ト謂フモ「引受人」ト謂フモ別ニ異ナルコトナキノミナラス保證人ノ保證人ナルカ爲メ其者カ別ニ名稱ヲ異ニスル必要ナシ舊民法ニ於テモ之ニ關スル規定別ニ異ナリタルニ非ス唯債權擔保編第七條第二項ニ「保證人ハ亦第三者ヲ引受人トシテ己レヲ保證セシムルコトヲ得此引受人ニ對シテハ保證人ハ主タル債務者ノ地位ヲ有ス」トノ規定アリ又同編第四十五條第二項ニ於テ引受人ニ關スル規定アリト雖モ是レ當然ノコトヲ定メタルニ過キス要スルニ此場合ニ於テハ舊民法ノ規定セル如ク一箇ノ債務タル保證債務ヲ更ニ保證スルモノニシテ詳言スレハ先ツ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサルニ當リテ第一ノ保證人カ義務ヲ負ヘルモ之ヲ履行セサルトキニ第二ノ保證人カ之ヲ履行スルノ義務ヲ負フニ在リ即チ第一ノ保證人ハ第二ノ保證人ニ對シテハ主タル債務者ノ地位ニ在ルモノナリ隨テ第二ノ保證人ニモ保證ニ關スル一般ノ規定ヲ適用スレハ毫モ支障ナシ

（五）保證人ノ資格

債務者カ保證人ヲ立ツヘキ義務アル場合ニ於テハ如何ナル人ヲ保證人ト爲ササルヘカラサルカハ是レ證人ノ資格ニ關スル問題ニシテ其義務アル場合即チ法律上相當ノ擔保ヲ供スヘキ場合又ハ法律ノ規定ニ依リテ裁判所カ保證人ヲ立ツルコトヲ命スル場合ハ勿論債務者カ債權者ニ對シテ保證人ヲ立ツルコトヲ約シタル場合ニ於テ其保證人ト爲スヘキ人ノ何人タルヲ問ハストセハ保證ノ效用ヲ爲ササルコト多カルヘシ保證人ニシテ保證ノ效用ヲ爲サストセハ寧ロ保證人ヲ立テサルノ愈レルニ如カス故ニ苟モ保證人ヲ立フ者タルコトヲ必要トス何トナレハ一旦保證債務カ發生スルモ直チニ取消サルル如キコトアラハ何等ノ用ヲモ爲ササレハナリ第二ニ資力アル者ト爲スモ亦何等ノ效用ヲ爲ササレハナリ第三ニ甚シキ遠隔ノ地ニ住居スル者ナラサルコトヲ要ス何トナレハ甚シキ遠隔ノ地ニ在ル者ヲ保證人ト爲スモ債權者カ保證人ニ對シテ履行ヲ求ムルニ方リ頗ル不便ヲ感スヘケレハナリ故ニ保證人ト爲スヘキ者ハ此等ノ條件ニ於テ缺クル所ナキヲ要ス是レ第四百五十條ニ規定セル所ナリ曰ク

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

一　能力者タルコト

二　辨濟ノ資力ヲ有スルコト

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

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

前二項ノ規定ハ債權者カ保證人ヲ指名シタル場合ニハ之ヲ適用セス

右三箇ノ條件ニ付キ簡單ニ說明セン

以上ハ先ツ第一ニ其保證人ハ完全ニ義務ヲ負

第一　能力者ナルコト　未成年者、禁治産者、準禁治産者及ヒ妻ハ保證人タルコトヲ得ス未成年者及ヒ禁治産者ハ一般ニ無能力者ニシテ準禁治産者及ヒ妻ハ或行爲ニ限リ無能力者ナリ而シテ準禁治産者カ保證ヲ爲スコトニ關シテハ第十二條第一項第二號ニ妻ニ付テハ第十四條第一項第一號ニ規定セリ故ニ此等ノ者ハ保證ヲ爲スニ付テハ皆無能力者タリ但法定代理人カ其權限內ニ於テ保證ヲ爲スハ可ナリ即チ親權ヲ行フ父ハ法律上ノ條件ナク唯自己ノ責任ヲ以テ未成年者ニ代リテ爲セハ可ナリ又親權ヲ行フ母ニ付テハ第八百八十六條第二號ノ規定アルヲ以テ親族會ノ同意ヲ得テ保證ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ縱令親族會ノ同意ヲ得ルモ保證ヲ爲スニ及ハサル場合ニシテ而モ其結果損失ヲ招ケル場合ニ於テハ其母カ責任ヲ負ハサルヘカラス又後見人ニ付テハ第九百二十九條ニ於テ親族會ノ同意ヲ得ルニ非サレハ保證ヲ爲スコトヲ得サルコトヲ規定セリ而シテ保證ヲ爲ス必要ハ實際如何ナル場合ニ存スルカト云フニ例ヘハ主タル債務者ト親族關係アリテ若シ保證ヲ爲ササレハ其者ハ非常ニ困難ノ地位ニ陷ルヘキ場合又ハ商業上ノ取引先ニシテ平素相互ニ保證ヲ爲スヲ以テ常例トセル場合ノ如キハ保證ヲ辭スルコト能ハサル場合ナルヘシ尙ホ法定代理人ノ行爲トセスシテ無能力者自身カ法定代理人ノ同意ヲ得テ保證ヲ爲スコトアリ此場合ハ能力ノ欠缺ヲ補充セルモノナルヲ以テ敢テ不可ナシト雖モ若シ獨斷ヲ以テ保證ヲ爲セハ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ故ニ此ノ如キ保證ニテハ保證人ヲ立ツル義務ヲ盡シタルモノト謂フコトヲ得ス

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

第三　債務ノ履行地ヲ管轄スル控訴院ノ管轄內ニ住所ヲ有シ又ハ假住所ヲ定メタルコト　此條件ハ少シク杓子定木的ニ出ツルカ如シト雖モ遠近ト云フカ如キハ全ク比較的ノ語タルニ過キス然ルニ法律ノ用語トシテハ成ルヘク精確ナルコトヲ要スルカ故ニ「控訴院ノ管轄內」ト定メタルナリ是レ畢竟主タル債務者カ其債務ヲ履行セス又保證人モ任意履行ヲ爲ササルトキハ必ス裁判所ニ訴ヘサルヘカラス此場合ニ於テ甚シク遠隔セル裁判所ニ出訴スルハ極メテ不便ナリ故ニ同一ノ控訴院管內トセハ第一審ハ地方裁判所又ハ區裁判所ノ孰レノ管轄タリトスルモ甚シキ距離アルニ非ス而シテ控訴ノ場合ニ於テハ同一控訴院管內ナレハ頗ル便宜ナリトノ趣旨ニ出ツ但其管轄內ニ本住所ヲ有セサルモ或法律行爲ノ爲メ特ニ定メタル假住所ヲ有スレハ足レリ（二十四條參照）詳言スレハ保證契約ヲ以テ假住所ヲ定ムルトキハ其履行ニ付テハ該假住所ヲ以テ本住所ト看做シ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ヘシ

以上三箇ノ條件ハ前ニ說明シタル理由ニ據リテ之ヲ必要トセリ然ルニ其中ニ就テ第二及ヒ第三ノ條件ハ時時變更スヘキモノナリ即チ人ノ資力ハ變化極リナク今日ノ素封家モ忽チ破產ノ厄ニ

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

能力ニ付テハ保證契約ノ當時能力者ナレハ足ル後日ニ至リ無能力ト爲ルモ之ニ代フヘキ保證人ヲ立テシムルコトヲ要セス何トナレハ縱令後日無能力ト爲ルモ爲メニ保證ヲ取消サルルカ如キコトナキヲ以テナリ例ヘハ保證契約ノ時ニ於テハ成年者ニシテ且健全ナル者カ後日ニ至リ精神錯亂シテ禁治產ノ宣告ヲ受ケタリトスルモ曩ニ結ヒタル契約ハ依然トシテ其效力ヲ有シ其法定代理人之ニ代リテ履行ノ責ニ任スヘキノミ

債權者カ保證人ヲ指名シタル場合ニ於テハ右ニ論シタル保證人ノ資格ニ關スル規定ヲ適用セス

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

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

ルコトヲ得ヘシ第四百五十一條ニ曰ク

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

第二　保證債務ノ效力

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

第一　債權者ト保證人トノ關係

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

從來歐洲ノ學說及ヒ法典ニ於テハ保證人ハ三種ノ利益ヲ有スルコトヲ認ム其利益ノ第一ハ之ヲ名ケテ檢索ノ利益ト云フ「檢索ノ利益」トハ保證人カ債權者ニ對シ先ツ債務者ノ財產ニ付キ辨濟ヲ受ケ尙ホ不足アル場合ニ限リ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スヘシト主張スルコトヲ得ルノ權利ナリ是レ蓋シ債權者カ主タル債務者ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘクンハ敢テ保證人ヲシテ履行セシムルコトヲ要セサルヲ以テ先ツ主タル債務者ノ財產ヲ調查セシメンカ爲メナリ第二ハ分別ノ利益ト稱シ保證人カ二人以上アル場合ニ於テ債權者カ若シ其一人ニ對シテ債務全額ノ請求ヲ爲シタルトキハ其請求ヲ受ケタル保證人ハ他ノ保證人ト等分シテ其一部ニ限リ自ラ辨濟シ殘餘ハ他ノ保證人ニ對シテ請求スヘシトノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルノ權利ヲ謂フ第三ハ讓權ノ利益ト稱シ保證人ハ債權者ニ對シ辨濟ヲ爲ス代リニ保證人カ主タル債務者ニ對シ求償ヲ爲スニ當リ必要アルヲ以テ債權者カ主タル債務者其他ノ者ニ對シテ有スル權利ヲ自己ニ讓與スルコトヲ求メ若シ債權者カ其要求ヲ容レサルトキハ辨濟ヲ爲ササルコトヲ得ルノ權利ナリ此第三ノ利益ニ付テハ我民法ニ於テハ唯リ保證ノ場合ニ於テノミナラス汎ク辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者カ辨濟ヲ爲シタルトキハ法律ノ力ヲ以テ當然代位スルモノト定ムルカ故ニ結局債權者ノ權利ハ辨濟者ニ移ルト同一ノ結果ト爲ル隨テ此讓權ノ利益ナルモノハ我民法上ニ於テハ全ク不要ナルヲ以テ別ニ之カ規定ヲ設ケス尙ホ此讓權ノ利益ニ相當スル代位並ニ之ニ關スル制裁ニ付テハ辨濟ノ說明ヲ爲スニ方リテ詳說スヘシ（五百四條、五百四條）而シテ民法ニ於テハ前述ノ外尙ホ一箇ノ利益ヲ認メタリ予ハ之ヲ後訴ノ利益ト稱ス請フ是ヨリ後訴ノ利益、檢索ノ利益、分別ノ利益ノ三者ニ付キ順次ニ說明セント欲ス

（一）後訴ノ利益

第四百五十二條ニ曰ク

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

後訴ノ利益ニ付テハ各國ノ法制區區ニ亘リ學說亦未タ一定スルニ至ラス今外國ノ立法例若クハ學說ヲ大別スレハ三主義ト爲ル第一ハ我舊法ノ採リタル主義ニシテ即チ明治八年六月八日第百二號布告金穀貸借請人證人辨償規則第一條及ヒ第二條ニ淵源シ又外國ニ於テハ之ト同主義ヲ採レル著明ナルモノヲ獨逸民法、瑞西債務法等トス此主義ニ依レハ債權者ハ先ツ主タル債務者ニ對シテ强制執行ヲ爲シ尙ホ不足ナル部分ニ限リ之ヲ保證人ニ請求スルコトヲ得ルニ在リ明治八年布告ノ大要ヲ摘示セハ主タル債務者カ身代限ヲ爲シ又ハ逃亡シ若クハ跡相續人ナキ場合ニ限リ保證人ニ辨償ノ義務アリト定メタリ是レ固ヨリ理由アル主義ナリ元來保證人ハ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルニ方リ始メテ履行ヲ爲スノ義務アルモノナリ故ニ若シ主タル債務者カ任意ノ履行ヲ爲ササルニ方リ强制執行ヲ爲シ之ニ因リテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ハ敢テ保證人ヲ煩スノ必要ナシ隨テ此場合ニ於テハ保證人ニハ履行ノ義務ナシト云フニ在リテ學理上十分ニ說明ヲ爲シ得ヘシト雖モ此主義ノ短所ハ實際上保證カ甚タ薄弱ナル擔保タルニ過キサルニ在リ蓋シ主タル債務者カ任意ニ履行ヲ爲ササルトキハ極メテ煩雜ナル手續ニ依リテ差押其他ノ强制執行方法

ヲ行ヒ尙ホ不足ナルトキニ始メテ其不足額ヲ保證人ニ請求スルコトヲ得ヘキモノトセルヲ以テ爲メニ多クノ日子ヲ費シ勘カラサル費用ヲ擲タサルコトヲ得ス例ヘハ辯護士ヲ雇ヒタルニ因リ要シタル費用ノ如キハ之ヲ訴訟費用トシテ請求スルコトヲ得サルヲ以テ結局債權者ノ損害ニ歸スヘシ果シテ然ラハ縱令保證人アルモ爲メニ强力ナル擔保ト爲スニ足ラス況ヤ其間ニ保證人カ破產ヲ爲シ若クハ財產ヲ隱匿スル等ノ虞アルニ於テオヤ是ヲ以テ舊法時代ニ在リテハ普通ノ保證ハ極メテ勘カリキ即チ實際保證人タルコトハ債務者モ債權者モ又保證人自身モ共ニ認ムル所ナルニ拘ハラス名義ハ「保證人」ト稱セスシテ「連帶債務者」ト稱シタルモノ多ク又縱令連帶債務ト爲サスシテ保證人ト爲スモ其保證人ハ主タル債務者ト連帶シテ義務ヲ負フトノ特約ヲ爲スコト行ハレタリ故ニ第一ノ主義ハ理論上ハ十分說明シ得ルモ實際ニ於テ不便ナリト謂ハサルヘカラス第二ノ主義ハ佛蘭西、伊太利、西班牙等ノ諸國ノ民法ニ於テ認ムル所ニシテ第一ノ主義ト正反對ナリ佛蘭西ニ於テハ大ニ議論ノ存スル所ナリト雖モ予ノ信スル所ニ據レハ佛法ノ主義ハ主タル債務者ニ對シテ未タ請求ヲ爲ササルモ直チニ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトセルカ如シ即チ苟モ債務ノ期限カ到來シ所謂「債務カ辨濟期ニ在ル」ニ拘ハラス主タル債務者カ任意ニ履行ヲ爲ササルトキハ其者ニ對シ請求ヲ爲スノ必要ナク直チニ保證人ニ對シ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘモノトセリ蓋シ不履行ナルモノハ任意ニ履行セサルノ義ナリ故ニ辨濟期カ到來セルニ拘ハラス主タル債務者カ履行セサルトキハ之ヲ以テ「不履行」ト稱スルモ必スシモ不可ナ

ルコトナキヲ以テ此主義モ說明シ得ラレサルニ非ス然リト雖モ是レ亦極端ニ走リタルモノニシテ保證人ニ對シテ酷ナルノミナラス實際ニ於テモ煩雜ナル結果ヲ生スヘシ即チ保證人ヲ附シアリト雖モ主タル債務者ハ自ラ履行ヲ爲スヲ常トス而シテ履行ナクシテ辨濟期ヲ經過シタル場合ト雖モ主タル債務者ニ資力ナク又任意ノ履行ヲ欲セサルモノナリト斷言スヘカラス寧ロ多數ノ場合ニ於テハ主タル債務者ハ辨濟ノ意思アリ又資力ヲ有スヘシ故ニ若シ先ニ主タル債務者ニ對シテ請求スルトキハ其者カ履行ヲ爲スヘク隨テ債權者モ滿足シ又保證人モ義務ヲ免ルヘキニ然ラスシテ先ツ保證人ニ對シテ履行ヲ請求スルコトヲ得ルモノトセンカ保證人ハ後ニ說明セントスル所ノ檢索ノ利益ヲ有スルヲ以テ債權者ニ於テモ必スシモ保證人ニ請求スルヲ利益ナリト謂フコトヲ得ス而シテ保證人カ債權者ニ對シ檢索ノ利益ヲ對抗シタルトキハ債權者ハ更ニ主タル債務者ニ對シテ履行ヲ求メサルヘカラス此時ニ方リ幸ニ債務者ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルトセハ最初保證人ニ對シテ請求ヲ爲シタルハ全ク無益ノ手續ニ歸スヘシ若シ又債權者カ先ニ保證人ニ對シテ請求ヲ爲シタルニ由リ保證人ハ辨濟ヲ爲シ更ニ主タル債務者ニ求償スルコトトナルノ之ヲ要スルニ先ニ保證人ニ請求スルコトヲ得ルモノトスルモ債權者ノ爲メニモ又債務者ノ爲メニモ敢テ勞ヲ省クノ效ナク而モ保證人ハ徒ニ他人ノ債務ヲ辨濟スルノ結果ト爲リ少クトモ手續及ヒ費用ヲ無益ニ費スノミナラス保證人カ主タル債務者ニ對シテ求償スルニ當リ債務者カ無資力ト爲レリトセハ保證人ハ損失ヲ被ラサルヘカラサルニ至ルヘシ故ニ此主義モ亦當ヲ得サルモノナリ是ニ於テカ第三說トシテ折衷說ヲ生スルニ至レリ我民法及ヒ舊民法竝ニ埃太利民法等ハ實ニ此主義ヲ採レリ此主義ニ於テハ債權者ハ先ツ主タル債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲ササルヘカラス即チ之ニ依リテ任意ノ履行ヲ促シ幸ニ債務者カ履行ヲ爲シタルトキハ何人モ迷惑ヲ被ル者ナクシテ事濟ムヘシト雖モ若シ主タル債務者カ任意ノ履行ヲ爲ササルトキハ敢テ强制執行ヲ爲スコトヲ要セス保證人ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘシ而モ此場合ニハ後段ニ於テ說明スヘキ檢索ノ利益ヲ認ムルヲ以テ保證人ハ過酷ナル境遇ニ陷ルノ憂ナク又債權者ニ於テモ明カニ辨濟ノ資力ナキ主タル債務者ニ對シテ强制執行ヲ爲シタル後其不足額ヲ更ニ保證人ニ對シテ請求スルノ迂ヲ演スルコトヲ要セス要スルニ此主義ニ依レハ主タル債務者ニ對シ一應ノ請求ヲ爲スモ辨濟ヲ得サルトキハ直チニ保證人ニ對シテ履行ヲ求ムルニ在リテ第二ノ主義ニ於ケルカ如ク突然保證人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スモノニ非ス主タル債務者カ任意履行ヲ爲セハ敢テ保證人ニ對シ之ヲ請求セスシテ事足リ依リテ以テ各自ノ利益ハ正當ニ保護セラレタリト謂フヘキナリ詳言スレハ債務者ハ到底辨濟ノ責ヲ免ルヘカラサル者ニシテ且債權者ニ在リテハ何人ヨリスルモ辨濟ヲ得レハ滿足スヘク保證人ハ他人ノ債務ナルヲ以テ自ラ辨濟セサルコトヲ冀フヘク又國家ノ眼ヨリ觀ルモ畢竟求償ノ手續ヲ省カシムルノ便アリト謂フヘキナリ即チ債權者ハ先ツ主タル債務者ニ履行ノ請求ヲ爲ササルヘカラス若シ然ラスシテ保證人ニ對シテ先ニ請求シタルトキハ保證人ハ其請求ニ應スルモ不可ナシト雖モ保證人ハ債權者ニ對シ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ

爲スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得ヘシ之ヲ「後訴ノ利益」ト謂ヒ之ニ三箇ノ例外アリ左ノ如シ

第一ノ例外　主タル債務者カ破產ノ宣告ヲ受ケタル場合

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

第二ノ例外　主タル債務者ノ行方カ知レサル場合

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

第三ノ例外　保證人ト主タル債務者ト連帶セル場合

第四百五十四條ニ曰ク

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

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

以上ノ三例外ノ場合ノ外保證人ハ常ニ後訴ノ利益ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ而シテ此利益ニ對スル制裁トシテハ第四百五十四條ノ規定アリ曰ク

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

此規定ハ後訴ノ利益ヲ認メタル以上ハ殆ト當然ノ結果ナリト謂フモ可ナリ詳言スレハ債權者ニ對シテ先ツ主タル債務者ニ履行ノ請求ヲ爲スヘキコトヲ求ムル權利ハ則チ是レ法律ノ保護スル權利ナリ既ニ此權利ヲ認メタル以上ハ債權者カ其裏面ナル義務ヲ履行セサルトキハ之ニ對シテ相當ノ制裁ナカルヘカラス若シ何等ノ明文存セストスルモ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ責任ハ必ス生セサルヘカラスト信ス然レトモ法律ハ此ノ如キ漠然タルコトニ放任セスシテ特ニ第四百五十五條ヲ以テ此制裁ヲ定メタリ即チ債權者カ直チニ催告ヲ爲セハ主タル債務者ヨリ辨濟ヲ受クヘカリシコトヲ證明シタルトキハ債權者カ催告ヲ怠レル間ニ主タル債務者カ無資力ト爲リ完全ナル辨濟ヲ爲スコトヲ得サルニ至リタリトスルモ其資力ノ減少シタル部分ニ付テハ債權者ノ過失ノ結果ナルヲ以テ保證人ハ全ク義務ヲ免ルヘキナリ

第四百五十五條ニハ「……直チニ催告又ハ執行ヲ爲セハ辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ其義務ヲ免ル」トアリテ主タル債務者ニ完全ノ辨濟ヲ爲スノ資力アリタルトキト雖モ仍ホ保證人ハ本條ノ適用ニ依リテ一部ノ義務ヲ免ルルニ過キサルカ如ク見ユ一例ヲ設ケテ之ヲ說明センカ保證人カ債權者ヨリ債務履行ノ請求ヲ受ケ直チニ後訴ノ利益ヲ對抗シタルニ當日ニ於ケル債務者ノ資力ハ債務全部ノ辨濟ヲ爲スニ十分ナリキ然ルニ債權者カ直チニ請求ヲ爲サスシテ一二箇月ヲ經タル後ニ於テ主タル債務者ニ請求ヲ爲シタルニ其間ニ債務者カ商業等ニテ損失ヲ招キ債務ノ半額ヲ辨濟シ得ルニ過キサル狀態ニ陷リタリトセハ殘餘ノ半額ニ付キ保證人ニ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキカ否ヤ之ヲ請求スルコトヲ得ス即チ保證人ハ全部ノ義務ヲ免ルヘシ何トナレハ右ノ場合ニ於テハ債權者ハ全部ノ辨濟ヲ得ヘカリシヲ以テナリ果シテ然ラハ一部ノ義務ヲ免ルルニ過キサル場合トハ如何ナル場合ヲ指スカ他ナシ保證人カ請求ヲ受ケタル當時ニ於テ主タル債務者ニ十分ノ資力ナク僅ニ一部ノ辨濟ヲ爲シ得ルニ過キサル場合是ナリ之ニ對シテ疑ヲ抱ク者ナシトセス曰ク若シ果シテ一部辨濟ヲ爲シ得ルニ過キサル資力アルノミナリトセハ縱令債權者カ請求ヲ爲スモ一部ノ即チ分割辨濟ヲ受クルコトヲ得ルニ過キサルヘシ而シテ債權者ハ一部ノ辨濟ヲ受クルノ義務ナキカ故ニ全部ノ辨濟ヲ受クルノ資力アル場合ニ非サレハ主タル債務者ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ要セス直チニ保證人ニ對シ全部ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス隨テ「辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ義務ヲ免ル」ルノ理由ヲ了解スルコトヲ得スト是レ皮相ノ見解ナリト謂ハサルヘカラス固ヨリ論者ノ言フカ如ク債權者ハ一部ノ辨濟ヲ受クルノ義務ナシト雖モ今保證人カ債權者ヨリ請求ヲ受ケ後訴ノ利益ヲ對抗シタルニ債權者カ直チニ主タル債務者ニ請求ヲ

爲シタリト假定セヨ主タル債務者カ半額ノ辨濟ヲ爲スヘシト答ヘタルカ又ハ當時ノ事情ニ據レハ實際半額丈ヲ辨濟スルノ資力アルニ過キサリシ場合ニ於テ債權者ハ其半額ノ辨濟ヲ受クルヲ欲セサルカ故ニ保證人ニ對シテ全額ノ辨濟ヲ請求シ保證人之ニ應シテ全額ノ辨濟ヲ爲シタリトセハ保證人ハ主タル債務者ニ對シテ直チニ求償ヲ爲スコトヲ得ヘシ若シ債權者ト保證人トノ間ニ訴訟起レリトセハ保證人ハ主タル債務者ニ告知シテ參加セシメ且直チニ求償ヲ爲スコトヲモ得ヘシ然スルトキハ主タル債務者ハ半額丈ハ保證人ニ辨償スルコトヲ得タルナリ即チ債權者ハ保證人ヨリ後訴ノ抗辯ヲ受ケタルニ際シ直チニ主タル債務者ニ催告ヲ爲サハ主タル債務者ハ債務ノ半額ノ辨濟ヲ爲スコトヲ得ヘカリシニ其催告ヲ爲ササリシカ爲メニ主タル債務者ハ竟ニ一錢ノ辨濟ヲモ爲スコト能ハサルニ至レリトセハ是レ債權者ノ過失ナルヲ以テ半額丈ニ付テハ保證人ハ義務ヲ免ルヘキナリ法文ニ於テ「辨濟ヲ得ヘカリシ限ニ於テ云云」ト記載セルハ此義ニ外ナラサルナリ

（二）檢索ノ利益

「檢索ノ利益」ノ意義ハ既ニ說明シタルヲ以テ再ヒ詳說セサルヘシ蓋シ檢索ノ利益ハ後訴ノ利益ト竝ヒ行ハルルモノナリ即チ保證人カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルニ方リテ先ツ後訴ノ利益ヲ對抗シタルニ因リ債權者ハ直チニ催告ヲ爲シタリト雖モ主タル債務者カ相當ノ期間內ニ任意ノ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ更ニ保證人ニ對シテ債務ノ履行ヲ請求スヘシ此時ニ當リテモ尙ホ保證人ハ檢索ノ利益ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ又保證人ハ初ヨリ後訴ノ利益ヲ對抗セスシテ直チニ檢索ノ利益ヲ對抗スルコトモ爲シ得ヘシ殊ニ債權者カ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲シタリト雖モ債務者カ之ニ應セサルニ因リ轉シテ保證人ニ請求ヲ爲シタル場合ニ於テハ保證人ハ後訴ノ利益ハ之ヲ有セスト雖モ檢索ノ利益ヲ以テ對抗スルコトヲ得ヘシ「檢索ノ利益」トハ一言以テ之ヲ蔽ヘハ主タル債務者ノ財產ヲ調查センコトヲ請求スルノ權利ナリ然リ而シテ其條件ニ付テハ各國ノ法制大ニ趣ヲ異ニス例ヘハ前述ノ第一ノ主義即チ我舊法、獨逸民法、瑞西債務法等ノ主義ノ如ク强制執行ヲ爲シ尙ホ主タル債務者カ完全ナル履行ヲ爲スコトヲ得サル場合ニ限テ保證人ニ對シ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトセルハ啻ニ後訴ノ利益ヲ認ムルノミナラス尙ホ檢索ノ利益ノ條件ニ付キ保證人ノ爲メニ最モ利益ナル規定ヲ爲シタルモノト謂フヘシ然リト雖モ既ニ此主義ヲ採用セサル上ハ檢索ノ利益ニ付テモ必スヤ保證人ニ對シテ之ヨリモ不利益ナル條件ヲ認メサルコトヲ得サルナリ前述ノ第二及ヒ第三ノ主義ヲ採レル諸國ノ法制皆然リ唯其條件ハ如何ニ之ヲ定ムヘキカノ一事ニ至リテハ學理上一定ノ標準ナシ畢竟債權者ニ成ルヘク損害ヲ加ヘスシテ而モ保證人ヲ保護スヘシト云フニ在ルヲ以テ到底絕對ノ標準ヲ立ツルコトヲ得ス單ニ立法者カ相當ト認ムル程度ニ於テ保證人ヲ保護スルト同時ニ債權者ノ利益ヲ害セサルコトヲ要スト云フノ外ナシ而シテ佛蘭西民法及ヒ舊民法等ニ於テ頗ル細密ナル條件ヲ定ムルト雖モ新民法ニ於テハ此ノ如キ細密ナル規定ヲ設ケスシテ唯大體ノ精神ヲ明カニスルニ止メ其餘ハ事實問題ニ讓レ

リ今其精神ノ大要ヲ述フレハ立法ノ趣旨ハ主トシテ債權者ニ損害ヲ加ヘサルニ在ルヲ以テ其一ノ條件トシテ保證人ハ主タル債務者カ辨濟ノ資力ヲ有スルコトヲ證明セサルヘカラス第二ノ條件トシテ之ニ對スル執行ノ容易ナルコトヲ證明セサルヘカラス此二條件ヲ具備セサルトキハ債權者ニ損害ヲ加ノヘキヲ以テ之ヲ許サス是レ或ハ債務者ノ爲メニ煩ハシキ嫌ナキニ非スト雖モ亦爲メニ損害ヲ生スルコトナカルヘシト認メタルナリ請フ是ヨリ此二條件ニ付キ說明セン

第一ノ條件　主タル債務者ニ辨濟ノ資力アルコト　舊民法債權擔保編第二十一條ニ依レハ原則トシテハ債務者カ不動產ヲ所有セサルヘカラストセリ佛蘭西民法ニ於テハ然ラス新民法ニ於テモ亦之ヲ改メ其不動產タルト動產タルト將タ又債權タルトヲ問ハス苟モ十分ナル價格アレハ可ナリトセリ近世歐米各國ニ於テハ各人ノ財產ニシテ不動產若クハ動產ヨリ成立スルモノ多シ例ヘハ公債、株式等ノ多額ヲ有スル者カ所謂金滿家タルスレハ却テ債權ヨリ成立スルモノ多シ例ヘハ公債、株式等ノ多額ヲ有スル者カ所謂金滿家タルナリ蓋シ現金ヲ徒ニ庫中ニ藏スルハ文明國人ノ爲ササル所ニシテ之ヲ銀行等ニ預ケ置キテ其利殖ヲ圖ルヲ常トス而シテ銀行ニ對シテ債權ヲ有スルナリ殊ニ大金滿家ニ至リテハ預金スラ之ヲ爲スコト少ク大部分ハ株式等ニ替ヘ置クコトヲ多シトス故ニ今日ニ於テハ不動產以外ノ財產寧ロ多數ヲ占ム然ルニ「財產」ト云ヘハ直チニ不動產ヲ指スカ如キ信用ノ發達セサル時代ニ適合スル法律ハ現今ノ時勢ト相容レス故ニ舊民法ノ如ク不動產ヲ所有セサルヘカラストノ條件ハ啻ニ法律カ細目ニ亘レルノ嫌アルノミナラス全ク時勢ニ伴ハサルモノト謂ハサルヘカラス但茲ニ注意スヘキ一事ハ法文ニ資力ト稱スルハ一部分ノ資力ヲ意味スルニ非ス苟モ「辨濟」ト云ハハ勿論全部ノ辨濟ヲ謂フ故ニ千圓ノ債務ニ付テハ債務者カ千圓ノ財產ヲ有スルコトヲ證明セサルヘカラス

第二ノ條件　執行ノ容易ナルコト　債務者カ財產ヲ有スルト雖モ其財產カ臺灣ニ在リテ內地ニ存セス若クハ外國ニ在リテ日本ニ存セサレハ執行上不便タルコト言ヲ俟タス（債權者カ東京ニ在ル場合ト假定ス）又財產ノ種類ニ依リ差押ノ容易ナラサルモアリ簞笥ノ抽斗若クハ瓶中ニ古金ヲ藏シ又ハ無記名公債若クハ株式ヲ有スルト雖モ記名ナルカ若クハ無記名ナランニハ他ニ保管セシムル等ノ場合ニ係ルモノニ非サレハ此條件ニ適セス又不動產ナランニハ其所在地カ近キ場合ニハ概シテ可ナリトスヘシ尙ホ財產カ係爭中ノモノナルトキハ不可ナリ舊民法ノ如ク特ニ此場合ヲ法文ニ揭クルハ妥當ナラスト雖モ是レ亦執行ノ容易ナラサルモノト謂フコトヲ得ヘシ蓋シ係爭中ノ財產ニ付テ執行ヲ爲スニハ第三者ノ主張ヲ斥ケサルヘカラス然ルニ之ヲ斥クルハ當事者間ニ於テスラ時トシテ頗ル困難ナルコトアリ況ヤ債權者ハ此事件ニ付テハ局外者ノ地位ニ在ル者ナルニ於テオヤ故ニ概シテ執行ノ容易ナラサルモノト謂フヘシ但縱令係爭中ノモノナルモ疑ナキ事件ナルコトヲ明白ニ立證スルコトヲ得ヘクンハ格別ナリ其他財產中他人ノ質權ノ目的タルモノハ概シテ執行ノ容易ナラサルモノナリ蓋シ質權者ハ留置權ヲ有スルヲ以テ債權者カ差押ヲ爲スモ質權者ハ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受ケサル間ハ質物ヲ留

置スヘキヲ以テナリ之ニ反シテ債權者自身カ質權又ハ抵當權等ノ擔保ヲ有スルトキハ保證人ハ之ヲ指示シテ檢索ノ利益ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ此等ノ事ハ事情ニ依リテ大ニ其趣ヲ異ニスルモノアルニ由リ新民法ニ於テハ舊民法ニ於ケル如ク細目ニ亘リテ規定セス概括的ニ右ノ二條件ヲ必要トスルニ止マル第四百五十二條ニ曰ク

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

右ノ條件ヲ具備セルトキハ保證人ハ檢索ノ利害ヲ主張スルコトヲ得ルヲ原則トスト雖モ之ニハ例外アリ連帶保證ノ場合即チ主タル債務者ト保證人トカ連帶ヲ爲セル場合是ナリ此場合ニ於テハ保證人ハ債權者ヨリ唯一ノ債務者ノ如ク看做サルルカ故ニ檢索ノ利益ヲ有セサルナリ（四百五十四條）

保證人カ檢索ノ利益ヲ對抗シタル場合ニ於テ債權者カ執行ヲ怠リタルトキノ制裁ハ後訴ノ利益ニ於ケルト同一ナリ（四百五十五條）蓋シ法律カ一旦右ノ利益ヲ認メタル以上ハ之ニ對スル制裁アルハ當然ナリト謂フヘシ即チ保證人カ前述ノ二條件ヲ證明シテ檢索ノ利益ヲ對抗シタル時ニ於テ債權者カ直チニ執行ヲ爲セハ全部ノ辨濟ヲ得ヘカリシニ債權者カ之ヲ怠レル間ニ主タル債務者カ意外ノ損失ヲ被リ爲メニ無資力ト爲リ纔ニ債務ノ半額ヲ辨濟シ得タルニ過キストセン若シ殘餘ノ半額ヲ保證人ニ對シ請求セハ保證人ハ自己カ檢索ノ利益ヲ對抗シタル時ニ方リ執行ヲ爲シタランニハ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘカリシニ之ヲ怠リ空シク時日ヲ經過シタルニ因リ全部ノ辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至リタルモノナリト主張シテ債權者ノ請求ヲ排斥スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テモ後訴ノ利益ノ場合ニ於ケルト同一ノ疑問ヲ生スヘシ即チ第四百五十五條ニ「……執行ヲ爲セハ辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ其義務ヲ免ル」トアリ然ルニ右ノ場合ニ於テハ主タル債務者ニ全部ヲ辨濟スルノ資力アリタルヲ以テ直チニ執行スレハ全部ノ辨濟ヲ得ヘカリシニ拘ハラス後日ニ至リテ半額ノ辨濟ヲ受ケタルニ過キサル場合ナリト雖モ若シ債權者カ直チニ執行スレハ全部ノ辨濟ヲ得ヘカリシ場合ナルヲ以テ保證人ハ全部ニ付キ其義務ヲ免ルヘシ殊ニ催告ノ場合ト異ナリテ檢索ノ利益ヲ行フ場合ナルヲ以テ一層明瞭ナリ然ルニ法律カ右ノ如キ迂遠ナル語詞ヲ使用セルモノ如何蓋シ右ノ文字ハ催告ノ場合ニ付テハ前ニ說明シタル所ニ依リテ十分了解シ得ヘシト雖モ檢索ノ利益ヲ對抗シタル場合ニ於テハ殆ト之ヲ了解スルニ苦ムカ如シ然レトモ予ハ稀ニハ保證人カ一部分ノ義務ヲ免ルル場合アルヘシト信ス蓋シ法文ニ於テ「直チニ」ナル文字ヲ使用セル場合ハ必スシモ「即刻」ト云フ意義ニ非スシテ「遲滯ナク」ト云フト殆ト同義ナリ唯本條ニ於テハ文勢上「直チニ」ナル語ヲ使用スルヲ可ナリト認メタルニ過キスシテ其意ハ執行ヲ爲スニ必要ナル時期ヲ超ユヘカラスト云フニ外ナラス例ヘハ債權者カ保證人ニ對シ履行ノ請求ヲ爲シタルニ保證人ハ直チニ檢索ノ利益ヲ對抗シテ主タル債務者ニ十分ノ資

力アルコトヲ證明シタリト假定セヨ此場合ニ於テ債權者カ即刻主タル債務者ノ許ニ到リ執行シタランニハ必ス全部ノ辨濟ヲ得ヘク而シテ此場合ハ「直チニ」ナル文字ニ極メテ能ク適合スヘシト雖モ必スシモ此ノ如ク急速ニセサルモ「直チニ」ノ語ニ反スルコトナシ即チ債權者カ保證人ヨリ檢索ノ利益ノ對抗ヲ受ケタル時ハ夕刻ナリシヲ以テ債務者ニ對スル執行ヲ翌日ニ延シタリトスルモノニ非サルナリ況ヤ主タル債務者カ遠隔ノ地ニ住居セル場合ニ於テハ即刻執行セント欲スルモ事實上爲シ能ハサルニ於テオヤ即チ斯ル場合ニ於テハ必スヤ自身又ハ其代理人カ其地ニ行カサルヘカラス然リ而シテ債權者自身其地ニ行クモ代理人ニ委任シテ行カシムルモ種種ノ用意ヲ整ヘサルヘカラス今假ニ主タル債務者ハ大阪ニ住居シ債權者ハ東京ニ住居セリトシ而シテ保證人ハ東京ニ於テ檢索ノ利益ヲ對抗シ主タル債務者ハ現ニ資力ヲ有シ而モ日本銀行ノ株主ニシテ其株式ノ所在及ヒ其株式カ他ノ債權ノ擔保ト爲レルモノニ非サルコトヲ證明シタリトセヨ此場合ニ於テハ債權者ハ自身大阪ニ行クヘキカ又代理人ヲ遣スヘキカヲ決シ尚ホ用意萬端ヲ整ヘテ兩三日中ニ出發セハ未タ遲レタリト爲スヘカラス而シテ出發後殆ト二十時間ニシテ大阪ニ著シ辯護士ヲ雇フ爲メニ又一日ヲ費シタリトセンカ是レ實ニ必要ナル時間ト謂フヘシ然ルニ其執行ニ著手スルニ方リ債務者ハ既ニ右ノ株式ヲ賣却シタルカ若クハ他ニ擔保ニ供シタルカ爲メ最早全部ノ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタリトスルモ此場合ニ於テハ保證人ニモ又債權者ニモ過失アルコトナシ故ニ是レ債權者カ直チニ執行ヲ爲シタルモ全部ノ辨濟ヲ得ルコト能ハサル場合ナリ若シ右ノ場合ニ於テ債權者カ執行ヲ爲シタランニハ半額丈ハ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘカリシニ債權者カ其執行ヲ怠リタルニ因リ全ク辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至リタルナリ例ヘハ債權者カ右ニ述ヘタルカ如ク迅速ニ執行ヲ爲シタランニハ大阪ニ著シタル當時ニ在リテ債務者ハ猶ホ半額丈ノ辨濟ヲ爲スノ資力ヲ有シタルニ債權者カ執行ヲ怠リ一二箇月ヲ經テ漸ク之ヲ爲シタリトセン此時ハ既ニ一錢タモ辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至ルコトナシトセス此場合ニ於テハ債權者ハ更ニ保證人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲サンカ保證人ハ之ニ答フルニ直チニ執行ヲ爲シタランニハ半額ノ辨濟ヲ得ヘカリシニ茲苒今日ニ至リ執行シタルヲ以テ一錢タモ得ルコト能ハサルニ至レルコトヲ以テシ半額ニ付テハ義務アルモ他ノ半額ニ付テハ義務ナシトシテ債權者ノ請求ノ半ヲ斥クルコトヲ得ヘシ此一例ニ依リテ以テ檢索ノ利益ニ付キ保證人カ一部分ノ義務ヲ免ルル場合アルコトヲ知ルニ足ラン

(三)　分別ノ利益

「分別ノ利益」ノ意義如何ハ既ニ一言シタル所ノ如シ此分別ノ利益ニ付キ我新民法ニ於ケルカ如キ主義ヲ採用セル立法例ハ寧ロ少數ナラントノ信ス即チ外國ノ立法例ニ於テハ縱令保證人ニ分別ノ利益ヲ認ムルモ絕對的ニ非スシテ制限的ナルヲ常トス例ヘハ三人ノ保證人アリ而シテ其中ノ一人カ無資力ト爲リタルトキハ他ノ有資力ノ保證人二人間ニ分別シテ債務ノ半額宛ヲ負擔スヘキモノトセリ此趣旨ヲ推セハ保證人二人アル場合ニ於テ其一人カ無資力ト爲リタルトキハ他ノ

一人カ全部ニ付キ義務ヲ負フコトニ歸シ又三人ノ保證人アリトスルモ不幸ニシテ二人共ニ無資力トナリタルトキハ他ノ一人ニテ債務ノ全部ヲ負擔セサルヘカラサルコトト爲ルヘシ此立法例ノ趣旨トスル所ハ他ナシ保證人ハ原則トシテ債務ノ全部ヲ辨濟スヘキモノナリ唯他ノ保證人ニモ資力アル場合ニ於テハ其者ヲシテ債務ヲ分擔セシムルモ債權者ハ爲メニ何等ノ不利益ヲ感スルコトナカルヘキヲ以テ特ニ分別ノ利益ヲ認ムルニ過キスト云フニ在リ然リト雖モ一旦分別ノ利益ヲ認メタル以上ハ此ノ如キ折衷主義トモ稱スヘキモノヲ執ルハ謬レリト謂ハサルヘカラス若シ羅馬法ニ於ケルカ如ク原則トシテ全ク分別ノ利益ヲ認メサルノ制度ナルニ於テハ是レ亦一箇ノ主義トシテ認ムルコトヲ得ヘシト雖モ苟モ分別ノ利益ヲ認ムル以上ハ何レノ場合ニ於テモ此主義ヲ一貫セサルヘカラス蓋シ分別ノ利益ナルモノハ債務者カ數人アル場合ニ於テハ其義務ハ債務者間ニ平等ニ分タルルト云フ第四百二十七條ノ原則ノ適用ニ外ナラス元來保證人間ニ在リテハ特約ナキ限ハ常ニ債務ニ付キ其利害ヲ同シウスルモノナルカ故ニ保證人二人ナルトキハ即チ第四百二十七條ノ適用ニ依リ各、債務ノ二分ノ一ヲ負擔シ若シ三人ナルトキハ各、三分ノ一ヲ負フヘキナリ果シテ然ラハ保證人ノ義務ハ初ヨリ分別セルモノニシテ之ヲ「利益」ト云ハンヨリハ寧ロ「權利」ト謂フヘキモノナルヲ以テ債權者カ一人ニ對シテ債務全額ノ請求ヲ爲スハ不當ナリ即チ各保證人ニ對シテ一部分宛ニ非サレハ請求スルコトヲ得サルナリ若シ然ラストセハ何故ニ保證人ニ分別ノ利益ヲ認メタルカ其理由ヲ發見スルコト能ハサルヘシ蓋シ債務者カ數人ア

ル場合ニ於テ其間ニ連帶ナキ限ハ債務ハ原則トシテ等分セラルヘキニ保證人ニ付テノミ分別セラレサル條理ナシ是レ何レノ著書ニモ論述スル所ニシテ佛蘭西民法制定ノ際ニ於ケル政府委員ノ說明モ亦然ルニ非スヤ果シテ然ラハ前ニ述ヘタル如キ折衷的規定ハ論理ノ一貫ヲ缺クモノト謂ハサルヘカラス故ニ一旦分別ノ利益ヲ認ムル以上ハ保證人ハ初ヨリ債務ノ一部分宛ニ非サレハ負擔セストセサルヘカラス即チ債權者ハ原則トシテ各保證人ヨリ平等ニ分別シテ辨濟ヲ受クヘキナリ若シ斯ル分別的辨濟ヲ受クルコトヲ欲セサルトキハ初ヨリ連帶其他保證人ニ依リテ負擔ヲ異ニスルコトヲ特約スルモ可ナリ是レ契約ノ自由ニシテ毫モ妨ナキ所ナリ然ルニ此ノ如キ特約ヲ爲サスシテ數人ノ保證人ヲ立テシメ其各自ニ對シ全額ヲ請求スルハ理由ナキコトト謂ハサルヘカラス

上述ノ如ク保證人カ分別ノ利益ヲ有スルコトノ利益ヲ有スルト云フカ如キハ寧ロ其當ヲ得スト謂フコトヲ得ヘシ唯一ノ疑ハシキ場合ハ數人ノ保證人カ各別ニ保證ヲ爲シタル場合ニ於テハ果シテ分別ノ利益アリヤ否ヤノ點是ナリ羅馬法ニ於テハ純然タル保證ハ主タル債務者ト同時ニ債權者ノ前ニ列席シテ契約ヲ爲スコトヲ必要トシタルモ後世ニ至リテハ斯ル形式ヲ用ヒス箇箇、別別ノ行爲ニ因リテ義務ヲ負擔スルモ差支ナキコトト爲レリ例ヘハ甲ハ昨日保證人ト爲リ乙ハ今日、丙ハ明日保證人ト爲ルモ毫モ不可ナルコトナク其一人ハ條件附ニテ豫メ保證人ニ立ツモ可ナリ此等ノ場合ニ於テ保證人ハ果シテ第四

百二十七條ノ適用ヲ受クヘキモノナルヤ否ヤ是レ稍〻疑フヘシト爲ス蓋シ各人箇箇、別別ニ義務ヲ負フトキハ各自一人カ保證人ナリト信スルヲ一般トシ債權者モ債務者モ斯ク信スルコト少カラサルヘシ故ニ此等ノ保證人ハ各自全部ノ義務ヲ負擔スルモノト謂フヘク最初ノ保證人ハ自己以外ニ後ノ保證人アルコトヲ知ラス隨テ後日ニ至リテ更ニ保證義務者ノ生シタルカ爲メニ自己ノ最初ノ義務ノ一部分カ消滅スルノ理ナシト謂フヘキカ如シ然レトモ我民法ハ特約ナキ限ハ分別ノ利益ヲ有スト定メタリ是レ一旦採リタル主義ヨリ來ルモノニシテ保證人ノ幾人アルト其各保證人カ各箇ノ行爲ニ因リテ保證ヲ爲シタルト將タ又之ヲ爲ス場所カ異ナルトヲ問ハス債務ハ本來唯一ナリ是レ一タヒ全部ノ債務ヲ履行スレハ債務全ク消滅スヘキニ由リテ明カナリ勿論學理上ニ於テハ各箇單獨ニ之ヲ觀察スルコトヲ得ヘシ即チ主タル債務者ハ債權者ニ對シテ一定ノ債務ヲ負ヒ保證人ノ一人甲モ亦債權者ニ對シテ一定ノ債務ヲ負ヒ四箇ノ債務關係アルコト疑ナシト雖モ債務ノ目的ハ則チ一ニシテ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサルトキハ之ニ代リテ履行スヘシトノ唯一ノ目的ヲ有スル義務ヲ負ヘル者三人アリト云フニ外ナラス果シテ然ラハ此場合ハ一箇ノ債務ニ關シテ債務者カ數人アル場合ナリ縱令保證人カ同時ニ保證ヲ爲シタルトキト雖モ債務關係ハ四箇成立スルカ故ニ數多ノ債務關係アルヲ以テ第四百二十七條ノ適用ナシト謂フコトヲ得ス是レ保證債務ノ場合ニ止マラス普通ノ債務ノ債務者カ數人アリテ而モ同時ニ同一體樣ノ債務ヲ負ヒタル場合ト雖モ仍ホ債務者ノ頭數ニ應シタル債務關係アリ而シテ第四百二十七條ノ適用ヲ受クヘキナリ普通ノ債務ニシテ既ニ然リトセハ保證ノ場合ニ於テモ亦同シカラサルヘカラス是レ各保證人カ各別ノ行爲ヲ以テ保證ヲ爲シタル場合ニ於テモ仍ホ第四百二十七條ノ適用トシテ分別ノ利益アリト規定シタル所以ナリ第四百五十六條ニ曰ク

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

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

分別ノ利益ニ對シテハ特約ヲ爲スコトヲ得ルコト右ニ述ヘタルカ如シ而シテ其特約ノ一ト見ルヘキモノヲ連帶保證トス蓋シ連帶ハ各債務者ヲ唯一ノモノト看做スモノナルカ故ニ保證人間ニ

連帶ヲ約シタルトキハ各保證人ハ唯一ノ保證人ノ如ク看做サレ隨テ分別ノ利益ヲ有セサルナリ數人ノ保證人カ主タル債務者ト連帶セル場合亦然リ此等ノ場合ニ於テハ主タル債務者カ債務ヲ履行セサルトキハ保證人ハ一人ニテモ債務全額ヲ辨濟セサルヘカラス各保證人カ箇箇、別別ニ主タル債務者ト連帶シテ保證ヲ爲セリトスルモ亦同シ即チ此場合ニハ保證人各自カ主タル債務者ヲ通シテ連帶スルコトト爲ルナリ詳言スレハ甲者先ツ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負フトキハ債權者ハ之ヲ唯一ノ債務者ト看做スヘク次ニ乙者カ同一債務ニ付キ主タル債務者ト連帶シテ債務ヲ負ヘリトセハ是レ亦債權者ヨリ唯一ノ債務者ノ如ク看做サルヘク次ニ丙者カ同一義務ヲ負フモ亦然リ然ラハ債權者ヨリ之ヲ觀レハ主タル債務者及ヒ甲、乙、丙ノ四人ハ各、唯一ノ債務者ノ如クニシテ能ク連帶ノ定義ニ適合ス此場合ニ於テ甲、乙、丙三人ノ間ニハ何等ノ契約ナシト雖モ主タル債務者ト共ニ連帶債務ヲ負ヘルモノニシテ何レモ分別ノ利益ヲ有セス但其保證人中ノ一人ノミカ主タル債務者ト連帶セルニ過キサルトキハ他ノ保證人ハ分別ノ利益ヲ有スヘシ故ニ甲者ノミカ連帶シタル場合ニ於テハ債權者ハ甲者ニ對シテハ債務全部ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ヘシト雖モ乙、丙ニ對シテハ各、三分ノ一ヲ請求スルコトヲ得ルノミ

以上ヲ以テ分別ノ利益ヲ說キ了リタルト同時ニ保證人ノ有スル二利益ノ說明ヲ了レリ請フ是ヨリ主タル債務ト保證債務トノ間ニ於テ相互ニ及ホス影響ヲ說カン

第四　主タル債務ト保證債務トノ間ノ關係

（一）請求其他時效ノ中斷

第四百五十七條第一項ニ曰ク

主タル債務者ニ對スル履行ノ請求其他時效ノ中斷ハ保證人ニ對シテモ其效力ヲ生ス

保證人ハ所謂從タル債務者ニシテ其債務ハ主タル債務ノ運命ニ伴フモノナリ而シテ他ノ一方ニ於テハ債權者ハ主タル債務者ニ對シ請求ヲ爲シタル後ニ非サレハ保證人ニ對シテ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ス故ニ第四百五十七條ノ規定ナクンハ債權者ニ於テハ甚タ迷惑ヲ感スヘシ蓋シ債權者ハ法律ノ規定ニ從ヒ先ツ主タル債務者ニ對シテ請求ヲ爲シタルニ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルヲ以テ更ニ保證人ニ對シテ請求ヲ爲シタリトセンカ此場合ニ於テハ少クモ一兩日ヲ要スルコト多カルヘシ而モ債權者ニハ毫末ノ怠慢ナシ故ニ主タル債務者ニ對スル履行ノ請求ハ保證人ニ對シテモ效力ヲ生スルモノト定ムルニ非サレハ債權者ノ爲メニ不公平ナリ加之若シ此規定ナカリセハ保證人ノ爲メニモ却テ不利益ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ債權者カ主タル債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲ササルトキハ直チニ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ場合ニ依リテハ多少ノ猶豫ヲ與フレハ債務者自ラ履行ヲ爲スコトヲ得ルコトアリ此場合ニ於テ若シ主タル債務者ニ對スル請求カ保證人ニ對シテモ效アリトセハ債權者ハ其猶豫ヲ與フヘケレハナリ是レ啻ニ主タル債務者及ヒ保證人ノ爲メニ利益ナルノミナラス國家ノ經濟上ニ於テモ利益ナリト謂フヘシ即チ此ノ如クセハ其間ニ於テ徒ニ金錢ヲ授

受スルノ煩ヲ避ケ日時及ヒ費用ヲ空費スルノ結果ヲ避クルコトヲ得レハナリ

時效ノ中斷ニ付テモ亦然リ主タル債務者ニ對スル時效ノ中斷カ保證人ニ對シテ效力ヲ生セストセハ縱令主タル債務者ニ對シテ時效ノ中斷ヲ爲シタリトスルモ尙ホ進ミテ保證人ニ對シテ時效ヲ中斷スルニ非スンハ保證人ハ其義務ヲ免ルルコトアラン例ヘハ十年ノ時效ニ因リテ消滅スヘキ債權ニ付キ九年十一箇月二十九日ヲ經過シ餘ス所僅ニ一日ニ過キサル場合ニ於テ債權者ハ主タル債務者ニ對シ時效中斷ノ方法ヲ行ヘルモ保證人ニ對シテ其效力ナシトセハ債權者ノ迷惑タル想フヘシ即チ僅ニ一日ヲ經過セハ保證人ノ爲メニハ完成シ保證人ハ其義務ヲ免ルヘク之カ中斷ヲ爲サント欲スルモ既ニ遲キヲ奈何セン今假ニ一日中ニ主タル債務者及ヒ保證人ニ對シテ時效中斷ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ヘシトスルモ債權者ハ時效ノ中斷ヲ爲スタメ保證人ノ財產ヲ差押フルカ如キコトアルヘシ是ヲ以テ主タル債務者ニ對スル時效中斷ハ保證人ニ對シテモ其效力アルモノトスルコト保證人ニ對シテモ亦利益ナリト謂ハサルヘカラス

抑〻履行ノ請求ハ如何ナル效力ヲ生スルカト云フニ其著シキ效力二アリ其一ハ期限ノ定ナキ債務即チ所謂「單純債務」ニ付テハ履行ノ請求ノ時ヨリ債務者カ遲滯ノ責ニ任スルニ在リ即チ金錢債務ナランニハ其時ヨリ法定利息ヲ附スヘキモノト爲セリ即チ損害賠償ノ責任ヲ生スヘシ又債務ノ目的タル特定物カ履行ノ請求アリタル後天災ニ因リテ滅失シタランニハ原則トシテ債務者ハ損害賠償ノ責ニ任スヘシ其二ハ時效ノ中斷アルコト是ナリ此ノ如ク債權者カ主タル債務者ニ對シテ請求ヲ爲シタルトキハ右二種ノ效力ハ保證人ニ對シテモ亦生スヘシト雖モ之ニ付キ少シク疑アルハ第四百四十七條第一項ニ依レハ「保證債務ハ主タル債務ニ關スル利息、違約金、損害賠償其他總テ其債務ニ從タルモノヲ包含ス」トアリ而シテ此「利息」中ニハ約定利息ヲモ含ムヲ以テ其事ハ姑ク措キ「違約金、損害賠償」即チ不履行ノ場合ニ支拂フヘキモノナリ故ニ單純債務ニ於テハ履行ノ請求ヲ爲シタルモ債務者カ之ニ應セサルトキハ違約金又ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ然ラハ則チ履行ノ請求カ保證人ニ對シテモ效アルコトハ既ニ第四百四十七條第一項ノ規定ニ因リテ明カナルニ非スヤ蓋シ第四百四十七條ハ主タル債務者カ支拂フヘキ違約金、損害賠償ヲ保證人ニ於テ負擔スル義務アルコトヲ定メタルモノナリ而シテ保證人カ自己ノ債務ノ履行ヲ怠リタル爲メニ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務ヲ負フコトハ固ヨリ當然ノ事ニシテ第四百四十七條ハ之ヲ云ハント欲セシモノニ非ス唯主タル債務者カ違約金、損害賠償ノ義務ヲ負ヒタルニ拘ハラス之ヲ履行セサル場合ニ保證人カ其責ニ任スヘキコトヲ規定セルモノナルコト前ニ述ヘタルカ如シ果シテ然ラハ第四百五十七條ノ規定中履行ノ請求ニ關スル點ハ不要ニ非サルカト云フノ一點ナリ此疑問タルヤ一見理アルカ如シト雖モ其實決シテ然ラス若シ明文ナカランカ强ヒテ斯ル解釋ヲ爲スノ必要アルヘシト雖モ若シ此明文ヲ缺ケハ法典トシテ完全ナルモノト謂フコトヲ得ス蓋シ第四百四十七條ハ極メテ廣汎ナル規定ニシテ期限附債務ニ付キ債務者カ期限到來後モ履行ヲ爲ササル場合モ亦同條ニ

包含スヘキヲ以テ假ニ主タル債務者ニ對スル履行ノ請求ハ其效力ヲ保證人ニ及ホサストスルモ第四百四十七條第一項ノ規定ヲ設クルノ必要アリ若シ未レ本條ノ規定ナカランカ或ハ下ノ如キ解釋ヲ爲スコトヲ得ヘシ即チ原則トシテハ保證人ハ主タル債務者ノ負擔スヘキ違約金、損害賠償ヲ支拂ハサルヘカラス是レ期限附債務ノ場合ニ在リテハ常ニ然ルヘキモ若シ單純債務ナルトキハ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ要ス即チ債權者ハ主タル債務者及ヒ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スニ非サレハ保證人ヲシテ違約金、損害賠償等ノ債務ヲ負ハシムルコトヲ得ス若シ然ラスシテ通常ノ順序ニ依リ先ツ主タル債務者ニ請求シ債務者カ履行ヲ爲ササル場合ニ於テ始メテ保證人ニ請求ヲ爲スモノトセハ保證人ハ自己カ請求ヲ受ケタル後正當ノ理由ナクシテ履行ヲ爲ササル場合ニ非サレハ損害賠償ヲ爲スコトヲ要セストノ解釋ヲ生スル恐アルヲ以テ第四百五十七條ヲ設ケテ主タル債務者ニ對スル履行ノ請求ハ保證人ニ對シテモ效力ヲ生スルモノトシ以テ右ノ如キ疑義ヲ防キタルナリ但第四百四十七條及ヒ第四百五十七條ノ規定ハ其大體ノ趣意ニ於テハ相合致セルモノナリ

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

ツ請求ニ付テハ前述ノ如ク第四百四十七條ノ趣旨ニ適合シ又之ヲ保證ノ定義ニ照スモ當然ナルノミナラス後訴ノ利益ヲ保證人ニ認メタルコトトモ能ク照應セリト雖モ承認、差押等ニ至リテハ之ト同シカラサルモノアリ故ニ難スル者或ハ曰ハン承認ナルモノハ債務者カ債權者ニ對シテ自己カ債務ヲ負ヘルコトヲ隨意ニ告白スルモノナリ然ルニ其承認カ保證人ニ對シテ效力アリテ恰モ保證人カ自ラ其義務ヲ承認シタルト同一ノ效アリト云フハ何事ソト此批難ハ差押ニ付テモ同一ニシテ債權者カ主タル債務者ノ財產ヲ差押フルトキハ恰モ保證人カ自己ノ財產ヲ差押ヘラレタルト同一ノ效力ヲ生スルトハ何事ソト論スル者アラン然レトモ此規定ハ理論ヨリハ寧ロ實際ノ理由ニ基ケルモノナリ蓋シ主タル債務者カ承認ヲ爲ストキハ時效中斷ノ效力ヲ生シ而シテ其效力カ保證人ニ對シテモ及フモノトセサルトキハ前ニ述ヘタル如ク債權者カ猶豫ヲ與フルモ可ナリト思惟シナカラ已ムヲ得ス保證人ニ請求ヲ爲シ又ハ其財產ヲ差押ヘサルヘカラス果シテ然リトセハ保證人ノ爲メニモ甚タ不利益ニシテ必要ナラサル煩雜ヲ來シ費用ト日時トヲ徒費スルニ至ルヘキカ故ニ法律ハ此等ノ弊害ヲ除カンカ爲メニ其效力ヲ保證人ニ及ホスモノト規定シタルナリ要スルニ此規定ハ實際上ノ理由ニ基ケルモノナリ然リト雖モ亦全ク學理上ヨリ說明シ得ラレサルニ非ス蓋シ保證人ノ債務ハ專ラ主タル債務ト其運命ヲ共ニセサルヘカラス故ニ主タル債務カ時效ノ中斷ニ因リ消滅セサルトキハ保證債務モ亦消滅セストノ理論ヲ以テ說明スルコトヲ得ヘシ以上ノ理由ヲ以テ主タル債務者ニ對スル履行ノ請求及ヒ時效ノ中斷ハ保證人ニ對シ

テモ其效力ヲ生スルモノト規定セリ

(二)　相殺

第四百五十七條第二項ニ曰ク

保證人ハ主タル債務者ノ債權ニ依リ相殺ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得

例ヘハ千圓ノ債務ニ付キ保證人アル場合ニ於テ其債權者モ亦主タル債務者ニ對シテ千圓ノ債務ヲ負ヘリトセヨ此場合ニ於テ債權者カ主タル債務者ニ對シテ辨濟ヲ請求セハ主タル債務者ハ自己ノ債權ヲ以テ相殺ヲ對抗スヘシ然ルトキハ自己カ債務ヲ免ルルニ至ルカ故ニ主タル債務者ノ德義上ノ義務トシテモ相殺ヲ以テ對抗セサルヘカラサルナリ然ルニ主タル債務者カ有意又ハ無意ニテ相殺ノ抗辯ヲ爲ササリシカ若クハ債權者ニ對シテ請求ヲ爲サスシテ直チニ保證人ニ對シテ請求シタル等ノ場合ニ於テハ原則トシテ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ請求スヘシト主張スルコト即チ後訴ノ利益ヲ以テ對抗セサルヘカラサルニ非ス況ヤ種種ノ場合ニ於テ保證人ハ此後訴ノレ必スシモ此利益ヲ以テ對抗セサルヘカラサルニ非ス況ヤ種種ノ場合ニ於テ保證人ハ此後訴ノ利益ヲ有セサルコトアルニ於テオヤ此等ノ場合ニ於テ若シ保證人カ主タル債務者ノ債權ヲ以テ直接ニ債權者ニ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ストセハ果シテ如何ナル結果ヲ見ルヘキカ即チ保證人ハ其義務トシテ一旦其債務ノ全額千圓ヲ辨濟シ而シテ後主タル債務者ニ對シテ千圓ノ求償ヲ爲スヘク主タル債務者ハ自己ノ債權ニ據リ債權者ニ對シテ千圓ノ請求ヲ爲スヘシ然ルトキハ債權

者ハ一旦保證人ヨリ受取リタル千圓ヲ再ヒ支出セサルヘカラサルニ至リ其間ニ於テ千圓ノ現金カ三度動クコトト爲ル此ノ如キハ經濟上最モ不得策ナルモノニシテ爲メニ時日ヲ空費シ費用ヲ拋チ而モ其效果ハ同一ノ資本ヲ動スニ過キス之ニ反シテ保證人ニ於テ直チニ相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ得ハ三人各各一厘ノ現金ヲモ動スノ必要ナク保證人カ請求ヲ受ケタルトキニ相殺ヲ對抗セハ其一言ヲ以テ總テノ關係消滅シ費用ヲ要セス時日モ徒費スルニ至ラス相互ノ爲メ大ナル利益アリト謂フヘシ加之若シ右ノ如ク保證人カ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ストセハ請求權カ三人間ニ回轉セル間ニ無資力者ヲ生スルコトアリ若シ主タル債務者カ無資力ト爲ルトキハ保證人ノ損失ト爲リ債權者カ無資力ト爲ルトキハ主タル債務者ノ損失ニ歸スヘシ此等ノ弊ヲ避クル爲メニハ保證人ノ相殺權ヲ認ムルハ大ニ公平ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス此理論ハ既ニ連帶債務(四百三十六條二項)ニ付テモ採用シタル所ナリ殊ニ保證債務ハ主タル債務ノ從タルモノナルカ故ニ主タル債務ノ消滅原因ヲ以テ對抗シ得ヘキコトハ當然ニシテ連帶ノ場合ヨリモ一層其理由アリト謂フヘシ又保證人カ自己ノ有セル債權ヲ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ルハ固ヨリ論ヲ俟タス此場合ニ於テハ主タル債務者モ亦債權者ニ對スル債務ヲ免ル但保證人ハ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有ス何トナレハ主タル債務者カ債權者ニ對シテ債務ヲ免レタル點ヨリ觀レハ保證人カ辨濟ヲ爲シタルト毫モ異ナル所ナケレハナリ之ニ反シテ主タル債務者カ保證人ノ有セル債權ヲ以テ自ラ相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルハ明カナリ蓋シ保證人ハ主タル債務者ノ爲メニ

從タル債務ヲ負擔セル者ナリト雖モ主タル債務ハ全ク他人ノ債務ナリ然ルニ債務者カ其保證人ノ債權ヲ以テ相殺ヲ行フコトヲ得ルトセハ是レ俗諺ニ謂フカ如ク他人ノ糞鼻褌ヲ以テ相撲ヲ取ルモノニシテ其不道理ナルコト言ヲ俟タサルナリ故ニ敢テ明文ヲ設ケサルナリ

以上ハ主タル債務ニ付テ生シタル事項カ保證債務ニ及ホス影響ナリ其他ノ事項例ヘハ主タル債務カ消滅スレハ從タル保證債務モ消滅シ主タル債務カ取消サレタルトキハ保證債務モ取消サルルノミナラス主タル債務カ取消シ得ヘキトキニハ保證人ハ自ラ進ミテ其取消ヲ主張スルコトヲ得ル等ノ說明ハ既ニ保證ノ從タル性質ヨリ生スル結果トシテ論シタル所ナルカ故ニ茲ニ再ヒ述ヘサルヘシ唯一ノ特別ナル場合アリ他ナシ連帶保證ノ場合是ナリ第四百五十八條ニ曰ク

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

本條ハ第四百五十四條ト對照スルニ恰モ債務者ト保證人ト反對ノ地位ニ在リ即チ第四百五十四條ニハ「保證人カ主タル債務者ト連帶シテ云云」トアリ本條ニハ「主タル債務者カ保證人ト連帶シテ云云」トアリ然レトモ是レ別ニ差異アルニ非ス即チ法律ハ孰レカヲ主トセンストル趣旨ニ非ス但立法者カ特ニ二樣ノ書方ヲ爲シタルハ聊カ理由アリ即チ第四百五十四條ハ保證人ノ權利ヲ規定セル場所ナルカ故ニ保證人ヲ先ニシ第四百五十八條ハ主タル債務者ノ權利義務ヲ規定セル場所ナルカ故ニ主タル債務者ヲ先ニシタルノミ

以上說明シタル所ニ依レハ主タル債務者ニ付テ生シタル事項ハ一定ノ範圍內ニ於テ保證人ニ對シテモ亦其效力ヲ生ス新民法ハ舊民法又ハ佛蘭西法等ノ如ク債務者ニ付テ生シタル事項ハ保證人ニ對シテモ亦其效力ヲ生スト云フカ如キ汎博ナル規定ヲ設ケス例ヘハ主タル債務者ノ起シタル訴訟又ハ自白ノ如キハ保證人ニ對シテ毫モ其效力ヲ及ホスモノニ非ス故ニ若シ債權者カ保證人ニ對シテ判決ヲ受ケント欲セハ保證人ヲモ訴ヘサルコトヲ得サルナリ要スルニ主タル債務者ニ生シタル事項ハ原則トシテ從タル債務者ニモ其效力ヲ及ホスモノナリ之ニ反シテ保證人ニ付テ生シタル事項ハ原則トシテ主タル債務者ニ影響ヲ及ホサス唯辨濟又ハ相殺ノ如キ債務ノ消滅原因カ保證人ニ付テ生シタル場合ニ於テハ通常主タル債務モ亦消滅ス蓋シ保證人ノ債務ノ目的ハ畢竟主タル債務ノ履行ニ在ルカ故ニ其履行ヲ完ウシ又ハ之ト同一ノ效力アル行爲ヲ爲セハ則チ主タル債務ハ自ラ消滅スヘキノミ此他ノ事項ハ決シテ主タル債務者ニ影響ヲ及ホサス故ニ例ヘハ保證人ニ相殺ノ原因アルモ主タル債務者ハ之ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得ス又債權者カ保證人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲シ又ハ時效ノ中斷ヲ爲スモ主タル債務者ニハ通常何等ノ影響ヲモ及ホサス保證債務カ取消シ得ヘキ場合ニ於テ保證人カ其取消原因ヲ主張セサルニ方リ主タル債務ハ依然トシテ存在スルモノナリ況ヤ保證人カ代リテ之ヲ主張スルコトヲ得サルハ言ヲ俟タサルナリ然ルニ主タル債務者カ保證人ト連帶シテ債務ヲ負擔セル場合ニ於テハ之ト其趣ヲ異ニス是レ第四百五十八條ノ規定セル所ナリ

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

茲ニ一ノ注意ヲ請フヘキコトアリ他ナシ第四百三十四條乃至第四百四十條ノ規定ヲ適用スル所以ナリ而シテ其適用スヘキ部分ニ付テ云云」ト記載セル條文アルモ此語ハ連帶保證ニハ自ラ適用ナキコト是ナリ蓋シ普通ノ連帶債務者ナレハ原則トシテ各自其負擔分ヲ有シ特約ナキ限ハ各頭數ニ應シ平等ノ割合ヲ以テ負擔スルモノナレトモ保證人ハ元來負擔分ヲ有セサルカ故ニ此「負擔部分云云」ノ語ハ其適用ナキコト知ルヘキナリ即チ第四百三十六條第二項、第四百三十七條、第四百三十九條ノ場合是ナリ果シテ然ラハ第四百五十八條ニ於テ單ニ第四百三十四條乃至第四百四十條ヲ適用スル旨ヲ規定シタルハ廣キニ過クルカ如シ故ニ此適用ナキ條文ハ之ヲ除クヲ至當ト謂ハサルヘカラサルニ似タリ然レトモ此等規定ヲ適ニ適用スルトキハ實際其必要アリ即チ保證人ニ付テ生シタル事項ニシテ主タル債務者ニ影響スヘキ事項ニ付テハ其適用ナキモノアルモ主タル債務者ニ付テ生シタル事項ニ付テハ全部其適用ヲ見ルヘシ故ニ其適用ナキ部分ハ之ヲ除キテ規定スルトキハ却テ疑惑ヲ生スヘシ唯之ヲ解釋、適用スル者須ク規定ノ性質ニ稽ヘ適當ニ之ヲ運用スヘキノミ

而シテ此事ハ純然タル連帶者間ニ於テモ亦全ク之ナキニ非ス即チ債務者間ニ於テ單純ニ連帶債務ヲ負ヒ而モ負擔部分ヲ期セサル者アルコトアリ斯ル場合ニ於テハ其者ハ全ク保證人ト同シク實際上負擔部分ナル規定ノ適用ヲ受ケサルナリ故ニ負擔部分ニ關スル規定ノ適用ヲ受ケサルハ唯リ保證人ニ付テノミナリト謂フコトヲ得ス從來我邦ニ於テハ連帶債務者ニシテ負擔部分ヲ有セサル例寧ロ多キカ如シ學者或ハ負擔部分ノ有無ニ據リ純然タル連帶債務者ト連帶保證人トヲ區別セントスル者アルハ大ナル誤ナリ

尙ホ茲ニ附加、說明スヘキ事アリ連帶保證人カ主タル債務ニ因リテ影響ヲ受クル點ニ付テハ固ヨリ連帶ノ規定ノ適用ヲ受クルト雖モ此點ハ保證債務トシテ保證ノ規定ヲ適用スル方却テ其效力多キヲ見ルコト是ナリ或ハ連帶ニ於テハ各債務者皆直接ニ債務ヲ負擔スル者ナルカ故ニ單純ナル保證ノ場合ヨリモ其效力大ナルカ如キ觀アレトモ兩者ヲ比較セハ決シテ其然ラサルヲ知ルヘシ第一ニ連帶ノ規定タル第四百三十四條ニ於テハ連帶債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ生スルコトヲ認ム是レ保證ノ場合ニ於テモ第四百五十七條第一項ニ明文アリ次ニ連帶ノ規定タル第四百三十五條ニ債務者ノ一人ト債權者トノ間ニ更改アリタルトキハ總テノ債務者ノ利益ノ爲メニ債權ハ消滅スルコトヲ定ム此點ハ保證ニ於テハ主タル債務カ更改ニ因リテ消滅スレハ從タル保證人ハ其責ヲ免ルルハ當然ニシテ特ニ規定ヲ設クルノ必要ヲ見ス第四百三十六條ニハ連帶債務者ノ一人カ相殺ヲ援用シタルトキハ債權ハ總債務者ノ利益

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

連帶保證ト連帶債務ト同一ナル點ハ既ニ說キ來リタル所ニ依リ略ホ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ即チ連帶保證人ハ後訴ノ利益、檢索ノ利益及ヒ分別ノ利益ヲ有セス此點ハ通常ノ連帶債務ト擇フ所ナシ又第四百五十八條ヲ以テ連帶債務者ノ一人ニ付テ生シタル事項カ他ノ債務者ニ影響ヲ及ホスノ規定ヲ適用スルコトトセルニ因リ此點モ通常ノ連帶債務ト同一ナリ然リト雖モ連帶保證債務ト通常ノ連帶債務トハ全ク同一ナリト論スルコトヲ得ス但「ボワッソナード」氏其他或學者ノ云フカ如ク保證人ハ負擔部分ヲ有セス隨テ主タル債務者カ辨濟ヲ爲シタル場合ニ連帶保證人ニ對シテ求償スルコトヲ得サルヲ理由トシテ二者ノ區別ト爲スコトヲ得ス何トナレハ曩ニモ一言シタル如ク純然タル連帶債務ニ在リテモ或債務者カ負擔部分ヲ有セサル場合ニ於テハ他ノ債務者カ債務ノ全部ヲ辨濟スルモ此負擔分ヲ有セサル債務者ニ對シテハ同シク求償權ヲ有セサレハナリ果シテ然ラハ兩者ノ區別ヲ爲スノ要點如何他ナシ此區別ハ全ク主從ノ關係ノ有無ニ在リテ存ス即チ純然タル連帶債務ナレハ各債務者皆主タル者ナリ隨テ嘗テ說明シタル如ク一人ノ債務カ無效ナルモ敢テ他ノ者ノ債務ニ影響ヲ及ホサス一人ノ債務カ取消サルルモ他ノ者ノ債務ハ存在ス而シテ連帶債務者ハ各〻異ナリタル目的又ハ體樣ヲ以テ義務ヲ負フコトヲ得即チ一人ハ條件附、一人ハ期限附ニシテ他ノ者ハ無期限、無條件ニテ義務ヲ負フモ妨ナク又各債務者各〻異ナリタル條件ヲ以テ債務ヲ負フモ亦可ナリ是レ畢竟各自主タル者トシテ相對立スルコトヲ得ルニ由ル之ニ反シテ保證ノ場合ニ於テハ縱令連帶ヲ爲スモ其保證債務ハ從タルモノナルカ故ニ主タル債務カ無效ナル場合ニハ保證債務ニハ一點ノ瑕疵ナキモ亦無效ナリ又保證債務ハ主タル

債務ト其目的ヲ異ニスルコトヲ得ス故ニ主タル債務ノ目的カ金錢ナルトキハ保證債務ノ目的ハ米穀ナルコトヲ得サルナリ尤モ一部保證即チ主タル債務カ千圓ナルニ保證債務ハ五百圓ナルコトヲ得レトモ保證債務カ主タル債務ヨリ重キコトヲ得ス又保證債務ハ主タル債務ヨリ重キ體樣ヲ有スルコトヲ得故ニ例ヘハ主タル債務カ條件附ナルニ保證債務カ無條件ナルコト能ハサルナリ但一部ノ保證ヲ許ス結果トシテ主タル債務カ無條件ナルニ保證債務ニハ條件ヲ附シ又ハ主タル債務ノ期限ヨリ短キ期限ヲ以テ保證ヲ爲スコトヲ得ヘシ此等ハ皆保證カ從タル性質ヲ有スル結果ニシテ之ニ據リテ以テ連帶保證カ純然タル連帶債務ト異ナルヲ知ルヘシ

第二　保證人ト主タル債務者トノ關係

保證人ト主タル債務者トノ關係ハ或ハ委任ニ基キ或ハ委任以外ノ原因ニ出ツ主タル債務者カ保證人ニ依賴シテ保證債務ヲ負ハシメタルトキハ則チ委任ニ基ケルモノナリ（六百四十三條）即チ主タル債務者ハ「保證契約」ナル法律行爲ヲ爲スコトヲ依賴シ保證人ハ之ヲ承諾シタルモノナルカ故ニ委任ニ外ナラス其他ノ場合ニ於テ保證ヲ爲スハ全ク委任以外ノ行爲ニ出ツルモノナリ而シテ委任以外ノ行爲ニ因ル保證人カ債務ヲ辨濟シタルニ因リ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ行使スルハ理論上不當利得ノ法則ニ依ルモノナリ即チ保證人カ主タル債務者ニ代リテ辨濟ヲ爲ストキハ其結果トシテ主タル債務者ハ辨濟スルコトヲ要セサルニ至ルヘキカ故ニ其債務ハ消滅シ主タル債務者ハ爲メニ利益ヲ受クルコトト爲リ恰モ民法第七百三條ニ「法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之カ爲メニ他人ニ損失ヲ及ホシタル者ハ云云」ト云フニ該ル尙ホ不當利得ハ本人ノ委任ナキ場合ニハ不當利得ノ原理ニ據ラス但後ニ承諾ヲ爲スモ委任ト爲ルコトナシ要スルニ主タル債務者ノ委託ヲ受ケス又ハ主タル債務者ノ意思ニ反シテ保證ヲ爲スモ仍ホ全ク保證タルニ妨ナシト雖モ其效果ヲ異ニスルナリ

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

（一）委任ニ因ル保證ノ場合

此場合ノ原則ハ第四百五十九條ニ規定セリ曰ク

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

第四百四十二條第二項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

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

帶ト同一ノ規定ニ從フヲ可トスル如キモ連帶ニハ委任ナキコト多シ故ニ其原因ヲ異ニスルヲ以テ同一ノ規定ニ從フコトヲ得サルコト多シ唯注意スヘキハ連帶ハ常ニ委任アル場合ト類似ノ關係ヲ生シ債務者ハ互ニ利害ヲ共ニスルモノニシテ受任者ノ爲シタル行爲カ委任者ニ影響ヲ及ホスト頗ル類似シタル關係アリ故ニ其規定モ亦自ラ相類スルモノアリ委任ニ因ル保證ノ場合ニ於テハ純然タル委任關係アリ唯求償權ノ性質ハ略ホ同シキカ故ニ第四百四十二條第二項ノ規定ヲ準用セルノミ

先ツ第四百五十九條第一項ノ說明ヲ試ミンニ此場合ノ求償權ハ連帶ノ場合ニ於ケルカ如ク必スシモ免責行爲ヲ爲シタル後始メテ之ヲ行フコトヲ得ルニ非スシテ債權者ニ辨濟スヘキ裁判言渡ヲ受ケタルトキニ在リテモ亦求償權ハ成立スルナリ是レ保證人ハ主タル債務者ノ委任ヲ受ケテ其委任事項ヲ履行シ之ニ因リテ自己カ辨濟ヲ爲ササルヘカラサル境遇ニ至リタルモノナルカ故ニ直チニ求償權ヲ行フコトヲ得セシムルモノニシテ第六百五十條ノ規定ト其趣旨ヲ同シウス又「主タル債務者ニ代ハリテ辨濟ヲ爲シ云云」是ハ連帶ノ場合ト同樣ナリ然レトモ「其他自己ノ出捐ヲ以テ債務ヲ消滅セシムヘキ行爲」トハ相殺、和解等債務消滅ノ原因ト爲リ得ル行爲ニシテ主タル債務者カ之ニ因リ其債務ヲ免ルヘキ場合ヲ指スモノニシテ保證人ハ總テ直チニ求償ヲ爲スコトヲ得ルナリ茲ニ「債務ヲ消滅セシムヘキ行爲」トアルハ連帶ノ處ニ「免責ヲ得タルトキ」トアルニ該ル此區別アル所以ハ委任ニ因ル保證人ハ苟モ保證人タルノ義務ヲ十分ニ盡シ了レハ則チ此ニ求償權ハ成立スルノ意ニシテ縱令主タル債務カ既ニ消滅シタルニ後ニ於テモ保證人カ過失ナクシテ辨濟、更改、相殺、和解等ヲ爲セハ主タル債務者ニ對スル求償權ヲ生スルナリ畢竟「消滅セシムヘキ行爲」ナル文字ハ右ノ意義ヲ表明スル爲メニ用ヒタル文字ナリ然ラハ保證人ニ過失アル場合トハ如何是レ第四百四十三條ノ規定ハ保證人ニ之ヲ準用スル出捐ヲ爲シタルトキハ第四百四十三條ノ規定ハ主タル債務者ニモ亦之ヲ準用スル第四百四十三條ニ依レハ債權者ヨリ請求ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テ善意ニテ辨濟其他免責ノ爲ヲ爲シタルニ他ノ債務者カ債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ヲ有セス是レ其過失ニ基クモノナリ之ト同シク保證人カ其請求ヲ受ケタルコトヲ主タル債務者ニ告ケスシテ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ主タル債務者カ債權者ニ對シテ相殺ノ原因ヲ有シ其他和解又ハ更改ヲ爲シタル場合ニ於テハ債務者ハ保證人ノ求償ニ應セサルコトヲ得是レ第四百六十三條第一項ノ規定ノ趣旨ナリトス又主タル債務者カ保證ノ委任ヲ爲シタル場合ニ於テ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルニ之ヲ保證人ニ通知セスシテ辨濟等ヲ爲シタルトキハ主タル債務者ニ過失アルカ故ニ若シ保證人カ之ヲ知スシテ辨濟シタルトキハ其辨濟ヲ有效トシテ保證人ノ求償ニ應セサルコトヲ得サルナリ但委任ナキ場合ニ於テハ主タル債務者カ自ラ辨

濟ヲ爲スハ當然ナルカ故ニ之ヲ保證人ニ通知スルコトヲ要セス故ニ保證人カ先ツ主タル債務者ニ對シテ辨濟シタルヤ否ヤヲ確メスシテ自ラ辨濟スルハ大ナル過失ト謂ハサルヘカラス尙ホ殆ト言フヲ俟タサル如キモ玆ニ一言スヘキ事アリ他ナシ保證人ハ自己カ何等ノ出捐ヲモ爲ササル場合即チ無償ニテ債務ノ免除ヲ得タル場合ノ如キハ求償權ヲ有セサルコト是ナリ蓋シ保證人ノ求償權ハ自己ノ負擔ニ歸シタルモノヲ債務者ニ對シテ請求スル權利ニシテ結局第六百五十條ノ規定ト同一ノ精神ニ出ツ故ニ若シ保證人カ無償ニテ主タル債務ヲ免レシメタリトスレハ主タル債務者ハ非常ノ幸福ニシテ大ニ喜フ所ナルヘキモ保證人ハ事實出捐シタルモノアラサルカ故ニ償還ヲ求ムヘキモノナキナリ

尙ホ保證人カ或給付ヲ爲シテ自己ノ義務ヲ免レントスル場合ヲ說明セン例ヘハ主タル債務ハ依然存在スルモノトシ別ニ若干ノ金錢ヲ給付シテ以テ保證債務ヲ免除センコトヲ請ヘル場合ノ如シ是レ主ニ事實問題ニシテ場合ニ依リ二樣ノ意味ヲ有スヘシ一ハ保證人ノ給付シタルモノハ全ク主タル債務ノ內拂タル場合ニシテ其殘額ニ付キ保證人其義務ヲ免ルル場合是ナリ他ノ一ハ保證人カ其債務ヲ免ルル爲メニノミ若干ノ出捐ヲ爲ス場合ニシテ保證債務ハ之ヲ免ルルモ主タル債務ニハ何等ノ關係ナク債權者ハ主タル債務者ニ對シテハ依然トシテ全部ノ債權ヲ有スル場合是ナリ此等ノ場合ニ付キ外國ノ法律ニ於テハ法律上ノ推定ヲ設ケタル例勘カラス我舊民法財產編第五百十一條ニ於テハ保證人ト債權者トノ間ニ成立シタル保證ノ免除ハ主タル債務者ヲシテ

債務ヲ免レシメストセルカ故ニ暗ニ之カ爲メニ支出シタルモノハ之ヲ內拂ト視サルノ規定ナリト謂ヒテ可ナリ又或外國ニハ全ク右ノ反對ニ出テ特約アルニ非サレハ債務ノ一部トシテ之ヲ計算スルモノトセル立法例アレトモ是レ甚タ不當ナリ要スルニ實際問題ニ臨マハ須ク當事者ノ意思ヲ審ニシテ而シテ後之ヲ決スヘキノミ即チ當事者ノ意思ハ場合ニ依リテ異ナリ或ハ主タル債務額ノ半額ニ當ル金錢ヲ給付シタル者ハ其債務ノ半額ヲ消滅セシムル意思ナルヘシト解釋シ得ヘキモ其給付シタル金額ノ些少ナル場合例ヘハ主タル債務額ノ一割若クハ二割ニ相當スルニ過キサル場合ノ如キハ是レ債務ノ一部ヲ辨濟シタルモノト謂フコトヲ得サルコト多ク全ク自己ノ保證債務ノミヲ免除セシムル趣旨ナリト看ルヲ妥當トスヘキカ如シ故ニ此場合ニ於テハ主タル債務ニハ何等ノ關係ナク唯保證人カ主タル債務ノ內拂ヲ爲スノ意思アリシトキニ限リ其債務ノ一部ヲ消滅セシムヘキノミ故ニ我新民法ハ此場合ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケサリシナリ

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

シ然トモ少シク熟考スレハ大ニ其理由アルヲ見ン第四百六十條ニ曰ク

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

一　主タル債務者カ破產ノ宣告ヲ受ケ且債權者カ其財團ノ配當ニ加入セサルトキ

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

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

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

保證人カ主タル債務者ニ對シテ豫メ求償權ヲ行フ場合ノ第一ハ主タル債務者カ破產ノ宣告ヲ受ケ而モ債權者カ其財團ニ對シテ請求ヲ爲ササル場合是ナリ此場合ハ理論ヨリ云ヘハ破產手續ヲ

了ラサレハ果シテ全部ノ辨濟ヲ爲シ得ルヤ否ヤヲ知ルコト能ハス而モ求償權ヲ行ハシムルハ其當ヲ得サルカ如シ但第四百五十二條但書ノ規定ニ據リ債權者カ直チニ保證人ニ請求スルトキハ保證人ハ敢テ辨濟ヲ拒ムコトヲ得ス此場合ニ於テ求償權ヲ行使スルコトヲ得ルハ固ヨリナリ然レトモ保證人ハ債務者ノ破產ニ因リ敢テ期限ノ利益ヲ失フモノニ非サルカ故ニ其期限ノ到來前ニ在リテ債務者カ破產ノ宣告ヲ受クルトキハ債權者ハ之ニ對シテハ請求ヲ爲スコトヲ得ルモ本問ノ場合ニハ其請求ヲ爲サス又保證人ニ對シテハ未タ請求ヲ爲スコトヲ得ス故ニ保證人ハ求償權ヲ行フ理由ナキカ如シ然レトモ飜テ保證人ノ利益ヲ考フレハ亦大ニ顧慮セサルヘカラサルモノアリ蓋シ債權者カ破產財團ニ加入シテ分配ヲ受クルノ策ヲ爲セハ可ナルニ敢テ其手續ヲ爲サス又自己ニ對シテ辨濟ヲ請求セント欲セハ成ルヘク速ニ請求スルコトヲ希望スルモ債權者ハ又之ヲ爲サス又保證人カ期限ノ利益ヲ有スル場合ニハ敢テ自ラ期限ノ利益ヲ拋棄シテ速ニ辨濟スルハ固ヨリ其好ム所ニ非ス主タル債務者ノ財產ハ單ニ其加入シタル債權者ノミニ分配スルモノナルカ故ニ期限到來ノ後債權者カ保證人ニ對シテ請求ヲ爲シタリシトセンニ保證人求償權ヲ行ハント欲スルモ主タル債務者ノ財產ハ最早殆ト全部ノ分配アリタル後ナリトセハ保證人ハ債務者ニ對シテ求償權ヲ行フモ殆ト其效ナキニ了ラン故ニ其迷惑實ニ想フヘシ此ノ如ク保證人ノ爲メニハ不利益ナル結果ヲ來スニ拘ハラス債權者ハ確實ナル保證人アルコトヲ恃ミテ債務者ノ破產財團ノ配當ニ加入セストセンニ保證モ亦債務者ノ破產ヲ傍觀シテ看ス全額ノ損失ヲ招カサル

ヘカラストセハ酷モ亦極マレリト謂フヘシ故ニ保證人ニ於テ債權者ニ代リテ配當ニ加入スルコトヲ得サルヘカラス然リ而シテ縱令保證人カ代リテ加入スルモ主タル債務者ハ勿論他ノ債權者モ何等ノ異議ヲ挿ムコト能ハス蓋シ後段說明スヘキカ如ク此加入ハ必スシモ保證人カ直チニ配當ヲ受クルモノニ非ス故ニ何等ノ危險ナキモノト看サルヘカラス而シテ債權者ハ其債權額ニ付テハ元來其配當ニ加入スヘキモノナルニモ拘ハラス加入セサルカ故ニ保證人カ代リテ之ニ加入スルモノナレハ主タル債務者ハ敢テ重複ニ義務ヲ負擔スルモノニ非ス然ラハ毫モ他ノ者ノ利益ヲ損スルコトナクシテ大ニ保證人ヲ保護スルコトト爲リ此規定ハ極メテ穩當ナリト謂フヘキナリ

保證人カ主タル債務者ノ破產財團ニ加入スルハ以上ノ理由ニ基ケルカ故ニ第四百六十條第一號末文ニ於テ「且債權者カ其財團ノ配當ニ加入セサルトキ」トアリ然ラハ債權者カ債務者ノ財團ノ配當ニ加入シタルトキハ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スコト能ハサルカ曰ク然ラス或ハ曰ハン債權者ハ一方ニ於テハ債務者ノ破產財團ノ配當ニ加入シ一方ニ於テハ保證人ニ請求スルコトヲ得ルトセハ債權者ハ二重ノ請求ヲ爲ス者ニシテ甚タ不都合ナリト謂フヘシト然レトモ保證人ハ第五百條ノ規定ニ依リ當然債權者ニ代位スル者ナルカ故ニ債權者ノ配當加入ハ結局保證人ノ利益ト爲ルモノニシテ債權者ニ不當ノ利益ヲ爲サシムルモノニ非サルナリ之ニ反シテ債權者カ既ニ配當ニ加入セルニ拘ハラス更ニ保證人ヲシテ加入セシムルトキハ破產財團ハ二重ノ請求ヲ受クルニ至ルカ故ニ右ノ條件ヲ設ケタルナリ然ラハ主タル債務者カ破產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ債權者カ直チニ其財團ニ對シテ配當ノ加入ヲ爲ササルニ由リ保證人カ先ニ加入シタルトキハ債權者ハ最早其財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得サルヤ否ヤ蓋シ破產財團ニ對シテ配當ニ加入スルハ一定ノ時間之ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ總テノ債權者ト同時ニ加入ヲ爲ササルヘカラサルニ非ス然レトモ若シ之ヲ許ストセハ一ノ債權ニ付テ二重ノ加入ヲ爲スコトト爲ル例ヘハ保證人ハ自己ノ求償權ノ名義ヲ以テ千圓ノ加入ヲ爲シ債權者ハ亦其千圓ノ債權ニ付キ加入スルトセハ單ニ千圓ノ債務ニ對シ二千圓ノ請求ヲ受クルコトト爲ルヘシ此ノ如キハ決シテ許スヘカラサル所ナリ然ラハ其結果如何畢竟保證人ノ配當加入ハ無效ニ歸スルノ外ナシ元來保證人ハ原則トシテハ有償ノ免責行爲ヲ爲スニ非サレハ求償權ヲ有セサルモ本條第一號ノ條件ヲ具備スレハ其以前ニ於テモ加入ヲ爲スコトヲ得ルノミ然ルニ債權者ノ後日ノ加入ニ因リ右ノ條件ヲ缺クニ至リタルカ故ニ保證人ノ加入ヲ無效トセサルコトヲ得サルナリ

第二ノ場合ハ「債務カ辨濟期ニ在ルトキ」是ナリ主タル債務カ辨濟期ニ在レハ保證人直チニ求償權ヲ行フコトヲ得ルモノトスルハ一見大早計ニ失シタル規定ナルカ如キモ此ノ如ク定ムルニ非スンハ保證人ハ往往損失ヲ被ルコトアルヘシ即チ若シ保證人ノ資力十分ナル場合ニ於テハ債權者ハ之ニ安ンシテ毫モ主タル債務者ヲ顧ミス唯保證人ニ辨濟セシムレハ可ナリト爲シ主タル債務者ニ對シテ更ニ請求ヲ爲ササルコトアルヘク甚シキニ至リテハ若シ高率ノ利息ヲ得ル場合

ノ如キ寧ロ其辨濟ノ遲カランコトヲ希望スルコトアルヘシ又保證人ニ於テモ自ラ速ニ履行ヲ爲シ隨テ求償權ヲ行フコトヲ得ト雖モ主タル債務者ニ於テ履行スルヤ否ヤ不分明ナルニ方リ進ミテ辨濟ヲ爲スカ如キハ甚タ不利益ナルカ故ニ姑ク默止スルコト通例ナルヘシ然ルニ主タル債務者ノ資力ハ目下猶ホ辨濟ヲ爲スニ十分ナルモ何時無資力ト爲ルカ測リ難ク而モ債權者ハ敢テ請求ヲ爲ササランカ保證人ハ大ニ損失ヲ被ルコトアルヘシ而シテ主タル債務者ハ結局辨濟ヲ爲ササルヘカラサル者ナルカ故ニ保證人ノ求償權ニ服スルハ債權者ノ請求ナキニ保證人ニ對シテ辨濟ヲ爲スカ如キ姿ト爲リ債務者ノ爲メニハ頗ル不利益ナルカ如シト雖モ保證人ノ利益ノ爲メニハ宜シク此ノ如クナルヘク而シテ債權者ニ於テモ亦異議ヲ唱フヘキ餘地ナキナリ要スルニ此規定モ亦頗ル穩當ナリト謂ハサルヘカラス

右第四百六十條第二號ノ但書ニ付テハ大ニ議論アリ舊民法ノ如キハ斯ル規定ヲ設ケサリキ「ボワッソナード」氏ハ佛蘭西法ニモ存スル我新民法ト同樣ノ規定ヲ以テ甚タ不當ナリトシ債權者カ主タル債務者ニ猶豫期限ヲ與ヘタルトキハ保證人モ亦延期ノ利益ヲ受クルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ特ニ保證人ニ求償權ヲ與フル必要ナシト說ケリ是レ甚タ謬レリ論者ノ說ノ如クンハ本條第二號ノ規定ハ其要ナシト謂ハサルヘカラス何トナレハ債務ノ期限到來セルニ拘ハラス債權者カ請求ヲ爲ササルニ於テハ是レ恰モ猶豫期限ヲ默許シタルニ等シク而モ保證人ハ自己ノ責任ヲ免ルルコトヲ得サルカ故ニ不利益ナリトシテ本條第二號ノ規定アリ然ルニ債權者カ明カニ猶豫期限ヲ與ヘタルトキハ保證人カ求償權ヲ行フコトヲ得ストスルハ是レ前後矛盾ト謂ハサルヘカラサレハナリ畢竟保證人ニ豫メ求償權ヲ與フルハ後日主タル債務者カ無資力ト爲ルコトアルヘキヲ慮リ保證人ニ損害ナカラシメントスルニ外ナラサルカ故ニ一旦右第二號ノ規定ヲ必要トスル以上ハ但書ハ之ニ伴ヒテ必要ナリト謂ハサルヘカラス

此第二號ノ規定ヲ第一號ノ規定ト比較スレハ聊カ疑ヲ生セサルニ非ス即チ主タル債務者カ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ期限ノ利益ヲ失ヒテ債務ハ辨濟期ニ至ルモノナリ（百三十七條一號、舊商九百八十八條參照）（家資分散ハ破產ニ同シキモ此場合ニ於テハ實際上保證人ハ配當ニ加入スルコトヲ得ス）然ラハ第一號ト第二號トハ重複シ第一號ハ無用ノ規定ニ歸スヘシトノ論アルヤモ知ルヘカラス然レトモ破產ノ場合ハ通常ノ辨濟期ニ在ルトキト異ナリテ債權者カ其財團ノ配當ニ加入セサルコトヲ以テ條件ト爲セリ然ルニ第二號ハ何等ノ條件ナク縱令債權者カ請求ヲ爲スモ仍ホ保證人ハ自己ノ求償權ヲ行フコトヲ得是レ後條ニ規定セル如ク保證人ノ受取ルヘキモノヲ以テ直チニ債權者ニ支拂フコトヲ得ルカ故ニ敢テ制限ヲ加フルノ必要ナケレハナリ而シテ事實上ニ於テモ苟モ債權者カ請求ヲ爲シタル以上ハ通常ハ破產手續ノ如ク長時日ヲ要スルモノニ非サルカ故ニ敢テ衝突ヲ來サス又若シ債權者カ單ニ請求ヲ爲シタル儘放置スルカ如キ場合ニ於テハ殊ニ保證人ノ求償ヲ許ス必要アリ隨テ右二號ノ規定ハ決シテ重複スルモノニ非サルナリ』

第三ノ場合即チ「債務ノ辨濟期カ不確定ニシテ且其最長期ヲモ確定スルコト能ハサル場合ニ於

テ保證契約ノ後十年ヲ經過シタルトキ」ニ求償權ヲ付與スルハ頗ル干渉ニ過クルカ如シト雖モ飜テ保證人ノ爲メニ考フレハ實ニ己ムコトヲ得サルモノアリ例ヘハ終身年金權即チ債權者、債務者又ハ第三者ノ終身ヲ期シテ年年若干圓ツヽ支拂フヘキ債務ノ保證ニ立チタル者條件附債務即チ何時其債務ヲ辨濟スヘキカ其時期不分明ナル場合ニ於ケル債務ヲ保證シタル者、禁治產者ノ後見人ノ爲メニ保證人ト爲リタル者（禁治產者ハ何時能力ヲ恢復スルカ將タ之ヲ恢復セサルカ測ルヘカラス隨テ禁治產者ノ終身間若クハ後見人ノ終身間後見人ノ任務繼續スルコトアルヘク之ヲ保證シタル者ハ實ニ不確定ナル債務ヲ負擔シタル者ナリ）等是ナリ此等ノ者ハ何十年其義務ヲ負フカ分明ナラス而シテ保證債務ハ相續人ニ移ルカ故ニ保證人カ死スルモ主タル債務カ消滅スルカ若クハ特ニ免責ヲ得ルニ非スンハ其債務ハ相續人ニ及フモノナリ人若シ保證人カ斯ル結果ヲ厭ハハ初ヨリ保證ニ立タサルニ如カスト云ハハ吾復タ何ヲカ言ハン然レトモ本來好ミテ保證ヲ爲スカ如キコトハ極メテ稀ナルヘク多クノ場合ニ於テハ債務者ノ依賴ヲ受ケテ之ヲ辭スルノ方便ナク已ムコトヲ得ス承諾スルヲ常トシ且保證人ハ多クノ場合ニ於テハ其責任ノ斯ク長ク繼續スルコトアラサルヘシト信シテ之ヲ承諾シタルニ事豫想ニ反シテ大ニ年月ヲ加フルコトアルヘシ加之保證人自身ニ取リテハ恩義アル親族若クハ親友ノ間柄ナルニ由リ之ヲ避クルコトヲ得サリシ關係アリトスルモ其相續人ニ至リテハ敢テ斯ル事情ヲ存セス然ルニ仍ホ數十年ノ間其義務ヲ免レストスルハ頗ル苛酷ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ民法ニ於テハ原則トシテ總テ

全ク人ノ自由ヲ奪フカ如キ契約ハ之ヲ認メス（固ヨリ斯ル原則ハ明文トシテ揭ケサレトモ各種ノ契約ニ付キ各別ニ規定セリ）例ヘハ無期ノ組合契約ニ於テハ何時ニテモ其組合ヲ脫退スルコトヲ許シ（六百七十八條）又已ムコトヲ得サル事由アルトキハ解散ヲ請求スルコトヲ得（六百八十三條）雇傭契約ニ於テモ或短期ノ豫告期間ヲ以テ解約ヲ爲スヲ許シ（六百二十七條）又已ムコトヲ得サル事由アルトキハ直チニ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ許セリ（六百二十八條）是レ文明國ノ法律ノ概ネ皆認ムル所タリ然ルニ前ニ述ヘタル如ク保證人ノ義務ハ性質上永久ニ繼續シ得ルモノナリ蓋シ人ノ自由ヲ無限ニ束縛スルハ公益ニ害アルノミナラス之ヲ經濟上ヨリ考察スルモ不確定ナル債務ヲ永ク存續セシムルコトハ甚タ好マシカラス即チ既ニ債務ヲ免レタルヘシト信セシニ意外ニモ其債務未タ消滅セサルコトアルニ於テハ債務者（本問ノ場合ニ在リテハ保證人）ニ取リテハ頗ル迷惑ヲ感スヘク又實際ノ取扱上ニ於テモ不確定ナル權利義務ノ永續スルハ錯雜ナル結果ヲ生スヘキカ故ニ此種ノ債務ヲ速ニ消滅セシメントスルハ立法者ノ希望スル所ナリ殊ニ保證人ハ前ニ述ヘタル如ク好意ヲ以テ他人ノ爲メニ債務ヲ負擔スルヲ通例トシ而シテ保證ハ信用ノ發達ノ爲メ必要ナルモノナルカ故ニ特ニ之ヲ保護セサルヘカラス此等ノ理由ニ據リ保證契約ノ後十年ヲ經過シタルトキハ辨濟期ノ未タ到來セサルニ拘ハラス保證人ヲシテ求償權ヲ行フコトヲ得セシムルコトトセリ

次ニ一言スヘキハ右ノ場合ニ於ケル期間ノ起算點カ舊民法ト異ナルコト是ナリ（擔三十四條三

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

右第四百六十條第三號ニ「最長期ヲモ確定スルコト能ハサル場合云云」トアリ此ノ文字ノ意味ニ付テハ往往疑ヲ懷ク者アルカ如シ蓋シ債務ノ辨濟期ノ不確定ナル場合ニ種種アリ債務カ何時終了スルカ知ルヘカラサル場合ト一定ノ時期以後ニハ存續セサル場合トアリ此末ノ場合ニ於テハ其最長期マテ義務ヲ負フ覺悟アレハ可ナリ例ヘハ未成年者ノ後見人ノ債務ヲ保證シタル場合ノ如シ（九百三十三條參照）即チ後見人カ擔保ヲ供スヘキ場合ニ於テ保證人ヲ立ツルコト頗ル多カルヘシ是レ西洋ニ於テモ其例ニ乏シカラスト聞ク斯ル場合ニ於テ後見人ノ義務ハ後見ノ終了ニ至ルマテハ存在スルカ故ニ何時其辨濟期到來スヘキカ知ルヘカラス而シテ保證債務モ亦之ニ隨伴スヘシ然ルニ後見人ノ義務ハ後見人ノ死亡又ハ被後見人ノ死亡其他ノ原因ニ因リテ消滅スヘキモノニシテ其債務ノ存續期間不確定ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ被後見人カ成年ニ達スルトキハ後見自ラ消滅スヘキカ故ニ其債務ノ最長期ハ常ニ確定セルモノト謂ハサルヘカラス之ニ反シテ禁治產者ノ後見人ニ至リテハ禁治產者カ能力ヲ恢復スルノ時期不明ナルカ故ニ後見人ノ債務モ亦存續期間ヲ知ルコトヲ得ス隨テ其債務ノ辨濟期カ不確定ナル場合ナリ尙ホ不確定債務ニシテ其最長期ノ確定セル例ヲ示セハ或人ノ終身ヲ限トセル債務ヲ保證シ之ニ條件ヲ附シ若シ其者カ二十年以上生存スルトキハ保證債務ハ二十年ヲ以テ終了スルモノト爲シタル場合ノ如シ此場合ニ於テモ最長期ハ確定セルカ故ニ右第三號ノ適用ナキナリ

以上ヲ以テ保證人カ未タ辨濟其他免責行爲ヲ爲ササル場合ニ於テ求償權ヲ行フコトヲ得ル場合ノ說明ヲ了レリ既ニ說明シタル如ク保證人カ債權者ニ辨濟スヘキ裁判言渡ヲ受ケタルニ因リテ債務者ニ對シテ求償權ヲ行フ場合（四百五十九條）及ヒ第四百六十條ノ場合ニ於テ保證人ニ求償權ヲ行フコトヲ許シタルハ皆保證人ヲ保護スルノ精神ニ外ナラス然リト雖モ保證人カ求償權ニ由リ主タル債務者ヨリ豫メ賠償ヲ受ケタルニ拘ハラス債權者ニ對シテ辨濟ヲ爲ササランカ債權者ハ何時ニテモ主タル債務者ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得然ルトキハ主タル債務者ハ保證人ニ對シテ豫メ求償權ニ服シ又更ニ債權者ノ請求ニ應セサルコトヲ得サルヲ以テ結局二重拂ヲ爲ササルヘカラサルニ至リ債務者ニ取リテハ甚タ迷惑ナリト謂ハサルヘカラス之ヲ救濟スルノ方法ハ（第一）保證人ヲシテ擔保ヲ供セシムルニ在リ即チ或ハ確實ナル保證人ヲ立テシメ或ハ抵當權、質權ヲ設定セシムルコト是ナリ是レ頗ル迂遠ナルニ似タリト雖モ此方法ニ依ルトキハ保證人カ無資力ト爲リタルニ因リテ債務者カ被ルコトアルヘキ損害ヲ豫防スルコトヲ得ヘシ（第二）主タル債務者カ保證人ニ對シテ自己ニ免責ヲ得セシムヘキ旨ヲ請求スルニ在リ保證人カ債務者ニ免責ヲ得セシムル場合ハ主トシテ更改ナリ即チ從來主タル債務者ト債權者トノ間ニ存立セル

債權關係ヲ更改ニ因リテ保證人ト債權者トノ間ノ債權關係ト爲ス場合是ナリ此ノ如クスルトキハ主タル債務者ハ全ク其債務ヲ免ルルカ故ニ二重拂ヲ爲スノ危險ハ毫モ存セサルニ至ル而シテ保證人ノ資力カ十分ナル場合ニ於テハ債權者ハ右ノ更改ヲ承諾スルコトアルヘシ尚ホ主タル債務者ヲシテ其債務ヲ免レシムル場合ハ或ハ保證人カ債權者ニ對シテ相殺ヲ對抗スル場合ナリ是レ通常ノ場合ニハ起ラスト雖モ債務ノ辨濟期カ既ニ到來セル場合ニ於テ若シ保證人カ債權者ニ對シテ債權ヲ有セルトキハ相殺ヲ對抗シ以テ主タル債務ヲ免レシムルコトヲ得ヘシ又稀ナル場合ヲ云ヘハ保證人ト債權者トノ間ニ或契約ヲ締結シ其附隨事項トシテ主タル債務者ノ債務ヲ免レシムルコトヲ得ヘシ例ヘハ和解ヲ爲シテ債權者ハ主タル債務者ニ對スル權利ヲ拋棄シ保證人ハ債權者ニ對スル他ノ主張ヲ拋棄スルカ如キ是ナリ（第三）主タル債務者カ保證人ニ對シテ直チニ償還ヲ爲スニ代ヘテ單ニ供託ヲ爲シ置ケハ一方ニ於テハ何時債權者ヨリ請求セラルルモ其供託物ヲ以テ辨濟ニ充ツルコトヲ得ヘク他ノ一方ニ於テハ保證人ハ供託物ヲ自由ニ處分スルコト能ハサルカ故ニ主タル債務者ハ保證人カ無資力ト爲レルニ因リテ被ルコトアルヘキ損害ヲ免ルルコトヲ得ヘシ加之保證人モ損失ヲ被ルノ虞ナク而シテ債權者カ供託物ヲ受取ルニ因リテ債務ハ消滅スルカ故ニ實際最モ行ハレ易キ方法ナリト信ス（第四）主タル債務者カ保證人ニ對シテ直チニ償還ヲ爲スニ代ヘテ擔保ヲ供スルニ在リ是レ亦頻繁ニ行ハルル所ナルヘシ蓋シ主タル債務者カ辨濟ヲ爲ササルニ因リ保證人カ代リテ辨濟ヲ爲セハ主タル債務者ハ償還ノ義務ヲ負フコト固ヨリ言ヲ俟タスト雖モ保證人カ未タ辨濟ヲ爲ササルニ方リテ償還ヲ爲ストキハ他日保證人カ無資力ト爲リタルニ因リテ主タル債務者カ損害ヲ被ルコトアルニ由リ之ヲ豫防センカ爲メニ保證人ニ對シテ償還ヲ爲ス代リニ十分ナル擔保ヲ供スルトキハ保證人ハ主タル債務者ノ無資力ニ因リテ損害ヲ被ルノ虞ナク主タル債務者ハ直チニ保證人ニ金錢ヲ拂フ如キ必要ナキニ至リ債務者ノ爲メニ頗ル便利ナリト謂フヘシ例ヘハ十分資力アル保證人ヲ立テ又ハ質權、抵當權ヲ設定スルカ如キ是ナリ（第五）主タル債務者カ保證人ヲシテ免責ヲ得セシムル場合ハ債務者カ債權者ト談判シ或ハ無償ニテ或ハ債務ノ一部ヲ辨濟シ或ハ保證人ニ代ヘテ質若クハ抵當又ハ他ノ保證人ヲ供シ以テ債權者ヲシテ保證債務ヲ免除セシムル場合ノ如キ是ナリ要スルニ債權者ノ承諾ヲ得テ保證人ノ義務ヲ免レシムルニ在リ是レ亦實際行ハレ易キ方法ナリトス以上五種ノ方法中其一ヲ取レハ則チ保證人及ヒ債務者雙方ノ利益ヲ均一ニ保護シ得テ何人ニモ損害ヲ及ホスコトナシ是レ第四百六十一條ニ規定セル所ナリ同條ニ曰ク

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

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

ノ義務ヲ免ルルコトヲ得

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

（二）委任ヲ受ケスシテ保證ヲ爲シタル場合

保證人ハ通常主タル債務者ノ委任ニ因リテ保證人ノ地位ニ立ツモノニシテ委任ナクシテ保證人ト爲ルコトナキニ非ス此場合ニ於テモ亦保證債務ハ成立スルモノナリ例ヘハ主タル債務者カ親戚又ハ親友ナルニ由リ債權者ト協議ノ上保證人ト爲リ債權者ハ其代リニ債務ノ辨濟期限ヲ延長シタル場合ノ如キ又ハ債權者ノ依賴ニ因リテ保證人ニ立チタル場合ノ如シ此後例ノ場合ハ實際極メテ稀ナルヘシト雖モ時トシテハ債權者カ債務者ノ親戚又ハ友人ニ向ヒ「貴下ノ親戚又ハ友人タル某ニ金錢ヲ貸付シタルモ何時無資力ト爲ルカ測リ知ルヘカラサルヲ以テ貴下ニ於テ保證人ニ立タルルナラハ予ニ取リテ甚タ幸ナリ」ト云ヒテ保證人ト爲ルコトヲ依賴スルコトアリ若シ債權者ノ依賴ヲ受ケタル者カ其依賴ニ應スルトキハ保證債務成立スルコト固ヨリナリ又射利的ニ保證人ト爲ルコトナキニ非ス例ヘハ債權者カ或人ニ金錢ヲ貸付シタルモ其人ノ實際ノ資力ヲ知ラサルニ由リ其人ヲ知リタル或他ノ人ニ依賴シテ保證ヲ爲サシメ其報酬トシテ利息ノ半額ヲ與フルコトヲ約シタル場合ノ如シ又例ヘハ甲ナル者ニ對シ乙、丙ノ二人カ同

時ニ金錢ヲ借用センコトヲ申込ミタル場合ニ甲ハ乙ニ向ヒテ丙ノ保證人ト爲ランニハ金錢ヲ貸付スヘキコトヲ云ヒ丙ニ向ヒテハ乙ノ保證人ト爲ランニハ金錢ヲ貸付スヘキコトヲ云ヘル場合ノ如キ是ナリ此ノ如キ事ハ債權者カ常ニ用フル手段ニシテ數名ノ債務者ヲ互ニ連帶セシムルコト稀ナリトセス此ノ如キ場合ニ於テ債務者相互ノ間ニ交換的ニ保證人ト爲ラシムルコトナシトセサルナリ此等ハ皆債權者ノ委任ニ因リテ保證人ト爲ル場合ニシテ主タル債務者ノ委任ニ因ル保證ニ非スト雖モ債權者ト保證人トノ關係ハ特約ナケレハ則チ通常ノ保證人ト異ナルコトナキナリ故ニ之ニ付テハ別ニ論スルノ必要ナシ唯主タル債務者ノ求償權ヲ論スレハ則チ足レリ今此場合ヲ細別スレハ更ニ二ト爲ル（一）主タル債務者ノ意ニ反シテ保證ヲ爲シタル場合（二）主タル債務者ノ委任ヲ受ケサルモ其反對ヲ受ケスシテ保證人ニ立チタル場合即チ是ナリ此委任ナキ場合ニ於テ保證人ニ賠償ヲ求ムルコトヲ許スハ不當利得ノ原理ニ基ケリ即チ立法者ハ主タル債務者ヲシテ不當利得ヲ爲サシメサルコトヲ希望シテ此求償權ヲ認メタルナリ然レトモ主タル債務者ノ委任ヲ受ケス而モ其意ニ反セスシテ保證ヲ爲シタル場合ニハ稍〻事務管理ニ類シタル點アリ尤モ純然タル事務管理ニ非ス蓋シ委任ナクシテ他人ノ爲メニ債務ノ辨濟ヲ爲スコトハ事務管理ナリト雖モ保證人ト爲ルハ敢テ事務管理ト謂フコトヲ得ス何トナレハ保證人ハ主タル債務者ニ代リテ債務ヲ負フモノニ非スシテ主タル債務者ノ債務ノ外ニ新ニ一種ノ債務ヲ負フモノナレハナリ而シテ保

證人カ辨濟ヲ爲シタル場合ト雖モ保證人ハ主タル債務者ノ名義ヲ以テ辨濟ヲ爲シタルモノニ非スシテ自己ノ名義ヲ以テ自己カ新ニ負ヒタル債務ヲ辨濟シタルニ過キサレハナリ唯兩者其趣ヲ同シウスル所アルヲ以テ其規定自ラ相類スル所アルノミ第四百六十二條第一項ニ曰ク

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

此場合ハ事務管理ニ關スル第七百二條ノ規定ト其精神ヲ同シウス事務管理ノ場合ハ通常ノ不當利得ト異ニシテ（七百三條參照）其事務管理ニ因リテ被管理者カ利益ヲ受ケタル當時ノ利得ヲ返還スルコトヲ要スレトモ不當利得ノ場合ニ於テハ償還請求ノ當時現ニ存スル利益ノ限度ニ於テ返還ヲ爲セハ可ナリトス例ヘハ甲カ乙ノ所有物ニ有益ナル費用ヲ施シタルニ因リ其財產カ大ニ價格ヲ增加シタル爲メ甲カ乙ニ對シテ償還ヲ請求シタリトセンニ其財產カ天災ノ爲メニ消滅シテ其形ヲ留メサルニ至リタリトセハ若シ不當利得ノ通例ノ場合ナランニハ一厘モ支拂フコトヲ要セサルモ右ノ增加カ事務管理ニ因ルトキハ乙ハ其工事ノ當時ニ於テ利得シタル價格ヲ返還セサルヘカラス委任ヲ受ケサルモ債務者ノ意思ニ反セスシテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テ保證人カ主タル債務者ニ對シテ有スル求償權モ亦事務管理ノ場合ト同シク保證人カ辨濟其他自己ノ出捐ヲ以テ債務ヲ免レシメタル當時ニ於テ利益ノ限度ニ於テ求償權ヲ行フコトヲ得ルモノトス故ニ保證人カ辨濟ヲ爲シタルニ付キ何等ノ過失ナキニ拘ハラス債務者カ誤リテ更ニ辨濟ヲ爲シタル如キ場合ニ於テハ債務者ハ保證人ノ求償ニ應セサルコトヲ得ス然レトモ辨濟ノ當時ニ於テ主タル債務者ニ利益ヲ與ヘサルトキハ主タル債務者ハ辨濟ヲ爲シタル保證人ノ求償ニ應スルコトヲ要セス例ヘハ保證人カ辨濟ヲ爲シタル當時主タル債務者カ債權者ニ對シテ債權ヲ有シ之ニ依リ相殺ヲ爲スコトヲ得シカ若クハ既ニ一部ノ辨濟ヲ爲シタル如キ場合ニ於テハ債務者ハ單ニ保證人ノ辨濟ニ因リテ利益ヲ得タル限度ニ於テノミ賠償ヲ爲スコトヲ要スルモノトス尙ホ玆ニ一言附加セサルヘカラサルコトアリ他ナシ前ニ述ヘタル如ク委任ニ因ル保證ノ場合ニ於テハ保證人カ過失ナクシテ辨濟ヲ爲スヘキ裁判言渡ヲ受ケタルカ又ハ主タル債務者ノ爲メニ辨濟其他自己ノ出捐ヲ以テ債務ヲ消滅セシムヘキ行爲ヲ爲シタルトキハ縱令其債務カ主タル債務者ノ辨濟等ニ因リテ既ニ消滅シタル場合ニ於テモ保證人ハ仍ホ求償權ヲ有スト雖モ委任ニ因ラスシテ保證ヲ爲シタル場合即チ前例ノ如キニ在リテハ求償權ヲ行フコトヲ得ス唯辨濟等ヲ爲シタル保證人ハ債權者ニ對シ不當利得ノ原則ニ從ヒテ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘキノミ蓋シ右ノ後例ニ於テハ主タル債務者ハ何等ノ利益ヲ受ケサレハナリ

右ハ保證人カ主タル債務者ノ委任ニ因ラスシテ保證ヲ爲シタルモ債務者ノ意ニ反セサル場合ナリ次ニ保證人主タル債務者ノ意ニ反シテ保證ヲ爲シタル場合ニ於ケル保證人ノ求償權ニ付テハ

第四百六十二條第二項ニ規定セリ曰ク主タル債務者ノ意思ニ反シテ保證ヲ爲シタル者ハ主タル債務者カ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ求償權ヲ有ス但主タル債務者カ求償ノ日以前ニ相殺ノ原因ヲ有セシコトヲ主張スルトキハ保證人ハ債權者ニ對シ其相殺ニ因リテ消滅スヘカリシ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得此規定ニ依レハ主タル債務者ノ意思ニ反シテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テハ保證人ハ其求償ノ當時ニ於テ主タル債務者カ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ求償權ヲ有シ主タル債務者ハ之カ賠償ノ責ニ任セサルヘカラス故ニ保證人カ辨濟ヲ爲シタル當時ニ於テハ債務ハ成立セルモ求償ノ時ハ主タル債務者カ辨濟ヲ爲シタル後ナルトキハ保證人ハ求償ヲ爲スコトヲ得ス又例ヘハ保證人カ辨濟ヲ爲シタル後主タル債務者カ債權者ニ對シテ相殺ノ原因ヲ有スルニ至リタルトキ亦同シ此等ノ場合ニ於テハ債務者ニ取リテ何等ノ利益モナケレハナリ尤モ主タル債務者カ一部ノミノ辨濟ヲ爲シ若クハ債務ノ一部ノミニ付テ相殺ノ原因ヲ有セサルニ止マルトキハ他ノ部分ニ付テハ保證人ノ辨濟ニ因リテ債務ヲ免レタルモノナルカ故ニ此部分ニ付テハ債務者ハ保證人ニ對シテ賠償ノ義務アルモノトス蓋シ主タル債務者ハ保證ヲ拒絶セルモノナレハ固ヨリ保證人ノ辨濟ヲ希望セシニ非スト雖モ既ニ其辨濟ニ因リテ自己ノ債務ヲ免レ而モ賠償ノ責ナシトセハ是レ不當ニ利得ヲ爲スニ至ルカ故ニ此場合ニ於テハ債務者カ受ケタル利益ノ限度ニ於テ保證人ノ求償ヲ受ケサルヘカラサルモノトス右ノ保證人カ辨濟以外ノ有償行爲ニ由リ主タル債務者ニ其債務ヲ免レシメタル場合亦同シ此ノ如ク主タル債務者ハ保證人カ求償ノ當時現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ賠償ノ義務アルニ過キサルカ故ニ保證人カ爲シタル辨濟等ハ全ク無益ニ歸シ債權者ハ二重ニ拂ヲ受クルコトアルヘシ是レ固ヨリ許スヘカラサルコトニ屬スルヲ以テ保證人ハ債權者ニ對シテ不當利得ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルコト言ヲ俟タサルナリ

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

以上ヲ以テ主タル債務者ノ委任ニ因ラサル保證ノ場合ヲ說キ了レリ次ニ保證人ノ求償權ニ關シ

總テノ場合ニ共通ナル規定ヲ說明セン

第一　保證人ニ過失アル場合　保證人カ辨濟其他免責行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ若シ過失アリタルトキハ縱令債務者ノ委任ニ因リテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テモ求償權ヲ行フコトヲ得ス（四百六十三條）況ヤ委任ヲ受ケスシテ保證ヲ爲シタル場合ニ於テオヤ此事タル既ニ曩ニ述ヘタル所ナルヲ以テ重複ニ涉ル事項ハ之ヲ略シ唯一ノ追加スヘキモノアリ他ナシ連帶債務者間ニ於テハ債權者ヨリ請求ヲ受ケタル場合ニノミ通知ノ義務アルモ保證人ハ原來主タル債務者カ履行ヲ爲ササルトキニノミ履行ヲ爲スヘキ義務アル者ナルカ故ニ先ツ主タル債務者ニ照會スルコトナクシテ妄ニ進ミテ債權者ニ辨濟スルカ如キハ固ヨリ過失タルコト論ナシ故ニ債權者ノ請求ヲ待タス又主タル債務者ニ謀ラスシテ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ主タル債務者カ既ニ辨濟其他ノ免責行爲ヲ爲シ又ハ債權者ニ對抗スヘキ理由ヲ有セシトキハ保證人ニ求償權ナキコト言ヲ俟タスシテ特ニ明文ヲ置カサリシナリ

第二　連帶債務又ハ不可分債務ノ保證ヲ爲シタル場合　連帶債務又ハ不可分債務ノ債務者カ數人アル場合ニ於テ其全員ノ爲メニ其債務ヲ保證シタル者ハ債權者ニ對シ債務者カ履行ヲ爲ササル場合ニ於テ全部履行ノ義務ヲ負フコト固ヨリ此場合ニ於テハ保證人カ如何ナル求償權ヲ有スルカ是レ毫モ疑ナキ所ニシテ各債務者ニ對シテ債務額全部ニ付キ求償權ヲ有スルコトハ債務者ハ皆全部ヲ履行セサルヘカラサルノ義務ヲ有スレハナリ然ラハ右ノ債務者中一人ノミノ爲メニ保證ヲ爲シタル者カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ如何ナル求償權ヲ有スルカ例ヘハ甲乙二人カ連帶債務若クハ不可分債務ヲ負ヘル場合ニ於テ保證人カ甲ノミノ保證ヲ爲シタル場合ノ如シ此場合ニ於テハ保證人ハ甲ニ對シテ全部ノ求償權ヲ有スルコトハ疑ナシト雖モ他ノ債務者即チ乙ニ對シテハ果シテ如何若シ乙ニ對シテモ全部ノ求償權ヲ行ヒ得トセハ乙ハ必ス之ニ答ヘテ曰ハン「予ハ汝ニ向ヒテ保證ニ立タンコトヲ依賴シタルコトナシ汝ハ甲ノ爲メニ保證ヲ爲シタル者ナルカ故ニ汝カ辨濟ヲ爲シタルハ即チ甲ノ爲メニシタルモノニシテ予ノ爲メニ爲シタルニ非サルヘシ隨テ予ハ敢テ汝ノ求償權ニ服スルノ義務ナシ」ト然リ右ノ保證人ハ乙ノ保證人ニ非スシテ甲ノミノ保證人ナリ是ニ於テカ左ノ二說ヲ生セリ

第一說ハ此場合ニハ保證人ニ求償權ナシト爲ス即チ保證人ハ乙ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタルモノニ非スシテ甲ノ爲メニ爲シタルモノナリ故ニ乙ニ對シテ何等ノ求償權ヲモ有セスト云フニ在リ此說ハ誤レリ何トナレハ假ニ保證人カ辨濟ヲ爲サスシテ甲カ辨濟ヲ爲シタリトセハ甲ハ必ス乙ニ對シ其負擔部分ニ付キ求償權ヲ行フコトヲ得ヘシ即チ若シ甲乙ノ間ニ於テ實際半額ツツヲ負擔セルトキハ乙ハ甲ニ對シ自己ノ負擔分タル半額ヲ償還セサルヘカラス然ルニ今保證人カ甲ニ代リテ辨濟ヲ爲シタリトセハ乙ノ債務ハ甲自ラ辨濟ヲ爲シタル場合ト同シク之ニ因リテ全ク消滅スルニ拘ハラス保證人ハ乙ニ對シテ何等ノ訴權ナシト謂フコトヲ得ス尙ホ一步ヲ進ミテ論スレ

ハ乙ハ保證人ノ辨濟ニ因リテ自己ノ債務ヲ免レタルモノナルカ故ニ債務ノ半額ニ付テハ利益ヲ爲シタルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ若シ保證人カ其償還ヲ求ムルコトヲ得ストセハ乙ハ不當ニ利得スルノ結果ト爲ル是レ許スヘカラサル事ナリ

第二說ハ第一說ノ正反對ニシテ右ノ場合ニハ乙ニ對シテ全部ノ求償權ヲ有スト爲ス即チ甲、乙各〻全部ニ付テ義務ヲ負フカ故ニ縱令辨濟ヲ爲シタル保證人カ甲ノ爲メニ保證ヲ爲シタル者ナルモ等シク是レ乙ノ債務ヲモ消滅セシメタルモノナルカ故ニ甲乙孰レニ對シテモ全部ノ求償權ヲ有スト謂ハサルヘカラス尙ホ右ノ保證人ハ代位權（五百條）ヲ有スト雖モ債權者ハ乙ニ對シテ全部ノ請求權ヲ有スルモノナルカ故ニ之ニ代位スル所ノ保證人モ亦全部ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルヘカラスト云フニ在リ此說モ亦誤レリ何トナレハ前ニモ一言シタル如キ理由ニ因リ保證人ハ乙ニ對シテハ保證ニ基ク求償權ヲ有セサレハナリ即チ右ノ保證人ハ甲一人ノ爲メニ保證ヲ爲シタルモノニシテ乙ノ爲メニ保證ヲ爲シタルニ非ス蓋シ保證人ノ求償權ナルモノハ保證義務ヲ負フ者カ其行爲ニ因リテ主タル債務ヲ免レシメタル場合ニ於テ其者ヲシテ賠償ヲ求ムルコトヲ得セシメンカ爲メニ與ヘタルモノニシテ代位訴權ナルモノハ予ノ信スル所ニシテ且新民法ノ採用シタル主義ニ據レハ代位スヘキ權利ノ範圍先ツ定マリ其範圍內ニ於テ權利ノ實行ヲ確メンカ爲メニ存スルモノナリ前例ノ場合ニ付テ云ヘハ先ツ一定ノ求償權アルコト確定シ而シテ其範圍內ニ於テ一旦消滅シタル債權者ノ權利ヲ代リ行フコトヲ得トノ精神ナリ故ニ先ツ保證人カ乙ニ對シテ自己ノ權利ニ基キタル求償權アルコトヲ證明シ其範圍內ニ於テスルニ非サレハ代位權ヲ主張スルコトヲ得ス故ニ保證人カ乙ニ對シテ請求シ得ル權利ハ保證ニ因ル求償權ニ非スシテ純然タル不當利得ニ基クモノト謂ハサルヘカラス隨テ保證人ノ乙ニ對スル債權額ハ乙カ保證人ノ辨濟ニ因リテ受ケタル利益即チ自己ノ負擔部分タル全債務ノ半額ナリ今乙ニ對シテ代位訴權ヲ行フトスルモ到底乙ノ負擔額以上ノ求償ヲ爲スコト能ハサルモノトス

第三說ハ前例ノ場合ニ於テハ保證人ハ乙ニ對シテ求償權ヲ有スト雖モ其求償權ハ乙ノ負擔部分ヲ超ユヘカラスト爲ス此說ハ其說明ノ方法ニ於テ更ニ岐レテ二說ト爲ル甲說ハ保證人カ自己ノ權利ニ基キテ右ノ求償權ヲ有スルモノナリトスルモノニシテ乙說ハ主タル債務者即チ連帶債務者又ハ不可分債務者ノ一タル甲カ乙ニ對シテ有スル求償權ヲ代リ行フモノナリト說ク尤モ兩說孰レニ依ルモ求償額ニ相違ヲ生スルコトナシト雖モ他ノ事項ニ付キ其結果ヲ異ニス今此兩說ノ論旨ヲ述ヘンニ先ツ甲說即チ保證人ノ固有ノ權利ニシテ主タル債務者ニ代ルモノニ非ストノ說ハ前ニ述ヘタルカ如ク其基礎ヲ不當利得ノ法理ニ置クモノニシテ要スルニ前例ニ於ケル乙カ若シ保證人ニ對シテ償還ヲ爲スコトヲ要セストセハ是レ乙ハ不當ニ利得スルモノト謂ハサルヘカラス即チ乙ハ保證人ニ損失ヲ加ヘ自己ハ債務ノ半額ノ利益ヲ受クルモノナリ故ニ此部分ニ付テハ保證人ニ對シ返還ノ義務ヲ負フモノナリト云フニ在リ次ニ乙說即チ保證人カ求償權ヲ有スルハ主タル債務者ニ代リテ主タル債務者ノ有スル權利ヲ行フモノナリトスル說ハ元來保證人ハ自

己ノ權利トシテハ乙ニ對シテ何等ノ求償權ヲ有スルモノニ非ス何トナレハ乙ト保證人トノ間ニ於テハ初ヨリ何等ノ關係ナカリシヲ以テナリ然リト雖モ若シ主タル債務者タル甲カ全部ノ辨濟ヲ爲シタリトセハ甲ハ乙ニ對シテ必ス債務ノ半額分ノ求償ヲ爲スコトヲ得ルモノナレハ此甲ニ代リテ辨濟ヲ爲シタル保證人ハ甲ノ有スヘキ權利ヲ代リテ行フコトヲ得サルヘカラスト云フニ在リ此二種ノ說明ノ孰レニ依ルモ結果ニ於テハ異ナル所ナキカ如キモ予ハ後說ハ誤レリト信ス即チ此說ニ依レハ保證人ハ甲ニ代位スルモノナリト云フト雖モ是レ甚タ了解ニ苦シマサルコトヲ得ス蓋シ何等ノ規定ノ存セサルノミナラス理論上ヨリ云フモ最モ奇ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ甲カ辨濟ヲ爲セハ乙ニ對シテ求償權ヲ有スルコトハ民法ノ規定セル所ナルモ右ノ場合ニ於テハ甲カ辨濟ヲ爲ササルニ因リ保證人ハ已ムコトヲ得ス辨濟ヲ爲シタルナリ此辨濟ニ因リ甲乙共ニ利益ヲ受クルコト勿論ナリト雖モ此場合ニ於テハ甲ハ何ニ因リテ乙ニ對シテ求償權ヲ有スルカ決シテ之ヲ有スルノ理ナシ既ニ甲カ求償權ヲ有セストセハ保證人カ代位スヘキ基礎タル權利ナク隨テ代位ヲ爲サント欲スルモ能ハサル所ナレハナリ畢竟此說ハ世人ノ往往唱フル所ノ「保證人ハ主タル債務者ノ代理人ナリ」トノ觀念ノ適用ヲ誤リタルモノナリ假ニ保證人ハ主タル債務者ノ代理人ナリトノ說ヲ採ルモ是レ唯債權者ニ對シ主タル債務者ニ代リテ辨濟ヲ爲スヘキ者ナリト曰フニ過キス決シテ保證人ハ其債務者ヲ代位スルモノナリトノ結果ヲ生スルコトナシ蓋シ代位ナルモノハ權利ノ實行ニ付キ法律上他人ノ地位ニ代リテ全ク自己ノ權利トシテ之ヲ行フモノニシテ他人ノ名義ヲ以テ其權利ヲ行フモノニ非ス且保證人ナルモノハ主タル債務者ノ代理人ニ非スシテ自己カ特別ニ一種ノ債務ヲ負フモノナリ隨テ保證人カ辨濟ヲ爲スハ主タル債務者ノ名ニ於テスルニ非スシテ自己ノ名ニ於テ自己ノ債務ヲ履行スルモノナリ是ヲ以テ觀レハ代位ニ依ルトノ說ハ徹頭徹尾誤レリト謂ハサルヘカラス然ルニ諸君或ハ曰ハン右兩說中孰レヲ採ルモ結果ニ於テ同一ナル以上ハ那ソ斯ク口角沫ヲ飛ハシテ極論スルニ及ハンヤト然レトモ予カ斯ク條理ヲ追ウテ論難スル所以ノモノハ單ニ徑庭アレハナリ即チ若シ保證人ノ求償權ヲ以テ固有ノモノナリトセハ甲乙間ニ如何ナル關係アルモ何等ノ影響ヲ受クルコトナシト雖モ之ニ反シテ甲ニ代位スルモノナリトセハ甲乙間ノ關係ニ因リテ支配セラルルモノナリ例ヘハ乙カ甲ニ對シテ相殺ノ原因ヲ有セル場合ノ如シ即チ此場合ニ於テハ乙ハ保證人ニ對シ乙カ甲ニ對シ有スル債權ヲ以テ相殺ヲ對抗シ其債權ノ限度ニ於テハ保證人ノ求償ニ應セスト主張スルコトヲ得ヘシ其他乙ハ甲ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ヲ以テ常ニ保證人ニ對抗スヘキノミ之ニ反シテ保證人カ乙ニ對シテ固有ノ權利ヲ有スルモノトセハ常ニ乙ニ對シテ乙ノ受ケタル利益ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス民法第四百六十四條ハ第三說中甲說ヲ採用セルモノナリ同條ニ曰ク

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

以上ハ保證人カ主タル債務者ニ對シテ有スル求償權ノ範圍ニ關スル大體ノ說明ナリ而シテ右ニ一言シタルカ如ク此求償權ハ尙ホ代位ニ由リテ保護セラルルモノナリ第五百條ニ曰ク「辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ當然債務者ニ代位ス」ト蓋シ保證人カ一旦保證債務ヲ負ヘル以上ハ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スルコト固ヨリ言ヲ俟タス故ニ辨濟ヲ爲シタル保證人ハ第五百條ニ依リ當然債權者ニ代位スルモノナリ而シテ其保證人ハ主タル債務者ノ委任ニ因ルト否ト又其意思ニ反シテ保證ヲ爲ササリシ他ノ不可分若クハ連帶債務ノ債務者ニ對シテモ仍ホ代位權ヲ有スルモノナリ是レ第五百條ニ據リテ明瞭ナルノミナラス第五百一條第一號及ヒ第五號ニ於テ保證人ノ代位權ヲ規定セルニ據リ益益明瞭ナリトス第五百一條ハ皆特別ノ場合ヲ規定シタルモノナリト雖モ又以テ保證人カ代位權ヲ有スルコトヲ知ルニ足ラン尙ホ第五百四條ニ依レハ「第五百條ノ規定ニ依リテ代位ヲ爲スヘキ者アル場合ニ於テ債權者カ故意又ハ懈怠ニ因リテ其擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ代位ヲ爲スヘキ者ハ其喪失又ハ減少ニ因リ償還ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度ニ於テ其責ヲ免ル」ルモノトセリ故ニ保證人アル場合ニ於テ債權者カ他ニ抵當權ヲ有セシニ拘ハラス保證人アルコトヲ恃ミテ抵當權ヲ拋棄シタリトセハ保證人ハ債權者ノ行爲ニ因リテ其抵當權ニ對シ代位ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルカ故ニ其抵當物ノ價格ニ應シ債權者ニ對スル責ヲ免ルルモノトス

第三　保證人間ノ關係

保證人間ニ於テモ亦求償權ヲ生ス即チ保證人カ二人以上アル場合ニ於テ其一人カ全部又ハ自己ノ負擔部分ヲ超過シタル額ヲ辨濟シタルトキハ其保證人ハ特約ナキ限ハ他ノ保證人ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ルモノトス蓋シ保證人カ數人アルトキハ債務ハ各保證人間ニ分別セラルルコト既ニ述ヘタル如クナルカ故ニ各保證人ハ債務ノ全部ハ勿論自己ノ負擔部分以上ノ辨濟ヲ爲スコトヲ要セサルナリ然ルニ一人ノ保證人カ債務ノ全部又ハ自己ノ負擔部分以上ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ之ニ因リテ他ノ保證人ハ利益ヲ受クヘキカ故ニ之ニ對シテ求償權ヲ有スルコト疑ナキ所ナリ唯其求償權ノ範圍ハ場合ニ依リテ異ナルコトアルノミナラス而シテ其場合ヲ大別スレハ二ト爲ル第一、保證人ト債權者トノ間ノ契約ニ因リ保證人カ全部ノ辨濟ヲ爲スノ義務ヲ負ヒタルカ爲メ全部ヲ辨濟シタル場合第二、保證人カ別ニ全部ノ辨濟ヲ爲スノ義務ヲ負ヒタルニ非サルモ任意ニ全部ノ辨濟ヲ爲シタル場合（說明ノ便宜ノ爲メ全部辨濟ノ場合ノミニ付テ述ヘン）是ナリ第一ノ場合ニ於テハ保證人カ隨意ニ全部ノ辨濟ヲ爲シタルニ非スシテ辨濟ヲ爲スヘキ義務アリテ之ヲ爲シタルモノナルカ故ニ是レ特ニ保護セサルヘカラス之ニ反シテ第二ノ場合即チ法律上一部分ヲ支拂ヒタル場合ニ於テハ右ト同一ノ保護ヲ與フルノ理由ナキナリ尙ホ第一ノ場合ヲ細別スレハ少クトモ三ノ場合ト爲ル（一）ハ連帶保證ノ場合即チ保證人間ニ連帶ノ存セル場合ニシテ（主タル債務者ト連帶セルト否トヲ問ハス）（二）ハ不可分

債務ノ場合(二)ハ連帶アルニ非サルモ特約ニ因リテ債權者カ各保證人ニ對シ全部ヲ請求スルコトヲ得ルノ契約アル場合是ナリ而シテ(一)ノ場合ハ規定(四百四十二條乃至四百四十四條)カ適用セラルルニ由ル蓋シ保證人間ニ連帶アル場合ニ於テモ保證債務タルニハ相違ナキモ保證人間ニ於テハ是レ亦連帶債務ニ外ナラサレハナリ唯他ノ二箇ノ場合即チ不可分ノ場合及ヒ全額辨濟ノ特約アル場合ニ付テハ果シテ如何此場合ニ於テハ保證人ハ契約ニ因リ全部ノ辨濟ヲ爲スコトヲ要スルモノニシテ連帶ノ場合ト其事情ヲ同シウスルモ當然連帶ノ規定ヲ適用スルコト能ハサルカ故ニ明文ヲ以テ連帶ニ關スル規定ヲ準用スルコトセリ第四百六十五條第一項ノ規定即チ是ナリ曰ク

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

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

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

即チ辨濟ヲ爲シタル保證人カ他ノ保證人ノ依賴ヲ受ケスシテ全部ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ其辨濟ヲ爲シタル當時他ノ保證人カ利益ヲ受ケタル限度ニ於テ他ノ保證人ニ對シテ求償權ヲ有シ若シ辨濟ヲ爲シタル保證人カ他ノ保證人ノ意思ニ反シテ右ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ求償ノ當時他ノ保證人カ利益ヲ受クル限度ニ於テ求償權ヲ有スルモノトス茲ニ注意ヲ請ハント欲スルモノアリ他ナシ保證人カ二人以上アルトキハ當然分別ノ利益ヲ有スルニ拘ハラス其一人カ自己ノ任意ニ因リ債權者ト特約シタルノ結果全額ノ辨濟ヲ爲シタル場合ハ法律上己ムコトヲ得サルニ出テタルニハ相違ナキモ當初其特約ヲ爲シタルハ全ク辨濟者ノ任意ニ出テタルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ第四百六十五條第一項ニ依ルコトヲ得スシテ第二項ノ適用ヲ受クヘキコト是ナリ蓋シ同條第一項ハ各保證人協議ノ上全額ヲ辨濟スヘキ特約アル場合ヲ規定シタルモノニシテ法文ニモ「各保證人」トアルニ據リテ明瞭ナリトス

以上ハ保證人ノ求償權ノ大體ノ說明ナリ保證人カ求償權ヲ有スル場合ニ於テハ代位訴權ニ由リテ保護セラルルコト既ニ述ヘタルカ如シ然レトモ保證人ハ右ノ求償權ヲ有スルニ拘ハラス代位訴權ヲ有セサルコトアリ先ツ前述ノ第一ノ場合即チ第四百六十五條第一項ノ場合ニ於テ代位訴

權ヲ有スルコトハ論ヲ俟タス何トナレハ此場合ニ於テハ保證人ハ全部ノ辨濟ヲ爲スコトヲ要セシモノニシテ第五百條ニ所謂「辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者」ナレハナリ又債權者トノ各保證人トノ間ニ於テ全部辨濟ノ特約ヲ爲シタル場合ニ限ラス保證人中ノ一人カ債權者ニ對シテ全部辨濟ノ特約ヲ爲シタル場合ニ於テ主タル債務者カ辨濟ヲ爲ササルニ因リ其保證人カ辨濟ヲ爲シタル場合モ亦第五百條ノ適用ヲ受クヘキモノナリ是レ猶ホ保證人カ主タル債務者ノ委任ニ因ラスシテ保證ヲ爲シ主タル債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタル場合ニ代位權ヲ有スルカ如シ之ニ反シテ保證人カ當然分別ノ利益ヲ有スル場合例ヘハ保證人カ二人アルトキハ二分ノ一、三人アルトキハ三分ノ一ヨリ多ク辨濟ヲ爲スコトヲ要セサルニ拘ハラス全額ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ自己ノ負擔部分ニ付キ正當ノ利益ヲ有スルカ故ニ其部分ニ付キ主タル債務者ニ對シテ代位權ヲ有スルコトハ勿論ナリト雖モ他ノ部分ニ付テハ正當ノ利益ヲ有スルモノト謂フコトヲ得サルカ故ニ他ノ保證人ノ負擔部分ニ付テハ代位權ヲ有セス唯他ノ保證人カ不當利得ヲ爲スコトヲ許ササルヲ以テ辨濟ヲ爲シタル保證人ハ此等ノ者ニ對シテ自己ノ權利ニ基キテ求償權ヲ有スルノミ

第三　保證債務ノ消滅

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

（一）直接消滅

保證債務ノ直接消滅原因ハ一般ノ債務消滅ノ原因ト同一ナリ例ヘハ主タル債務者カ辨濟ヲ爲サルニ因リ保證人カ辨濟ヲ爲シタルトキハ保證債務ノ消滅スルハ勿論其結果主タル債務モ亦消滅ス今若シ保證債務ハ一ノ債務ナリヤ否ヤト問ハ何人モ債務ニ非スト答フル者ナカルヘシ既ニ債務ナリトセハ則チ履行ノ義務アリ而シテ債務ノ履行ハ則チ辨濟ナリトス次ニ更改ノ場合即チ保證人ト債權者トノ契約ヲ以テ保證人カ新ニ債務ヲ負ヒ因リテ以テ主タル債務ノ免責ヲ得タル場合ニ於テハ債務者及ヒ目的ノ交替ニ因ル更改ノ成立スルモノニシテ此場合ニ於テハ主タル債務モ亦消滅スヘシ又同シク更改ノ場合ナルモ保證人タル甲カ債權者乙ト約シ乙ハ甲ニ對スル債權ヲ拋棄シ甲ハ更ニ丙ニ對シテ新ナル債務ヲ負フコトヲ約シタルトキハ債權者カ交替スルト同時ニ目的ノ交替ヲ惹起スモノナリ即チ之ニ因リテ主タル債務者ハ乙ニ對スル債務ヲ免ルルコトナク唯甲ハ初ノ保證債務ヲ免ルルト同時ニ丙ニ對シテ新ナル債務ヲ負フモノナリ此場合ハ從タル保證債務カ變シテ普通ノ債務ト爲ル場合ナレトモ稀ニハ保證ノ目的タル主タル債務ノ交替ニ因リテ更改ヲ爲スコトアルヘシ是レ亦目的ノ變更ニ因ル更改ナリト雖モ其他ノ目的ノ變更ニ因ル更改稀ナリトセサルヘシ例ヘハ金千圓ノ債務ヲ保證シタル場合ニ於テ其保證人カ債權者ト

約束シ主タル債務者カ其義務ヲ盡ササル場合ニ於テハ自己ノ不動産ヲ以テ辨濟ニ充ツルコトト爲シタル場合ノ如シ此場合ニハ保證人ノ負ヘル債務ノ目的カ變更スルト同時ニ債務ノ性質カ變更シテ一種ノ獨立債務ト爲ルヘシ以上例示シタル如キ場合ニ於テハ前ノ保證債務ハ消滅スルモ通常主タル債務ニ影響ヲ及ホササルナリ次ニ免除即チ保證人カ其債務ノ免除ヲ得タルトキハ之ニ因リテ保證債務ヲ免ルルコトハ更ニ說明ヲ要セス次ニ相殺ノ場合例ヘハ保證人カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルニ方リ債權者ニ對シテ債權ヲ有セルトキハ之ヲ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ヘク然ルトキハ保證債務ハ消滅シ之ト同時ニ主タル債務モ亦消滅スルモノトス次ニ混同ノ場合即チ保證人カ債權者ニ相續シタル場合ニ於テハ保證債務ハ消滅スルモ主タル債務ハ依然トシテ存續スルモノナリ次ニ履行不能ノ場合ニ付テハ多少疑ナキニ非スト雖モ主タル債務ノ目的カ不能ト爲リタル場合ニ於テハ主タル債務者カ或不特定物ノ債務ヲ負擔シタル場合ニ保證債務モ亦直接ニ消滅スヘシ又次ノ場合ハ保證債務ノミニ付キ履行不能ノ原因ヲ生スルコトナシ上ノ空論ニ近カルヘシト雖モ時トシテハ保證債務ニ付テハ其適用極メテ尠カルヘク寧ロ机トセス例ヘハ左官職ナル主タル債務者甲カ他人ニ對シ一定ノ仕事ヲ爲スコトヲ約シ他ノ左官職ナル乙カ其保證ニ立チタル場合即チ甲カ其義務ヲ盡ササルトキハ己レ之ヲ爲スヘシト約シタル場合ニ於テ乙カ疾病負傷等ニ因リ其手ヲ働カシムルコト能ハサルニ至リタル場合ノ如キハ疑ナク保證債務ハ直接ニ消滅スヘシ又例ヘハ主タル債務者カ或不特定物ノ債務ヲ負擔シタル場合ニ於テハ其目的タル不特定物カ全ク世上ニ存セサルニ至リタル場合ノ如キハ主タル債務ノ消滅スルト共ニ保證債務モ亦直接ニ消滅スルモノナリ例ヘハ天保錢千枚ヲ給付スル契約ニ於テ期限前ニ其通用ヲ廢止セラレ期限ノ到來セルニ方リ通常ノ方法ヲ以テハ之ヲ獲得スルコト能ハサルニ至リタル場合ノ如シ次ニ時效ニ付テ述ヘンニ時效モ亦保證債務ノミニ付キ完成スルコトアリ主タル債務者ニ對スル時效ノ中斷ノ效力ハ保證債務ニモ及フト雖モ（四百五十七條一項）時效停止ノ原因ハ保證債務ニ影響ヲ及ホスモノニ非ス例ヘハ第百五十九條ノ場合ニ於テ未成年者カ其財產管理者タル父、母又ハ後見人ニ對シテ債權ヲ有セル場合ニ於テハ其者カ能力者ト爲リ又ハ後任ノ法定代理人カ就職シタル時ヨリ六箇月內ハ時效完成セサルモノトス然レトモ其效力ハ保證人ニ及ハサルカ故ニ保證人ニ對シテ特ニ時效中斷ノ行爲アルニ非スンハ右ノ六箇月內ニ於テモ時效完成スルコトヲ妨ケサルナリ第百六十條及ヒ第百六十一條ノ場合モ亦同シ尙ホ主タル債務及ヒ保證債務カ時效ニ因リ同時ニ消滅シタルトキト雖モ前屢〻論シタル理由ニ據リ時效ハ保證債務消滅ノ直接原因ヲ成セリト信ス

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

（二）間接原因

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

第四節　債權ノ讓渡

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

第一款　總論

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

第一　債權ハ之ヲ讓渡スコトヲ得ルカ

債權ハ之ヲ讓渡スコトヲ得ルヤ否ヤハ古來議論ノ存スル所ニシテ現ニ原則トシテ之ヲ許ササル立法例アリ今其理由ヲ尋ヌルニ曰ク債權ハ一定ノ人ト人トノ關係ニシテ特定シタル債權者及ヒ債務者カ其要素ナリ故ニ若シ其人ヲ變更スレハ則チ債權ノ要素ヲ變更スルモノニシテ所謂更改ナリ隨テ前債務ハ既ニ消滅シタルモノト謂フヘク決シテ同一ノ債權カ甲ヨリ乙ニ移轉シタルモノニ非ス加之契約ニ因リテ發生シタル債權ノ如キハ債務者ハ甲ニ對シテ債務ヲ負フノ意思コソアリタレ他ノ者ニ對シテハ同一ノ意思アリタルモノト謂フコトヲ得ス例ヘハ甲ハ頗ル寬大ノ人ナルカ故ニ債務者ハ之ニ對シテ債務ヲ負フコトヲ肯シタルモ他ノ者ハ嚴酷ナルカモ知ルヘカラス故ニ他ノ者ニ對シテハ債務ヲ負フノ意思ナカリシモノト謂ハサルヘカラスト是レ債權ノ讓渡ニ反對スル論者ノ論據トスル所ナルカ如シ而シテ實際ノ立法例ヲ見ルモ羅馬法ニ於テハ債權ノ讓渡ヲ認メス我邦ニ於テモ民法施行前ニハ原則トシテ之ヲ認メサリシモノト謂フモ可ナルカ如シ明治九年七月六日第九十九號布告ニハ「金穀等借用證書ヲ其貸主ヨリ他人ニ讓渡ス時ハ其借主ニ證書ヲ書換ヘシムヘシ若シ之ヲ書換ヘシメサルニ於テハ貸主ノ讓渡證書ハ有之トモ仍ホ讓渡ノ效ナキモノトス此旨布告候事但相續人ヘ讓渡候ハ此限ニアラス」トアルカ故ニ債權ヲ讓渡スニハ債務者ノ承諾ナカルヘカラス隨テ純然タル更改ヲ行フニ等シク原則トシテ債權ノ讓渡ヲ禁セシモノト謂フモ可ナリ然ルニ近世ノ立法例ハ皆債權ノ讓渡ヲ認メサルハナシ予ハ學理上債

權讓渡ノ至當ナルコトヲ信スルノミナラス若シ之ヲ認メサルトキハ實際上大ニ不便ナルヘシト信ス先ツ學理上果シテ反對論者ノ言フカ如ク債權者及ヒ債務者ノ何人タルカカ果シテ斯クマテ重キヲ成スモノナルカ同一ノ債權關係ハ同一ノ人ノ間ニ於テスルニ非サレハ成立セサルモノナルカ予ハ甚タ疑ナキコト能ハス若シ反對論者ノ言フカ如クンハ債權ハ之ヲ相續スルニ各國ノ立法例シ能ハス即チ債權者カ死亡スルト同時ニ消滅スルモノトセサルヘカラス然ルニ於テモ將タ學說ニ於テモ斯ル主義ヲ採ルモノアルコトハ曾テ聞カサル所ナリ（羅馬法ニ於テハ債權者ノ死亡ニ因リテ消滅スヘキ債權稀ナリトセサリシモ原則ハ債權ヲ以テ相續ニ因リ移轉スヘキモノトセリ）既ニ包括的移轉ヲ認ムル以上ハ特定的移轉ヲ否認スルノ理由果シテ何クニカ在ル蓋シ相續人ハ被相續人ノ人格ヲ承繼スルモノナリト云フト雖モ是レ形容ノ詞ニ過キスシテ其實權利及ヒ義務ヲ承繼スルニ外ナラス特定承繼人モ亦或一箇ノ權利又ハ義務ヲ承繼スル點ニ於テハ相續人ノ承繼ト異ナルナク等シク人格ノ承繼ナリト謂フコトヲ得ヘシ是ヲ以テ觀レハ特定的債權讓渡ヲ否認スルノ理由毫モ之ナシト謂ハサルヘカラス尙ホ進ミテ債權者、債務者ノ變更スルト同時ニ債權ハ消滅スヘキモノト爲ス見解ノ誤レルコトヲ論セント欲ス

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

シテ債務者ノ意思ヲ推測シ以テ讓渡ヲ禁スヘシト爲スカ如キハ到底採ルニ足ラサルノ說ノミ若シ債權者ノ性格ノ差異ニ據リテ立論センカ何故ニ相續又ハ代理ヲ許シタルカ被相續人ハ慈悲深キ人ナリシモ相續人ハ殘忍ナルコトアルヘク又本人ハ寬大ナルモ代理人ハ嚴酷ナルコトアルヘシ而モ相續ニ因ル移轉ヲ認メ代理ニ依ル債權ノ行使ヲ認ムルニ非スヤ故ニ如何ナル點ヨリ觀ルモ讓渡ヲ許ササルノ理由ヲ發見スルコト能ハサルナリ右ノ如キ理由アルヲ以テ現今ニ在リテハ歐洲一般ニ之ヲ認メ我新民法ニ於テモ亦之ヲ認メタリ尤モ新民法施行以前ニ在リテモ債權ノ讓渡ハ實際頻繁ニ行ハレタル所ニシテ前示ノ布告ニ於テハ債權ヲ讓渡スニハ證書ヲ書換フルコトヲ要スルコトセルカ故ニ更改ヲ意味スルカ如シト雖モ裁判例ニ於テハ必スシモ證書ヲ書換フルコトヲ要セス單ニ債務者ノ承諾アルヲ以テ足ルモノトセリ株式、社債、公債等ノ讓渡ハ特ニ容易ニ行ハレタリ殊ニ株式ノ賣買ノ如キハ商法施行前ヨリ盛ニ行ハレタレトモ敢テ適當ノ讓渡ニ付キ承諾ヲ必要トセサリキ是レ蓋シ定款又ハ會社契約ニ於テ概括的ニ之カ承諾ヲ與ヘタルモノト看做シタルニ外ナラサルヘシ民法第四百六十六條ニ曰ク

債權ハ之ヲ讓渡スコトヲ得但其性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

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

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

第二

讓渡スコトヲ得サル債權

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

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

(二)　當事者ノ意思ニ因リテ讓渡スコトヲ得サル債權　是レ第四百六十六條第二項ノ規定セル所ナリ此規定ニ依レハ如何ナル債權ヲ問ハス當事者カ讓渡スコトヲ得サル旨ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ其意思表示ハ法律上有效ナリトス唯之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルノミ何トナレハ其特約ヲ知ラサル第三者ハ讓受クルコトヲ得ルモノト信シテ讓受ケタルニ後日其特約アル旨ヲ對抗セラレ隨テ讓渡行爲カ無效ト爲ルモノトセハ第三者ハ意外ノ損失ヲ被ムルヘケレハナリ尤モ其讓渡カ有效ト看做サルルノ結果當事者ノ一方カ契約違反ノ爲メ他ノ一方ニ損害ヲ及ホシタルトキハ之ニ對シテ賠償ノ責任アルハ論ヲ俟タス當事者トハ契約ノ場合ニ於テハ債權者、債務者雙方ニシテ遺言ノ場合ニ於テハ遺言者ノミヲ指ス總テ法文ニ單ニ「當事者」トアルトキハ規定ノ性質上反對ノ意味ヲ表ハスニ非サル限ハ常ニ斯ル意義ニ解スヘシ

第二款　指名債權

指名債權トハ名ヲ指示セル債權ニシテ普通ノ債權ノハ普通ニ債權者ノ定マレル債權ナリ本款ハ之ヲ分チテ第一、讓渡ノ要件第二、讓渡ノ效力トス

第一　讓渡ノ要件

指名債權ノ讓渡ハ當事者間ニ在リテハ他ノ一般ノ權利ノ讓渡ト同シク何等ノ手續ヲモ要セス單ニ意思表示ノミニ因リテ其權利ハ直チニ移轉スルモノトス尤モ契約ヲ以テスルトキハ契約ニ必要ナル條件ヲ具フルヲ要シ遺言ヲ以テスルトキハ遺言ニ必要ナル條件ヲ備フルコトヲ要スルコト勿論ナリ然レトモ第三者ニ對シテハ恰モ不動產上ノ權利ノ變更ハ登記ヲ爲スニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス又動產上ノ權利ノ移轉ハ引渡ヲ爲スニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル如ク指名債權ノ讓渡モ亦一定ノ條件ヲ必要トス其條件ニ付テハ學者ノ議論一致セス立法例モ亦異ナル所アリト雖モ我民法ハ多數ノ立法例ニ從ヒ第四百六十七條ノ規定ヲ設ケタリ曰ク

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

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

蓋シ當事者間ニ在リテハ契約又ハ遺言ノミヲ以テ其讓渡ハ完全ニ成立スルコト前述ノ如シト雖モ第三者ニ對シテハ未タ以テ足レリトセス然ラハ第三者トハ如何ナル者ヲ指スカ先ツ讓渡行爲ヨリ觀察スレハ債務者モ亦第三者ナリ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ有セル債權ヲ丙ニ讓渡シタリトセハ乙ハ讓渡行爲ノ當事者ニ非スシテ第三者即チ所謂第三者債務者ナリ故ニ若シ債務者タル乙カ甲、丙間ノ讓渡行爲ヲ知ラサランカ自己ノ債權者甲ニ對シテ辨濟ヲ爲シ若クハ之ニ相殺ヲ對抗スルコトアルヘシ此時ニ當リ甲若シ善良ノ人ナリセハ其自ラ辨濟ヲ受ケタルモノハ直チニ之ヲ讓受人タル丙ニ引渡スヘク或ハ乙ニ告クルニ讓渡ノ事ヲ以テシ丙ニ對シテ履行ヲ爲サシムヘク又相殺ニ依リテ消滅スヘキ部分ニ付テハ自ラ丙ニ對シテ辨濟スヘシ又斯ル讓渡人ニ在リテハ債務者ト更改又ハ和解等ヲ爲スコトナカルヘキカ故ニ毫モ不都合ナキカ如シト雖モ第一ニハ甲ニ過失ナキコトヲ保セス即チ甲カ直チニ丙ニ引渡スノ意思ヲ以テ辨濟ヲ受ケタルニ之ヲ遺忘シ終ニ自ラ費消スルカ如キコトナシトセス縱令斯ル不注意ナシトスルモ甲死亡ノ後相續人ハ讓渡ノ事實ヲ知ラスシテ債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スコトナシトセス此場合ニ於テ債務者若シ讓渡ノ事實ヲ知ラサルトキハ安ンシテ辨濟ヲ爲スヘキコト勿論ナリ第二ニハ債權者ニ惡意アルコトアラン即チ債權者カ既ニ權利ヲ讓渡シタルモ債務者カ之ヲ知ラサルヲ奇貨トシ債務者カ爲サントスル履行ヲ受ケ以テ私利ヲ逞シウスルコトナシトセス此場合ニ於テ讓受人カ其讓受ヲ以テ對抗スルコトヲ得ストセハ讓受人ハ損失ヲ被ルヘク之ニ反シテ讓受人カ其權利ヲ對抗スルコトヲ得ルトセハ前ノ履行ハ無效ト爲リ債務者ハ讓受人ニ對シ再ヒ履行ヲ爲ササルヘカラサルノ不幸ニ遭遇スヘシ尤モ甲ハ孰レノ場合ニ於テモ損害賠償ノ責任アリト雖モ若シ甲ニシテ無資力ナランカ乙又ハ丙ノ要償權ハ全ク有名無實ニ歸センノミ故ニ讓渡カ債務者ニ對シテ其效力アリトセハ一定ノ手續ヲ必要トス是ニ於テカ法律ハ其方法トシテ債務者ニ通知ヲ爲シ又ハ債務者カ其讓渡ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ蓋シ債務者カ既ニ讓渡アリタルコトヲ知ラハ讓渡人ニ辨濟ヲ爲シ又ハ相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルコト勿論ナリ況ヤ其債務ニ關シ債權者、債務者間ニ新ニ契約ヲ結フカ如キコトハ決シテ之ヲ爲ササルヘキニ於テオヤ或ハ曰ハン若シ然リトセハ通知ノミヲ以テ足ルニ非スヤ安ソ承諾ヲ要センヤト夫レ然リ然リト雖モ債務者若シ承諾ヲ爲セハ單ニ之ニ通知ヲ爲スヨリモ確實ナルコト固ヨリナリ又時トシテハ債務者カ何等ノ通知ヲ受ケサルモ偶然其事實ヲ知リ進ミテ讓受人ニ對シテ承諾ノ意思ヲ表示スルコトナシトセス（第四百六十七條ニハ何人ニ對シテ承諾ノ意思表示ヲ爲スヘキカヲ限定セサルカ故ニ讓渡人ニ對シテ之ヲ爲スモ將タ讓受人ニ對シテ之ヲ爲スモ共ニ有效ナリト謂フヘシ）且通知ノ場合ト承諾ノ場合トハ其效力ヲ異ニスルヲ以テ手續ニ於テモ之ヲ區別スルノ必要アリ又讓渡ノ通知ハ讓渡人ヨリ之

ヲ爲ササルヘカラス舊民法其他外國ノ立法例ニ於テハ讓受人ヨリ通知スヘキモノトセルモノ頗ル多シ是レ一見至當ナルカ如シ何トナレハ讓受人ハ爾後其債權ニ付テハ最モ利害ノ關係深キモ讓渡人ハ既ニ其關係ヲ離脫シ之ヲ通知スルモ將タ通知セサルモ殆ト痛痒ヲ感スルコトナキカ故ニ普通ノ人情トシテ之ヲ遲滯スルノ虞アレハナリ然レトモ退キテ之ヲ考フルトキハ大ニ其非ナルコトヲ悟ルヘシ卽チ若シ讓受人ヨリ通知スルモノトセハ其通知ヲ爲シタル者カ果シテ眞ノ讓受人ナルヤ否ヤハ債權者之ヲ知ルコトヲ得サルカ故ニ詐欺ノ行ハルルコト多カルヘシ最モ極端ナル例ヲ擧クレハ甲カ債權者ニシテ丙ハ債權ヲ讓受ケタルコトナキニ拘ハラス僞リテ之ヲ讓受ケタリト稱シ之ヲ債務者乙ニ通知シ因リテ以テ辨濟ヲ受クルコトアルヘシ此ノ如ク極端ナル場合ニ非サルモ甲、丙間ノ法律行爲ハ條件附又ハ期限附ナル場合例ヘハ來ル何日マテニ代價ヲ支拂ヘハ債權ヲ讓渡サント約シタルニ丙ハ其代價ヲ支拂フニ先チテ債務者ニ通知スルコトナシトセス然ルニ丙カ期限ニ至リ代價ヲ支拂ハサルニ因リ甲ハ更ニ其債權ヲ丁ニ讓渡シ丁之ヲ債務者ニ通知セハ債務者ハ果シテ何人カ眞ノ讓受人タルカヲ知ルコトヲ得ス殊ニ丙ニ對シ旣ニ辨濟ヲ了リタル後ナルトキハ債務者又丁ハ甚タ迷惑ヲ感スヘシ若シ丙カ有資力者ニシテ不當利得ニ因ル賠償ヲ爲スコトヲ得ハ結局損害ナキニ至ルヘキモ之ニ反シテ無資力ナルトキハ乙又ハ丁ハ全ク損害ヲ被ラサルコトヲ得ス又或ハ甲、丙間ノ讓渡ノ契約未タ成立セサルニ先チ丙ハ債權者カ他人ニ讓渡サンコトヲ慮リ債務者ニ通知シタルニ其契約ハ竟ニ成立セスシテ却テ後ニ甲、丁間ノ讓渡行爲カ成立スルコトナシトセス此ノ如キ實際上ノ弊害ハ枚擧ニ遑アラス加之理論上ヨリ云フモ讓渡人カ自己ノ權利ヲ處分シタルコトヲ通知セハ信憑スヘキモ單ニ讓受人カ某ノ權利ヲ讓受ケタリト曰フモ債務者ヨリ觀レハ從來何等ノ關係ナカリシ者ノ言ヲ信スルコト能ハス是レ恰モ登記手續ニ於テ讓受人ノミノ申請ニ因リテハ登記ヲ許ササルト同趣旨ナリ尤モ此ノ如クセハ讓渡人カ通知ヲ怠ルノ虞ナシトセスト雖モ若シ之ヲ怠ルトキハ第四百十四條第一項但書ヲ適用シ裁判ヲ以テ其意思表示ニ代フルコトヲ得ヘク民事訴訟法ニ於テモ之ニ關スル規定アルヲ以テ毫モ顧慮スルニ足ラサルナリ（民訴七百三十三條一項民施五十四條）

右ニ述ヘタル條件ヲ以テ至當ナリトスルモ債務者以外ノ第三者例ハハ債權ノ第二ノ讓受人、債權ノ質權者又ハ債權ノ差押人ニ對抗スル爲メニハ如何是レ亦債務者ノ承諾アルカ又ハ之ニ通知スルヲ以テ足ル蓋シ債務者ニ對シテハ此條件カ十分ノ效力アルコト明瞭ナルモ其他ノ者ニ對シテ效力アルモノトスルハ一見奇怪ノ感アリ然レトモ凡ソ債權ヲ讓受ケントスル者ハ先ツ債務者ニ就テ債權ノ存否其他ノ事情ヲ審ニスルヲ當然トス若シ然ラスンハ往往不測ノ損失ヲ被ルコトアルヘケレハナリ例ヘハ千圓ノ債權ナリト信シテ之ヲ九百圓ニテ讓受ケタルニ內五百圓ハ旣ニ辨濟アリタル後ナリシトキハ四百圓ノ損失ヲ被ルヘシ又旣ニ相殺ヲ對抗シタル後ナルトキ（相殺ノ場合ニハ證書ヲ交換スルヲ常トスレトモ未タ其交換ヲ爲ササルニ當リ證書ニ信ヲ置キテ其債權ヲ讓受ケタルトキ）ハ全然損失ヲ被ムルコトナシ

トセス債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲サントスル場合等亦然リ差押債權者ニ至リテハ其趣ヲ異ニスルト雖モ理論ニ於テハ全ク相同シ元來債權者ハ債務者ノ財產ヲ差押フルコトヲ得ルノミニシテ債務者カ既ニ讓渡シタル債權ハ他人ノ財產ナルカ故ニ之ヲ差押フルコトヲ得ス然レトモ他人ノ財產タルコトヲ知ラサル以上ハ之ヲ差押ヘテ以テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシト信シタルニ後日執行手續ノ進ムニ及ヒ始メテ其目的物ハ眞ノ權利者タル讓受人ニ屬スルコトヲ知ルニ至リ其差押無效ニ歸スヘシトセハ其債權者ハ頗ル失望スルナルヘシ是ヲ以テ我民事訴訟法第六百九條ハ債務者(第三債務者)ヲシテ差押債權者ニ對シ債務ニ關シテ一定ノ陳述ヲ爲サシムル手續ヲ規定セリ故ニ債務者ニシテ讓渡ノ事ヲ知ラハ其事實ヲ告クヘキヲ以テ差押債權者ハ其損失ヲ免ルルコトヲ得ヘシ論者或ハ此公示方法ハ甚タ不完全ナリ何トナレハ若シ債務者カ僞リテ未タ讓渡アラサル債權ヲ既ニ讓渡アリタリト曰ヒ既ニ讓渡アリタル債權ヲ未タ讓渡アラスト曰ハハ第三者ハ之カ爲メニ欺カレテ損害ヲ被ルコトアルヘシト論者ノ言固ヨリ理アリ然レトモ他ニ如何ナル良方法アリヤ彼ノ登記ノ如キハ頗ル完全ノ方法タルコト疑ナキカ如キモ之ヲ債權ノ讓渡ニ應用スルコトハ實際上極メテ困難ナルヘシ假ニ債務者ハ何時其住所ヲ變更スルカ知ルヘカラス之ヲ變更シタル後ニ於テ讓渡ヲ爲シタルトキハ舊住所ノ登記所ニハ登記ナキカ故ニ其登記簿ヲ信シテ取引ヲ爲シタル者ハ意外ノ損失ヲ招クコトアルヘシ今若シ債務者ノ新住所ニ於テ登記セサレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストセハ可ナルカ如シト雖モ債務者カ住所ヲ轉スルトキハ第三者ハ意外ノ損失ヲ被ムルコトアルヘシ登記ノ制度ニシテ既ニ採ルヘカラストセハ他ニ適當ナル方法ナキヲ以テ右ノ方法ニ甘ンセサルコトヲ得ス況ヤ債務者若シ第三者ヲ欺クトキハ損害賠償ノ責ヲ負フヘキカ故ニ之ヲ欺クカ如キコトハ實際甚タ稀ナルヘキニ於テオヤ是レ佛國其他ノ國ニ於テ此手續ニ由ルコト已ニ久シト雖モ著シキ不都合アルヲ聞カサル所以ナリ

然ラハ右ノ通知又ハ承諾ノ意示表示ハ如何ナル方法ニ依ルヘキカ曰ク債務者ニ對シテハ別ニ方式ヲ定メス故ニ書面ヲ以テスルト口頭ヲ以テスルトヲ問ハス苟モ意思表示ヲ爲セハ則チ足ル是レ蓋シ債務者ハ通知又ハ承諾ニ付テハ當事者ナレハナリ然レトモ債務者以外ノ第三者ニ對シテハ此ノ如ク單純ナルコト能ハス乃チ法律ハ確定日附アル證書ヲ以テセサルヘカラストセリ是レ前ニ述ヘタル如ク往往ニシテ詐欺ノ行ハルルコトアルニ由ル例ヘハ債權者甲カ其債權ヲ丙ニ讓渡シタル後更ニ丁ニ讓渡シ孰レモ之ヲ債務者乙ニ通知セリ然ルニ丁ハ自己ヨリ先ニ丙カ其債權ヲ讓受ケタルコトヲ知リ隨テ自己ノ讓受ノ效ナキコトヲ知ルカ故ニ債務者又ハ讓渡人及ヒ債務者ト通謀シテ讓渡ノ日附ヲ繰上ケ以テ丙ニ對抗スルカ如キコトアルヘキヲ慮リタルモノナリ尙ホ確定日附ニ付テハ民法施行法第五條ヲ參照スヘシ

第二　讓渡ノ效力

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

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

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

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

(一)　債務者カ異議ヲ留メスシテ承諾ヲ爲シタル場合　債務者カ異議ヲ留メスシテ債權ノ讓渡ヲ承諾シタルトキハ將來其讓受人ヲ以テ自己ノ債權者ト爲スノ意思ヲ表示シタルモノナリ故ニ讓渡人ニ對抗スヘキ原因アルモ之ヲ以テ其讓受人ニ對抗スルコトヲ許サス若シ前債權者即チ讓渡人ニ對抗スヘキ原因アリタル場合ニ於テ之ヲ讓受人ニ對抗セント欲セハ必ス之ヲ留保セサルヘカラス例ヘハ既ニ一部ノ辨濟ヲ爲シタルトキ又ハ取消ノ原因アリタルトキハ其事ヲ留保スル

ニ非サレハ讓受人ニ對シ全部ノ辨濟ヲ爲スヘク又ハ取消ヲ爲スコトヲ得サルニ至ル何トナレハ讓受人ハ完全無缺ノ權利ヲ得タリト信シタルニ後日或ハ一部ハ既ニ辨濟セリト曰ハルルカ或ハ取消サント主張セラルルトキハ讓受人ハ意外ノ損失ヲ被ルコトアルヘケレハナリ況ヤ相殺ノ原因アリシ場合ニ於テオヤ然リト雖モ此等ノ場合ニ於テハ債務者モ亦損失ヲ被ルコトハ稀ナルヘシ即チ法律ハ不當ノ利得ヲ爲スコトヲ許ササルカ故ニ若シ債務者カ債務ノ辨濟トシテ讓渡人ニ給付シタルモノアルトキハ之ヲ取返スコトヲ得ルハ勿論更改ニ因リテ新債務ヲ負擔シタルトキハ之ヲ成立セサルモノト看做スコトヲ得ヘシ尙ホ相殺ノ場合ニ於テハ債務者ハ讓受人ニ辨濟スルノ義務ヲ負フヘシト雖モ讓渡人ニ對シテハ自己ノ債權ヲ實行スルコトヲ得ルカ故ニ讓渡人ノ無資力ニ因ル危險ハ之アルヘシト雖モ其以外ニ於テハ更ニ損失スルコトナカルヘシ第四百六十八條第一項但書ニ「債務者カ其債務ヲ消滅セシムル爲メ讓渡人ニ拂渡シタルモノアルトキハ之ヲ取返シ又讓渡人ニ對シテ負擔シタル債務アルトキハ之ヲ成立セサルモノト看做スコトヲ妨ケス」トアリテ債務者ハ其既ニ拂渡シタルモノヲ取返シ又ハ新債務ヲ負ヒタル場合ニハ之ヲ履行セサルモ可ナリトセリ或ハ曰ハン讓渡人ハ不當利得ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ常ニ債務者ヲシテ其給付シタルモノヲ取返サシメ又ハ契約ハ當然無效ナリト規定シテ可ナルニ非スヤト是レ未可ナリ蓋シ十中ノ八九ハ之ヲ取返シ又ハ成立セサルモノト看做スヲ以テ債務者ニ利益アリトスヘキモ稀ニハ却テ不利ナルコトナシトセス例ヘハ債務者ハ其所有ノ不動產ヲ賣拂ハントス欲スル

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

(二)　通知ヲ爲シタルニ止マル場合　債權者カ其權利ヲ讓渡シタルコトヲ通知シタルニ止マル場合ハ債務者カ其讓渡ヲ承諾シタル場合ト其效力ヲ異ニス固ヨリ債務者ハ債權者ノ讓渡ニ對シテ異議ヲ唱フルコト能ハスト雖モ其以前ニ有シタル利益例ヘハ全部又ハ一部ノ辨濟、更改、相殺ノ原因等ノ利益ハ之ヲ失フモノニ非サルカ故ニ當然讓受人ニ對抗スルコトヲ得ヘシ何トナレハ債權者ノミノ意思ヲ以テ債務者ノ利益ヲ奪フコト能ハサレハナリ然リ而シテ承諾ヲ爲シタル場合ニ於テハ債務者ハ異議ヲ留メサルトキハ縱令讓渡以前ニ生シタル事項ト雖モ讓受人ニ對抗スルコトヲ得サルコト前ニ述ヘタルカ如シト雖モ通知アリタルニ止マル場合ハ何時ニテモ其事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得是レ債務者カ讓渡ヲ承諾シタルトキト其效力ヲ異ニスル要點ニシテ第四百六十八條第二項ニ「讓渡人カ讓渡ノ通知ヲ爲シタルニ止マルトキハ債務者ハ其通知ヲ受クルマテニ讓渡人ニ對シテ生シタル事由ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得」ト規定セル所以ナリ故ニ其通知後ニ讓渡人トノ間ニ生シタル事由ハ之ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ス此點ハ承諾ノ場合ト毫モ異ナルコトナシ例ヘハ通知後ニ於テ讓渡人ニ對シ相殺ノ原因ヲ生シタリトスルモ債務者ハ之ヲ對抗スルコトヲ得サルカ如キ是ナリ

第三款　指圖債權

指圖債權トハ證書アル債權ニシテ證書ニ指定シタル債權者若クハ其指圖セル者ニ對シ辨濟ヲ爲スヘキ旨ヲ定メタルモノナリ彼ノ手形ノ如キハ法律上當然指圖債權タリ

指圖債權ノ讓渡ニ關スル原則ハ民法第四百六十九條ニ規定セリ曰ク

指圖債權ノ讓渡ハ其證書ニ讓渡ノ裏書ヲ爲シテ之ヲ讓受人ニ交付スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

指圖債權ハ證書ニ受取人ノ氏名ヲ記載セルモノニシテ裏書ニ依リテ讓渡スルコトヲ得ルモノナリ即チ性質上裏書ニ依リテ讓渡スルコトヲ得ルモノニシテ裏書ニ依リテ之ヲ讓渡シ又ハ質入スル替手形ハ其記名式ナルトキト雖モ裏書ニ依リテ之ヲ讓渡スコトヲ得」トアリ而シテ此規定ハ同法第五百二十九條ニ於テ小切手ニ、第五百三十七條ニ於テ約束手形ニ準用セリ又同第三百六十四條ニ「預證券及ヒ質入證券ハ其記名式ナルトキト雖モ裏書ニ依リテ之ヲ讓渡シ又ハ質入スルコトヲ得」トアルカ故ニ倉庫營業者カ發行スル預證券及ヒ質入證券モ亦法律上當然指圖債權タ

リ尙ホ法律上當然指圖債權ニ非サルモ當事者ノ意思ニ依リテ指圖債權ト爲スコトヲ得ルモノ勘カラス例ヘハ陸上運送ニ於ケル貨物引換證（商三百三十五條）海上運送ニ於ケル船荷證券（商六百二十九條）及ヒ損害保險ニ於ケル保險證券ノ如キ即チ是ナリ其他商事タルト民事タルトヲ問ハス原則トシテハ債權ヲ指圖式ト爲スコトヲ得是レ歐洲ニ於テモ同シキ所ナリ指圖式ノ方式ニ付テハ法律ニ規定スル所ナシト雖モ通例左ノ如キモノナリ

證

金何圓也

右年月日貴殿又ハ貴殿ノ指圖人ニ支拂可申候也

年月日　何ノ誰

何ノ誰殿

指圖債權ニ付テモ亦讓渡ノ要件及ヒ效力ノ二ニ分チテ之ヲ證明セン

第一　讓渡ノ要件

指圖債權ノ讓渡モ亦指名債權ノ讓渡ト同シク當事者間ニ在リテハ單ニ其意思表示ノミヲ以テ足ル然レトモ之ヲ以テ第三者ニ對抗センカ爲メニハ證書ノ裏書及ヒ交付ヲ必要トス（四百六十九條）

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

給付ヲ目的トスル指圖債權ニ手形ニ關スル第四百五十七條ノ規定ヲ準用セリ同條ニ曰ク「裏書ハ爲替手形、其謄本又ハ補箋ニ被裏書人ノ氏名又ハ商號及ヒ裏書ノ年月日ヲ記載シ裏書人署名スルニ依リテ之ヲ爲ス」裏書ハ裏書人ノ署名ノミヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ爾後爲替手形ハ引渡ノミニ依リテ之ヲ讓渡スルコトヲ得」ト民法ニ於テハ何等ノ規定ヲ設ケスシテ全ク慣習ニ一任セリ隨テ慣習上裏書ト視ルコトヲ得ヘキモノナレハ則チ足レリトス而シテ商法ノ規定ノ趣旨ニ依レハ裏書ノ文言ハ通例左ノ如クニシテ讓渡人之ニ署名スルモノトス

表記ノ金額何某殿又ハ其指圖人ニ御支拂可被成候

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

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

白地裏書　指圖債權ノ讓渡ニハ裏書ヲ爲シタル如ク白地裏書ノ事ナリ裏書ノ方式ハ前ニ示シタル如ク權利移轉ノ意思ヲ表示シタル文書ト裏書人ノ氏名、被裏書人ノ氏名及ヒ年月日ヲ記載スルヲ普通トスレトモ右ノ中被裏書人ノ氏名ヲ記載セスシテ證書ヲ交付スルコトアリ之ヲ「白地裏書」ト

謂フ近來更ニ其方式ヲ略シテ裏書人ノ氏名ノミヲ記載スルニ至レリ此ノ如キ裏書ハ有效ナリヤ否ヤ若シ有效ナリトセハ其性質及ヒ效力如何是レ從來學者間ニ頗ル議論アル所ナリ

我舊商法ニモ白地裏書ニ關スル規定アリシモ甚タ不完全ナリシヲ以テ新商法ニ於テハ之ヲ改メ其第四百五十七條第二項ニ「裏書ハ裏書人ノ署名ノミヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ爾後爲替手形ハ引渡ノミニ依リテ之ヲ讓渡スコトヲ得」ト規定シ更ニ第四百六十一條ニ於テ「裏書人カ其署名ノミヲ以テ裏書ヲ爲シタルトキハ所持人ハ自己ヲ其被裏書人ト爲スコトヲ得」ト規定セルカ故ニ例ヘハ甲カ手形ニ自己ノ署名ノミヲ爲シテ之ヲ乙ニ讓渡ストキハ乙ハ自ラ裏書ノ文言ヲ記載スルコトヲ得ヘシ之ト同シク乙ハ又引渡ノミニ依リテ之ヲ丙ニ讓渡シ而シテ丙ハ自ラ裏書ノ文言ヲ記載スルコトヲ得ルカ故ニ殆ト無記名ノ手形ニ均シク流通上極メテ便利ナルコト云フヲ俟タス然レトモ之ニ伴フ弊害ハ危險ノ大ナルニ在リ即チ紛失スレハ直チニ自己ノ權利ヲ喪フヘク且之ヲ盜取シタル者モ直チニ其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘキカ故ニ盜難ノ虞殊ニ多シ若シ普通ノ裏書ノ手形ナランニハ縱令盜難ニ遭フモ之ヲ盜取リタル者ハ僞造ヲ爲スニ非サレハ其手形ヲ行使スルコトヲ得サルカ故ニ盜難ノ虞及ヒ之ニ因リテ生スル損害自ラ尠シ故ニ白地裏書ヲ轉シテ普通ノ裏書ト爲スノ必要ヲ感スルコトアルヘシ尙ホ更ニ特殊ノ例ヲ擧クレハ白地裏書手形ノ所持人丙カ引渡ニ依リテ之ヲ丁ニ讓渡サントスルニ當リ丁ハ其手形

ノ振出人甲及ヒ第一ノ裏書人乙ノ何人タルヲ知ラス又ハ之ヲ知ルモ其人ヲ信用セサルカ故ニ丙カ裏書人トシテ署名シ手形上ノ義務ヲ負擔スルニ非スンハ之ヲ讓受ケスト云フコトアルヘシ此場合ニ於テハ丙ハ自己ヲ被裏書人トシ更ニ自ラ裏書人ト爲リテ裏書ヲ爲スコトアルヘシ但商法第四百六十四條但書ニ「署名ノミヲ以テ爲シタル裏書アルトキハ次ノ裏書人ハ其裏書ニ因リテ爲替手形ヲ取得シタルモノト看做ス」トアルカ故ニ丙ハ此場合ニ於テ必スシモ自己ヲ被裏書人トセサルモ唯裏書ノミヲ爲シ以テ丁ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ蓋シ此規定ハ乙カ白地裏書ニ依リテ手形ヲ丙ニ讓渡シ丙カ裏書人トシテ署名セハ裏書ノ連續ナキモ手形ハ乙ヨリ丙ニ移轉シタルモノト看做スヘシ而シテ是レ乙丙間ニ幾人ノ讓受人アリテ皆引渡ノミニ由リテ手形ヲ轉輾スルモ同シキ所ナリ然リト雖モ丁ハ尙ホ普通ノ裏書ノ連續スルコトヲ希望スルコトナシトセス此場合ニ於テハ丙ハ自己ヲ被裏書人トシテ記載スルコトヲ得ヘシ而シテ前記二條ノ規定ハ孰レモ爲替手形ニ關スルモノナリト雖モ之ヲ約束手形、小切手及ヒ金錢其他ノ物ノ給付ヲ目的トスル指圖債權ニ準用セリ（商二百八十二條、五百二十九條、五百三十七條）故ニ商法上白地裏書ノ性質ハ純然タル讓渡ニシテ其效力ハ上述ノ如シ然ルニ民法ニハ之ニ關スル規定ナシ法典調査會ニ於テハ大ニ議論アリシモ遂ニ明文ヲ要セサルモノトセリ蓋シ白地裏書ヲシテ手形等ノ如ク特別ノ效力ヲ有セシメント欲セハ明文ヲ要スルモ白地裏書其モノノ有效ナルコトハ特ニ規定スルノ必要ナシ而シテ民法上ノ指圖債權ハ其類尠ク其用亦多カラサルヲ以テ

敢テ特別ノ效力ヲ有セシムル必要ナキニ由ル請フ之ヲ細論セン

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

爲メナラサルヘカラス然ルニ乙、丙、丁等カ所謂代理ヲ實行スルハ自己ノ爲メノミ甲ニ對シテハ已ニ相當ノ代價ヲ支拂ヒタルモノナレハ乙カ丙ニ讓渡スハ自己カ對價ヲ得ンカ爲メナリ丙、丁モ亦然リ然ラハ乙、丙、丁等カ代理ヲ委任セラレタルモノト謂フコトヲ得サルニ非スヤト是レ非ナリ抑〻委任ナルモノハ必スシモ委任者ノ利益ナラサルヘカラサルニ非ス受任者ノ利益ニ於テモ亦之ヲ爲スコトヲ得ヘシ今一例ヲ擧ケンニ甲カ其友人乙ニ對シ自己ニ金錢ヲ貸與センコトヲ依賴セシニ乙ハ金錢ヲ所持セサルヲ以テ其所持ノ時計ヲ甲ニ引渡シ之ヲ賣却シ其代金ヲ費消スヘキヲ以テセリトセンカ此場合ニ於テハ其甲乙間ノ法律行爲ハ贈與ニ非サルコト明カナリ何トナレハ既ニ「貸借」ト云ヘハ無償ニテ財產ヲ與フルモノニ非サレハナリ然ラハ則チ純然タル消費貸借ナルカ否、消費貸借ナルモノハ種類、品質、數量ノ同一ナルモノヲ返還スヘキ義務ヲ生スルモノナリ今時計ヲ借リテ而シテ金錢ヲ返却スルハ單純ノ消費貸借ニ非サルコト明カナリ予ハ是レ時計賣却ノ委任ニ伴フ消費貸借ナリト信ス即チ時計賣却ノ委任ニ因リ乙ノ名義ヲ以テ之ヲ賣却シ其代金ヲ直チニ甲ニ貸與スルニ外ナラス是レ即チ受任者ノ利益ノ爲メニスル委任ニシテ委任者ノ爲メニハ寧ロ損失タルヘシ而モ尙ホ其間委任關係アリト謂ハサルヘカラサルナリ故ニ白地裏書ノ場合ニ於テ代理關係アリト謂ヒテ毫モ妨ナク隨テ明文ナキモ有效ナリ既ニ明文ヲ要セサルモノトセハ商法ハ何故ニ其規定ヲ設ケタルカ是レ他ナシ商法ニ於テハ白地裏書ヲ以テ代理裏書トセス之ニ因リテ直チニ權利移轉スルモノト看做シ且特別ノ效力ヲ有セシメンカ爲

ノノミ手形其他流通ノ頻繁ナルコトヲ要スルモノニ至リテハ特殊ノ便法ヲ必要トスルハ敢テ多言ヲ要セサルナリ

第二　讓渡ノ效力

指圖債權讓渡ノ效力モ亦原則トシテハ他ノ債權讓渡ノ場合ニ異ナラス即チ讓渡人ノ有セシ權利ヲ其儘讓受人ニ移轉スルニ在リ是レ別ニ喋喋ヲ要セス唯玆ニ說明セント欲スル事項ハ指圖債權ノ債務者カ裏書ニ依ル讓受人ニ對シテ如何ナル責任アルカニ在リ此內ニ關シテハ聊カ特別ノ規定アリ第四百七十條ニ曰ク

指圖債權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權利ヲ有スルモ其義務ヲ負フコトナシ但債務者ニ惡意又ハ重大ナル過失アルトキハ其辨濟ハ無效トス

指圖債權ハ裏書ノミニ依リテ權利移轉ノ效果ヲ生ス是レ其特色タリ故ニ唯裏書ノミニ據リテ何人カ權利者タルカヲ知ルコトヲ得ヘク債務者ハ豫メ其讓受人ヲ知ラサルカ故ニ現ニ證書ヲ所持スル者カ自ラ裏書ニ指示シタル最後ノ被裏書人ナリト稱スル場合ニ於テハ之ヲ眞正ノ權利者ナリト認ムルノ外ナシ隨テ之ニ對シテ爲シタル支拂ハ之ヲ有效トセサルヘカラス縱令其者カ眞正ノ權利者タラスト雖モ債務者ヲシテ之カ責任ヲ負ハシムルコトヲ得ス若シ然ラストセハ債務者ハ非常ナル損失ヲ被ルヘク而モ他ニ眞正ノ權利者ヲ知ルノ途ナキカ故ニ此ノ如クンハ勢ヒ指圖債權ノ流通ヲ阻害スルニ至ルヘシ故ニ其辨濟ヲ有效トシ債務ヲ免レシメサルコトヲ得ス債務者

ハ啻ニ權利者ノ眞否ヲ調査スルノ必要ナキノミナラス署名、捺印ノ眞僞モ亦之ヲ調査スルノ必要ナシ何トナレハ債務者ハ往往ニシテ眞正ノ權利者ノ誰タルコトヲ知ルモ支拂ノ際受取ノ爲メ爲シタル署名、捺印カ果シテ其者ノ署名、捺印ナリヤ否ヤヲ知ルコト能ハサルコトアリ然ルニ後日其僞筆又ハ僞印ナルコト發覺シタル爲メ曩ニ爲シタル辨濟ヲ無效トセラルルニ於テハ意外ノ損失ヲ來スカ故ニ之カ眞僞ヲ判定スル爲メ時日ト費用トヲ要シ其極指圖債權ハ圓滿ニ流通スルコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ玆ニ一言スヘキハ法文ニハ「所持人及ヒ其署名、捺印ノ眞僞ヲ調査スル」義務ナキコトヲ云ヘルノミニシテ裏書人及ヒ其署名、捺印ニ就テハ何等ノ規定スル所ナシ然レトモ「所持人ノ眞僞」トハ「現ニ證書ヲ所持スル者カ眞ノ權利者ナルヤ否ヤ」ヲ謂フモノニシテ其者カ眞ノ權利者ナル爲メニハ中間ノ裏書人カ同シク眞ノ權利者ナラサルヘカラサルカ故ニ自ラ「所持人ノ眞僞」ノ中ニハ裏書人及ヒ其署名、捺印ノ眞僞ヲモ包含スルモノト解釋セサルヘカラス其結果甲ヨリ乙ニ、乙ヨリ丙ニ裏書ヲ爲シ丙カ來リテ辨濟ヲ求メタルトキハ債務者ハ甲、乙、丙間ノ權利移轉ノ眞否及ヒ甲、乙、丙ノ署名、捺印ノ正否ヲ調査スルコトヲ要セス丙若シ詐欺者ニシテ其證書ヲ竊取シ自ラ乙ノ氏名ヲ僞署シ僞印ヲ捺スルコトアルモ債務者カ丙ニ對シテ爲シタル辨濟ハ有效ナリ何トナレハ債務者ハ其證券ノ持參人カ眞正ノ取得者タルコトヲ知ルノ途ナキカ故ニ債務者ヲ責ムルコト能ハサレハナリ

然レトモ此事タルヤ元來債務者保護ノ爲メニ設ケタルモノニシテ所持人ヨリ之ヲ債務者ニ對抗

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

右ト同一ノ精神ニ基キ法律ハ原債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由ヲ以テ善意ノ讓受人ニ

對抗スルコトヲ得サル場合ヲ規定セリ第四百七十二條即チ是ナリ同條ニ曰ク

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

凡ソ指圖債權ハ裏書及ヒ交付ニ依リテ轉轉スルモノナルカ故ニ利害關係人ハ唯證書及ヒ裏書ノミニ著眼シテ之カ取引ヲ爲シタルモノト看做ササルヘカラス故ニ證書ニ明記シタル事由ハ讓受人ニ於テ甘諾シタルモノト謂フヘク債務者ヨリ其記載事項ノ對抗ヲ受クヘキコトハ豫メ期セサルヘカラサル所ナリト雖モ之ニ記載ナキ事項ハ曾テ知ラサル所ナルヘク辨濟ヲ請求スルニ及ヒ突然其對抗ヲ受ケ之ニ應セサルヘカラストセハ意外ノ損失ヲ被ルコトアルヘシ隨テ指圖債權ノ流通ヲ阻害スルニ至ルヘシ是ヲ以テ法律ハ債務者ノ對抗事由ヲ制限シ證書ニ記載ナキ事項ニ付テハ原則トシテ原債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由ヲ以テ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ例ヘハ甲ハ乙ヲ信シ未タ代價ヲ受取ラサルニ先チ「米百石也」右貴殿又ハ貴殿ノ指圖人ニ御渡可申候也」ト記載セル指圖證券ヲ交付セリトセヨ若シ乙カ其證書ヲ持參シテ米ノ給付ヲ請求セハ甲ハ未タ代價ノ支拂ナキコトヲ對抗シテ其履行ヲ拒ムコトヲ得ヘシ然レトモ乙若シ之ヲ丙ニ裏書讓渡センカ丙ハ代金支拂ノ事ヲ知ラサルカ爲メ乙ニ相當ノ對價ヲ支拂ヒテ之ヲ讓受ケ而シテ甲ニ對シテ其債務ノ履行ヲ請求セリトセハ甲ハ速ニ米百石ヲ引渡スヘク決シテ原債權者乙ニ對スルカ如ク代價ノ支拂ナキコトヲ理由トシテ其履行ヲ拒ムコトヲ得ス能ハサル

ナリ何トナレハ是レ證書ニ記載ナキ事項ナルヲ以テ讓受人タル丙ニ對抗スルコトヲ得サレハナリ若シ之ヲ對抗セント欲セハ例ヘハ甲ハ豫メ「金千圓ト引換ニ」ト云フカ如キ文字ヲ證書ニ記載セサルヘカラス

次ニ證書ニ記載ナキ事項ト雖モ其證書ノ性質ヨリ當然生スル結果ハ讓受人ニ於テモ人ヲ豫期セサルヘカラス若シ之ヲ豫期セサリシトセハ是レ讓受人ノ過失ナリ而シテ自己ノ過失ハ之ヲ他人ニ嫁スルコトヲ得サルコト勿論ナルカ故ニ證書ノ性質ヨリ當然生スル結果ハ債務者ニ於テ之ヲ對抗スルコトヲ得サルヘカラス例ヘハ倉庫營業者ニ寄託シタル物品ハ倉敷、租稅ノ立換金等ヲ支拂ハサル以上ハ之ヲ取戻スコトヲ得ス是レ法律ニ明文アル所ニシテ倉荷證券ノ性質ヨリ當然生スル結果ト謂ハサルヘカラス故ニ甲若シ之ヲ乙ニ讓渡シタリトセハ其證券ニ記載ナシト雖モ乙ハ倉敷其他ノ費用ヲ支拂ハサルコトヲ得ス之ヲ支拂ハサルトキハ倉敷營業者ハ其受寄物ヲ留置スルコトヲ得ヘシ然レトモ若シ普通ノ人カ他人ニ預リ證ヲ交付シ之ニ「米十俵也」右貴殿又ハ貴殿ノ指圖人ニ御渡可申候也」ト記載シタルトキハ其讓受人ニ倉敷ヲ支拂ハシムルコトヲ得サルコトハ論ヲ俟タス何トナレハ是レ普通ノ預リ證ノ性質ヨリ當然生スル結果ニ非サレハナリ』右ハ畢竟讓受人ノ利益ヲ保護シテ指圖債權ノ流通ヲ助クルニ在ルヲ以テ其規定ハ惡意ノ讓受人ニ及ハス何トナレハ讓受人カ惡意ナル場合ニ於テハ證書ノミニ著眼シタリト謂フコトヲ得ス隨テ其者カ不利益ナル事項ノ對抗ヲ受クルモ爲メニ意外ノ損失アリト謂フコトヲ得サレハナリ

民法第四百七十條及ヒ第四百七十二條ノ規定ハ商事ノ指圖債權ニモ之ヲ適用スヘキモノトス唯手形ニ付テハ商法第四百三十七條乃至第四百四十一條ニ特別ノ規定アルカ故ニ民法第四百七十二條ノ適用ヲ受ケス然レトモ其內容ニ至リテハ兩法敢テ相矛盾スルモノニ非サルカ故ニ其結果ニ於テハ民法ノ適用ヲ受クルト敢テ大差ナキナリ

第四款　無記名債權

第一　讓渡ノ要件

無記名債權モ亦債權ナリ人或ハ債權ニ非スト云フト雖モ其誤解ナルコト更ニ說明ヲ要セス然レトモ無記名債權ノ價格ハ殆ト證券ニ包含セラレ證券其レ自身ヲ以テ直チニ債權ナリト云フモ不可ナシ何トナレハ其證券ヲ所持スル者ハ其債權ニ相當スル利益ヲ享有スルコトヲ得ヘケレハナリ試ニ例ヲ擧クレハ日本銀行兌換券ハ其券面記載額ニ相當スル金貨ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ヘキ債權ノ證券ナレトモ兌換其レ自身カ之ニ相當スル價値ヲ有ス鐵道ノ切符、物品ノ切手ノ如キ亦然リ而シテ證券ハ動產ナルコト勿論ナルカ故ニ證券ヲ以テ代表セラルル無記名債權其レ自身モ亦之ヲ動產ト看做セリ（八十六條三項）約言スレハ無記名債權ヲ以テ動產ナリト云フハ全ク法律ノ擬制ニ由ルモノニシテ之カ爲メニ債權タル本質ヲ失フモノニ非ス然レトモ一旦之ヲ動產ト看做セル以上ハ其讓渡ノ要件ハ一ニ動產ノ規定ニ從ハサルヘカラス故ニ當事者間ハ意思表

示ノミニ由リテ權利移轉ノ效果ヲ生スヘク第三者ニ對抗スルニハ證券ノ引渡ヲ要ス純然タル無記名債權ニ付テハ特ニ說明スルノ要ナシ唯茲ニ其性質ノ最モ疑ハシキモノアリ民法第四百七十一條ニ規定セル債權即チ是ナリ同條ニ曰ク

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

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

予ハ明カニ反對ノ慣習ナク又特別ノ規定ナキ以上ハ第四百七十一條ノ證書モ亦全ク記名式即チ普通ノ指名債權ナリト解スルヲ穩當ナリト信ス何トナレハ債權者ノ何人タルカカ確定シ居レハナリ唯債務者ハ此證書ノ持參人ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ眞正ノ權利者ナルト否トヲ問ハス其債權ヲ免ルル利益ヲ留保シタルモノナリト謂フヘキノミ現ニ獨逸民法ニ於テハ此主義ヲ採ル我民法モ亦主義ニ據リ第四百七十條ノ規定ヲ準用シ債務者ハ所持人及ヒ其署名、捺印ヲ調査スル權利アルモ其義務ナキモノトセリ民法施行以前ニ於テモ政府ノ債務ニ付テハ特ニ金庫ヲシテ印鑑

ヲ照査セシメ其印鑑ニシテ符合スルトキハ金錢ハ何人ニ渡スモ金庫ニ何等ノ責任ナキモノトセリ然レトモ此印鑑照査ハ別段ノ規則ニ依リテ之ヲ爲スモノニシテ一般ニ之ヲ云ヘハ此種ノ債權ニ付テハ其眞ノ權利者ヲ調査スルヲ得サルヲ以テ之ヲ調査スル義務アルモノトセハ其不便極リナカルヘシ故ニ之ヲ調査スル義務ナキモノトセリ唯茲ニ注意スヘキハ第四百七十條ヲ此種ノ債權ニ準用スルコトハ敢テ强制的ニ非サルカ故ニ當事者ノ欲スル所ニ隨ヒ證書ニ明記スル以上ハ之ニ如何ナル性質ヲ有セシムルモ毫モ妨ナシ佛國ニ於テ一般ニ行ハルル手形ニ此形式ヲ具フルモノ多シ是レ性質上指圖式ノモノナリ即チ「何某ノ指圖人又ハ所持人」トアリ予之ヲ當業者ニ聞ク曰ク受取人カ指圖式ヲ便利トスルトキハ下ノ「又ハ所持人」ノ句ヲ抹消シ若シ無記名式ヲ便利トスルトキハ上ノ「何某ノ指圖人又ハ」ノ句ヲ抹消スヘク唯受取人ノ好ム所ニ從ハシム然ルニ實際上之ヲ流通スルニハ何レヲモ塗抹セサルトキハ慣習上下ノ「又ハ所持人」ノ句ハ抹殺セラレタルモノト看做シ裏書ニ依リテ讓渡スヘキモノナリト此ノ如キ慣習アルトキハ之ニ從フヘキコトハ論ヲ俟タス我商法ノ如ク明カニ白地裏書ヲ認メ引渡ノミニ依リテ轉轉スルコトヲ得ルモノトセル以上ハ特ニ右ニ揭ケタル種類ノ證券ニ付キ法律ノ規定ヲ要セサルカ如シト雖モ白地裏書ニ於テハ兎ニ角受取人ハ裏書ヲ爲ササルヘカラサルカ故ニ又手形上ノ責任ヲ負ハサルヘカラス然ルニ右ニ揭ケタルモノハ曾テ何人モ裏書ヲ爲サス隨テ振出人ノミ責任ヲ負フモノナルヲ以テ其效力全ク同シカラス故ニ第四百七十條ノ必要アルナリ』

第二　讓渡ノ效力

讓渡ノ效力ニ付テハ第四百七十三條ニ規定セリ曰ク

前條ノ規定ハ無記名債權ニ之ヲ準用ス

此點ニ付テハ前條即チ第四百七十二條ヲ準用スルモノニシテ指圖債權ニ於ケルト同一ナリ前ニ述ヘタル如ク無記名債權モ亦債權ナルカ故ニ債務者ハ辨濟ノ義務ヲ負フ若シ眞ノ動產ナランニハ之ニ對シ辨濟ノ問題ヲ生スルコトナシ然ルニ無記名債權ハ證券ヲ引渡スノミニ因リ之ヲ移轉スルモノナレハ讓受人ハ證書ノミニ著眼シ其以外ニ債權者ト債務者トノ間ニ如何ナル關係アルカハ曾テ知ラサルヲ常トス故ニ證書ニ記載ナキ事項ハ之ヲ以テ善意ノ讓受人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス例ヘハ鰹節百斤ノ切手ノ讓渡アリタル場合ニ於テ其債務者カ物品ト引換ニ代價ヲ受取ルヘキ特約ヲ以テ其切手ヲ發行シタリトスルモ苟モ之ヲ證書ニ記載セス單ニ「此切手ト引換ニ御渡可申」トアル以上ハ其特約ヲ知ラサル讓受人ニハ之ヲ對抗スルコトヲ得ス尤モ證書ニ記載ナキモ其證書ノ性質ヨリ當然生スル結果ハ讓受人ニ於テ之ヲ拒ムコトヲ得ス例ヘハ鐵道切符ハ別ニ鐵道ニ關スル法令アルカ故ニ之ニ遵據セサルヘカラス此切符持參人ハ滿員ノ爲メ規定ノ時刻ニ乘車スルコトヲ得サリシトキハ特ニ乘車ヲ請求スルコトヲ得ス何トナレハ切符ニ何等ノ記載ナキモ鐵道營業法第十五條第二項ニ依リ政府又ハ會社ハ當然其權利ヲ留保セルモノトス之ニ反シテ一箇人カ乘船切符ヲ發行シタルトキノ如キハ若シ別段ノ規則又ハ慣習ナキ以上ハ

若シ滿員ノ爲メ切符所持人ヲ搭載スルコト能ハサルトキハ別ニ船ヲ仕立テテ之カ債務ヲ履行セサルヘカラス是レ既ニ述ヘタル如ク指圖債權ノ流通ノ圓滿ヲ圖ルカ爲メニ必要ナリトシテ規定セルモノト同一ナリ然ラハ指圖債權ヨリ一層流通力ノ大ナルヘキ無記名債權ニ於テハ其必要ノ程度モ亦一層大ナリト謂ハサルヘカラス

第五節　債權ノ消滅

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

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

(二)　法律行爲ノ解除　解除ニハ解除條件ノ成就ニ因ル解除ト解除權ノ行使ニ因ル解除ノ二ア

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

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

(四)　履行不能　履行不能ノ事ニ付テハ舊民法ノ如キハ別ニ一節ヲ設ケ學者亦之ヲ債務ノ消滅原因トシテ別ニ論スル者アリ此ノ如ク履行不能ハ實ニ債權消滅ノ一原因タリ例ヘハ特定物ノ引渡ヲ目的トスル債權ニ於テ其特定物カ滅失シ、勞務ヲ目的トスル債權ニ於テ其勞務者カ疾病ニ因リ勞務ニ從フコト能ハサルニ至リタルカ如ク到底之ヲ履行スルコト能ハサルトキハ其債權ハ消滅セサルコトヲ得ス是レ恰モ目的物ノ滅失ニ因リ當然ニ物權ノ消滅ヲ來スト異ナラス蓋シ格言ニモ「法律ハ不能ヲ責メス」ト云ヒテ如何ニ法律ノ力トハ云ヘ到底實行スルコト能ハサルモノヲ實行セシムルコト能ハサルコトハ當然ニシテ言ヲ俟タス故ニ敢テ明文ヲ置クノ必要ナシ唯其結果トシテ債權者ト債務者トノ關係如何新ニ損害賠償ヲ請求スル權利ヲ發生セシムヘキカ、危險ハ何人カ負擔スヘキカ等ノ問題ヲ生スルノミ然リト雖モ賠償問題ハ既ニ債權ノ效力トシテ債務ノ付遲滯ト牽連シ過失ニ因リテ履行不能ト爲リタルトキハ債權者ハ求償權ヲ有スルコトヲ述ヘタレハ本節ニ於テ再ヒ說明スルノ要ナシ又所謂危險問題即チ雙務契約ニ於テ一方ノ債務ノ目的ニシテ履行不能ト爲リタルトキハ他ノ一方ハ仍ホ自己ノ債務ヲ履行セサルヘカラサルヤ否ヤハ契約ノ總則ニ於テ論スルヲ相當トスルカ故ニ是レ亦本節ニ於テ說明スルノ限ニ在ラス此ノ如ク數種ノ原因アルモ孰レモ此處ニ於テ說明スルノ必要ナシ故ニ前ニ揭ケタル五ノ原因ニ付キ順次說明スヘシ

第一款　辨濟

既ニ屢〻論シタル如ク辨濟ト曰ヒ履行ト曰フハ其實同シクシテ其名異ナルノミ否同一ノモノヲ右ヨリ觀タルト左ヨリ觀タルノ差異アルコト恰モ一箇ノ關係ヲ一方ヨリ觀察シテ債務ト謂ヒ他方ヨリ觀察シテ債權ト謂フカ如シ外國ノ立法例ニ於テモ又學說ニ於テモ辨濟ト履行トノ區別ヲ明カニシタルモノナク又之ヲ區別スルコト頗ル困難ナリ然レトモ之ヲ理論上ヨリ云ヘハ其區別明瞭ナルカ如シ即チ履行トハ債權ノ效力ヨリ觀察シ辨濟トハ債權ノ消滅ヨリ觀察セルモノナリ隨テ債權カ其發生當時ノ目的ノ如ク實行セラルルトキハ辨濟ト云ハンヨリハ寧ロ履行ト謂フヲ

以テ至當ナリトス何人カ履行ヲ受クヘキカト云フカ如キハ之ヲ消滅ノ方面ヨリ云ハスシテ目的ノ方面ヨリ論スルヲ可トス故ニ予ハ前ニ「履行」ト題シ通常ノ學者カ辨濟トシテ說明スルモノノ大部分ヲ說了セリ尤モ予ノ如キ觀察ニ基キタル立法例ナク或ハ二者相混シテ區別セス或ハ區別スルト雖モ其大部分ヲ辨濟ノ部ニ規定スルヲ常トス我新民法ハ實ニ此後者ニ屬スルモノニシテ僅ニ履行ノ方法等ノ規定ヲ「效力」ノ章中ニ收ムルノミ是レ法典調査會ニ於テモ頗ル議論アリシ所ニシテ當初ハ現行法ノ「辨濟」ノ章中ニ在ル條文ノ二三ヲ「效力」ノ處ニ規定セシモ本來ノ性質上之ヲ別タサルヘカラサル理由アリシニ非ス故ニ予ハ全然此區別ヲ廢シテ二者合一ニスルノ主義ヲ贊スル者ナレトモ若シ之ヲ區別セサルヘカラサルモノトセハ「辨濟」ノ章中ニハ唯消滅原因トシテノ履行即チ「辨濟」ニ特別ナル事項ノミヲ集ムルヲ以テ適當ト爲ス事ヲ主張セシモ不幸ニシテ予ノ意見ハ採用セラレス却テ履行ニ關スル規定ノ大部ヲ「辨濟」ノ章ニ移スコトト爲レリ是レ從來履行モ辨濟モ同一ノ意義ニ使用セルカ故ニ實際上敢テ差支ナシト云ハンノミ但履行ノ方法ハ任意ニ履行ヲ爲ササリシ場合ニハ如何スヘキカノ問題ヲ生スルヲ以テ之ニ關スル規定ノ如キハ「辨濟」ノ章ニ入ルルコトヲ得ストシテ「債權ノ效力」中ニ之ヲ揭ケタリ

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

第一　辨濟受領者ノ義務

債務ノ辨濟ヲ受ケタル者ハ辨濟者ノ請求ニ應シテ受取證書ヲ交付シ且證書ヲ返還セサルヘカラス是レ民法第四百八十六條及ヒ第四百八十七條ニ規定セル所ナリ

（一）　受取證書ノ交付　辨濟ヲ受ケタル者カ受取證書ヲ交付スルノ義務ヲ負フコトハ第四百八十六條ニ之ヲ規定セリ同條ニ曰ク

辨濟者ハ辨濟受領者ニ對シテ受取證書ノ交付ヲ請求スルコトヲ得

辨濟者ニシテ一タヒ債務ノ辨濟ヲ了レハ債務ノ消滅スヘキコト論ヲ俟タス然レトモ後日爭ノ生シタル場合ニ於テ債權者ニシテ債權發生ノ事實ヲ證明セハ債務者ハ辨濟ノ事實ヲ證明セサルヘカラス若シ之ヲ證明スルコト能ハサランカ結局再ヒ辨濟ヲ爲ササルヘカラサルニ至ルヘシ故ニ辨濟ノ當時其證據トシテ受取證書ノ交付ヲ請求スルコトヲ得セシメサルヘカラス或ハ曰ハン債務者保護ノ方法トシテ辨濟ノ證據ヲ請求スルコトヲ得セシムルハ可ナリト雖モ若シ債權者ヲシテ證書返還ノ義務ヲ負ハシムルトキハ復タ受取證書交付ノ義務ヲ負ハシムルノ必要ナシ何トナレハ證書ニシテ債權者ノ手ニ存セサランカ債權發生ノ事實ヲ證明スルニ由ナク隨テ債務者ハ辨濟ノ事實ヲ證明スル必要ナケレハナリ是レ非ナリ夫レ債權ハ契約ノミニ因リテ發生スルモノニ非ス而シテ契約以外ノ原因ニ因リテ發生シタル債權ハ證書ナキヲ常トス縱令契約ニ因リテ生シ

タルモノト雖モ必スシモ證書アルニ限ラス商業上取引等ニ於テハ寧ロ證書ナキモノ多シ此ノ如キ場合ニ於テハ受取證書交付ノ義務ヲ負ハシムルニ非サレハ辨濟者ヲ保護スルコト難カルヘシ又縱令債權ノ證書ヲ調製シタリトスルモ之ヲ紛失スルコトナシトセス若シ之ヲ紛失センカ其之ヲ返還スルコト能ハサルヤ言ヲ俟タス加之債務者カ單ニ債權證書ノミヲ占有スルトキハ一應債權者ヨリ返還ヲ得タルモノナリトノ推測ヲ下シ得ヘキモ占有ノ一事ヲ以テ直チニ辨濟アリタルモノト謂フコトヲ得ス何トナレハ偶然債務者ノ手裡ニ存スルコトナシトセサレハナリ是ヲ以テ證書返還ノ義務ノ外尙ホ受取證書交付ノ義務アルモノトスルノ必要アリ但受取證書ニ付テハ別段ノ方式ヲ要スルモノトセサルカ故ニ債權證書ノ裏面ニ受領ノ旨ヲ書スルモ可ナリ

受取證書ノ交付ニ付キ一問題アリ曰ク辨濟者ハ辨濟ヲ了リタル後ニ在ラサレハ之カ交付ヲ請求スルコトヲ得サルカ是ナリ獨逸民法ノ如キハ明カニ規定セルヲ以テ疑ヲ生セスト雖モ我民法ニ於テハ如何予ハ我民法第四百八十六條ノ規定モ其意義明瞭ナリト信ス即チ同條ニ「辨濟者ハ辨濟受領者ニ對シテ云云」トアルカ故ニ辨濟ヲ爲シタル後ニ在ラスシテ辨濟ノ際「辨濟スル者」カ「辨濟ヲ受領スル者」ニ對シテ之ヲ請求シ得ヘキモノナルコト疑ヲ容レス即チ證書ト引換ニ非サレハ辨濟ヲ爲サスト主張スルコトヲ得ヘキナリ實際ニ付テ之ヲ觀ルモ亦此ノ如クナルニ非サレハ殆ト其效ナシ即チ債權者カ既ニ辨濟ヲ受ケタルニ拘ハラス惡意ヲ以テ受取證書ノ請求ニ應セス且「予ハ未タ曾テ汝ヨリ辨濟ヲ受ケタルコトナシ汝果シテ辨濟ヲ了ヘタル證據ヲ有スルカ」ト曰ハハ辨濟ヲ爲シタル者ハ復タ如何トモスルコト能ハス隨テ受取證書ノ交付ヲ請求スルノ權利アリト云フト雖モ畢竟有名無實ニ歸センノミ故ニ受取證書ハ辨濟ト同時ニ之ヲ請求シ得ルモノトセサルコトヲ得ス然レトモ是レ辨濟者ノ權利ナルカ故ニ自ラ危險ヲ甘ンスル以上ハ辨濟ト同時ニ請求セサルヘカラサルニ非ス辨濟ヲ爲シタル後ト雖モ之ヲ請求シ得ヘキハ論ヲ俟タス

(二)　證書ノ返還　證書返還ノ義務モ亦受取證書交付ノ義務ト其趣旨ヲ同シウス即チ若シ債務者カ債務ヲ辨濟シタルニ拘ハラス債權者カ其證書ヲ返還セサルトキハ債務者ハ後日其證書ヲ以テ再ヒ辨濟ヲ請求セラルルノ虞アリ縱令債權者ハ此ノ如キ行爲ヲ爲スコトナシトスルモ其證書カ不幸ニモ惡漢ノ手ニ歸スルコトアランカ債務者ニ取リテハ危險極マレリト謂ハサルヘカラス故ニ債務者カ其證書ノ返還ヲ望ムハ洵ニ當然ノ事ニシテ債權ニシテ既ニ消滅シタル以上ハ債權ノ證書ハ債權者ニ取リテハ何等ノ用ヲモ爲ササルモノナルカ故ニ之カ返還ノ義務ヲ認メタルハ極メテ其當ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス或ハ曰ハン若シ受取證書交付ノ義務ヲ認メサルトキハ債權證書ノ返還ハ洵ニ其必要アリト雖モ既ニ受取證書交付ノ義務ヲ認メタル以上ハ債權證書ノ返還ハ債務者ニ取リテ何等ノ必要ナシ若シ後日再ヒ辨濟ノ請求ニ遇ハハ何時タリトモ受取證書ヲ提出シテ既ニ辨濟ヲ了リタルコトヲ證明シ得ヘシ不用ノ證書ハ之ヲ返還スルヲ當然ナリトスルト雖モ敢テ法律上ノ義務トスルノ必要ナシト是レ亦非ナリ何トナレハ受取證書ハ往往ニ

シテ紛失スルコトアリ若シ不幸ニシテ紛失シタリトセハ債權者カ債權證書ノ自己ノ手ニ存スルコトヲ奇貨トシテ再ヒ辨濟ヲ請求センカ債務者ハ辨濟ノ事實ヲ證明スルコト能ハサルコトアルヘク又債權者自身ハ斯ル不正ノ行爲ヲ爲スコトナシトスルモ其死亡ノ後相續人カ善意ヲ以テ請求ヲ爲スコトナシトセス又善意ニテ債權ヲ讓受ケタル第三者カ其證書ニ依リテ請求ヲ爲スコトアラン凡テ此等ノ場合ニ於テハ債務者ハ結局二重拂ヲ爲ササルヲ得サルノ不幸ヲ見ルコトナキヲ保セス是レ債權者ニ債權證書返還ノ義務ヲ負ハシメタル所以ナリ蓋シ債權證書モ亦紛失ノ虞ナキニ非スト雖モ通常恰モ金錢ト同シク鄭重ニ保存スルモノナリ之ニ反シテ受取證書ニ至リテハ一時ハ之ヲ保存スルモ少シク年月ヲ經過スレハ深ク之ニ注意セサルヲ常トスルカ故ニ債權ノ證書ヲ以テ受取證書ニ比スレハ紛失ノ虞適ニ少シト謂ハサルヲ得ス加之受取證書ハ一部辨濟ノ場合ト雖モ之ヲ請求シ得ヘク證書ノ返還ハ全部辨濟ノ場合ニ在ラサレハ之ヲ請求スルコトヲ得サルモノニシテ彼此其趣ヲ異ニスルカ故ニ證書返還ノ義務ヲ認ムルハ受取證書交付ノ義務ヲ認ムルト共ニ必要ノ規定ナルコト明カナリ第四百八十七條ニ曰ク

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

證書返還ニ付テモ亦辨濟ト引換ニ之ヲ請求シ得ルカ將タ又辨濟ヲ了リタル後之カ請求ヲ爲ササルヘカラサルカノ問題ヲ生ス獨逸民法ノ如キハ明カニ前段ノ義務ノ如ク辨濟ト同時ニ返還ヲ命スルノ規定アリ立法論トシテハ遽ニ其可否ヲ斷スルコト能ハスト雖モ民法第四百八十七條ハ「……辨濟ヲ爲シタルトキハ……」ト云ヘルカ故ニ解釋上ハ全部ノ辨濟ヲ了リタル後ニ於テ始メテ證書ノ返還ヲ請求シ得ヘキモノト謂ハサルコトヲ得ス即チ受取證書交付ノ義務ト反對ナリ或ハ其前後一貫セサルヲ難シ證書ト引換ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルモノトスルニ非サレハ債務者保護ノ途全キヲ得スト曰フト雖モ我民法カ前後相異ナレル主義ヲ採リタルモノ理由ナキニ非ス蓋シ受取證書ハ紛失ノ虞アルコト前述ノ如シト雖モ少シク注意シテ保存セハ之ヲ失フコトナカルヘキカ故ニ債權證書ト引換ニ辨濟ヲ爲ササルモ債務者ハ受取證書ヲ以テ證明ノ材料トシ優ニ債權者ノ不當ナル主張ヲ斥クルコトヲ得ヘク債權證書ノ殘存ハ敢テ恐ルルニ足ラス受取證書ニ至リテハ辨濟ト引換ニ之ヲ交付セシムルニ非サレハ後日辨濟ヲ證明シテ其交付ノ請求ヲ爲スコトヲ得サレトモ既ニ受取證書ヲ有スル以上ハ債權者カ若シ證書返還ノ請求ニ應セスンハ辨濟者ハ訴ヲ起シテ之カ目的ヲ達スルコトヲ得ヘキカ故ニ債權者モ之ニ應セサルコト稀ナルヘシ且受取證書ハ何時ニテモ之ヲ調製シ得ヘキモノナレトモ債權證書ハ時トシテ其所在ヲ失ヒ事實上辨濟ト引換ニ返還スルコト能ハサル場合ナシトセス是レ債權者ノ不注意ニ因ルト雖モ苟モ受取證書ヲ交付スル以上ハ辨濟ヲ受クルコトヲ得サルモノトスルコトヲ得ス若シ之ニ反シテ債務ノ期限ハ既ニ至ルモ證書ヲ發見スルマテハ其權利ヲ行使スルコトヲ得サルモノトセンカ是レ酷ニ失スト謂ハサルヘカラス又債權證書ハ之ヲ自宅ニ所藏スルモ辨濟ヲ受クル場所ニ持參セサリシ場合

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

第二　代位

代位又ハ代位辨濟ナルモノハ佛蘭西其他佛法系ノ立法例ニ於テ一般ニ認ムル制度ナリ我舊民法ニ於テモ之ヲ認メタリ

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

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

（イ）約定代位　我舊民法及ヒ外國多數ノ立法例ニ於テハ約定代位ヲ分チテ債權者ノ意思ニ因ルモノト債務者ノ意思ニ因ルモノトノ二ト爲ス即チ債權者ノ承諾ニ因リテ其權利ヲ辨濟者カ債權者ニ代リ行フモノト辨濟者ト債務者トノ約束ニ因リテ辨濟者カ代リ行フモノトノ二種ヲ認ムト雖モ我新民法ニ於テハ唯前者ノミヲ認メテ後者ヲ認メス蓋シ理論上ヨリ云ヘハ債權者自身カ自己ノ有スル權利ノ代位ヲ許容スルハ則チ可ナリト雖モ債務者カ他人ノ權利ノ處分ヲ爲スハ毫モ理由ナキノミナラス之ヲ實際上ヨリ觀察スルモ債務者ノ意思ニ因ル代位ハ其弊殊ニ大ナリ例ヘハ甲ヲ債權者トシ乙ヲ債務者トセンニ丙カ其債務ヲ辨濟セハ結局丙ハ乙ニ對シ債務ノ目的タルモノヲ貸與シ乙ハ由リテ以テ辨濟ヲ爲シタルニ同シ現ニ舊民法財產編第四百八十一條第一項ニハ「債務者ハ其債務ノ辨濟ニ必要ナル金額又ハ有償物ヲ己レニ貸與シタル第三者ヲシテ債權者ノ承諾ナク其權利ニ代位セシムルコトヲ得」ト云ヒ佛國民法モ亦明カニ同一ノ趣旨ヲ認メタリ然ルニ代位ノ必要アル場合ニ於テハ大抵乙ニハ既ニ他ノ債權者丁、戊等アルヘク丙ハ之ニ後レテ債權者ト爲リタルモノナリ故ニ丙若シ其權利ヲ確保セント欲セハ質權又ハ抵當權ヲ新ニ設定セシムルコトヲ得ルハ論ヲ俟タスト雖モ若シ丁、戊等カ同一ノ財產ニ付キ既ニ質權又ハ抵當權ヲ有スルトセハ丙ハ順位ニ於テ其後位ニ居ラサルヘカラス然ルニ若シ丙カ甲ニ代位センカ甲ノ順位ニ於テ其權利ヲ行使スルコトヲ得ルカ故ニ丁、戊等ヲ凌クコトアルヘシ殊ニ甲カ先取特權ヲ有スル場合ノ如キハ其權利ハ質權、抵當權ヨリ強力ナルヲ常トス然ルニ丙ハ代位ニ由ルニ非サレハ之ヲ取得スルコトヲ得サルヘシ然レトモ乙カ其借用シタル金錢等ノ使用ノ途明瞭ナレハ猶ホ可ナリ然ルニ實際ニ於テハ果シテ丙ヨリ借用シタル金錢等ヲ甲ノ債權ノ辨濟ニ充テタルヤ否ヤ判然セサルコト多カルヘシ舊民法財產編第四百八十一條第二項ニハ「……借用證書ニハ其金額又ハ有償物ノ用方ヲ記載シ受取證書ニハ其出所ヲ記載ス」ト規定セリト雖モ之ノミニテハ當事者間ニ作成スルモノナルカ故ニ以テ確實ナリト謂フコトヲ得ス是ニ於テ同條第三項ニハ「公正證書又ハ私署證書ニ非サレハ第三者ニ對シテ右ノ行爲ノ證據トスルコトヲ許サス」ト規定セリ然レトモ是レ亦容易ニ信ヲ置クニ足ラス何トナレハ一旦辨濟ヲ爲シタル後詐欺ニ由リ代位ヲ爲スコトナキヲ保セサレハナリ蓋シ公證人ハ唯當事者ノ供述ヲ聽キテ之ヲ記錄スルノミニシテ私署證書ハ當事者ノ作成スルモノナルカ故ニ其果シテ詐欺ナキコトヲ證明スルニ足ラス殊ニ舊法ノ下ニ於テハ確定日附ノ制ナカリシカ故ニ證書調製ノ時日ヲ僞リテ既往ニ遡ラシムルノ虞アリ是ニ於テ新民法ハ債務者ノ意思ニ因ル代位ヲ認メス單ニ債權者ノ意思ニ因ル代位アルコトヲ知ラサル第三者ハ往往ニシテ不慮ノ損失ヲ被ルコトアルヘシ新民法ハ此弊害ヲ矯メンカ爲メ第四百九十九條ニ於テ辨濟者ヲシテ辨濟ト同時ニ代位ヲ爲サシメ且之ニ債權讓渡ノ規定ヲ準用ス

ルコトトセリ同條ニ曰ク

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

第四百六十七條ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

（ロ）法定代位　我舊民法及ヒ佛國民法ノ法定代位ハ列擧主義ニ依レルモ新民法ニ於テハ概括主義ヲ採レリ第五百條ニ曰ク

辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ當然債權者ニ代位ス

故ニ唯「正當ノ利益ヲ有スル」コトノ一條件ヲ具備スルヲ要スルノミ而シテ其適用ハ殆ト總テノ場合ヲ網羅スヘシ先ツ保證人ハ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スルモノナルコト固ヨリ論ヲ俟タス數人ノ保證人アル場合ニ於テモ連帶債務ナルカ不可分債務ナルカ又ハ特約ニ因リ一人カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ各保證人ハ其全額ヲ辨濟スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ナルカ故ニ債權者ニ代位スヘキハ當然ナリ唯以上ノ場合ニ該ラスシテ一人カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ其負擔部分以外ニ付テハ債權者ニ代位スヘキニ非ス物上保證人モ亦保證人ト同シク辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有ス何トナレハ辨濟ヲ爲ササレハ自己ノ財產ヲ失フヘケレハナリ又稍〻稀ナル例ヲ擧クレハ同一不動產ニ付キ甲乙二人ノ債權者共ニ抵當權ヲ有シ甲ヲ以テ第一順位ナリトセンニ甲ハ今日之ヲ賣却スルモ一萬圓ヲ得ヘシ故ニ自己ノ債權額一萬圓ノ辨濟ヲ受ク

ルニ足レリトシテ其抵當權ヲ實行セントス此時ニ當リ乙以爲ラク若シ今後一兩年ヲ猶豫セハ一萬圓ヲ超ユル代價ヲ以テ之ヲ賣却スルコトヲ得テ甲ノ債權額ヲ控除スルモ尙ホ自己カ辨濟トシテ受クル金額ヲ得ヘシト思考スルトキハ則チ乙ハ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ニシテ甲ニ代位スルコトヲ得ヘシ又甲ハ抵當權者ニシテ乙ハ抵當權ヲ有セサル場合ニ於テモ亦同一ノ利益アルヘシ何トナレハ債務者ノ財產ハ債權者ノ共同擔保ニシテ其上ニ特別擔保ヲ有スル債權者アルモ其者ノ辨濟ニ充テテ剩餘ヲ生スルトキハ固ヨリ普通ノ債權者ノ辨濟ニ充ツヘキモノナレハナリ此ノ如ク總テノ場合ヲ網羅スルカ故ニ實際上毫モ不權衡ノ事ナカルヘシ

茲ニ一言注意スヘキハ舊民法ニ於テハ原則トシテ辨濟ノ場合ニ代位ヲ認メ辨濟ノ條下ニ之カ規定ヲ設ケ而シテ連帶、保證等ノ規定ニ於テハ辨濟以外ノ有償行爲ノ場合ニモ若シ連帶債務者又ハ保證人カ他ノ連帶債務者若クハ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルトキハ猶ホ代位權ヲ認メタリ舊民法債權擔保編第三十六條第一項ノ規定即チ是ナリ（連帶ニ就テハ擔六十四條一項ニ單ニ辨濟ト云フモ解釋上ハ他ノ有償行爲ヲモ包含スルモノトスヘカリシト信ス）然ルニ新民法ニ於テハ一切之ヲ認メスシテ單ニ辨濟ノ場合ノミニ限レリ蓋シ代位ナルモノハ債權消滅セシニ拘ハラス之ヲ消滅セサルモノノ如ク看做シ辨濟者ヲシテ其求償權ノ範圍內ニ於テ債權ヲ行ハシムルモノニシテ實ニ萬己ムヲ得サル法律ノ假定（フサクショウ）ナレハ債務ノ本旨ニ適スル最モ普通ノ消滅方法タル辨濟ノ場合ニノミ此假定ヲ認メ其他ノ方法即チ相殺、更改、免除等ノ如キ場合ニハ敢テ代

位權ヲ與ヘテ此等ノ者ヲ保護スルノ必要ナキモノトシタルヲ以テナリ但予ハ立法論トシテ多少ノ意見ナキニ非ス蓋シ辨濟ハ債務ノ普通ノ消滅方法ナリト雖モ他ノ方法ト雖モ消滅方法タル以上ハ同一ニ之ヲ保護スヘキ理由ナシト謂フコトヲ得サレハナリ

（二）代位ノ效力　代位ノ效力ハ大ニ議論アル所ナリ今之ヲ大別シテ讓渡說及ヒ非讓渡說ノ二說ト爲ス甲說ヲ主張スル者ハ曰ク辨濟ニ因リテ債權ノ消滅スル以上ハ他人カ代リテ之ヲ行フコトハ到底想像タモ及ハサル所ナリ故ニ債權者カ未タ其權利ヲ失ハサル間即チ之ヲ失ハントスル瞬間ニ自己ノ有セル權利ヲ辨濟者ニ讓渡シ而シテ後辨濟ヲ受クルモノナリト謂ハサルヲ得ス乙說ヲ唱フル者ハ之ヲ駁シテ曰ク論者ハ果シテ辨濟アリシコトヲ認ムルカ若シ之ヲ認ムトセハ債權ハ既ニ消滅シタルコトヲ認メサルコトヲ得ス然ルニ猶ホ之ヲ讓渡スコトヲ得ヘシトスルハ畢竟法律ノ假定ニ由リ主タル債務者ニ對シテハ未タ消滅セサルモノト看做スニ外ナラス果シテ然ラハ讓渡ト視ルヨリハ法律ノ力ヲ以テ辨濟者カ主タル債務者ニ對シテ有スル權利ヲ擔保スル爲メ之ヲシテ債權者カ有セシ權利ヲ代リ行ハシムルモノトスルヲ愈レリトス且之ヲ讓渡トスルヨリ生スル不都合ハ主タル債務者ニ對シ求償權ヲ有セサルトキト雖モ仍ホ之ヲ有シ又或ハ求償金額ノ少額ナル場合ニ於テモ仍ホ多額ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノトスルニ非サレハ論理ヲ貫カサルコトト爲ルニ在リ是レ讓渡說ヲ採用スルコト能ハサル所以ナリト予ハ乙說ヲ可トス新民法モ亦後說ヲ採用セリ此說ニ從フトキハ前ニモ屢〻述ヘタル如ク債權ハ辨濟ニ因リテ消滅シタルモ債務者ニ對シテハ辨濟者カ有スル固有訴權ノ範圍內ニ於テ其擔保トシテ舊債權ヲ現存スルモノノ如ク看做スナリ但或ハ舊債權ハ全ク消滅シ擔保權ノミ移轉スルモノト看做スノ主義アリト雖モ民法ハ之ヲ認メス明カニ「債權ノ效力及ヒ擔保」ト規定シ擔保ノミ移ルモノトセス唯讓渡ト認メサル結果固有ノ求償權ノ擔保ニ必要ナラサル範圍ニ於テハ舊債權ハ消滅スヘキノミ第五百一條本文ニ曰ク

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

例ヘハ舊債權ノ時效ハ未タ完成セサルニ固有訴權ノ時效ハ既ニ完成セルトキハ代位ナシ尤モ新民法ニ於テハ此ノ如キ場合ハ殆ト絕無ナリト雖モ第百五十九條ノ場合ニ於テハ或ハ問題ト爲ルコトアルヘシ債權者ハ無能力者ニシテ其父母又ハ後見人カ債務者ナルトキ他人カ代リテ辨濟ヲ爲セハ其固有ノ求償權ハ辨濟ノ當時ヨリ進行スヘキモ舊債權ニ付テハ未タ時效進行セサルコトアルヘシ

以上論スル所ニ據レハ辨濟者ハ代位權ト固有權トノ二ヲ有スルカ故ニ其利益ニ從ヒテ孰レヲ行使スルモ自由ナリ固有權ノ利益多キ場合ノ一二ヲ擧クレハ保證人ハ辨濟ヲ爲シタル時ヨリ法定利息ヲ請求シ得ルハ勿論辨濟ノ爲メニ損害ヲ受ケタルトキハ其損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ルコトアリ委任ニ因ル保證人ハ則チ然リ（第四百五十九條第二項、同條ニハ連帶ニ關スル第四百

四十二條第二項ヲ準用セリ）連帶債務者モ亦同一ノ權利ヲ有セリ（四百四十二條二項）然ルニ代位權ニ依リテハ通常損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ス法定利息モ往往ニシテ之ヲ請求スルコトヲ得サルコトアラン何トナレハ債權者カ主タル債務者ニ對シテ請求ヲ爲サスシテ保證人ニ對シテノミ請求ヲ爲シタルトキハ保證人ハ遲滯ニ在リト雖モ主タル債務者ハ遲滯ニ付セラレタルモノニ非サレハナリ又保證人ハ主タル債務者ニ對シ連帶債務者ノ一人ハ他ノ連帶債務者ニ對シ特別ノ擔保ヲ有スルコトアリ例ヘハ債權者甲ハ債務者乙ノ不動產ヲ抵當トスルコトヲ好マスシテ却テ丙ノ保證人タルコトヲ望ムコトアリ是ヲ以テ乙ハ其不動產ヲ丙ニ抵當トシテ保證人タルコトヲ諾セシメタルトキノ如キハ代位權ニ依ルヨリ固有權ヲ行使スルヲ以テ確固ナリトス又例ヘハ債權者カ主タル債務者ニ請求セスシテ直チニ保證人ニ請求シ保證人ハ之ニ對シ辨濟ヲ爲シタルトキハ主タル債務ハ時效ヲ中斷セラレス而シテ保證人ノ求償權ハ辨濟ヲ爲シタル時ヨリ起算スルカ故ニ同一期間ノ時效ト雖モ債權者ノ權利ヨリハ後ニ其時效完成スルコト多シ斯ル場合ニ於テハ辨濟者タル保證人ハ自己ノ固有權ヲ行フヲ利益トス連帶債務ニ在リテハ其一人ニ對スル請求ハ他ノ者ニモ效力ヲ及ホスカ故ニ此問題ヲ生セスト雖モ其請求前ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ債權者ノ他ノ者ニ對スル債權ハ時效ノ中斷ナシ然ルニ求償權ノ時效ハ辨濟ノ時ヨリ起算スルコト全ク保證人ノ場合ニ同シキカ故ニ原債權ハ既ニ時效ニ罹リテ而シテ固有權ハ未タ時效ニ罹ラサルコトアリ尙ホ時效ニハ五年、三年、一年等ノ短期ノモノアリ殊ニ手形上ノ債權ハ六箇月

ヲ經過シタルニ因リテ時效ニ罹ルコトアリ故ニ若シ代位權ニ依ラント欲セハ其債權ハ既ニ消滅シテ復何等ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルコトアルヘシ總テ此等ノ場合ニ於テハ寧ロ固有權ヲ行フヲ利益トス更ニ轉シテ代位權ニ依ルヲ利益トスル場合ノ例ヲ擧ケンニ債權ニ質權、抵當權、先取特權又ハ留置權等附隨シ固有權ニ何等ノ擔保ナキ場合ニ於テ代位權ノ利益アルコトハ勿論債權證書カ公正證書ナルトキ若クハ債權カ既ニ確定判決ヲ經タルトキノ如キハ直チニ强制執行ヲ爲スノ便宜アリ之ヲ要スルニ固有權ト代位權トハ各〻其利益アルカ故ニ孰レヲ選フモ辨濟者ノ自由ナリ又併セテ之ヲ行使スルコトヲモ得ヘシ例ヘハ固有權ニ依リテ請求シ得ル額カ代位權ニ依ルモノヨリモ多キトキハ先ツ代位權ニ依リテ請求スルコトヲ得ヘシ故ニ代位權ヲ認ムルハ法律カ辨濟者ヲ特別ニ保護シタルモノト謂ハサルヘカラス而モ敢テ債權者ヲ害セス又債務者ヲモ害セサルカ故ニ毫モ批難スヘキニ非サルナリ

上來陳述シタル代位ノ效力ハ約定代位、法定代位ノ孰レニモ適用スヘキモノナリ民法第五百一條ハ主トシテ法定代位ニ關シテ規定セルカ如シト雖モ其然ラサルコトヲ明カニスルカ爲メ特ニ「前二條ニ依リテ」ト規定セリ又同條ニ「一切ノ權利」トアリ是レ概ネ前ニ說明シタル所ナレトモ尙ホ解除權ノ如キモノヲモ包含ス契約ヨリ生スル債權例ヘハ賣買ノ代價ノ辨濟者ハ買主カ其債務ヲ履行セサルトキハ解除權ヲ行使スルコトヲ得ヘキカ如キ是ナリ（五百二條二項）

以上ハ代位ノ一般ノ效力ナリ次ニ特別ノ場合ニ付キ說明セントス而シテ此特別ノ場合ニ付テハ

第五百一條但書以下ニ規定セリ曰ク

但左ノ規定ニ從フコトヲ要ス

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

二　第三取得者ハ保證人ニ對シテ債權者ニ代位セス

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

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

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

第一號ノ規定ハ第三取得者トノ間ニ於テ若シ保證人カ右ノ場合ニ於テ其財產カ不動產ナルトキハ第一號ノ規定ヲ準用ス

保證人ト不動產ノ第三取得者トノ關係　保證人ト第三取得者トノ間ニ於テ若シ保證人カ先ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ保證人ハ第三取得者ニ對シテ債權者ニ代位スルコトヲ得ルカ又第三取得者カ先ニ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ保證人ニ對シテ代位セス

特別ノ規定ナキトキハ之ヲ解決スルコト頗ル困難ナルヘク偶〻先ニ債權者ノ權利ノ行使ニ遭ヒタルカ爲メニ利益ヲ受クルカ如キ不公平ノ結果ヲ生セシムルノ外ナカルヘシ即チ保證人カ先ニ辨濟ヲ爲セハ第三取得者カ先ニ辨濟ヲ爲セハ保證人ニ對シテ代位シ若シ第三取得者カ先ニ辨濟ヲ爲セハ保證人ニ對シテ代位スルモノトスルノ外ナカラン果シテ然ラハ其不當ナルコト言ヲ俟タサルナリ

是ニ於テカ種種ノ學說ヲ生セリ殊ニ佛國法典ニ於テハ此點ニ關スル明文ナキヲ以テ大ニ議論ヲ惹起シ「ボワッソナード」氏ノ如キモ舊民法理由書ニ於テ二說アルコトヲ示セリ(一)保證人ヲ保護スヘシトスルノ說ニ曰ク第三取得者カ他人ノ財產ヲ讓受クルニ當リテハ該財產カ如何ナル權利ノ目的ト爲レルカヲ十分ニ調査シタル上ニ於テスヘキコトニシテ自己ノ注意ノ足ラサルカ爲メ他ノ權利ノ目的ト爲レルコトヲ知ラスシテ却テ自由ナル財產ナリト信シ其代金ヲ支拂ヒタル場合ニ於テハ第三取得者ニ於テ十分調査セサル過失アルヲ以テ自己ノ不利益ニ歸セサルヘカラス即チ債權者カ質權、抵當權等ヲ有スルトキハ質權、抵當權ハ物權ナルカ故ニ第三取得者カ此等ノ權利ノ行使ニ遭フヘキハ初ヨリ明カナル所ナリ之ニ反シテ保證人ハ他人ノ爲メニ而モ多クハ好意ヲ以テ保證ヲ爲スモノナリ而シテ此保證アルカ爲メニ債權者ニ於テモ債務者ヲ信シテ或契約ヲ締結スルコト多キカ故ニ保證ハ甚タ有益ナルモノト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ法律ハ十分保證人ヲ保護セサルヘカラス然ラサレハ他人ノ爲メニ保證ヲ爲スコトヲ肯スル者少カラン故

ニ若シ保證人ニシテ辨濟ヲ爲シタルトキハ第三取得者ニ對シテハ代位ヲ爲スコトヲ得ルモノトシ之ニ反シテ第三取得者ニ於テ辨濟ヲ爲シタルトキハ保證人ニ對シテ代位ヲ爲スコトヲ得サルモノトスヘシト(二)第三取得者ヲ保護スヘシトノ說モ亦一理ナキニ非ス蓋シ第三取得者カ其取得シタル不動產カ質權若クハ抵當權ノ目的ト爲レルコトヲ知ラスシテ讓受ケタル場合ニ於テハ其第三取得者ハ實際憐ムヘキ地位ニ在ル者ナリ即チ其者ハ元來何等ノ負擔ナキ不動產ナリト信シ相當ナル代價ヲ拂ヒテ以テ之ヲ買取リ自己ノ所有ニ屬シタリト信セシニ突然質權又ハ抵當權ノ行使ニ遭ヒ二重ニ代價ヲ拂ハサルヘカラサルニ至リタルトキハ其迷惑實ニ想フヘキナリ又假令第三取得者カ質權抵當權等ノ存在ヲ知リツツ買取リタリトスルモ元來質權又ハ抵當權等ハ債務ヲ辨濟セサルトキニ於テ始メテ其實行ヲ見ルモノニシテ質權、抵當權等ノ存スル場合ニ於テモ債務者ハ期限ニ至リ辨濟ヲ爲ス場合多シトスルカ故ニ必スシモ質權又ハ抵當權ノ實行ニ遭フニ限ラス隨テ第三者カ質權又ハ抵當權等ノ目的タル不動產ヲ讓受クルニ當リテハ債務者ハ必ス辨濟ヲ爲スナラント信シテ讓受ケタル場合ニ於テ不幸ニシテ其豫期ニ反シ期限ニ至リテ債務者カ或ハ資力ヲ失ヒタルカ若クハ其他ノ事由ニ因リテ讓渡ヲ爲ササル爲メ終ニ抵當權、質權ノ實行ニ遭ヒ其不動產ヲ競賣セラルルカ如キ場合ニ於テハ第三取得者ハ惡意ナク又必スシモ過失アルモノト謂フコトヲ得ス之ニ反シテ保證人ハ縱令從タル債務者ニモセヨ初ヨリ義務ヲ負擔シ主タル債務者カ履行ヲ爲ササル場合ニ於テ債務者ニ代リテ辨濟スルコトヲ約束シタル者ナレハ其

約束ニ從ヒ履行ヲ爲スコトハ當然ナルヘシ蓋シ保證人タルニハ多クハ親族、故舊若クハ其他ノ關係ニ由リ特別ニ主タル債務者ノ利益ヲ計ルノ理由アルモノナルヲ以テ主タル債務者ノ不履行ノ場合ニ於テ之ニ代リテ履行ヲ爲スヘキコトハ初ヨリ豫期セルモノト謂ハサルヘカラス故ニ寧ロ第三取得者ヲ保護シ第三取得者ニシテ代リテ辨濟ヲ爲シタルトキハ保證人ニ對シテ代位ヲ爲シ若シ保證人カ辨濟ヲ爲シタルトキハ第三取得者ニ對シテ代位ヲ得サルモノトセサルヘカラスト此說ハ未タ登記法ノ完備セサル時代ニ在リテハ固ヨリ一理ナキニ非ス否斯ル場合ニ於テハ予ハ寧ロ此說ニ贊成スルヤモ知ルヘカラス蓋シ登記法ノ備ハラサル時代ニ在リテハ不動產上ニ質權ノ存スル場合ニ於テハ質權者ハ其不動產ヲ占有スルヲ以テ第三者ハ其質權ノ存スルコトヲ知ルコトヲ得ルモ抵當權ニ至リテハ之ヲ知ルコト頗ル困難ナリ登記法ノ存在セサル時代ニ在リテハ現ニ抵當權ノ目的ニ供セラレタル不動產タルニ拘ハラス全ク自由ナル不動產ナリト信シテ之ヲ買受ケ而モ代價ヲ支拂ヒタル後ニ於テ突然抵當權ヲ行使セラレタルノ事實ハ屢ヽ生セシ所ナリ斯ル場合ニ於ケル第三取得者ハ實ニ憫ムヘキ者タルノミナラス法律ハ十分ニ之ヲ保護スルニ非サレハ不動產ノ取引ハ殆ト行ハレサルニ至ラン然ルニ今日ノ如ク登記法ノ完備セル時代ニ在リテハ予ハ第一說即チ保證人カ第三取得者ニ對シテ代位スルノ說ヲ以テ穩當ナリト信ス何トナレハ第三取得者ニシテ其不動產ヲ取得スルニ當リ登記簿ヲ一見セハ直チニ其不動產カ質權又ハ抵當權ノ目的ト爲レルコトヲ知ルコトヲ得ヘシ既ニ他ノ權利ノ目的ト爲レルコトヲ

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

ニ於テ質權若クハ抵當權等ニ由リテ擔保セラルル場合ニ於テハ此權利ヲ債權者ニ代リテ行フコトヲ保證人ニ許スヲ至當トス而シテ是レ質權、抵當權等ノ目的タル不動產カ債務者ノ財產中ニ存スル場合ノミナラス第三取得者ノ之ヲ取得シタル後ニ於テモ尙ホ代位者ニ於テ此等ノ權利ヲ行フコトヲ得セシメサルヘカラス然ラサレハ保證人ハ大ナル損失ヲ被ルノ虞アルヲ免レス第三取得者ノ保護ニ至リテハ若シ其者カ普通ノ注意ヲ爲シ即チ第一ニ登記簿ヲ閱覽シテ其財產ニ負擔アルヤ否ヤヲ知リ第二ニ其債權ノ消滅セサル間ハ代償ノ全部ヲ支拂フコトヲ爲ササルニ於テハ毫モ損失ヲ被ルコトナシ又交換等ノ場合ニ於テハ質權、抵當權ノ消滅スルマテハ自己ノ債務ノ目的物ヲ引渡サス若シ此等ノ權利ノ實行ニ遭ヒタルトキハ其契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ又給付スヘキ財產ヲ給付セスシテ自己ノ手中ニ留置クトキハ質權、抵當權ノ實行ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ニ付キ留置權ヲ行フコトヲモ得ヘシ尤モ時トシテハ第三取得者ノ爲メニ甚タ氣ノ毒ナル場合ナキニ非ス即チ自ラ登記簿ヲ見ルコトナクシテ謄本若クハ抄本ヲ求メタル場合ニ於テ實際抵當權ノ存在スルニモ拘ハラス登記官吏ノ過失ニ因リ之ヲ脫漏シテ謄寫シタルモノヲ見テ全ク自由ナル不動產ナリト信シ代償ノ支拂ヲ爲シタルニ後日ニ至リ其不動產ハ抵當權ノ目的ト爲リシモノナルコトヲ發見シタルカ如キ場合ヲ想像シ得ラレサルニ非サルモ此ノ如キハ通常登記官吏ノ重大ナル過失ニ因ルコトナルカ故ニ其官吏ニ對シテ求償スルコトヲ得（登十三條）ヘキノミナラス是レ甚タ稀有ノ事實ナリトス就中登記法施行以來登記簿モ大ニ整頓セルヲ以テ斯ル錯誤ハ容易ニ起ルヘキ事實ニ非サルナリ是ヲ以テ苟モ第三取得者ニシテ過失ナキ限ハ質權、抵當權等ノ存在ニ因リテ損失ヲ被ルカ如キハ殆ト之ナカルヘキヲ信ス是レ予カ今日ニ於テハ寧ロ保證人ヲ保護シ保證人ニ於テ辨濟ヲ爲シタルトキハ第三取得者ニ對シテ債權者ニ代位セシメサルヲ至當ナリト信スル所以ナリ民法ハ舊民法ト同說ヲ採リ保證人ハ第三取得者ニ對シテ代位スルモ第三取得者ハ保證人ニ對シテ代位セサルモノトセリ是レ第五百一條第一號、第二號ニ於テ明カニ認ムル所ナリ

保證人ハ第三取得者ニ對シテ代位スルコトヲ得ルコト右ニ述フルカ如シト雖モ此權利ヲ行ハントスルニハ一ノ條件アリ他ナシ保證人ハ豫メ先取特權不動產質權又ハ抵當權ノ登記ニ其代位ヲ附記スルコトヲ要スルコト是ナリ蓋シ保證人ハ條件附ノ債權ヲ有スルモノナレハ其債權ノ擔保トシテ此附記ヲ爲スナリ是レ實ニ適當ナル注意ナリト謂ハサルヘカラス第三取得者ハ既ニ債權ハ履行セラレテ債務ノ消滅シタルヲ知レハ抵當權質權若クハ先取特權ハ最早消滅シタルモノト信シ或ハ代償ノ辨濟ヲ爲スコトナシトセス尤モ注意深キ者ナランニハ先ツ此等ノ權利ノ登記ヲ抹消シ而シテ後代償ノ支拂ヲ爲スナラン此ノ如キハ注意ノ周到ナルニ相違ナキモ普通人ニ在リテハ其債務ノ辨濟アリタルコトヲ聞カハ其登記ハ未タ抹消セラレスト雖モ代償ヲ支拂フコトナシトセス然レトモ是レ必スシモ過失ナリト謂フコトヲ得ス故ニ保證人ニシテ附記ヲ爲ササルニ於テハ第三取得者ハ保證人ノ存スルコトヲ知ルコトヲ得ス況ヤ代位ニ因リテ抵當權ヲ行フコト

アルヘキコトオヤ然ルニ其附記ノ存スルトキハ縱令債務ノ履行セラレタル場合ニ於テモ先ツ何人カ履行ヲ爲シタルカヲ確ムヘキコト勿論ナリ若シ主タル債務者ニ於テ之ヲ爲シタルトキハ敢テ躊躇スル所ナク代償ヲ支拂フモ可ナリト雖モ若シ保證人カ代リテ履行ヲ爲シタルトキハ債權者ニ代位スルヲ以テ第三取得者ハ迂濶ニ代償ノ支拂ヲ爲スヘカラサルコトヲ知ルヘキカ故ニ損失ヲ被ルカ如キ虞ナカルヘシ而シテ代位ノ附記ノ必要ナルコトハ保證人カ全額ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ勿論縱令一部ノ辨濟ヲ爲シタルトキニ於テモ亦其必要アリ即チ此場合ニ於テモ債權ノ一部ハ消滅シタルモノナリ其消滅シタル部分ハ何人ノ辨濟ニ因リテ消滅シタルカハ第三取得者ニ於テ之ヲ知ラサルコトアリ縱令債權者ニ就テ辨濟ノ有無ヲ問フモ債權者ハ之ニ答フルニ單ニ其一部ノアリタルコトヲ以テスルトキハ第三取得者ハ債權ノ殘額ヲ支拂ヒ以テ完全ニ不動產上ノ權利ヲ取得シタルモノト信シ安心セルニ際リ突然保證人ヨリ債務ノ一部ハ自己ニ於テ履行シタルモノナレハ其部分ニ付テ債權者ニ代位シ抵當權ヲ行使セントスルカ如キコトアラハ第三取得者ハ不慮ノ損失ヲ被ルコトアラン而シテ此附記カ保證人ノ爲メニ唯煩累ヲ釀スニ過キスシテ何等ノ利益ナキニ於テハ或ハ之ヲ命スルハ酷ニ失スル嫌ナキニ非サルモ保證人ニ取リテモ亦頗ル利益ト爲ルコトアリ他ナシ第三取得者カ滌除權ヲ行フ場合是ナリ滌除トハ第三取得者ヨリ一定ノ金額ヲ提供シ以テ不動產ヲシテ抵當權ノ負擔ヲ免レシムルノ方法ナリ而シテ其提供ハ登記シタル總テノ債權者ニ對シテ之ヲ爲ササルヘカラス（三百八十三條）此規定ハ先取特權及ヒ質權ニ準用セラル（三百四十一條、三百六十一條）此場合ニ於テ若シ保證人カ豫メ代位ノ登記ヲ爲サス又登記ノ抹消ヲ爲サストセハ第三取得者ハ唯登記簿面ニ基キ其登記セラレタル債權者ニ對シテ提供ヲ爲スノ外ナシ然ルニ其債權者ハ既ニ保證人ヨリ辨濟ヲ受クルノ要ナシ而シテ其債權者ニシテ不深切ナル者ナランニハ敢テ之ヲ保證人ニ通知スルコトナカルヘシ或ハ又債權者ハ既ニ辨濟ヲ受ケタルニ第三取得者カ之ニ提供ヲ爲シタルハ何等カノ錯誤ニ出テタルモノナラント信シ之ヲ等閑ニ付スル場合ナキニ非ス斯ル場合ニ於テハ保證人ハ其滌除ノ事實ヲ知ルコトヲ得ス隨テ何等ノ異議ヲ唱フルコトナク空シク期間ヲ經過シ復タ如何トモスルコト能ハス而モ第三取得者カ提供シタル金額ハ極メテ少額ニ止マルコトアルヘシ例ヘハ債權額一萬圓ニシテ擔保不動產ハ時價一萬圓ナル場合ニ於テ第三取得者カ七千圓ヲ提供セリトセハ保證人ハ期間ヲ徒過シタルカ爲メ面リ三千圓ノ損失ヲ被ラサルヘカラサルノ結果ニ至ラン尤モ場合ニ依リテハ不法行爲ノ原則ニ從ヒ債權者ヲシテ損害賠償ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシト雖モ然レトモ常ニ債權者ニ過失アリト謂フコトヲ得サルノミナラス其損害額モ必スシモ證明シ得ラルヘキモノニ非サルナリ

或ハ債權者ハ保證人ヨリ既ニ債權ノ半額例ヘハ一萬圓ノ債權中五千圓ヲ受領シタリ而シテ殘額五千圓ニ對シテ第三取得者ハ七千圓ヲ提供シテ滌除ヲ爲サントシタルニ債權者ハ直チニ之ヲ承諾セリトセハ債權者ハ全額一萬圓ヲ得テ尙ホ二千圓ヲ餘スコトト爲ル若シ保證人ハ此二千圓ヲ

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

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

第二　第三取得者間ノ關係　是レ亦特別ノ明文ナキニ於テハ頗ル疑アルヘキ所ナリ例ヘハ債權者カ二箇ノ不動產ノ上ニ抵當權ヲ有シ而シテ其中ノ甲不動產ニ付テ抵當權ヲ行ハントスル場合ニ於テ第三取得者カ此不動產ヲ惜ミ競賣ヲ免レンカ爲メニ辨濟ヲ爲シタリトセンニ此場合ニ於テハ其第三取得者ハ代位權ヲ有スルト雖モ他ノ乙ナル不動產ノ第三取得者ニ對シテ代位權ヲ行フコトヲ得ルヤ否ヤ是レ實ニ疑ハシキ問題ナリ是レ羅馬法ニ於テモ既ニ疑問ト爲レル所ナリ其然ル所以ノモノ他ナシ第三取得者間ニ於テハ連帶若クハ保證等ノ場合ト異ナリ何等ノ關係モ存セサルカ故ニ互ニ固有訴權ナキハ勿論ニシテ唯代位ニ付テノミ問題ヲ生スルナリ即チ此場合ニ於テハ或第三取得者ハ債權者ニ代位スルニ非サレハ他ノ第三取得者ニ對シテ何等ノ權利ヲモ行フコトヲ得ス蓋シ第三取得者ハ債務者ニ對シテ求償スルコトヲ得ヘク其求償權ノ擔保トシテハ其間ニ何等ノ關係モナキナリ故ニ若シ特別ノ明文ナキトキハ前ニ保證人ト第三取得者トノ關係ニ付キ述ヘタルカ如キ不條理ノ結果ヲ生セン即チ若シ甲不動產ノ取得者ニシテ先ニ辨濟ヲ爲シタルト

キハ乙不動產ニ對シ債權者カ有セシ全部ノ權利ヲ得ルヲ以テ乙不動產ニ對シテ既ニ支拂ヒタル總額ヲ請求スルコトヲ得此場合ニ於テ若シ乙不動產ノ第三取得者カ辨濟ヲ爲ササルトキハ其不動產ヲ競賣シ代價ニ付テ滿足ヲ得ルノ權利アルヘシ之ニ反シテ乙不動產ノ第三取得者ニシテ先ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ逆マニ甲不動產ノ第三取得者ニ對シテ債權者ノ權利ヲ行フコトヲ得ルニ至ラン若シ此ノ如クナルトキハ常ニ先ニ辨濟ヲ爲シタル者ハ利益ヲ得テ他ノ者ハ其取得シタル不動產ヲ取上ケラルルニ非サレハ二重ニ代償ヲ支拂ハサルヘカラサルノ結果ニ至ルコトアラン而シテ辨濟ノ前後カ單ニ辨濟者ノ隨意ニ在ルモノナランニハ未タ其害ノ太甚シキヲ見サルコトアラントハ雖モ大抵債權者ノ請求ニ應シテ辨濟ヲ爲スヘキカ故ニ債權者ハ特ニ甲ニ厚クスル爲メ之ニ對シテ先ニ請求ヲ爲スカ如キコトナシトセス故ニ第三取得者ニシテ二人以上アルトキハ其間ニ於ケル權利ノ效力ニ優劣ヲ付スルコトヲ得ス取得ノ前後ノ如キモ亦以テ優先的效力ヲ與フルノ標準ト爲スコトヲ得サルヲ以テ結局不動產ノ價格ノ割合ニ應シテ代位ヲ行フコトヲ得セシムルヲ以テ最モ正當ナリト信ス是レ我民法第五百一條第三號ノ認ムル所ナリ此ノ如クスルトキハ辨濟ノ前後若クハ取得ノ遲速ニ因リテ不慮ノ損失ヲ被ルカ如キ憂アルコトナシ

第三　物上保證人間ノ關係　物上保證人即チ自己ノ財產ヲ以テ他人ノ債務ノ擔保ニ供シタル者ノ間例ヘハ甲ハ子ナル不動產ノ上ニ抵當權ヲ設定シ以テ或債務ノ擔保ニ供シ乙ハ丑ナル不動產ヲ出シ同一債務ノ擔保ノ爲メ之ニ質權ヲ設定シタルトキハ其甲乙間ニ於ケル代位ニ付テモ辨濟ノ前後ヲ以テ代位權ノ有無ヲ決スルコト能ハス此場合ニ於テモ其狀態頗ル第三取得者間ノ狀態ニ類スルヲ以テ同シク財產ノ價格ノ割合ニ應シテ代位ヲ爲サシムルヲ以テ最モ適當ノ處置ナリト信ス是レ第五百一條第四號ニ於テ第三取得者ノ債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルコトハ第三百五十一條及ヒ第三百七十二條ニ規定セル所ナリ然レトモ此等ノ物上保證人間ニ於テハ固有ノ求償權ナルモノアルコトナク唯債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルカ故ニ其擔保トシテ他ノ物上保證人ニ對スル權利ヲ生スルコト恰モ第三取得者間ニ於ケルト異ナルコトナシ是レ其準用アル所以ナリ

第四　保證人ト物上保證人トノ關係　保證人ト物上保證人トノ間ニ在リテモ互ニ固有ノ求償權ヲ有スルモノニ非スシテ各自主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルニ過キス舊民法ニハ此事ニ關スル規定ナク外國ノ法律ニモ未タ之アルコトヲ聞カサルモ我民法ハ特ニ之ヲ規定セリ舊民法ノ如キハ物上保證人間ノ關係ニ付テモ規定ヲ設ケサリキ然ルニ此等ノ問題ニ付キ明文ナキトキハ頗ル解決ニ苦シマサルコトヲ得ス本項ノ關係ニ於テ殊ニ然リトス即チ一方ハ單ニ對人的ノ擔保ヲ爲セル者ニシテ若シ此等ノ者ノ間ニ何等ノ特約ナキニ於テハ各〻其頭數ニ應シテ債務ノ一部ヲ負擔スヘキモノトセルヲ以テ其中ノ一人カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ他ノ者ニ對シ求償權ヲ有スルニ當リテ既ニ述ヘタル所ナリ之ニ反シテ所謂「物上保證人」ニ在リテハ斯ル求償權ヲ有セス而シテ代位ノ效力トシテハ前述ノ如ク互ニ擔保財產ノ

價格ニ應シテ代位スルモノトセルニ過キサルヲ以テ此兩者ノ間ニ於テハ保證人カ物上保證人ニ對シテ代位スルモノト爲スヘキカ將タ物上保證人カ保證人ニ對シテ代位スルモノト爲スヘキカ孰レニスルモ木ニ竹ヲ繼クカ如ク頗ル其斷定ニ惑フ所ナクンハアラス蓋シ物上保證人ハ彼ノ第三取得者ニ比スヘキモノニ非スシテ之ト全ク其趣ヲ異ニス即チ第三取得者ハ擔保附ノ財產ヲ讓受ケタル者ナルモ物上保證人ニ於テハ他人ノ利益ノ爲メニ自己ノ財產カ擔保ニ供シタル者ナリ此點ヨリ觀ルトキハ物上保證人ハ第三取得者ト同一視スルコトヲ得サルヲ以テ保證人ハ第三取得者ニ對スル場合ト同シク之ニ對シテ代位ヲ爲スコトヲ得ルモ物上保證人トハ法律上同等ニ待遇スルヲ以テ穩當ナリト信スト雖モ其性質上全ク此ノ如クスルコト能ハス何トナレハ物上保證人間ニ在リテハ擔保財產ノ額ニ應シテ代位權ヲ行フモ保證人間ニ在リテハ平等ノ割合ヲ以テ求償權ヲ行フヲ原則トスレハナリ是ヲ以テ民法ニ於テハ便法トシテ第五百一條第五號ノ規定ヲ設ケタリ今此規定ヲ說明セントスルニ方リ例ヲ設ケテ諸君ノ了解ニ便ナラシメント欲ス例ヘハ保證人及ヒ物上保證人各〻二人ツヽアリトシ而シテ保證人ヲ甲乙、物上保證人ヲ丙、丁ト假定シ其負擔スヘキ債務ノ額ヲ假ニ一萬圓トセンニ先ツ假ニ右ノ四人ニ平分スルノ規定ナルヲ以テ各〻二千五百圓ヲ負擔セサルヘカラサルカ如シ而シテ若シ甲一人ニテ辨濟ヲ爲シタリトセハ乙ニ對シテ二千五百圓ヲ請求シ丙丁ノ財產ニ就キ合計五千圓ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ丙丁ノ供シタル擔保財產ノ價格カ同一ナラサルトキ例ヘハ丙ノ供シタル財產ノ價格ハ二千五百圓ナルトキハ甲及ヒ乙ハ各〻二千五百圓ツヽヲ負擔シ丙丁二人ノ負擔額即チ五千圓ハ擔保ニ供シタル財產ノ價格ニ比例シテ負擔スヘキモノトセルカ故ニ其割合二ト一トノ如シ即チ五千圓ニ對スル擔保財產ノ價格ハ七千五百圓ナルヲ以テ丙ハ其三分ノ二即チ三千三百三十三圓餘ヲ負擔シ丁ハ三分ノ一即チ千六百六十六圓餘ヲ負擔スルコトト爲ル蓋シ保證人ト物上保證人トノ關係ニ於テハ假ニ孰レモ皆保證人タルカ如ク看做スト雖モ物上保證人間ニ在リテハ其擔保ニ供シタル財產ノ價格ニ應シテ代位ヲ爲スヘキモノトス是レ最モ便利ニシテ又比較的ニ理論ニ合フモノナリト信ス但此場合ニ於テ保證人カ物上保證人ニ對シテ代位ヲ爲スノ狀態ハ第三取得者ニ對シテ代位ヲ爲ス場合ニ類似ス即チ第三取得者カ保證人ノ存在スルコトヲ知ルニハ一ニ登記ニ依ルヘキヲ以テ保證人若シ其代位ヲ登記セサレハ第三取得者ニ對シテ代位スルコトヲ得サルト同シク物上保證人ニ於テモ他ニ保證人ノ存在スルコトハ通常知ルコトヲ得サルヲ以テ保證人ニ於テ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦之ヲ知ルニ由ナカルヘシ而シテ動產ニ付テハ如何トモスルコト能ハスト雖モ不動產ニ付テハ幸ニ登記制度ノ存スルアルヲ以テ恰モ第三取得者ニ對スルト同シク抵當權等ノ登記ニ保證人ノ代位ヲ附記セサルニ於テハ不動產ニ關スル物上保證人即チ不動產質若クハ抵當ヲ供シタル第三者ニ對シ代位ヲ對抗スルコト能ハサルナリ

以上ヲ以テ代位者ノ種類ニ依リ特別ナル規定ノ存スル場合ヲ說キ了レリ請フ是ヨリ一部辨濟ノ

規定ニ付キ說明セン保證人カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ債權者ノ有セル全部ノ權利ニ付キ代位ヲ爲スコトヲ得ルハ固ヨリ明カナルモ一部辨濟ノ場合ニ於テハ古來「何人ト雖モ自己ニ反對シテ代位セシメタルモノト看做サス」トノ格言ニ基キ債權者ノ權利ヲ害シテ代位スルコトヲ得ストセリ換言スレハ債權者ノ有セル權利ハ一部辨濟ノ場合ニ於テハ先ツ其殘部ニ付キ債權者自ラ之ヲ行ヒ然ル後ニ在ラサレハ一部辨濟者ハ代位スルコトヲ得サルモノトセリ即チ例ヘハ一萬圓ノ債權ニ付キ保證人ヨリ五千圓ノ辨濟ヲ爲シタリ而シテ擔保財產ノ價格ハ七千圓ナリトセハ債權者ハ其不動產ニ對シ殘額五千圓ニ付キ擔保權ヲ實行スルコトヲ得ヘク保證人ハ其餘剩價額二千圓ニ付キ代位スルコトヲ得ルノミトセリ歐洲ニ於テハ此主義ヲ採用セル例頗ル多シ佛國民法ノ如キモ亦然リ舊民法モ其財產編第四百八十五條第一項ニ「代位ハ原債權者ヲ害セサルコトヲ要ス」ト規定シ其結果トシテ同條第二項ニ「數箇ノ債權ヲ有スル者ハ其一箇ニ係ル代位辨濟カ他ノ債權ノ擔保ヲ減スルトキハ之ヲ拒ムコトヲ得」ト規定セリ此第二項ノ規定ハ一見甚タ其意義ヲ知ルニ苦シム所ナリト雖モ今草案理由書ニ依ルトキハ其適用アル場合ヲ知ルコト能ハサルニ非ス然レトモ予ハ此規定ノ穩當ナラサルコトヲ信スル者ナリ尤モ斯ル規定ハ新民法ノ採用セサル所ナルヲ以テ今玆ニ詳論スルノ必要ヲ見ス蓋シ法律上ノ代位ナルモノヲ認メスシテ單ニ彼ノ「讓權ノ利益」ヲ認ムルトキハ或ハ此ノ如キ規定ヲ了解シ得サルニ非ス蓋シ是レ債權者カ特ニ其權利ヲ讓渡スモノニシテ因テ以テ代位若クハ之ニ類スル事實ノ成立スルモノナレハ若シ債權者ニシテ自己ニ不利益ナランカ其讓受ヲ承諾セスト曰フモ其理由ナキニ非ス而シテ債權者カ一部辨濟ヲ受ケテ一部ノ讓權ヲ爲ストキハ之カ爲メニ自己ニ不利益ヲ來スヘキ場合ニ於テハ其讓權ヲ拒ムコトヲ得ヘク斯ル場合ニ於テハ法律ト雖モ決シテ其讓渡ヲ强フルコト能ハスト云フ理由ヨリ遂ニ舊民法ニ揭ケタルカ如キ原則ヲ認ムルヲ必要トセシナリ然リト雖モ旣ニ法律上ノ代位ヲ認ムル以上ハ斯ル原則ヲ認ムルノ理由ナキナリ即チ債權者カ自己ノ權利ヲ讓渡スルニ非スシテ法律カ代位ノ必要ヲ認メ辨濟者ヲシテ債權者ノ權利ヲ行ハシムルモノナルヲ以テ敢テ債權者ノ意思ヲ問フコトヲ要セサルナリ但之カ爲メニ債權者ニ不當ノ損害ヲ加フルコトアランカ固ヨリ之ヲ採用スヘカラサルナリ元來代位ナルモノハ債權者ヲ害スルコトナクシテ辨濟者ニ利益ヲ與フルモノナルヲ以テ之ヲ認メタルカ故ニ若シ債權者ニ不當ノ損害ヲ加フルカ如キ虞アルトキハ却テ羅馬法、佛國民法ノ如ク規定スルヲ以テ可ナリトスヘシト雖モ我新民法ノ規定ニ依ルモ債權者ニ對シテ不當ニ損害ヲ加フルカ如キ虞アルコトナシ蓋シ債權者ハ原則トシテハ一部辨濟ヲ受クルノ義務アルモノニ非サルヲ以テ一部代位ヲ爲サシムルコトヲ欲セサルトキハ之ヲ唯拒絕スヘキノミ然ルニ甘シテ一部辨濟ヲ受ケタルニ拘ハラス一部代位ヲ許サスト云フカ如キハ是レ債權者ノ專橫ナリト謂ハサルヘカラス尤モ或場合ニ於テハ法律上一部辨濟ヲ受クヘキコトナキニ非ス例ヘハ保證人二人以上アル場合ニ於テハ特約アルニ非サレハ其債務ハ各保證人間ニ平等ニ分配セラルルモノナルヲ以テ自己ノ負擔部分ヲ辨濟シテ以テ其責ヲ免ルルコトヲ得此

場合ニ於テハ縱令債權者ニ於テ損害ヲ被ルコトアルモ仍ホ一部辨濟ヲ受ケサルヘカラス然リト雖モ若シ債權者ニシテ此損害ヲ被ルノ虞ヲ避ケント欲セハ當初保證契約ヲ爲ス場合ニ於テ數人ノ保證人ヲ立テシメサルカ若クハ之ヲ連帶セシムルコトヲ得ヘシ然ルニ漫ニ數人ノ保證人ヲ立テシメタルニ於テハ一部辨濟ノ不利益ヲ受クヘキコトハ初ヨリ覺悟セルモノト謂フモ敢テ過言ニ非サルナリ故ニ此場合ニ於テハ豫メ一部辨濟ヲ甘諾シタルモノト謂フヘシ隨テ法律上一部代位ヲ認ムルモ決シテ債權者ヲ害スルモノト謂フコトヲ得ス加之一旦代位ノ必要ヲ認ムル以上ハ一部代位モ亦之ヲ許スニ非サレハ其趣旨ヲ貫徹スルコト能ハサルヲ以テ法律上一部辨濟ノ權利ヲ認ムル場合ハ勿論債權者ノ承諾ヲ得テ正當ニ一部辨濟ヲ爲スコトヲ許セリ但一部辨濟ヲ承諾スルト否トカ債權者ノ自由ナル場合ニ於テ若シ債權者カ一部代位ヲ許スコトヲ欲セサル場合ニ於テハ殘餘ノ債權ノ辨濟アリタル後ニ在ラサレハ代位ヲ爲サシメサルコトヲ留保スルコトヲ得ヘシ即チ此場合ニ於テハ一部辨濟ハ債權者ノ承諾アルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ債權者カ條件ヲ附シテ之ヲ承諾スルカ如キハ決シテ不可ナキ所ナルト同時ニ代位ナルモノハ素ト公益規定ニ非サルヲ以テ代位權ヲ拋棄スルコトヲ得ヘシ故ニ何等ノ留保ヲ爲スコトナクシテ一部辨濟ヲ受ケタル債權者ハ一部代位ヲ承諾シタルモノト謂フモ敢テ不當ニ非スト信ス尙ホ法律上一部辨濟ヲ爲ス權利アル者ニ對シテ一部代位ヲ認メサルトキハ其者ノ爲メニ甚タ苛酷ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ此等ノ一部辨濟ヲ爲スコトヲ得ル者カ自己ノ負擔セル義務ヲ安全ニ履行シタルニ拘ハラス他ノ部分ヲ辨濟スヘキ者カ未タ其義務ヲ盡ササルカ爲メニ代位ヲ爲スコトヲ得ストセハ一般ニ代位ヲ認メタルノ趣旨ニ背反スルモノト謂ハサルヘカラス是レ一部代位ヲ認ムル所以ナリ第五百二條第一項ニ曰ク

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

例ヘハ前例ノ場合即チ一萬圓ノ債權ニ對シテ七千圓ノ價格ヲ有スル不動產ヲ抵當ト爲セル場合ニ於テ若シ保證人カ代リテ五千圓ヲ支拂ヒタルトキハ債權者ハ殘餘ノ五千圓ニ付キ抵當權ヲ行ヒ保證人モ亦五千圓ニ付キ之ニ代位スルコトヲ得ルカ故ニ各〻其抵當不動產ノ價格ノ半額即チ三千五百圓ヲ得各〻千五百圓ノ損失ヲ被ルノ結果ト爲ル唯注意スヘキハ性質上分割スルコト能ハサル權利即チ解除權ニ付テハ一部代位ヲ許ササルコト是ナリ蓋シ契約ノ解除ハ全部ニ對スルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得サルコトハ契約ノ講義ニ於テ知ラルル所ナラン蓋シ一部ノ解除ハ契約ヲ變更スル結果ヲ生ス故ニ若シ保證人カ一部辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ解除權ニ付テモ亦一部代位ヲ許サンカ債權者ハ解除ヲ行ハント欲スルモ保證人ニ於テ之ヲ欲セサルトキ若クハ其反對ニ保證人ニ於テ之ヲ欲スルモ債權者ニ於テ之ヲ欲セサルトキハ果シテ如何其相手方ノ爲メニ迷惑タルヤ言ヲ俟タス何トナレハ若シ一部ノ解除ヲ

認ムルニ於テハ相手方ハ其契約ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヘケレハナリ例ヘハ相手方カ一ノ不動產ヲ得ンコトヲ欲シテ契約ヲ締結シタルニ若シ其半ヲ解除セラルルモノトセハ一ノ其有ヲ生シテ相手方ハ其目的ヲ全ウスルコト能ハサルナリ故ニ結局債權者又ハ代位者ノ中其一人カ解除權ヲ行フコトヲ得ルモノトセサルヘカラス然ラハ其權利ハ之ヲ債權者ニ留保スヘキカ將タ全ク辨濟者ニ與フヘキカ曰ク寧ロ初ヨリ解除權ヲ有セル債權者ヲシテ獨リ之ヲ行フコトヲ得セシムルヲ以テ穩當ナリトス但債權者ニシテ全部ノ解除ヲ爲シタルトキハ曩ニ代位者ヨリ受領シタル辨濟額ハ不當ニ利得スルニ至ルヲ以テ之カ返還ヲ爲ササルヘカラサルコト多言ヲ要セサルナリ是レ第五百二條第二項ノ規定アル所以ナリ

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

以上ヲ以テ一部辨濟ニ關スル場合ヲ講了セリ以下代位ノ效力トシテ債權ニ關スル證書又ハ擔保物ハ如何ニ之ヲ處置スヘキカヲ說明セント欲ス即チ第五百三條ニ曰ク

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

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

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

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

債權者カ故意又ハ過失ニ因リテ辨濟者ノ代位ノ全部又ハ一部ヲ不能ナラシメタル場合ニ於テハ

果シテ如何ナル制裁アルカ既ニ代位ヲ以テ法律上ノ權利ト爲シタル以上ハ必ス之カ制裁ナカルヘカラス或ハ特別ノ明文ナキモ不法行爲ニ因ル責任アリト謂フコトヲ得サルニ非サルヘシト雖モ仍ホ疑ヲ生セサルコト能ハス何トナレハ若シ實際ニ辨濟ヲ爲セハ則チ代位權ナルモノ生スレトモ未タ保證人其他ノ者カ辨濟ヲ爲スヤ否ヤ不分明ナル間ニ於テ抵當權ヲ拋棄シ或ハ質權ノ目的タル財產ヲ過失ニ因リテ毀損シタル如キ場合ニ於テハ是レ單ニ債權者カ自己ニ不利益ナル行爲ヲ爲シタルニ過キス必スシモ將來代位スルコトアリヤ否ヤ即チ保證人等カ辨濟ヲ爲スヤ否ヤハ未タ之ヲ知ルヘカラサルカ故ニ敢テ代位者其者ノ權利ヲ害シタルト謂フコトヲ得スト曰フ者ナキニ非サルヘケレハナリ而シテ我民法ノ如ク概括的ニ代位權ヲ認メサル國ニ於テハ(而シテ此例最モ多シ)原則トシテ右ノ議論ヲ容レサルコトヲ得ス而シテ我舊民法ニ於テハ保證ノ場合及ヒ連帶ノ場合ニ付テノミ右ノ制裁ヲ規定シ外國ニ於テハ保證ノ場合ニハ此規定ナキ例アリ然レトモ我輩ノ見ル所ヲ以テスレハ一旦法定代位ナルモノヲ認ムル以上ハ其代位者カ保證人ナルト連帶債務者ナルト將タ第三取得者ナルトニ由リテ區別ヲ設クルノ理由ナク皆是レ法律カ代位ニ因リテ保護ヲ與フルコトヲ約束シタルモノト謂フヘシ而シテ債權者カ故意又ハ過失ニ因リテ擔保ヲ喪失シ又ハ減少スルコトハ債權者自身ニ取リテモ不利益ナルコトナルカ故ニ之ヲ其自由ニ委セサルモ爲メニ債權者ヲ害スルモノト謂フヘカラス蓋シ債權者ハ自己ノ利益ヲ考フルモ通常擔保ヲ喪失シ又ハ減少スヘカラス唯時トシテハ一片ノ義俠心又ハ親戚、

友人等ニ對スル愛情ニ因リ質權又ハ抵當權等ヲ拋棄スルノ希望ヲ有スルコトアルヤモ知ルヘカラスト雖モ所謂「代位者」ニ在リテハ若シ辨濟ヲ爲サハ自己ノ損失ニ歸スルコトナキヲ保セサル所ノ地位ニ立ツ者ナルヲ以テ法律ハ之ヲ保護スルカ爲メニ代位權ヲ與ヘタルモノナルニ債權者ノ義俠心若クハ愛情ノ爲メニ代位者ノ權利ヲ害シテ抵當權ヲ拋棄シ質權ヲ消滅セシムルモ可ナリト爲スハ甚タ謂レナキコトナリ若シ債權者ニシテ自己ノ希望ヲ滿タサント欲セハ宜シク先ツ保證人ノ義務ヲ免除シ又ハ連帶債務者ニ對シテ連帶ヲ免除シ又ハ第三取得者ニ對シテ抵當權等ヲ拋棄シ而シテ後他ノ者ニ對シ質權又ハ抵當權ノ拋棄ヲ爲シテ可ナリ然ルニ保證人、連帶債務者又抵當不動產ノ第三取得者等ニ對スル權利ハ之ヲ留保シ主タル債務者カ辨濟ヲ爲ササリシトキハ此等ノ者ニ對シテ辨濟ヲ求メントスル以上ハ其前ニ質權又ハ抵當權ヲ拋棄シテ叨ニ恩惠ヲ施スコトハ法律上許スヘカラサルモノト謂ハサルヘカラス且之ヲ許ストキハ往往弊害アルヲ免レス例ヘハ玆ニ確實ナル保證人又ハ連帶債務者アリテ之ニ對シテ請求スレハ必ス全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ル場合ナリトセン此場合ニ於テハ債權者ハ質又ハ抵當ヲ存スルノ必要ヲ感セサルカ故ニ債務者ト通謀シテ此等ノ擔保ヲ拋棄スルコトアルヘシ縱令故意ニ此等ノ權利ヲ拋棄セサルモ自ラ怠慢ニ流ルルノ弊ナシトセス然ルニ保證人、連帶債務者等ノ爲メニ此抵當、質等ノ必要ナルコトアルヘシ此等ノ點ヨリ考フルモ相當ノ制裁ナカルヘカラサルナリ是レ第五百四條ノ規定アル所以ナリ同條ニ曰ク

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

以上ヲ以テ代位ニ關スル事項ヲ說キ了リタルト同時ニ辨濟ニ關スル說明ヲ了レリ

第二款　相殺

相殺トハ互ニ債權者タリ債務者タル者カ其各自ノ債權ヲ以テ債務ノ辨濟ニ充テ以テ雙方ノ債權債務ヲ消滅セシムルヲ謂フ相殺ニ法律上ノ相殺、契約上ノ相殺及ヒ裁判上ノ相殺アリ契約上ノ相殺ハ當事者カ自由ニ爲スコトヲ得ルモノニシテ例ヘハ甲ハ乙ニ對シテ債權ヲ有シ乙亦甲ニ對シテ債權ヲ有スル場合ニ於テ其債權ノ種類ノ如何ヲ問ハス雙方熟議ノ上其間ニ相殺ヲ行フコトヲ得ヘシ之ニ關シ舊民法ニ於テハ特ニ規定ヲ設ケタリシモ新民法ニ於テハ別ニ規定ヲ設ケス但新民法ニ於テモ契約上ノ相殺ヲ禁スルノ趣旨ニ非サルコト勿論ナルカ故ニ一般ノ契約ニ關スル規定ニ依リテ支配セラルヘキナリ尙ホ敢テ言フヲ俟タサルコトナレトモ此ニ一言シ置クヘキハ相殺ノ契約ノ爲メニ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得サルコト是ナリ例ヘハ甲ナル者其乙ナル者ニ對スル債權ヲ丙ナル者ニ質入シ而シテ其債權ト乙ニ對スル債務トノ相殺ヲ爲スノ契約ヲ結フモ之ヲ以テ丙ニ對抗スルコトヲ得サルナリ換言スレハ質權者タル丙ハ甲乙間ノ契約ヲ效力ナキ

モノト看ルコトヲ得ルモノトス此他ノ場合即チ第三者ノ權利ヲ害セサル範圍内ニ於テハ如何ナル契約ヲモ自由ニ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ予ハ或人ニ對シテ或學科ヲ敎フルノ義務ヲ負ヒ其相手方ハ予ニ對シテ金千圓ノ債務ヲ負ハリト假定センニ此間ニ於テ相互ノ債務ヲ相殺シテ予ハ敎授ヲ爲スコトヲ罷ムル代リニ相手方ニ對シテ千圓ノ債權ヲ拋棄スルノ契約ヲ爲スモ敢テ妨ナキナリ次ニ裁判上ノ相殺トハ反訴ノ方法ヲ以テ行フ相殺ナリ而シテ民事訴訟法中「相殺」ナル文字ノ明カニ揭ケラレタルハ第二百一條第二項是ナリ曰ク「然レトモ答辯書差出ノ期間内ニ差出シタル書面ヲ以テ起ササル反訴ハ被告ノ請求ノ全部又ハ一分ト相殺ヲ爲スヘキ場合ニ於テ同時ニ被告カ自己ノ過失ニ因ラスシテ其以前反訴ヲ起スヲ得サリシコトヲ疏明スルトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ許ス」ト次ニ舊民法ノ如キハ法律上ノ相殺トシテ當然ノ相殺ナルモノヲ認メタリ即チ或條件カ具備スルトキハ當然相殺カ行ハルルヲ謂フモノニシテ當事者カ何等ノ意思ヲ表示セサルモ又條件具備ノ後反對ノ意思ヲ表示スルモ敢テ此相殺ヲ妨クルコト能ハサルモノトシ唯初ヨリ或債權ニ付キ相殺セスト契約シタルトキハ其契約ハ有效ナリトセリ故ニ此ノ如キ特約ナキ場合ニ於テ一旦法律上相殺カ行ハレタル以上ハ當事者カ互ニ相殺ヲ欲セサリシ場合ニ於テモ復タ如何トモスルコト能ハサルナリ新民法ニ於テハ法律上當然相殺ノ行ハルルコトヲ認メスト雖モ一方ノ意思表示ニ依リテ行ハルルモノトセリ是レ亦廣キ意味ニ於テハ法律上ノ相殺ナリ何トナレハ法律上ノ條件ヲ具備シタルトキハ一方ノ意思表示ノミヲ以テ相殺ヲ行フコトヲ得セシム

レハナリ此點ニ付テハ古來國ニ依リ時代ニ依リテ大ニ異ナル所ノモノアリ羅馬ニテモ極メテ古キ頃ハ相殺ナルモノヲ認メサリシモ何時シカ之ヲ認ムルニ至リ其後ニ於テモ種種ノ沿革ヲ經來レリ今日ノ歐羅巴諸國ニ於テモ種種ノ主義アリ之ヲ大別シテ二主義ト爲スコトヲ得第一ハ羅馬法ノ主義ニシテ裁判所ニ訴フルヲ要スルモノ即チ裁判上ノ相殺ニシテ一方ヨリ訴ヘ出テタルトキ之ニ對シ相殺ヲ以テ對抗スルニ因リテ行ハルルモノナリ第二ハ當事者ノ一方ノ意思表示ニ因リテ相殺ヲ爲スノ主義ニシテ獨逸法等ノ採用セル所ナリ第三ハ佛蘭西法ノ主義ニシテ相殺ハ法律上當然行ハルルト爲スモノ即チ法律ノ定メタル條件具備スレハ當事者ノ不知ノ間ニ於テモ行ハルルトスルノ主義ナリ此等ノ主義ニ付キ其利害、得失ハ後ニ述フル所アルヘシト雖モ我舊民法ハ佛蘭西法ノ主義ヲ採用シタルモノニシテ新民法ハ獨逸法ノ主義ニ則リタルモノナリ尙ホ舊民法ハ法律上ノ相殺ノ外ニ裁判上ノ相殺ヲ認メタリ即チ法律上當然相殺ノ行ハレサル場合ニ於テモ時トシテハ裁判上ノ相殺ノ行ハルルモノトセリト雖モ新民法ハ之ヲ認メス即チ當事者カ相殺ノ意思表示ヲ爲スニハ裁判上ニ於テ爲スモ又裁判外ニ於テ爲スモ可ナリトシ唯一定ノ條件ヲ要スルモノトセリ以下第一ニ相殺ノ條件ヲ述ヘ第二ニ相殺ノ效力ヲ論セント欲ス

第一　相殺ノ條件

相殺ノ條件ニハ二種アリ實質上ノ條件及ヒ形式上ノ條件是ナリ

（一）　實質上ノ條件

民法ノ規定セル所ニ依レハ相殺ニ關スル實質上ノ條件五アリ即チ左ノ如シ

第一條件　同種ノ目的ヲ有スル債權ナルコトヲ要ス　第五百五條第一項本文ニ曰ク二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ニ於テ雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルトキハ各債務者ハ其對當額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得

右ノ條文ノ上段ニ「二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ニ於テ」トアルハ則チ第一ノ條件ヲ示シタルモノナリ所謂同種ナル語ハ聊カ不明ノ嫌アリ法典調査會ニ於テモ頗ル議論アリシ所ナリ通常ハ代替物ナルコトヲ要スト爲シ或ハ「代替シ得ヘキモノ」ナルコトヲ要スト曰ヘリ舊民法ノ如キハ則チ然レトモ是レ亦不明タルヲ免レス蓋シ「代替物」ナル語ハ我輩ノ解スル所ニ據レハ畢竟當事者ノ意思ニ依リ或ハ甲ノ物ヲ與ヘ或ハ乙ノ物ヲ與ヘテ債務ノ履行ニ充ツルコトヲ得ルモノヲ謂フ例ヘハ金百圓ヲ支拂フヘキ義務ヲ負フ者ハ十圓札十枚ヲ拂フモ十圓金貨十箇ヲ拂フモ又五圓札若クハ二十圓金貨ヲ以テスルモ敢テ不可ナキナリ是レ代替シ得ヘキモノナレハナリ又例ヘハ債務カ武藏ノ上米タル以上ハ現在甲ノ倉庫中ニ存スル米タルト乙ノ倉庫中ニ存スル米タルトヲ問ハサルナリ然ルニ此等ノ物ト雖モ當事者ノ意思代替スルコトヲ許ササルニ在ル場合ニ於テハ代替物ト謂フコトヲ得ス例ヘハ封金ハ特定シタル物ニシテ之ヲ預リタル者ハ之ヲ開封シテ使用スルコトヲ得ス即チ最初受取リタル儘ニテ返還セサルヘカラサルナリ特定シタル米ヲ預リタル場合ニ於テモ亦然リ又不

動產ト雖モ當事者ノ意思ニ因リテ代替物ト爲ルコトアリ例ヘハ北海道ノ某地方ニ於ケル土地何町歩ト云フトキハ甲村ノ土地ヲ以テスルモ其約束シタル區域ニ於テ約束シタル坪數ヲ與フレハ則チ可ナリ故ニ此場合ニ於テハ不動產モ亦代替物ナリト謂ハサルヘカラス若シ斯ル意味ニ於テ「代替物」ナル文字ヲ使用セハ相殺ニ付テモ「代替」ノ語ヲ用フルモ可ナルヘシト雖モ凡ソ代替物ト謂フトキハ甲ノ債權ノ目的ト乙ノ債權ノ目的トヲ代替シ得ヘキ意味ヲ以テ慣用セル語ニ非ス唯或債務ヲ履行スルニ當リ若シ金錢債務ナランニハ法律ノ制限内ニ於テハ何レノ金錢ヲ以テスルモ可ナリ又其目的カ米若クハ土地ナルトキハ何レノ米、何レノ土地ヲ以テスルモ可ナリト云フノ意味ニ於テ「代替」ナル語ヲ用フルモノナルカ故ニ相殺ノ場合ニ於テ此語ヲ用フルハ穩當ヲ缺クモノト謂ハサルヘカラス然ラハ「代替物」トハ當事者ノ意思ニ拘ハラス物ノ性質ニ據ルモノナリトセンカ是レ羅馬ノ「テキスト」ニハ此趣旨ヲ以テ記載シ今日ニ於テモ獨逸ノ學者ノ如キハ仍ホ此意ヲ以テ說明セリ即チ例ヘハ金錢又ハ米穀等ノ如キハ性質上代替物ニシテ土地、家屋等ノ如キハ性質上非代替物ナリト曰ヘリ若シ此意味ニ於テ代替物ト謂フトキハ到底相殺ノ場合ニ適合セス何トナレハ相殺ノ場合ニ於テハ苟モ當事者ノ意思ニ於テ同種類ノモノト爲シタル以上ハ如何ナル性質ノモノト雖モ互ニ相殺スルヲ妨ケサルニ「代替物」ナル語ヲ右ノ如キ意義ニ於テ此場合ニ使用セハ到底立法者ノ希望シタル所ニ適合セサルニ至ルヘケレハナリ例ヘハ前ニモ述ヘタル如ク當事者雙方ノ債務カ共ニ不動產ヲ目的トセルモ

敢テ特定シタル不動產ヲ指スニ在ラスシテ甲ハ乙ニ對シ或條件ヲ備フル不動產ヲ百町歩與フル義務ヲ負ヒ乙モ亦甲ニ對シ同一ノ條件ヲ備フル不動產百町歩ヲ與フル義務ヲ負ヘル場合ニハ一方ノ意思表示ニ依リテ直チニ相殺ハ行ハルヘキニ拘ハラス獨逸等ニ於ケル學說ノ如キ意義ニテ「代替物」ナル文字ヲ使用スルトセハ本例ノ場合ニ於テハ相殺ハ行ハレサルニ至ルヘシ勞務ノ如キハ有體物ニ非サルモ亦同シク相殺ノ目的ト爲スコトヲ得例ヘハ甲ハ乙ニ對シ人ヲ特定セスシテ一定ノ仕事例ヘハ園丁ノ手間十人ノ義務ヲ負ヘル場合ニ於テ乙モ亦甲ニ對シテ同シク園丁ノ手間十人ヲ供給スルノ義務ヲ負ヘリトセンカ此場合ニ於テハ一方カ意思表示ヲ爲セハ相殺ハ直チニ行ハルヘキナリ然ルニ「代替物」又ハ「互ニ代替シ得ヘキ物」ト云フ如キ文字ヲ使用スルトセハ聊カ當ラサルモノアルノミナラス之カ爲メニ誤ヲ生シ易シ尤モ前ニ一言シタル如ク「同種」ナル文字モ漠然タルヲ免レスト雖モ此場合ニ於テハ寧ロ此文字ノ方却テ誤ヲ生スルコト尠カルヘシト信ス何トナレハ常識ヲ以テ解釋セハ其範圍自ラ判然タルヘク當事者カ同種ノ目的ヲ有スル義務ナリ、同シキ物ヲ目的トスルモノナリト視タルトキハ則チ相殺ニ適スルモノト看ルコトヲ得ヘケレハナリ獨逸ニテモ頗ル議論アリタルニ拘ハラス同國民法ニ於テモ亦竟ニ「同種」ト譯スヘキ文字ヲ用ヒタリ

第二條件　雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルコトヲ要ス　第五百五條ニ「雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルトキハ云云」トアルハ則チ第二ノ條件ヲ示シタルモノニシテ理ノ當然ナリトス即チ甲ノ債權ハ

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

第三條件　債權ノ性質カ相殺ヲ許スモノナルコトヲ要ス　相殺ノ行ハルルニハ總テ同種ノ目的ヲ有スル債權タルコトヲ要スト雖モ性質上相殺ヲ許ササル場合ハ其例甚タ多カラス例ヘハ甲ナル農夫ト乙ナル農夫ト各〻互ニ耕作ノ爲メ數日間ノ勞力ヲ供スコトヲ約束シタリトセンカ是レ甲乙互ニ其土地ヲ耕作スルニ自己及ヒ其家族ノミノ勞力ニテハ手不足ナルカ故ニ相助合ハントスルニ在リテ例ヘハ甲ノ方ニ於テハ早稻ヲ作ルカ爲メニ其多忙ナル時ニ於テ乙ヨリ十人前ノ勞力ヲ借ラントシ乙ハ又晩稻ヲ作ルカ爲メニ乙ノ多忙ナルトキハ甲ハ稍〻閑ナルカ故ニ甲ヨリ十人前ノ勞力ヲ借ランコトヲ約束シタルカ如キ是ナリ斯ル場合ニ於テハ互ニ自ラ往キテ働クモ可ナルヘク又他人ヲシテ代ラシムルモ可ナラン（其期間カ十日未滿ナルトキハ必ス他人ノ勞力ヲ供セサルコトヲ得ス）要ハ各〻之ニ因リテ一定ノ期間多人數ノ勞力ヲ得ント欲スルニ在リ然ルニ若シ此義務ヲ相殺スルトキハ雙方ノ土地ハ耕作スルコト能ハサルカ若クハ甚タ難澁ニ陷ルヘシ故ニ斯ル場合ニ於テハ相殺ヲ許ササルモノトス又兩替ノ契約ノ如キハ相殺ヲ許ササル一例ナリ即チ例ヘハ兩替屋ニ對シ百圓ノ債務ヲ負擔セル者カ其兩替屋ニ至リ百圓札ヲ出シテ十圓札ニ兩替センコトヲ求メタルニ兩替屋ハ之ヲ受取リタル上其者ニ對シテ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルカ如キ是ナリ第五百五條第一項但書ハ此條件ヲ明言セリ曰ク

但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

第四條件　當事者ノ反對意思ナキコトヲ要ス　第五百五條第二項ニ曰ク

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

相殺ハ概シテ利益多キカ故ニ之ヲ許スモノナリト雖モ敢テ當事者ノ特約ヲ以テ之ヲ禁スルコトヲ許ササル所ノ公益規定ニ非ス即チ或ハ當事者一方ノ意思表示ニ因リテ相殺行ハルルモノトシ或ハ法律上當然行ハルルモノト爲スハ畢竟之ヲ以テ當事者ノ爲メニ便利ナリト認ムルカ爲メニ外ナラス然ルニ當事者ハ往往ニシテ其約束シタル目的物ハ必ス互ニ之ヲ授受スルヲ以テ便利トスルコトアルヘク隨テ相殺ヲ爲ササルコトヲ特約スルコトアルヘシ是レ敢テ妨ナキ所ナリ例ヘハ甲ハ一定ノ期限ニ於テ一定ノ金額ヲ得ンコトヲ欲シ乙ニ對シテ其期限ニ於テ其金額ヲ支拂ハシムルノ債權ヲ有セリ然ルニ此甲乙間ニハ他ニ種種ノ取引關係アリ乙亦甲ニ對シテ同種ノ債權ヲ有スルニ至リタリトセヨ此場合ニ於テ若シ當事者間ニ特約アルニ非スンハ乙ハ甲ニ對シ其債權ヲ以テ甲ノ債權ト相殺センコトヲ主張スヘシ果シテ然ラハ甲ハ其豫期ニ反シ大ナル齟齬ヲ惹起スコトアラン是ニ於テカ特約ヲ結ヒテ甲ノ有スル債權ニ限リ相殺ノ目的ト爲スコトヲ得サルモノト爲スコトヲ得セシム此反對ノ意思表示ノ著シキ一例ハ交互計算ニ於テ之ヲ見ル交互計算ハ全ク相殺ヲ禁スル契約ニ非スト雖モ相殺ニ大ナル制限ヲ加フルモノナリ商法第二百九十一條ニ曰ク「交互計算ハ商人間又ハ商人ト商人ニ非サル者トノ間ニ平常取引ヲ爲ス場合ニ於テ一定ノ期間內ノ取引ヨリ生スル債權債務ノ總額ニ付キ相殺ヲ爲シ其殘額ノ支拂ヲ爲スヘキコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス」ト本條ニ據リテ之ヲ觀レハ交互計算ニ在リテハ法律上ノ條件具備スル每ニ相殺ハ直チニ行ハルルモノトセスシテ一年間又ハ六箇月ノ債權債務ヲ合セテ一時ニ相殺ヲ爲スモノナリ換言スレハ交互計算ノ特約ニ因リテ一年又ハ六箇月ノ期間ノ經過セサル間ハ縱令相殺ノ條件具備スルモ相殺セサルコトト爲ルナリ是レ亦當事者ノ反對ノ意思表示アル場合ノ一適例トス

茲ニ當事者ナル語ノ意義ニ付キ一言スル必要アリ凡ソ民法ニテ當事者ト云ヘルハ無論當事者ノ一方ノ意味ニ非ス當事者ノ一方ヲ指ス場合ニハ明カニ「當事者ノ一方」又ハ「各當事者」ト記セルカ或ハ規定ノ性質上明瞭ナル場合ニ限ル其他ノ場合ニ於テハ常ニ當事者全部ヲ含ムモノトス唯遺言ノ如キ一方行爲ノ場合ニ於テ當事者ハ遺言者ノミナリ蓋シ遺言者カ遺言ニ依リテ或人ニ或債權ヲ與ヘ此債權ハ相殺ノ目的ト爲スヲ得スト定ムルコトハ固ヨリ妨ナキ所ニシテ斯ル實例ハ往往見ル所ナルヘシ例ヘハ遺言者カ自己ノ親族或ハ故舊ニ對シ自己ノ死後相續人ヨリ年年若干金ヲ與フルコトヲ遺言シ而シテ此債權即チ相續人ニ對スル請求權ハ之ヲ相殺ノ目的ト爲スコトヲ禁スル旨ヲ遺言スルコトヲ得ルナリ（此場合ニ於テハ相殺ハ民五百十條、民訴六百十八條二號ニ依リテモ制限セラル）是レ一方ノミニテ反對意思ヲ表示スルノ一例ニシテ固ヨリ多クノ場合ハ契約ヨリ生スヘク隨テ此場合ニ於ケル反對意思ノ表示ハ當事者雙方ノ特約ヲ要スヘキモノトス

以上ノ特約若クハ特別ノ意思表示ハ當事者間ニ於テ有效ナルハ右ニ述ヘタルカ如シト雖モ若シ第三者ニ對シテモ仍ホ有效ナリトセハ第三者ハ迷惑ヲ感スルコトナシトセス即チ例ヘハ第三者

カ或債權カ相殺ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノト信シ之ヲ讓受ケ又ハ質權ノ目的ト爲シタリトセハ其債權カ相殺ノ目的ト爲スコトヲ得ルト否トハ利害ノ關係スル所頗ル大ナルハ多言ヲ要セス然ルニ此善意ノ第三者ニ對シ特約若クハ反對ノ意思表示アルコトヲ主張スルコトヲ得ルトセハ第三者ハ意外ノ損失ヲ招クコトト爲ルカ故ニ之ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ而シテ善意ノ第三者ナルコトヲ要スルカ故ニ第三者ト雖モ其意思表示ヲ知レル者ニハ之ヲ對抗スルコトヲ妨ケサルナリ

第五條件　法律カ相殺ヲ禁セサルコトヲ要ス　例ヘハ民法第五百九條及ヒ第五百十條ノ如キ反對規定ナキコトヲ要スルモノトス第五百九條ニ曰ク

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

此規定ハ不法行爲ニ因リテ債務ヲ負フ者ハ何事ヲ措キテモ先ツ以テ其債務ヲ履行セサルヘカラスト云フノ趣旨ニ基クモノナリ抑〻不法行爲者ハ則チ法律ノ許ササル事ヲ爲シ之ニ因リテ債務ヲ負フモノナレハ其者ノ責任ハ特ニ之ヲ明カニセサルヘカラス然ルニ己レ不法行爲ヲ爲シタルニ因リ債務者ヨリ賠償ノ請求ヲ受ケナカラ嘗テ其債權者ニ對シ貸金又ハ或物ノ代金ノ受取ルヘキモノアルコトヲ理由トシテ相殺ヲ對抗シ以テ其義務ヲ免ルルコトヲ得ルトセハ不法行爲ニ對スル制裁ハ殆ト其目的ヲ達セサルノ感アリ故ニ此場合ニ於テハ相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ許ササルモノトセリ但不法行爲者ヨリハ相殺ヲ對抗スルコトヲ得スト雖モ其相手方ヨリハ之ヲ以テ

對抗スルコトヲ得サルヘカラス民法ニ於テ不法行爲ノ相手方ニ相殺ノ對抗權ヲ與ヘタルハ理ノ當然ナリト謂フヘシ例ヘハ甲ハ乙ニ對シテ不法行爲ヲ因ル債務ヲ履行セスシテ嘗テ乙ニ對スル貸金又ハ或物ノ代金ノ延滯セルモノアルヲ理由トシテ相殺ヲ對抗セント欲スルモ得ヘカラスト雖モ此場合ニ於テ不法行爲ノ被害者タル乙カ自己ノ利益ノ爲メニ不法行爲ニ因ル債權ヲ對抗シテ自己ノ債務ト相殺ヲ爲スコトヲ得サルモノトセハ不法行爲ノ被害者ハ却テ普通ノ債權者ヨリモ其保護ノ薄キ結果ヲ生スヘキカ故ニ不法行爲ノ被害者ヨリ之ヲ對抗スルコトハ敢テ妨ナキナリ是レ第五百九條ニ「債務者ハ云云」トアルニ據リテ明カナリ

相殺ヲ禁シタル規定ノ第二ハ第五百十條是ナリ同條ニ曰ク

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

差押フルコトヲ禁シタル債權ハ民事訴訟法第六百十八條ニ之ヲ列記セリ其中法律上ノ養料、官吏ノ俸給職工ノ報酬等ハ一年間ニ三百圓ヲ超過スルトキハ超過額ノ半額ヲ差押フルコトヲ得ルノミニテ其他ハ總テ差押フルコトヲ得サルモノトス此等ノ債權ノ差押ヲ禁シタル理由ハ畢竟債務者ハ之ナケレハ生活ヲ爲スコト能ハサル性質ノモノナルヲ以テナリ既ニ差押タニ許ササルモノニ對シ相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ許サハ差押ニ依リテハ人ノ生活ヲ害スルコト能ハサルモ相殺ニ依リテハ人ヲ餓死セシムルモ可ナリト云フ結果ト爲ル是レ法律ノ欲セサル所ナリ例ヘハ予

カ法律上ノ養料ヲ受ケテ纔ニ生活シツツアルニ方リ嘗テ其養料義務者ヨリ金錢ヲ借用シ未タ辨濟セサルニ因リ之ヲ以テ相殺ヲ對抗セラルルニ於テハ予ノ生命ハ將ニ旦ニシテ夕ヲ測ラレサラントス又慈惠ニ因リテ受クル收入ハ其恩人其レ自身カ自ラ之ヲ支出スルモノトハ限ラス前ニ述ヘタル如ク遺言者カ相續人ヲシテ右ノ如キ義務ヲ負ハシムルコトアリ又契約ニ在リテモ第三者ノ利益ノ爲メニ締結スルコトアリ此等ノ場合ニ於テ相殺ノ原因ノ生スルコトハ往往之アルヘシ蓋シ恩人カ恩惠ヲ施スノ意思ヲ以テ負擔シタル債務ニ依リ自ラ相殺ヲ對抗スルカ如キハ普通之ナカルヘキモ相續人其他第三者ニ支拂ヲ爲サシムルトキハ此等ノ者ニシテ恩惠ヲ受クル所ノ予ニ對シ債權ヲ有スルコトアランカ忽チ相殺ヲ以テ對抗セントスルハ或ハ人情ノ常ナラン然レトモ予ノ恩人ハ予ノ生活ニ向テ特ニ恩惠ヲ施スニ在リ又予ハ之ニ依リテ餓死ヲ免ルルモノナルカ故ニ恰モ差押ヲ禁シタルト同一ノ理由ニ據リ相殺ヲ禁セリ而シテ此等ノ場合即チ養料等ヲ供スル債務者ヨリハ相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルモ養料ヲ受クル債權者ヨリハ相殺ヲ對抗スルコトヲ妨ケス例ヘハ予ニ對スル債權者カ頻ニ辨濟ヲ促スニ拘ハラス予ニシテ強制執行ヲ受クルコトヲ甘ンセハ之ヲ放擲シ置クモ可ナリ而シテ養料ハ差押フルコトヲ得サルカ故ニ債權者ノ養料義務ハ依然トシテ存スヘキノミ然レトモ此場合ニ於テ予若シ養料ヲ受ケサルモ敢テ生活ニ苦シマサルトキハ養料ノ債權ヲ以テ相殺ヲ爲サント欲スルコトアルヘシ是ニ於テカ法律ハ養料ノ債權者ヨリハ其債權ヲ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ルモノトセリ但法律上ノ養料ニ付テハ特別ノ明

文アルカ故ニ養料ヲ受クル者ト雖モ之ニ因リ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ス其明文トハ第九百六十三條ノ規定即チ是ナリ同條ニハ「處分」トアルカ故ニ法律上當然相殺カ行ハルル主義ヲ採用シタランニハ之ヲ相殺ニ適用スルコト能ハサルコト勿論ナリト雖モ民法ニ於テハ相殺ハ意思表示ニ依リテノミ行ハルルモノトセルカ故ニ所謂「處分」トハ其意思表示ニ因ル處分ヲモ包含スルモノト謂ハサルヘカラス其理由他ナシ凡ソ契約等ニ因リテ養料ヲ受クル場合ニ於テハ其養料ヲ失フモ尙ホ扶養義務者ニ對シテ扶養ヲ求ムルコトヲ得ヘシ故ニ契約上ノ養料ヲ以テ相殺ノ目的ト爲スモ或ハ餓死スルカ如キ不幸ヲ免ルルコトヲ得ヘシト雖モ法律上ノ養料ノ義務即チ扶養ノ義務ハ法律上其範圍一定シ此範圍內ニ於テノミ行ハルルモノナリ故ニ一旦此權利ヲ失ハンカ又他ニ扶養ヲ受クルノ途ナク動モスレハ餓死スルノ外ナキ者ヲ生スヘシ是レ公益上看過スヘカラサル所ナルヲ以テ契約上ノ養料ハ權利者ヨリ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ルニ反シテ法律上ノ養料ハ之ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ許ササルナリ

以上五ノモノハ民法ニ於テ相殺ノ實質上ノ條件トシテ定ムル所ノモノナリ舊民法ニ於テハ尙ホ二ノ條件ヲ必要トシタリ第一ハ各〻主タルモノナラサルヘカラストセリ（財五百二十條）例ヘハ債權者カ保證人ニ對シテ負フ所ノ債務ニ付キ保證人ヨリ辨濟ノ請求ヲ受ケタル場合ニ於テ債權者ノ債務ヲ以テ保證人ノ保證債務ト相殺ヲ爲スコト能ハサルカ如キヲ意味ス蓋シ保證人ハ保證債務ヲ負フコト勿論ナリト雖モ嘗テ述ヘタル如ク後訴ノ利益及ヒ檢索ノ利益ヲ有スル者ナル

ニ保證人カ債權者ニ對シテ有セル債權ノ履行ヲ請求シタル場合ニ於テ債權者カ自己ノ債務ヲ以テ保證債務ト相殺ヲ行フコトヲ許ストセンカ是レ保證人ノ利益ヲ奪フモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ債權者ハ先ツ主タル債務者ニ請求ヲ爲シタルニ拘ハラス辨濟ヲ得ルコト能ハサル場合ニ於テ始メテ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ且保證人ハ主タル債務者ノ財產ヲ指定シ之ニ就キテ辨濟ヲ受クルコトヲ請求スルコトヲ得ヘキニ拘ハラス直チニ相殺ヲ以テ對抗スルニ於テハ保證人ハ此等ノ權利ヲ失フニ至ルヘケレハナリ故ニ此ノ如キ相殺ハ許スヘカラスト云フニ在リ然レトモ文字上ヨリ言ヘハ甚タ不正確ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ債權者カ保證人ノ請求ヲ受ケタル場合ニ通常相殺ヲ行フコト能ハスト云フハ或ハ同一種ノ債權ニアラサルニ由ルカ又ハ辨濟期ニ在ラサルニ由ルヘシ蓋シ保證人ノ義務ナルモノハ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルニ當リ始メテ履行ヲ爲スヘキ義務ニシテ畢竟一ノ條件附債務即チ主タル債務者ニ請求シタルモ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルトキハ辨濟ヲ爲スヘシトノ債務ナリ故ニ期限到來スルモ主タル債務者カ履行ヲ爲ササル場合ニ於テノミ保證人債務ヲ負フモノニシテ其時マテハ其債務ハ條件附ナリ故ニ此場合ハ始ヨリ問題ト爲ラサルナリ畢竟問題ト爲ルハ主タル債務ノ期限到來シ而シテ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルトキニ在リ何トナレハ此場合ニハ保證債務ノ繫ル所ノ條件ハ成就シタレハナリ尤モ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ請求ヲ爲スヘキコトヲ求ムル權利ヲ有シ且檢索ノ利益ヲ有スルカ故ニ此點ヨリ言ヘハ全ク債權者ノ債務ト同種ノ債務ト

謂フコトヲ得サルヘク或ハ未タ辨濟期ノ到ラサルモノト謂フコトヲ得ヘシ故ニ債權者カ之ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得サルハ明カナリ然ルニ舊民法ノ如ク單ニ主タルモノナルヲ要スルト言ハハ反對ニ保證人ノ方ヨリ自己ノ債權ヲ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲモ得サル如キ感ナキコトヲ得ス蓋シ保證人カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタル場合ニ其債權者ニ對シテ自己ノ有スル所ノ債權ヲ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ルハ勿論ナルノミナラス主タル債務者カ債權者ニ對シテ有スル相殺ノ原因モ亦之ヲ對抗スルコトヲ得ヘキナリ然ルニ五ニ主タルモノナルコトヲ要スルモノトセハ右ノ場合ニ於テ保證人ハ全ク相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルカノ疑ヲ生スヘシ尙ホ一步ヲ進メテ論スレハ時トシテハ債權者ヨリ相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ得ル場合アルヘシ即チ保證人カ連帶保證人ナルカ又ハ保證人カ後訴ノ利益及ヒ檢索ノ利益ヲ拋棄シタル場合ニ於テ其保證人カ自己ノ債權ニ基キ債權者ニ對シテ請求ヲ爲サハ債權者ハ相殺ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ヘシ何トナレハ此場合ニ於テハ債權者ハ直チニ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スノ權利ヲ有スレハナリ果シテ然ラハ主タルモノナルコトヲ要スルトノ條件ハ正ニ誤レルモノト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ新民法ハ斯ル條件ヲ必要トセサルナリ

第二ニ舊民法ハ明確ナルコトヲ以テ要件トセリ（財五百二十條）所謂「明確」トハ果シテ如何ナル意味ナルカ其文字自身カ甚タ不明確ナリ此文字ハ佛蘭西ノ「リキード」「Liquide」ナル語ヲ譯シタルモノナレトモ未タ以テ適譯ト爲スコト能ハス「リキード」トハ之ヲ直譯スレハ潔白、

鮮明ナルノ意ナリ之ヲ意譯シテ「明確」ト云フ如キ文字ヲ用フルハ敢テ故ナキニ非ス此文字ノ解釋ハ從來頗ル議論アル所ニシテ極端說ト他ノ極端說トノ間ニハ實ニ甚シキ相違ヲ生ス即チ或說ハ「明確」トハ爭ナキノ意ナリ即チ確ニ成立シテ而シテ其額一定シ毫モ疑ナシト云フ極メテ狹キ意味ヲ採リ此正反對ノ說ハ縱令爭アルモ裁判官ノ眼ヨリ之ヲ觀レハ權利其レ自身ハ明カニシテ又其額モ一定シタルモノナレハ可ナリト爲ス此ノ如ク極端ニ解スルトキハ明確ナルコトヲ要スト規定スルカ如キハ實ニ謂レナキ事ト謂フヘシ何トナレハ若シ第一說ノ趣旨ニテ相殺ヲ許サストセハ互ニ債權者タリ債務者タル者ノ間ニ於テ相殺ヲ希望セサルトキハ每ニ爭ヲ起スニ至ルヘク又第二說ノ趣旨ニテ相殺ヲ許サストセハ當事者間ニ於テハ實際大ニ爭アルニ拘ハラス裁判官ノ眼ヨリ觀テ以テ其成立明確ニシテ且其額モ明カニ定ムルコトヲ得ハ可ナリトスヘキカ故ニ是レ特別ナル條件ニ非ス凡ソ不確定ナル事項ニ關係シタル債權ナルトキハ其債權ノ成立カ不確定ナルト其額ノ不確定ナルトヲ問ハス以テ相殺ヲ爲スコトヲ得サルハ他ノ條件ニ由リテ明カナリ例ヘハ或人カ終身年年若干ノ金錢ヲ與ヘントト言ヒシ場合ニ於テハ其債務ハ過去ニ屬セル時期ニ付テハ確定セルモノナルモ其將來ニ屬セルモノニ付テハ未タ確定セサルモノニシテ之ニ就テ相殺ヲ行フコト能ハサルコト勿論ナリト雖モ是レ即チ辨濟期ニ在ラスト云フ點ヨリシテ相殺ヲ爲スコトヲ得サル債權額ニ付テモ亦之ト同一ニシテ當事者カ如何ニ之ヲ爭フモ裁判所ニ訴ヘ出ツレハ苟モ權利ノ存スル以上ハ其額モ亦必ス明確ト爲ルモノナリ故ニ結局明確ナルコト

テ以テ相殺ノ一條件トスルニ足ラスト謂ハサルコトヲ得サルニ至ルヘシ是ニ於テカ「明確」ナル文字ノ解釋ニ付キ折衷說ヲ採ルコトノ已ムヲ得サルニ至ルヘキモ此折衷說モ亦甚タ解シ難シ例ヘハ舊民法財產編第五百二十三條ニハ「債務ノ成立、其目的物ノ性質及ヒ分量カ確實ナルトキハ其債務ハ善意ニテ爭ハルルトキト雖モ之ヲ明確ナリトス」トアリ此「確實」ト云フハ果シテ如何ナル意味ナルカ文字其モノヨリ觀レハ右ノ第二說ヲ採リタルモノノ如シ即チ如何ニ爭アルニモセヨ苟モ債務ノ成立及ヒ目的ノ性質分量ニシテ定マレル以上ハ確實ナリト看タルモノノ如シ而シテ予モ亦原則トシテ斯ク解セシ者ナリ然レトモ彼ノ損害賠償ノ如キハ此中ニ含マストト謂ハサルヘカラス蓋シ損害賠償ナルモノハ損害ノ有無カ最モ不明確ナルモノニシテ殊ニ其額ニ至リテハ全ク裁判官ノ裁量ニ出ツルモノナレハ結局確實ナルモノニ非スト謂ハサルヘカラス此點ハ曾テ疑ナキ所ナリ然レトモ佛蘭西法等ニ於テハ「リキード」ナル文字ハ尙ホ少シク廣義ニ使用セラレ若シ爭アルトキハ其爭ニシテ多少理由アル爭ナル以上ハ仍ホ不明確ナリトセリ畢竟此「明確」ナル文字ハ頗ル不明ニシテ孰レノ說ヲ採ルモ其根據甚タ薄弱ナリ前ニモ述ヘタル如ク縱令當事者間ニ爭アル場合ニ於テモ法廷ニ出ツレハ其爭ノ決セラレサルモノナシ之ヲ決シタル後其以前ニ遡リテ觀察スルトキハ果シテ相殺ノ原因アリタルヤ否ヤハ直チニ判明スヘシ損害賠償ニ於テモ亦然ラサルコトヲ得ス即チ之ヲ理論上ヨリ言ヘハ損害要償權ノ有無ハ初ヨリ一定シ又其額モ一定セリト謂フヘク唯當事者カ其債權ノ成立及ヒ金額ニ付キ爭ヘルニ過キス或ハ裁

判官ノ知識不完全ナルカ爲メ正確ナルコトヲ知リ得サル場合アルヘキモ裁判ハ神聖ナルモノト看做サルヘキモノナルカ故ニ斯ル過失アリトスルモ復タ如何トモスヘカラス但裁判ノ結果ヨリ觀レハ損害ノ有無竝ニ損害額ノ幾何ナルカハ判明スルカ故ニ理論上ニ於テハ爭アル他ノ權利ト毫モ異ナル所アラサルナリ此ノ如ク「明確」ナル條件ハ畢竟謂レナキ條件ナルカ故ニ佛蘭西法竝ニ我舊民法ノ採用セル條件ナルニ拘ハラス新民法亦之ヲ採ラサリシナリ

終ニ臨ミテ注意スヘキ點二アリ第一ハ以上五箇ノ條件ヲ備フル以上ハ債務ノ履行地カ同一ナラサルモ妨ナキコト是ナリ例ヘハ甲ハ大阪ニ於テ履行シ乙ハ東京ニ於テ履行スヘキ場合ニテモ其間ニ相殺ヲ行フコトヲ得ルナリ第五百七條ニ曰ク

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

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

第二ニ注意スヘキハ債權カ差押ヘラレタル後ハ其被差押者（即チ自己ノ債權者）ニ對シテ債權ヲ取得スルコトアルモ之ニ對シテ相殺ヲ對抗スルコト能ハサルコトヲ是ナリ第五百十一條ニ曰ク

支拂ノ差止ヲ受ケタル第三債務者ハ其後ニ取得シタル債權ニ依リ相殺ヲ以テ差押債權者ニ對抗スルコトヲ得ス

例ヘハ甲ハ乙ニ對シ金千圓ノ債權ヲ有シ乙ハ甲ニ對シテ同シク金千圓ノ債權ヲ有スルトセハ此間ニ於テ相殺ハ行ハルヘキ筈ナリ然ルニ甲ハ自己ノ債權者例ヘハ丙ヨリ其乙ニ對スル債權ヲ差押ヘラレタリ而シテ乙ハ其差押後ニ甲ノ債權者ト爲リタル場合ニハ甲ニ對シテ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ス是レ債權者保護ノ爲メ然ラサルコトヲ得サルモノニシテ丙ハ甲ノ財產ヲ差押ヘ之ニ依リテ辨濟ヲ受ケントスルノ手續ヲ履ミタルニ其後ニ至リ其債權ノ債務者即チ乙カ甲ニ對シテ同種ノ債權ヲ取得シタレハトテ相殺ニ因リ差押ヲ無效トセラルルニ於テハ丙ハ甚シキ損害ヲ被ルニ至ルヘシ尙ホ之ヲ理論上ヨリ言ヘハ差押ハ其目的物ヲ債務者ノ一般ノ財產中ヨリ除斥スル效力ヲ有スルモノナリ即チ債務者タル甲カ乙ニ對シテ有スル所ノ債權ハ丙カ差押ヲ爲シタル時ヲ以後ハ法律上殆ト甲ノ財產ニ非スト看做スナリ故ニ其以後ニ於テ乙カ甲ニ對シテ債權ヲ取得スルモ結局自己ノ債務者ニ非サル者ニ對シテ債權ヲ取得スルト擇フ所ナク恰モ是レ甲カ其債權ヲ他人ニ讓渡シタル後ニ之ヲ取得シタルト同一ナリ即チ自己ニ對スル債權カ讓渡サレタル後ニ於テ讓渡人タル舊債權者ニ對シテ債權ヲ取得スルモ最早相殺ヲ爲スコトヲ得サルコト明カナリ之ニ反シテ縱令差押アルモ差押前ニ取得シタル債權ナルニ於テハ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ是レ亦然ラサルヘカラサルナリ例ヘハ差押前ニ既ニ相殺ノ條件悉ク具備シタル場合ハ勿論後

ニ至リテ條件ノ具備シタル場合即チ未タ期限ニ至ラサルモノカ差押ノ後期限到來スルニ至ルモ相殺ヲ對抗スルコトヲ得但之ニ付テハ民事訴訟法ノ手續ト對照シテ考察セサルヘカラス今民事訴訟法第六百九條ニ依レハ債權カ差押ヘラレタルトキハ第三債務者ハ七日內ニ支拂ヲ爲スノ意思アリヤ否ヤヲ陳述セサルヘカラス故ニ相殺ノ原因アルトキハ相殺ヲ行フヘキ旨ヲ陳述スレハ則チ足リ隨テ支拂ヲ爲スコトヲ要セサルコトト爲ル然ルニ若シ此陳述ヲ爲ササルトキハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償セサルヘカラス換言スレハ相殺ハ債權ノ存スル間之ヲ對抗スルコトヲ得レトモ之ニ依リ債權者ニ加ヘタル損害ヲ賠償セサルヘカラストセハ相殺ヲ行ハサルト同一ノ結果ト爲ルヘシ故ニ若シ七日內ニ相殺ノ意思ヲ表示セサリシトキハ相殺ヲ爲セハ却テ損失ヲ招クコトアルヘキカ故ニ敢テ相殺ヲ爲ササルコト多カルヘシ

（二）形式上ノ條件

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

金千圓ヲ拂フトセハ玆ニ二千圓ノ金ヲ準備セサルヘカラサルコト多カルヘク少クモ千圓ハ必ス之ヲ準備セサルヘカラス且互ニ時間ヲ費シ費用ヲ要シテ二度ノ辨濟ヲ爲ササルヘカラス金錢ニシテ猶ホ且然リ若シ商品ナランカ益〻煩雜ヲ來スヘシ然ルニ相殺ヲ行フトキハ全ク此等ノ不便ヲ避クルコトヲ得ヘシ第二ニハ極メテ公平ナル結果ヲ得例ヘハ甲乙互ニ千圓ノ債務ヲ負ヘリトセンニ甲ハ先ツ其債務ヲ辨濟セリ然ルニ乙ハ更ニ之ヲ支拂ハストセハ是レ實ニ不公平ナリト謂ハサルヘカラス若シ此場合ニ相殺ヲ以テ雙方ノ債務ヲ一時ニ消滅セシメハ甲、乙互ニ嚴重ニ辨濟ヲ爲シタルト異ナラサルカ故ニ其公平ナル結果ヲ見ルヤ疑ナキナリ相殺ハ此等ノ利益アルヲ以テ既ニ遠ク羅馬法ニ於テモ亦行ハレタル所ナリ是ヲ以テ觀レハ相殺ハ簡易ニ行ハルルヲ以テ可ナリトスヘク苟モ實質上ノ條件具備スル以上ハ直チニ行ハルルモノトセハ則チ二重ノ辨濟ヲ爲スノ必要ナク不公平ノ結果モ亦之ヲ避クルコトヲ得テ大ニ便利ナリト謂フヘク形式上ノ條件ノ如キハ寧ロ之ナキニ如カサルナリ若シ形式上ノ條件ヲ要ストセンカ狡猾ナル者ハ利得ヲ爲シ寬大ナル者ハ損失ヲ爲スコトアラン蓋シ相殺ニ因リテ雙方必ス同一ノ利益ヲ受クルニ限ラス例ヘハ一方ノ債權ハ利息附ニシテ一方ノ債權ハ無利息ナルカ又ハ一方ノ利息ハ高ク一方ハ低キコトアリ此場合ニ於テ法律上相殺當然行ハレス必ス一定ノ形式ヲ要スルモノトセハ其方式ヲ履マサレハ相殺ハ行ハレサルカ故ニ狡猾ナル者ハ自己ノ利益ニ從ヒ或ハ直チニ相殺ヲ行ヒ或ハ永ク之ヲ行ハサルヘシ例ヘハ自己ノ債務ハ無利息ニシテ自己ノ債權ハ利息附ナル場合ニ於テ自己ノ

債權ノ期限カ既ニ到來セルニ拘ハラス相殺ヲ對抗セラルルコトヲ恐レテ敢テ請求ヲ爲サス依然利息ヲ收得シ自己ノ債務ノ請求ヲ受ケタルトキ始メテ相殺ヲ對抗スル如キ策ヲ執ルコトアリ又債權ハ期限ノ早ク到來スルモノト遲ク到來スルモノトアリテ同時ニ時效ニ罹ル如キコト極メテ稀ナルモノナリ又債權ノ種類ニ依リ短期時效ニ因リテ消滅スヘキ債務ヲ負ヘル者カ相手方ニ對シ其債權ノ行使ヲ爲サス全ク自己ノ債務消滅スルニ至リテ始メテ請求ヲ爲スカ如キ策ヲ執ルコトアラン此場合ニ於テハ相手方ハ相殺ヲ對抗セントスルモ已ニ晩キカ如キ結果ヲ生スヘシ此ノ如クンハ素ト公平ナランカ爲メニ設ケタル制度カ却テ不公平ナルニ至ル假ニ法律ノ規定ヲ以テ右ノ如キ不正ノ手段ニ出ツル行爲ノ效力ヲ認メサル法規ヲ設クトスルモ實際上ニ於テハ當事者ハ悉ク法律家ニ非サルカ故ニ一方ハ法律ヲ知リ一方ハ法律ヲ知ラサルトキハ法律ヲ知レル者ハ自己ノ便宜ニ因リ相殺ヲ對抗セント欲スレハ對抗シ對抗セサラント欲スレハ敢テ對抗セサルノ選擇ヲ爲スヘク又同シク法律ヲ知レル者ノ間ニ於テモ一方カ狡猾者ナランニハ動モスレハ自己ノ利益ヲ壟斷スルコトナシトセス故ニ悉ク此等ノ弊ヲ矯メンカ爲メニハ佛蘭西法竝ニ我舊民法ノ主義ハ最モ適當ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ若シ確實ナル點ニ至リテハ羅馬法主義即チ裁判所ニ於テスルニ非サレハ相殺ハ行ハレストスルヲ第一トセサルコトヲ得ス何トナレハ相殺ニ必要ナル條件ノ具備シタルヤ否ヤハ裁判所ニ於テ之ヲ判斷セシムルヲ以テ最モ確實ナリトセサルヘカラス當事者自身ノ判斷ヲ以テ條件ハ充チタリト信シテ

相殺ヲ對抗シタルニ未タ備ハラサル場合ニ於テハ却テ煩雜ヲ生スヘケレハナリ且相殺ノ制度ハ當事者ノ利益ヲ慮リテ設ケタルモノナリト雖モ當事者雙方カ未タ之ヲ希望セサルニ法律上之ヲ強フルノ必要ナカルヘク相殺ノ意思ハ爭ノ起リタルトキ始メテ之ヲ表示スルヲ許スニ如カス若シ訴訟ニ至ラサル如キ場合ニハ當事者ノ協議ヲ以テ相當ノ處置ヲ爲サシメテ可ナリト謂フコトヲ得ヘシ然リト雖モ若シ此主義ヲ採ルトキハ亦不公平ナル結果ヲ生スルコト尠カラス例ヘハ訴訟ヲ起ササルトキハ一方ハ利益ヲ得テ一方ハ損失ヲ被ルノ不幸ヲ免レサルカ如キ是ナリ是ニ於テ折衷主義即チ獨逸法及ヒ我新民法ノ採レル如キ意思表示ニ依リテ相殺ヲ行フコトヲ得セシムルヲ以テ最モ可ナリトスヘキカ我民法第五百六條ニ曰ク

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

前項ノ意思表示ハ雙方ノ債務カ互ニ相殺ヲ爲スニ適シタル始ニ遡リテ其效力ヲ生ス

此主義ニ依レハ裁判所ニ訴フルニ比スレハ其方式簡易ナルカ故ニ相殺ヲ行フコト極メテ容易ナリ隨テ弊害モ亦尠カルヘシ然リト雖モ之ヲ法律上ノ相殺ニ比スレハ尙ホ幾分ノ弊害アルコトヲ免レス尤モ他ノ一方ニ於テハ法律上ノ相殺ニ於ケル如キ缺點ヲ除クコトヲ得即チ法律上ノ相殺ハ當事者ノ知ラサル間ニ於テモ仍ホ行ハルルカ故ニ當事者カ相殺ヲ欲セサルトキト雖モ條件ノ具備スルト同時ニ當然行ハレ又救フヘカラサルニ至ルモ一方ノ意思表示ニ因ルモノトセハ斯ル憂ハナカルヘシ是レ民法カ折衷說ヲ採ルニ至レル所以ナリ然レトモ予ハ立法論トシテハ當然相殺主義ヲ可ナリト信スル者ナリ反對說ヲ採ル者ハ當然相殺主義ヲ採ルトキハ當事者ノ意思ニ反シテ相殺ノ行ハルルコトアルヲ不可ト爲セトモ予ハ敢テ妨ナシト信ス何トナレハ當事者カ相殺ヲ欲セサル場合ニ於テハ法律上ノ條件ノ具備セサル間ハ何時ニテモ反對ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得ヘキカ故ニ（債權發生ノ後ハ當事者雙方ノ協議ヲ要スルコト勿論ナリ）敢テ其意ニ反シテ相殺ノ行ハルルカ如キコトアラサルヘク若シ此反對ノ意思表示ヲ爲ササランカ相殺ヲ欲セサル者ト看ルコトヲ得サレハナリ加之相殺ニ因リテ雙方ノ債務カ一旦消滅スルモ新ニ同一ノ債務關係ヲ生セシメント欲スレハ當事者ノ協議ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ但民法ハ相殺ノ效力ハ既往ニ遡ルモノトセルカ故ニ一方ノ意思表示ニ依リテ相殺ノ行ハルルヨリ生スル弊害ノ大半ハ之ヲ免ルルコトヲ得ヘシ而シテ此相殺ノ意思表示ニ付キ其表示ヲ爲スノ方法ハ之ヲ限定セサルカ故ニ極端ニ言ヘハ手眞似ヲ以テ爲スモ可ナリ況ヤ口頭又ハ書面ニテ之ヲ爲スヲ得ルハ勿論ナリ唯其意思表示ハ必ス相手方ニ對シテ之ヲ爲サルヘカラサルノミ尙ホ第五百六條第一項但書ニ於テ「意思表示ニハ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得ス」トセリ是レ當然ノ事ト謂フヘシ何トナレハ相殺ノ目的ハ雙方ノ債權、債務ヲ消滅セシメントスルニ在ルモノナルニ條件又ハ期限ヲ附スルカ如キハ全ク其目的ニ反スルモノト謂ハサルヘカラサルナリ

第二　相殺ノ效力

相殺ノ效力ハ原則トシテ雙方カ辨濟ヲ爲シタルニ等シ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ債權ヲ有シ乙亦甲ニ對シテ債權ヲ有スル場合ニ於テ之カ相殺ヲ行フトキハ恰モ甲モ辨濟ヲ爲シ、乙モ辨濟ヲ爲シタルト同一ノ效力ヲ有ス學者往往相殺ハ二辨濟ノ略ナリト謂フハ其效力ノ上ヨリ言ヘハ正當ナリ但債權ノ額ハ必スシモ常ニ同一ナラサルヲ以テ若シ債權額ノ相異ナル場合ニ於テハ相殺ハ對當額ヲ以テ限度ト爲ササルヘカラス「對當額ノ相殺」トハ雙方ノ債權ヲ比較シ其最少額ヲ限度トシテ雙方ノ債權ヲ消滅セシムルノ意ナリ前例ニ於テ甲ノ乙ニ對スル債權額ハ一千圓ニシテ乙ノ甲ニ對スル債權額ハ五百圓ナルトキハ五百圓ノ限度ニ於テ相殺行ハルルナリ即チ甲ニ於テハ全部ノ辨濟ヲ爲シタルモ乙ニ於テハ半額ノ辨濟ヲ爲シタルニ等シキナリ是レ第五百五條第一項ニ「各債務者ハ其對當額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得」トアル所以ナリ

相殺ノ效力ハ二辨濟ニ等シト云フノ結果茲ニ充當ノ問題ヲ生ス例ヘハ甲カ乙ニ對シ二箇以上ノ債權ヲ有シ又ハ乙カ甲ニ對シ二箇以上ノ債權ヲ有シ其目的同一ニシテ同シク金錢ナルカ若クハ同性質ノ商品等ナル場合ニ於テハ先ツ孰レノ債權ト孰レノ債權トヲ相殺スヘキカハ是レ即チ充當ノ問題ナリ之ニ付テハ第五百十二條ニ明文アリ曰ク

第四百八十八條乃至第四百九十一條ノ規定ハ相殺ニ之ヲ準用ス

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

第一ニ第四百八十八條第一項ニ依ルトキハ第一ノ充當權カ債務者ニ存スルト雖モ相殺ニ付テハ元來同一人カ同時ニ債務者ニシテ且債權者ナルカ故ニ充當ノ規定ヲ其儘適用スルコトヲ得ス充當ニ關シ「辨濟」又ハ「履行」ノ文字中孰レヲ正シトスルカハ別問題トシ法文ニハ「辨濟」トアリ而シテ先ツ債務者ノ意思ヲ取レリ蓋シ辨濟ナル行爲ハ債務者ノ行爲ナリ而シテ行爲ノ性質ハ行爲者其者ノ意思ニ依リテ定マルヲ原則トスルニ由ルナリ之ト同一ノ理由ニ據リ相殺ニ付テモ亦其意思表示ヲ爲シタル者ノ意思ヲ以テ基礎トセサルヘカラス例ヘハ（一）先ニ其意思表示ヲ爲シタル者ヲ甲ナリトセハ甲ハ同時ニ債權者ニシテ且債務者ナリト雖モ此場合ニハ甲ヲ辨濟者ト看做シ以テ第四百八十八條ノ規定ヲ適用セサルヘカラス蓋シ相殺ノ意思ハ甲ニ於テ表示シタルヲ以テナリ此理由ニ基キ甲ハ乙ニ對シテ子、丑二箇ノ債權ヲ有スルモノトセハ充當問題ハ一方ニ於テ生スルニ過キス即チ此場合ニ於テハ甲ハ子、丑孰レノ債權ヲ以テモ乙ノ債權ノ相殺ニ充ツルコトヲ得ルモ乙ハ甲ニ對シテ其充當ノ選擇ヲ爲スコトヲ得サルナリ（二）前例ヲ轉倒シ乙ハ甲ニ對シテ二箇ノ債權ヲ有シ甲ハ乙ニ對シテ唯一箇ノ債權ヲ有スル場合ニ於テモ仍ホ其選擇權ハ甲ニ存ス即チ甲カ相殺ヲ對抗スルニ當リ乙ノ二箇ノ債權例ヘハ寅、卯中寅ニ對シテ相殺ヲ爲スモ卯ニ對シテ之ヲ爲スモ固ヨリ甲ノ隨意タリ更ニ又例ヲ變シテ（三）甲ハ乙ニ對シテ二箇以上ノ債權ヲ有シ乙亦甲ニ對シテ二箇以上ノ債權ヲ有スル場合ニ於テ假ニ甲ノ債權ヲ子、丑トシ乙ノ債權ヲ寅卯トセンニ甲ハ自己ノ債權ノ子ヲ以テ相

殺ヲ行フモ丑ヲ以テ行フモ其隨意ニシテ之ヲ乙ノ債權ノ方面ヨリ言ヘハ寅ニ充當セントスルモ卯ニ充當セントスルモ總テ相殺ノ意思表示ヲ爲シタル甲ノ意思如何ニ依ルモノトス

第二ニ第四百八十八條第二項ノ「辨濟者」ナル文字ヲ「相殺ノ意思ヲ表示シタル者」ト解スルトキハ其相手方ハ則チ辨濟受領者ニ該當ス故ニ前例甲カ相殺ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テ其充當スヘキ債權ヲ指定セサルトキハ甲ハ選擇權ヲ失フモノトス隨テ乙ハ甲ノ債權タル子、丑ニ對スル第二例ノ場合ニ於テモ亦乙ハ自己ノ債權タル寅又ハ卯ニ對シテ其一ヲ選擇シテ相殺ヲ對抗スルモ可ナリ第二例ノ場合ニ於テモ亦乙ハ自己ノ債權中寅卯孰レヲ以テ甲ノ債權ト相殺スルコトヲモ得ヘシ又第三例ノ場合ニ於テハ乙ハ自己ノ債權中寅卯孰レヲ以テスルモ甲ノ債權子、丑中其一ヲ選擇シテ之ヲ相殺スルコトヲ得ヘク又乙ハ其二債權ヲ以テ甲ノ二債權ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲモ得ヘシ尙ホ此場合ニ於ケル乙ノ充當權ニ對シテハ甲ハ異議權ヲ有スルカ故ニ甲カ乙ノ充當ニ對シ直チニ異議ヲ述ヘタルトキハ充當ハ甲ノ意思ニ依ルヘキナリ（四百八十八條二項但書）充當ノ方法ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スコト相殺ノ場合ニ於テモ異ナルコトナシ（四百八十八條三項）

第三ニ法定充當ノ規定即チ第四百八十九條ノ規定ヲ相殺ノ場合ニ準用セリ此規定ノ詳細ハ既ニ履行ノ說明ヲ爲ス際ニ述ヘタルヲ以テ更ニ講說スルノ必要ナシ以下ノ規定モ亦同シ唯此等ノ規定ヲ準用スルニ方リ「辨濟者ナル文字ニ代フルニ「相殺ノ意思表示ヲ爲シタル者」ナル文字ヲ以テシ「辨濟受領者」ニ代フルニ「相殺ノ相手方」ナル文字ヲ以テシ以テ法文ヲ讀下スルトキ

ハ其適用ヲ誤ルコトナカルヘシ

以上ハ相殺ノ效力ニ關スル原則ナリ而シテ其效力ヲ生スルモノナルカ故ニ其效力モ亦意思表示ヲ爲シタル時ヨリ發生スルモノナリ然レトモ雙方ノ債權、債務ハ相殺ノ效力發生ノ時ヨリ消滅スルカ將タ相殺ノ條件ノ具備シタル時ニ遡リテ其效力ヲ生スルモノナルカ故ニ其條件ノ具備シタル時ヨリ直チニ行ハルルモノニシテ大抵辨濟期ノ到來ヲ以テ相殺ノ效力發生ノ時期ト爲ス然レトモ我民法ニ於テハ相殺ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ行ハルルモノトセルカ故ニ理論上ヨリ言フトキハ相殺ノ效力ハ將來ニ於テノミ生スルモノトセサルヘカラス然レトモ若シ此ノ如クスルトキハ甚タ不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ即チ前ニ述ヘタル如ク當事者ハ必スシモ同等ナル法律上ノ知識ヲ有スルモノニ非ス又同等ニ怜悧ナリト謂フコト能ハス而モ又同等ニ貪慾ナルモノニ非サルヘキヲ以テ法律上ノ知識ヲ有スル狡黠ナル慾張者ハ自己ノ債權ノ存在シ且相手方ノ債權モ亦存在スルコトヲ以テ利益ト爲ス場合ニハ成ルヘク遲ク相殺ヲ對抗スルヲ以テ利益ト爲スカ故ニ相殺ヲ遷延スヘク若シ反對ニ相手方ニシテ敏捷ニ狡黠ニ慾張ニシテ且法律ヲ知レル者ナルトキハ期限ノ到來ヲ待チテ直チニ相殺ヲ對抗スヘシ之ヲ要スルニ法律上ノ知識アル狡黠ナル貪慾者ノ爲メニ利益ヲ壟斷セラレ折角公平ヲ旨トシテ設ケタル相殺ノ規定カ却テ不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ是ニ於テカ彼ノ獨逸法ノ如キハ

兎角法律上ノ假定（フヰクション）ヲ忌ミ或法律行爲ノ效力ヲシテ既往ニ遡ラシムルカ如キハ概シテ禁物トスル所ニシテ例ヘハ條件ノ成就、契約解除ノ效力等ニ於ケルカ如キ皆之ヲ認メサルニ拘ハラス唯リ相殺ノ場合ニ於テハ其意思ノ效力ハ既往ニ遡リ相殺要件ノ具備シタル時ヨリ雙方ノ債權消滅シタルモノト看做スト云フ規定ヲ置クニ至レリ故ニ縱令雙方ノ債權ニ付キ利息ノ牽ヲ異ニスルモ辨濟期以後ニ於テハ雙方ノ債權カ消滅スルカ故ニ互ニ利息ヲ受クルコトヲ得ス若シ之ヲ受取リタルトキハ之ヲ返還セサルヘカラス（五百六條二項）而シテ雙方ノ辨濟期カ同時ニ到來スル如キコトハ甚タ稀ナルヘク多クハ最後ニ期限ノ到來シタル時ヲ以テ相殺ノ效力ヲ生スル時期ト爲スヲ是ニ由テ之ヲ觀レハ意思表示主義ハ必スシモ不公平ナル結果ヲ生スルモノニ非スシテ實際ニ於テハ法定相殺主義ト甚シキ差異アルモノニ非サルナリ

尙ホ此結果ノ結果トモ謂フヘキモノニシテ而モ普通ノ法理ニ適合セサルモノヲ認メタリ他ナシ時效ニ因リテ消滅シタル債權ヲ以テ相殺ヲ對抗シ得ルコト是ナリ例ヘハ甲ノ債權ハ既ニ時效ニ罹リタルモ乙ノ債權ハ未タ時效期間ヲ經過セサル場合ニ於テ乙ヨリ甲ニ對シテ其債權ノ履行ヲ求ムルトキハ普通ノ法理ニ據レハ甲ノ債權ハ既ニ消滅セルカ故ニ相殺ヲ對抗スルコトヲ得スシテ必ス自己ノ債務ヲ履行セサルヘカラス然レトモ此ノ如キハ甚タ不公平ナルコト殆ト說明ヲ要セス是ニ於テカ斯ル場合ニ於テハ遡及效アラシムヘキヤ否ヤニ付キ大ニ議論アリ蓋シ相殺ハ意思表示ニ因リテ成立スルモノナリトセハ其意思表示ノ當時相殺ノ要素タル相互ノ債權債務ノ關

係ナカルヘカラス然ルニ甲ノ債權ハ昨年末既ニ時效ニ罹リテ消滅シタリトセハ理論上相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルコト前ニ一言シタルカ如シ是レ單ニ有效ニ爲シタル相殺ノ意思表示ニ遡及效アルヤ否ヤノ問題ニ非スシテ既ニ消滅シタル債權ヲ以テ對抗スルカ如キ法律上殆ト不能ノ事ト謂フヘシ然レトモ前述ノ如ク之ヲ結果ヨリ觀ルトキハ頗ル不公平ナルヲ以テ玆ニ議論ヲ生スルナリ獨逸ノ第一草案ニハ反對ノ規定ヲ爲シタルモ終ニ時效ニ罹リタル債權ト雖モ相殺ノ目的ト爲スコトヲ得ルコトト爲セリ而シテ其理由トスル所ハ主トシテ公平ヲ保ツニ在リ然レトモ予ノ見ル所ヲ以テセハ此ノ如ク種種ノ假定ヲ設クルヨリハ寧ロ佛國民法又ハ我舊民法ノ如ク法定相殺ヲ認ムルニ如カサルナリ獨逸民法ニ於テ法定相殺ヲ認メサリシハ蓋シ獨逸ニハ從來ノ沿革上法定相殺ナルモノナカリシカ爲メナリ即チ羅馬法ニ於テハ法定相殺ナカリシカ獨逸ニ於テハ其新民法施行前ニハ普通法トシテ羅馬法行ハレタリシカ爲メナリ然レトモ實際ノ便利ヨリ言ヘハ獨逸民法ヨリハ佛國民法ヲ優レリト信スルト同時ニ獨逸ノ如キ沿革ナキ我邦ニ於テハ寧ロ法定相殺ヲ認ムルヲ便宜ナリシト信ス且前述ノ如キ規定アルヲ以テ實際ニ於テハ敢テ不公平ナルコトナケン第五百八條ニ曰ク

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

第三款　更改

「更改」トハ舊債權ヲ消滅セシメ之ニ代フルニ新債權ヲ以テスルノ契約ナリ更改ノ定義ヲ此ノ如ク下ストキハ殆ト各國ノ法律ニ規定セル更改ニ適應スヘシ唯條件若クハ效力ニ於テ多少ノ差異アルニ過キサルナリ今各國ノ法律ヲ見ルニ「新ニスル」又ハ「改ムル」ト云ヘル意味ノ文字ヲ使用セリ蓋シ更改ハ債權ノ讓渡及ヒ債務ノ引受ニ似タル所アルモ全然同一ナルニ非ス債權ノ讓渡及ヒ債務ノ引受ニ在リテハ從來ノ權利ヲ其儘讓渡シ若クハ引受クルモノニシテ更改ノ如ク前ノ權利ヲ消滅セシメテ他ニ新ナル權利ヲ發生セシムルモノトハ當事者ノ意思ニ於テ大ニ異ナレリ而シテ我民法ニ於テハ更改及ヒ債權ノ讓渡ノ二者ヲ認メテ債務ノ引受ナルモノヲ認メス蓋シ債務ノ引受ナルモノハ其實質ニ於テ更改ト異ナラサルコト多カルヘク其他契約ノ自由ニ據リ殆ト之ト同一ノ效力ヲ生スヘキ契約ヲ締結スルコトヲ得ヘキヲ以テ別ニ債務ノ引受ナルモノヲ規定スルノ必要ナキナリ

尙ホ我民法上債權ノ讓渡ト更改トノ最モ著シキ差異ヲ擧クレハ債權ノ讓渡ニ在リテハ第一ニ債權者ト讓受人トノ間ノ契約ニ因リテ直チニ成立ス（契約以外ノ行爲ニ因リテモ讓渡スコトヲ得）ルモ更改ニ在リテハ新舊債權者ト債務者トノ三者間ノ契約ニ因リテ成立ス即チ二者其成立ニ關シテ差異アリト謂フヘシ第二ニ二者其效力ヲ異ニス即チ讓渡ニ在リテハ總テノ權利ヲ其儘ニ移

轉スルカ故ニ若シ其債權ニシテ保證人其他留置權、抵當權等ニ由リテ擔保セラルル場合ニ於テハ其主タル債權ト共ニ悉ク讓受人ニ移轉スルモ更改ノ場合ニ於テハ舊債權及ヒ之ニ屬セル總テノ擔保ハ全ク消滅スヘキモノトス唯當事者間ニ於テ特約ヲ以テスルトキハ質權、抵當權ノミ之ヲ新債權ニ移スコトヲ得ルニ過キス以上ノ二點ハ債權ノ讓渡ト更改トノ差異ノ最モ著シキモノナリ約言スレハ債權ノ讓渡ノ場合ニ於テハ同一ノ債權ヲ移轉スルモノナルカ故ニ特約ナケレハ擔保權ヲモ併セテ讓受人ニ移轉スルモノナルモ之ニ反シテ更改ニ在リテハ前債務ヲ消滅セシムルト同時ニ更ニ新ナル債權關係ヲ生スルモノナルヲ以テ後ノ債權關係ハ前ノ債權トハ全ク別物ナリ

次ニ債務ノ引受ナルモノヲ特ニ認ムルトセハ債權ノ讓渡ト同シク前債務ヲ其現狀ノ儘ニテ引受クルコトト爲ルヘシ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ或債權ヲ有スル場合ニ於テ丙カ乙ノ債務ヲ引受クルトキハ其債務ヲ其儘引受クルモノナレトモ更改ニ於テハ之ニ異ナリ舊債務ハ消滅シテ更ニ新ナル債務ヲ生スルモノナルヲ以テ當事者ノ意思大ニ異ナルモノナリ而シテ更改ノ場合ニ於テハ舊債權ニ附隨セル他ノ權利ハ特約アル場合ノ外決シテ移轉スルコトナキモ債務ノ引受ニ在リテハ之ト異ナラサルコトヲ得ス尤モ債務ノ引受ハ債權ノ讓渡ト同一視スルコトヲ得サルモノアリ他ナシ債權ハ債務者ノ行爲ヲ目的トスルモノナルヲ以テ債務者ハ殆ト權利ノ目的タルカ如キ觀アルコト是ナリ蓋シ債務ノ履行ハ多クノ場合ニ於テハ他人ヲシテ代リテ之ヲ爲サシムルコトヲ得

ルモノナリト雖モ其債務ヲ負擔スル者ハ債務者其人ナルコト勿論ナリ而シテ債務者ノ資力又ハ伎倆等ハ通常著眼スヘキ所ナリ故ニ從來債權ノ所在ヲ論スルトキハ債務者ノ住所ニ在リトスルヲ常トス我民事訴訟法第十七條ハ則チ此主義ヲ採レリ同條ニ據レハ「債權ニ付テハ債務者ノ住所ヲ以テ財產ノ所在地」トセリ又我法例第十二條モ亦同一ノ主義ニ據レルモノト謂テ可ナリ（法例十二條參照）故ニ債權ノ目的ハ債務者ニ存スルモノト謂フヘシ債權ノ讓渡ハ債務者ヲ變更セサルカ故ニ之カ爲メ毫モ債權ノ性質ヲ變更スルモノニ非ス然レトモ債務者ヲ變更シ甲ノ代リニ乙ヲシテ其債務ヲ負擔セシメ而シテ同一ノ債務ナリト謂フコト能ハサルナリ唯相續ノ場合ニ於テ相續人ハ法律上被相續人ト同一人ト看做スカ故ニ又被相續人ト同一ノ債務ヲ負擔スルモノト視ルモ是レ已ムコトヲ得サル所ナリ故ニ當事者間ニ於テハ債務者ヲ變更シ而モ同一ノ債務存續スルモノノ如ク看做スコトヲ得ヘキモ以テ第三者ノ權利ヲ左右スルコトヲ得サルナリ

尙ホ更改ト債務ノ讓渡及ヒ債務ノ引受ト異ナル點ヲ言ヘハ更改ノ下ニハ目的ノ變更ニ因ルモノアリ例ヘハ此茶碗ヲ與フヘキ債務ヲ以テスルカ如キ是ナリ斯ルニ代フルニ土瓶ヲ與フヘキ債務ヲ以テスルカ如キ是ナリ斯ル行爲ハ債權ノ讓渡ニ非ス又債務ノ引受ニモ非ス同一當事者間ニ於テ唯債務ノ目的物ヲ變更シタルノミ而モ此ノ如キ行爲ハ時トシテ必要ナルコトアリ如何ニ獨逸法ニ於テ更改ヲ認メサルモ此行爲ヲ認メサルコトヲ得サリキ但代物辨濟ニ關シテ之ヲ規定シ敢テ更改トシテ之ヲ規定セス故ニ結果ニ於テハ更改ヲ許シタルト大差ナシト雖モ寧ロ更改ヲ認ムルノ愈レルニ如カサルナリ

第一　更改ノ條件

更改ノ條件ハ予ノ見ル所ヲ以テスレハ一般ノ條件トシテ二アリ一ハ契約ヲ以テスルコトニシテ一ハ債務ノ要素ヲ變更スルニ在リ第一ニ更改カ契約ナルコトハ第五百十三條第一項ノ示ス所ナリ曰ク

當事者カ債務ノ要素ヲ變更スル契約ヲ爲シタルトキハ其債務ハ更改ニ因リテ消滅ス

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

次ニ第二ノ條件ハ債務ノ要素ノ變更ニシテ是レ亦第五百十三條第一項ニ明示セル所ナリ即チ同條ニ「債務ノ要素ヲ變更スル契約」トアルハ第二ノ條件ヲ言表ハシタルモノナリ蓋シ債務ノ要素ハ目的、債權者、債務者ノ三ナルコトハ殆ト異論ナキ所ナリ蓋シ債權ハ則チ要求權ナルカ故ニ其目的ニシテ豫メ確定セルニ非スンハ復タ要求スヘキモノナク隨テ債權ハ成立スルコト能ハス債權者ナケレハ要求ヲ以テ債務ハ復タ誰ニ向テカ存セン又債務者ナケレハ要求ヲ

受クヘキ人ナキヲ以テ亦債權成立スルコト能ハサルナリ故ニ此三者ヲ以テ債權ノ要素トスヘキコトハ予ノ疑ハサル所ナリ唯茲ニ一ノ疑問ト爲スハ債務ハ多クノ場合ニ於テハ法律行爲ヨリ生ス然ラハ「債務ノ要素」ト「法律行爲ノ要素」トハ同一ナリヤ否ヤニ在リ然レトモ如何ナル學說ニ據ルモ法律行爲ノ要素ト其法律行爲ニ因リテ生スル債務ノ要素トハ之ヲ同一視スルコトナカルヘシ即チ先ツ其目的ニ付テ稽フルモ債務ノ目的ハ自ラ異ナリ債務ノ目的ト法律行爲ノ目的トハ債權者ヨリ求ムル所ノ債務者ノ給付即チ金錢若クハ其他ノ物ノ所有權ノ移轉若クハ或一定ノ勞務ヲ爲スノ行爲ナリ之ニ反シテ法律行爲ノ目的ハ我輩ノ信スル所ニ據レハ債務ノ目的ニ比シ其籍圍汎博ナリ法律行爲ノ當事者ハ果シテ如何ナル事ヲ爲サント欲シタルカ是レ法律行爲ノ目的ナリ然ラハ則チ法律行爲ノ目的ノミナラス場合ニ依リテハ當事者ノ何人タルコトヲモ包含セリ例ヘハ贈與ノ如キニ在リテハ其受贈者即チ何某ナル者ヲモ法律行爲ノ要素中ニ包含スルモノナリト信ス尤モ作業ヲ目的トスル法律行爲ニ在リテハ債務ノ目的ハ予ノ見ル所ヲ以テスレハ一定ノ人ノ行爲タルコト多シ此場合ニ於テハ法律行爲ノ目的ト債務ノ目的ト必スシモ異ナレリト謂フコトヲ得ス例ヘハ橋本雅邦ノ畫ト川端玉章ノ畫トハ全ク別異ノモノナルコト固ヨリ言フヲ俟タス而シテ其履行スヘキ人カ雅邦ナルト玉章ナルトノ差異ノミニ止マラサルナリ唯債務ノ要素ヲ論スルニ方リテハ斯ル區別ヲ認ムルノ必要ナカルヘシ何トナレハ此人格ハ債務ノ目的中ニ包含セシメサルモ他ノ要素中ニ包含セラルルモノナレハナリ但理論トシテハ此區別ヲ認ムルノ必要ナキニ非ス即チ雅邦カ或畫ヲ描クコトヲ約束セルニ更改ノ結果玉章カ描クコトト爲リ雅邦ハ義務ヲ免レタリトセヨ此場合ニ於テハ債務者ノ交替ニ因ル更改ナルコトハ何人モ疑ヲ容レスト雖モ同時ニ其目的ノ變更アリヤ否ヤノ問題ヲ生ス予ハ目的ノ變更アリト信スル者ナリ然レトモ此ノ如キハ單ニ理論上ノ問題タルニ止マリ殆ト其實益ナシ之ニ反シテ法律行爲ノ側ヨリ論スルトキハ茲ニ理論上ノ問題タルニ止マラス實際上ニ於テモ頗ル重要ナル問題ニ屬ス例ヘハ前述ノ如キ事實ニ付キ若シ錯誤ノ存スルアランカ法律行爲ノ無效ヲ來スコトアリ即チ單ニ當事者ニ付キ錯誤アルモ敢テ法律行爲ノ無效ノ原因ト爲ラサルコト多シト雖モ右ノ場合ノ如ク爲メニ目的ノ錯誤ヲ來ストキハ明カニ法律行爲ノ無效ヲ來スモノナリ其他法律行爲ノ目的ニ付テハ嘗テ述ヘタル如クニシテ條件ノ如キモ亦法律行爲ノ目的ノ一部ヲ成スモノナリ此等ノ事項ハ總則編中「法律行爲」ノ章ニ於テ論スヘキ事ニ屬シ今茲ニ詳論セサルヘシ要スルニ茲ニ謂フ所ノ「目的」ハ狹義ノモノニシテ債務ノ目的即チ債權者ヨリ債務者ニ對シテ要求スル事柄其レ自身ヲ指稱スルモノトス但我民法ニ於テハ更改ノ規定中「債務ノ目的」ナル文字ハ僅ニ第五百十八條ノ一箇條ニ於テノミ之ヲ見ル而モ必スシモ目的ノ變更ニ因ル更改ニノミ關スルモノニ非ス故ニ法文ノ解釋トシテ「目的」ナル文字カ如何ナル意味ヲ有スルカハ多少疑問タルヲ免レスト雖モ法文ニ「債務ノ要素」ト曰ヘルハ明カニ目的ヲモ包含スルモノト解セサルヘカラス

次ニ債權者及ヒ債務者ハ通常法律行爲ノ要素ト爲ルモノニ非ス即チ債權者又ハ債務者ハ何人タルモ可ナルヲ原則トス蓋シ法律行爲ノ成立センカ爲メニハ何人カ其行爲ヲ爲スコトヲ要シ又相手方アルコトヲ要スル場合多シト雖モ法律行爲ヲ抽象的ニ觀察スルトキハ結局廣義ニ於ケル目的ノ存スル以上ハ敢テ何某ニ由リテ法律行爲タルコトヲ要セス苟モ目的ニシテ存在セハ法律行爲タルニ妨ナキナリ故ニ當事者ノ何人タルカハ通常法律行爲ノ要素タラサルナリ隨テ當事者ニ付テ錯誤アルモ無效若クハ取消ノ原因ト爲ルモノニ非ス唯前ニ例示シタル贈與ノ場合若クハ當事者カ或特定ノ作業ノ義務ヲ負擔スル場合ニ於テハ其當事者カ法律行爲ノ要素ト爲ルコトアリ蓋シ此ノ如キ場合ニ於テハ其相手方タル受贈者若クハ或勞務ヲ爲ス特定人ハ目的中ニ包含セラルルモノニシテ隨テ當事者ヲ以テ法律行爲ノ一要素ト爲スモノナリ然レトモ是レ例外ノ場合ニシテ普通ノ法律行爲ニハナキ所ナリ之ニ反シテ債務其モノヨリ言ヘハ債權者ナキ債權ナク債務者ナキ債務アルコトナシ故ニ此場合ニ於テハ當事者ハ要素ナルコト勿論ニシテ其一方ノ變更ハ即チ要素ノ變更ナルヤ明カナリ此ノ如ク論スルトキハ法律行爲ノ要素ト債務ノ要素トハ之ヲ同一視スルコトヲ得サルコトヲ知リ得ヘシ

更改ノ條件ニ關シテハ尙ホ外國ニ於テモ立法例區區ニシテ又學說ノ未タ一定セサル二箇ノ疑問アリ其一ハ條件附債務ヲ無條件債務ト爲シ、無條件債務ヲ條件附債務ト爲シ又ハ條件ヲ變更スル場合ニシテ舊民法ニ於テハ之ヲ更改ニ非スト明言セリ（財四百九十條一項）佛國法ニ於テモ亦然リ羅馬法ハ之ニ反シテ此場合ニハ更改アリトセリ尙ホ羅馬法ニ於テハ條件ノミナラス期限ノ變更若クハ加除モ之ヲ更改ト爲シタルモ是レ大ニ近世ノ法律思想ニ反スルモノナリ期限ノ變更若クハ加除ヲ以テ更改ナリトスルカ如キハ到底本邦人ノ頭腦ニ浮ハサル所ニシテ歐洲ニ於テモ近世ニ於テハ斯ル學說ヲ唱フル者アルコトヲ聞カサルナリ故ニ期限ニ付テ言ヘハ有期ノモノヲ無期、無期ノモノヲ有期ト爲シ若クハ其期限ヲ伸縮スルカ如キハ更改ト謂フコト能ハス然レトモ條件ニ至リテハ期限ト同一視スルコトヲ得ス蓋シ條件ハ成就セサレハ其目的タル債務ハ成立スルモノニ非サレハ從來無條件ナル債務ニ附スルニ條件ヲ以テシ若クハ條件附債務ヲ變シテ無條件債務ト爲シ或ハ「明日雨降ラハ」ト云ヘル條件ト爲スカ如キハ之ヲ同一債務ト謂フコトヲ得ス故ニ此等ノ場合ニハ必ス更改アルモノトセサルヘカラス是レ債務ノ目的タル金時計ヲ變シテ銀時計ト爲シ若クハ銀時計ヲ白銅ノ時計ニ變スルヨリモ甚シキ變更ニシテ此場合ニハ事契約ノ成立如何ノ問題ニ關ス故ニ之ヲ更改ト看ルヲ穩當ト信ス之ヲ要スルニ條件附債務ニ在リテハ通常ノ債務ニ於ケル三要素ノ外條件ヲ以テ一要素ト爲スカ故ニ條件ノ變更ハ則チ要素ノ變更ト爲ルヘシ隨テ民法ハ條件ノ變更ヲ以テ更改ヲ成スモノトセリ第五百十三條第二項ニ曰ク

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

其二ハ手形發行ノ場合ニシテ是レ亦歐洲ニ於テ議論アル問題タリ從來貸借若クハ賣買等ニ因リテ通常ノ債務ヲ負擔スル者カ債務ノ履行ニ代ヘテ手形ヲ發行シタルトキハ之ヲ更改ト謂フコトヲ得ルヤ否ヤ即チ手形ヲ發行スルトキハ普通ノ貸借若クハ賣買等ノ關係ト異ナリ更ニ新ナル手形上ノ債務ヲ發生スルヲ以テ之ヲ更改ト爲スヘキカ如何更ニ約言スレハ從來ノ債務ハ之カ爲メニ消滅スルヤ否ヤ是ナリ是レ頗ル困難ナル問題ナリ元來手形債務ナルモノハ一種特別ノ性質ヲ有スルモノナルヲ以テ此問題ニ對シテハ明カニ更改ナリト斷言スルコト難ク又更改ニ非スト斷言シ難キモノアリ抑〻手形ニ三種アリ爲替手形、約束手形及ヒ小切手是カリ先ツ爲替手形ニ付テ言ハンカ所謂「手形ノ發行」トハ果シテ如何ナルモノソ手形法ハ各國各同シカラサル所アルモ我邦ノ現行手形法ニ就テ云フトキハ振出人ハ主タル債務者ニ非ス即チ爲替手形ノ振出當時ニ在リテハ主タル債務者ナク支拂人ニ於テ引受ヲ爲シ此ニ始メテ主タル債務者ヲ生スルモノニシテ支拂人ニ於テ引受ヲ爲ササル間ハ主タル債務者ナク皆從タル債務ヲ負フニ過キス即チ振出人ハ若シ支拂人ニ於テ支拂ヲ爲スヘシト云ヘル債務ヲ負擔スル者ニシテ其債務ハ頗ル保證債務ニ類スルモノアリ又裏書人ニ於テモ略ホ振出人ニ同シキ債務ヲ負擔シ而シテ其主要ナル支拂人ハ若シ引受ヲ爲ササレハ全ク債務者ニ非ス故ニ其引受ヲ爲スマテハ第三者ナリ故ニ未タ債務者ノ變更アラス隨テ確ニ更改アリト斷言シ得サルナリ蓋シ振出人ハ縱令主タル債務者ニ非ストスルモ其債務者タルコトナキヲ以テ若シ手形法ヲ離レテ觀察スルトキハ同一債權者ト同一債務者トノ間ニ於テ債務關係依然トシテ存スルモノト看サルヘカラス隨テ更改アリト謂フヘカラサルニ似タリ約束手形ニ在リテハ爲替手形トハ大ニ其趣ヲ異ニシ其振出人ハ手形債務者ナルカ故ニ賣買、貸借等ニ因リテ債務ヲ負擔スル者カ約束手形ヲ發行スルトキハ債務者ノ同一人ナルコト疑ナシ唯手形關係ハ普通ノ債務關係ト異ナル所アルヲ以テ更改アリトノ說ヲ生スルナリ又小切手ハ其性質ヨリ言フトキハ大ニ爲替手形ニ類似スル所アリ即チ振出當時ニ於テハ支拂人ニ於テ何等ノ義務ヲ負フモノニ非ス又振出人ニ於テモ支拂人カ支拂ヲ爲ササル場合ニ於テハ自ラ支拂フヘシトノ義務ヲ負擔スルニ過キス隨テ性質上爲替手形ト同一ナルカ如クナルモ實際ニ於テハ小切手ハ支拂ノ方法ニシテ英國等ニ於テハ支拂金額ノ稍〻多額ナルトキハ勿論人ニ依リテハ一二磅ノ少額ト雖モ大抵小切手ヲ以テ支拂ヲ爲スヲ例トス此點ヨリ之ヲ觀レハ是レ更改ニシテ前債務消滅シテ更ニ新ナル債務ヲ生スト云フカ如キ觀念ハ起ラサルモ性質ヨリ論スルトキハ爲替手形ト異ナルコトナシ故ニ明文ナキトキハ疑ヲ生スルコトハ決シテ無理ナラサルコトナリ故ニ民法ニ於テハ此疑問ニ對シテ明答ヲ與ヘ爲替手形ノ發行ハ更改ヲ成スト雖モ約束手形若クハ小切手ノ振出ハ更改ヲ成サストセリ新民法カ斯ル主義ヲ採リタルハ固ヨリ理由アルコトナリ抑〻爲替手形ヲ振出シタルトキハ支拂人ハ直チニ債務者ト爲ルモノニ非サルモ多クノ場合ニ在リテハ濫ニ手形ヲ振出スモノニ非ス（尤モ商人カ破產ヲ爲ス前等ニ在リテハ時トシテ濫ニ之ヲ振出スノ弊アルモ）蓋シ自己ノ振出シタル手形ニシテ不渡ト爲ルト

キハ忽チ其信用ヲ失墜スヘキヲ以テ濫ニ手形ヲ振出スカ如キコトハ通常爲ササル所ニシテ必ス支拂人ノ許ニ支拂ニ充ツヘキ資金アルヲ常トス故ニ支拂人ハ手形法上ニ於テハ引受ナキ以上ハ債務者ニアラサルモ若シ手形ヲ離レテ觀察スルトキハ此場合ニ於ケル支拂人ハ支拂ヲ爲ス義務アルモノトス佛國裁判例ノ如キハ此場合ニ於テ支拂人ヲ手形上ノ債務者トセルカ如キモ是レ手形法上ノ見地ト裏面ノ實相トヲ混淆シタルモノナルカ故ニ我立法者ハ之ヲ採ラサリシナリ蓋シ支拂人ニ於テ支拂ヲ爲ササルヘカラサルコトハ言フヲ俟タスト雖モ今此場合ニ於ケル手形振出當時ノ當事者ノ意思ヲ觀察スルニ振出人ハ自己カ支拂人ニ對シテ有スル債權ヲ手形ノ受取人ニ移轉セントスルニ在ルカ如シ是レ固ヨリ債權者ノ變更ヲ來スヘキ純然タル債權ノ讓渡ニハ非サルモ頗ル之ニ類スルモノアリ換言スレハ債權者ノ變更ト同時ニ債務者ノ交替ニ因ル更改ト實際ノ趣ヲ同シウスルモノアリ是レ爲替手形ヲ發行シテ債務ノ履行ニ代ヘタルトキハ更改アルモノトセル所以ナリ

次ニ約束手形ハ如何曰ク舊債務ニ代フルニ約束手形ヲ以テシタル場合ニ於テハ債務者ハ從來普通ノ借用證書等ニ依リテ證明セラレタル債務ニ對シテ約束手形ナル實際ニ便利ナル債權證書ヲ與ヘタルモノニシテ實際ニ於テハ證書ヲ書替ヘタルニ異ナルコトナク當事者ニハ何等ノ變更アルコトナシ債權者ハ後日其權利ヲ讓渡スコトアルモ手形發行ノ當時ニ於テハ債權者ヲ受取人トシテ之ヲ發行スルカ故ニ債權者ニ變更ナク又目的ニモ變更ナシ即チ毫モ債務ノ要素ニ變更ヲ生

セス尤モ手形ニハ普通ノ債務ニ存セサル種種ノ效力アルモ此ノ如キ事實ハ手形ノ場合ニ限ラス例ヘハ從來無擔保ノ債權ニ對シ抵當權ヲ設定セシメタリトセハ從來ノ債權者ハ普通ノ債權者ニ非スシテ物上擔保ヲ有スル抵當權者ト爲リ其權利ハ從來ノモノニ比スルトキハ頗ル强大ナル效力ヲ有スルモノト爲ルヘシ手形ノ場合ニ於テモ亦之ト同シク手形債權者ハ普通ノ債權ヨリ有力ニシテ便利ナル權利ヲ有スト云フニ過キス故ニ之ヲ以テ更改ト謂フコトヲ得サルナリ

又小切手ニ至リテハ前ニ述ヘタル如ク其性質ニ於テハ爲替手形ト異ナラサルカ故ニ爲替手形ノ發行ヲ以テ更改ナリトセハ小切手ノ振出モ亦更改ナリトセサルヘカラサルニ非サルカノ感アルモ其當事者ノ意思ニ於テハ小切手ハ唯支拂ノ方法トスルニ過キス例ヘハ予カ現金ヲ有セハ之ヲ銀行ニ預ケ置キ後日他ニ支拂ヲ爲スノ必要ヲ生シタル場合ニ於テ小切手ヲ認メテ之ヲ債權者ニ渡シ其銀行ニ就テ支拂ヲ求メシムルノ方法ニシテ當事者ノ意思ハ決シテ予ハ全然義務ヲ免レ其債務關係ヨリ離脫シテ銀行ヲシテ代リテ債務者タラシメントスルモノニ非ス故ニ此場合ハ唯辨濟ノ方法トシテ小切手ヲ使用スルモノニシテ恰モ予カ支拂ヲ爲ササルヘカラサル場合ニ於テ支拂人ヲシテ代リテ支拂ヲ爲サシムルニ異ナラス換言スレハ予ノ債務消滅シテ支拂人ノ債務發生スヘキ更改ノ場合トハ大ニ同シカラサルモノアリ是ヲ以テ小切手ハ爲替手形ト其性質ノ相似タルニハ拘ラス其趣ヲ異ニスル所アリ故ニ小切手振出ノ場合ニ於テハ更改ナキモノトセリ

終ニ臨ミテ尚ホ一ノ問題ノ論究スヘキモノアリ他ナシ裏書ノ場合是ナリ法文ニハ單ニ「債務ノ