消ノミヲ目的トスル場合ニ於テハ其法律
行爲ノ當事者ヲ被告トシテ訴ヲ起スベク、此場合ニ於テハ第二說ヲ正當トス
ベシ(余ハ嘗テ此說ヲ採レリ)。然レドモ取消ノ訴ニ依リテ法律行爲ノ取消ノ外尙財産ノ

返還ヲモ請求スル場合ニ於テハ既ニ財産ヲ返還スベキ者ヲモ併セテ被告ト爲サハルベカラズ、而シテ此場合ニ於テモ法律行為ノ取消ハ取消ノ訴ノ必然的内容タルモノト解スルガ故ニ此場合ニ於ケル被告ハ第一說ノ述ブル所ト同一タルモノト解ス(註十九)。

(註十九) 債務者ヲ被告ニ加フルコトニ對スル有力ナル非難ハ債務者ガ取消ノ訴ニ付キ反對利益ヲ有セズトイフノ點ニアリ、然レドモ債務者ガ其行為ノ效力ヲ支持スルコトヲ欲セザルナラバ始ヨリ其行為ヲ爲サハリシナルベク、債權者ノ干渉ヲ欲セザルニ付テハ債務者亦反對利益ヲ有スルモノト言フベシ。

取消權行使ノ效果

六 效果。取消權行使ノ效果ニ付テ民法ハ其總債權者ノ利益ノ爲メニ生ズベキコトヲ規定スルノミ(四二)。(五條)故ニ理論ニ依リテ之ヲ補充セザルベカラズ。(イ)取消サレタル法律行為ハ初ヨリ效力ヲ有セザリシコトニ確定ス(一一)故ニ物權契約、債權讓渡契約ガ取消サレタルトキハ物權又ハ債權ハ當然債務者ニ復歸スベク、債務免除ノ取消サレタルトキハ債權ハ消滅セザリシコト、ナルベク、又債權契約ノ取消サレタルトキハ初ヨリ債權成立セザリシコト、ナリ、若シ其契約ニ基キテ給付シタルモノ(利息)アラバ不當利得返還ノ請求權ヲ

生ズベシ。

(ロ)取消ヲ爲シタル債權者ハ優先權ヲ取得セズ。之レ第四百二十五條ノ規定スル所ニシテ我民法ノ獨法ト異ル所ナリ。故ニ債權者ガ自己ノ債權ノ満足ヲ得ント欲セバ更ニ強制執行等ノ方法ニ依ラザルベカラズ。

(ハ)取消ノ效果ハ相對的ナリトイフ說アリ(橫田)判例ハ此見解ヲ採ルモ民法上全ク其根據ナシ(註二十)。

取消ノ效果ガ絶對的ナル結果ノ二三ヲ例示セン。所有權移轉行為ガ取消サレ轉得者惡意ナルトキハ(イ)轉得者ハ無權利者ヨリ權利ヲ讓受ケタルガ故ニ權利者ニ非ズ所有權ハ依然債務者ニ存スルコト、ナル。右ノ場合ニ於テ受益者轉得者間ノ讓渡ノ原因ガ賣買ナリトセバ轉得者ハ受益者ニ對シテ追奪擔保ノ請求權ヲ有ス。(ロ)受益者ハ債務者ニ對シテ不當利得ノ返還請求權ヲ有スルコトアルモ擔保ノ請求權ヲ有セズ。(ハ)轉得者善意ナルトキハ債權者ハ所有權讓渡行為其モノヲ取消スコトヲ得ズ唯其原因タル債權契約ノミヲ取消スコトヲ得。從ツテ受益者債務者間ニハ相互ニ不當利得返還ノ債務

關係ヲ生ズ。

(註二十) 判例及ビ其批評ニ付テハ前掲(註三)ヲ見ヨ。判例ハ訴訟ノ效力ハ訴訟ニ干與セザル者ニ及バズトイフヲ理由トス。然レドモ訴訟當事者以外ノ者ガ取消判決ノ羈束力ヲ受ケズトイフコトハ更ニ新ナル訴訟ニ依リテ之ヲ争フモ一事不再理トナラズトイフニ止マル、取消ノ效果タル無効ガ何人ニ對シテモ生ズルモノナリトイフコト、ハ沒交渉ナリ。債務者ノ爲シタル法律行為ヲ債務者ニ對スル關係ニ於テハ取消サズ單ニ他ノ者ニ對シテ取消ストイフガ爲メニハ特別ノ明文ヲ要スルノミナラズ、此ノ如キ相對的取消ハ却ツテ不都合ナル結果ヲ生ジ、債權者取消權ノ目的ニ反ス。

取消權ノ消滅

七 消滅。取消權ニ特殊ナル消滅原因ハ時効ナリ(四二)。(六條)。其時効期間ヲ債權者ガ取消ノ原因ヲ覺知シタル時ヨリ二年間トシ、一般ノ取消權ニ比シテ(六條)更ニ短縮シタルハ、速ニ法律關係ヲ確定スルノ必要更ニ重大ナルモノアレバナリ。行為ノ時ヨリ二十年トシタルハ一般ノ取消權ニ同ジ。

取消ノ原因ヲ覺知シタル時ト謂フハ債務者ノ詐害行為アリタル事實ヲ認知シタル時ヲ謂フ、轉得者ヲ生ジタル場合ニ於テモ轉得ノ事實及ビ轉得者ノ惡意ヲ覺知シタルコトヲ要セズ(註二十二)。

(註二十一) 同趣旨、大正四年一月一日大判、民錄、二一輯二〇三九頁、石坂氏前掲。

第六章 多數當事者ノ債權

第一節 總說

意義

一 債權關係ノ主體即チ債權者及ビ債務者ハ各一人ニ止マルコトアリ又二人以上ナルコトアリ此後ノ場合ヲ指シテ多數當事者ノ債權(多數主體ノ債權、複數債權關係)ト言フ。

單數主體ノ債權關係ニアリテハ債權關係ノ單一ナルハ言フ俟タズ、複數主體ノ債權關係ニアリテハ債權關係ハ單一ナラザルヲ原則トス。サレバ多數當事者ノ債權ト言フハ嚴格ニ言フトキハ同一ノ債權關係ニ付テ多數當事者ノ存スルモノニハアラズ形式上同一ナル給付ヲ目的トスル債權關係ニ付テ多數主體ノ存スル場合ナリトス。

二 債權ハ其成立ト同時ニ直ニ多數主體ノ債權トシテ成立スルコトアリ、一旦單數主體ノ債權トシテ成立シタルモノガ後ニ至リ、相續等ノ原因ニ依リテ

發生原因

多數主體ノ債權ニ變ズルコトアリ。又法律行為ニ依リテ多數主體ナルコトト法律ノ規定ニ依リテ多數主體タルコト、アリ。法律行為ニ因ル場合ニ於テモ其法律行為ハ數主體ニ通ジテ唯一ナルコト、各主體ニ付テ別異ナルコト、アリ。例ヘバー主體ニ付テハ無條件、無期限ニシテ他ノ主體ニ付テハ條件附、期限附ナル數個ノ契約ニヨリテ多數主體ノ債權ヲ成立セシムルコトナキニアラズ。

種類

- 三 多數主體ノ債權ニハ理論上及ビ成法上種々ノ別アリ。我民法ノ明ニ認ムルモノハ次ノ四種トス。
- (イ) 分割債權關係 第四百二十七條。
- (ロ) 不可分債權關係 第四百二十八條乃至第四百三十一條。
- (ハ) 連帶債務 第四百三十二條乃至第四百四十五條。
- (ニ) 保證債務 第四百四十六條乃至第四百六十五條。

以上四種ノ外當事者ノ意思表示ニ因リ又ハ法律ノ規定ニ因リテ種々ナル多數主體ノ債權關係ヲ定ムルコトヲ得ベシ、例ヘバ連帶債權關係、總有債權關

原則ハ分割關係

係(數人ノ債權者共同シモノ)ノ如シ。

四 以上數種ノ複數債權關係ノ中ニ付キ其何レヲ以テ原則トナスカハ債權ノ效力ヲ定ムルニ付テ極メテ重要ナル問題ナリ。我民法ハ分割債權關係ヲ以テ原則トナス(四二條)。之レ羅馬法以來諸國ノ立法例ニ於テ採用スル所ニシテ普通ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ニ從フトイフヲ其理由トナス(註一)(註二)。

(註一) 佛蘭西民法ニハ直接ノ明文ナキモ學說上爭ナシ(Planiol, Traité, t. II, no 715)。獨逸民法モ亦原則トシテハ此主義ヲ採レド(四二〇條)其例外ヲ認ムルノ範圍ハ我民法等ニ比シテ極メテ廣ク、數人ガ共同シテ契約ニ依リ可分債務ヲ負擔セル場合ニハ原則トシテ連帶債務ヲ成立セシムルモノトス(四二七條)。我が舊慣亦之ニ類セリ(明治八年四月布告第六十三號)。

(註二) 多數主體ノ債權關係ニ付キ若シ特別規定ナクバ債權ノ準共有トナルベキコト第二百六十四條ニ依リテ明ナルモ、債權ノ準共有ニ付テハ本章ノ規定(四二七條以下)アルヲ以テ先ヅ二六四條ニ依リテ二四九條以下ヲ準用スルニアラズシテ先ヅ四二七條以下ヲ適用スベキコト明ナリ。但シ四二七條以下ニ對シテ又特別規定ト認ムベキモノアラバ先ヅ其ノ特別規定ニ從ハザルベカラズ、組合員ガ組合財産ニ屬スル債權ヲ共有スル關係ハ此ノ如キ特別規定タル性質ヲ有スルモノト解スベシ、參照、拙著、日本債權法各論下卷增訂版、九六頁、石坂氏、研究

三卷四七七頁等。債務ノ共同遺産相續ニ付キ、末弘氏判例評釋、大正十一年度判例民法四二九頁。

第二節 分割債權關係

分割債權關係

一 分割債權關係 (geteiltes Schuld, verbalinis) トハ可分ノ給付ヲ目的トシ、其給付ガ各債權者及ビ各債務者間ニ分割セラル、多數主體ノ債權關係ヲ謂フ。或ハ連合債權 (obligations conjoints) ト稱ス。例ヘバ數人共同ニテ或ル物ヲ買ヘル場合ニ於ケル代金支拂ノ債務ノ如シ (明治四三年九月一〇八頁) 債權及ビ債務ハ各債權者及ビ各債務者間ニ分割セラル、ヲ其特色トス。

成立要件

- 二 分割債權關係ノ成立要件次ノ如シ。
 - (イ) 可分ノ給付ヲ目的トスルコト。
 - (ロ) 多數主體ノ債權ナルコト。多數主體ノ債權ト言ハンガ爲ニハ數人ノ有スル債權又ハ債務ハ同一ノ給付ヲ目的トスルコトヲ要ス。
- 三 分割債權關係ノ效力次ノ如シ。

效力

(イ) 各債權者及ビ各債務者ノ有スル權利及ビ義務ハ實質上各獨立セル數個ノ權利及ビ義務ナリ。故ニ一債權者又ハ一債務者ニ付テ生ジタル遲滯、履行不能等ノ事項ハ他ノ債權者及ビ債務者ニ其影響ヲ及ボスコトナシ。

(ロ) 分割ノ割合ハ平等ナルヲ原則トス。

(ハ) 個々ノ債權及ビ債務ハ同一ノ給付ヲ目的トストイフ點ニ付テ連絡ヲ有ス。例ヘバ雙務契約ヨリ數人ニ付テ代金支拂ノ債務ヲ成立セシメタル場合ニ於テ其債務者ノ一人ガ未ダ履行ヲ爲サルトキハ相手方ハ同時履行ノ抗辯ヲ有スベク (三五三條) 又契約ノ解除ハ總債權者ヨリ總債務者ニ對シテ之ヲ爲スベシ (四五四條) 此點ニ付テ我民法ニハ明文ナキモ雙務契約ノ性質上疑ヲ容レズ (註)。

(註) 結果同說、石坂氏七六六頁 Enneccerus, Lehrb. Bd. I. 2. 331 解除權ニ付テハ五四四條ノ明文上疑ヲ容レズ、同時履行ノ抗辯權ニ付テハ多少問題トナリ得ベキモ、雙務契約一方ノ當事者ガ二人以上アリ、分割債務ヲ負擔セル場合ニ於テモ其分割債務者ノ全部ガ履行ノ提供ヲ爲シタルニアラザレバ雙務契約ノ一方ノ當事者ガ履行ノ提供ヲ爲シタルモノト言フコトヲ得ザルヲ以テ相手方ハ尙同時履行ノ抗辯權ヲ有スルモノトス。

四 分割債權ノ債權者間及ビ債務者間ノ效力ハ民法第四百二十七條ノ規定
 スル所ニアラズ。所謂對內關係ニ於ケル效力ハ當事者間ニ於ケル法律關係
 ニヨリテ之ヲ決ス。而シテ此關係ニ於テモ平等分割ヲ原則トシ、當事者ノ意
 思表示又ハ其他ノ事情ニ依リテ之ニ例外ヲ設ケ得ルコト對外關係ニ同ジ。
 然レドモ對內關係ニ於テ例外ヲ定ムル意思表示ガ當然對外關係ニ於テ效力
 ヲ生ゼザルハ言フ俟タザル所ナリ、從ツテ對外關係ニ於テハ平等分割ナルニ
 拘ハラズ對內關係ニ於テハ平等分割ナラザル場合ヲ生ジ得ルコト勿論トス
 (前掲判例參照)

第二節 不可分債權關係

不可分債
 權關係ノ
 定義

一 不可分債權關係 (uneilbares Schuldverhältnis) トハ不可分ノ給付ヲ目的トスル多數
 主體ノ債權關係ヲ謂フ。給付不可分ナルガ爲メニ分割シテ給付シ得ザルヲ
 其特色トス。

不可分ノ給付トハ其給付ノ性質又ハ價格ヲ害スルニアラザレバ之ヲ分割

シテ給付スルコトヲ得ザル給付ヲ謂フ。分チテ性質上ノ不可分 (Indivisibilité) ト
 當事者ノ意思表示ニ因ル不可分 (Indivisibilité conventionnelle) トス。前者ハ給付ノ物體ノ性質上
 不可分ナルモノニシテ例ヘバ數人ノ土地所有者ノ爲メニ地役權ヲ設定スル
 債務ノ如シ。一人ノ土地所有者ノ爲メニ先ヅ地役權ヲ設定スルコトハ地役
 權ノ性質上之ヲ許サザルヲ以テ此ノ如キ債務ハ嚴格ニ不可分ナリ。一定ノ
 勞務ヲ目的トスル給付及ビ不作爲ヲ目的トスル給付ハ通常不可分ノ給付ナ
 ルモ、數回ノ勞務又ハ繼續的ノ不作爲ヲ目的トスル場合ニ於テハ時ニ可分ナ
 ルコトナキニアラズ。

當事者ノ意思表示ニヨル不可分トハ性質上可分ナル給付ヲ當事者ノ合意
 ニヨリテ不可分ト爲スヲイフ。例ヘバ金參百圓ヲ給付スベキ債務ハ原則ト
 シテハ固ヨリ可分債務ナルモ債權者ガ特殊ノ目的ノ爲メニ債務者トノ合意
 ニヨリテ之ヲ不可分トナストキハ不可分債務トナルガ如シ。一個ノ物ノ所
 有權又ハ一個ノ物ノ占有ヲ移轉スル給付ハ性質上不可分ノ給付ニアラズ、先
 ズ一人ノ債權者ヲ債務者トノ共有者又ハ共同占有者トナシ、順次ニ他ノ債權

者ニ共有又ハ共同占有ノ持分ヲ讓渡スルモ所有權又ハ占有ノ性質ニ反スルコトナシ、然レドモ債權關係ヲ設クル當事者ノ目的ヨリ言フトキハ通常債務者トノ共有關係ヲ作ルコトヲ目的トセザルモノト認ムベキヲ以テ、此ノ如キ可分權ノ給付ヲ目的トスル債務ハ通常當事者ノ默示ノ意思表示或ハ當該債權ノ目的ニ依リ不可分タルモノト解スルヲ正當トス(註)。

(註) 不可分債務トス、大正四年二月一五日大判、民錄、二一輯一〇六頁、明治三五年一月三日大判、民錄、八輯一七四頁、横田氏、四六三頁。性質上可分債權トス、石坂氏、一一頁、川名氏、二九〇頁。共同賃借人ノ賃料ノ債務ハ反對ノ事情ガ認メラレザル限り性質上不可分トス、大正十一年一月二四日大判、集一卷六七〇頁、判例民法十一年度四二五頁(末弘氏評釋)。

三 不可分給付ハ債權關係ノ各主體ガ單數ナル場合ニ於テモ固ヨリ其目的タルコトヲ得。然レドモ此場合ニ於テハ一部ノ履行不能ノ問題ヲ生ゼズトイフノ外特ニ研究スベキ問題ヲ見ズ。法律ガ特ニ規定ヲ設ケ、又理論上研究ヲ要スルハ不可分債權關係ノ何レカノ主體ガ複數ナル場合是ナリ。而シテ其債權者ガ複數ナルヲ不可分債權ト稱シ、債務者ガ複數ナルヲ不可分債務ト

稱スルヲ得ベシ。我民法ハ兩者ヲ共ニ不可分債務ト言フ。債務者ノ方面ノミヨリ觀察シタルモノナリ。

第一項 不可分債權

一 數人ガ一個ノ不可分給付ヲ請求スル權利ヲ有スル法律關係ハ法律上如何ニ考フベキモノナルカ。一個ノ給付ヲ目的トスルモノナレバ一個ノ權利ニシテ其一個ノ權利ガ數人ニ屬スルモノト考フベキカ、或ハ數人ノ主體アルガ故ニ數個ノ權利ニシテ從ツテ、一個ノ給付ヲ目的トシテ數個ノ權利ノ成立スルモノト見ルベキカ。佛蘭西ニ於テハ之ヲ以テ單一ノ債務ナリトナスコト寧口通説ナリト雖モ、理論上ヨリ考フレバ數人ノ有スル權利ハ數個ノ權利ナリト解スルヲ妥當トスルノミナラズ、我民法ハ此見解ニ從ヒタル證據ヲ有ス。即チ(イ)各債權者ガ單獨ニ請求ヲ爲シ得ルコト(ロ)一債權者ニ付テ生ジタル事項ノ效力ハ原則トシテ他ノ債權者ニ及バザルコト及ビ(ハ)不可分ノ消滅ノ場合ニハ法律上分割債權ニ變ズルコトノ如キハ數債權者ガ同一ノ權利ヲ

不可分債權ノ性質

有スルニアラズシテ各別個ノ權利ヲ有シ、從ツテ異リタル法律上ノ運命ニ從
フガ故ニ生ズル現象ナリト解セザルヲ得ズ。

二 不可分債權ハ數債權者對債務者間ノ關係ニ於テ次ノ如キ效力ヲ生ズ。

(1) 給付ガ不可分ナル結果トシテ各債權者ガ一部ノ給付ヲ請求スル能ハザル
ハ論ナシ。然ラバ單獨ニテ全部ヲ請求シ得ルカ、或ハ總債權者共同スルニヨ
リテ始メテ全部ノ給付ヲ請求シ得ルカ。後ノ見解ヲ採ル立法例無キニ非ズ
(普國)ト雖モ實際上便宜ナラズ、獨逸民法(四三)及ビ瑞西債務法(七〇條)ハ各債權
者ガ總債權者ニ給付スベキコトヲ請求シ得ルモノトス。我民法ハ前ノ見解
ヲ採リ各債權者單獨ニテ全部ノ給付ヲ自己ニ對シテ爲スベキコトヲ請求シ
得ルモノトス(四二)。之ニヨリテ債權ノ行使ハ容易トナリタレドモ理論上ヨ
リ言ヘバ各債權者ヲシテ自己ノ有スルヨリ以上ノ權利ヲ行使セシムルモノ
ニシテ、實際上ニ於テモ他ノ債權者ハ損害ヲ被ルコトナキヲ保セズ。

各債權者ガ單獨ニテ全部ノ請求ヲ爲シ得ル結果トシテ、請求ヨリ生ズル效
果(履行遲滯)ハ又各債權者單獨ニテ之ヲ發生セシムルコトヲ得。

(2) 債務者モ亦一債權者ニ對シテ全債務ノ履行ヲ爲スコトヲ得。而シテ其何
レノ債權者ニ對シテ履行ヲ爲スベキカハ債務者ニ於テ自由ニ選擇ヲ爲スヲ
得。

(3) 債權者ノ一人ニ付テ生ジタル事項ハ他ノ債權者ト債務者トノ關係ニ付テ
如何ナル效力ヲ生ズルカ。

(イ) 履行及ビ履行ノ請求ガ絶對的效果ヲ生ズルコトハ既ニ述ベタリ。然レド
モ履行請求ノ效果ハ他ノ債權者ガ自ラ請求ヲ爲シタルト全然同一ニハアラ
ズ、一債權者ガ請求ヲ爲シタル後ニ於テモ他ノ債權者ハ自ラ請求ヲ爲スコト
ヲ妨グズ(權利拘束及ビ既供託ハ辨濟ト同一ノ效力ヲ有スル故ニ又絶對的
效果ヲ生ズ)。

履行ノ提供モ亦絶對的效果ヲ生ズ。債務者ガ一債權者ニ對シテ爲シタル
全部給付ノ提供ハ他ノ債權者ニ對スル關係ニ於テモ債務ノ本旨ニ從ヒタル
辨濟ノ提供タルガ故ニ辨濟提供及ビ受領遲滯ノ效果ハ總テノ債權者ニ對ス
ル關係ニ於テ之ヲ生ズルモノト解スルヲ正當トス(同說、川名氏二九六頁、
反對、石坂氏九五三頁)。

(四)原則トシテハ相對的效力ノミヲ生ズ(四二九)。各債權者ハ各債權ヲ有スルモノナレバ其各自ノ債權ニ付テハ單獨ニテ有效ニ處分行爲ヲ爲スコトヲ得ベク又各自ノ債權ノミニ付テ獨立ニ法律事實ノ成立スルコトヲ得ルモ其法律行爲又ハ法律事實ノ效果ハ他ノ債權者ニ及バザルナリ。例ヘバ一債權者ガ代物辨濟ヲ受領シ更改相殺免除ヲ爲シ或ハ猶豫期間ヲ許與スルモ他ノ債權者ハ履行期ニ於テ全部ノ給付ヲ請求スルニ妨ナシ又一債權者ニ付テ時効停止時効中斷(請求以外ノ原因ニ因ル)ノ事由存スルモ之ガ爲メニ他ノ債權者ニ對シテ時効ノ完成スルヲ妨ゲズ。之等ノ法律事實ハ唯當該ノ債權者ニ付テノミ其效力ヲ生ズルナリ。

(ハ)代物辨濟相殺更改免除時効完成等一債權者ノ行爲又ハ一債權者ニ付テ生ジタル法律事實ガ其債權者ニ付テノミ效力ヲ生ジ債務者ハ尙全部ノ給付ヲ爲サルヲ得ザル結果トシテ債務者ハ債權ヲ失ヒタル債權者ノ所得ニ歸スベキ部分ニ付テモ尙給付ヲ爲サルヲ得ズ。民法ハ之等ノ法律事實ノ中特ニ更改及ビ免除ニ付テ規定ヲ掲ゲ全部ノ履行ヲ受ケタル債權者ハ更改又ハ

更改
ニ關ス

ル特則

免除ヲ爲シタル債權者ガ其權利ヲ失ハザリシナラバ之ニ分與スベカリシ利益ヲ債務者ニ償還スルコトヲ要スルモノトス(四二九)。例ヘバ甲乙丙三人ニテ丁ニ對シテ金九百圓ノ不可分債權ヲ有シ甲ノミ丁ニ對シテ其債務ヲ免除シタルトキハ乙丙ハ尙九百圓ヲ請求スルコトヲ得ルモ甲ノ取得スベカリシ部分(通常金三百圓)ハ之ヲ甲ニ引渡スコトナク直接ニ丁ニ償還スルコトヲ要ス。同一ノ場合ニ一頭ノ馬ヲ引渡スベキ債務ナリトシ甲ガ其馬ニ付テ三分ノ一ノ持分ニテ共有權ヲ取得スベカリシ場合ニハ同一ノ割合ニテ丁ヲ共有者ト爲スベキカ或ハ其馬ノ價格ノ三分ノ一ヲ丁ニ償還スベキカ解釋上兩說アリ余ハ從來前說ヲ採リタルモ今ハ改メテ後說ヲ採ラントス(同說、横田氏、谷氏下卷一〇五頁、反對、持分說、川名氏二九九頁)。蓋シ「分與スベカリシ利益」ナル字句ハ何レノ意味ニモ解スルヲ得ベク而シテ債務者ノ共有關係ヲ生ズルモノト解スルトキハ債權者ノ豫期セザル結果ヲ生ジ債權ノ目的ニ反スベケレバナリ。

更改免除以外ノ場合即チ代物辨濟相殺等ノ場合ニ於テモ債權者ニ不當利得ノ生ズルハ一ナリ且之ヲ更改免除ノ場合ト區別スベキ何等ノ理由ヲモ發

代物辨濟
及相殺
用ニ類推
適用

見スルヲ得ズ。故ニ之ニ更改、免除ニ關スル規定ヲ類推適用セザルベカラズ
(註) 一債權者ノミニ付テ消滅時効ノ完成シタル場合亦同ジ。又一債權者ト
債務者トノ間ニ混同ヲ生ジタル場合ニ於テハ混同ノ效果ニヨリ當然第四百
二十九條第一項ト同一ノ結果ヲ生ズ。

(註) 同趣旨、石坂氏九〇七頁、磯谷氏下卷一〇七頁。反對、川名氏二九九頁、横田氏四
七六頁。川名氏ハ代物辨濟ノ場合ニハ履行ヲ受ケタル債權者ガ先ヅ代物辨濟
ヲ受ケタル債權者ニ分與スベカリシ利益ヲ引渡シ、其債權者ガ更ニ之ヲ債務者
ニ返還スベキモノトス、極メテ不便ニシテ不當ナル結果ヲ生ズル虞アリ。横田
氏ハ一債權者債務者間ニ於テハ代物辨濟又ハ相殺ハ成立シ得ザルモノトス、即
チ不可分債權全部ニ付テハ一債權者ハ處分權ヲ有セザルヲ以テ固ヨリ代物辨
濟ヲ受ケ又ハ相殺ヲ爲スヲ得ズ、又ハ可分債權ニ付テ各債權者ノ有スル權利ハ
固有ノ權利ニシテ即チ不可分債權ノ思想上ノ一部ニ過ギザルヲ以テ又普通ノ
債權ノ如ク代物辨濟、相殺ノ物體トナラザルモノトス。固ヨリ一債權者ガ不可
分債權ノ全部ニ付テ代物辨濟ヲ受ケ、相殺ヲ爲シ得ザルハ明ナリト雖モ、其各自
ノ有スル權利ニ付テ之等ノ行爲ヲ爲スヲ妨ゲズ。若シ不可分債權ノ性質ニ付
テ債權單一説ヲ採ラバ論者ノ如ク各債權者ノ有スル權利ハ獨立ナル一個ノ債
權ニアラズトノ結論ヲ生ズベシト雖モ、複數説ヲ採ラバ各債權者ノ有スル權利

對內的效
力

ガ獨立ナル一個ノ債權ナルハ明ナリ、殊ニ民法ガ各債權者ノ權利ニ付テ更改及
ビ免除ヲ認メタルハ各債權者ノ有スル權利ヲ以テ一個ノ獨立ナル債權トナシ
タルモノト云ハザルヲ得ズ、更改免除ヲ認メテ代物辨濟、相殺ヲ認メザルノ理由
ナシ。

三 不可分債權者相互間ニ於ケル不可分債權ノ效力ニ付テハ民法ニ明文ナ
シ。其效力ハ債權者相互間ニ存スル所謂對內的法律關係ニ依リテ定マル。
若シ一債權者ガ其給付ヲ獨占スル契約アラバ其契約ニ從フベク、若シ何等特
別ノ定ナクバ平等ナル割合ニ於テ其給付ニ付テ權利ヲ有ス。

第二項 不可分債務

不可分債
務ノ性質

一 數人ガ一個ノ不可分給付ヲ爲スベキ債務ヲ負擔スル法律關係ハ法律上
如何ナル性質ヲ有スルカ。

(イ) 若シ債權者ハ總債務者ニ對シテノミ給付ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス
ルトキハ(普國)一個ノ債務ナリトイフヲ妥當トスベシ。我民法上債權者ハ一
債務者ニ對シ又ハ同時若クハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部ノ履行ヲ請求シ

得ルヲ以テ(四三〇條)之ヲ數個ノ債務ト爲サハルヲ得ズ(第一項)。

(ロ)不可分債務ハ連帶債務ト異ルヤ否ヤ。各債務者ガ全部ノ給付ヲ爲サハルヲ得ザルノ點ニ於テハ兩者相同ジ。然レドモ不可分債務ニアリテハ其全部ノ給付ヲ爲サハルヲ得ザルハ偏ニ給付ガ不可分ニシテ分割給付ノ方法ナキガ故ナリ。故ニ給付ガ可分ニ變ズレバ分割債權トナル。之ニ反シテ連帶債務ニアリテハ給付ハ可分ナルモ各債務者ハ全部給付ノ義務ヲ負フ。即チ前者ハ給付ノ性質上全部給付義務ヲ生ジ後者ハ債務ノ性質上全部給付義務ヲ生ズ。此點ニ於テ我民法上兩者ノ間ニ性質上ノ差異ヲ認ムルコトヲ得。尙效力ノ上ニ於テモ我民法上兩者ノ間ニ差異アリ、即チ連帶債務ニ關スル規定ノ内第四百三十四條乃至第四百四十條ノ規定ハ不可分債務ニ準用ナシ(註一)。

(註一)連帶債務ナリトスル立法例アリ、獨民法四三一條、瑞債法七〇條、奧民法八九〇條。我民法ハ連帶債務ト相似タル一種特別ナル債務トナセルナリ。

(ハ)不可分債務ハ一債務者ニ於テ全部ノ給付ヲ爲シ得ベキ債務ナリ。故ニ數債務者ガ同種ノ給付ヲ負擔シ且其給付ガ相互ニ離ルベカラザル關係ヲ有ス

不可分債務ノ對外效力

ル場合ニ於テモ、全部ノ給付ヲ爲スガ爲メニ必ラズ數人ノ行爲ヲ要スルトキハ不可分債務ニアラズ。例、數人ノ不作爲ノ債務、數人協力シテ作爲(演劇、相撲、建築等)ヲ爲ス債務。

二 不可分債務ノ債權者對數債務者間ノ效力ニ付テ民法ハ連帶債務ニ關スル規定ヲ準用ス(四三〇條)。即チ債權者ハ債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若クハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部ノ履行ヲ請求シ得ルモノトス(四三二條)。之ニ依リ債權者ハ數人ノ債務者ニ對シテ同時ニ全部ノ給付ヲ請求スル訴ヲ起コスコトヲ得ベク、債務者ハ之ニ對シテ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ズ。又債務者ノ全員又ハ數員ガ破産シタルトキハ債權者ハ其債權ノ全額ニ付キ各財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得ルモノトス(四三三條)。故ニ不可分ノ契約ハ連帶ノ契約ト同ジク債權ノ效力ヲ確實ナラシムルモノト言フベシ。

三 不可分債務者ノ一人ノ行爲又ハ一人ニ付テ生ジタル事項ノ效力ニ付テ民法ハ第四百二十九條ヲ準用セリ(四三三條)。即チ此點ニ付テハ連帶債務ニ關スル第四百三十四條乃至第四百四十條ノ規定ハ準用ナク、不可分債權ニ關スル第

一人ノ債務者ノ履行ノ結果

四百二十九條が準用アルモノトス。其結果次ノ如シ。

(イ) 履行ハ絶對的效力ヲ生ズ、一債務者ノ履行ニ依リテ債權消滅スルヲ以テ他ノ債務者モ亦免責ヲ得ルコト明ナリ。供託ハ履行ニ代ルベキモノナルヲ以テ同一ニ解スベキコト明ナリ。履行ノ提供及ビ其結果タル債權者遲滯モ亦絶對的效力ヲ生ズルモノト解スルヲ正當トス。蓋シ一債務者ガ全部ノ給付ノ提供ヲ爲スハ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ナレバナリ。

履行ノ請求ハ不可分債權及ビ連帶債務ニ於テハ絶對的效力ヲ生ズルモ(四八條四)不可分債務ニ於テハ然ラズ、此兩規定共ニ不可分債務ニ準用ナク而シテ一債務者ニ對スル履行請求ガ他ノ債務者ニ對シテ不利益ナル效果ヲ生ズルハ寧ロ理論ニ反スルモノナレバナリ。

(ロ) 原則トシテハ相對的效力ヲ生ズ(四二九項)。詳言スレバ他ノ債務者ニ對シテハ何等ノ效力ヲ生ゼズ唯其行爲ヲ爲シ其事項ノ生ジタル債務者ニ付テノミ效力ヲ生ズルナリ。代物辨濟相殺、更改、免除、混同、時効完成ノ如キ皆然リ。而シテ更改、免除ニ關スル第四百二十九條第一項ノ規定ハ不可分債務ニ準用ア

債務者ハ絶對的效力ヲ得ルコトヲカ

ルガ故ニ履行ヲ爲セル債務者ハ更改、免除ノ爲サレタル債務者ノ負擔部分ニ付テハ債權者ニ對シテ不當利得ノ返還請求權ヲ有スルナリ。其他ノ原因(代物辨濟、相殺、時効完成等)ニ因リテ一債務者ノ債務ノ消滅シタル場合ニ於テモ理論上同一ニ解セザルベカラズ。

(ハ) 一債務者債權者間ニ於テ代物辨濟又ハ更改ヲ爲シ、或ハ債權者ガ一債務者ニ對シテ免除ヲ爲シタル場合ニ於テ當事者ガ特ニ絶對的效力ヲ有スベキ旨即チ總テノ債務者トノ關係ニ於テ債務關係ヲ消滅セシムベキ旨ノ特約或ハ意思表示ヲ爲シタルトキハ、其特約或ハ特別ノ意思表示ニ從フベキカ、或ハ尙第四百二十九條ノ準用アルモノト解スベキカ、解釋上多少議論アルモ第四百二十九條ヲ準用スル旨ノ第四百三十條ノ規定ハ之ヲ強行法規ト解スベキ理由ナキガ故ニ、他ノ債務者ノ利益ヲ害セザル限其特約又ハ特別ノ意思表示ノ效力ヲ認ムルヲ正當トスベシ。此ノ如ク解スルトキハ更改及ビ代物辨濟ノ不可分債務ニ於ケル效力ハ其連帶債務ニ於ケル效力(四三條三)ニ類似スルモ、唯不可分債務ニアリテハ絶對的效力ヲ生ズルガ爲メニ特別ノ意思表示ヲ必要ト

スルノ點ニ於テ尙兩者ノ間ニ差異アリ(註二)。

(註二) 石坂氏(九六五頁)ハ理論上代物辨濟等ニ付テモ絶對的效力ヲ認ムルヲ可トスルモ、解釋上、法律ガ更改ニ付テ相對的效力ヲ認ムルニ止マルヲ以テ代物辨濟等ニ付テモ絶對的效力ヲ認ムルヲ得ザルモノトス。然レドモ更改ニ關スル民法ノ規定ハ強行規定ニアラズ、法律行為ノ效力ナレバ當事者ノ意思表示ニ從ヒテ之ヲ定ムルモ妨ナシト解ス。尙此場合ニ代物辨濟、更改等ヲ爲セル債務者ガ他ノ債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルヤ否ヤ及ビ其求償權ノ範圍ノ問題ハ第四四二條以下ヲ準用シテ之ヲ決スベシ。

四 不可分債務者相互間ニ於ケル不可分債務ノ效力ニ付テ民法ハ連帶債務ニ關スル規定ヲ準用セリ(四三〇條以下)。即チ辨濟其他自己ノ出捐ヲ以テ全部ノ債務ヲ消滅セシメタル債務者ハ他ノ債務者ニ對シ其各自ノ負擔部分ニ付キ求償權ヲ有ス。而シテ負擔部分ノ内容ニ付テハ特別ノ規定ナシト雖モ原則トシテハ平等ナルモノト解セザルベカラズ。

對內的效力

不可分ノ消滅

第三項 不可分ノ消滅

一 不可分ノ給付ハ後ニ至リテ可分給付ニ變ズルコトアリ。例ヘバ當事者ノ意思表示ニ因リテ不可分ナル給付ハ當事者ガ反對ナル意思表示ヲ爲スニ因リテ可分トナリ、性質上不可分ナル給付ハ損害賠償請求權ニ變ズルニ因リテ可分トナル。之ヲ不可分ノ消滅ト言フ。
二 不可分消滅ノ結果不可分債權關係ハ分割債權關係ニ變ズ(四三一條)。之レ不可分債權關係ノ效力ハ唯給付ガ不可分ナリトイフ理由ノミニ因リテ存在スルモノナレバナリ。

第四節 連帶債務

第一項 連帶債務ノ性質

一 同一ノ給付ヲ負擔セル數人ノ債務者アリ、各債務者ガ全部ノ給付ヲ爲スコトヲ要シ、而シテ一回ノ給付ニヨリテ全債權ノ消滅スベキ債務ヲ連帶債務(Cessansschulden, obligations solidaires)ト言フ。其性質ニ關シテハ古來頗ル議論アリ。今學說ノ概要ヲ略述シ次ニ我民法ノ解釋論ヲ述ベントス。

連帶債務ノ性質

二 連帶債務ハ一個ノ債務ナリヤ數個ノ債務ナリヤ。之レ最モ議論ノ存スル所ナリ。

(1) 獨逸普通法ニ於テハ主トシテ羅馬法ノ解釋ニ付テ議論アリ。ケルラー及ピリッペントロフ(Keller u. Ribbentrop)以來學者ハ概ネ皆連帶債務ニ付テ二種ヲ區別シ、一ヲKorrealobligation(共同他) Blossolidarobligation(單純)ト言ヒ而シテ兩者區別ノ標準ニ付テ議論ヲ闡ハセリ。即チ(イ)ケ氏及ピリ氏ニヨリテ主唱セラレ多數說ト認メ得ベキ學說ニ依レバ共同連帶ニアリテハ債務關係ハ單一ニシテ從ツテ一債務者ニ付テ生ジタル事項ハ當然他ノ債務者ニ影響ヲ生ズルニ反シ、單純連帶ニアリテハ債務關係ハ複數ニシテ唯同一ノ目的ヲ有スルニ止マルガ故ニ此目的ノ満足セラル、場合ヲ除キテハ一人ノ債務者ニ付テ生ジタル事項ハ他ノ債務者ニ影響ヲ及ボサザルモノトス。之ヲ債務單一說ト稱フ。(ロ)一派ノ學者(第一說ト稱フ)ハ共同連帶ニアリテモ亦債務ハ複數ナリトシ從ツテ共同連帶ト單純連帶トノ差異ハ之ヲ他ノ點ニ求ム。之ヲ債務複數說ト稱フ。而シテ其差異ニ付テハ又數說アリ。或ハ共同連帶ニアリテハ債務發生

ノ原因ハ法律行爲ニシテ單純連帶ニアリテハ法律ノ規定ナリトシ、或ハ兩者ノ差異ハ羅馬法ニ於ケル訴訟手續ニ基ケルニ過ギズシテ實體法上ノ理由ニ基ケルモノニアラズトナス。(ハ)此他尙單一說ト複數說トヲ調和セントスル折衷說アリ(註1)。

(註1) 連帶債務ニ關スル學說ノ稍詳細ナル説明ニ付テハ石坂氏、七六九頁以下、Windscheid, Pand. II, § 293 S. 201.

(2) 獨逸民法(四二)ニ於テハ共同連帶ト單純連帶トノ區別ヲ認メズ、而シテ通說ハ連帶債務ヲ以テ同一ノ目的ヲ有スル多數ノ債務トナス。佛蘭西民法ニ於テモ亦此區別ヲ認メズ、而シテ學說上債務ノ單數ナリヤ複數ナリヤニ付テ多ク議論ヲ見ズト雖モ、一個ノ債務ニシテ且債務者間ニ代理關係存在スルガ故ニ一人ノ債務者ニ付テ生ジタル事項ハ原則トシテ絶對的效力ヲ生ズルモノト說クヲ常トス。我舊民法ハ連帶債務ノ外ニ全部義務ヲ認メ、前者ニ於テハ債務者間ニ代理關係アリ後者ニ於テハ代理關係ナキモノトス(財產篇三、七八條)之レ羅馬法ニ於ケル共同連帶ト單純連帶トニ該當スルモノニシテ、佛法ニ於

テ一派ノ學者ガ完全連帶ト不完全連帶トヲ區別スル標準ヲ採用セルモノナリ(註二)。

(註二) 其他ノ立法例ニ於テモ共同連帶ト單純連帶トノ區別ヲ認ムルモノナク二種ノ連帶債務ヲ認ムル實際上ノ必要モ亦存在セズ。

三 我民法上連帶債務ハ如何ナル性質ヲ有スルカ。

(1) 連帶債務ハ數個ノ債務ナリ。債務者數人アルトキハ債務關係モ亦複數ナリト解スルヲ自然ノ解釋トス。單一說(橫田氏、四)ハ一債務者ニ付テ生ジタル事項ガ絕對的效力ヲ有スルコトアルノ理ヲ説明センガ爲メニ案出セラレタルモノナレドモ、此現象ハ他ノ理由ニヨリテ之ヲ説明スベク、債務ノ單一ヲ理由トスルハ理論上非ナリ、殊ニ我民法上一債務者ニ付テ生ジタル事項ハ相對的效力ヲ有スルニ止マルヲ以テ原則トス。又我民法上連帶債務ノ性質ヲ定ムベキ基礎タル條文(四三)ニ於テ法律ハ債權者ガ各債務者ニ對シテ同時又ハ順次ニ全部又ハ一部ノ給付ヲ請求シ得ベキモノトスルガ故ニ債務多數說ヲ採リタルモノト言ハザルベカラズ(註三)。

我民法ニ於ケル連帶債務ノ性質

(註三) 通説ナリ、同趣旨、大正四年五月二十九日大判、民錄、二一輯八五一頁(債權者ニ對シテハ一個ノ債務ノ如ク見做サル、モ各債務者ハ各個獨立ノ債務ヲ負擔スルモノナレバ其一人ノ爲メニハ商事債務タリ他ノ者ノ爲メニハ民事債務タルコトアリトス)大正八年一月一日大判、民錄、二五輯二三〇三頁(各自獨立ノ債務ヲ負擔スルモノナレバ債權者ハ連帶債務者ノ一人ニ對スル債權ヲ讓渡シ得ルモノトス)。數個ノ債務ナレバ一人ノ債務者ノミニ付キ保證人アルコトヲ得ベク(四六四條)又各債務ニ付キ期限又ハ條件ヲ異ニスルコトヲ得。

(2) 數個ノ債務ハ各、全部ノ給付ヲ内容トス。分割債務ニアリテハ數個ノ債務ガ全部ノ給付ヲ内容トセザルハ言フ俟タズ。不可分債務ニアリテモ各債務者ハ本來全部ノ給付ヲ内容トスル債務ヲ負擔スルニハ非ズ、唯給付ガ不可分ナルノ結果止ムヲ得ズ全部ノ給付ヲ爲スノ外ナキナリ。連帶債務ニアリテハ全部ノ給付ヲ爲スコトガ即チ各債務者ノ債務ノ内容ナリ(註四)。連帶債務ノ各債務者ガ全部ノ給付ヲ爲スベキ債務ヲ有スル當然ノ結果トシテ債權者ハ各債務者ニ對シテ同時又ハ順次ニ全部ノ給付ヲ請求スル權利ヲ有ス(四三)。又連帶債務ニアリテハ給付ハ不可分ニアラザルガ故ニ債權者

ハ給付ヲ分割シテ一部分ヲ一債務者ヨリ請求シ、他ノ一部分ヲ他ノ債務者ヨリ請求スルコトヲ得^(同條)。而シテ何レノ債務者ヨリ給付ノ如何ナル部分ヲ請求スルカハ全ク債權者ノ自由ニ選擇シ得ルモノトス。然レドモ之ヲ債權者ガ選擇權ヲ有スル選擇債務ト同視スベキニアラズ。連帶債務ニアリテハ選擇ノ前後ヲ問ハズ各債務者ハ全部ノ給付ヲ爲スベキ確定債務ヲ有スルモノナレバナリ^(註五)。

^(註四) 通説ナリ(石坂氏、川名氏、横田氏、仁井田氏論文、法協三四卷一號)反對(中島氏論文、梅博士追悼記念論文集)。

^(註五) 不可分給付ニ付テ連帶債務ヲ成立セシムルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題アリ、積極説(石坂氏)アルモ不可分給付ニ付テハ一部給付ヲ爲スコトヲ得ズ從ツテ第四百三十二條ヲ其儘ニ適用スルコトヲ得ザルガ故ニ之ヲ純然タル連帶債務ト稱スルヲ得ズ、唯出來得ル限ニ於テ連帶債務ニ關スル規定(特ニ四三〇條ニヨリテハ不可分債務ニ準用ナキ)ヲ準用スベキ連帶債務ヲ成立セシムルコトヲ得ルニ止マルモノトス、川名氏、要論三一頁參照。

③一回ノ給付ニ因リテ全部ノ債權消滅ス。之レ即チ連帶債務ノ特色ナリ。債權者ガ數人ノ債務者ニ對シテ全部ノ給付ヲ請求スベキ數個ノ債權ヲ有ス

ルコト前述ノ如シトセバ債權者ハ數回ノ給付ヲ受クルコトヲ得ベキガ如シト雖モ、連帶債務ニ於テハ債權者ハ單ニ一回ノミ全部ノ給付ヲ受クルヲ得ルニ止マルモノトス。之レ學說立法例ノ一致スル所ニシテ且我民法ノ解釋上疑ヲ容レザル所ナリ。蓋シ連帶債務ニアリテハ數個ノ債務アリト雖モ其數個ノ債務ハ數個ノ目的ヲ達スルガ爲ニ存スルニハ非ズシテ唯一個ノ共同ノ目的ヲ達スルガ爲ニ存スル數個ノ手段タルニ過ギズ、即チ一ノ目的ヲ確實ニ到達スル方法トシテ數個ノ手段ヲ使用シタルモノナルガ故ニ、其一個ノ手段ノ實行ニヨリテ既ニ其目的ノ達セラレタルトキハ他ノ手段ハ其存立ノ基礎ヲ失ヒテ消滅スルニ外ナラズ。

同一ノ給付ヲ内容トスル數個ノ債務ノ存スル場合ニ於テモ其經濟上ノ目的ガ同一ニアラザルトキハ之ヲ連帶債務ト稱スルヲ得ズ。例ヘバ丁ノ所有ニ屬スル或ル馬ヲ乙ノ被相續人ガ甲ヨリ買ヒ又同時ニ乙ガ之ヲ知ラズシテ丙ヨリ買ヒタル場合ニハ甲丙共ニ乙ニ對シテ同一物ヲ給付スル債務ヲ有スルモ連帶債務ニハ非ズ。又甲ガ乙ニ貸貸シタル物品ヲ乙ノ不注意ニ因リテ

丙ニ盜マレタルトキハ乙丙共ニ損害賠償ノ債務ヲ有スルコトアルモ亦連帶債務ニ非ザルガ如シ。故ニ連帶債務ニ於テ全債務ガ一回ノ給付ニヨリテ消滅ストイフ現象ハ、數個ノ債務ノ内容ガ同一ナリトイフコトニヨリテ之ヲ説明スルコトヲ得ズ、目的ノ單一、共同ヲ理由トスルヲ要ス。

連帶債務ハ又必ラズシモ常ニ同一ノ發生原因ヲ要スルモノニアラズ。故ニ發生原因ノ同一ナリトイフコトニヨリテ連帶債務ノ上ニ述べタル特質ヲ説明セントスル說ハ又誤レリ。例ヘバ法律ノ規定ニ因リテ成立スル連帶債務ニハ同一ノ發生原因ヲ必要トセザルモノアリ(九一三條二項)又當事者ノ法律行為ヲ發生原因トスル場合ニアリテモ或ハ其法律行為ハ時ヲ異ニスルヲ得ベク或ハ其體様ヲ異ニスルヲ得ベク常ニ同一ナルコトヲ要セザルナリ。要スルニ連帶債務ガ一回ノ辨濟又ハ辨濟ト同視スベキ債權者ノ満足ニ因リテ全滅スルノ現象ハ目的ノ單一共同ニヨリテ之ヲ説明スルノ外アラザルナリ。

(4) 連帶債務ノ各債務ハ同一ノ給付ヲ内容トスルコトヲ要ス。數人ノ債務者ガ各、異リタル給付ヲ負擔セル場合ニ於テハ縱令其一給付ノ履行ニ因リテ全

同一ノ給付ヲ内容トス

債務ノ消滅スベキ旨ノ特約アリトスルモ之ヲ以テ連帶債務ト爲スコトヲ得ズ。例ヘバ甲ハ米百俵ヲ給付シ乙ハ金千圓ヲ給付スル債務ヲ有スル場合ニ於テハ第四百三十二條ヲ之ニ適用スルコト能ハザルベシ。即チ第四百三十二條ハ數債務者ノ負擔セル給付ガ客觀的ニ同一ノ内容ヲ有スルコトヲ前提トセルモノト言ハザルベカラズ。然レドモ各債務者ノ有スル給付義務ガ全然同一ノ體様ヲ有スルコトハ必要ニアラズ、條件附、期限附ナル給付義務ト無條件、無期限ナル給付義務トガ相結合シテ連帶債務ヲ成立セシメ得ベキコトハ學說立法例ノ一般ニ認ムル所ニシテ我民法ノ解釋上亦之ヲ是認セザルベカラズ(四三條三)。

(5) 連帶債務ハ債務者間ノ對内關係ニ於テハ常ニ所謂負擔部分ナルモノヲ存シ、從ツテ一債務者ガ辨濟等ヲ爲シタル場合ニ於テハ求償權ノ問題ヲ生ズ。之レ連帶債務ガ不真正連帶債務ト異レル點ノ一ナリ(註六)。

要之、連帶債務ハ債務者ノ多數ナル複數主體債務ノ一種ニシテ、其特色ハ單一ノ目的ノ爲ニ各債務者ガ獨立ニ(此點ニ於テ保全部ノ)全部ノ(此點ニ於テ分割債務及)

對内關係ニ負擔部分アリ

給付ヲ爲スベキ債務ヲ負擔シ而シテ債務者間ニ於テハ負擔部分ノ定マレル點ニ在ルモノト言フベシ。

(註六) 連帶債務ニ在リテハ常ニ負擔部分ナルモノ存在ストイフハ、債權者ニ對シテ總債務者ノ負擔スル全部ノ給付ヲ債務者相互間ニ於テハ如何ナル割合ニテ分擔スベキカノ問題ノ定マレルコトヲ謂フ。必ラズシモ其ノ負擔部分ノ有ナルコト(積極的内容ヲ有スルコト)ヲ要セズ、負擔部分零ナル者アルモ固ヨリ連帶債務タルコトヲ妨グルモノニアラズ。仁井田氏論文前掲參照。判例(大正四年四月一九日大判、民錄二一輯五二四頁)ガ連帶債務タルニハ必ラズシモ債務者ガ各自ニ自己ノ負擔部分ヲ有スルコトヲ要セズトイフハ本文ノ謂フ所ト背馳スルニアラズ。

四 連帶債務ト不真正連帶債務トノ差異ニ付テハ後ニ述ブ(註七)。

(註七) 我國ニ於ケル連帶債務ニ關スル學說ハ本文ニ述ベタル所ト大同小異ナリ、唯石坂氏ハ原因ノ同一ナルコトヲモ亦連帶債務ノ一要件ニ數ヘ、此點ニ於テ連帶債務ト不真正連帶トヲ區別セントス。然レドモ連帶債務ニアリテモ發生原因ヲ異ニシ得ルコト上ニ述ベタルガ如シ。石坂氏ハ發生原因ニ付テ實質的原因ト形式的原因トヲ區別シ、連帶債務ニアリテハ前者ノ同一ナルヲ要スルモ後者ノ同一ナルヲ要セザルモノトス。余ハ連帶債務ノ發生原因即チ法律要件ニ

連帶債務ノ發生原因

付テ實質的ト形式的トノ區別ヲ設クルヲ非トスルガ故ニ此說ニ從ハズ。例ヘバ甲乙二人二個ノ消費貸借ニヨリ連帶シテ丙ヨリ金千圓ヲ借入レタル場合ニ石坂氏ハ發生原因ハ共ニ消費貸借ナルヲ以テ實質上同一ナリトス。然レドモ債權ノ發生原因ハ法律要件ニ外ナラザルヲ以テ、二個ノ法律行為アル場合ニハ二個ノ法律要件アリ、二個ノ發生原因アルモノト考フ。特色ヲ有スル學說ハ中島氏ノ說ナリ。氏ハ連帶債務ヲ以テ各債務者ノ負擔部分ヲ内容トスル自己ノ債務ト他人ノ負擔部分ヲ内容トスル他人ノ債務ヲ辨濟スベキ債務トノ結合ナリト爲ス(梅博士追悼記念論文集、志林一三卷八號、九號)石坂氏ノ之ニ對スル批評京法、六卷一四七八頁、一八〇一頁。

第二項 連帶債務ノ發生原因

- 一 連帶債務ハ法律行為又ハ法律ノ規定ニ因リテ發生ス。其法律ノ規定ニ因リテ發生スル例ハ民法及ビ商法ニ尠カラズ(法民四四條七一三六條一四六條二九六條三三九條等)。而シテ其債務ガ連帶債務ナルベキコトニ付テ常ニ法律ノ明文ヲ要スルモノトス。
- 二 連帶債務ノ發生原因タル法律行為ハ契約タルコトヲ常トスルモ亦遺言

タルコトヲ得。而シテ常ニ連帶債務ヲ成立セシムベキ旨ノ意思表示ヲ要スルモノトス(同題旨、大正四年九月二二日、大判、民録二一四八六頁)。獨逸民法ハ數人ガ共同ノ契約ニヨリテ可分ノ債務ヲ負擔スルトキハ連帶債務ヲ負擔シタルモノト推定ストイフ規定ヲ掲グレドモ(七四二條)我民法ニハ此ノ如キ規定ナク、同一ニ解スルヲ得ズ。然レドモ必ラズシモ連帶債務ト言ヘル文字ヲ使用セルコトヲ要スルニハ非ズ、實質上連帶債務ヲ成立セシムル旨ノ意思表示アラバ文字ハ之ヲ問ハザルモノトス。

三 契約ハ數債務者ニ通ジテ共通ナルコトアリ、又各債務者別個ナルコトアリ。別個ナルコトヲ得ルガ故ニ連帶債務ガ同一ノ發生原因ヲ必要トストイフ説ハ採リ難シ。而シテ其何レノ場合ニ於テモ一債務者ニ付テ存スル法律行為ノ無効又ハ取消ノ原因ハ其效力ヲ他ノ債務者ニ及ボサザルモノトス(三三條)。之レ必ラズシモ各債務者ニ付テ別個ノ法律行為ノ獨立ニ成立スルガ故ニアラズ、各債務者ニ付テ獨立ノ債務ノ成立スルガ爲ナリ。而シテ數債務者ニ通ジテ一個ノ法律行為ノ存スル場合ニ於テハ法律行為ノ一部ノ無効ガ其

連帶債務ノ對外的效力

債權者ノ連帶債務者ニ對シテ權利有スル

全部ノ無効ヲ惹起セザル場合ノ一ニ屬スルモノトス。此ノ第四百三十三條ノ規定ハ、連帶債務ヲ成立セシムル法律行為ノ效力ヲ可分且獨立ナリト解スルコトガ、當事者ノ意思ニ適スルモノナリトイフ推定ニ基ケルモノナルガ故ニ、當事者ガ反對ノ意思表示ヲ爲セル場合ニハ固ヨリ之ニ從ハザルベカラズ。

第三項 連帶債務ノ效力

連帶債務ノ效力ニ付テハ對外的效力即チ債權者對債務者間ノ效力ト對內的效力即チ債務者相互間ニ於ケル效力トヲ區別スルヲ得ベシ。本項ニ述ブレル所ハ其前者ナリ。

第一目 債權者ノ權利

一 債權者ハ連帶債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若クハ順次ニ總債務者ニ對シ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得(四三條)。「同時ニ」請求ストイフハ例ヘバ一時ニ數人ノ債務者ニ對シテ共同訴訟ヲ提起スルガ如シ。「順次ニ」トイ

フハ一債務者ニ對シ先ヅ訴訟ヲ起コシ既ニ權利拘束ノ效力ヲ生ジ又ハ判決確定ニ至リタル後更ニ他ノ債務者ニ對シテ起訴スルガ如シ。

二 債務者破産ノ場合ニ於テ債權者ハ其債權ノ全額ニ付キ各財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得(四四一條)。

(イ) 數人又ハ全員ノ債務者ガ同時ニ破産宣告ヲ受ケタル場合又ハ時ヲ異ニシテ破産宣告ヲ受ケルモ未ダ何等ノ辨濟又ハ配當ヲ受ケザル場合ニ於テハ、債權者ハ其債權ノ總額ニ付テ各破産財團ノ配當ニ加入シ得ルコト明ナリ。

(ロ) 債權者ガ破産外ニ於テ一部辨濟ヲ受ケタル後破産ノ開始シタル場合、又ハ數人ノ債務者ガ時ヲ異ニシテ破産宣告ヲ受ケ後ノ破産宣告當時既ニ前ノ破産財團ヨリ配當ヲ受ケタル場合ニ於テ、債權者ガ當初ノ債權ノ全額ニ付テ配當ニ加入シ得ルカ或ハ殘額即チ破産宣告當時ニ於ケル債權ノ額ニ付テノミ配當ニ加入シ得ルカ諸國ノ立法例ノ一致セザル所ニシテ(獨破六八條、佛商五條、瑞破二條)我民法ノ解釋上亦多少議論アリタルモ、新ニ制定セラレタル破産法ハ此問題ヲ解決シ破産宣告ノ時ニ於テ有スル債權ノ全額ニ付テノミ配當ニ加入

シ得ルモノトス。此解決ハ破産債權ノ額ハ破産宣告ノ當時ヲ標準トスベシトスル破産法ノ理論ニ適スベキモ、債權ノ效力ヲ確實ナラシメントスル連帶債務ノ目的ハ多少爲メニ害セラル、ノ虞ナシトセズ。

第二目 連帶債務者ノ一人ニ付キテ生ジタル事項ノ效力

一 連帶債務者ノ一人ニ付キテ生ジタル事項ガ他ノ債務者ニ對シテ如何ナル效力ヲ及ボスカノ問題ハ連帶債務ノ性質上次ノ二個ノ原則ニヨリテ解決スルヲ以テ理論上正當ナリトス。

(イ) 連帶債務ハ數個ノ債務ナリ。故ニ一債務ニ付テ生ジタル事項ハ其效力ヲ他ノ債務ニ及ボサズ。

(ロ) 連帶債務ハ單一ノ目的ヲ有ス。故ニ其目的ヲ達シタルトキハ全債務ハ消滅ス。

今兩者ヲ綜合スレバ連帶債務ノ目的ヲ達シタル場合ノ外原則トシテハ相

對的效力ヲ生ズトイフニ歸スベシ。我民法モ亦大體ニ於テハ此理論ニ從ヘリ。サレド便宜上特別ノ理由ニ基キ二三ノ例外ヲ設ケタルモノ無キニアラズ。諸外國ノ立法例ニ於テモ亦必ズシモ上述ノ理論ノミニハ從ハズ。獨法ハ此理論ニ近クシテ對的效力ヲ認ムルノ範圍狹ク(乃至四二二條佛民法ハ之ニ反シテ其範圍廣シ佛一八二〇條一八五〇條一三〇一〇七條一三六五條)。我民法ノ規定ハ兩者ノ中間ニ位ス。

絕對的效力ヲ生ズル事項

二 我民法上對的效力ヲ生ズル場合次ノ如シ。
(イ) 辨濟。直接ノ明文ナケレド言ヲ俟タズ(佛四二條獨四二〇條)。代物辨濟(四二條)及ビ供託(四九六條)ハ辨濟ト同一ノ效力ヲ有スルモノニシテ從ツテ又對的效力ヲ有ス(獨四二條)。之等ノ事項ガ給付ノ一部ニ付テ生ジタルトキハ其範圍内ニ於テ對的效力ヲ生ジ、總債務者ニ付テ其債務ヲ減少セシム。
(ロ) 相殺(佛一八二條獨四二二條)。相殺ハ債權ノ目的ヲ達スル一方法ナルガ故ニ對的效力ヲ生ズベキコト羅馬法以來各國立法例ノ認ムル所ナリ。
連帶債務者ノ一人ハ他ノ債務者ガ債權者ニ對シテ有スル反對債權ヲ以テ

相殺ヲ爲スコトヲ得ルカ。獨逸ノ普通法上稍議論アリタレド獨逸民法及ビ佛蘭西民法ハ之ヲ認メズ、理論上又之ヲ許スベキ理由ナシ。我民法ハ反對債權ヲ有スル債務者ガ相殺ヲ援用セザル間ハ其負擔部分ニ限り他ノ債務者ニ於テ相殺ヲ援用シ得ルモノトス(四三六條)。債權者以外ノ者ガ債權ヲ處分シテ相殺ヲ爲シ得ルコトヲ認メタルモノニシテ理論上著シキ例外ナルモ、之ヲ認メザルトキハ相殺ニ供シ得ベキ反對債權ヲ有スル債務者ガ相殺ヲ爲シ得ザルニ至ルベク、又法律關係ヲ複雑ナラシムルノ不便アリ。之レ此規定ヲ設ケタル所以ナリ。

(ハ) 更改(四三三條)。更改モ亦債務消滅ノ原因ナリ。然レドモ債權者ハ之ニ因リテ債權ノ目的ヲ達スルニ非ザルヲ以テ寧ロ當事者ノ意思ヲ推測シテ之ニ對的效力ヲ與ヘタルモノト言ハザルベカラズ。佛蘭西民法(一八條)ハ我民法ト同様ナレド、獨逸民法ニハ更改ニ關スル規定ヲ缺ク。而シテ學者ハ多ク之ニ對的效力ヲ認メズ(Schollmeyer, zu § 422; Oertmann, zu § 423)。

更改ハ連帶債務者ノ全員ガ新債務ヲ負擔シタル場合ニ於テノミ對的效力ヲ生ズル事項ノ效力

カヲ生ズルニハ非ズ、其一債務者ノミガ新債務ヲ負擔シタル場合ニモ尙絕對的效力ヲ生ズルコト明文上疑ヲ容レザル所ナリ(佛民前掲)。若シ之ト異リタル結果ヲ生ゼンガ爲メニハ當事者ノ特別ノ意思表示アルヲ要ス。

(ニ)混同(四三〇八條)。混同ハ債權者ノ満足ヲ生ズルモノニ非ズ。故ニ其絕對的效力ヲ生ズルハ理論上ノ結果ニ非ズ。第四百三十八條ガ特ニ辨濟ヲ爲シタルモノト看做ス(ト)規定シタルニヨリ便宜上ノ理由ニ基キテ之ニ辨濟ト同一ノ效力ヲ認メタルノ趣旨ヲ窺フヲ得ベシ。獨逸民法ハ單ニ相對的效力ノミヲ認メ(四二佛蘭西民法ハ其債務者ノ負擔部分ニ付テノミ他ノ債務者モ亦債務ヲ免ル、モノトス(一三〇)。

(ホ)連帶債務者ノ一人ニ對スル免除ハ其ノ債務者ノ負擔部分ニ付テノミ絕對的效力ヲ生ズ(四三三七條)。免除ハ債權者ニ満足ヲ與ヘザルモノナルニ因リ理論上ニ於テハ單ニ相對的效力ノミヲ認ムルヲ正當トス。法律ガ或ル範圍ニ於テ之ニ絕對的效力ヲ認メタルハ專ラ便宜上ノ理由ニ基ケルナリ。

免除ノ絕對的效力ヲ有スルハ免除ヲ受ケタル債務者ノ負擔部分ニ限ルコ

ト法律ノ規定スル所ナリ。然レドモ債權者ハ又全部ノ債務ヲ免除スルノ意思ヲ有シ、此意思ヲ一債務者ニ對シテ表示スルコトアルベシ。此ノ如キ場合ニ於テ其意思表示ノ效力ヲ認ムルハ敢テ第四百三十七條ニ矛盾スルモノニハ非ズ(同說石坂氏)。獨佛ノ民法ハ共ニ少シク我民法ト異ル(獨四二三條佛一四二八五條)。獨法ハ相對的效力ニ傾キ、佛法ハ一般の絕對效力ニ近シ。

(ヘ)履行ノ請求。債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ニ絕對的效力ヲ認メタルハ(四三理論ニ反ス)。又此ノ如キ一般の規定ハ外國ノ法律ニモ多ク其例ヲ見ザル所ニシテ、著シク債權者ヲ保護スルニ偏シタルモノト言フベシ。履行ノ請求ガ絕對的效力ヲ生ズル結果トシテ、之ニ因ル履行遲滯(四三項二)及ビ時效中斷(七四)モ亦絕對的效力ヲ生ズ。佛蘭西民法ハ遲滯及ビ時效中斷ニ絕對的效力ヲ認メ(六條一〇五條一〇七條)、獨逸民法ハ相對的效力ノミヲ認ム(四二條)。

(ト)時效ノ完成。時效ノ完成ハ當該債務者ノ負擔部分ニ付テノミ絕對的效力ヲ生ズ(九條三)。消滅時效ハ固ヨリ債權ノ満足ヲ生ズルモノニアラザレバ此規定ガ便宜上ノ理由ニ基ケルハ言ヲ俟タズ。獨逸民法(四二條)ハ相對的效力ノミ

ヲ認め、佛蘭西民法ニハ規定ヲ缺ク。

(チ)債權者遲滯。一債務者ノ爲シタル履行ノ提供ヲ債權者ガ受領セザル場合ニ於テ債權者ノ受領遲滯ハ當該ノ債務者ノミノ爲メニ生ズルカ或ハ總テノ連帶債務者ノ爲メニ生ズルカ。獨逸民法(四二)ハ此受領遲滯ニ絶對的效力ヲ認メタルモ、我民法ニハ何等ノ規定ナキガ故ニ解釋上一ノ疑問タルヲ免レズ。余ハ從來多數說(石川名氏三五八頁)ニ從ヒ債權者遲滯ニ付テハ第四百四十條ノ適用アリ即チ相對的效力ヲ有スルニ過ギザルモノト解シタルモ、今ハ改メテ絶對的效力ヲ採ラントス。蓋シ一債務者ノ爲シタル履行ノ提供モ亦債務ノ本旨ニ適スルモノナルコト明ナルノミナラズ、債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ノ提供ナルトキハ第三者之ヲ爲スモ尙債權者遲滯ヲ生ズルニ適スルモノナレバナリ、固ヨリ履行ノ提供ノミニ依リテハ債權者ハ未ダ満足ヲ得ルニ至ラズ、然レドモ其満足ヲ得ルニ至ラザルハ偏ニ債權者ノ方面ニ存スル理由ニ基クモノナルガ故ニ、總テノ債務者ニ對スル關係ニ於テ受領遲滯ヲ生ズルモノトスルモ債權者ニ不當ナル不利益ヲ與フルコトナシ。

上ニ述ベタル絶對的效力ヲ生ズル事項ヲ通觀スルニ、其絶對的效力ヲ生ズルノ理由ニ依リテ分類スレバ之ヲ次ノ三種ト爲スコトヲ得ベシ。(1)債權者ノ満足ヲ生ズルカ、或ハ満足ヲ生ゼザル理由ガ債權者ニ存スルモノ、辨濟、供託、代物辨濟、相殺及ビ債權者遲滯。(2)簡單ニ法律關係ヲ整理セントスル便宜的、理由ニ基クモノ、更改、混同、免除及ビ時効ノ完成。之等ニ付テ絶對的效力ヲ認メザルトキハ之等ノ原因ニ因リテ債務ヲ免レタル者モ對内關係ニ於テ求償ニ應ゼザルヲ得ズ、隨ツテ又更ニ債權者ニ對シ不當利得返還請求等ノ問題ヲ生ジ法律關係ヲ複雑ナラシム。(3)債權ノ效力ヲ確保スル以外ニ合理的理由ナキモノノ履行ノ請求。尙絶對的效力ヲ生ズル事項ノ内、負擔部分ノミニ關スルモノト然ラザルモノト區別シ得ベキハ上ニ述ベタル所ニ依リテ自ラ明ナラン。

三 原則トシテハ相對的效力ヲ有スルニ止マル(四四〇條、獨)其ノ適用アル場合ヲ例示スレバ次ノ如シ。

(イ)債務者ノ過失(佛一四二〇五條、反對)一債務者ノ過失ハ他ノ債務者ニトリテハ

相對的効
トス

一ノ事變ナリ。固ヨリ當然其效力ヲ受クベキニアラズ。

(ロ) 債務者ノ遲滯(對佛同、反)。但シ之ニ對シテハ例外アリ(上述履行ノ請求參照)。

(ハ) 履行不能。全債務者ニ付キ一般的ニ履行不能ヲ生ジタルトキハ固ヨリ絕對的效力ヲ生ズルモ、此場合ハコ、ニ論ズル問題ノ外ナリ。一債務者ノミニ付キテ給付ガ客觀的ニ履行不能トナレルトキハ其效果ハ他ノ債務者ニ及ブコトナシ。サレド其場合ハ事實上稀ナルベシ。

(ニ) 時効ノ中斷及ビ停止。但シ時効中斷ニ付テハ上ニ述べタル例外アリ。即チ履行ノ請求ニ因ル時効中斷ハ絕對的效力ヲ生ズルモ、其他ノ中斷事由ハ相對的效力ノミヲ生ズ。判例モ亦債務者ノ承認及ビ差押ニ付テ相對的效力ノミヲ認ム(大正三年一月二六日大東控判、新聞七七七號二頁、明。獨法(四二)ハ相對的效力主義ヲ採リ、佛法(六條二二四九條一)ハ絕對的效力ヲ認ム。理論上前者ヲ正當トスベシ。時効ノ中斷及ビ停止ガ相對的效力ヲ有スルコト、時効ノ完成ガ一債務者ノ負擔部分ニ付テ絕對的效力ヲ生ズルコト、ハ直接ニハ矛盾スルコトナキモ、理論上ハ主義ノ一貫ヲ缺ク。後者ガ唯便宜上ノ理由ニ

ヨリテノミ説明セラレベキハ明ナリ。

(ホ) 判決。獨逸普通法上議論アリ。債權者敗訴ノ場合ニ於テハ絕對的效力ヲ認ムル學者多數ナリシガ、現行獨逸民法及ビ我民法ハ之ヲ採ラズシテ何レノ判決ニ付テモ單ニ相對的效力ノミヲ認ム。判決ノ效力及ビ連帶債務ノ性質ニ照シテ正當ナリト言フベシ。

(ヘ) 連帶ノ免除。連帶ノ免除ニ二種アリ、總テノ債務者ニ對シテ連帶ヲ免除スルト、一人ノ債務者ノミニ對シテ之ヲ免除スルト是ナリ(後述)。コ、ニ問題トナルハ後者ニシテ其效力ハ他ニ及バザルモノトス(同說、法曹決議、記事一二四號)。

以上例示シタルガ如ク債務者ノ一人ニ付テ生ジタル事項ハ原則トシテ相對的效力ノミヲ生ズルモ、此原則ハ固ヨリ強行法ニハ非ズ。故ニ當該ノ事項ガ法律行為ナル場合ニ當事者ガ之ニ異リタル意思表示ヲ爲セルトキハ其意思表示ニ從フベキコト勿論ナリ(獨民四二、五條參照)。

第四項 連帶債務者間ノ求償權

一 連帶債務者ノ一人ガ辨濟其他自己ノ出捐ニヨリテ共同ノ免責ヲ得タルトキハ其債務者ハ他ノ債務者ニ對シテ其ノ各自ノ負擔部分ニ付テ求償權ヲ有ス(四條)。此規定ニ依リテ連帶債務ナルモノハ對外的關係ニ於テハ完全ナル全部ノ債務ナレドモ對內的關係ニ於テハ各自ノ負擔部分ニ分レ從ツテ債務ノ消滅又ハ減少ノ爲メニ支出シタル金額其他ノ出捐ハ又各自ノ負擔部分ニ從ヒテ分擔セラル、モノナルコトヲ知ルベシ。

獨逸ノ學者ハ求償權ヲ以テ連帶債務ノ本質ニ屬セズ、單ニ其結果タルニ過ギザルモノト爲スヲ常トス。我國ノ學者ニシテ之レニ從フ者尠カラズ(石坂氏六九頁、川名氏三三〇頁)。曰ク連帶債務者ハ自ラ全部ノ債務ヲ負擔セルモノナレバ其辨濟ハ自己ノ債務ノ辨濟ニシテ他人ノ事務ノ管理ニ非ズ。故ニ法律ノ求償權ヲ認メタルハ連帶債務ノ性質ニ反スルモノニシテ唯公平ノ理由ニ因リテノミ説明シ得ベキモノナリト。此說ハ沿革上羅馬法以來認メラレタル連帶債務ノ觀念ニ適スルモノナレドモ我民法ノ説明トシテハ其當否ヲ疑フ。我民法謂フ所ノ連帶債務ハ單ニ對外關係ニ於テノミ全部ノ債務ニシテ對內關係

ニ於テハ各自ノ負擔部分ニ分ルベキ性質ノモノナリ。此性質ヲ有スルガ故ニ對內的關係ノミニ付テハ自己ノ負擔部分以上ノ辨濟ヲ爲スハ即チ他人ノ債務ノ辨濟ニシテ、理論上當然求償權ヲ生ズルナリ。其求償權ヲ生ズルハ敢テ連帶債務ノ性質ニ反スルモノニアラズ(同說、橫田氏五四二頁、仁井田氏前掲論文)。

二 連帶債務者間ニ於ケル負擔部分ノ範圍ニ付テハ我民法上直接ノ明文ヲ缺ク、然レドモ原則トシテハ各債務者平等ナル割合ニ於テ債務ヲ負擔シ、當事者間ニ特別ナル定アルトキハ之ニ從フモノト解セザルベカラズ(獨民四二條參照)。

(イ) 債務者間ニ特約アルトキハ之ニ從フベキコト言フ俟タズ。契約ニ基ク連帶債務ニ付テモ此種ノ特約ヲ爲スコトヲ得。

(ロ) 債務者間ニ明示ノ特約ナシト雖モ、連帶債務ヨリ受クル利益ノ割合ガ各債務者ニ付テ異レル場合ニ於テハ其負擔部分モ亦之ニ應ジテ相異レルモノト解スベシ(通說ナリ、同題旨、大正五年六月三日大判、民錄二二輯一三二頁、大正四年四月一九日大判、民錄二一輯五二四頁、明治四二年九月二七日大判、民錄一九七輯六)。

求償權ノ要件

(ハ)原則トシテ負擔部分ノ平等ナルハ直接ニ第四百二十七條ノ適用ニ依ルニハ非ズ。第四百二十七條ハ對内關係ニ關スル規定ニアラザレバナリ。但シ平等分配ガ民法ノ趣旨ニ適スルモノナルコトハ第四百二十七條ニ依リテ之ヲ窺フヲ得ベシ。

三 求償權ノ要件トシテハ自己ノ出捐ニ因リテ共同ノ免責ヲ得タルコトヲ要ス(四四條)。

(イ)共同ノ免責ヲ得タルコト。免責ト謂フハ債務ヲ消滅又ハ減少セシムルヲ謂ヒ、共同ノ免責ト謂フハ一債務者ニ付テノミナラズ總テノ債務者ニ付テ此效力ヲ生ゼシムルヲ謂フ。即チ絶對的效力ヲ有スル債務消滅又ハ債務減少事由ノ存スルコトヲ要スルナリ。免責ヲ得タルコトヲ要スルガ故ニ、免責以前ニ於テ豫メ求償スルコトヲ得ズ(保參照債務)。

(ロ)自己ノ出捐アルコト。無償ニテ免責ヲ得タルトキハ求償權ヲ發生セシムベキ理由ナシ。免除、時効ノ完成ノ如シ。有償ナル免責行為ノ代表的ナルモノトシテ民法ハ辨濟ヲ舉グ。其他之ニ屬スルモノハ代物辨濟、更改、相殺、供託

等ナリ(註一)。又混同ハ法律ノ規定(四三條)ニヨリ辨濟ト同一ノ效力ヲ有スルガ故ニ之ニ屬スルモノトス。

(註二) 出捐トハ廣ク財産的犧牲ヲ供スルコトヲ謂フ、其ノ現實ノ出費タルト義務ノ負擔タルトヲ區別セズ、大正七年三月二十五日大判、民錄二四輯五三一頁。

(ハ)共同ノ免責ヲ得タル額ハ負擔部分ヲ超エタルコトヲ要スルカ解釋上議論アリ、消極說ヲ多數トスルモ余ハ尙積極說ヲ採ル(註三)。其理由ニアリ。(a)求償權ノ性質。法律ガ求償權ヲ認メタルハ連帶債務ガ對内關係ニ於テハ各自ノ負擔部分ニ分レ、從ツテ對内關係ニ於テハ負擔部分以上ノ辨濟ハ他人ノ債務ノ辨濟トナルコトヲ理由トス、隨ツテ負擔部分以下ノ免責ニ付キ求償權ヲ認ムル理由ナシ。(b)第四百六十五條ノ規定。此規定ニ於テ負擔部分以上ノ辨濟ヲ求償權ノ要件トシタルハ連帶債務ノ原則ニ從ヒタルモノト解スルヲ正當トス。

負擔部分以上ノ免責ヲ要件ト解スルニ付テ注意ヲ要スベキ點ニアリ。其一ハ免責額ガ負擔部分以上ナルヲ以テ足り、必ラズシモ出捐額ガ負擔部分

以上ナルコトヲ要セザルコト是ナリ。其ノ二ハ負擔部分以上ナリヤ否ヤヲ決スルニ付テハ、免責ヲ受クル當時辨濟スベキ額ヲ標準トスルモノニシテ必ラズシモ債務ノ全額ヲ標準トスベカラザルコト是ナリ。例ヘバ甲乙丙ガ九百圓ノ連帶債務ヲ平等ノ割合ヲ以テ負擔シ之ヲ三年間ニ毎年百圓宛辨濟スベキ場合ニ於テ甲ガ第一年目ニ金三百圓ヲ辨濟シタルトキハ甲ハ固ヨリ自己ノ負擔部分以上ヲ支拂ヒタルモノト解スベキモノトス。

(註 11) 同趣旨、梅氏、要義、横田氏、五四二頁。反對、川名氏、三三二頁、石坂氏、八七六頁、磯谷氏、下、六一頁、乾氏、質疑應答、志林一七卷二號、大正六年五月三日大判、民錄二三輯八六三頁。獨氏、佛氏ニ付テモ議論分ル、同趣旨、Oertmann, Komm. zu § 426; Feneccius, Lehrb. § 318; Planol, Traité t. 2. n. 769 反對 Come, System II. § 207; Dernburg, B. R. § 168; Schollmeyer, Komm. zu § 426; Baudry-Lacantinerie et Barde t. 13 n. 1268 etc.

求債權ノ範圍

四 求債權ノ範圍ニ付テ第四百四十二條ノ規定スル所次ノ如シ。

(イ) 辨濟其他出捐ヲ爲シタル額。出捐額ガ債權額ヨリ小ナルトキハ唯其出捐額ニ付テノミ求債ヲ爲スコトヲ得。サレド其額ガ債權額ヨリ大ナルトキハ又債權額ニ付テ求債ヲ爲シ得ルニ過ギズ(通説)。蓋シ他ノ債務者ハ債權額ヲ

超過シタル部分ニ付テハ何等ノ利益ヲモ受クルモノニアラザレバナリ。

(ロ) 免責アリタル日以後ノ法定利息。

(ハ) 辨濟其他免責行為ノ爲メニ避クルコトヲ得ザリシ費用。例ヘバ荷造費用運搬費用、爲替料等。

(ニ) 免責行為ノ爲メニ避クルコトヲ得ザリシ損害。例ヘバ辨濟ノ爲メニ止ムコトヲ得ズシテ財産ヲ換價シタルガ爲メニ蒙リタル損害ノ如シ。求債シ得ベキ損害ハ避クルコトヲ得ザリシ損害ニ限ルヲ以テ過失ニ因リテ蒙リタル損害ヲ包含セザルハ明ナリ(註 13)。諸外國ノ法律ニ於テハ損害賠償ヲ認メザルモノ多シ。

(註 13) 連帶債務者ガ任意ニ辨濟ヲ爲サリシ結果其一人ガ強制執行ヲ受ケタルトキハ其強制執行費用ハ避クルコトヲ得ザル費用若クハ損害ナリトス、大正五年九月一六日大判、民錄二二輯一七一六頁、大正九年三月一九日、東控判、新聞一七六四號。

(ホ) 求債權ハ債務者各自ノ負擔部分ニ比例ス。即チ以上述べタル諸項ノ金額ハ總テ負擔部分ニ應ジテ連帶債務者間ニ分擔セラレ、ナリ。

求債權ノ制限

以上ノ如ク求債權ハ損害賠償權ヲ包含スルヲ以テ不當利得ノ償還ト其範圍ヲ異ニスルノミナラズ、事務管理ニ因ル償還請求權トモ亦其範圍ヲ異ニシ寧ロ委任契約上受任者ノ有スル請求權ニ似タリ(七〇五二〇條參照)。然レドモ其法律上ノ理由ハ委任契約又ハ組合契約ノ理ヲ以テ説明スベキニ非ズ(舊民法及ルト異)。求債權ハ契約ニ基ク請求權ニハ非ズシテ直接ニ法律ノ規定ニ基ク請求權ナレバナリ。而シテ法律ガ此ノ如キ範圍ニ於テ求債權ヲ認メタルハ連帶債務者ガ各自其ノ負擔部分ヲ辨濟スルハ對内關係ニ於テモ亦各債務者ノ義務ナリト認メタルガ故ナリ。

五 求債權ハ二個ノ場合ニ於テ制限ヲ受ク。即チ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルコトヲ他ノ債務者ニ通知セズシテ免責行為ヲ爲シタル場合及ビ免責ヲ得タルコトヲ他ノ債務者ニ通知セザル場合はナリ。

(1) 豫メ通知ヲ爲サハリシ場合(四四三條一項)。其要件三アリ。(イ) 豫メ他ノ債務者ニ通知ヲ爲サズシテ辨濟其他ノ免責行為ヲ爲シタルコト。法文ハ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルコトヲ通知セザリシ場合ノミヲ擧ゲタリ。然レドモ請求ヲ

待タズシテ債務者ガ辨濟等ノ行為ヲ爲シタル場合モ亦理論上同一ニ解セザルベカラズ(同說石坂氏前掲)。(ロ) 過失ニ因リテ通知ヲ爲サハリシコト。(ハ) 他ノ債務者ガ債權者ニ對抗スルコトヲ得ベキ事由ヲ有セシコト。他ノ債務者ガ相殺ニ援用シ得ベキ債權ヲ有シタル場合ノ如キ是ナリ。

以上三個ノ要件ヲ備ヘタル場合ニ於テ求債ヲ受ケタル債務者ハ其債權者ニ對抗シ得ベカリシ事由ヲ以テ求債者ニ對抗スルコトヲ得。例ヘバ甲乙連帶シテ丙ヨリ金二百圓ヲ借り、乙ガ通知ヲ爲サズシテ其全部ヲ辨濟シタル場合ニ、若シ甲ガ丙ニ對シテ八十圓ノ債權ヲ有シタリトセバ、甲ハ乙ノ求債ニ對シテ其八十圓ノ債權ヲ抗辯トシテ援用スルヲ得ベシ。而シテ甲ガ之ヲ抗辯トシテ援用シタルトキハ乙ノ求債權ハ其範圍ニ於テハ消滅シ、乙ハ二十圓ノミヲ甲ヨリ求債シ得ルノ結果トナル。然レドモ之レト同時ニ甲ガ丙ニ對シテ有スル八十圓ノ債權ハ法律上當然乙ニ移轉シ、乙ハ之ヲ債權者丙ニ對シテ行使スルコトヲ得ルナリ。此ノ如キ複雑ナル規定ヲ設ケタルハ、過失アル求債者ヨリモ寧ロ過失ナキ他ノ債務者ヲ保護シ、後者ヲシテ其債權者ニ對シ

テ有スル抗辯權ヲ行使スルノ機會ヲ失ハザラシメンガ爲ナリ。
 辨濟前ニ爲スベキ通知ハ以上述べタル效力ヲ有スルニ止マル。故ニ固ヨ
 リ之ヲ以テ求債權行使ノ要件ト解スベキニ非ズ。判例ガ之ヲ法定利息ノ求
 債權ノ要件トナササルハ正當ナリ(大正四年七月二三日大判)。
 (2) 免責行爲ヲ爲シタル後之ヲ通知セザリシ場合(四三)。其要件三アリ。(イ)
 辨濟其他ノ免責行爲ヲ爲シタルコトヲ他ノ債務者ニ通知セザリシコト。(ロ)
 過失ニ因リテ通知ヲ爲サザリシコト。(ハ) 他ノ債務者ガ善意ニテ更ニ辨濟其
 他ノ有債ナル免責行爲ヲ爲シタルコト。

以上三個ノ要件ヲ備ヘタル場合ニ於テ第二ノ免責行爲ヲ爲シタル債務者
 ハ自己ノ免責行爲ヲ有效ナリシモノト看做ス權利ヲ有ス。即チ債務者ガ此
 權利ヲ行使シタル場合ニ於テハ第一ノ免責行爲ハ無効トナリ、第二ノ免責行
 爲ハ有效トナルモノトス。而シテ其結果ハ單ニ當事者間ニ止マルニ非ズシ
 テ債權者及ビ他ノ債務者ニモ及ブコト勿論ナリ(同說、石坂氏質疑答、志林一四卷一〇號)。從ツ
 テ債權者ニ對シテ第一ノ辨濟者ハ不當利得ノ返還請求權ヲ有スベク、又他ノ

債務者ニ對シテハ第二ノ辨濟者ノミ求債權ヲ有スベシ。

上述ノ如ク民法第四百四十三條ガ求債權ニ二種ノ制限ヲ設ケタルハ、過失
 アル求債者ヨリハ寧ロ過失ナキ被求債者ヲ保護セントスル趣旨ニ出ヅ。此
 ニ於テ問題トナルハ其第一項ト第二項トノ關係是ナリ。即チ一債務者ガ辨
 濟ヲ爲シタルコトヲ通知セザリシ場合ニ於テ、他ノ債務者モ亦豫メ通知ヲ爲
 サズシテ辨濟ヲ爲シタリトセバ尙第二項ノ適用アリヤ、或ハ第一ノ辨濟者ハ
 第一項ニヨリテ債務ノ既ニ消滅シタルコトヲ對抗シ得ルカ。前說ヲ採ル者
 アレド(石坂氏、前掲)余ハ結果ニ於テ後說ヲ採ラントス。サレド直接ニ第一項
 ノ適用アリト言フニハアラズ、第一項第二項共ニ一方ノ債務者ノミニ過失ア
 ル場合ヲ規定スルモノニシテ、此場合ノ如ク當事者ノ雙方ニ過失アル場合ハ
 其豫想セザル所ナルガ故ニ第一項第二項共ニ適用ナク即チ普通ノ理論ニ從
 ヒテ第一ノ辨濟ヲ有效ナリト解スルナリ(註四)。

(註四) 同說、磯谷氏下、七七頁。反對論者ハ第一項ノ適用ナキコトノ理由トシテ抗
 辯權ヲ有スル債務者ニ過失ナキ場合ニ於テノミ第一項ハ適用アルモノナリト

説ク。サレド同一ノ理由ニヨリ、第二項モ亦第二ノ辨濟者ニ過失ナキ場合ニ於テノミ其適用アリト論ズルヲ得ベシ。

六 求債權者ハ其求債權ヲ行フガ爲メニ債權者ニ代位スルコトヲ得ルヤ否ヤ。獨(四二條)佛(一一二條)ノ民法ハ之ヲ認ム。我民法ニハ特別ノ規定ナキヲ以テ第五百條ノ解釋上疑ナキニ非ズ。蓋シ連帶債務者ハ自己ノ債務ヲ辨濟セルニ過ギザレバナリ。從ツテ消極說アリト雖モ(川名氏前掲、三瀧氏論)積極說ヲ正當ナリト信ズ(註五)。何トナレバ連帶債務ハ對外關係ニ於テハ完全ニ全部ノ債務ナリト雖モ對內關係ニ於テハ各債務者ノ負擔部分ニ分ル、モノニシテ、隨ツテ自己ノ負擔部分ヲ超エテ免責ヲ得タル者ハ他ノ債務者ノ爲メニ免責ヲ得タルニ外ナラザレバナリ。

(註五) 同趣旨、大正三年四月六日大判、民錄二〇輯二七三頁、大正五年二月二十九日大控判、新聞一〇九五號、評論五卷民、七二頁、石坂氏、九一一頁、横田氏、九一五頁、磯谷氏、下、六六頁。

七 連帶債務者中ニ償還ノ資力ナキ者アルトキハ其償還スルコト能ハザル部分ハ求債者及ビ他ノ資力アル者ノ間ニ其各自ノ負擔部分ニ應ジテ之ヲ分

割ス(四四條)之レ信義、公平ノ原則ニ基キテ特ニ求債權ノ擴張ヲ認メタルモノナリ。

(1) 要件二アリ。(イ)連帶債務者中ニ償還不能ナル者ヲ生ジタルコト。法文ハ償還不能ノ原因ヲ無資力ニ限定ス。其他ノ原因ニ因ル償還不能ニ付テモ同一ノ理由存スルガ故ニ同一ニ解スベシ(同説、石坂氏)。但シ償還ノ困難ハ之ヲ償還不能ト同一ニ論ズルヲ得ズ。(ロ)求債者ニ過失ナキコト(但書)。(2)效果ハ償還不能ナル部分ヲ求債者ト他ノ資力アル連帶債務者トノ間ニ其各自ノ負擔部分ニ應ジテ分割スルニ在リ。各自ノ負擔部分ニ應ズルモノナルガ故ニ求債者及ビ他ノ債務者共ニ負擔部分ヲ有スルトキハ其割合ニ應ジテ分割スベク、又其孰レカニ負擔部分ノ零ナル者アルトキハ他ノ者ニ於テ償還不能ナル部分ノ全部ヲ負擔シ負擔部分零ナル者ハ何等負擔ヲ受ケザルコト明ナリ。問題トナルハ求債者及ビ他ノ資力アル債務者ガ總テ負擔部分ヲ有セザル場合はナリ。此場合ニ付キ余ハ從來負擔部分ニ應ジテ分割スルコトガ不能ナルコトヲ理由トシテ本條ニ依ル求債權ノ擴張ナク、隨ツテ事實上

求償者ニ於テ償還不能ナル部分ノ全部ヲ負擔スルノ外ナシトスル見解ヲ採
 リタルモ今ハ改メテ平等ニ分割スベキモノトスル見解ヲ採ラントス。其ノ
 理由ニアリ。(a)此場合ハ本條ノ明ニ規定スル所ニアラズトスルモ、本條ノ趣
 旨ニ基キ之ヲ此場合ニモ擴張適用スルヲ正當トス、蓋シ此規定ハ信義則ニ從
 ヒテ連帶債務者間ノ關係ヲ規定シタルモノナルガ故ニ之ヲ擴張解釋スルヲ
 正當トスレバナリ。(b)求償者ノミ全部ヲ負擔スルモノトスルハ結果ニ於テ
 著シク不當ナリ、先ヅ辨濟ヲ爲シタル者ハ不當ナル不利益ヲ蒙ルノ結果トナ
 ル(註五)。

(註五) 同趣旨、大正三年一〇月一三日大判、民錄二〇輯七五一頁、明治四三年二月二
 五日大判、民錄一六輯一四九頁、明治三九年五月二二日大判、民錄一二輯七九二頁、
 磯谷氏、下、八二頁。反對、石坂氏、列批、法協、三四卷二號、拙著、本書前版、二三八頁。余
 ノ前説ハ法文ノ字句ト所謂理論トニ因ハレタル録アリ。

連帶免除

第五項 連帶ノ免除

一 連帶ノ免除(Remie de la solidarité)トハ全部ノ給付ヲ請求スル權利ヲ拋棄シテ其權利

ヲ負擔部分ノミニ限局スル旨ノ債權者ノ意思表示ヲ謂フ。本來負擔部分ナ
 ルモノハ債務者相互ノ間ニ於テ存在スルモノナリト雖モ、債權者ガ自ラ負擔
 部分ノ存在ヲ承認シ、其請求權ヲ負擔部分ニ制限セントスル旨ノ意思表示ヲ
 爲ストキハ其意志表示ノ效力ヲ認メザルノ理ナシ。此ノ如キ意思表示ハ即
 チ連帶ノ免除ナリ。故ニ連帶ノ免除ハ債務額一部ノ免除ナリト言フベシ(註
 一)。

(註一) 同説、石坂氏八六一頁、反對、中島氏前掲論文。中島氏ハ連帶免除ヲ以テ、債務
 者ガ負擔セル「他人ノ債務ヲ辨濟スル債務」ノ免除ナリトス。然レドモ連帶債務
 ヲ以テ二種ノ債務ノ結合ナリト解スルハ獨斷ナリ。

二 連帶免除ニ二種アリ。總債務者ニ付テ其債務ヲ各自ノ負擔部分ニ限局
 スルハ絶対的ノ連帶免除ニシテ、之ニヨリテ連帶債務ハ分割債務トナリ、負擔
 部分ナキ債務者ハ全ク其債務ヲ免ル。一債務者ノミニ付テ連帶ヲ免除スル
 ハ相對的ノ連帶免除ニシテ、之ニヨリテ其債務者ノミ連帶債務ヲ免レテ、自己
 ノ負擔部分ノミヲ目的トスル單純債務ヲ負ヒ、他ノ連帶債務者ハ依然全部給
 付ノ義務ヲ負フ。

連帶免除
ノ種類

三 連帶免除ノ方法ニ付テハ債務免除ノ方法ニ關スル規定ニ從フ(五一)即チ債務者ニ對スル一方的意思表示ニテ之ヲ爲スコトヲ得ベク債務者ノ同意ヲ必要トセズ。

四 連帶免除ノ一般的效果ニ付テハ既ニ之ヲ述ベタリ。民法ハ特ニ連帶免除ト求償權トノ關係ニ付テ規定ヲ設ク。即チ連帶免除ヲ受ケタル債務者ガ第四百四十四條ノ規定ニ依ル求償權ノ擴張ノ爲メニ負擔スベキ部分ハ債權者ニ於テ之ヲ負擔スベキモノトス(四四)(註二)。之レ連帶ノ免除ヲ受ケタル債務者ヲシテ對内關係ニ於テモ亦其負擔部分以上ニ債務ヲ負フコトナカラシメントスル趣旨ナリト雖モ立法論トシテハ其當否ヲ疑フ。蓋シ連帶ノ免除ヲ爲シタル債權者ガ一般ニ此ノ如キ意思ヲ有スルモノト推定スルハ事實ニ適合セザルモノナレバナリ。此規定アル結果トシテ債權者ガ若シ此結果ヲ避ケント欲セバ連帶免除ヲ爲スニ當リテ特ニ其旨ノ意思表示ヲ爲サザルベカラズ。此ノ如ク第四百四十五條ノ規定ハ理論上當然ノ規定ニアラザルノミナラズ必ラズシモ一般ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ニモ適合セザルモ

不真正連帶債務
我民法ハ之ヲ認ムルカ

ノナルガ故ニ之ヲ擴張シテ類似ノ場合(債務免除)ニ準用スベキニアラズ。

(註二) 例ヘバ甲乙丙丁四人戊ニ對シテ平等ノ割合ニテ金千二百圓ノ連帶債務ヲ負ヘル場合ニ、戊ガ甲ノミニ對シテ連帶ヲ免除シタル後乙ガ戊ニ對シテ金千二百圓ノ辨濟ヲ爲シタリトセバ乙ハ甲丙丁ニ對シテ三百圓宛ノ求償權ヲ有スベシ。此場合ニ若シ丙ガ無資力ニシテ償還不能ナリトセバ其負擔スベキ三百圓ハ四四四條ニヨリ甲乙丁ニ於テ平等ニ分擔スベキノ理ナリ。然ルニ法律ハ之ヲ以テ連帶免除ノ趣旨ニ反スルモノトナシ、求償權ノ擴張ニヨリ甲ノ負擔スベキ百圓ハ債權者戊ニ於テ之ヲ負擔スベキモノトナセルナリ。

第六項 不真正連帶債務

一 不真正連帶債務(Unechte Solidarität)ハ我民法ノ明ニ認ムル制度ニハアラズト雖モ、其成立スベキ場合ハ我民法上尠カラズ。故ニ學問上其性質及ビ效果ヲ研究スルノ必要アリ(註一)。

(註一) 獨逸民法モ亦明文上ノ不真正連帶債務ヲ認メズ。然レドモ學問上大多數ノ學者ハ之ヲ認メザルマカラザルモノトス Oertmann, Vorhem, zu § 420 ff. Einm. 2 313 Ann. 13ニ引用セラレタル諸著。佛蘭西民法モ亦不真正連帶債務ヲ認ムルコト

ナシ。而シテ一部ノ學者(Moulton 及 Aubry et Rau)ハ不完全連帶(solidarité imparfaite)トイフ觀念ヲ認め、債務者間ニ代理(mandat)ノ關係無キモノナリトシタレドモ(舊民法ノ全部義務ハ此觀念ニ胚胎ス)多數ノ學者及ビ裁判所ハ之ヲ認めズ。例、七一四條(法定監督義務者ト代理監督者ノ責任)七一五條(使用者ト監督者ノ責任)七一八條等。

其特質

二 不真正連帶債務ト連帶債務トノ差異ガ何レニ存スルヤハ困難ナル問題ナリ。獨逸ニ於ケル多數說ハ成立原因ノ同一ナリヤ否ヤニ之ヲ求メ、連帶債務ニ在リテハ數個ノ債務其成立原因ヲ同ジウシ、不真正連帶債務ニアリテハ之ヲ異ニスルモノトナス。我國ノ學者ニシテ之ヲ採ル者アリ(石坂氏九一四頁、磯然レドモ連帶債務ニ在リテモ債務ノ成立原因ハ同一ナルコトヲ必要トセズ(前掲)或ハ形式的原因ノ同一ヲ要セズ、唯實質的原因ノ同一ヲ要スルモノトス(坂氏前掲)。然レドモ法律要件ニ付テ形式的ト實質的トノ別ヲ認ムル根據不明瞭ニシテ薄弱ナリ。或ル學者ハ不真正連帶債務ノ特質ヲ以テ債務者間ニ負擔部分ノ定ナシトイフノ點ニ存スルモノトス(仁井田氏前掲論文)。余モ亦此點ヲ以テ兩者ノ重要ナル差異ナリト考フ。然レドモ此差異ハ兩者ノ效果ノ差異ニ

シテ其本質ノ差異ニ非ズ。余ハ兩者ノ差異ヲ目的ノ共同ナリヤ否ヤノ點ニ求メントス。即チ連帶債務ハ縱令同一ノ成立原因ニ基カザル場合ニ於テモ、數個ノ債務ハ共同ノ目的(Zweck)ヲ有スルモノニシテ、從ツテ對内關係ニ於テ負擔部分ノ問題ヲ生ズルニ反シ、不真正連帶債務ノ場合ニ於テハ數個ノ債務ハ縱令客觀的ニハ單一ノ目的ヲ有スルモ其數個ノ債務ハ共同ノ目的ヲ有スルモノニ非ザルヲ以テ、從ツテ對内關係ニ於テ負擔部分ノ問題ヲ生ゼザルモノナリ(註二)。

(註二) 或ハ目的ノ單一ト共同トハ之ヲ區別シ得ズトナス(石坂氏、債權法大綱一五二頁)。然レドモ兩者ノ間ニハ客觀的ト主觀的トノ差異アリ、客觀的ニ單一ナル目的モ主觀的ニハ共同ナルコト、然ラザルコト、アリ得ルガ故ニ兩者ヲ區別シ得ルモノト考フ。連帶債務ノ各債務者間ニハ關係アルモノ不真正連帶債務ノ各債務者間ニハ相互ニ關係ナシ。例ヘバ受寄物ヲ受寄者ノ不注意ニ因リテ盜マレタル場合ニ於テ受寄者及ビ不法行為者ノ有スル債務、物ヲ毀損シタル不法行為者ト保險者ノ有スル債務ノ如キハ各自無關係ノモノナルコト明ナルベシ。之ニ反シテ數人ガ連帶シテ或ル金額ヲ借用シタル場合、數人ガ共同不法行為ニ因リテ損害賠償債務ヲ負擔セル場合ニハ各自ノ債務ハ全然關係ナキモノニア

其效力

ラズ。此差異ノ理由ヲ成立原因ノ同一ナリヤ否ヤニ求ムルハ通説ナリ。余ハ之ヲ目的ノ共同ナリヤ否ヤニ求ムルナリ。Emmeccerus, a. a. O.ハGesamtzweck(共同目的)ヲ以テ連帶債務ノ特徴ナリトスル點ニ於テ上ニ述アル所ト其趣旨ヲ同シウス。

三 不真正連帶債務ノ效力ニ付テハ法律ニ何等ノ規定ナク、而シテ連帶債務ノ規定ハ之ニ適用シ得ザルヲ以テ主トシテ理論ニヨリテ之ヲ決セザルベカラズ。其總テノ場合ニ通ジ適用セラルベキ一般の原則ハ多カラズ。

(1) 債權者ガ各債務者ニ對シテ全部ノ履行ヲ請求シ得ルコトハ疑ヲ容レズ。又一部ノ履行ヲ請求スルモ妨ナシ。同時又ハ順次ニ數債務者ニ對シテ履行ヲ請求スルモ債務者ハ權利拘束又ハ一事不再理ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ズ。

(2) 一債務者ニ付テ生ジタル事項ハ相對的效力ノミヲ生ズ。唯辨濟其他債權者ノ満足ヲ生ズル事項ハ原則トシテ絕對的效力ヲ生ズ。之レ不真正連帶債務ノ目的ハ共同ニハアラズト雖モ、客觀的ニハ單一ナルガ故ナリ。

四 債務者相互ノ關係ニ於テハ負擔部分ノ定ナク、從ツテ求債權ナシ(同說、石
Oertmann, a. a. O. S. 351. Emmeccerus, aa. O.)。之レ其連帶債務ト異ル重要ナル點ナリ。

第七項 連帶債權

我民法ハ連帶債權ヲ認ムルカ

一 羅馬法以來諸國ノ立法例ニ於テハ働キ方ノ連帶債務關係ト受ケ方ノ連帶債務關係トヲ區別シ、後者ヲ連帶債務ト稱スルニ對シテ前者ヲ連帶債權(Gesamtforderung)ト稱スルヲ常トス(獨民一四二八條乃至一四三〇條、佛)。我民法ハ明文上之ヲ規定セザルノミナラズ、不真正連帶債務ト異リ法典上亦其成立ヲ認メタル場合ヲ見ズ。故ニ當事者ガ意思表示ニ因リテ特ニ連帶債權ヲ成立セシメントスル稀ナル場合ヲ除キテハ實際上此制度ヲ研究スルノ必要多カラズ。

二 連帶債權ハ同一ノ給付ヲ請求シ得ル數人ノ債權者ガ各全部ノ給付ヲ請求スルコトヲ得ルモ唯一回ノ給付ニ因リテ全債權ノ消滅スベキ數個ノ債權ナリ。其效力ハ第一ニ當事者ノ意思表示ニヨリテ之ヲ決シ、第二ニ連帶債務ニ關スル法律ノ規定ヲ類推適用シテ之ヲ定ム(註)。

(註) 連帶債務ニ於ケル求債權ニ關スル規定ガ連帶債權ニ類推適用セラルベキヤ否ヤハ求債權ノ規定ニ關スル見解ノ如何ニヨリテ岐ル。之ヲ以テ連帶債務ノ

理論ニ反スル規定ナリト解スル者ハ之ヲ連帶債權ニ準用スベカラザルモノトス(石坂氏九三一頁以下)。余ハ之ヲ以テ連帶債務ノ性質ニ反スルモノト解セザルガ故ニ之ヲ連帶債權ニ類推適用シ、即チ當事者間ニ特ニ委任組合ノ如キ契約關係ヲ存セザル場合ニ於テモ尙一債權者ノ辨濟ヲ受ケタル場合ニハ之ヲ他ノ債權者ニ分與スベキモノト解ス(獨民四三〇條 Oertmann, Komm. zu § 430, Pandol, Traité, 2. nos. 729, 780)。

保證債務

第五節 保證債務

第一款 總說

一 保證(anticipationem)ハ債權擔保ヲ目的トス。債權ノ效力ヲ確保スルガ爲メニ法律ノ認ムル制度ノ一ニシテ、羅馬法以來諸國ノ立法例ニ一般ニ認メラル、所ナリ。

債權擔保ヲ分チテ物上擔保及ビ對人擔保トス。前者ハ擔保ニ供セラレタル物ニヨリテ債權者ノ満足ヲ確保スルモノニシテ質權、抵當權等ノ制度是ナリ。後者ハ即チ保證債務ノ制度ニシテ債務者以外ノ第三者ヲ以テ附隨ノ債

務者ト爲スコトニヨリテ債權ヲ安固ナラシメンコトヲ期ス。

二 或ル人ガ他人ノ債務ニ干與スルハ保證ノ場合ニ限ラズ。或ハ債務者トノ契約ニヨリテ其債務ノ履行ヲ約スルコトアリ(履行ノ)或ハ債權者トノ契約ニヨリテ債務者ニ代リテ其債務ヲ引受クルコトアリ(代務引受)其他種々ノ場合アリ。之等ノ場合ヲ一括シテ羅馬法ニテハ債務加入(Inter-cessio)ト稱セリ。然レドモ近世法ニ於テハ債務加入ノ全部ニ付テ適用セラルベキ一般的原则ナキガ故ニ債務加入ト言ヘル一般的概念ヲ認メズ。

三 法典上ニ於ケル保證債務ノ位置ニ關シテハ各國ノ法制其軌ヲ一ニセズ。獨法系ノ諸法ハ保證契約ノ點ニ基キテ之ヲ各種ノ契約中ニ規定シ佛蘭西民法及ビ我舊民法ハ此制度ノ目的ニ著眼シテ之ヲ財產取得編中ニ規定シ、我現行民法ハ多數當事者ノ債權トシテ之ヲ連帶債務ノ後ニ置ケリ。

保證債務ノ性質

第一款 保證債務ノ性質

保證債務ハ他人ノ債務ト同一ノ内容ヲ有スル給付ヲ目的トスル從タル債

別個ノ債
務ナリ

同一ノ内
容ヲ有ス

務ナリ。其他人ノ債務ヲ主タル債務ト言フ。

一 保證債務ト主タル債務トハ別個ノ債務ナリ。兩者合シテ一債務ヲ爲スニ非ズ。又保證債務ノ成立シタルガ爲メニ主タル債務ハ其效力薄弱トナルコトナク、固ヨリ其效力ヲ失フコトナシ。

二 保證債務ハ主タル債務ト同一ノ内容ヲ有ス。之レ保證債務ガ連帶債務其他ノ多數主體債務ト共通ニ有スル性質ニシテ、我民法第四百四十六條ニヨルモ保證債務ガ此性質ヲ有スルコト明ナリ。故ニ例ヘバ甲ガ馬一頭引渡ノ債務ヲ履行セザル場合ニ於テ牛一頭ヲ給付スベシトイヒ又ハ金百圓ヲ給付スベシトイフ乙ノ債務ハ保證債務ニハ非ズ。從ツテ又不作爲ノ債務其他債務者ノ一身給付ヲ必要トスル債務ニ付テハ直接ニ保證債務ノ成立スルコトヲ得ズ(註一)。

(註一) 同説、石坂氏九八三頁。保證債務ノ性質ニ付テハ古來主タル債務ヲ辨濟スベキ債務ナリトスル説ト他人ノ債務ノ履行ヲ擔保スル債務ナリトスル説トアリ。コ、ニイフ内容同一説ハ保證債務ヲ以テ主タル債務ヲ辨濟スベキ債務ナリトスル學説ト結果ニ於テ同シク理論ニ於テ優レリ。單ニ他人ノ債務ノ履行

附從性

三 保證債務ノ特質ハ其附從性(Accesso)ニ存ス。即チ獨立ノ目的ヲ有スルモノニアラズシテ唯主タル債務ヲ擔保スル目的ノミノ爲メニ存スルモノナリ。

所謂附從性ノ内容ヲ摘記スレバ次ノ如シ。(1)保證債務ノ存在ニハ主タル債務ノ存在ヲ必要トス。主タル債務ナクシテ保證債務成立スルコトヲ得ズ、主タル債務消滅スレバ保證債務亦當然消滅ス。(2)債務ノ物體タル給付ノ種

ヲ擔保スル債務ナリト解スル説ニ依レバ内容ノ同一ヲ要セザルモノトシ、廣ク主タル債務ノ不履行ニ因リ債權者ノ損害ヲ受クルコトナキヲ擔保スルモノトス。從ツテ此説ニ從ヘバ債務者ノ一身給付ヲ必要トスル債務ニ付テモ亦保證債務ノ成立スルコトヲ得。川名博士ノ説(要論三四九頁以下)ハ之ニ近シ。内容同一説又ハ主タル債務ノ履行説ニ依レバ一身給付ノ保證ノ場合ニハ其債務ノ不履行ノ場合ニ於ケル損害賠償債務ヲ保證スル停止條件附保證契約ナルカ或ハ履行ナキガ爲メニ損害ヲ生ジタルトキハ其履行ナキコトガ債務者ノ過失ニ因リタリヤ否ヤヲ問ハズ常ニ其損害ヲ賠償スベシトスル損害擔保契約(Garantievertrag)タルモノト解スルナリ、身元保證及ビ身元引受ニ關スル此見解ノ適用ニ付テ拙著、日本債權法各論、増訂版五三二頁以下參照。同趣旨、仁井田氏論文、新報、二四卷九號一〇號一一號、反對(身元保證モ通常ノ保證ナリトス)磯谷氏、下、二六頁。

類ハ同一ナルコトヲ要ス。給付ノ範圍ハ絶對ニ同一ナルコトヲ要セザルモ、保證債務ノ範圍ガ主タル債務ノ範圍ヨリ大ナルコトヲ得ズ。(3)主タル債務ノ物體ニ變更アルトキハ保證債務モ影響ヲ受ク。(4)保證人ハ原則トシテ主タル債務者ノ有スル抗辯權ヲ援用スルコトヲ得。

四 保證債務ハ補充性(Subsidiarität)ヲ有スルヲ原則トス。即チ主タル債務ノ履行ナキ場合ニ於テ其補充トシテ履行スルヲ要スル債務ナリ。然レドモ不履行ヲ條件トスル債務ニアラザルヲ以テ債權者ガ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スニ當リ不履行ノ事實ヲ證明スルヲ要セズ。唯補充性ノ結果トシテ保證人ハ催告及ビ檢索ノ抗辯ヲ有スルノミ。又例外トシテ之等二種ノ抗辯權ヲ伴ハザルモ(連帶)尙保證タルヲ妨グズ(註二)。

(註二) 以上保證債務ノ性質ニ付テ述ベタル所ハ我國及ビ獨佛ニ於ケル通説ナリ。近時獨逸ニ於テ責任(Haftung)トイフ觀念ニヨリテ保證債務ノ理ヲ説明セントスル者アリ(Isay, Jhering Jahrb. Bd. 48)。川名博士ノ説明亦之ニ似タリ。

第三款 保證債務ノ種類

保證債務ノ種類

普通ノ保證ト異レル保證ヲ列記スレバ次ノ如シ。

- 一 連帶保證(Solidarität) 後出。
- 二 共同保證(Mitbürgschaft) 後出。
- 三 副保證(Alterbürgschaft) 保證債務ヲ更ニ保證スルモノナリ。普通ノ保證債務ト法律上ノ取扱ヲ異ニセズ。
- 四 求償保證(Rückbürgschaft) 主タル債務者ガ保證人ニ對シテ負擔スルコトアルベキ償還義務ヲ保證スルモノナリ。普通ノ保證ト法律上ノ待遇ヲ異ニセズ。
- 五 賠償保證(Schadlosbürgschaft) 債權者ガ主タル債務者ヨリ履行ヲ受クルコト能ハザリシ部分ニ付テノミ保證ヲ爲スモノナリ。普通ノ保證ト其性質及ビ效果ヲ異ニシ、債權者ニ於テ主タル債務者ヨリ履行ヲ受クル能ハザルコトヲ證明セザルベカラズ。

保證債務ノ成立

第四款 保證債務ノ成立

第一項 保證契約

第六章 多數當事者ノ債權 保證債務ノ種類 保證債務ノ成立

一 保證債務ハ保證契約 (Pflichtschuld) ニ因リテ成立ス。法律上保證人ヲ立ツル義務ノ存スル場合ニ於テモ保證債務ハ此義務ノ結果當然成立スルニハアラズ、其義務ノ履行トシテ保證契約成立シ、其契約ノ結果保證債務成立スルナリ。又遺言ニ因リテ保證債務ヲ成立セシムルコトヲ得ズ。

二 保證契約ハ保證人ト債權者トノ間ニ締結セラル、片務契約ニシテ保證債務ノ性質上附從性ヲ有ス。

(1) 契約當事者ハ保證人タルベキ人及ビ債權者ナリ。主タル債務者ノ同意ヲ必要トセズ。

(2) 片務契約ナリ。保證人ノミ債務ヲ負擔ス。

(3) 附從性ヲ有ス。保證債務ガ附從性ヲ有スル結果トシテ保證契約モ亦當然附從性ヲ有ス。即チ主タル債務ヲ擔保スルコトヲ唯一ノ目的トスル法律行為ニシテ所謂補助行為 (Nebenschein) ノ一ニ屬ス(註1)。

(註1) 獨逸ノ學者ハ保證契約ヲ以テ有因契約ナリト説明スルヲ常トス(Oertmann, a. P. O. 石坂氏一〇一一頁)。然レドモ其原因 (Causa) ト稱スルモノハ主タル債務トノ

關係、即チ主タル債務ヲ擔保スル目的ニ外ナラズ、故ニ附從性ト異リタル獨立ノ性質ニハアラズト考フ。

保證契約ニ特別ナル成立要件ハ以上ニ盡ク。殊ニ我民法上保證契約ハ要式行為ニアラズ(獨民七六六條、瑞四九三條參照)。

三 保證契約ハ一種ノ契約ナルガ故ニ契約及ビ法律行為ニ通ズル一般要件ヲ具備スベキコト勿論ナリ。法律行為ノ要素ニ關スル錯誤アラバ固ヨリ無効ナリ(註11)。

(註11) 參照、大正七年六月一日大判、民錄二四輯一一五九頁、其判批、三浦氏、法協、三六卷一一號(他ニ連帶債務者アリト誤信シタルハ緣由ノ錯誤ニ過ギザルモノトス)。

第二項 主タル債務ノ存在

保證債務ノ成立ニハ主タル債務ノ存在ヲ必要トス。之レ附從性ノ最モ顯著ナル内容ナリ。

一 主タル債務ハ如何ナル債務ナルコトヲ要スルカ。

(イ) 主タル債務ノ種類ニ付テハ法律上何等ノ制限ナシ。サレド代替的給付ヲ

目的トスルモノニアラザレバ保證人ニ於テ同一ノ給付ヲ内容トスル債務ヲ負擔スルコトヲ得ズ。サレド不代替的給付ニ付テモ其損害賠償給付ニ變ジタル場合ヲ豫想シテ條件附保證契約ヲ爲シ又ハ如何ナル理由ヲ問ハズ損害アリタル場合ニ付キ擔保契約ヲ爲シ得ルコト上ニ述べタルガ如シ。

(ロ)主タル債務ノ額ハ確定セルヲ要セズ。最高限ヲ定メテ保證スルノ事例尠カラズ。

(ハ)條件附債務其他將來ノ債務モ亦之ヲ保證スルコトヲ得。我民法ハ獨逸民法(七六五)ト異リ特ニ規定ヲ設ケザルモ其有效ナルハ疑ナシ(註一)。

(註一)此問題ハ所謂根抵當ノ問題ト同一ノ性質ヲ有ス、其詳細ハ物權法ニ於テ述ベマシ。將來ノ債務ノ保證ヲ有效ト認メタル判例、大正四年四月二四日大判、民錄二一輯五九五頁、明治三十七年六月七日大判、民錄一〇輯八一七頁。

二 主タル債務トノ效力上ノ關係如何。

(イ)主タル債務無効ナルトキハ保證債務ハ初ヨリ成立セズ。取消シ得ベキトキハ保證債務ハ成立スルモ主タル債務ガ取消サレタルトキハ保證債務モ亦

當然其效力ヲ失フ。

(ロ)主タル債務ガ無能力ニ因リテ取消スコトヲ得ベキ場合ニ付テ民法ハ特則ヲ設ク。即チ保證人ガ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(四九條)。取消サルベキコトヲ知リテ尙保證ヲ爲シタルモノナルガ故ニ、取消サル、ト否トヲ問ハズシテ、債務ヲ負擔スル意思ヲ有スルコト寧ロ常態ナリト認定シタルナリ。サレド立法論トシテハ債權者保護ニ偏スルモノナリ。從ツテ無能力以外ノ原因ニヨリテ取消シ得ベキ債務ニ付テ之ヲ類推適用スベキニアラズ。

此規定ノ結果取消以前ニアリテハ保證人ハ保證債務ヲ負擔シ、取消後ニアリテハ純然タル獨立ノ債務ヲ負擔スルナリ(註二)。從ツテ其契約ハ純然タル保證契約ナリト言フコトヲ得ズ。尙法律ハ主タル債務不履行ノ場合ニ付テモ保證人ハ獨立ノ債務ヲ負フモノトス。然レドモ不履行ノ場合ニハ未ダ主タル債務ノ消滅スルモノニアラザルヲ以テ保證債務モ亦當然消滅スルコト

ナシ。從ツテ此規定ヲ其儘ニ解釋スルトキハ保證人ハ保證債務ト獨立債務トノ兩者ヲ負フコト、ナルベシ。此結果ハ不當ナルガ故ニ學者或ハ不履行ノ場合ニハ獨立債務ノミヲ負フモノトシ(七田氏、五)或ハ保證債務ノミヲ負フモノトス(石坂氏、一)。條文上ヨリハ前説ヲ妥當トスルガ如キモ、本條ハ推定規定ニシテ、當事者ノ意思ヨリイフトキハ苟モ主タル債務ノ存在スル間ハ保證債務ヲ負フモノト解スルヲ正當トス。

(註二) 參照、大正六年三月六日大判、民錄二三輯四七三頁(獨立債務トナルノ點以外ノ體裁ハ之レヲ維持ス、隨ツテ數人ノ保證人アリ皆主タル債務者ト連帶シテ保證セルトキハ獨立トナリタル後ニモ連帶債務タル態様ヲ有スルモノトス、正當ナリ)。

第三項 保證人ヲ立ツル義務

一 保證債務ハ保證人ヲ立ツル義務ニ基クコトアリ、又此ノ如キ義務ナクシテ保證債務ノ成立スルコトアリ、其何レノ場合ニ於テモ此義務ノ存否ハ保證債務ノ成立ニ直接ノ影響ヲ有セズ(註)。

保證人ヲ立ツル義務

(註) 同趣旨、大正六年九月二五日大判、民錄二三輯一三六四頁。

二 保證人ヲ立ツル義務ハ或ハ直接ニ法律ノ規定ニ因リ(三八四)或ハ裁判所ノ命令ニ因リ(二七條、八〇條、三)或ハ又契約ニ因リテ成立ス。主タル債務者ガ債權者ニ對シテ有スル義務ナリ。

三 保證人ヲ立ツル義務ヲ有スル者ハ左ノ條件ヲ具備スル者ヲ以テ其保證人ト爲スコトヲ要ス(四五)。保證人ヲ立ツルコトガ義務ニアラザルモ相當ノ擔保ヲ供スルコトガ一定ノ法律效果ヲ生ズル要件タルコトアリ(三〇一)。此場合ニ付テモ第四百五十條ハ相當ノ擔保ナリヤ否ヤヲ決定スルノ標準トナルベシ。

(イ) 能力者ナルコト。無能力者ノ保證契約ハ取消シ得ルヲ以テナリ。(ロ) 辨濟ノ資力ヲ有スルコト。(ハ) 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。遠隔ノ地ニ住所ヲ有スル者ニ對シテハ訴追上困難アルヲ以テナリ。

之等ノ要件ハ債權者ノ利益ヲ保護スルコトノミヲ以テ目的トス。故ニ債

如何ナル人ナラシメキカ

權者が保證人ヲ指名シタル場合ニハ之ヲ要セズ(四五項)。

四 保證人ヲ立ツル義務ヲ有スル者が以上ノ條件ニ適セザル者ヲ以テ保證人ト爲サントスルトキハ債權者ニ於テ之ヲ拒絕シ得ルコト勿論ナリ。サレド若シ拒絕セズシテ保證契約ノ締結セラレタルトキハ其保證契約ハ有效ナリ。蓋シ保證人が上述ノ條件ヲ具備スルコトハ一般ニ保證人ニ付テ法律ノ要求スル所ニハ非ズシテ唯保證人ヲ立ツル義務ヲ履行スル場合ノミニ限り、而シテ此義務ノ存否ハ直接ニ保證契約ノ效力ニ影響ヲ及ボスモノニアラザレバナリ。但シ債權者が保證人タルベキ者ノ以上ノ要件ヲ備ヘザルコトヲ知ラザルガ爲メニ之ヲ拒絕セザリシ場合ニハ次ニ述ブル場合ニ準ジテ保證人ノ交替ヲ請求スルヲ得ベシ。

五 保證人が後ニ至リテ上述(ロ)ハノ要件ヲ缺クニ至リタルトキハ債權者ハ上述ノ要件ヲ具備セル者ヲ以テ之ニ代フルコトヲ請求スルコトヲ得(四五項)。但シ此規定ハ總テノ保證人ニ付テ適用アルニアラズ專ラ保證人ヲ立ツル義務ノ履行トシテ保證人ヲ立テタル場合ニ付テノミ其適用アリ。又此後ノ場

合ニ於テモ若シ債權者が當該ノ保證人ヲ指名シタルトキハ其適用ナシ(三項)。
六 保證人ヲ立ツル義務ヲ有スル者が上述ノ要件ヲ備ヘタル保證人ヲ立ツルコト能ハザル場合ニ於テハ他ノ擔保ヲ供シテ之ニ代フルコトヲ得(四五項)。
債權者が保證人ヲ立ツル義務ヲ履行セズ且代擔保ヲモ供セザリシトキハ債務者が期限ノ利益ヲ喪フ外(一三七條)債權者ハ第五百四十一條ニ依リテ契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノトス。蓋シ保證人ヲ立テ其他擔保ヲ供スルノ義務ハ附隨ノ約款ナリトスルモ契約上重要ナル義務ニ屬スルヲ常トスレバナリ(結果同說、磯谷氏、下、一八四頁)。

第五款 保證債務ノ内容

一 保證債務ノ内容ハ次ノ二個ノ原則ニ依リテ支配セラル。 (1) 保證債務ハ附從性ヲ有スルガ故ニ其内容ハ主タル債務ノ内容ニ從フ。 (2) 保證債務ハ保證契約ニ因リテ成立スルガ故ニ其附從性ニ反セザル範圍内ニ於テ個々ノ場合ニ於ケル契約ノ趣旨ニ從フ。當事者が契約ニ依リテ保證債務ノ内容ヲ限

定セル場合ニハ之ヲ有限保證ト謂ヒ、此ノ如キ制限ナキトキハ無限保證ト謂フ。

物體
範圍

二 保證債務ノ物體ハ主タル債務ノ物體ト同一ナルコトヲ要シ、隨ツテ常ニ代替的給付ヲ内容トスルモノナリ。此點ニ付テハ既ニ述ベタリ。

三 保證債務ノ範圍ハ先ヅ保證債務ノ附從性ニヨリテ決定セラレザルベカラズ。即チ主タル債務ノ範圍ハ保證債務ノ範圍ヲ決定ス。(イ)保證債務成立ノ時ニ當リ當事者ノ定メタル保證債務ノ範圍ガ主タル債務ヨリ大ナル時ハ保證債務ハ主タル債務ノ範圍内ニ於テノミ成立ス(四四)。(ハ)其範圍ノ小ナルハ妨ナシ。(ロ)保證債務成立後主タル債務ガ其範圍ヲ擴張シタルトキハ二種ノ區別ヲ爲スヲ要ス。若シ主タル債務者ト債權者トノ法律行爲ニ因リテ原債務ノ範圍ヲ擴張シタルトキ、例ヘバ無利息債務ヲ利息附トシタル時ハ保證債務ハ之ニヨリテ其範圍ヲ擴張セズ。之ニ反シテ若シ原債務ガ債務者ノ遲滯其責ニ歸スベキ事由ニ因ル履行不能等ニ因リテ自然的ニ擴張シタルトキハ保證債務モ亦其範圍ヲ擴張ス。(ハ)主タル債務ガ其範圍ヲ縮小シタルトキ、例

ヘバ一部ノ辨濟、一部ノ免除アリタルトキハ保證債務モ亦之ニ從ヒテ縮小ス。我民法第四百四十七條ハ以上述べタル所ニ比シテ少シク保證債務ノ範圍ヲ擴張セリ。即チ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ルモノトス(註)。之等ノ内、約定利息、違約金及ビ諸種ノ費用等ニ關スル從タル債務ハ主タル債務ノ當然ノ内容又ハ其擴張ニ非ズシテ之ト異リタル存在ヲ有スル債務ナルガ故ニ、民法ガ此規定ヲ設ケタルハ保證債務ノ附從性ノミニヨリテ之ヲ説明スルヲ得ズ。普通ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ヲ推測シタルモノト解スルノ外ナシ(同說、石坂氏)。此規定ハ無限保證ニ付テノミ適用アリ、有限保證ニ付テハ契約上ノ制限ニ從フベキコト勿論ナリ。

(註) 契約解除ニ基ク原狀回復義務ハ主タル債務ニ從タルモノニ非ザレバ保證人ハ特約ナキ限責任ナシ、大正六年一〇月二七日大判、民錄二三輯一八六七頁、其ノ判批、拙著、民事判例研究二四七頁、法協、三六卷七六九頁。反對、磯谷氏、下、一五二頁以下。

體
樣

四 保證債務ノ體樣ニ付テモ亦其範圍ニ付テ述べタルト同様ナリ。附從性

ノ原則ニヨリテ同一ノ條件期限履行ノ場所ヲ有スルヲ原則トシ、當事者ノ意思表示ニ因リテ之ニ變更ヲ加フルコトヲ得ルモ、附從性ニ反スルヲ得ズ、即チ其體様ヲシテ主タル債務ノ體様ヨリ重カラシムルヲ得ズ(四四條)。例ヘバ主タル債務ハ條件附ナルニ、保證債務ハ無條件ナルヲ得ザルガ如シ。

第六款 保證債務ノ效力

保證債務ノ效力ニ付テハ對外關係ト對內關係トヲ區別スルヲ得ベシ。本項ニ述ブル所ハ其前者ニ限ル。

第一項 債權者ノ權利

債權者ノ權利

債權者ハ保證人ニ對シテ保證債務ノ履行ヲ請求スル權利ヲ有ス。主タル債務者ニ對シテ先ヅ履行ヲ催告シ、又ハ強制執行ヲ爲スコトハ保證人ニ對シテ權利ヲ行使スルノ要件ニハアラズ。保證人ハ唯之ニ對シテ次ニ述ブル二個ノ抗辯權ヲ有スルノミ。

第二項 催告ノ抗辯

催告ノ性質

一 保證人が保證人トシテ有スル抗辯權ハ催告ノ抗辯權ト檢索ノ抗辯權ト是ナリ。共ニ保證債務ノ補充性ニ基クモノニシテ、前者ハ債權者ガ先ヅ主タル債務者ニ對シテ催告ヲ爲スベキコトヲ理由トシテ履行ヲ拒絶シ、後者ハ債權者ガ先ヅ主タル債務者ニ對シテ強制執行ヲ爲スベキコトヲ理由トシテ履行ヲ拒絶スルモノナリ。此兩者ノ何レカヲ認ムルコトハ羅馬法以來諸國立法例ノ一致スル所ナレドモ兩者ヲ併存スルハ殆ンド他ニ其例ヲ見ズ。立法論トシテハ檢索抗辯權ノミヲ認ムルヲ以テ足ルベシ(獨七七一條、佛二〇二條、奧一三五五條)。

二 債權者ガ保證人ニ債務ノ履行ヲ請求シタルトキハ保證人ハ先ヅ主タル

債務者ニ催告ヲ爲スベキ旨ヲ請求スルコトヲ得(四條五)。之レ學者ノ催告又ハ先訴ノ抗辯權ト稱スルモノナリ。

催告ノ抗辯權ハ次ニ述ブル性質ヲ有スルヲ以テ延期的抗辯權 (aufschiebende Einrede) ノ一ニ屬ス。(イ)此抗辯權ハ保證人ガ之ヲ援用スルニ非ザレバ裁判所ハ職權上之ニ基キテ裁判ヲ爲スコトヲ得ズ。故ニ一ノ抗辯權ナリ。第四百五十二條ニ「催告ヲ爲スベキコトヲ請求スルコトヲ得」トイヘルハ此意味ニ外ナラズ、敢テ請求權ヲ認ムルノ趣旨ニ非ザルナリ。(ロ)債權ノ存在ソノモノヲ否認スルコトヲ内容トセズ、唯一時債務ノ履行ヲ拒絕スルコトヲ内容トス。故ニ延期的抗辯權ナリ。(ハ)此抗辯權ガ檢索ノ抗辯權ト異ルハ專ラ履行ヲ拒絕スル理由ニ存ス。即チ此場合ニ於テハ「先ヅ主タル債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スベシ」トイフコトヲ理由トセルモノナリ。故ニ保證人ガ此抗辯權ヲ行使シタルトキハ債權者ハ先ヅ主タル債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲シタル後ニ非ザレバ保證人ニ對シテ再ビ履行ノ請求ヲ爲スヲ得ズ。又苟モ催告ヲ爲セバ其裁判外タルト裁判上タルトヲ問ハズ、又其效ヲ奏シタルト否トヲ

分タズ、此ノ抗辯權ハ其效力ヲ失ヒ、債權者ハ保證人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルナリ(註)。

(註) 債權者ハ請求ヲ爲シタル事實ノミヲ證明スルコトニ依リ此抗辯權ノ效力ヲ消滅セシムルコトヲ得、主タル債務者ガ辨濟ヲ爲サザリシ事實ヲ證明スルヲ要セズ、大正五年一月四日大判、民録、二二輯二〇二一頁、固ヨリ正當ナリ。隨ツテ此抗辯權ハ唯一回ノミ之ヲ行使スルヲ得、一回行使シタル後債權者ガ主タル債務者ニ請求ヲ爲シ、更ニ保證人ニ請求ヲ爲サバ最早抗辯權ナク又主タル債務者ニ請求ヲ爲サズシテ保證人ニ第二回ノ請求ヲ爲スモ其請求ハ當然無効ナレバナリ。

三 催告ノ抗辯アリタルニ拘ハラズ債權者ガ其催告ヲ爲サザリシトキハ此抗辯ハ更ニ一種ノ效果ヲ生ズ。即チ債權者ガ催告ヲ怠リタルガ爲メニ其後主タル債務者ヨリ全部ノ辨濟ヲ得ザルニ至リシトキハ、保證人ハ債權者ガ直チニ催告ヲ爲シタリトセバ辨濟ヲ得ベカリシ限度ニ於テ其義務ヲ免ル、モノトス(四條五)。之レ此抗辯ヲ有效ナラシメンガ爲メニ便宜上設ケタル特則ナリ(佛二〇二四條、獨民反對)。

四 保證人ハ例外トシテ催告ノ抗辯權ヲ有セザルコトアリ。其場合次ノ如

債権者ノ抗
辯ノ場合

- シ。
- (イ) 主タル債務者が破産ノ宣告ヲ受ケタルトキ(四三五條但書)。
- (ロ) 主タル債務者ノ行方ガ知レザルトキ(同上)。行方知レズト謂フハ單ニ「不在」トイフヨリ重ク「生死不明」トイフヨリ輕シ(二五條以下參照)。一般ノ見解上所在不明ナリト認ムルヲ要ス。必ラズシモ死亡ヲ推測セシムル事情ノ存スルコトヲ要セズ。
- (ハ) 保證人ノ拋棄シタルトキ。保證契約ト同時ニ之ヲ拋棄スルヲ得ベク或ハ後ニ至リテ之ヲ拋棄スルヲ得ベシ。連帶保證ハ前者ニ屬ス。
- (ニ) 商法第二百七十三條二項。

第三項 檢索ノ抗辯權

債権者ノ抗辯
權ノ性質

一 債權者ガ主タル債務者ニ催告ヲ爲シタル後ト雖モ保證人ガ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産ニ付キ執行ヲ爲スコトヲ要ス(三四五條)。是レ學者ノ檢

共要件

索ノ抗辯權(Benechtung excussionis)ト稱フルモノニシテ延期的抗辯權タル性質ヲ有スルハ催告ノ抗辯權ニ同ジ。唯其内容ハ催告ノ抗辯權ニ一步ヲ進メ、債權者ガ主タル債務者ニ對シテ強制執行ヲ爲スマデ保證債務ノ履行ヲ拒絶スルニ存ス。

二 檢索ノ抗辯權ヲ行使センガ爲メニ保證人ハ次ノ二ツノ事項ヲ證明スルコトヲ要ス。

(イ) 主タル債務者ニ辨濟ノ資力アルコト。財産ノ種類ヲ問ハザルモ債務ノ全部ヲ辨濟スル資力アルコトヲ要ス。一部辨濟ノ資力アルヲ以テ足ルト解スル説アレド(二八頁)根柢ナシ(註一)。債權者ガ其債權ニ付テ主タル債務者ノ財産ノ上ニ質權又ハ抵當權ヲ有シ且(ロ)ノ要件ヲ具ナヘタルトキハ檢索ノ抗辯權アルモノト解スベシ、之ニ反シ債權者ガ第三者ノ財産ノ上ニ質權又ハ抵當權ヲ有スルモ、主タル債務者ニ辨濟資力アルニ非ザルヲ以テ檢索ノ抗辯權ナキモノト解スルヲ正當トス(註二)。

(註一) 同趣旨、大正五年一〇月二五日大判、民録、二二輯一九七四頁、其ノ判批、拙著、民
第六章 多數當事者ノ債權 保證人ノ抗辯權
三二一

事例例研究一四七頁、法協、三五卷一一一七頁、明治四二年六月二十九日大判、民錄、一五輯六四〇頁、同年一月二日大判、同錄二〇頁、明治三九年一月二日大判、民錄、一二輯一六五〇頁、梅氏、要義、石坂氏一〇六二頁、川名氏、三七六頁、磯谷氏、下、一九八頁、仁井田氏、新報二四卷九號一頁。佛蘭西ニ於テハ反對説ヲ多數トスレド我民法ハ明ニ「辨濟ノ資力アリテ」トイフガ故ニ債務ノ全額ニ付テ辨濟資力アルコトヲ要スルモノト言ハザルベカラズ、殊ニ一部辨濟ノ資力アルトキニ此抗辯ヲ許スモノトセバ債權者ニ一部辨濟ノ受領ヲ強要スルコト、ナルベシ。横田氏ハ四五五條ニヨリ債權者ガ檢索ノ抗辯ノ結果一部辨濟ヲ受領スベキコトアルガ故ニ檢索ノ抗辯ニハ全部辨濟ノ資力ヲ要セザルモノトス。然レドモ四五五條ハ檢索ノ抗辯權行使ノ後債權者ガ直チニ執行ヲ爲サザリシガ爲メニ主タル債務者ノ財産状態ニ變更ヲ生シタルコトヲ豫想スルモノナリ。其變更後ニ一部辨濟ノ資力アルノミヲ以テ足レリトイフ規定ヨリシテ變更前ニ於テモ亦一部辨濟ノ資力アルヲ以テ足ルモノト解スルハ誤ナリ。結果ヨリイフモ反對説ニヨルトキハ檢索ノ抗辯ヲ行使シ得ベキ場合餘リニ汎クシテ保證債務ノ效力薄弱ニ失ス。

(註二) 擔保品ヲ供シタル第三者(所謂物上保證人)ト保證人トハ同等ノ地位ニ立ツベキモノナレバ先ヅ物上保證人ニ對シテ執行スベキコトヲ要求スルヲ得ズ。(獨民七七二條)ハ主タル債務者ノ財産上ニ質權、留置權アル場合ニ付テモ其目的物ヲ制限ス、而シテ第三者ノ財産ノ上ニ之等ノ權利アル場合ニ付テハ規定ナキ

モ學者ハ抗辯權ナキモノトス Oertmann, Komm. zu § 772 BGB S. 949.

(ロ) 執行ノ容易ナルコト。例ヘバ主タル債務者ノ財産ガ遠隔ノ地ニ在ル不動産ナル場合ノ如キハ不可ナリ。執行ノ爲メニ格段ナル時日又ハ費用ヲ要スルトキハ執行容易ナラザルモノトス(註三)。

(註三) 同趣旨、大正五年一〇月二五日大判、前掲。

效果

三 抗辯權行使ノ結果トシテ債權者ハ先ヅ強制執行ヲ爲スニ非ザレバ保證人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スヲ得ズ。又直チニ執行ヲ爲スヲ怠リ、爲メニ後ニ至リテ債務ノ完済ヲ得ザルニ至リタルトキハ、保證人ハ債權者ガ直チニ執行ヲ爲サバ辨濟ヲ得ベカリシ限度ニ於テ其義務ヲ免ル、モノトス(四五條)。

檢索ノ抗辯權ニ基キ債權者ガ主タル債務者ニ對シテ遲滯ナク執行ヲ爲シタルトキハ抗辯權ハ之ニ依リテ目的ヲ達シタルモノニシテ其消滅スルコト明ナリ。故ニ債權者ノ執行ガ債權ノ満足ヲ得ルニ至ラズ債權者ガ更ニ保證人ニ請求ヲ爲シタルトキハ、保證人ハ假令主タル債務者ノ財産状態ガ變更シ辨濟資力アルニ至リタルコトヲ證明スルモ檢索ノ抗辯權ヲ有セザルモノト

ス(註四)。

(註四) 結果同説、磯谷氏、下、二〇一頁(數回ノ行使ヲ認ムレバ保證效力薄弱トナルヲ理由トス、此點ヲモ理由トシテ可ナリ)。

- 四 保證人ハ例外トシテ檢索ノ抗辯權ヲ有セザルコトアリ。次ノ如シ。
- (イ) 保證人ガ此抗辯權ヲ拋棄セルトキ。連帶保證ハ其一ナリ。
- (ロ) 商法第二百七十三條第二項。

第四項 主タル債務者ノ抗辯權ヲ行使スル權利

一 保證人ハ主タル債務者ノ有スル抗辯權ヲ採用スルコトヲ得ルヤ否ヤ。歐洲諸國ノ法律ニハ之ヲ許ス旨ヲ規定スルモノ多シ(獨七六八條、佛)。我民法ニハ特別ノ規定ナケレドモ之ヲ許スモノト解スルヲ通説トス(橫田氏、石坂氏、磯谷氏、下、二一〇)。

保證債務ハ上述ノ如ク附從性ヲ有スルモノナルガ故ニ主タル債務ガ錯誤、不法等ノ理由ニ因リテ無効ナル場合權利不發生ノ抗辯又ハ辨濟、代

檢索抗辯
合權ナキ場

主タル債務者ノ抗辯
行使スル權利

物辨濟、更改等ノ理由ニ因リテ既ニ消滅セル場合權利消滅ノ抗辯ニ於テ保證人モ亦主タル債務ノ無効又ハ不存在ヲ主張シテ其債務ヲ免ル、コトヲ得ベキハ寧ろ當然ナリ(註二)。又主タル債務ニ付テ同時履行ノ抗辯(三三)ノ如キ所謂延期的抗辯ノ附著セル場合ニ於テモ保證人ハ此主タル債務ヲ履行スル債務ヲ負擔セルニ過ギザルモノナレバ又同ジク此抗辯權ヲ援用シ得ルモノト解スルヲ正當トス。

(註一) 保證人ガ主タル債務ノ時効ヲ援用スルコトヲ得ルヤ否ヤハ抗辯權ヲ行使シ得ルヤ否ヤノ問題ニハアラザルモ亦之ニ類似シタル問題ナリ。我民法ニ於テハ保證人ガ民法第一四五條ニ所謂當事者ノ内ニ包含セラル、ヤ否ヤニヨリテ決スベキモノトス。通説及ビ判例ハ之ヲ認ム(大正四年七月一三日大審院判決、民錄二一輯一三八七頁、拙著、民法全書第二卷一四五條、同、日本民法總論五八八頁)。保證債務ハ附從性ヲ有シ、保證人ハ主タル債務消滅ノ結果當然其債務ヲ免ルベキモノナレバ、之ヲ時効ニ因リテ直接ニ法律上ノ利益ヲ受クル者即チ當事者ナリト解スルヲ正當トス。

二 主タル債務者ガ債權者ニ對シテ相殺ニ援用シ得ベキ債權ヲ有スルトキハ保證人モ亦之ヲ援用スルコトヲ得(四二五七)。是レ諸國ノ法律ガ一般ニ認ム

相殺權ハ
如何

第六章 多數當事者ノ債權 保證人ノ抗辯權

ル所ナレド理論上當然ノ規定ニハ非ズ專ラ便宜上ノ理由ニ基ケルモノナリ
(註二)。

(註二) 相殺權ハ自己ノ權利ヲ處分スルコトヲ其缺クベカラザル内容トスルモノ
ニシテ從ツテ抗辯權ニアラズ。又權利ノ處分行爲ヲ包含スルモノナレバ之ヲ
權利者以外ノ人ニ認ムルハ理論上當然ノ事ニアラザルモ、連帶債務者ニ此權利
ヲ與ヘタル以上保證人ニ之ヲ與フルハ寧ロ當然ナリ。

三 保證人ハ主タル債務者ノ有スル法律行爲ノ取消權ヲ行使スルコトヲ得
ルヤ否ヤ。或ハ保證人ヲ以テ第二百二十條ニ謂フ所ノ承繼人ナリト解スル説
アレドモ(梅氏、富井氏、橫田氏、平沼氏、橫)保證人ハ主タル債務者ヨリ債務ノ移轉又ハ設定ヲ受
タル者ニ非ザルハ明ナリ(拙著、民法全書第二卷第百二十頁)。又保證人ヲシテ主
タル債務者ノ法律行爲ヲ取消サシムルコトハ保證債務ノ性質上不當ナリ。
保證債務ノ附從性ハ主タル債務ニ干渉スル權利ヲ保證人ニ與フルモノニ非
ズ(同說、川名氏、石坂氏)。故ニ保證人ハ取消權ヲ行使シ得ザルモノト解セザルベカラズ
(反對、磯谷氏、下、一六九頁、仁井田氏論文、新報、)。契約ノ解除權ニ付キテ亦同ジ。
(前掲、仁井田氏、第四四九條ヲ論據トス)

取消權ハ如何

債務者ノ一人ニ付キテ生ジタル事項ノ效力

第五項 債務者ノ一人ニ付キテ生ジタル事項ノ效力

タル事項ノ效力

一 保證債務ニアリテハ主タル債務ト保證債務トハ主從ノ關係ニ在ルヲ以テ其一債務者ニ付テ生ジタル事項ノ效力ニ付テモ亦附從性ニヨリテ之ヲ解決セザルベカラズ

二 主タル債務ニ付テ生ジタル事項ハ原則トシテ絶對的效力ヲ生ズ。(イ) 主タル債務ノ消滅シタルトキハ其消滅ノ原因ガ債權者ノ満足ニ因ルト否トヲ問ハズ保證債務モ亦消滅ス。即チ辨濟、供託、代物辨濟、相殺ハ勿論、更改、免除、時効ノ完成、履行ノ不能モ亦絶對的效力ヲ生ズルナリ。唯主タル債務ノ履行不能ガ保證人ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ生ジタル場合ニ付テハ疑アリ。保證人ハ債權者ニ對シ損害賠償ノ義務ヲ負フト解スル通説ヲ正シトス(石坂氏、八頁)。蓋シ保證人ハ主タル債務ノ履行ヲ確保スベキ責任ヲ負フ者ナルガ故ニ、自己ノ故意又ハ過失ニ因リテ其履行ヲ不能ナラシムルトキハ其損害賠償ノ

責ニ任ズベキコト信義則上寧ロ當然トスル所ナレバナリ。(ロ)主タル債務者ニ對スル履行ノ請求其他時効ノ中斷ハ保證人ニ對シテモ其效力ヲ生ズ(四七五條)項一。此規定ハ保證債務ノ附從性ヨリ生ズル當然ノ結果ニハ非ズ。主タル債務ノ時効ニ罹ラザル間ハ、保證債務モ亦時効ニ罹ルコトナカラシメントスル趣旨ニ出デタル便宜規定ナリ。(ハ)主タル債務ニ對スル債權ノ讓渡セラレタルトキハ保證人ニ對スル債權モ亦讓渡セラレ(第七章第三節第七參照)。(ニ)主タル債務者債權者間ノ判決ハ判決當事者以外ニ其效力ヲ及ボサズ。之レ判決ノ羈束力ニ關スル原則ニ依ルモノナリ。

三 保證人ニ付テ生ジタル事項ハ原則トシテ相對的效力ノミヲ有ス。保證人ニ對スル履行ノ請求其他時効ノ中斷、免除、混同等皆然リ。唯辨濟其他債權ノ目的ヲ達スル事項ハ例外トシテ絕對的效力ヲ生ズ。之レ目的ヲ達スルトキ債務ハ當然消滅スルガ故ナリ。

第六項 連帶保證

一 連帶保證ハ保證人ガ債權者ニ對シテ主タル債務者ト連帶シテ保證スルコトヲ約シタル場合ニ存スルモノニシテ特別ノ效力ヲ有スル保證債務ナリ。補充性ヲ伴ハズト雖モ附從性ヲ有スルヲ以テ、連帶債務ト保證債務トノ結果ニハアラズ、固ヨリ一個ノ保證債務ナリ(註一)。

(註一) 同趣旨、大正九年一〇月二三日大判、民錄、二六輯一五八二頁、明治四三年一月二六日大判、民錄、一六輯八三四頁、同四一年二月二八日大判、民錄、一四輯一六二頁。

二 連帶保證ノ對外的效力ハ普通ノ保證ト異ル。債權者ハ普通ノ保證ニ於ケルヨリ有力ナル權利ヲ有ス。即チ連帶保證人ハ債權者ノ請求ニ對シテ催告及ビ檢索ノ抗辯權ヲ有セザルナリ(四四五條)。

三 債務者ノ一人ニ付テ生ジタル事項ノ效力ニ付テ民法ハ第四百三十四條乃至第四百四十條ノ規定ヲ連帶保證ニ適用セリ(四四五條)。然レドモ其適用ト謂フハ準用ノ意味ナラザルベカラズ、連帶保證債務ハ從タル債務タルニ止マリ、隨ツテ其ノ負擔部分ナルモノナキガ故ニ連帶債務ニ關スル第四百三十四條

乃至第四百四十條ノ規定ヲ其ノ儘ニ適用スルハ連帶保證ノ性質ニ反スルコト明ナレバナリ。此ニ於テ其ノ準用スベキ規定ノ範圍ニ付テ疑問ヲ生ズ。

(イ)主タル債務者ニ付テ生ジタル事項ノ效力ニ付テハ連帶債務ニ關スル規定ハ準用ナク、專ラ保證債務ノ附從性ニ依リテ決定セラル。即チ主タル債務ガ消滅シタルトキハ其消滅原因ガ債權ノ満足タルト否トヲ問ハズ連帶保證債務ハ常ニ消滅スベク、又第四百五十七條モ亦連帶保證債務ニ適用アリ(註二)。

(註二) 同趣旨、大正九年一〇月二三日大判、前掲、菅原氏、列批、一卷一八五頁。

(ロ)連帶保證人ニ付テ生ジタル事項ノ效力ニ付テハ連帶債務ニ關スル規定ヲ準用スルコトヲ得。サレド主タル債務者連帶保證人間ニハ負擔部分ナルモノアルベカラザルガ故ニ負擔部分ノ存在ヲ前提シタル規定ハ準用スルコトヲ得ズ、隨ツテ第四百三十六條第二項、第四百三十七條、第四百三十九條ハ準用ナク、第四百三十五條、第四百三十六條第一項及ビ第四百四十條ハ之ヲ準用セザルモ、保證債務ノ性質上當然同一ノ結果ヲ生ズベク、結局準用ノ要アルモノハ第四百三十四條及ビ第四百三十八條ノ二條トス。即チ連帶保證人ニ對シ

テ履行ノ請求アリタルトキハ主タル債務者ニ對シテモ其效力ヲ生ズベク、又債權者ト連帶保證人トノ間ニ混同アリタルトキハ連帶保證人ガ辨濟ヲ爲シタルモノト看做サル、ナリ。立法論トシテハ之等ノ規定ノ準用ニ付テモ當否疑ハシ。

四 連帶保證ノ對內的效力ニ付テハ普通ノ保證ト異ルコトナシ。

第七項 共同保證

共同保證

一 數人が同一ノ主タル債務ニ付テ保證債務ヲ負擔スルヲ共同保證ト言フ

二 共同保證ノ對外的效力ニ付テハ第四百五十六條ノ規定アリ。保證人ハ一個ノ保證契約ニヨリテ共同保證ヲ爲シタルト、數個ノ保證契約ニヨリタルトヲ問ハズ常ニ所謂分別ノ利益(beneficium divisionis)ヲ有シ、主タル債務額ヲ分割シ、各其一部ニ付テノミ保證債務ヲ負擔スルモノトス(註)。但シ之ニ對シテ三個ノ例外アリ。

(イ)保證人間ニ連帶ノ特約アルトキ (ロ)保證人ガ主タル債務者ト連帶シテ保證シタルトキ (ハ)主タル債務ガ不可分債務ナルトキハ各保證人ハ全部辨

濟ノ義務ヲ負フ。

(註) 數人ノ保證人ガ時ヲ異ニシテ別異ノ行爲ヲ以テ保證ヲ爲シタル場合ニモ本條ノ適用アリ、大正七年二月五日大判、民錄、二四輯一三六頁、其ノ判批、三浦氏、法協、三六卷六號。

保證人ノ
求償權ノ

第七款 主タル債務者保證人間ニ於ケル 保證債務ノ效力

保證人ハ主タル債務者ヨリ委任ヲ受ケテ保證債務ヲ負擔スルコトアリ。又委任ヲ受ケズシテ之ヲ負擔スルコトアリ。其何レナルカニヨリテ主タル債務者ニ對スル法律關係ニ差異アリ。

第一項 委任ノ存スル場合

一 保證人ガ主タル債務者ノ委任ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル場合(四五)ニ於テハ保證人主タル債務者間ノ法律關係ハ性質上委任關係ナリ。民法ハ此基礎ノ上ニ於テ特別ナル規定ヲ設ク。

求償權ノ
要件

成立要件

二 保證人ガ債務ヲ辨濟シ、其他自己ノ出捐ヲ以テ債務ヲ消滅セシムベキ行爲ヲ爲シタルトキハ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有ス(四五)。蓋シ委任事務ヲ處理スルニ付キ必要ナル費用ヲ支出シタルモノナルガ故ナリ(六五)。

三 求償權成立ノ要件三アリ。(イ)自己ノ出捐アルコト。(ロ)債務ヲ消滅セシメタルコト。消滅セシメタル額ハ全部ナルヲ要セズ。又免責行爲ヲ爲シタル時ハ必ラズシモ主タル債務ノ辨濟期後ナルコトヲ要セズ。然レドモ辨濟期前ニ免責行爲ヲ爲シタルトキハ原則トシテハ辨濟期マデハ求償權ヲ行使シ得ザルモノトス(同說、大正三年六月一日大判、民錄、二〇)。(ハ)保證人ニ過失ナキコト(四六)。保證人ガ辨濟ヲ爲スニ當リ豫メ主タル債務者ニ通知ヲ爲サザリシ場合及ビ辨濟ヲ爲シタル後之ヲ主タル債務者ニ通知セザリシ場合ニ於テハ連帶債務ノ場合ニ於ケルト同ジク保證人ノ求償權ハ制限ヲ受ク(四六項)。

主タル債務者ガ既ニ免責行爲ヲ爲シタル後ニ於テハ保證人ハ更ニ免責行爲ヲ爲スヲ得ズ從ツテ求償權ヲ生ズルコトナキノ理ナリ。然レドモ民法ハ

善意ノ保證人ヲ保護センガ爲メニ特ニ第四百四十三條ノ規定ヲ主タル債務者ニモ準用ス(四六三)(註一)。

(註一)之レ四四三條二項ノ準用ナリ、四四三條一項ハ準用ナキモノト解スベシ、主タル債務者ガ保證人ニ對シテ求償スルコトナケレバナリ、同說、石坂氏、一〇九九頁。反對、磯谷氏、下、二三九頁。

四 求償權ノ範圍ニ付テハ連帶債務ノ規定ヲ準用ス(四五九)。委任ニ關スル規定(六五)ニ依ルモ其範圍ハ同一ナリ。

五 保證人ガ求償權ヲ行使スルガ爲メニハ原則トシテ免責行爲ヲ了シタルコトヲ要スルコト上述ノ如シ。然レドモ此原則ニ對シテハ次ニ述ブル例外アリ。即チ法律ハ一定ノ場合ニ於テ豫メ求償ヲ爲スノ權利ヲ保證人ニ與フ(四六)之レ委任ニ於ケル前拂ノ請求權ニ該當スルモノナリ(六四)。

(1) 豫メ求償ヲ爲シ得ル場合四アリ。(イ)主タル債務者ガ破産ノ宣告ヲ受ケ且債權者ガ其財團ノ配當ニ加入セザルトキ。(ロ)債務ガ辨濟期ニ在ルトキ。但シ債務ガ辨濟期ニ在リヤ否ヤノ點ニ付テハ保證債務成立當時ニ於ケル主タ

ル債務ノ體様ヲ標準トシテ之ヲ決ス。保證契約ノ後債權者ガ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ズ(註二)。(ハ)債務ノ辨濟期ガ不確定ニシテ且其最長期ヲモ確定スルコト能ハザル場合ニ於テ保證契約ノ後十年ヲ經過シタルトキ。例ヘバ無期ノ年金債務、禁治產者ノ後見人ノ有スル財産返還債務(九三)ヲ保證セル場合ノ如シ。(ニ)過失ナクシテ債務ヲ辨濟スベキ裁判言渡ヲ受ケタルトキ(四五)。此場合ハ第四百五十九條ニ規定セララル、モ實質上豫メ求償ヲ爲シ得ル場合ニ數ヘザルベカラズ。

(註二)此規定ハ保證人對主タル債務者間ノ關係ヲ規定シタルモノニシテ期間延長ノ債權者保證人間ニ於ケル效力ヲ規定セルモノニ非ズ、大正九年三月二四日、民錄、二六輯三九二頁。

(2) 免責行爲以前ニ於ケル求償權ノ性質ハ委任ニ於ケル費用前拂ノ請求權(六九)ニ同ジ。故ニ其效果ニ付テモ同一ニ解セザルベカラズ。即チ此權利行使ノ結果保證人ノ受取リタル金額ガ實際ノ費用ヨリ多額ナリシトキハ其差額ハ之ヲ主タル債務者ニ返還スルヲ要シ、又少額ナリシトキハ更ニ其差額ニ付

テ求償ヲ爲スコトヲ得。

六 免責行為以前ニ求償ヲ請求セラレタル主タル債務者ハ之ニ對シテ次ニ述ブル權利ヲ有ス。之レ法律ガ保證人及ビ主タル債務者ノ保護ヲ適當ニ按排セントシタルモノナリ。

(イ) 保證人ヲシテ債務全部ノ辨濟ニ付キ擔保ヲ供セシムルコト。保證人ハ受任者トシテ債務ヲ辨濟スベキ債務ヲ負擔スルヲ以テ此債務ノ履行ニ付キ相當ノ擔保ヲ供スベキコトヲ請求ヲ得ルナリ(註三)。而シテ民法ニ特別ノ規定ナキモ此權利ヲ認メタル趣旨ヨリ考フレバ擔保ヲ供スルマデ前拂ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ルモノト解スベシ(註四)。

(註三) 此擔保ハ如何ナル債務ニ付テ之ヲ供スルモノナリヤ解釋上疑問ナリ。保證人ハ前拂ヲ受ケタル金額ヨリ殘金ヲ生ズルトキハ之ヲ主タル債務者ニ返還スル義務ヲ有スルヲ以テ、此義務ノ履行ヲ擔保スルモノナリト解スル説アリ(石坂氏一一一八頁)。余ハ前拂ヲ受ケタル金額ヲ委任事務履行ノ爲メニ使用スベキ債務ニ付テ擔保ヲ供スルモノニシテ、保證人ガ辨濟ヲ爲スノ必要消滅シタル場合及ビ殘額ヲ生ジタル場合ニ於ケル返還債務ヲモ擔保スルハ其ノ當然ノ結

果ナリト解ス。

(註四) 同說横田氏、六九九頁、川名氏、四一四頁。解釋上疑問ナリト雖モ、此拒絕權ヲ認ムルニ非ザレバ債務者保護ノ目的ヲ達スルコトヲ得ズ。

(ロ) 保證人ニ對シテ免責ヲ得セシムベキ旨ヲ請求スルヲ得。コレ委任者ノ受任者ニ對スル委任事務履行ノ請求權ニシテ寧ロ言ヲ俟タズ。サレド之ニヨリテ求償ヲ拒絕スルコトヲ得ザルハ又明ナリ。若シ之ヲ許ストキハ免責行為前ニハ求償ノ權ナキコト、ナルベシ。

(ハ) 償還スベキ金額ヲ供託シ、擔保ヲ供シ又ハ保證人ニ免責ヲ得セシメテ賠償ノ義務ヲ免ル、コトヲ得。前二者ハ主タル債務ノ辨濟ヲ確保セントスルモノニシテ、之レハ求償義務ヲ免レントスルモノナリ。主タル債務者ハ以上ノ内其一ヲ選ブコトヲ得ルナリ。

第二項 委任ノ存セザル場合

一 主タル債務者ノ委託ヲ受ケズシテ保證ヲ爲シタル者ハ主タル債務者ニ對スル關係ニ於テハ事務管理ヲ爲ス者ナリ。故ニ其對内關係ニ於ケル權利

委任ノ存
セザル場
合ノ求償

義務ニ付テハ事務管理ニ關スル規定ニ從ハザルベカラズ。民法第四百六十
二條ハ此理論ニ從ヒ次ニ述ブル二個ノ場合ニ分チテ求償權ノ範圍ヲ定ム。
其ノ共通ノ要件ハ(イ)保證人ガ免責行為ヲ爲シタルコト(ロ)自己ノ出捐ヲ以テ
シタルコト及ビ(ハ)主タル債務者ニ利益ヲ與ヘタルコト是ナリ。

二 保證人ノ保證ヲ爲シタルコトガ主タル債務者ノ意思ニ反セザル場合ニ
於テハ主タル債務者ハ債務消滅ノ當時利益ヲ受ケタル限度ニ於テ賠償ヲ爲
スコトヲ要ス。即チ保證人ハ利息及ビ損害賠償ヲ請求シ得ザルハ勿論ナリ
ト雖モ求償額ヲ定ムルニ付テ標準トナルベキ時ハ求償ノ時ニ非ズシテ免責
ノ時ナリ。從ツテ免責以後ニ於テ例ヘバ主タル債務者ガ相殺ニ援用シ得ベ
キ債權ヲ取得シタルガ如キ場合ニ於テ利益ノ消滅スルコトアルモ、爲メニ求
償權ヲ害セラル、コトナシ(四六二條一項)。

三 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ガ求償
ノ當時現ニ利益ヲ受ケル限度ニ於テノミ求償權ヲ有ス(四六二條二項)。故ニ
其求償權ノ範圍ハ實質上不當利得ノ返還義務(七〇三條)ニ外ナラズ、又其利得ノ存

否ニ付テ標準トナルベキ時ハ求償ノ時ナリ。從ツテ免責行為以後求償以前
ニ主タル債務者ガ相殺ニ援用シ得ベキ債權ヲ取得シタルトキハ、債務者ハ此
債權ヲ以テ求償權ニ對抗スルコトヲ得ベク其結果トシテ保證人ノ求償權ハ
其債權ノ範圍ニ於テ消滅ス。故ニ法律ハ其債權ガ保證人ニ移轉シ保證人ハ
債權者ニ對シテ債務ノ履行ヲ請求シ得ルモノト爲シ(四六二條)以テ不公平ナ
ル結果ヲ生ズルコトヲ防グ。第四百四十三條一項但書ト同一ノ趣旨ニ出ヅ
ル便宜規定ナリ。

四 保證人ノ求償權ニ付テハ第四百四十三條ノ規定ヲ準用ス(四六三條)。即チ保
證人ガ豫メ通知ヲ爲サズシテ辨濟其他免責行為ヲ爲シタル場合及ビ免責行
爲ヲ爲シタルコトヲ通知セザリシ場合ニ於テハ一定ノ條件ノ下ニ求償權ノ
制限ヲ受クルナリ(註)。

(註) 四四三條ヲ委託ヲ受ケザル保證人ニ準用スルニ付テハ反對說アリ、横田氏、七
二九頁、磯谷氏、下、二五八頁。

五 以上述べタル求償權以外ノ點ニ付テハ事務管理ノ規定ニ從フ。

第三項 求債權者ノ代位

保證人ハ其求債權ヲ有スル範圍ニ於テ債權者ニ代位シ債權者ノ有セル質權、抵當權等ヲ行使スルコトヲ得(五〇〇條等)。此點ニ付テハ連帶債務ノ場合ト異リ疑問ヲ容ル、ノ餘地ナシ。

第四項 數人ノ債務者ト保證人トノ關係

一 主タル債務者數人アル場合ニ於テ保證人ハ其全員ノ爲メニ保證ヲ爲スコトアリ又ハ其一人ノミノ爲メニ保證ヲ爲スコトアリ。而シテ理論ヨリ言ヘバ主タル債務者、保證人間ニ特殊ナル對内的法律關係ハ保證人ト其保證セル主タル債務者トノ間ニ於テノミ存立スルモノトス。
二 保證人ガ主タル債務者全員ノ爲メニ保證シタル場合ニ付テハ法律ニ特別ノ規定ナシ。然レドモ其保證セル債務ニ應ジテ求債權ヲ成立セシムルコト

ト疑ヲ容レズ。(イ)主タル債務ガ分割債務ナル場合ニ於テハ其分割セラレタル債權額ニ付テ各々保證債務ヲ成立セシム。故ニ保證人ガ全部ヲ辨濟シタルトキハ各債務者ニ對シテ又分割債權ヲ取得ス。(ロ)主タル債務ガ不可分債務又ハ連帶債務ナル場合ニ於テ保證人ガ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ各債務者ニ對シテ全部ノ求債ヲ爲スコトヲ得。即チ各債務者ハ求債權ニ付テ亦不可分又ハ連帶債務ヲ負擔スルナリ。
三 保證人ガ債務者ノ一人ノ爲メニ保證ヲ爲シタル場合ニ付テハ民法第四百六十四條ノ規定アリ。主タル債務ガ連帶債務又ハ不可分債務ナル場合ニ於テハ保證人ハ他ノ債務者ニ對シテモ亦其負擔部分ニ付テ求債權ヲ有スルモノトス。保證人ハ他ノ債務者ヲ保證スルモノニ非ザルガ故ニ此場合ニ付テ保證債務ノ規定ニ從ヒ求債權ノ成立ヲ認ムルハ理論上當然ノ規定ト言フベカラズ。然レドモ保證人ハ連帶債務者又ハ不可分債務者ノ保證人トシテ全部支拂ノ義務ヲ有シ從ツテ債務額ノ全部ニ付テノ保證人ナリ。故ニ全部ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ自己ノ保證シタル債務者ニ對シテハ當然全

部ニ付テ求償權ヲ有セザルベカラズ。而シテ其求償ニ應ズベキ債務者ハ又他ノ債務者ニ對シテ各自ノ負擔部分ニ付テ求償權ヲ有スルモノナルガ故ニ民法ハ便宜規定ヲ設ケ保證人ヲシテ直接ニ他ノ債務者ニ對シテ求償權ヲ有セシメタルナリ。

主タル債務ガ連帶債務又ハ不可分債務ニアラザルトキハ保證人ハ全部辨濟ノ義務ヲ有スルコトナク債務ノ全部ニ付テハ如何ナル債務者トノ間ニモ保證人對主タル債務者ノ關係ヲ有スルモノニ非ズ。故ニ若シ全部ヲ辨濟シタルトキハ其保證シタル額ニ付テ其保證シタル主タル債務者ニ對シテノミ求償權ヲ有スルニ止マル。他ノ債務者ニ對スル關係ハ第三者ノ辨濟ニ關スル規定ニ從ハザルベカラズ(四七九條)。

共同保證
人相互間
ニ於ケル
求償權

第八款 共同保證人間ニ於ケル保證債務ノ效力

一 共同保證ノ性質及ビ對外的效力ハ上ニ之ヲ述べタリ。其保證人相互間

ニ於ケル效力ニ於テハ次ノ二個ノ場合ヲ區別スルヲ要ス。

二 共同保證ニ於ケル各保證人ハ例外トシテ全部辨濟ノ義務ヲ負擔ス。即チ主タル債務ガ不可分ナル場合ニ於テハ保證債務モ亦不可分ナルガ故ニ各保證人ハ全部辨濟ノ義務ヲ負フベク、又各保證人が全額ヲ辨濟スベキ特約ヲ爲シタル場合即チ保證人間ニ連帶ノ特約アル場合ニ於テハ又各保證人ハ全部辨濟ノ義務ヲ負フ。之等ノ場合ニ於ケル共同保證人相互ノ關係ハ不可分債務者又ハ連帶債務者相互間ノ關係ナリ。故ニ一保證人が其負擔部分以上ノ額ニ付テ免責行爲ヲ爲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ニ從ヒテ他ノ保證人ニ對シテ求償權ヲ有ス(四六五條)(註一)(註二)。

(註一) 此場合ニ於ケル全部辨濟ノ特約ハ連帶ノ特約トハ異ルト解スル說アリ(川名氏、職谷氏二六五頁)然レドモ理由ナキモノト考フ。連帶ノ特約ナリト解スレバ(同說石坂氏)此場合ニ付テハ第四百四十二條乃至第四百四十四條ハ準用ニハアラズシテ適用セラレザルベカラズ、唯不可分債務ノ場合ヲ加フルガ故ニ準用ト言ヒタルナリ。而シテ此場合ニ負擔部分以上ノ辨濟ヲ以テ求償權成立ノ要件トシタルハ連帶債務ニ關スル求償權ノ要件ニ付テ參考ノ價值アリ。即チ保

證債務ノ連帶ニ付テ法律ガ負擔部分以上ノ辨濟ヲ以テ、求償權成立ノ要件トシタルハ、普通ノ連帶債務ニ付テモ亦之ヲ要件トスルモノト解スルノ根據トナスコトヲ得ベシ。

(註二) 數人ノ保證人ガ各自主タル債務者ト連帶シテ保證セル場合モ結果同シ。大正八年一月一三日、民錄、二五輯二〇〇五頁。

三 共同保證ニ於ケル各保證人ハ全部辨濟ノ義務ヲ有セザルヲ原則トス。此場合ニ於テ一保證人ガ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シテ其求償權ノ有無及ビ範圍ヲ定ム(四六五條)。共同保證人相互間ニハ第四百六十二條ノ場合ト異リ保證人對主タル債務者ノ關係ナキコト勿論ナリ。故ニ適用ト言ハズシテ準用ト言ヒタルナリ。而シテ之ヲ準用シタルハ其事務管理タル關係ガ同一ナルヲ以テナリ。四 保證人ガ共同保證人ニ對シテ求償權ヲ有スル場合ニ於テ、保證人ハ又主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルコト勿論ナリ。而シテ保證人ハ其何レカーヲ選擇シテ之ヲ行使シ得ルモノナリト雖モ(同說、大正二年二月八日東、控判、最近判、一二卷九四頁)、請求權ノ競合ヲ生ズルモノニシテ、選擇債務ヲ成立セシムルモノニアラザル

保證債務ノ消滅

ヲ以テ其一方ヲ選擇シテ行使シタルガ爲メニ直チニ他ノ一方ノ權利ヲ失フベキニアラズ。故ニ先ヅ主タル債務者ニ對シテ訴訟ヲ提起シ、辨濟ヲ命ズル判決アリタルモ、未ダ現實ノ辨濟アラザル間ハ、共同保證人ニ對スル求償權ニ何等ノ影響ヲ生ゼズ(同說、大正元年一月二二日、唯一請求權ノ行使ニヨリ債權ノ目的ヲ達シタル場合ニ於テノミ他ノ請求權ハ消滅スルモノトス。

第九款 保證債務ノ消滅

保證債務ニ特殊ナル消滅原因ニアリ。

- (イ) 主タル債務ノ消滅。
- (ロ) 擔保ノ喪失(四、五條)。

第七章 債權ノ讓渡

第一節 債權讓渡ノ意義

債權讓渡(cess ion de créance, Uebertra-)トハ債權ノ移轉ヲ内容トスル契約ヲ謂フ。其

債權讓渡ノ意義

債權讓渡

性質左ノ如シ。

一 債權讓渡ハ債權者及ビ讓受人間ノ契約ナリ。

(イ) 意思表示以外ノ原因ニ因リテモ債權ノ移轉ヲ生ズルコトアリ(法律上ノ債權移轉)又遺言ニヨリテモ債權ヲ移轉スルヲ得ベシ(坂氏論アリ、反對、石)。然レド

モ讓渡ト稱スルモノハ契約ニ因ル移轉ニ限ル。(ロ) 契約ノ當事者ハ債權者即チ讓渡人及ビ讓受人ナリ。債務者ハ當事者ニアラズ(四六六項)。(ハ) 讓受人ハ特

定スルコトヲ要スルヤ所謂白地讓渡(Blanko-cession)モ亦有效ナリヤハ議論アリ。讓

渡ハ對内關係ニ於テハ絶對ニ無式ナルヲ以テ對内關係ニ於テハ有效ナリト

解ス。唯對外關係ニ於テハ所謂對抗要件ノ具備セラル、コトヲ要スルノミ

(註 1)。

(註 1) 白地讓渡又ハ白地委任狀ニヨル讓渡ノ問題ハ我國ニ於テハ實際ニ於テ株

式又ハ公債證書ノ讓渡ニ就テ起リ、學者モ亦之ニ付テ論ズルヲ常トス。然レドモ同一ノ問題ハ一般債權ニ付テモ亦生ズルコトヲ得ベシ。獨逸ノ學者ハ之ヲ有效トナスヲ常トス唯其法律上ノ構成ニ付テハ議論多シ。Enneccerus, § 302 Ann. 9 Oertmann, Vorb. zu § 398 BGB.ニ諸説ノ大要ヲ掲ケ。我民法ニ付テ石坂氏ハ消極説ヲ

採ル、日本民法一一八四頁、同氏、論文、白紙委任狀附記名株讓渡無効論、京法、一〇卷二號、民法研究第三卷二六五頁。然レドモ通説及ビ判例ハ株式ノ白地讓渡ニ付テハ積極説ヲ採ル。石坂氏ノ消極説ハ對抗ノ意義ニ關スル特殊ノ見解ニ基ケルモノナリ。即チ讓渡ノ對抗要件ヲ備ヘザルトキハ假令第三者ガ其讓渡アリタルコトヲ認ムルモ尙讓渡ノ効ナキモノトス。從ツテ甲ガ乙ニ其債權ヲ讓渡シ、讓渡證書ニ乙ノ氏名ヲ記載セズ乙ガ更ニ其債權ヲ丙ニ讓渡スル爲メニ先ノ讓渡證書ニ丙ノ氏名ヲ記載スルトキハ第一ノ讓渡ハ對抗要件(通知、承諾)ヲ備ヘザルヲ以テ丙ニ對シテハ效力ナク從ツテ第二ノ讓渡ハ無効ナリトス。余ハ對抗要件ノ意義ニ付テ此説ニ從ハザルヲ以テ又此理由ニヨリテ白地讓渡ノ無効ナルコトヲ認メズ、苟モ甲乙間ニ讓渡ノ契約アリ乙丙間ニ又讓渡ノ契約アルトキハ債權ハ實質上丙ニ移轉セルモノト解ス、唯此移轉ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗センガ爲メニハ讓渡證書ノミヲ以テ足レルニアラズ、必ラズ第一及ビ第二ノ讓渡ニ付テ通知又ハ承諾ノ存スルコトヲ要スルナリ。商慣習法ヲ認ム大正一二年四月一六日大判、集二卷二五一頁、其評釋(田中耕太郎氏)法協、四二卷一三一〇頁。

二 債權ノ移轉其モノヲ内容トス。移轉ノ義務(債務)ヲ成立セシムル契約ニハ非ズシテ直接ニ移轉ヲ目的トスルコト恰モ物權ノ移轉其モノヲ内容トス

ル物權契約ニ似タリ。故ニ或ハ之ヲ準物權契約ト謂フ。所謂處分行爲ノ一ナリ。

債權其モノノ移轉ヲ目的トスト雖モ、條件附債權、期限附債權其他將來ノ債權ニ付テ讓渡契約ヲ爲スハ無効ニアラズ。將來ノ債權ニ付テハ特ニ議論アリ、或ハ將來ノ債權ハ未ダ現存セザルモノナルガ故ニ之ヲ移轉スルコトヲ得ズト論ズル學者ナキニアラズト雖モ、之レ讓渡行爲ノ成立ト其效力發生トヲ混同スルモノナリ。固ヨリ無ヲ移轉スルコトヲ得ズト雖モ、其有トナリタル場合ヲ豫想シテ今日ニ於テ移轉契約ヲ爲スハ何等ノ妨ナシ。其債權ノ成立シタルトキ、何等ノ行爲ヲ要セズシテ移轉ノ效力ヲ生ズルナリ(註二)。

(註二) 拙稿、未發生權利ノ拋棄ヲ論ズ、志林、一一卷二號、拙著、民法研究第一卷。將來ノ債權ノ讓渡ヲ認メタル判例、明治四三年二月一〇日大判、民錄一六輯八四頁、明治四二年一二月九日東控判、最近判六卷一〇頁。

三 債權讓渡ト讓渡ノ原因タル債權契約(債權贈與)トノ關係ハ物權契約ト其原因タル債權契約トノ關係ニ同ジ。心理上ヨリ言ヘバ常ニ牽聯無カルベカラザルモ法律ハ取引ノ安全ヲ保護スルガ爲メニ之ヲ分離スルコトヲ得。佛

蘭西民法ハ之ヲ分離セズ獨逸民法ハ之ヲ分離シ、債權讓渡ヲ以テ所謂無因行爲ノ一トス。我民法ニ付テハ議論アレド絕對的ニ無因ナリト解スルガ爲ニハ明文ノ規定ヲ要シ、而シテ此ノ如キ規定ハ民法ノ何處ニモ之ヲ發見シ難キガ故ニ相對的無因說ヲ正當ナリトス(註三)。

(註三) 物權契約ヲ無因ナリト解スルニ付テ有力ナル根據タル第七十六條ニ該當スベキ條文ハ債權讓渡ニ付テハ存在セズ。サレド我民法ガ佛民法ト異リ債權ノ賣買、贈與等ト離レテ特ニ債權讓渡ヲ規定シタルハ無因說ノ有力ナル根據ト爲シ得ベシ。其他ノ點ニ付テハ物權契約ノ無因ニ關スル論據ヲ此ニ移シテ用ヒ得ベシ。無因說、川名氏、石坂氏、有因說、梅氏、横田氏等。又相對的無因說トハ常ニ必ラズ無因說ナリトイフ說ト異リ、原則トシテハ無因ナルモ、當事者ノ意思表示ニヨリ之ヲ有因ト爲シ得ベキモノトスル說ヲイフナリ。

四 債權讓渡ハ無式契約ナリ。所謂對抗要件ハ讓渡ノ成立要件ニアラズ。

第二節 債權讓渡ノ許可

一 往古羅馬法ニ於テハ債權ノ讓渡ヲ認ムルコトナカリキ。之レ債權債務ノ關係ヲ以テ嚴格ニ特定人間ノ人的關係ナリト爲セルガ故ナリ。然レドモ

事實上債權ノ主體ノ變更ヲ認ムル必要アリシガ爲メニ債權者ノ交替ニ因ル更改ノ外、訴權ノ讓渡及ビ自己ノ爲メニスル委任ヲ認メタリ。殊ニ債權ヲ讓受ケントスル人ニ對シテ債權ノ取立ヲ委任スルノ制度ハ種々ノ變遷ヲ經テ實際上概ネ債權讓渡其モノヲ認ムルト同一ノ結果ヲ收ムルニ至レリ。サレド其最モ發達シタル時代ニ於テモ觀念上ハ尙債權其モノノ移轉性ヲ認メタルニハ非ズシテ他人ノ債權ヲ行使スルコトヲ内容トスル獨立ナル權利ノ成立ヲ認メタルニ過ギズ。

二 近世ノ法律ハ一般ニ債權ノ移轉性ヲ認メ、債權者タル人ニ變更ヲ生ズルモ債權ノ同一性ニハ影響ナキモノトス(註一)。之レ社會ノ需要ニ應ジテ債權ノ觀念ニ變更ヲ生ジタルモノニシテ債權ノ財産トシテノ價值ハ之ニ依リテ著シク増加セラル、ニ至レリ。此點ハ所謂流通證券ニ付テ特ニ顯著ナリ。

(註一) 此問題ハ同一性(Identical)トハ何ゾヤトイフ一般のノ問題ト雖ルベカラザル關係ヲ有ス。法律上謂フ所ノ同一トハ物理学上又ハ數學上謂フ所ノ同一トハ同意義ニ非ズ。若シ此嚴格ナル意義ニ從ヘバ甲ノ有スル權利ト乙ノ有スル權利トハ固ヨリ同一ニアラズ、物權ニ付テ然リ債權其他ノ權利ニ付テモ亦固ヨリ

然リ。法律上同一ト謂フハ法律上ノ取扱ニ於テ同一ナリトイフノ意義ニ外ナラズ。而シテ法律ハ或ル社會上ノ現象ニ對シテ其法律上ノ效果ヲ定ムルモノナルガ故ニ甲乙二現象ガ同一ナリト謂フハ法律ガ此甲乙二現象ヲ同一ナルモノト前提シテ其效果ヲ定ムルヤ否ヤニヨリテ決セザルベカラズ。又法律ガ甲乙二現象ヲ同一ナリト前提スルニ付テハ畢竟社會ノ一般觀念ニ根據セザルベカラズ。羅馬ノ昔ニ於テ債權ハ特ニ之ヲ個人的ナルモノト認メタリ、サレバ其時代ノ法律ハ又之ヲ個人的ノ權利トシテ待遇セリ。近世ニ於テ債權ハ一定ノ給付ヲ要求スル權利トナリ漸次財貨ノ一種トシテ觀察セラル、ニ至レリ。サレバ近世ノ法律ガ主體ノ變更ニ拘ハラズ債權其モノハ同一ナリト認ムルモ敢テ理論ニ反スルコトナシ。

三 我民法ハ債權ヲ以テ原則トシテ讓渡シ得ベキモノトス(四六六條一項)。之レ近世法ノ原則ニ從ヘルモノナリ。此讓渡自由ノ原則ハ時ニ債務者ノ豫期ニ反シテ好マシカラザル人ヲ債權者トスルニ至ルコトアリ、又債權讓受ヲ業トスル者ヲ生ジ濫訴健訟ノ弊ヲ招クコト無キニアラズト雖モ、之等ノ弊ハ他ノ方法ヲ以テ之ヲ防止スベク、之等ノ弊アルガ爲メニ讓渡自由ノ原則ソノモノヲ非難スルハ(磯谷氏、下三)財産法發達ノ傾向ニ反スルモノト言ハザルヲ得ズ。

我民法上
讓渡性ヲ
有スルトス
原則トス

民法ハ債權讓渡ト相並ビテ債權者ノ交替ニ因ル更改ヲ認メ債權者ノ交替ヲ以テ債權ノ要素ヲ變更スルモノトス(五五三條)。此兩個ノ規定ヲ如何ニ調和スベキカハ解釋上難問ノ一ニ屬ス。或ハ更改ニ關スル規定ヲ以テ債權ノ同一性ヨリ生ズル當然ノ結果ナリトシ、債權讓渡ノ原則ハ一ノ擬制ヲ定メタルニ過ギズト解ス(川名氏、四三二頁)。余ハ之ニ異リ債權讓渡ハ債權ノ本質ニ反シテ擬制ヲ規定シタルモノニハ非ズ、更改ニ關スル規定ハ單ニ普通ノ場合ニ於ケル更改契約當事者ノ意思ヲ推測シタルニ過ギズシテ之ニヨリテ債權ノ本質ヲ定メタルモノニ非ズト解ス。

讓渡性有セザル場合

四 債權ハ原則トシテ讓渡性ヲ有スルモ例外トシテ之ヲ許サハルモノアリ、其場合ニアリ。

(1) 債權ノ性質ニ因ル例外(四六六條一項但書)。債權ノ性質ガ讓渡ヲ許サズト謂フハ給付ノ性質上原債權者ノミニ給付スベキモノト認ムベキモノヲ謂フ。債權者ノ人ヲ異ニスルニヨリテ給付ノ内容ニ差異ヲ生ズル場合ハ勿論之ニ屬スルモ(編民三九條)必ズシモ之ニ限ラズ。一般ノ見解上債務者ハ原債權者ニ對シテノ

ミ給付義務ヲ負フモノト認ムベキ場合ハ又之ニ屬ス。例ヘバ(イ)雇傭委任(同大正六年九月二二日大判)、使用貸借、貸貸借ニ因ル債權ハ原則トシテハ個人的關係ニ基クモノニシテ讓渡ヲ許サズ(五九四條六二五條)。(ロ)不作爲ノ債權亦原則トシテ讓渡性ヲ有セズ。サレド他ノ法律關係ニ附隨シテ認メラレタル不作爲ノ債權ハ其法律關係ニ基ク權利ト共ニ之ヲ讓渡スルコトヲ得、例ヘバ營業讓渡ト共ニ競業禁止ノ債權ヲ讓渡スルガ如シ。(ハ)終身年金權、契約上ノ扶養ヲ受クル債權ハ當然讓渡性ヲ有セズ。(ニ)非財產的權利ノ侵害ニ因ル不法行為上ノ損害賠償請求權(七條)ハ讓渡性ヲ有セズトノ論アリ。サレド理由ナシ(同說、梅氏論文、法政大學紀念論文集、岡松氏論文、新報、一二卷一號、石坂氏、一〇三頁、同氏判批、研究三卷四八五頁、川名氏、四四九頁、拙稿、志林一二卷三號等、反對、橫田氏、七五五頁、園野氏、損害)。(ホ)差押ヲ禁ジタル債權(民訴六八條)ハ差押ヲ禁ゼラレタリトイフ當然ノ結果トシテハ讓渡ヲ許可セザルモノニ非ズ。其各個ノ債權ノ性質ニヨリテ之ヲ決スベシ。(ヘ)從タル債權ハ其種類ニヨリテ一ナラズ。保證債權ハ其附從性ノ結果獨立シテ之ヲ讓渡スルヲ許サズ、サレド利息債權及違約金債權ハ獨立シテ之ヲ讓渡スルコトヲ得。(ト)豫約上ノ權利ハ形成權ニシ

テ債權ニハアラザルヲ以テ直接ニハ債權讓渡ニ關スル規定ノ適用ヲ受ケズ、然レドモ特定人ニ對スル權利ニシテ且義務ト結合セルモノニハアラザルガ故ニ債權讓渡ニ關スル規定ヲ之ニ類推適用シ、原則トシテハ讓渡ヲ許スモノト解スルヲ正當トスベシ(註二)。買戻權ハ賣主タル地位ト共ニ之ヲ讓渡スルヲ得ベシ(註三)。

(註二) 結果同趣旨、大正一三年二月二十九日大判、集三卷八〇頁、其ノ評釋(鳩山)法協、四三卷三一三頁。余ハ嘗テ片務豫約ニ基クモノノ外讓渡ヲ許サズトスル見解ヲ探レリ、本書前版、二九二頁。

(註三) 參照、日本債權法各論增訂版三六三頁。

(2) 法律上ノ讓渡禁止。例、法律上ノ扶養ノ權利(九六條)。

(3) 當事者ノ契約ニ因ル讓渡禁止(四六六條)。(イ)讓渡禁止ノ契約(Lactum de non cedendo)ヲ有效トスベキヤ否ヤハ立法論トシテ議論アリ。債權ノ讓渡性ハ所有權ノ讓渡性

ノ如ク絶對的ニアラザルヲ以テ之ヲ禁止スル契約ノ效力ヲ認メ殊ニ其ノ善意ノ第三者ニ對スル效力ヲ認メザルトキハ取引ノ安全ヲ害スルノ虞ナシ。(ロ)讓渡禁止ノ意思表示ハ債權者債務者間ノ契約ナルコトヲ常トス。然レド

モ單獨行爲ニ因リテ債權ヲ成立セシムルトキハ其ノ單獨行爲ニ因リテ讓渡ヲ許サル債權ヲ成立セシムルヲ得ベシ。(ハ)契約ノ當事者ハ現在ノ債權者債務者ナリ。債務ノ成立ニ與リタル當事者ナルコトヲ要セズ。(ニ)契約ノ時ハ債權成立ノ時ナルコトヲ要セズ(同說、石坂氏前掲)。(ホ)讓渡禁止ノ效力ハ絶對的ニ非ズ、之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ。

五 民法第四百六十六條以下ノ規定ハ債權讓渡ノミニ關ス。債權以外ノ權利ノ讓渡ハ當然此規定ニ從フモノニ非ズ。取消權、解除權、買戻權等所謂形成權ハ性質上債權ニ非ザルヲ以テ當然債權讓渡ニ關スル規定ニ從フモノト言フコトヲ得ズ、其類推適用ヲ爲スベキヤ否ヤハ各種ノ形成權ノ性質ニ依リテ之ヲ決スベキモノトス。電話加入申込者ノ官署ニ對スル電話開通ノ請求權ハ私法上ノ權利ニアラザレバ之ヲ讓渡シ得ザルハ電話規則第二十二條ニ依リテ明ナルモ、電話使用權ソノモノハ之ヲ讓渡シ得ベク、且將來電話ノ開通ヲ條件トシテ豫メ其取得スベキ電話使用權ヲ讓渡スルハ有效ナリトス(大正七年七月二日大判、民錄二)。

四二七 日八二〇頁等。

第三節 債權讓渡ノ效力

債權讓渡ノ效力

債權讓渡ノ效力ニ付テハ當事者間ニ於ケル所謂對內的效力ト第三者ニ對スル所謂對外的效力トヲ區別スルヲ要ス。

第一款 對內的效力

效力發生ノ要件

一 讓渡ノ當事者間ニ於テハ債權ハ讓渡契約ノミニヨリテ移轉ス。所謂對抗要件ノ備ハルヲ要セズ。但シ讓渡契約ガ條件附ナル場合又ハ將來ノ債權ヲ目的トセル場合ニハ直チニ債權移轉ノ效果ヲ生セズ、條件成就シ、債權成立シテ始メテ移轉ノ效果ヲ生ズルコト勿論ナリ。債權ノ所謂信託的讓渡 (Fiduciary Zession) ガ有效ナリヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナリ。即チ或ハ取立ノ目的ノ爲メニ、或ハ擔保ノ目的ノ爲メニ債權ヲ讓渡スルハ有效ナリヤ否ヤ。余ノ見ル所ヲ以テスレバ對外關係ニ於テノミ債權ヲ移轉シ對內關係ニ於テハ之ヲ移轉セザルモノトスルハ非ナリト雖モ、債權移轉ノ效果ヲ對內關係ニ於テ制限

シ對內關係ニ於テ讓受人ハ債權者タルト同時ニ、其債權ヲ取立又ハ擔保ノ目的ノミノ爲メニ用フベキ債務ヲ負擔スルモノトスルハ有效ナリ。蓋シ讓渡ノ效果ヲ制限スル債權的契約ヲ締結スルハ敢テ公序良俗ニ反スルコトナク又強行法ニ反スルコトナケレバナリ(註一)。

(註一) 參照拙著、日本民法總論、三五四頁以下、及ヒ同處引用ノ判例學說。余ハ債權ノ信託的讓渡ニ付テモ、虛偽表示ナル場合ハ勿論、外部關係ニ於テノミ債權ヲ移轉セントスル契約即チ讓渡ニ物權的制限ヲ設ケントスル契約ヲ無効トシ、内部關係ニ於ケル制限ハ債權的制限ナリトスル契約ノミヲ有效ト解スルナリ、同趣旨、磯谷氏、下、三〇八頁以下。判例ハ物權的制限ヲ設クルモノヲモ有效トシ、其制限ガ孰レノ意義ヲ有スルカハ當事者ノ意思表示ニ依リテ決スベキモノトス。本文ト同趣旨、暉道氏、判批、京法、一三卷九八五頁。

讓渡ノ效力

效力ノ範圍

二 讓渡ニ因リテ債權ハ同一性ヲ失ハズ。若シ舊債權ヲ消滅セシメ新債權ヲ成立セシムル意思ナルトキハ讓渡タルコトヲ得ズ。
三 移轉セラルベキ債權ノ範圍ハ讓渡契約ノ定ムル所ニ從フ。可分ノ債權ニ付テハ其一部ヲ移轉シ得ベク、從タル債權ニ付テハ所謂附從性ニ反セザル

範圍内ニ於テ或ハ主タル債權ノミヲ讓渡シ、或ハ從タル債權ノミヲ移轉スルヲ得ベシ。何等ノ意思表示ナクバ債權ハ全部トシテ移轉セラレタルモノトス(註11)。

(註11) 參照、大正九年二月一四日大判、民錄二六輯一、二八頁、延滯利息債權ハ獨立ノ存在ヲ有スルモノナレバ常ニ元本債權ノ讓渡ニ伴ヒ移轉ノ效力ヲ生ズルモノニ非ズトス、意思表示解釋ノ問題ナルモ普通ニハ寧ロ共ニ移轉セラル、モノト解スベシ。債權讓渡ト共ニ留置權、先取特權ガ移轉スルヤ否ヤ議論アレド從タル權利トシテ移轉スルモノト解スルヲ正當ト考フ。反對、三浦氏、擔保物權法、全訂版一二頁。

擔保ノ同題

四 佛蘭西派ノ學者ハ債權讓渡ノ效果トシテ債權ノ不存在及ビ債務者ノ無資力ニ付テ讓渡人ノ負擔スルコトアルベキ擔保義務ヲ擧グルヲ常トス。然レドモ擔保義務ハ債權讓渡ノ原因タル債權契約ヨリ生ズル效果ニシテ債權讓渡其モノノ效果ニアラズ(五九條)。債權證書引渡ノ義務ニ付テ亦同ジ。之等ノ效果ハ債權賣買、債權贈與ノ效果トシテ之ヲ説クヲ正當トスベク、債權讓渡ソノモノノ效果トシテ論ズルハ非ナリ。

第二款 對外的效力

債權讓渡ノ對外的效力ヲ定ムルニ付テ民法ハ三種ノ債權ヲ區別ス。指名債權、指圖債權及ビ無記名債權是ナリ。

第一項 指名債權ノ讓渡

一 指名債權トハ債權者ノ特定セル債權ヲ謂フ。普通ノ債權ナリ。
(イ) 債權者ノ特定セリト謂フハ債權者ヲ一人ニ限定スルト云フノ意味ニハ非ズ。唯指圖債權又ハ無記名債權ニ於ケル意味ニ於テ不特定ニアラザルコトヲ意味スルニ過ギズ(註一)。

(註一) 例ヘバ甲又ハ乙ヲ債權者トスル指名債權、第三者ノ指定スル人ニ對シテ辨濟スベキ旨ノ指名債權アルコトヲ得ベシ。故ニコ、ニ指名ト謂ヒ特定ト謂フハ唯指圖債權又ハ無記名債權ニ屬セズトイフ消極的ノ意義ヲ有スルニ過ギザルモノトス。

(ロ) 證券ノ存在ヲ必要トスル債權ニアラズ。證券又ハ證券ノ存在スルコトハ

讓渡ノ對外的效力

指名債權ノ讓渡

此債權ノ成立又ハ讓渡ノ必要條件ニアラズ。偶マ證書ノ作成セラル、コトアルモ單ニ證據ノ用ヲ爲スニ過ギズ。

二 債權讓渡ハ對内關係ニ於テハ意思表示ノミニヨリテ其效力ヲ生ズルモ對外關係ニ於テ其效力ヲ生ズルガ爲ニハ所謂對抗要件ノ具備セラレタルコトヲ要ス。

(1) 指名債權ノ對抗要件ハ通知又ハ承諾是ナリ。

(甲) 通知ハ債權讓渡アリタルコトヲ債務者ニ通知スル債權者ノ行爲ナリ。

(イ) 其法律上ノ性質ハ事實ノ通知又ハ觀念ノ通知ナリ。債權ノ讓渡アリタリトイフ事實ヲ通知スルモノニシテ、債權讓渡ノ效力ヲ發生セシメント欲スル意思ノ表示ニアラザルコト、通知トイヘル文字ニ付テ見ルモ亦通知ヲ以テ對抗要件トシタル理由ニ付テ考フルモ明ナリ。意思表示ニアラザレバ意思表示ニ關スル規定、殊ニ第九十三條乃至第九十六條及ビ條件ニ關スル規定ハ之ニ適用ナキモ、效力發生時期、行爲能力、代理ニ關スル規定及ビ第四百十四條第二項ノ規定ハ之ヲ準用スベシ(拙著、民法全書第二卷、四六頁乃至四八頁)。(ロ) 讓渡アリタルコトノ

指名債權
讓渡ノ對
抗要件

甲、通知

通知ナリ。サレバ豫メ通知スルモ其效ナシ。條件附讓渡ノ場合ニハ條件成就以後ニ通知ヲ爲スヲ要ス。(ハ) 何人ガ通知スベキカニ付テハ立法例一ナラズ。我民法ガ讓渡人ノ行爲ヲ必要トシタルハ公示方法トシテ確實ナルガ爲ナリ。(ニ) 通知ハ特別ノ方式ヲ要セズ。サレド債務者以外ノ第三者ニ對スル對抗要件トシテハ確定日附アル證書(民法施行法五條)ヲ以テスルコトヲ要ス(四六七條二項)。蓋シ讓渡人、讓受人、債務者ノ通謀ニヨリテ債權讓渡ノ日附ヲ動カシ得ルトキハ第三者ノ損害ヲ被ル虞アレバナリ(註二)。

(註二) 債權ノ二重讓渡アリ其ノ一ニ付テハ確定日附アル通知アリ、他ノ一ニ付テハ通知ナク又ハ通知アルモ確定日附ナキトキハ、確定日附アル通知アル者ガ常ニ優先シテ債權者トナリ此者ノミ唯一ノ債權者トナル、大正八年三月二十八日大聯判、民錄二五輯四四一頁、同說、菅原氏、列批一卷二〇一頁。確定日附アル通知又ハ承諾ト謂フハ通知又ハ承諾ソノモノニ確定日附アル證書ヲ謂フモノニシテ、通知又ハ承諾アリタル旨ヲ確定日附アル證書ニ依リテ證明スベシトイフノ謂ニアラズ、大正三年一月二日、大聯判、民錄二〇輯一一四六頁。讓渡ノ通知又ハ承諾アリタル後ニ其證書ニ確定日附ヲ附シタルトキハ其日附以後讓渡ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニモ對抗スルヲ得、大正四年二月九日、大判、民錄二一輯九

乙、承諾

(乙)承諾ハ債權讓渡ノ事實ヲ承認スル債務者ノ行為ナリ。

(イ)承諾ハ債權讓渡ノ申込ニ對スル承諾ニアラザルハ言フ俟タズ。又法律的效果ニ對スル意思ヲ要素トスルモノニ非ザレバ意思表示ニハ非ズシテ觀念通知ナリ。即チ讓渡ノ事實アリタルコトニ對シテ認識ヲ有スル旨ノ表示行為ニ外ナラズ。從ツテ意思表示ニ關スル規定ハ準用アルニ止マル(註三)。(ロ)何人ニ對シテ之ヲ爲スベキカニ付テ法律ニ制限ナシ。故ニ讓渡人、讓受人ノ何レニ對シテ之ヲ爲スモ有效ナリト解ス(同趣旨、判例)。之レニ反シ讓渡人ニ對スル承諾ヲ必要トスル見解アリ(磯谷氏、下)。然レドモ通知ニ付テ讓渡人ノ行為ヲ必要トシタル理由ハ承諾ニ付テハ理由トナラザルガ故ニ此見解ヲ採ルベキ理由ヲ見ズ。尙判例ハ第四百六十七條ノ承諾ニ付テハ讓渡人ニ對シテ之ヲ爲スト讓受人ニ對シテ之ヲ爲ストヲ問ハザルモ、第四百六十八條ノ承諾ハ讓受人ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要スルモノトス。然レドモ此見解モ亦法文上ノ根據ナク且之ヲ正當トスベキ理由ヲ見ズ(註四)。(ハ)方法ニ付テモ亦

制限ナシ。但シ債務者以外ノ第三者ニ對スル對抗要件トシテハ通知ト同ジク確定日附アル證書ヲ要ス。

(註三)承諾ノ性質ニ付テハ異説アリ。石坂氏ハ第四百六十七條ニ謂フ所ノ承諾ハ讓渡ノ承認ニシテ事實ノ承認ナレド次條ニ謂フ所ノ承諾ハ債務ノ承認ニシテ契約ナリト解ス。サレド第四百六十八條ニハ「前條ノ承諾」ト規定スルノミナラズ同條ニ規定セル承諾ノ效果ハ債務ノ承認ト解セザルモ充分之ヲ説明シ得ベキコト後述ノ如キヲ以テ之ニ從ハズ。

(註四)大正六年一〇月二日大判、民錄二三輯一五一〇頁、其ノ判批、拙著、民事判例研究一五七頁、法協、三六卷一一〇頁。判例ト同説、畔道氏、判批、京法、一三卷二五五頁。

(2)對抗要件ノ意義ハ民法第七十七條等ニ於ケルト同一ナリ。「第三者ニ對抗スルヲ得ズ」ト謂フハ當事者ヨリ第三者ニ對シテ債權讓渡アリタルコトヲ主張シ得ザルノ謂ナリ。第三者ニ對スル關係ニ於テハ絶對ニ讓渡ノ效果ナシト解スル説(川名)ニハ從フコトヲ得ズ(註五)。

(註五)石坂氏ハ對抗要件ヲ以テ讓渡ノ事實ヲ主張スルニ付テ唯一ノ證據方法ナリト解ス。當事者ガ讓渡ノ事實ヲ主張セントセバ之ヲ證明セザルベカラズ、其證明ニ付テハ唯通知又ハ承諾ノミヲ以テ證據材料ト爲スコトヲ得ルモノトシ

第三者ニ對スルハ何ゾト

タルコト即チ所謂對抗スルヲ得ズト謂フノ意義ナリトス。然レドモ法律ハ單ニ主張シ得ズトイフ結果ヲ定メタルノミ、證明トイフ手續上ノ方法ヲ缺クガ故ニ主張シ得ズトシタルモノト解スベキ根據ナシ。同氏ハ又通知又ハ承諾ヲ以テ對抗要件トスル民法ノ規定ハ強行法ナルガ故ニ假令第三者ガ讓渡ノ事實ヲ認ムルモ之ニヨリテ對抗要件備ハレリト爲スコト能ハズトナス。固ヨリ對抗要件ニ關スル規定ハ第三者ノ保護ヲ目的トスルモノニシテ從ツテ當事者間ノ契約ヲ以テ其適用ヲ排除スルコトヲ得ズト雖モ、既ニ讓渡ノ事實ヲ承認セル第三者ノミニ對スル關係ニ於テ尙債務者ニ對スル通知、承諾ヲ以テ對抗要件トナスノ必要ナシ。蓋シ通知、承諾ハ讓渡ノ事實ヲ債務者其他ノ第三者ニ公示スルコトヲ唯一ノ目的トスルモノナレバナリ。故ニ余ハ通説ニ從ヒ對抗スルコトヲ得ズトイフハ單ニ當事者ヨリ讓渡アリタルコトヲ主張スルヲ得ズトイフノ意義ヲ有スルニ止マリ、第三者ヨリハ或ハ讓渡ノ事實ヲ認メテ之ヲ主張スルヲ得ベク、又或ハ之ヲ否認スルコトヲ得ベキモノト解ス。

(3) 對抗要件ハ何人ニ對スル關係ニ於テ之ヲ必要トスルカノ問題ハ即チ「第三者」ノ範圍ニ關スル問題ナリ。大審院ハ民法第七十七條第七十八條ニ於ケルト同ジク制限説ヲ採ルモ、民法ハ第三者ノ善意惡意ヲ區別セザルガ故ニ理由ナキモノト考フ(註六)。

(註六) 大正八年六月三〇日大判、民錄二五輯一一九二頁、大正四年三月二七日大判、民錄二一輯四四四頁、大正二年三月八日大判、民錄一九輯一一〇頁。債權讓渡ニ付テ對抗要件ヲ必要トスル立法上ノ理由ハ物權移轉ノ場合ト異リ偏ニ取引ノ安全ヲ保護センガ爲ナリ。サレド民法ハ此保護ヲ完全ナラシメンガ爲ニ第三者ニ付テ區別ヲ爲サズ特ニ善意惡意ヲ別々ザルナリ。故ニ正當ノ利益ヲ有スル第三者ノミガ對抗要件ノ欠缺ヲ主張シ得ルモノト解スルハ法典ノ辭句ニ反スルノミナラズ其精神ニモ反スルモノト信ズ。

(4) 對抗要件ニ關スル規定ハ強行法規ナリ、讓渡契約ノ當事者ガ反對ノ特約ヲ爲スモ固ヨリ之ニ從フベキニ非ズ。債權者及ビ債務者ガ豫メ讓渡ノ通知又ハ承諾ナキモ第三者ニ對抗シ得ベキコトヲ特約シタルトキハ如何。判例ハ此ノ如キ特約モ亦常ニ強行法ニ反スルモノトシテ無効ナリトス。債務者以外ノ第三者ニ對スル關係ニ於テ此ノ如キ特約ノ無効ナルハ疑ヲ容レズト雖モ、債務者自身ニ對スル關係ニ於テハ特約ノ效力ヲ認ムルモ何等ノ支障ナシト考フ、蓋シ債務者ハ對抗要件ノ欠缺ヲ主張スベキ權利(一種ノ對權)ヲ豫メ拋棄スルニ過ギザレバナリ(註七)。

(註七) 大正一〇年二月九日大判、民錄二七輯二四四頁、判例民法十年度、四九頁(末弘氏評釋)、同年三月一二日大判、同錄五三二頁、判例民法一〇八頁(末弘氏評釋)。本文ト同趣旨、末弘氏評釋。

(5) 通知又ハ承諾ヲ以テ債務者以外ノ第三者ニ對スル公示方法トシタル理由ハ、第三者ガ債務ニ付テ利害關係ヲ作ラントスルニ當リテハ先ヅ債務者ニ付テ何人ガ債權者ナルカヲ問合ハスベシトイフ事情ニ因レルナリ。到底不完全ナル公示方法タルヲ免レズト雖モ一般ノ債權ニ付テハ他ニ之ニ優レルモノナシ。唯證書アル債權ニ付テハ債權質設定ニ付テ證書ノ交付ヲ成立要件トシタル點(三六條)ヨリ言フモ、債權證書ガ取引上有スル意義ヨリ考フルモ、證書ノ交付ヲ以テ對抗要件或ハ成立要件トスルコト立法論トシテハ正當ナルベシ。

三 對抗要件ノ具備セラレタルトキハ債權讓渡ハ何人ニ對スル關係ニ於テモ完全ニ其效力ヲ生ズ。爾後讓受人ハ何人ニ對スル關係ニ於テモ債權者ニシテ、讓渡人ハ何人ニ對スル關係ニ於テモ債權者ニアラズ。債務者ハ讓受人

對抗要件
ヲ備ヘタ
ル債權讓
渡ノ效力

ノミニ對シテ辨濟ヲ爲スヲ要シ、讓渡人ノ更ニ爲セル讓渡行為ノ如キハ固ヨリ無効ナリ。

讓渡ノ結果讓受人ハ原債權ヲ承繼ス。而シテ對抗要件ヲ必要トスル當然ノ結果トシテ讓受人ノ承繼スル債權ノ效力ハ對抗要件成立ノ時ニ際シテ讓渡人ノ有シタル債權ノ效力ニ同ジカラザルベカラズ。民法ハ讓渡ノ通知アリタル場合ニ付テハ之ニ從ハズ。次ノ如シ。

(1) 通知ノ場合ニ於テハ債務者ハ其通知ヲ受クルマデニ讓渡人ニ對シテ生ジタル事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得(四六條二項)。

(イ) 讓渡人ニ對シテ生ジタル事由ト謂フハ讓渡人ノ債權ノ行使ヲ妨止シ得ベキ事由ヲ謂フ。債權ノ存在ヲ攻撃スベキ債權不成立ノ抗辯法律行為ノ取消權、債權ノ行使ヲ阻止スベキ同時履行ノ抗辯權、債權ノ全部又ハ一部ノ消滅ヲ來タスベキ相殺權、其他辨濟、更改、時効等ニ因リテ債權ノ消滅シタルコトヲ主張スル債權消滅ノ抗辯等皆之ヲ包含ス(註八)。取消權ニ付テハ異說(川名氏、四六五頁)

アレド特則(九六條)アル場合ヲ除キ、第三者ニ對シテモ取消ノ效果ヲ主張シ得ザルベカラズ、但其取消ノ意思表示ハ法律行為ノ當事者タル讓渡人ニ對シテ之ヲ爲シ、其取消ニ因リテ債權ノ遡及的ニ消滅シタルコトヲ以テ讓受人ニ對抗スベキナリ。

(註八) 大正八年一〇月一五日日大判、民錄二五輯一八七一頁(讓渡ノ通知以前ニ消滅時効完成ス、其完成前讓受人ガ時効中斷行為ヲ爲スモ讓渡ノ通知ナキ時ニ爲シタル中斷行為ナレバ無効、此行為ハ後ニ時効完成後ニ讓渡ノ通知ヲ爲シタル爲メ有效トナラズ)其ノ判批、拙著、民事判例研究一六五頁、法協、三八卷七五八頁。

(ロ) 對抗事由タルガ爲メニハ讓渡通知ノ當時既ニ抗辯權ノ成立シタルコトヲ要スルカ或ハ抗辯權ヲ生ズベキ原因ノ存シタルコトヲ以テ足ルカ。文字解釋上ハ多少疑問ナルモ、讓渡ノ爲メ債務者ニ不利益ヲ與フベカラズトスル立法ノ趣旨ヨリ考フレバ、原因ノ存シタルヲ以テ足ルモノト解セザルベカラズ。例ヘバ相殺ニ付テハ讓渡通知ノ際債務者ガ反對債權ヲ有シタルヲ以テ足り、既ニ相殺適狀ニ在リタルコトヲ要セズ(註九)。

(註九) 同趣旨、川名氏、四六六頁、石坂氏、一二五五頁、磯谷氏、下、六二六頁。反對、大正三

年一二月四日日大判、民錄二〇輯一〇一〇頁。同時履行ノ抗辯權ニ付テモ、債務者ノ有スル反對債權ノ履行期ガ讓渡ノ通知以後ニ到來セル場合ニ於テ同様ノ問題ヲ生ズ、此場合ニモ抗辯權アルモノト解スベシ。尙債務者ガ讓渡人ニ對スル債權ヲ以テ讓受人ニ對シ相殺ヲ對抗シ得ベキ場合ニ、讓受人ガ讓受ケタル債權ト其ノ債務者ニ對スル債務トヲ相殺シタル後ニ於テモ、債務者ガ讓渡人ニ對スル債權ヲ以テ相殺ヲ爲シ得ベキヤ否ヤノ問題アリ、大正四年四月一日大判、民錄二一輯四一八頁ハ之ヲ否認スルモ、余ハ債務者ノ相殺ヲ以テ有效ナルモノト解ス、拙著、民事判例研究、一四九頁、法協、三六卷一〇三頁、反對、曄道氏、京法、一二卷六號七三頁。

(2) 債務者ガ異議ヲ留メズシテ債權讓渡ノ承諾ヲ爲シタルトキハ讓渡人ニ對抗スルコトヲ得ベカリシ事由アルモ之ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ズ

(四六條一項八)。

(イ) 異議ヲ留メテ承諾シタル場合即チ讓渡人ニ對シテ有セル抗辯權ヲ留保シタル場合ニ於テハ通知ノ場合ト同ジク抗辯權ヲ喪失スルコトナキモ、留保ヲ爲サバリシトキハ債務者ハ其債權者ニ對シテ有シタル總テノ抗辯權ヲ失フ、即チ同時履行ノ抗辯權等ヲ失フノミナラズ既ニ債務ノ全部又ハ一部ヲ辨濟

シタル場合ニ於テモ、尙債務消滅ヲ以テ對抗スルヲ得ズ、債務が無効又ハ取消シ得ベカリシ場合ニ於テモ又同ジ。

(ロ)然レドモ債務者が譲渡人ニ對シテ債務ヲ消滅セシムル爲メ、即チ辨濟又ハ代物辨濟トシテ拂渡シタルモノアルトキハ債務者ハ譲渡人ヨリ之ヲ返還セシムルヲ得ベク、又債務ヲ消滅セシムル爲メ更改又ハ和解ヲ爲シタル場合ニハ之ニ因リテ負擔シタル債務ヲ成立セザリシモノト看做スコトヲ得(四六八條一項但書)。蓋シ債務者ハ同一債權ニ對シテ二重ノ辨濟ヲ爲サルヲ得ザルニ因リ實質上不當ニ損失ヲ蒙リ、之ニ反シテ譲渡人ハ既ニ消滅シタル債權ヲ更ニ讓渡シタルニ因リ實質上不當利得ヲ爲スガ故ナリ。

(ハ)此規定ノ法律の根據ニ付テハ解釋上議論アリ。或ハ無因ナル債務承認ノ契約成立スルガ故ナリトシ(石坂氏、一三三頁)或ハ抗辯權拋棄ノ意思表示アルガ故ナリトス(判例)。然レドモ新債權者ノ利益ヲ保護シ取引ノ安全ヲ保護スルガ爲メ法律ガ讓渡ノ無條件ナル承諾ニ對シテ特ニ附與シタル法律效果ナリト解スルヲ正當ト信ズ。債務者が無條件ニテ債權讓渡ヲ承諾シタルトキハ讓受人

ハ之ニ信賴スルヲ常トスベク又之ニ信賴スルコトヲ得ズバ債權取引ノ安全ヲ保護スルヲ得ザルヲ以テ法律ハ特ニ此法律效果ヲ認メタルナリ。無因的債務承認ノ意思アリ又ハ抗辯權拋棄ノ意思アル場合ニ於テノミ本條ヲ適用セントスルハ法律ノ精神ニ適セザルモノト言ハザルベカラズ(註十)。

(註十) 參照、大正六年一〇月二日大判、民錄二三輯一五一〇頁、其ノ判批、拙著、民事判例研究、一五八頁、法協、三六卷一一〇頁、大正五年八月一八日大判、民錄一六五七頁、其ノ判批、拙著、前掲、一六四頁、法協、前掲、一一五頁、拙稿、志林一八卷九號五四頁。余ハ法文ガ前條ノ承認ト言ヘル通リ、單純ナル讓渡ノ事實ニ對スル承認ヲ規定シタルモノトシ其ノ理由ハ英法ニイフ禁反言(Cestui que)ト同一ノ趣旨ニ出ヅルモノトス。惟フニ債務者が譲渡人ニ對抗シ得ベキ事由ヲ有スルニ拘ハラズ、無條件ニテ讓渡ノ承諾ヲ爲スハ種々ノ理由ニ出ヅルコトアルベシ、或ハ對抗シ得ベキ事由アルコトヲ知ラズシテ承諾ヲ爲スコトアルベシ、或ハ抗辯權ヲ拋棄スル意思ニ出ヅルコトアルベシ、或ハ又新ニ債務ヲ承認スル契約ヲ爲スノ意思ナルコトアルベシ。其何レノ意思ニ出ヅルヲ問ハズ、苟モ債務者が債權讓渡ノ事實ヲ認ムルトキハ讓受人ハ之ニ信賴シテ諸種ノ法律上並ビニ事實上ノ關係ヲ成立セシムベシ。故ニ法律ハ承諾ガ何レノ意思ニ出テタルカヲ問ハズシテ對抗事由ヲ喪失セシメ以テ讓受人ヲ保護シタルナリ。若シ債務承認ノ無因契約ヲ爲セル場合ニ限ラントセバ此ノ如キ規定ハ全無其必要ナシ。本文ト同趣旨、櫻谷

三六二
氏、下、三六三頁。尙判例ガ此承諾ニ付キ特ニ讓受人ニ對スル承諾ヲ要件トスルハ既ニ述ベタルガ如シ。

(二) 債務者ガ異議ヲ留メズシテ讓渡ノ承諾ヲ爲セルトキハ第三者モ亦其讓受人ノ債權ヲ否認スルコトヲ得ズ。此點ハ債務者ニ對シ多數ノ債權者アリ、債務者ノ財産ヲ配當スベキ場合ニ於テ問題トナル(註十二)。

(註十一) 同趣旨、大正五年八月一八日大判、前掲。

四 讓受人ノ承繼スル債權ハ讓渡人ノ有シタル債權ト同一ノ債權ナリ。故ニ民法ニハ特別ノ規定ナシト雖モ讓受人ハ擔保權其他ノ從タル權利ヲ承繼シ、債務者其他ノ第三者ニ對シテ之ヲ行使スルコトヲ得。又之ヲ承繼スルガ爲ニ特別ノ讓渡行爲ヲ必要トスルコトナシ(註十二)。

(註十二) 債權讓渡ヲ以テ保證人ニ對抗スルニハ保證人ニ對スル通知ヲ要スルカ或ハ主タル債務者ニ對スル通知ノミヲ以テ足ルカハ嘗テ議論ノ存シタル所ナリ。特ニ保證人ニ對スル通知ヲ必要トセル稍古キ法曹會ノ決議アルモ(法曹、一四六號八頁)近時ノ判例ハ之ヲ必要トセザルコトニ一定セリ(明治三十九年三月三日大判、民錄一二輯四三五頁、四〇年四月一日大判、民錄一三輯四二一頁、四二年六月二九日大判、民錄一五輯六四〇頁、大正元年一月二七日大判、民錄一八輯一

讓受人ハ
從タル權
利ヲ取得
ス

一四頁、同三年五月三〇日大判、民錄二〇輯四三〇頁、大正六年七月二日大判、民錄二三輯一二六五頁、大正九年三月二六日、法曹決議、記事三〇卷六號一八頁。尙貯金銀行取締役ノ連帶責任ハ特ニ從タル債務ナリトシ、銀行ニ對スル讓渡ノ通知ノミヲ以テ足ルトスル判決アリ、大正七年一月一六日大判、民錄二四輯一五五頁。案ズルニ此問題ハ保證人ニ對スル債權ハ主タル債權ノ移轉ニヨリ當然移轉スルカ或ハ別個ノ讓渡行爲ヲ要スルカニヨリテ決スベキモノナリ。若シ後者ナリトセバ其讓渡ニ付キテ更ニ對抗要件ノ存スルコトヲ必要トスベシ。余ハ保證債務ノ附從性ノ結果トシテ主タル債權ノ移轉ト共ニ其法律效果トシテ保證人ニ對スル債權ノ移轉スルモノト解スルガ故ニ保證人ニ對スル通知ヲ要セザルモノトス。通説ナリ。

債權讓渡ヲ以テ保證人ニ對抗スルニハ確定日附アル證書ヲ必要トスルヤ否ヤ。前記大正元年一月二七日大判ハ之ヲ必要トセザルモノトス。保證人ハ四六七條第二項ニ謂フ所ノ債務者以外ノ第三者ニ該當スルヤ或ハ其債務者ニ包含セラル、ヤニヨリテ決セラレベキ問題ナリ。廣ク債務者トイフトキハ保證人ヲ包含スルコト勿論ナリト雖モ、第一項ニ謂フ所ノ債務者ニハ保證人ヲ包含セシムベカラザルコト上述ノ如キヲ以テ第二項ニ於テモ同一ニ解スルヲ正當トスベシ、殊ニ確定日附アル證書ヲ必要トシタル趣旨ヨリ論ズルモ通知又ハ承諾ノ當事者ニアラザル保證人ニ對スル關係ニ於テハ之レヲ必要トセザルベカラズ。

五 債權讓渡契約解除ノ場合ニ債權ノ移轉(復歸)ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルガ爲ニハ對抗要件ノ備ハルコトヲ必要トスルヤ否ヤ。議論ノ存スル所ナリ。問題ハ解除ノ效力ニ關スル見解ノ如何ニヨリテ決セラル、モノナルヲ以テ此ニ詳論セズ。判例ハ解除ノ結果當然債權ノ移轉スルモノト解シ、從ツテ性質上債權讓渡ニハアラザルモ、債權者ノ轉換スル事實ハ債權讓渡ノ場合ト異ラザルヲ以テ第四百六十七條ノ規定ヲ之ニ準用スベキモノトス(大正二年三月八日大判)。石坂博士ハ之ニ反シ、解除ノ效力ハ單ニ債權移轉ノ義務ヲ生ズルニ止マリ從ツテ其義務ノ履行トシテ債權讓渡ヲ要スルガ故ニ其讓渡ニ付テハ當然第四百六十七條ノ適用アルモノトス(同氏論文、研究二卷三九九頁以下、同氏判批、研究三卷四一頁)。余ハ後説ヲ採ル。尙此場合ニ於テ債權移轉ノ通知ヲ爲スベキ者ニ付テモ議論アレド判例(四年一月二五日大判)ト同ジク舊讓受人之レヲ爲スコトヲ要スルモノト解スルヲ正當トス(拙著、日本債權法各論增訂版二〇二頁)。

第二項 指圖債權ノ讓渡

指圖債權ノ意義

一 指圖債權トハ特定ノ人又ハ其指圖人ニ辨濟スベキ證券的債權ヲ謂フ。其性質次ノ如シ。

(1) 債權者ハ指圖(Ordre)ニヨリテ定マルコトヲ要ス。即チ「甲又ハ其指圖人」ト言フガ如ク必ラズ第一ノ債權者ヲ指名スルノ點ニ於テ無記名債權ト異リ、又必ラズ債權者ノ指定スル人ニ對シテ辨濟スベキモノナルノ點ニ於テ指名債權ト異ル。然レドモ所謂指圖文句(Klausel)ノ證券上ニ明示セラル、コトハ指圖債權成立ノ要件ニハ非ズ。手形、倉庫證券、貨物引換證及ビ船荷證券ノ如キハ指圖文句ナクシテ法律上當然指圖債權タルモノナリ。

(2) 證券的債權ナリ。債權證書ノ成立スルニ非ザレバ債權其ノモノモ亦成立セズ、債權證書ノ存在スルニ非ザレバ債權其ノモノモ亦存在セザルモノナリ。此點ハ民法ニ直接ノ明文アルニ非ズト雖モ第四百六十九條、第四百七十條及ビ第四百七十二條ハ指圖債權アラバ必ラズ其證書アルコトヲ前提セルモノト言ハザルベカラズ(註1)。

(註1) 指圖債權ノ證書ヲ指圖證券(Ordrepapier, titre a ordre)ト謂フ。指圖債權ノ行使ニ

ハ指圖證券ノ所持ヲ必要トスルガ故ニ所謂有價證券ノ一ナリ。指圖債權ニ關スル法律關係ヲ債權ノ方面ヨリ規定スベキカ或ハ證券ノ方面ヨリ規定スベキカハ議論アル問題ナリ。近世ノ法律ハ證券ヲ主トシ之ヲ基礎トシテ法規ヲ設クルヲ常トス。是レ有價證券ナル概念ヲ認メ之ヲ以テ諸種ノ取引ノ目的タル財貨ナリト觀察スル社會ノ實情ニ適應スルモノナルベク又證券ノ信用ヲ深厚ナラシムルニ付テ便宜ナルモノナルベシ。我法典ハ民法ト商法トニ於テ其主義ヲ異ニシ民法ニ於テハ權利ヲ中心トシ商法ニ於テハ證券ヲ中心トシテ規定ヲ設ク。故ニ商法ニ規定セル範圍内ニ於テハ民法ト異リタル主義ニ從フノ結果トナル。是レ學者ノ多ク難ズル所ナリ。證券的債權ナリト謂ヘルハ商法學者ノ所謂證券債權(Scripobligation)トイフ嚴格ナル意味ニ用ヒタルニハアラズ證券ト債權トノ本文ニ述アル關係ヲ簡單ニ言ヒ表ハセルニ過ギズ。

(3) 裏書ニヨリテ讓渡セラル、債權ナリ。之レ(1)及ビ(2)ノ性質ヨリ殆ンド當然ニ生ズル所ナリ。而シテ民法ニ於テハ後ニ述ブルガ如ク裏書ヲ以テ單ニ讓渡ノ對抗條件ト爲スニ過ギザルモ商法ニ於テハ之ヲ成立要件ト爲ス。
 二 指圖債權ノ種類ニ付テハ民法ニハ全然規定ヲ缺ク。商法ノ明ニ認ムル種類ノ外、當事者ノ意思ニ依リテ自由ニ如何ナル給付ノ内容ニ付テモ指圖債權ヲ成立セシムルコトヲ得ルヤ否ヤハ我法典ノ解釋上疑問ナリト考フ。獨

指圖債權ノ種類

指圖債權ノ讓渡

逸ニハ反對說アリト雖モ(Cosack, Lehrl, d D. B. R.)消極ニ解スベキ法典上ノ根據ナシ。唯商法ニ規定セルモノト同一ノ效力ヲ附センガ爲メニハ商法ノ要求スル方式ニ從ハザルヲ得ザルノミ。

三 指圖債權ノ讓渡ハ意思表示ノミニ依リテ其效力ヲ生ズルコト指名債權ノ讓渡ニ異ナラズ。唯之ヲ以テ第三者ニ對抗スルノ要件ニ付テ民法ハ特別ノ方式ヲ規定ス。裏書及ビ交付是ナリ。指名債權ニ於ケルガ如ク債務者ニ對スル通知又ハ其承諾ヲ要セザルハ流通ヲ容易ナラシメンガ爲メニシテ且債務者モ亦當然債權者ノ變更ヲ豫期スベキモノナレバナリ。

(1) 裏書(Indossament)トハ讓渡ノ意思表示ヲ證書面ニ記載スルコトヲ謂フ。商法ハ手形ノ裏書ニ關スル規定ヲ金錢其他有價證券ノ給付ヲ目的トスル有價證券ニ準用スルガ故ニ(商二八)指圖債權ニシテ之ニ該當スルモノニ付テハ又手形ノ規定ニ從ハザルベカラズ。其他ノ指圖債權ニ付テハ民法及ビ商法ニ一般的规定ヲ缺クヲ以テ疑問ナレド理論上次ノ如ク解スベキモノトス。
 (イ) 裏書ハ讓渡ノ記載ナリ。故ニ必ラズ讓渡人(裏書人)即チ債權者ノ署名アル

裏書

コトヲ要ス。(ロ)讓受人(被裏書人)ハ證書ニ明記セラレ、コトヲ要スルヤ或ハ手形ニ於ケルト同ジク白地裏書ヲ認ムベキカ。疑問ナリト雖モ、民法ハ單ニ讓渡ノ裏書ヲ必要トスルノミニシテ、其裏書ニ付テハ何等ノ方式ヲ規定セザルガ故ニ金銀其他ノ有價證券ノ給付ヲ目的トスル指圖債權ニ關スル規定ヲ一般ノ指圖債權ニ類推適用シ、隨ツテ又手形ニ關スル規定ヲ之レニ類推適用シテ白地裏書ヲ認ムルヲ正當ト考フ(七九二頁)。(ハ)裏書ハ證書面ニ爲サルルコトヲ要ス。サレド其裏面ニ爲サル、コトハ必要ニアラズ。(ニ)裏書ハ連續セルコトヲ要ス。

(2) 交付トハ證書ノ占有ヲ移轉スル行爲ヲ謂フ。指圖債權ハ證券的債權ニシテ債權ノ行使ニハ證書ノ所持ヲ必要トスルヲ以テ交付ヲ以テ讓渡ノ對抗要件トナセルナリ。

四 指圖債權ハ指名債權讓渡ノ方法ニ依リテ之ヲ讓渡スルヲ得ザルカ。消極ニ解ス。蓋シ裏書交付ヲ以テ對抗要件トスル規定ハ強行法ニ屬スルガ故ナリ。

讓渡ノ效

所持人ニ對シテ爲シタル善意ノ辨濟ナリハ有效ナリ

五 指圖債權讓渡ノ效果ハ指名債權讓渡ノ效果ト異レリ。民法ハ指圖債權ノ讓渡ヲ以テ性質上指名債權ノ讓渡ト異レルモノト爲スニ非ズト雖モ指圖債權ノ流通性ヲ圓滿ナラシメンガ爲メニ次ニ述ブル二種ノ特則ヲ設ク。

(1) 指圖債權ノ債務者ハ其證書ノ所持人及び其署名捺印ノ眞偽ヲ調査スルノ權利ヲ有スルモ其義務ヲ負フコトナシ(四七條)。

(イ) 指圖債權ノ證書ガ形式上缺點ヲ有セザル場合ニ於テモ若シ之ニ記載セル署名捺印ガ眞正ナラザルトキ又ハ所持人ガ最後ノ被裏書人ニ非ザルトキハ所持人ハ眞正ノ讓受人ニハアラズ、從ツテ之ニ對シテ爲セル辨濟ハ純理上無効ナラザルベカラズ。然レドモ民法ハ指圖債權ノ辨濟ヲ容易ナラシメ依リテ其流通ヲ圓滑ナラシムル爲メ特ニ之ヲ有效トス。之レ調査スル義務ヲ負ハズトイフノ意味ナリ。

(ロ) 證書ノ所持人ハ當然權利者タルニハ非ズ。故ニ債務者ハ證書ノ署名捺印ノ眞偽ヲ検査シ且所持人ガ最後ノ被裏書人ナリヤ否ヤヲ調査スル權利ヲ有ス、從ツテ必要ト認ムベキ調査ノ爲メニ辨濟ヲ遲延スルコトアルモ爲メニ履

行遲滯ヲ生ゼズ。

(ハ)債務者ノ調査スル權利ヲ有シ其義務ヲ負ハザル事項ハ(a)所持人ノ眞偽、即チ所持人が最後ノ被裏書人ナリヤ否ヤノ事實及ビ(b)證書ノ上ニ存スル署名及ビ捺印ノ眞偽ナリ。所持人ノ署名捺印ニ限ルニ非ズ(註二)。

(註二) 通説ナリ(横田氏七九七頁、川名氏四七三頁、磯谷氏下三九〇頁)。松本博士ハ之ニ反シ所持人ノ署名捺印ノミニ關スルモノトス(私法論文集第一卷五三九頁)。文理解釋ヨリ言ヘバ後説ノ如ク「其」ヲ以テ所持人ノ代名詞ト解スルコト正當ナルガ如シト雖モ「證書」ノ代名詞ト解スルコトモ不能ニアラズ。而シテ指圖債權ノ證書ノ所持人が正當ノ權利者ナリヤ否ヤヲ審査スルニ付テハ所持人自身ノ署名捺印ヲ審査スルノミヲ以テハ足ラザルコト明ナルヲ以テ通説ニ從フ。松本博士ハ債務者ガ指圖債權ノ證書ノ所持人ニ對シ所持人以外ノ者ノ署名捺印ノ眞偽ヲ審査セズシテ辨濟ヲ爲シタル場合ニハ債權ノ準占有者ニ對スル辨濟トシテ有效ナルガ故ニ第四百七十條ニヨリテ其辨濟ヲ有效トスルノ必要ナキモノトス。然レドモ指圖債權ノ證書ノ所持人ヲ以テ當然債權ノ準占有者トナシ得ベキヤ否ヤハ一ノ疑問ナリ。寧ロ第四七〇條ニヨリテ債權者ヲ保護スルニ若カズ。

(ニ)債務者ニ惡意又ハ重過失アルトキハ其辨濟ハ無效トス。

譲受人ハ抗辯權ヲ得ルヲ以テ抗辯權ヲ行使スルヲ得ル

(2)指圖債權ノ善意ノ譲受人ハ抗辯權ノ附着セザル權利ヲ取得ス(四七)之レ大ニ其流通ヲ援クル所以ナリ。即チ譲受人ニ對抗シ得ベキ抗辯權ハ次ノ三種ニ限ル。

(イ)證書ニ記載シタル事項。例ヘバ期限ノ許與セラレタルコト又ハ反對給付ノ未了ナルコト又ハ一部辨濟ヲ受領シタルコトガ證書ニ記載セラル、場合ノ如シ。

(ロ)證書ノ性質ヨリ當然生ズル結果。例ヘバ證書ノ呈示ナクバ辨濟ヲ爲サザルコト(商二七)署名捺印ノ眞正ナラザルコト、裏書ノ連續ヲ缺ケルコトノ如ク一般ノ指圖債權ニ共通ナル對抗事由ハ勿論、特殊ノ指圖債權ナルモノモ亦之ヲ包含ス。

(ハ)譲受人ガ譲渡ノ際知リタル對抗事由。之レ法典ガ善意ノ譲受人トイフノ意味ナリ。

第三項 無記名債權ノ讓渡

一 無記名債權トハ債權證書ノ正當ナル所持人ニ辨済スベキ證券的債權ヲ謂フ。其性質次ノ如シ。

(1) 債權者ハ證券ノ正當ナル所持人ナリ。

(2) 證券的債權ナリ。證券ノ成立存在ハ債權ノ成立存續ノ要件ナリ、又證券ナクシテ債權ヲ行使スルコトヲ得ズ。故ニ證券ト債權トハ殆ンド一體ヲ爲ス。吳服切手、鐵道切符、劇場切符等是ナリ。

(3) 證券ノ交付ニヨリテ移轉スベキ債權ナリ。サレド民法上ハ交付ヲ以テ債權讓渡ノ對抗要件ト解セザルベカラズ。

(4) 無記名債權ハ之ヲ動產ト看做ス(三六六條)。債權即チ動產ナリトイフニ非ザルモ民法上動產ニ關スル規定ハ當然又無記名債權ニ適用セラルベシトスル

ノ意味ナリ。第六十二條、第七十八條、第九十二條ノ如キハ其最モ重要ナルモノナリ。

二 無記名債權ノ讓渡ニ付テハ民法ニ特別規定ナシ。然レドモ之ヲ動產ト看做シタル當然ノ結果トシテ動產物權ノ讓渡ニ關スル第七十六條及ビ第

百七十八條ノ規定ハ又之ニ適用ナカルベカラズ。即チ對内關係ニ於テハ意思表示ノミニ因リテ讓渡ノ效力ヲ生ジ、對外關係ニ於テハ引渡即チ證券ノ交付ヲ以テ對抗要件ト爲スモノトス。裏書ヲ必要トセザル點ニ於テ其流通性ハ指圖債權ニ比シテ更ニ大ナリ。

三 無記名債權讓渡ノ效果ニ付テ民法ハ第四百七十二條ヲ準用シ第四百七十條ヲ準用セズ。

(1) 無記名債權ノ善意ノ讓受人ハ證書ニ記載シタル事項及ビ其證書ノ性質ヨリ當然生ズル結果ヲ除ク外原債權者ニ對抗スルコトヲ得ベカリシ事由ヲ以テ對抗セラル、コトナシ。

(2) 債務者ガ無記名證券ノ所持人ニ對シ善意ニテ爲セル辨済ハ有效ナリヤ。善意ノ辨済ヲ有效ト爲サルベカラザルハ論ナシト雖モ民法ニハ特別ノ規定ヲ缺ク。從ツテ之ヲ有效ト解スベキ法律上ノ理由ニ付テハ疑問アリ。(イ)總テノ所持人ヲ以テ直チニ債權者ナリト解スルハ正當ナラズ。權利者ヨリ交付ヲ受ケタル者ノミ權利者ニシテ、之ヲ侵奪セル者、遺失物トシテ拾得セル

者ノ如キハ固ヨリ權利者ニ非ズ。(ロ)第四百七十條ヲ準用セシメガ爲メニハ法典上ノ根據ヲ缺ク。(ハ)第九十二條ニヨリ辨濟者ハ無記名債權ト謂ヘル動産上ノ權利ヲ取得シ、其結果混同ニ因リテ債權消滅スルモノト解シ得ラレザルニ非ズ。然レドモ尙盜品、遺失品ニ付テハ其適用ナシ。(ニ)商法第二百八十二條ハ手形ノ善意取得ニ關スル規定(商四四)ヲ以テ其他ノ有價證券ニモ準用スベキモノトス。然レドモ之ニ依リテ無記名證券ノ總テノ所持人ニ對スル辨濟ヲ有效ト爲スコトヲ得ズ。(ホ)無記名證券ノ所持人ハ無記名債權ノ準占有者ナリ。故ニ之ニ對スル善意ノ辨濟ハ第四百七十八條ニ依リテ有效ナリト解ス(註)。

(註)之ニ對スル否難ハ證券ノ所持ヲ以テ債權ノ行使ト爲シ得ズト言フニアルベシ。然レドモ此否難ハ無記名債權ニ對シテハ當ラズ。無記名債權ハ動産ト看做サル、ガ故ニ無記名證券ノ占有者ハ又無記名債權ノ占有者ナリ從ツテ第四百七十八條謂フ所ノ債權ノ準占有者ニハ之ヲ包含セシムルヲ要ス。

四 無記名債權ノ辨濟ヲ求ムルガ爲メニハ證券ノ呈示ヲ要ス。呈示無キコトヲ理由トシテ辨濟ヲ拒絕スルモ履行遲滯ヲ生ズルコトナシ(商二七)。

第四項 記名式所持人拂債權ノ讓渡

記名式所持人拂債權ハ又選擇持參人拂債權ト謂フ。特定人又ハ持參人ニ辨濟スベキ債權ナリ。其性質ニ付テハ頗ル議論アリ。或ハ之ヲ以テ指名債權ノ一變態ニ過ギズトシ(川名氏四)或ハ之ヲ以テ一種ノ無記名債權ト爲ス(田氏八)然レドモ此形式ヲ有スル債權ニハ次ニ述ブル二種ノ別アリト解スルヲ正當トス(註)。

(註) 同說、松本氏、論文、民法第四百七十條ト第四百七十八條トノ關係「私法論文集第一卷五五〇頁。判例ハ單純ナル指名債權若クハ指圖債權ニ非ズ又無記名債權ニモ非ズ特種ノ記名式所持人拂ナル證券的債權ナリトシ、其讓渡ハ交付ノミニ因リテ效力ヲ生ジ又抗辯權ニ付テハ四七二條ノ類推適用アリ、其質入ニ付テハ三六三條ニ從ヒ證書ノ交付ノミヲ以テ足リ、三六四條ノ適用ナキモノトス、大正九年四月一二日大判、民錄二六輯五二七頁、大正五年一月一九日、民錄二二輯二四五〇頁、明治四二年一〇月一五日大判、民錄一五輯九一一頁。特種ノ證券的債權ニシテ無記名債權ニハアラザレバ動産トハ看做サレズ、一九二條ノ適用ナキモノトス、大正元年九月二〇日、民錄一八輯七九九頁。後ニ述ブル第一種ノミヲ

第四七一條ニ規定ノ性質