

法政大学学術機関リポジトリ  
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-07-04

和仏法律学校講義録

梅, 謙次郎

---

(出版者 / Publisher)

和仏法律學校

(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

和佛律學教

講義錄

第一部分

號外之貳拾五

民法原理(備註)(自七二一至八四)  
表紙及目次  
六頁  
梅博士  
謙次郎



# ○ 禀 告

三十三年度講義錄ハ民法原理(債権ノ)完結ト同時ニ  
全 部 完 結 セ リ 此 段 禀 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サル  
ヘカラサルモノトセハ辨濟ノ章中ニハ唯消滅原因トシテノ履行即チ辨濟ニ特  
別ナル事項ノミヲ集ムルヲ以テ適當ト爲ス事ヲ主張セシモ不幸ニシテ予人意  
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  
リ是レ從來履行ニ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  
言ハシノミ但履行ノ方法ハ任意ニ履行ヲ爲ササリシ場合ニハ如何スヘキカノ  
問題ヲ生スルヲ以テ之ニ關スル規定ノ如キハ辨濟ノ章ニ入ルコトヲ得スト  
シテ債権ノ效力中ニ之ヲ掲ケタリテ辨濟者ノ履行ヲ實現せし時ニ其債権が  
予カ本款ニ於テ論セントスルモノハ履行ノ結果タル債権ノ消滅ニ伴フ事項即  
チ辨濟ヲ受クル者ハ辨濟者ニ對シ如何ナル義務アルカ約言スレハ辨濟受領者  
ノ義務及ヒ辨濟ヲ爲シタル後辨濟者カ債権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當ニ此事項は既に既成の事實又其處  
第一辨濟受領者ノ義務

債務ノ辨濟ヲ受クタル者ハ辨濟者ノ請求ニ應シテ受取證書ヲ交付シ且證書又

民法原理 債権總則 債權ノ消滅

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埃タス然レトモ後日争ノ生シタル場合ニ於テ債権者ニシテ債權發生ノ事實ヲ證明セハ債務者ハ辨濟ノ事實ヲ證明セサルヘカラス若シ之ヲ證明スルコト能ハサランカ結局再ヒ辨濟ヲ爲ササルヘカラサルニ至ルヘシ故ニ辨濟ノ當時其證據トシテ受取證書ノ交付ヲ請求スルコトヲ得セシメサルヘカラス或ハ曰ハシム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権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権者ノ手ニ存セサランカ債權發生ノ事實ヲ證明スルニ由ナタ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権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権ハ證書ナキヲ常トス縦合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縦合債権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歟タル加之債務者カ單ニ債権證書ノミヲ占有スルトキハ一應債権者ヨリ返還ヲ得タルモノナリトノ推測ヲ下シ得ヘキモ占有ノ一事ヲ以テ直チニ辨濟アリタルモノト謂フコトヲ得ス何トナレハ偶然債務者ノ手裡ニ存スルコトナシトセサレハナリ是ヲ以テ證書返還ノ義務ノ外尙ホ受取證書交付ノ義務アルモノトスルノ必要アリ但受取證書ニ付テハ別段ノ方式ヲ要スルモノトセサルカ故ニ債権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

ルヲ以テ疑フ生セヌト雖モ我民法ニ於テハ如何予ハ我民法第四百八十六條ノ規定モ其意義明瞭ナリト信ス即チ同條ニ「辨濟者ハ辨濟受領者ニ對シテ云云下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ニ辨濟ヲ受領スル者」ニ對シテ之ヲ請求シ得ヘキモノナルコト疑フ容レス即チ證書ト引換ニ非サレハ辨濟ヲ爲ナ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殆ド其效ナシ即チ債権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チ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ゼ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俟タス

(二)

(證書ノ返還 證書返還ノ義務モ亦受取證書交付ノ義務ト其趣旨ヲ同シウ

ス即チ若シ債務者カ債務ヲ辨濟シタルニ拘ラス債権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ノ虞アリ縱令債権者ハ此ノ如キ行為ヲ爲スコトナシトスルモ其證書カ不幸ニモ惡滅ノ手ニ歸スルコトアランカ債務者ニ取リテハ危險極マレリト謂ハサルヘカラス故ニ債務者カ其證書ノ返還ヲ望ムハ洵ニ當然ノ事ニシテ債権ニシテ既ニ消滅シタル以上ハ債権ノ證書ハ債権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シ若シ受取證書交付ノ義務ヲ認メサルトキハ債権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権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権者カ債権證書ノ自己ノ手ニ存スルコトヲ奇貨トシテ

再ヒ辨済ヲ請求センカ債務者ハ辨済ノ事實ヲ證明スルコト能ハサルコトアル  
ヘク又債權者自身ハ斯ル不正ノ行爲ヲ爲スコトナシトスルモ其死亡ノ後相續  
人カ善意ヲ以テ請求ヲ爲スコトナシトセス又善意ニテ債權ヲ讓受ケタル第三  
者カ其證書ニ據リテ請求ヲ爲スコトアラン凡テ此等ノ場合ニ於テハ債務者ハ  
結局二重拂フ爲サナ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貸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池  
ニ少シト謂ハサルヲ得ス加之受取證書ハ一部辨済ノ場合ト雖モ之ヲ請求シ得  
ヘク證書ノ返還ハ全部辨済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済者カ全部ノ辨済ヲ爲シタルトキハ其證書ハ

返還ヲ請求スルコトヲ得ヘ  
證書返還ニ付テモ亦辨済ト引換ニ之ヲ請求シ得ルカ將タ又辨済ヲ了リタル後  
之カ請求ヲ爲サナルヘカラナルカノ問題ヲ生ス獨逸民法ノ如キハ明カニ前段  
ノ義務ノ如ク辨済ト同時ニ返還ヲ命スルノ規定アリ立法論トシテハ達ニ其可  
否ヲ断スルコト能ハスト雖モ我民法第四百八十七條ヘ「辨済ヲ爲シタルト  
キハ」ト云ヘルカ故ニ解釋上ハ全部ノ辨済ヲ了リタル後ニ於テ始メテ證書  
ノ返還ヲ請求シ得ヘキモノト謂ハサルコトヲ得ス即チ受取證書交付ノ義務ト  
反對ナリ或ハ其前後一貫セサルヲ難シ證書ト引換ニ辨済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済ヲ爲サナ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カハ辨済ト引換ニ之ヲ交付セシムルニアラサレ

ハ後日辨済ヲ證明シテ其交付ノ請求ヲ爲スコトヲ得ナレトモ既ニ受取證書ヲ有スル以上ハ債権者カ若シ證書返還ノ請求ニ應セヌシハ辨済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権者モ之ニ應セサルコト稀ナルヘシ且受取證書ハ何時ニテモ之ヲ調製シ得ヘキモノナレトモ債権證書ハ時トシテ其所在ヲ失ヒ事實上辨済ト引換ニ返還スルコト能ハサル場合ナシトセス是レ債権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済ヲ受クルコトヲ得サルモノトスルコトヲ得ス若シ之ニ反シテ債務ノ期限ハ既ニ至ルモ證書ヲ發見スルマテハ其權利ヲ行使スルコトヲ得サルモノトセンカ是レ酷ニ失スト謂ハサルヘカラス又債権證書ハ之ヲ自宅ニ所藏スルモ辨済ヲ受クル場所ニ持參セサリシ場合ノ如キモ亦之カ爲メニ辨済ヲ受クルコトヲ得サルノ結果ヲ來スヘシ我邦從來ノ慣習ニ於テモ大抵此ノ如キ場合ニ於テハ受取證書ノ交付ノミヲ爲シテ辨済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ヲヤ故ニ若シ證書ト引換ニ辨済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んカ滅失ノ場合ニハ之カ證明ヲ爲ナシメサルヘカラス債権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異シタルコトハ之ヲ證明スルコト難ク結局債権者ハ辨済ヲ受クルコトヲ得サルニ至ルコトアルヘキヲ以テ又更ニ例外ヲ設クル必要ヲ生スヘシ然リト雖モ此ノ如クスルトキハ事頗ル煩雜ニ涉リ不便モ亦太甚シ是レ我民法ニ於テハ獨逸民法ノ例ニ倣ハス受取證書ノ交付ト其主義ヲ異ニシテ辨済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テヨリ斯くて當初の證書を返還せしめ難く結局主第二代位。辨済。然シテ。主。の。證。書。を。返。還。せ。ず。此。を。主。の。財。産。に。關。する。事。由。此。を。主。の。財。産。に。關。する。事。

代位又ハ代位辨済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済者カ債権者ニ對シ権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権ノ讓渡ヲ認メサリシモ事實上ハ之ヲ認メタリ即チ「エクセブシヨ」又ハ「ベニフシユムセデンドルムブクシヨヌ

ハ「譯シテ讓權ノ利益又ヘ譯權ノ抗辯ト謂フヘキカ」タルモノアリ例ヘ保證人  
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  
シ之ヲ諾セサ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  
要アリ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  
義ヲ探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ニ辨濟ニアラスシテ債權者ノ權利ヲ讓受クル報  
信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サルモノト看做スカ二者其一二居ラサルヘ  
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サル  
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タルモノトス

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  
サルコトヲ得ス然レド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下稱スルモ純然タル讓渡ニアラス寧ロ他ノ文  
字ヲ用フルヲ以テ體當ナリトス是レ「代位」(Subrogation)ナル文字カータモ佛蘭西  
法ニ使用セラレシヨリ他國ノ法律ニモ採用セラル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ミ因リテ債權  
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ミニ法律ノ假定ニ依リ債權者ノ有セシ權利ハ  
尙ホ未タ消滅セサルモノノ如ク看做シ辨濟者ヲシテ自己固有ノ範圍内ニ於テ  
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ナリトスルモノ又ハ

「代位アリトスルモ辨濟者ヲシテ債權者ノ有セシ權利ヲ代ツ行ハシムルノ利益アルコトニ至リテハ敢テ疑フ容レス債權者ハ既ニ辨濟ヲ受ケタルヲ以テ固ヨリ其權利ヲ保持スル必要ナシ然ルニ債務者ハ未タ債務ヲ履行セサルカ故ニ若シ他ノ者カ代リテ履行スルコトナカリセハ債權者ノ請求ヲ受ケサルコトヲ得ス然ラハ債務者ハ債權者ヨリ請求ヲ受クルト同一狀態ニ於テ他ノ者ヨリ請求ヲ受クルモ毫モ異議ヲ唱フヘキ理ナシ是ヲ以テ觀レハ代位ナルモノハ債權者ニ取リテモ又債務者ニ取リテモ爲メニ何等ノ痛痒ヲ感スルモノニアラナ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又有スル場合ニ於テ辨濟者

カ之ニ代リテ其權利ヲ行コトヲ得ハ之ニ依リテ損失ヲ免ゲルコトヲ得ベキナリ而シテ債務者ハ債權者カ之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テ他ノ利害關係人ト雖モ敢テ不服ヲ唱フヘキ餘地ナキナリ況ヤ之ヲ許ストキハ代リテ辨濟ヲ爲スモ損害ヲ被ルノ危険渺キカ故ニ代リテ辨濟ヲ爲ス者自ラ多カドヘキニ於テヲヤ  
 (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説明シ然ル後法定代位ニ及ハシ  
 (イ) 約定代位  
 我舊民法及ヒ外國多數之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ニ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ニ二種ヲ認ムルト雖モ我新民法ニ於テハ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へハ甲ヲ債権者トシ乙ヲ債務者トセシニ丙カ其債務ヲ辨済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済ヲ爲シタルニ同シ現ニ舊民法財產編第四百八十一條第一項ニハ債務者ハ其債務ノ辨済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権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権者丁、戊等アルベク丙ハ之ニ後レテ債権者ト爲リタルモノナリ故ニ丙若シ其權利ヲ確保セント欲セハ質權又ハ抵當權ヲ新ニ設定セシムルコトヲ得ルハ論ヲ俟タスト雖モ若シ丁、戊等カ同一ノ財產ニ付キ既ニ質權又ハ抵當權ヲ有スルトセハ丙ハ順位ニ於テ其後位ニ居ラサルベカラズ然ルニ若シ丙カ甲ニ代位ゼンカ甲ノ順位ニ於テ其權利ヲ行使スルコトヲ得ルカ故ニ丁、戊等ヲ凌クコトアルヘシ殊ニ甲カ先取特權ヲ有スル場合ノ如キハ其權利ハ質權、抵當權ヨリ強力ナルヲ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ヲ途明瞭ナレハ猶ホ

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権ノ辨済ニ充テタルヤ否ヤ判然セサルコト多カルヘシ舊民法財產編第四百八十一條第二項ニハ「……借用證書ニハ其金額又ハ有價物ノ用方ヲ記載シ受取證書ニハ其出所ヲ記載スト」規定セリト雖モ之ノミニテハ當事者間ニ作成スルモノナルカ故ニ以テ確實ナリト謂フコトヲ得ス是ニ於テ同條第三項ニハ「公正證書又ハ私署證書ニ非サレハ第三者ニ對シテ右ノ行爲ノ證據トスルコトヲ許サス」ト規定セリ然レトモ是レ亦容易ニ信ヲ置クニ足ラス何トナレハ一旦辨済ヲ爲シタル後詐欺ニ由リ代位ヲ爲スコトナキヲ保セサレハナリ蓋シ公證人ハ唯當事者ノ供述ヲ聽キテ之ヲ記錄スルノミニシテ私署證書ハ當事者ノ作成スルモノナルカ故ニ其果シテ詐欺ナキコトヲ證明スルニ足ラス殊ニ舊法ノ下ニ於テハ確定日附ノ制定ナカリシカ故ニ證書調製ノ時日ヲ爲リテ既往ニ過ラシムルノ處アリ是ニ於テ新民法ニ債務者ノ意思ニ因ル代位ヲ認メス單ニ債権者ノ意思ニ因ル代位ノミヲ認メタリ然リト雖モ債権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済者ヲシテ辨済ト同時ニ代位ヲ爲サシテ且之ニ債權讓渡ノ規定ヲ準用スルコトセリ同條ニ曰ク  
 債務者ノ爲メニ辨済ヲ爲シタル者ハ其辨済ト同時ニ債權者ハ承諾ヲ得テ之  
 三代位スルコトヲ得  
 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

辨済ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ハ辨済ニ因リテ當然、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期カナルヘキモ同條ニ規定ナキ場合尠カラナルヘシ保證人ハ辨済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換タス數人ノ保證人アル場合ニ於テモ連帶債務ナルカ不可分債務ナルカ又ハ特約ニ因リ一人カ全部ノ辨済ヲ爲シタルトキハ各保證人ハ其全額ヲ辨済スルニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者ナルカ故ニ債權者ニ代位スヘキハ當然ナリ唯以上ノ場合ニ該ラスシテ一人カ全部ノ辨済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ト辨済ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有ス何トナレハ辨済ヲ爲ササレハ自己ノ財産ヲ失フヘケレバナリ又稍ヤ稀ナル例ヲ舉クレハ同一不動產ニ付キ甲乙二人ノ債權者共ニ抵當權ヲ有シ甲ヲ以テ第一順位ナリトセンニ甲が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済ヲ受タルニ足レリモシテ其抵當權ヲ實行セントス此時ニ當リ乙以爲ラタ若シ今後一兩年ヲ猶豫セム萬圓ヲ超エ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尚ホ自己カ辨済トシテ受タル金額ヲ得ヘシト思考スルトキハ即チ乙ノ辨済ヲ爲

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ナル場合ニ於テモ亦同一ノ利益アルヘシ何トナレハ債務者ノ財產ハ債權者ノ共同擔保ニシテ其上ニ特別擔保ヲ有スル債權者アルモ其者ノ辨濟ニ充テ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產編第四八二條第三號ニ於テ「自己ノ財產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現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タ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オ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ノ乙ニ代位權ヲ認

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バ亦皆代位權ヲ有スルモノトセナ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シム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ベシ然レド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シテ抵當權ニ就テ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

未概括主義ヲ採用セリ。舉主論、與人競争論又誠モ認定無異也。實天主論者、辨  
此ニ一言注意スヘキハ舊民法、又於テハ原則トシテ辨濟。在場合ニ代位不認。辨  
濟ノ條下ニ之カ規定ヲ設ケ而シテ連帶債務者等ノ規定ニ於テハ辨濟以外又有償  
行爲ノ場合ニモ若シ連帶債務者又ハ保證人カ他ノ連帶債務者若クハ主タル債  
務者ニ對シテ求償權ヲ有スルトキハ猶ホ代位權又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カリ(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償行爲ヲモ包含スルモノトスヘカリシト信ス然ルニ新民  
法ニ於テハ一切之ヲ認メシテ單ニ辨濟ノ場合ニミニ限レリ蓋シ代位權ナルモ  
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フシテ其  
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子ハ立法論ト  
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) 代位ノ效力ハ大ニ議論アル所ナリ今之ヲ大別シテ譲渡說及  
ヒ非譲渡說ノ二説ト爲ス甲説ヲ主張スル者ハ曰ク辨濟ニ因リテ債權ノ消滅ス  
ル以上ハ他人カ代ソ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  
ヲ辨濟者ニ譲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説ヲ  
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  
ヲ譲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譲渡ト視ルヨリハ法  
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譲  
渡トスルヨリ生スル不都合ハ主タル債務者ニ對シ求償權ヲ有セサルトキト雖

モ仍ホ之ヲ有シ又或ハ求償金額ノ少額ナル場合ニ於テモ仍ホ多額ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノトスルニ非ナレハ論理ヲ貰カツルコトト爲ルニ在リ是レ讓渡説ヲ採用スルコト能ハツル所以ナリト「ボワソンナー」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々述ヘタル如ク債権ハ辨済ニ因リテ消滅シタルモ債務者ニ對シテハ辨済者カ有スル固有訴權ノ範圍内ニ於テ其擔保トシテ舊債権ヲ現存スルモノノ如ク看做スナリ但或ハ舊債権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権ノ效力及ヒ擔保下規定シ擔保ノミ移ルモ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ナル範圍ニ於テハ舊債権ハ消滅スヘキノミ第五百一條本文ニ曰ク莫ニ他處更に定め無く前二條ノ規定ニ依リテ債権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ベキ範圍内ニ於テ債権ノ效力及ヒ擔保トシテ其債権者カ有セシ一切ノ權利ヲ行フコトヲ得云云

例ヘハ舊債権ノ時效ハ未タ完成セザルニ固有訴權ノ時效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百五十九條ノ場合ニ於テハ或ハ問題ト爲ルコトアルヘシ債権者ハ無能力者ニ就テ其父母又ハ後見人カ債務者ガルトキ他人カ代リテ辨済ヲ爲セハ其固有ノ求償權ハ辨済ノ當時ヨリ進行スベキモ舊債権ニ付テハ未タ時效進行セザルヨ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権者ノ一身ニ就テ觀察スルヨリハ寧ロ現債権者ノ一身ニ就テ觀察スルヲ穩當トスルカ故ニ総合讓渡説ヲ採ルモ亦同一ノ結果ヲ得ヘシ又辨済ニ關スル主張は實務家之傳來以上論スル所ニ據シハ辨済者ハ代位權ト固有權トニコト有スルカ故ニ其利益ニ從ヒテ孰レヲ行使スルモ自由ナリ固有權ノ利益多キ場合ニシテノ事例舉クレハ保證人ハ辨済ヲ爲シタル時ヨリ法定利息ヲ請求シ得ルハ勿論辨済ノ爲ヌニ損害ヲ受ケタルトキハ其損害ヲ賠償ヲ求ムルコトヲ得バ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ス法定利息モ往往シテ之ヲ請

求スルコトヲ得ナルコトアラシ何トナレハ債権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ナレハナリ又保證人ハ主タル債務者ニ對シ連帶債務者ノ一人ハ他人連帶債務者ニ對シテ特別ノ擔保又有スルコトアリ例へハ債権者甲ハ債務者乙ノ不動産ヲ抵當トスルコトヲ好マ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産ヲ丙ニ抵當トシテ保證人タルコトヲ諸セシメタルトキノ如キハ代位権ニ依ルヨリ固有訴権ヲ行使スルヲ以テ確固ナリトス又例へハ債権者カ主タル債務者ニ請求セスシテ直チニ保證人ニ請求シ保證人ハ之ニ對シ辨済ヲ爲シタルトキハ主タル債務ハ時效ヲ中断セラレス而シテ保證人ノ求償権ハ辨済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権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済者タル保證人ハ自己ノ固有権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済ヲ爲シタルトキハ債権者ノ他ノ者ニ

對スル債権ハ時效ノ中断ナシ然ルニ求償権ノ時效ハ辨済ノ時ヨリ起算スルコト全ク保證人ノ場合ニ同シキカ故ニ原債権ハ既ニ時效ニ罹リテ而シテ固有訴権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権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権ニ依ラント欲セバ其債権ハ既ニ消滅シテ復何等ノ請求ヲ爲スコトヲ得ナルコトアルヘシ總テ此等ノ場合ニ於テハ専ロ固有訴権ヲ行フヲ利益トス更ニ轉シテ代位権ニ依ルヲ利益トスル場合ノ例ヲ舉ケシニ債権ニ質権、抵當権、先取特権又ハ留置権等附隨シ固有ノ訴権ニ何等ノ擔保ナキ場合ニ於テ代位権ノ利益アルコトハ勿論債権證書カ公正證書ナルトキ若クハ債権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権ニハ約定利息ノ附隨スルコト多シ其率ハ概モ法定利率ヨリ高シ此場合ニ於テ若シ固有訴権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権ニ依ルトキハ高利利率ニ依ルコトヲ得ヘシ唯注意スベキハ此利益ハ絶対的ニ非シテ相對的ナリ何ト大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権利ニ基づク求償ヲ爲スヨリア得ヘキ  
範圍内ニ於テクミ代位權ヲ認ムルカ故ニ辨濟者ハ辨濟額、法定利息及ヒ損害額  
ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マリ其以上ニ及ブコトヲ許サヌ故ニ若シ債權ノ元  
本ニ約定利率ニ依ル利息又加スルトキハ其以上ニ及ブ場合ニ於テハ之ヲ固有  
訴權ノ額ニ制限セサルヲ得ス殊ニ委任ヲ受ケサル保證人ノ如ク損害ノ賠償ヲ  
請求スルコトヲ得サルモノハ大ニ制限ヲ受ケサバベカラス故ニ結局約定利率  
ノ利益ヲ享受スルコトヲ得サル場合勘シド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就レテ還スモ辨濟者ノ自由ナリ又併セテ之ヲ行使  
使スルコトヲ得ヘシ例へ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サル  
カ故ニ毫モ批難スヘキニアラサルナリ附註ニ固ニ辨濟者ニ譲りセバ固ニ辨濟  
上來陳述シタル代位ノ效力ハ約定代位、法定代位ノ孰レニモ適用スヘキモノナ

テ新民法第五百一條ハ主トシテ法定代位ニ關シテ規定セサルカ如シト雖モ其然  
ラサルコトヲ明カニスルカ爲ス特ニ前二條ニ依リテト規定セリ又同條ニ「一切  
ノ權利トアリ是レ概子前ニ説明シタル所ナレン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ハ賣買ノ代價ノ辨濟者ハ買主カ其債務ヲ履行  
セサルトキハ解除權ヲ行使スルコトヲ得ヘキカ如キ是ナリ第五〇二條第二項】  
以上ハ代位ノ一般ノ效力ナリ次ニ特別ノ場合ニ付キ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タク  
但左ハ規定ニ從フコトヲ要ス

- 一、保證人ハ豫メ先取特權不動產質權又ハ抵當權ノ登記ニ其代位ヲ附記
- シタルニ非サレハ其先取特權不動產質權又ハ抵當權ノ目的タル不動產
- ハ第三取得者ニ對シテ債權者ニ代位セス
- 三、第三取得者ハ保證人ニ對シテ債權者ニ代位セス
- 四、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ハ擔保ニ供シタル者ハ問ニ之ヲ準用ス。

五、保證人ト自己ノ財産ヲ以テ他人ノ債務ハ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権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產ノ價格ニ應スルニ非サレハ之ニ對シテ代位ヲ爲スコトヲ得ス右ノ場合ニ於テ其財產カ不動産ナルトキハ第一號ハ規定ヲ準用ス。

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済ヲ爲シタルトキハ保證人ハ第三取得者ニ對シテ債権者ニ代位スルコトヲ得ルカ又第三取得者カ先ニ辨済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ヨト頗る困難ナルヘタ偶先ニ債権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

證人カ先ニ辨済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済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ソ果シテ然ラハ其不當ナルコト言フヲ埃タナルナリ是ニ於テカ種種ノ學説ヲ生セリ殊ニ佛國法典ニ於テハ此點ニ關スル明文ナキヲ以テ大ニ議論ヲ惹起シボワッソナード民ノ如キモ舊民法理由書ニ於テ二説アルコトヲ示セリ(一)保證人ヲ保證スヘシトスルノ説ニ曰ク第三取得者カ他人ノ財產ヲ誰受クルニ當リテハ該財產カ如何ナル權利ノ目的ト爲レルカヲ十分ニ調査シタル上ニ於テスヘキコトニシテ自己ノ注意ノ足ラサルカ爲メ他ノ權利ノ目的ト爲レルコトヲ知ラヌシテ却テ自由ナル財產ナリト信シ其代金ヲ支拂ヒタル場合ニ於テハ第三取得者ニ於テ十分調査セサル過失アルヲ以テ自己ノノ利益ニ歸セナルヘカラス即チ債権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ミニ債権者ニ於テモ債務者ヲ信シテ或契約

タ審若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シ故ニ若シ保證人ニシテ保證人ニシテ第三取得者ニ三取得者ニ對シテハ代位ヲ爲スコトヲ得ルモノトシ之ニ反シテ第三取得者ニ於テ辨濟ヲ爲シタルトキハ保證人ニ對シテ代位ヲ爲スコトヲ得サルモノトスヘシト(二)第三取得者ヲ保證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会ヘキ地位ニ在ル者ナリ即チ其者ハ元來何等ノ負擔ナキ不動產ナリト信シ相當ナル代價ヲ拂ヒテ以テ之ヲ買取り自己ノ所有ニ属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ナルヘカラナ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リタリトスルモ元來質權又ハ抵當權等ハ債務ヲ辨濟セサルトキニ於テ始メテ其實行ヲ見ルニシテシテ質權、抵當權等ノ存ヌ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シモ質權又ハ抵當權ノ實行ニ遭フニ限ラス體ヲ第三者カ質權又ハ抵當權等ノ目的タル不動產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ナル爲メ終ニ抵當權、質權ノ實行ニ遭ヒ其不動產ヲ競賣セラルルカ如キ場合ニ於テハ第三取得者ハ惡意ナク又必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リ義務ヲ負擔シ主タル債務者カ履行ヲ爲サナル場合ニ於テ債務者ニ代リテ辨濟スルコトヲ約束シタル者ナレハ其約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シテ多クハ親族故舊若クム其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可第三取得者ヲ保證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テ若シ保證人ニ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

借ナルモノトセナルヘカラスト此説ハ未タ登記法ノ完備セナ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ハ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サル時代ニ在リテハ不動産上ニ質権ノ存スル場合ニ於テハ質権者ハ其不動産ヲ占有スルヲ以テ第三者ハ其質権ノ存スルコトヲ知ルコトヲ得ルモ抵當權ニ至リテハ之ヲ知ルコト頗ル困難ナリ登記法ノ存在セサル時代ニ在リテハ現ニ抵當權ノ目的ニ供セラレタル不動産タルニ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々生セシ所ナリ斯ル場合ニ於ケル第三取得者ハ啻ニ惆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サビハ不動産ノ取引ハ殆ト行ハレサルニ至ラン然ルニ今日ノ如ク登記法ノ完備セル時代ニ在リテハ予ハ第一説耶チ保證人カ第三取得者ニ對シテ代價スルノ説ヲ以テ程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ナニ其不動産カ質権又ハ抵當權ノ目的ト爲レルコトヲ知ルコトヲ得ヘシ既ニ他ノ權利ノ目的ト爲レルコトヲ知レル以上ハ

迂闊ニ代價ヲ支拂フ爲スヘカラサルコトハ常識ヲ有スル者ノ直チニ知ルコトヲ得ル所ナリ固ヨリ質権抵當權等ノ實行セラルルコトハ時代ニ依リ國ニ依リテ同シカラサルモ此等ノ權利ノ實行セラルルコトハ十中ノ三ニシテ實行セラサ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險ナル業ニシテ何時質権抵當權ノ實行ニ遭フカ知ルヘカラズアルヲ以テ注意深キ人ハ決シテ之ヲ爲ササルヘシ今日ノ慣習ニ於テモ通常斯ルコトヲ爲ス者ナシ我邦ノ慣習ニ於テモ抵當權ノ附着セル不動産ヲ買ハントスル者ハ債権額ハ自己ニ於テ之ヲ辨済スルモノトシ其債権額ト不動産ノ價額ノ差ノミニツ支拂ヒテ取引スルヲ常トシ若シシ期限ニ至リ債務者自ラ辨済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権ノ期限ノ到来セサル前其他債権ノ未タ消滅セサル以前ニ於テ迂闊ニモ代金ノ全部ヲ賣主ニ支拂フカ如キコトハ極メテ稀ナルヘシ若シ之アリトセンカ此ノ如キハ第三取得者ノ注意アリ足ニサルニ基クモノナルヲ以テ特ニ之ヲ保護スル理由ナシ之ニ反シテ保證人ハ初ヨリ賣主タル債権ノ履行セラレタルトキ

三於テ代リテ履行スルノ義務ヲ負ヒタル者大ニ又モ騒ナシモ恥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實行ヲ見ルヨト少キト同科  
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  
場合ニ甚タ多カラサルナリ蓋シ保證人ハ主タル債務者カ相當ノ財產ヲ有スル  
カ故ニ期限ニ至ラハ必ス履行ヲ爲スシメ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辨濟ヲ爲スコト能ガサルキ至レバカ若ク  
ハ其他ノ事由ニ因リテ辨濟ヲ爲ササル場合ニ於テ已ムセトヲ得ス之ニ代リテ  
辨濟スルカ如キ事多ク此保證人ニシテ實ニ懶ムベキ者ト謂フヘダレ然ルニ第三  
取得者ハ先ツ登記簿ヲ閲覽シテ其不動產ニ負擔アリケン否ヤヲ知ルコトヲ得  
テ負擔ノ存スル場合ニ於テハ代價ノ支拂ヲ見合セ經合其不動產ニシテ質權又  
ハ抵當權等ノ實行ニ遭フモ毫モ損失ヲ被ラサルコトニ注意スルコトヲ得ルヲ  
以テ之ヲ知リテ讓受ケタル第三者ト保證人トヲ比較スルトキハ保證人ヲ以テ  
構ムヘキモノトセザバヘカラス即チ主タル債務者ノ履行セサル場合ニ於テ保  
證人カ代リテ辨濟ヲ爲シタルトキハ主タル債務者ニ對シテ求償スルコトヲ得

ルニ拘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り置クカ如キハ通常行ハレ難キ所ナルノミナラス  
保證人ニ對シテ物上擔保ヲ供スルコトヲ得ハ之ヲ以テ直接ニ其債務ノ擔保ニ  
供シ敢テ保證人ヲ煩スコトヲ要セザルコト多カルヘシ而シテ保證ノ實際上頗ル  
必要ナルコトハ殆ド言フヲ俟タス就中迅速ヲ尚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  
ト勘シトセス現今ニ於テハ商事上ノ債權ニ付キ普通ノ保證ヲ爲シタル場合  
大ニ減少シ手形ノ方法ニ依リテ一種ノ保證ヲ爲シタル場合多シト雖モ而モ  
純然タル保證モ亦頻繁ニ行ハル所ナリ其頻繁ニシテ必要ナル保證ヲ獎勵セ  
ント欲セハ適當ノ範圍内ニ於テ保證人ヲ保證ゼ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下ス而シテ是レ質權抵當權  
等ノ目的タル不動產ガ債務者ノ財產中ニ存スル場合ノミナラス第三取得者ノ

之ヲ取得シタル後ニ於テモ尙ホ代位者ニ於テ此等ノ権利ヲ行フコトヲ得セシ  
メナルヘカラス然ラサレハ保證人ハ大ナル損失ヲ被ルノ虞アルヲ免レス第三  
取得者ノ保護ニ至リテハ若シ其者カ普通ノ注意ヲ爲シ即チ第一ニ登記簿ヲ閲  
覽シテ其財産ニ負擔アルヤ否ヤヲ知リ第二ニ其債権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  
合ニ於テハ質権抵當權ノ消滅スルマテハ自己ノ債務ノ目的物ヲ引渡サヌ若シ  
此等ノ權利ノ實行ニ遭ヒタルトキハ其契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ又給付ス  
ヘキ財產ヲ給付セシシテ自己ノ手中ニ留置クトキハ質権抵當權ノ實行ニ因リ  
テ生シタル損害ノ賠償ニ付キ留置權ヲ行フコトヲモ得ヘシ尤モ時トシテハ第  
三取得者ノ爲ミニ甚タ氣ノ毒ナル場合ナキニ非ス即チ自ラ登記簿ヲ見ルコト  
ナクシテ謄本若クハ抄本ヲ求メタル場合ニ於テ實際抵當權ノ存在スルニモ拘  
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フ見テ全ク自由ナル  
不動產ナリト信シ代價ヲ爲シタルニ後日ニ至リ其不動產ハ抵當權ノ目  
的ト爲リシモノナルコトヲ發見シタルカ如キ場合ヲ想像シ得ラルニ非サル

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產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苟モ第三取得者ニシテ過失ナキ限  
リハ質権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證シ保證人ニ於テ辨済ヲ爲シタルト  
キハ第三取得者ニ對シテ債権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権者ニ代位セシヌアルヲ至當ナリト信スル所以ナリ「ボワッ  
ソナード氏」ノ舊民法草案ニハ第三取得者ハ保證人ニ對シテ債権者ニ代位スル  
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権  
ヲ行フコトヲ得ルコトトセリ之ニ關する「ボワソンナード氏」ノ草案ノ説明ヲ見ル  
ニ當時日本人ニ秀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  
ニ氏カ其説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説ア

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ガルモノ下セリ是レ第五百一條第一號第二號ニ於テ明カニ認ムル所ナリ保證人ハ第三取得者ニ對シテ代位スルコトヲ得ルコト右ニ述フルカ如シト雖モ此權利ヲ行ヘントスルニハ一ノ條件アリ他ナシ保證人ハ誰メ先取特權不動產質権又ハ抵當権ノ登記ニ其代位ヲ附記スルコトヲ要スルコト是ナリ蓋シ保證人ハ條件附ノ債権ヲ有スルモノナレハ其債権ノ擔保トシテ此附記ヲ義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権ハ履行セラレテ債務ノ消滅シタルヲ知ルハ抵當権、質権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済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済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シモ過失ナリト謂フコトヲ得ス故ニ保證人ニシテ附記ヲ爲ササルニ於テハ第三取得者ハ保證人ノ存スルコトヲ知ルコトヲ得ス況ヤ代位

ニ因リテ抵當権ヲ行フコトアルベキコトヲヤ然ルニ其附記ノ存スルトキハ総合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賭博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権者ニ代位スルヲ以テ第三取得者ハ迂闊ニ代價ヲ支拂フ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済ヲ爲シタルトキハ勿論縱令一部ノ辨済ヲ爲シタルトキニ於テモ亦其必要アリ即テ此場合ニ於テモ債権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済ニ因リテ消滅シタルカハ第三取得者ニ於テ之ヲ知ラサルコトアリ縱合債権者ニ就テ辨済ノ有無ヲ問フモ債権者ハ之ニ答フルニ單ニ其一部ノ辨済アリタルコトヲ以テスル下キハ第三取得者ハ債権ノ殘額ヲ支拂ヒ以テ完全ニ不動產上の權利ヲ取得シタルモノト信シ安必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権者ニ代位シ抵當権ヲ行使セントスルカ如キコトアラハ第三取

得者ハ不慮ノ損失ヲ被ルコトアラン而シテ此附記カ保證人ノ爲ニ唯煩累ヨ限スニ過キシテ何等ノ利益ナキニ於クハ或ハ之ヲ命スルハ酷ニ失スル嫌ナキニ非サルモ保證人ニ取リテモ亦頗ル利益ト爲ルコトアリ他ナシ第三取得者カ濫除權ヲ行フ場合是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產ヲシテ抵當權ノ負擔ヲ免レシムルノ方法ナリ而シテ其提供ハ登記シタル總テノ債權者ニ對シテ之ヲ爲ササルヘカラス(第三八三條)此規定ハ先取特權及ヒ質權ニ準用セラル(第三四二條、第三六一條)此場合ニ於テ若シ保證人カ豫メ代位ノ登記ヲ爲サス又登記ノ抹消ヲ爲サストセハ第三取得者ハ唯登記簿面ニ基キ其登記セラレタル債權者ニ對シテ提供ヲ爲スノ外ナシ然ルニ其債權者ハ既ニ保證人ヨリ辨濟ヲ受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ンニハ敢テ之ヲ保證人ニ通知スルコトナカルヘシニ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スルコトナク空シタ期間ヲ經過シ復タ如何トモスルコト能ハス而モ第三取得者カ提供シタル金額ハ極メテ少額ニ止マルコトアルヘシ例ヘハ債權額一萬圓ニシテ擔保不動產ハ時價一萬圓ナル場合ニ於テ第三取得者カ七千圓ヲ提供セリト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ナルナリ  
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シントシタルニ債權者ハ直チニ之ヲ承諾セリトセハ債權者ハ全額一萬圓ヲ得テ尙ホ二千圓ヲ餘スコト爲ル若シ保證人ハ此二千圓ヲ受クルコトヲ得ルニ止マム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権者ハ五千圓ノ全部ヲ收受スルコトヲ得シシヲ三千五百圓ヲ取得スルニ止マルヘク結局千五百圓ヲ損失セサルヘカラツルコトト爲ルヘシ然レトモ債権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シヨリハ之ヲ債務者ニ請求スルモ或ハ辨済ヲ得ヘキ望ナキニ非サ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総合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渺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渺カラサルヘキニ於テラヤ蓋シ債権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ジテ支拂フモノナレハ債権者ニシテ一部辨済ノ責力アル場合ニ於テハ保證人ニ對シ一部ノ辨済ヲ承諾スルコトナキニアラス然レトモ債権者ニシテ若シ注意周到ナランニハ殘額ノ辨済ヲ得タル後ニアラナレハ代位ヲ爲サシメサルコトヲ留保スルヤモ知ルカカラツルナリ斯ル

場合ニ於テハ前例ニ依レハ債権者ハ五千圓ヲ取得シ保證人ハ僅ニ残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権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権者ニ於テハ承諾ヲ爲スモ保證人ハ之ヲ肯セヌシテ増價競賣ヲ求ムルコトヲ得ヘシ是レ保證人ニ取り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へハ債権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產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產ヲ惜ミ競賣ヲ免レシカ爲メニ辨済ヲ爲シタリトゼンニ此場合ニ於テハ其第三取得者ハ代位權ヲ有スルト雖モ他ノ乙ナル不動產ノ第三取得者ニ對シテ代位權ヲ行フコトヲ得ルヤ否ヤ是レ實ニ疑ハシキ問題ナリ是レ羅馬法ニ於テモ既ニ疑問ト爲

レル所ナリ其然ル所以ノモノ他ナシ第三取得者間ニ於テハ連帶若クハ保證等ノ場合ト異ナリ何等ノ關係モ存セサルカ故ニ互ニ固有訴權ナキハ勿論ニシテ唯代位ニ付テノミ問題フ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ナ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ん即チ若シ甲不動產ノ取得者ニシテ先ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ乙不動產ニ對シ債權者カ有セシ全部ノ權利ヲ得ルヲ以テ乙不動產ニ對シテ既ニ支拂ヒタル總額ヲ請求スルコトヲ得此場合ニ於テ若シ乙不動產ノ第三取得者カ辨濟ヲ爲ササルトキハ其不動產ヲ競賣シ代價ニ付テ滿足ヲ得ルノ權利アルヘシ之ニ反シテ乙不動產ノ第三取得者ニシテ先ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ逆マニ甲不動產ノ第三取得者ニ對シテ債權者ノ權利ヲ行フコトヲ得ルニ至ラシ若シ此ノ

如クナルトキハ常ニ先ニ辨濟ヲ爲シタル者ハ利益ヲ得テ他ノ者ハ其取得シタル不動產ヲ取上ケラルニアラサレハニ重ニ代價ヲ支拂ハサルヘカラ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ント雖モ大抵債權者ノ請求ニ應シテ辨濟ヲ爲スヘキカ故ニ債權者ハ特ニ甲ニ厚クスル爲メ之ニ對シテ先ニ請求ヲ爲スカ如キコトナシトセ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ズルコトヲ得ス取得ノ前後ノ如キモ亦以テ優先的效力ヲ與フルノ標準ト爲スコトヲ以テ結局不動產ノ價格ノ割合ニ應シテ代位ヲ行フコトヲ得セシムルヲ以テ最モ正當ナリト信ス是レ我新民法第五百一條第三號ノ認ムル所ナリ此ノ如クナ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要アルコトナシ  
第三物上保證人(Carthonagee)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へテ甲ハ子ナル不動產ノ上ニ抵當權ヲ設定シ以テ或債務ノ擔保ニ供シ乙ハ丑ナル不動產ヲ出シ同一債務ノ擔保ノ爲

メ之ニ質権ヲ設定シタルトキハ其甲乙之間ニ於ケル代位ニ付テモ辨済ノ前後ヲ以テ代位權ノ有無ヲ決スルコト能ハス此場合ニ於テモ其狀態頗ル第三取得者間ノ狀態ニ類スルヲ以テ同シク財產ノ價格ノ割合ニ應シテ代位ヲ爲サシムルヲ以テ最モ適當ノ處置ナリト信ス是レ第五百一條第四號ニ於テ第三取得者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○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ヌ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タ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サリキ然ルニ此等ノ問題ニ付キ明文ナキトキ

ハ頗ル解決ニ苦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カ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済ヲ爲シタルトキハ他ノ者ニ對シ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ヘタル所ナリ之ニ反シテ所謂物上保證人ニ在リテハ斯ル求償權ヲ有セス而シテ代位ノ效力シテハ前述ノ如ク互ニ擔保財產ノ價格ニ應シテ代位スルモノトセルニ過キサルヲ以テ此兩者ノ間ニ於テハ保證人カ物上保證人ニ對シテ代位スルモノト爲スベ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ベキカ孰レニスルモ木ニ竹ヲ繼クカ如ク頗ル其斷定ニ感フ所ナクシ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產ヲ讓受ケタル者ナルモ物上保證人ニ於テハ他人ノ利益ノ爲メニ自己ノ財產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スト謂フヘカラヌ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程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ラル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ムト欲ス例ヘハ保證人及ヒ物上保證人各一人ツア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ナ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ハ甲及ヒ乙ハ各二千五百圓ツシテ負擔シ丙丁

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ー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三分ノ一即チ千六百六十六圓餘ヲ負擔スルコトト爲ル蓋シ保證人ト物上保證人トノ關係ニ於テハ假ニ孰レモ皆保證人タルカ如ク看做スト雖モ物上保證人間ニ在リテハ其擔保ニ供シタル財產ノ價格ニ應シテ代位ヲ爲スヘキモノトス是レ最モ便利ニシテ又比較的ニ理論ニ合フモノナリト信ス但此場合ニ於テ保證人カ物上保證人ニ對シテ代位ヲ爲スノ狀態ハ第三取得者ニ對シテ代位ヲ爲ス場合ニ類似ス即チ第三取得者カ保證人ノ存在スルコトヲ知ルニハニ登記ニ依ルヘキヲ以テ保證人若シ其代位ヲ登記セナレハ第三取得者ニ對シテ代位スルヨコトヲ得サルト同シタル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產ニ付テハ幸ニ登記制度ノ存スルアルヲ以テ恰モ第三取得者ニ對スルト

同シタ抵當權等ノ登記ニ保證人ノ代位ヲ附記セサルニ於テハ不動產ニ關スル物上保證人即チ不動產若クハ抵當ヲ供シタル第三者ニ對シ代位ヲ對抗スルコト能ハナルナリ。是故に以て是證人ニ就て轉讓ナシムハ、抵當の致する者以上ヲ以テ代位者ノ種類ニ依リ特別ナル規定ヲ存スル場合ヲ說キ丁レリ。請フ是ヨリ一部辨濟ノ規定ニ付キ説明セん。是證人ニ就て轉讓ナシムハ、抵當の致する者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ヌトノ格言ニ基キ債權者ノ權利ヲ害シテ代位スルコトヲ得ストセリ。換言スレ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サレハ一部辨濟者ハ代位スルコトヲ得サルモノトセリ即チ例へハ一萬圓ノ債權ニ付キ保證人ヨリ五千圓ノ辨濟ヲ爲シタリ而シテ擔保財產ノ價格ハ七千圓ナリトセハ債權者ハ其不動產ニ對シ残額五千圓ニ付キ擔保權ヲ實行スルコトヲ得ヘタ保證人ハ其餘剩價額二千圓ニ付キ代位スルコトヲ得ルノミトセリ。歐洲ニ

於テハ此主義ヲ採用セル例解ハ多シ佛國民法ノ如キモ亦然リ。然ルニボワソナード氏ハ幸ニ此説ヲ採用セサリシニ拘ラバ古來ノ原則ヲ棄ツルコトヲ敢テセサ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サルコトヲ要スト規定シ其結果トシテ同條第二項ニ數箇ノ債權ヲ有スル者ハ其一箇ニ係ル代位辨濟カ他ノ債權ノ擔保ヲ減スルトキハ之ヲ拒ムコトヲ得下規定セリ。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ヌ然レトモ予ハ此規定ノ穩當ナラサルコトヲ信キル者ナリ尤モ斯ル規定ハ新民法ノ採用セサル所ナル。是以テ今茲ニ詳論スルノ必要ヲ見ス蓋シ法律上ノ代位オモノヲ認メシテ單ニ彼ノ「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ナ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ンカ其讓受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債權ヲ爲ストキハ之カ爲メニ自己ニ不利益ヲ來ス。

ヘキ場合ニ於テハ其債権ヲ拒ムコトヲ得ヘクス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ク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権者カ自己ノ權利ヲ讓渡スルニアラシシテ法律カ代位ノ必要ヲ認ス辨済者ヲシテ債権者ノ權利ヲ行ハシムルモノアルヲ以テ敢テ債権者ノ意思ヲ問フコトヲ要セサルナリ但之カ爲メニ債権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ツルナリ元來代位ナルモノハ債権者ヲ害スルコトナクシテ辨済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権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セ我新民法ノ規定ニ依ルモ債権者ニ對シテ不當ニ損害ヲ加フルカ如キ處アルコトナシ蓋シ債権者ハ原則トシテハ一部辨済ヲ受クルノ義務アルモノニアラツルヲ以テ一部代位ヲ爲サシムルコトヲ欲セサルトキハ唯之ヲ拒絕スヘキノミ然ルニ甘シテ一部辨済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

権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済ヲ受クヘキコトナキニアラス例へ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ルルモノナルヲ以テ自己ノ負擔部分ヲ辨済シテ以テ其責ヲ免ルルコトヲ得此場合ニ於テハ縱令債権者ニ於テ損害ヲ被ルコトアルモ仍ホ一部辨済ヲ受ケサルヘカラス然リト雖モ若シ債権者ニシテ此損害ヲ被ルノ處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済ノ不利益ヲ受クヘキコトハ初ヨリ覺悟セルモノト謂フモ敢テ過言ニアラツルナリ故ニ此場合ニ於テハ致メ一部辨済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権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ニ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済ノ權利ヲ認ムル場合ハ勿論債権者ノ承諾ヲ得テ正當ニ一部辨済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

辨済ヲ承諾スルト否トカ債権者ノ自由ナル場合ニ於テ若シ債権者カ一部代位フ許スコトヲ欲セナル場合ニ於テハ殘餘ノ債権ノ辨済アリ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コトヲ得ヘシ即チ此場合ニ於テハ一部辨済ハ債権者ノ承諾アルニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ債権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済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済ヲ受ケタル債権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済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ミニ甚タ苦酷ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ此等ノ一部辨済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済スヘキ若カ未タ其義務ヲ盡ササルカ爲ミニ代位ヲ爲スコトヲ得ストセム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：

「債権ハ一部ニ付キ代位辨済アリタルトキハ代位者ハ其辨済シタル價額ニ應シテ債権者ト共ニ其權利ヲ行フ。」

例へ前例ノ場合即チ一萬圓ノ債権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権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產ノ價格ノ半額即チ三千五百圓ヲ得各一千五百圓ノ損失ヲ被ルノ結果ト爲ル惟注意スベ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サレハ之ヲ爲スコトヲ得サルコトハ契約ノ講義ニ於テ知ラルル所ナラン蓋シ一部ノ解除ハ契約ヲ變更スル結果ヲ生ス故ニ若シ保證人カ一部辨済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権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ハ果シテ如何其相手方ノ爲ミニ迷惑タルヤ言フヲ俟タス何之ヲ欲セサルトキハ果シテ如何其相手方ノ爲ミニ迷惑タルヤ言フヲ俟タス何

トナレハ若シ一部ノ解除ヲ認ムルニ於テハ相手方ハ其契約ノ目的ヲ達スルヲ  
ト能ハサルヘケレハナリ例へハ相手方カ一ノ不動産ヲ得シコトヲ欲シテ契約  
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  
ハ其目的ヲ全ウスルコト能ハサルナリ故ニ結局債権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権者  
ニ留保スヘキカ將タ全ク辨済者ニ與フキカ曰ク寧ロ初ヨリ解除權ヲ有セル  
債権者ヲシテ獨リ之ヲ行フコトヲ得セシムルヲ以テ證當ナリトス但債権者ニ  
シテ全部ノ解除ヲ爲シタルトキハ疊ニ代位者ヨリ受領シタル辨済額ハ不當ニ  
利得スルニ至ルヲ以テ之カ返還ヲ爲ササルヘカラサルコト多言ヲ要セサルナ  
リ是レ第五百二條第二項ノ規定アル所以ナリトテ在下圖ニ計マサニ列居  
前項ノ場合ニ於テ債務ハ不履行ニ因ル契約ハ解除ハ債権者ノミ之ヲ請求ス  
ルヨトヲ得但代位者ニ其辨済シタル債額及ヒ其利息ヲ信還スルコトヲ要ス  
以上ヲ以テ一部辨済ニ關スル場合ヲ講了セリ以下代位ノ效力トシテ債権ニ關  
スル證書又ハ擔保物ハ如何ニ之ヲ處置スヘキヲ説明セント欲ス即チ第五百

三條ニ曰ク  
代位辨済ニ因リテ全部ノ辨済ヲ受ケタル債権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  
代位權ノ一部ヲ付与代位辨済アリタル場合ニ於テハ債権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ヨト  
モノ要ス  
全部代位ノ場合ニ於テハ債権者ニ對シテ其交付ヲ求ムルコトヲ得セシムヘキハ毫  
モ疑フ容レス然レトモ一部辨済ノ場合ニ於テハ債権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済者ニ引渡スコト  
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ヨトシ例ヘバ保證  
人カ債務ノ半額ヲ辨済シタルトキハ債権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ジ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権者ニシテ不注意ナル者ナランカ一部辨済者ハ特別人保管者ヲ選任シテ之ヲシテ擔保物ノ保管ヲ爲サシムルコトヲ得ヘク又ハ一定ノ場所ニ寄託セシムルコトヲ得ヘシ又或ハ擔保物件ニ破損ノ箇處ヲ生シ若シ此等閑ニ付スルトキハ益此破損ヲ增大スル虞アル場合ニ於テ債権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又ハ過失ニ因リテ代位ヲ不能ナラシタル場合ニ於テ其責任如何ヲ述ヘン』以上ヲ以テ證書若クハ擔保物件ノ交付ニ關スル説明ヲ丁レリ終ニ債権者ノ故意又ハ過失ニ因リテ代位ヲ不能ナラシタル場合ニ於テ其責任如何ヲ述ヘン』債権者カ故意又ハ過失ニ因リテ辨済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ず之ガ制裁ナルヘカラズ或ハ特別ノ明文ナキモ不法行為ニ因ル責任アリト謂フコトヲ得ナルニ非ナルヘシト雖モ仍ホ疑フ生セナルコ

ト能ハス何トナレバ若シ實際ニ辨済ヲ爲セハ則チ代位權ナルモ不生スレトモ未タ保證人其他ノ者カ辨済ヲ爲スキ否キ不分明ナル間ニ於テ抵當權ヲ拋棄シ或ハ質權ノ目的タル財產ヲ過失ニ因リテ毀損シタル如キ場合ニ於テハ是レ單ニ債権者カ自己ニ不利益ナル行爲ヲ爲シタルニ過キス必シモ將來代位スルコトアリヤ否ヤ即チ保證人等カ辨済ヲ爲スキ否ヤハ未タ之ヲ知ルヘカラサルカ故ニ敢テ代位者其者ノ權利ヲ害シタリト謂フコトヲ得スト由フ者カキニ非サルヘゲ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権者カ故意又ハ過失ニ因リテ擔保ヲ喪失シ又ハ減少スルコトハ

債権者自身ニ取り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権者ヲ害スルモノト謂フヘカラス蓋シ債権者ハ自己ノ利益ヲ考フルキ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オモ知ルヘカラス下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深カルニ債権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ゾト爲ズハ甚タ謂レナキコトナリ若シ債権者ニシテ自己ノ希望ヲ満タウント欲セハ宜シク先フ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ゾ然ルニ保證人連帶債務者又ハ抵當不動產ノ第三取得者等ニ對スル權利ハ之ヲ留保シ主タル債務者カ辨濟ヲ爲サナリシトキハ此等ノ者ニ對シテ辨濟ヲ求メシトスル以上其前ニ質權又ハ拋當權ヲ拋棄シテ明ニ恩レリ

惠ヲ施スコトハ法律上許スカラサルモノト謂ハサルヘカラス且之ヲ許スルキハ往往弊害アルヲ免レヌ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ス全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ル場合ナリトキニ此場合ニ於テハ債権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維合故意ニ此等ノ權利ヲ拋棄セサルモ自ラ怠慢ニ流ルルノ弊ナシトセス然ル三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主妻則ニ用課賦科又ニ至リ其責第五百條ハ規定ニ依リテ代位ヲ爲スベキ者アル場合ニ於テ債権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ベキ者ハ其喪失又ハ減少ニ因リ償還ヲ受クルコト能ハナルニ至リタル限度ニ於テ其責ヲ免ル

## 第一款 相殺

相殺トハ互ニ債権者タリ債務者タル者カ其各自ノ債権ヲ以テ債務ノ辨済ニ充テ以テ雙方ノ債権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ヘ乙ニ對シテ債権ヲ有シ乙亦甲ニ對シテ債権ヲ有スル場合ニ於テ其債権ノ種類ノ如何ヲ問ハス双方熟識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數ヲ言フヲ埃及タルコトナレドモ此ニ一言シ置クヘキハ相殺ノ契約ソ爲メニ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得サルコト是ガリ例ヘハ甲ナル者其乙ナル者ニ對スル債権ヲ丙ナル者ニ質入シ而シテ其債権ト乙ニ對スル債務トヲ相殺ヲ爲スソ契約ヲ結フモ之ヲ以テ丙ニ對抗スルセ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カキモナト看ルコトヲ得ルモノトス其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又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代リニ相手方ニ對シテ千圓ノ債権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大リ而シテ民事訴訟法中相殺ナル文字ノ明カニ掲ケラビタルハ第二百一條第二項はナリ曰ク然レトモ答辯書寄せ出ノ期間内ニ差出シタル書面ヲ以テ起ササム反訴ハ被告ノ請求ノ全部又ハ一分ト相殺ヲ爲スヘキ場合ニ於テ同時ニ被告カ自己ノ過失ニ因ラスシテ其以前反訴ヲ起スヲ得サリシコトヲ疏明スルトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ許スト次ニ舊民法ノ如キハ法律上ノ相殺トシテ當然ノ相殺ナルモノヲ認メタリ即チ或條件カ具備スルトキハ當然相殺カ行ハルヲ謂フモノニシテ當事者カ何等ノ意思ヲ表示セサルモ又條件具備ノ後反對ノ意思ヲ表示スルモ敢テ此相殺ヲ妨クルコト能ハサルモノトシ唯初ヨリ或債權ニ付

キ相殺セスト契約シタルトキハ其契約有效ナリトセリ故ニ此ノ如キ特約ナキ場合ニ於テ一旦法律上相殺カ行ハビタル以上ハ當事者カ瓦ニ相殺ヲ欲セ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オ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頭ハ相殺ナルモノヲ認メサリシモ何時シカ之ヲ認ムルニ至リ其後ニ於テモ種種ノ沿革ヲ經來レリ今日ノ歐羅巴諸國ニ於テモ種種ノ主義アリ之ヲ大別シテ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タルトキ之ニ對シ相殺ヲ以テ對抗スルニ因リテ行ハルルモノナリ第二ハ當事者ノ一方ノ意思表示ニ因リテ相殺ヲ爲スノ主義ニシテ獨逸法等ノ採用セル所ナリ第三ハ佛蘭西法ノ主義ニシテ相殺ハ法律上當然行ハルルト爲スモノ即チ法律ノ定メタ

ル條件具備スレハ當事者ノ不知ノ間ニ於テモ行ハルルトスルノ主義ナリ此等ノ主義ニ付キ其利害得失ハ後ニ述フル所アルヘシト雖モ我舊民法ハ佛蘭西法ノ主義ヲ採用シタルモノニシテ新民法ハ獨逸法ノ主義ニ則リタルモノナリ尚ホ舊民法ハ法律上ノ相殺ノ外ニ裁判上ノ相殺ヲ認メタリ即チ法律上當然相殺ノ行ハレサル場合ニ於テモ時トシテハ裁判上ノ相殺ノ行ハルルモノトセリト雖モ新民法ハ之ヲ認メス即チ當事者カ相殺ノ意思表示ヲ爲スニハ裁判上ニ於テ爲スモ又裁判外ニ於テ爲スモ可ナリトシ唯一定ノ條件ヲ要スルモノトセリ以下第一ニ相殺ノ條件ヲ述ヘ第二ニ相殺ノ效力ヲ論セント欲ス證チハ地也然第一相殺ノ條件ヘシ故ハ非當外條件也當審外條件を承認する事無く此第一相殺ノ條件ニハ二種アリ實質上ノ條件及ヒ形式上ノ條件是ナリモ不問又體次ニ曰ク

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、雙方ノ債務、力辨済、期ニ在ル時、ハ各債務者ハ其對當額ニ付キ相殺エ。因リテ、其債務ヲ免ルル」ト、得失ノ利害を論じて、重複ニ當る。此見立に對する正義感を述べ、極めて嚴格である。

アルハ即ち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ナル語ハ我輩ノ解スル所ニ據レハ畢竟當事者ノ意思ニ依リ或ハ甲ノ物ヲ與ヘ或ハ乙ノ物ヲ與ヘテ債務ノ履行ニ充ツルコトヲ得ルモノヲ謂フ例ヘハ金百圓ヲ支拂フヘキ義務ヲ負フ者ハ十圓札十枚ヲ拂フモ十圓金貨十箇ヲ拂フモ又五圓札若クハ二十圓金貨ヲ以テスルモ敢テ不可ナキナリ是レ代替シ得ヘキモノナレバ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苟モ武藏ノ上米タル以上が現在甲ノ倉庫中ニ存スル米タルト乙ノ倉庫中ニ存スル米タルトヲ問ハルナリ然ルニ此等ノ物

ト雖モ當事者ノ意思代替スルコトヲ許ササルニ在ル場合ニ於テハ代替物ト謂フコトヲ得ス例ヘハ封金ハ特定シタル物ニシテ之ヲ預リタル者ハ之ヲ開封シテ使用スルコトヲ得ス即チ最初受取リタル儘ニテ返還セサルヘカラサルナリ特定シタル米ヲ預リタル場合ニ於テモ亦然リ又不動產ト雖モ當事者ノ意思ニ因リテ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產モ亦代替物ナリト謂ハサルヘカラス若シ斯ル意味ニ於テ代替物ナル文字ヲ使用セハ相殺ニ付テモ代替ノ語ヲ用フルモ可ナルヘシト雖モ凡ソ代替物ト謂フトキハ甲ノ債權ノ目的ト乙ノ債權ノ目的トヲ代替シ得ヘキ意味ヲ以テ償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テ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ナ土地ナム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物語ヲ用フルモノナラズ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

ルヘカラズ  
然ラ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ゼンカ是  
レ羅馬ノ「ブキスト」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下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ヲ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  
ナリ例ヘハ前ニニ述ヘタル如ク當事者双方ノ債務カ共ニ不動產ヲ目的トセリ  
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  
ふ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勞務ノ如キハ有  
體物ニアラサルモ亦同シタル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  
乙モ亦甲ニ對シタル同シタル園丁ノ手間十人ヲ供給スルノ義務ヲ負ヘリトゼンカ  
此場合ニ於テハ一方カ意思表示ヲ爲セハ相殺ハ直チニ行ハルヘキナリ然ルニ  
代替物又ハ「互ニ代替シ得ヘキ物ト云フ如キ文字ヲ使用スルトセハ聊カ當ラサ  
ルモノアルノミナラス之カ爲メニ誤ヲ生シ易シ尤モ前ニ一言シタル如ク「同種」  
ナル文字モ漠然タルヲ免レスト雖モ此場合ニ於テハ寧ロ此文字ノ方却テ誤ヲ  
生スルコト勘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(下譯スヘキ文字  
ヲ用ヒタリ)

第二條件　雙方ノ債務ヲ辨別期ニ在ルコトヲ要ス　前項第五百五條ニ雙方ノ

債務カ辨済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権ハ既ニ辨済期ニ在リ乙ノ債権ハ未タ辨済期ニ至ラツル場合ニ於テ相殺ヲ行オ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ズス乙ヨリ甲ニ對シテ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ヘシトセハ結局甲ハ期限ノ利益ヲ奪ハルルニ至ル之ニ反シ例外トシテ期限ノ利益カ債権者ノ爲メニ存スル場合ニ於テ甲ヨリ相殺ヲ對抗セハ却テ乙ノ利益ヲ害スルコト爲ル故ニ此ノ如キ場合ニ於テ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ナルナリ是レ雙方ノ債務カ辨済期ニ在ルノ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サレハナリ例ヘハ金千圓ヲ支拂フ債務カ條件ニ繫レル場合ニ於テ其條件カ未タ成就セサル間

ハ其千圓ヲ支拂フヘキ債務ハ未タ發生セス隨テ相殺ヲ爲スコト能ハナルハ。固ヨリ言フヲ俟タツル所ニシテ辨済期ニ在リスト言ハシヨリハ寧ロ双方人間ニ同種ノ目的ヲ有スル債権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。“相殺ノ行ハルニハ總テ同種ノ目的ヲ有スル債権タルコトヲ要ス同種ノ目的ヲ有スル債権ニシテ而モ性質上相殺ヲ許サツル場合ハ其例甚タ多カラス例ヘハ甲ナル農夫ト乙ナル農夫ト各々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努力ニテハ手不足ナルカ故ニ相助合ハントスルニ在リテ例ヘハ甲ノ方ニ於テハ早稻ヲ作ルカ爲メニ其多忙ナル時ニ於テ乙ヨリ十人前ノ勞力ヲ借ラントシ乙ハ又晚稻ヲ作ルカ爲メニ乙ノ多忙ナルトキハ甲ハ精ヤ闇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勵クモ可カルヘク又他人ヲシテ代ランシムルモ可ナラン(其期間カ十日未滿ナルトキ必ス他人ノ労力ヲ供セサルコトヲ得ス)要ハ各々之ニ因リテ一定ノ期間多人數ノ

勞力ヲ得ント欲スルニ在リ然ルニ若シ此義務ヲ相殺スルトキハ雙方ノ土地ハ耕作スルコト能ハサルカ若クハ甚々難澁ニ陷ルヘシ故ニ斯ル場合ニ於テハ相殺ヲ許ササルモノトス又兩替ノ契約ノ如キハ相殺ヲ許ササル一例ナリ即チ例へ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者十圓札ニ兩替ゼンコトヲ求メタルニ兩替屋ハ之ヲ受取りタル上其者ニ對シ百圓ノ債權アルヨトヲ理由トシテ彼此相殺スヘシト主張スルコトヲ得ガルカ如キ是ナリ第五百五條第一項但書ハ此條件ヲ明言セリ曰ク  
但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

第四條件當事者ノ反對意思ナキコトヲ要ス。第五百五條第二項ニ曰ク  
前項ノ規定ハ當事者カ反對ハ意思ヲ表示シタル場合ニハ之ヲ適用セハ但其意思表示ハ之ヲ以テ善意ハ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ミニ便利ナリト認ムルカ爲ミ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タ隨テ相殺ヲ爲ササルコトヲ特約スルコトアルヘシ是レ敢テ妨ナキ所ナリ例へハ甲ヘ一定ノ期限ニ於テ一定ノ金額ヲ得シ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シハ乙ハ甲ニ對シ其債權ヲ以テ甲ノ債權ト相殺センコトヲ主張スヘシ果シテ然ラハ甲ハ其豫期ニ反シ大ナル齟齬ヲ惹起スコトアランニ於テカ特約ヲ結ヒテ甲ノ有スル債權ニ限り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タ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カ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ナ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殘額

ノ支拂ヲ爲スヘキコトヲ約スルニ因リテ其效力ア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ナニ行ハルモノトセ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タル間ハ縱合相殺ノ條件具備スルモ相殺セサムコト爲ルナリ是以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當ニ當事者全部ヲ含ムモノトス唯遺言ノ如キ一方行爲ノ場合ニ於テ當事者ハ遺言者ノミナリ蓋シ遺言者カ遺言ニ依リテ或人ニ或債權ヲ與ヘ此債權ハ相殺ノ目的ト爲スヲ得スト定ムルコトハ固ヨリ妨ナキ所ニシテ斯ル實例ハ往往見ル所ナルヘシ例ヘハ遺言者カ自己ノ親族或ハ故舊ニ對シ自己ノ死後相續人ヨリ年年若干金ヲ與フルコトヲ遺言シ而シテ此債權即チ相續

人ニ對スル請求權ハ之ヲ相殺ノ目的ト爲スコトヲ禁スル旨ヲ遺言スルコトヲ得ルナリ(此場合ニ於テハ相殺ハ民第五一〇條民訴第六一八條第二號ニ依リテモ制限セラル是レ一方ノミニテ反対意思ヲ表示スルノ一例ニシテ固ヨリ多々ノ場合ハ契約ヨリ生スヘタ隨テ此場合ニ於ケル反対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シ第三者ニ對シテモ仍ホ有效ナリトセハ第三者ハ迷惑ヲ感スルコトナシトセス即チ例ヘハ第三者カ或債權カ相殺ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノト信シ之ヲ讓受ケ又ハ質權ノ目的ト爲シタリトセハ其債權カ相殺ノ目的ト爲スコトヲ得ル上否トハ利害ノ關係スル所頗ル大オルハ多言ヲ要セス然ルニ此善意ノ第三者ニ對シ特約若クハ反対ノ意思表示アルコトヲ主張スルコトヲ得ルトセハ第三者ハ意外ノ損失ヲ招クコトト爲ルカ故ニ之ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ而シテ善意ノ第三者ナルコトヲ要スルカ故ニ第三者ト雖モ其意思表示ヲ知レル者ニハ之ヲ對抗スルコトヲ妨ケサルナリ

第五條件 法律カ相殺ヲ禁セサルコトヲ要ス、例ヘハ民法第五百九條及ヒ第五百十條ノ如キ反對規定ナキコトヲ要スルモノトス第五百九條ニ曰ク  
債務カ不法行爲ニ因リテ生シタルトキハ其債務者ハ相殺ヲ以テ債権者ニ對抗スルコトヲ得ス。

此規定ハ不法行爲ニ因リテ債務ヲ負フ者ハ何事ヲ措キテモ先づ以テ其債務ヲ履行セサルヘカラスト云フノ趣旨ニ基クモノナリ抑モ不法行爲者ハ即チ法律ノ許サナル事ヲ爲シニ因リテ債務ヲ負フモノナレハ其者ノ責任ハ特ニ之ヲ明カニセサルヘカラス然ルニ已レ不法行爲ヲ爲シタルニ因リ債務者ヨリ賠償ノ請求ヲ受ケナカラ嘗テ其債権者ニ對シ貸金又ハ或物ノ代金ノ受取ルヘキモノアルコトヲ理由トシテ相殺ヲ對抗シ以テ其義務ヲ免ルルコトヲ得ルトセハ不法行爲ニ對スル制裁ハ殆ト其目的ヲ達セサルノ感アリ故ニ此場合ニ於テハ相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ許サナ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サルヘキモ新民法ノ如ク一方ノ意思表示ニ依リテ相

殺ヲ行フノ主義ヲ採ル以上ハ不法行爲者ヨリハ相殺ヲ對抗スルコトヲ得スト雖モ其相手方ヨリハ之ヲ以テ對抗スルコトヲ得サルヘカラス尙ホ一步ヲ進ミテ法律上當然相殺ノ行ハルル主義ヲ採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爲ノ相手方ニ相殺ノ對抗権ヲ與ヘタルハ理ノ當然ナリト謂フヘシ例ヘハ甲ハ乙ニ對シテ不法行爲ヲ爲セリ而シテ甲ハ其不法行爲ニ因ル債務ヲ履行セシシテ嘗テ乙ニ對スル貸金又ハ威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ニ此場合ニ於テ不法行爲ノ被害者タル乙カ自己ノ利益ノ爲ミニカ故ニ不法行爲ノ被害者ヨリ之ヲ對抗スルコトハ敢テ妨ナキナリ是レ第五百九條ニ其債務者ハ云云下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サ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サル場合ニ於テモ任意上ノ相殺ハ行ハ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ヨリ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ナルモノナルヲ以テナリ既ニ差押タニ許サナ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

ハナ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繼ニ生活シツアルニ方リ嘗テ其養料義務者ヨリ金錢ヲ借用シ未タ辨済セサルニ因リ之ヲ以テ相殺ヲ對抗セラルルニ於テハ予ノ生命ハ將ニ一旦ニシタラタク測ラレサラントス又慈惠ニ因リテ受クル收入ハ其恩人其レ自身カ自ラ之ヲ支出スルモノトハ限ラス前ニ述ヘタル如ク遺言者カ相續人ヲシテ右ノ如キ義務ヲ負ハシムルコトアリ又契約ニ在リテモ第三者ノ利益ノ爲メニ締結スルコトアリ此等ノ場合ニ於テ相殺ノ原因ノ生ヌルコトハ往往之アルヘシ蓋シ恩人カ恩恵ヲ施スノ意思ヲ以テ負擔シタル債務ニ依リ自ラ相殺ヲ對抗スルカ如キハ普通之ナルヘキモ相續人其他第三者ニ支拂フ爲サシムルトキハ此等ノ者ニシテ恩恵ヲ受クル所ノ予ニ對シ債權ヲ有スルコトアランカ忍チ相殺ヲ以テ對抗セントスルハ咸ハ人情ノ當ナラン然レトモ予ノ恩人ハ予ノ生活ニ向テ特ニ恩恵ヲ施スニ在リ又予ハ之ニ依リテ餓死ヲ免ルルモノナルカ故ニ恰モ差押ヲ禁シタルト同一ノ理由ニ據リ相殺ヲ禁セリ而シテ此等ノ場合即チ養料等ヲ供スル債務者ヨリハ相殺

ヲ對抗スルコトヲ得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  
妨ヶス例ヘハ予ニ對スル債權者カ類ニ辦済ヲ促スニ拘ラス子ニシテ強制執行  
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  
得ナ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  
於テ子若シ強制執行ヲ受クルコトヲ欲セサラン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  
スルコトヲ許サヌトセハ子ニ取リテハ却テ苦痛トスル所ノ強制執行ヲ受ケサ  
ルヘカラサルニ至リ法律ハ寧ロ子ノ利益ヲ害スルモノト謂バサルヘカラス是  
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「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ノミ行ハルルモノトセルカ故ニ所謂處分トハ其

意思表示ニ因ル處分ヲモ包含スルモノト謂ハサルヘカラス其理由他ナシ凡ソ  
契約等ニ因リテ養料ヲ受クル場合ニ於テハ其養料ヲ失フモ尙ホ扶養義務者ニ  
對シテ扶養ヲ求ムルコトヲ得ベ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ント雖モ法律上ノ養料ノ義務  
即テ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勤モスレハ餓死ス  
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  
爲スコトヲ許サナルナリ

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(舊民法財產編第五二〇條例)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済ノ請求ヲ受ク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検索ノ利益ヲ有スル者ナルニ保證人カ債権者ニ對シテ有セル債権ノ履行ヲ請求シタル場合ニ於テ債権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ナルヘカラス何トナレハ債権者ハ先ツ主タル債務者ニ請求ヲ爲シタルニ拘ラス辨済ヲ得ルコト能ハナ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チ辨済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ナルヘカラス何トナレハ債権者カ保證人ノ請求ヲ受ケタル場合ニ通常相殺ヲ行フコト能ハスト云フハ或ハ同一種ノ債権ニアラナルニ由ルカ又ハ辨済期ニ在ラナ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ナ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

履行ヲ爲サナルトキハ辨済ヲ爲スヘシトノ債務ナリ故ニ期限到来スルモ主タル債務者カ履行ヲ爲サナ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ナルナリ畢竟問題ト爲ルハ主タル債務ノ期限到来シ而シテ主タル債務者カ履行ヲ爲サナ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権者ノ債務ト同種ノ債務ト謂フコトヲ得サルベク或ハ未タ辨済期ノ至ラナルモノト謂フコトヲ得ヘシ故ニ債権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反對ニ保證人ノ方ヨリ自己ノ債権ヲ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ナル如キ感ナキコトヲ得ス蓋シ保證人カ債権者ヨリ請求ヲ受ケタル場合ニ其債権者ニ對シテ自己ノ有セル所ノ債権ヲ以テ相殺ヲ對抗スルコトヲ得ルハ勿論ナルノミラス主タル債務者カ債権者ニ對シテ有スル相殺ノ原因セ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ゾ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〔舊民法財產編第五二〇條所謂明確下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〔Légitime〕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ト云フ如キ文字ヲ用フルハ敢テ故ナキニ非ス此文字ノ解釋ハ從來頗ル

議論アル所ニシテ極端説ト他ノ極端説トノ間ニ實ニ甚シキ相違ヲ生ス即チ第一説ハ「明確」トハ爭ナキノ意ナリ即チ確ニ成立シテ而シテ其額一定シ毫モ疑ナシト云フ極メテ狹キ意味ヲ採リ此正反對ノ説ハ縱令争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説ノ趣旨ニテ相殺ヲ許サストセハ互ニ債權者タリ債務者タル者ノ間ニ於テ相殺ヲ希望セサルトキハ毎ニ争ヲ起スニ至ルヘク又第二説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争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ベキカ故ニ是レ特別ナル條件ニ非ス凡ソ不确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确定ナルト其額ノ不确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へ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済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荷モ權利ノ存スル以上ハ其額モ亦必ス明確ト爲バ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「明確」ナル文字ノ解釋ニ付キ折衷説ヲ採ルコトノ已ムヲ得サルニ至ルヘキモ此折衷説モ亦甚タ解シ難シ例へハ舊民法財產編第五百二十三條ニハ「債務ノ成立、其目的物ノ性質及ヒ分量カ確實ナルトキハ其債務ハ善意ニテ争ハルトキト羅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説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メ如シ而シテ予モ亦原則トシテ斯ク解セシ者ナリ然レトモ彼ノ損害賠償ノ如キハ此中ニ含マスト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

チ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テ疑ナキ所ナリ然シトモ佛蘭西法等ニ於テハ「明確」(古岳)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説ヲ採ルモ其根據甚タ薄弱ナリ前ニモ述ヘタル如ク縦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観察スルトキハ果シテ相殺ノ原因アリタルヤ否ヤハ直チニ判明スヘシ損害賠償ニ於テモ亦然ラサルコトヲ得ス即チ之ヲ理論上ヨリ言ヘハ損害要償權ノ有無ハ初ヨリ一定シ又其額モ一定セリト謂フヘク唯當事者カ其債權ノ成立及ヒ金額ニ付キ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リ得サル場合アルヘキモ裁判ハ神聖ナルモノト看做サルヘキモノナルカ故ニ斯ル過失アリトスルモ復タ如何トモスヘカラス但裁判ノ結果ヨリ觀レハ損害ノ有無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乞明

破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  
條件ナルニ拘ラス予ハ之ヲ採ラス新民法亦之ヲ採ラサリシナリ  
終ニ臨ミテ注意スベ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  
履行地カ同一オ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  
東京ニ於テ履行スベキ場合ニオ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へ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趣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ナ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き大阪ノ者カ東京ニ來リテ辨  
済フ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  
スレハ此等ノ債権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シ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バ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辦済スヘキ金千圓ヲ準備シタリ  
シヤモ知ルヘカラス而シテ大阪ニ於テ千圓ノ入用アルカ故ニ之ヲ大阪ニ送ヌ  
ナルヘカラサルコトアルヘシ若シ之カ爲スニ乙が損害ヲ被リタルトキハ甲フ  
シテ賠償ヲ爲シムルコトヲ得ヘシ例へハ目的物ヲ送付スルニ付テノ手數料  
爲替相場ニ因ル損金商品ノ運賃荷造料此二者ハ通常金錢ニハシヲ失フコト  
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ベキ約アリ是ニ付キ達約金ノ約  
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  
竟皆甲カ相殺ヲ對抗シタルニ因ルモノナレハ其損害ハ甲之ヲ賠償セサルヘタ  
ラサルモノトス故ニ履行地ノ異ナル場合ニ於テハ迂闊ニ相殺ヲ對抗スルコト  
ヲ得サルナリ

第二ニ注意スベキハ債権カ差押ヘラレタル後ハ其被差押者即ち自己ノ債権者  
ニ對シテ債権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

ヨト是ナリ第五百十一條ニ曰ク  
支拂ノ差止ヲ受ケタル第三債務者ハ其後ニ取得シタル債権ニ依リ相殺ヲ以  
テ差押債権者ニ對抗スルコトヲ得ス  
例へハ甲ハ乙ニ對シ金千圓ノ債権ヲ有シ乙ハ甲ニ對シテ同シタ金千圓ノ債権  
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権者  
例へハ丙ヨリ其乙ニ對スル債権ヲ差押ヘラレタリ而シテ乙ハ其差押後ニ甲ノ  
債権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へハ今日  
甲ハ乙ニ對シテ金千圓ノ債権ヲ有セルニ丙ヨリ之ヲ差押ヘラレタリトセヨ明  
日乙ハ甲ニ對シ千圓ノ債権ヲ取得スルモ最早相殺ヲ爲スヨトコト得サルナリ是  
レ債権者保護ノ爲メ然ラサルコトヲ得サルモノニシテ丙ハ甲ノ財産ヲ差押ヘ  
之ニ依リテ辨済ヲ受ケントスルノ手續ヲ履ミタルニ其後ニ至リ其債権ノ債務  
者即チ乙カ甲ニ對シテ同種ノ債権ヲ取得シタルトテ相殺ニ因リ差押ヲ無效  
トセラルルニ於テハ丙ハ甚シキ損害ヲ被ルニ至ルヘシ尙ホ之ヲ理論上ヨリ言  
ヘハ差押ハ其目的物ヲ債務者ノ一般ノ財産中ヨリ除外スル效力ヲ有スルモノ

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

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

ハ乙ニ金千圓ヲ拂ヒ乙亦甲ニ金千圓ヲ拂フトセハ茲ニ二千圓ノ金ヲ準備セバ  
ルヘカラサルコト多カルヘタ少クモ千圓ハ必ス之ヲ準備セサルヘカラス且瓦  
ニ時間ヲ費シ費用ヲ要シテ二度ノ辨済ヲ爲ササルヘカラス金錢ニシテ猶ホ且  
然リ若シ商品ナランカ益煩難ヲ來スヘシ然ルニ相殺ヲ行フトキハ全ク此等ノ  
不便ヲ避クルコトヲ得ヘシ第二ニハ極メテ公平ナル結果ヲ得例ヘハ甲乙互ニ  
千圓ノ債務ヲ負ヘリトセンニ甲ハ先ツ其債務ヲ辨済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  
以テ双方ノ債務ヲ一時ニ消滅セシメハ甲、乙互ニ嚴重ニ辨済ヲ爲シタルト異ナ  
ラサルカ故ニ其公平ナル結果ヲ見ルヤ疑ナキナリ相殺ハ此等ノ利益アルヲ以  
テ既ニ述ク羅馬法ニ於テモ亦行ハレタル所ナリ是ヲ以テ觀レバ相殺ハ簡易ニ  
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ニ重ノ辨済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タ形式上ノ條件ノ如キハ寧古之ナキニ如  
カザルナリ若シ形式上ノ條件ヲ要ストセンカ狡猾ナル者ハ利得ヲ爲シ寛大ナ

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タル  
ニ限ラス例ヘハ一方ノ債権ヘ利息附ニシテ一方ノ債権ハ無利息ナルカ又ハ一  
方ノ利息ハ高ク一方ハ低キコトアリ此場合ニ於テ法律上相殺當然行ハレス必  
ス一定ノ形式ヲ要スルモノトセハ其方式ヲ履マサレハ相殺ハ行ハレサルカ故  
ニ狡猾ナル者ハ自己ノ利益ニ從ヒ或ハ直チニ相殺ヲ行ヒ或ハ永ク之ヲ行ハナ  
ルヘシ例ヘハ自己ノ債務ヘ無利息ニシテ自己ノ債権ヘ利息附ナル場合ニ於テ  
自己ノ債権ノ期限カ既ニ到来セルニ拘ラス相殺ヲ對抗セラルコトヲ恐レテ  
敢テ請求ヲ爲スシ依然利息ヲ收得シ自己ノ債務ノ請求ヲ受ケタルトキ始メテ  
相殺ヲ對抗スル如キ策ヲ執ルコトアリ又債権ハ期限ノ早ク到来スルモノト遇  
ク到来スルモノトアリテ同時ニ時效ニ罹ル如キコト極メテ稀ナルモノナリ又  
債権ノ種類ニ依リ短期時效ニ罹ルモノアリ若シ短期時效ニ因リテ消滅スベキ  
債務ヲ負ヘル者カ相手方に對シ其債権ノ行使ヲ爲サヌ至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シ此ノ如クンハ素

ト公平ナランカ爲ミ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ヲ效力ヲ認メサル法規ヲ設タルトス  
ルモ實際上ニ於テハ當事者ハ悉ク法律家ニ非サルカ故ニ一方ハ法律ヲ知リ一  
方ハ法律ヲ知ラサルトキハ法律ヲ知レル者ハ自己ノ便宜ニ因リ相殺ヲ對抗セ  
ント欲スレハ對抗シ對抗セサント欲スレハ敢テ對抗セサルノ選擇ヲ爲スヘ  
ク又同シク法律ヲ知レル者ノ間ニ於テモ一方カ狡猾者ナランニハ動モスレハ  
自己ノ利益ヲ壟斷スルヨトキナシトセス故ニ悉ク此等ノ弊ヲ矯メンカ爲ミニハ  
佛蘭西法並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サルコトヲ得ス何トナレハ相殺ニ必要ナル條件ノ具  
備シタルヤ否ヤハ裁判所ニ於テ之ヲ判断セシムルヲ以テ最モ確實ナリトセサ  
ルヘカラス當事者自身ノ判斷ヲ以テ條件ハ充チタリト信シテ相殺ヲ對抗シタ  
ルニ未タ備ハサル場合等ニ於テハ却テ煩雜ヲ生スヘケレハナリ且相殺ノ制度  
ハ當事者ノ利益ヲ慮リテ設ケタルモノナリト雖モ當事者雙方カ未タ之ヲ希望

セサルニ法律上之ヲ強フルノ必要ナカルヘク相殺ノ意思ハ争ノ起リタルトキ  
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ヨトヲ得ヘシ然リト雖モ  
若シ此主義ヲ採ルトキハ亦不公平ナル結果ヲ生スルコト尠カラス例へ訴訟  
ヲ起ササルトキハ一方ハ利益ヲ得テ一方ハ損失ヲ被ルノ不幸ヲ免レサルカ如  
キ是ナリ是ニ於テ折衷主義即チ獨逸法及ヒ我新民法ノ採レル如キ意思表示ニ  
依リテ相殺ヲ行フコトヲ得セシムルヲ以テ最モ可ナリトスヘキカ我民法第五  
百六條ニ曰ク「相殺者、當事者、相殺事由、相殺方法、相殺の意思表示」  
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ヨトヲ得ス  
前項ハ意思表示ハ雙方ハ債務カ互ニ相殺ヲ爲スニ適シタル始ニ過リテ其效  
力ヲ生ス  
此主義ニ依レハ裁判所ニ訴フルニ比スレバ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少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バ法律上ノ相殺ニ於ケル如キ缺點ヲ除タコトヲ得即チ法律上ノ相殺ハ當事者ノ知ラサル間ニ於テモ仍ホ行ハルルカ故ニ當事者カ相殺ヲ欲セサルトキト雖モ條件ノ具備スルト同時ニ當然行ハレ復タ教フヘカラサルニ至ルモ一方ノ意思表示ニ因ベモノトセハ斯ル憂ハカルベシ是レ新民法カ折衷説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ト反對説ヲ採ル者ハ當然相殺主義ヲ採ルトキハ當事者ノ意思ニ反シテ相殺ノ行ハルルコトアルヲ不可ト爲セトモ予ハ敢テ妨ナシト信ス何トナレハ當事者カ相殺ヲ欲セサル場合ニ於テハ法律上ノ條件ノ具備セサル間ハ何時ニテモ反對ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得ヘキカ故ニ債権發生ノ後ハ當事者雙方ノ協議ヲ要スルコト勿論ナリ敢テ其意ニ反シテ相殺ノ行ハルルカ如キコトアラサルヘク若シ此反對ノ意思表示ヲ爲ササランカ復タ相殺ヲ欲セサル者ト看ルコトヲ得サレハナリ加之相殺ニ因リテ双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ズビ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ス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乙以テ最モ正當ナリト信セサルヨドヲ得ス然レトモ此說ハ法典調査會ニ於テハ少數ナリシカ爲メ成立セサリキ但新民法ハ相殺ノ效力ハ既往ニ迴ルモノトセルカ故ニ一方ノ意思表示ニ依リテ相殺ノ行ハルヨリ生スル弊害ノ大半ハ之ヲ免ルルコトヲ得ヘシ而シテ此相殺ノ意思表示ニ付キ其表示ヲ爲スノ方法ハ之ヲ限定セサルカ故ニ極端ニ言ヘヘ手真似ヲ以テ爲スモ可ナリ況ヤ口頭又ハ書面ニテ之ヲ爲スヲ得ルハ勿論ナリ唯其意思表示ハ必ス相手方ニ對シテ之ヲ爲ササルヘカラサルノミ尙ホ第五百六條第一項但書ニ於テ意思表示ニハ條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得ストセリ是レ當然ノ事ト謂フヘシ何トナレハ相殺ノ目的ハ雙方ノ債権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(カラサレハナリ)

## 第二章 相殺ノ效力

相殺ノ效力ハ原則トシテ雙方カ辨濟ヲ爲シタルニ等シ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ  
債權ヲ有シ乙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バ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  
以テ限度ト爲サナ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量  
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テ甲ニ於テハ全部ノ辨濟ヲ爲シタルモ乙ニ於テ  
ハ半額ノ辨濟ヲ爲シタルニ等シキナリ是レ第五百五條第一項ニ「各債務者ハ其  
對當額ニ付キ相殺ニ因リテ其債務ヲ免ルルコトヲ得」トアル所以ナリ  
相殺ノ效力ハ二辨濟ニ等シト云フノ結果茲ニ充當ノ問題ヲ生ス例ヘハ甲カ乙  
ニ對シニ二箇以上ノ債權ヲ有シ又ハ乙カ甲ニ對シニ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フ就

レノ債權ト就レノ債權トヲ相殺シヘキカハ是レ即チ充當ノ問題ナリ之ニ付テ  
ハ第五百十二條ニ明文アリ曰タモ此ノ事例ハ本來之ニ付テ之ニ付テ  
「第四百八十八條乃至第四百九十一條ノ規定ハ相殺ニ之ヲ、準用、スル」  
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ズ隨テ多  
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ヨキハ第一ヲ充當權カ債務者ニ存スルト  
雖モ相殺ニ付テハ元來同一人カ同時ニ債務者ニシテ且債權者ナルカ故ニ充當  
ノ規定ヲ其儘適用スルコトアリ  
シトスルカハ別問題トシ法文ニハ「辨濟トアリ而シテ先ツ債務者ノ意思ヲ取レ  
リ蓋シ辨濟ナル行爲ハ債務者ノ行爲ナリ而シテ行爲ノ性質ハ行爲者ニシテ  
思ニ依リヲ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ニ意思ヲ以テ基礎トセサルヘカラス例ヘハ(一)先  
ニ其意思表示ヲ爲シタル者ヲ甲ナリトセハ甲ハ同時ニ債權者ニシテ且債務者  
ナリト雖モ此場合ニハ甲ヲ辨濟者ト看做シ以テ第四百八十八條ノ規定ヲ適用

セサルヘカラス蓋シ相殺ノ意思ハ甲ニ於テ表示シタルヲ以テナリ此理由ニ基キ甲ハ乙ニ對シテ子丑二箇ノ債權ヲ有シ乙ハ甲ニ對シテ一箇ノ債權ヲ有スルモノトセハ充當問題ハ一方ニ於テ生スルニ過ぎ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ヨトヲ得ルモ乙ハ甲ニ對シテ其充當ノ選擇ヲ得スコトヲ得ナルナリ(二)前例ヲ轉倒シ乙ハ甲ニ對シテ二箇ノ債權ヲ有シ甲ハ乙ニ對シテ唯一箇ノ債權ヲ有スル場合ニ於テモ仍ホ其選擇權ハ甲ニ存ス即チ甲カ相殺ヲ對抗スルニ當リ乙ノ二箇ノ債權例へ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里ノ意思如何ニ依ルモノトス

第二ニ第四百八十八條第二項之辨済者ナル文字ヲ相殺ノ意思ヲ表示シタル者

ト解スルトキハ其相手方ハ即チ辨済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タルトキハ甲ハ選擇權ヲ失フモノトス隨ラ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タ又乙ハ其二債權ヲ以テ甲ノ二債權ニ對シ相殺ヲ爲スコトヲモ得ヘシ尙ホ此場合ニ於ケル乙ノ充當權ニ對シテハ甲ハ異議權ヲ有スルカ故ニ甲カ乙ノ充當ニ對シ直チニ異議ヲ述ヘタルトキハ充當ハ甲ノ意思ニ依ルヘキナリ(四)八條第二項但書无當ノ方法ハ相手方ニ對シ相殺ヲ爲スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スコト相殺ノ場合ニ於テモ異ナルコトナシ(四)八條第三項

第三ニ法定充當ノ規定即チ第四百八十九條ノ規定ヲ相殺ノ場合ニ準用セリ此規定ノ詳細ハ既ニ履行ノ方法ハ相手方ニ對シ相殺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法辨済者ナル文字ニ代

フルニ相殺の意思表示ヲ爲シタル者ナル文字ヲ以テシ辨済受領者ニ代アルニ  
相殺ノ相手方ナル文字ヲ以テシ以テ法文ヲ讀下スルルキハ其適用ヲ誤ルコト  
ナカルヘシ<sup>支當、賦課與之稅一百八十疋計、更定、總合、掌取、支當</sup>此  
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権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過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ム相  
殺ハ當ニ法律上當然行ハルモノナルカ故ニ其條件ノ具備シタル時ヨリ直チ  
ニ行ハルモノニシテ大抵辨済期ノ到来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モノトセ  
ルカ故ニ理論上ヨリ言フトキハ相殺ノ效力ハ將來ニ於テミ生スルモノトセ  
テルヘカラス然レトモ若シ此ノ如クスルトモハ甚ダ不公平ナル結果ヲ生スル  
ニ至ルヘシ即チ前ニ述べタル如ク當事者ハ必シモ同様ナル法律上ノ知識ヲ

有スルモノニアラス又同等ニ恰似ナリト謂フコト能ハス而モ又同等ニ貪慾  
ノ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強者ハ自己  
ノ債権ノ存在シ且相手方ノ債権モ亦存在スルコトヲ以テ利益ト爲斯場合ニハ  
成ルヘタ遅ク相殺ヲ對抗スルFF以テ利益ト爲スカ故ニ相殺ヲ遷延シタ若シ  
反對ニ相手方ニシテ敏捷ニ狡黠ニ慾張ニシテ且法律ヲ知レル者ナルトキハ期  
限ノ到来ヲ待ナテ直チニ相殺ヲ對抗スヘシ之ヲ要スルニ法律上ノ知識ノレ狡  
黠ナル貪慾者ノ爲メニ利益ヲ謀断セラレ折角公平ヲ旨トシテ設ケタル相殺ノ  
規定ヲ却テ不公平ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ是ニ於テ力微ノ獨逸法ノ如キ  
ニ免角法律上ノ假定ヲ忌ミ或法律行為ノ效力ヲシテ既往ニ過ラシムルカ如キ  
ハ概シテ禁物トスル所ニシテ例へハ條件ノ成就契約解除ノ效力等ニ於ケルカ  
如キ皆之ヲ認ヌナルニ拘ハラス唯リ相殺ノ場合ニ於テ其意思表示アリタバ  
時ヨリ效力ヲ生スルモ止マガルモ之正セハ前述ノ如ク不公平ナル結果ヲ來スル  
以テ立法ノ際種種的對識ノ末結局其效力モ既往ニ過リ相殺要件ノ具備シタバ時  
ヨリ雙方ノ債権消滅シタルモシト看做ス云々規定ヲ羅ダニ至シテ故ニ縦合

双方ノ債権ニ付キ利息ノ率ヲ異ニスルモ辨済期以後ニ於テハ双方ノ債権カ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トキハ之ヲ還還セサルヘカラス第五〇六條第二項而シテ双方ノ辨済期カ同時ニ到来スル如キコトハ甚タ稀ナルヘタ多クハ最後ニ期限ノ到来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権ハ明治三十三年六月三十日ヲ以テ満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権債務ハ既ニ消滅シタルモノト看做セリ換言セハ相殺ノ成立センカ爲ミ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ハ相殺ハ行ハルルコトナシ然レトモ総合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始ト之ナルヘシ是ニ由リテ之ヲ觀レハ意思表示主義ハ必スシモ不公平ナル結果ヲ生スルモノニアラスシテ實際ニ於

ヲハ法定相殺主義ト甚シキ差異アルモノニアラサルナリ  
尙ホ此結果ノ結果トモ謂フヘキモノニシテ而モ普通ノ法理ニ適合セサルモノヲ認メタリ他ナシ時效ニ因リテ消滅シタル債権ヲ以テ相殺ヲ對抗シ得ルコト是ナリ例ヘハ甲ノ債権ハ既ニ明治三十二年十二月三十日ヲ以テ時效ニ罹リタルモ乙ノ債権ハ未タ時效期間ヲ經過セサル場合ニ於テ乙ヨリ甲ニ對シテ其債権ノ履行ヲ求ムルトキハ普通ノ法理ニ據レハ甲ノ債権ハ既ニ消滅セルカ故ニ相殺ヲ對抗スルコトヲ得スシテ必ス自己ノ債務ヲ履行セサルヘカラス然レトモ此ノ如キハ甚タ不公平ナルコト殆ト説明ヲ要セス例ヘハ甲ノ債権ハ三十一年十二月三十一日ニ期限到来シ乙ノ債権モ亦同時ニ期限到来シタリト假定シ唯甲ノ債権ハ特別ノ債権ニシテ一年ノ時效ニ罹リテ消滅シタルモノ乙ノ債権ハ普通ノ債権ニシテ十年間ハ時效ニ罹ルコトナキ場合ニ於テハ素ト甲ニ於テセ乙ニ於テモ互ニ辨済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通債権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クヘカラ

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タルヲ以テ己モ亦急キテ催促スルノ必要ナシトシ茲甚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ゼンニ乙ハ其債務ノ最早時效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遡及效アラシムヘキヤ否ヤニ付キ大ニ議論アリ茲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ルヘカラス然ルニ甲ノ債權ハ昨年末既ニ時效ニ罹リテ消滅シタリトセハ理論上相殺ヲ對抗スルコトヲ得サルコト前ニ一言シタルカ如シ是レ單ニ有效ニ爲シタル相殺ノ意思表示ニ遡及效アルヤ否ヤノ問題ニ非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效ニ罹リタル債權ト雖モ相殺ノ目的ト爲スコトヲ得ルコトト爲セリ而シテ其理由トス

ル所ハ主トシテ公平ヲ保ツニ在リ然レトモ予ノ見ル所ヲ以テセハ此ノ如ク種ノ假定ヲ設タ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ナルナリ獨逸民法ニ於テ法定相殺ヲ認メサリシハ蓋シ獨逸ニハ從來ノ沿革上法定相殺ナルモノナカリシカ爲メナリ即チ羅馬法ニ於テハ法定相殺ナカリシカ獨逸ニ於テハ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ン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  
「時效ニ因リテ消滅シタル債權カ其消滅以前ニ相殺ニ適シタル場合ニ於テハ其債權者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得」  
獨逸ニ於テハ短期時效ト長期時效トヲ區別セントスル議論アリシモ此說ハ竟ニ成立セサ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讓渡(Debtübernahme)及ヒ債務ノ引受(Gehaltsübernahme)ニ似ル所アルモ全然同一ナルニアラス債權ノ讓渡及ヒ債務ノ引受ニ在リテハ從來ノ權利ヲ其儘讓渡シ若クハ引受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債權ヲ發生セシムルモノトハ當事者ノ意思ニ於テ大ニ異ナレリ而シテ我民法ニ於テハ更改及ヒ債權ノ讓渡ノ二者ヲ認メテ債務ノ引受ナルモノヲ認メス蓋シ債務ノ引受ナルモノハ其實質ニ於テ更改ト異ナラサルコト多カルヘク其他契約ノ自由ニ據リ如何ナル契約ヲモ締結スルコトヲ得ベキヲ以テ別ニ債務ノ引受ナルモノヲ規定スルノ必要ナキナリ

尙ホ我民法上債權ノ讓渡ト更改トノ最モ著シキ差異ヲ舉クレハ債權ノ讓渡ニ在リテハ第一ニ債權者ト讓受人トノ間ノ契約ニ因リテ直チニ成立ス契約以外ノ行為ニ因リテモ讓渡スコトヲ得ルモ更改ニ在リテハ新舊債權者ト債務者トノ三者間ノ契約ニ因リテ成立ス即チ二者其成立ニ關シテ差異アリト謂フヘシ第二ニ二者其效力ヲ異ニス即チ讓渡ニ在リテハ總テノ權利ヲ其儘ニ移轉スルカ故ニ若シ其債權ニシテ保證人其他留置權抵當權等ニ由リテ擔保セラルル場合ニ於テハ其主タル債權ト共ニ悉ク讓受人ニ移轉スルモ更改ノ場合ニ於テハ舊債權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讓渡ト更改トノ差異ノ最モ著シキモノナリ約言スレハ債權ノ讓渡ノ場合ニ於テハ同一ノ債權ヲ移轉スルモノナルカ故ニ特約ナケレハ擔保權ヲモ併セテ讓受人ニ移轉スルモノナルモ之ニ反シテ更改ニ在リテハ前債務ヲ消滅セシムルト同時ニ更ニ新ナル債權關係ヲ生スルモノナルヲ以テ後ノ債權關係

ハ前ノ債権トハ全々別物ナリ。次ニ債務ノ引受ナルモノヲ特ニ認ムルトモハ債権ノ譲渡ト同シタ前債務ヲ其現狀ノ債ニテ引受タルコトト爲ルヘシ例へハ甲カ乙ニ對シテ或債権ヲ有スル場合ニ於テ丙カ乙ノ債務ヲ引受タルトキハ其債務ヲ其債引受タ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権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ニトヲ得ス尤モ債務ノ引受ハ債権ノ譲渡ト同一視スルコトヲ得サルモノアリ他ナシ債権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責力又ハ伎倆等ハ通常著眼スベキ所ナリ故ニ從來債権ノ所在ヲ論スルトキハ債務者ノ住所ニ在リトスルヲ當トス我民事訴訟法第十七條ハ則チ此主義ヲ取

ビリ同條ニ據レハ債権ニ付テハ債務者ノ住所ヲ以テ財産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権ノ目的ハ債務者ニ存スルモノト謂フヘシ債権ノ譲渡ハ債務者ヲ變更セサルカ故ニ之カ爲ス毫モ債権ノ性質ヲ變更スルモノニアラス是レ恰モ此コソブ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「コツツブ」所有權ニ代ヌ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ツツブ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ク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下同一ノ債務ヲ負擔スルモノト視ルモ是レ已ムコトヲ得サル所ナリ故ニ當事者間ニ於テハ債務者ヲ變更シ而モ同一ノ債務存續スルモノノ如ク看做スコトヲ得ヘキモ以テ第三者ノ權利ヲ左右スルコトヲ得サルカリ道既ニ至リテ夫勢勢ノ相變尙ホ更改ト債務ノ譲渡及ヒ債務ノ引受ト異ナル點ヲ言ハハ更改ノ下ニハ目的

變更ニ因ルモノアリ例ヘ此茶碗ヲ與スヘキ債務ニ代タルニ土瓶ヲ與クベキ債務ヲ以テスルカ如キ是ナリ斯ル行爲ハ債権ノ讓渡ニアラズ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メミ而モ此ノ如キ行爲ハ時トシテ必要ナルヨアリ如何ニ獨逸法ニ於テ更改ヲ認メサルモ此行爲ヲ認メサルヨトヲ得ナリキ但代物辨濟ニ關シテ之ヲ規定シ敢テ更改トシテ之ヲ規定セス故ニ結果ニ於テハ更改ヲ許シタルト大差ナシト雖モ寧ロ更改ヲ認ムルノ意レルニ如カサルナリ

第一セ、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ニ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ロトハ第五百十三條第一項ノ示ス所ナリ曰ク「當事者、か債務ノ要素ヲ變更スル、ハ契約ヲ爲シタルトイキハ、其債務ハ、更改、ニ、因リ、」此條文ニ所謂契約ヲ爲シタルトキハ下アリハ即チ更改ガ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白頭契約即チ一定ノ言詞ヲ以テ契約ヲ締結スル形式ニ依リテ行ハレタリ今日ハ何等ノ形式ヲ要セサルモ仍ホ契約ニ依ルヘキモノトセリ

次ニ第二ノ條件ハ債務ノ要素ノ變更ニシテ是レ亦第五百十三條第一項ニ明示セル所ナリ即チ同條ニ「債務ノ要素ヲ變更スル契約トアルハ第二ノ條件ヲ言表ハシタルモノナリ蓋シ債務ノ要素ハ目的債権者債務者ノ三ナルコトハ殆ト異論ナキ所ナリ蓋シ債権ハ即チ要求權ナルカ故ニ其目的ニシテ豫メ確定セルニ非スシハ復タ要求スヘキモノナク隨テ債権ハ成立スルコト能ハス債権者ナケレハ要求スル人ナキヲ以テ債務ハ復タ誰ニ向テカ存セン又債務者ナケレハ要求ヲ受クヘキ人ナキヲ以テ亦債権成立アルコト能ハサルナリ故ニ此三者ヲ以テ債権ノ要素トスヘキゴトハ子ノ疑ハサル所ナリ唯茲ニ三ノ疑問下爲ルハ債

務ハ多クノ場合ニ於テハ法律行為ヨリ生ス然えど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一視スルコトナカルヘシ即チ先ツ其目的ニ付テ稽フルモ債務ノ目的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ち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ムント欲シタル久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オラス場合ニ依リテハ當事者ノ何人タルコトヲ包含セリ例ヘハ贈與ノ如キニ在リテハ其受贈者即チ何某ナル者ヲモ法律行為ノ要素中ニ包含スルモノナリト信ス尤モ作業ノ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バ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ヌ例金橋本雅邦ノ畫ト川

端玉章ノ畫トハ全ク別異ノモ不ナビコト固ヨリ言フタ換タス而シオ其履行スヘキ人カ雅邦ナルト玉章ナルトノ差異ノミニ止マラサルナリ唯債務ノ要素ヲ論ズルニ方リテハ斯ル區別ヲ認ムバノ必要ナカルヘシ何トナヒハ此人格ハ債務ノ目的中ニ包含セシメサルモ他ノ要素中ニ包含セラル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スト雖モ同時ニ其目的ノ變更アリヤ否キ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側ヨリ論スルトキハ啻ニ理論上ノ問題タルニ止マラス實際上ニ於テモ頗ル重要ナル問題ニ屬ス例ヘハ前述ノ如キ事實ニ付キ若シ錯誤ノ存スルアランカ法律行為ノ無效ヲ來スコトアリ即チ單ニ當事者ニ付キ錯誤アルモ敢テ法律行為ノ無效ノ原因ト爲ラサルコト多シト雖モ右ノ場合ノ如クハメニ目的ノ錯誤ヲ來ストキハ明カニ法律行為ノ無效ヲ來スモノナリ其他法律行

爲ノ目的ニ付テハ皆テ述ヘタル如タニシテ條件ノ如キモ亦法律行爲ノ目的ノ一部ヲ成スモノナリ此等ノ事項ハ總則編中法律行爲ノ章ニ於テ論スヘキ事ニ屬シ今茲ニ詳論セザルヘシ要スルニ茲ニ謂フ所ノ「目的ハ狹義ノモノニシテ債務ノ目的即チ債權者ヨリ債務者ニ對シテ要求スル事柄其レ自身ヲ指稱スルモノトス但我民法ニ於テハ更改ノ規定中債務ノ目的ナル文字ハ僅ニ第五百十八條ノ「簡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係ルモノニ非ス故ニ法文ノ解釋トシテ「目的ナル文字カ如何ナル意味ヲ有スルカハ多少疑問タルヲ免レバト雖モ法文ニ「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」ト解説有る。

次ニ債權者及ヒ債務者ハ通常法律行爲ノ要素ト爲ルモノニ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センカ爲メニハ何人カ其行爲ヲ爲スコトヲ要シ又相手方アルコトヲ要スル場合多シト雖モ法律行爲ヲ抽象的ニ觀察スルトキハ結局廣義ニ於ケル目的ノ存ヌル以上ハ敢テ何葉ニ由リテ成ル法律行爲タルヨドモ要セス苟モ目的ニ亞テ存在セバ法

律行爲タルニ妨ナキナリ故ニ當事者ノ個人タルカ否通常法律行爲ノ要素タラサルナリ隨々當事者ニ付テ錯誤アルモ無效若クテ取消ノ原因ト爲ルモノニアレス唯前ニ例示シタル贈與ノ場合若クハ當事者ニ威特定ノ作業ノ義務ヲ負擔スル場合ニ於テ其當事者ニ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其相手方タル受贈者若クハ或勞務ヲ爲ス特定人ハ目的中ニ包含セラルルモノニシテ隨テ當事者ヲ以テ法律行爲ノ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ム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ニ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斯ルトキハ法律行爲ノ要素トハ同一ノ同一觀スルコトヲ得ナルヨトヲ知リ得ヘビボワゾナード氏ハ此點ニ付キ惑ハ誤解セシニ非サリシカヲ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產編第四八九條第二號參觀氏ハ甚ク淡泊ニ之ヲ説明シテ曰  
ク債務ノ要素ハ四アリ一、目的、二、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ヘシト然レトモ是レ法律行爲ノ要素ト債務ノ要素ヲ混シタルモノニ非サルナキカ若シ然リトセハ原因ノ變更ナルモノハ頗ル奇妙ナルモノナリ夫レ法律行爲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ン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タ不能ナルカ如シ蓋シ契約ノ原因ハ寧ロ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又疑ヲ生スヘシト雖モ抑、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セノアリ而シテ「ボワツジード氏」ノ説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セ

ハ義務發生ノ原因ハ曰ク賣買カリ曰ク贈與カリ曰ク貸借カリ曰ク遺言ナリ曰ク法律ノ規定カ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タラシメンコトハ到底不能ノ事ニアラスヤ故ニ「ボワツジード氏」ト雖モ主トシテ賣買又ハ貸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ハミ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ズ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ニ此種ノ契約ヲ認ムルト雖モ是レ唯法律上ノ一ノ假定ニ遇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タ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買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セ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津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ムノトセリ(第五八八條是レ稍ヤ更改ニ似タル所アルモ所謂更改三ノ非ナ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オ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ゼ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「ボワソン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タ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ヲヤボワソンナード氏ノ所説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サリシナリ

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サルコト明カナリ蓋シ目的ノ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へ

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爲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へハ有期ノモノヲ無期無期ノモノヲ有期ト爲シ若

クハ其期限ヲ伸縮スルカ如キハ更改ト謂フコト能ハス然レトモ條件ニ至リテハ期限ト同一視スルコトヲ得ス蓋シ條件ハ成就セサレハ其目的タル債務ハ成立スルモノニ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スカ故ニ條件ノ變更ハ即チ要素ノ變更ト爲ル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ラ爲替手形ヲ發行、

スル亦同シ

其二ハ手形發行ノ場合ニシテ是レ亦歐洲ニ於テ議論アル問題タリ從來貸借若クハ賣買等ニ因リテ通常ノ債務ヲ負擔スル者カ債務ノ履行ニ代ヘテ手形ヲ發行シタルトキハ之ヲ更改ト謂フコトヲ得ルヤ否ヤ即チ手形ヲ發行スルトキハ普通ノ貸借若クハ賣買等ノ關係ト異ナリ更ニ新ナル手形上ノ債務ヲ發生スルヲ以テ之ヲ更改ト爲スヘキカ如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フハ明カニ更改ナリト断言スルコト難ク又更改ニ非スト断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謂手形ノ發行トハ果シテ如何ナルモノノ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ヲ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

皆從タル債務ヲ負ブ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ベ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レハ全ク債務者ニ非ス故ニ其引受ヲ爲スモテハ第三者ナリ故ニ未タ債務者ノ變更アラス隨テ確ニ更改アリト断言シ得ナ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権者ト同一債務者トノ間ニ於テ債務關係依然トシテ存スルモノト看サルヘカラス隨テ更改アリト謂フヘカラサルニ似タリ約束手形ニ在リテハ爲替手形トハ大ニ其趣ヲ異ニシ其振出人ハ手形債務者ナルカ故ニ賣買貸借等ニ因リテ債務ヲ負擔スル者カ約束手形ヲ發行スルトキハ債務者ノ同一人ナルコト疑ナシ唯手形關係ハ普通ノ債務關係ト異ナル所アルヲ以テ更改アリトノ說ヲ生スルナリ又小切手ハ其性質ヨリ言フトキハ大ニ爲替手形ニ類似スル所アリ即チ振出當時ニ於テハ支拂人ニ於テ何等ノ義務ヲ負フモノニ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キ多額ナルトキハ勿論人ニ依リテハ  
一二磅を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  
バ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ヲ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スル主義ヲ採リタルハ固ヨリ理由  
アルゴ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ズ尤モ商  
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ミトハ通常爲ササル所ニシテ必ス支拂人ノ許ニ支拂ニ

充ツヘキ資金アルヲ常トス故ニ支拂人ハ手形法上ニ於テハ引受ナキ以上ハ債  
務者ニアラサルモ若シ手形ヲ離レテ觀察スルトキハ此場合ニ於ケル支拂人ハ  
支拂ヲ爲ス義務アルモノトス佛國裁判例ノ如キハ此場合ニ於テ支拂人ヲ手形  
上ノ債務者トセルカ如キモ是レ手形法上ノ見地ト裏面ノ實相トヲ混淆シタル  
モノナルカ故ニ我立法者ハ之ヲ採ラサリシナリ蓋シ支拂人ニ於テ支拂ヲ爲ス  
サルトキハ結局振出人ニ於テ支拂ヲ爲ササルヘカラサルコトハ言フヲ俟タシ  
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権ヲ手形ノ受取人ニ移轉セントスルニ在ゲ  
如シ是レ固ヨリ債権者ノ變更ヲ來スヘキ純然タル債権ノ讓渡ニハ非ガル毛顯  
ル之ニ類スルモノアリ換言スレハ債権者之變更ト同時ニ債務者ノ變更アリ債  
権者及ヒ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テ  
次ニ約束手形ハ如何曰ク舊債務ニ代フル新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之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者ノニシテ實際ニ於テハ證書ヲ  
書替ヘタルニ異ナルコトナク當事者ニハ何等ノ變更アリコトナシ債權者ハ後  
日其權利ヲ譲渡スコトアルモ手形發行ノ當時ニ於テハ債權者ヲ受取人トシテ  
之ヲ發行スルカ故ニ債權者ニ變更ナク又目的ニモ變更ナシ即チ毫モ債務ノ要  
素ニ變更ヲ生セス尤モ手形ニハ普通ノ債務ニ存セサル種種ノ效力アルセ此ノ  
如キ事實ハ手形ノ場合ニ限ラス例へハ從來無擔保ノ債權ニ對シ抵當權ヲ設定  
セシメタリトセム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ム  
ル抵當權者ト爲リ其權利ハ從來ノモリニ比スルトキハ頗ル強大ナル效力ヲ有  
スルモノト爲ルベ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アモ遇キス故ニ之ヲ以テ更改ト謂  
フコトヲ得サルナリ

又小切手ニ至リテハ前ニ述ヘタル如ク其性質ニ於テハ爲替手形ト異ナラサル

方故ニ爲替手形ノ發行ヲ以テ更改ナリ主セハ小切手ノ提出モ亦更改ナリトセ  
サルヘカラサルニ非サルカノ感アルモ其當事者ノ意思ニ於テハ小切手ハ唯支

拂ノ方法トスルニ過ギス例へ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済ノ方法トシテ小切手ヲ使用スルモノニシテ  
恰モ子カ支拂ヲ爲ササルヘカラサル場合ニ於テ支拂人ヲシテ代リテ支拂ヲ爲  
サシムルニ異ナラス換言スレハ予ノ債務消滅シテ支拂人ノ債務發生スベキ更  
波ノ場合トハ大ニ同シカラサムモノアリ是ヲ以テ小切手ハ爲替手形ト其性質  
人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  
改ナキモノトセリ

終ニ臨ミテ尙ホ一ノ問題ノ論究スヘキモノアリ他オジ裏書ノ場合はナリ法文  
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  
ヲ規定セス然レトモ予ノ信スル所ニ據ヒハ裏書ハ明カニ債務者ノ變更ニ因ル  
更改ナリ例へハ予カ甲ナル者ニ持シテ義務ヲ負ヘバ場合ニ於テ其債務人履行

ドシテ金錢ノ所有權ヲ移轉スル代リニ豫テ丙ヨリ受取りタル手形ヲ以テ之ニ  
裏書シテ辨済ニ充テ其義務ヲ免レタル場合ニ於テハ確ニ債務者ヲ變更ズル  
意思アリタルモノト謂ハナルベカラス即チ爲替手形ニ在リテハ支拂人カ引聲  
ヲ爲ナサル間ハ生タル債務者ナシト雖モ裏書人ヨリ之ヲ觀レバ振出人ハ一人  
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ナサルトキハ所持人  
ハ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  
看做ナ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ロ  
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フルハ予カ振出人ニ  
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ナルベカラス小切手ニ於テモ義ニ爲替手  
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ナサルトキハ  
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及タル所ナリ唯發行ニ  
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『  
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)

舊民法財產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擔作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ナス商證券ヲ以テスル債務ノ辨済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ニ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ニ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

シキカト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済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ヘ往々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人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済ハ「ボワソナード氏ノ說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ス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サレハ更改ト爲ルト云フハ豈ニ奇ナル結果ニ非セ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サ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ギハ實ニ謂レナキ事ナリ蓋シ其有無ニ依リテ更政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俟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需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產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ストアリ所謂負擔物ノ數量、品質ナルモノカ、義務ノ體様ナリトハ真ニ奇怪ナル旨ナリ吾レ書テ之ヲ聞ク期限ハ體様ナリ條件ハ體様ナリト而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想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バ

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總ノ下米ト爲セ  
ベ是レ目的ノ變更ニシテ明カニ更改ヲ成スヘタ正シタ法律行爲ノ要素カ更改  
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タ同一ナリト  
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ナルモノ  
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  
メタリトゼ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  
法律家ニアラナ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フ容レザル所ナリ

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シム  
**(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  
ヲ得但舊債務者ハ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ニ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タ即チ債權  
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  
ハ變更セナルカ故ニ此兩人ノ間に於テ其契約ヲ結ハサルヘカラス此等ハ雖ナ  
キ所ナルヲ以テ敢テ明文ヲ設ケサ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五百四十四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ス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除シメント欲スレドモ即時ニ之ヲ辨済スルコト能ハサルヲ以テ予代リテ其債務ヲ負フニ由リ甲ノ債務ヲ免除ゼンコトヲ要請シ乙之ヲ承諾シタナトセハ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ニ之ヲ支拂へハ第三者カ爲ス辨済ト爲ル而シテ苟モ第三者ノ辨済ヲ有效トスル以上ハ右ノ如キ更改モ亦之ヲ許サナ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セ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済ノ場合ニ關スル第四百七十四條第二項ノ規定

ト其趣旨ヲ同シウス  
 (二) 債權者ノ交替ニ因ル更改ノ場合。當債權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ヤマニ此後之交替ニ因ル更改ノ場合、當債權者ノ交替ニ因ル更改ハ確定日附アバ證書ヲ以テスバニ非サ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タ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ベカラサ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ナルコトヲ得タ然テハ則チ何カ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處アレベナ

リ例へバ甲カ乙ニ對シテ一定ノ債権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其後舊債権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権讓渡行爲以前ニ過ラジメタリトセハ即チ丙ニ對スル債権讓渡ノ日ニ於テハ甲ノ債権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タ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セ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ム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権消滅シテ新債権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ソラ必ス履行スルコトヲ要スル完全ナル債務ト爲スモアシシア此場合ニ於テハ更改其效力ヲ生スベ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過ル主義ノ法律ニ於テハ更改其效力ヲ生スベ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アカ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過ラストスルノ主義ヲ採ルトキハ聊カ疑フ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ス諸君ノ知ラル如ク條件附法律行爲ノ效力ハ條件成就前ニ在リテハ其法律行爲ノ目的タル債務ヲ發生セシムスト雖ニ法律行爲其モノヨリ一種ノ債権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ベキ債務ノ效力ヲ妨クルコトヲ得ナ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ベカラス唯此等ノ場合ニ於テ舊民法ニ據レハ舊債務カ條件附ナリ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カ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サルモノトセ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憲ニ當事者ノ意思ヲ推測シテ所謂推定的規定ヲ設タルコトハ甚タ慎ムヘキコトニシテ必要已ムヲト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々頗ル疑ナキコト能ハス尤モ時トシテハ舊債務カ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キモ之ヲ明言セサ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ス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サルニ於テハ舊債務ヲ消滅セシメサルノ意思ナリト推測スルカ如キハ予ノ解セカズ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ド爲ス場合ニアラスシテ更改

ニ因リテ全ク其目的ヲ變更シ或ハ債權者ヲ變更シタル場合ニ起  
ルキ所ナリ  
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  
更改ニ因リテ生シタル債務カ不法ノ原因ノ爲メ又ハ當事者ハ知ラサル事由  
ニ因リテ成立セス又ハ取消ナ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ナルコト言フヲ俟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ズ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ニ此場合ニ付テ規定シタルモノナリ先づ本條ノ字義ヲ説明セシ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ヒ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シ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ンヘ更改ナル法律行爲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錢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乘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送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シ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

舊債務ノ消滅セシムルハ更改ナル法律行爲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離ルヘカラスルモノナルカ故ニ新債務ノ發生セサル以上ハ舊債務人モ獨リ消滅シヘキニア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双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ルモ萬ニニモ其可能ナランコトヲ僕伴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サ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ヲ無能力ニ據リテ其債務ヲ取消スコトヲ得ヘシ而メオ當事者ヲ全員又ハ一人此無能力ヲ知ラサシシトセシ此場合ニ於テハ甲ヨリ乙トハ能力

者ナルカ故ニ其間ニ成立シタル契約ニ因リ前債務ハ全タ消滅シ單ニ新債務ヲ  
ミ取消オアルコトト爲ルヘキカノ疑アリ然ビトモ是レ亦更改ナル法律行爲本  
性質上更改全部ヲ取消サタルヘカラス之ニ反シテ若シ當事者ノ全員カ取消ノ  
原因ヲ知レントキハ完全ナル舊債務ヲ以テ取消シ得ベキ新債務ヲ代ヘタルセ  
オ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  
埃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ンハ或  
々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效又バ取消  
ノ原因ヲ知レル場合ニ於クハ單ニ舊債務ノ消滅ヲ來スカ如キハ明文ナグレハ  
頗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テノ理由ハ當  
以上ハ更改ノ效力ノ原則及ヒ其結果ナリ之ニノ例外アリ第一ノ例外ハ第五  
百十八條ニ之ヲ規定セサ曰ク前記の論理アリハ當事者ノ全員カ無  
更改ノ當事者ハ舊債務ノ目的ノ限度ニ於ク其債務ノ擔保ニ供シタル質權又  
抵當權ヲ新債務ニ移スヨドヲ得但第三者カ之ヲ供シタル場合ニ於ク其  
承諾ヲ得ルゴドヲ要スニ當事者ハ當事者ノ意思ニ依リ又ハ既  
更改变ノ結果ハ舊債務カ消滅シテ新債務カ發生スルモノナビハ舊債務ニ附隨シ  
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クモ其利益ハ消  
滅ス質權抵當權モ理論上共ニ消滅スヘキコト明カラリ唯茲ニ例外トシテ特約  
アル場合ニ於クハ質權及ヒ抵當權ニ限り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クハ之ヲ許スヘキニア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大ヒ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クテエ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質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ク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セシムルヲ便利上認ヌ之ヲ許セリ外  
國ノ立法例ヲ見ルモ大抵之ヲ認メタリ或ハ曰ハシ質權抵當權ハ當事者ノ契約

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ビハ舊債務ニ附隨シ  
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クモ其利益ハ消  
滅ス質權抵當權モ理論上共ニ消滅スヘキコト明カラリ唯茲ニ例外トシテ特約  
アル場合ニ於クハ質權及ヒ抵當權ニ限り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クハ之ヲ許スヘキニア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大ヒ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クテエ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質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ク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セシムルヲ便利上認ヌ之ヲ許セリ外  
國ノ立法例ヲ見ルモ大抵之ヲ認メタリ或ハ曰ハシ質權抵當權ハ當事者ノ契約

二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ヌヤト是レ其一ヲ知リテ未タ其ニヲ知ラサル者ノ言ノ  
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一番質又ハ二番  
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二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バトテ敢テ不平ヲ唱  
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敢テ妨ケナキナリ或ハ間ハシ然ラハ留置權、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ヲ存ス  
ル所ナリ而シテ保證ト他ノ場合トハ自ラ趣ヲ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

チ此等ノ債權ヲ與フルノ理由自ラ消滅ス又申ノ債權ハ公正證書ニ依リテ證明  
セラル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ナハ亦新  
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乙自身ノ爲メニ  
執行ヲ爲スコトヲ許ササル所ナリ此等ハ勿論言フエ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権者カ同一人ノ保證ヲ望ム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権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下規定セリ即チ質權、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サレバ新債務ニ移ラス是  
レ第三者ハ甲ナル債権ヲ擔保スル意思ナリシニ其不知ノ間ニ乙債権ノ擔保ニ  
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ノミ又或  
ハ曰ハシ債権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り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マ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権ノ存スル間ノミ有效ナリ即チ債権  
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権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タルモ乙之ヲ受タ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権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権ハ消滅シテ新ナル債権ノ生シタルモ  
ノナレハ前ノ債権ノ存スル間同一ノ範圍内ニ於テ他ノ債権ヲ擔保スルモノト  
同日ノ論ニ非ス故ニ第三者ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ決シテ之ヲ新債権ニ移  
スコト能ハサルナリ殊ニ新債権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権ハ自ラ早々消滅シタル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権ヲ生セシムルモノ  
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

ヲ轉質及ヒ抵當權ノ處分ノ場合ト同一ニ論スベカラナバナリ  
 第二ノ例外ハ第五百十六條ニ之ヲ規定セリ目ク後ハ附屬文書ノ事也  
 第四百六十八條第一項ハ、  
 第四百六十八條第一項ハ、規定ハ、債權者ノ、交替、ニ、因、ハ、更改、ニ、之、ヲ、準用、ス  
 第四百六十八條第一項ハ、債權ノ譲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」前條ノ承諾ヲ爲シタルトキハ譲渡人ニ對抗スルコトヲ得ヘ  
 カリシ事由アルモ之ヲ以テ認受人ニ對抗スルコトヲ得ヌ但債務者カ其債務ヲ  
 滅滅セシムル爲メ譲渡人ニ拂渡シタルモノアルトキハ之ヲ取返シ又譲渡人ニ  
 對シテ負擔シタル債務アルトキハ之ヲ成立セサルモノト看做スコトヲ妨ケズ  
 ト此規定ノ趣旨ハ當テ説明シタル如ク大要ハ債權ノ譲渡ノ場合ニ債務者カ異  
 議ヲ留メスシテ其譲渡ヲ承諾ス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ク債權者ノ交替ニ因ル更改ノ場合  
 例へ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約東ニ  
 テ三人ノ間ニ更改契約ヲ結ヒタル場合ニ於テ甲が異議ヲ留メスシテ其契約ニ  
 同意シタリトセハ恰モ債權譲渡ノ場合ニ異議ヲ留メスシテ承諾ヲ爲シタル債

務者下異ナルコトナタ後日ニ至リテ其債務ノ取消シ得ベキモノナリシコト又  
 ハ相殺ナ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ハ第四百六十八  
 條第二項ノ規定ハ何故ニ之ヲ準用セサルカタ既ス者アラシ然レトモ債權ヲ讓  
 渡ニ付テハ債務者ノ承諾ハ必スシヨ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ヌ而シテ通知ヲ受ケタ  
 ル後総合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  
 シ故ニ通知ヲ受クルマテニ生シタル原因ハ之ヲ譲受人向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ミテ止マル事  
 如キコトガキラ以テ右ノ規定ヲ準用スルコト能ハサルナリ致ミテ又御闇如  
 ベニシ相殺謂之併て又ハ譲受人向に而シテ其關係入當斯  
 當斯亦然トシテ第四款  
 第四款 免除  
 免除トテ債權ヲ拋棄シ外ナリス凡シ權利ノ拋棄ハ權利者ノ自由意思共依リ之  
 リ爲スストラ姑外其則ナ所有權ノ拋棄ハ所有者ノ意思又ニ之ヲ爲シ地役

權ノ抛棄ハ地役権者即チ要役地ノ所有者ノ意思ニミテ之ヲ爲シ地上権永小作権ノ抛棄ハ地上権者永小作人人意思ニミテ因リオ之ヲ爲スコトヲ得質権抵當権亦然リ蓋シ權利ハ一ノ利益ナリ利益ハ之ヲ抛棄スルコトヲ得ルコトハ少クトモ財產權ニ付テハ疑フ容レス而シテ權利者ノ抛棄ニ因リナ其權利ノ消滅スルコト言フヲ埃タス故ニ民法ニハ抛棄ニ關スル原則的規定ヲ置カス唯期限人利益ニ付キ規定アリ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曾テ疑ノ起リタルコトヲ聞カズレトモ唯債權ノ抛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子ハ從來甚タ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抛棄スルコトヲ得又債權ニ在リテモ之ニ附隨セバ利益皆一方ノ意思ニミテ以テ之ヲ抛棄スルコトヲ得例ハ此期限ノ利益ハ其期限ノ利益ヲ有スル者ヨリ之ヲ抛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ハ

何時ニテモ寄託物ヲ取戻スコトヲ得是レ利益ヲ抛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抛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抛棄ハ債務者ノ同意ヲ要スルハ果シテ如何ナル理由ニ基タカ歐羅巴一般ノ學說及ヒ立法例ニ于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ハ所有權ヲ抛棄スル場合ニ於テハ其利益ヲ享タル者ノ何人タルカラ知ルコトヲ特ス例ヘハ子カ子ノ所有ノ書籍ヲ抛棄スレハ子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サルカ故ニ單獨子ノ意思ノミニテ之ヲ抛棄スルコトヲ妨ヶヌ之ニ反シテ債權ヲ抛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テ金錢ヲ借りタル者カ之ヲ辨済モジ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タル者ニ於テ承諾ヲ爲サツルニ之ヲ押附ケラルルハ肩トセサル所ナルカ如シ然レドモ是レ甚タ論理ヲ貫カサルモノト謂ハサル

カラス若シ之ヲ許アストセハ他ノ權利ノ拋棄ニ付アモ亦相手方アリ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ナキヲ以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ズ例へ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連帶ノ拋棄等皆然リ然ルニ債權其モノニ限リ相手方ノ承諾ヲ必要トスルハ甚シキ矛盾下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タ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が消滅ス」

## 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所ナリ即チ本講義ニ於テ述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ヌルコトヲ得サルニ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權者ハ通常地上權、水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ヌ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が消滅スルモノトセリ是レ羅馬法以來一般ニ認メラル所ニシテ復タ疑フ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ニ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麻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

ハ自己ニ對シテ債権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ツルモノニシテ是レ債権カ癡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権者カ債務者ニ相續シ或ハ債務者カ債権者ニ相續シタルトキ是ナリ例へハ甲ハ乙ノ債権者ナリシニ甲死亡シタルカ爲ス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権者ナリト爲スコトハ何等ノ必要ナキナリ然ルニ此債権カ第三者ノ債権ノ目的ト爲レル場合例へハ其債権ニ付キ丙ナル質権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権モ亦之カ爲メニ消滅スルセ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権ニ何等ノ擔保ニナカリセハ丙ノ質権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シ債権ハ爾後乙ニ對シテ之ヲ行フヘク又質権者トシテモ同シク乙ニ對シテ請求ヲ爲スヘ

キニ過キナレハカリ然ルニ丙カ甲ニ對シテ有シタル債権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権ニハ擔保ノ附隨セシ場合即チ抵當質等ノ附隨セバ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権カ消滅スルモノトセハ丙ハ乙ニ對シテ甲ノ有セシ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権ハ第三者ヨリ之ヲ供スルコトアリ例へハ甲カ乙ニ對スル債権ヲ丁カ丙ニ對シテ負ヘル債務ノ擔保ニ供セリトゼンニ若シ甲ノ死亡ニ因リ混同ヲ生シ隨テ丙ノ質権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ズ即チ乙ハ甲ニ相續シタル結果債務者タル資格ニ債権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ミニハ甲ニ對シテ負擔セシ債務ヲ辨済セサルベ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產全部ヲ讓渡シタルト云フト雖モ其財產ノ額ハ相續ニ因リテ得タル財產ノ額ト相違スルニ至ルベシ前例ノ如ク債權者甲死シテ債務者乙之ニ相續シタルト假定シ甲ハ其死亡ノ際一萬圓ノ財產ヲ有セルニ其中乙ニ對スル一千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產ノ全部ヲ丙ニ移轉セリトスルモ其實九千圓ノ財產ヲ讓渡シタルニ過キサルコト爲ルベシ又此反對ニ乙カ甲ニ對シア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產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產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產ハ實際一萬圓ノ債額ヲ有スルコトト爲リ隨テ其相續財產ノ全部ヲ讓渡ストキバ真ノ相續財產ニ二千圓ヲ加ヘテ之ヲ讓渡スノ結果ヲ來スヘシ故ニ斯ル場合ニ於テハ寧ロ混同ヲ生セサルモノトスルニ愈レルニ如カラシカ如ギ感アリ要スルニ債権債務ガ一人ニ歸シタル場合ニ於テモ仍舊同一人カ同時ニ債権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ヌ且理論上ヨリ言ハ

混同ハ權利消滅ノ原因ニアラス彼ノ權利棄棄ノ原因ナリキメ言ハ譬喻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ヘシ例へば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済スルカ如キヨ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效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サルニ於テハ何等ノ不都合ヲ生セサルヘシト雖モ往往第三者ノ利害ノ伴ノ場合アリ例へば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ル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立タルモノカラシ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ヘ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ヘシ然ルニ理論ニ拘泥スルトキハ此意外カル結果ヲ生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相ノナリト看做シ隨

テ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探リタル證據ト構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テ消滅スルモノト規定スルヲ以テ足レリトセス特ニ辨済ヲ爲シタルモノト看做セリ第五百二十條ニハ曰ク「相續人ハ其債權ヲ消滅スルモノト看做セリ」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其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」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ラシモノト看做スト相續ノ限。」承認トハ相續人カ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ相續財產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產ト相續人固有ノ財產トハ假ニ之ヲ分離スルモノニシテ隨テ麻痺シタル債權債務カ復舊シテ依然相續ハノ債權債務トシテ存在スルニストト爲ル若シ

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タ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タ相續財產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ベ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済シタルカ又ハ權利ヲ抛弃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產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產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產ノ全部ヲ賣却スルカ如キコトハ通常之アラナルナリ故ニ外國人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バ尙ホ他ニ相續財產ノ讓渡ニ關スル種種ノ問題ニ付キ規定ヲ設タル必要アルヘ

シト雖モ我民法ハ一切此等ノ規定ヲ設ケサリキ其結果トシテ當事者ノ意思ニ  
從ヒ相續財產ノ全部ヲ讓渡シタル場合ニ於テハ混同ニ因リテ消滅シタル債權  
ハ相續人ニ於テ之ヲ償還スヘタ其消滅シタル債務ベ之ヲ差引キタルモノヲ交  
付シヲ可ナリトスヘキコト多カルヘシ若シ然ラレトセハ契約ニ因リテ移轉ス  
ベキ財產ハ相續財產ヨリ大ナルカ又ハ小ナルニ至ルヘケルベナリ尤モ當事者  
カ特約ヲ以テ混同ニ因リテ消滅シタルモノヲ除キ其殘餘ノ財產ヲミラ移轉ス  
ヘキモノト定シタルトキハ混同ノ其效力ヲ生ヌシ要スルニ此等ハ總テ當事  
者ノ意思ニ一任セルモノナリ眼由、吾自モ幾處ノヘシ又ヘ財庫マ財庫  
以上ヲ以テ混同ヲ說すシ併セテ債務ノ消滅ニ關スル説明ヲ了リ同時ニ予カ本  
學年ニ於テ擔任シタル講義ヲ完結セリ歸國シ封買シ本邦難稿、當初思慮未  
經ヘヘイ云々追記來稿、體育と又ヘハニ通ヘテ其ノ年于二十才弱ト顯微鏡  
ヘ其點選讀、体格ヘハニ通ヘテ其體格根柢ヘ、餘體内ニ氣も脂膏也生靈體及  
人體人ハ其體格根柢ヘ、通ヘテ其體格根柢ヘニシテ利子也財庫人

民法原理（債權）終

長達博士著

（三十三年度講義錄）

法學博士 梅謙次郎講述

民法原理（債權）

和佛法律學校發行

# 民法原理(債權)目次

民法原理(債權)目次	一
緒論	二
第一節 債權ノ目的	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	四五〇
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	二三六
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	一二一五
第五 履行ノ場所	一二二四

第六 履行の費用	一一七
第七 履行の充當	一一三
第八 履行の提供	一五五
第九 履行の目的物の供託	二五八
第二款 賠償	二八〇
第三款 第三者ニ對スル債権者ノ權利	三三六
第一款 總則	三九七
第二款 不可分債務	三九八
第三款 連帶債務	四〇六
第一 總論	四三六
第二 連帶債務の效力	四四一
第三 連帶の消滅	四五二
第四款 保證債務	五二七

第一節 債權の總論	五一八
第二節 保證債務の效力	五六三
第三節 保證債務の消滅	六六五
第四節 債権の譲渡	六七一
第一款 總論	六七一
第二款 指名債権	六七九
第三款 指圖債権	六九四
第四款 無記名債権	七一
第五節 債権の消滅	七一六
第一款 辨濟	七八二
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

卷一 總論	八二三
第一節 民法之本旨	八二三
第二節 民法之範圍	八三〇
第三節 民法之關係	八三〇
第四節 民法之效力	八三〇
第五節 民法之準據法	八三〇
第六節 民法之解釋	八三一
第七節 民法之統一	八三一
第八節 民法之典則	八三一
第九節 民法之適用	八三一
第十節 民法之施行	八三一
卷二 債權	八三一
第一節 債權之本旨	八三一
第二節 債權之範圍	八三一
第三節 債權之關係	八三一
第四節 債權之準據法	八三一
第五節 債權之解釋	八三一
第六節 債權之統一	八三一
第七節 債權之適用	八三一
第八節 債權之施行	八三一
卷三 債權之本旨	八六一
第一節 債權之範圍	八六一
第二節 債權之關係	八六一
第三節 債權之準據法	八六一
第四節 債權之解釋	八六一
第五節 債權之統一	八六一
第六節 債權之適用	八六一
第七節 債權之施行	八六一
卷四 債權之範圍	八六一
第一節 債權之關係	八六一
第二節 債權之準據法	八六一
第三節 債權之解釋	八六一
第四節 債權之統一	八六一
第五節 債權之適用	八六一
第六節 債權之施行	八六一
卷五 債權之關係	八六一
第一節 債權之準據法	八六一
第二節 債權之解釋	八六一
第三節 債權之統一	八六一
第四節 債權之適用	八六一
第五節 債權之施行	八六一
卷六 債權之準據法	八六一
第一節 債權之解釋	八六一
第二節 債權之統一	八六一
第三節 債權之適用	八六一
第四節 債權之施行	八六一
卷七 債權之解釋	八六一
第一節 債權之統一	八六一
第二節 債權之適用	八六一
第三節 債權之施行	八六一
卷八 債權之統一	八六一
第一節 債權之適用	八六一
第二節 債權之施行	八六一
卷九 債權之適用	八六一
第一節 債權之施行	八六一
卷十 債權之施行	八六一

民法原理(債權編)目次終

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

編輯者

萩原敬之

東京市牛込區牛込北町十番地

印 刷 者

小宮山信好

東京市牛込區矢來町三番地

印 刷 所

金子活版所

東京市牛込區九保明舟町十一番地

發行所

司法省

和佛法律學校

(電話番町百七十四番)

明治二十二年十二月九日內務省許可