

論 説

客観的更改

—特に既存債務の履行に代えて行われる約束手形の
授受による場合の考察—

柴 崎 暁

はじめに

I 第513条と手形授受 (A 更改の定義/B 平成16年改正の意味)

II 第517条と手形授受 (A 旧債務の必要性和第517条/B 変更される
「要素」)

おわりに

はじめに

[1] **はじめに** 本稿は、客観的更改 (novation objective)、即ち客体 (目的物、objet) の交替する更改をめぐる若干の法律問題を、特に既存債務の履行に代えて行われる約束手形の授受による場合を中心に考察するものである (本論では objet 以外の要素が変更される場合も検討の対象とするので、より正確には主観的更改を除く総ての更改)⁽¹⁾。既存債務の履行に代えて行

(1) 既存債務の支払の手段としての授受であるかどうか当事者の合意による。なお、この場合の性質論については、柴崎暁「条件付更改の法理と支払のためにする手形授受」タートンヌマン9号(2007年)105-122頁。なお手形の書換は支払延期の手段としてなされ更改の意思でなされたことが明らかでない限り更改でない(ましてや代物弁済ではない)ことが推定される旨を示した大判昭和2・3・3新聞2669号13頁、既存債務につき約束手形が振出された場合には、通常既存債務の弁済の方法たるものと解すべく、更改または代物弁済とするには反証を必要とする旨を

られる約束手形の授受が更改となるか代物弁済となるかは当事者の合意如何であるが、意思不分明の場合には更改が推定されるべきであるとの立場が判例であり、これが概ね正しいものと思われる。ところで、今般公表された民法（債権法）改正検討委員会による『債権法改正の基本方針』⁽³⁾において、更改に関する規定についても更改が提唱されている。ここで改正提案は、更改合意における causalisme の復興を企図している⁽⁴⁾。少なくとも当事者が合意すれば手形授受が更改になり得ることに争いはなく、現行法の理解として手形行為が抽象（無因）行為であるとの解釈が支持されている以上、更改の有因主義を明文化することは複雑な問題を生じることとらう。

I 第513条と手形授受

A 更改の定義

[1] 第513条第1項における更改の定義 議論の出発点として、更改の

示した大判昭和2・5・11新聞2719号11頁、既存債務のために約束手形を授受した場合に更改となるかどうかは一に当事者の意思によって定まる旨を示した大判昭和9・8・7法学4巻81頁。

- (2) いうまでもなく、この問題は手形にとどまらず、無因債務として成立するといわれている電子記録債権法に基づく「発生記録」等の債務負担行為にも共通する問題である。ただし、付言しておく、既存債務の履行に代えて行われる電子記録債権の発生記録は、更改として構成するほうが事柄には適するのではあるまいか。手形小切手であれば、高い流動性を与える財貨としての独立性があるので、これを既存債務の履行に代えて授受するとき、「別の給付」といえるような出捐行為であるといってもよいが、電子記録債権の場合には、流動性が著しく低い。なぜならば、手形小切手は、裏書・交付によって何人を相手としてでもこれを移転することができるかもしれないが、電子記録債権は、口座を持っていない者には取得できず、手形小切手と比較して金銭債権の満足から著しく遠いからである。
- (3) 民法（債権法）改正検討委員会・債権法改正の基本方針（別冊 NBL126号、商事法務、2009年）190頁以下。
- (4) 後述、提案【3.1.3.35】。

概念そのものをここで論じておかねばならない。更改の定義に関する現行第513条第1項の文言が問題である。同条項の文言においては、「当事者が債務の要素を変更する契約をしたときは、その債務は、更改によって消滅する」(下線引用者)⁽⁵⁾とあるところから、あたかも、「更改契約」というひとつの債務発生原因 (cause efficiente) が行われ、この行為から新債務が発生しかつ旧債務がこの行為により消滅するものであって、これ以外の方法による更改というものがあり得ないかのような解釈に道を開くことになってしまった。とりわけ、この解釈が手形授受の場面と関係付けられることによって、有名な我妻栄・民法講義⁽⁶⁾において展開された更改説批判を導くことになったことはよく知られている。すなわち、手形行為というのは設権行為である。それ自体によって新債務を発生させる力がある。ところが、更改に関する民法の定義では新債務を発生させるのは更改契約であって手形行為ではない。これを理由として、手形授受更改説を採ることがで

(5) 平成16年改正以前は「当事者カ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テ消滅ス」。(下線引用者)

(6) 我妻栄・債権總論(民法講義IV、改版、1948(昭和23)年、岩波書店)153頁。「これ等の證券〔手形・小切手〕の交付を更改となすは理論に反する。けだし、更改は、…更改契約自体によつて新債務を生ぜしめ、舊債務存在せざる時は新債務も発生せざるものである。然るに、手形・小切手の交付は、たとい舊債務を消滅せしむるために、すなわち履行に代えて爲されたる場合にも、これによつて債権者が新たに取得する債権は手形行為という別箇の行為によつて生じたものである。のみならず、舊債務が存在しないときは手形債権は不發生に終る、というのが如きことは手形理論として到底是認しえないものだからである。要するに、爲替手形の發行に關する民法の右の規定は手形理論の正當なる理解を缺くものであつて、不合理な規定としてこれを無視するの他なきものである。果たして然らば、既存債務の履行に代えて手形・小切手を交付する場合には、常に代物辯済とみるべきである(近時はかかる説が多い)。しかし、かかる場合には、既存債務はこれによつて消滅するから、これに伴う擔保も悉く消滅する。債権者は専ら手形・小切手によつて辯済の利益を受くべく、その手形・小切手が不渡となるも既存債務は當然に復活することなきはいうまでもない(大正8・4・1民599頁、昭和2・11・9新聞2777號12頁)」。これに対して更改説を採ることはあながち無理ではないとする小橋一郎・手形法・小切手法(1995年、成文堂)154頁。

きないとの帰結を導くのである。⁽⁷⁾

(7) しかしこの見解には批判がないわけではない。後述のとおり、法文が「為替手形」に限定しているのは何故なのかに注意を払っていない。大審院の認める更改は、証書という要素の変更であるとしているが、これを要素と見るべきか否かは検討されていない。仮に代物弁済であるとの性質決定がありうるとしても、弁済者の手中にある振出の準備された手形は財産ではなく紙片であり、これを交付しても代物弁済という「他ノ給付」とはいえない(水口吉蔵)ので回り手形の裏書の場合にしか代物弁済になりえないであるとか、代物弁済であると解しても、既存債務の存在の如何は依然として「躰きの石」である(林良平=石田喜久夫=高木多喜男〔安永正昭補訂〕・債権総論〔第三版〕(1996(平成8)年、青林現代法律学全集)360頁)といった批判があるほか、代物弁済が「給付」であるとすれば、原因不法の手形授受においては、民708の適用によって原因不法の抗弁が手形授受の当事者間においてさえ主張できないとの結論に至る(フランス法において必ずしも現在通説であるといえるかは留保が必要であるが、手形行為に設権性を認める立場であるLESCOT (Pierre), De l'influence de l'émission ou de l'endossement d'une lettre de change sur l'obligation préexistante du débiteur cambiaire, in *Annales de droit commercial et industriel français, étranger et international fondées par E. THALLER*, 1932. による展開が知られている。また、この論説に言及する畑肇「フランス法における手形関係と原因関係の一考察(1)(2・完)」同法95号1頁以下・96号48頁以下、柴崎暁「手形授受による金銭債権の満足」商法学の諸相(成文堂、近刊)。賭博や毒物売買を原因関係とする手形行為を無効として遇し、原因不法の抗弁を書換によって切断できないという判断そのものは日本の判例・学説において異論のないところではなかろうか。代物弁済はそのような切断を認める結果となるのである。当事者の合理的意思としてそのようなものを望むという推定は一般には働かないことだけは確かであろう)。さらには、担保権の移転に関する民518が適用され、旧債務の抵当権が移転でき、被担保債権の消滅にもかかわらず、抵当権の順位が下がらないという実益がある(高田晴仁「支払に代えてなす手形行為と更改——民法513条2項後段の意義」法学研究70巻1号135-166頁)。これは更改前の債務と更改後の債務との間に一定の関係を認めるのが更改という制度であるからこそのような扱いがなされるのである。これに対して代物弁済は債権者が満足を得たものとして考える趣旨の制度であるから、担保権が移転しないという扱いの方が事柄には適しており、それにもかかわらず代物弁済説の論者の一部はそういうものとして設計されている代物弁済をわざわざ手形授受と結び付けておきながら、代物弁済であると解した上で民518を類推適用するというのである。しかし、担保権を廃絶する種類の手形授受も、当事者が望めば利用できるのである。これは契約解釈の問題であって、いずれが当事者の意思に沿っているかの問題であるが、代物弁済という類型が、自ら強い効力の伴う行為であることを止めて更改の効果を借用し

[3] 同条項起草当時の更改の概念 少なくとも民法起草担当者の見解に徴するならば、この考え方が、同条項の文言に過度にとらわれた解釈であることが明らかとなろう。梅謙次郎・民法要義は、更改の前提的説明の部分において、概ね次のような説明をしている。古代においては、要式行為によって更改が行われることがつねであった。しかし、近代においては、要式行為ならざる諾成的合意によってもこれを為しうるものとする⁽⁸⁾ことが望ましい。第513条はその表現にもかかわらずかかる前提を踏まえて起草されたのであり、要式行為による更改もまた可能であるとの理解に余地を残したと読めないであろうか。確かに、旧民法（明治23年）財産編第⁽⁹⁾489条は、現行第513条に近く、「新目的ヲ以テ舊目的ニ代フル合意」其原

ようとするなら、当事者の選択肢は却って減少してしまう。

(8) 「更改ノ條件ハ羅馬法以來各國ノ法律一様ナルコトヲ得スト雖モ本條ニ於テハ債務ノ要素ヲ變更スル契約之ヲ更改ト云ヘリ故ニ更改ノ要素ハ（第一）契約ナルコト（第二）債務ノ要素ヲ變更スルコト是ナリ契約ノ何物タルコトハ請フ次章ニ之ヲ論セン唯特ニ方式ヲ必要トセサルカ故ニ他ノ契約ト同シク如何ナル方法ヲ以テ其意思ヲ表示スルモ可ナリ是レ所謂諾成契約（Contrat consensuel）ナルモノナリ而シテ其契約ナル結果トシテ當事者之ニ同意スルコトヲ要ス例ヘハ債權者ヲ變更シテ更改ヲ爲ス場合ニ於テハ（一）舊債權者（二）新債權者（三）債務者ノ意思ノ合致アルコトヲ要スルカ如キ是ナリ」。梅謙次郎・民法要義卷之三債權編（訂正増補25版、1907（明治40）年、法政大学）249頁（下線部の原典は傍丸印による強調）。「如何ナル方法ヲ以テ其意思ヲ表示スル」の直後に「モ」があることに注意。

(9) 第489条「更改即チ舊義務ノ新義務ニ變更スルコトハ左ノ場合ニ於テ成ル／第一 當事者カ義務ノ新目的ヲ以テ舊目的ニ代フル合意ヲ爲ストキ／ 第二 當事者カ義務ノ目的ヲ變セスシテ其原因ヲ変スル合意ヲ爲ストキ／ 第三 新債務者カ舊債務者ニ替ハルトキ／ 第四 新債權者カ舊債權者ニ替ハルトキ」。なお、これに対応するボワソナード民法草案の表現は次の通りである（BOISSONADE (Gustave), *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire par M. Gve BOISSONADE*, 2ème édition, tome 2e Droits personnels et obligations, 1883.). Art. 511. La novation, ou changement d'une première obligation en une nouvelle obligation, a lieu de quatre manières : / 1- Lorsque les parties conviennent d'un nouvel objet de l'obligation substitué au premier ; / 2- Lorsque, l'objet réstant le même, les parties conviennent qu'il sera d'un autre titre ou par une autre cause ; / 3- Lorsqu'un nouveau débiteur prend la place de l'ancien ; / 4- Lorsqu'un nouveau créancier est substitué au premier. [1271*] (末

「因ヲ変スル合意」といった要件を掲げて諾成性を強調しているが、これらの表現はもともとその被継受法であるフランス民法典第1271条の文言⁽¹⁰⁾に由来し、この後者の法文においては、更改は「更改契約」によって行われるのではなく、「債務者が…舊債務ニ代ハル新債務ヲ約シタルニ因リ…舊債務ガ消滅シタルトキ」に生じるものとされ、そこで *contracter* の目的語は *changement d'un élément* ではなく、*une nouvelle dette* なのである。この趣旨を意図的に変更する趣旨で「新目的ヲ以テ舊目的ニ代フル合意」「其原因ヲ変スル合意」といった表現を採用したものではないというのが真実ではないのであろうか。第513条の文言の文頭には、いわば、「要式行為ニ拠リ債務ノ要素ヲ変更スル場合其ノ他（債務の要素を変更する…）」という文言が隠れているとでも言うべきであって、現行法の表現はその省略形だということもできる。

[4] 要式行為により新債務を生じる更改の問題点 要式行為により生じた債務を新債務としつつ、これと引換に旧債務を消滅させようとするとき、更改合意は、それ自体が新債務を生じるものではない。旧債務が消滅するのは更改合意のためであるから、この見解ではなお更改合意は債務の一般的消滅原因である。しかし、要式行為による更改に特有の構造として、新債務の発生そのものはあくまで当該要式行為の効力によるものであ

尾の [] 内は、Projet に付せられた内容上対応するフランス民法典の法条。）

(10) Art. 1271. La novation s'opère de trois manières : / 1° Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte ; / 2° Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier ; / 3° Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé. 第1271條「更改ハ三箇ノ方法ニ因リテ成立ス：／一、債務者が債権者ニ對シ舊債務ニ代ハル新債務ヲ約シタルニ因リ、舊債務ガ消滅シタルトキ；／二、新債務者が債権者ヨリ債務ヲ免除セラレタル舊債務者ニ交替シタルトキ；／三、新ナル契約ノ効果トシテ新債権者が舊債権者ニ交替シ、債務者が舊債権者ニ對シ免責セラレタルトキ」（神戸大學外國法研究會・現代外國法典叢書（16）佛蘭西民法〔III〕財産取得法（2）（1956年復刻、有斐閣）

るから、更改合意は必要的に「更改予約」となることを認めねばならない。更改予約によって手形授受を義務付けられた者が手形を交付することによって更改もその条件を具備して効力を生じるものというべきであらう。⁽¹¹⁾更改契約の概念を廃棄して「新旧債務が交替するすべての場合」を更改とするか、少なくとも要式行為による場合も更改たることを妨げないと規定すべきではなかろうか。

B 平成16年改正の意味

[5] 平成16年改正による第513条第2項後段削除の意味 この問題を論じる上で必ず言及しておくべきであるのは、平成16年改正の評価である。

(11) この点、代物弁済は、代物弁済合意とその履行行為とが別であるから、このような構造に適すと考えられがちである。確かに、更改合意を要物的に構成することの解釈は、説明としてはいささか回りくどいかもしれない。しかし、既存債務の履行に代えてなされる手形授受の場合のすべてを代物弁済と推定し性質決定することは、当事者が真実期待する合理的な結論を時として無視することになりかねない。更改と代物弁済とは効果が異なる（前者では合意によって保存されることもありうる旧債務上の担保権が後者では消滅し、前者では援用することができた旧債務の原因不法の抗弁は後者においては不法原因給付の法理によって援用不能となるのが原理的には正しい）。さらにいえば、代物弁済とは、現実に行われる更改であるといつてよい。あたかも売買と現実売買とがある意味において性質の異なる行為であり、ある意味において同じ範疇の行為であるのと、同様に論じうるものでなければならぬ。LAURENT (François), *Principes de droit civil*, tome 18e, 3e éd., 1878, p. 261. は次のように言う。「第1271条の文言によれば、更改は、三つの方法で行われる。第一に、『債務者が債権者に対して旧債務に代わる新債務を約束した場合に、旧債務が消滅する』。この更改は客体の変更によって行われるため、この更改には、客観的更改の名を与えられる。債務者が一万フランを負担しているとす。債務者はその負債を弁済するために必要な金額を有していない、または、債権者が、弁済として別物を受領したいと望んでいる。債務者が直ちに自らが負担する物と別の物を受領証と引換に払渡せば、そこには、代物弁済 (dation en paiement) が存在する。債務者が別物を払渡すことを約諾するときには、更改が存在する」。つまり、代物弁済が行われると、一の時点で新債務が発生し同時にこれが履行されるということの意味するのであるから、既存債務の履行に代えてする手形授受とは場合を異にする。もしこれを代物弁済というなら、新債務である手形債務も直ちに支払によって消滅しているものでなければならぬのではあるまいか。

同改正前の第513条第2項後段は、条件の加除を更改と看做し、その上で、債務の履行に代えてする為替手形の授受をこれと同様のものと看做すとの規定であったが、平成16年民法改正において、後段部分を削除したものである⁽¹²⁾⁽¹³⁾。結論からいえば、この後段の削除は、少なくとも既存債務の履行に代えてする約束手形の授受を更改と解することの妨げにはならない。というのも、既存債務の支払に代えてする約束手形の授受が更改であるのか代物弁済であるのかという議論の対象は、客観的更改、すなわち二当事者間における債務の客体や原因あるいはその他の要素に関わる更改の成否を巡る契約解釈の問題であって、第513条第2項後段の規定していた主観的更改の場面とは無関係である（と少なくとも明治29年の規定の起草過程では説明⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾されていた）。

(12) (平成16年改正前第513条第2項) 条件付債務ヲ無条件債務トシ、無条件債務ニ条件ヲ附シ又ハ条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

(13) (平成16年改正後第513条第2項) 条件付債務を無条件債務としたとき、無条件債務に条件を付したとき、又は債務の条件を変更したときは、いずれも債務の要素を変更したものとみなす。

(14) 中田裕康「民法の現代語化」ジュリ1283号86-100頁。

(15) これを日本民法の更改規定の欠陥として攻撃する学説があった。石坂音四郎「更改ニ關スル疑問（民法第五百十三條第二項ノ批評）」京都法学会誌第5巻第3號11-36頁（改纂民法研究下巻（第3版、1923（大正12）年、有斐閣）548-566頁に再録）の京法17頁（研究552頁）は、ドイツ普通法学説が、約束手形の振出人・受取人間でも新旧債務の交替があると考えていることを指摘したうえ、日本法では原因の観念を放棄したがために、事柄を為替手形に限定し、停止条件付の債務者の交替による更改だという説明に固執せざるを得ないことを述べている。「手形ノ振出ニ依リテ更改ヲ生スルハ獨法ニ於テ認メラルル所ナリ、而シテ管ニ手形ノ振出ノミナラス、裏書引受等ノ場合ニ於テモ之ヲ認め、更之ヲ一般ニ擴ケ從來ノ債務ノ履行ニ代ヘテ無因債務ヲ負擔スル場合ニハ更改アリトス、獨法ノ學説ハ羅馬法ニ於テ更改カ Stipulatio ニ依リテ行ハレタル沿革ニ基クモノニシテ其理由トスル所ハ從來ノ債務ヲシテ無因タラシムルカ故ナリトス。」ところで右の引用箇所が続いて、石坂は次のように述べて梅委員らの主義を批判する。「我法典ニ於テハ爲替手形ノ振出ノ場合ノミニ更改ノ成立ヲ認め、而シテ何ガ故ニ此場合ニ更改ヲ生スルヤ其理由ニ關シテハ我國ニ於ケル一般ノ學説ハ所謂法律行爲ノ原因ナル觀察ヲ認めサルカ故ニ

[6] 承前—主観的更改としての第513条第2項後段 法典調査会議事速記によれば、ここで「手形ヲ発行スル」ではなくて「為替手形ヲ発行スル」となっていることには、特別な意味があることが判る。⁽¹⁷⁾ここで念頭に

獨法學者ノ説ク所ト異リ有因債務ヲ變シテ無因債務トナスト云フ理由ニ求メス之ヲ他ノ理由ニ求ム、即爲替手形ノ振出ノ場合ニ更改ヲ生スルハ條件附ニ債務者ノ交替ニ因ル更改アルカ故ナリトシ、約束手形ノ振出ノ場合ニハ債務者ハ依然トシテ從來ノ債務者ニシテ何等ノ變更ナキカ故ニ更改ヲ生セス」。

(16) 福瀧博之・手形法概要〔第二版〕(2007年、法律文化社)100頁は、通説は代物弁済説である趣旨を説いた上で、「なお、平成16年の民法改正によって、旧民法513条2項後段の規定は削除されている」としている(論者は必ずしも通説と削除との関係について言及しているわけではない)。以下の行論で明らかなどおり、第二項後段の削除には通説を追認する意味はないものと思う。

(17) 日本學術振興會・法典調査會議事速記録(1937年)第二十三卷二三ノ一〇五-二三ノ一〇六丁。第74回法典調査会に提出された原案「第五百十條」(「第五百十條當事者カ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テ消滅スノ條件附債務ヲ無條件トシ無條件債務ニ條件ヲ附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発行スル亦同シ)をめぐる第2項後段の起草趣旨説明(梅謙次郎委員)は、まず、「既成法典(明治23年民法財産編490条)」に言及し一財490において、商証券(effets de commerce)上に原因を記載すると更改が生ぜず、記載しないと更改となるとの規定があった。この詳細については、柴崎暁・手形法理と抽象債務(2002年)161頁以下参照一、次いで為替手形に言及、債務者の交替する更改に擬制すべきであろうことを述べる。「本案ニ於テハドウモ手形ト言ツテ皆一樣ニ見ルコトハ出来ナイ先ツ爲替手形ニ附テハ是レハ債務者變更ノ要約トモ云フヘキモノデアツテ御承知ノ通り手形法ニ於テハ爲替手形ハ主たる債務者ヲ先ツ支拂人ト見ル尤モ支拂人ニ債務ノナイトキモアリマスケレドモ兎ニ角支拂人ノ所ニ往ツテ一番先ニ請求スベキモノト見テ居ル夫レニ請求シテ若シ支拂ハナカツタトキハ今度ハ賣渡人ノ外ニ裏書讓渡人モ同シ様ニ償還請求ヲ受ケルト云フコトニナツテ居ル…然ウ致シマスト殆ント債務者變更ノ更改ト見テ宜シイ然ウ云フモノデアレバ仮令ヒ初メノ原因ヲ手形面ニ書イテ居ツテモ夫レデ更改デナイ矢張り元ノ債權ガ其儘テアルト云フコトハ言ヘマイト思フ一番初メニ請求ノ出来ルノハ今迄ノ債務者デナイドウカ餘所ニ居ル處ノ支拂人デアル手形ノ名宛人デアル矢張り是レハ債務者ノ更替ニ因ル更改ト擬ラヘテ更改ト見タ方が穩カデアル」(學振・前掲書同所)。次いで、約束手形に言及、債務者の交替ではなく、債務負担の態様が厳正になるということを述べ、既存債務が消滅するのではなく、旧債務とは同一性を保ったまま、「執行ノ方法ハ容易デアル又其執行ノ擔保カ多イ」態様にすることが約束手形の交付である、と説明し、小切手についてはその決済証券性(流通

置かれているのが、審議当時施行されていた明治26年商法の手形編に規定された、フランス法系の手形資金制度を伴った為替手形だからである。手形資金とは満期において振出人が実質関係上支払人に対して有することとなる債権をいうが、フランス法系の制度では為替手形の所持人にこの資金債権が裏書によって取得されるとするのである。それゆえこの第2項後段の規定していた更改は「主観的（看做し）更改」なのである。梅起草委員は、その著・民法要義の中でも、債務の履行に代えてする為替手形の発行をもって、「債務者ノ更替ニ因ル更改ト擬ラヘ」た立法の趣旨を敷衍して、「債務者の交替による条件付更改」の観念を援引して第513条第2項後段を説明している⁽¹⁹⁾。手形資金制度を持つ手形法が明治32年の新商法施行により廃止されて以降は、民法第513条第2項後段は、抵触法の規則に従えば、資金制度をもつ手形法が適用され、かつ、対価関係に対する手形授受の効

期間が短い)に着目してこれも除外したというのである。

(18) 商法(明治26年)「第十二章 手形及小切手」第803条「振出人又ハ自己ノ計算ニテ爲替手形ヲ振出サシメタル者又ハ明示シテ爲替資金ヲ供スル義務ヲ負ヒタル裏書譲渡人ハ支拂人ニ對シテ爲替資金ヲ供スル義務ヲ負フ」第804条「現金支拂ノ外爲替資金義務者カ支拂人ニ對シテ有スル債權又ハ信用ハ之ヲ爲替資金ニ充ツルコトヲ得」

(19) 「債務者カ債權者ノ爲メニ手形ヲ發行スルハ果シテ更改ナルヤ否ヤハ從來學者間ニ議論アル所ニシテ各國ノ法制亦一樣ナラサル所ナリ新民法ニ於テハ爲替手形ヲ發行スルハ更改ニシテ約束手形若クハ小切手ヲ發行スルハ之ヲ更改トセスレ他ナシ爲替手形ハ支拂人ヲ以テ主タル債務者ト爲サント欲スルモノニシテ振出人ハ不履行ノ場合ニ於ケル償還請求ヲ受クヘキ者ニ過キス故ニ此場合ニ於テハ條件附以テ債務者ノ交替ニ因ル更改ヲ爲シタリト謂フモ可ナリ」梅謙次郎・民法要義卷之三債權編(訂正増補第拾貳版)357頁。また、同趣旨と思われる穂積陳重＝富井政章＝梅謙次郎校閲・松波仁一郎＝仁保龜松＝仁井田益太郎合著・帝國民法正解第五卷(1897(＝明治30)年・有斐閣書房、1997復刻・信山社日本立法資料全集別巻99)736頁は、「爲替手形ノ發行ハ恰モ主タル債務者ヲ變更スル觀アリ而シテ債務者ノ變更ハ更改ノ一ナルヲ以テ之ニ尤モ近似セル爲替手形ノ發行ヲモ更改ト看做スナリ」と述べる。

(20) 統一手形法以降は振出地法―手形法(昭和7年)第91条「爲替手形ノ所持人ガ証券ノ振出ノ原因タル債權ヲ取得スルヤ否ヤハ証券ノ振出地ノ属スル国ノ法律ニ依リ之ヲ定ム」。これは、1930年手形法抵触条約による規定である。

果を決定するために日本民法が適用されるような涉外事件においてしか機能していなかったということになる。

[7] 判例---書面の交替する更改　そして、むしろ大審院の判例は、第513条第1項を根拠に、既存債務の履行に代えてする手形授受を「書面の切り替えられる更改⁽²¹⁾」として遇したのである。いうまでもなくこの問題は当事者の間の合意の解釈の問題または当事者が合理的に有し得たであろう意思とは何かに関する議論であり、当事者が明示的に更改としないこと、既存債務を直ちには消滅するものとししないこと（支払のためにする手形授受）も、債務が消滅するとともに代物弁済としての効力を持つものとする⁽²²⁾ことも、結局は当事者の合意の如何であることはいうまでもない。

現行法において、既存債務の履行に代えて手形が授受されることが、更改であるとしても、それがどのような意味において要素の変更となり得るのかを論じておく必要があるが、それはもう少し後で論じることしよう。

II 第517条と手形授受

A 旧債務の必要性和第517条

[8] 旧債務の必要性和現行第517条　約束手形授受のことをいちおう視野の外に置いて、更改一般を考えてみよう。新債務が成立しなければ旧債務が消滅しないという規定が存在するのであれば、消滅すべき旧債務が存在していない場合には新債務が成立しないということも確認されるべきであるというのは一応論理的に思われる。それゆえ改正検討委員会の提案⁽²³⁾ではそのような形式に民法規定を改めるとの提言をしている。【3.1.3.35】の

(21) 大判明治38年12月19日民録11輯1797頁（後述）。

(22) 大判明治42年2月12日新聞557号16頁、大判大正6年3月31日民録23輯591頁、大判大正6年6月9日民録23輯949頁、大判大正7年4月25日民録24輯770頁。とりわけ三番目の判決。

〈1〉「更改は、更改前の債務が存在する場合に限り、効力を生ずるものとする。」というものである。実際、旧民法財産編第494条もこれと同様の事柄を定めていた。⁽²⁴⁾ここでは、旧債務が成立しなければ新債務も成立しないという命題と、新債務が成立しなければ旧債務は消滅しないという命題とがふたつながらに規定されている。では何故現行第517条だけが、後者の命題のみを定めるといったこのような片面的な規定なのであろうか。⁽²⁶⁾

(23) 【3.1.3.35】(更改前の債務の不存在又は更改後の債務の不発生と更改の効力)／
 〈1〉更改は、更改前の債務が存在する場合に限り、効力を生ずるものとする。／
 〈2〉債権者及び債務者が更改の効力を生じないものとする事由があることを知って更改の契約をした場合において、更改前の債務は、消滅するものとする。ただし、更改の契約が公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする場合は、この限りでないものとする。／〈3〉更改の契約を取り消すことができる事由がある場合において、債権者(更改の契約を取り消すことができる者を除く。)がその事由があることを知って更改の契約をしたときは、更改前の債務について免除の申込みの意思表示をしたものとみなすものとする。ただし、更改の契約が取り消された場合に限るものとする。／関連条文 現民法517条(改正)

(24) 財産編第494条「舊義務カ初ヨリ法律上成立セス又ハ法律ノ定ムル原因ニ由リテ消滅シ若クハ取消サレタルトキハ更改ハ無効ニシテ新義務ハ成立セス／ 2 又新義務カ其成立及ヒ有效ニ要スル法律上ノ条件ヲ具備セサルトキハ舊義務ハ存在ス(第三項省略)」

(25) (更改前の債務が消滅しない場合)第517条 更改によって生じた債務が、不法な原因のため又は当事者の知らない事由によって成立せず又は取り消されたときは、更改前の債務は、消滅しない。

(26) 学説は、第517条の文理のこのような片面性には、まったく関心を抱いてこなかったように思われる。支払に代えてする手形授受の代物弁済説を説くにあたり田中耕太郎・手形小切手法概論(1935年、有斐閣)225頁は、「更改は有因契約であり、此の場合に於ては舊債務の消滅と新債務の発生とが法律上因果関係を爲してゐなければならぬ(民五一三條一項、五一七條)。若し支拂に代へて手形を授受する場合に更改が存在すると認めんか舊債務が消滅することは手形債務の発生条件でなければならぬ」等々と説明している。更改によって消滅すべき債権が存在しないときには更改は無効(於保不二雄・債権総論〔新版〕(有斐閣、1972年)425頁)であるかもしれないがそのような場合にいかなる合意をしようとも旧債務を消滅させる効果を持たないという意味であって、そのことが、手形債務を以て新債務とする更改があつてはならないということの積極的理由にはならない。手形債務の無因性を認めたとしても、新債務である手形債務は一旦が発生し、これによって消滅させる

[9] 承前—更改の objet と cause について この問題を解明するためには、財494に関する BOISSONADE の見解を確認しておくことが有益である。BOISSONADE, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon* における財494に相当する規定は Article 516⁽²⁷⁾である。Art. 516の旧債務がなければ新債務成立せずを定める第一項および新債務成立せざれば旧債務消滅せずを定める第二項の両規定のうち、BOISSONADEによると、前者は cause の問題、後者は objet の問題であるという⁽²⁸⁾。明治29年民法に向けての審議のなかで、「既成法典」のなかに原因 (cause) が登場していた箇所を改めた新民法の法文の形成過程には、cause 概念を排除しようとする見解が大きく作用した。この難題は法典編纂の障害となる危険が意識され、ベルギー法における議論から次第に勃興していた anti-causaliste (原

べき旧債務がなかったことによって当該手形債務負担という出捐がその経済的機能である solvendi causa の実現不能によって挫折し、原因関係欠缺の抗弁が対抗されると説明すれば足ることではないのか。

(27) Art. 516. La novation est nulle et la nouvelle obligation ne se forme pas, si la première n'existait pas légalement, à l'origine, ou avait été annulée pour une des causes que la loi autorise ; / De même, la première obligation subsiste, si la nouvelle ne réunit pas les conditions légales d'existence et de validité ;...

(28) Art. 516に関する記述に次のような部分がある (BOISSONADE (Gustave), *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire par M. Gve BOISSONADE*, 2ème édition, tome 2e Droits personnels et obligations, 1883, no 560, p. 628.). 条件付債務を更改する場合の規定である前条 (第515条) と対比して、「ここでは、〔旧〕債務は、或いはその成立における原始的障害のために、或いは合意の瑕疵に基づいた無効訴権の勝訴の結果のために、既に完全に無効である。同様に、前条においては、〈新〉債務が条件のために未必的であることを想定した。そこでは条件の成就が、債務の生じることを妨げ、または〔*〕、債務を破壊する。他方、ここでは、新債務は根本的に無効または原始的に存する瑕疵のために無効と為し得る。しかし、本条の二つの場合においては、解決は、前条のものと同じである。すなわち、更改は、第一の場合においては、約束の〈原因〉〔cause〕が欠けることにより成立せず、第二の場合には、約束された〈客体〉〔objet〕が欠けることにより成立しない」。*原文で“on”となっている箇所は、文脈から考えて“ou”の誤植であると考え、このように訳した。江湖の批評を賜りたいところである。

因概念廃棄論)の学説に拠りつつ、財産編第304条の合意の四要件に関する規定が削除され、ことごとく「実在且合法ノ原因」に係るルールを排除してゆくプロセスが展開された。現行第517条も例外ではなかったはずである。それゆえ、前者の命題を削除し後者の命題のみを採用したものであることになるのではあるまいか。縦令法律行為一般について cause が必要であるとの命題が現行民法において妥当するとの考え方を認めたとしても、第517条の文言の表現からいえば、更改が必ずしも有因契約であるということは確かなことではない。一部の学説が認めるような、旧債務が存在しないにも拘わらず新債務が発生する、無因的更改の観念さえ許容する文言であるといえよう⁽²⁹⁾。積極的に原因概念を廃棄せよといっているわけでも、無因的更改を認めるわけでもないが、少なくともこの問題に法文は沈黙していたのである。

B 変更される「要素」

[10] 手形の授受は如何なる意味において要素の変更か 手形の授受は⁽³¹⁾いかなる意味において要素の変更か。取引上の金銭債務一般を履行するこ

(29) 小橋一郎・手形法・小切手法(1995(平成7)年、成文堂)154頁。

(30) しかし、この見地から、そのような解釈の余地をまったく塞ごうとする改正検討委員会の提案は支持され得るのであろうか。また、前述の LAURENT の見解に従って代物弁済を更改の下位概念の一種として捉えるべきであるとするなら、代物弁済契約も有因契約ということになろう。

(31) 「要素」の変更として更改を定義したことの問題点については、検討委員会も「要素」が示す概念の範囲が不明瞭であることを指摘している。BAUDRY-LACANTNERIE (G.) et BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations, tome 1, 3e éd., 1908.* は、目的物 objet、当事者 parites、性質 nature (民事債務か商事債務か、自然債務か市民法上の債務か、といった意味での債務の種類) という、債務にとって不可欠な要素は、それが変更されれば更改であることを掲げた上で、消費貸借による債務を寄託による債務に置き換える例を引きつつ、cause efficiente (債務発生原因) の交替することを、「原因の交替による更改 novation par changement de cause de la dette」と呼ぶ(なお財産編第489条第2号の「原因の交替する更改」は、現行第513条第1項に改正される過程で削除

とに代えて約束手形を交付する場合には、変更される要素は複数に及びうる。債務者から見た場合に、原因 (cause)⁽³²⁾ の交替であり、取扱 (régime)

されている)。フランス法でも anti-causalisme のために原因の交替する更改の概念に反対する学説が主張されたが、多数の支持を得ることはなかった。BAUDRY-LAC. op. cit., no 1712. に挙示された ARTHUR, Toute substitution d'une dette une autre consititue-t-elle une novation?, A propos de l'art. 1278, Revue critique de législation et de jurispeudence, XXXIe année, nouveau série, XI, 1882, p. 228. は、日本民法の改正において「原因の交替する更改」を廃棄するために斟酌された学説と想像される。しかし、この見解は、少なくともフランス法においては、ローマ法における更改の要式行為性と現代法における更改方式自由の原理(更改諾成主義)との違いを無視した議論であるとしてやがて消滅してしまう。態様 modalité の変更は必ずしも更改になるとは限らない(BAUDRY-LAC., op. cit., pp. 11-14.)。①条件の付加・削除・変更、②債権者側の負担 charge の変更、③選択債権を特定物債権に、特定物債権を選択債権にする変更、④期限の変更、⑤ consession、⑥強制和議、⑦違約罰の付加のうち、①—③は更改であり、④—⑦は更改でない。現行日本民法は、①を本質的に更改とは考えず、更改としてとり扱うことが相当であると判断して、「看做し更改」(民法第513条第2項)としている。条件の変更が更改と看做されるとともに、債務の履行に代えてなす為替手形の振出もまた更改と看做されているが、BAUDRY-LAC. は、このなかで手形には言及していない(おそらくは、フランス法の通説である、振出人・受取人間の関係における非設権的理解を前提しているものといえる)。ちなみに消費貸借債務の支払にかえて約束手形を授受する場面ではどうか。②にてらして、新債務が従たる手形債務であると、拒絶証書の作成を要する点が債権者側の charge の付加とみられないこともないが、この点を除くと、態様の変更があるとはいえない。BAUDRY-LAC. の理論を敷衍すると、拒絶証書作成免除をするとすれば、何ら要素の変更がないことになる。更改ではなくて債務変更契約であるにとどまるとすれば、事由の発生の前後で債権関係には同一性があるので、担保は消滅せず、取消権は失われず、時効の中断はない。以上のような理論が或程度普遍性のあるものとなれば、日本民法でも、条件の変更さえ看做し更改とされているのであるから、債権の発生原因の種類の類型が変更されることも更改と見ることに妨げはないのではなからうか。

- (32) 具体的な類型一般についていえば、次のような整理ができるであろう。(1) 双務契約上相手方の負担する給付の内容が変更されれば原因の交替する更改となる(例:所有権留保をオプションつきファイナンスリースに切り替える場合において、買主=物件利用者の代金=リース料債務にとっての原因が交替する)。(2) 双務契約上の既存債務を準消費貸借によって更改する場合(売買代金の履行期に支払の繰延べを懇願し、同額を貸付をなしたもとして処理する場面)は、原因の交替する更改である。(3) 消費貸借から生じた貸金債権が準消費貸借によって履行期を延

(33) の交替であり、書面 (instrumentum) の交替⁽³⁴⁾である。一般の金銭債権には、手形訴訟制度の利用可能性は伴わず、満期という専ら客観的な期日から進行する短期消滅時効も適用がないのが原則である。反対給付のない支払約束を手形に置き換えるときは régime だけが交替する代わる場合もあろう。なお、手形の書換・切替については、特有の議論が可能であり、既存債務の履行に代えてする手形授受一般と同列に論じるべきではなか⁽³⁵⁾らう。

長されるときは更改がない (このことは諾成的消費貸借の観念を認めるかどうかとは関係ない)。

(33) 近時の文献には、取扱 (régime) の交替する更改、訴権 (action) の交替する更改という概念が登場する。例えば、交互計算に関する CALAIS-AULROY (Marie-Thérèse), *Compte-courant, Juris-Classeur Banque -Crédit -Bourse*, Fasc. 210, 2001. 交互計算組入の性質が何であるかを説く部分で言及され、必ずしも手形授受そのものを語っているのではないということは留保する必要があるが、そのような概念があるということは重要である。この考え方は手形授受の場面にも用いることができるのではなかろうか (ちなみに MAZEAUD (Denis) は同じ組入について cause の交替する更改であるとの見解を採っている)。

(34) 前述、大審院の判例が既存債務履行に代えてする手形授受を第513条第1項に基礎付けて更改としたが、この理解による手形授受がここにいう書面の交替の場面に該当する。大判明治38年7月8日民録11輯1111頁は、「手形ハ他ノ證書ノ如ク特ニ債務ノ存在ヲ證明スル具タルニ止マラス債務ノ成立ニ欠クヘカラサル要素タルコト多言ヲ俟タス」と述べて手形債務を他の債務に変更することを更改としており、大判明治38年9月30日民録11輯1239頁は、約束手形の「切換」に関する事案において、他の債務を手形債務に変更する場合にはこれもまた更改であるとする。「仍テ按スルニ手形債権ハ手形ニ因リテ存在スル債務ニシテ手形ハ他ノ證書ノ如ク唯ニ債務ノ存在ヲ證明スルノ具タルニ止マラス債務ノ成立ニ欠クヘカラサル要素ナルカニヘニ手形債務ヲ他ノ債務ニ變更スルトキハ債務ノ要素ニ変更アリテ更改ノ成立スルモノナルコトハ民法第五百十三條ノ法意トシテ本院ノ判例トスル所ナリ (明治三十八年 (オ) 第一六一号同年七月八日言渡判例) 然リ而シテ他ノ債務ヲ手形債務ニ變更シ若クハ手形債務ヲ他ノ手形債務ニ變更スルハ手形債務ヲ他ノ債務ニ變更スルト其要素ニ變更アル点ニ於テ何等異ナル所ナキヲ以テ此場合ニ於テモ亦更改ノ成立スルモノト爲スヘキハ當然ニシテ債務金額ニ変更アルカ如キ場合ハ勿論ナリトス…」

(35) 署名・交付を経た (あるいは裏書も経た) 手形の記載事項を、すべての手形当事者 (すべての署名者および所持人) の同意を得て変更するが、新たな証券を作成するのではなく一部の記載事項 (多くの場合は確定日払手形の満期であろう) に限

[11] 手形授受による更改の効果 最後に、手形授受による更改の効果について言及しておこう。抗弁に関していえば、民125により、取消権は消滅する。しかし、解釈論としては、錯誤無効のような取消的な無効の援用権も、係争利益の当事者による処分を許された「取消的」無効であるとすると、かかる無効主張の権利も消滅すると解するべきではあるまいか。しかしこれに対して公序無効のほうは消滅する抗弁に含めるべきではなからう（前述不法原因給付の原理の適用の問題）。また、担保権に関しては既述の通り、民518により、当事者の合意で新債権の担保に移転することができる。このように更改と代物弁済とは効果が決定的に異なる制度であり、いずれが当事者の意思に近いかを基準に契約解釈を行うというのが処理として最も妥当であろうと思う。その結果、当事者が失う権利の範囲が相対的には狭い更改が推定されることになるのであるが、そのことは、手形による代物弁済ができないという意味ではない。

り、二重線等で抹消し、訂正印を押捺せしめるという態様を採る場合を手形の訂正という。旧手形を一旦破棄して訂正項目以外の記載事項が同一の新手形を作成しこれに同じ署名者に手形行為をなさしめても同じことであるが、これが更改または代物弁済に該当しない場合、訂正前と訂正後とで両者の手形は法的に同一の権利と解するならば、担保権も抗弁権（取消権—民125）も消滅せずに承継される。新手形を交付した場合には訂正の事実が外形上明らかにならないので、これが訂正後の手形だということを証拠論のなかで主張する者において、事実上の立証の必要性はある。支払延期手形の書換は、金額・債務者を変更しない限り、他の要件を変更しても更改とならないとした大判大正4・10・26民録21輯1775頁、大判大正9・3・24新聞1689号21頁民録26輯392頁は、これを訂正として扱う趣旨であろうか。手形書換で更改が成立するか否かは当事者の合意の問題であり、単に手形金額に変更があっただけでは当然更改があったものということではできない旨を示した大判大正12・6・13民集2巻401頁、手形の書換は、更改の意思でなされたことが明らかでない限り、支払延期の手段としてなされたものと推定されることを示した大判昭和2・3・3新聞2669号13頁。

おわりに

[12] **改正提案の影響** 改正検討委員会の提案は、以上のような現行法理解を、基本的には妨げないものと思われるが、提案がもたらす有因主義の復活という点が、少なからず更改と手形との関係に影響を与えるものと考えられる。更改は更改契約という有因の諾成契約によってのみ可能であるとの狭隘な概念を採用してしまうと、既存債務の履行に代えてする手形授受の場面はすべて代物弁済と解されねばならないことになるが、そのような硬直的解釈は、当事者の合理的な期待を超える効果を押し付けることになる（かといって代物弁済説に固執した上で具体的な不合理を是正するためにその都度便宜的に更改の規定を類推するという手法は、法理論を混濁させるものであって採用すべきではない）。要式行為によって新債務を生じる更改の類型を認めるべきではなかろうか。仮にこの点を認めたとしても、さらに、有因性の問題だけは、手形行為の性質との間において一少なくとも従前の手形行為観に拠る限りは一調和することが難しい。これに解を与えるには、⁽³⁶⁾ 挙証抽象性の概念を援用し、原因関係欠缺の抗弁が對抗されている関係にある手形債務はそうでない場合と比べて性質が異なる法律関係であるといった説明をする以外にはなかろう。そのような手形行為の観念を認めることが日本私法で可能なのであろうか。今後の検討に譲りたい。

(36) 柴崎・前掲書133-141頁。