

AZ

831

80



82421752



0014804000

0014804-000

AZ-831-80

債権総論

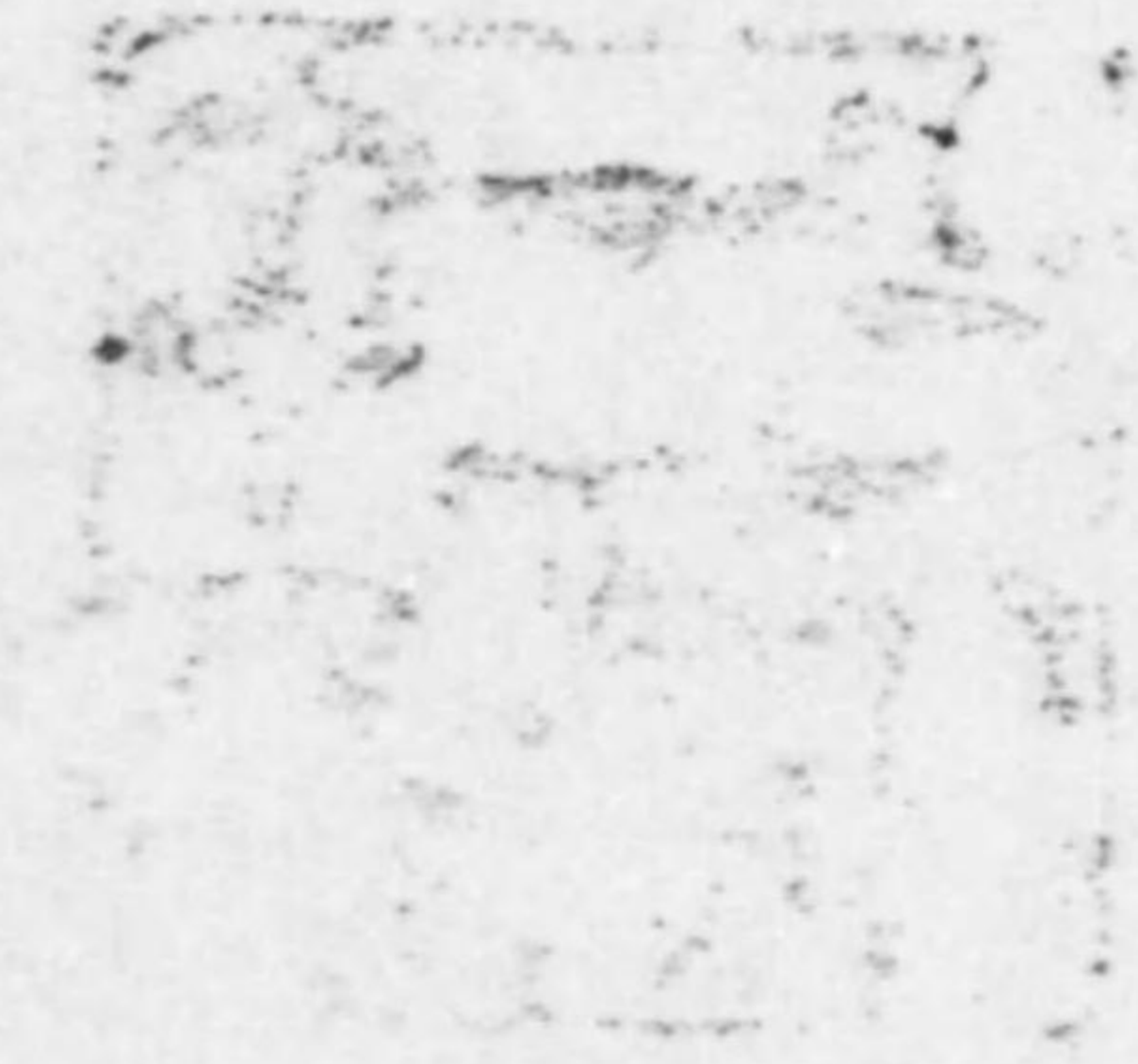
末弘巖太郎・著

日本評論社

[1938]

ACE

新法學全集



末弘嚴太郎著

債權總論

日本評論社版

AZ
831
80



324.4

82W21752

目次

第一章 債權法……………一

第二章 債權の本質……………八

第三章 債權の目的物……………一五

 第一節 總說……………一五

 第二節 種類債權……………二六

 第三節 金錢債權……………二九

 第四節 選擇債權……………三五

 第五節 不可分債權……………三六

第四章 債權の效力……………四三

 第一節 總說……………四三

贈寄
中西一部
英

第二節 現實的履行請求權……………四

第三節 損害賠償請求權……………四

第五章 債權の擔保……………七

第一節 總 說……………七

第二節 債權者代位權と債權者取消權……………七

目次

第三節 保 證……………七

第四節 連 帶 債 務……………二四

第五節 擔保の變更……………二四

第六章 債權の消滅……………二四

第一節 總 說……………二四

第二節 辨 濟……………二五

第三節 代物辨濟と更改……………二八

目次

第四節	供託	二〇〇
第五節	相殺	二〇四
第六節	免除	二一七
第七節	混同	二一九
第七章	債權讓渡	二二〇
參考文獻		二二九

第一章 債 權 法

第一 序説

一 吾々はすべて他人の協力なしには生活し得ない。従つて生活の安定を期する爲めには、他人から協力を受け得べきことが豫め法律的に確保されてゐることが絶対的に必要である。債權法は其法律的確保を與へることを目的とする法律である。物權法は財物の支配利用に法律的確保を與へることを目的とする。之に反して、債權法は他人から協力を受くべき期待に法律的保護を與へ、必要な場合には法律的手段に訴へても其協力を強要し得るやうにすることを其目的とする。奴隸制度が行はれた社會に於ては、奴隸の勞働(協力)は物權法的に確保された。即ち奴隸を所有するに依つて直接其勞働力を支配し利用することが出來た。又封建的な身分的隸屬關係が重要な社會的作用を爲してゐた社會に於ては、身分法が他人の協力を確保する法律として重要な働きをしてゐた。即ち人々は血族團體其他團體内に一定の地位を有し身分を有するが故に、一面團體の爲めに協働する義務を負ふと同時に、他面生活の保障を受けた。而してそれ等の關係はすべて身分法的に規律されてゐた。

然るに、今日では法律が奴隸を認めないのは勿論、身分的隸屬關係をも認めない。家族内部の諸關係をも對等なる人との關係として規定してゐる。無論實際上は今でも——殊に農村等に於ては——家族的勞働が相當廣く行はれてゐるけ

れども現行法は其關係を道德習俗に一任し、法律的規律を之に及ぼしてゐない。此故に、現在では債權法が他人の協力に對して法律的確保を與へる唯一の法律であつて、債權法に依つてのみ吾人は他人の協力を確實に期待し、法律的に其協力を強要することが出来る。

二 専ら自給自足的に經濟する社會は債權法を必要としない社會である。社會内部の協働關係が身分法的に規律されるからである。主として現物交換のみが行はれて信用取引が多く行はれない社會に於ては、債權法は未だ重要性を有するに至らない。將來に對する期待を法律的に保護すべき必要が多く發生しないからである。

然るに、近代的資本主義社會は大規模な而かも法律的に統制せらるることなき社會的分業を根幹とする社會である。すべての人々が社會的分業組織に捲き込まれる。法律的には自由獨立である筈の人々が經濟的には必至的に分業し従つて協働することを強要される。それにも拘らず其分業協働の關係は直接國家的に規律されてゐない。若しも其關係が直接國家的に規律されるに至れば其關係は公法乃至社會法化する譯であるが、現在ではかくの如き國家的規律は一般的に成立して居らず、法律上分業協働の關係は原則として各人の自由に任されてゐる。即ち各人は他人と契約するに依つて社會的分業協働の關係に入り込むのであるから、社會全體的分業協働組織も畢竟法律的には個人と個人との債務關係の集積に外ならない。従つて、此種の社會に於ては契約の履行に法律的保護を與へる制度が重要性を有するのは當然であつて、債權法殊に契約法が近代社會に於て特に重要な意義を有するのはそれが爲めである。

次に又資本主義經濟組織の發達につれて、財産の債權化的傾向が顯著となる。從來多く物權の形式をとつてゐた財産

が、株式・公債・社債・預金制度等の發達につれて漸次に債權の形式をとる。人々は其財産を債權化するに依つて居ながらにして利潤を獲得し得べき經濟組織が發達したからである。資本主義的に經營せらるる企業が——例へば株式會社の形で——資本の形式的所有者となり、財産の私有者は其財産を企業に投資して債權的形式をとらしめる。其結果在來の財産法は主として物權形式の財産を標準として組み立てられてゐたのに反し、債權形式の財産を標準として新に財産法を改組する必要を感ずるに至つた。此處にも亦債權法が近代社會に於て重要性を有するに至つた一の原因が存在する。

三 近代諸國の債權法の中には一般にローマ法に傳來する法律原理が依然として力強く其支配を續けてゐるが、而かもそれは一般に資本主義社會の需要を十分に反映してローマ法以上のものに進化してゐる。明治の中葉に制定された我國民法の上にも其進化の跡は既に明瞭に印されてゐる。其重なるものを列擧すると左の通りである。

① 債權として保護せらるるものの範圍が擴大した 從來は金錢に見積り得べきもののみが債權の目的となり得るものと考へられてゐた。然るに廣く他人の協力に對する期待に法律的確保を與へる目的から言ふと、金錢に見積り得るものに限つて債權の目的になり得るとするのは狭きに失する。此故に、民法は「債權ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノト雖モ之ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得」(三九)との規定を設けてゐる。

② 債務の履行を確保する方法が發達充實した 債務不履行に對する救濟手段として從來許されたものは損害賠償請求權に限られた。しかし、債權に對して十分な保護を與へる爲めには、單に不履行に因つて生ずる損害の賠償請求を許すのみならず、直接債務内容の現實的實現を請求することを許さねばならない。近代各國の債權法は此要求に應じて漸次に

現實履行の請求を許すやうになつたが、我民法第四一四條第一項が「債務者カ任意ニ債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其強制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」と規定してゐるのも此傾向に従つたものに外ならない。

(ハ) 財産の債權化傾向に應じて債權讓渡、債權質等の制度が發達した。財産の債權化傾向が進むにつれて、債權としての財産が有體財産と同じやうに賣買其他取引の目的となるやうになつた爲め、法律も自ら債權讓渡に關して特別の規定を設け、又在來の有體物質の外に權利質を認めて之に關する規定を設ける必要を見るに至る。民法第四六六條以下、第三六二條以下等の諸規定は此必要から生まれたものである。

(四) 一國の資本主義が更に一層發達すると債權法の上にも其影響が段々に現はれて來る。我國に於ても民法制定此方發達した立法及び判例に付いて明かに其事實を見出し得る。

先づ第一に、債權の社會的乃至經濟的重要性が増大した結果として、(イ) 債權の財産的價値を確保する爲め抵當制度が漸次に充實されてゆく(例へば各種の特殊財團抵當法・抵當證券法等の制定)。(ロ) 從來債權とされてゐた權利に一層厚い保護を與へる必要から之を物權化して行く傾向が現はれる(不動産賃借權の物權化)。(ハ) 第三者の侵害に對して債權を保護する必要が増大するにつれて、かくの如き侵害行爲を不法行爲とすることが判例上確認された。(ニ) 債務者の交代又は追加に依つて債權の實價的價値を増大せしむるが如き經濟手段を可能ならしむるが爲め債務引受に關する判例法が成立した。

第二に資本主義の獨占化傾向が發達するに伴つて、債權法の基本原理である契約自由の原則が多大的影響を受ける。特に注目すべきは、獨占から發生する社會的支配力が契約自由の名の下に事實他人を強要統制する事實である。獨占から發

生する社會的支配力は社會的法を生む。そうして人々は契約の名の下に其法の適用下に立つこととなる(例へば、獨占諸企業に於ける料金規則、工場就業規則、労働協約、同業組合其他企業聯合の規約等に付いて此現象を見出し得る)。此故に、裁判上に於ても純粹の契約原理を適用しただけでは適當に事を處理し得ない爲め、之に適當なる修正を加へるの必要を感じ(所謂附從契約 *Contrat d'adhésion* の原理は此處から生まれる)、更に進んでは立法的手段に依つて其等の社會的法に對する國家的監督を設け、若くはそれ等の統制關係を直接國家法中に攝取するやうなことが行はれるに至る。所謂社會政策的立法や産業統制諸法令の如きはすべて此現象に外ならない。かくして從來債權法の領域に屬してゐた諸關係が、漸次に公法乃至社會法の領域に移行してゆく現象を名付けて、民法の公法乃至社會法と言ふ。

第二 債權法の特質

一 債權法を構成する諸法規は任意法規たるを原則とする。蓋し、債權法は人と人との協働關係を各人の自由決定に放任することを基調としつつ、其當事者の決定したる所に援助補充を與へることを任務とする法律に外ならないからである(1)。

一 物權は排他性を有する。物權の存否及び内容は直に一般第三者の利害に關係する。此故に、物權法は物權の種類及び内容を法定して、契約を以て任意の物權を創設することを許さない(民一七五條)。従つて物權法規は強行法規たるを原則とする。即ち物權は一般第三者の利害に關係する權利なるが故に其型を法定して、各人自由に之を動かし得ざるものとする必要がある。之に反して、債權は特定人と特定人との關係に過ぎないから當事者自由に之を決定し得るを原則とするのである。

二 債權法上の法規は原則として任意法規である。しかし此處にも強行法規の存し得ること勿論であつて、縦令特定個人間の關係と雖も國家が全然之に對して無批判の立場を執らねばならぬ理由は毫も存在しない。此故に我現行の債權法中にも、(イ)個々の法規にして強行法的性質を有するものが存在する(例へば利息制限法)。(ロ)公序良俗に違反する法律行為を無効とする原則(民法九〇條)、誠實信義の原則、權利濫用法理等すべて法律と道徳律との調和を目的とする一般法律原理は強く債權法の上に働いて、其純個人主義的乃至自由主義的規律より發生する苛酷なる結果を緩和修正する作用を営みつつある。

尙ほ資本主義の獨占化傾向に伴つて債權法の中に強行法的要素が段々に増加すると言はれてゐるが、之は——先にも一言した通り——從來債權法の規律領域に屬してゐた社會關係が其性質を變じて、公法乃至社會法的規律の領域に移行する現象に外ならない。即ち債權法規が債權法規としてそのまま強行法化するのではなくして、從來當事者の自由協定に放任されてゐた關係それ自身が、直接國家に依つて規律統制される關係に變つて行くのである。

第三 債權法の範圍

一 債權法は、債權の履行確保方法に關する部分、債權の發生原因に關する部分及び取引の目的物としての債權を規定する部分の三部に區分される。此中第一及び第二は債權法の發達史上先づ最初に發達したものであり、第三は近代に於ける財産の債權化傾向の發達に伴つて發達したものである。尙ほ我現行民法は右第一の中物的擔保に關する部分及び第三の中質權の目的物としての債權を規定する部分を物權法の一部として規定してゐるから、現在一般に債權法と言はれてゐる

ものからは其等の部分が除外されてゐる。

第三の部分は理論的には動産不動産に關する物權其他各種の財産權と共に一團の財産權法を組成すべきものである。此故に英米に於ては動産法 (personal property) の一部として、財産としての債權を取扱ふを通例とし、フランス等にもそれに類似した傾向が現はれてゐる(11)。

二 之は實質的には有體財産と無體財産としての債權とに共通する財産權法理を求めることの可能性及び其價值に關する問題である。換言すれば、從來有體財産を基準として樹立されて來た財産權法理を財産としての債權の上にまで押し及ぼし、更に進んで兩者に共通する上位の一般理論を求めんとする傾向である。例へば債權の上に所有權が成立し得るや否やの問題の如きも、要するに從來所有權に關して發達し來れる諸法理を財産としての債權に押し及ぼすことの理論的可能性及び其技術的價值を問題とするものに外ならない。

二 實質的意義に於ける債權法は其範圍極めて廣汎に互り、其法源たる法規は獨り民法中のみならず、商法其他幾多の特別法令中に數多く設けられてゐる。しかし、一般に「債權法」と言へば主として民法債權篇中に設けられたる法規を基礎とした債權法のことであつて、商事債權法は全く其外に置かれる。又普通に「債權總論」と呼ばれるものは債權篇中特に第一章總則(五二〇條)の諸規定及び直接之に附屬する諸法令の研究を目的とし、契約・事務管理・不當利得及び不法行為等債權の發生原因に關する規定(五二四條)は通常別に「債權各論」の名稱の下に一括して研究されてゐる(13)。

三 擔保物權法は事物の性質上債權法と離れて研究せらるべきものではない。質抵當の如き物的擔保は保證連帶等の人的擔保と並んで債權擔保制度の一部を成すものとして之を研究するのが最も理論に適して居り、又教育上の便宜にも合致してゐる。但し本

講義に於ては當別の都合上擔保物權法を除外して之を別の講義に譲ることとした。

第二章 債權の本質

第一 債權の概念

一 債權は他人(債務者)をして一定の行爲を爲さしめ得べき財産的權利である。其權利に基いて權利者(債權者)は、當該の行爲を爲すことを債務者に請求し得べき權利を有し、債務者は又之に對して當該の行爲を爲すべき債務を負ふのであつて、此等兩者の相對的關係を名付けて債務關係と言ふ。

二 社會上一定の利益が法律によつて特に權利として保護されるが爲めには、其利益に向つて他人の侵害あるべきことが前提されねばならない。權利と侵害とは理論上必然に相關聯する事柄であつて、侵害のあり得べきことが豫想されればこそ權利が認められるのであり、又權利が認められる以上理論上必ずそれに向つて侵害のあるべきことが豫想されねばならない。

然らば債權に向つて豫想される侵害は何であるか。其一は債務者から來る侵害であり、其二は第三者の侵害である。

債務者の債權に對する侵害は債務不履行である。債權は債務者をして一定の行爲を爲さしめ得べき權利である。若しも債務者が債務の本旨に従つて其履行を爲すならば、其處には特に法律の保護を必要とすべき何物も存在しない。之に反し

て若しも債務者が債務の本旨に従つた履行を爲さないならば、債權者は必ずや國家に向つて一定の保護を求めるに違ひない。而して國家が其請求に對してどれだけの保護を與へるかが即ち債權の效力の問題であつて、其詳細は後に第四章に於て之を説明する。

物權は直接物を支配し得べき權利である。従つて權利者必要あらば直接物に向つて法律上認められた行爲を爲すことが出来る。之に反して債權は債務者をして一定の行爲を爲さしめ得べき權利である。而して相手たる債務者も亦人格者であるから、彼が債務の内容たる行爲を任意に履行しないからと言ふて、債權者は直に彼を捉へて直接強制的に當該の行爲を爲さしめることは出来ない。法律は債務者の人格を傷けない限りに於て成るべく債權の内容を實現せしめるやう各種の國家的助力を與へるのであつて、それが即ち債權の效力であり、又債權はそれ等の效力を發生せしむべき源泉である(一)。

一 物權は直接物を支配し得べき權利である。従つて一物上に一の物權存在するときはそれと矛盾する第二の物權は其物の上に成り立ち得ない。例へば、甲が一物上に所有權を有するときは同時に乙が其物の上に所有權を有することは不可能である、同様に甲が一物上に抵當權を有するときは乙は唯其次順位に於てのみ其物の上に第二の抵當權を取得し得るに過ぎない。之を名付けて物權の排他性と言ふ。之に反して債權は排他性を有せざるが故に、例へば甲が其所有物を乙に讓渡する約束を爲したる後更に其同一物を丙に讓渡することを約したる場合に於ても乙丙の債權は平等の效力を以て併存し得る。無論甲がいつれか一に對して履行すると他方は結局債務不履行に終はらねばならないけれども、乙の權利が先に發生したるの故を以て當然丙を排斥して之に優先する效力を有しないのである。

三 次に債權は債務者以外の第三者によつても亦侵害され得る。例へば、甲映畫會社が期間を定めて或る女優を專屬的

に備つてゐた所が、乙映畫會社が中途から其女優をそそのかして自分の方へ取つて行くやうなことをすれば、女優自らとして債務不履行の責任を負ふべきことは別問題として、彼女をそそのかした乙映畫會社は明に甲會社の彼女に対する雇傭契約上の債權を侵害したものと云はねばならない。然らば甲會社は乙會社の侵害に對して如何なる救済を求め得べきであるか。

元來債權法發達の歴史から言ふと、初めは専ら對債務者の内部關係のみが標準になつて債權の概念及び効力が定められてゐる。蓋し當時法律が債權の保護について専ら注目すべきは對債務者の關係に過ぎない、債權關係が第三者によつて侵害されるやうなことは實際上殆ど存在しなかつたからである。所が今では債權が吾々財産の主要部分を成すに至つた結果、從來所有權其他物權的財産が他人によつて侵害されることがあつたやうに、債權も亦屢々他人によつて侵害されるに至つた。昔専ら對債務者の内部關係にのみ留意して債權を觀察し其保護を考へてゐた人々は、債權は獨り債務者のみに對する相對權であつて、第三者に對抗し得べき絕對權ではないと言ふ獨斷的學說を確立し、それを根據として或は債權は性質上第三者によつて侵害されることのないものであるとか或は又債權は縱令第三者によつて侵害されても法律は之に向つて何等の保護を與へないものであると言ふやうな説を爲してゐた。併し今では債權も亦第三者によつて事實上侵害されるものであり、而してかかる侵害に對しても法律上保護を與へねばならないものであると言ふことが、殆ど通説として認めらるるに至り、大審院の判例も亦大正四年此方引續き此趣旨を認むるに至つたのである(一〇)。

二 大判・大正四・三・一〇刑錄二七九頁、同四・三・二〇民錄三九五頁等。學者の中には、今でも絕對權相對權の區別を認め、物權

は前者債權は後者であると言ふ考を固守してゐるものが少くないけれども、かくの如きは權利の對内的効力と對外的効力とを混同する爲めに生じた傳統的謬想である。成程債權は對債務者の權利である。けれども、さらばと言ふて一般第三者に對する關係に於て何等の効力をも有せざるものと思ふべき理由は少しもない。債權に對しても一般第三者は之を侵害すべからざるの義務を負ふ、其意味に於て債權も亦絕對的効力を有するものと言はねばならない。

此故に今日では、第三者が債權を侵害すると不法行爲者として損害賠償の責に任せねばならぬことが殆ど通説として一般に認めらるるに至つた。又債權者はかかる侵害者に對して侵害行爲を停止除去すべきことを請求し、尙將來侵害のあるべきことが豫想される場合には其侵害豫防に必要な行爲を爲すべきことを請求し得べきことも將に通説として認められむとしてゐる。大審院は此點について「權利者が自己ノ爲メニ權利ヲ行使スルニ際シ之ヲ妨グルモノアルトキハ其妨害ヲ排除スルコトヲ得ルハ權利ノ性質上當然ニシテ其權利ガ物權ナルト債權ナルトニヨリテ其適用ヲ異ニスベキニアラズ」と言ふて居る(一一)。從來の相對權絕對權の區別に執著してゐる學者はかくの如き妨害除去若くは豫防請求權は獨り物權其他絕對權の効力としてのみ發生するものであると言ひ、かかる請求權を總稱して特に「物權的請求權」なる名稱を用ひて居り、而して物權的請求權なる概念は吾國の民法學上今尙相當の勢力をもつてゐるけれども、それは決して權利の物權性若くは絕對性から發生するものではなくしてすべての權利の通有性たる不可侵性から發生するものなることに注意せねばならない。

三 大判大正一〇・一〇・一五民錄一七八八頁。此判決が主張する原理は原則的には正當であるが其適用に付いては十分の注意を

要する。物權的請求權に付いてすら最近では其効力が強きに過ぎると言ふ非難があり、例へば權利濫用の法理に依つて之を緩和する必要が感ぜられてゐる（大判昭和一〇・一〇・五民集一九六五頁参照）。債權の効力として原則的には妨害排除の請求を認め得るとしても一般債權に付いて廣く無制限に其原理の適用を認むるときは反つて弊害を生ずる虞がある。

四 他人に向つて一定の行爲を爲すべきことを請求する權利の中には、一定金額の支拂を求めるとか或る物の引渡を求めると言ふが如く財産的價值ある行爲を求める權利と——例へば妻が夫に對して同居を求める權利の如く——請求の目的たる行爲が財産的性質をもつてゐない場合との區別がある。民法は「債權ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノト雖モ之ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得」^(三九)との規定を設けて、債權の目的たる行爲が必ずしも「金錢ニ見積ルコトヲ得」べき性質のものたることを要求してゐない、例へば他人をして書をかかせる權利の如き縱令其書は金錢的に見ると全く價値のないものであつても尙債權として民法債權篇の保護を受けることが出来る。けれども、夫妻の同居請求權^(七八)の如きは——同じく他人の行爲を請求する權利ではあるものの——全然財産的性質をもつてゐないから、單なる親族法上の請求權と見るべきものであつて、當然に債權法の適用を受くべき債權の一種と見るべきものではない。

之に反して、同じく親族法上認められた請求權であつても、親族扶養の請求權の如きは——一面親族法的理由によつて認められた方面を有すると同時に——確に財産的性質をもつてゐる。従つて親族法上の債權として——其權利の基礎たる親族法的精神に矛盾せざる限り——尙或る範圍に於て債權と同様の法律的取扱を受くべき性質をもつてゐる^(四)。

四 多くの學者は債權と親族法上の請求權とを截然二分し得るものと考へてゐる。反之私は親族法的原理の制約を受けつつ而かも尙債權法の適用を受くべき權利のあり得ることを主張するのである。例へば扶養請求權の消滅時効期間は債權の消滅時効に關する第一六七條、第一六九條等の規定に依つて定まる、しかし扶養義務の不履行を理由として遅延利息^(民四一九條)を請求することは許さないものと考へるのが此權利の性質に適合した考方であると私は考へるのである。

第二 債務と責任

債務(Schuld)は法律上一定の行爲を爲すべきことが強要されてゐることを意味する。之に反して一定の財産が或債務の引き當てになつてゐること、換言すれば一定の財産が債權の實質的満足を確保すべき窮極の物的基礎を成してゐることを稱して責任(Haftung)と言ふ。現行民法に依ると、債權は原則として債務者の總財産を引き當てとしてゐる。債務者が法律的強要に反して自發的に債務を履行しないと、債權者は之を理由として損害賠償を訴求し、且其賠償を得る爲め債務者の總財産に對して強制執行を爲し得るを原則とする。それが爲め、此の債務者の總財産に對して強制執行を爲し得ることまでをも債權の效力と考へるのが從來普通の考方であつて、特に債務から引き離して責任關係を理解する必要が實際上餘り多く感ぜられてゐないけれども、理論的に精密に事を考へると債務と責任とは概念的に嚴格に區別せらるべきものであつて、此區別を明にすることは法律技術的にも亦極めて有意義である。之を區別して考へれば、先づ第一に債務の發生に先立つて責任關係のみが現實に成立することを認め得る。例へば根抵當の性質の如き此理に依つて最も良く之を説明し得

保証物上存する。第二に債務は甲之を負擔するに拘らず、甲以外の者の財産が其引き當てになつてゐるやうな事例^(例へば物上保護)を容易に諒解することが出来る。又第三に債務は甲之を負擔するに拘らず、甲の總財産中單に特定又は或分量の財産のみが其

引き當てになつてゐる様な現象(例へば限定承認(二五〇)を爲したる相続人の有限責任)をも容易に理解することが出来る(五)。

五 債權實行の爲めにする訴訟並に強制執行制度が不備であつた時代には、責任關係を基礎として債權法を規定し、債權と物的擔保とを密接せしめ、必要あるときは債權者が直接責任の目的物に向つて自力的手段を行ふことを許すが如き制度が要求された。國家の訴訟並に強制執行制度が完備するにつれて人々は一時債權保護の爲め特に責任關係に留意する必要を忘れる傾向があつたけれども、最近のやうに物的擔保が一般的になるにつれて無擔保債權は實際上著しく價值を減少し、それが爲め人々が新に責任の方面から債務關係を見直すやうになつた。今後は從來と反對に再び責任を中心として債務關係を觀察規律するやうになる傾向の現はれることが期待される。

第三 財としての債權

先に屢々述べた通り、債權は初め主として對債務者の關係に於てのみ法律上の問題となり、従つて債權の法律的性質も其方面からのみ觀察されて居た。換言すれば債權は専ら履行強制の手段として即ち其動態に於てのみ觀察されてゐた。

所が今日では債權は最早對債務者の履行強制關係に於て意味を有するのみならず、所有權其他の一般財産權と同じく有價物として賣買其他取引の目的となるのみならず、動産不動産等の有體物と同じく物的擔保の目的となるに至つた爲め、法律も此方面から——即ち其靜態に於て——債權を觀察する必要を感じるに至つた。此所では債權は有價物として一般取引の目的となるのであるから、恰も民法が第一七七條等の規定を設けて物權取引の安全を計つてゐると同じやうに、權利の存在・所在・内容等を一般人の爲めに保障する方法を講ずる必要がある。これが爲め、民法は債權讓渡及び債權質に關して特別の規定(三六三條以下)を設け、商法は又手形社債其他有價證券に關して各種の規定を設けてゐるが最近制定された抵

當證券法(略六法)の如き亦此部門に屬する重要な法律である(六)。

六 對債務者の關係だけから觀察すると債權には排他性がない。債務者は互に相排斥する内容の債權を同時に二個以上負擔することが出来る。甲に特定物を移轉する債務を負担しつつ、更に同時に乙に對しても其物を移轉する債務を負担し得る。而して甲乙の債權は發生の前後に關係なく優劣なしに併存し得る(五頁註一參照)。之に反して特定一個の債權は唯一人へのみ屬するを得、甲之を有するときは同時に乙が之を有することを排斥する。二人が同時に一個の債權を有することは出来ない。即ち此財たる方面から見れば債權も亦排他性を有するのであつて、此點から考へると債權の上に更に所有權が成立すると言ふやうな見方も法律技術的に考へて必ずしも無益なりと言ひ難い。

第三章 債權の目的物

第一節 總說

第一 債權と其目的物

債權は債務者をして一定の行爲を爲さしめ得べき權利である。従つて、債權の目的物は債務者の行爲である。其行爲の内容が——例へば金錢の支拂・不動産所有權の讓渡の如く——物に關してゐる場合でも、物それ自身は債權直接の目的物ではなくして、其物の所有權を移轉すべき債務者の行爲それ自身が飽くまでも債權の目的物である。而して此債權の目的

物たる行爲を名付けて「給付」Leistungと言ふ。

同じく他人の土地を使用する権利でも、地上權(五條、民二六)及び永小作權(〇條、民二七)は物權であつて、權利者は直接其土地の上に物的支配權を有する。之に反して例へば土地の賃借權(六條以下)は債權である、借地人は地主に對して其土地の使用を許與すべきことを請求し得る、しかし其權利の直接目的とする所は地主の——使用許與なる——行爲であつて、借地人は——地上權・永小作權の場合の如く——直接其土地の上に物的支配權をもつてゐるのではない。此故に、例へば永小作權にあつては地主が如何に變らうとも永小作權者の權利に向つて何等の影響を及ぼさない。之に反して、賃借權は單に賃貸人其人に對する權利に外ならないから、例へば賃貸人が其義務に違反して賃貸地を第三者に讓渡すやうなことをしても、其際賃貸人は賃貸人に對して債務不履行を理由として損害賠償を請求し得るだけで、新地主に向つて其權利を主張し得ない、新地主の返地請求があれば直に之に應ずべき義務を負擔してゐる。蓋し彼は直接其土地の上に權利をもつてゐないからである。尤も不動産の賃借權については特にそれを保護する爲めに之を物權化する傾向が進行しつつあることに注意せねばならない(民六〇五條、建物保護法)。

第二 債權の目的物の要件

債權の目的物たる給付行爲の内容は千變萬化であつて、當事者は——物權の場合と異なり(民一七五條參照)——契約を以て如何なる内容の債權でも任意に創定し得るのを原則とする。

しかし、それが特に法律の保護に値する爲めには左記の諸要件を備ふることを必要とする。

一 適法なること

「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲」は無効であり、又「法令中ノ公ノ秩序ニ關スル規定(強行法規)に違反する法律行爲は無効である(民九〇條、九一條)」。例へば賣淫契約は法律上無効であり、従つて之に基く債權を強行するについて國家の法的援助を求めんことは出来ない。國家は適法なる給付を目的物とする債權に向つてのみ法律的效力を與へることにしてゐる。

二 可能なること

債權の目的物たる給付は可能でなければならぬ。實行不能の給付は國家と雖も其履行を強制し得る筈がないからである(一)。

一 けれども、不能給付を目的とする債權は法律上あり得ないと言ふことと、不能給付を目的とする契約が締結された場合に其結末を如何につけるかの問題とは全然別問題である。例へば甲乙間に船舶賣買の契約を締結した所其船舶は既に前日沈没してゐたと言ふやうな場合に、かかる契約は全然之を無効とし賣主は初めより船舶移轉の義務なく買主は又代金支拂の義務なきものとし、而して買主が其無効を知らざるが爲めに蒙つた損害だけを賣主をして賠償させるやうにするのも一の考へ方であり、又かかる契約も尙ほ之を有效のものとし、買主は代金支拂の義務を負ふ代りに船舶の給付ありたりせば、得べかりし利益を履行に代はる損害賠償として請求し得ることとするのも一の考へ方である。現在吾國の學者は理論上當然前の考へ方でなければならぬと言ふことが多いけれども、此點について特に明文のない吾民法の下に於て、不能給付を目的とする債權が法律上存在し得ないと言ふことだけから、當然にかかる結論を導き出さうとするのは早計である。少くとも原始的不能の給付を目的とする契約の一場合に相當

する賣買の目的たる「物ノ一部ヲ契約ノ當時既ニ滅失シタル場合」について民法は決して前者の考を採用してゐない。民法は此場合に賣買は尙一應全部有効のものとし唯「買主ハ其足ラサル部分ノ割合ニ應シテ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得」又若し「殘存スル部分ノミナレハ買主カ之ヲ買受ケサルヘカリシトキハ善意ノ買主ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」べく、其外善意の買主は「損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ妨ケ」ざる旨を規定してゐるのである（民五五五條）。此故に、少くとも賣買其他有償契約の目的物が原始的に一部不能なるときはすべて之に準ずる取扱を與へるのが民法の正しい解釋であると言はねばならぬ（民五五九條參照）。尙契約の目的たる給付が原始的に全部不能である場合に取扱ふかに付いては民法上何等の規定がないけれども、此場合については私も初めより全部無効のものとして取扱ふ方が正しい解釋であると考へてゐる。

尙債權が一旦發生した後に於て給付が不能になつたならば（後發的不能）、債權者は無論其不能給付それ自身を請求し得ないけれども、此場合に於ても常に必ず債權そのものが當然に消滅するものとして取扱はねばならない理由は毫もない。此故に、民法に於ても其不能が債務者の責に歸すべき事由に基くときは、債權は以後内容を變じて損害賠償債權になるのであると規定してゐる（民四二條）。之に反して不能が債權者の過失其他天災事變に基くならば債權は之に因つて當然に消滅するものと解すべきである（三〇）。

二 此點に關する詳細は第四章第三節第三に之を説明する。

三 給付の内容が確定せるか又は確定し得べきものなること

債權の目的物たる給付の内容が確定して居なければ、縦令債權者が其履行を訴求しても、裁判所として其履行を命ずることが出来ない。之に反して、縦令内容が確定して居らずとも、「或標準ニ從ヒテ之ヲ確定シ得ベキモノナルトキハ」、裁判

所はかくして確定せらるべき給付の履行を命じ得るが故に、かかる給付を目的とする債權は尙之を有效なりと言ふことが出来る（三〇）。而してそれを確定すべき標準は當事者任意に之を定め得るが故に、裁判所としては當事者が其點についてどう言ふ意思を表示してゐるかを解釋して其標準を確定し、それによつて給付の確定を求めることが出来る（四〇）。

尤も民法は、其中種類債務及び選擇債務については——縦令當事者が確定方法を明定して居らずとも——之を確定すべき方法について補充的の規定を設けてゐるから（民四〇七條等）、裁判所としては愈々當事者の意思が不明な場合には其規定によつて給付の内容を確定することが出来る（此等の場合については本章中）。之に反して、其以外の場合については民法中何等特別の規定が設けられてゐないから、結局意思解釋によつて確定方法を決するの外ない（五）。

三 大判大正五・三・一四民錄三六一頁。

四 大判大正九・六・二四民錄九二三頁「當事者が合意ヲ以テ第三者ヲ指名シ其第三者ノ相當ト認ムル擔保ヲ供與スベキコトヲ約スルガ如ク當事者ノ契約上負擔スル給付ノ目的物ノ指定ヲ第三者ニ一任シタル場合ニ於テ、第三者ガ死亡其他ノ原因ニ因リ其指定ヲ爲スコトヲ得ザルニ至リタルトキハ契約ハ如何ナル效力ヲ生ズルヤハ當事者ノ意思ヲ推測シテ決スベキ事實問題ニシテ、或ハ契約ノ效力ヲ失フコトアルベク、或ハ其效力ヲ持續スルコトアルベシ。若シ當事者ノ意思ガ契約ノ效力ヲ持續セシムルニ在ルトキハ、其内容モ亦當事者ノ意思ヲ忖度シテ之ヲ定ムベキモノニシテ、即チ當事者ハ反對ノ意思表示ヲ爲サザル限り客觀的ニ相當ナル目的物ノ給付ヲ爲サント欲スルニ在リト推定スベキモノトス」云々。

五 例へば「貴殿御希望のものは何なりとも差上ぐべし」と言ふやうな契約に在つては、債權者が其確定權をもつてゐる譯であるが、若しも其確定を爲すについて何等か相當の標準なく、苟も債權者が——全然自由に——定めたものであれば何でも給付しなげ

ばならないと言ふ趣旨であれば、場合により善良の風俗に反する契約として之を無効とせねばならないことがあり得るであらう。又之と反対に債務者が確定権をもつてゐる場合でも、例へば「相當の代金を支拂ふ」と言ふやうに確定について何等か相當の標準が與へられてゐれば格別、全然債務者の自由決定に任されてゐるやうな場合には、債務負擔の意思なきものとして無効の取扱を與ふべき場合が少くないであらう。

尙——先にも述べた通り——債權の目的物は必ずしも金銭に見積り得べきものなることを必要としない(民三九)。例へば、眺望を害すべき建物を建築せざるべき債務・音楽を演奏すべき債務の如きは、たとへそれ等の給付が金銭に見積り得ないものであつても、尙法律上有效たるを妨げない、之に反して給付それ自身が特に法律の保護に値せざるものなるときは——金銭的價値の有無に拘らず——民法は法律上之を無効として取扱ふのである。

六 例へば散歩すべき旨の契約に法律的效力を認むべきや否やを決するについて、學者は多く當事者が其契約に法律的效力をもたせることを欲したりや否やを標準にしやうとする。一見正しい考のやうであるけれども、吾々が日常買賣其他の契約を締結するについても、吾々は必ずしも常に法律的效力を欲すると言ふやうな特別な現實的意思をもつてゐるものではない。唯賣り又買ふと言ふ經濟的の意欲をもつてゐるに過ぎない。それにも拘らず裁判所がかかる契約に法律的效力を認めるのは當事者の經濟的意欲を基礎として其契約に法律的效力を認め其實現に向つて國家的援助を與へる價値ありと判断するからであつて、當事者が法律的效力を欲する現實的意思をもつてゐたかどうかを標準としてかかる判断をするのではない。して見ると、散歩すべき旨の契約に法律的效力を認むべきや否やを決するについても當事者に法律的效力を欲する現實的意思ありしや否やを標準にしやうとする考は誤つてゐると言はねばならない。

第三 給付の種類

債權の目的物たる給付は種々なる標準によつて之を色々に分類することが出来る。

一 作爲給付と不作爲給付

債權の目的物たる給付は積極的に一定の行爲を爲すことに存する場合と消極的に一定の行爲を爲さざること存する場合とがある。前者は作爲給付であつて、金若干圓を支拂ふべき債務・演劇に出演すべき債務の如き其例である。後者は不作爲給付であつて、競業禁止契約に因つて生ずる債務の如き其最も顯著な例である。而して此區別は主として當該債務の強制履行方法と密接の關係を有するのであつて、民法も不作爲債務の履行を強制する方法として特に「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」(民四三)の旨の規定を設けて居る(七)。

七 此規定の詳細は後第四章第二節に於て説明する。

二 特定物給付と不特定物給付

物の給付を目的とする債權の中に、例へば米十俵の給付を目的とする債權の如く給付せらるべき物が不特定の定められてゐるに過ぎないものと、例へば「此馬を讓渡す」と言ふが如く給付の目的物が特定の定められてゐるものととの區別がある。

(一) 特定物給付の債權

特定物の給付を目的とする債權については次の如き特別の規定が存在する。

(1) 「債權ノ目的カ特定物ノ引渡ナルトキハ債務者ハ其引渡ヲ爲スマテ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保存スルコトヲ要ス」(民四〇)る。元來民法の規定してゐる注意義務の中には「善良ナル管理者ノ注意」を要求するものと「自己ノ爲メニスルト同一ノ注意」乃至「自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意」を要求するに過ぎざるものとの區別がある。前者は特に「善良ナル管理者」と言ふ抽象的の標準を想定し、その人をして當該の場合に臨ましめたならば正に加へたであらうと思はれる注意を要求するものである。之に反して、後者は各人が自己の財産乃至事務に付いて加へると同一程度の注意を要求するものであつて、例へば他人の物を無償で預つた者は其程度の注意を加へさへすべしである(九六五)。例へば、他人が無償で預つた物品を自己の物と一緒にして靴に入れ、それを停車場の机の上に置いたまま便所に行つてゐる間に盗まれたやうな場合には、其人に「善良ナル管理者」としての注意を怠つたと言ふ過失はあつたとしても、尙「自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意」を加へたものとして何等賠償の責任を負擔しないのである。而して上記第四〇〇條は他人に特定物を引渡すべき者が其物の保管上加ふべき注意の程度を定めた原則規定であつて上記第六五九條其他法律に別段の規定ある場合を除く外「特定物の引渡」を目的とする債務にあつては原則としてすべて「善良ナル管理者ノ注意」を加へる必要があるのである。

従つて、例へば一頭の——特定した——馬を給付すべき債務を負ふ者は其引渡を爲すまで法律の要求してゐる「善良ナル管理者ノ注意」を加へてゐるさへすれば、たとへ其間に馬が病氣にかかつて著しく體重を減ずるやうなことがあつても、債務者としては何等の責任を負ふ必要がない、「辨濟者ハ其引渡ヲ爲スヘキ時ノ現状ニテ其物ヲ引渡しさへすればよいのである(三七八)。

(2) 「特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉」を目的とする雙務契約、例へば特定の家屋を賣買すべき契約を爲した後、其家屋が類焼して滅失した場合でも、賣主は尙代金を受けることが出来る。之に反して、例へば米百俵を賣買する契約の如く「不特定物ニ關スル契約」にあつては、債務者が愈々其米を債權者の所に届けるまでは債務者に於てすべて危険を負擔すべきであつて、例へば其米が運送の途中船舶の沈没によつて滅失したやうな場合には賣主は其代金を請求し得ないのである(民五三四條、四〇)。

(3) 「辨濟ヲ爲スヘキ場所ニ付キ別段ノ意思表示ナキトキハ特定物ノ引渡ハ債權發生ノ當時其物ノ存在セシ場所ニ於テ之ヲ爲シ、其他ノ辨濟ハ債權者ノ現時ノ住所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス」(民四八)。

(ロ) 不特定物給付の債權

同じく一冊の本を買ふにしても古本屋で「此本」と言ふて買ふ場合は特定物賣買である、之に反して例へば「法律時報」五月號一冊を雑誌屋から買ふ契約は不特定物賣買である。前の場合には假りに其特定物たる本に落丁があつても、兎も角其落丁ある本がそれ自身賣買の目的物となつたのであつて、賣主は其本を引渡しさへすれば完全に債務を履行したものと云へる。唯其場合——落丁なきことを前提としてきめられた——代金額と比較して當事者雙方の間に實質的の不衡平が起る結果、法律としても何とかそれを是正しなければならぬことになるだけのことであつて、其目的の爲めに存在するものが瑕疵擔保に關する規定である(民四八)。之に反して後の場合には「法律時報」五月號なる完全な一冊の雑誌を給付する義務があるのであるから、若しも給付されたものに落丁があれば落丁なき別の完全なものを給付するなり又は落丁だけを追

補して兎も角完全なものを債權者に與へる義務がある、而してそれを爲さない限り債務者は尙不履行の責を負はねばならないのである。

尙不特定物給付の債權中特に注意すべきものは「債權ノ目的物ヲ指示スルニ種類ノミヲ以テシタル場合」——種類債權——であつて、例へば石炭一噸・肥後一等米百俵を給付すべき債務の如きが即ちそれである。此種の債權については後別に節を設けて特別の説明を加へる(本章第二節)。

三 金錢給付

種類債權中特に區別して研究を要するものは一定額の金錢を給付すべき債權である。金錢債權は賣買消費貸借其他各種の重要な契約を原因として發生するの外現代貨幣經濟の下に於ては特に重要性を有する債權であつて、以下に説明する債權總論の諸規定の如き専ら金錢債權を標準として規定されてゐるものが甚だ多いのである。尙金錢債權については別に節を設けて特別の説明を加へる(本章第三節)。

四 選擇的給付

債權の中には例へば甲馬又は乙馬を給付すと言ふが如く給付の内容が選擇的に定められることになつてゐるものがある。所謂「選擇債權」が即ちこれであつて、之については後別に節を設けて詳細の説明を加へる(本章第四節)。

五 可分給付と不可分給付

債權の中には、例へば米百俵の引渡を目的とするものの如く分割的に給付をしても必ずしも債務の本旨を害しないもの

と、馬一頭の給付を目的とする債權の如く分割的にはどうしても履行し得ないものとの區別がある。尙例へば米百俵の給付を目的とする債權の如く給付物本來の性質から言ふと可分的であつても、特に當事者の特約によつて分割給付を禁止する場合があり得る。所謂「債權ノ目的カ當事者ノ意思表示ニ因リテ不可分ナル場合」が即ちそれである(債權總論二八)。

可分債權不可分債權の區別は次の如き各種の實益をもつてゐる。

(イ) 可分債權を目的とする契約は、一部の履行ありたる後殘部について不履行若くは履行不能を生じた場合に、債權者はそれを理由として其殘部についてだけ契約を部分的に解除することが可能である。之に反し不可分債權を目的とする契約にあつては原則として一部解除を爲し得ない(五四三條參照)。

(ロ) 可分債權にあつては、若しも其當事者——債權者若くは債務者——が二人以上なるときは、債權債務は當然其人數に應じて分割される。例へば甲乙二人にて百圓を丙に貸與すれば、甲乙は五十圓づつ別々に債權を取得し、彼等が丙に履行を請求する等各種の法律關係はすべて別々の運命に服することとなるのであり、甲乙二人にて丙から百圓を借りた場合にも——特に連帶の特約なき限り——甲乙は各別々に五十圓づつの債務を負擔することとなるのである。而してそれ等の場合に於ける分割の割合に付いては特に「數人ノ債權者又は債務者アル場合ニ於テ別段ノ意思表示ナキトキハ各債權者又ハ各債務者ハ平等ノ割合ヲ以テ權利ヲ有シ又ハ義務ヲ負フ」(七四二條)旨の規定が設けられて居る。

右と異なつて「債權ノ目的カ其性質上又ハ當事者ノ意思表示ニ因リテ不可分ナル場合」に債權者若くは債務者が數人なるときは、債權關係は分割せられずして不可分的の債權若くは債務となるのである。不可分債權及び不可分債務については

別に節を設けて之を説明する(本章第五節及び第六節)。

第二節 種類債權

第一 序説

一 「債權ノ目的物ヲ指示スルニ種類ノミヲ以テシタル場合」即ち種類債權の中には、其指示の方法程度によつて尙色々の種類を區別することが出来る。例へば、米百俵・肥後米百俵・肥後一等米百俵・此倉庫内にある米の中百俵等色々の定め方をすることが出来る。此中最後の場合については學者特に「制限の種類債權」なる名稱を與へてゐるけれども、尙一種の種類債權に外ならない。唯例へば甲が米百俵を給付すべきことを約してゐる場合に偶々甲が辨濟に宛てやうと考へてゐた米が天災によつて滅失するやうなことがあつても甲はそれが爲め債務を免るるに至らざるに反し、例へば此倉庫内の米百俵を給付すべきことを約した場合に其倉庫内の米が天災の爲め全部滅失したならば甲は債務を免るるに至ると言ふが如き多少の差異あるに過ぎない。

二 種類債權に關して起る問題には色々あり得る。其中重要なものは、(イ)給付すべき物の品質を如何にすべきか、(ロ)給付すべきものは何時如何にして特定するかの問題である。

第二 種類債務の履行として給付すべき物

種類債務の履行上如何なる種類品等の物を給付すべきかは種類指定に關する契約の趣旨によつて定まる。而して品質に關して契約上何等の定めなきか又は契約の性質より推して之を定むること能はざるときは「中等ノ品質ヲ有スル物ヲ給付スルコトヲ要ス」るのである(民四〇)。然らばかかる場合に債務者は自己の都合から中等以上の物を給付しても差支ないか。原則としては差支ないと言ひ得るであらう。けれども場合によつてはかくして中等以上の物を給付することが信義誠實の原則に反すと認むべき場合もあり得るであらう。

第三 種類債權の特定

一 種類債權にあつては初め先づ具體的にどの物が債權の目的になつてゐるか全く確定してゐない。従つて、例へば米百俵を給付すべき債務を負擔する者が内心偶々或る倉庫に入れてある米を其の履行に宛てやうと考へてゐても、其米はまだ具體的に債務の目的物になつてゐない。従つて、偶々其米が天災によつて滅失しても、債務者は債務を免れない。別に米を求めて履行を爲す義務を負ふのである。

二 然らば種類債權は何時如何にして特定するか？ 此點について民法は「債務者カ物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シ又ハ債權者ノ同意ヲ以テ其給付スヘキ物ヲ指定シタルトキハ爾後其物ヲ以テ債權ノ目的物トス」(民四〇二)と規定してゐる。即ち

(イ)「債務者カ物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シ」たるときは特定を生ずる。而して債務履行に必要な行爲の完了が何時であるかは債務の本旨に従つて定まるのであつて、例へば、債務が持參債務たる場合——債務の履行地が債權者

の住所であつて債務者が其所まで物を届ける義務のある場合——にあつては、債務者が物を債権者の住所に提供するまでは特定を生じない(一)。従つて運送の途中で物が滅失したやうな場合には改めて別の物を給付する必要がある。之に反して取立債務——債権者の方で債務者の住所まで取りにゆかねばならない場合——にあつては、債務者の側に於て「辨濟ノ準備ヲ爲シ」たる上それを債権者に「通知シテ其受領ヲ催告」し而して其催告が債権者に到達したときに特定を生ずるのである(三九)。

一 大判大正八・二・二五民録二四〇〇頁。

(ロ)「債務者カ債権者ノ同意ヲ得テ其給付スヘキ物ヲ指定シタルトキ」、例へば債権者の側で物の指定を債務者に一任し而して債務者が其指定を爲したるときに特定を生ずる。

(ハ) 尙法律中には特に明文がないけれども、債権者債務者の契約を以て直接に給付物を指定したならば、それによつて特定を生ずべきこと勿論である。

三 特定の法律的效果は色々ある。

(イ) 特定前に債務者が履行に宛てやうと考へてゐた物が天災によつて滅失しても債務は消滅しない。之に反して特定後其特定した物が天災に因り其他債務者の過失に因らずして滅失すると債務は消滅する。五三四條

(ロ) 特定後に於て物が債務者の過失によつて滅失すると、債務は損害賠償債務に變はる(四二)。改めて他の種類物を給付する必要はない。

(ハ) 特定後に於て物が天災又は債権者の過失によつて滅失すると第五百三四條の適用を生ずる。例へば米百俵を賣買した場合に其米が特定した後に滅失すると、賣主は債務を免れるにも拘らず、買主は尙代金を支拂ふべき義務を負担する。

(三) 種類物を賣買の目的とした場合に、其物の所有權は——特約なき限り——特定と同時に買主に移轉する(二)。

二 此點に付いては特定後特に所有權移轉の意思表示あるに因つてのみ移轉の效果を生ずとの反對説があるけれども、我民法はドイツ民法と異なつて所有權の移轉は當事者の意思表示のみに依つて行はれると言ふ主義をとつてゐるのであるから(民一七六條)、種類物移轉の法律行為が爲された後に於て其債權が特定すれば最早更に特別の意思表示を要せずして當然に移轉の效果を生ずるものと解するを正當とする。

第三節 金錢債權

第一 金錢債權の性質

金錢債權は一種の種類債權である。従つて以上種類債權について説明した所はすべて金錢債權にも適用される。尤も例へば陳列の目的を以て特定の金貨を借りるやうな場合は特定物債權であつて、種類債權でもなければ、以下に述ぶるが如き金錢債權に關する特別規定の適用を受ける債權でもない。

第二 金錢債權に關する特別規定

金錢債權には二種類ある。

一 金額債權 例へば金十圓を支拂ふべき債務にあつては要するに金十圓を拂ひさへすればよいのであるから「債務者ハ其選擇ニ從ヒ各種ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得」(民四〇二條一項)。但し貨幣法第七條に「金貨幣ハ其ノ額ニ制限ナク法貨トシテ通用ス、銀貨幣ハ十圓マテ白銅貨幣ハ五圓マテ青銅貨幣ハ一圓マテテ限り法貨トシテ通用ス」とあるから、例へば十圓を支拂ふべき者が全部一錢銅貨を以て提供した場合には、債権者は内九圓だけは銅貨以外の貨幣を以て支拂ふべきことを請求し得る。尙日本銀行兌換券は金貨幣に代はるべきものであるから、金額に制限なくいくらでも通用し得る。

外國貨幣を以て金額を指定した債權は尙一種の金額債權であるから、債務者は——特約なき限り——其指定された外國貨幣を以て辨濟すればよい(民四〇二條一項)。けれども、其債務の履行地が日本である場合には「債務者ハ履行地ニ於ケル爲替相場ニ依リ日本ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲シ」(民四〇三條一項)しても差支ない(民四〇四條)。然らば、其爲替相場を定める標準の時期は何時であるか。學者によつては當該債務本來の履行期を標準とすべき旨を説いてゐるものがあるけれども、寧ろ實際に履行を受ける時期を標準とするものと解するのが正當であらう。勿論例へば本來の履行期に辨濟を受けさへすれば爲替相場が有利であつたのに、債務者の責に歸すべき事由に因つて以後相場の不利な時期に履行が爲された場合には、債権者は其差額を損害賠償として請求することが出来るであらう(一)。

一 此考方に對しては金錢債務の履行遅延に因る損害賠償額は法定利率に依つて定まるのであつて(民四一九條)、本文に記すが如く損害實額を請求し得べきではないと言ふ反對説が成り立ち得る。しかし民法第四一九條は金錢債務履行遅延に因る損害賠償額

を實害に因つて計算する不便を避ける目的を以て設けられたものに過ぎないから、此場合の如く爲替相場の差額に依つて形式的に實害を計算し得べき場合には同條の適用なきものと解するを正當と考へる。

二 金種債權 貨幣中特に「特種ノ通貨ノ給付ヲ以テ債權ノ目的ト爲シタ」場合には、それが内國通貨なると外國通貨なるとに拘らず、其特種の通貨を以て辨濟せねばならない(民四〇二條一項)。けれども其「特種ノ通貨ヲ辨濟期ニ於テ強制通用ノ效力ヲ失ヒタルトキハ債務者ハ他ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ要ス」(同條二項)るのであつて、態々其特種の通貨を探し求めて給付することも出来なければ、それを給付する必要もないのである。但し當事者が特に其「特種ノ通貨」でなければならぬ旨を約束してゐる場合——絶対的金種債權——は此限りでないこと素より言ふを疎たない。

第三 利息債權

一 金錢債權には多くの場合利息がつく 勿論金錢債權でなくとも、例へば米一石を給付するが如く代替物給付を目的とする債權については利息の特約を爲し得べきこと素より言ふを疎たない。

二 利息債權は元本債權に從たる債權である。故に (イ)其發生については元本債權の存在を前提とする。元本債權が契約無効の爲め發生しなければ利息債權も亦發生しない。(ロ)債權の存続についても二者の間には同じく主従の關係がある。即ち元本債權が消滅すると以後は利息債權も亦消滅して利息の發生を止める。尤も其以前既に満期となつた利息債權は元本債權の消滅によつて何等の影響を受けざること勿論である。尙元本債權が存続するに拘らず利息債權のみが消滅することは可能である。例へば元本債權が履行遅滞に陥ると、以後約定の利息債權は消滅して法定の遅延利息債權(民四一九條)が之

に代はるのである。(ハ)元本債権の爲めに存する人的並に物的の擔保は利息債権にも及ぶのを原則とする(三三二條、三三八條、三四六條、三七四條、七四條)。(ニ)尙元本債権の譲渡は利息債権を伴ふのを原則とする(三三)。

かくの如く利息債権は元本債権に從屬してゐるけれども、之のみを引き離して譲渡することは素より可能である。又利息債権のみが元本債権に先立つて別に時効にかかることも可能である(六一條)。

二 元本債権に付き轉付命令ありたる場合にも其効力は利息債権に及ぶ(大判大正一〇・一一・一五民錄一九五九頁)。

三 利息債権は當事者の特約又は法律の規定に因つて發生する。

(一) 約定利息 當事者の特約を以て利息の定めをする場合には其利率を隨意に定め得るのを原則とする。但し「金銀貸借上ノ利息」については「元金百圓未満ハ一箇年ニ付百分ノ十五五分百圓以上千圓未満ハ百分ノ十二二分千圓以上ハ百分ノ十一分なる制限が規定されてゐるから、それ以上の利率を約すると、其超過する分だけは「裁判上無効」となり「各其制限ニマデ引直」される。而して「定限利息ノ外總テ人民相互ノ契約ヲ以テ禮金棒利等ノ名目ヲ用フル者アルトモ總テ裁判上無効」である(三三條)。(三) けれども、例へば天引手数料等の名義で既に取られて仕舞つた利息は——縦令制限を超えても——最早取戻し得ない、利息制限法は制限超過の利息を單に「裁判上無効」とし其訴求を禁じてゐるだけのことであつて、既に拂つて仕舞つた利息の取戻しまでを認むるものでないと言ふのが在來の判例である(三四)。

尙同法の制限は「金銀貸借上ノ利息」にのみ適用があるのであるから、例へば賣買代金に利息を附する特約には適用なく(三五)、又種籾の貸借にも適用ない(六)。

用物性

三 大判・明治四二・七・三民錄六四九頁、大正一〇・三・五民錄四七六頁等。之に反して未だ其支拂を爲さず單に「債務者ノ承諾ヲ經テ利息制限法ノ制限ヲ超ユル利息ヲ元金ニ組入レタル」に過ぎざるときは、裁判所は利息制限法に從つて更に計算を爲し制限内の利息だけを元金に組入れたものとして計算を立てねばならない(大判明治四四・一二・一民錄八〇八頁)。(但し其後大審院が「利息制限法ノ規定ニ超過シタル利息ヲ現實ニ授受スルコトナク貸付金ヨリ控除シ殘額ヲ授受シタルニ止ルトキハ該控除額ニ付テハ」消費貸借成立の要件たる「現金授受同一ナル經濟上ノ利益」の供與を缺くものとし其部分に付いては消費貸借の成立を來たさずとの判決(昭和五・一・二八民錄四九頁)を與へ之に依つて新なる方面から利息制限法の趣旨を生かさうと企ててゐることは特に注目する。)

四 利息制限法の制限は大正八年法律第五九號を以て改定されたものであつて、其以前にはもつと高い利率が許されてゐた。然らば舊法時代舊法の許してゐた利率を約した者はそれが新法の制限を超えてゐる場合に新法實施と共に裁判上無効の取扱を受くべきであるか。判例は「舊法施行當時ニ契約シタル利率ニ付キテハ縱令其利息ノ發生ガ新法施行後ニ係リ其歩合ガ新法所定ノ制限利率ニ超過シタルトキト雖モ尙ホ其效力ヲ有スルモノ」と解して居る(大判・大正八・一二・一五民錄二三〇五頁、同一〇・五・二六民錄九九九頁等)。しかしながら、利息の如く繼續的に發生するものにあつては新法實施以後は當然新法に從つてのみ發生し得るものと解するを至當とする。

五 大判大正一〇・一一・二八民錄二〇五一頁。

六 大判・大正七・一・二八民錄六七頁、同九・七・一〇民錄一〇九九頁。

利息の約定をしてゐるだけで何等利率の定めをしてゐない場合には其利率は年五分(商事についで年六分)である(民四〇四條)。然らば、例へば「制規の利息御支拂申可く云々」と言ふやうな契約をしてゐる場合には、右年五分の利率を約してゐるものと解すべ

きか、又は利息制限法の許してゐる最高利率を約してゐるものと解すべきであるか。それは結局契約の趣旨を解釋して決定せらるべき事柄であるが、從來裁判所は一般に後者の意味であると解して居る(七)。

七 大判明治三〇・三・二民錄三卷一八頁等。

尙重利(複利)法によつて利息を定めることは、從來外國に於て之を禁止した例が稀でないけれども、吾民法は單に之を禁止せざるのみならず、尙別に「利息が一年以上延滞シタル場合ニ於テ債權者ヨリ催告ヲ爲スモ債務者ガ其利息ヲ拂ハザルトキハ債權者ハ之ヲ元本ニ組入ルルコトを得」(五條)との規定を設けてゐる。此故に、利息制限法に違反せざる限り重利契約は有效である(八)。又かゝる特約なき場合に於ても債權者は右の手續をとつて一方的に延滞利息を元本に組入れることが出来る(九)。

八 大判大正六・八・八民錄一二九〇頁。

九 貯蓄銀行法に於ては重利計算を強制してゐる(一條)。

(ロ) 法定利息 当事者が何等特約してゐないでも、法律が一定の事由を原因として當然に利息を發生せしめる場合がある(六四九條)。此等の場合に於ける利率は法定利率——年五分(四四條)、商事については年六分(六二七條)供託金については年二分(四三條)——によつて定まるのを原則とするけれども、金錢債務の履行遅延によつて生ずる遅延利息については法定利率によるを原則とし、唯元來の「約定利率法定利率ヲ超ユルトキハ約定利率ニ依ル」べき旨の規定が設けられてゐる(九四一)。

第四節 選擇債權

第一 選擇債權の性質

選擇債權は甲馬又は乙馬を給付すべしと言ふが如く數個の個別的に豫定された給付の中選擇によつて定まるべき一個の給付を目的とする債權であつて、選擇せらるべき給付が個別的に豫定されてゐる點に於て上述の種類の債權と區別される。従つて例へば甲乙兩馬共天災によつて滅失すると債務者は全然債務を免れるのである。

選擇債權の法律的構成を如何に解すべきかは從來學者の好んで論争した所であるけれども、「數個の給付中選擇に依つて定まるべき給付」なる一個の給付を目的とする一個の債權であつて、數個の條件附債權が併存するものと解すべきではないと言ふのが、現在の通説である。

第二 選擇債權の特定

選擇債務を履行するについては其前先づそれを特定せしめ、何が具體的に給付物であるかを確定する必要がある。

然らば其特定は如何なる事由によつて生ずるか。民法は此點について「選擇」及び「履行不能」の二事由を規定してゐるけれども、其外抽籤等の方法によつて特定すべき旨を特約しても差支ない。

一 選擇

選擇債權は選擇權の行使たる選擇の意思表示によつて特定する。

(イ) 選擇權者 何人を選択權者とするかは契約を以て隨意に之を定め得る。債權者債務者のいづれかを選択權者とする^(一)ことも出来れば、^(二)第三者に選擇を任せることも出来る。而して當事者何等の定めを爲さざるときは「其選擇權ハ債務者ニ屬ス」^(六條)。

一 債權者を選択權者とする特約を有效と認めたる判例(大判明治四一・一二・一民錄一二五五頁)。

(ロ) 選擇の方法 選擇は選擇權者の一方的意思表示である。而して債權者又は債務者が選擇權者なるときは「相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ行フ」^(二)、又「第三者ガ選擇ヲ爲スベキ場合ニ於テハ其選擇ハ債權者又ハ債務者ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲」^(三)さねばならない。尙債權者又は債務者が選擇權を有する場合に辨濟期到來後、相手方ヨリ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スモ選擇權ヲ有スル當事者ガ其期間内ニ選擇ヲ爲サザルトキハ其選擇權ハ相手方ニ屬ス^(八條、四〇九條)。又選擇權者たる「第三者ガ選擇ヲ爲スコト能ハズ又ハ之ヲ欲セザルトキハ選擇權ハ債務者ニ屬ス」^(八條、四〇九條)。

二 従つて相手方の承諾を必要としない(大判大正五・五・二〇民錄九九九頁)。

(ハ) 選擇の効果 選擇の意思表示が效力を生ずると^(九七條)選擇債權は特定する。而して一旦特定した以上「相手方ノ承諾アルニ非ザレバ之ヲ取消スコトヲ得」^(四〇七條)。尤も詐欺強迫等別段の取消原因が存在する場合は此限にあらざること勿論である。

選擇による特定の効果は單に將來に向つてのみならず「債權發生ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ズ」^(四一一條)。従つて、例へば

甲馬乙馬のいづれかを債權者の選擇によつて給付すべき場合に、甲馬が債務者の過失によつて滅失しても債權者は尙選擇權を失はない^(四一〇條)、而して若しも甲馬を選択したならば甲馬のみが初めから債權の目的物になつて居り且それが債務者の過失によつて履行不能に陥つたことになるから、債權者としては履行に代はるべき損害賠償を請求し得ることになる^(四一〇條)。又債務者が選擇權を有する場合に甲馬が債權者の過失によつて滅失したならば債務者は其滅失した甲馬を選択して債務を免れることが出来る。しかし、選擇の遡及効は單にそれだけのことであつて、それを理由として「第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得」^(四一一條)。例へば、債權者の選擇によつて甲乙二物中のいづれかを給付すべき債務者が選擇前甲を質に入れて仕舞つたとしても、債權者は甲を選択して、質入の無効までも主張し得ない。彼は唯債務者に對し質物を受け戻して履行を爲すべきことを請求する債權を有するに過ぎないのである。

二 履行不能

「選擇權ヲ有セザル當事者ノ過失ニ因リテ給付ガ不能ト爲」^(四一〇條)つても選擇權者は依然として選擇權を失はざること上述の通りである^(四一〇條)。之に反して天災其他「選擇權ヲ有セザル當事者ノ過失」^(四一〇條)以外の事由によつて選擇の目的たる給付中の一が履行不能に陥ると、以後「債權ハ其殘存スルモノニ付キ存在ス」^(四一〇條)ることとなる^(四一〇條)。例へば、債務者の選擇によつて甲馬乙馬のいづれかを給付すべき場合に甲馬が債務者の過失によつて滅失すると債權は以後殘存の乙馬に集中して特定物給付の債權に變はるのである。債務者は甲馬を選択して履行に代はる損害賠償を爲すに依つて其責を免れ得ない。而して此場合の特定は——選擇に因る特定と異つて——單に將來に向つてのみ效力を生ずるに過ぎない。

尙「債權ノ目的タルベキ給付中始メヨリ不能ナルモノ」あるときは債權は始めから殘存の給付だけを目的として發生したものとて取扱はれる(民四一〇條)。考へ方によつてはかゝる場合には初めから選擇それ自身が不可能であるから選擇債權は全體として發生すべき筈がないと言ふ考へも成り立つやうであるが民法は其考をとらなかつたのである。

第三 任意債權

選擇債權に似て全く之と異なるものに任意債權がある。任意債權とは債權者又は債務者が債權本來の目的物たる給付に代へて他の給付を爲し得べき權利をもつてゐる場合を指すのであつて、一見選擇債權に似てゐるけれども、此場合には債權の目的物は飽くまでも本來の給付のみであつて、代用給付物は終始債權の目的物となつてゐない。従つて、例へば本來の給付が債務者の責に歸すべからざる事由によつて履行不能に陥ると債權は全然消滅する。加之一旦代用給付を爲す旨又はそれを請求する旨の意思表示があつた後に代用給付が履行不能に陥つても債務者はそれが爲め本來の給付を爲すべき債務を免れない。

第五節 不可分債權

第一 不可分債權の性質

「債權ノ目的ガ其性質上又ハ當事者ノ意思表示ニ因リテ不可分ナル場合ニ於テ數人ノ債權者アルトキ」は之を稱して不可

分債權と言ふ。例へば、甲乙二人にて各二千圓づつを出資して丙より一臺の自動車を買つた場合に、自動車の所有權は直に二人の共有に歸し甲乙いづれも二分の一つの持分權を取得するに至る。而して彼等はいづれも賣主丙に對して自動車の引渡を請求し得る譯であるが、彼等各自の引渡請求權は實質的には單に其持分權に相當する二分の一の權利に過ぎない譯である。所が自動車は一個であつて二分の一の引渡は事物の性質上不可能であるから、此場合に於ける引渡請求權は不可分債權なりと言はねばならない。即ち、實質的には各權利者別々に部分的の權利を有するに過ぎざるに拘らず、債權の目的物が不可分である爲めに已むを得ず共同的に動き又共同の法律的運命に服せざるを得ないのが、此種債權の法律的特色である(一)。

○ 此意味に於て不可分債權と共有(民二四九條以下)とは極めて似たものである。而して其結果債權の準共有(民二六四條)と不可分債權とは同一物ではあるまいかと言ふ疑が起るのである。此點については今日尙學者間に定説がないけれども、私の考では二者は結局同一物であつて、それを對債務者の關係について觀察すると不可分債權であり、従つて第四二八條及び第四二九條の適用を受けるが、債權者相互間の内部關係は即ち準共有であつて、すべて共有に關する規定の準用を受くべきものと解するのが正當だと思ふ。

不可分債權に似て之と異なるものに連帶債權がある。甲乙二人共丙に對して同一の給付を請求し得べき權利をもつてゐる、而かも丙としては甲乙中いづれか一方に對して其給付をしさへすれば他方に對しても亦債務を免るべきことになつてゐるものが即ちそれである。一見不可分債權に酷似してゐるけれども、此場合に於ては甲乙いづれも實質的に給付の全部

を請求し得べき権利をもつてゐるのであつて、不可分債權の場合の如く實質的には給付の一部を請求し得るに過ぎざるに拘らず給付が不可分的である爲め已むを得ず共同的運命に服してゐるのは全く別物である。

第二 不可分債權の法律的取扱

一 不可分債權は如上の性質をもつてゐるから、債權者各自が自己の持分に相當するだけの部分的給付を請求することは法律上不可能である。従つて之を請求するについては總債權者が共同して全部の給付を請求するの外ない譯であるが、民法は特に便宜上債權者の一人々々が「總債權者ノ爲メニ履行ヲ請求」し得べきことを認め、同時に又「債務者ハ總債權者ノ爲メ——一人々々の——各債權者ニ對シテ履行ヲ爲スコトヲ得」る旨を規定してゐる(八四三)。従つて例へば債權者中の甲が履行を請求すれば獨り甲の債權のみならず乙の債權についても亦時効中斷の効果(七四)を生ずる。又債務者が債權者甲に向つて履行を提供すれば獨り甲に對する關係に於てのみならず乙に對する關係に於ても亦遲滞の責任を免れ得る(二四九)、又若し甲が履行を受領すれば乙の債權も亦之によつて消滅するのである。

無論甲乙間の内部關係に於てはかくして甲の受領した履行物は持分に應じて之を乙に分與するの必要あること素よりである。而して其持分の割合如何は甲乙間の契約其他内部關係によつて定まるのであるが、疑はしき場合には其割合は「相均シキモノト推定ス」べきである(四二七)。

二 右の以外に於ては不可分債權者各自の權利は本來別個のものであるから其一人ノ行爲又ハ其一人ニ付キ生ジタル事項ハ他ノ債權者ニ對シテ其效力ヲ生ぜざるを原則とする。例へば、債權者甲が債務を「免除」すると甲は實質的に其權利

四二九

を失ふ、而かも債權者乙の權利は之によつて何等の影響を受けない、自己の實質的にもつてゐる權利だけは自由に行使し得る譯である。所が給付が不可分である爲めに此場合に於ても乙は部分的請求を爲し得ない、債務者としても全部の給付を履行しなければならぬ譯合である。しかし、さうすると債務者は折角免除によつて得た利益を失ひ、乙は又自己の權利以上不當の利得を受けることになるから、民法は若しも甲が免除をしてゐないならば乙から甲に分與すべかりし利益を金錢に見積つて債務者に償還すべき旨を規定してゐる(九四二)。

而して民法は其同じ結果を不可分債權者の一人と債務者との間に「更改」(五三)が行はれた場合についても認むる旨を規定してゐるけれども(九四二)、其外債權者の一人と債務者との間に代物辨濟(四八)相殺(五〇)混同(五二)が行はれて其債權者の權利のみが消滅した場合についても理論上同様の結果を認めねばならないと言ふのが學者間の通説である。

三 尙不可分債權者各自の權利は目的物たる給付が不可分である以外全然別個のものであるから、各自は他の權利者の承諾を要せずして隨意に其權利を第三者に讓渡し得べきこと共有に於けると全く同一である。而して其結果以後其讓渡人と他の權利者とが不可分債權者となるのである。

四 終に不可分債權に於ける如上の關係は給付が不可分なる爲めに已むを得ず生ずるのであるから、何等かの理由によつて給付が可分になれば、權利關係は直に變じて分割債權となり「各債權者ハ自己ノ部分ニ付テノ履行ヲ請求スルコトヲ得」るに至ること素より當然である(一四三)。

第四章 債権の效力

第一節 總說

第一序説

一 債権が侵害された場合に債権者に與へられる法律的保護が債権の效力である。債務者の侵害即ち債務不履行に對して與へられる保護が對内的效力であり、第三者の侵害に對して與へられる保護が對外的效力である。

二 民法は債権の對内的效力として現實的履行請求權と損害賠償請求權とを認めてゐる。前者は債権の目的たる給付行為を自身の現實的履行を目的とし、後者は債務不履行に因つて發生する損害の賠償を目的とする。

債権は此二の效力を具有するを原則とする。しかし、債権の種類に依つては損害賠償請求權のみありて、現實的履行の請求を許し得ないものもあり得る(一)(二)。

一 例へば學者の講演を求め、畫伯をして繪を畫かしむる債権の如し。婚姻豫約の效力に關する大審院判例(大正四・一・二六民錄四九頁等)も此理を應用して履行請求は爲し得ざるも損害賠償の請求を妨げずと言つてゐる。

二 先に第一章に於て述べた通り、歴史的には債権の效力として損害賠償請求權のみが認められた時代が永く續いた。現實的履

行の請求が許されるやうになつたのは近代のことに屬する。第四一四條第一項の規定は此歴史を顧るに依つてのみ其存在の意義を理解することが出来る。今日常識的に考へると、先づ初めに現實的履行請求權があり、其不履行に因つて初めて賠償請求權が發生するやうに考へられるけれども、沿革的には其關係が寧ろ反對になつて居る。

三 債権の對外的效力として認められるものは損害賠償請求權(九七〇)と妨害排除請求權とである。前者は第三者の債権侵害に因つて生ずる損害の賠償を目的とするものであり(三)、後者は債権に對する侵害行為の現實的排除を目的とする(四)(五)。

三 第二章註二参照。

四 第二章註三参照。

五 學者に依つては債権者代位權(民四二三條)及び債権者取消權(民四二四條)を債権の對外的效力として説明するものがあるけれども、此等の權利は債権の實質的基礎たる債務者の資産の保全を目的とする制度であつて、直接債権そのものに對する侵害に對して保護を與へることを目的とするものではない。

第二自然債權

一 一般普通の債権に認められてゐる效力の一部が或種の債権に付いては認められないことがある。かくの如き債権を名付けて不完全債権若くは自然債権と言ふ。在來普通の用語例としては債権にして訴權を伴はざるものを特に自然債權と稱するを通例とするけれども、理論的に考へると訴權の缺陷は債権の效力の一部欠缺の場合に過ぎないから、自然債權の概念を此場合にのみに局限するのは當らない。苟も普通の債権に認められてゐる效力の一部が認められてゐない場合に

はすべて自然債権ありと考へることが出来る。

二 現行法上、此意味に於て自然債権の存在を認め得る場合の主なるものは、次の通りである。(イ)時効は罹りたる債権 債権が時効に罹ると、債務者は時効を援用して辨済を拒否し得る。しかし時効に罹れるに拘らず爲されたる辨済は有効であつて、辨済者は不當利得を理由として辨済物の返還を請求し得ない。蓋し時効に罹るも尙債権は存在するからである。尙民法第五〇八條が時効に罹りたる債権に付き相殺権を認めてゐるのも同様に依つて理解せらるべき事例であつて、要するに時効制度の特殊性が債権にかくの如き相対的取扱を與へることを要求するのである。(ロ)違法の法律行為より生ずる債権 民法第九〇條又は第九一條に違反する法律行為は無効であるから、當事者は其履行を請求し得ない。しかし既に履行したものは其返還を請求し得ない(八七〇)。即ち此場合にも債権は存在する、しかし其履行請求は許されないと云ふ一見矛盾した現象が現はれるのであるが、之も債権の效力の相対性を認むるに依つて理論的に理解することが出来る。(ハ)強制執行権なき債権 當事者は其合意を以て強制執行権を排斥し得る。此場合には、債権者は履行を求める爲め訴求し得るも、勝訴の結果強制執行は之を爲し得ないのであつて、履行は債務者の徳義心に任される(六)。

六 大審院は嘗て此種の合意を無効としたけれども(大正一〇・六・一三民録一一五三頁)、今日では有效説をとつてゐる(大正一五・二・二四民集二三五頁、昭和二・三・一六民集一八七頁)。

第二節 現實的履行請求權

第一 序説

債権の效力として現實的履行請求權を行ふについては必ず訴により又は其他の方法によつて債務名義を得た上更に民事訴訟法の規定によつて強制執行を行ふ必要がある。たとへ債権者と雖も濫りに自力を以て直接履行の強制を爲し得べきではない。例へば、一定金額の支拂を求め得べき債権者と雖も直接債務者の懐中から財布を奪つて其金額をとることは出来ない、又如何に債権者と雖も直接債務者の身體を縛つたり脅迫を加へて履行を強制し得ざること素より言ふ(疎たない)。國家が公力によつて現實的履行を強制するについても、今日では成るべく債務者の人格を尊重することが一般の要求になつて居る。従つて、現實的履行の強制を加へることが反つて公序良俗に反すと認むべき場合に於ては、民法の解釋としても之を許さず、單に損害賠償の請求が許されるに過ぎないのである。

第二 現實的履行の強制方法

一 現實的履行の訴

現實的履行を請求するについては先づ第一に之を請求する趣旨の訴を提起することを必要とする。尤も例へば公正證書による貸金債権の履行を強制するについては特に先づ訴を提起するの必要なく直に後に述ぶるが如き強制執行の手段をとり得ると言ふやうな例外が多少ある(民訴五五)。

現實的履行の訴の内容は債権の目的物たる給付の性質によつて定まるのであつて、之を區別して説明すると左の通りである。

(イ) 金銭の支拂を目的とする債權、特定物の引渡又は明渡を目的とする債權及び「代替物ノ一定ノ數量ヲ引渡ス可キ」債權等については、例へば執達吏をして其目的物を差押へしめる等債權の性質上直接的強制執行を行ふことが可能であるから、債權者はそれ〴〵當該債權の目的たる給付それ自身を訴の目的物として訴を提起し得る、即ち「債權者ハ其強制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」るのである(民四一四)。

(ロ) 之に反して行爲——作爲及び不作爲——を目的とする債權については、例へば執達吏の手を借りて無理に債務者をして行爲をやらせる譯にもゆかない、即ち此等の場合には「債務ノ性質ガ強制履行——直接的強制執行——ヲ許ササル」ものと言はねばならない。しかしさらばと言ふて此種の債權については單に損害賠償の請求しか許さないことにするのにも餘りに實際の便宜を無視するものであるから、民法は此種の場合には「強制履行」の訴は許さないけれども、之に代はるべき方法として左記の如き訴の提起を許し、債權者をして「強制履行」を爲したのと成るべく近い結果を得しめるやうにしてゐる譯である(一)。

(1) 「債務ガ作爲ヲ目的トスルトキハ債權者ハ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之ヲ爲サシムルコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得」(民四一四)。(例へば、物の運搬・建物の建築等を目的とする債權にあつては此趣旨の訴を提起すべきである。しかし同じく「作爲ヲ目的トスル」債權でも、例へば學者の講演を求め、畫伯をして繪を畫かしむるが如き債權にあつては、「債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之ヲ爲サシムルコト」が性質上不可能であるから、結局損害賠償を請求するの外他にとるべき方法がない。)

(2) 債權の目的たる「作爲」が或意思表示を爲すことに存する場合——「法律行爲ヲ目的トスル債務」——例へば或契約の解除に同意すべき債務にあつては直接其同意の意思表示を爲すべき旨の訴を提起すべきである。さうすると其請求を認められた判決の確定と共に法律上當然に債務者自らが其意思表示を爲したと同一の効果が發生する(民四一四)。

(3) 「不作爲を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」(民四一四)。(例へば、隣地に眺望を害すべき建物を建設せざるべき債務を負ふものが違反行爲を爲したるときは、債權者は其除却を請求するの外、例へば將來再び違反したる場合には金若干圓を支拂ふべしと言ふが如き將來に對する保障を請求し得る。)

一 行爲を目的とする債權についても必ずしも第四一四條第二項以下の如き訴を起す必要なく、債權者の見込次第では直接其行爲を爲すべきことを訴の内容としても差支ないやうに見へるけれども、かかる訴はたとへば勝訴の結果を得ても結局強制執行の方法がない。民訴法第七三四條の規定は「債務ノ性質ガ強制履行ヲ許ス場合」即ち上記(イ)の債權について一種の間接的執行方法を許してゐるに過ぎないのであつて、行爲を目的とする債權の如き「強制履行」を許さざる債權については同條を適用し得ない。従つて此種の債權については直接行爲そのものを爲すべきことを訴の内容と爲し得ざるものと解するのが正當である。而して第四一四條第一項但書が「債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス」と規定してゐるのは蓋し此趣旨に外ならない。

二 現實的履行の強制執行

債權者が現實的履行の訴に勝訴し又は公正證書其他判決に代るべき債務名義(民訴五五)をもつてゐるならば、民事訴訟法の規定によつてそれぞれ必要な強制執行を爲すことが出来る。

(イ)「強制履行」即ち直接的強制執行を許し得る債権については、民事訴訟法第五六四條以下、第六四〇條以下、第七一七條以下、第七三〇條乃至第七三二條の諸規定によつて直接的強制執行を爲し得る。

尙「強制履行」を許し得べき債権中「金錢ノ支拂ヲ目的トセザル債権」——「特定ノ動産又ハ代替物ノ一定ノ數量ヲ引渡ス可キ」債権——のみについては右の如き直接的強制執行の代りに民事訴訟法第七三四條によつて心理的強制による間接的執行を請求しても差支ない(二)。

二 「強制履行」を許し得べき債権中金錢の支拂を目的とするものについては民事第七三四條の執行を許さない。蓋し同條は「金錢ノ支拂ヲ目的トセザル債権ニ付テノ強制執行」の章中に規定されてゐるからである。

(ロ) 行爲を目的とする債権については民法第四一四條第二項及び第三項に定むる趣旨の判決を得た上、(1)作爲又は不作爲を目的とするものについては民事訴訟法第七三三條によつて強制執行を爲し得べく、(2)債務者の意思表示を目的とする債権(二項俱備)については民事訴訟法第七三六條によつて強制執行の効果が發生する。

第三節 損害賠償請求權

第一 序説

(一) 債務者が任意的に債務の本旨に従つた履行を爲さない場合に、債権者は其現實的履行を請求し得るを原則とするこ

と上述の通りであるが、(イ)債権者は見込みにより、之に代へて損害賠償を請求しても差支ない。(ロ)又或場合には——上述の如く——現實的履行の請求を許さず單に賠償請求のみが許されることもある。(ハ)尙ほ一面現實的履行を請求すると同時に別に不履行に因つて損害を蒙つてゐるならば併せて其賠償をも請求し得べきこと勿論である(條四項)。

二 債務不履行に基く損害賠償請求權は以下に述ぶるが如き債務の不履行あるに因つて發生する。しかしそれは本來の債権の延長であつてそれと別物ではない。履行不能の場合に於ても本來の債権が不能の爲めに消滅するのではなくして、單に其内容が損害賠償に變化するに過ぎない。従つて、(イ)本來の債権の爲めに有する擔保の効力は當然賠償請求權にも及ぶべく(民三四六條、三七、四四七條、四四七條)、(ロ)本來の債権が消滅時効に罹れば賠償請求權も消滅するのであつて、之のみが別に存続するのではない(二)。

一 大判大正八・一〇・二九民錄一八五四頁。

三 債務不履行即ち債務者が「債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲サザル」によつて債権者が損害を蒙る場合を大別すると、履行遲滞・履行不能及び不完全履行の三とすることが出来る。而して損害賠償請求權の發生する態様が各場合によつて必ずしも同一でないから、以下項を分けて順次に之を説明する。

第二 履行遲滞に因る損害賠償

一 履行遲滞

債務が履行期に於て履行可能なるにも拘らず債務者故なく履行を爲さざるときは履行遲滞に陥る。而して法律は遲滞に

陥つた債務者に各種の制裁を加へることによつて、一面遲滞を豫防すると共に、他面債権者の之に因つて蒙るべき損害を防止若くは填補する途を講じてゐる。以下に説明する損害賠償義務は其種制裁方法の一種に外ならない(三〇)。

二 尙此外履行遲滞の效果として民法の規定してゐるものには(イ)契約解除(民五四一條、五四二條)があり、(ロ)又遲滞に陥つてから以後は不可抗力に因る履行不能についても債務者に賠償責任ありとするが如き制裁がある(民四一五條後段)。

遲滞が成立する爲めには

(イ) 債務が履行期に在ることを必要とする。

(ロ) 其際履行が可能なることを必要とする。履行期に於て履行不能なるときは、因つて生ずべき賠償責任の要件は第四一五條後段によつて定まるべきであつて、遲滞に關する同條前段の適用を受くべきではない。

(ハ) 債務者が履行期に債務の本旨に従ひたる履行又は少くとも其提供を爲さざることを要する。債務の本旨に従ひたる履行の提供ありたるに拘らず債権者之を受領せざるときは履行遲滞の責任を生じない(民四九三條)。尙履行期到来の際、履行なきことのみによつて當然遲滞の責任を生ずるが爲めには、履行期の定め方が——例へば「何月何日」と言ふやうに——確定期限として定められてゐることを必要とする(民四一三條)。此場合には改めて債権者から履行の請求を爲さずとも期限到来と共に當然遲滞の責任を生ずるのである。之に反して——例へば「何某死亡の際」と言ふやうに——單に不確定期限が定められてゐるに過ぎない場合には、「債務者ハ其期限ノ到来シタルコトヲ知リタル時ヨリ遲滞ノ責任ニ任ス」ればよいのであつて、期限到来と共に當然遲滞の責任を生ずるのではない(三項)。尙「債務ノ履行ニ付キ——全然——期限ヲ定メサリシトキ

ノート P 19 左

ハ債務者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ——初めて——遲滞ノ責任ニ任ス(三項)るのであつて、遲滞の責任を問ひたい債権者は必ず其請求をする必要がある(四)(五)(六)。

三 履行の提供は「債務ノ本旨ニ從ヒテ」爲さるることを要するのであるから(民四九三條参照)、債務の目的物の一部のみが提供されてゐるに過ぎないときは(イ)債権者はそれを受領して其部分についてだけ履行を成立せしめ、残りの部分についてのみ債務者を遲滞に陥らしめることが出来る。けれども、(ロ)其一部のみを受領することが債権者にとつて無意味であり、従つて其受領を拒否するのが至極尤だと認められるやうな場合には、受領を拒否して全部について遲滞の責任を生じしめることが出来る。

四 「履行ノ請求」は裁判外の普通の催告でもよければ訴其他裁判上の請求でもよい。前者の場合には催告が債務者に到達したときから遲滞を生ずる(民九七條参照)。尙訴による請求によつて遲滞が生ずるのは訴提起の時なりや又は訴狀が被告に送達された時なりやについては多少の議論があるけれども、後者なりとするのが大審院の判例である(明治四一・三・一〇民錄二五二頁、大正二・六・一九民錄四六三頁)。而して訴狀が送達されて履行請求の意思が事實上債務者に通告された以上、縱令其訴が法律上不適法であつても又後に取下られるやうなことがあつても、何等遲滞の效果を妨げるものではない。

五 當該債權に關して請求するの意思が明かに表はされてゐる以上、例へば請求額と債權實額との間に多少の差異があつても尙請求として有效である(大判昭和二・三・二二民集一三七頁)。

六 履行期の定めなき場合と債權發生の初めから履行期が到来してゐる場合とは、實際上區別に困難を感じる場合が少くない。例へば不法行為に基づく賠償請求權(民七〇九條)は二者いづれに屬するか。嘗て大審院は後者なりと解し、被害當時より直に法律上當然に遲延利息を生ずると言ふ考をとつてゐたが(明治四三・二・一〇民錄七一頁、同四四・二・一三民錄四九頁、大正三・六・二四民錄四九三頁)、其後は漸次前者なりと解する考をとるに至り、賠償請求權は不法行為に因つて直に發生するけれども、遲延利息

は請求を待つて初めて発生すると言ふのを現在の判例としてゐる(大正七・一〇・一〇民録一八九三頁、同一五・一・二六民集七一頁等)。

(三) 尙債務者が履行期に履行を爲さざるについて、何等か之を正當ならしむべき法律上の理由を有するときは、遲滯を生ぜざるや否やに付いては學者間に相當議論があるけれども、例へば債務者が當該の債務について同時履行の抗辯(三五三)留置權(五二九)等の權利を有し、法律上正當に履行を拒否し得べき理由をもつてゐるならば、彼をして遲滯の責に任せしむべき何等の理由なきものと解するを正當とする(七)。之に反して履行遲延について故意過失其他特に「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」の存することは遲滯そのものの要件ではない(八)。

七 學者によつては、同時履行の抗辯は債務者欲するならば履行を拒否し得べき權利に過ぎないから、債務者が特に之を行使するによつて初めて遲滯を防ぐ効力があるに過ぎない、抗辯權をもつてゐるだけで當然に遲滯防止の效果を生ずるものではない、と説くものがあるけれども、大審院は、此考をとつてゐない(大正四・五・二四民録七九七頁、大正六・四・一九民録六四九頁、大正九・一・二九民録二五頁、大正一〇・六・三〇民録二二八七頁等)。

八 尤も遲滯を理由として損害賠償を請求したり、契約を解除するについて、尙別に故意過失等主觀的歸責事由の存在を必要とするや否やは別論であつて、此事は後別に之を説明する。

尙一旦成立した遲滯は、(イ)後から債務者が「辨濟ノ提供」を爲すによつて消滅する(民四九)、(ロ)債權者が履行の猶豫を興ふるによつても消滅する、(ハ)又其外債權が何等かの原因によつて消滅すれば遲滯も亦自ら消滅すべきこと勿論である。而して例へば遲滯の發生以來遲延利息を拂つてゐた債務者は、かくして遲滯が消滅すると同時に其義務を免れることとな

るのである。

二 損害賠償

履行遲滯が成立すると債務者は債權者が遲滯の爲めに受けた損害を賠償する義務がある(民四一五)。

(イ) 其成立要件に付いては以上に述べたものの外尙別に次の諸點に注意するを要する。

(1) 債務者に故意過失其他其「責ニ歸スヘキ事由」あることは賠償義務發生の要件であるか。第四一五條の前段と後段とを比べて見ると一見履行遲滯の場合には之を必要とせざるやうであるが、第四一九條が金錢債務についてのみに特に「債務者ハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得ス」(二項)と規定してゐることから考へると、其以外の一般債務については「不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得」るものと解するを正當とする。即ち債權者の側では、何等かくの如き歸責事由を主張立證せずして賠償請求を爲し得るけれども、債務者の側では履行遲延について萬已むを得ざる事由の存したることを主張し、之を抗辯として賠償義務を免れ得るものと解すべきである(九)。

九 此點に付いては遲滯の場合に於ける債務者の責任は絶對的であつて故意過失の有無を問はずとする説と、此場合にも債務者は不可抗力を理由として責任を免れ得べしとの説があるが、現在大審院は後説に従つてゐる(大正一〇・一一・二二民録一九七八頁、同一四・二・二七民集六八頁)。

(2) 債權が契約に基いて發生したるものなる場合に債權者が遲滯を理由として履行に代はるべき損害賠償を請求するに付いては先づ第五四一條に依つて契約を解除することを要するを原則とし、唯遲滯後更に債務が履行不能に陥つたか又は

遲滞後の履行が事實債権者にとつて何等の利益をも與へざるものなること明なる場合に限り、特に解除を要せずして直に履行に代はるべき損害賠償を請求し得る(一〇)。

一〇 大判・大正四・六・一二民錄九三一頁、同七・四・二民錄六一五頁。但し此點に付いては解除を要せずして直に請求し得べしとする反對説がある。

(ロ) 賠償の方法如何は債権者債務者の特約を以て豫め之を定めて置くことが出来るけれども、何等「別段ノ意思表示ナキトキハ」債権の種類に關係なくすべて「金錢ヲ以テ其額ヲ定ム」ることになつて居る(七條)。蓋し専ら金錢經濟の行はれてゐる現在の世の中では債権者にとつても債務者にとつても金錢賠償が最も便宜だからである。従つて、當事者相互間に特別の協議が成り立てば格別、然らざる限り債権者は金錢賠償を請求し得るだけで、現物を以てする原状回復の請求を爲し得ないのが原則である(一一)。

一一 例へば貸借人が賃借物を毀損したる場合に、貸借人は因つて生じた損害を金錢を以て賠償せしめ得るも、現實的修繕の請求を爲し得ない。尤も不作爲の債権に付いては不履行を理由として損害賠償を請求し得る外、別に民法第四一四條第三項に依る請求を爲し得ること上述の通りである。

(ハ) 請求し得べき損害賠償の範圍如何については、金錢債權と其他の給付を目的とする債權とを區別して論ずる必要がある。

(1) 「金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付テハ其損害賠償ノ額ハ法定利率ニ依リテ之ヲ定ム、但約定利率ガ法定利率ニ超

ユルトキハ約定利率ニ依ル」(四條一項)。即ち金錢債務について履行遲滞を生ずると、其の繼續する間債務者は法定利率(年五分)(四條一項)——商事に付いては年六分(六條二七)——によつて法律上當然に遲延利息を支拂はねばならぬ。但し其債務が本來約定利息附であり、且其利率が法定利率以上なるとき——例へば年一割なるとき——は、遲延利息の利率も亦其約定利率によつて定まるのであつて(二二)、例へば年一割の約定利息の外尙別に年五分の遲延利息を支拂ふ必要はない。又金錢債務不履行による損害賠償額はすべて此原則によつて一律的に定まるのであるから、事實上の損害の有無乃至多寡は賠償義務の發生乃至額に何等の影響を與へるものでない。従つて「債権者ハ損害ノ證明ヲ爲スコトヲ要セス、又債務者ハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スコトも出來ないことになつてゐる(四條一項)。

二二 大判昭和七・六・三〇民集一四五五頁。

(2) 金錢債權以外の債權については——以上と異なつて——遲滞によつて發生した實害の額が賠償額を決定するのである。しかし一面に於て、遲滞の結果として發生した損害のすべてを債務者の負擔とするときは、因果關係の及ぶ所無限にして債務者の負擔重きに失する虞があるから、實際的には之を適當の所で打ち切る必要があると同時に、他面に於て純粹なる實主義に依るときは、債権者は其立證し得る損害のみの賠償を請求し得るに過ぎず、而して實際上は其立證困難なるが爲め賠償請求の目的を達し得ない場合が少くない。此故に民法は此二の點の調和を計る目的を以て「損害賠償ノ請求ハ債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ爲サシムルヲ以テ其目的トス」特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ト雖モ當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ債権者ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得(六條一項)との規定を

設け、之に依つて純粹なる實害主義より生ずる不都合を除去緩和することとしてゐる。

此規定の結果として、先づ第一に、「債務ノ不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害」については特に具體的事實を證明せずとも其賠償を請求し得る。しかし債務者が特に損害を皆無若くは輕少ならしむべき具體的事實を立證したるときは、賠償額は事實其證明せられたる所によつて具體的に定められる。例へば、一定の時期までに船舶を引渡すべき債務の遲滞にあつては、若し遲滞なかりせば、債權者が其船舶を自ら使用し又は備船することによつて通常得べかりし利益が「通常生ずべき損害」である。しかし、縱令履行期内に履行があつても債權者は事實それを使用せず、又備船せざるべかりし何等かの具體的事實が債務者によつて立證されたならば、裁判所はそれを斟酌して賠償額を決定すべきである(二三)。

第二に、「通常生ズヘキ損害」ではないが、實際上「特別ノ事情」によつて別個の損害の發生したことが債權者により具體的事實によつて立證されたならば、「當事者カ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキ」に限つて之を賠償額の中に加ふべきである。例へば、履行期内に船舶の引渡しありたりとせば、債權者之を他に轉賣して特別の利益を得たるべきことが立證されたならば、裁判所は之を斟酌して賠償額を決定すべきである。けれどもそれには實際かくの如き轉賣を爲したるべき事實が具體的に立證されることが必要であつて、單に「あの際持つてゐたらば必ずや轉賣したであらう」と言ふが如き推測の下に損害を決定すべきではない(二四)(二五)。又かくの如き具體的事實が立證されても、其事實が履行期までの間に(二六)當事者殊に債務者の知る所であるか又は相當の注意を以てせば知り得べかりしものなることが、同時に立證されない限り、裁判所は之を斟酌して賠償額を決定すべきではない。

一三 例へば甲が乙に船舶を賣却して昭和十年三月中旬に引渡すべきことを約したにも拘らず、事實履行したのは八月末日である。此場合債權者の蒙るべき通常の損害は、四月以降五箇月間に債權者が其船舶を使用若くは備船して得べかりし利益である。しかし、若しも此場合に乙が豫め三月末日甲より同船舶の引渡を受くると同時に之を丙に轉賣すべき旨を約束してゐたならば、縱令期日に引渡を受けても自ら使用し又は備船することは事實あり得ないのであるから、其考を基礎として賠償額を決定し得ない。此場合の賠償額は其轉賣によつて乙の得べかりし利益を基礎として之を定むべきである。

一四 尤も轉賣によつて得べかりし利益は常に必ずしも「特別ノ事情ニ因リテ生ジタル損害」とは言ひ難い。例へば當該の物品が轉賣し易き物品であるか、債權者が平素轉賣によつて利益を得ることを業とする商人であるか等の事情を斟酌して考へると、轉賣によつて得べかりし利益も亦之を「通常生スヘキ損害」として考へ得べき場合も存するであらう。

例へば株券の賣買を業とする商人が一定の株券の給付を目的とする債權を有する場合の如き、若し遲滞なかりせば轉賣によりて一定の利益を得たるべき事が容易に想像されるのであつて、債權者が其得べかりし利益を失ひたることは之を「通常生スヘキ損害」として考へることが出来る。

一五 従つて又例へば當該の物の價格が履行期以後一旦騰貴し其後再び下落した場合に、若し遲滞なかりせば其最高價格時代に轉賣して利益を得たるべしとの推測を基礎として賠償額を決定すべきではない。最高價格を基礎として損害賠償を請求する爲めには、必ず原告に於て若し遲滞なかりせば、其最高價の時期に轉賣したるべき事實を立證する必要がある。

此問題に關する大審院の判例は色々變化を遂げてゐる。初めは殆ど無條件に中間最高價格の賠償を與へてゐたのであるが、其後漸次に制限を加へて、恰も其最高價格によつて轉賣し得べかりし事情が特に立證されざる限り、最高價格の賠償を與へざるに至りつつある(大判・大正一三・五・二七民集二三二頁、同一五・五・二二民集三八六頁参照)。

一六 大判大正七・八・二七民集一六五八頁。

尙「債務ノ不履行ニ關シ債権者ニ過失アリタルトキ」、即ち履行遅延を生じたるにつき債権者の側に何等か責むべき事情が存するならば、其事情の輕重により「裁判所ハ損害賠償ノ責任及ヒ其金額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス」べきである（八條一）。

第三 履行不能による損害賠償

一 債務が「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ」は、債権者は因つて生じた「損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得」る（民四一五）（一七）。

債権の目的物たる給付が原始的に不能なる場合に、それが債権に對して如何なる影響を與へるかの問題は、先に第三章第一節に於て之を詳説した。之に反して本來可能であつた給付が債権發生の後に至つて不能に陥つた——所謂後發的不能の場合に、債権がそれに因つて如何なる影響を受けるかは、右と全然別個の問題であつて、此點に關して民法は不能の原因が「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」に存するや否やを區別し、若し前者なるときは右第四一五條の規定によつて賠償義務を發生せしめ、之に反して不能の原因が後者即ち債権者の責に歸すべき事由・第三者の責に歸すべき事由其他天災不可抗力に存するならば債権は之に因つて全然消滅することとしてゐる（一八）。

一七 「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」に因る後發的不能に對する制裁として民法の規定してゐるものには此外契約の解除がある（民五四三條）。従つて例へば賣買の目的物が賣主の責に歸すべき事由によつて履行不能に陥つた場合に、買主は賣買契約を解除せず従つて自己の代金債務は契約通り履行する代りに、賣主の債務については履行に代はる損害賠償を請求することも出来るし、

又契約を解除して代金債務を免れ唯事實不能の爲めに蒙つた損害だけを別に請求することも出来る。

一八 「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」以外の原因によつて履行が不能に陥つたならば債権は消滅する。けれども

一 例へば賣主の債務がかくして消滅した場合に、買主亦代金債務を免るべきや否やは全然別問題であつて、此點については——所謂「危険負擔の問題」として——特に第五三四條乃至第五三六條の諸規定が設けられて居る。

二 又例へば賣買の目的物たる建物が第三者の放火に因つて滅失した場合に、賣主は一面本來の債務を免れるけれども、他面放火者に對して不法行為に因る賠償請求権を取得する（民七〇九條參照）。然らば買主は本來の履行に對する代償物として右賠償請求権の讓渡を請求し得べきであるか。所謂「代償請求権」の問題であつて、之に關して民法は直接何等の規定を設けてゐないけれども、物上代位を認めた第三〇四條・第三五〇條・第三七二條、賠償を爲したる債務者の代位權を認めた第四二二條、其他第五三六條第二項但書等に現はれたる法規の精神及び衡平原則の要求に基いて、かくの如き請求権ありとするのが民法解釋上の通説である。

尙賣買の目的物たる建物が火災によつて類焼した場合に、買主は賣主の取得すべき火災保險金請求権の讓渡を代償として請求し得べきかについても、多少議論があるけれども同じく請求し得べしとするのが現在の通説である。

二 後發的不能の意義については二の特に考ふべき問題がある。

第一は如何なる程度の不能を以て法律上の不能と見るべきかの問題である。例へば、一個のダイヤモンドを給付すべき債務者が大洋航行中の船舶からそれを海中に落して仕舞つた場合に、物理的に言へば必ずしも絶対に履行不能ではないけれども、法律上は履行不能と見ねばならない。何故なれば、かかる場合に尙本來の給付の強要を許すが如きは明に吾々の社會通念に反するものと言はねばならないからである。要するに、法律上履行が不能なりや否やは、各場合の具體的事情

に鑑み一般取引の觀念に従つて之を決すべきであつて、一概に物理的標準によつて之を決すべきではない(一九)。

- 一九 大判大正二・五・一二民録三二七頁。尙例へば特定物の賣主が履行前其物を更に第三者に賣つて仕舞つたやうな場合に、第一の賣買は必ずしも絶対に履行不能に陥つたとは言ひ難いけれども、其場合四圍の事情に鑑み賣主が其物を第三者から買戻して第一の買主に履行することが事實不可能であると認むべき事情があるならば、尙其所に法律上の不能ありと見るべきである。
- 従つて吾民法の解釋としては後發的不能の中に、主觀的不能と客觀的不能との區別を立てる説は之を採用し難い。縱令一般第三者には可能でも當該の債務者其人に不能であるならば、尙之を不能と見ればならない。

第二の問題は不能を決定すべき標準の時期如何である。原則としては勿論履行期を標準とすべきであつて、例へば履行期前には不能であつても履行期に可能となるべき見込が尙存在するならば、債権者は未だ直に不能の法律的效果を主張し得ざること素より言ふを諛たない。けれども、履行期に於て不能なるべきことが履行期前既に確定してゐる場合に、債権者は不能の法律的效果を主張するについて尙履行期の到來を待たねばならないかどうかは別問題であつて、此點について私は必ずしも之を待つ必要なきものと考へてゐる。

尙履行期に不可能である以上後に至つて可能となるべき見込が多少あつても、債権者は直に不能の法律的效果を主張し得るのを原則とするけれども、其可能となるべき見込が相當確實であり且其時期も餘り遅れないと言ふ見込のある場合に債権者直に不能を主張するが如きは明に不穩當であつて、信義誠實の原則に反する。かかる場合には一應單なる履行遲滯あるに過ぎざるものと解し、愈々不能確定の時に至つて初めて不能の主張を許すべきである。

三 「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」の中主なるものは債務者の故意又は過失であるけれども、例へば債務者の履行遲滯により債務の目的物が尙債務者の家に在る間に落雷の爲め滅失したやうな場合には、落雷それ自身は不可抗力であるけれども、若し履行遲滯なかりせば目的物は既に債権者の手中にあつて落雷の害を蒙らざるべかりしことが確實であるから、やはり「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」に因つて履行不能を生じたものと解せねばならない(二〇)(二一)。

二〇 債務者本人に過失なきも其履行補助者に過失あるときは、債務者は之に對して責任を負はねばならない(大判昭和四・三・三民集三六三頁)。大審院は同理に依り轉借人の過失に對しても賃借人をして絶對的責任を負はしめてゐる(昭和四・六・一九民集六七五頁)。

二一 「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」は債権者之を立證することを要するか又は義務を免れんとする債務者の側に於て其事由の不存在を立證すべきかに付いては議論があり得るけれども、大審院は遲滯の場合と同じく此場合にも後の考をとつてゐる(大正一四・二・二七民集九七頁)。

尙故意及び過失の意義については學者間に色々の説があるけれども、履行不能に因る損害賠償を論ずるについては深く此點を議論する必要を見ない。唯「故意」とは結果の發生を希望し又は發生するも差支なしとする意識を意味し、「過失」とは法律上必要とせらるる一定の注意を怠ることを意味するものと定義するを以て足らう(二二)(二三)。

二三 「故意」の何たるかは主として刑法學者の論議する所であつて、特に結果の發生を希望する意識を必要とする説(意思説)と必ずしもかかる意識を必要とせず、結果發生するも差支なしとする程度の意識がありさへすればそれを以て足りるとする説(意識説)との二説がある。

二三 「過失」は當該の場合について法律の要求してゐる注意義務の種類如何によつて抽象的過失及び具體的過失の二種に區別される。前者は法律が「善良ナル管理者ノ注意」を要求してゐる場合であり、後者は法律が「自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意」を要求してゐる場合である。而して法律が特に規定して居る場合(民六五九條等)を除く外、債務者は通常前者の注意義務、即ち當該の場合に於ける四圍の事情に鑑み通常人の加ふべき注意を加へる義務を負ふものと解されてゐる。

尙注意義務を怠つた程度如何によつて重過失輕過失の二種が區別される。前者は要求されてゐる注意を怠る程度甚しく其情實の故意に近しと認めらるべき場合を言ふのであつて、法律が特に規定してゐる場合の外債務者は獨り重過失についてのみならず普通の輕過失に對しても責任を負はねばならない。

四 「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」に因る履行不能を原因とする損害賠償の方法及び範圍についても——先に説明した遲滞の場合と同様——民法第四一六條乃至第四一八條の諸規定が適用される(二四)。

二四 第四一九條は履行不能の場合には適用の餘地がない。何故なれば、金錢債權については通常履行不能の問題を生じない、金種債權については實質上不能の問題を生ずるけれども、其結果は先に説明した第四〇二條第二項によつて處理せらるべきであつて、第四一五條乃至第四一九條等の適用を受くべきではないからである。

此故に

(イ) 賠償方法は「別段ノ意思表示ナキトキ」は金錢賠償であつて、債權者の都合だけから不能となつた本來の給付と同様のものを給付すべしと言ふが如き現實的原狀回復の請求は民法の許さざる所である。中五四頁、

(ロ) 賠償の範圍を決定するについては、先に履行遲滞について説明したると同様色々な難問題を生ずるけれども、すべ

て同じく第四一六條の適用によつて問題を解決すべきである。

第四 不完全履行に因る損害賠償

一 債務者が「債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササル」場合の中主なるものは以上に説明した履行遲滞及び履行不能である。けれども、其外尙期限に辨濟があつたけれども其辨濟として給付されたものに數量若くは品質上の缺點ある場合も債務不履行の一場合として別に考察を加へる必要がある(二五)。

二五 かかる不完全な履行提供があつても債權者は受領の必要なく從つて債權者は其受領を拒絶し債務全部について債務者を遲滞に置き得るのを原則とするけれども、此事はこれから説明せむとする問題とは全然別箇の問題である。尙一部履行の提供と遲滞との關係については本節第二註參照。尙一部履行の提供と債權者の受領義務との關係については後辨濟の章に於て之を説明する。

かくの如き不完全履行は、たとへ債權者の受領ありと雖も、未だ債務の本旨に從ひたる履行となり得ざること勿論なるが故に、債權者は或は其受領したものをそのままにして置きながら足らざる部分の修補追完を——現實的履行の請求(本節第二註)として——請求し得ると同時に其修補追完義務に關して債務者の遲滞責任を問ひ得べく、又或は一應其受領したものを返還した上改めて完全な履行を請求し且其履行に關して遲滞の責任を問ひ得べきこと上述したる所によつて明かである。尤も此場合債權者が右手段の申いづれを執るかは必ずしも絶對的に自由ではない、場合によつては第二の手段をとることが信義誠實の要求に反するものとして拒否せらるべき場合のあり得ることに注意せねばならない(二六)。

二六 例へば新しい英和辭典を買つた者が歸宅後直に落丁を發見した場合には別の新品との交換を請求し得るけれども、既に一

二週間使用して相當汚損を加へた後に於ては最早新品との交換を請求し得ない、單に落丁部分の修補を請求し得るに過ぎないのである。

二 しかし不完全履行に關しては尙特に考究を要すべき別個の問題を生じ得る。例へば六法全書の携帯を許された試験を受ける爲め大學門前の書店より一冊の六法全書を買ひ求めた上試験場に入った所偶々必要の部分に落丁があつた爲め試験不成績にて落第した學生は不完全履行を理由として書店に對し損害賠償を請求し得べきか、又一匹の豚を買求めた所偶偶其豚が傳染病にかかつてゐた爲め買主所有の他の豚全部に感染して之を斃死せしめたならば賣主は其損害に對して賠償の責任を負ふべきであるか等の諸問題が起り得るのである。

此種の問題は所謂「積極的債權侵害」の問題としてドイツ民法の解釋上嘗て大に議論の存した所であるが、吾民法の下に於てはやはり「債務者カ其債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササル」場合の一として第四一五條前段によつて問題を解決し得る。即ち問題の損害が第四一六條所定の標準内にあり、且債務者が履行の不完全について不可抗力の抗辯(本節第二中)を提出し得ざる限り、債務不履行の一場合として尙損害賠償の責任を負はねばならないものと解すべきである(二七(二八))。

二七 例へば、右の設例中落丁ある六法全書の場合については、書店は第四一六條第二項により當該の損害を「特別ノ事情ニ因リ」而かも「其事情ヲ豫見スルコトヲ得」べからざりしものとして賠償責任を免れ得るであらう。又場合によつては書店としても落丁に氣付かないのは當然であつてかかる落丁本を提供したのは尙一種の不可抗力であると言ふ抗辯を爲し得ることもあるであらう。

二八 尙賣主買主立會の上特に或物を特定物として賣買した場合には偶々其特定された物が賣買されたのであるから、それに當事者の氣付かない缺點があつても、債務者としてはともかく其特定された物を給付したのであつてそれ自身何等の債務不履行あり

と言ふを得ない。けれども、かかる場合に買主は缺點ある履行を受くるに拘らず賣主が缺點なきことを前提として定められた代金をそのまま手に入れるのは如何にも不衡平であるから、民法は特に其不衡平を除去緩和する爲め賣主の擔保責任に關する第五七〇條其他の諸規定を設けてゐる。此問題は債務不履行の問題とは嚴に區別して混同することなきを要する。

第五 損害賠償額の豫定と違約金契約

一 損害賠償の額は以上の原則によつて決定されるのを原則とするけれども、當事者は場合により實際上の困難を避ける爲めに豫め其額を約定することがあり得る。而してかかる豫定がなされて居る以上、債權者は——賠償義務發生の其他の條件が備はつてゐる限り——實際上の損害額を證明せずして(二九)當然に其豫定額を請求し得るのであつて、「裁判所ハ——濫りに——其額ヲ増減スルコトヲ得」ない(三四(三〇)條)。けれども其豫定契約が善良の風俗に反すと認むべきものなるときは裁判所之を無効として取扱ひ得べきこと素より言ふを俟たない(三〇(三三))。尙縱令賠償額豫定の契約があつても、債務者の側から事實上全然損害なかりしことの立證があれば賠償義務は發生しない。蓋し豫定契約は賠償の額を豫定するものに外ならないからである。

二九 大判大正一一・七・二六民集四三二頁。

三〇 豫定契約が善良の風俗に違反するの故を以て無効となるや否やは具體的事實に付いて具體的に考慮せらるべきである。單に豫定額が過大なるの故を以て直に善良の風俗に反するものと言ふを得ない(大判昭和六・二・一三民集六九頁)。

三一 利息制限法第五條に「返還期限ヲ違フルトキハ負債主ヨリ債主ニ對シ若干ノ償金罰金違約金料等ヲ差出スヘキコトヲ約定スルコトアルトモ概シテ損害ノ補償ト看做シ裁判官ニ於テ該債主ノ事實上受ケタル損害ノ補償ニ不當ナリト思量スルトキハ之レ

ニ相當ノ減少ヲ爲スコトナ得」との規定があるけれども、本規定は「金銀貸借」上の債務にのみ關するのであつて、其他の一般債務には全然其適當なしと解するのを通説とする（大判大正九・六・二六民聯民錄九三八頁）。尙此規定は商事債權には其適用がない（商施一一七條）。

尙賠償額豫定の契約があつてもそれは必ずしも債務不履行の結果を其豫定された損害賠償の方法のみによつて片付けやうとする趣旨と解すべきではないから、民法は特に「賠償額ノ豫定ハ履行又ハ解除ノ請求ヲ妨ケス」（民四二〇條三）との規定を設けて居る。

二 「賠償額ノ豫定」に類似して之と區別すべきものに違約金契約がある。違約金契約は債務の履行を確保する爲め遲滯其他不履行の場合に一定の金額其他の給付を爲すべきことを約する契約であつて、債務者が如何なる場合に違約金を支拂ふべきかは個々の契約の趣旨を解釋して之を決するの外ないけれども、特に反對の約旨が現はれてゐない限り事實上損害の有無は全然違約金の請求に關係なきものと解すべく、之に反して債務者の側に不履行を正當ならしむべき何等かの事由が存するならばたとへ違約金の契約ありと雖も其請求を爲し得ざるものと解すべきであらう。尙違約金契約ある場合に違約金の外別に事實上の損害をも——損害賠償として——請求し得べきかの問題も契約の趣旨を解釋して之を決すべきであるが、特に反對の約旨が現はれてゐない限り「違約金ハ之ヲ賠償額ノ豫定ト推定ス」（民四二〇條三）べく、從つて別に事實上の損害について賠償請求を爲し得ざるものと解すべきである。

第六 損害賠償者の代位

例へば、甲が乙の所有物を預つてゐる間に過失によつて盜難にかつたならば乙に對して其物の代價を賠償するの義務あること勿論であるが、當該の盜難品は純理より言へば尙依然として乙の所有にあるが故に、其後其物の發見された場合にそれに對して權利を主張し得るのは乙でなければならぬ。けれども、此結果をそのまま認めるときは乙は一面完全な損害賠償を得てゐるにも拘らず本來の所有物までをも取戻し得ることとなつて明に二重の利得を受ける結果になる。此故に、民法は特に「債權者カ損害賠償トシテ其債權ノ目的タル物又ハ權利ノ價格ノ全部ヲ受ケタルトキハ債務者ハ其物又ハ權利ニ付キ當然債權者ニ代位ス」（民四三二條）との規定を設けて、乙が損害賠償として所有物の價格全部を受けた瞬間に其物の所有權が當然^{（三）}乙より失はれて甲に歸すべき旨を規定してゐる。

三 移轉の爲め特別の法律行爲を必要としない。從つて權利移轉を第三者に對抗するに必要な要件も此場合には之を充たす必要がない。

第五章 債權の擔保

第一節 總 說

第一 債權の擔保

一 債權の履行を擔保する最後の根據は債務者の總財産である。蓋し始めより金錢の支拂を目的とする債權は勿論其他の債權と雖も債務不履行の場合には結局金錢を目的とする損害賠償債權に變はるからである。此故に、資力の豊かな債務者に對する債權は比較的確實にして價値自ら大なるに反し、資力の乏しい債務者に對する債權は殆ど有名無實に近い價値の少いものとなるのであつて、債權の實質的價値は債務者の資力如何によつて定まるものと言はねばならない。勿論債務者が義理固い人であるかどうか、其他債務者の人物性行、債權者との個人的關係も同時に債權の確實さを決定すべき重要な要素であるけれども、此等は法律の如何とすること能はざる事柄である。

此故に、債權の實質的保護について法律の先づ第一に考ふべきは、債權最後の擔保たるべき債務者の資力を保全することとでなければならぬ。無論債務者の資力を組成する各種の財産は債務者自らの權利なるが故に、債權者と雖も濫りに外部より之に干渉を加へ得べき限りにあらざることと言ふを疎たないけれども、さらばと言ふて債務者が故なく濫りに其資産を減損するが如き行爲を爲してゐるにも拘らず、債權者がそれに全然何等の干渉をも加へ得ないことにするものも亦明に不合理である。此故に、民法は或る條件の下に或る程度の干渉を加ふことを許し以て債務者資力の不當なる減損を防止し得ることとしたのであつて、債權者代位權(三條四二)及び債權者取消權(四條四二)は實に此目的の爲めに設けられた制度である。此等に關しては後第二節に於て之を詳説する。

二 かくの如く法律は一面に於て債務者の資力を保全すべき途を講じてゐるが、同時に又他面に於て愈々其資力が不足の場合に債權者に對して如何なる法律的取扱を與ふべきかの問題を考慮する必要がある。

此點について先づ第一に注意すべきは、債務者の資力不足は——上述の通り甚しく債權の實質的價値を毀損するにも拘らず——債權それ自身の法律的存在に向つて何等の影響を與へないことである。債務者が債務超過の結果破産の宣告を受けて其總財産が換價配當されても足らざる部分は尙債務として其まま存続する。無論債務者が死亡し而して相續人が限定承認をすれば債權者は債務者遺産の限度に於てのみ辨濟を受け得るに過ぎないこととなるけれども、生きてゐる限りは何時までも債務存続と言ふのが吾現行法の考である。しかし又其代はり現行法は債務者が如何に債務を辨濟しないからといふて、債權者が之を拘禁したり又は之を奴隸として使用するが如きことを認めない。債權に對する最後の擔保は債務者の總財産であつて其全人格ではない。債務不履行の故を以て人格を犯すことは現行法の斷じて許さざる所である。

第二に、債務超過の場合に債權者が二人以上あるときは彼等相互の關係を如何に取扱ふべきかの問題を考へる必要がある。此點に關して民法はすべての債權は平等なりとの主義(債權平等の原則)を採用して債權相互間に優劣の差異を認めざるを原則とし、唯或債權者につきてのみ特に優先的辨濟を受け得べき例外を認めてゐるに過ぎない。而して其例外を規定したものが所謂「物的擔保」若しくは「擔保物權」の制度である。

第二 債權平等の原則と物的擔保

一 債權はすべて互に平等なるを原則とする。特定物債權ですら其發生の前後によつて何等優劣の差がない。例へば、甲が昨日馬池月を乙に賣り、又本日——未だ其債務の履行を爲し居らざるを幸ひ——其同じ馬を丙に賣つたならば、乙丙共甲に對して其馬の引渡を請求する債權をもつて居り、而して二の債權の間には何等優劣の差がない。例へば、甲が後の

債權者たる丙に履行をして仕舞つても、乙は自己の債權の發生が先きなることを理由として抗議を申込み得ない。乙は高甲に對して債務不履行を理由とする損害賠償の請求を爲し得るに過ぎないのであつて、丙に對する履行はこれが爲め何等其效力を害せられることがない(一)。

一 此故に、乙が自己の債權の履行を確保しようと思へば、速に其馬の引渡を受けて仕舞はねばならない(民一七八條)。又債權の目的物が土地建物等不動産であるならば速に所有權移轉の登記をするなり(民一七七條)又は少くとも假登記をする必要がある(不動産登記二條)。然らざる限り、後の債權者丙が先に引渡乃至登記を受けて仕舞へば、乙は如何ともすることが出来ないのである。

債權は平等なるを原則とし、債務者の總財産を共同擔保として互に優劣なく併立する。従つて例へば「債務者ノ財産カ總テノ義務ヲ辨濟スルニ足ラサル場合ニ於テハ、其價額ハ債權ノ目的、原因、體様ノ如何ト日附ノ前後トニ拘ハラズ、其債權額ノ割合ニ應ジテ——按比例的に——之ヲ各債權者ニ分與ス」(舊民法債權擔保第一條)の外ないのであつて、或る債權者だけが自己の債權の發生日附の先きなることを理由としたり其他自己の債權の特に優待せらるべきものなることを主張して、優先的辨濟を受け得ないのを原則とする(二)。

二 債務者甲に對してABCDE五人の債權者が各一千圓宛の債權をもつて居り、而して債務者の總財産が二千五百圓しかないならば、ABCDEいづれも二分の一即ち五百圓づつの平等辨濟を受け得るに過ぎないのであつて、其中の或る者だけが特に優先的に完全な辨濟を受け得ないのが原則である。

二 債權平等の原則に對する例外は物的擔保制度である。法律は一面債權平等の原則を採用すると同時に、或る種の債

權だけは特に債務者の總財産又は特定若くは特殊財産から他の一般債權者に優先して辨濟を受け得べき例外を認めてゐる。即ち其種の債權は特に物的擔保によつて特別の保障を與へられてゐるのである。

法律が物的擔保を認めてゐる場合を分つて二種とすることが出来る。

其一は當該債權の特殊性に基き法律上當然に優先的取扱の與へられる場合であつて、留置權(民二九五條以下)及び先取特權(民三〇三條)の制度は即ちそれである。學者は一般に之を名付けて法定擔保物權若くは法定物的擔保と言ふ。

其二は債權者債務者の特約によつて發生する物的擔保であつて、質權(民三四二條以下)及び抵當權(民三六九條以下)は即ちそれである。學者は一般に之を名付けて任意擔保物權若くは任意物的擔保と言ふのである。

法律上當然に法定擔保を許し與へられてゐない普通の債權について、債權者債務者の特約によつて自己の債權だけは特に優待せらるべしとする約束は原則として無効である。けれども、債務者の總財産中から特に特定の動産不動産其他特定財産を選び出して、其特定財産についてだけは優先的辨濟を受け得べしとする特約は有効であつて、質權抵當權の如き任意擔保は其種の例外的に許された特約から發生するのである。即ち或る債權者だけが特に債務者の總財産について優先的辨濟を受け得べしとする特約は無効であるが、特定財産だけから優先的辨濟を受け得べしとする特約は有效たるを妨げないのである。

第三 人物擔保

一 人的擔保は一個の債權につき債務者の外尙別に他の債務者を設くることにより、同時に二人以上の債務者の總財産

を一般擔保として債權の満足を確保せむとする制度である。そうすれば、縦令債務者の一人は現に無資力であり若くは將來無資力になつても、他の債務者の資力によつて辨濟を受け得べき機会が増大する。

民法の認めてゐる人的擔保の中には、債務者一人を主債務者とし其債務者が完全なる辨濟を爲し得ない場合に初めて他の債務者をして辨濟を爲さしめ得るものと、二人以上の債務者を平等の地位に置きつつ債權者の希望により其いづれに對しても任意に請求を爲し得ることにしてゐるものと、前者は保證債務であり、後者は連帶債務である(本章第三節、第四節)。

二 尙人的擔保に關聯して注目すべきは「債務引受」である。即ち本來の債務者甲に代へて乙を債務者たらしむるときは、例へば甲は無資力者であつても乙さへ資力が充分であれば、債權はそれによつて實質的價値を増大する。其所に債務引受が實際上社會に行はれる理由があるのであつて、債權擔保の問題を論ずる本章は必然此問題にも觸れる必要がある(第五節)。

第二節 債權者代位權と債權者取消權

第一 序説

債權者代位權及び取消權は總債權者の共同擔保たるべき債務者の資力の保全を目的とする制度である。元來人々は、如何に多額の債務を負擔してゐるやうとも、それが爲め債權者によつて私生活に干渉を受くべきではない。財産の使用處分等

もすべて其自由なるを原則とせねばならない。しかしながら、如何に債務者の自由に處分し得べき財産であるとは言へ、其作爲又は不作爲によつて濫りに減少せしめられることは、其財産を共同擔保とする一般債權者の到底堪え得る所でない。是れ民法が一定の條件の下に債務者の財産減少行爲に干渉し得べき權利を認めざるを得ない所以であつて、代位權及び取消權は即ち其權利である。

第二 債權者代位權

債權者代位權は債務者が自ら其權利を行使せずして財産を減少せしめ其結果資力に不足を生ぜしむる虞ある場合に債權者が代はつて其權利を行使し得べき權利である(民四二)(一)。

一 此權利は「間接訴訟權」と呼ばれてゐる。けれども實體法上の權利であつて訴訟權ではないから、適當の名稱と言ふを得ない。

一 代位權行使の要件

債權者が代位權を行使し得る爲めには次の要件を必要とする。

(イ) 債權保全の必要あること 代位權は債權者が「自己ノ債權ヲ保全スル爲メ」に許し與へられる權利である。此故に、代位權を行使し得る者は債權者なることを要する。然らば

(1) 如何なる債權者は代位權を行使し得るか。 先づ第一に、代位權者は債務者の總財産を共同擔保とする債權者なることを要し、特定債權の保全の必要があるのみでは代位權を行使し得ない。蓋し代位權は總債權者の爲めに共同擔保を維持することを目的とする制度だからである。此故に、例へば甲が其所有地を乙に賣渡し乙更に之を丙に轉賣した場合に、

甲乙間の所有權移轉登記が爲されてゐないからと言ふて、丙は自己の所有權移轉登記を受ける爲めに乙の甲に對する登記請求權を代位して行ひ得べきではない(三)。しかし、債務者の總財産を共同擔保とする債權なる以上、必ずしも始めより金銭の支拂を目的とする債權たるを要しない。債務不履行の際結局に於て損害賠償請求權に轉化すべき債權はすべて代位權によつて保護されるのである。

尙代位權を行使し得る爲めには債權が既に履行期に在ることを要するを原則とする。しかしながら(イ)代位に依つて爲さるべき行爲が單なる「保存行爲」に過ぎざる時は、縱令其代位を許しても不當に債務者の財産に干渉を加へるものと云ひ難いから、民法は特に履行期前に於ても其代位を許してゐる(三)。(ロ)之に反し「保存行爲」以上の行爲は履行期前に之を行ふにあらざれば「債權ヲ保全スルコト能ハズ又ハ之ヲ保全スルニ困難ヲ生ズル虞アル」ことを理由とし「裁判上ノ代位」によつてのみ之を行ふことが出来る(條二項)。(條三項) 尙「裁判上ノ代位」手續については非訟事件手續法(民七二條)に規定がある。

二 第四二三條の文字だけから考へると、丙は尙自己の「債權ヲ保全」するものとして代位權を行ひ得るやうであるけれども、かくの如きは債權者取消權と竝んで共同擔保維持の爲めに認められた代位權制度本來の精神を無視するものである。大判明治四三・七・六民錄五三七頁は「民法第四二三條ハ債權者ヲ保全セントスル債權ニ付キ別ニ制限ヲ設ケザルヲ以テ同條ノ適用ヲ受クベキ債權ハ債務者ノ權利行使ニ依リテ保全セラルベキ性質ヲ有スレバ足り其債務者ノ資力ノ有無ニ關係ヲ有スルト否トハ必ズシモ之ヲ問フノ要ナシ」との理由によつて、本文設例の場合に代位權行使を許し得べき旨を説いて居り、學者も亦之に贊する者が少くないけれども、かくの如きは全く本制度の精神を無視した解釋と言はねばならない。

本文設例の場合の如き、若しも丙が登記を希望するならば、直接甲に對して登記に共力すべき旨を請求し得ること、登記請求權

の性質上明かであつて、特に代位權の力を借る必要を見ないのである。此判旨は多數學者の支持する所であり、従つて其後學者の間に有力な反對論が現はれつつあるに拘らず、大審院は今尙其説を改めるに至つてゐない(大判昭和四・一二・一六民集九四四頁)。

三 「保存行爲」とは當該權利の現狀を維持する行爲を言ふ。例へば消滅時効に罹らむとする債權の爲めに時効中斷を爲し債務者の有する抵當權が未登記なる場合に其登記を爲すが如き即ちそれである。

(2) 債權保全の必要とは代位權を行使せざれば債務者の資力減少して一般債權者の共同擔保に不足を生ずべき處あることを言ふのである。従つて其必要な場合に濫りに代位權の行使を許すべからざるは勿論(四)、縱令債務者が一般的に此必要ある状態に陥つてゐる場合と雖も、それが爲め損害を蒙るの虞なき債權者は代位權を行使し得ない。例へば、特に確實充分なる物的擔保を有する債務者は、債務者の一般資力が如何にならうとも直接それによつて何等の影響を受ける處がないから、代位權を行使し得ざるものと解すべきである。

四 大判明治三九・一一・二一民錄一五二七頁「債權者ハ債務者ノ辨濟資力不十分ナル場合ニ非ザレバ代位訴權ヲ行フコトヲ得ズ」云々。

(ロ) 債務者が自ら其權利を行使せざること 債務者自らが既に權利を行使するとき、例へば既に其權利を行ふ爲め訴を提起せるときは、最早代位の必要なきが故に、債權者——例へば第二の訴によつて——代位權を行ふことは之を許さないのである(五)。

従つて、債務者自らが權利を行使して訴訟を爲したる以上、訴訟ノ方法不適當ニシテ敗訴ノ判決ヲ受ケタル場合」に於て

も最早代位權を行ひ得ない、又權利行使の結果の良否如何に拘らず債權者に於て再び其權利を行使し得ざるものと解すべきである(六)。

五 大判大正七・四・一六民録六九四頁。尤も例へば、債務者が第三債務者に對し履行請求の訴を起してあるやうな場合には、債權者は「訴訟ノ結果ニ付利害關係ヲ有スル第三者」として訴訟に参加することが出來ると解すべきである(民訴六四條)。

六 大判・明治四一・二・二七民録一五〇頁、大正七・四・一六民録六九四頁。

代位權行使の要件は以上を以て盡くる。之を行使するが爲め豫め特に確定判決其他債務名義を得るの必要なきは勿論、債務者の同意を得る必要もないし、又先づ債務者に對して權利の行使を催告することも必要でない。

二 代位權の目的たる權利

代位權によつて行使し得べき權利は、「債務者ニ屬スル權利」にして且「債務者ノ一身ニ專屬」せざるものなることを要する(民四二三條)。

(イ)「債務者ニ屬スル權利」なる以上、原則として其種類如何を問はない。しかし、之を行使するによつて債務者の資力を保全する効果を生ずべきものなることを要するや理の當然なるが故に、例へば差押を許さざる權利の如きは——初めから債權者の共同擔保たる用を爲すものでないから——代位權の物體とならない(民訴六一八)。(條等參照)純然たる非財産的權利例へば婚姻取消權、離婚請求權、戶主權等も亦全く同様である。之に反し純然たる財産的權利及び主として財産的利益の爲めに認められた權利——例へば無能力詐欺強迫に因る取消權——はすべて原則として代位權の物體となる。

(ロ)「債權者ノ一身ニ專屬」するとは權利を行使するや否やが特定の權利者本人の意思に一任されることを必要とする權利を言ふ(七)。例へば親權者たる母の行爲の取消權(民七八) (八)、夫婦間の契約取消權(民七九)、親族間の扶養請求權(民九五以下) 身體名譽自由の侵害を原因とする損害賠償請求權(民七一)等は、之を行使するや否やが債務者の資力に影響すること明かであるけれども、其行使は權利の性質上權利者本人の意思に一任せらるべきものであるから、代位權の物體とならざるものと解すべきである。

七 民法は一身專屬權なる文字を二個の場合に使つて居る。一は相續の場合であり(民九八六條、一〇〇一條)他は代位權の場合である。而して其意義は前者にあつては權利の歸屬が一身のなるを意味し、後者にあつては——本文に説明した通り——權利の行使が一身のなることを意味する。此故に、例へば身體名譽自由の侵害に因る賠償請求權は相續の目的となるけれども、代位權の物體となり得ない。

八 大判大正七・六・一九民録一二〇九頁。

三 代位權の行使

以上に説明した代位權行使の要件が備はつてゐる以上、——「裁判上ノ代位」に依ることを必要とする場合の外——債權者は裁判所の許可等特に何等の手續をせずして直に代位權を行使し、以て債務者の權利を行使し得る。

(イ)行使の方法は物體たる權利の性質及び當該の場合に於ける代位權行使の必要に應じて定まる。或場合には、裁判外の行使例へば單純なる意思表示を以て足ることあるべく、或場合には——債權者取消權(民四二)を代位行使する場合の如く

——訴訟的手段を必要とすることもあり得る。しかしいづれにするも債権者は自己の名に於て債務者の権利を行使し得るのであつて、債務者に代理し債務者の名に於て其権利を行使するのではない(九)。しかしながら債務者自らが権利を行使する場合に比して第三債務者其他第三者が特に不利益なる地位に立つべき理由はあり得ないから、例へば第三債務者が債務者に對して相殺の抗辯・同時履行の抗辯等を有する場合には、債権者が代位する場合と雖も尙第三債務者は此等の抗辯を主張し得るものと解すべきである。

九 大判大正一一・八・三〇民集五〇八頁。従つて債権者が第三者に對して訴を提起し債務者の之に参加せざる場合に於ては、判決の効果は債務者に及ばない。

(ロ) 行使の範圍は「債權ヲ保全スル」に必要な限度によつて定まる。其必要を超えて濫りに代位權を行使し得べきでない(一〇)。之に反し其必要ある限り債務者の權利を處分する行爲と雖も尙之を爲すことが出来る。例へば、債務者の債權を相殺の用に供し又は之を有價的讓渡の用に供するが如き行爲と雖も、苟も之によつて債務者の資力を維持することが出来る限り、尙之を爲すことが出来る。

一〇 大判大正八・三・七民錄四四九頁。

四 代位權行使の効果

(イ) 債権者が代位權の行使に着手したるときは債務者は自ら其權利を處分する權利を失ふ(非發七六。裁判外の代位の場合については特に明文がないけれども、條理上同様に解すべしとするのが通説である(一一)。

一一 従つて又債権者が代位權を行使した場合には之を債務者に通知すべく而して其通知が到達した時以後債務者は權利行使を爲し得ざるに至るものと解すべきである。

尙債権者が代位權の行使として保存行爲——例へば債權の時效中斷——を爲したるに過ぎざるときは、其結果債務者に禁ぜらるる行爲は同じく保存行爲たるに過ぎない。従つて債務者は此場合尙權利拋棄の如き處分行爲を爲すことを妨げない。尤もかくの如き行爲が第四二四條の要件を備ふるときは別に同條によつて取消されることがあり得るけれども、それは全く別問題である。

(ロ) 代位權行使の効果は直接債務者に歸屬する。即ち債務者は之により權利不行使によつて蒙るべき財産上の損失を免れることとなるのである。勿論代位權が訴によつて行使された場合に因つて與へられる判決の既判力は訴訟當事者たるざる債務者に及ばざること勿論であるけれども、因つて生ずる實體法上の効果が直接債務者について生ずべきは代位權の性質上素より當然である(一二)。

従つて、代位權を行使した債権者は自ら直接に權利行使の結果を取得するのでもなければ、又其債権者だけが特に其物について優先的辨濟を受け得るのでもない(一三)。若し特定の債権者が自己の債權の満足を得むと欲するならば——かくして債務者に歸屬した財産について——自ら別に強制執行を行ふ必要がある。

尙代位權者自らに物の受領を受くる權利ありや又は單に債務者に給付すべきことを請求する權利あるに過ぎざるやに付いても多少議論があるけれども、受領權ありと解するを至當とする。蓋し債務者の爲めに物を受領することは尙之を物の給付を請求する權利の代位行使の一部をなすものと言ふことが出来るからである(一四)。

一一 従つて(一)物の給付を目的とする債權に付いて代位行使が行はれた場合に、其物の所有權を取得するのは債務者である。其行使が訴によつて爲された場合に勝訴の結果強制執行を求め得るのは代位債權者自身であるけれども、債務者自らも實體法上物上請求權によつて其物の引渡を求め得るに至る。

(二)代位債權行使の結果登記を命ずる判決ありたる場合に、代位債權者自ら不動産登記法第二七條及び第四六條ノ二によつて登記を申請し得べきこと勿論であるが、債務者自らにも第二七條による登記權利ありや否やについては争がある。大判大正一一・八・三〇民集五〇七頁は判決の執行を求め得るのは訴訟當事者のみに限り、而して第二七條の所謂「登記權利者」は「判決」を得た訴訟當事者のみに限ると言ふ理由によつて其權利なしと言つてゐるけれども、苟も判決によつて債務者が實體上の權利者たる事が確定された以上債務者自らに登記權利ありと解するのが至當であらう。

一三 尤も代位債權行使した債權者は事務管理者としてこれに要した費用の償還を受けることが出来る(民七〇二條)。而して其償還請求權は共益費用の先取特權によつて保護される(民三〇七條)。

一四 而して其引渡を受けた債權者は代位債權行使の爲めに要した費用の償還を受くるにつき留置權(民二九五條)を行使し得るものと解すべきである。

第三 債權者取消權

一 債權者取消權の意義及び性質

債權者取消權は「債務者カ其債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲」を否認して債務者の資力を原狀に復せしめ得る權利である(四二條)。一に「廢罷訴權」と呼ばれてゐるけれども、實體法上の權利であつて訴訟法上の權利ではない。

此權利の法律的性質如何に付いては解釋上色々な説が行はれてゐるけれども、制度の認められてゐる根本精神が債務者

の法律行爲にして其資力を減少せしむるものを否認し以て其資力狀態を舊に復せしめむとするに在ることから考へて見ると、畢竟其精神を實現するに必要な最小限度に於て當該行爲を否認する權利なりと考へるのが正しい考へ方である。従つて、債務者の行爲が(イ)例へば債務免除の如き行爲なるときは、債權者は其免除行爲を否認して初めより之なかりしと同一の効果を生ぜしめさへすれば足りる。即ち此場合には此權利は單に形成權的效力を發揮し以て其目的を達したることとなるのである。(ロ)之に反し債務者が或財産を他人に讓渡したやうな場合には、結局其財産を債務者の手元まで回復させなければ否認の目的を達し得ない、單に債務者の行爲を否認するのみならず當該財産を讓受人——若くは轉得者——から返へさせる所までゆかなければ、此權利の認められた根本精神は充分に發揮されないことになる。所が此「債務者の行爲を否認」し且「當該財産を讓受人——若くは轉得者——から返へさせる」と言ふ點を見て、或者は其否認する點が權利の中心であると稱し、或者は其返へさせる點が中心であると稱し、更に又第三の者は其否認し且返へさしむることがすべて權利の内容を成すのであると稱して、しきりに解釋上の異説が行はれてゐるけれども、本制度の認められてゐる根本精神から考へると、要するに債務者の資力が舊に復すればいいのであつて、債務者の行爲の否認は畢竟其手段に過ぎない。従つて第四二四條に「法律行爲ノ取消」なる文字が使用されてゐることを唯一の根據として、此權利も亦無能力詐欺強迫を理由とする取消權(民二〇條以下)と同様法律行爲の效力を全部的に初めよりなかりしと同一の結果を生ぜしむるものでなければならぬと説いて、行爲の否認それ自身を權利の中心點なるが如くに考へるのは甚しい誤謬である。權利の中心は飽くまでも財産を返還せしむる點に在る、而して其目的を達するに必要な限りに於て行爲を否認すればいい、其必要を超えて行

爲を否認する必要は毫も存在しないのである(一五)(一六)。

免除の場合

一五 此問題に關する從來の學説は大體(イ)財産の返還を請求する債權なりとする説(債權説)、(ロ)法律行為の取消を目的とする權利なりとする説(形成權説)(此説によると、取消權行使の結果法律行為の取消を生ずるに過ぎないから、取消の結果財産の取戻を請求するについては更に民法第四二三條によつて代位權を行はばならない不便がある)、(ハ)法律行為を取消し且財産の返還を請求する權利なりとする説(折衷説)の三種に別れてゐるが、此最後の論者の中には更に「取消」と「返還請求」とを同格に見るものと、前者は後者の手段に過ぎない従つて前者は後者に必要なる限りに於てのみ爲されれば足りるものとの區別がある。

此等の諸學説は主として概念構成上の争ひであるが、其實益は主として取消訴訟の被告を何人とすべきかの點に存する。即ち債權説をとる者は債務者より財産を譲受けた第三者又は轉得者即ち兎も角現在當該財産をもつてゐる者を被告とすれば足りると主張し、形成權説をとる者は取消の目的たる法律行為の當事者をすべて被告とする必要ありと主張し、又折衷説を主張する者の中第一の者は取消の目的たる法律行為の當事者のすべて及び現在當該の財産をもつてゐる者を被告とすべしと論じ、第二の者は現在財産をもつてゐる者を被告としさへすればいいと説くのである。

大審院は嘗て折衷説中第一の考に従つてゐたが、今では第二の考をとつて「廢罷訴訟ハ詐害行為ニ依リテ減少セラレタル債務者ノ財産ヲ直接又ハ間接ニ原狀ニ回復スルヲ以テ唯一ノ目的トナスガ故ニ、之ニ依リテ取消サルル法律行為ノ範圍モ亦其目的ヲ達スルニ必要ナル部分ニ止マリ、普通法律行為ノ取消ノ如ク絶對ニ取消ノ效ヲ生ズルモノニアラズ。即チ廢罷訴訟ニ依ル法律行為ノ取消ハ之ヲ求ムル當事者間ニ於テノミ取消ノ效ヲ生セシメ、其訴訟ニ關與セザル債務者受益者又ハ轉得者ノ間ニ於テハ依然其法律行為ヲ存立セシムルヲ妨ゲザルモノトス」と言ふて居る(明治四四・三・二四民聯錄一一七頁)。蓋し本制度の精神に鑑み最も穩當な解釋と言ふことが出来る。反對論者は多く「取消」なる文字に捉はれ過ぎて制度の精神を超えた無用の結果を認めることになつてゐる。

代位權行使ノ取消
相對的取消論

一六 債權者取消權は破産法上債權者が有する否認權(破七二條以下)と略同一の目的を有するものであるが、發生要件及び效果の點に於て二者の間には多少の差異がある。

二 取消權行使の要件

債權者取消權行使の要件は、債務者が債權者を害することを知りて爲したる法律行為によつて債權者を害し且受益者又は轉得者が債權者を害することを知つてゐることである(四四二)。此故に、

(イ) 先づ第一に、債務者が債權者を害する法律行為を爲したることを要する。

(1) 取消の目的物は債務者の法律行為である。而して其法律行為は法律上有效のものたることを要するや勿論である。例へば債務者が差押を免れる爲め第三者と通謀して之に財産を移轉するが如き虚偽行為をなした場合には、其行為は初めより無効であるから(四九)、今更改めて之を取消す必要を見ないのである(二七)(一八)。尙取消の目的物は債務者の法律行為であるから、債務者以外の者の法律行為は縱令間接に債權者を害するものと雖も取消の目的物とならない(一九)。

一七 大判・明治四一・六・二〇民錄七六一頁、同四一・一一・一四民錄一一七四頁。しかし債務者が其行為の無効なるに拘らず自ら無効を主張して財産の取戻を爲さざるときは、債權者は上述の代位權によつて無効確認の訴を起したり財産取戻の訴を起すことが出来る。尙虚偽行為の如く其無効を善意の第三者に對抗し得ざるものに付いては(民九四條二項)、たとへ無効行為と雖も善意の第三者たる轉得者に對する關係に於ては尙取消權の目的となり得る(大判昭和六・九・一六民集八〇六頁)。

一八 取消するべき法律行為の全く存在せざる場合も亦全く同様である(大判大正七・五・一一民錄九一四頁)。

一九 大判明治三六・二・九民錄一三二頁。

(2) 債務者の法律行為は「債權者ヲ害スル」ものなることを要する。縱令債務者に「害スル」意思ありと雖も事實「害セサル」ときは取消の原因とならない(110)。

茲に「債權者ヲ害スル」とは「債務者カ財産權ヲ目的トスル法律行為ヲ爲シ之ニ因リ其債權者ノ爲メ一般擔保ヲ組成スル自己ノ財産ヲ減少シ辨濟ノ資力ヲ薄弱ナラシムル」を言ふのであつて(111)、例へば(1)婚姻の如き身分的行為は間接には尙債務者の財産に影響を與へるけれども、それ自身直接に「財産權ヲ目的トセサル法律行為」であるから、取消權の目的物とならない(條三項)。(2)債務者の資力を全體として不足に陥らしむることなく、單に特定債權の直接的履行を不能又は困難ならしむるに過ぎざるが如き行為は取消權の目的とならない(112)。(3)行為の結果債務者が資力不足即ち債務超過に陥りさへすれば直に取消權を行使し得るのであつて、必ずしも債務者に支拂不能又は支拂停止の行為ありたることを必要としな(113)。(4)尙當該の債務者が資力不足に陥りさへすれば、他の共同債務者例へば連帶債務者中に資力を有するものがあつても、取消權行使の妨げとならない(114)。

二〇 大判大正七・五・二〇民錄九九六頁。

二一 大判明治三七・一〇・二一民錄一三四七頁。

二二 例へば、甲が特定物を乙に賣却し未だ其引渡を爲し居らざるに乘じ、更に其物を惡意の第三者丙に賣却し且其引渡を了したる場合に於て、乙は自己の權利を保全する爲め第四二四條によつて甲丙間の法律行為を取消し得ない。尤も甲丙間の行為の結果甲の資力が不足し乙が終局債務不履行を理由として損害賠償を請求する妨げをも生ずるものと認めらるる場合には、尙本條に所謂

「債權者ヲ害」したるものとして乙の取消權を認めることが出来る(大判明治三五・一二・三民錄一卷九頁)。

二三 大判・大正七・九・二六民錄一七三〇頁、同九・五・二七民錄七六八頁。

次に債務者の法律行為が「債權者ヲ害スル」や否やを決する標準の時期は其行為の爲された時である。其時に於て「害スル」の事實なかりし以上、例へば或賣却行為が「事後時勢ノ變遷ニ從ヒ物價ノ騰貴シタル場合ニ比シ不利益」であつたと言ふが如き理由を以て、後から「債權者ヲ害」したるものと爲すを得ない(115)。しかしながら縱令一旦「害スル」の事實ありと雖も後に至りて債務者の資産が他の原因によりて回復し最早取消を爲すの必要なきに至れるときは、一旦發生した取消權が其時に於て消滅したものと解すべきである(116)。

二四 大判明治四〇・七・二民錄七四五頁。從つて又一定の行為が「債權者ヲ害スル」や否やを決するについては、其「當時ニ於ケル債務者ノ財産並ニ其債務ノ多寡ヲ標準トシテ之ヲ判定スヘク、其行為以後判決ニ至ルマテノ間ニ於テ發生シタル債務ノ數額ヲ加算」して事を決すべきではない(大判大正六・一・二二民錄八頁)。尙大判一〇・三・二四民錄六五七頁參照。

二五 大判大正八・一〇・二八民錄一九〇八頁。

尙「債權者ヲ害スル」方法は、現在の積極財産を減少せしむることとると新に消極財産即ち債務を増加せしむることとるとを問はない。要するに方法の如何を問はず總債權者の共同擔保たる債務者の資力を減少せしめそれによつて債務超過の状態を作り出すものはすべて取消權の目的物となる。從つて(1)例へば債權者の一人に對し債務の本旨に從ひて爲したる辨濟は一面債務者の積極財産を減少せしめるけれども、同時に同じだけ消極財産を減少せしめるから、結局債務者の資力

を減少せしめず、従つて他の債権者から其辨済行爲の取消を請求し得ない(二六)。②之に反し新に一債権者の爲めに物的擔保を設定したり代物辨済(三四八)又は更改(三五九)を爲すが如きは資力を減少せしむるものとして取消の原因となり得る(二七)。(3)債権者が他に辨済資力を有せざるに拘らず不動産を賣却して消費し易き金錢に代へたる時は、直にそのみを以て取消原因ありと言ひ得べきか。議論の多い問題であるけれども、結局は其賣却によつて實際上資力の不足を生じたりや否やを標準として事を決するの外ない。従つて、例へば不相當の廉價を以て賣却した爲め資力の不足を生じたる時は取消の原因となるけれども、相當代價なるときはならざるものと解すべきである(二八)(二九)。

二六 大審院は一債権者に對する辨済の中にも取消さるべきものと否との區別あることを認め、多數債権者ヨリ辨済ノ請求ヲ受ケ居ルニ拘ラズ、債務者ニ於テ其内ノ一債権者ト共謀シ他ノ債権者ヲ害スル目的ヲ以テ特ニ一債権者ニ辨済ヲ爲スガ如キ場合ハ格別單ニ自己ノ負擔スル既存ノ義務ヲ履行スルガ爲メニ誠意ヲ以テ爲シタル行爲ヲ目シテ直ニ詐害行爲ト看做スルべきではない、と説いてゐる(大正五・一一・二二民錄二二八頁、同六・六・七民錄九三二頁等)。しかし民法の解釋上かくの如き主觀的分子を標準として區別を立つべき何等の根據も存在しない。他の債権者若し如上の辨済を否認せむと欲するならば破産の申請を爲して破産法上の手段を利用するの外ない。

二七 抵當權設定に關しては大判・明治四〇・九・二一民錄八七七頁、大正八・五・五民錄八三八頁。代物辨済に關しては大正八・七・一一民錄一三〇五頁。

二八 大判・明治三九・二・五民錄一三三頁、同三九・二・五民錄一三六頁、同四四・一〇・三民錄五三八頁等は「本動產ヲ賣却シテ費消シ易キ金錢ニ代フル」ときは「其代價ノ相當ナルト否トヲ問ハス」債権者を害する行爲であると言つてゐる。之に反し債務の辨済に充

てる費用を作る爲め相當價額を以て賣却するが如きは詐害行爲にあらずとするのが大審院の判例である(大正六・六・七民錄九三二頁、同八・四・一六民錄六八九頁、同一三・四・二五民錄一五七頁等)。

二九 賣却代價の相當なりや否やに關しては次の如き問題を生じ得る。

(イ) 賣却當時は相當なりしも、後に至りて物價騰貴したる爲め、廻りて不相當なりしやうに考へらるる場合は如何。債権者ヲ害スルしや否やは行爲當時の事情によつて決すべきであつて、爾後の事情により廻りて之を決すべきにあらざること既に上述の通りである(大判・明治四〇・七・二民錄七四五頁、大正六・一・二二民錄八頁、同一〇・三・二四民錄六五七頁)。

(ロ) 賣却當時不當なりしも、後物價下落し、縱令賣却せざりしとするも結局同等の資産減少を生じたるべきことが推測せらるる場合は如何。此場合はやはり賣却によつて資力の減少を來たしたのであるから——爾後の事情によつて資力が回復したならば格別(大判大正一五・一一・一三民錄五九八頁參照)然らざる限り——取消の原因ありと解すべきである。

(ロ) 當該の行爲が「債権者ヲ害スルコト」は債務者に於て之を知ることを知ることを要する。

當該行爲の結果資力の不足を來たし一般的に債権者を害すべきことを知るを要するのであつて、特定の或債権者を害すべきことを知るを要しない。又單に害すべきことを知るを以て足るのであつて特に詐害の意思を必要としな(三〇)。又知らざる以上は知らざるにつき過失ありと雖も取消權の成立を來たさない(三一)。

債権者之を知るの事實は訴訟上取消を主張する債権者に於て之を立證せねばならない。けれども、其事實は多くの場合債務者の行爲の性質其他四圍の事情によつて比較的容易に推測され得る(三二)。

三〇 大判明治三六・一二・二七民錄一三二二頁。參見前記

三一 大判大正五・一〇・二一民錄二〇六九頁。
三二 大判大正七・九・二六民錄一七三頁は「債務者か他ニ債權ヲ辨濟スル資産ナキニ拘ラズ其所有ノ不動産ヲ賣却シ消費シ易キ金錢ニ代ユルカ如キハ其價格ノ相當ナルト否トナ問ハズ債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル法律行爲ナリト推定スベキ」と言ふてある。従つてかかる場合には被告の側で却つて其推定を覆すべき事實を立證すべき責任を負ふこととなるのである。

(ハ) 當該行爲によつて利益を受けたる者又は利益の轉得者も其受益行爲の當時「債權者ヲ害スルコト」を知れることを必要とする(三三)。

債務者自らが如何に悪意であつても、取消の相手方たるべき受益者又は轉得者が受益行爲の當時「債權者ヲ害スルコト」を知らなかつたならば取消を許さない。蓋し如何に債權者を保護する必要があつてもそれが爲め善意の第三者にまで不測の損害を與へるのは面白くないからである。

受益者と轉得者とが併存する場合、例へば債務者より甲に賣却し甲より更に乙に轉賣された場合に、債權者に於て取消權を行使し得るが爲めには甲乙いづれも悪意なることを要すべきや否や。甲を被告として訴求するについては甲の悪意あるを以て足ること勿論であるが、乙を被告として現に其所有する轉得物を返還せしむるについては甲乙共悪意なることを要するか又は乙のみ悪意なるを以て足るかに付いては學者の間に争がある。しかし、先に説明した通り、債權者取消權は債務者の行爲を否認する方法によつて財産を債務者に返へさせる制度であつて、行爲の否認は財産取戻に必要な限度に於てのみ爲さるべきものなることを考へて見ると、轉得者を被告として轉得物の取戻を請求する場合には單に轉得者の悪意

なるを以て足り直接訴訟に關係なき受益者の善意悪意を問題とすべきではないと解すべきである(三四)。

尙受益者又は轉得者の悪意は——債務者の悪意と異なり——債權者に於て之を證明するの必要がない。被告となつた受益者又は轉得者の側で「其行爲又ハ轉得ノ當時ノ債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラサリシ」ことを立證すれば取消を免れ得るだけのことである(民四二四條(三五)一項但書)。

三三 受益者とは債務者の行爲の直接的効果として利益を受けたるものを言ふ。例へば債務者より贈與を受けたるもの、債務の免除を受けたるもの等。第三者の爲めにする契約(民五三七條)に於ては第三者が受益者である。

轉得者とは受益者から更に利益を受けたるものを言ふ。例へば受益者の取得したる所有權を更に讓受けたるもの、抵當權等の設定を受けたるもの。尙大判昭和六・三・一七民集一七〇頁は獨り法律行爲に因つて利益を受けたるもののみならず、轉付命令に因つて利益を受けたるものも轉得者であると言つてゐる。

三四 此問題は債權者取消權の性質如何と關係ある問題であるから、本節註一五と比べて考をきめる必要がある。形成權説及び折衷説中第一説をとる學者は先づ債務者受益者間の行爲を取消した上でなければ轉得者に對して請求し得ないものと考へてゐるから、轉得者の外受益者も亦悪意なることを要求せざるを得ない立場に居る。

三五 大判・明治三七・一二・九民錄一五七八頁、同三九・五・二三民錄八〇〇頁、大正七・九・二六民錄一七三〇頁、同七・一〇・二八民錄二一九五頁等。

三 取消權の行使

以上の要件が備はると、債務者の行爲によつて害を受けた債權者は誰れでも取消權を行使し得る。而して其行使は必ず

訴の方法によることを必要とする。蓋し取消權行使の要件の存否を決するのは相當困難であつて争を生じ易い事柄であるから、初めより訴の方法によらしめて事後の紛争を豫防する必要があるからである。

(イ) 取消の訴の内容は各場合の事情により「債權者ヲ害シ」たる程度に鑑み如何なる方法及び程度の「取消」を要すべきかによつて定まる。

先づ第一の方法に關しては、(1)例へば「免除」(九條)を取消す場合の如く免除なる法律行為を自身を取消しさへすれば目的を達し得る場合には、其取消を求むる趣旨の訴を爲すべく、(2)取消によつて結局財産の返還を請求し得べき場合に於ても、先づ債務者の法律行為を自身を取消のみを求め、其取消に基く財産返還の請求を後日に譲ることを妨げない(三六)。(3)又取消によつて財産の返還を求むる場合に於ては直接受益者又は轉得者に對し或は現に債務者の財産より離脱したる財産權を自身を返還を請求し、或はそれに代はるべき損害賠償を請求し得る(三七)。(4)之に反し、取消の目的物は債務者の法律行為でなければならぬから、直接受益者轉得者間の法律行為の取消を求めるとは出来ない(三八)。

三六 大判明治四四・三・二民錄一二三頁。法律行為の取消を求むると同時に其取消の結果原因なきに歸する登記の抹消を請求することを妨げない(大判明治四一・一一・四民錄一一七一頁)。

三七 大判明治四四・三・二民錄一二三頁、大正九・五・二九民錄七七六頁。

三八 大判大正七・一一・二五民錄二二五四頁。

第二に、取消を求め得べき程度は、取消さるべき法律行為が「債權者ヲ害」したる程度によつて定まる。即ち「債權者ノ損

害ヲ救済スル爲メニ必要ナル限度ニ於テノミ」取消を請求し得るに過ぎない。従つて(1)例へば「金錢債權ヲ有スル者ハ原則トシテ自己ノ債權額ヲ超越シテ取消權ヲ行使スルコトヲ得」ない。けれども「其損害ヲ救済スル爲メニ必要存スル場合ニ於テハ其債權額ヲ超ヘテ取消權ヲ行使スルコトヲ得」る(三九)。(2)取消の目的たる法律行為が可分なるときは、常に必ずしも行為全部を取消し得べきではない。單に資力を回復するに必要な限度に於て取消を爲し得るに過ぎない(四〇(四一))。

三九 大判・大正五・一二・六民錄二三七〇頁、同九・一二・二四民錄二〇二四頁。例へば多數の債權者中一人より取消を求めるときは、若し自己の債權額についてのみ取消を請求し得るに過ぎずるときは、折角取消によつて回復し得た財産の一部を他の債權者の配當請求によつてとられて仕舞ふことになる。此故に、一人より取消を求めるときは必要あらば總債權者を満足せしむるに足るだけの取消を求め得るものとせねばならない。尙此點に付いては「請求ノ範圍ハ詐害行為ノ取消ニ因リ受益者又ハ轉得者ガ返還スルコトヲ要スル財産又ハ利益ノ全部ニ及ブモノニシテ他ノ債權者ト平等ノ割合ヲ以テ之ガ請求ヲ爲シ得ルニ過ギザルモノニ非ザルナリ」と言へる大判昭和八・二・三民集一七五頁參照。

四〇 大判・大正七・五・一八民錄九九三頁、同九・一二・二四民錄二〇二四頁、従つて一部の取消を言渡す判決に於ては其取消すべき部分を法律行為の目的物につき具體的に明確ならしむることを要する。

四一 従つて例へば受益者が其取得した不動産の上に第三者の爲めに抵當權を設定した場合に、其不動産が抵當權附のまま債務者に復歸しただけでも、十分債權者を満足せしむるに足るときは、單に受益者に對する關係に於て所有權移轉行為を取消すを以て足るべく、轉得者の抵當權までも取消ししめる必要はない(大判大正六・一〇・三民錄一三八三頁)。此理は取消權の性質に關する見解と密接の關係を有する(註一五參照)。

(ロ) 取消の訴の原告は、債務者の行為によつて共同擔保を不足に陥らしめられた債權者である。(1)従つて債權者であつ

ても債務者の財産を共同擔保とせず、従つて其行爲によつて害せられたるの事實なきものは、取消の訴を提起し得ない。例へば、價值充分なる特別擔保を有する債權者は債務者が擔保物以外の財産を處分するによつて何等の害を受けないから、取消の訴を提起し得ない。(2)取消の目的たるべき行爲以前に發生した債權者は取消の訴を起し得るけれども、其以後に發生したものは之を起し得ない。蓋し後者は其行爲によつて害せられたものと言ふを得ないからである(四二)。しかし當該の債權が行爲以前に發生した以上、現在の債權者は其後に於て當該の債權を譲受けたるに過ぎない場合でも尙取消權を行使し得べきこと勿論である(四三)。(3)尙未だ履行期に在らざる債權者と雖も苟も債務者の行爲によつて共同擔保を害された以上取消權を行ひ得る(四四)。

尙取消の訴を提起する債權者は「債務者ニ代位セス自己ノ權利トシテ」(四五)自己の名に於て之を提起し得る。又他の債權者と共同する必要なく單獨に之を提起し得る。而して一債權者が自己の名に於て取消權を行ふと結局其効果が「總債權者ノ利益ノ爲メニ生ずるのである。

四二 大判・大正六・一・二二民錄八頁、同八・五・二〇民錄七八七頁。

四三 大判大正一一・七・一〇民集五三七頁。

四四 大判大正九・一二・二七民錄二〇九六頁。

四五 大判大正六・三・三一民錄五九六頁。

(ハ)取消の訴の被告が何人なるかについては頗る異説が多い。しかし取消權の法律的性質を上述の如く解する以上、(1)

法律行爲の取消のみを求むる場合を除く外受益者又は轉得者を被告とすべきであつて、行爲者たる債務者を被告の中に加へる必要を見ない(四六)。(2)而して「債務者受益者共ニ惡意ナルモ轉得者ガ其轉得ノ當時善意ナルトキハ債權者ハ債務者ト受益者間ノ法律行爲ヲ取消サシメ其結果轉得者ニ對シテ直接財産ノ回復ヲ求ムルハ不可能ナルヲ以テ之ニ代ヘテ受益者トシテ損害ヲ賠償セシメ得ルニ止マル」から、此場合には受益者を被告として訴を提起すべきであり、(3)「又債務者受益者轉得者共ニ惡意ナルトキハ債權者ノ任意ニ右ノ法律行爲ヲ取消サシムル結果轉得者ニ對シテ直接財産ノ回復ヲ求」めることも出来るし、「又ハ受益者ニ對シテ財産ノ回復ニ代ヘテ損害ヲ賠償セシメ」ることも出来る、即ち二者いづれを被告としてもいいのである(四七)。

四六 例へば債務者が第三債務者に對して爲したる「免除」を取消す場合には、取消の結果何等受益者に向つて請求すべきものがないのであるから、單に債務者のみを被告として「免除」を取消しさへすれば足りる。大判大正九・六・三民錄八〇八頁は此場合にも受益者を被告とすべきだと説いてゐるけれども、此場合は純粹な形成の訴であつて何等受益者の行爲を求めるものではないから、取消權の性質に關する大審院の傳統的見解から言ふて正當でない。

之に反し、例へば不動産讓渡行爲の取消を求め且登記の抹消を求むる場合には手段であつて、結局求むる所は抹消請求に外ならないから、現在登記上の名義人たる者を被告として訴を起すべきである。

尙此外取消の結果財産の返還を求める場合にはすべて受益者又は轉得者を被告とすべく、債務者を被告の中に加ふべきではない(大判明治四四・三・二四民錄一一七頁等)。

四七 大判大正九・五・二九民錄七七六頁。

四 取消權行使の効果

取消の効果は「相對的ニシテ何人ニモ對抗シ得ヘキ絶對的ノモノ」ではない。従つて「債權者カ特定ノ對手人トノ關係ニ於テ法律行爲ノ效力ヲ消滅セシメ、因テ以テ直接又ハ間接ニ債務者ノ財産上ノ地位ヲ原狀ニ復スルコトヲ得ルニ於テハ、其他ノ關係人トノ關係ニ於テ其法律行爲ヲ成立セシムルモ其利害ニ何等ノ影響ヲ及ホスコト」がない。此故に、取消は常に必ずしも債務者の行爲を自己よりなかりしものとするの效力を生ずることなく、單に訴訟の被告たる受益者又は轉得者との關係に於て債務者の行爲を取消されたるものと假定し、それを基礎として「債務者ノ財産上ノ地位ヲ原狀ニ復スル」に必要なだけの効果を生ぜしめるに過ぎない(四八)。而して具體的に如何なる効果が發生するかは取消の訴の趣旨及び取消の必要程度如何によつて定まるのである。此故に例へば、

(イ) 訴が單に法律行爲の取消を自己を求むるに過ぎざるときは、判決確定と共に當該行爲は取消されて始めよりなかりしと同一の效果を生ずるけれども、

(ロ) 受益者又は轉得者を被告として財産の返還又は之に代はるべき損害の賠償を求むる場合には、(1) 債務者については何等取消の效果を生ぜず、取消を論理的な前提とした法律的效果が被告たる受益者又は轉得者について生ずるに過ぎない。

(2) 受益者又は轉得者を被告として訴へてゐる以上其效果は其被告となつてゐるものについてのみ生ずるのであつて、例へば轉得者を被告として財産の返還を求むる訴が勝訴に歸しても、受益者は何等の影響を受けない(四九)。(3) 而して受益者又は轉得者が財産の返還又は之に代はるべき損害の賠償を命ぜられたるときは、判決確定と共に其給付を爲すべき義務を負

擔すべく、若し返還すべき物が特定物なるときは判決確定と共に當然其所有權が債務者に復歸するのである。

四八 大判明治四四・三・二四民錄一一七頁。

四九 取消の結果受益者又は轉得者が財産の返還若くは之に代はる損害賠償を命ぜられた場合に、債務者受益者間及び受益者轉得者間の内部的關係が如何なる影響を受くべきかの問題も本文に説明した考を基礎として之を考ふべきである。即ち、債務者の行爲はあらゆる關係に於て全く初めよりなかりしものとなるのではなく、單に債務者の資力を原狀に復せしむるに必要な限度に於てのみ債務者の行爲を初めよりなかりしものとするに過ぎない。此故に例へば惡意の轉得者が財産の返還を命ぜられても、債務者受益者間の關係は何等の影響を受けざるものと解すべきである。其結果例へば債務者受益者間の財産讓渡及び受益者轉得者間のそれがいづれも有償的に行はれた場合には、取消の結果債務者は不當に利得し轉得者は不當に損失を蒙ることとなる。而して轉得者は其蒙りたる損失の限度に於て直接債務者に對して不當利得返還の請求權を取得し、他の一般債權者と共に取消の結果原狀に復した債務者の總財産を共同擔保とするに至るのである。

從來多數の學者は債權者取消權を解して普通の取消權と同じく法律行爲をすべての關係に於て初めよりなかりしと同一の效果を生ぜしむるものなりとするが故に、如上の問題を解するについても取消權行使の結果先づ第一に債務者受益者間の行爲を初めよりなかりしものとなしたる上それを基礎として其後の法律的經過を説明しやうとしてゐる。けれども、先に説明した通り、債權者取消權は財産の取戻を主たる目的とし取消は單に其目的を達する手段たる事に過ぎない。従つて例へば轉得者が直接轉得物を返へした場合は如き、毫も債務者受益者の關係にまで影響を與へる必要はない。唯轉得者をして轉得物を返へさせる關係についてだけ債務者受益者間の行爲が取消されたこととして取扱へばいいのである。従つて轉得者の不當利得返還請求も直接債務者に對して之を爲すべきであつて、受益者轉得者間及び債務者受益者間には實質上何等の變動を生ぜしむべきではない。

かくの如く取消の結果或は財産が直接債務者に復歸し或は受益者又は轉得者より財産を債務者に返還すべき義務が発生する。而して此義務に對する請求権者は取消権を行使した債権者であつて、債務者自ら何等かくの如き請求権を取得しない(五〇)。而して取消権者は受益者又は轉得者に對し財産を直接債務者に引渡すべきことを請求することも出来るけれども、又或は「他ノ債権者ト共ニ辨濟ヲ受クルカ爲メニ受益者又ハ轉得者ニ對シ其受ケタル利益又ハ財産ヲ自己ニ直接支拂又ハ引渡ヲ爲スコトヲ請求シ得ル」のであつて(五一)、其いづれの途をとるかには取消権者之を決定することが出来る。

五〇 大判大正八・四・一 民録八〇八頁。

五一 大判大正一〇・六・一 八民録一一六八頁、昭和八・二・三 民集一七五頁。

尙かくして債務者に復歸した財産は其他の財産と合して——總債権者の共同擔保たるべき——彼の資力を構成するに至る。従つて取消権を行使した債権者と雖も其上に何等の優先的權利をも行使し得ない(五二)。即ち「取消ハ總債権者ノ利益ノ爲メニ其效力ヲ生ズ」(五三)るのであつて、取消を爲したる債権者の爲めにのみ生ずるのではない。尤も彼が取消訴訟の爲めに要した費用は事務管理の費用として債務者又は他の債権者より其償還を爲さしめ得る。蓋し取消訴訟は一面債務者の財産を原狀に復せしむるものであり他面に於ては同時に他の債権者の爲めに擔保を保全するものだからである。而して債務者をして其償還を爲さしむるについては共益費用の先取特權(五三)によつて特別の保護を受け得るのみならず、若しも直接に受益者又は轉得者から財産の引渡を受けてゐるならば、右費用の償還を受けるについて留置權(五三)を行ふことも出来る(五三)。

五二 取消権者は「他ノ債権者ト共ニ辨濟ヲ受クル爲メニ(中略)自己ニ直接支拂又ハ引渡ヲ爲スコトヲ請求シ得ル」こと上述の通りであるが、「自己獨リ辨濟ヲ受クル爲メニ直接之ヲ請求ヲ爲スコトヲ得ザルハ勿論」である(大判大正一〇・六・一 八民録一一六八頁、昭和八・二・三 民集一七五頁)。

五三 此費用償還請求権は破産法上財團債権として特別の保護を受け得る(破四七條)。

五 債権者取消権の消滅

債権者取消権は「債権者カ取消ノ原因ヲ覺知シタル時ヨリ二年間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス」る。又縱令覺知せずとも「行爲ノ時ヨリ二十年ヲ經過」すれば絶対に消滅する(五四)。

五四 「取消ノ原因ヲ覺知シタル時」とは債務者に取消の原因たるべき行爲ありたることを覺知した時を言ふのであつて、轉得者に對して請求する場合でも其時効起算點は右の時である。轉得の事實及び轉得者の惡意を知りたる時を起算點とすべきではない(大判大正四・二・一〇 民録二〇三九頁)。又債務者が客觀的に「債権ヲ害ス」べき行爲を爲したることか覺知しても「債務者カ其債権者ヲ害スルコトヲ知りテ爲シタル」こと即ち其行爲が所謂詐害行爲たることを覺知しない以上未だ「取消ノ原因ヲ覺知シタル」ものと言ひ得ない(大判大正六・三・三 一 民録五九六頁)。

第三節 保 證

第一 序説

一 保證は、主たる債務者の外に同一内容の債務を負擔する附從的債務者(保證人)を置き、之に依つて債権を確實なら

しむることを目的とする制度である。債権者は経済的には一個の債権を有するに過ぎざるに拘らず、法律上主債務者の資力に依つて擔保せらるる債権の外、之と併んで保證人の資力に依つて擔保せらるる附從的債権を有するが故に、たとへ主債務者の資力に不足を生ずることがあつても、保證人の資力さへ充實して居れば、之に依つて完全なる履行を受けることが出来る、此所に保證制度の擔保的作用が存在するのである(一)。

一 物上保證——債務者以外の第三者が質抵當の如き物的擔保を提供したる場合——に於ては、債務者のみが債務を負担し第三者(物上保證人)は債務を負担しない、唯彼の提供した擔保物が責任關係に立つに過ぎない。之に反し保證(物上保證)に對する名稱として人的保證とも言はれる)に於ては單に保證人の資力が責任關係に立つのみではなくして債務を負担するのである。従つて例へば主債務者に對する勝訴判決其他債務名義に依つて直に保證人に對して強制執行を爲し得ない。保證人に對して強制執行を行ふ爲めには彼に對する債務名義を有することを必要とする。

二 保證制度は民法第四四六條乃至第四四五條の規定する所であるが、此外商法上の保證に付いて商法第二七三條第二項の規定あり、手形保證に付いて手形法第三〇條以下に特別の規定がある。尙身元保證に付いては「身元保證ニ關スル法律」(昭和八・法四二號)なる特別法が制定されてゐる。

第二 保證契約

一 保證債務は保證契約に因つて發生する。保證契約は保證人たるべき者と債権者との間に締結せらるる契約にして保證債務の發生を目的とするものである。

此契約は證書の作成に依つて爲さるるを通例とするけれども、法律上必ずしも證書の作成を必要としない。尙證書を作成する場合に於ても主たる債務の證書と別に特別の證書を作成する必要なく、主債務者と共に同一の證書に連署するを以て足る。

(イ) 保證契約の當事者は保證人たるべき者と債権者とである。主たる債務者と保證人とが同一の證書に連署して債務を負担する場合でも、主債務を發生せしむる行爲と保證契約とは別物である。尙保證人は多くの場合主たる債務者の委託によつて保證契約を締結するけれども、全く主たる債務者の知らない間に保證人と債権者とが之を締結しても尙有效たるを妨げざること勿論である。

一人の主債務者の爲めに二人以上の人が保證人となることが出来る。而して各自別々に保證契約を締結することも出来るし、共同して一個の保證契約を締結することも出来る。所謂「共同保證」が即ちそれである。其效力に付いては後別に之を説明する。

(ロ) 保證契約は直接保證債務を發生せしむることを目的とする契約である。主債務者が保證人を立つべきことを約する契約とは全然別物である。後者は保證人を立つべき義務を發生せしむるに過ぎない。

保證人を立つべき義務は主たる債務者が債権者に對して負擔する義務であつて、契約によつて發生することあり、直接法律の規定に因り(民三三八條三項)又は裁判所の命令に因つて(民二七條、八九二條)發生することもある。而して此義務を負担する債務者が如何なる保證人を立つべきかは當事者の特約を以て之を定め得るけれども、何等の定めなきときは「能力者」にして「辨濟

ノ資力ヲ有シ且「債務ノ履行地ヲ管轄スル控訴院ノ管轄内ニ住所ヲ有シ又ハ假住所ヲ定メタル」者たることを必要とする(民四五〇)。従つて債務者の提供する保證人が此資格を有せざるときは、債権者は之を拒絶して有資格者の提供を請求し得べきも、債権者が之を拒絶せずして無資格者と保證契約を締結したるときは尙其有效たるを妨げない。但し債権者が契約の當時資格の欠缺を知らざるときは後より保證人の交替を請求し得る。尙一旦かくして保證人となつた者が後に至つて「辨濟ノ資力ヲ有セざるに至り又は「控訴院ノ管轄内ニ住所」若くは假住所を有せざるに至りたる場合に於ても保證人の交替を請求し得る(民四五〇)。尤も此等の規定は「債権者カ保證人ヲ指名シタル場合」には適用ない(民四五〇)。(三)

尙「保證人ヲ立ツル義務ヲ負フ」て居る債務者が右の「條件ヲ具備スル保證人ヲ立ツルコト能ハサルトキハ他ノ擔保——相當の擔保力を有する質・抵當等——ヲ供シテ之ニ代フルコトヲ得」(民四五)。(一)而して之をも提供し得ざるときは期限の利益を失ふ(民一三〇)。

二 第四五〇條は「債務者カ保證人ヲ立ツル義務ヲ負フ」結果として立つべき保證人の資格に關する規定たるに過ぎない。苟も保證人たる者はすべて同條所定の要件を具備すべきことを要求してゐるのではない。

(ハ) 保證契約は債權擔保の爲めに締結せらるる契約なるが故に、其有效に成立し得るが爲めには主たる債務の存在を必要とすること、質抵當等に於て被擔保債權の存在を必要とするのと同じである。此故に

(1) 主たる債務が発生原因の無効によつて発生せず又は既に消滅したるときは、當事者の知不知を問はずして、保證契約は無効である。

(2) 主たる債務が取消し得べき法律行為に因つて発生したるときは、之が擔保を目的として締結された保證契約は尙有效たるを妨げない。唯後に至つて法律行為が取消されたるときは保證債務も亦始めに遡つて消滅するだけのことである。但し「無能力ニ因リテ取消スコトヲ得ヘキ債務ヲ保證シタル者カ保證契約ノ當時其取消ノ原因ヲ知りタルトキハ主タル債務者ノ不履行(三)又ハ其債務ノ取消ノ場合ニ付キ同一ノ目的ヲ有スル獨立ノ債務ヲ負擔シタルモノト推定」される(民四四)。蓋し取消し得べきものなることを知りつつ尙保證を爲したる者は取消と否とに拘らず債務を負擔する意思を有するを通例とすと考へたのである。此規定の結果保證人は取消あるまでは保證債務を負ひ取消以後は「獨立ノ債務」を負ふこととなるのである(四)。

三 「主タル債務者ノ不履行」は理論上保證債務の存在に對して何等の影響を與へない。従つて、不履行の場合に付いてまで「獨立ノ債務ヲ負擔シタルモノト推定ス」るの誤であつて、此場合には從來の保證債務が其儘存続してゐるものと解すべきである。

四 茲に所謂「獨立ノ債務」の内容態様は本來の保證債務のそれと同一である。従つて、例へば甲乙二人にて無能力者丙の爲めに連帶保證人となりたる場合の如きは、「獨立の債務」となりたる後に於ても甲乙いづれも連帶債務を負ふものと解すべきである。蓋し彼等は始めから連帶保證人として分別の利益(民四五六條)を有せず各自全部の給付を負擔してゐるからである(大判大正六・三・六民錄四七三頁)。

(3) 主たる債務の種類態様に付いては法律上何等の制限がない。從來學者は多く金錢其他代替的給付を目的とする場合にあらざれば保證人亦同一内容の給付を目的とする債務を負擔し得ずとの理由によつて不代替給付を目的とする債務それ自身の爲めに保證契約を締結することの不可能を説き、其之を締結してゐる場合には將來當該債務の不履行に因つて發生

すべき損害賠償債務の爲めに保證を爲したるものと解すべきであると説いてゐるけれども、不代替給付の債務を保證した場合と雖も、後何等かの事由に因つて保證人が其不代替給付をそのまま履行し得べき地位に立ち至つたならば、寧ろ其給付をそのまま履行せしむることが保證の本旨に適合するものと考ふべきであるから、學者通説の如く不代替給付の債務の保證は常に債務不履行による賠償義務を保證するものたるに過ぎずと解するのは其當を得ない。通説は普通の場合のみを豫想前提して説かれてゐるのであつて、此種の特殊事情ある場合を忘れてゐるのである。

五 大判大正五・四・六民録五八四頁は、學者間の通説と同じく、例へば不動産の賣主の爲めに連帶保證を爲したる者は「買主ニ對シ責任アルト同時ニ、賣主ノ義務不履行ニ因リ買主ニ損害ヲ生ジタル場合ハ賣主ト連帶シテ其損害ヲ賠償スベキ義務ヲ負フモノナルベシト雖モ、固ヨリ賣主ニ非ザルガ故ニ代金受領ノ權利ヲ有セザルハ勿論登記義務ノ如キハ之ヲ負擔セザルモノト爲スナ至當トス、蓋シ賣買ニ因ル所有權移轉ノ登記義務ハ賣主ノ特有ニシテ他人ノ履行スルコトヲ得ベキモノニ非ザルガ故ナリ」と言ふて居る。

六 例へば、甲が不動産の賣主乙の爲めに連帶保證を爲し、後乙より其不動産を譲受けたる場合に於て、最初の買主丙が甲に對し保證債務の履行として該不動産の移轉登記手續を請求したならば、甲之に應ずべき義務あるものと解するを至當とする。前註の大判大正五・四・六民録五八四頁は反對の見解をとつてゐるが、大判大正一三・一・三〇民集五三頁は本文と同一の見解をとつてゐる。

(4) 條件附債務其他將來の債務の爲めにも保證を爲し得る。例へば根抵當としての保證契約を締結し得ること質權抵當權に於けると同一である。

根抵當としての保證契約は一定の取引關係に關聯して發生すべき債務の爲めに豫め保證を爲し置く契約であつて、其效力は主たる債務の發生と共に發生するを原則とする。尙此種の保證契約にあつては保證せらるべき債務の額に付いて其最高限度を約定し、又或は保證期間を限定して其期間内に發生した債務に對してのみ保證を爲すべき者を約定するのが通例であるが、期間の限定を爲さざる場合もある。

七 將來の債務の爲め保證契約を締結し得べきことを明言せる判例、大判・明治三七・六・七民録八一七頁、大正四・四・二四民録五九五頁、同一四・一〇・二八民集六五六頁。

八 根抵當として抵當權を設定する場合のやうに擔保權の順位に關する問題を生じないから、主たる債務が發生したる時に始めて保證債務を發生せしむるを以て足る。無論理論的には其前から豫め保證債務だけを發生させて置くことも不可能ではないけれども。

九 例へば當座貸越契約の爲めに締結される保證契約に於ては貸越限度内の債務に對してのみ保證の義務あるを通例とする。尙貸越限度を超過した債務に對しても保證する旨の特約ある場合に於ては、特ニ其超過セル部分ガ如何ニ多大ノ金額ニ達スルモ尙且之ヲ保證スル旨ノ意思表示ナキ以上、當事者ノ意思ハ取引ノ通念ニ於テ相當ナリト認め得ベキ範圍内ニ限り保證スル趣旨ニ過ギザルモノと解するを相當とする(大判大正一五・一二・二民集七六九頁)。

一〇 將來の債務を保證したる者の解約權に關して左の如き判例がある。

(一) 保證期間の定めなき保證契約は、(イ)「反對ノ事情ノ認めキモノナキ限り、保證人ハ相當時日經過後ハ解約權ヲ行使スルヲ得ル。而して相當の豫告期間を存すべきや否やは各場合の事情に依る。(ロ)「主債務ノ成立ニ先チ主債務者ノ財産狀態ニ著シキ缺陷ヲ生ジタルトキハ保證人ハ直ニ解約權ヲ行使し得る(大判・大正一四・一〇・二八民集六六四頁、昭和八・四・六民集七九一頁、同

九・二・二七民集二一五頁。

(二) 保證期間の定めある場合に於ても、「保證後ニ至リ主債務者ノ資産状態著シク悪化シ、其レ以上保證ヲ繼續スルトキハ、爾後ノ分ニ對シ或ハ生ズルコトアルベキ求償權ノ實現到底覺束ナキ虞アル場合ニハ、相當期間ノ經過ト否トヲ論セズ、而モ豫告期間ヲ置クコトナク、保證人ハ直ニ解約ヲ爲スヲ得ル」(大判昭和九・二・二七民集二一五頁)。

判例は其論據を「當事者ノ意思解釋」、「信義ノ觀念」、「民法第五八九條ノ法意ノ類推」等に求めてゐる。要するに、後に述べる身元保證法と同じく保證人の責任を適度に軽減せんとするのが判例の目的である。

二 身元保證契約は「被用者ノ行爲ニ因リ使用者ノ受ケタル損害ヲ賠償スルコト」を目的とする契約であつて、其中に被用者自らが債務を負擔するに至れる場合に之を保證すべき趣旨を有するものと被用者自らが債務を負擔すると否とに拘らず苟も使用者が被用者の行爲に因りて損害を受けたるときはすべて之を賠償すべき趣旨を有するものとの區別がある。前者は以上に述べたるが如き根柢當の性質を有する保證契約であり、後者は一般に損害擔保契約(Carnulivertag)と稱せらるるものである(一)。

一 前者なりとすれば、例へば無過失其他何等かの理由に因つて被用者自らに債務なきときは、保證債務も亦發生しない。之に反して後者なりとすれば苟も損害がありさへすれば被用者自らに債務あると否とに拘らず身元保證人の債務は發生する。實際の場合に付いて二者いづれなりや意思解釋に依つて之を定むるの外ないけれども、特に前者なりとする限定的趣旨が現はれてゐない場合にはすべて後者なりと解するのが契約の本質に適した取扱である。

身元保證法(昭和八・法四二號)は、身元保證契約が以上いづれの性質を有するかにか拘らず之に因つて身元保證人の負擔すべき責任が

過重に陥る弊害を緩和する目的を以て制定されたものであつて、其内容左の通りであるが、其外同法の内容と牴觸せざる限り身元保證に關する在來の判例(二)が今尙效力をもつてゐることに注意せねばならない。

一 例へば、身元保證人の義務は專屬的性質を有し、従つて相續人之を承繼すべきにあらずとしてゐる大判昭和二・七・四民集四三六頁。

(イ) 契約期間の制限 「身元保證契約ノ期間ハ五年ヲ超ユルコトヲ得ズ、若シ之ヨリ長キ期間ヲ定メタルトキハ其ノ期間ハ之ヲ五年ニ短縮ス」。契約の更新は之を妨げざるも、其期間は更新の時より五年を超え得ない(三)。尙當事者期間を定めざりしときは「契約ハ其ノ成立ノ日ヨリ三年間(商工業見習者に付きては五年)其效力ヲ有ス」(一)。

(ロ) 解除 身元保證人は、(1)「被用者ニ業務上不適任又ハ不誠實ナル事跡アリテ之ガ爲身元保證人ノ責任ヲ惹起スル虞アルコトヲ知リタルトキ」又は(2)「被用者ノ任務又ハ任地ヲ變更シ之ガ爲身元保證人ノ責任ヲ加重シ又ハ其ノ監督ヲ困難ナラシムルトキ」は「將來ニ向テ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得」(四)。尙使用者右の事實を知りたるときは「遲滞ナク身元保證人ニ通知」して解除の機會を與へねばならぬ(三)。若し其義務の履行を怠り因りて保證人に損害を加へたるときは之を賠償せねばならぬ。

(ハ) 賠償額の決定 「裁判所ハ身元保證人ノ損害賠償ノ責任及其ノ金額ヲ定ムルニ付被用者ノ監督ニ關スル使用者ノ過失ノ有無、身元保證人ガ身元保證ヲ爲スニ至リタル事由及之ヲ爲スニ當リ用キタル注意ノ程度、被用者ノ任務又ハ身上ノ變化其ノ他一切ノ事情ヲ斟酌」せねばならぬ(五)。

尙以上の諸規定はすべて強行法規であるから、之に反する特約にして「身元保證人ニ不利益ナルモノハ總テ」無効である(身元六條)。

- 一三 本條に關する判例にして特に注目し得るもの、(一)「使用者が被用者ノ信用ニ關シ保險契約ヲ締結シ被用者ヲシテ保險料ヲ支拂ハシタルトキ」は保險金を以て填補せられたる損害殘額のみを身元保證人に對して請求し得る(大判昭和九・九・一三民集一七五頁)、(二)身元保證法第五條は同法施行前に終了したる身元保證契約にも適用される(大判昭和一〇・一一・二九民集一九三四頁)。

第三 保證債務の法律的性質

保證債務は主たる債務と同一内容を有する給付を目的とする附從的の債務である。

一 主債務と保證債務とは別個の債務である。主債務者と保證人とが同一證書に連署してゐる場合でも、二者は別物であつて一債務を成すものではない。

二 保證債務の目的物たる給付の内容は主債務のそれと同一である。

(イ)従つて保證契約は金錢其他代替的給付を目的とする債權を擔保する爲めに締結せらるるを通例とするけれども、特定の代替的給付を目的とする債權の爲めにも之を締結するの餘地あること上述の通りである(一四)。

一四 註六に引用した大判大正一三・一・三〇民集五三頁參照。

(ロ)保證債務と主債務とは同一内容の給付を目的とすることを必要とするけれども、後者の内容が前者のそれよりも大

なることは少しも差支ない。保證契約の當事者は特約によつて主債務の一部のみを保證する旨の定めを爲し得る。しかしながら、當事者が特に保證債務の範圍を定めざる時は、主債務の範圍が即ち保證債務の範圍を決するのであつて、民法は此點に關して「主たる債務ニ關スル利息、違約金、損害賠償其他總テ其債務ニ從タルモノ」は特約なき限りすべて保證債務によつて擔保せらるべきものと定めて居る(民四四七)。

三 保證債務は主債務に附從する債務である。即ち主債務を擔保する目的の爲めにのみ存在する債務であつて獨立の存在目的を有するものでない(附從性)。此故に、

(イ)保證債務は主債務の存在を前提とする。主債務なくんば保證債務成立せず(一五)、主債務消滅せば保證債務も亦消滅せざるを得ない。

一五 尤も主債務の發生に先立ち根抵當的に保證契約を締結し得ること上述の通りである。註八參照。

(ロ)保證債務の範圍は主債務の範圍より大なるを得ない。従つて、當事者が主債務より範圍大なる保證債務を約したるときは其超過部分は無効であつて、其範圍は法律上當然に「主たる債務ノ限度ニ減縮」される(民四四七)。故に、例へば主債務は金一千圓を目的とし、保證債務は金一千二百圓を目的とするが如きことはあり得ない。又例へば主債務は停止條件附にして保證債務は無條件なるが如きこともあり得ない。之に反し主債務無條件にして保證債務停止條件附なることは何等の差支ない。

しかし、「保證人ハ其保證債務ニ付テノ違約金又ハ損害賠償ノ額ヲ約定スルコト」を妨げない(民四四七)、又保證債務のみ

の爲めに質権抵當權を設定したり、保證債務(副保證)を設けることも差支ない。此等は單に保證債務の履行を確保することを目的とするに過ぎずして保證債務の内容を主債務以上に擴大するものではないからである。

(ハ) 主債務の目的物の種類範圍に變更があると保證債務も亦自らそれに準じた變化を受ける。又主債務の辨濟期が延長されると保證債務の辨濟期も亦當然に延長される。

(ニ) 主債務に抗辯權が附著してゐる場合には保證人も亦自己の債務に關して之を援用し得るを原則とすること後述の通りである。

(ホ) 債權が譲渡せられたるときは、特に反對の意思表示なき限り保證人に對する債權も亦附從して當然に移轉する。之に反して保證人に對する債權だけを引き離して他人に移轉し得ないのは理論上當然である。

尙主たる債務が債務引受によつて他人に移轉したるときは、保證債務は當然引受人の爲め存續すべきもののやうに思はれるけれども、何人の爲めに保證するかは保證人にとつて極めて重要な事柄であるから特に「保證人が引受ニ同意シ又ハ引受人ノ爲ニ保證人トナルコトヲ承諾シタル場合ノ外」保證債務は——主たる債務者の委託によつて發生したると否とを問はず——すべて當然に消滅するものと解するを正當とする(一六)。

一六 大判大正一一・三・一民集八一頁。

四 保證債務は「主たる債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ヲ爲ス責ニ任ス」べき債務であるから(六四四)、債權者が先づ主たる債務者に對して履行の請求乃至強制執行を爲さず始めより保證人に對して請求を爲したるときは、保證

人は之に對して保證人の抗辯(四五二條)を提出して其請求を拒絶し得べきこと後に述ぶる通りである。學者一般に之を稱して保證債務の「補充性」と言ふ(一七)。

しかしながら、當事者の特約を以て補充性を排除することは素より何等の妨げなく(一八)、殊に「保證人カ主たる債務者ト連帶シテ債務ヲ負擔シタルトキ」(連帶保證)には補充性は當然に排除されるのである(四五五)。連帶保證の債權者は先づいづれの債務者に對しても請求を爲し得る。而して保證人は之に對して抗辯を爲し得ざるが故に、其點だけを見ると普通の連帶債務と區別し難いけれども、連帶保證には上記の如き附從性あるが故に尙一種の保證債務たるを失はない。

一七 但し主たる債務者が不履行の責を負ふべきときに始めて保證債務の成立を來たすのではない。又先づ主たる債務者に請求を爲さずして保證人に爲された請求と雖も法律上當然に無効ではない。唯保證人より抗辯を提出し得るに過ぎないのである。

一八 抗辯拋棄の特約を有效としたる判例、大判明治三八・七・八民錄一一三八頁。

第四 保證債務の效力

一 債權者の權利

債權者は保證人に對して保證債務の履行を請求し得る。

(イ) 請求の條件 保證債務の履行期到來したるときは債權者は特に何等の手續を要せずして直に其履行を請求し得る。先づ主たる債務者に對して履行の請求乃至強制執行を爲すことも必要ではない。唯之を爲さずして先づ保證人に請求するときは、保證人より以下に述ぶるが如き抗辯の對抗を受けることがあり得るに過ぎない(一九)。

一九 大判大正九・一一・二四民錄一八七一頁。

(ロ) 請求範圍 保證債務の内容は主たる債務の内容以上たるを得ないけれども、其限度を超えざる範圍内に於て如何なる内容を有せしむべきかはすべて保證契約に於て隨意に之を定め得る。而して特に何等の定めなきときは、主たる債務の元本總額に對しては勿論「主たる債務ニ關スル利息、違約金、損害賠償(二〇)其他總テ其債務ニ從タルモノ(二一)」に對しても亦保證の責任あるものと解すべきである(民四四七)。

二〇 主債務の發生原因たる契約が解除された場合の損害賠償(民五四五條三項)に對しても責任がある(大判明治三九・一〇・二二民錄一三三三頁、同四三・四・一五民錄三二五頁)。蓋し此場合の損害賠償も債務不履行に因る損害賠償に外ならない、而して債務不履行に因る賠償債務は本來の債務の延長に外ならないからである(第四章第三節第一序説二參照)。

之に反し解除に因る原状回復義務は本來の契約に因る債務とは全然別物であるから、保證契約に於て別段の定めを爲したる場合の外、保證人の責任は之に及ばない(大判・明治四一・六・四民錄六六三頁、同四二・五・一九民錄五〇四頁、大正六・一〇・二七民錄一八六七頁)。

二一 例へば主たる債務の訴求に要したる訴訟費用(大判・明治三九・六・二民錄九一四頁、同四三・四・一五民錄三二五頁)。

二 保證人の抗辯權

債權者の請求に對して保證人の行使し得べき抗辯權は之を分つて保證人固有の抗辯權及び主債務者の抗辯權の二種とする。而して前者の中には更に催告の抗辯權及び檢索の抗辯權の二種類がある。

(イ) 催告の抗辯權

「債權者カ保證人ニ債務ノ履行ヲ請求シタルトキハ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得」(民四五)。(二條) 即ち主たる債務者に履行を請求するに先つて保證人に請求を爲したるときは保證人は「催告の抗辯」(先訴の抗辯)を對抗して其履行を拒絶し得る(三三)。

二三 債務者が主債務者に對して履行を請求すると同時に保證人に請求を爲したるときは保證人は此抗辯權を有しない。蓋し先づ主債務者に請求することは保證人に對する請求の有効要件ではない。而して此場合には保證人に請求すると同時に主債務者に對しても請求を爲してゐるからである(大判大正九・一一・二四民錄一八七一頁)。

此權利は抗辯權である。従つて保證人が之を行使したるときは裁判所に基いて裁判を爲すべきであるが、保證人自らが之を行使しない以上裁判所進みて之に基く裁判を爲し得ない。しかし、此抗辯權は「先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ請求」し、それまで一應履行を拒絶し得る權利に過ぎずして、永久的に債權者の請求を否認し得る權利ではないから、學者の所謂「延期的抗辯權」であつて「永久的抗辯權」ではない。

保證人が此抗辯權を行使したるときは、債權者は先づ主債務者に對して履行の請求を爲した後でなければ保證人に對して再び請求を爲し得ないのみならず(三三)、主債務者に對する請求を怠りたる爲め「其後主タル債務者ヨリ全部ノ辨濟」を受け得ざるに至つたならば「保證人ハ債權者カ直チニ——遲滯なく——催告」を爲したりせば「辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ其義務ヲ免」れる(民四五)。(五條) 之に反して債權者が主債務者に對して請求を爲した以上、其裁判上なると裁判外なるとを問はず又其請求が目的を達したると否とを問はずして(三四)、抗辯權の効力は除去せられ、従つて債權者は保證人に對して請求を

爲し得るに至る(三五)。

尙保證人は次の諸場合には例外として催告の抗辯権を有しない。(1)「主たる債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケ又ハ其行方カ知レサルトキ」(民四五三、條俱書)、(2)保證人が特に之を拋棄したるとき(民四五四)(二六、條參照)、(3)主たる「債務カ主たる債務者ノ商行爲ニ因リテ生シタルトキ又ハ保證カ商行爲ナルトキ」(商二七三、條二項)。

二三 保證人は訴訟上第二審に於ける最後の口頭辯論の終結前何時にても此權利を行使し得る。上告審に於ては最早之を行使し得ない(民訴三九四條參照)。

二四 大判大正五・一・四民錄二〇二二頁。

二五 従つて例へば訴訟に於て催告の抗辯を提出された債權者が第二審に於ける最後の口頭辯論の終結前に主債務者に對する請求を爲せば尙彼は勝訴の判決を受けることが出来る。尤も保證人が其口頭辯論の終結前に更に改めて——後に逃べる——檢索の抗辯権を行使したるときは此限に在らざること勿論である。

二六 大判明治三七・九・二民錄一一三九頁。尙當事者の特約を以て豫め抗辯権を排除して置くことも出来る(大判明治三八・七・八民錄一一三八頁)。

(ロ) 檢索の抗辯権

「債權者カ(中)主たる債務者ニ催告ヲ爲シタル後ト雖モ保證人カ主たる債務者ニ辨濟ノ資力アリテ且執行ノ容易ナルコトヲ證明シタルトキハ債權者ハ先ツ主たる債務者ノ財産ニ付キ執行ヲ爲スコトヲ要ス」(三民四五)。茲に「辨濟ノ資力アリ」とは債務全額に付いて辨濟資力あることを言ふのであつて、一部辨濟の資力あるに過ぎざるときは最早此抗辯を爲し得ない

(二七)。又「執行ノ容易」とは「債權者カ其執行ノ爲メ格段ノ時日及費用ヲ要スルコトナク容易ニ其債權ヲ實行スルコトヲ得ル」(二八)ことを言ふのである。

保證人が此抗辯権を行使したるときは、債權者は先づ主債務者に對して強制執行を爲すにあらざれば保證人に對して履行の請求を爲し得ない、又若し遲滯なく執行を爲すことを怠りたる爲め「其後主たる債務者ヨリ全部ノ辨濟ヲ得サルトキハ保證人ハ債權者カ直チニ——遲滯なく——(中)執行ヲ爲セハ辨濟ヲ得ヘカリシ限度ニ於テ其義務ヲ免レ得ること催告の抗辯に於けると同一である(五民四五)」。之に反し、債權者が強制執行を爲したるに拘らず債務の完済を得ざるときは殘額債務に付き保證人に對して其請求を爲し得る。

尙保證人は次の場合には例外として檢索の抗辯権を有しない。(1)保證人が此抗辯権を拋棄したるとき(民四五四、條參照)、(2)主たる「債務カ主たる債務者ノ商行爲ニ因リテ生シタルトキ又ハ保證カ商行爲ナルトキ」(商二七三、條二項)。

二七 多少の反對説があるけれども、大審院は古くから此考を執つて居る。大判・明治三九・一一・一五民錄一六五〇頁、同四二・六・九民錄六四一頁、大正五・一〇・二五民錄一九七四頁。

二八 大判大正五・一〇・二五民錄一九七四頁。

(ハ) 主たる債務者の抗辯

保證債務は主たる債務に附従する債務なるが故に、主たる債務に何等かの抗辯附著せるときは保證人も亦之を援用し得るを原則とする。例へば

(1) 主たる債務が発生原因たる法律行為の無効によつて発生せざるとき又は辨濟其他の理由によつて消滅したるときは、保證人も亦其實を主張して自己の債務を免れ得ること勿論である。従つて主たる債務が時効によつて消滅した場合にも保證人は其時効を援用して(五條)自己の債務を免れ得るものと解するを正當とする(二九)。尙主たる債務が取消し得べき法律行為によつて発生した場合に保證人は其取消權を行使して自己の債務を免れ得ずと言ふのが通説であるけれども、此場合に於ても保證人は自己に關する限り取消權を行使し得るものと解するを正當とする(三〇)。之に反し解除權は主債務の發生原因たる契約の瑕疵に基くものでないから保證人自己の利益の爲めに之を行使し得ずと解すべきである。

二九 大判大正四・七・一三民錄一三八七頁。

三〇 通説の主たる論據は保證人は第一二〇條に所謂「承繼人」でないと言ふ點に在る。しかし同じく法律行為の瑕疵である無効と取消とを此點に付いて區別して取扱ふのは、不合理である(例へば法律行為の要素の錯誤を原因とする無効と詐欺強迫を理由とする取消とが實質的に如何に縁の近いものであるかを考へよ、民九五條・九六條参照)。保證債務の附從性を理由として保證人に無効の主張を許す以上、同じく取消の主張を許すべきが理の當然である。通説は取消權の行使は之を主債務者の意思に一任せらるべきであつて、保證人の干渉を許すべきではないと言ふけれども、本文に記した通り保證人は自己に關する限り取消し得るのであつて、主債務者はそれが爲め何等の影響を受けないものと解すれば、此主張も亦重きを置くに足りないと思ふ。相對的取消の理論的可能性に付いては債權者取消權に關して述べた所(第五章第二節第三)参照。

(2) 主たる債務に同時履行の抗辯權(三五條)が附著せるときは、保證人も亦之を援用行使し得る。

尙主たる債務者が債權者に對して相殺の用に供し得べき反對債權を有するときは、保證人も亦之を援用し「相殺ヲ以テ債

權者ニ對抗スルコトヲ得」(七條五)。蓋し債權者若し主債務者に對して請求を爲さば相殺の對抗を受くべき場合に於ては保證人にも亦其相殺を許すを妥當とするのみならず主債務者も之によつて特に損害を受くるものと言ひ得ないからである。

三 主たる債務者又は保證人に付いて生じた事項の他の一方に及ぼす效力

保證債務は主たる債務に附從する債務なるが故に、主たる債務に付いて生じた事項は保證債務にも其影響を及ぼすを原則とする。例へば、

(イ) 主たる債務が消滅したるときは、消滅原因の如何に拘らず、保證債務も亦消滅するを原則とする。しかしながら、例へば主たる債務者たる株式會社が破産手續終了の結果其債務を完済せずして人格を失ひたる場合に於ては、人格喪失と共に債權者は會社に對して最早何物をも請求し得ざるに至るけれども、此結果は會社が有限責任である爲めに生ずるに過ぎずして、債務關係それ自身が實質的に消滅したのではないから、保證債務は之に因つて消滅せざるものと解するを正當とする(三一)。同一の理由により主たる債務者の相續人が限定承認を爲したるにより、相續人に對して最早何等の請求をも爲し得ざるに至つた場合に於ても、保證人に對しては尙債務總額の請求を爲し得るものと解すべきである。

(ロ) 「主たる債務者ニ對スル履行ノ請求其他時効ノ中斷ハ保證人ニ對シテモ其效力ヲ生ス」(一四五七)。蓋し主債務者が時効に罹らない間は保證債務も時効に罹らしめざるを妥當とするからである。

三一 大判大正一一・七・一七民錄四六〇頁参照。

以上と反對に、保證債務に付いて生じた事實は原則として主債務に影響を與へない。例へば、保證人に對する履行の請

求其他時效の中斷は主債務に付いて中斷の效力を生ぜず、保證債務が免除に因つて消滅するも主債務は之に因つて消滅しない。けれども、保證債務が辨濟其他債權者に満足を與ふる方法によつて消滅したるときは、主債務も亦存在の理由を失つて消滅すべきこと勿論である。

④ 連帶保證の效力

連帶保證は保證人が、主たる債務者と連帶して保證することを約するに因つて發生する特殊の保證債務であつて、附從性を有するが故に尙一種の保證債務であるけれども、補充性を有せざる點に於て普通の保證債務と區別される。即ち

(イ) 連帶保證人は催告及び檢索の抗辯權を有せざるが故に、債權者は——後に述べる連帶債務に於けると同じく——主たる債務者又は保證人のいづれに對してでも自由に請求し得る。先づ保證人に請求したる故を以て抗辯權の對抗を受けることがない(四四五)。

(ロ) しかし、連帶保證も亦一種の保證であつて附從性を有するから、主たる債務が無効なるときは保證債務も亦無効であり、主たる債務が消滅したるときは消滅原因の如何に拘らず保證債務も亦消滅すること普通の保證に於けると全く同一である。尙其他保證債務の附從性から發生する効果はすべて連帶保證に付ても發生する(三三)。

(ハ) 之に反し、保證債務に付いて生じたる各種の事實が主たる債務に對して如何なる影響を及ぼすかは、連帶債務に關する民法第四三四條乃至第四四〇條の準用によつて決せられる(四四五)。例へば連帶保證人に對する履行の請求は主たる債務者に對しても其效力を生ぜず(四四三)、連帶保證人と債權者との間に混同(四四二)ありたるときは保證人に於て辨濟を爲

したるものと看做されて主債務も亦消滅する(四四三)。しかし連帶保證人と主債務者との間には——連帶債務に於けるが如き——負擔部分なきが故に、負擔部分を前提とする第四三六條第二項、第四三七條、第四三九條は其準用なきものと解すべきである。

三二 第四五八條は廣く「主たる債務者カ保證人ト連帶シテ債務ヲ負擔スル場合ニ於テハ第四百三十四條乃至第四百四十條ノ規定ヲ適用ス」と規定してゐるけれども、主債務に付いて生じたる事項の保證債務に及ぼす效力は専ら附從性の決する所であつて、連帶債務に關する規定の準用を受くべき限りでない。

従つて、主たる債務が消滅するときは、消滅原因如何を問はず、保證債務も亦消滅する。例へば、主たる契約が解除せらるるときは連帶保證人も亦債務を免れる(大判・明治四〇・七・五民錄七三五頁、同四一・二・二八民錄一六二頁)。

主たる債務者に對する「履行ノ請求」以外の原因による中斷は連帶保證人に影響を及ぼさずと言ふが如き議論を爲し得べきではない(大判大正九・一〇・二三民錄一五八二頁)。尙主たる債務者の爲したる承認に因る時效の中斷も連帶保證人に其效力を及ぼすが(大判昭和七・二・一六民集一二五頁)、之と異なつて主たる債務者の時効利益の拋棄は連帶保證人に其效力を及ぼさざるものと解せねばならない。蓋し此場合には時効既に完成し、保證人も亦之を援用し得べき權利を得てゐるからである。

五 共同保證の效力

一個の債務に對して二人以上の者が保證を爲せるときは、其保證が一個の契約を以て爲されたと「各別の行爲」を以て爲されたとを問はず、各個の保證人は主債務の額を平等の割合に分割したる額に付いてのみ保證債務を負擔するに過ぎ

ない(民四五)。即ち保證人は「分別の利益」を有するを原則とする(三三)。

但し(1)保證人間に連帯の特約あるとき、(2)保證人が主たる債務者と連帯して保證したるとき(三四)及び(3)主たる債務が不可分債務なるときは各保證人は分別の利益を主張し得ること勿論である。

三三 従つて、例へば先づ甲が保證人となりたる後、乙が全く甲と無關係に別個の行爲を以て保證を爲したる場合に於ても、甲乙はいづれも分別の利益を有する(大判大正七・二・五民録一三六頁)。

三四 此場合には保證人相互間には連帯の特約がなくとも分別の利益を生じない(大判・大正六・四・二八民録八一二頁、同八・一・一三民録二〇〇五頁、同一〇・五・二三民録九五七頁)。

第五 保證人の求償權

一 保證人が主たる債務者の委託を受けて保證を爲したる場合の求償關係

此場合に保證人が「過失ナクシテ債權者ニ辨濟スヘキ裁判言渡ヲ受ケ又ハ主タル債務者ニ代ハリテ辨濟ヲ爲シ其他自己ノ出捐ヲ以テ債務ヲ消滅セシムヘキ行爲ヲ爲シタルトキハ其保證人ハ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有ス」(民四五九)。

(イ) 求償權が発生する爲めには次の二要件を必要とする。

(1) 保證人が自己の出捐によつて主たる債務を消滅せしめたること 自己の出捐によつて主債務を消滅せしめた以上、任意的辨濟によつて之を爲したると訴訟の結果強制執行を受けたるとを問はない。主債務の辨濟期が未だ到來せざる間に保證人其債務を辨濟するも同じく主債務を消滅せしめ得べきが故に、保證人は直に求償權を取得する。但しそれが爲

め主債務者の有する期限の利益を害し得る筈がないから其期限が到來したるときに於て始めて求償權を行使し得るものと解せねばならない(三五)。

主債務者が辨濟其他の方法によつて其債務を消滅せしめたる後に於て、保證人之を知らずして辨濟其他免責行爲を爲すも、之に因つて求償權を生ぜざること素より當然である。しかしながら、「保證人カ主タル債務者ノ委託ヲ受ケテ保證ヲ爲シタル場合」に於て、主債務者が自ら債務を消滅せしめたるに拘らず之を保證人に通知せざりしが爲め、保證人善意にて——無用の——免責行爲を爲したるときは、法律は特に保證人に與ふるに其「免責ノ行爲ヲ有效ナリシモノト看做ス」權利を以てしてゐる(民四六三條二項、四四三條二項)。而して保證人が此權利を行使したるときは、主債務者の免責行爲が反つて效力を失ひ、保證人の免責行爲が有效となつて求償權の發生を來たすのである。

(2) 保證人に過失なきこと 例へば保證人が履行の訴を受けたる場合に正當の方法によつて敗訴の判決を受くることを避け得たるにも拘らず之を怠りたるによつて敗訴し強制執行を受けたる場合には求償權を行ひ得ない。

三五 大判大正三・六・一五民録四七六頁。

(ロ) 右の要件具備するときは求償權發生するも、保證人が免責行爲を行ふに當り豫め之を主債務者に通知することを怠り又は免責行爲を爲したることの通知を怠るときは、其權利の行使に付いて次の如き制限を受ける。

(1) 例へば主債務者が債權者に對して相殺の用に供し得べき反對債權を有するに拘らず、保證人が豫め主債務者に通知を爲さずして免責行爲を爲したる爲め、主債務者をして相殺の機會を失はしめたるときは、保證人は尙求償權を有するけ

れども、主債務者は之に對し右の反對債權を援用し相殺を主張し得る。而して保證人相殺の對抗を受けたるときは主債務者より何物をも受け得ないけれども、其代はり右の反對債權は法律上當然に保證人に移轉し、保證人は直接債權者に對して其履行を請求し得るに至る(四四六三條一項)。

(2) 次に又保證人が免責行為を爲したるに拘らず其通知を怠りたる爲め主債務者「善意ニテ債權者ニ辨濟ヲ爲シ其他有償に免責ヲ得タルトキハ其債務者ハ自己ノ辨濟其他免責ノ行為ヲ有效ナリシモノト看做スコトヲ得」(四四六三條一項)。(四四三條二項)。而して主債務者此權利を行ひたる時は、保證人の免責行為は效力を失ひ、從ひて求償權は發生せざることとなる。尤も保證人より債權者に對して不當利得返還の請求を爲し得べきや勿論である。

(ハ) 求償權の範圍 求償權の範圍は保證を委託する契約の趣旨によつて定まるを原則とするけれども、契約に別段の定めなきときは辨濟其他の免責行為によつて主たる債務者に免責を與へたる限度に於て求償を爲し得る。保證人の出捐額が主債務者の免責額より大なるときは免責額の求償を爲し得るに過ぎない。又一部の免責を得しめたるに過ぎざるときは其部分に付いてのみ求償を爲し得るに過ぎない。

尙法律は右の外「辨濟其他免責アリタル日以後ノ法定利息及ヒ避クルコトヲ得サリシ費用其他ノ損害」の求償をも許してゐること連帶債務に於けると同様である。(四四五九條二項、四四二條二項、尙六五〇條參照)。

(ニ) 保證人が求償を爲し得る爲めには先づ免責行為を爲したることを要するを原則とするも、次の諸場合に限つて保證人は豫め求償權を行ひ得る。(四四六〇條、四四九條參照)。

(1) 「主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケ且債權者カ其財團ノ配當ニ加入セサルトキ」

(2) 「債務カ辨濟期ニ在ルトキ」 但し保證契約締結後に至りて債權者が主債務者に期限を許與するも、主債務者は之を保證人に對抗して事前の求償を拒み得ない。

(3) 「債務ノ辨濟期カ不確定ニシテ且其最長期ヲモ確定スルコト能ハサル場合ニ於テ保證契約ノ後十年ヲ經過シタルトキ」

(4) 「過失ナクシテ債權者ニ辨濟スヘキ裁判言渡ヲ受ケ」たるときは、未だ辨濟を爲さず又は強制執行を受けずと雖も、直に求償權を行使し得るものと解すべきである。(四四五條)。

主債務者が事前の求償を受けたるときは、自己の地位を保全する爲め次の如き自衛手段を執り得る。(四四六條)。

(1) 「保證人ヲシテ擔保ヲ供セシ」むること 保證人が豫め求償權を行ひて補償物を得たるに拘らず、其債務を履行せざるときは、主債務者の債務は尙依然として存續し何時請求を受くるやも知れないから、それが爲めに蒙る損害を豫防する爲め擔保の請求を許したのである。從つて擔保の提供あるまでは事前の求償を拒み得るものと解するを正當とする。

(2) 保證人に對して「自己ニ免責ヲ得セシムヘキ旨ヲ請求スルコト」 此請求權は保證を委託する契約の効果として當然に發生するものであるが、主債務者が之を有するの故を以て事前の求償を拒み得ざるは當然である。

(3) 「主タル債務者ハ——保證人に補償すべき金額の——供託ヲ爲シ、擔保ヲ供シ又ハ保證人ニ免責ヲ得セシメテ其賠償ノ義務ヲ免ルルコトヲ得」る。

二 保證人が委託を受けずして保證を爲したる場合の求償關係

「主タル債務者ノ委託ヲ受ケスシテ保證ヲ爲シタル者カ債務ヲ辨濟シ其他自己ノ出捐ヲ以テ主タル債務者ニ其債務ヲ免レシメタルトキ」は、一種の事務管理(民法六九七條以下)を爲したものと見るべきであるから、

(イ) 保證を爲したることが主債務者の意思に反せざるときは、主債務者は保證人の出捐によつて債務消滅したる當時利益を受けたる限度に於て賠償を爲すことを要する(民法六二條一項、七〇二條一項参照)。賠償額決定の時期は債務を消滅せしめたる當時なるを以て、主債務者の支拂が遅れても保證人は遅延利息其他損害賠償を請求し得ない、唯主債務者をして免責を得しめたる金額のみを請求し得るに過ぎないのである。

(ロ) 「主タル債務者ノ意思ニ反シテ保證ヲ爲シタル者ハ主タル債務者カ現ニ——即ち求償の當時——利益ヲ受クル限度ニ於テノミ求償權ヲ有ス」(民法六二條二項、七〇二條三項参照)。従つて、免責後求償前に主債務者が債權者に對して相殺の用に供し得べき債權を取得したるときは、之を以て保證人の求償權に對抗し得る。しかし、かくして對抗を受けた結果求償金額の減殺を受けた「保證人ハ——法律上當然に右反對債權の移轉を受け——債權者ニ對シ其相殺ニ因リテ消滅スヘカリシ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得」(民法六二條、二項但書)。

尙委託に因らざる保證人の求償權に付いても民法第四四三條の準用あること、上記委託に因る保證の場合と同一である(民法六三條)。

以上求償權に關する問題以外に付いてはすべて事務管理に關する一般規定の適用を受ける。

三 多數債務者の債權と保證人の求償權

(イ) 多數債務者の債權に於て、保證人が債務者全員の爲め保證を爲したるときは、(1) 其債權が可分的なるときは主債務は債務者の數だけに分割されるから(七四二條)、保證債務も當然分割され、従つて求償權も全然別々に發生する。(2) 主債務が不可分債務又は連帶債務なるときは、辨濟を爲したる保證人は各債務者に對して全額の求償を爲し得る。

(ロ) 保證人が債務者の一人のみの爲めに保證を爲したる場合に、(1) 債權が可分的なるときは保證人は唯其保證したる債務者に割り當てられた債務額に付いてのみ保證債務を負ひ、従つて其辨濟を爲したるときは保證したる債務者に對してのみ其求償を爲し得る。保證人若し全額の辨濟を爲したるときは、其保證したる以外の債務者に對する關係に於ては保證債務を履行したるにあらずして第三者の辨濟を爲したることとなり、従つて求償關係も其方の原則によつて解決される。(2) 主債務が連帶債務又は不可分債務なる場合に、保證人が全部の辨濟を爲したるときは、其保證を爲したる債務者に對しては全部の求償を爲し得ること勿論であるが、他の債務者に對しても其負擔部分に付いてだけ求償を爲し得る(民法六四條)。

四 共同保證に於ける求償關係

共同保證人は——上述の如く——分別の利益を有するを原則とし(民法四五條)、主たる債務が不可分なるとき、各保證人が主債務者と連帶して保證を爲したるとき及び保證人間に連帶の特約ある場合に於てのみ全部辨濟の義務を負擔する。

(イ) 共同保證人が分別の利益を有する場合に、(1) 一保證人が自己に割當てられたる負擔部分の辨濟を爲したるときは主債務者に對してのみ求償を爲し得る。(2) 之に反して「全額其他自己ノ負擔部分ヲ超ユル額ヲ辨濟シタルトキ」は一面主債務

者に對して全部の求償を爲し得る権利を取得すると同時に、他の共同保證人に對しても其負擔部分に應じて求償を爲し得る、但し後者の求償權の範圍を定むるに付いては第四六二條の準用がある^(條二項)。而して保證人がいづれかの求償權を行使して辨濟を得たるときは其範圍に於て他の求償權も消滅する。

(ロ) 共同保證人が分別の利益を有せざる場合に、一人の保證人カ全額其他自己ノ負擔部分ヲ超ユル額ヲ辨濟シタルトキハ——連帶債務に關する——第四百四十二條乃至第四百四十四條ノ規定^(條一)に準じて他の共同保證人に求償を爲し得る^(條一)。尙此外主債務者に對しても求償を爲し得べきこと上記の場合と同一である。

三六 民法第四六五條第一項は「主タル債務カ不可分ナル爲メ又ハ各保證人カ全額ヲ辨濟スヘキ特約アル爲メ」云々と規定してゐるから、保證人相互に連帶の特約ある場合のみならず、共同保證人のすべてが各自主債務者と連帶して保證を爲したる場合にも同じく同規定の適用ありと解するを正當とする(大判大正八・一一・一三民錄二〇〇五頁)。

第四節 連帶債務

第一 連帶債務の法律的性質

一 連帶債務は同一内容の給付を負擔する數人の債務者が各々全部の給付を爲すべき債務を負擔し而して其中一人にても給付を爲すときは他の債務者も亦其債務を免るべき債務關係である。

以上に説明した保證に於ても主債務及び保證債務なる——同一給付を目的とする——二個の債務が併存するけれども、二者の間には主従の關係があつて保證債務は附從的債務たるに過ぎない。之に反し、連帶債務に於ける各個の債務は互に全く平等であつて主従の關係を有しない。従つて、例へば甲が乙より金百圓を借りるに際し丙が連帶債務を負ひたるときは、丙は經濟的には單に人的擔保を與へたに過ぎないのであるが、法律的には全く甲と平等の立場に於て同じく百圓の債務を負擔し、甲丙の債務相互間には何等主従の關係がないのである。此故に、連帶債務は、數人が共同して金を借りるやうな場合のみならず、一人が金を借りるのに對して他の一人が保證を與へるやうな場合にも廣く利用されてゐるのであつて、其經濟的效用は上記の保證に類似してゐる。

二 連帶債務に於ける各債務は別個の債務であつて、すべてが合して單一の債務關係を成すものではない^(二)。此故に、(イ)「連帶債務者ノ一人ニ付キ法律行爲ノ無効又ハ取消ノ原因ノ存スル」ときは、其債務者の債務だけが無効となり又は取消されることがあり得るのみであつて、それが爲め「他ノ債務者ノ債務ノ效力」は何等の妨げを受けない^(條三)。保證にあつては主債務に關する無効又は取消は附從性の結果保證債務にも影響を與へるけれども、保證債務に關する無効又は取消は主債務に何等の影響を及ぼさない。

(ロ) 連帶債務者の一人のみに對する債權を第三者に讓渡し得る^(三)。

(ハ) 一人の債務は商事債務にして他の者の債務が民事債務たることがあり得る^(四)。

(ニ) 連帶債務者の一人に付いてのみ保證人を附け其他物的擔保を設けることが出来る。

(ホ) 其外各債務に付き異別の條件又は期限を約定することが出来る。

一 連帯債務の性質に付いては單一説多數説の争がある。けれども、民法の解釋としては多數説を通説とする。經濟的に言ふと一個の債務關係が存するに過ぎない。しかし法律上は其債務の履行を確保する爲め二人以上の者の資力を責任關係に置く目的を以て其等の者各自をして併立的に債務を負担せしめるのである。而して其等の債務は債權者に満足を與へると言ふ共同目的の爲めに互に聯絡してゐるけれども、其以外の點に於ては互に主従の關係なきは勿論、成るべく互に無關係なものとして取扱はうと言ふのが通説の考方である。

二 大判大正八・二・一五民錄二三〇三頁。

三 大判・大正四・五・二九民錄八五頁、同五・六・七民錄一一四五頁。

三 連帯債務に於ける各個の債務は各全部の給付を爲すべきことを其内容とする。

従つて、「債權者ハ其債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若ハ順次ニ總債權者ニ對シテ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得」(二四三)るのであつて、いづれの債務者より給付の如何なる部分を請求するかは全く債權者の自由である。しかし、債權者の權利は性質上選擇債權にあらずして、各債務者は始めより全部の給付を爲すべき確定的の債務を負担してゐるのである。

債權者が數人の債務者に對して全部の給付を請求し得る點だけを見ると、連帯債務と不可分債務(二四三)とは非常に能く似て居る。従つて民法は第四三四條乃至第四四〇條を除く外連帯債務に關する規定を原則として不可分債務にも準用することにしてゐるけれども、連帯債務に在つては各債務者がいづれも實質的に全部の給付を爲すべき債務を負担せるに反し、

不可分債務に於ける各債務の内容は實質的には單に一部の給付に過ぎない、唯給付が不可分なる爲め已むを得ず不可分的に全部の給付をせねばならないだけのことである(四)。此故に、(イ)不可分給付が可分給付に變じたるときは、債務は法律上當然に分割されて「各債務者ハ其負擔部分ニ付テノ履行ノ責ニ任ス」に至る(二四三)(五)。(ロ)又不可分債務者の一人に付いて生じた事項が他の債務者に如何なる影響を及ぼすかの問題に付いても、連帯債務に關する第四三四條乃至第四四〇條を準用せず、不可分債權に關する第四二九條を準用することとしてゐる(二四三)。其結果、(1)不可分債務者の「一人ノ行爲又ハ其一人ニ付キ生シタル事項」は他の債務者に對して其效力を生ぜざるを原則とする。例へば、債務者の一人に對する請求は他の債務者に對して其效力を生じない(二四三)(六)。債務者の一人に付いて更改(二四五)又は免除(二四五)あるも他の債務者は何等の影響を受けない、債權者より請求あらば尙全部の給付を爲さねばならない。しかし其場合債權者が全部の給付を受けた結果更改又は免除によつて債務を免れた債務者の負擔部分に屬する分までをも取得するのは素より不當の利得であるから、其債務者の負擔部分に屬する分だけは之を金錢に見積つて全部の給付を爲した債務者に償還せねばならぬ(二四三)(七)。而して此理は債務者の一人に付いて代物辨濟(二四八)相殺(二五〇)混同(二五二)時効完成(二五六)等の行はれた場合に付いても同様之を認めることが出来る。(2)之に反し、債務者の一人が辨濟したるときは他の債務も消滅すべきは當然である。従つて、債務者一人の供託(二四九)履行提供(二五〇)も同じく他の債務者に影響を及ぼすものと解するを正當とする。

四 例へば、甲乙が其共有物を丙に賣却したる場合に於て、甲乙はいづれも自己の持分に關する限りに於てのみ目的物の引渡義務を負ふ譯であるが、目的物の引渡なる給付は性質上不可分であるから、丙の引渡請求あるときは甲乙いづれも目的物全部の引渡

を爲すべき義務を負ふ。従つて丙が目的物引渡の訴を提起するに付いては必ずしも甲乙を共同被告とするを要せず、其中いづれか一人を被告として訴を提起し得る(大判・大正七・三・一九民録四四五頁、同一二・二・三民集一二七頁)。之に反し、甲乙連帯にて丙より金百圓を借りたるときは甲乙いづれも丙に對して百圓の債務を負ふ、唯甲が辨済するときは乙の債務も亦消滅し乙辨済するときは甲の債務亦消滅するが如き關係が二者の間に存在するだけのことである。

五 例へば頼母子講世話人の講員に對する義務は性質上不可分である。すべての世話人は——別段の特約なき限り——各自世話人として全部の義務を負担する。しかし、其義務不履行による損害賠償としての金錢給付は可分なるが故に、各世話人に對して分割的に請求を爲すべきである。但し講契約に於て特に世話人の義務を連帯とする旨の特約あるときは此限でない(大判明治四四・二・二四民録七四頁)。

四 連帯債務に於けるすべての債務はいづれも全部の給付を爲すべきことを其内容とするも、而かもそれ等債務の併存は債權者をして完全なる辨済を得しむべき手段に過ぎないから、債權者が債務者のいづれからでも一回完全な給付を受ければ、債務のすべては其存在目的を失つて消滅する。即ち數個の債務は債權者をして一回の完全なる辨済を得しむべき共同目的の爲めに互に連結してゐるのである。此故に、例へば甲が乙に預けて置いた物品が乙の過失によつて丙に盗まれた場合に甲は乙丙各々に對して損害賠償請求權を取得し、而して乙丙の債務は給付内容を同一にするけれども互に目的を共同にして相連結してゐないから連帯債務でない(六)。

連帯債務に於ける各個の債務は共同目的の爲めに連結してゐるから、債權者をして完全なる辨済を得しむる爲めに共力すべき責任に關して必ず債務者相互の間に内部的の分擔割合がなければならぬ。債權者に對する關係に於ては各自全部

の給付を負担してゐるけれども、内部的には各々共同目的の爲めに努力すべき責任の分擔關係を有しつつ互に連結してゐるのであつて、債務者が對内關係に於て分擔關係を有することは連帯債務の本質的特色である。無論其負擔部分の内容は當事者の特約其他の事情により各場合に付いて色々異なり得る。或場合には平等なることあるべく、或場合には各債務者に付いて差等あることあるべく、又或場合には債務者一人の負擔部分が零にして他の者の負擔部分が一なることもあり得る(七)。要するに、何等かの分擔關係に於て互に連結してゐる所に連帯債務の特色が存在するのである。

しかしながら、數個の債務が共同目的の爲めに分擔關係を以て結合することを要すると言ふのは、必ずしもそれ等の債權が同一の原因より發生することを要すると言ふ意味ではない。例へば甲が先づ乙に對して債務を負へる場合に、丙が全く甲と連絡なく甲の知らざる間に後より乙に對して同一内容の債務を連带的に負擔することも可能であつて、此場合には甲丙の債務は全然別個の原因から發生してゐるに拘らず、互に共同目的の爲めに連結してゐるのであつて尙之を連帯債務なりと言ふを妨げない。之に反し、上記盜難の例に於て乙丙二人の賠償義務を發生せしめたものは丙の盜取なる一個の事實であるけれども、二個の債務相互間には共同目的の爲めの連結關係なきが故に、之を連帯債務と稱し難きこと上述の通りである(八)。

六 此場合にも乙が全部賠償すれば甲の損害は全部填補されるから丙に對する賠償請求權も亦當然に消滅する。けれども、乙丙の債務の間には互に共同目的の爲めに連結してゐる關係なきが故に、連帯債務ではない。乙が全部賠償すると甲が當該物上に所有する權利を當然に代位取得し(民四二二條)、乙より丙に對して直接物の返還又は損害賠償を請求し得るに至るけれども、之は後に

説明する求償權の問題とは全然別個の事柄である。

七 各債務者間に分擔關係を以てする連結あることを要すと言ふのは、決してすべての債務者が必ず何等かの負擔部分を有することを要すと言ふ意味ではない。債務者一人の負擔部分を一とし他の債務者の負擔部分を零とするも尙二者の間に責任分擔の連結關係ありと言ふを得る。大判大正四・四・一九民録五二五頁參照。

八 二人以上の債務者が同一内容の債務を負担し其内一人にても債務を履行するときは他の債務も亦すべて消滅すべき關係に在る場合に於ても、それ等の債務相互間に共同目的の爲めにする連結關係なきときは連帶債務でない。例へば上記本文に記した例に於ける寄託物が受寄者の過失により第三者によつて盜取せられたる場合の受寄者及び第三者の賠償義務の如き之を連帶債務と言ひ難い。而して學者は一般に此種の場合を稱して「不眞正連帶債務」と名付けてゐる。

尤も學者によつては、連帶債務と不眞正連帶債務との區別は二個の債務の發生原因が同一なりや否やの點に存すとなし、連帶債務者甲と乙とが別個の行爲を以て債務を負担したる場合の如きは、形式上二個の債務の發生原因は別個であるけれども、實質的には尙同一であると言ふ理由によつて其連帶債務たることを説明してゐるけれども、連帶債務なる否とによつて生ずる實質的の差異は債務者相互の内部關係に於て債務の分擔關係ありや否やに存する。而してかくの如き分擔關係の存否は發生原因の同一なりや否やによつて生ずるものにあらずして、共同目的の爲めにする連結關係ありや否やによつて決せらるべきであるから、此種學者の説明には賛意を表し難い。

第二 連帶債務の發生原因

連帶債務は直接法律の規定によつて發生することあり(例へば民四四條、七)、又法律行爲によつて發生することもある。法律行爲によつて連帶債務を發生せしめる爲めには債務を連帶とする旨の特約あることを必要とするが(九)、商法に於て

は「數人カ其一人又ハ全員ノ爲メニ商行爲タル行爲ニ因リテ債務ヲ負擔シタルトキハ——特に反對の意思表示なき限り——其債務ハ各自連帶シテ之ヲ負擔ス」(商二七三條一項)の旨の規定を置いて居る。

尙各債務者の債務を發生せしむる行爲は同一の行爲なることを必要とせず、例へば先づ甲が債務を負擔せる場合に、乙が全く甲と無關係に別個の行爲を以て連帶債務を負擔することも可能であるけれども、此場合に於ても乙と債權者との契約に於ては明に甲乙の債務を連帶とする旨の明示的特約あることを必要とする。

九 大判大正四・九・二一民録一四八六頁。

第三 連帶債務の效力

一 債權者の權利

「債權者ハ其債務者ノ一人ニ對シ又ハ同時若クハ順次ニ總債務者ニ對シテ全部又ハ一部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得」(民四三條)。即ち一時に總債務者を被告として共同訴訟を提起することも出来るし、又先づ一債務者に對して訴を提起した後其訴訟の繫屬中に更に他の債務者に對して訴を提起することも出来る。

従つて「連帶債務者ノ全員又ハ其中ノ數人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ債權者ハ其債權ノ全額ニ付キ各——債務者の破産——財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得」(民四四一條、一〇)。尙債權者が破産前に於て一部の辨濟を受けたる後に於て破産の宣告ありたる場合又は數人の債務者が時を異にして破産の宣告を受け後の破産宣告當時既に前の破産財團より配當ありたる場合に、債權者が本來の債權全額に付いて配當加入を爲し得るか又は債權殘額に付いてのみ配當加入を爲し得るかは、

民法の解釋上疑問であるけれども、破産法は、破産宣告ノ時ニ於テ有スル債權ノ全額ニ付各破産財團ニ對シ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得(破四條)と規定してゐるから、破産宣告當時に於ける債權殘額に付いてのみ配當加入を爲し得るものと解せねばならない。

一〇 其結果債權者は各破産財團から債權全額に對する配當を受け得るが故に、普通の債權者に比して遙かに有利である。

二 連帶債務者の一人に付いて生じたる事項の他の債務者に及ぼす效力

連帶債務に於ける各個の債務は別個の債務であるから、其中一債務に付いて生じたる事項は他の債務に對して何等の影響を及ぼさざるを原則とせねばならない。しかしながら、各個の債務は債權者に満足を與へむとする共同の目的を有してゐるから、債務者一人の行爲によつて債權者が満足を得たるときは他の債務者も亦當然に其債務を免るるものと言はねばならない。此故に、

(イ) 債務者一人の爲したる辨濟は他の債務者の債務をも消滅せしめる。

辨濟以外の債務消滅原因でも、辨濟と同様債權者に實質的に満足を與へるものは、此點に關して辨濟と同一の取扱を受ける。

(1) 供託(四四九)は他の債務者の債務をも消滅せしめる。

(2) 代物辨濟(四四八)及び更改(三五二)はいづれも債權者が之を以て本來の債務の辨濟に代へる意思を有するものであるから、債務者の一人に付いて此等の行爲が行はれると、他の債務者も亦當然其債務を免れる(五四三)。

(3) 相殺(五五〇)は債權の目的を達する一方法なるが故に、「債務者ノ一人カ債權者ニ對シテ債權ヲ有スル場合ニ於テ其債務者カ相殺ヲ援用シタルトキハ」他の債務も影響を受けて——債權ハ總債務者ノ利益ノ爲メニ消滅ス(四三六)。尙民法は「右ノ債權ヲ有スル債務者カ相殺ヲ援用セサル間ハ其債務者ノ負擔部分ニ付テノミ他ノ債務者ニ於テ相殺ヲ援用スルコトヲ得(同條)」との規定を設けてゐる(1)。

一一 例へば甲に對して連帶債務者乙丙あり債務總額金百圓にして彼等の負擔部分二分の二つある場合に於て、乙が甲に對して金百圓の反對債權を有するときは、丙も亦金五十圓を限度として乙の反對債權を相殺の用に供し得る。即ち甲が丙に履行の請求を爲したるときは、丙は金五十圓だけ相殺を爲し、殘額金五十圓を支拂ふに依つて債務を免れ得る。

尙連帶債務者の一人が破産に陥れる場合に於ても其者は破産宣告前より有する反對債權を利用して他の債務者相殺を爲し得る(大判昭和七・八・二九民集二三八五頁)。

(4) 「連帶債務者ノ一人ト債務者トノ間ニ混同(五五二)アリタルトキハ其債務者ハ辨濟ヲ爲シタルモノト看做」される(三八八條)。蓋し此場合には債權者は混同の結果辨濟を受けたると同一の利益を受けるからである(1)。

一二 例へば連帶債務者六名ある場合に其一人が債權者より債權の讓渡を受けたるときは、混同を生じて、其債務者ハ辨濟ヲ爲シタルモノト看做され、他の債務者各自に對して六分の一づつの求償を爲し得るに至る(大判大正三・四・六民集二七三三頁參照)。

(ロ) 次の諸事項は債權をして其目的を達せしむる效力を有せざるが故に、債務者の一人に付いて其の發生があつても理論上他の債務者は之によつて何等の影響を受けざるべき理合であるけれども、民法は實際の便宜に鑑みて特別の規定を置き、以て其影響を他の債務者にも及ぼして居る。

(1)「連帯債務者ノ一人ニ對シテ爲シタル債務ノ免除ハ其債務者ノ負擔部分ニ付テノミ他ノ債務者ノ利益ノ爲メニモ其效力ヲ生ス」(七條三)。例へば甲に對して乙丙が金百圓の連帯債務を平等の負擔部分を以て負擔せる場合に、甲が乙の債務を免除するときは、乙に對しては最早何等の請求を爲し得ず、又丙に對しては金五十圓だけの請求を爲し得るに至るのである(二三、二四)。而して債權者が其免除を受くる「債務者ノ負擔部分ノ割合ヲ知ラザルモ之が爲メ他ノ債務者ニ及ボスベキ免除ノ效力ニ何等ノ消長ヲ來ラさない」(二五)。

一三 丙に對して金百圓の請求を許した上、丙より乙に對して金五十圓の求償を許し、更に乙より甲に對して其金額の返還請求を許すよりは、初めから丙の債務額を金五十圓に減縮して其後の求償を不必要ならしめる方が實際上便宜だからである。

一四 裁判上の和解の一部として債務免除が爲されてゐる場合にも、其免除に關する限り本條が適用される(大判昭和二・一二・二四民集七二三頁)。

一五 大判明治四二・九・二七民錄六九七頁。

免除に類似して之と區別すべきものは「連帯免除」である。債權者が連帯債務者全部に對して連帯免除の意思を表示したるときは、各債務者の連帯關係は消滅して其債務額は各自の負擔部分にまで減縮される。之に反して債務者の一人に對してのみ連帯免除を爲したるときは、其債務者の債務額のみが負擔部分にまで減縮せられ、他の債務者は依然として全額の債務を負擔する。尙連帯免除の効果に關しては後述の第四四五條參照。

(2)「連帯債務者ノ一人ノ爲メニ時効カ完成シタルトキハ其債務者ノ負擔部分ニ付テハ他ノ債務者モ亦其義務ヲ免」れる(九條三)。例へば、連帯債務が債務者甲の爲めには商事債務にして乙の爲めには民事債務なるときは、甲の債務のみが先づ

時効に罹り乙の債務のみ依然として存續することがあり得る(高二八五)。(條參照)而して此場合甲は債務全額に付いて時効を援用し

得べく、乙は亦甲の負擔部分に相當する額に付いて其時効を援用し得るに至る。尙又債務者の一人に付いて時効が完成すると、「其債務者ノ負擔部分ニ付テハ他ノ債務者モ亦——法律上當然に——其義務ヲ免」れるのであるから、例へば他の債務者が其以前債務を承認したるが如き事實の有無に拘らず(三號參照)すべて當然に時効の利益に均霑し得る(一六)。

一六 大判大正一二・二・一四民集五一頁。

(3)「連帯債務者ノ一人ニ對スル履行ノ請求ハ——例へば單に其債務者を遲滞に陥らしめ若くは單に其債務者に對する關係に於て時効を中斷するのみならず廣く——他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ生ス」(四條三)。

(4) 債務者一人の履行提供を債權者が受領せざる場合に、其債務者に對する關係に於て債權者の遲滞(三條二)を生ずること勿論であるが、他の債務者亦其利益に均霑し得べきや否やに付いては從來學者の間に争がある。履行提供それ自身は未だ債權者に満足を與へるものではないけれども、其満足を得るに至らざる理由は専ら債權者の側に在る、而して元來履行提供は第三者の爲したるものと雖も尙債權者の遲滞を發生せしむるに適當するが故に、債務者一人の爲したる提供を債權者が受領せざるときはすべての債務者に對する關係に於て遲滞の效果を生ずるものなりと解するを正當とする。

(ハ)以上の諸事項を除く外「連帯債務者ノ一人ニ付キシタル事項ハ他ノ債務者ニ對シテ其效力ヲ生」じない(〇條四)。即ち例へば、

(1) 債務者の一人に付き遲滞を生ずるも、他の債務者は必ずしも遲滞に陥らない。但し上述の通り「履行ノ請求ハ他ノ

債務者ニ對シテモ其效力ヲ生スルが故に、請求の結果遲滯を生ずべき場合(民四一三)に於ては直接請求を受けたる債務者のみならず他の債務者も亦すべて遲滯に陥る。

(2) 債務者の一人に付いて時効の中斷又は停止を生ずるも、他の債務者は影響を受けざるを原則とする(一七)。但し履行の請求に因る中斷のみは他の債務者にも效力を及ぼすこと上述の通りである。

一七 大判大正三・一〇・一九民錄七七頁。

(3) 債務者の一人が自己の爲めに完成したる時効の利益を拋棄するも、他の債務者は何等の影響を受けない(一八)。

一八 大判昭和六・六・四民集四〇一頁。

(4) 債權者が債務者の一人に對して勝訴若くは敗訴の判決を得るも其既判力が他の債務者に及ぼざること勿論である。

第四 連帶債務者相互間の求償權

一 連帶債務者の負擔部分

連帶債務者は債權者に對する關係に於て各自全部の給付を爲すべき債務を負擔してゐるけれども、彼等相互の内部關係に於ては必ず各々一定の負擔部分を有する。

而して負擔部分は各債務者に付いて平等なるを原則とするけれども(一九)。

(イ) 債務者相互の特約を以て別段の定めを爲したるときは之に従ふ。而して其定めは債務者任意に之を爲し得べく、例へば二人の連帶債務者中一人の負擔部分を零とし他の者の負擔部分を一とする定めも亦有效である。

(ロ) 債務者間に明示の特約なしと雖も、連帶債務より受ける利益の割合が各債務者に付いて異なれるときは、其負擔部分も亦自ら之に應じて異なるものと解すべきである(二〇)。

(ハ) 尙共同不法行爲者相互間にあつても「分擔ノ割合ニ差等ヲ立ツベキ特別ノ事實存セザル限りハ平等ニ債務ヲ分擔ス」るものと解すべきである(二一)。

一九 大判大正五・六・三民錄一一三二頁等。

二〇 例へば甲乙連帶にて丙より金百圓を借りたる場合に、其内甲は七十圓乙は三十圓の分配を受けたるときは甲の負擔部分は十分の七、乙のそれは十分の三なりと解すべきである。

尙例へば甲が單獨にて乙より金百圓を借りて居る場合に、丙が乙の依頼に依つて全然甲不知の間に後より連帶債務を負擔したるときは、實質的の借主は甲であつて丙は唯保證人的の地位に在るに過ぎないから、甲の負擔部分は一であつて丙のそれは零である。

二一 大判大正三・一〇・二九民錄八三四頁。

二 求償權の成立要件

「連帶債務者ノ一人カ債務ヲ辨濟シ其他自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タルトキハ他ノ債務者ニ對シ其各自ノ負擔部分ニ付キ求償權ヲ有ス」(民四四二)。即ち、求償權を行ひ得る爲めには次の要件を必要とする。

(1) 共同の免責を得たること 免責行爲の結果すべての債務者に付いて債務の全部又は一部が消滅したることを必要とし、保證債務に於けるが如く(民四六〇)免責以前に於て豫め求償を爲すことを許さない。

(2) 共同の免責が求償權者の出捐によつて爲されたること 此所に「出捐」とは廣く財産的犠牲を供することを言ひ其

現實の出資たと義務の負擔たるとを問はない(三三)。即ち債務者の一人が辨濟・代物辨濟・更改・相殺・供託・混同等苟も自ら何等かの財産的犠牲を供して共同の免責を得たるときは、因つて免責を得たる債務額を負擔部分の割合によつて分割したる上他の債務者に對して其償還を請求し得る。之に反し免除時効の如き原因によつて共同の免責を得たるときは、それが爲め何等の出捐が爲されてゐないから、求償權も亦勿論發生しない。

二三 大判大正七・三・二五民錄五三一頁。

(3) 共同の免責を得たる額が免責行爲者自己の負擔部分を超えてゐることは求償權發生の要件であるか。例へば、甲乙連帯にて金百圓を借り而して各自の負擔部分相均しき場合に於て、甲が自己の負擔部分に相當する金五十圓を辨濟したるときは乙に對して金二十五圓の求償を爲し得べきか若くは未だ何等の求償をも爲し得ざるか。學者に依つては後者の見解をとる者があるけれども、縱令一部と雖も辨濟を爲したるときは之によつて他の債務者にも利益を與ふるが故に、直に其分擔を他の債務者に請求し得るものと解するを正當とすべく、辨濟額が自己の負擔部分に充たざる間は他の債務者に其分擔を請求し得ずとする理由は少しもないのである(三三)。

二三 大判大正六・五・三民錄八六三頁。

三 求償權の範圍

求償權者は左記範圍に屬する金額其他のものを債務者各自の負擔部分に比例して請求し得る(民四四二)。

(イ) 辨濟其他出捐額 出捐額が之によつて共同の免責を得たる債務額より大なるときは其免責を得たる額に付いての

み求償を爲し得る。蓋し其超過部分に付いては他の債務者に何等の利益を與へないからである(三四)。

二四 例へば、債務者甲が代物辨濟として給付したるものが本來の債務額より價格大なる場合に於ても、甲は本來の債務額に付いてのみ求償を爲し得るに過ぎない。

(ロ) 「免責アリタル日以後ノ法定利息」

(ハ) 「避クルコトヲ得サリシ費用其他ノ損害」例へば辨濟の爲めに要したる荷造費爲替料等(三五)。

二五 連帯債務者の一人が債權者の訴に應訴したる爲め要したる必要の費用、強制執行を受けたる爲め負擔せしめられたる執行費用(大判大正五・九・一六民錄一七一六頁)の如きも之に屬する。

尙例へば債務者甲の知らざる間に乙が債權者の申出によつて甲の爲めに連帯債務を負擔したる場合の如きは、乙は全く甲の意思に關係なく連帯債務を負擔し而して辨濟其他免責行爲を爲したものであつて、其立場は「主タル債務者ノ委託ヲ受ケスシテ保證ヲ爲シタル者」と全く同じであるから、其求償權の範圍は——上述した——民法第四六二條の類推によつて之を決するを至當とする。蓋し此場合に於ける乙の行爲は同じく一種の事務管理なりと見るべきだからである。

四 求償權の制限

求償權は次の二場合に於て左の如き制限を受ける(三三)。

(イ) 「連帯債務者ノ一人カ債權者ヨリ請求ヲ受ケタルコトヲ他ノ債務者ニ通知セスシテ辨濟ヲ爲シ其他自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タル場合ニ於テ、他ノ債務者カ債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ヲ有セシトキハ其負擔部分ニ付キ之

ヲ以テ其債務者ニ對抗スルコトヲ得ル。但相殺ヲ以テ之ニ對抗シタルトキハ過失アル債務者ハ債權者ニ對シ相殺ニ因リテ消滅スヘカリシ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ル(項)。例へば、甲乙二人平等の負擔部分を以て金百圓の連帶債務を負擔せる場合に、乙が債權者に對して金三十圓の反對債權を有するに拘はらず、甲が通知を爲さずして債務全額の辨濟を爲したる上乙に對して其負擔部分金五十圓の求償を爲したるときは、乙は右金三十圓の反對債權を以て相殺を援用し得る。其代はり相殺ありたると同時に右金三十圓の債權は法律上當然に甲に移轉し、甲は債權者に對して直接其履行を請求し得るに至るのである(二六)。

二六 (一) 法律は「債權者ヨリ請求ヲ受ケタル」場合のみを豫想して規定を設けてゐるけれども、債務者が自ら進みて辨濟を爲す場合にも同じく通知を爲すことを要するものと解するを通説とする。

(二) 通知を爲さざるときは右の如き「對抗」を受けるだけのことである。通知を爲さざる故を以て全然求償權を失ふのでもない(大判大正四・七・一六民錄一二三三頁)。

(ロ) 「連帶債務者ノ一人カ辨濟其他自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タルコトヲ他ノ債務者ニ通知スルコトヲ怠リタルニ因リ、他ノ債務者カ善意ニテ債權者ニ辨濟ヲ爲シ其他有償ニテ免責ヲ得タルトキハ其債務者ハ自己ノ辨濟其他免責ノ行爲ヲ有效ナリシモノト看做スコトヲ得ル(項)」。此規定は單に求償關係に關し第二の免責行爲者を第一の免責行爲者に對する關係に於て保護することを目的とするに過ぎないから、第二の免責行爲者は自己の行爲を有效と看做して第一の免責行爲者の求償を拒絶し得るのみならず、反つて自己より第一の免責行爲者に對して求償を爲し得るけれども、それが爲め

第一の免責行爲それ自身が債權者其他第三者に對する關係に於てまで絶對的に消滅するのではない(三九(二八))。

二七 大判昭和七・九三〇民集二〇〇八頁。從來學者間の通説は第一の免責行爲の絶對的消滅を認めてゐたけれども、此解釋は本規定本來の目的を逸脱したものである。

二八 第一の免責行爲者が共同の免責を得たることの通知を怠り、而して第二の債務者が豫め通知を爲さずして辨濟を爲したる場合に、尙右第二項の適用ありや又は第一の免責行爲者は第一項によつて債務の既に消滅したることを對抗し得べきかに付いては學者間に争がある。しかし此場合には債務者いづれも過失を有し特に其いづれかを篤く保護すべき理由がないから、第一項第二項共に適用なく、結局普通の理論に従つて第一の免責行爲を有效なりと解するの外ないであらう。

五 被求償者の内に無資力者ある場合の求償者保護

(イ) 「連帶債務者中ニ償還ヲ爲ス資力ナキ者アルトキハ其償還スルコト能ハサル部分ハ求償者及ヒ他ノ資力アル者ノ間ニ其各自ノ負擔部分ニ應シテ之ヲ分割ス。但求償者ニ過失(二九)アルトキハ他ノ債務者ニ對シテ分擔ヲ請求スルコトヲ得ない(四四)」。償還無資力者は之によつて求償義務を免れるのではない、求償者は一先づ之によつて他の資力ある者の分擔を求めたる上、無資力者に對しては分擔者と共にそれ／＼一部の求償權を有することとなるのである。而して分擔の割合は「各自ノ負擔部分」に應じて定まるのであるから、「負擔部分多キ者ヲシテ多ク分擔セシメ其少キ者ヲシテ少ク分擔セシメ、又負擔部分相等シキ者若クハ共ニ負擔部分ナキ者ノ間ニ於テハ之ヲ平等ニ分擔セシムル」こととなるのである(三〇)。

二九 例へば過失によつて求償を怠りたる爲め被求償者が無資力に陥りたる場合の如きは本條に依る求償を爲し得ない。

三〇 大判・明治四三・二・二五民錄一四九頁、大正三・一〇・一三民錄七五一頁等。

(ロ)「連帯債務者ノ一人カ連帯ノ免除ヲ得タル場合ニ於テ、他ノ債務者中ニ辨濟ノ資力ナキ者アルトキハ債權者ハ其無資力者カ辨濟スルコト能ハサル部分ニ付キ連帯ノ免除ヲ得タル者カ負擔スヘキ部分ヲ負擔ス」べきである(五條四)。例へば、甲乙丙平等の負擔部分を以て金六百圓の連帯債務を負擔せる場合に、債權者が甲一人に對して連帯免除を爲せるときは、以後甲に對しては金二百圓の請求のみを爲し得べく、乙丙に對しては依然として金六百圓を請求し得る。此場合乙が債務全額の辨濟を爲したる上丙に對して其負擔部分金二百圓を求償したる所、丙無資力にして其目的を達せざりしときは、連帯免除を受けたる甲に對して内金百圓の分擔を請求する代はりに債權者に對して其分擔を請求し得る。

第五節 擔保の變更

第一 總說

○ 債權の實質的價値は其擔保の確否によつて定まる。確實なる物的擔保によつて擔保せらるる債權は其價値最も多く、單に人的擔保を有するに過ぎない債權と雖も當該の人的擔保にして確實なる以上は尙充分の價値をもつてゐる。之に反して物的擔保を有せず且債務者の資力不確實なる債權は實際上有名無實であつて殆ど何等の價値をも有しない。此故に、一定の債權を擔保する物的若くは人的の擔保が其確實さに増減を生じ若くは甲より乙に變更せらるるときは、當該債權の價値は直に之によつて影響を受くべく、従つて債權者の意思に反して擔保が消滅若くは減少するが如きことなからしむるは

債權の實質的價値は其擔保の確否によつて定まる。

法律の最も意を用ゐねばならない事柄の一である。是れ民法に於ても人的擔保の保全方法として債權者代位權(三條二)及び取消權(四條二)の制度を設け、物的擔保の保全方法としては之を物權と爲すによつて其對外的效力を強固ならしめてゐる所以であり、其外「債務者カ擔保ヲ毀滅シ又ハ之ヲ減少シタルトキ」は期限の利益を失ふべき旨を規定して居るが如き(七條三)すべてそれが爲めである。

二 此故に、甲の物的擔保を乙に變更する爲めには必ず債權者の同意を必要とすべく、保證人甲を乙に變更するにも同じく債權者の同意を必要とする等すべて債權者の意に反して擔保を變更し得ざるを原則とする。

尙債務者が擔保を入るべき義務を負ふてゐる場合に、擔保が債權者の過失によらずして滅失減少したるときは債權者より擔保の變更補充を請求し得るのであつて、先に説明した保證人交代請求權(九條)の如き正に其原則の現はれに外ならぬ。

三 擔保變更の一場合として特に研究を要するものは債務引受である。債務引受は債權關係の同一性を維持しつつ債務者を甲より乙に變更する行爲であつて、其結果債權の擔保が甲の一般擔保力より乙のそれに變更されるのである。従つて、乙の一般擔保力が甲のそれより大なるときは債權其價値を増加すべく小なるときは反つて其價値を減少することとなるのである。

ドイツの學者は一般に債務引受を分つて免責的引受及び添加的引受の二種類とする。而して、前者は——右に説明したるが如き——債務者の交代を生ずる引受を意味し、後者は從來の債務者の外に更に新債務者が添加する場合を意味するの

である。吾國に於ても此分類に倣ふ學者が少なくないけれども、二者は概念的に全く異なつたものであるから、債務引受なる名稱は單に免責的引受のみを意味するものとして之を使用し、添加的引受は全然別箇のものとして取扱ふを正當とする(100)。

一 添加的引受は債權者と添加する新債務者との契約によつて在來の債務と同一内容を有する新債務を發生せしむる行爲であつて、在來の債務者が其契約に参加することは全く必要ない。其不知の間に若くは其意に反して行はれても尙有效たるを失はない(大判大正一五・三・二五民集二一九頁)。

尙添加的引受到困つて生ずる債務と在來の債務との關係は連帶債務なることあるべく、保證なることあるべく、又連帶保證なることもあり得る。其いづれなるかは契約當事者の意思によつて定まるのである。學者によつては常に必ず連帶債務を生ずると説くものがあるけれども、當事者は連帶債務を負担する意味に於て引受くることもあるべく、保證の意味に於て引受くることもあり得るから、一概に連帶債務を生ずるものと説くのは誤りである。

二 添加的引受到類似して之と區別すべきものに「履行引受」がある。引受人が債務者との契約によつて其債務を代はつて辨済すべき債務を負担することを言ふのであつて、經濟的には添加的引受と似た效用をもつてゐるけれども、此場合引受人に對して直接代はつて辨済すべきことを請求する權利を取得するものは債務者であつて債權者ではないから、法律的には全然別箇のものである(大判大正八・一・二五民集二二八六頁參照)。尤も債務者引受人の特約によつて直接債權者をして請求權を得しめることも出来る。此場合には一種の第三者の爲めにする契約(民五三七條)が成り立つ譯である。

第二 債務引受

一 債務引受は債權關係の同一性を維持しつつ債務を引受人に移轉することを目的とする債權者引受人間の契約であ

る。

債務引受は債務をそのまま引受人に移轉する契約であるから、「債務者ノ交替ニ因ル更改(民五二)と異なる。蓋し後者にあつては新債務者が新に債務を負担するによつて在來の債務を消滅せしめるのであつて、前後の債務は全然別物だからである。所が民法は更改に關する規定を設けてゐるのみで債務引受到付いては何等規定する所がないから古くは吾國に於ても債務引受は無効である、債務者の交替は更改によつてのみ行はれ得る、との説が行はれたことがあるけれども、今日では學說判例共に一般に債務引受の有効なることを認めて居る(三)。

三 債務引受が法律上有效と認められるに至るまでには歐洲の法律學上永い論争があつたのであるが、吾國の判例は民法施行前から其有效を認めて居る。最近の判例は大判・大正八・六・二五民集一一三九頁、同一〇・五・九民集八九九頁、同一一・三・一民集八〇頁、同一四・二・二五民集七一〇頁、同一五・三・二五民集二一九頁等。

債務引受が有効に成立する爲めには次の諸要件を必要とする。

(イ) 債權者と引受人との間に引受人に於て債務を引受くべき旨の契約が成立すること 債務者の何人なるかは債權者にとつて最も大事な事柄であるから常に必ず債權者の同意を必要とする。之に反して在來の債務者は必ずしも引受契約に参加することを必要としない(四)。但し債務者の意思に反せざることを要するや否やに付いては疑がある。民法が第三者の辨済及び債務者の交替に因る更改の有效要件として債務者の意思に反せざることを要求してゐることから推して考へると(民四七四條二項、五一四條參照)債務引受到付ても同じく之を必要とするものと解すべきやうに考へられるけれども、他面民法が債務の免

除を債權者の一方の意思によつて行はれ得ることにしてゐることから推して考へると(民五一九條參照)之を必要とせざるものとも解することが出来る。債權者は——道義的には兎も角——物質的には債務引受の爲め何等の損害を蒙るものではない、而かも債權者引受人の關係だけを考へると債務者の意思の如き内部的事情によつて引受の効果を決せられることは極めて迷惑であるから、縦令時に債務者の道義心を害することがあつても、債務者の意思如何によつて債權者引受人間の内部關係を動かさしめないやうにする方が寧ろ正當ではある(五)。

尙舊新債務者の契約のみによつて債務引受の効果を生ぜしめ得ざること勿論であるが、後より債權者之を追認するに於ては其時以後其効果を生ぜしむるを妨げない(六)。

四 大判大正一四・一二・一五民集七一〇頁。勿論在來の債務者も參加して三面的契約を締結しても差支ない。

五 大判大正一〇・五・九民錄八九九頁は「債務者ノ意思ニ反セザル限り債權者ト引受人トノ間ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ベキ旨ヲ説いてゐるけれども、此判例は唯債務引受の有効なることを説いてゐるだけで、必ずしも積極的に債務者の意思に反せざることを必要とすと言ふてゐるのではない。」

六 反對説があるけれども債權者の追認を無効とすべき理由は少しもない。

(ロ) 債務が移轉し得べき性質のものなること 例へば、畫伯が繪を畫くべき債務の如きは性質上引受の目的物とならない。其他債務が移轉性を有するや否やは之を成立せしめたる當事者の意思・債務の内容等各種の事情を參照して之を決すべきである。

尙債務引受契約には特別の方式を必要とせず、又何等特別の對抗要件を踐むことを必要としない。

二 債務引受が有効に成立したるときは、債務は同一性を維持しつつ舊債務者より新債務者に移轉する。従つて、債務者が變更する以外債權關係それ自身は何等の變化を受くることなく、利息債務は勿論違約金債務も亦共に移轉するを原則とする。

引受の目的たる債務の爲めに設定せられたる人的擔保及び物的擔保もそのまま債務に附隨して存續するを原則とするけれども、

(1) 債務者以外の第三者の設定した質抵當は其第三者の同意あるにあらざれば移轉することなく、引受と同時に消滅するものと解せねばならぬ。蓋し第三者は債務者個人の特性に著眼して此等の物的擔保を設定したものと云はねばならないからである。

(2) 保證人も主たる債務者の個性に著眼して保證債務を負擔したのであるから、保證債務は主債務の引受と同時に消滅するを原則とし、保證人の同意を得たる場合に於てのみ其まま主債務の爲めに存續する(七)。尙保證が主債務者の委託によつて爲された場合には主債務者の同意を得るにあらざれば保證債務の引受を爲し得ないけれども、委託によらざる保證債務の引受には主債務者の同意を要しない。

③ 連帶債務者の一人に付き債務引受を生じたる場合に、連帶關係が其まま他の債務者と引受人との間に存續するや否やは疑問であるけれども、何人が自己の連帶者であるかは各債務者にとつて重要な事柄であり殊に求償權の行使に至大の

關係を有するから、連帯者の同意あるにあらざれば引受の効果を生ぜざるものと解するを正當とする。但し債務者の一人が他の債務者の意思に基かずして連帯債務を負ひ従つて自ら何等の負擔部分を有せざるときは——主債務者の委託によらざる保證人と同様——他の債務者の同意を要せずして自己の債務を他人に移轉し得るものと解せねばならない。

七 大判大正一一・三・二民集八〇頁。

尙引受の目的たる債務に抗辯権が附著してゐると抗辯権も亦附隨して移轉する。例へば、買主の債務の引受人は賣主の代金請求に對し未だ賣品の引渡なきことを理由として同時履行の抗辯(三五三)を對抗し得る。蓋し債務引受は債務の同一性を害しないからである。之に反し、引受の目的たる債務を發生せしめた契約の取消権・解除権の如きは引受人に移轉しない。蓋し此等の権利は契約それ自身を全體的に覆へすことを内容とする、而かも引受人は契約の一効果たる當事者一方の債務を引受けたるに過ぎないからである(八)。

八 右と異つて契約當事者たるの地位——例へば賣買に於ける買主の地位——を全體的に引受けた者は取消権・解除権等を行使し得る。

契約當事者たる地位の全體的承繼は契約より生じたる個々の権利の讓渡若くは債務の引受と全然別物であつて、契約當事者双方及び承繼人の三面契約を以て有効に之を爲し得べしとするのが一般の解釋である(大判昭和二・一二・一六民集七〇六頁參照)。

第六章 債權の消滅

第一節 總 說

一 債權は各種の原因によつて消滅する。之を分類すると大體左の通りになる。

(イ) 目的の到達 債權は債務者を強制して一定の給付を爲さしめ得べき權利であるから、債務の本旨に従つた辨濟が爲さるるによつて其目的を達し最早存在の必要なきに至る。

(ロ) 存在理由の消滅 債權の目的たる給付が債務者の責に歸すべからざる事によつて履行不能に陥ると、債權は最早目的を達すること能はざること確定するが故に、存在理由を失つて消滅する(一)。尙「債權及ヒ債務カ同一人ニ歸シタルキハ其債權ハ——混同によつて——消滅ス」る。蓋し債權は其存續すべき理由を失ふからである(四五二)。

一 履行不能が債務者の責に歸すべき事由によるときは、債權は消滅せずして損害賠償債權に變化すること上述の通りである(第四章第三節第三參照)。

(ハ) 消滅を目的とする法律行爲 債權は直接之を消滅せしむることを目的とする法律行爲によつて消滅する。

(1) 債權者の行爲 債權者は其一方的意思表示によつて債權を消滅せしめ得る。其中無償的に消滅せしむるものは免除(四五二)であり、代償として自己の債務も同時に消滅すべきことを條件とするものは相殺(四五〇)である。

(2) 債務者の行爲 債務者が債務の本旨に従ひたる履行の提供を爲したるに拘らず債權者之を受領せざるときは「債權者ノ爲メニ辨濟ノ目的物ヲ供託シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得」(四四九)る。

(3) 債權者債務者の契約 債權者債務者は其契約を以て債權を消滅せしめ得る。而して其中更に本來の給付に代はるべき何等かの利益を債權者に與ふることを條件とする場合——代物辨濟(民四八)更改(民五一)——と無償的に消滅せしめる場合とを分つことが出来る。民法は上述の通り免除を債權者一方の單獨行爲として規定してゐるけれども、契約による免除も亦有效たるを妨げない。

二 尙以上の外債權は時効・法律行爲の取消・解除・解除條件成就・終期到來等によつても消滅するけれども、此等に關しては特に本章に於て説明を與ふべき限りでない。

第二節 辨 濟

第一 辨濟の法律的性質

債務の本旨に従ひたる辨濟あるときは債權は其目的を達して消滅する。目的到達なる客觀的事實により存續の理由を失つて消滅するのであつて、消滅を欲する債務者の意思表示若くは債權者債務者の契約の効果として消滅するのではない、従つて辨濟は法律行爲ではない。

辨濟が法律行爲なりや否やは從來學者の好んで論議する所であるが(一)、先づ第一に辨濟の爲めにする給付行爲が不作爲——例へば一定期間競業を爲さざること——なるときは、苟も其不作爲が爲されさへすれば債務者に辨濟意思がなくとも債務は辨濟せらるる故に、此場合に辨濟が法律行爲ならざるは明かである。第二に給付行爲が債權物權等の設定移轉なる

ときは給付行爲それ自身が法律行爲なること勿論であるけれども、給付行爲の法律行爲なることは決して當然に辨濟それ自身を法律行爲たらしめるものではない。辨濟が法律行爲であると言ふのは辨濟意思の表示により其効果として債權が消滅することを意味する。若しも辨濟の成立するが爲めに辨濟意思の表示を必要とするならば、給付行爲が——例へば繪を畫く、使に行くと言ふやうな——事實行爲であつても之によつて成立する辨濟は尙法律行爲でなければならぬのである。此故に、給付行爲の法律行爲なりや否やによつて辨濟の中に法律行爲たる場合と否との區別を立てやうとする説は抑も問題の根本を理解せざるものと言はねばならない。

元來給付はすべて必ず何等かの目的の爲めに爲される。何等の目的なしに給付の爲されることは全然あり得ない。而して具體的の諸場合に付いて一定の給付が如何なる目的の爲めに爲されたかは多く之を爲したる給付者の意思を解釋するによつて之を決し得る。即ち給付目的の決定は主として給付者自ら之を爲し得るのであつて、一定の給付が辨濟の目的の爲めに爲さるるや否や及び如何なる債務の辨濟の爲めに爲さるるかも多くの場合に於て給付者自ら之を決定し得るけれども、例へば不作爲債務の爲めにする給付が其債務辨濟の爲めにする目的を有することは給付それ自身の性質が之を決するのであつて、給付者の意思によつて決定されるものではない。又例へば甲に對して二口の各金百圓づつの債務を負擔する乙が辨濟の爲め金百圓の郵便爲替を送附する場合にそれが二口中いづれの債務の辨濟に充當せらるべきかは乙自ら之を決定し得るを原則とするけれども、乙其決定を爲さざりしときは債權者甲に於て之を決定し得べく(民四八八)甲亦之を爲さずして爲替を受領したるときは法律の規定によつて其充當關係が決定される(民四八九)。即ち此場合に於ける辨濟目的は或は

全部給付者によつて決定せられ或は一部分——概括的に——給付者之を決定し他の一部分は債權者の意思により若くは法律の規定によつて決定されるのである。之を要するに、一定給付が一定の債權の爲めにする辨濟目的を有するや否やは、或は給付者自らの意思により或は給付を受くる者の意思により或は又法律の規定により其他給付それ自身の性質四圍の事情等によつて決定されるのであつて、給付者若くは給付受領者の意思によつて決定される場合も實は目的決定の一場合たるに過ぎないのである。此故に、給付者若くは給付受領者の意思によつて辨濟目的の決定された場合だけを引き離して法律行爲としての辨濟行はれたりと考へるのは不當であつて、苟も辨濟目的の爲めにする給付が爲されたる時は其目的決定が如何にして爲されたるかを問はずしてすべて辨濟ありたりと考ふべきである。して見ると、辨濟は當該債務の辨濟を目的として給付が爲されたるにより債權が其目的を達したと言ふ客觀的事實によつて債務を消滅せしめるのであつて、或はすべて當事者の意思によつて消滅するものと考へ、或は又當事者の意思によつて消滅する場合と否との區別あるが如くに考へるのはすべて誤なりと言はねばならない。

かくの如く辨濟は法律行爲でないから、例へば甲が代理人乙をして辨濟を爲さしめる場合に當該給付の辨濟目的を定むる者は甲であつて乙ではない、乙が全く其給付行爲の目的を知らず即ち辨濟を代理して行ふ意思を有せざる場合に於ても尙其辨濟は有効である。又辨濟の爲めにする給付行爲が法律行爲なるときは辨濟者に於て之を爲し得べき能力を有することを必要とするけれども、給付行爲が——例へば繪を畫き物を運ぶと言ふが如き——事實行爲なるときは未成年者其他無能力者と雖も有効に辨濟を爲し得る。蓋し辨濟は債務消滅を目的とする辨濟者の意思表示ではない。而して一定の給付に

辨濟目的を與へることそれ自身は法律行爲ではないからである。

一 辨濟の法律的性質に關しては次の如き各種の説が行はれて居る。

- 一 法律行爲説 (イ) 辨濟者の單獨行爲なりとする説 (ロ) 辨濟者と辨濟受領者との契約なりとする説 (ハ) 給付が成立する爲めに債權者の受領を必要とする場合には契約にして然らざる場合には辨濟者の單獨行爲なりとする説
- 二 非法律行爲説(我國に於ける通説である、尙大判大正九・六・二民錄八四〇頁參照)。
- 三 法律行爲なる場合と然らざる場合とありとする説 (イ) 給付行爲が法律行爲なるときは辨濟行爲亦法律行爲なりとし然らざるときは法律行爲にあらずとする説 (ロ) 給付の實行が債務者一方の所爲によつて完結し得べき場合には辨濟意思の表示を必要としないけれども、給付の實行に債權者の承諾を必要とする場合には辨濟者が辨濟によつて債務を消滅せしむべき意思を表示することを必要とする説。

第二 辨濟者

一 債務者は辨濟の義務を負ふものなるが故に又有効に辨濟を爲し得る。而して債務者は自ら辨濟の爲めにする給付行爲を爲さざるべからざるを原則とするけれども、債務の本旨に反せざる限り給付行爲が法律行爲なるときは他人を代理人として其法律行爲を爲さしめ得べく(二)、給付行爲が事實行爲なる場合に於ても債務の本旨に反せざる限り他人を使役して其行爲を爲さしめ得る。但し其行爲に對しては絶對的に責任を負ふことを要する(三)。

二 此場合代理人は之を爲すに必要な代理權を有することを要するや勿論であるけれども(大判大正二・一・二四民錄九八六頁)、此場合代理人の爲す所は辨濟の爲めにする給付行爲に過ぎないから、代理人が其給付行爲の辨濟目的に出づることを知らず從

つて其給付行為によつて債務を消滅せしむべき意思を有せずと雖も尙辨済の成立を妨げない。

三 大判昭和四・三・三〇民集三六三頁。

二 第三者の辨済

債務者以外の第三者も債務者の爲めに其債務を辨済し得るを原則とする。蓋し債務の本旨に反せざる限り第三者の辨済も尙債權の目的を達せしめ得べく又債務者も特殊の理由なき限り何等之に因つて不利益を蒙ることなきを通例とするからである(四條七)。

しかし此原則に對しては次の如き例外がある。

(イ) 「債務ノ性質カ之ヲ許サルトキ」 例へば畫伯が繪を畫き俳優の演技すべき債務の如きは性質上第三者の辨済を許さない。尙雇傭に關する民法第二五條、寄託に關する第六五八條等參照。

(ロ) 當該の債務を發生せしめた法律行為の「當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキ」 例へば當事者が豫め第三者の辨済を許さざる旨の特約を爲したるとき。

(ハ) 辨済を爲すに付いて「利害ノ關係ヲ有セサル第三者」の辨済が債務者の意思に反するとき 例へば、物上保證人・擔保財産の第三取得者等(三)は債務者の意思に反しても尙辨済を爲し得るに反し、かかる利害關係を有せざる第三者の辨済が債務者の意思に反るときは債權者之を受領するも尙無効である。但し事實上債務者が反對意思を有したるを以て足り、特に豫め其意思を表示したることを必要としない(四)。

四 保證人・連帶債務者等の辨済は同時に主たる債務者・他の連帶債務者等の債務を消滅せしめるけれども、それは彼等が自己の債務を辨済したるによつて生ずる結果に過ぎないから純然たる第三者の辨済ではない。しかし之によつて事實上主債務者等を利すること第三者の辨済と同一なるが故に、求償關係に於ては同様の保護を受くべきこと後述の通りである。

五 特に意思表示を要せずとする判例、大判大正六・一〇・一八民錄一六六二頁。尙反對意思ありたりや否やは「債務ノ性質當事者ノ關係其他辨済前後ニ於ケル諸般ノ事情ニ依リ判定スベク、若シ爭アルトキハ第三者ニ於テ其辨済が債務者ノ意思ニ反セザルコトヲ立證スル責」ありとするのが右判例の趣旨であるけれども、第三者の辨済が債務者の意思に反する故を以て無効とされるのは特に債務者保護の爲めに許された異例に過ぎないから之を主張する者に於て舉證の責任を負ふべきものと解するを正當とする(大判大正九・一・二六民錄二二頁)。

辨済を爲したる第三者の求償權 第三者が債務者の爲めに辨済を爲す原因は、或は債務者の委任なることあり、或は單なる事務管理(七條六九)なることあり、又或は債務者に贈與する意思を以て之を爲すことがある。而して委任を原因とするときは委任事務處理による費用償還に關する規定(六四九)により、事務管理を原因とするときは第七〇二條によつて、辨済に要したる費用の求償權が発生する。

而して法律は此求償權を保護する爲め第三者に與ふるに「代位辨済」の權利を以てして居る。即ち債權者の權利——主たる債權は勿論之が擔保の爲めに存する附從の諸權利等——は第三者の辨済によつて消滅するけれども法律は辨済者の利益の爲め債務者と辨済者との關係に於てのみ特に之を消滅せざるものと看做し、求償權行使に必要な限り辨済者に於て此等の諸權利を代位行使し得ることとしたのである。

代位の要件 代位が有効に成立する爲めには次の要件を必要とする。

(イ) 第三者が自己の出捐によつて債權を消滅せしめ以て債務者に利益を與へたること 第三者が以上の意味に於ける第三者の辨濟を爲したるときは勿論、代物辨濟・更改等によつて債權を消滅せしめた場合にも代位を生じ得る。尙法律は廣く「債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタル者」は代位し得る旨を規定して居るから(民四九)以上の意味に於ける第三者の辨濟を爲したる者の外、自己の債務を辨濟して主債務者に利益を與へた保證人・辨濟によつて他の債務者にも利益を與へた連帶債務者等も同じく代位權を有するものと解するを正當とする。蓋し此等の者は自己の債務を辨濟したのであるけれども同時に之によつて他の債務者に利益を與へたる點に於て純然たる第三者が債務者の爲めに辨濟を爲したる場合と實質上何等區別せらるべきものがないからである(六)。

六 此點に付いては多少の反對説がある。けれども、それは「債務者ノ爲メニ辨濟ヲ爲シタル者」なる文字を不當に狭く解せむとするものであつて、法律が代位制度を認めた根本の精神を無視するものである。

(ロ) 辨濟者が債務者に對して求償權を有すること 代位は辨濟者の求償權を保護する制度であるから求償權なくんば代位を生じない(民五〇一)。

(ハ) 辨濟者が「辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル」か又は「辨濟ト同時ニ——代位に對する——債權者ノ承諾」を得たること 「辨濟ヲ爲スニ付キ正當ノ利益ヲ有スル者」(七) 即ち物上保證人・擔保財産の第三取得者・保證人・連帶債務者・不可分債務者等が辨濟を爲したるときは債權者の承諾を要せずして法律上當然に代位し得る(法定代位)(民五〇)。之に反し其以

外の第三者は「其辨濟ト同時ニ(八)債權者ノ承諾ヲ得テ之ニ代位スルコトヲ得」る(任意代位)。尙任意代位にありては——後に述ぶる——債權讓渡に於けると同じく代位の事實を債權者より「債務者ニ通知シ又ハ債務者カ之ヲ承諾スルニ非サレハ之ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得」ない(項四九九條二)。

七 大判昭和六・四・七民集三六九頁「辨濟ヲ爲スニ付正當ノ利益ヲ有スル者トハ辨濟ニ因リ當然法律上ノ利益ヲ受クル者ノミヲ指稱シ、縱令辨濟ニ付事實上ノ利害關係ヲ有スルモ當然法律上ノ利益ヲ受ケザル者ハ之ヲ除外スルモノト解スベキモノトス」。

八 辨濟が有効に成立する迄の間何時にても差支なし。必ずしも同時なるを要せず、唯辨濟ありたる以後ならざるを以て足る。

代位の效果

(イ) 代位者債務者間の關係 「債權者ニ代位シタル者ハ自己ノ權利ニ基キ求償ヲ爲スコトヲ得ヘキ範圍内ニ於テ債權ノ效力及ヒ擔保トシテ其債權者カ有セシ一切ノ權利ヲ行フコトヲ得」る(民五〇)。辨濟者が自己固有の求償權を行使し得ること勿論であるが、其外事實上求償の目的を達するに必要な範圍内に於て債權者の有したる一切の權利を取得し、例へば債權が質抵當保證等によつて擔保せらるるときは求償に必要な範圍に於て債權者と同じく自己の名に於て此等の擔保權を行使し得るのである。而して此場合行使せらるる權利は債權者の有したる權利であるから、此權利に何等かの瑕疵が附著してゐるならば代位者も亦其瑕疵を受け繼がねばならない。即ち債務者は法定代位に在つては第三者の辨濟ありたる時までには債權者に對して取得した抗辯を以て代位者に對抗し得べく、任意代位にあつては代位の通知又は承諾の時までに取得した抗辯を以て代位者に對抗し得る。従つて例へば保證人の債務が取消し得べきものなるときは保證人は代位者の請求

に對しても取消權の行使によつて抗辯を爲し得る。

尙代位は債權全部の辨濟ありたる場合のみならず、一部辨濟の場合にも亦生ずる。而して此場合には「代位者ハ其辨濟シタル價額ニ應シテ債權者ト共ニ其權利ヲ行フ」ことを得る(九)。勿論此場合に於ても辨濟者の代位し得る權利は「債權ノ效力及ヒ擔保トシテ其債權者カ有セシ一切ノ權利」に限り、其以外の權利に及ばないから、例へば當該の債權を發生せしめた根本の契約の當事者たる地位は依然として債權者の手中にのみ存するが故に、其契約を解除する權利の如きは債權者のみ之を行使し得べく、辨濟者の代位し得べき限りでない。但し債權者が解除によつて遡及的に債權を消滅せしめ以て第三者の辨濟を失効せしめたるときは第三者に對して「其辨濟シタル價額及ヒ其利息ヲ償還スルコトヲ要ス」(民五〇)一〇。

九 「債權者ト共ニ其權利ヲ行フ」とは債權者と辨濟者とがそれ／＼部分的に權利を行ひ得ると言ふ意味であつて、權利行使が共同的に行はるることを要する意味ではない。従つて性質上分割行使を許さざる權利に付いては格別、「分割行使ヲ爲シ得ル以上之ガ行使ニ付債權者ト共同スルノ要ナク、各別ニ之ガ行使ヲ爲シ得ル」(大判昭和六・四・七民集三五五頁)。

一〇 第三者が全部辨濟を爲したる後に於ても、債權者契約を解除し得べきや否やに付いては疑があるけれども、解除權は根本の契約當事者を保護する爲めに與へられたものであつて第三者の辨濟の爲め消滅すべき理由がないから、債權者が第三者の辨濟に對して特に承諾を與へたる場合を除く外、辨濟後に於ても尙解除し得るものと解するを正當とする。而して此場合に於ても債權者は「代位者ニ其辨濟シタル價額及ヒ其利息ヲ償還スルコトヲ要ス」るや勿論である。

(ロ) 代位者債權者間の關係 債權者は代位者に對して其權利行使に必要な一切の利便を保障することを要する。従つて、(1)例へば抵當不動産の第三取得者が被擔保債權の全部を辨濟したるときは、債權者に對して該抵當權の——代位に

よる——移轉登記に共力すべきことを請求し得る。(2)「代位辨濟ニ因リテ全部ノ辨濟ヲ受ケタル債權者ハ債權ニ關スル證書及ビ其占有ニ在ル擔保物ヲ代位者ニ交付スルコトヲ要ス」る。尙「債權ノ一部ニ付キ代位辨濟アリタル場合ニ於テハ債權者ハ債權證書ニ其代位ヲ記入シ且代位者ヲシテ其占有ニ在ル擔保物ノ保存ヲ監督セシムルコトヲ要ス」(民五〇)。(3)法定代位を爲し得る者に對しては擔保保存の義務あり、従つて「債權者カ故意又ハ懈怠ニ因リテ其擔保(一)ヲ喪失(二)又ハ減少シタルトキハ代位ヲ爲スヘキ者ハ其喪失又ハ減少ニ因リ償還ヲ受クルコト能ハサルニ至リタル限度ニ於テ其責ヲ免」れる(民五〇)一四。従つて擔保の喪失又は減少に因つて代位によるも尙求償權の満足を得ざらしときは其限度に於て既に債權者に爲したる辨濟其他給付の返還を請求し得る。

一一 茲に「擔保」とは「法律ノ規定ニ因ルト契約ニ因ルトト間ハズ物上又ハ對人擔保ヲ言フ」のであつて「所謂一般擔保即チ債務者ノ財産ニシテ一般債權者ノ辨濟ノ資ニ供セラルルモノ」を包含しない(大判大正元・一〇・一八民錄八八〇頁)。

一二 例へば、債權者が抵當權設定の登記又は假登記を怠りたるによつて其權利を喪失したるときは、保證人は其喪失の爲め償還を受くること能はざるに至りたる限度に於て保證の責を免れる(大判大正六・七・五民錄一一九七頁)。

一三 「其ノ免責セラルル時期ハ擔保喪失ノ確定的トナリタル時」である(大判昭和六・三・一六民集一五七頁)。

(ハ) 法定代位を爲し得る者相互間の關係 第五〇〇條によつて法定代位を爲し得る者は一個の債務に付いて二人以上あり得る。例へば、抵當權によつて擔保せらるる債務に付いて別に保證人甲ある場合に抵當不動産が第三者乙によつて取得せられたるときは、甲乙共に辨濟によつて法定代位を爲し得る。而して此場合甲先づ辨濟を爲さば乙に對して抵當權を

行使し得べく、乙若し先づ辨済を爲さば甲に對して保證債務の履行を請求し得ることとなつて、偶然先に辨済したる者が不當に利益を受けることとなる。此故に、民法は此等の者相互間に於ける代位を爲し得る順序及び其範圍を法定して偶然の利不利を防ぐこととしたのである(一五〇)。

(1) 保證人と先取特權・質權又は抵當權の目的たる物の第三取得者との關係に於ては、「第三取得者ハ保證人ニ對シテ債權者ニ代位」しない、第三取得者が辨済しても其求償を爲すに付き保證人に對して請求を爲し得ない。之に反し保證人が辨済を爲したるときは第三取得者に對して先取特權等を行し得べしと雖も、それが爲めには第三者の取得前「豫メ」先取特權・不動産質權又ハ抵當權ノ登記ニ其代位ヲ附記(一五シタル)ことを要し之を爲し置かざるときは彼等に對して此等の權利を代位行使し得ない。

一四 「豫メ」の意義に付いては、代位者の辨済前に附記登記が爲されさへすれば第三者の取得者以前に爲さるることを必要としないと言ふ説と、第三者の取得前に爲さるることを要すとの説があるけれども、本條が「豫メ」附記登記の爲さるべきことを要求してゐるのは、之によつて第三取得者に代位の事實若くは代位あるべきことを知らしめ、彼等をして不測の損害を蒙ることを避けしむる目的に出づるものなるが故に、第三者の取得前に附記登記あることを必要とすと解するを正當とする(大判昭和六・九・六民集八八九頁)。

一五 附記登記は辨済以後に之を爲す場合には先取特權等が代位によりて移轉したる旨の本登記によつて之を爲すべく、辨済以前に於ては附記の假登記(不動産二條)を爲すによつて如上の權利を確保し得るものと解すべきである。

(2) 第三取得者相互間に於ては互に代位權を行使し得るけれども、其之を行使し得べき範圍は各不動産の價格に應じて

定まる。例へば、金五千圓の債務を擔保する爲めA B 二個の抵當不動産ある場合に第三者甲がAを又乙がBを取得したるときは、甲乙いづれも第三者の辨済によつて代位權を取得し、互に他の者の取得した不動産上に抵當權を行使し得るけれども、A不動産の價額が六千圓Bが四千圓なる場合に甲がB上に抵當權を行使し得る金額は十分の四即ち二千圓に過ぎない。

(3) 物上保證人即ち「自己ノ財産ヲ以テ他人ノ債務ノ擔保ニ供シタル者」相互間の關係亦右に同じ。

(4) 保證人と物上保證人との間に於ては互に代位を主張し得るけれども、其範圍は債權額を頭數に應じて割り當てた金額に止まるを原則とする。例へば金一萬圓の債務に對して保證人甲と抵當權設定者乙とが存在するときは、甲乙いづれが辨済を爲したる場合に於ても、金五千圓だけ他の者に對して代位を主張し得る。尤も保證人の外に物上保證人數人あるときは、保證人の割當は全部の頭數に應じて之を定め、物上保證人に付いては其殘額を各自の提供して居る擔保財産の價額に應じ按分して其割當額を定めるのである。尙此場合に於ても物上保證人の提供して居る財産が不動産なるときは保證人が物上保證人に對して代位し得るが爲めには各擔保權の登記に代位を附記したることを要する。

尙連帶債務者相互間、二人以上の保證人相互間及び連帶債務者と保證人との間に於ける求償權の範圍に付いては既に之を述べた(四四四條、四五六條、四六四條、四六五條)。従つて彼等相互間に於て代位を主張し得る範圍も自ら之によつて定まるものと言はねばならない。

第三 辨済受領者

一 辨済には債務者一方の給付行爲によつて成立するものと債權者の受領によつて初めて成立するものとの區別があ

る。然らば何人之を受領せば辨済は有効に成立すべきか。

債権者は辨済を請求し得べきものなるが故に、其受領が辨済を成立せしめ得べきこと素より言ふを竣たないけれども、此外法律は此原則に對して、債権者に受領の權限なき場合及び債権者以外の者の受領亦辨済を成立せしめ得べき場合なる二種の例外を設けて居る。

(二) 債権者は次の場合には例外として辨済受領の權限を有しない。

(イ) 債権者が自己の債権者より債権の差押假差押假處分等を受けたる爲め第三債務者が其支拂を差止められたるとき(民四八)、例へば第三債務者が差押命令の送達を受けたるときは以後債権者に對して辨済を爲し得ない(九八條)、之を爲すも差押債権者は自己の權利を害する限度に於て其效力を否認し(二七)、自ら直接第三債務者に對して差押債権の取立を爲し得る(二七)。尤も此場合第三債務者は其無効となりたる辨済物の返還を債権者に對して請求し得べきや勿論である(民四八)。

一六 差押命令に違反した辨済がすべて絶對に無効となるのではない。差押債権者の權利を害せざる限度に於ては尙有効に辨済を爲し得る(大判大正八・二・六民錄二七六頁)。

一七 従つて債権の準占有者に對して辨済を爲したる場合に於ても其效力を差押債権者に對抗し得ない(大判大正二・四・一二民錄二二五頁)。

(ロ) 債権が債權質の目的となりたる時 債権が權利質の目的となり而して第三債務者が其通知を受け、又は之に承諾を與へたる時は、第三債務者は以後直接其債権者に辨済を爲すも質權者に對して其效力を主張し得ない(民三六四)。

(ハ) 債権者が破産宣告を受けたるとき 破産宣告以後に於ては破産管財人のみ「破産財團ノ管理及處分ヲ爲ス權利」を有するが故に(破七)、直接破産者に對して爲したる辨済は無効である。

(ニ) 債権者が無能力者なる場合に獨斷にて辨済を受領し得るや否やに付いては争がある、辨済の受領は「單ニ權利ヲ得又ハ義務ヲ免ルヘキ行爲」に相當するが故に、未成年者の如きは法定代理人の同意を要せずして受領し得べしとの説を爲すものがあるけれども(參照)、準禁治產者妻に付てすら「元本ヲ領收」するには保佐人夫の同意許可を必要とすることになつてゐることから推して考へると(民一四條)、未成年者が全く獨斷にすべての辨済を受領し得べしとするのは誤つて居る。殊に辨済受領は一面辨済物の取得を生ずると同時に他面債権の喪失を來たすが故に、之を「單ニ權利ヲ得」る行爲とは稱し難いのである。此故に、受領行爲が例へば教授を受くるが如き事實行爲なるときは勿論何等の行爲能力を要せざるに反し、金錢の支拂を受くるが如き法律行爲なるときは受領者に其能力なくんば有効に給付行爲を成立せしめ得ざるものと解するを正當とする。

三 次の諸場合には債権者以外の者に依つて受領せられたる辨済も尙有効である。

(イ) 債権者の代理人によつて受領せられたる辨済は、給付行爲が債務の性質上代理人に對して爲し得べきものなるとき——例へば金錢の支拂の如き法律行爲なるとき——は有効である。之に反し、特定人に教授を爲すべき債務の如きは其特定人に對してのみ辨済を爲し得べく代理人に對して教授を爲すを以て辨済を成立せしめ得ざること勿論である。

尙代理人が辨済受領の權限を有せざるときは之によつて受領せられたる辨済の無効なること勿論なるも、表見代理人な

るときは尙有効に辨済を成立せしめ得る(民一〇九條、一一二條)。

(ロ)「債権ノ準占有者ニ爲シタル辨済ハ辨済者ノ善意ナリシトキニ限り其効力ヲ有ス」(八四七)。「債権ノ準占有者」とは債権者にあらざるにも拘らず一般第三者から見ると如何にも眞實の債権者らしい外観を呈してゐる者を言ふ(一八)。例へば甲の死亡によつて家督相續開始し乙其相續人として相續届を爲したる上戸籍謄本を具して甲の預金の拂戻を請求し、銀行善意にて拂戻を爲したるときは、後に至つて丙が相續を回復し、従つて乙は初めより相續人たらざりしこととなるも、右の拂戻は尙有效たるを失はない。勿論此場合丙は乙に對して其拂戻を受けたる金額を不當利得として償還せしめ得る(一九)。

尙法律は辨済者の善意なること——準占有者が眞實の債権者にあらざるを知らざること——を要求してゐるだけで、表面上其無過失なることを要求してゐないけれども、「債権ノ準占有者」とは何人が見てもいかにも債権者らしい外観を呈してゐるもの、即ち通常人の注意を以てしては其眞實債権者にあらざることを發見し得ないものの意であるから、「債権ノ準占有者」に對して善意に辨済すると言ふ言葉の中には自ら辨済者が無過失でなければならぬと言ふ意味が含まれてゐるものと解すべきである(二〇)。

一八 「民法第四七八條ニ規定セル債権ノ占有者トハ、自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ債権ヲ行使スル者ヲ謂フモノニシテ、其債権ヲ行使スト謂フニハ、債権者タル行爲ヲ續行シタル事實ヲ必要トスルモノニ非ズシテ、一般取引ノ觀念ニ於テ債権者ナリト信セシメ得ベキ事由ニ基キテ債権ヲ利用シタル場合ニ於テハ、其利用行爲ハ一回ナリトモ之ヲ以テ債権ノ行使ナリト謂フニ妨ゲナシ」(大判大正一〇・五・三〇民錄九八三頁)。尙大審院は「指名債権ヲ事實上讓受ケ」善意の債務者と示談契約を爲して辨済を受けたる者

債権の準占有者なりとし(大正七・一二・七民錄二三一〇頁)、甲の受くべき送金電報を乙が騙取したる上自ら甲なりと冒稱して銀行より支拂を受けたるときは債権の準占有者に對する辨済なりとし(明治四一・一一・三〇刑錄一〇三三頁)、又偽造の配當金領收證を利用して配當金取扱銀行より支拂を受けたるものを債権の準占有者なりとしてゐる(昭和二・六・二二民集四〇八頁)。

一九 蓋し本條は善意無過失なる辨済者を保護するだけの目的から辨済を有効としてゐるのであつて、準占有者に辨済物を取得し得べき實質的の權利ありとしてゐるのではないからである。大判大正七・一二・七民錄二三一〇頁参照。

二〇 大審院は本條文字の表面に捉はれて「無過失」なる要素を必要とせずと言ふて居る(明治三八・六・七民錄八九八頁、大正五・五・一五民錄九五三頁)。

(ハ)「受取證書ノ持參人ハ辨済受領ノ權限アルモノト看做ス」。従つて之に對して爲したる辨済は有效なるを原則とするも「辨済者カ其權限ナキコトヲ知リタルトキ又ハ過失ニ因リテ之ヲ知ラサリシトキ」は此限ではない(民四八)。

受取證書は辨済ありたる場合に其證據として受領者より辨済者に交付せらるべき證書である(二二)。此故に、眞に債権者又は其代理人によつて(二三)有權的に作成せられたりと認むべき受取證書を持參して履行の請求を爲す者あるときは、債務者に於て之を辨済受領の權限を有するものと信ずるのは一應尤であるから、縱令其者に受領の權限なしと雖も過失なくして之を有權者と誤信して爲された辨済を有効としたのである。

本條の適用に關して從來學者は一般に受取證書は眞正なるを要すとなし、偽造の證書持參人に對して爲された辨済は辨済者が善意無過失なる場合に於てもすべて無効であると説いてゐた。けれども、單に證書が眞正なりや否やの點のみに捉はれて本條の適用如何を定めやうとするのは誤つて居る。よろしく本條立法の根本精神に鑑み規定の全部を綜合的に解釋

して問題を決すべきである。

- 二一 茲に所謂受取證書は必ずしも世俗に所謂に受取證書たるを要しない。例へば銀行の預金證書に捺印したるもの・供託物取戻請求書の持参人に對する支拂もすべて本條の適用を受くべきである。
- 二二 大判大正三・一二・二六民録一二〇七頁は受取證書は債権者自らの名義たることを要し代理人の名義を以てする受取證書を包含せずと言ふて居るけれども、苟も受取證書の持参人に受領権ありと信ぜしむるに足るべきものある以上必ずしも債権者本人名義の受取證書たることを要せざるものと言はねばならない。

(1) 先づ第一に、受取證書は真正なるも持参人が受領の権限を有せざる場合に、辨濟者が其無権限を知らず且知らざるに付き過失なくして辨濟を爲したるときは、其本條によつて有效なること勿論である(二三)。

- 二三 三越の集金人が電車の中で居眠をしてゐる間に受取證書を盗取し之を利用して集金に來た者に對して爲した支拂は有效であるけれども、例へば其集金に來た者が土方體の服装を爲し何人が見るも集金人らしくない場合には之に對して爲された辨濟は過失あるものとして無効である。

(2) 次に受取證書は偽造なるも持参人が眞に受領権限を有するときは之に對して爲された辨濟はすべて有效である。しかし其法律的根據は本條に存せずして持参人が受領権限者たることに存する。例へば甲が乙に預金通帳と印形とを渡して預金の引出を委任したる場合に、乙悪心を起し内心自己の爲めにする意思を以て印形を押捺し之により預金を引出して逃走したるときは、銀行の乙に對する辨濟は有效である。此場合乙は自己の爲めにする意思を以て印形を冒用したのであるから受取證書は不真正である、而かも乙は預金引出の権限を持つて居る、勿論乙の引出受領に關する意思表示は外形上甲

の爲めに爲され内心乙自らの爲めに爲されてゐるけれども、銀行にして善意無過失なる以上心裡留保として其有效たるを妨げない(三九)。即ち此場合には第四八〇條によらず、第九三條によつて乙に對する辨濟が有效となるのである。

従つて表見代理人(民一〇九條、一一二條)若くは表見使者が受取證書を偽造持参した場合に於ても之に對して爲された辨濟は同様の理由によつて之を有效とすることが出来る。

(3) 受取證書が不真正にして持参人亦受領権限を有せざる場合に於ても、債務者が善良なる管理者の注意を以てするも尙真正の受取證書の持参人と信ずべき正當の理由ありや否やを四圍の事情を參酌して考察し、之ありと考へらるるときはたとへ證書不真正なるも尙本條を適用すべきである。尤も偽造の受取證書が全く債権者と無關係に作成利用され、従つて債権者の責任を問ふべき根據が全く存在しない場合は格別、さもない限り辨濟者の立場から見ても如何にも正當の受領権限者なりと考へるのが尤もである。考へられるやうな事情がある場合にはすべて本條を適用して辨濟者を保護すべきである。即ち本條の文字に捉はれずして其精神を考へ、表見代理(民一〇九條、一一二條)に於けると同様の考方に依つて、一面債権者の立場を顧慮しつつ、之を調和する限りに於て極力辨濟者の保護を計るべきであつて、受取證書が眞正なりや否やと言ふが如き形式的標準に依つて事を決すべきではない(二四)(三五)。

- 二四 例へば、從來屢々眞正の受取證書を持参して辨濟受領に來た債権者の被用者が、解雇の翌日從來使用してゐた用紙印章等を冒用して受取證書を偽造して辨濟を受けたるが如き場合には本條を適用して辨濟者を保護すべきである(大判昭和二・四・一二民集一五八頁に於ける事實参照)。

尙偽造の配當金領收證を利用して配當金の支拂を受けたる者に關する大判昭和二・六・二二民集四〇八頁參照。

二五 若しも受取證書が偽造なる場合に第四八〇條の適用がないとすれば、例へば債権者の被用者が偽造證書を利用して辨済を受けたやうな場合には、辨済者は第七一五條の適用に依つて債権者の責任を問ひ得べき餘地を生ずる。

(三) 無記名債権は債權證書の正當なる所持人に辨済すべき債權なるが故に、證書を呈示して支拂を請求する者が正當の所持人ならざるときは、之に對する辨済は無効なるべき理窟であるけれども、無記名債權證書を持參して其支拂を請求する者は普通人の眼から見れば真正の債權者なりと考へるの外ない。即ち債權の準占有者(八條)なりと解すべきであるから辨済者が善意なる以上之に對する辨済は尙之を有效と解せねばならない。

(ホ) 「指圖債權ノ債務者ハ其證書ノ所持人及ヒ其署名、捺印ノ眞僞ヲ調査スル權利ヲ有スルモ其義務ヲ負フコトナシ」、指圖債權證書を持參し自ら其最後の被裏書人なりと稱して支拂の請求を爲す者あるときは、其證書の裏書が形式上連續してゐる以上、債務者に於て其持參人を眞正の債權者なりと信ずるのは債權の性質上一應尤もであつて、「債務者ニ惡意又ハ重大ナル過失」あらば格別、さもない限り其持參人に對して爲したる辨済は尙有效である(四七)(二六)。

尙民法は同理を記名式所持人拂債權即ち「證書ニ債權者ヲ指名シタルモ其證書ノ所持人ニ辨済スヘキ旨ヲ附記シタル」債權に付いても認めて居る(四七)(二七)。

二六 指圖債權は其證書上に債權者として記されたる特定人又は其指圖人に支拂ふべきことを記した證券的債權であつて裏書によつて讓渡せらるべきものであるから、適法なる最後の被裏書人が眞正の債權者である。證書を持參して請求する者が最後の被裏

書人ならざるときは之に對する辨済は無効なるべき理窟であり、又證書に記された裏書が形式上連續してゐても其裏書の中に其署名又は捺印の眞正ならざるものあるときは最後の被裏書人は眞正の債權者にあらず、從つて之に對する辨済も亦無効なるべき理窟である。所がそれでは裏書によつて輾轉流通することを本質とする指圖債權の性質上極めて不都合であるから、民法は「債務者ニ惡意又ハ重大ナル過失」なき以上、如上の瑕疵ありと雖も證書の持參人に對して爲したる辨済はすべて之を有效としたのである。

尙本條に所謂「其署名捺印」は文義上一見「證書ノ所持人」の署名捺印のみを意味するやうに解せられるけれども、所持人に對する辨済が有效なる爲めにはすべての裏書に於ける署名捺印の眞正なることを要するを本來とするが故に、通説と同じくすべての裏書に於ける署名捺印をも意味するものと解するを正當とする。

二七 例へば運送人が乗客の手荷物を預かる場合に交付する引換證中に荷物は證書の持參人に還付すべき旨を記したるときは、證書を盜取して荷物還付を受けたる者ありと雖も、運送人に惡意又は重大なる過失なき限り、有效なる辨済であつて眞の荷物預主に對して何等の責任を負ふべき限りでない。尙寄席芝居等の下足札は事物の性質上此種の證券たる性質を有するものと解すべきである。學者は一般に此種の證券を稱して免責證券と言ふ。

尙記名式持參人拂債權の中でも特に有價證券(商二八二條)たる性質を有するものは上述の無記名債權と同一の取扱を受けるから(商四九條ノ二)、其所持人に對する辨済の效力も無記名債權に於ける同一の原則によつて決せらるべきである(手八〇條參照)。

四 以上の諸場合を除く外、「辨済受領ノ權限ヲ有セサル者ニ爲シタル辨済」はすべて無効なるを原則とする。けれども之に因つて眞正の債權者が事實上何等かの利益を受けたるときは、債權は兎も角之によつて満足を得たのであるから法律は「其利益ヲ受ケタル限度」に於て辨済を有效とし以て債權を消滅せしめることとして居る(四七)(二八)。

二八 例へば債權者の無權代理人に對する辨済は無効である。けれども、代理人が其受領したる辨済物を債權者に引渡したると

きは其限度に於て債権は尙消滅するのである。

第四 辨済の方法

一 辨済は辨済者一方の給付行爲のみによつて成立する場合と債権者の協力あるによつてのみ成立し得る場合とがある。尙後者の内にも債権者の協力がなければ辨済者の給付行爲それ自身が成り立ち得ざる場合と給付行爲だけは協力なしと雖も成り立ち得る場合とを分けることが出来る(二九)。而して此等の場合には獨り辨済者の給付行爲のみならず、債権者の協力も亦辨済を成立せしむべき要件である。

二九 例へば (一) 不作爲の債務の如きは債権者一方の不作爲のみによつて完全に履行せられ得る。

(二) 債権者の提供する材料に彫刻を施すべき債務の如きは債権者の材料提供——即ち協力——あるによつて初めて債務者の給付行爲が可能となる。

(三) 金銭の支拂を目的とする債務にあつては、債務者金銭を準備して受領を促し債権者之を受領するによつて辨済が成り立つ。即ち債務者の給付行爲夫れ自身は債権者の協力なしに成り立つけれども、辨済完了する爲めには債権者の協力——即ち受領——を必要とする。

二 辨済者の給付行爲

以上いづれの場合たるを問はず愈々辨済が有効に成立する爲めには辨済者の給付行爲が債務の本旨に従つて爲されたることを必要とする(三〇)。

三〇 債権者を遅滞に陥らしめる爲めには言語的提供のみを以て足る場合がある(民四九三條)。けれども、愈々辨済が成立する

爲めには債権者の受領あらば直に辨済を成立せしめ得るだけの給付行爲を必要とする。而して其意味に於て債務の本旨に従つた給付行爲が爲された以上、それが第四一五條の意味に於ては債務の本旨に従はず従つて賠償義務を發生せしむべき場合に於ても尙辨済を成立せしめ得べき給付行爲たるを失はない。

給付行爲が債務の本旨に従つて居るや否やは、給付の内容・時期・場所等に關聯して問題となる。

(イ) 給付の内容 給付の内容が債務の本旨に従はねばならぬこと勿論であるが、如何なる給付が債務の本旨に従へるかはその具體的の各債務に付いて之を決せねばならない。

但し物の給付を目的とする債務の辨済に關しては特に次の如き二三の問題を考へる必要がある。

(1) 物の所有權を移轉すべき債務を負擔せる者は單に其物の占有を移轉するのみならず其所有權を移轉することを要する。従つて辨済として引渡されたる物が他人の物なるときは辨済は成立し得ざるを原則とする。(一) 但し債権者が即時取得(二九)又は取得時効(二六)によつて其物の所有權を取得したるときは本來の所有者之に因つて其所有權を喪失し、債権者は結局完全なる満足を受くるが故に、此時に於て辨済成立したるものと考へることが出来る(三二)。(二) 特定物債務の目的たる特定物が他人の所有に屬するときは債権者は其他人より所有權を取得して之を債権者に移轉することを要する。而して其他人が所有權の移轉に同意せざるときは債権者は履行不能に陥り、債権者が既に目的物の引渡を受けて居る場合の如きは之を其他人に返還せねばならない。(三) 不特定物債務の履行として引渡された物が他人の物なる爲め債権者其所所有權を取得し得ざるときは辨済は未だ成立しない。而して所有者より其返還を請求し得べきは勿論、辨済者も亦之を取戻

し得る。但し辨濟者之を取戻すに付いては「更ニ有效ナル辨濟ヲ爲ス」ことを要し(五條七)、之を爲さずして取戻を請求したるときは債權者は「有效ナル辨濟」あるまで之を拒絶し得る。(四)尙債權者カ辨濟トシテ受ケタル物ヲ善意ニテ——即ち他人の物なることを知らずして——消費シ又ハ讓渡」するも——別に上述した即時取得等の適用なき限り——債權者は其物の所有權を取得したることならず従つて辨濟亦有效とならざるべき筋合であるけれども、民法は特に便宜上辨濟者に對する關係に於て其辨濟を有效とし、一面債權は消滅し他面辨濟者も其物の返還請求權を失ふこととして居る。但し之が爲め本來の所有者をして其權利を失はしむべき理由はないから、所有者より債權者に對して不當利得返還の請求を爲し又は債權者の讓受人に對して物の返還を請求し得べきこと勿論である。而して債權者が不當利得返還の請求を受け又は讓受人より賠償請求を受けて損害を蒙りたるときは「辨濟者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ妨ケ」ない(七條七)。

三一 大判・大正元・一〇・二民錄七七二頁、同一・一一・一四民集八五一頁。

(2) 「讓渡ノ能力ナキ所有者カ——例へば未成年者が法定代理人の同意を得ず——辨濟トシテ物ノ引渡ヲ爲シタル」ときは辨濟は一應有效であるけれども、後其給付行爲が取消されたるときは辨濟亦初めに溯つて其效力を失ひ、従つて所有者は其物の返還を請求し得るに至る。けれども、之を請求するが爲めには「更ニ有效ナル辨濟ヲ爲ス」ことを要する、即ち別に例へば法定代理人の同意を得て有效なる給付行爲を爲すことを要する(六條七)。「此事は一見無能力者の保護を薄くするが如きも無能力者の側で飽くまでも法律の保護を望むならば、當該債務を發生せしめた根本の法律行爲を取消して債務を消滅せしめればいいのであつて、さもない限り、本條の制限に服するの外ないのである。尙特定物債務の履行として特定物

の引渡ありたる場合には「更ニ有效ナル辨濟ヲ爲ス」途がないから本條の適用なきこと勿論である。又先に説明した第四七七條は此場合にも適用されるのであつて、債務者が「辨濟トシテ受ケタル物ヲ善意ニテ消費シ又ハ讓渡シタルトキハ其辨濟ハ有效」であつて、辨濟者は辨濟物の取戻を請求し得ない。

(3) 「債權ノ目的物カ特定物ノ引渡ナルトキハ辨濟者ハ其引渡ヲ爲スヘキ時ノ現狀ニテ其物ヲ引渡スコトヲ要ス」(八三條)。「引渡ヲ爲スヘキ時」即ち履行期前に其物が甲の状態にありたるも債務者の過失に因らずして(八四〇)履行期には乙の状態に陥りたるときは、乙の状態のまま其物を提供しさへすれば債務の本旨に従つた給付行爲が行はれたこととなるのである。

(ロ) 給付の時期 債務には一定の履行期に給付せらるることを要素とするものと然らざるものがある。前者は一般に定期行爲による債務と稱せらるるものであつて履行期以外に於て爲された給付は債務の本旨に適せず従つて有效なる辨濟を成立せしめ得ない。之に反し後者にあつては履行期以外に爲された給付も尙辨濟を成立せしめ得る。勿論履行期に遅れて爲された給付は——第四一五條に所謂「債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲ササル」ものとして——履行遅滞の原因となることあるべく、又履行期前に爲された給付は債權者其受領を拒絶するも受領遅滞を成立せしめないことがあり得るけれども、而かも尙辨濟を成立せしめべき性質を有するが故に債權者之を受領するときは尙有效に辨濟を成立せしめる(三三)。

三三 例へば某氏出發の際見送隊の爲めに奏樂すべき債務は其出發の際にのみ給付行爲を爲し得る。其以外の時に爲された給付行爲は辨濟を成立せしめ得ない。

爲を爲し得べき程度の準備を爲したることを必要とし、^{三三}「債務ノ履行ニ付キ債権者ノ行爲ヲ要スル」場合に於ては其債権者の行爲あらば遅滞なく給付行爲を進行せしめ得べき程度の準備を必要とする^{三四}。此程度の準備をも爲さずして受領の催告を爲すも提供の効果を發生せしめ得ないのである。

三五 例へば債権者の住所に於て金若干圓を支拂ふべき債務に付いて「債権者カ豫メ其受領ヲ拒ミ」たるときは態々其金額を用意して債権者の住所まで持参するを要しない。債権者の請求あらば遅滞なく辨済し得るだけの資力を用意してゐる以上單に言語的提供を爲すを以て足り、之によつて債権者を遅滞に陥らしめ得る。

之に反し例へば特定物を給付すべき債務者が密に之を他に轉賣し居たる所、債権者之を知らずして自己の都合上「豫メ其受領ヲ拒ム」旨の通知を爲したる場合に、債務者之を幸ひとして形式上受領の催告を爲すも有效なる言語的提供ありたるものと言ひ難い。

三六 債権者の指定提供したる土地に建築すべき債務者は遅滞なく建築に著手し得るだけの用意を爲して土地の指定提供を催告するによつて提供を爲し得る。而して債権者遅滞なく其指定提供を爲さざるときは遅滞に陥るのである。

四 債権者の協力義務と債権者の遅滞

辨済は債務者一方の給付行爲のみによつて成立し得る場合もあるけれども、多くの場合に於ては債権者の協力あるによつてのみ成立する。而して債権者の協力は更に之を分ちて債務者の給付行爲それ自身を成立せしむるに必要な協力と受領とに分ち得ること上述の通りである。

(イ) 債権者の協力義務

辨済が性質上債権者の協力あるによつてのみ成立し得る場合に於ては、債権者に於て其協力を爲すべき義務を負擔する

こと條理上當然である。唯其義務が債務なりや否や、即ち義務違反が債務不履行として民法の規定する各種の効果を生ずべきか若くは特殊の義務違反として何等か特別の効果を生ずるに過ぎざるかに付いては解釋上疑問を容るべき餘地がある。蓋し民法は此種の義務違反に對する制裁として債権者の遅滞(受領遅滞)^(三四)なる特別の制度を設けてゐるからである。此點に關して通説は債権者は單に給付を請求し得べき權利を有するに過ぎない、受領其他協力の債務を負ふが爲めには特約若くは特別の規定を必要とする、若しも民法が債権者に受領の債務ありとする考を採つて居るとすれば、受領遅滞は即ち受領債務の履行遅滞に外ならないから、受領遅滞に對する制裁としても單に履行遅滞の制度^(三四)を設けて置きさへすれば足りる譯である、然るに民法が特に受領遅滞に關する規定を設けて居ることから推して考へると、民法は受領義務を以て債務と爲さず従つて之に對する違反を債務不履行として取扱はざる考を採れるものと解すべき旨を主張して居る。けれども、民法が第四一二條に於て債務者遅滞の成立要件を規定して其効果を規定せず、次に第四一三條に於て債権者遅滞の成立要件を規定しつつ而かも同じく其効果を規定することなく、而して第四一四條以下に於て現實的履行の請求・損害賠償請求等債務者履行遅滞の諸効果を規定してゐることから考へると、吾民法は債権者の遅滞をも債務者の遅滞と同じく一種の履行遅滞なりとする考に従つてゐるものと解するを至當とする。通説は債権者遅滞と債務者遅滞とを劃然區別して居る獨逸民法の考へ方に盲從して之をすべての場合に通用すべき純理なりと獨斷してゐるに過ぎないのであつて、吾民法の解釋としては寧ろ反つて無理が多いのである。現に通説に従ふ諸學者が一般に民法は債権者遅滞の成立要件を規定せるに拘らず、其効果に關して何等直接規定する所なしとし、一般理論によつて其缺點を補ふの外なしと説いて居るが如

き、反つて其解釋の根本に無理のあることを示すものと言はねばならない(三三六)。

三七 此問題は從來學者によつて「債權者に受領義務ありや」の問題として争はれた。しかし精確に言ふと受領義務ありや否やの問題にあらずして受領義務が債務であるか否かの問題である。

債權者に受領義務なしとする從來の通説は主として債權者に受領義務なきことを基本として組み立てられて居る獨逸の受領遲滯理論をすべての國に通用すべき純理なりと考へることに基礎を有する。所が獨逸に於てすら債權者に受領義務なしとするのは一般原則に過ぎないのであつて、賣買に於ける買主・請負に於ける註文者の如きは、いづれも受領義務を負担してゐる(民四三三條、六五一條)、従つて獨逸民法の下に於ても物の引渡を目的とする債務者は債權者の不受領に對して普通の受領遲滯以上充分の保護を受けてゐるのである。此故に、吾民法の解釋として徒に獨逸民法の原則とする所にのみ捉はれて一般的に債權者の受領義務を否定することは結果から言ふても極めて不當である。

尙大審院は通説に従つて買主の不受領は債務不履行にあらずと言ふて居る(大正四・五・二九民錄八五八頁)。

協力義務の内容は債務の内容如何によつて定まる。債務者一方の行爲によつて債權者の受領あらば直に辨濟を成立せしめ得べき程度の給付行爲を爲し得べき場合に於ては協力義務の内容は單純なる受領である。之に反して債權者の協力なくば債務者の給付行爲を自身すら成立し得ざる場合例へば債權者の提供する材料に彫刻を施すべき債務にあつては債權者に於て先づ材料提供の債務を負ひ債權者其債務を履行するによつて始めて債務者の給付行爲が可能となるのである。

(ロ) 債權者遲滯の成立要件
債權者の遲滯が成立する爲めには

(1) 債務者が適法に履行の提供を爲して債權者の受領其他協力を催告したることを必要とする(三三九)。而して其提供は債務の性質に従ひ上述したる所によつて現實的若くは言語的に爲さるることを要する(三八)。

三八 債權者の受領若くは協力が不能なる場合に於ても、債務者に於て一應履行の提供を爲すにあらざれば債權者の遲滯を生ぜざるや否やに付いては解釋上議論がある。受領若くは協力が不能なること明かなる場合に尙債務者をして履行の準備を爲さしめるのは如何にも愚であるから此場合には全然履行の提供を要せざるものと解すべきやうに思はれるけれども、かくの如きは民法第四九三條に所謂履行提供の意義を正解せざるが爲めに生ずる謬想である。第四九三條は各場合の事情に應じて債務者の側に於て爲すことを要すべき準備を爲さず單に口先のみにて受領を催告するも履行の提供とならざる旨を規定してゐるのであつて、普通の場合には債權者の受領あらば直に辨濟を成立せしめ得べき程度の準備(現實的提供)を必要とし、債權者力豫メ其受領ヲ拒ミ又ハ債務ノ履行ニ付キ債權者ノ行爲ヲ要スルトキハ辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シテ其受領ヲ催告スルヲ以テ足ル、而して其準備の程度は各場合に於て色々異なり得るのである。従つて其精神を推して考へると、債權者の受領若くは協力が不能な場合には何等の履行準備を要しないけれども、而かも一應「受領ヲ催告スル」を要し、之あるに依つて初めて債權者遲滯を生ずるものと解すべきである。即ち此場合にも全然履行提供を必要としないのではない、唯提供の爲めに要すべき準備義務の内容が極度まで減少されて零となるものと解すべきである。

(2) 債權者が適法なる辨濟提供に對して受領其他協力を爲さずして辨濟の成立を妨げたることを必要とする(三四一)。其不受領若くは不協力が債權者の任意に出づると不能に原因するとは法律の間はざる所であり、従つて又債權者に過失ありや否やも遲滯の成否に關係ないけれども(三九)、債務者の提供が以上に説明した意味に於て債務の本旨に従つて適法に爲さ

れたことは飽くまでも必要である。即ち債務者の側で爲すべきだけのことはすべて爲し盡したにも拘らず債權者の不受領乃至不協力によつて辨済を完うし得ざる場合に遅滞の成立を來たすのである。此故に、例へば金百圓を支拂ふべき債務者が内金五十圓だけの提供を爲したる場合に債權者其受領を拒絶するも遅滞を生じない(四〇)、又例へば期限が債權者の利益の爲めに定められてゐるに拘らず債務者其以前に提供を爲したるときは債權者其受領を拒むも遅滞の責任を生じないのである。

従つて又例へば工場が警察命令によつて營業停止を命ぜられたるときは、職工より工場主に對して就業の申出を爲すも債權者の遅滞を生ぜしめ得ない。蓋し此場合には當該工場に於ける仕事でれ自身が一般的に禁ぜられてゐるのであるから、勞働者自らも其工場に於て勞働し得ず従つて適法に辨済の提供を爲し得ざるものと言はねばならないからである。之に反し、工場主が任意に工場を閉鎖したるときは勞働者は——適法に解雇せられざる限り——就業を申出づるによつて辨済の提供を爲し以て工場主を遅滞に陥らしめることが出来る。

三九 債權者の遅滞それ自身が成立する爲めには債權者の過失を必要としない。けれども、遅滞の結果後に述ぶるが如き各種の效果を生ずるが爲めには各場合につき更に別個の要件を必要とすることがあり得る。例へば債權者が遅滞を理由として損害賠償の請求を受けたるときは——債務不履行による損害賠償に關する一般原則に従ひ——債權者は自己の不受領が不可抗力によることを抗辯として賠償義務を免れ得る。

四〇 一部の辨済提供と雖も債權者之を受領するに於ては債權の一部を消滅せしめ得る。けれども、債權は特約其他特殊の事情なき限り一部の辨済提供を受領すべき義務を負はないのである。
 一部弁済も債權の一部を消滅せしめ得る
 とし得るが、その場合は

ハ 債權者遅滞の效果

(1) 辨済の提供が適法に爲されたるに拘らず債權者之を受領せず若くは必要なる協力を與へざる時は、以後辨済の不成立は最早債務者の責任と認むべからざるが故に、債務者は「其提供ノ時ヨリ不履行ニ因リテ生スヘキ一切ノ責任ヲ免」れる(二條九)。

此故に例へば、(一)債務不履行を理由とする遅延利息は債權者の遅滞成立と同時に其發生を停止する。(二)約定利息の發生も遅滞成立と同時に停止する。蓋し債務者が適法に辨済を爲し得べき時期に於て辨済の提供を爲したるに拘らず債權者之を受領せざる場合に尙約定利息を支拂はしめるのは債權者遅滞を認めた根本の精神に反するからである(四一)。(三)債權者は最早同時履行の抗辯(三條三)を主張し得ざるに至る。蓋し同時履行の抗辯權は「相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテ」自己の債務の履行を拒み得る權利なるが故に、苟も相手方が一旦適法に履行の提供を爲したる以上債權者は以後其抗辯權を失ふものと解するを正當とするからである。(四)従つて又、雙務契約當事者の一方たる甲が自己の債務の履行提供を爲さずして乙の履行を請求したる場合に乙之を拒絶するも甲に於て契約の解除を爲し得ないけれども、甲が自己の債務の履行提供を爲して乙の履行を請求したるに拘らず乙之に應ぜざる時は第五四一條によつて契約を解除し得る(四二)。(五)尙例へば特定物の引渡を目的とする債務について債權者の遅滞を生じたるときは、以後債務者は其物の保管に付き自己の財産に於けると同一の注意を施すを以て足るか又は依然として「善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保管スルコトヲ要ス」(四三)るかについて學者間に議論があるけれども、債權者遅滞の制度を認めた根本の精神から考へると遅滞以後に於

ては無償受寄者の注意義務(九條六五)と同一程度まで注意義務を軽減するのが條理に適つてゐると思ふ。

四一 多少の反對説があるけれども、通説は本文と同説である(大判大正五・四・二六民錄八〇五頁)。

四二 大判・明治四一・四・一民錄三六九頁、大正五・三・二三民錄五六八頁、大正一〇・二・六民錄二二二頁等。

(2) 債務者は債權者に對して受領其他協力を爲すべきことを請求し得るのみならず(四條四)之を爲さざるによりて生じた損害の賠償を請求し得る(五條四)。蓋し債權者は債務者に對して受領其他協力の債務を負擔すること上述の通りだからである(四三)。従つて又例へば雙務契約當事者の一方が其債務の履行提供を爲せるに拘らず相手方之を受領せざるときは相當の期間を定めて受領を催告したる上契約の解除を爲し得るものと解すべきである(一五四)(四四)。

四三 通説は債權者に受領其他協力の債務なしと解するが故に債務不履行を理由として賠償義務を認むるの根據なしと説いて居る。而かも自ら此結果を實質上不當とするが爲め、受領遲滞によつて増加したる保管費用辨濟費用だけは條理上之を債權者の負擔とすべきであると説き、其法文上の根據を第四八五條に求めて居る。けれどもかくの如きは抑も出發點に於て債權者の受領債務を認めざるが爲めに生じた窮餘の説明に過ぎない。

四四 判例は債權者に受領債務なしとするが爲め此種の場合に債務者の解除權を認めない(大判大正四・五・二九民錄八五八頁)。

(3) 債務の目的物が供託に適するときは其目的物を供託して債務を免れることが出来る(四四九)。

(三) 債權者遲滞の終了

債權者の遲滞は左の諸場合に消滅する。

(1) 債權者が受領其他協力行爲の準備を爲して債務者の履行を請求したるとき 債權者の遲滞は以上の諸効果を發生

せしめるけれども、それが爲め毫も債務者の債務を消滅若くは軽減するものではない。債權者が一旦協力を拒絶して遲滞に陥りたる後に於ても——改めて協力の準備を爲して履行を求めたる以上、債務者が遲滞なく之に應ずるの必要あること素よりである。此故に、債權者が協力の準備を爲して履行の請求を爲したる以上債權者の遲滞は直に之によつて消滅するものと言はねばならない。

(2) 債權が消滅したるとき 債權が辨濟・履行不能其他の事由によつて消滅したるときは債權者の遲滞亦之によつて消滅すべきこと理論上當然である。

(3) 辨濟提供の不繼續が債權者遲滞消滅の原因となるや否やに付いては争があるけれども、此問題は債權者遲滞制度の根本精神に鑑み個々の遲滞の効果に付いて各別に考へらるべきである。例へば、(一)雙務契約當事者の一方が相手方の同時履行の抗辯を排斥する爲めには兎も角一回適法なる提供を爲すを以て足り以後必ずしも其提供を繼續するの必要なことと上述の通りである。○雙務契約當事者の一方が一旦履行の提供を爲したるも以後之を繼續せずして爲したる契約解除の意思表示は有效なりや(民五四一)(條參照)。例へば、賣主が賣買の目的物を提供して代金の支拂を求めたるに拘らず買主之を受領せざるにより一面目的物を他に轉賣しつつ同時に第五四一條によつて最初の賣買を解除し得べきか。債權者の遲滞はそれ自身債務者の債務を消滅せしめるものでないから、例へば特定物の賣主が買主不受領の故を以て其物を他に轉賣したるときは、賣主自ら該賣買を履行不能に陥らしめたものであるから、最早解除によつて自己の利益を防衛するの權利なきものと解するを正當とする。之に反し、例へば不特定物の賣買にあつては一旦提供したる物が受領せられざるときは直に他に之

を轉賣するを妨げない。唯將來買主より改めて受領の準備を爲して履行の請求ありたるときは遲滞なく之に應じ得べき準備だけは之を爲すことを必要とする。然らずして爲したる契約の解除は之を無効とせざるを得ない。

第五 辨濟の充當

一 「債務者カ同一ノ債權者ニ對シテ同種ノ内容ヲ有スル數個ノ債務ヲ負擔スル場合ニ於テ辨濟トシテ提供シタル給付カ總債務ヲ消滅セシムルニ足ラサルトキハ辨濟者ハ給付ノ時ニ於テ其辨濟ヲ充當スヘキ債務ヲ指定スルコトヲ得」(民四八八條一項)。辨濟者の指定ありたる時は債權者は之に對して何等の異議をも申立て得ない。蓋し一定の給付が如何なる債務の辨濟の爲めに爲さるるかは辨濟者自らに於て之を定め得べきこと上述の通りだからである。但し「債務者カ一個又ハ數個ノ債務ニ付キ元本ノ外利息及ヒ費用ヲ拂フヘキ場合ニ於テ辨濟者カ其債務ノ全部ヲ消滅セシムルニ足ラサル給付ヲ爲シタルトキハ——辨濟者一方の意思を以て任意の充當順位を定むることを得ず法律上當然に——之ヲ以テ順次ニ費用・利息及ヒ元本ニ充當」せらるべく、又費用相互間利息相互間の充當順位は——後に説明する——第四八九條の準用によつて定められるのであつて、是れ亦辨濟者一方の意思を以て任意の充當を爲し得ない(民四九一條)。

尙辨濟者の充當は辨濟受領者に對する意思表示によつて之を爲すことを要する(民四八八條三項)。

二 辨濟者が充當を爲さざるときは「辨濟受領者ハ其受領ノ時(四五)ニ於テ——辨濟者に對する意思表示によつて——其辨濟ノ充當ヲ爲スコトヲ得」(民四八八條三項)。充當の順位は辨濟受領者任意に之を定め得るを原則とするけれども、辨濟者の充當に於けると同じく第四九一條所定の順位を守ることを必要とする。

尙辨濟受領者の充當に對しては辨濟者より「直ニ——充當の意思表示を受けたる後遲滞なく——異議ヲ述」べ自ら改めて充當を爲すことを得る(四六)。

四五 債權者の充當の意思表示は必ずしも受領と同時に辨濟者に到達することを必要としない。要するに受領後遲滞なく充當の意思表示をすればいいのである。此點に付いては大判大正一〇・二二一民錄四四五頁參照。

四六 此點に關して多數の學者は、辨濟者は既に充當權を失つてゐるから異議を述べたる故を以て再び之を取得せしむべき理由がない、異議ありたる時は直に法定充當(民四八九條)に移るべきであると説いてゐるけれども、法律は辨濟者充當を爲さざるときは辨濟受領者に於て之を爲すべく、而して後者の充當に對しては辨濟者より直に異議を述べべきことを規定してゐるのであつて、辨濟者の充當權が既に喪失されてゐると言ふ趣旨は毫も法文上に現はれてゐない、法律が異議を許してゐるのは受領者の充當を斥けて更に自ら充當を爲し得べき最後の機會を與へてゐるものと解するを至當とする。

三 以上の規定に従つて當事者いづれも辨濟の充當を爲さざるときは左の規定に従つて法律上當然に充當される(民四八八條)。

(イ)「總債務中辨濟期ニ在ルモノト辨濟期ニアラサルモノト在ルトキハ辨濟期ニ在ルモノヲ先ニス」。

(ロ) 辨濟期に在るもの相互間及び辨濟期に在らざるもの相互間に於ては「債務者ノ爲メニ辨濟ノ利益多キモノヲ先ニス」る。例へば利息附債權は無利息債權より先にすべく、高率の利息附の債權は低率のそれより之を先にすべきである(四七)。

四七 大判・大正七・一〇・一九民錄一九八七頁、同七・二二・二一民錄二三一九頁等。

(ハ)「債務者ノ爲メニ辨濟ノ利益相同シキトキハ辨濟期ノ先ツ至リタルモノ又ハ先ツ至ルヘキモノヲ先ニス」。

(ニ) 以上の諸點に於てすべて「相同シキ債務ノ辨濟ハ各債務ノ額ニ應ジテ——按分的に——之ヲ充當ス」る。

第六 辨濟の費用

辨濟の爲め債務者の側に於て爲すべき給付行爲に要する費用はすべて債務者に於て之を負擔するを當然とすべく、唯「債務者カ住所ノ移轉」(四八)其他ノ行爲ニ因リテ辨濟ノ費用ヲ増加シタルトキハ其増加額ハ債權者之ヲ負擔スルべきこと是れ亦理の當然である。尤も此等の點に於ては當事者に於て別段の定めを爲し得べきこと勿論である(五條四八)。

尙債權者の受領其他協力に要する費用は別段の定めなき限り債權者に於て之を負擔すべきこと條理上當然である。

四八 従つて債權讓渡の結果新債權者の住所が舊債權者の住所より遠隔の地にあるときは、之に因つて生じたる辨濟費用の増加額は新債權者に於て之を負擔すべきである(大判大正一二・二二六民集七二頁)。

第七 辨濟の證據

辨濟者辨濟の證據を残さざるときは債權者より不當に再度の請求を受ける虞れがある。此故に、民法は辨濟者に與ふるに次の權利を以てしてゐる。

一 「辨濟者ハ辨濟受領者ニ對シテ受取證書ノ交付ヲ請求スルコトヲ得ル」(六條四八)。而して法律が此請求を許してゐる以上辨濟の提供と引き換へに其請求を爲し得るものとするにあらざれば充分に辨濟者保護の目的を達し得ない。尙受取證書作成の費用は特約なき限り債權者に於て之を負擔すべきこと條理上當然である。

二 「債權ノ證書アル場合ニ於テ辨濟者カ全部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ其證書ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ル」(七條四八)。債權證書は債權成立の證據方法にして、債權者之を占有するときは債權存在の有力なる證據方法となり得べきが故に法律は

全部の辨濟を爲したる辨濟者に其返還請求を許したのである。而して之を請求するに付ては全部の辨濟を爲したることを要し、一部の辨濟を爲したるのみにては其請求を爲し得ないけれども、必ずしも全部の辨濟を爲したる後にあらざれば請求を爲し得ないのではない、全部の辨濟を成立せしめ得べき履行の提供を爲すと共に其受領と引換へに證書を返還すべき旨の請求を爲し得るものと解すべきである(四九)。

尙證書返還の請求權者は苟も全部の辨濟を爲したる者なる以上必ずしも債務者に限らない、全部の辨濟を爲したる第三者も亦其權利を有する。又返還義務者は債權者なるを原則とするけれども苟も事實上證書を占有する者に對してはすべて其返還を請求し得るものと解するを至當とする(五〇)。

四九 學者によつては此場合には引換的請求を許さすとの説を爲すものがあるけれども、此場合に於ても先づ全部の辨濟を爲したる後にあらざれば返還請求を許さすすべき何等の理由がない。

五〇 債權證書は債權の爲めに存在するものなるが故に債權消滅したるときは毀滅せらるべき性質を有する、債權消滅したるに拘らず證書が存在し而して債務者以外の者の手中に存することは債務者の不利益なるが故に、苟も證書を占有する以上何人に對しても其返還を請求し得るものと解するのが債權證書の性質に照して條理上正當である。證書の所有權が何人にありやによつて決せらるべき問題にあらすして、登記請求權・物權請求權等が現に物權の效力を害しつある何人に對してでも之を行使し得るのと同類似した理論によつて考へらるべき事柄である。大判大正六・九・六民錄一三一二頁は民法第四七八條が返還義務者に付いて何等の制限を明定せざることを根據として同旨の判決を與へて居る。

辨濟以外の原因によつて債權全部の消滅を來したる場合に付ては民法上何等の明文がないけれども、此場合に於ても