

和仏法律学校講義録

梅, 謙次郎

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

1

(号 / Number)

号外の25

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

88

(発行年 / Year)

1902-12-12

和佛法律學校

講義錄

第一卷

號外之貳拾五

民法原理續編
總則完(自七二)
至八四) 法律博士梅

表紙及び目次 六頁

鎌次郎



○稟告

三十三年度講義録ハ民法原理(債權ノ完結ト同時ニ
全部完結セリ此段稟告ス

十二月九日

和佛法律學校

090
1900
1-2-25

區別ヲ廢シテ二者合一ニスルノ主義ヲ贊スル者ナレトモ若シ之ヲ區別セザル
ヘカラサルモノトセハ辨濟ノ章中ニハ唯消滅原因トシテノ履行即チ辨濟ニ特
別ナル事項ノミヲ集ムルヲ以テ適當ト爲ス事ヲ主張セシモ不幸ニシテ予ノ意
見ハ採用セラレス却テ履行ニ關スル規定ノ大部ヲ辨濟ノ章ニ移スコトト爲レ
リ是レ從來履行モ辨濟モ同一ノ意義ニ使用セルカ故ニ實際上敢テ差支ナシト
言ハンノミ但履行ノ方法ハ任意ニ履行ヲ爲サザリシ場合ニハ如何スヘキカノ
問題ヲ生スルヲ以テ之ニ關スル規定ノ如キハ辨濟ノ章ニ入ルルコトヲ得スト
シテ債權ノ效力中ニ之ヲ掲ケタリ
予カ本款ニ於テ論セントスルモノハ履行ノ結果タル債權ノ消滅ニ伴フ事項即
チ辨濟ヲ受ケタル者ハ辨濟者ニ對シ如何ナル義務アルカ約言スレハ辨濟受領者
ノ義務及ヒ辨濟ヲ爲シタル後辨濟者カ債權者ニ代リテ其權利ヲ行フコトアル
ヘキコト即チ代位ニ關スル事項是ナリ
第一 辨濟受領者ノ義務
債務ノ辨濟ヲ受ケタル者ハ辨濟者ノ請求ニ應ジテ受取證書ヲ交付シ且證書ヲ

返還セサルヘカラス是レ民法第四百八十六條及ヒ第四百八十七條ニ規定セル所ナリ

(一) 受取證書ノ交付。 辨濟ヲ受ケタル者カ受取證書ヲ交付スルノ義務ヲ負フコトハ第四百八十六條ニ之ヲ規定セリ同條ニ曰ク 辨濟者ハ辨濟受領者ニ對シテ受取證書ノ交付ヲ請求スルコトヲ得 辨濟者ニシテ一タヒ債務ノ辨濟ヲ了レハ債務ノ消滅スヘキコト論ヲ挾タス然レトモ後日争ノ生シタル場合ニ於テ債權者ニシテ債權發生ノ事實ヲ證明セハ債務者ハ辨濟ノ事實ヲ證明セサルヘカラス若シ之ヲ證明スルコト能ハザランカ結局再ヒ辨濟ヲ爲ササルヘカラサルニ至ルヘシ故ニ辨濟ノ當時其證據トシテ受取證書ノ交付ヲ請求スルコトヲ得セシメサルヘカラス或ハ曰ハン債務者保護ノ方法トシテ辨濟ノ證據ヲ請求スルコトヲ得セシムルハ可ナリト雖モ若シ債權者ヲシテ證書返還ノ義務ヲ負ハシムルトキハ復タ受取證書交付ノ義務ヲ負ハシムルノ必要ナシ何トナレハ證書ニシテ債權者ノ手ニ存セザラシカ債權發生ノ事實ヲ證明スルニ由ナク隨テ債務者ハ辨濟ノ事實ヲ證明スル必要ナ

ケレハナリト是レ非ナリ夫レ債權ハ契約ノミニ因リテ發生スルモノニアラス而シテ契約以外ノ原因ニ由リテ發生シタル債權ハ證書ナキヤ常トス縱令契約ニ因リテ生シタルモノト雖モ必スシモ證書アルニ限ラス商業上取引等ニ於テハ寧ロ證書ナキモノ多シ此ノ如キ場合ニ於テハ受取證書交付ノ義務ヲ負ハシムルニアラサレハ辨濟者ヲ保護スルコト難カルヘシ又縱令債權ノ證書ヲ調製シタリトスルモ之ヲ紛失スルコトナシトセス若シ之ヲ紛失センカ其之ヲ返還スルコト能ハサルヤ言フヲ挾タス加之債務者カ單ニ債權證書ノミヲ占有スルトキハ一應債權者ヨリ返還ヲ得タルモノナリトノ推測ヲ下シ得ヘキモ占有ノ一事ヲ以テ直チニ辨濟アリタルモノト謂フコトヲ得ス何トナレハ偶然債務者ノ手裡ニ存スルコトナシトセザレハナリ是ヲ以テ證書返還ノ義務ノ外向ホ受取證書交付ノ義務アルモノトスルノ必要アリ但受取證書ニ付テハ別段ノ方式ヲ要スルモノトセザルカ故ニ債權證書ノ裏面ニ受領ノ旨ヲ書スルモ可ナリ 受取證書ノ交付ニ付キ一問題アリ曰ク辨濟者ハ辨濟ヲ了リタル後ニアラサレハ之カ交付ヲ請求スルコトヲ得サルカ是ナリ獨逸民法ノ如キハ明カニ規定セ

ルヲ以テ疑フ生セスト雖モ我民法ニ於テハ如何乎ハ我民法第四百八十六條ノ規定モ其意義明瞭ナリト信ス即チ同條ニ「辨濟者ハ辨濟受領者ニ對シテ云云」トアルカ故ニ辨濟ヲ爲シタル後ニアラスシテ辨濟ノ際辨濟スル者カ辨濟ヲ受領スル者ニ對シテ之ヲ請求シ得ヘキモノナルコト疑フ容レヌ即チ證書ト引換ニ非サレハ辨濟ヲ爲サスト主張スルコトヲ得ヘキナリ實際ニ付テ之ヲ觀ルモ亦此ノ如クナルニアラサレハ始ト其效ナシ即チ債權者カ既ニ辨濟ヲ受ケタルニ拘ラス惡意ヲ以テ受取證書ノ請求ニ應セス且予ハ未タ曾テ汝ヨリ辨濟ヲ受ケタルコトナシ汝果シテ辨濟ヲ了ベタル證據ヲ有スルカト曰ハハ辨濟ヲ爲シタル者ハ復タ如何トモスルコト能ハス隨テ受取證書ノ交付ヲ請求スルノ權利アリト云フト雖モ畢竟有名無實ニ歸センノミ故ニ受取證書ハ辨濟ト同時ニ之ヲ請求シ得ルモノトセサルコトヲ得ス然レトモ是レ辨濟者ノ權利ナルカ故ニ自ラ危險ヲ甘スル以上ハ辨濟ト同時ニ請求セサルヘカラサルニアラス辨濟ヲ爲シタル後ト雖モ之ヲ請求シ得ヘキハ論ヲ埃タス

(二) 證書ノ返還、證書返還ノ義務モ亦受取證書交付ノ義務ト其趣旨ヲ同シク

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

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

返還ヲ請求スルコトヲ得
 證書返還ニ付テモ亦辨濟ト引換ニ之ヲ請求シ得ルカ將タ又辨濟ヲ了リタル後
 之カ請求ヲ爲ササルヘカラサルカノ問題ヲ生ス獨逸民法ノ如キハ明カニ前段
 ノ義務ノ如ク辨濟ト同時ニ返還ヲ命スルノ規定アリ立法論トシテハ遽ニ其可
 否ヲ斷スルコト能ハスト雖モ我民法第四百八十七條ハ「……辨濟ヲ爲シタルト
 キハ……」ト云ヘルカ故ニ解釋上ハ全部ノ辨濟ヲ了リタル後ニ於テ始メテ證書
 ノ返還ヲ請求シ得ヘキモノト謂ハサルコトヲ得ヌ即チ受取證書交付ノ義務ト
 反對ナリ或ハ其前後一貫セサルヲ難シ證書ト引換ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルモ
 ノトスルニ非サレハ債務者保護ノ途全キヲ得スト曰フト雖モ我民法カ前後相
 異ナレル主義ヲ採リタルモノ理由ナキニアラス蓋シ受取證書ハ紛失ノ虞アル
 コト前述ノ如シト雖モ少シク注意シテ保存セハ之ヲ失フコトナカルヘキカ故
 ニ債權證書ト引換ニ辨濟ヲ爲ササルモ債務者ハ受取證書ヲ以テ證明ノ材料ト
 シ優ニ債權者ノ不當ナル主張ヲ斥クルコトヲ得ヘク債權證書ノ殘存ハ敢テ恐
 ルルニ足ラス受取證書ニ至リテハ辨濟ト引換ニ之ヲ交付セシムルニアラサレ

ハ後日辨濟ヲ證明シテ其交付ノ請求ヲ爲スコトヲ得ザレトモ既に受取證書ヲ有スル以上ハ債權者カ若シ證書返還ノ請求ニ應セスハ辨濟者ハ訴ヲ起シテ之カ目的ヲ達スルコトヲ得ヘキカ故ニ債權者モ之ニ應セザルコト稀ナルヘシ且受取證書ハ何時ニテモ之ヲ調製シ得ヘキモノナレトモ債權證書ハ時トシテ其所在ヲ失ヒ事實上辨濟ト引換ニ返還スルコト能ハザル場合ナシトセス是レ債權者ノ不注意ニ因ルト雖モ苟モ受取證書ヲ交付スル以上ハ辨濟ヲ受クルコトヲ得ザルモノトスルコトヲ得ス若シ之ニ反シテ債務ノ期限ハ既に至ルモ證書ヲ發見スルマテハ其權利ヲ行使スルコトヲ得ザルモノトセンカ是レ酷ニ失スト謂ハサルヘカラス又債權證書ハ之ヲ自宅ニ所藏スルモ辨濟ヲ受クル場所ニ持參セザリシ場合ノ如キモ亦之カ爲メニ辨濟ヲ受クルコトヲ得ザルノ結果ヲ來スヘシ我邦從來ノ慣習ニ於テモ大抵此ノ如キ場合ニ於テハ受取證書ノ交付ノミヲ爲シテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトセリ況ヤ證書ハ往往ニシテ竊取セラレ其他水、火災等ニ罹リ到底返還スルコト能ハサルコトアルニ於テヤ故ニ若シ證書ト引換ニ辨濟ヲ爲スヘキモノトセハ勢ヒ例外ヲ設ケサルコトヲ

得ス假ニ右ノ如キ場合ニ付キ例外ノ規定ヲ設ケタリトセンカ滅失ノ場合ニハ之カ證明ヲ爲サシメサルヘカラス債權者カ水火、盜難ニ罹リタル事實ハ或ハ之ヲ證明シ得ヘシトスルモ其當時證書モ亦罹災シタルコトハ之ヲ證明スルコト難ク結局債權者ハ辨濟ヲ受クルコトヲ得ザルニ至ルコトアルヘキヲ以テ又更ニ例外ヲ設ケル必要ヲ生スヘシ然リト雖モ此ノ如クスルトキハ事煩ル煩難ニ涉リ不便モ亦太甚シ是レ我民法ニ於テハ獨逸民法ノ例ニ倣ハス受取證書ノ交付ト其主義ヲ異ニシテ辨濟ヲ爲シタル後ニ於テ證書返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトシタル所以ナリ

第二 代位

代位又ハ代位辨濟ナルモノハ佛蘭西其他佛法系ノ立法例ニ於テ一般ニ認ムル制度ナリ我舊民法ニ於テモ之ヲ認メタリ羅馬法ニ於テハ辨濟者カ債權者ニ對シ權利ノ讓渡ヲ請求スルコトヲ得ル場合ヲ認ムルノミニシテ敢テ代位ナルモノヲ認メス蓋シ羅馬法ニ於テハ原則トシテ債權ノ讓渡ヲ認メザリシモ事實上ハ之ヲ認メタリ即チ「エクセプシヨ」又ハ「ベキ」フ「シユム」セ「デンダ」ルム「ア」ク「シヨ」ス

ハ(譯シテ)讓權ノ利益又ハ讓權ノ抗辯ト謂フヘキカナルモノアリ例ヘハ保證人カ債權者ニ對シテ辨濟ヲ爲スニ當リ債權者ノ有セル權利ノ讓渡ヲ條件トシ若シ之ヲ諾セザレハ辨濟ヲ拒ムコトヲ得ルモノトセリ此ノ如ク眞ノ債務者以外ノ者ヨリ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ辨濟者ヲ保護シテ債權讓渡ヲ認ムルノ必要アルコトアリトセハ寧ロ代位ヲ認ムルヲ以テ便利ニ且理論ニ合フモノナリト謂ハサルヲ得ス蓋シ一タヒ辨濟ヲ了リタルトキハ之ニ因リテ債權ハ消滅スルカ故ニ債權者ハ最早讓渡スヘキ權利ヲ有セス是ヲ以テ羅馬法ノ如ク讓渡主義ヲ採ランカ必ス一ノ假定ヲ認メサルコトヲ得ス即チ或ハ眞ノ債務者以外ノ者ノ爲シタル辨濟ハ法律上眞ノ辨濟ニアラスシテ債權者ノ權利ヲ讓受クル報償ニ過キサルモノト看做スカ或ハ其辨濟ハ有效ニシテ債權及ヒ其從タル權利ハ事實上消滅スルモ法律上消滅セザルモノト看做スカ二者其一ニ居ラサルヘカラス此ノ如キ假定ヲ認ムルトキハ理論上讓渡スコトヲ得ルモノナリト云フモ妨ナシト雖モ既ニ讓渡ト云フ以上ハ讓受人ノ權利ハ同一ノ内容ヲ有セザルヘカラス然ルニ辨濟者ハ常ニ債權者ノ有シタル權利ヲ其儘讓受クルモノトス

ルトキハ大ナル不都合ヲ生スルコトアリ例ヘハ保證人ハ千圓ノ債務ヲ辨濟スルニ當リ三百圓丈ノ免除ヲ受ケテ債權ヲ讓渡ヲ爲シタル場合ニ主タル債務者ニ對シ千圓ノ辨濟ヲ請求シ得ルモノトセハ三百圓ノ利得ヲ爲スヘキカ故ニ之カ效力ヲ制限シ實際出捐シタル額即チ七百圓丈ノ權利ヲ讓受ケタルモノトセザルコトヲ得ス然レトモ此ノ如キハ不當モ亦太シキモノニシテ到底之ヲ許スヘキニアラス果シテ然ラハ讓渡ト稱スルモ純然タル讓渡ニアラス寧ロ他ノ文字ヲ用フルヲ以テ適當ナリトス是レ代位(Subrogation)ナル文字カ一タモ佛蘭西法ニ使用セラレシヨリ他國ノ法律ニモ採用セララルニ至リタル所以ナリ代位ノ效力如何ハ後ニ詳述スヘシト雖モ今之ヲ概言セシニ辨濟ニ因リテ債權ハ消滅シ債權者ハ其權利ヲ失フト雖モ辨濟者カ他人ニ對シ求償權ヲ有スル場合ニ於テ其求償權ヲ確保スル爲メニ法律ノ假定ニ依リ債權者ノ有セシ權利ハ尙ホ未タ消滅セザルモノフ如ク看做シ辨濟者ヲシテ自己固有ノ範圍内ニ於テ債權者ニ代リテ之ヲ行ハシムルニ在リ是レ嘗テ一言シタル所ニシテ佛法ニ於テ之ヲ認メ我新民法ニ於テモ採用セル所ナリ蓋シ之ヲ讓渡チサトスルモ又ハ

〔代位子リトスルモ辨濟者ヲシテ債權者ノ有セシ權利ヲ代リ行ハシムルノ利益アルコトニ至リテハ敢テ疑ヲ容レズ債權者ハ既ニ辨濟ヲ受ケタルヲ以テ固ヨリ其權利ヲ保持スル必要ナシ然ルニ債務者ハ未タ債務ヲ履行セザルカ故ニ若シ他ノ者カ代リテ履行スルコトナカリセハ債權者ノ請求ヲ受ケサルコトヲ得ス然ラハ債務者ハ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルト同一狀態ニ於テ他ノ者ヨリ請求ヲ受ケルモ毫モ異議ヲ唱フヘキ理ナシ是ヲ以テ觀レハ代位ナルモノハ債權者ニ取リテモ又債務者ニ取リテモ爲メニ何等ノ痛痒ヲ感スルモノニアラサルナリ否債務者ノ爲メニハ他人ノ辨濟ハ之ヲ有效トシ而シテ代位ナルモノヲ認ムルコトナカリセハ一層便利ナルヘシト雖モ之ナキモ債務者ハ毫モ苦情ヲ唱フルノ權利ナシ然リ而シテ代リテ辨濟ヲ爲ス者ニ取リテハ代位ハ實ニ至大ノ關係ヲ有スルモノナリ即チ他人カ代リテ辨濟ヲ爲ス場合ニ於テハ主タル債務者カ無資力ナル場合多シ無資力ナル債務者ニ對シテ單ニ固有ノ權利ノミヲ有スルニ過キストセハ辨濟者ハ往往ニシテ一部又ハ全部ヲ損失セサルコトヲ得ス然ルニ債權者カ債權ノ擔保トシテ質權又ハ抵當權ヲ有スル場合ニ於テ辨濟者

カ之ニ代リテ其權利ヲ行フコトヲ得ハ之ニ依リテ損失ヲ免ルルコトヲ得ヘキナリ而シテ債務者ハ債權者カ此權利ヲ行フハ可オレトモ辨濟者カ之ヲ行使スルハ不利益ナリト主張スルコトヲ得ス隨チ他ノ利害關係人ト雖モ敢テ不服ヲ唱フヘキ餘地ナキナリ況ヤ之ヲ許ストキハ代リテ辨濟ヲ爲スモ損害ヲ被ルノ危險尠キカ故ニ代リテ辨濟ヲ爲ス者自ラ多カルヘキニ於テヤ

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

(イ) 約定代位 我舊民法及ヒ外國多數ノ立法例ニ於テハ約定代位ヲ分チテ債權者ノ意思ニ因ルモノト債務者ノ意思ニ因ルモノトノ二ト爲ス即チ債權者ノ承諾ニ因リテ其權利ヲ辨濟者カ代リ行フモノト辨濟者ト債務者トノ約束ニ因リテ辨濟者カ債權者ニ代リテ其權利ヲ行フモノトノ二種ヲ認ムルト雖モ我新民法ニ於テハ唯前者ノミヲ認メテ後者ヲ認メス蓋シ理論上ヨリ言ヘハ債權者自身カ自己ノ有スル權利ノ代位ヲ許容スルハ則チ可ナリト雖モ債務者カ他人ノ權利ノ處分ヲ爲スハ毫モ理由ナキノミナラス之ヲ實際上ヨリ觀察スルモ債

務者ノ意思ニ因ル代位ハ其弊殊ニ大ナリ例ヘハ甲ヲ債權者トシ乙ヲ債務者ト
 セシニ丙カ其債務ヲ辨濟セハ結局丙ハ乙ニ對シ債務ノ目的タルモノヲ貸與シ
 乙ハ依リテ以テ辨濟ヲ爲シタルニ同シ現ニ舊民法財産編第四百八十一條第一
 項ニハ「債務者ハ其債務ノ辨濟ニ必要ナル金額又ハ有價物ヲ己レニ貸與シタル
 第三者ヲシテ債權者ノ承諾ナク其權利ニ代位セシムルコトヲ得ト云ヒ佛國民
 法モ亦明カニ同一ノ趣旨ヲ認メタリ然ルニ代位ノ必要アル場合ニ於テハ大抵
 乙ニハ他ノ債權者丁戊等アルヘク丙ハ之ニ後レテ債權者ト爲リタルモノナリ
 故ニ丙若シ其權利ヲ確保セント欲セハ質權又ハ抵當權ヲ新ニ設定セシムルコ
 トヲ得ルハ論ヲ埃タスト雖モ若シ丁戊等カ同一ノ財産ニ付キ既ニ質權又ハ抵
 當權ヲ有スルトセハ丙ハ順位ニ於テ其後位ニ居ラサルヘカラス然ルニ若シ丙
 カ甲ニ代位セシカ甲ノ順位ニ於テ其權利ヲ行使スルコトヲ得ルカ故ニ丁戊等
 ヲ凌クコトアルヘシ殊ニ甲カ先取特權ヲ有スル場合ノ如キハ其權利ハ質權抵
 當權ヨリ強力ナルヲ當トス然ルニ丙ハ代位ニ由ルニ非サレハ之ヲ取得スルコ
 トヲ得サルヘシ然レトモ乙カ其借用シタル金錢等ノ使用ノ途明瞭ナレハ猶ホ

可ナリ然ルニ實際ニ於テハ果シテ丙ヨリ借用シタル金錢等ヲ甲ノ債權ノ辨濟
 ニ充テタルヤ否ヤ判然セサルコト多カルヘシ舊民法財産編第四百八十一條第
 二項ニハ「……借用證書ニハ其金額又ハ有價物ノ用方ヲ記載シ受取證書ニハ其
 出所ヲ記載スルト規定セリト雖モ之ノミニテハ當事者間ニ作成スルモノナルカ
 故ニ以テ確實ナリト謂フコトヲ得ス是ニ於テ同條第三項ニハ「公正證書又ハ私
 署證書ニ非サレハ第三者ニ對シテ右ノ行為ノ證據トスルコトヲ許サスト規定
 セリ然レトモ是レ亦容易ニ信ヲ置クニ足ラス何トナレハ一旦辨濟ヲ爲シタル
 後詐欺ニ由リ代位ヲ爲スコトナキヲ保セサレハナリ蓋シ公證人ハ唯當事者ノ
 供述ヲ聽キテ之ヲ記録スルノミニシテ私署證書ハ當事者ノ作成スルモノナル
 カ故ニ其果シテ詐欺ナキコトヲ證明スルニ足ラス殊ニ舊法ノ下ニ於テハ確定
 口附ノ制定ナカリシカ故ニ證書調製ノ時日ヲ僞リテ既往ニ遡ラシムルノ虞ア
 リ是ニ於テ新民法ハ債務者ノ意思ニ因ル代位ヲ認メス單ニ債權者ノ意思ニ因
 ル代位ノミヲ認メタリ然リト雖モ債權者ノ意思ニ因ル代位モ亦弊害ナキニ非
 ス即チ代位アルコトヲ知ラサル第三者ハ往往ニシテ不慮ノ損失ヲ被ルコトア

ルヘシ新民法ハ此弊害ヲ矯メンカ爲メ第四百九十九條ニ於テ辨濟者ヲシテ辨濟ト同時ニ代位ヲ爲サシメ且之ニ債權讓渡ノ規定ヲ準用スルコトトセリ同條ニ曰ク

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

第四百六十七條ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

(ロ) 法。定。代。位。 羅馬法ニハ代位ナルモノナク單ニ讓渡ヲ請求スルコトヲ得ルノ主義ヲ採レルコト前ニ述ヘタルカ如シ我舊民法及ヒ佛國民法ニハ法定代位ヲ認メ而シテ列舉主義ニ依レルモ新民法ニ於テハ概括主義ヲ採レリ第五百條ニ曰ク

辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨濟ニ因リテ當然債權者ニ代位ス

故ニ唯正當ノ利益ヲ有スルコトノ一條件ヲ具備スルヲ要スルノミニシテ殆ト總テノ場合ヲ網羅スヘシ正當ノ利益ヲ有スル者ハ第五百一條即チ代位ノ效力

ヲ説明スルトキハ其重ナル適用ハ自ラ明カナルヘキモ同條ニ規定ナキ場合紛カラナルヘシ保證人ハ辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スルモノナルコト固ヨリ論ヲ俟タズ數人ノ保證人アル場合ニ於テモ連帶債務ナルカ不可分債務ナルカ又ハ特約ニ因リ一人カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ各保證人ハ其全額ヲ辨濟スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ナルカ故ニ債權者ニ代位スヘキハ當然ナラ唯以上ノ場合ニ該ラスシテ一人カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ其負擔部分以外ニ付テハ債權者ニ代位スヘキニアラヌ物上保證人モ亦保證人ト同シク辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有ス何トナレハ辨濟ヲ爲ササレハ自己ノ財產ヲ失フヘケレムナリ又稍ヤ稀ナル例ヲ舉タレハ同一不動産ニ付キ甲乙二人ノ債權者共ニ抵當權ヲ有シ甲ヲ以テ第一順位ナリトモ乙ハ今日之ヲ賣却スルモ一萬圓ヲ得ヘシ故ニ自己ノ債權額一萬圓ノ辨濟ヲ受タルニ足レリトシテ其抵當權ヲ實行セントス此時ニ當リ乙以爲ラ若シ今後一兩年ヲ猶豫セハ一萬圓ヲ起セル代價ヲ以テ之ヲ賣却スルコトヲ得テ甲ノ債權額ヲ控除スルモ尙ホ自己カ辨濟トシテ受タル金額ヲ得ヘシト思考スルトキハ即チ乙ハ辨濟ヲ爲

スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ニシテ甲ニ代位スルコトヲ得ヘシ又甲ハ抵當
 權者ニシテ乙ハ抵當權ヲ有セタル場合ニ於テモ亦同一ノ利益アルヘシ何トナ
 レハ債務者ノ財産ハ債權者ノ共同擔保ニシテ其上ニ特別擔保ヲ有スル債權者
 アルモ其者ノ辨濟ニ充テテ剩餘ヲ生スルトキハ固ヨリ普通ノ債權者ノ辨濟ニ
 充ツヘキモノナレハナリ此ノ如ク總テノ場合ヲ網羅スルカ故ニ毫モ不權衡ノ
 事ナカルヘシ今試ニ新舊二法ヲ對照スルトキハ其間大ニ差異アリ舊民法財産
 編第四八二條第三號ニ於テ己ノ財産ヲ以テ相續ノ債務ノ全部又ハ一分ヲ
 辨濟シタル善意ナル表見ノ相續人モ亦代位權アルモノトセリト雖モ新民法ノ
 規定ヨリ言フトキハ正當ノ利益ナキカ故ニ代位權ナシ蓋シ自己ハ真正ナル相
 續人ニアラサルニ誤リテ相續人ナリト信シタルハ全ク其過失ニ外ナラス例ヘ
 ハ被相續人ニ甲乙二人ノ男子アリ長男甲ハ幼年ノ折他出シ現ニ先死不分明ナ
 リ而モ死亡シタルコト明確ト爲ルカ若クハ失踪ノ宣告ナキ間ハ弟タル乙ハ相
 續スルヲ得ス然ルニ單ニ生死不分明ナリトテ乙ハ相續財產ヲ占領シ自己ノ財
 產ヲ以テ相續債務ヲ辨濟シタル後會甲歸リ來リタリトスルモ乙ニ代位權ヲ認

ムル必要ナシ若シ此場合ニモ其必要アリトセハ當ニ相續人ノミニ限ルヘキ理
 由ナク善意ニテ誤リテ辨濟ヲ爲シタル者ハ亦皆代位權ヲ有スルモノトセサル
 ヘカラス又乙カ甲ノ失踪ノ宣告ニ依リテ相續セリトスルモ若シ甲カ生存セル
 爲メ失踪ノ宣告ノ取消アリタリトセハ乙ハ現ニ存スルモノノミヲ甲ニ返還ス
 レバ可ナルモノニシテ此場合ニハ毫モ代位ノ必要ナシ更ニ反對ノ側面ヨリ觀
 察スレハ同條ノ各部ニ該當セスシテ而モ代位權ヲ認ムルノ必要ナル場合尠カ
 ラス其最モ著シキハ物上保證人ナリ舊民法ノ起草者ボワソナード氏ハ之ヲ同
 條第一號ニ包含セシムル意見ナリシナルヘシ然レトモ解釋上到底之ヲ包含ス
 ルモノト謂フコトヲ得ス即チ物上保證人ノ如キハ他人ト共ニ又ハ他人ノ爲メ
 ニ義務ヲ負擔スル者ニアラス又抵當權ヲ負擔スル財產ノ第三所持者ニモアラ
 スンテ抵當權ニ就テハ當事者ナリ先取特權ハ法律ニ因リテ生スルモノハ固ヨ
 リ此場合ニ適用ナキモ舊民法ニ於テハ質權ニ因リテ先取特權生スルモノトセ
 シト雖モ是ニ就テモ物上保證人ハ當事者ナリ故ニ到底第一號中ニ包含セルモ
 ノト謂フコトヲ得ス列舉主義ハ此ノ如キ弊アルヲ以テ新民法ニ於テハ議論ノ

末概括主義ヲ採用セリ。準之於債權ノ消滅ハ、債權ノ消滅ニ於テハ、原則トシテ、債權ノ場合ニ代位ヲ認メ、
 茲ニ一言注意スヘキハ、舊民法ニ於テハ、原則トシテ、債權ノ場合ニ代位ヲ認メ、
 濟ノ條下ニ之カ規定ヲ設ケ、而シテ、連帶保證等ノ規定ニ於テハ、債權以外ハ、有債
 行爲ノ場合ニモ、若シ連帶債務者又ハ保證人カ他ノ連帶債務者若クハ主タル債
 務者ニ對シテ、求償權ヲ有スルトキハ、猶ホ代位權ヲ認メタリ、舊民法債權擔保編
 第三十六條第一項ノ規定即チ是ナリ、連帶ニ就テハ、擔六四、一項ニ單ニ辨濟ト云
 フモ、解釋上ハ、他ノ有債行爲ヲモ包含スルモノトスヘカリシト信ス、然ルニ新民法
 法ニ於テハ、一切之ヲ認メスシテ、單ニ辨濟ノ場合ノミニ限レリ、蓋シ代位ナルモ
 ノハ、債權消滅セシニ拘ラス之ヲ消滅セサルモノノ如ク、看做シ辨濟者ヲシテ、其
 求償權ノ範圍内ニ於テ、債權ヲ行ハシムルモノニシテ、實ニ萬已ムヲ得サル法律
 ノ假定ナレハ、債務ノ本旨ニ適スル最モ普通ノ消滅方法タル辨濟ノ場合ニノミ
 此假定ヲ認メ、其他ノ方法即チ相殺、更改、免除等ノ如キ場合ニハ、敢テ代位權ヲ與
 ヘテ、此等ノ者ヲ保護スルノ必要ナキモノトシタルヲ以テナリ、但予ハ立法論ト
 シテ、多少ノ意見ナキニアラス、蓋シ辨濟ハ、債務ノ普通ノ消滅方法ナリト雖モ、他

ノ方法ト雖モ、消滅方法タル以上ハ、同一ニ之ヲ保護スヘキ理由ナシト謂フコト
 ヲ得サレハ、ナリ。
 (二) 代位ノ效力。代位ノ效力ハ、大ニ議論アル所ナリ、今之ヲ大別シテ、讓渡說及
 ヒ非讓渡說ノ二說ト爲ス、甲說ヲ主張スル者ハ、曰ク、辨濟ニ因リテ、債權ノ消滅ス
 ル以上ハ、他人カ代リテ之ヲ行フコトハ、到底想像タモ及ハサル所ナリ、故ニ債權
 者カ未タ其權利ヲ失ハサル間、即チ之ヲ失ハントスル瞬間ニ、自己ノ有セル權利
 ヲ辨濟者ニ讓渡シ、而シテ、後辨濟ヲ受タルモノナリト謂ハサルヲ得スト、乙說ヲ
 唱フル者ハ、之ヲ駁シテ曰ク、論者ハ、果シテ辨濟アリシコトヲ認ムルカ、若シ之ヲ
 認ムルトセハ、債權ハ既ニ消滅シタルコトヲ認メサルコトヲ得ス、然ルニ猶ホ之
 ヲ讓渡スコトヲ得ヘシトスルハ、畢竟法律ノ假定ニ由リ、主タル債務者ニ對シテ
 ハ、未タ消滅セサルモノト看做スニ外ナラス、果シテ然ラハ、讓渡ト視ルヨリハ、法
 律ノ力ヲ以テ、辨濟者カ主タル債務者ニ對シテ、有スル權利ヲ擔保スル爲メ之ヲ
 シテ、債權者カ有セシ權利ヲ代リ行ハシムルモノトスルヲ愈レリトス、且之ヲ讓
 渡トスルヨリ生ズル不都合ハ、主タル債務者ニ對シ、求償權ヲ有セサルトキト雖

モ仍キ之ヲ有シ又或ハ求償金額ノ少額ナル場合ニ於テモ仍ホ多額ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノトスルニ非サレハ論理ヲ實カサルコトト爲ルニ在リ是レ讓渡説ヲ採用スルコト能ハサル所以ナリト「ボワランナー」氏ハ甲説ヲ採リシモ予ハ乙説ヲ可トス新民法モ亦後説ヲ採用セリ此説ニ從フトキハ前ニモ屢述ヘタル如ク債權ハ辨濟ニ因リテ消滅シタルモ債務者ニ對シテハ辨濟者カ有スル間有訴權ノ範圍内ニ於テ其擔保トシテ舊債權ヲ現存スルモノト如ク看做スナリ但或ハ舊債權ハ全ク消滅シ擔保權ノミ移轉スルモノト看做スノ主義アリト雖モ新民法ハ之ヲ認メス明カニ債權ノ效力及ヒ擔保ト規定シ擔保ノミ移ルモノトセス唯讓渡ト認メサル結果固有ノ求償權ノ擔保ニ必要ナラサル範圍ニ於テハ舊債權ハ消滅スヘキノミ第五百一條本文ニ曰ク「債權者ハ自己ノ權利ニ基キ求償ヲ爲シ前二條ノ規定ニ依リテ債權者ニ代位シタル者ハ自己ノ權利ニ基キ求償ヲ爲スコトヲ得ヘキ範圍内ニ於テ債權ノ效力及ヒ擔保トシテ其債權者カ有セシ一切ノ權利ヲ行フコトヲ得云々」

例ヘハ舊債權ノ時効未タ完成セザルニ固有訴權ノ時効ハ既ニ完成セルトキ

ハ復代位アラス尤モ新民法ニ於テハ此ノ如キ場合ハ殆ト絶無ナリト雖モ第五百九條ノ場合ニ於テハ或ハ問題ト爲ルコトアルヘシ債權者ハ無能力者ニシテ其父母又ハ後見人カ債務者ナルトキ他人カ代リテ辨濟ヲ爲セハ其固有ノ求償權ハ辨濟ノ當時ヨリ進行スヘキモ舊債權ニ付テハ未タ時効進行セザルコトアルヘシ然レトモ無能力ノ如キ身上ニ關スルコトハ前ノ債權者ノ一身ニ就テ觀察スルヨリハ寧ロ現債權者ノ一身ニ就テ觀察スルヲ穩當トスルカ故ニ縱令讓渡説ヲ採ルモ亦同一ノ結果ヲ得ヘシ又「債權者ハ自己ノ權利ニ基キ求償ヲ爲スニ從ヒテ孰レヲ行使スルモ自由ナリ固有ノ利益多キ場合ノニテヲ舉クレハ保證人ハ辨濟ヲ爲シタル時ヨリ法定利息ヲ請求シ得ルハ勿論辨濟ノ爲メニ損害ヲ受ケタルトキハ其損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ルコトアリ委任ニ因ル保證人ハ則チ然リ」(第四五九條第二項)同條ニハ連帶ニ關スル第四四二條第二項ヲ準用セリ連帶債務者モ亦同一ノ權利ヲ有セリ(第四四二條第二項)然ルニ代位權ニ依リテハ通常損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ズ法定利息モ往往ニシテ之ヲ請

求スルコトヲ得タルコトアラシ何トナレハ債權者カ主タル債務者ニ對シテ請
 求ヲ爲ナスシテ保證人ニ對シテノミ請求ヲ爲シタルトハ保證人ハ遲滞ニ在リ
 ト雖モ主タル債務者ハ遲滞ニ付セラレタルモノニ非テレハナリ又保證人ハ主
 タル債務者ニ對シテ遲滞債務者ノ一人ハ他ノ連帶債務者ニ對シテ特別ノ擔保ヲ
 有スルコトアリ例ヘハ債權者甲ハ債務者乙ノ不動產ヲ抵當トスルコトヲ好マ
 スシテ却テ丙ノ保證人タルコトヲ望ムコトアリ是ヲ以テ乙ハ其不動產ヲ丙ニ
 抵當トシテ保證人タルコトヲ諾セシメタルトキノ如キハ代位權ニ依ルヨリ固
 有訴權ヲ行使スルヲ以テ確固ナリトス又例ヘハ債權者カ主タル債務者ニ請求
 セシシテ直チニ保證人ニ請求シ保證人ハ之ニ對シテ辨濟ヲ爲シタルトキハ主タ
 ル債務ハ時效ヲ中斷セラレス而シテ保證人ノ求償權ハ辨濟ヲ爲シタル時ヨリ
 起算スルカ故ニ同一期間ノ時效ト雖モ債權者ノ權利ヨリハ後ニ其時效完成ス
 ルコト多シ斯ル場合ニ於テハ辨濟者タル保證人ハ自己ノ固有權ヲ行フヲ利益
 トス連帶債務ニ在リテハ其一人ニ對スル請求ハ他ノ者ニモ效力ヲ及ホスカ故
 ニ此問題ヲ生セスト雖モ其請求前ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ債權者ノ他ノ者ニ

對スル債權ハ時效ノ中斷ナシ然ルニ求償權ノ時效ハ辨濟ノ時ヨリ起算スルコ
 ト至ク保證人ノ場合ニ同シキカ故ニ原債權ハ既ニ時效ニ罹リテ而シテ固有訴
 權ハ未タ時效ニ罹ラサルコトアリ尙ホ時效ニハ五年三年一年等ノ短期ノモノ
 アリ殊ニ手形上ノ債權ハ六箇月ヲ經過シタルニ因リテ時效ニ罹ルコトアリ故
 ニ若シ代位權ニ依ラント欲セハ其債權ハ既ニ消滅シテ復何等ノ請求ヲ爲スコ
 トヲ得サルコトアルヘシ總テ此等ノ場合ニ於テハ寧ロ固有訴權ヲ行フヲ利益ト
 ス更ニ轉シテ代位權ニ依ルヲ利益トスル場合ノ例ヲ擧ゲンニ債權ニ質權抵當
 權先取特權又ハ留置權等附隨シ固有ノ訴權ニ何等ノ擔保ナキ場合ニ於テ代位
 權ノ利益アルコトハ勿論債權證書カ公正證書ナルトキ若クハ債權カ既ニ確定
 判決ヲ經タルトキノ如キハ直チニ強制執行ヲ爲スノ便宜アリ又債權ニハ約定
 利息ノ附隨スルコト多シ其率ハ概テ法定利率ヨリ高シ此場合ニ於テ若シ固有
 訴權ニ依ルトキハ法定利率即チ通常ノ債務ハ年五分商事債務ハ年六分ヲ請求
 シ得ルノミナレトモ代位權ニ依ルトキハ高キ利率ニ依ルコトヲ得ヘシ唯注意
 スヘキハ此利益ハ絕對的ニ非スシテ相對的ナリ何トナレハ讓渡主義ナレハ格

別新民法ノ探レル主義ニ於テハ自己ノ權利ニ基キテ求償ヲ爲スモノヲ得ヘキ
 範圍内ニ於テノミ代位權ヲ認ムルカ故ニ濟済者ハ辨濟額法定利息及ビ損害額
 ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マリ其以上ニ及フコトヲ許サス故ニ若シ債權ノ元
 本ニ約定利率ニ依ル利息ヲ加フルトキハ其以上ニ及フ場合ニ於テハ之ヲ固有
 訴權ノ額ニ制限セザルヲ得ス殊ニ委任ヲ受ケタル保證人ノ如ク損害ノ賠償ヲ
 請求スルコトヲ得ザルモノハ大ニ制限ヲ受ケザルヘカラス故ニ結局約定利率
 ノ利益ヲ享受スルコトヲ得ザル場合尠シトセス之ヲ要スルニ固有訴權ト代位
 訴權トハ各其利益アルカ故ニ孰レヲ選スモ辨濟者ノ自由ナリ又併セテ之ヲ行
 使スルコトヲモ得ヘシ例ヘハ固有訴權ニ依リテ請求シ得ル額カ代位權ニ依ル
 モノヨリモ多キトキハ先ツ代位權ニ依リテ請求シ其不足額ヲ固有訴權ニ依リ
 テ請求スルコトヲ得ヘシ故ニ代位權ヲ認ムルハ法律カ辨濟者ヲ特別ニ保護シ
 タルモノト謂ハサルヘカラス而モ敢テ債權者ヲ害セス又債務者ヲモ害セザル
 カ故ニ毫モ批難スヘキニアラサルナリ

新民法第五百一條ハ主トシテ法定代位ニ關シテ規定セルカ如シト雖モ其然
 ラサルコトヲ明カニスルカ爲メ特ニ前二條ニ依リテ規定セリ又同條ニ一切
 ノ權利トアリ是レ概テ前ニ説明シタル所ナレトモ尙ホ解除權ノ如キモノヲモ
 包含ス契約ヨリ生スル債權例ヘハ賣買ノ代價ノ辨濟者ハ買主カ其債務ヲ履行
 セザルトキハ解除權ヲ行使スルコトヲ得ヘキカ如キ是ナリ第五〇二條第二項ニ
 以上ハ代位ノ一般ノ效力ナリ次ニ特別ノ場合ニ付キ説明セントス而シテ此特
 別ノ場合ニ付テハ第五百一條但書以下ニ規定セリ曰ク

但左ノ規定ニ從フコトヲ要ス

- 一、保證人ハ豫メ先取特權不動産質權又ハ抵當權ノ登記ニ其代位ヲ附記
 シタルニ非サレハ其先取特權不動産質權又ハ抵當權ノ目的タル不動産
 ハ第三取得者ニ對シテ債權者ニ代位セス
- 二、第三取得者ハ保證人ニ對シテ債權者ニ代位セス
- 三、第三取得者ノ一人ハ各不動産ノ價格ニ應スルニ非サレハ他ノ第三取
 得者ニ對シテ債權者ニ代位セス

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

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

右ノ場合ニ於テ其財産カ不動産ナルトキハ第一號ノ規定ヲ準用ス

第一、保證人ト不動産ノ第三取得者トノ關係 保證人ト第三取得者トノ間ニ於テ若シ保證人カ辨濟ヲ爲シタルトキハ保證人ハ第三取得者ニ對シテ債權者ニ代位スルコトヲ得ルカ又第三取得者カ先ニ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テハ保證人ニ對シテ代位スルコトヲ得ルカ此問題ニ付キ若シ特別ノ規定ナキトキハ之ヲ解決スルコト頗ル困難ナルヘク偶先ニ債權者ノ權利ノ行使ニ遭ヒタルカ爲メニ利益ヲ受クルカ如キ不公平ノ結果ヲ生セシムルノ外ナカルヘシ即チ保

證人カ先ニ辨濟ヲ爲セハ第三取得者ニ對シテ代位シ若シ第三取得者カ先ニ辨濟ヲ爲セハ保證人ニ對シテ代位スルモノトスルノ外ナカラン果シテ然ラハ其不當ナルコト言フヲ埃タサルナリ

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

ヲ締結スルコト多キカ故ニ保證ハ甚タ有益ナルモノト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ法律ハ十分保證人ヲ保護セサルヘカラス然ラサレハ他人ノ爲メニ保證ヲ爲スコトヲ肯スル者少カラン故ニ若シ保證人ニシテ辨濟ヲ爲シタルトキハ第三取得者ニ對シテハ代位ヲ爲スコトヲ得ルモノトシ之ニ反シテ第三取得者ニ於テ辨濟ヲ爲シタルトキハ保證人ニ對シテ代位ヲ爲スコトヲ得サルモノトスヘシト(一)第三取得者ヲ保護スヘシトノ說モ亦一理ナキニアラス蓋シ第三取得者カ其取得シタル不動産カ質權若クハ抵當權ノ目的ト爲レルコトヲ知ラスシテ讓受ケタル場合ニ於テハ其第三取得者ハ實際機ムヘキ地位ニ在ル者ナリ即チ其者ハ元來何等ノ負擔ナキ不動産ナリト信シ相當ナル代價ヲ拂ヒテ以テ之ヲ買取り自己ノ所有ニ屬シタリト信セルニ突然質權又ハ抵當權ノ行使ニ遭ヒ二重ニ代價ヲ拂ハサルヘカラサルニ至リタルトキハ其迷惑實ニ想フヘキナリ又假ニ第三取得者カ質權抵當權等ノ存在ヲ知リツツ買取りタリトスルモ元來質權又ハ抵當權等ハ債務ヲ辨濟セサルトキニ於テ始メテ其實行ヲ見ルモノニシテ質權抵當權等ノ存スル場合ニ於テモ債務者ハ期限ニ至リ辨濟ヲ爲ス場合

多シトスルカ故ニ必スシモ質權又ハ抵當權ノ實行ニ遭フニ限ラス隨テ第三者カ質權又ハ抵當權等ノ目的タル不動産ヲ讓受タルニ當リテモ債務者ハ必ス辨濟ヲ爲スナラント信シテ讓受ケタル場合ニ於テ不幸ニシテ其豫期ニ反シ期限ニ至リテ債務者カ或ハ資力ヲ失ヒタルカ若クハ其他ノ事由ニ因リテ辨濟ヲ爲ササル爲メ終ニ抵當權質權ノ實行ニ遭ヒ其不動産ヲ競賣セラルルカ如キ場合ニ於テハ第三取得者ハ惡意ナク又必スシモ過失アルモノト謂フコトヲ得ス之ニ反シテ保證人ハ縱令從タル債務ニモセヨ初ヨリ義務ヲ負擔シ主タル債務者カ履行ヲ爲ササル場合ニ於テ債務者ニ代リテ辨濟スルコトヲ約束シタル者ナレバ其約旨ニ從ヒ履行ヲ爲スコトハ當然ナルヘシ蓋シ保證人タルニハ多クハ親族故舊若クハ其他ノ關係ニ由リ特別ニ主タル債務者ノ利益ヲ計ルノ理由アルモノナルヲ以テ主タル債務者ノ不履行ノ場合ニ於テ之ニ代リテ履行ヲ爲スヘキコトハ初ヨリ豫期セルモノト謂ハサルヘカラス故ニ寧ロ第三取得者ヲ保護シ第三取得者ニシテ代リテ辨濟ヲ爲シタルトキハ保證人ニ對シテ代位ヲ爲シ若シ保證人カ辨濟ヲ爲シタルトキハ第三取得者ニ對シテ代位ヲ爲スコト又

得ザルモノトセザルヘカラスト此説ハ未タ登記法ノ完備セザル時代ニ在リテハ固ヨリ一理ナキニアラス否斯ル場合ニ於テ予ハ寧ロ此説ニ賛成スルヤモ知ルヘカラス蓋シ登記法ノ備ハラザル時代ニ在リテハ不動産上ニ質權ノ存スル場合ニ於テハ質權者ハ其不動産ヲ占有スルヲ以テ第三者ハ其質權ノ存スルコトヲ知ルコトヲ得ルモ抵當權ニ至リテハ之ヲ知ルコト頗ル困難ナリ登記法ノ存在セザル時代ニ在リテハ現ニ抵當權ノ目的ニ供セラレタル不動産タルモ拘ラス全ク自由ナル不動産ナリト信シテ之ヲ買受ケ而モ代價ヲ支拂ヒタル後ニ於テ突然抵當權ヲ行使セラレタルノ事實ハ屢生セシ所ナリ斯ル場合ニ於ケル第三取得者ハ曾ニ惘ムヘキ者タルノミナラス法律ハ十分ニ之ヲ保護スルニアラザレハ不動産ノ取引ハ殆ト行ハレザルニ至ラン然ルニ今日ノ如ク登記法ノ完備セル時代ニ在リテハ予ハ第一説即チ保證人カ第三取得者ニ對シテ代位スルノ説ヲ以テ穩當ナリト信ス何トナレハ第三取得者ニシテ其不動産ヲ取得スルニ當リ登記簿ヲ一見セハ直チニ其不動産カ質權又ハ抵當權ノ目的ト爲レバコトヲ知ルコトヲ得ヘシ既ニ他ノ權利ノ目的ト爲レバコトヲ知レバ以上ハ

迂濶ニ代價ノ支拂ヲ爲スヘカラザルコトハ常識ヲ有スル者ノ直チニ知ルコトヲ得ル所ナリ固ヨリ質權抵當權等ノ實行セラレルコトハ時代ニ依リ國ニ依リテ同シカラザルモ此等ノ權利ノ實行セラレルコトハ十中ノ三ニシテ實行セラレザルモノ其七ヲ占ムルト雖モ其不動産ヲ取得シタル者カ直チニ代價ヲ支拂フカ如キハ頗ル危険ナル業ニシテ何時質權抵當權ノ實行ニ遭フカ知ルヘカラザルヲ以テ注意深キ人ハ決シテ之ヲ爲サザルヘシ今日ノ慣習ニ於テモ通常斯ルコトヲ爲ス者ナシ我邦ノ慣習ニ於テモ抵當權ノ附著セル不動産ヲ買ハントスル者ハ債權額ハ自己ニ於テ之ヲ辨濟スルモノトシ其債權額ト不動産ノ價額ノ差ノミヲ支拂ヒテ取引スルヲ常トシ若シ期限ニ至リ債務者自ラ辨濟ヲ爲シタルトキハ債務者ハ始メテ其殘額ヲ請求スルコトヲ得ヘシ然ルニ取得者カ未タ債權ノ期限ノ到來セザル前其他債權ノ未タ消滅セザル以前ニ於テ迂濶ニモ代金ノ全部ヲ賣主ニ支拂フカ如キコトハ極メテ稀ナルヘシ若シ之アリトモシカ此ノ如キハ第三取得者ノ注意ノ足ラザルニ基クモゾナルヲ以テ特ニ之ヲ保護スル理由ナシ之ニ反シテ保證人ハ初ヨリ主タル債務ヲ履行セラレザルトキ

ニ於テ代リテ履行スルノ義務ヲ負セタル者トスルニト雖モ恰モ質權抵當權等ノ存在スル場合ニ於テモ其質權抵當權等ノ實行ヲ見ルコト少キト同シク保證人ノ存スル場合ニ於テモ保證人ニ於テ代リテ其債務ヲ履行スルカ如キ場合ハ甚タ多カラサルナリ蓋シ保證人ハ主タル債務者カ相當ノ財産ヲ有スルカ故ニ期限ニ至ラハ必ス履行ヲ爲スヘシト信シテ保證ヲ爲シタルニ不幸ニシテ主タル債務者カ俄ニ資産ヲ盡シテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至レルカ若クハ其他ノ事由ニ因リテ履行ヲ爲ササル場合ニ於テ已ムコトヲ得ス之ニ代リテ履行スルカ如キ事多ク此保證人コト實ニ憫ムヘキ者ト謂フヘケレ然ルニ第五取得者ハ先ツ登記簿ヲ閱覽シテ其不動産ニ負擔アルヤ否ヤヲ知ルコトヲ得隨テ負擔ノ存スル場合ニ於テハ代價ノ支拂ヲ見合セ縱令其不動産ニシテ質權又ハ抵當權等ノ實行ニ遭フモ毫モ損失ヲ被ラサルコトニ注意スルコトヲ得ルヲ以テ之ヲ知リテ讓受ケタル第三者ト保證人トヲ比較スルトキハ保證人ヲ以テ憫ムヘキモノトモテサルヘカラス即チ主タル債務者ノ履行セサル場合ニ於テ保證人カ代リテ履行ヲ爲シタルトキハ主タル債務者ニ對シテ求償スルコトヲ得

ルニ拘ラス債務者カ無資力ナルカ爲メニ結局自己ノ損失ニ歸スルヤモ知ルヘカラス而モ其損失ヲ豫防スルコト頗ル難事ニシテ主タル債務者ノ爲メニ保證ヲ爲シ其代リニ質又ハ抵當ヲ取リ置クカ如キハ通常行ハレ難キ所ナルノミナラス保證人ニ對シテ物上擔保ヲ供スルコトヲ得ル之ヲ以テ直接ニ其債務ノ擔保ニ供シ敢テ保證人ヲ煩スコトヲ要セサルコト多カルヘシ而シテ保證ノ實際上頗ル必要ナルコトハ殆ト言フヲ埃タス就中迅速ヲ尙フ所ノ商事ニ於テハ一物上擔保タル質又ハ抵當ヲ供與スルカ如キハ甚タ不便ナルヲ以テ寧ロ保證ニ依ルコト尠シトモ現今ニ於テハ商事上ノ債權ニ付キ普通ノ保證ヲ爲サシムル場合大ニ減少シ手形ノ方法ニ依リテ一種ノ保證ヲ爲サシムル場合多シト雖モ而モ純然タル保證モ亦頻繁ニ行ハルル所ナリ其類繁ニシテ必要ナル保證ヲ獎勵セシムコト欲セハ適當ノ範圍内ニ於テ保證人ヲ保護セサルヘカラス即チ其債權カ保證以外ニ於テ質權若クハ抵當權等ニ由リテ擔保セラルル場合ニ於テハ此權利ヲ債權者ニ代リテ行フコトヲ保證人ニ許スラ至當トス而シテ是レ質權抵當權等ノ目的タル不動産カ債務者ノ財産中ニ存スル場合ノミナラス第三取得者ノ

之ヲ取得シタル後ニ於テモ尙ホ代位者ニ於テ此等ノ權利ヲ行フコトヲ得セシメタルヘカラス然ラザレハ保證人ハ大ナル損失ヲ被ルノ虞アルヲ免レシメ第三取得者ノ保證ニ至リテハ若シ其者カ普通ノ注意ヲ爲シ即チ第一ニ登記簿ヲ閱覽シテ其財産ニ負擔アルヤ否ヤヲ知り第二ニ其債權ノ消滅セサル間ハ代價ノ全部ヲ支拂フコトヲ爲ササルニ於テハ毫モ損失ヲ被ルコトナシ又交換等ノ場合ニ於テハ質權或當權ノ消滅スルマテハ自己ノ債務ノ目的物ヲ引渡サス若シ此等ノ權利ノ實行ニ遲ヒタルトキハ其契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ又給付スヘキ財産ヲ給付セシテ自己ノ手中ニ留置クトキハ質權抵當權ノ實行ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ニ付キ留置權ヲ行フコトヲ得ヘシ尤モ時トシテハ第三取得者ノ爲メニ甚タ氣ノ毒ナル場合ナキニ非ス即チ自ら登記簿ヲ見ルコトナクシテ謄本若クハ抄本ヲ求メタル場合ニ於テ實際抵當權ノ存在スルニモ拘ラス登記官吏ノ過失ニ因リ之ヲ脱漏シテ謄寫シタルモノヲ見テ全ク自由ナル不動産ナリト信シ代價ノ支拂ヲ爲シタルニ後日ニ至リ其不動産ハ抵當權ノ目的ト爲リシモノナルコトヲ發見シタルカ如キ場合ヲ想像シ得ラルルニ非サル

モ此ノ如キハ通常登記官吏ノ重大ナル過失ニ因ルコトナルカ故ニ其官吏ニ對シテ求償スルコトヲ得不動産登記法第一三條ヘキノミナラス是レ甚タ稀有ノ事實ナリトス就中新登記法施行以來登記簿モ大ニ整頓セルヲ以テ斯ル錯誤ハ容易ニ起ルヘキ事實ニ非サルナリ是ヲ以テ尙モ第三取得者ニシテ過失ナキ限リハ質權抵當權等ノ存在ニ因リテ損失ヲ被ルカ如キハ殆ト之ナカルヘキヲ信ス是レ予カ今日ニ於テハ寧ロ保證人ヲ保護シ保證人ニ於テ辨濟ヲ爲シタルトキハ第三取得者ニ對シテ債權者ニ代位スルコトヲ得セシメ保證人ニ對シテハ第三取得者ヲシテ債權者ニ代位セシメサルヲ至當ナリト信スル所以ナリボワツンナード氏ノ舊民法草案ニハ第三取得者ハ保證人ニ對シテ債權者ニ代位スルコトヲ認メタリシモ後全ク之ヲ顛倒シテ保證人ハ第三取得者ニ對シテ代位權ヲ行フコトヲ得ルコトトセリ之ニ關スルボワツンナード氏ノ草案ノ說明ヲ見ルニ當時日本人ニテ組織セル法律取調委員會ナルモノアリテ此委員會ノ意見ニ依リ右ノ如ク改メタルモノノ如シ蓋シ修正セラレタル規定ノ至當ナルト同時ニ氏カ其說ヲ改メラレタルコトヲ稱セサルヲ得ス新民法モ亦舊民法ト同說ヲ

採リ保證人ハ第三取得者ニ對シテ代位スルモ第三取得者ハ保證人ニ對シテ代位セザルモノトセリ是レ第五百一條第二號ニ於テ明カニ認ムル所ナリ保證人ハ第三取得者ニ對シテ代位スルコトヲ得ルコト右ニ述フルカ如シト雖モ此權利ヲ行ハントスルニハ一ノ條件アリ他ナシ保證人ハ豫メ先取特權不動產質權又ハ抵當權ノ登記ニ其代位ヲ附記スルコトヲ要スルコト是ナリ蓋シ保證人ハ條件附テ債權ヲ有スルモノナレバ其債權ノ擔保トシテ此附記ヲ爲スナリ是レ實ニ適當ナル注意ナリト謂ハサルヘカラス第三取得者ハ既ニ債權ハ履行セラレテ債務ノ消滅シタルヲ知レバ抵當權質權若クハ先取特權ハ最早消滅シタルモノト信シ或ハ代價ノ辨濟ヲ爲スコトナシトセス尤モ注意深キ者ナラシニハ先ツ此等ノ權利ノ登記ヲ抹消シ而シテ後代價ノ支拂ヲ爲スナラン此ノ如キハ注意ノ周到ナルニ相違ナキモ普通人ニ在リテハ其債務ノ辨濟アリタルコトヲ聞カハ其登記ハ未タ抹消セラレスト雖モ代價ヲ支拂フコトナシトセス然レトモ是レ必スシモ過失ナリト謂フコトヲ得ス故ニ保證人ニシテ附記ヲ爲ササルニ於テハ第三取得者ハ保證人ノ存スルコトヲ知ルコトヲ得ス況キ代位

ニ因リテ抵當權ヲ行フコトアルヘキコトヲヤ然ルニ其附記ノ存スルトキハ總令債務ノ履行セラレタル場合ニ於テモ先ツ何人カ履行ヲ爲シタルカヲ確ムヘキコト勿論ナリ若シ主タル債務者ニ於テ之ヲ爲シタルトキハ敢テ躊躇スル所ナク代價ヲ支拂フモ可ナリト雖モ若シ保證人カ代リテ履行ヲ爲シタルトキハ債權者ニ代位スルヲ以テ第三取得者ハ迂濶ニ代價ノ支拂ヲ爲スヘカラサルコトヲ知ルヘキカ故ニ損失ヲ被ルカ如キ虞ナカルヘシ而シテ代位ノ附記ノ必要ナルコトハ保證人カ全額ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ勿論總令一部ノ辨濟ヲ爲シタルトキニ於テモ亦其必要アリ即チ此場合ニ於テモ債權ノ一部ハ消滅シタルモノナリ其消滅シタル部分ハ何人ノ辨濟ニ因リテ消滅シタルカハ第三取得者ニ於テ之ヲ知ラサルコトアリ總令債權者ニ就テ辨濟ノ有無ヲ問フモ債權者ハ之ニ答フルニ單ニ其一部ノ辨濟アリタルコトヲ以テスルトキハ第三取得者ハ債權ノ殘額ヲ支拂ヒ以テ完全ニ不動產上ノ權利ヲ取得シタルモノト信シ安心セルニ際リ突然保證人ヨリ債務ノ一部ハ自己ニ於テ履行シタルモノナレハ其部分ニ付テ債權者ニ代位シ抵當權ヲ行使セントスルカ如キコトアラハ第三取

得者ハ不慮ノ損失ヲ被ルコトアラシク而シテ此附記カ保證人ノ爲メニ唯煩累ヲ履スニ過キスシテ何等ノ利益ナキニ於テハ或ハ之ヲ命スルハ酷ニ失スル雖ナキニ非サルモ保證人ニ取リテモ亦頗ル利益ト爲ルコトアリ他ナシ第三取得者カ濫除權ヲ行フ場合はナリ濫除トハ第三取得者ヨリ一定ノ金額ヲ提供シ以テ不動産ヲシテ抵當權ノ負擔ヲ免レシムルノ方法ナリ而シテ其提供ハ登記シタル總テノ債權者ニ對シテ之ヲ爲ササルヘカラス第三八三條此規定ハ先取特權及ヒ質權ニ準用セラレ(第三四一條第三六一條此場合ニ於テ若シ保證人カ濫メ代位ノ登記ヲ爲サス又登記ノ抹消ヲ爲サストセハ第三取得者ハ唯登記簿面ニ基キ其登記セラレタル債權者ニ對シテ提供ヲ爲スノ外ナシ然ルニ其債權者ハ既ニ保證人ヨリ辨濟ヲ受ケタルヲ以テ敢テ第三取得者ヨリ辨濟ヲ受タルノ要ナシ而シテ其債權者ニシテ不深切ナル者ナラシニハ敢テ之ヲ保證人ニ通知スルコトナカルヘシ或ハ又債權者ハ既ニ辨濟ヲ受ケタルニ第三取得者カ之ニ提供ヲ爲シタルハ何等カノ錯誤ニ出テタルモノナラント信シ之ヲ等閑ニ付スル場合ナキニアラス斯ル場合ニ於テハ保證人ハ其濫條ノ事實ヲ知ルコトヲ得

ス隨テ何等ノ異議ヲ唱フルコトナク空シク期間ヲ經過シ復タ如何トモスルコト能ハス而モ第三取得者カ提供シタル金額ハ極メテ少額ニ止マルコトアルヘシ例ヘハ債權額一萬圓ニシテ擔保不動産ハ時價一萬圓ナル場合ニ於テ第三取得者カ七千圓ヲ提供セリトセハ保證人ハ期間ヲ徒過シタルカ爲メ面リ三千圓ノ損失ヲ被ラサルヘカラサルノ結果ニ至ラシ尤モ場合ニ依リテハ不法行爲ノ原則ニ從ヒ債權者ヲシテ損害賠償ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシト雖モ然レトモ常ニ債權者ニ過失アリト謂フコトヲ得サルノミナラス其損害額モ必スシモ證明シ得ラルヘキモノニアラサルナリ

或ハ債權者ハ保證人ヨリ既ニ債權ノ半額例ヘハ一萬圓ノ債權中五千圓ヲ受領シタリ而シテ殘額五千圓ニ對シテ第三取得者ハ七千圓ヲ提供シテ濫除ヲ爲サントシタルニ債權者ハ直チニ之ヲ承諾セリトセハ債權者ハ全額一萬圓ヲ得テ尙ホ二千圓ヲ餘スヨト爲ル若シ保證人ハ此二千圓ヲ受クルコトヲ得ルニ止マルモノトセハ終ニ三千圓ノ損失ヲ被ラサルヘカラス尤モ後ニ説明スルカ如ク我民法ニ於テハ一部辨濟ノ場合ニハ原則トシテ一部代位ヲ認ムルヲ以テ前

例ノ場合ニ於テハ債權者ハ五千圓ノ全部ヲ收受スルコトヲ得シテ三千五百圓ヲ取得スルニ止マルヘク結局千五百圓ノ損失セザルヘカヲサアルコトト爲ルヘシ然レトモ債權者ハ一萬圓中ノ千五百圓ニ過キサルヲ以テ競賣等ノ繁雜ナル手數ヲ勞センヨリハ之ヲ債務者ニ請求スルモ或ハ辨濟ヲ得ヘキ望ナキニ非ナルヲ以テ之ニ甘スルヤモ知ルヘカラス然ルニ保證人ニ於テハ總令千五百圓ニモセヨ他人ノ爲メニ損失ヲ被ルカ如キハ固ヨリ堪ヘ難キ所ナルヘク況ヤ我新民法ニ於テハ一部代位ヲ認ムルコト前述ノ如クナリト雖モ外國ニ於テハ一部代位ヲ許ササルノ例尠カラズ我邦ニ於テモ特別ノ契約ヲ以テ之ヲ許ササル場合亦尠カラサルヘキニ於テヲヤ蓋シ債權者ニシテ保證人ニ請求ヲ爲ストキハ保證人ハ必ス全部ノ支拂ヲ爲ササルコトヲ得ス然レトモ保證人ハ元來已ムコトヲ得スシテ支拂ヲモノナレハ債權者ニ於テモ主タル債務者ニシテ一部辨濟ノ資力アル場合ニ於テハ保證人ニ對シ一部ノ辨濟ヲ承諾スルコトナキニアルス然レトモ債權者ニシテ若シ注意周到ナラシムハ殘額ノ辨濟ヲ得タル後ニアラサレハ代位ヲ爲サシメサルコトヲ留保スルヤモ知ルヘカラサルナリ斯ル

場合ニ於テハ前例ニ依レハ債權者ハ五千圓ヲ取得シ保證人ハ僅ニ殘餘ノ二千圓ニ付テ權利ヲ行フコトヲ得ルニ過キサルナリ且如何ナル場合ニ於テモ債權者ハ自ラ承諾シテ自ラ損失ヲ被ルニ於テハ固ヨリ其自由ナルヘキモ全ク之ヲ知ラサル保證人ヲシテ不慮ニ損失ヲ被ラシムルカ如キコトハ避ケサルヘカラサル事ニ屬ス故ニ保證人ニ於テ其登記ニ附記スルトキハ第三取得者ハ之ニ對シテモ亦提供ヲ爲ササルヘカラス隨テ債權者ニ於テハ承諾ヲ爲スモ保證人ハ之ヲ肯セスシテ増價競賣ヲ求ムルコトヲ得ヘシ是レ保證人ニ取リテ利益ナル所ニシテ隨テ此條件ノ至當ナルコト復タ多言ヲ要セサルナリ

第二 第三取得者間ノ關係 是レ亦特別ノ明文ナキニ於テハ頗ル疑アルヘキ所ナリ例ヘハ債權者カ二箇ノ不動産ノ上ニ抵當權ヲ有シ而シテ其中ノ甲不動産ニ付キ抵當權ヲ行ハントスル場合ニ於テ第三取得者カ此不動産ヲ惜ミ競賣ヲ免レンカ爲メニ辨濟ヲ爲シタリトセンニ此場合ニ於テハ其第三取得者ハ代位權ヲ有スルト雖モ他ノ乙ナル不動産ノ第三取得者ニ對シテ代位權ヲ行フコトヲ得ルヤ否ヤ是レ實ニ疑ハシキ問題ナリ是レ羅馬法ニ於テモ既ニ疑問ト爲

レル所ナリ其然ル所以ノモノ他ナシ第三取得者間ニ於テハ連帶若クハ保證等ノ場合ト異ナリ何等ノ關係モ存セザルカ故ニ互ニ固有訴權ナキハ勿論ニシテ唯代位ニ付テノミ問題ヲ生スルナリ即チ此場合ニ於テハ或第三取得者ハ債權者ニ代位スルニ非サレハ他ノ第三取得者ニ對シテ何等ノ權利ヲモ行フコトヲ得ス蓋シ第三取得者ハ債務者ニ對シテ求償スルコトヲ得ヘク其求償權ノ擔保トシテ他ノ第三取得者ニ對シテ擔保權ヲ行フコトヲ得ルモノニシテ擔保財產ノ第三取得者トシテハ其間ニ何等ノ關係モナキナリ故ニ若シ特別ノ明文ナキトキハ前ニ保證人ト第三取得者トノ關係ニ付キ述ヘタルカ如キ不條理ノ結果ヲ生セン即チ若シ甲不動産ノ取得者ニシテ先ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ乙不動産ニ對シテ債權者カ有セシ全部ノ權利ヲ得ルヲ以テ乙不動産ニ對シテ既ニ支拂ヒタル總額ヲ請求スルコトヲ得此場合ニ於テ若シ乙不動産ノ第三取得者カ辨濟ヲ爲ササルトキハ其不動産ヲ競賣シ代價ニ付テ滿足ヲ得ルノ權利アルヘシ之ニ反シテ乙不動産ノ第三取得者ニシテ先ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ逆マニ甲不動産ノ第三取得者ニ對シテ債權者ノ權利ヲ行フコトヲ得ルニ至ラン若シ此ノ

如クナルトキハ常ニ先ニ辨濟ヲ爲シタル者ハ利益ヲ得テ他ノ者ハ其取得シタル不動産ヲ取上ケララルルニアラサレハ二重ニ代價ヲ支拂ハサルヘカササルノ結果ニ至ルコトアラシ而シテ辨濟ノ前後カ單ニ辨濟者ノ隨意ニ在ルモノナラシニハ未タ其害ノ太甚シキヲ見サルコトアラシト雖モ大抵債權者ノ請求ニ應ジテ辨濟ヲ爲スヘキカ故ニ債權者ハ特ニ甲ニ厚クスル爲メ之ニ對シテ先ニ請求ヲ爲スカ如キコトナシトセヌ故ニ第三取得者ニシテ二人以上アルトキハ其間ニ於テ權利ノ效力ニ優劣ヲ付スルコトヲ得ス取得ノ前後ノ如キモ亦以テ優先ノ效力ヲ與フルノ標準ト爲スコトヲ得サルヲ以テ結局不動産ノ價格ノ割合ニ應ジテ代位ヲ行フコトヲ得セシムルヲ以テ最も正當ナリト信ス是レ我新民法第五百一條第三號ノ認ムル所ナリ此ノ如クスルトキハ辨濟ノ前後若クハ取得ノ遲速ニ因リテ不慮ノ損失ヲ被ルカ如キ憂アルコトナシ

第三〇物上保證人 (Cautionsakker) 間ノ關係 物上保證人即チ自己ノ財產ヲ以テ他人ノ債務ノ擔保ニ供シタル者ノ間例ヘハ甲ハ子ナル不動産ノ上ニ抵當權ヲ設定シ以テ或債務ノ擔保ニ供シ乙ハ丑ナル不動産ヲ出シ同一債務ノ擔保ノ爲

之ニ質權ヲ設定シタルトキハ其甲乙間ニ於ケル代位ニ付テモ辨濟ノ前後ヲ以テ代位權ノ有無ヲ決スルコト能ハス此場合ニ於テモ其狀態頗ル第三取得者間ノ狀態ニ類スルヲ以テ同シク財産ノ價格ノ割合ニ應シテ代位ヲ爲サシムルヲ以テ最モ適當ノ處置ナリト信ス是レ第五百一條第四號ニ於テ第三取得者ニ關スル規定ヲ準用スル所以ナリ而シテ此等ノ者ノ債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルコトハ第三百五十一條及ヒ第三百七十二條ニ規定セル所ナリ然レトモ此等ノ物上保證人間ニ於テハ固有ノ求償權ナルモノアルコトナク唯債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルカ故ニ其擔保トシテ他ノ物上保證人ニ對スル權利ヲ生スルコト恰モ第三取得者間ニ於ケルト異ナルコトナシ是レ其準用アル所以ナリ

第四條 保證人ト物上保證人トノ關係 保證人ト物上保證人トノ間ニ在リテモ互ニ固有ノ求償權ヲ有スルモノニアラスシテ各自主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有スルニ過キス舊民法ニハ此事ニ關スル規定ナク外國ノ法律ニモ未タ之アルコトヲ聞カサルモ我新民法ハ特ニ之ヲ規定セリ舊民法ノ如キハ物上保證人間ノ關係ニ付テモ規定ヲ設ケザリキ然レニ此等ノ問題ニ付キ明文ナキトキ

ハ頗ル解決ニ苦マサルコトヲ得ス本項ノ關係ニ於テ殊ニ然リトス即チ一方ハ單ニ對人的ノ擔保ヲ爲セル者ニシテ若シ此等ノ者ノ間ニ何等ノ特約ナキニ於テハ各其頭數ニ應シテ債務ノ一部ヲ負擔スヘキモノトセルヲ以テ其中ノ一人カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ他ノ者ニ對シテ求償權ヲ有ス是レ保證ニ關スル規定ヲ説明スルニ當リテ既ニ述ベタル所ナリ之ニ反シテ所謂物上保證人ニ在リテハ斯ル求償權ヲ有セス而シテ代位ノ效力トシテハ前述ノ如ク互ニ擔保財産ノ價格ニ應シテ代位スルモノトセルニ過キサルヲ以テ此兩者ノ間ニ於テハ保證人カ物上保證人ニ對シテ代位スルモノト爲スヘキカ將タ物上保證人カ保證人ニ對シテ代位スルモノト爲スヘキカ孰レニスルモ木ニ竹ヲ繼クカ如ク頗ル其斷定ニ惑フ所ナクシテハアラス蓋シ物上保證人ハ彼ノ第三取得者ニ比スヘキモノニアラスシテ之ト全ク其趣ヲ異ニス即チ第三取得者ハ擔保附ノ財産ヲ讓受ケタル者ナルモ物上保證人ニ於テハ他人ノ利益ヲ爲メニ自己ノ財産ヲ擔保ニ供シタル者ナリ此點ヨリ觀ルトキハ物上保證人ハ第三取得者ト同一視スルコトヲ得サルヲ以テ保證人ハ第三取得者ニ對スル場合ト同シク之ニ對シテ

代位ヲ爲スコトヲ得ルモ物上保證人ハ保證人ニ對シテ代位ヲ爲スコトヲ得ヌト謂フヘカラス故ニ保證人ト物上保證人トハ法律上同等ニ待遇スルヲ以テ穩當ナリト信スト雖モ其性質上全ク此ノ如クスルコト能ハス何トナレハ物上保證人間ニ在リテハ擔保財產ノ額ニ應シテ代位權ヲ行フモ保證人間ニ在リテハ平等ノ割合ヲ以テ求償權ヲ行フヲ原則トスレハナリ是ヲ以テ新民法ニ於テハ便法トシテ第五百一條第五號ノ規定ヲ設ケタリ今此規定ヲ説明セントスルニ方リ例ヲ設ケテ諸君ノ了解ニ便ナラシメント欲ス例ヘハ保證人及ヒ物上保證人各二人ツツアリトシ而シテ保證人ヲ甲乙物上保證人ヲ丙丁ト假定シ其負擔スヘキ債務ノ額ヲ假ニ一萬圓トセシニ先ツ假ニ右ノ四人ニ平分スルノ規定ナルヲ以テ各二千五百圓ヲ負擔セサルヘカラサルカ如シ而シテ若シ甲一人ニテ辨濟ヲ爲シタリトセハ乙ニ對シテ二千五百圓ヲ請求シ丙丁ノ財產ニ就キ合計五千圓ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ丙丁ノ供シタル擔保財產ノ價格カ同一ナラサルトキ例ヘハ丙ノ供シタル財產ノ價格ハ五千圓ニシテ丁ノ供シタル財產ノ價格ハ二千五百圓ナルトキヘ甲及ヒ乙ハ各二千五百圓ツツヲ負擔シ丙丁

二人ノ負擔額即チ五千圓ハ擔保ニ供シタル財產ノ價格ニ比例シテ負擔スヘキモノトセルカ故ニ其割合二ト一トノ如シ即チ五千圓ニ對スル擔保財產ノ價格ハ七千五百圓ナルヲ以テ丙ハ其三分ノ二即チ三千三百三十三圓餘ヲ負擔シ丁ハ三分ノ一即チ千六百六十六圓餘ヲ負擔スルコト爲ル蓋シ保證人ト物上保證人トノ關係ニ於テハ假ニ孰レモ皆保證人タルカ如ク看做スト雖モ物上保證人間ニ在リテハ其擔保ニ供シタル財產ノ價格ニ應シテ代位ヲ爲スヘキモノトス是レ最モ便利ニシテ又比較的ニ理論ニ合フモノナリト信ス但此場合ニ於テ保證人カ物上保證人ニ對シテ代位ヲ爲スノ狀態ハ第三取得者ニ對シテ代位ヲ爲ス場合ニ類似ス即チ第三取得者カ保證人ノ存在スルコトヲ知ルニハ一ニ登記ニ依ルヘキヲ以テ保證人若シ其代位ヲ登記セサレハ第三取得者ニ對シテ代位スルコトヲ得サルト同シタ物上保證人ニ於テモ他ニ保證人ノ存在スルコトハ通常知ルコトヲ得サルヲ以テ保證人ニ於テ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦之ヲ知ルニ由ナカルヘシ而シテ動産ニ付テハ如何トモスルコト能ハスト雖モ不動産ニ付テハ幸ニ登記制度ノ存スルアルヲ以テ恰モ第三取得者ニ對スルト

同シテ抵當權等ノ登記ニ保證人ノ地位ヲ附記セザルニ於テハ不動産ニ關スル物上保證人即チ不動産質若クハ抵當ヲ供シタル第三者ニ對シテ地位ヲ對抗スルコト能ハサルナリ

以上ヲ以テ代位者ノ種類ニ依リ特別ナル規定ノ存スル場合ヲ説キ了レリ請フ是ヨリ一部辨濟ノ規定ニ付キ説明セシム

保證人カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ債權者ノ有セル全部ノ權利ニ付キ代位ヲ爲スコトヲ得ルハ固ヨリ明カナルモ一部辨濟ノ場合ニ於テハ古來何人ト雖モ自己ニ反對シテ代位セシメタルモノト看做サス下ノ格言ニ基キ債權者ノ權利ヲ害シテ代位スルコトヲ得ストモリ換言スレバ債權者ノ有セル權利ハ一部辨濟ノ場合ニ於テハ先ツ其殘部ニ付キ債權者自ラ之ヲ行ヒ然ル後ニアラザレハ一部辨濟者ハ代位スルコトヲ得サルモノトセリ即チ例ヘハ一萬圓ノ債權ニ付キ保證人ヨリ五千圓ノ辨濟ヲ爲シタリ而シテ擔保財產ノ價格ハ七千圓ナリトセハ債權者ハ其不動産ニ對シ殘額五千圓ニ付キ擔保權ヲ實行スルコトヲ得ヘク保證人ハ其餘剩價額二千圓ニ付キ代位スルコトヲ得ルノミトモリ歐洲ニ

於テハ此主義ヲ採用セル例頗ル多シ佛國民法ノ如キモ亦然リ然ルニゴッラソナード民ハ幸ニ此說ヲ採用セザリシニ拘ラス古來ノ原則ヲ棄ツルコトヲ敢テセザリシハ遺憾ナリキ即チ舊民法財產編第四百八十五條第一項ニ代位ハ原債權者ヲ害セザルコトヲ要スト規定シ其結果トシテ同條第二項ニ數箇ノ債權ヲ有スル者ハ其一箇ニ係ル代位辨濟カ他ノ債權ノ擔保ヲ減スルトキハ之ヲ拒ムコトヲ得下規定セリ此第二項ノ規定ハ一見甚タ其意義ヲ知ルニ苦ム所ナリト雖モ今草案理由書ニ依ルトキハ其適用アル場合ヲ知ルコト能ハサルニアラス然レトモ予ハ此規定ノ穩當ナラザルコトヲ信スル者ナリ尤モ斯ル規定ハ新民法ノ採用セザル所ナルヲ以テ今茲ニ詳論スルノ必要ヲ見ス蓋シ法律上ノ代位ナルモノヲ認メスシテ單ニ彼ノ讓權ノ利益ヲ認ムルトキハ或ハ斯ノ如キ規定ヲ了解シ得ザルニアラス蓋シ是レ債權者カ特ニ其權利ヲ讓渡スモノニシテ依リテ以テ代位若クハ之ニ類スル事實ノ成立スルモノナレハ若シ債權者ニシテ自己ニ不利益ナラシカ其讓受ヲ承諾セスト曰フモ其理ナキニ非ス而シテ債權者カ一部辨濟ヲ受ケテ一部ノ讓權ヲ爲ストキハ之カ爲メニ自己ニ不利益ヲ來ス

キ場合ニ於テハ其讓權ヲ拒ムコトヲ得ヘク斯ル場合ニ於テハ法律ト雖モ決シテ其讓渡ヲ強フルコト能ハスト云フ理由ヨリ遂ニ舊民法ニ掲ケタルカ如キ原則ヲ認ムルヲ必要トセシナリ然リト雖モ既ニ法律上ノ代位ヲ認ムル以上ハ斯ル原則ヲ認ムルノ理由ナキナリ即チ債權者カ自己ノ權利ヲ讓渡スルニアラスシテ法律カ代位ノ必要ヲ認メ辨濟者ヲシテ債權者ノ權利ヲ行ハシムルモノナルヲ以テ敢テ債權者ノ意思ヲ問フコトヲ要セサルナリ但之カ爲メニ債權者ニ不當ノ損害ヲ加フルコトアランカ固ヨリ之ヲ採用スヘカラサルナリ元來代位ナルモノハ債權者ヲ害スルコトナクシテ辨濟者ニ利益ヲ與フルモノナルヲ以テ之ヲ認メタルカ故ニ若シ債權者ニ不當ノ損害ヲ加フルカ如キ處アルトキハ却テ羅馬法佛國民法等ノ如ク規定スルヲ以テ可ナリトスヘシト雖モ我新民法ノ規定ニ依ルモ債權者ニ對シテ不當ノ損害ヲ加フルカ如キ處アルコトナシ蓋シ債權者ハ原則トシテハ一部辨濟ヲ受クルノ義務アルモノニアラサルヲ以テ一部代位ヲ爲サシムルコトヲ欲セザルトキハ唯之ヲ拒絕スヘキノミ然ルニ甘シテ一部辨濟ヲ受ケタルニ拘ラス一部代位ヲ許サスト云フカ如キハ是レ債

權者ノ專横ナリト謂ハサルヘカラス尤モ或場合ニ於テハ法律上一部辨濟ヲ受ケヘキコトナキニアラス例ヘハ保證人二人以上アル場合ニ於テハ特約アルニアラサレハ其債務ハ各保證人間ニ平等ニ分配セラレルモノナルヲ以テ自己ノ負擔部分ヲ辨濟シテ以テ其責ヲ免ルルコトヲ得此場合ニ於テハ縱令債權者ニ於テ損害ヲ被ルコトアルモ仍ホ一部辨濟ヲ受ケサルヘカラス然リト雖モ若シ債權者ニシテ此損害ヲ被ルノ虞ヲ避ケント欲セハ當初保證契約ヲ爲ス場合ニ於テ數人ノ保證人ヲ立テシメサルカ若クハ之ヲ連帶セシムルコトヲ得ヘシ然ルニ漫ニ數人ノ保證人ヲ立テシメタルニ於テハ一部辨濟ノ不利益ヲ受ケヘキコトハ初ヨリ覺悟セルモノト謂フモ敢テ過言ニアラサルナリ故ニ此場合ニ於テハ敢テ一部辨濟ヲ甘諾シタルモノト謂フヘシ隨テ法律上一部代位ヲ認ムルモ決シテ債權者ヲ害スルモノト謂フコトヲ得サルナリ加之一旦代位ノ必要ヲ認ムル以上ハ一部代位モ亦之ヲ許スニアラサレハ其趣意ヲ貫徹スルコト能ハサルヲ以テ法律上一部辨濟ノ權利ヲ認ムル場合ハ勿論債權者ノ承諾ヲ得テ正當ニ一部辨濟ヲ爲シタルトキニ於テモ亦一部代位ヲ爲スコトヲ許セリ但一部

辨濟ヲ承諾スルト否トカ債權者ノ自由ナル場合ニ於テ若シ債權者カ一部代位
 ヲ許スコトヲ欲セサル場合ニ於テハ殘餘ノ債權ノ辨濟アリタル後ニアラザレ
 ハ代位ヲ爲サシメサルコトヲ留保スルコトヲ得ヘシ即チ此場合ニ於テハ一部
 辨濟ハ債權者ノ承諾アルニアラザレハ之ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ債權者カ
 條件ヲ附シテ之ヲ承諾スルカ如キハ決シテ不可ナキ所ナルト同時ニ代位ナル
 モノハ素ト公益規定ニアラサルヲ以テ辨濟者ハ特約ヲ以テ代位權ヲ拋棄スル
 コトヲ得ヘシ故ニ何等ノ留保ヲ爲スコトナクシテ一部辨濟ヲ受ケタル債權者
 ハ一部代位ヲ承諾シタルモノト謂フモ敢テ不當ニアラスト信ス尙ホ法律上一
 部辨濟ヲ爲ス權利アル者ニ對シテ一部代位ヲ認メサルトキハ其者ノ爲メニ甚
 タ苛酷ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ此等ノ一部辨濟ヲ爲スコトヲ得ル
 者カ自己ノ負擔セル義務ヲ完全ニ履行シタルニ拘ラス他ノ部分ヲ辨濟スヘキ
 者カ未タ其義務ヲ盡ササルカ爲メニ代位ヲ爲スコトヲ得ストモ一般ニ代位
 ヲ認メタルノ趣旨ニ背反スルモノト謂ハサルヘカラス是レ一部代位ヲ認ムル
 所以ナリ第五百二條第一項ニ曰ク

債權ハ一部ニ付キ代位辨濟アリタルトキハ代位者ハ其辨濟シタル債額ニ應
 シテ債權者ト共ニ其權利ヲ行フ

例ヘハ前例ノ場合即チ一萬圓ノ債權ニ對シテ七千圓ノ價格ヲ有スル不動産ヲ
 抵當ト爲セル場合ニ於テ若シ保證人カ代リテ五千圓ヲ支拂ヒタルトキハ債權
 者ハ殘餘ノ五千圓ニ付キ抵當權ヲ行ヒ保證人モ亦五千圓ニ付キ之ニ代位スル
 コトヲ得ルカ故ニ各其抵當不動産ノ價格ノ半額即チ三千五百圓ヲ得各千五百
 圓ノ損失ヲ被ルノ結果ト爲ル唯注意スヘキハ性質上分割スルコト能ハサル權
 利即チ割合ニ應シテ行フコトヲ得サル權利即チ解除權ニ付テハ一部代位ヲ許
 ササルコト是ナリ蓋シ契約ノ解除ハ全部ニ對スルニアラザレハ之ヲ爲スコト
 ヲ得サルコトハ契約ノ講義ニ於テ知ラルル所ナラン蓋シ一部ノ解除ハ契約ヲ
 變更スル結果ヲ生ス故ニ若シ保證人カ一部辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ解除權
 ニ付テモ亦一部代位ヲ許サンカ債權者ハ解除ヲ行ハント欲スルモ保證人ニ於
 テ之ヲ欲セサルトキ若クハ其反對ニ保證人ニ於テ之ヲ欲スルモ債權者ニ於テ
 之ヲ欲セサルトキハ果シテ如何其相手方ノ爲メニ迷滅タルヤ當テテ埃タス何

トナレハ若シ一部ノ解除ヲ認ムルニ於テハ相手方ハ其契約ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヘケレハナリ例ヘハ相手方カ一ノ不動産ヲ得ンコトヲ欲シテ契約ヲ締結シタルニ若シ其半ヲ解除セラルモノトセハ一ノ共有ヲ生シテ相手方ハ其目的ヲ全クスルコト能ハサルナリ故ニ結局債權者又ハ代位者ノ中其一人カ解除權ヲ行フコトヲ得ルモノトセサルヘカラス然ラハ其權利ハ之ヲ債權者ニ留保スヘキカ將タ全ク辨濟者ニ與フヘキカ曰ク寧ロ初ヨリ解除權ヲ有セル債權者ヲシテ獨リ之ヲ行フコトヲ得セシムルヲ以テ穩當ナリトス但債權者ニシテ全部ノ解除ヲ爲シタルトキハ雖ニ代位者ヨリ受領シタル辨濟額ハ不當ニ利得スルニ至ルヲ以テ之カ返還ヲ爲ササルヘカラスルコト多言ヲ要セサルナリ是レ第五百二條第二項ノ規定アル所以ナリ

前項ノ場合ニ於テ債務ノ不履行ニ因ル契約ノ解除ハ債權者ノミ之ヲ請求スルコトヲ得但代位者ニ其辨濟シタル價額及ヒ其利息ヲ償還スルコトヲ要ス以上ヲ以テ一部辨濟ニ關スル場合ヲ講了セリ以下代位ノ效力トシテ債權ニ關スル證書又ハ擔保物ハ如何ニ之ヲ處置スヘキカヲ説明セント欲ス即チ第五百

三條ニ曰ク

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

債權者ハ一部ニ付キ代位辨濟アリタル場合ニ於テハ債權者ハ債權證書ニ其代位ヲ記入シ且代位者ヲシテ其占有ニ在ル擔保物ノ保存ヲ監督セシムルコトヲ要ス

全部代位ノ場合ニ於テハ債權者ハ自己ノ受クヘキモノノ全部ヲ受ケタルヲ以テ證書若クハ擔保物ハ全ク不用ニ屬スヘク之ニ反シテ代位者ニ於テハ其必要ヲ感スヘク若シ之ナケレハ多クハ代位權ヲ行フコト能ハサルヘシ故ニ此等ノモノハ代位者ヲシテ債權者ニ對シテ其交付ヲ求ムルコトヲ得セシムヘキハ毫モ疑ヲ容レズ然レトモ一部辨濟ノ場合ニ於テハ債權者ハ尙ホ殘額ニ付キ權利ヲ行ハサルヘカラス隨テ證書若クハ擔保物件ハ之ヲ一部辨濟者ニ引渡スコトヲ得サルヲ以テ此場合ニ於テハ其證書ニ代位ヲ記入スルコトトシ例ヘバ保證人カ債務ノ半額ヲ辨濟シタルトキハ債權者ハ其債權ノ半ニ付キ保證人カ代位

權ヲ有スルコトヲ記入スベキモノトシ且其擔保物件ニ付テハ保證人モ亦一部ノ權利者ナルヲ以テ之ヲシテ其擔保物件ノ保存ヲ監督セシムルコトヲ要スルモノトセリ即チ債權者ニシテ不注意ナル者ナラシムル一部擔保者ハ特別ノ保管者ヲ選任シテ之ヲシテ擔保物件ノ保管ヲ爲サシムルコトヲ得ヘク又ハ一定ノ場所ニ寄託セシムルコトヲ得ヘシ又或ハ擔保物件ニ破損ノ箇處ヲ生シ若シ此處等閑ニ付スルトキハ益此破損ヲ増大スル虞アル場合ニ於テ債權者ノ不注意ニシテ之ヲ等閑ニ付スルカ如キ場合ニ於テハ之ヲ修繕セシムルコトヲ得ヘキナリ

以上ヲ以テ證書若クハ擔保物件ノ交付ニ關スル説明ヲ了レリ終ニ債權者ノ故意又ハ過失ニ因リテ代位ヲ不能ナラシメタル場合ニ於テ其責任如何ヲ述ヘン債權者カ故意又ハ過失ニ因リテ擔保者ノ代位ノ全部又ハ一部ヲ不能ナラシメタル場合ニ於テハ果シテ如何ナル制裁アルカ既ニ代位ヲ以テ法律上ノ權利ト爲シタル以上ハ必ス之カ制裁カカルヘカラス或ハ特別ノ明文ナキモ不法行爲ニ因ル責任アリト謂フコトヲ得サルニ非サルヘシト雖モ仍ホ疑ヲ生セサルコ

ト能ハス何トナレハ若シ實際ニ辨濟ヲ爲セハ則チ代位權ナルモノ生ズレトモ未タ保證人其他ノ者カ辨濟ヲ爲スヤ否ヤ不分明ナル間ニ於テ抵當權ヲ拋棄シ或ハ質權ノ目的タル財産ヲ過失ニ因リテ毀損シタル如キ場合ニ於テハ是レ單ニ債權者カ自己ニ不利益ナル行爲ヲ爲シタルニ過キス必スシモ將來代位スルコトアリヤ否ヤ即チ保證人等カ辨濟ヲ爲スヤ否ヤ未タ之ヲ知ルヘカラサルカ故ニ敢テ代位者其者ノ權利ヲ害シタリト謂フコトヲ得スト曰フ者ナキニ非サルヘケレハナリ而シテ我民法ノ如ク絕對ニ代位權ヲ認メサル國ニ於テハ(而シテ此例最モ多シ)原則トシテ右ノ議論ヲ容レサルコトヲ得ス而シテ我舊民法ニ於テハ保證ノ場合及ヒ連帶ノ場合ニ付テノミ右ノ制裁ヲ規定シ外國ニ於テハ保證ノ場合ニハ規定アルモ連帶ノ場合ニハ此規定ナキ例アリ然レトモ我輩ノ見ル所ヲ以テスレハ一旦法定代位ナルモノヲ認ムル以上ハ其代位者カ保證人ナルト連帶債務者ナルト將タ第三取得者ナルトニ因リテ區別ヲ設タルノ理由ナク皆是レ法律カ代位ニ因リテ保護ヲ與フルコトヲ約束シタルモノト謂フヘシ而シテ債權者カ故意又ハ過失ニ因リテ擔保ヲ喪失シ又ハ減少スルコト

債權者自身ニ取リテモ不利益ナルコトナルカ故ニ之ヲ其自由ニ委セサルモ爲メニ債權者ヲ害スルモノト謂フヘカラス蓋シ債權者ハ自己ノ利益ヲ考フルモ通常擔保ヲ喪失シ又ハ減少スヘカラス唯時トシテハ一片ノ義侠心又ハ親戚友人等ニ對スル愛情ニ因リ質權又ハ抵當權等ヲ拋棄スルノ希望ヲ有スルコトアルヤモ知ルヘカラスト雖モ所謂代位者ニ在リテハ若シ辨濟ヲ爲サハ自己ノ損失ニ歸スルコトナキヲ保セサル所ノ地位ニ立ツ者ナルヲ以テ法律ハ之ヲ保護スルカ爲メニ代位權ヲ與ヘタルモ其ナルニ債權者ノ義侠心若クハ愛情ノ爲メニ代位者ノ權利ヲ害シテ抵當權ヲ拋棄シ質權ヲ消滅セシムルモ可ナリト爲メハ甚タ謂レナキコトナリ若シ債權者ニシテ自己ノ希望ヲ滿タサント欲セハ宜シク先ツ保證人ノ義務ヲ免除シ又ハ連帶債務者ニ對シテ連帶ヲ免除シ又ハ第三取得者ニ對シテ抵當權等ヲ拋棄シ而シテ後他ノ者ニ對シ質權又ハ抵當權ノ拋棄ヲ爲シテ可ナリ然ルニ保證人連帶債務者又ハ抵當不動産ノ第三取得者等ニ對スル權利ハ之ヲ留保シ主タル債務者カ辨濟ヲ爲サナリシトキハ此等ノ者ニ對シテ辨濟ヲ求メントスル以上ハ其前ニ質權又ハ擔當權ヲ拋棄シテ明ニ思

惠ヲ施スコトハ法律上許スヘカラサルモノト謂ハサルヘカラス且之ヲ許ストキハ往々弊害アルヲ免レス例ヘハ茲ニ確實ナル保證人又ハ連帶債務者アリテ之ニ對シテ請求スレハ必ず全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ル場合ナリトセン此場合ニ於テハ債權者ハ質又ハ抵當ヲ存スルノ必要ヲ感セサルカ故ニ此等ノ擔保ヲ拋棄スルコトアルヘシ然ルニ經令故意ニ此等ノ權利ヲ拋棄セサルモ自ら怠慢ニ流ルルノ弊ナシトセス然ルニ保證人連帶債務者等ノ爲メニ此抵當質等ノ必要ナルコトアルヘシ此等ノ點ヨリ考フルモ相當ノ制裁ナカルヘカラサルナリ是レ第五百四條ノ規定アル所以ナリ同條ニ曰ク其間ニ何種ノ質又ハ何種ノ擔保第五百條ノ規定ニ依リテ代位ヲ爲スヘキ者アル場合ニ於テ債權者カ故意又ハ懈怠ニ因リテ其擔保ヲ喪失又ハ減少シタルトキハ代位ヲ爲スヘキ者ハ其喪失又ハ減少ニ因リ債權ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度ニ於テ其實ヲ免ル

以上ヲ以テ代位ニ關スル事項ヲ説キ了リタルト同時ニ辨濟ニ關スル説明ヲ了レリ

第二款 相殺

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

ハ甲乙間ノ契約ヲ效力ナキモノト看ルコトヲ得ルモノトス此他ノ場合即チ第三者ノ權利ヲ害セサル範圍内ニ於テハ如何ナル契約ヲモ自由ニ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ予ハ或人ニ對シテ或學科ヲ教フルニ義務ヲ負ヒ其相手方ハ予ニ對シテ金千圓ノ債務ヲ負ヘリト假定セシニ此間ニ於テ相互ノ債務ヲ相殺シテ予ハ教授ヲ爲スコトヲ罷ムル代リニ相手方ニ對シテ千圓ノ債權ヲ拋棄スルノ契約ヲ爲スモ敢テ妨ナキナリ次ニ裁判上ノ相殺トハ反訴ノ方法ヲ以テ行フ相殺ナリ而シテ民事訴訟法中相殺ナル文字ノ明カニ掲ケラレタルハ第二百一條第二項是ナリ曰ク然レトモ答辯書差出ノ期間内ニ差出シタル書面ヲ以テ起ササル反訴ハ被告ノ請求ノ全部又ハ一分ト相殺ヲ爲スヘキ場合ニ於テ同時ニ被告カ自己ノ過失ニ因ラスシテ其以前反訴ヲ起スヲ得ザリシコトヲ疏明スルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ許ス〔次ニ舊民法ノ如キハ法律上ノ相殺トシテ當然ノ相殺ナルモノヲ認メタリ即チ或條件カ具備スルトキハ當然相殺カ行ハルルヲ謂フモノニシテ當事者カ何等ノ意思ヲ表示セサルモ又條件具備ノ後反對ノ意思ヲ表示スルモ敢テ此相殺ヲ妨タルコト能ハサルモノトシ唯初ヨリ或債權ニ付

キ相殺セスト契約シタルトキハ其契約ニ有効ナリトセリ故ニ此ノ如キ特約ナキ場合ニ於テ一旦法律上相殺カ行ハレタル以上ハ當事者カ互ニ相殺ヲ欲セザリシ場合ニ於テモ復タ如何トモスルコト能ハサルナリ新民法ニ於テハ法律上當然相殺ノ行ハルルコトヲ認メスト雖モ一方ノ意思表示ニ依リテ行ハルルモノトセリ是レ亦廣キ意味ニ於テハ法律上ノ相殺ナリ何トナレハ法律上ノ條件ヲ具備シタルトキハ一方ノ意思表示ノミヲ以テ相殺ヲ行フコトヲ得セシムレハナリ此點ニ付テハ古來國ニ依リ時代ニ依リテ大ニ異ナル所ノモノアリ羅馬ニテモ極メテ古キ頃ハ相殺ナルモノヲ認メザリシモ何時シカ之ヲ認ムルニ至リ其後ニ於テモ種種ノ沿革ヲ經來レリ今日ノ歐羅巴諸國ニ於テモ種種ノ主義アリ之ヲ大別シテ三主義ト爲スコトヲ得第一ハ羅馬法ノ主義ニシテ裁判所ニ訴フルヲ要スルモノ即チ裁判上ノ相殺ニシテ一方ヨリ訴ヘ出テタルトキ之ニ對シ相殺ヲ以テ對抗スルニ因リテ行ハルルモノナリ第二ハ當事者ノ一方ノ意思表示ニ因リテ相殺ヲ爲スノ主義ニシテ獨逸法等ノ採用セル所ナリ第三ハ佛蘭西法ノ主義ニシテ相殺ハ法律上當然行ハルルト爲スモノ即チ法律ノ定メテ

ル條件具備スレハ當事者ノ不知ノ間ニ於テモ行ハルルトスルノ主義ナリ此等ノ主義ニ付キ其利害得失ハ後ニ述フル所アルヘシト雖モ我舊民法ハ佛蘭西法ノ主義ヲ採用シタルモノニシテ新民法ハ獨逸法ノ主義ニ則リタルモノナリ尙ホ舊民法ハ法律上ノ相殺ノ外ニ裁判上ノ相殺ヲ認メタリ即チ法律上當然相殺ノ行ハレサル場合ニ於テモ時トシテハ裁判上ノ相殺ノ行ハルルモノトセリト雖モ新民法ハ之ヲ認メス即チ當事者カ相殺ノ意思表示ヲ爲スニハ裁判上ニ於テ爲スモ又裁判外ニ於テ爲スモ可ナリトシ唯一定ノ條件ヲ要スルモノトセリ以下第一ニ相殺ノ條件ヲ述ヘ第二ニ相殺ノ效力ヲ論ゼント欲ス

第一 相殺ノ條件

(一) 實質上ノ條件

民法ノ規定セル所ニ依レハ相殺ニ關スル實質上ノ條件五アリ即チ左ノ如シ

第一條件 同種ノ目的ヲ有スル債權ナルコトヲ要ス

第二條件 第五百五條第一項本文ニ曰ク

二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ニ於テ雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルトキハ客債務者ハ其對當額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得
右ノ條文ノ上段ニ二人互ニ同種ノ目的ヲ有スル債務ヲ負擔スル場合ニ於テトアルハ即チ第一ノ條件ヲ示シタルモノナリ所謂同種ナル語ハ聊カ不明ノ嫌アリ法典調査會ニ於テモ頗ル議論アリシ所ナリ通常ハ代替物ナルコトヲ要スルト爲シ或ハ代替シ得ヘキモノナルコトヲ要スト曰ヘリ舊民法ノ如キハ即チ然リ然レトモ是レ亦不明タルヲ免レス蓋シ代替物チル語ハ我輩ノ解スル所ニ據レハ畢竟當事者ノ意思ニ依リ或ハ甲ノ物ヲ與ヘ或ハ乙ノ物ヲ與ヘテ債務ノ履行ニ充ツルコトヲ得ルモノヲ謂フ例ヘハ金百圓ヲ支拂フヘキ義務ヲ負フ者ハ十圓札十枚ヲ拂フモ十圓金貨十箇ヲ拂フモ又五圓札若干ハ二十圓金貨ヲ以テスルモ敢テ不可ナキナリ是レ代替シ得ヘキモノナレハナリ又例ヘハ債務カ武藏ノ上米ヲ給付スルニ在ルトキハ荷モ武藏ノ上米タル以上現在甲ノ倉庫中ニ存スル米タル乙ノ倉庫中ニ存スル米タルト問ハルナリ然ルニ此等ノ物

ト雖モ當事者ノ意思代替スルコトヲ許ササルニ在ル場合ニ於テハ代替物ト謂フコトヲ得ス例ヘハ封金ハ特定シタル物ニシテ之ヲ預リタル者ハ之ヲ開封シテ使用スルコトヲ得ス即チ最初受取リタル儘ニテ返還セサルヘカラサルナリ特定シタル米ヲ預リタル場合ニ於テモ亦然リ又不動産ト雖モ當事者ノ意思ニ因リテハ代替物ト爲ルコトアリ例ヘハ北海道ノ某地方ニ於ケル土地何町歩ト云フトキハ甲村ノ土地ヲ以テスルモ乙村ノ土地ヲ以テスルモ其約束シタル區域ニ於テ約束シタル坪數ヲ與フレハ則チ可ナリ故ニ此場合ニ於テハ不動産モ亦代替物ナリト謂ハサルヘカラス若シ斯ル意味ニ於テ代替物ナル文字ヲ使用セハ相殺ニ付テモ代替ノ語ヲ用フルモ可ナルヘシト雖モ凡ソ代替物ト謂フトキハ甲ノ債權ノ目的ト乙ノ債權ノ目的トヲ代替シ得ヘキ意味ヲ以テ慣用セル語ニアラス唯或債務ヲ履行スルニ當リ若シ金錢債務ナランニハ法律ノ制限内ニ於テハ何レノ金錢ヲ以テスルモ可ナリ又其目的カ米若クハ土地ナルトキハ何レノ米何レノ土地ヲ以テスルモ可ナリト云フノ意味ニ於テ代替ナル語ヲ用フルモノナルカ故ニ相殺ノ場合ニ於テ此語ヲ用フルハ穩當ヲ缺クモノト謂ハサ

ルヘカラスニハ代替物トハ當事者ノ意思ニ拘ラス物ノ性質ニ據ルモノナリトモシカ是レ羅馬ノ「キスト」ニハ此趣旨ヲ以テ記載シ今日ニ於テモ獨逸ノ學者ノ如キハ仍ホ此意ヲ以テ説明セリ即チ「代替物」トハ例ヘハ金錢又ハ米穀等ノ如キハ性質上代替物ニシテ土地家屋等ノ如キハ性質上非代替物ナリト曰ヘリ若シ此意味ニ於テ代替物ト謂フトキハ到底相殺ノ場合ニ適合セス何トナレハ相殺ノ場合ニ於テハ苟モ當事者ノ意思ニ於テ同種類ノモノト爲シタル以上ハ如何ナル性質ノモノト雖モ互ニ相殺スルヲ妨ケサルニ「代替物」ナル語ヲ右ノ如キ意義ニ於テ此場合ニ使用セハ到底立法者ノ希望シタル所ニ適合セサルニ至ルヘケレハナリ例ヘハ前ニモ述ヘタル如ク當事者雙方ノ債務カ共ニ不動產ヲ目的トセルモ敢テ特定シタル不動產ヲ指スニアラスシテ甲ハ乙ニ對シ或條件ヲ備フル不動產ヲ百町歩與フル義務ヲ負ヒ乙モ亦甲ニ對シ同一ノ條件ヲ備フル不動產百町歩ヲ與フル義務ヲ負ヘル場合ニハ一方ノ意思表示ニ依リテ直チニ相殺ハ行ハルヘキニ拘ラス獨逸等ニ於ケル學說ノ如キ意義ニテ「代替物」ナル文字ヲ使用

スルトセハ本例ノ場合ニ於テハ相殺ハ行ハレサルニ至ルヘシ義務ノ如キハ有體物ニアラサルモ亦同シク相殺ノ目的ト爲スコトヲ得例ヘハ甲ハ乙ニ對シ人ヲ特定セスシテ一定ノ仕事例ヘハ園丁ノ手間十人ノ義務ヲ負ヘル場合ニ於テ乙モ亦甲ニ對シテ同シク園丁ノ手間十人ヲ供給スルノ義務ヲ負ヘリトセシカ此場合ニ於テハ一方ノ意思表示ヲ爲セハ相殺ハ直チニ行ハルヘキナリ然ルニ「代替物」又ハ「互ニ代替」得ヘキ物ト云フ如キ文字ヲ使用スルトセハ聊カ當ラザルモノアルノミナラス之カ爲メニ誤ヲ生シ易シ尤モ前ニ一言シタル如ク「同種」ナル文字モ漠然タルヲ免レスト雖モ此場合ニ於テハ寧ロ此文字ノ方却テ誤ヲ生スルコト尠カルヘシト信ス何トナレハ常識ヲ以テ解釋セハ其範圍自ラ判然タルヘク當事者カ同種ノ目的ヲ有スル義務ナリ同シキ物ヲ目的トスルモノナリト視タルトキハ則チ相殺ニ適スルモノト看ルコトヲ得ヘケレハナリ獨逸ニテモ頗ル議論アリタルニ拘ラス同國民法ニ於テモ亦竟ニ同種ト譯スヘキ文字ヲ用ヒタリ

第二條件 雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルコトヲ要ス 前項第五百五條ニ雙方ノ

民法原理 債權總則 債權ノ消滅

債務カ辨濟期ニ在ルトキハ云云トアルハ即チ第二ノ條件ヲ示シタルモノニシテ
 理ノ當然ナリトス即チ甲ノ債權ハ既ニ辨濟期ニ在リ乙ノ債權ハ未タ辨濟期
 ニ至ラサル場合ニ於テ相殺ヲ行フトキハ果シテ如何ナル結果ヲ見ルヘキカ凡
 ソ期限ノ利益ハ債務者ノ爲メニ存スルヲ原則トス然ルニ右ノ場合ニ於テハ甲
 ハ乙ニ對シテ期限ノ利益ヲ有スルニ拘ハラズ乙ヨリ甲ニ對シテ相殺ヲ對抗ス
 ルコトヲ得ヘシトセハ結局甲ハ期限ノ利益ヲ奪ハルルニ至ル之ニ反シ例外ト
 シテ期限ノ利益カ債權者ノ爲メニ存スル場合ニ於テ甲ヨリ相殺ヲ對抗セハ却
 テ乙ノ利益ヲ害スルコトト爲ル故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ總テ相殺ヲ許スヘ
 カラサルナリ即チ期限ノ利益ハ權利者カ之ヲ拋棄スルカ若クハ協議上之ヲ除
 去スルニアラスシテ單ニ相手方ノ意思ヲ以テ之ヲ奪フコトヲ得サルナリ是レ
 雙方ノ債務カ辨濟期ニ在ルヲ必要トスル所以ナリ尙ホ一言スヘキハ條件附債
 務ヲ以テ無條件債務ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲ得サルコト是ナリ何トナレハ條
 件ノ成就セサル間ハ條件附行爲ノ目的タル債務ハ未タ發生セザレハナリ例ヘ
 ハ金千圓ヲ支拂フ債務カ條件ニ繫レル場合ニ於テ其條件カ未タ成就セザル間

ハ其千圓ヲ支拂フヘキ債務ハ未タ發生セス隨テ相殺ヲ爲スコト能ハサルハ固
 ヲリ言フヲ缺タサル所ニシテ辨濟期ニ在ラズト言ハレヨリハ寧ロ雙方ノ間ニ
 同種ノ目的ヲ有スル債權債務ナシト謂フヲ相當トス
 第三條件 債權ノ性質カ相殺ヲ許スモノナルコトヲ要ス 相殺ノ行ハルルニ
 ハ總テ同種ノ目的ヲ有スル債權タルコトヲ要ス同種ノ目的ヲ有スル債權ニシ
 テ而モ性質上相殺ヲ許ササル場合ハ其例甚タ多カラズ例ヘハ甲ナル農夫ト乙
 ナル農夫ト各互ニ耕作ノ爲メ數日間ノ勞力ヲ供スルコトヲ約束シタリトセン
 カ是レ甲乙互ニ其土地ヲ耕作スルニ自己及ヒ其家族ノミノ勞力ニテハ手不足
 ナルカ故ニ相助合ハントスルニ在リテ例ヘハ甲ノ方ニ於テハ早稲ヲ作ルカ爲
 マニ其多忙ナル時ニ於テ乙ヨリ十人前ノ勞力ヲ借ラントシ乙ハ又晚稻ヲ作ル
 カ爲メニ乙ノ多忙ナルトキハ甲ハ稻ヤ開ナルカ故ニ甲ヨリ十人前ノ勞力ヲ借
 ランコトヲ約束シタルカ如キ是ナリ斯ル場合ニ於テハ互ニ自ラ往キテ働クモ
 可ナルヘク又他人ヲシテ代ラシムルモ可ナラン其期間カ十日未滿ナルトキハ
 必ス他人ノ勞力ヲ供セザルコトヲ得ス要ハ各之ニ因リテ一定ノ期間多人數ノ

努力ヲ得ント欲スルニ在リ然ルニ若シ此義務ヲ相殺スルトキハ雙方ノ土地ハ耕作スルコト能ハサルカ若クハ甚タ難澁ニ陥ルベシ故ニ斯ル場合ニ於テハ相殺ヲ許ササルモノトス又兩替ノ契約ノ如キハ相殺ヲ許ササルニ例ナリ即チ例ヘハ兩替屋ニ對シ百圓ノ債務ヲ負擔セル者カ其兩替屋ニ至リ百圓札ヲ出シテ十圓札ニ兩替センコトヲ求メタルニ兩替屋ハ之ヲ受取リタレ上其者ニ對シ百圓ノ債權アルコトヲ理由トシテ彼此相殺スヘシト主張スルコトヲ得サルカ如キ是ナリ第五百五條第一項但書ハ此條件ヲ明言セリ曰ク「但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス」

但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

第四條件 當事者ノ反對意思ナキコトヲ要ス 第五百五條第二項ニ曰ク「前項ノ規定ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタル場合ニハ之ヲ適用セス但其意思表示ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」

相殺ハ概シテ利益多キカ故ニ之ヲ許スモノナリト雖モ敢テ當事者ノ特約ヲ以テ之ヲ禁スルコトヲ許ササル所ノ公益規定ニアラス即チ或ハ當事者一方ノ意思表示ニ因リテ相殺行ハルルモノトシ或ハ法律上當然行ハルルモノト爲スハ

畢竟之ヲ以テ當事者ノ爲メニ便利ナリト認ムルカ爲メニ外ナラス然ルニ當事者ハ往往ニシテ其約束シタル目的物ハ必ス互ニ之ヲ授受スルヲ以テ便利トスルコトアルヘク隨テ相殺ヲ爲ササルコトヲ特約スルコトアルヘシ是レ敢テ妨害ナキ所ナリ例ヘハ甲ハ一定ノ期限ニ於テ一定ノ金額ヲ得ンコトヲ欲シ乙ニ對シテ其期限ニ於テ其金額ヲ支拂ハシムルノ債權ヲ有セリ然ルニ此甲乙間ニハ他ニ種種ノ取引關係アリ乙亦甲ニ對シテ同種ノ債權ヲ有スルニ至リタリトセヨ此場合ニ於テ若シ當事者間ニ特約アルニアラスンハ乙ハ甲ニ對シ其債權ヲ以テ甲ノ債權ト相殺センコトヲ主張スヘシ果シテ然ラハ甲ハ其豫期ニ反シ大ナル阻礙ヲ惹起スコトアラン是ニ於テカ特約ヲ結ヒテ甲ノ有スル債權ニ限リ相殺ノ目的ト爲スコトヲ得サルモノト爲スコトヲ得セシム此反對ノ意思表示ノ著シキ一例ハ交互計算ニ於テ之ヲ見ル交互計算ハ全ク相殺ヲ禁スル契約ニアラスト雖モ相殺ニ大ナル制限ヲ加フルモノナリ商法第二百九十一條ニ曰ク「交互計算ハ商人間又ハ商人ト商人ニ非サル者トノ間ニ平常取引ヲ爲ス場合ニ於テ一定ノ期間内ノ取引ヨリ生スル債權債務ノ總額ニ付キ相殺ヲ爲シ其總額

ノ支拂ヲ爲スヘキコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生スト本條ニ據リテ之ヲ觀
 レハ交互計算ニ在リテハ法律上ノ條件具備スル毎ニ相殺ハ直チニ行ハルルモ
 フトモスシテ一年間又ハ六箇月ノ債權債務ヲ合セテ一時ニ相殺ヲ爲スモノナ
 リ換言スレハ交互計算ノ特約ニ因リテ一年又ハ六箇月ノ期間ノ經過セザル間
 ハ縱令相殺ノ條件具備スルモ相殺セザルコトト爲ルナリ是レ亦當事者ノ反對
 ノ意思表示アル場合ノ一適例トス
 茲ニ當事者ナル語ノ意義ニ付キ一言スル必要アリ凡ソ民法ニテ當事者ト云ヘ
 ルハ無論當事者ノ一方ノ意味ニアラス當事者ノ一方ヲ指ス場合ニハ明カニ當
 事者ノ一方又ハ各當事者ト記セルカ或ハ規定ノ性質上明瞭ナル場合ニ限ル其
 他ノ場合ニ於テハ常ニ當事者全部ヲ含ムモノトス唯遺言ノ如キ一方行爲ノ場
 合ニ於テ當事者ハ遺言者ノミナリ蓋シ遺言者カ遺言ニ依リテ或人ニ或債權ヲ
 與ヘ此債權ハ相殺ノ目的ト爲スヲ得スト定ムルコトハ固ヨリ妨ナキ所ニシテ
 斯ル實例ハ往往見ル所ナルヘシ例ヘハ遺言者カ自己ノ親族或ハ故舊ニ對シ自
 己ノ死後相續人ヨリ年若若干金ヲ與フルコトヲ遺言シ而シテ此債權即チ相續

人ニ對スル請求權ハ之ヲ相殺ノ目的ト爲スコトヲ禁スル旨ヲ遺言スルコトヲ
 得ルナリ(此場合ニ於テハ相殺ハ民第五一〇條民訴第六一八條第二號ニ依リテ
 モ制限セラレ是レ一方ノミニテ反對意思ヲ表示スルノ一例ニシテ固ヨリ多ク
 ノ場合ハ契約ヨリ生スヘク隨テ此場合ニ於ケル反對意思ノ表示ハ當事者雙方
 ノ特約ヲ要スヘキモノトス

以上ノ特約若クハ特別ノ意思表示ハ當事者間ニ於テ有效ナルハ右ニ述ヘタル
 カ如シト雖モ若シ第三者ニ對シテモ仍ホ有效ナリトセハ第三者ハ迷惑ヲ感ス
 ルコトナシトモ即チ例ヘハ第三者カ或債權カ相殺ノ目的ト爲スコトヲ得ル
 モノト信シ之ヲ讓受ケ又ハ質權ノ目的ト爲シタリトセハ其債權カ相殺ノ目的
 ト爲スコトヲ得ルト否トハ利害ノ關係スル所頗ル大ナルハ多言ヲ要セス然ル
 ニ此善意ノ第三者ニ對シテ特約若クハ反對ノ意思表示アルコトヲ主張スルコト
 ヲ得ルトセハ第三者ハ意外ノ損失ヲ招クコトト爲ルカ故ニ之ニ對抗スルコト
 ヲ得サルモノトセリ而シテ善意ノ第三者ナルコトヲ要スルカ故ニ第三者ト雖
 モ其意思表示ヲ知レル者ニハ之ヲ對抗スルコトヲ妨ケザルナリ

第五條件

○法○律○カ○相○殺○ヲ○禁○セ○ザ○ル○コ○ト○ヲ○要○ス、例へハ民法第五百九條及ヒ第

五百十條ノ如キ反對規定ナキコトヲ要スルモノトス第五百九條ニ曰ク

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

此規定ハ不法行為ニ因リテ債務ヲ負フ者ハ何事ヲ措キテモ先ツ以テ其債務ヲ
履行セザルヘカラスト云フノ趣旨ニ基クモノナリ抑モ不法行為者ハ即チ法律
ノ許ササル事ヲ爲シ之ニ因リテ債務ヲ負フモノナレハ其者ノ責任ハ特ニ之ヲ
明カニセザルヘカラスト然ルニ已レ不法行為ヲ爲シタルニ因リ債務者ヨリ賠償
ノ請求ヲ受ケナカラ嘗テ其債權者ニ對シ貸金又ハ或物ノ代金ノ受取ルヘキモ
ノアルコトヲ理由トシテ相殺ヲ對抗シ以テ其義務ヲ免ルルコトヲ得ルトセハ
不法行為ニ對スル制裁ハ殆ト其目的ヲ達セザルノ感アリ故ニ此場合ニ於テハ
相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ許ササルモノトセリ但茲ニ一ノ注意ヲ要スヘキハ
舊民法ノ如ク法律上當然相殺ノ行ハルル主義ヲ採用スルトキハ斯ル場合ニ於
テハ相殺ハ絕對ニ行ハレザルヘキモ新民法ノ如ク一方ノ意思表示ニ依リテ相

殺ヲ行フノ主義ヲ探ル以上ハ不法行為者ヨリハ相殺ヲ對抗スルコトヲ得スト
雖モ其相手方ヨリハ之ヲ以テ對抗スルコトヲ得ザルヘカラスト尙ホ一步ヲ進ミ
テ法律上當然相殺ノ行ハルル主義ヲ探ル法律ノ下ニ於テモ仍ホ相手方ハ相殺
ヲ對抗スルコトヲ得ルモノトスルヲ至當トスヘキカ如シ後ニ論スル如ク舊民
財第五三一條ハ略之ヲ採用セリ新民法ニ於テ不法行為ノ相手方ニ相殺ノ對抗
權ヲ與ヘタルハ理ノ當然ナリト謂フヘシ例ヘハ甲ハ乙ニ對シテ不法行為ヲ爲
セリ而シテ甲ハ其不法行為ニ因ル債務ヲ履行セスシテ嘗テ乙ニ對スル貸金又
ハ或物ノ代金ノ延滞セルモノアルヲ理由トシテ相殺ヲ對抗セント欲スルモ得
ヘカラスト雖モ此場合ニ於テ不法行為ノ被害者タル乙カ自己ノ利益ノ爲メニ
不法行為ニ因ル債權ヲ對抗シテ自己ノ債務ト相殺ヲ爲スコトヲ得ザルモノト
セハ不法行為ノ被害者ハ却テ普通ノ債權者ヨリモ其保護ノ薄キ結果ヲ生スヘ
キカ故ニ不法行為ノ被害者ヨリ之ヲ對抗スルコトハ敢テ妨ナキナリ是レ第五
百九條ニ其債務者ハ云云トアルニ據リテ明カナリ舊民法ニ於テハ財產編第五
百二十六條第一號ニ於テ此場合ニハ相殺ノ行ハレザルコトヲ規定シ其第五百

三十一條ニ於テ法律上ノ相殺ノ行ハレタル場合ニ於テモ任意上ノ相殺ハ行ハルルコトト爲セルカ故ニ敢テ大ナル差異ナキモ唯其效力ニ於テ異ナル所アリ即チ舊民法ニ依レハ任意上ノ相殺ハ既往ニ遡リテ效力ヲ生セストセリト雖モ新民法ニ於テハ常ニ相殺ヲ爲スニ適シタル始ニ遡リテ其效力ヲ生スルモノトセリ

相殺ヲ禁シタル規定ノ第二ハ第五百十條是ナリ同條ニ曰ク

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

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

ハサルモ相殺ニ依リテハ人ヲ餓死セシムルモ可ナリト云フ結果ト爲ル是レ法律ノ欲セサル所ナリ例ヘハ子カ法律上ノ養料ヲ受ケテ總ニ生活シツツアルニ方リ嘗テ其養料義務者ヨリ金銀ヲ借用シ未タ辨濟セサルニ因リ之ヲ以テ相殺ヲ對抗セラルルニ於テハ子ノ生命ハ將ニ且ニシテ夕ヲ測ラレサラントス又慈惠ニ因リテ受タル收入ハ其恩入其レ自身カ自ラ之ヲ支出スルモノトハ限ラヌ前ニ述ヘタル如ク遺言者カ相續人ヲシテ右ノ如キ義務ヲ負ハシムルコトアリ又契約ニ在リテモ第三者ノ利益ノ爲メニ締結スルコトアリ此等ノ場合ニ於テ相殺ノ原因ノ生スルコトハ往往之アルヘシ蓋シ恩人カ恩惠ヲ施スル意思ヲ以テ負擔シタル債務ニ依リ自ラ相殺ヲ對抗スルカ如キハ普通之ナカルヘキモ相續人其他第三者ニ支拂ヲ爲サシムルトキハ此等ノ者ニシテ恩惠ヲ受タル所ノ子ニ對シ債權ヲ有スルコトヲランカ忽チ相殺ヲ以テ對抗セントスルハ或ハ人情ノ常ナラン然レトモ子ノ恩人ハ子ノ生活ニ向テ特ニ恩惠ヲ施スニ在リ又子ハ之ニ依リテ餓死ヲ免ルルモノナルカ故ニ恰モ差押ヲ禁シタルト同一ノ理由ニ據リ相殺ヲ禁セリ而シテ此等ノ場合即チ養料等ヲ供スル債務者ヨリハ相殺

ヲ對抗スルコトヲ得タルモ養料ヲ受クル債權者ヨリハ相殺ヲ對抗スルコトヲ妨ケス例ヘハ予ニ對スル債權者カ類ニ辨濟ヲ促スニ拘ラス予ニシテ強制執行ヲ受クルコトヲ甘セハ之ヲ放擲シ置クモ可ナリ而シテ養料ハ差押フルコトヲ得タルカ故ニ債權者ノ養料義務ハ依然トシテ存スヘキノミ然レトモ此場合ニ於テ予若シ強制執行ヲ受クルコトヲ欲セザラシカ餓死ヲ賭シテモ猶ホ且養料ノ債權ヲ以テ相殺ヲ對抗セント欲スルコトアルヘシ此場合ニ於テ相殺ヲ對抗スルコトヲ許サストセハ予ニ取リテハ却テ苦痛トスル所ノ強制執行ヲ受ケタルヘカラサルニ至リ法律ハ寧ロ予ノ利益ヲ害スルモノト謂ハサルヘカラス是ニ於テカ法律ハ養料ノ債權者ヨリハ其債權ヲ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ルモノトセリ但法律上ノ養料ニ付テハ特別ノ明文アルカ故ニ養料ヲ受クル者ト雖モ之ニ因リ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ス其明文トハ第九百六十三條ノ規定即チ是ナリ同條ニハ處分トアルカ故ニ法律上當然相殺カ行ハルル主義ヲ採用シタランニハ之ヲ相殺ニ適用スルコト能ハサルコト勿論ナリト雖モ新民法ニ於テハ相殺ハ意思表示ニ依リテナシ行ハルルモノトセルカ故ニ所謂處分トハ其

意思表示ニ因ル處分ヲモ包含スルモノト謂ハサルヘカラス其理由他ナシ凡ソ契約等ニ因リテ養料ヲ受クル場合ニ於テハ其養料ヲ失フモ尙ホ扶養義務者ニ對シテ扶養ヲ求ムルコトヲ得ヘシ故ニ契約上ノ養料ヲ以テ相殺ノ目的ト爲スモ或ハ餓死スルカ如キ不幸ヲ免ルルコトヲ得ヘシト雖モ法律上ノ養料ノ義務即チ扶養ノ義務ハ法律上其範圍一定シ此範圍内ニ於テノミ行ハルルモノナリ故ニ一旦此權利ヲ失ハシカ復タ他ニ扶養ヲ受クルノ途ナク動モスレハ餓死スル者ヲ生スヘシ是レ公益上看過スヘカラサル所ナルヲ以テ契約上ノ養料ハ權利者ヨリ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ルニ反シテ法律上ノ養料ハ之ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ許ササルナリ

以上五ノモノハ新民法ニ於テ相殺ノ實質上ノ條件トシテ定ムル所ノモノナリ舊民法ニ於テハ尙ホ二ノ條件ヲ必要トシタリ第一ハ各主タルモノナラサルヘカラストセリ舊民法財産編第五二〇條例ヘハ債權者カ保證人ニ對シテ負フ所ノ債務ニ付キ保證人ヨリ辨濟ノ請求ヲ受ケタル場合ニ於テ債權者ノ債務ヲ以テ保證人ノ保證債務ト相殺ヲ爲スコト能ハサルカ如キヲ意味ス蓋シ保證人ハ

保證債務ヲ負フコト勿論ナリト雖モ嘗テ述ヘタル如ク後訴ノ利益及ヒ檢索ノ利益ヲ有スル者ナルニ保證人カ債權者ニ對シテ有セル債權ノ履行ヲ請求シタル場合ニ於テ債權者カ自己ノ債務ヲ以テ保證債務ト相殺ヲ行フコトヲ許ストセンカ是レ保證人ノ利益ヲ奪フモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ債權者ハ先ツ主タル債務者ニ請求ヲ爲シタルニ拘ラス辨濟ヲ得ルコト能ハサル場合ニ於テ始メテ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ且保證人ハ主タル債務者ノ財産ヲ指定シ之ニ就キテ辨濟ヲ受クルコトヲ請求スルコトヲ得ヘキニ拘ラス直チニ相殺ヲ以テ對抗スルニ於テハ保證人ハ此等ノ權利ヲ失フニ至ルヘケレハナリ故ニ此ノ如キ相殺ハ許スヘカラスト云フニ在リ然レトモ文字上ヨリ言ヘハ甚タ不正確ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ債權者カ保證人ノ請求ヲ受テタル場合ニ通常相殺ヲ行フコト能ハスト云フハ或ハ同一種ノ債權ニアラサルニ由ルカ又ハ辨濟期ニ在ラサルニ由ルヘシ蓋シ保證人ノ義務ナルモノハ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルニ當リ始メテ履行ヲ爲スヘキ義務ニシテ畢竟一ノ條件附債務即チ主タル債務者ニ請求シタルモ主タル債務者カ

履行ヲ爲ササルトキハ辨濟ヲ爲スヘシトノ債務ナリ故ニ期限到來スルモ主タル債務者カ履行ヲ爲ササル場合ニ於テノミ保證人債務ヲ負フモノニシテ其時マテハ其債務ハ條件附ナリ故ニ此場合ニハ初ヨリ問題ト爲ラザルナリ畢竟問題ト爲ルハ主タル債務ノ期限到來シ而シテ主タル債務者カ履行ヲ爲ササルトキニ在リ何トナレハ此場合ニハ保證債務ノ繫ル所ノ條件ハ成就シタレハナリ尤モ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ請求ヲ爲スヘキコトヲ求ムル權利ヲ有シ且檢索ノ利益ヲ有スルカ故ニ此點ヨリ言ヘハ全ク債權者ノ債務ト同種ノ債務ト謂フコトヲ得サルヘク或ハ未タ辨濟期ノ至ラサルモノト謂フコトヲ得ヘシ故ニ債權者カ之ヲ以テ相殺ヲ爲スコトヲ得サルハ明カナリ然ルニ舊民法ノ如ク單ニ主タルモノナルヲ要スルト言ハハ反對ニ保證人ノ方ヨリ自己ノ債權ヲ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲ得サル如キ威ナキコトヲ得ス蓋シ保證人カ債權者ヨリ請求ヲ受テタル場合ニ其債權者ニ對シテ自己ノ有スル所ノ債權ヲ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ルハ勿論ナルノミナラス主タル債務者カ債權者ニ對シテ有スル相殺ノ原因モ亦之ヲ對抗スルコトヲ得ヘキナリ然ルニ互ニ主タルモ

ノナルコトヲ要スルモノトセハ右ノ場合ニ於テ保證人ハ全ク相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルカノ疑ヲ生スヘシ尙ホ一步ヲ進ミテ論スレハ時トシテハ債權者ヨリ相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ得ル場合アルヘシ即チ保證人カ連帶保證人ナルカ又ハ保證人カ後訴ノ利益及ヒ檢索ノ利益ヲ拋棄シタル場合ニ於テ其保證人カ自己ノ債權ニ基キ債權者ニ對シテ請求ヲ爲サハ債權者ハ相殺ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ヘシ何トナレハ此場合ニ於テハ債權者ハ直チニ保證人ニ對シテ請求ヲ爲スノ權利ヲ有スレハナリ果シテ然ラハ主タルモノナルコトヲ要スルトノ條件ハ正ニ誤レルモノト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ新民法ハ斯ル條件ヲ必要トセザルナリ

第二ニ舊民法ハ明確ナルコトヲ以テ要件トセリ舊民法財産編第五二〇條所謂「明確トハ果シテ如何ナル意味ナルカ其文字自身カ甚タ不明確ナリ此文字ハ佛蘭西法ノ「リキード」(L'écrit)ナル語ヲ譯シタルモノナレトモ未タ以テ的譯ト爲スコト能ハス「リキード」トハ之ヲ直譯スレハ潔白鮮明ナルノ意ナリ之ヲ意譯シテ「明確」云フ如キ文字ヲ用フルハ敢テ故ナキニ非ス此文字ノ解釋ハ從來頗ル

議論アル所ニシテ極端說ト他ノ極端說トノ間ニハ實ニ甚シキ相違ヲ生ス即チ第一說ハ「明確」トハ爭ナキノ意ナリ即チ確ニ成立シテ而シテ其額一定シ毫モ疑ナシト云フ極メテ狭キ意味ヲ採リ此正反對ノ說ハ縱令爭アルモ裁判官ノ眼ヨリ之ヲ觀レハ權利其レ自身ハ明カニシテ又其額モ一定シタルモノナレハ可ナリト爲ス此ノ如ク極端ニ解スルトキハ明確ナルコトヲ要スト規定スルカ如キハ實ニ謂レナキ事ト謂フヘシ何トナレハ若シ第一說ノ趣旨ニテ相殺ヲ許サストセハ五ニ債權者タリ債務者タル者ノ間ニ於テ相殺ヲ希望セザルトキハ毎ニ爭ヲ起スニ至ルヘク又第二說ノ趣旨ニテ相殺ヲ許サストセハ當事者間ニ於テハ實際大ニ爭アルニ拘ラス裁判官ノ眼ヨリ觀テ以テ其成立明確ニシテ且其額モ明カニ定ムルコトヲ得ハ可ナリトスヘキカ故ニ是レ特別ナル條件ニ非ス凡ソ不確定ナル事項ニ關係シタル債權ナルトキハ其債權ノ成立カ不確定ナルト其額ノ不確定ナルトヲ問ハス以テ相殺ヲ爲スコトヲ得サルハ他ノ條件ニ由リテ明カナリ例ヘハ或人カ終身年年若干ノ金錢ヲ與ヘント言ヒシ場合ニ於テハ其債務ハ過去ニ屬セル時期ニ付テハ確定セルモノナルモ其將來ニ屬セルモノ

ニ付テハ未タ確定セサルモノニシテ之ニ就テ相殺ヲ行フコト能ハサルコト勿論ナリト雖モ是レ即チ辨濟期ニ在ラスト云フ點ヨリシテ相殺ヲ爲スコトヲ得サルナリ債權額ニ付テモ亦之ト同一ニシテ當事者カ如何ニ之ヲ争フモ裁判所ニ訴ヘ出ツレハ苟モ權利ノ存スル以上ハ其額モ亦必ス明確ト爲ルモノナリ故ニ結局明確ナルコトヲ以テ相殺ノ一條件トスルニ足ラスト謂ハサルコトヲ得サルニ至ルヘシ是ニ於テカ明確ナル文字ノ解釋ニ付キ折衷說ヲ採ルコトノ已ムヲ得サルニ至ルヘキモ此折衷說モ亦甚タ解シ難シ例ヘハ舊民法財産編第五百二十三條ニハ債務ノ成立其目的物ノ性質及ヒ分量カ確實ナルトキハ其債務ハ善意ニテ争ハルルトキト雖モ之ヲ明確ナリトストアリ此確實ト云フハ果シテ如何ナル意味ナルカ文字其モノヨリ觀レハ右ノ第二說ヲ採リタルモノノ如シ即チ如何ニ争アルニモセヨ苟モ債務ノ成立及ヒ目的ノ性質分量ニシテ定マレル以上ハ確實ナリト看タルモノノ如シ而シテ予モ亦原則トシテ斯ク解セシ者ナリ然レトモ彼ノ損害賠償ノ如キハ此中ニ含まスト謂ハサルヘカラス蓋シ損害賠償ナルモノハ損害ノ有無カ最モ不明確ナルモノニシテ殊ニ其額ニ至リ

テハ全ク裁判官ノ裁量ニ出ツルモノナレハ結局確實ナルモノニアラスト謂ハサルヘカラス此點ハ曾チ疑ナキ所ナリ然レトモ佛蘭西法等ニ於テハ「明確」(Evident)ナル文字ハ尙ホ少シク廣義ニ使用セラレ若シ争アルトキハ其争ニシテ多少理由アル争ナル以上ハ仍ホ不明確ナリトセリ畢竟此明確ナル文字ハ頗ル不明ニシテ孰レノ說ヲ採ルモ其根據甚タ薄弱ナリ前ニモ述ヘタル如ク縱令當事者間ニ争アル場合ニ於テモ法廷ニ出ツレハ其争ノ決セラレサルモノナシ之ヲ決シタル後其以前ニ遡リテ觀察スルトキハ果シテ相殺ノ原因アリタルヤ否ヤハ直チニ判明スヘシ損害賠償ニ於テモ亦然ラサルコトヲ得ス即チ之ヲ理論上ヨリ言ヘハ損害賠償ノ有無ハ初ヨリ一定シ又其額モ一定セリト謂フヘク唯當事者カ其債權ノ成立及ヒ金額ニ付キ争ヘルニ過キス或ハ裁判官ノ知識不完全ナルカ爲メ正確ナルコトヲ知り得サル場合アルヘキモ裁判ハ神聖ナルモノト看做サルヘキモノナルカ故ニ斯ル過失アリトスルモ復タ如何トモスヘカラス但裁判ノ結果ヨリ觀レハ損害ノ有無並ニ損害額ノ幾何ナルカハ判明スルカ故ニ理論上ニ於テハ争アル他ノ權利ト毫モ異ナル所アラサルナリ此ノ如ク明

種ナル條件ハ畢竟謂レナキ條件ナルカ故ニ佛蘭西法並ニ我舊民法ノ採用セル條件ナルニ拘ラス予ハ之ヲ探ラス新民法亦之ヲ探ラザリシナリ

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

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

此規定ハ理論上ヨリ言ヘハ奇異ノ感ナキヲ得ス即チ苟モ履行地ノ異ナル以上ハ敢テ同種ノ目的ナリト謂フコトヲ得ス是レ恰モ總ニ舉ケタル保證債務ト普通ノ債務トハ同種ノ目的ナリト謂フコト能ハサルカ如シ例ヘハ東京ニ於テ金千圓ヲ拂フヘシ又大阪ニ於テ金千圓ヲ拂フヘシト云フハ是レ其種類ヲ異ニスルモノト謂フヘシ當事者ノ利害ヲ考フルモ亦然ラサルコトヲ得ス即チ或ハ東

京ニ於テ受取ルコトヲ便利トスル者アルヘク或ハ大阪ニ於テ受取ルヲ便利トスル者アラン此場合ニ於テ東京ノ者カ大阪ニ行キ大阪ノ者カ東京ニ來リテ辨濟ヲ受ケサルヘカラサルカ如キハ甚タ不便トスル所ナルヘシ故ニ理論上ヨリスレハ此等ノ債權債務ニ付テハ相殺ヲ許スヘカラサルニ似タリ然レトモ相殺ハ後ニ説明スル如ク頗ル便利ナルモノナルカ故ニ立法者ハ縱令履行地カ異ナルヨリ生スル不便アリトスルモ寧ロ相殺ヲ爲サシムルヲ以テ利益ナリト看做セリ然リト雖モ如何ニ相殺ヲ以テ利益アリト爲セハトテ當事者ノ一方ニ損害ヲ被ラシムルコトノ明カナルニ拘ラス仍ホ之ヲ顧ミサルモ可ナリトスルコト能ハス故ニ但書ニ於テ「其相手方ニ對シ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スルコトヲ要ス」ト定メタリ例ヘハ甲乙二人互ニ權利者タリ義務者タル場合ニ於テ甲ハ東京ニ於テ乙ハ大阪ニ於テ各、金千圓ヲ受タルノ權利ヲ有セリトセンカ此間ニ於テ若シ甲ヨリ相殺ヲ對抗セリトセハ甲ハ相殺スルヲ利益トスルカ爲メニ外ナラス然ルニ其對抗ヲ受ケタル相手方乙ハ大阪ニ於テ受取ルノ必要アルカ故ニ大阪ニ於テ受取ラントシタルニ相殺ノ結果恰モ東京ニ於テ受取リタルニ

等シキコトト爲ル然ルニ乙ハ東京ニ於テ甲ニ辨濟スヘキ金千圓ヲ準備シタリ
 シヤモ知ルヘカラス面シテ大阪ニ於テ千圓ノ入用アルカ故ニ之ヲ大阪ニ送リ
 サルヘカラサルコトアルヘシ若シ之カ爲メニ乙ガ損害ヲ被リタルトキハ甲ヲ
 シテ賠償ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ例ヘバ目的物ヲ送付スルニ付テノ手數料
 爲替相場ニ因ル損益商品ノ運賃荷造料此二者ハ通常金銀ニハナシヲ失フコト
 アルヘシ殊ニ外國ニ送ラサルヘカラサル場合ノ如キハ尙ホ種種ノ費用ヲ要ス
 ルコトアリ又物價ノ變動ニ因リテ莫大ノ損失ヲ招クコトナシトセス此他乙ハ
 大阪ニ於テ受取ルヘキモノヲ以テ他ニ給付スヘキ約アリ是ニ付キ違約金ノ約
 東アルニ因リ之ヲ支拂ハサルヘカラサルニ至ルコトアリ斯ル結果ニ至ルハ畢
 竟若甲カ相殺ヲ對抗シタルニ因ルモノナレハ其損害ハ甲之ヲ賠償セザルヘカ
 ラサルモノトス故ニ履行地ノ異ナル場合ニ於テハ迂濶ニ相殺ヲ對抗スルコト
 ヲ得サルナリ

第二ニ注意スヘキハ債權カ差押ヘラレタル後ハ其被差押者即チ自己ノ債權者
 ニ對シテ債權ヲ取得スルコトアルモ之ニ對シテ相殺ヲ對抗スルコト能ハサル

ト是ナリ第五百十一條ニ曰ク債權者ハ其債權者ニ對シテ債權者ノ債權者
 支拂ノ差止ヲ受ケタル第三債務者ハ其後ニ取得シタル債權ニ依リ相殺ヲ以
 テ差押債權者ニ對抗スルコトヲ得ス

例ヘハ甲ハ乙ニ對シテ金千圓ノ債權ヲ有シ乙ハ甲ニ對シテ同シク金千圓ノ債權
 ヲ有スルトセハ此間ニ於テ相殺ハ行ハルヘキ管ナリ然ルニ甲ハ自己ノ債權者
 例ヘハ丙ヨリ其乙ニ對スル債權ヲ差押ヘラレタリ而シテ乙ハ其差押後ニ甲ノ
 債權者ト爲リタル場合ニハ甲ニ對シテ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ス例ヘハ今且
 甲ハ乙ニ對シテ金千圓ノ債權ヲ有セルニ丙ヨリ之ヲ差押ヘラレタリトセヨ明
 日乙ハ甲ニ對シテ千圓ノ債權ヲ取得スルモ最早相殺ヲ爲スコトヲ得ザルナリ是
 レ債權者保護ノ爲メ然ラサルコトヲ得ザルモノニシテ丙ハ甲ノ財産ヲ差押ヘ
 之ニ依リテ辨濟ヲ受ケントスルノ手續ヲ履ミタルニ其後ニ至リ其債權ノ債務
 者即チ乙カ甲ニ對シテ同種ノ債權ヲ取得シタレハトテ相殺ニ因リ差押ヲ無効
 トセラルルニ於テハ丙ハ甚シキ損害ヲ被ルニ至ルヘシ尙ホ之ヲ理論上ヨリ言
 ヘハ差押ハ其目的物ヲ債權者ノ一般ノ財産中ヨリ除斥スル效方ヲ有スルモノ

ナリ即チ債務者タル甲カ乙ニ對シテ有スル所ノ債權ハ丙カ差押ヲ爲シタル時以後ハ法律上殆ト甲ノ財産ニアラスト看做スナリ故ニ其以後ニ於テ乙カ甲ニ對シテ債權ヲ取得スルモ結局自己ノ債務者ニアラザル者ニ對シテ債權ヲ取得スルト擇フ所ナク恰モ是レ甲カ其債權ヲ他人ニ讓渡シタル後ニ之ヲ取得シタルト同一ナリ即チ自己ニ對スル債權カ讓渡サレタル後ニ於テ讓渡人タル舊債權者ニ對シテ債權ヲ取得スルモ最早相殺ヲ爲スコトヲ得ザルコト明カナリ之ニ反シテ縱令差押アルモ差押前ニ取得シタル債權ナルニ於テハ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ是レ亦然ラザルヘカラザルナリ例ヘハ差押前ニ既ニ相殺ノ條件悉ク具備シタル場合ハ勿論後ニ至リテ條件ノ具備シタル場合即チ未タ期限ニ至ラザルモノカ差押ノ後期限到來スルニ至ルモ相殺ヲ對抗スルコトヲ得但之ニ付テハ民事訴訟法ノ手續ト對照シテ考察セザルヘカラス今民事訴訟法第六百九條ニ依レハ債權カ差押ヘラレタルトキハ第三債務者ハ七日内ニ支拂ヲ爲スノ意思アリヤ否ヤヲ陳述セザルヘカラス故ニ相殺ノ原因アルトキハ相殺ヲ行フヘキ旨ヲ陳述スレハ則チ足り隨テ支拂ヲ爲スコトヲ要セザルコト

ト爲ル然ルニ若シ此陳述ヲ爲サザルトキハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償セザルヘカラス換言スレハ相殺ハ債權ノ存スル間之ヲ對抗スルコトヲ得レトモ之ニ依リ債權者ニ加ヘタル損害ヲ賠償セザルヘカラストセハ相殺ヲ行ハザルト同一ノ結果ト爲ルヘシ故ニ若シ七日内ニ相殺ノ意思ヲ表示セザリシトキハ相殺ヲ爲セハ却テ損失ヲ招クコトアルヘキカ故ニ敢テ相殺ヲ爲サザルコト多カルヘシ

(二) 形式上ノ條件

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

ハ乙ニ金千圓ヲ拂ヒ乙亦甲ニ金千圓ヲ拂フトセハ玆ニ二千圓ノ金ヲ準備セザルヘカラザルコト多カルヘク少クモ千圓ハ必ス之ヲ準備セザルヘカラス且互ニ時間ヲ費シ費用ヲ要シテ二度ノ辨濟ヲ爲サザルヘカラス金錢ニシテ猶ホ且然リ若シ商品ナランカ益煩雜ヲ來スヘシ然ルニ相殺ヲ行フトキハ全ク此等ノ不便ヲ避クルコトヲ得ヘシ第二ニハ極メテ公平ナル結果ヲ得例ヘハ甲乙互ニ千圓ノ債務ヲ負ヘリトセシニ甲ハ先ツ其債務ヲ辨濟セリ然ルニ乙ハ更ニ之ヲ支拂ハストセハ是レ實ニ不公平ナリト謂ハサルヘカラス若シ此場合ニ相殺ヲ以テ雙方ノ債務ヲ一時ニ消滅セシメハ甲乙互ニ嚴重ニ辨濟ヲ爲シタルト異ナラザルカ故ニ其公平ナル結果ヲ見ルヤ疑ナキナリ相殺ハ此等ノ利益アルヲ以テ既ニ違ク羅馬法ニ於テモ亦行ハレタル所ナリ是ヲ以テ觀レハ相殺ハ簡易ニ行ハルルヲ以テ可ナリトスヘク苟モ實質上ノ條件具備スル以上ハ直チニ行ハルルモノトセハ則チ二重ノ辨濟ヲ爲スノ必要ナク不公平ノ結果モ亦之ヲ避クルコトヲ得テ大ニ便利ナリト謂フヘク形式上ノ條件ノ如キハ寧ロ之ナキニ如カサルナリ若シ形式上ノ條件ヲ要ストセシカ狡猾ナル者ハ利得ヲ爲シ寛大ナ

ル者ハ損失ヲ爲スコトアラン蓋シ相殺ニ因リテ雙方必ス同一ノ利益ヲ受クルニ限ラス例ヘハ一方ノ債權ハ利息附ニシテ一方ノ債權ハ無利息ナルカ又ハ一方ノ利息ハ高ク一方ハ低キコトアリ此場合ニ於テ法律上相殺當然行ハレヌ必ス一定ノ形式ヲ要スルモノトセハ其方式ヲ履マサレハ相殺ハ行ハレザルカ故ニ狡猾ナル者ハ自己ノ利益ニ從ヒ或ハ直チニ相殺ヲ行ヒ或ハ永ク之ヲ行ハザルヘシ例ヘハ自己ノ債務ハ無利息ニシテ自己ノ債權ハ利息附ナル場合ニ於テ自己ノ債權ノ期限カ既ニ到來セルニ拘ラス相殺ヲ對抗セラルルコトヲ恐レテ敢テ請求ヲ爲サス依然利息ヲ取得シ自己ノ債務ノ請求ヲ受ケタルトキ始メテ相殺ヲ對抗スル如キ策ヲ執ルコトアリ又債權ハ期限ノ早ク到來スルモノト遅ク到來スルモノトアリテ同時ニ時効ニ罹ル如キコト極メテ稀ナルモノナリ又債權ノ種類ニ依リ短期時効ニ罹ルモノアリ若シ短期時効ニ因リテ消滅スヘキ債務ヲ負ヘル者カ相手方ニ對シ其債權ノ行使ヲ爲サス全ク自己ノ債務消滅スルニ至リテ始メテ請求ヲ爲スカ如キ策ヲ執ルコトアラン此場合ニ於テハ相手方ハ相殺ヲ對抗セントスルモ已ニ晚キカ如キ結果ヲ生スヘシ此ノ如クシテ

ト公平ナラシカ爲メニ設ケタル制度カ却テ不公平ナルニ至ル假ニ法律ノ規定ヲ以テ右ノ如キ不正ノ手段ニ出ツル行爲ノ效力ヲ認メサル法規ヲ設ケタルトスルモ實際上ニ於テハ當事者ハ悉ク法律家ニ非ズルカ故ニ一方ハ法律ヲ知リ一方ハ法律ヲ知ラサルトキハ法律ヲ知レル者ハ自己ノ便宜ニ因リ相殺ヲ對抗セント欲スレハ對抗シ對抗セザラント欲スレハ敢テ對抗セザルノ選擇ヲ爲スヘク又同シク法律ヲ知レル者ノ間ニ於テモ一方カ狡猾者ナラシニハ動モスレハ自己ノ利益ヲ壟斷スルコトナシトセス故ニ悉ク此等ノ弊ヲ矯メシカ爲メニハ佛蘭西法竝ニ我舊民法ノ主義ハ最モ適當ナリト謂ハサルヘカラス若シ夫レ確實ナルノ點ニ至リテハ羅馬法主義即チ裁判所ニ於テスルニ非サレハ相殺ハ行ハレストスルヲ第一トセザルコトヲ得ヌ何トナレハ相殺ニ必要ナル條件ノ具備シタルヤ否ヤハ裁判所ニ於テ之ヲ判斷セシムルヲ以テ最モ確實ナリトセザルヘカラス當事者自身ノ判斷ヲ以テ條件ハ充テタリト信シテ相殺ヲ對抗シタルニ未タ備ハサル場合等ニ於テハ却チ煩雜ヲ生スヘケレハナリ且相殺ノ制度ハ當事者ノ利益ヲ慮リテ設ケタルモノナリト雖モ當事者雙方カ未タ之ヲ希望

セザルニ法律上之ヲ強フルノ必要ナカルヘク相殺ノ意思ハ争ノ起リタルトキ始メテ之ヲ表示スルヲ許スニ如カス若シ訴訟ニ至ラサル如キ場合ニハ當事者ノ協議ヲ以テ相當ノ處置ヲ爲サシメテ可ナリト謂フコトヲ得ヘシ然リト雖モ若シ此主義ヲ探ルトキハ亦不公平ナル結果ヲ生スルコト尠カラズ例ヘハ訴訟ヲ起ササルトキハ一方ハ利益ヲ得テ一方ハ損失ヲ被ルノ不幸ヲ免レサルカ如キ是ナリ是ニ於テ折衷主義即チ獨逸法及ヒ我新民法ノ探レル如キ意思表示ニ依リテ相殺ヲ行フコトヲ得セシムルヲ以テ最モ可ナリトスヘキカ我民法第五百六條ニ曰ク
 相殺ハ當事者ハ一方ヨリ其相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス但其意思表示ニハ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得ス
 前項ノ意思表示ハ雙方ノ債務カ互ニ相殺ヲ爲スニ適シタル始ニ遡リテ其效力ヲ生ス
 此主義ニ依レハ裁判所ニ訴フルニ比スレハ其方式簡易ナルカ故ニ相殺ヲ行フコト極メテ容易ナリ隨テ弊害モ亦尠カルヘシ然リト雖モ之ヲ法律上ノ相殺ニ

比スレハ尙ホ幾分ノ弊害アルコトヲ免レス尤モ他ノ一方ニ於テハ法律上ノ相殺ハ當事者ノ知ラサル間ニ於ケル如キ缺點ヲ除クコトヲ得即チ法律上ノ相殺ハ當事者ノ知ラサル間ニ於テモ仍ホ行ハルルカ故ニ當事者カ相殺ヲ欲セザルトキト雖モ條件ノ具備スルト同時ニ當然行ハレ復タ救フヘカラサルニ至ルモ一方ノ意思表示ニ因ルモノトセハ斯ル憂ハナカルヘシ是レ新民法カ折衷說ヲ採ルニ至レル所以ナリ然レトモ予ハ立法論トシテハ當然相殺主義ヲ可ナリト信スル者ナリ反對說ヲ採ル者ハ當然相殺主義ヲ採ルトキハ當事者ノ意思ニ反シテ相殺ノ行ハルルコトアルヲ不可ト爲セトモ予ハ敢テ妨ナシト信ス何トナレハ當事者カ相殺ヲ欲セザル場合ニ於テハ法律上ノ條件ノ具備セザル間ハ何時ニテモ反對ノ意思表示示ヲ爲スコトヲ得ヘキカ故ニ債權發生ノ後ハ當事者雙方ノ協議ヲ要スルコト勿論ナリ敢テ其意ニ反シテ相殺ノ行ハルルカ如キコトアラサルヘク若シ此反對ノ意思表示ヲ爲サザラシカ復タ相殺ヲ欲セザル者ト看ルコトヲ得サレハナリ加之相殺ニ因リテ雙方ノ債務カ一旦消滅スルモ新ニ同一ノ債務關係ヲ生セシメント欲スレハ當事者ノ協議ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ此他ノ場合

ニ於テハ寧ロ法律上ノ相殺ニ依ラシムルヲ以テ便宜ナリト謂ハサルヘカラズ蓋シ相殺ハ同種ノ債務ヲ互ニ履行スルノ不便且無益ノ手數ヲ省キ當事者間ニ公平ヲ保タンカ爲メニ設ケタルモノナルニ因リ舊民法及ヒ佛蘭西法ノ主義ヲ以テ最モ正當ナリト信セザルコトヲ得ス然レトモ此說ハ法典調查會ニ於テハ少數ナリシカ爲メ成立セザリキ但新民法ハ相殺ノ效力ハ既往ニ遡ルモノトセラルカ故ニ一方ノ意思表示ニ依リテ相殺ノ行ハルルヨリ生スル弊害ノ大半ハ之ヲ免ルルコトヲ得ヘシ而シテ此相殺ノ意思表示ニ付キ其表示ヲ爲スノ方法ハ之ヲ限定セザルカ故ニ極端ニ言ヘハ手真似ヲ以テ爲スモ可ナリ況キ口頭又ハ書面ニテ之ヲ爲スヲ得ルハ勿論ナリ唯其意思表示ハ必ス相手方ニ對シテ之ヲ爲ササルヘカラサルノ尙ホ第五百六條第一項但書ニ於テ意思表示ニハ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得ストセリ是レ當然ノ事ト謂フヘシ何トナレハ相殺ノ目的ハ雙方ノ債權債務ヲ消滅セシメントスルニ在ルモノナルニ條件又ハ期限ヲ附スルカ如キハ全ク其目的ニ反スルモノト謂ハサルヘカラサレハナリ

第二 相殺ノ效力

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

相殺ノ效力ハ二辨濟ニ等シト云フノ結果茲ニ充當ノ問題ヲ生ス例ハ甲カ乙ニ對シ二箇以上ノ債權ヲ有シ又ハ乙カ甲ニ對シ二箇以上ノ債權ヲ有シ其目的同一ニシテ同シク金錢ナルカ若クハ同性質ノ商品等ナル場合ニ於テハ先ラ就

レノ債權ト就レノ債權トヲ相殺スヘキカハ是レ即チ充當ノ問題ナリ之ニ付テハ第五百五十二條ニ明文アリ曰ク

第四百八十八條乃至第四百九十二條ノ規定ハ相殺ニ之ヲ準用ス

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

第一ニ第四百八十八條第一項ニ依ルトキハ第一ノ充當額カ債務者ニ存スルト雖モ相殺ニ付テハ元來同一人カ同時ニ債務者ニシテ且債權者ナルカ故ニ充當ノ規定ヲ其儘適用スルコトヲ得ス充當ニ關シ辨濟又ハ履行ノ文字中孰レヲ正シトスルカハ別問題トシ法文ニハ辨濟下アリ而シテ先ツ債務者ノ意思ヲ取レリ蓋シ辨濟ナル行爲ハ債務者ノ行爲ナリ而シテ行爲ノ性質ハ行爲者其者ノ意思ニ依リテ定マルヲ原則トスルニ由ルナリ之ト同一ノ理由ニ據リ相殺ニ付テモ亦其意思表示ヲ爲シタル者ノ意思ヲ以テ基礎トセサルヘカラス例ハ(一)先ナリト雖モ此場合ニハ甲ヲ辨濟者ト看做シ以テ第四百八十八條ノ規定ヲ適用

セサルヘカラス蓋シ相殺ノ意思ハ甲ニ於テ表示シタルヲ以テナリ此理由ニ基キ甲ハ乙ニ對シテ子丑二箇ノ債權ヲ有シ乙ハ甲ニ對シテ一箇ノ債權ヲ有スルハモトセハ充當問題ハ一方ニ於テ生スルニ過キス即チ此場合ニ於テハ甲ハ子丑孰レノ債權ヲ以テモ乙ノ債權ノ相殺ニ充ツルコトヲ得ルモ乙ハ甲ニ對シテ其充當ノ選擇ヲ爲スコトヲ得サルナリ(一)前例ヲ轉倒シ乙ハ甲ニ對シテ二箇ノ債權ヲ有シ甲ハ乙ニ對シテ唯一箇ノ債權ヲ有スル場合ニ於テモ仍ホ其選擇權ハ甲ニ存ス即チ甲カ相殺ヲ對抗スルニ當リ乙ノ二箇ノ債權例ヘハ寅卯中寅ニ對シテ相殺ヲ爲スモ卯ニ對シテ之ヲ爲スモ固ヨリ甲ノ隨意タリ更ニ又例ヲ變シテ(三)甲ハ乙ニ對シテ二箇以上ノ債權ヲ有シ乙亦甲ニ對シテ二箇以上ノ債權ヲ有スル場合ニ於テ假ニ甲ノ債權ヲ子丑トシ乙ノ債權ヲ寅卯トセンニ甲ハ自己ノ債權ノ子ヲ以テ相殺ヲ行フモ丑ヲ以テ行フモ其隨意ニシテ之ヲ乙ノ債權ノ方面ヨリ言ヘハ寅ニ充當セントスルモ卯ニ充當セントスルモ總テ相殺ノ意思表示ヲ爲シタル甲ノ意思如何ニ依ルモノトス

第二二 第四百八十八條第二項ノ辨濟者ナル文字ニ相殺ノ意思ヲ表示シタル者

ト解スルトキハ其相手方ハ即チ辨濟受領者ニ該當ス故ニ前例甲カ相殺ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テ其充當スヘキ債權ヲ指定セズルトキハ甲ハ選擇權ヲ失フモノトス隨テ乙ハ甲ノ債權タル子丑孰レヲ選擇シテ相殺ヲ對抗スルモ可ナリ第二例ノ場合ニ於テモ亦乙ハ自己ノ債權タル寅又ハ卯孰レヲ以テ甲ノ債權ト相殺スルコトヲモ得ヘシ又第三例ノ場合ニ於テハ乙ハ自己ノ債權中寅卯ノ孰レヲ以テスルモ甲ノ債權子丑中其一ヲ選擇シテ之ヲ相殺スルコトヲ得ヘク又乙ハ其二債權ヲ以テ甲ノ二債權ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲモ得ヘシ尙ホ此場合ニ於ケル乙ノ充當權ニ對シテハ甲ハ異議權ヲ有スルカ故ニ甲カ乙ノ充當ニ對シ直チニ異議ヲ述ヘタルトキハ充當ハ甲ノ意思ニ依ルヘキナリ(第四八八條第二項但書充當ノ方法ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スコト相殺ノ場合ニ於テモ異ナルコトナシ(第四八八條第三項) 債權ノ消滅 第三ニ法定充當ノ規定即チ第四百八十九條ノ規定ヲ相殺ノ場合ニ準用セリ此規定ノ詳細ハ既ニ履行ノ説明ヲ爲ス際ニ述ヘタルヲ以テ更ニ講説スルノ必要ナシ以下ノ規定モ亦同シ唯此等ノ規定ヲ準用スルニ方テ辨濟者ナル文字ニ代

ナルニ「相殺」ノ意思表示ヲ爲シタル者ヲ「文字」ヲ以テ「辨濟受領者」ニ代フルニ「相殺」ノ相手方ヲ「文字」ヲ以テ「法文」ヲ讀下スルトキハ其適用ヲ誤ルコトナカルヘシ

以上ハ相殺ノ效力ニ關スル原則ナリ而シテ其效力ハ當事者一方ノ意思表示ニ依リテ效力ヲ生スルモノナルカ故ニ其效力モ亦意思表示ヲ爲シタル時ヨリ發生スルモノナリ然レトモ雙方ノ債權債務ハ相殺ノ效力發生ノ時ヨリ消滅スルモノナルカ將タ相殺ノ條件ノ具備シタル時ニ遡リテ其效力ヲ生スルモノナルカノ問題ヲ生ス法定相殺主義即チ舊民法及ヒ佛蘭西民法等ノ主義ニ依レテ相殺ハ常ニ法律上當然行ハルルモノナルカ故ニ其條件ノ具備シタル時ヨリ直チニ行ハルルモノニシテ大抵辨濟期ノ到來ヲ以テ相殺ノ效力發生ノ時期ト爲ス然レトモ新民法ニ於テハ相殺ハ當事者ノ意思表示ニ依リテ行ハルルモノトセラルカ故ニ理論上ヨリ言フトキハ相殺ノ效力ハ將來ニ於テ生スルモノトセラルヘカラス然レトモ若シ此ノ如クナルトキハ甚タ不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ即チ前ニ述ベタル如ク當事者ハ必ズシモ同等ナル法律上ノ知識ヲ

有スルモノニアラス又同等ニ恰例ナリト謂フコト能ハス而モ又同等ニ貪慾ナルモノニモアラサルヘキヲ以テ法律上ノ知識ヲ有スル狡黠ナル慾張者ハ自己ノ債權ノ存在シ且相手方ノ債權モ亦存在スルコトヲ以テ利益ト爲ス場合ニハ成ルヘク遲ク相殺ヲ對抗スルヲ以テ利益ト爲スカ故ニ相殺ヲ遲延スヘク若シ反對ニ相手方ニシテ狡黠ニ慾張ニシテ且法律ヲ知レル者ナルトキハ期限ノ到來ヲ待チテ直チニ相殺ヲ對抗スヘシ之ヲ要スルニ法律上ノ知識アル狡黠ナル貪慾者ノ爲メニ利益ヲ壟斷セラレ折角公平ヲ旨トシテ設ケタル相殺ノ規定カ却テ不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ是ニ於テカ彼ノ獨逸法ノ如キハ兎角法律上ノ假定ヲ忌ミ或法律行為ノ效力ヲシテ既往ニ遡ラシムルカ如キハ概シテ禁物トスル所ニシテ例ヘハ條件ノ成就契約解除ノ效力等ニ於テカカ如キ皆之ヲ認メサルニ拘ハラス唯リ相殺ノ場合ニ於テハ其意思表示アリタル時ヨリ效力ヲ生スルニ止マルモノトセキハ前述ノ如キ不公平ナル結果ヲ來スヲ以テ立法ノ際種種討論ノ末結局其效力ハ既往ニ遡リ相殺要件ノ具備シタル時ヨリ雙方ノ債權消滅シタルモ又ト看做ス法云フ規定ヲ廢スニ至ルヘシ故ニ縱令

雙方ノ債權ニ付キ利息ノ率ヲ異ニスルモ辨濟期以後ニ於テハ雙方ノ債權ヲ消滅スルカ故ニ互ニ利息ヲ受タルコトヲ得ス若シ之ヲ受取リタルキハ之ヲ返還セザルヘカラス(第五〇六條第二項)而シテ雙方ノ辨濟期同時ニ到來スル如キコトハ甚タ稀ナルヘク多クハ最後ニ期限ノ到來シタル時ヲ以テ相殺ノ效力ヲ生スル時期ト爲ス例ヘハ甲ノ乙ニ對スル債權ハ明治三十二年十二月三十一日ヲ以テ滿期ト爲リ乙ノ甲ニ對スル債權ハ明治三十三年六月三十日ヲ以テ滿期ト爲ルカ如キ場合ニ於テハ六月三十日午後十二時ハ則チ相殺條件ノ具備シタル時ニシテ翌七月一日以後ハ雙方ノ債權債務ハ既ニ消滅シタルモノト看做セリ換言セバ相殺ノ成立セシカ爲メニハ前ニ屢述ヘタルカ如ク意思表示ヲ要シ意思表示ヲ爲サザレバ相殺ハ行ハルルコトナシ然レトモ繼令期限後日月ヲ經テ一方ヨリ相殺ノ意思表示ヲ爲スモ其效力ハ明治三十三年七月一日ヨリ發生シタルモノト看做スカ故ニ速ニ之ヲ對抗シタル者ハ利益シ後レテ之ヲ對抗シタル者ハ損害ヲ被ルカ如キコトハ殆ト之ヲカルヘシ是ニ由リテ之ヲ觀レバ意思表示主義ハ必スシモ不公平ナル結果ヲ生スルモノニアラスシテ實際ニ於

テハ法定相殺主義ト甚シキ差異アルモノニアラザルナリ尙ホ此結果ノ結果トモ謂フヘキモノニシテ而モ普通ノ法理ニ適合セザルモノヲ認メタリ他ナシ時效ニ因リテ消滅シタル債權ヲ以テ相殺ヲ對抗シ得ルコト是ナリ例ヘハ甲ノ債權ハ既ニ明治三十二年十二月三十一日ヲ以テ時效ニ罹リタルモ乙ノ債權ハ未タ時効期間ヲ經過セザル場合ニ於テ乙ヨリ甲ニ對シテ其債權ノ履行ヲ求ムルトキハ普通ノ法理ニ據レバ甲ノ債權ハ既ニ消滅セルカ故ニ相殺ヲ對抗スルコトヲ得シテ必ス自己ノ債務ヲ履行セザルヘカラス然レトモ此ノ如キハ甚タ不公平ナルコト殆ト説明ヲ要セス例ヘハ甲ノ債權ハ三十二年十二月三十一日ニ期限到來シ乙ノ債權モ亦同時ニ期限到來シタリト假定シ唯甲ノ債權ハ特別ノ債權ニシテ一年ノ時効ニ罹リテ消滅シタルモ乙ノ債權ハ普通ノ債權ニシテ十年間ハ時効ニ罹ルコトナキ場合ニ於テハ素ト甲ニ於テモ乙ニ於テモ互ニ辨濟ヲ怠リタルモノニシテ三十二年一月一日ヨリ十二月三十一日ニ至ルマテノ間ニ於テ甲乙孰レカ一方カ相殺ヲ對抗スルトキハ相互ノ債權債務ハ消滅スヘカリシナリ然ルニ此相殺ニ因リテ最モ利益ヲ受タヘカリ

シ甲ハ其性頗ル寛大ナルカ若クハ法律知識ニ乏シキカ爲メ乙ヨリ何等ノ催促ヲ受ケサルヲ以テ己モ亦急キテ催促スルノ必要ナシトシ荏苒一年餘ヲ經過シタル後乙ハ甲ニ對シ其債務ノ履行ヲ求メタルニ付キ甲ハ相殺ヲ以テ之ニ對抗シタリトセシニ乙ハ其債務ノ最早時効ニ因リテ消滅シタルモノナルコトヲ以テ甲ニ對抗シ得ヘシトセハ甚タ不公平ナル結果ニ至ルヘシ是ニ於テカスル場合ニ於テハ遑及效アラシムヘキヤ否ヤニ付キ大ニ議論アリ蓋シ相殺ハ意思表示ニ因リテ成立スルモノナリトセハ其意思表示ノ當時相殺ノ要素タル相互ノ債權債務ノ關係ナカルヘカラス然ルニ甲ノ債權ハ昨年末既ニ時効ニ罹リテ消滅シタリトセハ理論上相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルコト前ニ一言シタルカ如シ是レ單ニ有效ニ爲シタル相殺ノ意思表示ニ遑及效アルヤ否ヤノ問題ニ非スシテ既ニ消滅シタル債權ヲ以テ對抗スルカ如キ法律上殆ト不能ノ事ト謂フヘシ然レトモ前述ノ如ク之ヲ結果ヨリ觀ルトキハ頗ル不公平ナルヲ以テ茲ニ議論ヲ生スルナリ獨逸ノ第一草案ニハ反對ノ規定ヲ爲シタルモ終ニ時効ニ罹リタル債權ト雖モ相殺ノ目的ト爲スコトヲ得ルコトト爲セリ而シテ其理由トス

ル所ハ主トシテ公平ヲ保ツニ在リ然レトモ予ノ見ル所ヲ以テセハ此ノ如ク種種ノ假定ヲ設クルヨリハ寧ロ佛國民法又ハ我舊民法ノ如ク法定相殺ヲ認ムルニ如カサルナリ獨逸民法ニ於テ法定相殺ヲ認メザリシハ蓋シ獨逸ニハ從來ノ沿革上法定相殺ナルモノナカリシカ爲メナリ即チ羅馬法ニ於テハ法定相殺ナカリシカ獨逸ニ於テハ新民法施行前ニハ普通法トシテ羅馬法行ハレタリシカ爲メナリ然レトモ實際ノ便利ヨリ言ヘハ獨逸民法ヨリハ佛國民法ヲ優レリト信スルト同時ニ獨逸ノ如キ沿革ナキ我邦ニ於テハ寧ロ法定相殺ヲ認ムルヲ便宜ナリシト信スルナリ然レトモ前述ノ如キ規定アルヲ以テ實際ニ於テハ敢テ不公平ナルコトナケン第五百八條ニ曰ク
 時効ニ因リテ消滅シタル債權カ其消滅以前ニ相殺ニ適シタル場合ニ於テハ其債權者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得
 獨逸ニ於テハ短期時効ト長期時効トヲ區別セントスル議論アリシモ此說ハ說ニ成立セザリキ我法典調査會ニ於テモ此等ノ規定アルカ爲メ遂ニ意思表示說ヲ採用スルニ至リシナリ

第三款 更改

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

尙ホ我民法上債權ノ譲渡ト更改トノ最モ著シキ差異ヲ擧クレハ債權ノ譲渡ニ
 在リテハ第一ニ債權者ト讓受人トノ間ノ契約ニ因リテ直チニ成立ス契約以外
 ノ行為ニ因リテモ譲渡スコトヲ得ルモ更改ニ在リテハ新舊債權者ト債務者ト
 ノ三者間ノ契約ニ因リテ成立ス即チ二者其成立ニ關シテ差異アリト謂フヘシ
 第二ニ二者其效力ヲ異ニス即チ譲渡ニ在リテハ總テノ權利ヲ其儘ニ移轉スル
 カ故ニ若シ其債權ニシテ保證人其他留置權抵當權等ニ由リテ擔保セララル場
 合ニ於テハ其主タル債權ト共ニ悉ク讓受人ニ移轉スルモ更改ノ場合ニ於テハ
 舊債權ノ消滅スルト同時ニ新ナル債權關係ヲ生スルモノナレハ舊債權及ヒ之
 ニ屬セル總テノ擔保ハ全ク消滅スヘキモノトス唯當事者間ニ於テ特約ヲ以テ
 スルトキハ質權抵當權ノミ之ヲ新債權ニ移スコトヲ得ルニ過キス以上ノ二點
 ハ債權ノ譲渡ト更改トノ差異ノ最モ著シキモノナリ約言スレハ債權ノ譲渡ノ
 場合ニ於テハ同一ノ債權ヲ移轉スルモノナルカ故ニ特約ナケレハ擔保權ヲモ
 併セテ讓受人ニ移轉スルモノナルモ之ニ反シテ更改ニ在リテハ前債務ヲ消滅
 セシムルト同時ニ更ニ新ナル債權關係ヲ生スルモノナルヲ以テ後ノ債權關係

ハ前ノ債權トハ全ク別物ナリ。前債權消滅ニ由リテハ、後債權ノ讓渡ト同シク前債權ヲ其
 次ニ債務ノ引受ナルモノヲ特ニ認ムルトモハ債權ノ讓渡ト同シク前債權ヲ其
 現狀ノ儘ニテ引受クルコトト爲ルヘシ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ或債權ヲ有スル
 場合ニ於テ丙カ乙ノ債務ヲ引受クルトキハ其債務ヲ其儘引受クルモノナレト
 モ更改ニ於テハ之ニ異ナリ舊債務ハ消滅シテ更ニ新ナル債務ヲ生スルモノナ
 ルヲ以テ當事者ノ意思大ニ異ナルモノナリ而シテ更改ノ場合ニ於テハ舊債權
 ニ附隨セル他ノ權利ハ特約アル場合ノ外決シテ移轉スルコトナキモ債務ノ引
 受ニ在リテハ之ト異ナラサルコトヲ得ヌ尤モ債務ノ引受ハ債權ノ讓渡ト同一
 視スルコトヲ得サルモノアリ他ナシ債權ハ債務者ノ行爲ヲ目的トスルモノナ
 ルヲ以テ債務者ハ殆ト權利ノ目的タルカ如キ觀アルコト是ナリ蓋シ債務ノ履
 行ハ多クノ場合ニ於テハ他人ヲシテ代リテ之ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノナ
 リト雖モ其債務ヲ負擔スル者ハ債務者其人ナルコト勿論ナリ而シテ債務者ノ
 實力又ハ伎倆等ハ通常著眼スヘキ所ナリ故ニ從來債權ノ所在ヲ論スルトキハ
 債務者ノ住所ニ在リトスルヲ常トス我民事訴訟法第十七條ハ則チ此主義ヲ取

レリ同條ニ據レハ「債權ニ付テハ債務者ノ住所ヲ以テ財產ノ所在地トセリ又我
 法例第十二條モ亦同一ノ主義ニ據レルモノト謂テ可ナリ」(法例第一〇條參照故
 ニ債權ノ目的ハ債務者ニ存スルモノト謂テハシ債權ノ讓渡ハ債務者ヲ變更セ
 サルカ故ニ之カ爲メ毫モ債權ノ性質ヲ變更スルモノニアラス是レ恰モ此コソ
 プノ所有權ト云ヘハ所有者ハ甲ナルモ乙ナルモ敢テ異ナルコトナシト雖モ「コ
 ソ」所有權ニ代フルニ急須ノ所有權ヲ以テシ以テ同一ノ權利ナリト謂フコ
 ト能サルカ如シ換言セハ此コソ「所有權カ急須ノ上ニ移轉スルト云フカ如
 キハ決シテ想像スルコト能ハサルト同シテ債務者ヲ變更シ甲ノ代リニ乙ヲシ
 テ其債務ヲ負擔セシメ而シテ同一ノ債務ナリト謂フコト能ハス唯相續ノ場合
 ニ於テ相續人ハ法律上被相續人ト同一人ト看做スカ故ニ又被相續人ト同一ノ
 債務ヲ負擔スルモノト視ルモ是レ已ムコトヲ得サル所ナリ故ニ當事者間ニ於
 テハ債務者ヲ變更シ而モ同一ノ債務存續スルモノト如ク看做スコトヲ得ヘキ
 モ以テ第三者ノ權利ヲ左右スルコトヲ得サルナリ。蓋シ「債權ノ消滅」ハ「債權
 尙ホ更改ト債務ノ讓渡及ヒ債務ノ引受ト異ナル點ヲ言ヘハ更改ノ下ニハ目的

其變更ニ因ルモノアリ例ヘテ此茶碗ヲ與スヘキ債務ニ代タルニ土瓶ヲ與スヘキ債務ヲ以テスルカ如キ是ナリ斯ル行爲ハ債權ノ讓渡ニアラス又債務ノ引受ニモアラス同一當事者間ニ於テ唯債務ノ目的物ヲ變更シタルノミ而モ此ノ如キ行爲ハ時トシテ必要ナルコトアリ如何ニ獨逸法ニ於テ更改ヲ認メザルモ此行爲ヲ認メザルコトヲ得ザリキ但代物辨濟ニ關シテ之ヲ規定シ散テ更改トシテ之ヲ規定セス故ニ結果ニ於テハ更改ヲ許シタルト大差ナシト雖モ寧ロ更改ヲ認ムルノ意レルニ如カサルナリ

第一更改ノ條件

更改ノ條件ハ予ノ見ル所ヲ以テスレバ一般ノ條件トシテ二アリ一ハ契約ヲ以テスルコトニシテ一ハ債務ノ要素ヲ變更スルニ在リ第一ニ更改カ契約ナルコトハ第五百十三條第一項ノ示ス所ナリ曰ク「契約ハ其債務ハ更改ニ因リ、其債務ノ要素ヲ變更スル契約ヲ爲シタルトキハ其債務ハ更改ニ因リ、其債務ノ消滅ニ對シテ亦同之ヲ爲ス」云々

此條文ニ所謂契約ヲ爲シタルトキハ下アルハ即チ更改カ契約ニ依ルモノナル

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

第二ノ條件ハ債務ノ要素ノ變更ニシテ是レ亦第五百十三條第一項ニ明示セル所ナリ即チ同條ニ債務ノ要素ヲ變更スル契約下アルハ第二ノ條件ヲ言表ハシタルモノナリ蓋シ債務ノ要素ハ目的債權者債務者ノ三ナルコトハ殆ト異論ナキ所ナリ蓋シ債權ハ即チ要求權ナルカ故ニ其目的ニシテ豫テ確定セルニ非スシハ復タ要求スヘキモノナク隨テ債權ハ成立スルコト能ハス債權者ナケレバ要求スル人ナキヲ以テ債務ハ復タ誰ニ向テカ存セシ又債務者ナケレバ要求ヲ受クヘキ人ナキヲ以テ亦債權成立スルコト能ハサルナリ故ニ此三者ヲ以テ債權ノ要素トスヘキコトハ予ノ疑ハサル所ナリ唯茲ニ疑問ト爲ルハ債

務ハ多クノ場合ニ於テハ法律行為ヨリ生ス然ラハ債務ノ要素ト法律行為ノ要素トハ同一ナリヤ否ヤニ在リ然レトモ如何ナル學說ニ據ルモ法律行為ノ要素ト其法律行為ニ因リテ生スル債務ノ要素トハ之ヲ同ニ視スルコトナカルヘシ即チ先ツ其目的ニ付テ稽スルモ債務ノ目的ト法律行為ノ目的トハ自ラ異ナリ債務ノ目的ハ債權者ヨリ求ムル所ノ債務者ノ給付即チ金錢若クハ其他ノ物ノ所有權ノ移轉若クハ或一定ノ勞務ヲ爲スノ行為ナリ之モ反シテ法律行為ノ目的ハ我輩ノ信スル所ニ據レハ債務ノ目的ニ比シ其範圍汎博ナリ法律行為ノ當事者ハ果シテ如何ナル事ヲ生セシメント欲シタルカ如何ナル事ヲ爲サント欲シタルカ是レ法律行為ノ目的ナリ然ラハ則チ法律行為ノ目的ハ債務ノ目的ノミナラス場合ニ依リテハ當事者ノ何人タルコトヲモ包含セリ例ハ贈與ノ如キニ在リテハ其受贈者即チ何某ナル者ヲモ法律行為ノ要素中ニ包含スルモノナリト信ス尤モ作業ヲ目的トスル法律行為ニ在リテハ債務ノ目的ハ予ノ見ル所ヲ以テスレハ一定ノ人ノ行為タルコト多シ此場合ニ於テハ法律行為ノ目的ト債務ノ目的ト必スシモ異ナレリト謂フコトヲ得ス例ハ橋本雅邦ノ畫ト川

端玉章ノ畫トハ全ク別異ノモノナルコト固ヨリ言フヲ挾クニ面シテ其履行スヘキ人カ雅邦ナルト玉章ナルトノ差異ノ止マラサルナリ唯債務ノ要素ヲ論スルニ方リテハ斯ル區別ヲ認ムルノ必要ナカルヘシ何トナレハ此人格ハ債務ノ目的中ニ包含セシメサルモ他ノ要素中ニ包含セラレルモノナレハナリ但理論トシテハ此區別ヲ認ムルノ必要ナキニ非ス即チ雅邦カ或畫ヲ描クコトヲ約束セルニ更改ノ結果玉章カ描クコトト爲リ雅邦ハ義務ヲ免レタリトセヨ此場合ニ於テハ債務者ノ交替ニ因ル更改ナルコトハ何人モ疑フ容レズト雖モ同時ニ其目的ノ變更アリヤ否ヤノ問題ヲ生ス予ハ目的ノ變更アリト信スル者ナリ然レトモ此ノ如キハ單ニ理論上ノ問題タルニ止マリ殆ト其實益ナシ之ニ反シテ法律行為ノ例ヨリ論スルトキハ當ニ理論上ノ問題タルニ止マラス實際上ニ於テモ頗ル重要ナル問題ニ屬ス例ハ前述べノ如キ事實ニ付キ若シ錯誤ノ存スルアラシカ法律行為ノ無効ヲ來スコトアリ即チ單ニ當事者ニ付キ錯誤アルモ敢テ法律行為ノ無効ノ原因ト爲ラサルコト多シト雖モ右ノ場合ノ如ク爲メニ目的ノ錯誤ヲ來ストキハ明カニ法律行為ノ無効ヲ來スモノナリ其他法律行

爲ノ目的ニ付テハ嘗テ述ヘタル如クニシテ條件ノ如キモ亦法律行爲ノ目的ノ一部ヲ成スモノナリ此等ノ事項ハ總則編中法律行爲ノ章ニ於テ論スルキ事ニ屬シ今茲ニ詳論セザルヘシ要素ニ茲ニ謂フ所ノ「目的」ハ狹義ノモノニシテ債務ノ目的即チ債權者ヨリ債務者ニ對シテ要求スル事柄其レ自身ヲ指稱スルモノトス但我民法ニ於テハ更改ノ規定中債務ノ目的ナル文字ハ僅ニ第五百十八條ノ一箇條ニ於テノミ之ヲ見ル而モ必スシモ目的ノ變更ニ因ル更改ニノミ關スルモノニ非ス故ニ法文ヲ解釋トシテ「目的」ナル文字カ如何ナル意味ヲ有スルカハ多少疑問タルヲ免レズト雖モ法文ニ「債務ノ要素ト曰ヘルハ明カニ目的ヲモ包含スルモノト解セザルヘカラス」ト云フ語句ハ總則編中法律行爲ノ章ニ於テ「債務者及ビ債權者ハ通常法律行爲ノ要素ト爲ルモノニアラス即チ債權者又ハ債務者ハ何人タルモ可ナルヲ原則トス蓋シ法律行爲ノ成立モシカ爲メニハ何人カ其行爲ヲ爲スモノトヲ要シ又相手方アルコトヲ要スル場合多シト雖モ法律行爲ヲ抽象的ニ觀察スルトキハ結局廣義ニ於ケル目的ノ存スル以上ハ敢テ何某ニ由リテ成レル法律行爲タルコトヲ要セス苟モ目的ニシテ存在セバ法

律行爲タルニ妨ナキヲ故ニ當事者ノ何人タルカハ通常法律行爲ノ要素タラサルナリ隨テ當事者ニ付テ錯誤アルモ無効若クハ取消ノ原因ト爲ルモノニテラス唯前ニ例示シタル贈與ノ場合若クハ當事者功或特定ノ作業ノ義務ヲ負擔スル場合ニ於テハ其當事者カ法律行爲ノ要素ト爲ルコトアリ蓋シ此ノ如キ場合ニ於テハ其相手方タ死受贈者若クハ或勞務ヲ爲ス特定人ハ目的中ニ包含セラルルモノニシテ隨テ當事者ヲ以テ法律行爲ノ一要素ト爲スモノナリ然レトモ是レ例外ノ場合ニシテ普通ノ法律行爲ニハナキ所ナリ之ニ反シテ債務其モノヨリ言ヘバ債權者ナキ債權ナク債務者ナキ債務アルコトナシ故ニ此場合ニ於テハ當事者ハ要素ナルコト勿論ニシテ其一方ノ變更ハ即チ要素ノ變更ナルヤ明カナリ此ノ如ク論スルトキハ法律行爲ノ要素ト債務ノ要素トハ之ヲ同一觀スルコトヲ得サルコトヲ知リ得ヘシボワツナイド氏ハ此點ニ付キ或ハ誤解セシニ非サリシカラ疑フ何トナレハ原因ノ變更ヲ以テ更改ノ一場合トセルヲ以テナリ舊民法財産編第四八九條第二號參觀氏ハ甚タ淡泊ニ之ヲ説明シテ曰ク債務ノ要素ハ四アリ「目的」原因三債權者四債務者是ナリ故ニ其一ヲ變更

スルトキハ即チ債務ノ變更アリ隨テ更改アルハシト然レトモ是レ法律行為ノ要素ト債務ノ要素トヲ混シタルモノニ非サルナキカ若シ然リトセハ原因ヲ變更ナルモノハ頗ル奇妙ナルモノナリ夫レ法律行為ノ原因即チ舊民法ノ規定ニ依リ契約ノ原因トハ債務者カ契約ニ因リテ或義務ヲ負擔スルコトニ決意シタル法律上ノ理由ナリ例ヘハ賣買ニ在リテハ賣主ハ買主ノ代價支拂ノ義務ヲ以テ其原因トシ買主ハ賣主ノ或權利ヲ移轉スルノ義務ヲ以テ原因トシ贈與ニ在リテハ或一定ノ人ニ恩惠ヲ施ス意思即チ原因ナリ而シテ舊民法ニ於テハ是レ契約ノ一要素ナリ故ニ此要素ヲ變更スルハ更改ナラシカ然レトモ我輩ヲ以テ之ヲ觀レハ契約ノ原因ヲ變更スルコトハ全ク不能ナルカ如シ蓋シ契約ノ原因ハ寧ろ契約上ノ義務ノ原因ト云フヲ正確トスルカ故ニ義務ノ原因ヲ變更スルト云ヘハ或ハ契約ノ原因ヲ變更スルモノナルカノ疑ヲ生スヘシト雖モ抑々契約上ノ義務ノ原因ト其義務發生ノ原因トハ其名ハ相類スルモ其實ハ大ニ同シカラサルモニアリ而シテ「ボワソオード」氏ノ說明ニ依ルモ更改ニ關シ義務ノ原因ノ變更ト云ヘルハ義務發生ノ原因ヲ變更ヲ指シテ言ヘルカ如シ若シ然リトモ

ハ義務發生ノ原因ト曰ク賣買ナリ曰ク贈與ナリ曰ク貸借ナリ曰ク遺言ナリ曰ク法律ノ規定ナリ此原因ヲ變更スルハ實ニ難事タリ例ヘハ貸借ニ因リテ發生シタル義務ヲ其發生ノ後ニ於テ發生當時ニ遡リ其原因ヲ變更シテ賣買若クハ贈與ヨリ生シタルモノト爲サントスルカ如キ又ハ遺言ヨリ生シタルモノト爲サントスルカ如キハ果シテ爲シ得ヘキノ業ナルヤ又例ヘハ遺言ヨリ生シタル債權ヲシテ贈與ヨリ生シタルモノトラスネンコトハ到底不能ノ事ニアラスヤ故ニ「ボワソオード」氏ト雖モ主トシテ賣買又ハ貸借ヨリ生シタル義務ヲ消費貸借ノ名義ニ變更スル場合ノ一例ニ就テノミ之ヲ説明セリ然リ氏ノ例示セル場合ノ如キハ法律カ特ニ許セル場合ニシテ賣買贈與其他何等ノ原因ヲ問ハス之ニ因リテ負擔セル債務ヲ變更シテ將來消費貸借ノ名義ヲ以テ之ヲ負擔スルコトヲ約スルコトヲ得ヘシ然レトモ是レ決シテ要素ノ變更ニ因リ更改ヲ爲シタルニハ非サルナリ新民法ニ於テモ此種ノ契約ヲ認ムルト雖モ是レ唯法律上ノ一ノ假定ニ過キス而シテ是レ不特定物ノ給付ヲ目的トスル債務ニ付テ生スル問題ナリ例ヘハ賣主カ買主ニ對シテ代價ノ請求權ヲ有スル場合ニ於テ買主

ハ直チニ支拂ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ貸借證書ヲ認メテ之ヲ賣主ニ交付スルカ如キハ能ク人情ニ適シ時ノ古今國ノ東西ヲ論セス皆其效力ヲ認メタリ蓋シ當事者ノ意思ニ於テハ賣買ノ如キハ其關係スル所廣ク其效力永ク存續スルトキハ之ニ伴ヒテ解除權若クハ擔保權等ノ如キ種種ノ關係永ク殘存スヘキヲ以テ此關係ヲ絶チ更ニ單純ナル貸借關係ト爲サント欲スルコトアルヘシ而シテ法律上ノ説明トシテハ賣主ハ賣主ニ對シテ金錢ヲ借入ルルコトヲ約シ賣主ハ買主ニ對シテ金錢ヲ貸渡スコトヲ約スルモノナリ之ヲ普通ノ消費貸借トモシカ一旦買主ヨリ代金ヲ支拂ヒ更ニ賣主ヨリ之ヲ借入ルルコトト爲ルヘシ然レドモ是レ無用ノ煩ナルカ故ニ之ヲ省キ法律ノ假定ヲ以テ買主カ一旦支拂ヒタルモノヲ更ニ借受ケタルト同一ニ看做シテ賣買關係ヲ消滅セシメ更ニ貸借關係ヲ生セシムルコトヲ得ルモノトセリ第五八八條是レ稍ヤ更改ニ似タル所アルモ所謂更改ニハ非サルナリ而シテ買主カ代金ヲ支拂ヒ更ニ貸借關係ヲ生スルモノト看做スコトハ得ヘキモ若シ之ヲ顛倒シテ消費貸借ニ因リテ借受ケタルモノヲ賣掛代金ト爲スカ如キハ全ク詐欺ノ行爲ナリ賣掛代金ニハ先取特

權アリ然レトモ先取特權ニハ目的物ナカルヘカラス故ニ之ヲ主張センニハ必ス事實ヲ虛構セサルヘカラス法律豈ニ斯ノ如キ詐欺ヲ認ムルモノナランヤボワソナード氏ト雖モ斯ル行爲ハ之ヲ爲スコトヲ得スト云ヘリ蓋シ契約ニ關スル規定ト雖モ悉ク任意規定ニ非スシテ公益規定モ亦尠カラス況ヤ義務ノ原因ハ契約ノミニ非スシテ他ニ數多ノ原因アルニ於テヤ「ボワソナード氏」ノ所說ノ如キハ各國ノ法律ニ於テモ其例ニ乏シキ所ニシテ新民法ニ於テハ之ヲ採用セザリシナリ

更改ノ條件ニ關シテハ尙ホ外國ニ於テモ立法例區區ニシテ又學說ノ未タ一定セサルニ箇ノ疑問アリ其一ハ條件附債務ヲ無條件債務ト爲シ無條件債務ヲ條件附債務ト爲シ又ハ條件ヲ變更スル場合ニシテ舊民法ニ於テハ之ヲ更改ニアラスト明言セルモ舊民法財產編第四九〇條第一項舊民法ニ於テハ更改ノ成立スル場合ヲ前述ノ四箇ノ場合ニ限定シ且目的ノ文字ヲ狹義ニ用ヒタルヲ以テ其條件ヲ包含セザルコト明カナリ蓋シ目的ナル文字ヲ廣義ニ解スルトキハ條件モ亦此中ニ包含スヘシ即チ債權者カ債務者ニ對シテ要求スルモノハ例ヘハ

金錢ノ債權ニ在リテハ其所有權ノ移轉ヲ求ムルヲ以テ普通ナリトスルモ若シ明日雨降ラハ金千圓ノ所有權ヲ移轉セント云ハハ其條件ヲモ一括シテ債務ノ目的ナリト謂フコト能ハサルニアラス唯從來ノ用語トシテ目的ナル文字ハ斯ル廣義ニ用ヒサルヲ例トス蓋シ法律行為ノ目的トシテハ必要上ニ於テモ理論上ニ於テモ目的中ニ條件ヲ包含セシムルヲ至當ナリトスルモ債務ノ目的トシテハ同一ノ意義ニ解スルコト能ハサルニ非サルモ通常目的中ニハ條件ヲ包含セサルモノトセリ故ニ舊民法ニ於テハ財產編第四百九十條ノ如キ明文ナキモ條件ノ加除變更ハ更改ヲ成サスト謂ハサルヘカラサリシナラン佛國法ニ於テモ亦然リ羅馬法ハ之ニ反シテ此場合ニハ更改アリトセリ而シテ却テ目的ノ變更ニ因ル更改ヲ認メサリキ唯羅馬法ニ於テハ條件ノミナラス期限ノ變更若クハ加除モ之ヲ更改ト爲シタルモ是レ大ニ近世ノ法律思想ニ反スルモノナリ期限ノ變更若クハ加除ヲ以テ更改ナリトスルカ如キハ到底本邦人ノ頭腦ニ浮ハサル所ニシテ歐洲ニ於テモ近世ニ於テハ斯ル學說ヲ唱フル者アルコトヲ聞カサルナリ故ニ期限ニ付テ言ヘハ有期ノモノヲ無期無期ノモノヲ有期ト爲シ若

クハ其期限ヲ伸縮スルカ如キハ更改ト謂フコト能ハス然レトモ條件ニ至リテハ期限ト同一視スルコトヲ得ス蓋シ條件ハ成就セザレハ其目的タル債務ハ成立スルモノニアラサレハ從來無條件ナル債務ニ附スルニ條件ヲ以テシ若クハ條件附債務ヲ變シテ無條件債務ト爲シ或ハ明日雨降ラハト云ヘル條件ヲ變更シテ明日雷鳴セハト云ヘル條件ト爲スカ如キハ之ヲ同一債務ト謂フコトヲ得ス故ニ此等ノ場合ニハ必ス更改アルモノトセサルヘカラス是レ債務ノ目的タル金時計ヲ變シテ銀時計ト爲シ若クハ銀時計ヲ白銅ノ時計ニ變スルヨリモ甚シキ變更ニシテ此場合ニハ事契約ノ成立如何ノ問題ニ關ス故ニ之ヲ更改ト看ルヲ穩當ト信ス之ヲ要スルニ條件附債務ニ在リテハ通常ノ債務ニ於ケル三要素ノ外條件ヲ以テ一要素ト爲スカ故ニ條件ノ變更ハ即チ要素ノ變更ト爲ルヘシ隨テ新民法ハ條件ノ變更ヲ以テ更改ヲ成スモノトセリ第五百十三條第二項ニ曰ク

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

スル亦同シ

其二ハ手形發行ノ場合ニシテ是レ亦歐洲ニ於テ議論アル問題ナリ從來貸借若クハ賣買等ニ因リテ通常ノ債務ヲ負擔スル者カ債務ノ履行ニ代ヘテ手形ヲ發行シタルトキハ之ヲ更改ト謂フコトヲ得ルヤ否ヤ即チ手形ヲ發行スルトキハ普通ノ貸借若クハ賣買等ノ關係ト異ナリ更ニ新ナル手形上ノ債務ヲ發生スルヲ以テ之ヲ更改ト爲スヘキカ如シ如何更ニ約言スレハ從來ノ債務ハ之カ爲メニ消滅スルヤ否ヤ是ナリ是レ頗ル困難ナル問題ナリ元來手形債務ナルモノハ一種特別ノ性質ヲ有スルモノナルヲ以テ此問題ニ對シテハ明カニ更改ナリト斷言スルコト難ク又更改ニ非スト斷言シ難キモノアリ抑モ手形ニ三種アリ爲替手形約束手形及ヒ小切手是ナリ先ツ爲替手形ニ付テ言ハシカ所置手形ノ發行トハ果シテ如何ナルモノソ手形法ハ各國各同シカラサル所アルモ我邦ノ現行手形法ニ就テ云フトキハ振出人ハ主タル債務者ニ非ス即チ爲替手形ノ振出當時ニ在リテハ主タル債務者ナク支拂人ニ於テ引受ヲ爲シ此ニ始メテ主タル債務者ヲ生スルモノニテ支拂人ニ於テ引受ヲ爲ササル間ハ主タル債務者ナク

皆從タル債務ヲ負フニ過キス即チ振出人ハ若シ支拂人ニ於テ支拂ヲ爲ササルトキハ自己ニ於テ支拂ヲ爲スヘシト云ヘル債務ヲ負擔スル者ニシテ其債務ハ頗ル保證債務ニ類スルモノアリ又裏書人ニ於テモ略振出人ニ同シキ債務ヲ負擔シ而シテ其主要ナル支拂人ハ若シ引受ヲ爲ササルハ全ク債務者ニ非ス故ニ其引受ヲ爲スニテハ第三者ナリ故ニ未タ債務者ノ變更アラズ隨テ確ニ更改アリト斷言シ得サルナリ蓋シ振出人ハ縱令主タル債務者ニアラストスルモ其債務者タルコト疑ナキヲ以テ若シ手形法ヲ離レテ觀察スルトキハ同一債務者ト同一債務者トノ間ニ於テ債務關係依然トシテ存スルモノト看サルヘカラス隨テ更改アリト謂フヘカラスナルニ似タリ約束手形ニ在リテハ爲替手形トハ大ニ其趣ヲ異ニシ其振出人ハ手形債務者ナルカ故ニ賣買貸借等ニ因リテ債務ヲ負擔スル者カ約束手形ヲ發行スルトキハ債務者ノ同一人ナルコト疑ナシ唯手形關係ハ普通ノ債務關係ト異ナル所アルヲ以テ更改アリトノ説ヲ生スルナリ又小切手ハ其性質ヨリ言フトキハ大ニ爲替手形ニ類似スル所アリ即チ振出當時ニ於テハ支拂人ニ於テ何等ノ義務ヲ負フモノニアラス又振出人ニ於テモ支拂

人カ支拂ヲ爲ササル場合ニ於テハ自ラ支拂フヘシトノ義務ヲ負擔スルニ過キ
 ス隨テ性質上爲替手形ト同一ナルカ如クナルモ實際ニ於テハ小切手ハ支拂ノ
 方法ニシテ英國等ニ於テハ支拂金額ノ稍ヤ多額ナルトキハ勿論人ニ依リテハ
 一二磅ノ少額ト雖モ大抵小切手ヲ以テ支拂ヲ爲スヲ例トス此點ヨリ之ヲ觀レ
 ハ是レ更改ニシテ前債務消滅シテ更ニ新ナル債務ヲ生スト云フカ如キ觀念ハ
 起ラサルモ性質ヨリ論スルトキハ爲替手形ト異ナルコトナシ故ニ明文ナキト
 キハ疑ヲ生スルコトハ決シテ無理ナラサルコトナリ故ニ新民法ニ於テハ此疑
 問ニ對シテ明答ヲ與ヘ爲替手形ノ發行ハ更改ヲ成スト雖モ約束手形若クハ小
 切手ノ振出ハ更改ヲ成サストセリ新民法カ斯ル主義ヲ採リタルハ固ヨリ理由
 アルコトナリ抑モ爲替手形ヲ振出シタルトキハ支拂人ハ直チニ債務者ト爲ル
 モノニ非サルモ多クノ場合ニ在リテハ濫ニ手形ヲ振出スモノニアラス尤モ商
 人カ破産ヲ爲ス前等ニ在リテハ時トシテ濫ニ之ヲ振出スノ弊アルモ蓋シ自己
 ノ振出シタル手形ニシテ不渡ト爲ルトキハ忽チ其信用ヲ失墜スヘキヲ以テ濫
 ニ手形ヲ振出スカ如キコトハ通常爲ササル所ニシテ必ス支拂人ノ許ニ支拂ニ

充ツヘキ資金アルヲ常トス故ニ支拂人ハ手形法上ニ於テハ引受ナキ以上ハ債
 務者ニアラサルモ若シ手形ヲ離レテ觀察スルトキハ此場合ニ於ケル支拂人ハ
 支拂ヲ爲ス義務アルモノトス佛國裁判例ノ如キハ此場合ニ於テ支拂人ハ手形
 上ノ債務者トセルカ如キモ是レ手形法上ノ見地ト裏面ノ實相トヲ混淆シタル
 モノナルカ故ニ我立法者ハ之ヲ探ラサリシカニ蓋シ支拂人ニ於テ支拂ヲ爲サ
 サルトキハ結局振出人ニ於テ支拂ヲ爲ササルヘカヲサルトコトハ言フヲ埃タス
 ト雖モ今此場合ニ於ケル手形振出當時ノ當事者ノ意思ヲ觀察スルニ振出人ハ
 自己カ支拂人ニ對シテ有スル債權ヲ手形ノ受取人ニ移轉セントスルニ在ルカ
 如シ是レ固ヨリ債權者ノ變更ヲ來スヘキ純然タル債權ノ讓渡ニハ非サルモ願
 ル之ニ類スルモノアリ換言スレハ債權者ノ變更ト同時ニ債務者ノ變更アル債
 權者及ビ債務者ノ交替ニ因ル更改ト實際ノ趣ヲ同シウスルモノアリ是レ爲替
 手形ヲ發行シテ債務ノ履行ニ代ヘタルトキハ更改アルモノトセル所以ナリ
 次ニ約束手形ハ如何曰ク舊債務ニ代フルニ約束手形ヲ以テシタル場合ニ於テ
 ハ債務者ハ從來普通ノ借用證書等ニ依リテ證明セラレタル債務ニ對シテ約束

手形ナル實際ニ便利ナル債權證書ヲ與ヘタルモノニシテ實際ニ於テハ證書ヲ
 書替ヘタルニ異ナルコトナシ當事者ニハ何等ノ變更アルコトナシ債權者ハ後
 日其權利ヲ讓渡スコトアルモノ手形發行ノ當時ニ於テハ債權者ヲ受取人トシテ
 之ヲ發行スルカ故ニ債權者ニ變更ナク又目的ニモ變更ナシ即チ毫モ債務ノ要
 素ニ變更ヲ生セズ尤モ手形ニハ普通ノ債務ニ存セザル種種ノ效力アルモ此
 如キ事實ハ手形ノ場合ニ限ラス例ヘハ從來無擔保ノ債權ニ對シ抵當權ヲ設定
 モシタリトモ從來ノ債權者ハ普通ノ債權者ニアラズシテ物上擔保ヲ有ス
 ル抵當權者ト爲リ其權利ハ從來ノモノニ比スルトキハ頗ル強大ナル效力ヲ有
 スルモノト爲ルヘシ手形ノ場合ニ於テモ亦之ト同シテ手形債權者ハ普通ノ債
 權ヨリ有力ニシテ便利ナル權利ヲ有スト云フニ過キス故ニ之ヲ以テ更改ト謂
 フコトヲ得サルナリ

又小切手ニ至リテハ前ニ述ヘタル如ク其性質ニ於テハ爲替手形ト異ナラザル
 カ故ニ爲替手形ノ發行ヲ以テ更改ナリトモハ小切手ト擬出モ亦更改ナリトモ
 サルヘカラザルニ非ザルカレ成アルモ其當事者ノ意思ニ於テハ小切手ハ唯支

拂ノ方法トスルニ過キス例ヘハ予カ現金ヲ有セハ之ヲ銀行ニ預ケ置キ後日他
 ニ支拂ヲ爲スノ必要ヲ生シタル場合ニ於テ小切手ヲ認メテ之ヲ債權者ニ渡シ
 其銀行ニ就テ支拂ヲ求メシムルノ方法ニシテ當事者ノ意思ハ決シテ予ハ全然
 義務ヲ免レ其債務關係ヨリ離脱シテ銀行ヲシテ代リテ債務者タラシメントス
 ルモノニ非ス故ニ此場合ハ唯辨濟ノ方法トシテ小切手ヲ使用スルモノニシテ
 恰モ予カ支拂ヲ爲ササルヘカラザル場合ニ於テ支拂人ヲシテ代リテ支拂又爲
 サシムルニ異ナラス換言スレハ予ノ債務消滅シテ支拂人ノ債務發生スヘキ更
 改ノ場合トハ大ニ同シカラザルモノアリ是ヲ以テ小切手ハ爲替手形ト其性質
 ノ相似タルニ拘ラス其趣ヲ異ニスル所アリ故ニ小切手振出ノ場合ニ於テハ更
 改ナキモノトモトセ

終ニ臨ミテ尙ホ一ノ問題ノ論究スヘキモノアリ他ナシ裏書ノ場合是ナリ法文
 ニハ單ニ債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スル亦同シトアリテ裏書ノ場合
 ヲ規定セズ然レトモ予ノ信スル所ニ據レハ裏書ハ明カニ債務者ノ變更ニ因ル
 更改ナリ例ヘハ予カ甲ナル者ニ對シテ義務ヲ負ヘル場合ニ於テ其債務ノ履行

トシテ金錢ノ所有權ヲ移轉スル代リニ豫テ丙ヨリ受取リタル手形ヲ以テ之ニ裏書シテ辨濟ニ充テ其義務ヲ免レタル場合ニ於テハ債ニ債務者ヲ變更スルハ意思アリタルモノト謂ハサルヘカラス即チ爲替手形ニ在リテハ支拂人カ引受ヲ爲ササル間ハ主タル債務者ナシト雖モ裏書人ヨリ之ヲ觀レハ振出人ハ一入債務者ナリ而シテ其債務ノ性質ハ若シ支拂人カ支拂ヲ爲ササルトキハ所持人ニ振出人ニ對シテ支拂ヲ求ムルコトヲ得ルト云フニ在リ故ニ裏書人ハ被裏書人ヲシテ振出人ニ對シ自己ニ代リテ權利ヲ行ハシメントスルノ意思ナリシト看做ササルヘカラス尤モ裏書人ニモ一種ノ連帶ニ類スル責任アルヲ以テ償還請求ヲ受クルコトアルモ當事者ノ意思ニ於テハ之ヲ目的トセルモノト謂フコトヲ得ス殊ニ約束手形ノ場合ニ至リテハ其振出人ハ初ヨリ主タル債務者ナルカ故ニ其手形ヲ以テ予ノ受取人ニ對スル債務ノ支拂ニ充ツルハ予カ振出人ニ對スル債權ヲ以テ予カ受取人ニ對スル債務ニ代フルモノ即チ債務者ト債權者トヲ同時ニ變更スル更改ナリト謂ハサルヘカラス小切手ニ於テモ爲替手形ノ裏書ノ事ヲ論シタル際ニ述ヘタルト同一理ニシテ即チ予カ銀行ノ預金ヲ

引出ス爲メニ小切手ヲ出スモノト異ナリテ銀行ニ於テ支拂ヲ爲ササルトキハ振出人ニ於テ支拂フヘキ其振出人ノ債務ヲ以テ自己ノ債務ニ代フルモノナルヲ以テ要素ノ變更アルコト明カナリ是レ敢テ明文ヲ埃タサル所ナリ唯發行ニ付テハ明文ナキトキハ疑問ヲ生スルノ虞アルヲ以テ特ニ之ヲ規定シタルノミニ更改ノ條件ヲ説キ了ラントスルニ臨ミ舊民法ニ於ケル更改ノ條件ニ付キ聊カ批評ヲ試ミント欲ス原因ノ變更ニ付テハ再ヒ費セス

舊民法財産編第四百九十條ニ曰ク當事者カ期限條件又ハ擔保ノ加減ニ因リ又ハ履行ノ場所若クハ負擔物ノ數量品質ノ變更ニ因リテ單ニ義務ノ體様ヲ變スルトキハ之ヲ更改ト爲サス商證券ヲ以テスル債務ノ辨濟ハ其證券ニ債務ノ原因ヲ指示シタルトキハ更改ヲ成サス從來ノ債務ノ追認ハ其證書ニ執行文アルトキト雖モ亦同シト期限條件擔保等ニ付テハ既に説明セリ履行ノ場所ノ變更ハ固ヨリ目的ノ變更ト謂フコトヲ得ス又固ヨリ債權者ノ變更ニモアラス隨テ問題ト爲スニ足ラサルナリ手形ニ關シテハ既に説明シタル所ニ據リテ新舊民法其主義ヲ異ニスルコト明瞭ナリト信ス唯舊民法ノ主義ノ如何ニ其理由ニ乏

シキカヲ一言セントス即チ同法ニ依レハ商證券ニ債務ノ原因ヲ指示シタルト
 キハ之ヲ以テ辨濟ヲ爲スモ更改ト爲ラサルモノトセリ蓋シ舊式ノ手形法ニハ
 往往ニシテ債務ノ原因ヲ記載スヘキモノトセルモノアレトモ是レ全ク不必要
 ナルコトナルカ故ニ佛蘭西等ニ於テハ斯ル規定ノ存スルニ拘ラス殆ト有名無
 實ニ歸セリ蓋シ手形ヲ發行スルニ方リ何物ヲモ受取ラスシテ發行スル者殆ト
 之ナカルヘク隨テ之ヲ發行スルノミニ依リテ原因ノ存セルコトヲ表明スルモ
 ノト謂フモ可ナリ然ルニ原因ノ記載ヲ爲シタル手形ニ依ル辨濟ハ「ボワツナ
 ド氏ノ説ニ依レハ更改ト爲ラス而シテ我商法手形編ノ規定ニ依レハ手形ニ債
 權ノ原因ヲ記載スルコトヲ要セス若シ斯ル記載ヲ爲サハ是レ不必要ナル記載
 ヲ爲シタルモノナリ然ルニ之ヲ記載スレハ更改ト爲ラス之ヲ記載セザレハ更
 改ト爲ルト云フハ豈ニ奇ナル結果ニ非スヤ」
 抑モ舊式ノ法典ニ於テハ何故ニ債務ノ原因ヲ必要ト爲スカ他ナシ法律行爲ニ
 ハ原因ヲ必要トストノ思想ニ基ク然リト雖モ素ト此思想ノ誤レルノミナラス
 假ニ此主義ヲ採ルトスルモ必スシモ手形ニ原因ヲ記載セシメサルヘカラサル

ノ理ナシ故ニ今日ニ於テハ斯ル條件ハ大多數ノ立法例ノ採ラザル所ナリ然ル
 ニ此極メテ些末ナル事項ニ極メテ重大ナル效力ヲ付シ其有無ノ結果甚シキ差
 異ヲ生スヘキモノトスルカ如キハ實ニ謂レナキ事ナリ蓋シ其有無ニ依リテ更
 改ノ有無ヲ決スルモノトセハ其結果ノ甚大ナルコトハ言フヲ埃タス若シ更改
 アリト爲セハ前ノ債務ハ全ク消滅スヘク更改ナシトセハ前ノ債務ハ依然存在
 スヘシ而シテ債務消滅セハ之ニ附隨セル擔保ハ自ラ消滅スヘシ要スルニ斯ル
 不必要ナル文字ニ斯ル重大ナル效力ヲ付スルハ毫モ理由ナキ所ナリ
 尙ホ特ニ財産編第四百九十條ノ誤レル點ヲ述ヘンニ同條ニハ負擔物ノ數量品
 質ノ變更ニ因リテ單ニ義務ノ體様ヲ變スルトキハ之ヲ更改ト爲サズトアリ所
 謂負擔物ノ數量品質ナルモノカ義務ノ體様ヲ變スルニ異ニ奇怪ナル言ナリ吾レ
 嘗テ之ヲ聞ク期限ハ體様ナリ條件ハ體様ナリトモ數量及ヒ品質モ亦體様ナ
 リトハ此法文ニ依リテ始メテ聞ク所ナリ文字ノ誤用ハ猶ホ起スヘシトスルモ此
 文字ノ誤ヨリ竟ニ實質ノ誤ヲ來セリト信ス即チ體様ノ變更ハ佛蘭西法式ノ法
 律ニ於テハ更改ト爲ラスト雖モ數量品質ノ變更ハ正ニ目的ノ變更ナリ例ヘハ

金千圓ノ債務ヲ變更シテ二千圓ト爲シ武藏ノ上米ナリシヲ下米ト爲セ
 是レ目的ノ變更ニシテ明カニ更改ヲ成スヘク正シク法律行為ノ要素カ更改
 セラレタルモノト謂フヘシ但數量ノ變更ハ理論上ヨリ言ヘハ全ク同一ナリト
 雖モ唯此場合ニ於テハ實際上大ニ當事者ノ意思ヲ探究セサルヘカラスルモノ
 アリ即チ當事者ハ果シテ更改ヲ爲スノ意思ナリシカ或ハ從來ノ債務ニ加フル
 ニ新ナル債務ヲ以テシ又ハ從來ノ債務ノ一部ヲ消滅セシムルノ意思ナルカヲ
 明カニセサルヘカラス例ヘハ茲ニ金千圓ノ債務ヲ負ヘル者カ之ヲ二千圓ニ改
 メタリトセンカ之ヲ改ムルト言ヘハ恰モ更改ナルカ如シト雖モ當事者ハ悉ク
 法律家ニアラサルカ故ニ其本意ハ從來ノ千圓ノ債務ニ加フルニ尙ホ新ナル千
 圓ヲ以テスルノ意味ナルコトモアリ得ル事實ナリ又其反對ニ從來ノ二千圓ノ
 債務ヲ改メテ千圓ト爲ス場合ノ如キモ語辭ノ上ヨリ之ヲ觀レハ恰モ更改ナル
 カ如シト雖モ當事者ノ意思ニ於テハ單ニ千圓ヲ免除スルニ在ルコト亦往往ニ
 シテアリ得ル事實ナリ然レトモ理論上ニ於テハ數量ノ變更ハ即チ目的ノ變更
 ニシテ隨テ更改ヲ成スコトハ蓋シ疑ヲ容レサル所ナリ

以上ハ更改ノ一般ノ條件ナリ是ヨリ債務者ノ交替ニ因ル更改ノ特別條件ト債
 權者ノ交替ニ因ル更改ノ特別條件トヲ説明セン

(一) 債務者ノ交替ニ因ル更改ノ場合 債務者ノ交替ニ因ル更改ノ特別條件ハ
 第五百十四條ニ之ヲ規定セリ曰ク

債務者ノ交替ニ因ル更改ハ債權者ト新債務者トノ契約ヲ以テ之ヲ爲スコト
 得但舊債務者ノ意思ニ反シテ之ヲ爲スコトヲ得ス

更改ナルモノハ一ノ契約ナルコトハ既ニ之ヲ述ヘタリ而シテ其契約ハ新舊二
 箇ノ債權ノ當事者皆其當事者ト爲リテ之ヲ結フヲ以テ本則トスヘク即チ債權
 者ノ交替ニ因ル更改ニ於テハ契約カ新債權者ト舊債權者ト債務者トノ三人ノ
 間ニ結ハルルモノナリ又目的ノ變更ニ因ル更改ニ在リテハ債權者及ヒ債務者
 ハ變更セサルカ故ニ此兩人ノ間ニ於テ其契約ヲ結ハサルヘカラス此等ハ疑ナ
 キ所ナルヲ以テ敢テ明文ヲ設ケザリキ債務者ノ交替ニ因ル更改モ亦之ニ同シ
 ク債權者ト新債務者ト舊債務者トノ三人間ノ契約ニ由リテ成立スルヲ本則ト
 ス然レトモ常ニ之ヲ必要トスルニ非スシテ單ニ債權者ト新債務者トノ間ノ契

約ニ因リテモ亦之ヲ爲スコトヲ得セシム第五百十四條ハ即チ此事ヲ規定セルモノナリ此規定ノ理由ハ蓋シ債務者ノ交替ニ因ル更改ノ場合ニ於テハ畢竟前債務者ノ義務ヲ免除シテ新ナル債務者ヲ作ルモノナリ而シテ債務ハ原則トシテ第三者代リテ其履行ヲ爲スコトヲ得ルモノトス既ニ債務ノ履行ニ付キ第三者ノ債務者ニ代ルコトヲ許ス以上ハ即時ニ履行セシテ後日代リテ履行スルコトノ約束ヲ爲スコトモ亦之ヲ許ササルヘカラス例ヘハ甲ハ乙ニ對シテ債務ヲ負ヘリ予ハ甲ノ友人ナルヲ以テ甲ヲシテ其債務ヲ免レシメント欲スレトモ即時ニ之ヲ辨濟スルコト能ハサルヲ以テ予代リテ其債務ヲ負ラニ由リ甲ノ債務ヲ免除セシコトヲ要請シ乙之ヲ承諾シタリトモ是レ即チ債務者ノ交替ニ因ル更改ナリ若シ此場合ニ於テ予カ直チニ之ヲ支拂ヘバ第三者カ爲ス辨濟ト爲ル而シテ苟モ第三者ノ辨濟ヲ有效トスル以上ハ右ノ如キ更改モ亦之ヲ許ササルノ理由アラサルナリ是レ右ノ規定ヲ設ケタル所以ナリ此規定ノ趣旨此ノ如シトモハ隨テ但書ノ必要ヲ生スヘシ即チ舊債務者ノ意思ニ反シテ更改ヲ爲スコトヲ得ス是レ第三者ノ辨濟ノ場合ニ關スル第四百七十四條第二項ノ規定

ト其趣旨ヲ同シクス
 (二) 債權者ノ交替ニ因ル更改ノ場合ニ債務者ノ交替ニ因ル更改ノ特別條件ハ第五百十五條ニ之ヲ規定セリ同條ニ曰クモ
 債權者ノ交替ニ因ル更改ハ確定日附アル證書ヲ以テスルニ非ラレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
 債權者ノ交替ニ因ル更改ハ新舊ノ債權者ト債務者トノ同意アレハ當事者間ニ於テ絕對ニ成立スルト雖モ第三者ニ對シテハ未タ十分ナリトスルコトヲ得ス蓋シ債權者ノ交替ニ因ル更改ハ債權ノ讓渡ニ酷似スルヲ以テ獨逸民法ノ如キハ債權ノ讓渡ハ之ヲ認ムルモ更改ハ全ク之ヲ認メスト雖モ我民法ニ於テハ此更改ヲ以テ純然タル債權ノ讓渡ト爲スヘカラスルコト勿論ナリ唯債權者ノ變更スル點ハ二者頗ル相類スルヲ以テ債權讓渡ノ場合ニ於テ第三者ニ對シ確定日附アル證書ヲ必要トスル以上ハ此更改ノ場合ニ於テモ亦其必要アリト謂ハサルコトヲ得然ラハ則チ何か故ニ第三者ニ對シテ確定日附アル證書ヲ必要ト爲スカ曰ク是レ當事者間ノ通謀ニ因リ虛偽ノ證書ヲ作成スルノ虞アレバナ

リ例へハ甲カ乙ニ對シテ一定ノ債權ヲ有シ之ヲ丙ニ讓レリ此讓渡ハ乙ニ對シ通知ヲ爲スカ又ハ承諾ヲ經テ有效ニ成立シタリ然ルニ其後舊債權者甲及ヒ債務者乙ハ丁ナル者ト通謀シテ更改契約ヲ結ヒ其日附ヲ前ノ債權讓渡行為以前ニ廻ラシメタリトセハ即チ丙ニ對スル債權讓渡ノ日ニ於テハ甲ノ債權ハ既ニ更改ニ因リテ消滅セシコトト爲リ隨テ甲カ丙ニ對スル讓渡ハ其效力ヲ生セサル結果ヲ見ルニ至ルヘシ斯ル場合ニ於テ確定日附アル證書ヲ要スルモノトキハ後日ニ至リ虛偽ノ證書ヲ作成スルコト能ハス即チ一旦讓渡ヲ爲シタル以上ハ後ニ更改ヲ爲サントスルモ之ヲ爲スコト能ハサルナリ是レ更改ノ場合ニ於テモ確定日附アル證書ヲ必要ト爲シタル所以ナリ

第二 更改ノ效力

更改ノ效力ハ一言以テ之ヲ蔽ヘハ舊債權消滅シテ新債權發生スルニ在リ之ニ付テハ種種ノ場合アリテ舊民法ニハ詳細ナル規定アリタレトモ予ノ見ル所ニ據レハ是レ皆不必要ナリ唯條件附債務ノ場合ニ付キ一言スヘキモノアリ蓋シ條件附ノ債務ニ代フルニ無條件債務ヲ以テシタル場合ニ於テハ是レ目的タル

債務ノ發生スルヤ否ヤ不分明ナルモノヲ必ス履行スルコトヲ要スル完全ナル債務ト爲スモノニシテ此場合ニ於テハ更改其效力ヲ生スヘキコト疑ナシ然ルニ此反對ノ場合即チ前ノ債務ハ無條件ナリシニ後ノ債務ハ條件附ナルトキハ如何條件ノ效力カ既往ニ迴ル主義ノ法律ニ於テハ更改其效力ヲ生スヘキコト明白ナリ即チ此場合ニ於テハ更改ノ效力トシテ無條件ノ債務カ消滅シ條件附ノ新ナル債務カ發生セルモノナリト謂フコトヲ得ヘシ然ルニ新民法ノ如ク條件ノ效力ハ既往ニ迴ラストスルノ主義ヲ探ルトキハ聊カ疑ヲ生ス何トナレハ此場合ニ於テハ舊債務ノ消滅シタル代リニ新ナル債務カ發生スルヤ否ヤ不明ニ屬スレハナリ然ラハ是レ全ク更改ニアラサルカ抑モ又更改ノ效力ハ舊債務ヲ消滅セシメテ新債務ヲ發生セシムルト云フハ誤ナルカ曰ク然ラズ諸君ノ知ラルル如ク條件附法律行為ノ效力ハ條件成就前ニ在リテハ其法律行為ノ目的タル債務ヲ發生セシメスト雖モ法律行為其モノヨリ一種ノ債權債務ノ關係發生シ債務者ハ其條件ノ成就ヲ妨クルコトヲ得ス又條件ノ成就ニ因リ生スヘキ債務ノ效力ヲ妨クルコトヲ得サル消極的ノ義務ヲ負フ既ニ一種ノ債務ノ生ス

ル以上ハ更改ノ成立スルカ爲メニハ缺クル所ナシト謂ハサルヘカラス唯此等ノ場合ニ於テ舊民法ニ據レハ舊債務力條件附ナルトキハ特約ナキ限りハ新債務モ亦同一ノ條件ニ從フモノトシ又新債務力條件附ナルトキハ其條件ノ成就スルマテハ舊債務ハ消滅セザルモノトモリ此種ノ推定ヲ爲シタル立法例ハ唯リ舊民法ノミニ止マラス他ニ尙ホ同様ノモノアリト雖モ予ハ之ヲ採ラス其理由ハ第一ニ法律カ當ニ當事者ノ意思ヲ推測シテ所謂推定の規定ヲ設タルコトハ甚タ慎ムヘキコトニシテ必要已ムコトヲ得サル場合ノ外當ニ忌ムヘキ所ナリ殊ニ舊民法ノ如キ推測ハ果シテ事實ニ適スルヤ否キ頗ル疑ナキコト能ハス尤モ時トシテハ舊債務力條件附ナルトキハ新債務モ亦同一ノ條件ニ繫ルモノトスルノ事例ナキニアラサルベキモ之ヲ明言セザル場合ニ於テハ是レ當事者ノ普通ノ意思ナリト謂フコトヲ得ヌ又舊債務ハ無條件ナリシニ新債務ニ條件ヲ附シタル場合ニ於テ其條件カ成就セザルニ於テハ舊債務ヲ消滅センメサルノ意思ナリト推測スルカ如キハ予ノ解セザル所ナリ尙ホ此推定問題ハ勿論彼ノ條件附債務ヲ無條件トシ無條件債務ヲ條件附ト爲ス場合ニアラスシテ更改

ニ因リテ登ク其目的ヲ變更シ或ハ債權者若クハ債務者ヲ變更シタル場合ニ起ルルキ所ナリト謂フ可キ也
右ニ述ヘタル如ク更改ノ效力ニ關スル原則ハ飽クマテ舊債務消滅シテ新債務發生スルニ在リ此原則ノ結果トモ謂フヘキ規定第五百十七條ニ在リ曰ク「更改ニ因リテ發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ス」
更改全部カ無効ナルコトノ明カナル場合ニ於テハ新債務發生セス隨テ舊債務ハ消滅セザルコト言フヲ埃タス何トナレハ更改ハ一ノ法律行爲ニシテ舊債務ノ消滅ト新債務ノ發生トハ互ニ相離ルヘカラサル關係ヲ有スレハナリ唯實際ニ於テハ新債務ノ成立ノミカ問題ト爲ルコトアルヘシ第五百十七條ハ此場合ニ付テ規定シタルモノナリ先ツ本條ノ字義ヲ説明センニ同條ニ所謂不法ノ原因ノ爲メ成立セストハ例ヘハ甲ハ乙ニ對シ金千圓ヲ支拂フヘキ債務ヲ負ヘリ然ルニ甲ハ乙ト約シ乙ノ仇敵タル丙ヲ殺スヘキ義務ヲ負ヒ爲メニ千圓ノ債務ヲ免レタリトセンカ此場合ニ於テ丙ヲ殺スノ契約ハ不法ナルモ千圓ノ債務ヲ

消滅セシムルコトハ敢テ不法ニアラサルカ故ニ千圓ノ債務ハ爲メニ消滅シ而シテ丙ヲ殺スノ義務ハ發生セサルコトヲ得ヘシ然レトモ此ノ如クハ更改ナル法律行為ノ性質ニ悖ルコトト爲ルカ故ニ此場合ニ於テハ人ヲ殺ス義務ノ發生セサルコトハ勿論金銀支拂ノ義務モ亦消滅セサルモノトスヘキノミ乃チ新債務ハ不法ノ目的ヲ有スルカ爲メ成立セサルモノニシテ是レ即チ新債務ハ不法ノ原因ノ爲メ成立セサル場合ナリ又當事者ノ知ラサル事由ニ因リテ成立セストハ例ヘハ當事者カ不能ノ事項ヲ不能ニアラスト信シテ更改ヲ爲シタル場合ノ如シ即チ甲ハ乙ニ對シテ金千圓ヲ支拂フ債務ヲ負ヘリ然ルニ此債務ヲ更改シテ風船ニ乗リテ太陽ニ到ルノ義務ニ變更セリトセヨ果シテ風船ニ乗リテ太陽ニ到ルコトノ不能ナルヤ否ヤハ吾人之ヲ知ルコト能ハスト雖モ現今ニ在リテハ到底不能ナリト謂ハサルヘカラス然ルニ當事者ハ或迷信ヨリ太陽ニ到ルコトヲ得ヘシト信シテ更改ヲ爲シタリト假定センカ是レ當事者ノ知ラサル事由ニ因リ新債務成立セス而モ舊債務ハ消滅シタリト謂フヘキカノ疑アリ然レトモ新債務ノ目的不能ニシテ其債務ノ發生セサルコト明瞭ナル以上ハ單ニ

舊債務ヲ消滅セシムルハ更改ナル法律行為ノ性質ニ反スルモノト謂フヘシ即チ更改ニ在リテハ新債務ノ發生ト舊債務ノ消滅トカ相牽連シテ條ルヘカラサルモノナルカ故ニ新債務ノ發生セサル以上ハ舊債務ハ消滅セシムルニラス又例ヘハ新債務ニ付キ目的ノ錯誤アリタル場合ノ如キ當事者ノ一方ハ必ス善意ナルカ故ニ亦同一ノ結果ヲ生スヘシ之ニ反シテ當事者雙方カ新債務ノ不成立ヲ知レルニ拘ハラス更改ヲ爲ス場合ハ蓋シ稀ナルヘシト雖モ例ヘハ當事者雙方略目的ノ不能ナルコトヲ知レルモ萬一ニモ其可能ナランコトヲ僥倖シテ更改ヲ爲ス場合ノ如キハ新債務成立セサルコトアルニ拘ハラス舊債務消滅スヘシ終ニ當事者ノ知ラサル事由ニ因リテ取消サレタルトキトハ例ヘハ當事者ノ一人カ無能力ナル場合ニ於テ當事者ノ全員又ハ其一人カ之ヲ知ラザルカ如シ即チ舊債務ノ當事者カ皆能力者ニシテ甲ヲ債務者乙ヲ債權者トシ丙ナル無能力者甲ニ代リテ債務ヲ負ヘリトセハ是レ即チ債務者ノ交替ニ因ル更改ニシテ丙ハ自己ノ無能力ニ據リテ其債務ヲ取消スコトヲ得ヘシ而シテ當事者ノ全員又ハ一人此無能力ヲ知ラザリトセシ此場合ニ於テハ甲乙トハ能力

者ナルカ故ニ其間ニ成立シタル契約ニ因リ前債務ハ全ク消滅シ單ニ新債務ト
 ミ取消アルルコトト爲ルヘキカノ疑アリ然レトモ是レ亦更改ナル法律行爲ト
 性質上更改全部ヲ取消ササルヘカラス之ニ反シテ若シ當事者ノ全員ヲ取消ス
 原因ヲ知レルトキハ完全ナル舊債務ヲ以テ取消シ得ヘキ新債務ニ代ヘタルモ
 ノト視ルヘキカ故ニ舊債務ハ確定ニ消滅スヘシ以上ハ殆ト當然ニシテ言フヲ
 俟タサルカ如シト雖モ更改ハ二箇ノ目的ヲ有スルカ故ニ右ノ條文ナケレハ或
 ハ疑問ヲ生スルコトナキヲ保セサルノミナラス當事者ノ全員カ無効又ハ取消
 ノ原因ヲ知レル場合ニ於テハ單ニ舊債務ノ消滅ヲ來スカ如キハ明文ナケレハ
 類ル疑ヲ招クヘキ所ナルヲ以テ特ニ此規定ヲ設ケタルナリ

以上ハ更改ノ效力ノ原則及ヒ其結果ナリ之ニ二ノ例外アリ第一ノ例外ハ第五
 百十八條ニ之ヲ規定セリ曰ク債權ノ消滅ニ於テハ債權人ハ其債權ノ消滅
 更改ハ當事者ハ舊債務ノ目的ノ限度ニ於テ其債務ノ擔保ヲ供シタル質權又
 ハ抵當權ヲ新債務ニ移スコトヲ得但第三者カ之ヲ供シタル場合ニ於テハ其
 承諾ヲ得ルコトヲ要ス

更改ノ結果ハ舊債務カ消滅シテ新債務カ發生スルモノナレハ舊債務ニ附隨
 タル一切ノ權利ハ共ニ消滅セサルヘカラス即チ保證アレハ其保證人ハ責任ヲ
 免レ留置權又ハ先取特權アレハ亦共ニ消滅ス舊債務カ公正證書ニ依リ又ハ既
 ニ確定判決ヲ經テ直チニ執行ヲ爲シ得ヘキモノナル場合ニ於テモ其利益ハ消
 滅ス質權抵當權モ理論上共ニ消滅スヘキコト明カナリ唯茲ニ例外トシテ特約
 アル場合ニ於テハ質權及ヒ抵當權ニ限リ舊債務ヨリ新債務ニ移スコトヲ得ル
 モノトセリ尤モ理論上ニ於テハ之ヲ許スヘキニエラスト雖モ元來質權ト抵當
 權トハ當事者ノ意思ニ因リテ設定セラレタル權利ナレハ留置權先取特權等ト
 ハ自ラ異ナル所アリ又第三者ノ意思ニ因リテ成立シタル保證トモ同シカラス
 故ニ質權抵當權ニ付テハ他ノ場合ニ於テモ甲ノ債權ヨリ乙ノ債權ニ移スコト
 ヲ認メタルモノアリ例ヘハ第三百四十八條轉賣ノ場合ノ如キ又抵當權ニ付テ
 ハ第三百七十五條ノ如キ是ナリ故ニ更改ニ於テモ當事者ノ特約アル場合ニ限
 リ之ヲ舊債務ヨリ新債務ニ移スコトヲ得ルシムルヲ便利ト認メ之ヲ許セリ外
 國ノ立法例ヲ見ルモ大抵之ヲ認メタリ或ハ曰ハン質權抵當權ハ當事者ノ契約

三因リテ設定スルモノナレハ更改ノ場合ニ於テモ特ニ舊債務ヨリ新債務ニ移スコトヲ爲ササルモ一旦消滅シタル質權抵當權ト同一ノ權利ヲ新債務ノ爲メ新ニ設定スレハ可ナラスヤト是レ其一ヲ知リテ未タ其二ヲ知ラサル者ノ言フミ質權抵當權ニハ順位ノ在ルアリ故ニ若シ消滅シタルモノカニ一質權又ハ一番抵當ナリシニ新ニ之ヲ設定スル場合ニハ三番四番ト爲ルコトアリ隨テ大ニ其效果ヲ異ニスルコトアリ然ルニ若シ當事者カ更改契約ヲ結ハサレハ前債權ハ依然トシテ存在シ隨テ一番質ハ依然一番質ハ依然二番質ナルヘキニ偶、更改契約アリタルカ爲メ第三者カ意外ノ利益ヲ受ケサレハトテ取テ不平ヲ唱フルノ權利ナシ故ニ法律カ舊債務ノ擔保タル質權又ハ抵當權ヲ以テ新債務ニ移スコトヲ得セシムルモ取テ妨ケナキナリ或ハ問ハシ然ラハ留置權先取特權及ヒ保證等ハ何故ニ消滅スルモノト爲シタルカト然レトモ是レ亦理由ノ存スル所ナリ而シテ保證ト他ノ場合トハ自ラ越テ異ニスルモノアルヲ以テ區別シテ之ヲ論セサルヘカラス先ツ留置權及ヒ先取特權ハ債權ノ性質上法律カ特ニ之ヲ保護センカ爲メニ與ヘタル權利ナルカ故ニ其債權ノ性質カ變更スレハ則

チ此等ノ權利ヲ與フルノ理由自ラ消滅ス又甲ノ債權ハ公正證書ニ依リテ證明セラレルモ其債權カ消滅シ之ニ代リテ乙ノ債權カ發生シタルトキハ最早前ノ公正證書ハ新ナル債權ヲ證明スル效力ヲ有セス之ト同一理ニシテ前債權ニ付キ判決ヲ得タルモ更改ニ因リテ新ナル債權ニ變シタル以上ハ之ニ付テハ亦新ナル判決ニ由ラスシテ前判決ヲ以テ後ノ債權ノ執行ヲ爲スコトヲ得ス即チ判決ノ目的ヲ異ニシ且當事者ノ異ナルトキハ甲ノ債務名義ニ依リテ乙自身ノ爲メニ執行ヲ爲スコトハ許ササル所ナリ此等ハ勿論言フテ埃タサル所ナレトモ留置權先取特權ノ如キモ亦之ヲ舊債ヨリ新債ニ移スコトヲ許サス佛蘭西法ニ於テハ先取特權ノ附隨セル債權ヲ更改スル場合ニ於テハ特約ヲ以テ其先取特權ヲ新債務ニ移スコトヲ許セリ是レ甚タ理由ニ乏シキ所ナリト雖モ佛蘭西法ニ於テハ質權ハ亦先取特權ノ一トセルカ故ニ先取特權中ニテモ質權ハ特約ヲ以テ之ヲ新債ニ移スコトヲ得ルモノトスルノ理由アリシナリ保證人ニ至リテハ素ト甲ノ債務ノ保證ヲ爲スコトヲ承諾シタルモノニシテ乙ノ債務ヲ保證スルコトヲ承諾シタルニ非ス故ニ甲債務ニシテ消滅シタル以上ハ保證債務モ亦消滅

セサルコトヲ得ス若シ債權者カ同一人ノ保證ヲ望マハ之ヲ以テ更改ノ條件ト爲スモ可ナリ又保證人ヲシテ特ニ保證ヲ約セシメ又ハ保證人ヲ更改ノ當事者中ニ加フルモ可ナリ蓋シ保證債務ハ概シテ發生ノ前後ヲ問フノ必要ナキカ故ニ新ニ保證ヲ約スルモ舊債務ノ保證ヲ新債務ニ移スモ其效力ニ差異ナキヲ常トス又縱令多少ノ差異アリトスルモ債權者ト債務者トノ間ノ約束ヲ以テ保證人ノ責任ヲ左右スルコト能ハサルナリ之ヲ要スルニ保證ハ之ヲ移スコトヲ得ス之ト同一ノ理由ニ據リ第五百十八條但書ニ第三者カ之ヲ供シタル場合ニ於テハ其承諾ヲ得ルコトヲ要スト規定セリ即チ質權抵當權ノ場合ト雖モ第三者カ之ヲ供シタルトキハ其第三者カ之ヲ承諾スルニ非ザレハ新債務ニ移ラス是レ第三者ハ甲ナル債權ヲ擔保スル意思ナリシニ其不知ノ間ニ乙債權ノ擔保ニ移サルルカ如キハ其豫期セサル所ナルヲ以テ法律ハ其意思ヲ顧ミシテ自由ニ之ヲ移スコトヲ許スヘキニ非ス唯第三者カ承諾スルニ於テハ其質權抵當權ハ先ノ順位ヲ以テ新債務ニ移リ擔保ノ效力ヲ完ウスルコトヲ得ヘキニ又或ハ日ハソノ債權者カ轉質ヲ爲シ抵當權者カ抵當權ノ處分ヲ爲スコトハ其自由ニ

委セルニ拘ラス更改ノ場合ニ限リ第三者ノ承諾ヲ要スルト爲スハ如何ナル理由ナルカ甚タ權衡ヲ得サルニ非スヤト然レトモ是レ亦其理由アリテ存スルナリ轉質ノ場合抵當權ノ處分ノ場合ハ前債權ノ存スル間ニミ有效ナリ即チ債權者カ縱令轉質又ハ抵當權ノ處分ヲ爲スモ質權又ハ抵當權ノ設定者ヨリ之ヲ觀レハ其質權抵當權ハ一定ノ範圍ノ債權ノ擔保タルコトヲ承諾シタルモノニシテ其利益ハ甲之ヲ受クルモ乙之ヲ受クルモ何等ノ痛痒ヲ感セス即チ此等ノ場合ニ於テハ轉質及ヒ抵當權ノ處分ハ前債權ノ範圍内ニ於テノミ效力アルナリ之ニ反シテ更改ノ場合ニ於テハ前ノ債權ハ消滅シテ新ナル債權ノ生シタルモノナレハ前ノ債權ノ存スル間同一ノ範圍内ニ於テ他ノ債權ヲ擔保スルモノト同日ノ論ニ非ス故ニ第三者ノ承諾ヲ得ルニ非ザレハ決シテ之ヲ新債權ニ移スコト能ハサルナリ殊ニ新債權ハ往往ニシテ範圍ヲ異ニシ目的ヲ異ニスルコトアリ又更改ナカリセハ前債權ハ自ラ早ク消滅シタルヤモ測ラレサルニ當事者ノ意思ヲ以テ一旦之ヲ消滅セシメ而シテ更ニ新ナル債權ヲ生セシムルモノナレハ必ス質權又ハ抵當權ノ設定者ノ承諾ヲ要スルモノトスルコト當然ニシ

ヲ轉賣及ヒ抵當權ノ處分ノ場合ト同一ニ論スヘカナルナリ
 第二ノ例外ハ第五百十六條ニ之ヲ規定セリ曰ク債權ノ消滅ハ債權者ノ
 第四百六十八條第一項ハ債權ノ讓渡ノ效力ニ關スル規定ニシテ曰ク債權者カ
 異議ヲ留メスシテ前條ノ承諾ヲ爲シタルトキハ讓渡人ニ對抗スルコトヲ得
 カリシ事由アルモ之ヲ以テ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ス但債務者カ其債務ヲ
 消滅セシムル爲メ讓渡人ニ拂渡シタルモノアルトキハ之ヲ取返シ又讓渡人ニ
 對シテ負擔シタル債務アルトキハ之ヲ成立セザルモノト看做スコトヲ妨ケズ
 此規定ノ趣旨ハ嘗テ説明シタル如ク大要ハ債權ノ讓渡ノ場合ニ債務者カ異
 議ヲ留メスシテ其讓渡ヲ承諾セハ即チ新ナル債權者ニ對シテ自己カ債務ヲ負
 フコトヲ認メタルモノトセルナリ之ト同シタ債權者ノ交替ニ因ル更改ノ場合
 例ヘハ甲カ乙ニ對シ債務ヲ負ヒシニ丙カ乙ニ代リテ債權者ト爲ルヘキ契約ニ
 テ三人ノ間ニ更改契約ヲ結ヒタル場合ニ於テ甲カ異議ヲ留メスシテ其契約ニ
 同意シタリトセハ俗モ債權讓渡ノ場合ニ異議ヲ留メスシテ承諾ヲ爲シタル債

務者ト異ナルコトナク後日ニ至リテ其債務ノ取消シ得ヘキモノナリシコト又
 相殺ノ原因アリタルコト等ヲ新債權者ニ對抗スルコトヲ得サルナリ是レ第
 四百六十八條第一項ヲ更改ノ場合ニ準用シタル所以ナリ唯或ハ第四百六十八
 條第二項ノ規定ハ何故ニ之ヲ準用セザルカラ疑フ者アラザレトモ債權ヲ讓
 渡ニ付テハ債務者ノ承諾ハ必スシモ之ヲ要セス單ニ之ニ通知ヲ爲セハ可ナリ
 故ニ此場合ニ於テ以債務者ハ異議ヲ留ムル機會ヲ有セス而シテ通知ヲ受ケタ
 ル後縱令取消ノ原因ヲ有シ又ハ相殺ノ原因ヲ有スルモ之ヲ通知スルノ義務ナ
 シ故ニ通知ヲ受タルモノニ生ジタル原因ハ之ヲ讓受人ニ對抗スルコトヲ得ル
 ナリ然ルニ債權者ノ交替ニ因ル更改ノ場合ニ於テハ單ニ通知ヲシテ止ムル
 如キコトナキヲ以テ右ノ規定ヲ準用スルコト能ハサルナリ故ニ通知ヲ受タル
 債務者ハ其債務ノ消滅ヲ得ルニ關シテ其承諾ノ必要ニ關シテ其承諾ノ時期
 當面亦然リ蓋シテ第四款ノ免除

第四款 免除

免除トハ債權者ノ拋棄ニ外ナク凡ソ權利ノ拋棄ハ權利者ノ自由意思ニ依リテ
 之ヲ爲スコトヲ妨ガズ即チ所有權ノ拋棄ハ所有者ノ意思ノミナラズ之ヲ爲シ地役

權ノ拋棄ハ地役權者即チ要役地ノ所有者ノ意思ノミニテ之ヲ爲シ地上權永小作權ノ拋棄ハ地上權者永小作人ノ意思ノミニ因リテ之ヲ爲スコトヲ得實權抵當權亦然リ蓋シ權利ハ一ノ利益ナリ利益ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルコトハ少クトモ財產權ニ付テハ疑ヲ容レズ而シテ權利者ノ拋棄ニ因リテ其權利ノ消滅スルコト言フヲ埃タス故ニ民法ニハ拋棄ニ關スル原則的規定ヲ置カス唯期限ノ利益ニ付キ規定アルノミ(第一三六條第二項此規定モ亦本來其必要ナシト雖モ附隨ノ規定アルヲ以テ特ニ明文ヲ置キタルニ過キス而シテ物權ニ付テハ實ヲ疑ノ起リタルコトヲ聞カテレトモ唯債權ノ拋棄ニ付テハ債務者ノ同意ヲ要スルコトト爲スヲ以テ各國ノ例トセリ予ハ從來甚ク之ヲ怪シメリ何トナレハ既ニ物權ニ付テハ權利者一方ノ意思ヲ以テ之ヲ拋棄スルコトヲ得又債權ニ在リテモ之ニ附隨セル利益ハ皆一方ノ意思ノミヲ以テ之ヲ拋棄スルコトヲ得例ヘハ期限ノ利益ハ其期限ノ利益ヲ有スル者ヨリ之ヲ拋棄スルコトヲ得而シテ期限ノ利益カ債權者ノ爲メニ存スルトキハ是レ債權ヨリ生スル利益ノ一ナリ彼ノ寄託ノ場合ニ於ケル期限ノ利益ハ債權者ノ爲メニ存スルヲ以テ寄託者ノ

何時ニテモ寄託物ヲ取戻スコトヲ得是レ利益ヲ拋棄スルモノニシテ權利者ノ一方ノミニテ之ヲ爲スコトヲ得ル一例ナリ又連帶ノ拋棄モ債權者ノ一方ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ルハ疑ナキ所ナリ然ルニ債權其モノノ拋棄ハ債務者ノ同意ヲ要スルハ果シテ如何ナル理由ニ基クカ歐羅巴一般ノ學說及ヒ立法例ニ於テ此主義ヲ採用セルニハ唯一ノ理由アルニ過キサルヘシ曰ク他ノ權利例ヘハ所有權ヲ拋棄スル場合ニ於テハ其利益ヲ享クル者ノ何人タルカヲ知ルコトヲ得ス例ヘハ予カ予ノ所有ノ書籍ヲ投棄スレハ予ノ所有權ハ投棄ノ時ヨリ消滅スレトモ何人カ之ヲ拾得シ何人カ其所有權ヲ得ルカ分明ナラザルカ故ニ單ニ予ノ意思ノミニテ之ヲ拋棄スルコトヲ妨ケス之ニ反シテ債權ヲ拋棄スル場合ニ於テハ其債務者ノ利益ニ歸スルコトハ初ヨリ分明ナリ然ルニ債權者ハ債務者ニ對シ其利益ヲ強フル權利ヲ有セス例ヘハ金錢ヲ借リタル者カ之ヲ辨濟セシト欲スル場合ニ於テ債權者ト雖モ之ヲ拒ムコトヲ得スト夫レ然リ日本人ノ性質ヨリ言ヘハ利益ヲ享クル者ニ於テ承諾ヲ爲サザルニ之ヲ押附ケララルル層トモナル所ナルカ如シ然レトモ是レ甚ク論理ヲ貫カサルモノト謂ハサルハ

カラス若シ之ヲ許サストモ他ノ權利ノ拋棄ニ付テモ亦相手方アル場合ニ於テハ其承諾ヲ必要トセサルヘカラス所有權ノ如キハ一定ノ相手方アリテ自由ニ之ヲ拋棄スルコトヲ得ヘシトスルモ他ノ物權ハ概シテ相手方ヲ有ス例ヘハ地上權ヲ拋棄スレハ其利益ヲ享タル者ハ所有者ナリ永小作權ノ拋棄モ亦所有者カ其利益ヲ享ケ地役權ノ拋棄モ亦要役地ノ所有者ヲ利シ留置權ノ拋棄モ留置物ノ所有者其利益ヲ享ケ先取特權質權抵當權等皆然ラサルハナシ此等ノ場合ハ相手方ノ意思如何ニ拘ラス當然拋棄ノ結果ヲ生スルニ非スヤ期限運帶ノ拋棄等皆然リ然ルニ債權其モノニ限り相手方ノ承諾ヲ必要トスルハ甚シキ矛盾ト謂ハサルヘカラス凡ソ法律上ノ問題ト道德上ノ問題トハ必スシモ同一ナラズ故ニ債權者ノ拋棄ニ因リテ利益ヲ受クルコトヲ欲セサル者ハ別ニ之ヲ處分スルノ途アルヘシ以上ノ理由ヲ以テ新民法ニ於テハ債權モ亦債權者ノ意思表示ノミニ因リテ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルモノトセリ第五百十九條ニ曰ク債權者カ債務者ニ對シテ債務ヲ免除スル意思ヲ表示シタルトキハ其債權ハ消滅ス

第五款 混同

混同トハ如何ナルモノナルカハ既ニ諸君ノ知ラルル所ナリ即チ本講義ニ於テハ連帶債務ニ付テモ不可分債務ニ付テモ概略説明シタル所ナルノミナラス物權編ノ講義ニ於テモ亦諸君ハ此問題ニ遭遇セラレタルナラン要スルニ廣キ意味ニ於ケル混同トハ兼スルコトヲ得サル二ノ資格カ同一人ニ歸シタルコトヲ謂フナリ之ヲ物權ニ付テ言ヘハ所有者ハ通常地上權永小作權ヲ併有スヘキモノニアラサルカ如ク又債權ニ付テ言ヘハ債權者タル資格ト債務者タル資格トハ相兼スルコト能ハサルヲ以テ此二者一人ニ歸スルトキハ混同アリト云フナリ而シテ債權ト債務トカ同一人ニ歸スレハ其債權債務ハ消滅スルモノトセリ是レ羅馬法以來一般ニ認メラルル所ニシテ復タ疑ヲ容レサル所ナルカ如シ然リト雖モ純然タル學理上ヨリ之ヲ論スレハ混同ハ當然權利消滅ノ原因ト爲ルヘキモノニアラスト信ス西洋ノ學者往往ニシテ曰ク混同ハ權利消滅ノ原因ニアラスシテ其癡痺ノ原因ナリト其意ハ蓋シ債權者カ同時ニ債務者ナルトキ

ハ自己ニ對シテ債權ノ履行ヲ求メ自己ニ對シテ債務ノ履行ヲ爲スコトハ必要ナキカ故ニ之ヲ爲ササルモノニシテ是レ債權カ痲痺スルモノナリ然レトモ一朝第三者ノ利害カ伴ヒ來ルトキハ忽チ其關係ハ分離スヘシト云フニ在リ混同ノ原因種種アリト雖モ相續ノ場合ニ生スルヲ最モ多シト爲ス即チ債權者カ債務者ニ相續シ或ハ債務者カ債權者ニ相續シタルトキ是ナリ例ヘハ甲ハ乙ノ債權者ナリシニ甲死亡シタルカ爲メ乙之ニ相續シタリトセンカ若シ第三者ノ利害ニ關スルモノナキニ於テハ乙ハ即チ債務者ニシテ同時ニ債權者ナリト爲スコトハ何等ノ必要ナキナリ然ルニ此債權カ第三者ノ質權ノ目的ト爲レル場合例ヘハ其債權ニ付キ丙ナル質權者アル場合ニ於テ若シ甲死亡シテ乙カ相續ヲ爲シタルニ因リ混同ヲ生スルト同時ニ丙ノ有セル質權モ亦之カ爲メニ消滅スルモノト爲サハ丙ハ意外ノ損害ヲ被ルニ至ルヘシ但此場合ニ於テ甲カ丙ノ債務者ニシテ其債權ニ何等ノ擔保モナカリセハ丙ノ質權カ乙ニ對シテ猶ホ存在スルト謂フモ何等ノ實益ナシ何トナレハ丙カ甲ニ對シテ有セル債權ハ爾後乙ニ對シテ之ヲ行フヘク又質權者トシテモ同シク乙ニ對シテ請求ヲ爲スヘ

キニ過キサレハナリ然ルニ丙カ甲ニ對シテ有シタル債權ニハ何等ノ擔保ナキ場合ニ於テモ甲カ乙ニ對シテ有シタル債權ニハ擔保ノ附隨セシ場合即チ抵當質等ノ附隨セルカ又ハ保證人アル場合ニ於テハ此等ノ擔保ハ消滅セサルモノトスルヲ以テ丙ノ利益トスルコト勿論ナリ然ルニ此場合ニ於テモ混同ニ因リテ甲ノ乙ニ對スル債權カ消滅スルモノトセハ丙ハ乙ニ對シテ甲ノ有セル擔保權ヲ行使スルコト能ハサルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ又質權ハ第三者ヨリ之ヲ供スルコトアリ例ヘハ甲カ乙ニ對スル債權ヲ丁カ丙ニ對シテ負ヘル債務ノ擔保ニ供セリトセンニ若シ甲ノ死亡ニ因リ混同ヲ生シ隨テ丙ノ質權モ亦消滅スルモノトセハ丙ハ大ナル損害ヲ被ルニ至ルヘシ故ニ斯ル場合ニ於テハ混同ヲ生スルモノト爲スヘカラス即チ乙ハ甲ニ相續シタル結果債務者タル資格ニ債權者タル資格ヲ併セタルニ拘ラス前ニ甲ニ對シテ負ヘル債務カ質ノ目的ト爲レルカ故ニ其質權ヲ消滅セシムル爲メニハ甲ニ對シテ負擔セシ債務ヲ辨濟セサルヘカラサルナリ尙ホ一例ヲ舉ケンニ西洋ニ於テハ頻繁ニ行ハレ又我邦ニモ其例ナキニ非サルカ如キ彼ノ相續財產全部ヲ讓渡ス場合ニ於テ混同ニ因

ヲテ權利ノ消滅ヲ來スモノトセハ相續財産全部ヲ讓渡シタリト云フト雖モ其
 財産ノ額ハ相續ニ因リテ得タル財産ノ額ト相違スルニ至ルベシ前例ノ如ク債
 權者甲死亡シテ債務者乙之ニ相續シタリト假定シ甲ハ其死亡ノ際一萬圓ノ財
 産ヲ有セルニ其中乙ニ對スル一萬圓ノ債權額カ甲ノ死亡ト同時ニ混同ニ因リ
 テ消滅スルモノトセハ乙カ相續財産ノ全部ヲ丙ニ移轉セリトスルモ其實九千
 圓ノ財産ヲ讓渡シタルニ過キザルコトト爲ルベシ又此反對ニ乙カ甲ニ對シテ
 千圓ノ債權ヲ有セリトセハ甲カ死亡ノ際現ニ一萬圓ノ財産ヲ有セリトスルモ
 乙ニ對スル千圓ノ債務アルカ故ニ差引九千圓ノ財産ヲ有スルニ過キス然ルニ
 甲死シテ乙相續シ混同ニ因リテ此千圓ノ債務消滅スルモノトセハ相續財産ハ
 實際一萬圓ノ價額ヲ有スルコトト爲リ隨テ其相續財産ノ全部ヲ讓渡ストキハ
 眞ノ相續財産ニ一萬圓ヲ加ヘテ之ヲ讓渡スノ結果ヲ來スベシ故ニ斯ル場合ニ
 於テハ寧ロ混同ヲ生セザルモノトスルノ愈レルニ如カザルカ如キ感アリ要ス
 ルニ債權債務カ一人ニ歸シタル場合ニ於テモ仍混同一人カ同時ニ債權者タリ
 債務者タルノ資格ヲ有スルモノト看ルノ必要ナキニ非ス且理論上ヨリ言ヘハ

混同ハ權利消滅ノ原因ニアラス彼ノ權利廢棄ノ原因ナリトメ言ハ警覺トシテ
 極メテ適切ナリト謂ハサルベカラス然レトモ之ヲ實際ニ應用スルトキハ亦大
 ナル不都合ヲ生スルコトアルベシ例ヘハ債權者甲死亡シテ債務者タル乙カ相
 續シタル場合ニ於テ乙ハ自己カ自己ニ辨濟スルカ如キコトアリ得ヘカラサル
 カ故ニ其儘ニ放置スヘク然ルトキハ時効ニ罹ルマテハ甲ノ有セシ債權ハ存續
 スベシ此場合ニ於テ若シ第三者ノ利害ニ關係セザルニ於テハ何等ノ不都合ヲ
 生セザルベシト雖モ往往第三者ノ利害ノ伴フ場合アリ例ヘハ相續後五年又ハ
 六年ヲ經テ相續人カ其債權ノミヲ分離シテ他ニ賣却シタリトセハ其買主ハ債
 權者ト爲リ而シテ其債權ニハ質抵當又ハ保證ノ附隨シタルモノナランニハ保
 證人等ハ其擔保シタル債權ハ債務者タル乙ニ歸シタルヲ以テ復請求ヲ受クル
 コトナカルベシト信シタルニ五六年ノ後ニ至リ突然他人ノ請求ニ遭フニ於テ
 ハ意外ノ迷惑ヲ感スベシ然ルニ理論ニ拘泥スルトキハ此意外ナル結果ヲ生ス
 ベシ是ニ於テカ民法ハ便宜ヲ計リ混同アルトキハ債權者債務者カ同一人ニ歸
 スルカ故ニ或ハ直チニ辨濟ヲ爲スカ或ハ債權ヲ拋棄スルモノナリト看做シ隨

ヲ混同ヲ以テ債務ノ消滅原因トセリ而シテ我立法者カ混同ニ付キ此見解ヲ採
 リタル證據ト稱スヘキハ連帶ニ關スル第四百三十八條ノ規定是ナリ即チ連帶
 ノ場合ニ於テハ第三者ノ利害ニ關スルモノアルカ故ニ單ニ債務ハ混同ニ因リ
 消滅スルモノト規定スルヲ以テ足レリトセス特ニ辨濟ヲ爲シタルモノト看
 做セリ第五百二十條ニハ曰ク債權ノ消滅ハ債權人ノ死亡ニ因リテ消滅スル
 債權及ヒ債務カ同一人ニ歸シタルトキハ其債權ハ消滅ス但し債權カ第三者
 ノ權利ノ目的タルトキハ此限ニ在ラス(此但書ハ前ニ例示セル債權ヲ以テ質
 權ノ目的ト爲シタル場合ニハ其適用アルヘシ)然レテ又前ニ例示セル債權ハ
 尙ホ之ニ對スル例外ノ一ハ相續編ニ之ヲ規定セリ第千二十七條ニ曰ク相續人
 カ限定承認ヲ爲シタルトキハ其被相續人ニ對シテ有セシ權利義務ハ消滅セサ
 ラシモノト看做スト相續ノ限定承認トハ相續人カ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ
 相續財産ノ限度ニ於テ負擔スル條件ヲ以テ相續ヲ承認スルヲ謂フ故ニ被相續
 人ノ財産ト相續人固有ノ財産トハ假ニ之ヲ分離スルモノニシテ隨テ蕪痺シタ
 ル債權債務カ復舊シテ依然相續人ノ債權債務トシテ存在スルコトト爲ル若シ

此場合ニ於テモ仍ホ相續人カ被相續人ニ對シテ有セシ債權消滅スルモノトセ
 ハ相續人ハ其債權額ヲ損失スルニ至ルヘク其債務消滅スルモノトセハ相續人
 ハ其債務額ヲ利得スルニ至ルヘク相續財産ノ範圍内ニ於テ債務及ヒ遺贈ヲ負
 擔スルト云フ限定承認ノ趣旨ニ反スルニ至ルヘシ是レ第千二十七條ノ規定アル
 所以ナリ此等ノ規定ニ據リテ觀ルモ混同ノ性質ハ本來債務ノ消滅原因タル
 ハキモノニアラスト雖モ便宜上之ヲ消滅原因トスルニ過キサルヲ知ルヘシ而
 シテ其之ヲ消滅原因ト爲シタル理由ハ恰モ自ラ辨濟シタルカ又ハ權利ヲ拋棄
 シタルモノト看做スニ在ルコト既ニ論シタルカ如シ尙ホ前ニ引例シタル相續
 財産ノ讓渡ノ場合ニ付テハ我民法ハ何等ノ明文ヲモ設ケス其理由他ナシ相續
 財産ノ讓渡ハ我邦ニ於テハ歐羅巴ノ如ク頻繁ニ行ハレス我邦ノ相續ハ多クハ
 家督相續ナルカ故ニ家督相續ヲ爲シタル者カ相續財産ノ全部ヲ賣却スルカ如
 キコトハ通常之アラサルナリ故ニ外國ノ如ク特ニ此場合ニ關スル規定ヲ設ク
 ルノ必要ヲ感セサレハナリ若シ此場合ニ關スル規定ヲ置クノ必要アリトセハ
 尙ホ他ニ相續財産ノ讓渡ニ關スル種種ノ問題ニ付キ規定ヲ設クル必要アルヘ

民法原理解説

民法原理解説

三十二年三月

民法原理解説(債權)目次

緒論.....一

第一節 債權ノ目的.....三三

第一款 何ヲ以テ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ルカ.....三八

第二款 物ニ關スル債權.....五〇

第三款 選擇債務.....一〇六

第二節 債權ノ效力.....一三三

第一款 履行.....一三三

第一 履行ヲ爲スヘキ人.....一三六

第二 履行ヲ受クヘキ人.....一五七

第三 履行ノ目的.....一六九

第四 履行ノ時期.....二一五

第五 履行ノ場所.....二二四

民法原理解説(債權)目次

民法原典 第四款

第六 履行ノ費用	二二七
第七 履行ノ充當	二三一
第八 履行ノ提供	二五五
第九 履行ノ目的物ノ供託	二五八
第二款 賠償	二八〇
第三款 第三者ニ對スル債權者ノ權利	三三六
第三節 多數當事者ノ債權	三九七
第一款 總則	三九八
第二款 不可分債務	四〇六
第三款 連帶債務	四三六
第一款 總論	四四一
第二款 連帶債務ノ效力	四四九
第三款 連帶ノ消滅	五二二
第四款 保證債務	五二七

民法原典

第一款 總論	五二八
第二款 保證債務ノ效力	五六三
第三款 保證債務ノ消滅	六六五
第四節 債權ノ讓渡	六七一
第一款 總論	六七一
第二款 指名債權	六七九
第三款 指圖債權	六九四
第四款 無記名債權	七一
第五節 債權ノ消滅	七二六
第一款 辨濟	七二九
第二款 相殺	七八二
第三款 更改	八三〇
第四款 免除	八七三
第五款 混同	八七七

民法原理(債權編)目次

民法原理(債權編)目次終

第一章 債之總論	八二〇
第二章 債之發生	八三〇
第三章 債之消滅	八三〇
第四章 債之擔保	八三〇
第五章 債之移轉	八三〇
第六章 債之消滅時效	八三〇
第七章 債之擔保	八三〇
第八章 債之移轉	八三〇
第九章 債之消滅時效	八三〇
第十章 債之擔保	八三〇
第十一章 債之移轉	八三〇
第十二章 債之消滅時效	八三〇
第十三章 債之擔保	八三〇
第十四章 債之移轉	八三〇
第十五章 債之消滅時效	八三〇
第十六章 債之擔保	八三〇
第十七章 債之移轉	八三〇
第十八章 債之消滅時效	八三〇
第十九章 債之擔保	八三〇
第二十章 債之移轉	八三〇
第二十一章 債之消滅時效	八三〇
第二十二章 債之擔保	八三〇
第二十三章 債之移轉	八三〇
第二十四章 債之消滅時效	八三〇
第二十五章 債之擔保	八三〇
第二十六章 債之移轉	八三〇
第二十七章 債之消滅時效	八三〇
第二十八章 債之擔保	八三〇
第二十九章 債之移轉	八三〇
第三十章 債之消滅時效	八三〇
第三十一章 債之擔保	八三〇
第三十二章 債之移轉	八三〇
第三十三章 債之消滅時效	八三〇
第三十四章 債之擔保	八三〇
第三十五章 債之移轉	八三〇
第三十六章 債之消滅時效	八三〇
第三十七章 債之擔保	八三〇
第三十八章 債之移轉	八三〇
第三十九章 債之消滅時效	八三〇
第四十章 債之擔保	八三〇
第四十一章 債之移轉	八三〇
第四十二章 債之消滅時效	八三〇
第四十三章 債之擔保	八三〇
第四十四章 債之移轉	八三〇
第四十五章 債之消滅時效	八三〇
第四十六章 債之擔保	八三〇
第四十七章 債之移轉	八三〇
第四十八章 債之消滅時效	八三〇
第四十九章 債之擔保	八三〇
第五十章 債之移轉	八三〇
第五十一章 債之消滅時效	八三〇
第五十二章 債之擔保	八三〇
第五十三章 債之移轉	八三〇
第五十四章 債之消滅時效	八三〇
第五十五章 債之擔保	八三〇
第五十六章 債之移轉	八三〇
第五十七章 債之消滅時效	八三〇
第五十八章 債之擔保	八三〇
第五十九章 債之移轉	八三〇
第六十章 債之消滅時效	八三〇
第六十一章 債之擔保	八三〇
第六十二章 債之移轉	八三〇
第六十三章 債之消滅時效	八三〇
第六十四章 債之擔保	八三〇
第六十五章 債之移轉	八三〇
第六十六章 債之消滅時效	八三〇
第六十七章 債之擔保	八三〇
第六十八章 債之移轉	八三〇
第六十九章 債之消滅時效	八三〇
第七十章 債之擔保	八三〇
第七十一章 債之移轉	八三〇
第七十二章 債之消滅時效	八三〇
第七十三章 債之擔保	八三〇
第七十四章 債之移轉	八三〇
第七十五章 債之消滅時效	八三〇
第七十六章 債之擔保	八三〇
第七十七章 債之移轉	八三〇
第七十八章 債之消滅時效	八三〇
第七十九章 債之擔保	八三〇
第八十章 債之移轉	八三〇
第八十一章 債之消滅時效	八三〇
第八十二章 債之擔保	八三〇
第八十三章 債之移轉	八三〇
第八十四章 債之消滅時效	八三〇
第八十五章 債之擔保	八三〇
第八十六章 債之移轉	八三〇
第八十七章 債之消滅時效	八三〇
第八十八章 債之擔保	八三〇
第八十九章 債之移轉	八三〇
第九十章 債之消滅時效	八三〇
第九十一章 債之擔保	八三〇
第九十二章 債之移轉	八三〇
第九十三章 債之消滅時效	八三〇
第九十四章 債之擔保	八三〇
第九十五章 債之移轉	八三〇
第九十六章 債之消滅時效	八三〇
第九十七章 債之擔保	八三〇
第九十八章 債之移轉	八三〇
第九十九章 債之消滅時效	八三〇
第一百章 債之擔保	八三〇



明治二十二年十二月九日內務省許可

明治三十五年十二月十一日印刷
明治三十五年十二月十二日發行

東京市牛込區牛込北町十番地

編輯者 萩原敬之

東京市牛込區矢來町三番地

印刷者 小宮山信好

東京市芝區西久保明舟町十一番地

印刷所 金子浩版所

東京市總町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 和佛法律學校

(電話番町百七十四番)