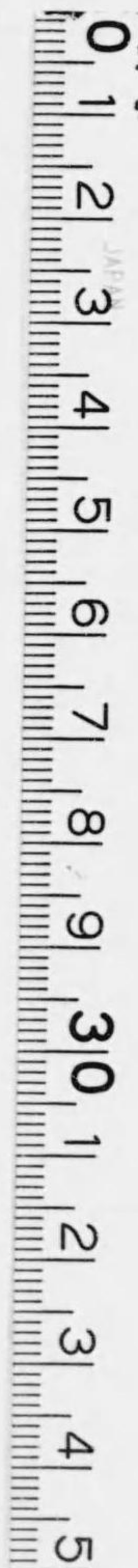


336

21



始





平3644  
60

法學博士石坂音四郎著

# 日本民法

第三編  
債權  
第五卷

東京 有斐閣書房



法學博士石坂音四郎著

# 日本民法

第三編 債權 第五卷

東京 有斐閣書院



大正

4. 4. 24

購求



336  
21.

# 日本民法第三編債權

## 第五卷 目次

第五節 相殺	一五五頁
第一款 沿革	一五五頁
第二款 相殺ノ性質	一五八頁
第三款 相殺ノ要件	一六一頁
第四款 相殺ノ方法	一六三頁
第一項 沿革	一六三頁
第二項 我國法ノ主義	一六八頁
第三項 相殺ノ意思表示	一六九頁
第四項 多數債權ノ相殺	一六九頁
第五項 裁判上ノ相殺	一六七頁

目次



二

第五款 相殺ノ效力……………一六〇頁

第六款 相殺契約……………一六二頁

第六節 更改……………一六五頁

第一款 沿革……………一六五頁

第二款 更改ノ性質……………一六九頁

第三款 更改ノ要件……………一七一頁

第四款 更改ノ種類……………一六五頁

第一項 總論……………一六六頁

第二項 債權者ノ交替ニ因ル更改……………一六六頁

第三項 債務者ノ交替ニ因ル更改……………一六九頁

第四項 債權ノ物體ノ變更ニ因ル更改……………一六八頁

第五項 條件ノ變更ニ因ル更改……………一六二頁

第六項 原因ノ變更ニ因ル更改……………一六九頁

第五款 更改ノ效力……………一七〇頁

第七節 免除……………一七八頁

第一款 免除ノ性質……………一七八頁

第二款 免除ノ方法……………一七五頁

第三款 免除ノ效力……………一七七頁

第八節 混同……………一七八頁

第一款 混同ノ性質……………一七八頁

第二款 混同ノ成立……………一七五頁

第三款 混同ノ效力……………一七七頁

第七章 債權ノ發生……………一七二頁

第一節 總論……………一七二頁

第二節 契約ノ性質……………一七二頁

第三節 契約ノ種類……………一七五頁

第四節 契約ノ要件……………一七七頁



第一款	總論	一七六頁
第二款	契約ノ内容	一七六頁
第一項	總論	一七六頁
第二項	契約ノ内容ノ要件	一七六頁
第三款	合意	一七八頁
第一項	總論	一七八頁
第二項	合意ノ成立	一七八頁
第三項	不合意	一七九頁
<b>第五節 契約ノ成立</b>		
第一款	總論	一八〇頁
第二款	申込	一八〇頁
第一項	申込ノ性質	一八〇頁
第二項	申込ノ要件	一八〇頁
第三項	申込ノ效力	一八二頁

第一目	申込受領者ニ對スル效力	一八二頁
第二目	申込者ニ對スル效力	一八四頁
第四項	申込ノ消滅	一八四頁
第三款	承諾	一八五頁
第一項	承諾ノ性質	一八五頁
第二項	承諾ノ要件	一八六頁
第四款	契約成立ノ時期	一八四頁
第一項	隔地者間ニ於ケル契約成立ノ時期	一八四頁
第二項	對話者間ニ於ケル契約成立ノ時期	一八六頁
第三項	意思實現ニ依ル契約ノ成立	一八九頁



## 第五節 相殺

### 第一款 沿革

沿革

羅馬法ニ於ケル相殺ノ沿革ハ不明ニシテ議論多キ所ナリ古羅馬法ニ於テハ相殺ヲ認メス債權關係ヲ消滅セシムルニハ辨濟(solutio)ニ依ルヘキモノトセリガイウスノInstitutionesニ依レハ公平訴訟(bona fide iudicium)ニ於テハ裁判官ニ其職權上同一ノ原因ヨリ生セル相對立セル雙方ノ債權ヲ相殺スルコトヲ得ルモノトス又嚴格訴訟(strikti juris iudicium)ニ於テハ二箇ノ場合ニ相殺ヲ認メ即(一)銀行業者(argentarius)ハ交互計算ヲ開始セル取引先ニ對シテ有スル債權ノ額ヨリ自己ノ負擔スル債務ノ額ヲ控除シテ訴フルコトヲ要シ(二)破産財團ノ買主(bonorum emptor)カ破産者ノ債務者ニ對シテ訴ヲ提起スル場合ニハ債務者カ破産財團ニ對シテ有スル反對債權ヲ控除シ其殘額ノミニ付キ判決ヲ受クルコトヲ要スルモノトス故ニ當時ニ在リテハ一般ニ相殺ヲ認ムルニ至ラサリキ共和政ノ末葉ニ至リ公平訴訟ニ於テ漸ク廣ク之ヲ認メ裁判官



ハ各場合ノ事情ニ從ヒ雙方ノ債權ヲ斟酌シ公平ニ基キテ之ヲ相殺シ其殘額ノミヲ支拂フコトヲ判決スルコトヲ得ルモノトセリ更ニ Marc Aurel 帝ニ至リ指令ヲ發シ嚴格訴訟ニ於テ惡意ノ抗辯ニ基ク相殺ヲ認ムルニ至レリ即、訴訟ニ惡意ノ抗辯ノ記入アルトキハ裁判官ハ必、相殺ヲ爲シテ判決ヲ下スコトヲ要スルモノトセリ更ニ公平訴訟ニモ之ヲ認ムルニ至リ此時ヨリ相殺ハ裁判官ノ自由ニ任セス當事者ニ相殺ヲ爲スノ權利ヲ認ムルニ至レリ後儒帝ニ至リ五三一年ノ勅令ニ依リ凡テノ訴訟ニ於テ相殺ヲ許スヘキモノトナシ且當然相殺カ行ハルルモノ (ipso jure compensatur) トセリ【註1】

羅馬法ノ相殺ニ關スル規定ハ近世各國ニ傳ハレリ獨普通法ニ於テハ羅馬法ノ解釋ニ關シ議論多ク殊ニ後ニ述フルカ如ク相殺ノ方法ニ關シテハ學說種種ニ岐レタリ普國國法第一部第十六章第三百條以下佛民法(第千二百八十九條以下)奧民法(第千四百三十八條以下)獨民法(第三百八十七條以下)瑞債務法(第百二十條以下)等ハ羅馬法ニ從ヒテ相殺ニ關シ規定ヲ設ク然レトモ相殺ノ方法ニ關シテハ各國ノ規定必シモ同一ナラス即、或ハ相殺ハ雙方ノ債權カ相

殺ニ適スル状態ニ於テ相對立スルニ依リテ當然ニ行ハルルモノトナス是レ佛民法ノ採ル所ナリ普國國法、奧民法モ亦明文ニ於テハ雙方ノ債權カ相對立スルニ依リテ相殺カ行ハルル旨ヲ規定スト雖モ學說ニ於テハ議論岐レ通說ハ相殺ハ當事者ノ援用ニ依リテ其效力ヲ生スルモノトナシ雙方ノ債權カ對立スルニ依リテ相殺カ行ハルト云フハ畢竟相殺ノ效力發生ノ時期ヲ定メタルモノトナス或ハ相殺ハ當事者ノ一方ノ意思表示ニ依リテ行ハルルモノトナス獨民法、瑞債務法ハ此主義ヲ採ル我民法モ亦後ノ主義ニ從ヒテ相殺ニ關スル規定ヲ設ク

相殺ハ之ヲ法律上ノ相殺ト契約上ノ相殺トニ分ツ法律上ノ相殺ハ法律ノ規定スル要件ヲ具備スル場合ニ當事者ノ一方ノ意思表示ニ依リテ行ハルル相殺ヲ云フ契約上ノ相殺ハ當事者ノ合意ニ依リテ爲ス相殺ヲ云フ第五百五條以下ニ規定スルモノハ即、法律上ノ相殺ナリ契約上ノ相殺ニ關シテハ後ニ之ヲ論スヘシ

【註一】羅馬法上ニ於ケル相殺ノ沿革ニ關シテハ Dernburg, Compensation,



S.15 fg, Leonhard Aufrechnung S.9 fg, Siber Compensation und Aufrechnung S.11 fg,  
岡松氏内外論叢第二卷二〇七頁以下参照

## 第二款 相殺ノ性質

相殺ノ性質

一 相殺ノ性質 相殺 (compensatio, Aufrechnung) ノ性質ヲ明カニスルニハ之ヲ形式的ニ觀察シ相殺ノ方法即相殺ハ如何ニシテ行ハルルヤヲ明カニスルト共ニ實質的ニ觀察シ相殺ノ根據即何故ニ相殺ハ債權消滅ノ效果ヲ生スルヤヲ明カニスルコトヲ要ス先ツ相殺ノ形式ヨリ觀察セン

相殺カ如何ナル性質ヲ有スルヤハ相殺ノ方法ニ關スル見解ヲ異ニスルニ依リテ異ナル後ニ論スルカ如ク雙方ノ債權カ對立スルニ依リテ相殺ハ當然行ハルルモノトナシ又ハ相殺ハ雙方ノ債權ノ對立ニ依リテ其效力ヲ生シ當事者ノ主張ハ單ニ條件ニ過キストナス見解ヲ探ルトキハ相殺ハ事件 (Rechtsereignis) タリ又相殺ハ裁判上ノ方法ニ依リテノミ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトナストキハ相殺ハ實體法上ノ法律行爲ニアラス之ニ反シ雙方ノ債權カ對立

スルモ何等ノ效力ヲ生セス當事者ノ一方ノ意思表示ニ依リテ相殺ノ效力ヲ生ストノ見解ニ從フトキハ相殺ハ單獨行爲タル性質ヲ有ス即相殺ハ對立スル雙方ノ債權ヲ消滅セシムル單獨行爲ナリトス〔註二〕我法典ハ最後ノ見解ニ從ヒ相殺ヲ以テ單獨行爲トナス是レ第五百六條第一項ニ於テ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ヘキモノトナスニ依リテ明カナリ

二箇ノ債權カ相對立シ相殺適狀 (Compensabilität) ヲ生スルニ依リテ相殺權ヲ生ス相殺權ハ法律ノ規定ニ基キ債權ノ效力トシテ生スル權利ニシテ其行使ニ依リテ債權ハ消滅ス相殺權ハ債權ヲ消滅セシムル權利ニシテ單ニ當事者ノ一方ノ意思表示ニ依リテ之ヲ行使スルコトヲ得相手方ノ協力アルコトヲ要セス故ニ相殺權ハ形成權タル性質ヲ有ス〔註三〕相殺權ハ債權其モノヲ消滅セシムル權利ニシテ抗辯 (Einrede) ノ如ク單ニ請求權ノ行使ヲ阻止スルニ過キササルモノニアラス故ニ相殺權ハ抗辯ト其性質ヲ異ニス唯相殺ヲ爲シタル後ニ於テ相殺ニ依リテ債權カ消滅セルコトヲ以テ異議 (Einwendung) トシテ援用



スルコトヲ得ルノミ【註三】

相殺權ハ相殺適狀ノ存スル間ハ之ヲ行使スルコトヲ得其行使期間ニ制限ナシ相殺權ハ債權ノ效力トシテ生スルモノナルカ故ニ債權ニ附從ス故ニ債權ヨリ分離シ相殺權ノミヲ讓渡スルコトヲ得ス

【註一】 Feder, Goldschmidts Zeits. B. 54 S. 495 fg 參照

【註二】 Seckel Gestaltungsrecht S. 2070 Anm. 2, Weigeln, Recht zur Aufrechnung S. 8

fg, Staudinger-Kublenbeck S. 415, Lang, Aufrechnungsrecht S. 96 拙著民法研究第一

卷四一頁以下

【註三】 形成權ト抗辯トハ其性質異ナルカ故ニ之ヲ混同スヘカラス然レトモ相殺權取消權解除權等ハ原告ノ請求ニ反對スル點ニ於テハ抗辯ト同一ナルカ故ニ或ハ之ヲ總稱シテ反對權(Gegenrecht)又ハ消極權(Negatives Recht)ト稱スル者アリ

相殺ノ根  
據

二 相殺ノ根據 相殺カ債權消滅ノ效力ヲ生スル理由ニ關シテハ學說區區ニ岐ル

(一) 或ハ相殺ヲ以テ辨濟又ハ特種ノ辨濟トナス此說ハ更ニ種種ノ見解ニ岐ル

(イ) 或ハ相殺ヲ以テ辨濟トナス即相殺ニ依リ當事者雙方共ニ債權ノ物體其モノヲ取得スルカ故ニ相殺ハ辨濟タル性質ヲ有スルモノトナス【註四】然レトモ辨濟ハ現實ニ債務ノ内容ニ適合スル給付ヲ爲スヲ云フカ故ニ相殺カ辨濟ニアラサルハ云フヲ俟タス且經濟上ヨリ見ルモ相殺ハ必シモ債權者ニ辨濟ト全然同一ナル満足ヲ與フルモノニアラス是レ法律カ相殺ヲ許ササル場合アリ(第五百十條)又相殺者ニ損害賠償ノ責任ヲ負ハシムル場合アルヲ見レハ(第五百七條)明カナリ此等ノ場合ニ相殺ヲ許サス又ハ損害賠償ノ責任ヲ負ハシムルハ相殺カ債權者ニ辨濟ト同一ノ満足ヲ供スルコトヲ得サルカ爲メナリトス

(ロ) 或ハ相殺ハ辨濟ト同一ノ經濟上ノ結果ヲ生スルカ故ニ之ヲ以テ擬制的辨濟(imaginaria solutio, fingierte Erfüllung)トナス【註五】此擬制說ハ相殺ノ結果カ辨濟ト同一ナルコトヲ云フニ止マリ相殺ノ性質ヲ明カニスル所ナシ且上述



セルカ如ク實際ノ結果ニ於テ必シモ相殺ト辨濟ト同一ニアラサルカ故ニ擬制ヲ用ヒテ辨濟ト同一視スルヲ得ス

(ハ) 或ハ相殺ヲ以テ自己辨濟 (Selbstzahlung) トナス即債權者ハ自ラ債務者ニ對シテ負擔セル額ヲ以テ自己ノ債權ヲ辨濟スルモノトナス【註六】然レトモ自己辨濟ハ現實ノ給付行爲ナキカ故ニ辨濟タル性質ヲ有スルモノトナスコトヲ得ス或ハ簡易ノ引渡ノ場合ニ現實ノ引渡ヲ要セスシテ占有權ヲ移轉スルコトヲ得ルト同シク相殺ノ場合ニハ現實ノ給付ナキモ辨濟ノ目的ヲ達スルコトヲ得トナス然レトモ簡易ノ引渡ノ場合ニハ既ニ物ノ引渡アリタルカ故ニ單ニ意思表示ノミニ依リテ占有權ヲ移轉スルコトヲ得ルモノニシテ全ク物ノ引渡ナキモノト云フヲ得ス之ニ反シ相殺ノ場合ニハ現實ノ給付ナキカ故ニ辨濟トナスコトヲ得ス假ニ自己辨濟ヲ認ムルコトヲ得トナスモ債權者カ自己ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルカ爲メニハ其權限アルコトヲ要ス然レトモ債權者ハ此ノ如キ權限ヲ有スルコトナシ

(ニ) 或ハ相殺ニ依リ債務者ハ給付ニ代ヘテ自己ノ債權ヲ拋棄シ辨濟ヲ爲

スモノトナス【註七】然レトモ債權者ニ對スル債權ノ拋棄カ債務ノ辨濟タルコトヲ得サルハ云フヲ俟タス且相殺ノ場合ニハ債務者ハ自己ノ債權ヲ拋棄スル意思ヲ有スルコトナシ

以上述フル所ニ依リ何レノ說ニ從フモ相殺ヲ以テ辨濟トナスコトヲ得ス辨濟ト相殺トヲ比較スルニ辨濟トシテ爲サル給付行爲ハ債權者ノ協力ヲ要スル場合多キニ反シ相殺ハ一方ノ行爲ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得一部辨濟ハ之ヲ爲スコトヲ得サルモ一部ノ相殺ハ之ヲ爲スコトヲ得又辨濟ハ第三者之ヲ爲スコトヲ得ルモ他人ニ對スル債權ニ對シ自己ノ債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ス此等ノ點ヨリ見レハ兩者ノ異ナルコトハ明カナリ

【註四】 Donellus, commentarii de jure civili, lib. XVI Cap. 15 此說ヲ唱フ爾來此說ニ從フモノナキニアラス例ヘハ Wendt, Pandekten S.576

【註五】 Bartolus, Zasius 等此說ヲ唱フ後世又之ニ從フモノアリ Harter, Rö-misch-deutsches Recht der Compensation S.40, Vangerow II S.351, Arntz, §294 佛法ニ於テモ此說ト同シク相殺ヲ以テ法律ニ依ル辨濟トナス者アリ (Laurent



t. 18 n. 380, Demolombe (t. 28 n. 478)

【註六】 Krug, Compensation S. 6fg, Unterholzner, Schuldv. I S. 548, Tellkamp, Arch. f. civilist. Prax. B. 23 S. 301 fg

【註七】 Fuhr, Schumps Jahrb. B. 37 S. 115, Fürst, Gruchots Beit. 348. 323

(二) 或ハ相殺ヲ以テ自己辨濟ノ指圖トナス即相殺ニ依リ債權者カ債務者ニ對シ債務者自身ニ辨濟ヲ爲スヘキコトヲ指圖 (Anweisung) スルモノトナス例ヘハ債權者カ債務者ニ對シ金千圓ノ債權ヲ有スルト共ニ自ラ又千圓ノ債務ヲ負擔スル場合ニ債務者ニ指圖シ債務者自身ニ辨濟スヘキコトヲ命スルモノトス此場合ニ被指圖人ト辨濟ヲ受領スル者トカ同一人ナルカ故ニ辨濟行爲ヲ必要トセストナス【註八】此說ハ先ニ述ヘタル自己辨濟說ト同一ノ缺點アリ債務者カ自己ニ對シテ辨濟ヲ爲スハ之ヲ認ムルコトヲ得ス蓋此場合ニハ債務者ハ債權者ノ代理人トシテ辨濟ヲ受領スルニアラサルカ故ニ自己行爲ニ依ル代理第百八條但書ニアラサルカ故ナリ縱令自己辨濟ヲ認ムルコトヲ得トナスモ辨濟ノ指圖ハ我法典ノ解釋トシテハ辨濟ノ委任ニ外ナラサル

カ故ニ指圖カ有效ニ成立スルカ爲メニハ被指圖人カ其指圖ヲ承諾セルコトヲ要ス故ニ相殺カ單獨行爲タルト矛盾ス

【註八】 Kohler, Zeits. f. deutsch. Civilprozess B. 24 S. 3fg 此說ヲ主張ス Stölzel, Stellung f. civilist. Prax. 2 Teil S. 3モ亦之ニ類似セル說ヲ唱フ

(三) 或ハ相殺ヲ以テ代物辨濟トナス即債務者ハ本來ノ給付ニ代ヘテ債權者ノ負擔スル債務ヲ免除シ以テ自己ノ債務ヲ消滅セシムルモノトナス此說ハ免除ヲ以テ本來ノ給付ニ代ハルヘキ給付トナシ以テ債務ヲ消滅セシムルモノトナス【註九】然レトモ代物辨濟ノ成立ニハ債權者ノ承諾ヲ必要トスルニ反シ相殺ハ單獨行爲ナルカ故ニ此說ニ從フコトヲ得ス

【註九】 Windscheid § 349 Anm. 14, Liebknecht, Compensationsvollzug und Compensationsvorbringen S. 37 fg, Siber, Compensation und Aufrechnung S. 136

(四) 或ハ相殺權ト留置權トヲ同一視シ兩者ヲ以テ同一ノ制度トナス見解ヲ採ル者アリ【註一〇】相殺ト留置權トハ共ニ公平ノ觀念ニ基クモノニシテ當事者ノ一方カ自己ノ請求權ヲ行使セサルニ相手方ノ請求權ノミヲ行使セシ



ムル不當ノ結果ヲ防クカ爲メニ存ス故ニ此點ニ付キテハ兩者ハ同一ノ目的ヲ有スト雖モ尙他ノ目的ニ於テ兩者ハ異ナル即、相殺ハ無益ナル辨濟ノ重複ヲ避クルヲ目的トスト雖モ留置權ハ間接ニ相手方ノ辨濟ヲ強制スル目的ヲ有ス此目的ノ差異ヨリシテ其效力モ亦異ナル即、相殺權ハ反對債權ヲ永久ニ消滅セシムル效力ヲ有スルニ反シ留置權ハ間接ニ相手方ノ履行ヲ強制スルカ爲メ一時其請求權ノ行使ヲ妨クルコトヲ得ルニ過キス

【註一〇】第十七十八世紀頃ニ於テ相殺ト留置權トヲ以テ同一ノ制度トナスノ見解一般ニ行ハレタリ Schenk, Retentionsrecht S. 49fg, Richter, Compensations und Retention S. 9, Hartmann, Aufrechnung und Zurückbehaltung S. 7fg 參照

(五) 或ハ相殺ニ適スル状態ヲ生スルニ依リテ相對立スル二箇ノ債務ノ外ニ尙反對債權ヲ拋棄スヘキ義務ヲ生シ本來ノ給付ヲ爲スカ又ハ反對債權ヲ拋棄スルカノ選擇債務ヲ生スルモノトナス【註一〇】然レトモ相殺ヲ爲スハ權利ニシテ義務ニアラス故ニ相殺適狀ヲ生スルニ依リテ反對債權ヲ拋棄スヘキ義務ヲ發生スルモノトナスヲ得ス且選擇債務ニ關スル規定ヲ適用スルヲ

得サルニ依リテ見レハ此說ノ採ルベカラサルハ明カナリ

或ハ相殺ニ適スル状態ヲ生スルニ依リテ任意債務ヲ生スルモノトナス即債務者ハ本來ノ給付ニ代ヘテ相殺ヲ爲シ以テ債務ヲ免ルルコトヲ得ルモノトナス【註一一】然レトモ相殺ヲ爲スコトヲ以テ給付トナスヲ得ス

【註一一】 Liebkecht, Compensationsvollzug und Compensationsvorbringen S. 37, Lippmann, Jahrb. f. Dogm. B. 32 S. 232

【註一二】 Kipp zu Windscheid S. 475

(六) 或ハ相殺ヲ以テ自己ノ債務ノ上ニ質權ヲ設定スルモノトナス即、相殺ヲ爲スニ依リ債權者ハ自己ノ債務ヲ免ルルカ故ニ債權ノ満足ヲ受クルモノトス故ニ相殺適狀ヲ生スルニ依リテ債權者ハ自己ノ債務(即、相手方ノ債權)ノ上ニ質權ヲ取得ス而シテ其質權ハ質權者ノ一方ノ意思表示ニ依リテ行使スルコトヲ得ルモノトナス【註一三】然レトモ法定質權ハ法律ノ規定スル場合ニ於テノミ其發生ヲ認ムルコトヲ得雙方ノ債權カ相對立スルニ依リ直ニ質權カ生スルモノトナスコトヲ得ス且質權ニ關スル規定ヲ適用スルヲ得サルニ



依リテ見レハ法定質權ノ觀念ヲ以テ説明スルノ要アルヲ見ス

【註一三】 Weigel, Recht zur Aufrechnung S.39 fg, Leonhard, Arch. f.B.R.B.21S.208fg  
更ニ Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung S. 42fg モ亦之ニ近キ説ヲ唱フ

(七) 以上述フル所ニ依リ相殺ヲ他ノ種類ノ消滅原因ニ屬セシムルヲ得サルハ明カナルヘシ故ニ相殺ハ債權消滅原因ノ獨立ノ種類トシテ之ヲ認ムルコトヲ要ス而シテ從來多クハ相殺ヲ觀察スルニ受働債權ノ消滅原因タル方面ノミヲ觀察シ自働債權ノ行使方法トシテ觀察スヘキモノナルコトヲ看過セリ相殺ノ性質ヲ明カニスルニハ相殺ヲ爲ス債權者カ自己ノ債權ヲ満足セシムル方面ヲモ觀察スルコトヲ要ス即相殺ハ一方ニ於テハ債權ノ效力トシテ生セル相殺權ノ行使ナルカ故ニ債權ノ實行タリ而シテ同時ニ他方ニ於テハ受働債權ノ消滅ヲ來ダス此兩方面ヲ觀察シテ始メテ相殺ノ性質ヲ明カニスルコトヲ得ヘシ自働債權ノ實行方法トシテ相殺ヲ觀察スルトキハ相殺ハ債權者ノ自助(Selbsthilfe)若クハ自己満足(Selbstbefriedigung)ノ方法タルモノトス即債權者カ自己ノ債權ヲ満足セシメンカ爲メ相殺ニ依リ他人ノ債權ヲ利用

シ處分スルモノトス故ニ相殺權ハ強制的ニ他人ノ財産ヲ自己ノ用ニ供スル權利ナリ債權者ハ債務者ノ意思ヲ問ハス一方行爲ニ依リテ其債權ヲ處分シ自己ノ債權ノ満足ニ充ツルコトヲ得即相殺ニ依リ債務者ノ反對債權ヲ消滅セシメ之ニ依リテ自己ノ債權ニ満足ヲ與ヘ且消滅セシム【註一四】

【註一四】 自助若クハ自己満足ノ觀念ヨリ相殺ノ根據ヲ説明セントスルハ今日多數學者ノ認ムル所ナリ先ニ述ヘタル Krugノ自己辨濟説ハ既に此觀念ヲ認メタルモノト云フヘク更ニ Götte (Arch. f. B.R.B.17.S.164 fg.)ハ相殺ヲ以テ自助(Selbsthilfe)ノ場合ナリトシ Ohnsorge (Jahrb. f. Dogm. B. 20. S.387)ハ相殺權ヲ以テ他人ノ債權ノ處分權ナリトナシ Leonhard (Arch. f. B. R. B. 21S. 208 fg.)ハ相殺權ヲ以テ強制的利用權(Zwangsverwertungsrecht)トナス其他 Feder, Goldschmidts Zeits. B.54 S.493 fg, Ortmann S. 289 等モ亦同一ノ説ヲ唱フ

的相殺ノ目

- 三 相殺ノ目的 相殺ニ依リ種種ノ經濟上ノ目的ヲ達スルコトヲ得
- (一) 相殺ニ依リ給付ノ交換ヲ省クコトヲ得即當事者雙方カ各給付ヲ爲スヘキモノトナストキハ徒ニ時間、勞力及ヒ費用ヲ損スルニ過キス而シテ相殺



ニ依リ雙方ノ債權ハ對當額ニ於テ消滅スルカ故ニ經濟上ニ於テハ雙方ノ債權ノ辨濟アリタルト同一ノ結果ヲ生スルコトヲ得ヘシ

(二) 雙方ノ債權カ相對立スル場合ニ當事者ノ一方カ自ラ負擔スル債務ハ之ヲ辨濟セス自己ノ債權ノミヲ行使シ相手方ニ對シ請求ヲ爲スハ當ヲ得タルモノト云フコトヲ得ス相殺ニ依リテ辨濟ヲ省クコトヲ得ルニ拘ハラズ相手方ニ辨濟ヲ爲サシムルハ相手方ニ損害ヲ與フルノ惡意ヲ有スルモノト云ハサルヘカラス故ニ相殺ニ依リテ雙方ノ債權ヲ消滅セシムルハ公平ニ合ス

(三) 債權者ハ相殺ニ依リテ其債權ノ效力ヲ確保スルコトヲ得蓋二箇ノ債權カ對立スル場合ニ當事者ノ一方ハ自己ノ債權ノミヲ主張シ自己ノ債務ノ辨濟ヲ免レントスル場合アリ而シテ其請求ヲ爲シタル債權者カ辨濟トシテ受ケタルモノヲ消費シ自己ノ債務ヲ辨濟スル資力ナキニ至ルコトアリ從テ先ニ辨濟ヲ爲シタル者ハ損害ヲ受クル危險アリ相手方ハ則相殺ニ依リテ此危險ヲ防クコトヲ得債權ノ效力ヲ確保スルハ相殺ノ主要ナル目的ト云フコトヲ得ヘシ殊ニ破産ノ場合ニハ破産者カ債權者ニ對シ反對債權ヲ有スル場

合ニ其債權者ハ相殺ニ依リテ自己ノ債務ヲ免ルルコトヲ得即相殺權ヲ有スル債權者ハ他ノ債權者ニ比シテ優先ノ地位ニ在ルモノトス(舊商法破産篇第九百九十五條)

### 第三款 相殺ノ要件

相殺ノ要件ハ相殺ノ方法ニ關スル見解ヲ異ニスルニ從フテ異ナル實質主義ノ學說ニ從ヒ雙方ノ債權カ相殺ニ適スル状態ニ在ルトキハ當然ニ相殺ノ效力ヲ生ストナストキハ雙方ノ債權カ同一ノ要件ヲ具備スルコトヲ必要トスヘシ然レトモ我法典ノ如ク相殺ノ意思表示ニ依リテ效力ヲ生スルモノトナストキハ必シモ雙方ノ債權カ同一ノ要件ヲ具備スルコトヲ必要トセス相殺ヲ爲ス債權即自働債權(Aktivforderung, Aufrechnungsforderung)ト相殺セラレル債權即受働債權(Passivforderung, Hauptforderung)トハ其要件ヲ異ニスルコトヲ得故ニ第五百五條ニ於テ雙方ノ債權共ニ同一ノ要件ヲ具備スル場合ニ於テ各當事者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ヲ規定スト雖モ此規定ハ當ヲ得タルモノ



自動債權ニ關スル要件

ト云フヲ得ス相殺ニ關スル要件ヲ述フレハ左ノ如シ

(一) 二箇ノ債權カ存在スルコトヲ要ス 相殺ニ供セラルル權利ハ原則トシテ雙方共ニ債權タルコトヲ要ス債權以外ニアリテ物權的請求權ハ相殺ヲ許ス然レトモ實際ニ於テハ物權的請求權ハ相殺ノ要件タル給付ノ同種ヲ缺クカ爲メ相殺ヲ爲スコトヲ得サルヲ通常トス〔註二〕以下自動債權ト受働債權ニ分チテ其要件ヲ述フヘシ

(イ) 相殺ヲ爲ス債權即自動債權ハ左ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス

(イ) 債權ハ有效ニ成立スルコトヲ要ス成立セサル債權ハ之ヲ相殺ニ供スルコトヲ得ス從テ債權ノ原因タル法律行為カ無効ナル場合ニハ相殺ニ供スヘキ債權ヲ生セス法律行為カ取消サレタル場合ニハ當初ヨリ無効トナルカ故ニ此場合ニ於テモ亦相殺ニ供スヘキ債權ナシ自然債務ハ之ヲ相殺ニ供スルコトヲ得ストナスハ各國立法ニ於テ認ムル所ナリト雖モ我國法ニ於テハ自然債務ヲ認メサルカ故ニ相殺ヲ許スヤ否ヤノ問題ヲ生セス成立セサル債權ハ之ヲ相殺ニ供スルコトヲ得スト雖モ唯一ノ例外トシテ既ニ消滅セル債

時効ニ關スル要件

權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ル場合アリ即時時効ニ因リテ消滅シタル債權カ其消滅以前ニ於テ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ルモノトス(第五百八條)是レ羅馬法以來各國ノ立法及ヒ學說ノ一般ニ認ムル所ナリ實質主義ノ學說ニ從ヒ雙方ノ債權カ相殺ニ適スル狀態ニ在ル場合ニハ當然消滅ストナストキハ時効ニ因リテ消滅セル債權カ其消滅以前ニ相殺ニ適シタルトキハ相殺ノ適用アルハ云フヲ俟タス然レトモ我法典ハ相殺ハ當事者ノ一方ノ意思表示ニ依リテ始メテ其效力ヲ生シ相殺ニ供セラルル債權ハ一ニ相殺ノ意思表示ノ時ニ相殺ノ要件ヲ具備スルコトヲ要スルモノトナス從テ時効ニ因リテ消滅シタル債權ヲ相殺ニ供スルコトヲ得ルハ例外トシテ存在セサル債權ノ相殺ヲ認メタルモノトナササルヘカラス〔註三〕故ニ時効ニ因リテ消滅セル債權ヲ相殺ニ供スルコトヲ得ルハ第五百六條第二項ニ依リ相殺ノ效力カ遡及力ヲ有スルカ爲メニアラス蓋第五百八條ハ相殺ノ要件ニ關スル規定ニシテ債權カ一旦相殺ニ適シタル以上ハ縱令時効ニ因リテ消滅スルモ尙相殺ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ヲ定メ第五百六條第二項ハ相



殺ノ效力ニ關スル規定ニシテ相殺カ遡及力ヲ有スヘキ旨ヲ定ム故ニ兩者ハ其規定ノ根據ヲ異ニス縱令相殺ノ遡及力ヲ認メサルモ尙時効ニ因リテ消滅シタル債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ヘキモノト定ムルコトヲ得ヘシ從テ相殺カ遡及力ヲ有スルカ爲メニ時効ニ因リテ消滅セル債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ルモノトナスコトヲ得ス【註三】第五百八條ハ一ニ實際上ノ理由ニ基クモノニシテ畢竟當事者間ノ公平ヲ保タンカ爲メナリ蓋雙方ノ債權カ相殺ヲ爲スニ適スル状態ニ在ル場合ニハ各當事者ハ既ニ債權ハ相殺ニ因リテ消滅シ互ニ満足ヲ得タルモノトナシ相殺ノ意思表示ヲ爲スコトヲ怠ルコトナシトセス然ルニ相殺ヲ爲スコトヲ遅延セルカ爲メ債權カ時効ニ因リテ消滅シ相殺ヲ爲スコト能ハサルニ至ラシムルハ公平ニ合セス殊ニ短期時効ニ關シ然リトス故ニ法律ハ時効ニ因リテ消滅セル債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ此ノ如ク法律カ時効ニ罹リタル債權ヲ相殺ニ供スルコトヲ許スハ例外ノ場合ナルカ故ニ相殺ヲ爲スニ依リテ既ニ時効ニ因リテ消滅シタル債權カ復活スルニアラス從テ時効ニ因リテ消滅シタル債權ノ額カ受

働債權ノ額ヨリ大ナルトキハ其對當額ニ付テノミ相殺ニ因リテ消滅シ其殘額ハ復活スルモノトナスヘカラス【註四】

取消スコトヲ得ヘキ行爲ヨリ生セル債權ト雖モ取消前ニ在リテハ相殺ニ供スルコトヲ得然レトモ後ニ至リ取消サレタルトキハ行爲ハ當初ヨリ無効ナリシモノト看做サルルカ故ニ相殺モ亦無効トナル【註五】解除條件附債權モ亦相殺ニ供スルコトヲ得而シテ後ニ至リ條件成就スルモ其效果ハ既往ニ遡ラサルヲ原則トスルカ故ニ相殺ノ無効ヲ來スコトナシ然レトモ相手方ハ理由ナク債權ヲ失ヘルモノナルヲ以テ不當利得請求權ニ基キ其回復ヲ求ムルコトヲ得蓋相殺ニ依リ條件ノ成就ヲ妨クルコトヲ得サルカ故ニ相殺後ニ條件成就シタル場合ニハ尙其效果ヲ生セシメサルヘカラサルカ故ナリ【註六】停止條件附債權及ヒ將來ノ債權ハ未タ存在セサル債權ナルカ故ニ相殺ニ供スルコトヲ得ス

(ロ) 債權ニ抗辯カ附著セサルコトヲ要セス 自働債權ニ抗辯カ附著セル場合ニ相殺ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ抗辯ノ種類ニ依リテ之ヲ區別スル

抗辯ノ附  
著セル債  
權ノ相殺



コトヲ要ス抗辯ノ意義ヲ廣ク解シ所謂ル權利不發生ノ抗辯權利消滅ノ抗辯  
 カ附著セル場合ニハ相殺ニ供スヘキ債權ハ存在セサルカ故ニ相殺ヲ爲スコ  
 トヲ得サルハ云フヲ俟タス然レトモ狹義ノ抗辯 (Einreden) カ自働債權ニ附著  
 セル場合ニ相殺ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ議論ノ餘地アリ例ヘハ債務者カ  
 同時履行ノ抗辯(第五百三十三條)ヲ有スル場合ニ債權者ハ其債權ヲ以テ相殺  
 ヲ爲スコトヲ得ルヤ之ヲ實際ノ結果ヨリ論スレハ抗辯ノ附著セル債權ヲ以  
 テ相殺ヲ爲スコトヲ得サルモノトナスコトヲ要ス蓋債權ニ抗辯カ附著スル  
 場合ニハ債務者ハ其抗辯ノ援用ニ依リテ辨濟ヲ拒ムコトヲ得ルニ拘ラス債  
 權者カ相殺ヲ爲シタルトキハ債權ハ消滅スルノ結果トナリ而モ自己ノ債權  
 ハ辨濟ヲ受クルコトヲ得サルニ至ル從テ抗辯ハ何等ノ用ヲ爲サス債務者ハ  
 損害ヲ被ムルコトトナルヘシ例ヘハ買主タル甲ハ賣主タル乙ヨリ目的物ノ  
 引渡ヲ受ケサル間ハ代金ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得ルニ拘ラス乙ハ其代金債權  
 ヲ以テ自ラ甲ニ對シテ負擔スル貸金返還債務ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得ル  
 ニ至ルヘシ然レトモ我法典ハ此點ニ關シ規定ヲ缺クカ故ニ抗辯ノ附著セル

要  
 ↓  
 ↓  
 ↓

債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス蓋縱令債權ニ抗  
 辯カ附著スルモ直接ニ債權ノ效力ニ影響ヲ及ホスコトナシ抗辯カ附著スル  
 モ債權者ハ尙履行ヲ請求スルコトヲ得ルモノニシテ債務者ハ唯抗辯ノ援用  
 ニ依リテ一時其履行ヲ拒ムコトヲ得ルニ過キス從テ抗辯ノ附著セル債權ハ  
 之ヲ期限附債權ト同一ニ論スルコトヲ得ス故ニ債權ニ抗辯カ附著スルモ尙  
 債權者ハ之ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ルモノトナササルヘカラス抗辯ノ附  
 著セル債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ許ササルモノトナサントセハ特ニ明文  
 アルコトヲ要ス〔註七〕

(ハ) 債權カ履行期ニ在ルコトヲ要ス 履行期ノ到來ニ依リテ現實ニ履  
 行ヲ請求スルコトヲ得ルカ故ニ履行期ノ到來セル債權ノミヲ以テ相殺ヲ爲  
 スコトヲ得ルモノトス從テ又履行期ヲ猶豫セル場合ニ於テモ相殺ヲ爲スコ  
 トヲ得ス然レトモ債權者カ無償ニ期限ヲ猶豫セル場合ニハ當事者ハ單ニ訴  
 ノ提起ヲ猶豫シ相殺ヲ除外スルノ意思ニアラサルヲ通常トス〔註八〕履行期カ  
 債權者ノ告知ニ依リテ到來スル場合ニハ相殺ト同時ニ告知ヲ爲スコトヲ得



ヘシ此ノ如ク相殺ヲ爲スニハ債權ノ期限ノ到來ヲ必要トスト雖モ債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニハ期限到來セサル債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得(舊商法破産篇第九百九十五條【註九】)

【註一】羅馬法ニ於テハ儒帝ニ至リ物權的請求權ヲ相殺ニ供スルコトヲ許セリ獨普通法ハ之ニ從フ(Windscheid § 351)獨民法ニ於テモ通説ハ物權的請求權ヲ相殺ニ供スルコトヲ得ルモノトナス(Siber, a. a. O. S. 83 fg, Kipp zu Windscheid S. 495)物權的請求權ハ其本質ニ於テハ債權的請求權ト相同シキカ故ニ相殺ニ供スルコトヲ得サル理由ナシ然レトモ給付ノ同種ヲ缺クカ爲メニ相殺ヲ爲スコトヲ得サルヘシ即物權的請求權カ特定物ノ取戻例ヘハ所有權ニ基ク占有回復請求權ノ如シ若クハ物權ノ内容ニ適合スル狀態ノ回復例ヘハ所有權妨害排除請求權ノ如シヲ物體トスル場合ニハ之ト同種ノ給付ナルモノ存セサルカ故ニ相殺ヲ爲スコトヲ得ス或ハ第九十條ニ依リ權利者カ占有者ヨリ果實ノ代價ノ償還ヲ請求スル權利ヲ以テ相殺ニ供スルコトヲ得トナス説アリト雖モ(Kipp S. 495 岡

松氏内外論叢第三卷四一頁)此償還請求權ハ債權ニシテ物權的請求權ニアラサルカ故ニ直接ニ相殺ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ヘシ

【註二】我法典ニ於ケル時効ノ效力ニ關シテハ第四百四十五條ト第六十七條以下トノ調和ニ關シ學説上爭アリ然レトモ第六十七條以下ニ於テ明カニ債權ハ法定ノ期間ノ經過ニ因リテ消滅ストナスカ故ニ債權ハ時効期間ノ經過ニ因リテ一旦ハ消滅スルモノトナササルヘカラス(此問題ニ關シテハ岡松氏内外論叢第三卷六七頁以下參照)

【註三】Weigelin S. 167, Örtmann S. 296 或ハ之ニ反シ時効ニ因リテ消滅セル債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ルハ相殺ノ遡及力ニ基クモノトナス説(Endemann S. 822 Anm. 14, Seeler, Arch. f. B. R. B. 15 S. 105, Liebkecht, Vorbehaltzahlung und Eventualaufrechnung S. 109fg)

【註四】Hartmann, Arch. f. civilist. Prax. B. 73S. 348, Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 126, Bähr, Verhandlungen des 20 deutsch. Juristentags S. 300 fg, Unger, Jahrb. f. Dogm. B. 29. S. 27, Protokolle S. 362 fg, Planck zu § 390 Nr. 2, Schollmeyer Nr. 3 岡



松氏内外論叢第三卷五七頁以下

【註五】 Crome S.2.296, Staudinger-Kuhlenbeck zu §390 Nr. 3, Schollmeyer zu §390 Bem. 3, Weigel in a.a.O. S.53, Langhenecken, Anspruch und Einrede S.133 Lang, Aufrechnungsgrecht S.5

【註六】 Schollmeyer, S.385, Endemann S.829 Anm. 11, Weigel in a.a.O. S.54

【註七】 羅馬法以來一般ノ立法ハ債權ニ抗辯カ附著セサルコトヲ要スト  
ナス獨普通法ニ關シテハ Windscheid § 350 Anm. 1, Krug, Compensation § 93,  
Dernburg, Compensation S.537 fg 參照佛民法第一千二百九十一條ハ債權カ請求  
シ得ヘキモノナルコト (exigibilité) ヲ要件トス獨民法第三百九十條第一項  
モ亦抗辯 (Einreden) ノ附著セル債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得サルモノ  
トス

【註八】 Dernburg, Compensation S.478 fg, Siber a.a.O. S.96, Schollmeyer zu § 390 Nr. 1

【註九】 通説ハ債務者ノ破産ニ依リテ期限到來スルモノトス (Lippmann,  
Jahrb. f. Dogm. B.32. S.203 fg, Crome S.309) 或ハ之ニ反シ債務者ノ破産ニ依リ  
テ期限到來スルニアラス破産ノ場合ニハ期限前ノ債權ト雖モ破産財團

受働債權ニ關スル要件ノ成立

ノ分配ニ參加スルコトヲ得ルカ故ナリトス (Weigel in a.a.O. S.57) 我法典ニ在  
リテハ第三百三十七條ノ規定ヨリ云ヘハ債務者ノ破産ニ依リテ債權者カ  
履行ヲ請求スルコトヲ得ルノ時期到來スルモノト解スヘシ(三九五、三九  
六頁參照)

(一) 相殺セラルル債權即、受働債權ハ左ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス  
(イ) 受働債權カ有效ニ成立スルコトヲ要ス 成立セサル債權ニ對シテ  
相殺ヲ爲スモ其相殺ハ無効ニシテ自働債權ハ依然トシテ存續ス是レ通説ノ  
認ムル所ナリ【註一〇】之ニ反シ一派ノ學說ニ從ヘハ相殺ハ處分行爲ナルカ故  
ニ受働債權カ存在セサル場合ニ於テモ相殺ノ意思表示ハ效力ヲ生シ相殺ニ  
供セル自働債權ヲ消滅セシム故ニ受働債權カ存在セサル場合ニ錯誤ニ因リ  
テ相殺ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ自働債權ハ消滅シ單ニ不當利得請求權  
ニ基キ其回復ヲ請求スルコトヲ得ルニ過キス之ニ反シテ受働債權ノ存在セ  
サルコトヲ知リテ相殺ヲ爲シタルトキハ第七百五條ノ準用ニ依リテ自働債  
權ハ消滅シ且不當利得請求權ヲモ生セサルモノトナス【註一一】然レトモ相殺



ノ成立ニハ雙方ノ債權カ存在スルコトヲ要シ受働債權ノ存在ハ相殺ノ觀念ニ缺クヘカラス故ニ受働債權カ存在セサルニ於テハ相殺ハ成立スルコトヲ得ス蓋相殺ノ意思表示カ遡及力ヲ有シ雙方ノ債權カ互ニ相殺ヲ爲スニ適シタル始ニ遡リテ其效力ヲ生スル點ヨリ見ルトキハ相殺ノ成立ニハ受働債權カ有效ニ成立スルコトヲ要スルハ明カナリ且此說ノ如ク相殺ノ意思表示ヲ以テ處分行爲トナストキハ其處分行爲ハ債務ノ免除ト見ルノ外ナカルヘシ然レトモ錯誤ニ因リテ受働債權カ成立スルモノト信シ相殺ヲ爲ス場合ニハ相殺ノ意思ヲ有スルニ止マリ免除ノ意思ヲ有スルコトナシ更ニ此說ヲ主張スル論者ハ相殺ヲ辨濟ト同一ニ論シ不當利得請求權ノ發生ヲ認ムト雖モ是レ果シテ當ヲ得タルモノナリヤ非債辨濟ノ場合ニハ辨濟トシテ爲サル給付行爲ハ獨立シテ債權ノ成立不成立ニ關スル所ナク有效ニ成立スルコトヲ得ルカ故ニ債權カ事實存在セサル場合ニハ不當利得請求權ヲ生ス然レトモ相殺ノ場合ニ相殺其モノヲ以テ辨濟トシテ爲サル給付ト同一ニ論シ獨立シテ成立スルコトヲ得ルモノトナスコトヲ得ス相殺ハ受働債權カ存在スル

場合ニ於テノミ成立スルコトヲ得ルモノトス

受働債權カ時効ニ罹リタル場合ニハ債權ハ消滅スルカ故ニ之ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ相殺ヲ爲スニ依リテ時効ノ利益ヲ拋棄スルノ意思ヲ表示セルモノト認ムルコトヲ得ヘキ場合ニハ債權ハ尙存在スルカ故ニ相殺ハ有效ニ成立ス若シ又裁判上ニ於テ受働債權カ時効ニ因リテ消滅シタルコトヲ知ラス相殺ヲ主張セル場合ニハ時効ノ援用ナキカ故ニ第四百四十五條ニ從ヒ裁判官ハ相殺ハ有效ニ成立スルモノト判決スルコトヲ要ス

受働債權カ取消スコトヲ得ヘキ行爲ヨリ生スルモノ之ニ對シテ相殺ヲ爲スコトヲ得蓋取消アルマテハ債權ハ有效ニ成立スルカ故ナリ取消サレタル後ニアリテハ債權ナキニ至ルカ故ニ相殺ヲ爲スコトヲ得ス相殺ヲ爲シタル後取消アリタルトキハ取消ハ遡及力ヲ有スルカ故ニ當初ヨリ債權ハ成立セザリシ結果トナリ從テ相殺モ亦無効ニ歸スルモノトス然レトモ相殺者カ取消スコトヲ得ヘキモノナルコトヲ知リテ相殺ヲ爲ス場合ニハ追認ヲ爲スノ意思ヲ有スルヲ通常トスヘシ



受働債權カ解除條件附ナルモ之ニ對シテ相殺ヲ爲スコトヲ得而シテ相殺者カ條件附ナルコトヲ知リテ相殺ヲ爲シタル場合ニハ條件成就ニ因リテ受クヘキ利益ヲ拋棄スルノ意思ヲ有スルヲ通常トスヘシ之ニ反シ條件附ナルコトヲ知ラスシテ相殺ヲ爲シタル場合ニ後ニ至リ條件成就シタルトキハ不當利得請求權ニ基キ相手方カ相殺ニ因リテ得タル利益ノ償還ヲ請求スルコトヲ得【註一二】

(ロ) 受働債權ニ抗辯カ附着スルモ之ニ對シテ相殺ヲ爲スコトヲ得 其抗辯カ一時抗辯タルト永久抗辯タルト問フ所ナシ蓋相殺者カ受働債權ニ抗辯カ附着セルコトヲ知ル場合ニハ默示的ニ抗辯ヲ拋棄スルノ意思ヲ有スルモノト解スルヲ得ヘキカ故ナリ又相殺者カ抗辯カ附着セルコトヲ知ラサル場合ニ在リテモ其抗辯カ一時抗辯タルニ過キササル場合ニハ第七百六條ノ準用ニ依リテ不當利得請求權ヲ生セス唯相殺者カ永久抗辯ノ附着セルコトヲ知ラサル場合ニハ不當利得請求權ニ基キテ相手方ニ對シ利得ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ルモノト解スヘシ【註一三】

受働債權  
ノ辨濟期

(ハ) 受働債權ハ辨濟期ニ在ルコトヲ要セス 自働債權ハ辨濟期ニ在ルコトヲ要スト雖モ受働債權ハ必シモ辨濟期ニ在ルコトヲ要セス債務者カ履行ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ足ル而シテ辨濟期ハ債務者ノ利益ノ爲メニ定メラレタルモノト推定セラルルカ故ニ(第三百三十六條第一項)原則トシテ債務者ハ期限ノ利益ヲ拋棄シテ辨濟期前ニ於テ辨濟ヲ爲スコトヲ得故ニ又受働債權ノ債務者ハ期限ノ利益ヲ拋棄シテ辨濟期前ニ於テモ相殺ヲ爲スコトヲ得ルモノトス【註一四】

【註一〇】 Planck zu § 387 Nr. 2, Kuhlenbeck Nr. 4, Örtmann Nr. 4, Schollmeyer Nr. 1 d, Rehbain S.344, Dernburg § 126S.32 f, Kipp zu Windscheid § 349.3a, Crome § 192S.297, Einnacerrus § 293 Anm. 2, Endemann § 144 Anm. 25, Eccius, Gruchots Beiträge B.42 S.254, Lippmann, Jahrb. f. Dogm. B. 43S.497, Feder a.a.O.S.464, Quillitz, Aufrechnung gegen fehlerhafte Schulden S. 13 fg, Siber, a.a.OS.92 fg 岡松氏内外論

叢第四卷七九五頁以下

【註一一】 Stölzel, Schulung B.2S.306 fg, Hellwig, Lehrb. d. Civilprozessr. B2 S.239



fg, Weissmann, Zeits. f. Civilprozess B. 26S. 28, Isay, Willenserklärung S. 81, Leonhard, Arch. f. B. R. B. 21S. 171 fg

【註一二】通説ハ受働債權ニ永久抗辯カ附著セルコトヲ知ラスシテ相殺ヲ爲ス場合ト同一ニ論スヘキモノトナス或ハ之ニ反シ相殺者カ受働債權ノ解除條件附ナルコトヲ知ラスシテ相殺ヲ爲セル場合ニハ錯誤存スルカ故ニ錯誤ニ關スル規定ノ適用ヲ受クヘキモノトナス者アリ(Weigelin S. 62)

【註一三】相殺者カ受働債權ニ永久抗辯カ附著セルコトヲ知ラスシテ相殺ヲ爲シタル場合ニ於テモ相殺ハ有效ニ成立ス蓋此場合ニ受働債權ハ存在スルカ故ナリ然レトモ此場合ニ被相殺者ハ相殺ニ依リテ債務ヲ免ルルノ利益ヲ得タルモノナルカ故ニ其價格ヲ返還スルコトヲ要ス之ニ反シテ被相殺者ハ自己ノ債權ニ付キテハ價格ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス蓋相殺者ハ抗辯ニ依リテ永久ニ給付ヲ拒絶スルコトヲ得タルモノナルカ故ナリ是レ獨法ニ於ケル通説ノ認ムル所ナリ(Planck zu §390 Nr. 3,

Schollmeyer Nr. 4, Ortmann zu § 387 Nr. 1c, Kipp zu Windscheid S. 484, Crome

S. 297 Anm. 38, Staudinger-Kuhlenbeck zu §390 Nr. 2, Siber a.a.O. §90 之ニ反シ

Weigelin S. 64bg ハ此場合ニハ相殺者ニ錯誤存ストナス(我法典ハ規定ヲ缺クト雖モ理論上同一ノ見解ニ從ハサルヘカラス然レトモ我法典ニハ永久抗辯ヲ認ムル場合ナキカ故ニ實際ニ於テハ其適用ナカルヘシ

【註一四】相殺ハ雙方ノ債權カ相殺適狀ヲ生スルニ依リテ當然行ハルトナス見解ヲ採ルトキハ雙方ノ債權カ辨濟期ニ在ルコトヲ要スト雖モ相殺カ當事者ノ一方ノ意思表示ニ依リテ行ハルルモノトナスニ於テハ受働債權カ辨濟期ニ在ルコトヲ要スルモノトナス必要ナシ蓋第三百三十六條ニ依リ受働債權ノ債務者ハ期限ノ利益ヲ拋棄シ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ルカ故ナリ故ニ第五百五條ニ於テ雙方ノ債權カ共ニ辨濟期ニ在ルコトヲ要スルモノトナセルハ當ヲ得タルモノト云フコトヲ得ス獨民法第三百八十七條ハ受働債權ノ債務者カ履行ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ足レリトナス



(二) 二箇ノ債權カ相互的ナルコトヲ要ス 相殺ヲ爲ス債權即、自働債權ハ相殺者其人ノ債權タルコトヲ要シ且相殺者自ラ相殺セラルル債權即、受働債權ノ債務者タルコトヲ要ス

(一) 相殺者カ相殺ニ供スル債權即、自働債權ハ自己ノ債權ナルコトヲ要ス蓋債權者ノミカ相殺ニ依リテ自己ノ債權ノ満足ヲ得セシムルコトヲ得ルカ故ナリ且相殺ハ債權ノ處分ナルカ故ニ相殺者ハ自己ノ債權ヲ處分スル權能ヲ有スルコトヲ要ス故ニ債權カ質入セラレ又ハ差押ヘラレタル場合ニハ其債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ス

自己ノ債權ノミヲ相殺ニ供スルコトヲ得ルカ故ニ他人ノ債權ヲ以テ相殺ニ供スルコトヲ得ス他人ノ債權ヲ相殺ニ供スルコトヲ得サルハ他人ノ債權ノ取立ヲ爲スコトヲ得サルト同シ且他人ノ債權ハ其他人ノ同意ヲ得ルモ相殺ニ供スルコトヲ得ス本來他人ノ權利ハ其權利者ノ同意ヲ得タルトキハ之ヲ處分スルコトヲ得ルヲ原則トス然レトモ此原則ハ相殺ニ適用スルヲ得ス相殺者其人ノ債權ニアラサレハ相殺ニ供スルコトヲ得ス是レ相殺ハ既ニ述

他人ノ債權ノ相殺

ヘタルカ如ク債權者カ一方的ニ其債權ノ満足ヲ得ル方法ニシテ相殺權ハ債權其モノト分離スルコトヲ得サルカ故ナリ從テ又債權ノ上ニ質權ヲ有スル者モ亦質權實行ノ方法トシテ其債權ヲ相殺ニ供スルコトヲ得ス【註一五】

他人ノ債權ヲ以テ其他人ノ債務ニ對シテ相殺ヲ爲ス場合ハ他人ノ債權ヲ自己ノ債務ニ對シテ相殺ヲ爲ス場合ト異ナル他人ノ債權ヲ其他人ノ債務ニ對シテ相殺ヲ爲ス場合ハ單ニ其他人ノ相殺權ヲ行使スルニ過キス連帶債務者ノ一人カ他人ノ債務者ノ債權ヲ其債務者ノ負擔部分ニ付キ相殺ニ供スルコトヲ得ルハ(第四百三十六條第二項)即、他人ノ相殺權ヲ行使スルコトヲ得ル場合合タリ保證人カ主タル債務者ノ債權ヲ相殺ニ供スルコトヲ得ル場合モ(第四百五十七條第二項)亦同シク他人ノ相殺權ヲ行使スルコトヲ得ル場合ニ屬ス【註一六】又管理權ニ基キ他人ノ債權ヲ相殺ニ供スルコトヲ得ル場合アリ例ヘハ破産管財人カ破産者ノ債權ヲ相殺ニ供スル場合ノ如シ【註一七】

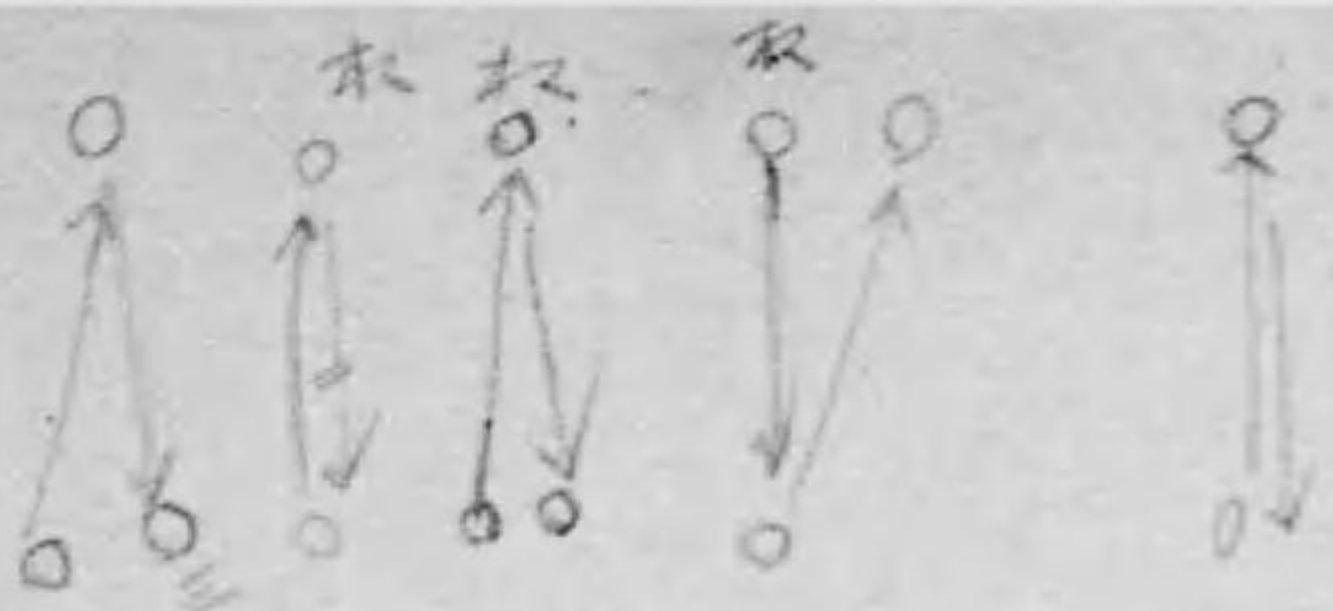
(二) 相殺ニ供セラルル債權ハ相殺者カ被相殺者ニ對シテ有スル債權ナルコトヲ要ス從テ他人ニ對シテ有スル債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ス組合



ノ債務者カ其債務ト組合員ニ對シテ有スル債權トヲ相殺スルコトヲ得サルハ(第六百七十七條)此原則ノ適用ノ一場合ナリトス然レトモ例外トシテ他人ニ對シテ有スル債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ル場合アリ即債權讓渡ノ場合ニ債務者ハ讓渡後ニ在リテモ讓渡ノ通知ヲ受クルマテニ讓渡人ニ對シテ有スルニ至レル債權ヲ以テ讓受人ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得【註一八】

(三) 被相殺者カ相殺者ニ對シテ有スル債權ニ對シテノミ相殺ヲ爲スコトヲ得換言スレハ相殺者其人カ被相殺者ニ對シテ負擔スル債務ニ對シテノミ相殺ヲ爲スコトヲ得蓋相殺者ハ自己ノ負擔スル債務ヲ消滅セシムルニ因リテ自己ノ債權ノ満足ヲ受クルモノナルカ故ナリ故ニ自己ノ債權ヲ以テ他人ノ債務ニ對シテ相殺ヲ爲スコトヲ得ス例ハ甲カ乙ニ對シテ有スル債權ヲ以テ乙カ丙ニ對シテ有スル債權ニ對シテ相殺ヲ爲スコトヲ得ス

(四) 第三者ハ自ラ債權者ニ對シテ有スル債權ヲ以テ債務者ノ爲メニ相殺ヲ爲スコトヲ得ス換言スレハ自己ノ債權ヲ以テ他人ノ爲メニ相殺ヲ爲スコトヲ得ス故ニ他人ノ債務ノ辨濟ハ之ヲ許スモ他人ノ債務ノ爲メニ相殺ヲ爲



シ以テ其債務ヲ免レシムルコトヲ得ス

【註一五】相殺ニ供セラルル債權カ相殺者其人ノ債權タルコトヲ要シ他人ノ債權ハ其同意ヲ得ルモ相殺ニ供スルコトヲ得サルハ一般ニ認めラレム所ナリ (Windscheid §350 Anm. 17, Dernburg, Compensation S.389 fg, Eiselp, Compensation S. 286 fg, Weigel in a.a.O.S.69 fg) 然レトモ債權質ニ在リテ質權者カ自ラ第三債務者ニ負擔スル債務ニ對シ質入債權ヲ以テ相殺スルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ議論岐ル獨法ニ於ケル通説ハ質權者ハ質入債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ルモノトナス (Falkmann Gruchots Beitr. B.44 S.109 fg, Weigel in a.a.O.S. 76 fg, Dernburg B.R. III §280 II 2, Enneccerus § 293 Anm.3, Gierke, Sachenrecht §172 Anm.40, Endemann H.S.946 Anm. 24, Crome §514 Anm. 61, Planck zu §1282 Nr. 1) 之ニ反シ一派ノ學者ハ債權者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得サルモノトナス (Biermann zu §1282 Nr.1 d, Turnau-Förster zu §1282 Nr. 3, Siber, a.a.O.S.97 Kohler, Zeits. f. Civilpr. B.24 S.15 fg) 之ヲ債權質ノ性質ヨリ論シ債權質ヲ以テ債權ノ讓渡ト解スルトキハ質權者ハ質入債權ヲ相殺ニ供スルコトヲ



得ヘシ然レトモ債權ヲ以テ質權ノ物體トナスノ見解ヲ取ルトキハ質權者カ相殺ヲ爲スコトヲ得ルモノトナスコトヲ得ス且我法典ハ質權實行ノ方法トシテハ取立ノ方法ヲ認ムルニ止マリ其他ノ質入債權ノ處分ニ依リテ質權ヲ實行スルコトヲ得ルモノトナス(第三百六十七條)故ニ質權者カ質入債權ヲ相殺ニ供スルコトヲ得ルモノトナスヲ得サルモノト解スヘシ

【註一六】八三八頁一〇四三頁參照或ハ此等ノ場合ニ連帶債務者ノ一人又ハ保證人ハ他ノ連帶債務者又ハ主タル債務者ノ債權ヲ自己ノ債務ニ對シテ相殺ヲ爲スモノト解シ從テ他人ノ債權ヲ相殺ニ供スルコトヲ得ルモノトナスコトヲ得ヘキカ如シ然レトモ此等ノ場合ニ單ニ他人ノ相殺權ヲ行使スルモノト解スルトキハ特ニ他人ノ債權ヲ相殺ニ供スルコトヲ得ストノ原則ノ例外ヲ認ムル必要ナキノミナラス相殺ノ結果トシテ生スル求償關係ヲ説明スル上ニ於テ便利ナリ(Windscheid § 350 Anm. 13 參照)

【註一七】 Weigelin a.a.O.S.73

【註一八】 一二五四頁以下參照

給付ノ同種

(三) 雙方ノ債權ノ物體タル給付カ同種ナルコトヲ要ス 蓋雙方ノ債權ノ物體タル給付カ同種ナルニアラサレハ相殺ニ依リテ雙方ノ債權者共ニ満足ヲ受クルコトヲ得サルカ故ナリ從テ雙方ノ給付カ同種ナリト云フハ一方ノ債權ノ物體タル給付ヲ以テ他方ノ債權ヲ辨濟スルコトヲ得ルノ謂ヒニ外ナラス

(一) 雙方ノ給付カ同種ナルコトヲ要スルカ故ニ相殺ハ主トシテ種類債權ニ適用アリ殊ニ金錢債權ニ適用多シ而シテ金錢債權ニ在リテハ雙方共ニ必シモ同種ノ貨幣ヲ以テ指示セラルルコトヲ要セス然レトモ特定ノ種類ノ金錢ノ給付ヲ物體トスル場合ニハ(絶對的金種債權)之ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得ス更ニ相殺ハ金錢以外ノ代替物特ニ同種類ノ有價證券ノ給付ヲ物體トスル債權ニ關シ適用アルヘシ

(二) 雙方ノ債權カ特定物ノ給付ヲ物體トスル場合ニハ縱令其物カ同種類



ニ屬スルモ雙方ノ給付ハ同種ナリト云フコトヲ爲ス然レトモ雙方ノ債權カ同一物ノ給付ヲ物體トスル場合ニハ同種ノ給付ヲ物體トスルモノナルカ故ニ相殺ヲ爲スコトヲ得例ヘハ甲カ乙ヨリ或特定物ノ給付ヲ請求スル債權ヲ有シ同時ニ丙ニ對シ其物ヲ給付スヘキ債務ヲ負フ場合ニ乙カ丙ヲ相續セル場合ノ如シ【註一九】

(三) 一方ノ債權カ特定物ノ給付ヲ物體トシ他方ノ債權カ同種類ノ不特定物ノ給付ヲ物體トスル場合ニハ同種ノ給付ニアラス從テ此場合ニ特定債權ニ對シ種類債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得然レトモ種類債權ニ對シ特定債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得蓋特定債權ノ債權者ハ種類債權ノ債務者トシテ特定債權ノ給付ノ物體其モノヲ辨濟トシテ給付スルコトヲ得ルカ故ナリ即第四百一條第二項ニ依リテ特定債權ノ給付ノ物體タル物ニ特定ヲ生セシメ以テ雙方ノ債權共ニ同一物ノ給付ヲ物體トスル債權トナシ給付ノ同種ヲ來サシムルコトヲ得ルカ故ナリ【註二〇】

(四) 雙方共ニ種類債權ナルモ其種類ノ範圍ヲ異ニスル場合ニハ狭キ範圍

ノ種類債權ヲ以テ廣キ範圍ノ種類債權ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得然レトモ之ト反對ニ後者ヲ以テ前者ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得ス蓋此場合ニハ給付ノ種類カ同一ニアラサルカ故ナリ【註二一】

(五) 雙方共ニ同種類ノ物ノ給付ヲ物體トスル債權ナルモ其給付スヘキ物ノ品質ヲ異ニスル場合ニハ品質劣等ナル物ノ給付ヲ物體トスル債權ヲ以テ品質優等ナル物ノ給付ヲ物體トスル債權ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得然レトモ亦品質優等ナル物ノ給付ヲ物體トスル債權ヲ以テ劣等ナル物ノ給付ヲ物體トスル債權ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得蓋品質優等ナル物ノ給付ヲ請求スルコトヲ得ルモノトナスヲ得サルカ故ナリ從テ優等ナル物ノ給付ヲ請求スルコトヲ得ル債權者カ債務者トシテ劣等ノ物ニ代ヘテ優等ノ物ヲ辨濟トシテ給付スルコトヲ得ル權利ヲ有スル場合ニ於テノミ相殺ヲ爲スコトヲ得【註二二】

(六) 選擇債權モ亦選擇ニ依リ給付ノ同種ヲ生シタルトキハ相殺ヲ爲スコトヲ得而シテ選擇ト相殺トハ同一ノ意思表示ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ



債権者ハ債務者カ補充権ヲ有スル任意債権ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ス蓋  
債務者ハ本來ノ給付ト異ナリタル給付ヲ爲シテ債務ヲ免ルルコトヲ得ルカ  
故ナリ

(七) 雙方ノ債権カ作爲ヲ物體トスル場合ト雖モ相殺ヲ爲スコトヲ得サル  
ニアラス然レトモ作爲ハ各獨立ノ分子ヲ含ミ全然同種ナリトナスコトヲ得  
ス且作爲ハ通常不可分ニシテ其對當スル範圍ニ於テ相殺ヲ爲スコトヲ得サ  
ルカ爲メ相殺ノ適用ナキヲ通常トスヘシ

(八) 雙方ノ債権カ不作爲ヲ物體トスル場合ニハ相殺ヲ爲スコトヲ得ス蓋  
各不作爲債務ノ違反ノ結果ハ同一ニアラサルカ故ニ給付ハ同種ナリト云フ  
ヲ得サルノミナラス雙方ノ不作爲債権共ニ履行ニ依リテ始メテ其目的ヲ達  
スルコトヲ得ヘク相殺ニ依リテ雙方ノ債権ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモノ  
トナストキハ不作爲債権ノ目的ヲ達スルコトヲ得サル結果トナルカ故ニ債  
務ノ性質上相殺ヲ許ササルモノトナササルヘカラス(註三三)

(九) 財産的價值ナキ給付ヲ物體トスル債権ノ間ニ於テモ相殺ヲ爲スコト

ハ理論上之ヲ認ムルコトヲ得サルニアラスト雖モ實際ニ於テハ給付ノ種類  
ヲ同フセサルト且債権ノ性質カ相殺ヲ許ササルトノ理由ニ依リ相殺ノ適用  
ナカルヘシ(註三四)

(一〇) 各債権カ履行地ヲ異ニスルモ相殺ヲ爲スコトヲ妨ケス然レトモ此  
場合ニハ相殺ヲ爲ス當事者ハ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(第五百七條)若シ給付ノ觀念ハ場所的關係ヲ含ムモノトナス  
トキハ雙方ノ債権カ履行地ヲ異ニスル場合ニハ給付ハ同種ナリト云フコト  
ヲ得ス此場合ニ相殺ヲ許ストキハ雙方ノ債権者ハ履行地ニ於テ履行ヲ受ケ  
タルト同一ノ利益ヲ受クルコトヲ得サル結果ヲ生ス然レトモ場所的關係ハ  
給付ノ觀念ニ屬スルモノニアラサルノミナラス之ヲ實際取引上ノ必要ヨリ  
云フモ單ニ履行地ヲ異ニスルニ過キサル場合ニハ相殺ヲ許スモノトナササ  
ルヘカラス故ニ法典ハ相殺ヲ許シ且公平ノ觀念ニ基キ相殺ヲ爲シタル者ハ  
相殺ヲ爲シタルニ因リテ相手方カ被リタル損害ヲ賠償スヘキモノトス相手  
方カ相殺ニ因リテ受ケタル損害トハ相手方カ履行地ニ履行ヲ受クルコトヲ



得サリシカ爲メニ受ケタル損害ノミナラス履行地ニ履行ヲ爲スコトヲ得サルニ至リタルカ爲メニ受ケタル損害ヲモ含ム而シテ其範圍ハ一般原則タル因果關係ニ依リテ定ム故ニ地ヲ異ニスルカ爲メニ生シタル價格ノ差異、運送賃等ノミナラス履行地ニ於テ給付ヲ受領セサリシカ爲メ第三者ニ對シテ負擔セル債務(例ヘハ第三者ニ轉賣スヘキコトヲ約セル場合ノ如シ)ヲ履行スルコト能ハサルニ至リタルニ因リテ生シタル損害ヲモ賠償スルコトヲ要ス相殺者ノ損害賠償義務ハ債務違反又ハ不法行爲ニ基キテ生セルモノニアラス特ニ第五百七條但書ノ規定ニ基キテ生セル債務ナリトス【註二五】

此ノ如ク履行地ノ差異ハ原則トシテ相殺ヲ爲スニ妨クル所ナシト雖モ若シ履行地カ債務ノ内容上重要ニシテ其以外ノ場所ニ辨濟ヲ爲スコトヲ許ササル場合ニハ債務ノ性質上相殺ヲ許サス

(一一) 雙方ノ債權カ辨濟期ヲ異ニスルモ給付ノ同種ヲ害スルコトナシ辨濟期到來セサルノ理由ニ因リテ相殺ヲ爲スコトヲ得サル場合アルヘシト雖モ給付ノ同種タルニ妨クル所ナシ

給付ノ種類カ同一ナルコトハ雙方ノ債權ノ發生當時ヨリ存スルコトヲ要セス相殺ノ意思表示ヲ爲ス當時ニ同種ナルヲ以テ足ル從テ當初相殺ヲ許ササル債權カ不履行ノ爲メ金錢損害賠償債權ニ變シタル場合ニハ相殺ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

【註一九】 Dernburg, Compensation S.488, Siber, Compensation und Aufrechnung S.109, Weigelin, a.a.O.S.106, Enneccerus §294 Anm. 20

【註二〇】 Siber a.a.O.S.109, Weigelin a.a.O.S.106, Enneccerus § 294 Anm. 20 反對Lang, Aufrechnungrecht S.16

【註二一】 Schollmeyer zu §337 Nr.1b, Weigelin a.a.O.S.109, Siber a.a.O.S.109

【註二二】 Weigelin a.a.O.S.107, Siber a.a.O.S.110Nニ反シ Dernburg a.a.O.S.485ハ品質優等ノ物ノ給付ヲ物體トスル債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

【註二三】 不作爲債權ノ相殺ハ一般ニ之ヲ認メサルモ其理由トシテ説ク所ハ必シモ一ナラス Siber, a.a.O.S.110, Hellwig, Lehrb d. Civilprozessr. B.1 S.201



Ann. 9, Weigelin S. 104 參照

【註二四】Siber a.a.O.S.110 fg

【註二五】此規定ハ一般立法ノ認ムル所ナリ Windscheid § 350 Nr. 3 普國國法第一部第十六章第三百四十六條第三百五十條第三百五十一條、佛民法第一千二百九十六條、獨民法第三百九十一條

(四) 債權ノ性質カ相殺ヲ許スコトヲ要ス 雙方ノ債權ノ物體タル給付カ同種ナルモ債權ノ性質カ相殺ヲ許ササル場合ニハ相殺ヲ爲スコトヲ得ス(第五百五條第一項但書【註二六】)債權ノ性質カ相殺ヲ許サストハ給付ノ性質上相殺ヲ爲ストキハ債權ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルヲ云フ即、債權ハ辨濟ニ依ルノ外其目的ヲ達スルヲ得ス從テ相殺ヲ許ササル場合ヲ云フ例ハ雙方ノ債權カ作爲ヲ物體トスル場合ニ相殺ヲ許ストキハ債權ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルヲ通常トス不作爲ヲ物體トスル場合ニモ亦雙方共ニ履行スルニ因リテ始メテ債權ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルカ故ニ性質上相殺ヲ許ササルモノトス通説ニ從ヘハ消費貸借ノ豫約ヨリ生セル貸金ノ交付ヲ請求スル債

權ニ對シ他ノ金錢債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得サルモノトナス蓋一ハ契約成立ノ爲メニ給付ヲ爲シ他ハ辨濟ノ爲メニ給付ヲ爲ス場合ナルカ故ナリ【註二七】又兩替屋カ交換者ニ對シ兩替トシテ支拂フヘキ債務ト兩替屋カ交換者ニ對シテ有セル債權トハ相殺スルコトヲ許サス

【註二六】一般ノ立法ニ於テハ債權ノ性質上相殺ヲ許スコトヲ以テ相殺ノ要件トシテ掲クルモノナシ是レ債權ノ性質上相殺ヲ許ササル場合ニハ給付カ同種ニアラサルカ又ハ當事者カ明示又ハ默示ノ意思表示ヲ以テ相殺ヲ除外セル場合トナスカ爲メナリ

【註二七】消費貸借豫約ヨリ生セル債權ハ單ニ貸金ノ交付ノミナラス本契約締結ノ行爲ヲ請求スル債權ナルカ故ニ單純ナル金錢債權ト相殺スルコトヲ得サルハ云フヲ俟タス蓋給付ノ同種ヲ缺クヲ以テナリ然レトモ又貸金交付請求權ノミヲ分離シ之ヲ他ノ金錢債權ト相殺スルコトヲ得サルモノトス(Planck zu § 487 Nr. 1, Ortmann S. 290, Enneccerus § 294 Ann. 19, Staudinger-Kuhlenbeck zu § 387 Nr. 12 大正二年六月十九日大審院第一民事部



判決

(五) 相殺ノ禁止ナキコトヲ要ス 以上述ヘタル要件ヲ具備スルモ相殺ノ禁止アル場合ニハ相殺ヲ爲スコトヲ得ス相殺ノ禁止ハ或ハ法律ノ規定ニ依リテ生シ或ハ契約ニ依リテ生ス

法律上ノ相殺禁止

(一) 法律カ相殺ヲ許ササル場合 法律ハ特種ノ債權ニ對シテ相殺ヲ爲スコトヲ禁ス法律上ノ相殺ノ禁止ハ支拂ノ差止ノ場合ヲ除キテハ受働債權ニ關スルモノニシテ自働債權ニ關シ相殺ヲ禁スルコトナシ即相殺セラレル債權ニ關シ制限ヲ設クト雖モ相殺ヲ爲ス債權ニ關シテハ制限ヲ設タル所ナシ從テ如何ナル債權ト雖モ相殺ニ供スルコトヲ得法律ノ禁止ニ反シテ爲シタル相殺ハ無効ニシテ債權ハ依然トシテ存續スルモノトス

法律カ相殺ヲ禁止スル場合ハ左ノ如シ

不法行為上ノ債權ニ對スル相殺

(イ) 不法行為ヨリ生シタル債權ニ對シテハ相殺ヲ爲スコトヲ得ス(第五百九條)即、加害者ハ不法行為ニ基キテ負擔スル損害賠償債務ニ對シ被害者ニ對シテ有スル債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ス是レ從來各國立法ノ認ムル所

カリ【註ニハ】蓋不法行為ヨリ生セル債權ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ許スハ正義ニ合セス若シ相殺ヲ許ストキハ不法行為ヲ認容スル結果トナルヘシ故ニ不法行為上ノ債權ハ債務者ヲシテ現實ニ之ヲ辨濟セシムルコトヲ要ス且相殺ヲ許ストキハ加害者カ被害者ニ對シ債權ヲ有スル場合ニ或ハ之ト相殺スルノ意思ヲ以テ不法行為ヲ爲スコトアルヘク其結果ハ不法行為ヲ誘致スルコトトナルヘシ故ニ不法行為ヨリ生セル債權ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ許ササルモノトス此ノ如ク不法行為ヨリ生セル債權ハ受働債權トシテ之ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得スト雖モ自働債權トシテ被害者カ加害者ニ對シテ負擔スル債務ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得

不法行為ヨリ生セル債權ハ其種類ヲ問ハス故意ニ基ク場合タルト過失ニ基ク場合タルトヲ區別セス之ニ對シテ相殺ヲ爲スコトヲ得ス而シテ不法行為ヨリ生セル損害賠償債權ニ對シテノミ相殺ヲ許ササルモノニシテ其以外ノ損害賠償債權ニ對シテハ相殺ヲ爲スコトヲ得故ニ債務不履行ニ基ク損害賠償債權ニ對シテハ相殺ヲ爲スコトヲ得



【註二八】羅馬法ニ於テハ不法ナル占有ノ侵奪ヨリ生シタル債權ニ對シ相殺ヲ許ササルモノトセリ近世ノ立法ハ更ニ之ヲ擴ケ一般ニ不法行爲ヨリ生セル債權ニ對シ加害者タル債務者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得サルモノトス(Windscheid § 450 Anm. 35 埃民法第千四百四十條、佛民法第千二百九十三條、獨民法第三百九十三條)

(ロ) 差押ヲ禁シタル債權ニ對シテハ相殺ヲ爲スコトヲ得ス(第五百十條)此規定モ亦一般ノ立法ノ認ムル所ナリ【註二九】債權ノ差押禁止ハ民事訴訟法第六百十八條、官吏恩給法第十八條、官吏遺族扶助法第十三條等ニ規定ス債權ノ差押ヲ禁止セルハ債權者ヲ保護スルカ爲メナルト同時ニ公益上ノ理由ニ基ク即、債權ノ差押ヲ禁止スルハ債權者ヲシテ日常生活上ノ資料ヲ得セシムル公益上ノ必要アリト爲スニ依ル故ニ辨濟ニ依リ債權者ニ現實ノ満足ヲ得セシムルコトヲ要ス從テ債權者ニ對シ辨濟ニ代ヘテ現實ノ満足ヲ得セシメサル相殺ヲ受クルコトヲ強フルヲ得ルモノトナスハ差押ヲ禁シタル目的ニ反ス即、債務者ハ相殺ヲ爲スニ依リ差押ノ禁止ヲ無効ニ歸セシムルコトヲ得ル

結果トナルヘシ是レ差押ヲ禁シタル債權ニ對シ相殺ヲ許ササル所以ナリ此ノ如ク差押ヲ禁シタル債權ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得スト雖モ差押ヲ禁シタル債權ヲ自働債權トシテ相殺ヲ爲スコトヲ得是レ第五百十條ノ反對解釋ヨリ生スル結果ナリ【註三〇】

第五百十條ハ強行規定ニシテ當事者ノ契約ニ依リテ同條ノ適用ヲ除外シ差押ヲ禁シタル債權ニ對シ債務者カ相殺ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ヲ定ムルコトヲ得ス同條カ強行規定タルハ社會政策上特種ノ債權ノ保護ヲ目的トスルモノナルニ依リテ明カナリ【註三一】

【註二九】從來ノ立法ハ扶養ヲ受クル債權ニ對シテノミ相殺ヲ爲スコトヲ得サルモノトセリ(Windscheid § 350 Anm. 28 普國國法第一部第十六章第三百六十六條以下、佛民法第千二百九十三條、獨民法第三百九十四條ハ廣ク差押ヲ禁シタル債權ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得サルモノトス)

【註三〇】 Schollmeyer S. 348, Endemann S. 831 Anm. 24, Weigelin S. 112 或ハ之ニ反シ差押ヲ禁スルハ公益ノ爲メナルカ故ニ債權者モ亦自ラ相殺ヲ爲シ以



テ日常生活ノ資料ヲ失フコトハ認ムルコトヲ得ストナス説アリ(Sinzheimer, Lohnforderung und Aufrechnung S.18 fg) 然レトモ債權カ差押ヲ禁セラレタルカ爲メ其處分ヲ許ササルモノト爲スコトヲ得ス

【註三一】 Sinzheimer S.35 fg, Wallroth, Arch. f.B.R.B.24 S.270 fg, Örtmann S.301 反對 Ehrlich, Zwingendes Recht S.91

(ハ) 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(第五百十一條)債權ノ差押ニ依リ債權者ハ其債權ヲ處分スル權利ヲ失ヒ又債務者(即第三債務者)ハ自己ノ債權者ニ對シ支拂ヲ爲スコトヲ得サルモノトス(民事訴訟法第五百九十八條)支拂ノ禁止ハ相殺ノ禁止ヲモ含ムモノト解スルコトヲ要スルカ故ニ第三債務者ハ差押ニ依リ相殺ヲ爲スノ權利ヲ失フ然レトモ廣ク相殺ヲ禁止スルハ第三債務者ニ對シテ酷ナリ蓋第三債務者ハ既ニ差押ノ時マテニ取得セル自己ノ反對債權ニ依リテ相殺ヲ爲シ以テ債務ヲ免ルヘキ希望ヲ有スル場合アリ然ルニ此場合ニ於テモ差押ノ爲メニ相殺ヲ爲スコトヲ得サルモノトナスハ當

ヲ得タルモノト云フヲ得ス第三債務者ハ恰モ債權讓渡ノ場合ニ於ケル債務者ト類似ノ地位ニ在ルモノト云フコトヲ得ヘシ故ニ第三債務者ハ差押以後ニ取得セル債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得サルニ止マリ其以前ニ取得セル債權ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得【註三二】從テ第三債務者ハ差押命令ノ送達ニ至ルマテニ取得セル債權ハ之ヲ相殺ニ供スルコトヲ得ルモノトス(民事訴訟法第五百九十八條第三項)而シテ送達ニ至ルマテニ債權ヲ取得セルヲ以テ足ル必シモ債權ハ其時期マテニ辨濟期ニ達スルコトヲ要セス之ニ反シ第三債務者カ支拂ノ差止後ニ取得セル債權ヲ以テ自己ノ債權者ニ對シテ相殺ヲ爲シタルトキハ其相殺ヲ以テ差押債權者ニ對抗スルコトヲ得ス即相殺ハ第三債務者ト其債權者トノ間ニ於テハ有效ナリト雖モ差押債權者ニ對シテハ無効ナリトス【註三三】

【註三二】 佛民法第千二百九十八條、獨民法第三百九十二條

【註三三】 第五百十一條ノ文字ハ其意義明白ヲ缺ク相殺ヲ以テ差押債權者ニ對抗スルコトヲ得スト云フハ恰モ第三債務者カ差押債權者ニ對シ



テ相殺ヲ爲スコトヲ得サルヲ云フモノト解スヘキカ如シ然レトモ此ノ如ク解スルヲ得サルハ明カナルカ故ニ第三債務者カ自己ノ債權者ニ對シテ爲シタル相殺ヲ以テ差押債權者ニ對抗スルコトヲ得サルヲ云フモノト解セサルヘカラス而シテ對抗スルコトヲ得スト云フ文字ハ我法典ノ用語例ニ從ヒ第三債務者ト其債權者トノ間ニハ相殺ハ有效ニ成立スルモ其相殺ノ事實ヲ差押債權者ニ主張スルコトヲ得サルヲ云フモノトナササルヘカラス

獨法ニ於ケル一般ノ學者ハ此場合ニ相對的無效ヲ生スルモノトナス  
(Planck zu §392 Nr. 3, Enneccerus §293Anm. 13)

(二) 株式會社ノ株主ハ株金ノ拂込ニ付キ相殺ヲ以テ會社ニ對抗スルコトヲ得ス(商法第四百十四條第二項)

(二) 當事者ノ契約ヲ以テ相殺ヲ禁止スル場合 債權カ法律ノ規定スル相殺ノ要件ヲ具備スル場合ニ於テモ當事者ハ契約ヲ以テ相殺ヲ許ササル旨ヲ定ムルコトヲ得蓋第五百五條第一項ノ規定ハ任意規定タルニ過キササルカ

契約上ノ  
相殺禁止

故ナリ第五百五條第二項相殺禁止契約ハ債權者債務者ノ契約ニ依リテ成立ス而シテ必シモ債權ヲ取得セル當初ノ債權者債務者ノミニ限ラス其後ノ讓受人モ亦相殺禁止契約ヲ締結スルコトヲ得【註三四】相殺禁止契約ハ單ニ相殺ヲ爲ササルヘキ義務ヲ負ハシムルニ止マラス相殺權ヲ發生セシメサル效力ヲ有ス從テ禁止契約ニ違反シテ爲シタル相殺ノ意思表示ハ無効ナリトス 當事者ハ有效ニ相殺禁止契約ヲ締結スルコトヲ得ト雖モ其契約ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス同條但書是レ善意ノ第三者ヲ保護スルカ爲メニ外ナラス例ヘハ相殺禁止契約アルコトヲ知ラスシテ債權ヲ讓受ケタル者ハ其債權ヲ以テ相殺ニ供スルコトヲ得又例ヘハ連帶債務者ノ一人主タル債務者カ債權者ト相殺禁止契約ヲ締結スルモ善意ナル他ノ連帶債務者又ハ保證人ハ第四百三十六條第二項第四百五十七條第二項ニ從ヒ相殺ヲ爲スコトヲ得

【註三四】 相殺權拋棄ノ契約カ有效ニ成立スルコトヲ得ルハ一般ニ認メラレル所ナリ Krug, Compensation S.212 fg, Dernburg, Compensation S.505. fg, Tise-



le, Compensation S.379 fg, Geib, Theorie der gerichtlichen Compensation S.63 fg, Windscheid § 350 Anm 29, Weigelin, a.a.O.S.172 fg, Staudinger-Kuhlenbeck zu § 387 Nr.II4

以上述へタル五箇ノ要件ヲ具備スルトキハ相殺權ヲ生シ債權者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得若シ雙方ノ債權カ自働債權タル要件ヲ具備スルトキハ雙方共ニ相殺ヲ爲スコトヲ得然レトモ自働債權ト受働債權トハ其要件ヲ異ニスルカ故ニ雙方ノ債權ニ付キ各時ヲ異ニシテ相殺權ヲ發生スル場合アルヘシ例ヘハ甲ハ期限到來セル債權ヲ有シ乙ハ期限未タ到來セサル債權ヲ有スル場合ニハ甲ハ直ニ相殺ヲ爲スコトヲ得ルモ乙ハ期限到來シテ始メテ相殺ヲ爲スコトヲ得ヘシ

相殺權ノ發生ニハ上述ノ要件アルヲ以テ足り他ニ要件アルコトヲ要セス從テ(一)雙方ノ債權カ同一ノ原因ヨリ發生セルコトヲ要セス(二)雙方ノ債權ノ間ニ關連(Connexität)アルコトヲ要セス即此點ニ於テハ留置權ト異ナル(三)雙方ノ債權カ明確(Liquidität)ナルコトヲ要セス債權ノ額ハ計算ニ依リテ始メテ確定スルコトヲ得ル場合ト雖モ相殺ヲ爲スコトヲ得【註三五】四)雙方ノ債權ノ額

カ必シモ同一ナルコトヲ要セス額カ異ナル場合ニ其對當額ノミニ付キ相殺ヲ爲スコトヲ得(五)出訴中ノ債權ト雖モ相殺ヲ爲スコトヲ得蓋訴訟提起ノ爲メニ相殺權ヲ拋棄スルノ意思アリト解スルヲ得サルカ故ナリ此ノ如ク相殺ヲ爲スニハ法定ノ相殺要件アルヲ以テ足ルト雖モ當事者ノ契約ヲ以テ更ニ他ノ要件ヲ加フルコトヲ得又法定ノ要件ヲ具備スルモ尙相殺權ノ發生ヲ延期スルコトヲ得例ヘハ交互計算ニ於テ其期間ハ相殺ヲ爲ササルヘキコトヲ約スルカ如シ

【註三五】羅馬法ニ於テハ債權カ明確ナラサルモ相殺ヲ爲スコトヲ妨ケス然レトモ債權ノ確定ノ爲メニ時日ヲ要スル場合ニハ裁判官ハ職權上相殺ヲ拒ムコトヲ得ルモノトセリ(Windscheid §350 Anm.11)普國國法(第一部第十六章第三百五十九條以下)佛民法(第一千二百九十一條)ハ明確ナルコトヲ必要トス獨普通法ニ於テハ明確カ實體法上ノ要件ナリヤ又ハ訴訟法上ノ要件ナリヤニ關シテ議論岐レタリ(Windscheid §356, Anm 5)獨民法ニ於テハ之ヲ必要トセス



### 第四款 相殺ノ方法

#### 第一項 沿革

相殺ノ方  
法

相殺ハ如何ニシテ行ハルヤ即、相殺ノ方法ニ關シテハ羅馬法ノ解釋上學說種種ニ岐ルル所ニシテ近世各國ノ立法モ亦異ナル而シテ此問題ハ獨逸普通法ニ於テ特ニ爭アル所ニシテ其議論ノ焦點ハ羅馬法源ニ諸所ニ現ハルル ipso jure compensatur (相殺ハ法律上當然ニ行ハル)ノ文字ノ解釋問題ニ歸ス ipso jure compensatur ノ解釋ニ關シテハ之ヲ實質主義 (materielle Auffassung) ト形式主義 (formelle Auffassung) トノ二大學說ニ分ツコトヲ得

實質主義

(一) 實質主義ニ從ヘハ雙方ノ債權ハ當事者ノ主張ヲ要セス其對立セル瞬間ニ於テ當然相殺ニ依リテ消滅スルモノトナス此說ニ從ヘハ ipso jure (法律上當然ニ)ヲ實質的ニ sine facto hominis 人ノ行爲ナクシテノ意義ニ解シ相殺ヲ爲スニハ當事者ノ一方ノ主張ヲ要セス法律ノ規定ニ依リ雙方ノ債權ノ對立ノミニ依リテ消滅スルモノトナス然レトモ此說ニ在リテモ相殺カ全然無條件

ニ行ハルルヤ否ヤニ關シテ議論岐ル

(一) 一ハ相殺ニハ全然人爲ヲ要セストナスモノニシテ雙方ノ債權ハ其對立ノミニ因リテ消滅シ全ク人ノ行爲ヲ要セストナス【註一】

(二) 他ハ此見解ニ稍變更ヲ加ヘ雙方ノ債權カ其對立ニ依リテ當然消滅スルモノトナスカ爲メニハ當事者ノ一方ノ主張ヲ要シ唯利息ノ相殺其他二三ノ場合ニ於テノミ人ノ行爲ヲ要セス當然ニ相殺ハ行ハルルモノトナス【註二】此說ハ前說ニ壓倒セラレ第十九世紀ニ至リ再タヒ勢力ヲ有スルニ至レリ然レトモ此說ヲ採ル新ナル學者ノ間ニ在リテモ議論岐レ【イ】或ハ當事者ノ一方ニ依リテ相殺カ主張セラレタルトキハ擬制ニ依リ雙方ノ債權カ對立シ相殺適狀ヲ生シタル時ニ遡ホリテ相殺ノ效力ヲ生スルモノトナス即、此說ニ依レハ相殺ニ依リテ債權カ消滅スルハ混同ノ如ク法律上當然ニ生スルニアラス擬制ニ依ルモノトナス【註三】【ロ】或ハ雙方ノ債權カ相殺適狀ヲ生スルニ依リテ當然消滅スト雖モ當事者ノ一方ノ主張ヲ停止條件トスルモノトナス【註四】【ハ】或ハ此等ノ說ニ反シテ ipso jure ノ文字ヨリモ寧ろ compensatur ノ文字ニ重キヲ



置キテ解スヘキモノトナシ ipso jure compensatur ハ相殺適狀カ法律上當然ニ  
生スルヲ云フモノトナス【註五】

形式主義

(二) 形式主義ニ從ヘハ ipso jure ハ單ニ訴訟法上ノ意義ヲ有スルニ過キス  
トナス即 ipso ハ ope exceptionis (抗辯ニ依リテ)ノ反對ヲ示セルモノニシテ ipso  
jure compensatur トハ抗辯トシテ對抗スル所ナキモ相殺ヲ許スコトヲ云フニ  
外ナラス換言スレハ訴狀 (formula) = exceptio トシテ記載スル所ナキモ尙相殺  
ヲ爲スコトヲ許スモノトナス從テ此說ハ相殺ヲ爲スニハ裁判上ニ於テ之ヲ  
主張スルコトヲ要スト雖モ抗辯トシテ對抗スルコトヲ要セストナスモノナ  
リ【註六】

以上ノ諸說ノ外羅馬法ノ解釋トシテ當事者ノ一方ノ意思表示ニ依リテ相  
殺ヲ爲スヲ得ヘキコトヲ唱フルモノアリ即從來當事者一方ノ主張ニ依リテ  
相殺ノ效力ヲ生ストナス學者ハ凡テ裁判上ノ主張ヲ要スルモノトナシタル  
ニ反シ近時一派ノ學者ハ裁判外ニ於ケル當事者ノ一方ノ意思表示ニ依リテ  
相殺ヲ爲スコトヲ得ルモノトナス此說ニ依レハ ipso jure ハ裁判又ハ相手方

ノ行爲ヲ必要トセストノ否定的ノ意義ヲ有スルニ止マル故ニ相殺ハ一方ノ  
意思表示ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトナス【註七】

上述スルカ如ク羅馬法ノ解釋ニ關シテハ學說種種ニ岐ル【註八】實質主義ノ  
學說即雙方ノ債權ノ對立ニ依リテ當然債權ハ消滅スルモノトナス見解ハ羅  
馬法ノ解釋トシテ探ルコトヲ得サルハ今日ニ於テ一般ニ認メラル所ナリ  
且之ヲ理論ヨリ云フモ雙方ノ債權ノ對立ノミニ依リテ當然消滅スルモノト  
ナスハ當ヲ得タルモノニアラス債務者カ債權者ニ對シ反對債權ヲ取得セル  
カ爲メニ直ニ債權カ消滅スルモノトナスヲ得ス雙方ノ債權カ對立シテ存在  
スルコトヲ得サルヘキ理由ナシ故ニ相殺適狀ヲ生スルモ債權ハ獨立ノ存在  
ヲ有シ債權者ハ他ノ方法ニ依リテ債權ヲ處分スルコトヲ得ルモノトナササ  
ルヘカラス即債權者ハ其債權ヲ讓渡シ又ハ辨濟、更改、免除等ニ依リテ消滅セ  
シムルコトヲ得ルモノトナササルヘカラス故ニ相殺ハ債權ノ對立ニ依リテ  
當然ニ消滅スルモノトナスヲ得ス

更ニ訴訟主義即當事者ノ一方ノ裁判上ノ主張ニ基キ判決ニ依リテ始メテ



相殺ノ效力ヲ生スルモノトナス說ハ單ニ羅馬法ノ沿革ニ基クモノタルニ止マリ相殺其モノノ性質ヨリ來レルモノニアラス羅馬法ニ於テ相殺ヲ爲スニ裁判上ノ主張ヲ要スルモノトナセルハ是レ羅馬法ニ於テ權利ノ觀念ヲ認メス訴權(actio)ノミヲ認メタル結果ナリ今日ニ於テハ羅馬法ニ於テ認メラレタル意義ニ於ケル訴權ヲ認メサルカ故ニ相殺ヲ爲スニ裁判ニ依ルヘキモノトナスコトヲ要セス從テ今日ニ於テ裁判ニ依ルヘキモノトナスハ實際ニ適合セス而モ不必要ナル方法ニ依ルモノトナササルヲ得ス

此ノ如ク實質主義、訴訟主義ノ學說カ漸ク廢ルニ至リ一方行爲ニ依リテ相殺ヲ爲スノ說ハ勢力ヲ得各國ノ立法モ亦之ニ依ルニ至レリ特ニ獨逸民法(第三百八十八條)ハ此見解ニ從ヒ當事者ノ一方ノ意思表示ノミニ依リテ相殺ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ヲ定ム(註九)

【註一】 此說ハ最古キ學說ニシテ註釋派タル Martinus, Tyndarus 等之ヲ主張シ佛國ニ於テハ Cujacius 和蘭ニ於テハ Noote 之ニ從ヒ更ニ獨逸普通法ニ於テハ第十九世紀ニ至ルマテ通說タリキ特ニ Glück, Harter, Lauterbach,

Ascher 等此說ヲ主張ス

立法ニ於テハ普國國法(第一部第十六章第三百一條)此主義ニ依ル佛民法(第一千二百九十條)埃民法(第一千四百三十八條)等モ亦之ニ從フ然レトモ普國ノ學說及ヒ判例ハ法文ノ文字ノ不精確ナルヲ利用シテ相殺ニハ當事者ノ一方ノ主張ヲ要スルモノトナシ又佛、埃ノ學說ニ於テモ實際ノ必要ニ迫ラレ當事者ノ主張ヲ要ストナスモノ尠カラス

【註二】 此說ハ特ニ註釋派ノ一人タル Azo ノ提唱スル所ニシテ Bulgarus, Bastianus 等モ亦此說ヲ唱ヘタリ Mevius, Thibaut, Hasso 等之ニ依ル

【註三】 Behmann-Hollweg, Rhein. Museum 1829 No.9

【註四】 Unger, österreich. Privatr. IIS.490

【註五】 Brinz, Pandekten IIS.419fgr Windscheid § 349 Anm. 510

【註六】 此說ハ Donellus 特ニ之ヲ唱ヘ Baldus, Magnus, Zassius 等之ニ從ヒ Brinz, Compensation S.23 fg, Ubbelohde, ipso jure compensatur S.180 fg, Schwarnert, Kompensation S.29 fg 等モ亦之ニ依ル



【註七】 Leonhard, Aufrechnung S.108 fg

【註八】 羅馬法ニ關スル諸種ノ學說ニ關シテハ Ubbelohde, ipso jure compensatur, Dernburg, Compensation S.281 fg, Priester, ipso jure compensatur, Leonhard, Aufrechnung S. 94fg 岡松氏内外論叢第二卷六六三頁以下參照

【註九】 尙バイエルン民法草案第百八十三條、索遜民法第百九十二條、ズレスデン民法草案第百八十五條、瑞西舊債務法第百三十八條、新債務法第百二十條等此主義ヲ採ル

### 第二項 我國法ノ主義

我國法ノ主義  
相殺ノ意思表示ノ效力ニ關スル學說

我國法ハ獨民法ノ主義ニ從ヒ當事者ノ一方ノ意思表示ニ依リテ相殺ヲ爲スコトヲ得ルモノトナス(第五百六條)然レトモ相殺ノ意思表示ノ效力ニ關シテハ議論岐ル特ニ相殺ノ意思表示カ遡及力ヲ生スル理由ニ關シ(同條第二項)學說區區タリ其重ナル學說ヲ述フレハ

(一) 遡及說 (Rückwirkungstheorie) 此說ニ從ヘハ相殺ハ當事者ノ一方ノ意思

表示ニ依リテ始メテ其效力ヲ生ス雙方ノ債權カ單ニ相殺ニ適スル狀態ヲ生スルモノ何等ノ效力ヲ生セス故ニ相殺カ遡及力ヲ生スルハ法律ノ擬制ニ基クモノトナス【註一】

(二) 條件說 (Bedingungstheorie) 此說ニ從ヘハ債權消滅ノ原因ハ相殺ニ適スル狀態其モノナリトス即、相殺適狀ヲ生スルニ因リテ債權ハ消滅シ相殺ノ意思表示ハ單ニ法定條件タルニ過キサレモノトス【註二】

(三) 影響說 (Affectionstheorie) 此說ニ從ヘハ債權ハ相殺ノ意思表示ニ因リテ始メテ消滅スト雖モ相殺適狀ヲ生スルニ因リテ既ニ或效力ヲ生スルモノトナス然レトモ其效力カ如何ナル性質ヲ有スルヤニ關シテハ此說ヲ主張スル學者ノ間ニ在リテモ說ク所同シカラス或ハ相殺適狀 (Aufrechenbarkeit) ト稱シ或ハ相殺關係 (Aufrechnungsverhältnis) ト稱シ或ハ相殺權 (Aufrechnungsrcht) ト稱シ或ハ相殺狀態 (Aufrechnungslage) ト稱ス而シテ此狀態ヨリ生スル權利ハ抗辯ト相類似スト雖モ尙一層強キ效力ヲ有スルモノトナス【註三】

以上三說共ニ債權消滅ノ效力ヲ生スルカ爲メニハ相殺適狀ト相殺ノ意思



表示ヲ必要トス然レトモ此二箇ノ要件中何レニ重キヲ置クヤニ關シ見解ヲ異ニス即、遡及説ニ在リテハ相殺ノ意思表示ヲ以テ原因トナシ相殺適狀ヲ以テ條件トナス之ニ反シ條件説ハ相殺適狀ヲ以テ原因トナシ相殺ノ意思表示ヲ條件トナス更ニ影響説ハ相殺適狀ト相殺ノ意思表示トハ共ニ同一ノ價值ヲ有シ共同原因タルモノトナス

遡及説

以上三説ノ中第一説ノ遡及説ヲ以テ當ヲ得タルモノトス蓋第五百六條第一項ニ依レハ相殺ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スト規定スルカ故ニ相殺ノ意思表示ヲ以テ債權消滅ノ原因トナササルヘカラス而シテ同條第二項ニ於テ相殺ノ意思表示ハ雙方ノ債權カ互ニ相殺ヲ爲スニ適シタル始ニ遡リテ其效力ヲ生ストナスハ擬制ニ依リテ相殺ノ意思表示ノ效力ヲ遡及セシムルモノト云ハサルヘカラス法律カ擬制ニ依リ遡及力ヲ認メタルハ實際上ノ理由ニ基クモノニシテ當事者間ノ公平ヲ保タンカ爲メナリ蓋雙方ノ債權カ對立シテ相殺ニ適スル狀態ニ在ル場合ニハ當事者ハ既ニ債權ハ相殺セラレタルモノトナシ債權カ對立スルモ直ニ相殺ノ意思表示ヲ爲スコト

條件説

ヲ怠ルヲ通常トスヘシ然ルニ若シ相殺ハ其意思表示ヲ爲シタル時ヨリ將來ニ對シテノミ效力ヲ生スルモノトナストキハ相殺適狀ノ發生ト共ニ相殺ノ意思表示ヲ爲ササリシ當事者ハ不利益ヲ被ルコトアルヘシ特ニ一方ノ債權ノミカ利息附ナル場合、雙方ノ債權共ニ利息附ナルモ一方ノ利率カ他方ヨリ高キ場合、違約金約款アル場合、債務者ノ遲滞ヲ生セル場合等ニ在リテハ當事者ノ一方ハ不利益ヲ被ルノ結果ヲ生スヘシ故ニ此不公平ナル結果ヲ避クルカ爲メニ相殺ノ意思表示ニ遡及力ヲ認メ相殺適狀ヲ生シタル後ニ相殺ノ意思表示ヲ爲スモ尙其適狀ヲ生セル始ニ相殺ヲ爲シタルト同一ノ結果ヲ生スルモノトセリ【註四】

第二説タル條件説ノ非ナル理由ヲ述フレハ(一)條件説ニ從ヘハ相殺適狀ヲ生スルニ依リテ債權ハ既ニ消滅ス唯相殺ノ意思表示ニ依リテ之ヲ宣言スルニ過キササルモノトナシ相殺適狀其モノヲ以テ債權消滅ノ原因トナス然レトモ雙方ノ債權カ對立セル相殺適狀ヲ以テ債權消滅ノ原因トナスヲ得ス若シ此説ニ從フトキハ債權ノ存在其モノカ債權ノ消滅ノ原因タルニ至ルヘシ恰



モ此說ハ債權ノ原因タル行爲カ取消又ハ解除シ得ヘキモノナル場合ニ取消解除ヲ以テ債權消滅ノ原因トナス取消シ得ヘキ行爲解除シ得ヘキ行爲ヲ以テ債權消滅ノ原因トナスト同シ且此說ハ相殺ノ意思表示ヲ以テ過去ニ存スル相殺ノ效力ヲ確定ストナスト雖モ相殺ノ意思表示ヲ以テ此ノ如キ確定ノ效力ヲ有スルモノトナスコトヲ得ス(二)此說ハ相殺ノ意思表示ヲ以テ條件トナスト雖モ條件ノ觀念ヲ以テ遡及力ヲ説明スルコトヲ得ス蓋此ニ云フ條件ハ法律行爲ノ附款タル條件ニアラス從テ條件ニ關スル規定ヲ準用スルコトヲ得ス特ニ第二百二十七條第三項ノ規定ニ依レハ條件成就ノ效果ハ當然ニ遡及力ヲ有スルニアラサルカ故ニ第五百六條第二項ト相合セス若シ此ニ云フ條件ハ固有ノ條件ニアラスト云ハハ條件ナル文字ヲ用ユルモ説明ノ爲メニ益スル所ナカルヘシ(三)此說ニ依ルトキハ相殺權ノ發生ハ之ヲ認ムヘカラス蓋相殺適狀ヲ生シタル時ニ債權カ消滅ストナスカ故ニ相殺權ヲ生スヘキ餘地ナキカ故ナリ又相殺ハ遡及力ヲ有スルヲ原則トスト雖モ當事者ノ契約ニ依リ遡及力ヲ除外スルコトヲ得ヘシ故ニ相殺適狀ヲ生シタル時ヨリ必然

的ニ債權ハ消滅スルモノトナスコトヲ得ス從テ遡及力ヲ生スルハ相殺適狀ノ時ヨリ債權カ消滅スルカ爲メナリトナスコトヲ得ス(四)更ニ此說ニ從フトキハ實際上ニ於テ種種ノ不都合ノ結果ヲ生ス即此說ニ依レハ相殺適狀ヲ生スルニ因リ債權ハ既ニ消滅ストナスカ故ニ相殺適狀ヲ生シタル後ニ辨濟ヲ爲スモ尙相殺ヲ爲スコトヲ得ヘシ又此說ニ從ヘハ契約カ解除セラレタル後ニ在リテモ尙相殺ヲ爲スコトヲ得ヘク又債務不履行ノ爲メ違約金ヲ支拂ヒタル後ニ在リテモ相殺ヲ爲スコトヲ得ルノ結果トナルヘシ(註五)五條條件說ニ從フトキハ當事者ノ一方カ數箇ノ債權ヲ有スル場合ニ於テ不當ノ結果ヲ生ス例ヘハ甲カ二箇ノ債權ヲ有スル場合ニ其一ハ乙ノ債權ヨリモ古ク他ハ新シキ場合ニ乙カ新シキ債權ニ對シ相殺ヲ爲スヘキ旨ヲ表示シ後甲カ古キ債權ヲ以テ相殺ヲ爲スヘキ旨ヲ表示セリトセハ甲ノ古キ債權ハ相殺ニ因リテ消滅シ乙ノ相殺ノ意思表示ハ無効ト爲ルノ結果ヲ生スヘシ蓋甲ノ相殺ノ意思表示ニ依リ早くヨリ相殺適狀ニ在ル甲ノ古キ債權ハ既ニ消滅スルカ故ニ乙ハ相殺ヲ爲スコトヲ得サル結果トナルカ故ナリ然レトモ此結果カ法典ノ



規定ニ反スルハ明カニシテ第五百十二條ニ依レハ第四百八十八條ノ準用ニ依リ相殺權者ハ相殺ヲ爲サントスル受働債權ヲ自由ニ選擇スルコトヲ得ルモノトス【註六】六條件說ニ從ヘハ訴訟中ニ於テ被告カ原告ノ債權ニ對シ相殺ヲ爲シタル場合ニハ其訴訟費用ハ原告之ヲ負擔セサルヘカラス蓋原告ノ債權ハ既ニ條件附ニ消滅セルモノナルカ故ニ理由ナク訴ヲ提起セルモノナルカ故ナリ然レトモ此結果ハ公平ニ合スルモノト云フコトヲ得ス蓋原告ハ訴訟提起ノ時ニハ被告カ相殺ヲ爲スヤ否ヤハ之ヲ知ルコトヲ得ス故ニ訴訟提起後ニ相殺アリタル場合ニ原告カ訴訟費用ヲ負擔スヘキモノトナスハ酷ナルカ故ナリ【註七】七更ニ條件說ニ從ヘハ被告カ判決アリタル後ニ相殺ヲ爲シタル場合ニハ民事訴訟法第五百四十五條ニ從ヒ異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス蓋債權ハ既ニ條件附ニ口頭辯論前ニ消滅セルカ故ニ異議ノ原因ハ最終ノ口頭辯論後ニ生セルモノトナスコトヲ得サルカ故ナリ然レトモ判決後ニ於テモ相殺ヲ爲シ強制執行ヲ免ルルコトヲ得サル理由ナシ【註八】以上論スル所ニ依テ條件說ノ採ルヘカラサルハ明カナルヘシ

## 影響說

更ニ影響說ニ付キ見ルニ此說カ相殺適狀ト相殺ノ意思表示トヲ以テ債權消滅ノ共同原因トナスハ當ヲ得タルモノト云フコトヲ得ス既ニ述ヘタルカ如ク債權消滅ノ原因タルモノハ相殺ノ意思表示ニシテ相殺適狀ハ債權消滅ノ原因ニアラス恰モ取消シ得ヘキ行爲解除シ得ヘキ行爲カ債權消滅ノ原因ト稱スルコトヲ得サルト同シ此說ヲ唱フル學者ハ相殺適狀ヲ生スルニ依リテ抗辯ニ類似スル一種ノ效力ヲ生ストナス然レトモ我法典ニ在リテハ相殺適狀ハ單ニ相殺權ヲ生シ辨濟以外ノ方法ニ依リテ満足ヲ得セシムル權利ヲ生スルニ過キス又或ハ相殺適狀ヲ生スルニ依リテ一種ノ效力ヲ生ストナスト雖モ單ニ一種ノ效力ヲ生スト云フノミニテハ其性質明カナラス故ニ此說ニ依リテ遡及力ヲ生スル所以ヲ明カニスルコトヲ得ス且此說ハ相殺適狀其モノハ債權消滅ノ唯一ノ原因ニアラサルモ尙原因ノ一トナスカ故ニ條件說ニ加ヘタル非難ハ全然免ルルコトヲ得サルヘシ

【註一】是レ獨民法ニ於ケル通說トス Planck, Vorbem. 2 zu §387, Kipp zu Windscheid S.475, Goldmann-Lilienthal S.427, Schollmeyer, Vorbem. 1b zu § 387



Mathias S. 241, Langheineken, Anspruch und Einrede S. 131 fg, Siber a.a.O. S.131 fg, Leonhard, a.a.O.S.191, Feder, Goldschmidts Zeits. B. 54 S.462 fg

【註一】 Dernburg §127, Eneccerus §294, Staudinger—Kublenbeck S.416, Liebknecht, Vorbehaltszahlung S.110

【註二】 Landesberg S.362, Endermann §114 Anm. 19, Ortmann S.288, Crome § 193, Kohler S. 211, Weigel a.a.O.S.12fg, Weissmann, Zeits. f. Civilprozess B. 26 S.35 fg

【註三】 Siber, a.a.O.S.131, Weigel S.19, Planck S.256

【註四】 Feder a.a.O.S.461

【註五】 Leonhard a.a.O.S.181, Feder a.a.O.S.460

【註六】 Kipp zu Windscheid S. 445, Schollmeyer S. 338, Siber a.a.O. S. 127, Leonhard a.a.O.S.204, Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 214, Weigel S.19. fg 区 對 Hellwig, Lehrb. des Civilprozessrechts B.1S.191

【註七】 Planck zu § 389 Nr. 3, Schollmeyer zu § 389 Nr. 2, Siber, a.a.O.S.115, Kohler, Zeits. f. Civi prozess B.24S.22, Weigel, a.a.O.S. 20 区 對 Hellwig, Anspruch und Klage-

recht S.20 Anm. 48

### 第三項 相殺ノ意思表示

相殺ノ意  
思表示

相殺ハ一方的意思表示ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得故ニ相殺ハ單獨行爲ナリトス【註一】相殺ヲ爲スニハ行爲能力ヲ有スルコトヲ要ス蓋相殺ニ依リテ債權ヲ處分スルモノナルカ故ナリ相殺ハ又代理人ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得代理權ナクシテ相殺ノ意思表示ヲ爲ス場合ニハ第一百十八條ノ適用ヲ受ク訴訟上ニ於テ相殺ヲ爲ス場合ニ於テモ亦同シク代理ニ關スル規定ノ適用アリ訴訟上ノ代理權ハ當然ニ相殺ヲ爲ス權限ヲモ包含スルヤ否ヤニ關シ争アリト雖モ相殺ノ權限ヲ含マサルモノト解スルヲ正當トス蓋民事訴訟法第六十五條ハ單ニ訴訟行爲ト云フカ故ニ訴訟行爲ニアラサル相殺ヲ爲スノ權限ヲ含ムモノトナスコトヲ得サルカ故ナリ【註二】

相殺ノ意思表示ハ相手方ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス(第五百六條)相手方トハ受働債權ノ債權者ヲ云フ相殺ノ意思表示ヲ受領セル者カ未成年者又ハ



禁治産者ナリシ場合ニハ第九十八條ニ依リ法定代理人カ之ヲ知リタル後ニアラサレハ之ヲ以テ對抗スルコトヲ得ス又相殺ハ相手方ノ代理人ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得無權代理人ニ對シテ之ヲ爲ス場合ニハ第一百十八條ノ適用ヲ受ク

相殺ノ意思表示ニハ方式ヲ必要トセス明示又ハ默示タルコトヲ得必シモ相殺ナル文字ヲ用ユルコトヲ要セス相對立スル雙方ノ債權ヲ相殺ニ依リテ消滅セシムルノ意思明カナルヲ以テ足ル相殺ハ受領ヲ必要トスル意思表示ナルカ故ニ被相殺者ニ到達スルニ因リテ其效力ヲ生ス(第九十七條)相殺ノ意思表示ヲ爲シタル後ニ在リテハ之ヲ撤回スルコトヲ得ス

相殺ノ意思表示ニハ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得ス(第五百六條第一項)但書條件又ハ期限ヲ附シタルトキハ相殺ノ意思表示ハ無効トス蓋相殺ノ相手方ハ相殺アリタリヤ否ヤカ確定的ニ定マルヲ以テ利益トス相殺ニ因リテ相殺者カ債權ヲ失フニ止マラス相手方モ亦債權ヲ失フ而モ相手方ハ之ヲ防禦スルヲ得サル地位ニ在リ然ルニ相殺ノ意思表示ニ條件又ハ期限ヲ附スル

トキハ其地位ヲ不確定ナラシムルカ故ニ相手方ハ益不利益ナル地位ニ陥ルヘク公平ニ合セス是レ相殺ノ意思表示ニ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得サルモノトナシタル所以ナリ【註三】【註四】

【註一】相殺ヲ以テ法律行為トナスハ一般ニ認ムル所ナリ(Planck S.253, Staudinger-Kuhlenbeck S.422)獨リリッパン(Lippmann, Jahrb. f. Dogm. B.43S.503)ハ相殺ハ法律行為タル性質ヲ有セサルモノトナス

【註二】Planck S.253 Ortmann S.292, Matthiass S.240, Siber, a.a.O.S.113, Förster, Sächs. Arch. B.7S.401, Goldschmidt, Arch. f. B.R.B.15S.161, Petersen, Z.P.O.S. 219 然レトモ之ニ反シ實際上ノ理由ヨリ訴訟行為ノ範圍ヲ廣ク解シ訴訟代理人ハ相殺ノ權限ヲ有ストナス者尠ナカラス Dernburg S.286, Endemann S.841 Anm. 7, Schollmeyer S.338, Staudinger-Kuhlenbeck S.422, Gaup-SteinS.245, Eccius, Gruchots Beiträge B.42S.253, Hellwig, Lehrb. des Civilprozessrechts B.1 S.242 Anm. 15, Weigel, a.a.O.S.158

【註三】Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte S.76fg, Leonhard, a.a. O. S.148 尙



ブルックハ相殺ノ意思表示ニ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ法律カ絶対ニ禁止セルヲ以テ當ヲ得サルモノトナス蓋當事者ノ一方カ條件附又ハ期限附ニテ相殺ヲ爲シタル場合ニハ相手方モ亦自ラ相殺ノ意思表示ヲ爲スニ依リテ不確定ノ地位ヲ免ルルコトヲ得ルカ故ニ此ノ如キ禁止ヲ必要トセス又條件カ相手方ノ隨意條件ナル場合ニハ之カ爲メニ相手方ハ不確定ナル地位ニ在ルコトナキカ故ニ條件ヲ附スルヲ妨ケス故ニ法律カ絶対ニ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ禁セルハ當ヲ得タルモノニアラストナス (Bruck S.77fg)

【註四】期限ニハ法律行爲ノ效力ノ發生ヲ係ラシムルモノト債務ノ履行ヲ係ラシムルモノトノ二種アリ第三百三十五條第一項ハ後者ヲ規定セルモノナリ第五百六條第一項但書ニ規定セル期限ハ前者ニ屬シ相殺ノ意思表示ノ效力ノ發生ヲ係ラシムルモノトス故ニ此點ニ於テハ條件ト其性質相同シク唯將來生スヘキ事實カ確定セル點ニ於テ條件ト異ナル相殺ノ意思表示ニ期限ヲ附スルコトヲ得サルハ條件ト同シク相手方

未必的相殺

ヲ不確定ノ地位ニ置クカ爲メナリトナスハ一般ニ認メラルル所ナリ然レトモ期限ハ其到來スルコト確定スルカ故ニ條件ト同一ニ論スルハ當ヲ得タルヤ疑ナキ能ハス且相殺ノ意思表示ハ遡及力ヲ有スルカ故ニ(第五百六條第二項)何時期限カ到來スルヤハ當事者ノ利害ニ關スル所ナキカ故ニ期限ヲ附スルコトヲ禁スル實際ノ理由ナキモノト云ハサルヘカラス (Weigel a.a.O.S.133 參照)

以上述フルカ如ク相殺ノ意思表示ニ條件ヲ附スルコトヲ得スト雖モ未必的相殺 (Eventualrechnung) ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ即、受働債權ニ抗辯カ附著セサルコトヲ條件トシテ相殺ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ從來議論ノ岐ルル所ナリ所謂ル未必的相殺ト稱スル場合ハ之ヲ(一)受働債權カ成立スルコトヲ條件トシテ相殺ヲ爲ス場合ト(二)受働債權ニ抗辯即、狹義ノ抗辯 (Einrede) カ附著セサルコトヲ條件トシテ相殺ヲ爲ス場合トニ分チテ觀察スルコトヲ要ス

(一) 受働債權カ成立スルコトヲ條件トシテ相殺ヲ爲スコトヲ得ルヤ通説



ハ此ノ如キ條件ヲ附スルモ相殺ノ意思表示ノ效力ヲ妨タル所ナシトナス蓋  
 「受働債權カ成立セハ」ト云フハ法定條件 (condicio juris) タルニ過キス即、相殺ノ要  
 件トシテ受働債權ノ存在ヲ必要トスルカ故ニ此ノ如キ條件ヲ附スルモ相殺  
 ノ要件ヲ繰返シタルニ過キス故ニ此ノ如キ條件ヲ附スルト否トハ相殺ノ成  
 立ニ影響ヲ及ホス所ナシ且第五百六條第一項但書ノ所謂ル條件ハ真正ノ條  
 件ヲ云フモノニシテ法定條件ヲ含マス蓋相殺ノ意思表示ニ法定條件ヲ附ス  
 ルモ法律關係ヲ不確定ナラシムルモノニアラサルカ故ニ之ヲ附スルモ被相  
 殺者ニ不利益ヲ被ラシムルコトナキカ故ナリ故ニ受働債權ノ成立セルコト  
 ヲ條件トシテ相殺ヲ爲スコトヲ得ルモノトス而シテ裁判上ニ於テ相殺ヲ爲  
 ス場合タルト裁判外ニ於テ相殺ヲ爲ス場合タルト問ハス之ヲ附スルコト  
 ヲ得【註五】

(二) 受働債權ニ抗辯カ附著セサルコトヲ條件トシテ相殺ヲ爲スコトヲ得  
 ルヤ此問題ニ關シテモ亦議論岐ルト雖モ受働債權ニ抗辯カ附著セサルコト  
 ヲ條件トシテ相殺ヲ爲スコトヲ得サルモノト解スルヲ正當トス本來受働債

權ニ抗辯カ附著セリヤ否ヤハ將來確定スルニアラス現在ニ於テ既ニ客觀的  
 ニ確定ス唯主觀的ニ之ヲ知ルコトヲ得サルノミ故ニ「抗辯カ附著セサルコト」  
 ハ真正ノ條件ニアラス然レトモ我法典ハ現在ノ事實ヲ條件トナス場合ニ條  
 件ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトナスカ故ニ(第三百三十一條第三項第五  
 六條第一項但書ノ適用ヲ受ケ相殺ノ意思表示ニ此ノ如キ條件ヲ附スルコト  
 ヲ得サルモノト解スヘシ且受働債權ニ抗辯ノ附著セサルコト「ハ之ヲ附スル  
 ノ必要ナキ法定條件ニアラス蓋受働債權ニ抗辯カ附著スルモ尙之ニ對シテ  
 相殺ヲ爲スコトヲ得ルカ故ナリ故ニ」受働債權カ成立スルコト「ヲ條件トシテ  
 相殺ヲ爲ス場合ト異ナリ相殺ヲ爲スコトヲ許ササルモノトナササルヘカラ  
 ス更ニ此ノ如キ條件ヲ附スルコトヲ得サルモノトナスモ相殺者ハ之カ爲メ  
 ニ必シモ不利益ヲ被ルモノニアラス之ニ反シ若シ此ノ如キ條件附相殺ヲ有  
 效トナストキハ相殺ノ效力ヲ抗辯ノ存否ニ係ラシムル結果トナリ被相殺者  
 ハ永久ニ不確定ノ地位ニ在リ爲メニ不利益ヲ被ルニ至ルヘシ而シテ受働債  
 權ニ抗辯カ附著セサルコトヲ條件トシテ爲ス相殺ハ裁判外ニ於テ之ヲ爲ス



場合ニ無効タルノミナラス裁判上ニ於テ之ヲ爲ス場合ニモ亦無効ナリトス  
蓋裁判上ニ於テ爲スト否トニ依リ條件附相殺カ其效力ヲ異ニスヘキ理由ナ  
キヲ以テナリ【註六】

裁判上ニ於テ未必的相殺カ主張セラレタル場合即被告カ訴訟上ニ於テ相  
殺ノ抗辯ヲ爲スモ同時ニ原告ノ債權(即受働債權)ノ成立ヲ争フ場合ニハ如何  
ニ判決スヘキヤニ關シテハ學說岐ル(一)立證主義(Beweishebungstheorie)ニ從ヘ  
ハ裁判官ハ先ツ原告ノ債權カ成立スルヤ否ヤヲ立證セシメ其成立スルコト  
確定スル場合ニハ相殺ニ依リテ消滅セルモノトナシ原告ノ請求ヲ棄却スヘ  
キモノトナス又原告ノ債權成立セサルコト確定スル場合ニハ相殺ノ問題ヲ  
生セス從テ債權成立セサルヲ理由トシテ原告ノ請求ヲ棄却スヘキモノトナ  
ス【註七】(二)之ニ反シ棄却主義(Klagabweisungstheorie)ニ從ヘハ被告(即相殺者)ノ債  
權ノ成立カ確定スルモ原告ノ債權カ成立スルヤ否ヤ確定セサル場合ニハ此  
一事ヲ以テ原告ノ請求ヲ棄却スヘキモノトナス蓋此場合ニ若シ原告ノ債權  
カ成立シタリトスレハ相殺ニ依リテ消滅スヘク之ニ反シ原告ノ債權カ成立

セサリシトスレハ請求ノ原因ヲ缺クヲ以テ何レノ場合ニ於テモ請求ヲ棄却  
スヘキモノナルカ故ナリトナス【註八】兩說ノ中立證主義ヲ以テ當ヲ得タルモ  
ノトナササルヘカラス蓋相殺ハ單ニ雙方ノ債權カ對立スルニ依リテ當然行  
ハルルニアラス相殺ノ意思表示ヲ必要トス然ルニ被告カ未必的相殺ヲ爲シ  
タル場合ニ原告即被相殺者ノ債權カ成立スルヤ否ヤ證明セラルルコトナク  
シテ請求ヲ棄却スルトキハ理由ナクシテ請求ヲ棄却スルモノト云ハサルヘ  
カラス且棄却主義ノ見解ニ從フトキハ判決ノ效力カ確定的ナルヲ得サルノ  
結果ヲ生スヘシ蓋原告ニ請求權ナシトノ理由ニ基キテ請求ヲ棄却スルヤ又  
ハ相殺ニ基キテ請求ヲ棄却スルヤ其理由ヲ異ニスルニ依リテ判決ノ效力モ  
亦異ナル然ルニ棄却主義ノ見解ニ從フトキハ其何レナリヤ確定スルコトヲ  
得ス從テ原告ノ債權カ成立スルヤ否ヤヲ決定スルカ爲メニ更ニ訴ヲ提起ス  
ルコトヲ要スル結果トナルヘシ

【註五】受働債權ノ成立ヲ條件トシテ相殺ヲ爲スコトヲ得ルヤノ問題ニ  
關シテハ議論岐ル(一)或ハ法定條件タルニ過キササルカ故ニ裁判上タルト



裁判外タルトヲ問ハス相殺ノ意思表示ハ有效ナリトス是レ通説トシテ認メラルル所ナリ (Planck S.254, Staudinger-Kuhlenbeck S. 423, Örtmann S.293, Kipp zu Windscheid S. 480, Endemann S.841 Anm. 13, Hellmann, Krit. Vierteljahrs-B.41 S.247, Liebknecht a.a.O.S.144,146, Siber a.a.O.S.108, Weigel a.a.O.S.138, Martinius, Arch.f. B.R.B.24 S.298(1)或ハ受働債權カ成立スルヤ否ヤハ現在ニ於テ客觀的ニ定マル故ニ固有ノ條件ニアラス從テ第五百六條第一項ノ適用ナキカ故ニ相殺ハ有效ナリトナス (Stölzel, Schulung II S.144fg, Lummner, Uebdingheit der Aufrechnungserklärung S.29 其他法定條件説ヲ唱フル學者ニシテ同時ニ此見解ヲ採ル者多シ)(二)或ハ條件トシテ之ヲ相殺ニ附スルコトヲ得サルモノトナシ唯裁判上ニ於テハ獨逸民事訴訟法第四百十五條第三百二條民法第二百十五條等ヲ根據トシテ相殺ヲ爲スコトヲ得ルモノトナシ (Hellwig, Lehrb. des Civilprozessrechts S.244, Schollmeyer S.335 Fuchs, Gruchots Beit. B.41S.129) (四)或ハ受働債權ノ成立ハ真正ノ條件ナルカ故ニ裁判上タルト裁判外タルトヲ問ハス受働債權ノ成立ヲ條件トシテ相殺ヲ爲スコトヲ

得サルモノナス (Fürsch, Gruchots Beit. B.42S.231fg)

【註六】受働債權ニ抗辯カ附著セサルコトヲ條件トシテ相殺ヲ爲スコトヲ得ルヤニ關シテモ議論岐ル通説ハ裁判外ニ於テ相殺ヲ爲ス場合ニハ相殺ノ意思表示ニ條件ヲ附スルコトヲ禁止スル規定ノ適用若クハ準用ニ依リ之ヲ無効トナシ裁判上ニ於テ相殺ヲ爲ス場合ニハ之ヲ有效トナス然レトモ其有效ナル理由ニ關シテハ學者ニ依リ説ク所同シカラス或ハ裁判上ニ於テ受働債權ニ抗辯カ附著セサルコトヲ條件トシテ相殺ヲ爲ス場合ニハ其訴訟ニ於テ條件カ成就スルヤ否ヤハ決定セラルルカ故ニ單ニ短少ノ期間ノミ不確定ノ状態ハ繼續スルニ過キス故ニ裁判外ニ於テ條件附相殺ヲ爲ス場合ト異ナリ之ヲ無効トナスヘキ理由ナシトナシ (Planck S.259) 或ハ裁判上ニ於テ受働債權ニ抗辯カ附著セサルコトヲ條件トシテ相殺ヲ爲ス場合ニハ單ニ相殺ヲ爲スヘキコトヲ豫告スルニ過キス條件附ニ相殺ノ意思表示ヲ爲スモノニアラサルカ故ニ有效ナリトナス (Örtmann S.293) 或ハ裁判上ニ於テ受働債權ニ抗辯カ附著セサルコト



ヲ條件トシテ相殺ヲ主張スル場合ニハ條件附相殺ヲ爲スニアラス受働債權ニ抗辯カ附著セサルコトカ確定スルコトヲ條件トシテ裁判官ニ被告ノ債權ヲ相殺ニ供スル權限ヲ授與スルモノトナシ相殺ノ意思表示ニ條件ヲ附スルコトヲ禁スル規定ト抵觸スル所ナシトナス(Thon, Jahrb. f. Dogm. B.60 S.365fg, Staudinger-Kuhlenbeck S. 423/424)其他種種ノ說アリト雖モ要スルニ相殺ノ意思表示ノ效力ヲ抗辯ノ有無ニ係ラシムルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題トナストキハ裁判上タルト裁判外タルトニ依リテ其解決ヲ異ニスルキ理由ナシ

【註七】 Busse, Sächsisches Archiv B.16 S.121fg, β, 17 S. 121fg, Eccius, Gruchots Beit.B. 42S.15, Enneccerus § 292 Anm. 15, Hellwig, Lehrb. des Civilprozessrechts S.245, Planck S.259/260, Liebknecht a.a.O.S.180fg, Schollmeyer S.336, Rehbein S. 350/351, Ortmann S. 293

【註八】 Stölzel, Schulung für civilistische Prax. B.II S.90fg, Endemann S. 843 Anm. 20, Kipp zu Windscheid S.480

#### 第四項 多數債權ノ相殺

多數債權  
ノ相殺

當事者雙方共ニ數箇ノ債權ヲ有シ若クハ一方ノミカ數箇ノ債權ヲ有シ且雙方ノ債權カ同種ノ給付ヲ物體トシ相殺適狀ニ在ル場合ニ雙方ノ債權ノ額カ同一ナラサルトキハ單ニ相殺ノ意思ヲ表示スルモ何レノ債權ヲ以テ相殺ニ供スルモノナリヤ又何レノ債權ニ對シテ相殺ヲ爲スモノナリヤヲ定ムルコトヲ得ス故ニ此場合ニ何レノ債權ヲ以テ相殺ニ供シ又ハ何レノ債權ニ對シ相殺ヲ爲スモノナリヤヲ定ムル必要アリ若シ實質主義ニ從ヒ雙方ノ債權カ對立シ相殺適狀ニ在ルトキハ即、相殺ノ效力ヲ生スルモノトナストキハ古キ債權ヨリ順次ニ相殺ニ依リ消滅スルノ結果ヲ生スルカ故ニ相殺ニ依リテ消滅スヘキ債權ノ順位ヲ定ムルコトヲ要セス然レトモ我法典ノ如ク相殺ハ當事者ノ一方ノ意思表示ニ依リテ行ハルルモノトナストキハ相殺セラルヘキ債權ノ順位ヲ定ムル必要アリ我法典ハ相殺セラルル債權ノ順位ニ關シテハ辨濟ノ充當ト同一ノ原則ニ從フヘキモノトス(第五百十二條)從テ相殺セラ



ルヘキ債権ノ順位ハ之ヲ法律カ間接ニ定ムル場合ト直接ニ定ムル場合トニ分ツコトヲ得ヘシ

(一) 法律カ間接ニ相殺セラルヘキ債権ノ順位ヲ定ムル場合 法律ハ先ツ當事者ノ一方ニ相殺セラルヘキ債権ヲ指定スル權利ヲ認ム(一)第一位ニ指定權ヲ有スル者ハ相殺者ニシテ相殺者ハ相殺ニ供セラルヘキ自働債権ノミナラス受働債権モ亦之ヲ指定スルコトヲ得蓋相殺ニ依リ債権者ハ自己ノ債権ノ満足ヲ得セシメンカ爲ニ債務者ノ債権ヲ處分スルモノナルカ故ニ債務者ノ債権(受働債権)ヲ自己ノ債権(自働債権)ノ何レニ對シ相殺ヲ爲スヘキヤヲ定ムルコトヲ得サルヘカラス(第四百八十八條第一項)註二相殺者ノ指定ハ相殺ノ意思表示ヲ爲スト同時ニ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ要ス(同條第三項)指定ノ意思表示ハ相殺ノ意思表示ノ一部ヲ構成スルモノニシテ獨立ノ意思表示ニアラス故ニ相殺ノ意思表示カ無効ナルトキハ指定ノ意思表示モ亦無効ナリトス然レトモ指定ハ相殺ノ意思表示ノ主要ナル要素ニアラサルカ故ニ指定ヲ缺クモ相殺ノ意思表示ノ無効ヲ來スコトナシ

(二) 相殺者カ相殺セラルヘキ債権ヲ指定セサルトキハ被相殺者ハ相殺ノ意思表示ヲ受クルト同時ニ相殺者ニ對スル意思表示ニ依リテ指定ヲ爲スコトヲ得唯相殺者カ之ニ對シ直ニ異議ヲ述ヘタルトキハ相殺者ハ尙指定權ヲ失ハサルモノトス(同條第二項第三項)註二

(二) 法律カ直接ニ相殺セラルヘキ債権ノ順位ヲ定ムル場合 上述スル所ニ從ヒ當事者ノ一方カ指定ヲ爲ササルトキハ法律ハ直接ニ相殺セラルヘキ債権ノ順位ヲ定ム而シテ當事者ハ或ハ自働債権ノミヲ指定シ受働債権ヲ指定セサル場合アリ或ハ受働債権ノミヲ指定シ自働債権ヲ指定セサル場合アリ或ハ雙方共ニ指定セサル場合アリ而シテ第四百八十九條カ受働債権ノ指定ナキ場合ニ準用アルハ疑ヲ容レス然レトモ自働債権ノ指定ヲ缺ク場合ニ於テモ同條ヲ準用スルコトヲ得ヘキヤニ關シテハ解釋上疑義アリ或ハ第四百八十九條ノ規定ハ債務者カ數箇ノ債務ヲ負擔セル場合ニ於ケル辨濟ノ充當ヲ定ムル規定ナルカ故ニ被相殺者カ數箇ノ債権ヲ有スル場合ニ於テノミ此規定ヲ準用スルコトヲ得ヘク相殺者自ラ數箇ノ債権ヲ有スル場合ニハ



準用スルコトヲ得サルモノト解スヘキカ如シ此見解ニ從フトキハ雙方ノ債權カ數箇ナル場合ニハ少クトモ相殺者カ自働債權ヲ指定スルニアラサレハ第四百八十九條ヲ準用スルコトヲ得サルモノトス然レトモ相殺者カ相殺ニ供スヘキ自働債權ヲ指定セサル場合ニハ單ニ相殺ヲ爲スノ意思ヲ有スルニ止マリ自己ノ債權ノ何レヲ相殺ニ供スルモ問フ所ニアラストナスノ意思ヲ有スルモノト解スルコトヲ得ヘキカ故ニ相殺者自ラ指定ヲ爲ササル場合ニハ法律ノ補充規定ニ依リ相殺セラルヘキ自働債權ヲ定ムルコトヲ得ルモノトナササルヘカラス從テ第四百八十九條ハ自働債權ニ關シテモ準用スルコトヲ得ルモノト解スヘシ【註三】今第四百八十九條ニ依リ相殺セラルヘキ債權ノ順位ヲ舉クレハ左ノ如シ

(一) 總債務中辨濟期ニ在ルモノト辨濟期ニ在ラサルモノトアルトキハ辨濟期ニ在ルモノヲ先ニス故ニ自働債權、受働債權共ニ辨濟期ニ在ルモノヲ相殺ニ供スルコトヲ要ス

(二) 總債務カ辨濟期ニ在ルトキ又ハ辨濟期ニ在ラサルトキハ債務者ノ爲

メニ相殺ノ利益多キモノヲ先ニス故ニ自働債權、受働債權共ニ債務者ノ爲メニ相殺ノ利益多キモノヲ選擇スルコトヲ要ス

(三) 債務者ノ爲メニ相殺ノ利益相同シキトキハ辨濟期ノ先ツ至リタルモノ又ハ先ツ至ルヘキモノヲ先ニス

(四) 相殺ノ利益相同シク且辨濟期同一ナルトキハ各債務ノ額ニ應シテ之ヲ相殺ス

以上述ヘタル所ハ相殺者又ハ被相殺者カ一箇ノ債權ノ辨濟トシテ數箇ノ給付ヲ爲スヘキ場合ニ於ケル相殺ニ關シテモ之ヲ適用スルコトヲ得第五百十二條、第四百九十條

相殺者又ハ被相殺者カ元本債權ノ外利息債權及ヒ費用債權ヲ有スル場合ニハ第四百九十一條ノ準用ニ依リ第一ニ費用、第二ニ利息、第三ニ元本ノ順位ヲ以テ相殺ハ行ハルルモノトス而シテ第四百九十一條ニ於テ第四百八十八條ヲ準用スル所ナキカ故ニ相殺者又ハ被相殺者ノ一方ノ指定ニ依リテ第四百九十一條ノ定ムル所ト異ナリタル順位ヲ定ムルコトヲ得ス(第五百十二條)



尙費用相互間、利息相互間、元本相互間ニ在リテハ第四百八十九條ノ規定ニ從ヒテ其順位ヲ定ムヘキモノトス(第五百十二條、第四百九十一條第二項)【註四】

【註五】

【註一】獨逸普通法ニ於テハ通説ハ實質主義ニ依レルモ何レノ債權カ先ニ相殺適狀ニ達セルヤヲ定ムルハ困難ナルヲ以テ實際ノ必要上債權ノ辨濟期ノ如何ニ拘ラス相殺者ハ相殺ニ供スヘキ雙方ノ債權ヲ選擇スルコトヲ得ルモノトセリ(Windscheid § 349 Anm. 6, Weigelin a.a.O. S. 146fg) 獨民法第三百九十六條モ亦同シク相殺者ハ第一位ノ指定權ヲ有スルモノトナス之ニ反シ普國國法第一部第十六章第三百七十五條、佛民法第一千二百九十七條ハ相殺者ニ指定權ヲ認メス法律上ノ辨濟充當ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノトナス

【註二】被相殺者ニ指定權ヲ認ムルハ當ヲ得タルモノナリヤ疑ナキ能ハス蓋被相殺者ハ其指定ニ依リ恰モ自ラ相殺權ヲ行使スルト同一ノ結果ヲ生セシムルコトヲ得ルカ故ナリ特ニ被相殺者カ相殺者ノ債權中ヨリ

相殺ニ供セラルヘキ債權ヲ選擇スルコトヲ得ルモノトナスハ當ヲ得タルモノト云フコトヲ得ス

【註三】獨民法ニ於ケル通説ハ相殺者カ數箇ノ債權ヲ有スル場合ニ於テモ法律ノ規定ニ依リ相殺セラルヘキ債權ノ順位ヲ定ムルコトヲ得ルモノトナス者アリ(Weigelin S. 148, Dernburg § 129, Gröme S. 291 Anm. 21)然レトモ是レ獨民法ニ於テハ特別ノ規定アルカ爲メナリ即、第三百九十六條第一項ニ於テハ被相殺者カ遲滯ナク相殺者ノ相殺指定ニ對シ異議ヲ述ヘタルトキハ法律上ノ辨濟充當ノ規定ヲ準用スヘキモノト定ム故ニ若シ相殺者ノ債權數箇アル場合ニモ法律上ノ辨濟充當ノ規定ヲ準用スヘキモノトナストキハ被相殺者ハ相殺者カ自己ノ債權ニ付キ定メタル相殺ノ指定ヲ拒ムコトヲ得ル不合理ノ結果ヲ



生ス故ニ獨民法ニ於テ相殺者ノ債權數箇アル場合ニ法律上ノ辨濟充當ノ規定ヲ準用スルコトヲ得サルモノト解スヘキ理由存セサルニアラス然レトモ我法典ニハ獨民法ノ如キ規定ヲ缺クヲ以テ之ト同一ニ論スルコトヲ得ス

【註四】我法典ノ解釋トシテハ受働債權カ元本、利息及ヒ費用債權ヨリ成立スル場合ノミナラス自働債權カ元本、利息及ヒ費用債權ヨリ成立スル場合ニ於テモ第四百九十一條ノ準用アルモノト解スヘキハ疑ヲ容レス蓋第五百十二條ハ獨民法第三百九十六條第二項ト異ナリ相殺者カ元本ノ外利息及ヒ費用ノ債務ヲ負擔スル場合ノミニ制限セサルカ故ナリ

【註五】第四百九十一條ノ定ムル順位ニ從ヒ相殺セラルヘキ利息及ヒ費用債權ハ元本債權ノ相殺ノ遡及力ニ因リテ消滅セサルモノナルコトヲ要ス蓋元本債權ノ相殺ニ因リテ相殺適狀以後ニ生シタル利息及ヒ費用債權ハ消滅スルノ結果トナルカ故ニ若シ相殺適狀以後ニ生シタル利息及ヒ費用債權ヲ元本債權ニ先チテ相殺ニ供スヘキモノトナストキハ相

裁判上ノ相殺

殺ノ遡及力ヲ認メサル結果トナルカ故ナリ(Kipp zu Windscheid S. 483, Weigelin a.a.O. S. 144, Deichmann, Gruchots Beit. B. 42 S. 590 反對 Lippmann, Jahrb. f. Dogm. B. 43 S. 446ff.)

### 第五項 裁判上ノ相殺

當事者ノ一方カ裁判外ニ於テ爲シタル相殺ヲ裁判上ノ抗辯トシテ援用スル場合ニハ恰モ辨濟ヲ援用スルト同シク其抗辯ハ訴訟法上ノ行爲タルニ過キス之ニ反シ裁判上始メテ相殺ノ意思ヲ表示スル場合ニハ如何ナル效力ヲ有スルヤノ問題ヲ生ス蓋相殺ハ實體法上ノ行爲ナルカ故ニ裁判上之ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ議論ノ餘地アルカ故ナリ然レトモ裁判上ニ於テ實體法上ノ行爲ヲ爲スコトヲ得サル理由ナシ故ニ裁判上ニ於テモ尙相殺ノ意思ヲ表示スルコトヲ得ルモノト解スヘシ然レトモ此場合ニハ相殺ハ一方ニ實體法上ノ行爲タルト共ニ他方ニ於テハ訴訟法上ノ行爲ナリトス即實體法上ノ行爲トシテ相殺ノ意思表示ニ依リテ債權ハ消滅シ同時ニ訴訟法上ノ行爲トシ



テ相殺ニ依リ債權カ消滅セル事實ヲ主張スルモノトス【註二】故ニ裁判上ノ相殺ノ意思表示ヲ爲ス場合ニハ實體法上ノ要件ト共ニ訴訟法上ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス若シ訴訟法上ノ要件ヲ缺ク場合ニハ裁判上斟酌セラルルコトナシト雖モ尙其意思表示ハ實體法上相殺タル效力ヲ有ス從テ裁判上ニ於テ爲サレタル相殺カ實體法上ノ效力ヲ生スル點ニ於テハ裁判外ニ爲サレタル相殺ト異ナル所ナシ故ニ相殺ノ抗辯カ民事訴訟法第二百十條ニ依リ却下セラレタル場合ニ於テモ尙第二審ニ於テ第四百十六條ノ規定ニ從ヒ相殺ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ヘク更ニ第二審ニ於テ相殺ノ抗辯カ却下セラレタル場合ニハ尙之ヲ留保スルコトヲ得(第四百二十六條)

上述スルカ如ク口頭辯論ニ於テ相殺ノ意思ヲ表示シタル場合ニ相殺ノ效力ヲ生スルハ疑ナシト雖モ準備書面ニ相殺ヲ爲スヘキ意思ヲ表示シタル場合ニ相殺ノ效力ヲ生スルヤ否ヤハ議論アリ然レトモ疑アル場合ニハ尙相殺タル效力ヲ生スルモノト解スヘシ固ヨリ準備書面ハ單ニ準備行爲タル性質ヲ有スルニ過キス當事者ハ更ニ口頭辯論ニ於テ準備書面ニ記載セル事實ヲ

主張スルコトヲ要スト雖モ是レ單ニ訴訟行爲ニ關ス實體法上ノ意思表示ハ準備書面ニ依リテモ之ヲ表示スルコトヲ得ルモノトナササルヘカラス故ニ準備書面ニ相殺ノ意思ヲ表示スルハ口頭辯論ニ於テ相殺ヲ爲スヘキコトヲ豫告シタルニ過キストナスコトヲ得ス此ノ如ク相殺ノ意思ハ準備書面ニ依リテ表示スルコトヲ得ルモノト解スルトキハ其書面ノ到達ニ依リテ相殺ノ效力ヲ生スルモノトス【註二】

【註一】通説ハ裁判上ノ相殺ト裁判外ノ相殺トヲ區別セス(Planck S. 253,

Ortmann S. 292, Dernburg § 124 III, Kipp zu Windscheid S. 479)之ニ反シ一派ノ學者ハ裁判上ノ相殺ヲ以テ單ニ訴訟行爲トナス(Köhler, Zeits. f. Civilprozess B. 24 S. 17fg, Wach, Daselbst B. 27 S. 14, Lippmann a.a.O. S. 480)

【註二】 Weigel a.a.O. S. 157, Dernburg § 125, Schollmeyer zu § 383 Anm. 2 a, Weismann, Zeits. f. Civilprozess B. 26 S. 9 反對 Hellwig, Lehrb. des Civilprozessrechts B. IS. 243 Anm. 17, Wach a.a.O. S. 15, Ortmann S. 292,



### 第五款 相殺ノ效力

相殺適状ノ效力

相殺適状ハ法律若クハ當事者ノ定ムル相殺ノ要件ヲ具備スルニ依リテ生  
 ス相殺適状ハ單ニ相殺權ヲ發生スルノ外何等ノ效力ヲモ生スルコトナシ故  
 ニ相殺適状ハ債權ニ影響ヲ與フルコトナク債權ハ相殺權ノ行使ニ依リテ始  
 メテ消滅ス故ニ相殺適状ハ債務者ニ抗辯ヲ與フルコトナク又相殺適状ノ爲  
 メニ債權ハ條件附トナルコトナシ從テ相殺適状ヲ生スルモ債務者又ハ債權  
 者ノ遲滯ノ發生ヲ妨クルコトナク又損害賠償債權、違約金債權等ノ發生ヲ妨  
 クルコトナシ

相殺ノ效力

此ノ如ク相殺適状ハ相殺權ヲ生スル外何等ノ效力ヲモ生スルコトナク相  
 殺權ノ行使ニ依リテ債權消滅ノ效果ヲ生ス相殺ノ效力ヲ述フレハ左ノ如シ  
 (一) 相殺ニ依リテ雙方ノ債權ハ消滅ス而シテ雙方ノ債權カ其額ヲ異ニス  
 ルトキハ其對當額ニ付キ消滅ス(第五百五條第一項)是レ自働債權ヨリ云ヘハ  
 自己ノ債權額以上ニ満足ヲ受クルコトヲ得ス受働債權ヨリ云ヘハ満足ヲ得

タル範圍即、自働債權ノ額ニ付テノミ消滅スルカ故ナリ雙方ノ債權ハ對當額  
 ニ付テノミ消滅スルカ故ニ一方ノ債權カ他方ノ債權ニ超過セル額ハ尙殘存  
 ス故ニ若シ受働債權カ自働債權ヨリ其額大ナルトキハ被相殺者ハ相殺ニ依  
 リテ債權ノ一部ノ消滅ヲ強制セラルルノ結果ヲ生ス從テ此點ニ於テハ相殺  
 ハ辨濟ト異ナル即、債權者ハ債權ノ一部辨濟ヲ強制セラルルコトナキニ反シ  
 相殺ニ依リ一部消滅ヲ強制セラル而シテ其額大ナル債權ハ其如何ナル部分  
 タルヲ問ハス小額ノ債權ニ對シ相殺セラルルモノトス從テ額ノ大ナル債權  
 ヲ有スル者カ其一部ニ付キ訴ニ依リ請求ヲ爲シタル場合ニ被告(即、小額ノ債  
 權ヲ有スル者)ハ自己ノ債權額ノ範圍ニ於テ訴求セラレタル部分ニ對シ相殺  
 ヲ以テ對抗スルコトヲ得原告ハ相殺ノ反對抗辯(replica compensations)ニ依リテ  
 訴求セサル部分ニ付キ相殺カ行ハルヘキコトヲ主張スルコトヲ得蓋被告  
 ノ相殺ノ意思表示ニ依リテ原告ノ訴求セル部分ニ付キ債權ハ消滅スルカ故  
 ナリ從テ此場合ニハ被告ノ相殺ノ對抗ニ依リ請求ハ棄却セラルルノ結果ト  
 ナルヘシ然レトモ此場合ニ原告ハ民事訴訟法第九十六條第二號ニ依リ訴



ノ申立ノ擴張ニ依リ當初訴求セサリシ部分ヲモ訴求シ以テ請求ノ棄却ヲ免ルルコトヲ得ヘシ【註一】【註二】

(二) 相殺ノ意思表示ハ雙方ノ債權カ互ニ相殺ヲ爲スニ適シタル始ニ遡リテ其效力ヲ生ス(第五百六條第二項)相殺ノ遡及力ハ既ニ述ヘタルカ如ク法律ノ擬制ニ基ク一派ノ學者ノ唱フルカ如ク相殺ニ適シタル當時ニ條件附ニ債務カ消滅セルカ爲メニ遡及力ヲ生スルニアラス【註三】雙方ノ債務カ互ニ相殺ヲ爲スニ適シタル時ト云フハ相殺權發生ノ時ヲ云フ故ニ若シ雙方ノ債權カ時ヲ異ニシテ相殺權ヲ生セル場合ニハ相殺ノ意思表示ヲ爲シタル當事者ノ相殺權カ發生セル時ヲ以テ標準トス【註四】被相殺者ハ其後ニ至リ相殺ノ意思表示ヲ爲シ自己ノ相殺權發生ノ當時ニ相殺ノ效力ヲ遡ラシムルコトヲ得ス蓋其相殺權ハ既ニ他方ノ相殺ノ意思表示ニ依リテ消滅セルカ故ナリ【註五】遡及力ノ内容ヲ述フレハ左ノ如シ

(一) 相殺適狀ヲ生セル時ヨリ發生セル利息債權ハ消滅ス約定利息タルト法定利息タルト問フ所ナシ又其利息ハ當事者ノ一方ノミカ負擔スル場合タ

ルト雙方カ負擔スル場合タルト問ハス又雙方カ負擔スル場合ニ其利息ノ額カ同一ナルト否ト問ハス故ニ相殺適狀ヲ生シタル後利息ヲ支拂ヒタルトキハ相殺後不當利得請求權ニ基キテ其返還ヲ請求スルコトヲ得此ノ如ク雙方ノ利息債權カ凡テ消滅スルハ相殺ニ遡及力ヲ認メタル理由ヨリ推ストキハ當然ナリ蓋相殺ノ遡及力ヲ認ムル所以ハ當事者ヲシテ相殺ノ意思表示ヲ遅延シタルカ爲メニ受ケタル損害ヲ免カレシムルニ在ルカ故ニ相殺適狀ヲ生セル後ニ發生セル利息債權ハ消滅スルモノトナササルヘカラス

(二) 相殺ノ遡及力ニ依リ相殺適狀後ニ生セル債務者ノ遲滞ノ效果ハ消滅ス從テ其以後ニ在リテハ遅延利息ヲ支拂フコトヲ要セス又債權者ノ遲滞ノ效果モ亦消滅ス

(三) 相殺適狀後ニ債務者カ損害賠償債務ヲ負擔セル場合ニハ遡及力ニ因リテ其債務ヲ免ル違約金債務ニ關シテモ亦同シ

【註一】相殺ノ反對抗辯ヲ爲スコトヲ得ストナス者ハ Staudinger-Kuhlenbeck

zu § 389 Nr. 2, Planck Nr. 1, Schollmeyer Nr. 4, Örtmann Nr. 4, Dernburg S. 322



Ann. 10, Rehbein Bem. 29 zu § 382-396 或ハ之ニ反シ被告カ原告ノ請求額ニ對シ相殺ヲ以テ對抗スルモ請求ハ棄却セラレルコトナシトナス者アリ (Enneccerus 32 94 Ann. 15) 獨逸大審院ハ債權者カ債權額ノ一部ヲ請求スルニ依リテ數箇ノ獨立セル債權ニ分割セラルルモノトナシ訴求セル部分ト訴求セサル部分トニ對シ第三百九十六條(我民法第五百十二條)ノ適用ヲ受クルモノトナス (Entscheidungen des Reichsgerichts B. 66 S. 267 fg) 然レトモ殆之ニ賛スル學者ナシ

【註二】債權ノ一部ニ付キ相殺ヲ爲スコトヲ得ルヤ即、自働債權ノ一部ヲ以テ之ニ對當スル受働債權ノ額ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得ルヤ法典ハ相殺ヲ爲スコトヲ得ヘキ全額ヲ以テ相殺ヲ爲ス場合ノミニ著眼シテ規定ヲ設ケタルカ故ニ小額ノ債權ハ其全額ヲ以テ相殺ニ供スルコトヲ要スルモノト解スヘキカ如シ然レトモ全額ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ許ス以上ハ其一部ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得サル理由ナシ且法典ニ別段ノ制限ナキカ故ニ一部ノ相殺ヲ許スモノト解スルニ妨クル所ナシ (Weigelin

a.a.O. S. 141 反對 Kohler, Zeits. f. Civilprozess B. 20 S. 13. fg, Lippmann Jahrb. f. Dogm. B. 43 S. 490)

【註三】債務者カ相殺ヲ爲シ得ヘキコトヲ知ラスシテ辨濟ヲ爲シタル場合ニ後ニ至リ相殺ヲ爲シ非債辨濟ノ不當利得請求權ニ基キ既ニ給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルヤ此問題ヲ何レニ決スルヤハ債務者ニ取リテ利害關係尠シトセス蓋此場合ニ相殺ヲ許スモノトナストキハ相殺ハ遡及力ヲ有シ既往ニ遡リ利息ノ發生ヲ止ムルカ故ニ債務者ニ利益アリ之ニ反シ相殺ヲ許ササルモノトナストキハ債權者ニ利益アリ本問題ニ關シテハ議論岐レ或ハ不當利得請求權ヲ認ムルコトヲ得サルモノトナシ (Bernhöft, Festschrift. f. Bekker S. 268, Leonhard, Arch. f. B.R. B. 21 S. 189, Planck zu § 389 Nr. 3, Schollmeyer Nr. 2, Crome § 193 Ann. 2, Langheineken, Anspruch und Einrede S. 133, Siber, a.a.O.S. 133) 或ハ不當利得請求權ヲ認ムルコトヲ得ルモノトナス (Örtmann zu § 389 Nr. 1, Staudinger-Kuhlenbeck Nr. 1, Enneccerus § 294, 2, Hellwig, Anspruch und Klagerrecht S. 20, Kipp zu Windscheid § 319, 1, b,



Weissmann, Zeits. f. Civilprozess B.26S.19, Liebknrecht a.a.O.S.108 fg, Kohler, Zeits. f. deutschen Civilprozess B.20S.19) 獨リヴァイゲリン (Weigelin a.a.O.S.172 fg) ハ債務者カ相殺ヲ爲スコトヲ得ヘキコトヲ知ラスシテ辨濟ヲ爲セル場合ニハ第一百九條ニ依リテ相殺權ノ拋棄ヲ取消スコトヲ得ヘク從テ辨濟モ亦無效トナルカ故ニ給付ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノトナス

以上ノ諸說ノ中不當利得請求權ヲ生セストナス說ヲ以テ當ヲ得タルモノトナササルヘカラス蓋債務者ノ辨濟ニ依リ既ニ債務ハ消滅スルカ故ニ後ニ至リ相殺ヲ爲スコトヲ得ス從テ又不當利得請求權ニ基キ返還請求ヲ爲スノ餘地ナキカ故ナリ且我法典ニ在リテハ他ニ不當利得請求權ヲ認ムヘキ根據ナキカ故ニ債務者ノ不當利得請求權ヲ認ムルヲ得ス

【註四】 Weigelin a.a.O.S.164

【註五】 債權ノ額カ漸次ニ増加スル場合例ヘハ繼續的ニ收取セル果實ヲ返還スル債務ヲ負フ場合ノ如シニハ何レノ時期マテ遡及セシムヘキヤニ關シテハ議論岐ルト雖モ債權額カ相殺ヲ主張セル額ニ達セル時ニ至

ルマテ遡及スルモノト解スヘシ (Weigelin a.a.O.S.165)

### 第六款 相殺契約

相殺契約ノ性質

一 相殺契約ノ性質 相殺契約トハ契約ニ依リテ爲ス相殺ヲ云フ即當事者ノ契約ニ依リテ雙方ノ債權ヲ消滅セシムルヲ云フ當事者カ契約ニ依リテ相殺ヲ爲ス場合ニハ其要件及ヒ效力ハ當事者ノ定ムル所ニ依ル法律ノ定ムル所ニ依ルコトヲ要セス相殺契約ハ雙方ノ債權カ法律上ノ相殺ノ要件ヲ缺ク場合ニ特ニ其適用アリ即法律ノ規定ニ依リテ相殺ヲ爲スコトヲ得サル場合ニ當事者カ雙方ノ債權ヲ消滅セシメンカ爲メ相殺契約ヲ締結スルヲ常トス而シテ相殺契約カ有效ニ成立スルコトヲ得ルハ契約自由ノ原則ニ依リテ明カナリ

相殺契約ノ性質ニ關シテハ學說岐ル

(一) 或ハ相殺契約ヲ以テ辨濟トナス此說ニ從ヘハ相殺契約ハ辨濟ヲ簡略ニセルモノトナシ又ハ擬制的辨濟ナリトナス【註二】然レトモ相殺契約ニ在リ



テハ現實ノ給付ナキカ故ニ辨濟タル性質ヲ認ムルヲ得ス

(二) 或ハ相殺契約ヲ以テ代物辨濟ナリトナス此說ニ依レハ相殺契約ヲ締結スルニ依リテ當事者雙方ハ各其債權ヲ拋棄スルモノトナス即當事者ノ一方カ本來ノ給付ヲ爲スニ代ヘテ相手方ニ對スル債權ヲ拋棄シ之ニ對シ相手方ヲシテ債權ヲ拋棄セシムルカ故ニ代物辨濟ナリトナス〔註三〕然レトモ債權ノ拋棄ハ代物辨濟タルヘキ給付タルヲ得ス且何レノ債權カ代物辨濟ニ依リテ消滅セルモノトナスヘキヤヲ定ムルコトヲ得サルカ故ニ雙方ノ債權ハ互ニ代物辨濟ニ依リテ消滅スルモノトナスコトヲ要スル結果トナルヘク此見解ノ採ルヘカラサルハ明カナリ

(三) 或ハ相殺契約ニ因リ互ニ關係ナキ二箇ノ無因的免除契約成立スルモノトナス此說ハ次ニ述フル說ト異ナリ二箇ノ免除契約ノ間ニ雙務的關係ナキモノトナス從テ一方ノ免除契約カ無効ナルモ他方ノ免除契約ノ無効ヲ來サス不當利得請求權ニ基キテ其回復ヲ請求スルコトヲ得ルニ過キストナス〔註三〕然レトモ此說ハ免除ヲ以テ契約トナス見解ニ基クカ故ニ我法典ノ如ク

免除ヲ單獨行爲トナス立法ニ在リテハ直接ニ之ヲ適用スルコトヲ爲ス且縱令當事者カ契約ニ依リテ免除ヲ爲スコトヲ得ルモノトナスモ此說ノ如ク相殺ヲ以テ無關係ナル二箇ノ免除契約トナスハ當事者ノ意思ニ合セス蓋當事者カ相殺契約ヲ爲ス場合ニハ一方ノ債務ノ消滅ヲ他方ノ債務ノ消滅ニ係ラシムル意思ヲ有スルカ故ナリ

(四) 或ハ相殺契約ヲ以テ一箇ノ雙務的免除契約トナス此說ニ從ヘハ各當事者ハ一方ニ自己ノ債務ノ免除ヲ受クルヲ以テ他方ニ自己ノ債權ヲ免除スルノ意思ヲ有シ雙方ノ免除カ交換的ニ爲サルモノトナス故ニ二箇ノ免除ハ雙務的ニ關連ヲ有シ一方ノ免除カ無効ナルトキハ當然ニ他方ノ免除ノ無効ヲ來ス唯相殺契約カ通常ノ免除契約ト異ナル所ハ法律上ノ相殺ト同シク遡及力ヲ有スル點ニ在リトナス〔註四〕此說ハ通說トシテ認メラル所ナリ然レトモ此說ノ如ク雙務的免除ナルモノヲ認メ實質的對價ヲ得テ債務ヲ免除スルモノトナスハ免除ノ性質ニ反スルモノト云ハサルヘカラス且免除トナストキハ遡及力ヲ認ムルコトヲ得サルヘシ相殺契約ニ在リテモ法律上ノ相



殺ト同シク相殺ニ遡及力ヲ有セシムルコトヲ得ヘキカ故ニ免除ノ觀念ヲ以テ相殺契約ヲ説明スルハ適當ニアラス

(五) 或ハ相殺契約ヲ以テ獨立セル種類ノ契約トナス【註五】上述スルカ如ク免除ニ依リ相殺契約ノ性質ヲ明カニスルコトヲ得サルカ故ニ寧獨立セル種類ノ契約トシテ之ヲ認メ當事者ノ合意ニ依リテ雙方ノ債權ヲ消滅セシムル契約トナスヲ適當トス

【註一】 Behnmann-Hellweg, Rhein. Museum IS.268, Brinz, Compensation S. 183 fg, Bähr, Anerkennung S. 175

【註二】 Krug, Compensation S.87, Römer, Abhandlungen IS.94

【註三】 Siber, a.a.O.S.144, Leonhard, Arch. f.R.R.B.21S.178, Weigelin a.a.O. S.124 fg

【註四】 Windscheid §351, Dernburg, Compensation §71, Eisele a.a.O.S.229 fg, Ennecerus S.185, Schollmeyer Vorbem. zu §38 S.Nr. 1a, Planck Nr.1, Staudinger-Kuhlenbeck Nr. V.1 Stammler S.241

【註五】 Rehbain S.329 fg, Kipp zu Windscheid S.498, Endemann S.835, Örtmann S.286

相殺契約ノ要件

二 相殺契約ノ要件 相殺契約ハ債權カ法律上ノ相殺ノ要件ヲ具備セサル場合ニ相殺ノ目的ヲ達センカ爲メニ之ヲ締結スルヲ通常トス從テ當事者ハ相殺ノ要件ニ關シテハ公序良俗ニ反セサル以上ハ自由ニ之ヲ定ムルコトヲ得

(一) 相殺契約ノ要件ニ關シテハ當事者ハ自由ニ之ヲ定ムルコトヲ得ト雖モ少クトモ相殺セラルヘキ雙方ノ債權ハ有效ニ成立スルコトヲ要ス蓋相殺ハ相對立スル債權ヲ消滅セシムルヲ以テ其本質トスルカ故ニ相對立スル債權ナキニ於テハ相殺ヲ爲スコトヲ得サルカ故ナリ【註六】從テ條件附債權若クハ將來生スヘキ債權ヲ以テ現在ニ相殺ニ供スルコトヲ得ス

(二) 雙方ノ債權カ成立スル以上ハ其給付ハ同種ナルコトヲ要セス或ハ相殺ナル名稱ハ同種ノ給付ヲ物體トスルニ箇ノ債權ヲ相殺スル場合ノミニ限リテ用ユヘキモノトナス說アリ【註七】然レトモ此ノ如ク狹ク解スヘキ理由ナシ故ニ雙方ノ債權ノ物體タル給付カ其種類ヲ異ニスル場合ニ在リテモ尙契約ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得ルモノト解スヘシ



(三) 雙方ノ債權ハ相互的ナルコトヲ要セス即債務者ハ第三者ニ對シテ有  
スル債權ヲ以テ債權ト相殺ヲ爲スヘキコトヲ約スルコトヲ得ヘク又第三者  
ハ自ラ債權者ニ對シテ有スル債權ヲ以テ債務者ノ爲メニ債權者ト相殺ヲ約  
スルコトヲ得ヘシ【註八】

(四) 雙方ノ債權又ハ一方ノ債權ノ履行期到來セサルモ尙契約ヲ以テ相殺  
スルコトヲ得自働債權ニ抗辯カ附著セル場合ニ於テモ契約ヲ以テ相殺ヲ爲  
スコトヲ得蓋相殺契約ニ依ル場合ニハ當事者ハ期限ノ利益抗辯ヲ拋棄スル  
モノト解スルコトヲ得ルカ故ナリ雙方又ハ一方ノ債權カ條件附ナル場合ニ  
ハ上述セルカ如ク債權ハ未タ發生セサルカ故ニ相殺ヲ爲スコトヲ得ス條件  
附債權ノ相殺ヲ約スル場合ニハ雙方ノ希望權ヲ拋棄シ又ハ一方ノ債權ニ對  
シ他方ノ希望權ヲ拋棄スルコトヲ約スルモノト解スヘシ【註九】

(五) 相殺ノ意思表示ニハ期限又ハ條件ヲ附スルコトヲ得スト雖モ相殺契  
約ニハ期限又ハ條件ヲ附スルコトヲ得

(六) 以上述フルカ如ク相殺契約ニ依リ法律上ノ相殺ノ要件ヲ輕減スルコ

トヲ得ルノミナラス更ニ其要件ヲ重クスルコトヲ得例ヘハ雙方ノ債權カ法  
律上ノ要件ヲ具備スルモ或一定ノ額ニ達スルニアラサレハ相殺ヲ爲スコト  
ヲ得サルコトヲ約スルカ如シ

【註六】 Dernburg, Compensation S. 544 fg, Eisele a.a.O.S. 237 fg, Windscheid S. 460, Cro-  
ne N. 289 或ハ受働債權カ成立セサル場合ニ其不成立ヲ知ラスシテ相殺  
契約ヲ約シタル場合ニハ有效ニ成立シ單ニ不當利得請求權ニ基キテ其  
回復ヲ求ムルコトヲ得ルニ過キストナス者アリ(Leonhard a.a.O. S. 172 fg)

【註七】 Eisele a.a.O.S. 391  
【註八】 Dernburg, Compensation S. 593, Rehbain S. 330 之ニ反シ一派ノ學者ハ相  
殺契約ニ在リテモ雙方ノ債權ハ相互的ナルコトヲ要ストナス Römer a.a.  
O.S. 245 fg

【註九】 Eisele a.a.O.S. 121 fg 或ハ債權カ條件附ナル場合ニモ相殺契約ヲ爲ス  
コトヲ得トナス説ヲ唱フル者アリ Eisele a.a.O.S. 121 fg, Kohler, Arch. f. civilist.  
Prax. B. 20S. 14)



三 相殺契約ノ效力 相殺契約ニ因リテ雙方ノ債權ハ消滅ス法律上ノ相殺ト其效力ニ於テ異ナル所ナシ而シテ雙方ノ債權カ相殺契約締結以前ニ法律上ノ相殺ヲ爲スコトヲ得ヘキ状態ニ在ル場合ニハ相殺契約ノ效力ハ既往ニ遡リテ相殺適狀ノ時ヨリ其效力ヲ生スルモノト解スヘシ然レトモ相殺契約締結以前ニ於テ雙方ノ債權カ相殺適狀ニ在ラサル場合ニハ相殺契約ハ遡及力ヲ生セス此場合ニハ當事者カ或時期ニ遡ラシムルコトヲ約スルニ因リテ始メテ遡及力ヲ生ス

四 相殺ノ豫約 相殺契約ト相殺ノ豫約トハ之ヲ區別スルコトヲ要ス然レトモ相殺ノ豫約ナル文字ハ種種ノ意義ニ解セラル之ヲ單ニ字義ヨリスレハ相殺ノ豫約ハ相殺契約ノ豫約即相殺契約ヲ締結スヘキ債務ヲ生スル契約ヲ云フモノト解スルヲ正當トス然レトモ此ノ如キ契約ヲ締結スルハ稀ナリ寧相殺ノ豫約ハ豫定相殺契約 (pactum de compensatio) ノ意義ニ解セラルルヲ通常トス豫定相殺契約トハ當事者間ニ將來生スヘキ雙方ノ債權カ對立スル場合ニ特ニ相殺ノ意思表示ヲ必要トセス當然ニ消滅スヘキコトヲ約スルヲ

云フ此場合ニハ豫メ契約ヲ爲シ以テ相殺ノ意思表示ヲ省カントスルモノナリ法律ハ一方の意思表示ヲ以テ唯一ノ相殺ノ方法トナスモノニアラサルカ故ニ豫定相殺契約カ有效ナルハ疑ヲ容レス豫定相殺契約ハ特ニ決算 (Skont-ration) 及ヒ交互計算 (Kontokorrent) ニ其適用多シ【註10】

相殺契約ハ又相殺權發生契約ト異ナル後者ニ在リテハ債權ハ契約ニ依リテ當然ニ消滅セス契約ニ基キテ當事者ノ一方又ハ雙方ニ相殺權ヲ生シ其相殺權ノ行使ニ依リテ債權ハ消滅ス是レ特ニ當事者間ニ將來一定ノ法律關係ニ基キテ生スヘキ債權ニ關シ相殺ヲ爲サントスル場合ニ其適用ヲ見ル

【註10】 Endermann S.837, Staudinger-Kuhlenbeck S.417

## 第六節 更改

### 第一款 沿革

羅馬法ニ於テハ既ニガイウスノ Institutiones ニ於テ債權消滅ノ一原因トシテ更改 (novatio) ヲ認メタリ而シテ更改ハ stipulatio (要式口約) ノ方法ニ依リテ行



ハレ凡テノ債務ニ關シ適用アルモノトナシ債權者ノ交替ニ因ル更改、債務者ノ交替ニ因ル更改及ヒ同一當事者間ニ於ケル更改ヲ認メタリ、儒帝モ亦ガイウスニ從ヒ三種ノ更改ヲ認ム〔註一〕羅馬法ニ於テハ更改ハ實際上種種重要ナル作用ヲ爲セリ、羅馬法ニ於テハ *acceptilatio* ニ依リ債務ヲ消滅セシムルコトヲ得ルカ爲メニハ其債務カ *stipulatio* ニ依リテ生セルコトヲ要ス、從テ他ノ原因ヨリ生セル債務ニ付キ *acceptilatio* ノ適用ヲ受ケシムルコトヲ得ルカ爲メニ更改ノ方法ヲ用ヒタリ、蓋更改ハ *stipulatio* 依リテ行ハルルカ故ニ更改ニ依リテ債務ハ *stipulatio* ノ原因トスル債務ニ變更スルコトヲ得タルカ故ナリ、又更改ニ依リテ公平債務 (*bonae fidei obligatio*) ヲ嚴格法上ノ債務 (*stricti juris obligatio*) ニ變更スルコトヲ得タルカ故ニ之カ爲メニ更改ハ用ヒラレタリ、更ニ羅馬法ニ於テハ債權ト其主體トハ固ク結合スルモノトナシ、債權ノ讓渡及ヒ債務ノ引受ヲ認メサリシカ故ニ債權者若クハ債務者ヲ變更スルニハ更改ニ依ルノ外ナカリキ、固ヨリ更改ニ在リテハ主體ノ交替ト其ニ從來ノ債權ハ消滅シ新ナル債權ヲ生スルカ故ニ債權ノ讓渡、債務ノ引受ト其效果ヲ異ニス、ト雖モ債權ノ

主體ヲ變更スルニハ更改ニ依ルノ外他ニ其方法ヲ缺ケリ

近世ノ立法ハ羅馬法ニ倣ヒ更改ヲ認ム、即、獨普通法、普國國法第一部第十六章第四百五十條乃至第四百七十五條、埃民法第三百七十五條以下、佛民法第一千二百七十一條乃至第一千二百八十一條、伊民法(第一千二百六十七條乃至第一千二百七十八條)其他佛法系ノ立法ハ更改ニ關スル規定ヲ設ク、唯更改ヲ認ムル範圍多少異ナル之ニ反シ、獨民法ニ於テハ更改ニ關スル規定ヲ設ケス、是レ一ニ近世ニ於テハ更改ノ實用ナキニ至レルカ爲メナリ〔註二〕又瑞西債務法ニ於テハ僅ニ債務ノ更新ニ關スル二箇條ノ規定ヲ設クルニ過キス

我民法ハ從來ノ立法ニ從ヒテ更改ニ關スル規定ヲ設ク、今日ニ於テハ更改ヲ認ムル實益尠ナク、又羅馬法ニ於テ更改ヲ認メタル理由ハ今日ニ於テハ之ヲ採用スルコトヲ得ス、特ニ債權者若クハ債務者ノ交替ニ因ル更改ハ債權ノ讓渡及ヒ債務ノ引受ヲ認ムルニ依リテ之ヲ補フコトヲ得ルカ故ニ、殆其實用ナシ、實際取引上ニ於テハ債權者若クハ債務者ノ變更ヲ生スル場合ニ當事者ハ擔保其他從タル權利ノ存續ノ爲メニ從來ノ債權、債務カ存續スルコトヲ欲

更改ヲ認  
ムル實益



スルヲ通常トスヘク從テ更改ヨリモ寧、債權ノ讓渡、債務ノ引受ヲ選フヘシ更ニ從來ノ見解ニ從ヘハ更改ハ有因債務ヲ無因債務ニ變スルノ方法トシテ用ヒラレタリト雖モ後ニ論スルカ如ク有因債務ヲ無因債務ニ變スル契約ヲ以テ代物辨濟トナストキハ更改ノ行ハルル範圍ハ極メテ狭小ナリト云ハサルヘカラス然レトモ尙當事者ハ主體ノ變更ト共ニ從來ノ債權關係ヲ消滅セシムルコトヲ欲スル場合アリ特ニ債權若クハ債務ノ性質カ債權ノ讓渡若クハ債務ノ引受ヲ許ササル場合ニハ更改ニ依リテ主體ヲ變更スル外ナシ又更改ニ依リテ債權ノ物體ヲ變更スルコトヲ得ルモノトナスヘキ必要アリ故ニ全然更改ヲ認ムル必要ナシト云フコトヲ得ス【註三】

【註一】羅馬法ニ於ケル更改ノ沿革ニ關シテハ特ニ Salpius, Novation und Delegation § 23 fg 參照

ガイウス時代ニ於ケル更改ト儒帝ノ法典ニ認メラレタル更改トカ全然同一ナリヤ否ヤニ關シテハ議論アリ特ニガイウス時代ニ於テハ更改ノ意思 (animus novandi) ヲ必要トセシヤ否ヤ又儒帝時代ニ於ケル更改ノ方

法トシテ用ヒラレタル stipulatio カ無因契約ナリヤ否ヤニ關シテハ議論岐々此等ノ問題ニ關シテハ Salpius a.a.O.S.278 fg, Merkel, römisch-rechtlicher Begriff der novatio S.41 fg 參照

【註二】獨民法ニ於テ更改ニ關スル規定ヲ缺クハ更改ヲ認メサルノ主旨ニアラス更改ヲ認ムル實用尠キカ爲メノミ故ニ獨民法ノ下ニ在リテモ契約自由ノ原則ニ從ヒ當事者ノ契約ニ依リテ有效ニ更改ヲ約スルコトヲ得ルモノトス (Motive S.78, Dernburg §119, Planck S.216, Staudinger-Kuhlenbeck S.359, Urtmann S.251, Enneccerus §298)

【註三】羅馬法ニ於テハ本案開始ノ確定 (iuriscontestatio) ヲ強制的更改 (novatio necessaria) ト稱シ契約上ノ更改ト並立セシメタリ (Windscheid §356) 今日ニ於テハ iuriscontestatio ヲ認メサルカ故ニ所謂強制的更改ヲ認ムル餘地ナシ

## 第二款 更改ノ性質



更改トハ債權ノ要素ヲ變更シ新ナル債權ヲ發生セシムルニ因リテ其債權ヲ消滅セシムル契約ヲ云フ(第五百十三條第一項)債權ハ之ニ代ルヘキ新ナル債權ノ發生ニ因リテ消滅ス故ニ更改ニ因リテ既存ノ債權ノ消滅ト新ナル債權ノ發生トカ同時ニ行ハル債權消滅ノ效果ヨリ觀察シテ更改ヲ以テ債權消滅ノ原因トス

(一) 更改ハ一箇ノ契約ナリ 更改ハ既存ノ債權ノ消滅ト新ナル債權ノ發生ト二箇ノ效果ヲ生スト雖モ一箇ノ契約ナリトス債權ノ消滅ト債權ノ發生トカ別異ノ行爲ニ依リテ行ハレ單ニ同時ニ存在スルニ過キサレモノニアラス一箇ノ契約ニ因リテ債權ノ消滅ト債權ノ發生トノ效果ヲ生ス(註一)

(二) 更改ハ新ナル債權ノ發生ニ因リテ既存ノ債權ヲ消滅セシムル契約ナリ 新ナル債權ノ發生ト既存ノ債權ノ消滅トハ相互的ニ因果關係ヲ有ス即既存ノ債權ノ消滅ニ因リテ新ナル債權ハ發生シ又之ト反對ニ新ナル債權ノ發生ニ因リテ既存ノ債權ハ消滅ス從テ若シ新債權カ發生セサルトキハ既存ノ債權ハ消滅スルコトナシ(第五百十七條)(註二)

(三) 新ナル債權ノ發生ニ因リテ既存ノ債權カ消滅スルハ當事者ノ意思ニ基ク 新債權ノ發生ニ因リテ既存ノ債權カ消滅スルハ新債權ノ發生ニ因ルト雖モ新債權ノ發生ハ直ニ既存ノ債權ヲ消滅セシムルニアラス既存ノ債權カ消滅スルハ當事者カ新ナル債權ノ發生ニ因リ既存ノ債權ヲ消滅セシムル意思即更改ノ意思(animus novandi)ヲ有スルカ爲メナリ換言スレハ當事者カ新債權ノ發生ニ既存ノ債權ヲ消滅セシムル力ヲ付與スルカ爲メナリ故ニ更改ニ因リテ債權カ消滅スルハ當事者ノ意思ニ基クモノト云ハサルヘカラス唯更改ニ在リテハ免除ノ如ク當事者ノ意思ノミニ因リテ債權ヲ消滅セシムルコトヲ得ス當事者ノ意思ニ加フルニ新ナル債權ヲ發生セシムルニ因リテ既存ノ債權ヲ消滅セシムルコトヲ得(註三)

以上更改ノ性質ヲ説明セリ(註四)然レトモ更改ノ性質ヲ明カニスルカ爲メニハ更改ト代物辨濟トノ區別ヲ明カニスルコトヲ要スルカ故ニ以下兩者ノ區別ニ付キ論セントス

更改ト代物辨濟トノ區別ハ更改カ債權者若クハ債務者ノ交替ニ因リテ行



ハルル場合ニハ明カニシテ論スルヲ要セス兩者ノ區別ノ困難ナルハ更改カ  
 同一當事者間ニ行ハルル場合ニ在リ特ニ當事者カ既存ノ債務ノ履行ニ代ヘ  
 テ無因債務ヲ發生セシムル場合例ヘハ手形ヲ發行スルカ如シニ於テ兩者ノ  
 區別ノ標準ヲ定ムルコト難シ蓋通常學者ハ既存ノ債務ノ履行ニ代ヘテ手形  
 ヲ發行スル場合ニハ或ハ更改タルコトヲ得ヘク或ハ代物辨濟タルコトヲ得  
 ヘキモノトナスカ故ニ更改ト代物辨濟トハ殆區別スル所ナキニ至ルカ故ナ  
 リ【註五】而シテ更改ト代物辨濟トノ區別ノ標準ニ關シテハ從來議論岐ルル所  
 ニシテ一派ノ學說ハ兩者ハ同一ノ性質ヲ有スルモノトナシ【註六】他ノ學說ハ  
 兩者ハ全然異ナルモノトナス【註七】更改ト代物辨濟トカ同一ノ性質ヲ有スト  
 ナスノ說ニ從ヘハ更改カ債權ヲ消滅セシムルハ債權者カ更改ニ因リテ代物  
 辨濟ニ於ケルト同シク満足ヲ受クルカ爲メナリトナス然レトモ更改ニ因リ  
 テ債權者ハ債權ヲ取得スルニ過キサレカ故ニ實質的満足ヲ得タルモノト云  
 フコトヲ得ス更改ニ因リテ新ニ債權關係ヲ生スルカ故ニ尙信用關係ハ存續  
 シ從來ノ債權關係カ繼續セルト異ナル所ナシ代物辨濟ニ在リテハ現實ノ給

付アルカ故ニ債權者ハ満足ヲ受クルモノト云フコトヲ得ヘシト雖モ更改ニ  
 在リテハ債權者ハ満足ヲ受クルモノト云フコトヲ得ス從テ更改ト代物辨濟  
 トカ同一ノ性質ヲ有スルモノトナスコトヲ得ス然レトモ更改ト代物辨濟ト  
 ハ兩者共ニ債權消滅ニ關スル合意ヲ要スル點ニ於テ同一ニシテ更改ニ因リ  
 テ債權カ消滅スルハ當事者ノ合意ニ基クト同シク代物辨濟ニ因リテ債權カ  
 消滅スルハ當事者ノ合意ニ基ク此點ヲ明カニスルニハ辨濟ト代物辨濟ノ區  
 別ヲ明カニスルコトヲ要ス從來ノ學說ニ從ヘハ代物辨濟ト辨濟トヲ同一視  
 シ代物辨濟カ債權消滅ノ原因タル理由ヲ辨濟ト同シク債權者ニ現實ノ満足  
 ヲ與フル點ニ歸スト雖モ正當ニアラス代物辨濟ニ在リテハ債務者ハ現實ノ  
 給付ヲ爲スカ故ニ債權者ハ固ヨリ現實ニ満足ヲ受ク然レトモ其給付ハ本來  
 ノ給付ニアラサルカ故ニ辨濟ト同一ニ論スルヲ得ス辨濟ニ因リテ債權カ消  
 滅スルハ債權者カ本來ノ給付ニ依リ現實ノ満足ヲ得ルカ爲メナリ故ニ辨濟  
 ノ場合ニハ給付ノミニ因リテ債權ハ消滅ス然レトモ代物辨濟ノ場合ニハ債  
 務者ノ給付ハ本來ノ給付ニアラサルカ故ニ給付以外ニ當事者間ニ債權ヲ消



滅セシムヘキ合意アルコトヲ要ス【註八】此ノ如ク代物辨濟ノ場合ニハ債權ヲ消滅セシムルカ爲メ當事者ノ合意ヲ要スルカ故ニ更改ノ場合ニ債權消滅ニ關スル當事者ノ合意ヲ要スルト同一ナリト云ハサルヘカラス從テ此點ニ於テハ兩者ハ同一ノ性質ヲ有スト云フヘク唯其合意以外ニ代物辨濟ニ在リテハ現實ノ給付アルコトヲ要シ更改ニ在リテハ新ナル債權ノ發生ヲ要スル點ニ於テ異ナル

【註一】 Windscheid § 353 Anm. 1 或ハ儒帝時代ニ於ケル更改ハ全然獨立セル二箇ノ契約即、要式口約ノ形式ヲ有スル債權發生契約ト方式ナキ債權免除契約トヨリ成立ストナス說アリ (Salpius a.a.O.S. 273) 然レトモ若シ更改カ此ノ如キ獨立セル二箇ノ契約ヨリ成立スルモノトセハ特ニ更改ナル觀念ヲ認ムル必要ナカルヘシ

【註二】 更改ハ新ナル債權ノ發生ニ因リテ既存ノ債權ヲ消滅セシムル契約ナルカ故ニ既存ノ債權ノ消滅ト新債權ノ發生トノ關係ニ關シ羅馬法ノ解釋トシテ二箇ノ學說ヲ生セリ即、一ヲ變形說 (Translationstheorie) ト稱シ

更改ニ關  
スル羅馬  
法上ノ見  
解

他ヲ代位說 (Substitutionstheorie) ト稱ス變形說ニ從ヘハ舊債權ハ新債權ニ變形スルニ因リテ消滅ス舊債權ト新債權トハ同一ノ債權ニシテ實質ニ於テ異ナル所ナク唯形式ヲ變更セルニ過キストナス此說ハ古クヨリ唱ヘラレタル所ニシテ羅馬法源ニ translatio, transfusio 等ノ文字アルカ爲メニ此說ヲ生セリ而シテ新舊債權ハ如何ナル點ニ於テ同一ヲ保持スルヤニ關シテハ此說ヲ唱フル學者中見解種種ニ岐ル或ハ新債權ハ舊債權ノ材料 (Stoff, Rechtsstoff) ヨリ造ラレタルモノトナシ (Liebe, Stipulation und das einfache Versprechen S. 156 fg) 或ハ新債權ハ舊債權ノ財產的材料 (Vermögensstoff) ヨリ造ラレタルモノトナシ (Kuntze, Obligation usw. S. 142 fg) 或ハ舊債權ノ原因若クハ内容カ新債權ニ移轉セラレタルモノトナシ (Kuntze, Obligationen usw., S. 138 fg. Merkel a.a.O.S. 71 fg) 或ハ舊債權ノ物體タル給付其モノカ新債權ノ物體タルモノトナシ (Römer, bedingte Novation, Salkowski, Novation S. 37 fg) 其他變形說ヲ採ル者ハ Brinz B. II § 282 Anm. 8, Keller I § 277, Baron § 266, Gide, Etude sur la Novation 等トス要スルニ此等ノ諸說ハ舊債權ト同一ノ材料原



因若クハ物體ヲ有スル新債權ノ發生ニ因リテ舊債權ハ消滅スルモノトナス即舊債權ノ材料原因物體等カ新債權ニ移轉セルカ爲メ舊債權ハ消滅スルモノトナス之ニ反シ代位說ニ從ヘハ新債權ト舊債權トハ單ニ其形式ノミナラス實質ニ於テ全然異ナル新債權ハ舊債權ノ材料ヲ用ヒテ造ラレタルモノニアラス又舊債權ト同一ノ原因若クハ物體ヲ有スルモノニアラス新債權ハ全ク材料原因物體等ニ於テ舊債權ト關係スル所ナシ故ニ新債權ノ發生ニ因リテ舊債權カ消滅スルハ新債權カ舊債權ニ代ルカ爲メニシテ全ク當事者ノ意思ニ基クモノトナス(此說ヲ唱フル者ハ特ニArndts § 368, Puchta § 291, Windscheid § 353 Anm. 3, Sintenis § 105, Vangerow § 619 等)今日ニ於ケル更改ノ觀念ヨリスレハ代位說ヲ以テ正當トナササルヲ得ス變造說ノ所謂變造ハ單ニ債權ノ形式上ノ變更ヲ意味ストナスカ故ニ債權ノ消滅ノ觀念ト相容レス從テ此說ニ從フトキハ更改ニ因リテ債權カ消滅スルハ認ムルコトヲ得サルヘシ又此說ニアリテ舊債權ト新債權トカ同一ナリトノ意義ニ關スル諸種ノ見解ハ之ヲ採ルコト

ヲ得ス所謂ル材料ナル文字ハ其意義精確ナラス若シ之ヲ給付ノ意義ニ解スルトキハ後ニ述フルカ如ク正當ニアラス又所謂ル材料ヲ經濟上ノ意義ニ解シ財產的材料トナスモ當ヲ得ス蓋或ハ更改ニ因リ債權者ハ舊債權ノ價格ニ代ヘテ新債權ノ價格ヲ取得スト云フ意義ニ解スルコトヲ得ヘント雖モ舊債權ノ價格カ新債權ニ移轉スト云フハ了解スルコトヲ得サルカ故ナリ舊債權ノ原因カ其儘ニ新債權ニ移轉スルモノトナス說モ亦非ナリ更改ニ於ケル原因ニ關シテハ學說種種ニ岐ルト雖モ吾人ノ解スル所ヲ以テスレハ更改契約ハ有因契約ニシテ更改契約其モノカ原因ヲ含ム從テ舊債權ノ原因カ新債權ニ移轉スルモノトナスコトヲ得ス更ニ債權ノ物體カ新舊債權ニ於テ同一トナスハ正當ニアラス蓋當事者ハ更改ニ依リテ舊債權ヲ消滅セシメ之ニ代フルニ新債權ヲ發生セシムル意思ヲ有スルノミ舊債權ノ物體タル給付其モノカ新債權ニ移サルルヤ否ヤハ問フ所ナキカ故ナリ且我法典ハ給付ノ變更ニ因リテ更改ヲ生スル場合アルコトヲ認ムルカ故ニ此說ノ云フカ如ク更改ノ場合ニ給付



更改契約  
ハ有因行  
ハナリヤ  
爲ナリヤ  
又ハ無因  
行爲ナリ

ノ同一カ保タルモノトナスコトヲ得ス

【註三】 Windscheid § 353 Anm. 2

【註四】更改契約カ有因契約ナリヤ又ハ無因契約ナリヤハ獨普通法上最  
争アル所ナリ蓋羅馬法ニ於テハ更改ハ stipulatio ニ依リシカ故ニ無因契  
約タリシハ明カナリ然レトモ獨普通法ニ於テハ stipulatio ヲ認メサルニ至  
リシカ故ニ更改カ有效ニ成立スルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シ議論ヲ生セ  
リ(一)或ハ不要式契約ハ stipulatio ト異ナリ有因契約ナルカ故ニ stipulatio ヲ  
認メサル獨普通法ニ在リテハ更改ハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノトナス  
(Gneist, Die formellen Verträge usw. 299, Förster-Eccius, Preuss. Privatr. B. I § 97, Adir-  
ckes, Bedingungen S. 140 fg) (二)或ハ前説ト同シク不要式契約ニ依リテ更改ヲ  
成立セシムルコトヲ得スト雖モ無因的・要式契約ヲ以テ更改ヲ成立セシ  
ムルコトヲ妨ケス例ヘハ手形契約ニ依リテ更改ヲ成立セシムルコトヲ  
得ヘシトナス (Keller, Pandekten S. 537, Baron, Gesamtrechtsverhältnisse S. 384) (三)或  
ハ之ニ反シ不要式契約ト雖モ要式契約ト同一ノ作用ヲ爲スコトヲ得即

方式ヲ缺クモ尙無因契約タルコトヲ得從テ stipulatio ヲ認メサルモ不要  
式契約ニ依リ更改ヲ爲スコトヲ得ルモノトナス (Bähr, Anerkennung § 12)  
(四)或ハ更改契約ハ必シモ無因タルコトヲ要セス舊債權ノ消滅スルコト  
ヲ原因トシテ契約ニ含マシメ有因契約タラシムルコトヲ得故ニ有因契  
約ニ依リテ更改ヲ爲スコトヲ妨ケス從テ stipulatio ヲ認メサルモ更改ヲ  
爲スコトヲ得ルモノトナス (Karlowa, Rechtsgeschäft S. 206 fg, Windscheid § 354  
Anm. 1) (五)或ハ更ニ一步ヲ進メ羅馬法ニ於テモ儒帝時代ニ在リテハ更改  
ヲ成立セシムル stipulatio ハ有因契約ナリトス故ニ今日ニ於テモ不要式  
契約ヲ以テ更改ヲ成立セシムルコトヲ得ルモノトナス (Salpius a. a. O. S. 77)  
此ノ如ク獨普通法ニ於ケル見解カ種種ニ岐レタルハ stipulatio ト今日ノ  
更改トノ區別ヲ明カニセサルカ爲メナリト云ハサルヘカラス吾人ノ解  
スル所ヲ以テスレハ stipulatio ニ依レル羅馬法上ノ更改ト今日ノ更改契  
約トハ之ヲ同一ニ論スルコトヲ得ス今日ノ更改契約ハ債權ヲ消滅セシ  
ムルニ因リテ新ニ債權ヲ發生セシムル契約ナルカ故ニ有因契約タル性



質ヲ有スルハ疑ヲ容レズ蓋更改契約ニ因リ債務者カ新ナル債務ヲ負擔スルハ舊債務ヲ消滅セシムルカ爲メナルヲ以テ舊債務ノ消滅ヲ以テ新債務ヲ負擔スル原因ト爲ササルヘカラス即原因ハ主觀的ニ云ヘハ舊債務ヲ消滅セシムルコトナリトス而シテ更改ノ意思(Novationsabsicht)若クハ舊債務ノ消滅(Aufhebung der bestehenden Obligation)ヲ以テ更改契約ノ原因トナスハ從來一般ニ認メラルル所ナリ(Kuntze, Obligation usw. S. 253 fg, Römer a.a.O. §.27, Hruza, Novation S.83 fg, Windscheid § 354 Anm. 2)此ノ如ク更改契約ハ有因契約ナルカ故ニ縱令要式契約ニアラサレハ無因タルヲ得ストナス說ニ從フモ尙今日ニ於テ更改カ成立シ得ヘキコトヲ認メサルヘカラス而シテ又一派ノ學說ノ主張スルカ如ク更改契約ハ無因タルコトヲ得ルト共ニ又有因タルコトヲ得トナスノ非ナルハ明カナリ或ハ手形ノ振出ニ依リテ更改ヲ爲ス場合ヲ以テ無因トナスト雖モ既存ノ債務ノ履行ニ代ヘテ手形ヲ振出ス場合ハ後ニ述フルカ如ク更改タル性質ヲ有セス代物辨濟ナリトス

【註五】拙著民法研究第一卷四八五頁參照

【註六】 Liebe a.a.O.S. 156fg, Gneist a.a.O.S. 148fg, Savigny, Oblig. B.I.S.167, Fitting Korrealblig. §9, Windscheid Kritisch. Vierteljahrs. III S.169, Witte, ebenda VIII S. 333fg, 或ハ一步ヲ進メ更改ヲ以テ辨濟トナス者アリ(Girkanner, Stipulation S.231)

【註七】 Kuntze, Obligation usw. S.190, Baron, Gesamtrechtsverhältnisse S.324fg, Salpius, a.a.O.S.148fg, Salkowski a.a.O. S.272fg, Schauberg, Zeits. f.H. R. B. 10 S. 200fg, Bruns, in Holzendorfs Encyclopädie §66 Nr. 3, Karlowa, Rechtsgeschäfte S.234, Brinz IIS.373, Hruza, Novation S.144fg

【註八】一四六〇頁以下

### 第三款 更改ノ要件

更改ノ要件

更改ノ成立ニハ左ノ要件ヲ具フルコトヲ要ス

(一) 更改ニ因リテ消滅スヘキ債權(即更改セラルヘキ債權)カ有效ニ成立スルコトヲ要ス 存在セサル債權ハ更改スルコトヲ得ス我法典ハ自然債務



ヲ認メサルカ故ニ自然債務ノ更改ナルモノナシ債権カ取消シ得ヘキモノナル場合ニ於テモ更改ヲ爲スコトヲ得而シテ異議ヲ留メスシテ取消スコトヲ得ヘキ債権ヲ更改シタル場合ニハ追認ヲ爲シタルモノト看做サル(第百二十五條第三號)

更改セラルヘキ債権ハ箇箇ノ債権タルコトヲ要ス全債権關係即債権ト債務トハ一箇ノ更改契約ニ依リテ同時ニ之ヲ更改スルコトヲ得ス例ヘハ賣買ヨリ生スル各債権ハ之ヲ更改スルコトヲ得ルモ賣買其モノハ之ヲ更改スルコトヲ得ス【註二】更改ハ債権ノ物體如何ヲ問ハス之ヲ爲スコトヲ得即債権ノ物體カ物ノ給付タルト權利ノ移轉タルト又ハ行爲タルトニ關スル所ナク更改ヲ爲スコトヲ得又特定債権タルト種類債権タルト關スル所ナシ又代替物ノ給付ヲ物體トスル債権ノミナラス不代替物ノ給付ヲ物體トスル債権ニ關シテモ亦更改ヲ爲スコトヲ得又更改セラルル債権ノ發生原因ハ之ヲ問フ所ナシ契約ヨリ生セルト單獨行爲ヨリ生セルト又ハ直接ニ法律ノ規定ニ基キテ生セルト(例ヘハ不法行爲上ノ債権)ヲ問ハス更改ヲ爲スコトヲ得債権カ期

限附ナル場合ニ更改ヲ爲スコトヲ得ルハ云フヲ俟タス之ニ反シ條件附債権ニ在リテハ未タ債権ハ發生セサルカ故ニ更改ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ後ニ論スルカ如ク我法典ハ條件附債務ヲ無條件債務トナス場合ニハ更改ヲ生スルモノト看做ス(第五百十三條第二項)

更改セラルヘキ債権カ有效ニ成立セサリシ場合ニハ更改ハ無効ナリ蓋更改セラルヘキ債権ノ存在ハ更改ノ成立ニ缺クヘカラサル要件ナルカ故ナリ【註三】當事者カ錯誤ニ因リ債権ノ不存在ヲ知ラスシテ更改ヲ約スルモ其更改ハ無効ナリ之ニ反シ若シ當事者カ債権ノ不存在ヲ知リテ更改ヲ爲シタル場合ニハ通常當事者ハ贈與ヲ爲スノ意思ヲ有スルモノト解スヘシ【註三】

(二) 更改ノ意思アルコトヲ要ス 即當事者カ更改ヲ約スル場合ニハ更改ノ意思(animus novandi)ヲ有スルコトヲ要ス更改ノ意思トハ新ナル債権ノ發生ニ因リテ既存ノ債権ヲ消滅セシムル意思ヲ云フ而シテ此意思ハ單ニ債権者ノミカ有スルヲ以テ足レリトセス凡テノ更改ノ當事者カ之ヲ有スルコトヲ要ス換言スレハ當事者間ニ新ナル債権ノ發生ニ因リテ既存ノ債権ヲ消滅

更改ノ意思



セシムヘキ合意アルコトヲ要ス更改ノ成立ニ更改ノ意思ヲ必要トスルヤ否ヤニ關シテハ古羅馬法上議論アル所ナリ【註四】我法典ニ於テモ更改ノ意思ヲ要スルコトヲ直接ニ規定スル所ナク第五百十三條第一項ニ依レハ當事者ノ契約ニ依リ債務ノ要素ヲ變更シタルトキハ即更改ハ成立シ特ニ更改ノ意思ヲ必要トセサルモノト解スヘキカ如シ然レトモ更改ノ意思ハ更改契約ノ内容ヲ爲スモノニシテ更改ノ意思ナキトキハ更改契約ハ成立スルコトヲ得ス新債權カ發生シ之ニ因リテ舊債權カ消滅スルハ更改ノ意思ニ基ク故ニ若シ更改ノ意思ナキトキハ債務ノ要素ノ變更アルモ更改ヲ生スルモノニアラス蓋債權關係ノ主體ノ變更ヲ生スルモ債權關係ハ其同一ヲ失ハス債權ノ讓渡又ハ債務ノ引受カ成立シ更改ヲ生セサル場合アリ故ニ更改ヲ生スルヤ又ハ債權關係ノ同一ヲ保チ單ニ主體ノ變更ヲ生スルニ過キサルヤハ一ニ當事者ノ意思ニ依リテ之ヲ決スルコトヲ要ス從テ更改ノ成立ニハ更改ノ意思カ存スルコトヲ要スルモノトナササルヘカラス又更改ノ意思ナクシテ從來ノ債權者又ハ債務者ノ外ニ新ニ債權者又ハ債務者ヲ加フル場合ニハ連帶債權又

ハ連帶債務ヲ生スヘク更改ヲ生スルコトナシ更ニ債權ノ物體ニ關シテモ亦同一ニシテ當事者カ更改ノ意思ナクシテ債務者ニ新ナル給付ヲ負擔セシムル場合ニハ辨濟ノ爲メニスル給付(Leistung, Erfüllungshalber)ヲ約スル場合アルヘク必シモ更改ヲ生スルモノニアラス【註五】加之第五百十三條第二項後段ニ於テハ債務ノ履行ニ代ヘテナル文字ヲ用ユ是レ畢竟履行ニ因リテ消滅セシムルニ代ヘテ爲替手形ヲ發行シ以テ債務ヲ消滅セシムルコトヲ云フモノニシテ更改ノ意思ヲ要スルコトヲ明カニシタルモノト云ハサルヘカラス以上述フル所ニ由リテ觀レハ我法典ニ於テモ更改ノ成立ニ更改ノ意思ヲ要スルモノトナササルヘカラス

(三) 新ナル債權カ發生スルコトヲ要ス 更改契約ハ既存ノ債權ノ消滅ニ因リテ新ナル債權ヲ發生セシムルヲ目的トス故ニ若シ新ナル債權ヲ生セサルトキハ更改モ亦成立スルコトナシ

更改ニ因リテ生セル新ナル債權ハ既存ノ債權ト債務ノ要素ニ關シ異ナルモノナルコトヲ要ス是レ第五百十三條ニ於テ債務ノ要素ヲ變更スル場合ニ

債務ノ要



於テノミ更改ヲ生ストナスニ依リテ明カナリ從テ若シ債務ノ要素ニ關シ變更ナキ以上ハ縱令當事者カ既存ノ債權ヲ消滅セシメ之ニ代ヘテ新ナル債權ヲ發生セシムルコトヲ約スルモ更改ハ成立スルコトナシ然ラハ債務ノ要素トハ何ヲ云フヤニ關シテハ必シモ明カナラスト雖モ債務ノ要素ハ債權ノ成立ニ必要ナル要件ヲ云フモノト解セサルヘカラス而シテ債權ノ成立要件ハ債權ノ觀念ニ依リテ定ムヘキモノナルカ故ニ債權關係ノ主體タル債權者、債務者及ヒ債權ノ物體タル給付ヲ以テ債權ノ要素ト爲ササルヘカラス而シテ第五百十四條乃至第五百十六條ノ規定ニ依レハ債權者、又ハ債務者ノ變更ニ因リテ更改ヲ生スルモノトナスハ明カナリ又第五百十八條ニ於テハ舊債務ノ目的ノ限度ニ於テ其債務ノ擔保ニ供シタル質權又ハ抵當權ヲ新債務ニ移スコトヲ得ト云フニ依リテ見レハ債權ノ物體ノ變更ニ因リテ更改ヲ成立セシムルコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス而シテ單ニ條件ヲ變更シ又ハ原因ヲ變更スルニ過キサル場合ニハ債務ノ要素ノ變更ニアラス從テ更改ヲ生スルコトヲ得サルモ法律ハ之ニ準シ要素ヲ變更スルモノト看做セリ(第五百

十三條第二項(註六)以上ノ所謂ル債務ノ要素ニ屬セサルモノニ變更ヲ生スルモ更改ヲ生セス故ニ期限、履行ノ場所ヲ變更スルモ更改ヲ生セス又擔保ヲ變更スルモ亦同シ例ヘハ無擔保ノ債權ニ擔保ヲ供シ又ハ既ニ供セラレタル擔保ヲ消滅セシムルモ更改ヲ生スルコトナシ

以上述フルカ如ク更改ノ成立ニハ新ナル債權ノ成立ヲ要スルヲ以テ新ナル債權カ成立セサルトキハ更改ハ成立セス舊債權ハ依然トシテ存續スルモノトス故ニ法律ハ更改ニ因リテ生シタル債務カ不法ノ原因ノ爲メ又ハ當事者ノ知ラサル事由ニ因リテ成立セス又ハ取消サレタルトキハ舊債務ハ消滅セサルモノトス(第五百十七條)之ヲ説明スレハ

(イ) 新債權カ不法ノ原因ノ爲メ成立セサル場合 是レ新債權ノ内容カ不法ナルカ爲メ成立セサル場合ヲ云フ此場合ニハ新債權ハ成立セサルカ故ニ更改ハ成立セス從テ舊債權モ亦消滅スルコトナシ而シテ新債權カ不法ノ原因ノ爲メ成立セサル場合ニハ當事者カ其不法ノ原因カ存スルコトヲ知ルト否トニ關セス舊債權ハ消滅セス從テ次ニ述フル場合ト異ナリ當事者カ不



法ノ原因存スルコトヲ知ルモ尙舊債權ハ消滅セサルモノトス蓋新債權カ不法ノ原因ノ爲メ成立セサル場合ニハ更改契約全部カ不法ニシテ當事者カ舊債權ヲ消滅セシムル意思ニ效力ヲ認ムルコトヲ得サルカ故ナリ

(ロ) 新債權カ當事者ノ知ラサル事由ニ因リテ成立セサル場合 是レ新債權カ不法以外ノ原因ニ基キテ成立セサル場合ニ關ス例ヘハ新債權ノ物體タル給付カ不能ナルカ爲メ成立セサル場合ノ如シ而シテ此場合ニハ新債權カ成立セサルカ爲メ更改契約ハ無効ナリト雖モ舊債權ニ及ホス效力ニ關シテハ法典ハ區別ヲ設ケ當事者カ新債權ノ不成立ノ原因ヲ知ラサリシ場合ニハ舊債權ハ消滅セスト雖モ新債權ノ不成立ノ原因ヲ知リシ場合ニハ舊債權ハ消滅スルモノトス例ヘハ當事者カ新債權ノ物體タル給付カ不能ナルコトヲ知ラスシテ更改契約セル場合ニハ舊債權ハ消滅セサルモ不能ナルコトヲ知リテ更改契約セル場合ニハ舊債權ハ消滅スルモノトス此ノ如キ區別ヲ設ケタルハ畢竟當事者カ新債權不成立ノ原因ヲ知ルニ拘ラス尙更改契約スル場合ニハ債權者ハ絕對ニ舊債權ヲ拋棄スルノ意思ヲ有スルモノトナスカ爲

メナリ故ニ此場合ニ舊債權カ消滅スルハ更改カ有效ナルカ爲メニアラス更改ハ無効ナリト雖モ當事者カ意識的ニ無効ノ更改ヲ約スルニ因リ舊債權ヲ消滅セシムル意思ヲ有スルモノト看做スカ爲メニ外ナラス然レトモ舊債權カ消滅スルハ當事者カ新債權ハ不成立ノ爲メ更改カ成立セサルコトヲ知ル場合ノミニ限ル從テ他ノ原因ノ爲メニ更改カ成立セサル場合ニハ當事者カ其不成立ヲ知ルモ舊債權ハ消滅スルコトナシ例ヘハ假裝行爲(第九十四條)ニ因リテ更改ヲ爲ス場合ニハ更改ノ不成立ハ意思表示ノ瑕疵ニ基クカ故ニ當事者カ其不成立ヲ知ルモ舊債權ハ消滅スルコトナシ

(ハ) 新債權カ當事者ノ知ラサル事由ニ因リテ取消サレタル場合 是レ新債權ニ付キ存スル原因ニ基キ更改契約カ取消サレル場合ヲ云フ第五百十七條ハ更改ニ因リテ生シタル債務カ取消サレタルトキハ「ナル文字ヲ用ユト雖モ債務其モノハ取消權ノ物體タルコトヲ得サルカ故ニ債務ノ原因タル更改契約其モノカ取消サル場合ヲ云フモノトナササルヘカラス唯特ニ更改ニ因リテ生シタル債務カ取消サレタルトキ」ト云フカ故ニ取消ノ原因カ新債



務ニ付キ存スル場合ヲ云フモノト解セサルヘカラス例ヘハ債權者カ無能力者タル第三者ト債務者ノ交替ニ因ル更改ヲ約シ無能力者ヲシテ新債務ヲ負擔セシムル場合ノ如シ而シテ更改カ取消サレタルトキハ更改ハ當初ヨリ無効ト爲ルカ故ニ新債權ハ當初ヨリ發生セサリシト共ニ舊債權モ亦消滅セサリシ結果ヲ生ス然レトモ法典ハ又區別ヲ設ケ當事者カ取消ノ原因ヲ知ラサリシ場合ニハ舊債權ハ消滅セスト雖モ取消ノ原因ヲ知リシ場合ニハ舊債權ハ消滅スルモノトナス是レ前述セル(イ)ノ場合ト同シク當事者カ更改カ取消サルヘキコトヲ知ルニ拘ラス尙更改ヲ爲ス場合ニハ絶對ニ舊債權ヲ拋棄スルノ意思ヲ有シ更改カ縱令取消サルモ舊債權ヲ復活セシメサル意思ヲ有スルモノトナスカ爲メナリ而シテ此場合モ亦新債權其モノニ付キ取消ノ原因存スル場合ニ限り第五百十七條ノ適用アルモノト解スヘキモノナルカ故ニ他ノ原因ニ基キテ更改カ取消サレタル場合ニハ當事者カ其取消ノ原因ヲ知ルト否トニ關セス舊債權ハ消滅セス

尙第五百十七條ノ規定ニ依レハ新債權カ不法ノ原因ノ爲メニ取消サレタ

ル場合ニ於テモ舊債權ハ消滅セストナスト雖モ如何ナル場合ヲ云フモノナリヤ明カナラス或ハ詐欺強迫ニ因リテ更改カ約セラレタル場合ヲ指スモノト解スルコトヲ得ヘキカ如シト雖モ詐欺強迫ヲ不法ノ原因ト稱スルハ當ヲ得サルノミナラス詐欺強迫ニ因リテ更改カ約セラレタル場合ニハ取消ノ原因ハ更改契約其モノニ付キ存ス新債權其モノニ付キ取消ノ原因カ存スルモノトナスコトヲ得ス從テ詐欺強迫ニ因リテ約セラレタル更改カ取消サレタル場合ニハ第五百十七條ヲ適用スルヲ得サルモノト云ハサルヘカラス然レトモ詐欺強迫ニ因リテ約セラレタル更改カ取消サレタル場合ニハ當事者カ取消ノ原因ヲ知ルト否トニ關セス舊債權ハ消滅セサルカ故ニ實際ニ於テハ第五百十七條ノ適用アリタルト同一ノ結果ヲ生スヘシ【註七】

【註一】全債權關係例ヘハ賣買、雇傭、請負等カ其同一ヲ失フコトナクシテ變更セラレタル場合ニハ債權關係ノ變更ヲ生ス(一一五)一頁以下(然レトモ若シ變更セラレタル債權關係カ當事者ノ意思ニ因リテ全ク新ナル債權關係ナル場合又ハ經濟上別種ノ債權關係ナル場合ニハ從來ノ債權關係



Handwritten notes in the top right corner of the right page.

ハ消滅シ新ナル債權關係ヲ生スルモノトス然レトモ更改ニアラス(Enneccerus S.212)

【註二】更改セラルヘキ債權ノ存在ヲ要ストナス説ハ Sintenis, Civilrecht II S.444 Anm. 12, Kuntze, Obligation usw. S.257, Arndts, Krit. Ubersch. IV S.224, Salpius a.a.O.S.274 fg, Salzkowski a.a.O.S.332 fg等之ヲ唱フ或ハ之ニ反シ更改セラルヘキ債權カ存在セサルモ尙更改カ有效ニ成立スルコトヲ得ルモノトナス説アリ是レ獨普通法ニ於ケル一派ノ學者ノ唱フル所ナリ(Liebe a.a.O.S. 282 fg, Unterholzner, Schuldverhältnisse I S.624, Bähr, Anerkennung S.45 fg, Römer a.a.O.S.26 fg)此説ニ從ヘハ更改ハ無因契約ニ因リテ成立スルカ故ニ新債權ハ其原因ト關係スル所ナク成立ス即舊債權カ存在セサルモ新債權ハ有效ニ成立スルモノトナス然レトモ既ニ述フルカ如ク今日ノ觀念ニ於ケル更改ハ有因契約ニシテ新債權ハ舊債權ノ消滅ヲ條件トシテ成立スルモノトス故ニ更改セラルヘキ債權カ存在スルニアラサレハ更改ハ成立スルコトヲ得ス

【註三】 Salzkowski a.a.O.S.391, Hruza, a.a.O.S.190

【註四】羅馬古法ニ於テ更改ノ成立ニ更改ノ意思ヲ必要トスルヤ否ヤニ關シテハ議論岐ル通説ハ更改ノ意思ヲ必要トス(Brinz II §282 Anm. 24, Windscheid §354 Anm. 12, Witte, Krit.Vierteljahrs. VIII S.322fg, Hruza, a.a.O.S.8)之ニ反シザルピウス(Salpius a.a.O.S.131fg)ハ更改ノ意思ナキモ更改ハ成立スルモノトナス(Gide, Novation, Karlowa rom. Rechtsgesch. II S.740fg之ニ從フ) 奧民法ニ關シテモ一派ノ學者ハ更改ノ意思ヲ必要トセサルコトヲ主張ス即更改ハ當事者カ單ニ債權ノ原因又ハ物體ノ變更ヲ約スルニ因リテ成立シ既存ノ債權ハ消滅ス特ニ當事者ノ更改ノ意思アルコトヲ要セストナス(Hruza, a.a.O.S.22fg)然レトモ Hruzaノ見解ハ奧國學者ノ一般ニ認めサル所ナリ(Hasenöhr, II §96 Anm. 54 參照)

【註五】辨濟ノ爲メニスル給付ニ關シテハ一四七〇頁參照

【註六】既存ノ債務カ如何ナル變更ヲ受クル場合ニ更改ハ成立スルヤニ關シテハ從來ノ立法必シモ一致セス羅馬法ニ於テハ債權者債務者ノ變



更給付ノ内容ノ變更、附款ノ變更(例ハハ條件、期限等ヲ變更スルカ如シ)等ニ因リテ更改カ成立スルノミナラス何等ノ變更ナク單ニ新ナル債權ヲ發生セシムルニ因リテ更改カ成立スルモノトナス是レ羅馬法ニ於テハ更改ハ stipulatio ニ因リテ成立スルモノトナスカ故ニ單ニ既存ノ債權ヲ stipulatio ヨリ生セル債權ニ變更スルノミニ因リテ新ナル無因ノ債權ト爲スコトヲ得タルカ故ナリ (Windscheid §353, Baudry-Lacantinerie et Barde t.14 n. 1711)之ニ反シ近世ノ立法ニ於テハ債權ノ或要素ニ變更ヲ生スルニアラサレハ更改ハ成立セサルモノトナス即、埃民法第千三百七十六條ハ原因及ヒ物體ノ變更アル場合ニ於テ更改ヲ生スルモノトナス更ニ佛民法第千二百七十一條ニ於テハ債權者、債務者ノ交替、債權ノ物體ノ變更アルトキハ更改ヲ生スルモノトナシ又通説ハ原因ノ變更又ハ條件ノ變更アル場合ニ更改ヲ生スルモノトナシ其他ノ變更ヲ生スルモ更改ハ生セサルモノトナス

【註七】羅馬法ニ於テ新ナル債權カ訴權ナキ場合若クハ取消スコトヲ得

ヘキ場合ニ債權者カ其瑕疵アルコトヲ知ラサリシトキハ更改ニ因リテ債務ヲ免レタル舊債務者ニ對シ更改ニ因リテ消滅セシ債權ノ復活ヲ請求スルコトヲ得ルモノトナス (Windscheid §354) 普國國法第一部第十四章第四百二條、第四百三條ハ債務者ノ交替ニ因ル更改ニ在リテ債權者カ新債務者ノ無能力ヲ知ラサル場合ニハ舊債務者ハ債務ヲ免レサルニ反シ無能力ヲ知ル場合ニハ舊債務者ハ債務ヲ免ルモノトナス又佛民法ニ於テハ規定ヲ缺クト雖モ通説ハ當事者カ更改ノ無効又ハ取消シ得ヘキモノナルコトヲ知リテ更改ヲ約シタル場合ニハ新債權カ無効ト爲リ又ハ取消サルモ舊債務ハ消滅スルモノトナシ特ニ債務者ノ交替ニ因ル更改ノ場合ニ債權者カ新債務者ノ無能力ナルコトヲ知ル場合ニ其適用アリトナス (Laurent t.18 n.253, Demolombe t.18 n.251, Baudry-Lacantinerie et Barde t. 14 n. 1696)

#### 第四款 更改ノ種類







債權者ノ交替ニ因ル更改ハ新舊債權者ト債務者トノ三面契約ニ因リテ成立ス故ニ債權讓渡ト異ナリ單ニ新舊債權者ノ契約在ルノミヲ以テ足レリトセス債務者ノ同意アルコトヲ要ス蓋債權ノ讓渡ニ在リテハ債務者ハ同一債務ヲ負擔スルカ故ニ特ニ債務者ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス之ニ反シ更改ニ在リテハ債務者ハ新舊債權者ニ對シテ新ナル債務ヲ負擔スルニ至ルカ故ニ新舊債權者ノ合意ノミヲ以テ足レリトセス之カ爲メニハ債務者ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス又債務者ト新債權者トノ合意ノ外ニ尙舊債權者ノ同意ヲ要スルハ更改ニ因リテ舊債權者ハ債權ヲ失フノ結果ヲ生スルカ故ナリ

此ノ如ク債權者ノ交替ニ因ル更改ノ成立ニハ三面契約ヲ要スト雖モ單ニ當事者間ノ合意アルヲ以テ足り方式ヲ必要トセス然レトモ更改ノ成立ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルカ爲メニハ確定日附アル證書ヲ以テスルコトヲ要ス(第五百十五條)是レ第三者ヲ保護スルカ爲メナリ蓋同一債權ニ付キ二重ニ更改ヲ爲スカ如キコトナシトセス此場合ニ後ニ爲サレタル更改ノ日附ヲ繰上ケ第一ノ更改以前ニ爲シタルモノノ如ク裝ヒ以テ第一ノ更改ニ因

リテ債權者ト爲リタル者ヲ害スルコトアルヘシ又債權カ讓渡セラレタル後ニ於テモ從來ノ債權者カ其債權ニ付キ更改ヲ爲シ日附ヲ繰上ケテ先ニ債權ヲ讓受ケタル者ニ對シ損害ヲ加フルコトナシトセス此ノ如キ詐欺手段ニ因リ第三者ヲ害スルコトヲ豫防センカ爲メ更改ハ確定日附アル證書ヲ以テスルニアラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ

### 第三項 債務者ノ交替ニ因ル更改

債務者ノ交替ニ因ル更改トハ債務者ノ變更ニ因リテ既存ノ債權カ消滅シ之ニ代リテ新ナル債權ヲ生スルヲ云フ即從來ノ債務者カ債務ヲ負擔セルニ代リテ第三者カ新ナル債務ヲ負擔ス

第三者カ既存ノ債權關係ニ介入スル場合ハ種種アリ或ハ第三者ハ從來ノ債務者ト共ニ債務ヲ負擔スル場合アリ此場合ニハ既存ノ債務ハ消滅セス新ナル債務ト共ニ併存シ連帶債務若クハ保證債務成立ス或ハ從來ノ債務者ハ債權關係ヨリ離脱シ新ニ介入セル第三者ノミカ債務ヲ負擔スル場合アリ而

債務者ノ  
交替ニ因  
ル更改



シテ此場合ニ在リテモ或ハ從來ノ債權關係ハ其儘ニ存續シ債務者ノミノ變更ヲ生スル場合アリ債務ノ引受即是ナリ或ハ債務者ノ變更ト共ニ既存ノ債權ハ消滅シ新ナル債權ヲ生スル場合アリ更改即是ナリ從テ債務者ノ何人ナルヤニ重キヲ措カサル債權ニ在リテハ債務者ノ變更ニ因リテ或ハ債務ノ引受ヲ生スル場合アルヘク或ハ更改ヲ生スル場合アルヘシ而シテ其何レナリヤハ一ニ當事者ノ意思ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス即當事者カ債務者ヲ變更スルモ既存ノ債權關係ヲ存續セシムル意思ヲ有スルトキハ債務ノ引受成立シ之ニ反シ債務者ノ變更ニ因リテ既存ノ債權ヲ消滅セシメ新ニ債權ヲ生セシムル意思ナルトキハ更改成立スルモノト解スヘシ唯債務者其人ニ重キヲ措ク場合ニハ債權ノ同一ヲ保チ而モ債務者ノミヲ變更スルコトヲ得ス從テ此場合ニ債務者ヲ變更セントセハ更改ニ依ルノ外ナシ

債務者ノ交替ニ因ル更改ハ債權者及ヒ新舊債務者ノ三面契約ヲ必要トセス單ニ債權者ト新債務者トノ契約ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得第五百十四條債務者ノ交替ニ因リ債權者ハ既存ノ債權ヲ失フカ故ニ更改ノ成立ニ債權者ノ

2/44  
2/45  
2/46  
2/47  
2/48  
2/49  
2/50  
2/51  
2/52  
2/53  
2/54  
2/55  
2/56  
2/57  
2/58  
2/59  
2/60  
2/61  
2/62  
2/63  
2/64  
2/65  
2/66  
2/67  
2/68  
2/69  
2/70  
2/71  
2/72  
2/73  
2/74  
2/75  
2/76  
2/77  
2/78  
2/79  
2/80  
2/81  
2/82  
2/83  
2/84  
2/85  
2/86  
2/87  
2/88  
2/89  
2/90  
2/91  
2/92  
2/93  
2/94  
2/95  
2/96  
2/97  
2/98  
2/99  
2/100

同意ヲ得ルコトヲ要スルハ云フヲ俟タス然レトモ舊債務者ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス是レ第三者カ債務者ノ同意ナクシテ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルト同一ノ理由ニ基ク然レトモ我法典ハ利害關係ヲ有セサル第三者カ債務者ノ意思ニ反シテ辨濟ヲ爲スコトヲ得サルト同シク舊債務者ノ意思ニ反シテ更改ヲ爲スコトヲ得サルモノトス唯更改ニ在リテハ第三者ニ關シ制限ヲ設ケサルカ故ニ利害關係ヲ有スル第三者ト雖モ舊債務者ノ意思ニ反シテ更改ヲ爲スコトヲ得ス(同條但書是レ畢竟債務者ノ意思ヲ重ニスルカ爲メニシテ他人間ノ行爲ニ依リテ債務ヲ免ルルコトヲ欲セサル場合アルヘキヲ以テナリ舊債務者ノ反對ノ意思表示ハ何人ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノナリヤ規定ヲ缺クト雖モ債權者又ハ新ニ債務ヲ負擔セントスル第三者ノ中何レニ對シテモ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト解スヘシ且反對ノ意思表示ハ更改契約前ナルト其後ナルト問フ所ナシ更改アリタル後ニ反對ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニハ遡及シテ更改ノ無效ヲ來スモノトス【註一】【註二】

【註一】羅馬法ニ於テハ債務者ノ交替ニ因ル更改ハ舊債務者ノ意思ニ反



シテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(Damburg, Pandekten § 59 Anm. 11) 我法典  
 カ舊債務者ノ意思ニ反シテ更改ヲ爲スコトヲ得サルモノトナセルハ債  
 務者ノ意思ニ反スル第三者ノ辨濟ヲ認メサルト同一理由ニ基ク然レト  
 モ辨濟ト異ナリ利害關係ヲ有スル第三者カ債務者ノ意思ニ反シテ更改  
 ヲ爲スコトヲ得サルモノトナセルハ理由ナキモノト云ハサルヘカラス  
 【註二】債權者又ハ債務者ノ交替ニ因ル更改ト指圖(Delegatio, Anweisung, Über-  
 weisung)トノ關係ニ關シテハ從來議論ノ岐ルル所ナリ古獨逸普通法ニ於テ  
 ハ債務者ノ交替ニ因ル更改カ舊債務者ノ指圖ニ基キテ爲サル場合ニ  
 ハ指圖タル性質ヲ有スルモノトセリ然ルニミュレンブルッフ(Mühlendbruch,  
 Cession 1817)カ債權者ノ交替ニ因ル更改モ亦指圖タル性質ヲ有スルモノ  
 ナルコトヲ唱ヘタル以來指圖ヲ以テ更改ノ一種ナリトナスノ説ハ通説  
 トシテ認メラルルニ至レリ即之ニ從ヘハ債權者ノ交替ニ因ル更改及ヒ  
 舊債務者ノ指圖ニ基ク債務者ノ交替ニ因ル更改ノ場合ハ指圖タル性質  
 ヲ有シ舊債務者ノ指圖ニ基カス債權者新債務者間ノミノ契約ヲ以テ更

改カ爲サル場合ニハ之ヲ債務免脱(expromissio)ト稱セリ債權者ノ交替  
 ニ因ル更改ノ場合ニハ舊債權者ハ債務者ニ對シ從來ノ債務ヲ負擔スル  
 ニ代ヘテ第三者ニ對シ新ニ債務ヲ負擔スヘキコトヲ指圖シ債務者ハ其  
 指圖ニ基キテ第三者トノ契約ニ依リ債務ヲ負擔スルモノトス此場合ニ  
 舊債權者ヲ指圖人(Delegant)債務者ヲ被指圖人(Delegat)新債權者ヲ指圖受  
 領者(Delegatar)ト稱ス又債務者ノ交替ニ因ル更改ノ場合ニハ舊債務者カ  
 新債務者ヲ指圖シ債權者ニ對シ從來ノ債務ヲ負擔スルニ代ヘテ新ナル  
 債務ヲ負擔セシム此場合ニハ舊債務者ハ指圖人新債務者ハ被指圖人ニ  
 シテ債權者ハ指圖受領者タルモノトス

此ノ如ク指圖ヲ以テ更改ノ一種トナスノ説ハ廣ク行ハレタリシモザ  
 ルピウス(Salpius, Novation und Delegation)ハ此通説ニ反シ更改ト指圖トハ全  
 ク別種ノ觀念ニシテ指圖ハ其性質上更改ト關係スル所ナク更改ト獨立  
 セル一種ノ制度トシテ認ムヘキモノナルコトヲ論セリ即更改ニ在リテ  
 ハ必更改セラルヘキ債權關係アルコトヲ前提トスト雖モ指圖ハ必シモ



債權關係アルコトヲ前提トスルモノニアラス且更改ハ契約ナリト雖モ指圖ハ單ニ指圖人ノ一方行爲ナリトス故ニ固ヨリ更改カ指圖ニ基キ爲サルル場合アリト雖モ指圖其モノハ更改ニアラストナセリ爾來此說ハ漸次獨普通法ノ學者間ニモ認めラルルニ至レリ(Windscheid, § 353 Anm. 9) 獨民法ハ指圖ヲ以テ獨立ノ制度トシテ之ヲ認め第七百八十三條以下ニ於テ指圖ニ關シ特別ノ規定ヲ設ク(指圖ニ關シテハ特ニ Wendt, Das allgemeine Anweisungsrecht 參照)

指圖ハ廣ク之ヲ解スレハ一人カ他人ニ對シ第三者ニ財產的出捐ヲ爲スヘキコトヲ指圖スルヲ云フ其財產的出捐ハ種種アリ指圖人ハ他人ヲ指圖シ(一)或ハ自己ニ代リテ辨濟ヲ爲サシムルコトヲ得ヘク(二)或ハ自己ヲシテ債務ノ負擔ヨリ免脱セシムルコトヲ得ヘク(三)或ハ自己ノ債務ヲ引受ケシムルコトヲ得ヘシ第一ノ辨濟ヲ目的トスル指圖ト第二ノ免責ヲ目的トスル指圖トハ同一ノ目的ヲ有スルモノナルカ故ニ之ヲ支拂指圖(Assignation, Zahlungsanweisung)ト稱シ第三ノ債務ノ引受ヲ目的トスル指

指圖ノ性質

圖ハ之ヲ信用指圖(Creditanweisung)ト稱ス而シテ指圖ニ因リ指圖人、被指圖人間ニ法律關係ヲ生スルト共ニ又指圖人、指圖受領者間ニ法律關係ヲ生ス指圖人、被指圖人間ノ法律關係ハ補償關係(Deckungsverhältnis)ト稱スルモノニシテ被指圖人カ指圖ヲ承諾スル原因ヲ云フ其原因ハ種種アリ或ハ從來被指圖人カ指圖人ニ對シ債務ヲ負擔シタルカ故ニ之ヲ消滅セシメシカ爲メニ指圖ヲ承諾スルコトアリ或ハ被指圖人ニ信用ヲ與フルカ爲メ(即、債權ヲ取得スルカ爲メ)指圖ヲ承諾スルコトアリ或ハ被指圖人ハ贈與ノ意思ヲ以テ指圖ヲ承諾スルコトアリ指圖人、指圖受領者間ノ法律關係ハ之ヲ對價關係(Valutaverhältnis)ト稱ス對價關係ハ即、指圖人カ指圖受領者ニ向テ指圖ヲ爲ス原因ヲ云フ而シテ其原因モ亦補償關係ト同シク指圖人カ指圖受領者ニ對シ或ハ辨濟ヲ爲スカ爲メ或ハ信用ヲ與フルカ爲メ或ハ贈與ヲ爲スカ爲メ等種種アリ

上述スルカ如ク指圖ハ必シモ債權關係ノ存在ヲ前提トスルコトヲ要セス指圖カ債權關係ノ存在ヲ前提トスル場合ニ債權ノ指圖(Delegatio no-



minus)ト債務ノ指圖 (delegatio debiti)トニ分ツコトヲ得(一)債權ノ指圖ノ場合  
 ニハ新ニ債權者ヲ挿入スルニ依リテ之ヲ爲ス即之ニ依リテ債權者ノ交  
 替ニ因ル更改ヲ生ス即債務者ハ舊債權者ノ指圖ニ基キ從來舊債權者ニ  
 對シ債務ヲ負擔シタルニ代ヘテ第三者即新債權者ニ對シ新ニ債務ヲ負  
 擔スルコトヲ約ス而シテ此場合ニ或ハ指圖人(舊債權者)カ指圖受領者(新  
 債權者)ニ對シテ負擔セル債務ヲ免レンカ爲メニ自己ノ債務者ヲ指圖シ  
 自己ニ代リテ債務ヲ負擔セシムル場合アリ例ヘハ甲カ其債務者タル乙  
 ヲ自己ノ債權者タル丙ニ指圖シ債務ヲ負擔セシムルカ如シ此場合ニハ  
 二箇ノ債務即甲乙間ノ債務及ヒ丙甲間ノ債務ハ消滅シ之ニ代ルニ丙乙  
 間ニ於ケル債務ヲ生ス之ヲ二重更改 (duplex novatio)ト稱ス二重更改カ有  
 效ナリヤ否ヤハ從來議論アル所ナリ若シ變造說ニ從ヒ舊債務ノ材料カ  
 新債務ニ移轉スルモノトナストキハ之ヲ認ムルコトヲ得サルヘシト雖  
 モ代位說ニ從ヒ材料カ移轉スルモノニアラストナストキハ二重更改カ  
 有效ニ成立スルコトヲ認ムルヲ得ヘシ(二)債務ノ指圖ノ場合ニハ新ニ債

務者ヲ挿入スルニ依リテ之ヲ爲ス即之ニ依リテ債務者ノ交替ニ因ル更  
 改ヲ生ス債務者ノ交替ニ因ル更改ハ舊債務者ノ指圖ヲ俟タス單ニ債權  
 者ト新債務者トノ契約ノミヲ以テ之ヲ爲ス場合アリ然レトモ多クノ場  
 合ニハ舊債務者ノ指圖ニ依リテ之ヲ爲ス即舊債務者カ第三者ニ對シ自  
 己ニ代リテ債務ヲ負擔スヘキコトヲ指圖シ第三者ハ其指圖ニ基キ債權  
 者トノ契約ニ因リテ新ニ債務ヲ負擔スルモノトス而シテ債務ノ指圖ハ  
 或ハ被指圖人タル第三者カ指圖人タル舊債務者ニ對シ債務ヲ負擔スル  
 場合ニ之ヲ爲スコトアリ此場合ニハ被指圖人ハ更改ヲ爲スニ因リテ自  
 己ノ債務ヲ免レ同時ニ指圖人ヲシテ指圖受領者ニ對シテ負擔スル債務  
 ヲ免レシムルカ故ニ一箇ノ債務ヲ發生セシムルニ因リテ二箇ノ債務ヲ  
 消滅セシムル故ニ前述セル場合ト同シク二重更改ヲ生ス

指圖ハ又之ヲ有因指圖 (tituliere Delegation)ト無因指圖 (reine Delegation)ト  
 ニ區別スル學者アリ之ニ從ヘハ有因指圖トハ被指圖人カ指圖人ニ對シ  
 テ負擔セシ債務其モノヲ指圖受領者ニ負擔スヘキコトヲ約スルヲ云フ



從テ此場合ニハ被指圖人ハ新債權者タル指圖受領者ニ對シ原債權關係ニ基キテ生セル凡テノ抗辯ヲ以テ對抗スルコトヲ得ルモノトナス之ニ反シ無因指圖トハ被指圖人カ指圖人ニ對シテ負擔セル債務其モノヲ指圖受領者ニ負擔スルニアラス單純ナル金額ノ支拂ヲ約スルヲ云フ從テ被指圖人ハ指圖受領者ニ對シ原債權關係ニ基キテ生セル抗辯ヲ以テ對抗スルコトヲ得サルモノトナス(Salpius, a.a.O.S.103 fg, Salkowski a.a.O.S.95 fg, Windscheid § 355, Unger, Jahrb. f. Dogm. B.26 S.400 fg, Caeser, reine und titulierte Delegationen)然レトモ或ハ之ニ反シ羅馬法ニ於テハ單ニ有因指圖ノミヲ認メタルモノトナス者アリ(Danz, Jahrb. f. Dogm. B.19S.69 fg, Dernburg, Pandekten § 59 Ann.9)

第四項 債權ノ物體ノ變更ニ因ル更改

債權ノ物體ノ變更ニ因ル更改トハ債權ノ物體タル給付ヲ變更スルニ因リ

テ既存ノ債權カ消滅シ之ニ代リテ新ナル債權ヲ發生スルヲ云フ故ニ此場合ニハ主體ノ變更ナク單ニ物體タル給付ノ變更ノミニ因リテ更改ヲ生ス  
 債權ノ物體タル給付ヲ變更スルニ因リ或ハ單ニ債權ノ變更ヲ生シ既存ノ債權ハ其同一ヲ保ツコトヲ得ヘク或ハ既存ノ債權ハ消滅シ新ナル債權ヲ生セシムルコトヲ得ヘシ更改ハ即後ノ場合ニ屬ス〔註〕債權ノ物體ノ變更ニ因リテ更改ヲ生スルハ羅馬法ニ於テ認メラレタル所ニシテ獨普通法、奧民法、佛民法等ノ認ムル所ナリ我法典ニ於テハ物體ノ變更ニ因リテ更改ヲ生スヘキコトヲ直接ニ定ムル規定ナシト雖モ第五百十八條ニ於テ舊債務ノ目的ノ限度ニ於テ其債務ノ擔保ニ供シタル質權又ハ抵當權ヲ新債務ニ移スコトヲ得ル旨ヲ規定スルニ由リテ觀レハ物體ノ變更ニ因ル更改ノ成立ヲ認メサルヘカラス蓋舊債務ノ目的ノ限度ニ於テ〕ト云フニ由リテ觀レハ舊債務ト新債務トカ其目的ノ範圍ヲ同フセサルコトアルヲ認メタルモノト解スヘク從テ債權ノ物體ノ變更ニ因ル更改ヲ認メタルモノト爲ササルヘカラス此ノ如ク債權ノ物體ノ變更ハ或ハ單ニ債權ノ變更ヲ生スルニ過キササルコトヲ得ヘク或



ハ更改ヲ生シ債權ノ消滅ヲ來スコトヲ得ルカ故ニ如何ナル場合ニ債權ノ變更ヲ來スニ過キサルヤ又ハ更改ヲ生スルヤヲ定ムルコトヲ要ス而シテ此問題ヲ決スルニハ第一ニ當事者ノ意思ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス即、當事者カ更改ノ意思ヲ有スルヤ又ハ單ニ債權ヲ變更スルノ意思ヲ有スルニ過キサルヤニ依リテ更改ナリヤ否ヤヲ定ムヘシ更ニ一般ノ社會見解ニ依リ給付ノ變更ノ爲メニ債權ノ同一ヲ失フモノト認ムヘキ場合ニハ更改ヲ生スルモノトナササルヘカラス即、給付ノ本質ニ變更ヲ生シ他ノ種類ノ給付ニ變更スル場合ニハ更改ヲ生スルモノト解スヘシ而シテ何カ給付ノ本質ニ屬スルヤハ契約ノ目的、當事者ノ意思等ニ依リテ定ムルコトヲ要スルカ故ニ場合ニ依リ異ナルヘシト雖モ一般的ニ云ヘハ左ノ場合ニハ更改ヲ生セサルモノト解スヘシ

(イ) 單ニ從タル給付ニ變更ヲ生スルモ更改ヲ生セス故ニ利息、違約金ニ關シ變更ヲ生シ又ハ質、抵當、保證等ノ擔保ニ付キ變更ヲ生スルモ更改ヲ生セス例ヘハ無利息ノ債權ヲ利息附ノモノトナシ無擔保ノ債權ニ質權ヲ設定スル

モ更改ヲ生セサルカ如シ

(ロ) 履行期又ハ履行ノ場所ニ付キ變更ヲ生スルモ更改ヲ生セス例ヘハ分割辨濟ヲ約シ履行ノ場所ヲ變更スルモ從來ノ債權ハ依然トシテ存續ス

(ハ) 給付スヘキ物體ノ數量ヲ増加スルモ通常更改ヲ生セサルモノト解スヘシ例ヘハ貨物ノ分量ヲ増加シ若クハ代金ノ額ヲ増加スルモ尙從來ノ債權カ存續スルカ如シ蓋若シ此等ノ場合ニ更改ヲ生スルモノトナストキハ從來ノ債權ハ消滅シ更改ニ因リテ新ナル債權ヲ生スル結果トナルヘシ然レトモ當事者ハ數量ヲ増加スルモ尙從來ノ賣買ヨリ生セル債權カ存續スルモノトナスヲ通常トスルカ故ニ單ニ債權ノ變更ヲ生スルモノトナササルヘカラス然レトモ數量ノ増加スル場合ニハ場合ニ依リ其増加セル部分ニ付キ從來ノ債權ノ外ニ新ナル獨立ノ債權ヲ生スル場合アルヘシ

給付ノ物體ノ數量ヲ減少スル場合ニハ債權ノ一部カ消滅スルモノト解スヘク其殘部ニ付キテハ債權ハ存續ス從テ此場合ニハ更改ヲ生スルコトナシ

(ニ) 給付ノ物體ノ品質ニ變更ヲ生シタル場合ニ若シ其品質ノ變更ニ依リ







過キス從來ノ債務ニ代リテ新ナル債務ヲ生セシムルニアラス故ニ無條件債務ニ停止條件ヲ附スル場合モ亦更改カ成立スルモノトナスコトヲ得ス且又條件ノ成否未定ノ間ニ生スル所謂ル條件附債務ナルモノハ法律ノ規定ニ基キテ生ス當事者ノ意思ニ基キテ生スルモノニアラス故ニ縱令條件附債務ヲ以テ更改ニ因リテ生スル新債務トナスモ當事者ノ意思ニ基キテ生セルモノニアラサルカ故ニ更改カ成立スルモノトナスコトヲ得ス以上停止條件ニ付キ述フル所ハ解除條件附債務ヲ無條件債務トナシ無條件債務ニ解除條件ヲ附スル場合ニ付キテモ亦之ヲ適用スルコトヲ得又條件附債務ニ在リテ單ニ其條件ヲ變更スルモ單ニ條件附債務ヲ他ノ條件附債務ニ變更スルニ過キサカ故ニ更改ヲ生スルモノトナスコトヲ得ス

上述スル所ニ依リ條件ノ變更ニ因リテ更改カ成立スルコトハ之ヲ認ムルコトヲ得ス而シテ吾人ノ解スル所ヲ以テスレハ條件ノ變更ニ因リテ更改カ成立ストナスハ論理上許ササル所ナルカ故ニ縱令法律カ擬制ヲ以テスルモ此場合ニ更改ヲ成立セシムルコトヲ得ス從テ法典ハ第五百十三條第二項ノ

規定ニ於テ條件ノ變更ニ因リテ更改カ成立スヘキコトヲ擬制スト雖モ其擬制ハ當ヲ得サルモノト云ハサルヘカラス且條件ノ變更ニ因リテ更改カ成立スルモノトナスヘキ實際上ノ必要モ亦存スルコトナシ蓋條件ノ變更ニ因ル更改アリタルト同一ノ結果ヲ得ントセハ從來ノ無條件ノ法律行為ヲ消滅セシムルト同時ニ新ニ條件附行為ヲ成立セシメ又ハ條件附法律行為ヲ消滅セシムルト同時ニ新ニ無條件ノ法律行為ヲ成立セシムルヲ以テ足レリトスルカ故ナリ故ニ例ヘハ無條件債務ニ條件ヲ附セントセハ從來ノ無條件債務ノ原因タル契約ヲ消滅セシメ新ニ條件附契約ヲ締結スルニ依リテ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ而シテ條件ハ法律行為其モノニ附スヘキモノニシテ法律行為ノ效力トシテ生スル債務ニ附スヘキモノニアラサルカ故ニ條件カ附セラルヘキ法律行為其モノヲ消滅セシメ新ニ法律行為ヲ成立セシムルノ外他ニ方法ナキハ明カナルヘシ此ノ如ク論シ來レハ第五百十三條第二項前段ノ規定ハ理論ニ合セサルノミナラス又其必要ナキ規定ナリト云ハサルヘカラス唯條件ノ變更ニ因リテ更改カ成立スルモノトナストキハ第五百十八條ヲ



條件附更改

適用シ舊債務ニ供セラレタル擔保ヲ新債務ニ移スコトヲ得ルノ利益アルヘシト雖モ第五百十八條ノ規定其モノノ當否ニ付キ疑アルノミナラス縱令同規定ノ適用アリトスルモ實際ニ於テハ大ナル利益アリトナスコトヲ得ス

以上論セル條件ノ變更ニ因ル更改ト條件附更改 (Condition Novation) トハ之ヲ區別スルコトヲ要ス條件附更改トハ更改契約ニ條件ヲ附スルヲ云フ即債務ノ要素(主體、物體等)ニ變更ヲ來シ更改カ成立スルコトヲ得ル場合ニ更改契約ニ條件ヲ附スルヲ云フ故ニ條件附更改ト條件ノ變更ニ因リテ成立スル更改トハ全ク異ナル【註二】停止條件附ニ更改カ約セラレタル場合ニハ舊債務ノ消滅及ヒ新債務ノ發生ハ條件ノ成否如何ニ係ル即條件カ成就スルトキハ新債務ハ發生シ舊債務ハ消滅ス之ニ反シ條件カ成就セサルトキハ新債務ハ發生セス從テ舊債務モ亦消滅スルコトナク依然トシテ存續スルモノトス從來學者間ニ最議論アルハ條件ノ成否未定ノ間ニ於テ更改契約カ舊債務ニ及ホス效力ニ關スル問題ナリ或ハ條件附更改ニ因リテ舊債務ハ直ニ消滅スルモノトナシ或ハ條件附更改ハ債務ニ何等ノ影響ヲ及ホサストナシ或ハ條件ノ成

否未定ノ間ハ舊債務ハ消滅セサルモ其效力カ停止セラレルモノトナス【註三】最後ノ說ヲ以テ通説トス然レトモ條件附更改カ約セラルルモ債務カ條件附トナルニアラス單純ナル債務ニシテ何等ノ影響ヲモ受クルコトナシ從テ條件附更改ヲ約セルカ爲メ債務ノ效力カ停止セラレヘキ理由ナシ故ニ債權者ハ尙通常ノ場合ニ於ケルト同シク債權ヲ行使スルコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス固ヨリ當事者カ條件附更改ヲ約スル場合ニ條件ノ成否未定ノ間ニ債權ノ行使ヲ許ストキハ條件附更改ヲ約シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合アルヘク從テ條件ノ成否未定ノ間ハ舊債務ノ效力ヲ停止スルモノト解スルハ當事者ノ意思ニ合スルカ如シ然レトモ若シ當事者カ條件ノ成否未定ノ間舊債務ノ效力ヲ停止スルノ意思ヲ有スルモノナルトキハ其旨ヲ約スヘキノミ此ノ如キ特約ナキニ於テハ舊債務ノ效力ヲ停止スルモノトナスコトヲ得ス從テ第二說ヲ以テ當ヲ得タルモノトナササルヘカラス

【註一】佛民法ニ於テハ條件ノ變更ニ因リテ更改ヲ生スルモノトナス規定ナシ然レトモ一般ノ學說ニ從ヘハ條件ノ變更ニ因リテ更改ヲ生スル



モノトナス (Laurent t. 18n. 270, Hue t. 8n. 114, Baudry-Lacantinerie et Barde t. 14 n. 1702, Planiol t. 2n. 541) 獨普通法ニ於ケル通説モ亦羅馬法ニ從ヒ條件ノ變更ニ因リテ更改ヲ生スルモノトナスノ見解ヲ採ル (Windscheid § 353 Anm. 6) 故ニ條件ノ變更ニ因リテ更改カ成立セサルモノトナス吾人ノ見解ハ從來ノ獨佛ノ通説ニ反ス (拙著民法研究第一卷四七七頁以下) 然レトモ尙獨普通法ニ於テ吾人ト同一ノ見解ヲ有スル者ナキニアラス (Salkowski, a. a. O. S. 439)

【註二】或ハ一派ノ學者ハ條件附更改ニ依リ無條件債務カ停止條件附債務ニ變更スルモノトナス即或事實ノ發生ヲ條件トスル更改契約ニ依リ無條件債務ヲ變更シテ其事實ノ不發生ヲ停止條件トナス債務トナスモノト解ス (Literatur bei Römer a. a. O. S. 85fg, Salkowski S. 441 fg) 然レトモ此說ニ從ヘハ無條件債務ニ條件ヲ附スルニ依リ新債務未タ發生セサルニ舊債務ヲ消滅セシムル結果ヲ生スルカ故ニ通説ハ之ニ反ス (Römer a. a. O., Windscheid § 354 Anm. 10, Dernburg, Pand. § 60 Anm. 2, Hruza, a. a. O. § 14 Anm. 3)

【註三】此等ノ學說ニ關シテハ Römer, bedingte Novation, Kniep, bedingte Novation, Salkowski a. a. O. § 16, Hruza § 14, Windscheid § 354 Anm. 10 參照

## 第六項 原因ノ變更ニ因ル更改

從來獨法ノ通説ニ從ヘハ有因債務ヲ無因債務ニ變更スルニ因リテ更改ノ成立ヲ認ム即債務ノ主體又ハ物體ノ變更ナク單ニ有因債務ヲ無因債務ニ變更スルニ因リテ更改ヲ生ス特ニ既存ノ債務ノ履行ニ代ヘテ手形ヲ振出し若クハ裏書スル場合ニ更改ヲ生スルモノトナス【註一】我法典モ亦債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スル場合ニハ債務ノ要素ヲ變更スルモノト看做シ更改ヲ生スルモノトナス(第五百十三條第二項我法典カ既存ノ債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スル場合ニ更改ヲ生ストナス理由ハ明カナラスト雖モ獨法學者ノ説ク所ト同シク有因債務ヲ無因債務ニ變更スルカ爲メナリトナスニアラサレハ他ニ説明ノ方法ナシ【註二】而シテ法典カ更改ノ成立ヲ單ニ爲替手形發行ノ場合ノミニ限レルハ全ク理由ナク既ニ爲替手形ヲ振出す場合

原因ノ變更ニ因ル更改



ニ更改ヲ生スルモノトセハ其裏書引受等ノ場合ニ於テモ亦同一ニ論スルヲ得サルヘカラス更ニ其理論ヲ貫徹スルトキハ爲替手形ト法律上ノ性質ヲ同フスル約束手形小切手ノ振出裏書等ノ場合ニ於テモ亦同シク更改ヲ生スルモノトナササルヘカラス特ニ手形ノ振出裏書ニ依リテ更改カ成立スルハ有因債務ヲ無因債務ニ變更スルカ爲メナリトナス獨法ノ學說ニ從フトキハ手形小切手ノ場合ノミナラス廣ク有因債務ヲ無因債務ニ變更スル場合ニハ更改ヲ生スルモノトナササルヲ得ス

此ノ如ク有因債務ヲ無因債務ニ變更スル場合ニ更改ヲ生ストナスハ一般ニ認メラルル所ナリト雖モ是レ果シテ當ヲ得タルモノナリヤ吾人ハ從來ノ通說ニ反シ有因債務ヲ無因債務ニ變更スル場合ニハ更改ハ成立スルコトナク代物辨濟カ成立スルモノト解ス其理由ヲ述フレハ(一)更改ニ在リテハ新債務ハ更改契約其モノニ因リテ發生スルコトヲ要ス然ルニ有因債務ヲ無因債務ニ變更スル場合ニハ無因債務ヲ生スル原因ハ更改契約ト獨立シテ存在スル無因行爲ニシテ更改契約其モノニアラス例ヘハ代金債務ノ履行ニ代ヘテ

手形ヲ振出ス場合ニ手形上ノ債務ハ振出ナル手形行爲ニ基ク更改契約ニ基クモノニアラス故ニ既存ノ債務ノ履行ニ代ヘテ無因債務ヲ負擔スル場合ニ更改カ成立スルコトヲ得サルハ明カナリ從來ノ通說カ此明白ナル事實ヲ看過シ誤謬ニ陥リタルハ沿革上ノ理由ニ基クモノノ如シ蓋羅馬法ニ於テハ無因行爲タル *obligatio* 其モノカ新債務發生ノ原因タルト共ニ更改契約タリシナリ然レトモ今日ニ在リテハ新債務發生ノ原因タル無因行爲ト更改契約トハ獨立シテ存在スル二箇ノ行爲ナリ此事實ヲ看過セルカ爲メ無因債務發生ノ原因タル行爲ヲ以テ更改其モノト誤解シ從テ有因債務ヲ無因債務ニ變更スルニ因リテ更改カ成立スルモノトナスニ至リシナリ(二)無因債務ハ無因行爲ニ基キテ生ス然ルニ既ニ論セルカ如ク更改ハ有因契約ナリトス即更改ニ因リテ新ナル債務ヲ負擔スルハ既存ノ債務ヲ消滅セシムルヲ目的トス故ニ更改其モノヨリ無因債務ヲ生スルコトヲ得ス從テ有因債務ヲ無因債務ニ變更スル場合ニ更改ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス(三)更ニ無因債務ヲ生スル場合ニ更改ノ成立ヲ認ムルコトヲ得サルハ更改カ不成立ニ歸スルモ尙無因債務カ



發生スルヲ見レハ明カナリ蓋更改ノ成立ニハ更改セラルヘキ債務カ存在スルコトヲ要ス然ルニ既存ノ債務ノ履行ニ代ヘテ無因債務ヲ負擔スル場合ニハ縱令其債務カ存在セサルモ尙無因債務ハ發生ス例ヘハ既存ノ債務ノ履行ニ代ヘテ手形ヲ振出す場合ニハ其債務カ存在セサルモ手形上ノ債務ハ發生ス從テ無因債務カ更改契約ヨリ生スルモノトナスコトヲ得サルハ明カナリ此等ノ理由ニ由リテ觀レハ有因債務ヲ無因債務ニ變更スルニ因リテ更改カ成立スルモノトナスハ當ヲ得タルモノト云フコトヲ得ス然ラハ債務者カ既存ノ債務ノ履行ニ代ヘテ無因債務ヲ負擔スル場合ニハ加何ナル行爲成立スルヤ吾人ハ此場合ニハ代物辨濟カ成立スルモノト解ス蓋無因債務ヲ負擔スルコトハ一ノ給付ナルカ故ニ既存ノ債務ノ履行ニ代ヘテ無因債務ヲ負擔スル場合ニハ本來ノ給付ト異ナリタル給付ヲ爲スニ依リテ債務ヲ消滅セシムルモノト解スルコトヲ得ルカ故ナリ【註三】【註四】

有因債務ヲ無因債務ニ變更スルニ依リテ更改ヲ成立セシムルコトヲ得サルト同シク無因債務ヲ有因債務ニ變更スルニ依リテ更改ヲ成立セシムルコト

トヲ得ス無因債務ヲ有因債務ニ變更スル場合ハ更ニ之ヲ二箇ノ場合ニ分ツコトヲ得即一ハ無因債務ヲ獨立セル有因債務ニ變更スル場合ニシテ例ヘハ手形上ノ債務ヲ消費貸借上ノ債務ニ變更スル場合ノ如シ此場合ニハ有因債務ヲ他ノ有因債務ニ變更スルニ由リテ更改ヲ成立セシムルコトヲ得サルト同シク更改ヲ成立セシムルコトヲ得ス蓋消費貸借上ノ債務ハ消費貸借契約ニ基キテ生スルコトヲ要シ更改契約ニ因リテ消費貸借上ノ債務ヲ生セシムルコトヲ得サルカ故ナリ他ハ無因債務ヲ更改契約其モノヨリ生スル有因債務ニ變更スル場合ニシテ例ヘハ從來手形上ノ債務トシテ負擔セルニ代ヘテ新ニ同一金額ノ債務ヲ負擔スルカ如シ然レトモ無因債務ヲ負擔スルニ代ヘテ新ニ同一金額ノ債務ヲ負擔スルコトヲ約スルモ更改ヲ成立セシムルコトヲ得ス蓋之ニ依リテ債務ノ要素ヲ變更スル所ナキカ故ナリ例ヘハ手形上ノ債務トシテ負擔セルニ代ヘテ同一金額ノ債務ヲ負擔スヘキコトヲ約スルモ主體物體其他ノ點ニ付キ既存ノ債務ハ變更ヲ受クル所ナシ故ニ更改カ成立スルモノトナスコトヲ得ス恰モ賣買代金ノ債務ヲ負擔スルニ代ヘテ新ニ同



一金額ヲ負擔スヘキコトヲ約スルモ更改ヲ成立セシムルコトヲ得サルト同シ【註五】

更ニ有因債務ヲ他ノ有因債務ニ變更スルニ依リテ更改ヲ成立セシムルコトヲ得ス例ヘハ賣買代金ノ債務ヲ消費貸借上ノ債務トシテ負擔スヘキコトヲ約スルモ更改ハ成立セス蓋新ナル債務ハ他ノ獨立セル原因ニ基クモノナルカ故ニ更改契約以外ノ他ノ契約ニ因リテ生スルコトヲ要ス更改契約ニ因リテ生スルコトヲ得サルカ故ナリ例ヘハ新ナル債務カ消費貸借上ノ債務ナル場合ニハ消費貸借契約ニ基キテ生スルコトヲ要ス更改契約ニ基キテ生スルコトヲ得ス從テ更改契約ニ因リテ消費貸借上ノ債務ヲ生セシムルコトヲ得ス【註六】

【註一】 Windscheid §358 Anm. 7, Dernburg §59, Hasenöhrl, §96, Hruza a.a.O. §83fg, Ladenburg, Arch. f. Wechselsr. B. 58, 122, Kuntze, Wechselrecht S. 74, Günther, Arch. f. Deutsch. Wechselsr. B. 4 S. 146, Hoffmann, Arch. f. praktische Wissenschaft B. 1 S. 48, Liebe, Allgem. deutsche Wechselordnung S. 218, Unger, Grünhuts Zeits. B. 15 S. 555,

Thöl, Handelsr. B. II S. 768, Hellmann, die novatorischen Funktionen der Wechselbegebung S. 63, Wächter, Wechselsr. S. 114, Adler, Wechselsr. S. 51, Grünhut, Wechselsr.

II S. 297, Dernburg, B. R. §120, Staudinger-Kuhlenbeck S. 361 然レトモ手形ノ交付ニ因リテ當然更改カ成立スルヤ又ハ之カ爲メニハ當事者ノ特別ノ意思表示ヲ必要トスルヤニ關シテハ議論岐ル

【註二】我國ニ於ケル一般ノ學說ニ從ヘハ既存ノ債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ振出スニ因リ更改ヲ生スルハ有因債務ヲ無因債務ニ變更スルカ爲メニアラス條件附ニ債務者ノ交替アルカ爲メナリトス而シテ約束手形ノ振出ノ場合ニハ債務者ハ依然トシテ從來ノ債務者ニシテ何等ノ變更ナキカ故ニ更改ヲ生セス又小切手ノ交付ハ金錢支拂ト同一ニ見ルコトヲ得ヘキカ故ニ其振出ハ更改ヲ生セストナス(梅氏民法要義卷之三五一三頁横田氏債權總論九七六頁)然レトモ爲替手形ノ振出ノ場合ニ停止條件附ニ債務者ノ交替アルカ爲メニ更改成立ストナスハ當ヲ得ス蓋支拂人カ爲替手形ノ引受ヲ爲スモ振出人ハ尙擔保義務者トシテ債務ヲ



負擔スルカ故ニ債務者ノ變更ナシ從テ爲替手形ノ振出ノ場合ニ條件附ニ債務者ノ變更アリトナスコトヲ得ス假ニ條件附ニ債務者ノ變更アリトナスモ條件附ナル以上ハ新ナル債務者ハ未タ存セサルカ故ニ振出ノミニ依リテ更改ヲ生スルモノトナスヘカラス更ニ一步ヲ進メテ論スレハ手形上ノ債務ハ振出ナル手形行爲其モノニ基キテ生スルモノニシテ單ニ既存ノ債務ニ付キ債務者ノ交替ヲ生スルニ過キサルモノトナスヲ得ス故ニ爲替手形ノ振出ニ依リ條件附ニ債務者ノ交替アルカ故ニ更改ヲ生ストナスノ說ハ之ヲ採ルコトヲ得ス更ニ約束手形ノ振出ノ場合ニモ振出ナル手形行爲ニ基キテ新ナル債務ヲ生ス單ニ既存ノ債務ヲ手形ニ依リテ表明セルニ過キサルモノトナスコトヲ得ス又小切手カ支拂ノ道具トシテ金錢ト同一視セラルルハ經濟上ノ作用ヲ云フモノニシテ法律上ノ性質ヨリ論スレハ小切手ノ振出ニ因リテ新ニ債務ヲ生スルモノトス故ニ既ニ爲替手形ノ振出ニ因リテ更改カ成立スルモノトナストキハ既存ノ債務ノ履行ニ代ヘテ約束手形、小切手ヲ振出ス場合ニ於テモ爲

替手形ノ振出ノ場合ト同シク更改カ成立スルモノトナササルヘカラス何故ニ法典カ爲替手形ノ振出ノ場合ノミニ更改ヲ生スルモノトナセルヤ殆、其理由ヲ解スルヲ得ス

【註三】拙著民法研究第一卷四八二頁以下、四九八頁以下

獨法ニ在リテモ Schauberg, Zeits. f. H. R. B. 118. 277, Blume, Novation und Delegation S. 87, Wendt, Das allgemeine Anweisungsr. S. 245, Gosack, Handelsgesetzbuch S. 245, Lehmann, Lehrb. des H. R. S. 632 等ハ手形ノ交付ニ依リテ代物辨濟ノ成立ヲ認ム尙獨民法第三百六十四條第二項ハ債務者カ債權者ニ満足ヲ與フル目的ヲ以テ新ナル債務ヲ負擔セル場合ニ於テ代物辨濟ノ成立ヲ認メサル推定規定ヲ設ク

【註四】新債務カ無因債務タル場合ニハ一箇ノ契約ニ依リテ舊債務ノ消滅ト新債務ノ發生ト二箇ノ效果ヲ生セシムルコトヲ得サルコトヲ著眼セル學者ナキニアラスエンネクテリスハ無因債務ノ發生ニ代ヘテ舊債務ヲ消滅セシムル場合ニハ當事者カ契約又ハ單獨行爲ニ依リテ新債務



ヲ發生セシムルト共ニ更ニ新債務ノ發生ニ代ヘテ舊債務ヲ消滅セシムル合意カ成立スルコトヲ要ストナシ之ヲ更改(Novation)ト稱ス而シテ一箇ノ契約ニ依リテ舊債務ヲ消滅セシメ且新債務ヲ發生セシムル場合ヲ債務變形契約(Schuldumwandlungsvertrag)ト稱ス(Ehneccerus §398)此區別ハ實質ニ於テハ當ヲ得タリト雖モ二箇ノ契約ニ依リテ更改カ成立ストナスハ羅馬法以來ノ沿革ニ反ス

【註五】無因債務ヲ有因債務ニ變更スルニ因リテ更改カ成立スルモノトナス見解ハ從來ノ學說ニ於テ見サル所ナリ然ルニ我大審院ハ手形上ノ債務ヲ通常ノ債務ニ變更スル場合ニハ更改カ成立スルモノトナス(大審院民事判決録第十九輯八四六頁以下)其理由トスル所ハ證書ハ手形上ノ債務ノ要素ナルカ故ニ手形上ノ債務ハ通常ノ債務ニ變更スルニ依リ要素ノ變更ヲ生ス從テ更改カ成立スルモノトナス然レトモ證書ハ手形上ノ債務ノ要素ニアラス手形行爲ノ要件ナリ且證書ヲ以テ所謂ル債務ノ要素トナスハ法典上ノ根據ヲ缺ク故ニ本判決ノ見解ハ當ヲ得タルモノ

ニアラス(拙稿)手形上ノ債務ノ更改(京都法學會雜誌第九卷第十一號一七頁以下參照)

【註六】更改ニ因リテ有因債務ヲ他ノ有因債務ニ變更スルコトヲ得サルカ故ニ第五百八十八條ノ規定ノ場合ニ更改カ成立スルモノトナスコトヲ得ス(拙著民法研究第一卷四九二頁以下第二卷四二〇頁參照)

原因ノ變更ニ因リ更改カ成立スルコトヲ得サルハ獨法學者一般ノ認ムル所ナリ其理由トスル所ニ依レハ更改契約ハ既ニ原因(更改ノ意思)ヲ有ス然ルニ若シ更改ニ因リテ有因債務ヲ他ノ有因債務ニ變更スル場合ニハ二重ニ原因ヲ有スル結果トナル故ニ原因ノ變更ハ之ヲ認ムルコトヲ得ストナス(Römer, bedingte Novation S.6, Bähr, Anerkennung §62a, Salpius, a.a.O.S.331fg, Salkowski S.54fg, Hruza a.a.O.S.53fg, Windscheid §351 Anm. 2)

佛法ニ於テハ通説ハ原因ノ變更(changement de cause)ニ因リテ更改カ成立スルモノトナス(Baudry-Lacantinerie et Barde t.14n.1712, Planiol t.2n.540)然レトモ之ニ反シ原因ノ變更ノ場合ニハ二箇ノ契約カ順次ニ締結セラレ



モノニシテ更改ハ成立セストナス説ヲ唱フル者アリ (Arthur, Rev. crit. de  
Législ et de jurispr. XIP.227)

### 第五款 更改ノ效力

更改ノ效力

更改ハ既存ノ債權ヲ消滅セシムルニ代ヘテ新ナル債權ヲ發生セシムル契約ナルカ故ニ債權ヲ消滅セシムル效力ト債權ヲ發生セシムル效力トニ分ツコトヲ得

債權ノ發生

一 更改ニ因リテ既存ノ債權ハ消滅ス 更改ニ因リテ債權ハ消滅ス尙連帶債務ニ在リテハ連帶債務者ノ一人ト債權者トノ間ニ更改アリタルトキハ絶對的效力ヲ生シ全債權關係ハ消滅ス(第四百三十五條)不可分債權ニ在リテハ債權者ノ一人ト債務者トノ間ニ更改アルモ相對的效力ヲ生スルニ止マリ他ノ債權者ハ債務ノ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得(第四百二十九條)不可分債務ニ在リテ債務者ノ一人ト債權者トノ間ニ更改アリタル場合亦同シ(第四百三十條)又保證人ト債權者トノ間ニ更改アリタルトキハ之ニ因リテ主タ

ル債務モ亦消滅ス

更改ニ因リテ債權カ消滅スルトキハ之ニ從タル權利モ亦消滅ス

(イ) 更改ニ因リテ既存ノ債權ノ擔保タル質權、抵當權、留置權、先取特權、保證債務等ハ消滅ス然レトモ更改ノ當事者ハ特別ノ契約ヲ以テ舊債權ノ擔保ニ供シタル質權、抵當權ヲ新債權ニ移スコトヲ得(第五百十八條)之ヲ理論ヨリ云ヘハ債權ノ讓渡ト異ナリ更改ニ因リテ債權ハ消滅スルカ故ニ債權ノ擔保ニ供セラレタル質權、抵當權ハ債權ノ消滅ト共ニ消滅ス從テ新債權ニ對シテハ更改ニ新ニ質權、抵當權ヲ設定スルコトヲ要ス然レトモ若シ新ニ設定スルコトヲ要ストナストキハ其質權、抵當權ハ後順位ニ位スルニ至リ新債權ハ擔保ノ利益ヲ受クルコト能ハサルニ至ルヘシ例ヘハ既存ノ債權ノ擔保ノ爲メニ第一位ノ抵當權カ設定セラレ尙他ニ同一不動産上ニ第二位以下ノ抵當權アル場合ニ若シ其抵當權ヲ更改ニ因リテ生セル新ナル債權ニ移スコトヲ得ス新ニ同一不動産上ニ抵當權ヲ設定スヘキモノトナストキハ新ニ設定セラレタル抵當權ハ既ニ設定セラレタル抵當權ノ後順位ニ位スルニ至ルヘシ故ニ法



律ハ更改ニ因リテ生セル新債權ノ利益ノ爲メニ舊債權ノ擔保トシテ設定セラレタル質權、抵當權ヲ其當初ノ順位ヲ保持シ新債權ニ移スコトヲ得ルモノトセリ擔保ノ附從性ヨリ論スレハ一債權ノ擔保ヲ分離シテ他ノ債權ノ擔保ニ供スルコトヲ得サルモノトナスヲ正當トスヘシト雖モ我法典ハ或範圍ニ於テ擔保ノ獨立性ヲ認メ第三百七十五條ニ於テ抵當權ノ處分ヲ許スカ故ニ更改ノ場合ニ既存ノ債權ニ供セラレタル質權、抵當權ヲ新債權ニ移スコトヲ得ルモノトセリ〔註一〕

擔保ノ移轉ハ凡テノ種類ノ更改ニ適用アリ即、更改カ主體ノ變更ニ因リテ成立スル場合タルト主體ノ變更ナクシテ成立スル場合タルトヲ問ハス既存ノ債權ノ擔保ノ爲メニ供セラレタル質權、抵當權ヲ新ナル債權ノ擔保ニ供スルコトヲ得然レトモ固ヨリ既存ノ債權ノ物體ノ範圍ニ於テノミ質權、抵當權ヲ移スコトヲ得ルモノトス蓋質權、抵當權ハ既存ノ債權ノ物體ノ範圍ニ於テノミ存在スルモノナルカ故ニ其範圍ニ於テノミ之ヲ移スコトヲ得ルモノトナスヲ要スルノミナラス若シ既存ノ債權ノ物體ノ範圍ヲ超エテ之ヲ新債權

ニ移スコトヲ得ルモノトナストキハ第三者ヲ害スルノ結果ヲ生スヘシ

既存ノ債權ノ擔保ノ爲メニ供セラレタル質權、抵當權ヲ新債權ニ移スニハ更改契約ノ當事者ノ契約ニ依ルコトヲ要ス然レトモ第三者カ擔保ヲ設定セル場合ニハ其第三者ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス(第五百十八條但書蓋第三者ハ舊債權ノ爲メニ擔保ヲ設定セルモノナルカ故ニ其擔保ヲ他ノ債權ニ移轉スルカ爲メニハ第三者ノ承諾ヲ要スルモノトナササルヘカラス) 第三者ノ中ニ舊債務者ヲモ含ムモノナリヤ換言スレハ債務者ノ交替ニ因ル更改ノ場合ニ舊債務者カ供セル擔保ヲ新債權ニ移スカ爲メニ舊債務者ノ承諾ヲ要スルヤ否ヤニ關シテハ議論ノ餘地ナキニアラスト雖モ債務者ノ交替ニ因ル更改ノ場合ニハ舊債務者ハ更改ノ當事者ニアラス) 第三者ナルカ故ニ擔保ヲ移スカ爲メニ其承諾ヲ要スルモノト解スヘシ〔註二〕

擔保ヲ移轉スル契約ハ更改契約ト同時ニ之ヲ爲スコトヲ要ス蓋更改ニ因リテ債權ハ消滅シ從テ擔保モ亦消滅スルカ故ニ其後ニ至リテハ移轉スヘキ擔保ナキニ至ルカ故ナリ且若シ更改契約後ニ於テ尙擔保ヲ移轉スルコトヲ



許ストキハ或ハ其中間ニ同一物體ノ上ニ擔保權ヲ取得セル第三者ニ不測ノ損害ヲ被ラシムルコトアルヘシ【註III】

既存ノ債權ノ擔保トシテ留置權若クハ先取特權カ附隨スルモ之ヲ更改ニ因リテ生セル新債權ニ移スコトヲ得ス蓋此等ノ擔保權ハ或特種ノ債權ノ擔保トシテ法律ノ規定ニ基キテ發生セルモノナルカ故ニ當事者ハ自由ニ之ヲ他ノ債權ニ移スコトヲ得サルカ故ナリ又保證債務ハ物上擔保ノ如ク設定ノ前後ニ依リテ優先ノ效力ニ差異ヲ生セサルカ故ニ舊債權ニ附從セル保證債務ヲ新債權ニ移スコトヲ得ヘキモノトナスヘキ必要ナク新債權ノ爲メニ新ニ保證債務ヲ供スルヲ以テ足レリトス是レ第五百十八條ニ於テ質權及ヒ抵當權ノミニ付キ新債權ニ移スコトヲ得ヘキ旨ヲ規定セル所以ナリ

【註一】此規定ハ佛民法第一千二百七十八條ニ基ク唯佛民法ニ於テハ先取特權及ヒ抵當權ノ移轉ヲ認ムルニ反シ我法典ハ質權及ヒ抵當權ノ移轉ヲ認ム

【註二】佛民法ニ於テハ舊債務者ノ供セル擔保ヲ新債權ニ移スカ爲メニ

舊債務者ノ承諾ヲ要スルヤ否ヤニ關シ規定ヲ缺クヲ以テ議論岐ル(Bandyry-Iacantinerie et Barde t.14 n. 1738 參照我法典ハ之ニ鑑ミテ第五百十八條但書ノ規定ヲ設ケタリ

【註III】 Anbry et Rau t.4p.368, Demolombe t.28 n.344, Bandyry-Iacantinerie et Barde t.14 n.1736

(ロ) 既存ノ債權カ利息附約定利息タルト法定利息タルトヲ問ハスノモノナルトキハ更改ニ因リテ債權カ消滅スルト共ニ將來ニ對シテ利息ノ發生ヲ止ム延滞シタル利息ノ債權カ更改ニ因リテ消滅スルヤ否ヤハ當事者ノ意思解釋ニ依リテ之ヲ定ムヘシ然レトモ疑アル場合ニハ延滞セル利息ノ債權ハ更改ニ因リテ消滅セサルモノト解スヘシ蓋延滞セル利息ノ債權ハ獨立セル債權ナルカ故ナリ

(ハ) 債務者カ遲滞ニ在ル場合ニ更改ヲ爲シタルトキハ其遲滞ハ將來ニ對シテ消滅ス從テ遲延利息ハ其發生ヲ止ム然レトモ既ニ發生セル遲滞ノ效果ハ更改アルモ消滅スルコトナシ



債權ノ消滅

(三) 債權ニ從タル違約金債權モ亦更改ニ因リテ消滅ス

二 更改ニ因リテ新債權發生ス 更改ニ因リテ既存ノ債權ヲ消滅セシムルニ代ヘテ新ナル債權ヲ發生ス新債權ハ舊債權ト全ク別異ノ債權ナリ故ニ舊債權ニ附著スル抗辯等ハ新債權ニ移轉スルコトナシ是レ債權讓渡ト異ナル所ナリ從テ新債權ノ債務者ハ舊債權ニ附著セル抗辯ヲ以テ新債權ノ債權者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス是レ凡テノ種類ノ更改ニ適用アルモノニシテ債權者ノ交替ニ因ル更改ノ場合ノミニ限ラス故ニ第五百十六條ニ於テ第四百六十八條第一項ヲ債權者ノ交替ニ因ル更改ノ場合ノミニ準用セルハ當ヲ得タルモノニアラス凡テノ更改ニ付キ同一ニ論スヘキナリ【註四】

【註四】第五百十六條ハ不當ノ規定ナリ既ニ論セルカ如ク第四百六十八條第一項ハ債務ノ承認ヲ定メタルモノト解スルコトヲ要ス(一二三二頁以下參照)然ルニ今債務ノ承認ノ效果ニ關スル此規定ヲ更改ニ準用スルニ至リテハ殆其理由ヲ解スルコト能ハス更改ノ場合ニハ固ヨリ債務者ハ舊債權ニ附著セル抗辯ヲ以テ債權者ニ對抗スルコトヲ得スト雖モ是

レ更改ニ因リテ生セル債權ハ舊債權ト全ク別異ノ債權ナルカ爲メナリ更改ニ因リ債務ノ承認アリタルカ爲メニアラス故ニ更改ノ場合ニハ第四百六十八條第一項ノ規定ト同一ノ結果ヲ生スト雖モ第四百六十八條第一項ヲ準用スヘキモノトナスハ理論ニ於テハ當ヲ失スルコト甚シ

更ニ第五百十六條ニ於テ第四百六十八條第一項全文ヲ準用セルハ當ヲ得タルモノト云フコトヲ得ス本來更改ノ成立ニハ更改セラルヘキ債權カ存在スルコトヲ要シ若シ更改セラルヘキ債權カ存在セザルトキハ更改ハ成立セス從テ債務者カ更改セラルヘキ債務ニ付キ辨濟、代物辨濟、更改、和解等ノ行爲ヲ爲シタルトキハ其債務ハ消滅スルカ故ニ更改ヲ爲スコトヲ得ス此場合ニ縱令當事者カ更改ヲ約スルモ無効ノ更改ナルカ故ニ債務者ハ債權者ニ對シ舊債權カ既ニ消滅セルコト從テ更改カ成立セザルコトヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得ヘシ故ニ第四百六十八條第一項ニ從ヒ債務者カ新債權者ニ對抗スルコトヲ得サル事由ハ廣ク各種ノ抗辯ヲ含ムモノト解スヘキカ如シト雖モ舊債權ノ消滅ノ抗辯ハ之ヲ含マ



サルモノト解セサルヘカラス若シ然ラサレハ第四百六十八條第一項ノ場合ト同シク當事者ハ更改ニ際シ債務ノ承認ヲ約セルモノト解スルコトヲ要スルニ至ルヘシ故ニ第四百六十八條第一項ノ抗辯ハ舊債權ノ成立ヲ前提トシテ生スル抗辯ノミヲ云フモノトナササルヘカラス

此ノ如ク債務者ハ舊債權ノ消滅ヲ以テ抗辯トナスコトヲ得ルモノトナストキハ第四百六十八條第一項但書ノ規定ハ更改ノ場合ニハ準用ナキモノト解セサルヘカラス蓋舊債權ニ付キ債務者カ爲シタル辨濟代物辨濟更改和解等ノ行爲ハ有效ニ成立シ拂渡シタルモノヲ取戻シ又ハ負擔シタル債務ヲ成立セサリシモノト看做スコトヲ得ヘキ根據ヲ缺クニ至ルカ故ナリ

## 第七節 免除

### 第一款 免除ノ性質

免除ノ性質

免除トハ債權ヲ消滅セシムル債權者ノ行爲ヲ云フ即債權ノ拋棄ヲ云フ免

單獨行爲

除ハ債權者カ債務者ニ對シテ債務ヲ免除スル意思ヲ表示スルニ因リテ其效力ヲ生スルカ故ニ單獨行爲ナリトス(第五百十九條)

免除カ單獨行爲タルハ我法典ニ於テハ一點ノ疑ナキ所ナリト雖モ從來各國ノ立法ハ免除ヲ以テ契約トナス〔註〕然レトモ債務ノ免除ハ債權ノ拋棄ナルカ故ニ一般權利ノ拋棄ト同シク單獨行爲トナササルヘカラス本來權利ノ拋棄ハ權利ノ本質ニ屬スルモノニシテ拋棄スルコトヲ得サルモノナルトキハ權利ニアラス固ヨリ權利カ拋棄スルコトヲ得サル場合アリト雖モ是レ權利其モノカ拋棄スルコトヲ得サルニアラス權利ニ伴フテ存スル義務ノ履行ノ爲メニ權利ノ行使ヲ必要トシ從テ權利ヲ拋棄スルコトヲ得サル結果トナルカ爲メナリ此ノ如ク權利ノ拋棄カ權利ノ本質ニ屬スルモノトナストキハ其論理上ノ結果トシテ權利者ノ單獨行爲ニ依リテ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルモノトナササルヘカラス換言スレハ拋棄カ權利者ノ單獨行爲ニ依リテ爲サルモノト解シテ拋棄ハ權利ノ本質ニ屬スルモノトス蓋權利ハ權利者ノ意思ニ基キ權利者ノ利益ノ爲メニ認メラルルモノナルカ故ニ權利者ハ自由ニ



單獨行爲ニ依リテ權利ヲ拋棄スルコトヲ得サルヘカラス是レ凡テノ權利ニ關シ同一ニシテ單獨行爲ニ依リテ絶對權ヲ拋棄スルコトヲ得ルト同シク相對權タル債權モ亦債權者ノ單獨行爲ニ依リテ拋棄スルコトヲ得ルモノトス若シ債權ノ拋棄ニ債務者ノ承諾ヲ要スルモノトナストキハ債務者カ承諾ヲ爲ササル場合ニハ債權者ハ債權ヲ拋棄スルコト能ハサルニ至リ債權ノ拋棄ヲ認メサル結果トナルヘシ且債權ノ拋棄ハ即債權ノ處分ナルカ故ニ債權者其人カ自由ニ拋棄スルコトヲ得ルモノトナササルヘカラス債務者ハ債權ノ處分ニ付キ何等權利ヲ有スルモノニアラス故ニ若シ債權者カ單獨ニテ債權ヲ拋棄スルコトヲ得サルモノトセハ債務者ノ承諾ヲ得タルカ爲メニ債權ヲ拋棄スルコトヲ得ルニ至ルヘキ理由ナシ以上述フル所ニ依レハ債務ノ免除ヲ以テ單獨行爲トナスノ正當ナルハ明カナリ

免除ヲ以テ契約トナスハ從來ノ立法ノ認ムル所ナリト雖モ其根據トスル所ハ薄弱ニシテ採ルニ足ルモノナシ或ハ債權關係ハ債權者、債務者間ノ法鎖(juris vinculum)ナルカ故ニ之ヲ斷絶スルカ爲メニハ其性質上債權者、債務者間

## 契約説

ノ契約ヲ要ストナス然レトモ所謂ル法鎖ナル文字ハ債權關係ニ在リテ債權者ト債務者トカ對立シ債務者カ債權者ノ權利ニ因リテ拘束ヲ受クルコトヲ云フ形容ノ語タルニ止マル債權關係カ法鎖ナルカ爲メニ債權者ノ一方行爲ニ依リテ之ヲ斷絶スルコトヲ得サルヘキ理ナシ若シ債權者ト債務者トカ平等ノ地位ニ在ルモノトセハ或ハ債權ヲ拋棄スルカ爲メニ兩者ノ契約ヲ要スヘシト難モ一方ハ權利者ニシテ他方ハ義務者ナルカ故ニ權利者ノ單獨行爲ニ依リテ債權ヲ拋棄スルコトヲ得サルヘカラス或ハ免除ニ因リ債務者ハ債務ヲ免レ利益ヲ得ルノ結果ヲ生スルカ故ニ免除ヲ爲スニハ債務者ノ承諾ヲ要スルモノトナス是レ契約説ノ根據トシテ最有力ナルモノナリ蓋債務者カ債務ノ免除ヲ受クルコトヲ欲セサル場合ニ之ヲ強ユルコトヲ得ルモノトナスハ當ヲ得サルカ故ニ債務者ノ承諾ヲ要ストナスハ一見其理由アルモノノ如シ然レトモ債務者カ債務ヲ免ルルハ債權者カ債權ヲ拋棄セル間接ノ結果タルニ過キス故ニ之ニ因リ債務者カ利益ヲ得ルモ債務者ノ承諾ヲ得ルコトヲ要スルモノトナスコトヲ得ス且若シ拋棄ニ債務者ノ承諾ヲ要スルモノト