慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	支払に代えてなす手形行為と更改 : 民法五一三条二項後段の意義
Sub Title	Étude critique de l'art. 513, al. 2 Code civil japonais
Author	高田, 晴仁(Takada, Haruhito)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1997
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.70, No.1 (1997. 1) ,p.135- 166
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	倉澤康一郎教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19970128-0135

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

支払に代えてなす手形行為と更改

——民法五一三条二項後段の意義——

高田晴仁

はしがき——民法からみた「手形」と民法五一三条二項後段
一　「履行に代えてなす為替手形の発行」と更改
二　民法五一三条二項後段の起草過程
(1)　ボワソナードから旧民法へ
(2)　旧民法から梅博士の新民法へ
結びに代えて——通説への疑問

はしがき——民法からみた「手形」と民法五一三条二項後段

一　手形の起源は中世あるいはそれ以前にまで溯るといわれるが、[1] 歴史的には商慣習法として発達して来た手形法を一般の私法体系にいかに矛盾なく編入してゆくかが一九世紀以来の手形法学の課題であった。[2] ただ、民法を

中心とする一般私法のほかに手形法が必要とされて来たのは、商人の需要に応じて手形が慣習法的に権利の流通性と権利行使の容易性とを確立して来るに従い、手形に対する法的規制が必然的に一般私法からはみ出し、一個の体系的な特別法を形成せざるを得なかったからである。したがって、もともとすべての手形法上の制度を一般私法に還元しようとすること自体が背理であるとはいえるが、しかし、手形法上の中心的な法律要件である手形行為が――特殊な性格を帯びているにせよ――依然として法律行為のカテゴリーに属する以上は、私法体系との理論的整合性の追求が手形法学の目標であることには相違ない。

要するに、現代手形法学の課題は、これを伝統的な私法学の延長上に捉える限り、現代の「企業の血液」にも喩えられる手形の置かれた経済的・社会的環境を見据えつつ、さらに手形法理を私法体系に直截に編入できる領域と手形法に固有の領域とを理論的に切り分け、画定する点にあるといってよい。

二　右の課題へのアプローチをあえてモデル化していえば、手形の特殊性から出発して――交付欠缺、意思表示の瑕疵等々の――個々の問題点ごとに民法の適用可能性を吟味していく方法論があり得る。[3] そして、むしろこれが商法学全般に亘る傾向であるといってよかろう。[4] これに対しては、法律行為論を中心に据え、私法体系の方から手形の特殊性を画定して行く方法論がある。この方法論に拠れば、私法の一般法――民法――が手形をめぐる法律関係の基礎に据えられ、手形法は特別法として機能する限りにおいてのみ民法に優先することになるものと捉えられることになる。これは、つとに小橋一郎教授の優れたモノグラフ[5]と、倉澤康一郎教授の一連の判例研究[6]とによって実践されて来たものである。

これら両者の方法論の相違が、まさにアプローチの相違にすぎないとすれば、終局的に辿り着くはずのあるべき手形法の体系に違いがあってはむしろおかしいが、特に右の後者の方法論に拠るものとすれば、とりわけ民法が明文をもって手形を規定している場合には、これを民法が手形をいかに捉えているかの鍵となし得るであろう。[7]

この点、民法財産編（前三編）において「手形」が明文で登場するのは僅か三ヶ条にすぎない。これらのうち、昭和四六年に新たに追加された根抵当権にかんする二ヶ条（三九八条ノ二第三項、三九八条ノ三第二項）を除けば、明治三一年の現行民法制定時から存在するのは五一三条二項後段のみである。そこで本稿では、民法五一三条二項後段の法的意義を、その起草過程を中心として探求して行くこととするが、これは、民法からみた手形像を浮かび上がらせ、これを現行手形法が予定する手形像に投影することを目的とする試みの一つをなすものである。

（1）平田央・有価証券法史論（昭和六年、弘文堂、復刻・昭和四三年、清水弘文堂書房）二四八頁以下、特に抗弁制限について、George FRIEDEL, De l'inopposabilité des exceptions en matière d'effet de commerce, th. Paris, 1951, p. 12 et s.（本論文については、豊岳信昭「フランスにおける抗弁制限原則（Le Principe de l'inopposabilité des Exceptions）の歴史的展開」明治大学短期大学紀要五五号（平成六年）三三頁以下参照。

（2）木内宜彦・特別講義手形法小切手法（昭和五七年、法学書院）四頁。

（3）高窪利一・現代手形・小切手法改訂版（平成元年、経済法令研究会）一二六頁、一三九頁。

（4）商法学者が、民法を商法＝企業法の法源をみとめないのは商法一条に反するものとして、これを痛烈に批判する岩崎稜「商法の適用範囲と商人概念」現代企業法講座第一巻（昭和五九年、東大出版会）五〇頁注（2）参照。

（5）小橋一郎・手形行為論（昭和三九年、有信堂）。

（6）本号巻末の「倉澤康一郎教授主要業績」を参照されたい。また、宮島司「あとがき――倉澤商法学の正体」倉澤教授還暦記念論文集・商法の判例と論理（平成六年、日本評論社）七八二―七八三頁参照。

（7）拙稿「指図債権の裏書譲渡と権利移転的効力について――民法四六九条論・序説」小室金之助教授還暦記念論文集・現代企業法の諸問題（平成八年、成文堂）一九三頁以下は、民法「指図債権」法が、手形その他の有価証券を念頭において立法された経緯を実証的に論じた。

一　「履行に代えてなす為替手形の発行」と更改

一　民法五一三条は、第一項において「当事者カ債務ノ要素ヲ変更スル契約ヲ為シタルトキハ其債務ハ更改ニ因リテ消滅ス」と定め、さらに、第二項で「条件附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変更スルハ債務ノ要素ヲ変更スルモノト看做ス債務ノ履行ニ代ヘテ為替手形ヲ発行スル亦同シ」と定める。つまり、同条二項後段は、「債務ノ履行ニ代ヘテ為替手形ヲ発行スル」ことを「債務ノ要素ヲ変更スル契約」すなわち更改契約と看做し、旧債務がこれによって消滅するものと定めているわけである。

ドイツ民法が更改に関する規定をあえて置かなかったことにみられるごとく、債権者、債務者の交替による更改は、おのおの債権譲渡、債務引受に発展的に解消されたために、歴史的沿革的意義を除けば、もはや更改については他の債権消滅事由に比較して議論すべき実益は少ないともいわれる。[8] しかし、右の民法五一三条二項後段については、債務の履行に代えて為替手形の発行すなわち振出が行なわれることが現実にある以上、議論する意味がないなどとはいえなかろう。特に、実際に広く行われている既存の手形債務の支払期日を延長するためになされる新手形の振出（手形書替）に際し、旧手形債務が消滅すると解すべきばあいに――少なくとも同条項の文理を素直にみる限り――その法的根拠たり得るかのようにおもわれる。

しかし、周知のように、この民法五一三条二項後段について、現在の通説はこれを解釈論的に無視すべきものと解して来ている。この通説を代表する我妻榮博士によれば、支払に代えてなす手形・小切手の「交付を更改とすることは理論に反する。けだし、更改は、（中略）更改契約自体によって新債務を生じさせ、旧債務が存在しないときは新債務も発生しないものである。然るに、手形・小切手の交付は、たとい旧債務を消滅させるために、すなわち履行に代えてなされる場合にも、これによって債権者が新たに取得する債権は、手形行為という別個の

行為によって生じたものである。のみならず、旧債務が存在しないときは手形債権は不発生に終わる、というような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、為替手形の発行に関する民法の右の規定は、手形理論の正当な理解を欠くものであって、不合理な規定としてこれを無視する他はないのである。そうだとすると、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、常に代物弁済とみるべきである」とされ、[9] また、手形法学の側から鈴木竹雄博士もこれと同趣旨を説かれる[10]（代物弁済説）。

右の通説の論理を要約すれば、まず、「更改」といえるためには、①更改契約じたいによって新債務を生じさせ、②旧債務が存在しないときは新債務も発生しない、という二点が必要条件である。しかし、既存債務の履行に代えて手形・小切手を交付するばあいには、①手形行為という別個の行為によって新債権が生じ、②旧債務が存在しないときは手形債権は不発生に終わるということは手形理論に反するから、「更改」の右の①②のいずれの条件をも充たさない。したがって、履行に代えて手形・小切手を交付するばあいは、無因債務を一個の有価物すなわち「給付」（民法四八二条）に該たるものと解して「代物弁済」とみるべきである、と論結するものである。[11]

二　これに対しては、民法五一三条二項後段は、手形行為の無因性とは矛盾しないと説く少数説がある。この立場を明らかにされる倉澤康一郎教授は、「『支払に代えて』手形が授受された場合には、原因債権は更改によって消滅すると考える方が、民法の規定にも即しており、かつ当事者の合理的意思にもかなうものと解される。代物弁済説をとる通説は、更改の有因性が手形行為の性質に反するものというが、しからば代物弁済は常に無因的なのか。更改であろうと代物弁済であろうと、人はこれを無因的にも有因的にもなすことができるはずである。当事者の合理的意思からすれば、『他ノ給付』によって債権の満足をえたというよりは、債権の要素の無因的な変更があったものと解する方が自然であろう」と説かれ、[12] また、既存債務に設定されていた担保権は、更改にかんする民法五一八条により手形債権に移転すると解する方が当事者の意思に適するものとされる[13][14]（更改説）。

さらに、右の両者のいずれにも属しない、いわば中間説とみるべき学説がある。ただし、一括りに「中間」的立場といっても、これらを仔細にみると代物弁済説に近いものから更改説に親和性をもつものまで様々な立場が含まれているが、これらはおおよそ次の三つに分類し得よう。

その一は、理論的には代物弁済説が正しいとしながらも、民法の明文規定が存在する以上は、債務の履行に代えて為替手形を振り出すばあいのみは更改として取り扱うほかはないとし、それ以外のばあいには代物弁済と解する立場である。[15] 明文と抵触しない範囲で広く代物弁済説を肯定するためには、例外としてであれ、なにゆえに五一三条二項後段のばあいに限って更改が成り立ちうるのかについての理論構成を提示する必要があり（ただしこの点は、更改と「看做ス」という文言に頼るほかには、さほど詳しい理論づけは行われていない）、それなくしては、理論的一貫性を欠くという代物弁済説からの批判をかわすことは難しかろう。

その二は、民法が債務の履行に代えて為替手形を発行することを一律に更改と看做したことは不当であるが、「既存債務の消滅を以て……抽象的に成立すべき手形債務の発生に関連せしむることは可能なれば、当事者が既存債務を手形債務の形に於て継続せんとするの意思の下に手形を授受したるときは、之を一種の更改と観ること、少くとも更改に準じて考察すべきを至当」とし、「当事者の意思如何によりては、独り為替手形の振出の場合のみならず、裏書又は約束手形振出による手形授受の場合にも、尚更改を肯定し得べき」ものとする立場である。[16][17]

これは当事者の意思によっては、すべての手形行為について既存債務の更改が生ずる可能性をみとめる点で、代物弁済説とは相容れず、むしろ理論的には更改説に属するものということができ、実際上も、民法五一七条、五一八条を直接に適用し得る長所がある。しかし、代物弁済説からは、なにゆえに「一種の更改」、「準更改」といえるのか説明が晦渋である、あるいは理論的に不徹底であるという批判があり得よう。しかし、これは更改説じたいに向けられた批判であるといえる。

さらにその三は、更改説でも代物弁済説でもなく、当事者の既存債務消滅の合意に根拠をもとめる立場である。[18] この立場によっても、更改は手形行為の無因性と相容れないという更改説に対する批判が前提とされているが、他方では、引受前の為替手形の振出によっては、振出人の法定担保責任しか発生しないから、これをもって「他ノ給付」とはいい得ないとする代物弁済説に対する批判がなされている。

この立場は、一見、「第三の道」を行くもののようにみえるが、その理論的前提としては代物弁済説と同様、更改の有因性と手形行為の無因性が衝突することを出発点とし、手形外の「既存債務消滅の合意」を既存債務消滅の根拠として持ち出す点で、実は代物弁済説の同工異曲ではないかとの疑問がある。

三　こうして、既存の学説のやりとりをみる限り、支持者の多寡は別として、理論的に更改が成り立つ余地を認めるか・認めないかの点に区別の基準を求めれば、更改説と代物弁済説の対立に還元することができるといってよいものとおもわれる。そして、繰り返すまでもなく、両者の根本的対立点は、更改は常に必ず手形行為とは別個に観念できなければならないか、また、「有因」でなければならないか、の点に存する。この点でもし、更改説の説くように、「無因」的な更改があり得るとすれば、通説のように履行に代えて手形を振り出すばあいに、明文を無視してまで、あえて代物弁済と解すべき必要性はなくなるからである。さらにいえば、通説のように代物弁済契約として捉えることに理論的な無理はないか、更改と解することに伴う難点はすべて解消されるか、代物弁済と解することによってかえって新たな問題点が生じないかが検討されなければならない。

ただし、右の問題提起に対してはいまさらの感を抱く向きもあろう。というのも、わが国の民法学上、更改契約が有因契約であることにほとんど争いはなく、他方で、手形法学上、一部の例外をのぞいて、[19] 手形行為が独自性かつ無因性を有することを所与の前提として来ており、これらの通説の組み合わせを前提とする限り、「有因」契約と解されている更改契約と「無因」行為である手形行為との衝突は避け難いようにもおもわれ、代物弁済説

が通説化したことにはそれなりの理由があるとはいえそうだからである。

しかしながら、とりわけ代物弁済説によれば、明文を誤解にもとづく無意味な死文と解するのであるから、行き着くところ、もともと民法じたい――もっといえば起草者・立法者――が手形行為の無因性に無知であったがゆえの立法の過誤といわざるを得ないこととなろう。だが、手形の無因性はドイツにおいては少なくとも一九世紀後半には確立した理論なのであるから、[20] 歴史的推論としては説得力に欠ける。また、明文を無視するところまで踏み切るためにはあらかじめ周到な立法批判が展開されて然るべきであるにもかかわらず、現状をみるかぎり、民法五一三条二項後段の分析は――少数の例外をのぞいて[21]――民法学と手形法学との間で一種の隙間に落ち込んでおり、いわば無批判な代物弁済説の踏襲ないし繰り返しがなされているかのようである。あるいは、「どう解してみたところで、しょせんは理論構成の問題にすぎない」といった類の割り切りがあるのかもしれないが、それならば、かえって明文を無視する解釈論に固執する理由に乏しい。みなし規定を無視するという「反制定法的解釈論」(contra legem)[22] は尋常ではないとすれば、説得力のある立法批判を行うために、まず正しく起草者・立法者の理解を知ることからはじめざるを得ず、その上で「誤解」の有無を判断し、さらに理論的整合性のある解釈論の可能性をねばり強く探るのがすじであろう。特に、起草者意思の確認は、代物弁済説と同様、更改説にとっても、また、重要な関心事たらざるを得まい。

われわれは、どうしても民法起草の実相を知ることが必要である。

(8) 我妻榮・新訂債権総論（民法講義Ⅳ）（昭和三九年、岩波書店）三五九頁以下。

(9) 我妻・前掲書三〇四頁。同書の昭和一五年発行第一刷以来同旨が説かれている。柚木馨＝高木多喜男補訂・判例債権法総論〔補訂版〕（昭和四六年、有斐閣）四四七頁以下、於保不二雄・債権総論〔新版〕（昭和四七年、有斐閣）四〇二頁、奥田昌道・債権総論〔増補版〕（平成四年、悠々社）五九九頁、前田達明・口述債権総論〔第三版〕（平成

五年、成文堂）五一七頁、上原由起夫「更改は、解釈論および立法論として、どのように処遇すべきか」椿寿夫編・講座・現代契約と現代債権の展望第二巻 債権総論(2)（平成三年、日本評論社）三七八頁ほか、現在の学説状況は、ほぼこの代物弁済説一色であるといっても過言でない。例外的に、木村常信「無因債務による更改と原因の変更・種類債務と瑕疵担保」司法協会雑誌一九巻九号（昭和一五年）一八頁以下、同「更改意思」産業経済論叢（京都産業大学）二巻二号（昭和四二年）六九頁以下〔民法異説の研究（昭和四七年、恒星社厚生閣）所収〕、林良平（安永正昭補訂）＝石田喜久夫＝高木多喜男・債権総論〔第三版〕（青林書院、平成八年）三五九頁以下、安達三季生・債権総論講義（新訂第三版）（平成七年、信山社）三三五頁は更改説を是とし、澤井裕・テキストブック債権総論〔補訂版〕（昭和六〇年、有斐閣）一八八頁は、更改か代物弁済かは当事者に意思によるべきとする立場をとる。

(10) 鈴木竹雄・手形法・小切手法（昭和三二年、有斐閣）二二二頁注(六)は、更改契約の有因性と手形の「抽象債務性」との衝突を根拠に、民法の規定を無視しても、支払に代えて為替手形を発行するのは常に代物弁済となると考えるほかなく、民法に規定のない約束手形のばあいも同様に代物弁済である、とされる。竹田省・手形法・小切手法（昭和三〇年、有斐閣）五四頁、石井照久・手形法・小切手法（商法Ⅳ）（昭和四五年、勁草書房）一五〇頁、大隅健一郎＝河本一郎・注釈手形法・小切手法（昭和五二年、有斐閣）四三五頁、木内宜彦・手形法小切手法（企業法学Ⅲ）第二版（昭和五七年、勁草書房）二八七頁、田邊光政・最新手形法小切手法〔三訂版〕（平成六年、中央経済社）二九九頁、川村正幸・手形・小切手法（平成八年、新世社）三四頁ほか、現在では手形法学者もほぼおしなべて代物弁済説をとる。

(11) この通説が形成されたのは、石坂音四郎博士の論文「更改ニ関スル疑問（民法第五百十三條第二項ノ批評）」京都法学会雑誌五巻三号（明治四三年）一一頁以下〔民法研究第一巻（明治四四年、有斐閣）所収、改纂民法研究下巻（大正七年、有斐閣）再録、また、簡便には、石坂・日本民法債権総論下巻（大正一三年、有斐閣）一六九〇頁以下〕の説得力によるものである。この石坂説の登場直後より、民法学、手形法学を問わず、これに賛成する学者が多数派を形成するに至る。青木徹二・手形法（昭和五年、有斐閣）一九〇頁、田中耕太郎・手形法概論（昭和五年、有斐閣）二一一頁以下、末弘厳太郎・債権総論（昭和九年、日本評論社）三三九頁、本間喜一・手形法・小切手法（昭和一〇年、早稲田大学出版部）八四頁。

(12) 木内宜彦＝倉澤康一郎＝庄子良男＝高窪利一＝田邊光政・シンポジューム手形・小切手法（昭和五四年、青林書

院）三五四頁以下〔倉澤コメント〕。倉澤康一郎「有価証券法重点ゼミ――倉澤康一郎先生に聞く」受験新報一九九一年九月号五九―六〇頁。

(13) 小橋一郎教授は、「私見としては、〔民法五一三条二項の――高田注〕明文規定を無視してよいだろうかという疑問をもつ。更改の有因性はわが国で一般に認められるところではあるけれども、必ずしも明文の根拠があるとはいえず（ドイツ民法は更改に関する規定をもたないが、一般に学説はこれを認め、かつ無因的な更改を認める説も少なくない）、したがって既存債務の履行に代えて手形を授受する場合を更改と考えることもあながち無理ではないように思う」とされる（小橋・手形法・小切手法〔平成七年、成文堂〕一五四頁）。より詳しくは、小橋「書替手形の偽造と旧手形所持人の権利〈判例研究〉」商法論集Ⅴ〔判例批評(2)〕（昭和六一年、成文堂）七三―七四頁（初出、商事法務研究二四〇号〔昭和三七年〕）参照。

(14) なお、起草者である梅謙次郎博士の更改説（梅・民法要義巻之三債権編〔大正元年、法政大学・有斐閣、昭和五九年復刻、有斐閣〕三五六―三五七頁、同旨、横田秀雄・債権総論〔明治四一年、清水書店〕四一九頁）は、現在のそれとは大いに異なる。これについては後に立ち入った紹介・検討を加える。

(15) 松本烝治・手形法（大正七年、中央大学）一三五頁以下、同「手形裏書ノ既存債務ニ及ホス効果」〈大審院大正六年六月九日民録二三輯九四九頁の判批〉商法判例批評録（大正一二年、巌松堂）三三〇頁以下、烏賀陽然良・手形法（昭和九年、弘文堂）三七―三八頁、大濱信泉・手形小切手法要義〔改訂版〕（昭和一三年、巌松堂）一四四頁。

(16) 升本重夫（喜兵衛）・手形小切手法論〔改訂三版〕（昭和一三年、巌松堂）三七二頁。この立場は、岡野敬次郎・手形法（明治三八年、中央大学）一一八丁以下、同「手形授受ノ既存ノ法律関係ニ及ホス効力ヲ論ス」法学協会雑誌二三巻一号四二頁以下、二号一五六頁以下、四号四五五頁以下（明治三八年）によって主張され、一部の有力な学説の支持を得た。鳩山秀夫・増訂改版日本債権法（総論）（大正一四年、岩波書店）四六八頁（なお、同「既存債務に付為替手形振出の効果」〈大審院大正八年一一月二八日民録二五輯二一八九頁の判批〉民法研究第三巻〔大正一五年、岩波書店〕五三四頁以下〔初出、法学協会雑誌三八巻八号〔大正九年〕〕、大橋光雄・新統一手形法論下巻（昭和八年、有斐閣）八一六頁、同・手形法〔改訂版〕（昭和一七年、巌松堂）一一七頁、伊澤孝平・手形法・小切手法（昭和二四年、有斐閣）二五五頁、田中誠二・手形・小切手法詳論下巻（昭和四三年、勁草書房）六一三頁、高窪・前掲注(3)四四一頁。

(17) なお、西本辰之助・商法（慶應義塾大学教授講師執筆 経済学講義、刊行年不詳）三五五頁以下は、更改が代物弁済と異なる点は、代物弁済においては、給付前に成立していた権利（または物）の給付によって既存債務を消滅させるのに対して、更改は新債務の発生によって旧債務を消滅させる点にあるとされ、手形上の新債務を発生させる行為（約束手形の振出、引受済の為替手形の振出）は更改といえるが、既存の手形債権を譲渡する行為（裏書）は代物弁済であるとされる。ここでは、もっぱら更改と代物弁済との構造の相違に焦点があてられており、手形行為の無因性と更改の有因性との衝突は特に問題とされていないことから、これも更改説に分類してもよかろう。西本辰之助・商法概論（昭和六年、巌松堂）六〇二―六〇五頁も参照。

(18) 水口吉蔵「手形授受ノ原因債務ニ及ホス影響ヲ論ス」手形法論（増補版）（大正八年、清水書店）八七五頁以下、特に八九三頁、同「手形と原因債権との関係」手形法論第一巻（昭和一二年、文雅堂）五九頁以下。

(19) 二段階創造説を前提とする「権利移転行為有因論」（前田庸・手形法・小切手法入門（昭和五八年、有斐閣）四六頁以下）、および「権利移転行為相対的有因論」（平出慶道・手形法・小切手法（平成二年、有斐閣）一二一頁以下）がここでの例外にあたるが、これらは主として判例上いわゆる「権利濫用の抗弁」（後者の抗弁）の同工異曲的説明を目的とするものにすぎない（この点につき、拙稿「隠れた質入裏書の被担保債権の消滅と手形所持人の権利行使――いわゆる後者の抗弁」前掲注（6）倉澤教授還暦記念論文集五〇一頁以下参照）。ただし、手形行為を手形債務負担行為と権利移転行為とに分けるこれらの「二段階創造説」によれば、支払に代えて手形が授受されたばあい、まず、債務負担行為は――原因からはなんらの影響も受けないというこれらの学説独自の意味において――「無因」であるから、更改契約の有因性とは相容れない。さらに、権利移転行為は「有因」ではあるものの、もともと「権利移転行為」には新債務を負担するという更改の要素は含まれていないから、更改が成り立つ余地はないものと解されている。結局、独自の前提に立ちながらも代物弁済説に行き着くわけである（前田庸・前掲一〇七頁以下、二七二頁以下）。

(20) 納富義光・手形法に於ける基本理論（昭和一五年、有斐閣、復刻・新青出版、平成八年）六六八頁以下。

(21) 前掲注（9）参照。

(22) 前田達明・前掲注（9）五一七頁。前田庸教授は、裏書禁止手形の譲渡に関して手形法一一条二項が要求する民法四六七条の対抗要件を不要と解し、裏書禁止手形は当事者間の意思表示と手形の交付のみによって譲渡することが

できるとされ、「このような解釈は手形法一一条二項の明文の規定に反するという批判も予想されるが、解釈上明文の規定を無視することは他にも例がないわけではない」（前田庸・前掲注（19）八―九頁）として、民法五一三条二項を例示される。だが、民法上のある条文が空文ならば手形法上のある条文も空文と解してもよいというのは、大げさにいえば法治主義に反する一種の極論ではないか。

二　民法五一三条二項後段の起草過程

(1)　ボワソナードから旧民法へ

一　旧民法の起草にあたったボワソナード（Gustave Emile BOISSONADE）が、日本民法起草にあたり、特にフランス民法典・イタリア民法典を重要な素材とし、これに、かれ独自の解釈論を織り込んだことは現在ではすでに周知の事実に属する。その例にもれず、現行民法五一三条二項の原型は、実は、ボワソナードのオリジナルであった。

ボワソナードは、フランス民法典に倣って、民法草案[23]に一五ヶ条にも及ぶ更改（novation）に関する規定を置いた（草案財産編五一一条ないし五二五条）。これらが旧民法財産編四八九条ないし五〇三条となり[24]、さらに法典調査会による審議を経て[25]現行民法五一三条ないし五一八条に結実したものである。これらを時間を追ってみていくことにしよう[26]。

まず、ボワソナードは、草案財産編五一一条において、フランス民法典一二七一条と同様、更改が、目的物の変更、債権者の交替、債務者の交替のばあいに生じることをみとめるほか、「原因の交替（changement de cause）」によってもまた更改が生じる旨の規定を追加した。これを受けた次条五一二条は、前条とは反対に更改が生じな

いばあいについての確認規定であるが、問題なのは五一二条の第二項である。[27] ここには、

「更に手形又は商業証券による債務の決済は、債務の原因がこれに記載されたときは更改はないものとする。既存債務の承認書は、執行力のある方式によるばあいであっても同様とする」[28]

と定められていた。だが、フランス法にはこれに該当する規定はなく、かれのオリジナルであったことが判る。これに関する草案初版におけるボワソナードの注釈は、

「債務を確証すべき証書または証券に与えられた方式は、証券または証書が債権者に対してより容易な譲渡をもたらし、または、債権者が裁判所へ訴えることなく執行することを可能ならしめるばあいであっても、債務の性質を変更しない。」

とする簡単なものであったが、草案二版および草案新版にいたって次のごとくやや詳細な注釈が追加される。

「ここに法は、フランスにおいてしばしば議論される問題について明定する。すなわち、裏書によって譲渡し得る手形（billets）または商業証券（effets de commerce）による負債の決済（règlement）が、手形に原因（cause）を提供する債務の更改を生ぜしめるか、である。もちろん、非常に一般的な方式に従って〔原註：フランス商法典は、為替手形および約束手形に約束の原因を記載することを要求している（商法典一一〇条七項および一八八条最終項）[30]。原因づけられない手形（billets *non causés*）については、前述三四七条参照〕[31]、手形に負債の原因として『対価受取候也（valeur reçue）』と記載されたにすぎないばあいには、金銭の貸借があったものと信じてよい。他方で、全体的な事実状況、とりわけ複数の手形金額の合計と最初の負債の総額との同一性により、債務者が二つの負債を負うものでないことがおおよそ明らかであるとすれば、債務者はまず最初の負債を弁済し、直ちに原因の交替（changement de cause）〔高田註：原文では「原因の交替」の例として、売買代金または賃料を消費貸借名義に変更する合意（現行民法五八八条にいわゆる準消費貸借契約）を挙げている箇所の参照を求めている〕となる同一額を借りたものと推測される。しかし、手形に売買といった最初の原因を記載したばあいには、更改はなく、例えば売主は、自己の先取特権および解除権を失わないのが正当である。」

要するに、ボワソナードによれば、手形行為が既存債務を更改するかについては、手形要件の記載のあり方により明確に区別される。すなわち、まず、手形面上に原因の記載がなく、単に対価受領文句のみが記載されているばあいには、更改によって既存債務は消滅することになる。このばあい、手形の原因債務は金銭消費貸借契約であるとされ、特に既存の債務額と手形債務の金額が一致するときには、手形の振出は準消費貸借契約を原因とするものと推定される。そうであるとすれば、既存債務の「原因」と手形債務の「原因」すなわち金銭消費貸借契約とは異なることになるから、「原因の代替」があったものとみて、更改が生ずるものと解するわけである。これに対し、手形面上に具体的に「売買」などの原因の記載があるときには、右と異なり、手形債務と原因債務は同一の売買代金債務であると捉えられるから、更改は生じない。つまり、既存債務とこれに付随する担保や既存の契約関係上の解除権は存続することになる、というのである。(32)

二　しかし、右の「ボワソナード理論」は当時のフランス法（あるいはフランスの一般的な学説）を継受したものといってよいか。いいかえれば、かれの草案はフランスにおいていかに評価されるべきものであったろうか。

この点、たとえば、Baudry-Lacantinerie et Barde によれば、

「実際には、しばしば債権者は、債務を決済するために、債務者が署名した手形を受け取り、あるいは、債務者に宛てて為替手形を振り出す。このばあいには、当事者は、商業証券の創造から生じる新負債によって旧負債を置き換えることを意図しているものというべきであろうか。今日では、消極説が完全な勝利をおさめた。当事者は、問題の方法によるときには、まったく債務を更改する意図（intention de novoer）を有しないのである。かれらは、単に、債権者に対して、より容易に支払を受ける手段を与えることを欲しているだけなのである。実際、かかる取引は、負債を変更する意思はまったく含まない。すなわち、署名者または支払人は〔あらたに〕支払の義務を負うのである。かかる約束は、確かに元の負債の要素を変質させるものではない。」

とされる。[33]

いささかの注釈をくわえれば、フランスにおいて、商業証券の振出、引受、裏書などによって既存債務が更改されるか否かがさかんに論じられた一九世紀には、議論の土俵は、フランス民法典一二七三条の「更改はなんら推定されない。更改を行なう意思は、その行為から明白に引き出されるものでなければならない」とする規定の解釈論にあった。すなわち、既存債務が手形行為によって消滅する法的な根拠を――代物弁済ではなく――更改に求めるという点で諸学説のコンセンサスがあり、他方では、更改の必須の法律要件として更改意思（volonté de novel）が要求されるが、債権者が更改によって既存債権とこれに付随する担保・解除権を喪失する不利益を蒙ることを配慮して、フランス民法典自体が更改意思の存在の証明責任を債務者に課している。しかし、更改意思を安易にみとめることはできないから、いかなるばあいに手形行為にともなって更改意思ありと解釈し得るのか、という当事者の意思解釈の基準が争点となったわけである。

一九世紀前半までは、原因の記載のない商業証券の振出（および受取人による単純な領収書の交付）には当然更改意思ありと解釈するDurantonら[34]の学説が優勢であったかのようであるが、一九世紀半ばを境として形勢は逆転し、原因の記載の有無にかかわらず、債権者の不利益を考慮し、更改の意思を推定すべきでないとする学説が通説を占めることになった[35]。その背景には、もともとPothierの為替契約（contrat de change）理論の影響から出発し[36]、手形の必要的記載事項として債務の原因である対価（valeur furnie）の記載を要求していたフランス商法がもはや時代おくれとなり、虚偽の記載や抽象的・簡略的な記載をも有効とせざるを得なくなったという事情がある[37]。つまり、イギリス法においても、約因（consideration）の記載が取引の発展にともなって不要視されていった[38]のと同様、たとえ虚偽の原因の記載がなされても、あるいは記載がなされなくとも、それのみをもって手形証券を無効とするわけにはいかないという取引社会の要請がフランス商法を空文化していったわけである。い

ってみれば、今日の無因証券性が確立していく歴史的過程の一コマをボワソナードは民法草案に持ち込んだものといえよう。この点で、ロエスラーが、すでに手形の必要的記載事項から、対価文句を排除し、無益的記載事項とした[39]ことと対照的であるばかりか、旧民法・旧商法の間には、齟齬が生じてしまっていたともいえる。

しかし、フランスでも二〇世紀初頭には、議論に決着はついた。つまり、Baudry-Lacantinerie et Barde の「勝利宣言」にあるように、更改意思は推定せずという消極説でフランス法学説は固まったのである。こうして、ボワソナード草案によってわが国にもちこまれたフランスの旧時の学説は、草案を引き継いだ旧民法とともに、わが国でも新民法の起草過程において非難の対象とされることになる。

(23) G. BOISSONADE, Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire, Livre II. -IIe partie, Des obligations, Tokio, XVe année de Meiji (1882), p. 618 et s.〔東京大学法学部箕作文庫・箕作三四一、以下、「草案初版」と略称。なお、参照にあたっては七戸克彦助教授よりご配慮を得たことを附記する〕; deuxième édition, tome deuxième, Des droits personnels ou obligations, Kokoubounsha Tokio, XVIe année de Meiji (1883), nos 551 et s., p. 621 et s.〔以下、「草案二版」と略称〕; nouvelle édition, tome deuxième, Droits personnels et obligations, Kokubunsha Tokio, XXIVe année de Meiji (1891), nos 551 et s., p. 671 et s.〔以下、「草案新版」と略称〕。

(24) Code civil de l'Empire du Japon accompagné d'un exposé des motif du Livre des biens, traduction officielle, kokubunsha Tokio, XXIVe année de Meiji (1891), p. 715 et s.〔以下、「旧民法理由書」と略称〕。

旧民法財産編四八九条　更改即チ旧義務ノ新義務ニ変更スルコトハ左ノ場合ニ於テ成ル

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

第二　当事者カ義務ノ目的ヲ変セスシテ其原因ヲ変スル合意ヲ為ストキ

第三　新債務者カ旧債務者ニ替ハルトキ

第四　新債権者カ旧債権者ニ替ハルトキ

四九〇条　①当事者カ期限、條件又ハ担保ノ加減ニ因リ又ハ履行ノ場所若クハ負担物ノ数量、品質ノ変更ニ因リ単

ニ義務ノ体様ヲ変スルトキハ之ヲ更改ト為サス

②商証券ヲ以テスル債務ノ弁済ハ其証券ニ債務ノ原因ヲ指示シタルトキハ更改ヲ成サス従来ノ債務ノ追認ハ其証書ニ執行文アルトキト雖モ亦同シ

(25) 法典審議会における審議過程については、潮見佳男「〈史料〉債権総則（五五）（五六）」民商法雑誌九九巻四号一三二頁以下、五号一一九頁以下〔通巻頁五七〇頁以下、七一七頁以下〕（昭和五四年）。

(26) 近時、民法学者による旧民法成立過程の研究はますます詳密の度をましており、その研究手法についても具体的な提言がなされるに至っているが（詳細な文献解題を含む、七戸克彦「旧民法・現行民法の条文対照表（旧民法財産編総則・物権部）」本誌六九巻一号、九号、一〇号、一一号（平成八年）参照）、さしあたり比較的容易に参照し得ると思われる史料によってボワソナードの起草趣旨から旧民法の成立までを辿ってゆくことにする。なお、用字については、意図的に正体・旧字体を避けたことをお断りしておく。史料研究としては問題を孕むことを承知しつつ、あえてテクストの読み易さを重視したためである。

(27) 草案初版（明治一五年）、草案二版（明治一六年）、草案新版（明治二四年）の仏文原文はすべて同一（次注参照）。また、旧民法理由書（明治二四年）においても財産編四九〇条への条数の変更があったほか、文言的には「手形又は（billets ou）」が削除されたほかは草案と同一である。

(28) 《Il n'y a pas davantage novation dans le règlement d'une dette en billets ou effets de commerce, si la cause de la dette y est indiquée, ni dans l'act récognitif d'une dette antérieure, même en forme exécutoire.》

(29) ボワソナードは、フランス法の伝統にもとづき、合意の成立につき「原因（cause）」を要素であるものと捉える——H. Capitant のいわゆる原因論者（causaliste）たる——立場をとり、かれの起草にかかる旧民法財産編三〇四条一項は、「凡ソ合意ノ成立スル為メニハ左ノ三箇ノ条件ヲ具備スルヲ必要トス　第一　当事者又ハ代人ノ承諾　第二　確定ニシテ各人カ処分権ヲ有スル目的　第三　真実且合法ノ原因」（Trois conditions sont nécessaire à l'existance des conventions en général : 1° Le consentment des parties ou de leur représentent, 2° Un objet certain, et dont les particuliers aient la disposition, 3° Une cause vraie et licite.）と定めた。ボワソナードによれば、ここにいう「原因」とは、「結約者ヲシテ其合意ヲ承諾スルニ決意セシムル理由ナリ結約者ノ達セント欲セシ目的ナリ凡ソ契約ハ漠然之ヲ為スモノニアラス必スヤ為スノ理由アリテ之ヲ為スモノニシテ概ネ心情ノ満足、金銭上ノ

満足、交誼上ノ満足ヲ目的トスルモノタリ」(La cause de la convention est la raison déterminante qui a décidé les parties à y consentir ; c'est le but qu'elles sont voulu atteindre : on ne fait pas une convention par caprice, mais par raison ; on y cherche, en général, une satisfaction morale, pécuniaire ou de convenance.)。「法律ニ規定セサル無名契約ニ於テハ其原由ヲ探求セサルヘカラス何トナレハ此種ノ契約ニ於テハ原由ノ欠缺シ或ハ誤認ニ係リ又ハ虚構ニ係リ（此誤認虚構ノ原由ヲ総称シテ無根ノ原由ト云フ）不法ナルコトアルヘケレハナリ、故ニ義務更改ニ於テ結約者ノ一人ハ旧義務ヲ消滅スルノ目的ニ非サレハ新義務ヲ契約スルヲ得ス之ヲ義務更改ノ原由トス、而ルニ若シ旧義務ニシテ曾テ成立セサリシカ又ハ更改ノ際最早成立セサルモノタルトキハ新義務ニハ原由ナシ此場合ニ於テ結約者カ原由アリト信スルトキハ誤認ニ係ル原由アリト云フ若シ結約者双方共ニ原由ノアラサルコトヲ知了セシトキハ虚構ニ係ル原由アリト云フ此等最後ノ二ノ場合ニ於テハ無根ノ原由アリト云フ」(dans la novation, une partie n'a pu contracter une dette nouvelle que dans le but d'en éteindre une précédente ; voilà la cause qu'on doit trouver. Mais si cette première dette n'avait jamais existé ou n'existait plus, la nouvelle dette serait *sans cause* ; si les partie croyaient à une cause, il y aurait *cause erronée* ; si elles savaient que la cause n' existait pas, il y auerait *cause simulée* et, dans ces deux cas, *fausse cause*. ——BOISSONADE, Projet, 2e éd., n° 45, p. 60 ; nouvelle éd., n° 45, p. 72 ; Exposé des motif, p. 351)。フランス学説の整理・検討として、小粥太郎「フランス契約法におけるコーズの理論」早稲田法学七〇巻三号（平成七年）。

(30) フランス商法典旧一一〇条七項は為替手形、同一八八条最終項は約束手形に関し、いずれも、必要的記載事項として、《la valeur fournie en espèces, en marchandises, en compte ou de toute autre manière.》（手戸勝元・手形法論綱（明治三四年、有斐閣）付録「日、独、仏、英四国手形法対照」二八頁の訳によれば、「貨幣、商品、勘定又ハ其他ノ方法ヲ以テ供シタル対価」）を要求したものである。しかし、一九二二年二月八日の法律二条・七条により、双方共に削除されるに至った。

(31) ボワソナードの原因の記載なき手形（billets *non causés*）論についていささかふれておこう。

Project 2e éd. Art. 347. Soit que la cause ait été exprimée ou non dans l'acte dentiné à constater la convention, c'est au défendeur à prouver, soit que la cause n'existe pas, soit que'elle est fausse ou illicite; il peut seulement, si la cause n'a pas été exprimée, sommer le créancier de déclarer sur quelle cause il prétend que la con-

vention est fondée. [1132 ; C. it., 1121.]

『ボワソナード氏起稿再閲修正民法草案註釈第二編人権全』によれば、右の条文に対応する「第八百四十七条（第八百四十七條註解百十三号）」は以下のように翻訳されている。

［原由ノ不存虚妄又ハ不法ノ証明］合意ヲ記載シタル証書中ニ其原因ヲ明示シタルト否トヲ問ハス原由ノ存セサルコト若ハ其虚妄ナルコト若ハ其不法ナルコトヲ証明スルハ被告人ノ任トス但原由ヲ明示セサリシ場合ニ於テハ被告人ハ只債権者ニ其合意ノ原由ヲ陳述セシムルコトヲ得［第千百三十二條、伊民第千百二十一條］

【註解】第八百四十七條〔百十三〕　仏蘭西法第千百三十二條ハ常ニ曖昧ナルカ如ク伊太利法第千百二十條及ヒ第千百二十一條ハ一層明瞭ナルコトヲ勉メタリ〔イ〕

〔イ〕仏蘭西法典ハ左ノ文ヲ記載セリ曰ク「仮令ヒ合意ノ原由ハ彰明セスト雖トモ其合意ハ効果ナキニアラス」ト伊太利法典ハ同一ノ法則ヲ再出シタル後チ左ノ文ヲ追加セリ曰ク「反対ノ彰明ナキ以上ハ原由ハ存在スト推測ス」ト（第千百二十一條）

然レトモ此二法典ハ証拠ニ就キ尚ホ一ノ困難ヲ存セシメタリ伊太利法典ト共ニ証拠ノ責任（charge de la preuve）ハ被告人ニアルコトヲ認許シ又被告人ハ申陳セラレタル原由（cause alléguée）ハ虚妄（fausse）ナリ又ハ不法（illicite）ナリト証明スルコトヲ得ルヲ認許スルモ若シ原由ノ毫モ彰明セラレサルトキハ（si aucune cause n'est exprimée）被告人ハ如何ニシテ其原由ノ真ニ存セサルコトヲ証明スヘキヤ

又如何ニシテ無為（negation）ヲ証明スヘキヤ斯クノ如キ証拠ハ不能ニハアラスト雖モ実ニ困難ナルコトハ認知セラレタルナリ被告人ハ漸次ニ総テ義務ノ有効ナル原由ヲ攻撃シ且其原由ノ一モ自己ト原告人トノ間ニ存セサリシコトヲ証明スルヲ得ス

是此困難ヲ救治センカ為メ本條ハ著述者（auteurs）ノ供出シタル方法ニシテ原告人ノ召換（sommation）ニ依リ無為ノ証拠（preuve négative）ノ囲範[ママ]ヲ制限スルコトヲ被告人ニ許ス所ノモノヲ用ヒタリ故ニ被告人ハ唯原告ヨリ申陳シタル原由ノミヲ争フニ止マレリ然レトモ危険ハ総消滅スルコトナシ何トナレハ若シ原告人カ己レニ為サレタル払金ノ約務ノ原由（cause d'une promesse de payer）トシテ貸金（prêt d'argent）ヲ申陳スルトキハ被告人ニ於テ其第一ニ借用セサリシコトヲ証明スルハ甚タ困難ナルヘク原告人ニアルヘキ単一ノ方法ハ誓ノ要求（délation du serment）ノミナルヘシ

此場合ニ当リ吾人ハ既ニ其所ヲ得タル一ノ注意ヲ記憶スヘシ即原由ニ於ケル困難ハ常ニ原由ハ真実ニシテ且適当ナル有名契約（contrats nommés）ニアラスシテ唯無名契約（contrats innommés）ノミニ在ルコト是ナリ吾人ハ最後ニ当リ本條ハ特ニ支払切手（billets）、支払依頼書（mandats de payement à faire）、受取切符（chèque）其他原由ノ明記ナク金高ノ約務ヲ記載シタル証書（autre écritures portant promesses de somme d'argent）ニ適用スヘキコトニ注意スヘシ

さらに、旧民法理由書では、草案第二版および草案新版の註解の一部（特にフランスの学説状況について述べた部分）と注記とが割愛されているものの、内容的な変更はない。

Exposé. Art. 326. Soit que la cause ait été exprimée ou non dans l'acte dentiné à prouver la convention, c'est au défendeur prouver, soit que la cause n'existe pas ou que'elle est fausse ou illicite ; il peut d'ailleurs, si la cause n'a pas été exprimée, sommer le créancier de déclarer sur quelle cause il prétend la convention fondée, sauf à la contester, s'il y a lieu.

旧民法財産編三二六条　合意ノ証書ニ原因ヲ明示シタルト否トヲ問ハス其原因ノ不成立、虚妄又ハ不法ナルコトノ証拠ハ被告ヨリ之ヲ為ス可キモノトス若シ原因ノ明示ナキトキハ被告ハ先ツ原告ヲシテ其原因ヲ陳述セシムル為メニ之ニ催告スルコトヲ得但其原因ニ付キ争フコトヲ妨ケス

こうして旧民法財産編三二六条は、フランス民法一一三二条「合意ハ、仮令其ノ原因ガ之ニ表示セラレザルトキト雖モ、有効ナルコトヲ減ゼラルルコトナシ」（田中周友・現代外国法典叢書⑯仏蘭西民法Ⅲ財産取得法②（昭和三一年、有斐閣）六三頁の訳による）を継受したことが明らかにされている。もともと該条に関するフランスの通説は、原因を合意の有効要件とするフランス法のもとで（一一〇八条、一一三一条）、手形のような「原因の記載なき証書」による権利行使であっても、真に無原因（虚偽の原因、不法な原因）でない限り、その権利行使は妨げられないことを確認したものである。

この点、ボワソナードは、被請求者側に原因の虚偽、不法についての証明責任を課した。しかし、証書にいちおうの原因の記載があるときはともかく、何の記載もないときには、被請求者は自己の債務負担についていかなる原因も存在しないことを証明するのは事実上不可能である。そこで、被請求者が、自己がいかなる原因によって債務負担したと措定するかをまず明らかにするように所持人に対して催告する権利を認めたものである。したがって、所持人が

一定の原因（たとえば売買契約）のもとに被請求者が債務負担した（代金債務を負った）ことを陳述すれば、被請求者はその原因が虚偽、不法であることを証明すればよいことになる。とはいえ、被請求者にとって相当厳格な制度であることは確かであるが、それはボワソナードが手形・小切手金の請求訴訟を念頭においたものであることを考えればあながち不当ではない。というのも、該条は、被請求者が原因の欠缺による手形抗弁を主張したばあいに、これを制限する方向に機能することが予定されていたものといえるからである。そうであるとすれば、旧民法財産編三二六条は、本稿で問題としている既存債務が手形振出により消滅するかの問題とは反対に、原因の欠缺が手形債務に及ぼす影響に関する規定といえるが、しかし、無因行為である手形・小切手行為にも事実としては「原因」が存在し、「原因」概念をキーワードとして手形債務と既存債務との相互関係が論じられていることは留意されてよい。

(32) 草案初版をもとになされたと推測されるボワソナードの講義の筆記『加太邦憲・一瀬勇三郎・藤林忠良合訳・ボワソナード氏起稿民法草案財産篇二 人権之部』「第百五十七回明治十六年一月十日」九八八―九九一丁によれば、本条項は「切手又ハ商業ノ手形ニ負債ノ原因ヲ記示シタルナレハ其切手又ハ商業手形ノ負債ノ規定方ニ於テハ猶ホ更改ナシトス又執行スヘキ方式ヲ備ヘタルモノト雖モ旧来ノ負債ノ確認証書ニ於テモ更改ナシトス」と訳され、講義において「切手ヲ以テ負債ヲ規定〔決済―高田註〕スルコトハ仏国ニ於テハ之ヲ処スルノ規則ナキヲ以テ随分困難ナリ例ヘバ余家屋ヲ購求スルニ方リ単ニ売買ノ名義ニテ負債ヲ担当セス有期支払ノ切手ヲ以テ負債ヲ弁済スルコトアリ此際ニ於テ其切手中負債ノ原因ヲ記示スレハ即チ余ハ切手ヲ渡ストモ尚ホ売買ノ名義ニテ負債ヲ担当スヘシト雖モ其原因ヲ記示セサレハ更改アリトス又商業手形ニ至テモ之ニ前負債ノ原因ヲ記載スレハ更改ナキモ単ニ金額何円ヲ負担スト言ハヽ是レ其義務ノ更改セルモノトス又商業手形自己ノ手ニ作ルモノニ非ス嘗テ他ヨリ受ケ取リ置キシモノヲ交付スルニ於テハ商業手形ハ原来流用ス可キ者タレハ義務更改シ新義務ヲ生スルニ非スシテ一歩ヲ進メ弁済ト為ル此ノ際若シ其手形ヲ発シタル者無資力トナリ之カ支払ニ差支フルトキハ権利者ハ義務者ニ対シ賠償ノ訴ヲ起スヲ得可シ」との注釈が加えられている。

(33) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, Traité théorique et pratique du droit civil, t. VIII, Des obligations t. III, 1re partie, 2e éd, Paris, 1873, n° 1732, p. 35.

(34) DURANTON , Cours de droit français, suivant le Code civil, 4e éd, t.VII, Bruxelles, 1841, n° 287, p.144; DELVINCOURT, Cours de Code civil, t.II, Paris, 1819, p.780.

(35) PARDESSUS , Cours de droit commercial, nouvelle éd, t. I, Bruxelles, 1842, n° 221, p. 145 ; MASSÉ, Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil, seconde éd., t.IV, Paris, 1862, n° 2203, p. 98 et s. ; AUBRY et RAU , Cours de droit civil français, 4e éd, t. IV, Paris, 1871, p. 218 ; MARCADÉ, Explication théorique et pratique du Code civil, 7e éd, t. IV, Paris, 1873, n° 768 de l'art. 1273, p. 618 et s. ; DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, t. XXVIII, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t.V, Paris, 1877, n° 297, p. 209 et s. ; LAURENT, Principes de droit civil, t. XVIII, 3e éd., Bruxelles et Paris, 1878, nos 283 et s., p. 303 et s. ; LAROMBIÈRE , Théorique et pratique des obligations, nouvelle éd, t. V, Paris, 1885, n° 8, p. 16 et s. ; HUC , Commentaire théorique & pratique du Code civil, t. VIII, Paris, 1895, n° 113 de l'art. 1273, p. 151 et s.

(36) LYON-CAEN et RENAULT, Traité de droit commercial, 2e éd, t. IV, Paris, 1893, n° 85, p. 60 et s.

(37) THALLER , De la manière pratique et commerciale de comprendre les recours de change, Annales de droit commercial, 1891, p. 269 et s., 1892, p. 1 et s.; note sous Cass., 28 avril 1900, D. 1901. 1. 17.; J. AUBIN , De l'influence de la création et de la transmission de billets à ordre ou de lettres de change sur les rapports juridiques antérieurs existant entre les parties, Annales de droit commercial, 1899, p. 294 et s.; THALLER , Traité élémentaire de droit commercial, 2e éd, Paris, 1900, nos 1322 et s., p. 699 et s.; Marcel COUROUX, De l'influence d'un règlement en effet de commerce sur la créance préexistante, th. Paris, 1902 ; WAHL, Précis théorique et pratique de droit commercial, Paris, 1922, nos 1843, 2047, 2078 ; Bernard PERREAU , De la non applications de la prescription quinquennale à l'action du contrat originaire, en matière de lettre de change, Annales de droit commercial, 1924, p.5 et s.; P.LESCOT, De l'influence de l'emission ou de l'endossement d'une lettre de change sur l'obligation préexistante du débiteur cambiaire, Annales de droit commercial, 1932, p. 105 et s.; René ROBLOT, Obbligazione cambiaria e rapporto fondamentale nel diritto francene moderno, Nuova rivista di diritto commerciale, 1953, I, p. 8 e s. ; LESCOT et ROBLOT, Les effets de commerce, t. 1, Paris, 1953, n° 78, p. 98 et s.; ROBLOT, effets de commerce, Répertoire de droit commercial, T.III,1973, nos 10-20 de Art. 2.; Les effets de commerce, Paris, 1975, nos 69 et s., p. 70 et s. ; Michel CABRILLAC , Le Chèque

et le virement, 5e éd. Paris, 1980, n° 484 et s., p. 264 et s.; RIPERT et ROBLOT, Traité de droit commercial, t. 2, 11e éd, Paris, 1988, n° 1928, p. 126 et s.; GAVALDA et STOUFFLET, Droit du crédit, t. 2, Chèques, effets de commerce, Cartes de crédit et de paiement, 2e éd, Paris, 1991, n° 40, p. 65 et s.

(38) J. M. HOLDEN, The History of Negotiable Instruments in English Law, London 1955 (Reprint 1993), pp. 102-105, 168. 高窪利一監訳・J・M・ホールデン 英国流通証券法史論（昭和六〇年、中央大学出版部）一五六頁以下、二五一頁以下。

(39) Hermann ROESLER Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar, Bd. 2, Tokio, 1884, Neudruck 1996, S. 597. ロエスレル氏起稿商法草案下巻（明治一七年、復刻・平成七年、新青出版）二九六―二九七丁。

(2) 旧民法から梅博士の新民法へ

一　右にみた旧民法に対する批判は、まず、現行民法の立法過程にあらわれた。そして、立法史料は、更改の規定の起草担当者が梅謙次郎博士であったことを物語っているが[40]、つとに指摘されているように[41]、梅博士の意図は、原則として為替手形に限って、債務の履行に代えてこれを振り出すことを当事者の交替による更改とする点にあった。これに対して、約束手形および小切手の振出は更改を生じないものとされる（さりとて、これを代物弁済と解されていもいない）。

さしあたり要点のみを『民法要義　巻之三　債権編』[42]および『民法原理　債権総則』[43]によってみることにしよう。梅博士いわく、「新民法ニ於テハ為替手形ヲ発行スルハ更改ニシテ約束手形若クハ小切手ヲ発行スルハ之ヲ更改トセス是レ他ナシ為替手形ハ支払人ヲ以テ主タル債務者ト為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過キス故ニ此場合ニ於テハ条件付ヲ以テ債務者ノ交替ニ因ル更改ヲ為シタリト謂フモ

可ナリ」（要義三五六―三五七頁）と。では、約束手形や小切手はどうか。まず、約束手形を「発行」するばあいにおいては、「単ニ自己ノ義務アルコトヲ表明シタル証書ヲ発行スルニ過キスシテ唯其効力幾分カ従来ト異ナル所アリト雖モ而モ全ク其性質ヲ変スルニ非ス従来ノ債権者依然債権者ニシテ従来ノ債務者依然債務者ナリ且目的モ同一ナリトセハ到底之ヲ更改ト認ムルコト能ハス」（要義三五七頁）とし、「手形ニハ普通ノ債務ニ存セサル種種ノ効力アルモ此ノ如キ事実ハ手形ノ場合ニ限ラス例ヘハ従来無担保ノ債権ニ対シ抵当権ヲ設定セシメタリトセハ従来ノ債権者ハ普通ノ債権者ニアラスシテ物上担保ヲ有スル抵当権者ト為リ其権利ハ従来ノモノニ比スルトキハ頗ル強大ナル効力ヲ有スルモノト為ルヘシ手形ノ場合ニ於テモ亦之ト同シク手形債権者ハ普通ノ債権ヨリ有力ニシテ便利ナル権利ヲ有スト云フニ過キス」（原理八五〇頁）として、担保物権の設定と約束手形の振出とを権利行使の確実性の点から同視しさえする。さらに、「小切手ハ其性質甚タ為替手形ニ類スル所アリト雖モ小切手ハ当事者ノ意思ニ於テ金銭支払ノ方法トシテ之ヲ利用スルコト最モ多キカ故ニ之ヲ更改トセサルヲ以テ当事者ノ意思ニ適シ従テ実際ニ便ナルモノトスヘキノミ」（要義・同一箇所）。

つまり、梅博士は、手形行為によって更改が生じるか否かの基準を、もっぱら当事者または「目的」（客体）の交替による更改ありといえるか否かに求め、為替手形の振出のみを当事者の交替による更改と看做していることが判る。その根底には、現行民法の起草においては、梅博士、富井博士によって、ボワソナードが旧民法に導入した「原因」理論を体系的に排除する立法態度が採られ[44]、その一環として現行民法五一三条一項にいう「債務ノ要素」からも「原因」が排斥されることになったという事情がある。それゆえに、「原因」を変更する契約は、もはや「債務ノ要素ヲ変更スル契約」すなわち更改契約と呼ぶことはできず、債務の履行に代えて為替手形を振り出すばあいのみを、たかだか当事者の交替による更改と観たわけである。

また、旧民法が、「証券ニ債務ノ原因ヲ指示シタルトキハ之ヲ更改ト成サス」としたのに対して、履行に代え

て為替手形を発行するばあいを一律に「更改」と看做している点にも一見顕著な相違がみられる。しかし、注意すべきは、両者ともに、手形行為によって既存債務が消滅するばあい（まさしく「支払に代えて」なすばあい）と、既存債務と手形債務とが併存するばあい（こんにちにいわゆる手形行為を「支払のために」なすばあい）との理論的区別を「更改意思」の有無に求めることを当然の前提としている点である。つまり、両者の相違点は、実は、旧民法が手形に「原因」を記載しなかったという事実を更改意思ありとの徴表と観たのに対して、梅博士はかような形式的標識を放棄して、更改意思の有無という事実そのものに既存債務消滅の根拠を求めようとした点にあるに過ぎないのである。[45] 後年、鳩山秀夫博士によっても明確に指摘されたように、[46] 民法は、為替手形の振出一般について既存債務の更改力をみとめようとするものではなく、あくまで「債務ノ履行ニ代ヘ」るという更改意思が事実として存在するときに、既存債務消滅の根拠を法定的に更改であると定めているのである。

こうしてみると、現在のほとんどすべての学説が、[47] 民法五一三条二項後段に「為替手形」の発行とする文言に固有の意味を認めず、せいぜい手形小切手を代表させているものと解しているのに対して、梅博士の新民法の起草意思は、支払に代えてなす「為替手形」の振出（および為替手形・約束手形の裏書）[48] に既存債務の更改力を強行法的にみとめる趣旨であったといってよい。

二　しかしそれでは、現在の学説が理解するところの手形行為の無因性は、梅博士においては一体いかに理解されていたのか、という疑問ないし疑念がここで当然生ずることであろう。殊に、約束手形の振出について、「唯〔手形の〕効力幾分カ従来〔の債権〕ト異ナル所アリト雖モ而モ全ク其性質ヲ変スルニ非ス」とされるに至っては、それがボワソナードにも通底する当時のフランス法的理解によるものとはいえ、[49] 現在、一般的に振出行為の属性と考えられている設権行為性・無因行為性とはまったく異質であることが明白である。したがって、ドイツ法継受期に至り、こうした梅博士の起草意思が、諸学説の嚣々たる非難を浴びたことも決して由なしとしない。

学説史的にこれをみれば、まず岡野敬次郎博士によって、「債務ノ履行トスルノ契約ニ因リ債権者ニ於テ弁済ヲ受ケタルノ意思ヲ表示スルトキハ之ヲ代物弁済トシ当事者契約ヲ以テ債権ノ體ヲ変シ新ニ設定シタル法律関係ニ依リテ既存ノ法律関係ノ目的ヲ達セントスルモノ之ヲ更改トス」とするGrünhutらの学説に立つ批判があらわれ[50]、さらに、石坂音四郎博士により、「五一三条第二項ハ学理上其存在ヲ認ムルヲ得サルモノト云ハサルヘカラス」と論結する極めて激しい批判に逢着することになった。

三　石坂博士の論文「更改ニ関スル疑問（民法第五百十三條第二項ノ批評）」[51]で述べられた所説は、我妻博士に隔世遺伝的に継承され、現代の通説を形成しているのは先に述べたとおりであるが、仔細にみると現在捨象されている記述の中に、この立場の問題点が顕われているようにおもえる。その要点をとりあげてみよう（以下、カッコ内は右掲論文からの引用箇所、傍点原文のまま）。

まず、問題設定として、「我法典ニ於テハ為替手形ノ振出ノ場合ノミニ更改ノ成立ヲ認ム、而シテ何カ故ニ此場合ニ更改ヲ生スルヤ其理由ニ関シテハ我国ニ於ケル一般ノ学説ハ所謂法律行為ノ原因ナル観察ヲ認メサルカ故ニ独法学者ノ説ク所ト異リ有因債務ヲ変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」（一一頁）とし、新民法起草過程以後、原因理論が失われたわが民法学の特質を指摘しつつ、梅博士の起草意思――といっても当時は一個の学説に過ぎない――が、条件附の債務者の交替によって更改が生ずるものとしている点を鋭く批判する。いわく、「停止条件附ニ債務者ノ変更アリトナストキハ手形振出ノ当時ニハ未タ新ナル債務者存在セサルカ故ニ債務者ノ交替ナク振出ノミニ依リテ更改アリタルト云フヲ得ス、又引受アリタル後ニ於テモ振出人ハ担保義務者トシテ債務ヲ負担ス故ニ全然債務者ノ変更アリタリト云フヲ得ス、更ニ今日手形行為ニ関スル通説ニ従ヒ手形上ノ債務ハ単独行為タル手形行為ニ基キテ生ストナルトキハ手形上ノ債務ハ振出ナル手形行為其モノニ基キテ新ニ発生スルモノニシテ単ニ従来ノ債務ニ債務者ノ変更アリタルモノトナスヲ得ス」（一二頁）と。

右は梅博士が、原因債務と手形債務との区別をきわめて曖昧にしたことへの反発であり、出るべくして出た批判であったといえよう。ところが、石坂博士は、返す刀で、更改か代物弁済かは当事者の意思によるべきものとする岡野博士の所説をも攻撃する。つまり、理論的にはまったく更改を容れる余地がないというのだが、それは、岡野博士の背後にある同旨のドイツ法学説に対する批判でもあった。ただ、その理由としてあげられる論理、すなわち「更改ニアリテハ新債務ハ更改契約其モノニ因リテ発生スルコトヲ要ス、然ルニ有因債務ヲ変シテ無因債務ニ変スル場合ニハ無因債務ヲ発生スル原因ハ更改ト独立シテ存在スル無因行為ニシテ更改契約其モノニアラス手形ノ場合ニ付キ論スレハ手形上ノ債務ノ発生ハ手形行為ニ基ク、更改契約ニ基クモノニアラス、故ニ従来ノ債務ノ履行ニ代ヘテ無因債務ヲ負担スル場合ニ更改カ成立スルヲ得サルハ明ナリ、吾人ハ何故ニ独法学者カ此明白ナル事実ヲ看過セルヤヲ怪シム」（二〇頁）とする点は、手形行為が、原因関係上の行為に対して独自性をもつ――別個の法律要件である――ことから、即座に更改契約性を否定するものであり、同じ論法でゆけば、手形債務の発生は手形行為に基づくのであって、代物弁済契約に基づくのではないことにもなりそうである。また、石坂博士の無因性の理解にはなお検討の余地がのこされているもののようにおもえる。それは次の下りである（二三―二四頁）。

「此ノ如ク無因債務発生ノ原因タル行為ト更改トカ独立シテ存在スルコトヲ看過シタルカ為メ独普通法ニ於テハ更改契約ノ原因（Causa）ニ関シ頗明白ヲ缺ケリ（中略）而シテ更改契約ノ原因ハ何ヲ云フヤニ関シテハ通説ハ更改ノ意思即旧債務ニ代ヘテ新ナル債務ヲ発生セシムルノ意思ナリトシ或ハ旧債務ヲ消滅セシムルコトナリトス、故ニ独法学者ノ説ニ従ヘハ無因契約ニアリテハ更改ノ意思ヲ必要トセス有因ノ更改契約ニアリテハ更改ノ意思ヲ必要トナスノ結果ヲ生ス、是実ニ奇怪ナリト云ハサルヘカラス（中略）之ニ依リテ見レハ無因債務ノ発生ニ因リ更改ヲ為ス場合ニ於テモ尚更改ノ意思アルコトヲ認メサルヘカラス、然レトモ之ヲ認ムルトキハ更改契約ハ凡テ有因契約トナリ従テ無因債務カ更改ニ因

リテ生スルコトヲ得サルノ結果ヲ生ス、故ニ独法ノ学者ハ自縄自縛ノ地位ニ在リ」

もともと無因行為においても原因（causa）が欠けるというのは常態ではなく、手形法上は不当利得の抗弁として原因欠缺を顧慮すべきものである。石坂博士の無因行為論は、徹底的に法律行為の「原因」理論を否定しつつ、他方で、不当利得における「原因」を「給付ノ経済上ノ性質ヲ定ムル目的ヲ云フ」ものとされ、「法律行為ニハ原因ノ観念ナキカ故ニ原因ノ有無ヲ問ハス権利ハ移転シ利得ヲ生ス、然レトモ之ヲ経済上ヨリ観察スルトキハ財産ノ出捐ニハ必其目的アルヲ要シ若シ其目的ヲ缺ク場合ニハ不当利得ヲ生スルモノトス」と説くものであった。[52] ところが、法律行為の原因を――梅博士らと同じく――否定したがゆえに、法律行為論的本質すなわち効果意思の内容の観点から、更改と代物弁済とを区別することができなくなってしまうはずである。なぜなら、このばあい、両者の効果意思の内容は、等しく「既存債務を消滅させ、新債務を発生させる」点にあるからである。

ここにおいて、博士は、支払に代えてなす手形行為を一律に代物弁済と看做す旨を主張される。「従来ノ学説カ代物弁済ト更改トノ区別ヲ明ニスルヲ得サルハ必竟両者ノ区別ヲ主観的標準ニ求メントスルカ為ニ外ナラス、両者ノ画然タル区別ヲ得ントセハ客観的標準ニ求メ新ナル債務ノ負担ハ代物弁済タルカ又ハ更改タルカ両者中其一ニ属スルモノトナスコトヲ要ス、而シテ吾人ハ従来ノ債務ノ履行ニ代ヘテ新ニ〔無因〕債務ヲ負担スル場合ハ必〔ス〕代物弁済ヲ生スルモノニシテ更改ヲ生セサルモノトナス」（三一頁）。

(40) 福島正夫編・穂積陳重立法関係文書の研究（平成元年、信山社）「第一部 明治民法の制定と穂積文書」五四頁。
(41) 石田喜久夫・注釈民法⑿、債権⑸（昭和四五年、有斐閣）四八五頁、潮見・前掲注（25）五八四頁以下。
(42) 梅・前掲注（14）。
(43) 梅謙次郎・民法原理（債権総則）（明治三五年完結、和仏法律学校、復刻・平成四年、信山社）八四六―五三頁。なお、参照、未定稿本・民法修正案理由書四三〇頁以下（廣中俊雄編・民法修正案（前三編）の理由書（昭和六二年、

有斐閣）四九〇頁以下）、穂積陳重＝富井政章＝梅謙次郎校閲・松波仁一郎＝仁保亀松＝仁井田益太郎合著・帝国民法正解第三編（明治三〇年、日本法律学校）七三六頁。

(44) 岸上晴志「契約の目的についての覚書(1)(2)完」中京法学一六巻一号、二号（昭和五六年）。

(45) 潮見・前掲注（25）五七二頁。

(46) 鳩山・前掲注（16）増訂改版日本債権法（総論）四六八頁。

(47) なお、鈴木・前掲注（10）引用箇所参照。

(48) 梅・前掲注（43）八五一頁以下によれば、解釈上、裏書は、為替手形・約束手形を問わず、債務者の交替による更改をもたらすとする。「発行」が振出を意味するのはいまさらいうまでもない。《ART. 513.——L'obligations s'éteint par novation, lorsque les parties ont conclu une convention qui en modifie les éléments essentiels. ——L'addtions ou le retranchement d'une condition, ainsi que toute modification apportée à la condition, sont considérés comme des faits modificateurs des éléments essentiels de l'obligation. Il en est de même de *l'emission* d'une lettre de change destinée à remplacer l'exécution de l'obligation.》Code civil de l'Empire du Japon, LivresI,II&III, Promulgués le 28 Avril 1896, Trad. par I.MOTONO et M.TOMII, Paris, 1898, p.124.

(49) 畑　肇「フランス法における手形関係と原因関係の一考察（一）（二・完）」同志社法学九五号（昭和四〇年）一頁以下、九六号（昭和四一年）四八頁以下。

(50) 岡野・前掲注（16）掲記の文献参照。C.S.GRÜNHUT, Wechselrecht, 1897, Bd.II, Leipzig, S.296 ff.

(51) 石坂・前掲注（11）論文。

(52) 石坂音四郎「法律行為ノ原因ト不当利得上ノ原因」民法研究第一巻（前掲注（11））三五七頁以下。

結びに代えて——通説への疑問

梅博士による原因否定論は、ボワソナードの起草意思の〝換骨奪胎〟による現行民法五一三条二項の起草をもたらし、この起草過程の紆余曲折が民法制定直後からの学説の展開に混迷をもたらすみなもととなった。起草者

意思から、いわば直線的に現行法の解釈論を導き出すことはきわめて困難であることはこれまでの素描によって明らかであろう。

しかし、石坂博士の所説については――それが時期的にみてまさに立法直後の「立法批評」すなわち立法論に類するものであったことを割り引くとしても――無因債務負担行為には、causa としての更改意思を容れる余地はまったくないものと解し、「原因の交替」による更改を徹底的に否定する点、また、causa の相違によって主観的に更改と代物弁済とを区別するという独（仏）法に通底する理解を一蹴し、当事者の主観的意思にかかわらず「客観的標準」によってすべて代物弁済と観る点は、博士じしんが自認するように当時のドイツ法学説の理解とも距離がある。特に、ドイツ民法が更改にかんする明文をもたず、かえって「債務者が債権者の債権を満足させるために、債権者に対して新たな債務を引受けたときには、疑わしいときには、弁済に代えて（an Erfüllungs Statt）債務を引受けたものとは認められない」（ドイツ民法三六四条二項）として、支払に代えて手形を振り出すばあいに既存債務が消滅する根拠を代物弁済（Leistung an Erfüllungsstatt, an Zahlungsstatt）に求めていることからすれば、ドイツにおいて代物弁済説が採られることにはまさに法文上の根拠があるといってよい。[53]

これに対して、わが民法は、フランス法と同じく、更改と代物弁済の双方を並列的に規定し、しかも、梅博士によって代物弁済は本質的に更改の一種であるという理解が行なわれていた。[54] つまり、更改と代物弁済とは一般法と特別法の関係に立ち、そのうえで履行に代えてなす為替手形の発行すなわち振出しによる既存債務消滅の根拠をあえて一般法である更改の方へ求めているわけであるから、これを特別法へもっていくわけにはいくまい。この点は、更改と代物弁済とを本質的に異なるとみればなおさらである。それだけではない。かりに代物弁済説をとったところで、互いに牽連する既存債務の消滅と新債務の発生という二つの効果を代物弁済の意思によってもたらすことになるが、かりに既存債務が無効であったばあいに、新債務の負担のみ有効になし得ることの説明

はいかになされるのであろうか。このばあい、「代物弁済ニアリテハ従来ノ債務ノ履行ニ代ヘテ債務者カ負担スル債務ハ代物弁済契約其モノヨリ発生スルコトヲ要セサルカ故」[55]に、すなわち無因的な新債務負担は別個独立の行為であるから、既存債務の有効・無効にはかかわらないということは論拠となり得ない。なぜなら、「代物弁済」という以上、既存債務の消滅と新債務の負担が偶々同時になされるのではなく、両者が「弁済のため」という意思、すなわち弁済意思によって結び付けられていなければならないはずだからである。博士が、更改意思を無因債務負担の causa として捉えることができないとされるならば、何故、弁済意思は causa たりうるのであろうか。反対に、もし――弁済意思といわなくてもよい――何らの causa をも手形行為に措定できないものとすれば、causa の欠缺によって不当利得の抗弁がもたらされるという博士じしんの所説と矛盾しはしまいか。結局、無因債務負担行為の独自性を強調すればするほど、実は、代物弁済からも遠ざかるのであり――「無因的」更改説[56]と同様の意味で――いわば「無因的」代物弁済とでもいうほかなくなるものとおもわれる。

ドイツ法における代物弁済は無因債務負担の無因性（さらには広く処分行為の無因性）を前提として、なおかつ既存債務が「代物弁済」によって消滅するものとして、「無因的」代物弁済を法定的に「代物弁済」としてカテゴライズしているのであって、これとフランス法やわが民法上の代物弁済（dation en payement）とを簡単に同一視することは、比較法的な概念の相対性を見逃すものといえるのではないか。

また、更改と代物弁済とのこうした理論的区別を離れ、機能的にみても、民法五一八条を直接適用できるという更改説のメリットは決して軽視されるべきではない。フランスにおいて、既存債務の消滅によって、債権者がこれに付随する担保を喪失するという債権者の不利益を回避するために、手形行為による既存債務の更改を推定せずという原則がとられたことにみられるように、担保の問題は実際上きわめて重要な問題であった。わが民法には、更改にかんして手形債務に質権・抵当権を従前の順位のまま引き継ぐことを認める民法五一八条が存置さ

れていることを軽視してはなるまい。

問題提起のみ多い拙論ではあるが、しかし、ここに提起した疑問は現代の多数説にも向けられ得るとおもう。

(53) STAUB/STRANTZ, Kommentar zum Wechselgesetz,13.Aufl., Berlin-Leipzig 1934 Anm. 24b zu Art. 89; Ernst JACOBI, Wechsel- und Scheckrecht,Berlin 1956,S.286 ; BAUMBACH/HEFERMEHL, Wechselgesetz und Sheckgesetz, 19.Aufl.,München 1995,WG,Einl.,Rn.39.; Frank BOERNER,Der wechselrechtliche Bereicherungsanspruch,Baden-Baden 1993, S.47.

(54) 梅・前掲注（14）二五二頁以下。また、金山直樹「〈史料〉債権総則（四一）」民商法雑誌九三巻二号（昭和六〇年）二九七―二九八頁も参照。

(55) 石坂・前掲注（11）三二頁。

(56) 注（9）に掲記した木村論文および書評・石田喜久夫・民法文献批評（平成八年、成文堂）四〇頁以下、林（安永）＝石田＝高木・三六〇頁。わたくしも、無因行為としての手形行為とその原因すなわち更改意思をトータルに把握して、無因的更改を認めるのがもっとも法文に即した解釈であると考える。Eduard NAEGELI, Die Wechselprolongation nach schweizerischem,deutschem und österreichischem Recht, Zürich-St.allen, 1956, S.23b. 吉永榮助「手形の書替」手形法・小切手法講座第四巻（昭和四〇年、有斐閣）一九〇頁注（二）、同「手形の書替についての二・三の省察」手形研究一〇四号（昭和四一年）一一頁以下。