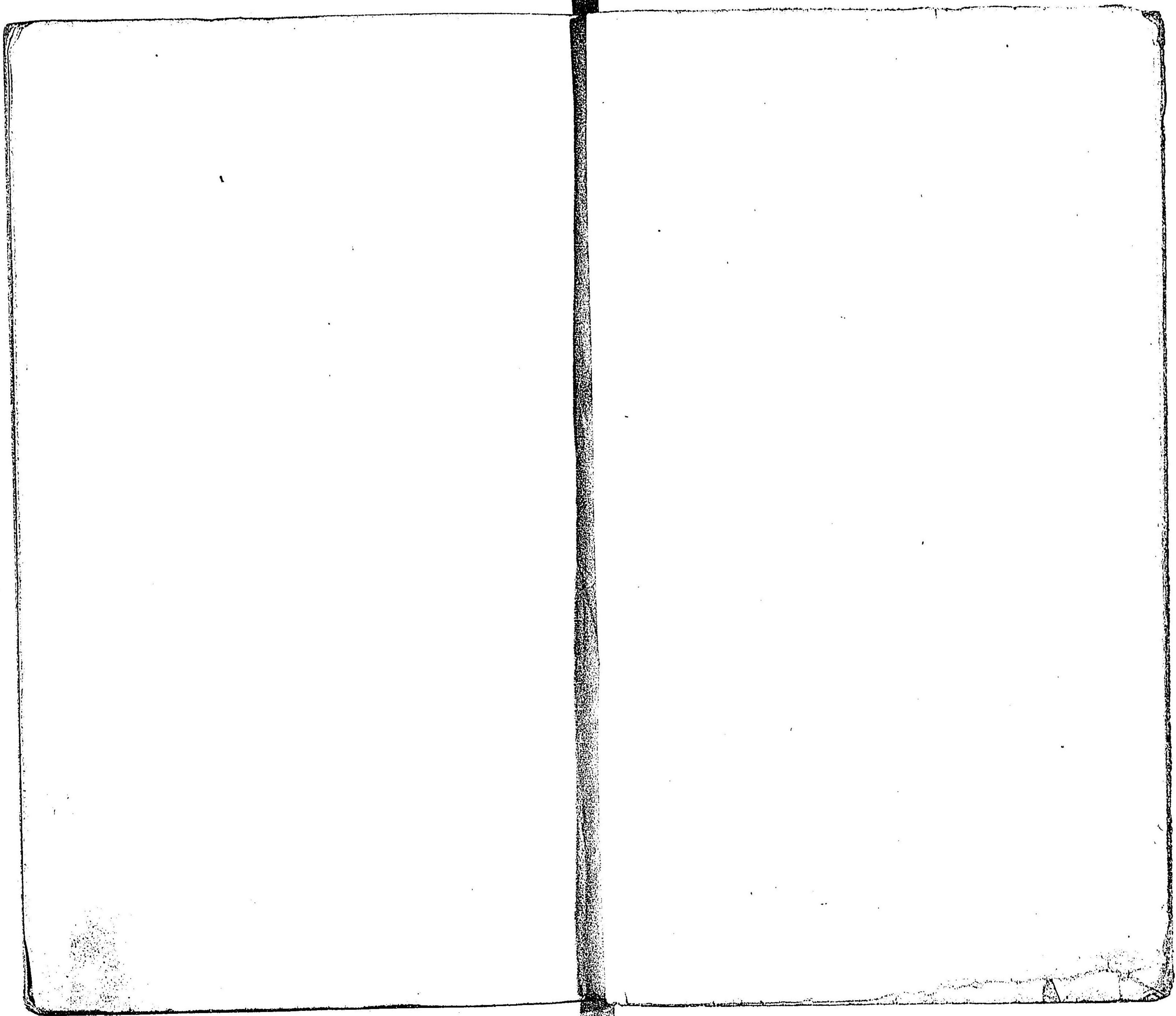


14  
688

民法講義

債權編  
土方富彥







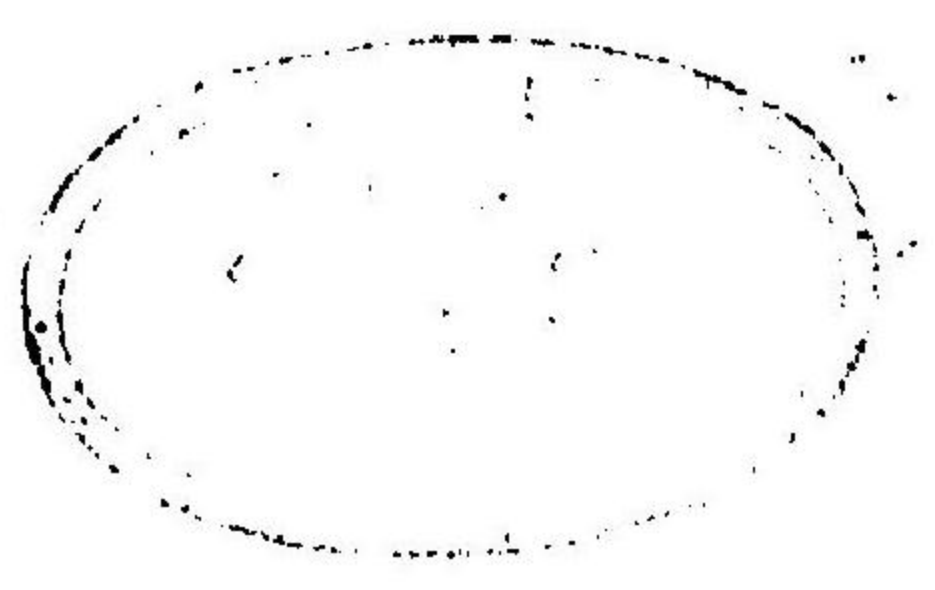


明治四十三年度(東大)法学博士講述

債権法講義 下卷

(非賣品)

附言  
此講義ハ同志ノ者相寄り四十五部ヲ限リ謄寫ニ附シ実務ヲ以テ配附シタルモノニシテ本書ハ即其一部也





備考

此講義ヲ筆寫スルニ當リ元來博士ノ講義ニハ題目ヲ附セザリシモ修學ノ便ヲ圖リ專ラ法典ニ則リ項目ヲ分テリ之レニ付キ誤謬アラハ任意添削アルベシ。

民法債權法講義 目次

第一章 總則

第十節 債權ノ消滅

第一款 弁済

第一項 弁済ヲナスベキモノ又ハ有效ニ弁済ヲ

ヲナシ得ベキモノ如何

第二項 弁済ヲ受領スベキモノ又ハ弁済ヲ

有效ニ受領シ得ヘキモノ如何

第三項 弁済トシテ給付スベキモノ

第四項 弁済ノ場所

第五項 弁済ノ費用

第六項 弁済者ノ權利

第七項 弁済ノ充當

第八項 弁済ノ提供及ヒ供託



第一目 適法ニシテ履行ノ提供ノ效果

第二目 供託

第九項 代位弁済

第二款 相殺

第一項 相殺ノ意義

第二項 相殺ノ要件

第三款 更改

第一項 債權者ノ交替ニヨル更改

第二項 債務者ノ交替ニヨル更改

第三項 債務者ノ目的ノ變更ニヨル更改

第四項 更改ノ效果

第四款 免除

第一項 免除ノ意義

第二項 免除ノ方法

第五款 混同

五〇

五五

七〇

九三

九三

九七

一三一

一四〇

一四四

一五〇

一六七

一六九

一六九

一七〇

一七五

第六款 履行ノ不能

第七款 當事者ノ死亡

第二章 契約

第一節 總則

第一款 債權發生原因

第二款 契約ノ意義

第三款 契約法ノ沿革

第四款 契約ノ種類

第五款 契約ノ通則

第一項 契約ノ締結ノ順序及ヒ手續

第二項 広告ニ干スル規定

第六款 契約ノ效力

第一項 允諾ノ負担ノ問題

第二項 同時履行ノ原則

第七款 契約ノ解除

一八四

一七

一八九

一八九

一八九

一九六

二〇〇

二一一

二一七

二二九

二五二

二五四

二六三

二七五

二八一



第一項 契約解除ノ權利ノ發生原因	二八三
第一目 契約解除ニ干スル立法例	二八五
第二目 契約ノ一方ノ不履行ニヨル解除ヲ認ムル立法ノ趣旨	二八九
第二項 解除權行使ノ方法	二九〇
第三項 契約解除ノ效果	二九三
第四項 解除權ノ消滅	二九九
第二節 各論(畧述)	三〇六
第三章 事務管理	三〇七
第四章 不當利得	三一八
第五章 不法行為	三三九

民法債權法講義目次 畢

民法債權法講義

第三編 債權	
第一章 總則	
第十節 債權ノ消滅	
債權消滅ノ原因數種アリ、民法ニ規定アルト否トヲ問ハズ一般立法例ノ消滅原因ハ尤モ如シ、	
一 弁済	
二 相殺	
三 更改	
四 免除	
五 混全	
六 履行不能	
七 當事者ノ死亡	







セズ、凡テ債務干係ヲ生セシメタル全一方法ヲ以テスルニ非サレハ其干係ヲ消滅スルヲ得ザルモノトセリ、之ヲ以テ或ハ独民法ノ三六一一項ノ規定ハコノロトシテ見解ヲ排斥スルノ旨意ヲ以テ設ケシヤモ知レズ、然レテラ所謂及對行為ノ規則ハロトシテ古法ノ形式主義ニ基キ近世立法例ニハ存セサルヲ以テ特ニコレヲ否認スルカ如キ規定ヲ設ケルノ必要ナレトセフベシ、兼済ハ債務干係ヲ消滅ヲ目的トスル一種ノ法律行為ニシテ或ハ兼済者ノ行為ノミヲ以テ其效果ヲ生スルヲアリ、例ハ委任ニヨリ代理人カ委任事項ヲ處理セラルル場合、如シ現行民法六四四、四四九條兼済ハ多クハ債權者之ニテ受領スルヲ要シ債權者ノ共同行為ヲ要件トスル双方行為ニシテ單獨行為ニハアラス、其事ハ右述スベキ兼済ノ提供ニ于スル規定ニ徴シテ明白ナリ、又供託ノ必要ヲ生スルヲ以テ見ハモ明カナリ、即チ兼済ハ多クハ双方行為ナルモ而カモ私見ニテハ此レハ契約ニ非カル双方行為ノ適例ナラント信ス。

兼済ハ其單獨行為ナル場合ナルトハ問ハス何レモ債務ノ本旨ニ從テ履行ナル莫クニシテ其履行ヲ表示スベキ方式ヲ要セズ、受取証書ノ如キハロトシテ法ノ *Quodlibet* 兼スル処アルモ乍併止セ法律ニテハ之ヲ以テ單獨兼済

受領ノ証書トナスニ止マリ兼済ノ要件トハナサズ、或履行カ果シテ債務ノ本旨ニ從テ兼済トシテ效カヲ有スベキヤ否ヤハ債務干係ノ目的即チ内容ニ于テ各場合ニ付キ決スベキ事案解決問題ニシテ概括的ニ法律ヲ以テ予定シ得ベキ性質ノモノニアラス。

第一項 兼済ヲナスヘキモノ又兼済ヲ有效ニシ得ヘキモノ如何

兼済ヲナスヘキモノハ債務者ナリ、其單獨ノ債務者ナルト共同債務者ノ一人ナルトハ問ハズ、又主タル債務者ナルト從タル債務者ナルトハ保証人ノ如キ從タル債務者ニアリテモ主タル債務者ク兼済ヲナサルニ於テハ自ラ兼済ヲナサルヲ得ザルナリ。多数當事者ニ關スル條文參照。

有效ニ兼済ヲナシ債務ヲ消滅セシメ得ヘキモノハ兼済ヲナスベキ債務者ニ限レルニアラズ、例ハ他物當財產ノ取得者、如キ利害ノ關係ヲ有スルモノハ兼済ヲナス責任ハアラサルモ尚兼済ヲナスノ權利ヲ有スルモノニシテ若シ兼済ヲナセシニ於テハ當然債權者ニ代位スルヲ得、保証人ニモ代位權アリ。代位位兼済ニ就テハ右述スベキモ其場合ニハ法律ノ規定ニヨリテ債務干係ハ尚存続セルモノト見タリ。利害干係ナキ第三者ニアリテモ有效ニ兼済



ヲナシ債務ヲ消滅セシムルヲ得、何トナシハ尙モ債務ノ本旨ニ從テ履行タ  
 り以上ハ其履行ヲナス人ノ何人タルカニ區別ナク等シク債權者ヲシテ其ノ  
 權利ヲ全フスルコトヲ得、セシムルヲ以テナリ、之レハ民法四七四ノ本文ニ規定  
 セル所ニシテ、而シテ其但書ニ債務ノ性質カ第三者ノ兼濟ヲ許サレバ時  
 トナルト特別ノ技能ヲ要スル債務者ノ行為ヲ目的トスル債務ノ類ヲ指  
 シタルニシテ、之レヲ除外シタル者ニ於テハ決シテ本旨ニ從テ履行ヲ  
 ナシ得ベキニアラサルヲ以テナリ、旧民法、仙民法ノ規定又然リ、財、四五二  
 二項、四五三、一項、仙民、二二六、二二七、 独民法ニハ、私民法四七四ニ相當  
 スル規定ナキカ如キモ尙古クテ候々ナルノ趣旨ナルニシ。

吾現行法ニ於テハ債務ノ性質ハ、第三者ニ於テ兼濟ヲナシ得ベキ場合  
 ニアリテモ當事者ガ若シ反對ノ意思ヲ表示シタル中、其第三者ノ兼濟ヲ許  
 サストセリ、民法、四七四、但書、末段ノ規定セル所ニシテ、其當事者其當事者ト  
 云ハル債權者及債務者ヲ指スナリ、其反對ノ意思ハ債務ノ原發生ノ當  
 時ニ之レヲ表示シタルモノヲ指マルモノト解ス、果シテ而テハ此規定ハ債務ノ原  
 ノ双方ノ當事者ノ意ヲ望ムル所以ニシテ、理論上ハ正當トセシムベカラサルモ旧民

法仙独民法ニモ相當スル規定ナキカ如シ、利害ノ干係ナクシテ兼濟ヲナス者  
 三者ハ債務者ノ委任ヲ受ケタル代理人タルト多カルニシ、代理人ハ本人ニ對シ  
 テ求償權ヲ有シ且債權者ノ承諾ヲ得テ之レニ代位スルコトヲ得、財、四  
 四、二項、現行民法四九六、六五、又第三者ハ代理人ニ非ラスシテ事務管理  
 理人トシテ兼濟ヲナスコトニアルニシ、此場合ニハ不學利得ノ原則ニ基テ、求償  
 權アリ、又其範圍内ニ於ケル代位權アリ、財、四四、三項、現民、四九六、七〇二、  
 事務管理、本人ノ意思ニ反シテ尙之レヲナスコトヲ得、(民、七二、二項)然ルニ、吾  
 民法ニテハ利害ノ干係ヲ有セサル第三者ハ債務者ノ意思ニ反シテ兼濟ヲ  
 ナスコトヲ得サルモノトセリ、之レハ四七四、二項ニ規定セル如シ、其趣意ハ債務者  
 ニ於テ潔シトセサル如キヲ慮リタルモノナルニシ、此規定アルヲ以テ債務ノ  
 兼濟ニ付テハ七〇二、三項ノ適用ナキコトナルニシ、從テ第三者ノ兼濟タル兼濟債  
 權者ニ於テ之レヲ承諾シテ受領セシ時ト雖モ尙モ其効ナリ、其第三者ハ債  
 權者ニ對シテ償還ヲ請求スルヲ得、債權者又債務者ニ對シテ兼濟ノ  
 請求スルヲ得、ハコトナリ、全然モ兼濟ノ手續ヲ重ナル人ニナリ、余ハ民法七〇二、三項ノ  
 當否ニ付テハ疑ヲ持ス、然レ下ラ若シ斯ノ如キ規定ヲ必要トスルニ於テハ



債務ノ弁済ニツイテハ尤モ適用多キナラント信ズ、然ルニ此場合ヲ除外セルハ益ニシテ難キ所ナリ。

独民法其他一般立法例ニ於テモ吾民法四七四三項ニ相当スル規定ナキガ如シ、旧民法ニテハ利益ノ干係ヲ有セサル第三者ノ弁済ニツイテハ債権者ノ債務者ノ承諾アルヲ必要トス、然レドモ二項、即チ第三者ノ弁済ニ付テハ債権者一方ノ承諾ハナキモ債務者一方ノ承諾アレハヨシトス、然レドモ債権者及債務者共ニ承諾セサルハ双方ノ意思ヲ重スルノ趣旨ナラン、弁済ニ得ストナス、債務者一方ノ承諾セサルモ債権者承諾スルハ債権者ヨリテ弁済ヲ受クルヲ得セルハ必要アリト見タルナリ。即チ有效ニ弁済ヲ行ハシムル債権者ハ弁済ヲ受ケントシタルハ債務者之レニ反対シ時トシテ尚第三者ハ有效ニ弁済ヲ行ハシ得ト旧民法ノ規定セムハ大ニ理由アルナリ。現行民法ニシテ反対ノ事ヲ規定スルモ一般立法例ノ趣旨トスル処ハ其ノ趣ニ於テ旧民法ト一致ス、然レドモ下ラ債務者ハ承諾スルニ於テハ債権者カ承諾セサルモ第三者カ有效ニ弁済ヲ得ヘキモノト解セサルカ如キヲ旧民法ノ規定セルハ弁済ノ双方行為タル性質ヲ全然無視シタルモノト云フベシ。債

務者自身弁済セントスルモ債権者之レニ応セザルハ弁済ナル法律行為ノ效力ヲ生マル方法ナキナリ。

第二項 弁済ヲ受領スベキモノ又弁済ヲ有效ニ受領シ得ヘキモノ如何

弁済ヲ受領スヘキモノハ債権者タルハ明白ナリ、而カモ債権者ニシテ完全ニ弁済ヲ受領シ得ヘカサルナリモアリ、債権者カ其債権ノシテ第三項ニ債務者ニ対スル債権ヲ差押ヘタル場合ノ如キハ其ニ場合ナル之レハ民法四一四一項ノ規定スル所ニシテ其第三項ノ規定ハ不当利得ノ原則ノ適用ヲ示セルニ過ギズト云フベシ、旧民法、仙民法今様規定アリ、(或ハ其ノ他ニ四二四ニ) 債権者カ不能カナル中ハ弁済ヲ受領スルモ完全ニ効力ヲ存セズ、其ノ旧民法四四五ノ規定セル所ニシテ仙民法ニ四二五ニ今様ニ規定ス、其現行民法ニ於テハ債務ノ弁済ニシキ之レニ相当スル規定ナキモ民法四節三ニ適用ヨリテ今様ノ結果トナルベシ。

弁済ヲ受領シ債務者ヲ免シシメ得ヘキモノハ債権者本人ニ限ルニシテラス。



債務者ハ債権者ノ代理人ニ對シテ有效ニ弁済ヲナレ得ヘキハ勿論ナリ  
而シテ代理人ニ弁済ヲ受領スルノ権限アリヤ否ハ各場合ニツキ決スベキ事  
實問題ナルモ吾現行民法ニ於テハ受取証書ノ持案人ハ弁済受領ノ  
権限ヲ有スルモノト見做ス、民法四八ノ本文ニ規定スル所ニテ獨民法ニモ  
三七ノニ全様ノ規定アリ、此規定ハ過失ナキ善意ノ弁済者ヲ保護シ取  
引ノ便利ヲ計ルニヨリモ受取証書ノ持案人ハ必スシモ弁済受領権限  
ヲ有セルモノニテラス、其権限ナキヲ知リ又ハ知ラザルニワキ過失アリシ弁済  
者ハ何等保護スルニ必要ナキ理ナリ、之レ四八ノ但書ヨリ所以ナリ、獨民法ニモ  
全様ノ但書アリ、其但書ノ規定ハ本文ノ趣旨ヲ明白ニセルモノト云フべし。同  
民法ニテモ民法ニテモ或民法四八ノニ相當スル規定ナキモ受取証書ノ持案人  
弁済受領ノ権限ヲ有スルモノト推定スヘキモノナラズト信ズ、推定ハ此及  
對ヨリテ被リ得ルモノナルヲ以テ充分ニ弁済者ヲ保護スルニタラスト考メ以テ現民  
ハ弁済受領ノ権限ヲ有スルモノト見做ストセルナリ、尤モ此規定ハ受取証書  
カ真ニナルモノナルキニワイテ適用セラレ偽造ノキハモ論適用ナカレべし。  
債権者又ハ其代理人ニ對シテナル弁済ニテラサルモ債権ノ準ニ有テ

ニシテ弁済ハ弁済者カ善意ナリシ時即弊占有者ヲ眞正ノ債権者  
ナリト信ズテ弁済セシ時ニ限リテ之レヲ以テ有效ノモノトシ債務者ハ債務  
ヲ免ルルヲ得トセリ、(民法四七八) 但、民法同様ナリ、(財、四五七、一  
項、八一四〇)

此規定ノ趣旨トスルルモ亦善意ノ弁済者ヲ保護セントスルニテハ民法四  
八ノノ規定ニ於ケルト全様ナリ、而シテ四八ノニ於テハ弁済者ノ善意及ヒ  
過失ヲ要件トセルニ四七八、ヲ以テハ善意ヲ唯一ノ要件トセルハ彼此推衡  
シ失セザルカ、債権ノ準占有者ト云フハ自己ノ為メニスル意思ヲ以テ他人ノ  
債権ヲ行使スルモノヲ云フ、(三〇五) 例ハ債権者ニテラスシテ而カモ債  
権者ナルカ如ク債務者ヨリ定期ニ利息ノ弁済ヲ受ケ居リシモノ、如シ弁  
済ヲ受ケ急モノハ債権者ニ非ラス、又代理人ニモ非ス、故ニ其弁済ハ本来  
ニ毎枚ナルヘキモ債務者ハ其債権者ニ對シテナスモノト信シテ弁済ヲナレ  
タルモノナルカ故ニ之レヲ保護スルノ必要アリ、眞正ノ債権者ハ他人ヲ以テ恰  
モ債権者ナルモノ、如ク行動スルヲ得セメント云フ自己ニテ注意ノ怠慢ヲ  
リンモノナルハ保護ノ必要ナシ、之レ善意ヲ要件トシテ債務者カ準占



有者ニ対シテ為シタル弁済ヲ有效トモシ理由ナランモ實際ハ此四七八ノ適用ヲ受クヘキ場合ハ甚稀ナルヘシ、旧民法ニテハ四五七、二項ニ表見ナル相続人其他包括承継人、每名債権ノ表見ナル譲受人及毎記名証券ノ占有者ハ之ヲ債権ノ占有者ト見做スト規定ス、旧民法ニ相当規定ナキモ旧民法規定ハ其実旧民法ノ趣旨ヲ法文ニ書キシモノナルヘシ、乍然旧民法ニ債権ノ占有者ト見タルモノハ現行民法ニ於テ債権ノ準占有者ト見ルヲ能ハサルヘシト信ス、旧民法ノ解釈トシテモ旧民法ノ規定當リ得レヤ疑ハレ、何トモハ表見ナル相続人其他包括承継人ハ有体ノ財産ヲ占有シ債権其他ノ財産権ノ証券ヲ占有シ每名債権ノ表見ナル譲受人亦其証券ヲ占有セルナレバモ証券ノ占有ヲ以テ決シテ債権ノ行使ト解スルヲ得ヘキモノニテ云フベシ、指圖証券ノ占有ニツイテ云フモ全様ナリ、四五七、五項、指圖証券ノ占有ヲ以テ債権ノ行使ト見ルヲ得ヘシトモ民法四七八ノ外ニ四七〇、ヲ設クルノ必要ナカレキナリ、毎記名証券ノ占有ニツイテ云フモ亦全様ナリ、吾現行民法ニ於テハ以テ種ノ証券ニツイキ四五七、ニ相当スル規定ヲ設ケサルハ欠点ナルリ前述ノ如ク尤モ毎記名債権ノ之ヲ動産ト見

做セルヲ以テ民法八六三項、一九二ノ適用ヲ受クヘキ場合ニハ証券ノ占有者ハ債権者トナルナリ、債務者ハ其占有者即チ債権者ニ弁済ヲシテ債務ヲ免シ得ヘキコト勿論ニシテ民法四七〇ノ規定ヲ俟ツテ然ルニテラス、乍然此四五七、ノ適用ヲ受クヘカラスル毎記名証券ノ占有者ハ債権者ニ非ラス、又債権ノ準占有者モアラス、記名証券及指圖証券ノ占有者ニ與ナルニシテ指圖証券ニ就テハ四五七、ノ如キ規定ヲ設ケテラ毎記名証券ニツイテ相当規定ヲ設ケサリシハ益々欠点多ク明ニスヘキナリ。

債権証券ノ占有者ヲ以テ準占有者ト見ルヘカラスルハ前述ノ如ク其占有者カ証券ヲ以テ債務ノ弁済ヲ請求スルコト債権ヲ行使セントナレバ止マリ現ニ債権ヲ行使シタルニテラカカシカカ其証券ノ占有者ハ債権ノ準占有者トハナラサルナリ、又証券ノ占有者カ債務者ニ請求シテ利息又元本ノ一部分ノ弁済ヲ受ケタル時ハ即現ニ債権ヲ行使スルモノナリ其占有者ハ將來ニ向テ債権ノ準占有者トナルヘキモ若シ元本ノ全部ノ弁済ヲ受ケン時ハ其ハ權利ナキ占有者トシテ行使シタルモノニテ將來



向ツテ債権ノ準占有者トナルニアラサルハ、果シテ然リトモ民法四七九ノ適用ヲ受クヘキ場合ハ、實際ハ意外ニ稀ナラン、モシ善意ノ年済ヲナシタル債務者ヲ保護スルノ必要アルニ於テハ、債権者ト信スヘキ正当ノ理由アルニ對シテナシタル年済ハ之ヲ有效トナスル規定セシ方勝リシニアラサルカ。

債権者又ハ其代理人若シテハ、代理人ト見做サレタル受取証書ノ持券人ニ準占有者ニナシタル年済ハ有效ナリ、債務者ハ之レニヨリテ債務ヲ免ル、此外年済受領ノ権利ヲ有セサルモノニ對シテナシタル年済ハ全然無効ナルモ、乍然其年済ノ事實ニ於テ債権者ノ利益ニ帰スルコトナキヲ得ズ、例ハ受領ノ権限ナキモノニシテ事務管理者トシテ年済ヲ受ケ奉ルノ為メニ之ヲ使用セシ場合ノ如シ、斯クシテ年済場合ニ於テ若シ債務者ノ年済ヲ全然無効トナス時ハ、債権者ハ更ニ債務者ニ對シ年済ヲ請求シ得ヘキコトナリ、二重ニ利益ヲ享有シ得ヘキニアラサルヲ以テ債権者カ無効ノ年済ニヨリ事實間接ニ得タル利益ハ之レヲ償還セサルヘカウサラン、之レ民法四七九ノ規定アル所以、並用ノ手續ヲ省略スルノ便宜ニ由テシナリ、仙、旧、民法全様ナリ（財四五六、仙、

(二七九)

旧、仙、民法共ニ年済受領ノ権限ナキモノニナシタル年済ニ在リテモ債権者ニ於テ之レヲ追認シタルハ有效ナル旨ヲ規定ス、乍然之レハ当然云フ俟タス事後ノ追認ハ豫ノ事前ノ委任ニ同キヲ以テナリ。

第三項、年済トシテ給附スヘキモノ、

年済ハ債務ノ本旨ニ從テ履行ニシテ債務者カ負担シタル給附ヲ現實ニナシアラサル元ヨリ年済ノ效力ナシ、而シテ。

(一) 差シ其給附カ作爲スルニ不作爲ヲ以テ成立セルモノナリハ如何ナルコトナシ、現實ニ給附ヲナシタルモノト見ルコトヲ得ヘキカニツイテハ豫ノ概括的規定ヲ定メ置クヲ得ヘキ性質ノモノナラス、各場合ニ於ケル目的即内容等ヲ解釈シ以テ決スルノ外ナキナリ。

(二) 債務者ノ負担シタル給附カ特定物ノ引渡ヲナスニ在ル時ハ、其物ヲ引渡サシムヘカウサル勿論ナシ、如何ナル状態ニ於テ其物ノ引渡ヲナスヲ要スルカ或ハ如何ナル状態ニ於テ引渡ヲナセバ足ルカ。

我現行民法ニ於テハ、其物ヲ引渡スヘキ件ノ現狀ニ於テ之レヲ引渡スル要



ス旨ヲ規定ス(民法四三)

旧民法及民法ニ於テハ其物ヲ引渡スヘキ時ノ現状ニ於テ之レヲ引渡セル旨ヲ規定ス(財四六一項本文、仙、三四五)

斯ノ如ク現行民法ノ規定ト仙、旧民法ノ規定ハ其字句ニ於テ差アルモ全意義ナリ。ト解スヘシ、給付カ特定物ノ引渡ヲナスニ在ル時ハ債務者ハ其物ヲ引渡ラナス迄、其物ヲ保存スルニツキ注意ヲ加フル一ヲ要スル義務アリ、(民法四〇〇)

故ニ其物ヲ引渡スヘキ時ニ到ル迄ニ債務者ノ不注意ニヨリ物カ毀損シタル時ハ其損害ヲ賠償スルノ責任ハ債務者ニアリ、其物ヲ引渡スヘキ時ノ毀損ノ状態ニ於テ之ヲ引渡シテハ責任ヲ全フセシモノト云フヘカラス、然レモ若シ其物ノ毀損カ不可避カニシタル時ハ元ヨリ債務者ニ於テ損害賠償ノ責任モ、其物ハ引渡スヘキ時ノ現状ニ於テ之レヲ引渡セル充分ナリ。

之レ旧、民法ニ於テ引渡スヘキ時ノ現状ニ於テ引渡可ナル旨ヲ規定セル所以ナラン、然ルニ債務者カ引渡スヘキ特定物ヲ其時期ニ於テ引渡サズ、遲滞ニ下ル時ハ若シ其物カ毀損セル時ハ債務者ノ不注意ニヨル場合

ナト不可避カニル場合ナルトヲ問ハズ債務者ニ損害賠償ノ責任アリ引渡ヲナスヘキ時ノ現状ノ終ニテ引渡シテハ充分ナラス、其物ヲ引渡スヘカリシ時ノ現状ニ之レヲ引渡スルヲ要スルナリ、即、毀損ナキ状態ニ於テ之ヲ引渡スルヲ得サルカ否ニ債権者ニ生シタル損害ハ債務者之レヲ賠償セル可カラス、之レ現行民法カ特定物ヲ引渡スヘキ時ノ現状ニ於テ之レヲ引渡ス旨ヲ規定セル所以ナレシ。

旧、及民法ニテハ特定物ヲ引渡スヘキ時ノ前ニ於テ其物カ毀損セル場合ヲ想像シ現行民法ニ於テハ其特定物ヲ引渡スヘキ時ノ後ニ於テ其物カ毀損セル場合ヲ想像シテ規定ヲ設ケシモノナレハ其言ノ差ヲ生シタルノミニテ其意味ニ於テ何等ノ差異ナシ。財四六一、但書ニ、民法一三四五ニ指示セルカ如ク危険負担ノ問題ニ引照シテ考察スヘシ、(現行法五三四、五三五)

(三) 給付カ量定物ノ引渡ヲナスニ在ル時ハ當事者ノ意思ニヨリテ定ヨリタル品質、若其意思不明瞭ナル中、中等ノ品質ヲ有スルモノヲ引渡サルヘカラス、(現民、四二二項、財四六〇、三項、仙一三四六、独二五三)

債務者ハ其負担シタル給付ノ数量ヲ完全ニ引渡スヲ要ス、一部ノ引渡

一七



ヲ債権者ニ對シテ得ヘキモノナラズ。

民法一三四、二項ニ以テ規定スルモ現行民法、獨民法ニ相當規定ナシ、然レ作ラズシハ當然九ノ趣旨ナレハ、民法一三四、二項ニ於テハ裁判官ニシテハ債権者ニ部弁済ヲ許シ殘部ニ付テハ猶豫ヲ与フルノ職權ヲ以テセリ以テスヤ債権者ノ保護ニ偏重スルノトナフヘシ、斯クノ如キ規定アル各別規定ナキニ於テハ一般理論ヲ以テテ斯クノ如ク認ムルヲ得ヘキアラズ、量定物ノ引渡シ目的トスル債務ニツイテハ四〇一、二項ノ適用ヨリ其目的物カ之ヲ引渡スヘキ時ニ先ナテ特定物トナラシム場合ニテラサレハ所謂危險負擔ノ問題ヲ生スルナシ、(民法五三四、二項)

債務者カ負擔シタル給附カ或物ヲ引渡スニ足時ハ其物ノ特定物トシテ量定物トシテ引渡シタル其物ニ就テ存シ權利ヲ債権者ニ取得セシムルニテラサレハ單ニ物ヲ引渡シテ有テ移セルノミヲ以テハ決シテ弁済ノ実益アリト云フヘカラス、債務者カ弁済トシテ他人ノ物ヲ引渡スモ自己カ有セサル權利ヲ他人ニ(債権者)与フルヲ得ヘカラスカ故ニ弁済ノ效力ヲ生セス、(旧、財、四五五、一項、仙一二三、前文)

他人ノモノヲ引渡スモ弁済ノ效力ナキヲ以テ債権者其物ヲ返還シテ債務者ニ對シ更ニ有効ナル弁済ヲ請求シ得、債務者亦其物ノ返還ヲ請求シ得ヘキモノナラン、(財四五五、二項)

債務者カ更ニ有効ナル弁済ヲナスヲナクシテ其物ノ返還ヲ請求シ得ヘキモノトナスニ於テハ理論上ハ正当トナスモ實際ニ於テ債権者ニ不利益ヲ与フルトナルヘシ、之レ現行民法ニ於テ四五五ノ規定ハ所以ニシテ即債権者ニ種ノ留置權ニ與スル權利ヲ与ヘキモノナリ。

旧、財、四五五、四項亦同様ノ規定ヲナス、仙民法ニハ何等規定ナキモ一二三八、末文ノ解釈上全様ナラン。

以四五五ノ規定ハ債務者ヲ以テ更ニ有効ナル弁済ヲナサレハ分カシメ債権者ニ留置權ニ與スル權利ヲ与ヘシモノナレモ民法一九二ノ規定ヲ適用シ得ヘキ場合ヲ除ク外債権者其權利ヲ以テ弁済トシテ受取リタルモノ、真正ノ所有者ニ對シテ得ヘキモノナラザルヲ云フメテモナシ。

故ニ債権者カ弁済トシテ受取リタル物ノ所有者ヨリ之ヲ追奪セシメタルハ債権者ハ債務者ニ對シ更ニ有効ナル弁済ヲ請求スルノ外ナシ、債権者カ弁



債権者受取ルモノニツキ民法一九二ノ適用ヨリ其物ノ所有者ニ対抗シ得ベキ  
完全ノ権利ヲ取得セル件ハ債権者ハ債務者カ更ニ有效ナル年済ヲ提供シ  
其物ノ返還ヲ請求シタル件ハ之ニ応セサルヘカラサルカ、或ハ又前ニ受取ルモノ  
ニツキ完全ノ権利ヲ取得シタルニツキ満足シテ債務者提供ノ部年済ヲ  
拒ミ得ルカ、即チ換言セバ一九二ノ適用ニ場合ニ四七五ノ適用ナキヤ否ヤ。  
以テ其ニ就テハ多少ノ疑見モ一九二ノ一般ニ有体動産ニ関スル占有ノ效力ヲ  
定メタル四七五ニ年済トシテ授受ニ其物ノ占有ニツキ當事者ニ特別ナル效力ヲ  
定メタル四七五ヲ以テ民法一九二ノ適用アル場合ニモ尚民法四七五ノ適用アルモ  
ト解スルノ適當ナルヘシ。然ラハ債権者ヲシテ更ニ有效ナル年済ヲ受ケレルト  
同時ニ債務者カ前ニ年済トシテ引渡シタルモノ、所有者ヲシテ其権利ヲ恢復  
セシムル得テ凡テノ権利者ニ対シ好都合ノ結果ヲ見ルヘシ。  
民法四七五ハ法史上カテ年済トシテ他人ノ物ヲ引渡セル場合ニツキ規定セル  
モ然レ作ラハ規定ハ債務者カ負担セル給附カ量定物ノ引渡ヲナス場合ヲ  
シテハ適用アルヲナシ、何トナシハ債務者カ負担セル給附カ特定物ノ引渡ヲ  
ナス場合ナシハ債務者ハ他ノ物ヲ以テ更ニ有效ナル年済ヲナストシテ人々然レ不可  
能ナシハナリ、旧民法ハ明白ニ年済トシテ量定物ヲ引渡セル場合ノミヲ規定  
ス(財四七五、一項)

能ナシハナリ、旧民法ハ明白ニ年済トシテ量定物ヲ引渡セル場合ノミヲ規定  
ス(財四七五、一項)  
民法ハ年済トシテ引渡ス物ノ所有者ナラシムル有效ニ年済ヲナシ得サル旨ヲ一般  
的ニ規定セルハ現行民法ニ於テ然レ作ラハ其規定ノ解釈ハ量定物ノ場合  
ニ限り適用アリトセカ如シ。即チ旧民法ハ其解釈ヲ成文トセルニスキス。  
(四) 債務者カ負担セル給附カ特定物ノ引渡ヲナスアリテ而カモ其物カ他人  
ノ所有ニ属スル件ハ債務者ハ債権者ニ其物ヲ引渡シ債権者ニ其権利ヲ取  
得セシメ得サルヲハ勿論ニシテ以テ其莫ニツキ量定物ノ場合ニ於ケルト異ナルヲ  
ナシ、而シテ債務者ハ更ニ他ノ物ヲ以テ年済ニ充ツルモノニアラサルヲ以テ民法四  
七五ノ適用ナシ、其他年済ノ效力ノ問題ト云ハレヨリ債務ノ效力如何ノ問題ノ外  
生スルノ余地ナシ、(五六〇以下、他人ノ物ノ債權ニ関スル規定参照)  
(五) 債務者ノ負担セル給附カ物ヲ引渡スニ在リ、而シテ其債務者カ年済ト  
シテ自己ノ所有物ヲ引渡ス時ハ債権者ハ其物ノ権利ヲ取得シ債務者  
ハ之ニヨリテ債務ヲ免ル。乍然年済ハ一種法律行為ナシテ債務者カ差シ  
無能力者ニシテ其債務ノ目的物ヲ讓渡スルノ能力ヲ有セサル件ハ年済ノ行為



ヲ取得シ而シテ前ニ并済トシテ引渡シタルモノ、返還ヲ請求シ得ルコトナラヘシ、  
斯ノ如キコトハ債権者ニ不利益ヲ及ボスコトハ恰モ并済トシテ他人ノ物ヲ引渡セ  
ル場合ト酷似ス、之レ民法四七六ノ規定アル所以ニシテ其趣旨トスル所ハ四七  
六ニ於ケルカ如ク債権者ヲ保護スルカ爲メニ一種ノ留置権ニ表スル權利ヲ  
与ヘタルナリ、(財四五五、四項、八、三三八、前文)

此四七六ノ規定モ亦債務者カ負擔セ給付カ特定物ノ引渡ヲナスニアル  
場合ニ適用ナキコトナラス、其給付カ特定物ノ引渡ヲナスニアル場合ニ於テ  
モ現ニ引渡シタルモノ、品質ト債務者カ引渡スヘキ物ノ品質ト間ニ差  
等マリ而カモ前者カ後者ノ品質ヨリモ上等ノモノナリレ場合ニアラサレハ実  
際上適用ナレ。

(六) 債務者カ負擔セル給付カ特定物ヲ引渡スニアル場合ニ於テ并  
済トシテ他人ノ物ヲ引渡シタルハ又債務者カ無能力者ニシテ并済トシテ引  
渡シタルモノヲ讓渡スル能力ナク并済ノ行為ヲ取消シタルハ何レモ更ニ  
有效ノ并済ナシ前ニ引渡シタル物ノ返還ヲ請求シ得ヘキモノナルコト民法  
四七五、四七六ノ規定スル所ノ如シ。

然ルニ債権者カ并済トシテ受取ル物ノ返還ヲ請求セラル、以前ニ於テ  
差シ之レヲ消費スルカ又ハ他人ニ讓渡セシコトアルハ債務者ヨリ更ニ有效ナ  
ル并済ヲ提供シテ以前ニ受取ル物ノ返還ヲ請求セラル、モ何等若クモ  
ニ由ラカルヘシ、差シ其請求ニ応セサル可カラストモ債権者ハ各種品質  
ノモノヲ買入レテ之レヲ債務者ニ引渡サルヘカラサルニ到ル、斯リノ如キハ債  
権者ニ大ニ不利益ヲ蒙ラシムル所ニシテ此レ實ニ民法四七五、ノ規定ヲ  
設ケル所以ナリ、旧民法、財、四七五、五項モ全様ノ規定アリ。

14. 民法一三三八、末文ハ債権者カ并済トシテ受取ルモノヲ消費シタ  
ル場合ニツイテノ規定セルニ過キサレモ其精神トスル所ハ其物ヲ他人ニ讓渡  
セル場合ヲモ包含スルモノト見テ可ナラン。

民法四七五、ニ於テ本来ニ無効若シハ取消シ得ヘキ并済ヲ有效ノモノトモ  
ハ其當事者ニ止マルコトニシテ即チ債務者カ并済トシテ他人ノ物ヲ引渡シ債  
権者カ善意ニテ之ヲ消費シタルハ此レヲ他人ニ讓渡シタルカ爲メニ之レヲ其  
物ノ所有者ニ返還シ得ル場合ニ元ヨリ債務者ニ於テ損害賠償ノ責  
任アリト見ルヘシ。



債権者カ悪意ナリシ中然ラサルモ過失アリシ場合ナルニ於テハ其物ノ  
所有者ニ対シ債権者ニモ損害賠償ノ責任アリト見サルヘカラサラン若  
シ債権者カ物ノ所有者ニ損害賠償ヲナシタル中ハ債務者ヨリ弁済ヲ受ケ  
タル実益ヲ失フ、故ニ債権者ハ此場合債務者ニ対シ償還ノ請求ヲナシ  
得ヘキモノトセサルヘカラス。

之レ民法四七七、但書ノ規定見所以タリ、然レモラ此事タルヤ一般原  
則ト見テ当然云フヲ俟タル所ナリ。

旧民法民法共ニ之ニ該當スル規定ナキモ各様ニ解スヘキ疑フヘカラサ  
ル所ナリ。

債権者カ弁済トシテ受取りタル物ニシキ民法一九二ノ適用ヨリ完全弁  
済ノ権利ヲ取得シタル場合ニハ此但書ノ規定ノ適用ナキコト当然云フコト  
モナキ所トス。

(七) 債務者ハ其債務ノ本旨ニ從テ履行即弁済ヲ為スコトヲ要シ  
債務ノ目的タル給付ニ異ナリタル給付ヲナシテ以テ債務ヲ免レ得ヘキコ  
トナラス。

旧民法財四六、民法二四三ハ其事ヲ規定スルモ此レハ当然ニテ特ニ云フ  
ヲ要セザル所ナリ、乍然債権者ノ承諾ヲ得ルニ於テハ債務者カ負担シタル  
給付ニ異レル給付ヲナスモ亦債務ヲ免レ得ヘキナリ、之レ民法四八ニ規  
定セザルニテ独民法三六四一項、財四六、亦同様ナリ、此事亦例ノ規定  
アラサルモ當事者ノ意思ニヨリ当然同シ結果ヲ收メ得ヘシト思ヒテス  
レ民法ニハ之ニ該當スル規定ナシトモ一ニ四六、債権者ハ債務者ハ債  
務ノ目的ニ非サル物ノ受取ヲ強制セラル、コトナキ旨ノ規定ヲ設ク之ヲ解シ  
テ債権者カ承諾スルニ於テハ他ノモノヲ以テスルモ有效ニ弁済ヲナシ得ヘキモ  
ノトスルカ如シ。

又債務ノコトニ異ナリタル給付ヲナスコトヲ稱シテ *datio in solutum*  
ト云フ、現行民法ニ一定ノ名称ナキモ代物弁済ト云ハレ、旧民法ニテハ物ヲ金  
錢ニ金錢ヲ物ニ又或物ヲ他ノ物ニ代ヘテ弁済ヲナシ又ハ弁済スルコトヲ約諾  
シタル中ハ亦債務ヲ更改シタルモノト見做ス、乍然債務ノ目的タル作為ニ代ヘテ  
他ノ作為ヲナシ而シテ以テ債務ヲ負ルヘカラサル理由存スルコトナシ、旧民法規  
定ハ狭キニ失ス、故ニ現行民法ニ於テハ右ノ或給付ニ代ヘテ他ノ或給付ヲ  
ニ五



ナスヲ以テ代物并済トシテノ效力アルモノトセリ、独民亦現民トシテ等しく  
カシ。

代物并済ノ性質ニ関スル見解ハ一定セリト云フヲ得ス。

ローマ法ニ於テハ代物并済ハ当然債務ヲ消滅セシムトナス説ト原債  
務ニ対スル抗弁理由トナル止マルモノトナス説トノニアリ。

*Garinus* 派ハ前説ヲ主張シ、*Procurator* 派ハ後説ヲ主張セリ、

*Justinianus* ニ至リテ前説ヲ採用セリ。

代理并済ハ当然債務ヲ消滅セシムトナスモ其性質ニツイテハ或ハ之  
レヲ並テ并済ト全視シ或ハ賣買若シテハ交換トナシ又或ハ更改ト見ルカ如ク種  
々ノ見解アリ、一様ナラス。

(一) 之ヲ并済ト全視スル可ナラス、何トナシ并済ハ債務ノ本旨ニ從フ履  
行ニシテ債務ノ目的タル給付ヲ為スヲ要スルモノナルモ代物并済ハ其目的ニ代  
充ニ他、給付ヲ以テスルモノナレハナリ。

(二) 代物并済ヲ賣買若シテハ交換ト見ルモ可ナラス。何トナシハ代物并  
済ハ現在ノ債務ヲ消滅セシムルヲ以テ其本旨トナシ當事者間賣買若シテハ

交換ヲナスノ意思何等存スルヲナレハナリ。

(三) 旧民法ハ代物并済ヲ以テ明カニ更改ト見做スヘキ旨ヲ規定ス、但、独民  
法亦等シク更改ト見ルカ如シトモ私見ヲ以テハ之亦可ナリト云フヲ得ス、何  
トナシハ更改ハ旧債務ヲ消滅セシムト全時ニ新債務ヲ発生セシムモノナルモ  
代物并済ハ旧債務ヲ消滅セシムト止マリ新債務ヲ発生セシムモノニアラサル  
ヲ以テナリ、或ハ代物并済ノ場合ニ於テモ旧債務ヲ消滅セシムト全時ニ且  
之ニ代充新債務ヲ発生セシメ而シテ直チニ其新債務ヲ并済シタルナリト  
解スル人アガ如キモ乍然債務ノ発生スルト全時ニ消滅スルモノハ一瞬間モ存  
在セルモノト見ルヲ得サルヘシ、新債務ノ存在ハ唯空想ノミ。

旧民法ハ債務ノ目的タル給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲナスヘキ債務ヲ負担ス  
ルヲモ亦他物并済ト見タリ、独民法ノ趣旨亦全様ナリ。

之レ純然タル更改ノ性質ヲ有スルモノナルモ乍然在現行民法四三、二一給  
付ニ代ヘテ他ノ給付ヲナスト云フトハ全然別物ナリ。

斯クノ如シトスレバ代物并済ノ性質ハ如何ニ之ヲ見ルヘキカ。  
私見ヲ以テセバ代物并済ハ單ニ債權消滅ノ原因ニ一種ノ有償行為



ナリト見ハ充分ナリト信ス、強テ之レ他種ノ行為ニ附合スルノ必要アルヲ見ス  
 各現行民法ハ代物并済ノ性質ヲ断言セス、唯并済ト全一ノ効カヲ有ス  
 トセルノミ、民法ノ規定トシテハ最モ適當ナリ、并済ト全一ノ効カヲ有ス  
 ルモノトセルカ故ニ并済ノ充當ニ関スル規定ノ如キ其性質上代物并済ノ  
 場合ニ適用スヘカヲサルモノヲ除クノ外一般ニ并済ニ関スル規定ハ代物并済  
 ニモ適用セラレキモノナリ。

終リニ撰擇債務ニ似テ非テ所謂任意債務ハ一種ノ有償行為トシ  
 代物并済ノ豫約ニ性質ヲ有スルモノト見テ可ナリ。

第四項 并済ノ場所

契約ニヨリテ生シタル債務ノ并済ヲナスヘキ場所ハ其契約ノ時ヨリ當事  
 者ノ意思ニヨリテ定ムルヲ多カルヘシ、其意思ハ明示タルヲ要セ  
 ス黙示ニテモ可ナルハ勿論ナリ。

乍然契約以外ノ原因ニヨリテ生シタル債務ノ并済ヲナスヘキ場所ハ其  
 債務ノ發生後當事者特ニ之レニツキ契約セル場合ヲ除ク外當事  
 者ノ意思ニヨリテ定ムルモノナラス、而シテ并済ノ場所ニツキ特ニ契約ス

ルカ如キ稀ナリ、契約ニヨリテ生シタル債務ニ在リテモ其并済ノ場所ニツ  
 キ當事者ノ意思不明瞭ナルハ火カラス、故ニ法律上債務ノ并済ヲナ  
 スヘキ場所ニ関スル規定ヲ設クルノ要アリ。

現行民法ハ并済ノ場所ニ関シ債務ノ目的カ特定物ノ引渡ヲナスニ在  
 場合ト然ラサル場合トニ區別ス、第一ノ場合ニハ債務發生ノ當時特定  
 物ノ存在セル場所ヲ以テ并済ノ場所トナシ、第二ノ場合ニハ凡テ債権者  
 ノ現時ノ住所ヲ以テ并済ノ場所トナス、民法四八四ノ規定ナリ、商法二七八  
 參照。

民法四八四ニ債権者ノ現時ノ住所トアルハ聊カ不明瞭ナルモ次条ノ規定ニ  
 徴スル時ハ并済ヲナスヘキ時ノ債権者ノ住所ヲ指示セルハ疑ヒナシ  
 旧民法亦特定物ノ引渡ヲ目的トスル債務ト其他ノ債務トヲ區別シ第一  
 ノ場合ニハ契約ノ當時特定物ノ存在セル場所ヲ以テ并済ノ場所トナ  
 セリ、全然現行法ト全一ナレド、第二ノ場合ニハ債務者ノ住所ヲ以テ并  
 済ノ場所トナス、現民法ト異志、(財三三三、七項、四六八、一項)

旧民法ノ規定ハ全然旧民法ノ如シ、(旧民法一三四七)



三〇。  
旧民法ニ於テ、尚代替物ノ引渡ヲ目的トスル債務ニツイテハ其物ノ指定ヲシタル場所ヲ以テ、并済ノ場所トナスヘキ旨ヲ規定セリ、現行民法ハ民法共ニ相当規定ナキモ、當事者ノ意思ノ解釈上殊ニ現行民法ニ於テハ四〇一、二項及五三四、二項ノ規定ニ徴シ旧民法ノ規定ト全様ニ解スヘキナラシムルニテ、并済ノ場所ヲ明示セズ又事情殊ニ債務ノ性質ヨリテ并済ノ場所ヲ默示スヘキモノナキ時ハ債務發生當時ノ債務者ノ所在地ヲ以テ并済ノ場所トシテ債務者ノ營業ニ関シテ發生セシモノナルハ其債務者カ住所ノ外ニ營業ヲ有セル中ハ營業所ヲ以テ并済ノ場所トナセリ。

之独民法ニ六九ノ規定セハ所シテ債務ノ目的カ特定物ノ引渡ヲナスニ在ル場合ト然ラサル場合トヲ區別セサルモ乍然契約ニヨリ生シタル債務ノ目的カ其當時一定ノ場所ニテ特定物ヲ引渡スニ在ル時ハ當事者ノ意思ハ其ノ場所ヲ以テ并済ノ場所トナスニアリトノ解釈ヲ下スノ趣意ナルヘシ、独民法ニ營業ニ関スル債務ニツイテハ債務者ノ營業所ヲ以テ并済ノ場所トナセル事宜ニ適セリト信ス。

古民法亦尚代替物ノ引渡ヲ目的トナサレモノニ就テハ債権者ノ營業所、營業所ナキ時ハ其住所ヲ以テ并済ノ場所トナセリ、高、二七八。

乍然、私見ヲ以テハ斯ク如キ規定ヲ尚代替物ノ引渡ヲ目的トナサレモノニ就テハ理由アリ、凡テ營業ニ関スル債務ニツイテハ尤モ同趣意ノ規定ヲ民法ニ掲クニ方勝ヒリナラシム。

独民法ニ於テ、并済ノ場所不明瞭ナル金錢債務ニ就テハ、債務者ハ債権者ノ危険及ビ、負担ヲ以テ其住所、若シ其債務カ營業ニ関シテ發生セシモノナル時ハ債権者カ住所以外ニ營業所ヲ有セル時ハ其營業所ニ送金スヘキモノトス、独民法ニ七〇ノ規定スル所ニシテ今日ノ實際ニ適合セシ立法ト信ス、以規定ハ債権者ハ營業所又ハ住所ヲ以テ金錢債務ノ并済ノ場所トナセカ如キ觀アルモ實ニ然ラス、何トモハ債務者ハ債権者ノ危険及ビ負担ヲ以テ送金スヘキモノトナセルヲ以テナリ、即適当ニ送金ノ手續ヲ遂行セリ債務者ハ其債務ヲ免ル。

之ニ由ツテ之ヲ見テハ債務并済ノ場所ニシキ當事者ノ意思不明瞭ナル中ハ



独民法ハ一般ニ債務者ノ營業所又ハ住所ヲ以テ并済ノ場所トスルニ對シテ  
例外規定ヲ設ケス。旧民法及民法ニ於テハ債務者ノ住所ヲ以テ并済ノ場所  
トナスヲ原則トナシ之ニ對シテ特定物ノ引渡ヲ目的トスル債務ニツイテハ其  
所在地ヲ以テ并済ノ場所トナスノ例外ヲ設ケル。

吾現行民法亦特定物ノ引渡ヲ目的トスル債務ニ付テハ旧民法ニ於テハ  
全様ノ例外ヲ設ケルモ原則トシテハ債務者ノ住所ヲ以テ并済ノ場所トナス、  
台新民法及民法ニ於テ特定物ノ引渡ヲ目的トスル債務ノ并済ヲナシキ  
場所ニツイテ例外規定ヲ設ケルハ全ク當事者ノ意思ノ推測ニ本ツクモノニシ  
テ独民法ニハ相当規定ナキモ當事者ノ意思ノ解釈上全様ノ結果トナルハ  
ト信ス。

此外一般ニハ原則トシテ債務ノ并済ハ債務者ノ住所又ハ營業所ニ於  
テナスヘキモノトセルハ独民法及旧民法ノ一致スル所ナリ。

此立法ヲ可トスヘキカ、或ハ現行民法ノ如ク債務者ノ住所又ハ營業所ニ  
於テ并済スヘキモノトセル立法ヲ可トスヘキカ。

旧、及民法ニ於テ原則トシテ債務者ノ住所ヲ并済ノ場所トセルハ債務

ノ效力ニツキ疑ハレ片ハ可成債務者ノ利益ニナルカ如クニ解スヘキナリトノ觀念  
ニ起因ス、乍然然見解ハ債務者ノ保護ニ偏重セルモノニシテ私見ヲ以テハ債務  
ノ關係ニ於テ債權者ヨリ寧ロ債務者ヲ保護スヘキモノトナス法理ヲ認見ス  
ルニ苦シム。

吾現行民法ニ於ケルカ如ク債權者ノ住所ヲ以テ并済ヲナスヘキ場所ノ原則  
トナセルハ亦或ハ債權者ノ保護ニ偏重セルニ非サルナキカト思惟スルモノナキニアラサルキ  
モ然レ乍ラ之ハ私見ヲ以テ債務ノ性質ヨリシテ当然生スル結果ニシテ債務者ヨ  
リハ債務者ヨリ寧ロ債權者ヲ保護スヘキトノ趣意ニアラサルヘシ。何故ニ債務  
ノ性質ニ起因スル結果ト云フカ、ハ債務關係ハ債務者ノ行為ヲ以テ其内容  
トナス、債務者ハ敢テ債權者ノ催告ヲ俟タス、進ンテ自働的ニ其債務ノ  
并済ヲナスヘキモノナリ、吾現行民法ニ於テ民法系ニ於ケル附從性ノ主義ヲ  
改メシモ亦全一精神ニ起因ス私見ヲ以テハ理論上現行民法ノ如ク債權者ノ  
住所ヲ以テ并済ノ場所トナセルハ正当ナリト信スルモ民事訴訟法ニ於テハ被告  
人ノ住所ヲ以テ普通對等籍トナス、此主義ト調和ヲ欠クカ為メニ實際ニ於  
テハ種々ノ不便ヲ生スルナカルヘキカ。



第五項 年済ノ費用

契約ニ起因スル債務ノ年済ヲナスニツキ費用ヲ要スルハ豫メ契約ヲ以テ  
何人カ費用ヲ負担スルカヲ定ムルノ多カルヘシ、然レテラ契約以外ノ原因ニ  
ヨリテ生シタル債務ノ年済ヲナスニツキ費用ハ何人カ負担スヘキカ、素ヨリ  
當事者ノ意思不明瞭ナルヲ以テ何人カノ規定アリサルヘカラス、契約ニヨリ  
債務ニ在リテモ年済ニ要スル費用ニツキ何人ノ負担スヘキカヲ豫メ當事者  
ノ定メサル場合ハナカラサルヘシ、故ニ當事者ノ意思不明瞭ナル場合ニ於テ  
年済ノ費用ヲ負担スヘキ費用ヲ定ムルノ必要ナリ。

現行民法ニ於テハ年済ニ要スル費用ハ債務者之レヲ負担ス、民四八六、本文  
旧民法旧民法全様ナリ、財四六八、三項、八三三、八、

私見ヲ以テハ斯クノ如キ規定ハ債務ノ性質上当然謂フヲ俟タサルモノニ  
非サルカ、何トモハ或事ヲ為スヘキ債務ハ当然其事ヲナスニ必要ナルヲ  
包含スルモノト解スルヲ適當ト信スルヲ以テナリ、或ハ年済ハ債務者ニ債務  
ヲ免レシムルノ利益ヲ与フルモノナルヲ以テ其利益ヲ受クヘキ債務者カ年済  
ノ費用ヲ負担スト説明スル人アムカ如キモ私見ヲ以テハ之ハ正當ニアラス、余

ハ却テ反対ニ年済ハ債権者ニ利益ヲ与ルモノト見ルヲ實際ニ適合スト信  
ス。

独民法ニテハ年済費用ノ負担者何人ナルカニ就キ別段規定ヲ設ケ  
サルカ如キモ別段ノ規定ナキニ於テハ債務者ノ負担ト解スヘキト疑ヒナカル  
可シ。

斯ノ如ク法文ニ規定アルト否トヲ問ハズ年済ノ費用ハ債務者之レヲ負担ス  
ルヲ要スト見ルノ適當ナルモ債務ノ發生後債権者カ其住所ヲ移轉シ其  
他ノ行為ニヨリ年済ニ費セル費用ヲ増加セシメシ時ハ其増加額ハ債権者ノ  
負担スヘキモノトナスヲ當然トス、之ニ民法四八六、二但書アル所以ニシテ旧民法ニモ  
財四六八、三項ニ全額旨ノ規定アリ、乍然然但書ノ規定ニ当然ニシテ敢テ云  
フコトナサル性質ノモノニアラサルカ、何トナレハ年済費用ノ負担者ハ債務ノ故カ  
ヨリテ定ムル其效力ハ債務發生ノ時ニ定ムル其後ニ到リ債権者一方ノ意思  
ヨリ債務ノ效力ヲ加重セシムルハ法理ノ許サレハナリ。

旧民法ニテハ債務ノ年済カ或物ノ引渡ヲ要スルハ其物ノ引渡ノ費用ハ  
債務者之レヲ負担シ其物ノ引取ノ費用ハ債権者ノ負担トナス、旧財三三



三、一、民法亦其區別ヲ認ムル如シ。民法六〇八、  
乍然余ノ見ニテハ之ハ全然言辭ヲ要セサル區別ト云フヘシ、何トシテ年  
済ハ物ノ引渡ニ在リテ債務者之レヲ引渡ス時ハ債務者ハ債務ヲ履行ス  
リ債権者之レヲ引取リテ之レヲ運搬スルカ如キハ年済ヲ行ハル一種別種ノ自  
己ノ為ニスル行為ナレハナリ。

第六項、年済者ノ權利

債務者其他ノ債務ノ年済ヲナスモ、ハ年済受領者ニ對シテ第一ニ受取証書  
ノ交付、第二ニ債権証書アル場合ニ其返還ヲ請求スルノ權利アリ、之レ民法四  
八六、四七〇ノ規定スル如シテ民法三三六八、三七一ニ全様ノ規定アリ、債務者  
カ債務ノ年済ヲモトシテ債権者ヲシテ其受取証書ヲ交付セシメ尚債権、  
証書ヲ渡シテアリ場合ニ之レヲ返還セシメ得ヘキモノトセハ、吾國從來ノ慣習ニ  
適合シ且ツ適當ノト信ス。

乍然其慣習ニ果シテ法律タルノ効力アリヤ否ヤ、從來ハ不明瞭ナリシモ  
ハ、年済者ニ受取証書ノ交付及証書ノ返還ノ權利アリトハ確定シアリシ  
トハ斷言スヘカラサリナリ、之レ民法ノ殊ニ以規定ヲナセ所以ナラシ、旧

民法法共ニ相当規定ナキハ不備ニアラサルカ。

法律上年済者ニ受取証書ノ交付及債権証書ノ返還ヲ請求シ得ヘキ  
權利アリトスル時ハ其及對ニ年済ノ受領者ニハ之レニ對抗スル義務アリト且ハ  
ヘキハ当然ニシテ債務者ハ債権者ヨリ年済ノ請求ヲ受ケルニ當テリ証書ノ返  
還及受取証書ノ交付ヲ請求シ得、債権者カ差シ其請求ニ応セザル  
ハ債務者ハ年済ヲ拒ムコトヲ得ヘシ、即債務ノ年済ノ証書返還及受取証  
書ノ交付トハ互ニ同時ニ之レヲナスヘキモノナリト債務者ヨリ主張シ得ヘシト  
信ス。

債権者ハ受取証書ヲ交付スルニ於テハ債権証書ヲ返還スル必要ナキ  
如キ乍然年済ヲ受ケル債権者ニ於テハ其証書保有ノ必要ナシ債権者  
ハ或ハ債権者ヨリ受取証書ヲ受取証書ヲ紛失スルコトナシトセズ、此場合モ債  
権ノ証書ヲ以テ二重ニ年済ノ請求ヲセラル、如キコトアルハ已ニ年済ノ事實ヲ証  
明スル困難ナル場合發生シ得ヘシ、之レ受取証書交付ノ外債権証書返還ヲ  
定メ所以ナリ、又債権ノ証書ヲ返還スルニ付テハ別ニ受取証書ヲ交付スルノ  
要ナキカ如キモ乍然債権ノ証書ハ証據トシ止マリ其成立ノ要件ニアラス、故



ヲ以テ債権者ハ或ハ証書以外ノ証據ヲ以テ債権ノ存在ヲ証明スルコトヲ試ミニ  
重ニ并済ヲ請求スルコトヲモテハカラス、斯クノ如キ場合實際シ債権者ハ已并済  
ノ事實ヲ証明スルノ困難ヲ覚テ「アルヘレ」以テ証書返還ノ外受取証書  
左附ヲ必要トセシ所以ナリ。

以テ請求証書ノ費用ハ何人ノ負担ナリヤ。

独民法ニテハ債務者即受取証書ヲ受ヘキ人ニ於テ之ヲ負担シ且前拾  
ナスヘキモノトナス。(独三六九一項)

現行民法ニハ相当規定ヲ設ケス、何等ノ規定ナキニ於テハ債権者即受取  
証書左附者カ之ヲ負担スヘキモノト見カヘカラス、何トナシハ受取証書ノ左附  
ハ債権者ノ義務ナリ、義務履行ニ自然伴フ費用ナレハナリ。

債務者カ債権証書ノ返還ヲ請求シ得ルハ債務ノ全部ノ并済ヲナシ  
ル場合ニ限ル「民法四七」ノ注文ノ示スカ如シ、債務者カ一部ノ并済ヲナシ  
タル止マル時ハ債権者ハ尚残部ノ并済ヲ求ルルカ否ニ債権ノ証書ヲ保有スル  
ノ要アリ、乍然債務者カ一部ノ并済ヲナセル時ト雖モ其受取証書ヲ請求  
得ヘキ当然ナリ、而シテ受取証書ノ前述ノ如ク或リ之レヲ紛失スル「アルヘキ」

以テ一部并済ヲナセル時ハ受取証書ヲ左附セシムルノ外尚債権証書ニ其旨ヲ  
記入セシメ得ヘキモノトセハ可ナリシナラン、注文ハ然ラス。

### 第七項 并済ノ充當

債務者カ全ノ債権者ニ對シ全權ノ目的ヲ有スル數額ノ債務ヲ負担スル場  
合ニ於テ并済トシテ提供シタル給付カ總債務ヲ消滅セシムルニ足ラサル時ハ何レ  
ノ債務ヲ并済セントナシタルモノト見ルヘキカ。

以テ問題ヲ決定スル「ラ并済ノ充當ト云フ」點同ノ債務中ニ并済ノ期限  
ヲ異ニシ担保附ノモノト然ラサルモノトノ區別又或ハ利息附ノモノト然ラサルモノト  
ノ差アルヘシ、故ニ并済ノ充當ハ當事者ノ利害ニ重大ナル關係ヲ生スル「アルヘシ」  
并済ノ充當ハ「第一」ニ當事者ノ意思ヲ以テ之レヲナスヲ得、實際ニ於テハ當  
事者カ充當スル「多カハヘシ」乍然時トシテハ以テ其ニシキ當事者ノ意思カ  
不明確ナル「アリ得」斯クノ如キ場合ニ如スル法規アラサルヘカラス、當事者  
ノ意思ヲ以テ并済ノ充當ヲナス場合ニ債権者及債務者間ニ合意アル時  
ハ其合意ニ從フヘキ「勿論ナリト雖モ乍然」モシ債権者ハ一ノ債務ノ并済ニ  
充當セトスルノ意思ヲ有シ債権者ハ他ノ債務ノ并済ニ充當スルノ意思



ヲ有スル者ハ何レノ當事者ノ意思ニ從フキカ。

吾民法ハ債務者ノ意思ニ從フヘキモノト定ム即并済者ハ并済ノ時ニ并済ノ充當ヲナシ得ヘキモノトス、民法四八八ノ規定スル所ニシテ旧民法及独仏民法亦然リ、(財、四七〇、一項、仏、三五三、独、三六六、一項)

并済ノ充當ハ債務者ノ意思ヲ以テ之レヲ定メ得ヘキモノトナシテハ理由如何。

并済ハ一種ノ双方行為ナリ、債権者カ受領スルニアラサレバ債務者ノ行為ノミニヨリテハ并済ノ効カヲ生セシメ得ヘキアラス、乍然并済ヲナサントスル行為即提供ハ債務者ノ単獨行為ナリ、而カモ主動的ノモノナリ、之レヲシテ并済タルノ効カヲ生セシムヘキ受領ハ債権者ノ受動的ノ行為ナルニ過キサルハ恰モ契約ノ申込ト承諾トノ關係ニ似ス、故シテ債務者ノ意思ヲ以テ其為サントスル并済ノ趣旨ヲ決定シ得ヘキハ理ノ当然物ノ數ナリ、或ハ債務關係ニ於テハ債権者ヨリハ必ずハ債務者ノ利益ニ解スヘキモノナリトノ觀念ヲ以テ債務者ニ并済ノ権利アルヲ説明セトスル人アルモ法理上謂レシキハ前述ノ如シ。

并済ノ充當ハ第一ニ并済ヲナサントスル債務者ニ於テ之レヲ得ヘキモノトセルモ若シ債務者カ充當セサル時ハ第二ニ債権者ニ於テ并済ヲ受領スルノ時充當スルヲ得トセルモノ民法四八八ノ規定スル所ニシテ旧民法ニモ同様ノ規定アリ民法ノ趣意亦全シカルヘシ(財、四七一、一項本文、仏民法二二五)

独民法ニ於テハ債権者ニ并済ノ充當ヲナスヘキ權利ヲ与フルトシ、債務者充當ヲナサル時ハ直チニ法規ニヨリ并済ヲ充當スヘキモノトセル、然レバ乍然并済ハ上述ノ如ク双方行為ナリ、債権者カ受領スルニアラサレバ并済ノ効カヲ生スルモノニアラサルヲ以テ債務者カ并済ヲナサントスル主動的ノ行為ヲナスノ當時ニ充當セサル場合ニ債権者ハ并済受領ノ受動的ノ行為ヲナス當時ニ其債権者ノ意思ヲ以テ充當シ得ヘキモノナリト現行民法等ノ如ク定ムテ独民法規定ヨリ當ヲ得シモノト信ス。

乍然債務者カ并済ヲナサントスルニ當リ充當ノ意思ヲ表示セス、債権者カ并済ヲ受領セトスルニ當リ充當ヲナサントスル如キ場合ニアリテモ債務者ハ即時ニ異議ヲ陳ヘテ債権者ノ充當ヲ排斥シ債務者自ラ充當ナスヲ得



ハキモノトナセルハ民法四八、三項但書ノ規定ニ於テ旧、仏、民法ノ趣意全様  
アリ、(財、四七、二項、仏、二五五)

以但書ノ趣意ハ深キ理由アルニテアラス、即チ債務者カ弁済ノ充當ヲ弁  
カニ於テハ債権者ニ於テ充當ナシ得ヘキモノト定メタルニ於テ然レ弁済ノ充  
當ハ債務者之レヲナスコト原則ナリ。

故ニ可成原則ノ行ハルカ如ク規定スルヲ以テ適當トセシテラシ。  
弁済ノ充當ハ債務者カ之レヲナス時ト債権者カナス時トノ區別ナク何レモ  
相手方ニ対スル意思表示ヲ以テ其方法ト定ム、民法四八、三項ノ規定スルニ  
ニテ旧民法独仏民法ニモ相当規定ナキカ如レト雖モ然レ乍ラ全趣旨ハ  
疑ナシ當然ナリトノ意ナラシ。

旧民法ニ於テハ債権者カ充當ヲナス場合ニハ其事ヲ受取証書ニ記入  
スヘキモノトナセリ、仏民法ノ趣意亦全様ナラン。

然レ乍ラ之ハ必スシモ必要ナラサル方式ヲ定メシモノト評スルヲ得ヘシ、何ト  
ナレハ受取証書ハ債務者カ請求スル債権者之レヲ支附セサル可カラズ之  
ノ場合ニハ受取証書ニ充當ノ記入ヲスヘキモノトスルヲ便ナルニ相違ナキナリ

受取証書ハ弁済ノ際必ス支附スヘキモノニテラサレハナリ。

債務者債権者共ニ弁済ノ充當ヲナサル時ハ法規ヲ以テ充當スルノ外ニ  
之ニ民法四八、アル所以ニテ旧、獨、仏、民法亦相当規定アリ、財四七、二、仏二五  
六、獨三六六、二項、

各現行民法四八、ニ定ムル法定ノ順序ハ次ノ如シ。

第一、債務中ニ弁済期ニアルモノト弁済期ニアラサルモノトノ別見時ハ  
先ツ弁済期ニ在ル債務ノ弁済ニ充當スヘキモノトス。

之レハ債務ノ弁済期ヲ定メタル當事者双方ノ意思ニ適合スル自然ノ  
順序ヲ得タルモノナリ、債権者ハ弁済期ニアラサル債務ノ弁済ヲ請求スルヲ  
得ス、債務者ハ其債権ノ利益ヲ抛棄シテ弁済期ニアラサル債務ノ弁済  
ヲナスハ不能ニ非サルモ斯クノ如キ権利ノ抛棄ヲナスハ容易ニ推測スヘキモノ  
ニアラス。

第二、債務カ凡テ弁済期ニ在ルカ又ハ弁済期ニ非サルカ即チ期限  
關スル差別ナキ時ハ先ツ債務者ノ為メ尤モ利益多キ債務ノ弁済ニ充當  
スヘキモノトナス。



之ハ第一ニ債務者ニ充当スルノ権利アリトモ精神ニ基キ債務者ノ意思ヲ推測セシモノニシテ敢テ債権者ヨリハ寧ロ債務者ノ利益ヲ計ルヘキモノナリトノ趣意ニハマラス。

弁済期ノ別ナキ場合ナルヲ以テ當事者双方ノ意思ニ依ル別殿ノ差別ヲ設クヘキ根柢アルナシ。

第三、債務カ凡テ弁済期ニカ又ハ弁済期ニアラカカ、即弁済期ノ別ナク而シテ債務者ノ為ニ何レノ債務ニ弁済スルモ其利益相等シキハ先ツ弁済期ニ到リタルモノ又ハ弁済期ニ到リタルヘキ債務ノ弁済ニ充当スルモノトス。

必場合ニハ弁済期ニ在ルモノト弁済期ニアラサルモノトノ差別ナキヲ以テ和同ノ場合ノ如キ差別ヲナス「ア得ズ、又債務者ノ利益モ何レニ充当スルモ全様トルヲ以テ第二ノ場合ノ如キ別ヲナス「モ能ハス、故ニ弁済期ヲ定メタル自然ノ順序ニ従フテ之ヲナスヘキモノトモノ趣意ニシテ他ニ濫キ理由アルヲ見ズ、乍然當事者双方ノ意思ニモ期ノ如ク定ルルヲ適當ト見ルヲ得ヘシ。

第四、債務カ弁済期ニ在ルモノト然ラサルモノトノ別ナク又弁済期ニ到リタルモノ又ハ到ルヘキモノニシテ別殿ノ差ナク而シテ債務者ノ利益モ相等シキ時ハ各債務ノ額ニ依リテ弁済ヲ充当スヘキモノトス、之ハ弁済期ニ到ルニ於テモ債務者ノ利益ノ莫ニ於テモ全額全様ニシテ弁済ノ充当ヲナスヘキ別殿ノ區別ヲナスノ標準ト存在セサルヲ以テ不得已斯クノ如キ定メタルナラシ。

以上民法四八八、四八九ノ規定ニシテ陳述セシ所ハ全種ノ目的ヲ有スル數個ノ債務アル場合ニ於テ總債務ヲ消滅セラルニ足ラサル弁済トシテノ給付ヲナシタル場合ニ關ス、然ルニ一個ノ債務ニシテ數個ノ給付ヲナスヘキ場合ニ於テ弁済トシテ提供シタル給付カ其債務ヲ全滅セラルニ足ラサル時ハ數個ノ債務ヲ全滅セラルニ足ラザル弁済ノ提供ヲナシタル時ニ於ケルト全額ノ問題ヲ生ス、實際ニ於テハ數個ノ債務ヲ負担セル場合ニ酷似ス例ハ雇人ノ給料借賃ノ支払元本ニ對スル利息ノ支払等ニ於テカ如シ。

現行民法四九〇ハ必場合ニ關スル規定ヲ設ク、其規定ハ四八八、四八九ノ規定ヲ準用ストナス。



旧及独、民法之ニ相当スル規定ナキモ元ノ *Quasi* 債務法ニ依  
 事ニ類スル規定アリ現行民法ハ之ニ倣ヘルナラン、S. 民法百条、準用スルノ  
 結果ハ即第一ニ債務者ノ意思ヲ以テ、第二ニ債権者ノ意思ヲ以テ、第三  
 ニ法規ヲ以テ何レノ給付ニ年済ヲ充当スヘキコトヲ定ムヘキモノトナスナリ。  
 余ノ私見ヲ以テハ民法四九〇ノ想像ノ場合ニ於テハ數個ノ給付ヲナスヘキ時  
 期ノ前後ニ從ツテ年済ヲ充当セサルヲ得サルモノト法定スル方適當ナリコレナ  
 ラレ。

債務者カ一借又ハ數個ノ債務ニツキ元本ノ外利息及費用ヲ支払フ場合  
 ニ於テ債務ヲ全滅セシムルニ足ラザル給付ヲナシタル時ハ之ヲ以テ第一ニ費  
 用ニ、第二ニ利息ニ、第三ニ元本ニ、充当スヘキモノトナセルモノ民法四九一、二項  
 ノ規定スル所ニシテ旧民法独仏民法ニモ全條ノ規定アリ、財、四七〇、二項、  
 四七二、二項、仏、二五四、独、三六七、

法文ニ元本ノ外、費用及利息ヲ支払フヘキ場合トアルモ元本ノ外費用  
 用又ハ利息ヲ支払フヘキ場合ニモ此規定ヲ適用スヘキコト疑ナキモノトス、即  
 先ツ費用又ハ利息ニ次クニ元本ニ充当スルモノトス、債務者ハ利息又ハ費

用ヲ後ニシテ先ツ元本ニ年済ヲ充当スルヲ得ス、其理由ハ如何。

何トナシハ利息ハ元本ヨリ生スル法定果實ニシテ元本ヨリハ先ニ而カモ通  
 常ハ定期ニ支払フモノナリ、元本ノ外ニ費用ヲ支払フヘキ時ハ最も速カニ之レ  
 ヲ支払フヘキモノトスルハ當事者双方ノ意思ニ適合スル所ナリ、利息ヲ支払  
 スルニテ元本ニ充当シ而シテ利息ヲ生セシムヘキ元本ヲ減額セシメントスルハ  
 債権者ノ利益ヲ害スルモノタルヘシ、最も民法四九一ノ規定ハ命令的ノモノニ  
 アラサルヲ以テ當事者ノ合意ヲ以テスルニ於テハ充当スヘキ順序ヲ如何ニ定  
 ムルコト自由ニ得ヘシ、債権者カ利息又ハ費用ニ先テ元本ニ充当セト欲  
 セハ債務者ノ利息トナルヘキヲ以テ債務者ハ異論ヲ陳フルトナカルヘシ、此民法  
 四九一ノ一項ノ規定ハ一借又ハ數個ノ債務ニツキ元本ノ外ニ利息又ハ費用ヲ  
 支払フヘキ場合ニ於テ元本ト利息又ハ費用トノ關係上年済ヲ充当スヘ  
 キ順序ヲ定メシトシ過キサルヲ以テ或ハ債務ニツイテ元本ノ外ニ利息ヲ支払フ  
 ヘキ他ノ債務ニツイテハ元本ノ外ニ支払フヘキ利息又ハ費用ナキハ總債務  
 ヲ全滅セシムルニ足ラサル給付ヲナサントスニ當リ債務者ハ其意思ヲ以テ  
 利息附ノ債務ノ元本ニ充当シ得ヘキモノトスルコト疑ナカルヘシ之レハ民法四九二ニ



項を徴して明かすべし。

一但又は數個ノ債務シキ元本ノ外ニ支払フヘキ利息又ハ費用ノ全部ヲ弁済スルニ足ラサル給付ヲナレル中ハ之ヲ以テ如何様ニ其利息又ハ費用ニ充當スヘキカ。

此点ニ付テハ民法四九一、二項ヲ以テ四八九ノ規定ヲ準用スヘキモノトナス即利息相互又ハ費用相互ノ關係ニ於テハ四八九ノ規定ニヨリ充當ノ順序ヲ定ムヘキモノトスルナリ。

此四八九ノ規定ハ當事者ノ弁済ノ充當ヲナサル場合ニ適用スヘキ規定ナルヲ以テ債務者カ數個ノ債務ニシキ支払フヘキ利息ノ全部ヲ弁済スルニ足ラサル給付ヲナス時ニ當リ其債務者ノ意思ヲ以テ或ハ債務ノ利息ノニ充當スルハ自由ナリ。

一但ノ債務ニ就キ支払フヘキ數個ノ利息ノ全部ヲ弁済スルニ足ラサル給付ヲナスニ當リテモ債務者ハ其意思ヲ以テ同時ニ支払フヘキ利息ニ先充當スルヲ得ト民法ノ解釈上如斯ナルヘキモ私見ヲ以テハ必ず先ニ支払フヘカシ利息ニ充當スヘキモノトナスヲ勝レリト信ス。

第八項 弁済ノ提供及供託

弁済ノ提供トハ債務ノ本旨ニ從フ履行即弁済ヲナサントスルヲ云フ債務者一方ノ単独ノ行為ナリ。此弁済ノ提供ヲナスノ方法ニ二種ノ別アリ。

- (一) 事實上ノ提供
- (二) 言語上ノ提供

(A) 事實上ノ提供トハ債務者カ弁済トシテナスキ行為ヲ完了シ單ニ債權者カ之ヲ受領スルヲ以テ直チニ弁済スル故カヲ生スヘキモノヲ云フ。之レヲ提供ノ原則トナス。民法四九三、本文ノ規定也所即之レニテ法文中現實ニ以テトナスヲ要スト云フハ必義ナリ。独民法二四四、亦然リ。

旧民法及新民法ニ於テハ單ニ供託ノ準備トシテノミ提供ニ關スル規定ヲ設クルカ如シ規定不備、不明瞭タルヲ免スト當モ乍然事實上ノ提供ヲ以テ原則トスルノ精神ハ之ヲ疑フノ余地ナキカ如シ(財、四七四、一三)(私民法二五七、一五五)

(B) 言語上ノ提供トハ債務者カ弁済トシテナスヘキ行為ノ準備ヲ為シ其旨ヲ債權者ニ通知シテ受領ヲ催告スルヲ云フ。此言語上ノ提供ハ實ニ債



権者カ豫メ受領ヲ拒ミタル時、第二債務ノ履行ニツキ債権者ノ行為ヲモ  
必要トスル時ハ二種ノ場合ニ限リテ有效ニシ得ル例外ナリ、民四九三、但書ノ規  
定スル所ニテ独民法亦然カリ（独、二九五、財、四七四、二、三四項、民法、一、二六四、參  
照）

第一ノ場合ニ於テ言諾ナラズテ提供ヲナスヲ以テ足りトナセルハ事實上ノ提供ヲナスハ  
キントナスモ徒勞ニ屬スルヲ以テナリ。

第二ノ場合ニ言諾上ノ提供ヲナスヲ以テ足りトスルハ債務者カ債権者ト共  
同ニテ或行為ヲナスニテラサレハ完全ニ事實上ノ提供ヲナスヲ得サルヲ以テナリ。

### 第一目 適法ニシテ年済ノ提供ノ效果

債務者カ事實上ノ提供ヲナセル時ハ其債務ノ年済トシテオスヘキ行為  
ハ之ヲ完了セシナリ、又債務者カ言諾上ノ提供ヲナスヲ以テ足りトナ  
ス場合ニ於テハ債務者カ有效ニシ得ヘキ年済ノ準備ハ之ヲオシタシメ  
ルナリ、而シテ年済ノ效力ヲ生セシメ能ハサルハ単ニ債権者カ事實上ノ提供  
セシムル年済ヲ受領セズ又ハ言諾上ノ提供セラズ年済ヲ受領スルニツキ必要  
ノ行為ヲナシテ債務ノ年済ヲ受テサレシカ者ナリ（原因ス）即年済ノ

五。

效力ヲ生セシメ得ザリシハ全額債権者ノ行動ノ結果ニ過キス、故ニ適法ニ年  
済ノ提供ヲナセル效果ハ出来得ル丈ケ債務者ノ利益ニ解スヘキナリ、之レ民法  
ニ於テハ四九三ニ於テ年済ノ提供ハ以後債務者ヲシテ債務不履行ニヨリテ  
生スヘキ一切ノ責任ヲ免レシムル旨ヲ規定シ尚四三三ニ債権者ヲシテ却テ遅滞  
ノ責ニ任スヘキ旨ヲ規定セル所以ナリ、即年済ノ提供ハ年済ニテアツタルヲ以テ  
債務者ハ之ヲナスニヨリ債務ヲ免ルル能ハサルモ乍然其非ニ、所以ハ債権者  
カ年済ヲ受領シ又ハ受領スルニツキ必要ノ行為ヲナサハルニ原因スルヲ以テ債  
権者ハ年済ヲナスヲ得ザリシカ為メニ生スヘキ不利益ヲ蒙ル下ナシトセルナリ、独乙  
民法二九三、三〇〇、三〇一ニ規定スル所ノ様現行民法ニ合シテ現行民法ニ比シテ一層  
明瞭ナリ、何トモハ現行民法四一三ニ相当スル二九三ニ債権者ハ提供セラズル給  
付ヲ受領セシ時ハ遅滞ノ責ニ任スヘキ旨ヲ規定セルノ外尚三〇〇ニ於テ債  
権者カ遅滞ノ責ニ任スヘキ間ハ債務者ハ故意及重過失ニ就テノミ其責  
ニ任ス、ソ甲ニ種類ノミヲ以テ是メタル物ノ引渡ヲナスヘキ債務ノ場合ニ於テモ  
提供以後ハ債権者ニ於テ其物ノ危険ヲ負担スヘキ旨ヲ規定セルヲ以テナリ、  
特定物ノ引渡ヲ目的トスル債務ニ就テハ別段ノ規定ヲ設ケサルモ債権者カ進



滞りたるハ故意及重過失ニ就テノミ其責ニ任スヘキモノトセルヲ以テ債権者  
 カ其特定物ノ危険ヲ負担スヘキモノトスルノ趣旨ナルヲハ疑ナカルヘシ。  
 現行民法三〇〇ニ相当スル規定ナキヲ以テ多少不明瞭ナルヲ  
 免レス。又危険負担ノ問題ニツイテハ債権者主義ヲ採用セリ及ソ現行  
 民法ハ債権者主義ヲ採用セルヲ以テ債権者カ遅滞ノ責ニ任スヘキ結果ト  
 シテ危険負担ノ責任者ニ異同ヲ生スヘキ場合ハ稀ナルニ相違ナキモ然レテ  
 ラ吾現行民法ニ於テモ亦債権者カ危険ヲ負担スヘキ特約ヲナシタル場合ニ於  
 テ債権者カ遅滞ニアルハ以後債権者ニ於テ危険ヲ負担スヘキモノトスルノ趣  
 意ニ解スヘキ先ツ疑ナキモノト見テ可ナリ。民法三四四〇一、二項ハ独三三三、三三  
 三。

果シテ上述ノ如シトスレバ債権者カ遅滞ニアル時ハ危険負担ノ責任ハ債  
 権者ニ在リテ債務者ニ存セトスル莫ニ於テハ現行民法ノ趣旨モ全然独  
 民法ニ人合致スト云フヘシ。只独民法ニテハ債務者ハ故意及重過失ニ就テノ  
 其責ニ任スヘキモノトナスニ及ソ現行民法ニテハ債務者ノ過失ノ軽重ヲ区  
 別セサルヲ以テ凡テ過失ノ責ニ任スト見サルヘカラス。其差ヲ存スル莫ハ立法

論トシテ利害疑ハシ、民法四二八、参照。

独民法ニ於テハ三〇〇、二項ニ債権者カ遅滞ニ在ル間ハ債務者ハ故意及重  
 過失ニツイテノミ其責ニ任スヘキ旨ヲ規定セル外尚次ノ三〇一ニ利息ヲ生  
 スヘキ金錢債務ニ就テハ債務者ハ利息ヲ支払フヘキ義務ヲ免ルヘ  
 キ旨ヲモ規定ス。

吾現行民法ニテハ四九三、一債務者ハ提供ノ時以後不履行ニヨリテ生スヘキ  
 一切ノ責任ヲ免ルヘキ旨ヲ規定スルニ止リ独民法ノ三〇一ニ於ケルカ如キ規定ヲ  
 設ケス。故ニ債務者ハ不履行ニヨリテ生スヘキ損害、金銭債務ニツイテハ  
 法定利率ニヨリテ定ムヘキ損害ノ賠償ヲナス、其責任ナキハ明白ナル提供以  
 後ハ約定利息モ亦之ヲ支払フノ義務ヲ免ルヘキモノト解スヘキモノナリ。吾  
 ヤニ就テハ多少不明瞭ナリ、乍然然<sup>恐</sup>民法四九三、ハ独民法三〇一ノ規定  
 ノ意味ヲモ包含スルモノト見ルヲ適當ト信ス。

独民法ニテハ三〇四ニ債務者カ遅滞ニアル時ハ債務者ハ無効ニ歸スル提  
 供及ヒ物ノ保護ニ要シタル費用ノ賠償ヲ請求シ得ヘキ旨ヲ規定ス。然レテ  
 ラ現行民法ニハ独民法三〇四ニ請求スル規定ナキノミナラス凡テ債権者カ遅



滞るる場合ノ效果ヲ示スニ足ルヘキ規定ヲ設ケサルヲ以テ独民法三〇四条ノ規定ノ如クニ解釈スヘキモノナリヤスヤニ付テハ疑アルヘシ。

旧民法ニテハ財四七六、二項ニ以テ提供ノ附遑滞ヲ防止シ又已ニ附遑滞ノ存セシ時ハ將來ニ向ツテ其效力ヲ止メ且ツ遑延利息ヲ止ムト規定ス、并済ノ提供ヲナシテ債務者ハ不履行ニヨリテ生スヘキ損害ヲ賠償スルノ責任ナシトセルト現行民法四九二ノ規定ノ如クトモ旧民法ニテハ現行民法四三三ニ相当スル規定ナキニテハ財四七八、一項ニ有テニナシテ提供ノ債務者ニ義務ヲ免レシメ且債務者カ以外ノトニ任シタル時ト雖モ其物ノ危険ヲ債権者ニ歸セシムト規定シ危険負担ノ責任ハ提供ニヨリ始メテ移轉シ提供ニヨリ移轉スルモノトナストセルト莫クテ独民法規定及現行民法ノ趣意トスル処ト異シリ、而シテ財四七八、一項ノ法文中債務者カ意外ノトニ任シタル時ト雖モトノ字句ヲ用ヒタルハ旧民法ニ於テモ現行民法ニ於ケンカ如クニ危険負担ノ問題ニ就テハ債権者主義ヲ採用セルヲ以テナリ。

旧民法ニ於テハ提供ノ效果如何ヲ以テル規定ヲ設ケサルモ其趣旨トスル処ハ旧民法ノ規定ニ異ナルナレト見テ大九誤ナクハト信ス。

危険負担ノ責任ハ提供ニヨリテ移轉セズ、提供ニヨリテ移轉ストセルト且財四七八、一項ノ規定ニ相当スル旧民法二五七、ノ規定ニヨリ明カナリ。

旧民法ニ於テハ尚財四六七、一項ニ時期ヲ先セズ且有效ニナシテ提供ハ法律ニ以テ規定シ若クハ合意ヲ以テ要約シテ先權、解除及責付等對テ防メテ規定ス、現行民法ニテハ独民法亦之ニ該當スル規定ナキモ乍然此規定ニ殆ト云フヲ俟タズシテ規定ナキモ全様ニ解スヘキハ疑ナレ。

第二目 供托

供托トハ債務者カ并済トシテ債権者ニ給付スヘキ金錢其他ノモノヲ法令定ル供托所ニ委託スルヲ謂フ、債務者カ并済ノ提供ヲナスヨリテ遑滞ノ責ヲ免レ債権者ヲシテ却テ遑滞ノ責ニ任セシムルヲ得、債権者カ并済ヲ受領セザルカ爲メニ債務者カ不利益ヲ蒙ルルヲナキトセラル、乍然并済ノ提供ハ并済ニ非ズ、債務者カ依然トシテ旧ノ如ク債務ヲ負担シ何時ニテモ債権者ヲ請求アルハ之ニ依リテ并済ヲナスヲ得ヘキ準備ヲナシ居ラザルヘカザルノ地位ニ立ツ、斯クノ如キハ債務者取リ等シテ大九不利益アリト云フコト、之レ債務者カ并済ノ提供ヲナスモ債権者カ受領ヲ拒メタルハ又ハ債権者カ受



領スル能ハサル時ハ勿論其他債務者ニ過失ナクシテ債権者ヲ確定スルヲ能ハ  
スレテ其債權ノ提供ヲナスコトヲ得サリシ時ニ在リテモ尚債務者ヲシテ債務ヲ  
免カレ、ヲ得セシムルノ方法ヲ設クルノ必要アル所以ニシテ現行民法四四ニ規定  
セル所ハ即其方法名供托ノ效果ヲ定メシモノナリ、旧、独、仏民法ノ規定大様  
全シ、(財四七四、本文、四七七、 仏、三五七、独、三七二、三七八、)

旧民法、財四七七、一項ニ債権者カ、提供ヲ承諾セサル時ニ限り供托ヲナシ得  
ヘキモノトセルハ狭キ先スト信ス、又旧民法ニ於テハ債務者ニ供托ヲナシテ其債  
權ヲ免カレ得ヘキ旨ヲ明示スルニ止マリ債権者ニ於テ供托物ヲ受取ルヘキ權利  
ヲ有スルモノト解スヘキヤ否ヤニツイテハ疑ハシ、故ニ現行民法四四ノ法文ニハ以  
疑ヲ避クル為メニ債権者ノ為メニト、字句ヲ加ヘタリ、独民法三七六ノ法文  
ニモ全様ノ字句アリ。

供托ノ債務履行地ノ供托所ニ之ヲナスヘキモノトセリ、民四九六、一項、独民法  
三七四、一項ニ全様規定ス。

要スルニ供托ハ債務者ヲシテ其債務ヲ免シ得ヘキモノトスルノ虞ニ於テ并  
済ト全視スヘキモノナラシナラン、旧民法ニ於テハ如何ナル場所ニ供托所ニ

供托スヘキカヲ規定セズ、ソノ之等ノコトハ特別法ニ定ムルノ趣旨ナリシナレ、乍然  
旧民法ノ趣旨トスル所亦履行地ノ供托所ニ供托スヘキモノトナスニアリシハ  
疑ナシ。

供托所ハ金銭及有價証券ニツイテハ債務ノ履行地ヲ管轄スル金庫  
ナリ、之レハ供托法第一ノ規定スル所ナリ、三十二年二月ノ法律。

此供托法施行前ニ於テモ二十三年勅令四号ノ供托規則、二十六年大藏  
省令二十号供托物規定ニヨリテ金銭及有價証券ハ金庫ニ預ケ大藏省

ノ預金局ニ於テ之ヲ保管スヘキモノトセシタリ。

金銭又ハ有價証券ニアラサル他、モノニ就テ一定ノ供托所ヲ以テ供托ヲナ  
ントスルモノハ裁判所ニ供托所ノ指定又ハ供托セルトスルモノ、保管者ヲ選任  
請求シ得ヘキコトセリ、之レ民法四九五、二項ノ規定スル所ニシテ旧、財四七七、二項ニ

モ供托所ノ指定ニツキ全様規定ス。

供托法第五條ニヨリ時ハ司法大臣ハ金銭又ハ有價証券ニアラサル物品ヲ  
保管スヘキ人倉庫營業者ヲ指定スルコトヲ得ヘキモノトナセリ、以テ裁判所ハ  
豫メ司法大臣カ指定シタル倉庫營業者中ニ就キ債務ノ履行地ニ尤モ



近キ場所ニアル者ヲ指定スルコトナレシ。

現行民法四九五、三項ニ於テハ裁判所ハ供托ヲナサントスルモノ、請求ニヨリ供托所ノ指定及ヒ供托物保管者ノ選任ヲナスヘキモノトナセルモ旧民法ニ於テハ保管者ノ選任ノヲ規定セス、保管者ノ選任ヲ必要トスルハ不動産ノ引渡ヲ目的トスル債務ニ於ケルカ如ク供托スルコトヲ得サル性質ノ物ニ限ルコトト信ゼラレ、供托スルコトヲ得ヘキ不動産ニツキ供托所ヲ指定スルニ於テハ之レニ加フル保管者ヲ選任スルノ必要ナキモノトス、何トナレハ供托所ノ管理者カ供托物ヲ当然保管スルコトナリ、故ニ民法四九五、三項ノ法文中供托所ノ指定及ヒ供托物保管者ノ選任トアルハ適宜ニアラス、其「及ヒ」トノ字句ハ「又ハ」ト等ニ改ムヘカリシモノナリ。

独民法ニ於テハ供托所ノ関スル規定ヲ設ケス、特別法ニ讓ルノ趣旨ナリ、而シテ不動産ノ供托ハ其レヲ想像セサルカ如シ、三〇三、参照、

即チ土地ノ引渡ヲ目的トスル債務ニツキ債権者カ遲滞ニアル時ハ債務者ハ其土地ノ占有ヲ抛棄スルコトヲ得ヘキモノトセラル。

供托ハ債務者カ其債務ノ年済トシテ給付スヘキ現物ヲ供托スヘキモノナ

レ。乍ら其物ノ種類ニヨリテハ供托ニ適セザルモノモアリ、滅失モレシハ毀損ノ虞アリ、又或ハ保存スルカ爲メ過分ノ費用ヲ要スルモノモアルヘシ、故ニ之等ノモノニテハ賣却シテ其代價ヲ供托スヘキモノトスルコト過当トス、供托スヘキモノヲ賣却スルニツイテハ可成債権者ニ利益損害ヲ蒙ラサルヲ期スヘキナリ、之レ民法四九七、供托ヲナサントスルモノハ裁判所ノ許可ヲ得テ之レヲ競賣シ其代價ヲ供托スルコトヲ得ヘキモノトセシ所以ニシテ要スルニ供托ヲナサントスルモノ、専断ヲ豫防セントスルモノナラン。

独民法三三三、三三四ニ規定セル所亦現行民法四九七ノ規定ニ合様ニシテ而カモ一層綿密ナルカ如シ、而シテ独民法三三五、三三六市場ノ相場アルモノニツイテハ任士息ノ債買スルモノト得トナス、適宜ノ適法ト云フヘシ。

供托ハ現物ヲ供托シント其代價ヲ供托シントト同ハス、債務者ヲレテ其債務ヲ免レシメ債権者ニテ供托物ヲ受取り得ヘキ權利ヲ取得セシムルモノナリ、故ニ供托者ハ遲滞ナシ債権者ニ対シテ供托ヲナシタル旨ノ通知ヲナスヘキモノト定ム、民法四九五、三項ノ規定ニ如クシテ独民法三七四、三項ノ規定亦然リ、旧民法三三六



当規定ナキモ特別法ニ定ムル心ナリトナラン。

債権者ハ供托ノ通知ヲナスハ供托ノ要件ニテアラス及令通知ヲ怠ルモ尚供托ハ有效ナリ、唯通知ヲ怠リシカガ若シ債権者ニ損害ヲ生ゼシト時供托者ニ損害ヲ賠償スルノ責任アリト解スヘキモノナラン、現行民法四九六、三項法文ニ付テハ多少疑ハント思ハルモ相当規定アル<sup>ナリ</sup>、独民法三七四、二項ニ此点ヲ明示ス。

供托ハ債務者ヲシテ債務ヲ免カシメ債権者<sup>ニシテ</sup>供托物ヲ受取ルヘキ<sup>ニシテ</sup>ヲ取得セシムル<sup>ノ</sup>上<sup>ニ</sup>如シ、然レバ債権者ハ債務者ニ対シテ及対給付ヲナスヘキ場合ニ於テモ尚其及対給付<sup>ノ</sup>ハサス<sup>ニ</sup>テ供托物ヲ受取ヘキモノナルヤ否ヤ。

旧民法ハ民法共ニ規定ヲ設ケス、規定ナキニ於テハ債権者<sup>ハ</sup>及対給付ヲナス<sup>ニ</sup>テ<sup>ハ</sup>供托物ヲ受取リ得ヘキモノト解セサルヲ得サル<sup>ノ</sup>ト信ス、何トナレバ供托ハ債務者<sup>ニシテ</sup>債務ヲ免カシメ債権者ヲシテ供托物ヲ受取ル<sup>ノ</sup>ヲ得セシメ<sup>ル</sup>并<sup>ニ</sup>消テ<sup>ル</sup>ト<sup>レ</sup>全<sup>ク</sup>ノ<sup>レ</sup>效果ヲ生ゼシム<sup>ル</sup>ヲ以テ其ノ主旨トナスモノニシテ而シテ債務者<sup>ハ</sup>任意<sup>ニ</sup>且ツ單純<sup>ニ</sup>并<sup>ニ</sup>消ト<sup>レ</sup>全<sup>ク</sup>ノ<sup>レ</sup>效果ヲ生スヘキ供托ヲナシタルヲ以テナリ。

然レ作ラズ<sup>ル</sup>如キ<sup>ト</sup>或ハ債務者ニ利益ヲ蒙ラシメ債権者ト債務者トカ互ニ対立セ<sup>ル</sup>債務ヲ負担セ<sup>ル</sup>趣意ニモ及ス<sup>ル</sup>結果ヲ生ス<sup>ル</sup>トナキ<sup>ト</sup>保セ<sup>ル</sup>、何トナレバ供托物ヲ受取リ<sup>シ</sup>債権者<sup>ハ</sup>其債務ヲ履行セ<sup>ル</sup>時<sup>ハ</sup>債務者<sup>ハ</sup>履行ノ請求ヲナス<sup>ヲ</sup>得ヘキモ若シ其債務カ履行ヲ強制ス<sup>ル</sup>ヲ得<sup>ル</sup>ヤ<sup>ハ</sup>性質<sup>上</sup>ノモノナリ<sup>シ</sup>片<sup>ハ</sup>債務者<sup>ハ</sup>不<sup>レ</sup>確<sup>ニ</sup>実<sup>ニ</sup>ナル<sup>レ</sup>損害賠償ノ請求權<sup>ヲ</sup>有<sup>ス</sup>ル<sup>ニ</sup>過<sup>キ</sup>ヤ<sup>ハ</sup>以テナリ、之カ為<sup>メ</sup>ナラ<sup>ニ</sup>カ<sup>ハ</sup>独<sup>ニ</sup>民法<sup>ニ</sup>テ<sup>ハ</sup>三七三、二<sup>ノ</sup>債務者<sup>ハ</sup>債権者<sup>ノ</sup>給付ニ対シテ<sup>ハ</sup>給付ヲナス<sup>ヘキ</sup>債務ヲ負担セ<sup>ル</sup>場合<sup>ニ</sup>債権者<sup>ハ</sup>供托物ヲ受取<sup>ル</sup>ヘキ債権者<sup>ノ</sup>權利ヲ其及対給付ノ履行ノ条件ニ係カラシム<sup>ル</sup>ヲ得ヘキ旨<sup>ノ</sup>規定ス、此規定ハ所謂双務契約、同時履行ノ原則ヲ供托ニ適用シタルモノト云フテ可ナラン(独、三二、参照)

独民法ニテハ債務者<sup>ハ</sup>供托物ヲ受取ル<sup>ヘキ</sup>債権者<sup>ノ</sup>權利ヲ其及対給付ノ履行ノ条件ニカ、ラシム<sup>ル</sup>ヲ得ヘキモノトナセ<sup>ル</sup>ニ過<sup>キ</sup>ヤ<sup>ハ</sup>以テ若シ債務者カ單純<sup>ニ</sup>供托ヲナシ<sup>シ</sup>片<sup>ハ</sup>債権者<sup>ハ</sup>其及対給付ヲナサ<sup>シ</sup>テ供托物ヲ受取<sup>ル</sup>得ヘキモノナリト解スヘキ<sup>ト</sup>、旧民法ハ民法ニ於ケ<sup>ル</sup>ト全<sup>ク</sup>同様ナラン、旧民法ハ民法ニ於テモ債務者<sup>ハ</sup>供托ヲナス<sup>ニ</sup>当<sup>リ</sup>テ債権者<sup>ハ</sup>供托物ヲ受取ル<sup>ヘキ</sup>權利ヲ



其及対給付ノ履行ノ条件ニヤ、ラシキル意思ヲ表示シタル時、其意思ノ效  
 カヲ認メ債権者ハ其及対給付ヲナスニテラサレハ供托物ヲ受取リ得ヘキニ  
 ラスト、独民法三七三ノ規定ニ於ケルカ如ク、多分解散スヘキナラン、用ヒテ  
 テハ独民法三七三ノ規定ハ必スモ之レヲ場ケルノ必要ナキカ如シトモ、然レ共規定  
 ナキニテハ条件付ノ并濟ノ效カシト云フト今様ニ条件付ノ供托ハ供  
 托ノ效カナン供托ハ免テ單純ノモノタルヲ要ストノ解釈生セサルヲ保ス能ハス、  
 故リ以テ独民法ハ如斯規定ヲ設ケシテ、斯ノ如キ規定ナキニ於テハ独民法  
 三七三ノ規定ノ如ク旧民法及仏民法ノ趣意ヲ解スヘキヤ否ニ付テハ疑ハシト  
 考ヘシト上述ノ点ニ基因ス。

現行民法四九八ニ規定セル如ク、独民法三七三ノ規定ニ依テ非ナリ。

何トモハ、独民法ニ於テハ、債務者ハ供托物ヲ受取ルヘキ債権者ノ權利ヲ其  
 及対給付ノ履行ノ条件ニカ、ラシキルヲ得ヘキモノトナセルニ過キカルモ、其現行民  
 法ニ於テハ、債務者カ債権者ノ給付ニ対シテ并濟ヲナスヘキ場合ニ於テハ、債権者  
 ハ其給付ヲナスニテラサレハ、供托物ヲ受取ルヲ得スト規定シ、独民法ニテハ、債  
 権者ノ受取權ノ制限ヲ債務者ノ意思ニ歸セルニ及シ、現行民法ニ於テハ、債

務者ノ意思表示ヲ保スル法律ノ規定ヲ以テ、当然供托物受取權ヲ制限セル  
 フ以テナリ。

乍ら民法四九八ノ規定ハ、命令的ノモノニテラサス、當事者ノ意思ノ推測ニ基  
 シモノト解スヘキ疑ナカルヘシ。果シテ然ラハ、債務者カ債権者ヨリ及対給付ヲ  
 受クルヲナシテ尚債権者ヨリテ供托物ヲ受取ルヲ得セルルノ意思ヲ表示  
 シタルハ、其意思ノ效カヲ認メヘキナラン、果シテ然レニ於テハ、独民法ニ於テハ  
 債務者カ單純ニ供托ヲナシタルハ、債権者ハ及対給付ヲナス供托物ヲ  
 受取ルヲ得、債権者カ供托物ヲ受取ル權利ヲ制限セントスルニ、債務者ノ  
 意思表示アルヲ要ス、然レ共現行民法ニ於テハ、債務者カ單純ニ供托ヲナシ  
 タル時、債権者ハ及対給付ヲナスニテラサレハ、供托物ヲ受取ルヲ得ス、債権  
 者ノ受取權ハ当然法律ニヨリテ制限セラルシ、若シ債権者ヲシテ及対給付ヲ  
 サシテ供托物ヲ受取ルヲ得セルノト欲スレハ、債務者カ殊ニ其意思ヲ表示スル  
 フヲ要スルナリ、此點ニ於テハ、獨現行民法ハ大ニ異ナル。

余ハ此點ニ就テハ、独民法ヨリ正レトナシ、現行民法ヲ批難スルモノナリ、何トモハ、現  
 行民法ノ規定ハ、双務契約ヨリテ對立セル債務ノ同時履行ノ原則ニ適合



マサルヲ以テナリ、何トモハ所謂双務契約ノ全時履行ノ原則トハ現行民法五三三ノ規定セムカ如ク當事者ノ一方ハ相手方其債務ノ履行ヲ提供スル迄ハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムヲ得ヘク双方ノ當事者共ニ全一ノヲ主張シ得ヘキ結果トシテ全時ニ履行ヲナサルヲ得サルヲ云フニ過キサルモ民法四九八ノ規定ニ言キハ相手方ノ履行又ハ履行ノ提供ヲ候タス當事者ノ一方カ其債務ノ履行ヲナサントスルモ相手方ハ其履行ヲ受クルヲ得サルモトナスニ等シキヲ以テナリ、債務者ノ利益ヲ保護スル為ト云ヘ其意思如何ヲ問ハス四九八ノ規定ノ如クニ定ムルハ必要ナキ于涉ト云フヘシ。(民法四九八ニ関シテハ供託物ノヲ参照スヘシ)

供託ノ取消、供託物ノ取戻シ。

供託ハ債務者ヲ以テ債務ヲ免カシメ債権者ヲ以テ供託物ヲ遺棄ノ權利ヲ取得セシムル爲ニ於テ并濟ニ等シキ效力アルヲ以テ速ヘタリ、故ニ一旦供託ヲナレタ以上債務者ノ意思ノミヲ以テ更ニ供託ヲ取消シ供託物ヲ取戻スヲ得サルモノトナス。債権者債務者ノ關係並ニ保証人債権ノ担保ナル物ヲ供シタル人担保物ノ取得者担保物ニキ担保権ヲ有シ又ハ其ヲ取得シタル人之等ニ對ス

ル關係ヲ簡明ナラシメ供託ノ規則ヲ設ケル趣意ニ適合スルモノト云フヘキカ作然供託ハ債務者ノ単独行爲ニシテ并濟ニ於ケル如クニ債権者ノ行爲ヲ要スルモノニアラス、債権者ニ供託物ヲ受取ル權利ヲ取得セシメ并濟ニ等シキ效力ヲ生セシムルヲ供託ノ趣意トハナルモ然レテ亦債権者ハ未ダ債務ノ目的物ヲ受取リシムルアラサルヲ以テ全然并濟ト全一ナリト云フヲ得ス、而シテ供託ノ結果ニ債権ノ本旨ニ適合セシモノナルヤ否ヤモ債権者カ供託ヲ受諾スルカ又ハ供託ヲ有効ノモノト宣告シタル判決カ確定スルマテハ未定ニ屬ス、故ニ債権者カ供託ヲ受諾スルカ又ハ裁判所ニ於テ供託ヲ有効ト宣告セル判決カ確定スルニヨリ供託カ確定スル迄ハ債務者ニ於テ一旦供託ヲナシタル場合ニ在リテモ更ニ之ヲ取消シ供託物ヲ取戻シ得ヘキモノトナスモ何等法理ニ及スルモノト云フヘカラス、民法四九八ノ想像スル場合ニ於テ債権者カ又對給付ヲナシ供託物ヲ受取ラサルニ於テハ債務者ハ供託物ヲ取戻シ契約ノ解除ヲナサントスル如キハ正當ノ理由アリト云フヲ得ヘシ。

供託物ヲ取戻シんハ當目テ供託ヲナサハリシモノ、如ク債務關係旧ノ如ク存スルモノトナスニ於テハ債権者ニ損害ヲ及ボスノ理ナシ、之レ民法四九八ノ規







ト規定シ、民法一三六、債権ニ於ケルカ如ク、単ニ共同債務者又ハ保証人ヲシテ  
 其債務ヲ免カレシメザル旨ヲ規定スルニ非ルヲ以テ、供託物ヲ取戻シタルハ、債権  
 者ノ有シタル担保権ハ其物上担保免ト債務担保免ト同ハスルテ、債務ト  
 共ニ復治スルモノナリ、トノ意義ニ解スヘキナラズ、果シテ然リトキ、債務者カ供託物  
 ヲ取戻シタルカ否ニ、債権者ニ損害ヲ生セシムルノ結果ヲ生セサルハ、民法一三六  
 一優心、乍然財免ハ、一項ニ供託ハ債務者ニ債務ヲ免カレシムル旨ヲ規定  
 セルヲ以テ、其二項ニ供託ヲ取消シタルハ、其義務ハ旧ニヨリテ存在スヘキ旨ヲ規  
 定スト、尚モ債務ハ供託ヲナスニヨリテ、其担保権ト共ニ更ニ復治スルモノナリト解セサルヲ得  
 ノ取消ヲナスニヨリ、債務カ其担保ト共ニ更ニ復治スルモノナリト解セサルヲ得  
 へレ、果シテ然リトセバ、供託ト共ニ債務ト共ニ消滅シタル担保物権ハ目的物タリシ  
 モニシキ、第三者カ負担ナキモノト信シテ所有権又ハ担保権ヲ取得セシ如キ  
 場合ニ於テ、供託ノ取消ニヨリテ、従前ノ担保物権カ復活スルニ於テハ、其第三  
 者ニ損害ノ損害ヲ加フルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ、斯クノ如ク見ルハ、供託ノ取  
 消ヲナシタル場合ニ於テ、民法規定ハ、債権者ヲ害シ旧民法規定ハ、第三者  
 ヲ害スルカ如ク解セラルヘシ、共ニ不可ナリ。

故ニ現行民法ハ四九四、ニ債務者ハ供託ヲナスニヨリテ、其債務ヲ免カレ、  
 又得ヘキ旨ヲ規定スルモ四九六、ニ供託ヲ取消スルヲ許シ、供託ヲ取消シタル  
 時ハ、供託ヲナサシメシモノト見做ス、債権者ヲシテ、其担保ノ権ヲ失ハシムル  
 カ如キナカラシムヘシ之ヲ保護シ、四九六、二項ニ前項ノ規定ハ、供託ニヨリテ負  
 権又ハ抵当権カ消滅シタル場合ニハ、之ヲ適用セスト、規定ニ供託ニヨリテ之  
 等ノ担保物権カ消滅シタル時ハ、債務者ハ、供託ヲ取消スルヲ得サルモノトシ、第  
 三者ニ於テ不測ノ損害ヲ蒙ルハ、ナキカ如ク保護セシトセリ、又四九六、二項ノ  
 規定ハ、民法旧民法ノ法文ニ鑑ミ、頗ル有意ヲ用ヒタルカ如シト見ユルモ、私  
 見ヲ以テハ、適當ニアラス、何トナシトハ、民法ハ、尤キニ失レ、供託後、其取消前ニ  
 担保物権ノ目的物タリシモノニシキ、權利ヲ取得シタル第三者アリシ場合ニ限  
 ラス、凡テ担保物権ノ消滅セル場合ヲ包含シ、第三者ヲ保護スルノ必要  
 ナキ場合ニ於テモ、尚全々一項ニ於テ、債務者ニ与ヘタル、供託ノ取消権ヲ制  
 限スルヲ以テナリ。

供託及其取消ノ效果ニ就テハ、民法ノ規定尤モ適當且ツ明瞭ナ  
 リ、尚旧民法ニテハ、財四七八、三項ニ、債権者カ供託ヲ受諾シ又ハ供託ヲ



有効トナス判決ヲ融定セシテニアリテモ債務者ハ債権者ノ承諾ヲ得ルニ於テハ供托物ヲ取戻シ得ルモ之ヲ為ス共同債務者及保証人ノ義務解脱ヲモ負權及抵當權ノ消滅ヲモ供托物ニツキ債権者ノ債権者トナルハ拍渡、差押ニモ妨害スルヲ得ル上自ラ規定ス。

仙民法モ一三六三、一三六三、舊民法ニ相当スルモノアリト由モ乍然其規定セル所ハ法文ナキモ当然ノト余ハ信ス。

第九項、代位弁済 (四九九、以下)

代位弁済トハ主たる債務者ニアラサルモカ 債務者ノ為メ債権者ニ對シテ弁済ヲナシ其債権者ノ權利ヲ承継スルヲ云フ、此莫ニツキ財四七九、一項参照。

代位弁済ノ認ハ單ニ第三者カ債務者ニ代ツテ債権者ニ弁済ヲナスカ如クニ間ズモ乍然第三者カ債権者ニ弁済ヲナシテ其債権者ノ權利ヲ承継スル一即債権者ニ代位シテ其地位ニ立テ代ル一ヲ本旨トス。

主たる債務者ニアラサルモト由モ保証人ノ如キ從ヒ債務者ニ弁済

ヲナス義務アリ、物上担保ノ目的物ノ取得者如キハ弁済ヲナスノ義務ヲ負担スル者ニアラサルモ債権者ニ弁済ヲナシ其物ノ負担ヲ免カレシムルニツキ利益ヲ有スルモノナリ、故ニ此等ノ人ハ債権者ニ對シテ弁済ヲナシ得ヘキハ勿論債権者ニ對シテ弁済ヲナスヘキ從ヒ義務ヲ負担セルニモアラス、又弁済ヲナスニツキ自己ニ利害ノ關係ナキ第三者ニ在リテモ債権者ニ對シテ有效ニ弁済ヲナシ得ヘキ一ヲ原則トナセルハ前ニ民法四七四ニツキ述ベシカ如シ。

弁済ハ何人カ之ヲナシタルカヲ問ハズ債権ハ之ニ對シテ其担保ト共ニ消滅シ理論上ハ弁済者カ承継スルヲ得ヘキ債権者ノ權利ハ存在スル弁済者ハ債務者ニ對シテ委任事務管理又ハ不當利得等ノ事由ニヨリテ或債権ヲ有スルニ過キサルモノトス、此或債権ハ債務者ニ資力ナキ場合ニハ有名無実タルニ至ルノ弁済者ハ遂ニ恢復スヘカラサル損害ヲ蒙ルルニ至ル、之レ法律上代位弁済ナルヲ認メ弁済者ノ或債権ヲ確保スルカ為メ理論上ハ弁済ニヨリテ消滅シタル債権者ノ權利ヲ為メハ尚存続シ弁済者ハ債権者地位ニ立テ代リ其權利カ恰モ消滅セザリシテ、如クニ之ヲ承継シテ行フヲ得ヘキトモ所以ニシテ全然實際上一ノ便宜ニ基ク一種ノ擬制ト見ルノ外ナシ。



代位弁済ヲ認ムルハ直接ニ弁済者ニ尤モ利益アリ、間接ニ債権者モ利益アリ、弁済者利アリトシ、其債務者ニ対シテ債権ヲ確保セラル、ヲ以テナリ、債権者ニ利アリトシ、債務者カ弁済ヲナサ、ル場合ニ於テ弁済ヲ請求シ、債権者カ之ニ應ゼサル時、債務者又ハ保証人ヲ追及シ、又ハ担保物権ヲ実行スル等ノ手段ヲ要セスニテ容易ニ弁済ヲ受ケテ、債権ヲ実行スルヲ得ヘキヲ以テナリ。

代位弁済ハ債務者ニ別段ノ利益ナトスルモ、何等ノ害也ナシ、第三者モ亦利害ノ影響ヲ受ケ、何トモハ、代位弁済ニヨリテ債権者ニ消滅シタル債権者ニ存続スルモノトナス、一ハモ債権ノ譲渡ノ場合ト全様ニシテ債権者其人ヲ異ニスルノ外債務者其他第三者ニ対シテ關係ニハ何等ノ變動ヲ生ゼサルヲ以テナリ、斯クシテ代位弁済ハ法律上ノ理論ハ適合セサルニ拘ラス、弁済者及債権者ニ利アリテ債務者及第三者ニ害ヲ与ヘテ便宜ニ設ケタル法規ナリ、頗ル債権ノ譲渡ニ類似スル所アルモ、今ニ視スヘキモノニテ、何トモハ代位弁済ト債権譲渡トハ各其當事者ノ意思ニ差アリ、從テ其效果ヲモ異ニス、即債権ノ譲渡人ハ自己ノ為ニ債権ヲ取得スルモノナリト雖モ、代位弁済者ハ債務者ノ為ニ弁済ヲナスモノニテ、債権者ノ權利ヲ代リテ取得スルハ、單ニ債務者ニ対ス

ズ、亦債権ヲ確保スルカ為メニ過キル所ナリ、其根本ノ差異アルニヨリテ生スル結果ニシテ、兩者ヲ比較スルハ、如シ。

第一、債権ノ譲受人ハ譲渡人ニ対價ヲ供シタル否トヲ問ハス、又其対價カ債権額ニ対等ノモノナルト否トヲ區別セズ、譲渡人ノ有シタル債権額ノ金額ヲ取得シテ之ヲ行フヲ得、之ニ及シテ代位弁済者ハ債権者ニ弁済シタル額ヲ限度トシテ債権者ノ權利ヲ承継取得シテ之ヲ行フヲ得ニ止ル、(民法五〇一、財、四八七参照)

第二、債権ノ譲受人ハ債務者ニ対シテ譲渡人カ有リタリシ權利ノミヲ承継シ取得スルニ過キス、之ニ及シテ代位弁済者ハ債権者ノ權利ヲ承継取得スルノ外尚自己ニ他者ノ求償権ヲ有ス、此点ニシテ財、四九一一項但書参照。

第三、債権ノ譲渡ニ必要ノ債権者ノ承諾アルヲ必要トス、之ニ及シテ代位弁済ニ必要ノ債権者ノ承諾ヲ必要トセサルナリ、(民法五〇〇、財、四八七)

第四、債権ノ譲渡人ハ譲受人ニ対シテ債権ノ存在ヲ担保スル義務ヲ負担ス、之ニ及シテ債権者ハ代位弁済者ニ対シテ担保義務ヲ負担セズ、唯債権ノ存在ナリシ時ハ代位弁済又ハ無効ナルヲ得サルヲ以テ債権者ハ不当利得ノ理



由ヨリ并済者ニ債權者ノ償還ノ責任アリシ。  
 民法三三ハ代位并済ヲ大別シテ、合意トモ、法律上モノ、トノ二種トナシ  
 更ニ合意上ノ代位并済ヲ大別シ債權者ノ意思ニ基クモト、債務者ノ意思  
 ニ基クモト、トノ二種トナス、旧民法ハ全然之レニ依ヘリ、但、一三四九、一三五二、財四  
 七九、二項、四八一、

然レ乍ラ現行民法ニテハ債務者ノ意思ニ基ク代位并済ヲ認メズ、独民法ニ  
 テハ法律上ノ代位并済ニ関シテ唯一ヶ条ノ規定ヲ設クルノミ。

債務者ノ意思ニ基ク代位并済ト云フハ債務者カ其債權者ニ并済ニテモツキ  
 必要トシ金額其他ノ有價物ヲ自己ニ貸与シタル第三者ヲシテ其以テ并済ヲ受  
 ケル債權者ノ承認ヲ得ルコトヲ其債權者カ他ニ適當ノ担保ヲ有セザル如キ場  
 シムルモノニシテ高利ノ債務ヲ負担セル債務者カ他ニ適當ノ担保ヲ有セザル如キ場  
 合ニ抵利ノ借財ヲナシ之ヲ以テ高利ノ債務ヲ并済シ償却スルコトヲ得ルモノニ  
 シテ頗ル便利ナルヘキモ乍然然三者ヲシテ債權者ノ承認ヲ得ルコトナリ、其債權  
 者ノ權利ヲ取得シ得ヘキモトナスコトハ乱リニ他ノ權利ヲ処分スルヲ許スニ相当  
 スルモノニシテ条理ニ及スルノミナラス或ハ第三者ト債務者トカ通謀シテ他ノ債權

者ニ損害ヲ及ホス如キ弊生セトセス、故ヲ以テ旧民法民法ニ於テモ債務者  
 カ第三者ニ交付スル借用証書ニハ借用ノ金額其他ノ有價物ノ用度ヲ記載  
 シ債權者カ債務者ニ交付スル受取証書ニハ并済トシテ受取リタル金額其  
 他ノ有價物ノ出所ヲ記載スヘキモトナシ旧民法ニテハ其借用証書受取証  
 書共ニ公正証書トシハ私着証書ヲ以テシ民法ニテハ二種ノ証書共ニ公正証  
 書ヲ以テスニアラサレハ代位并済ヲ以テ第三者ニ対抗スルヲ得サルモノトナス、然レ  
 乍ラ斯ノ如キ規定ヲ以テシテハ詐欺ヲ豫防スルコト能ハサルヘシ、加之債務者カ  
 第三者ヨリ借用シタル金額其他ノ有價物ヲ以テ果シテ代位并済ヲナシタ  
 ルモノト見レキヤ否ヤニ就テハ事實上ノ難問ヲ生スルコトアルヘキハ財四八、四項、借  
 用ト并済トノ間ニ不相当ナル長キ時間ノ経過シタルハ裁判所ハ代位ヲ不成立  
 ト宣告スルコトヲ得ト規定スルニ見テモ明カナルヘシ。

債權者カ債務者ニ交付スル受取証書ニ并済トシテ受取リタル金額其他  
 ノ有價物ノ出所ヲ記載スヘキモノトナシタルコトハ債權者ノ承認ヲ得ルコトヲ必  
 要トナスト恰ト同様ナルヘシ、債權者ハ并済ヲ受クルニ於テハ其權利ヲ完フス  
 ルモノナレハ并済者又ハ其指示スル第三者ヲシテ債務者ニ対スル權利ヲ承継シ之



ヲ取得セラルルニツキ實際上及対スルカ如キハナカルヘシ、果シテ然リトモハ債権者ノ意思ニ基クテ并済ヲ認ムル於テハ債務者ノ意思ニ基クテ代位并済ヲ認ムルノ要ナカルヘシ、後者ハ弊ノミ多クシテ実益ナシト云フ可ナリ、現行民法ニ於テ債務者ノ意思ニ基クテ代位并済ヲ認メザリシハ此趣旨ナラン。

債権者ノ意思ニ基クテ代位并済トハ并済ヲナスニツキ正当ノ利益ヲ有セザル第三者カ債務者ノ為メニ債権者ニ并済ヲナシ其承諾ヲ得テ其權利ヲ承継シ之ヲ取得スルコトヲ云フ之レ民法四九九一項ノ規定スル所、旧財、四〇、四、三五〇、二項ノ規定ノ大様ハ全様ナリ。

債権ハ并済ニヨリテ消滅スヘキモノナルヲ以テ并済者ヲ以テ債権者カ有シタル權利ヲ承継セラルルカ如キハ此理ニ適合セスト云、代位并済ハ前述セカ如ク直接ニ并済者ニ利益アリ間接ニ債権者ニ利益アルモノニテ相当ノ条件ヲ以テスルニ於テハ債務者其他ノ第三者ニ損害ヲ加フルコトモナレ、而シテ債権者ノ承諾ヲ得ルコト必要トセルヲ以テ債務者ノ意思ニ基クテ代位并済ニ於テカ如ク濫リ他人ノ權利ヲ処分スルコトヲ許スト全一ノ結果ヲ生スルニ都合ノコトナク利アリテ害ナキヲ以テ之ヲ認ムルナラン。

旧民法ニハ第三者ハ并済ニツキ利害ノ關係ヲ有スルヤ否ヤヲ區別スルヲ要セストナス。

現行民法ノ四九九一項ノ法文中ニハ并済ヲナシモト記ス、然レシカハ并済ヲナスニツキ正当ノ利益ヲ有スルモノハ我新舊民法何レニ於テモ并済ヲナスヨリテ法律上当然債権者ニ代位スルヲ得ルモノトナシ其有無ノ条件ヲ異ニセルカ故ニ債権者ノ意思ニ基クテ代位并済ハ并済ヲナスニツキ正当ノ利益ヲ有セサル第三者ニツイテノミ適用アリト見テ可ナラン、現行民法四九九一項ノ法文中并済ヲ為シタル者トアルハ斯クノ如キ利害關係ヲ有セサル第三者ヲ指示セルモノト解スヘキモノト信ス。

旧民法ニハ債権者ノ意思ニ基クテ代位ハ明示シテ并済ト合時タルヲ必要トセリ、旧民法ニ於テハ受取証書ニ之レヲ明記スルニアラサレハ有效ナラズト規定セルモ并済ヲナス第三者ト之ヲ受クル債権者即チ代位并済ノ當事者間ニ於テハ代位ノ意思ヲ明示シ又ハ之ヲ受領証書ニ記載スルヲ必要トスノ理由ハ何等有セスト信ス、及令代位ノ意思ヲ明示シ又ハ之レヲ受取証書ニ記載スルモ債務者其他ノ第三者ヲ以テ代位并済ヲナシタル事



実ヲ知ラシムルハ是ラサルヲ以テ第三者ニ不測ノ損害ヲ蒙ラズヤク弊ヲ生  
セサルヲ保スヘカス。

之レ現行民法ニ於テハ債権者ノ意思ニ基ク代位ハ旧民法ノ如ク并済  
ト全時ニ債権者ノ承諾ヲ得ルヲ必要トスルノ外尚其要件トシテ債権ノ  
譲渡ニ關スル規定ヲ准用スルモノトせん所ナリ。(民法四九九、二項)

即代位并済ノ当事者間ニ於テハ其要件ヲ簡易ニスルト全時ニ債務  
者其他ノ第三者ニ對抗スルノ要件ヲ嚴重ニセルナリ。

抑モ代位并済時ニ債権者ノ意思ニ基クモハ債権者ノ譲渡ニ酷似シ第  
三者ノ利益保護ノ為メハ債権ノ譲渡ニ於ケルト人様ノ条件ヲ必要トスヘ  
キナリ、斯クノ如キ条件ヲ定ムルニ於テハ債権者ノ意思ニ基ク代位并済利  
アリテ害ナキヲ以テ敢テ之ヲ否認スルニ及ハサルヘキナランモ然レ乍ラ私見ヲ  
以テハ自由ニ債権ノ譲渡ヲナシ得ヘキモノトスル近世ノ法律ノ下ニ於テハ實際  
上此種債権ノ代位并済ヲ認ムルノ要ナキヲ覺ス、何トナレハ債権者ハ并済  
ヲ受クルニ於テハ其權利ヲ完フルヲ以テ并済者カ代位スルヲ承諾セサル  
ヲアラサルヘシ、代位スルヲ承諾スル場合ニ於テハ全ノ理由ニヨリテ債権ノ譲

渡ヲナスヲ承諾セサルヲモナカルヘキヲ以テナリ、兎ニ角、独民法ニ於テハ債権者  
ノ意思ニ基ク代位并済ヲ認メサルノ趣意ナルヤ否ヤハ知ラサルモ、之レニ關スル  
規定ナシ。

法律上ノ代位并済ハ并済ヲナスニツキ正当ノ利益ヲ有スルモカ債権  
者ニ并済ヲナシ当然ニ其權利ヲ承継スルヲ云フ、当然トハ債権者ノ承  
諾ヲ得ルヲ要セサルヲ意味ス、之レ現行民法五〇〇ノ規定スル所、旧財四二  
八二五二ノ規定スル所又然カリ、唯旧民法ニテハ法律上ノ代位并済ヲ為  
シ得ヘキ人ヲ列挙スルニ及ビ現行民法ハ并済ヲナスニツキ正当ノ利益ヲ有スル者  
トノ概括的ノ字句ヲ用ヒタルノ差アルノミ、現行民法カ列挙法ヲ採ラザリシ  
或ハ脱漏ノ虞アルヘキヲ見タル為メナリ、乍然民法五〇〇ニ并済ヲナ  
スニツキ正当ノ利益ヲ有スルモノトアルハ旧民法カ列挙セルカ如ク又現行民法  
五〇一ノ示スカ如ク主トシテ保証人ノ所謂物上保證人即自己ノ財産ヲ以テ  
他人ノ債務ノ担保ニ供スルモノ物上担保ノ目的物ハ不動産ノ第三取得者  
等ヲ云フモノナルヘシ、不可分債務者及ヒ連帶債務者モ恐ラズハ其中ニ包  
含セラレト見ルヘキナラン。



法律上ノ代位弁済ハ債権者ノ承諾ヲ得ルヲ必要トセサルヲ以テ濫リニ他  
人ノ權利ニ干渉スルカ如キ非合理ノ点ナキニアラスト由モ債権者ハ弁済ヲ  
受クルニヨリ其權利ヲ失フスルカ故ニ弁済者ヲシテ代位セシムルニ於テモ何  
等債権者ヲ害スルコトナシ弁済者ハ或ハ其債務ヲ免レ又ハ其財産ノ買  
担ヲ免カレシムルニツキ正当ノ利益ヲ有セルヲ以テ債権者ノ意思ニ基ク代位  
弁済者ニ比スルハ一層厚ク之ヲ保護スヘキ理由ノ存スルニシテ之レヲ保  
護スルハ乃チ債権者ヲシテ容易ニ弁済ヲ受クルヲ得セシムル所以ニシテ間  
接ニ債権者ヲ利スルモノタルヘシ。

独民法ニ於テモ亦債務者ノ意思ニ基クモト債権者ノ意思ニ基クモ  
ノトヲ問ハス凡テ當事者ノ意思ニ基ク代位弁済ニ関シテハ規定ヲ設ケル  
ニ拘ラス法律上ノ代位弁済ニツイテハ二六八ニ概括的規定ヲ設ケタリ。

代位弁済ノ效果。

代位弁済ハ法律上ノモノトシテ債権者ノ意思ニ基クモノトシテ問ハス凡テ代  
位弁済者ヲシテ其ノ債務者ニ対スル債権ノ範圍内ニ於テ債権者カ有  
シル一切ノ權利ヲ承継シ之ヲ行使スルヲ得セシム、之レ民法各一、本文ヲ規定スル

所、但敷四八三、本文、四八四ニ規定セル所及ハ、二五三、独、二六八、三項本文ノ趣旨  
皆全様ナリ。

此規定ハ直接ニ代位弁済ノ效力及其範圍ヲ明示スルト全時ニ間接ニ代位  
弁済ノ性質ヲ暗示スルモノト云フヘシ、此五〇一ノ法文中債権ノ效力トアルハ  
債務ノ履行ヲ請求シ若クハ遅延ニシテ權利ノ賠償ヲ請求スルハ勿論公正証  
書ニ見強制執行ヲ包含シ又損害ノ豫定額又ハ違約金ノ請求モ共  
ニ包含セラルヘキト見ルヘキモノトス而シテ同条法文中債権ノ担保トアル諸  
種ノ対人及物上担保ヲ総稱シシテ明白ナリ、即代位弁済者ハ債務者モ  
レノハ保証人ニ對シ履行若クハ不履行ヲ言ハ損傷ノ賠償ヲ請求シ又ハ所負  
債モレノハ抵当權等ヲ実行シ債務ノ公正証書ノ作成セラレアリシ場合  
ニ直チニ強制執行ヲ請求シ得ルト等ノ點ニ於テ全然債権者ト全一ノ地位  
ニ在ルナリ、債権者ニ代位ストハ以意義ナルヘシ然レトモ代位弁済ハ債務者ニ  
對スル債権ヲ確保スルヲ以テ唯一ノ目的トスル法律上ノ擬制ニ過キサルハ前  
述ノ如キヲ以テ代位弁済者カ債務者ニ對シテ有スヘキ權利ト債権者ノ  
有シル權利ト其範圍ヲ異ニス、即代位弁済者ノ權利ハ一方ヲ見レ



債権者ノ権利ニ比シテ其範圍狭シ、例ハ年済者カ債務額ヨリ少  
額ヲ以テ金額ノ免除ヲ得ル時ハ其少額ニツイテノ債権者ニ代位スル  
ヲ得ルニ止リ若シテ金額ヲ利スルヲ得ス、又債務者ノ委託ヲ受ケス若シテ債  
務者ノ意思ニ及ビテ其債務ノ保証ヲシタルモカ債権者ニ年済ヲナシ  
時ハ債務者ヲ利シテ其限度ニ於テノ債権ヲ有スルニ止マリ年済ノ全  
部ニツイテ債権者ニ代位スルヲ得ス之レ現行民法五〇一ノ本文中「債権ノ譲渡」  
得ヘキ範圍内ニ於テトノ字句ヲ用ヒタル所以ニシテ嘗テ債権ノ譲渡ト  
代位年済トノ差異、第一点トシテ已述セシカ如シ民法四六二參照。  
然レ乍ラ他ノ一面ヨリ見レバ代位年済者ノ權利ハ債権者ノ權利ニ比シテ  
廣シ、何トモ年済者ハ債務者ニ對シテ自己ニ固有ノ求償權ヲ有セルヲ  
以テナリ、例ハ債権者ノ委託ヲ受ケテ其債務ノ保証ヲナシタルモカ  
債権者ニ年済ヲナシタル時ハ其年済債務ノ外カ若シ生シタル損害ノ  
賠償ヲモ併セテ之レヲ請求シ得タルヲ以テナリ、旧民法四五九、唯年済者ハ  
其年済額ニツイテノ債権者ニ代位シ得ルニ過キス、其事ハ債権讓渡  
ト代位年済ノ差ノ第二点トシテ陳ヘタル所ノ如シ。

年済者ハ債権者ニ代位シテ其權利ヲ行ヒ得ヘキノミナラス自己ニ固有  
ノ求償權モ亦併セテ之ヲ行使スルヲ得キヲ以テ債権者ノ權利ニ特別  
ノ効力アリシ時又ハ担保ノツキ居リシ場合ニアラサルハ年済者ニ債権者ニ  
代位シテ其權利ヲ行使スルノ実質ナシ、自己ニ固有ノ求償權ヲ行フニ  
テ是レリトスナラン債権者ノ權利ハ特別ノ効力アリ又ハ担保アル場合ハ債  
権者ニ代位シテ其權利ヲ行使シ得ルカ年済者ニ取リ頗ル有利ノ事ナリ  
之レ代位年済ナルヲ認ムルニ至リン理由ナリシモ之カ若シ自己ニ固有ノ求  
償權ヲ毎用ナラシムルモノニアラサルハ忘ルヘカラス、何トナレバ又者ハ其範  
圍ノ異ニスルミナラス時効ノ起算点モ差異アルヲ以テナリ。  
債権ニ從ル担保トシテ質權抵當權等ノ設定シタル第三者差シノハ  
其物上担保ノ第三取得者又ハ保証人アル場合ニ於テ之等ノ年済ヲナスニ  
ツイテ利害ノ關係ヲ有スル者カ債権者ニ年済ヲナシタルハ全一ノ不動産ニ  
キ噸位ヲ異ニスル數但ノ抵當權存在シタル場合ヲ除ク外年済者ハ債権  
者ニ代位スルヲ得キ担保ナキハ明白ナルヘシ又全一ノ場合ニ於テ年済ヲナスニ  
利害ノ關係ヲ有セサル者カ債権者ニ年済ヲナシタルハ其承諾ヲ得テ債権



若ニ代位ノ物上担保權利ヲ実行シ又ハ保証人ニ對シテ年済ノ請求ヲナシ得ルモ亦明白ナラン、然レハ債權ノ担保トシテ質權抵當權等ヲ設定シルル第ニ者物上担保ノ第三取得者及保証人アル場合又ハ物上担保ノ設定者若シテ第三取得者カ数人アル場合於テ之等ノ者ノ中ノ一人カ債權者ニ年済ヲナシル時ハ債權者ニ代位シテ他者ニ對スル担保ノ權利ヲ行フコトヲ得ヘキカ。

※問題ニツイテハ若シ何等特別ノ規定ナキニ於テハ然リトモ肯定セサルヲ得サルヘキモ然レ乍ラ斯クテハ不公平ノ結果ヲ生スル場合アリ之レ民法五〇二ニ但書アル所以、旧財四八八、但書ノ規定セル大様亦然リ。

第一、債權者ニ年済ヲナシタル保証人ハ物上担保ノ第三取得者ニ對シテ債權者ニ代位スルヲ得ルモ第三取得者ハ債權者ニ年済ヲナスモ保証人ニ對シテ債權者ニ代位スルヲ得ス、其趣旨トスル如ク物上担保ノ第三取得者ノ年済ノ事ナラバ知リ又ハ之ヲ知リ得ルモノニテ自己ニ過失ナキニ於テハ不測ノ損害ヲ蒙ルコトナキ理ナリ、之ニ及シ保証人ハ債務者カ資力ヲ失フニ及レバ恢復スヘカラザル損害ヲ蒙ルヘキ者ニテ以テ双者ノ利害ノ相互スル場合ニ第三取得者ヨリ年済ノ保証人ヲ保護スルヲ穩當トス。

然レ乍ラ債權者ニ對シテ年済ヲナシタル保証人カ債權者ニ代位シタルノ不動産質權抵當權等ノ登記ニ附記セラル時ハ年済ニヨリテ債權者共ニ物上担保ノ權利亦消滅セシメト信シテ其目的物ヲ取得シテ不測ノ損害ヲ蒙ルルカ如キ第三取得者ナキヲ保セス、之レ民法五〇一、但書ノ一項及二項ノ規定セル趣意ナリ(財四三、但書二、三ノ全様)

第二、物上担保ノ第三取得者カ数人アル場合ニ於テハ何レモ質權付ノ財産ナルコトヲ知リ又ハ知ルヘクシテ之ヲ取得セシモノニテ皆同等ノ地位ニ在ルヲ以テ若シ債權者ニ年済ヲナシタル一人カ債權者ニ代位シテ他者ニ對スル担保ノ權利ヲ行使シ得トモ第一ニ年済ヲナシタル一人ハ全然質權ヲ免ル公平ヲ失スルコトナリ、此レ民法五〇二、但書三ノ物上担保ノ目的物カ各不動産ノ價額ニ應スルニ非レバ他ノ第三取得者ニ對シテ代位スルヲ得サルモノト規定セル所以ナリ、(旧財四八三、但書四ノ全様)

第三、自己ノ財産ヲ以テ他人ノ債務ノ担保ニ供シタル者ハ一面ヨリ觀察スルヤ保証人ニ酷似ス、故ニ民法ニ於テハ *Caution ne esse* 物上保証人ト云ヒ民法五〇三、三七二、ノ如キ規定ヲ設ケテ以テ自己ノ全財産ヲ



此テ債務ヲ担保スルモノニアラザルノ方面ヨリ見レハ必ず、物上担保ノ第三取得者トシテ地位ニアルモノナリ。

斯ノ如ク物上保証人カ数人アル場合ニ其中ノ一人カ債権者ニ并済ヲシタルハ債権者ニ代位シテ他者ニ対シ担保ノ権利ヲ行テ得トスルニ於テハ不公平ナル結果ヲ生スルハ第三取得者数人アリテ其一人カ并済ヲシタル場合ト何等異ナル所ナレ、之レ民法五〇一、但書四号ヲアル所以。

第四、保証人ト物上保証人アル場合ニ其一人カ并済ヲナレシヨリ債権者ニ代位シテ他者ニ対シテ其担保ノ権利ヲ行使シ得ヘキモノトスルニ於テハ不公平ノ結果ヲ生スルコト民法五〇一、但書二号三号ノ場合ニ異ラス、然レニ保証人ト物上保証人トノ間ニ於テハ他ニ債務ヲ人カ担スヘキモノトスル共通ノ標準ナキヲ以テ多数保証人ノ責任ニ関スル原則ヲ準用シ頭数ニ依リテ債務ヲ分担スル頭数ニ應スル範囲内ニアラザレバ債権者ニ代位スルヲ得ス、物上保証人数人アル中ハ保証人ノ負担割合ヲ除キ民法五〇一、但書四号ノ趣旨ニ基キ各財産ノ價額ニ應スル範囲ニアラザレバ債権者ニ代位シテ其権利ヲ行フヲ得サルモノトナセルモノ、五〇一、但書第五号ノ規定ニ依リテ物上保証人カ担保ニ依リ

ル財産カ不動産ナレバ其保証人ハ其担保ノ登記ニ代位ヲ附記スルニアラサレハ債権者ニ代位スルヲ得サルモノトナレリ、之レ第五号ニ項ノ規定セシ所ナリ。

何人ニ対シテ債権者ニ代位スルヲ得サルカノ意味ニ依リテハ多少不明ナルモ物上保証人カ担保ニ供シタル財産ノ第三取得者ニ依リテノミ、債権者ニ代位スルヲ得サルニ依リ物上保証人ニ対シテハ代位ノ附記登記ヲ為スヲ要セサルモノト解スルキナレ、五〇一、但書三号及四号ノ場合ニ於テ代位ノ附記登記ヲ必要トセサルヲ以テ見ハ斯クノ如ク解スヘキハ明白ナラン之ト今時ニ三号及四号ノ場合ニ於テモ亦第三取得者又ハ物上保証人ノ一人カ并済ヲナレバ後ニ担保ノ目的物ヲ取得シテ第三取得者ニ対シテハ代位ノ附記登記ヲナスニ非レバ債権者ニ代位シテ其権利ヲ行フヲ得サルモノトナリト解セサルヲ得スト信ス。

第五、保証人数人アル場合ニ其頭数ニ依リテ保証債務ヲ分担スヘキヲ原則トシテ以テ(民法五六)保証人ノ一人カ債務ノ全部ノ并済ヲナスコトアルモ其全部ニツキ当然債権者ニ代位スルヲ能ハサルニシテ信ス、何トナレバ保証人ハ自己ノ負担割合ヲ越テ并済ヲナスニツキ正当ノ利益ヲ有セルモノト云フ能ハサルヲ以テナリ、然レテモ債権者ノ承諾ヲ得ルニ於テハ并済ヲナレシ人全部ニツキ債権



者ニ代位スルヲ得ヘシ、只此場合ニ在リテモ他ノ保証人ノ負担部合ニツキ債権者ニ代位シ其権利ヲ行フヲ得ルニ止ルモト信ス、連帯債務者又ハ不可分債務者ノ一人カ債権者ニ弁済ヲナシタル時ハ当然債権者ニ代位スルヲ得ヘシモ、然他ノ連帯債務者又ハ不可分債務者ニ対シテハ其負担部合ニツイテハ債権者ノ権利ヲ行ヒ得ルニ過キサルヘシ此事ハ旧財四八三但書五五ノ規定ニ於テモ債務ニ關スル規定ト現行民法五〇一ノ本文ノ規定トヨリ当然生スル結果ナリト見ルコト得ヘシ。

以上ハ債権ノ全部ニツキ代位弁済ヲナシタル場合ニ於ケル效果ニ關スル若シ債権ノ一部ニツキ代位弁済ヲナシタルモアルハ如何ナル效果ヲ生スヘキカ。分割シテ一部ノ弁済ヲ得ヘキ性質ノ債務ニ在リテモ特約ナキ限り債権者ノ一部ノ弁済ヲ受クルヲ要ス、然レモ債権者カモレ任意ニ一部ノ弁済ヲ受ケタル時、其一部弁済者ヲシテ債権者トシテ債権者ニ代位スルヲ得セシムルヤ否ヤ、此處ニツイテハ場合ニ區別シテ觀察スルヲ要ス。

第一、一部弁済者カ弁済ヲナスニツキ正当ノ利益ヲ有スルハ此種債権者カ單純ニ其弁済ヲ受ケル一部弁済者トシテ當然債権者トシテ

代位スルヲ得シ、然レモ債権者ハ弁済ヲ受クルニ當リ特ニ一部弁済者ノ代位スルヲ拒絶シ得ヘキヲ信ス、何トナレハ民法五〇一ノ規定ハ強行法ノ性質ヲ有スルモノニアラサルヲ以テナリ。

第二、一部弁済者カ弁済ヲナスニツキ正当ノ利益ヲ有セサル場合ニ一部ノ弁済ヲナスニ當リ代位スルヲツキ持シ債権者ノ承諾ヲ得ルニアラサルハ單純ニ債権者カ一部弁済ヲ受クルノ事實ノミヲ以テハ債権者ニ代位スルヲ得サルハ明白ナリ、唯一部弁済ヲナサントスル者カ債権者ニ代位ノ承諾ヲ求メ其ノ承諾ヲ得ル能ハサル時ハ多少ハ弁済ヲ中止スルヘシ。

以上此二種ノ場合ニ於テモ一部弁済者カ債権者ニ代位シ時ハ如何様ニ其權利ヲ行ヒ得ルカ。

民法四二二ニハ、代位弁済ノ一部ノ弁済ヲ受ケル債権者ヲ害スルヲ得ズ、債権者ハ殘額ニツキ一部弁済者ニ対シテ優先権ヲ有スヘキト規

定ス。

旧民法モ亦財四八五ニ全額弁済ノ規定アリ。

乍然一部ノ弁済ヲ受ケル債権者ハ其レ丈ケノ利益ヲ受ケンモノニ



テ其利益ヲ与ヘタル一部弁済者ヲシテ債権者ニ代位スルヲ得セシムル以上ハ  
双者ノ権利ニ優劣ノ差等ヲ設ケキ理由アルヘカラス、債権者ニ優先権  
ヲ与フルカ如キハ債権者ノ保護ニ偏重ノモノニシテ一部弁済者ニ代位スル  
ヲ得セシメタル精神ヲ没却スルモノトシテ得ヘシ。

故ニ現行民法ニ於テハ一弁ノ代位弁済者ハ其弁済シタル債額ニ應ジテ  
債権者ト共ニ其権利ヲ行フヘキモノトシテ兩者ノ権利ニ優劣ノ區別ヲ設ケス  
全然同等ノモノトセリ、之レ民法五〇二一項ノ規定スル所ニテ旧民法亦財四八  
六一項ニ全ノ規定アリ、其旧財四八六一項ノ規定ト全然抵牾スルナキモ  
調和ヲ欠クナリ。

斯クシテ如ク一部ノ代位弁済者カ債権者ト共ニ行フヲ得ヘキ權利ハ其  
債権ノ性質ニ適合シ無ツテ分割スルヲ得ヘキモノナラサルヘカラス、何トシテ其  
權利ヲ行フヲ以テ得ヘキ利益ハ一部弁済者ト債権者トノ間ニ之レシテ分ツ  
ヘキモノトシテ以テナリ、之レ民法五〇二、三項ノ本文ニ規定セル趣意ニシテ債務  
ノ不履行ニシテ契約解除ノ權利ノ如キハ求償權ノ性質ニモ適合セズ、又  
全額ニ歸ヘキモノトモ下ラス、其五〇二、三項ニ但書規定ヲ加ヘタルハ契約ノ解除

ニヨリテ其契約上ノ債務ト共ニ之ニ伴フ担保ノ權利モ亦之レヲ消滅セシメ一部  
弁済者ヲシテ求償權ヲ失ハシムル結果ヲ生スルヲ以テナリ。

旧民法財四八六二項ニ全然全様ノ規定アリ。  
契約ニシテハ民法五〇四以下参照。

代位弁済者ヨリ全部ノ弁済ヲ受ケタル債権者ハ之レヨリ其權利ヲ  
完フセシメシテ債権利ニ關スル証書及ヒ債権ニ伴フ担保物件ノ如キハ何レ  
モ債権者ニトリテハ不用ナル而カモ弁済ヲナシタル者ニ取リテハ債権者  
ニ代位シテ其權利ヲ行フニ願ヒ必要ノモノナリ、之レ民法五〇三、一項ノ規定ニ  
ル所以ニシテ財四八七一項ニ全然趣意ノ規定アルモ旧民法ノ法文ニ債権ノ證  
書トアルハ担保ニ關スル証書ヲ包含セサルカ如ク見エ狭キニ失ヒ、故ニ現  
行民法ニテハ債権ニ關スル証書ト記載ス、旧民法ノ法文ニ貨物ト見モ留  
置權ヲ含マラズ以テ狭キニ失ス、故ニ現民法ニテハ債権者ノ占有ニテ担保物ト  
改メナリ。

債権ノ一部ニシテ代位弁済アリシ時ハ債権ニ關スル証書及担保ノ權利共  
ニ債権者及代位弁済者双方ニ必要アリ、之レ民法五〇三、二項ノ規定アル所以



ニテ敷、四七、二項ニ各趣意ノ規定アルモ旧民法法文ニ要旨ニ依テ代位者証  
書ヲ示スヘキトモ此ハ代位ノ事實ヲ明確ナラシムルニ足ラス、故ニ現行民法ニ  
於テハ代位者証書ニ記入スヘキモノトセリ。

債務ノ弁済ヲナスニ就キ正当ノ利益ヲ有セルモノカ弁済ヲ為ス時ハ當  
然債権者ニ代位シテ其權利ヲ行使シ得ヘキトハ前述ノ如シトモ此  
ノ如キ場合ニ於テ債権者カモシ故意又ハ懈怠ニヨリ其ノ担保ノ權利ヲ拋  
棄シ又ハ減少セシメシ時ハ如何ナル結果ヲ生スヘキカ。

担保ノ權利ヲ拋棄シ又ハ之レヲ減少セシムルカハ債権者ノ損害アリテ何等  
利益ナキヲ以テ通常ハアリ得ヘキトナス、然レ乍ラ充分ニ償力ノアル保証  
人又ハ連帯債務者アル如キ場合ニハ此等ノ者ヨリ弁済ヲ受テ得ルノ確  
實ナル見込アルニヨリ或ハ故意又ハ懈怠ニヨリ債権者カ担保ノ權利ヲ拋棄  
シ又ハ之ヲ減少セシムルヲ必スシモトセズ、之レ民法五〇四ノ規定アル所以ニシテ  
旧民法又保証連帯任意不可分等ニ関シ其趣旨ヲ全クシテ規定スル規定又  
設ク、乍然其規定ハ重複セルノミナラス頗ル不完全ナリ、旧敷、五二、  
担、三六、四五、七三、九一。

第二款 相殺

Imputation  
Set off

第一項 相殺ノ意義

相殺トハ互ニ債権者アリ債務者タルモノカ差引計算ヲシテ双方ノ債務  
ノ対等額ニシキ之レヲ消滅セシムルコトヲ云フ。

双方ノ當事者共ニ其負担シタル債務ノ弁済トシテ給付ヲナスモノニ  
ハアラサルヲ以テ相殺ハ其性質上年済ト全視スルヲ得ヘキモノニハアラズ  
乍債、双方ノ當事者カ互ニ其債務ノ弁済ヲナシタルト全一ノ結果ヲ生スルモノ  
ナルヲ以テ弁済ニ類スル債権消滅ノ一種ノ特別ノ原因ナリト見ルヲ宜シ  
リト信ズ、相殺ハ或ハ之レヲ形容シテ略式簡易ノ弁済ト称スルヲ得ルモ  
方ノ當事者ヨリテ各債権ヲ完フシシメ得ヘキ公平ナル結果ヲ生シ且ツ簡  
便ナルヲ以テ一般ノ立法例ニ於テ之レヲ認めサレモノナリ、乍然、相殺ヲ行ク方  
法要件ハ二件ヲハ立法例一致ス。

ローマ法ニ於テハ初メハ特種ノ場合ニ限り相殺ヲ許シ次ニ般ノ場合ニツ  
キ戈判及ノ職権ヲ以テ許否スルヲ得ベキ戈判上ノ一種ノ抗弁トシテ之レヲ



認め遂に *Mancus Causellius* 帝ノ勅令ヲ以テ相殺ハ当然其效力ヲ生ズベシ相殺ノ理由ノ存在セシ場合ニハ裁判及ハ之ヲ許容セサル得ハルモノトナシ *Quintilianus* 帝ハ之ヲ禁ケリ。

旧民法ニ於テハ相殺ヲ分ツテ第一法律上ノ相殺 第二任意上ノ相殺 第三裁判上ノ相殺、以上三種トナスモ其外當事者ノ合意ヲ以テ相殺ヲ得ヘキトハ論ナラズキコト以テ之ヲ加フル時ハ四種トナル。

旧民法亦旧民法ニ倣ヒ相殺ヲ四種ニ大別シ主トシテ法律上ノ相殺ニ于テハ規定ヲ設ケタルヲ亦旧民法ノ如シ。

旧民法ニテハ任意上ノ相殺及裁判上ノ相殺ニ于テハ別ニ規定ヲ設ケス要件ホニキ特ニ規定ヲ要スル莫キコト以テナルベシ。然ルニ旧民法及ヒ旧民法ニ於ケル相殺ノ要件ノ種別ハ元來相殺ヲ行フ方法ニ其テモ一ニシテ相殺其物ノ本質ニハ干渉ナキモノナルカ如ク互ニ債権者ノ債務者タル當事者カ双方ノ合意ヲ以テ相殺ヲ得ヘキトハ契約自由ノ原則ニ照シ当然去テテ俟タル所ナルベシ。

裁判上ノ相殺ハ羅馬法ニ於ケルカ如ク一種ノ抗弁方法ト見ルトスルモ又財五三三ノ規定ニ於ケルカ如ク及訴ノ方法トナスモ何レトナスモ民訴ニ屬スル事項ニシテ民法中ニ之レニ關スル規定ヲ設クルハ要ナシ、民訴二〇〇一ニニ参照。

任意上ノ相殺ハ旧財五三三ノ規定セルカ如ク法律上ノ相殺ヲ許サルカ否ニ利益ヲ受クル一方ノ當事者ノ意思ノミヲ以テ之ヲ行フヲ得ヘキモノニシテ旧民法及旧民法ニ於ケルカ如ク法律上ノ相殺ハ当然行ハルモノトナスニ於テハ或ハ之ヲ認ムルノ必要アルヘキモ現民法及旧民法ニ於ケルカ如ク相殺ハ凡テ當事者ノ一方ヨリ相手方ニ對スル意思表示ニヨリ之ヲ行フヘキモノトナスニ於テハ特ニ任意上ノ相殺ニツイテノ規定ヲ設クルノ要ナキモノトス、民法五〇六、五一〇参照。

故ニ現行民法ハ旧民法及旧民法ニ所謂法律上ノ相殺ニツイテノ規定ハ、独民法亦然リ、而シテ旧民法及旧民法ニ於テハ法律上ノ相殺ハ其法律上ノ要件ヲ有セルニ於テハ當事者ノ不知ノ間ニ在リテモ当然行ハルモノトス、財五三〇、旧民法二九〇。



斯ノ如キハ頗ル便利ナク外観アルモ前陳セル *maxima pars casus* 帝ノ勅令ノ誤解ヨリ惹起セシモノタルヘシ双方ノ債務者カ當事者ノ意思如何ヲ問ハズ或要件ヲ有スルニ於テハ自然消滅ストスルハ決シテ事理ニ適合セルモノト云フ能ハス又其必要アルヲ認メス。

ローマ法ニ於ケルカ如ク裁判上ニ於テノミ相殺ヲ主張シ得ヘキモノトスルハ頗ル確實タルノ利益ハ之レヲ見ルヲ得ヘキモ然レテモ格別ノ必要ナキニ簡便ナル相殺ノ適用ヲ困難ナラシムルノ不便アリ。

現行民法ハ當事者ノ一方ヨリ相手方ニ対スル意思表示ニヨリセテ行フヘキモノトナシタルモノニシテ之レ民法五〇六、一項本文ノ規定スル所ナリ。即チローマ法ノ規則ト旧民法ノ規定トノ中庸ヲ得シモノト批評シ得ヘシ。

民法五〇六、一項但書ヲ以テ相殺ヲナスノ意思表示ニハ条件又期限ヲ附スルヲ得サルモノトセリ、其理由ハ条件附又ハ期限付ノ弁済ハ弁済タルノ效カヲ有セサルモノトスルニ等シ、相殺ハ元ヨリ弁済ト性質

上等シカラガレモ法律上ノ效果弁済ト全一ナルヲ以テ其ノ間シ全様ノ規定ヲ設ケタリ、独民法三三八、但書ニ全様規定アリ。

第二項 相殺ノ要件

旧民法ニ於テ法律上ノ相殺ノ要件トセルモノ五アリ。

第一、二個ノ債務カ主タルモノナル事。

第二、二個ノ債務カ互ニ代替スルヲ得ヘキモノナル事。

第三、二個ノ債務共ニ明確ノモノナル事。

第四、二個ノ債務共ニ要求スルヲ得ヘキモノナル事。

第五、法律ノ規定又ハ當事者ノ意思ヲ以テ禁止シタルモノニアラサル事。

之ハ財五二〇、ノ規定スル所ニシテ旧民法ノ規定セ所大様同シ、但三八九、三九一、三九四、三九五、三九九。

第一ノ要件タル二個ノ債務カ主タルモノナルヲ必要トセシ法律上ノ相殺ヲ以テ当然行ハル、モノトナシタルカ爲ノミシテ現行民法ニ於ケルカ如ク當事者ノ意思表示ヲ以テ相殺ヲ行フノ方法トナスニ於テハ之ヲ要件トスルノ理由アルヲ見ス。旧民法ニ於テモ主たる債務者ハ其債務ト債権者ノ保証人ニ対スル債務トヲ以テ相殺



スルヲ得サルモノナルモ保証人ハ其債務ト債権者ノ主ナル債務者ニ対スル債務トシテ相殺スルヲ得キモノトナセリ之ヲ財五三一項ノ規定也所ニテ民法一三九四ノ規定スル所亦然リ。但當然相殺カ行ハレサルモノトナセルノミハ現行民法四五七、二項参照)

第二要件之ニ付ノ債務カ互ニ代替スルヲ得キモノタルヲ要トセルハ其双方ノ債務カ其目的ノ種類ヲ同シセルヲ意味スルヘシ、乍然財五三ニ當事者ノ一方カ他ノ一方ニ対シ地方ノ市場ノ相場凡日用品ノ定期ノ供与ヲ負担シタルハ其供与ハ他ノ一方ノ負担スル金錢ト相殺スル事ヲ得ト規定セルカ如キハ民法三九一ニ全様ノ規定アルモ第二ノ要件ニ適合セサルコトナラス、斯レノ如キ規定ノ当否ハ疑ハント云フヘシ。

第三要件之ニ付ノ債務共ニ明確モナルトアルハ双方ノ債務ノ性質其目的物ノ性質及分量カ明確ナルヲ意味スルモノシテ財五三ニ規定アリ。法律上ノ相殺ヲ以テ當然行ハルモノトナスニ於テハ之ヲ一要件トスルハ至当ナルヘキモ現行民法ニ於ケルカ如ク當事者ノ意思ヲ以テ相殺ヲナスノ方法トスルニ於テ之レヲ要件トスル理由ナシ、何トモ一方ノ債務ノ成立效力若シハ其分量

ニシキ事アリテ疑ハシキ片ハ裁判所ニ於テ以テ決定シ相殺ノ效力ノ有無ヲ定ムルハ是レヲ以テナリ。

第四要件之ニ付ノ債務共ニ要求スルヲ得キモノナルト云フハ双方債務共ニ弁済期ニアルヲ云フハ明カナリ、乍然一方ノ當事者ク負担シタル債務ニシキ有ル期限ノ利益ヲ放棄シタルハ旧民法ニ於ケルカ如ク法律上相殺ヲ以テ當然行ハルモノトスルモ尚此第四要件ノ妨アトナルモノニテアラサルヘト信ス。

旧民法ニ於テハ裁判所ク許シタル期限ノ相殺妨アトナラサルヲ規定ス、但民法亦全様ノ規定アリ。

然レ乍ラ吾現行民法ニハ恩惠上ノ期限ヲ認メス、財五三、四、八、三九二ニ第五要件トシテ法律ノ規定ヲ以テ相殺ヲ禁シタルモノニアラサルヲ必要トセルハ當然ノ事ト云フヘシ、唯、立止上其禁止ノ規定ノ当否ニツイテハ何カノ場合ニシキ疑アルヘシ、又當事者ノ意思ヲ以テ相殺ヲ禁シタルモノニアラサルヲ必要トセルモ少ク然レテ後々ナルヘシ、何トモ相殺ハ法律上當然行ハルモノトスル主義ヲ採ル用セル立止例ニアリテモ決シテ命令的規定ニ基クモノト解スヘカラサルヲ以テナリ



只或ハ善意ノ第三者ニ不測ノ損害ヲ及ボスナキカクテ相殺ヲ禁止セントスル當事者ノ意思ノ效力ヲ制限スルノ必要ハ認メサルヘカラス、斯ノ如ク旧民法ニ所謂法律上ノ相殺ノ要件トセルモノ、中ニハ法律上当然行ハルモノトナスカ故ニ必要ナルモアリ又云フヲ俟タサルモノモアリ。

各現行民法ニ於テハ相殺ハ當事者一方ノ意思表示ヲ以テ行フヘキモノトナレテ前述旧民法ノ第一及第三ノ要件ハ全然之ヲ削除シ第五要件ノ一部ニ修正ヲ加フ、即。

第一、 双方ノ債務カ同種ノ目的ヲ有スルモノナレ事。

第二、 双方ノ債務共ニ并清期ニアル。

第三、 債務ノ性質カ相殺ヲ許サレモノニアラサル。

第四、 當事者カ相殺ノ意思ヲ表示セザリシ。

以上四要件トセルモノ民法五〇五、規定ナリ。

第一要件ハ相殺ノ性質上必然ニシテ或ハ当然云フヲ俟タカシモノト見ルヲ得ヘシ、何トナレモ差シ異種ノ目的ヲ有スル債務ヲ以テ相殺ヲ得ヘキモノトスヘキハ當事者一方ノ意思ヲ以テ其相手方ニ代物并清ヲ強エルト全ク結果ヲ生ス

ヘキヲ以テナリ、之レ第五三三、三九一ノ規定ハ當否疑ハシト前陳セシ所ナリ。

第二要件亦相殺ノ性質上必然ノ事ト云フヘシ、何トナレモ差シ并清期ニ達シタル債務ヲ負擔シタルモノカ未ク并清期ニ達セサル債務ヲ負擔セルモノニ對シテ相殺ヲ得ヘキモノトスルキハ當事者一方ノ意思ヲ以テ其相手方ノ負擔セル債務ニキキ存スル期限ノ利益ヲ失ハシルノ結果ヲ生スルヲ以テナリ、然レシテカラ債務ノ并清ニツイテ存スル期限ハ債務者ノ利益ノ存スルモノト推定セラル、モノニシテ其利益ハ債務者ニ於テ之レヲ放棄スルヲ得ヘキモノナレテ未ク并清期ニ達セタル債務者ヨリ已ニ并清期ニ達セタル債務者ニ對シテ相殺ヲナスルハ妨ケナキナレシ、故事ハ前ニ旧民法要件ニキキ述ベシ所ノ如シ、現行民法一三六、参照。

第三、要件トシテハ債務ノ性質カ相殺ヲ許サレモノアラサルヲ要ストセルハ文面上頗ル至当ノ如キ觀アルモ然レテモ相方ノ債務カ全種類ノ目的ヲ有シ且ツ双方共ニ并清期ニアル而モ尚其性質上相殺ヲ許サレモノト云フハ果シテ如何ナル債務ヲ指示セルカ適例ヲ見出スニ苦シク或ハ双務契約ヨリテ双方ノ當事者ノ負擔セル債務ノ如キハ其性質上相殺ヲ得ヘキニアラスト例示スル者アリ、双務契約



ニテ双方ノ債務ハ通常合時ニ履行スヘク双方ノ債務共并済期ニアリトスル  
 モ其目的ノ種類ヲ全クスル如キハ稀有ノ事ト云フヘシ、交換ヲナサズテ双  
 務契約ノ如キハ其目的ノ種類及并済期ヲ全クスルモノナルヘキモ相殺ニヨ  
 リテ其契約ノ效力ヲ失ハシムヘキニアラサルハ宜シロ當事者ノ意思ノ解釈ニ  
 基クモト見ル方正当ナルヘシ、或リ甲乙二人ノ農民カ各自互ニ耕作ニ助力スヘ  
 キト約シタルハ或人カ兩替屋ニ至リ兩替屋ヲ為サントスルニ當リ兩替屋  
 カ其人ニ対シテ金錢上ノ債権ヲ有スル時ノ如キハ債務ノ性質上相殺ヲ許  
 サル場合ナルヘシト例示セル學者モアリ、然レテウ其第一例ニ於テハ二人農  
 民カ負擔シタル債務ノ并済期ニ前後ノ別アルヘキヲ信ス、果シテ然ラハ此  
 二於テ相殺ノ要件ヲ欠クヘシ、若シ双方ノ債務カ合時ニ并済期ニアリト  
 スルモ相殺ヲ許サルハ當事者ノ意思ニ基クテ解スルヲ穩當ト信ス。

第二例ニツイテハ亦合様ニ相殺ヲ許サルハ之亦當事者ノ意思ノ解釈ト見  
 ル穩當ト信ス、或リ養料ヲ受クル債権者ノ如キハ其性質上債務者ノ  
 殺ヲ對抗シ得ヘキニアラサルモノト解スヘキナラシ、然レテウ此事ハ民法五九〇ノ  
 如キ規定アルヲ以テ云。五、一項ノ但書ノ如キ規定ノ適用ヲ受ケル事項ナリ

之レヲ要スル命令相殺ノ要件ヲ具備スル債務ニシテ當事者ノ意思如何ヲ  
 問ハス、其性質上相殺ヲ許サルモノト見ルヘキモノハ如何ナル債務ヲ指示スルカ  
 之レヲ解スルニ苦シム。

第四要件トシテ當事者カ相殺ニ対シテ意思ヲ表示シタルモノニアラサルヲ要  
 要トシタルハ当然ニシテ民法五〇五、二項本文ノ如キハ云フヲ俟タサルト知ルヘシ、何  
 トナルハ相殺ハ當事者双方ノ便宜ノ為メニ存スルモノニシテ何等命令的法規ニ  
 基クモノニアラサルハナリ、相殺ニ対シテ意思表示ハ必スモ明示タルヲ要セス、意  
 思表示ノ通則ニ從テ亦ナリト解スヘキナラシ、果シテ然ラハ五〇五、二項  
 ノ但書ノ如キハ相殺ニ対シテ默示ノ意思表示ト解スルヲ得ヘキモノニシテ独  
 立ノ一要件トシテ特ニ之レヲ規定スルノ要ナキヲ覺ユ、民法五〇五、三項但書ニ於テ  
 相殺ニ対シテ意思表示ハ之レヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得サルモノトセルノ  
 意味ハ此ニ想像スル場合ニ照ラシ明カスヘシ、即例ハ甲乙互ニ相殺ヲナシ得ヘ  
 キ債権者カ債務者カル場合ニ於テ相殺ヲ為ササルヘキ特約ヲ為シタル時  
 ハ乙ニ対シテ債務ヲ負擔セシ丙カ其特約ヲ知ラスシテ甲ノ乙ニ対スル債権ヲ讓  
 受ケ之レヲ以テ自己ノ債務ト相殺ヲナサントスルニ當リ乙ハ甲トノ特約ヲ對抗シ



テ内ニ相殺ヲ為サントスルコトヲ拒ムコトハ能ハサルヘシ、又ハ全様ノ場合ニ於テ乙對シテ債權ヲ有スル丙カ甲乙間ノ特約ヲ知ラスレテ甲乙ニ對スル債務ヲ引受ケ之レヲ以テ自己ノ債權ト相殺ヲ為サントスルニ當ツテモ亦等シク乙ハ甲ト特約ヲ對抗シテ乙カ相殺ヲ為サントスルヲ拒ムコトハ能ハサルヘシ、然レテ作ラザル契約ハ其當事者間ニ効力ヲ生スルニ止マルヲ以テ相殺ニ反對ノ特約ヲ以テ之ニ對シテ其第三者ニ對抗スルヲ得サルハ或ハ必然ノコトニテ得ヘキカニモ思ハル、如斯特約ハ其當事者ニ効力ヲ生スヘキコトハ論ナカルヘキ所ナルヘシトモ之レカ為メ債權ノ効力ヲ変スルモノト見ルハ不可訖ナルヘシ、故ヲ以テ一歩ヲ進メテ論スル時トスルモ其特約ヲ知り居リシヤ否ニ依リテ對抗シ得ヘキモノト為サントスルコトヲ却テ其事ヲ規定スヘキナリトノ議論ヲナスノ余地アルヘシ。

旧民法及民法ニ於ケルコトノ如ク法律上ノ相殺ハ當事者ノ不知ノ間ニ於テモ當然行ハルモノトスル立法例ニ於テ已ニ双方ノ債務カ相殺ニヨリテ消滅シタル後ニ當事者カ相殺ニ反對ノ意思ヲ表示シ又ハ當事者ノ一方カ相殺ヲ主張スルノ利益ヲ拋棄シタル時ハ其意思表示又ハ拋棄ハ勿論當事者

間ニ於テテ効力ヲ有シ得ヘキモ之レカ為メ其第三者ニ不利ノ損害ヲ及ボスヲ得サルモ亦明カナリ、之レ旧民法第五要件ニツキ前ニ相殺ヲ禁セントスル當事者ノ意思ノ効力ヲ制限セントスルノ必要アルヘシト述ベシ所ニテ又、旧財五三〇ノ如キ規定ヲ設ケアル所以ナラン。民法五三〇ニ財五三〇ニ相當ノ規定アリ。

然レテ作ラザル當事者一方ノ意思表示ヲ以テ相殺ヲナシ得ヘキモノトスル立法例ニ於テハ民法五〇五ノ二項但書ノ規定ノ如キハ其本文ノ規定ト共ニ何レモ必然云フヲ俟タサルコトニテ可ナラント信ス。

独民法ニ於テテ相殺ノ要件ハ次ノ如シ。

- 第一 双方ノ債務カ全種ノ目的ヲ有スルコト。
  - 第二 双方ノ債務共ニ弁済期ニアルコト。
  - 第三 双方ノ債權共ニ抗弁ニヨリテ其効力ヲ失フモノニアラサルコト。
- 以上三種トナスコト、三七八、三九〇ノ規定ニ徴シテ明ナリ。然レテ作ラザル法律ノ規定又ハ當事者ノ意思ヲ以テ相殺ヲ禁シタルモノトアラサルコトヲ必要トスルノ趣意ナルハ疑ナカルヘシ。



如斯占其ニキ規定ナキハ必然ナルヲ以テルヘシ、現行民法五〇五、二項但書ノ如キモノモナシ。

第三、要件ニツイテハ旧民法第三要件ニシキ批評セシカ如ク當事者一方ノ意思表示ヲ以テ相殺ヲ行フノ方法トナスニ於テハ之レヲ一要件トスルノ必要アリヤ否ヤ疑ハシ。

以上相殺ノ要件ニ関スル所陳ヲ以テ見ルキハ双方ノ債務カ同種ノ目的ヲ有シ且ツ年清期ニアルヲ及法律ノ規定又ハ當事者ノ意思ヲ以テ相殺ヲ禁ジテルモノニアラサル一之等ハ皆吾新旧民法独仏民法ニ共通ナル要件ナルヲ知ルヘシ、旧民法ノ第一及第三ノ要件ハ相殺ヲ以テ法律上当然行ハルモノトナサシ、ルニ於テハ必要ナキ所ナリ、独民法ノ第三要件ニ関シテモ人様ニ論スルヲ得ヘシ。

吾現行民法第三要件ハ當事者ノ意思以外ニ独立ノ一要件トスルニ必要ヲ見ル能ハス、然レキハ之等ノ立法例ニ共通ノモノ、ミテ相殺ノ要件トナセハ是ルト云フヘシ。

双方ノ債務カ其履行地ヲ異ニスル時ハ各當事者共ニ一定ノ規定ニ於テ

債務ノ糸清ヲナシ又ハ糸清ヲ受ルニシキ特別ノ利益ヲ有セルヲ以テキ以テ相殺ヲナスヲ能ハストシ双方ノ債務共ニ其履行地ヲ全クスルヲ以テ相殺ノ一要件ニ加フベキモノナルカ如クニ思ハル、例ヘハ甲ハ大阪ニ於テ乙ニ糸清スベキ債務ヲ負担シ乙ハ東京ニ於テ甲ニ糸清スベキ債務ヲ負担セシ場合ニ於テ甲又ハ乙ヨリ相殺ヲナシ得ルモノトスルニ於テハ自ラコ履行地以外ニ於テ糸清ヲ受クルコト不可ナトスルモ相手方ニ履行地以外ニ於ケン糸清ヲ強フルニオシキ不當ノ結果ヲ生スルカ如シ、然レキトラ此場合ニ於テ相殺ヲナシタルカ爲メ相手方ニ生スルコトアルベキ損害ハ之レヲ糸清スベキモノトナスニ於テハ一般ノ場合ニ於テ公平ナル結果ヲ生スル簡便ナル相殺ヲ許サルノ理由モナカルベシ、殊ニ債務ノ履行地ハ其要素ニハラス、所謂態様ノ一ニシテ (Matters) 債務ノ糸清ノ有無ニ此スレハ通常ノ利害ノ干係ヲ法キモノトス。現行民法ノ五〇七条ノ規定ヲ設ケシ理由ハ之等ノ趣意ニ出ヅルガ如シ。旧独、佛、民法亦同様ノ規定アリ、(財、五二五、仏、三九六、独、三九六、一項)

旧財、五二五、一部份ニ於テハ二個ノ債務カ全ク貨幣ヲ以テ糸清スベキモノニアラサル時ト虽、相殺ヲ行ハルモノトナス。然レキトラ等シク通貨タル以上



ハ此等ハ当然去テラ使タサル所ト知ルベシ。固ヨリ特殊ノ通貨ノ目的トナレシ  
ル所ト相殺ヲナスノハ能ハサルベキレソハ第一要件タル目的ヲ全クスルモノナル  
ヤノ辭義問題ニ屬スル事項タルベシ。

独民法ニ於テハ三九一ニ項ニ一定ノ時ニ一定ノ目的ニ於テ給付ヲナス可ト  
テ約束シタル場合ニ於テ疑ハシキ時ハ安レト異ル目的ニ於テ履行ヲ受クベキ  
債權ト相殺ヲナスヲ得サルモノト看做スベキ旨ヲ規定ス。

吾新旧民法及仏民法ニモ之ニ相当スル規定ナキニ恐ラクハ独民法ニ  
ニ解スヘキナラン。何トレハ相殺ハ當事者カ之ニ反対ノ意思ヲ表示セザリ  
テ要件トス、其意思ハ明示、默示ヲ區別セザルハ前述ノ如シ、而シテ双方ノ債  
務ニ一定ノ履行地ヲ定メシハ其履行地ニ於テ各弁済ヲナシ且テ弁済  
ノ受クベキ意思即チ相殺ヲナサルノ意思ヲ默示シタルモノト見ザルヲ得ザルハ  
キヲ以テナリ、尤モ現行民法、五。七。ノ規定ニ或ハ其前説トハ異ナル辭義ヲ下  
ルヲ得ザルヤモ知ラズ、故ニ独民法三九二ニ項ノ如キ規定ニ多ク全條ニ解ス  
ルベキナラント云ヒテ疑ヒヨ存シオノ所以ナリ、斯クノ如キ疑アリトセハ独民法三九二  
項ノ如キ規定ヲ設クル方優レルヲ覺ユ。

双方ノ債務カ其發生ノ原因ヲ異ニスルモ相殺ノ妨ケトナルモノニアラス、双方ノ  
債務者カ放棄セル相殺ノ要件ヲ具備セルニ於テハ一ノ債務ハ契約ニヨリテ生  
他ノ債務ハ不當利得ニヨリテ生シタルモノアリテモ又一ノ債務ハ一種ノ契約ニヨ  
リテ生シ他ノ債務ハ別種ノ契約ニヨリテ生シタルモノニアラズモ之レヲ以テ互ニ相  
殺ヲナスコトヲ得、特別ノ規定ナキニ於テハ一ノ債務ハ不法行為ニヨリテ生シ  
他ノ債務ハ其他ノ原因ニヨリテ生シタル場合ニアリテモ又互ニ相殺スルヲ得ル  
トトナルベシ。即チ双方ノ債務カ其原因ヲ同ニクスルコトハ相殺ノ一要件  
ニアラス。

佛民法ニテハ一三九三條ニ相殺ノ行ハレサルノ例外ノ場合ヲ列挙スルニツキ其  
本文ニ此等ヲ規定ス、吾新旧民法独民法共ニ相當ノ規定ナキモノニ  
解スヘキハ疑ヒナカルベシ。何トレハ債務ハ其原因ヲ異ニスルモ其性質及ニ  
效カニ差ボヲ生スルモノニアラストナスヲ通説トスルヲ以テナリ。余ハ此通  
説ニ全意スルヲ得ザルナリ。

斯ノ如ク債務ノ原因ヲ全クスルヲ以テ相殺ノ要件ニアラストマルトハ不法  
行為ニヨル債務ト其他ノ原因ニヨル金銭債務ニテハ已ニ弁済期ニアルモノトハ



互ニ相殺スルヲ得ベキモノト云ハサルベカラザラン、何トナレハ不法行為ニヨル債、  
務ハ不法行為ニヨリテ生シタル損害ヲ即時ニ賠償スルニアルモノニシテ其賠償  
ノ方法ハ金銭ノ支拂ヲ以テスルヲ以テナリ。

不法行為ノ被害者カ不法行為者ニ対シテ負担セル債務ハ不法行為  
者ニ対シテ有セル債権トシテ以テ相殺ヲナスコトヲ得ベキモノトナスハ何カ不当ノ  
コトナルヲナカレバキモ不法行為者カ被害者ニ対シテ有セル債権トシテ不法行  
為ニヨル債務トシテ以テ相殺ヲナスコトヲ得ベキモノトスルハ独リ不法行為ノ責  
任ヲ軽減スルノ結果ヲ生スルノミナラズ或ハ全然不法行為ヲ宥恕スル結果  
トナラザルベキヲ保ヒス之レ民法五〇九ノ規定アル所以ニテ独民法モ三九三條ニ  
全權ノ規定アリ、何レモ公益ニシテ規定ニ基キ不法行為者ヨリ被害者ニ対シ  
テ相殺ヲナスコトヲ得ザルモノトセルハ同様ナルモ独民法ニ於テハ故意ニ出ツル不  
法行為ニ限定セルノ差アリ、此点ニ於テハ余ハ独民法ノ規定ニ賛ス、何トナレ  
ハ不法行為ニヨル債務ニテモ其過失ニ出ツルモノハ他ノ原因ニヨリテ生スル  
債務ニ比シテ特ニ其責任ヲ過重ニベキ理由ナキコトナラズ過失ニ出ツル不法行為  
者ヨリ被害者ニ対シテ相殺ヲナスコトヲ得ベキモノトナスモ之レガタメニ何カ其ノ種

差ノ不法行為ヲ將及スルカ如キ弊ヲ生スルコトナカレバキヲ以テナリ。

旧民法、財五二六、一ヲ以テ債務ノ一カ他人ノ財産ヲ不正ニ取リタルヲ原因トナ  
ス時ハ法律上ノ相殺ハ行ハレサルコトヲ規定シ、民法モ三九三、一ヲ以テ全權  
ノ規定アリ、何レモ現行民法五〇九ノ規定ト其精神ヲ全シテスルモ而カモ二  
ノ差異アリ。

一、ハ現行民法ノ五〇九、ハ一般ニ債務ノ一カ不法行為ニヨル場合ニツキテ規  
定スルニ及ビ旧民法ハ債務ノ一カ他人ノ財産ヲ不正ニ取リタル場合ニ限レルヲ以テ  
其範圍狭小ナリ、其理由ハ旧民法ニ於テハ双方ノ債務カ明確ノモノナルコトヲ  
以テ相殺ノ一要件トシテ不法行為ニヨル一般ノ債務ハ金額未定ノ賠償ヲナ  
サレムニアルニヨラナレ。

二、現行民法ニ於テハ不法行為者ヨリ被害者ニ対シテ相殺ヲナスコトヲ得ザ  
ルモノトナス止マルモ旧民法ハ一般ニ相殺ハ行ハレサルモノトナス、故ヲ以テ此方面ヨリ  
見ルハ旧民法ノ方範圍廣大ナリ、ソハ旧民法ニテハ法律上ノ相殺ハ当然行ハ  
ルモノトセルヲ以テナリ。

之レヨリテ見ルハ新旧民法ノ差ハ双方ノ債務カ明確ノモノナルコトヲ一  
一



件トスルト否ト又相殺ハ当然行ハルモノトナスト當事者ノ一方ノ意思ヲ以テ行

ノヘキモノトスル共差ニヨリテ生スル結果ニ過キサルモノト見ルヲ可ナリ。

又旧民法ニテハ財、五二六、ニ号ニ債務ノ一カ消費ヲ許セル寄託物ノ返還ニ

関スルモノナルハ法律上ノ相殺ハ行ハレサレテ規定ス、但民法ニモ二九三、ニ号

ニ寄託及使用貸借ニモ返還ノ債務ニツキ全様ノ規定アリ其理由ノ所

在リ見ルニ寄託ハ多数ノ立法例ニ於テ特別ノ信用ニ基クモノト見ル寄

託物返還ノ債務ハ必ス現實ニ之レヲ履行スルヲ要ストナスルカ如キモ然レ

テ寄託ニ限リテ特ニ現實ノ履行ヲ要スルトスル法律上強大ノ理由ヲ

見ルニ苦シム。

現行民法独民法共ニ此点ニツキ特別ノ規定ナキヲ以テ寄託ニヨル債

務ト其他ノ原因ヨル債務トハ互ニ相殺スルヲ得ヘキモノト解スヘキ疑ナシ

尤モ寄託ノ場合ニ或ハ當事者間ニ相殺ヲ為サレヘキ意思アリレト解

スヘキ場合モ實際ハナキニアラサルヘシ、斯クノ如キ場合ニハ其意思ニヨルヘ

キリ勿論ナリ。

債権ハ差押ヲ禁シタルモノアリ、例ハ扶養ヲ受クルノ權利、官吏ノ

恩給、遺族扶助料勞役者ノ受クル報酬等ノ如キ之レナリ、民事訴訟

法六八、

之等ノ債権ハ生活ニ必要ノ費用ナリ、法律上債権者ヲ以テ現實ニ其權利

ヲ有セシムルヲ要ストナシ其ノ差押ヲ禁シタルモノナルヲ以テ此種ノ債権ノ

性質上其債務者カ債権者ニ対シテ有スル債権ヲ以テ相殺ヲナシ得ヘキナラ

スト解スヘキ疑ナキ可トス、此事ハ當事者ノ意思ニ出ツルニ非スレテ法規ニ

基クモノナルヲ以テ民法五〇五、一項ノ但書ニ所謂債務ノ性質カ相殺ヲ許サル

モノト云ヘルトハ此種ノ債権ニ対スル債務ヲ外シテ他ニ之レヲ想像スルヲ得サル前

述セリ、然レニ法律ニ何等ノ規定ナキニ於テハ或ハ疑ヲ生セサルナキヲ保セス而



ナシ得ヘキモノトスルニ於テハ法律ヲ以テ或種ノ債権ノ差押ヲ禁シ其債権者ヲ  
シテ現案ニ權利ヲ享有セシメントセシ立法ノ趣旨ヲ没却スルモノト云フヘシ之レ  
民法五〇ノ規定アル所以ナリ。独民法三九四亦趣旨ヲ全クス。

尤モ独民法三九四、三項ニ現行民法五〇ノ有セサル但書アリ。  
旧民法財、五三六、三項ニ債権ノ一カ差押フルヲ得サル有價物ヲ目的トス  
ル時ハ法律上ノ相殺ノ行ハサルヲ規定ス、民法三九三、三項ニ全様ノ規定  
アリ。

民法債権ノ一カ差押フルヲ得サル扶養ヲ目的トスル場合ニツイテノ  
規定シテ法文上旧民法規定ニ比シ範圍狭小ナルモ然レテ凡テ債権ノ一  
差押フルヲ得サル場合ヲモ包含セシムルノ趣旨ナルヲ解釈一定ス、何レモ  
債権ノ一カ差押ヲ禁シタルモノトスル時ハ法律上ノ相殺ノ行ハサルモノトセルハ  
之等ノ立法例ニ於テハ法律上ノ相殺ハ当然行ハルモノナルヲ以テナリ、吾  
現行民法ニ於ケルカ如ク「当事者」ノ一方ノ意思表示ヲ以テ相殺ヲナスノ方法ト  
セシ立法例ニ在リテハ差押ヲ禁シタル債権ヲ有スルモノカ任意相殺ヲナス  
ヲ得サルモノトナスノ理由ナキハ當首テ陳ヘタルカ如シ。

旧民法及民法ニ所謂任意上ノ相殺ナルモノヲ別種ノモノト認ムルニ到リシモ之  
レ者メナルヘシ、此處ニ就テハ前ニ評セシ財、五三六、一、二号ニツキテモ同様ニ見  
ルヲ得ヘシ。

以上ノ所陳ハ互ニ債権者タリ債務者タル位地ニ在リテ当事者間ニ於テ其一方ヨ  
リ他ノ一方ニ對シテ相殺ヲ為スノ要件及其要件存スルモ特別ノ理由ニヨリ一方ノ  
当事者甲ヨリ他ノ一方ノ当事者乙ニ對シテハ相殺ヲナシ得ルモ乙ヨリ甲ニ對  
シテハ相殺ヲナスヲ得サルモノトナシ片面的ニ相殺ヲ制限セルアリトノ事ニ関  
ス。

其他当事者間ニ於テハ相殺ノ要件ヲ存シ且ツ片面的ニモ之レヲ制限スル  
事由ナキニ拘ラス第三者ニ對スル關係ニ於テ相殺ヲ為スヲ得サルモノトナス場  
合アリ。

從來ノ債権者ニアラサル第三者ニ對シニ相殺ヲナシ得ヘキモノトセル場合アリ、  
又他人ノ債権ヲ以テ相殺ヲナシ得ヘキモノトセル場合モアリ。  
保証人ハ主タル債務者ノ債権ヲ以テ相殺ヲナスヲ得（民法四五七、二項、  
旧財五三、未文、民法三九四、一項、独七六八）



連帯債務者ノ一人ハ他ノ連帯債務者ノ負担部分ニツキ其債権者ニ対シテ有スル債権ヲ以テ相殺ヲナスコトヲ得、(民法四三六、二項、財五三、二項前文) 独民法四三三、三項ハ必シ異ナル、(一三九四、三項亦異ナル、然レモラ独民法ニシイテハ他ニ一〇八、アリテ其意ヲ解スルニ若シム。

之等ノ場合ハ自己ノ有セサル債権ヲ以テ相殺ヲナシ得ル場合ナリ。債務者ハ其債権者ニ対シテ有スル債権ヲ以テ自己ニ対スル債権ノ譲受人ニ対シテ相殺ヲナスコトヲ得、(民法四六八、二項、財五三七、一項、(一三九五、三項、(四、六、本文) 尤モ独民法本条ニ但書アリテ相殺権ヲ制限セリ、之等ハ従来ノ債権者ニ対シテ人ニ対シテ相殺ヲ為シ得ヘキノ場合ナリ。

債務者ハ其債権者ノ債権者ノ為ニ支払ノ差止メテ受ケタル後ニ其ノ債権者ニ対シテ取得シタル債権ヲ以テ相殺ヲ為スコトハ之ヲ能ハス此事ハ現民法五二一ノ規定スル所、(但民法令様ナリ、財五三八、(一三九八、) 以規定ノ趣意ハ相殺ハ第三者ノ損害ニ於テ之レヲ為スヲ許スヘキニアラストスルニテ如キモ私見ヲ以テ之レヲ当然云フヲ要セス、何トモハ相殺ハ

并濟ト全ニ效果ヲ生スルモノニシテ支払ノ差止ヲ受ケル債務者ハ其債権者ニ對シテモ并濟ヲナスコトヲ得ザル地位ニ在リテナリ、然レモラ第三者モ亦其債務者ノ損害ニ於テ支払ノ差止メヲナスコトヲ得ヘキアラズ、之レハ第三債務者ハ差押債権者ニ對シテ支払ノ差止メ後ニ取得シタル債権ヲ以テ相殺ヲナスコトヲ得サルモノトナスニ止マリ其支払ノ差止前ニ取得シタル債権ヲ以テ差押債権者ニ對シテモ相殺ヲナスコトヲ得ヘキモノトナセル所以ナルヘシ。

然レモ独民法ノ規定スル所ハ必シ異ナル即第三債務者カ支払ノ差止メヲ受ケル後ニ取得シタル債権ヲ以テ支払ノ差止メ後ニ取得セシ債権ニ在リテモ支払ノ差止メ後ニ於テ且ツ支払ヲ差止メラレタル債権ヨリ後ニ并濟期ニ達スヘキモノハ差押債権者ニ對シテ之レヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得サルモノトナス、独民法三九二ノ規定セル所ニシテ債権ノ譲渡ニ就テモ独民法四〇六、但書ニ令様ノ規定アリ。

私見ヲ以テハ独民法ノ規定カ新民法比シ理論ニ適合ス、何トモ第三債務者カ其債権者ニ對シテ有スル債権カ支払ノ差止メヲ受ケタル當時未ダ并濟期ニアラザル時ハ第三債務者ハ其債権者ニ對シテモ相殺ヲナス權利ヲ有スル地位ニ在リテモアラズ、其債権者カ自己ノ債



権ノ并清期ニ達スル迄権利ヲ行ハサル片ハ相殺ヲナシ得ヘキ権利ヲ生  
スヘキ希望ヲ有スルニ過キサルヲ以テナリ。

(一) 相殺ハ如何ナル時期ニ於テ互ニ双方ノ債権ヲ消滅セシムル效果ヲ  
生スヘキカ。

(二) 又時放ニヨリテ消滅セシ債権ニアリテモ其消滅以前ニ相殺ニ達  
スル要件ヲ具備シ居リシ片ハ之ヲ以テ相殺ヲナスコトヲ得ヘキカ。

旧民法及旧民法ニ於ケルカ如ク法律上ノ相殺ハ要件具備ノ時ニ於テ當  
事者不知ノ間ニ於テモ当然行ハルモノトナス立法例ニ於テハ第一問  
題ノ如キハ生スルコトナシ。

現行民法及独民法ニ於ケルカ如ク相殺ハ當事者一方ノ意思表示ヲ  
以テ之ヲ行フノ方法トナス立法例ニ於テモ亦理論ニ於テハ相殺ハ其意  
思表示ヲ為シタル時ニ故カヲ生スヘキモノト為サルヲ得サルヘキナランヲ以テ  
第一問題ノ如キヲ生スヘキ理數ナキノ親アリ、財五三一、三項ニ任意ヒテ相  
殺ハ既住ニ溯ルノ效ヲ有セスト規定セルハ当然ナルモ理論ノ表白ナリ、然ルニ  
互ニ債権者多リ債務者幾位地ニアリテ何時ニテモ相殺ヲ為スヲ得ヘキ

關係アル當事者ハ相殺ヲナスノ意思ヲ有シテ而カモ其意思ヲ表示  
スルヲ怠ルコトナシトセス、相殺ヲナスノ意思ヲ有セルヲ以テ自ラ債務ノ并  
消ヲ為スコトモセス、又相手方ニ對シテ其債務ノ并消ヲ要求スルコトヲモ為サ  
ス斯ノ如クシテ時日ヲ經過スル中ニ偶々相手方ヨリ并消ヲ要求セザルニ當  
リ始メテ相殺ノ意思ヲ表示セントスル如キ場合ハナシトセザルヘシ、斯ノ如キ  
場合ニ於テハ理論ニヨリテ相殺ノ意思表示ヲナシタル中ニ始メテ其效カヲ生ス  
ヘキモノトナスハ普通一般ノ場合ニ於ケル當事者双方ノ意思ニ適合セザルノコトナラ  
ズ相殺セル便宜法ヲ法律ノ認メシ趣意ニ合致セザルモノタルヘシ、之レ現  
行民法五〇六、二項ノ規定ヲ設ケシ所以ナリ、独民法モ亦三八九、二全ニ規  
定アリ。

斯クノ如キ規定アルヲ以テ相殺ノ效力發生時期ニ関シテハ新旧独、旧民法ノ  
規定全然全ニ掃テ、而モ一ハ当然行ハルヘキモノトナスニ及レ他方ニ當事者ノ  
意思表示ヲ要スルモノトナスト莫ニ於テ異レルナリ。

第一問題ノ如キ亦旧民法及旧民法ニ於テハ之ヲ生スルノ理ナシ從ツテ此  
點ニ關シ何等ノ規定ヲ設ケス、即第二問題ノ場合ニ相殺ハ当然行ハル



吾現行民法及独民法ニ於テハ第二問題ニ関シテハ理論上之レヲ否定セ  
ザルヲ得サルヘシ、双方ノ債務ヲ相殺ニ適スル要件ヲ具備スル前ニ一方ノ債務  
カ時効ヨリテ消滅シタルハ時効ノ理論ヨルモ又相殺ノ法理ヨルモ何等相殺  
ヲナシ得ヘキニアラサルハ明々白々ナリ、又相殺ヲナシ得ヘキモノトナス便宜上ノ理由  
亦何等存スル知ナカルヘシ。

乍然双方ノ債務相殺ニ適スル要件ヲ具備シタル後ニ一方ノ債務カ時効ヨ  
リテ消滅セシ場合ニ於テハ時効ノ理論ニ反シ其制度ノ效力ヲ薄弱ナラシム  
テ嫌アリ又當事者ノ意思表示ヲ以テ相殺ヲ行フノ方法トナシタル理論ニ  
モ適合スル能ハサルモ已ニ一般ノ場合ニ於ケル當事者双方ノ意思ヲ推測シ  
溯及力ヲ認ムル相殺ノ便宜法タル趣旨ヲ貫徹セントスルニハ時効ヨリテ消  
滅セシ債権ヨリテモ其消滅前ニ相殺ニ適シタル要件ヲ具備セシキハ之レ  
ヲ以テ相殺ヲナシ得ヘキモノトスフ直ニ適合セルモノト云フヘシ、何トナレハ  
民法五〇六、二項ニ関シテ所述セシ如ク相殺ハ之レヲ行フノ意思ヲ有シテ而  
カモ其意思ヲ表示スルヲ懈怠セル中ニ一方ノ當事者カ時効ヨリテ其債  
権ヲ失フニ至ル如キ一稀ニアラサルヲ以テナリ之レ現行民法五〇八ノ規定

ル所ハ、独民法三九〇、本文全一ナリ。

此独民法ノ規定ハ現行民法ノ規定ニ於ケルカ如ク全無時効ノ理論ニ反スルモノト  
断スルヲ得サルヘシ、何トナレハ独民法ニテハ現行民法ト異ナリ消滅時効ハ請求権  
ヲ消滅セシムルニ止マリ債権其モノハ尚存続スルモノト見ルヲ以テナリ、現行民法七〇  
五条、独民法八一四条参照。

民法五一二条ノ規定ニツイテ別段規定ヲ要セス、相殺ハ年済ト全一ノ数  
カヲ有スルモノト見ルヲ以テ年済ノ充當ニ関スル規定ヲ準用スヘキモノト見  
ルニ當ナリ、旧民法、独民法ニモ同様規定アリ、財、五三三條、仏、二九七條  
独三九六條。

第三款 更改 (novation)

更改ハ新シキ債務關係ヲ發生セシムルニヨリ旧債務關係ヲ消滅セシムルヲ云フ  
従来ノ債務ヲ消滅セシムルニ於テ債権消滅ノ一原因ナリト見ルヲ得、且  
質ハ代物年済ニ於スルモノ全一ニアラズ、何トナレハ代物年済ハ現存スル債務  
ヲ全滅セシムルニ反シ更改ハ旧債務ヲ消滅セシムル代リニ新債務ヲ發生セシ  
ムルヲ以テナリ。



然其ニツイテハ独民法三六四ノ二項ヲ参照スヘシ。年照ニ就テモ独民法ニテハ更改ニ對スル規定ヲ設ケサルヲ留意スヘシ。

更改ハ債務ノ要素ヲ変更スル契約ニヨリテ生ズ。之レ民法五一三條一項ノ規定セル所ニシテ此規定ハ其実質ニ於テ更改ノ意義ヲ明白ニスルト同時ニ其原因ヲ示シタルモノト云フヘシ。然ルニ茲ニ所謂債務ノ要素トハ果シテ何ヲ指稱スルカ。他ノ立法例ニ如斯ク字句ヲ用ヒテ民法五一三一項ニ相當スル概括的ノ規定ヲ設ケタルモノナシ從テ頗ル不明瞭タルヲ免レサルモ乍然現行民法ニ於テ債務要素トハ債務ノ發生及存続ニ必要ナル元素即チ債務ノ當事者及チ其目的ヲ指示スルモノタルハ明カナルヘシ。何トナレハ之等ノ三者ハ債務發生シテ成立シ存続スルニ必要不可免ノモノタルナリ。是レテ然リトセハ更改ニハ、

- 第一、債務者ノ交替ニヨルモノ、
  - 第二、債務者ノ交替ニヨルモノ、
  - 第三、目的ノ変更ニヨルモノ、
- 以上三種ノ別アルヲ見ルヘシ、之レハローマ法以來一般立法例ノ認ムル所ナリ。

四八九條ハ、一ニ七一條ニハ明カニ之レヲ列挙セリ、現民法五一三ノ一項ニ概括的規定ヲ設ケシ趣旨又同様タルハ五一三ノ二項、五一四條五一四條ノ規定ニ徴シテ疑ノ余地ナシ。

此他旧民法ハ別、四八九ノ二項ニ債務ノ原因ヲ變更シタル時モ又更改アリトセリ、佛民法ニハ相當法文ナキモ一ニ七一、一ニ項ノ解釈ハ債務ノ目的ヲ變更シタル場合ト其原因ヲ變更シタル場合トハ包含スルモノトナセルカ如シ、ローマ法亦同様ノ見解行ハレシカ如シ。乍然債務ノ原因ノ變更ニヨル更改トハ何ナルモノヲ指示スルカ不明瞭ナリ、現民法ニ於テ原因ノ變更ニヨル更改ヲ認ムルカ否ヤモ明白ナラス。通説ハ之レヲ認メサルモノトスルニアルカ如キモ其當否又多少疑ハシ、主トシテ債務ノ目的及其原因ト云ヘル言字ノ意義如何ニ對スルヲ以テ目的ノ變更ニヨル更改ト共ニ併セラテ合股ノ説明ニイワル。

更改ハ契約ニヨリテ生ズルハ前述ノ如シ然ルニローマ法ニ於テハ *Glitis Contractatio* ニヨリテモ亦更改ヲ生ズルモノトナシ、之ニ *Novatio* *recessaria* ト稱シ契約ニヨル更改 *Novatio voluntaria* ト區別セリ。



英法ニ於テ判決ハ債務ヲ更新スルトセルモ全様ノ觀念ヨリ起因セルモノナ  
ルヘシ。英法ハ作態之レヲ更改ト稱セス、其他ノ近世立法例ニ於テハ一般ニ更  
改ハ契約ニヨリテ生スト見ルナリ。

契約ニヨリテ更改ヲ生スルニハ契約一般ノ成立要件ヲ具備スルヲ要ス、故ニ  
更改契約ノ當事者ハ能力有タルヲ要ス、知ラサレハ其契約ハ毎故モシクハ  
取消シ得ヘク更改ノ效果ヲ生セス、之レ当然ニ言フヲ俟タセテ佛民法  
一三七条ハ人主紐毎用、財、四九一条ハ毎用且ツ不備ノ法文ナリ、又更改契約ノ  
事者間ニ真正且自由ニシテ適法ノ合意即チ更改ヲナサルトスル意思アル  
ヲ要ス、*Animus novatus* アルヲ要ス而カラサレハ其契約ハ毎故モ  
シクハ取消シ得可キナリ、仏民法ハ一七三三條ニ更改ノ意思ハ之レヲ推定セザル  
旨ヲ記シ財、四九二、三ハ更改ノ意思ハ債権者ニアリテハ之レヲ推定セザル旨ヲ  
規定ス、ソレ更改ノ意思ハ必スシモ明示スルヲ要セスト云フニ其テカキモ之  
レハ当然云フヲ俟タサルノミナラス、旧民法ニ於テハ債権者ニウキテノ更改  
ノ意思ヲ推定セザルモノトナシタル如キハ決シテ理由アルモノニアラス、契約ハ凡  
テ推定セラルルモノニアラス、當事者ノ明示又ハ默示ノ意思表示アルヲ要ス

現行民法ニテハ旧民法ノ規定ニ相当スルモノナキモ理論上全様ニ鮮スヘ  
キハ疑ナシ、只現行民法ニ於テハ更改契約ハ債務ノ要素ヲ変更スル契約  
ナリトスルヲ以テ或ハ一方ニ於テハ其契約ハ当然ニ更改ノ意思ヲ包含シ特ニ其ノ  
意思ヲ表示スルヲ必要トセザルモノト見ルヲ得ト同時ニ他方ニ於テハ更改ヲナサ  
ントスル契約ニアリテモ債務ノ要素ヲ変更スルモノニアラサル以上ハ更改契約ニ  
非スルヲ鮮ス可キモノト信セラル。

更改ニ特別ノ要件ハ新旧二債ノ債務アリテ旧債務ノ消滅ト新債務ノ發生ト  
カ互ニ条件ヲナス莫クナリ。即チ旧債務消滅セザレハ新債務發生セス、新  
債務成立セザレハ旧債務消滅セス、之レ財、四九四、一、二項ノ規定スル所、佛民  
法ニ法文ナキモ全様ノ解釋ナリ、此事ハ更改ノ契約ノ性質上法文ヲ俟タスレテ  
明カナリ、現民法ニテハ五七、ニ珍妙ナル規定アリ。

一、旧債務ノ消滅セザリセハ新債務ヲ發生スルヲナキ旨ヲ規定セス、之レハ  
適当ナリ、当然ナレハナリ。

二、新債務カ不法ノ原因ノ為メニ發生セザリシ中ハ更改ノ當事者カ其事  
由ヲ知りタルト否トヲ問ハス、旧債務ヲ消滅セザルモノニアラサルヲ規定ス、



之ニ適用ノ規定ト得ルハ、モ有リテ害ナシ。

三、不法ノ原因以外ノ当事者カ知ラサル理由ニヨリ新債務カ発生セザリシハ、旧債務ヲ消滅セシムルモノトナス。之レ亦モ適用ナルモ実ナキ規定ナリ、然ルニ、

四、不法原因以外ノ当事者カ知ラサル事由ニヨリテ新債務発生セザリシ時ハ、旧債務ヲ消滅セシムルモノトナセリ。  
必規定ハ、其實負ニ於テ不当トナリ得サルハキモ明ニ更改ノ契約ノ性質ニ及ス、債務ハ債務ハ債権者ノ意思ノミヲ以テ之レヲ免除スルコトヲ得(五二九)

サレバ債務者ノ全意思ニ於テハ免除ニヨリテ債務ヲ消滅セシメ得(キコ)ハ層明白ナル所ナリ、之レ前ニ其規定ノ実負ニ於テハ不当トナスト云ヘル所以乍併更改契約ハ新債務ヲ発生セシムルコトヲ以テ其趣旨トナスヲ以テ新債務ヲ発生セザル中ハ其原因ノ如何ヲ問ハス、又当事者カ其原因ヲ知ラサルト否トヲ區別セス、旧債務ハ消滅セサルモノトナサ、レヲ得ス、現民法ノ趣旨トスル所ハ不法ノ原因ニヨリテ新債務発生セザル中ハ更改契約ノ当事者カ其不法ヲ知ラシ中ニアリテモ更改契約ノ全部ヲ無効トスヘキヲ以テ旧債務ヲ

消滅セシムルモノトナス、之レ及シ其他ノ原因ニヨリテ新債務ヲ発生セザリシコトヲ当事者カ知ラタリシ中ハ更改契約ヲ分割シテ旧債務ヲ消滅セシムヘキ免除ノ契約ヲナシタルモノト解スルニアルカ如シ、リハ更改契約ノ性質ニ及スモノニシテ先キニ珍妙規定ト言ヒタルハ失矣ナリ。

更改契約ハ新債務ノ発生ト旧債務ノ消滅トヲ互ニ条件トナスモノナルコト先陳ノ如シ、然ラハ其契約ニヨリテ発生スヘキ新債務カ条件附ノモノナルハ契約ト同時ニ旧債務ハ消滅シ其代リニ条件附ノ新債務カ存在スルニ到ルヘキヤ否ヤ。旧民法ハ財、四九三、二項ニ新債務カ条件付ナル中ハ更改ハ停止条件ノ成就シタル中又ハ解除ノ条件ノ成就セザル中ニアラサレハ成就スト規定ス、乍併全条三項ノ場合ニ於テモ当事者カ単純ナル更改ヲ為サント欲シタル証拠アル中ハ其限ヲラスト規定ス、即チ更改契約ニヨリテ新債務ニ発生スヘキ債務カ条件付ナル中ハ其成就スル迄ハ旧債務ハ消滅セス、換言スレバ更改契約モ亦条件付ノモノト推定スト云フナリ。  
舊民法ニハ之レニ相当スル規定ナキモ旧民法ト全様ニ解スルカ如シ、ローマ法ノ解釈モ亦然ナリ、ローマ法ニ於テハ如斯契約ヲナシタル中ハ其条件



件ノ成否確定スルマテハ旧債務ノ履行ヲ請求スルヲ得ズ、即ち更改  
 契約ヲ条件ニ係カラシムルノミナラス、旧債務モ亦其契約ノ為メニ条件  
 ニ係カルトナルト見ルカ如シ、旧民法旧民法モ亦此矣ニ於テローマ法ト  
 全様ニ解スヘキナラシ、現行民法ニツイテハ又旧民法及ローマノ如クニ  
 解スヘキモノナラシ、何トナレハ現行民法ニ於テハ更改契約ハ債務ノ要  
 素ヲ変更スルモノトナシ或ハ特ニ更改ノ意思ヲ表示スルヲ必要トセス  
 ト解スヘキモノナラシモ、然レテ其ノ契約ニヨリテ発生スヘキ債務カ  
 条件付ナル件ハ条件カ成就スル迄ハ更改契約ノ本旨トスル債務ヲ発生  
 セシムルヲアリ得ヘカラサルヲ以テナリ、民法一七七条参照。  
 乍併条件付債務ヲ発生スヘキ更改契約ハ其条件ノ成就スルマテ  
 ハと毎枚ナルニアラス、其契約ト共ニ条件付債務ヲ発生スヘキヲ以テ之  
 レヲ以テ旧債務ニ代ヘ其旧債務ヲ消滅セシメントスル件ハ當事者カ欲  
 スル所ノ效果ヲ生セシム可カラサル理由アルヲナシ故ニ旧ローマ法等ニ於テ  
 ルカ如ク現民法ニ於テモ全様ニ解釋ヲナスヘシ、只現民法ニ於テハ一般ノ場  
 合ニ於テ特ニ更改ノ意思ヲ表示スルヲ必要トセサルモノトスルモ其ノ場

合ニ於テハ特ニ更改ノ意思ヲ表示スルヲ必要トスト見サルヲ得スト信  
 ス。

以上所論ハ民法五一三、一四九三、一四九三、一四九三ノ一項ニ旧債務カ条件付ナリ  
 ヲ以テ混合スヘカラス、旧民法ニテハ又四九三、一四九三ノ一項ニ旧債務カ条件付ナリ  
 シキハ更改ハ全ノ条件ニ従フモノト推定スル旨ヲ規定ス、之レハ一般ノ場合  
 ニ於テ或ハ當事者ノ意思ニヨク適合スル所ナルヘキモ、旧民法ニ根據  
 規定ナキノミナラス全様ノ解釋凡テ知ラス、ローマ法亦然リ現民法ニ於  
 テハ素ヨリ相当規定ナシ、規定ナクハ旧民法ノ如キ推定ヲ下スル能ハサ  
 ルヘシ、何トナレハ要素ヲ変更スル更改契約ニヨリ発生スヘキ新債務  
 カ單純ニシテ毎条件ナルニ於テハ直ニ其契約ノ本旨トスル債務ヲ発生  
 スヘキナリ、旧債務ハ之レニヨリテ消滅セサルヲ得サルヲ以テナリ。

更改契約ノ當事者如何。

之レニ付テハ各新、旧、民法何等直接ノ規定ナキモ更改ノ性質上  
 其契約ニヨリテ発生スヘキ債務ノ當事者及其契約ニヨリテ消滅ス  
 キ債務ノ當事者皆更改契約ノ當事者ナリト解スヘキハ明カナリ、此



目的ノ変更ニヨリ更改契約ノ当事者ハ旧債務ノ当事者ト全一ナリ  
債務者ノ交替ニヨリ更改契約ノ当事者ハ新旧ノ債権者ト旧債務者  
ナリ、債務者ノ交替ニヨリ更改契約ノ当事者ハ新旧ノ債務者旧債権  
者ナリ。

乍然之レハ原則ニ就テ言ヘル可シテ債務者ノ交替ニヨリ更改ノ場合  
ハ一般ノ立法例ニ於テ必スレモ旧債務者ノ全意ヲ得ルヲ必要トセズ、乍  
然之レハ寧ロ例外サルヘシ、以外三種ノ交替ニツイテ法律上規定ヲ異ニス  
ルヲ以テ順テ追テ分説スヘシ。

第一項 債権者ノ交替ニヨリ更改。

債務更改ノ場合ニハ債務者及其債務ノ目的共ニ変更スルヲナリ、只債  
権者ノミ交替スルニ適キサルヲ以テ此種ノ更改ハ債権譲渡ニ酷似スルモ  
法律上ニ於テハ兩者各々其当事者及其意思ヲ異ニセルモノシテ從テ  
結果ニモ差異アリ、債権ノ譲渡ハ先陳ノ如ク其当事者皆譲渡人及讓  
受人間ノ契約ニヨリテ從來ノ債権ヲ現物ニシテ移転スルニ止マル、之レ以  
テ債務者ノ全意ヲ得ルヲ必要トラス、然レモ債権者ノ交替ニヨリ

更改ノ其当事者即チ新旧ノ債権者及ヒ債務者三者間ノ契約ニヨリ旧  
債権者、債務者間ノ債務ヲ発生セルモノナリ、故ニ債権ノ譲渡ノ場  
合ニ於テハ債権ニ從テ担保ノ權利亦債権ト共ニ讓受人ニ移転ス、之レニ  
反シテ更改ノ場合ニ於テハ担保ノ權利亦旧債務ト共ニ消滅ス、如斯結果  
ニ大ニ差異アリ、乍併更改ノ場合ニアリテモ後説ノ如ク特ニ担保ノ權利  
ヲ担保スルヲ得サルニハアラサルノミナラス、此種ノ更改ト債権ノ譲  
渡トハ何レモ旧債権者又ハ讓渡人ヲシテ其權利ヲ失ハシメ或ハ其債  
権者ノ債権者ニ損害ヲ及ボスヲナキヲ保セサル如キ矣、ツイテ見ルモ実  
際上殆トニ者ヲ區別スルヲ能ハサルノ状態ナリ、之レ現民法五一五、五七  
確定日附アル証書ヲ以テスルニアラサレハ此種ノ更改ヲ以テ第三者ニ對抗ス  
ルヲ得サルモノトナセル所以ナリ。

其趣意トスル可ハ債権ノ讓渡ニ于スル民法四六七、二項ノ規定ニ於ケルカ如ク  
旧債権者ノ債権等ニ對スル詐欺ヲ豫防セントスルニアリ、而シテ單ニ四六七、  
二項ノ規定ヲ準用スト規定セザリシハ四六七、二項ノ法文ニハ其一項ヲ受ケ  
テ前項ノ通知ノ字句アリ、然レ共更改ニハ債務者又契約ノ当事者



シテ之ニ通知ヲナス如キノ必要ナキヲ以テナリ。

旧民法ニモ財五〇〇条ニ現民法五二五条ニ相当スル規定アリ、併シテ  
旧民法ニ於テハ債権ノ物上担保ヲ留保シタル場合ニ限りテ債権ノ譲渡  
ニ關スル財三二七条ノ規定ニ從フニテサレバ第三者ニ對シテ債権ヲ主張  
スルヲ得サルモノトナスノ差アリ、余ハ此旧民法ノ規定ノ理由ヲ解スル  
能ハス、或ハ此總合ニ於ケル更改ハ尤モ債権ノ譲渡ニ於テ物上担保ノ目  
的物ニシキ權利ヲ有シ又ハ有スヘキ物ニシテ、留保スルノ必要アリトナスニア  
ルヤモ知ラス、乍併物上担保ヲ留保セザル場合  
ヲ保護スルノ  
必要必然ナルヘシ、先ニ現民法五二五条ニツイテ陳ヘシ所ノ如シ。

現民法五二六、債権ノ譲渡ニ關スル四六八、一項ノ規定ヲ債権者ノ承認ニテ  
更改ニ準用ス可キモノトシタルハ更改ノ性質上当然ニモフテ候々ナル所ニテ特  
ニ如新法文ヲ掲タルノ必要アルヲ見ス、何トナレハ譲渡ノ場合ニ於テハ讓  
受人ノ讓渡人ノ債権ヲ現状ノマ、承継スルニ過キサルヲ以テ其性質上債務  
者ハ其讓渡人ニ對抗スルヲ得ヘカラス、事由ヲ以テ讓受人ニモ對抗  
スルヲ得ヘキモノト言ハサル可カラズルモ、乍然差シ債務者カ單純ニ

讓渡ヲ承諾シタル中ハ抗弁權ヲ放棄シタルモノト見ルヲ得ヘキモノト云  
ハサルヘカラス、然レテ斯クノ如キ場合ニ讓受人ヲ以テ完全ニ債権ヲ  
享有セシタルノ必要アリ、之レ特ニ四六八、一項ノ如キ規定ヲ設ケラレ  
ル所以ナリ、然レニ更改ノ場合ニ於テハ新旧債権者ト債務者トノ契約ニ  
ヨリ旧債務ノ消滅シ之ニ代ルニ更ニ新ナル債務ヲ發生セシルモノナル  
ヲ以テ債務者カ旧債権者ニ對シテ負担シタル旧債務ニ伴フ抗弁ノ事由  
亦其旧債務ト共ニ消滅シタルモノト見サルヲ得サルヘシ、其事由ヲ以テ新  
債権者ニ對抗シ得ヘキニアラサルヲ、法文ヲ俟タズシテ明白ナレリナリ。

旧民法ニテモ財四九五、一項ニ現民法五二六、条ニ相当スル規定アリ、實讓  
尙スレテ有效ニ新債務ヲ諾シタル債務者ハ其ノ知セシ旧債務ノ無効ノ  
理由ヲ以テ債権者ニ對抗スルヲ得サルモノトナセリ、併シテ乍ラ此規定ニ付テハ  
現民法五二六条ニ於ケルト全一ノ批評ヲ加フヘキニナラス、然レシ此ノ法文ニ最  
效理由トアルハ旧債務ノ不成立ヲ意味スルモノトスルニ於テハ現行民法五二七  
条ニ於ケルト全一ノ批評ヲ下スヲ得ヘシ。旧債務ノ不成立ナラレハ更改ノ效  
力ヲ生スルノ理ナシ。



次に注意スヘキハ債権ノ譲渡ニラキ前記セル如ク古代法ニ於テハ其譲渡ヲ認メサリシモノナレトモ近世ノ立法例ニ於テハ一般ニ債権ハ債務者ノ承諾ヲ得ルヲ必要トスルヲナシテ譲渡人譲受人間ノ契約ヲ以テ自由ニ之ヲ譲渡スルヲ得ルモノトスルニ到レリ、故ニ債権者ノ交替ニヨル更改ハ実用ヲ失ヘシト云フヘシ。

但民法ニテハ更改ニ関スル規定ヲ設ケス、更改ノ名義ヲ用ヒタルモノナシ、債権者ノ交替ニヨル更改ニ相当スル規定全然ナシ、ソノ理論上之レヲ否認スルノ趣意ニリアラサルヘキモ実用ナキヲ以テナラン、又現民法ニ於テハ更改ハ債務ノ要素ヲ變更スル契約ニヨリテ生スルモノトナシテ債権者ノ交替ニヨル更改ハ債務ノ要素ニ債権者ニ變更アルヲ以テ其効カヲ生スルモノトセリ、乍然此見解ニヨルトモ債権ノ譲渡ノ場合モ亦更改アリト云ハサルヲ得サルヘシ何トナレハ債権者ニ變更アル更改ノ場合ト變ルトナケレハナリ、然レニ一般ノ學說及立法例ニ於テハ譲渡ハ更改ヲ生セトナス、果シテ然リトモ上陳ノ如ク倫理的ニ推斷セサルヲ得サルカ如ク五二三條ノ清文ハ法理上精確ヲアラスト論セラル、モ仕カナン、債権ノ當事者ハ其

成立及存続ニ必要ナル元素ナルモ一般ノ場合ニハ其當事者カ何人ナルカヲ疑フノ必要ナク只便宜上債権ノ譲渡ヲ認メタルモノト看察セザルヲ得ヘシ。

### 第二項 債務者ノ交替ニヨル更改

此種ノ更改ハ債権者及債務ノ目的ヲ變更スルヲナク唯債務者ノミ交替スルニ過キザルニ於テハ債権者ノ交替ニヨル更改ニ當ラズ何レモ新旧債務者及債権者又ハ新旧債権者及債務者三人間ノ契約ヲ以テ其効カヲ生スルヲ原則トナス、同様に、唯一ノ場合ニハ債務者ノミ交替シ他ノ場合ニハ債権者ノミ交替スルノ差アルノミ、然レトモ二者ノ間ニハ他ニ大ニ事情ヲ異ニスルノ点アリ、債権ハ前記ノ如ク近世立法例ニ於テハ債務者ノ承諾ヲ得ルヲナクシテ一般ニ之レヲ譲渡スルヲ得ヘキモノトナセルヲ以テ債権者ノ交替ニヨル更改ト酷似シ實際ニ於テハ殆ト同様ノ結果ヲ生ス、故ニ法律上此二者ヲ區別シテ互ニ混同スルヲナカラシムルカ爲メ一般ノ立法例ニ於テ債権者ノ交替ニヨル更改ハ新旧ノ債権者及債務者三人間ノ契約ヲ以テナスヘキモノト定ム



然ルニ債務ハ古来一般立法例ニ於テ之レヲ讓渡シ得ヘキモノトハナサズ  
 故テ以テ法律上債務者ノ交替ニヨル更改ニ類似セルカ爲メ之レト混  
 同スルノ恐アルモナリ、独民法ハ債務ノ引受ニ關スル規定ハ後ニ説  
 明スルカ如ク決シテ債務ノ讓渡ヲ認メタルモノハアラズ債務者ノ交替  
 ニヨル更改ハ之レニヨリテ債務ヲ免カルヘキ旧債務者ノ利益ノミアリテ  
 何等ノ損害ナキモノナルヲ以テ必スレモ旧債務者ノ承諾ヲ得ルヲ必要ト  
 スル理由アルナリ、故ニ此種ノ更改ハ債権者ノ交替ニヨル更改ト異ナリ  
 二種ノ方法ニ於テ之レヲ行フツテ得ルモノトセラル、即チ其方法ハ、

(一) 債権者ト新債務者間ノ契約ヲ以テスルモノ。  
 ローマ法ニ於テハ之レヲ *expressum illud* ト言ヘリ、斯ノ如ク言タル所  
 以ハ旧債務者ヲ以テ其債務關係ヨリ脱退セシムルヲ以テナリ、約束ニヨリ  
 テ除外スルノ謂ナリ。

(二) 債権者ト新旧債務者間ノ契約ヲ以テスルモノ。  
 ローマ法ニ於テハ之レヲ *delegatio* ト云ヘリ、之レハ契約ハ旧債務者ヨリ新  
 債務者ニ對スル囑托ニ本クモノナルニヨリ、財四九六ノ一項ニ債務者ノ交替ニヨ

ル更改リ或ハ旧債務者ヨリ新債務者ニナセル囑托ニヨリ或ハ旧債務者ノ承諾  
 ナクシテ新債務者ノ隨意ノ于涉ニヨリテ行ハルト規定セルハ上述二種ノ方法ヲ  
 示シタルモノナリ。

佛民法ニ相立規定ナキモ其趣旨ヲ全シスルハ佛民法一七四條一七五條  
 ニ徴シテ明瞭ナリ、又独民法ノ所謂債務ノ引受ニツキ規定セル趣旨又全様  
 ナリ、独民法四一四條四一五條一項、旧民法ニテハ財四九六ノ一項ニ囑托ノ效果  
 ニ基キ之レヲ完全ノモノト不完全ノモノトニ細別ス、同條三項ニ第三者ノ隨意  
 ノ于涉ニツキテモ亦其效果ニ基キ之レヲ除約ト補約トノニツキ細別ス、次ノ  
 四九七、九八ヲ以テ更改ハ完全ナル囑托又除約ニヨリテ行ハル不完全ナル囑托ノ  
 場合ニ於テハ新旧ノ債務者共ニ連帯シテ義務ヲ負担ス、補約ノ場合ニ於  
 テハ新旧ノ債務者ニ於テ耐謂全部ノ義務ヲ負担スル者ヲ規定セリ。  
 仏民法ニハ相立規定ナキモ旧民法財四九七條ノ規定ハ仏民法ノ精神ヲ  
 法文ニ表ハシタルモノト言フ可シ、然レニ此規定ハ財四九二ノ二項ノ規定ノ精神  
 ト調和ヲ欠ケルカ如キノミナラス耐謂不完全ナル囑托及補約ノ更改ノ效果  
 ヲ生スルモノニアラストナセルヲ以テ其果ニテ如何ナル效果ヲ生スキハ二付テハ



當事者ノ意思ノ解釈ニ放任セハ別段ニ規定セサルモ可ナリ。

民法、財四九〇条ニ相当スル規定モ又四九七条ニ相当スル規定モナレバ  
如債務者ノ交替ヨリ更改ノ *expressio iuris* 即チ除約ト *delegatio*  
即チ囑托トノ二種ノ方法ヲ以テ之レヲ行フコトヲ得ヘキコトヲ否認セシ  
ニテサレハ疑フ可カラス。以下此二種ノ方法ニ関シテ説明ス。

除約トハ債権者ト新タニ債務者トラントスルモノトシテ契約ニシテ旧債務者  
ヲシテ其債務ヲ免カレシムルモノナリ。旧債務者ハ其契約ノ當事者ニアラザル  
ノミナラス其ノ承諾ヲ得ルコトモ亦必要ナラス。元來當事者ノ交替ヨリ更改ハ  
債務者ト新舊債権者又ハ債権者ト新舊債務者トノ三人間ノ契約ヲ以テス  
ルノ原則ナリ。乍併單ニ債務ヲ免カルコトハ旧債務者ニ利益ノミアリテ何  
等損失ナキヲ以テ其旧債務者ハ除約ノ當事者タルコトヲ必要トセス其  
承諾ヲ得ルコトヲモ必要トセサル所ナリ。之レ民法五一四条本文ノ規定ハ  
附、財、四九六一一項后半、四九七一一項前半、民法一六四条但書ノ如キ規定ハ  
一四条ノ規定セシ趣意全様ナリ。而シテ現民法五一四条但書ノ如キ規定ハ  
他ニ立法例ヲ見ストモ民法四七四条二項ノ規定ノ權衡止セシ趣意ニモ

ノミテ其實用ナキ思想ニ出テレバ己ニ四七四二項ニツイテ之レヲ述ブ

囑托トハ旧債務者ノ囑托ニ基キ其債務者ト新タニ債務者トラントスル  
モノトシテ契約ナリ。旧債務者ヲシテ其債務ヲ免カレシムルモノナリ。此契約  
當事者ハ新旧ノ債務者ナリ。債権者ハ當事者ニアラズト見ルコト正解ナル  
ヘキモ乍併債権者カ承諾ヲナスニアラザレバ更改ノ效果ヲ生セス之レ財、三  
六、一、一項前半、四九七一一項前半、民法一七五条、一七七、一、一項ニ規定  
ル所ニシテ我現民法ニハ相当スル規定ヲ欠クトモ之等ノ規定ト全様ニ解ス  
可キハ疑ヒナカレハ。規定ヲ設ケサルハ事理ノ當然ナル為ナリトスル趣意ナ  
レ。

債権者ノ承諾ヲ得ルニアラザレバ更改ノ效果ヲ生セサルモノトシテ理由ハ債務  
ノ讓渡ナルモノヲ認ム可カラサル理由ニ等シ。債務者ノ何人タルカ其資力等  
ニシテ債権者ニトリ重大ナル利害關係ヲ有スルコトヲ以テナリ。斯クシテ囑托  
債権者ノ承諾ヲ得テ若シテ更改タルノ效果ヲ生スヘキモ乍併契約ノ當事者  
タル新旧ノ債務者間ニ於テハ債権者ノ承諾ヲ俟メスレテ直チニ其契約ノ



故カヲ生スルモノナルヘシ、独民法四一五、三項ハ、其事ヲ規定セリ、各新、旧  
民法、独民法何レモ共、独民法ニ相当スルモノナキモ、苟モ債権者ノ承諾ヲ得テ  
テ条件トナシタル場合ニテハ、以上、独民法各條ニ解スヘキハ、事理ノ当然  
ナリ。

囑託トハ債権者ノ承諾ヲ得ザレバ更改タルノ效力ヲ生セサルモノト作債權者ハ  
其契約、當事者ヨリラスト見ルト正当ナリト言ハルル此理由ニ基テ、旧民法ニテハ、  
四九八各ニ「完全トシテ囑託及附約ノ當時ニ債権者カ新債務者ノモ世襲力ナリレ  
テ知ラザリシ中ハ旧債務者ニ對シテ担保ノ承債權ヲ有スルヘキ旨ヲ規定ス、  
独民法亦囑託ニシテ一七〇各ニ全條ノ規定ヲナス。

然ルニ現民法ニ於テモ独民法ニ於テモ之ニ相当スル規定ナリ、規定ナレト  
セリ決シテ此規定ノ如ク解スルノ不可能ナシ、斯ノ如キ規定ハ、頗ル債権者  
ニ利益アルモノト作併、如斯更改ノ效力ヲ減殺スルノトナレシ。  
以上債権者ノ交替ニヨル更改ニシキ債務者ノ交替ニヨル更改ヲ説明スルニ  
テヤ、債権者又ハ債権者ノ變更スル場合ヲ想像セリ、乍此囑託ニヨル更  
改ハ旧債務者カ其債務者ノ債務者ニ對シ自己ノ債権者ニ并濟スヘキトテ

囑託スル場合ヲ最モ多シトス、此場合ニ於テ同時ニ債権者、債務者共ニ變  
更ス、注意スヘキナリ、独民法ニ所謂債務ノ引受ハ債務ノ讓渡差シク讓  
受ニアラス又債務ノ交替ニヨル更改ニモアラス他ニ立法例ナキ特權ノ性質ヲ有ス  
ルモノ、如ク信セラル、其債務ノ讓渡ニアラサルハ債権者ノ承諾ヲ得レテテ必要  
トセルヲ以テ明カナリ、又其債務者ノ交替ニヨル更改ニアラサルハ四一七各ニ徵  
シテ明カナリ、四一七各「引受人ハ債権者ニ對シ債権者ト旧債務者間ノ法  
律關係ニ基キ抗弁ヲ對抗シテ得」ト規定ス、之レヲ以テ見ルハ債務ノ引  
受ハ債務ヲ更新スルモノニアラスト見タレト恰モ債權讓渡ノ場合ト一般ナリ故  
更改ノ性質ヲ有スルモノニアラス、而カモ債権者ノ承諾ヲ得ルヲ必要トセルヲ以  
テ其莫ニ於テハ債務者ノ承諾ヲ得レテテ必要トセザル債權ノ讓渡トハ全然異  
レルモノナリ。

第三項 債務ノ目的ノ變更ニヨル更改。

此種ノ更改ノ場合ニ於テハ債権者債務者双方ニ於テ債務關係ノ當事  
者ニ何等ノ變動ナク唯債務ノ目的ニ變更アルニ過キサレテ此種ノ更  
改ハ代物并濟ニ酷似ス、現ニ之ヲ以テ代物并濟ノ性質ヲ有スルモノト見



解アリ、債務ノ本旨ニ從テ履行即チ弁済ヲナスシテ其債務ヲ消滅セシムル旨ニ着眼スルハ代物弁済ト見ルモ全然理由ナキニアラス、乍然代物弁済ハ全然債務ヲ消滅セシムル旨ニ於テ純粹ノ弁済ニ異ナルナキニ反シ更改ハ凡テ新タニ債務ヲ発生セシム可キ性質ヲ有スルヲ以テ債務ノ目的ノ変更ニヨリ更改モ亦代物弁済ト同視シ又全性質ヲ有スト見ルハ正當ノ見解ニアラス。

此目的ノ文字ハ契約其他ノ法律行為ノ目的ト云フ場合ニ於テモ又債務ノ目的ト稱スル場合ニ於テモ必スレシ確定明瞭ナル意義ヲ有セルモノニアラサル如ク見解亦合ル、之ニ相當スル英仏ノ原語ニ関シテモ亦然リ從テ先ツ目的ナル用語ノ解釈ヲ一定セシ后ニアラレハ如何ナル場合ニ目的ノ変更ニヨリ更改ヲ生スルカヲ知ルニ由ナン或ハ契約其他ノ法律行為ノ目的ト云フハ其當事者カ之レヨリテ違セシトスル欺詐ヲ指稱シ債務ノ目的トハ債権者カ之レヨリテ得ントスル利益ヲ云フモノナリト解スルモノアリ、之レハ通俗ノ意義ニ適合スル所アリト管モ乍作斯ノ如キ主觀的ノ見解ハ正確ニアラス、法律上ニ於テハ法律行為ニツイテモ債務ニツイテモ目的トハ其内容ヲ指示ス

ルモノナリト客觀的ニ解スヘキナリ、契約ニ関シテ右述スヘキモ單ニ債務關係ノ下ニ生スル法律行為ノ目的ト其債務ノ目的トハ其實質及範圍ヲ全シスルモノト信ス、或ハ目的ヲ解シテ物ヲ指稱ストナス見解ナキニアラス、吾現民法亦債權ノ目的物又ハ契約ノ目的物ノ字句ヲ使用ストモ其等ハ字句ハ債權又ハ契約ノ目的ノ要件タルモノヲ指シテ畧稱セシモノニシテ物ト目的トヲ以テ全然全一意義ヲ有スルモノトナスノ意思ニアラサルハ明瞭ナルヘシ。此事ハ物ニ関セサル契約又ハ物ニ関セサル債務ニツイテ一考セハ明カナリ、如斯ク債務ノ目的ヲ客觀的ニ解シ其内容ヲ指稱ストナスニ於テハ目的カ債務ノ要素タルハ旨ヲ俟タス、從テ之レヲ變更スル契約ニヨリ更改ノ效果ヲ生スヘキ又明カナリ。

債務ノ目的トハ債務其他ヲ云フト見ルモ可カヘシ、例之、金錢債務ヲ負担スル債務者ト其債務ノ代リニ或給付ヲナス可キヲ契約シタル中ハ目的ノ變更ニヨリ更改タルノ效果ヲ生シ旧債務ハ之ニヨリ消滅シ更ニ目的ヲ異ニセル新債務ノ發生ヲ惹起セシムルハ何人モ爭ハサル所ナルヘシ或物ノ給付ヲナスヘキ債務者カ其物ニ代ヘ他ノ物ノ給付ヲナスヘキ契約セシ中又然リ、何トナル新舊二個ノ債務ハ其要素タル目的ヲ異ニセル別個ノ債務タルヲ以テ苟モ當事者カ



二個ノ債務共ニ之ヲ併存セシムルノ意思アルニテラサル以上旧債務ハ新債務ノ  
発生ニヨリ消滅シタルモノト見ルノ当然ナレリ。

之等ノ右例ノ如キ場合ニ於テ更改ノ效果ヲ生スヘキハ事理ノ当然ト云フヲ  
得ヘシ、現民法ニ於テハ財、四八六、一ノ項ノ如キ規定其他目的ノ変更ニヨル  
更改ニツイテ何等規定スル所ナシ仙民法亦財、民法規定ニ相当スル法文ナ  
且仙民法二七一、一ノ項ニ旧債務ノ代リニ新債務ヲ負担スヘキ契約ヲナシタ  
ルハ旧債務ハ消滅スヘキ旨ヲ規定セリ、以規定ノ目的ノ変更ハ旧債務ノ  
更トリトノ見解ヲ示スモノト云フヘシ、乍然此規定亦事理ノ当然ナリ、否ヤ  
實際ニ於テ問題ヲ生スヘキハ契約ノ当事者ニ更改ノ意思アリタリヤ否ヤ  
又ハ新旧二個ノ債務共ニ之ヲ併存セシムルノ意思アリタリヤ否ヤノ点ニ存ス  
ルノミ。

此問題ハ各々場合ニ依リ当事者ノ意思解釈ニテ決スルノ外ナシ、更改ヲ  
生スルニハ更改ノ意思凡テ要スト自明ノコト以外ニ別ニ概括的規定ヲ設クル  
能ハサルコト事實問題ナリ、財、四九二、二ノ項ノ如キハ其當否ヲモ疑フヘシ、旧民  
法財、四八九、一ノ項ニ「債務ノ原因ヲ変更シタルハ更改ヲ生スヘキモノトナ

セリ、仙民法ニハ相当規定ナシ而カモ二七〇、一ノ項ノ規定ハ原因ノ変更ニ  
見更改ヲ包含スルカ如ク解スルニ似タリ、我現行民法ニ於テハ斯クノ如キ更  
改ヲ認ムルヤ否ヤ、此点ノ不明瞭ナルハ已述ノ如シ旧民法ニ所謂原因ノ変  
更ニヨル更改トハ如何ナル場合ヲ言フカ、債務ノ原因ハ千差万別ニシテ其  
リ事實ヲ枚挙スルコト能ハスト管モ之レヲ大別シテ法規以外ニ契約事務  
管理、不当利得及不法行為ノ四種トナシ得ヘキハ前述セリ、然ラハ原因ノ  
変更ニヨル更改トハ不法行為ニヨリテ生シタル債務ヲ契約上ノ債務トナシ又契約  
上ノ債務ヲ事務管理ニヨリテ生スル債務トナスカ如キヲ言フナルヘキカ。

元来債務ノ原因ハ其四種ノ何レニ屬スルヲ問ハス皆信義ノ事ナリ、  
一時的ノ存在アルニ止マリ之レニヨリテ生ズル債務ノ要素トシテ後ニ存続シ得  
ヘキ性質ノモノニテラサルハ明白ナリト信ス、然ルハ債務ノ原因ハ右日ニ之  
レヲ変更スルカ如キハ不能タルヘシ、債務一旦発生セシ以上ハ変更スヘキ原  
因ノ存在スルコトナシ、乍然債務ハ其原因ヲ異ニスルニヨリテ其效力ニモ差  
等ヲ生スルコトアリ、其效力ハ後日之レヲ変更シ得サルノ理由ナシ、債務発生  
後ニ其效力存続スルヲ以テナリ。然ル時ハ原因ノ変更ニヨル更改トハ債



務ノ效力ヲ變更スルヲ意味スルハシ、旧民法ニツキ *Recessum* 等  
 ノ説明ヲ見ルハ其ノ原因變更ニヨル更改トハ例之債買又ハ債貸借ニヨ  
 リテ代金又ハ借債ノ債務ヲ負擔セシモノヲ消費貸借トシテ其債務  
 ヲ負擔スヘキ旨ノ契約ヲナシタル時消費貸借ニヨル金銭ノ債務者ハ  
 受授者トシテ其債務ヲ負擔スヘキ旨ノ契約ヲナシタル片ハ又特定物ノ一受  
 授者カ使用貸借ニヨル借主トシテ債務ヲ負擔スヘキ旨ノ契約ヲナシタル片之等ハ  
 原因ノ變更ニヨル更改ヲ生スト言ヘリ、又曰ク然債買又ハ債貸借ヲナシ  
 タルニアラサル以上ハ代金又ハ借債ヲ生スヘキニアラサルヲ以テ消費貸借ニヨル金  
 銭ノ債務者カ買主又ハ借借人トシテ債務ヲ負擔スヘキ旨ノ契約ヲナスカ如キ  
 アリトスルモ其契約ハ無効ナリ原因ノ變更ニヨル更改ニアラスト説明セリ、  
 而シテ原因ノ變更ニヨル更改ノ実益ハ債務ノ原因ニヨリテ其時効ノ長短  
 ハ先取特権ノ有無等ニ付差別アル莫ク存スト解説セリ。  
 佛民法二七一―一号ノ趣意又コノ説明ト全様ナルヘシ、之レヨリテ見ル片ハ可  
 謂原因ノ變更ニヨル更改ハ一定ノ原因ニヨリテ生ズル債務カ恰モ他ノ原因ヨ  
 リテ生ズルモノト見做シ得ヘキ場合ニ於テ其債務ノ效力ヲ變更セリトスル更

五

改ヲ指シセムトテ知リ得ヘシ、果シテ然リトセバ旧民法ニ於ケルカ如ク原因ノ變  
 更ニヨル更改ト稱セザルハ寧ロ效力ノ變更ニ見更改ト言フヲ正当トスヘシ。  
 佛民法二七一―一項ニ於ケルカ如ク広ク債務ノ變更ニヨル更改トナスモ旧民  
 法ノ規定ニ勝ルナリ、蓋シ債務ノ目的中ニ其效力ノ強弱等ヲモ包含ス  
 ルモノト解釈シ得ヘキモノトセバ目的ノ變更ニヨル更改ノ外ニ所謂原因ノ變更  
 ニヨル更改ナルモノヲ認めルノ必要ナシト云フ可シ、吾現民法ハ原因變更ニ  
 ヨル更改ニ付テハ何等規定セス、果シテ之レヲ認めルヤ否ヤ不明瞭ナルカ  
 如キモ通常之レヲ認めサルモノ、如ク解スルノ通説タルカ如シ、目的ノ變更ニ  
 ヨル更改ニツイテモ現民法ハ特別ノ規定ヲ設ケスト云ヘシ目的カ債務ノ  
 要素ナルハ何等ノ疑ナキヲ以テ此種ノ更改ヲ認めルハ民法五一三一―一項ニ  
 徴シテ明ナリ、之レニ及ビ債務ノ原因カ其債務ノ要素ニ非サルト又疑ナ  
 カル可ク所謂原因ノ變更ニヨル更改ハ其完債務ノ效力ヲ變更スルモノト解  
 シ以テ債務ノ目的中ニ債務ノ效力ヲモ包含スルモノト見サル以上現民  
 法ハ此種ノ更改ヲ認めルモノニアラサルモノト為サルヲ得サルヘシ。私見ヲ以テハ  
 債務ノ效力ヲ變更スル更改ハ之レヲ認めヘキト立法論トシテ可ナリ。



以上債務ノ目的又ハ原因ノ變更ヨリ更改ニシキ述ヘレ得ノ外旧民法ハ  
究ノ一項當事者カ期限条件又ハ担保ノ加減ニヨリ又ハ履行ノ場所若  
シクハ質担保ノ数量、品質ノ變更ヨリテ單ニ義務ノ態様ヲ變更スル  
片ハ此レヲ更改トナサス。

本条記載ノ事項ハ所謂債務ノ偶素タル態様ニシテ債務ノ要素ニ  
アウサルヲ以テ之レヲ變更スルモ四八九ノ一項ニ所謂目的ノ變更ニヨリ更改ヲ  
生スルモノニアラザルヲ明カニスルノ趣意ナルヘシ。

現民法、旧民法、相当規定ナシ、規定ナシハ如何ニ解スヘキカ、旧民法、  
四八九ノ一項民法中所謂質担保ノ品質ノ變更トアルハ之レハ明カニ目  
的ノ變更ト見ルヘキモノト信セラル、以テ現民法ニ於テ亦如斯變更ハ更  
改ノ效果ヲ生スルモノト解スヘキナリ、質担保ノ数量ヲ變更ニツイテモ其  
様ニ見ル、得、唯數量ノ増加スルハ別ニ旧債務ト目的ヲ全シクスル債  
務ヲ負担シ數量ヲ減少スルハ單ニ旧債務ヲ縮小シタルモノニ過キスト解ス  
可キ場合多カレ可キヲ信ス、乍併モレ當事者カ之レニヨリテ旧債務ヲ  
消滅セシメ其代リ減少差シテ増加シタル目的ヲ有スル新債務ヲ発生

レシメントスル意思ヲ有シタリシ件ハ元ヨリ意思ノ效力ヲ認メサル理申サカ  
可キヲ以テ更改ノ效果ヲ生スト見サルヲ得サルヘシ、期限条件履行場  
所又ハ担保ハ一般ニ所謂債務ノ場素タル態様ヲナスニ止マリ其要素タ  
ル目的ヲナスモノニアラザルヲ以テ現民法ニ於テ又之レヲ變更スルハ更改ノ效  
果ヲ生セシムルモノニアラスト解スヘキナラン、只条件ニツイテハ民法五二三  
条ニ項前文ノ規定ニヨリ特ニ更改ノ效果ヲ生スルモノトナセリ、此規定ハ  
法律ノ專斷ニ出テシモノニシテ之レヲ以テ見ルモ期限履行ノ場所又ハ  
担保ヲ變更スルモ更改ノ效果ヲ生スヘキニ非ラサルヲ暗示スト見ルヲ得ヘシ  
或ハ其規定ヲ以テ債務ノ目的ナル文字ノ意義不明瞭ニシテ誤解シ生  
スルノナキ為メ条件ヲ加除シ又ハ之レヲ變更スル、即債務ノ要素タル目  
的ノ變更ニヨリ更改ヲ生スヘキモノタルヲ表明シタルニ過キスト説明スル學  
者アルカ如キモ如斯説明ハ明白ナリト見做スト云フト一般ニシテ法廷ニ  
裁ヲナサルノミナラス条件ノ變更ヲ以テ目的ヲ變更スト見ルニ於テハ期  
限又ハ履行ノ場所ヲ變更スルモ亦目的ノ變更アリト見サルヲ得サルヘキニ至  
ル、斯ノ如キハ許スヘキニアラザルナリ、併シ乍ラ、債務ノ偶素タル態様



ノ觀念ハ抽象的ノモノナリ、或債務ニハ之レヲ存シ他ノ或物ニハ之レカ存スル  
 ナレトシテ一般ニ示スニ過キス、現存スル格段タル債務ニ伴ヒタル一定ノ偶  
 素ハ其債務ノ効力ニ重タル關係ヲ有スルヲ以テ若シ當事者カ之レヲ  
 変更スルヨリ旧債務ヲ消滅セシムルノ意思アリシ時ハ債務ノ効力ノ変更  
 シル更改ノ效果ヲ生スルモノナリト解スルヲ正当トス(シト余ハ信ス、唯債  
 務ノ要素ヲ変更シタル中ハ當事者ニ更改ノ意思アリシモノト見サレニ及ニ偽  
 素ヲ変更シタル中ハ素ヨリ當事者ニ更改ノ意思アリシモノト一般ニ見ル  
 能ハス、寧ろ口當事者カ更改ノ意思ヲ表示スルニアラサレハ更改ノ意思ハナ  
 カリシモノト解セサルヲ得ストノ差アルニ過キスト信セラル。

旧民法ニ於テハ財、四九〇、一ニ項ノ前文ニ其証券ヲ以テスル債務ノ并濟ハ  
 其証券ニ債務ノ原因ヲ指示シタル中ハ更改ヲササスト規定ス、法文ニハ右  
 商証券ト記スモ實際ニ於テハ諸種ノ手形ヲ指示スルモノト見ルヲ得、然ラサ  
 レハ明カニ目的ノ変更ニヨル更改ノ有無ノ問題ヲ生スルニ過キサルナリ、又法  
 文ノ反対解釈ニヨリ証券ニ債務ノ原因ヲ指示セザリシ中ハ常ニ更改ノ效果  
 ヲ生スルモノトナシ、所謂原因ノ変更ニヨル更改ノ尤モ通常ノ場合ヲ例示セル

モノナリト解スヘキカ如シ。債務ノ并濟トシテ手形ヲ振出し之レニ裏書ヲナシ  
 又ハ手形ノ引受ヲナス一一般ニ代物并濟又ハ更改ノ效果ヲ生スルモノト見ルカ  
 如シト尚モ通常ハ其手形ニ債務ノ原因ヲ記スモノニアラス、其原因ヲ記  
 ストアリトスルモ何等手形行爲トシテノ効力ヲ有スルモノニアラス、然レ旧民  
 法ニ於テ証券ニ債務ノ原因ヲ記シタル中ハ更改ヲ生セス、原因ヲ記サ、リン  
 時ハ更改ヲ生スルモノトナセル理由ハ何処ニアリヤ余ハ了解ニ苦シム。Bodemann  
 氏ハ、説明ニヨリハ買主カ代金支払ノ方法トシテ其旨ヲ記シタル手形ヲ振出し  
 タル中ハ賣主ヨリシテ契約ノ解除ヲナスノ權利又ハ先取特權ヲ失ハシムヘキニアラサル  
 ヲ以テ更改ノ效果ヲ生スルモノニアラストセザルヲ得ストノ趣旨ナルカ如キモ、并債務  
 ノ原因ヲ手形ニ記サ、リシトシテ全様ノ場合ニ於テ債主保護ノ必要ヲ  
 ハハ彼此何等差別アルヘキニアラスト信ス、我現行民法ニ於テハ五三、一ニ項  
 未便ニ債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ発行スルモ亦全シト規定ス、即チ債  
 務ノ履行即チ并濟トシテ爲替手形ヲ發行スル中ハ手形ヲ振出し且交付ス  
 ルハ債務ノ要素ヲ変更スルモノト見做レ更改ノ效果ヲ生スルモノトナセルナリ、然  
 ラハ債務者カ爲替手形ニ裏書シテ之レヲ讓渡シ若シハ爲替手形ヲ引



受リナシ又ハ約束手形ヲ振出し若シハ裏書シテ譲渡シ又ハ切手ヲ振出し  
 若シハ之レヲ裏書シテ譲渡シ以テ債務ノ弁済トシテ此等ノ手形ヲ債権者  
 ニ交付シ債権者ニ於テモ又債務ノ弁済トシテ之レヲ受取リシ場合ニ依リテモ  
 旧債務ハ更改ニヨリテ消滅スルナシ、何トナレハ為替手形ノ発行ノ  
 カ更改ノ効カヲ生スト現民法ハ規定スルヲ以テナリ、之等ノ場合ニ於テハ何  
 レモ全然債務ノ要素即チ其目的又ハ当事者ニ変更アリシニハアラス、乍  
 然者替手形ノ発行即チ振出しノ場合ニ於テモ又全シテ債務ノ目的又ハ当  
 事者ニ全然変更アリシニハアラス、而シテ為替手形ノ振出しノ場合ニ付テ  
 之特ニ債務ノ要素ヲ変更スルモノト見做セルヲ以テ以テ他ノ前掲ノ場合ニ於  
 ハ吾民法ハ更改ノ効カヲ生スルモノニアラストナスノ趣意ナリト看做サルヲ得ス  
 民法ニ関スル一般ノ説明亦斯ク如シ。乍併余ハ其理由ヲ以テ解スルニ若シ  
 或ハ為替手形ハ其支払人ヲシテ主タル債務者トシテ之ヲ欲スルモノニシテ振  
 出ルハ不履行ノ場合ニ於テ之債權ノ請求ヲ受クヘキモノシテ過キサルヲ以テ此場  
 合ニ於テハ条件ヲ付シテ債務者ノ交替ニヨリ更改ヲ為セルモノト言フモ不可  
 ナント説明スル学者アリ、乍然者替手形ノ支払人ハ引受ヲナスニヨリテ始メ

手形ハ債務者ノ心ヲ以テ引受ヲナス迄ニ債務者ニ交替アリシモノト言フ  
 ヲ得ズ、条件付ノ債務者ノ交替アル場合ナリト言フモ其条件ハ成就即  
 引受ル迄ハ何等債務者ノ交替アルナント見サルヲ得ズ、又一步ヲ進メ  
 テ論セハ後令支払人カ引受ヲナスニヨリテ手形ノ主タル債務者ノ地位ニ立ツ  
 トナシトスルモ振出人ハ尚償還ノ義務ヲ負担スルモノナレハ全然債務者ノ交  
 替アリントハ言フヲ得ズ、斯クノ如キ理由ヲ以テ為替手形ヲ振出す場合ニ  
 更改ノ効カヲ生スルモノトスルニ於テハ為替手形ノ裏書譲渡ヲナシタル場合  
 殊ニ其手形カ已ニ引受済ノモノナリシ場合亦全シテ更改ノ効カヲ生スヘキモ  
 ノトナサルヲ得サルノ理ナリ、又振出人カ自己ヲ受取人トシテ為替手形ヲ  
 振出し之レヲ其債権者ニ裏書シテ譲渡シタル片ハ吾現民法ニ所謂為替  
 手形ヲ発行シテ更改ノ効カヲ生スヘキモノト解スヘキカ或ハ又裏書譲渡  
 ミシテ更改ノ効カヲ生セサルモノト解スヘキカ、何レニスルモ前述ノ或学者ノ  
 説明ニ従フ時ハ之レ尚更改ノ効カヲ生スルモノトナサルヲ得サルヘシ。  
 小切手ノ振出又ハ裏書譲渡ヲナシタル場合ニ於テモ又全一ノ理由ニヨリテ  
 更改ノ効カヲ生スルモノト為サルヲ得サルナリ、或ハ小切手ハ金銭支払ノ



方法トシテ之レヲ利用スルノ尤モ多キヲ以テ小切手ヲ渡シタルノ以テ更改ノ效果ヲ生セサルモノトナスノ當事者ノ意思ニモ適合シ且實際ニ便利ナリト説明スル学者有アリ、乍併私見ヲ以テハ小切手ノ支払ノ便法トシテ利用セラルルモノナルヲ以テ更改ノ效果ヲ生スルモノト見ルノ却テ小切手ノ性質ニモ適シ當事者ノ意思ニモ合スルノナルヘシ、小切手ヲ以テ更改ノ效果ヲ生セサルモノトナスノ當事者ノ意思ニ適スト言フモ現ニ當事者ニ更改ノ意思ニアリントスレハ何故ニ其意思ノ效力ヲ認メサルカ、之レヲ認メサルノ理由アルノナシ。

英米法ニテハ小切手ハ為替手形ノ一種ニ過キスト見ル、吾國法ニ於テハ別種ノ手形トナスモ大様ニ為替手形ノ規定ヲ准用ストナセリ、故ニ更改ノ有無ニツキ為替手形ト小切手トヲ區別スヘキ理由ハ何等存セスト信ス

約束手形ノ振出人ハ自ラ支払ヲ約束スルモノナルヲ以テ債務ノ弁済トシテ約束手形ヲ債権者ニ渡スモ當事者ノ交替スルノナシ、從テ更改ノ效果ヲ生スルモノニアラスト見ルハ大ニ理由アルカ如シト當モ債務者カ自己ヲ支払人トシテ為替手形ヲ振出し之レヲ債務ノ弁済トシテ其債務者ニ与ヘタル場合

ニ於テハ其事實ニ於テハ約束手形ヲ振出しタル場合ニ異ナル所ナキヲ以テテ始メヨリ振出人自ラ身ニ差私ヲナスノ義務アルナリ。

英米法ニ於テハ所持人ノ選択ニヨリ斯ノ如キ手形ハ約束手形ト見做スノ得ヘキモノトナセル程ナリ、然レニ約束手形ノ振出ハ更改ノ效果ヲ生セストナシ自ラ支払ヲナスヘキ為替手形ノ振出ハ更改ノ效果ヲ生スヘキモノトナス双者ノ間ノ區別ヲ設クルノ理由何処ニ存スルヤ、私見ヲ以テハ何等ノ理由ナシト信ス。仮ニ約束手形ノ振出ハ更改ノ效果ヲ生スヘキモノニアストスルノ正当ナリトスルモ何故ニ約束手形ヲ裏書譲渡スルノカ更改ノ效果ヲ生セサルカ、斯ノ如キ裏書譲渡ハ引受済ノ為替手形ノ裏書譲渡人ト異ナルノナシ。

以上所論ノ如ク吾國民法ニ於テ特ニ為替手形ノ發行ニツイテノミ更改ノ效果ヲ生スルモノトナシタル理由ハ何等ノ解スルノ能ハサル所ナリ。岡野氏亦以民法規定ヲ以テ解セスト言ヘリ、民法ハ為替手形ノ發行ヲ以テ更改ノ一例ヲ掲ケンモノトナルヘシ、他ニ更改力ヲ有スル手形ノ受授ノ不承認スル趣意ニ非サルヘシ、又手形ノ授受ニ代物弁済ノ理論ヲ應用



スルヲ排斥シタルニモ非サレド考テ民法ノ此法文ヲ文字ニ拘泥セスカ  
 解スヘシトノ趣意ナリシカ如ク  
 乍併合ハコノ解脫論ハ賛成セス、何トナレハ第一ニ為替手形ノ発行  
 他手形ノ授受ハ民法ハ所謂債務ノ要素ヲ変更スルモノニアラスシテ為  
 替手形ノ発行ハ更改ノ效力ヲ生スルモノトナセルハ立法ノ專斷ニ出テシ  
 法文上明白ナルヲ以テナリ。第二ニ代物并済ハ全然債務ヲ消滅セシムル  
 点ニ於テ并済ト異ナルナントモ手形ノ授受ハ一般ノ場合ニハ債務者  
 シテ旧債務ヲ免カレシムルモノトナスモ更ニ手形上ノ債務ヲ負担セサルヲ得  
 サルモノナレハナリ。

岡野氏ノ考ニテハ外觀ニ於テハ全ク全ノ形状ヲ具フルモ當事者ノ意  
 思如何ニヨリテ或ハ更改タリ、又或ハ代物并済タルアリト云ハルカ如キモ余  
 ハコノ双者ハ其實質ニ於テ相異レルモノト信ス、乍併債務ノ并済トシテ他人  
 カ振出シタルと毎記名式ノ手形ヲ債権者ニ交付シタル場合ニ於テハ債務者  
 ハ其手形上ノ債務ヲ負担スルモノニアラサルヲ以テ或ハ民法ハ六三ノ規定  
 ニヨリ代物并済ヲナシタルモノトモ見做シ得ヘキカ。

此債務ノ目的、変更スル更改ニツキ旧民法ニ所謂原因ノ変更ニヨル更改  
 ニツキ説明セシ所ニツキ一考スルニ私見ヲ以テハ更改ハ債務ノ要素又ハ其效力  
 ヲ変更スルニヨリテ生スルモノトナス「適當ナル」(立法論)斯クノ如ク見ル  
 キハ更改ノ意思ヲ以テ手形ヲ授受スル片ニハ一般ニ更改ノ效果ヲ生スル  
 ルヘシ、何トナレハ手形上ノ債務ニハ特別ノ效力アルヲ以テナリ、又斯クノ如  
 キ一般ニ手形ニ更改力アリト見ル下便利ニシテ何等ノ弊害アルヲ見サルヘシ

第四項 更改ノ效果。

更改ハ旧債務ヲ消滅シテ其代リニ新債務ヲ発生セシムルモノナルヲ以テ旧  
 債務ニ從タリシ諸種ノ担保権又旧債務ト共ニ消滅シ之レヲ新債務ニ移転  
 シ又新債務ニツキ存続セシメ得ヘキモノニアラス、之レ債権ノ讓渡シト債権  
 者ノ交替ニヨル更改トハ酷似セシニ拘ラス大ニ其效果ヲ異ニスル者シキ点  
 ナリ乍更改ノ當事者ハ特ニ旧債務ニ從タリシ担保権ヲ關係シ之レヲ以  
 テ新債務ニ移転シ又新債務ニツキ存続スルモノト為サント欲スルニ於テ  
 ハ法律上之レヲ禁シテ其當事者ノ意思ノ效力ヲ認めサルノ理由アルナレド、  
 之レカ考ニ當事者以外ノ第三者ニ不測ノ損害ヲ加フルヲナキカ如クセサルカ



ラサルノミ。

旧民法ニ於テハ更改ヲナスニ当リ凡テ物上担保権ヲ留保シ得ヘキモノトナスモ  
等シク物上担保権ニアリテモ留置権及先取特権ハ特種ノ原因ニ基キ債権  
ニ伴フモノニシテ其原因ヲ異ニスル新債権ニ存続スルモノトナスハ立法上明ニ  
當リ得ルモノニアラス、又旧民法ハ更改ノ當事者ノミノ承諾ヲ以テ共同債  
務者保証人又第三所持者ノ手ニ存スル担保ヲ留保シ之レヲ以テ其等  
ノモノニ対抗シ得ヘキモノトナセルモ其第三所持者ハ元來負擔付ノ財産ヲ  
有スルモノナラシテ其承諾ヲ得ルナク担保ヲ留保シ得ヘキモノトナスハ言  
フ所候サル當然ナルト今時ニ共同債務者又保証人ハ更改ヲ承諾スル義務  
アルナラシメ、承諾ヲナサルニ於テハ旧債務ト共ニ其債務ヲ免ルヘキモノ  
ナラシメテ承諾ヲ与ヘタルナキ新債務ニツキ其債務ヲ負擔スヘキモノト  
ナスカ如キハ明カニ不當ナリ、何トナレバ或人ノ為メニ共同債務者又保証  
証人タルヲ承諾シタルモノナリテモ他ノ人ノ為メニ之ヲ承諾スルヲ欲セザル  
如キハ往々アルナラシキナリ、若シ共同債務者又保証人ニ於テ更改ヲ承諾シ  
タル場合ニ於テ之レニヨリ發生スヘキ新債務ニツキ債務ヲ負擔スヘキハ明白

ニシテ其債務タル物上担保タルニ於ケルカ如キ順位ノ差等アルヘキ  
ニ非ヤルヲ以テ同債務ニヨリテ存続スルモノトナスノ必要アルコトナレ。  
故テ以テ現民法ハ財五の三ノ規定ニ終止ヲ加ヘ現民法五八ニ於テ先  
カ如ク規定セリ、即更改ノ當事者カ特ニ留保シテ新債務ニツキ存続ス  
ル下テ得ヘキモノトスル担保権ヲ債権及抵当権ノ二種ニ限定シ、第三者  
カ之レヲ設定スルノ意思又場合ニ於テハ尚第三者ノ承諾ヲ得ベキモノト  
ナセリ、ソノ或人ノタメニ其等ノ担保権ヲ設定シタル第三者ハ必スレモ他  
人ノ為メニ之レヲ設定スルノ意思ヲ有スルモノト見ルノ得ザルカ爲メ也。

第四款 免除

第一項 免除ノ意義

免除トハ債務者ヲシテ全債ニ其債務ヲ免レシムルヲ云フ之レヲ他  
方ヨリ見ルハ債権者カ対價ヲ得ルナラシテ其債務ヲ放棄スルモノ也、何  
トモハ債権ト債務トハ互ニ対シテ全分其内容ヲ内シスルハ法律上係  
ヲナスモノニシテ一面ヨリ見テ債権ト称シ他方ヨリ見テ之レヲ債務ト云フニ違キ  
サレ也、債務ノ免除トハ有償其債権ノ放棄ニ等シ、只其言ニ差ハル















消滅スヘキ旨ヲ規定ス、之ハ狭義ノ狭義ニ失シ立法ノ趣旨ハ所有權ト他物權ト  
關係ニ於テ凡テ全様トナルヘキモノト信ス。

尤モ独民法ノ如ク登記ヲ以テ不動産物權ノ成立及存続ノ要件トナス立法例ニ  
於テハ混合理論カ完全ニ行ハレタル規定トナレリ、所有權ト他物權カ全ク人歸  
屬スル下ヲ英法ニ於テハ *merger* (併合)ト言ヒ、羅馬法ニ於ケモ所有權ト一

*usufructus* (用益權)トカ全ク人歸屬セル場合 *consolidatio*  
ト稱シ物權ニ關スル *confusio*ハ所有權ト地役又ハ抵當ニ於ケルカ如ク權利義

務ノ混合ノ性質ヲ有セル場合ニ限リタルカ如シ、理由アル下ト信ス。  
民法ニ於テハ物權ニ關スルモノト債務關係ニ關スルモノトノ區別ナシ等シシ、

*confusio*ト稱シテ物權ニキ別ニ概括的規定ヲ設ケルハ民法  
亦同様民法ノ如シ。

余ハ現民法ニ於テ一七九条ノ如ク概括的規定ヲ設ケル下ノ適當ノ処置ト信ス  
此条ニ混合ヲ註シ併合ノ字モ用ヒル、乍併合ノ見ニテハ其想像ノ場合ニ於テ併  
合ノ文字ヲ用フル下ノ適當ナリ。

狭義ニ於テハ混合トハ權利義務即チ債權及債務カ全ク人歸屬スルヲ云フ如  
新法ニ於テ債權及債務共ニ消滅セザラ得ズヘシ民法ニ於テ其旨ハ明瞭ニ示ス

頂、民法一三〇。条。

独民法ニハ相当ノ規定ナキモ厚安ニナリ。之等ノ規定ハ其實質上狭義ノ混合  
ノ意味ヲ示セルモノト云フヘシ。余ハ混合ヲ此狭義ニ極限シ物權ニ付テハ併合ノ名稱  
用ル下可ナリト觀望ス。

債權債務ノ混合ヲ生セルハ普通ノ原因ハ相続又ハ包括財産ノ全部若シテ一部  
ノ讓渡又ハ遺贈ナリ、例之債權者カ債務者ニ相続シ又ハ債務者カ債權者ニ相  
続セル下ハ其相続財産中ニ存スル債權債務カ全ク又ハ人歸屬スル下以テ混合ニヨリ

テ消滅ス、包括財産ノ全部又ハ一部ノ讓渡又ハ遺贈ヲナセル場合ニ於テ又其包  
括財産中ニ存スル債權債務カ全ク一人ニ歸屬スル下相続ノ場合ト異ラサル下以テ全  
ク混合ニヨリ消滅ス、下述各國ニテハ現在個人間ニ包括財産ノ全部若シ

テ一部ノ讓渡又ハ遺贈ヲナスノ慣習ナキカ如シ、近キ將來ニ於テ斯クノ如キ  
慣習ノ生スヘキヲ信スル能ハス、故ニ会社其他ノ法人ノ合併等ノ場合ヲ除外  
混合ヲ生スル原因ハ實際ニ於テハ相続ニ限ルト見ルヲ得、以テ他債權ヲ債務者  
讓渡シ得ヘキモノトセハ其債權ハ債務者ニ歸屬スル下人時ニ混合ニヨリ消滅ス

一六七







賠償スヘキモノタルハ五二〇条本文之債権及債務カ全一人ニ歸シタル時ハ其債権ハ消滅  
 スト規定シ、一〇七条ニ相続人カ限定承認ヲナシタル中ハ其被相続人ニ對シテ有  
 セシ權利義務ハ消滅セカリシモノト見ナスト規定見法之ヲ彼等對照スル中明也。  
 混合ニヨリテ債権債務カ其當事者間ニ於テ消滅スル結果トシテ、  
 者ニ不利ヲ及ボス如キコトアルハ決シテ看過スルヲ得サル所ノコトナリ、民法五  
 二〇条但書ノ規定ノ如キハ第三者ノ保護ノ為メニ必要ノモノタルハ民法一七九一  
 一項ノ但書ニ於ケルト同様ナリ。

猶民法ニ於テハ混合ニ関スル規定ヲ設ケサルヲ以テ当然ニハキモ旧民法及民法ニ  
 於ケルカ如ク混合ニ関スル規定ヲ設ケルハ五法例ニ於テ尚現民法五二〇条但書ニ相  
 當スル規定ヲ設ケザルハ當ヲ得ソルモノニアラス、此但書ノ規定ハ一見スル時尙  
 明ナカク如クミシテ而カモ其実ハ有益ニ適セラルルハキ場合ニ関シテハ不明瞭ナ  
 ル莫ク存スルカ如ク、人カ見解ヲ以テスレハ吾國ニ於テ狹義ノ混合ヲ生ス  
 ル場合ハ前述ノ如ク——際上相続開始ノ場合ニ限ルモノト言フコトヲ得ヘシ故  
 相続開始ノ場合ヲ想像シテ述ベントス。

第一矣、相続人カ相続ノ限定承認ヲナシタル中及相続財産カ混合

ナシタル中ハ民法五二〇条但書ノ適用ナカルヘシ、何トナレハ此等ノ場合ニ於テハ一般的ニ  
 混合ヲ生セスト定ムラレタルヲ以テナリ。

第二矣、相続人カ單純ニ相続ヲ承認シタルカドモ一般的ニ混合ヲ生スヘキ場合  
 ニ於テモ亦若シ被相続人カ相続人ニ對スル債権ヲ以テ第三者ニ對スル債務ノ担保ニ供  
 シタル時キ其債権ノ質權ヲ設定シタルカ如キ場合ニアリテハ五二〇条但書ノ規定  
 ヲ適用スルノ實用ナカルヘシ、何トナレハ相続人カ其被相続人ニ對スル債務ニツイテモ又被  
 相続人ヨリ第三者ニ對スル債務ニシテ相続人カ承認シタルモノツイテモ等シク人主  
 部財産ヲ以テ其債務ヲ負擔シテ第三者ハ其被相続人ニ對シテ有シタル債権  
 ノ弁済ヲ得ルコトヲ得サルニ過キサルヲ以テナリ、相続人カ被相続人ニ對スル債権ヲ以テ  
 第三者ニ對スル債務ノ担保ニ供シタルハ又同様ナリ。

然ラハ如何ニ場合ニ依但書ノ規定ヲ必要トスルカ。  
 第三矣、相続人カ單純承認ヲナシタル場合ニ於テ被相続人ヨリ相続人ニ對スル  
 債権ヲ以テ第三者甲ヨリ全シテ第三者乙ニ對スル債務ノ担保ヲ供シタルカ如キ場合  
 於テハ、但書ノ規定ノ適用ヲ必要トナス信ス。何トナレハ相続人、被相続人間ノ  
 債権債務ハ混合ニヨリテ消滅スルコトナシトナスニ於テ始メテ乙ヨリ甲ニ對スル債権



ノ担保トシテハ被相続人ヨリ相続人ニ対スル債権ヲ行フヲ得ルモノニシテ若シ  
混合アリトスレバ甲ニ対スルノ外何等ノ救済ヲ得ルノ途アリザルニ至ルヲ以テ  
リ相続人カ被相続人ニ対スル債権ヲ以テ第三者ヨリ第三者ニ対スル債権ノ  
担保ニ供シタル時又全様ナリト信ス。

第四項、算ニ與テ於テ想像セシ如キ場合ニ於テモ若シ被相続人ヨリ相続人  
ニ対スル債権ニ伴フ先取特権ノ存在セシ時ハ但書ノ規定ヲ適用スルニ必要アリ  
何トシテ被相続人ヨリ算ニ與テ對スル債権ニシテ相続人カ承継スヘキモノニ就テ  
ハ第三者ハ相続人及ビ被相続人ノ一般ノ債権者ノ平等ノ權利ヲ有スルニ過キザモ  
ノナリトモ第三者ヨリ被相続人ニ對スル債権ノ担保タル被相続人ヨリ相続人ニ對ス  
ル債権ニツイテハ第三者ハ相続人ヨリ優先的ニ清算ヲ受クルヲ得ルヲ以テアリ  
相続人ヨリ被相続人ニ對スル先取特権ヲ伴フ債権ヲ以テ相続人ヨリ第三者ニ  
對スル債務ノ担保ニ供シタル時亦全様ナリ。

第五項、被相続人ヨリ相続人ニ對スル債権ニツキ有スル抵当権ヲ以テ被相続  
人ヨリ第三者ニ對スル債務ノ担保ニ供シタルハ尚又ソノ但書ノ規定ノ適用ヲ  
必要トスルカ如シ、何トシテ被相続人カ相続人ニ對スル債権ニツキ有スル

抵当権及其客體タル財産ノ所有權ハ相続人ニ併合セラルモ其抵当権ハ第  
三者ノ權利ノ目的トナリ居ルヲ以テ民法一七九条ノ規定ニヨリ尚存続スルモノト  
見サルヲ得サルカ如キ觀見モ下條相続人及被相続人間ノ混合ニヨリ二者ノ間  
ニ存在セシ債権債務カ消滅スヘキモノトナセルハ其債権債務ニ從テ  
ル抵当権又消滅シ、從テ其抵当権ヲ目的トスル第三者ノ担保権又消  
滅セサルヲ得スト言フ如キ疑ヲ免レサルヲ以テナリ。

相続人ヨリ被相続人ニ對スル債権ニツキ有スル抵当権ヲ以テ相続人ヨリ  
第三者ニ對スル債務ノ担保ニ供シタルハ又全額ナリ、茲ニ、  
第五項、……トシテハ想像セシ場合ニ付キテハ民法一七九条但書ノ規定ト民  
法二〇〇条但書ノ規定ト相俟ツテ始メテ第三者ノ權利ヲ充分ニ保護スルヲ得  
ルモノト信セラル。

終リニ民法ニテハ一三〇、一三一一項ニ債権者、債務間ノ混合ハ保證債務ヲ  
消滅セシムル旨ヲ、全条ニ項ニ債権者保證人間ノ混合ハ債務ヲ消滅セ  
サル旨ヲ規定セリ。

旧民法、財、五三八一項ニ債権者保證人間ノ混合ハ保證ヲ消滅セシムル旨ヲ







キ損害ヲ賠償スルノ責任アルヲ規定セルノ外直接ニ履行不能ノ效果ニツキ何等ノ規定ナシ、其理由トスル所如何、惟フニ履行不能ノ效果ノ問題ニツイテハ殊更ニ法規ヲ設ケサルモ一般ノ理論ヲ以テ之レヲ解決シタルモノト見テハルカ爲メナルハシ、其ノ見解ハ一應ノ理アルモノト信ス、何トナシハ民法及ヒ民法ノ規定ヲ比較対照シテ考察スルニ其大様ヲ全クセリテ知ルト今時ニ何レモ法文ナキニ於テモ事理ノ当然ト見ルヲ得ヘキモノナレハナリ、試ニ其真ヲ考テシム。

第一、債務ハ其履行カ債務者ノ責ニ歸スヘカナル事由ニヨリテ不能ノモノトナリタル中ハ不履行ニ就テノ責任ナシ、或ハ不能ノ爲メニ消滅スト言フヲ得ヘシ、*Impossibilium nulla obligatio* 財五三九条民法一三〇三、一項、独民法二七五、一項。又民法一三〇二、一項ハ債務ノ特定シタル目的物カ滅失シタル場合ニツイテノ規定スルモノハ法文狭キニ失シテ法ノ趣旨トスル所ニ其他ノ不能ノ場合ヲモ包含セシムルニアルコト疑ナシ。履行不能ハソノ事実上ノモノナルト法律上ノモノナルトヲ問ハス債務ノ特定シタル目的物カ不融通物トナリタル中ハ債務ノ目的物トシテハ已ニ消滅シタルモノト全視スヘキナリ。

債務ノ目的タル特定物ハ滅失スルコトナシ。 *genus nun quam perit* 独民法二七九条参照。

第二、債務ノ履行カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニヨリテ不能ノモノトナリタル中ハ債務者ハ損害賠償ノ責任ヲ負担ス、現民法四一五条、四一三、三三三、三三二、三三一条、独民法二八〇、一、一項。又民法二四八条ハ不可抗力ニヨリ不履行ニツイテハ賠償ノ責任ナキ旨ヲ規定スル其裏面ニ之レヲ引用セシ外、立法例ト全様ノ趣旨ヲ暗示ス。又債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニヨリテ不能ノ場合ニ於テモ債務ハ履行不能ノ理由ニヨリテ消滅シテ不履行ニヨル損害賠償ヲナスノ責任ニ更新スルモノナリトナスコト一般ノ見解ナルカ如キモ余ハ從來ノ債務カ尚効カヲ有セルモノト見ルコトヲ適當ト信ス。

第三、債務者カ遲滞ニアル中ハ債務ノ履行カ不能トナリタルニ付債務者ニ過先ヨリ後テ其責ニ任スヘキモノナリト推定セラル、財五四〇、一三〇、二、一項、独民法二八七条、其規定ハ債務者カ適當ノ時期ニ於テ債務ヲ履行セリトスルモ尚損害ヲ生スヘカコトヲ証明スルコトヲ以テ打破スルコトヲ得ルニ過キス、民法一三〇、二条、独民法二七七条。



第四、債務者カ履行不能ニヨリ危険ヲ負担セシキハ不履行ニヨリ損害賠償ヲナスノ責任アリ、之レハ當事者ノ特約ニ基クテ以テ其意ニ従フヘキハ当然ナリ、財、五四〇、各レ一三〇ニ条一ニ項。

英米法ニ於ケル履行不能ノ效果ハ大様前述ト異ナルヲキモ併シテウ契約ニヨリテ生シタル債務ニツイテハ後令其履行力不可抗カヨリテ不能ノモノトナルモ尚不履行ヨリテ生シタル損害ヲ賠償スルノ責任アリトナスヲ原則トナス、他ノ立法例ト異ル、其理由ハ契約上ノ債務ノ當事者カ任意ニ之レヲ負担スルモノナルヲ以テ若シ絶対毎条件ナル言諾ヲ以テ債務ヲ負担セシキハ絶対毎条件ナル債務ヲ負担スルモノニシテ不履行ニヨリ危険ハ之レヲ引受ケルモノト見サレハカラスト見ルナリ、又原則ハ他立法例ニ異ナルモ乍併可ナリ、範圍広キ種々ノ例外アルヲ以テ實際ハ又原則ノ表面程ニ債務者ニ歸ナルモノニアラス。

尚終リニ注意スヘキハ前述ノ危険負担ノ問題ハ双務契約ニヨリテ生シタル相互ノ債務ニ特別ノ效力ニ關スルモノニシテ契約ノ部ニ論スヘキモノナリ。前二日民法仙民法ノ規定ヲ引キテ債務者カ危険ヲ負担セシキハ云々ト

言々ハ普通ニ所謂危険負担ノ問題トハ別個ノコトナリ、混全スヘカラス。

第七款 當事者ノ死亡

凡テノ立法例ニ當事者ノ死亡ヲ債權消滅ノ一原因トシテ規定スルモノナレ、乍併債權關係ノ性質ニヨリテハ當事者ノ死亡ニヨリテ消滅スヘキモノアリ、大体ニツイテ言ハハ讓渡其他ノ処分ヲナスコトヲ得サル債權關係當事者ノ一身ニ專屬スルモノト見ルヘキモノ、如キハ之レニヨリテ消滅ス。

第二章 契約

第一節 総則

第一款 債權發生ノ原因

債權ノ生ナラス物權、他テ權利ノ發生移轉ニツイテハ事由アルヲ要ス、債權ノ發生原因ノ數種ニ類別スルヲ得、法典アル立法例中ニテモ法典ニコノ原因ヲ列挙スルモノト而カラザルモノトアリ、乍併此列挙ノ有無ニ于テ大體文明國



立法例ハコノ点ニ一致ス。

ローマ法ニテハ債権原因凡テ四種アリ。

1. *Contractus*

2. *Quasi contractus*

3. *delictum* 刑法上、犯罪ト民事上ノ不法行為トヲ包含ス。

4. *quasi delictum* 準不法行為ナリ。

ローマ法ノコノ債権發生ノ原因カ自ラ歐洲立法ニテハ、民法ハ債務關係ノ規定殊ニ契約規定ニ主トシテ *Positive* ノ考案ニヨル。

1. *Contract*

2. *quasi contract*

3. *delict*

4. *quasi delict*

5. *loi*

伊民法ハ民法ニ於テモ、民法ニテ債権發生原因亦。

民法一三七。条

1. *loi*

2. *Contract*

3. *quasi contract*

違法ノ行為及不作爲、*delict quasi delict* ヲ一括セルナリ。

伊民法一〇八九条、之等ノ立法例ハ債権發生原因ヲナセリ。

独民法ニテハ法典中ニ債権發生ノ原因ヲ法典中ニ明示セス、債権篇ニ

章ニ契約ニヨリ生スル債権ニツキ第七章ニ各種ノ契約ニ關スル、第八

三節ニ事務管理、十五節ニ共有、十四節ニ不当利得、十五節ニ不法行為ヲ

規定、何等債権發生ノ原因ノ分類ヲナスコトナシ、蓋シ分類ハ學理上ノ問題

故ニ法典ニ明定セサルノ趣旨ナラン、乍併大體

一、契約

二、契約ト全様ノ關係ヲ生スル事由

三、不法行為

其他共有ノ如キ特殊關係ヲ生スルモハ、伊ニ所謂 *locus* ヲヨリ生スルモノニ相当

ス、故ニ實際ニハ大差ナシト云フヘシ。

英米法ニテハ元ヨリ列挙ヲ法文ニ徴スル能ハサレモ上述ノ二三立法例ニ同共ナル



モノアルカ如シ、学者ニヨリ説ク所多ク異ルモ *Anderson* ノ如キハ甚ク多数ノ原因ヲ列举ス。

- 一、契約、
- 二、不法行為、
- 三、契約ノ違反、
- 四、判決、
- 五、準契約、本来英法ノ語ニアラス。
- 六、契約ニ非サル合意。

以上ノ中契約違反ノ判決ハ他ノ立法例ト大ニ異ナル所ナリ、最後ノ非契約合意 *trust marriage* ノ如クモノニテ他立法例ノ所謂 *Don* ヲヨリ生スルモノニ相当ス、違約ヲ債権発生ノ原因ナリト云フハ奇ナルカ如キモ英米學説ノ特別ノ見解ナリ、英米ノ學説ニテ權利ノ分類ニ本来ノ權利ト救済的第二次ノ權利トヲ區別ス、本来ノ權利ハ天賦ノ權利ノ意ニアラス、等シク法律ニヨリて生スルモノニ共同有、存在アルモノニテ乃 *primary right, antecedent right* 等ト稱シ用語一定セサルモ多クノ權利ハ此種ニ屬ス、例ハ人カ人身ニシテ有スル母

全ヲ保ツ權利、名譽權、財産權、契約ニヨリ生スル債権等ハ之ニ屬ス、之ニ對シ救済的ニ生スルモノハ *secondary right, remedial right* ト稱シ本来ノ權利ヲ侵害セラレタル時、故清トシテ生スルモノナリ、人ノ身体ヲ傷シレハ身体ノ安全ヲ保ツノ權利ノ侵害ナリ、不法行為ニヨル債権ナリ、故清トシテ生スル從タル權利トスルナリ、此關係ヨリテ違約ヲ債権発生ノ原因ノ一トスルコトナリ、如斯見解ノ可否ハ別問題ナモ違約ヲ一種ノ債権発生原因ト見ルニ到リタルモノトス。

判決ヲ債権発生原因ト見ルモ奇ナル如キモ一理ナキニアラス、一般ノ場合ニ判決ハ判決前ニ訴訟當事者間ニ存在シタル權利關係ノ確認スルニ過キカルヘシ、此見解正シキ如キモ英法ニテ之ヲ債権発生ノ原因ト見タルハ判決前ノ當事者間ノ權利關係ヲ根拠トシテ全シ訴訟手續ヲナスコトヲ得ス、然レハ判決以前ノ權利ヲ確認スルコト言フヨリモ判決ニヨリテ以前ノ關係ヲ包含シ併合セシメント見ルコトヲ得、即チ判決ニヨリテ判決上ノ債権關係ヲ新クニ生スルカ如クニ見タルモノナリ、特種ノ見解ナルモノ一理アル所ナリロモ法ニモ此見味アリ。訴ヲ提起シテ或程度マテ訴訟ガ進行スル中ハ訴訟上ノ權利關係



ヲ生シ判決確定スル件ハ判決上ノ權利關係ニ変スルモノトナセルハ英ト幾分一致ス  
所ナリ、英法ニテ之等ノ特種ノモノ、外ハ大體全シ。  
旧民法モ亦債權原因ヲ四分ス。

一、合意

二、不当利得

三、不正ノ損害

四、法律規定

第三ノ不当利得ハ仏、伊、*quasi contract*ニ相当シ不正ノ損害ハ  
*delict, quasi delict*ニ相当ス、財ニ九五條

合意ハ契約合契約ト區別スヘキモノナキカ如シ、旧民法カ *quasi contract*  
ノ語ヲ廢シ不当利得ノ語ヲ用ヒタルハ一理アリ、契約ハ當事者ノ合意ヨリ成  
立スルモノナリ、債權關係ハ任意ノ負擔ナリ、不当利得ハ合意ニヨルニアラス、契  
約ノ要旨ト全然性質ヲ異ニスルヲ以テナリ、旧民法カ不当利得ト言ヘルモ範圍  
狭キニ失ス。

不正損害ハ不法行爲準不法行爲ニ相当スルモノナリ、之ハローマ法ノ沿革

ニ基クモニシテ今日ヨリ見ルハ此 *delict, quasi delict*トヲ區別スルノ  
理由ナシ、故ニ意思ヲ *delict*ノ成立要件トナシ過失ヲ *delict*ノ要件トセザリ  
シカ右ニ過失ニヨル損害ヲ加ヘタル場合ニモ賠償責任アルモノトナシシマシ *quasi*  
*delict*トセシモノナリ、故ニハ故意ノ不法行爲他ノ過失ニヨル不法行爲ナリ今日  
ハ故意過失ヲ以テ一括シテ不法行爲ノ要件ト定ム故ニ此ノ双者ヲ區別スル理  
由ナキナリ、故ニ旧民法ハ不正ノ損害ト稱シタルナリ、下併吹詰ハ必ず正不正ノ道  
德的ノ觀念ヲ包入言スルカ如ク各ノ當ヲ得タルモノニアラス、法律上ハ正當ナルモ  
道徳上不正ナル損害アル中ハ賠償ノ生ズルカ如ク聞ク。  
現民法ハ別ニ何等法文ニ列挙スルナキモ法典ノ附屬別章節等ノ細  
別ヨリ見テ。

一、契約

二、事務管理

三、不当利得

四、不法行爲

以上四種ヲ債權發生原因トナセルト自ラ明カナリ、不当利得及



テ quasi Contract ヲ充当スルハ範圍狹キニ失スルヲ以テ事務管理不  
法行為ニテテ quasi Contract Contract ニ充テシルナリ、又ハ lociニヨリ直  
接ニ債權ヲ發生スルニ論ナキナリ、例ハ、相隣者間ノ關係ニテ法律規定ニヨ  
ルモノナリ。

第二款 契約ノ意義

意義又、之レト全視スルヲ得ヘキモ、ラ法典中ニ掲クルモノ(仏、日)アリ又掲  
サレモノアリ(独、現民)ノローニモ別院ニ契約ノ定義ト見ルヘキ *Art. 1101* ナキカ  
如シ、乍併契約ハ何ヲ云フナニ付テハ、學說及世人一般ニ理解スルナリ、法律上  
故カヲ認メラシムル約束トシテ一般ノ承認スル所ナリ、乍併契約ノ語ノ用法  
ニ於テハ立法例一致セズ、契約ノ語ヲ右義ニ使用スルモノト 狹義ニ解スルモノト  
アリ、結局ハ字義論ニ歸着スルヤモ知レサルモ、若シテ右狹ニ義ニ用フルニヨリ  
法律上重大ニ差異ヲ生スルヲ以テ之レヲ述ヘントス。

契約ノ意義ハ多キモ意味ハ全様ナルカ如シ、*partie* ノ如キハ契約ヲ  
狭ニ解セリ、一ニ一條ニ意義アリ、狹義ナリ、今時代ノ獨ノ *Savigny* ノ如キモ  
契約ノ右狹ニ義ヲ認メ、狹義ニ解スヘキモノト云ヘリ、伊民法亦独民法ノ如ク

之レヲ狹義ニ用フ、三五四條、旧民法モ亦之レヲ狹義ニ解ス、然、二九六條、

狹義ノ契約ハ「契約トハ債權關係ヲ發生スル合意ヲ云フ」トセリ、之レ最  
狹義ナリ、斯クノ如ク見ルハ債權移轉消滅ヲ約スルハ契約ニアラサル合意ト  
ナルヘシ、如斯ク以テ他學者ハ法文ニ拘ラス債權ノ發生變更消滅ヲ目的トスル合  
意ナリトスルモノアリ、如斯解スルモ物權ノ設定、變更消滅等ニ關スルモノハ契  
約ニアラサルナリ、即チ狹義ノ契約ハ債權關係ヲ脱セサルナリ。

右義ノ契約ハ凡テ法律上ノ效果ヲ生スル人以上ノ意思ノ合致ナリト見ん  
ナリ、之レヲ最右義ト用語ナリ、獨ニノ學說ニ於テハコノ最右義ニシテ、双方  
行為ト全視セルカ如シ。

此右義ト狹義中何レカ正シキカ、余ハ純理及一般常識ニヨリ狹義ニ解  
スルヲ可ト信ス、契約ハ法律上有效ナル約束ナリ、約束トハ二人以上ノ當事  
者アルヲ要ス、將來ノ束縛ナリ、債權關係ニヨリテ束縛セララル、モノナリ、  
元素 *Contractus* ノ意味ハ束縛セララル、意味ヲ包含ス、即チ債權關  
係ヲ生スル約束即チ契約ナリ、之レヲ右メテ債權ヲ係ノ發生變更消滅ヲ  
ヲ束スヘキ約束ヲ契約トスルハ可ナルモ凡テ法律上ノ效果ヲ生スヘキ合意トナ



スル本条ノ *Contractus* ノ意義ヲ先フニ到ルナリ、故ニ賣買ノ中ニテモ即座ニナルヘキ即時ノ賣買即現金賣買カ果シテ將來ニ向ッテモシ束縛シテ債権債務ヲ生スルノナキ時ハ契約ニ非スト云フヲ得ヘシ、英米法ハ法文ニ云能ハサルモ一般學者ハコノ狹義ニ契約ノ語ヲ解ス、ローマ法ノ *Contractus* モ狹義ニ解スルノ正解ナルヘシ。

如斯狹義ニ解スル事理ニ於テ正シキカ如キニ現今ノ立法例中法典ハ立法例ノ用語ニ實際如斯用ヒラシムアルニアラス、例之民法ニ於テ *Contract* ノ語ハ意義ハ狹義ニナレモ *Contract* *conventions* *engagement* ヲ混合セルヲ見ル、旧民法亦全様ナリ、民法ノ如ク物権ナルトハ權ナルトハ同ハス、此テ權利ヲ創設、移轉、消滅スルヲ目的トスル二人以上ノ意思ノ合致ノ合意 *Consentation* ト言フト言ヒ、其中債権發生ノ主タル目的トスルモノヲ契約ト云フト規定シ而カモ他ノ条文ニ於テハ合意契約ヲ混用セリ、之レハ立法ノ便宜ノ上ヨリ也、マヨ得サナレ何トナレハ例ハ賣買ノ場合現金賣買ハ契約ニアラストスル片ハコノ法律行為ヲ契約ニアラサル賣買ナルトナリ、契約中ノ賣買ノ規定ヲ適用スルヲ得ズ他ノ部ニ適用スヘキ法文ヲ掲グルヲ要ス

此ニ到ル、而シテ其規定ハ双方向ニ何等ノ差アルモノニアラサハ以テ重複スルトナレシ、故ニ上述ノ混用ハ便宜上不得止モノナリ、英米法亦實際ニ於テハ之レヲ混用セリ、一八九一年ノ動産法ニ於ケル賣買法中廿一条ニ其旨ヲ明言セルモノアリ。

独民法ハ契約ノ意義ヲ掲ケス、乍係一般學者ノ説ハ之レヲ広義ニ解スルニ致セリ、合意ト全様ニ解セルナリ、此亦義ニ用セルノ法典ノ上ヨリモ知ルヲ得、何トナレハ第一篇総則ニ契約ノ通則アリ、之レ亦義ニ用セルヲ表明スルモノナリ。

然レニ現民法ニテハ如何契約ノ意義ナシ、之ナキモ知ルヘキノ意思ナラン、然レニ独民法ノ如ク意義ナシテ之レヲ広義ニ解スル当然ノ理ヲ知ル能ハス旧民法ハ狹義ナリ、而シテ現民法ハ契約ハ債権ノ総則ニ掲ケタリ、第一篇ノ総則中ニ掲ケサルナリ或ハ債権ニ尤モ適用多キカメナリト言フヘトモ然ラハ竹備別ヲ毎意味ノモノトナスナリ。

尚契約トハ最も狭ク債権關係ヲ生スル合意ト解スルモ又最広義ニ之レヲ解スルモ何レニモ所謂法律的事実ナリ、私見ニテハ事實ノ一時的存在ナリ、故ニ契約ノ