

べきこと前述の如くである。

(ハ) 民法は、一〇九條、一一〇條の表見代理の外、代理権消滅後に於ける前代理人の代理行為につき相手方が善意無過失なる場合にも、斯かる相手方保護のために、表見代理の成立を認めてゐる(民法一一二條)。而してこの種の表見代理も、亦前二者の場合と同様、法定代理についても適用せらるべきである。

(1) 表見代理成立の要件

- (a) 一旦有効に發生した代理権が、何等かの原因に基いて消滅したること。始めより代理権が存在しなかつた場合には、民法一一二條の適用の餘地はない。
- (b) 代理行為の相手方が、その責に歸すべき事由に基かずして、代理権の消滅の事實を知らないこと。反證がない限り、相手方は、代理権の消滅を知らないものと推定せらるべきである。

「民法第一百十二條ハ、當該第三者ニ於テ、代理人ノ代理権力消滅スル以前其ノ者ト取引ヲ爲シタルコトアル等、元ト代理権ヲ有セシ者ニ依然代理権アリトシ、之ト取引ヲ爲スヘキ事情存スル場合ニ限り、其ノ適用アルモノト解スルヲ相當トス。蓋シ代理権ハ、其ノ消滅原因生

スルトキハ之ト同時ニ絶對ニ消滅ニ歸スルモノニシテ、從テ爾後本人ハ元ト代理権ヲ有セシ者ノ爲シタル行為ニ付何等責任ヲ負フヘキモノニ非スト雖モ、此ノ理論ヲ貫徹シテ如上ノ事情アル場合ニモ及ホスニ於テハ、第三者ハ代理権消滅ノ事實ヲ知ラス、元ト之ヲ有セシ者ニ仍ホ其ノ權限アリト信シテ之ト取引ヲ爲シ、不慮ノ損失ヲ被ムルニ至ルヘク、延テ一般取引ノ安全ヲ害スヘキハ、理ノ看易キ所ニシテ斯カル結果ヲ防止セムトスルモノ、即チ右法條ノ精神ニ外ナラサレハナリ」(昭和八・一一・二二、大審院判決、民集一二卷二七五八頁)。

(2) 表見代理の效力

民法一一二條は、一〇九條、一一〇條と異り、代理権の消滅を以て第三者に對抗することを得ずと規定してゐるが、本人がその責に任ずと謂ふと之を同一に解すべきであつて、之等の規定と異なる意味に解釋すべき何等の理由も存しない。反對説は、之を第三者に對する關係に於ては、代理権は消滅しないものと解してゐる。

第三 狹義の無權代理

本來、何人と雖も、代理権なくしては、自己のなした意思表示又はその受領した意思表示の法律効果を、直接に、他人に歸屬せしむることを得ないのであるから、無權



代理行爲によつて、當然には、本人について何等の法律効果をも發生する理由なく、又代理行爲者(無權代理人)とその取引の相手方との間にも、その意思表示が、他人(本人)の名に於てなされ、又は受領せられる限り、何等の法律効果をも發生する理由はない。乍併、取引の相手方は、本人につきその代理行爲の効果が歸屬するものと信する場合多く、又本人もその代理行爲の効果を自己に歸屬せしめんと欲する場合もあるから、民法は、特に契約の場合につき、本人に對しては無權代理の追認權を(民法一一三條、一一六條、相手方に對しては催告權(民法一一四條)竝に取消權を認め(民法一一五條)、且つ相手方の信賴を保護するために、無權代理人に一定の責任を負擔せしめたのである(民法一一七條)。

(一) 本人に對する效果(無權代理行爲の追認)

既に述べたやうに、代理權なくしてなした他人の行爲は、當然には本人に何等の效果をも及ぼすことを得ないのであるが、爾後本人は之を追認して、自己にその效果を歸屬せしむることを得る。即ち追認によつて、溯及的に、有權代理行爲がなされた場合と同一の效果を發生せしめ得るのである(民法一一三條一項)。

尤も、無權代理行爲者が本人の地位を承繼したとき(例之、無權代理人が本人を相續したとき)は、本人自ら法律行爲をなした場合と同一の效果を生ずるものと解すべきである(判例)。

契約に於ける無權代理行爲の追認は、別段の意思表示がない限り、契約の時に遡つてその效力を生ずる。尤も、之によつて、第三者の權利を害することを得ない(民法一一六條)。乍併、追認の遡及效によつて事實上第三者の權利が侵害せられ得る場合は、甚だ稀であらう。蓋し、物權契約又は準物權契約については、その對抗要件を具ふる時の前後によつて、權利者が決定せられるからである(民法一七七條、一七八條、四六七條參照)。

例之、甲が無權代理行爲により、乙のために、丙より物權又は債權を取得したとする。この場合に於て、無權代理行爲の追認前に丁が丙より同一の物權又は債權を取得したときは、追認の遡及效の存否に拘らず、早く丁が對抗要件を具ふれば、丁が有效にその權利を取得すべく、反之追認後乙が丁より早く對抗要件を具ふれば、乙が有效にその權利を取得したことになる。尤も、次のやうな場合には、民法一一六條但書の適用の餘地がある、例之、甲ハ賣買代金受領ノ權限ナキニ拘ラス代金ヲ受領シタル處、乙ハ右代金債權ニ付差押命令竝轉付命令



ヲ申請シ、該命令ハ債務者並ニ第三債務者ニ送達セラレ、其ノ後甲ノ代金受領行爲カ追認セラレタル場合ニ於テ、右ノ追認カ遡及效ヲ有スルニ於テハ、轉付命令ノ送達ニ依リテ該代金債權ヲ取得シタル乙ノ權利ヲ侵害スヘキコト明ナルヲ以テ、叙上ノ如キ轉付ヲ受ケタル債權者モ、亦民法第百十六條但書ニ所謂第三者ニ該當スルモノトス〔昭和五・三・四、大審院判決、民集九卷三〇四頁〕。尙右の事例に於て、乙が賣買代金債權の讓渡を受け、追認前にその對抗要件を具へた場合も、亦右の判決と同一の結論に到達する。

〔追認の性質〕 民法は、意思表示の追認につき、三種の場合を認めてゐる。即ち無効行爲の追認(民法一一九條)、取消し得べき行爲の追認(民法一二二條)及び無權代理行爲の追認である。固より一個の追認が、同時に、無權代理行爲と取消し得べき行爲、又は無効行爲の追認の意思を包含することがあり得る。無權代理行爲の追認は、效力不確定の行爲の確定であり、實質上は、寧ろ事後に於ける代理權の授與行爲たる性質を有し、従つて授權行爲に關する法理は、一般に、追認にも適用せらるべきである。尤も、效力不確定の行爲の確定たる性質上、追認は、之を撤回し得ない。

本人は、原則として、追認をなすか否かの自由を有するのであるが、更に、積極的に追認の意思なきことを表示して(追認の拒絶)、無權代理行爲の効果が、本人について效力を生じないことを確定せしむることを得る。追認の拒絶によつて、本人の追認權は消滅する。追認の拒絶は、その表示が相手方に到達し、又は相手方がその事

實を知るにあらざれば、之を以て、その相手方に對抗することを得ない(民法一一三條二項)。尙無權代理行爲の相手方が、相當の期間を定めて追認を爲すか否かの催告をなしたにも拘らず、本人がその期間内に確答をなさないときは、追認を拒絶したものと看做される(民法一一四條)。之を追認拒絶の擬制と謂ふ。

## (二) 相手方に對する無權代理行爲の効果

無權代理行爲は、當然には、本人と相手方との間に有效なる契約を成立せしむるものではないから、本人のみならず、相手方についても、又無權代理行爲の效力を生ずるものではないが、本人の意思如何により、無權代理行爲の効果が左右せられる以上、相手方をして、斯かる不確定なる地位を持続せしむることは、頗る公平を缺くから、相手方をして、速かに無權代理の効果を確認せしめ得るために、民法は特に相手方に催告權と取消權とを認めて、之を保護してゐる。

### (イ) 催告權

無權代理行爲の相手方は、相當の期間を定め、その期間内に追認をなすか否かを確答すべき旨を、本人に催告することを得る。若し本人がその期間内に確答をな



さないときは、追認を拒絶したものと看做される(民法一一四條)。

(ロ) 取消權撤回權

無權代理行爲による契約は、本人の追認によつて有効となるべき一種の法定條件附効力を有し、本人が之を追認することによつて無權代理行爲は有效なるものに確定するのであるから、相手方をしてこの拘束より脱せしむるためには、相手方にその意思表示の取消權撤回權を與ふる必要がある(民法一一五條)。

(三) 無權代理人の責任

無權代理行爲の効果が本人に歸屬しない場合に於ては、相手方は、その本人に歸屬することを信じたことによつて損害を被ることとなるから、民法は代理制度の信用維持、及び善意の相手方保護のために、無權代理人は、原則として、善意無過失の相手方に對して、相手方の選擇に従ひ、契約の履行又は損害賠償の責に任すべきものと規定して、無權代理人の無過失責任を認めてゐる(民法一一七條)。

(イ) 無權代理人の責任發生の要件

(1) 無權代理行爲がなされたこと。

(2) 本人が無權代理行爲を追認しないこと。

(3) 相手方がその意思表示を撤回しないこと。意思表示が撤回せられたときは、契約は不成立に終るから、相手方は、無權代理人の行爲が不法行爲に該當する場合に限り(従つて無權代理人の過失を要件とする)、損害賠償を請求し得るに過ぎない。

(4) 相手方が、無權代理行爲の時に於て、行爲者に代理權なきことを知らず、且つその不知について過失がないこと。

(5) 無權代理人が行爲能力者なること。  
無能力者をして、この種の無過失責任を負はしむることは、自己の名に於て法律行爲をなした場合より以上の責任を問ふ結果となるから、特にこの要件が附加せられてゐるのである(民法一一七條)。

(6) 無權代理人の故意又は過失を必要としない。  
假令、無權代理人自ら代理權あるものと誤信し、且つ之を信するについては何等の過失なしとするも、尙民法一一七條の規定による責任を負擔すべきで



ある(無過失責任)。

(ロ) 無權代理人の責任の内容

無權代理行為の相手方は、その選擇に従ひ、無權代理人に對して、契約の履行又は損害の賠償を請求することを得る(民法一一七條)。

(1) 契約の履行責任

「民法第一百七條第一項カ、無權代理人ト契約ヲ爲シタル相手方ヲシテ、其ノ選擇ニ依リ無權代理人ニ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得セシメタルハ、無權代理人ニ代理權アリテ、本人トノ間ニ法律關係成立スルニ至リタル場合ト同一ノ利益ヲ享受セシメントノ趣旨ニ外ナラサルカ故ニ、相手方カ無權代理人ニ履行ノ請求ヲ爲ス場合ニ於テハ、本人トノ間ニ成立スヘカリシ契約ノ效力トシテ生スヘキ一切ノ法律關係ハ、無權代理人トノ間ニ存在セルモノトシテ取扱フヘキモノト謂ハサルヘカラス。蓋シ其ノ法律關係ニ差異アルモノトセハ、相手方ハ無權代理人ニ代理權アリタル場合ト同一ノ利益ヲ享受スルモノト謂フヲ得サレハナリ」

(昭和八・二・二八、大審院判決、民集一一卷一五頁)。  
契約の履行が無權代理人に不能の場合(例之、雇傭、請負、委任、特定の物又は財産權の移轉)には、無權代理人はその履行の責を免かれ、ただ損害賠償の責を負ふに過ぎない(民法四一〇條参照)。

(2) 損害賠償の責任

無權代理人のなすべき損害の賠償は、代理行為が有效なりとせば相手方の受くべかりし利益の全部、即ち所謂履行利益の賠償であるか、或は相手方が代理權ありと信じたるがために被つた損害、即ち信賴利益の賠償なるかは、學說の岐るる所である。民法一一七條が履行と損害の賠償とを選擇せしめた趣旨、竝に吾民法上一般に信賴利益の賠償について何等規定せざる點に徴するときは、前説を以て、正當とすべきである(判例)。その孰れなりと解するも、その賠償せらるべき損害の範圍は、民法四一六條の認むる相當因果關係の存する限度である。

(四) 單獨行為の無權代理

民法は、契約の無權代理と單獨行為の無權代理とを區別して、その效力につき個別の規定を設けてゐるが、兩者を區別すべき理由は殆んど存しないやうに思はれる。

單獨行為が無權代理人によつてなされ又は受領せられたときは、原則として、絶對に無効であり、従つて本人は追認をなすを得ない。ただ無權代理人の行為が不法行為に該當する場合に限り、損害を被れる者に對して、無權代理人がその賠償責



任を負ふべきのみである。

尤も、無權代理行為の相手方が、自稱代理人の代理權なくして代理行為をなすことに同意し、又はその代理權の存否につき遲滞なく異議を挾まなかつた場合(例之、委任狀の提出を要求せず、或は自稱代理人の意思表示を拒絶しないとき)及び受領を要する單獨行為が、無權代理人に對して、その同意を得てなされた場合には、或は相手方は、本人の追認を豫期するものと認むることを得るし、或は默示の擔保契約が存するものとも考ふることを得るから、契約の無權代理に關する民法一一三條乃至一一七條の規定が準用せられるのである(民法一一八條)。

### 第六節 法律行為の無効及び取消

#### 第一款 法律行為の無効

##### (一) 無効の意義

法律行為は表見的にその要件を具備してゐても、意思能力の欠缺、要素の錯誤、心

裡留保、虚偽表示、目的の違法又は不能若くは不確定なるため、或は個々の法律行為に特別なる原因によつて、法律上當然に法律行為としての本來の效力を發生せしめない場合がある。之を法律行為の無効と謂ふ。

〔法律行為の不成立と無効〕 通常學者は、法律行為の成立要件と有效要件とを區別し、その成立要件を具備して一應法律行為として成立してゐるけれども、その有效要件を缺くがために、その效力を生じない場合を無効と稱して、之を法律行為の不成立の場合と區別してゐるが、その區別の標準は甚だ明確を缺くのである。法律行為がその效力を生じないときは、法律行為としては未だ成立しないものと解すべきであるから、兩者を區別することは本來不可能と見るべきであるが、唯便宜上、表見的に法律行為の要件を具へ、一應有效なる法律行為として推定せらるべき場合、即ちその無効を主張する者がその無効原因の存在することを立證すべき責任を負ふ場合と、表見的にも法律行為はその要件を缺き、従つてその無効なる理由を主張することを要しない場合とを區別して、前者を法律行為の無効と謂ひ、後者をその不成立と名づくることは何等差支ない。

##### (二) 無効の原因

無効の原因には、法律行為一般に共通なるものと、特殊の法律行為に特殊なるものがある。一般の無効原因は、目的の違法、不能、意思能力の欠缺、錯誤、虚偽表示等



であり、特殊の無効原因は、各種の法律行為につき例之、婚姻に關する民法七七八條、養子縁組に關する民法八五一條、法律が特に規定してゐるものである。尙ほ意思表示の無効に關する民法總則編の規定は身分行為については當然には適用せられない。

〔無効の種類〕

絶對的無効と相對的無効

絶對的無効とは、何人のためにも又何人に對しても無効なることを謂ひ(之を原則とする)、相對的無効とは、一般的には有效又は無効なるも、一定の利害關係人を保護するために、之等の者に對しては、その法律行為は恰も無効(例之、民法九三條但書)又は有效(民法九四條二項)なるものとして取扱はれる場合を謂ふ。故に、嚴格に謂へば、相對的無効の行為と對抗力を缺く行為(例之、民法五四條、一七七條、四六六條、四六七條)とは區別せらるべきであるが、吾民法が一定の利害關係人に對抗するを得ずと規定するすべての場合が、單に對抗力を缺く法律行為のみに限られるか、或は相對的無効の法律行為なる場合をも包含するかは、容易に速斷せらるべきではない。

全部無効と一部無効

全部無効と一部無効 法律行為の内容が可分なる場合に、その全部が無効なることがあり、或は一部についてのみ無効原因の存するに過ぎない場合がある。後者を一部無効の法律行為と謂ふ。

法律行為の一部が無効が、その全部を無効ならしむるか否かは、獨逸民法一三九條の如く、一部無効に關して通則を設けてゐない吾民法の解釋としては、全く當事者の意思解釋の問題に屬する。即ちこの點に關して特約ある場合には之に従ふべく、然らざる場合には、法律行為の内容又はその經濟上の目的その他行為の際に於ける諸般の事情を斟酌して、當事者の意思を推斷すべきである。一般的に謂へば、無効なる一部が全體として重要な部分に該當し、且つその部分が無効となるときは、當事者がその法律行為をなした目的を達することが出来ないやうな場合には、その法律行為の全部が無効となり、然らざる場合には、その他の部分のみが有效なるものと解すべく、給付の最高限の制限ある場合には、その制限額を超過する部分のみ之を無効となすべきである。(例之、利息制限法に違反する利息の約束)。尤も、法律が特に一部無効を認むる場合(民法二七八條、三六〇條、四一〇條、五六三條、五六五條、五八〇條、六〇四條、尙商法四三九條)には、その特別規定に従ふべきは勿論である。

(三) 無効行為の追認

無効行為は爾後如何なる事情が発生しても有效となるものではないが、民法は當事者が無効であることを知つて、その行為の追認をなしたときは、之を新たななる行為をなしたものと看做してゐる(民法一一九條)。

無効行為の追認は、新たななる法律行為に外ならぬから、追認をなす當事者の意思



如何に拘らず、新たなる行爲としての効力を生じ、従つてその効力は追認の時より生じ、行爲の時に遡及せしむることを得ない。この點に於て、無權代理行爲の追認及び取消し得べき行爲の追認と區別せられる。尙ほ處分權限を有しない者のなした處分行爲に對する處分權利者の追認は、所謂無効行爲の追認として取扱はるべきである。

〔無効行爲の轉換〕 行爲者が當初企圖した法律行爲としては無効であるが、その行爲が他種の法律行爲の要件を具ふる場合に、この種の法律行爲としてその効力を認むべきか(之を認むることを法律行爲の轉換と謂ふ)否かについては法律が特に轉換を認むる場合(法律上の轉換)、(例之、民法五二八條、一〇七一條の外は行爲者の意思解釋によつて之を決すべきである)解釋上の轉換)當事者の意思解釋上、他種の法律行爲としてはその効力を欲しないものと認定せられる場合には轉換は許されない。尤も、企圖せられた法律行爲と轉換せられる法律行爲とが、經濟上の目的を同じうする場合には、當事者は轉換を欲するものと推定すべきである。例之、地上權の設定契約としては無効なるも、貸借契約としては有効なる場合、無効の約束手形振出行爲が準消費貸借の要件を具ふる場合の如し。

## 第二款 法律行爲の取消

### 第一 取消の意義

取消とは、或る行爲の本來の効力を、初めより發生せしめないことを欲する旨の意思表示を謂ふ。民法は、或は裁判又は行政處分の取消を規定し(例之、禁治産、準禁治産、失踪宣告の取消、法人設立許可の取消、或は法律行爲の取消を規定する。更に後者の場合についても、民法は未だその行爲の本來の効力が發生しない以前に於ける取消(學者の所謂撤回)を規定し(例之、申込の取消、無權代理行爲の取消、遺言の取消)或は既に効力を生じたる法律行爲の取消(真正の意義に於ける取消)を規定する。民法總則編第四章第四節の規定する法律行爲の取消は、真正の意義に於ける取消に屬し、而もその取消原因が行爲者の無能力又はその行爲が詐欺、強迫に基く場合に限られるのであるから、その他の原因による法律行爲の取消(例之、夫婦間の契約の取消、書面によらざる贈與の取消、遺留分の減殺、詐害行爲の取消)又は撤回、裁判、行政處分の取消の性質及び効力如何は、之を認むる各個の規定を検討して、個別的に決定せらるべく、本節の規定は、當然には、之等の取消の場合には適用せられない。



例之、民法第二百二十四條及び第二百二十六條ハ其ノ規定ノ内容ヨリ觀ルモ、專ラ無能力又ハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者ノ爲シタル取消シ得ヘキ法律行爲ニ適用スヘキモノニシテ、同法第五百五十條ノ書面ニ依ラサル贈與ノ取消ニ適用スヘキ規定ニ非ス（大正八・六・三、大審院判決、民錄二五輯九五頁）。

### 第二 取消し得べき法律行爲の性質

取消し得べき法律行爲は、その取消ある迄は一應有効であり、この點に於て、無効行爲と區別せらるべきである。乍併、取消の意思表示がなされるときは、取消し得べき行爲は遡及的に無効となるのであるから（民法一二一條）、事實上、表見的に有効なるが如く見ゆる無効行爲と甚だしき差異がないのである。是、法律行爲の要素の錯誤を理由とする無効の主張と、詐欺を理由とする取消とを、同時に認むる必要がある所以である。尤も、無効行爲が同時に取消し得べき行爲たる性質を有することは、概念上あり得ない。唯表見的にその要件を具ふる無効行爲は、當事者の無効の主張をまつて始めて無効行爲として裁判せらるべきものであるから、訴訟上、無効の主張と取消とは選擇的になされ得る餘地あるに過ぎない。

### 第三 取消の要件

(一) 取消權が有効に存在すること

取消權が有効に存在する限り、何時にても取消し得べき行爲を取消すことを得る。

(イ) 取消權の性質

取消權は、權利者の一方的意思表示のみによつて、法律行爲の效力を遡及的に無効ならしむることを内容とする權利であつて、形成權の一種に屬し、原則として、讓渡又は相續の物體となる。

(ロ) 取消權の發生及び消滅

如何なる場合に取消權が發生するかは、各個の法規の定むるところであるが、特に民法總則編の規定する取消權の發生原因は、行爲者の無能力と詐欺、強迫である。取消權の消滅原因も亦各個の法規の定むるところであるが、民法總則編の規定する取消權の消滅原因は、追認と消滅時効であり、之については後に述べる。

(ハ) 取消權を行使し得べき者



何人が取消権を行使し得べきかは、民法一二〇條の規定する所である。特殊の原因による法律行為の取消の場合は、之を認むる各個の規定に従つて取消権者を決定すべきである(民法七八〇條、八五三條以下参照)。

(1) 無能力者

法定代理人の同意を得ずして法律行為をなしたる無能力者は、意思能力を有する限り、單獨に取消権を行使することを得る。尤も、妻が夫の許可なくしてなした法律行為の取消権は、婚姻の解消によつて當然に消滅する。

(2) 詐欺又は強迫に基いて法律行為をなした者

右に掲げたる者の代理人  
取消も亦意思表示なる限り、この種の意思表示が代理人によつて代理せられ得ることは勿論である。

(4) 右に掲げた者の承継人

取消権は一般に一身専屬の権利ではないから(尤も、夫の同意を缺く妻の法律行為の取消は、夫又は妻に専屬するものと解すべきである)、相續その他の包

括承継の物體となり得る。

(5) 夫

妻が夫の許可を要すべき法律行為を、その許可を得ずしてなしたときは、妻のみならず、夫も亦獨立に取消権を有する。

(6) 準禁治産者の保佐人

準禁治産者の保佐人は同意権者ではあるが(民法一二條)、法定代理権を有しない。従つて通説竝に判例は、保佐人は取消権を行使するを得ずと解してゐるが、取消権は法定代理権の内容に屬せずして、寧ろ同意権に當然に隨伴するものと解すべきであるから、保佐人の取消権を認むべきものと信ずる。

(7) 債権者

取消権は、一般に、一身専屬の権利ではないから(例外、夫又は妻の取消権)、取消し得べき法律行為をなした者の債権者は、民法四二三條により、その取消権を代位して行使することを得る。



〔取消し得べき行為により債務を負担したる者の保證人は取消權を行使し得るか〕 保證人を以て、民法一二〇條に所謂承繼人に該當するものとして之を肯定する見解や、民法四四九條は保證人が取消權を有することを前提とする規定であるとの主張や、或は、主たる債權が取消し得べき限り、保證人は之を理由として、保證契約を取消し得べしと謂ふが如き學說がないではないが、主たる債務者は取消さないことを寧ろ利益とすることもあるべく、従つて第三者たる保證人に對して主たる債務者と債權者間の法律關係に干渉する權利を與ふべき理由がないのみならず、保證人は主たる債務を保證する意思を表示した者であつて、偶々取消原因の存することを發見しても、その責任を一方的に免れ得しむべき合理的根據はない。

乍併、保證人が保證債務を履行した後、主たる債務が取消によつて消滅するときは、保證人は不當の不利を蒙る虞があるから、吾民法には獨逸民法七七〇條第一項の如き明文の規定はないが、理論上、主たる債務に取消原因の存することを理由として、保證人は保證債務の履行を拒絶し得べき抗辯權を有するものと解すべきである。

## (二) 取消の意思表示

取消は、取消し得べき法律行為の效力を始めより發生せざらしむべき旨の意思表示であり、意思表示に關する規定は、大體に於て、之に適用せられるのであるが、取

消は、之によつて單に利益を得義務を免るべき場合たると否とを問はず、取消をなす者は、行為能力を有することを要しない。この點は、民法一二〇條の法意により明かである。尤も、その意思能力を要することは勿論である。

取消の意思表示は、取消し得べき行為の相手方が確定せる場合には、その相手方に對してなさるべく（民法一二三條）、その相手方に到達しなければ取消の效力を生じない（民法九七條一項）。

## 第四 取消の效果

(一) 取消された行為は、初めより無効行為として取扱はれる（民法一二二條）。

(イ) 取消の效力は、遡及效を有するのみならず（尤も、婚姻の取消（民法七八七條）及び養子縁組の取消（民法八五九條）は、特別の理由により、將來に向つてのみ效力を有する）、物權的であり、且つ原則として絶對的である。即ち單に取消した者とその相手方との間に於てのみその行為が無効として取扱はれるものではない。何人より何人に對してもその無効が主張せられ得る。尤も、この點については、詐欺による法律行為の取消の場合に、一定の例外が認められてゐる（民法九六條三項）。



(ロ) 取消により、取消し得べき法律行為は、當然に無効となり、敢て取消の訴を提起することを要しない(例外民法七八〇條以下、八五二條以下)。尤も、取消による無効確認の訴を提起し、又は訴訟に於て取消權を行使し得ることは勿論である。

(二) 利得償還

取消し得べき法律行為によつて何等かの利得を受けたる者は、取消しにより、その行為が遡及的に無効となる結果、その利得を償還すべきである。

(イ) 債務行為のみが取消され、未だ履行行為がなされないときは、履行すべき者は、當然に履行を免れ、その相手方が履行を請求したときは、之を拒絶することを得る。

(ロ) 既に履行行為がなされたときは、その受領者は、その受けた利得を返還しななければならぬ。利得返還義務が、原状回復義務に屬するか、或は不當利得返還義務に過ぎないかについては、民法一二一條に直接の明文はないが、同條但書の趣旨より推して、之を原状回復義務と解せざるを得ない。

無能力者が、取消し得べき行為によつて、何等かの利得を受けた場合に、その行為

が取消されたときは、現に利益を受くる限度に於てのみ、償還の義務を負へば足る(民法一二一條但書)。

〔現に利益を受くる限度〕 現に利益を受くる限度(民法七〇三條に所謂現に利益の存する限度と、之を同一の意義に解すべきである。通説も斯く解してゐる)とは、如何なる範圍を指すか。

(1) 積極に得たる利益を償還すべきことは勿論であるが、その利益額が、相手方の受けたる損害額を超過する場合には、その損害額を償還すれば足り、敢て全利得を償還するを要しない。例之、特許權の讓渡契約が取消された場合には、讓受人が、當該特許權の利用により、如何に莫大なる利益を取得してゐても、請求權者の損害額のみを償還すれば足る。尤も、償還義務者の利得額は、通常、回復者の損害額と同一の程度にあるものなれば、之を超過する事實は償還義務者に於て之を立證すべきである。(2) 消極的に失ふべかりしものを、その利得によつて、失はなかつた場合にも、その價額を償還することを要する(大正五・六・一〇、大審院判決、民錄二二輯一一五一頁。昭和一〇・一〇・二六、大審院判決、民集一一卷一九二四頁。昭和五一〇・二二、大審院判決、民集九卷九九五頁)。尤も、如何なる程度まで、利得を受けたことと財産の喪失を免かれたこととの間に、因果關係を認むべきかは、甚だ解決の困難な問題である。例之、米を利得した結果米代を節約したときは、その節約額は通常現存利得として取扱はるべきであるが、酒を利得した結果酒代を節約した場合にも、尙ほその節約額を現存利得と見るべ



きであらうか。日常酒を嗜む者と然らざる者により、利得の有無に差異あるものと解せざるを得ないであらうか。(3)當初受けた利得は、一應現に存するものと推定せらるべく、現存利益が減少せることを主張する者は、その事實を立證すべきである(同趣旨、昭和八・一一・二一、大審院判決、民集一二卷二六六八頁)。

第五 取消し得べき行為の追認

(一) 追認の意義及び性質

取消し得べき法律行為の追認とは、取消し得べき行為を終局的に有効ならしむることを目的とする、所謂取消権拋棄の意思表示を謂ひ(民法一二二條、無權代理行為の追認若くは無効行為の追認と區別せらるべきである)。

(イ) 追認は、追認せらるべき行為に相手方ある場合には、その相手方に對する意思表示によつてなされるべきである(民法一二三條)。

(ロ) 追認は取消権の拋棄であるから、取消権を有する者でなければ、追認権を有しない。

(1) 行為者本人は、取消の原因たる情況の止んだ後でなければ、追認をなすことを得ない(民法一二四條)。従つて又、無能力、詐欺による錯誤、強迫による畏怖状態

の繼續する間は、追認につき他人に代理權を授與することを得ない。

(2) 行為者の承繼人

(3) 法定代理人及び夫

(4) 保佐人 保佐人も亦同意權者であるから、本來、事後同意たる性質を有する追認をもなし得べきこと勿論であり、この點から推論しても、保佐人は、取消権をも有するものと解せざるを得ないであらう。

(5) 取消し得べき行為をなした者の債權者は、債務者たる行為者に代つて、その取消権を行使し得るのであるが、取消権の拋棄たる追認については、之に代位するを得ない。

(ハ) 追認は、取消権の拋棄を内容とする意思表示であるから、取消権の消滅後は追認をなすことを得ない。追認権の消滅原因は、

(1) 取消権の消滅時効(民法一二六條)

(2) 追認として擬制せられる行為がなされた場合(民法一二五條、一九條一項、二項)

(3) 追認の拒絶及びその擬制(民法一九條三項、四項) 追認の拒絶は、取消と同一視



せらるべきこと自明の理として、吾民法は特に之を規定してゐないのである。

(二) 追認の效力

追認ある迄は、取消し得べき行為の効力は不確定であり、追認によつて初めて終局的に有効に確定する。無能力者の法律行為、又は詐欺、強迫による法律行為の相手方は、取消し得べき行為の効力の不確定なる間でも、その行為の撤回権を有しない。單に無能力者の法律行為の相手方が催告権を有するのみである（民法一九條參照）。是、無權代理行為の場合と趣を異にする點である。

取消し得べき行為は、一應初めより有效なる行為であるから、その追認も亦遡及効を有すべきこと寧ろ自明の理であり、民法一二二條但書は、この遡及効により第三者の権利が害せらるべきことを豫想してゐるが、全く立法者の過誤に基くものと評せざるを得ない。

(三) 追認と看做される事實(法定追認)

民法一二五條は、取消し得べき行為について、一定の行為がなされた場合に、相手方の信頼を保護するために、追認をなしたものと看做してゐる。法定追認は、多く

は黙示の追認に該當するのであるが、それに該當すると否とを問はず、追認の效力を生じ、又同條に列舉せられる法定追認以外の行為(例之、相殺、履行の提供、債務の承認又は示談の申込)と雖も、黙示の追認として解釋せられ得べき限り、追認として有效なることは勿論である。

而して法定追認は、民法一二四條の規定により、追認をなすことを得る時より以後に於て、異議を留めずして、次に列舉する行為がなされた場合に認められてゐる。

(1) 全部又は一部の履行 取消権者が履行すると、その相手方の履行を受領するとを問はない。履行の提供は、黙示の追認として有效なることはあるが、法定追認行為ではない。

(2) 履行の請求 取消権者に於てなす場合に限ること、理論上當然である。尤も、相手方の請求に對して、履行の延期を申入れ、又は示談を申入れる行為は、通常、黙示の追認として取扱はるべきである。

(3) 更改

(4) 擔保の供與 擔保は、人的擔保たると物的擔保たると、又取消権者の側より



之を供與すると、相手方の供與を受諾するとを問はない。

(5) 取消し得べき行爲によつて取消權者たる行爲者の取得した權利の全部又は一部の讓渡

(6) 強制執行 取消權者が執行をなした場合のみならず、之を受けたにも拘らず、救濟手段を講じない場合をも包含する。

#### 第六 取消權の消滅時効

取消權は形成權の一種であるが、その消滅時効及びその起算點に關して、民法一二六條は一般の形成權の消滅時効に關する一般規定(民法一六七條二項)の特則を設けてゐる。従つて、當然には、無能力、詐欺又は強迫以外の原因による取消權、例之、書面によらざる贈與の取消權には適用せられない。尙特殊の取消權については、民法一二六條よりも更に短期の時効期間又は除斥期間が認められてゐることに注意すべきである(民法四一六條、七五八條、七五九條、七八二條、七八四條三號、七八五條、七八六條、八五三條、八五五條、八五六條、八五七條、八五八條、八五九條、一〇二二條、一一四五條)。

### 第七節 法律行爲の附款

#### 第一款 總說

##### 附款の意義及び種類

意思表示の内容が、その意思表示によつて成立する法律行爲の本來有すべき效力を制限する場合に、その意思表示の内容を法律行爲の附款と謂ふ。吾民法が附款として一般的に認めてゐるものは、條件と期限との二種である。この外尙ほ附款の一種として、民法は、贈與及び遺贈につき、負擔を認めてゐるが(民法五五三條、一〇四條、一一〇五條)、條件及び期限とは甚しくその法律上の性質を異にする。即ち負擔附の法律行爲の效力は直ちに發生し、唯相手方が、その效果として、出捐を受領せんとするには、一定の義務を負ふに過ぎないのであるが、條件又は期限は、條件又は期限たる事實が發生するまで、法律行爲の本來の效力を發生せしむることなく、た



だ期待權を生せしむるに過ぎない。

### 第二款 條件

#### 第一 條件の意義

或る法律效果の發生又は消滅を、將來或る成否未定の事實の發生するか否かに係らしむる場合に、その法律行爲を、條件附法律行爲と謂ひ、その成否未定の事實を、條件と謂ふ。條件たる事實は、法律行爲成立當時に於て客觀的(一般的)に成否不確定なることを要するから、所謂既定條件、必成條件又は不能條件は、真正の意味に於ける條件ではない。

〔既定條件〕 主觀的に(當事者間に於て)のみ成否不確定なる事實、例之、過去及び現在の事實を既定條件と謂ふ。既定條件は客觀的には既に確定してゐるのであるから、真正の意味に於ける條件でないことは明である。民法一三一條は、既定條件の效力につき注意的規定を設けてゐる。蓋し既定條件と雖も、主觀的には不確定なるため、真正の意味に於ける條件と類似してゐるからである。尙ほ民法一三一條第三項は、既定の條件と雖も、當事者に於て、その成就又は不成就の事實を知らない間は民法一二八條、一二九條の規定を準用すと規定してゐるが、是、全く既定の條件を真正の條件と同一視した立法者の過誤に出づるものと評

せざるを得ない。

〔必成條件〕 將來その事實の發生することが客觀的に確定せる條件を必成條件と謂ひ、その本質は條件ではなくして、期限である。

〔不能條件〕 將來成就しないことの確定せる條件を不能條件と謂ふ。その不能なりや否やは、法律行爲成立の時を標準として決定せらるべく、後に至り不能になつたときは、條件は不成就に確定する。而して民法は、不能の停止條件を附した法律行爲は之を無効とし、解除條件なるときは、無條件の法律行爲として之を有効としてゐる(民法一三三條)。蓋し、當然のことを規定したに過ぎない。

〔法定條件〕 法定條件とは、或る法律行爲の性質上、又は法律の直接規定により、將來發生するか否か不確定なる事實の成否が、その法律行爲の效力の發生又は消滅の要件をなす場合に於て、その不確定なる事實を謂ふ。法定條件は法律要件であつて、意思表示の内容でない點に於て、真正の意味の條件と區別せらるべきである。而して法定條件附權利を通常、將來の權利と謂ふ。尤も、廣義に於ては、條件附權利も將來の權利である。

#### 第二 條件の種類

條件は標準を異にするに従ひ、種々に分類せられ得る。

##### (一) 停止條件と解除條件



法律行為の効力の發生、積極的に權利を發生せしむる効力たるを、消極的に之を消滅せしむる効力たるを問はずに、係る條件を停止條件と謂ひ、その消滅に係る條件を解除條件と謂ふ。この分類は、純理論上の要求に基くものではなくして、全く便宜上民法の認むるものに外ならぬ。故に、行為者が或る法律行為に解除條件を附したか、或は停止條件を附したかは、全く行為者の意思解釋の問題であり、例之、今年中に日支條約成立せば石油購入契約をやめる旨の契約、その解釋に當つては、特に行為者の利害關係を主眼としなければならぬ。

表見的には、停止條件と見ゆるものも、意思表示の解釋上、解除條件として取扱はるべき場合がある。例之、一生涯甲男と乙女との婚姻が繼續せば、甲男に或る不動産を遺贈すと謂ふが如き遺言は、多くの場合に、婚姻の解消を解除條件とする遺贈と解すべきである。

## (二) 積極條件と消極條件

條件の内容たる事實が、現在の状態に變動を生せしむる事實なる場合に、その條件を積極條件と謂ひ、然らざる條件を消極條件と謂ふ。例之、汝若し三十歳まで獨

身なりせばといふも、汝若し三十歳まで結婚せざればといふも同じく消極條件である。従つて積極條件なりや、消極條件なりやについては、用語の形式が標準となるのではなく、現在の状態を以て標準とすべきである。

## (三) 隨意條件と非隨意條件(偶成條件及び混合條件)

(イ) 隨意條件とは、當事者一方の意思のみによつて、條件の成否が確定せらるべきものを謂ひ、然らざるものを非隨意條件と謂ふ。隨意條件は更に當事者一方の意思表示のみにより條件の成就する場合、即ち純粹隨意條件と、然らざる條件即ち單純隨意條件(實行的隨意條件)とに分類せられる。

債務者の意思のみに係る停止條件附法律行為は無効である(民法一三四條)。蓋し斯くの如き法律行為には、當事者の效果意思の存在を認め得ないからである。純粹隨意條件が停止條件なる場合で、債權者の意思のみに係るときは、效果意思の存在を認め得るから、之を有効と解すべきは勿論である。尙ほ債權者の意思のみに係ると債務者の意思のみに係るとを問はず、純粹隨意條件が解除條件なるときは、その效果意思の存在を認め得るから、有効なることは疑ひない。



(ロ) 非隨意條件は、更にその成否が當事者の意思に無關係なるもの即ち偶成條件と、その成立が當事者の意思及びその意思に無關係なる事實に基くもの、即ち混合條件との二種に區別せられる。

(四) 眞正の條件と假裝條件

表見的に條件の形式を具ふるも、眞正の條件に屬しないものを假裝條件と謂ふ。既定條件、必成條件、法定條件、不能條件については既に説明した。茲では不法條件につき説明する。

不法の條件附法律行為とは、條件を附加することにより法律行為の内容を不法ならしむるものを謂ふのであつて、條件の内容たる事實が不法なること、即ち公序良俗に反すると否とは之を問はない。條件を附加することにより法律行為の内容を不法ならしむるとき、換言すれば、條件を附し得ない法律行為に條件を附し、或は一般的には條件を附し得るも、特定の條件を附することが公序良俗に反するときは、民法九〇條により、その法律行為は當然に無効である。民法一三二條は、明文を以てその無効なることを規定してゐるが、民法九〇條適用の一場合を明示せる

に外ならぬ。而して不法の條件附法律行為が無効なる理由は、右の如くであるから、假令不法行為をなさないことを條件とする場合でも、之に因つてその法律行為を不法ならしむる限りは、當然に無効である(民法一三二條後段)。即ち、不法行為をなさないことは、人として當然のことであるに拘らず、不法行為をなさなければ一定の贈與を受くべしと約するが如きは、贈與者の側には何等の不法も存しないが、受贈者の態度は公序良俗に反するのであるから、斯かる條件附契約は之を無効としなければならぬ。尤も、斯くの如き無効なる條件附贈與契約に基いて贈與が履行せられたときは、不法の原因は受益者たる受贈者についてのみ存するに過ぎないから、贈與者は、不當利得として、その給付した利益の返還を請求することを得る(民法七〇八條参照)。

第三 條件の許可(條件に親しまざる法律行為)

法律行為の性質上、一般的に條件を附することが禁止せられる法律行為を、條件に親しまざる法律行為と謂ふ。吾民法は、原則として、法律行為につき條件を許可してゐるが、次に掲ぐる種類の法律行為には、條件を附することを得ない。



## (一) 公益上の不許可

特定の法律行為は、之に條件を附することにより公序良俗に反するに至るから、條件に親しまざる法律行為として取扱はれる。

(イ) 婚姻、養子縁組又はその解消を目的とする行為、私生子の認知等、廣く一般に身分關係の發生、變更、消滅を目的とする法律行為。

(ロ) 相續の拋棄又は承認は、被相續人の債權者、債務者、次順位相續人、受遺者、國庫の法律上の地位に重大なる影響を及ぼす行為であるから、之等の行為には條件を附することを得ない。

(ハ) 物權行為に條件を附することは、多少取引の安全を害する結果を生ずるけれども、吾民法の解釋上は之を有效と解せられてゐる。

## (二) 私益上の不許可

相手方ある一方行為が他人の財産關係に影響を及ぼす場合に於て、相手方の利害關係が直に確定せらるべきことが要求せられるときは、之等の行為には條件を附加することを得ない。相手方ある一方行為にして、特に法律の明文を以て條件

を許さないものは、相殺(民法五〇六條一項但書、手形の振出(商法四四五條、手形法一條、手形の裏書(手形法一二條)、手形の引受(手形法二六條)、小切手の支拂保證(小切手法五四條)であるが、之等の行為に限らず、遺贈の拋棄若しくは承認(民法一〇八八條、一〇八九條)、法律行為の取消、契約の解除若しくは意思表示の撤回、選擇債務に於ける選擇、買戻權又は先買權の行使(民法二六九條、二七九條、一〇〇九條)、時効の援用等も、亦條件に親しまざる行為として取扱はるべきである。

## 第四 條件附法律行為の效力

## (一) 條件の成否未定の間に於ける效力

條件の成否未定の間に於ては、當事者は條件の成就により權利を取得し(停止條件の場合)又は回復する(解除條件の場合)希望を有してゐる。この希望は、單なる法律上の希望に止まらず、權利として保護せられてゐるのである(民法一二八條以下)。

この權利を期待權と謂ふ。吾民法は、期待權につき、民法一二八條以下に一般的規定を設けてゐるから、當事者間の特約がない限り、之に従ふのであるが、右の外、各種の期待權につき個別的規定の存することに注意すべきである(例之、民法一六六條二項、



五一三條、五三五條、一〇三二條、一〇三五條、一〇四五條、一〇五七條。

法定相續人の相續開始前の地位も、一般に期待権として説明せられてゐるが、民法一二八條以下の規定の適用の餘地は殆ど存しないから、嚴格な意義に於ける期待権ではない。

(イ) 期待権(條件附權利)の性質 期待権も一の權利であることは前述の如くである。ただその内容は、權利の取得又は回復の希望であるから、通常の權利とは多少異なる取扱を受くことがあるに過ぎない。期待権も經濟上の價値を有する限り、財産權として取扱はれるのみならず、期待権はそれ自身としては獨立の無條件の權利なることに注意すべきである。

(ロ) 期待権(條件附權利)の不可侵性

民法一二八條は期待権の不可侵性を明にしてゐるが、期待権も亦一の權利であるから、不可侵性を有してゐることは寧ろ當然である。

(1) 期待権(條件附權利)の當事者間に於ける效力

(a) 條件附に法律行爲をなした者は、假令停止條件附なる場合に於ても、その

行爲を一方的に撤回するを得ない。

(b) 當事者の一方は、他の一方が條件附法律行爲の効果として有する期待権を侵害するを得ない(民法一二八條)。

(2) 期待権(條件附權利)の第三者に對する效力

民法一二八條は、條件附法律行爲ノ各當事者ハ條件ノ成否未定ノ間ニ於テ條件ノ成就ニ因リ其行爲ヨリ生スヘキ相手方ノ利益ヲ害スルコトヲ得ス」と規定するに過ぎないが、條件附權利即ち期待権も權利として認められる以上、第三者と雖も之を侵害することを得ないのは勿論である。故に、第三者が故意若くは過失に基いて條件附權利を侵害したとき(期待権の侵害に因る不法行爲)は、條件附權利者は、妨害の排除又は停止を要求し得るのみならず、之に因つて被つた損害の賠償を請求することを得る(民法七〇九條)。

(ハ) 期待権(條件附權利)の法律上の取扱

期待権は一種の權利であり、従つて不可侵性を有することは前述の如くであるが、期待権の内容たるや、權利の取得又は回復の希望であるから、通常の權利と全然



同一に取扱はるべきや否やは、別に考察せられねばならぬ。然るに吾民法一二九條は、期待權を通常の權利と同一に取扱ふことを明にして、之を處分、相續、保存、擔保の目的となし得るものと規定してある。

(ニ) 條件附權利者の保護として、民法一三〇條は、條件成就の擬制を規定してある(後述參照)。

(二) 條件成就の效力

(イ) 條件成就の意義

條件の成就とは、條件の内容たる事實が発生することを謂ふ。尤も、民法は一定の場合に、その事實が発生しないにも拘らず、條件の成就を擬制することがある(民法一三〇條)。

(ロ) 條件成就の效力

條件が成就すれば當該の法律行為の效力は發生(停止條件の場合)又は消滅(解除條件の場合)に確定する。換言すれば、期待權が現實の權利となるのである。

條件成就の效果は、原則として、遡及效を有しない(民法一二七條)。蓋し條件には同

時に期限たる要素をも包含せしめられてゐるからである。固よりこの期限たる要素を排除し得ることは勿論であるから、特約を以て遡及效を有せしむるを妨げない(民法一二七條三項)。その如何なる時點まで遡及せしむるかは、當事者の意思解釋の問題であるが、意思不明なるときは、法律行為のなされた時迄遡及するものと解すべきである。

(ハ) 條件成就の擬制

條件の成就に因つて不利益を受くべき當事者が、故意に、その條件の成就を妨げるときは、相手方は、その條件を成就したものと看做すことを得る(民法一三〇條)。

(1) 條件成就擬制の要件

(a) 故意に條件の成就を妨げたこと。 茲に故意とは、條件の成就を妨ぐべき結果の認識を謂ひ、それに因つて不利益を受くべきことの認識あるを要しない。吾民法は、「故意」と規定してゐるから、過失による場合には、單に期待權の侵害(民法一二八條)の問題を生ずるに過ぎない。條件たる事實の發生に當事者の協力を要する場合に、故意にその行為を爲さないのは、茲に所謂條件の成就を妨ぐるものである。乍併、相手方が條件の成就を妨ぐる行為に同意を與へたときは、條件成就による利益を拋棄したものと解すべきが故に、



民法一三〇條の適用の餘地はない。

(b) 條件の成就に因つて不利益を受くべき當事者の妨害行爲なること。茲に不利益を受くべき當事者とは、條件の成就に因つて直接に不利益を受くべき者を指稱し、間接に不利益を受くべき者(例之、解除條件附に權利を取得した者の債權者)を含まない。直接の不利益を受くる限り、條件附法律行爲の當事者は勿論、第三者をも包含する(例之、解除條件附第三者の爲にする契約に基き、權利を取得した第三者)。

(c) 妨害行爲が信義誠實の原則に違反するものなること。この點については、民法一三〇條は明文を設けてゐないが、自明の理として是認せらるべきである。例之、十年間忠實に勤めたならば特別の報酬を與ふべきことを約束し乍ら、期間満了の直前、正當の理由なくして、その相手方を解雇するが如き、或は一定期間収益の配當をなすべきことを條件として賣買をなした場合に於て、故意にその配當を怠るが如きは、民法一三〇條の規定する妨害行爲として之を認むべきであるが、當事者間に條件の成就を妨ぐることもあるべき明示若くは默示の合意ある場合は勿論、斯くの如き合意がない場合でも、例之、賣買代金が支拂はれることを條件として仲買手数料を與ふべきことを約束したが、買主の履行遲滯を理由として賣主が契約の解除をなすが如き場合には、條件成就の擬制を認むべきではない。

(2) 茲に問題となるは、條件の成就に因つて利益を受くべき當事者が、故意に、條件を成就せしめた場合にも、相手方は條件を成就せざりしものと看做し得る

か否かである(商法三九六條参照)。吾民法はこの點につき明文の規定を設けてゐないから、一應、消極に解すべきものの如く考へられるが、斯くては、相手方は、民法一二八條に依る期待權の侵害を理由とする損害賠償請求權を行使する外、何等の救濟手段をも講ずるを得ない結果となるから、この場合にも、民法一三〇條を類推適用して、條件不成就の擬制を認むべきである。條件附法律行爲をなした當事者の意思解釋に依つても、一般に同一の結果を是認すべきであらう。

### 第三款 期限

#### 第一 期限の意義及び性質

期限とは、將來發生することが客觀的に確定せる事實——その不確定なる場合は條件である——の發生する迄、法律行爲の效力の發生又は消滅、若くは債務履行の時期を延期する、法律行爲の附款を謂ふ。

(一) 民法は、債務の履行期——債權者が債務の履行を請求し得べき時期であつて、



必ずしも債務者が履行をなさねばならぬ時期と一致するものではない(民法四一二條参照)——のみを始期として規定してゐるが(民法一三五條一項参照)法律行為の效力の發生時期たる期限も亦始期である。尤も、債務行為に於ては、その履行期たる始期も、債務發生の時期たる始期も、法律上の效果に於て、殆んど異なるところがないから、事實上、兩者を同一視して差支へない。

(二) 法律行為の效力の消滅時期たる期限を、終期と謂ふ。終期も亦法律行為の附款(意思表示の内容)であるから、法律行為の效力を消滅せしむる法定期限(消滅時効期間、出訴期間、除斥期間)と區別せらるべきである。

(三) 期限をなす事實の發生する時期が確定せるものを、確定期限と謂ひ(民法四一二條一項参照)然らざるものを、不確定期限と謂ふ(民法四一二條二項参照)。不確定期限と條件とは、その事實發生時期が不確定なる點に於ては同一であるが、事實の成否自體が確定せるか否かによつて、兩者を區別することを得る。尤も、事實上、不確定期限なるか或は條件なるかを判定することが、甚だ困難な場合がある。斯くの如き場合には、信義誠實の原則に基き、當事者の意思を適當に解釋して、その孰れなるかを

決定しなければならぬ。

例之、出世證文につき、判例は、之を不確定期限附契約と解して、次の如く判示してゐる。「消費貸借ノ辨濟期限ヲ債務者ノ立身セシトキト定メタル場合ハ、其ノ債務者ニ對シ早急ニ辨濟ヲ促スノ意思ニアラスシテ、比較的多クノ猶豫期間ヲ與ヘ、其ノ資力ノ回復ニ努力セシメントノ希望ニ職由ス。畢竟、恩惠的趣旨ニ出テタルモノトス。故ニ、該債務者カ單ニ或一二ノ債權者ニ對シテ其ノ債務ヲ辨濟シ得ルノミヲ以テ直チニ立身トナスヘカラス。比較的多數ノ債權ヲ履行シ得ル程度ニマテ達スルニアラサレハ、資力回復即立身ヲナシタルモノトシテ期限ノ到來トスル能ハス」(明治四三・六三〇、東京控訴院判決、新聞六六二號一二頁)。尤も、右の場合には、遂に相當の資力を得る見込がなくなつたときは、その時に又不確定期限が到來するものと解すべきである(同趣旨、大正四・三・四、大審院判決、民錄二一輯四三九頁)。

## 第二 期限の許可

期限は、原則として、法律行為に之を附することを得る(期限を附し得ない法律行為の範圍は、大體に於て條件に親しまざる法律行為の範圍と一致する。前款第三參照)。

## 第三 期限附法律行為の效力

### (一) 期限到來前の效力



吾民法は、期限到来前の期限附法律行為の效力については、何等の規定をも設けてゐないが、條件附法律行為に於けるよりも、より以上に當事者の地位を保護すべき充分の理由があるから、當事者は民法一二八條及び一二九條に依り保護を受くべき期待権を有するものと解すべきである。

(二) 期限到来後の效力

一般的には條件成就の效力と同様である。即ち期限の到来によつて、期待権は現實化するから權利を取得し又は回復する。例之、始期附に物權行為をなしたときは、期限の到来により、讓受人は當然に所有權者となり(停止條件附法律行為と同様)、終期附に物權行為をなしたときは、期限の到来と同時に、讓渡人は當然に所有權を回復する(解除條件附法律行為と同様)。尤も、債務行為に始期(履行期)を附したときは、その債務の履行は、期限の到来する迄、之を請求することを得ない(民法一三五條一項)。期限が到来したときは、債權者は債務の履行を請求し得るのであるが、債務者は、確定期限の場合の外は、期限の到来と同時に履行遲滞の責を負ふものではない(民法四一二條参照)。

(三) 期限の利益

(イ) 期限の利益の意義

期限の利益とは、始期又は終期が附加せられることによつて當事者の受くべき利益を謂ひ、孰れの當事者がこの利益を受くべきかは、法律行為の種類によつて異り、又同種の法律行為についても、當事者間の特約或は具體的事情の如何によつて異なるべく、必ずしも一律に之を決定することを得ない。その孰れなるか明かでない場合には、期限は、債務者の利益のために定められたものと推定せられる(民法一三六條一項)。故に反對の主張をなす者に於て、その立證の責を負ふ。

(ロ) 期限の利益の拋棄

期限の利益の拋棄とは、期限の到来と同一の法律効果を發生せしむべきことを内容とする相手方ある一方的意思表示を謂ふ。その明示たると默示たるとは之を問はない。

期限の利益は、その利益を有する者に於て、一方的に之を拋棄し得るのであるが、相手方も亦この利益を有する場合でも、尙之を一方的に拋棄し得るかについては、學說上の争がある。



- (1) 多數説は民法一三六條第二項に基き、この問題を積極に解してゐる。即ち相手方も亦期限の利益を有する場合でも、その損害を賠償して、一方的に期限の利益を抛棄するを得ると見てゐるのである。
- (2) 右に反し、民法一三六條第二項但書を以て、期限の利益の抛棄を制限する規定と解して、相手方も亦期限の利益を有する限り、一方的に之を抛棄することを得ずとなす少數説もある。
- (3) 乍併、民法一三六條第二項は、同條第一項を受けて規定せられたものであるから、債務者の側からは、相手方の被るべき損害を填補して、例之、期限迄の利息の全部を辨済して、一方的に期限の利益を抛棄し得るも、債権者の側からは之を抛棄することを許さずと解するを正當と信ずる。

(ハ) 期限の利益の喪失

期限の利益を喪失するとは、一定の事由ある場合に於て、債務者が期限の利益を主張するを得ざるに至ることを謂ふ。一定の事由の發生に因り、債務者の信用が著しく低下しても、債権者は、期限の到來するまでは、債務の履行を請求し得ずとすることは、債権者にとつて頗る苛酷であるのみならず、當該の債務につき特に期限が附加せられた本來の趣旨にも反すべく、従つて民法は一定の事由の發生すると

きは、債務者をして期限の利益を主張することを得ざらしめてゐるのである。而して斯くの如き場合に、當然に期限が到來したものと看做さないので、債権者が之を欲しないこともあり得るからである。

期限の利益の喪失は、右の如く、單に債務者がその利益を主張することを得ないに過ぎずして、當然には、期限はその效力を失ふものではないから、債権者に於て、期限の利益を保有せんと欲するときは、尙その利益を主張するを妨げない。

(1) 期限喪失原因

民法一三七條は、期限喪失原因として、次の三つの場合を擧げてゐる。

(a) 債務者が破産の宣告を受けたとき。

民法一三七條第一號は、債務者が破産の宣告を受けたときは、債務者は期限の利益を主張することを得ざる旨を規定してゐるが、この規定は破産法一七條に依つて改正せられ、期限附債権は、破産宣告の時に於て辨済期に至るものと看做されるに至つてゐる。従つて債務者の破産の場合に於ては、債権者の側よりも自己の有する期限の利益を主張することを得ない。

(b) 債務者が擔保を毀滅し又は之を減少した場合。



(c) 債務者が擔保を供する義務を負ふ場合に於て之を供しないとき。擔保供與の義務は、特約、法律の規定、裁判所の命令等により發生するが、その何れの場合たるかを問はない。又人的擔保例之保證を立てる義務(民法四五〇條)たるも、物的擔保たるを問はない。

(2) 以上列記の原因の外、公序良俗又は信義誠實の原則に反しない限り、當事者間の特約を以て、期限喪失原因を定むることを妨げない。期限喪失約款と稱せらるるもの即ち之であつて、債務者についてのみ定められるのが通常である。而して年賦又は月賦拂の場合にこの種の特約がなされるのが一般であるが、必ずしもこの場合に限られることなく、例之、債務者が他より強制執行を受けたときは、期限の利益を喪失する旨の特約も有效である。

## 第二章 期間

### 第一 期間の意義

期間とは、一定の時の経過即ち一定の時點より他の時點に至る繼續的な時の部

分を謂ふ。期間は、一種の法律事實として、私法上竝に公法上、種々の法律效果の要件(例之、年齢、時効、除斥期間、期限等)とせられてゐる。期間に關する民法の規定は、別段の定めがない限り(吾國の法令中別段の定めをなすものは、刑法二四條、戶籍法六三條、年齢計算ニ關スル法律等である)、公法法規又は行政處分或は裁判所の命令によつて指定せられる期間についても適用せられる(民法一三八條)。

### 第二 期間の種類

- (イ) 法定期間(法令の定むる期間、例之、時効期間、約定期間、當事者が定めた期間)(民法一九條、五四一條等参照、裁定期間(裁判所の定むる期間)(例之、民法一九六條、一〇一七條参照)。
  - (ロ) 確定期間、不確定期間
  - (ハ) 繼續期間、不繼續期間
- 不繼續期間とは、繼續的に算定せられないもの、例之、一ヶ年の内三ヶ月の休暇が定められる場合の如きを謂ふ。

### 第三 期間の計算法

- (イ) 期間の計算方法には、自然的計算法(自然的な時の経過を精確に計算する方法)



と曆法的計算法(曆の定むるところに従つて月又は年を計算する方法)とがある。前者は、精密に期間を計算するに適してゐるが、長期の期間を計算するに甚だ不便である。後者は、不精確なる期間計算の方法ではあるが、實際上の便宜に適する。吾民法は時又は之より短かき時間を單位として期間を計算すべき場合には、自然的計算法に従ひ(民法一三九條)、週、月又は年を單位として期間を計算すべき場合には、曆法的計算法を採用してゐる(民法一四三條)。

(ロ) 期間計算の單位が日、週、月又は年であるときは、延期的計算法が採用せられてゐる。延期的計算法とは、期間が午前零時より始まる場合を除いては、期間の初日を算入しないで、期間の末日の終了を以て期間の満了となす期間計算の方法を謂ふ(民法一四〇條、一四一條)。尤も、期間の末日が大祭日、日曜日その他の休日(休日とは祭日の如き國家全體の休日は勿論、節句、盆等の如き一地方のみの休日をも、この地方の取引關係に關する限りは、之を包含するものと解すべきである)に當るときは、その日に取引をなさない慣習ある場合に限り、その翌日を以て、期間は満了する(民法一四二條)。尙週、月又は年の始めより期間を計算しないときは、その期間は、最後の週

月又は年に於て、その起算日に應當する日の前日を以て期間は満了し、月又は年を以て期間を定めた場合に於て、最後の月に應當日がないときは、その月の末日を以て満期日とせられてゐる(民法一四三條)。

以上述べたところを例を以て説明すれば、次の通りとなる。四月一日に、乙が甲に對して三日間に辨済すと約束したときは、延期的計算法即ち初日不算入の原則に依り、四月二日より起算し四月四日の満了を以つて期間は終了するのであるから、乙は四月四日中に辨済しなければならぬ。この場合に於て四月一日に乙が甲に對して二日間に辨済すと約束したときは、その期間は四月三日に満了となるのであるが、同日は祭日に當り、銀行等に於ては、一般に取引をなさない慣習があるから、右の期間はやはり四月四日の満了を以て終了するととなる。而して右の原則は、週及的に期間を計算する場合にも適用せられる。例之、株主總會の招集は、尠くとも總會期日の二週間前に、各株主に對してその通知を發することを要することになつてゐるのであるから(商法一五六條)、總會の招集日が四月十五日であるときは、初日不算入の原則に基き、遅くとも、三月三十一日中にはその招集狀を發送しなければならぬ(判例)。何となれば、初日は算入されないから、右の期間は發送の日たる三月三十一日を算入せずして、四月一日より起算せらるべく、四月十四日の満了を以て期間が終了し、従つて四月十五日に始めて總會を開くことが可能となるからである。

次に、期間を月又は年を單位として計算する場合の例を擧げて見やう。十二月三十一日



に乙が甲に對して二ヶ月以内に辨済することを約したとすれば、初日不算入の原則により、右の期間は翌年一月一日より起算せられ、曆に従つて計算し、而かもその起算日に應當する前日を以て、期間が満了するから、二月末日迄に乙は甲に辨済しなければならぬこととなる。又乙が甲に對し、二月二十九日(閏年)に、一ヶ年内に辨済すると約束したとすれば、同じく曆法的計算法に依り、その期間は翌年の二月二十九日に満了するのであるが、應當日即ち二月二十九日は平年にはあり得ないから、民法一四三條但書に依り、二月二十八日に期間は満了することとなる。

### 第三章 時 效

#### 第一 時効制度存在の意義

一定の期間權利者として權利を行使する者は、眞に權利を有する場合多く——ただ眞の權利者なることの證據を擧げ得ない場合が可なり多い——假令眞の權利者でないにしても、相當長い期間繼續して權利を行使した者を、眞の權利者として一に取扱ふことは、繼續的な事實狀態に對する一般の信頼を保護する所以であり(以上が取得時効の存在理由)次に、一定の期間權利を行使しない者は眞に權利を有

しない場合多く——ただ相手方が權利の消滅したことの證據を擧げ得ない場合が可なり多い——假令眞に權利を有するとしても、相當の期間權利を行使しない者は、所謂權利の上に眠る者として法律の保護を受くるに値しないのみならず、又一般人の信頼を保護するためには、彼を無權利者として取扱ふ必要がある(消滅時効存在の理由)。是、時効制度が設けられた一般的な根據である。尤も、不法行爲に基く損害賠償請求權の消滅時効の如く、被害者の加害者に對する宥恕の暗示の表示に、その存在理由を求むべき場合等、各種の時効につき各別の存在理由もあり得ることに注意すべきである。

以上述べたやうに、時効制度は、一般に事實上の状態の繼續に對する一般人の信頼を保護せんとする公益上の理由に出づるのであるから、時効に關する法律の規定は、大體に於て、強行法規たる性質を有するものと見るべく、従つて時効の適用を當事者の意思によつて排除し、又は時効期間を延長し、或は時効の中斷原因を増加する等、時効の完成を困難ならしむる定めをなすことを得ない。反之、時効期間を短縮するが如く、時効の完成を容易ならしめ、或は時効完成後、時効の利益を受くる



か否かを、當事者の自由意思に委ねても、時効制度によつて保護せられる公益を害する虞れなく、寧ろ之等の點は、當事者の便宜又は道義感に委ねることを適當とする(民法一四五條一四六條參照)。

### 第二 時効の意義

時効とは、一定の期間繼續して他人の權利を行使し、又は自己の權利を行使しない事實に基く權利の取得(取得時効)又は消滅(消滅時効)を謂ふ。

(一) 時効は、一定期間の經過を前提とするのであるから、動産又は有價證券の善意取得(民法一九二條、商法四四一條參照)は、通常、即時時効と稱せられてゐるが、取得時効ではない。

(二) 時効は、一定の期間繼續して他人の權利を行使し、又は自己の權利を行使しないことを前提とするから、權利を行使すると否とを問はず、一定の期間の經過により權利義務が消滅する場合、即ち、除斥期間、豫定期間とも謂ふと時効とは區別せられねばならぬ。尙、一定の期間の經過により、訴權の消滅する場合を出訴期間(例之、民法二〇一條參照)と謂ひ、時効若くは除斥期間と區別せられてゐる。

除斥期間は、或は法律上當然に、特定の權利につき認められることがあり(例之、不動産質に關する民法三六〇條)或は又當事者の契約によつて定められることもある。除斥期間は、權利そのものの存續期間であるから、この期間の經過により、權利は當然に消滅し、假令、權利者がその期間中に訴を提起しても、訴訟の進行中期間が満了するときは、裁判官は、權利の消滅を言渡さなければならぬ。この點に於て、除斥期間は、時効若くは出訴期間と異なるのである。次に、除斥期間については、時効に於けるが如く、期間の中斷若くは停止に關する規定が適用せらるべき餘地はない。之に反し、出訴期間については、その性質の許す限り、時効の中斷若くは停止に關する規定が類推適用せらるべきである。

或る期間が除斥期間若くは出訴期間に屬するか、或は時効として取扱はるべきかは、大體に於て、法律が時効なる文言を用ひてゐるか否かによつて、之を決定すべきである。

### 第三 時効期間

#### (一) 長期時効

#### (イ) 取得時効

二十年間、所有の意思を以て、平穩且つ公然に、他人の物を占有した者は、その所有



権を取得し、十年間、所有の意思を以て、平穩且つ公然に、他人の不動産を占有した者（動産の占有者は、民法一九二條に依つて保護せられることが多い）が、その占有の始め善意にして、且つ過失がなかつたときは、その不動産の所有権を取得する（民法一六二條）。

茲に所有の意思を以て占有するとは、自己の所有物と同様の意識を以て、他人の物を占有することを謂ひ、占有者は、一般に、所有の意思を以て占有するものと推定せられてゐる（民法一八六條）。尤も、財産管理人或は賃借人の占有の如く、その占有権取得の原因（之を權原と謂ふ）に徴して、占有者に所有の意思がないものと一般的に推察せられる場合には、その占有者が、自己にその物の占有をなさしめた者に對して、所有の意思あることを表示し、或は新たな占有取得の原因に基き、更に所有の意思を以て占有を始めなければ、事實上所有の意思を有してゐても、之を主張して、その占有物の所有権を時効により取得することを得ない（民法一八五條）。尙判例は、相續人は、當然に占有意思をも承繼するものと解し、被相續人の占有取得の原因に徴して、被相續人に所有の意思がないものと推察せられる場合には、その相續人は、自己に所有の意思あることを主張しても、時効によりその占有物の所有権を取得し得ないと判示してゐるが、占有権の相續も亦占有取得の新たな原因と見て差支ないやうに思はれる。

平穩とは、暴力を用ひて、占有を取得し、又は維持するもの（強暴占有）でないことを謂ひ、公然

とは、隠秘に占有を繼續しないことを謂ふ。占有者は、一般に、平穩且つ公然に占有するものと推定せられてゐる（民法一八六條）。

善意とは、他人の所有に屬することを知らないことを謂ひ、無過失とは、相當の注意を用ひても、その占有物が他人の所有に屬することを知り得なかつた事情の存在することを謂ふ。民法は、占有者の善意を推定してゐるが（民法一八六條）、無過失まで推定してゐないから、無過失の事實は、一應、占有者に於て、之を立證しなければ、十年の時効によつてその占有物の所有権を取得することを得ない。

所有権以外の財産権を、自己のためにする意思を以て、平穩且つ公然に行使する者は、その善意無過失なるか否かの區別に従ひ、十年又は二十年の時効により、その権利を取得する（民法一六三條）。

#### (ロ) 消滅時効

通常の民事債権は、十年間の時効によつて消滅し（民法一六七條一項）、債権又は所有権にあらざる財産権は、二十年の時効によつて消滅する（民法一六七條二項）。斯くの如く、所有権は、権利者が之を行使しなくとも、時効によつて消滅しないのであるが、他人が取得時効によつてその所有権を取得したときは、その當然の結果として、眞



の権利者の所有権が消滅することに注意すべきである。

(二) 短期時効

短期時効は消滅時効についてのみ認められてゐる。

(イ) 五年の時効によつて消滅するもの(商行為上の債権、商法二八五條、年又は之より短かき期間を以て定められた金銭その他の物の給付を目的とする債権、民法一六九條)。

(ロ) 三年の時効によつて消滅するもの(不法行為に基く損害賠償請求權、民法七二四條、その他民法一七〇條、一七一條の規定する債権)。

(ハ) 二年の時効によつて消滅するもの(民一七二條、一七三條の規定する債権)。

(ニ) 一年の時効によつて消滅するもの(民法一七四條の規定する債権、遺留分に基く減殺請求權、民法一一四五條)。

第四 時効の起算點

取得時効は、占有者の占有取得の時より起算せられ、消滅時効は、権利を行使することを得る時より起算せられる(民法一六六條一項)。

消滅時効は、法律に別段の定めがない限り(民法一二六條、八九四條、九四二條、九四三條、一〇二二條、一〇九一條等参照)、権利を行使することを得る時より進行し、権利者が自己のために権利の發生せることを知ると否と、又何人に對して之を行使すべきかを知ると否とを問はない。尤も、法律に別段の規定がある場合には、之に従ふべきは勿論である(民法四二六條、七二四條、九六六條、九九三條、一〇三六條三項、一〇四七條三項、一一四五條等参照)。権利は既に發生してゐるが、法律上一定の障礙あるため、一定の期間之を行使し得ないことがある。この場合には、その障礙の消滅した時から、時効は進行する。茲に権利の行使を妨ぐる法律上の障礙とは、権利そのものの性質上、權利に内在する障礙を謂ひ、權利者自身に存する法律上又は事實上の障礙(例之、權利者が無能力者であつて法定代理人が存しない場合)、或は一般的に権利の行使を不可能ならしむる外部的障礙(例之、天災その他の事變)は、時効停止の原因とはなるが、時効の進行を阻止するものではない。

茲に問題となるのは、期限喪失約款附年賦又は月賦拂債權の消滅時効の起算點である。判例は、債務者が年賦又は月賦の支拂を怠り、分割辨濟の利益を失へば、その全額につき、債權者は即時にその権利を行使し得るのであるから、債權者が分割辨濟の利益の消滅を主張して、全額の請求をなすと否とを問はず、債務者が支拂を怠つた時より、直ちに消滅時効が進行するものと解してゐるが、有力なる反對説がある。

第五 時効障礙



時効は、その進行を始めた後、一定の事實が発生することにより、或は既に経過した期間を無効ならしめ、之を時効の中斷と謂ふ、或は、時効期間が延長せられる(之を時効完成の障碍、或は時効の停止と謂ふ)。茲に注意すべきは、吾民法は、獨逸民法に於けるが如き、眞の意味の時効停止停止事由の存続する期間を時効期間中に算入しない制度を認めてゐないことである。即ち、吾民法の認むる時効の停止は、時効の完成が近づいたにも拘らず(完成前六ヶ月以内、或は直前)、之によつて利益を失ふべき者が、時効を中斷し得ない障碍の存する場合に、その者を救済するための時効期間の延長であつて、停止事由は、時効完成前一定の期間内に存在することを要し、又之によつて延長せられる期間は、權利行使を不可能ならしむる障碍事由の存続期間と一致するものではなくして、法律上一定せられるのである(六ヶ月又は二週間)。

#### (一) 時効中斷

時効の中斷には、法定中斷と自然中斷との二種がある。後者は、取得時効の要件たる物の占有又は權利占有(準占有)の消滅である(民法一六四條、一六五條參照)。

#### (イ) 法定中斷事由

##### (1) 請求

裁判上の請求は、その訴たると、支拂命令の申請たると、或は破産手續參加又は和解のためにする呼出たるとを問はず、原則として、時効を中斷する效力を有する(民法一四七條一號、一四九條、一五〇條、一五一條、一五二條參照)。反之、裁判外の請求(催告)は、六ヶ月内に裁判上の請求、和解のためにする呼出若しくは任意出頭、破産手續參加、差押、假差押又は假處分をなさなければ、それ自身獨立しては、時効を中斷する效力を有しない。斯くの如く、裁判外の請求は、そのみによつては、時効を中斷せしめ得ないから、時効期間が満了に近づいた際、裁判上の請求その他の時効中斷の手續を講ずるために、期間の猶豫を得る意味に於てのみ、中斷事由として實益あるに過ぎずして、幾度裁判外の請求を繰返すとも、六ヶ月以上、時効期間を延長することを得ないのである。

- (2) 差押、假差押又は假處分(民法一四七條二號、一五四條、一五五條)。  
 (3) 承認。



時効の利益を受くべき者が、権利者に對して、その権利を承認するときは、権利者は之に信賴して、その権利の行使をなさないであらう。是、民法が、承認を以て、時効中斷の原因となす所以である(民法一四七條三號)。従つて承認により、承認者は、時効の利益を失ふ結果となるのであるが、承認者は、相手方の権利につき、處分の能力又は權限を有することを要しない(民法一五六條)。

承認は、明示たるも或は默示たるを問はない。故に例之、債務の一部を辨濟し、辨濟の猶豫を求め、或は證書の書換をなし、債務を記載する帳簿に新たにその債務を記入し、若くは擔保の提供をなしたの場合にも、通常、相手方の債權の承認、換言すれば債務の承認がなされたものと見るべきである。

(ロ) 中斷の效力

中斷事由の發生により、既に經過した時効期間は、その效力を失ひ、従つて、中斷事由の終了した時より、新たにその時効は進行する(民法一五七條)。

時効の中斷は、當事者及びその承繼人の間に於てのみ、その效力を有し、原則として、第三者の權利義務には何等の影響をも及ぼさない(民法一四八條)。

右の時効中斷の相對的效力について、民法は、特別の理由から、次の如き例外を認めてゐる。

- (1) 共有者に對する時効中斷は地役權を行使する各共有者に對して之をなさなければ、その效力を生じない(民法二八四條二項)。
- (2) 連帶債務者又は連帶保證人に對する履行の請求は、他の債務者に對しても、時効中斷の效力を生ずる(民法四三四條)。
- (3) 主たる債務者に對する履行の請求その他時効の中斷は、保證人又は連帶保證人に對しても、その效力を生ずる(民法四五七條、四五八條)。
- (4) 不可分債權者の一人は、他の債權者のため履行を請求することを得る(民法四二八條)。

(二) 時効の停止(その意義及び效力については既に述べた。)

(イ) 未成年者又は禁治産者は、法定代理人を有しない限り、自己の權利を行使することを得ないと共に、又未成年者又は禁治産者に對して權利を有する者も、之を行使することを得ない。故に、時効期間満了前六ヶ月以内に於て、未成年者又は禁治産者がその法定代理人を有しないときは、之等の無能力者が能力者となり、又は法定代理人が就職した時より六ヶ月間は、之に對して(即ち無能力者がその權利を失ふことあるべき時効についてのみならず、無能力者に對して第三者の有する權利



の時効についても時効は完成しない(民法一五八條)。

(ロ) 無能力者がその財産を管理する父、母又は後見人に對して、權利を有し、或は妻が夫に對して權利を有しても、事實上之を行使することは甚だ困難である。故に、之等の權利については、その者が能力者となり又は後任の法定代理人が就職し、或は婚姻が解消した時より六ヶ月内は時効は完成しない(民法一五九條)。

(ハ) 相續財産に屬する權利を行使し得る者、又は相續財産に對する權利者の權利行使の相手方がない場合には、相續人、相續債權者その他の利害關係人は、時効の完成により、その權利を失ふ虞がある。故に、相續財産に關しては、相續人が確定し、相續財産の管理人が選任せられ、若くは相續財産に對して破産の宣告がなされた時より六ヶ月内は、時効は完成しない(民法一六〇條)。

(ニ) 時効期間満了の時に當り、天災その他避くべからざる事變のため、時効を中断することを得ないときは、その障碍の消滅した時より、二週間内は時効は完成しない(民法一六一條)。

## 第六 時効の效力

時効は、その完成により、その起算日に遡つてその效力を生じ、當事者は、起算日より權利を取得し(取得時効の場合)、或は權利を喪失する(消滅時効の場合)(民法一四四條参照)。尤も、時効によつて消滅した債權が、その消滅以前に相殺に適した場合(相殺適狀)には、その債權者は、相殺をなすことを得ることに注意すべきである(民法五〇八條)。

斯くの如き時効の效力は、時効の完成によつて確定的に發生するのであるか(確定的に發生すると見る學說を訴訟行爲説と謂ふ)——若しそうであれば、時効の援用は訴訟法上の行爲に外ならぬ——或は時効完成後、當事者の援用によつて、始めて時効の效力が確定するか(之を停止條件説と謂ふ)、或は時効完成によつて、一應その效力は發生するのであるか、當事者が之を援用しないか、或は時効利益を拋棄することにより、遡及的にその效力が消滅するのであるか(之を解除條件説と謂ふ)については、學說は未だ一致してゐない。

### (一) 時効の援用

時効の完成による法律上の利益を享受するか否かは、全くその利益を有すべき



者の自由意思に之を委ぬるを適當とする。蓋し、時効は、往々にして、事實上眞の權利者より權利を奪ひ、眞の義務者の義務を免れしむる結果を生ずるからである。故に、民法一四五條は、時効は、その利益を有する當事者が、之を援用しなければ、裁判所は、時効完成による權利の取得若くは消滅を認むる裁判をなすことを得ないと規定してゐるのであるが、その趣旨は、時効完成の效力そのものを制限するのであるか、或は訴訟法上裁判官の職權に制限を加へて、以て時効完成の效力に制限を加ふると同様の結果を生せしめやうとするのであるかは、既に述べたやうに、學說の岐れる所である。

時効の援用をなし得べき者の範圍についても、學說は未だ一致してゐない。民法一四五條に所謂當事者とは、時効の完成により、法律上直接の利益を受くべき者、即ち取得時効によつて權利を取得する者、消滅時効によつて債務その他の負擔を免れる者及び之等の者の包括承繼人(例之、相續人)を指示することは、學者間に異論のない所であるが、時効完成の有無により、間接にその權利を維持し或は之を失ひ又は義務を免れるに至る者をも包含するか否かについては、學說は未だ一致してゐない。判例は、斯くの如き者は、時効の當事者として、その援用權を有しないと判示してゐる。判例の見解に従へば、例之、取得時効によつて不動産の所有權を取得した者より、抵當權の設定を受けた抵當權者は、時効取得者が時効の援用を

なさない限り、その抵當權を維持し得ない結果となるのであるが、寧ろ、之等の抵當權者は、獨立に時効の援用權を有するものと解すべきである。

## (二) 時効利益の拋棄

時効完成前に、時効利益の拋棄を許すときは、時効によつて權利を失ふべき者は、時効によつて利益を受くべき者に對し、豫めその拋棄を強要するに至ることあるべく、斯くては、時効制度を設けた目的は、滅殺せられるであらう。故に、民法一四六條は、時効の利益は、豫め之を拋棄することを得ずと規定してゐるのであるが、時効完成後に至つては、時効利益の拋棄を認めても、何等の弊害がないのみならず、時効の利益を有する者が、その道義感に基き、之を拋棄することは、寧ろ好ましいことであるから、完成後の拋棄は有効である。

### (イ) 時効利益の拋棄の意義及び性質

時効利益の拋棄とは、時効の完成による利益を享受しないことを内容とする一方的の意思表示を謂ふ。

(1) 時効の援用を訴訟行爲と見る學說(訴訟行爲說)に従ふとも、或は實體法上の



意思表示であると見る學說(停止條件說又は解除條件說)に従ふとも、時効利益の拋棄が訴訟行爲たる性質を有せずして、實體法上の意思表示たる性質を有することは明である。

(2) 時効完成の効力は、確定的であり、時効の援用は、單に、訴訟上裁判所をしてその効力を認定せしむる要件に外ならずと解する學說(訴訟行爲說)に従へば、取得時効の拋棄は、既に時効により取得した權利を、以前の權利者に譲渡する行爲であり、消滅時効の拋棄は、時効によつて一旦免れた義務を、新たに負擔する行爲であつて、一種の贈與と見る外はないであらう。尤も、この學說に従ふ學者中にも、時効利益の拋棄を、時効が完成しない状態を持續せしむること、換言すれば、時効完成の効力を遡及的に消滅せしむることを目的とする意思表示として説明する者もある。

反之、時効の援用を以て、時効完成の効力を確定する意思表示であると見る學說に従へば、時効利益の拋棄は、民法上の時効援用權の拋棄に外ならぬ。

(ロ)

時効利益拋棄の要件

時効の完成により直接に不利益を受くる者に對する意思表示によつて、時効の利益を拋棄することを要する。その明示たると默示たるとは、固より問ふところではないが、尠くとも、時効完成の事實を認識して之をなすことを要する。尤も、反證がない限り、拋棄者は時効完成の事實を認識して之をなしたものと推定せらるべきである(判例)。

尙時効利益の拋棄は、處分行爲の一種に外ならぬから、處分の能力及び權限を有する者でなければ之を有効になし得ない。



## 第四編 債權法

### 第一章 債權總則

#### 第一節 債權の意義及び性質

債權は、債務者の給付(作爲、不作爲)を要求することを内容とする一種の支配權である。

(一) 債權には排他性なし。

債權は、債務者の給付を要求する權利であつて、給付ある迄は、未だ債權者は給付の物體につき直接には何等の權利をも有し得ない。例之、給付が物の引渡であるときは、引渡がある迄は、債權者はその物について何等の權利をも有し得ないから、第三者がその物の所有權を取得し、或はその物を滅失毀損せしめても、直接に、その第三者に對しては何等の權利をも行使し得ない。このことを、學者は債權に排他



性なしと説明するのである。

(二) 債権には優先効なし。

同一の債務者に對して同一の給付(例之、或る物の引渡を受くること)を目的とする數人の債権者がある場合でも、各債権者は同一の債権を有するに過ぎないのであつて、早く債権を取得した者が後に債権を取得した者に優先することはない。假令後に債権を取得した者でも、他の債権者より早く給付を受くれば、その債権者は給付(引渡を受けた物)を維持することが出来るのであつて、他の債権者は債務の不履行を理由として、單に債務者に對して、損害賠償を請求し得るに過ぎない。例之、甲が乙に對してAなる物を一月一日に賣却して、乙がAの引渡を目的とする債権を取得し、尋いで甲は同一物Aを更に丙に二月一日に賣却して、丙が同じくAの引渡を目的とする債権を取得したとすれば、乙丙は共に同一の債権者となり、乙の債権は決して丙の債権に優先しない。この場合に先づ丙がAなる物の引渡を受くれば、丙はAの所有権を取得し、乙はも早やAの所有権を取得し得ないから、債務不履行を理由として、甲に對して、Aなる物の引渡を受けなかつたために生じた損害の賠償を請求し得るに過ぎないのである。

(三) 債権は平等である(債権者平等の原則)。

右に述べたやうに、同一の債権を有する數人の債権者は平等の地位を有するのであつて、早く所有権その他の物権を取得した者が、後に之を取得した者に優先することと著しい差異が存するのである。又債務者の債務不履行の場合にも、數人の債権者は原則として平等に保護せられ、早く債権を取得した者が必ずしも後に債権を取得した者より有利な地位に立つものではない。例之、乙が一月一日に甲に對して千圓を貸與し、丙が二月一日に甲に對して千圓を貸與したが、期限が來ても甲が乙丙にその債務を履行しない場合には、乙丙は甲の財産を差押へて、その競賣代金より平等の辨濟を受くるのが原則である。この場合に、若し甲の財産の競賣代金が千圓しかないときは、乙丙はその債権額の割合に應じて、各々五百圓宛しか辨濟を受け得ない。右の如き債権者の地位を、學者は、債権者平等の原則と稱してゐるのである。乍併、之は原則であつて例外がないではない。それは債権者の或る者が擔保物権を有する場合である。例之、右の例に於て、丙が甲の財産に對し



て先取特權、質權、抵當權の如き擔保物權を有するときは、丙は之等の權利に基いて甲の財産から他の債權者に優先して辨濟を受くることを得るのである。而して質權や抵當權は當事者間に特約があつた場合に發生するに過ぎないのであるが、先取特權は、特に保護を要する債權者のために、法律上當然に認められてゐる擔保物權であるから、先取特權の附着する債權者は常に優先的な地位を有するのである。詳細は擔保物權の項を參照せよ。

(四) 債權にも不可侵性がある。

債權も亦債務者の給付(作爲、不作爲)を支配する權利であるから、第三者がその支配債務の履行を妨げたときは、債權者は、債權の侵害を理由として、損害賠償を請求することが出来る(民法七〇九條參照)。この點に於ては、債權も亦、物權その他の支配權と同一の效力を有するのであり、既に吾國の判例も之を認めてゐる。乍併、如何なる場合に、債權の第三者による侵害ありと見るべきかについては、未だ學說は一致してゐない。惟ふに、第三者が債務者の債務の履行を妨害しても、債權そのものが尙完全に存續してゐる以上は、假令その内容が單なる損害賠償請求權に變更し

ても、債權者に何等の損害をも及ぼし又は及ぼす虞がないのであるから、債權の侵害ありと見ることを得ない。ただ第三者の妨害によつて、債權者が債權の全部又は一部を失ひ、又は失ふ虞ある場合に限り、第三者による債權の侵害ありと解すべきである。

例之、第三者が債權者と稱して債務者より辨濟を受け、而かも之によつて債務者が免責せられた場合(民法四七八條、四八〇條參照)、或は一定の演藝をなすべき債務者を第三者が強迫して、出演せしめなかつた場合、一定の物の引渡をなすべき債務者が相當の注意を以てその物を保管してゐるにも拘らず、第三者がその物を滅失、毀損せしめた場合には、第三者による債權の侵害ありと見るべきである。何となれば、之等の第三者の行爲により、債務者はその債務を免れて、債權は消滅するに至るからである。問題となるのは、債務者が辨濟のため金錢を債權者の住所へ携へて行く途中に於て、第三者がその金錢を強奪した場合である。金錢債務は、債務者が不可抗力によつてその金錢を喪失した場合でも、消滅しないのであるから、右のやうな場合には、第三者による債權の侵害として、債權者は、直接にその強奪した第三者に損害賠償を請求することは出来ない。尤も、債務者は強奪した第三者に對して損害賠償を請求し得ること勿論であるから、債權者は、民法第四二三條の規定に依り、債務者に代位して、強奪者に損害賠償請求權を行使し得ることに注意すべきである。

以上述べたところは私の見解であるが、判例及び多數の學者は、苟くも第三者によつて債



務の履行が妨げられた限りは債権者は、尙その債権を保有すると否とを問はず、その第三者に對しても、債権侵害を理由とする損害賠償請求権を有すべく、何れに對してその履行を請求するかは、全く債権者の任意であると解するもの如くである。即ちこの場合には、債務者と第三者とは不真正連帶債務を負擔するものと解するのである。

(五) 債務と責任

債務とは、債権者に對して一定の作爲、不作爲(給付)をなすべき義務を謂ひ、責任——通俗的には、屢々義務と責任とは同一の意味に用ひられてゐる——とは、債務不履行の場合に、債務者又は第三者の財産が強制執行の目的となること(債務の引當)を謂ふ。一般に、債務不履行の場合には、債務者の總財産が、その債務の全額に於て、強制執行の目的となるのであるが、債務と責任との範圍は必ずしも一致しない。債務のみ存して責任がない場合、若くは責任が限定せられる場合もあれば、債務を負はずして責任のみ存する場合もある。例之、限定承認をなした相續人は、相續債務の全額を承繼するのであるが、その責任は相續財産のみに限定せられ、物上保證人は債務者ではないが、債務者のためにその提供した擔保物の限度に就て、責任を負ふのである。

第二節 債権の目的

第一款 給付の意義及び種類

第一 給付の意義

債務者が債権者に對して爲すべき、特定利益の移動行爲(作爲若くは不作爲)を給付と謂ひ、給付の内容は必ずしも金錢に見積り得るものなることを要しない(民法三九九條)。

給付の内容が金錢に見積り得ること——取引價格を有すること——を要しないことを根據として、婚姻豫約も、將來婚姻をなすべき給付を目的とする債権契約であると解する學説があるが、婚姻豫約によつて、豫約者は相互に豫約者たる身分關係を取得するに至るのであるから、一種の身分契約たる性質を有し、純然たる債権契約と見ることが得ない。

第二 給付の種類

(一) 給付の内容は、或は物又は權利の移轉なることあり、或は勞務の提供若くは意思表示の如く、純然たる作爲なることあり、或は競業をなさざること、一定の價格以下にて販賣せざること等、不作爲なることもある。損害の擔保(危險引受)も亦給付



の内容たり得るものと解すべく、従つて例之、保險會社は、保險契約に基き、損害擔保を内容とする債務を負擔するものと見て差支へない。

### (二) 不作爲債務

吾民法は、主として作爲債務に着眼して規定を設けてゐるのであるが、債權法の規定は、その性質の許す限り、不作爲債務についても適用せらるべきである。不作爲債務は、不作爲そのものを給付の内容とする債務であつて、作爲債務の反面としての不作爲義務——例之、物の引渡を爲すべき債務者は、第三者に對してその物を引渡さざるべき不作爲義務を負擔する——若くは一般の權利不可侵義務——何人と雖も他人の權利を侵害すべからざる義務を負擔する——と區別せらるべきであるが、その性質の許す限り、之等の義務も、不作爲債務と同様の取扱を受くべきである。

不作爲債務の特質は、多くの場合に、一身專屬性を有すること、及びその給付が定期行爲たる性質を有する點に存する。例之、一定の地域に於て一定期間債權者と同一の物品を販賣しないことを内容とする債務は、債權者と同一營業を爲す者に

限り、之を負擔し得べく、従つてその債務は同一營業を承繼しない相續人には移轉しない。又昭和十二年中同一物品を販賣しない債務を負擔せる者は、昭和十二年中にのみその債務の履行をなし得べく、昭和十三年中にその債務を履行することは許されない(斯様な場合にその給付を定期行爲と謂ふ)。故に、昭和十二年中に同一物品を販賣すれば、不作爲債務の不履行となり、債權者は直ちに債務不履行の責を問ひ得るは勿論催告を要せずして契約の解除をなすことを得るのである(民法五四二條参照)。

尙民法四一四條第三項は、不作爲ヲ目的トスル債務ニ付テハ債務者ノ費用ヲ以テ其爲シタルモノヲ除却シ且將來ノ爲メ適當ノ處分ヲ爲スコトヲ請求スルコトヲ得と規定してゐる。故に例之、或る土地に一定の工事をなさざる不作爲債務を負擔せる者が、その土地に工事をなしたときは、債權者は、その工事の除却、及び將來の損害の擔保として相當の擔保の提供を請求することを得るのである。

### 第三 給付の要件

債權の目的たる給付は、可能にして適法、且つ確定し又は確定し得べきことを要



する。

- (一) 給付の内容が強行法規に違反し、或は公序良俗に反するときは、その債権は有効に発生することを得ない(民法九〇條參照)。
- (二) 給付が不能なるときは、原則として、債権は有効に発生し得ないこと勿論である。尤も、債権發生の當時は不能であつても、原始不能又は當初不能と謂ふ、後に可能となる期待をかけ得るときは、可能となることを條件として條件附債権を發生せしめ得べきは勿論である。債権發生の當時給付が可能であれば、爾後不能となつても、後發不能又は事後不能と謂ふ、債権は必ずしも消滅しない。このことは後に述ぶるであらう。

法律上不能とは、社會觀念上の不能(社會的不能)を意味し、物理的に可能なるか否かは問ふところではない。故に例之、海底に沈没せる船舶の引揚が物理的には可能であつても、それに要する費用が引揚げ得べき船舶の價格に比して、甚だ莫大であるときは、船舶の引揚げは法律上不能であると云はねばならぬ。尙通説は、不能を客觀的不能と主觀的不能とに區別して、債務者にのみ不能なる場合を主觀的不能と稱し、法律上の不能は一般人に不能であること、即ち客觀的不能のみを意味するに過ぎずと説明してゐるが、この區別は、不能の原因を標準とするものに外ならずして、不能そのものに二種あるべき筈はない。即ち債務者の人的事由——能力、資産狀態等——に基く不能が、通説の所謂主觀的不能に該當するのである。

(三) 給付の確定

給付の内容が始め不確定であつても、之を確定せしむるに足る方法があるときは、債権は有効に成立する。給付の確定が當事者の一方又は第三者によつてなされるべき場合につき、吾民法は種類債権及び選擇債権に關してのみ規定を設くるに過ぎないが、別段の特約又は慣習がない限り、確定をなすべき者は、信義誠實の原則に従つて、之をなすべきである。

第二款 給付確定の態様による債権の種類

第一 特定債権(特定債務)

債権の目的たる給付の物體が、債権發生の時より確定せるものを、特定債権と謂



ふ。吾民法は、特定物の引渡を目的とする債権についてのみに規定を設くるに過ぎないが、この規定は、特定の財産権の移轉を目的とする債権にも適用せらるべきである。

(一) 債権の目的たる給付が特定物の引渡であるときは、債務者は、その引渡をなす迄、善良なる管理者の注意を以て、その物を保管することを要し(民法四〇〇條)――従つて保管費用は債務者の負擔に歸する――若し債務者が故意又は過失に因つてその物を滅失又は毀損せしめたときは、債務不履行を理由とする損害賠償の責に任すべきである。反之、債務者の故意過失に基かずしてその物が滅失したときは、債務は消滅し、又その物が毀損した場合には、債務者は、その引渡をなすべき時の現狀に於て、その物を引渡せば足るのである(民法四八三條參照)。

債務者が通常用ひてゐる注意を標準として、その注意を缺く場合を、具體的過失と謂ひ、一般人(平均人)が通常用ふる注意、即ち善良なる管理者の注意を標準として、その程度の注意を缺く場合を抽象的過失と謂ふ。又注意を缺いた程度が比較的大きい場合を重過失と謂ひ、之に對してその比較的小さい場合を輕過失と謂ふ。

而して民法上過失とは、抽象的輕過失を指し、義務者が具體的過失若しくは重過失の責に任すれば足る場合は、法律が特にその旨を規定する場合に限られる。

(二) 債務者が善良なる管理者の注意を以て債権の目的たる物を保管してゐたにも拘らず、第三者が故意又は過失に基いてその物を滅失又は毀損せしめたときは、債権者は、債権侵害を理由として、その第三者に對して損害賠償を請求することを得る(民法七〇九條參照)。又債務者がその物を第三者に讓渡したときは、その行為により債務者が無資力となり、従つてその行為が詐害行為に該當する限りは、債権者はその取消をなすことを得る(民法四二四參照)。尤も、判例は債務者が無資力となれると否とを問はず、物權の優先的效力に基き讓受人たる第三者を保護すべきものと解して、民法四二四條の適用を否認してゐる。

第二 種類債権(不特定債権、又債務者の側より見て、種類債務若しくは不特定債務とも謂ふ)。

給付の物體が種類的に定められてゐる債権を、種類債権と謂ふ。民法は、種類債権につき、物の給付を目的とするものについてのみに規定を設くるに止めてゐるが、



財産権の給付を目的とする種類債権についても、この規定を適用すべきことは勿論である。

〔限定種類債権は、種類債権の一種である〕 限定種類債権とは、例之、この倉庫中の江州米一斗、この酒樽中の酒一升と云ふが如く、目的物の範圍が、種類の外更に或る標準によつて局限せられる債権を謂ふ。種類のみによつて目的物が指示せられるものではない點に於て、純然たる種類債権と異なるのであり、この意味に於て、限定種類債権は又混合種類債権とも稱せられる。即ち種類債権に於ては、全種類の物が滅失しなければ履行不能の問題を生じないが、この種の債権にあつては、限定された物の全部が滅失すれば履行不能を生ずるのである。限定種類債権は又後に述ぶる選擇債権とも異なる。例之、甲、乙、丙三頭の馬より何れか一頭を選択すべき債権にあつては、當事者は、その個々の馬に着眼するのであるが、例之、特定の厩中の馬一頭を給付すべき限定種類債権にあつては、當事者は馬なる種類によつて目的物を指示するに過ぎない。斯くの如く、限定種類債権は、種類債権とも又選擇債権とも異なるのであるが、目的物を指示するに種類を以てする點に於ては、種類債権とその本質を同じうするるのであるから、その性質の許す限り、種類債権に關する規定は、この種の債権についても適用せらるべきである。

(一) 給付すべき物

債務者が同一種類中の如何なる品質を有する物を給付すべきかは、法律行為の性質(例之、米の消費貸借に於て、借主の返還すべき米は、始め借り入れた米と同一の

品質を有することを要する)或は當事者間の特約に依つて定まるのであるが、之等の標準に依つて之を定むることを得ないときは、債務者は、中等の品質を有する物を給付することを要し、又之を給付すれば足るのである(民法四〇一條一項)。

債務者が給付した物に瑕疵があり、そのために、中等の品質を有しないときは、未だ債務は履行せられたものと見るを得ない、賣主の擔保責任に關する規定は給付の物體が特定した後、始めて適用せられるに過ぎない。

(二) 種類債務の特定

特定の方法及び時期 種類債務は、遅くとも、その履行の時迄にはその目的が確定することを要する。この目的の確定、換言すれば、同一種類に屬する物の中から給付すべき特定の物を限定することを、種類債務の特定又は集中と謂ふ。而して吾民法は、債務者が物の給付をなすに必要な行為を完了し、又は債権者の同意を得てその給付すべき物を指定した時に、種類債務は特定を生ずるものと規定してゐる(民法四〇一條二項)。

(1) 債務者が物の給付を爲すに必要な行為を完了した時に特定を生ずるか  
ら、給付すべき一定量の物を分離しただけでは未だ特定を生ずることなく――



—分離によつて特定すると見る學説を分別主義と謂ふ——又常に必ずしも引渡あることを要しない——引渡あつて始めて特定を生ずると見る學説を引渡主義と謂ふ。債務者の側に於て物の給付に必要な一切の行爲を完了した時に、特定を生ずるのである。

例之、(a)取立債務にあつては、債権者は債務者の住所に赴いて給付を受領すべきであるから、債務者が給付の準備をなして後、その受領を催告した時に特定し、(b)第三地に物を發送すべき送付債務にあつては、債務者が該地に向けて物を發送した時に特定し、(c)債権者の住所又は營業所に於て給付をなすべき持參債務——吾民法上は持參債務が原則となつてゐる(民法四八四條)——にあつては、債務者が債権者の住所又は營業所に於て現實の履行の提供をなすことを要するから、この時に特定し、運送人に引渡しただけでは未だ特定を生じない。

- (2) 債務者が債権者の同意を得て、その給付すべき物を指定した時。
- (3) 民法には別段の規定はないが、債権者がその種類に屬する物を差押へた場合にも、之に因つて給付の物體は特定するものと見るべきである。
- (ロ) 種類債務の特定の效力 種類債務の目的が特定するときは、その物のみが債務の目的となり、従つて種類債務は特定債務となるのである。

特定の效力の主要なものを舉ぐれば、(1)特定前に於ては、その種類全部が滅失しなければ、債務者はその履行の責を免れ得ないのであるが、特定後、その物が債務者の責に歸すべからざる事由によつて滅失すれば、他に同種の物が存しても、債務者はその履行の責を免れる(民法四〇〇條)。例之、持參債務にあつては、運送の途中に不可抗力によつてその物が滅失しても、債務者は尙同一種類の他の物を給付しなければならぬが、送付債務にあつては、發送により既に特定を生じてゐるから、債務者はこの責を免れることとなる。(2)雙務契約に於ける危険移轉の時期は、特定の時期である(民法五三四條參照)。(3)特定後は、債務者は善良なる管理者の注意を以て、その物を保管することを要する(民法四〇〇條)。(4)特定後、債務者はその給付の物體を變更し得るか否か——目的物の變更權の有無の問題——その變更を認めても、債権者に不利益を被むらしむる虞がないから、信義誠實の原則上、變更を認むべきである。(5)特定の結果、目的物上の所有權その他の物權が、當然に債権者に移轉するか否かは、學説上争の存するところである(民法一七六條參照)。種類債務の特定に因り、その債務は特定債務となるに過ぎないのであるから、別段の合意がない限りは、特定のみによつては、未だ物權は移轉しないものと見るべきである。

### 第三 金錢債權(金錢債務)

金錢を金錢として給付することを目的とする債務を金錢債務と謂ふ。故に、一定の金種(例之、明治二十年發行の五十錢銀貨と謂ふが如く)の一定量を給付するこ



とを目的とする絶対的金種債務は、純然たる種類債務であつて、金銭債務ではない。而して金銭債務が純然たる種類債務と異なるのは、價值債務たる性質を有する點に存する。故に、金銭債務は履行不能となることなく(民法四〇二條二項)、債務者が不可抗力に因つて履行をなすことを得ない場合でも、債務者は履行の遅延に基く損害賠償をなさねばならぬ(民法四一九條二項)。金銭債務の履行遅延に因る損害を遅延利息と謂ひ、利息なる名稱が附加せられてゐるが——利息と同様に約定利率又は法定利率によつて算定せられるから——利息債務に於ける利息とは區別せらるべきである。而して遅延利息の額は、法定利率——民事債務については年五分(民法四〇四條)、商事債務については年六分(商法二七六條)——に依つて之を定むべく、ただ約定利率が之に超ゆるときは、約定利率に依るのであるが、何れにしても、當事者は、實損害が之より多額なること若くは少額なることを立證しても、賠償額の増額又は減額を請求することを得ない(民法四一九條)。蓋し金銭の利用は、通常、法定利率若くは約定利率に相當する利益を生ずるものと看做さるべきが故である。

尙金銭債務にして、金額千圓を超えないものについては、金銭債務臨時調停法が

適用せられる。

(一) 金額債務

給付すべき金銭の種類につき、當事者に別段の定めがない金銭

債務を金額債務と謂ひ、債務者は、その選擇に従ひ、各種の通貨——強制通用力ある貨幣——を以て、その辨濟をなすことを得る(民法四〇二條一項)。自由貨幣——一定

量以上の補助貨幣——又は小切手による辨濟であつても、取引の慣習上又は信義誠實の原則上、債權者に於て之を受領すべきである限りは、その受領を拒むことを得ない。債務者が幾何の釣錢を要求し得るか否かについても、之を同様に解すべきである。例之、個人に對して一圓を支拂ふのに百圓紙幣を以てし、九十九圓の釣錢を要求するのは、信義誠實の原則に反するも、九十九圓を支拂ふのに百圓紙幣を以つてし、一圓の釣錢を要求するのは、信義誠實の原則に適合する。

(二) 金種債務

特定種類の貨幣の給付を目的とする債務を金種債務と謂ふ。

その内、特に一定の金種以外の貨幣の給付を許さない特約ある債務を絶対的金種債務と謂ひ、然らざる債務を相對的金種債務と謂ふ。前者は、前述のやうに、純然たる種類債務に外ならぬのであるが、後者は、價值債務の一種であるから、辨濟をなす



時に、その種類の通貨が強制通用力を失つてゐるときは、債務者は、他の通貨を以て辨済をなすことを要する(民法四〇二條一項但書、同二項)。

尙金錢債務に金貨約款が附せられた場合に於て、兌換停止の結果債務者が金貨を得ることを得ないときは、金貨の金屬價格を標準として他の通貨に換算し、その額を他の通貨を以て辨済しなければならぬ。

(三) 外國通貨金錢債務　外國の通貨を以てのみ辨済すべき債務を、固有の外國通貨金錢債務と謂ひ、その金額債務なると金種債務なるとの區別に従ひ、民法四〇二條が適用せられる(同條三項)。反之、債務額を表示するに外國貨幣を標準とするに過ぎない金錢債務を、固有ならざる外國通貨金錢債務と謂ひ、この種の債務については、債務者は、履行地に於ける爲替相場に依り、日本の通貨を以てもその辨済をなすことを得る(民法四〇三條)。

第四 利息債權(利息債務)

(一) 利息及び利息債權の意義

元本所謂流動資本利用の對價たる法定果實にして、元本の額、竝に債權者がその

元本を利用し得ない期間に應じ、一定の利率によつて算定せられる金錢その他の代替物を、利息と謂ひ、利息の支拂を目的とする債權を利息債權と謂ふ。

(二) 利息債權の性質

利息債權は元本債權を前提とする從たる債權である。從つて基本たる利息債權は、元本債權とその運命を同じうし、別段の合意がない限り、元本債權の移轉により、利息債權も移轉し、又元本債權の消滅と共に消滅し、元本債權に對する時効の中斷若くは差押の效力は、利息債權にも及ぶのである。

以上述べたるところに反し、基本たる利息債權より具體的に派生する毎期の利息債權(支分權)は、基本たる利息債權とは別個の存在を有する獨立の債權であるから、元本債權が消滅しても、この種の利息債權は消滅することなく、又元本債權が他人に移轉しても、必ずしも、その利息債權は移轉しない。尤も、この種の利息債權と雖も、元本債權の擴張たる性質を有することは明であるから、債務者が元本と利息とを共に支拂はない限り、債權者は、その受領を拒絶することを得る。尙債務者が元本の外利息を支拂ふべき場合に於て、辨済者が、その債務の全部を消滅せしむる



に足りない給付をなしたときは、先づ之を利息に充當することを要する(民法四九一條)。

(三) 利息債權の發生

債權は、金錢の支拂を目的とする場合でも、當然に利息を生ずるものではない。利息債權の發生するがためには、之を規定する法規若くは契約あることを必要とする。

當事者は、契約自由の原則上、元本使用の對價として、一定の利息を約定することを得るのであるが、利息を生ずべき債權につき特に利率の定めがないときは、民事債權にありては年五分、商事債權にありては年六分の利率によつて、利息の支拂をなすべきである(民法四〇四條、商法二七六條)。當事者間の契約によるも、法律に別段の定めある場合の外は、利息制限法の規定する定限利率を越ゆることを得ない。尤も、定限利率を越ゆる利息の契約は、單に裁判上無効とせられるに過ぎないから(利息制限法四條、既に之を支拂つた以上は、債務者は、不當利得として、その返還を求むることを得ない)。利息制限法が金錢の消費貸借上の債務(利息制限法第一條に所謂

「金錢貸借上ノ利息」)についてのみ適用あるに過ぎないか、或は、金錢以外の物の消費貸借若くは違約金等についても、その適用を認むべきかは學說の未だ一致しないところである。

尙利息制限法に違反しない限り、當事者は、單利の外、複利(重利)の契約をなすことを得るのみならず(約定重利)、利息が一年以上延滞した場合に於て、債權者より催告をなすも、債務者がその利息を支拂はないときは、債權者は、一方的に、之を元本に組入れることが出来る(民法四〇五條)。之を法定重利と謂ふ。

第五 選擇債權(選擇債務)

(一) 選擇債權の意義及び性質

選擇債權とは、數個の個別的に特定せる給付(その給付は同種のものたる否と又履行の場所若くは履行期を異にする否とを問はない)の内、選擇によつて定まるべき給付を目的とする債權を謂ひ、給付の確定が選擇を必要とする點に於て、特定債權若くは任意債權と異り、選擇せらるべき給付が個別的に特定せる點に於て、種類債權若くは制限的種類債權とも異なる。



任意債權とは、債權の目的たる給付は始めより特定してゐるが、債務者がこの本来の給付に代へて、他の給付をなし、以てその債務を免れ得べき債權(民法二一二條、二八六條、二八七條、四〇三條、四六一條二項参照)若くは債權者が本来の給付に代へて他の給付を請求し得べき債權を謂ふ(民法一一七條、四二〇條、七二三條参照)。

選擇債權は、選擇ある迄は給付は確定しないのであるが、債權それ自體は始めより確定的に發生してゐるのであるから、如何なる意味に於ても、選擇を條件とする條件附債權ではない。

(二) 選擇債權に於ける給付の選擇

(イ) 選擇をなすべき權利(形成權)は、當事者間の合意により、何人にも之を歸屬せしめ得るのであるが、別段の合意がないときは、選擇權は、債務者に屬する(民法四〇六條)。第三者が債務者に代つて辨濟をなし得べき場合には(民法四七四條参照)、その第三者も亦選擇權を行使し得るものと見るべく(尤も、債務者に不利益なる選擇をなしたときは、その範圍に於ては、債務者に對する求償權を有しない)、債務者數人ある場合(例之、連帶債務、不可分債務)でも、單獨に辨濟をなし得べき場合には、選擇權は各債務者に屬するものと解すべきである。

(ロ) 選擇權は、特約によつて債權者にも之を歸屬せしめ得る。この場合に於て、債權者が辨濟期到來しても、尙選擇をなさないときは、債務者は、履行をなさずとも、履行遲滯の責を負はない。

(ハ) 選擇權が債務者に屬する場合たと、債權者に屬する場合たとを問はず、選擇の意思表示は、相手方たる債權者又は債務者に對する意思表示によつて、之をなすべく(民法四〇七條一項)、その相手方に到達した以上は(民法九七條一項)、も早や、任意に之を取消すことを得ない(民法四〇七條二項)。尤も、取消原因(例之、詐欺、強迫)の存するとき、又は別段の合意がなされてゐるときは、この限りではない。

債權が既に辨濟期にある場合に於て、相手方が相當の期間を定めて催告をなすも、選擇權を有する債務者又は債權者が、その期間内に選擇をなさないときは、その選擇權は相手方に移轉する(民法四〇八條)。

(ニ) 當事者間の特約に依り、選擇權が第三者に屬する場合には、選擇は、債權者又は債務者の一方に對する意思表示によつて之をなすべく(民法四〇九條一項)、第三者が選擇をなすことを得ないか(例之、數人の選擇權者ある場合に於て、全員の一致を見



ない場合をも包含する。或は選擇をなさない意思を表示し、或は債務者の催告あるも、相當期間内に選擇の意思を表示しないときは、民法四〇八條類推、選擇權は、債務者に歸屬するに至る(民法四〇九條二項)。

(三) 選擇債權の效力

(イ) 選擇債權の目的たる給付中、始めより不能のものがあつた場合は勿論、その後に不能となつたものあるときは、債權は、その殘存するものについてののみ、その效力を維持する。尤も、選擇權を有しない債權者又は債務者の責に歸すべき事由に因つて、給付が後に不能となつたときは、選擇權者たる債務者は、不能の給付を選擇して、全然その債務を免れ得べく、又債權者が選擇權を有するときは、不能となつた給付を選擇して、之に代るべき損害賠償を請求することを得る(民法四一〇條)。

例之、A、B、C三つの家の中Aなる家が不可抗力に因つて滅失したときは、選擇債權は、B、Cについて存続するのであるが、若し債權者がAなる家を焼失せしめたときは、選擇權を有する債務者は、Aなる家を選択することによつて、全然その債務を免れ、又債權者が選擇權を有する場合に、債務者がAなる家を焼失せしめたときは、債權者は之を選択して、その滅失に因る損害賠償を請求することを得るのである。

(ロ) 選擇は、選擇債權發生の時に遡つてその效力を生じ(民法四一一條)、従つて選擇債權は、始めより、その選擇せられた給付を目的とする特定債權として取扱はれるのであるが、之によつて、第三者の既得權を害することを得ない(民法四一一條)。

選擇の遡及效によつて、第三者の既得權を害すべき場合は甚だ稀である。例之、甲が乙に對してA、B、C三棟の家の中何れか一棟を讓渡することを約し、その旨の假登記をなして後、Aを第三者丙に讓渡して本登記をなしたとする。この場合にAを選択する意思表示がなされるれば、乙は遡及的に(假登記の時に遡つて)Aなる家の所有權を取得することとなり、第三者丙の權利を害するに至るであらう。この種の場合を豫想して、民法四一一條但書が設けられたものと解する外はない。

第三節 債權の一般的效力

第一款 債權の對內的(債權者債務者相互間)に於ける效力

第一項 債務の履行(又は履行の提供)

債務の履行(又は履行の提供)は、債務の本旨に従つて、之をなさねばならぬ(民法四



一五條、四九三條。

第一 給付(履行)の物體

債務の目的たる給付が、物又は権利の設定移轉を内容とするか、勞務の提供その他の作爲若くは意思表示を内容とするか、或は不作爲を内容とするかによつて、自ら履行方法を異にすべく、従つて、債務の本旨に適合する方法であるか否かは、すべての債務について一律に之を決定することを得ない。當事者の契約の内容、給付の性質、取引の慣習或は信義誠實の原則によつて、具體的且つ個々のに判斷する外はない。

(一) 一部履行

一部の履行は、給付が可分なる場合でも、原則として、之を債務の本旨に従ふ履行と見るを得ない。故に例之、利息を支拂ふべき債務者が、元本のみの支拂をなしても、債権者は不適法の履行として、その受領を拒むことを得る。乍併、債権者が特に之を承諾した場合、法律が一部履行を許す場合(民法四二七條、民事訴訟法一八三條參照)若くは特別の慣習ある場合は、勿論、債権者に於て一部履行を拒絶することが、信義誠

實の原則に反する場合には、一部履行も亦適法である。例之、石炭百噸を引渡すべき債務に於て、債務者が履行期に九十九噸を引渡したときは、後に残りの一噸の引渡をなす限り、適法なる履行がなされたものと見るべきである。

(二) 債務の履行として他人の物又は権利を移轉した場合

この場合に、債権者が善意取得(民法一九二條以下、商法四四一條、二八二條參照)又は時効(民法一六二條以下參照)に因つて、その物又は権利を取得したときは、その履行は有効となるのであるが、そうでない場合には、債権者は第三者の物又は権利を取得し得ないから、その履行は無効であり、眞の権利者たる第三者のみならず、債務者自身も亦、債権者に對してその返還を請求することを得る。尤も、債務者がその返還を求むるには、更に有效なる履行(辨濟)をなすことを要する(民法四七五條)。

債権者が債務の履行によつて受領した物を、善意にて消費し、或は之を第三者に讓渡した場合には、その履行は有効となり、債務者はその返還を求め得ないのであるが、債権者が、第三者たる眞の権利者或はその物の讓受人から損害賠償の請求を受けたときは、履行者たる債務者に對して、その求償權を行使することを得る(民法



四七七條。

處分の能力(意思能力又は行爲能力)又は權限を有しない者が、その所有する物を債權者に移轉した場合も、亦右に述べた場合と同様である(民法四七六條、四七七條)。

第二 履行すべき時期については後に述べる(第二項第一參照)。

第三 履行の場所

債務を履行すべき場所について、當事者間の協定又は法律の規定(民法六一四條、六二四條參照)に依つて、別段の定めがなされてゐないときは、特定物の引渡は、債權發生の當時その物の存在した場所に於て之をなすべく、その他の債務の履行は、債權者の現時の住所、事務所又は營業所に於て之をなすことを要する(民法四八四條、商法二七八條)。即ち法律上、債務は持參債務なることが原則となつてゐるのである。

債權者がその住所、事務所又は營業所を變更し、或は債權を第三者に讓渡したために、履行の場所に變更を生じた場合には、之に因つて増加した履行の費用は、債權者に於て之を負擔すべきである(民法四八五條但書)。

第四 債務の履行をなし得る者(第三者辨濟)

債務の履行(又は履行の提供)は、通常債務者又はその代理人によつてなされるのであるが、代替的給付を目的とする債務については、原則として、第三者も亦有效なる履行(又は履行の提供)をなすことを得る。之を第三者辨濟又は代位辨濟と謂ふ。尤も、當事者が反對の意思を表示したときは、第三者による履行(又は履行の提供)は許されないのみならず、利害の關係を有しない第三者が、債務者の意思に反して履行をなすとも、履行としての效力を生じない(民法四七四條)。第三者が履行(又は履行の提供)をなし得べきときは、その第三者は、債務者の有する給付の選擇權又は代物辨濟の權利をも行使し得べく(民法四〇六條以下、四八二條參照)、債權者が第三者の履行の提供あるにも拘らず、その受領をなさないときは、受領遲滯の責を負ふべきである(民法四一三條、四九二條)。第三者による履行の場合にも、履行の效力は、債務者について發生するのであるから、第三者が債務者に代つて損害賠償債務を履行したときでも、賠償代位の效力は、債務者について發生するのである(民法四二二條參照)。

第三者が債務者に代つて履行をなして、債務者を免責せしめたときは、その贈與の意思に出でない限り、債務者に對して、委任又は事務管理に基く求償權を取得す



べく、又その求償権の範圍に於ては、一定要件の下に、債權者に代位辨濟代位するものである(民法四九九條以下)。之等の點については、後に述べる。

第五 履行(又は履行の提供)の相手方

(一) 履行(又は履行の提供)は、債權者又は辨濟受領の權限を有する者に對して、之をなすべきであるが、債權者はその債權を取立つる權利を有しない場合(債權者が債權質を設定せる場合、民法三六七條參照。及び訴訟法上支拂の差止を受けた場合、民事訴訟法五九八條參照)には、債權者又はその代理人に對して履行(又は履行の提供)をなしても、無効である(民法四八一條)。

(二) 債權者又は辨濟受領の權限を有しない者に對してなした履行(又は履行の提供)は、原則として、その效力を生じないのであるが、次に述ぶる例外の場合が認められてゐる。

(イ) 債權者又は辨濟受領の權限を有しない第三者に對してなした債務の履行であつても、之がために、何等かの原因——例之、履行を受領した第三者がその受領した金錢その他の物を債權者に引渡したやうな場合——によつて、債權者が利益を

得たときは、その利益の限度に於ては、履行としての效力を有する(民法四七九條)。このことは、目的の到達に因る債權消滅の法理の適用の結果に外ならぬ。

(ロ) 債權の準占有者に對してなした履行は、履行者が善意にて之をなした場合——準占有者を眞の債權者と誤認した場合——には、履行として有効であり、従つて債務者は眞の債權者に對する債務を免れる(民法四七八條)。蓋し債權の準占有者は恰かも眞の債權者と誤認せられ得べき地位にある者であるから、民法は、債權の準占有者に對する履行を有効として、履行者をして二重に履行する必要なからしめ、以て一般取引の安全を期してゐるのであつて、その趣旨は、全く已むを得ない錯誤者を保護せんとする點に存する。

(1) 債權の準占有者とは、債權者でないにも拘らず、自己のためにする意思を以て事實上債權を行使する者(民法二〇五條參照、換言すれば、判例も適切に指摘してゐるやうに、「社會一般ノ取引觀念ニ照シ、眞實債權ヲ有スルモノト思料スルニ足ル外觀ヲ備フル者」を謂ひ——例之、郵便通帳とその印鑑の所持人、免責證券の所持人、或は戸籍簿上債權者の相續人として表示せられてゐる者、表見相



續人——右の外観を備ふる限りは、必ずしも債権者として継続的にその権利を行使した事實を必要としない。尤も、債権の準占有者とは、判例も是認してあるやうに、債権者たるの外観を備ふる者のみを指し、債権者の代理人として債権を行使する者を包含しない。代理権を有せずして代理人として、債権の取立をなす者に對する履行(辨濟)が有効であるか否かは、全く民法一〇九條、一一〇條、一一二條の規定する表見代理の要件を具ふるか否かによつてのみ、之を判斷すべきである。

(2) 債務の履行をなした者が、準占有者を眞の債権者と誤認(善意)したについては、過失がない場合でなければ、その履行を有効となすを得ないか否かについては、學説は岐れてゐるが、判例は、民法四七八條の文言通りに解して、債権ノ準占有者ニ對スル辨濟ハ、辨濟者ノ無過失ナルコトヲ要セサルヲ以テ、其ノ辨濟ノ效力ヲ認ムルニ付キ、過失ノ有無ヲ決スルノ要ナシ」と判示してゐるが、その當否は頗る疑はしい。蓋し民法が善意を要求する場合には、特別の理由がない限り、善意なるについて無過失なることも同時に要求するものと解する方が

合理的であるからである。

債権の準占有者たるがためには、一般人が相當の注意をなすとも、尙眞の債権者として之を誤認すべき地位にあることを要するのであるから、辨濟者(履行者)は、一般には、無過失であるのが通常である。乍併、その辨濟者の中に知られた事情もあり得るし、従つて又、之等の事情から判斷すれば、彼が相當の注意をなしてさへゐれば、容易に眞の債権者でないことを知り得たであらうと思はれる場合もあり得る。このやうな場合にも、尙辨濟者の無過失なることを要しないとすることは、頗る不當である。

(3) 債権の準占有者に對する辨濟(履行)に因つて債権は消滅し、従つて眞の債権者はその債権を失ふ結果損害を被るに至るのであるから、履行を受けた準占有者は、不當利得又は不法行為の規定に依つて(民法七〇三條、七〇四條、七〇九條、眞の債権者に對して、不當利得の返還又は損害の賠償をなさねばならぬ。

債権の準占有につき、動産の善意取得に關する民法一九二條の準用を認むべきか否かの問題(民法二〇五條参照)に關しては、學説は未だ一致してゐない。判例は繰返して、善意取得に關する民法一九二條は、動産の占有のみに關する特別規定であつて、債権の準占有には準用せられ得ないと判示してゐるが、眞の權利者を犠牲にしても、尙表見的な權利者からその



権利の移轉を受けた者を保護することを適當とするならば、動産を目的としない財産権例之債権についても、民法一九二條の準用を認むべきであり、又民法四七八條が債権の準占有者に對してなした善意の辨濟を有效とする趣旨に徴しても、之を是認すべきである。蓋し債権の準占有者に對する辨濟に因つて債権者がその債権を失ふことと、準占有者がその債権を善意の第三者に讓渡した結果眞の債権者が債権を失ふこととは、實質的に見て何等の相違もないからである。

(ハ) 受取證書——眞の債権者又は眞に辨濟受領の権限を有する者が作成せるものであることを必要とし、偽造又は變造に係る受取證書は、茲に所謂受取證書に該當しない——の持參人は、眞に辨濟受領の権限を有すると否とを問はず、その権限あるものと看做され(民法四八〇條)従つてその持參人に對する辨濟は有効である。蓋し受取證書の持參人は常に辨濟受領の権限を有する者ではないが、通常その権限を授與せられて、受取證書の交付を受けたものと推測せられ得べく、従つて辨濟者に於て、その持參人が眞に辨濟受領の権限を有するものと信ずるを一般とするからである。尤も、辨濟者が持參人にその権限がないことを知つてゐたとき、又は過失によつて之を知らなかつたときは、その持參人に對する辨濟は無効となる(民

法四八〇條但書。

## 第六 債務の履行(辨濟)の效力

### (一) 債権の消滅

債務の履行に因つて債権債務は消滅し——尤も、第三者の辨濟に因り、その第三者が債権者に代位し得べき範圍に於ては、債権は尙消滅せずして、その第三者に移轉する(民法四九九條以下參照)——従つて又債権に附從する擔保物權、保證債權、保證債務、その他の權利義務(例之、將來に對する利息債權、違約金債權)も亦消滅する。

判例は、債権が消滅すれば、抵當權の如き不動産を目的とする擔保物權も當然に消滅するから、その消滅の登記抹消登記をなさずとも、債務者その他の利害關係人は、その消滅を以て第三者に對抗することを得ると解してゐるが、反對説もない(民法一七七條參照)。

### (二) 履行費用の負擔

履行(辨濟)の費用について、當事者間に別段の協定がなされてゐないときは、その費用は、債務者が之を負擔すべきである。尤も、債権者がその住所を移轉し、或は債権を第三者に讓渡したため、辨濟の費用を増加せしめたときは、その増加額は債権



者に於て之を負担しなければならぬ(民法四八五條)。

(三) 受取證書の交付義務

辨濟受領者は、辨濟者に對して受取證書を交付すべき義務を負ふ(民法四八六條)。蓋し債務が辨濟せられた事實は、辨濟者に於て立證すべきであるから、民法は、その立證を容易ならしめんがために、辨濟者をして、辨濟受領者より辨濟受領の事實を證明するに最も確實にして且つ日常取引に於て一般に慣行せられる受取證書を得せしめ、以て二重辨濟の危険を防止してゐるのである。而して若し辨濟受領者が受取證書の交付を拒絶するときは、辨濟者も亦その辨濟を拒絶し得るものと解すべきである(判例)。

(四) 債權證書の交付義務

債權の證書ある場合に、辨濟者が全部の辨濟をなして、その債權を消滅せしめたときは、債權者はその證書の返還をなさねばならぬ(民法四八七條)。辨濟以外の原因(例之、相殺、免除)によつて債權の全部が消滅した場合も、之を同一に解すべきである。而して先づ辨濟をなさなければ、辨濟者は債權證書の返還を求め得ないか、或は債權證書の返還をなさない間は、その辨濟を拒み得るか——即ち辨濟者は、同時履行の抗辯權を行使し得るか——については、未だ學説は一致してゐないが、證書の返還と辨濟との間に同時履行の關係を認むべきではないと考へる。

第二項 債務不履行

債務者が履行又は履行の提供をなすべき時に於て、その責に歸すべき事由に基き、適法なる履行又は履行の提供をなさないか(履行遲滯)或は之をなすことを得ない場合には、履行不能、債務者は、法律の定むるところに従ひ、或は當事者間の特約に基き、一定の責任を負ふ。

第一 債務の履行をなすべき時期

(一) 履行期

債權者が履行の請求をなし得べき時期を、履行期と謂ひ、法律上、種々の問題につき標準とせられてゐる(民法四一二條、一六六條一項、四九三條、五〇五條、五四二條)。履行期が到來しても、債務者は、必ずしも、履行遲滯の責を負ふものではないから(民法四一二條二項、三項)、履行期と債務者が履行をなすべき時期とは、必ずしも一致しない。



(二) 履行期の決定

履行期は當事者の合意により、自由に之を定め得るのである。或は確定期限を附し、或は不確定期限を附することを得る(商法四五〇條參照)。尙法律が直接に履行期を定むる場合もある(民法六一四條、六二四條、五九七條)。或る債権につき、約定の履行期又は法定の履行期の定めがないときは、債権はその發生と同時に、履行期にあるものと見るべきである。

(三) 履行期と履行遲滞の時期

(イ) 確定期限の定めある場合

吾民法は、期限は人に代りて催告すとの原則に基き、債務者は、履行期の到來した時より、履行遲滞の責に任すべきものと定めてゐる(民法四一二條一項)。履行期前にも、債権の目的たる給付が、債務者の責に歸すべき事由に基いて、不能となつた場合にも、債務者は、履行期の到來した時より、履行遲滞の責(履行不能に因る損害賠償債務につき)を負ふに過ぎない。

例之、甲(債務者)が乙(債権者)に對して、十二月三十一日に家を引渡すべき債務を負担してゐる場合に、履行期(十二月三十一日)前に——例之六月一日——甲が故意又は過失に基いてその家を焼失せしめたとする。この場合には、甲は乙に對して、家の引渡不能(履行不能)に因る損害を金錢を以て賠償すべき責(債務)を負ふのであるが、この損害賠償債務も、履行期以前には之を履行することを要しない。即ち履行期たる十二月三十一日に損害の賠償をなせば足るのであるから、十二月三十一日になつても損害の賠償をなさない場合に、始めて履行遲滞の責(遲延利息の支拂)を負ふに過ぎないのである。尤も、履行を不能ならしめた債務者は、當然に期限の利益を失ひ、債務者は履行を不能ならしめた時、即ち六月一日に、直ちに損害の賠償をなさなければならぬと解する學說もないではない。

(ロ) 不確定期限の定めある場合

この場合には、債務者は、その期限の到來したことを知つた時から、履行遲滞の責を負へば足る(民法四一二條二項)。尤も、期限到來後、債権者より催告を受けたときは、債務者が期限到來の事實を知らない場合でも、催告を受けた時から履行遲滞の責を負ふものと解すべきである。

(ハ) 期限の定めがない場合

この場合には、債権は、その發生と同時に(停止條件附債権にありては、その條件の



成就と同時に、履行期となるのであるが、債務者は、履行の催告(催告には相當の猶豫期間を附することを要しない)を受けた時から、履行遅滞の責に任ずれば足るのである(民法四一二條)。

吾民法は、不法行為又は債務不履行による損害賠償債務の履行期について、何等の規定をも設けてゐないのであるが、之等の債務は、その發生と同時に直ちに履行せらるべき性質を有するのであるから、敢て債権者の催告を須たずして、債務者は履行遅滞の責を負ふものと解すべきである。

若し、債務者は損害の賠償につき催告を受けた時から履行遅滞の責を負ふに過ぎないものと解すれば、債権者は損害賠償債權發生の時から、催告の時迄に於ける遅延利息を請求し得ない結果となるべく、この不合理な結果を避くるために、催告を受けた時を標準として、損害賠償額が確定せらるべきものとすれば、債務者は、催告前には、自ら進んで賠償債務の履行をなし得ないと云ふ不合理の結果を是認せざるを得ない。

(四) 履行期の到來と履行不能

契約の性質又は當事者間の特別の合意に基き、一定の履行期に債務の履行をなさなければ、契約をなした目的を達することを得ない場合に、その契約を定期行為

と謂ふ。その内、契約の性質上定期行為たるものを、絶對的定期行為と謂ひ、當事者間の特別の合意に基き定期行為として取扱はるべきものを、相對的定期行為と謂ふ。例之、學校の記念日に餘興として演藝をなすべきことを約束した場合は、絶對的定期行為であり、學校の記念日に用ふることを表示(賣買契約の動機の表示)して或る物品の購入契約をなした場合は、相對的定期行為である。

契約が定期行為に屬する場合に於て、履行期に債務者がその債務の履行をなさないときは、履行は不能となるのであるから、その不能が債務者の責に歸すべき事由に基く限り、債務者は履行不能に因る損害の賠償をなさねばならぬと共に、債権者は直ちにその契約の解除をなすことを得る(民法五四二條)。

(五) 履行期前の履行

履行期(期限)は債務者の利益のために定められたものと推定せられ、従つて債務者はその期限の利益を抛棄して、履行期前であつても、有效に履行をなすことを得る。尤も、之に因つて債権者が損害を被る特別の場合には、損害の賠償をなさなければならぬ(民法一三六條)。



第二 債務者の責に歸すべき事由

債務者が債務不履行の責を負ふがためには、その履行遅滞の場合たると履行不能の場合たるとを問はず、その原因が債務者の責に歸すべき事由なることを要する(民法四一五條)。尤も、金錢債務の履行遅延の場合には、その原因の如何を問はず、債務者は履行遅滞の責を負ふべきである(民法四一九條二項)。

債務者の責に歸すべき事由とは、單に債務者の故意過失に限らず、廣く債務者をして不履行の責任を負はしむることを相當とするすべての事由、例之、債務者の人的事由、或は履行補助者の過失をも包含する。

- (一) 債務者又は法人の代表者、意思無能力者の法定代理人の故意若くは過失
- (二) 債務者の人的事由

債務者の精神上又は肉體上の缺陷或は資力缺乏の如き、その債務者のみに存する障碍は、所謂人的事由として、之に因る債務不履行の責任は、債務者に於て之を負担すべきである。尙法人の代表者、意思無能力者の法定代理人に存する人的事由は、債務者自身の人的事由と同一に之を取扱ふべきである。

例之、法人の代表者たる理事の全部が精神的又は肉體的の障碍を生じ、そのために法人の債務を履行しないときは、法人は債務不履行の責に任じなければならぬと共に、又幼年者(意思無能力者)の債務を履行しないことが、幼年者に資産がないためであると、その法定代理人たる親権者又は後見人が旅行不在のためであるとを問はず、債務者たる幼年者自身に於て債務不履行の責に任じなければならぬ。

- (三) 履行補助者の過失(民法上、廣義に於て過失とは故意をも包含する)

(イ) 履行補助者——例之、運送店の雇人——の選任、監督又は之に對する指圖等について、債務者(雇主)が善良なる管理者の注意を缺き、ために、債務不履行となつたときは、債務者自身の過失として、その不履行の責を負ふべきは、當然の事理である。

(ロ) 債務者が履行補助者を用ふるについて何等の注意を怠らなかつた場合でも、履行補助者に過失があるときは、債務者(雇主)は、之に因る債務不履行の責に任ずべきである(判例)。この點については、吾民法に直接の規定を缺くのであるが(獨逸民法二七八條、瑞西債務法一〇一條、奧太利民法一三一三條參照)、補助者によつてなされるべき履行を約する者は、その補助者も亦過失なく履行をなすべきことを默約するものを見るべきであるから、敢て法の明文を須たすとも、この法理を肯定すべきである。



尤も、債務者が債権者の明示又は黙示の同意を得て、履行補助者を使用した場合に於て、債務者がこの補助者に何等の指圖をもなし得ないとき、例之、鐵道又は郵便設備を利用するが如き場合には、之等の補助者の過失に因る債務の不履行については、債務者は何等の責をも負ふことを要しない。

(ハ) 補助者(例之、雇人)の不法行爲に因る本人(雇主)の責任については、民法七一五條に明文の規定がある。この規定の趣旨に徴しても、債務者(雇主)はその補助者(雇人)の過失に因る債務の不履行につき責を負ふべきことを是認せざるを得ないであらう。蓋し債務不履行と不法行爲とは、共に違法行爲なる點に於ては、その本質を同じうするからである。

第三 債務者の責に歸すべからざる事由に因る履行遅延又は履行不能

(一) 債務者の責に歸すべからざる事由に因つて、履行期に履行をなすことが不能となつても(履行遅延)、定期行爲の場合の外は、債務は消滅することなく、債務者は、ただ不能の繼續中、履行の義務を免れるに過ぎない。例之、戦争のため履行期に履行をなし得ない場合でも、戦争の終了に因つて履行が可能となれば、その時に債務の履行

をなさなければならぬ。

(二) 債務者の責に歸すべからざる事由に因つて、債務の履行が永久に不能となつたとき(例之、天災に因つて引渡すべき家屋が焼失した場合)は、債務は消滅し、従つて債務者は債権者に對して何等の責任をも負ふことを要しない(民法四一五條の反對解釋)。乍併、履行不能の結果、債務者が何等かの利益を得たときは、債権者は、その利益の返還を請求することを得る。之を代償請求權と謂ふ。

例之、債務者が十二月末日に家を引渡すべき債務を負擔してゐる場合に、不可抗力のため六月一日にその家が焼失したときは、債務者はその債務を免れるのであるが、若し家が焼失してゐなければ、債務者は十二月末日迄その家の保存に必要な費用を負擔しなければならぬのであるから(民法四〇〇條參照)、家の焼失のために節約することを得た費用は、一種の利益であるから、この節約費用の返還をなさねばならぬと共に、若しその家が火災保険に附せられてゐて保険金を取得したときは、之も亦家の焼失に因る利得であるから、之を債権者に交付しなければならぬ。

代償請求權については、吾民法に明文の規定はないが、公平の理論に基き、學說上一般に認められてゐる。

尙雙務契約に因つて當事者の一方の負擔した債務が、その債務者の責に歸すべ



からざる事由に因つて、履行不能となつた場合に、債務者たる契約一方の当事者が、債権者たる他の当事者に對して、反對給付を請求する権利を有するか否かは、所謂危険負擔の問題として、民法五三四條以下の規定するところである。

#### 第四 履行遲滯の效果

債務者が履行遲滯にあるときは、債権者は、強制履行を裁判所に請求することを得るのみならず、履行遲延に因る損害の賠償(遲延賠償)又は場合によつては、履行に代るべき損害の賠償(填補賠償)を請求し(民法四一五條)、或は債權發生の原因たる契約の解除をなすことを得る(民法五四一條)。

#### (一) 強制履行

(イ) 履行期到來するも、債務者が任意にその債務の履行をなさないときは、その債務の性質上強制履行がなされ得る場合には、債権者は、之を裁判所に請求することを得る(民法四一四條一項)。茲に強制履行とは、所謂直接強制執行を指し、執達吏をして債務の目的たる給付を實現せしむる行爲に外ならぬ(民事訴訟法五六四條乃至七三二條)。

(ロ) 債務の性質が強制履行を許す場合に於ては、第一審の受訴裁判所は、申立により、決定を以て相當の期間を定め、債務者がその期間内に履行をなさないときは、その遲延の期間に應じて、一定の賠償をなすべきこと、又は直に損害の賠償をなすべきことを命ずることを要する(民事訴訟法七三四條)、之を心理強制と謂ふ。尤も、この方法は金銭の支拂を目的とする債務には適用せられる餘地がない(民事訴訟法五六四條乃至七二九條參照)。

(ハ) 債務の性質が強制履行を許さない場合に於て、その債務が作爲を目的とするときは、債権者は、債務者の費用を以て、第三者に之をなさしむべきことを裁判所に請求することを得る(民法四一四條二項、民事訴訟法七三三條、七三五條)。之を代替執行と謂ふ。尤も、不代替給付を目的とする債務については、この強制執行方法を採用することを得ないのみならず、代替給付を目的とする債務についても、この方法に依るよりも、寧ろ損害賠償を請求するを便宜とすべく、従つてこの種の強制執行は、その實益に乏しいことに注意すべきである。

(ニ) 意思表示をなすことを目的とする債務については、裁判を以て、債務者の意思



表示に代ふることを得る(民法四一四條二項但書、民事訴訟法七三六條)。尤も、意思表示が第三者に對してなされるべき場合には、判決は、原則として、第三者に對しては、その效力を及ぼさないから、裁判を以て之に代ふることを得ないが、一定の官廳に對する意思表示(例之、登記の申請)は、官廳を相手方としてなされる意思表示ではないから、裁判を以て之に代ふることを得る。

(ホ) 不作爲を目的とする債務については、債務者の費用を以て、そのなしたものを除却し——例之、一定の工事をなすべからざる債務者がその工事をなしたときは、その工事を除却すること——且つ將來反覆的に不作爲債務を履行しない虞ある場合には、之に因る損害の防止に適當なる處分、例之、違約金或は擔保設定の申渡しを、債務者に對してなすべき旨を裁判所に請求することを得る(民法四一四條三項、民事訴訟法七三五條、五六三條參照)。この不作爲債務の不履行の場合に關する債權確保の方法は、他人が一般の權利不可侵義務に違反した場合にも、亦之を採用し得るものと解すべきである。

(ハ) 債權者が以上掲げた履行強制の請求をなした場合でも、尙遲延その他の原因に因つて損害を受けたときは、債務者に對して、その損害の賠償を請求することを得る(民法四一四條四項)。

(二) 履行遲滞に因る損害の賠償

(イ) 債權者は、債務の履行と併せて、履行遲滞に因つて生じた損害の賠償(遲延賠償)を請求することを得る。尙債務者が履行遲滞にある間に、給付の物體が滅失毀損する等、給付の全部又は一部が不能となつたときは、債務者は、之に因つて生じた損害の全部を賠償することを要する。尤も、履行遲滞に陥らなかつたとしても、當然に債權者に生じたるべき損害については、之を賠償することを要しない。例之、履行期に目的物を引渡してあれば、その目的物の滅失を免れ得た場合には、債務者は、その價格の全部を損害として賠償しなければならぬが、その目的物(例之、家屋)の引渡が遲滞しないでも、不可抗力に因り當然に滅失したるべき場合には、債務者は、引渡の遲滞に因つて債權者の被つた損害のみを賠償すれば足るのである。

(ロ) 履行遲滞の場合に、債權者は、その後の履行を受くることを拒絶して、直ちに履行に代るべき損害の賠償(填補賠償)を請求し得るか否かについては、學説は未だ一



致してゐないが、直ちに填補賠償を求めなければ、——換言すれば、その後の履行を受けても——債権者がその債権を取得した目的を達することを得ない場合に限り、この種の賠償を求むることを得るに過ぎずと解すべきである。故に、その債権が契約に因つて発生してゐるときは、原則として、その契約を解除して後始めて、履行に代るべき損害の賠償を求め得るに過ぎない。

(ハ) 債務者が履行遅滞にあるときは、債権者は相當の期間を定めてその履行を催告し、その期間内に履行がないときは、契約の解除をなすことを得る(民法五四一條)。

第五 債務者の責に歸すべき履行不能の効果

(一) 履行(給付)不能の意義及び種類

履行不能とは、債務の目的たる給付の全部又は一部が、取引の通念上、債務者によつて實現せられ得ないことを謂ふ。

(イ) 原始不能と後發不能

債權發生の當時その目的たる給付が不能なることを、原始不能又は當初不能と謂ひ、債權發生の後に不能となることを後發不能又は事後不能と謂ふ。原始不能

の給付を目的とする債權債務は有効に成立することを得ない。而して、原始不能の債務の發生を目的とする契約の一當事者(債務者)が、その相手方に對して損害賠償の責を負ふべきか否かは、所謂契約締結上の過失者の責任の問題として、學者間に争の存するところである。

契約締結上の過失者の責任とは、例之、甲が或る場所に家屋を有することを乙に告げ、一定の價格(代價)を以て乙に之を賣却すべき旨を約したが、その家は既に焼失せる場合に於て、甲がその焼失の事實を知り、或は知らざるも、その知らざることにつき過失あるとき、甲に於て、乙がその家屋の賣買が有効に成立したことを信頼せることに因つて被つた損害を賠償すべき責任を謂ふ。苟くも故意又は過失に、因つて他人に不當の損害を及ぼした限り、民法七〇九條に依り、その者は被害者に對して不法行為上の損害賠償の責に任すべきであるから、特別の明文なき吾民法のもとに於ても、この種の責任を認むべきである。

(ロ) 自然的不能と法律的不能

自然的な原因に基き履行が不能なる場合を自然的不能と謂ひ、法律上禁止せられるため、適法に履行を爲すことを得ない場合を、法律的不能と謂ふ。

(ハ) 客觀的不能と主觀的不能

通説に依れば、債務の目的たる給付が一般人にも不能なる場合を客觀的不能と



稱し、債務者のみに不能な場合を主觀的不能と稱して、兩者を區別すべきものとなし、法律上不能とは客觀的不能のみを指すに過ぎずと説明せられてゐるが、給付は債務者自身の行爲(作爲又は不作爲)であるから、給付の可能不能の問題も亦債務者を標準として之を決定すべく、不能自體に客觀的不能と主觀的不能との二種があり得べき筈はない。通説の所謂主觀的不能とは、債務者の人的事由(資産能力、健康狀態等)に基く不能を指すに過ぎないのであつて、民法に所謂債務者の責に歸すべき不能に外ならぬ。

(ニ) 永久的不能(繼續不能)と一時的不能

原始的不能が永久的なる場合には、債權は始めより發生するを得ないが、不能が一時的に過ぎないときは、原則として、債權は有効に成立し、又後發的不能が一時的なる場合には、定期行爲を目的とする債權の外は、單に、履行遲滯の問題を生ずるに過ぎない。

(ホ) 全部不能と一部不能

一部不能の給付を目的とする債權が有効に成立することを得るか否か、又後に

一部不能を生じた場合に債權の全部が消滅するか否か、若くは、この場合に債務者が如何なる責任を負ふべきかの問題は、債權の性質、取引の慣習又は當事者間の明示若くは默示の特約によつて之を決定すべきである。

(二) 履行不能による債務者の責任

履行不能が債務者の責に歸すべき事由に基くときは、債權者は契約を解除し、或は解除することなくして、損害の賠償を請求することを得る(民法四一五條、五四三條、五四五條三項)。

第六 積極的債權の侵害(狹義の不完全履行)

履行が債務の本旨に適合しない場合を、廣義に於て不完全履行と謂ひ、その不完全なるために、債權者に特別の損害を被らしむる場合を、積極的債權の侵害と謂ふ。例之、過失に因つて病畜を給付し之がために債權者の他の家畜に傳染せしめた場合の如きは、その適例である。斯くの如き債權の侵害が、債務者の責に歸すべき事由に基くときは、債務者は、給付が不完全なること自體に基く損害のみならず、更にその不完全なることに因つて、債權者の他の財産に及ぼした損害をも賠償しなけ



ればならぬ。積極的債權の侵害と區別すべきは債務履行の機會に債務者が不法行為を爲す場合である。例之、食料品を供給した債務者が故意若くは過失に基いて、その食料品に病菌を附着せしめ、之に因つて、債權者が健康を害し、損害を被つたときは、債務者は、債權者の身體權の侵害に基く不法行為上の損害賠償の責に任ずべきである。

第七 損害賠償

(一) 損害の意義及び種類

損害とは、人の法益に受くるすべての不利益を謂ふ。吾民法は、不法行為についてののみ、非財産的損害(無形の損害)の賠償責任を規定するに過ぎないので(民法七二〇條七二一條)、債務不履行に於ける損害賠償は、單に財産的損害(有形の損害)のみに限ると見る學説がないではないが、債務不履行と不法行為とを區別して、その損害賠償責任に差異を認むべき何等の理由なく、従つて不法行為に關する規定は、之を債務不履行の場合にも類推適用して、債務者は、債務不履行による無形の損害をも賠償すべき責を負ふものと解すべきである。

(イ) 積極的損害と消極的損害

損害を被つた者の現在の財産額と債務不履行その他損害賠償責任の發生原因たる事實なかりせば維持せられたるべき財産額との間に存する差額を、財産的損害と謂ひ、積極的損害と消極的損害との兩者を包含する。積極的損害とは、積極的に被つた損害、即ち既存財産の減少を意味し、消極的損害とは、失ひたる利益、即ち既存財産につき生ずべかりし増加額を指すのである。

(ロ) 積極的契約利益(履行利益)と消極的契約利益(信賴利益)

積極的契約利益とは、契約が完全に履行せられたとすれば債權者に於て取得すべかりしすべての利益を意味し、消極的契約利益とは、債權者がその契約の有効に成立したことを信じたために被つた損害、換言すれば、債權者がその契約の無効なることを知つてゐれば被らざるべき損害を指すのである。この區別は、積極的損害と消極的損害との區別の如く、損害の成分の區分ではなくして、損害自體の區別、即ち契約の有効なることを前提とするか、或は無効なることを前提とするかによる損害の區別である。従つて、積極的契約利益に於ても、又消極的契約利益に於て



も、各々積極消極の損害を包含するのである。例之、賣買契約の解除の場合に於ける賣主の消極的契約利益は、賣主が契約を締結したため支出することを要した費用(積極的損害)と、彼が解除に因つて賣買契約の無効となるべきことを知つてゐたとすれば、その目的物を他人に賣却することによつて取得すべかりし利益消極的損害)とを包含するのである。

(二) 損害賠償債権

(イ) 損害を賠償せしむることを目的とする債権を、損害賠償債権と謂ふ。自己の被つた損害は自ら之を負擔すべきを原則とし、従つて他人をして自己の被つた損害を賠償せしめ得るがためには、法律上の原因を必要とする。之を、通常責任原因と謂ひ、之を大別して、法律行為(例之、保險契約その他損害擔保契約)と法律規定との二者とする。法律規定による責任原因の主要なものは、債務不履行と不法行為とであるが、この外、その何れにも屬しない責任原因を認むる法律規定も尠くない。

(ロ) 損害賠償債権は、始めから之を目的として成立することもあり、或は始めは他の目的を有した債権が、後に至つて損害賠償債権に變更することもある。不法行

爲又は保險契約に基くものは前者であつて、債務不履行に基くものは後者である。而して債務不履行に基く損害賠償債権は従來の債権と同一の債権であつて、單にその目的が變更せられたものに過ぎないのであるから、従來の債権を擔保する擔保物權保證等も亦、不履行に因る損害賠償債権を擔保することとなるのである。

(ハ) 損害賠償の方法

損害賠償は、別段の合意がないときは、金錢を以てその額を定むべきである(民法四一七條、七二二條一項)。即ち吾民法は損害賠償の方法として原狀回復主義によらずして、金錢賠償主義を採用してゐるのである。

(ニ) 損害賠償の範圍

(1) 因果關係 債務者に對して、債權者が賠償を請求し得べき損害は、債務不履行と相當因果關係ある損害のみに限られる。茲に相當因果關係にある損害とは、原則として、債務不履行に因り通常生ずべき損害、換言すれば、通常一般人に豫見せられ得べき損害を謂ひ、特別の事情に因つて生じた損害は、債務者がその事情を豫見し又は豫見することを得べかりし場合に限り、債務者に於



てその賠償の責を負ふ(民法四一六條)。

例之、物の賣主が一箇月間履行を遅滞したために、買主が賠償を請求し得べき損害額は、その物の一箇月間の利用價值に過ぎないのであつて、偶々買主がその物を更に第三者に引渡すべき債務を負担して居り、而かも一箇月間之を引渡すことを得なかつたために、違約金を支拂ふことを要するときでも、債務者たる賣主が右の事情を豫見し、若くは豫見することを得べかりし場合でなければ、その違約金を賠償することを要しないのである。

(2) 過失相殺 債務不履行に關して、債權者にも過失があつたときは、裁判所は、損害賠償責任の有無若くはその金額を定むるについて、債權者の過失を斟酌しなければならぬ(民法四一八條)。之を過失相殺と謂ふ。

過失相殺につき、吾民法は債務不履行の場合には、損害賠償ノ責任及ヒ其金額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス」と規定し(民法四一八條)、不法行爲の場合には、損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得」と規定してゐるが(民法七二二條二項)、債務の不履行も不法行爲も、共に違法行爲なる點に於ては同一であるから、兩者につき、過失相殺の法理の適用を異にすることは甚だ不合理である。通説は、右の規定を文字通りに解釋して、不法行爲の場合には、被害者に過失があつても、裁判所は損害賠償額を軽減し得るに止まり、損害賠償責任を免除することを得ないと解してゐるが、賠償額の軽減は、場合により、比較的多く爲されることもあり得るのであるから、當然に又全額を免除することも妨げないものと見なければならぬ。

過失相殺の場合に於ける債權者の過失は、本來の意義に於ける過失、即ち注意義務の違反を指すものではなくして、善良なる管理者の注意を用ひれば自己の損害を防止し得たにも拘らず、その注意を怠ることを意味するに過ぎない。而して過失相殺が爲されるためには、債權者の不注意の行爲、作爲、不作爲が、債務不履行又は之による損害の發生原因たることを要するは勿論である。債權者の過失を斟酌すべき標準については、吾民法に何等の規定もないから、裁判所の自由なる裁量によるべきであるが、債權者の過失の程度及び原因力の強弱が主要なる標準とせらるべきである。

(3) 損益相殺 損害賠償の原因が、同時に、被害者に利益を生せしめたときは、被害者の被つた損害は、事實上、それだけ減少してゐるのであるから、この利益は、損害賠償に際して、損害額より控除せらるべきである。之を損益相殺若くは損得相殺と謂ふ。例之、債務の不履行に因り、債權者が旅費を節約し、又は物の保管費用を節約し得た場合には、之を損害額より控除すべきである。反之、例之、身體傷害又は殺害による不法行爲上の損害賠償につき、被害者又は遺族



が、法律の特別規定その他の原因に基いて、扶助料又は恩給等を取得し、或は被害者が保険契約に基く保険金請求権を取得するとも、之等の利益は、別個の原因に基くものであるから、之を損害額より控除すべきではないと考へる。

(ホ) 損害賠償額を算定するにつき標準とせらるべき時期

損害賠償債務は、その發生原因たる債務不履行又は不法行為の時に直に發生するのであるから、賠償すべき損害額は、原則として、債務不履行又は不法行為の時を標準として之を算定すべく、判決の時又は判決の時迄に於ける任意の中間時を標準として之を算定すべきではない。乍併、損害が繼續的に發生し、或は得べかりし利益を後に喪失すべき事情があるときは、利益を得べかりし時、又は判決の時を標準としてその損害額を算定する外はないのであるが、繼續的に損害が發生し、或は得べかりし利益を喪失すべき事情が存したか否かは、不法行為又は債務不履行の時を標準として之を決定すべきである。例之、乙がAなる物を甲に引渡すべき債務を負担せる場合に、乙の責に歸すべき事由に因り、その物を滅失せしめ、そのために、履行期に履行することが不能となつたときは、乙は、原則として、履行期(債務不履行の時)に於けるAなる物の價額を賠償すれば足るのであるが、その後Aなる物の價額が騰貴し、従つて若し甲が債務の履行を受けたとすれば、その騰貴による利益をも取得すべかりしにも拘らず、この利益の喪失による損害を被つた場合には、その騰貴による利益を確實に取得すべき特別の事情が存し、且つ債務不履行の際にその事情を債務者に於て豫見し又は豫見し得べかりしときに限り、その騰貴の時(最高價格に騰貴した時)を標準として、損害額を算定すべきである(判例)。不法行為に因る損害額の算定についても、之を同一に解すべきである。

(三) 違約金

(イ) 違約金の性質

違約金とは、債務者が、債権者に對して、債務不履行の場合に支拂ふべきことを約束せる金銭を謂ふ。尤も、金銭にあらざる物を以て、損害の賠償に充つべきことを特約せる場合にも、違約金に關する規定が準用せらるべきである(民法四二一條)。

(ロ) 違約金の目的

違約金は種々の目的を以て約定せられ得る。



- (1) 違約金が純然たる私罰として約束せられたときは、債権者は、違約金に加へて損害賠償をも請求するを得る。
- (2) 違約金の支拂によつて、債務者がその債務を免れ得べき契約を爲したときは、實は違約金契約ではなくして、債務者が違約金を給付して、その債務を免れ得べき任意債務を發生せしむる契約に外ならぬ。
- (3) 違約金は、債務不履行の場合に於ける損害賠償の豫定として約定せられることが最も多い。故に民法は、違約金を以て賠償額の豫定であると推定してゐるのである(民法四二〇條三項)。而して違約金契約によつて、損害賠償額を豫定したときは、債権者は、債務の不履行がある限り損害を被つたか否か、或は幾何の損害を被つたかを證明することを要せずして、その豫定額の賠償を求め得ると共に、債務者は、債権者に損害なきこと、若くは實損害が豫定額より少なることを立證しても、その免責又は減額を請求することを得ない。同様に、債権者も亦實損害が之より大なることを立證してもその増額を請求し得ないのである(民法四二〇條)。尚、履行遅滞の場合につき賠償額が豫定せられてゐると

きは、債権者は、その豫定額を請求し得る外、尙、債務の履行をも請求するを得るのみならず、又履行遅滞の場合たると、履行不能の場合たるとを問はず、豫定額の請求を爲すと共に、契約の解除をも爲すことを妨げない。

(四) 賠償代位

(イ) 債権者が、損害賠償として、その債権の目的たる物又は権利の價額の全部を受領したにも拘らず、依然として、その物又は権利を維持し得るものとすれば、債権者は、却つて不當に利得する結果となる。故にこの場合には、その物又は権利は、賠償を爲した債務者に當然に移轉するのである(民法四二二條)。之を賠償代位と謂ふ。

例之、乙が甲より寄託を受けた物をその過失に因つて他人に盗まれた場合に、乙が甲に對してその寄託物の價額の全部を損害賠償として支拂ひ、甲が之を受領したときは、盜品の所有權は、法律上當然に甲より乙に移轉するのである。

(ロ) 債権の目的たる物又は権利の滅失毀損又は喪失に因つて、債権者が第三者に對して、何等かの請求權を取得した場合にも、債務者は、全損害の賠償をなすことに因つて、債権者の有する第三者に對する請求權をも、代位によつて取得することを



得るか否かは、學說の岐れるところである。私は、この問題を消極に解するのが正当であると思ふ。

例之、乙が甲より寄託を受けた物を充分の注意を以て保管してゐなかつたために、丙が之を滅失せしめたとする。この場合には、甲は乙に對しては、債務不履行(寄託契約の不履行)に因る損害賠償を請求し得べく、又丙に對しては、その所有權の侵害を理由とする不法行為上の損害賠償を請求することを得る。この場合に、賠償代位を認むるときは、甚だ不合理の結果を生ずるであらう。何となれば、若し丙がその物の價額の全部を甲に賠償するときは、丙は甲が乙に對して有する損害賠償請求權を取得することとなるからである。乍併、乙が甲に對して損害の賠償を爲したときは、之に因つて、丙も亦、甲に對する賠償債務を免がれるのであるから、乙は丙に對して求償權を行使することを得べきは勿論である。蓋し、乙と丙とは、損害賠償に關しては、甲に對する不真正連帶債務者に外ならぬからである(後述、不真正連帶債務の項参照)。

第三項 履行の提供(辨濟の提供)と受領遲滯

第一 履行の提供

(一) 債務の履行は、債務者の一定の作為又は不作爲のみにて完了することがあり、或は債權者の受領、その他の協力を必要とすることがある。後の場合には、債務の

履行と、履行の提供とを區別することを要する。而して履行の提供とは、履行完了のために、債務者の側に於てなすことを要するすべての行為を完了することを謂ひ、之に因つて、債務者は、不履行に因つて生ずべき一切の責任を免れるのである(民法四九二條)。

(二) 履行の提供は、債務の本旨に従つて、原則として、現實に之をなすことを要する(民法四九三條)。如何なる場合に、現實の提供がなされたものと見るべきかは、各場合につき、取引の慣行又は信義誠實の原則に依つて、之を判斷すべきであるが、一般的に謂へば、履行の準備をなして、履行の場所へ赴き、債權者の受領にあらば履行が完了すべき状態を發生せしめた限り、茲に現實の提供がなされたものと解すべきである。

(三) 債權者が豫め受領を拒み(明示たると默示たるとを問はない)、又は受領につき法定代理人その他の者の同意を必要とし、或は債務の履行につき、目的物の選擇、履行の場所の選擇又は履行に必要な設備器具の提供等、債權者の行為を必要とするときは、債務者は、相當の時期に履行を完了し得る程度に、履行の準備を整へ、その



旨を債権者に通知して、以て受領の催告をなせば足る(口頭の提供)。尤も、その後債権者が受領の意思を通知し、受領拒絶の撤回、或はその協力を要する行爲をなしたときは、債務者は、更に現實の履行の提供をなすことを要する。

第二 受領遅滞(債権者遅滞)

辨濟者が、辨濟(履行)の提供をなしたにも拘らず、債権者又は辨濟受領の権限ある者が、その受領を拒み、又は受領すること能はず、或は履行の完了に必要な協力行爲をなさず、又は之をなし得ないことに基く履行の遅延を、受領遅滞又は債権者遅滞と謂ふ(民法四一三條)。

(一) 辨濟受領の間接義務

吾民法上、債権者は、給付を受領する権利を有するも、法律に別段の規定(例之、民法六六三條一項)又は特約がない限り、受領の義務を負ふものではない。従つて一般に、受領遅滞は債権者の債務不履行とはならないのである。

(二) 受領遅滞の要件

(イ) 給付が可能なること 給付が不能なるときは、履行の提供を爲すことを得な

いから、履行不能の問題を生ずるに止まり、受領遅滞を生ずる餘地はない。尤も、債権者の提供すべき設備等を提供しないため、給付が不能であるときは、之を受領遅滞として觀察すべきである。

(ロ) 受領遅滞は、常に、現實又は口頭による履行の提供を前提とするか否かについては、積極消極の兩學説が對立してゐるが、債権者の受領その他の協力行爲が不能なるとき、又は之を期待し得べからざる事情ある場合には、債務者側に於て、履行の準備をなすを以て足り、敢て履行の提供をまたずして、債権者は受領遅滞の責を負ふべきものと解すべきである。

(ハ) 債権者が受領その他の協力行爲をなさない原因の如何は之を問はない。その不可抗力に因ると、第三者の行爲に因ると、或は又債権者の責に歸すべき事由に基くと否とに拘らず、債権者は、受領遅滞の責を負ふべきである。

(三) 受領遅滞の効果

債権者は、適法なる履行の提供がなされた時より、又特別の場合には、履行の準備が完了した時より、遅滞の終了する迄、受領遅滞による不利益を自ら甘受すべきで



ある。

(イ) 受領遅滞に因り、債務そのものは消滅するものではないから、遅滞終了の後は、更に債務者は、その履行の提供をなすことを要し、又既に履行の提供に因つて、種類債務が特定したときは、素りに之を變更することを得ない。尤も、信義誠實の原則に反しない限り、その變更權を認むべきである。

(ロ) 債權者の辨濟受領その他の協力行爲に因り履行が完了したとすれば、當然に債權者の負擔に歸すべかりし一切の事項については、受領遅滞以後、債務者は、その責を免れる(民法四九二條)。

(1) 債務者の注意義務(民法四〇〇條参照)が輕減せられるか否かについては、吾民法に特別の規定を缺くため、積極說、消極說及び折衷說(無償寄託の場合に類似することを理由として、爾後具體的過失の責を負ふに過ぎずと解する學說)の三說が對立してゐる。

(2) 利息附債務は、受領遅滞中は、利息の發生を停止する。

(3) 雙務契約上の債務につき、債務者が危險を負擔する場合にあつても(民法五

三六條参照)受領遅滞の結果、債權者が之を負擔することとなる。

(4) 受領遅滞にある債權者が、同時履行の抗辯權を失ふか否かについては、積極消極の兩學說が對立してゐる。

(5) 履行が完了したとすれば、生ぜざるべき債務者の財産の減少(例之、保管費用)については、すべて、債權者に於てその賠償の責に任すべきである。

(6) 債務者は、目的物を供託することを得る(民法四九四條)。

### 第二款 債權の對外的(第三者に對する)效力

#### 第一項 第三者による債權の侵害

第三者が故意又は過失によつて債權を侵害した場合には、債權者はその第三者に對して不法行爲を理由とする損害の賠償を請求することを得るのであるが(民法七〇九條)如何なる場合に第三者による債權の侵害ありと認むべきかについては、未だ學說は一致してゐない。この點については第一節(四)參照。

#### 第二項 債權者代位權(代位訴權又は間接訴權)



債務者の資産が減少するときは、債権者は、その債権を行使しても、充分の辨済を受け得なくなるから、債権者は債務者の資産(債権の一般擔保)を保存し、以て自己の債権を保全するために、その債務者に屬する財産権を、債務者に代つて行使することを得る(民法四二三條)。之を債権者代位權と謂ふ。

斯くの如く、債権者代位權は、本來債務者がその財産権の行使を怠り、因つてその資産の減少することを防止するために認められたものであるが、苟くも債務者がその權利を行使しないために、債権者がその權利を保全し得ないときは、假令債務者が充分の資産を有する場合でも、その債権者は、代位權を行使することを得べく、更に債権以外の請求權を保全する必要ある場合にも、權利者は代位權を行使し得るものと解すべきである(通説)。例之、賃借人が賃借物を占有する以前に、第三者によつてその物が不法に占有せられたときは、債権者たる賃借人は、債務者たる賃借人に代位して、その所有權に基く妨害排除請求權を行使し得べく、又質物の拾得者に對して、質権者は所有權者に代位して、所有權に基く返還請求權を行使することを得るのである。

### (一) 債権者代位權の要件

(イ) 債權保全の必要あること

債務者がその財産權を行使しないため、債務者の財産より債権者が充分の辨済を受くることを得ない虞がなければ、債権者は代位權を行使することを得ない。

何となれば、何等の必要なくして、他人の權利關係に干涉をなすことは、一般に、許し得べからざることであるからである。乍併、代位權を行使し得べき債権者については、何等の制限なく、擔保附債権者でも、必要ある限り、この權利を行使することを妨げない。

(ロ) 原則として、債權が履行期にあること

乍併、履行期前に債権者が債務者の權利を行使しなければ、その債権を保全することを得ないか、或は之を保全することの困難なる事情があるときは、裁判所の許可を得て代位權を行使することを得るのみならず(非訟事件手續法七二條以下参照)之を裁判上の代位と謂ふ——債務者の財産權を保存するに過ぎないときは、履行期以前でも、裁判所の許可を受くることなくして、代位權を行使することを得る(民



法四二三條二項。

(ハ) 債務者がその財産権の行使を怠ること

債務者が自らその権利を行使する以上は、假令その行使方法が不適當であつて、相當の効果を擧げ得ない場合でも、債権者にも早や代位権を行使することを得ない。蓋し之を許すときは、債務者は、債権者のために、不當の干渉を受くることとなるからである判例。

尤も、この場合には、債権者は、訴訟の結果につき、利害關係を有する第三者として、その訴訟の繫屬中、債務者を補助するために、訴訟参加をなすことを得る(民事訴訟法六四條參照)。

(二) 債権者代位権の物體

代位によつて債権者の行使し得る権利は、債務者に屬する財産権にして債務者の一身に專屬しないものに限られる(民法四二三條一項但書)。債務者の一身に專屬しない以上は、登記を申請する権利の如く、公法上の権利についても代位をなすことを得る。

茲に一身專屬の權利とは、債務者でなければ行使することを得ない權利(行使一身專屬權)を謂ひ、例之、贈與の申込に對して承諾をなす權利、相續(從つて又包括遺贈)の承認又は拋棄を

なす權利等は之に屬する。相續し得ない一身專屬權と行使一身專屬權とは必ずしも一致しない。例之、相續の承認又は拋棄をなす權利は、相續に關しては一身專屬權ではないが、代位に關しては一身專屬の權利として取扱はるべきである。又讓渡し得ない權利と代位し得ない權利とも必ずしも一致しない。例之、讓渡禁止の債權と雖も、代位の物體となる。

代位權行使の效果

(イ) 債権者が代位をなすことを通知し、その通知が債務者に到達したときは、債務者はその代位せられる権利を行使することを得ない(非訟事件手續法七六條參照)。

(ロ) 代位によつて、債権者が債務者の権利を行使した結果受理した財産は、一應債務者に歸屬するのであるから、債権者がその財産から辨濟を受けんとすれば、更にその財産に對して強制執行(差押)をなさねばならぬ。尤も、債権者がその受領した財産を債務者に引渡すべき債務と、自己が債務者に對して有する債權とを相殺すること妨げない。

代位により、債権者は、單に債務者の権利を行使し得るに過ぎないか、或は權利の行使の結果取得すべき金錢その他の物を受領する權限をも有するか否かは、學說の岐れるところであるが、民法が代位權を認むる趣旨に徴して、受領の權限をも債権者に與へたものと見るべ



きである。判例も亦この結論を是認してゐる。

### 第三項 債権者取消權(廢罷訴權)

債務者がその財産を減少するときは、債権の引當(一般擔保)はそれだけ減少し、従つて債権の經濟上の價值も亦下落する。故に、民法は債務者が債権者を害することを知つてなした財産に關する法律行為の取消をなし得べき權利を、債権者に與へ(民法四二四條)、又破産法は、この種の法律行為の效力を否認し得べき權利を認め得る(破産法七二條以下)。

〔債権者取消權の法律上の性質〕 債権者取消權は、訴の方法によつてのみ行使せられ得るに過ぎないが——故にこの權利は又廢罷訴權とも稱せられる——實體法上の權利に屬することは明である。

債権者取消權が、單に債務者の行為を取消することを目的とする權利に過ぎないか、或は更に取消した結果、第三者より債務者に返還せらるべき金錢その他の物の回復をも請求し得る權利であるかについては、學說上の争がある。

#### (1) 形成權說(物權說とも謂ふ)

この學說に依れば、債権者取消權は、債務者のなした詐害行為を取消し得るに過ぎないもの、即ち一種の形成權に外ならぬと見るのである。即ち、債務者のなした詐害行為が、第三者

に對する債務免除又は債務負擔の如き場合には、之等の行為を取消すのみで、債権者は債務者の財産(債権の一般擔保)を保存し得べく、又債務者のなした詐害行為が、第三者に對する所有權の移轉の如き場合にも、債権者が之を取消すことによつて、債務者はその回復請求權を取得すべく、債務者が、この回復請求權を行使しないときは、債権者は、更に民法四二三條に依つて、債務者に代位してこの請求權を行使すべきこととなる。

#### (2) 請求權說(債權說)

この學說に依れば、債権者取消權は、債務者の詐害行為に因つて利益を取得した第三者より、債権者が直接にその利益を回復し得べき請求權に外ならずと見るのである。

#### (3) 折衷說

この學說に依れば、債務者のなした詐害行為が、單に取消のみに因つて、債務者の財産保存の目的を達し得べき場合、例之、第三者に對する債務免除、債務負擔には、債権者取消權は、單なる取消權に過ぎないが、債務者の財産を回復すべき必要あるときは、例之、所有權の移轉(之を回復することを内容とする請求權に外ならずと解するのであつて、吾國の判例の採用する學說である)。

### (1) (一)

#### 債権者取消權發生の要件

#### 客觀的要件(詐害行為)

(1) 債権の一般擔保たる財産に關して債務者が或る、法律上の行為をなしたこ



と。その行爲は處分行爲(財産の處分、債務の免除)たるも債務行爲(債務の負擔)たるを問はない。

(2) 債務者の行爲は、有償行爲(例之、賣買)なると無償行爲(例之、贈與、遺贈、債務の免除)なるとを問はないが、之に因つて債權の一般擔保が減少し、又は減少する虞あること(辨濟が不能又は困難となる結果を生ずること)を要する。例之、債務者が相當の價格を以てその所有する不動産を賣却した場合には、債務者の財産の數額に於ては何等減少を生じないが、その賣却は、確實なる財産を變じて消費し易き金錢に換ふるのであるから、債權者にとつては、確實なる一般擔保が減少する結果となるべく、従つて債務者が他に債務を辨濟するに充分な財産を有しない限り、その賣却行爲は、一應詐害行爲として取扱はるべきである。右に反し、債務者の行爲に因つて債權の目的たる給付が不能となつても、それだけの理由では、債權者は取消權を行使することを得ない。例之、債務者甲が先づ乙に對して特定の不動産を賣却し、乙がその不動産の移轉を受くべき債權を取得した後に、更に甲が同一不動産を丙に賣却し、丙に對してその不動産

の移轉行爲をなすときは、之に因つて、乙の債權は給付不能となるのであるが、乙は、甲に對して債務不履行に因る金錢上の損害賠償請求權を行使し得べく、従つて債務者たる甲に、この損害を賠償するに足る充分の財産がある以上、債權者乙は自己の債權が害せられたことを理由として、甲と丙との間になされた不動産移轉行爲を取消すことを得ない。斯くの如く、或る債權者が自己の債權のみを保全する必要あることを理由として、債權者取消權を行使し得ないのは、取消權行使の効果が、同一債務者に對する總債權者の利益のために發生するものと規定せられてゐるためであり(民法四二五條)、この點に於て、債權者代位權と債權者取消權との間に重要な差異を認めなければならぬ。

〔債務者が債務の履行として、その財産に關する法律行爲をなした場合でも、債權者取消權が發生する餘地ありや〕 債務者が多數の債權者から債務を負擔して居り、而かも、その財産を以て總債權者の債權を辨濟することを得ない場合に、特に或る債權者のみに利益を與へんとして、その債權者のみに全部の辨濟をなしたとしても、その辨濟行爲は債務者の義務の履行に外ならぬから之に因つて他の債權者が害せられても、詐害行爲とはならない。判例も亦この趣旨を認めてゐる。



(ロ) 主観的要件(詐害の意思即ち詐害の認識)

債務者及び受益者が債権者詐害の認識を有すること、即ちその行為に因つて債権者が害せられる事実を知れることを要する。斯くの如く、債権者が取消権を行使し得るがためには、債務者のみならず、その行為に因つて直接に利益を取得する者即ち受益者の詐害の認識をも必要とするのであるが、受益者より更にその利益を取得した者、即ち轉得者が詐害行為なることを認識せること(轉得者の惡意は之を必要としない。ただ取消の効果を轉得者にも及ぼすためには、轉得者の惡意をも必要とするに過ぎないのである(民法四二四條一項但書))。

例之、債務者甲が、債権者を詐害する意思を以て、詐害の事實を知れる乙(受益者)に不動産を移轉し、更に乙が之を善意の轉得者丙に移轉したときは、債権者は甲乙間の不動産移轉行為を取消すことを得るも、その取消の無効を以て、善意の轉得者丙に對抗することを得ないから、丙からその不動産の回復を求め得ない。乍併債務者甲及び受益者乙が惡意なる以上、甲乙間の不動産移轉行為は、之を取消し得るのであるから、債権者は受益者に對して不當利得(例之、乙が丙にその不動産を一萬圓で賣却したとすれば、その一萬圓)の返還請求権を行使することが出来るのである。

(二) 債権者取消権の物體

債権者は、債務者のなした詐害行為の全部を取消し得るものではなくして、その債権を保全するに必要な範圍に於てのみ、取消権を行使し得るに過ぎない。例之、債務者が五千圓の債権を有する債権者を害することを知つて、第三者に一萬圓を贈與した場合には、債権者は五千圓の程度に於て、その贈與を取消し得るに過ぎないのである。

(三) 債権者取消権の行使

取消権の行使は、裁判上訴の方法に依ることを要する。債権者が何人を相手方(被告)として取消の訴を提起すべきかについては、取消権の性質に關する學說の異なる結果として、學者の主張するところは、未だ一致してゐないのであるが、判例は、受益者又は轉得者のみを相手方となせば足るものと解してゐる。

(四) 債権者取消権行使の効果

債権者取消権の行使に因り、債務者のなした詐害行為は、始めより無効の行為となるのであるが(民法一二一條、その結果は、同一債務者に對する總債権者の利益に歸するのであつて(民法四二五條)、取消権を行使した債権者は、取消に因つて債務者の



回復すべき財産について、優先的に辨済を受くる権利を有するものではない。尤も、取消権の行使に關して要した費用は、所謂共益費用として、その債權については、取消権を行使した者は先取特權を有する(民法三〇七條)。

(五) 債權者取消権の消滅時効

債權者取消権は、債權者が詐害行爲がなされた事實を知つた時より二ケ年、又その事實を知ると否とを問はず、詐害行爲がなされた時より二十年を經過したときは時効によつて消滅する(民法四二六條)。

第四節 多數當事者の債權債務

第一款 總說

同一の給付を目的とする債權關係につき、數人が債權者たる場合又は數人が債務者たる場合を、多數當事者の債權關係と謂ひ、大別して之を三種に分類することを得る。

(一) 二人以上の債權者が、各々給付の一部のみについて債權を有し、分割債權、又二

人以上の債務者が、各々給付の一部についてのみ債務を負擔するに過ぎない場合(分割債務)。

(二) 二人以上の債權者が、各々給付の全部を請求し得るも、債務者がその内の一債權者に對して給付をなせば、他の債權者に對してもその債務を免れ(不可分債權、連帶債權、不眞正連帶債權)或は二人以上の債務者が、各々全部の給付をなすべき義務を負ふも、その内の一債務者が給付をなせば、他の債務者もその債務を免れる場合(不可分債務、連帶債務、不眞正連帶債務、保證債務)。

(三) 同一の債權が數人の債權者に共同に歸屬し、各債權者が共同にのみ之を行使し得べき場合(債權の準共有)又は同一の債務が數人の債務者の共同負擔であつて、數人が共同してのみ之を履行し、又は履行を受け得るに過ぎない場合(共同債務及び合有的債務)。

例之、數人の俳優が協同してある劇を演出すべき債務を負擔するときは、それは共同債務に屬し、又數人の氏子が祭禮をなすに際し、神官が祝詞をあぐべき債務は、合有的債務である。

この種の債權債務については、吾民法は一般的の規定を設けてゐないが、契約自



由の原則上、當事者は、契約又は遺言によつて、斯くの如き債權債務を發生せしめ得るのみならず、數人の有する相續債權又は組合債權は、共同相續人又は組合員の準共有に屬するものと觀察すべきである。

### 第二款 分割債權關係

多數當事者の債權債務が、如何なる種類に屬するかは、當事者の意思表示又は法律の規定によつて、之を決定すべきであるが、之等の標準によつて、之を決定することを得ないときは、可分給付を目的とするものは、分割債權又は分割債務として取扱はるべく、又その分割の割合が明らかでないときは、各債權者又は各債務者は、平等の割合を以て、債權を有し又は債務を負擔するものとして取扱はるべきである。  
(民法四二七條)。

(一) 分割債權債務は、各々獨立の債權債務であるから、各債權者は、自己に屬する債權のみを行使し得べく、又各債務者は、自己の負擔する債務のみを履行すれば足る。尤も、債權者の一人が、他の債權者に屬する債權につき辨濟受領の權限を有すると

きは、その辨濟受領は、有效であり、又債務者の一人が他の債務者の債務をも辨濟したときは、第三者辨濟として有效である(民法四七四條)。

(二) 分割債權又は分割債務が、同一の雙務契約(例之、賣買)によつて發生したときは、各自の債權又は債務も亦雙務契約に關する規定に従ふべきである。例之、甲乙兩人の共有物たる米百俵を丙に千圓で賣却したときは、別段の事情がない限り、甲乙各々五百圓宛の分割債權を有するに至るのであるが、甲若くは乙がその米の引渡を拒絶するときは、丙は甲に對しても乙に對しても、同時履行の抗辯權を行使して、代金の支拂を拒絶することを得る(民法五三三條)。又この場合に、丙が引渡の拒絶を理由として、賣買契約を解除するには、甲乙兩人に對して解除の意思表示をなさねばならぬ(民法五四四條)。

### 第三款 不可分債權關係

債權債務の目的たる給付が不可分なるため——給付自體の性質上不可分なると、當事者の意思表示によつて可分給付を不可分ならしめた場合なるとを問はな



い——便宜上、二人以上の債権者の各々が總ての債権者のために履行の請求をなす権利を有し(不可分債權)或は二人以上の債務者の各々が全部の給付義務を負担する場合(不可分債務)を、不可分債權關係と謂ひ、不可分給付が可分給付に變じたときは、當然に、分割債權關係となる(民法四三一條)。

(一) 不可分債權

(イ) 不可分債權に於ては、各債権者は、總債権者のために履行を請求する権利を有すると共に、債務者は、債権者の一人に履行をなせば、他の債権者に對する債務をも免れる(民法四二八條)。

(ロ) 不可分債權者は、各々獨立の債権者であつて、ただ不可分給付の一部の履行を受くることが不可能なるため、各債権者が全部の履行を請求し、且つ之を受領し得るに過ぎないのであるから、一債権者に對する履行(供託は履行と同一視せらるべきである)及び一債権者の履行の請求のみが、他の債権者にその效力を及ぼすに過ぎずして(絶對的效力)、その他の事項は、その效力を他の債権者に及ぼすことを得ない(相對的效力)(民法四二九條二項)。尤も、不可分債權者の一人と債務者との間に更改

又は免除がなされ、之に因つて、債権者の一人がその債權を失ふときは、他の債権者が全部の履行を受くるに際して、更改又は免除をなした債権者が、若しその債權を失はなかつたとすれば、この債權者に分與すべき利益を、債務者に償還しなければならぬ(民法四二九條一項)。

例之、甲乙兩人が、丙に對して、馬一頭の引渡を要求する不可分債權を有する場合には、甲が債務者丙に對してその債務を免除しても、乙は尙丙に對して馬一頭の引渡を要求し得るのであるが、甲乙間には馬一頭の引渡を受けた後の利益分配の割合が定められてゐるから——その定めがないときは、各自平等の割合を以て、馬一頭に對する利益を有するものと見るべきである——乙は甲に分與すべかりし利益、即ち馬一頭の價格の半額を、債務者丙に償還しなければならぬのである。

(二) 不可分債務

數人が不可分債務を負担する場合には、債権者は、債務者の一人に對して又は總債務者に對して、同時若くは順次に全部の履行を請求することを得べく、従つて又債務者の全員或はその中の數人が破産の宣告を受けたときは、債権者は、その債權の全額について、各破産財團に對し配當に加入することを得る(民法四三〇條、四三二條、



四四一條、破産法二四條。又一債務者が履行若くは之と同一視せらるべき供託をなしたときは、之に因つて、他の債務者もその債務を免るべきは勿論である。斯くの如く、不可分債務と連帶債務とは、殆んどその效力を同じうするのであるが、不可分債務者の各々が全部給付の義務を負ふのは、ただ分割給付の途がないためであるから、給付が可分となれば、當然に分割債務となるのであつて（民法四三一條）、この點に於て、兩者の本質的差異を認むることを得る。故に、民法も不可分債務については、不可分債權に關する民法四二九條を準用するのみで、連帶債務に關する民法四三四條乃至四四〇條の規定を準用してゐないのである（民法四三〇條）。

#### 第四款 連帶債務

債務者數人ある場合に、その債務の目的たる給付が可分なるときでも、債權者が債務者の一人に對して全部の履行を請求し得ると同時に、同時若くは順次に總べての債務者に對して全部又は一部の履行を請求し得る債務を、連帶債務と謂ふ（民法四三二條）。

#### (一) 連帶債務の發生原因

連帶債務は、法律上當然に發生することもあるが（民法四四條二項七一九條、九一三條商法六三條、一三六條、一四六條、二一六條、二七三條、二九九條、三三九條參照）、多くの場合には、當事者間の法律行為、特に契約に因つて發生する。而して連帶債務者の一人について法律行為が無効であり、或は取消の原因が存したために取消の結果無効となつても、他の債務者の債務には何等の影響をも及ぼさない（民法四三三條）。

#### (二) 連帶債務に於ける債權者の權利

數人が連帶債務を負擔するときは、債權者は、その債務者の一人に對し、又は同時若くは順次に、總べての債務者に對して、債務の全部又は一部の履行を請求することを得る（民法四三二條）。故に、連帶債務者の全員又はその中の一人若くは數人が破産の宣告を受けたときは、債權者は、その債權の全額について、各々破産財團の配當に加入することを得るのである（民法四四一條、破産法二六條以下）。

(三) 連帶債務者の一人について生じた事項が他の連帶債務者に及ぼす效力  
連帶債務に於ては、各連帶債務者の債務は別個獨立の債務であるから、債務者の



一人と債権者との間に生じたる事項は、當事者間に於てのみその效力を生じ(相對的效力)他の連帶債務者に何等の效力をも及ぼさないのが原則であるが(民法四四〇條參照)、債務者の一人と債権者との間に生じた事項に因つて、債権者が、その債権を取得した目的を達したときは、他の連帶債務者の債務も亦消滅すべきである。斯くの如く、債務者の一人と債権者との間に生じた事項に因つて、他の債務者の債務も消滅することを、絶對的效力と謂ふ。

(イ) 連帶債務者の一人によつてなされた辨濟債務の履行又は供託  
辨濟及び供託は、債権者をして、その目的を満足せしむる代表的な手段であるから、連帶債務者の一人が辨濟又は供託をなしたときは、他の連帶債務者の債務も亦之に因つて消滅する。連帶債務者の一人が代物辨濟をなした場合も亦之を同一に解すべきである(民法四八二條)。

(ロ) 履行の請求

各連帶債務者の債務は、別個獨立の債務であるから、理論上は、債権者が、債務者の一人に對して履行の請求(催告)をなしても、他の債務者にその效力を及ぼすべき筈

はないのであるが、民法四三四條は、便宜上の理由に基いて、債務者の一人に對する履行の請求は、他の債務者に對してもその效力を生ずるものと規定してゐる。故に、尠くとも、履行の請求に因る時効の中斷は、他の連帶債務者にもその效力を及ぼすのである(民法一四九條、一五三條參照)。

(ハ) 更改

更改は、從來の債務を消滅せしめ、之に代ふるに新債務を發生せしむる契約であつて(民法五一三條一項)、債権者に實質的満足を與ふる行爲ではないから、債権者と連帶債務者の一人との間に更改がなされても、他の連帶債務者にその效力を及ぼすべき理論上の根據はないが、民法は、當事者の普通の意思を推測して、連帶債務者の一人と債権者との間に更改がなされた場合でも、債権は、すべての連帶債務者の利益のために消滅するものと規定してゐる(民法四三五條)。

(ニ) 相殺

(1) 相殺は、辨濟と同様に、債権者に満足を與ふる行爲であるから、債権者が連帶債務者の一人に對して相殺をなした場合のみならず、連帶債務者の一人が自



己の有する反對債權を以て相殺をなした場合にも、債權はすべての連帶債務者の利益のために消滅する(民法四三六條一項)。

(2) 連帶債務者の一人が債權者に對して反對債權を有するにも拘らず、之を以て相殺をなさないときは、その債務者の負擔部分の限度に於て、他の連帶債務者より相殺をなすことを得る(民法四三六條二項)。

例之、債權者甲に對して、乙、丙、丁の三人が三萬圓の連帶債務を負擔し、各自の負擔部分を一萬圓とする。この場合に、乙が甲に對して三萬圓の債權を有するにも拘らず、乙が相殺をなさないときは、丙若くは丁は、乙の負擔部分一萬圓の限度に於て相殺をなし、連帶債務を二萬圓に減少せしむることを得るのである。斯くの如く、他人の有する相殺權を行使することを許すのは、一般の法理には適合しないのであるが、之に因つて法律關係を簡單ならしめ得ると共に、反對債權を有する債務者に不當の損害を及ぼす虞もないのである。

(ホ) 免除

連帶債務者の全部に對する債務の免除に因つてすべての連帶債務が消滅するのは勿論であるが、更に民法は、連帶債務者の一人に對してなされた債務の免除も亦、その免除を受けた債務者の負擔部分の限度に於ては、他の連帶債務者にもその

效力を及ぼすものと規定してゐる(民法四三七條)。

免除は、債權の満足を生ぜしむる行爲ではないから、連帶債務者の一人に對する債務の免除は、理論上、他の連帶債務者にその效力を及ぼすべき筈はない。乍併、この理論を貫くときは、免除を受けた債務者も、他の連帶債務者が辨濟をなしたときは、その債務者より求償を受くべく、その結果、免除を受けた利益は全く消滅することになるから、その求償に應じた金額をば、更に債權者より償還せしめなければならぬ。斯くの如きは、法律關係を無用に錯綜せしめ、又當事者間に無資力者を生じたやうな場合には、甚だ不公平な結果を生ずるから、民法は、連帶債務者の一人に對する債務の免除であつても、その債務者の負擔部分については、他の債務者の利益のためにその效力を生ぜしめてゐるのである。

(ヘ) 連帶の免除

債務の免除と區別せらるべきは、連帶の免除である。連帶の免除とは、債權者が全部の給付を請求する權利を拋棄して、その權利を連帶債務者の負擔部分のみに減額すべき旨の一方的意思表示を謂ふ。而して總べての連帶債務者に對して連



帯の免除がなされたときは、各連帯債務者の債務は、その負擔部分を限度とする分割債務となること勿論であるが、連帯債務者の一人に對して連帯の免除がなされても、その債務者の債務のみがその負擔部分の額迄減少するに止まり、他の連帯債務者の債務には何等の影響をも及ぼさない(民法四四〇條參照)。故に、他の連帯債務者は、依然として、全部給付の義務を負ふべく、その全部給付の義務を履行して、共同の免責を得たときは、連帯の免除を得た者に對しても、その負擔部分につき求償をなし得べきは勿論(民法四四二條一項)、他に償還をなし得ない債務者があるときは、その部分は、連帯の免除を得た債務者も亦之を分擔すべき結果となるのであるが(民法四四四條)、若しこの理論を貫くときは、この債務者は連帯の免除を得ながら、尙その負擔部分以上の義務を負ふこととなるから、民法は、連帯債務者中に償還をなし得ない者があるため、連帯の免除を得た債務者の分擔すべき部分は、債權者をして之を負擔せしめてゐるのである(民法四四五條)。

例之、債權者甲に對して、乙、丙、丁の三人が三萬圓の連帯債務を負擔してゐる場合に、甲が乙、丙、丁の全部に對して連帯の免除をなせば、乙、丙、丁は各自一萬圓の分割債務者となる(各自の

負擔部分を一萬圓宛と假定する)。反之、甲が乙のみに對して連帯の免除をなせば、乙は甲に對しては一萬圓だけ辨濟すれば足るのであるが、丙、丁は依然として三萬圓全額の債務を負擔する。この場合に丙が三萬圓全額を甲に辨濟したときは、乙も丁もその責任を免れると共に(共同の免責)、丙は、乙、丁に對して一萬圓宛を求償することが出来るのであるが、若し丁が無資力であつて、その負擔部分一萬圓を丙に償還することが出来なければ、その一萬圓は、債權者丙と乙とが分擔すべく、乙は一萬五千圓を丙に償還すべき結果となる。然るにこの結果は、乙をして連帯の免除を得た利益を失はしむることとなるから、民法は、乙の分擔すべき五千圓は、之を連帯の免除をなした債權者甲に於て負擔しなければならぬこととしてゐるのである。

### (ト) 混同

混同は、債權債務が同一人に歸屬することであつて、債權の満足を生ぜしむるものではないから、連帯債務者の一人と債權者との間に混同を生じても、その効力はその債務者についてのみ生ずべき筈である。乍併、この理論を貫くときは、他の債務者は、混同債務者を債權者として之に辨濟をなし、次で、之を債務者として求償しなければならぬこととなり、無用の手数を繰り返さざるを得ない結果となる。民法は、この結果を避くるため、便宜上、混同債務者が辨濟をなしたものと看做して、す



べての法律關係を連帶債務者間の求償關係のみに減縮してゐるのである（民法四三八條）。

(チ) 時効の完成

消滅時効の完成時期は、連帶債務者の各々によつて異なることがあり得る。而して消滅時効の完成も亦債權の満足を生せしむる結果とはならないが、便宜上、民法は、連帶債務者の一人のために消滅時効の完成したときは、その債務者の負擔部分の限度に於て、他の連帶債務者も、その債務を免れるものと規定してゐる（民法四三九條）。

- 1) 消滅時効が完成した連帶債務者(甲)のみならず、他の連帶債務者(乙)も亦甲の負擔部分については、時効授用權を有し(民法一四五條參照)既に甲が時効の利益を拋棄した場合でも(民法一四六條參照)その効力は乙に及ばない(民法四四〇條參照)。
- (2) 連帶債務者の一人のみが負擔部分を有し、他の者が之を有しない場合に、之を有する者について消滅時効が完成すれば、他の者は全くその債務を免れる(判例)。

(リ) 時効の中斷

連帶債務者の一人に對する時効の中斷事由は、その債務の時効を中斷する效力

を有するに止まり、他の債務者にその效力を及ぼさない(民法一四八條)。尤も、履行の請求は、民法四三四條に依り、他の債務者に對してもその效力を及ぼすから、履行の請求に因る時効の中斷は、他の債務者に對してもその效力を生ずることに注意すべきである。

以上に述べた事項を除く外、連帶債務者の一人について生じた事項は、他の連帶債務者にその效力を及ぼさない(民法四四〇條)。蓋し各連帶債務者の債務は、各々別個獨立の債務であるからである。之を相對的效力の原則と謂ふ。

(四) 連帶債務者相互間の法律關係

(イ) 連帶債務に於ては、各債務者は、債權者に對して單獨に全部の給付義務を負ふのであるが、債務者相互間に於ては、之を分擔すべき割合、即ち負擔部分の定があることを通常とする。而してこの負擔部分は、連帶債務者相互の内部關係に過ぎないから、その割合は、連帶債務者相互間の契約、その他債務者間に存する事實のみによつて定まるのである。尤も、連帶債務者の一人のみが負擔部分を有し、他の連帶債務者が之を有しないこともあり得る。保證の目的を以て、或る者が連帶債務者



となつてゐる場合の如きは、その適例である。

連帶債務者間の契約その他の事實によつて、各連帶債務者の負擔すべき割合を決定することを得ないときは、各自の負擔部分は、同一の割合であると見るべきである(判例)。

(ロ) 連帶債務に於ける各債務者は、債權者に對して各自全部の給付義務を負ふのであるから、その一人が、辨濟その他の出捐によつて、他の連帶債務をも消滅せしめたときは、その債務者は、他の連帶債務者に對し、各自の負擔部分に應じて、求償權を取得するのみならず(民法四四二條一項)、この求償權を確保するために、法律上當然に債權者に代位して、その有する擔保物權若しくは保證債權をも行使することを得る(民法五〇〇條以下)。

例之、債權者甲に對して、乙、丙、丁の三人が三萬圓の連帶債務を負擔し、乙がその三萬圓の全部を辨濟したとする。この場合に、各自の負擔部分が平等であつて、各自一萬圓であれば、乙は丙及び丁に對して各々一萬圓宛を請求することが出来る。而して、若し何人が、この連帶債務のために保證人となつて居り、或は抵當物を提供してゐるときは、乙は、之等の保證債權若しくは抵當權を取得し、丙又は丁が一萬圓宛を乙に支拂はないときは、保證人に請求も出

來れば、又抵當權を實行することも出来るのである。

(1) 連帶債務者の一人が、辨濟その他自己の出捐を以て、他の連帶債務者の債務をも消滅せしめたときは、その出捐した額は勿論、その出捐した日以後の法定利息及び避くことを得なかつた費用その他の損害の賠償を他の連帶債務者に請求することを得る(民法四四二條二項)。

(2) 他の連帶債務者が、債權者に對抗することを得べき事由(抗辯權)を有する場合に、或る連帶債務者が豫め之に通知をなさずして、辨濟その他の免責行爲をなすときは、その抗辯權を有する債務者は、債權者に對して、その抗辯權を行使する機會を失ふのみならず、更に免責行爲をなした債務者に對して、その負擔部分の償還をなさねばならぬ結果となる。故に、民法は、或る連帶債務者が、その過失によつて、豫め通知をなさずして、辨濟その他の免責行爲をなしたときは、その債務者が抗辯權を有する債務者に求償權を行使しても、債權者に對抗し得たると同一の抗辯權を行使して、之を拒絶し得べきものと規定してゐる(民法四四三條一項)。尤も、相殺を以て求償權者に對抗したときは、求償權者は、債權



者に對して、相殺に因つて消滅すべかりし債務の履行を請求することを得るのであるから(民法四四三條一項但書)、右の規定は、實際上殆んど適用の餘地がない。

例之、債權者甲に對して、乙、丙、丁三人が金三萬圓の連帶債務を負擔し、各自の負擔部分を一萬圓宛とする。乙がその過失に基き豫め他の連帶債務者に通知せずして三萬圓を辨済したとする。この場合は、民法四四二條に依つて、乙は、丙、丁に對して一萬圓宛償還を求め得るのであるが、若し丙が何等かの抗辯權、例之、期限未到來の抗辯權を有してゐたとすれば、丙は乙に對して、この抗辯權を行使して乙の請求を拒絶することが出来る。この場合に若し丙が甲に對して一萬圓の反對債權を有し従て相殺の抗辯權を有してゐたときは、丙は乙に對しても、この相殺の抗辯をなし得るのであるが、この抗辯をなしたときは、法律上當然にその一萬圓の反對債權は丙より乙に移轉し(一種の辨済代位に該當する)、従つて乙は債權者甲に對して、その履行を請求することを得るのである。

(3) 連帶債務者の一人が辨済その他の免責行爲をなした後、その事實を他の連帶債務者に通知しないときは、その事實を知らない他の債務者は、重ねて辨済その他の免責行爲をなす虞がある。この場合に、一般の原則に従ひ、始めの免

責行爲を有効とし後の免責行爲を無効とすれば、後の免責行爲者は、債權者に對して、不當利得として、その出捐した金錢その他の物の返還を求め得るに止まり——債權者が無資力となり、或は二重に辨済を受けて逃避した場合には、事實上返還を求め得ない——不測の損害を被る結果となる。故に、民法は、連帶債務者の一人が過失に因つて辨済その他の免責行爲をなしたことを通知しなかつたために、他の連帶債務者が既に免責行爲のなされた事實を知らずして、辨済その他の免責行爲をなしたときは、その債務者は、自己の免責行爲を有効と看做して、過失ある最初の免責行爲者の免責行爲を無効とし、却つてこの債務者に對して求償をなし得るものと規定してゐる(民法四四三條二項)。

(4) 連帶債務者の一人が辨済その他の免責行爲をなした場合に、他の連帶債務者中に償還をなす資力がない者あるときは、その償還をなし得ない部分は、求償權者(免責行爲者)及び他の資力ある債務者に於て、各自の負擔部分の割合に應じて、之を分擔すべきである。尤も、求償權者の過失に因り、償還を受け得る間に、之を受くることを怠つたときは、他の連帶債務者に對して分擔を要求す



ることを得ない。尙連帶債務者の一人に對して連帶の免除をなした債權者の損失分擔については、既に述べた(民法四四五條参照)。

### 第五款 不真正連帶債務

數人が一人に對して同一給付を目的とする債務を負ひ、而かもその内一人の債務の履行と法律上同一に取扱はるべき行爲に因つて、他の債務者の負擔する債務も亦消滅すべき連帶債務類似の債務關係を、不真正連帶債務又は全部義務と謂ふ。

#### (一) 連帶債務との差異

連帶債務と不真正連帶債務との差異については、未だ學説は一致してゐないが、大體に於て、各債務者の負擔する債務相互間に主觀的共同の目的の存するか否かを標準として兩者を區別し得るものと信ずる。例之、甲の所有する家屋が乙の故意に因つて焼失したときは、乙はこの家屋の價格に相當する金額を損害賠償として支拂ふべき債務を負擔すると共に、若しその家屋が火災保險に附せられてゐるときは、保險會社も、その家屋の價格に相當する保險金を支拂ふべき債務を負擔す

るのであるが、放火者と保險會社との間には、主觀的に共同して各々全部の損害額を支拂ふとの意思は存し得ない。然るに、連帶債務にあつては、各連帶債務者は共同して各自全部の給付をなし、以て他の連帶債務者の債務をも消滅せしめんとする意思を有するのであつて、この點に於て、連帶債務と不真正連帶債務とを區別すべきである。

#### 〔不真正連帶債務の各場合〕

(1) 數人が、各別の債務不履行に因つて、同一の損害賠償債務を負擔する場合。例之、甲は工事の材料を提供し、乙はその材料を以て工事を完成すべき債務を負ふ場合に、甲の提供した材料も不完全であり、且つ工事も不完全であつたため、注文者たる債權者に損害を生じた場合には、甲、乙は、債權者に對して、各自全部の損害賠償をなすべき不真正連帶債務を負ふべきである。

(2) 數人が、各別の不法行爲に因つて、他人に同一の損害を被らしめた場合。例之、甲が他人の物を不法に占有せる場合に、乙が之を不法に毀滅したときは、甲、乙は各自全部の損害賠償の責に任じなければならぬ。以上述べた場合と異り、甲と乙が共同して不法行爲をなしたときは、民法七一九條の規定に依つて、甲、乙は、損害の賠償につき、普通の連帶債務を負ふべきである。



- (3) 或る人(例之、理事、被用者)の不法行爲について、他の者も亦(例之、法人、使用主)損害賠償責任を負ふ場合(民法四四條、七一五條参照)。この場合には、債務者相互間の關係に於ては特約がない限り、不法行爲者に於て賠償額の全部を負担すべきである。
- (4) 或る人の債務不履行と他人の不法行爲とが競合せる場合。例之、受寄者の過失に因つて受寄物が他人のため毀滅せられた場合の如し。
- (5) 契約に基づく損害賠償債務と債務不履行若くは不法行爲に因る損害賠償債務とが競合せる場合。例之、甲保險會社がAなる物につき、保險契約に基づく賠償債務を負担せる場合に、その物の受寄者乙の過失に因つて、その物が滅失し、或は丙がその物を毀滅したときは、甲保險會社と乙若くは丙は不真正連帶債務者となる。
- (6) 家督相續人と前戸主とが債務を履行すべき場合(民法九八九條)。

(二) 不真正連帶債務の效力

不真正連帶債務については、吾民法に何等の規定がないから、その效力は、一般の理論によつて之を決すべく、連帶債務に關する規定はその儘に適用せらるべきではない。

(イ) 債權者は、不真正連帶債務者の一人に對し、又は同時若くは順次に總べての債務者に對して、全部又は一部の履行を請求し得べく、又債務者の一人が債權者を満

足せしむる行爲(辨濟、代物辨濟、供託、相殺)をなしたときは、他の債務も亦消滅する點に於ては、不真正連帶債務も普通の連帶債務に於けると同一である。

(ロ) 右に反し、不真正連帶債務者の債務は全く別個の債務であるから、債務者の一人に對する履行の請求、免除、混同、時効の完成等は、他の債務者に何等の效力をも及ぼさない。

(ハ) 不真正連帶債務者の一人が、辨濟その他の出捐に因つて、他の債務者をも免責せしめた場合に、他の債務者に對して求償權を有するか否か、又如何なる割合を以て求償をなし得るかの問題は各場合につき、具體的な事情を審査して、之を決定すべきである。例之、甲は工事の材料を提供し、乙はその材料を以て工事を完成すべき債務を負ふ場合に、甲の提供した材料も不完全であり且つ工事も不完全であつたため、注文者に損害を及ぼしたときに、甲が全損害の賠償をなした場合には、甲と乙との過失の程度及び損害の發生に何れが多く原因力を與へたか等を審査して、甲が乙に求償し得べき割合を決定すべきである。



### 第六款 連帶債權

數人が同一の給付を請求することを得る場合に於て、各債權者が全部の給付を請求し得ると共に、債務者が、債權者の一人に全部の給付をなせば、他の債權者に對しても、債務を免るべき債權關係を、連帶債權と謂ふ。吾民法の規定上この種の債權の發生する場合なく、又契約に因つてこの種の債權を發生せしむることも、事實上稀であるから、吾民法は、連帶債權については、何等の規定をも設けてゐないのである。従つてこの種の債權については、不可分債權及び連帶債務に關する規定を類推適用する外はない。

### 第七款 保證債務

#### 第一 保證の意義及び性質

##### (一) 保證の目的

保證は債權擔保の一方法である。債權は、債務者の信用を基礎として成立する

のであるが、その信用は、債務者の不誠實又は無資力によつて、害せられる危険がある。之れを防ぐためには、或は訴訟又は強制執行の制度があり、或は債權者代位權、取消權等に依る債權者保護の制度も認められてゐるが、孰れも充分に、債權を確保するものではない。而して債權確保のため最良の手段は、債權の擔保であつて、債務者の不履行の場合に、債權者をして損害なからしむる制度即ち之である。

債權擔保を分つて、物上擔保(擔保物權)及び對人擔保の二種とする。前者は、擔保に供せられた財産によつて、債權を確保するものであり、後者は、債務者以外の第三者に同一の債務を負擔せしむることによつて、債權を確保するものであつて、その代表的なものは保證である。

##### (二) 保證債務の意義及び性質

保證債務は、主たる債務と、同一の給付を目的とする従たる擔保的債務であつて、その債務者を保證人と謂ふ。

##### (イ) 保證債務の擔保性

保證債務は、擔保的債務であるから、主たる債務即ち被擔保債務を確保する效力



を有しない債務は、保證債務として有効に成立することを得ない。

(ロ) 保證債務の附従性

保證債務は、被擔保債務に附従する債務である。保證債務が主たる債務とその目的を同じうし、且つ主たる債務の履行によつて消滅する點に於ては、連帶債務と同様であるが、連帶債務者は、各自、別個獨立の債務を負ふに反し、保證人は、主たる債務の履行と同一の結果を實現すべき債務を負ふに過ぎないのであるから、その發生、消滅、範圍竝に體様については、常に主たる債務に附従するのである。

- (1) 主たる債務が始めより無効であり、或は取消又は解除によつて無効となつたときは、保證債務も亦その效力を生じない。尤も、無能力を理由として取消すことを得べき債務を保證した者が、保證契約の當時その取消原因あることを知つてゐたときは、主たる債務者の不履行の場合には勿論、その債務の取消の場合についても、同一の目的を有する獨立の債務を負擔したものと推定せられる(民法四四九條)。

〔主たる債務の取消と保證人の責任〕

主たる債務が取消し得べきものであつても、取消

ある迄は、有效なる債務であるから保證人がその保證債務について履行の責を負ふべきは勿論である。而して、主たる債務が取消し得べき場合でも、保證人は之を取消し得ないのである(民法一二〇條參照)。保證人は取消原因の存在することを理由として保證債務の履行を拒絶することを得る。蓋し保證人が保證債務を履行した後、主たる債務が取消によつて消滅するときは、保證人は不當の利益を被る虞があるからである。即ち主たる債務が取消されるれば、保證債務も趣及的に消滅し従つて保證人の既に爲した辨濟は非債辨濟となり、保證人は單に債權者に對して不當利得の返還請求權を有するに過ぎない。故に債權者が無資力となり、或は財産を隠匿するときは、保證人は不當の損失を免れないのである。

主たる債務の取消前に、保證人が履行を爲したときは保證債務の履行として一應有效であり、従つて主たる債務者に對して求償權を有するのであるが、履行後、主たる債務が取消されたときは、原則として、その履行は非債辨濟となること前述の如くであるが、主たる債務が債務者の無能力を理由として取消されたときは、主たる債務者の無能力を知つて保證人となつたものは、民法四四九條の適用により、自己の獨立の債務を履行したこととなるから、主たる債務者に對して求償權を有しないのである。

- (2) 主たる債務は、必ずしも、保證債務の發生の時に於て、現實に發生せることを必要としない。將來、主たる債務の發生すべき可能性ある限り、その將來の債務のためにも保證債務を發生せしめ得る。何となれば、保證債務は、主たる債



務(被擔保債務)なくしては履行せられ得ない性質を有するに過ぎないのであつて、必ずしも、その履行期以前に被擔保債務の存在することを必要としないからである。將來債務の保證に付いては、項を改めて説明する。

(3) 主たる債務が消滅すれば、その消滅原因の如何を問はず、保證債務も亦消滅する。

問題となるのは、主たる債務者が存在せざるに至つた場合である。例之、主たる債務者たる法人が解散によつて消滅し、或は主たる債務者が相續人なくして死亡し、相續人曠缺手續を結了した場合にも、保證債務は消滅するものと見るべきであらうか。若し之を肯定すれば債権者は、何人からも辨済を受くることを得ない結果となり、保證の趣旨を滅却するに至るであらう。故に、主たる債務者が存在せざるに至つても、主體なき債務として、尙存続するものと見て、保證債務も亦消滅しないものと解すべきである。

主たる債務者の相續人が限定承認をなしても、その相續人は債務の全額を承繼し、ただその責任が相續財産の限度に輕減せられるに過ぎないのだから、保證債務も亦全額について存続するのである。

(4) 保證債務の範圍につき別段の契約が爲されてゐないときは、その範圍は、現在に於ける主たる債務の範圍と同一である。保證債務成立後、主たる債務が

履行不能又は履行遲滞のために變更若くは擴張したときは、保證債務も亦之に従ふべきであるが(民法四四七條一項)、保證債務成立後、主たる債務者と債権者との契約によつて、主たる債務の範圍を擴大しても、保證債務の範圍に何等の影響をも及ぼさない。蓋し、主たる債務者と債権者との間の契約に因つて、第三者たる保證人に不利益を及ぼし得べき理由がないからである。反之、主たる債務者の辨済、その他の行爲により、或は債権者の債務の一部免除によつて、主たる債務の範圍が縮小したときは、保證債務も亦之に従つて縮小すべきは勿論である。

保證債務の目的又は體様(例之、條件又は期限)が、主たる債務よりも重いときは、當然に主たる債務の限度に減縮せられる(民法四四八條)。尤も、保證人は、その保證債務についてのみ、違約金又は損害賠償の額を約定することを妨げない(民法四四七條二項)。

(ハ) 保證債務の隨伴性

被擔保債權が、法律行爲その他の原因に基き、他人に移轉するときは、之に附從す



る保證債權も亦當然に移轉する。蓋し、從物は主物の處分に從ふとの一般原則に徴しても、斯の如き隨伴性を認むべきであるのみならず、債權は、原則として他人に移轉し得べき性質を有し、從つて保證人は始めからその移轉あるべきことを豫想すべきであるから、その隨伴性を認めても、敢て保證人に不當の不利益を及ぼすものと見ることを得ないからである。右に反し、主たる債務が、債務引受に因つて、他人に移轉したときは、保證人が、引受人の爲に、更に保證人となることを承諾した場合の外は、保證債務は當然にその效力を失ふのである。何んとなれば、保證人は、通常債務者の資力その他の能力を信用して保證をなすのであり、從つて、保證契約當時に於ける債務者のためにのみ、保證人として責任を負ふべきことを承諾せるものに外ならぬからである。乍併、相續、會社の合併の如き包括承繼に因つて、主たる債務が他人に移轉したときは、主たる債務の引當たるべき財産そのものに變更を生じないから、原則として、保證債務も亦存續するものと見るべきである。

(二) 保證債務の補充性

保證債務は主たる債務の不履行の場合に始めて發生すべき條件附債務ではな

いが、主たる債務の不履行の場合に始めて履行せらるれば足るのである（民法四四六條）。之を保證債務の補充性と謂ふ。而して民法が、保證人に對して、後に述ぶるが如き催告の抗辯權及び檢索の抗辯權を與へてゐるのも、この補充性の效果に外ならぬ。乍併、この補充性は保證債務に必然的に伴はれるものではないから、之等の抗辯權を有しない保證人、即ち連帶保證人も亦保證人の一種に外ならぬのである。

第二 保證債務の成立

(一) 保證契約

保證債務は、保證契約に因つて發生し、法律の直接規定に依つて保證債務が當然に發生する場合は、殆んど存しない。法律が或る人に對して、保證人を立つる義務を課する場合でも、之に因つて、保證債務は當然に發生するものではなくして、この義務の履行として、保證契約が締結せられて、始めて保證債務が發生するのである。

保證契約は、通常、主たる債務の發生を目的とする契約に附從して爲されるのであるから、從たる契約たる場合が多い。この場合に、主たる契約（主たる債務の發生



を目的とする契約が無効なるときは保証契約も亦當然に無効である。

保証契約は、債権者と保証人との合意によつて成立し、主たる債務者の同意を必要としない。尤も、保証人が、主たる債務者を代理人若くは使者として、債権者との間に、保証契約を締結せしむることを妨げないのは勿論である。

(二) 保証人を立つる義務

保証契約は、債権者と保証人との間の合意に因つて成立し、而かも、主たる債務者の委託なくしても、有効に締結せられ得るのであるが、通常は、主たる債務者が、債権者に對して、保証人を立つる義務を負ひ、その履行として、保証契約の締結を第三者（保証人）に委託するのである。乍併、保証人を立つる義務の不履行は、その履行を以て、主たる債務の発生要件となした場合を除いては、主たる債務の発生若くは存続に何等の影響をも及ぼすものではない。ただ、主たる債務者が期限の利益を失ふが如く、一定の不利益を受くることあるに過ぎない（民法一三七條）。

債務者が保証人を立つる義務を負ふ場合には、債権者の同意がない限り、その保証人たるべき者は、(1) 能力者たること、(2) 辨済の資力を有すること、(3) 債務の

履行地を管轄する控訴院の管轄地域内に住所を有し、又は假住所を定めたるものなることを要し、若し、一旦保証人となつた者が、辨済の資力を缺くに至り、或はその住所又は假住所を主たる債務の履行地を管轄する控訴院の管轄内に有せざるに至つたときは、右の要件を具備する者を以て従來の保証人に代ふることを、債権者は債務者に請求することを得る（民法四五〇條）。尤も、債務者が右の要件を具備する保証人を立つることを得ないときは、他の擔保を供して之に代ふることを得る（民法四五一條）。

第三 保証債務の效力

(一) 補充的效力

保証人は、主たる債務者がその債務を履行しない場合に、履行を爲すべき責を負ふ（民法四四六條）。従つて債権者が先づ保証人に債務の履行を請求したときは、保証人は、一應、主たる債務者に催告を爲すべきことを主張して、その履行を拒絶することを得る（民法四五二條）。之を催告の抗辯權と謂ふ。尤も、主たる債務者若くは保証人自身が破産の宣告を受け——主たる債務者の相續人が限定承認を爲した場合



も、主たる債務者の破産の場合と、之を同一に取扱ふべきである——又は主たる債務者の行方が知れないときは、保證人は催告の抗辯権を有しない（民法四五二條但書破産法二五條）。

又、債權者が、主たる債務者に催告をなした後でも、保證人に於て、主たる債務者に辨済の資力があり、且つ債務者の財産に對する強制執行の容易なることを證明したときは、債權者は、先づ主たる債務者の財産に對して強制執行を爲すことを要し（民法四五三條）、之をなさない間は、保證人は、その債務の履行を拒絶することを得る。之を檢索の抗辯権と謂ふ。

保證人が、以上述べた抗辯権を行使したにも拘らず、債權者が、主たる債務者に對する催告、又は主たる債務者の財産に對する強制執行を爲すことを怠り、そのため、主たる債務者より全部の辨済を受くることを得ないときは、保證人は、債權者が直ちに催告又は強制執行を爲せば辨済を得べかりし限度に於て、その債務を免れる（民法四五五條）。

## (二) 附從的效力

保證債務は、主たる債務に附從する債務に外ならぬから、主たる債務者の有する抗辯権例之、同時履行の抗辯権、又は之に類似する權利（例之、時効の援用權）を行使することを得るのみならず、主たる債務者の有する相殺權をも行使することを得る（民法四五七條二項）。

## (三) 保證債務に特別なる效力

主たる債務者に對する履行の請求、その他時効の中斷は、保證人に對してもその效力を生ずる（民法四五七條一項）。本來、主たる債務と保證債務とは、別個の債務であるから、主たる債務者に對する請求又は主たる債務者の財産に對する差押、假差押、假處分若くは主たる債務者の承認時効中斷事由は、保證債務に何等の影響をも及ぼすべき理由はない。乍併、この理論を貫くときは、主たる債務の存續中に保證債務のみ時効によつて消滅する場合を生じ、保證人を立てた本來の目的を達し得ない結果となるから、民法は、便宜上、主たる債務に關する時効の中斷は、保證債務の消滅時効をも中斷する效力を有するものと規定してゐるのである。

## 第四 保證人の主たる債務者に對して有する求償權



保証は、債権者と保証人との間の法律關係であつて、保証人が辨濟その他の出捐行為によつて、主たる債務を消滅せしむるとも、單に、債権者に對する保証人自身の債務を履行したに過ぎずして、當然には、主たる債務者に對して求償權を取得するものではない。主たる債務者に對して保証人が求償權を取得するか否かは、全く主たる債務者と保証人との間に存する法律關係の如何によつて、之を決定すべきである。

(一) 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証を爲した場合

この場合には、別段の合意がない限り、委任に關する規定に依つて、保証人は求償權を取得すべきであるが（民法六五〇條一項參照）、この求償權について、民法は四五九條以下の特別規定を設けてゐる。

- (1) 保証人が主たる債務者の委託を受けて保証を爲した場合に、保証人が辨濟その他自己の出捐を以て、主たる債務を消滅せしめたときは、保証人は、主たる債務者に對して、自己が出捐した額及び出捐以後の法定利息並に避くることを得ざりし費用、その他の損害額につき求償權を取得する（民法四五九條、四四二條二項）。
- (2) 保証人が、主たる債務者の委託を受けて保証を爲したときは、受託者たる保証人は、その

委託せられた行為を爲すにつき費用を要する限り、委託者たる主たる債務者に對してその費用の前拂を請求し得べきであるが（民法六四九條參照）、保証人がその委託せられた行為、即ち債務の辨濟を爲すに要する費用の前拂を、主たる債務者に請求し得るものとすると、保証人が保証を引受けた趣旨は全く滅却せられるに至る。故に、民法は、次に掲ぐる例外の場合に限つて、この種の費用の前拂請求權を認むるに過ぎない（民法四五九條、四六〇條）。

(a) 主たる債務者が破産の宣告を受け且つ債権者がその破産財團の配當に加入しないとき。

(b) 債務が辨濟期にあるとき。尤も、保証契約の後、債権者が主たる債務者に期限の猶豫を與へても、之を以て保証人に對抗することを得ない。

(c) 債務の辨濟期が不確定にして、且つ其の最長期をも確定することを得ない場合に、保証契約の後十年を経過したとき。例之、禁治産者の後見人が禁治産者に對して負擔すべき債務を保証したるが如き場合である。

(d) 保証人が、過失なくして、債権者に辨濟すべき旨の裁判の言渡を受けたとき。

以上の場合には、保証人は、豫め主たる債務者に對して求償權を行使し得るのであるが、之によつて、前拂を受けた保証人は、その金額を債務の履行に當つることなく、自ら消費することもあり得るから、民法は、保証人がその前拂を受けた金額を以て、辨濟その他の免責行為を爲さない間は、主たる債務者は、保証人をして、擔保を供せしめ又は之に對して免責行為を爲すべき旨を請求することを得るのみならず、主たる債務者が供託を爲し、擔保を供し、或は何



等かの方法によつて保證債務を消滅せしむることによつて、費用前拂の義務を免れ得るものと規定してゐる(民法四六一條)。

(二) 保證人が保證債務を引受け且つ之を履行する行爲が事務管理に該當する場合

保證人が主たる債務者の委託を受けずして、自ら進んで保證人となり且つ之を履行する行爲は、義務なくして他人の事務を管理する行爲に外ならぬから、事務管理に該當する(民法六九七條以下参照)。故に、保證人が辨濟その他の免責行爲をなす爲めに要した費用については、民法七〇二條第一項の規定に依り、その償還請求權を、主たる債務者に對して行使し得べきであるが、この點についても、民法は特別規定を設け、主たる債務者の委託を受けずして保證を爲した者が、債務を辨濟し、その他自己の出捐を以て、主たる債務者の債務を消滅せしめたときは、主たる債務者が、その當時利益を受けた限度に於て、主たる債務者に對して、求償權を取得すべく、又主たる債務者の意思に反して保證を爲した場合(この場合は準事務管理に該當する)には、主たる債務者が求償權の行使を受くる時に於て、尙利益を保有する限度に於

てのみ、求償權を有するに過ぎない。尤も、主たる債務者が、求償の日以前に、相殺の原因たる反對債權を有したことを主張するときは、保證人は、債權者に對して、その相殺によつて消滅すべかりし債務の履行を請求することを得る(民法四六二條)。

例之、主たる債務者乙が、債權者甲に對して負擔せる千圓の債務を、丙が、乙の意思に反して保證を爲し、その結果千圓の債務を履行したときは、乙の負擔する千圓の主たる債務も亦消滅し、乙は通常千圓の利益を受けてゐるのであるから、丙は乙に對して千圓の求償權を有する。然るに、乙が偶々甲に對して千圓の反對債權を有し、何時でも之と相殺し得べき地位にあつたときは、乙は丙の辨濟によつて、何等の利益をも受けてゐないのであるから、丙は乙に對して求償權を有しない。乍併、丙の辨濟により、乙がその債務を免ると共に、尙甲に對する反對債權千圓を保有するものとすれば、乙は不當に利得を爲す結果となるから、民法は、その反對債權は當然に丙に移轉し、從つて、丙は債權者として、甲に對して千圓の債務の辨濟を請求することを得るものとしてゐるのである。

主たる債務者の委託を受けて保證人となつた場合たると、委託を受けずして保證人となつた場合たるとを問はず、保證人が豫め主たる債務者に通知を爲さずして、辨濟その他の免責行爲を爲し、或は辨濟その他の免責行爲を爲したことを、主たる債務者に通知しなかつたために、主たる債務者が二重に辨濟その他の出捐行爲



を爲したときは、連帶債務に關する民法四四三條が準用せられる。保證人が主たる債務者の委託を受けて保證を爲した場合には、民法四四三條の規定は、主たる債務者についても亦準用せられる(民法四六三條)。

(三) 贈與の意思を以て保證人となつた場合

この場合には、保證人が辨濟その他の免責行爲を爲しても、主たる債務者に對して求償權を有しないことは勿論である。

(四) 主たる債務者數人ある場合に於ける保證人の求償權

(イ) 主たる債務が分割債務なる場合

保證人が主たる債務者の全員の場合に於て、保證人が債務の全額を辨濟したときは、各債務者に對して求償權を取得し、従つて保證人は、各債務者に對しては、分割債務に於ける債權者となる。

右に反し、主たる債務者の一人のために保證をなした場合には、他の債務者との間に求償の問題を生ずることはない。

(ロ) 主たる債務が連帶債務又は不可分債務なる場合

主たる債務者全員の場合に於て、保證人が債務の全部を辨濟したときは、保證人は各債務者に對して、債務の全部につき求償權を取得し、従つて各債務者に對しては、連帶債務又は不可分債務に於ける債權者となる。

右に反し、主たる債務者の一人のために保證をなした場合に於て、保證人が全部の辨濟をなしたときは、他の債務者に對しては、その負擔部分についてのみ求償權を有するに過ぎない(民法四六四條)。尤も、その保證を爲した主たる債務者の一人より全部の求償を得たときは、他の債務者に對しては、も早や、求償權を有しないことは勿論である。

(五) 求償權を有する保證人の辨濟による代位については、辨濟代位の項に於て説明する。

## 第五 保證の種類

(一) 將來債務の保證

將來債務の保證とは、債權者と主たる債務者との間に、將來債務が発生することあるべき基礎的法律關係(例之當座貸越契約、雇傭、委任、貸借等)の存在する場合に、



成立する保證契約を謂ひ、所謂根擔保の一種に屬する。

(イ) 將來債務の保證の性質

吾民法には、將來債務の保證に關して何等の規定もないのであるが、その有效なることについては、殆んど異論がない。尤も、その法律上の性質については學說岐れ、判例及び一部の學者は、之を以て、主たる債務の發生を停止條件とする條件附保證契約として觀察してゐるが、前述の如く、保證債務は、主たる債務が存在せずしては履行せられ得ない性質を有するに止まり、必ずしも、その履行期前に主たる債務の存在することを必要としないのであるから、主たる債務の發生以前に於ても、保證契約は、その效力を生ずべく、ただ保證人の責任が、將來に於て主たる債務の發生した時に、具體化するに過ぎないものと解すべきである。

(ロ) 將來債務の保證の發生

將來債務の保證は、將來の債權者と保證人との間に於ける契約に因つて發生する。通常、保證の最高額と保證期間とが特約せられるのであるが、この特約を缺く所謂無限保證と雖も、無効ではない。

(ハ) 將來債務の保證の消滅

將來債務の保證も亦保證の一種に外ならぬから、一般の保證債務の消滅原因に因つて消滅する外、特に左の原因に因つて消滅することに注意すべきである。

(1) 保證の基礎たる法律關係の消滅

例之、當座貸越契約、雇傭、委任、貸借等の基礎的法律關係が消滅するときは、之等の法律關係に基いて既に具體的に發生せる主たる債務に對する保證債務を除いては、將來債務の保證は當然にその效力を失ふ。

(2) 保證人の解約告知

判例に依れば、保證契約に存續期間の定めがない場合、或は、基礎的法律關係の内容によつてその保證の存續期間を決定することを得ないときは、保證人は相當の期間經過後任意に保證を解約して、その責任を免れ得るのみならず、保證期間の定めある場合、若くはその期間を決定し得べき場合でも、主たる債務者が無資力となつたときは、保證人は直に解約を爲し得るものとせられてゐる。尙將來債務の保證の一種たる身元保證については、身元保證法に特別



の規定あることに注意すべきである。

(3) 保證人の死亡

將來債務の保證人が死亡する迄に、既に具體的に保證人の責任が発生した場合に、その保證債務が保證人の相續人に承繼せられることは疑ひない。問題となるのは、保證人の死亡後に主たる債務が発生した場合にも、保證人の相續人は、保證債務の承繼者としてその責に任すべきか否かである。判例は身元保證その他當事者相互の信用を基礎とする保證債務は、一身專屬的性質を有し、従つて保證人の死亡に因つて、當然に消滅するものと解してゐるが、貸借の保證の如く、保證人の責任が比較的軽いものは、相續人に承繼せられるものと見てゐる。

(二) 將來債務の保證の效力

その效力は、當事者間の契約の趣旨を解釋して、之を決すべく、特約がない限り、保證債務に關する一般規定の適用あるは勿論である。尙、將來債務の保證の一種たる身元保證については、身元保證法に特別の規定がある。

(二) 連帶保證

連帶保證とは、債權者と保證人との間に、保證人が主たる債務者と連帶して履行を爲すべき旨の特約ある保證を謂ふ。

(イ) 連帶保證の性質

連帶保證人は、主たる債務者と連帶して履行の責に任すべきであるから（民法四三二條參照）、保證人は普通の保證に於ける補充性の效果たる催告及び檢索の抗辯權を有することなく（民法四五四條）、又、保證人が數人あつても、後に述ぶるが如き分別の利益を有しない（民法四五六條參照）。而して連帶保證人について生じた事項が、主たる債務者に及ぼす效力は、連帶債務に關する規定に依つて決定せられるのであるが（民法四五八條）、連帶保證人は常に負擔部分を有しないから、負擔部分を有することを前提とする連帶債務に關する規定の適用の餘地のないことは勿論である（民法四三六條二項、四三七條、四三九參照）。

乍併、連帶保證も亦保證の一種に外ならぬから、保證の本質たる附從性を有し、従つて、主たる債務について生じた事項は、常にその效力を連帶保證債務にも及ぼす