

14-467イ



1200701597849

14

467イ



始



№1005/3XVII

法講
學士師

奧田義人 講述



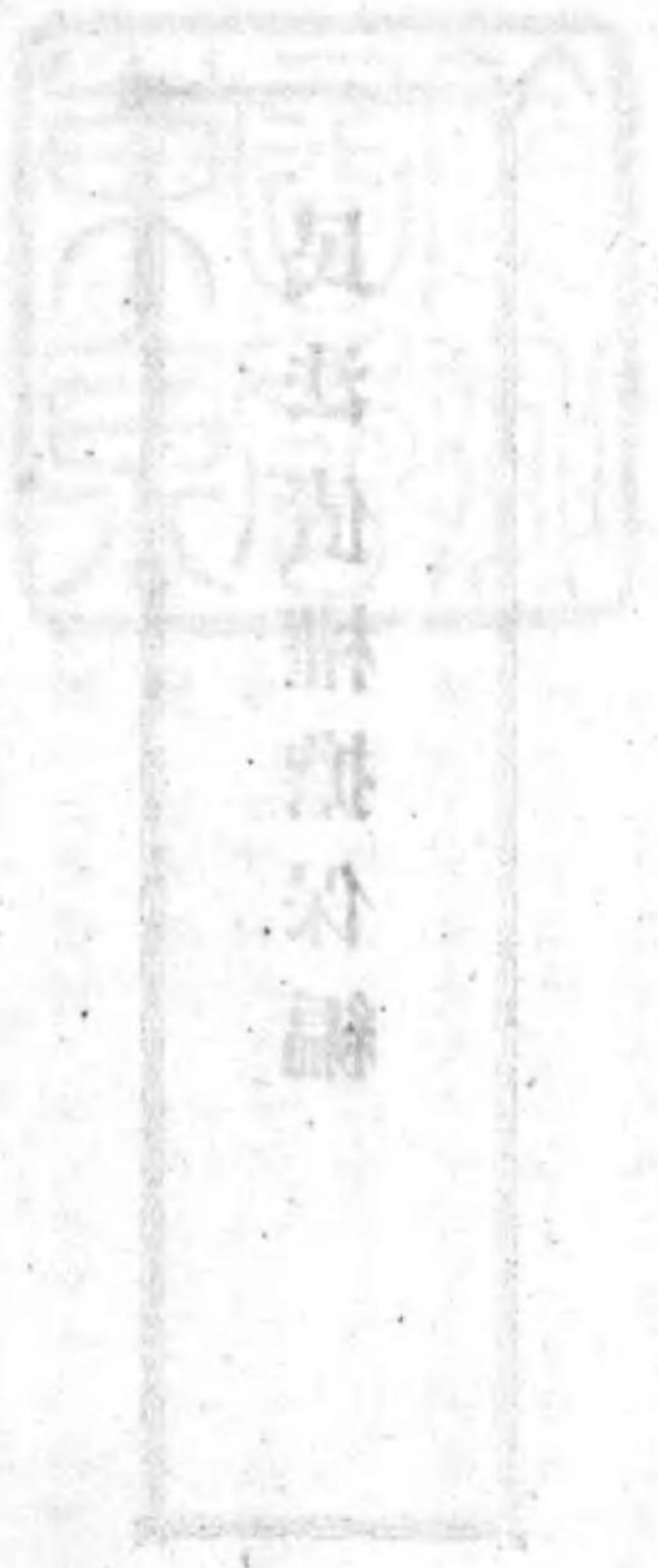
債權擔保編

上卷



發行所 東京專門學校

東京專門學校



1910年

真田 義人

民法債權擔保篇目次

總論

第一 債權擔保の意義 一頁

第二 債權擔保の必要 八六頁

第三 債權擔保の種別 一一頁

第一編 一般擔保 一五頁

第一章 債務者の財産は一般に債權者の擔保たる事 一五頁

第二章 債權者數人なるとき債務者の財産は其共同擔保たると 一九頁

第三章 債務者數人なるときは債務者の財産の價格は債權額の割合に應じて分配す可きものたること 二二頁

第二編 特別擔保と云

二二頁

第二編 特別擔保

第一部 對人擔保

第一章 保證

第一節 保證の目的及性質 二六頁

第一項 保證の定義 二八頁

第二項 保證の範圍 二九頁

第三項 保證の目的たる可き義務 三二頁

第四項 保證發生の原因 三二頁

第五項 保證人の能力及資格 四三頁

第二節 保證の効力 六二頁

第一款 保證人債權者間の保證の効力 七四頁

第一項 保證人に對する債權者の權利 七六頁

第二項 債權者に對する保證人の權利 八八頁

第三款 共同保證人が債權者に對する負 八九頁

第一項 保證人に對する債權者の權利 九四頁

第二項 債權者に對する保證人の權利 九四頁

第三項 共同保證人が債權者に對する負 九四頁

擔の方法

第二款 保證人債務者間の保證の効力 一三二頁

第一項 債務者に對する保證人の權利 一五八頁

第二項 債權者及保證人間に有りたる判 二二六頁

第三項 決の債務者に及ぼす可き影響 二二七頁

第三款 時効遲滯及自白に付き債務者及保證人間の關係 二二七頁

第三款 共同訴訟人間の保證の効力 二三〇頁

第一項 共同保證人相互の權利 二三〇頁

第二項 債權者と共同保證人の一人との間に主たる債務に關したる判決及自白の他の共同保證人に及ぼす可き効果 二五五頁

第三項 共同訴訟人の一人に對する時効 二五五頁

中斷又は付遲滯の行爲の他の共

同保證人に及ぼす可き効果 二五七頁

第三節 保證の消滅 二五七頁

第一項 直接の消滅 二五八頁

第二項 間接の消滅 二七〇頁

第四節 法律及裁判上の保證に特別ある規則 二七一頁

第二章 債務者間及債権者間の連帯 二七七頁

第一節 債務者間の連帯 二八七頁

第一款 債務者間の連帯の性質及び原因 二八七頁

第一項 債務者間の連帯の性質 二八七頁

第二項 債務者間の連帯の原因 二八九頁

第二款 債務者間の連帯の効力 二九八頁

第一項 債権者の連帯債務者に対する権 二九八頁

利 二九八頁

第二項 連帯債務者の債権者に対する権 三〇七頁

利 三〇七頁

第三項 連帯債務者相互の権利 三一六頁

第四項 債権者と連帯債務者の一人との

間にありたる判決及自白の他の 三二九頁

債権者に及ぼす可き効果 三二九頁

第五項 連帯債務者の一人に對し債権者

の利益に於て時効を中斷し又ハ 三三五頁

遲滯を爲す原因若くは時効停止 三三五頁

の他の債務者に及ぶ可き効果 三三三頁

第三款 債務者間の連帯の終了 三三五頁

第一項 債権者の任意の拋棄 三三五頁

第二項 擔保物の毀損又は滅失 三四〇頁

第四款 全部の義務 三四二頁

第一項 全部義務の性質 三四二頁

第二項 全部義務の効力 三四四頁

第二節 債権者間の連帯 三四六頁

第一款 債権者間連帯の性質及原因 三四六頁

第二款 債権者間の連帯の効力 三五一頁

第一項 連帯債権者の債務者に對する權 三五二頁

利 三五二頁

第二項 債務者の連帯債権者に對する權 三五二頁

利 三五二頁

第三項 連帯債権者相互の權利 三五七頁

第四項 訴追を爲したる連帯債権者と債務者との間に基本抗辯に付きありたる判決の他の債権者に及ぼす可き効果 三五九頁

第五項 連帯債権者の一人か債務者に對して爲したる時効の中斷又は付遲滯の行爲若くは債権者の一人の利益に於て設定したる時効停止の他の債権者に及ぼす効果 三六五頁

第三款 債権者間の連帯の終了 三六六頁

第三章 任意の不可分 三七一頁

第一節 任意不可分の性質及原因 三七一頁

第二節 任意の不可分の効力 三七五頁

第一章 債權擔保の總論 三〇一頁
 第二章 債權擔保の成立 三〇六頁
 第三章 債權擔保の消滅 三〇九頁
 第四章 債權擔保の效力 三一〇頁
 第五章 債權擔保の執行 三二一頁
 第六章 債權擔保の其他 三二六頁

民法債權擔保篇

法學士 奥田義人 講述

總論

第一 債權擔保の意義



第一 債權擔保とは佛國法ニ所謂ガランチー (Garantie) に對する譯語にして英國法に所謂アナーンチー (Anentment) シュアティーシップ (Suretyship) ウォランサー (Warranty) 及びセニ該當し廣義に解するは損害の保護或は損害の豫防と云ふ廣義に基き佛語のガランチーを二様の意義に用ゆるの慣例に従て亦我が民法にも擔保なる語を二様の意義に用ひたるもの、如し

第一義 擔保なる語の第一義は即ち財產に關する權利を譲り渡す場合に於て讓渡人より讓受人に對して其の譲り渡したる權利を安全に有し且つ自由よ之れを行使し得べきを確証すること是れなり例へば甲者あり或る土地を乙者に譲り渡

したりとせんか甲者は即ち乙者に對して其の譲り渡したる土地の権利は安全よ
之れを有することを得て決して追奪せらるゝか如きことなきは勿論其の土地よ
り生ずる所の利益も亦自由に取得して決して他より故障を爲すか如きことは之
れなしとのことを確証するか如し而して若し乙者に於て甲者が譲り渡したる權
利と追奪せられ或は其の權利の行使と妨碍せらるゝか如きとありたるときは甲
者の即ち確証を爲しなから其の確証に違ひたる者なるを以て乙者の受けたる損
害は之れを賠償するの責に任せざるへからざるなり財産篇第二部第二章第三節
擔保に關する規定中には擔保なる語を主として此の第一義に用ひたるを見る即
ち

民法財産篇第三百九十五條に

物權と人權とを問はず權利を讓渡したる者は讓渡し已前の原因又は自己の責
任に歸すへき原因に基きたる追奪又の妨碍又對しての權利の完全なる行使及
び自由なる収益を擔保せる責を任す

擔保に二箇の目的あり即ち第三者の主張に對し讓受人を保護すること及び防

止する能はざりし妨碍若くは追奪に對して償金を拂ふこと是なり

とあり諸君にして此の法文を玩味せば擔保なる語は正さしく其の第一義に用ひ
たることを了解せらるへし而して法文中所謂譲り渡し已前の原因とは余か前に
挙げたる例に就きて之れを云ふときは即ち甲者か土地を乙者に譲り渡したる
も其の前既よ時効に依りて他人に所有權の歸し居りたるか如き場合を謂ひ又た
自己の責任に歸すへき原因とは即ち同例に於て甲者は土地を乙者に譲り渡し
たるも尙ほ登記を経ることと幸ひとして右の土地を丙者に讓渡したるに依り
丙者は其の事實を知らず直ちに登記を経て所有者たることを得たるか如き場合
を謂ふなり凡そ是れ等の原因の存するありて乙者か甲者より譲り受けたる土地
をば裁判の結果に依りて正當なる所有主の爲めに追奪せられ又は未だ追奪せら
るゝに至らざるも其の追奪を誘因する所の妨碍を生ずるに至りたるときは甲者
の即ち其の責に任せざるへからず何となれば甲者は其の土地を乙者に譲り渡し
たると共に是れ等の故障と生ずることなきと乙者に對して確証し居れり然
れども其確証は正さしく譲り渡し已前の原因又の自己の責に歸すへき原因に基

きたる故障に對するものとして譲り渡し以後に生じたる原因にして自己の責に歸すべきものにあらざる故障即ち天災の爲め或は譲受人の自から作りたる原因等に基く所の故障に對するものにあらざるは勿論たり斯くて甲者か乙者に對して其の担保の責と盡くす(第一)故障者より乙者に對する訴訟に参加し若くは自から被告の位置に立ちて其の権利を防護し(第二)若し其の防護を爲すこと能はざりしときは乙者に對して損害を賠償するに在るあり

夫れ然り而して此の種の擔保には法律か豫め存立と認むるものと特約あるにあらざれば其の存立を認めざるものとあり當事者雙方に於て利益を授受する行爲なるとき即ち賣買の如き場合に於ては特約なしと雖も賣主は擔保の義務あるものとなし當事者一方のみ利益を受くる行爲なるとき即ち贈與の如き場合に於ては特約あるにあらざれば贈與者に斯る擔保の義務あることを認めざるなり尤も當事者雙方に於て利益を授受する行爲なるときと雖も反對の特約あるときハ格別なりとすされは擔保は財産に關する權利の譲り渡しに於ける要素にはあらざりて、單に、一種の、常素たる、に、過さざるもの、と知らざるへからず然れとも特約の有

無に拘らず又譲り渡し已前の原因たると譲り渡し已後の原因たるとを問はず譲渡人は其の權利に自から妨碍を加ふることを得ざるは勿論第三者か譲渡人の授與したる權利に依りて譲受人に妨碍を加へ又は追奪を爲したるときハ依然擔保の責に任せざるへからざることハ即ち財産篇第三百九十六條第二項に定むる所なり其の所謂譲渡人の授與したる權利に依りて第三者か譲受人に妨碍を加へ又は追奪を爲したるときハ例へば甲者は乙者又土地の所有權を譲り渡したるに第三者あり其の所有權に妨碍を加へ又之れか追奪を爲したるか如き場合の如し此の故又第三者の加へたる妨碍又ハ爲したる追奪は甲者の譲り渡したる所有權にあらすして使用權又は賃借權の如き總て甲者の譲り渡したる權利外のものに關するときは譲渡人は特約に依りて其擔保の義務を免かるゝことを得べきなり是れ即ち第一義に於ける擔保の性質なりとす

(第二義) 擔保なる語の第二義は即ち債務者か其の債務を履行せず若くは履行する能いざるより債權者の受くべき危險を確証すること又は確証するものは是れなり語を換へて之れを言へば債務の不履行を防ぐの意に外ならず是れ即ち債權擔

保にして民法債權擔保篇に規定する所のものありとす
 斯くの如く夫れ我が民法中擔保なる語を二様の意義に用ひたること明かなりと
 雖も其の結果に至りては即ち一に歸着するものと謂はざるへからず其故如何と
 云ふに既に述べたるか如く第一義に於ける擔保に違ひたるときは讓渡人は讓受
 人に對し損害賠償の責に任せざるへからざるに至るへし於是乎即ち第二義に於
 ける擔保を生ずることゝなればなり其の詳細の余の講義の進むに従て知ること
 を得へければ茲に之れを省くへし

第二 債權擔保乃必要

然らば則ち債權には何にか故に所謂擔保を必要となすやと云ふに之れを辯明せ
 んど欲せば須らく先づ物權及人權の性質に其結果の差異に注意するを要すへし
 何となれば物權に於ける擔保を要すして人權即ち債權に於ける擔保を要するの
 性質より生ずる所の結果なればなり其の物權及人權に於ける性質の差異に至
 りては諸君固より之れを財産篇の講義に依りて知得せられたるまとなるへしと
 雖も債權に於ける擔保の必要を説くに當りては勢ひ茲に其の大要を講述せざる

へかたす即ち物權は人か直接に有体物の上に有する權利にして其の之れを有す
 る者の意思通りに物を服従せしむるを以て性質となす此の故に物權の成立には
 只之れを有する人と其の目的物とを要するのみにして其の之れを有する者と其
 目的たる者との間に更に他人の挾まることなし之れに反して人權は直接に人の
 作爲若くは不作爲の上に行ふべき權利に過ぎずして間接には人を以て目的物と
 なすとあるも直接に目的とする所は人の作爲若くは不作爲に在るを以て性質と
 なす此の故も人權の存在及び行使には二人已上の人即ち債權者及び債務者ある
 を要し債權者の得有することを得ざるなり語を換へて之れを謂へば債務者の債
 權者と目的物との間に存する所の仲立人にして其の債權者と債務者に於ける關
 係は直接なれとも債權者と目的物に於ける關係は間接のものたり殊に人權には
 間接も目的物の存在せざるとなしとせず之れを要するに物權の直接に目的
 とするものゝ有体物に在り人權の直接に目的とするものゝ人の作爲若くは不作
 爲に在りとす是に據て之れを觀れば物權及び人權の區別は其の目的事物の差異
 に依るものなること明かなりされば物權及び人權の性質差異よりして自から其

の結果も亦異あらざるを得ざるに當然のことなりとす而して其の結果に於ける差異の重要なる點を擧ぐれば左の如し

(第一) 物權は人か直接に物の上に有する權利なるか故に一般に總ての人に對抗す故に何人も此の權利に對しては否質の責務を負ふ之に反して人權は人の作爲若くは不作爲の上に行ふべき權利なれば一般に或る定まりたる人に對抗す故に其の或る定まりたる人は此の權利に對しては或る可質の責務或る否質の責務を負ふ是れ即ち物權及び人權の性質より一般に生ずる結果に於ける差異の一あり

(第二) 物權は人の直接に物の上に有する權利あるか故に之れを有する者の其の物の何れの場所に存るを問はず追及するの權利を生ずしされは其の物は他人の保有する所となるも之れか保有者は物權の所有主に對し依然責務を負ふものにして例へば債務者に於て債權者に抵當となしたる物を他に轉賣したる時其の之れを買受けたる者は債權者か其の物に付き有する所の權利を承認せざるを得ざるか如し語を換へて之れを謂へば買受人は債權者

に對して其の抵當物の代價を拂ふか又は其の買受けたる物を放棄せざるを得ざるなり蓋し抵當權の一の物權なればなり之れに反して人權は人の作爲若くは不作爲に對するものなるか故に間接の目的物に對しては追及の權利を生ずることなしされは債務者の財産は債權の引當物となり居るとも所有者に於て之れを賣拂ひ其の手を離るゝとき直ちに其の引當たるあとを免かるゝを得べくして苟も債務者か債權を詐害する意に出たるものにあらずる限りは債權者は之れを追及することを得ざるなり是物權及び人權の性質より一般に生ずる結果に於ける差異の二なり

其の債權者は其の權利の前後に依りて之れか優劣を争ふことを得ず語を換へて謂へば新たなる債權者の生ずる毎に舊債權者は危險の地位に陥るの傾きを生ずるなり是れ物權及び人權の性質より一般に生ずる結果に於ける差異の三なり

物權及び人權には右の如き差異ありて存し物權は即ち其の之れを有する人と物との間に直接の關係を有せしむるものたれば若し之れに妨害を加へたるものあ

るときは只裁判所に訴へて其の権利の証明さへ得れば充分にして更に何等の保証も之れを要することなきなり蓋し物権の総ての人に對抗するの権利にして追及権あり優先権あるものなればなり此の故に物権には擔保の必要なし又たひ擔保あるも更に何等の効力も之れなきものとす之れに反して人権に至ては其之れを有する者の正さしく其の債務の履行を受くることを得ざるの危険ある位置に居るものと謂はるへからず又さどひ其の危険なきも常に之れあることを憂慮せざるへからざるの位置にあるものとす何とあれば前述の如く債務者は現債権者の承諾を受くるを要せずして幾人にも新たなる債権者を作り得て而して其の債権者どもに平等の権を有するか故に舊債権者は新債権者の爲めに害を受くることあるのみならず債権者は自己の財産を自由他人に譲り渡すことを得て而して債権者には之れが追及権あるを以てなりされはどて債権者に於て債権を履行せざるときは之れを裁判所に訴ふるも裁判所は只権利の有無を判定するに過ぎざるを以て裁判所に於て権利の証明を得るも債権者の権利は安固なることを得ざるなり是れ即ち人権には担保の必要な所以にして他に理由ある

にわらず世人或は物権を譲り渡す場合等に於て動産質或は抵當に依りて保証を立つることあるを見て物権にも尙ほ擔保の必要ありと説くものなきにあらずと雖もそは物権に擔保あるにあらずして其の物権に對する妨碍又は追奪より生ずる處の損害要償なる人権に於ける擔保に外ならざるのみ

第三 債權擔保の種別

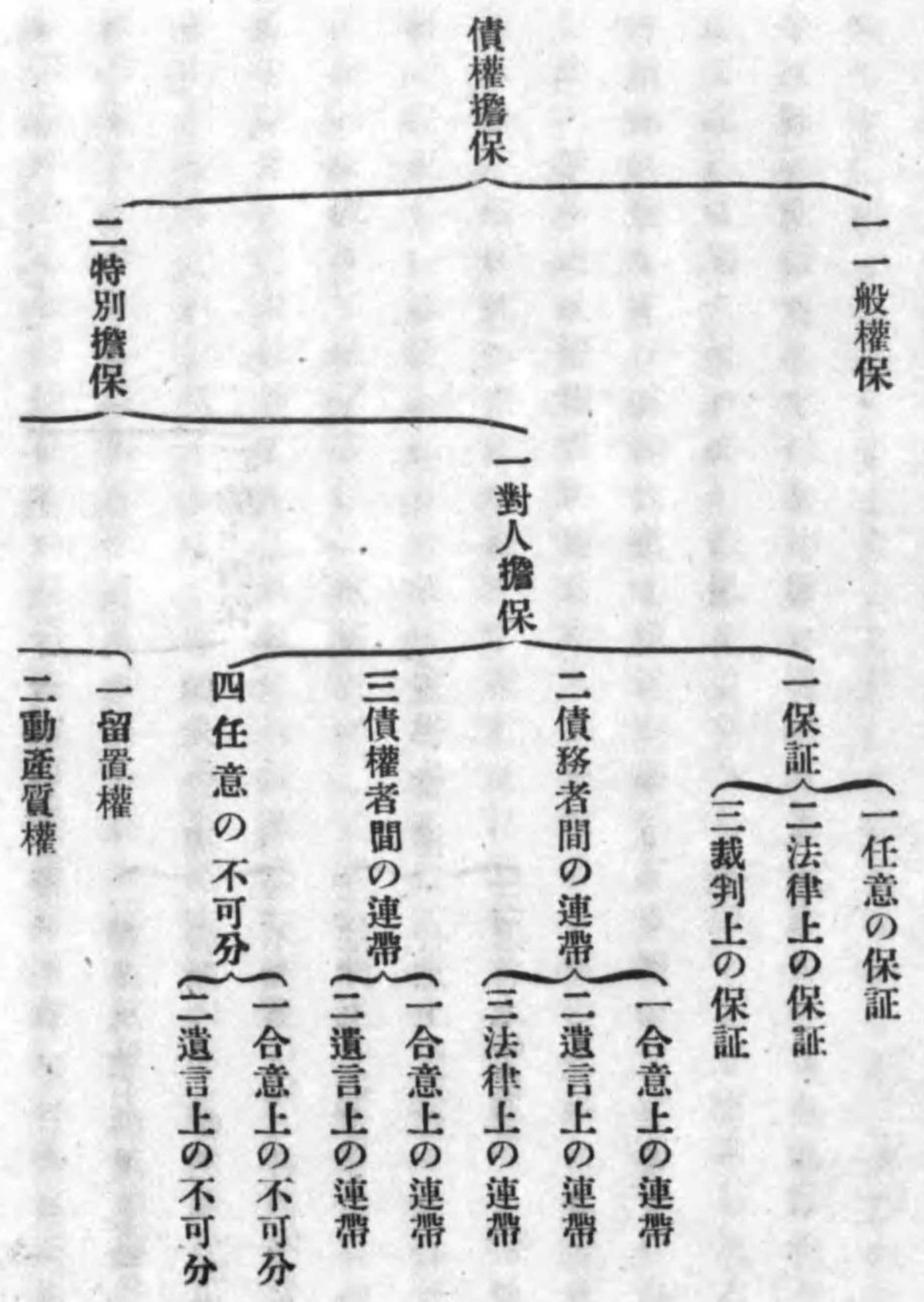
債權擔保は之れを大別して

一 一般擔保

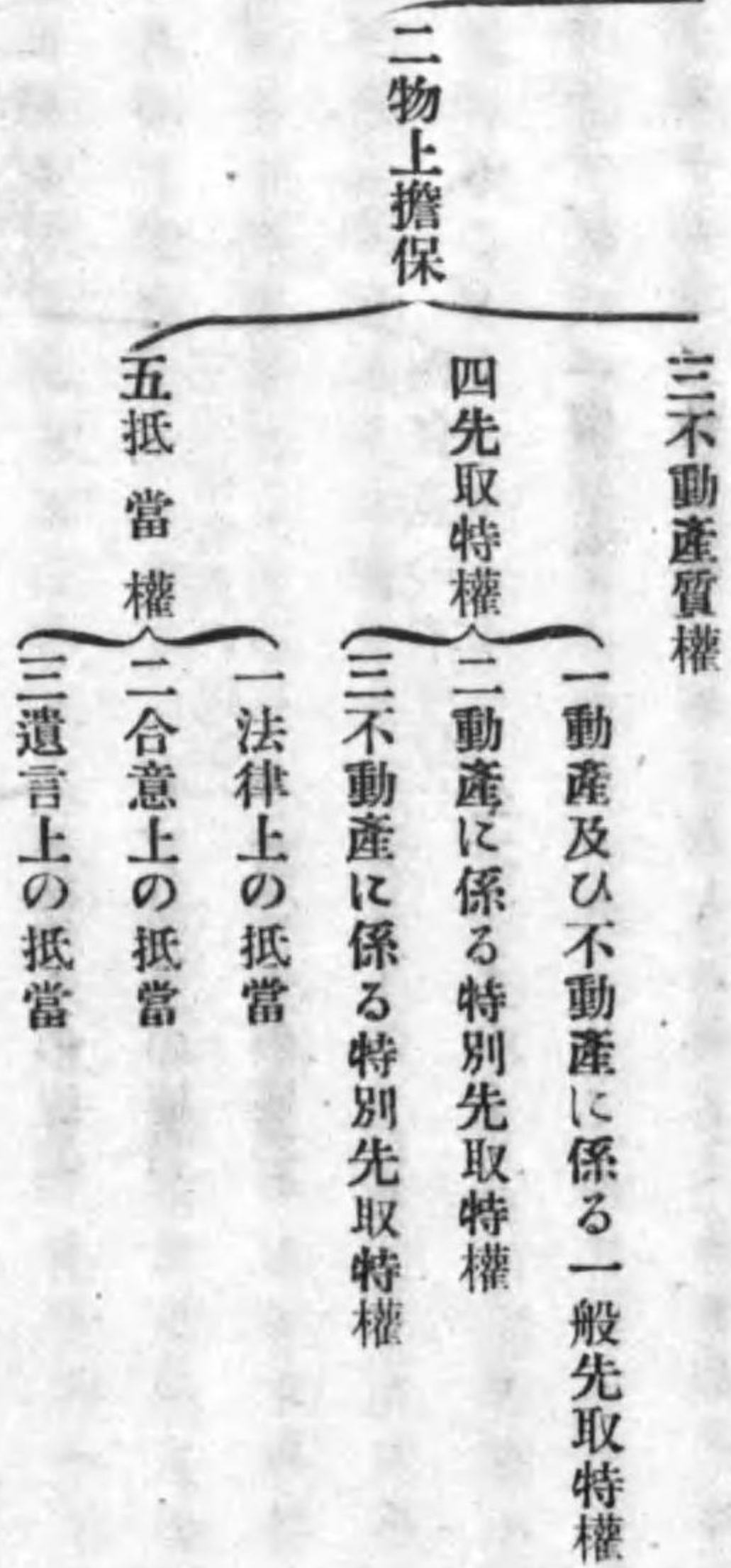
二 特別擔保

の二種となす。○一般擔保は債務の履行に關して法律上常に其の存在を認むるものにして合意遺言等に依りて特に生ずるものにあらず即ち一の債権の履行すべきものあるとき法律は其の債権者の財産を以て總て皆な債権者に對する擔保となすもの是れなり之れに反して特別擔保は財産の履行に關して合意遺言等に依りて特に生ずるものにして法律上常に其の存在を認むるものにあらず蓋し一般擔保は債務の履行を確保するものたるには相違なしと雖も之れを以て堅固なる

所の擔保となすことを得ず何となれば債務者の財産はたとひ債権者に對する擔保とあり居るも前述の如く債権者に自由より新なる債権者を作り或は其の財産を自由に他に譲渡することを得るか故に自餘の債権者は新なる債権者の爲め或は財産の減少の爲めに其の受くべき所の分配額を減殺せらるゝの恐れあるはなり是を以て債権者か自己の債権を堅固ならしめんと欲せしむるに一般擔保を以て満足すべきにあら必ずや人若くは物を以て擔保となす所の所謂特別擔保を設定するを要すべきなり而して特別擔保は又別て之れを數種となすことを得へし然れども今本章に於ては其の種別を付一々説明するの必要なきを以て余は只左の圖に依りて其の種目の綱領を諸君に示し置き此の講義の進むに従て諸君をして詳細に知得せしむる所あらんと欲す



民法債權擔保論 總論



第一編 一般擔保

第一章 債務者の財産は一般に債權に對する擔保たること

余は既に債權者は之れを物權を有する者に比せり其の位置頗る不利且つ危險にして之れに對しては必ず擔保を要すへしこのことを陳述したるを以て蓋し諸君の債權に對しては其の性質上擔保の必要なる理由を了解せられざるることなるべし即ち債務者は債權者に對して其の負擔する所の義務を履行せざるべからずと雖も余が既に述べたる如く債權者は目的とする所直接に物件にあらすして債務者の義務の履行に在るか故に債務者にして其の義務を履行せざるときは如何に裁判に依りて債權者には債務者をして其の義務を履行せしむるの權利あることを確定し得たれりとて是れ只權利の確定しざるまでにして債權者の爲めに何等の利益も之れを受くること能はざるか故に法律は債務者をして債務の履行を確實ならしめ債權者の權利をして其の實あらしむることを務めざるべからず若し然らざるときは債權者の只債務者の隨意なる履行を受くるの外他に何等の擔保

保も之れを望むの途なきを以て其の極遂に債権者の債務者の犠牲となるに至るへきなり是れ實に法律が權利を創定して之れを保護するの途を得ざるものにあらず

果して然らば法律は如何なる手段に依頼し債務者をして債務の履行を確實ならしめ債権者の權利をして權利たるの實あらしむべきか債権者をして腕力に訴へせしむることの法律上之れを許すべからざるのみならずたとひ之れを許すことありとも未だ以て債務の履行を確實ならしむるものにあらず何となれば腕力にも強弱のあるあり債権者なればとて必ずしも腕力の強き者にあらさればなりされは債務の不履行に對し債務者を刑罰に處せんか民事の争に刑罰を用ゆるは國家が刑罰制度を設くるの理由に違背するのみならずたとひ之れに違背せざるとも刑罰は之れを受くる者に苦痛を與ふるの具たるに過ぎざれば債権者は爲めに何等の利益も之れを受くること能はざるなり然らば則ち法律が債務者をして債務の履行を確實ならしめ債権者の權利をして權利たるの實あらしめんと欲せば債務者の財産を以て其の擔保に充てせしむるの外他に依頼すべき手段なきを知

るべし是れ即ち法律に於て債務者の總財産は債権者の擔保にして債務の履行に充つべきものたることを規定する所以に外ならず現に佛國民法は其の第二千九十二條に於て債務者の總財産は動産と不動産と現在のものと將來のものとの間はず其の債務の履行に充つべしとに記せり斯くの如くにして債権者の初めて其の有する所の權利を稍々鞏固ならしむることを得べし何となれば債務者にして其の債務を履行せざる場合に於ては法律の手續に依り債務者の所有に係る財産を差押へ公賣或は其の他の方法に依りて其の財産より生ずる所の利得金を以て債権に充てせしむることを得べしはなり倒産に關する法律の起因實に茲に在るなり

夫れ然り然るに本法即ち債權擔保篇已下之に例すべし次章に陳述するか如く債務者の財産は債権者の共同擔保なることを規定するも佛國民法に於けるか如く債務者の財産は債務の履行に充つべきものたることを規定せざるは抑も何をや蓋し債権者の共同擔保たることを規定せば債権者一人なるるときと雖も債務者の財産は其の擔保たること當然にして特ま法文中之れを明記するの必要なしと認め

たるに依るなるへし然れども債務者の財産は債務者の共同担保たりとの債務者の財産は一般に債権者の担保たりとの規定ありて初めて之れを謂ふことを得べきものと知らざるへからず

借、又、右、述、へ、た、る、所、の、債、権、者、の、財、産、の、債、権、者、の、担、保、た、り、と、の、こ、と、は、只、一、般、の、規、則、に、過、き、す、時、に、或、は、債、権、者、の、財、産、中、公、益、又、は、人、權、の、忍、ぶ、へ、か、ら、さ、る、點、よ、り、差、押、へ、を、禁、じ、た、る、も、の、な、し、と、せ、す、既、に、差、押、を、禁、じ、た、る、物、件、は、公、賣、に、附、す、る、こ、と、を、得、さ、る、も、の、た、れ、は、之、れ、を、債、務、者、の、担、保、と、な、す、も、其、の、効、あ、る、も、の、に、あ、ら、さ、る、か、故、に、本、法、に、は、其、の、第、一、條、第、一、項、の、但、書、を、以、て、法、律、の、規、定、又、は、人、の、處、分、に、依、り、差、押、を、禁、じ、し、た、る、物、件、の、債、権、者、の、担、保、に、あ、ら、さ、る、こ、と、を、明、示、せ、り、然、り、而、し、て、此、の、但、書、中、所、謂、法、律、の、規、定、に、依、り、差、押、へ、を、禁、じ、た、る、物、件、と、は、民、事、訴、訟、法、第、五、百、七、十、條、に、列、記、せ、る、物、件、中、第、一、乃、至、第、十、三、の、如、き、又、財、産、取、得、篇、第、百、六、十、九、條、第、三、項、に、規、定、せ、る、も、の、如、き、是、れ、な、り、人、の、處、分、に、依、り、差、押、へ、を、禁、じ、た、る、物、件、と、は、財、産、取、得、篇、第、百、六、十、九、條、第、一、項、の、規、定、に、依、り、差、押、へ、を、禁、じ、た、る、も、の、如、き、是、れ、な、り、尤、も、民、事、訴、訟、法、第、五、百、七、十、條、に、列、記、せ、る、物、件、の、内、第、三、乃、至、第、八、を、除、く、の、外、は、債、務、者、さ、へ

承諾せし債権者は之れを差押ふることを得べきなり

第二章 債権者數人なるとき債務者の財産は其の共同擔保たるよと

余は前章に於て債務者は其の財産を以て債務の履行に充つへし語を換へて謂へば債務者は其の財産を以て債権の執行に應ずべきものたることを陳述したり即ち余が前章に於て陳述したる所は債権者の一人なるを數人なるを問はず一般に債務者か債権者に對して債務の履行をなすには其の財産を以て擔保となすへしとの旨意に外ならず而して此の章に於ては債権者數人なるとき債務者の財産の共同擔保たることを述ふるに在り

抑も債権者數人あるときは必ずや其の間債権の目的、原因、體様若くは其の債権の生したる日時に差違あるへきは勿論なりと雖も總論にも述へたるか如く債権の目的とする所は素より直接に債務者の財産にあらすして却て債務者の作爲若くは不作爲に在りて債務者の財産の即ち債権者に對する間接の目的たるよ外ならざれば法律の眼光より之れを觀るときは債権者は幾人ありとも其の權利は廣狹

の差こそあれ皆な平等にして一も其の間に差違あるべきの理なし何となれの特別の擔保あるときは格別なるも左るときは法律の一の債権者を保護し他の債権者の之れを保護せざるの理由なく又其の保護に程度の差違を設くべき原因あらざればなり債権の目的、原因、體様の差違の如き又は債権を生したる日時の差違の如きは債権者の權利に不平等を來たすべき原因とあすことを得ざるものたり

是れ債権の性質自からの然らしむる所なりとす
 斯の如く夫れ法律の眼光より觀るときは債権者の權利は既に皆な平等なる已上は債務者にして若し其の債務を屬行せざるべき債権者か債務者の財産に對する權利も亦平等ならざる可らず語を換へて云へば債権者は其の數幾人あるとも債務者か其の債務を履行せざるべき債務者の財産を差押へて之れを公賣するの權利は債権者の皆な平等も有するものたるなり第一條に債務者の總財産は動産と不動産と現在のものと將來のものとを問はず其の債権者の共同擔保なりとあるは即ち前述の旨意に外ならざることを知るへし但し動産と不動産と現在のものと將來のものとを問はずの一句の冗文たるも過ぎす何んとなれば既に總財

産の文字あれば動産と不動産と現在のものと將來のものとを問はざることとは特に此の一句を掲げずとも之れを明らかにすることを得べければなり蓋し立法者か特に此の一句を加へたる所以のものは他ならず債権者の幾人ありとも其の權利は皆な平等にして従つて債務者の財産は債権者の共同擔保たるものたれば其の財産の種類如何に區別なく又た債権の生したる日時の當時も存る債務者の財産と其の日時の後に得たる財産とに區別あるなしとのことを明瞭に知得せしむるの旨意たり然れども斯ることは教科書には或ひは必要なるべきも法文としては更に其の必要を見ず總財産の三字若くは財産の二字を以て充分足れりとなすへきなり

右述ふるか如く債権者は幾人ありとも債務者に對し皆な平等の權利を有し債務者の財産は其の共同の擔保たりと雖も其の財産は債務者か債務を履行せざるとき之れを差押ふるまでは債務者に於て自由に處分することを得るの當然なるか故に其の債権の生したるときより差押へに至るまでの間に債務者か他人と譲り渡したる財産の如きは債権者に於て之れを如何ともすること能はざるなり去り

なうら其の譲り渡しにして債権者の権利を害するの目的に出たるものなるときは格別なりとす是れ即ち財産篇第三百四十條に債権者は其の債務者か第三者に對し承諾したる義務拋棄又は譲り渡しに付き其の損害を受く但債務者の権利を詐害する行爲は此の限に在らずと規定せる所以なり

第三章 債権者數人あるときの債務者財産の價額は債権額の割合に應じて分配すべきものたるものと

前章に於て述べたるか如く債務者の財産の債権者共同の擔保にして債権者は皆な平等の権利を有するものたりされば公賣の場合に當りて債務者の財産價額各債権者に對する債務を辨濟するに充分なるときは固より論なしと雖も若し其の債務を辨濟するに足らざるるときは其の損失は又た各債権者共同のものにして各債権者は皆な平等に其の損失を受けざるべからざるの正さしく平等の権利を有する所の結果なりとす蓋し平等とは債権額に相當する謂ひにして債権者の人數に應じて各々均一ならしむるの謂ひにあらざるあり然らば即ち之れを反對より見るときは債務者の財産は各債権者の債権額の割合に應じて分配すべきものた

ること自から明了なるべし若し然らずして其の財産の價額とは債権者の人數に應じて均一に分配するとき各債権者は即ち不平等なる権利を有し從て又不平等なる損失を受くるものと謂はざるべからず今一例を擧げて此の主意を明かにせん例へり甲者は乙者に對し百圓丙者に對し百五十圓丁者に對し貳百圓の債務あり然るに甲者の順當に其の債務を履行する能はさりしか爲めに遂に財産公賣の處分を受けたるに其財産の價額は僅かに三百圓なりとせんか今此三百圓を乙丙丁の三人に均分するときは乙者は更に其損失を受くることなく丙者の五十圓丁者は百圓の損失を受くることとなりて即ち債権額の小さなものは更に損失を受けず債権額の大なるものは其の損失を受けしかも同じ損失を受くる内にも亦た不平等の受け方となるか如し豈は法律が權利を保護するの精神なりと謂ふことを得んや是れ即ち本法第一條第二項に債務者の財産か總ての義務を辨濟するに足らざる場合に於ては其の價額は債権の目的原因體様の如何と日附の前後に拘らず其の債権額の割合に應じて各債権者にの與す可きものたることと規定せる所以なり但し法文中債権の目的原因體様の如何と日附の前後に拘らずと

の一句の冗文たるを免れず何となれば此の一句なければとて財産の價額を各債權者に分與するときには債權の目的原因體様の如何又は日附の前後に依りて差等を立つべきものたることを論理上推定し得されはありたとひ一步を譲り之れを推定し得へしとなすも余か屢々述ふる如く債權は其の直接に目的とする所義務の履行に在りて物にあらざるか故に斯る事柄の爲めに權利に差等を生ずるの理由なく又差等を設けんと欲するも到底之れを設くることを得ざるべきなり何となれば債權の目的原因體様の種々雑多あるものなるに何を標準として其の間に輕重の差別を設くるを得べきか蓋し能はざるべきを以てなり況んや債權者が債務者の財産を差押へたる日附の前後に依りて輕重を設くるか如きは即ち後生したる偶然の事項に依りて他の債權者を傷害する者と言はざるべからざるなり是れ余か此の一句を以て冗文ありと謂ふ所以なり然り而して法文中所謂債權の目的とは直接の目的即ち作爲若くは不作爲及び間接の目的物即ち金錢物品等總て作爲若くは不作爲の目的物たるものを總稱し原因といふ即ち債權の生したる原因にして合意不當の利得不正の損害及法律の規定是れなり又た體様とは條件

附帶有期不可分連帶等の状態を云ひ日附といふ債權の發生したる日時を謂ふことゝ知るべし

右叙述せる如く債務者の財産價額にして總ての債務を辨償するに足らざるときは債權者は平等に其の代價の分配を受け平等に其の損失を蒙らざるべからず本法第一條第三項の法文中代價の分配とあるは即ち此の意なりとす然れども已上述へたる所は債權者中別は優先權を有するものなき場合に於ける規則に過ぎずして若し債權者中一人にても正常ある原因に依りて優先權を有するものあるときは其の優先權を有する者は即ち他の優先權を有せざる債權者に先きたちて己れに對する債務の辨償を受くるの權利を有するか故に其分配當のことは之れを此の場合に適用することを得ざるなり例へば甲乙丙の三人は丁に對する債權者たり而して甲は丁の所有に屬する或る家屋に就き抵當權を有せし然るに丁は甲乙丙の債權者に對する總ての債務を履行する能はずして終に總財産を差押へられ之れを公賣に附せられたりとせんか甲か抵當權を有する所の家屋の代價に就ては甲は即ち先取特權と有するか故に他の債權者たる乙丙に拘らず甲は先づ其

の代價を以て已れの債權を充つることを得べきなり而して若し其の代價は尙ほ已れの債權に充つるに足らざりしとき其の不足に對する債權は即ち優先權あるものよあらされは乙丙の債權者と共に自餘の財産價額に就き其分配當を受くへし若し又其の代價に殘餘ありたるときは其の殘餘は即ち乙丙なる債權者の受くべき分配代價中に算入すべきものとす此の故に債權者間を優先權を有する者あるときは債權者の順序を定め其の順序に従て之れが配當をなさるべきなり本法第一條第三項の法文中順序配當とは即ち此の場合を指示するなり夫れ然り而して其の所謂優先權は物上權保に依りて論ずるものなれば之れに關する詳細のことは後章に譲らざるべからず又債務者財産の差押賣却及び其代價の順序配當又は其分配當の方式の如き民事訴訟法に於て之れを規定するか故に諸君は即ち該法の講義に依りて知得せらるべきを以て茲に別に説明するの要なし

第一編 特別擔保

余は前編に於て一般擔保のことを講述したるを以て本編に於ては特別擔保のことを講述せんと欲す元來前編に於ても述べたるか如く一般擔保は同じ

く擔保たるには相違なきも一口に云へば當然の事柄をば法律が明示したるまてのことにして其の性質に就て之れと考ふれば殆んど擔保の名稱を下すも穩當ならざるか如き嫌ひなきを得ず其の譯はたどひ法律に於て債務者の財産は債權者の擔保たりとの規定あるにせよ是れ只に法律が斯く認定するまてのことなれば債務者は幾人にも新なる債權者を作ることもし得べく又自己の財産も自由に之れを他人に譲り渡すこともあし得べきを以て債權者は頗る危険の位置に在るものと謂はざるべからざるに依るなり即ち擔保の名稱あるも其の擔保たる財産は債務者に於て之れを自由に處分することを得るか故に債權者は時或は空權を有するに止まるの結果なきを得ずとの意に外ならず是を以て債權者にして其の債權の鞏固を計らんと欲せば特別擔保を附せしむるの途を取らざるべからず固より特別擔保を附せしめたればとて其の擔保の性質程度の如何に依りては必ずしも債權者の債權を鞏固にするを得へしと謂ふとを得ざるも兎に角に一般擔保の外尙ほ特別に擔保を附したるものなれば一般擔保のみに打捨て置くよりも債權者は一層

の安心をなすことを得へきは勿論特別擔保に至ては債權者か自己の意思通りに其の擔保たる事物を撰擇し且つ何程にても其の程度を高からしむることを得へきか故に債權者は即ち之れに依りて以て自己の債權を充分鞏固にすることを得へきものたるなり是れ債權を鞏固ならしむるには所謂特別擔保の必要なる所以なりとす而して特別擔保は總論第三章に於て述べたるか如く之れを分て對人擔保及び物上擔保の二種となすを以て予は先づ對人擔保より講述し續て物上擔保の講義に移るへきなり

第一部 對人擔保

債權擔保篇の規定に依れば對人擔保に三種あり即ち

第一 保証

第二 債務者間又は債權者間の連帶

第三 任意の不可分

是れなりとのことは余既に總論第三章に於て之れを諸君に示し置きたれば今此の對人擔保のことを講述するに當りては即ち先づ此の順序に依るへし

對人擔保は此の三種ある已上の對人擔保とは(一)保証人と稱する第三者の約務又は(二)連帶若くは(三)任意の不可分たる体様を以てする擔保たるに外ならざる事と自から知るへきなり然れども對人擔保を以て此の三種に分ちたるの點に付ては異論なきを得ざるか故に適當の場所に至りて之れを説明すべし

第一章 保証

本法の成立の方法より保証を三種に區別せり即ち

第一 任意の保証

第二 法律上の保証

第三 裁判上の保証

是れなりとのことも余又總論第三章に於て之れを諸君に示し置きたり元來保証の種別に於ける此の三種の名稱に付ては其の甚だ穩當ならざるものありと雖も余は暫く本法第三條の規定に従ひて附する別名を以てせざるなり即ち其の第三條に曰く

保証は任意のもの有り法律上のものあり又裁判上のもの有り

下の第一節乃至第三節の規定は右三種の保証に共通なり

と諸君にして本條第一項の法文を一見するときは恰かも保証には第三者か任意にて保証人となりたるものと第三者か法律又は裁判に依り命せられて保証人とありたるものとの別ありをすることを示したる如く解せざるを得ざるの感あるを信するなり去りなから如何に裁判上の力なれとて又裁判上の權なればとて主たる債務者と何等の縁故もなき第三者に其の保証人に立つへしとを命することあるへきは即ち所謂強迫にして契約の一種たる保証の性質に矛盾するのみならず實に背理のことと謂はざるへからず昔時野蠻時代の法律なれば免れ文明の今日に於て斯る法律の存在すへき等決して之れあるへからざるなり然らば則ち本條に所謂任意の保証とは如何なる保証を云ふにやと云ひ取りも直さず債務者か任意にて債權者の承諾を得て第三者を保証人となしたる場合の保証と云ひ又法律上の保証とは法律に於て斯く々々の場合に保証人を立つへしと債務者に命したるに

依り債務者か其の法律の規定に從て保証人を立てたる場合の保証を云ひ而して裁判上の保証といふ法律に於て裁判官に與ふるに債務者として保証人を立てせしむることを得るの權力を以てしたるに依り裁判官か其の權力に從ひて債務者をして保証人を立てせしめたる場合の保証を云ふに外ならざるなり即ち普通の保証は債務者の任意に出づること多しと雖も例へば財産篇第七十六條に於て用益者は用益權消滅の時負擔すべき返還及び償金の爲め保証人を立て又は他の相應なる擔保を供するにあらざれば収益を始むることを得ずとあるか如き場合の保証は法律の規定に從ひて債務者か保証人を立てざるへからざるものたれば取りも直さず法律上の保証なり又民事訴訟法第五百五條に於て總ての場合に於て裁判所の債務者の申立に依り債權者豫め保証を立つるときは仮執行を爲し得べき旨を宣告することを得債權者か執行の前に保証を立つることを申出でざるときは債務者の申立に因り債務者も保証を立てせしめ又は供託を爲さしめて執行を免かるゝことを許す可しとあるか如き場合に於て債務者より立てたる保証は裁判上の保証なり

是れ即ち裁判上に於て仮執行と免かるゝことを許すか爲めには債務者も保
 証人を立つべきことを命ずるを得べきものたればなり
 任意の保証法律上又は裁判上の保証の本性既に前述の如し然らば則ち名實
 の全く相符合せざることを明かにして余か保証の種別に於ける此の三種の名
 稱は甚だ穩當ならずと明言したる所以なり而して其の詳細のことに至りて
 は此の講義の進むに従て諸君か之れを知ることを得へし依て余は先づ此の
 講義を本法章節の順序に従ひて其の歩を進めんとす而して本法は其の第
 一章を分ちて四節となし第一節乃至第三節の右に述べたる三種の保証に其
 通する所の規定にして第四節は法律上又は裁判上の保証のみに關する特別
 の規定となすに依り余も亦便宜の爲め其の順序に依り講述すべきなり

第一節 保証の目的及び性質

第一項 保証の定義

凡そ學術上に於て事物の定義と下すには成るべく簡明なるを要すへし然るに我
 か民法か下したる定義は概ね皆な冗長に失したるの嫌ひなきと得す例へは物權

は直接に物を目的となす權利ありと云へは既に盡くしたるも財産篇第一條に
 物權の直ちに物の上に行はれ且總ての人に對抗する權利なりと云ひたるか如き
 又人權は直接に義務の履行を目的とする權利なりと云へは既に盡くしたるに財
 産篇第五條には人權即ち債權は定まりたる人に對し法律の認むる原因に由りて
 其負擔する作爲又は不作爲の義務を盡くさしむる爲め行はるゝ權利なりと云ひ
 たるか如き即ち是れなり蓋し我が國には前關白太政大臣從一位伯爵勳一等など
 と云へるか如き長たらしき名稱と附するの慣例古來より存するか爲めに是れ等
 の慣例と參酌して右の如き定義を下したるものなるへき歟如何に法律の慣習に
 依ると要すと云ひなから斯る慣例にまて従ふは甚だ其意を得ざるなり
 本法に於ける保証の定義も亦右の慣例を襲ひ來りて頗る冗長なり即ち其の第四
 條に於て之れが定義を下して曰く
 保証は或る人が債務者の其の義務を履行せざる場合に於ては之れを履行する
 ことと諾約する契約なり此の約務は債務者の過失に歸すべき不履行の場合に
 於ては債權者は賠償する約務を暗に包含す

と今此の定義をば簡單云ふときは保証とは債務者其の債務を執行せざるるとき他人之れに代りて執行すべき契約ありと云ふの意に外ならず本文中諾約する契約なりとあれども凡そ契約は諾約あるにあらすして成立するものにあらされい諾約の文字は重複な殊に此の約務以下の法文の如きは全く不用なるに似たり何となれば債務者の過失に歸すへき不履行の場合に生したる損害を債権者に賠償する約務は保証なる契約に包含し居ることは其の定義に依りて明了なればなり殊に該法文中暗に包含すとあれとも法文に明示する以上は暗に包含するものと謂ひ難きの嫌あり是を以て英米の法學者は保証なる契約に對し斯る冗長の定義を與ふることなくして保証とは負擔過誤失行に關し義務者か其の義務を執行せざるるとき他人之れに代りて執行すべき契約なりと云ふを以て盡くしたるものとばなせるなり

去りぬから本法に與へたる保証の定義は冗長なるにせよ其の意義に至りては固より明瞭なるか故に茲に彼れ是れ之れを論議するほどの必要なことなれば諸君は即ち保証とは或る人か債権者に對して債務者の其の義務を履行せざる場

合に之れに代はりて履行せんことを期したる契約にして而して其之れを約諾したる所の或る人を稱して保証人とは謂ふなりと知り置けは是れり例へば乙者あり甲者より金圓を借り受くるに當り丙者は甲者より對し乙者若し約束の期限に其金圓を返済する能はさるときは自から之れに代りて返済すへきことを約したりとせんか取りも直さず甲者の債権者にして乙者は債務者なり而して丙者は保証人にして丙者の甲者に對してなしたる契約は即ち保証なり諸君も知らるゝか如く通常の契約なれば即ち二箇の對手あれり成立するあとを得へしと雖も保証は債権者と保証人との間に成立するものたれば必を主たる債務者なかるへかざるを以て保証の成立するには債権者債務者及び保証人なる三箇の對手あるを要すること明けし是れ保証なる契約の性質の然らしむる所なりとす借今前述保証の定義を分拆して能く々々其の性質を吟味するときは即ち保証は左の如き性質の契約なることを知るべきなり

第一 (保証は從約なり) 凡そ契約には他の契約に關係なく獨立して成立するものあり又他の契約に附從して成立するものあり其の獨立して成立する契約

を主約と云ひ他の契約に附従して成立する契約を従約と云ふ而して保証は債権者と債務者との間に既に或る契約の成立したるものありて之れに附従して成立するか又は債権者と債務者との間に成立すべき契約と同時に附従して成立すべきものたれば即ち従約たること明かなり語を換へて云へる保証は主たる契約の成立したる後若くは之れと同時に成立すべきものにして主たる契約に先きたちて成立するものにあらざるなり尤も時に或は主たる契約の成立に先たちて保証なる契約の存立を見ることなきにあらざると雖も其の保証は即ち主たる契約の成立を以て条件となしたるものなれば主たる契約にして成立せば保証も亦其の効を有し主たる契約にして成立せざるときは保証ある契約も亦自か其の効なきに至るべきなり

第二 保証は無要式の契約なり凡そ契約には要式のものあり無要式のものあり而して保証なる契約と雖も一般に云ふときは必ず無要式のものにあらざり既に英國に於ては之れを以て詐欺條例に依り要式の契約となし保証は書面を以てするにあらざんは其の効なきことを定め居れり蓋し保証のこの如

きは証拠最も失ひ易く錯誤の恐れ最も大なれり斯くの如く要式のものとなし詐欺錯誤等を豫防したるは又一方に於ては保証は保証人のみに於て義務を負担するものたれば之を町重にするの必要あるに依るなり羅馬法に於ても保証は問答式に依るべきものとなせるなり然れども我が本法には敢て是れ等の式を必要となさず唯保証人たる者と債権者との承諾さへあれば成立することを得るものとなすか故に我が民法に於ては保証を以て無要式の契約なりとなすことを得へし尤も實際に就て之れを見れば保証は書面に依て之れをなすを通常とす

第三 保証は片務の契約なり凡そ契約に於て相手双方に於て義務の履行すべきものあることあり又は相手の一方のみに於て義務の履行すべきものあることあり其の相手双方に於て義務の履行すべきものあるときは之れを双務の契約と云ひ相手の一方のみに於て義務の履行すべきものあるとき之れを片務の契約と云ふ而して保証なる契約に於ては只保証人たる者か債権者に對して履行すべき義務を負ふのみにして債権者は更に保証人に對して何等の

義務の履行すべきものあることなし即ち知るへし保証は片務の契約たることを

第四 保証の条件附帯の契約なり凡そ契約には条件の附帯せるものあり又附帯せざるものありて存す而して保証は即ち主たる義務者に於て其の義務を履行せざる場合に之れに代はりて履行すべき契約なれ所謂条件の附帯せる契約たること明かなり此の故に主たる義務者に於て其の義務を履行したるときは保証なる契約は自から消滅に属すへし

第五 保証は諾成の契約なり凡そ契約には當事者の承諾のみを以て成立するものと其の承諾の外尙は目的物の引渡しを要するものとあり其の承諾のみを以て成立するものは諾成の契約なり承諾の外尙は目的物の引渡しを要するものは要物の契約なり而して保証は承諾の外目的物の引渡しを要せざるか故に諾成の契約なりとす

已上陳述したる所に據りて諸君は保証なる契約の何たることは之れを了解せられしることなるへし保証なる契約の性質は右述へたるか如しと雖も一種の契約

たるには相違なきか故に普通の契約に必要とする所の条件は總て皆な之れを具備せざるへからず即ち財産篇第三百四條に

凡そ合意の成立する爲めに左の三箇の条件を具備するを必要とす

第一 當事者又は代人の承諾

第二 確定にして各人か處分權を有する目的

第三 眞實且つ合法の原因

是れなりと又其の第三百五條に

合意の成立に必要な条件の外尙は其の有効なる爲めに左の掲ぐる二箇の条件を具備するを必要とす

第一 承諾の瑕疵を成すへき錯誤又は強暴のなきこと

第二 當事者の能力あること又は有効に代理せられたること

是れなりとあるか故に保証なる契約の成立し且つ有効あるにも亦此の二條に規定する所の条件を具備するを要すること論を俟たず然れども是れ等の条件に關する詳細のことの諸君之れを財産篇に於て知らるへきか故に茲に説明するの必

要なし

借又保証は既に述べたるか如く他人の爲めに義務を負ふの契約たれハ保證人たるものハ結局他人の爲めに迷惑をなすものと謂はざるへかゝす固より保證人か主たる義務者に代はりて其の義務を履行したりとて保證人は又主たる債務者より之れハ償却を受くるまとを得べきハ當然あれども主たる債務者にして無資力なるときは保證人のときに或は其の償却を受くること能はざる場合なしとせざるのみならず實際に於ては其の償却を受くる能はざるハ普通となすなり是れを以て羅馬法と云ひ又英國法と云ひ保証ハ要式の契約となして保証の成立を明かにすることを必要となし又佛國法に於ても其の民法第二千十五條に保証は推定せず明示せられたるを要すと規定して頗る町重を加へたり然るも本法は保証を以て要式の契約となさざるのみならず他ハ其の保証の成立ハ推定すへき明かなる事情あれば尙ほ必ずしも明示に依るを要せざることハなせり是れ蓋し我が立法者ハ最も意を用ひたる所なるべきを信するなり何となれば佛國法に於けるか如く保証は明示に依るを要すとすときは他に如何なる判然たる事情の存

在するものありて保証たること明かなる場合と雖も之れを保証となさずして或は義務の更改したるものとか又は連帶の義務なりとか判定せざるへからざるの結果を生ぜざるを得ざるに至りて却て保證人たる者の不利益を來たすの恐れなきを保すへからざればなり是れ即ち本法第十三條中債務を保證する意思は之れを明示せざるときハ明らかに事情より生ずることを要すと規定したる所以なり

夫れ然り然りと雖も其の所謂明かに事情より生ずるを要すと云ひたればとて契約者の一方か他の一方に勸め又ハ其一方の現在若くは未來の有資力を確言したる事實のみを以て之れを明かなる事情とは云ふを得ざるなり例へば余が今甲者よ向ひ君は乙者と共に某の商業を營むよ於ては君の利益ハ大なるへしと勸めたるか如き若くは又甲者に向ひ乙者は現在若くは未來に於て斯く々々の資金を有するものたれハ之れハ金圓と貸し付くるも決して危険はあらずと述へたるか如き事實ありたればとて余ハ甲者に對し乙者の保證人たるへき意思を顯表したるものとは云ふへからざるか如し尤も斯る事實のみならず尙ほ他に余ハ債務を

保証するの意思を顯表したるものと推定するに足るべき事情あるときは右の如き事實も亦其の推定を補助する者となさざるを得ざるへし只是れ等のことは之れを裁判官の腦裏に任すべきのみ然るに本法第十三條中然れども其意思の契約者の一方を他の一方に勧め又は其一方の現在若くは將來の有實力を確言したる事實のみより之れを推測することを得ずと規定したるが如きは聊か隱當ならざるの思ひなきを得ず尤も右の例に於て余は甲者に對して乙者の保証人たるの意思を顯表したるものにあらざるは勿論なれども若し余にして甲者を詐欺するの意を抱き斯る事實を確言して甲者をして損害を受けさしむるか如き位置に陥れたるときは余は其の賠償の責に任せざるへからざるなり

夫れ然り而して同條の又其の第二項に於て若し証書の署名者中の一人か共同債務者なるか又は保証人なるかに付疑あるとき之れを保証人と看做すと規定せり是れ亦裁判官の判定如何に任すべきとにして敢て法文中に規定するを要せざる事項に屬するは勿論なれども其の精神に至りては則ち疑はしき場合に於ては從たる義務者の方に推定して義務者を保護すへしと云ふに外ならざるなり

第二項 保證の範圍

余か前項に於て陳述したるか如く保証は主たる義務者に於て其の義務を履行せざる場合と第三者之れに代はりて履行すべき契約に外ならざれば保証人の保証上負擔すべき責任は主たる債務者の責任より超過すへきものにあらずるは保証する契約の性質に於て然らざるを得ざるものなり何となれば保証人の保証上負擔すべき責任にして主たる債務者の責任より超過するときは其の超過したる部分に就ては主たる義務者の負擔外のものを以て保証人が主たる義務者に代はりて履行することを得ざるものたればなりされは其の超過したる部分に就ては保証人は保証人たるの資格を以て之れを負擔するにあらず自から主たる義務者の資格を以て負擔するか或は又全く無効のものなりと謂はざるへからざるなり此の故に保証人に於てたとひ主たる義務者の責任より超過したる責任の負擔を約することあるも其の超過したる部分に就ては保証として其の効なきものたること當然にして敢て言を俟たず然るに本法は其の第四條に於て保証は或る人か債務者の其の義務を履行せざるに於て

は之れを履行することを約諾するの契約たることを認めなから其の第六條に於
 保証人の義務は主たる義務より一層大なることを得ず又一層重き體様に服する
 ことを得ず若し保証人の義務が一層大なるとき又は一層重きときハ主たる義務
 の限度及び體様に之れを減すと云へる禁止の規定を置きたり此の禁止の規定に
 依て之れを見るときは保証か保証人上負擔すべき義務は恰かも主たる義務の範
 圍外に出るゝとあるを認めて特に之を禁止したるか如き感なき能はず然れども
 保証人か保証上負擔すべき義務は主たる義務の範圍外に出んとするも保証なる
 契約の性質に於て到底其の範圍外に出つること能はざるものたれば法律ハ特に
 斯る禁止の規定を置くの必要なのみならず斯る禁止の規定を置くときは却て
 人をして保証なる契約の性質に疑惑を生せしむるの嫌ひなきを得ざるなり是れ
 に據て之れを觀れば斯る規定は法文中之れを明示するの必要なしと謂ふて不可
 なし若し又之れを明示するの必要ありとなすも第六條に於けるか如く禁止の法
 文を用ひずして寧ろ保証なる契約の性質上生ずる當然の結果たることを知り得
 べき文體を用ゆるの優れるに若かさるものゝ如し

法文の文體如何に就てハ兎も角も其精神に至りては明了なるか即ち第六
 條は、保証人の負擔すべき義務の分量と體様の二點より觀察したる規定にして分
 量に就ては大なるべきものにあらず體様に就てハ重かるべきものにあらずたと
 ひ其の分量にして一層大なることあるも又其の體様にして一層重きことあるも
 其の一層大なる部分並に一層重き體様に對しては保証として効なきか故に主た
 る義務と同一の分量並に同様の體様に減すべきものたることを示したるなり借
 其の所謂義務の分量が一層大なる場合とは如何なる場合を指示するにやと云は
 〱義務の分量ハ主たる義務の分量より一層大なるにも種々の有様ありて存する
 ものとす今二三の例ヲ因りて之れヲ示さば例へは主たる義務者は権利者に對し
 一ヶ年六朱の利子を支拂ふべき約束にて或る額の金圓を借り受け居りたるに之
 れか保証人は権利者に對し一割の利子を支拂ふべきことを約したる場合の如き
 或は又主たる義務者は一ヶ年の期限を以て借受けたる金圓とは保証人は即時に
 支拂ふべきことを約したる場合の如きは即ち義務の分量の超過したるものなり
 又主たる義務は未必の條件の附帶せるものなるに保証人は單純義務を諾約した

る場合の如き或は主たる義務の目的物に就ては債務者は選擇の權利を有したるに保證人は一物を以て義務と履行すべきことを約束したるか如き即ち義務の體様の重くなりたるものなり

右の如く夫れ保證人の負擔すべき義務とは分量並に體様の點より觀察して其の輕重と量ることを得へしと雖も體様の點に付ては時に或は其の輕重を比較して孰れの體様か重きものなるや又孰れの體様か輕きものなるや之れを定むること頗る困難なる場合なしとせず例へば前述の事例中主たる義務者は義務の目的物に就き選擇の權利を有したるに保證人の一物を以て其の義務を履行せんことを約束したる場合の如きは義務の體様より見れば保證人の義務は正さしく重きものと謂はざるへからすと雖も保證人の約したる所の一物は天變又は其の他の事故に依り消滅せんも亦期すへからす若し斯る事變の爲めに其の約したる所の一物にして消滅に歸することあるの點より見るときは保證人は爲めに其の義務を免かるゝか故に其の負擔する所の義務は目的物に就き選擇の權利ある場合よりも寧ろ輕き體様と在るものと謂ふて不可なかるへし又之れと反對に若し主たる

義務者は或る一物の引渡しに付て其の義務を約し居りたるに保證人は二物の内選擇するの權利ある所の義務と諾約したりとせんか其の結果前述の場合と反對にて保證人の義務は二物選擇の權利ある點より見れば輕きか如しと雖も物件消滅するか如き場合より見れば却て重きものと謂はざるへからす果して然りとせば法律は斯くの如き場合に於ては如何に其の二つの義務の輕重を定むべきか必ずや一問題たらざるを得ざるへし

本法は右の如き場合に於て如何なる方法に因り主從義務の權衡を定むるや更に其の方法を規定せざるに依りて之れを觀れば蓋し裁判官の判定に任ずるの意なること疑ひなきものゝ如し去りなから裁判官なればとて其の權衡を定むるに當りては何にか標準の據るべきものなくんは隨分困難を極むることならんか余の信する所に據れば其の據るべきの標準は他ならず斯る場合に於ては保證人の利益となる方に決定するを當然とはあらずなり何となれは前項にも述べたるか如く保證人たるもの元來他人の爲めに迷惑の位置に立つものたれば疑はしき場合には法律は常に保證人の利益となる方に解釋するを以て其の精神となせばなり

然らば則ち右の如き場合に保証人の利益となる方に決定するには如何なすへきかと云ふに他ならず主たる義務者に撰擇の権利ありて保証人よ其の権利なきときは保証人に撰擇の権利と一物消滅に因りて義務を免かるゝの利益と併せて之れを與へ若し主たる義務者に撰擇の権利なく保証人よ其の権利あるときは其の撰擇の権利より生ずる利益は保証人として其の儘之れと有せしめ共に又一物消滅するときは其の義務を免かるゝの利益をも保証人に與ふるに在るなり尤も主たる義務者には撰擇の権利なくして其の権利は債權者に層し而して保証人は一物を以て其の義務と履行すべきことを約したる如き場合には保証人の其の約したる所の一物のみを提供するの義務あるのみにして其の他に何等の義務も之れを負はず又何等の権利も之れを有せざるものと解釋せざるへからざるなり

右陳述したるか如く保証の義務の分量及び體様と共に主たる義務と同様なるか若くは之れより輕小あるべきものにして決して主たる義務より重且つ大なるべきものにあらざるは保証なる契約の性質に於て自うら然らざるを得ざるも

のたるなり尤も保証義務の主たる義務よりも小なるは即ち保証人たるべき者か主たる義務の範圍内に於て其の幾部分に付保証したる場合に在るなり例へば主たる義務の百圓のものなるも保証人は其の内の五拾圓のみに就き保証したる場合の如き是れなり此の故に若し保証人たる者か諸約したる義務にして主たる義務より分量に於て大あるか若くは體様に於て重きときは之れを主たる義務と同一の限度又は體様に減すべきこと勿論なりと雖も其の所謂主たる義務は如何なる範圍までを包含するものなるや其の範圍の明了なるに非されり單に主たる義務と同一の限度及び體様に減すと云ふのみにて甚だ漠然たるの嘆なきを得ず例へば甲者あり金百圓を乙者より借り受け丙者は之れか保証人たりとせんか丙者の保証しざるものは百圓の負債なりと雖も主たる義務者より其の百圓の負債に附帶して負ふ所の義務は即ち百圓に止まらずして利子と支拂ふべきの義務も之れに附帶すべく若し期限と經過して尙ほ元利の支拂をなさざるときは乙者より出訴を受くべく從て又訴訟入費を償却せざるへからざる義務も之れに附帶すべく百圓の負債に關して種々之れに附帶する所の義務あるは勿論たるへし然らば

即ち保証に對する主たる義務とは如何なる範圍までを包含するものなるや之れを判然たらしむるにあらざれば保証義務の範圍も亦明瞭なることを得ざるなり夫れ然り而して保証に對する主たる義務中には其の義務を履行せざるより生じたる損害の賠償は勿論其の他利子の支拂訴訟入費等一切附帶して生じたる義務をも包含せしむるを以て當然となし從て保証の義務中にも其の之れに對する主たる義務中に包含すべきものは一切包含するに至當となさざるべからず訴訟人費の如きに至りては時に或は非常の巨額に昇ることするありて爲めに保証人たるものをして度外の負擔を帯ひさしめざるべからざるか如き結果を生ずることなしとせずと雖も是れ實に止むを得ざるなり本法の第八條に於て制限保証と制限保証との區別を立て第一項には制限保証に因りて生ずる義務の範圍を定めたり即ち保証人たる者に於て自から負擔すべき義務の範圍を別規定することなくんは保証の取りも直さず制限の保証にして其の義務中又は第八條の第二項に記載するものを一切包含すると、知らざるべからず此の第二項に曰く

主たる義務の無限の保証は填補の利息遅延の利息其他此債務の天然上法律上又は合意上の附従物に及び又主たる債務者に對して爲したる最初の訴の費用と其訴を保証人に告知したる以後の費用にも及ぶ

と此の第二項中所謂填補の利息とは債務者が債權者に對し約定したる利子を謂ひ遅延の利息とは請求後の利子を謂ひ天然上の附従物とい例へば主たる義務者が債權者より借受け居りたる馬か其の借り受け中産みたる兒の如きもの、類を云ひ法律上の附従物とは例へば主たる義務者が債權者より借り受け居りたる馬に負傷せしめたるに因り生じたる損害の如き類を云ひ又合意上の附従物とは其の馬を借り受くるに當り先づ毎月初めに其の借賃を先拂ひすべしと約束し居りたるか如き種を云ふなり即ち是れ等の事物の何れも主たる義務の本体より直接に關係して相離るべからざるものたれば之れを主たる義務中に包含するものとなすこと固より當然なり只法文中附従物とあるか故に世人或は附従する物に限りて損害の如き或は賃料の如きには之れを及ぼさざる者となすものなきにあらずと雖も茲に所謂附従物とは附従事物の意にして純然たる物に限るの意にあらざ

るとは法文の精神に於て自から明かなりされは其の所謂附從物の範圍は頗る廣きと、知らざるへあらず而して尙ほ訴訟費用も畢竟主たる義務者か契約通りに其の義務と履行せざるより生したるの結果なれば主たる義務中に包含すべき者たると當然にして固より止むを得ざるなり法文中訴訟入費に就ては債權者か主たる義務者に對して爲したる當初の訴訟入費と其の出訴しざることを保証人に告知したる以後の費用とに及ふとあるは他ならず本法第十八條にも債權者は債務者に義務履行の催告を爲したるも其の效果あらざりしことの證據を保証人に示さずして之を訴追することを得ず然れとも債務者か行方知れず又は破産の宣告を受け若くは顯然たる無資力の形狀に在るときは右の催告を必要とせずとありて債權者か保証人に對して出訴するには債務者の行方知れざるや又は破産の宣告を受けたるか若くは顯然たる無資力の形狀に在る場合の外は必ず先づ主たる債務者に對して催告を爲し果して其の效果あるや否を確めざるへかゝらず而して其の催告を爲し主たる義務者に於て尙ほ其の義務を履行せざるときは債權者は先づ主たる義務者に對し出訴し然る後其の出訴したる旨を保証人に告知する

ことあるべきを以てなり斯る場合に於ては保証義務は其の催告に引き續き債務者に對し出訴したるより生ずる費用は勿論保証人に其の出訴の旨を告知したる後に生ずる一切の費用にも及ふべきものとす然れとも債權者は必ずしも債務者に對して出訴せざるへかゝらずと謂ふにあらざりて只に催告をなし其の效果のあらざることをさへ証明せば保証人に對して請求することを得るか故に斯る場合に於ては當初の訴訟入費と保証人に告知したる已後の費用とに別なく保証人は債權者か主たる義務者よ爲したる催告より引續き生したる所の一切の費用を負擔せざるへかゝらざること勿論たり

借又第八條の第一項は於ては前述の如く制限保証より生ずる義務の範圍を定めて曰く
金額又は定まりたる物に制限したる保証は其利息にも果實にも其他の附從物にも及ふことなし

と余は此の第一項は冗文たるに過ぎざるを信するなり何となれば余も前にも述べたるか如く保証の義務は主たる義務よりも其の分量並に體様に於て輕小なる

ことを得べきものにして債権者にして承諾さへすれば如何程に之れを制限することありとも更に保証なる契約の成立を妨ぐるものにあらず而して其の保証義務は制限の範囲内のみ及ぶべきものにして決して其の範囲外に及ぶべきものにあらざることには當然なればなり然れども其の之れを制限する場合にはたとひ明示せざるも明かに其の制限の保証たることを知るに足るべき他の事情あるを要すべきの勿論なりとす例へり甲者あり乙者より一の家屋を借り受くるに當り丙者は其の賃借料のみを付ての保証人となりたるときは丙者の保証は即ち制限保証として其の賃借料の外他の事物も及ばざるものたれり甲者にして其の借り受けたる家屋に損害を生せしむることありとも丙者は之れを保證の責に任ずべき限りにあらざるか如き又甲者あり乙者より百圓の金と借り受くるに當り丙者は其の元金のみに付ての保証人となりたるときは丙者の保証は即ち制限保証にして其の元金の外は一切之れを保證の責に任ずべき限りにあらざるか如き又甲者あり乙者より馬一頭を借り受くるに當り丙者の保証は其の馬返還の義務のみを付ての保証人となりたるときは丙者の保証は其の馬返還の義務のみを止まりて甲

者か借受け中其の馬の産みたる兒ありとも其の兒の返還等に付ての義務には及ばざるか如きは是れなり即ち是れ等制限保証は概して債権者と保証人の特約に因りて成るものたれば其の之れより生ずる義務にして主たる義務の附従物にまて及ぶへからざるの明了なることなるか故に別に法文中に明記するの必要なこと勿論なるか如し然れとも本法第八條第一項に之れを明示したるの蓋し第二項に於て無限保証より生ずる義務の範囲を示さんと欲したるより法文の權衡上第一項に於て制限保証より生ずる義務の範囲を示すの必要を認めたることあらん歟尤も制限保証の場合なればとて債務者の過失に歸すべき不履行の場合に於て債権者に賠償する約務は其の保証義務中に包含すべきものたること固より言を俟たず

以上説明したる所に據りて諸君は保証義務の範囲に就き其の大意を了知せられたることなるへし去りるから茲に諸君の注意を請はざるへからざるものは他ならず前述の旨意は即ち保証義務なるものは其の分量并に體様に於て主たる義務よりも重大なること能はざるものたりとのことに過ぎずして保証人か債権者に

物上擔保を供するか如き又保證人に於て主たる義務者よりも一層嚴なる執行方法に服することを約するか如き又保證人に於て自己の保證人を立つるか如きは義務の分量若くは體様に關係なきことなれば更に前述の旨趣に抵觸するものにあらざること是れなり即ち債權擔保篇は其の第七條に規定して曰く

前條第六條の禁止の規定ハ債務者より其主たる義務の爲め物上擔保を供せざるとき保證人より其從たる義務の物上擔保を供することを妨げず又保證人か主たる債務者より一層嚴なる執行方法ニ服することを妨げず
保證人は亦第三者を引受人として己れを保證せしむることを得此引受人に對しては保證人は主たる債務者の地位と有す

と此の法文の文句中又は往々にして穩當ならざるもの若くは文意を盡くさるものなきにあらす即ち前條の禁止の規定なる一句の如き頗る穩當ならざること余既に之れを述べたり又債務者より其主たる義務の爲め物上擔保を供せざるときと云へる一句は文意を盡くさす何となれば保證人たる者債權者も物上擔保を供することを得るは獨り債務者より其の主たる義務の爲め物上擔保を供せ

ざるに限らす之れを供し居るときにても尙ほ保證人は其の從たる義務の爲めに物上擔保を供することを得へければなり斯くの如く夫れ法文の文句中には穩當ならざるもの若くは文意を盡くさるものあるに拘りらず其の精神に至りては頗る明瞭なりとす世間往々此の規定を以て第六條即ち保證人の義務は主たる義務より一層大なることと得ず又一層重き體様に服することを得ずとの規定に於ける例外なりと謂ふものなきにあらすと雖もそは全く義務の分量及び體様と其の義務より生ずるの結果とを混同せるものにして之れを以て決して第六條に於ける規定の例外とはなすべからざるなり請ふ是れより聊か其の理由を説明す

第一 保證人に於て其の負擔する所の從たる義務の爲めに債權者に物上擔保を供するときは恰かも保證人の義務は主たる義務より一層重大なるか如き觀あるに似たりと雖も保證人か其の負擔する所の義務の爲めに物上擔保を供したれいとして其の義務は主たる義務より一層重大なる者となすべからずして其の義務の分量に就て云ふも物上擔保を供せざると

第二

きと更に異なることなし何となれり其の物上擔保の有無に拘はらず保証人が債權者に對して負擔すべき義務の分量は同一にして物上擔保を供したるか爲めに其の分量を増加するものにあらざればなり例へば甲者より乙者より金一千圓を借受け丙者之れか保証人となり殊に丙者は其の保証義務の爲めに或る土地を乙者に抵當となしたることありとせんう甲者か其の義務を履行せざるに當り丙者の負擔すべき義務は即ち一千圓の債務と其の債務に附從して生したる金額に外ならず而して是れ等の義務は丙者に於て物上擔保を供せざるに當り同しく之れを負擔せざるへからざるものなり況んや丙者に於て物上擔保を供せざるも丙者の總財産の債權者より對するの擔保となり居るに於てとや又體様に就て云ふも唯丙者に於て物上擔保を供したるときは丙者か其の義務を履行せざる場合に於て債權者は其の物上擔保に就き優先の權を有するのみにして丙者の義務の性質に聯か差異を生ずるものにあらざり保証人か主たる義務者より一層嚴ある執行方法に服するとは例へば主

たる義務は私署證書を以てしたるに保証人は公正證書を以てしたる時又主たる義務は自然義務なるに保証人か之れと保証したる時の如き是れなり蓋し私署證書を以てするときは權利者より直ちに執行を受けされとも公正證書を以てするときは權利者より直ちに執行を受くべく又自然義務に對しては法律は強制執行を許さるゝも之れか保証の義務の強制執行と受けざるへからざるなり尤も此の事に付ては少し議論あることなれども兎に角に本法并に訴訟法の規定に從ひて斯く論ずるなり是れ亦輕々に看過するときは恰かも保証人の義務の主たる義務より重大きか如き觀あるに似たりと雖も決して然るにあらざるなり何となれば義務の輕重大小は執行方法の寬嚴に依りて差異あるものにあらざればなり例へば主たる債務の額にして一千圓ならんか之れか保証人たる者か如何に嚴なる執行方法に服することあるも其の義務額に至りては矢張り一千圓にして更に差異なきか如し蓋し執行方法は義務の分量體様とは全く別種のものにして聊か關係あるものにあらざるなり

第三 保証人に於て其の負擔する所の義務の爲めに引受人を立つることも亦前述二場合と均しく輕々に看過するときは恰かも保証人の義務は主たる義務より重大なるや如き觀あるに似たりと雖も決して然らざるものたることの前述したる所の理由に依りて明かなるへし即ち保証人が引受人を立てたればとて其の分量にも亦體様にも更に變動を及ぼすものにあらざるなり而して其の保証人の立たる引受人の取りも直さず保証人の保証人たるか故に引受人か保証人に對するの關係は保証人か主たる義務者に對する關係と均しくして保証人は引受人と對しては主たる義務者の位置に立つものたること勿論たり

本項の講義を終はるに臨んで尙ほ一言の諸君と申し置きたきことありその他ならず本法第十四條の規定は冗文たりとのことは是なり元來契約に因りて生ずる所の權利及び義務は或る二三の例外を除くの外は概ね皆な相續人に傳はるべき性質のものたること契約に關する一般の規則に於て既に諸君の知る所にして今更余か喋々の説明を要せざるなり而して又此の規則は法律上一般の規則に過ぎ

ざるを以て當事者双方の特約あるに於ては適用すべき限りに在らすとのことも諸君の能く知る所なり果して然りとせば保証も亦一種の契約なるを以て其の契約と因りて生ずる所の權利及び義務も特約ある場合の外は相續人に傳はるべきものたることは特に本法に之れを規定するの必要な言を俟たずして明瞭なりとす然るに立法者は何等の必要を感じたるや其の第十四條に
 保○証○人○の○義○務○は○其○相○續○人○の○負○擔○に○歸○し○又○債○權○者○の○相○續○人○の○利○益○に○歸○す○但○反○對○
 の○要○約○あ○る○と○き○は○此○限○に○在○ら○す

と規定したり或は保証なる契約は普通の契約とは聊か異なりて債權者債務者及び保証人なる三人の對手あるにあらずんば成立せざるものなるか故に世人か保証なる契約をば普通の契約と全く異種のものとなし契約に關する一般の規則を適用することを得ざるものと誤認することもあるべきを恐れたるにてもあるべきか若し果して然るときは契約の成立に關する條件の如き又其の之れを有効ならしむるに必要な條件の如きものをも尙ほ本條に重ねて規定せらるべきに是れ等の條件に至りては更に本法中重ねて之れを規定せられざるは何そや誠に不

約合のこと、謂はさるへからず我々民法は徹頭徹尾丁寧反覆重復を主とせるとは吾人の既に知る所なりと雖とも法典中冗文多きに失するときは却て吾人をして疑惑を生せしむるの媒介となり立法者か丁寧を主として明瞭ならしめんとを期したるの目的は反對に不明瞭ならしむるの結果を生すへし後の法律編輯者須らく注意せざるへからず而して此の第十四條の規定の如きは本法に取りては正さしく冗文の一たることを免かれざるなり

第三項 保證の目的たるべき義務

余か第一項に於て陳述したるか如く保證ある契約は即ち一種の從約なるか故に其の契約の存否は主たる契約の存否と其の運命を共にすべきものたるは勿論たり語を換へて之れを云へば主たる契約よして無効なるものなるときは從たる保證の契約も亦無効に屬し主たる契約よして有効なるものなるときは從たる保證の契約も亦有効たるべきなり此の故に保證の目的たるべき義務即ち主たる義務は有効のものに限るべきことを言を俟たずして明かなり蓋し是れ保證なる契約の住質上正さに然らざるを得ざることに屬するを以て特に法文中之れを明示する

の必要なこと万々あるも本法は其第九條の第一項に於て

總て有効なる義務は之れを保證することを得

と規定して無効の義務は之れを保證することあるも其の保證も當然無効たりとの主意と明示せり此の一項は即ち自明の事柄と規定したるものにして冗文たるに過ぎずと雖も其の冗文たることを知りつゝ尙ほ此の一項を置きたる所以のものと思ふに同條第二項の規定を誘出せしめんと欲したるに因るのみ敢て他意あるにあらざるもの、如し而して其の第二項には如何なるを規定するか曰く無能力者の取消すことを得べき義務と雖も亦有効に之を保證することを得其義務が裁判上にて取消されたる後と雖も保證の其効力を存す但保證人が其保證の際債務者の無能力を知りたることに限る

と此の第二項の規定は正さしく第一項の規定に矛盾するものと謂はさるへからず然れども草案者は此の規定を以て第一項に矛盾せざるものとなせるか如し今其の理由の概要を述べんに凡そ契約の成立するには(第一)當事者又ハ代人の承諾(第二)確定にして各人が處分權を有する目的及び(第三)眞實且合法の原因なる三條

件を必要とせずとは即ち財産篇第三百四條に因て明かなり而して當事者の能力あることを要するは契約を成立せしむる爲めにあらずして其の之れを有効ならしむるか爲めに外ならずされは當事者の一方無能力者なりと雖も決して契約の成立を妨ぐるものにあらずして契約は正當に成立することを得へし只當事者の一方が無能力者なるか故に當事者の他の一方より其の契約の履行を強要することを得ざるのみ此の故に法律は斯の如き場合に於て無能力者の負ふ所の義務は自然義務或は不完全の義務と稱して其の之れを履行すると履行せざるとは無能力者の随意に任し決して當然無効の義務とはなきなり是を以て無能力者に於て其の義務を取消さんと欲せば之れを取消すことを得へきも既に當然無効の義務にあらざる已上の之れを以て保証の目的となし得へきは勿論なり而して又たとひ裁判上は於て取り消されたる後と雖も其の之れを取り消したるは只無能力者其の人に對してのみ取り消したるにして其の義務をば當然無効のものとなしたるにあらず故に保証は依然其の効力を有すること明かなりとす然れども保証人にして其の保証を爲したるの際無能力者たることを知らざり

し場合に於ては取りも直さず身上に錯誤のありたるものなるか故に財産篇第三百九條第三項に當事者の身上の錯誤は其の身上に付ての著眼し決意の原因たりしときは其の錯誤の承諾を阻却すのであるの規定を適用し初めより保証なる契約の存立せざるものとはならず是れ即ち無能力者の義務を保証し其の保証の有効なるには保証人が其の保証をなすの際無能力者たることを知りたる時に限る所以なりと云ふに在るか如し然れども余は甚だ此の理由に付き惑はざるへからず何となれば無能力者か其の義務を取消すまで保証の有効なることは勿論なるへきも既に裁判上に於て取消されたる後初めより義務のなかりしものと見做すへきか故に初めよりなき所の義務に付き従たる保証の契約が成立すへき理由あるへからされはなり此の故に此の第二項は保証が有効なりと謂はんより寧ろ保証人が主たる債務者となりたるなりと謂ふの外辯護の道なきを信するなり夫れ然り而して第九條第二項には主たる義務者の無能力者たる時のことのみを規定して更に他の自然義務の場合に及ぼすことなしと雖も斯る保証にして有効のものならんには何も無能力者の場合に限らず他の自然義務を負擔する所のも

のたることと知りて之れを保証したるときは其の保証は有効のものとならざるへからざるか如し但し例外と見るは格別なりとす例へは甲者あり乙者に對し或る債務を負へり然るに乙者の訴訟期限の経過に依りて其の債務に關し甲者に對して出訴することを得ざることをなりたりとせんか甲者は即ち乙者に對して自然義務を負ふものなり而して丙者あり甲者か乙者に對するの債務は自然義務に過ぎざることを知りなから之れを保証したるか如き場合の如何固より實際に於ては斯くの如き場合を生ずること頗る稀なるのみならず殆ど之れなしと云ふも可なるへしと雖も若し斯くの如き場合を生ずることありとせんか右第二項の精神より推せし其の保証は正さしく有効のものといはるへからず然れどもたとひ之れを有効のものとなすにせよ其の保証人は於て保証をなすの際自然義務たることを知らざりしときは合意の原因の着眼に錯誤あるを以て其の保証は無効たらざるを得ざるなり

又錯誤強暴又は詐偽に因りて取結ひたる契約も取り消し得べきものにして無能力者の場合に於けると同様ならざるへからざるか如し錯誤強暴又は詐欺の契約に及ぼすべき影響には種々ありて或は全く承諾を阻却する場合あり或は取消し得べき者となる場合あり或は更に何等の影響にも之れを及ぼさざる場合あり現に詐欺の如きに至りては財産編第三百十二條も規定せるか如く當事者の一方か詐欺を行ひ其詐欺か他の一方をして合意をなすことに決意せしめたる場合に限り其の一方は補償の名義にて合意の取り消しを求むることを得るのみにして其の他の場合に於ては詐欺は其れのみにて承諾を阻却するものにあらず又其の瑕疵を成すものにあらざるなり夫れ然り而して其の所謂錯誤強暴等に依りて承諾を阻却するときの保証あるも其の保証は當然無効のものに屬すへし何となれば既に承諾を阻却するときには主たる義務の成立せざるものたれば從て從たる保證の契約の成立すべき筈なければなり又是れ等の事故に因りて取り消し得べきものとなるも其の之れを取消さざる間の保証契約は固より有効なるは論を俟たずと雖も既に之れを取り消されたる後はたとへ保証人たる者か保証となすの際其の主たる義務は自然義務に屬するものなることを知り居りたるにせよ保証の義務も從て消滅せざるを得ざるは明らかなれども前項第二項の主意より之れと

推すときは保証は依然有効なりと謂はざるへかゝす然るに財産編の是等の場合に關して何等の規定も之れを置かすして單に無能力者の場合のこのみ規定したると其精神を解すへからず或は無能力者の義務を取消し得可きものとすは只能力に就てのまどにして義務の本體に瑕疵なきも詐欺錯誤等の場合に義務の本體に瑕疵あるの故にてもあるへき歟

然り而して本法の其の第十條に於て尙ほ保證の目的たるへき義務のことを規定して曰く

何人にも將來の債務を保証することを得又債權者又は債務者の方に於て
 隨○意○の○條○件○に○係○る○債○務○を○保○証○す○る○ま○ど○を○得○但○保○證○人○に○於○て○其○債○務○の○性○質○及
 以○限○度○を○查○定○す○る○こ○と○を○得○る○と○き○に○限○る

と予は斯の如き法文を本法中に規定するの必要なきを信するものなりと雖も其の法意に至りては何も法理に背反するものにもあらざれば只た自明の事柄を規定して法典と複雑ならしめたるに過ぎすと謂はんのみ元來保証は主たる義務と同時に成立するを通常となすと雖も時に或は主たる義務の成立したる後保証

の成立することあり又た時としては主たる義務の成立と條件として保証を豫約することありとのことは予が既に第一項に於て講述したる所なり然れども主たる義務の成立を條件として保証と豫約することあるも是れ眞に豫約に止まるか故に主たる義務にして成立せざるときは保証も亦た共に成立せざるは固より論を俟たず此の故に斯る場合に於て保証の成立するも否とは畢竟主たる義務の成立するも否とに依りて確定するものと知らざるへからず何んとなれば保証は主たる義務の存在するものなきに成立すへきものにあらざればなり然らば則ち將來に係る債務を保証するも其の債務の成立するまでは保証の豫約に止まりて保証として効力を有するは債務の成立したる後に存すること明かなりとす前述第十條の本文の取りも直さず此の意を明示したるま在り去りなから債務の成立するまでは保証の豫約に止まるとは云ふもの、既に其の豫約をなしたる已上の其の豫約をなしたる者は債務の成立と同時に之れが保証人とあらざるへからざるは勿論にして若し之れを拒みたるときは權利者に對して違約の責に任せざるへからざるあり第十條の本文中將來の債務と云ひ債權者又は債務者の隨意的條件に

係る債務と云ふも敢て區別あることありし其の所謂債權者又ハ債務者の隨意の條件に係る債務も亦將來の債務たるに外ならん何となれば其の隨意に附したる所の條件にして發生し若クハ發生せざるにあらざれば債務は成立することなけれりなり法文中之れを二様になしたるは蓋し一は條件の發生し若クハ發生せざることを期せざる單純の將來の債務と其の之れを期したる將來の債務とを區別したるのみ而して其の所謂將來の債務たるは債權者又は債務者の隨意の條件に係る債務たるを問はず之れを保証し其の債務の成立したるときハ其の保証の有効たるには保証人たる者に於て之れか保証と爲したるの當時將來に成立すべき債務の性質並ニ限度を査定することを得るものたるを要すへし何となれば主たる義務の性質並に限度にして之れを査定することを得ざるものなるときは獨り保証人たるものに意外の負擔を帯ひさしむるの結果を生ずべきやも計るべからざるのみならず漠然たるものを以て契約の目的となすことを得るハ法理の許さるる所なればなり是れ第十條但書のある所以なりとす例へは甲者に於て乙者か丙者に對し將來に於て負擔すべき義務は總て之れを保証したる場合の如き

又乙者か丙者に對し動物を引渡すの義務を保証したる場合の如きは保証として其の効あるものにあらざるか如し之れを要するに此の第十條は之れを債權擔保篇に於て規定するを必要となさざるは勿論既に財産編第三百二十一條に於ても合意ハ未來に係り且つ成立の不確定なる物を目的とすることを得とあるに依りて之れを見るも既に明瞭なるよとなりと謂ふて可なるへし

余は已上に於て保証の目的たるへき義務のことは之れを講了したり然るに本項の講義を終るに臨んで尙ほ茲に諸君の注意を請はざるへからざることハ本法第五條の規定是れなり即ち該條に曰く

保証は主たる義務の目的と異なるものを目的と爲すときは保証として無効なり

然れども保証人は主たる債務者の諾約しる物又は所爲の對價として不履行の豫見したる過怠金額を有効に諾約することを得

と抑も保証か主たる義務の目的と異なりたるものを以て目的となすとは例へり主たる義務者は馬を引渡さんことを約しるるに保証人は牛を引渡さんことを約

したるか如き場合はれなり斯る場合に於て其の保証は保証として無効なる所以のものは他ならず保証は第一項にも述べたるか如く主たる義務者に於て其の義務を履行せざる場合に代りて其の義務を履行すべき契約なれば保証人の履行すべき義務は正さしく主たる義務者の履行すべき義務と同様のものたらざるへからず然るも前例の如き場合に於ては主たる義務者の履行すべき義務は馬を引渡すに在りて牛を引渡すの義務にあらざるを以て保証人たる者か牛を引渡すことを諾約するも之れ主たる義務者に代りて其の義務を履行するものにあらずはなり此の故に保証は主たる義務者の目的と異なりたるものを以て目的となす時は保証として無効なりとのことは保証ある契約の性質に於て然らざるを得ざる事たるに過ぎざれば法文中之れを明示するの必要あるべきの勿論なりと雖も本法第五條第一項に之れを明示したるは蓋し第二項の規定を誘出せしめんと欲したるに依らずんばならず而して其の第二項に規定する所の主意は他ならず一口に云へば主たる義務の目的の物にあるにせよ所爲にあるにせよ保証人に於て其の之れに相當する所の金額を以つて義務を履行すべきことを諾約するは保

証として有効なりとの主意たるに外ならず然らば則ち何にか故に金額を以て義務を履行すべきことと諾約するは保証として有効なりやと云ふに主たる義務者に於て其の目的とする所の物を引渡さず又は其の目的とする所の所爲を爲さざるも於て結局主たる義務者は権利者に對して損害を賠償せざるへからざるものたればなり語を換へて之を云へば其の物を引渡さず又は其の所爲を爲さざるべき當初の義務は變して金額を支拂ふの義務となるべきものなりとす此の故に主たる義務は或る物を引渡し又或る所爲を爲すに在るときと雖とも保証人に於て金額を以て其の義務を履行するまじと約するは主たる義務の目的と異なりたる者を以て保証の目的とあしたりとは謂ふことと得ざるなりされん法文中主たる債務者の諾約したる物又は所爲の對價として豫見したる過怠金額と即ち前述の意にして主たる債務者か不履行の場合に於て權利に對するの義務は過怠金額を支拂ふに在れば其の場合の金額を豫見し保証人に於て主たる債務者の義務を盡くさるる場合に其の金額を諾約するは決して主たる義務の目的と異ならざるものを以て目的としたるにあらざるか故に保証として有効なりとの意

なりとす固より保証にして主たる義務の目的と異なりたるものを以て目的とあすことあるも保証としては無効なるにせよ他の契約としては時に或は有効のものとなることなしとせず即ち其の保証にして主たる義務の成立後に成立したるものなるときは義務の更改を以て之を論し條件の附帯せる一種の無名契約となすことを得るか如し條件の附帯する所以は他ならず其の無名契約の義務を譲り渡したる者に於て自から權利者に對する所の義務を履行せざる場合に於てのみ有効のものとなるへければなり

第四項 保證發生の原因

保証なる契約は余か既に述べたるか如く保証人たる者と債權者との間に成立するものにして主たる債務者との間に成立するものにあらす此の故に保證發生の原因は必ずしも主たる債務者の委任のみならず主たる債務者は全く之れを知らざるも又之を知り拒みたるるときと雖も保証なる契約の發生を妨ぐるものにあらざるは勿論なりとす只保證は主たる債務者の依頼を受けて初めて發生するを以て通常なすとのみ即ち本法第十一條にも

何人にも債務者の委任を受け又は其不知にて又は其意に反しても其保証人となることを得

とありて保証ある契約の發生は必ずしも主たる債務者の委任のみか其の原因にあらざることを明かにせり但此の法文中何人にもとあるか爲めに諸君或は其の能力者たるに不能力者たるを問はず保証人となることを得へしとの疑ひを抱くことあるも計るへからずと雖も是れ決して然るにあらず茲に所謂何人にもとあるは保証人となるへき能力ある者たる已上はと云ふの意に過ぎざることゝ知らざるへからざるは勿論のことゝもなり而して其の所謂保証人たるへき者の能力のことは之れを債權擔保編第十二條に規定せるが故に余は次項に於て講述すべきなり

右の如く夫れ保証は主たる債務者の委任を受けたる場合のみならず尙ほ其の不知にても若くは其の意に反しても之れを爲すことと得へきものなりと雖も主たる債務者の委任を受けて爲したる場合と其の不知若くは其の意に反して爲したる場合とは自から支配すべき法規を異よせざるを得ざること明かなり然らば則

ち其の之れを支配すべき法規の如何なる點に於て異同あるべきか曰く我か法典の精神にては主たる債務者の委任を受けて保証を爲したる場合に於ける債務者と保証人との關係の債務を辨濟する點に於ては之れと本人代理人の關係を以て之れを論し債務者の不知若くは其の意に反して保証を爲したる場合に於ける債務者と保証人との關係の事務管理の理由を以て之を支配するに在るなり英米の法律に於ては債務者と保証人との間には只默約の成立するものありと認むるものゝ如し而して又其の保証人たる者か主たる債務者に對する求償權に就ても多少の異同なきを得すと雖もそは次章に於て講述すべきか故に茲に之れを省略すへし

第五項 保證人の能力及資格

一般に保証人たることを得べき者の能力及債務者より立つべき保証人の資格に於ては本法は之れを第十二條及び第十五條に定めたり而して其の第十二條に於て一般に保証人たることを得べき者の能力を定めて曰く
有効に保証人と爲るに一般なる債務者に對するを問はず無償にて義

務を負擔する能力を有することと要す
然れとも主たる契約の有償あるときは保証人の債務者に對する無能力は債權者か之を知りたる時にあらざれば保証人より債權者に其無能力を以て對抗することを得ず

と抑も法律上無償の義務を負擔する能力は即ち所謂無能力者たらざるものよわらざれば之れを有することと得ざるは勿論たりと雖も無償にて義務を負擔する能力なき者には二種の區別ありて存す即ち未成年者の如き禁治産者の如きは一般に無償にて義務を負擔するの能力なきものにして通常稱して絶對的無能力者と云ふ又成年の者なるも危篤なる病人の醫師に對する場合の如き信徒の僧侶に對する場合の如き子の親に對する場合の如き總て威迫の推測と下すことを得べき關係ある場合に於ては一方に權力ありて一方に服従の状態あるか故に其の服従せざるへからざる位地に在る者の權力ある者に對しては無償にて義務を負擔するの能力なきものにして通常稱して關係的無能力者と云ふ其の所謂絶對的無能力者たると關係的無能力者たるとを問はず保証人たることを得ざる所以のも

のは他ならず保証の義務は余か既に屢々述べたるか如く全く他人の爲めに負擔するものにして更に自己を利することなきのみならず結局自己の財産を以て其の義務辨済に充てざるべからざるの位置に陥るものたれば法律は是れ等無能力者を保護するの必要あればなり前述第十二條第一項の規定に於ける精神亦實に茲に在ると知るなり元來未成年者の如き又は禁治産者の如きは民法上無能力者とは云ふもの、是れ等の者の取り結ひたる契約は當然無効なるにあらずして取り消し得べきものなるは諸君の既に知る所なりと雖も贈與契約の如き全く無償のものに至ては絶對的に之れを取り結ぶの能力なしとするは各國法律の一致する所にして更に疑ひを容るべからず畢竟是れ無償的の義務は身体精神の完全なるものにあらずれば之れを負擔せしむべからざるの性質を有するものたればなり去りなから未成年のことに付ては多少の例外なき能はず其の例外とは何ぞや即ち未成年者なりと雖も時に或は無償にて義務を負擔することを得るの能力を有することなしとせずとのことは是れなき例へは商法の規定に依て商事に就て未成年者も總ての權利を有し義務を負ふことを許す場合の如きは取りも直さず商

事に就ては未成年者の成年者と同一視するものなるか故に斯くの如き場合には未成年者も雖も商事のみに關しては無償にて義務を負擔することを得るは當然なるを以て從て商事の範圍内に於ては他人の債務に就き保証人たることを得べきなり然れども商事の範圍外に於ては依然無能力者なるか故に從て亦他人の債務に就き保証人たることを得ざるなり是れに據て之れを觀れば斯の如き場合に在ては未成年者にして他人の債務に就き保証人たるの能力あるや否やは其の債務の商事に屬するものなるや否やに依て之れか判断を下さざる可らず又有夫婦も民法上に於ては一般に無能力者たりと雖も有夫の婦を以て無能力者となすは未成年者を以て無能力者となすを以て大に法律の精神を異にし一は夫婦は二身同体たりとの主義より來り一は未成年者を保護するの主義より來れることは既に諸君の知る所にして有夫の婦は有償たると無償たるとに論なく一切義務を負擔するの能力なきものたれば他人の債務に就き保証人たることを得ざるは勿論なり然れども是れにも亦多少の例外なき能はず即ち商法の規定に従ひ獨立人として權利を有し義務を負ふことを許す場合の如きは商事に關する他人の債務に

就き保証人たることを得るは勿論なりと謂はざるへからず禁活産者の如き者に至ては固より斯る例外のあるべき筈なきか故に茲に彼れ是れ説明の勞を取るの必要なかるへし

借又關係的無能力者は即ち權力者のみに對して無償の義務を負擔するの能力なきものたれば他人に對しては固より無償にて義務を負擔することを得るの勿論なりと雖も時又或は其の果して關係的無能力者たるや否やを判斷すること困難の場合なしとせず例へば病人の醫師に於ける場合の如き是れなり蓋し斯る場合に於ては其の病人は果して今治療を受けつゝある所の醫師に對して無償にて義務を負擔するの能力なきものとなすべきや否やを判定するは一定の標準あらざればなり然れども是れ等の標準を就ては豫め法律を以て定むることを得ざるものたれば裁判官の判定する所に任ずるの外他に途なかるへしされは同程度の病人にても一は醫師に對して無償にて義務を負ふべきを得るの能力ありと認められ一は之れか能力なしと認めらるゝか如き矛盾の場合を生ずることなきを保し難きは數の免れざる所なりとす元來此の關係的無能力を以て其の權力者に

對しては保証人たるの能力なきものとなしたるは畢竟一方に權力ありて一方に服従の状態ある場合には威迫の推測を下すことを得るのみならず實際屢々弊害を生ずることあるを以て其の服従すべき位置に在る者を保護するの精神に外ならず去りながら保証は前項にも述べたるか如く主たる債務者の意に反しても尙ほ之れを爲すことを得べきものたれば右の如き關係ある者と雖も債務者の意に反して保証人たらんとするに於ては即ち威迫の推測を下すべき理由なきことなるか故に實際には差支へなきか如しと雖も法律の一般に斯る關係ある者を以て保証人たるの能力なきものとなしたるなり

夫れ然り而して主たる契約にして有償なるときは債權者に於て關係的無能力たることを知りたるときにあらざれば保証人より債權者に其の無能力なることと主張して義務を免かるゝことを得ず是れ他ならず主たる契約にして無償のものなるときは保証人たる者か債權者に對するの無能力を主張して其の義務を免かれたればとて元來無償の契約に屬するを以て債權者は只債務者より取るべきものを取らざるか又は爲さしむることを爲さしめざらしのみにして初め自分より

何等のものをも之れを債務者に與へたるにあらす又た何等のことも之れを債務者に爲したるにあらざるか故に更に損失を受くることなしと雖も主たる契約にして有償のものなるときは債権者は既に債務者に對し或るものを與へ或る事を爲し居るか故に債権者に於て保証人か債務者に對する無能力者たることを知らざるべきに於て保証人の義務を免かれせしむるに於ては法律の債権者を保護するに頗る薄弱なるの嫌ひなき能はざるのみならず又實際債権者には更に過失の責むべきものなきなり然れども債権者に於て其の無能力者たるふと知りたるに於ての自から知りて之れを承諾したるものなれば保証人は其債務者に對して無能力たることを以て對抗し其の義務を免かるべきことを得べきなり是れ即ち第十二條第二項の規定に於ける精神なりとす只此の法文に就き一の疑ひを生ずるものは他ならず即ち債権者か之れを知りふるときとは保護の際を云ふにや或は保証の際たるを其の後たるを問はざるの意なるやの一事是れなり然れども其の意蓋し保証の際保証人の無能力者たることを知り居りたるべきを云ふことなるべきを信するなり何となれば保証の際之れを知らざる已上は其の後に

至て之れを知りたるも之れを以て債権者の過失ありと謂ふことを得されはなり然るに第九條の但書に「但保証人か保証の際無能力を知りたるるときは限るとあり固より此の但書は保証人の點より規定したるものにして第十二條第二項は債権者の方より觀察したるものなりと雖も法文互に相應せざるの嫌ひなき能はざるものゝ如し

又本法の第十五條に於て債務者か立つべき保証人の資格を規定して曰く債務者か保証人を立つべき合意を以て義務を負ひたるときは其債務者は債務の性質及び大小に應じて有資力の人に非されは保証人として之を立つることを得す
 若し右の保証人の無資力と爲りたるときは債務者は前項と同一の條件を具備する他の者を立つることと要す
 此他保証人は義務を履行す可き控訴院の管轄地内に於て住所を有し又は仮住所を定むることを要す
 債権者より人を指定して保証人を要約したるときは本條の條件を要せず

と即ち債務者が合意上立つべき保証人は

- (一) 義務の性質及び大小に相應する資力あること
- (二) 義務を履行すべき控訴院の管轄地内に住所を有し又は仮住所を定むるものたること

の二條件と具備するを以て必要となしたるなり此の第一の條件は他人の債務に就き保証人たる者には當然なかるべからざるものに屬するものたるのみならず相應の資力なき者は債權者に於ても之れを保証人として承諾せざるべきなりされは斯る事柄は法律の明文を以て規定するの必要殆ど之れなきか如しと雖も債權者たるべき者に於て債務者たるべき者に對し保証人さへあれり約諾すべきことを一旦承諾しなから債務者たるべき者の指定したる保証人の無資力を主張して約諾を拒絶することなしとせず斯る場合に於て法律上右の如き明文あるときは債務者たるべき者は自から指定したる保証人の相應の資力あるものたることを主張して債權者たるべき者に對して約束の履行を請求することを得べし而して其の指定したる保証人にしりて果して相應の資力ある者なるときは債權者た

るべき者の其の履行の請求に應せざるべからざるの義務あるなり若し相應の資力あるに拘らず之れを拒むに於ては債務者たるべき者は債權者たるべき者に對して違約の損害賠償をなすことを得べし然れども其の債務者たるべき者の指定したる保証人は債務の性質及び大小に相應するの資力ある者なるや否やに至ては裁判官の判定に一任するの外なきは勿論たり此の故に裁判官に於て相應の資力ある者と認定しよるときは債權者たるべき者に於て資力なしと認むるときも矢張り豫約通りに債務者たるべき者に對して契約を履行せざるべからざるなりされは法律の明文に依て斯る條件と定め置くは債權者たるべき者にも亦債務者たるべき者にも甚た其の便益の大なること、知らざるべからず而して一旦相當の資力あるものとして債權者に於て保証人たることを承諾したりと雖も後に至て其の資力なきに至りたるときは債權者の債務者をして保証人を更めしむることを得べく從て債務者に於ても其の請求に應じて相應の資力ある保証人より更改するの義務あるの言を俟たずして明かなり

其の第二條件は是れ單に訴訟上の便宜より出ることにして敢て他に理由ある

に在らず故に保證人は必ずしも義務を履行すべき控訴院管轄地内に住所を有するものたるを要すといふ云ふをわらすして假住所を定め置けり即ち足れりとする蓋し訴訟の時呼出其他書類送達等のことと關して大に便利なればなり
夫れ然り然りと雖も債務者たるべき者に於て前述の資格を具備する所の保證人となり立つると能はざる時は債務に相當する所の物上擔保を債權者に供して之れに代ゆるも妨げず是れ即ち債權者に於て法律の要する條件を具備する所の保證人を立つること能はざるより生ずる所の結果たるに過ぎず然れども其の債務者か供する所の物上擔保は果して債務に相應するものなるや否や至ては矢張り裁判官の判定に任ずるの外なきのみ故に裁判官に於て相應の擔保なりと認定するに於ては保證人の資力に關する認定の場合と同しく債權者は豫約通りに約諾するの義務を負ふへし若し之れと拒みたる時は債務者たるべき者に對して違約の責に任せざるべからざるなり即ち本法第十六條に
債務者か前條の條件を具備する保證人を立つること能はざる時は十分なる物上擔保を與ふることを得

とあるに前述の主意に外ならざるを知るへし法文中十分なる物上擔保とあるに債務に相應する物上擔保の意なること明了なりとす
人或は曰く右の如く保證人の資力又は物上擔保の相應あるや否やの判定を裁判官に一任し債權者の其の判定に従ひざるべからざるものとなすは法律を以て契約を強制するの結果を生し甚だ不都合なりと然れども是れ決して裁判官の認定に依て契約を強制するにわらずして裁判官は只法律に於ける規定の解釋を與ふるに過ぎざるのみ語を換へて云へば法文中債務の性質及び大小に相應なる資力とあれば其の所謂相應といふ如何なる程度を云ふにや又十分なる物上擔保とあれば其の所謂十分とは如何なる程度を云ふにや之れを解釋するに在るなり而して裁判官に於て其の之れか程度を判定するは普通人を以て標準とし普通人にして相應なり十分なりと思ふべき程のものたれば即ち裁判官も之れを相應なり十分なりと解釋すへし之れに反して普通人にして不相應なり不十分なりと思ふべき程のものたれば即ち裁判官も之を不十分なり不相應なりと解釋すへきなり去りながら前述に係る保證人の資格は只債務者より保證人と指定する場合に之

れを要するのみにして、債権者より保証人を指定したる場合には、斯る資格を具備するを要せざるは、勿論なり。従て債権者の指名に依て一旦保証人となしたるときは中途債権者に於て其の保証人の無資力たるを發見したるか又は其の保証人にして中途無資力となりたればとて債権者は債権者に對して保証人の變更を請求するの權利なく債権者も亦其の請求に應ずるの義務なきなり。

第二節 保証の効力

余は前節に於て保証の性質及目的に就き其大要のみを講了したり固より中に於て保証の性質及び目的中に講述するの不適當なる事項もなきにあらざりしと雖も錯雜を省くか爲めは本法規定の順序に據りたるのみ而して本節に於ては保証なる契約は如何なる効力を生ずるものなるや語と換へて之れを云へば當事者間には保証なる契約に依りて如何なる權利義務を生ずるやを講述せんと欲す元來余か前にも述べたる如く保証なる契約の成立には第一債権者第二債務者第三保証人なる三箇の對手を要すべきものなるか故に、此の三箇の對手間に生ずる所の關係には種々ありて或は債権者二人已上

るときは其の債権者間に生ずる關係も亦あるべく債務者二人已上あるときは其の債務者間に生ずる關係も亦あるべし其の他債権者と債務者間に生ずる關係も亦あるべしと雖も是れ等の關係は次章に於て講述すべきものに屬するを以て本節に於て講述すべきものは保証人と債権者間保証人と債務者間及び保証人と保証人間に生ずる關係に外ならざるなり而して講述の順序は本法の規定に従ひ本節を三款に分ち其の第一款には保証人債権者間の保証の効力其の第二款には保証人債務者間の保証の効力其の第三款には共同保証人間の保証の効力のことを説明すべし尤も本法第二十六條乃至第二十八條の規定は第一款中に在れとも其の性質全く第二款中の規定に屬すべきものと信するを故に余は此の三條の規定に付て之れを第二款中に講述せんとは欲するなり。

第一款 保証人債権者間の保証の効力

第一項 保証人よ對する債権者の權利

抑も保証人に對する債権者の權利に就ては茲に別に説明するを要せずして明了

なる所以のもの他ならず既に前節に於て反覆講述したるか如く保証人の主たる債務者か其の義務を履行せざる場合に之れに代りて其の義務を履行するの責任を負ふものたれの債権者即ち主たる債務者か其の義務を履行せざる場合には保証人をして之れを履行せしむるの権利を有するの勿論のことあるはなり然れども債権者に於て此の権利を主張し保証人をして其の義務を履行せしめんと欲せし主たる債務者か到底其の義務を履行せざることを証明するを要すへし何となれは保証なる契約は既述へたるか如く條件付帯の契約にして主たる債務者か義務を履行せざる場合に於てのみ其の効を生ずるものたれば其の果して主たる債務者か義務を履行せざることを明かならざるに保証人に於て之れを履行すへき義務なければなり然らば即ち債権者に於て主たる債務者か果して義務を履行せざるや否やは如何ある方法を以て之れを認むべきか現行に係る本邦の法律即ち明治八年六月第二百二號布告金穀貸借請人証人辨償規則に據るときは諸君も知らるゝか如く債権者に於て保証人をして義務を履行せしめんと欲せば先づ主たる債務者に對し出訴し之れをして身代限の處分を受けせしめざるへかず語

を換へて之れを云へし主たる債務者か身代限をなし尙ほ不足ある場合にあらざれば債権者は保証人に對し要求するの權なきなり然るに本法は全く之れを改め其の第十八條に規定して曰く

債権者は債務者に義務履行の催告を爲したるも其効果あらざりしことの證據を保證人に示さずして之を訴追することを得ず
然れども債務者か行方知れず又破産の宣告を受け若くは顯然たる無資力の形状に在るときは右の催告を必要とせず

と是れに據りて之れを見れば債権者に於て保証人に對し訴追せんと欲せば本條第二項に定むる場合の外は先づ主たる債務者に義務履行の催告を爲したるも其効果あらざりしことを保証人に示すを以て必要とせしめざるなり蓋し法文中催告とあるは民事訴訟法に定むる所に從ひ執達吏の手を経て公然催促すると云ふに外ならず法律か尋常一様の催促を以て満足せず公然たる催促の手續を履行するを要するの畢竟主たる債務者の不履行に付ての證據を明確ならしめんとするに在り尤も只催告を爲したるのみを以て法律の満足するにあらざりして債務者の其

の催告を爲したるも更に効果あらざりしことと示さるへからず是れ固より當然のことたり何となれば若し債務者よ於て催告となしたるにより主たる債務者か其の催告に應ずるときは勿論たどひ直ちに應せざるも其の之に應ずるの模様あるときは未だ以て主たる債務者か其の義務を履行せざるものとなすへからされはなり然らば即ち其の効果なきときは如何なる場合なるやと云ふに債務者に於て催告を爲すも債務者か或は延期を請求し或は義務不成立の抗辯をなしたる時の如き場合はれなり然り而して法文中訴追とあるは決して單に起訴のみ
 の意にありす催告も亦起訴前の手續として訴追中に包含することゝ知るへし訴追の文字頗る新規に屬し文字自身より云ふときは殆ど其の果して如何なる意たるやを分明にすること能はざるも立法者の意は起訴前の手續即ち催告の如きも此の中に包含せしめたること法文の精神に於て明かなりとす
 借又一般に云ふときは右述へたるか如く催告を爲したるも其の効果あらざりし
 まとを保證人に示すにあらざれば債權者は保證人に對し訴追することを得ずと雖も時に或は催告を爲さんと欲するも之れを爲すに途なき場合あり又或は催告

を爲すも到底其の効果なきことの初めりよ顯然たる場合なきにあらす即ち第十八條第二項中債務者の行方知れざる場合の如きは催告を爲さんと欲するも之を爲すに途なく債務者破産の宣告を受けたる場合の如きは債務者に於て催告を爲し其の効果なきことを示すを待たずして債務者か其の義務を履行することを得ざるの顯然たる證據あり又た債務者か無資力なる形状に在ること顯然たる已上の催告を爲すも其の効果なきこと初めりよ明らかなり故に斯る場合に於ては法律の催告を爲すを必要とせず直ちに保證人に對して訴追することを得せしむ是れ蓋し至當のことにして別に説明を要せざるへし只茲に一二の諸君に注意を請はさるへからざることわり何をや即ち法文中債務者の行方知れざる場合とい人事篇に所謂失踪の意をあらざること及び民事上分散の處分を受けたる場合は法文中所謂顯然たる無資力中に包含すること是れなり諸君も知らるゝか如く人事篇に所謂失踪とは人か其の住所及び居所より亡失し又は音信絶て生死分明ならざる場合を云ふことなれとも茲に所謂行方知れすとあるは何れも生死分明ならざる程にあらざるとも只債務者か目下何れの場所に居るや之れを明らかにす

ることを得ざる場合を指示せるのみ又破産の宣告は商事に關する場合のみに限ることなれ民事上に所謂分散の處分を受けたるもの、如きは之れを此の中に包含せしむることを得ざるは勿論なれば立法者は之れを以て法文中所謂顯然たる無資力の形狀に在るもの、中に包含せしめざることを蓋し疑ひなきもの、如し尤も或る場合に於ては破産の宣告を受けたるものと顯然たる無資力の形狀にあるものとを區別せずして一に顯然たる無資力の形狀にあるもの、中に包含せしむることあり

第二項 債權者に對する保證人の權利

債權者に對する保證人の權利には種々ありて學者往々之れを大別して第一債權者より辨濟の請求を受ける前に有する權利及び第二債權者より辨濟の請求を受けたる後に有する權利となすことありと雖も同一の權利にして辨濟の請求を受ける前にも亦之れを受けたる後も行ふことを得るものあれば斯くの如き類別をなして講述するは不便なるに依り余は之れに従はざるべし

借余か既前項に於て述べたる如く債權者に於て保證人に對し訴追せんと欲せ

は必ず先づ主たる債務者に催告を爲したるも其の效果あらざるを證明せざるべからざるか故に一口に云へば保證人には辨濟の請求を受ける前より債權者をして右の證明を爲さしむる權利あり又債權者には其の證明をなすべき義務ありと謂ふことを得るか如し是を以て人或は保證人の此の權利を以て債權者より辨濟の請求を受ける前に有する權利なりと謂ふものなきにあらざらん然れども債權者に於て保證人に對し辨濟を請求するに當り主たる債務者に催告を爲したるも其の效果あらざりしことと證明するを要するは債權者か保證人に對するの義務にあらざりして唯是れ保証なる契約の性質上保證人に對し辨濟の請求を爲すには必ず履行せざるべからざるの手續たるに過ぎず従ひて其の之れか証明を爲さしむるは保證人か債權者に對するの權利なりと謂ふことを得ざるなり何となれば余か屢々述べたるか如く保証なる契約は主たる債務者の義務不履行を以て條件となすものたれば其の不履行なるを債權者に於て證明せざるべからざるは保証なる契約の性質の然らしむる所なればなりされば保證人の債權者をして其の証明をなさしむるの權利を有するにあらざりして債權者か其の証明をなさざる已

上は辨償の責に任するの義務なきのみ果して然らば保証人は辨償の請求を受くるの前に債権者に對して何等の権利も之れを有することなきか人或は曰く本法は債権者より辨償の請求を受くる前債務者に對しては保証人に或る権利あることを認めたるか如しと雖も債権者に對しては何等の権利あることも之れと明文に示さざるを以て之れを見れば辨償の請求を受くる前には保証人は債権者に對し何等の権利も之れと有することなしと認めざるを得ざるか如しと成程英國法に據るときは保証人には債務辨償の期限到着したるときは債務者に辨償の催促をなすべきことを債権者に請求することを得るの権利あると認め若し債権者に於て其の請求あるにも拘はらず債務者に對するの催促を怠り終に債務者より辨償を受くること能はざるに至りたるか如き場合に保証人は其の義務を免かるゝと得るものとなせり又雇役契約に付き保証人となりたる者の雇主か雇人に解雇の原因となるべき不行狀あるに拘はらず尙ほ解雇せざるときは之れか保証人たる者の雇主に其の解雇を請求するの権利を有し若し雇主か其の請求あるにも拘はらず尙ほ之れを解雇せざるときは保証人の同しく其の責任を免かるゝ

ことを得るものとなせるあり英國法に於て斯くの如き権利を保証人に與ふる所以のものは他ならず自ら負擔する所の義務を成るべく速かに免かれんとするは人情の然らしむる所なるのみならず保証人は他人の爲めに迷惑の位置に立つものたればなり然るに前述の如く本法には是れ等のことに關し何等の規定も之れなきか故に或は或る人の如き疑ひを抱くものあるへしと雖も是れ只皮想の見のみ英國法に所謂催促を要求するの權の性質に差異す恰かも本法中保証人に與ふる所の檢索要求權に該當するものと知らざるへからず語を換へて之れを云へば英國法にては債権者より請求を受くるの前に保証人に催促要求權あることを認むるも檢索要求權を認めず本法には檢索要求權あるを認めて催促要求權あるを認めざるのみ本法其の所謂檢索要求權は債権者より請求を受けたる後に行ふことを得るものとはなすあり而して檢索要求權と外にして尙ほ保証人には抗辯權あり故に今保証人か債権者に對する權利と反覆明示せば左の如し但し抗辯權は純粹に債権者より辨償の請求を受けたる後に保証人の有すべき權利に屬すべきなり

一 檢索要求權

二 抗辯權

是れなり仍て是れより追次此の二種の權利に付講述すへし

(一) 檢索要求權

保證人か債權者に對して有する檢索要求權とは本法第十九條乃至第二十二條に於て之を規定したり抑も檢索要求權とは保證人に於て先づ主たる債務者の財産にして債務の辨濟に充つべきものあれば之れを指示し檢索の上賣却せしむるまを債權者に要求するの權なり斯くの如き權利を保證人に付與する所以のものは他多し保證人は主たる債務者の爲めに迷惑の位置に立つものたれば主たる債務者にして若し多少の財産を有する已上は成るべく其の財産を以て債務の辨濟に充てせしめ不足あるときはみに保證人を以て其の不足を補償せしむることいなし以て保證人を保護せんとするに在るなり斯くの如く夫れ保證人の檢索要求權を有すと雖も其の權利を實施するに當ては種々の制限及び條件のあるありて存す

故に本法は其の第十九條に規定して曰く
保○証○人○は○右○の○外○下○の○制○限○及○び○條○件○に○從○ひ○債○權○者○か○豫○め○債○務○者○の○財○産○を○檢○索○し○て○之○れ○を○賣○ら○し○む○る○こ○と○を○債○權○者○よ○求○求○す○る○こ○と○と○得○

と此の法文自身に於ては聊か明瞭を欠くの嫌ひなきにあらすと雖も其の精神に至りては保證人は主たる債務の期限到着したるとき又は債務者より辨濟の要求を受けたるときは或る制限及び條件に従ひ先づ檢索を要求するの權利ありとの主意に外ならざること明なり然らば即ち何にか故に此の法文の明瞭を欠く所あるやと云は、此の法文に據るときは檢索要求權は保證人か債權者より辨濟の要求を受けたる後に有する權利なるや將た又辨濟の要求を受けずとも尙ほ此の權利を主張すると得るや甚だ明かならざればあり而して法文中右の外下の制限及び條件とある其の所謂右の外とは第八條第一項に規定する所の債權者は債務者に義務履行の催告を爲したるも其の効果あらざりしことの證據と示さずして之を訴追することと得ずとあるの外と云ふの意たること疑ひなかるへし然るに債權者か保證人に對し辨

濟を要求するに當り催告の効果あらざりしことの證據を示すを要するは即ち保證人に對し要求をなすの前に於て債權者の履行すべき手續に過ぎざることとは余既に之れと述べたり債權者か此の手續と履行せざるべからざるは保証なる契約の性質の然らしむる所にして保証人か債權者に對する檢索要求權に何等の關係あるものにあらざるなりたどひ又この第一項をば保証人の方より觀察し保証人は債權者より催告を爲し其の効果あらざりしなどの證據を示されずして訴追せらるゝことなしと云ひたればとて檢索要求權に關する制限とも又の條件とも之れを爲すことを得ざるに似たり立法者は何の必要ありてか第十九條の法文中右の外なる三字を加へたるにや更に其意を解すること能はざるなり

夫れ然り而して此の檢索要求權は如何なる制限及び條件に従はざるべからざるかと云ふに債權擔保編第二十一條に

檢○索○を○要○求○す○る○保○証○人○の○債○權○者○の○不○動○産○に○し○て○義○務○を○履○行○す○へ○き○控○訴○院○の○管○轄○地○内○に○在○る○も○の○を○債○權○者○に○指○示○す○る○こ○と○を○要○す

保○証○人○は○争○に○係○る○不○動○産○を○も○他○の○債○權○者○に○優○先○に○て○抵○當○と○な○り○た○る○不○動○産○を○も○訴○追○債○權○者○に○抵○當○と○爲○り○た○る○不○動○産○に○し○て○第○三○所○持○者○の○手○に○存○す○る○も○の○を○指○示○す○る○こ○と○を○得○す
債○務○者○に○屬○す○る○不○動○産○に○付○て○は○債○務○者○之○を○物○上○擔○保○と○し○て○既○よ○債○權○者○に○供○した○る○と○き○に○非○さ○れ○ば○保○証○人○其○檢○索○を○要○求○す○る○も○と○を○得○す

とあるは即ち是れ檢索要求權に付ての制限ありとす而して此の制限は保證人か債權者に檢索を要求するに當り指示すべき財産に關するものたり今本條の規定する所に從ひ此の制限を分拆するときは不動産に付ての制限と動産に付ての制限の二種に大別することを得へし

一、不動産に付ての制限

保証人か債權者に對し檢索を要求するに當り指示し得べき不動産の義務を履行すへき控訴院の管轄地内に在るものたるを要すとは即ち第二十一條第一項の規定する所なり抑も保証人か指示し得べき不動産所在地の範圍はを義務を履行すへき控訴院の管轄地内と定めたる所以のもの、他、な

ら、其の範圍廣きに失するときは債權者か之れを檢索して公賣に附するに非常の困難を受けざるべからずされはとて又其の範圍狭まきよ失するときは保証人か檢索要求權に依て受くべき利益を薄小ならしむるか故に其の中間を取りたるのみ例へは債權者は東京に在る保証人より北海道に於て債務權か有する所の土地を指示したりとせんか債權者は自から北海道に赴くか又は代理人を派遣し其の土地を檢索して之れを公賣に附せしむるの手續となさるべからず其の費用と云ひ其の困難と云ひ實に巨大なるは言を俟たず斯くの如く巨大の費用と困難あるに拘らず保証人の何れの場所に在る不動産にても之れを指示して債權者をして檢索せしむることを得へしとなすときは保証人の利益は爲めに大なるも債權者は爲めに非常の困難損失を受けざるべからざるの結果を生し法律か保証人及び債權者に對する保護の權衡と失するものとなさるべからず然るに之れに反して例へは保証人の指示し得べき不動産所在地の區域とは僅かに東京中の一區二郡内に限ることありとせんか債權者に取りては甚さ便利

なりと雖も保証人に取りては頗る不利益にして法律か檢索要求權を付與するも殆ど其の効なきの結果を生すべしされは本法の之れを折衷し其の範圍を義務を履行すべき控訴院の管轄地内に限るに至りたるに蓋し疑ひなかるべきなり而して茲に一の注意すべきは他ならず債權者か債務者より抵當に取りたる不動産にして此の管轄區域外に在るものをも保証人の尙ほ指示することを得ざるや否やの問題是れなり蓋し債權者か債務者よき抵當に取りたる不動産と雖も此の管轄區域外に在るものは保証人より之れを指示することを得ざるは勿論なるべし何となれば既に之れを指示することを許すときは物上擔保たる抵當の外尙ほ對人擔保たる保証を立てせしめたるの精神に矛盾すべければなり然れども或る論者は曰く成程法典の明文に據るときは斯くの如く論決せざるを得ざるに似たりと雖も亦一方より云へは債權者か物上擔保たる抵當の外尙ほ對人擔保たる保証を立てせしめたるは物上擔保あるも之れを檢索するに手數と要するか如きことある場合の用意にはあらずして物上擔保のみにては債務辨済に

不足を生ずるやを計り難きを慮りての用意たるに外ならず此の故に物上擔保あるときは債務者が義務を履行すべき場所時に或は二つに分かるゝことありとなさるへからざるなり即ち義務を尋常に履行すべき場所は甲控訴院の管轄地内なるも主たる債務者にして若し其の義務を尋常に履行せざるときは其の之れを履行すべき場所は物上擔保の所在地なる乙控訴院の管轄地内に變するものとなさるへからず然らざれば却て債權者が對人擔保たる保証の外物上擔保たる抵當を取りたるの精神に矛盾すへしされん法文中保証人にして債務者の不動産を指示するとき其の不動産は義務を履行すべき控訴院の管轄地内に在るものたるを要すといふも其の所謂義務を履行すべき控訴院の管轄地は債權者が債務者より抵當に取りたる不動産あるときは二つに分かるゝことあるへしと解釋するを以て至當といはずべきなりと此の第二論者の説亦た一理なきにあらざるか如きも物上擔保所在地を以て義務の履行地なりとるすは聊か穩當を欠くの説たるのみならず本法の精神にあらざるなり

右の如く夫れ保証人の指示し得べき不動産所在地の範圍をは義務を履行すべき控訴院の管轄地内に限るとは云ふものゝ其の管轄地内に在る所の債務者の不動産は其の何たるを問はず之れを指示することを得るやと云ふに之れには又自かゝ制限の存するものあり即ち第二十一條第二項の規定是れなり其の要左の如し

(甲) 争に係る不動産は之れを指示するを得ること

争に係る不動産とは即ち債務者と他人との間に所有權の有無に關し争ひあるか又ハ所有權の誰れに歸すべきや未だ決せざるか如き不動産例へは解散後未だ精算中なる會社の不動産の如きを云ふなり是等の不動産は之れを保証人に於て債權者に指示するも後に至りて債務者に所有權なきことの決定したるときハ折角に債權者が檢索に費やしたる所の費用勞力も全く水泡に歸するの結果を生ずるか故に斯る不確定なる不動産は豫め保証人に於て指示することを得ざるものと定め置くを以て最も安全なりとす此の故に保証人に於ては争ひに係る不動産たるこ

とを知らずして之れを指示することありとも債権者に於て之れを知り居るときに其の檢索の要求に應ずるの義務なきに勿論たり若し又保証人に於て其の争ひに係るものたることを知りながら之れを指示し債権者は其の事實を知らず檢索をなし爲めに損害を蒙るに至りたるときは保証人の之れに賠償の責に任せざるべからざるなり然らば保証人及び債権者共に其の争ひに係るものたることを知らずして保証人の指示に依り債権者之れを檢索をなし爲めに損害を受くるに至りたるときは如何あるべきかと云ふに此の場合に於ても亦保証人は其の損害賠償の責に任すべきは言を俟たず何となれば保証人は斯る不動産を指示することを得ざるものなればなり

(乙) 他の債権者に優先にて抵當となりたる不動産は之れを指示するを得ざるも、保証人に對して訴追したる債権者己外の債権者に優先にて抵當となりたる不動産は其の性質價格の如何に據りては優先権ある債権者に對す

る債務を辨濟し尙ほ餘剩あるとなしとせされり之れを指示することを得せしむるも敢て差支へなきに似たりと雖も又反對より觀察するとき更に餘剰なきまじも之れなしとせず果して然らば保證人をして之れを指示することを得せしむるも其の果して檢索の効あるや否や甚た不確定なるものと謂はざるべからず況んや現に他人が優先にて抵當に取り居るものたる已上は之れを檢索して直ちに賣却せしむるか如きこととありし得ざるも於ておや是れ即ち他の債権者より優先にて抵當となりたる不動産の之れを指示することを許さざる所以なり然れとも佛國民法は其の第二千二十三條第二項に於て他の債権者に抵當となりたる不動産と雖も之れを指示することを得せしむるものゝ如し而して保証人に於て之れを指示し債権者爲めに損害を受けたる場合に於ける處分の方法は即ち(甲)の末尾に論定したる所と異なることなし

(丙) 訴追債権者に抵當となりたる不動産にして第三所持者の手より存するものは之れを指示するを得ること

此の制限は主として本法第七十條の規定に連絡するものと謂はさるへからず即ち該條に曰く主として抵當債務の責に任せざる第三所持者の訴追債權者に對し同一債務の爲めに抵當となりたる他の不動産を檢索して之れを賣却せしめんと求むることを得とあり即ち訴追債權者に抵當となりたる不動産なるも債務者が既に第三者と譲り渡して現に第三者の所持に在るか如き場合に於ての訴追債權者は爲めに抵當權たる物權を失ふことなしと雖も保証人よりの指示に據り之れを檢索をなすときは時に或は第三所持者より右第七十條の規定に依りて他の不動産の檢索を要求せらるゝことなしとせず果して然るときは債權者は保証人よりの指示ありたるを拘はらず同一の債務の爲めは抵當となりたる他の不動産を檢索し之れを賣却せしめたる後にあらざれば第三所持者に對し檢索を行ふことを得ることとなりて其の不利益實に謂ふべからざるものあるのみならず抵當の外別に保証人を立てせしめたるの効は殆んど之れなきに至ることなしとせず此の故に斯かる不動産の豫

め保証人をして之れを指示することを得さらしむを以て至當とはならず而して保証人に於て尙ほこれを指示し爲めに債權者に損失ありたる場合に於ける處分の方法は(甲)の末尾に論定したる所と異なることなし

二 動産に付ての制限

動産に付ての制限は即ち第二十一條第三項の規定にして動産は債務者より債權者に物上擔保として供しうるもの、外の保証人に於て之れを指示することを許さざるなり是れ畢竟動産は之れを轉々するに容易なるものたれば或は債務者に於て之れを隱匿することもあるべく或は昨日までは債務者が有したるものなるも今日は既に他人の有に歸し居るもの等のありて保証人よりの指示に依り債權者か之れを檢索するも只費用と手数を費やすのみにして更に其の効あらざる場合を生し易ければなり然れども債權者に物上擔保として供し居るものなるときは既に特定しあつて右の如き憂なきこと勿論たれば保証人をして之れを指示するを得せしむ

るも更に差支へなかるべきなり此の故に債務者の動産は其の義務を履行すへき控訴院の管轄地内に在るものと否を問はず債権者に物上擔保として供し居るものを除くの外に保証人に於て之れを指示することを得ざるものと知らざるべからず尤も佛國民法第二千二十三條第二項の規定に據れり保証人が指示し得る財産は何も不動産動産に依て區別なきものゝ如し

又債權擔保篇第二十二條に

保証人は明示又は默示にて財産檢索の利益を拋棄し又は主たる債務者と連帶して義務を負擔したるときは檢索の利益を受けず
總ての場合に於て保証人は主たる債務者の基本を争ふ前に檢索の利益を以て債権者と對抗せざりしときは其利益を失ふ

とるは即ち檢索要求權に付ての條件なりとす今本條の規定を他の點より觀察する時は保証人にして債権者に對し檢索要求權を主張するには

一、檢索の利益を拋棄せざることを

二、主たる債務者と連帶にて義務を負擔せざることを

三、主たる債務の基本を争ふ前に於てすること

の三條件を具備せざるべからずと云ふに在りとす仍て是れより此の三條件に付追次其の概要を講述すへし

一 檢索の利益を拋棄せざること

抑も檢索要求權に既に述べたる如く保証人に屬する一種の權利なる已上は其の權利者たる保証人に於て之れを拋棄せんと欲せば固より其の自由たり然れども既に一旦拋棄したる已上は最早之れを利用することを得ざるは勿論なりとす然り而して其の之れを拋棄するには明示の場合あり或は默示の場合ありて一定せずと雖も實際に於ては明示を以て拋棄するを通常とはなすなり何にか故に明示を以て拋棄する方却て實際に多きやと云ふに保証人に於て檢索要求權を實行せらるゝは債権者に取りて甚だ不利益なるよりして保證契約の成立する際債権者は保証人をして此の權利を拋棄せしむること通常あるか故なりされは佛國

の例に因りて之れを見るも實際保証人か債権者に對して此の權利と主張したる場合甚た少なしと雖も兎に角に此の權利を主張するにハ明示にても又ハ默示にても之れを拋棄したるとなき場合あらざる可らず

二、主たる債務者と連帯にて義務を負擔せざることを保証人にして主たる債務者と連帯にて義務を負ふときハ保証人とは云ふもの、債務者に對しては正さしく主たる債権者と同等の位置に立つものたれば檢索の利益と主張することを得ずして直ちに債権者の要求に應せざるへからざるなり語を換へて云へば保証人か主たる債務者と連帯にて義務を負ふときは即ち連帯共同債務者と同一の位置に立つものなれば從いて檢索の利益を主張することを得すと云ふに在り去りならず主たる債務者と連帯にて義務を負ふる保証人の何れの点に於ても連帯共同債務者と同一の規則に依り之れを支配すと云ふにはあらざるなり故に例へば甲者あり乙者に對し若干の債務を負ひ丙者は之れか保証人となり甲者と連帯にて義務を負擔することを約したり然るに期

限到着するも之れを辨濟せざるに因り乙者のハ甲者及び丙者を相手取りて出訴したりとせんか此の場合に於て丙者は乙者に對し其の義務を辨濟することあるも其の實甲者の債務に就ての保証人なるか故に其の自か乙者に辨濟したるものは又甲者より之れか辨濟を受くることを得へきは勿論通常の保証人に於けると同じく主たる債務者たる甲者の負擔する義務よりも重且大なる義務に服すること能はざるのみならず甲者にして無能力者たるも其の無能力者たることを知らざりしときは丙者は其の義務を免かるゝを得へきあり是れ即ち共同連帯債務者と異なる要點なりとす何んとなれば若し丙者にして甲者と連帯共同の債務者なる時はたとひ丙者獨り乙者に債務の全部を辨濟するも甲者に對しては自己の負擔すべき部分を除きたる殘餘のものにあらざれば之れか辨濟を請求することを得ず又甲者か無能力者たりとも其の無能力を主張して義務を取消すことを得るは甲者のみにして共同連帯者の一人たる丙者は之れを取消すことを得されはなり

三 主たる債務の基本を争ふ前に於てすること
 主たる債務の基本と争ふとは主たる義務の組成若くは其の消滅に付て争ひをなすを云ふなり何にか故に保証人は主たる債務の基本を争ふの前に在らざれば債権者に對して檢索の要求を爲すことを得ざるか蓋し是れ保証人たるものに於て一たび主たる債務の基本に付き争ひを始むる以上は即ち主たる債務の不成立若くは消滅を主張するものなるに
 より取りも直さず債務者のなきことと主張するものと謂はざるへからず主たる債務者既よなきことを主張するものをして債権者に對し主たる債務者の財産檢索のとを要求するを得せしむべき等なければなり
 語と換へて之れを云へば主たる債務の基本に付て争ひをなす以上の檢索の利益を拋棄したるものと見做すに在りとす此の故に第二十條第二項の法文に總ての場合に於て保証人は主たる債務の基本を争ふ前に檢索の利益を以て債権者に對抗せざりしときは其の利益を失ふとあるは取りも直さず保証人は主たる義務の基本に付ての争ひを爲しつゝ、債権

者に對して檢索の利益を主張することを得すとの主意に外ならざるなり去りなから保証人たる者に於て保証の成立不成立に付争ひをなすか如きは即ち自己の義務の成立不成立に付て争ふものなれば何も主たる債務に關係なきか故に之れか争ひを爲したる後に於ても尙ほ檢索の要求を爲すことを得べきは勿論なり

右の即ち保証人が檢索要求權を主張するに付て法律の定めざる條件なり故に苟も是れ等の條件を具備するにあらざれば保証人は其の檢索の利益を失ふべきなり夫れ然り而して法文中には別に之れを明示せずと雖も右等條件を具備せざる場合を外にして尙ほ保証人が檢索の利益を失ふ場合なしとせざるなりとは如何なる場合あるやを云ふに

- 一 主たる債務者が顯然たる無資力の狀況に在る場合
- 二 保証人が主たる債務者の相續人となりたる場合
- 三 主たる債務者が破産の宣告を受けたる場合
- 四 主たる債務者の行衛不分明なる場合

等是れなり蓋し第一の場合に在りては保証人か檢索の利益を主張せんと欲するも指示すへき財産なきか故に當然其の利益を失ふものと謂はざるへからず第二の場合に在りては保証人か權利義務を其の一身に引継きたるものなるか故に保証人か檢索の利益を失ひたりと云はんより寧ろ其の權利の消滅したるものと云ふ方適實なるへき歟何となれば保證人か主たる債務者の相續人となりたると同時に保證人たる資格消滅したる者なればなり第三及び第四の場合に在りては保証人は檢索の利益を失ひたると斷言するを得るや否や自ら疑問たらざるを得ずと雖主たる債務者よして行術不分明ある以上はたとひ保証人か其財産を指示し檢索を要求するも如何とも之か處分を爲すに方法なかるへく又破産の宣告を受けたる者の財産は管財人に移りたる者あれば保証人に於て其財産と指示するとあるも債權者の如何ともなす可らざる者たりされば是等の場合に於ても保証人は檢索の利益を失ひたる者と謂ふて敢て差支へなきに似たり況や是等の場合に於ては法律の催告を爲すを要

せず直ちに保証人に對して要求するよとを許す程なるに於ておや已上述へたるか如く保証人は法律の定むる條件及び制限に従ひて債權者に對して檢索を要求するの權利あり檢索の要求は既に保証人の權利たる以上は債權者にして其の要求を受けたるときは其の要求に従ひて檢索を行ふの義務あるは勿論にして債權は決して之れを怠るへらざるなり然るに時に或は債權者に於て保証人よる檢索の要求を受けなから之れを怠りて檢索を行はず其の間に主たる債務者は無資力と爲りて保証人は爲めに受くへき利益も之れを受くる能はざるに至ることなしとせず是を以て本法は其の第二十二條に債權者檢索の有効なる對抗を受け其の檢索を爲すことを怠りて債務者其後無資力と爲りたるるときは保證人の債權者の檢索に因り得へかりし金額に満るにまで其義務を免かる

とは規定しふり即ち保証人より檢索の要求を受けなから之れを怠りて其の間に主たる債務者無資力となりたる場合には債權者は保証人に對して

義務全部の要求を爲すことを得ずして保証人は檢索に因り債権者の得へかりし金額に付ては其の義務を免るゝことを得へきなり蓋し債務者の懈怠より生したる結果たるに外ならされはなり今一例を擧げて此の場合を明かにせんに例へは二萬圓の債務あり保証人は義務を履行すへき控訴院の管轄地内に在る主たる債務者の不動産にして一萬圓の價格あるものを指示し檢索を要求したるに債務者は怠りて其檢索を爲さず其間に主たる債権者は無資力となりたりとせんか債務者は保証人に對し殘額一萬圓の辨濟のみの外之れと請求することを得ざるゝ如きは是れなり

二、抗辯權

保証人が債権者に對して有する抗辯權のことは本法第二十四條及び第二十五條に於て之れを規定したり而して此の抗辯權に二種あり一を延期抗辯權と云ひ二を基本抗辯權と云ふ余は先づ是れより延期抗辯權のことを講述し然る後基本抗辯權のことに及ふへし

一、延期抗辯權

抑も延期抗辯權とは保証人に於て債権者より義務辨濟の要求を受けたるとき主たる債務者をして其の訴訟に参加せしむるゝ爲め債権者に對し訴訟の中止を要求するの權なり蓋し保証人なる者は債権者に對しては主たる債務者の擔保人にして而して主たる債務者に對しては被擔保人の位置に在るものなり即ち反對より云へば主たる債務者の保証人に對しては擔保人たるなり然らば則ち何にか故に保証人の債権者に對しては主たる債務者の擔保人たるか曰く主たる債務者に於て債権者に對し其の義務を履行せざる場合に在りては保証人たるもの之れに代りて其義務を履行せざる可らされはなり又何にか故に主たる債務者は保証人に對しては擔保人たるか曰く保証人が主たる債務者に代りて辨濟したる者は主たる債務者に對て之れを保証人に辨償せざる可さらるものたれの債権者より保証人に對する訴訟は自から及ふへき丈けは之れを豫防せざるへからされはなり斯くの如く夫れ保証人は債権者に對して主たる債務者の擔保人たると同時に主たる債務者に對しては被擔保人の位置に在る者なれば法律は保証人

の爲めに主たる債務者をして其の擔保の實を盡くさしめざるへからず其の之れを盡くさしむる道は他ならず債權者より訴訟を受けたるとき之れをして其の訴訟に参加せしめ先づ第一着に債權者に對し答辯方法を盡くさしむるに在り斯くの如くなすとき保証人は爲めに如何ある利益を得へきやと云ふに主たる債務者の債權者に對して保証人の有せざる所の抗辯方法を有するとなしとせず斯る場合に於ては保証人の爲めに無限の利益を享くるの希望あるなり又たとひ主たる債務者に於て別段の抗辯方法を有せずして保証人は其の訴訟に付敗訴となり債權者に對し義務を辨償すへき裁判を受くるも主たる債務者にして参加せる時には亦同時に主たる債務者に對し保証人が債權者に辨償したる者を保証人に辨償すへき宣告となさしむるを得へきあり然れども保証人は於て主たる債務者をして訴訟に参加せしめんと欲せば相當の時日と必要となすと勿論あるか故に其の時日丈けは債權者に對して訴訟を中止するの要求を爲すを得せしめざるへからず是れ即ち保証人に延期抗辯權のある所以なりとす

夫れ然り而して保証人は於て以上述べたる所の延期抗辯を爲すには茲に一の條件の附隨するものありて存すその他ならず延期抗辯は基本に付ての抗辯以前に之れを爲さざる可からざることは是れなり蓋し基本に付ての抗辯は前述したるか如く主たる債務の不成立若くは消滅を主張するものなるに因り取りも直さず主たる債務者のなきことを主張するものなれば一たび基本に付ての抗辯を爲したる己上は延期に付ての抗辯を爲し其の利益を受くることを得せしめざるなり然り而して茲に一の問題たらざるを得ざるものありそは延期抗辯と基本抗辯とを同時に爲したるときは即ち同一の答辯書中に於て此の兩抗辯を併記して提出したるときは如何と云ふに在り例へは同一の答辯書中に本件の既に出訴期限の経過したるものなれば従ひて辨償の義務なきことと抗辯しなから併せてたとひ出訴期限を経過せざるとするも主たる債務者をして参加せしめざるへからざるの答辯を記入せる場合の如き是れなり延期抗辯は基本に付ての抗辯をなすの以前に提出するを要する以上と其之れを共に抗辯するに於ては其の効

力なきものと見做すべきか將さ又抗辯者の利益を計り先づ延期抗辯を採
るべきか思ふに裁判所は抗辯者の利益を計り先づ延期抗辯を以て至當と
なすか如し

抑も延期抗辯権は一種の手續上と關するものなりと雖も保証人に取りて
は一の重大なる権利あること疑ふへからず此の故に保証人が訴追をなし
たる債権者に對し財産檢索の利益を以て對抗したると否と問はず分別
の利益を受くると或は其の利益を放抛したるとに拘はらず之れを要求す
るを妨げざるなり即ち本法第二十四條に
保○証○人○は○檢○索○の○利○益○を○用○ひ○た○る○と○否○と○分○別○の○利○益○を○享○く○と○否○と○を○問
は○す○訴○追○を○受○け○た○る○と○き○に○第○二○十○九○條○に○明○示○し○た○る○目○的○を○以○て○債○務○者
を○訴○訟○に○參○加○せ○し○む○る○爲○め○基○本○に○付○て○の○答○辯○前○に○民○事○訴○訟○法○に○定○め○た
る○方○式○及○び○條○件○に○從○ひ○延○期○抗○辯○を○以○て○債○権○者○に○對○抗○す○る○こ○と○を○得○と○あ
るに前述の主意たるに外ならざること知るべきなり

三基本抗辯権

保證人が債権者に對する基本抗辯権と關しては本法の其の第二十五條に
規定して曰く
保○証○人○が○基○本○に○付○て○答○辯○す○る○と○き○は○主○た○る○債○務○の○組○成○又○は○其○消○滅○よ○り
生○ず○る○抗○辯○を○以○て○債○権○者○に○對○抗○す○る○こ○と○を○得○
保○証○人○は○債○務○を○保○証○す○る○に○當○り○債○務○者○の○無○能○力○又○は○其○承○諾○の○瑕○疵○を○知
ら○ざ○り○し○と○き○は○此○等○の○事○項○よ○り○生○ず○る○無○効○の○理○由○を○以○て○對○抗○す○る○こ○と
を○得○

と蓋し本條第一項は保証人が債権者より訴追せられたるとき主たる債務
の成立せざること若くは一たひ成立したるも既に消滅に歸したることを
理由として抗辯するの権利あることを規定し其の第二項は保証人に於て
保証を爲すの際主たる債務者が無能力なるか又は其の承諾に瑕疵ありし
ことを知らざりしときに限り是れ等の事項より生ずる主たる債務の無効
を理由として抗辯するの権利あることを規定したるものなり簡單云へ
は第一項は主たる債務其れ自身に付ての抗辯にして第二項は主たる債務

者其の人に付ての抗辯權を規定したるものなりとす蓋し余か既に述べたるか如く保証なる契約は即ち従たる契約なるか故に主たる契約と常に其の運命を共にし主たる契約にして成立せざるか又は既に消滅に歸したるときは保証ある契約も從ひて又成立せざるか又たの消滅に歸するに至らざるを得ざるは當然たりすなほち本法第四十六條にも保証の主たる義務消滅の總ての原因に由りて間接に消滅すと之れあるなり此の故に主たる義務の成立したるや否や又は消滅したるや否やは一に保証なる契約に其の影響を及ぼさざるはなし既に保証なる契約に其の影響を及ぼす已上は保証人が主たる債務の基本と付て抗辯を爲すと得るは固より當然なるのみならず從は主に從ふの原理よりして其の主たる債務者が債權者に對して爲すを得る所の抗辯は保証人に於ても同しく之れを爲すことを得べきなり語を換へて云へば保証人は是れ等の抗辯方法あるは保証なる契約の性質上然らざるを得ざる者たるなりされは本法第三十八條も保証人にして是れ等の抗辯方法あることを知りなから之れを用ゐざるときは

後に至り債務者に對して求償するも當りて不幸を招くことあるの規定を示せり

借て又た保証人が保証を爲すの際主たる債務者の無能力又たは其の承諾の瑕疵を知らざるときに限り是れ等の事項より生ずる無効を以て抗辯することを得とは則ち保証人か一の債務の保証を爲すに當り主たる債務者は未成年者にてありしことを知らず又たは強暴錯誤等の爲めに承諾に瑕疵ありしことを知らずして保証を爲したるときは之れを抗辯の理由となして債務者に對抗することを得へしと云ふの意なりとす蓋し主たる債務者にして無能力なるか又たは強暴錯誤等に依りて承諾に瑕疵あるとき其の契約の取消し得べきものとなるは皆な諸君の既に知る所なり主たる契約にして取消されて無効となるに於ては則ち従たる保証の契約も從て消滅すべきは當然たり何となれば余か屢々述べたるか如く従たる契約は主たる契約と其の運命を共にすべきものたればなり然るは則ち保証人に於て是れ等の事項より生ずる無効を以て債權者に對抗することを得る

は保証なる契約の性質上然らざるを得ざるものと謂はざるへからず夫れ然り然りと雖も本法には凡そ取消し得べき契約の契約其れ自身に於て無効なるにはあらずして債務者より之れを取消すに依りて初めて無効となるものたれば保証人に於て其保証を爲すの際斯る危険ある契約なることを知り居りたるときは取りも直さず其の危険を自ら擔保したるものなるか故に之れを以て抗辯の理由と爲すへからざるものとなせり語を換へて云へば斯る場合に在りてはたとひ裁判上取消さるゝとあるも保証として有効とせざるに在り此の事に付ては余既に本法第九條第二項の講義をなしたる時に之を述べたり去るにても第九條の第二項には單に無能力者の場合のみを規定したるに本條には其の範圍を廣くして債務者の無能力又たは其の承諾の瑕疵と知れたるときは之れを以て抗辯の理由となすへからざることを裏面に示したるの不思議なり其れは兎もあれ此の抗辯たる矢張り歸する所主たる債務の基本に關する抗辯なるを以て特に之れを第二十五條の第二項に規定せすと其の第一項に包含せし

むるも敢て差支へなきに似たりと雖も尙ほ之れを別項となしたる所以のもの他ならず第一項に規定するところのものとの性質大に異なるものありて一は主たる契約の當然無効なる場合を包含せしめ一は取消されたるに由りて無効となる場合を屬するのみならず保証人が保証を爲すに當り其無効となるべき原因を知り居りたると否とに因りて大に其の効果を異にせしむるの必要あればなり元來佛國民法第二千三十六條に據るときに此の第二項に規定する所の抗辯を許さざるか如し去りなから其の之れを許さざるの理由に至りては甚だ乏しきか故に本法に即ち第二項の如く規定したるものなりとのことなり

論者或は曰く第二十五條の第二項に於ける規定にして矢張り主たる債務に關するの抗辯なりとなすときは第一項のみの規定を以て既に足れりとなすへし第二項の規定の如きは特に之れを示すを要せざるなり此の故に此の第二項は主たる債務に關する抗辯權を規定したるにあらざして保証契約其れ自身に關する抗辯權を規定したるものなり殊に法文中にも保證

人は債務を保証するに當り云々となりて正さしく保証契約の組成に關して抗辯を許容したるものなること明なり又第一項には單に主たる債務の組成又は其の消滅より生ずる抗辯とのみありて保証契約の組成又は其の消滅より生ずる抗辯のことを規定せず頗る不當と謂はざるべからざるなりと然れども是れ論者か一を知りて未だ其の二と知らざるより結果したるの説のみ保証人か保証契約の組成又其の消滅より生ずる抗辯を以て債權者に對抗することを得るは取りも直さず自ら負擔する所の義務に關して抗辯するものなるか故に當然のことに屬し敢て法律の規定を必要となさざるなりたどひ之れを必要となすも本法に規定すべきものにあらず通常契約のことを規定せる場所も於てすべきことに屬すべし故に我が法典は之れを本法に規定せずして通常契約の場合に適用すべき規則を以て支配せんとしたるのみ是れ至當のことと謂つべきなり而して其の主たる債務に關する抗辯權のことを規定したるは全く保證人か自から負擔する所の義務に關して抗辯するにあらずして他人即ち主たる債務者の負擔

する所の義務も關する抗辯權なるか故たるのみ從ひて第二項に規定する所も保證契約其れ自身に關するものにあらずして全く主たる債務に關する抗辯權たるに外ならざること明なり然かれとも保證人の自己の無能力又は承諾の瑕疵を原由として抗辯することを得るかと云へん決して然るに在らず既に述べたるか如く當然のことに屬するを以て敢て法律の規定を要せず通常契約の場合に適用すべき規則を以て支配すべきことなるか故に本法は之れを規定せざるに過ぎず

只此の第二項の規定に關し一の疑題たらざるを得ざるものあるは他ならず保證人は主たる債務者の自己の無能力又は承諾の瑕疵に原由する契約取消しの權利を拋棄したる時に於ても尙ほ此抗辯權を有するや將た又主たる債務者に於て其の權利を拋棄したる時は保證人は之れと同時に此の抗辯權を失ひたるものとなすやの問題是れなり固より主たる債務者か此の權利を拋棄するは自己の損失なるか故に實際上其の之れか拋棄をなすか如きことあるは甚だ稀なるべしと雖も素是れ自己の權利も屬するか

故に之を抛棄せんと欲せし抛棄し得ざるに在らざれば斯くの如き問題の生ずる場合全く之れなしとせざるへし若し斯る問題を生じたる場合には如何に之れを決定すべきか豫め論究を要せざるへからず然れども是れ決して難問なるにあらざりして保證人か有する所の此の抗辯權の性質を聊か吟味せんに之れか答をなすに難からざるを知るなり今夫れ輕々に看過するときは保證人か有する所の此の抗辯權の主たる債務者に由來するものなるか故に主たる債務者に於て取消しの權利を抛棄するに於ては保證人も從て其の抗辯權を失ふものたるの感なきを得ざるへしと雖も保證人の此の抗辯權たるや予か既に述べたるか如く保證なる契約の性質に起因し保證人の保證と爲すと同時に之に屬する所の權利にして決して保證人か債務者の權利を利用するものにあらざるなりされは保證人に屬する此の權利は債務者の所爲に因りて以て消滅すべきものにあらざるは勿論のことと謂はざるへからず此の故に主たる債務者にして取消しの權利を抛棄すると、も保證人には更に其の害を及ぼす者に非すと知るべきなり

第三項 共同保證人か債權者に對する負擔の方法

一の債務の爲めに數人の保證人あるときは其各保證人か債權者よ對する負擔の方法は如何あるべきやと云ふに本法は其の第二十三條に

一人の債務者の爲め數人の保證人あるときは債務の均一にて當然其間に分たると不均一にて分別することを定め又は其保證人か或は債務者と共に或は各自の間に連帶して義務を負担し若くは其他の方法にて分別を抛棄したるときは此限に在らず

保證の義務の各別の證書より生ずるときと雖も分別の利益は存在すと規定せり蓋し一人の債務者の爲め數人の保證人あるときは債務は均一とて當然其間に分たると例へば甲者あり乙者より九千圓の債務を負へり而して丙丁戊の三人之れか保證人たりしに主たる債務者たる甲者に於て約束通り一の義務を辨濟せざるか爲め債權者たる乙者は丙丁戊の三人の保證人に對して辨濟を請求したりとせんか丙丁戊の三人は均一に其の義務を分別し各々三千圓宛の割を以て之れと辨濟すれば可なりと云ふの意なりとを而して均一に其の義務を分別

するは即ち法律の規定より生ずることなるか故に敢て保証人より分別の請求を爲すと要せざるなり抑も債務の分別に關しては英佛兩國の法並に本法に規定する所各々異同あるか如し即ち英國に在りては保証人の數多あるに拘はらず其の各保証人は債權者に對しては全部の債權を負擔するの義務ありて保証人相互の間に於けるの外は別に負擔額の分別を要求することを許さず又佛國民法第二千二十五條乃至第二千二十七條に在りても同様各保証人は債權者に對して全部の債務を負擔するの義務あるものとせども亦た一方に於ては保證人に債權者に對して訴權を分別して請求すべきことを求むるの權利を與へたり而して保証人の此の權利を稱して分別請求權と云へり蓋し英佛兩國の法律に於て各保証人の債權者に對しては全部の債務を負擔するの義務あるものとせざる所以のものは他ならず債權者の意思を推測し債權者一の債務に付數人の保證人を附したるは全く自己の權利を鞏固にするに在りて決して各保証人に對し其の請求すべき額を分別するか如き意思ありたるものよあらずとなせるに在り佛國法に於て保證人に分別請求權を與ふるも其の分別たるや只に債權者か有實力の保證人に對

して之れを行ふに止まりて保證人中一人の外有實力のものなきときは矢張り其の債務の全部は有實力の保証人一人のみにて之れを負擔せざるへからざることをなりて保証人中に無實力のものあるも債務者は爲めに何等の損失も之れを受くることなし只保証人より分別の要求を爲したる日より已後に無實力となりし保証人ありたるときは其の者の分擔額に關しては債權者自から其の損失に任せざるへからざるのみ
夫れ然り而して本法か債務分別のことに關しては佛國法に於けるか如く其の之れを請求するを以て保証人の權利となさず法律上當然各保証人間均々に分別されたるものとなせるの抑も如何なる理由に基ひたるものなるやと云ふに即ち既に共同債務者間に在りては債務は法律上當然其の債務者間を分別せらるゝものなる已上は同一理に由りて共同保證人間に在りても義務は法律上當然其の保証人間に分別せられざるへからず若し夫れ然らずして共同債務者間に在りては債務は當然分別せらるゝも共同保證人間に在りては當然分別せられざるものとなり矢張り各保証人に於て全部の義務を負擔するものとなすときは共同保証

人にして主たる共同債務者の保証を爲したる場合に當りては保証の義務は主たる義務より一層重大なるの結果を生ずるに至るべしと云ふに在り元來英國法に於ては既に述べたる如く保証人幾人あるに拘はらず各保証人は義務の全部を負担し債権者に對して其の訴權を分割するの請求をなすを許さざるが故に首尾相貫徹すと雖も佛國法に在りては一方には各保証人に全部の義務を負担するの責を負ふことを認めなから他方には保証人に分別請求權を附與せるを以て前後矛盾の規定となりて甚だ不都合なりと謂はざるべからず我立法者が債務分別のことに關して佛國法に依ること能はざりしも亦宜なりと謂つべし況んや共同債務者間に在りては債務は當然其の債務者間に分別せらるゝものなるに共同保証人間に在りては請求を俟つにあらざれば分別せられざるの理由なきに於てをや是れ實に本法が其第二十三條に於て共同保証人間に在りては債務は均一にて當然其の間に分たると規定するに至りたる所以なり斯くの如く夫れ共同保証人間に於ける債務分別のことに關して本法が規定する所と佛國民法の規定する所と大に差異あるよりして從ひて又其の結果に於ても双方の間異同なきを得ざるなり即

ち佛國民法に據るときは債権者より訴追を受けたる時にあらざれば共同保証人中より訴權分別の請求をなすことを得ず語を換へて云へば債権者より訴追を受けたる已上の共同保証人への何れも未だ訴權分別の請求をなすの權利なきなりされば其の請求をなさざる前に當り共同保証人中は無資力となりたるものあるときは其の危険についての責は他の共同保証人に於て之れに任せざるべからずと雖も本法は前述の如く債務を以て共同保証人間に初めより均一に分別せられたるものと爲すか故に共同保証人中に無資力の者を生ずることあるも其の危険も付ての責は債権者に於て之れを任すべくして他の共同保証人への更に何等の影響をも及ぼすことなく矢張り當初より負擔せる債務の額のみにて其の責に任すれば可なりとなす例へば甲乙丙の共同保証人あり各自の分擔額二千圓宛にして而して未だ其の義務を辨濟せざる内甲者は無資力なりとせんか即ち甲者の分擔額なる二千圓は債権者の損失を歸し乙丙の當初よりの分擔額通りに二千圓宛を辨濟すれば可なるか如し然れども此の事に關しては余は大に異論あるを以て後に至りて論述すべきなり

本法か一人の債務者の爲め數人の保証人あるときは債務の均一にて當然其の間に分たるとの規定をなしたるの理由及び此の規定より生ずる所の結果は余か已上に於て講述したる所に依りて諸君は其の大意を了解することを得られたることならん斯くの如く夫れ一人の債務者の爲め數人の保証人あるときは債務は均一にて當然其の間に分たると者となしたる已上はたゞひ各保証人のなしたる保証か各別の証書を依りて成立し相互に同一の債務に付保証人たることを知らざる場合と雖も亦其の證書に日附の前後ある場合と雖も更に區別を生ずることなくして債務は矢張り當然其の間に分たるとのたること勿論たり即ち例へば是れまては一の債務に付き甲乙二人の保証人ありたるに更に別の證書を以て丙者を保証人となしたることあるときいたゞひ甲乙の丙者か保証人となりしことを知らざるも亦甲乙か保証人となりたる時日と丙者か保証人となりたるの時日と前後の差違あるも是れ等のことには何等の關係なく苟も同一の債務に付ての保証人たる已上の取りも直さず共同保証人なるに故に其の債務は甲乙丙の間に均一にて當然分別せられたるものといふすなり語を換へて云へば其の債務は甲乙丙

の三人にて各々均一の割合を以て分擔すべきものといふなるあり然り而して第二十三條第二項の規定する所は單に保證の義務が各別の證書より生ずる場合と雖も分別の利益は存在するものあることのみを示すに過ぎざるも保證義務の體様に於て相互に差違ある場合と雖も亦た同様なりと知るべし即ち前例に於て甲は條件附帶の保證をなし乙は期限附帶の保證をなし丙は單純の保證を約したるか如き場合も債務が均一に分別せらるゝの點に於ては更に異なることなきは勿論たり

夫れ然り然るに茲に共同保証人中の一人か其の保證契約の基本に付抗辯をなし其の契約の無効に歸したるか如き又本法第九條の規定せる所に據り共同保証人中の一人は其の保證をなすの際債務者の無能力者たることを知り居りたるも一人は之れを知らざりしに依り主たる義務が裁判上にて取消されたと共に其の一人の保證契約も無効に歸したるか如き場合又は第十二條第二項に據り共同保証人中の一人か債權者に對抗し其の保證契約の無効に歸したるか如き場合には債務は如何に分別せられたるものとなすへきか語を換へて云へば是れ等の場合

に於ては債務は残餘の共同保証人に均一に分別せられたるものなるべきか將た又右等の抗辯に依り勝利を得たる保証人の分擔額は債權者の損失に歸し殘餘の保証人は其の分擔額を除きたる債務者のみよ付き之れを分擔すべきものとなすへきか如何と云ふに在り蓋し共同保証人中の一人か其の保証契約の基本に付抗辯をなし其の契約の無効に歸したる場合に於ては取りも直さず當初より保証人のあらざりしと同一なるか故に債務も亦當初より殘餘の保証人に均一に分別せられたるものとなすへきは勿論たるへし然れども本法第九條又た第十二條の規定に據り共同保証人中の一人か債權者に對抗し其の保証契約の無効に歸したる場合には債務は其の保証の無効に歸したる當時より初めて殘餘の保証人に均一に分別せられたる者となるべくして當初より殘餘の保証人に均一に分別せられたる者とはなす可らざる如し何となれば是れ等の場合に於ては保証の保証人の抗辯に依りて無効に歸するまでは保証として其の効力あればあり右述へたる如く本法は一人の債務者の爲めに數人の保証人あるときは其の債務は當然均一に其の間に分たるとのこゝを以て一の原則とはなしたるもの、何

れの場合たるを問はず此の原則を以て支配せんと云ふにはあらずして自から例外的の場合即ち此の原則を以て支配することを得ざる場合あることを期せり然らば則ち其の例外の場合とは何んぞや本法第二十三條第一項の但書に規定するもの即ち是れなり此の場合に依りて之れを見れば例外に屬すべき場合には左の四つあり

- 一、不均一にて分別することを定めたる場合
- 二、保証人の債務者と連帶にて義務を負ふ場合
- 三、保証人か各自の間に連帶にて義務を負ふ場合
- 四、保証人か右の外他の方法にて分別の利益を抛棄したる場合は是れなり仍て余は是れより追次是れ等例外に屬する場合に付其の大意を講述すへし

(一) 不均一にて分別することを定めたる場合
一人の債務者の爲めに數人の保証人あるときは債務は當然均一にて其の間に分たるとの規則は即ち共同保証人間又は保証人と債務者間に何等の特約

之れあらざる場合に適用すべきものたるに過ぎずして苟も特約ある已上は其の特約を依らしむべきは固より論を俟さず元來債務の分擔に關することの如き當事者間の契約に依りて如何様にも之れを定むることを得べきものたれば其の契約に任ずるを以て本則となし法律の只其の契約なきときの場合を規定するに過ぎざるものぞ知らざるべからずされは財産編第四百四十四條に於ける連合義務に關する規定を見るも

連合の義務に於ては債權者の各自か履行を求め又ハ債務者の各自か訴追を受くべき實地の部分は合意又は事情に従ひて之を定む

前項の規定に従ふと得るときは其各自の部分は平分に之を計算す但債權の利益又は債務の負擔に於て各自か其實地の部分に復する相互の求償權を妨けず

とありて即ち連合義務の分擔に關するとは合意又ハ事情に従ひて之れを定むるを以て本則となし法律を以て平分に計算するに却て例外となせるなり然るに本法第二十三條には債務か共同保証人間に均一分たることを以

て本則となし合意等に依りて定むる場合を却て例外となせり蓋し規定の順序顛倒せるもの、如し斯る次第なれば當事者間の合意に依りて以て債務を不均一に分別することを定むるを得るに固より當然にして而して其の之れを不均一に分別することを定めたるときは均一に分別するの法律の規定は之れを適用すべからざるなり

夫れ然り然りと雖も茲に一の注意を要すべきに他ならず同しく不均一に分別することを定めたる場合なるも共同保証人間に於て之れを定めたるは債權者と保証人との間に於て之れを定めるときは其の間大に効果を異にする者ありとのまど是れなり素と合意は諸君も知らるゝか如く單に當事者間にのみ其効果を有するものに過ぎずして其効果を第三者に及ぶものにあらざるに勿論なるか故に共同保証人中相互の合意に依りて不均一に其の分擔を定めたりとて其の効果は債權者に及ぶべき者に非されば債權者に於て之れを承諾せざる已上は共同保証人中に定めたる不均一の分擔額の債權者よ對しては其の効なきと論を俟たず然らば則ち共同保証人

中に於て其の分擔額を不均一に定め債權者に對して其の効果を及ぼさしめんと欲せば債權者の承諾を要せざるへからざるなり幸ひにして債權者に於て之れを承諾せば取りも直さず債權者と保証人との合意に成るものなれば其の結果如何と云ふに債權者の雙方合意の上定めたる分擔額に従ひて各保証人に對して訴追し若し其の保証人中無資力者を生じたる場合には其の無資力とありたる保証人の分擔額は債權者の損失に歸する者となさざるへからざるなり若し又不幸にして共同保証人中に定めたる分擔割を債權者に於て承諾せざるかまたは共同保証人等か斯る合意をなしたるまどを債權者よ於て全く知らざるべきに果して如何なる結果を生ずべきか固より共同保証人等に於て相互に合意の上定めたる分擔割に従ひて債權者に對し各々債務の辨償を爲して其の額合せて主たる債務の額に同一なるときは更に故障なきは勿論のことなれども未だ此の共同保証人等か債務の辨償をなさざる前に當りては債權者は是れ等の保証人を見るに矢張り均一な債務を分別負擔せるものとなさざるへからす即ち語を換へて云へば何等の特約なき場合と同

一視せざるへからす何となれば共同保証人相互の合意は債權者に其の効果を及ぼさしめはなりされば共同保証人相互の合意のみにて其の分擔額を不均一に定めたる場合の共同保証人間に對してのみ均一に當然其の間に分たるとの規則を適用すへからざるまでにして其の保証人中に最も負擔額の多き者無資力となりたることあるも其の無資力となりたる保証人の均一負擔額の殘餘は他の保証人に於て分擔辨償せざるへからざるか如し果して然るときは共同保証人間に於て不均一に其の分擔額を定むるも爲めに保証人は何等の利益も之れを受くることと得ざるものと謂はざるへからす蓋し債權者と保証人との合意に依りて不均一に定めたる場合に保証人中最も負擔額の多きものとなりるときは雖も其の無資力となりたる保証人の負擔額は既に述べたるか如く債權者の損失に歸すべきか故に殘餘の保証人の各已の負擔額のみを辨償せし可なるも共同保証人間の合意に因りて不均一に定めたる場合に其の保証人中右等の無資力者を生じたる時は矢張り均一分額の殘餘は他の保証人に於て分擔せざるへからされはなり然るに草案の

説明書に據れば、共同保証人は、或は己れ等の間に、或は債権者と共に己れ等の責任に不均等あることを合意すること、得爰に殊に債権者の爲めに緊要とする所の分擔の總高が債務の全部を形づくるにありとすどありて保証人と債権者の合意に依りて不均一に分別することを定めたる場合と保証人間の合意に依りて不均一に分別することを定めたる場合と効果上更なる異なりたることなきか如く説明せるは余の甚だ解せざる所な

備又共同保証人中の或るものは債権者の承諾を得て主たる債務の幾分を付保証したるも他の者の初めより其の保証の額を定めざるか如き場合に於ては如何すへきか即ち斯る場合も亦法文中に示したる所の不均一に分別することを定めたる場合と云へる中に包含せしむることを得へきかと云へばたとへ共同保証人中の一人は主たる債務の幾分に付保証したるとも苟も同一の債務を付ての保証人にして不均一に分別することを定めたるものと謂はざるへからされは斯る場合には其の一人が初めより定めたる保証額は他の保証人に於ても保証したるものゝれば其の保証額を以て先づ共同保証人中

に均一に分別し残餘の債務の保証額を定めざりし共同保証人中に均一に分別する者となさざる可らず例へば三千圓の債務に付き甲乙兩人が保証人たりしに後に至り丙者ありて其三千圓の内一千五百圓丁者あり四百圓に對して保証したりとせんか丁者の保証額は初めに保証人となりし甲乙兩人の勿論丙者も亦保証し居る者なるか故に先づ之を四分し甲乙丙丁四人にて百圓宛分擔するとなし而して丙者の保証額なる一千五百圓より此百圓を引き去りたる殘餘一千四百圓は甲乙丙三人共に保証する者なるに因り之を三分し甲乙丙三人にて四百六十六圓餘宛分擔するとし尙他の殘餘は甲乙丙兩人にて分擔し合せて債務の總額三千圓に達せしむるの割合とはなすなり右は共同保証人中の或る者が初めより自己の保証する額を定めたる場合に於ける例なれども若し其の者に於ても初めより自己の保証する額を定めずして矢張り他の共同保証人と同しく債務の全部を付て保証したるものなるに後に至りて已れ獨りのみ債権者と協議の上其の分擔額を定むることあるとき如何すへきかと云ふに斯る場合と雖も前例と同様不均一に分別する

ことを定めたるものとあさるへからず去りなから此の場合に於ては債務
 の先づ総ての共同保証人中に均一と分別せられたるものとなし若し其の一
 人が債権者と協議の上定めたる分擔額が共同保証人中に均一と分別したる
 場合に於ける一人の分擔を充たさるときは其の不足の部分に對する損失は
 債権者に歸するものと謂はざるへからず而して又債権者に於て共同保証人
 中の一人を免除したるときは如何と云ふに此の場合に於ても其の分擔分に
 付ては債権者損失の責に任すへきなり即ち是れ一の債務に付き數人の保證
 人あるときは債務は當然均一に其の間に分たるとの規定より生ずるの結果
 にして英佛等と於ける法律の規定とは其の結果を異にせるあり

(二) 保証人が債務者と連帯にて義務を負ふ場合

抑も連帯と分別とは兩立し難きことにして苟も保証人が債務者と連帯にて
 義務を負ふ已上は之れに對して一の債務を付き數人の保証人あるときは債
 務は當然均一に其の間に分たるとの規則を適用すへからざることを勿論あり
 即ち余が既に述べたる如く佛國法に於ては一方にて共同保証人は連帯の

義務あることを認めなから又一方には之れに分別請求權を與へ兩立し難き
 所の連帯と分別とを法律の規定に依りて兩立せしめたるか故に我が立法者
 は其の規定を採用すること能はざりしなり蓋し是れ論理上より考察するも
 至當のことと謂はざるへからず然り而して共同保証人中の一人は債務者と
 連帯にて義務を負担せるも他の共同保証人は連帯義務を負はざるか如き場
 合には如何處分すへきかと云ふは債権者は先づ連帯の義務を負へる保証人
 を訴追し若し全部の辨濟を受くる能はざるときは又連帯義務を負はざる所
 の他の保証人を訴追して其の殘餘の債務に付辨濟を受くへきなり但し連帯
 義務を負はざる所の他の共同保証人を訴追して殘餘の辨濟を受くるときは
 其の債務は訴追を受けたる保証人間に當然均一に分別せられ居るものと知
 らざるへからず此の故に保証人が債務者と連帯にて義務を負ふ場合には債
 務は當然共同保証人間に分たるとの規則を適用すへからずとは即ち連帯に
 て義務を負ふたる保証人にのみ對して云ふことを得べくして連帯にて義務
 を負擔せざる所の保証人に對しては矢張り此の規則を適用することゝ知る

へし

三 保証人が各自の間に連帯にて義務を負ふ場合

此場合も亦連帯と分別とは兩立し難きの原理よりして一の債務に付き數人の保証人あるときは債務人の當然均一は其の間に分たるとの規則を適用すへかりたること勿論なり而して茲に所謂保証人が各自の間に連帯にて義務を負ふとの共同保証人間の債務の分擔を不均一に定めたる場合と同じく共同保証人間のみの合意に依れる場合を云ふことあるべきか果して然るときは斯る合意は債権者に對して何等の効果も之れを及ぼすべきものにあらざれば共同保証人間に於て其の合意を破るものなるときは夫れまでにして結局債務は共同保証人間に當然均一は分別せられたるものとなすの外なきに至るへしされば共同保証人各自の間に連帯にて義務を負ふ場合には債務は當然均一に其間に分たるとの規定を適用すへからずとの只共同保証人等か其のなしたる合意の通りに義務を履行する場合に限ることゝ知らざるへからざるか如し然りと雖とも法文中所謂保証人が各自の間は連帯にて義務を

負ふとの債権者と合意の上に其の義務を負ふたる場合を云ふものにして決して前述の如き場合を云ふものにあらざるなり若し夫れ然らずして前述の如き場合と云ふものとなすに於ては保証人が負擔する所の義務は單に保証人各自の間のみに止まりて債権者に對して連帯の義務を負ふたるものと謂ふことを得ざるべきなり然れども若し此の解釋を以て正當のものとなし斯くの如く保証人各自の間に連帯にて義務を負ふたる場合には債務は當然均一に其間に分たるとの規定を適用す可らずとなすときは我が債權擔保編が英佛の法律に於けるか如く共同保証人は連帯の義務あるものとなすの規定を採らずして一の債務に付き數人の保証人あるときは債務は均一に當然其の間に分たるとの規定したるの理由に正反對の結果を生ずるものゝ如し即ち余か既に述べたるか如く我が債權擔保篇に斯る規定を爲したる所以のものとは他ならず共同債務者間に在りては債務は法律上當然其の債務者間に均一に分別せらるゝものなる已上の同一理より由て共同保証人間に在ても債務は法律上當然其の保証人間に均一に分別せられざるへからず若し夫れ然

らすして共同債務者に在りては債務は當然分別せらるゝも共同保証人間に在ては當然分別せられざるものとなし矢張り各保証人よ於て全部の義務を負擔するものとなすときは共同保証人にして主たる共同債務者の保証を爲したる場合に當りては保証の義務の主たる義務より一層重大なるの結果を生ずるに至るへしと云ふに在り然らば則ち今共同保証人よして主たる共同債務者の爲めに連帶にて保証の義務を負ふるときに取りも直さず保証の義務は主たる義務より一層重大なるの結果を生ずるにあらざるなり此の場合に於て債務の當然均一と其の間に分るゝとの規定を適用せざるものとすは前後矛盾の規定ありと謂はざらんと欲するも得へからざるなり論者或は曰く共同保証人か連帶にて義務を負ふの法律の命したるにあらすして各自の合意よ成りたるものあれば保証人か主たる義務より一層重大なる義務を負ふことあるも更らに差支へあるへからす然かれども本法第六條に於て保証人の義務は主たる義務より一層大なることを得す又た一層重き體様に服することを得す若し保証人の義務か一層大なるとき又たは一層重きと

きは主たる義務の限度及び體様に之れを減すとあり之れを如何を各自の合意に成りたるものなれば差支へなしと云ふことを得んや論者の説の誤されること辯を俟たずして明かありとす

(四) 其の他の方法にて分別を拋棄したる場合

法文中分別を拋棄したる場合とあるは頗る新規の句調にして分別の拋棄ある一句は文字夫れ自身よ於ては殆ど其の何の意たるを知ること能はされども精神に至ては蓋し分別の利益を拋棄したる場合の意たること明かなり備已上に述べたる所の三場合は本法に於て保証人か分別の利益を拋棄したるものと看做す場合なれども尙ほ他の方法を以て其の利益を拋棄することなしとせざるへし即ち明示にて之れを拋棄し或は任意の不可分にて束する場合の如き是れあり斯る場合に於ては債務は當然其の間に均一よ分たるとの規定を適用すへかゝること勿論なり然れども此の場合の如きも亦共同債務者よ付ての共同保証あるときは恐らく保証人の義務は主たる債務より重大なるの結果を見るに至るへきなり

已上講述したる所は保証人數人あるとき其の各保証人が債権者に對する負擔の方法に付き本法が定むる所の大要なりとす諸君は新規なる此の規定を以て果して正鵠を得たるものとなすか又斯る規定を設くるに至りたるの理由を以て果して論理に適合したるものとなすか余の實に之れを疑ふのみならず余自身に於ては異論なき能はざるなり請ふ聊か之れを辯せん

我が立法者は余が既に述べたる如く共同保証人をして連帶の義務を負はしむるときは獨り共同債務者が債権者に對する債務負担の割合と權衡を失するのみならず保証人の義務は主たる債務者の義務より一層重大となるの結果を生すべしと認めたるか如しと雖も余の實に其の斯くの如く認めたるの理由を發見するに苦まざるを得ず抑も一の債務に付き債務者數人あると時其債務は均一に其間に分別せられたる者となすは只是れ各債務者分擔の點より觀察したる規定に止まり決して其の債務を以て債務者の人數に應したる箇々別々の債務となすものにあらずして其の債務は依然として唯一のものたるに相違なかるべし従ひて之れが保証人たるものも幾人あるにせよ別に特約なき已上は其の一債務

全部に付て保證したるものにして決して各債務者が銘々に負擔する所の割合に應して保證したるものよあらざること明かなり果して然らば保証人の義務が主たる債務より重大なりとは一債務の全部に超過したる場合のみよ云ふべきことにして債務者の各自が負擔する所の割合より超過したりとて之れを以て保証人の義務が主たる債務より重大となりたりといふ謂ふことを得ざるなり

若し夫れ保証人の義務が債務者の各自に於て負擔する所の割合より超過する場合をも尙ほ保証人の義務が主たる債務より重大となりたるものとなすに於ては共同の債務に付只一人の保証人あるか如き場合には此の保証人の義務は共同債務者の一人が負ふ所の擔分と同額なるべくして決して債務の全部に付保證したるものにあらずとなさざるを得ざるべし即ち債務を均一に分別するの規定あるも共同保証人の數が共同債務者の數より少なきときは常に共同保証人各自の擔分は共同債務者各自の擔分より重大なる結果を生ずるものと謂はざるべからず然るに我が債權擔保編は斯くの如き場合は更に之れを觀察せずして單に共同債務者の數と共同保証人の數が同一なるときの場合のみより觀察を下して保証人

の義務が主たる債務より重大なるの結果を生ずへければ債務は共同保証人間に均一に分別せられたるものとなさるへからずと規定しるに至り余は其の勇氣に驚かざるを得ず我か立法者の論理を貫徹せしめんと欲せば共同保証人の數か共同債務者の數より少なき時に於ても其の保証人各自の擔分は共同債務者各自の擔分と同額たるを論定せざるを得ざるのみならず前に述べたる三箇の例外の場合の如きも若し其の保証人中に共同債務者の各自の擔分より超過したる額を負擔したるものあるときは何れも皆な保証人の義務は主たる債務より重大なることと得ずとの保証なり契約の原理に矛盾の結果を生ずるものと謂はざるへからざるに至るべきなり蓋し保証人の義務の主たる債務より重大なることを得ずとの規定は決して合意の有無に拘るものにあらざることには注意するを要すへし若し夫れ世上の論者にして此の規定に注意せば保証人は合意さへあれば主たる債務より重大なるの義務を負ふも差支へなしと云ふか如き暴論を吐露するを得ざるは知るべきのみ

借て又た仮りに一步を譲づりて本法の規定を以つて論理に適合したるものとすも尙ほ茲に注意を要すべき一點ありそは他ならず債權者の位置是れなり抑も債權者か一の債務に付き數多の保証人を立てしむる所以のもの畢竟自己の權利を鞏固になさんとするに在るは疑ふへからざるの事實なり然るに今我が債權擔保篇に於けるか如く一の債務に付き保証人數人あるときは債務は當然均一に其の間分たれたるものとなし保証人中に無資力者を生したるか如き場合には其無資力となりたる保証人の擔分の債權者の損失に歸すとなすに於ては債權者は保証人の數の多きに從て危険の位置に陥るの結果を生ずることゝあしとせざるへし何となれば保証人の數多きときは從て又無資力となるものも其の割合に増加することなきを保し難ければなり論者或は曰く成程一方より觀察せば債權者は保証人の數の多きに從て危険の位置に陥るの結果を生ずることあるべきも亦他の一方より觀察せば大に其の權利を鞏固にすることを得べきなり何となれば凡そ債務は一人にて之れを負擔するも多數のものに於て分擔するときは其の之れを辨濟せしむるに危険なればなりと然れとも既に一方より觀察せば債權者の危険の位置に陥るの結果を生ずることなしとせざる已上は債權者の方より

云へは保證人の數を多くするは其の危険を跡むの覺悟なかるへからす然らば即ち此の規定は債權者より取りては徹頭徹尾不利益にして債權者か一の債務に付數多の保證人を立てしむるの主義に相反し而して保證人に取りては頗る利益あるの規定たること疑ひなきもの、如し保證人は如何に他人の爲めより迷惑の位置に在るものとは云ふもの、既に合意の上に其の義務を負ふたるものなるに法律の斯くまで之れを保護せざるへからざるの必要あるにや余り更に之れを解すること能はざるなり況んや保證人はたとひ連帯にて義務を負ふとも後に至りて各自の間に求償權を有するよ於てをや

尙ほ一步を譲りて保證人の爲めには法律は斯くの如き保護をなさざるへからざるものとなすも斯くの如き規定は果して實際に於て適用する場合ゆるべきや甚だ疑はざるを得ざるなり即ち前述三箇の例外的場合には債務は當然均一に分たるとの本則を適用せざる已上は債務者は必ず常に此の例外に據て保證契約をなさしむべきは當然にして此の例外の規定ありなから自己の爲めに不利益なる所の本則に據るものは恐らく之れなきを信するなり果して然りとせば實際より

云へは例外は却て本則となり本則は却て例外となるの結果を生じ我か立法者か苦心の上發明したる此の大原則も全く水泡に歸し法律に於て其の規定を置きたるの必要は何れに在るや更に解すること能はざるの結果を生ずべきは疑を容るへからす然れども我か法典は徹頭徹尾丁寧を主とし不用なることまでも一々規定して遺す所なきを以て其の本體となせるか故に此の規定の如きも萬一と慮りたるものなるべき歟

之れを要するに余は如何なる點より觀察を下すも此の規定を以て正鵠を得たるものとなすことを得ざるものにして堂々たる法典に對しては如何にも失敬なれども理學の之れを許さざる已上り亦如何ともすへからざるなりされはとて余は佛國法に於けるか如く一方には連帯の義務を負はしめながら一方には分別の請求權を附與するか如き前後矛盾の規定を贊稱するものにあらす只余の信する所の別に特約なき已上の共同保證人の他くまで連帯の義務を負ふものとなすに在り是れ獨り債務者か一の債務に付數人の保證人を立てせしむるの精神より觀察するも然るべきのみならず保證人たる者も初めより全部に付て保證したる已上

は矢張り飽くまで其の全部に付き義務を負ふの意思なりしこと明かなればなり
我が法律の何の必要ありてか此の意思を傷けんとするの規定を設けたるにや然
れども若し此の規定をして單に債務者の便益を計るの主意に出たるものなりと
のことなれば一理なきにあらず何となれば債務者か他人に保證人たることを依
頼するに稍々容易なるべきのみならず其の依頼を受くるものに於ても連帶義務
を帯ふるの規定に比せば多少容易に承諾することを得へければなり只債權者に
於て果して分別義務を負ふ所の保證人を承諾すべきや蓋し疑はしきのみ

第二款 保証人債務者間の保証の効力

第一項 債務者₁對する保証人の權利

抑も主たる債務者は保證人₂對しては何等の權利も之れを有するものにあらず
と雖も保證人か主たる債務者に對する權利には種々ありて存す而して本法の規
定する所に據れば此の權利に五種あるか如し即ち

- 一、未定の損害求償權
- 二、未定の損失擔保請求權

三、擔保附帶の請求權(擔保附帶の訴權)

四、既定の損害求償權(擔保訴權)

五、代位權

是れなり而して右列記せる所の一より三に至るの權利は單に委任を受けて義務
を負擔する保證人にのみ屬し委任を受けずして義務を負擔する所の保證人に屬
する權利にあらざるなり然れども四及び五は委任を受けて義務を負擔するもの
たるを否とを問はず總ての保證人に屬するの權利なりとす只委任を受けて義務
を負擔する保證人なると否とに依りて之れを行ふことを得るの時期及び權利の
分量に多少の差異あるのみ仍て余は是れより右列記する所の諸種の權利に付追
次講述すへし尤も未定の損害求償權及び未定の損失擔保請求權は併行すること
を得るの權利にあらざして一を實行すれば他の一は之れを實行することを得ざ
る性質のものなるのみならず兩者の内何れの權利を行ふとも同様なる條件の存
するものあるか故に此の二個の權利の之れを併合して講述するを以て便宜とあ
なすなり

一、未定の損害求償権及び未定の損失擔保請求權
 未定の損害求償權とは主たる債務者か其の債務を辨償せざるべき代はりて辨償の責に任せざるべからざる損害の額を見積りて保證人より豫め主たる債務者に對し賠償を受けんことを請求する權利なり此の故に保證人か此の權利を主張して債務者より賠償を受くることを得るは眞に未來に於て保證人か債務者の爲めに受くべき損害の見積高に過ぎざるものとす又未定の損害擔保請求權とは右同様の主たる債務者か其の債務を辨償せざるべき代はりて辨償の責に任せざるべからざる損害の額を見積りて之れを對する擔保を豫め保證人より債務者に對し請求するの權利なり尤も其の擔保は必ずしも物上擔保に限るに非ずして對人擔保も可なりと勿論たりされは未定の損害求償權と未定の損失擔保請求權との差異の單に前者は損害の見積金額其れ自身を請求するに在りて後者は損害に對する擔保を請求するに在りとす然り而して此請求權は兩つなから未來に於て保證人か債務者の爲に負擔の恐れある損害の危険を防ぐか爲めにするものなれば保證人は此の二つの請求權の内孰れか其の一

に依て目的を達するまどと得り最早他の一の請求權を行ふことを得ざるなり去りなから債務者に於て保證人の請求に應じ未定の損害額の幾分は之を賠償したるも殘餘の幾分は尙ほ之を賠償せざるか如き場合に於ては保證人の其の殘餘の幾分に對し別に擔保を請求することを得べきの論を俟たず夫れ然り而して此の種の權利は如何なる保證人にも又如何なる場合にても之れを行ふことを得るものなるやと云ふに債權擔保篇の其の第三十四條に於て委任を受けて義務を負擔したる保證人は辨償を爲す前又訴追を受くる前にも債務者より豫め賠償を受くる爲め又は未定の損失を擔保せしむる爲め左の三箇の場合に於て之に對し訴を爲すことを得
 第一、債務者か破産し又は無資力と爲り且債權者か清算の配當に加入せざるとき
 第二、債務の満期の至りたるとき
 第三、満期の不定なる債務か其日附より十箇年を過ぎたるとき
 と規定して此の種の權利を有するは債務者の委任を受けて保證人となりたる

者に限ること并ば其の之れを訴ふことを得るは三箇の場合に限ることを明かにしたり只法文中には豫め賠償を受くる爲め又は未定の損失と擔保せしむる爲めとあるより論者往々前者の現在の損害を賠償せしむると謂ひ後者の未來の損失と擔保せしむるを謂ふなりと説くものあり成程法文中の文句のみにて之れを觀察するにせは論者の如き説を下すも敢て無理ならざるか如しと雖も法文の精神は決して損害の現在なること未來あるとに依て斯る區別を立てたるものにあらすして單に前に述べたる所の未定の損害賠償請求のこと、未定の損害に對し對保の請求のこと、示したるの意は外ならざるまとは諸君に於て豫め注意せられ置くを要すべし

然らば則ち本法の何か故に委任を受けて保証人となりたるものに限り此の種の權利を附與したるやと云ふに是れ蓋し余が既に述べたるか如く本法に於ては委任を受けたる保証人が主たる債務者に代り辨償をなす場合には之れを以て代理人と本人との關係と同一視して論ずるの結果たるに過ぎざるか如し即ち代理人たる者か本人より委任の事項を處理するに當り本人の爲には必ず

しも其の費用を立替へざるべからざるものなればならずして豫め本人より之れを受け取り置くことを得べきものなる已上は保証人も亦未來に於て受くるの危険ある損害をば主たる債務者より賠償せしむるか或は之れに對して擔保を提供せしむることを得ざるべからざるの必要の結果なり殊に何れの保証人も主たる債務者か其の債務を辨償する能はざるに於ては之れに代はりて其の責任せざるべからざるの危険の位置に立つものなりと雖も委任を受けたる保証人は即ち債務者の委任に因て其の位置に立つるものたれば法律は其の危険に對し豫め此の種の保証人を保護するの必要ありとなすに在り之れに反して債務者の不知又は其の意に反して保証人たるものと債務者との關係は本人代理人の關係を以て之れを論せずして事務管理の場合と同一視し而して債務者の不知又は其の意に反して保証人たる者に對し債務者として豫め未定の損害を賠償せしめ或は其の損害に對し擔保を供せしむるか如きは取りも直さず不法の規定たるを免かれざるのみならず法律は又此の種の保証人に對し斯る保護を與ふるの必要なきものとはなせり

英國法に於ては諸君も知らるゝか如く委任と受けたる保證人の主たる債務者との關係とは代理人と本人との關係を以て之れを論せず單に保證人が主たる債務者に代はりて辨濟したるときは主たる債務者の保證人に對し其の損害を賠償すへしとの黙約ありとなすに過ぎざるか故に委任を受けたる保證人に斯くの如き權利を附與すること之れなきなり而して英國法は債務者の不知又は其の意に反しても保證の成立することを認めざるか如し

保證人は余か既に述べたるか如く條件附帶の義務即ち主たる債務者か其の債務を辨濟せざる時に於てのみ之れに代はりて其の義務を負擔するに過ぎざれども代理人は初めより本人に代はりて其の委任の事項を處理するものされは兩者の間全く其の成立を異にせること勿論なれば如何に委任を受けて義務を負擔するものなるも保證人と主たる債務者との關係を以て代理人と本人との關係と同一視するは甚た其の當を得ざるものと謂はざる可からず此故に余は此の兩者の關係を同一視するの不當なるを信するのみならず本法に於て委任を受けて義務を負擔する保證人に未定の損害求償權を附與するか如きは法

理に適するの規定にあらざること信するなり何となれば損害賠償の請求は已より自ら損害を受けたる場合に於て之れを許すべき性質のものに属し未だ損害も受けたることなく又た果して之れを受くるや否やも確定せざる場合に於て之れを許すべき者にあらざるは損害賠償の文字自身に於ても亦其の法理に於ても明かなり果して然りとせば保證人が主たる債務者の爲めに未だ何等の損害も之れを受けざるに主たる債務者をして豫め之れが賠償をなさしむるを得るとは如何にも其の理論の存在する所を發見するに苦まざるを得されはなり蓋し代理人は初めより本人の委任を受けて其の委任事項を處理するの責ある者なれり爲めに必要なるの費用は豫め之れを本人より受け取り置くことを得るに於て理論上何等の差支へるのみならず却て當然のことと謂はざるべからざるも保證人に至ては全く之と其性質を異にし一の條件即ち主たる債務者か債權者に對し其債務を辨償せざるとの明になりたる己上にあらざれば何等の責も之れを負ふものに非ざるなり又未定の損失擔保請求權の如きに至ても我が立法者の精神に於けるか如く委任と受けて義務を負擔する保證人と債務

者との關係を以て本人代理人の關係と同一視するの點より觀察するに於て其保證人に此の種の權利を附與するは法理に依て解説するの困難なるを知るなり蓋し保證人に於て債權者に對し未だ何等の義務も之を盡さざるに先立て主たる債權者に對し斯の如き請求權を主張するを得るの理なければあり論者或は曰く保證人たる者か其の保證の義務を負ひたるは一に債權者を安堵せしむるを以て其の目的となしたるものされは債權者は保證人をして辨濟をなさしむることなきを務むべきに即ち債務者か保證人に對して暗に合意したるものなり此の故に未定の損害を豫め賠償し或は其の損害に對して擔保を備ふるは取りも直さず其の合意を履行するものなりと若し果して然りとせば債務者か未定の損害を豫め賠償し或は其の損害に對して擔保を供すべき義務は保證人の請求を受けて初めて發生するにあらずして保證人たることを委任したると同時に發生したるものと謂はざるべからざるのみならず保證人か其權利を主張するにも何も或る場合に限るべきものにあらず何れの場合たるを問はざることゝあさるべからざるにあらずや然るに本法は債務者の此の

義務を以て保證人の請求を受けたる時に初めて發生するものとなせるは勿論保證人か此の權利を主張するにも必ず或る場合に限り居れり是れとしも尙ほ債務者の保證人に對して斯る合意をなしたるものと看做すことを得べきか余は甚だ惑はざるを得ざるなり去りながら本法第三十第一号の末尾に規定せるか如く委任を受けたる保證人か裁判上辨償の言渡を受けたるときは未だ辨濟をなさざる前と雖も債務者に對して求償權を有するに至當のことと謂はざるべからず何となればたゞ未だ辨濟をなさざるも既に裁判に依て保證人に於て辨濟すべきことの確定したる已上は取りも直さず保證人は債務者の爲めに損害を受くることの確定したるものなればなりされは此の場合には前述の如き場合は全く其の性質を異にせること明かにして余の更に疑を存せざる所なりとす

夫れ斯く本法に於て未定の損害求償權及び未定の損失擔保請求權を委任を受けて義務を負担したる保證人に附與したるの理由に付ては余の甚だ辯解に苦しむ所なりと雖も委任を受けて義務を負担する保證人に於て此の種の權利を

主張することを得るに既に裁判に依りて保証人が辨済すべきことの確定したる場合と殆んど同一視することを得べき三箇の場合に限りたるより之れを觀察し我が立法者は即ち裁判に依りて保証人の辨済すべきことの確定したる場合には未だ其の辨済をなさざるも求償権ありとの規定を以て聊か擴張して未だ損害を受くることの確定せざるも其の之れを受くべき傾向ある場合にまで及ぼし以て保証人を保護せんと欲して斯の權利を保証人に附與したるに過ぎずとなせば余は立法上の點より敢て之れを以て不當の規定なりとなさざるのみならず却て至當の規定なりと斷言するに躊躇せざるなり

借又茲に一の注意を請ひざるべからざるものあり是は他ならず右に述べたる所の兩種の權利の單に保証人が受くべき損害を賠償せしめ若くは其の損害に對し擔保を提供せしむることを得るまでにして其の他には決して之れを及ぼすことを得ずとのこと是れなり此の故に保証人たゞとて委任を受けて義務を負担したるものにせよ自から債權者に對するの責任即ち保証の義務を免かれんことを目的となして債務者を訴追し或は債務者をして債權者に對し其の債

務を辨済せしむることを目的として債務者を訴追するか如きは之れを許さざるなり蓋し保証人が負ふ所の保証の義務は債權者に對するものにして債務者に對するものにあらず又債務者が其の債務の辨償をなすべき義務を負へるの債權者に對するものにして保証人に對するものにあらずれば徳義上は免れられ法律上にては聊か保証人の關係すべきものにあらざればなり

余は己上に於いて未定の損害求償權及び未定の損失擔保請求權の性質並びに委任を受けて義務を負担したる保証人に限り法律が此の種の權利を附與したる理由の大意に付き之れを講述したるに依り是れより進んで此の種の權利は如何なる場合に於いて之れを主張することを得るやを觀察せざるべからず然るに余が既に述べたる如く本法第三十四條の規定に據れば委任を受けて義務を負担したる保証人が此の種の權利を行ふことを得るは三箇の場合に限り居れるか故に余は先づ其の規定の順序に従つて追次講述の勞を取るべきなり

甲 債務者が破産し又は無資力となり且つ債權者が清算の配當に加へらざる

若し夫れ債務者にして商事上破産の宣告を受け又は民事上分産の処分を受けたることあらんか其の債務は未だ期限に到達せざるも債権者は債務の期限に到達したる場合と同じく債務者に對して辨償の請求となすことを得へきは勿論なるのみならず本法第十八條にも規定したるか如く債務者にして破産の宣告を受け又ハ顯然たる無資力の形狀に在るときは債務者の別に債務者に對して催告をなすを要せずして直ちに保証人を訴追するよとを得へきものたれば保証人は右等の場合に於ては即ち債権者より訴追を受くるの危険に迫りたるものと謂はざるへからず語を換へて云へば保証人は未だ債権者に對して辨償したるにあらす又債務者の爲めに損害を受くるよとの未だ裁判に依て確定したるにあらざるも其の損害を受くへき傾向ある場合に到着したるなり是を以て法律の余か既に述べたる所の理由に基き保証人をして破産者又ハ分産者の財産の清算中より未定の損害に付賠償を受くることを許せり然れども債権者にして既に其の清算の配當に加り居るに於

ては保証人は其の賠償を請求することを得ざるは勿論なり何となれば保証人か其の清算の配當に加入することを得るは條件の附帶せる債権者の資格を以てするものなるに一方に於て既に債権者か加入せる已上は同一の債権に付二重の清當を受くるの結果を生ずへければなり是れ法文中債権者か清算の配當に加はらざる時とある所以なり但し第十八條に於ては債務者か破産の宣告を受け又は顯然たる無資力の形狀ある場合とあるに茲には單に債務者か破産し又は無資力となりとありて彼れ是れ同様なる場合のことを意味しなから文句を異にせるは我々法典には珍らしからざるとなれとも體裁上甚だ不都合なるを覺ゆるか如し

乙 債務の期限の到りたるとき

債務の期限到達したるに債務者尙ほ其の債務を辨償せざるときは又之れか保証人たるもの債権者の爲めに損害を受くへき傾向ある場合に迫りたるものと謂はざるへからず何となれば債務者にして其の辨償をなさざるるときは保証人の債権者より訴追を受け其の辨償の責に當らざるへかふざるのみ

ならず満期後其の債務を等閑に附し置くときは利子は益々増加し保証人の負擔益々多きを加ふるに至るへければなり況んや其の間には債務者か無資力となるの恐れ最も多きに於てをや是を以て法律は又余か既に述べたる所の理由に基き保証人に與ふるに債務者に對し未定の損害賠償又は未定の損失擔保の請求を爲すことを許せり

夫れ然り然るに茲に一の問題を生ずることありそは他ならず法文中所謂債務の満期とあるは其の債務の成立したる當時に於て定めたる辨濟期限の到達したる場合のみを謂ひて裁判所或は債権者か債務者に與へたる猶豫期限あるとも苟も當初の約定に因れる期限の到達したるときは保証人は直ちに求償權若くは擔保請求權を主張することを得るや將た又猶豫期限あるときは其の猶豫期限の到達を待たざるへからずやの問題是れなり偕て英國法に於ては猶豫期限を與ふることの保証人の承諾を得たる場合の外は常に保証人の義務を免除するの效果あるものとなせるも佛國法に於ては其の民法第二千三十九條に債権者より債務者に與へたる單純なる期限の猶豫は保証人

と免釋せず此の場合に於ては保証人は辨濟を要強する爲め債務者に對し訴求することを得とありて期限猶豫のみに付ては全く英國法と其の効果を異にせるのみならず一方には期限の猶豫を以て保証人を免釋するの效果なきものとなしなから他の一方には期限の猶豫あるに拘らず當初の約定に因れる期限の到着せるときは保証人に許すに直ちに債務者に對し辨濟を要強するの訴をなせしことを以てせり然らば即ち此の事に關し本法に於ける規定の精神は如何と云ふに期限の猶豫は保証人を免釋せざるの點に付ては佛國民法と同一轍なりと雖も期限の猶豫を與へたるるときは其の期限の到着するまでは保証人に求償權若くは擔保請求權を主張することを許さるるか如し語を換へて之れを云へは法文中債務の満期とあるは獨り當初の約定に因れる期限の到達したる場合のみを謂ふにあらすして猶豫期限あるときは其の猶豫期限の到達したる場合をも尙ほ茲に包含せしめたるものなりとす而して其の理由は如何と云ふに若し佛國民法第二千三十九條の規定に於けるか如くするときは一方に期限猶豫の利益を受けなかつ一方には保証人より賠

償若くは擔保の請求を受くるまゝありて結局期限の猶豫は債務者に何等の利益も之れを與ふることを得ざるの結果を生すべしと云ふに在り今此の理由を輕々に看過するときは如何にも至當なる如しと雖も若し反對に保証人の位置より觀察せば此の理由は保証人の爲めには頗る不利益の結果を生ずるのみならず又法理に矛盾するを見るべきなり何となれば保証人に於て何等の承諾も與へざるに債務の期限を猶豫し而して其の猶豫期限は保証人に於て賠償若くは擔保の請求權なしとせば保証人の義務は愈々益々重き人に於て賠償若くは擔保の請求權なしとせば保証人の義務は愈々益々重きと致すの結果を生ずるのみならず單に債權者と債務者との合意に成りたるものと以て其の結果を保証人及ぼすに至れりなり尤も其の期限の猶豫にして保証人の承諾を得たるものなるべきに此の限に在らざること勿論なり此の故に余は寧ろ佛國民法に於ける規定を以て合意のものとなさざるべからざるなり固より此の規定は據るときは結局期限の猶豫は債務者に何等の利益も之れを與ふることを得ざるの結果を生すべしと雖も債務者にして其の結果の生せんことを慮れば即ち保証人の承諾を得たる上期限の猶豫と受

くることとなさば之れを救済するに容易なることたれば法律に於て殊更々債務者か期限の猶豫に依て受くる所の利益を保護するの必要なきは明かなりとす然り而して單純なる期限の猶豫は保証人を免釋せすとの規定に付ては大に議論の存することなれども余は之れを適當の場所に於て講述するごとくにして茲には其の詳細を論せざるべし

丙、満期の不定なる債務か其日附より十箇年を過ぎたるとき

満期の不定なる債務とは即ち別に履行の期限と定めざる債務の謂ひなり此の種の債務は通常貸借等の場合に於ては甚だ稀なりと雖も年金の債務の如きは終身を期するものあり或は又別に終身を期せずして單に無期なることあり其の他役員勤務の如きも無期なるを通常とはなすなり然るに今斯の如き種類の債務をば保證するに當て保証人の義務も亦た無期に永續し何時にても其の債務の繼續する間は保証人は債務者に對して何等の權利も之れを主張する能はざるものとなすときは保証人の無限の責任を負ふものとなり此の盛衰榮枯の常ならざる人世に在りては甚だ殘酷なる嫌ひあるを免かれ

す故に斯くの如き債務を保證したる場合には法律は相當の期限を定め其期限の到達を以て即ち債務の満期と看做し保證人に保護するの必要あり是れ即ち我が債權擔保篇か満期の不定ある債務か其の日附より十箇年を過ぎたるときは保證人をして未定の損害求償權又は未定の損失擔保請求權を行ふことを許せる所以ありされは此の場合は何れも實際保證人か債務者の爲めに損害を受くべき傾向ある場合に迫りたるにはあらざるも法律は其の場合に迫りたるものと推定することゝ知るへし而して其期限を十箇年と定めたるは單に佛國民法の規定に依りたるに過ぎずして別に理由あるにあらざるなり

右述べたる所の三箇の場合は即ち我が債權擔保篇に於て委任を受けて義務を負担したる保證人に未定の損害求償權又ハ未定の損失擔保請求權を行ふことを許せる場合なりとす佛國民法第二千三十二條に於ては此の三箇の場合の外尙ほ保證人辨濟の爲め訴追を受けたるとき及び債務者定期の時期に於て保證人に其の義務を免釋すべきの契約を爲し其の期限に至りしときの二場合を加

へ居れとも本法草案の説明に依るときは前者の第二十九條に定めたる擔保附帶の請求(此ことは次に講述すへし)と重複し後者は合意の當事者の法律たりと云ふの規則の適用に過ぎざるものなるか故に之れを除きたるか如し蓋し至當のことゝ謂はざるへからざるなり

右の如く夫の三箇の場合に於て委任を受けて義務を負担したる保證人に未定の損害求償權及び未定の損害擔保請求權を行ふとを許したる所以のものは一に保證人を保護するの精神に出たるものなりと雖も一旦債務者か保證人の請求に應じて其の損害額の賠償をなしたるときは保證人は時に或は其の債務者より受領したる所の損害金額を以て主たる債務の辨償を充つることをなさずして他に流用するの如きことなきを保せずたとひ他に流用せざるとも保證人か未だ債權者に辨濟を終へざる間に無資力となりて債務者より受領したる損害金額も他の債權者の爲めに差押へらるゝか如きことなきも亦た保すへからず若し不幸にして斯くの如き事件の發生することあらんには債務は一方には既に其の債務辨償の爲めに保證人ハ賠償となしなかつ他方には債權者よ

り訴追を受けて二重賠償をなさざるべからざるか如き不幸に陥らざるを得ざるに至るへし何んとなれば債務者より保証人になしたる賠償の債権者よ對して何等の効も之れを有することなければなりされは法律は又た斯かる危険に對し債務者を保護せざるべからず是れを以て本法は其の第三十五條に於て

債○權○者○か○完○全○の○辨○濟○と○受○け○さ○る○間○は○前○條○及○ひ○第○二○十○九○條○に○依○り○債○務○者○よ○り○豫○め○保○証○人○に○供○す○へ○き○賠○償○は○債○務○者○其○債○權○者○に○對○す○る○自○己○の○免○責○を○保○す○る○爲○め○債○權○者○の○名○と○以○て○之○を○供○託○し○又○は○其○他○の○方○法○に○て○之○を○留○存○す○る○こ○と○を○得○

と規定して右等の危険に付き債務者に對し救済の途を與へたゞ即ち債務者にして保證人より前述の請求を受けたる時は債務者は必ずしも其の請求に應じて保證人に賠償の責を盡くさす共其の保證人に賠償すべき金額をば債務者の名にて他に之を委託し或は其の他の方法を以て之れを留存し保證人か其の金額を他に流用するか如き憂と保證人か無資力となりたる時に債務者か其の影

響を受くるか如き憂とを免かれせしむる者なりとす但し其の之れを供託し若くは留存する方法に至ては法文は別に之れを明示せずと雖も供託のことに至ては既に昨明治二十三年勅令第四百十五號を以て別に供託規則の發布ありて其の供託する所の金錢有價証券は大藏省預金局に於て保管するよとを定められ而して尙ほ該規則に於て此の供託に關する必要の事項を規定せられたるか故に諸君は該規則に就て其の詳細を知らるべし然れども供託するの外他の方法に依て留存するの固より債務者の自由に屬するの故に法律を以て一定すべき限りにあらざるなり即ち債務者の他人若くは債権者をして之れを留存せしむることを得るか如き是れなり只此場合に於ても供託と同一の効力を有するの方法に據らざるべからざるは勿論たるべしされは債務者か保証人より未定の損害賠償の請求を受けたるとき其の金額をば保証人に渡さずして他に供託し或は留存したるに於ては保証人に其の證據を示しさへすれば保証人は尙ほ其の金額を手渡しすべしとのことを請求するを得ざるべきなり而して前記第三十五條の法文中前條及び第二十九條に依りどあれとも其の第二十九條に

は擔保附帶の訴權のとを規定せるを以て之れを見れり即ち其の第二十九條とあるは第三十條第一項の末尾に又此委任の場合に於て保証人は其の分限を以て言渡と受けたるときは債務者に對し直に其賠償を受くる爲め訴を爲すとをも得とあるの規定を指示すべきと誤まりて斯く記入したるものなると明かなり何となれり擔保附帶の訴權は余か後に講述するか如く保証人が債權者に對し債務を辨濟したるときは債務者は又保証人に對して之れを賠償せざるべからずとの言渡を債權者が保証人に對して起したる訴訟に附帶して豫め債務者に受けせしむる爲めの訴權に過ぎずして決して保証人が辨濟を終へざる前に當り債務者をして其の損害を豫め賠償せしむるの訴權にあらざればなり夫れ然り而して此の第三十五條の余か己上に述べたるか如く債務者が保証人より未定の損害賠償の請求を受けざる場合に於て二重の賠償をなさざるべからざるか如き不幸に陥ることなきを豫防したるの規定にして債務者が未定の損失擔保の請求を受けたる場合に就てり更々に其の効力を及ぼすことを得ざるか如し何となれば法文中豫しめ保証人に供すべき賠償は云々とありて豫しめ

保証人に供すべき擔保のことに至ては何等の規定も之れなければなり固より債務者にして保証人より擔保請求に應じ對人擔保を供したるときは何等の憂も之れを生ずることなきは勿論なりと雖も若し物上擔保を供しざることあらんか此の擔保物は時に或は保証人自己の債務の爲めに差押へらるることあるの危険なきを保すべからず又或は保証人無資力となり其の擔保物を散亂せしむる如きことなしとも謂ふべからざるなり斯る場合に於ては債務者は一方には擔保物を供しなから他方には債務者に對して債務を辨償せざるべからざることとなり結局損失を蒙るか如き不幸に陥らざるを得るに至るべし果して然ることありとなさば法律は又債務者より此の不幸に陥ることなきを豫防すること恰かも賠償の請求を受けたる場合に於ける如くするの必要あるを信するなり然るは債權擔保篇第三十五條の規定する所茲に出ざるは余か其の理由を解すること能はざる所以なりとす

二、擔保附帶の請求權

擔保附帶の請求權とは保証人が債權者より訴追を受けたるに當り債務者の答

辯を要すべき場合に於ては其の答辯を爲さしめ又債務者の敗訴の言渡を受くべき場合に於ては保証人が債権者よ義務辨濟の後其の之れを賠償するの言渡を債務者に對し豫め得んよとを本訴に附帶して請求するの權利なり

此の請求權は保証人の債権者より訴追を受けたる後未だ本訴の進行中に在る間に行ふべきものに屬し前述したる所の未定の損害求償權若くは未定の損失擔保請求權の如く訴追を受くる前にても行ふことを得るものにあらざるなり蓋し本訴にして未だ起らず又既に落着したる後に於ては最早附帶の請求權たることを得されはなり而して此の權利のことに關しては本法は其の第二十九

條第一項に

債務者より訴追を受けたる保証人は第二十四條及び財産編第三百九十九條に掲げたる如く主たる請求に對して債務者の答辯を要すべき場合に於ては其の答辯を爲さしむる爲め又債務者の敗訴の言渡を受くべき場合に於ては債務者に對して次條に定めたる賠償の言渡を得る爲め擔保附帶の請求を以て債務者を訴訟に召喚することを得

と規定したり即ち本法第二十四條に於ては余か既に述べたるか如く保証人が前顯第二十九條第一項に示す所の目的を以て債権者に對し延期抗辯を爲すを得ることを示し又財産編第三百九十九條に於ては擔保に付き權利を有する者は訴を受けたるとき民事訴訟法に従ひて擔保人の訴訟参加を請求することを得と規定せるあり是れは據りて之れを見れば擔保附帶の請求權に二箇の目的の包含するものありて存すること明かにして而して其の二箇の目的とは即ち債権者をして主たる訴訟に参加せしめ債務者の請求に答辯せしむること及び債務者をして訴訟に参加せしめたるも別に抗辯方法を有せざるとき直ちに賠償の言渡を受けせしむること是れなり抑も債務者をして訴訟に参加せしめ債権者の請求に答辯せしむることを得るは保証人に取りては頗る利益ありとのこと並に其の答辯をなさしむることを得るの權利を保証人に附與したるの理由に余既に之れを延期抗辯權のことを講したる當時に述べ置きたれば諸君は定めて記憶し居らるゝことならん斯くて債務者をして訴訟に参加せしめたるも別に抗辯方法を有せざるときは直ちに賠償の言ひ渡を受けせしむること

と許せる所以のものは他ならず保証人は固より債権者に辨済の義務を了へ然る後更に債務者に對し賠償の請求をなすことを得るは勿論たりと雖も斯くするときは債務者に對して新なる訴訟を提起せざるへからざるか故に無益なる時日と費用とを費やさるへからざるのみならず又頗る煩雜の憂ひあり而して債務者の方に取りても何れ保証人に對して賠償の責に任せざるへからざるものたる已上は新に訴求を受くるも本訴に附帶して訴求を受くるも其の間更に何等の差異なきを以てなり尤も其の言渡の單に保証人か辨済の義務を了へたるときは債務者の其の損害を賠償すへしとのことを命するに止まりて辨済前も豫め賠償すべきことを命するにあらざるなり此の請求權は單に保証人か辨済後更に債務者も對して訴訟を提起するの手續と費用とを省くを得るに在りて即ち手續を前後するに過ぎざるものと知るへし果して然らば第三十五條の法文中前條及び第二十九條に依りてある其の第二十九條との誤謬なること明了なるべきなり

借又此の請求權は如何なる保証人にて之れを有するものなるやと云ふに決して然らず矢張り未定の損害求償權及び未定の損失担保請求權と同様委任を受けて保証人となりたるものにあらず之れを有することを得ざるものなりとす其の譯如何と云へは本法の債務者の不知若くは其の意に反して成立したる保証の余か既述へたるか如く事務管理の場合を以て之れと論ずるか故に外ならず即ち事務管理の場合に於ては其の被管理者に實際利益を與へたる後にあらざれば管理者は其の立替金を請求することを得ざるか故に債務者の不知若くは其の意に反して保証人となりたるも亦債権者に辨済の義務を了へたる後とあらざれば求償權なし之れに反して委任を受け成立したる保証の代理の場合を以て之れを論ずべきものたれば其の委任を受けて義務と負擔したる保証人は債権者に對し辨済を了へざる前に於て此の權利を有することを得へしとすに在り是れ即ち債權担保篇第二十九條第二項に

右担保附帶の請求の債務の委任を受けたる保証人のみに屬すと規定したる所以ありとす

三 既定の損害求償權担保訴訟

既定の損害求償權即ち担保訴權とは保証人に於て主たる債務を辨濟し其の他自己の出捐を以て債務者の義務を免かれせしめたるべき爲めに受けたる損害の賠償を債務者に對して請求するの權利なり此の故に此の請求權は保証人が主たる債務を辨濟し其の他自己の出捐を以て債務者の義務を免かれせしめたる後に有するの權利にして已上述へたる所の諸種の權利とは全く其の之れを有するの時期を異にせり尤もたとひ主たる債務者をして其義務を免れせしむることあるも保証人が自から主たる債務を辨濟したるか或は其の他相殺等の方法に依て主たる債務者の義務を免かれせしめたる場合にあらざれば此の權利を有することなきなり即ち反對より云へば單に無償にて其の義務を免かれせしめられたればとて保証人の此の權利を有せずとの意なりとす蓋し此の場合に於ての保証人の主たる債務者の爲めに何等の損害も之れを受けたることなればなり然り而して此の權利は前述したる所の三種の權利とは異なり必ずしも委任を受けて義務を負担したる保証人のみ屬するものにあらす債務者の不知若くは其の意に反して義務を負担したる保証人にも屬する所の權利に

いて只保証成立の原因の異なるに依て求償の程度に多少廣狹の差異あるのみ然らば則ち何にか故に保証成立の原因異なるに依て保証人の有する求償權に廣狹の差異を生ずべきやと云ふに余か屢々述べたる如く本法に於ての委任を受けて義務を負担したる保証人と主たる債務者との關係を以て代理人本人の關係と同一視するより從て此の種の保証人が債務者に對する求償權も亦代理人の本人に對する求償權と其の性質範圍を同ふするものとなし之れに反して債務者の不知若くは其の意に反して保証人となりたるものと債務者との關係は事務管理の場合を以て論ずべきものとすより從ひて此の種の保証人が債務者に對する求償權も亦管理者か被管理者即ち本主に對する求償權と其の性質範圍を同ふするものとせばなり是れ本法第三十條に主たる債務を辨濟し其他自己の出捐を以て債務者に義務を免かれしめたる保証人は債務者より賠償を受くる爲め之に對して擔保訴權を有す但左の區別に從ふ

と規定して其の已下に於て保証發生の原因の異なるに從ひ保証人が債務者に