

法学雑誌 *tatonnement* 第九号 (二〇〇七年)

*tatonnement* 刊行会

【論 説】

条件付更改の法理と支払のためにする手形授受

*Teoria giuridica della novazione condizionale e l'emissione della cambiale pro solvendo*

柴 崎 暁 SHIBAZAKI (Satoru)<sup>(1)</sup>

## 条件付更改の法理と支払のためにする手形授受

Teoria giuridica della novazione condizionale e l'emissione della cambiale *pro solvendo*柴 崎 暁 SHIBAZAKI (Satoru)<sup>(1)</sup>

## I はじめに

〔101〕 一般に私人が自己が負担する既存の債務から免れようとして出捐行為をする場合、これは *causa solvendi* (弁済目的) による給付と呼ばれ、当該出捐が、債権者を不可逆的に満足させ、出捐の時点で本旨履行が達成されていると定義づけられるか否かによって、当該出捐が債権者の具体的満足のための手段に過ぎない「支払のため」(*pro solvendo/zahlungshalber*) の場合と、債権者において当該出捐が自ずから最終的経済的満足となり当該出捐時点で既存債務の本旨履行とする合意がなされている「支払にかえて」(*in solutum/zahlungstatt*) の場合とに分類される。前者で、出捐が手形授受の場合であれば、手形が不渡になると、債権者が手形を裏書し対価を受領していても後者から遡求されて対価を返戻しなければならなくなるので依然として既存債務は消滅しない(これをさらに二分し、債権者において手形の先行使を義務付け、手形を取立てていない間は既存債権を行使し得ないという

制約を課する「支払の確保のため」の手形授受とこの制約がない「担保のため」の手形授受とがある<sup>(3)</sup>。いずれにしても原因債権は消滅していない。この権利併存の状態を法的にどう説明すべきか。支払に代えてする手形授受の場合にこれを更改と関連付ける議論は行われているものの、支払のために手形授受がなされる場合が更改と関連付けられて論じられることは稀有である。筆者は、支払のために手形授受がなされる場合の既存債権と手形債権の併存とそれぞれの請求可能性についても、更改、特に条件付更改と関連付けて議論しようとする主題であると考えてきた<sup>(5)</sup>。その性質決定に賛同するか否かを決する前に、条件付更改とはなにかをまず認識しておく必要がある。そこで、本論文では、ALLARA (Mario, 1902-1973) の著、一九二六年の *Rivista di diritto civile* 誌に掲載された論説「イタリア民法における条件付更改の理論への寄与」を紹介しつつ、条件付更改をめぐる私法上の諸問題を俯瞰することとした<sup>(7)</sup>。ALLARA は、ローマ法との比較における近代更改概念の特異点と共通点を指摘しつつ、主として条件付更改の成否未定期間の旧債権の請求可能性について論じる。手形授受という要式行為を議論する上ではローマ法が妥当する場合もあり、この研究は示唆に富む<sup>(9)</sup>。

[102] 前提として比較的近時の SANTINI (Gerardo) の議論を支払のためにする手形授受と更改の観念とを関連付けている範囲で紹介しておく。SANTINI は、その著『手形法における原因訴権』(第二版、一九六八年)のなかで、手形による「代物弁済 *datio in solutum*」および更改とならんで、原因債務が証券交付後にも存続する場合を考察する<sup>(10)</sup>。イタリア法では問題の法現象は「弁済を目的としてなされる給付 *datio pro solvendo*」と呼ばれる(当事者は原因債務消滅を証券上の本旨履行(手形の支払)に条件つけている)。これを一九四二年民法典第一一九八条に規定のある「弁済を目的としてなされる譲渡 (*cessione pro solvendo*)」と解することも可能であるが、この観念自体が *sui generis* な概念ではなく代物弁済または更改の適用場面ではないとすれば、法的性質決定は

不十分である。そこで SANTIINI は、民法典第一一九七条<sup>(12)</sup>の例外をなす特殊な代物弁済として、客体交付時ではなく受領物の価値実現の時点で債務が消滅する、条件付代物弁済の可能性を検討する。解除条件付代物弁済説 (英米法由来。BROOKLIN, CHALMERS, FONTAINE ほか) は、第三者が提供する担保の復活や、破産における解除権の制度について説明の困難が生じ、手形授受の時点では (後に撤回し得るものであると否とを問わず) 既存債権を消滅させるつもりはないという当事者の意思にも抵触するので、採用できないという。信託説<sup>(14)</sup>も売買説 [TRABUCCINI ほか]<sup>(15)</sup>も主張されているが、採用に値しない (停止条件付代物弁済説 [SPINELLI ほか] はより当事者の意思に近いといえる)。

[103] 原因債権消滅の効果を証券交付に結びつけて満足し、手形債権の取得という事実を単なる事実上の条件もしくは二次的效果としてしか理解しないから、現象の本質を捉えることができないと SANTIINI は諸学説を批判する。むしろ原因債権が支払によって消滅するという事実のほうが重要である。支払に代えてする手形授受<sup>(16)</sup>による原因債務の消滅が単に証券交付の効果でなく相手方による手形債権取得をも要件とし以て更改と解されたが、ここでも同様である<sup>(17)</sup>。当事者は債権交替の発効を手形の支払まで延期しつつ旧債務の即時の消滅を排除するが、依然として更改との関係において事柄を語るべきである、と。ところが、SANTIINI 自身が、更改説にこだわっているのは、支払のためにする手形授受を主観的更改、すなわち「指図 delegazione」として解するため<sup>(18)</sup>である。すなわち、為替手形が授受される場合のみがここでは検討の中心であって、約束手形が授受される当事者の関係に関する議論は独立的にはなされていない。そこで、われわれは、条件付更改の観念そのものの探求に立ちかえる必要がある。

## II ALLARA 論文の梗概

[201] 問題提起——条件成否未定期間における旧債務の履行請求の不可 ALLARAは、同論説において、停止条件付で更改を生じるものとして債務が約定された場合に、既存債権関係の債権者が条件の「成否未定期間に *durante la pendenza*」既存債務の履行を請求することができるかどうかという問題にとりくむ。ローマ法においては既に複数の見解が並び立ちドイツ普通法学でも議論されている。事柄は単なる事実の問題ではなく、法律構成の問題である。<sup>(19)</sup> 当事者の意思が不分明・不十分であるとき、問題を解決するためには法律構成に遡る必要がある。この作業は純理論的価値だけでなく、<sup>(20)</sup> 実際の価値がある。

[202] ローマ法の示す三つの選択肢 ローマ法は三つの解決を示す。第一が、Fr. 80 e 83 D. 23. 3. で、債権者は条件成否未定期間に権利行使できるとする。第二が、Fr. 36 D. 12. 1. で、債権者は、「更改する債権 *obli-gazione novante*」に付した条件の不成就確定後にのみ権利行使できるとする。第三が、債権者は条件成否未定期間権利行使できないというにとどまらず、条件が不成就確定した場合であっても権利行使を認められず、旧債務は更改合意によって原状に復する余地なく消滅するという立場である。<sup>(21)</sup> このうち、第二説が勝利をおさめるに至った。新債権の条件成否未定期間に旧債権の行使を認めれば、更改合意は無意味となってしまうであろう。成就条件不遡及の古典的原則を前提にすると、更改が条件成就により発効するとき、旧債務は弁済で消滅してしまっただにもかかわらず新債務が発生するが、これは不合理である。

[203] 現代の解決——当事者の私的自治 近代法になると、ローマ法で示された三つの解決のいずれもが可能であるといわれるようになる。一事例において、いずれが認められるかは、当事者の明示黙示の意思により決せ

られる。更改する債務が条件付であることから生じる旧債務の帯びる不確実性は、必ずしも履行請求を拒否する十分な理由とはならない。<sup>(22)</sup>近代イタリア法における「成就条件遡及 retroazione della condizione verificata」の原則により、条件成否未定期間に旧債権が弁済されても、更改合意の挫折は回避され、成否未定期間の旧債権の弁済は非債弁済による不当利得で返還されるべきものとなる。<sup>(23)</sup>条件付更改においては当事者が合意するなら旧債権履行請求の無条件放棄さえ可能である。<sup>(24)</sup>他方、停止条件付更改の場合でも条件成否未定期間に旧債権に基づく請求を停止させることまでは望んでいないこともありうる。そのような場合は一般的には少ないであろうことから、消極説が支持されてきた。

[204] 承前 ALLARA は近代法においても第一の選択肢が認められる実益があると説き、<sup>(25)</sup>「商人Aは、商人Bに一定金額の債務を負い、その弁済のために利用可能な金員を保有してはいるものの二ヶ月後に別の債権者への支払期限を迎えるためこれを留保しておきたいと思ひ、債務を、金銭債務から物品債務に更改するよう依頼する。Bは、当該金額を、今月中はBに受領させることを条件として更改に同意する」との例を挙げる。条件が停止条件であるとすれば、条件成就の後はその遡及効のため、BはAに金銭を返還しなければならぬ。Aは履行期においてはBに約定通りの物品を与えなければならぬ。<sup>(26)</sup>

[205] 承前 他方、第二の選択肢が認められる場合の法律構成として、射倅的更改の觀念に言及する。射倅的法律行為<sup>(27)</sup>の概念を応用したものが「射倅的更改 novazione aleatoria」である。<sup>(28)</sup>条件成否未定期間にも停止条件が不成就確定する場合にも旧債権を請求できないとの合意が伴う。更改自体は単純な行為である。この場合には、更改は「即時に *stam*」発効し、既存債務の「決定的撤回不能的な消滅 definitiva irrimediabile estinzione」を齎し、条件付となるのは専ら対価のあり方である。<sup>(29)</sup>

[206] 第二の選択とその法律構成 新債権の設定と旧債権の放棄とが条件付で行われる更改で、旧債権を条件成否未定期間において「停止させる *paralizzare*」旨の合意がなければ、条件成否未定期間既存の法的状态は変更されず、旧債権による請求はなお可能である。当事者の意思が不分明であるときには請求の可能性が肯定されよう。<sup>(30)</sup> しかし、当事者がこの請求の禁止を合意する場合もあり得る。これが第二の選択肢である。この場面はロー法源 Fr. 36 D. 12, 1 *Javoleanus* (*Giavoleno*)<sup>(31)</sup> でも扱われている。この断片の全体には、問と答の双方の部分が含まれているが、ALLARAは、本題との関係のある間の部分だけを引用し、事例を「指図 *delegazione*」に関する問題として説明する。法文の間は、当事者が条件成否未定期間に旧債務（資金関係）に基づき請求することはできないとの解決を期待させる。

[207] この法文にはふたつの理解がある。一の説は、旧債務が真実条件付となつたのではなく、その地位を条件付の債務に喩えているものと解する。他の説は、停止条件付更改目的問答契約により、旧債務は単純な債務から新債務の条件と内容上逆の停止条件に服する債務に、事実上変更されるものと解する。ALLARAは、*DER-NBURG*とともに、前説では、問題を解明したことにはならないとする一方、後説では、結論が受け入れ難いという。<sup>(32)</sup> 旧債権が服する条件の内容は、新債務に付せられた条件が不成就確定することではなく、新債務が存在しなくなることである (*SALKOWSKI*)。条件成否未定期間における新債務の客体 (目的物, *oggetto*) が滅失した場合にも、債権者は旧債権に基き条件の成否を待つまでもなく請求することができる (*HURZA*) というべきだからである。

ALLARAは、後説をローマ法についても近代法についても許容できないとする。特に近代法では、上記の後説では、旧債務には新債務の停止条件と内容上反対の停止条件が付されるものと見るが、すると新債務の停止条

件が成就するときには、かならず旧債務の停止条件は不成就に確定するから、成就条件遡及の原則からいえば、旧債務は当初より存していなかったことになり、「原因のない更改 *novazione senza causa*」を認めることになつてしまふ。<sup>(33)</sup>

〔208〕不請求合意説とその批判 「不請求合意 *pactum de non petendo*」<sup>(34)</sup>の觀念を近代法にも及ぼし、旧債權に基づく給付が停止条件に服する条件付更改行為（旧債權は停止条件付で放棄されているに過ぎないので、条件成否未定期間に請求が可能となる）が、旧債權の權利者に「履行請求をしない義務 *obbligo di non domandare l'adempimento*」を課する付從的合意を伴って行われているという説が主張される。ALLARAは批判する。<sup>(35)</sup>この構成は、市民法と法務官法の対立を前提とするものであつて、近代法の説明としては人為的にすぎる。この構成によると、債務者の利益が完全に保護されるのではない。債權者が第三者に債權を譲渡した場合、債權の放棄は停止条件に服し、他方、不請求義務は、あくまで譲渡人の人的な義務で、被譲渡債權の内容でもなければ付從的義務でもないので承継されず、第三者は債務者に対して直ちに請求することができてしまふ。

〔209〕KNIEPの折衷説とその批判 KNIEPは、Fr. 60 ss 1 D. 12, 6, Paulus (Paolo) 3 quaest. を援引して、<sup>(36)</sup> PAULUS (PAOLO) の時代には、この問題に関する支配的學説は、前掲 JAVOLEANUS (GIAVOLENO) の第三六法文のそれであつたと推論する（条件成否未定期間の旧債權の弁済は、「非債弁済の不当利得 *conditio indebiti*」を成す）。<sup>(38)</sup> KNIEPは、主觀的更改（指図・参加）の事例では JAVOLEANUS 文の構成（第二の選択肢）を採用し、他方、客觀的更改の事例については債權關係を総合的に捉え、更改の発効が不確定の期間は猶予が与えられているものと解する。主觀的更改と客觀的更改とは實質的に異質だからである。主觀的更改では、条件成否未定期間、債務の主体（債權者または債務者）の不確定が存するが、客觀的更改では債務者は条件の成就不成就を問わ



ず新旧いずれかの債務に基づき給付を負担しそこに不確定はなく、更改問答契約によって「猶予 *proroga*」期限延長 *dilazione*」がなされていると解する。ALLARAは猶予の概念には賛成するが、二元的構成をとる点ではこの立場を批判する。この説明に登場する客観的更改も単一の法律関係ではなく、二つの行為の併存する取引である。<sup>(39)</sup>

[210] 解除条件付放棄説 条件成否未定期間における旧債権の請求可能性を禁じる条件付更改においては、停止条件付新債務設定行為とともに旧債権に（新債権に付した停止条件と逆の内容の）解除条件付の権利放棄が行われていると考える説がある。<sup>(40)</sup> 解除条件付権利放棄の結果、旧債権は新債権のそれと逆の内容の停止条件に服するのと同じ結果となり、条件成否未定期間において旧債権は請求することができず、旧債権の放棄の解除条件の不成就確定を待つまでもなく新債権の停止条件の成就を以って旧債権は確定的に消滅する。

[211] ALLARA説（「停止条件付更改＋猶予」説） ここでは旧債務の延期は条件付更改行為の効果であり、停止条件付旧債権の放棄と、条件成否未定期間にわたる債務者に与えられる猶予がなされるものであるとALLARAは言っている。<sup>(41)</sup> その結果、条件成否未定期間に新債権の客体が滅失し、または、更改に付した条件が「不法もしくは不能 *illicita o impossibile*」であるときは、直ちに旧債権が請求可能となる。ALLARAは、当事者の意思解釈としてより自然であるとしてこの構成を最善とする。解除条件付放棄説との違いを生じる問題として、①条件成否未定期間の旧債権の客体が滅失したときの処理、<sup>(43)</sup> ②更改の約束の後に相殺適状となる反対債権が生じ、新債権の条件が不成就確定した場合の相殺の効力の始期の問題がある。<sup>(44)</sup>

## III おわりに

[301] 最後に、これらの議論が、冒頭で示した手形授受の問題について示唆するところを若干敷衍したい。勿論、ALLARAのローマ法に関する議論は、そのままでは手形授受の問題にはあてはめることができない。①近代における更改は、諾成契約で行われることもできる。<sup>(45)</sup> さらに、条件付でこれを行うことも、以上見てきたような理論史を省みる限り、不可能な事柄ではなく、日民五一三の理解としても同様に解するべきものかと思われる。さらに、②問答契約による条件付更改では、条件は問答契約自体に含まれるが、少なくとも約束手形の振出そのものに条件をつけることはできない。<sup>(46)</sup> 条件を付することができるのは、手形に原因を提供し同時に既存債務の消滅の効果をもたらす手形外の合意にである。③また、この議論で前提になっている条件は債務者の所有する船舶が帰港したことが想定されるが、手形授受では手形金の支払が条件として論じられる。しかし、他方、

④新債務の設定と旧債務の消滅とが、別々の行為であるという点では、手形法に共通する側面がある。<sup>(47)</sup>

[302] 手形行為は条件を付することができないが、手形行為に原因 *causa* を提供する合意が条件付であるとなれば、条件成否未定の状態において手形が満期を迎えるときは、この条件を停止条件<sup>(48)</sup>と仮定する限り、条件成否未定期間、すなわち手形の支払が行われるまでの間における手形上の権利の行使に対して人的抗弁が成立するのではないかとの批判が想像できる。更改の発効が、原因付与の発効を意味するとし、懸る手形金請求には原因関係に基づく抗弁が対抗される関係にあると前提すれば、手形金の支払を条件たる事象とする限り、そもそも手形の支払が請求できないという論理矛盾を抱えることになってしまう。しかし、このような延期的な抗弁は、旧債務の不在の場合と異なり、不当利得の抗弁の構成では正当化できない。また当事者の意思に照らして、このよう

な解釈は成り立ち得ない。したがって、停止条件付更改という名にもかかわらず、条件成就以前に債権者が新債権を行使でき、債権者が手形金を受領すると条件が成就して旧債務は消滅することになると解するべきではない。特に手形の先行使を要求する場面では、なおのこと、更改条件未成就是抗弁事由とされるべきではない。

[303] の他、ALLARAの紹介する議論が有益であると思われるのは、手形が授受されて手形の支払がなされるまでに、原因債権を請求できるかどうかについて、いくつかの可能な選択肢があることを示唆する点である。<sup>49</sup>さらなる検討は後日の研究に譲りたい。

(1) 早稲田大学助教授。博士(法学)。http://profsibaz.exblog.jp

(2) 手形の先行使が義務付けられる場合(「支払の方法として」)に、何をすれば十分に「行使した」といえるかは、当事者の合意次第である。不渡りになったことを条件とする場合が多いであろう。

(3) この場合判例は、しばしば、両債権を「選択行使しうる」とする。これは、「両債権を同時に」ということを意味しない。少なくとも最終的に二つの請求認容判決が下されるということは可能と見るべきではない。それは、一つの出捐が法的には二つの満足を与えるという説明は事物の本質に反するように思われるからである。

(4) 本研究が従来の「支払に代えてする手形授受」の議論に関してどのような寄与をなしているかについては、紙幅の限界もあって十分展開できないが、更改説批判の根拠のひとつである、更改契約はそれ自体によって旧債務を消滅させると同時に新債務を発生させる行為であるとの観念に適合しないと理解は、絶対のものではない。民五一三Iは、旧民財四八九の「更改即ち旧義務ノ新義務ニ変更スルコトハ左ノ場合ニ於テ成ルノ第一 当事者カ義務ノ新目的ヲ以テ旧目的ニ代フル合意ヲ為ストキ……」にちなみ、仏民二二七一(La novation s'opère de quatre manières: / 1o lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée, laquelle est éteinte……)を継受したものである。これらの規定は、債務の要素が変更されるあらゆる場合を要件として規定した上で、その効果として法律上当然に更改が生じるものとしたのであり、新

民法はその趣旨を変更するものではなかった。したがって、「債務の要素を変更する契約」を行った、とは、仏民のいう「*le débiteur contracte... une nouvelle dette*」の部分でなし、「それ自体で旧債務を消滅させ新債務を発生させる行為」の趣旨には解されない。梅謙次郎・民法要義巻之三債権編（訂正増補二五版、一九〇七（明治四〇）年、法政大学）二四九頁においても、歴史上更改の要件には要式行為を要求するものもあつたことを述べた上で諾成契約によることもできる趣旨を述べているが、このことは却つて要式行為が行われる場合も当然含むと読むことができる。

(5) 柴崎暁・手形法理と抽象債務（二〇〇二年、新青出版）一五五頁注五五一で既に述べたところを繰り返せば、「支払のため」する手形授受で、手形金が支払されると、既存債務は「いつ」「何によつて」消滅するかが問題である。一般に、債権者が代金を收受しかつ後者からの遡求等によつてこれを奪われる虞のなくなった時点（後者の失権等）で、手形を交付した者が実質関係上本旨履行したものと取り扱われるが（木内宜彦・手形法小切手法第二版（一九八二年、勁草書房、復刊二〇〇三年、新青出版）二八六—二八七頁、田邊光政「手形を振り出すと原因契約上の債権はどうなるか」高窪利一他著・シンポジウム手形・小切手法（一九七九年、青林書院）三五〇—三五二頁）、受取人が満期まで手形を占有し続け手形金を直接に受領した場合に既存債権は何によつて消滅するのか。手形金の支払は、専ら手形債務の弁済による消滅といふ目的に向けられ、既存債務はこの弁済によつて消滅するわけではない。既存債務の支払のために手形を授受する場合であれ、既存債務の支払に代えて手形を授受する場合であれ、手形は「*solvendi causa*」のために交付されている。既存債務の消滅の根拠もまた、手形債権の設定という出捐による、既存債務の更改または代物弁済にもとめるべきであり、ただ、その効果の発生が手形不渡を解除条件としたまたは手形支払を停止条件としているといふべきである。

(6) ALLARA (Mario), Contributo alla teoria della novazione condizionale nel diritto civile italiano. *Rivista di diritto civile*, Pubblicazione Milano Soc. Ed. Libreria, no 4 [1926], pp. 313-334.

(7) 注意しておくが、本稿は、提示した問題に史料から直接の解を得ようとするものではなく、更改制度の原理に関する認識を深めることを目的としている。煩悶を避けて速やかに解を得たい読者においてはご容赦頂きたす。

(8) この論説が前提にしている更改の概念は、一八六五年イタリヤ民法典第二二六七条（*La novazione ha luogo in tre maniere: - Io Quando il debitore contrae verso il suo creditore un nuovo debito, il quale viene sostituito all'antico che rimane*

- estinto. - 2o Quando un nuovo debitore è sostituito all'antico, il quale viene liberato dal creditore. - 3o Quando in forza di una nuova obbligazione un nuovo creditore viene sostituito all'antico, verso cui il debitore rimane liberato.) のそれでもである。ALLARAは、近代更改概念の最大の特徴として、その非要式性を強調する。近代法の更改は、古典期ローマ法の制度とは異なり、方式のない、双方的法律行為(契約)としても形成されることができ、その内容は、債権者側からの債権の放棄および放棄の反対給付たる債務者側からの債務の設定である。更改の合意とはすなわち双務契約である。新債務が存在し得るのと同じだけ旧債務消滅の現象が確認され、旧債務が消滅し得るのと同じだけ新債務発生現象が確認できる。この新旧債務の牽連性のなかに双務契約性が表現されている。ALLARA, op. cit., p. 313.
- (9) そもそも、更改の制度の起源であるローマ法においては、問答契約等の要式行為によって新債権を発生させる場合について更改の觀念が誕生したのである(Digestaは更改の典型的方式として *verba* による債務を新債務とする場合に言及する。GIDE (Paul), *Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain*, 1879, p. 17)。要式行為による新債権の生じる更改を更改と呼ばないとすれば、われわれが知る歴史上の更改のほとんどが更改ではなかったことになってしまふ。なおローマ法における更改研究の日本語文献として石田喜久夫「更改に関する一考察」神法一六卷一—二号二九〇頁を忘れるべきではない。
- (10) SANTINI (Gerardo), *L'azione causale nel diritto cambiario*, 2 ed., CEDAM, Padova, 1968, p. 97.
- (11) Art. 1198 [Cessione di un credito in luogo dell'adempimento 履行に代えつゝ債権譲渡] Quando in luogo dell'adempimento è ceduto un credito, l'obbligazione si estingue con la riscossione del credito, se non risulta una diversa volontà delle parti. ①履行に代へて債権が譲渡セラルル場合ニハ、当事者ノ之ト異ナリタル意思ニ因ラス、債務ハ、此ノ債権ノ取立ヲ以テ消滅ス。/E salvo quanto è disposto dal secondo comma dell'art. 1267. ②前項ノ規定ハ第一千二百六十七条第二項ノ規定ノ適用ヲ妨グズ。
- (12) Art. 1197 [Prestazione in luogo dell'adempimento] Il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore consenta. In questo caso l'obbligazione si estingue

quando la diversa prestazione è eseguita. ①債務者ハ、債権者ガ同意セザル限り、其ノ価額ガ負担セル物ト同等又ハ之ヲ上回ルトキト雖モ、負担セル物ト異ナル給付ヲ実行スルコトヲ以テ免除セラルコトナシ。此同意アル場合ニ於テハ此異ナル給付ガ履行セラルトキニ債務ハ消滅ス。(二)一項以下省略)

- (13) イタリア手形法六六条 (Se dal rapporto che diede causa alla emissione o alla trasmissione della cambiale derivi un'azione, questa permane nonostante l'emissione o la trasmissione della cambiale salvo che si provi che vi fu novazione. ①手形ノ発行又ハ移転ニ原因ヲ付与スル法律関係ヨリ請求権ガ生ズベキトキハ、此請求権ハ手形ノ発行又ハ移転ニモ拘ラス残存ス但此請求権ニ付キ更改ノ成サレタルコトヲ証明スルトキハ此限ニ非ズ/Tale azione non può esercitarsi se non dopo accertata col protesto la mancanza di accettazione o di pagamento. ②此請求権ハ拒絶証書ヲ以テ確認サレタル引受拒絶又ハ支払拒絶ノ後ニ非ザンバ之ヲ行使シ得ズ/Il portatore non può esercitare l'azione causale se non offrendo al debitore la restituzione della cambiale e depositandola presso la cancelleria del giudice competente, purché abbia adempiuto le formalità necessarie per conservare al debitore stesso le azioni di regresso che possono competergli. ③所持人ハ、債務者ニ対シ争ガ生ズベキ遡求権ヲ保全スル為必要ナル手続ヲ履行シ、同じ債務者ニ対スル手形ノ返還ヲ提供シ且ツ管轄裁判所ノ書記課ニ代金ヲ供託セザル限り原因訴権ヲ行使スルコトヲ得ズ)ハ、この前提で定められている。

- (14) SANTINI, op. cit., p. 101. *datio pro solvendo* においては債権者は完全な手形上の権利を取得しその行使には制約はなく債権者は権利を自分の便宜で行使できる。この手形授受の経済的的目的は担保や取立てではなく最終的には原因債務の満足である。 *datio pro solvendo* のためには権利の完全な移転が必要である。

- (15) SANTINI, op. cit., p. 102. 問題の場面は手形の売買であつて、原因債務と代金債権とを相殺する特約がついたものと見る立場。投機転売の売得金で満足を得られるよう債権者に物を給付する取引にも準えられる。典型売買と比べかかる特約付売買はもはや立法上の原則として定められたそれとは違った機能で用いられる *negozio indiretto* である。学理上、関連行為 (GIORGIANNI) または従属行為の觀念を認めてこの立場を説明するのは可能ではあるが、売買の履行態様の一環としてたまたま原因債務が消滅するというのは、あまりに当事者の意思を無視した構成である。

- (16) SANTINI, op. cit., pp. 59-96.

- (17) SANTINI, op. cit., pp. 103-104.
- (18) SANTINI, op. cit., p. 105. トランス法に関する議論であるが、指図において、指図受取人が指図人に対する対価関係上の既存債務を免除する意思を有するときは「*in wolver*」[不完全指図 *délégation imparfaite*]となる。この問題に関しては、柴崎・前掲書二二—二二六頁。
- (19) ALLARA, op. cit., p. 314.
- (20) ALLARA, op. cit., p. 315.
- (21) Gaius (Gaius) *Istitutioni*, III. 179. *SERVIO SULPICO* が支持する立場で後代の法律家からは支持されていないという。ただし「*法務官は 'exceptio pacti conventi' の認可によって、当事者の合意を実現できたらしい。*」なお KADEN は時代を区分し、「ローマ帝政期には請求可能、後期帝政期には市民法上請求可能・法務官法上抗弁援用可能、ユスティニアヌス法時代には直接の請求は不能となったとする。逆に「*RICCOBONO* は請求不能は既に古典期に支持されていた旨主張する。」
- ALLARA, op. cit., p. 315, note 4.
- (22) ALLARA, op. cit., p. 316, note 2.
- (23) ALLARA, op. cit., p. 317.
- (24) 条件付新債権の給付価額が旧債務上の給付価額よりも大きいような場合には、単純な旧債務を条件付新債務で置きかせるとの当事者の意思が導かれる。単純な給付と条件付の割増給付は経済的には均衡する。
- (25) ALLARA, op. cit., p. 318. 近代法では成就条件遡及の原則があるため条件付客観的更改は必ずしも猶予を与える目的のみにおいてなされているとはいえない。
- (26) 条件成否未定期間における旧債務の弁済が行われ、改めて別の売買がなされることは異なり、新旧債務の牽連性が認められる。旧債務の消滅と新債務の創設とがいずれもこの停止条件に服するものとなる。
- (27) 条件という法現象は「*法律行為の全体 intero negozio giuridico*」に関するものである場合もあれば、*法律行為の内容を成す「給付 prestazioni」*の一部分のみに関するもので法律行為それ自体は「*単純 puro e semplice*」であるような場合もある。前者に関するものであれば「*条件付法律行為 negozio giuridico condizionale*」後者である場合には「*射律的法律行為*

- negozio giuridico aleatoria」なる。
- (28) ALLARA, op. cit., p. 318. ローマ法学は「射倖的更改を一律に否認したとらう」。ローマ法において「市民法上 del jus civile」単純な債務に代えて条件付債務を設定するには「一つの行為を組み合わせる」「新しい後続の問答契約を伴う反対合意 contrarius consensus con seguente nuova stipulazione」の方法である。ALLARA, op. cit., p. 319. ALLARA は「近代法では要式主義は放棄されている上」「双方行為 negozio bilaterale」たる典型売買に類するものとして射倖的売買が存在を認められている以上(民法典第一四八五条、第一五四五条、第一五〇六条)、「典型更改に類するものとして射倖的更改が認められるべきであるとする」。ALLARA, op. cit., p. 319, note 3, 4. 日民五二二〇の「無条件債務を条件付債務とする更改に相当する」。
- (29) ALLARA は射倖的更改の条件成否未定期間における新債務の客体滅失の場合、旧債権に基づく請求を認める。alea は「条件成否にのみ及ぶもの」、客体の滅失にまでは及ばないとの理解による。ALLARA, op. cit., p. 332.
- (30) ALLARA, op. cit., p. 329.
- (31) 「汝が余に条件なく一定金額を負担し、余の指図に基き汝がアッチオに条件付で当該金額を支払う旨を約したり。この条件が成否未定期間、汝の余に対する債務は、恰も、汝が反対の条件にて余に金額を約束せるものと等しきものなり。条件成否未定期間において、余は訴を提起したとすれば、請求は認められるや否や。」(“Pecuniam, quam mihi sine conditione debebas, iussu meo promissisti. Atto sub conditione: cum pendente conditione in eo statu sit obligatio tua adversus me, tanquam sub contrariam conditionem eam mihi spontidisti, si pendente conditione petam, an nihil acturus sum?”) 法文の理解としては、DONELLO, SALKOWSKI, MARTORANA, BATTISTA などの論者が、旧債務は「条件成否未定期間に、条件付更改によって変更され少なくとも新債務が服するのと反対の内容の停止条件に服するのと同じ状態におかれると解すべきだ(反対) RÖMER, VANGEROW, HRUZA, ENNECCERUS)。ALLARA, op. cit., p. 320, note 2.
- (32) ALLARA, op. cit., p. 321.
- (33) ALLARA, op. cit., p. 322. 問題を「無名双務契約 contratto bilaterale innominato」とし更改ではないと解する立場もある。純粹である旧債務を条件付に変更し、同時に旧債務と逆内容の条件に服する新債務を引受けるといふものである。AL-



LARAは、当事者の具体的意思からは余りに遠い構成として否認する。

(34) 歴史上は存在し得た構成である。旧債務は市民法上は単純なままであるが、条件付更改問答契約に、条件の成否未定期間における旧債務に関する「不請求合意 *pactum de non petendo*」が含まれ、旧「訴権 *azione*」は「合意された約束の抗弁 *exceptio pacti conventi*」によって効力を妨げられる。

(35) ALLARA, op. cit., p. 323.

(36) ALLARA, op. cit., p. 324. KNIEP, Einfluss bedingenden Novation auf die ursprüngliche Obligation *Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, II, 1860, S. 242-251.

(37) 「単純に債務を負う者が条件付で更改する意思を以って諾約するときは、多数の見解は更改成否未定期間の弁済は返還請求し得るものと考ええる。そのもので債務が支払われるべき更改が未だ不確定だからである。異なる者が、同じ金額を一方は単純に他方は条件付で更改の意思を以って負担するという場合、多数の見解はここでも同様に考える。しかし、これは、異なる。事実、単純約束でも条件付約束でもさうであるように、同じ者が債務者であることは確定している。」(“*Ubi autem quis quod pure debet sub condicione novandi animo promisit, plerique putant novatione solutum repetere posse, quia ex qua obligatione solvat, adhuc incertum sit: idemque esse etiam, si diversas personas ponas eandem pecuniam pure et sub condicione novandi animo promississe, sed hoc dissimile est: in stipulatione enim pura et condicionali eundem debitum certum est.*”)

(38) KNIEP *U. a. a. v. PAULLUS* は、客観的更改の事例にこのGAIUS (GAIO) の説に回帰したという。ALLARA, op. cit., p. 324.

(39) ALLARA, op. cit., p. 325.

(40) ALLARA, op. cit., p. 326, note 1, DEMOLOMBE はカフランス法の見解。

(41) ALLARA, op. cit., p. 326. 一定金額の債務者が、金銭債務を満足させ得ないことを証し、債権者に一定量商品の債務に代替させることを提案した。債権者は、債務者を救助するため条件を付して同意した。このような事例では停止条件付合意とともに黙示的猶子が同意されているのが当事者の意思であるというべきである。新債務負担の条件は旧債権放棄の条件と同

一内容で、両者は均衡しているから、そのうえで猶予を付加することは、債権者側により重い負担を生ずることを意味する。しかし、条件成否未定期間に請求ができてしまうと、却って不均衡となるので、猶予が必要となる。証拠方法は自由であるとはいえず、猶予は債権者の現時点での請求可能性という権利の放棄であって、推定され得るものではない。ALLARA, op. cit., p. 330. 猶予の約旨に反する弁済は、不当利得とはならない(一八六五年民法典一一七四条)。錯誤による弁済の場合なら、*inertium*の範囲でのみ認められる。猶予が明示されていない場合、期限は債務者の利益のためのものと推定されるため(民法典一一七五条)。旧債務に関して債務者は履行拒絶ができない。なお、権利放棄の不推定に関連していえば、ローマ法学説には旧債務に履行遅滞が生じている場合に条件付更改がなされると、遅滞の洗浄が生ずることを認めるものがあるところ(MARCELLO) ALLARAは近代法にこれを適用することには慎重であるべきものとしている。遅滞の帰結に於いての権利放棄は、推定されず、明示される必要があるからである。ALLARA, op. cit., p. 334.

(42) ALLARA, op. cit., pp. 326-327.

(43) ALLARA 説では、権利放棄の客体が欠如するので権利の放棄もなかったことになり(一八六五年民法典一一六三条一項 Quando l'obbligazione è contratta sotto condizione sospensiva, e, prima che questa si verifichi, la cosa che ne forma l'oggetto, perisce o deteriora, si osservano le seguenti regole: Se la cosa è interamente perita senza colpa del debitore, l'obbligazione si ha come non contratta. Se la cosa è interamente perita per colpa del debitore, questi è tenuto al risarcimento dei danni verso il creditore. Se la cosa è deteriorata senza colpa del debitore, il creditore deve riceverla nello stato in cui si trova, senza diminuzione del prezzo.) 新債権はその「原因 causa」を欠き、新債権に基づく請求が認められないが、解除条件付権利放棄説では、既に新債権が発生しているのであって、請求は肯定に解される(旧債権について弁済がなされれば不当利得となる)。旧債権の客体滅失により旧債権の放棄の可能性もその解除の客体も失われ、この解除が約定されなかったことになり、債権者は更改の効果を主張するために自らが負担する給付を確定的に実行したことになるので、条件成就後の新債権に基づいて請求することができる。

(44) 猶予説では相殺による旧債権の消滅は条件不成就確定時に生じる。解除条件説では相殺による消滅は、成就条件遡及効のため、反対債権が生じた時である。旧債権に質権が設定されていた場合、後説ではこの時点で質権も消滅し、旧債権者の後

得債権に及び得ない（一八六五年民法典一八八八条 Il debitore non può pretendere la restituzione del pegno, se non dopo di avere interamente pagato il capitale, gli interessi e le spese del debito, per la sicurezza del quale è stato dato il pegno./Se il medesimo debitore avesse contratto un altro debito collo stesso creditore posteriormente alla tradizione del pegno, e tale debito fosse divenuto esigibile innanzi che si facesse luogo al pagamento del primo debito, il creditore non può essere costretto a rilasciare il pegno prima che venga interamente soddisfatto per ambedue i crediti ancorché non siasi stipulato di vincolare il pegno al pagamento del secondo debito.）。前説では、質権の効力が存続する。

(45) 勿論要式契約と無方式合意とを組み合わせる方法も可能である。

(46) 為替手形の引受であれば、条件を付した場合に、いわゆる制限的引受として文言責任を認める見解もないではないが。

(47) 筆者は、ALLARA論文のこのような特徴からただちに手形授受には代物弁済（日民四八二）の觀念が妥当すると主張するものでもなければ、ただちにその可能性を否定するものでもない。既に述べているところから明らかかなように本稿は更改をめぐる議論から原理的前提を得ることを目的とするものであつて、敢えて代物弁済説を直接の考察の対象としなかつた。ただ、付言しておけば、代物弁済は更改の觀念から派生したものである（梅・前掲書二五三頁においてはそもそも代物弁済は更改の一種と捉えられていて、両者の性質決定は排斥しあうものではないとさえいえる）、あるいは無名行為説等の他の可能な種々の法律構成もまた、結果的には、ALLARAが更改を素材に行つた思考実験の妥当領域に服する場が多いように想像できる。

(48) 解除条件付更改説では、少なくとも克服しなければならぬ課題として、旧債権がいったん担保とともに消滅し、解除条件の成就とともに復活するという事柄の不自然さを指摘しておかねばならない。

(49) 例えば、手形の先行使義務がないことが明らかなる場合（銀行取引約定書ひな型二）、手形の期限が到来していなくても、原因債権自体に期限の到来が生じればこれを請求できることになる（第一の選択肢）。手形の先行使義務が存するならば、第二の選択肢が適用される。支払にかえてする未引受の為替手形授受であれば、第三の選択肢の場面ということになる。