

(2) 債務者ハ故意損害ノ額ヲ豫見シ又ハ其額カ豫見シ得ラルヘキコトヲ必要トセシ損害ノ原因タル事情ヲ豫見シ又ハ其事情カ豫見シ得ラルヘキコトヲ必要ト爲シ且ツ十分ト爲ス英法ニ於テハ債務者カ損害ノ原因タルヘキ特別ノ事情ヲ知ルノミニテハ尙ホ賠償ノ責ニ任セス債務者カ其債務ヲ負擔スルニ際シ豫メ其特別ノ事由ニ因ル危険ノ生スルコトヲ知り之ヲ負擔スル意思ヲ有スルトキニ限り賠償ノ責ヲ負フヘキモノトナセリ我民法ハ損害ノ原因タル事情カ豫見セラレ又ハ豫見シ得ラルヘキコトヲ以テ十分ナリトナシタルナリ故ニ債務者ハ其特別ノ事情カ果シテ損害ノ原因トナルヘキヤ否ヤ又其事由ニ因リテ生スル損害額ノ幾許ナルヤヲ豫見スルノ要ナキナリ例之ハ甲商人カ乙商人ヨリ品物ノ引渡ヲ受クヘキ債權ヲ有セリ甲ハ丙ニ對シ乙ヨリ引渡ヲ受クヘキ物品ヲ賣却スルコトヲ約シ且ツ若シ期日ニ於テ其品物ヲ引渡ササルトキハ五十圓ノ違約金ヲ拂フヘシト約セリ乙商人期日ニ至リテ其債務ヲ履行セザリシ爲メ甲ハ丙ニ對シテ其物品ノ引渡ヲナスヲ得ス爲メニ五十圓ノ違約金ヲ拂ヒタリ

ト假定センカ此場合ニ於テ甲ハ五十圓ノ損害ヲ受クヘシ其損害ハ乙ノ債務不履行ニ因リテ生シタルモノナリ然レトモ此損害ハ通常ノ場合ニ於テ債務不履行ヨリ生スヘキ損害ニアラス甲ト丙トノ間ニ特ニ違約金ノ約束アリシカ故ニ生シタルモノナリ甲丙間ニ存セシ特別ノ事情ヨリ生シタルモノナリ故ニ若シ乙商人カ甲丙間ニ於テ違約金ノ約束アルコトヲ知リタルカ又ハ之ヲ知り得ヘカリシトキハ甲ハ乙ニ對シテ自己ノ支拂ヒタル五十圓ヲ請求スルコトヲ得ヘシ若シ其特別ハ乙之ヲ豫見セス又ハ豫見シ得ヘカラサルトキハ甲ハ乙ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ得サルカ如シ

(3) 豫見シ又ハ豫見シ得ヘキコトトハ如何ナル時ニ於テ之ヲ決スヘキヤ換言スレハ如何ナル時ニ損害ノ原因タル事情カ豫見セラレ又ハ豫見シ得ラルヘケレハ可ナルヤ債權發生ノ當時ナルヤ又ハ債務不履行ノ時ナルヤ此問題ニ對スル解答ハ民法ノ明示セサル處ナリ舊民法ハ損害賠償ハ當事者カ合意ノ時ニ於テ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシ損失及利得ヲ包含スト定ムルカ故ニ(三八五)豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシコトハ合意ノ時ニ於テ決定スヘキモノナリ學者之ヲ

説明シテ曰ク、損害賠償ノ請求權ハ債權ノ一ノ効力ナリ、債權ノ効力ハ即チ債權ノ内容ナリ、故ニ損害賠償ノ請求權ハ債權發生ノ當時ニ於ケル當事者ノ黙約ニ基キテ發生ス、從テ其額ヲ定ムルノ標準タル豫見シ又ハ豫見シ得ヘキコトハ合意ノ時ニ於テ之ヲ定メサルヘカラスト、一理アルニ似タリト雖モ、其理論ハ契約ニ因リテ生シタル債務不履行ノ場合ノミニ適用スルコトヲ得ヘク、法律ノ規定ト能ハサルナリ、此場合ニ於テ當事者ノ黙約ヲ想像スルコトヲ得サレハナリ、加之若シ舊民法ノ規定ニシテ正當ナリト爲サハ、前例甲商人ハ乙商人トノ約束ノ後ニ於テ之ニ對シ丙ト違約金ノ約束ヲ爲シタルコトヲ通知スルモ、最早五十圓ノ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ス、其約束ト同時ニ乙商人カ損害ノ原因ヲ豫見シタルトキト、後ニ至リテ豫見シタルトニ因リテ、損害賠償ノ請求權ヲ生スルト否トノ區別ヲ生スルノ理由余輩之ヲ了解スルコトヲ得ス、民法カ舊民法ト異ナリ「合意ノ時ナル文字ヲ削除シタルハ舊民法ノ主義ヲ採ラサルコトヲ示シタルモノト解シ、從テ豫見シタルハ否ヤ、又ハ豫見シ得ヘカリ、シヤ、否ヤ、ハ債務不履行、ハ

時ニ於テ之ヲ決スヘク、債務不履行ノ時、マテニ生シタル事情ニシテ、當事者カ豫見シタルカ、又ハ少クトモ豫見シ得ラルヘキモノナルトキハ、債務者ハ其事情ニ基ク損害ノ賠償ヲ爲スヘキモノト解ス、

第四目 損害賠償ノ方法

損害賠償ハ債務者ヲシテ債務ノ不履行ナカリセハ債權者カ有スヘカリシ状態ヲ回復セシムルニ存ス、如何ニシテ其状態ヲ回復スヘキモノナルヤ、損害賠償ノ方法ニ關スル問題ナリ、現今各國ノ法制ニ行ハルル賠償ノ方法ニアリ、自然的、原狀、回復、及ヒ金錢補償是ナリ

自然的原狀回復ハ、損害ノ原因タル事由ノ發生セサリセハ債權者カ有スヘカリシ状態ト同様ノ状態ヲ回復スルニ在リ、例之ハ或物品ヲ引渡スヘキ債務ヲ負擔セシ債務者カ、其物件ヲ滅失シ又ハ毀損シタルトキハ、其物件ト同様ナル物件ヲ引渡シ、又ハ之ヲ修復スルヲ以テ賠償ノ方法ト爲ス、金錢補償ハ金錢ヲ以テ債權者ノ損害ヲ補償シ、不履行ナカリセハ債權者カ有スヘカリシ財産上ノ状態ヲ回復セシムルニ在リ、獨逸民法ハ自然的原狀回復ノ方法ヲ以テ原則ト爲シ、其不能ナル場合及ヒ

特定ノ場合ニ於テ、金錢補償ノ方法ニ依ル(獨民二四九)吾民法ハ、金錢補償ノ方法ヲ原則ト爲シ、當事者カ、特ニ別段ハ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テ、其意思表示ニ從フ(七民四一)

第五目 債權者ノ故意又ハ過失ト 損害賠償

債權ノ效力トシテ生スル損害賠償ノ請求權ハ、債務ノ不履行ヲ以テ其一要件ト爲ス、更ニ債務者ニ故意又ハ過失アルコトヲ必要ト爲スト否トノ場合アリ、其何レノ場合ヲ問ハス、債務ノ不履行ニ關シ、債權者ニ故意又ハ過失アリタルトキ、公損害賠償ニ如何ナル影響ヲ及ホスヘキヤ、爰ニ研究セントスル問題ナリ。民法ハ此問題ニ答フ、即チ裁判所ハ損害賠償ノ責任及其ノ金額ヲ定ムルニ付キ、之ヲ斟酌スト定ム(八民四一)故ニ債權者ノ故意又ハ過失ハ、損害賠償ニ重大ナル影響ヲ及ホスモノナリ、其要件左ノ如シ

第一、債權者ノ故意又ハ過失ガ、債務ノ不履行ニ關スルコト、
債務ノ不履行ハ主トシテ履行遅延ニ因ル不履行及履行不能ニ因ル不履行ノ二

ツノ場合ヲ包含ス故ニ債務ノ不履行ニ關スル債權者ノ故意又ハ過失ハ主トシテ此二個ノ場合ニ現出ス即チ(1)債權者ノ故意又ハ過失ニ因リテ債務者カ其履行ヲ遅延シタル場合及(2)債權者ノ故意又ハ過失ニ因リテ債務ノ履行不能ヲ來シタル場合ナリ、例之ハ債權者ノ住所ニ就キテ債務ヲ履行スヘキ場合ニ於テ債權者カ其住所ヲ移轉シ、債務者ニ其通知ヲ爲ササルガ爲メニ債務者カ期日ニ履行ヲ爲ササリシトキハ第一ノ場合ニ屬シ、債權者債務者衝突シテ債務者ノ引渡スヘキ物品ヲ破壊シ履行不能ヲ來シタルトキハ第二ノ場合ニ屬ス

本條ノ適用ヲ生スルハ債務者ニ損害賠償ノ責任アル場合ニ生ス、故ニ債務ノ履行不能ニ付キテ本條ノ適用ヲ生スルハ債務者ニ故意又ハ過失アルカ若クハ債務者カ既ニ遲滞ニ在ルコトヲ必要トス、又債權者ノ故意又ハ過失ノミニ因リテ履行ノ不能ヲ來シタルトキト雖モ本條ノ適用ナシト云ハサル可ラス、是レ債務者ニ賠償ノ義務ヲ生スル條件ヲ欠クカ故ナリ。債權者ノ故意又ハ過失ニ因リテ債務者ニ過失ヲ生シ、因テ履行ヲ不能ナラシメタルトキハ、債務者ニ損害賠償ノ責任ナシ、何トナレハ債權者ノ故意又ハ過失ノ結果ナリト主張スル學者ナキニ

アラサレトモ、余輩ハ此説ヲ採ラス。債務者ニ過失ヲ生シ之ニ因リテ履行ノ不能ヲ來セハ債務者ハ賠償ノ義務ヲ負擔ス。其義務アルカ故ニ本條ノ適用ニ依リテ其責任ヲ免除セラルルコトト爲ルヘシ

第二 不履行ニ關スルコト

「關スル」トハ其意義固ヨリ明瞭ナラス。然レトモ債權者カ債務ノ不履行ニ干與スルノ意ナリ債權者カ債務者ノ不履行ニ干與スル方法ニアリ債權的干與 (Positive Mitwirkung) 消極的干與 (Negative Mitwirkung) 是ナリ。甲ハ債權者ノ所爲ニ因リテ債務ノ不履行ヲ來シタル場合ナリ。例之ハ債權者カ虛偽ノ事實ヲ陳述シ債務者ヲシテ期日ニ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至ラシメシ場合ノ如シ。乙ハ債權者ノ故意又ハ過失ニ因リテ損害ヲ豫防スルコトヲ忘リタル場合ナリ。例之ハ債務者カ債權者ニ引渡スヘキ目的物ヲ危険ナル状態ニ置キ債權者カ故意又ハ過失ニ因リ其倒レントスルヲ防止セザリシ爲メニ遂ニ轉倒シテ其目的物ヲ破壊シタル場合ノ如シ

以上ノ條件ヲ具備スルトキハ裁判所ハ獨リ其賠償ノ額ヲ定ムルニ付キテ之ヲ斟酌スヘキノミナラス、其損害賠償ノ責任ヲモ免カレシメサルヘカラス、即チ債權者ノ故意又ハ過失カ主トナリ、債務者ニ過失ヲ生シ、債務不履行ヲ來シタル如キ、又ハ債務者ノ履行遅延ヲ來シタル如キ場合ニハ、賠償ノ責ヲ免カレシムルモノトス、又債權者ノ故意又ハ過失ト、債務者獨立ノ故意過失トカ併合シテ債務不履行ヲ來シタル場合ニ於テハ、裁判所ハ其當時ニ於ケル種々ノ狀況ニ照シ、其自由ノ意見ニ依リテ其賠償ノ額ヲ斟酌スヘキモノナリ、然シナカラ裁判所ハ固ヨリ責任ナキニ之ヲ負ハシムルコト能ハス、從テ又賠償ノ額ヲ増加スルコト能ハサルモノトス。

第六目 損害賠償ト債務者ノ地位

債權ノ目的タル給付カ特定物ノ引渡ナルカ、又ハ權利ノ變更ニ關スル場合ニ於テ、債務者カ其不履行ノ爲メニ其物又ハ權利ノ價額ノ全部ヲ賠償シタルトキハ、特定物又ハ權利ニ關スル債務者ノ權利ハ如何ナル状態ニ在ル可キヤ、例之ハ受寄物カ受寄者ノ過失ニ基キテ竊取セラレタル場合ニ於テ、受寄者カ其物ノ全部ノ價額ヲ賠償シタル後、其盜品現出シタルトキハ、債權者ハ特別ノ明文ナキトキハ依然其所有者トシテ存續スルモノト謂ハサルヘカラス、其物ノ取戻ヲ請求スルコトヲ得、此場

合ニ於テ債務者ハ不當利得ノ原則ニ基キ既ニ支拂ヒタル賠償ノ全部又ハ一部ヲ取戻スコトヲ得ルト雖モ、債權者カ資力ヲ有セザルトキハ、債務者ハ如何トモスルコト能ハス、債權者ハ二重ノ利益ヲ受クルニ至ルヘシ、又例之ハ債權取立ノ委任ヲ受ケタル受任者カ其委任上ノ債務ヲ履行セザリシカ爲メ、債務者カ無資力トナリ債務ヲ取立ツルコト能ハサルニ至リタルトキハ、債權者ハ受任者ニ對シ債務不履行ノ損害賠償トシテ、其取立ツヘキ債權全部ノ價額ノ賠償ヲ受クルコトアリ、後債務者其資力ヲ回復スルニ至リタルトキハ、債權者ハ更ニ其債務者ニ對シ自己カ有スル債權ノ履行ヲ請求シ得ルコトト爲ルヘシ、然リトセハ債權者ハ二重ノ利益ヲ受クルニ至ルヘキ前例ノ場合ト異ナルヲナシ、其何レノ場合ヲ問ハス債務者ハ常ニ不利益ノ地位ニアルモノト謂ハサルヘカラス、債務者ヲ救済スルノ必要アリ、獨逸民法ノ原則ニ從ヘハ此場合ニ於テ債務者ハ債權者カ其權利ニ基キ第三者ニ對シテ有スル請求權ヲ移轉セシムル權利ヲ有シ、債權者カ其請求權ヲ移轉セザル間ハ賠償ヲ拒絶スルコトヲ得ルモノト爲ス(獨民二五)吾民法ハ全部ノ賠償ヲ爲シタル債務者ハ債權ノ目的タル物又ハ權利ニ付キ當然債權者ニ代位スルモノト爲ス故

ニ前例ニ於テ債務者カ損害ノ賠償トシテ受寄物ノ價額ノ全部ヲ支拂フトキハ、直チニ其物ノ所有權ヲ取得シ其物ノ占有者ニ對シ其返還ヲ請求スルコトヲ得、又受任者ハ委任者カ債務者ニ對シテ有セシ債權ニ付キ當然委任者ニ代位スルカ故ニ、其債權ノ價額全部ノ賠償ト共ニ直チニ其債權ヲ取得シ、資力ヲ回復シタル債務者ニ對シ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得故ニ吾民法ハ獨逸民法ト異ナリ、債務者ニ移轉ス可キ權利ハ法律ノ規定ニ因リテ當然債務者ニ移轉シ、特ニ之ヲ移轉セントスル契約ヲ必要ト爲サス(民四)

第七目 遅延利息 (Verzugsinsen)

遅延利息ハ金錢債務ノ履行遅延ヨリ生スル法定ノ損害賠償ナリ(民四一)故ニ一、遅延利息ハ損害賠償ナリ、

遅延利息ナル文字ハ獨逸民法ノ使用スル所ナリ(獨民二八)我民法ハ此文字ヲ使用セスト雖モ金錢債務ノ不履行ヨリ生スル損害ノ賠償ヲ利息ト稱セサルニアラス(民六六)故ニ之ヲ遅延利息ト稱スルモ不可ナキナリ、然シナカラ遅延利息ハ債權ノ効力タル通常ノ損害賠償ト異ナル點ナキニアラス、原則トシテ損害賠償

ハ債權者ニ財産上ノ實害アルヲ要件トナセトモ、遲延利息ハ現實ニ財産上ノ損害ヲ生スルコトヲ必要ト爲サス、法律上ニ於テ一定ノ損害アル者ト看做サレタル其損害ヲ賠償スルナリ、故ニ債權者ハ損害ノ證明ヲ爲スヲ要件セシ之レニ者ノ異ナル點ナリ(二四九)又固ヨリ債務者ハ故意過失ヲ以テ遲延利息發生ハ要件ト爲スコトヲ得ス(二四九)

二、遲延利息ハ金錢債務ノ履行遲延ヨリ生ス

特定ノ金錢ノ給付ヲ目的トスル債務ハ金錢債務ニアラス、從テ遲延利息ヲ生スヘキ元本ト爲ラス、獨逸民法第一草案ハ特定ノ金錢ノ給付ヲ目的トスル債權モ亦遲延利息ヲ生スヘキモノトナシタルトモ、確定民法ハ之ヲ除外ス(獨民二九一)我民法モ亦此場合ヲ除外シタルモノト解ス(二四〇)故ニ金錢債務ハ履行不能ヲ來スコトナシ(二四〇)民法第四百十九條ニハ金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行云々トアレトモ、遲延利息ハ金錢ノ給付ヲ目的トスル債務ノ履行遲延即チ債務者ハ遲滯ヨリ生スルモノナリ

三、遲延利息ハ法定ノ損害賠償ナリ

金錢債務以外ノ債務ノ履行遲延ヨリ生スル損害賠償ハ其債務カ利息ヲ生スルニ適スルモノト雖モ、其賠償ノ額ハ當事者カ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシ事由ニ基クモノニ限定セラレ(二四一)財産上ノ實害ヲ生スルコトヲ必要トス、然シナカラ金錢ヲ目的トスル債務ノ履行遲延ヨリ生スル損害賠償ハ債權者ニ實害ヲ生シタルヤ否ヤヲ問ハスシテ、發生シ其賠償ノ額ハ法定ノ利率ニ依リテ之ヲ計算ス(二四一)故ニ民事ニ付テハ年五分(二四二)商事ニ付テハ年六分(二四二)ノ割合ニ依リテ之ヲ算定ス、余輩ハ之ヲ法定ノ損害賠償ト名ケ、以テ普通ノ損害賠償ト區別セントス、何故ニ獨リ金錢ヲ目的トスル債務ニ付テハ、ミ法律ニ依リテ其賠償額ヲ定ムルヤ、蓋シ金錢債務ノ不履行ヨリ生スル結果ハ金錢以外ノ債務ノ不履行ヨリ生スル結果ニ比シテ大ニ複雑ナリ、隨テ其賠償額ヲ査定スルコト大ニ困難ナラサルヲ得ス、何トナレハ金錢ノ用途ハ豫メ之ヲ推知スルコトヲ得ス、若シ債權者ノ手中ニ存スルトキハ債權者カ之ヲ利用スルノ方法ハ容易ニ之ヲ推知スルコト能ハス、從テ債權者ハ如何ナル方法ニ依リテ債務者ヨリ受ク可キ金錢ヲ利用セントシタルカ爲メ損害ヲ蒙リタルヤハ之ヲ知ルコト頗ル困難ナルカ故

ナリ、從テ債權者ハ其損害ヲ證明スルコト大ニ難ク、裁判所モ亦之レヲ査定スルコト容易ナラス、故ニ當事者ヲシテ法廷ニ其賠償ノ額ヲ爭ハシメ、利益ナキ紛争ヲ醸サシムルヨリハ、寧ロ法律ヲ以テ損害ヲ算フルノ定率ヲ設ケ、其紛争ヲ止メシムルニ如カス、加之ノミナラス金錢ハ相當ノ利息ヲ以テ他人ニ使用セシムルコト極メテ容易ナリ、債權者ノ手ニアレハ債權者ハ相當ノ收益ヲナスモノト推知スルコトヲ得、債務者ノ手ニアレハ債務者ハ相當ノ利益ヲ收ムルモノト推知シ得ヘシ、故ニ債權者カ債務者ノ履行遲延ニ因リテ受クヘキ損害ハ、相當ノ利息額ニ存スト謂ハサル可カラス、債務者ハ其損害賠償トシテ其利息額ヲ支拂ハサルヘカラストナスモ、之ニ反對スルノ理由ヲ有セサルナリ、而シテ法定ノ利率ニ依リテ算出セラルル利息額ハ即チ相當ノ利息額ニ該當ス、是レ即チ各國ノ法律カ金錢債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ハ、法定ノ利率ニ依リテ其額ヲ算定スヘキモノト爲シタル所以ナリ

右ノ理由ニ依リ、金錢債務カ無利息ナルカ、又ハ利息付ナルモ、其利率カ法定利率ヨリ低キトキハ、法定利率ニ依リテ算出セラレタル損害額ヲ賠償セサルヘカラ

サルニ至ルヘシ、然レトモ約定利率カ法定利率ニ超ユルトキハ、債權者ハ其約定利率ニ依リテ賠償額ヲ請求スルコトヲ得、(民四一九)蓋シ若シ唯法定利率ニ依ル損害ヲ賠償スルヲ以テ足レリト爲サハ、債務者ハ履行遲延ニ依リ反テ從來ヨリモ低キ利率ニ依ル利息ヲ支拂フヲ以テ足ルコト有リ、不都合ノ結果ヲ生スルカ故ナリ、然シナカラ債權者ハ唯其賠償額ヲ請求スルコトヲ得ルハ、尚ホ以上ノ損害ヲ賠償セシムルコトヲ得ス、(民四一)獨逸民法ニ依レハ債權者ハ尙ホ之ヲ請求スルコトヲ得ヘシ、故ニ獨逸民法ノ所謂遲延利息ハ唯金錢債務ノ不履行ニ因リテ當然債權者ノ請求スルコトヲ得ヘキ最低ノ賠償額ナリト云ハサルヘカラス、之レ遲延利息ノ制度ヲ設ケタル立法ノ本旨ヲ貫カサルニアラサルナキカ

第八目 損害賠償額ノ豫定

第一、損害賠償豫定ノ必要

債權者ハ債務ノ不履行ニ因リテ生スル損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ルハ理論上明白ナリト雖モ、其請求ヲ全カラシメント欲セハ、先ツ其損害ノ額ヲ證明セサルヘカラス、裁判所ハ立證ノ趣旨ヲ斟酌シ自由ノ意見ヲ以テ其額ヲ評定ス、而シテ

其立證頗ル難ク且ツ裁判所ノ評定ノ標準正當ナルコトヲ得ス、是ニ於テ債權者ハ其不利益ヲ避クルノ利益ヲ有ス、從テ債權者ハ損害賠償ノ額ヲ豫定スルノ必要ヲ有ス、而シテ其債權者ノ利益ハ正當ニシテ債權者之ニ同意セハ其豫定ノ約束ヲシテ有效ナラシメサルヘカラサルハ勿論ナリ、故ニ民法ハ此約束ヲ有效ト爲ス(民四)

第二、賠償額豫定ノ契約

(一) 損害賠償額ノ豫定ハ債權者及ヒ債務者間ノ契約ニ依ラサルヘカラサルハ明白ナリ、故ニ民法第四百二十條ハ當事者ハ損害賠償ノ額ヲ豫定スルコトヲ得ト定ム、

(二) 此契約ハ債務ハ不履行ニ因リテ生スル損害ハ賠償額ヲ豫定スルコトヲ以テ其實質ト爲スカ故ニ(1)單ニ債務ノ履行ヲ事實上強固ナラシムルノ目的ヲ以テ債務ノ不履行ノ場合ニ於テ一定ノ給付ヲ爲スヘキコトヲ約スルト異ナレリ、甲ノ場合ニ於テハ尙ホ不足ナル損害ヲ賠償セシムルコトヲ得スト雖モ、乙ノ場合ニ於テハ債務者尙ホ之ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(2)又此契約ハ主ト

シテ債務ノ不履行ニ基キ債務者カ支拂フヘキ賠償ノ金額ヲ豫定スルニ在リト雖モ、損害賠償トシテ債務者カ與フヘキモノハ當事者ノ別段ノ意思表示ニ依リテ之ヲ定ムルコトヲ得ルカ故ニ(民四)必スシモ金額ノ豫定ヲ實質トスルコトヲ必要トセス、損害賠償トシテ金錢以外ノ物又ハ單純ナル勞務ヲ豫定スルコトヲ得ヘシ(民四)但シ豫定スヘキモノカ不法又ハ不能ニアラサルコトヲ必要トスルハ勿論ナリ、(3)又ハ債務者ノ責ニ歸スヘキ履行不能ニ付キ、又ハ債務ノ本旨ニ從テ履行ヲ爲サル場合ニ付キテ此契約ヲ結フコトヲ得ベシ(三)此契約ハ主タル債務ニ附随シ、又主タル債務ノ不履行ヲ條件トス、

(1) 債務ノ不履行ニ因ル損害賠償額ノ豫定ハ、主タル債務ノ存在スルコトヲ必要トスルハ勿論ナルト同時ニ、其約束ヨリ生スル請求權ハ主タル債務ニ附着シテ存在ス、從テ主タル債務カ成立セサルトキハ又此契約モ其效力ヲ有スルコト能ハス、然シナカラ此契約ハ主タル債務ヲ發生セシメタル行為ノ一部ニアラス、故ニ其契約ノ無効又ハ取消シ得ヘキコトハ、毫モ主タル行為ノ効力ニ影響ヲ及ホスコトナシ、又此契約ハ主タル債務ニ附随スルト雖

モ、敢テ主タル債務ノ成立後ニ之ヲ約セサルヘカラサルノ論結ヲ生セス、主タル行爲ト共ニ之ヲ約スルコトヲ妨ケス、又主タル債務カ契約上ノ債務タルト然ラサルト向ハサルナリ、(2)又此契約ハ條件附契約ナリ、主タル債務ノ不履行ヲ停止條件トスル契約ナリ、故ニ此契約ハ主タル債務ノ不履行ト共ニ其効力ヲ顯ハシ豫定賠償額ノ請求權ヲ發生ス

(四) 當事者カ債務不履行ノ場合ニ於ケル損害賠償ノ額ヲ豫定シタルコト明白ナル場合ニ於テハ、右ノ説明ニ依リテ疑ヲ生セサルヘシト雖モ、當事者カ或ル契約ヲ爲スニ當リ、又其以後ニ於テ、其契約不履行ノ場合ニ於テ一定ノ給付ヲ債務者ニ約セシメタルトキハ、其契約ハ如何ナル性質ヲ有スヘキモノナルヤ不明ナリ、或ハ損害賠償ノ額ヲ豫定スルノ意思ナルコトアルヘク、或ハ債務者ヲシテ債務不履行ノ場合ニ於テハ加重ノ負擔ヲ負ハサルヘカラサルノ苦痛ヲ思ハシメ、唯債務ノ履行ヲ強固ナラシムルノ目的ヲ以テ、單ニ一定ノ給付ヲ約セシムル場合アルヘシ、當事者ノ意思此二者ノ外ニ出テス、此場合ニ於テハ當事者ノ意思表示ヲ解釋シテ其何レニ屬スルヤヲ決定スルノ外ナシト雖モ、其

意思表示ニ依リテ之ヲ決スルコト能ハサルトキハ如何トモスルコト能ハス、是ニ於テ民法ハ當事者ノ意思ヲ推測シ、損害賠償ノ額ヲ豫定シタルモノト推定セリ、(四三)故ニ當事者ニ之ト異ナリタル意思アリト看做サルヘキ場合ニ於テハ、其推定ハ破壊セラレ、損害賠償ノ豫定ニ關スル民法ノ規定ヲ適用スルコト能ハサルニ至ルヘシ、從テ債務者カ其破約金ヲ得ルモ尙ホ損害ヲ補フニ足ラサルトキハ尙ホ其ノ不足額ヲ請求スルコトヲ得ヘシ、民法ニ所謂違約金(四三)トハ、唯當事者カ違約金ナル名稱ヲ以テ債務不履行ニ對スル一定ノ給付ヲ約シタル場合ノミニ限ラス、一般ニ債務不履行ノ場合ニ於テ債務者カ給付スヘキコトヲ約シタル一定ノ金額ヲ云フモノト解ス(四四二、三項)

第三、損害賠償額豫定ノ効力

損害賠償額豫定ノ効力トシテ説明セントスル所ノモノハ其契約ヨリ生スル效果ヲ云フ、民法ハ此點ニ關シ詳細ナル規定ヲ設ケサルカ故ニ疑問ノ點ナキニアラス、左ニ其明白ナル事項ヲ説明ス、便宜ノ爲メ左ノ二問題ニ分チテ之ヲ研究ス

(一) 裁判所ノ權限ニ對スル効力

(三) 債權者ノ權利ニ對スル効力

(二) 裁判所ハ權限ニ對スル効力(民四三)

損害賠償ノ額ハ當事者雙方ノ立證ニ基キ自由ノ意見ニ依リテ裁判所之ヲ定ムルノ權限ヲ有スルコトヲ原則トスレトモ損害賠償額ノ豫定ハ裁判所ヲシテ其權限ヲ行ハシメサルハ効力ヲ有ス(民四三〇、一)蓋シ損害賠償ノ額ヲ豫定スル契約ヲ有效ト爲サハ契約ノ當事者カ其契約ニ違反スルコト能ハサルハ勿論裁判所モ亦其契約ヲ尊重セサルヘカラス裁判所ハ當事者ノ契約ノ有無ヲ認定シ當事者ノ權利義務ヲ認ムルノ權限ヲ有スルニ過キヌ有效ナル契約ノ効力ヲ破壊スルコトヲ得サレハナリ然シナカラ今日ニ於テハ尙ホ利息制限法第五條ノ存スルカ爲メニ裁判官ニ於テ其賠償ノ額ヲ減少スルコトヲ得ヘシ但シ利息制限法第五條ハ唯金錢債務ノ履行遅延ニ關スルノミナルカ故ニ其他ノ場合ニ於テハ民法ノ規定カ適用セラルヘシ

(二) 債權者ノ權利ニ對スル効力

債務不履行ニ因リテ債權者ハ強制履行ノ請求權損害賠償ノ請求權及ヒ契約ノ

解除權債務カ契約ヨリ生スル場合ニ於テヲ有スルコトアリ當事者カ損害賠償額ヲ豫定シタルトキハ債權者カ有スル此等ノ權利ニ如何ナル影響ヲ及ボスヘキヤ爰ニ研究セントスル問題ナリ先ツ履行遅延ニ因ル不履行ニ付テ賠償額ヲ豫定シタル場合ト履行不能ニ因ル不履行ニ付テ豫定シタル場合トヲ區別スルヲ便利トス

(A) 履行遅延ニ因ル不履行ニ付テ豫定シタル場合

(1) 強制履行ニ及ボス影響

此場合ニ於テハ債權者カ有スル強制履行ノ請求權ニ何等ノ影響ヲ及ボサス(民四二〇)從來ノ債權カ消滅スルニアラサレハナリ而シテ債權者ハ過怠金及ヒ強制履行ヲ併セ請求スルコトヲ得ヘシ債權者ハ債務ノ履行遅延ヨリ生スル損害賠償ト強制履行トヲ併セテ請求スルコトヲ得ルハ當然ニシテ此場合ニ於テ債權者カ請求スヘキ豫定額ハ唯履行遅延ニ因ル損害賠償ノ額ヲ豫定シタルニ過キサルカ故ナリ

(2) 契約解除權ニ及ボス影響

損害賠償ノ豫定ハ債權者ノ有スル契約ノ解除權ニ何等ノ影響ヲ及ボサス
 (民四三)過怠金ヲ約シタルカ爲メニ解除權ヲ失フノ理由ナキカ故ナリ、又債
 權者ハ過怠金ヲ請求シ併セテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得、蓋シ契約ノ解除
 ハ不履行ニ因リテ生シタル損害賠償ノ請求ヲ妨ケス(民五四五)過怠金ハ損
 害賠償ニシテ唯其額ヲ豫定シタルニ過キサルカ故ナリ
 (B) 履行不能ニ因ル不履行ニ付テ過怠約款ヲ約シタル場合
 債權者ハ過怠金及履行ヲ併セテ請求スルコトヲ得ス、履行不能ナルカ故ニ債
 務消滅スレハナリ、然シナカラ過怠金及ヒ契約ノ解除ハ併セテ之ヲ請求スル
 コトヲ得(民五四八)

第三款 第三者ニ對スル債權ノ効力

第一項 總論

債權ハ特定ノ人ニ對シテ特定ノ給付ヲ要求スル權利ナリ、故ニ債權者ハ第三者ニ對
 シ自己ノ有スル債權ヲ要求スルコトヲ得サルハ勿論ナリ、債權ハ當事者及ヒ其包
 括承繼人ノ間ニアラサレハ其効力ヲ有セスト謂フハ此意義ニ外ナラス、故ニ債務

者ガ自己ノ權利ヲ行使セス又ハ自己ノ財産ヲ減少シテ債權者ヲ害スルニ至ル
 モ債權者ハ如何トモスルコト能ハス債權ノ固有ノ法力大ニ鞏固ナリト云フコト
 能ハサルカ故ニ、民法ハ債權者ニ間接訴訟權(代位)及ヒ廢罷訴訟權(取消)ヲ與ヘ債務者ノ
 權利ヲ行ハシメ、債務者ノ行爲ヲ取消サシム、第三者ニ對スル債權ノ効力ト謂フモ
 債權其モノカ第三者ニ對シテ効力アルニアラス、債權ノ効力トシテ生スル右二種
 ノ權利ヲ第三者ニ對抗スルニ過キサルナリ

第二項 間接訴訟權(代位訴訟權)

第一目 性質

第一、間接訴訟權ノ基礎

債務者ノ有スル權利ハ、債務者自身ノ爲メニ存シ、債務者カ其權利ヲ行フト否トハ
 自由ナリ、第三者之ニ干與スルコト能ハサルヲ原則ト爲ス、故ニ若シ債務者カ債權
 者ニ辨濟ヲ爲スニ足ルヘキ資力ヲ有スルトキハ、債權者ヲシテ債務者ノ權利ノ行
 使ニ干與セシムルノ必要ナシト雖モ、其資力カ不充分ナルニ拘ハラズ債務者カ其
 權利ヲ行ハサルトキハ、債權者ハ遂ニ辨濟ヲ受ケルコトヲ得サルニ至ルヘシ、債權

固有ノ法力ヲシテ鞏固ナラシムルコト能ハス、是ニ於テ間接訴權ヲ生ス、

第二、間接訴權ノ性質

間接訴權ハ債權ヲ保全スル爲メ、債務者ノ權利ヲ行フコトヲ得ル債權者ノ權利ナリ、故ニ間接訴權ハ左ノ性質ヲ有ス

(一) 間接訴權ハ從タル權利ナリ

債權ヲ離レ獨立ノ存在ヲ有スル權利ニアラス、或特別ナル場合ニ於テ債權ニ附隨シテ生スル權利ナリ、故ニ其特別ナル狀況ニ於ケル債權者ニアラサレハ此權利ヲ有スルコトナク、又之ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得ス、固ヨリ民法上ノ權利ニシテ訴訟法上ノ權利ニアラス、之ヲ間接訴權ト稱スルモ敢テ裁判所ニ依リテ之ヲ行使スルコトヲ必要ト爲スコトヲ意味スルニアラス、直接ニ相手方ニ對シテ之ヲ行使スルコトヲ得、唯之ヲ間接訴權ト稱スルハ古來ノ用語ヲ襲用シタルノミ

(二) 間接訴權ハ債權者固有ノ權利ナリ

故ニ債權者自己ノ名ニ於テ之ヲ行フ、殊ニ佛國ノ學者ハ債權者カ債務者ノ代理人トシテ其權利ヲ行フモノト爲ス、併シナカラ余輩ハ債權者ヲ以テ債務者ノ代

理人ト認メス、間接訴權ハ債務者ノ權利ヲ行使スルノ代理權ニアラスト信ス、恰モ質權者又ハ抵當權者ノ有スル質物又ハ抵當物ノ賣却權ト同シ、質權又ハ抵當權者カ其權利ノ目的物タル他人ノ所有物ヲ賣却スルハ、所有者ノ代理人トシテ之ヲ爲スニアラス、法律ニ依リテ與ヘラレタル自己固有ノ處分權ヲ行フモノナリ、民法第四百二十三條ハ債權者ニ代理權ヲ與フルノ形跡ヲ有セス、債權者ハ債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得ト定ムルカ故ニ、債權者ハ債務者ノ權利ヲ行フノ權利ヲ有シ、其權利ノ實行トシテ債務者ノ權利ヲ行フモノト解スルヲ正當ト爲ス、況ンヤ、代理權ノ實行ハ、本人ニ於テ法律上ノ效力ヲ生セシメントスル意思カ、代理人ニ存スルコトヲ必要ト爲スニカカハラス、間接訴權ノ實行ハ敢テ債權者ニ其意思アルコトヲ必要トセサルニ於テオヤ

(三) 間接訴權ハ債務者ノ權利ヲ以テ其物體トス

間接訴權及ビ之ニ因リテ行フ債務者ノ權利ハ、固ヨリ別物ニシテ之レヲ混同スヘカラス、間接訴權ハ債務者ノ權利ヲ行フコトヲ得ルノ權利ニシテ、債務者ノ權利ヲ行フニ依リテ間接訴權ヲ行フ、故ニ間接訴權ノ適用ヲ受クヘキ物體ハ、債務

者ノ權利ナリ、債務者ノ權利種々アルヘシ、或ハ債權ナルコトアリ、或ハ物權ナルコトアリ、又ハ其他ノ權利ナルコトアリ、然レトモ間接訴訟ノ物體タルニ適スル債務者ノ權利ハ或制限ヲ受ケサルヲ得ス、蓋シ間接訴訟ハ債權者ノ債權ヲ保全シ完全ナル辨濟ヲ受ケシムル爲メニ存スルカ故ニ、此權利ノ行使ハ債權者ノ權利ノ保全トナルヘキ結果ヲ生セサルヘカラス、此結果ハ債務者ノ權利ヲ行フニ依リテ生ス、隨テ債務者ノ有スル權利ハ其行使ノ結果債權者ノ辨濟ヲ確保スヘキ性質ノモノタルコトヲ要ス、間接訴訟ノ物體タルニ適スル債務者ノ權利ハ其範圍ニ於テ此ノ如キ制限ヲ受ケサルヲ得サルナリ、然ラハ如何ナル權利カ其性質ヲ有スヘキモノナルヤ、債務者カ利用スルコト能ハサル權利ハ間接訴訟ノ物體トナラヌト説明スル者アリト雖モ、利用スルコト能ハサル權利モ亦間接訴訟ノ物體ト爲リ得サルニアラス、例之ハ登記權利者ノ有スル登記請求權ハ、之ヲ讓渡スルコトヲ得ス、利用スルコト能ハサルモノナリト雖モ、債務者カ登記權利者ニシテ其權利ヲ行使セサルトキハ、債權者之ヲ行使シ得サルヘカラサルカ如シ、畢竟債權者ノ有スル債權ノ性質ト、債務者カ有スル權利トヲ比較對照シテ、其債

務者ノ權利カ間接訴訟ノ物體タルニ適スルモノナルヤ否ヤヲ決定スル外ナシ、例之ハ債權者ハ債務者ニ對シテ自己ノ眺望ヲ害セシメサル債權ヲ有シ、債務者ハ第三債務者ニ對シテ債權者ノ眺望ヲ害スヘキ建物ヲ建設セシメサルノ債權ヲ有スルトキハ、其債權ハ債權者ノ有スル間接訴訟ノ物體ト爲ルヘキモノト信ス、民法ハ此制限ノ外ニ於テ尙ホ債務者ノ權利ニ一ノ制限ヲ設ク、即チ債務者ノ權利カ其債務者ノ一身ニ專屬スルモノナルトキハ、其ノ權利ハ間接訴訟ノ物體ト爲ラサルモノト爲ス(民四二)蓋シ特定ノ人ニ專屬スル權利トハ、其特定ノ人ニアラサレハ法律上其權利行使ハ利益ヲ取ムルコトヲ得サル權利ナルカ、故ニ此ノ如キ權利カ間接訴訟ノ物體ト爲ルコト能ハサルハ勿論ナリ、故ニ親權後見人ノ權利、夫婦又ハ離婚ヲ請求スルノ權利ハ、タトヒ債權者ノ有スル權利ト對照シ其行使カ之ヲ保全スルコトヲ得ヘキ場合ト雖モ、絶對ニ間接訴訟ノ物體ト爲ラサルナリ、又親族上ノ扶養ヲ受タルノ權利モ、其行使ノ實益ハ獨リ扶養權利者タル特定ノ人ノミニ之ヲ許スヘキ性質ノモノナルカ故ニ、又間接訴訟ノ物體ト爲ラサルナリ

第二目 行使ノ條件

間接訴權ハ債權者自由ニ之ヲ行使スルコトヲ得ス、之ヲ行使セント欲セハ左ノ條件ノ存スルコトヲ必要トス

第一、債務者ノ權利ノ存在スルコト、故ニ條件附債權ヲ有スル者、時効ニ罹リタル債權ヲ有スル者ハ、間接訴權ヲ行フコトヲ得ス、然シナカラ債務者ノ權利ハ何時ニ於テ之ヲ取得シタルモノタルヲ問ハサルナリ

第二、債權者カ其債權ヲ保全スルニ必要ナルコト、間接訴權存在ノ目的ニ依リテ然ラサルヲ得ス(三四三)、債權者カ債務者ノ權利ヲ行ハサレハ遂ニ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコト能ハサル狀況ニ陥ルヘキ虞アル場合ニ限リ之ヲ行フコトヲ得、隨テ債務者カ故意又ハ過失ニ因リテ其權利ヲ行ハサルカ爲メニ債權者カ損害ヲ受クヘキ虞アル場合ニ於テ之ヲ行フコトヲ得、例之ハ充分ノ資力アル債務者カ將ニ時効ニ因リテ消滅セントスル債權ノ時効ヲ中斷セザリシトテ債權者時効ノ中斷ヲ爲スコトヲ得ス、之ニ反シ無資力者ノ債務者ニ付キ右ノ事實生スルトキハ債權者時効ノ中斷ヲナスコトヲ得ルカ如シ

第三、債權者ノ債權カ辨濟期ニ在ルト否トニ依リ、間接訴權行使ノ條件ヲ異ニス、(1)既ニ辨濟期ニ在ルトキハ債權者ハ第一及ヒ第二ノ條件ノ下ニ於テ間接訴權ヲ行フコトヲ得、(2)其債權カ未タ辨濟期ニアラサルトキハ裁判上ノ代位ニ依ルニ非サレハ、其間接訴權ヲ行フコトヲ得ス(三四三)、蓋シ債務者カ其權利ヲ行ハサルトキハ債權カ未タ辨濟期ニアルト否トヲ問ハス、債權者ハ充分ナル辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至ルヘキ虞アルコトハ同一ナリ、然レトモ既ニ辨濟期ニアル債權ハ何時ニテモ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ、債務者カ其ノ權利ヲ行フト否トハ、債權者ニ損害ヲ與フルニ至ルヘキ虞アルヤ否ヤハ、甚ハタ明ラカナリト雖トモ、債權カ未タ辨濟期ニアラサルトキハ、債務者ガ其ノ權利ヲ行ハサルモ其ノ辨濟期ニ至ラハ充分ナル辨濟ノ資力ヲ得ルヤ知ル可ラス、隨ツテ債權者カ債務者ノ權利ヲ行使スルコトカ果シテ其ノ債權ヲ保全スルニ必要ナルヤ否ヤ甚タ不明ナリ、尙ホ債權者ヲシテ債務者ノ權利ヲ行ハシムルモノト爲サハ、債權者ヲシテ不當ニ債務者ノ權利ノ行使ニ干涉セシムルノ結果トナルヘシ、故ニ此場合ニ於テハ債權者ハ裁判上ノ代位ヲ得ルニアラサレハ權利ヲ行

フコトヲ得サルモノト爲スヲ至當トス、即チ債權者先ツ裁判上ノ代位ヲ申請シ、
 裁判所亦之正當ト爲スニ依リテ、間接訴訟權ヲ行フコトヲ得ヘシ(非訟事件手續法
 七二乃至七九參照)但債務者ノ權利ヲ行フコトカ、債務者ノ權利ノ保存行爲トナル場合ニ於テハ、
 辨濟期前ト雖モ裁判上ノ代位ヲ得スシテ、間接訴訟權ヲ行フコトヲ得(民四二三、保
 存行爲トハ權利ノ原狀ヲ維持スルノ行爲ナリ、例之ハ債務者ノ權利カ時効ニ因
 リテ消滅セントスルトキハ、其時効ノ申斷ヲ爲シ、物權ヲ第三者ニ對抗スルニ必
 要ナル登記ヲ爲スカ如キ、之ニ屬ス、蓋シ保存行爲ハ決シテ債務者ノ不利益ニ非
 ス、債權者ヲシテ之ヲ行ハシムルモ、不當ニ債務者ノ權利ノ行使ニ干渉スルモノ
 ニアラサレハナリ)

裁判上ノ代位ハ、債權者ガ有スル間接訴訟權ヲ行フノ條件ニシテ、敢テ債務者ノ權
 利カ債權者ニ移轉スルモノニアラス、故ニ特別ノ明文ナキハ、債務者ハ代位許
 可ノ通知ヲ受ケタルト否トヲ問ハス、其權利ヲ處分スルコトヲ得ヘシ、然リトモハ
 裁判上ノ代位ノ手續ハ債權者ノ損失ニ於テ徒勞ニ歸スヘシ、故ニ人事訴訟手續
 法第七十六條ハ、代位ノ申請ヲ許可シタル裁判ノ告知ヲ受ケタル後ハ、債務者カ

其權利ヲ處分スルコトヲ得サルモノト爲セリ、其處分ハ無効ト爲ルヘシ、是レ裁
 判上ノ代位ニ特有ナル效果ナリ

第三目 間接訴訟權行使ノ效果

債權者カ間接訴訟權ヲ行使シタル效果ハ、總債權者ノ利益ニ歸シ、行使シタル債權者
 ノミノ利益ニ歸スルモノニアラス、民法第四百二十五條ニ依レハ、廢罷訴訟權行使ノ
 效果ハ總債權者ノ利益ニ歸スルコトヲ明定スルニカカハラス、間接訴訟權ノ行使ノ效
 果ニ付キテハ、其規定ヲ欠クト雖モ、之カ爲メニ以上ノ效果ト反對ノ結果ヲ生スヘ
 キモノト解スルコトヲ得ス、又間接訴訟權ハ唯其行使者ノ債權ヲ保全スル爲メノミ
(民四)其債權ノ辨濟ヲ受クヘキ狀況ヲ作爲スルカ爲メノミナリ、故ニ行使者ハ其行使
 ノ效果ニ依リテ直ニ自己ノ債權ノ辨濟ニ充ツヘキ權利ヲ有セス、例之ハ債權者ハ
 第三債務者ヨリ、債務者ノ有スル債權ヲ取立ツルコトヲ得(民四二三第三項但書ハ其
 債權ノ取立ハ又處分行爲ナリ)ルト雖モ、其取立タル金錢其他ノ物ハ、直ニ以テ債權
 ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得ス、然シナカラ其物ハ如何ナル方法ニ於テ之ヲ取扱フヘ
 キカ法律ノ規定ヲ欠ケルカ如シ、

詳見民法第四百二十五條ノ解釋、本論第二章ノ末ニ於テハ、債權者ノ行使ノ手續ハ、債權者ノ利益ニ歸スルモノト爲ルヘシ、是レ裁判上ノ代位ニ特有ナル效果ナリ、又間接訴訟權ハ、唯其行使者ノ債權ヲ保全スル爲メノミナリ、故ニ行使者ハ其行使ノ效果ニ依リテ直ニ自己ノ債權ノ辨濟ニ充ツヘキ權利ヲ有セス、例之ハ債權者ハ第三債務者ヨリ、債務者ノ有スル債權ヲ取立ツルコトヲ得、然シナカラ其物ハ如何ナル方法ニ於テ之ヲ取扱フヘキカ法律ノ規定ヲ欠ケルカ如シ、

第三項 廢罷訴權

第一目 性質

第一、廢罷訴權ノ基礎

債務者ノ財産ハ債務者ノ自由ニ之ヲ處分スルコトヲ得ルハ當然ナリ、債務者カ其債務ヲ完済スルニ充分ナル資力ヲ有スル間ハ、債權者ハ債務者ノ財産ノ處分ニ對シテ何等ノ干涉ヲ爲スヘキ理由ナシ、然シナカラ債務者カ其債務ヲ完済スルニ充分ナル資力ヲ有セサルニ拘ハラズ、其財産ヲ減少スル行爲ヲ爲シ、殊ニ債權者ヲ害スルノ意思ヲ以テ之ヲ爲シタル場合ニ於テ、尙ホ債權者ハ債務者ノ爲スカ儘ニ放任セサルヘカラサルモノトセハ、債權ノ鞏固得テ望ムヘカラス、法律カ債權者ニ債務者ノ行爲ヲ取消スノ權利ヲ與フルノ基礎此處ニ存ス

第二、廢罷訴權ノ起源

廢罷訴權ハ其源ヲ羅馬法ニ發シ羅馬法ハ之ヲ (Actio pauliana) ト稱ス、債務者カ債權者ヲ害スルノ意思ヲ以テ爲シタル法律行爲ヲ取消スノ權利ナリ、故ニ其權利ノ發生ハ債務者ノ心情ノ不正ナルコトヲ其要件ト爲ス、其制度ノ襲用セララルルニ及ヒ

債務者ノ主觀的ノ狀況ニ依リテ債權者ニ此權利ヲ與フルハ債權者ヲ保護スルノ宜シキヲ得ルモノニアラスト爲シ、獨逸法系ノ法制ニ於テハ債務者ノ主觀的ノ狀況ヲ顧ミルコトヲ原則ト爲サス、行爲自體カ債權者ヲ害スヘキモノナルトキハ直ニ此權利ヲ與フルコトトセリ

廢罷訴權ニ二種アリ、一ヲ破産上ノ廢罷訴權 (Konkursmässiges Anfechtungsrecht) ト稱シ一ヲ獨立廢罷訴權 (Individuelles Anfechtungsrecht) ト謂フ

破産上ノ廢罷訴權トハ債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ生シ、獨立廢罷訴權トハ債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルト否トヲ問ハズ、債權者トシテ有スルモノナリ、我國法ニ於テモ亦右ノ區別ヲ認メ破産上ノ廢罷訴權ハ破産法第九百九十一條及ヒ第九百九十六條ニ於テ之ヲ規定シ、獨立廢罷訴權ハ民法第四百二十二條乃至第四百二十六條ニ於テ之ヲ規定ス、本款ニ於テハ唯獨立廢罷訴權ヲ説明スルニ止ム

第三、廢罷訴權ノ性質

廢罷訴權ハ債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ノ取消權

ナリ(四參照)故ニ其權利ノ性質ヲ分析スレハ左ノ如シ

(一) 廢罷訴權ハ債權ニ伴フテ發生スル權利ナリ。

廢罷訴權ハ間接訴權ト同シク元來ノ債權ヲ離レ獨立ノ存在ヲ有スル權利ニ非ラス債權ニ從タル權利ナリ、債權者之ヲ有ス

(二) 廢罷訴權ノ實體ハ取消權ナリ。

廢罷訴權ノ實體カ取消權ナルコトハ民法第四百二十六條ノ示ス所ナリ、實體法上ノ權利ニシテ訴訟法上ノ權利ニアラス、民法第四百二十四條ニ依レハ取消ヲ裁判所ニ請求スル權利ニシテ取消ハ裁判所之ヲ爲スカ如キ觀ナキニアラス、然レトモ之レ廢罷訴權カ普通ノ取消權ト異ナル所ヲ示スニ過キス、此權利ヲ行フノ必要アルヤ否ヤヲ確定セシメンカ爲メニ裁判所ニ依リテ之ヲ行ハサルヘカラサルコトヲ定メタルニ過キス、此權利ハ訴ノ方法ニ依リテ之ヲ行使セサルヘカラサルコトヲ定メタルニ過キサルモノト解ス、故ニ此場合ニ於ケル裁判所ノ裁判ハ認定的ニシテ創設的ニアラス、又取消權ナルカ故ニ法律行爲ヲシテ初メヨリ無効タラシムルノ效力ヲ有ス、故ニ廢罷訴權ノ行使ハ解除條件成就ノ結果

ト同シク物權的ノ效力ヲ生ス、當然ノ原狀回復ヲ生ス、隨テ債務者ヲ離レタル財產ハ當然債務者ニ歸シ、債務者ノ負擔シタル債務ハ當然消滅ス之ニ依リテ直接ノ利益ヲ受ケタル者ハ當然ニ之ヲ債務者ニ返還セサルヘカラス、此返還ノ義務ハ物權的返還ノ義務ナリ、他人ノ物ノ不法ナル占有者カ負擔スル返還ノ義務ト同シ、單ニ債務者ノ行爲ニ依リテ直接ニ利益ヲ受ケタル者ノミナラス、更ニ又其利益ヲ受ケタル轉得者モ亦當然債務者ニ對シ物權的返還ノ義務ヲ負擔ス

(三) 廢罷訴權ハ債務者ノ法律行爲ヲ以テ其物體トス、

廢罷訴權ハ物體カ債務者ノ行爲ナルコト、民法第四百二十四條ニ依リテ、明カナリ、故ニ債務者ノ行爲ノ受益者カ轉得者ト爲シタル行爲、及ヒ他人カ債務者ニ對シ債權者ヲ害スルノ意思ヲ以テ爲シタル行爲ハ、絕對ニ廢罷訴權ノ物體ト爲ラサルナリ、又債務者ノ爲シタル法律行爲ニ非サレハ、廢罷訴權ノ物體タルコトヲ得サルモ明カナリ(四參照)從テ債務者カ其財產ヲ破壞シ或ハ他人カ其財產ヲ毀損破壞スルモ固ヨリ之ヲ取消スコト能ハス(訴訟行爲ハ吾民法ノ解釋トシテ法律行爲ナルカ故ニ參照)廢罷訴權ノ物體タルコトヲ得、不行爲ハ法律行爲ニアラ

ス故ニ廢罷訴權ノ物體ト爲ラス(債務者カ時教ノ中断ヲ爲サス、手形ノ拒絕證書ナリ)但シ不行爲カ當然法律行爲ヲ伴フ場合、及ヒ殊ニ法律ニ依リテ不行爲カ行爲ト看做サルル場合(民一九一四、二五參照)ニ於テハ、其法律行爲カ廢罷訴權ノ物體トナルハ別論ナリ

債務者ノ爲シタル法律行爲ニ非サレハ廢罷訴權ノ物體トナラサルコト明カナリ、然レトモ債務者ノ法律行爲ハ悉ク廢罷訴權ノ物體ト爲ルニアラス、財產權ヲ目的トスル法律行爲ニ限リ廢罷訴權ノ物體ト爲ルコトヲ得ルハ、(民四二、蓋シ廢罷訴權ノ目的ハ債權ヲ保全スルニ存スルカ故ニ、取消ノ結果債務者カ減少セシ財產ヲ復舊スルノ結果ヲ來サシムヘキ性質ヲ有セシ法律行爲ニ限定セラレサルヲ得ス、而シテ此ノ如キ法律行爲ハ財產權ノ得喪ヲ内容トスルモノナラサル可カラサレハナリ、故ニ家督相續ノ拋棄ノ如キ廢罷訴權ノ物體タルコトヲ得ス)

第二目 發生ノ條件

廢罷訴權ノ發生ニハ左ノ條件ヲ必要ト爲ス

第一、債務者又ハ其代理人カ債權者ヲ害スヘキ法律行爲ヲ爲シタルコト
廢罷訴權ハ間接訴權ト同シク債權ノ保全ヲ以テ存在ノ基礎ト爲ス、故ニ債權者ニ損害ヲ與フヘキ法律行爲ナケレハ廢罷訴權ノ發生セサルコト勿論ナリ(民四二參照)此處ニ債權者ノ損害トハ、債務者カ其債務ヲ完済スルコト能ハサルニ至リタル財產上ノ狀況ヲ意味ス、債務者カ此狀況ニ陥ルヘキ法律行爲ハ左ノ二種ニ屬ス

- 一、強制執行ノ目的トナルヘキ現在ノ財產ヲ減少スル行爲
 - 二、義務ヲ増加スル行爲
- 是ナリ

(1) 強制執行ノ目的タルコトヲ得サル財產ハ債務ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得サル財產ナリ、其財產ヲ減少スル行爲ヲ爲スモ廢罷訴權ノ發生セサルコト勿論ナリ、故ニ債務者カ巨額ノ財產ヲ有スルモ容易ニ廢罷訴權ヲ發生スルコトアルヘシ(華族世襲財產法參照)財產ヲ減少スヘキ法律行爲ハ種々ノ形式ニ於テ顯ハル、或ハ財產ヲ讓渡シ、或ハ財產ヲ拋棄スルニ依リテ之ヲ爲スコトアリ、又其行爲ハ契約ナル

コトアリ、單獨行為ナルコトアリ、又特定ノ相手方ニ對スル法律行為ナルコトアリ、世間一般ノ人ニ對スル法律行為ナルコトアリ、又有償行為ナルコトアリ、無償行為ナルコトアリ、無償行為ハ財産ヲ減少スヘキ法律行為ノ著名ナルモノナリ、然シナカラ有償行為ト雖モ必スシモ財産ヲ減少スヘキ法律行為ニアラスト爲スコトヲ得ス、百圓ノ價格アル財産ヲ一圓ニテ賣買スルカ如シ

(2) 義務ヲ増加スル行為ハ即チ消極的ノ財産ヲ増加スル行為ナリ、債務者積極的ノ財産ニ關スル債務ヲ負擔シ、質權抵當權ノ設定皆之ニ屬ス

以上ノ行為ハ債權者ニ損害ヲ及ボスヘキ法律行為ナリ、故ニ債務者カ其財産ヲ相當ニ換金スルモ廢罷訴權ヲ發生セス、例之ハ百圓ノ物品ヲ百圓ニテ賣却シ、又ハ百圓ノ債權ノ辨濟ヲ受クルカ如シ、又債務者カ其財産ヲ増加スヘキ行為ヲ爲ササルモ、廢罷訴權ヲ發生セス

第二、債務者又ハ其代理人カ債權者ヲ害スルコトヲ知ルコト(民四三)

羅馬法ニ於ケル(actio pauliana)ハ債務者ノ不正ヲ以テ其發生ノ要件トナス、故其要件ハ主觀的ノ元素ヲ包含ス、獨逸廢罷訴權法ハ此主義ヲ採ラス、行為ノ性質カ

債權者ヲ害スル場合ニ於テモ尙ホ此訴權ヲ與フ、然ラサレハ債務者ヲ保護スルニ足ラサルモノト解シタルカ故ナリ、吾民法ハ羅馬法ト同シク、廢罷訴權發生ノ條件トシテ主觀的ノ元素ヲ要シ、債務者ヲ害スルコトヲ豫見スルコトヲ必要トナス、民法第四百二十四條ニ依リテ明カナリ、故ニ債權者ニ損害ヲ與フルコトヲ希望スルヲ必要トナサスト雖モ亦債權者ヲ害スルコトアルヘキヲ知ルヲ以テ充分ナリ、從テ自己ノ財産カ其債務ヲ完済スルニ不足ナルコトヲ知リ又ハ不足ナルニ至ルヘキコトヲ知リテ贈與ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テハ、廢罷訴權ヲ發生スルニ充分ナル主觀的ノ元素ヲ具備スルモノト謂ハサヘカラス、其要素ヲ具備スルコトハ債權者之ヲ證明セサルヘカラス、代理人カ法律行為ヲ爲シタル場合ニ於テハ主觀的ノ要素ハ代理人ニ付キテ之ヲ決ス(民一三〇)

債務者ノ行為ニ相手方ナキ場合ニ於テハ(例之符)以上ノ條件ノ具ハルニ依リテ廢罷訴權ヲ生スト雖モ、其行為ニ因リテ利益ヲ受クルモノ又ハ更ニ其利益ヲ取得シタル者アル場合ニ於テ、廢罷訴權ノ發生スルニハ更ニ左ノ要件ノ具備スルコトヲ必要トナス

第三、受益者カ受益行為ノ當時ニ於テ債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知リタルコト

(民法四二四)

受益者ハ債務者ノ法律行為ニ因リ利益ヲ受ケタル一切ノモノヲ總稱ス其法律行為カ有償ナルト無償ナルト又受益者ニ對スル行為ナルト然ラサルト區別セス其如何ナル場合ヲ問ハス受益者カ受益ノ當時ニ於テ債務者ノ法律行為カ債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ル(惡)ニアラサレハ廢罷訴權ヲ發生セズ即チ受益者モ亦行為ノ當時ニ於テ債務者ノ無資力ナルコト又ハ無資力ト爲ルヘキコトヲ知ルヲ必要ト爲ス然シナカテ債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ豫見スルコトヲ知ルヲ必要ト爲サズ羅馬法ニ於テ必要ナル債務者ノ惡意ニ加入スルコトヲ必要ト爲ササルナリ故ニ債務ノ辨濟ヲ受ケタル債權者カ辨濟ノ當時ニ於テ債務者ノ無資力ト爲リ又ハ爲ルヘキコトヲ知リタルトキハ債務者ノ惡意ナルコトヲ知ルト否トヲ問ハス廢罷訴權ノ適用ヲ受ケルニ至ルヘシ而シテ受益者ニ此主觀的ノ要素ヲ具備スルコトハ債權者之ヲ證明スルコトヲ要セス反テ受益者ニ於テ其要素ナキコト即チ債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラサリシコトヲ證明ス

ルニアラサレハ此訴權ノ適用ヲ免ルコトヲ得ス民法第四百二十四條第一項末段ノ暗示スル處ナリ

債務者ノ法律行為ニ相手方アルモ更ニ又其利益ヲ承繼シタル者ナキ間ハ以上ノ條件ニ因リテ廢罷訴權發生スルト雖モ其承繼人アルニ至リタルトキハ更ニ又左ノ條件ヲ必要ト爲ス

第四、轉得者カ轉得ノ當時ニ於テ債務者ノ法律行為カ債權者ヲ害スルハ事實ヲ知ルコト

債權者ヲ害スルノ事實ヲ知ルコトノ意義ハ受益者ニ付キテ述ヘタル所ト同シ又轉得者ハ其利益ノ供與者カ惡意ナルヲ知ルコトヲ要セス又轉得者ニ此主觀的の要件ヲ具備スルコトハ債權者之ヲ證明スルコトヲ要セス反テ轉得者ニ於テ其要素ナキコト乃チ自己ノ善意ヲ證明セサルヘカラス

以上第一及ヒ第二ノ條件ハ絶對ニ廢罷訴權ノ發生ニ欠クヘカラサル要件ナリ第三及ヒ第四ノ條件ハ受益者又ハ轉得者アル場合ニ於テ更ニ必要ナル條件ナリ故ニ更ニ之ヲ略言スレハ債務者カ相手方ナキ法律行為ヲ爲シタルトキハ唯債務者

惡意ナルノ故ヲ以テ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得ヘシ若シ相手方アル法律行為ヲ爲シタルトキハ其相手方モ亦惡意ナルニアラサレハ此訴權ヲ行フコトヲ得ス二者一方何レカ善意ナレハ此訴權ヲ行フコトヲ得サルナリ若シ相手方及ヒ轉得者ノ二者カ債務者ノ爲シタル法律行為上ノ利益ヲ承繼スルニ至ルトキハ此二者共ニ惡意ナラサレハ此訴權ヲ行フコトヲ得ス何レカ其一方カ善意ナレハ最早此訴權適用ノ餘地ナシ轉得者ナル名稱ハ債務者ノ相手方ノ直接ノ轉得者ノミヲ意味スルニアラス第二第三等順次ニ生シタル轉得者ヲモ包含スヘキハ勿論ナリ故ニ其中何レカ一人ノ轉得者カ善意ナルニ於テハ廢罷訴權適用ノ條件備ハラサルコトト爲ルヘシ此論結ハ民法第四百二十四條ノ正面ノ解釋ヨリ生スル處ナリ或ハ曰ク若シ其解釋ニシテ正當ナリトセハ廢罷訴權ノ適用ハ全ク之ナキニ至ルト云フ不可ナク債權保全ノ爲メニ之ヲ設ケタルノ趣旨ハ實際ニ於テ之ヲ貫徹スルコト能ハサルニ至ルヘシ受益者又ハ轉得者カ其行為又ハ轉得ノ當時云々ト云フハ受益者カ受益行為ノ當時云々又ハ轉得者カ其轉得ノ當時云々ノ二ツニ分解スルコトヲ得從テ二者何レカ一方カ惡意ナルトキハ廢罷訴權ヲ發生ス又第一轉得者カ

善意ナルモ第二轉得者カ惡意ナルトキハ之ニ對シテ廢罷訴權ヲ行フコト得ルモノト解スルコトヲ得ヘキニアラスヤト然シナカラ余輩ノ解釋ニ從フト雖モ敢テ廢罷訴權ノ適用全ク無之ニ至ルコトナク反對ノ解釋ニ從ヘハ善意ノ受益者又ハ轉得者ハ後者ノ惡意ナルカ爲メ意外ノ損失ヲ招クニ至ルノ不當ノ結果ヲ生スヘシ且ツ若シ論者ノ所說ニ從ヒ又ハ前後ヲ二ツニ分解スルコトヲ許ストスレハ此處ニ所謂又ハ及ヒノ意義ヲ有セサルヘカラス又ハト及ヒトハ其意義ニ於テ異ナルコト明白ナルカ故ニ立法者カ此二者ヲ混用シタルモノト解スルハ正當ニアラス受益者及ヒ轉得者アル場合ニ於テハ其轉得者ノ何レカ一方カ善良ナルトキハ最早廢罷訴權ヲ行フコトヲ得サルモノト爲スカ正當ナリ反對論ニ從ヘハ數回轉得アリタル場合ニ於テ其中間ノ其轉得者カ惡意ナレハ其者ニ對シテ廢罷訴權ヲ行フコトヲ得ルノ論據ハ那邊ニアルヤヲ發見スルコトヲ得サルナリ。

以上ノ解釋ニ從ヒ左ニ一例ヲ設ケテ其意義ヲ明ニスヘシ

債務者甲其所有ノ動産ヲ乙ニ贈與ス乙ハ受益者ナリ債權者廢罷訴權ニ依リテ甲乙間ノ贈與ヲ取消ストキハ其動産ノ所有權ハ初メヨリ甲ニ存在シタルモノト爲

ル債權者ハ其動産ニ付キテ其辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ、受益者乙其動産ヲ丙ニ賣却ス、丙ハ轉得者ナリ、債權者甲乙間ノ賣買ヲ取消シタルトキハ、轉得者丙ハ所有權ヲ有セサル乙ヨリ其動産ヲ讓受ケタルコトト爲ル、故ニ乙丙間ノ賣買ハ効力ニシテ乙ハ丙ニ對シ賣買ノ規定ニ基キ追奪擔保ノ責任ヲ有スルト雖モ、其動産ハ初メヨリ甲ノ所有物トシテ存在シタルコトト爲ル、債權者ハ其動産ニ付キテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ、然シナカテ債權者ハ廢罷訴權ニ依リテ其物ノ占有者例之ハ乙丙ニ對シテ其動産ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ス、吾民法上廢罷訴權ハ唯債務者ノ行爲ヲ取消スノ權利タルニ過キサルナリ、獨乙廢罷訴權法ト異ナリ(七四)其取戻請求權ハ債務者之ヲ有ス、故ニ債權者ハ間接訴權ニ依リテ其取戻ヲ請求スルコトヲ得ルノミ

第三目 當事者

何人カ此訴權ヲ有スルヤ(廢罷訴權ノ主體)何人ニ對シテ之ヲ行フコトヲ得ルヤ(廢罷訴權ノ客體)ヲ説明ス

第一、廢罷訴權ノ主體

廢罷訴權ノ主體ハ債務者ノ債權者ナリ(民四)債權者數人アルトキハ各自獨立シテ

之ヲ有ス、其債權者ハ特別ノ擔保ヲ有スルト否トヲ區別セス、又特ニ債務者ノ惡意ノ方向ニ在ル債權者タルコトヲ必要トセス、債務者ハ甲債權者ヲ害スルコトヲ知リテ行爲ヲ爲スモ、乙債權者尙ホ此訴權ヲ有ス、然シナカテ債務者カ加害行爲ヲ爲ス、以前ニ於テ成立シタル債權ヲ有スルコトヲ必要ト爲ス、民法ハ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ規定スレハナリ、故ニ加害行爲前ニ成立シタル債權ヲ讓受ケタル者ハ此訴權ヲ有ス(民四)停止條件附債權者ニシテ其條件カ加害行爲以後ニ成就シタルモノハ、其加害行爲ニ付キ此訴權ヲ有セスト解ス

第二、廢罷訴權ノ客體

舊民法ニ從エハ廢罷訴權ノ客體ハ受益者及ヒ轉得者ナリ(舊民法財產論三)獨逸廢罷訴權法ニ從ヘハ受益者又ハ轉得者ニ對シテ取消ノ意思ヲ表示スルコトヲ得ヘシ(同法)吾民法ハ之ニ關シテ何等ノ規定ヲ設ケサルカ故ニ疑點ナキニアラスト雖モ取消權行使ノ相手方ヲ特定メサルカ故ニ、唯裁判所ニ對シ債務者ノ法律行爲ヲ取消スノ意思表示ヲ爲シ、裁判所ハ債務者受益者又轉得者アル場合ニ於テハ又其轉得者ノ立證ヲ聞キ、債權者ノ申立ヲ正當ト認ムルトキハ之ヲ正當ト認ムルノ判

決ヲ爲スヘシ、故ニ此場合ニ於ケル裁判ハ唯認定的ニシテ創設的ニアラス、裁判ヲ以テ取消ヲ爲スニアラサルモノト解ス

第四目 行使

第一、行使ノ方法

債權者數人アル場合ニ於テハ各自獨立シテ訴權ヲ行使スルコトヲ得ヘク、破産法上ノ廢罷訴權ト異ナリ、債權者共同スルニアラサレハ之ヲ行使スルコトヲ得サルノ理由ナシ、其行使ハ裁判所ニ依リテ之ヲ爲ス、換言スレハ訴ノ方法ニ依リテ之ヲ行使セサルヘカラス(二四)裁判外ニ於テ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ使スルコトヲ許サス、蓋シ廢罷訴權ヲ行フノ理由アリヤ否ヤヲ裁判所ヲシテ確定セシムルノ必要アリト爲シタルカ故ナリ

第二、行使ノ效果

廢罷訴權ハ其實體ニ於テ取消權ナリ(二四)債務者ノ爲シタル法律行為ヲ取消スコトニ存ス、故ニ其行使ハ債務者ノ法律行為カ初メヨリ成立セサリシ結果ヲ生シ、債務者ノ財産上ノ状態ハ法律行為ヲ爲ササリシ以前ニ回復ス、其回復ハ當然ニ生シ

債務者ニ其状態ヲ回復セシムルノ權利ヲ生シ、被告カ回復ノ債務ヲ負擔スルコトト爲ラス無能力者ノ法律行為ノ取消ト毫モ異ナルコトナシ、故ニ債務者カ其權利ヲ失ヒタルトキハ其權利ハ之ヲ失ハサルコトト爲リ、債務ヲ負擔シタルトキハ之ヲ負擔セサリシコトト爲ル、債務者ト受益者、受益者ト轉得者、及ヒ轉得者相互ノ間ニ生スル法律關係ニ付キテハ民法ニ特別ノ明文ナシ一般ノ理論ニ依リテ之ヲ決スルノ外ナキナリ

右ノ如クニシテ債務者カ法律行為ヲ爲サ、以前ノ状態ニ回復シタル財産ハ、債務者ノ財産ナルカ故ニ、總債權者ノ爲メニ強制執行ノ目的ト爲ル、故テ特ニ廢罷訴權ヲ行ヒタル債權者ノ特別ノ擔保ト爲ルニアラス(五四二)

第三、時効

廢罷訴權行使ノ效果ハ重大ナリ、故ニ速ニ之ヲ行使セシムルコトヲ要ス、從テ其時効ノ期間ハ普通ノ取消ノ時効期間ト同一ナルコト能ハス、故ニ民法ハ左ノ時効期間ニ依リ廢罷訴權ノ消滅ヲ來スモノト爲ス

一、取消ノ原因ヲ覺知シタル時ヨリ二年

取消ノ原因トハ債務者ノ加害行為ヲ謂フ、債權者カ事實ニ於テ取消ヲ爲スニ得ル時ヨリ起算セシム

二、行為ノ時ヨリ二十年

行為トハ債務者ノ加害行為ヲ謂フ、蓋シ第一ノ時効ノミニ依ルモノト爲ストキハ、債權者永ク取消ノ原因ヲ覺知セザレハ、永年ノ間訴權ノ消滅セサルコトト爲リ第一ノ時効ヲ設クルノ趣旨ニ反スレハナリ

第三節 債權ノ對人擔保

第一欸 連帶債務 (Gesamtschuld)

第一項 其基礎

連帶債務ハ債權者ノ請求權ヲ確保シ且ツ其權利ノ行使ヲ容易ナラシムルコトヲ以テ其存在ノ基礎トス(1)蓋シ法律ハ種々ノ方法ニ依リテ債權者ノ權利ヲ保護シ債權者タルノ實アラシムルコトニ努ムト雖モ若シ債務者カ實際ニ於テ無資力ナルトキハ債權者ハ如何トモスルコト能ハス其債權ハ有名無實ト爲ルベキカ故ニ尙ホ法律ハ一定ノ給付ヲ要求セントスル債權者ヲシテ其同一ノ給付ニ付キ數人

ヲ同時ニ債務者タラシメ其一人ニ對シ全部ノ給付ヲ請求セシムルコトヲ許ス、是レ即チ連帶債務ナリ舊民法カ連帶債務ニ關スル規定ヲ債權擔保ノ編ニ規定シタルハ此ノ理由ニ基クモノナリ(2)又債權者ハ債務者ノ一人ニ對シ全部ノ要求ヲ爲シ得ルカ故ニ其權利ヲ行使スルコト容易ナリ、一定ノ給付ヲ目的トスル可分債務ハ當然債務者ノ數ニ應シテ分割セラル、カ故ニ債權者各債務者ニ對シ各自ノ負擔部分ノミヲ要求スルコトヲ得ルニ過キレハナリ、第二ノ基礎ハ第一ノ基礎ヨリ當然生ス、然レトモ當事者ハ殊ニ第二ノ目的ヲ以テ連帶債務ヲ發生セシムルコト固ヨリアリ得ヘシ、故ニ連帶債務存在ノ基礎ハ一方ニ於テ債權者ノ請求權ヲ確保シ他方ニ於テ其權利ノ行使ヲ容易ナラシムルニ存スルト云フコトヲ得ヘシ

第二項 連帶債務ノ法律上ノ構造

連帶債務ハ如何ナル債務ナルカ民法第四百三十二條ノ規定スル所ニシテ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又ハ一部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ル債務ナリ、此正條ニ基キ我民法上ニ於ケル連帶債務ハ法律上ハ構造如何ヲ研究スヘシ、余輩ノ信スル處ニ依レバ

連帶債務ハ債務者ノ數ニ應シテ存在スル數個ノ債務ニシテ債權者ハ其債務ノ履行ニ付キ自由ナル選定權ヲ有シ且ツ債權者カ全部辨濟ヲ受クルトキハ總債務者ハ其債務ヲ免カルモノナリ左ニ之ヲ分析シテ説明ス

(第一) 連帶債務ハ債務者ノ數ニ應シテ存在スル數個ノ債務ナリ
蓋シ債務ハ特定ノ人ニ對シ一定ノ給付ヲ爲スヘキ法律上ノ必要ナリ債務カ一個ナルカ又ハ數個ナルカハ其法律上ノ必要カ一個ナルヤ數個ナルヤニ依リテ定マル一人ニ付キ一ノ給付ヲ爲ス法律上ノ必要存在スレバ其人ハ一ノ債務ヲ負擔スルコト疑ナシ數人ニ付キ數個ノ給付ヲ爲スノ必要存スルトキハ其債務ハ數個ナルコト事理明白ナリ連帶債務者ノ各自ハ各一定ノ給付ヲ爲スヘキ法律上ノ必要ヲ負擔ス從テ連帶債務ハ債務者ノ數ニ應シテ存スル債務ナルコト疑ヲ容レヌト信ス既ニ數個ノ債務アリ其債務關係ハ數個ナラサルヘカラス債權數個ニシテ債務一個ナリ或ハ債務ハ數個ナルモ債權一個ナリト謂フカ如キハ債權債務ノ性質ニ反スル議論ナリ又連帶債務ハ客觀的ノ存在ニ於テハ一個ノ債務ナリ然レトモ主觀的ノ關係ニ於テハ數個ノ債務ナリトノ學說ハ其當ヲ得ナ

ルナリ總テ債務ノ數カ數個ナルカ一個ナルカハ客觀的ノ存在ニ於テ之ヲ決セサルヘカラス加之此學說ニ依レハ連帶債務者ノ一人ハ無條件ニテ債務ヲ負擔シ他ノ一人ハ條件附ニテ債務ヲ負擔スルコト能ハス又條件ノ種類及ヒ内容ヲ異ニスルコト能ハス又連帶債務者ノ一人カ期限附ニテ債務ヲ負擔シ他ノ一人ハ無期限ニテ債務ヲ負擔スルコト能ハス又期限ノ種類内容ヲ異ニスルコト能ハサルヘシ然ルニ此現象ハ連帶債務ニ於テ固ヨリ有リ得ヘキコト何人ト雖モ之ヲ認ム我舊民法債權擔保編第五十二條ハ明文ヲ以テ之ヲ定ム然ルニ連帶債務單數說ニ從ヘハ此現象ヲ説明スルコト能ハス是レ畢竟其說ノ誤謬ヨリ生スル結果ナリト謂ハサル可カラズ

(第二) 連帶債務ハ履行ノ請求ニ付キ任意ナル選定權ヲ債權者ニ與フルモノナリ
債權者ハ債務者タル人及ヒ給付ニ付キ任意ナル選定權ヲ有ス即チ(一)債權者ハ履行ヲ請求スヘキ特定ノ債務者ヲ任意ニ選定スルコトヲ得選定セラレタル債務者ハ所謂檢索ノ利益ヲ主張スルコトヲ得ス檢索ノ利益トハ先ツ他ノ債務者ヲ訴訟スヘキコトヲ主張スルノ權利ナリ又(二)債權者ハ請求スヘキ給付ノ部分

ヲ任意ニ選定スルコトヲ得、例之ハ債權者カ百圓ノ給付ヲ受クヘキ場合ニ於テハ、百圓ヲ要求スルモ、五十圓ヲ要求スルモ、三十圓ヲ要求スルモ、或ハ一錢ヲ要求スルモ、其選定自由ナリ、債權者ハ分別ノ利益ヲ主張スルコトヲ得ス、連帶債務ハ各獨立セル一ノ債務ニシテ、保證債務ニアラサルカ故ナリ、債權者ハ其債務者タル人ト給付トヲ種々ノ方法ニ依リテ之ヲ結合シ、遂ニ全部ノ給付ヲ受クルマテ、請求ヲ爲スコトヲ得、例之ハ甲債權者ニ對シテ全部ノ要求ヲ爲シ、乙債務者ヨリハ何等ノ要求ヲモ爲ササルコトヲ得、甲ヨリ二分ノ一、乙ヨリ殘二分ノ一ヲ要求スルコトヲ得、又甲ヨリ三分ノ一、乙ヨリ三分ノ二ノ履行ヲ請求スルコトヲ得、其結合ハ總テ債權者ノ隨意ナリ、故ニ債權者ハ總債務者若クハ各自ニ對シ、同時ニ全部ノ給付ヲ要求スルコトヲ得、例之ハ甲乙ノ連帶債務者ニ對シ、同時ニ各全部ノ給付タル百圓ノ債務ヲ一時ニ請求スルコトヲ得、故ニ連帶債務者ノ全員又ハ其數人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ、債權者ハ其債權ノ全額ニ付キ各破産財團ノ配當ニ加ハルコトヲ得、(民四四)又債務者全員若クハ其中ノ數人ニ對シ、同時ニ全部ノ給付ヲ請求スルコトヲ得、(三三)

(第三) 債權者カ一人又ハ數人ノ債務者ヨリ、全部ノ給付ヲ受ケタルトキハ、總債務者ハ全ク其債務ヲ免カルルモノトス、債權者ハ更ニ同一ノ給付ニ付キ其要求ヲ爲スコトヲ得ス、我民法ハ之ニ付キ特別ノ明文ヲ設ケス、却テ連帶債務者ノ一人ニ付テ生シタル事項ハ他ノ債務者ニ對シテ其效力ヲ生セサルヲ本則ト爲スカ、(四〇)故ニ債務者ノ一人カ全部ノ給付ヲ爲スモ他ノ債務者ノ債務ヲ免レンメサルヤノ疑ヲ生スレトモ、第四百二十三條第四百二十四條ニ依リテ自ラ其然ラサルヲ知ルコトヲ得ヘシ、然ラハ何故ニ數個ノ債務存在スルニ拘ハラズ其一個ノ債務消滅スルトキハ他ノ債務消滅スルヤ、此問題ニ答ヘンカ爲メ學者ハ連帶債務ニ種々ノ法律上ノ講造ヲ案出シ之ヲ説明セント試ム、債務單數說ヲ主張スル者ハ債務一個ナルカ故ナリト答フ、債務復數說ヲ主張スル論者モ或ハ連帶債務ハ數個アレトモ各債務ハ條件附ナリ、相互ニ解除條件附ノ債務ナリ、他ノ債務者ノ債務カ消滅セザリシナラハト云フ條件ニ係リテ存在スル債務ナルカ故ナリト爲ス、若シ連帶債務カ法律行爲ノミニ因リテ生スルモノトセハ此說ヲ主張スルコト大ニ便利ナリ、然レトモ連帶債

務ハ單ニ法律行爲ノミニ因リテ生スルニアラス、法律ノ規定ニ因リテ生スルコトアリ、此點ニ於テ此說ヲ維持スルコト難シ、又連帶債務ハ數個ノ債務ナリ、然レトモ其債務者ハ相互ニ代理人ナルカ故ナリト爲スモノアリ、然レトモ連帶債務カ法律ノ規定ニ因リテ生スルコトアルヲ思ヘハ其說ノ維持シ難キコト明カナリ、又連帶債務ハ選擇債務ノ一種ナリ、故ニ選擇セラレタル一人カ給付ヲ爲セハ全體ノ人ハ其債務ヲ免カルルヘシト論スル者アリ、然レトモ選擇債務ニ於ケル選擇ハ動ス可カラサルモノナリ、選擇ハ之ヲ取消スコトヲ得ス、連帶債務ノ選定ハ不可動ノモノニアラス、或債務者ニ對シ請求ヲ爲スモ、之ヲ不利益ト認ムレハ他ノ債務者ニ對シテ請求スルコトヲ得ルモノナリ、此點ニ於テ此說ヲ維持スルコト難シ、蓋シ連帶債務ハ數個ノ債務ナルカ故ニ、債權者ハ其數丈ケハ給付ヲ要求シ其利益ヲ收ムルヲ得ルカ、如シ債務カ數個ナルト、其一ノ給付ヲ要求スルコトヲ得ルニ過キサルトハ矛盾ノ觀念ニ屬スルカ如シ、然レトモ元來連帶債務ハ或一定ノ給付ヲ要求セントスル債權者ヲシテ、其給付ヲ收ムル利益ヲ確實ナラシメンカ爲メ、之ト同一ノ内容ヲ有スル給付ヲ各債務者ニ負擔セシムルコトヲ

許シタルナリ、債權者ハ唯其一定ノ給付ヲ要求シ其利益ヲ收ムレハ即チ足ル、隨テ債權者カ其一定ノ給付ヲ受クレハ既ニ債務存在ノ理由ヲ失フ、總債務ノ消滅ヲ來サトルヲ得サルナリ、羅馬以來連帶債務ノ外ニ所謂全部義務(Enfach Solitare Digation)ナルモノヲ認ム、獨乙普通法、佛國民法、及ヒ吾舊民法モ亦此區別ヲ設ク、全部義務ハ連帶債務ト同シク、各債務者カ各自全部ノ履行ヲ爲サハルヘカラス、而モ一人ノ履行ニ依リテ他ノ債務者ハ當然其債務ヲ免ルハモノナリ、其連帶債務ト異ナルノ標準ニ付キテハ學說及ヒ法制一致セス、或ハ(1)連帶債務ハ殊ニ之ヲ目的トスル法律行爲ニ因リテ生シ、全部義務ハ法律ノ規定ニ依リテ生スト、爲スモノアリ、或ハ(2)連帶債務ハ債務者間ニ互ニ代理ノ關係ヲ有スレトモ、全部義務ハ然ラスト、開フ者アリ、然シナカラ連帶債務ト雖モ亦法律ノ規定ニ依リテ生セサルニアラス、債務發生ノ原因ヲ異ニスルニ從ヒテ一ヲ連帶債務ト爲シ一ヲ全部義務ト爲スハ其理由ナク、又連帶債務ハ債務者間ニ代理ノ關係ヲ有セサルヘカラスト、爲スモ其理由ナシ、故ニ獨逸民法ハ全ク其區別ヲ廢止シ、其ニ之ヲ連帶債務ト稱シ、同一ノ規定ニ依リテ之ヲ支配ス、我民法モ亦此區別ヲ認メサルナ

リ、民法第七百十四條及ヒ第七百十五條ニ於ケル被害者ノ有スル債權ハ、其何レ
カ一方ヨリノ全部ノ履行ニヨリテ全ク消滅スルト雖モ、只被害者ニ損害ナキニ
至ルカ故ニ其債權消滅スルノミ、連帶債務ニアラス、又所謂全部義務ニモアラサ
ル特別ノ形體ヲ有スル債務關係ナリ

又羅馬法以來獨逸普通法等ニ於テハ所謂連帶ノ債務關係ヲ分テ、債權者間ハ
連帶債務者間ハ連帶ノ二ト爲セリ、瑞西債務法獨逸民法モ此二個ノ區別ヲ認ム、
我民法ハ此區別ニ關シ何等ノ明文ヲ置カス、之ヲ認メサルニアラスト雖モ殊ニ
之ニ關スル規定ヲ設クルノ必要ナキモノト爲シタルカ故ナリ、蓋シ當事者カ債
權者間ノ連帶ヲ約スルハ稀有ニ屬スルカ故ナリ、即チ債權者間ノ連帶ハ各債權
者カ債務者ニ對シ全部ノ履行ヲ求メ、債務者ハ其一人ニ爲シタル履行ニ因リテ
其債務ヲ免カル、コトヲ得ヘキモノナリ、此關係ヲ成立セシムルノ利益ハ、債權
者ニ取リテハ各債權者カ各其履行ヲ請求スルノ手數ヲ省キ、債務者ニ取リテハ
各債權者ニ履行ヲ爲スノ努力ヲ省クニ在リ、雙方ニ此利益存スルト雖モ、此關係
ハ多クノ場合ニ於テ金錢債務ニ付キテ成立スヘク、而カモ金錢ハ多數ノ手ヲ經

ルニ從ヒテ危險ノ度ヲ高ムルヲ以テ、債權者ハ多クノ場合ニ於テ此關係ヲ約ス
ルノ危險ヲ踐ムヲ欲セサルヘシ、故ニ此關係ヲ約スルノ利益ハ反テ債務者ノミ
ニ存スルヲ多シト謂フヘシ、債權者カ債務者ノ要約ニ從ヒ此關係ヲ約スルコト
稀有ナラサルヲ得ス、況ンヤ代理自由ノ原則ニ從ヒ、債務者ハ辨濟ヲ爲スニ付キ
債權者相互ニ代理權ヲ得セシメ、債權者間ノ連帶ヲ約シタルト同一ノ便利ヲ取
ヲ得ルニ於テオヤ

第三項 連帶債務發生ノ原因

連帶債務ハ他ノ債務ト同シク法律行為及ヒ法律ノ規定ニ因リテ發生ス、法律行為
ニ因リテ連帶債務ノ發生スル場合ハ、遺言ニ因リテ生スル場合ナキニアラスト雖
モ、主トシテ約束ニ依ル

(一) 約束ニ因リテ生スル場合

連帶債務ハ數人カ債權者ト約束ヲ爲ス、ニ因リテ生ス、其約束ノ内容ハ、連帶債務
ヲ發生セシムルニ在リ、如何ナル場合ニ於テ此約束アルカハ事實ノ問題ナリ、通
常連帶ナル文字ヲ使用シ他ニ反對ノ證據ナキトキハ連帶債務ノ發生ヲ内容ト

スル約束ヲ爲シタルモノト見ルコトヲ得然レトモ不要式ノ約束ナルカ故ニ固ヨリ暗黙ニ之ヲ約スコトヲ得ヘシ羅馬法ニ依レハ(Simpliciter)ステブラチオト稱スル要式ノ行爲ニ依ルコトヲ必要ト爲セシモ今日ニ於テハ然ラサルナリ又連帶債務ハ必スシモ數人ノ債務者カ同時ニ債權者ニ對シテ之ヲ約スルコトヲ要セス時ヲ異ニシテ連帶ヲ約スコトヲ得ヘシ甲カ連帶ヲ約シテヨリ乙カ連帶ヲ約スルニ至ルマテ又乙カ畢竟連帶ヲ約セサルトキハ甲ハ如何ナル性質ノ債務ヲ負擔スヘキカノ問題ヲ生ス甲ノ債務ハ連帶債務ナリト主張スルモノアレトモ余輩ハ然ラスト信ス連帶債務ハ同一ノ給付ヲ目的トスル數人ノ債務者アルコト必要ト爲スカ故ナリ甲ハ停止條件附連帶ノ約束ヲ爲シタルモノニシテ乙カ連帶ヲ約スルニ依リテ條件成就シ連帶債務ヲ發生スヘシ又連帶債務ハ之ヲ發生セシメントスル債務者相互ノ間ニ通牒アルコトヲ必要トセス個々別々ニ債權者ト連帶ヲ約スルコトヲ得然レトモ是レ唯債務者間ニ何等ノ通牒ヲ要セスト謂フニ過キス相互ノ合議ニ基キ債權者ト連帶ヲ約スルハ固ヨリ妨ケス寧ロ其場合多シトス

(二) 法律ノ規定ニ依リテ連帶債務ヲ生スル場合

法律ノ規定ニ依リテ連帶債務ヲ發生スル場合ハ當事者ノ意思ノ有無ニ拘ラスシテ生スル場合ナリ例之ハ民法第四十四條第二項第七百十九條商法第六十三條第二百七十三條ノ如キ是ナリ獨逸民法ニ於テハ法律行爲ヨリ生スル債務ニ付キ法律ノ規定ニ依リテ連帶債務ヲ發生セシム即チ數人カ契約ニ因リテ共同シテ可分債務ヲ負擔シタル場合はナリ我民法ハ此原則ヲ掲ケス殊ニ當事者カ連帶ヲ約スルニアラサレハ其債務ハ債務者ノ頭數ニ應シテ分割セラル連帶債務ニ關スル民法ノ規定ヲ説明セントスルニハ先ツ債務者ト債權者間ニ於ケル連帶ノ效力ト債務者相互ノ間ニ於ケル連帶ノ效力トヲ區別スルヲ便ナリトス

第四項 連帶債務ノ效力

第一目 債權者ト連帶債務者トノ間ニ於ケル效力

債權者ト債務者トノ間ニ於ケル連帶ノ效力ニ關スル民法ノ規定ハ連帶債務ノ法

理上ノ構造ニ基キ當然生スルモノノミニ非ス、連帶債務ノ構造ハ場合ニ依テ不便ナル結果ヲ來スコトアリ、故ニ民法ハ連帶債務ノ理論上ノ效果ヲ實際ノ便宜ニ變形シタル規定ヲ包含スルコト甚タ多シ、左ニ理論上ノ效果ト實際上ノ便宜ノ規定ヲ區別シテ説明スヘシ

第一、理論上ノ效果

- (一) 債權者ハ債務者タル人及ヒ給付ヲ種々結合シテ請求ヲ爲スヲ得從テ連帶債務者ノ全員又ハ其中ノ數人カ破産ノ宣告ヲ受ク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ハルコトヲ得(一四四)
- (二) 連帶債務者ノ一人カ全部ノ辨濟ヲ爲ストキハ其辨濟ハ一切ノ債務者ニ對シテ其效力ヲ生ス、又連帶債務者ノ一人カ一部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ、其辨濟ハ總債務者ニ對シテ效力ヲ生シ、總債務者ハ其給付ノ殘額ニ付キ連帶債務ヲ負フモノナリ
- (三) 辨濟ヲ除ク外、連帶債務者ノ一人ニ付キ生シタル事項ハ、他ノ債務者ニ對シテ其效力ヲ生セサルヲ本則トス(一四四)蓋シ數人ノ債務者カ獨立ニ債務ヲ負

連帶債務者ノ一人カ全部ノ辨濟ヲ爲ストキハ其辨濟ハ一切ノ債務者ニ對シテ其效力ヲ生ス

擔スルカ故ナリ、時効停止ノ原因カ連帶債務者ノ一人又ハ數人ニ付キ存スルトキハ唯其債務者ニ對シテ時効ノ停止セラルルノミ、他ノ債務者ニ對シテハ時効ハ依然トシテ進行ス、又連帶債務者ノ一人又ハ數人カ遲滯ニ付セラルルトキハ、唯其債務者ノミ遲滯ノ責ニ任ス(請求ニ因リテ遲滯ニ付)差押、假差押又ハ假處分承認ニ因ル時効ノ中斷ハ、其事項カ生シタル債務者ノミニ其效力ヲ生ス(一四四)連帶債務者ノ一人又ハ數人ニ付テ生シタル過失ハ唯其債務者ノミ過失ノ責ニ任ス、又一人若クハ數人カ履行ノ提供ヲ爲ストキハ其效力ハ唯其債務者ノミニ止マル、自認諾ノ效力、皆之ニ同シ

(四) 連帶債務者ノ一人ニ付キ法律行為ノ無効又ハ取消ノ原因存スル爲メニ他ノ債務者ノ債務ノ效力ヲ妨クルコトナシ(一四三)連帶債務ハ債務者カ各別ニ債權者ニ對シ連帶ノ約束ヲ爲スニ依リテ發生シ、又同一ノ行為ニ依リ數人カ同時ニ債權者ニ連帶ノ約束ヲ爲スニ因リテ發生ス、甲ノ場合ハ勿論乙ノ場合ニ於テモ尙ホ他ノ連帶債務ハ有效ニ存立ス、例之ハ甲乙丙三人ニテ丁ニ連帶債務ヲ約シタルトキハ、甲ニ無効又ハ取消ノ原因存スルモ乙丙ノ債務ニハ何

等ノ效果ヲ及ササルカ如シ

第二、實際上ノ結果

(一) 請求

連帶債務ハ數個ノ債務ニシテ各自獨立ス、故ニ連帶債務者ノ一人ニ對スル履行ハ請求ハ效力其一人ニ止マリ他ニ及ハサルコト理論上ノ結果ナリ、然シナカラ若シ其結果ニ從ハハ、各債務者ニ對シ一々履行ノ請求ヲ爲スニアラサレハ履行ノ請求ニ因リテ生スル法律上ノ效果ヲ收ムルコト能ハス、連帶債務カ債權ノ行使ヲ容易ナラシムルカ爲メニ存スル一方ノ基礎ヲ貫クコト能ハサルカ故ニ、民法ハ理論ノ如何ニ拘ハラズ、債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シテ尙ホ其效力ヲ生スト爲セリ(民四三)故ニ若シ債務者ノ一人ニ對シ履行ノ請求ヲ爲シタルトキハ、總テノ債務者ハ遲滯ノ責ニ任シ、又請求ニ依ル時效中斷ノ效力ヲ受ク、但シ各自ノ負擔スル債務ノ體裁ニ依リテ其例外ヲ生スルコトアルハ勿論ナリ

(二) 更改

連帶債務者ノ一人ト債權者トノ間ニ更改アルトキハ、理論上其更改ハ其債務者ノ債務ノ更改ナリ、他ノ債務者ニ對シテ影響ヲ及ホスノ理ナシ、然レトモ若シ然リトセハ、債權者ハ更改ニ因リテ生シタル新債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルト同時ニ、又他ノ連帶債務者ニ對スル債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘシ、二重ノ利益ヲ受ルノ結果トナルヘシ、又固ヨリ更改ニ因リテ生シタル新債務ヲ他ノ債務者ニ負擔セシムルコトヲ得サルハ勿論ナリ、故ニ民法ハ更改ハ一切ノ債務者ノ債務ヲ免カレシムルモノトセリ(民四三)但シ民法ハ第四百三十四條ハ如ク更改アリタルトキハ他ノ債務者ニ對シテ其效力ヲ生スト規定セス、債權ハ總債務者ノ利益ノ爲メニ消滅スト規定シタルハ、大ニ理由アル所ナリ、債務者ノ利益ハ爲メニ消滅スト規定シタルハ、他ノ連帶債務者カ其從來ノ債務ヲ免レ而シテ更改ニ因リテ生シタル新債務ヲ負擔セサルコトヲ意味スルナリ、

(三) 相殺

連帶債務者ノ一人カ債權者ニ對シ相殺ニ適スル債權ヲ有スル場合ニ於テハ其債務者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得然レトモ是レ唯其債務者以外ノ債務者ニ及ハサ

ルモノナリ、然レトモ相殺ハ節略濟辦ト稱シ、固ヨリ法律上ノ性質ハ辨濟ト異ナ
 レトモ、實際上ノ結果ハ辨濟ト異ナルコトナシ、辨濟カ總債務者ノ債務ヲ免レシム
 ルモノトセハ、事實ニ於テ同一效果ヲ生スル相殺モ亦總債務者ノ債務ヲ消滅セシ
 ムルノ效力ヲ有スルモノト爲ササルヘカラス、故ニ民法ハ相殺ニ他ノ債務者ノ
 債務ヲ消滅セシムルノ效力ヲ與フ(三六)甲連帶債務者ハ相殺ノ原因ヲ有シ、乙連
 帶債務者ハ此原因ヲ有セザルトキハ、理論上乙ハ甲ノ相殺ノ原因ヲ援用スルコ
 トヲ得ス、相殺ハ自己ノ債權ト自己ノ債務トニ付テ行ハルルモノナレハナリ、故
 ニ債權者カ乙ニ對シ債權全額ノ履行ヲ請求スルトキハ、乙ハ辨濟ヲ爲ササルヘ
 カラス、後乙ハ甲ニ對シ其負擔部分ニ付キ求償ヲ爲ササルヘカラス(二四三)甲ハ
 更ニ債權者ニ對シ債權全額ノ履行ヲ請求セザルヘカラス、故ニ債權者カ無資力
 トナルトキハ、甲ハ乙ニ對シテ自己ノ負擔部分ヲ償還セザルヘカラサルニ拘ハ
 ラス、債權者ニ對シ自己ノ債權ノ履行ヲ求ムルコト能ハサルニ至ルヘシ、故ニ先
 ツ甲カ乙ニ償還シ債權者ヨリ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル、二重ノ手續ヲ履マサ
 ルヘカラス、民法ハ、此手續ヲ省略センカ爲メニ、乙ニ甲ノ負擔部分ニ付キ、甲ノ有

スル相殺權ヲ利用スルノ權利ヲ與ヘタリ、甲ヲシテ乙ニ償還スヘキ義務ナカラ
 シムルハ大ニ便利ニシテ、且ツ甲ニ毫モ損害ヲ與フルコトナキカ故ナリ、民法カ
 債權者ニ對シ債權ヲ有スル連帶債務者カ相殺ヲ爲ササル間ハ、其債務者ハ負擔
 部分ニ付テハ、他ノ債務者ニ於テ相殺ヲ援用スルコトヲ得(三四三六)ト規定
 シタルハ、其意味ナリ、故ニ相殺ノ原因ヲ有スル債務者カ負擔部分ヲ有セザルト
 キハ他ノ債務者ハ其相殺ヲ援用スルコトヲ得サルハ勿論ナリ

(四) 免除

債權者カ連帶債務者ノ一人ニ對シテ爲シタル債務ノ免除ハ、絶對ニ債務者ニ請
 求ヲ爲ササルコトヲ意味ス、理論上只其債務者ノ債務ヲ免除シタルモノナリ、故ニ
 其效力ハ唯其債務者ニ止マリ他ニ及ハス、隨テ債權者ハ免除ヲ受ケタル債務者
 ニ對シテ要求スルコトヲ得スト雖モ、他ノ債務者ニ對シテ全部ノ履行ヲ要求ス
 ルコトヲ得ヘシ、若シ然リトセハ辨濟ヲ爲シタル債務者甲ハ、免除ヲ受ケタル債
 務者乙ニ對シ其負擔部分ノ求償ヲ爲スコトヲ得ヘシ、乙ハ更ニ債權者ニ對シ不
 當利得ニ基キ求償ヲ爲スヘシ、此ノ如キハ無用ノ手續ヲ要シ且ツ債權者又ハ乙

カ不幸ニシテ其資力ヲ失フニ至ルトキハ、乙又ハ甲ハ損害ヲ蒙ルニ至ルヘシ、故ニ寧ロ乙ニ對スル免除ハ其負擔部分ニ付キ總債務者ハ爲メニ其效力ヲ生シ、其部分ニ付キ他ハ債權者ハ債務ヲ減少スルモノト爲スニ如カス、民法ハ此結果ヲ認ム(民四三七參照)

(五) 混同

連帶債務者ノ一人ト債權者トノ間ニ混同アルトキハ、理論上其債務者ノ債務ノ消滅ヲ來サシムルノミ、他ノ債務者ニ對シテ何等ノ效力ヲ及ボサス、故ニ債權者ハ他ノ債務者ニ對シテ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘク、其請求ニ違ヒテ辨濟ヲ爲シタル者ハ、更ニ混同ノ生シタル債務者ニ對シ、其舊債務者タルノ資格ニ基キ、其負擔部分ニ付キテ求償權ヲ有スルニ至ルヘシ、是ニ於テ所謂訴權ノ輪回ヲ生ス、舊債務者其資力ヲ失フトキハ、辨濟シタル債務者ハ損害ヲ蒙ラサルヲ得ス、故ニ訴權ノ輪回ヲ防キ之ニ伴フ不公平ノ結果ヲ避ケントセハ、混同ノ生シタル債務者ハ單ニ他ノ債務者ノ負擔部分ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マルモノト爲スニ如カス、故ニ民法ハ混同アリタル債務者ハ辨濟ヲ爲シタルモノト看做シ

(三) 四之ニ因リテ總債務ヲ消滅セシメ、各債務者ハ唯其負擔部分ヲ求償セラル、ニ止マルモノト爲ス

(六) 時効ノ完成

連帶債務者ハ各自別異ノ體様ヲ以テ其債務ヲ負擔スルコトヲ得、又然ラサル場合ニ於テモ請求以外ノ時効中斷ノ效力ハ唯其事由ノ生シタル債務者ニ付テノミ、效力ヲ生スルカ故ニ、一人ノ債務者ニ付キ時効完成スルモ、他ノ債務者ノ債務ニ付テハ時効完成セサル場合アルヘシ、然シナカラ一人ニ對スル時効ノ完成ハ理論上其效力唯其債務者ノミニ止マリ他ニ及ハス、然シナカラ民法ハ尙ホ時効完成ノ利益ヲ受ケタル債務者カ有セシ負擔部分ニ付キ他ノ債務者ノ債務ヲ免レシムルモノト爲ス(民四三九)蓋シ其規定ナシトセハ時効ノ利益ヲ受ケタル債務者ト雖モ亦共同ノ免責行為ヲ爲シタル債務者ノ求償ニ逢ヒテ其負擔部分ヲ償還セサルヘカラサルニ至リ、二重ノ手數ヲ要スルニ至ルヘキカ故ニ其手數ヲ省略センカ爲メナルヘシ

第二目 連帶債務者相互ノ間ニ於ケル

效力

第一、債務者ノ求償權

連帶債務者ト債權者トノ關係債務者相互ノ關係ハ固ヨリ之ヲ區別セサル可カ
ラス、連帶債務者ノ各自カ債權者ニ對シ各全部ノ給付ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔ス
ルハ、只連帶ノ關係ニシテ債權者ト債務者トノ關係ニ止マル、連帶債務者各自ノ
間ニ於テハ各々其負擔スヘキ部分ヲ有ス、其負擔部分ハ債務者相互ノ特約ニ因
リテ定マリ、又債務發生當時ノ狀況ニ依リテ定マル、然ラサル場合ニ於テハ平等
ノ割合ニ依リテ分擔スルモノトスルノ外ナシ、若シ連帶債務者ノ一人カ辨濟其
他自己ノ出捐ニ依リテ共同ノ免責行爲(更改相殺混同)ヲ爲シタルトキハ、其債務者ハ他
ハ債務者ニ對シ求償ヲ爲スコトヲ得ルヤ、理論上ノ決定トシテ免責行爲ヲ爲シ
タル債務者ハ、當然他ノ債務者ニ對シ其負擔部分ニ付テ償還ヲ求ムルコト能ハ
サルカ如シ、何トナレバ債務者ハ他ノ債務者ノ代理人トシテ其債務ヲ辨濟シタ
ルニ非ス、亦他人ノ事務ヲ管理シタルニ非ス、自己ノ債務ヲ辨濟シタルカ故ナリ、
唯免責行爲ヲ爲シタル債務者ハ不當利得ニ基ク求償權ヲ有スルニ止マルヘキ

ノミ、免責行爲ヲ爲シタル債務者ノ財産ニ因リテ不當ノ利得ヲ得ルカ故ナリ、若
シ然リトセハ免責行爲ヲ爲シタル債務者ハ遂ニ求償ヲ爲スノ權利ヲ失ヒ損害
ヲ蒙ムルニ至ルコトアルヘシ、故ニ單純ナル理論ノミニ依ルコトヲ得ス、自己ノ
出捐ニ依リテ共同ノ免責行爲ヲ爲シタル債務者ニ生スル損害ハ、債務者共同ノ
利益ノ爲メニ生シタルモノナリ、其損害ハ總債務者ヲシテ之ヲ負擔セシムルコ
ト當然ナルカ故ニ、民法ハ其債務者ニ對シ各自ノ負擔スヘキ損害ノ部分ニ付キ
絕對ニ求償權ヲ與フ(民四四)

第二、求償權ノ範圍

求償權ノ範圍ハ其權利發生ノ基礎ニ依リテ定マル自己ノ出捐ニ因リ共同ノ免
責行爲ヲ爲シタル債務者カ蒙リタル損害ヲ各自ノ負擔部分ニ割當テタル部分
ナラサル可カラス、故ニ其求償權ノ範圍左ノ如シ(民四四)

- (イ) 各自ノ負擔部分
- (ロ) 其負擔部分ニ付キ免責行爲アリタル日以後、法定利息(年五分ノ割合ニ因リテ生スル利息)
- (ハ) 避ケルコトヲ得サリシ費用(例之ハ訴訟費用、荷物發送料)

(三) 其他一切ノ損害賠償、但シ避ケルコトヲ得ザリシ費用及其他ノ損害賠償ヲ請求スルニ付テハ自己ノ負擔部分ニ應ジテ負擔スヘキ部分ヲ控除シタル殘額ニ限ル然ラサルハ總債務者ニ於テ損害ヲ分擔スルコトヲ爲ラス固ヨリ債務ノ免除ヲ受ケハハ時效完成ノ利益ヲ受ケタル債務者モ亦部分ノ求償ヲ受ケヘキモノト解ス

第三、求償權ノ行使

自己ノ出損ニ因リ共同ノ免責行為ヲ爲シタル債務者ハ他ノ債務者ニ對シ求償權ヲ有ス然シナカラ或ル場合ニ於テハ全ク之ヲ有セサルコトアリ又他ノ債務者ハ求償ヲ拒絕スルコトヲ得ヘシ其場合左ノ如シ

(イ) 自己ノ出損ヲ以テ共同ノ免責行為ヲ爲シタル債務者カ債權者ヨリ履行ノ請求ヲ受ケタルトテ債務者ニ通知セサル場合ニハ其通知ヲ受ケサル債務者ハ債務者ニ對抗スヘキ事由ヲ以テ求償ヲ拒絕スルコトヲ得ヘシ(三四四例)之ハ甲債務者ハ期限ノ利益ヲ對抗スルコトヲ得タリ乙債務者履行ノ請求ヲ受ケタルコトヲ甲ニ通知セスシテ履行ヲ爲シタルトキハ甲ハ其期限ヲ以テ乙ニ

對抗シ其求償ヲ拒絕スルコトヲ得ヘシ又甲債務者カ債權者ニ對シテ債權ヲ有ス故ニ之ニ對シ相殺ヲ主張スルコトヲ得ル場合ニ於テ乙債務者履行ノ請求ヲ受ケタルコトヲ通知セスシテ辨濟ヲ爲シタルトキハ甲ハ其相殺ノ事由ヲ乙ニ對抗シ以テ其求償權ヲ失ハシムルコトヲ得蓋シ債權者ニ對シ對抗ノ事由ヲ有スル債務者ハ債權者ノ請求ヲ拒絕スルコトヲ得ルカ故ニ其債務者ハ債權者ノ請求ニ應スルノ準備ヲ爲ササルコト通例ナリ然ルニ他ノ債務者カ辨濟ヲ爲シタルノ結果當然求償ニ應セサルヘカラスト爲サハ自己ノ拒絕權ヲ失フカ又ハ之レト同一ノ效果ヲ受ケサルヲ得ス直チニ求償ニ應スルノ準備ヲ爲ササルヘカラサルニ至ルヘシ故ニ先ツ債權者ノ請求ヲ受ケタル債務者ハ先ツ其旨ヲ他ノ債務者ニ通知シ求償ニ應スルノ準備ヲ爲サシムルコト正當ナリ之レヲ爲ササルノ制裁トシテ其債務者ノ有スル對抗事由ニ依リ求償ヲ拒絕セシムルコト適當ナルヘシ故ニ甲債務者カ相殺ノ原因ヲ有シ乙債務者通知ヲ爲サスシテ辨濟ヲ爲シタリトセハ甲ハ債權者ニ對シテ有スル債權ヲ以テ乙ノ求償權ト相殺ヲ爲スコトヲ得ヘシ故ニ乙ハ其求償權ヲ失ヒ

甲ハ其債權ヲ失フ、其債權ハ乙ノ求償權ノ消滅ニ因リテ消滅ス、乙ノ損失ニ於テ消滅ス、故ニ乙ハ自己ノ求償權ノ喪失ニ依リテ、恰カモ甲ニ對スル債權者ノ債務ヲ辨濟シタルト同一ナリ、故ニ民法ハ求償權ヲ喪失シタル者ヲシテ、相殺ノ原因ヲ有セシ債務者ニ代位シ、債權者ニ對シ相殺ニ援用シタル債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得セシム(三四四之三一項)之ニ依リテ甲ハ乙ノ求償ヲ免レ、且ツ自己ノ債權ノ危險ヲ免ルルコトヲ得、乙モ亦必スシモ損害ヲ蒙ルルコトナカルヘシ

(ロ) 自己ハ出捐ヲ以テ共同ノ免責行為ヲ爲シタル甲、債務者カ其旨ヲ乙、債務者ニ通知スルコトヲ怠リタルカ爲メ、乙、債務者カ善意ニテ免責行為ト爲ルヘキ有償行為ヲ爲シタル場合ニ於テハ、乙、債務者ハ自己ノ免責行為ヲ有效ナリト看做スコトヲ得(三四四之三二項)隨テ第一ニ免責行為ヲ爲シタル債務者ノ求償權ノ消滅ヲ來ス、蓋シ債務者ハ他ノ債務者カ共同ノ免責行為ヲ爲シタルコトヲ知ラサルヲ通例ト爲スカ故ニ、更ニ自己ノ出捐ニ依リテ共同ノ免責行為ヲ爲スヘトアルヘシ、故ニ第一ノ免責行為ヲ爲シタル債務者ヲシテ其旨ヲ他ノ債務者ニ

通知セシムルコト當然ナリ、故ニ通知ヲ爲ササルノ制裁ナカルヘカラス、民法ハ其制裁トシテ第二ノ免責行為ヲ有效ト爲シ、第一ノ免責行為ヲ無効トナセリ、故ニ第一ノ債務者ハ唯債權者ニ對シ給付シタルモノノ取戻ヲ請求スルコトヲ得ルト雖モ、他ノ債務者ニ對スル求償權ヲ失フ、第二ノ債務者ハ他ノ債務者ニ對シ求償權ヲ有ス、然シナカラ、又其免責行為ヲ爲スニ當リ債權者ノ請求アリタルコトヲ通知セサルトキハ、イノ場合ニ述ヘタルト同一ノ結果ト爲ル、唯此ノ如キ場合ノ生スルコトハ實際ニ於テ甚タ稀ナルヘキノミ、又第二ノ債務者カ惡意ナルトキハ其免責行為ノ無効ナルコト勿論ナリ

第四、債務者ノ無資力カ求償權ニ及ホス影響

自己ノ出捐ニ因リテ共同ノ免責行為ヲ爲シタル債務者ハ、他ノ債務者ニ對シ其負擔部分ニ付キテ求償權ヲ有スルト雖モ、他ノ債務者中ニ其求償ニ應スルノ資力ナキ者アルトキハ、理論上其不足ナル部分ハ實際ニ於テ求償者之ヲ負擔セサル可カラサルニ至ル可シ、他ノ債務者ニ對シ其部分ヲ請求スルコトヲ得サルカ故ナリ、然レトモ此理論ニ依ルトキハ、偶々債權者ヨリ請求ヲ受ケタル債務者ノ

其損害ヲ受クルニ至ルヘシ同等ニ連帶債務ヲ負擔シタルニ拘ハラズ、獨リ求
 債權ヲ有スル債務者之ヲ負擔セサルヘカラスト謂フハ、總債務者ニ於テ平均的
 ニ損害ヲ分擔セシメントスル趣旨ニ反ス、故ニ民法ハ無資力債務者カ償還スル
 コト能ハサル部分ハ他ノ有資力債務者及ヒ求償權者各自ノ負擔部分ニ應シテ
 之ヲ分擔スルコトヲ爲シ、求償者ノ過失ニ因リテ求償不能ト爲リタルトキニ限
 リ、其部分ハ他ノ債務者ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ得スト爲セリ(四四)蓋シ自
 己ノ過失ノ結果ヲ他ニ負擔セシムルコトヲ得サルカ故ナリ
 此原理ニ依リテ一ノ例外アリ、債務者ノ一人カ連帶ノ免除ヲ得タル場合ニ於テ
 債務者中ニ無資力者ヲ生シタル場合ナリ、此場合ニ於テ無資力者カ償還ニ應ス
 ルコト能ハサル部分ハ何人ニ於テ債務ヲ分擔セシムヘキカ、他ノ資力アル債務者
 ヲシテ之ヲ分擔セシムヘキカ之レ非ナリ、一人ノ債務者ニ對スル免除ニ因リテ
 他ノ債務者ノ負擔ヲ重カラシムヘキ理由ナキカ故ナリ、又原則ニ從ヒ免除ヲ受
 ケタル債務者ヲシテ其負擔部分ニ應シテ之ヲ分擔セシムヘキカ、是レ亦非ナリ、
 連帶債務者タルノ地位ヲ脱却セシメタル者ヲシテ、尙ホ連帶債務者タルト同一

ノ效果ヲ受ケシムルハ不當ナルカ故ナリ、故ニ民法ハ他ノ債務者及ヒ債權者ニ
 於テ其部分ヲ分擔スヘキモノト爲シ、而シテ債權者ノ分擔スヘキ部分ハ免除ヲ
 受ケタル債務者カ免除ヲ受ケサレハ負擔スヘカリシ部分ヲ限度トナセリ(四四)

第二款 保證債務 (Bürgschaftschuld)

第一項 法律上ノ構成

保證債務ノ性質ニ付キテ議論アリ、或ハ之レヲ以テ條件附ノ債務ナリ、主タル債務
 者カ履行セザリシナラハトノ條件附債務ナリト主張スル者アリ、主タル債務者カ
 債務ヲ辨濟セサル場合ニ於テ條件成就シ、始メテ保證人ニ債務ヲ發生スヘシト論
 スル者ナリ、蓋シ民法第四百四十六條ニ於テ保證人ハ主タル債務者カ其債務ヲ履
 行セサル場合ニ於テ履行ヲ爲ス責ニ任スト爲スニ基ク、然レトモ余輩ハ此說ヲ採
 ラス、保證債務ハ條件附債務ニ非ス、單純ナル債務ナリト信スルナリ、左ニ其要領ヲ
 述ヘン

余輩ノ信スル所ニ依レハ

保證債務ハ他人ノ債權者ニ對シ、其他人ノ債務ヲ履行スルハ債務ナリ

第一、保證債務ハ他人ノ債務ヲ履行スルハ債務ナリ、

辨濟ハ第三者ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得ルヲ原則トス、然シナカラ之ヲ爲スコトヲ得ルニ止マル、第三者ノ辨濟モ亦債務ヲ消滅セシムルト云フニ過キス、又第三者ハ當然債務辨濟ノ義務アルニ非ス、保證人ハ即チ他人ノ債務ヲ辨濟スルノ債務ヲ負擔セル第三者ナリ、其債務カ保證債務トナルナリ、從テ主タル債務者ノ債務ヲ負擔セルニ非ス、主タル債務者ノ債務ヲ履行スルノ債務ヲ負擔セルナリ、故ニ主タル債務者ノ債務ヲ甲トスレハ、保證人ノ負擔セル債務ハ甲ニ非ス、甲ヲ履行スル乙ノ債務ナリ別個ノ債務ナリ、其債務ハ保證契約ヲ爲スト同時ニ發生シ、主タル債務者カ履行ヲ爲サザリシトキニ於テ發生スルニ非ス、故ニ此點ニ於テ保證債務ハ條件附債務ニアラス、又保證債務ハ孤立ノ存在ヲ有スル債務ニ非スシテ他人ノ債務ニ從屬スルモノナリ、其他人ノ債務ヲ主タル債務ト稱シ、保證債務ハ從タル債務ナリト謂フハ、保證債務ニ必要欠クヘカラサル性質ヲ顯ハシタルモノナリ、隨テ主タル債務カ全ク存在セザリシカ、又主タル債務ノ發生ノ原因ナル法律行為カ取消サレタルトキハ、保證債務ハ全ク成立セザリシカ、又ハ消滅

スヘシ、又保證債務ハ主タル債務ヲ履行スヘキ債務ナルカ故ニ、其目的態様ハ主タル債務ノ目的態様ヨリ重キヲ得ス(民四四八參照)、又主タル債務者カ自ラスルニ非サレハ履行スルコト能ハサル債務ニ付テハ、保證債務ハ成立セス、又保證人カ其保證契約ヲ履行スルハ、他人ノ債務ヲ履行スルニ依リテ履行スルモノナルカ故ニ、保證債務ノ履行ハ、當然主タル債務ノ消滅ヲ來ササルヲ得ス、又保證債務ハ主タル債務ノ外ニ存在スル債務ナルカ故ニ、保證債務ニ付キテノミ違約金又ハ損害賠償ノ額ヲ約定スルコトヲ得(七、四二項)

(第二) 保證債務ハ主タル債務者ノ債權者ニ對スル債務ナリ、

保證債務ハ主タル債務者ノ債務ヲ履行スルノ債務ナレトモ、債務者ニ對スル債務ニ非スシテ、其債務者ノ債權者ニ對スル債務ナリ、故ニ主タル債務者ノ債權者ハ、又保證人ニ對シ、保證債務ニ付テノ債權者ナリ、保證人ニ付キ其保證債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得、羅馬法ニ依レハ、債權者ハ先ツ保證人ニ對シ其債務ノ履行ヲ要求スルコトヲ得タルモ、今日ニ於テハ所謂保證人ニ與フル檢索ノ權利ヲ以テシ、保證人ヲシテ先ツ主タル債務者ニ請求スヘキコトヲ主張スルノ權利ヲ

有セシム、保證債務カ所謂補充的ノ性質ヲ有スルコトト爲ス、我民法第四百四十六條ハ保證債務ニ此補充的ノ性質ヲ認ム、然シナカラ保證債務ノ補充的ナルハ敢テ其債務ノ發生カ補充的ナリト謂フニ非ス、主タル債務者カ其債務ヲ履行セザリシトキ始メテ保證債務ヲ發生スト謂フニ非ス、保證契約ト同時ニ成立シタハ保證債務ノ履行カ補充的ナルニ在リ、此性質ハ保證債務ノ常素タルノミ、其要素ニアラス、以テ保證債務カ條件附債務ニアラサルコトヲ知ルヲ得ヘシ

第二項 保證債務發生ノ原因

第一、保證債務ハ保證契約ニ因リテ發生ス

保證契約ハ前款ニ於テ説明シタル保證債務ノ發生ヲ其内容トスル契約ニシテ、債權者及ヒ保證人トナルヘキ者カ其當事者ナリ、保證債務ハ債權者ニ對スル債務ナルカ故ナリ、債務者ハ其契約ノ當事者ニ非ス、又其契約ノ成立ニ關シ何等ノ關係ヲ有セス、故ニ保證人トナルヘキ者ト債務者間ノ契約ニ依リテ保證債務成立スコトナク、又保證契約ハ債務者ノ意思ニ反シテ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第二、保證契約ハ契約ナルカ故ニ之ニ關スル一般ノ要件ヲ具備セザルヘカラサ

ルハ勿論ナリト雖モ、亦保證契約ニ特有ナル要件ヲ具フ、即チ必ス主タル債務ノ存在スルコトヲ必要トスルコト是ナリ、故ニ條件附債務又ハ所謂將來ノ債務ニ付テハ直チニ保證契約ヲ發生セシムルヲ得ス、此等ノ債務ニ付キ所謂保證契約ヲ爲シタルトキハ條件附保證契約ナリ、其主タル債務ノ發生ヲ條件トスル停止條件附保證契約ナリ、故ニ其債務發生セザル以前ハ保證債務發生セス

第三、保證契約ハ通常片務契約ナリ

單ニ保證人ノミカ債務ヲ負擔スルカ故ナリ、然レトモ必スシモ片務契約ナルコトヲ要セス、又雙務契約ナルコトアリ得ヘシ、例之ハ保證人トナルヘキ者カ債權者ニ對シ債權者ヲシテ又他人ノ保證人トナルコトヲ約セシメタル場合ノ如シ

第四、保證契約ハ何等ノ方式ヲ必要トセス、通常保證人ナル文字ヲ使用スレトモ必スシモ必要ナラス、唯保證債務ヲ負擔スルノ意思明カナルヲ以テ足ル、猶逸民法ニ於テハ保證契約ノ成立ニ書面上ノ意思表示ヲ必要ト爲シ、唯此方式ヲ踐マサル保證人カ其債務ヲ履行シタル場合ニ於テハ、其履行カ方式ニ代ハルモノト爲セリ、我民法ハ此主義ヲ採ラス

第五、保證契約ハ保證人トナルヘキ者ト主タル債務者トノ間ニ存スル法律關係ニ依リテ何等ノ影響ヲ蒙ルコトナシ保證人トナルヘキ者ハ或ハ債務者ニ對シ保證契約ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔シ其債務ノ履行トシテ債權者ト保證契約ヲ締結スルコトアリ又其債務ヲ有セスシテ債權者ト保證契約ヲ締結スルコトアルヘシ其何レノ場合ヲ問ハス保證契約ハ有效ニ成立シ其關係ニ依リテ保證契約ノ成立ニ影響ヲ被ラス然レトモ主タル債務者カ債權者ニ對シ保證人ヲ立ツヘキ義務ヲ有スル場合ニ於テハ其義務カ法律ノ規定ニ依リテ生シタルト法律行為ニ因リテ生シタルトヲ問ハス債務者ハ左ハ條件ヲ具備スル保證人ヲ立テシムルコト必要ナリ然レトモ此條件ヲ具備セザル保證人ヲ立テシムル場合ニハ債權者ハ之ヲ拒絶スルコトヲ得ルノミ之ヲ拒絶セスシテ其者ト保證契約ヲ締結スルトキハ其契約ハ固ヨリ有效ナリ(民四五〇二項參照)其保證人タルハ條件左ハ如シ

(一) 能力者タルコト
未成年者禁治產者準禁治產者等ヲシテ保證人タラシムルコトヲ得ス蓋シ債

權者ハ取消シ得ヘキ債務ヲ負擔スル者ヲシテ保證人タラシムルコトヲ欲セサルカ故ナリ然ラハ無能力者カ法定代理人保佐人又ハ夫ノ同意ヲ得テ保證ヲ爲サントスルトキハ債權者ハ尙ホ之ヲ拒絶シ得ルヤ疑問ナリ

(二) 辨濟ノ資カアルコト
權利ヨリ義務ヲ控除シタル殘額カ尙ホ債務者ノ債務ヲ辨濟スルニ足ルノ資カアルコトヲ要ス蓋シ無資力者ヲ保證人ナラシムルハ何等ノ用ヲ爲ササルカ故ナリ

(三) 債務ノ履行地ヲ管轄スル控訴院ノ管轄内ニ住所ヲ有シ又ハ假住所ヲ定メタルコト
蓋シ保證人ハ主タル債務者ノ債務ヲ履行スルモノナルカ故ニ若シ其履行地カ債務者ノ履行地ヨリ甚シク隔リタル場合ニハ保證人ニ對シ直チニ履行ノ請求ヲ爲スコト能ハス或ハ容易ニ此請求ヲ爲スコト能ハサルガ故ニ債權者ハ債務ノ履行地ニ接近シタル住所ヲ有スルカ又ハ假住所ヲ定メタル者ニアラサレハ保證人タラシムルコトヲ欲セサレハナリ

右ノ三條件ハ保證契約ヲ爲ス當時ニ於ケル資格ヲ定メタルモノナリ、保證契約締結ノ後ニ右ノ條件ニ變更ヲ生シタルトキハ如何先ツ第一ノ條件ノ變更ハ債權者ニ何等ノ不利益ヲ來サス故ニ問題トナラス、第二、第三ノ條件ニ變更アルトキハ債權者ニ不利益ヲ來スヘシ、保證人ハ辨濟ノ資力ヲ失フカ、又ハ債務ノ履行地ヨリ遠隔ノ地ニ住所ヲ定メタルトキハ、前示ノ條件ヲ必要トスル趣旨ヲ貫クコトヲ得ス、故ニ債權者ハ前示ノ三條件ヲ具備スル者ヲ以テ之ニ代リテ保證人ヲシムルコトヲ請求スルコトヲ得(民四五〇)、(二項參照)以上ノ原則ニ對シテ例外アリ、債權者カ自己ノ欲スル人ヲ保證人ニ指定シタル場合ナリ、此場合ニ於テハ單ニ其一人ヲ保證人タラシムレハ可ナリ、債權者ハ之ヲ拒絕スルコトヲ得ス(民四五〇)、但シ債務者カ前示ノ條件ヲ具備セル保證人ヲ立ツルコト能ハサルトキハ、債務者ハ履行不能ノ爲メ其債務ヲ免カルルコトヲ得ヘキニアラス、他ノ擔保ヲ供與スルニアラサレハ保證人ヲ立ツヘキ債務ヲ免カルルコト能ハス(民四五)

第六、保證契約ハ一切ハ債務ニ付テ之ヲ締結スルコトヲ得ヘシ、

唯債務者本人ニ非サレハ履行シ能ハサル債務ハ他人ノ辨濟ヲ許ササルカ故ニ保證債務ヲ發生スルコト能ハサルノミ、然レトモ保證債務ハ主タル債務ノ目的タル給付ト其性質ヲ異ニシタル給付ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得ス、若シ爲シ得ルモノトスレハ即チ保證契約ノ性質ニ反スルニ至ル、然レトモ主タル債務ノ目的タル給付ト同一ノ範圍ヲ有スルコトヲ必要トセス、例令ハ主タル債務カ千圓ニシテ保證債務ハ五百圓タルコトヲ得、即チ他人ノ債務ノ一部ノ辨濟ニ付キ保證契約ヲ約シタルナリ、然レトモ保證契約ハ決シテ主タル債務ノ目的態様ヨリ重キヲ得ス(民四四)、故ニ主タル債務二千圓ニシテ保證債務三千圓タルコトヲ得ス、又主タル債務カ期限付ニシテ保證債務ハ無期限ナルヲ得ス、又主タル債務ノ期限ヨリ保證債務ノ期限短キヲ得ス、是レ保證債務ハ主タル債務ヲ履行スルノ債務ナルカ故ナリ、故ニ保證債務カ主タル債務ノ目的態様ヨリ重キトキハ其保證契約ハ理論上無効ナラサルヘカラス、之レ當事者ノ意思ニ反スルモノナリ、所謂大ハ小ヲ兼スルヲ以テ、重キ債務ヲ負擔シタルトキハ固ヨリ之ヨリ輕キ債務ヲ負擔スルノ意思ヲ有スルモノト推測シ得ヘシ、故ニ法律ハ主タル債務ヨリ

重キ目的態様ヲ有スル保證契約ハ之ヲ主タル債務ノ目的態様ノ限度ニ減縮ス
(八四四)故ニ主タル債務千圓保證債務二千圓ナルトキハ保證契約ハ無効ニ非ス、
千圓ノ保證契約トシテ有效ナリ、又本年十二月一日ニ支拂フヘキ主タル債務ニ
付キ、六月一日ニ支拂フヘキ保證債務ヲ約スレハ、其保證債務モ亦本年十二月一
日ヲ以テ其期限ト爲ス

第七、主タル債務カ取消シ得ヘキ法律行爲ニ因リテ發生シタル場合ニ於テモ其
行爲ノ取消サルトマテハ其債務存在ス、之ニ對スル保證債務モ亦成立ス、唯其主
タル債務カ取消ニ因リテ消滅スレハ保證債務ハ當然消滅スヘキナリ、然レトモ
或場合ニ於テハ主タル債務カ取消ニ因リテ消滅スルモ保證人ハ尙ホ保證債務
ハ同一ノ目的ヲ有スル獨立ノ債務ヲ負擔スルモノト推定セラレ、場合アリ
(九三四)即チ無能力ニ因リテ取消サルヘキ債務ヲ保證シタル者カ保證契約ハ
當時其取消ノ原因ヲ知リタル場合はナリ(九三四)民法カ斯ノ如キ規定ヲ置ク
ニ至リタル理由ヲ考フルニ保證人カ取消シ得ヘキ債務ナルコトヲ知リテ債權
者ト保證契約ヲ結ビタルトキハ亦其取消ヨリ生スル損害ナカラシメンコトヲ

モ擔保シタルモノト見ルノ趣旨ニ基キタルナリ、故ニ此規定ハ無能力者ノ負擔
セル債務ヲ保證シタル場合ノミニ適用アルヘク無能力者カ債權者タル場合ニ
ハ適用ナキモノト信ス、主タル債務者ノ債務カ詐欺又ハ強迫ニ因リテ生シタル
モノナルトキハ本條ノ適用ナシ、若シ債權者ノ詐欺強迫ニ基キテ負擔セラレタ
ル債務ヲ保證シ、即チ債權者ヲシテ其債務ノ履行ヲ得セシムルコトトスレハ、事
實ニ於テ詐欺又ハ強迫ヲ保證スルノ結果トナルカ故ナリ、此獨立ノ債務ハ如何
ナル時ヨリ發生スルヤ、主タル債務カ取消サレタルトキニ於テ發生スルモノト
ス
主タル債務ノ不履行アリタル場合ニ於テモ尙ホ獨立ノ債務發生ストスレハ能
ク其意ヲ解スルコト能ハス、或ハ取消ニ因ル損害ヲ擔保スルノ意思アリト推定
スル以上ハ進ンテ不履行ニ付テモ其損害ヲ擔保スルモノト見タルモノナルヘ
シ、債務ノ不履行ニ因リ獨立ノ債務負擔セラレ、カ故ニ茲ニ所謂不履行トハ履
行不能ニ因ル不履行ヲ意味シ、主タル債務カ未タ存在スルニ保證債務消滅シ、獨
立ノ債務發生スヘキニアラサルナリ

第三項 保證債務ノ效力

保證債務ノ效力ハ保證人ト債權者トノ間ニ於ケル效力保證人ト主タル債務者トノ間ニ於ケル效力及ヒ數人ノ保證人アル場合ニ於テ其相互ノ間ニ於ケル效力ヲ區別シテ説明スルヲ便利トス

第一目 保證人ト債權者トノ間ニ於ケル效力

第一、保證債務ノ範圍

保證債務ハ主タル債務ヲ履行スル債務ナリ、故ニ保證債務當然ハ範圍ハ(1)主タル債務其モハナリ、又主タル債務ノ一部カ履行セラル、カ又ハ其他ノ原因ニ基キテ消滅シタルトキハ、其殘部ノ債務ニ付キ保證債務成立ス、獨逸民法ハ之ニ關シ特別ノ明文アリ、保證人ハ主タル債務ノ存狀ヲ保證スト、民法ハ何等ノ規定ヲ設ケスト雖モ蓋シ保證債務ハ主タル債務ヲ履行スル債務ナルノ點ニ於テ獨逸民法ト同一ノ結果ヲ生スルモノト信ス、(2)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トシテ生スル債務ヲモ保證ス、蓋シ保證契

約ハ債權ノ實果ヲ得セシムルコトヲ擔保スルカ故ニ、反對ノ意思表示ナキトキハ主タル債務ニ從屬シテ生スル一切ノ債務ヲ保證シタルモノトナスコト當然ナリ

第二、保證人ハ權利

(甲) 保證人ハ抗辯權、保證債務ハ原則トシテ補充的ノ性質ヲ有ス(民法四四)故ニ

保證人ハ債權者ニ對シ左ノ抗辯權ヲ有ス

一、催告ハ權利(民法四)

催告ノ權利トハ、債權者カ先ツ保證人ニ對シ保證債務ノ履行ノ請求ヲ爲シタル場合ニ於テ、保證人カ先ツ主タル債務者ニ對シテ催告ヲ爲スヘキコトヲ主張シ債權者ノ請求ヲ拒絕スルノ權利ナリ、債權者ハ保證人ニ對シテ保證債務ニ付テノ債權者ナリ、此債權ハ保證契約ト共ニ發生スルカ故ニ、債權者カ保證人ニ對スル第一次ノ請求モ其權利ノ行使ナリ、然レトモ唯保證人ハ之ニ對シ催告ノ權利ヲ主張シテ其請求ヲ拒絕シ得ル權利ヲ有スルノミ、故ニ保證人ハ此權利ヲ拋棄シ其請求ニ應スルモ可ナリ、之ニ應シタルトキ

ハ保證債務ノ辨濟トナルモノトス

左ノ場合ニ於テハ保證人ハ催告ノ權利ヲ有セサルカ又ハ之ヲ行フコト能ハス

(イ) 債務者カ破産ハ宣告ヲ受ケタル場合(民法四五)

此場合ニ於テハ債權者ハ獨立シテ主タル債務者ニ對スル履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス故ニ保證人ハ催告ノ權利ヲ行フコト能ハサルモノトス

(ロ) 債務者ノ行方不明ナルトキ

債務者ノ行方不明ナルカ爲メニ失踪ノ宣告ヲ受ケタルコトナキヲ要ス、失踪ノ宣告アレハ債權者ハ相續人ニ對シ履行ヲ請求スルコトヲ得、故ニ保證人ヲシテ催告ノ權利ヲ行ハシムルモ可ナリ、只債務者ノ行方不明ナルトキハ債權者ハ之ニ對シ履行ノ請求ヲ爲スコト能ハサルカ故ニ保證人ヲシテ催告ノ抗辯ヲ爲サシムルコト能ハス、行方明瞭ナルニ至レハ其妨害ナキニ至ルカ故ニ催告ノ權利ヲ行フコトヲ得ルニ至ル

(ニ) 保證人カ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔シタルトキ(民法四)

蓋シ此場合ニ於テハ保證人ハ保證契約ヲ爲スノ當時ニ於テ催告權ヲ拋棄シタルモノト見タルカ故ナリ

二、檢索ノ權利(民法四)

檢索ノ權利トハ先ツ主タル債務者ノ財産ニ付キ強制執行ヲ爲スヘキ旨ヲ主張シテ債權者ノ請求ヲ拒絕スルノ權利ナリ、亦民法上ノ抗辯權ナリ、此權利ハ債權者カ債務者ニ對シ先ツ請求ヲ爲ササル以前ハ勿論尙ホ此請求ヲ爲シタル後ニ於テモ之ヲ行フコトヲ得ルモノトス、但權利ヲ行フニ當リテ左ノ條件ヲ必要トス

- (1) 主タル債務者ニ辨濟ノ資力アルコトヲ證明スルコト
- (2) 債務者ノ財産ニ付キ執行ノ容易ナルコトヲ證明スルコト

是ナリ
保證人ハ檢索ノ抗辯權ヲ有スルコトヲ原則トナセトモ、一ノ例外アリ、保證人カ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔シタル場合はナリ、其理由前ニ述ヘタル所ニ同シ(民法四)

保證人カ右二個ノ抗辯權ヲ行ヒタルトキハ、債權者ハ主タル債務者ニ對シ催告又ハ執行ヲ爲スマテ保證債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ス、故ニ債權者ハ遲滯ナク主タル債務者ニ對シ催告又ハ執行ヲ爲スヘキナリ、若シ債權者カ遲滯ナク此等ノ權利ヲ行ヒタルニ拘ハラズ債務者ヨリ辨濟ヲ得サルトキハ、固ヨリ保證人ハ保證債務ノ履行ヲ爲ササルヘカラス、若シ債權者カ遲滯ナク催告又ハ執行ヲ爲セハ債務者ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘカリシニ拘ハラズ債權者之ヲ怠リタルカ爲メ全部ノ履行ヲ受ケサリシトキハ、其損失ハ債權者之ヲ甘受スヘキコト當然ナリ、尙ホ之ヲ保證人ニ負擔セシムヘシトスレハ保證人ノ抗辯權ハ有名無實トナルヘシ、保證人ハ抗辯ヲ爲スノ利益ナケレハナリ、故ニ債權者ハ、保證人ノ抗辯ニ因リ債務者ニ對シ遲滯ナク催告又ハ執行ヲ爲キトキハ、辨濟ヲ受クヘカリシ部分ニ付キ、保證人ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ得ス、保證人ハ其限度ニ於テ其債務ヲ免カル、モノトス(民法四)

(乙) 保證人ノ相殺權(民法四五)

相殺ハ二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ニ於テ之レヲ爲ス

コトヲ得(民法五〇)故ニ主タル債務者カ債權者ニ對シテ有スル債權ハ主タル債權者ニ於テ之ヲ相殺ニ利用スルコトヲ得ルノミ、保證人ハ原則上主タル債務者ノ有スル債權ヲ以テ主タル債務ト相殺スルコト能ハス、然レトモ民法ハ保證人ニ對シ主タル債務者ノ有スル債權ヲ以テ主タル債務者ノ債務ト相殺スルハ權利ヲ與フ(民法四五)然シテ、カラ吾民法上保證人ハ債務者ノ有スル其他ノ對抗權ヲ利用スルハ權利ナシ、

第三、同一ノ債務ニ付キ、數人ハ保證人アル場合ニ於テハ各保證人ハ所謂、分別ノ利益ヲ有ス(民法四)

數人ガ共同シテ又ハ各別ニ同一ノ債務ニ付キ、債權者ト保證契約ヲ爲ストキハ、其各自ハ各主タル債務ノ全部ニ付キ、保證債務ヲ負擔スヘキヤ否ヤ(百圓ノ債務ヲ三人ニテ保證シタル場合ニ於テハ各自各百圓ノ保證債務ヲ負擔スヘキヤ否ヤ)ニ付テハ古ヨリ法制一定セス、羅馬法ニテハ各保證人ハ各全部ノ債務ニ付キ、保證債務ヲ負擔ス、唯債權者ノ請求ニ違ヒ訴ヲ分ツヘキコトヲ主張シテ全部ノ請求ヲ拒絶スルノ抗辯權ヲ有セシノミ、我民法ハ保證債務ハ保證人ノ頭數ニ應

シテ當然分割セラルルハ、主義ヲ採用シ、各保證人ハ其分割セラレタル部分ニ付キテ保證債務ヲ拒絶スルモノトナス(民法四五)故ニ債權者ハ固ヨリ保證人ノ一人ニ對シテ全部ノ債務ヲ要求スルコト能ハス、其請求權ナキナリ、保證人ハ全部ノ請求ヲ拒絶スルコトヲ得レトモ是レ民法上ノ抗辯權ニアラス、若シ保證人カ其債權者ノ請求ニ應シテ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ自己ノ負擔以外ノ部分ニ付テハ第三者ノ辨濟トナル、我民法上保證人ハ分別ノ抗辯權ヲ有スルニアラス、當然分別セラルルノ利益ヲ有スルノミ、保證債務ハ當然保證人ノ頭數ニ應シテ分割セラルルト謂フニ過キス、獨逸民法ニ於テハ保證人ハ保證債務ニ付キ連帶債務者ト爲ルカ故ニ各保證人ハ各全部ノ辨濟ヲ爲サ、ルヘカラス、分別ノ利益ヲ有セサルナリ、我民法ニ於テモ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シ第四百五十六條ノ適用ナカラシムルコトヲ得ルハ論ヲ俟タス、故ニ或ハ甲保證人ハ主タル債務ノ全部ニ付キ、其他ノ保證人ハ其頭數ニ應シテ保證債務ヲ負擔スルコトヲ得ヘシ

第四、主タル債務ニ付キ生シタル事由カ保證人ニ對スル効力

- 一、主タル債務ノ原因タル法律行為カ無効ナルカ又ハ取消サルハトキハ保證債務ハ成立セサルカ又ハ消滅ス
- 二、主タル債務ニ付キテ更改アリタルトキハ保證債務ハ消滅ス、固ヨリ保證人ハ主タル債務者カ更改ニ因リテ負擔シタル新債務ヲ保證シタルニアラス(民法一八)又其新債務ハ主タル債務ノ從トシテ生スルモノニアラサルカ故ナリ
- 三、主タル債務カ相殺ニ因リテ消滅スルトキハ保證債務モ亦消滅ス
- 四、主タル債務者ト債權者トノ間ニ混同アルトキハ主タル債務消滅スルカ故ニ保證債務モ亦消滅ス

以上ハ保證債務ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ別ニ説明ヲ要セス、唯主タル債務ノ期限ノ延期又ハ短縮カ保證債務ニ如何ナル影響ヲ及ボスヘキヤノ問題ヲ研究スルコトヲ要ス

(1) 主タル債務ノ期限カ短縮セララルル場合ニ付テ之ヲ考フルニ保證人ニ對シ何等ノ影響ヲ及ボスヘキモノニアラス、期限ノ利益ハ期限前ノ履行ノ請求ヲ拒絶スルノ權利ナリ、保證債務ハ主タル債務ヲ履行スルノ債務ナルカ故ニ保證人

ハ獨立シテ此權利ヲ有ス、主タル債務者ノ抗辯權ヲ行フニアラス、故ニ主タル債務者期限ヲ短縮シ期限ノ抗辯權ヲ拋棄スルモ、保證人ノ抗辯權ニ何等ノ影響ヲ及ホスヘキ理由ナシ

(2) 主タル債務ノ期限カ延期セラレタルトキハ、其效力ハ保證人ノ利益ニ歸ス、保證人ニ對抗スルコトヲ得スト雖モ保證人ヨリ之ニ對抗スルコトヲ妨ケス(六〇四但書)

五、限定承認カ保證債務ニ及ホス影響

相續人カ限定承認ヲ爲シタルトキハ、唯相續ニ因リテ得タル財産ノ限度ニ於テノミ被相續人ノ債務ヲ辨濟スヘキモノナリ(民法一四二五參照)ト雖モ、相續人ハ唯其限度ヲ超エル履行ノ請求ヲ拒絕スルノ權利ヲ取得スルノミ、被相續人ノ有セシ債務ノ全部ハ尙ホ相續人ニ承繼セラレ、且保證人ハ主タル債務者ノ有スル抗辯權ヲ行フコトヲ得サルカ故ニ、保證人ハ尙ホ全部ノ債務ヲ履行セサルヘカラス

六、主タル債務者ニ對スル履行ノ請求ハ保證人ニ對シテモ亦其效力ヲ生ス(民法

(七四五)

民法ノ規定スル處ナレトモ其意義不明ナリ、蓋シ履行請求ノ效力ハ時効ノ中斷及ヒ損害賠償義務ノ發生ナリ、時効ノ中斷ハ此處ニ説明スルコトヲ要セス、而シテ主タル債務者ノ負擔スル損害賠償ノ義務ハ當然保證債務ノ擔保スル所ナルコト第四百四十七條ノ規定スル所ナルカ故ニ、保證人ヲシテ其債務ヲ擔保セシメンカ爲メノ規定トスレハ無益ナリ、保證人ヲ遲滯ニアラシムルモノトスルモ非ナリ、此處ニ疑ヲ存ス、

七、主タル債務者ニ對スル時効ノ中斷ハ當然保證債務ニ對シテ其效力ヲ及ホス(民法四七五)

主タル債務ト保證債務トハ別異ノ債務ナルカ故ニ、各其時効ノ進行ヲ異ニスルコトヲ得ヘシ、故ニ保證債務ノミ時効ニ因リテ消滅スルノ結果ヲ生ス然ラハ保證債務カ主タル債務ノ履行ヲ擔保スルノ實ヲ失フコトトナルカ故ニ、主タル債務者ニ對スル時効ノ中斷ハ當然保證債務ノ時効ノ中斷トナリ、二者其運命ヲ共ニセサルヘカラサルモノトナセリ、然レトモ保證債務ノ時効ノ中斷

ハ勿論主タル債務ニ對シ其效力ヲ及ホスヘキモノニアラサルカ故ニ主タル債務ノ消滅ト同時ニ保證債務ハ消滅ス

第五、連帶保證

連帶保證ハ保證債務ト連帶債務トノ併立ナリ故ニ連帶債務ニ關スル規定及ヒ保證債務ニ關スル規定ハ同時ニ適用セラル此場合ニ於テ保證人ハ催告及ヒ檢索ノ權利ヲ有セサルノミ(法學新報第十卷九號參照)

第二目 保證人ト主タル債務者トノ間ニ

於ケル效力

保證人カ保證債務ヲ負擔スルニ至ルハ或ハ主タル債務者ニ對シ保證ヲ爲スヘキ義務ヲ負フニ因リテ之ヲ約スルコトアルヘク債務者ノ委託ヲ受ケスシテ之ヲ負擔スルコトアルヘク又債務者ノ意思ニ反シテ之ヲ負擔スルコトアルヘシ其何レノ場合ヲ問ハス總テ保證債務ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ホサス然レトモ保證人ト主タル債務者トノ關係ハ保證債務ヲ負擔スルニ至リタル原因ノ異ナルニ因リテ同シカラス保證人主タル債務者間ニ生スル效力ハ保證人ノ求償權ノ問題ナリ左

ニ此問題ヲ研究ス

第一、主タル債務者ノ委託ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル保證人ノ有スル求償權

一、求償權ノ原因

保證人カ主タル債務者ノ委託ヲ受ケテ保證契約ヲ爲シタルトキハ委任ノ關係成立シ主タル債務者ハ委任者ニシテ保證人ハ受任者ナリ故ニ此場合ニハ保證人ハ先ツ委任ニ關スル民法ノ規定ニ依リ主タル債務者ニ對スル求償權ヲ有ス然レトモ民法ハ亦一ノ求償權ヲ保證人ニ與フ是レ保證人ナルカ故ニ與ヘラルル權利ナリ故ニ此場合ニ於ケル保證人ハ二ノ理由ニ基ク求償權ヲ有ス一ハ委任契約ニ基キ一ハ委任ニ基ク保證人ナルカ故ニ有スル求償權ナリ保證人ハ此二ノ求償權ヲ併セテ行フコトヲ得スト雖モ其一ヲ選擇シテ之ヲ行フコトヲ得ルハ當然ナリ此二ノ求償權ハ證明ノ方法ヲ異ニシ又其求償ノ範圍ニ於テ稍異ナル所アルノ點ニ於テ實益ヲ存ス然シナカラ茲ニハ唯保證ノ效力トシテ生スル求償權ヲ述フルニ止ムヘシ
保證人カ保證人トシテ此場合ニ有スル求償權ハ左ノ場合ニ於テ生ス(民法四

照

(1) 保證人カ債務ノ辨濟ヲ爲シタルトキ又ハ自己ノ損失ニ於テ主タル債務ヲ消滅セシムル行爲ヲ爲シタルトキ(更改、代物辨濟、相殺、供託等)

(2) 保證人ノ過失ナクシテ債權者ニ辨濟ヲ爲スヘキ裁判ノ言渡ヲ受ケタルトキ

此場合ニハ保證人ハ未タ債務ヲ消滅セシムル行爲ヲ爲ササレトモ、尙ホ民法ニ依リ求償權ヲ與ヘラル、蓋シ既ニ敗訴ノ確定判決ヲ受ケ必ス履行セサルヘカラサル地位ニ在ルカ故ニ、之ニ求償權ヲ與ヘタルナリ、然レトモ保證人カ期日ニ出頭ヲ爲サスシテ、敗訴ノ關席判決ヲ受ケ其故障期間經過シタル場合ノ如キ、又ハ主タル債務者ハ其敗訴ヲ妨クルコトヲ得ヘキ對抗ノ事由ヲ有シタルニ、保證人カ主タル債務者ニ通知セサリシカ爲メ、主タル債務者カ參加ノ手續ヲ爲スコト能ハスシテ、敗訴ノ判決カ確定シタル場合ノ如キハ、保證人ノ過失ニ基クモノナリ、此場合ニ於テ保證人ハ求償權ヲ有セス、
(3) 既ニ消滅シタル主タル債務ニ付キ、保證人カ自己ノ損失ニ於テ、主タル債

務ノ消滅ト爲ルヘキ行爲ヲ爲シタルトキ

此場合ニ於テ保證人カ求償權ヲ有スルハ、主タル債務者カ債務ノ消滅シタルコトヲ保證人ニ通知スルヲ怠リ、保證人カ善意ニテ自己ノ損失ニ於テ債務ノ消滅ト爲ルヘキ行爲ヲ爲シタルコトヲ必要トス、故ニ保證人カ惡意ナルトキハ求償權ヲ有セス(民法四六三)

二、求償權ノ範圍

保證人ハ主タル債務者ニ對シ保證ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔スルカ故ヲ以テ、自己ノ損失ニ於テ債務ヲ消滅セシムヘキ行爲ヲ爲シタルナリ、自己ノ任意ニ基キ保證契約ヲ爲シタルニアラス、故ニ保證人ニ損害ヲ受ケシムルコト能ハス保證人ノ求償權ノ範圍ハ、主タル債務者カ受ケタル利益ヲ標準トシテ計算スヘキモノニアラス、保證人カ現實ニ受ケタル損害ヲ標準トシテ之レヲ計算スヘキモノナリ、從テ保證人ハ(一)元本(二)免責行爲アリタル日以後ノ法定利息(三)避クルコトヲ得サリシ費用(四)其他ノ一切ノ損害ニ付キテ求償權ヲ有ス(民法九四四、九四五)

三、求償權ノ行使

保證人ノ求償權ハ自己ノ損失ニ於テ免責行為ヲ爲シタル時ニ於テ發生スルヲ原則トス、求償權ハ其以後ニ於テ之ヲ行使シ得ルヲ原則トス、然レトモ民法ハ特ニ求償權ヲ發生スルノ確實ナル場合ニ於テハ、事前ニ於テ豫メ其權利ヲ行使スルノ權利ヲ與フ、其場合左ノ如シ(民法四〇六)

(1) 主タル債務者カ破産ハ宣告ヲ受ケ、且債權者カ其財團ハ配當ニ加入セザルトキ、

蓋シ主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ、其財産ハ他ノ債權者間ニ分配セラルヘキモノナルカ故ニ、保證人カ債權者ノ請求ニ應シテ辨濟ヲ爲シ求償權ノ發生ヲ待テ之ヲ行使スルコトヲ得ルノミトスレハ、債權者カ既ニ財産ヲ失ヒタル後ニ至リ求償權ヲ行ハサルヘカラサル場合甚タ多カルヘシ、故ニ保證人ヲシテ豫メ其求償權ヲ行フノ權利ヲ與ヘ破産財團ニ對シ配當ノ加入ヲ爲スコトヲ得ルモノトス、然レトモ債權者カ既ニ財團ノ配當ニ加入シタル場合ニ於テハ、保證人ハ此權利ヲ有セス、尙ホ此權利ヲ有ス

ルトセハ破産財團ハ二重ノ請求ヲ受クルノ結果トナルカ故ナリ、又實際ニ於テ保證人ニ此權利ヲ行ハシムルノ必要ナシ

(2) 債務カ辨濟期ニ在ルトキ、

主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ、債務者ハ期限ノ利益ヲ失ヒ(民法三七)其債務ハ辨濟期ニ在リ、故ニ第一ノ場合ハ當然此第二ノ場合ニ包含セラルヘク、殊ニ第二ノ場合ヲ掲クルノ必要ナキカ如シ、然レトモ第一ノ場合ハ破産ノ宣告ニ因リ債務者カ期限ノ利益ヲ失ヒタル場合ニハ債權者カ財團ノ配當ニ加入セザルトキニアラサレハ求償權ヲ行フコトヲ許ササル旨ヲ定メタルカ故ニ、第二ノ場合アルニ拘ハラズ之ヲ規定スルノ必要アルナリ、何故ニ債務カ辨濟期ニ在ルトキハ保證人ハ豫メ求償權ヲ行フノ權利ヲ有スルカ、保證人カ求償ヲ爲スノ時ニ於テ主タル債務者カ其資力ヲ失フノ虞アルニ原因ス、蓋シ債務カ辨濟期ニ在ルトキハ債權者ハ何時ニテモ其請求ヲ爲スヲ得、從テ保證人ハ何時ニ於テ履行ヲ請求セラルルヤ知ルヘカラス、保證人ハ債務者カ偶、其資力ヲ失フニ至リタル場合ニ於テ求償權ヲ行

ハサルヘカラサルノ虞アルカ故ナリ、債權者カ期限ノ猶豫ヲ與ヘタル場合ニ於テモ亦同一ノ結果ヲ生セサルヲ得ス、故ニ期限ノ許與ハ保證人ニ對抗スルコトヲ得ス、保證人ハ從前ノ期限ノ到來ニ依リテ豫メ求償權ヲ行フコトヲ得ヘシ

(3)

債務ノ辨濟期カ不確定ニシテ、且最長期ヲモ確定スルコト能ハサル場合ニ於テ、保證契約ハ後十年ヲ經過シタルトキ、辨濟期カ不確定ナリトハ即チ不確定期限ヲ謂フナリ(例ヘハ某カ死亡シタル如シ)不確定期限ハ其到來スルコト明カナレトモ其到來ノ時期不確定ナルモノヲ謂フ、故ニ不確定期限ハ固ヨリ其最長期ヲモ確定スル能ハサルナリ、民法ニ依レハ不確定期限ニシテ其最長期ヲ確定シ得ルモノアルカ如ク見ユ、余ハ之ヲ解スル能ハサルナリ

辨濟期カ不確定ニシテ其最長期ヲモ確定スルコト能ハサル場合ニ於テハ、其期限到來ニ因リ辨濟ヲ爲シタル後始メテ求償權ヲ行フコトヲ得ルモノトナサハ、期限到來ノ間ニ於テ債務者カ其資力ヲ失ヒ、保證人ハ實際ニ於テ

求償ヲ爲スコト能ハサルニ至ルヘキ不安ノ狀況ニ在ルモノナリ、此狀況ヲ永續セシムルハ保證人ニ對シ大ニ酷ナリ、然レトモ保證人ハ此危險アルヲ知リテ保證ヲ爲シタルモノナルカ故ニ、何時ニテモ豫メ求償權ヲ行フコトヲ得ルモノトナスヲ得ス、故ニ民法ハ保證契約締結ノ時ヨリ十年ヲ經過スルニ因リ豫メ求償權ヲ行フコトヲ得トナス

保證人カ豫メ求償權ヲ行フコトヲ得ヘキ場合、及ヒ保證人カ債權者ニ辨濟ヲ爲スヘキ裁判ノ言渡ヲ受ケタルカ爲メ求償權ヲ行フコトヲ得ヘキ場合ニ於テ、債權者カ未タ全部ノ辨濟ヲ受サル間ハ、債務者ハ保證人ニ對シ償還ヲ爲サルヘカラサルニ拘ハラズ債權者ノ請求ニ因リ又全部ノ辨濟ヲ爲ササルヘカラサルノ結果トナル、此場合ニ於テ保證人カ其受ケタル賠償ヲ返還スルコト能ハサルニ至ラハ債務者ハ損害ヲ被ラサルヲ得ス、故ニ此場合ニ於テ債務者ハ左ノ權利ヲ有シ其損失ヲ豫防スルコトヲ得

(1) 保證人ヲシテ擔保ヲ供セシムルコトヲ請求スル權

此權利ハ債務者カ債權者ニ満足ヲ得セシメタル場合ニ於テ既ニ保證人ニ

賠償シタルモノノ返還ヲ請求スル債權ノ擔保ヲ得ルニ存ス、此場合ニ於ケル擔保供與ノ契約ハ條件附契約ナリ

(2) 自己ニ免責ヲ得セシムヘキ旨ヲ請求スルノ權

更改等ノ行爲ニ因リ債務ヲ消滅セシムヘキコトヲ請求スルノ權ナリ、此ニハ權利ハ債務者カ有スル權利ナリ、保證人ハ固ヨリ其一ヲ選擇スルノ權利ヲ有セス、又債務者ハ此等ノ權利ヲ行フノ外尙ホ左ノ方法ニ依リテ豫メ爲スヘキ賠償ノ義務ヲ免カルルコトヲ得

(1) 債務者カ供託ヲ爲スコト

保證人カ免責行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ生スル求償權ヲ確保スル爲メニ存ス、之ニ依リテ債務者ハ豫メ求償ニ應スルノ危險ヲ防クコトヲ得

(2) 擔保ヲ供スルコト

即チ保證人ノ將來ノ求償權ニ付キ擔保ヲ供シ、其擔保ニ付キ保證人ノ將來ノ求償權ヲ確保セシム

(3) 保證人ニ免責ヲ得セシムルコト

保證債務ヲ免カレシムヘキ一切ノ行爲ヲ爲スヲ謂フ

第二、主タル債務者ノ委託ヲ受ケスシテ、保證ヲ爲シタル保證人ノ求償權、

保證人カ主タル債務者ノ意思ニ反セシテ保證契約ヲ爲シタル場合ト、其意思

ニ反シテ保證契約ヲ爲シタル場合ノ二ニ區別シ説明スルヲ便利トナス

(甲) 債務者ノ意思ニ反セシテ保證契約ヲ爲シタル場合、

一、求償權ノ原因

此場合ニ於ケル保證人ハ事務管理ノ原則ニ從ヒ債務者ニ對シ求償權ヲ有スルノ外、民法ハ亦保證人タルニ基ク一ノ權利ヲ與フ

二、求償權ノ範圍

此場合ニ於ケル求償權ノ範圍ハ第一ノ場合ト異ナラサルヲ得ス、保證人ハ事務管理者トシテ保證ヲ爲シ免責行爲ヲ爲シタルモノナルカ故ニ、其賠償ノ範圍ハ保證人ノ受ケタル損害ヲ標準トスルコトヲ得ス、債務者カ保證人ノ免責行爲ニ因リ受ケタル利益ヲ標準トシテ之ヲ算定セサルヘカラス、故ニ單ニ保證人カ出捐シタル元本ノ償還ヲ爲スノミ、其元本ニ對スル利子、費

用ハ之ヲ求償スルコトヲ得ス、又債務者カ受ケタル利益ハ保證人カ免責行
爲ヲ爲シタル時ヲ標準トシテ之ヲ算定スヘシ、故ニ債務者カ更ニ其利益ニ
基キテ受ケタル利益ハ之ヲ償還スルヲ要セサルト同時ニ、求償ノ時ニ於テ
既ニ受ケタル利益ノ存セサルモ其受ケタル利益ヲ償還セサルヘカラサル
ナリ

乙 主タル債務者ノ意思ニ反シ、保證ヲ爲シタル場合、

一、求償權ノ原因

此場合ニ於テモ保證人ハ亦二ノ理由ニ基ク求償權ヲ有ス、一ハ債務者ノ意
思ニ反シ事務管理ヲ爲シタルニ基ク求償權ニシテ、二ハ民法カ保證人トシ
テ與ヘタル求償權ナリ、此二個ノ求償權ハ其何レヲ行フモ實際上差異ナシ
ニ、求償權ノ範圍

此場合ニ於ケル保證人ノ求償權ハ乙ノ場合ニ生スル求償權ト其範圍ヲ異
ニセサルヲ得ス、唯債務者ニ不當利得ヲ得セシメサルコトヲ標準トシテ之
ヲ算定スヘシ、故ニ債務者カ求償ノ當時ニ於テ現ニ受クル利益ヲ限度トセ

サルヘカラス

丙 主タル債務者ノ委託ニ依ラサル保證人ハ其債務者ノ意思ニ反セシテ保

證ヲ爲シタルト意思ニ反シテ保證ヲ爲シタルト、間ハス豫メ求償權ヲ行フ
コトヲ得ス、何トナレハ此保證人ハ債務者カ受ケタル利益又ハ現ニ受クル利
益ノ償還ヲ求ムルコトヲ得ルニ過キス、此利益ハ現ニ債務ヲ消滅セシメタル
ニアラサレハ生セサルカ故ナリ、此保證人ハ債務者カ其債務ヲ消滅セシメタ
ルコトヲ保證人ニ通知セザリシカ爲メ善意ニテ免責行爲ヲ爲シタルノ故ヲ
以テ自己ノ行爲ヲ有效ト看做シ求償權ヲ行フヲ得ス、何トナレハ此場合ニ於
テハ債務者ハ何等ノ利益ヲ受ケザレハナリ (民法四六三第二項)

第三、求償權ノ消滅

(1) 保證人ノ有スル求償權ハ其保證カ委託ニ基キタルト、否ト、間ハス、其求償權
ヲ行フニ因リテ消滅スルハ當然ナリ、保證人カ免責行爲ヲ爲シタルヲ債務者
ニ通知セサル場合ニ於テ債務者カ善意ニテ辨濟其他ノ免責行爲ヲ爲シタルト
キハ、却テ債務者ノ免責行爲有效ナルカ故ニ、保證人ノ債務者ニ對スル求償權ハ

消滅ス(民法四六)(2)主タル債務者ノ委託ニ因ル保證人カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルコトヲ通知セシテ免責行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ債務者カ債權者ニ對抗シ得ヘキ事由ヲ有セシトキハ保證人ノ求償ニ對シ其事由ヲ對抗シ得ルカ故ニ(民法四六)其事由カ債權ヲ消滅セシムヘキモノナレハ保證人ノ求償權亦消滅ス、一時的ノ拒絶ヲ爲スコトヲ得ルニ止マルモノナルトキハ保證人ノ求償權ハ亦一時拒絶セラル若シ對抗事由カ相殺ナレハ其相殺ヲ以テ對抗セラレタル保證人ハ求償權ヲ失フ然レトモ其相殺ニ利用シタル債權者ノ權利ハ保證人之ヲ承繼シ債權者ニ對シ其履行ヲ請求スルコトヲ得(民法四六三)(3)債務者ノ委託ヲ受ケス而モ其意思ニ反セサル保證人ハ免責行爲ノ當時ニ於テ債權者ノ受ケタル利益ノ償還ヲ求ムルコトヲ得故ニ其當時ニ於テ債務者カ債權者ニ對抗シ得ヘキ事由ヲ有セシトキハ其事由ノ存スル限度ニ於テ債務者ハ保證人ノ免責行爲ニ因リ利益ヲ受クルコトナシ債務者カ債權者ニ對シ債權ヲ有シ保證人ノ免責行爲ヲ爲ス當時ニ相殺權ヲ有スル場合ニ於テ其相殺ノ用ニ供セラルヘキ債權ノ額カ保證人ノ求償ノ額ト同シキカ又ハ之ヨリ大ナルトキハ保證人ハ求償權

ヲ有セス之ヨリ小ナル場合ニ於テ保證人ハ其差額ニ付キ求償權ヲ行フコトヲ得此等ノ場合ニ於テハ保證人ハ求償スルコト能ハサル部分ニ付キ債務者ノ有セル債權ヲ承繼シ債權者ニ對シ其履行ヲ請求ヲ爲スコトヲ得ル(民法四六三)(4)又債務者ノ意思ニ反スル保證人ノ求償權ノ範圍ハ求償ヲ爲ス時ニ於テ債務者カ現ニ受クル利益ヲ限度トス故ニ其時ニ債務者カ債權者ニ對抗スル事由ヲ有スルトキハ求償ノ時ニ受クル債務者ノ利益ハ其對抗シ得ル利益ヲ減殺シタル部分ナリ債務者カ債權者ニ對シ債權ヲ有シ其債權カ求償ノ日以前ニ相殺ヲ爲スニ適スルトキハ其生スヘカリシ相殺權ノ生セサル限度ニ於テ保證人ノ免責行爲ハ債務者ノ利益ト爲ラス從テ保證人ハ或ハ求償ヲ爲スコト能ハサルカ又ハ一部ノ求償ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テ保證人ハ其求償ヲ得ルコト能ハサル部分ニ付キ債務者ノ有セシ債權ヲ承繼シ債權者ニ對シ其履行ヲ請求スルコトヲ得(民法四六二)

第四、連帶債務者又ハ不可分債務者ノ一人ノ爲メニ保證ヲ爲シタル保證人ノ求償權

保證人ハ連帶債務者ノ一人若クハ數人ノ爲メニ又ハ其全員ノ爲メニ保證ヲ爲スコトヲ得

(1) 其一人ノ爲メニ保證ヲ爲シタル場合ニ於テ保證人カ辨濟ヲ爲シタルトキハ、保證人ハ理論上其債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルニ過キス、又其求償權ノ範圍ハ其債務者ト保證人トノ間ニ存スル關係ニ依リ之ヲ決定スヘキモノナリ、他ノ債務者ニ對シテハ保證人ニハアテサルカ故ナリ、或ハ保證人ハ辨濟ニ依リ當然債權者ノ權利ニ代位(民法五〇)スルカ故ニ、他ノ債務者ヲ連帶債務者トシテ全部ノ求償ヲ爲スコトヲ得ルカ如シト雖モ(舊民法擔保編三七參照)代位ハ後ニ述フルカ如ク自己固有ノ求償權ヲ行フニ付キ債權者ノ有スル權利ヲ代位スルモノナリ、故ニ其求償權ノ相手方タル債務者ニ對シテ債權者ノ權利ヲ代位スルニ過キサレバ、然レトモ民法ハ此理論ニ依ラス、保證人ハ他ノ債務者ニ對シテモ尙ホ當然求償權ヲ有スルモノナリトセリ、其求償權ノ範圍ハ他ノ債務者ノ各自ノ負擔部分ニ依リテ之ヲ定ムヘシ(民法四六四)蓋シ連帶債務者ノ一人カ辨濟ヲ爲ストキハ、其債務者ハ他ノ債務者ニ對シ各自ノ負擔部分ニ應ジテ求償權ヲ有スルコト既ニ説

明シタリ、保證人カ其一人ノ債務者ノ債務ヲ辨濟スルハ事實ニ於テ恰モ代理人トシテ債務ヲ辨濟シタルト同シキカ故ニ又保證人ニ求償權ヲ與フヘキコト當然ナリ

(2) 保證人カ連帶債務者數人ノ爲メニ保證契約ヲ爲シタルトキハ、保證人ハ他ノ債務者ニ對シテハ其各自ノ負擔部分ニ付キテ求償權ヲ有ス(民法四六四)然レトモ爲メニ保證シタル數人ノ債務者ニ對シテハ其各自ノ債務者ト保證人トノ間ニ存スル關係ニ依リテ求償權ノ範圍ヲ異ニセサルヲ得ス、故ニ甲債務者ニ對シテ求償シ得ル額ト、乙債務者ニ對シテ求償シ得ル額トハ同シカラス、又保證人ノ求償スヘキ債務者ハ、保證人カ爲メニ辨濟ヲ爲シタル債務者ナリ、甲債務者ノ爲メニ保證債務ヲ履行シタルカ爲メニ其者ニ對シテ有スル求償權ヲ、乙債務者ニ對シテ行フコトヲ得ス、此場合ニハ保證人ハ乙債務者ニ對シテハ、保證人トシテ求償權ヲ行フモノニアラス、不當利得ノ原則ニ從ヒ求償權ヲ行フニ過キス

(3) 保證人カ連帶債務者全員ノ爲メニ保證ヲ爲シタル場合ニモ、第二ノ場合ニ述ヘタルト同シ、甲債務者ノ爲メニ負擔スル保證債務ヲ辨濟スレバ、其債務者ニ

對シテハ自己ト其債務者トノ間ニ存スル關係ニ基キテ求償ヲ爲スコトヲ得レ
トモ、他ノ債務者ニ對シテハ不當利得ノ原則ニ基キ現ニ存スル利益ノ償還ヲ求
ムルヲ得ルノミナリ
右ニ關スル説明ハ不可分債務者ノ一人若クハ數人又ハ全員ヲ保證シタル保證
人ノ求償權ニ該當スルカ故ニ特ニ之ヲ説明セス

第三目 保證人間ニ於ケル效力

同一ノ債務ニ付キ數人ノ保證人アルトキハ、其保證人ハ各自各別ノ行爲ヲ以テ保
證ヲ爲シタル場合ト雖モ、各自ノ頭數ニ應シテ分割セラレタル債務ヲ保證ス(民法
四五)各保證人カ其分割セラレタル部分ニ付キ保證債務ヲ負擔スルカ故ニ、其部分ヲ
履行スレハ其保證債務ヲ履行シタルモノナリ、故ニ若シ贈與ノ意思ヲ以テセス自
己ノ負擔セル以上ノ部分ヲ履行シタルトキハ、其以上ノ部分ニ付テハ保證人ハ不
當利得ノ原則ニ基キ他ノ保證人ニ對シ求償權ヲ有スルニ過キス、現ニ利益ヲ受クル
限度ニ於テ償還ヲ求ムルコトヲ得ルノミ、然レトモ民法ハ此場合ハ恰モ保證人カ
債務者ノ委託ヲ受ケ又ハ之ヲ受ケスシテ保證ヲ爲シタル場合ト同シトナシ、第四

百六十二條ノ規定ヲ準用スルコトナス、即チ保證人カ自己ノ負擔部分以上ノ辨
濟ヲ爲ストキハ、其以上ノ部分ニ付テハ他ノ保證人ノ意思ニ反シテ保證ヲ爲シタ
ルト否トヲ區別シ、其求償權ノ範圍ヲ定ムヘキモノトセリ(民法四五)唯他ノ保證
人ノ委託ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル場合ハ、明カニ委託ニ基ク求償權ヲ與フルノミ
ニテ足レリトシ、此場合ニハ特別ノ求償權ヲ與ヘサルナリ
數人ハ、保證人カ保證シタル債務カ、不可分ナルコトアリ、此場合ニハ保證人各自ノ
負擔スヘキ保證債務ハ、當然、第四百五十六條ニ依リ分割セラレタル部分ヲ保證ス
ルニアラス、故ニ保證人モ亦不可分ノ保證債務ヲ負擔ス、其一人ハ主タル債務全部
ニ付テ保證債務ヲ負擔セルモノナリ、故ニ此場合ニ於テ保證人間ニ生スル求償權
ハ、連帶債務者ノ一人カ辨濟其他ノ免責行爲ニ因リ他ノ債務者ニ對シテ有スル求
償權ニ關スル規定ニ基キ、其求償權ノ範圍ヲ定メサルヘカラス(民法四四一乃至四
四四、四四六、四四七)保證人カ別段ノ特約ヲ爲ササル場合ニ於テ、主タル債務カ、可分ナルトキハ、各保證
人ハ其頭數ニ應シテ分割セラレタル主タル債務ノ部分ヲ負擔スレトモ、各保證人
ハ各主タル債務ノ全部ノ保證ヲ特約スルヲ得ヘキコト勿論ナリ、其特約ハ單ニ民

法第四百五十六條ノ規定ヲ適用セシメサルノ意思表示ナリ、從テ其保證人ハ連帶シテ保證スルニアラス、然レトモ此場合ニ於テハ恰モ連帶シテ保證債務ヲ負擔セルト事實上一ナルカ故ニ、若シ一人ノ保證人カ其全部ヲ辨済スレハ、同シク連帶債務者中ノ一人カ辨済ヲ爲シタル場合ニ他ノ債務者ニ對シテ有ス可キ求償權ヲ規定セル第四百四十二條乃至第四百四十四條ノ規定カ準用セラレ、辨済シタル一人ノ保證人カ他ノ保證人ニ對シテ有スル求償ノ範圍ヲ定ムヘキナリ

保證人カ連帶シテ保證債務ヲ負擔スル場合アリ、此場合ニ於テ其一人カ辨済其他ノ免責行爲ヲ爲ストキハ、是レ連帶債務者ノ一人カ辨済其他ノ行爲ヲ爲シタルモノナリ、其者カ他ノ債務者ニ對シテ有スル求償權ハ、當然第四百四十二條乃至第四百四十四條ヲ適用スルニ因リテ決セラルヘシ

以上説明シタル場合ニ於テ、保證人カ辨済ヲ爲シタルトキハ、他ノ保證人ニ對シテ求償權ヲ有スレトモ、是レ唯他ノ保證人ニ對シテモ亦求償權ヲ有スト謂フニ過キス、之カ爲メ主タル債務者ニ對スル保證人ノ求償權ヲ消滅セシムヘキニアラス、故ニ甲乙二人ニテ金二百圓ノ債務ヲ保證シ、而モ各自ノ負擔部分各百圓ナリトス、甲保

證人カ二百圓ノ債務ヲ辨済スルトキ、乙保證人ニ對シテハ自己ト其保證人間ノ關係ニ基キ、百圓ニ付キ求償權ヲ行フコトヲ得、自己ノ負擔シタル百圓ニ付テハ主タル債務者ニ對シ、自己トノ關係ニ基キテ求償ヲ爲スコトヲ得ルナリ

第四節 債權ノ讓渡

第一款 總論

第一、意義

債權ノ讓渡(Cession)トハ、債權者カ或人ノ承諾ヲ經テ、其者ニ債權ヲ移轉スルコトヲ謂フ、一ノ債權カ他人ニ移轉スルニハ、或ハ法律ノ規定ニ因ルコトアリ、或ハ裁判ニ因ルコトアリ(債權ノ轉付命 令民訴六〇〇)、或ハ契約ニ因ルコトアリ、契約ニ因リテ債權カ移轉スルニアラサレハ債權ノ讓渡ニアラス

第二、沿革

羅馬法ニ於テハ債權ノ讓渡ヲ認メス、其理由ニ付テハ異說ナキニアラスト雖モ、債權ハ特定ノ人ト人トノ關係ニシテ、獨リ其特定ノ人ニ限リテ成立シ、其人ニ依リテノミ存立スルモノナリ、債權者タル特定ノ人ハ債權ノ要素ヲ成スモノナリ、

(甲)債權者カ百圓ノ給付ヲ受クルノ債權ハ、乙債權者カ百圓ヲ受クルノ債權ト異ナルトノ觀念ニ基キタルナリ、故ニ實際ニ於テ債權讓渡ノ效果ヲ收メントスルトキハ、更改契約ニ依ルノ外ナカリシ、然レトモ實際ノ必要ハ永ク此原則ヲ遵守スルコトヲ許サス、種々ノ方法ニ依リテ債權ノ讓渡ト同一ノ結果ヲ收ムルコトヲ得セシメタリ、其始メニ於テハ債權者ハ債權自體ヲ他人ニ移轉スルコト能ハサルカ故ニ、實際ニ於テ債權讓受ノ效果ヲ收メントスル者ニ債權ヲ行使スルノ委任ヲ爲シ、之ヲ行使セシムルノ義務ヲ負擔セシムルト同時ニ、債權行使ニ付キ代理權ヲ與ヘタルナリ、而シテ其債權行使ノ結果トシテ取得スル所ノ給付ノ目的ハ、其他人ヲシテ之ヲ取得セシメ、之ヲ債權者ニ移轉スルノ義務ヲ免カレシメタリ、之ヲ稱シテ自己ノ爲メニスル委任(Mandatum in rem suam)ト云フ、故ニ其他人ハ代理人トシテ債權者ノ名ニ於テ債權ヲ行使ス、然レトモ委任ハ當事者ノ一方ニ於テ何時ニテモ之ヲ解除スルコトヲ得ルヲ以テ、債權者ハ他人ニ對シ自己ノ債權ヲ行使スルノ委任ヲ爲スモ、債權者ハ何時ニテモ其委任契約ヲ解除スルヲ得、故ニ其代理人タル者ノ地位ハ安全ナリト云フコトヲ得、是ニ於テカ其委任者

即チ債權者ノ解除權ヲ制限シ、訴訟ノ開始スルニ至リタルトキハ、其時ニ於テ債權者ハ其解除權ヲ失フモノトセリ、尙ホ後ニ至リテハ之ヲ以テ足ラストシ、訴訟ノ開始ニ至ラサルモ代理人カ債權者ノ權利ヲ行使スルコトノ委任ヲ受ケタルコトヲ債務者ニ通知スルトキハ、其時ニ於テ債權者ノ解除權ハ消滅スルコトトナシタルモ、尙ホ進テ茲ニ一ノ方法ヲ案出スルニ至レリ、此方法ニ依レハ、債權者ハ依然トシテ債權ヲ有スルモ、他人ニ對シ其債權ヲ行使スルノ權利ヲ與フルコトトセリ、其權利ハ債權者ノ權利ヲ行フコトヲ實質トシ、他人ノ有スル固有ノ權利ナリ、故ニ其他人ハ自己ノ名ニ於テ其權利ヲ行使スルコトヲ得、之ヲ間接訴訟ト稱セリ、斯ノ如ク羅馬法ハ畢竟債權ノ讓渡ヲ認メス、債權其モノハ依然トシテ從來ノ債權者之ヲ有シタリ、今日ニ於テモ尙ホ此說ヲ唱フル者ナキニアラス、又或ハ債權ハ讓受人債權者相互ノ間ニ於テハ移轉スレトモ、債務者ト讓受人トノ間ニ於テハ讓受人ハ債權者ノ代理人ナリト主張スル者アリ、然シナカラ此等ノ學說ハ債權ノ主體タル特定ノ人ヲ以テ權利存在ノ要素トナスニ基因スルモノナリ、人ハ權利存在ノ要素ナレトモ、特定ノ人ハ必スシモ權利存在ノ要素ニアラサルヲ思

ハハ債權ノ他人ニ移轉スルコトヲ得ルヤ當然ナリ故ニ近世ニ於テハ羅馬法ノ窮屈ナル理論ヲ採ラス債權ハ之ヲ讓渡スルヲ得ルヲ以テ原則トナス即チ債權其モノノ消滅ヲ來サスシテ他人ニ移轉スルコトヲ認ムルナリ我民法亦此原則ヲ認ム(民法四六六)

第三、不可讓渡ノ債權

債權ハ之ヲ讓渡スルコトヲ得ルヲ原則トナセトモ此原則ニ對シテ左ノ例外アリ

一、債權ノ性質カ讓渡ヲ許ササル場合

即チ債權者ナル特定ノ人カ債權存立ノ要素タル場合ナリ例之ハ學藝ヲ教授セシムルノ債權委任事務ヲ執行セシムヘキ債權ノ如シ不法行爲ヨリ生スル債權ハ性質上讓渡スルコトヲ得サルモノナリトスル者アリ然レトモ損害賠償ヲ請求スル權利ハ必スシモ其債權者タル特定ノ人カ其債權ノ要素ヲ成サス唯名譽ヲ毀損セラレタルニ因リテ生スル名譽回復ニ必要ナル處分ヲ請求スルノ權利ハ其性質債權ナルヤ否ヤニ付テハ議論ノ餘地アルヘシト雖モ若

シ之ヲ債權トスレハ其債權ハ被害者タル特定ノ人ニノミ存在スルカ故ニ債權ノ性質カ讓渡ヲ許ササルモノタルニ過キス一般ニ不法行爲ヨリ生スル債權カ讓渡スコト能ハスト謂フヲ得サルナリ

二、當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタル場合

債權ハ之ヲ讓渡スコトヲ原則トナサハ其債權ノ讓渡ヲ禁止スルノ意思表示ハ有效ナリヤ否ヤノ問題ヲ生セサルヲ得ス其立法例一致セス所有權ノ讓渡ヲ禁スルノ契約ハ無効ナルハ勿論ナリ債權ハ所有權ト異ナルト雖モ其讓渡ヲ爲スヲ得ルヲ原則トセハ反對規定ナキ以上ハ理論上讓渡禁止ノ行爲ハ無効ナラサルヲ得ス獨逸民法第一章案ハ此理論ヲ採用ス然シナカラ我民法ハ我國從來ノ慣習ニ則リ又(明治九年七月第九十九號布告參照)債權ノ讓渡自由ノ原則ヲ採用シタル結果折衷主義ヲ採用セリ(民法四六六)即チ當事者カ讓渡ヲ禁スル意思表示ハ有效ナリ然レトモ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得スト
此意思表示ハ債權者ト債務者トノ契約ニ因リテ之ヲ爲ス債權カ不可讓渡トナルハ此契約ノ效力ナリ此契約ハ物權的ノ效力ヲ有シ單ニ債務者カ債權者

ニ對シ其債權ノ讓渡ヲ爲サシメサルノ債權債務ヲ發生スルモノニアラス、若シ然リトスレハ其意思表示ハ善意ノ第三者ニ對抗スルコト能ハスト規定スルノ必要ナケレハナリ

以上二個ノ場合ヲ除ク外如何ナル債權ト雖モ之ヲ讓渡スルコトヲ得、雙務契約ヨリ生スル當事者一方ノ債權ハ、他ノ當事者ノ一方カ有スル債權ノ消滅セサル間ニ於テモ尙ホ之ヲ讓渡スルコトヲ得、例之ハ賣主ハ代金ヲ請求スル債權ヲ讓渡スルコトヲ得、其讓受人カ買主ニ對シ其債權ノ履行ヲ請求スルヲ得、賣主ハ品物引渡ノ義務ヲ負フカ故ニ、尙ホ賣主ニ對シ此義務ヲ履行スヘキナリ、獨逸民法ハ、差押フルコト能ハサル債權ハ、亦之ヲ讓渡スルコトヲ得、ソノトナス、我民法ハ斯ノ如キ明文ナシ、故ニ此等ノ債權ト雖モ、苟モ以上ノ例外ニ該當セサルトキハ之ヲ讓渡スルコトヲ妨ケス

差押フヘカラサル債權ト、不可讓渡ノ債權ト、ハ同一物ニアラス

第四、債權讓渡契約ノ性質

債權讓渡ノ契約ハ、債權者カ其債權ヲ他人ニ移轉スルコトヲ其内容トス、債權者

及ヒ讓受人カ其契約ノ當事者ナリ、通常買賣等ノ契約ト共ニ存ス、然レトモ此ニ契約ハ別物ナリ、債權讓渡契約ハ賣買ニアラサル別種ノ契約ナリ、債權讓渡ノ契約ノ性質斯ノ如シ、故ニ債權者ノ交替ニ因ル更改ト異ナル、更改モ一種ノ契約ナリ、其點ニ於テハ差異ナシト雖モ、更改ハ舊債務ヲ消滅セシメ新債務ヲ發生セシムルヲ契約ノ内容トナシ、債權ノ讓渡ハ其債權ヲ消滅セシメヌシテ之ヲ移轉スルヲ以テ其内容トス、即チ契約當事者ノ意思ヲ異ニスルモノナリ、債權ニハ指名債權、指圖債權、無記名債權、記名所持人拂ノ債權アリ、債權タルノ性質ニ於テ異ナル所ナシト雖モ、唯其存在ノ外形ヲ異ニスルカ故ニ、其讓渡モ又自ラ別異ノ現定ニ依ラサルヲ得ス

第二款 指名債權ノ讓渡

第一項 指名債權ノ意義

指名債權ハ證書債權ニアラス、シテ債權者タル人ハ確定スル債權ナリ、證書債權トハ債權ノ存在及ヒ範圍カ證書ニ依リテ定マルモノナリ、故ニ其債權ノ利用ハ證書ノ占有ヲ必要トス、通常ノ債權證書ハ唯權利ノ存在及ヒ其範圍ヲ證明スルノ具タ

ルニ過キス、權利ノ利用ニ證書ノ占有ヲ必要トセス、此債權カ即チ指名債權ナリ、證書債權ニ對スル名稱ナリ

第二項 讓渡ノ完成

指名債權ノ讓渡ハ、債權者及ヒ讓受人トハ、契約ニ依リテ之ヲ爲ス、讓渡ハ之ニ依リテ完成ス、債務者ハ其契約ノ當事者ニアラス、所謂第三者ナリ、債務者ハ承諾ハ、讓渡ナル契約トハ別個ノ行爲ニシテ、債務者カ讓渡人タル舊債權者ニ對シテ有スル對抗ノ事由ヲ主張スル權利ヲ失ハシムルノ效力ヲ生スルノミ、又讓渡人カ債務者ニ對シテ讓渡ヲ通知スルハ、契約ハ成立又ハ其成立スヘキコトヲ通知スルモノニシテ、又債權ノ讓渡トハ別異ノ行爲ナリ、唯此行爲ハ債務者其他ノ第三者ニ對シ其讓渡ヲ對抗スルコトヲ得ルノ效力ヲ生スルニ過キス、通常此通知又ハ承諾ヲ以テ債權讓渡ノ方式ト稱スレトモ、若シ其方式カ要式的法律行爲ノ所謂方式ヲ意味スルモノナレハ誤解ヲ生ス

第三項 讓渡ヲ第三者ニ對抗スルノ要件

債權ノ讓渡ハ當事者間ニ於ケル債權讓渡契約ニ因リテ完成スルモノナリト雖モ、

民法ニ於テハ其契約ヲ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルニハ一定ノ條件ヲ必要トス、其條件ハ債務者ニ對スル場合ト、其他ノ第三者ニ對スル場合トニ因リテ異ナル
一、債務者ニ對抗スルハ、必要條件ハ之ニ對シ債權ノ讓渡ヲ通知シ、又ハ其承諾ヲ得ルニ是ナリ(民法四六七第一項)債務者ニ損害ヲ及ホスヲ防カンカ爲メナリ、此條件ヲ必要トセサルトキハ何故ニ債務者ハ損害ヲ被ムルカ、蓋シ債權ノ讓渡ハ債權者ト讓受人トノ契約ニ因リテ完成シ、債務者ノ毫モ知ル所ニアラス、故ニ若シ直チニ其契約ヲ債務者ニ對抗シ得ルトセハ、債務者ハ舊債權者ヲ正當ノ債權者ト信シ、之ニ對シテ辨濟ヲ爲スコトアルヘク、尙ホ突然新債權者ノ請求ニ逢ハハ、債務者更ニ新債權者ニ對シ辨濟ヲ爲ササルヘカラスシテ、二重ノ支拂ヲ爲ササルヘカラサルニ至ル、先ニ利益ヲ受ケタル舊債權者カ償還ノ資力アレハ、債務者ハ損害ヲ被ムルコトナシト雖モ、其者ニ償還ノ資力ナキトキハ、債務者ハ損害ヲ被ラサルヲ得ス、故ニ此契約ハ之ヲ債務者ニ通知シ、又ハ其承諾ヲ得ルニアラサレハ、其債務者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトナスノ必要アリ、而シテ其通知又ハ承諾ハ讓渡行爲ノ前後ヲ間ハサルモノト解ス

二、債務者以外ノ第三者ニ對抗スルニ必要ナル條件ハ、確定日附アル證書ニ依リテ、債務者ニ對シ債權讓渡ノ通知ヲ爲シ、又ハ承諾ヲ得サルヘカラサルコト是ナリ。確定日附アル證書トハ、民法施行法第四條ノ規定スル所ナリ、其詳細ハ茲ニ之ヲ省ク、要スルニ同法第四條ニ基キ確定ノ日附ヲ有スル證書ヲ謂フ、何カ故ニ債務者以外ノ第三者ニ對抗スルニモ、債務者ニ對スル通知又ハ承諾ヲ必要トナスカ、畢竟債務者以外ノ第三者ノ被ムルヘキ損害ヲ豫防センカ爲メナリ、蓋シ此條件ヲ必要トナササルトキハ、債權者ハ不當利得ヲ得ンカ爲メニ、一旦甲ニ讓渡シタル債權ヲ更ニ乙ニ讓渡スルコトナシトセス、乙ハ先ニ甲カ其債權ノ讓渡ヲ受ケタルコトヲ知ラスシテ、有名無實ノ讓渡ヲ受クルコトアリ、此場合ニ於テ第一ノ讓渡ハ固ヨリ有效ナルカ故ニ、甲ハ何時ニテモ債權ノ辨濟ヲ請求スコトヲ得ルモ、乙ハ然ラス、故ニ損害ヲ被ムルコトアルヘキハ當然ナリ、故ニ先ツ如何ナル方法ニ依ルモ、第二ノ讓受人ヲシテ、既ニ第一ノ債權讓渡アリタルコトヲ知ラシムルコトヲ努メサルヘカラス、民法ハ債務者ニ對スル通知又ハ債務者ノ承諾ヲ以テ債權ノ讓渡ヲ第三者ニ對抗スルノ條件トナシタルナリ、唯此方法ハ債務者

ニ對シテ通知ヲ爲シ、又ハ債務者ノ承諾ヲ得ルモノナルカ故ニ、固ヨリ債務者以外ノ第三者ニ對スル公示方法トシテ不完全ナルヲ免カレス、然シナカラ多クノ場合ニ於テ債權ノ讓渡ヲ受ケントスル者ハ、先ツ其債權ノ存在ヲ明カニセンカ爲メ、債務者ニ就キ其債務ヲ負擔スルヤ否ヤヲ問ヒ、債務者ハ其事實ヲ答フルヲ以テ、債權ノ讓渡ヲ受ケントスル者ハ其被ムルヘキ損害ヲ免カルルコトヲ得ヘシ、然レトモ若シ債權者ト債務者ト共謀シテ、第三者ヲ欺カントスル場合ニ於テハ、債務者以外ノ第三者ハ、到底其損害ヲ免カルルコトヲ得ス、故ニ大ニ不完全ナル公示方法ナリト雖モ、其之ナキニ勝ルノ理由ヨリ、此公示方法ヲ必要トシタルナリ、又何故ニ此場合ニ於テ、債務者ニ對スル通知又ハ承諾ハ、確定日附アル證書ヲ以テセサルヘカラス、是レ亦第三者ヲ保護センカ爲メナリ、蓋シ債權者ト債務者ト共謀シ債務者カ通知ヲ受ケタル日又ハ承諾ヲ爲シタル日ヲ繰リ上ケ、而シテ第三者ヲ害セントスル場合往々之アルヘキカ故ニ、此場合ニ於テハ債務者ニ對スル通知又ハ承諾ハ不可動ノ日附アル證書ニ依ルニアラサレハ、債務者ニ對スル通知又ハ承諾ヲ以テ、債務者以外ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス、從テ

又債權讓渡ノ契約ヲ對抗スルヲ得サルコトトナス
 右ノ通知ハ讓渡人ノヲ爲シ讓受人ノヲ爲スニアラス故ニ債權ノ讓受人ハ直チニ
 讓渡人ヲシテ債務者ニ其通知ヲ爲サシムルコトヲ忘ルヘカラス若シ讓渡人カ此
 通知ヲ爲スコトヲ肯セサルトキハ讓受人ハ如何ナル方法ニ依リテ其讓渡ヲ第三
 者ニ對抗シ得ルニ至ルヘキカ讓受人ハ裁判所ニ訴ヘ裁判ヲ以テ之ニ代フルコト
 ヲ得又之ニ依ルノ外ナシ(民法四一四)何トナレハ讓渡人ノ通知ハ讓受人ニ對スルノ債
 務ナレハナリ

債務者ニ對スル通知ハ債務者及ヒ其他ノ第三者ニ債權ノ讓渡ヲ對抗スルノ必要
 條件ナル點ニ於テハ債務者ノ承諾ト同一ノ效力ヲ有ス然レトモ通知及ヒ承諾ハ
 他ノ點ニ於ケル效力ヲ異ニス債務者カ讓渡人ニ對シ其債權ニ付テ有セシ對抗ノ
 事由ヲ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ヘキ權利ノ消長ニ關シテ差異アリ(1)債務者ニ
 對スル通知ハ債務者カ有スル對抗事由ヲ主張スルノ權利ニ何等ノ影響ヲ及ホサ
 ス債務者ハ新債權者ニ對シ讓渡ノ通知アリタル日マテニ取得セシ對抗ノ事由ヲ
 主張スルコトヲ得(民法四六八第二項)(2)之ニ反シ債務者カ債權ノ讓渡ヲ承諾シタルトキハ

必スシモ通知ノ場合ト同一ノ結果トナラサルナリ債務者カ舊債權者ニ對スル對
 抗權ヲ留保シテ承諾ヲ爲シタル場合(乃チ異議ヲ留メテ承)ト單ニ承諾ヲ爲シタル
 場合トニ因リテ結果異ナル甲ノ場合ニ於テハ舊債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ
 事由ハ尙ホ之ヲ以テ新債權者ニ對抗スルコトヲ得ルモ乙ノ場合ニ於テハ其對抗
 ノ事由ヲ以テ新債權者ニ對抗スルヲ得サルナリ(民法四六八)
 債務者カ舊債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由トハ債權者ノ權利ノ行使ヲ拒絕
 スルコトヲ得ヘキ一切ノ事由ヲ謂フ故ニ一時其權利ノ行使ヲ拒絕シ得ヘキ事由
 例之ハ期限ノ抗辯、雙務契約ノ同時履行ノ抗辯ハ勿論永久ニ其權利ノ行使ヲ妨ク
 ヘキ事由例之ハ相殺ノ權利取消權ノ如キ總テ之ヲ包含ス
 債權ノ讓渡ハ債權カ存在スルニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得サルハ當然ナリ故
 ニ債務者カ既ニ其債務ヲ消滅セシムル爲メニ債權者ニ拂渡シタルカ又ハ新債務
 ヲ負擔シタルトキ(例之ハ物擔保ノ爲メ)ハ其債權消滅スルカ故ニ之ヲ讓
 渡スコトヲ得ス然ルニ民法ニ從ヘハ尙ホ此場合ニモ債權ノ讓渡アリトナス乃チ
 債務者カ對抗權ヲ留保セズシテ其讓渡ヲ承諾シタルトキハ債務者ハ新債權者ニ

對シ其債務ノ既ニ消滅シタルコトヲ理由トシテ其權利ノ行使ヲ拒絶スルコトヲ得ストセリ(民法四六八)故ニ債務者ハ依然トシテ其債務ヲ負擔スルニ至ルヘシ甚タ奇ナリ此場合ヲ解シテ左ノ如ク云ハントス乃チ債務ハ客觀的ニ消滅シタレトモ當事者間ニ於テ尙ホ其債權存在スルモノナリト信シ債權者カ外形ノ債權讓渡ノ手續ヲ爲シ而シテ債務者尙ホ之ヲ信シ其債權ノ讓渡ニ承諾ヲ與ヘタル場合ニ於ケル特別ノ效力ヲ規定シタルモノニシテ法律カ承諾ノ效力ニ債權ノ讓渡アリタルノ效力ヲ付スルモノナリト但此場合ニ於テ債務者ハ既ニ債務消滅ノ爲メニ舊債權者ニ讓渡シタルモノアルトキハ其返還ヲ請求スルコトヲ得更改等ニ因リ新ニ債務ヲ負擔シタルトキハ其債務成立セザリシモノト看做スヲ得ヘシ

第四項 讓渡ノ效力

債權讓渡ノ契約ニ依リ債權ハ讓受人ニ移轉スルモノナリ從テ其債權ノ爲メニ設定セラレタル質權抵當權又ハ保證人ニ對スルノ權利ハ當然讓受人ニ移轉スヘキモノト解スヘシ然レトモ讓渡人ハ其債權ヲ證明スルノ證書ヲ讓受人ニ引渡ス義務ヲ負擔スルヤ否ヤハ不明ナリ獨逸民法ハ讓渡人ニ此義務アルコトヲ明定ス讓

受人ハ其證書ノ交付ヲ請求スルノ債權ヲ有ス我民法ハ辨濟者カ辨濟受領者ニ對シ證書ノ交付ヲ要求スルノ權利ヲ與ヘタレトモ(民法四六八)債權讓渡ノ場合ニ於テ讓受人ニ此權利アルコトヲ規定セス是レ甚タ不條理ナリト信スレトモ讓受人カ此請求權ヲ有スルト解スヘキ法律上ノ論據ナキヲ以テ此問題ニ對シ消極的ノ斷案ヲ下スモノナリ固ヨリ債權讓渡ノ契約ト同時ニ證書交付ノ暗黙ノ契約アレハ可ナルコト當然ナリ而モ必ス其契約アリトスヘカラス

第三款 指圖債權ノ讓渡

第一項 指圖債權ノ意義

指圖債權ハ證書債權ニシテ債務者カ其證書ニ指定セル債權者又ハ其指圖人ニ辨濟ヲ爲スヘキ債權ヲ謂フ

第一、指圖債權ハ證書債權ナリ

證書債權ハ債權ノ存在及ヒ範圍カ證書ノミニ因リテ定マル債權ナリ故ニ證書上ノ權利ノ利用カ私法上其證書ノ占有ヲ條件トス

第二、指圖債權ハ債務者カ證書ニ指定シタル人又ハ其指圖人ニ辨濟スヘキモノ

ナリ

故ニ指圖債權ハ證書ヲ待テ始メテ成立ス指圖債權ノ例ヲ示セハ左ノ如シ

一 金何百圓又ハ何物品何個

右何時ニテモ貴殿若クハ其指圖人ニ支拂又ハ引渡可申候也

年 月 日

何 某 殿

何 某 殿

例之ハ爲替手形、約束手形、小切手ノ如キハ指圖債權ノ適例ナリ、此指圖債權ハ當事者カ之ヲ指圖債權トナサントスル意思ニ基キテ指圖債權トナルモノアリ、又ハ法律ノ規定ニ依リ當然指圖債權トナルモノアリ、前示手形ノ如キハ後者ニ屬ス

第二項 讓渡ノ完成

民法上ハ指圖債權ト商法上ノ指圖債權トハ其讓渡ノ方法ヲ異ニス、我民法ニ從ヘハ指圖債權ハ指名債權ノ讓渡ト同シク債權者ト讓受人トノ讓渡契約ニ依リテ之ヲ爲シ、又此契約ニ依リ直チニ債權ノ移轉ヲ生ス、讓渡人カ指圖債權ノ證書ニ裏書

ヲ爲シ之ヲ讓受人ニ交付スルハ債權讓渡ノ契約ノ一部ヲ成スモノニアラスシテ全ク別個ノ行爲ナリ既ニ完成シタル債權ノ讓渡契約ヲ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルノ效力ヲ生スルニ過キス、商法上ノ指圖債權ハ裏書ニ因リテ之ヲ讓渡ス、裏書ナケレハ債權ノ讓渡行爲ナキナリ、故ニ債權移轉ノ效力ヲ生セス是レ民法ノ解釋トシテ一點ノ疑ナシ(民法四六九)故ニ我民法上ノ指圖債權ハ其移轉ニ證書ハ占有ヲ法律上ノ要件トナサス

第三項 讓渡ヲ第三者ニ對抗スルノ要件

指圖債權ハ證書債權ナルヲ以テ證書ナクシテ其債權ノ行使ヲ爲スヲ得ス故ニ此債權ノ讓渡ヲ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルノ要件ハ指名債權讓渡ノ場合ト異ナラサルヲ得ス、指圖債權ノ場合ニ於テハ其證書ヲ讓受人ニ交付スルニアラサレハ其讓渡ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルコトハナルハ、指圖債權カ證書債權タルハ當然ノ結果ナリ、然レトモ單ニ其證書ノミノ交付ヲ爲シタルノミニテハ其證書ニ記載セラレタル債權者ニ變更ヲ來セルコトヲ示サス、讓受人ハ債務者ニ對シ自己カ債權者ナリト對抗スルヲ得ス、其證書ノ占有者タル讓受人カ明カニ其債權ヲ

讓受ケタルコトヲ證書自體ニ依リテ明カナラシメサルヘカラス、之ヲ明カナラシムルノ方法ハ裏書ナリ、故ニ指圖債權ノ讓渡ヲ第三者ニ對抗スルニハ證書ニ裏書ヲ爲シ、而シテ之ヲ讓受人ニ交付スルコトヲ要ス(民法四)

第一、裏書

裏書トハ債權ノ讓渡アリシコトヲ證書ニ記入スルノ行爲ナリ、通常證書ノ裏面ニ之ヲ爲スカ故ニ裏書ト稱スルニ過キス、證書ノ表面ニ之ヲ記載スルモ裏書タルヲ妨ケス、裏書ハ如何ニシテ之ヲ爲スヘキモノナルカ、商法ハ其方式ヲ定ム、其方式ニ依ルニアラサレハ裏書ヲ爲スヲ得ス(商法四)其規定ニ依レハ裏書ハ證書ニ被裏書人ノ氏名又ハ商號及ヒ裏書ノ年月日ヲ記載シ裏書人之ニ署名スルニ因リテ之ヲ爲ス、然ルニ民法ハ何等ノ方式ヲ定メス、固ヨリ商法ノ規定カ民法ニ適用セラルトコトナシ、故ニ民法ニ於ケル裏書ハ商法ノ規定ニ依ラサレハ無効ナリトスルノ結果ヲ生セス、從テ民法上ハ唯或人ニ債權ヲ讓渡シタリトノ意思ヲ明カニスレハ足ル、通常ノ場合ニ於テハ裏書ノ文例ハ左ノ如シ

表記ノ金額若クハ物品何某(被裏書人)又ハ其ハ指圖人ニ御支拂又ハ引渡可被下

候也

何 某 圖

(裏書)

何 某

然レトモ必スシモ右ノ方式ニ依ラサルヘカラサルニアラス、商法ニ從ヘハ年月日ヲ記載セサレハ裏書ハ無効ナリ、然レトモ民法上ニ於テハ其裏書ヲ無効ナリト云フヲ得ス、又商法ニ從ヘハ裏書ハ必ス其證書若クハ補箋ニ之ヲ爲スヘキモノト定メタリ(商法四)民法ハ其證書ニ裏書ヲ爲ス云々(民法四)トアリ、從テ民法上ノ裏書ハ尙ホ補箋ニ之ヲ爲シ得ヘキヤ否ヤ不明ナリ、然レトモ補箋ハ證書ノ一部ヲ成シ之ニ裏書ヲ爲スハ即チ證書ニ裏書ヲ爲スモノト見ルヘキカ故ニ、補箋ニ爲シタル裏書モ亦第四百六十九條ノ規定ニ該當シ、裏書トシテ有效ナリト解スヘキカ

商法ニ於テハ裏書ノ連續ヲ以テ所持人カ證書上ノ權利ヲ行フノ要件トナセリ、(商法四)裏書ノ連續トハ證書ニ指定シタル債權者カ第一ノ裏書人トナリ、第一ノ被裏書人カ第二ノ裏書人トナリ、第二ノ被裏書人カ第三ノ裏書人トナルカ如ク、

債權者ノ氏名カ間斷ナク連續スルヲ謂フ之ニ依リ權利移轉ノ順序一目瞭然タルヲ得ルナリ、民法ハ裏書ノ連續ヲ必要トスト謂フカ如キ特別ノ明文ナキモ此條件ヲ必要トスルハ疑ナシ、何トナレハ若シ中間ノ裏書人カ一人タリトモ前ノ裏書ノ被裏書人ニアラサルトキハ、其者ト前ノ被裏書人トノ間ニハ裏書ナキカ故ニ、其者ハ債權ノ讓受ヲ以テ債務者ニ對抗スル能ハス、從テ其裏書アル證書ノ所持人カ債務者ニ對シ其權利ヲ行フコトヲ得サレハナリ

第二、交付

交付トハ證書ノ占有ヲ讓受人ニ取得セシムルヲ謂フ、裏書アルモ交付ナケレハ第三者ニ對抗スルヲ得ス、交付アルモ裏書ナキトキ又同シ、二者相俟テテ債權ノ讓渡ヲ第三者ニ對抗スルノ條件ト爲ル

第四項 讓渡ノ效力

指圖債權ハ讓渡契約ニ依リ讓受人ニ移轉ス、讓受人ハ讓渡人ニ對シ其證書ニ裏書ヲ爲シ之ヲ交付セシムルコトヲ請求スルノ債權ヲ有スルコトハ、指名債權ノ讓受人カ讓渡人ヲシテ債務者ニ讓渡ノ通知ヲ爲サシムル債權ヲ有スルト同シ

指圖債權ノ債務者ハ讓渡ノ對抗條件ヲ備フル所持人ニ對シテハ履行ヲ爲ササルヘカラス、又此條件ヲ備ヘサル場合タリトモ、債務者ニ於テ債權ノ讓渡ヲ對抗スルコトヲ得ルカ故ニ進テ辨濟ヲ爲スハ妨ケナシ、普通ノ債權ニアリテハ債務者ハ眞ノ債權者ニ辨濟セサレハ其債務ヲ免カルルヲ得ス、然ラサルハ二重ノ辨濟ヲ爲ササルヘカラス、至ル然レトモ指圖債權ハ其債權ノ流通ヲ容易ナラシメン爲メニ法律ノ認ムル所ナリ、若シ普通ノ債權ニ於ケル如ク債務者ハ正當ナル債權者ニ辨濟セサレハ二重ノ辨濟ヲ爲ササルヘカラス、コトトナルトキハ、債務者ハ其證書ノ所持人カ果シテ正當ノ權利者ナリヤ否ヤヲ充分ニ調査セサルヘカラス、ハ普通ノ債權ニ於テ其債權者カ正當ナル權利者ナリヤ否ヤヲ調査セサルヘカラス、ルト同一ナリ、若シ然リトセハ又指圖債權流通ノ程度ハ普通ノ債權ト毫モ異ナル所ナク、指圖債權ヲ認メタル法律上ノ趣旨ヲ貫クコト能ハサルニ至ルヘシ、指圖債權ノ債務者ハ普通ノ債權ト異ナリ二重ノ辨濟ヲ爲スノ虞ナクシテ容易ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルノ途ヲ開カサルヘカラス、民法ハ此理由ニ基キ左ノ二個ノ規定ヲ設ケタリ

第一、指圖債權ノ債務者ハ其證書ノ所持人及ヒ其署名捺印ノ眞僞ヲ調査スルノ權利ヲ有スレトモ其義務ヲ負ハス、即チ證書ノ所持人カ果シテ正當ナル權利者ナリヤ否ヤ又其署名捺印ハ正當ナリヤ否ヤニ付キ調査ヲ爲スノ義務ナキヲ謂フ其署名捺印トハ證書中ノ署名捺印ヲ謂フモノニシテ現實ノ所持人ノミノ署名捺印ヲ謂フニアラス、又義務ヲ負ハストハ調査セシテ所持人ニ爲シタル辨濟ハ有效ナリト謂フノ意義ナリ之ヲ調査スルノ權利アリトハ其調査ヲ爲シタルノ結果眞正ノ債權者ニアラサルコトヲ發見シタルトキハ其履行ヲ拒絕スルコトヲ得ルノ意義ナリ義務ヲ負ハス權利ヲ有ストノ二事ハ一見重複スルノ嫌アルカ如シト雖モ決シテ然ラス、單ニ義務ヲ負ハストノミ規定スルトキハ是レ辨濟カ有效ナリト謂フ意義ノミ故ニ所持人ノ請求ニ應シ辨濟ヲ爲ササルヘカラサルコトト爲ル此結果ヲ防クカ爲メニ權利ヲ有スト定メタルナリ然シテカラ債務者ハ如何ナル場合ニ於テモ有效ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルニアラス、債務者ニ惡意又ハ重大ナル過失アリタルトキハ其辨濟ハ無効トナル(四七)所持人カ眞正ノ債權者ニアラサルコトヲ知ルカ又ハ通常人ノ加フル注意ヲ用非レハ

所持人ノ眞正ナル權利者ニアラサルコトヲ知り得ヘカリシ場合ニ於テ其注意ヲ爲サスシテ辨濟ヲ爲シタルトキハ其辨濟ハ無効ナリ

第二、指圖債權ノ債務者ハ其證書ニ記載シタル事項及ヒ其證書ノ性質ヨリ當然生スル結果ヲ除クハ外原債權者ニ對シテ有セシ對抗事由ヲ以テ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ス(民法四二七)蓋シ指圖債權ハ證書ニ依リテ債權ノ存立及ヒ範圍ヲ定ムヘキモノナルカ故ナリ若シ債務者ハ證書以外ニ於テ原債權者ノ請求ヲ拒絕スルコトヲ得ヘキ事由ヲ有シタル場合ニ其事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ヘシトモ何人ト雖モ其債權ノ讓受ヲ躊躇スルコトトナルヘシ從テ指圖債權ヲ設クル趣旨ニ反ス債務者ハ例之ハ現債權者ニ對シテ其請求ヲ拒絕スルノ權利ヲ有スルモ其權利カ證書自體ニ依リテ現ハルルニアラサレハ之ヲ以テ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得サルナリ例之ハ證書ニ一定ノ金額ヲ支拂フヘキ旨ヲ記載シタル場合ニ現債權者ハ既ニ其一部ノ辨濟ヲ受ケタルニモ拘ハラズ、全金額ノ指圖債權ヲ讓渡シタルトキハ其讓受人ハ其全額ヲ請求スルコトヲ得債務者ハ既ニ其一部ノ辨濟ヲ爲シタルコトヲ主張シ全額ノ請求ヲ

拒絶スルコトヲ得ス、又其指圖債權ノ債務カ雙務契約ヨリ生スル債權ナリシ場合ニ於テ、債權者カ未タ反對給付ヲ爲ササルモ、其債權ヲ讓受ケタル者ハ其指圖債權ヲ絶對ニ請求スルヲ妨ケス、債務者ハ同時履行ノ抗辯ヲ讓受人ニ對抗スルヲ得ス唯證書自體ニ記載シタル場合ニ於テ債務者ハ對抗事由ヲ主張スルヲ得ルノミ、又證書ニ記載シタル事項ニアラサルモ、證書其モノノ性質ヨリ當然生スル事由ハ債務者尙ホ之ヲ主張スルコトヲ得、例之ハ指圖債權ハ證書債權ナルカ故ニ債權者カ其權利ヲ行ハントスルトキハ證書ヲ呈示セサルヘカラス、若シ債權者カ其證書ノ呈示ヲ爲サスシテ履行ヲ請求シタルトキハ債務者ハ其履行ヲ拒絶スルコトヲ得、但此原則ハ讓受人カ惡意ナル場合ニハ全ク其適用ナシ、即チ讓受人カ債務者ノ原債權者ニ對抗スヘキ事由ヲ有スルコトヲ知りテ讓受ケタルトキハ債務者ハ其一切ノ事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ヘシ

第四款 無記名債權ノ讓渡

第一項 無記名債權ノ意義

無記名債權ハ證書債權ニシテ、證書ニ債權者ヲ記載セテ、證書ノ所持人ニ對シテ履

行ヲ爲スヘキモノナリ、故ニ

第一、無記名債權ハ證書債權ナリ

第二、證書ノ所持人ニ對シテ履行ヲ爲スヘキモノナリ、

證書ノ所持人ニ對シテ履行ヲ爲ストキハ債務者ハ其債務ヲ免カラルコトヲ得、事實上ニ於テハ證書上ノ債權ハ證書其モノカ之ヲ有スルノ觀アリ、即チ證書其モノカ債權者タルノ觀アリ、故ニ民法ハ之ヲ動產ト看做ス(民法六八)

第二項 讓渡ノ完成

民法ハ無記名債權ノ讓渡ニ關スル規定ヲ設ケス、蓋シ無記名債權ハ動產ナルカ故ニ動產ノ讓渡ニ關スル規定カ適用セラルヘキカ故ナリ、故ニ無記名債權ハ單ニ債權者ト讓受人トノ讓渡契約ニ依リテ完成ス(民法七六)

第三項 讓渡ヲ第三者ニ對抗スルノ要件

無記名債權ハ動產ト看做サルルカ故ニ民法第百七十八條ノ規定ノ適用ヲ受ク、同條ニ依レハ動產ノ讓渡ハ其引渡ヲ爲スニアラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス、動產ノ引渡ハ讓受人ヲシテ動產ノ占有ヲ取得セシムルニ因リテ成立

ス、故ニ無記名債權ノ讓渡ヲ第三者ニ對抗スルニハ、債權ノ占有ヲ讓受人ニ取得セシムルニ因リテ之ヲ爲ス、無記名債權ノ占有ヲ取得セシムルハ之ヲ表スル證書ノ占有ヲ讓受人ニ取得セシムルニアリ、故ニ無記名債權ノ讓渡ハ證書ノ占有ヲ讓受人ニ取得セシムルニ因リテ、第三者ニ對抗スルコトヲ得ルニ至ルヘシ

第四項 讓渡ノ效力

無記名債權ハ法律上動産ト看做サル、然レトモ其本體ハ債權ナリ、其讓受人ハ債權ヲ取得スルニ外ナラス、從テ更ニ其債權ヲ他人ニ移轉セントスルニハ證書ノ占有ヲ必要トスルカ故ニ、無記名債權ノ讓受人ハ讓渡人ニ對シ證書ノ交付ヲ要求スルノ債權ヲ有スルハ、指圖債權ノ讓受人カ其證書ノ交付ヲ要求スルノ債權アルトモ異ナルコトナシ、又無記名債權ハ證書債權ニシテ債權ノ流通ヲ容易ニスルカ爲メニ存シ、指圖債權ヨリモ一層其目的重キカ故ニ、指圖債權ノ讓渡ノ場合ニ於ケル如ク、其債務者ヲシテ證書自體ヨリ生スル以外ノ對抗ノ事由ヲ善意ノ讓受人ニ對シ主張セシムルコトヲ許スヲ得ス、民法ハ無記名債權ノ債務者ハ證書ニ記載シタル事由及ヒ證書ノ性質ヨリ當然生スル結果ヲ除クノ外ハ、他ノ事由ヲ以テ善意ノ

讓受人ニ對抗スルヲ得ストセリ(民法四七三)

民法ハ指圖債權ノ債務者ニ所持人カ正當ナル權利者ナリヤ否ヤヲ調査スルノ權利ヲ與ヘタリ、然ルニ此規定ハ無記名債權ニ準用セラレス、故ニ債務者ハ若シ其所持人カ正當ナル權利者ニアラサルコトヲ知ルト雖モ尙ホ有效ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナリヤ否ヤ疑問ナリ

第五款 記名式所持人拂債權ノ讓渡

第一項 記名式所持人拂債權ノ意義

記名式所持人拂債權ハ證書債權ニシテ、債務者ガ其證書ニ指定セラレタル其ノ債權者又ハ其證書ノ所持人ニ、辨濟ヲ爲スヘキモノナリ

第一、證書債權ナリ

第二、證書ニ其ノ債權者ヲ指定スルカ故ニ、無記名債權ニアラス、又證書ノ所持人ニ之ヲ辨濟スルモノニシテ、其證書ニ指定セラレタル債權者ノ指圖人ニ辨濟スルモノニアラサルカ故ニ、指圖債權ニアラス、一種特別ノ債權ナリ

第二項 讓渡ノ完成

記名式所持人拂債權ハ一種特別ノ債權ナリトスルモ其債權ノ讓渡ハ又新舊債權者間ノ讓渡契約ニ依リテ完成スルコト吾民法ノ精神ニ於テ明カナリ

第三項 讓渡ヲ第三者ニ對抗スルノ要件

此債權ノ讓渡ヲ第三者ニ對抗スルニ如何ナル條件ヲ踐マサルヘカラサルカハ民法ノ明定セサル處、或ハ第一ノ債權者ヲ指名スルカ故ニ、第一ノ債權者ハ其證書讓渡ノ裏書ヲ爲シ之ヲ交付スルニアラサレハ、其讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルカ如シト雖モ、民法ニ其特別ノ規定ヲ欠クカ故ニ、其裏書カ此ノ如キ效力ヲ有スルモノト論斷スルハ根據ナキモノナリ、唯證書ニ依リテ權利ノ存在及ヒ其範圍定マルベキ性質ヲ有スルコトハ第四百七十一條及ヒ第四百七十條ヲ參照シテ之ヲ決スルコトヲ得ルカ故ニ、第三者ニ對抗スルノ條件ハ唯其證書ノ交付ヲ以テ足ルモノト解スルコトヲ得サルカ、此處ニ疑ヲ存ス、

第四項 讓渡ノ效力

債權讓渡ノ契約ニ因リテ、債權ハ讓受人ニ移轉シ、讓渡人ハ讓受人ニ對シテ證書ノ交付ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔ス、此點ハ指圖債權無記名債權ノ場合ト同シ、證書債權

ナルカ故ニ此結果ヲ生スルナリ、又此債權モ其流通ヲ容易ナラシムルカ爲メニ設ケラルルカ故ニ、指圖債權ノ場合ト同シテ債務者ハ證書ノ所持人ノ正當ナル權利者ナリヤ否ヤヲ調査スル權利ヲ有スレトモ其義務ヲ負擔セス、從テ眞實ノ債權者ニアラサルモノニ對シテ辨濟ヲ爲スモ、債務者ハ其債務ヲ免ルヘシ、唯債務者ニ惡意又ハ重大ナル過失アルトキハ其辨濟無効タルノミ(民四七〇七二)

第三章 債權ノ消滅

第一節 總論

債權ハ一定ノ原因ニ因リテ、生シ、活動シ、又一定ノ原因ニ基キテ消滅ス、恰モ人ノ出生、活動死亡ト異ナルコトナシ、民法第三編第一章第五節ハ債權消滅ノ原因ヲ定メタリ其原因左ノ如シ

- 一、辨濟
- 二、相殺
- 三、更改
- 四、免除

五、混同

然レトモ此等五個ノ原因ハ債權消滅ノ唯一ノ原因ニアラス(1)消滅時效ノ完成(民法以下六七)(2)解除條件ノ成就(3)當事者一方ノ死亡(民法五)(4)當事者一方ノ破産(民法六)(5)債務ノ履行不能(6)期限ノ到來等債務消滅ノ原因タルモノ甚タ多シ唯民法カ特ニ五個ノ事項ヲ定メタルハ常ニ債務消滅ノ原因トシテ特別ノ規定ヲ必要トナスカ故ナリ以下民法ノ定ムル順序ニ從ヒ債務消滅ノ原因ヲ説明ス

第二節 辨濟

第一款 辨濟ノ性質

辨濟トハ債務ヲ消滅セシムルノ意思ヲ以テ債務ノ内容ヲ實行スルコトヲ謂フ故ニ

(一)債務ノ内容ヲ實行スルニアラサルハ辨濟ニアラス從テ代物辨濟ハ辨濟ニアラス債務者カ債權者ノ承諾ヲ得テ其負擔シタル給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ實行スルカ故ナリ(民法八二)債務ノ内容ハ當事者ノ意思ニ依リ又ハ法律ノ規定ニ依リテ定ムル債務者タル特定ハ人ハ債務ノ内容ヲ成ササルヲ通常トス故ニ第三者ノ給付モ

亦辨濟タルヲ妨ケス(民法七四)唯其特定ノ人カ債務ノ内容ヲ成ストキハ其債務者ニアラサレハ辨濟ヲ爲スコトヲ得サルノミ辨濟ノ時期及ヒ場處モ亦債務ノ内容ト成ラサルコトヲ通常トス故ニ之ニ異ナリタル時期及ヒ場處ニ於ケル給付モ亦辨濟タルコトヲ失ハス唯債務者ハ之ニ基ク損害賠償ノ義務ヲ負擔スルノミ(民法一五)之ニ反シテ其時及ヒ場處カ債務ノ内容ヲ成ストキハ之ニ異ナリタル時期及ヒ場處ニ於ケル給付ハ辨濟ニアラス給付一部ノ實行ハ又辨濟タルコトヲ失ハス唯債權者其受領ヲ拒ムコトヲ得ルノミ(民法四九三)債務ノ内容ノ實行ハ債權者ノ加勢ヲ必要トスルコトアリ又然ラサルコトアリ不行爲ノ給付ハ債權者ノ知ラサル間ニ又債權者ノ意思ニ反シテ之ヲ實行スルコトヲ得委任事務ノ執行ノ如キ又之ニ全シ給付ノ實行ニ債權者ノ加勢ヲ必要トスル場合ニ於テモ其加勢ハ唯債務者ニ指圖ヲ與フルニヨリテ之ヲ爲スコトアリ(例之ハ雇傭契約上ノ義務ヲ實行スル場合)又其加勢ハ給付ノ提供ヲ承諾スルニ依リテ之ヲ爲スコトアリ(例之ハ金錢ノ給付又ハ物ノ給付)此場合最モ多クシテ且ツ債權者ノ加勢ノ必要アルヲ見ル最後ノ場合ニ於テ債權者カ給付ノ提供ヲ受領セサルトキハ遲滯ノ責ニ任スルト雖モ(民法一三四)給付ノ實行ハ未タ成立セ

ス、辨濟ナキナリ、從テ此場合ニ於ケル辨濟ハ債權者及ヒ辨濟者間ノ契約ニ依リテ成立ス、故ニ辨濟者カ行爲能力ヲ有スルニアラサレハ有效ナル辨濟ヲ爲スコトヲ得ス、

(二) 給付ノ實行ハ債務ヲ消滅セシムルノ意思ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス、此意思ヲ必要トスルニアラサレハ辨濟タル行爲ト他ノ行爲トヲ區別スルコト能ハサルニ至ルヘシ、例之ハ百圓ヲ支拂フヘキ債務者カ百圓ヲ債權者ニ贈與スルノ行爲ハ、辨濟トシテ百圓ヲ與フルトノ行爲ト異ナルコトナシ、然シナカラ一ハ贈與ニシテ、一ハ辨濟ナルハ、後者ハ債務ヲ消滅セシムルノ意思ヲ以テ之ヲ爲スカ故ナリ、故ニ又特定物ノ引渡ヲ爲スヘキ債務者カ其債務ヲ負擔スルコトヲ忘却シ、贈與トシテ之ヲ引渡シタルトキハ其行爲ハ辨濟ニアラス(其行爲ハ少クトモ辨濟ニアラト明白ナルカ故ニ、結局債務者ハ其物)若シ給付ノ實行カ債權者ノ加勢ヲ必要トセサル場合ニ於テハ、此意思ハ唯辨濟者ノ一方ニ存スルヲ以テ足レリ、其加勢ヲ必要トスル場合ニ於テハ、其意思ハ債權者モ亦之ヲ有スルコトヲ必要トス、乃チ債權者モ亦債權ヲ消滅セシムル意思ヲ以テ辨濟ノ提供ヲ受領セサルヘカラス、何トナレハ

辨濟ノ提供ヲ受領スルハ債權ノ處分ニシテ、權利ノ處分ハ權利者ニ其意思アルコトヲ必要トスルカ故ナリ

第二款 辨濟ヲ爲スコトヲ得ヘキ者

(一) 債務者ハ辨濟ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔スル者ニシテ、又有效ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得ヘキコト勿論ナリ、又債務者ノ代理人ハ有效ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得ヘシ、此場合ニ於テハ其辨濟カ法律行爲ナルコトヲ必要トシ、且債務者タル人カ給付ノ内容ヲ爲ササルコトヲ要ス、何トナレハ債務者タル特定ノ人以外ノ給付ハ債務ノ内容タル給付ト異ナルニ至ルカ故ナリ(例之ハ特別ノ技能ヲ必要トスル給付ノ如シ)

(二) 第三者(債權者及ヒ債務者以外ノ人)ハ、辨濟ヲ爲スノ義務ヲ有セスト雖モ、辨濟ヲ爲スコトヲ得ルヲ原則トス(民法四七四)蓋シ債權者ハ同一ノ利益ヲ收ムルコトヲ得ルカ故ニ、第三者ノ辨濟ヲ拒ムノ理由ヲ有セス、又債務者ハ畢竟其債務ヲ履行セサルヘカラサルノモノナルカ故ニ自己ノ負擔ヲ重カラシメサル以上ハ、第三者ノ辨濟ニ依リテ殊ニ不利益ヲ被ムルノ虞ナク、且ツ第三者ノ辨濟モ亦辨濟タルノ性質ヲ損スルコトナケレハナリ

三、**第三者ノ辨濟カ有效ナルノ原則ニ對シテ左ノ例外アリ**

- (1) **債務ノ性質カ第三者ノ辨濟ヲ許ササル場合**(民四七)即チ債務者タル人カ給付ノ要素ヲ成スノ場合ナリ
- (2) **當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタル場合** 債務者及ヒ債權者トノ契約ニ依リテ**第三者ノ辨濟ヲ禁止シタル場合ナリ**、多クハ債務者ノ利益ノ爲メニ之ヲ爲ス、此契約ハ敢テ債權者ヲシテ**第三者ノ辨濟ヲ受ケシメサル債務關係ヲ生スルノ意思ニアラス**、此辨濟ヲ無効トナスヲ目的トス、民法ハ其契約ヲ有效ト爲スカ故ニ其契約ニ反シテ**第三者ノ辨濟ヲ爲スモ無効ナリ**(民四七)
- (3) **債務者ノ意思ニ反スル場合** 利害ノ關係ヲ有スル**第三者ハ**(1)(2)ノ場合ヲ除ク外債務者ノ意思ニ反シテ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルト雖モ、利害ノ關係ヲ有セサル**第三者ハ**債務者ノ意思ニ反シテ辨濟ヲ爲スコトヲ得ス(民四七)利害ノ關係ヲ有スルトハ債務者ノ債務ヲ辨濟スルニ付キテ法律上ノ利害關係ヲ有スル者ナリ、然ラサル者ハ利害ノ關係ヲ有セサル**第三者ナリ**、債務者ニ對シ辨濟ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スル**第三者ノ如キハ**利害ノ關係ヲ有スル**第三者**

ナリ、保證人及ヒ物上保證人ノ如キ又之ニ屬ス

債務者ノ意思ニ反セサルト債務者ノ承諾ヲ得ルトハ異ナル(民四七)前
 者ハ積極的ニ債務者ノ意思ヲ問フノ必要ナシ唯辨濟ノ當時ニ於テ債務者ニ
 反對ノ意思ナケレハ可ナリ、後者ハ積極的ニ債務者ノ意思ヲ伺フノ必要アル
 ナリ、故ニ辨濟ノ當時ニ於テ債務者ニ反對ノ意思アルトキハ利害ノ關係ヲ有
 セサル**第三者ノ辨濟ハ無効ナリ**、獨逸民法ニ於テハ債務者ノ反對ハ唯債權者
 ニ辨濟ノ提供ヲ拒絕スル權利ヲ與フルノミ、債權者其權利ヲ拋棄シ辨濟ヲ受
 ケタルトキハ其辨濟ハ有效ナリ、我民法ト異ナル(獨逸民法二六七第二項)

第二 其人ノ能力

辨濟ニ際シテ所有權ノ移轉ヲ來スヘキ場合ニ於テハ其辨濟ハ讓渡ノ能力アル
 辨濟者之ヲ爲スコトヲ要ス、其能力ナキ所有者カ其所有物ヲ以テ辨濟ノ物體ト
 爲シタルトキハ其辨濟ハ一般ノ原則ニ從ヒテ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ(民四九)
 四、取消ニ因リテ辨濟ハ無効ト爲ルカ故ニ(民二)辨濟ニ因リテ消滅シタル債務ハ
 嘗テ消滅セザリシモノト爲リ、辨濟ニ際シテ取得シタル債權者ノ所有權ハ未タ

嘗テ辨濟者ヲ離脱セザリシモノト爲ルヘシ。從テ辨濟者ハ其物ノ取戻ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ、民法ハ更ニ有效ナル辨濟ヲ爲スニアラサレハ其權利ヲ行フコトヲ得サルモノト爲ス(七六)之又有有效ナル辨濟ヲ爲サシムヘキ擔保トシテ債權者ニ對人的留置權ヲ認メタルモノナリ、然シナカラ此原則ハ左ノ場合ニ於テ其適用ナキモノト爲ル

(一) 特定物ノ引渡ヲ爲スヘキ債務者カ辨濟ヲ爲シタル場合

此場合ニ於テ更ニ有效ナル辨濟ヲ爲セハ其辨濟物ヲ取戻スコトヲ得ルト云フカ如キハ何等ノ意味ヲ爲サス、例之ハ未成年ノ債務者カ法定代理人ノ同意ヲ得スシテ辨濟トシテ特定物ノ引渡ヲ爲シタル後之ヲ取消シ、更ニ法定代理人ノ同意ヲ得テ簡易ノ引渡ニ因リテ辨濟ヲ爲シタルトキハ(二、二項)之ヲ取戻スコトヲ得ルト云フガ如キハ意味ヲ爲ササルナリ

(二) 債權者カ民一九二ニ因リテ所有權ヲ取得シタル場合

(三) 債權者カ善意ニテ其辨濟物ヲ消費シ又ハ讓渡シタル場合(七七)

此場合ニ於テ辨濟ハ有效ナルモノト看做サルルカ故ニ(七四)之ヲ取消スコトヲ

得ス、從テ本問ノ場合ヲ生セス、但此場合ニ於テ債權者カ第三者ヨリ賠償ノ請求ヲ受ケタルトキハ辨濟者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ヘシ(七四七)例之ハ辨濟物ニ瑕疵アリシカ爲メニ讓渡人タル債權者カ讓受人ヨリ賠償ノ請求ヲ受ケタル場合ノ如シ、債權者カ其辨濟物ヲ善意ニテ消費シタル場合ニ於テハ第三者ヨリ賠償ノ請求ヲ受タルコトナシ

故ニ右ノ原則ハ唯不特定物ノ所有權ヲ移轉スヘキ債務ノ辨濟トシテ讓渡ノ能力ナキ辨濟者カ其所有物ヲ引渡シ後之ヲ取消シ而シテ第二、第三ノ場合ニ該當セサル場合ニ於テ其適用ヲ生スルモノナリ、例之ハ未成年者カ法定代理人ノ同意ヲ得スシテ不特定物ノ所有權ヲ移轉スヘキ債務ヲ辨濟シタル場合ニ於テ、殊ニ其辨濟物ヲ未成年者ノ有ニ歸セシムル必要アルトキニ其實際ノ適用ヲ生スヘキカ

第三款 辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキ者

債權者ニアラサレハ辨濟ヲ受クルコトヲ得ス、何トナレハ辨濟ハ債務消滅ノ原因ニシテ辨濟ノ受領ハ債權ノ處分ナリ、權利者ニアラサル者カ其權利ヲ處分スルコトヲ得サルヲ原則ト爲スカ故ナリ、又辨濟カ債權者ニ對スル意思表示ヲ必要ト爲

ス場合ニ於テハ、辨濟受領ノ代理權ヲ有スル者ハ辨濟受領者タルコトヲ得ルハ固ヨリナリ、但此原則ニ對スル例外アリ、即チ債權者又ハ其代理人ニアラサル者ニ對スル辨濟ノ有效ナルコトアリ、又債權者ト雖モ辨濟ヲ受領スルコトヲ得サル場合アリ、皆辨濟者ノ保護ニ基ク便宜ノ規定ニシテ理論上ノ結果ニアラス、其場合左ノ如シ

(一) 辨濟者カ善意ニテ債權ノ準占有者ニ辨濟ヲ爲シタル場合

債權準占有者トハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ債權ヲ行使スル者ヲ謂フ(民二、一〇五)、準占有者ハ債權者ニアラスト雖モ辨濟者カ之ヲ正當ノ債權者ト信スルハ當然ナルカ故ニ辨濟者カ善意ナル場合ニ限り其辨濟ヲ有效ト爲シ債務ノ消滅ヲ來サシム

(二) 善意ニテ債權ノ準占有者ニ辨濟ヲ爲シタル場合ヲ除ク外、總テ辨濟受領ノ代理權ヲ有セサル者ニ爲シタル辨濟ハ、債權者カ之ニ因リテ利益ヲ受ケタル限度ニ於テ有效ナリ(七九)例之ハ債務者カ債權者ノ自稱代理人ニ對シ又ハ事務管理者ニ對シテ百圓ノ債務ヲ辨濟シ、債權者五十圓ヲ受取リタルトキハ辨濟ハ其五十圓ノ限度ニ於テ有效ナリ、故ニ債權者ハ債務者ニ對シ殘額五十圓ノ辨濟ヲ受

クルコトヲ得ルノミ、蓋シ辨濟受領ノ代理權ヲ有セサル者ニ爲シタル辨濟ハ理論上無効ナリト雖モ、若シ之ヲ無効ト爲サハ債權者ハ不當利得ノ原則ニ從ヒテ其現存ノ利益ヲ返還セサルヘカラス、債務者ハ更ニ辨濟ヲ爲ササルヘカラスナルニ至ルヲ以テ、無用ノ煩雜ヲ來スト同時ニ辨濟者ハ損害ヲ蒙ルコトアルヘシ、寧ロ債權者カ利益ヲ受ケタルトキハ其限度ニ於テ其辨濟ヲ有效ト爲シ、全部ノ利益ヲ受ケサルトキハ其不定ノ部分ニ付キテ辨濟ヲ爲サシムルコトヲ得セシメ、此部分ノミニ付キ辨濟者ヲシテ先キニ辨濟ヲ爲シタル自稱代理人又ハ事務管理理者ニ對シ不當ノ利得又ハ不法行為ニ基ク償還ノ請求ヲ爲サシムルニ如カサルナリ、故ニ例之ハ特定物ノ引渡ヲ爲スヘキ債權者カ第三者ニ辨濟ヲ爲シ、第三者之ヲ債權者ニ引渡シタル場合、及ヒ債權者其第三者ヲ相續シタルニ因リテ其特定物ノ占有ヲ得タル場合ノ如キハ、債務者ノ辨濟ハ有效ト爲ルヘシ

受取證書ノ持參人ハ辨濟受領ノ代理權ヲ有セルモノト看做サル(八四)故ニ之ニ對スル辨濟ハ有效ナリ、蓋シ受取證書ノ持參人ハ必スシモ辨濟受領ノ代理權ヲ有スル者ト謂フヘカラスト雖モ、辨濟者ハ之ヲ以テ其代理權ヲ有スル者ト信ス

ルハ當然ナリ、其辨濟ヲ有效ナラシムルハ辨濟者ヲ保護スルニ必要ナルカ故ナリ、從テ又辨濟者カ其代理權ナキコトヲ知リ又ハ知ラサルニ付キテ過失アルトキハ此保護ヲ受クルコトヲ得ス、唯債權者カ其辨濟ニ因リテ利益ヲ受ケタル限度ニ於テ其辨濟カ有效ナルノミ(民四八〇、但書四七九)

(三) 支拂ノ差止ヲ受ケタル第三債務者ハ自己ノ債權者ニ對シテ辨濟ヲ爲スコトヲ得ス(民四八五)、債務者ハ第三債務者ニ對シテハ債權者ナリト雖モ辨濟ヲ受クルコト能ハス、第三債務者ハ其債權者ニ對シテ辨濟ヲ爲スヲ得サルナリ、此場合ニ於テ若シ第三債務者カ其債權者ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ、民法ハ差押債權者ニ與フルニ其債務者ヨリ辨濟ヲ受クルコト能ハサル限度ニ於テ更ニ辨濟ヲ爲スヘキ旨ヲ第三債務者ニ請求スル權利ヲ與エタリ、故ニ差押債權者ハ其債務者ニ對シテ其辨濟ヲ請求スルノ權利ヲ有スルト同時ニ、又第三債務者ニ對スル請求權ヲ有ス、例之ハ差押債權者甲カ乙ニ對シテ百圓ノ債權ヲ有シ、乙ハ第三債務者丙ニ對シテ又百圓ノ債權ヲ有スル場合ニ於テ、丙若百圓ヲ乙ニ辨濟シ、乙之ニ因リテ只五十圓ヲ甲ニ辨濟シタルトキハ、甲ハ丙ニ對シテ更ニ五十圓ヲ辨濟ス

ヘキコトヲ請求スルコトヲ得ヘシ、然シナカラ之ニ因リテ乙ハ丙カ甲ニ辨濟ヲ爲シタル限度ニ於テ甲ニ對スル債務ヲ免ルルカ故ニ、其限度ニ於テ又丙ノ求償ニ違フヘキハ當然ナリ(民四八二、二項)

第四款 辨濟ノ物體

辨濟ハ債權ノ目的タル給付ヲ實行スルニ依リテ之ヲ爲ス、其給付カ特定物ノ引渡ナルトキハ辨濟者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ加エタルノ結果其引渡ヲ爲スヘキ時ノ現狀ニテ其物ノ引渡ヲ爲サルヘカラス(民四三〇)、債權ハ目的カ一般ニ物ノ給付ナルトキハ、他人ノ所有物ヲ以テ、辨濟ノ物體ト爲スコトヲ得ス、其辨濟ハ無効ナリ(民四七五)、此場合ニ於テ辨濟者ハ其辨濟物ヲ取戻スノ權利ヲ有ス(民四七五)、然シナカラ辨濟者ハ更ニ有效ナル辨濟ヲ爲スニアラザレハ此權利ヲ行フコトヲ得ス(民四七五)、但シ辨濟者カ取戻權ヲ行フコトヲ得サルニ過キスシテ固ヨリ真正ノ所有者ノ權利ノ行使ヲ妨ケサルナリ、故ニ辨濟トシテ他人ノ所有物ヲ受領シタル債權者ハ、其辨濟ニ付キ辨濟者ニ對シ、有效ナル辨濟ヲ求ムルノ擔保トシテ對人的留置權ヲ有スルモノト謂フヘシ、此原則ハ左ノ場合ニ於テ其適用ナシ

(二)物ノ引渡ヲ爲スヘキ債務ノ辨濟トシテ債權者ノ所有物ヲ辨濟シタル場合

此場合ニアリ、甲ハ特定物ノ所有權ノ移轉行爲ニ因リテ特定物ノ引渡ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔シタル場合ニシテ、乙ハ債權者ノ所有物ヲ返還スヘキ債務ヲ負擔シタル場合其他債權者ノ所有物ヲ以テ辨濟ノ物ト爲シタル場合ナリ (例之ハ民五九七) 甲ハ場合ニ於テハ物ノ所有權ハ其移轉行爲ト共ニ直チニ債權者ニ移轉ス、故ニ辨濟ハ債權者ノ所有物ノ辨濟ト爲ル、他人ノ所有物ノ辨濟ナリト雖モ其有效ナルコト勿論ナリ、故ニ辨濟者ハ之ヲ取戻スノ權利ヲ有セサルコト論ヲ俟タズ、乙ハ場合ニ於テモ亦債權者ノ所有物ニシテ從テ他人ノ物ノ辨濟ナリト雖モ其有效ナルカ爲メニ又ハ債權者ノ所有物ナルカ爲メニ (例之ハ民五九七) 物ヲ以テ辨濟ノ物ト爲シタルトキ、辨濟者ハ其取戻ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論ナリ、故ニ此原則ハ不特定物ノ所有權ヲ移轉スヘキ債務又ハ不特定物若シタハ特定物ノ返還ヲ爲スヘキ債務ノ辨濟トシテ、第三者ノ所有物ヲ辨濟ノ物ト爲シタル場合ニ其適用ヲ見ルヘキカ

(二)債權者カ民法第一九二條ニ因リテ辨濟物ノ所有權ヲ取得シタル場合、此場合ニ於テ債務者ハ占有ノ效力ニ因リテ其物ノ所有權ヲ取得シタルカ故ニ辨

濟者ハ其物ノ取戻ヲ請求スルコトヲ得ス、然ラハ債權者ハ更ニ辨濟トシテ其債權ノ目的物ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ルヤ疑問ナリ、然シナカラ此ノ如キ場合ニ於テモ債權者ハ其債權ニ因リテ得ントスル利益ヲ収メタルモノナリ、故ニ債權存在ノ理由ヲ失フカ故ニ債權ハ消滅セサルヘカラス、債權者カ時効ニ因リテ所有權ヲ取得シタル場合ニ於テモ亦同シ

(三)債權者カ善意ニテ辨濟物ヲ消費シ、又ハ讓渡シタル場合 (民七四)

此場合ニ於テ辨濟ハ有效ナルモノト看做サル (民七四) 故ニ四七五條ハ其適用ナキコト勿論ナリ、債務者ハ其債務ヲ免レ更ニ有效ナル辨濟ヲ爲スコトヲ要セス、又債權者モ債務者ニ對シ其受取リタル物ヲ返還セサルヘカラス、又ハ其損害賠償ヲ爲ササルヘカラス、至ルヘキ處ナシ、然シナカラ辨濟カ有效ナリト看做サルハ唯此事實ヲ云ハシカ爲メニシテ、其辨濟ニ因リテ債權者カ其消費シ又ハ讓渡タル物ノ所有權ヲ取得シタルモノト看做サルニアラス、真正ノ所有者タリシ者ハ固ヨリ其權利ヲ害セラルルヘカラス、故ニ其所有者ハ債權者ニ對シ不當利得ニ基ク償還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク (債權者カ辨濟物ヲ善意ニテ消費シタル場合) (又債務者ト真正ノ所有者トノ關係ニ從ヒ又所

有者ハ債務者ニ對シテ請求スル、又其物ヲ占有スル讓受人ニ對シテ其取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘキ場合アルハ別問ナリ、又其物ヲ占有スル讓受人ハ讓渡人タル債權者ヲシテ其損害ヲ賠償セシムル場合アルヘシ、此二個ノ場合ニ於テ債權者ハ固ヨリ其損害ヲ負擔スヘキモノニアラス、民法ハ債務者ニ對シ更ニ債權者ヨリ其求償ヲ爲サシムルコトヲ許セリ(民四七)

第五款 代物辨濟

債務者ハ其負擔シタル給付ヲ實行スルニ依リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得ルハ當然ナルト同時ニ、其給付以外ノ給付ヲ爲シテ其債務ヲ免レンコトヲ強ユルコト能ハサルハ勿論ナリ、然シナカラ若シ債務者カ債務關係ノ内容タル給付ニ代ヘ其他ノ給付ヲ爲シテ其債務ヲ免レンコトヲ欲シ、債權者モ亦之ヲ承諾セハ、其給付ヲ實行スルニ依リテ債務ヲ免レシムルハ大ニ必要ナリ故ニ此制度ハ羅馬法以來各國民法ノ認ムル處ニシテ、之ヲ代物辨濟(Datio in Solutum)ト稱ス、吾民法亦之ヲ認ム、民法第四百八十二條ニ債務者カ債權者ノ承諾ヲ以テ其負擔シタル給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ爲シタルトキ、其給付ハ辨濟ト同一ノ效力ヲ有スト定メタルモノ、即チ是

ナリ、左ニ吾民法ニ於ケル代物辨濟ノ性質及效力ヲ説明スヘシ

第一性質

代物辨濟ハ債務ノ内容タル給付以外ノ給付ヲ實行スルニ依リテ債務ヲ消滅セシムルコトヲ實質トスル債權者債務者間ノ契約ナリ、故ニ其性質ヲ分析スレハ左ノ如シ

(一) 代物辨濟ハ債權者債務者間ノ契約ナリ、債務者ノ意思ノミニヨリテ代物辨濟ヲ爲スコトヲ許スヘカラス、常ニ債權者ノ意思ト合一スルコトヲ要ス(民四)故ニ契約ナリ、然シナカラ債務者ト債權者トノ契約ニシテ第三者ト債權者間ニ於テ代物辨濟ナル契約ヲ爲スコトヲ得ス、民法ハ債務者カ契約一方ノ當事者タルコトヲ要求スルカ故ナリ(民四)此點ハ獨乙民法ト異ナル(民三)

(二) 此契約ノ内容ハ債務ヲ消滅シムルハ意思ヲ包含セサルヘカラス、此意思カ代物辨濟ニ必要ナル元素ナルコトハ民法第四百八十二條ニ債務者カ他ノ給付ヲ以テ其負擔シタル給付ニ代用スヘキコトニ付キテ債權者ノ承諾ヲ得ルコトヲ要スル旨ヲ定ムルニ依リテ明白ナリ、當事者一方ニ於テ其意思ヲ欠クトキ

ハ代物辨濟ナル契約ハ成立セサルモノト爲ルヘシ
 (三) 此契約ハ債務ハ内容タル給付以外ハ給付ヲ實行スルニ依リテ成立ス
 故ニ代物辨濟ハ債務ノ辨濟ニアラサルコト明白ナリ其給付ハ債務者ノ負擔シタ
 ル給付ニ代ヘテ他ノ物ノ所有權ヲ與フルコトニ存スル場合最多シ然シナカラ
 其他ノ物權ノ移轉設定著作權商標權ノ移轉債務者カ第三者ニ對シテ有スル債權
 ノ讓渡單純ナル勞務ノ供與占有權ノ移轉等總テ代物辨濟タル給付ト成ルコトヲ
 得ヘシ例之ハ所有權ヲ移轉スルニ依リテ代物辨濟ヲ爲シタルトキハ吾民法上其
 物ノ引渡ノ債務殘留スヘシ此場合ニ於テ尙ホ之ヲ代物辨濟ト稱スルコトヲ得ヘ
 キヤ直ニ其物ノ引渡ヲ爲スニアラサレハ代物辨濟ト成ラサルヤ否ヤハ吾民法カ
 物權ノ設定移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生スルモノト爲シタ
 ル結果トシテ生スル問題ナリ疑問ナルヘシト雖モ余輩ノ考フル處ニヨレハ物ノ
 引渡ヲ爲スニ依リテ初メテ代物辨濟タル給付完成スヘキモノト爲ス蓋シ所有權
 ヲ移轉スル給付ト云フモ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル所有權ノ供與ヲ意味ス
 ルモノニアラサルカ故ナリ債權ノ移轉ヲ以テ代物辨濟ノ給付ト爲シタル場合ニ

於テモ亦其債權ヲ完全ニ移轉スルニ適スル方式ヲ踐行シタル時ニ於テ代物辨濟
 完成スヘキモノナリ
 代物辨濟給付ハ債權者ニ對シ新ニ債權ヲ設定スルニ存スルコトヲ得ルヤ獨乙民
 法ニ於テハ其場合モ亦代物辨濟タルコトヲ得ヘキコトヲ定ム(前條三)吾民法ニ於テ
 ハ之ニ關スル規定ヲ欠クカ故ニ疑問ナルヘシト雖モ此場合ニハ寧ロ更改ニシテ
 代物辨濟ニ屬セルモノト爲スコト吾民法ノ見解トシテ正當ニアラサルナキカ蓋
 シ債權者ニ對シ新ニ債權ヲ設定スルモ亦給付ニ相違ナシ從テ代物辨濟タルコト
 ヲ得ヘキハ第四百八十二條ノ正面ノ解釋ヨリ生スル處ナルモ若シ然リトセハ吾
 民法上ニ於テ明ニ區別ノ存スヘキ更改ト代物辨濟トノ區別ヲ無視セサルヘカラ
 サルニ至ルヘシ故ニ此場合ハ更改トノ關係上第四百八十二條ニ包含セラレサルモ
 ノト解スルコトヲ正當ト爲スヘク獨乙民法ニ於テモ亦コソツクエインデマンノ如
 キハ此場合ハ代物辨濟ニアラスシテ更改ナリト解ス從テ代物辨濟ハ單ニ債務ヲ
 消滅セシムルノ意思ヲ以テ一定ノ給付ヲ供與スル契約ナリト爲サトル可ラス
 吾民法ノ解釋上代物辨濟ヲ更改ト爲スヘカラス代物辨濟ハ一種獨立ノ契約ナリ

而ノ勿論有價契約ナルカ故ニ賣買ニ關スル規定ハ準用セラルヘシ(五九)

第二效力

代物辨濟ノ性質右ノ如シトセハ其效力ハ債務ヲ消滅セシメサル可ラス然シナカラ民法カ代物辨濟ニ辨濟ト同一ノ效力ヲ有セシメタルハ(四二)只債務ヲ消滅セシムル外辨濟ノ結果トシテ生スヘキ效果ヲ又代物辨濟ニ適用セシメントシタルモノナリ例之ハ受取證書債權證書返還ノ關係(四八七)ヲ代物辨濟ニモ附着セシメントシタルモノト解ス

第六款 辨濟ノ場所

辨濟ヲ爲スヘキ場所ハ當事者ノ意思ニ依リテ定マル(四四)當事者カ別段ノ意思表示ヲ爲ササルトキハ法律ニ於テ豫メ之ヲ定メサルヘカラス民法ハ當事者ノ意思ヲ推測シ辨濟ノ場所ニ關シ左ノ原則ヲ定ム(四四)
(一) 特定物ノ引渡ヲ爲スヘキ債務ハ債權發生ノ當時其物ノ存在セハ場所ニ於テ辨濟ヲ爲ス
(二) 特定物ノ引渡ニアラサル債務ハ債權者ノ住所ニ於テ之ヲ爲ス其債務

カ金錢債務ナルト其他ノ債務ナルトヲ問ハス債務者ハ債權者ノ住所ニ携帶スルノ勞ヲ取ラサルヘカラス外國ノ立法例ニ依ルトキハ債務者ノ保護ニ重キヲ置キ辨濟ハ債務者ノ住所ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトセリ(七項四六八第一項佛民法七第二項)又或ハ金錢債務ト然ラサル債務トヲ區別シ前者ハ債權者ノ住所ニ於テ後者ハ債務者ノ住所ニ於テ辨濟ヲ爲スヘキモノトナスモノアリ(八四第二項一號乃五二號)

第七款 辨濟ノ費用

辨濟ノ費用トハ辨濟ヲ爲スニ付キテ生シタル費用ニシテ契約ノ費用ト區別スヘシ(五八三、一五七九)
辨濟ハ債務者ノ義務ナリ故ニ之ヲ爲スニ付キテ必要ナル費用ハ債務者之ヲ負擔スヘキハ當然ナリ蓋シ自己ノ義務ヲ履行スルニ付キテ生シタル損害ヲ他人ニ求ムルコトヲ得サルカ故ナリ但債權者カ其住所ヲ移轉シ又ハ其他ノ行爲ニ因リテ辨濟ノ費用ヲ増加シタルトキハ其増加額ハ債權者ノ行爲ニ因リテ生シタル損害ナリ債權者之ヲ負擔スヘシ(八五)

固ヨリ當事者ハ別段ノ意思表示ニ依リテ費用ノ負擔者及ヒ其方法ヲ定ムルコトヲ得ヘシ(民法四)

第八款 辨濟受領者ノ義務

辨濟受領者ハ當然二個ノ義務ヲ負擔ス

第一、辨濟者ニ受取證書ヲ交付スルハ義務(八六)

辨濟者ハ辨濟ヲ爲セルヤ否ヤニ付キ争アルトキハ之カ辨濟ノ事實ヲ證明セサルヘカラス之ヲ證明スルノ方法ハ受取證書ニ依ルヲ最モ適當トス辨濟者ハ其交付ヲ請求スルノ利益ヲ有シ受領者ハ其交付ヲ拒ムノ理由ナシ故ニ民法ハ辨濟受領者ヲシテ受取證書ヲ交付スルノ義務ヲ負ハシム辨濟者之ヲ請求スルノ權利ヲ有ス

受取證書ハ辨濟ノ證據ナリ故ニ辨濟ヲ爲シタル後ニ於テ受取證書交付ノ權利ヲ與フルハ此權利ヲ與フルノ趣旨ニ反ス何トナレハ辨濟者ハ未タ辨濟ヲ受ケサル旨ヲ主張シ受取證書ノ交付ヲ爲サザレハ辨濟者ハ如何トモスルコト能ハサルカ故ナリ辨濟者ハ受取證書ノ交付ト引換ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得從テ本條

ニ所謂辨濟者トハ辨濟ヲ爲シタル者ノミヲ謂フニアラス辨濟者ト爲ラントスル者ヲモ包含スルト解セサルヲ得ス又固ヨリ全部ノ辨濟ノミナラス一部ノ辨濟ニ付キテモ其適用アルヘシ

第二、債權證書ヲ返還スルハ義務(八七)

此義務ヲ辨濟受領者ニ負ハシムルノ理由ハ第一ノ義務ヲ負ハシムルト同一ナリ然シナカラ受取證書ヲ交付スルノ義務アル以上ハ更ニ證書ノ返還ヲ爲サシムルノ必要ナキカ如シト雖モ然ラス受取證書ハ之ヲ紛失スルコトナキニ限ラヌ特ニ一部ノ辨濟ヲ數回ニ爲シタル場合ニ於テ殊ニ其事アルヘシ然ラハ債權證書ヲ返還スルノ義務ヲ負ハシムレハ敢テ受取證書ヲ交付スル義務ヲ負ハシムルノ必要ナキカ如シ然シナカラ一部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ受取證書ヲ交付セシムルノ外ナシ又其受取證書ハ辨濟ノ確證ナリト雖モ債權證書ノ占有ハ必スシモ辨濟ノ確證ニアラサルカ故ナリ

受取證書交付ノ義務ハ尙ホ一部辨濟ノ場合ニ於テ生スルト雖モ債權證書返還ノ義務ハ全部ノ辨濟アルニアラザレハ生セサルハ論ナシ(民法四)

第九款 辨濟ノ充當

第一性質

同一ノ債權者ニ對シテ同種ノ目的ヲ有スル數個ノ債務ヲ負擔シ、辨濟トシテ提供シタル給付カ總債務ヲ消滅セシムルニ足ラサル場合ニ於テ、辨濟スヘキ債務ヲ指定スルコトヲ謂フ、故ニ辨濟ノ充當ハ(1)一人ニ對シテ數個ノ債務ノ存在スルコト(2)其債務カ同一ノ種類ノ給付ヲ目的トスルコトノ二要件ヲ具備スル場合ニ生ス、從テ特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ニ辨濟ノ充當ナク、單純ナル作爲ノ債務ニ其適用少ナク、同一種類ノ不特定ノ給付ヲ目的トスル數個ノ債務ヲ存在スル場合ニ於テ其適用最モ多カルヘシ

第二、充當ノ原則

當事者カ特ニ辨濟スヘキ債務ヲ指定シタルトキハ、辨濟ハ其債務ニ付キテ生スルコト勿論ナリト雖モ、然ラサル場合ニ於テハ、辨濟者ハ第一次ニ充當權ヲ有シ、辨濟者其權利ヲ行ハサルトキハ第二次ニ於テ債權者充當權ヲ有ス、債權者尙ホ此權利ヲ行ハサルトキハ法律ニ定メタル當然ノ充當ヲ生ス(四八八、八九)

(a) 第一次ニ辨濟者ノ充當權ヲ認メタルハ、辨濟ハ債務ヲ消滅セシムルノ意思ヲ有セサルヘカラス、而シテ如何ナル債務ノ消滅ヲ欲スルカハ、第一次ニ辨濟者ノ意思ニ依リテ決定スルモノナルカ故ナリ、而シテ其意思ハ行爲ノ當時ニ於テ之ヲ有スヘキモノナルカ故ニ、辨濟者ハ給付ノ時ニ於テ其充當權ヲ行ハサルヘカラス、然ラサレハ債權者充當權ヲ有スルニ至ル、辨濟者カ其充當權ヲ行フニハ左ノ制限ニ依ラサルヘカラス

(イ) 債權者ノ利益ノ爲メニ附セラレタル期限ハ之ヲ尊重セサルヘカラス
(ロ) 若シ元本ノ外費用又ハ利息ヲ拂フヘキトキハ、第一次ニ費用、第二次ニ利息ニ充當スヘシ、殘リアルル場合ニ於テ第三次ニ元本ニ充當ス(九四)然ラサレハ債權者其充當ヲ拒ムコトヲ得ヘシ

(ハ) 債權者ニ對シテ充當ノ意思ヲ表示セサルヘカラス(八三、八四、八五)
(ニ) 債權者ノ充當權ヲ第二次ニ認メタルハ、債權者ハ期限到來後ノ債權ニ付キテハ何時ニテモ其請求ヲ爲スコトヲ得ルニ基ク、故ニ又充當權ノ行使ハ辨濟受領ノ時ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス(八二、八三、八四)然ラサレハ法定ノ充當ト爲ル(八四、八五)

債權者カ其充當權ヲ行フニハ左ノ制限ニ從ハサルヘカラス

(イ) 債務者ノ利益ノ爲メニ附セラレタル期限ハ之ヲ尊重セサルヘカラス

(ロ) 元本ノ外費用又ハ利息ヲ受クル權利アルトキハ、第一次ニ費用、第二次ニ利息ニ充當スヘシ、尙ホ殘リアル場合ニ於テ第三次ニ元本ニ充當スヘシ(民四)

(ハ) 辨濟者ニ對シテ充當ノ意思ヲ表示セサルヘカラス(八、三項)

(ニ) 辨濟者及ヒ債權者カ法定ノ時期ニ於テ充當ヲ爲ササルトキハ民法第四八九條ニ定メタル順序ニ從ヒ當然ノ充當ヲ生ス、之ヲ法定ノ充當ト稱ス、其順序左ノ如シ

(1) 總債務中辨濟期ニ在ルモノト辨濟期ニアラサルモノトアルトキハ先ツ辨濟期ニ在ルモノニ付キテ充當ヲ生ス

(2) 總債務カ辨濟期ニ在ルカ又ハ辨濟期ニアラサルトキハ、債務者ノ爲メニ辨濟ノ利益最モ多キモノニ付キテ充當ヲ生ス、例之ハ利息附ノ債務ニ付キテ先ツ充當ヲ生スルカ如シ

(3) 總債務カ辨濟期ニ在ルカ又ハ在ラスシテ、而モ債務者ニ辨濟ノ利益相同シキ

トキハ辨濟期ノ先ツ至リタルモノ、又ハ先ツ至ルヘキモノニ付キテ充當ヲ生ス、例之ハ同年ニ於テ甲ノ債務ハ十二月乙ハ十一月ヲ以テ期限ト爲ストキハ先ツ乙ノ債務ニ充當シ、甲乙共ニ期限ヲ經過シタル後ニ於テモ又乙ノ債務ニ充當スルカ如シ

(4) 右三個ノ事項ニ付キテ相同シキトキハ各債務ノ額ニ應シテ充當ヲ生ス

以上述ヘタル充當ノ原則ハ同一ノ債權者ニ對シ數個ノ債務ヲ負擔シタル場合ニ付キテ之ヲ説明シタルナリ、一個ノ債務ノ辨濟トシテ數個ノ給付ヲ爲スヘキ場合ニ於テ、辨濟者カ其債務ノ全部ヲ消滅セシムルニ足ラサル給付ヲ爲シタルトキハ、又充當ノ必要ヲ生ス、此場合ニ於テハ又充當ノ原則ヲ準用スヘシ(民四)

定期金債權ノ辨濟ニ付キテ其適用ヲ生スヘシ

第十款 供託

物ノ引渡ヲ爲スヘキ債務者カ其債務ヲ履行セシト欲スルモ、債權者ニ存スル事情ノ爲メニ其目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ於テ、尙ホ、永ク債務ヲ負擔セシムルハ債務者ヲ遇スルノ宜キヲ得タルモノニアラス、故ニ債權者ニモ損害ヲ與ヘサル

ヘキ方法ニ於テ速ニ債務ヲ免レシムルノ必要アリ此ニ於テ供託ノ制度ヲ生シ債務ノ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免レシム民法第四百九十四條モ債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミ又ハ之ヲ受領スルコト能ハサルトキハ辨濟者ハ債權者ノ爲メニ辨濟ハ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得云々ト定メタルモノ即チ是ナリ而シテ唯辨濟ノ物體カ物ナルトキニ於テノミ供託ノ制度生スルハ其他ノ場合ニ於テハ債務者ヲシテ永ク債務ヲ負擔セシムルモ其損害ト爲ラサルカ故ナリ左ニ供託ノ性質條件及ヒ效力ニ付キテ略説スル所アルヘシ

第一、性質

(一) 供託ハ辨濟者ト供託所トノ間ニ於ケル寄託契約ナリ

供託ハ唯辨濟者ノ意思表示ノミニ依リテ成立スル單獨行為ナリト説明スルモノアリト雖モ若シ然リトセハ供託所カ其供託ヲ受クルコトヲ欲セサルモ供託ノ成立スルコトト爲ルヘシ(供託法第五條第二項參照)例之ハ倉庫營業者ト辨濟者トノ間ニ於テ供託ノ成立スル場合ニ付キテ之ヲ考フルモ倉庫營業者ノ意思表示カ供託者ノ意思表示ノ成立ニ何等ノ關係ナキモノト云フ事ヲ得ス二者ノ間ニ於テハ必

ス一種ノ内容ヲ有スル意思表示ノ合致アルヘシ必ス債務者ノ爲メニ保管ヲ爲スコトヲ約シ其供託物ヲ受取ルノ事實存スルコト明カナリ故ニ二者ノ間ニ成立スル契約ハ寄託契約ナリ(民法第六五條)其契約存スルカ故ニ供託者ハ其供託物ノ取戻ヲ請求スル權利ヲ有ス(民法第九六條第六六二)民法第四百九十六條ハ其權利ヲ供託者ニ認メ且ツ其權利存在ノ時期及ヒ其權利實行ノ效果ヲ定ム然シナカラ此場合ニ於テ供託ハ單純ナル寄託契約ニアラス

(二) 其寄託契約ニハ債權者ノ爲メニスル契約附隨ス

供託ハ債權者ノ爲メニスル其爲メニト云フハ敢テ債權者ノ名ニ於テ供託ヲ爲スコトヲ意味スルニアラス又單ニ供託所カ債權者ニ其供託物ヲ引渡スヘキ債務ヲ供託者ニ對シテ負擔スルノ意味ニアラス直ニ債權者カ其供託物ヲ受取ル債權ヲ供託所ニ對シテ有スルニ至ルコトヲ意味スルモノト解セサルヘカラス民法ハ殊ニ其權利ヲ債權者ニ與フルノ規定ヲ設ケサルモ常ニ其權利アルコトヲ前提トス(民法四九六條)然ラハ即チ其權利ハ法律ノ規定ニ因リテ生スル權利ナリト認ムルコト能ハス其權利ノ發生ヲ約スル契約アルカ故ニ發生スルモノナリ

ト云ハサルヘカラス、其契約ハ債權者ノ爲メニスルハ契約ナリ、此處ニ所謂債權者ノ爲メニスル契約トハ所謂第三者ノ爲メニスル契約ヲ意味セス(三五)獨乙民法ニ付テハ供託ニハ所謂第三者ノ爲メニスル契約ノ附隨スルモノナリトスルノ見解其多數ヲ占メ只僅ノ反對說アルニスキス(例之ハスタ)ト雖モ、吾民法ニ所謂第三者ノ爲メニスル契約ハ直ニ債權者ニ對スル第三者ノ請求權ヲ發生セシメサルカ故ニ供託ノ場合ニ於テ即時ニ債權者カ供託所ニ對シテ請求權ヲ有スルニ至ルコト、調和セス、從テ吾民法上此場合ニ於テ第三者ノ爲メニスル契約ノ存スルモノト解スルコトヲ得ス、即時ニ債權者カ供託所ニ對シテ有スル請求權ヲ發生セシムヘキ此處ニ所謂債權者ノ爲メニスル契約存スルモノト解ス、固ヨリ民法ハ一般ニ此ノ如キ契約ノ有效ナルコトヲ認メサレトモ供託ノ場合ニ於テハ此契約ノ有效ナルコトヲ認メタルモノト解スルナリ、而シテ債權者カ反對給付ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ債權者ハ其給付ヲ爲スニアラサレハ供託物ヲ受取ルコトヲ得ス(民法九八八供託法一〇)蓋シ然ラストセハ債權者ノ有スル同時履行ノ抗辯權(三五)ヲ失ハシムルノ結果ト爲ルカ故ナリ、供託契約ノ當事者ハ辨濟者及ヒ供託

所ナリ(一)吾民法ニ於テハ原則トシテ債務者ノミ供託ヲ爲スコトヲ得ルノ主義ヲ採ラス(二參照)債務者ニアラサル第三者モ亦辨濟者トシテ供託ヲ爲スコトヲ得ヘシ(九四)又(二)供託ノ相手方ハ必ス供託所ナラサルヘカラス、蓋シ供託ハ債權者ヲシテ債務者ニ對スル請求權ヲ失ハシメ、只辨濟者ノ受寄者ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得セシムルモノナルカ故ニ、其受寄者ハ債權者ノ請求ヲ全カラシムヘキ十分ナル信用ヲ有スルモノナラサルヘカラス、而シテ供託所ハ其信用ヲ置クニ適當ナルカ故ナリ、從テ又供託所ニ付キテ法令ニ別段ノ定メナキ場合ニ於テハ、辨濟者ノ請求ニ因リ裁判所ヲシテ供託所ノ指定、及ヒ供託物保管者ノ選任ヲ爲サシム、現行ノ供託法ニ從ヘハ、金錢及ヒ有價證券ノ供託ニ付キテハ、金庫金錢又ハ有價證券ニ非サル物品ニ付キテハ司法大臣ノ定メタル倉庫營業者ヲ以テ供託所ト爲ス(供託法一五)而シテ辨濟者ハ必ス債務履行地ノ供託所ニ供託ヲ爲サ、ルヘカラス(四八四、四八五、一)從テ債務履行地ヲ管轄スル金庫又ハ倉庫營業者ニ供託ヲ爲サ、ルヘカラス、蓋シ債務辨濟ノ場所ニ關スル當事者ノ利益ヲ失ハシメサラシカ爲メナリ

供託ノ物體ハ、獨乙民法ニ從ニハ金錢、有價證券及ヒ其他ノ證券、高價物ト爲ス。(三) 民法

二、吾民法ニ於テハ何等ノ制限ナシ、從テ此等ノ物ハ勿論供託ノ物體ト爲ルコトヲ得ルト雖モ、不動産ハ供託ノ物體ト爲ラス、供託ノ物體タル動産ニシテ供託ニ適セサルカ(例之ハ、材木、類ニ供託法、五)又ハ(2)其物ニ付キ滅失若シクハ毀損ノ虞アル場合(例之ハ、野菜、植木、動物ノ如ク)又ハ(3)以上(1)(2)ノ條件ニ適合セサルモ其物ノ保存ニ付キ過分ノ費用ヲ要スル場合(例之ハ、紙屑)ニ於テハ其物ノ供託ヲ許スコトヲ得ス、然シナカラ又債務者ヲシテ永ク其債務ヲ負擔セシムルコトヲ得サルカ故ニ、民法ハ、辨濟者ニ裁判所ハ許可ヲ得テ其物ノ競賣ヲ爲スノ權利ヲ與ヘ、且ツ其代價ヲ供託スルコトヲ得ルモノト爲セリ。(九七) 民法供託ニ因リテ債務消滅スヘシ、此場合ニ於テ左ノ問題ヲ生スヘシ

- 一、辨濟者ノ競賣權ハ第四百九十四條ノ條件ヲ具備スルニ因リテ發生スルヤ
- 二、辨濟者ハ何時ニ於テ代價ノ供託ヲ爲スヘキヤ
- 三、其代價ノ供託ヲ爲スヘキ以前ニ於テ債權者ト債務者トノ間ニ存スル關係如何

債權者債務者間ノ關係ハ其代價ノ支拂ヲ目的トスル債務關係ト變スルヤ否ヤ

四、若シ債務者カ代價ノ供託ヲ爲ササル以前ニ於テ更ニ其競賣セシ物品ヲ取得シタルトキハ債權者ハ之ヲ請求スルコトヲ得ルヤ

第一ノ問題ハ積極ニ判定スルヲ以テ當然ト爲セトモ以下ノ問題ニ付キテハ疑問ノ點多カルヘシ此處ニ此問題ヲ掲ケ諸君ノ研究ニ委セントス

供託ノ性質右ノ如シトセハ供託所ハ債權者ニ對シ又債務者ニ對シ其供託物ヲ引渡スノ債務ヲ負擔ス、然シナカラ債權者ノ有スル請求權ハ債務者ノ請求權存スル間ハ尙ホ搖蕩ノ狀態ニ在リ、又債務者ノ有スル請求權ハ債權者ノ請求權ノ實行ニ因リテ消滅スヘシ

債務者ノ有スル取戻ノ請求權ハ供託契約ニ包有セララルル寄託契約上ノ權利ナリ(六三六ニ參照)其性質ハ純然タル債權ナリト雖モ、其權利カ供託契約ニ因リテ生スルトキハ、其性質上單純ナル寄託契約ヨリ生シタル場合ト權利存續ノ時期及ヒ權利行使ノ效力ヲ異ニセサルヲ得ス、蓋シ此場合ニ於テハ債權者ヲシテ供託物ヲ受取

ラシムルコトニ存シ且ツ又供託ハ債務消滅ノ原因ナルカ故ナリ、故ニ民法ハ其權利ノ存續ノ時期及ヒ其權利行使ノ效果ヲ左ノ如ク定ム(民四九六)

(1) 債權者カ供託ヲ受諾シタル時ハ債務者ハ取戻權ヲ實行スルコトヲ得ス

供託ヲ受諾スルトハ供託物ノ受領ト同シカラス、供託所ニ對シ又ハ債務者ニ對スル供託承認ノ意思表示ヲ意味ス、債權者カ此意思表示ヲ爲シタルトキハ債權者ハ供託物ヲ受領スヘキ意思ヲ表示シタルナリ、故ニ債務者ノ取戻權ヲ失ハシメサルヲ得ス

(2) 供託ヲ有效ト宣告シタル判決カ確定シタルトキハ債務者ハ取戻權ヲ實行スルコトヲ得ス

債權者カ供託ノ效力ヲ爭ヒ、債務者カ其有效確認ノ訴ヲ起シタル場合ニ於テ、有效ト宣告シタル判決カ確定シタル場合ヲ意味ス、此場合ニ於テハ債權者ハ其供託物ヲ受領セサルヲ得ス、債務者ニ對シ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ス、從テ債務者ノ取戻權ヲ失ハシメサルヲ得サルナリ

(3) 取戻權ノ實行ハ溯及的ノ效力ヲ有ス

乃チ、取戻權ヲ實行シタルトキハ供託ヲ爲サザリシモノト看做サル、蓋シ供託ハ債務ヲ消滅セシムルノ效力ヲ有スルモノナルカ故ニ、取戻權ノ實行ハ其時ヨリ將來ニ向ツテ其效力ヲ顯ハスモノト爲スコトヲ得サレハナリ、從テ、一旦消滅シタル債務ハ消滅セザリシモノトナリ、其債務カ利息付ナルトキハ債務者尙ホ其利息ヲ支拂ハサルヘカラス、又其債務カ保證、連帶債務ニ依リテ擔保セラレタルトキハ、保證人及ヒ他ノ連帶債務者ハ依然トシテ存續シタルモノト看做サルヘシ、又其債務カ質權、抵當權ニ依リテ擔保セラレタルトキハ、質權又ハ抵當權ハ依然トシテ存續シタルコトト爲ルヘシ、從テ其質權又ハ抵當權ノ消滅ヲ利用シタル第三者ハ意外ノ損害ヲ蒙ルノ恐アルヘシ、故ニ民法ハ此處ニ一ノ制限ヲ設ケ、質權又ハ抵當權カ供託ニ因リテ消滅シタル場合ニ於テハ債務者ハ取戻權ヲ有セサルモノト爲セリ(民四九六、二項)

第二、效力

以上説明シタル供託ハ債務ヲ消滅セシムルノ效力ヲ有スルコト論ヲ俟タス(民四九五)而シテ其效力ハ債權者カ供託ヲ受諾シタル時ニ於テ生スルニアラス、供託ノ成

立シタル時ニ於テ生ス、故ニ債務者カ尙ホ取戻權ヲ有スル間ト雖モ債務ハ既ニ消滅スヘキコト第四百九十四條及ヒ第四百九十六條第二項ノ規定ニ依リテ明白ナリ、從テ債權者ハ固ヨリ供託ヲ知ルノ利益ヲ有ス、故ニ民法ハ供託者ハ遲滯ナク債權者ニ供託ノ通知ヲ爲スコトヲ命ヌ(四九五)、然シナカラ此通知ハ供託ノ成立要件ニアラス

第三、條件

右ノ性質ヲ有シ右ノ效力ヲ有スル供託ハ債務者保護ノ目的ヲ以テ生シタル制度ナリト雖モ、又之ニ因リテ債權者ニ損害ヲ及ホスコト能ハス、故ニ民法ハ左ノ條件ノ一具備スルニ依リテ供託ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲セリ(九四)

(一) 債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ミタル場合

債權者カ辨濟ノ受領ヲ拒ムトハ、辨濟者ノ辨濟ノ提供ヲ拒ミタルコトヲ意味シ、唯豫メ辨濟ノ受領ヲ拒ミタルノミニテハ足ラサルナリ(三、參照)

(二) 債權者カ辨濟ヲ受領スルコト能ハサル場合

債權者カ事實上又ハ法律上辨濟ヲ受領スルコト能ハサル場合ヲ意味スルモノ

ナリト雖モ其範圍明白ナラスト雖モ差押ラレタル債權者及ヒ債權者カ無能力者ニシテ而モ法定代理人ヲ有セサル場合モ此場合ニ包含セラルヘキモノト解セサル可ラス、然ラサレハ債務者ハ不當ニ永ク其債務ヲ負擔セサルヘカラサルニ至ルヘケレハナリ

(三) 辨濟者ニ過失ナクシテ債權者ヲ確知スルコト能ハサル場合

辨濟者カ何人ノ債權タルヤヲ確知スルコト能ハサルヘキ外部ノ狀況存セサルヘカラス、只辨濟者自ラ債權者ヲ確知スルコト能ハサルモノト信スルヲ以テ足レリトセス、例之ハ債權者死亡シテ其相續人未タ定マサルカ、又ハ數人ノ債權者現出シ來リ其何レカ債權者ナルカ法律上不明ナル場合ノ如キハ、此條件ニ適合スルモノナリ、債權者ノ居所不明ニシテ其代理人ナク辨濟ヲ爲スコト能ハサル場合ハ此條件ノ中ニアラスシテ第二ノ場合ニ屬ス

第十一、款 代位辨濟

債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタル第三者ハ、或ハ債務者ニ對スル贈與ノ意思ヲ以テ、或ハ債務者ノ事務ヲ管理スルカ爲メニ、或ハ又債務者ノ委任ニ基キテ辨濟ヲ爲ス

モノナリ、甲ノ場合ニ於テハ第三者ハ債務者ニ對スル求償權ヲ有スルノ理由ナシト雖モ、乙、丙ノ場合ニ於テハ辨濟ヲ爲シタル第三者ハ法律ノ定ムル範圍内ニ於テ債務者ニ對シテ求償權ヲ有ス、其求償權ヲ保全セシムルカ爲メニ、佛國民法ハ一般ニ第三者ヲシテ債權者ノ地位ヲ襲用セシメ名ケテ代位辨濟ト稱ス(五〇以下)吾民法モ亦此制度ニ則リ第四百九十八條乃至第五百四條ニ於テ代位ニ關スル原則ヲ定ム、左ニ代位辨濟ノ性質及ヒ其効力等ヲ略説ス

第一性質

代位辨濟トハ債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタル者カ債務者ニ對シテ有スル求償權ヲ實行スルカ爲メニ債權者ノ有セシ一切ノ權利ヲ承繼スルコトヲ謂フ(九四九五〇〇)

故ニ

(一) 代位辨濟ハ辨濟ニ因リテ生ス

代物辨濟更改相殺ニ付キテハ代位生セス故ニ例之ハ保證人カ代物辨濟ヲ爲シ更改相殺ヲ爲スモ吾民法ニ於テハ代位ヲ生セサルナリ

(二) 代位辨濟ハ辨濟者カ債務者ニ對シテ有スル求償權ノ爲メニ債權者ノ有セシ債權ノ全部又ハ一部ノ移轉ナリ

債權ハ辨濟ニ因リテ絶對ニ消滅スヘキコトヲ原則トスルニ拘ハラズ、代位辨濟ノ場合ニ於テハ辨濟ハ只債權者ヲシテ債務關係ヨリ脱退セシムルニ過キスシテ民法ハ其債權ヲ代位辨濟者ニ移轉セシム債權ハ辨濟ニ因リテ消滅スルモ其効力及ヒ擔保ノミカ辨濟者ノ求償權ニ附着スルモノト解セス然シナカラ此債權ノ移轉ハ辨濟者カ有スル求償權ヲ保全セシムルカ爲メニ生スルヲ以テ辨濟者ニ其求償權ナキトキハ絶對ニ發生セス又辨濟者ノ有スル求償權ヲ限度トシテ移轉スルモノナリ故ニ代物辨濟ハ辨濟シタル第三者ノ求償權ニ附着シテ生スルモノト云フヘシ故ニ又代位辨濟者ハ債務者ニ對シテ二ツノ債權ヲ有ス、一ハ自己固有ノ求償權ニシテ、二ハ承繼シタル舊債權者ノ債權ナリ、辨濟者ハ同時ニ二個ノ債權ヲ行フコトヲ得サルト雖モ、其何レヲ行フモ其自由ナリ、自己固有ノ權利ヲ行フノ利益ナル場合アルヘシ

第二種類

以上説明シタル代位辨濟ハ債權者ト辨濟者トノ契約ニ因リテ生スルコトアルヘク、又其契約ニ因ラスシテ當然生スルコトアルヘシ、甲ヲ契約上ノ代位辨濟ト稱シ、乙ヲ法律上ノ代位辨濟ト名ツケン

甲、契約上ノ代位辨濟

契約上ノ代位辨濟ハ、辨濟者ト債權者トノ代位ノ契約ニ因リテ生スルモノニシテ、其契約ハ辨濟ト同時ニ之ヲ爲サ、ルヘカラス(民四九)蓋シ債務ハ辨濟ニ因リテ絶對ニ消滅スルコトヲ原則ト爲スカ故ニ、辨濟ノ後ニ於テ其契約ヲ爲スコトヲ得ルトスレハ、一旦消滅シタル債務ヲ更ニ蘇生セシムルコト、爲ルヘキカ故ナリ

辨濟ト同時ニ爲シタル代位辨濟ノ契約ハ、債權ノ移轉ヲ生スルカ故ニ、此處ニ債權ノ讓渡トノ區別ヲ一言セサルヘカラス、其區別左ノ三點ニ存ス

一、契約ニ依ル代位辨濟上ノ債權ノ移轉ハ、債權移轉ノ契約ト、辨濟トカ併存スルモノナルコトヲ必要トナセトモ、債權ノ讓渡ハ然ラス

二、契約ニ依ル代位辨濟上ノ債權ノ移轉ハ、辨濟ニ因リテ辨濟者カ債務者ニ對シ

テ有スル求債權ノ保全ノ爲メニ生ス、故ニ其債權ノ移轉モ亦其限度ニ於テ生ス、債權移轉ノ契約ノ内容ハ全ク辨濟者カ有スヘキ求債權ノ額ニ依リテ自ラ決セラル、例之ハ百圓ノ債務ヲ辨濟シタルモノカ債務者ニ對シテ唯五十圓ノ求債ヲ爲スヘキトキハ、債權ノ移轉ハ五十圓ナルカ如シ、反之債權ノ讓渡ハ當事者カ殊ニ其讓渡スヘキ債權ノ額ヲ定ムルコトヲ必要トス、若シ全部ノ債權ヲ讓渡スヘキコトヲ定メタルトキハ、讓受人カ之ニ對シテ支拂ヒタル出捐ノ額如何ニ關セズ全部ノ債權ノ移轉ヲ生スヘシ

三、契約ニ因ル代位辨濟者ハ二個ノ權利ヲ行フコトヲ得、一ハ辨濟者自己固有ノ(承債)權利ニシテ、二ハ其權利ノ限度ニ於テ移轉セラレタル債權ナリ、反之債權ノ讓受人ハ固ヨリ自己ニ移轉シタル債權ノミ之ヲ行フコトヲ得ヘシ

以上ノ區別アリト雖モ其債權移轉ノ事實ハ二者共ニ同シ、故ニ債權ノ讓渡ヲ第三者ニ對抗スルニ必要ナル條件ハ此場合ニ於テモ亦必要ナリ(民四六七、四九二、二項)

乙、法律上ノ代位辨濟

法律上ノ代位辨濟トハ、辨濟ニ因リテ當然ニ生スル債權ノ承繼ヲ謂フ(民五〇)其承

繼ハ辨濟者カ債務者ニ對スル固有ノ求償權ヲ保全スルカ爲メナルヲ以テ、唯其
求償權ノ範圍内ニ於テ生スヘシ、而シテ法律上ノ代位辨濟ハ辨濟ヲ爲スニ付キテ
正當ノ利益ヲ有スル者カ辨濟ヲ爲シタル場合ニ生ス(民五〇)辨濟ヲ爲スニ付キテ
當利益ヲ有スル者トハ、債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲スニ付キテ正當ナル法律上ノ利
益ヲ有スル第三者ヲ意味ス、其場合アルヤ否ヤハ各個ノ場合ニ付キテ之ヲ判定
スヘシ、保證人、物上保證人(民三五二)擔保財産ノ第三取得者ノ如キハ爭ナク法律
上ノ代位辨濟者タルコトヲ得ルモノナリ、連帶債務者ハ代位ヲ爲スコトヲ得ス、
自己ノ債務ヲ辨濟スルモノニシテ債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲スモノニアラサル
カ故ナリ、然シナカラ他ノ債權者ハ法律上ノ代位辨濟者タルコトヲ得ヘシ
保證人、物上保證人、擔保財産ノ第三取得者ハ、法律上ノ代位辨濟者タルコトヲ得
ヘシト雖モ、左ノ場合ニ於テハ、左ノ制限ヲ受ケサルヘカラス(民五一)
(一) 保證人ハ豫メ先取特權、不動産質權、又ハ抵當權ノ登記ニ其代位ヲ附記スルニ
アラサレハ、其先取特權、不動産質權、又ハ抵當權ノ目的タル不動産ノ第三取得者
ニ對シテハ債權者ニ代位セス、債權者ノ債權カ先取特權、不動産質權、又ハ抵當權

ニ因リテ擔保セラレタル場合ニ於テ、代位者カ登記簿ニ代位ニ因リテ其權利ヲ
承繼シタル旨ヲ附記スルニアラサレハ、其權利ノ目的タル不動産ヲ取得シタル
第三者ニ對シ其權利ヲ行フコトヲ得サルコトヲ意味ス、蓋シ之等ノ者ニ對シ保
證人ヲシテ代位ヲ爲スコトヲ得セシムルモノト爲サハ第三取得者ハ意外ノ損
失ヲ蒙ムルノ虞アルカ故ナリ、從テ此等ノ權利ノ登記ニ代位ヲ附記シ、第三者ヲ
シテ其權利ヲ失フコトアルヘキコトヲ知リ得ルノ状態ニ在ラシムルトキハ、代
位ヲ爲スコトヲ得セシム

(二) 第三取得者ハ保證人ニ對シテ債權者ニ代位セス

此處ニ第三取得者ハ右ニ説明シタル第三取得者ヲ意味ス、此第三者ハ又法律上
ノ代位辨濟者タルコトヲ得ヘシト雖モ、保證人ニ對シテハ其承繼シタル權利ヲ
行ヒ、保證債務ヲ履行セシムルコトヲ得ス、蓋シ此第三者ハ其取得シタル不動産
上ニ有セシ權利ハ登記ニ依リテ之ヲ豫知スルコトヲ得ルカ故ニ、自己ニ損失ヲ
及ホスノ虞ヲ踐マヌシテ安全ニ其權利ヲ取得スルカ故ニ、更ニ保證人ニ對スル
權利ヲ承繼セシムルノ必要ナキヲ以テナリ、從テ第三取得者カ全部ノ辨濟ヲ爲

シタルトキハ、保證人ノ保證債務ハ全ク消滅スヘシ、又固ヨリ他ノ優先權ヲ有スル者ニ對スル代位ヲ妨ケサルハ論ナシ、例之ハ債權者カ第一順位ノ抵當權ヲ有スル場合ニ於テハ、第二順位ノ抵當權者ニ對シテ債權者ニ代位ス

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

數個ノ不動産カ擔保權ノ目的タル場合、又ハ一個ノ不動産カ擔保權ノ目的タル場合ニ於テモ、其不動産ヲ數人ニ分割シテ讓渡シタルトキハ、此處ニ數人ノ第三取得者ヲ生ヌヘシ、其各自ハ皆辨濟ニ因リテ代位者タルコトヲ得、從テ其一人甲カ辨濟ヲ爲シタルトキハ、他ノ乙ニ對シテ擔保權ヲ實行スルコトヲ得ヘシ、甲ハ五百圓ノ價額アル不動産ヲ取得スルモ、辨濟ヲ爲シタルトキハ千圓ノ價額アル不動産ヲ取得シタル乙ニ對シテ擔保權ヲ實行スルコトヲ得ルニ至ルヘシ、甲カ先キニ辨濟ヲ爲シタルカ爲メ乙ハ損害ヲ蒙ルニ至ルノ虞アリ、故ニ民法ハ甲乙ヲシテ共同ニ其損害ヲ負擔セシメント欲シ、各不動産ノ價額ノ割合ニ比例シテ他ノ第三取得者ニ代位スルコトヲ爲ス、前例ニ於テ甲カ債務者ニ對シテ有ス

ル債權ヲ千二百圓ト假定スレハ、甲ハ乙ノ取得財産ニ依リテ八百圓ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ、不足額四百圓ハ自己ノ損失ト爲ルヘシ

(四) 物上保證人(三七五)相互ノ間ニ於テハ其供出シタル擔保財産ノ價額ニ應スルニアラサレハ相互ノ間ニ於テ債權者ニ代位セス

物上保證人ハ又法律上ノ代位辨濟者タルコトヲ得ヘシト雖モ、三ノ場合ニ述ヘタルト同様ノ理由ニ付キ、其一人カ爲シタル辨濟ニ依リテ生スル損害ハ各自平等ニ之ヲ分擔スヘキモノト爲シ、各自ノ供出シタル擔保財産ノ價額ニ應シテ債權者ニ代位スルモノト爲ス

(五) 物上保證人ト保證人トノ間ニ於テハ其頭數ニ應スルニアラサレハ債權者ニ代位セス

一人ノ物上保證人及ヒ一人ノ保證人アリ、而シテ保證人カ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ、其保證人ハ物上保證人ニ對シテ債權者ニ代位スヘシト雖モ、保證人ハ擔保物ニ依リテ其債務者ニ對スル債權ノ二分ノ一ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ、物上保證人カ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦然リ、但シ物上保證人數人アルト

キハ先ツ右ノ原則ニ依リテ保證人ノ負擔部分ヲ控除シ其殘額ニ付キ各擔保財產ノ價額ノ割合ニ應シテ債權者ニ代位スヘシ又物上保證人カ擔保トシテ供シタル財產カ不動產ナルトキハ保證人ハ其擔保ノ登記ニ代位ヲ附記スルニアラサレハ物上保證人ニ對シ債權者ニ代位スルコトヲ得ス蓋シ物上保證人ヲシテ自己ニ對スル代位アルコトヲ知ラシメンカ爲メナラン

第三、效力

契約又ハ法律上ノ代位辨濟ハ共ニ辨濟者固有ノ求償權ヲ保全スルカ爲メニ辨濟ヲ受ケタル債權者ノ債權ヲ承繼スルモノナルカ故ニ其效力左ノ如シ

(1) 辨濟者カ自己ノ求償權ニ基キ求償ヲ爲スコトヲ得ヘキ範圍内ニ於テ債權ノ效力トシテ債權者カ有セシ一切ノ權利ヲ承繼ス

蓋シ債權ソノモノノ移轉ヲ生スルカ故ニ其債權ニ附着スル債權ノ效力ニシテ債權ノ移轉ノ當時債權者ノ有セシ一切ノ權利ハ悉ク辨濟者ニ移轉スルコトト爲ルヘシ例之ハ民法第四百十九條但書ノ權利損害賠償ノ豫定ヨリ生スル權利(三四〇)代位訴權(三四三)廢罷訴權(三四四)ノ如キ代位辨濟者之ヲ行フコトヲ得ヘシ然シ

ナカラ此權利ハ唯自己ノ求償權ノ範圍内ニ於テ之ヲ行ハサルヘカラス例之ハ債權者カ自己ニ對スル二百圓ノ債務ノ不履行ニ付キテ二十圓ノ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキ場合ニ於テ代位辨濟者ハ唯五十圓ヲ求償スルノ權利ヲ有スルトキハ只五圓ノ損害賠償ヲ請求スル權利ヲ承繼スルカ如シ不履行ニ因ル契約ノ解除權モ亦債權ノ效力トシテ生スル權利トシテ代位辨濟者之ヲ承繼ス(三四五)

(2) 代位辨濟者ハ自己ノ求償權ニ基キテ求償ヲ爲スコトヲ得ヘキ範圍内ニ於テ債權ノ擔保トシテ債權者カ有セシ一切ノ權利ヲ行フコトヲ得

故ニ代位辨濟者ハ辨濟シタル債權ニ附着スル質權又ハ抵當權ヲ承繼スルノ外債權者ノ保證人ニ對シテ有セシ權利ヲ承繼ス故ニ債務者カ求償ヲ爲スコト能ハサルトキハ質權又ハ抵當權ヲ實行スルコトヲ得ヘク又保證人ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘシ數人ノ連帶債務者ヲ有スル債權者ニ辨濟シタル代位辨濟者ハ又連帶債務ノ關係ヨリ生スル債權者ノ權利ヲ行フコトヲ得ヘシ故ニ各連帶債務者ハ依然トシテ舊連帶債務ヲ負擔スヘシ然シナカラ其何ノ場合ヲ問ハス

其承繼セラルヘキ權利ハ總テ辨濟者カ有スヘキ自己ノ求償權ノ範圍内ニ止マ

ル
代位辨濟ハ債權ノ一部ニ付キテ生スルコトヲ得ヘシ例之ハ百圓ノ債權ニ付キ
五十圓ヲ辨濟シタル場合ニ於テ尙ホ代位辨濟ヲ生スルコトヲ得ヘシ(民五)此場
合ニ於テハ其一部ニ付キテ債權ノ移轉ヲ生スヘシ(固ヨリ其債權カ可分ナル)其債
權ニ附着スル債權ノ效力及ヒ擔保ハ如何ナル狀態ニ在ルヘキヤ民法ノ規定ニ
從ヘハ債權者及ヒ代位辨濟者共ニ之ヲ有ス而シテ其權利ハ二者共同スルニアラ
サレハ之ヲ行フコトヲ得サルモノト爲ス而シテ其權利共有ハ割合ハ代位者カ辨
濟シタル價額ノ割合ニ從フ(民五)從テ債權者カ代位者ヨリ優先ノ權利ヲ有スル
ニアラサルカ故ニ例之ハ債權ノ擔保物カ全債權ヲ支拂フニ足ラサルトキハ債
權者及ヒ代位者ハ其割合ニ應シテ辨濟ヲ受クヘキナリ債權者先ツ辨濟ヲ受ケ
代位者其殘餘ニ付キテ辨濟ヲ受クルト云フカ如キコトナシ然シナカラ此處ニ
一ハ例外アリ代位者カ一部ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ承繼スヘキ契約ノ解
除權ハ債權者ト共ニ代位者之ヲ共有スルコトヲ得サルコト是ナリ(民五)此場

合ニ於テハ債權者ノミ之ヲ有シ之ヲ行フコトヲ得代位者之ヲ有セサルナリ債
權者カ其權利ヲ行ヒタル場合ニ於テハ債權者債務者ニ於ケル法律關係ハ全ク
成立セザリシモノト爲ル(民五)故ニ代位者ハ債務ナキニ一部ノ辨濟ヲ爲シタル
コト、爲ルヘシ故ニ一般不當利得ノ原則ニ從テ代位者ハ其辨濟シタルモノ、
償還ヲ請求スルコトヲ得ヘキモ(民七)民法ハ代位者ニ與フルニ特別ノ權利ヲ以
テシ其辨濟シタル價額及ヒ其辨濟シタル時ヨリノ利息(分年五)ヲ償還セシムルノ
權利ヲ與ヘタリ(民五)然シナカラ此權利ハ債權者ヲシテ獨リ解除權ヲ專有セ
シメ且ツ其權利ノ實行ヲ債權者ノ利益ニ委テタルカ故ニ與フル權利ニシテ只
其特別ノ場合ニノミ存在スヘシ故ニ代位者カ全部辨濟ヲ爲シ債權者ノ解除權
ヲ承繼シ之ヲ實行シタル場合ニ於テハ代位者ハ債權者ニ對シ只不當利得ニ基
ク償還ノ請求權ヲ有スルニ過キス
第四、債權者ト代位辨濟者トノ關係
代位辨濟ニ依リテ全部ノ辨濟ヲ受ケタル債權者ハ最早其債權ノ證書其他ノ債
權ニ關スル證書及ヒ其擔保物ノ占有ヲ爲スコトヲ要セス其債權ハ代位者ニ移

轉ス、代位者ハ之ヲ所持シ之ヲ占有スルノ利益ヲ有ス、故ニ債權者ハ債權ニ關スル證書及ヒ擔保物ヲ代位者ニ交付スルノ義務ヲ負擔ス(民法五)

代位辨濟ニ依リテ一部ノ辨濟ヲ受ケタル債權者ハ其債權證書及ヒ擔保物ノ占有ヲ持續スルノ利益ヲ有ス、故ニ此場合ニ於テ債權者ハ證書及ヒ擔保物ヲ代位者ニ交付スルコトヲ要セス、唯債權證書ニ其代位ヲ附記シ且代位者ヲシテ擔保物ノ保存ヲ監督セシムルノ義務ヲ負擔スルノミ(民法五三項)

第五、法定代位者ハ免責

法定代位者ト爲ルヘキモノハ辨濟ニ因リテ當然債權者ニ代位シ債權者ノ權利ヲ行フコトヲ得、故ニ債權者ノ有スル擔保權ノ滅失又ハ減少ニ關シ重大ナル利害ノ關係ヲ有ス、債權者ハ正當ニ之ヲ保存スヘキヲ正當トス、故ニ債權者カ故意又ハ懈怠ニ因リテ其擔保ヲ滅失又ハ減少シタルトキハ、代位者ハ辨濟ニ因リテ自己ノ求償ヲ全フスルコト能ハサル限度ニ於テ債權者ニ對シ其責ヲ免カレ、保證人ノ債務ハ其限度ニ於テ減少シ、物上保證人ノ物上ノ負擔ハ又其限度ニ於テ減少ス(民法五四)

第三節 相殺

凡ソ一人ノ債務ハ其債權者カ又自己ニ對シテ債務ヲ負擔スルニ至リタルカ爲メニ消滅スヘキモノニアラス、當事者ハ各々其債務ヲ辨濟セサルヘカラサルハ勿論ナリト雖モ、若シ當事者カ各々其債務ヲ辨濟スルノ勞力及ヒ費用ヲ省キ尙ホ辨濟ニ因リテ受クヘキ利益ヲ取得スルノ方法アラハ、之ニ依リテ双方ノ債務ヲ消滅セシムルハ大ニ便利ニシテ且ツ資力アル一方ノ當事者カ無資力ナル他方ノ當事者ヨリ辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ拘ハラヌ辨濟ヲ爲スニ至ルヘキ危險ヲ防止スルハ大ニ必要ナリ、尙ホ且ツ自己ノ給付ヲ爲サスシテ他ノ給付ヲ要求スルコトヲ許サトル道德上ノ觀念ニ合ス、相殺ハ此目的ノ爲メニ、此基礎ニ於テ、發生シタル制度ナリ、吾民法第五百五條乃至五百十二條ニ規定スルモノ即チ是ナリ

第一欸 性質

相殺トハ相互ニ債務ヲ負擔スル當事者ハ一方カ其双方ノ債務ヲ消滅セシメントスル意思表示ナリ(民法五〇五)

故ニ

(二) 相殺ハ、相互ニ債務ヲ負擔スル當事者一方ノ意思表示ナリ(〇六五)

故ニ相殺ハ契約ニアラス、當事者ハ契約ニ因リ双方ノ債務ヲ消滅セシムヘキコトヲ約スルコトヲ得ヘシ、即チ自己一方ノ意思表示ノミニ依リテ双方ノ債務ヲ消滅セシムルコトヲ欲セス、双方ノ合意ニ依リテ其双方債務ヲ消滅セシムルコトヲ欲スルコトアリ得ヘシ、其契約ハ只互ニ其債務ヲ消滅セシムルコトヲ其内容ト爲スモノナリ、此債務ノ免除ヲ爲ス二個ノ意思表示ノ結合ニアラス、一方ハ自己ノ債務及ヒ他方ノ債務ノ消滅ヲ思ヒ、他方モ亦同様ノ意思ヲ有スルニ至リテ成立スルモノニシテ、特別ノ契約ナリ、其契約ハ決シテ之ヲ無効ト爲スヘキ法律上ノ理由ナキ故ニ、其内容ニ從フ法律上ノ效力ヲ發生セシメ、其双方ノ債務ヲ免レシムルコト勿論ナリ、然レトモ之相殺ニアラス、從テ相殺ノ條件ヲ具備セザルモ尙ホ其契約ハ有效ニ成立スルコトヲ得ヘシ、相殺カ意思表示ナリトハ少クトモ吾民法上ニ於ケル相殺ノ性質ヲ説明シタルニスキス、吾民法ニ於テハ以上説明シタル一種ノ意思表示ヲ名付テ相殺ト稱ス、蓋シ一定ノ状態ニアル當事者双方ノ債權債務ヲ消滅セシムル法制ハ羅馬法以來存スル處ナリト雖モ、其法律上

ノ構造ニ付キテハ古今ヲ通シテ一様ナルニアラス、又現今ニ於テモ其授ヲ一ニスルニアラス、或ハ(甲)双方ノ債權カ一定ノ條件ヲ具備スルトキハ當事者ノ行爲ヲ必要トセス當然消滅スルモノト爲スモノアリ、或ハ(乙)當事者カ特ニ双方ノ債權ヲ消滅セシメントスル意思表示ヲ爲スコトヲ必要トスルモノアリ、之ヲ必要トスルモノニアリテモ(1)其意思表示ハ相手方ノ承諾ヲ必要ト爲スモノアリ、或ハ(2)又當事者一方ノ意思表示ノミヲ以テ足ルモノト爲スモノアリ、即チ双方ノ債權カ一定ノ状態ニアル時ニ於テ當事者ノ一方ニ相殺權ヲ生スルト爲スモノナリ、又(イ)此場合ニ於テモ其意思表示ハ訴訟ノ方法ニ依リ裁判所ニ依リテ之ヲ行使セサルヘカラスト爲スモノアリ、又(ロ)之ヲ必要ト爲サトルモノアリ、其如何ナル方法ニ依リテ債權ノ同時消滅ヲ來サシムヘキヤハ即チ相殺ノ法律上ノ組立ニ關スル問題ナリ、右ノ方法中吾民法ハ獨逸民法ト同シク當事者ノ一方カ双方ノ債務ヲ消滅セシムルノ意思ヲ表示スルコトヲ必要ト爲セリ、即チ相殺ヲ以テ一種ノ權利ノ行使ト爲セリ(〇六六)其當否ハ固ヨリ研究スヘキ問題ナリト雖モ、唯此處ニハ吾民法上相殺ハ意思表示ナルコトヲ説明スルニ止メントス

(二) 其意思表示ハ各當事者ニ存スル双方ノ債務ヲ消滅セシムルコトヲ其内容ト爲ス

法律ハ其内容ノ意思表示ニ其法律上ノ效力ヲ附セシムルカ故ニ相殺ハ法律行爲ナリ一方的法律行爲ナリ又相手方アル法律行爲ナリ(〇六)又辨濟ニアラサルコト勿論ナリ相殺ヲ節略辨濟ト稱スルハ其經濟上ノ働キニ於テ辨濟ト類似スル所アルカ故ナリ其法律上ノ性質カ辨濟ナルニアラサルナリ

第二款 要件

相殺ナル法律行爲カ有效ニ成立スルニハ一般法律行爲ノ有效ニ成立スル要件ヲ具備スルノ外左ノ特別ナル要件ヲ具ヘサルヘカラス(〇五)

(一) 當事者相互ニ債務ヲ負擔スルコト(即チ當事者相互ニ) 相殺ノ性質上然ラサルコトヲ得サルナリ然シナカラ相互ニ其債務ヲ負擔スルニ至リタル理由ヲ問ハス故ニ一方ノ有スル債務ハ買主ノ代金支拂ノ債務ニシテ他方ノ負擔スル債務ハ預リ金返濟ノ債務ナルモ可ナリ又債務者ハ必ス自己カ其債權者ニ對シテ有スル債權ヲ以テ相殺ニ利用スルコトヲ得ルノミニシテ、

第三者ノ債權ヲ相殺ニ利用スルコトヲ得ス但シ法律カ其利用權ヲ與ヘタル場合ハ此限ニアラス(例之四三六三)又辨濟ヲ爲シ得ヘキ第三者ト雖モ自己ノ債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論ナリ又相殺ヲ爲ス當時ニ於テ當事者双方ニ債務ヲ負擔スルコトヲ必要トスルモ之ニ對シテ一ノ例外アリ即チ時効ニ因リテ消滅シタル債權カ其消滅以前ニ相殺ニ適合シタル場合ニ於テハ其債權者ハ尙ホ相殺ヲ爲スコトヲ得ヘシ(〇八)故ニ民法ハ時効ハ不利益ヲ受ケタル債權者ニ相殺ヲ爲スノ權利ヲ認メタリ若シ然ラストセハ狡猾ナル債權者ハ自ラ其ノ債權ヲ行使スルコトヲ止メ相手方ノ不知又ハ不注意ヲ利用シ相手方ノ債權カ時効ニ因リテ消滅スルヲ俟テテ其ノ債權ヲ行使スルニ至ルヘキカ故ナリ

(三) 双方ノ債務ノ目的カ同種ナルコト

當事者双方カ實行スヘキ給付ノ内容カ同種ナルコトヲ意味ス同種トハ如何ナル標準ヲ以テ之ヲ定ムヘキヤ蓋シ種類トハ或標準内ニ存スルモノノ總名ナルカ故ニ或標準ヲ以テスレハ同種ナルヘキモノモ他ノ標準ヲ以テスレハ相容レ

サル反對ノ種類ニ分タルヘキコトアルハ勿論ナリ、而シテ此處ニ所謂同種トハ何
ヲ標準トシテ之ヲ決スヘキヤハ、相殺ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ決スル
ニ重大ナル關係ヲ有スヘキカ故ニ、其標準ヲ定ムルコト必要ナルヘシ、然シナカ
ラ如何ナル標準ヲ以テスルモ完全ナル説明ヲ與フルコト能ハス、余輩ノ考フル
所ニヨレハ若シ双方ノ債務者、一方カ他方ノ債務ヲ負擔スルモノトセハ、事實
上自己ノ債務ハ擴張ト見ルコトヲ得ヘキ場合ニ於テ、其債務カ同種ノ目的ヲ有
スルモノト解セントス、例之ハ双方カ百圓ヲ支拂フヘキ債務ヲ負擔スル場合ニ
於テハ一方カ他方ノ債務ヲ負擔スルモノトセハ事實上自己ノ債務カ擴張シ二
百圓ヲ支拂フヘキ一ノ債務ヲ負擔スルト見ルコトヲ得ヘキモノナリ、故ニ相殺
ヲ爲スコトヲ得、反之甲ノ土地ヲ供スヘキ債務ト、乙ノ土地ヲ供スヘキ債務トハ、
假令一方カ他方ノ債務ヲ負擔スルモノトスルモ、其債務カ擴張シタルモノト見
ルコトヲ得ス、甲乙ノ土地ヲ供スヘキ債務ト爲ルコトヲ得レトモ、其給付ハ甲ノ
土地ヲ與フヘキ給付ソノモノカ擴張シタルモノト見ルコトヲ得ス、從テ相殺ヲ
許サス、反之唯不特定ナル土地ヲ與フヘキ債務ヲ双方カ負擔スル場合ニ於テハ、

一方カ他ノ債務ヲ負擔シタルモノトセハ、又唯土地ヲ與フルノ給付タルニスキ
ス、從テ事實上其債務カ擴張シタルモノト見ルコトヲ得ヘシ、從テ相殺ヲ爲スコ
トヲ得、此標準ニヨルトキハ總テ特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ハ相殺ヲ爲ス
コトヲ得ス、又不特定物給付ヲ目的トスル債務ハ悉ク相殺ヲ爲スコトヲ得ルモ
ノト爲ラス、例之ハ肥後米ヲ供スヘキ債務ト、仙臺米ヲ供スヘキ債務ト相殺ヲ爲
スコトヲ得ス、又特種ノ通貨ヲ供スヘキ債務ト、唯一定ノ金額ヲ供スヘキ債務ト
ハ相殺ヲ爲スコトヲ得サルナリ

債務ノ履行地ハ給付ノ内容ヲ爲ザサルヲ通例ト爲ス、唯債權者ニ其ノ履行地以
外ニ於テスル履行ノ提供ヲ拒絕スル權利ヲ與フルト同時ニ履行地ニ於テ生セ
ザリシ辨濟ヨリ生スル損害ノ賠償權ヲ與フルノミ(一四)故ニ債務ノ履行地カ異
ナルトキト雖モ當事者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得(一五)故ニ相殺ヲ受ケタル債權者
ハ此場合ニ於テ辨濟ヲ受クルトスレハ有スヘキ履行ノ提供ヲ拒絕スル權利ヲ
失フ可シ、若シ其權利ヲ尊重セザルヘカラストセハ相殺ハ殆ント其適用ヲ失フ
ニ至ルヘキカ故ナリ、然シナカラ相殺ノ相手方カ履行地ニ於テ双方辨濟カ生セ

サルカ爲メニ生スル損害ノ賠償權ヲ失ハシムルコト能ハス、相殺ヲ爲シタルモ
 ノハ其損害ヲ賠償スヘシ(民五〇)例之ハ相殺ノ相手方ハ其履行地ニ於テ辨濟ヲ
 受クヘキコトヲ豫期シ其地ニ於ケル商人ニ賣却シタルモ期日ニ引渡ヲ爲スコ
 ト能ハサルニ至リタル場合ニ支拂ヒタル損害賠償ハ相殺ヲ爲シタル當事者ヨ
 リ之ヲ償還セシムルコトヲ得ヘク、又辨濟ノ爲メニ自己ノ債務ノ履行地ニ運送
 シタル物品ノ往復ノ運送費ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘキカ如シ
 然シナカラ債務ノ履行地カ債務ノ要素ヲ爲シ其給付ノ内容ヲ爲ストキハ相殺
 ヲ爲スコトヲ得ス

(三) 双方ノ債務カ辨濟期ニ在ルコト(民五〇)
 辨濟期ハ給付ノ内容ヲ爲サ、ルヲ通常ト爲ス、唯債務者ハ辨濟期前ノ請求ヲ拒
 絶スル權利ヲ有スルノミ、然シナカラ此權利ハ債務者ニ對シテ重大ナルコト論
 ヲ俟タス、故ニ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ス、民法ハ辨濟期前ノ債務ニ對シテ相
 殺ヲ許ササルモノト爲シ、其權利ヲ保護ス、從テ辨濟期カ其債權者ノ利益ノ爲メ
 ニノミ存スル場合ニ於テハ、債權者ハ辨濟期前ニ於ケル債務者ニ對シテ相殺ヲ

爲スコトヲ得ヘク、又期限ノ利益ヲ有スル一方ノ當事者ヨリ相殺ヲ爲スコトヲ
 妨ケサルナリ、辨濟期カ債務ノ内容ヲ爲ス場合ニ於テハ其期限到來前ニ於テ双
 方共ニ相殺ヲ爲スコトヲ得ス

(四) 當事者カ反對ノ意思ヲ表示セサルコト
 債權者及ヒ債務者カ其債權債務ニ付キテ相殺ヲ爲スヘカラサルコトヲ契約シ
 タル場合ニ於テハ民法ハ其契約ヲ有效ト爲ス(民五〇)蓋シ其契約ノ無効ナルヘ
 キ理由ナキカ故ニ民法ノ明文ヲ必要トセス、尙ホ民法カ特別ノ明文ヲ設ケタル
 ハ其契約ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル旨ヲ云ハント欲ス
 ルカ故ナリ(民五〇)其契約ハ有效ナレトモ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スル
 コトヲ得サルカ故ニ、例之ハ其契約アル債權ヲ相續シタル者カ、其相續ノ當時其
 契約アリシコトヲ知ラサリシトキハ、相續人ハ其債權ニ對シテ相殺ヲ爲スコト
 ヲ得、又保證人カ保證ノ當時善意ナリシトキハ、相殺禁止ノ債權ニ對シテ相殺ヲ
 爲スコトヲ得ヘキカ如シ、當事者ハ契約ニ因リ或ハ一方ノミノ債權ニ付キ、又ハ
 双方ノ債權ニ付キ相殺ヲ許ササルコトヲ定ムルコトヲ得ヘシ